夫妻間之贈與及自由處分金於法定財產制下剩餘財產分配之處理

——我國民法第一〇三〇條之一第一項及第一〇一八條之一與德國、瑞士民法相關規範之比較研究[*]

林　易　典[**]

要　目

壹、法定財產制下夫妻間贈與及自由處分金協議之爭議
一、無償取得作為剩餘財產分配時之除外標的
二、夫妻間贈與行為處理之爭議
三、自由處分金規範導入後之爭議
貳、德國民法法定財產制下夫妻間無償給與行為之處理
一、德國民法「淨益平衡」規範及分配之標的

* 作者衷心感謝匿名審查人悉心提供之寶貴意見，使作者能就疏漏部分加以改進與補充。在相關文稿之校對上，作者並感謝成功大學法律研究所碩士班吳宛宜及法律學系王楷評兩位同學之協力。

** 成功大學法律學系暨科技法律研究所助理教授，德國美因茲（Mainz）大學法學博士。

投稿日期：九十八年九月二十二日；接受刊登日期：九十九年二月二十三日
責任校對：許俊鴻

二、贈與取得被排除於分配標的外
三、第一三八〇條關於夫妻間贈與之特別規範
㈠規範理由及計算方式
㈡適用之前提要件
㈢指定計入及無須指定之計入
㈣不計入平衡債權時配偶間給與之處理
四、分　析
㈠有條件地以淨益分配預付規範，來處理夫妻間無償給與行為
㈡夫妻間無償給與行為之處理，呈現出雙軌之面貌
參、瑞士民法法定財產制下夫妻間贈與行為與自由處分金之規範
一、因贈與而有所取得之規範
㈠舊法下之贈與取得並非分配之標的
㈡新法下之贈與取得仍非分配之標的
㈢不區別由第三人或由配偶他方所得之贈與，均非分配之標的
二、第一六四條自由處分金請求規範之導入
㈠基本理念
㈡法律所規定之請求權
㈢請求自由處分金之要件
㈣於通常財產制下之處理：屬「取得財產」，剩餘須提供分配
三、分　析
㈠夫妻間贈與仍非分配之標的，並非以有償取得或分配預付來加以處理
㈡以有償取得來處理依「自由處分金」規範之取得，說理上仍有不足
㈢夫妻間無償給與行為之處理亦呈現出雙軌之面貌
㈣視「自由處分金」為有償取得，供自由處分之美意將因可被索回剩餘半數而喪失殆盡
肆、我國法定財產制下，夫妻間贈與行為及自由處分金給與之處理
一、婚後「無償取得」之財產於剩餘財產分配時之處理
㈠婚後「無償取得」財產之剩餘非屬分配標的
㈡曾以婚後「無償取得」財產來清償婚後債務時，須計入婚後債務之範疇而補償之
㈢曾以「婚後財產」來清償「婚後無償取得」財產所生債務，雖現行法漏未規定，仍應對於前者為補償

㈣婚後「無償取得」財產之孳息，雖現行法漏未規定，仍應將其納入分配之標的
㈤婚後「無償取得」財產之增加價值或變價所得，仍不屬分配之標的
二、夫妻間贈與行為於法定財產制消滅時之處理
㈠無庸納入分配之單軌處理規範結構
㈡未見相當於德國法之剩餘財產「預先給付」的特別規範
㈢夫妻間贈與事實之證明
㈣夫妻間贈與無償性之爭議
三、夫妻間自由處分金給與於法定財產制消滅時之處理
㈠「得協議」自由處分金而非「請求權」之規範結構
㈡法定財產制消滅時處理方式之學說爭議及其計算上效果之異同
㈢現行規範下因自由處分金約定之所得，具「無償取得」之本質而非屬分配之標的
伍、結　論
一、夫妻間贈與無庸提供分配及其於訴訟中之舉證責任
二、自由處分金係屬夫妻間贈與，具無償取得性格
三、夫妻間未另有約定對價行為時，給付屬無償性質

摘　要

我國民法法定財產制之規範於一九八五年修正時，導入第一〇三〇條之一夫妻之剩餘財產分配請求權規範，並經二〇〇二年、二〇〇七年之修正。本文首先分析比較德國民法第一三八〇條及瑞士民法第一六四條之規範與實務。其次並分析我國民法第一〇三〇條之一第一項但書第一款之適用原則及相關實務。於剩餘財產分配規範下，依第一〇三〇條之一第一項但書第一款之規定，「無償取得」之財產被排除於分配標的之範圍外。如夫妻一方於婚後自他方收受贈與物，因贈與本屬無償行為，因之所取得之財產仍構成此一「無償取得」，而無庸提供分配。不應因受贈人曾有婚姻共同生活犧牲及貢獻，及贈與人具有配偶之身分，贈與之取得即被視為家務貢獻之代價而為有償，而須提供分配。此外，依二〇〇二年增訂之第一〇一八條之一「自由處分金」條款，夫妻間得協議支付一定數額之金錢，供他方自由處分。如將「自由處分金」之支付或受領解釋為剩餘財產分配之預付或預先受領，此過度擬制夫妻當事人之意思，且實際上創造出新的剩餘財產分配方式之效果，有違現行第一〇三〇條之一第一項法律所允許之分配方式。如夫妻間之自由處分金協議中，並無對待給付或對價關係之契約約定時，其無償性仍應被肯認，使受領之一方於法定財產制關係消滅時無庸提供分配，不僅能自由處分，亦能終局保有，並而能符合當事人間自由處分金給付時，無另外透過剩餘財產交互參與分配過程，取回其剩餘之半數的本意。

關鍵詞：法定財產制、民法第一〇三〇條之一、剩餘財產分配、無償取得、夫妻間贈與、自由處分金、剩餘財產分配預付、民法第一〇一八條之一

壹、法定財產制下夫妻間贈與及自由處分金協議之爭議

一、無償取得作為剩餘財產分配時之除外標的

我國民法夫妻財產制中之法定財產制（舊制又稱為聯合財產制），於一九三〇年制定時，係繼受瑞士一九一二年民法（ZGB）之規範。於一九八五年六月修正時，並參照德國民法（BGB）第一三七八條第一項淨益分配之立法例[1]，導入第一〇三〇條之一第一項剩餘財產分配規範，使配偶任何一方均得對於他方於婚姻關係存續期間所取得的原有財產之剩餘數額，取得請求交互分配半數之權，而於法定財產制關係消滅時，能達到雙方該剩餘財產之均衡狀態。於第一〇三〇條之一第一項、第三項條文文字上，係以平均分配雙方剩餘財產的差額，由剩餘較少之一方向剩餘較多之他方請求行之，即所謂「剩餘財產分配請求權」。此一規範，再經二〇〇二年、二〇〇七年之修正，而形成現行法之面貌。

於剩餘財產分配之規範下，分配之標的為婚姻關係存續期間取得之財產（現行法改稱「婚後財產」）扣除此期間內所生債務後剩餘之數額，惟「因繼承與其他無償取得之財產」，依第一〇三〇條之一第一項但書第一款之規定，被明文排除於分配標的之範圍外。蓋此等類型財產之取得，與婚姻共同生活並無直接關係[2]。且將此

---

1 第1030條之1剩餘財產分配之規範，其繼受自德國民法第1378條淨益平衡規範之敘述，載：司法行政部民法修正委員會，民法親屬編修正草案初稿，頁66，1979年4月。

2 在1985年增訂第1030條之1時，立法說明中並未闡述第1項但書中「其他無償取得」被排除在分配標的外之理由。參見，立法院秘書處，民法親屬編部分條文修正及民法親屬編施行法修正案，下冊，頁762、817-819，1985年9月。惟2002年增訂第1030條之2第2項時，審查會意見中有說明：「第1030條之1第1項但書之財產，與婚姻共同生活及婚姻貢獻無關……」，此承襲自沈智慧委員之提案說明第三點「第1030條之1第1項但書不列入剩餘財產分配之財產，亦與婚

等類型財產排除於交互參與分配標的外，將使受領之配偶一方，能夠終局保有及享有此等給與價額，而不會因受領此等標的後，縮減了其向他方請求剩餘財產分配之數額，或增加了對於他方所負擔之剩餘財產分配義務。因「贈與」而有所取得，本屬「無償取得」，依第一〇三〇條之一第一項但書第一款之規定，「無償取得」無庸納入剩餘財產分配之標的內。二〇〇二年六月修正民法親屬編第一〇三〇條之一時，並於第一項但書增列第二款「慰撫金」，使其亦被排除於分配之標的外。

二、夫妻間贈與行為處理之爭議

在剩餘財產分配規範下，如夫妻一方於婚後自他方收受贈與物，因贈與本屬無償行為，因之所取得之財產本當構成「無償取得」，而應被排除於剩餘財產分配之標的外[3]。且在文義上，第一〇三〇條之一第一項但書第一款所謂的「因……其他無償取得之財產」，並未區別係自何人所收受之財產，故配偶一方無論是自第三人或自配偶他方受有之贈與，均無庸納入分配之標的。惟學說間對此卻仍有爭論，有認為夫妻間贈與之情形，與來自第三人之贈與有別，夫妻間贈與之情形乃受贈者因婚姻共同生活犧牲及貢獻之代價，故並非第一〇三〇條之一第一項但書第一款之無償取得，仍屬有

姻共同生活即婚姻貢獻無關……」。立法院公報，91卷40期，院會紀錄，頁33、86以下，2002年6月。並參見，戴炎輝、戴東雄，中國親屬法，頁228，註12，2000年5月修訂版；戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，親屬法，頁175，註425，2009年2月修訂版；戴東雄、戴瑀如，婚姻法與夫妻財產制，頁183，2009年1月。

3 同此說，林秀雄，夫妻間之贈與，台灣本土法學雜誌，32期，頁155、157，2002年3月。

償取得，而仍應納入第一〇三〇條之一第一項本文之分配標的[4]。

而在比較法規範上，德國民法第一三七四條第二項亦將贈與行為排除在淨益分配之標的以外，惟其第一三八〇條明文規範，對於夫妻間無償給與行為於一定情形下另有處理。此外，瑞士民法一九八條第二款之規範，亦將無償取得納入無庸提供分配之範疇。故而，在前揭交錯繼受瑞士、德國法之背景下，探討德國、瑞士民法規範及其學說、實務於其法定財產制消滅時，對於夫妻間贈與行為之處理，將能對於我國法之解釋有所啓發。

三、自由處分金規範導入後之爭議

夫妻間如有移轉財產之行為，於個案中究竟係具有償性或無償性，即於法定財產制消滅時是否須提供分配之問題，其亦展現在對於依我國法下第一〇一八條之一「自由處分金」協議而有所取得其性質的課題上。在二〇〇二年六月大幅修正夫妻財產制之規範時，在立法委員主動提案而無相對之政府草案下，立法院參考瑞士民法第一六四條有關請求自由處分金的立法例，另外於第一〇一八條之一增訂配偶間得約定「自由處分金」之規範，即承認夫妻間得協議一定之數額，供他方自由處分。

惟就依此等協議所受領之供自由處分金錢，在法定財產制下應有之處理，特別是於法定財產制關係消滅時之效果，第一〇一八條之一並未加以規定。然自由處分金既提供配偶他方自由處分，在未另外約定他方須提出對待給付時，其本質上應屬夫妻間之贈與行

4 戴東雄、戴瑀如，同註2，頁198以下。學說上並強調，如將夫妻間贈與視爲有償取得之財產，計算上將能得出與依德國民法第1380條規定相同之結果，而宜採取有償取得之見解。戴東雄，民法第一〇三〇條之一剩餘財產之分配，載：民法親屬編修正後之法律疑問，頁185、224，2000年3月。

為，給付與受讓係屬無償行為。申言之，自由處分金之受領，文義上本可涵攝到第一〇三〇條之一第一項但書第一款所稱之「因……其他無償取得之財產」概念下，其如有剩餘，本不應計入剩餘財產之分配標的內。故如逕將此一「自由處分金」規範納入現行法定財產制之體系下時，本無扞格之處。

然第一〇一八條之一的立法委員提案說明中，闡明了「自由處分金」規範係「本於家務有價之觀念」所訂，此一立法說明吹皺一池春水[5]。受此一提案說明之影響，學說上即有認為受領之自由處分金係屬「有償取得」，仍應計入婚後財產，且須納入分配之標的者（即「有償說」）[6]。此外，學者間不乏有另闢蹊徑，認為係屬「提前預付剩餘財產之分配」（即「預付說」）[7]。而在比較法上，將夫妻間之無償給與行為，於一定之情形下以剩餘財產分配之預付來加以處理者，即為德國民法第一三八〇條規範。另一方面，「自由處分金」規範所仿效之對象，瑞士民法第一六四條之條文中，雖未規定此於所得分配制消滅時之處理，然其立法理由及學說上，對於是否須將基於「自由處分金」而有所取得納入分配標的，亦有所闡釋。故而，比較法上對於「自由處分金」之處理，亦對於我國法之解釋有重要意義。

即便過去學說上不乏質疑自由處分金條款之實效及討論其存廢

5 沈智慧等九十一位委員提案理由，立法院公報，同註2，頁33、68。

6 採此說，認爲自由處分金有剩餘時，仍爲剩餘財產分配之對象，而不將此視爲成無償取得者：戴東雄，親屬法別冊，載：親屬法，頁14，2002年8月新修訂版；戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，同註2，頁184以下；許澍林，親屬法新論，頁92，2007年2月；戴東雄、戴瑀如，同註2，頁164以下。

7 採此說，主張自由處分金之給付屬剩餘財產之預付者：林秀雄，剩餘財產分配請求權之再造，月旦法學雜誌，89期，頁8、11，2002年10月；魏大喨，自由處分金之法律疑義，月旦法學雜誌，89期，頁30、39，2002年10月。

者[8]，然此等爭論係屬立法政策上之爭辯，第一〇一八條之一既為現行法定財產制中有效之規範，即應為其在現行法下找到其定位，為曾依第一〇一八條之一規定來約定自由處分金之夫妻，解決其因離婚、配偶一方死亡、婚姻無效、婚姻撤銷及改用其他夫妻財產制等法定財產制關係消滅時，於相關規範上之適用問題。

在前揭先後交錯繼受自不同立法例之背景下，如欲對於夫妻間之無償給與行為及自由處分金，找出其在我國現行之法定財產制法下應有的解釋取向，即須先瞭解夫妻間之無償給與行為在德國民法及瑞士民法下之規範處理及實務運作。此特別是學者間贊成將夫妻間之贈與視為無償取得或有償取得，或學者間贊成將夫妻間自由處分金之給與，視為無償取得、有償取得或剩餘財產之預付者，不乏參考德、瑞相關規範來尋求我國法之解釋，或者其結論與德、瑞規範或其學說、實務發展相同者。故而，比較法在此議題上之討論，將特別具有意義。以下謹先就德國及瑞士民法中，關於夫妻間無償給與行為及自由處分金之相關規範，進行探討。

貳、德國民法法定財產制下夫妻間無償給與行為之處理

一、德國民法「淨益平衡」規範及分配之標的

德國民法自一九五八年七月一日起，改以「淨益共同制」（Zugewinngemeinschaft）為夫妻間之「法定財產制」，即夫妻間如未以婚姻契約另為約定，則當然適用「淨益共同制」（第一三六

8 學者間有主張，我國現行法下，本有就家庭生活費用負擔第1003條之1規定，解釋上本即涵蓋夫妻個人生活所需費用，並另有第1116條之1夫妻間扶養權利義務規範可加以補充，如能解釋上擴充家庭生活費用之範圍，或明定夫妻間同等品質之生活保持義務則已足，而可將自由處分金制度廢除，避免家事勞動蒙上商品色彩。魏大喨，同前註，頁30、39。

三條第一項）。此一「淨益共同制」中，導入了過去所無的「淨益平衡」（Zugewinnausgleich）之制度。申言之，於死亡以外之事由而消滅夫妻財產制之情形[9]，依第一三七八條第一項之規定[10]，夫妻一方之盈餘超過他方者，該他方就此超過部分之半數有權請求加以平衡，即發生一「平衡債權」（Ausgleichsforderung）[11]。夫妻雙方得交互參與分配婚後之淨益，向夫妻他方請求於婚姻存續期間所取得之財產半數，來達到婚後財產之平衡，蓋夫妻雙方均以相同之方式共同參與婚姻生活，並共同提出給付[12]。淨益平衡相關規範

9 如離婚、婚姻廢止、死亡宣告後再婚、法院宣告提早進行「淨益平衡」、以婚姻契約約定改用其他約定財產制時。Firsching/Graba, Familienrecht, 1. Halbband: Familiensachen, 6. Aufl., München: Beck, 1998, Rn. 199; Schwab, Familienrecht, 16. Aufl., München: Beck, 2008, Rn. 261 f. 惟於配偶死亡而消滅夫妻財產制之情形，則係另依第1371條第1項，均一概地以提高生存之他方配偶四分之一的法定應繼分方式行之，而無論個案中配偶間是否存有淨益。此被稱爲「繼承法方式之所得參與分配」（Erwerbsbeteiligung erbrechtlicher Art）或「物上之解決方式」（dingliche Lösung）。

10 德國民法第1378條平衡債權：「（第1項）配偶一方之淨益超過他方者，該他方配偶有權就超過部分之半數，作爲平衡債權。（第2項）平衡債權之數額，以扣除債務後，於夫妻財產制消滅時所存在之財產價值爲限。依第1句所得出之界限，於第1375條第2項第1句之情形，提高至應被加入終局財產之數額。（第3項）平衡債權於夫妻財產制消滅時發生，且自此一時點起得繼承及加以移轉。配偶間於針對婚姻消滅之審理程序中，就婚姻消滅時涉及平衡債權之協議，須作成公證證書；就婚姻事件之審理程序，於承審法院所紀錄下之協議，準用第127條之1的規定。此外，配偶於婚姻消滅前，就平衡債權不負有義務進行處分。（第4項）平衡債權於3年內消滅；期間自配偶知悉夫妻財產制消滅時起算。此債權最遲於夫妻財產制消滅後30年歸於消滅。如夫妻財產制因配偶一方死亡而消滅者，此外並應適用關於特留分請求權之消滅時效規定。」

11 此即所謂的「債法方式之所得參與分配」（Erwerbsbeteiligung schuldrechtlicher Art）或「夫妻財產制上之解決方式」（güterrechtliche Lösung）。Firsching/Graba, aaO. (Fn. 9), Rn. 197, 199.

12 Firsching/Graba, aaO. (Fn. 9), Rn. 196; Lüderitz/Dethloff, Familienrecht, 28. Aufl.,

之最新一次修正，為透過二〇〇九年七月六日公布「淨益平衡法制暨監護法制修正法」之修正，二〇〇九年九月一日生效[13]。

依第一三七八條第一項「淨益平衡」之規定，「淨益平衡」的標的為「淨益」（Zugewinn），由淨益較少之一方向淨益較多之他方，請求彼此間淨益差額之半數，以達淨益之平衡。「淨益」定義於第一三七三條，係指配偶一方之「終局財產」（Endvermögen），超過「開始財產」（Anfangsvermögen）之數額。申言之，其計算上以「終局財產」減去「開始財產」之方式算出，且既謂「超過」（übersteigen），即以正值或零為限。於「淨益共同制」下，僅就「淨益」，而不就「損失」（Verlust）加以平衡[14]。

「終局財產」定義在第一三七五條，為夫妻一方於夫妻財產制消滅時扣除債務後之財產（第一三七五條第一項），並應追加計算於進入夫妻財產制後，以非屬道德上義務或有違禮俗上考量之無償給與、財產上之浪費、意圖使他方受有不利益之行為，來減少「終局財產」者（第一三七五條第二項）。「開始財產」定義在第一三七四條，為夫妻一方於進入夫妻財產制時之財產，並扣除債務者（第一三七四條第一項）[15]。

München: Beck, 2007, § 5 Rn. 56.

13 Gesetz zur Änderung des Zugewinnausgleichs- und Vormundschaftsrechts vom 6. 7. 2009, BGBl. I S. 1696.

14 Firsching/Graba, aaO. (Fn. 9), Rn. 199; Lüderitz/Dethloff, aaO. (Fn. 12), § 5 Rn. 56.

15 在德國民法2009年9月1日前舊法第1374條第1項後段原規定，計算開始財產時，債務之扣除以財產之數額爲限，故在2009年9月1日前德國法舊法之下，開始財產始終爲正值，無法以負值計算，其至少爲零。Firsching/Graba, aaO. (Fn. 9), Rn. 206. 此一規範將造成夫妻一方雖協力他方償還婚前之債務，卻無法就此請求淨益分配，而在立法政策上一直受到質疑。Lüderitz/Dethloff, aaO. (Fn. 12), § 5 Rn. 111.

二、贈與取得被排除於分配標的外

依第一三七四條第二項之規定，就進入夫妻財產制後之死因取得[16]、有鑑於未來繼承權而取得、透過贈與所取得[17]、作為結婚或獨立生活之資產（Ausstattung）而取得者[18]，於扣除債務後，將其追加計算於「開始財產」內，惟因情事應認為係屬收入（Einkünfte）者，不在此限。此等應計入「開始財產」之取得，其價值以取得時為準（第一三七六條第一項後段）。

故而，就進入夫妻財產制後之死因取得、有鑑於未來繼承權而取得、透過贈與所取得、作為結婚或獨立生活之資產而取得者，而被計入「開始財產」者，有謂「享有特權的取得」（privilegierter Erwerb）、「享有特權的開始財產」（privilegiertes Anfangsvermögen）者[19]，在概念上與第一三七四條第一項之「通常的開始財產」（gewöhnliches Anfangsvermögen）相區隔。在此立法技術

故於2007年德國聯邦司法部，2008年聯邦政府提出的修法草案中，即將「負值」的開始財產納入規範。Willutzki, 30 Jahre Eherechtsreform, FuR 2008, S. 1, 7; Häcker in: Werner Schulz/Jörn Hauß (Hrsg.), Familienrecht Handkommentar, Baden-Baden: Nomos, 2008, § 1374 Rn. 29 f.; BT-Drucks. 16/10798 vom 5. 11. 2008, S. 14 zu E § 1374. 於2009年9月1日生效之新法（BGBl. I S. 1696），其刪除前揭第1374條第1項後段，並增訂第1374條第3項：「債務之扣除，得超過財產之數額。」

16 此不限於因繼承而自遺產有所取得者，尚包括因遺贈而有所取得者。MünchKomm/Koch, Bd. 7, 4. Aufl., München: Beck, 2000, § 1374 Rn. 17.

17 學說上並有認爲，其他無償之給與，亦得與此處之贈與作相同之處理。MünchKomm/Koch, aaO., § 1374 Rn. 22.

18 資產（Ausstattung）定義在第1624條前半段，係有鑑於子女之結婚或獨立生活，而爲建立或維持經濟或生活，父或母所給與者。

19 Firsching/Graba, aaO. (Fn. 9), Rn. 207; Staudinger/Thiele, Berlin: de Guyter, Neubearbeitung 2007, § 1374 Rn. 26. 「享有特權」意味著不負有提供分配之義務。MünchKomm/Koch, aaO. (Fn. 16), § 1374 Rn. 13.

下，將產生後者連同前者，一併被排除於分配標的外之效果。申言之，如夫妻一方透過贈與所取得之財產，雖屬「終局財產」範疇內，因第一三七四條第二項亦將其計入「開始財產」內，於依第一三七三條計算「淨益」之過程時，兩者相減之結果，其無論如何均會被扣除，而不屬於「淨益」之範疇，當然不為第一三七八條第一項「淨益平衡」之分配標的。故而，因贈與所取得之財產，於「淨益平衡」之規範下，其無庸提供分配。

德國實務見解一再強調，此等因繼承及贈與等而取得之財產，係基於受讓之夫妻一方與給與人間之個人關係而取得，而此等取得及其背後之緣由與婚姻共同生活無涉，且其明顯的與配偶他方於婚姻關係存續期間之活動不具關聯性，故不應在淨益平衡時納入考量，而以第一三七四條第二項排除於分配之標的外[20]。實務並援引修正此條文時之立法理由指出[21]，立法者認為此等財產之增加，不應使配偶他方參與分配[22]。學說上並認為，透過第一三七四條第二項所排除分配之標的，係屬列舉而具有排他性，而無法透過類推來擴張其範圍[23]。

---

20 BGH, Urteil vom 20. 9. 1995, FamRZ 1995, S. 1562, 1563; BGH, Urteil vom 28. 1. 2004, FamRZ 2004, S. 781, 782; Firsching/Graba, aaO. (Fn. 9), Rn. 207; MünchKomm/Koch, aaO. (Fn. 16), § 1374 Rn. 13 f.; Büte, Ausnahme von der Hinzurechnung nach § 1374 Abs. 2 BGB, FuR 2007, S. 289.

21 BT-Drucks. 2/224 vom 29. 1. 1954, S. 43 zu E § 1380.

22 BGH, Urteil vom 22. 12. 1976, FamRZ 1977, S. 124, 125.

23 MünchKomm/Koch, aaO. (Fn. 16), § 1374 Rn. 14. 德國實務也認爲，即便夫妻一方基於購買彩券而有所取得（BGH, Urteil vom 22. 12. 1976, FamRZ 1977, S. 124）、受有慰撫金之情事（BGH, Urteil vom 27. 5. 1981, FamRZ 1981, S. 755 f.），其因此所取得之財產，固然與他方之貢獻無涉，其仍屬分配之標的，而仍無法被納入「開始財產」之範疇。惟學說上另有認爲，明顯與婚姻關係無涉之取得，如慰撫金，仍得類推第1374條第2項，而不納入分配標的者：Andreas Roth in: jurisPK-BGB, Bd. 4, Familienrecht, 3. Aufl., Saarbrücken: juris, 2007, §

惟如給與行為被認為屬「收入」者，依第一三七四條第二項後段之規定，仍無法被認為屬分配之除外標的，其仍在淨益之範疇內，而無法計入開始財產。給與是否為「收入」，須依給與之緣由、給與人之意向、受給與人之經濟關係而定[24]。其與給與之方式無涉，一次性或多次性的給與，均可能被定性成「收入」。「收入」可能是交易習慣上之所得，如小費。而「獎金」被認為仍屬收入，蓋給與者並非基於贈與而提出給付，而係基於勞動關係[25]。

三、第一三八〇條關於夫妻間贈與之特別規範

㈠規範理由及計算方式

對於夫妻間之給與行為，德國法認為於一定之情形下，須另以其他規範來處理其效果之理由為：如仍將此等夫妻間無償給與逕以「贈與」來處理，即應計入受贈配偶之開始財產而不納入分配標的，此雖未增加受贈配偶之淨益數額，然卻減少了給與的一方其終局財產及淨益數額。此將導致，依淨益分配之規定，如受贈配偶享有淨益分配請求權（平衡債權）時，其將未能分配到如同未有給與情形下應得之數額。此外，在進行淨益平衡時，如未能將此等給與

1374 Rn. 21; Häcker in: Schulz/Hauß (Hrsg.), aaO. (Fn. 15), § 1374 Rn. 24. 其他認爲凡與夫妻他方無涉之取得，均得類推第1374條第2項而不納入於分配的標的者：Schröder in: Rudolf Schröder/Ludwig Bergschneider (Hrsg.), Familienvermögensrecht, 2. Aufl., Bielefeld: Gieseking, 2007, Rn. 4.202.

24 BGH, Urteil vom 1. 7. 1987, FamRZ 1987, S. 910, 911. 而就近親間之給與，過去德國法院更發展出以下判別標準：給與係供日常生活所需（Deckung des laufenden Lebensbedarfs）者，將被認爲屬「收入」，而須提供分配，而此與爲了建構財產（Vermögensbildung），而無庸提供分配之給與相區別。BGH, Urteil vom 1. 7. 1987, FamRZ 1987, S. 910, 911 f.

25 MünchKomm/Koch, aaO. (Fn. 16), § 1374 Rn. 28; Staudinger/Thiele, aaO. (Fn. 19), § 1374 Rn. 48.

行為納入考慮，將有不公。故應在淨益平衡之計算中，賦予此等給與一定之地位[26]。

故而，德國在規範上承認，夫妻間之無償給與，係屬於「應計入（平衡債權）之預先受領」（anrechnungspflichtige Vorausempfänge），即其係屬「淨益平衡之預先進行」（vorweggenommener Zugewinnsausgleich），或「對於未來平衡債權之預先給付」（Vorleistung auf die künftige Ausgleichsforderung）之一種類型[27]。蓋給與之配偶一方已預期到，受給與之配偶他方於未來淨益分配時將有可能取得平衡債權，始為此等給與行為，且此等給與應算作是履行未來可能之淨益分配債務之一部，即所謂「預先受領之計入（平衡債權）」（Anrechnung von Vorausempfängen）[28]。故而，在計算的過程中，須將此等因給與行為而所先收受者，當成係於夫妻財產制消滅後始收受，故應加計回給與人之財產中，且因係對於平衡債權之「代物清償」（Leistung an Erfüllungs statt），故應自平衡債權數額中扣除[29]。

前揭之想法，即展現在第一三八〇條「預先受領的計入」之規範中[30]。如享有平衡債權之配偶一方，自配偶他方透過生前之法律

---

26 MünchKomm/Koch, aaO. (Fn. 16), § 1380 Rn. 1; Staudinger/Thiele, aaO. (Fn. 19), § 1380 Rn. 1.

27 MünchKomm/Koch, aaO. (Fn. 16), § 1380 Rn. 1; Staudinger/Thiele, aaO. (Fn. 19), § 1380 Rn. 1.

28 Anrechnung「計入」即「抵充」之意。

29 MünchKomm/Koch, aaO. (Fn. 16), § 1380 Rn. 20.

30 第1380條預先受領的計入：「（第1項）如享有平衡債權之配偶一方，透過生前之法律行爲而自配偶他方受有給與，且經指定應計入平衡債權者，應將其計入該配偶一方之平衡債權內。如此等給與之價值，已超過依配偶間生活關係屬通常的應時贈禮之價值時，於有疑義時應認爲，應將此等給與計入之。（第2項）給與之價值，並追加計入爲給與之配偶他方的淨益內。其價值以給與

行為而受有給與，且指定應計入平衡債權者，應將其計入該配偶一方之平衡債權內（第一項第一句），給與之價值並追加計入為給與之配偶他方的淨益內（第二項第一句）。其價值以給與之時為準（第二項第二句）。第一三八〇條第一項第二句並規定，如此等給與之價值，已超過依照配偶間生活關係屬於通常的「應時贈禮」（Gelegenheitsgeschenken）之價值時，於有疑義時應認為，應將此等給與計入平衡債權內。

夫妻間給與行為，符合第一三八〇條「預先受領之計入」規範之適用要件時，即應依此規範來加以處理。即受給與他方享有平衡債權時，就給與之財產價值，須自受給與他方的終局財產中扣除，而生自其淨益中扣除之效果[31]。同時，並追加計入給與一方的淨益中，即假設仍存在於給與一方之終局財產內，彷彿其未曾進行過給與行為，此被稱為「被清理過後的淨益」（bereinigter Zugewinn）。並以此等調整過後之雙方淨益為基礎，計算出平衡債權後，復將此已預先收受之給與財產價值，自平衡債權扣除後，彷彿係於平衡債權產生後始為此等給與行為，而被稱為「被清理過後的

時爲準。」

31 多數見解認爲，將給與價值自受給與他方之「淨益」中扣除，乃回復到給與前之假設財產狀態解釋上當然。MünchKomm/Koch, aaO. (Fn. 16), § 1380 Rn. 20; Lüderitz/Dethloff, aaO. (Fn. 12), § 5 Rn. 122. 在方法論上，學說上有主張即應適用第1374條第2項，將此等給與，再計入受給與他方之「開始財產」，使於計算淨益時，透過終局財產與開始財產相減，而生扣除之效果。亦即學說上強調，第1374條第2項淨益分配標的排除之規定，於夫妻間之給與行爲仍應有適用，而反於德國實務認爲第1374條第2項於夫妻間給與無適用之見解（本文「貳、三、㈣」之說明）。Staudinger/Thiele, aaO. (Fn. 19), § 1380 Rn. 25. 學說上亦有指出，如欲與德國實務見解無違，而不適用第1374條第2項者，可在計算上直接自受給與他方之「終局財產」中扣除即可。Schwab in: Dieter Schwab (Hrsg.), Handbuch des Scheidungsrechts, 5. Aufl., München: Vahlen, 2004, Ⅶ Rn. 197, 203; Schwab, aaO. (Fn. 9), Rn. 282.

平衡債權」（bereinigte Ausgleichsforderung）。經此對於給與一方之追加，及對受給與之他方雙重扣除的計算過程，所得到的「被清理過後的平衡債權」數額，方為受給與之他方，其實際得請求之平衡債權數額[32]。

㈡適用之前提要件

故而，會產生須將夫妻間給與數額，以給與一方其預付其淨益平衡義務（即受給與他方預先受領其淨益平衡債權）的規範來處理者，其前提須是：*1.*給與一方係負有淨益平衡義務者（即受給與他方確實享有平衡債權）；且*2.*經給與一方「指定」將此計入平衡債權（「計入之指定」（Anrechnungsbestimmung），或依第一三八〇條第一項第二句被認為應計入平衡債權者（「無須指定之計入」（Anrechnung ohne Bestimmung））。如受給與他方並未享有平衡債權者，係給與一方享有平衡債權，則無第一三八〇條之適用，當事人間之淨益平衡數額，仍應回到第一三七八條之規定來加以確定[33, 34]。

---

32 MünchKomm/Koch, aaO. (Fn. 16), § 1380 Rn. 20.

33 BGH, Urteil vom 22. 4. 1982, FamRZ 1982, S. 778, 779; BGH, Urteil vom 10. 7. 1991, FamR 1991, S. 1169, 1171; Büte, Die Anrechnung von Vorausempfängen, FuR 2006, S. 289.
如夫有淨益60，妻有淨益70，妻曾自夫處受有無償給與50，本例中，受給與之妻並未享有淨益平衡債權，反而是夫享有，故無第1380條給與爲平衡債權之預先收領規定之適用。而且依下述德國實務見解，夫妻間給與仍爲分配之標的（本文「貳、三、㈣」之說明），故計算之過程中，妻提供分配之70，無庸先扣去50。依第1378條之規定，夫享有(70-60)/2 = 5之平衡債權。Schnellhammer, Familienrecht nach Anspruchsgrundlage, 4. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller, 2006, Teil 7 Rn. 690.

34 學說上尚有強調，淨益平衡債權須是大於或等於給與之數額。如無償給與受領之一方，其所受之給與數額，大於倘若未爲此等給與時的淨益平衡數額時，此

聯邦最高法院強調，第一三八〇條之「給與」（Zuwendung），須為對於給與者無請求權，亦即無對待給付之自願給付（Freiwillige Leistungen ohne Gegenleistung）[35]。一如德國民法第五一六條贈與規範中對於「給與」要件之定義，第一三八〇條之「給與」，其首先須具「無償性」（Unentgeltlichkeit）者，方屬得

時仍無法依第1380條來處理。以Büte, aaO. (Fn. 33), S. 289, 290之實例解說如下：

如妻自夫處曾受有贈與30，妻淨益爲50，夫淨益爲20。於倘未進行此等給與時，妻提供分配之淨益應爲50 - 30 = 20，夫爲20 + 30= 50，妻之淨益平衡債權之數額爲(50-20)/2 = 15，妻其預先受領之30中，尚有15不足被計入。

面對此一「溢出的預先給付」（überhöhter Vorwegleistung）部分，實務及學說見解認爲，須進行第二次之淨益分配計算，使受領給與之一方仍負有義務，依第1378條第1項提供分配，即返還半數於給與之他方。而進行第二次之淨益分配計算時，不再適用第1380條，而應依第1378條第1項，以原淨益爲計算基礎。承前揭例中，妻淨益50，夫淨益爲20。而且依下述德國實務見解，夫妻間給與仍爲分配之標的（本文「貳、三、㈣」之說明），故計算之過程中，妻提供分配之50，無庸先扣去30。故夫將對妻享有 (50-20)/2 =15之平衡債權。

申言之，第1380條雖就淨益平衡之預先受領加以規範，然並非排他之規範，其並不排斥進一步的淨益平衡。MünchKomm/Koch, aaO. (Fn. 16), § 1374 Rn. 23, § 1380 Rn. 2. 惟反對見解，主張無庸返還者認爲，第1380條第2項既已規定就受領部分加計回給與人之淨益，即應專以此規定爲斷，相關規定中並無法導出，應就此等溢出的預先給付再進行分配之規範。如欲使受領者返還，本應另求諸不當得利之規定或締約基礎喪失之理論。Staudinger/Thiele, aaO. (Fn. 19), § 1380 Rn. 4.

本文以爲，本例中，受給與之妻本未享有平衡債權，蓋其淨益(50)高於夫之淨益(20)，即如前註所述，此時並無所謂預先受領，當然無第1380條適用，本即應直接求諸第1378條之規定計算，而且依下述德國實務見解（本文「貳、三、㈣」之說明），夫妻間給與仍爲分配之標的，妻所受之贈與仍無法依第1374條計入其開始財產，故夫之平衡債權爲(50-20)/2=15。

35 BGH, Urteil vom 24. 2. 1983, FamRZ 1983, S. 351, 352; BGH, Urteil vom 20. 12. 2000, FamRZ 2001, S. 413; Büte, Zugewinnausgleich bei Ehescheidung, 3. Aufl., Berlin: ESV, 2006, Rn. 276.

計入平衡債權之標的[36]。配偶一方任何透過法律行為為他方創造財產上利益者均屬「給與」，除增益他方之積極財產外，減少他方之消極財產亦屬之，惟其不限於「贈與」，即無須是以給與人之財產，去使他方之財產受有利益者，由配偶以外之第三人加以給付亦屬之[37]。惟如給付具「有償性」者，即便「等價性」（Äquivalent）極小，仍非屬「給與」[38]。其次，實務上尚發展出須具備「自願性」（Freiwilligkeit）之要件者。如給付係為履行一定之義務者，則不屬之。如因扶養所為之經常性給付者，仍不屬計入平衡債權之標的[39]，惟其給付超過家庭扶養所應負擔之數額者，就超過之部分，仍得成為計入平衡債權之標的[40]。如夫妻間相互均有給與行為時，如給與較多之一方負有淨益分配義務時，學說上主張，應以雙方給與結算後之餘額（Saldo），計入平衡債權[41]。

而給與之進行，須是在夫妻財產制存續期間所為者，於夫妻財產制開始前或結束後之給與行為，即便當事人有指定計入，亦無涉第一三八〇條之適用[42]。被計入平衡債權「給與」其價值，依第一

---

36 MünchKomm/Koch, aaO. (Fn. 16), § 1380 Rn. 10 f.; Staudinger/Thiele, aaO. (Fn. 19), § 1380 Rn. 6.

37 MünchKomm/Koch, aaO. (Fn. 16), § 1380 Rn. 10 f.

38 MünchKomm/Koch, aaO. (Fn. 16), § 1380 Rn. 11.

39 因扶養義務所爲之經常性給付，即便因不具自願性而無法依第1380條計入平衡債權內，惟學說上強調，此並不影響其是否具有無償給付性格之判斷。MünchKomm/Koch, aaO. (Fn. 16), § 1380 Rn. 12.

40 BGH, Urteil vom 24. 2. 1983, FamRZ 1983, S. 351, 352; BGH, Urteil vom 20. 12. 2000, FamRZ 2001, S. 413; MünchKomm/Koch, aaO. (Fn. 16), § 1380 Rn. 12; Staudinger/Thiele, aaO. (Fn. 19), § 1380 Rn. 8.

41 Staudinger/Thiele, aaO. (Fn. 19), § 1380 Rn. 22; Büte, aaO. (Fn. 33), S. 289, 290.

42 MünchKomm/Koch, aaO. (Fn. 16), § 1380 Rn. 13; Staudinger/Thiele, aaO. (Fn. 19), § 1380 Rn. 11. 惟亦有認爲，於訂婚期間給與之財產，仍得以婚姻契約約定計入者。Büte, aaO. (Fn. 35), Rn. 278. 又，夫妻財產制結束後或離婚訴訟起訴後

三八〇條第二項第二句，以給與時為準。不問給與之標的及其價值，於夫妻財產制消滅時，是否仍存在[43]。即便於法定財產制消滅之時，此等給與已經不存在或貶值，仍應以給與時之價值計算。給與之貶值或滅失之危險，由受給與人承擔[44]。

㈢指定計入及無須指定之計入

學說上認為，透過「計入之指定」此一單方之獨立表示[45]，或符合第一三八〇條第一項第二句之規定而計入情形時，原本夫妻間之無償給與，因之被賦予一「備位原因」（Eventualcausa），其附有一停止條件，於給與之一方負有淨益平衡義務時生效。即於有第一三八〇條之適用時，其原有之法律上原因（Rechtsgrund）（如贈與）將因之解消，而不再被認為屬「贈與」。此時由「備位原因」取代之，從而修改了給與之原因（causa）[46]。

的給與行為，如經指定計入平衡債權者，其係屬直接對於淨益分配債務的清償或代物清償。MünchKomm/Koch, aaO. (Fn. 16), § 1380 Rn. 13 f.; Staudinger/Thiele, aaO. (Fn. 19), § 1380 Rn. 11; Büte, aaO. (Fn. 35), Rn. 278.

43 Staudinger/Thiele, aaO. (Fn. 19), § 1380 Rn. 10.

44 Lüderitz/Dethloff, aaO. (Fn. 12), § 5 Rn. 122; MünchKomm/Koch, aaO. (Fn. 16), § 1380 Rn. 21.

45 此一給與人之「指定」表示須有相對人受領，但無須得其承諾。故而，除非夫妻他方根本拒絕受領此等給與，否則，如夫妻他方受有此等給與，然卻拒絕此等指定者，仍應依第1380條之規定，逕將其計入淨益平衡債權內。Staudinger/Thiele, aaO. (Fn. 19), § 1381 Rn. 13. 學說上，亦有將此等「指定」理解為，構成「給與」其基礎之法律行為的要素者，蓋其將修改此一給與其原有之原因（causa）。MünchKomm/Koch, aaO. (Fn. 16), § 1374 Rn. 23, § 1380 Rn. 4; Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 5. Aufl., München: Beck, 2006, § 36 Rn. 79.

46 MünchKomm/Koch, aaO. (Fn. 16), § 1374 Rn. 23, § 1380 Rn. 5; Staudinger/Thiele, aaO. (Fn. 19), § 1380 Rn. 14. 惟如給與之夫妻一方其給與目的，僅專就未來發生的平衡債權，減少其數額者，學說上強調，此時此種「預為支付」

第一三八〇條第一項第一句中，將夫妻間之給與計入平衡債權之「指定」，學說上認為，給與之一方須於給與行為之前或同時為之，並得於給與之前，就特定或未來一切之給與進行指定，惟嗣後之單方指定不生效力[47]。此等計入平衡債權之「指定」的存在，由給與一方舉證之[48]。第一三八〇條第一項第一句關於給與一方「指定」計入平衡債權之規定，學說上被認為屬強行規定，此等指定計入規範之適用可能性，當事人間不得預先約定放棄[49]。惟過去已經被指定計入平衡債權之給與，當事人間仍得透過協議來免除計入平衡債權[50]。

此外，即便夫妻間並未明白為計入之表示，第一三八〇條第一項第二句另有規定「無須指定之計入」（Anrechnung ohne Bestimmung）之情形，即如就給與已超過依夫妻間生活關係屬於通常的「應時贈禮」之價值，有疑義時應視為計入平衡債權。故而，於當

（Vorauszahlung; Vorausleistung）之給付目的，與前述繫於發生與否不確定之「備位原因」不同，此時並不以第1380條來處理當事人間之關係，而無庸將其加入給與一方之財產中。如受領之配偶他方間，嗣後無平衡債權之發生，其當事人間給付屬目的不達，而應依第812條第1項第2句後段之不當得利規定，返還所受領之給與。MünchKomm/Koch, aaO. (Fn. 16), § 1380 Rn. 7; Staudinger/Thiele, aaO. (Fn. 19), § 1380 Rn. 5.

47 MünchKomm/Koch, aaO. (Fn. 16), § 1380 Rn. 4; Staudinger/Thiele, aaO. (Fn. 19), § 1380 Rn. 12, 15 f.; Bergschneider in: Schröder/Bergschneider (Hrsg.), aaO. (Fn. 23), Rn. 4.302.

48 OLG Düsseldorf, Urteil vom 17. 3. 1986, FamRZ 1988, S. 63, 64; Büte, aaO. (Fn. 35), Rn. 279.

49 MünchKomm/Koch, aaO. (Fn. 16), § 1380 Rn. 23; Staudinger/Thiele, aaO. (Fn. 19), § 1380 Rn. 31.

50 MünchKomm/Koch, aaO. (Fn. 16), § 1380 Rn. 6. 認爲不要式之協議已足；Staudinger/Thiele, aaO. (Fn. 19), § 1380 Rn. 16. 其雖主張以婚姻契約來免除計入，惟並不反對以不要式的協議行之。

事人是否指定計入平衡債權之意思不明時，給與是否超過通常的「應時贈禮」之價值，將成為是否應計入平衡債權之判別標準。「應時贈禮」除特定節慶或節日所為者（如耶誕節、新年、復活節）外，尚涵蓋其他事由所生者，如生日、結婚週年、考試或康復者[51]。是否超過通常之價值，並非依一般通常情形為斷，而係以夫妻間生活關係為斷，故此為一相對性的標準。即便一般而言係屬過多之給與者，在個案中依夫妻間生活關係亦可能屬通常之給與，而不計入平衡債權[52]。

學說上認為，前揭視為計入平衡債權之規定屬「解釋規則」（Auslegungsregelung），其適用之前提為，須已依一切解釋標準均無法確定出，給與人有或無將其給與計入平衡債權之意思者。故而，如果於個案中能確定得出，當事人並無將其給與計入平衡債權之意思時，仍不能計入之。如只是當事人於給與時，因未曾想到此一問題，而未有計入之表示者，於符合計入之要件時，仍應計入之[53]。

---

51 MünchKomm/Koch, aaO. (Fn. 16), § 1380 Rn. 15; Staudinger/Thiele, aaO. (Fn. 19), § 1380 Rn. 20.

52 Staudinger/Thiele, aaO. (Fn. 19), § 1380 Rn. 21. 第1380條第1項第2句視爲計入平衡債權之規定，爲德國實務上適用之重點，蓋其於淨益共同制中存續期間所爲之贈與，凡數額超過通常贈禮之價值者，嗣後均會因此規定，而被納入淨益分配之債權中。申言之，第1380條第1項第2句視爲計入平衡債權之規範，擴張了應計入平衡債權之標的範圍，但夫妻一方於給與時往往未料想到此一結果。Staudinger/Thiele, aaO. (Fn. 19), § 1380 Rn. 2.

53 Staudinger/Thiele, aaO. (Fn. 19), § 1380 Rn. 18. 然學說上亦有將第1380條第1項第2句之規定，認爲是對於當事人意思之「補充規定」（ergänzender Rechtssatz）。蓋此時當事人之表示中，並未對此等法律效果之發生提供任何基礎，法律效果係逕由法律規定所生。此與「解釋規則」係解釋當事人有疑義之意思其內容，當事人仍有發生法律效果之意思，兩者仍屬有間。MünchKomm/Koch, aaO. (Fn. 16), § 1374 Rn. 23, § 1380 Rn. 8.

第一三八〇條第一項第二句視為計入平衡債權之規定，學說上認為屬任意規定[54]。夫妻間得在個案中或一般性的協議，於有疑義時，即便應已超過通常贈與價值之給與，仍排除前揭第一三八〇條第一項第二句視為計入平衡債權之規定，惟此等協議應由受給與之他方舉證之[55]。

㈣不計入平衡債權時配偶間給與之處理

第一三八〇條規範於一定情形下，處理存在於夫妻間無償的「給與」（Zuwendung）之關係。如個案中有第一三八〇條之適用時，固不生問題。惟如無第一三八〇條之適用情形時（如給與之夫妻一方不願將其給與指定計入他方之平衡債權時），則此時是否可回頭適用第一三七四條第二項，而仍將配偶間給與所受領之標的物價值，排除於淨益分配之標的外，此即有重大實益。

德國實務見解認為，依第一三七四條第二項計入開始財產而排除於分配標的外者，限於來自第三人之給與，而夫妻間之贈與，並無第一三七四條第二項之適用。亦即，因配偶間贈與所受讓之標的價值，於夫妻財產制消滅時，仍為淨益分配之標的[56]。聯邦最高法

---

54 MünchKomm/Koch, aaO. (Fn. 16), § 1380 Rn. 24.

55 Büte, aaO. (Fn. 35), Rn. 279; Jaeger in: Kurt H. Johannsen/Dieter Henrich (Hrsg.), Eherecht, 4. Aufl., München: Beck, 2003, § 1380 Rn. 8.

56 BGH, Urteil vom 20. 5. 1987, FamR 1987, S. 791, 792; BGH, Urteil vom 14. 10. 1987, FamR 1988, S. 373, 374; BGH, Urteil vom 10. 7. 1991, FamR 1991, S. 1169, 1171.
就夫妻間之給與行爲，過去德國實務上在「配偶間贈與」（Ehegattenschenkung）外，另外提出「具婚姻關聯性之給與」（ehebezogene Zuwendung）、「以婚姻爲前提之給與」（ehebedingte Zuwendung）或「無名之給與」（unbenannte Zuwendung）概念，即給與時所基於之預想或期待，係以婚姻關係之存續，或基於婚姻而實現、建構、維護、確保婚姻共同生活所提出之數額者。典型的案例爲夫將由其所購買之房屋地基所有權之一半應有部分，逕移轉

院之理由為，須認為夫妻間給與無第一三七四條第二項之適用時，第一三八〇條所規定之計算步驟方能具有意義，否則，同一給與依第一三七四條第二項享有除外之特權，卻仍須置於第一三八〇條之計算規定下，將有矛盾[57]。

惟多數學說持反對見解，其認為無理由對第一三七四條第二項

給操持家務之妻。對此，由於夫妻間並無對待給付，此等財產增益其客觀上之無償性難以被加以否定，德國實務上因此另外發展出「主觀之無償性」（subjektive Unentgeltlichkeit）概念，來否認此爲贈與及其無償性。德國實務將此解爲：當事人間並非合意以無償來進行該給與，來否認其無償性。德國實務認爲，夫妻一方給與時之出發點，係爲了婚姻而將此一財產移轉與他方，以此提供作爲婚姻之實現及建構婚姻的貢獻。亦即夫妻間有認識到，此等給與行爲之進行並非毫無代價，而係爲補償他方過去的善行，並出於期待婚姻共同生活將繼續存續所爲者。經此，即欲使此等給與數額的返還，能置於相較於民法贈與規範更具彈性之淨益分配相關規定下行之，且傳統「法律行爲基礎喪失」理論因具補充性而無法適用。惟過去實務此等否認「具婚姻關聯性之給與」其無償性，而將其納入淨益分配客體的態度（BGH, Urteil vom 26. 11. 1981, FamR 1982, S. 246, 248），本爲學界所批評，蓋無理由因給與之「婚姻關聯性」而割裂其無償性之判斷，且限於以夫妻間之內部關係來肯認法律行爲之有償性，其有違贈與法制下對於無償性之定義。Schwab in: Schwab (Hrsg.), aaO. (Fn. 31), Ⅶ Rn. 134; Staudinger/Thiele, aaO. (Fn. 19), § 1380 Rn. 25; MünchKomm/Koch, aaO. (Fn. 16), vor § 1363 Rn. 18 f., § 1374 Rn. 23; MünchKomm/Koch, Bd. 3, 5. Aufl., München: Beck, 2008, § 516 Rn. 75 f. 而新的實務見解將夫妻間之給與行爲一概視爲淨益分配的客體，使「配偶間贈與」與「具婚姻關聯性之給與」間之區分不再必要，引起更大的批評。蓋配偶間之給與行爲本具無償性，本均應加入開始財產而不爲分配之標的。此外，即便欲透過淨益分配規定來請求返還過去贈與之價額，亦僅能請求返還半數而已。Staudinger/Thiele, aaO. (Fn. 19), § 1380 Rn. 25.

57 此外，聯邦最高法院並認爲，德國民法第1375條第2項關於應追價計算之減少終局財產行爲，其中之無償給與，解釋上限於對第三人之給與行爲，而不涵蓋夫妻間之給與行爲，故第1374條第2項之給與行爲，也應限於來自第三人之給與者，夫妻間之給與行爲並無適用。BGH, Urteil vom 20. 5. 1987, FamR 1987, S. 791, 792.

進行目的性限縮，而就第三人所為之贈與及夫妻間之贈與，在處理上異其效果，透過淨益分配之制度，在經濟上部分地撤銷夫妻間無償行為之效果，而使受給與之夫妻他方須返還半數予給與之夫妻一方。夫妻間贈與行為之效果及存續力，不應因此而被剝奪[58]。此外，如將夫妻間給與排除第一三七四條第二項之適用，其將導致該給與仍將存在於受給與他方之財產內，計算出之淨益分配數額，仍將與適用第一三八〇條計入平衡債權時之結果相同[59]，此將導致可依第一三八〇條不指定計入平衡債權之行為，毫無效果可言[60]。故而學說上強調，夫妻間之無償給與行為，在個案中無法依第一三八〇條計入平衡債權時，仍應適用第一三七四條第二項計入開始財產，而自淨益之範疇中扣除，此等給與不應成為淨益分配之標的。

四、分　析

㈠有條件地以淨益分配預付規範，來處理夫妻間無償給與行為

觀察德國法下對於夫妻間無償給與行為之規範，其特徵首先為並無相對應於下述瑞士民法第一六四條及我國民法第一〇一八條之

58 MünchKomm/Koch, aaO. (Fn. 16), § 1374 Rn. 23; Staudinger/Thiele, aaO. (Fn. 19), § 1380 Rn. 25; Erman/Hokelmann, BGB, Bd. Ⅱ, 11. Aufl., Köln: Otto Schmidt, 2004, § 1374 Rn. 7; Soergel/Lange, BGB, Bd. 7, 12. Aufl., Stuttgart: Kohlhammer, 1989, § 1374 Rn. 14; Finke in: BGB-RGRK, Bd. Ⅳ Teil 1, 12. Aufl., Berlin: de Guyter, 1984, Rn. 18.

59 即如「肆、三、㈡、*2.*、⑶」所述，採預付說所得出之淨益分配數額，將與不將給與價額視爲無償取得（即將給與價額視爲有償取得）時，算出之結果相同。

60 Staudinger/Thiele, aaO. (Fn. 19), § 1380 Rn. 25, § 1374 Rn. 37. 學說上有指出，得將給與價值，逕自終局財產中扣除，使與前揭夫妻間之贈與並無第1374條第2項適用的實務見解不相違，Schwab in: Schwab (Hrsg.), aaO. (Fn. 31), Ⅶ Rn. 197, 199, 203.

一供他方自由處分之「自由處分金」規範，即並未在規範上針對此類給與行為於一定要件下（如從事家務勞動或協助他方營業時）另外處理其請求或協議可能性。故而，在德國法下，即便夫妻間基於協議而取得此類「自由處分金」，其仍是在夫妻間無償給與行為概念下，來處理其於法定財產制消滅時之相關問題。

其次，夫妻間倘曾進行無償給與行為，第一三八〇條另外規範其於法定財產制消滅時之處理。然夫妻間之無償給與行為，並非當然地均依第一三八〇條將此等給與之價值，以淨益分配義務之「預先給付」（即他方淨益分配請求權之「預先受領」）來處理。如欲適用第一三八〇條之特別規範，將夫妻間於婚姻期間之給與計入平衡債權內，須是經給與之夫妻一方於給與時，有指定將其計入者，或於給與之一方意思不明，而給與超過依夫妻間生活關係屬通常的「應時贈禮」之價值時，方得依法計入。欲適用第一三八〇條來處理夫妻間之無償給與，不僅其成立要件嚴格，規範中更明白規定了計算步驟。

再者，欲適用第一三八〇條，尚須以受給與之夫妻他方於稍後法定財產制消滅時，享有平衡債權為前提，如此方能將給與計入受給與人之平衡債權中，而實際得請求之平衡債權數額將因已經預付過而縮減。另外，於確定雙方作為淨益分配之標的上，在預付想法之要求下，須將其回復到彷彿未進行給與時之假設狀態，故在第一三八〇條規範中明文，在計算上須將給與之價值計回給與之夫妻一方的財產內，有爭議者，僅是如何將此等給與自受給與人之財產中扣除，方法論上有直接自受給與人之終局財產中扣除，或加入受給與人之開始財產中兩種方式。如夫妻間無償給與之行為有第一三八〇條規範之適用時，原給與價值將會透過淨益分配的過程，由給與

人索回半數，亦即受給與人僅能保有給與價值之半數[61]。

㈡夫妻間無償給與行為之處理，呈現出雙軌之面貌

德國法下對於夫妻間無償給與行為於法定財產制下之處理，將因是否能有第一三八〇條預先給付規範之適用，實質上呈現出雙軌之面貌。在無第一三八〇條之適用時，仍須回到傳統第一三七八條規範來進行淨益分配，惟此時對於夫妻間之無償給與行為，是否屬於第一三七四條第二項中不屬分配標的之贈與，實務見解與學說間則呈現出尖銳的對立狀態。如學說上所強調，第一三七四條第二項所排除作為分配標的之「贈與」，本不因其來自配偶或第三人而有所不同，條文中也未就此進行區分，故對於夫妻間贈與行為其無償之本質，並不因第一三八〇條另有就夫妻間給與行為加以規範，而受到影響，其仍應被排除在分配標的外。又如同德國學說上所強調，如逕否定來自配偶之給與其無償性，仍能透過淨益分配規範被索回半數，產生與適用第一三八〇條預付規範相同之結果，此將使第一三八〇條預付規範之適用前提要件成為具文。

本文亦認為，除第一三八〇條規範有適用之情形下，在相關規範中都無法導出無意使夫妻一方終局保有來自夫妻他方之給與的意旨時，即不應使第一三八〇條之價值放射到其無法適用之案例事實內，令給與人得透過第一三七八條淨益平衡之規範，索回給與價值之半數。申言之，於無第一三八〇條適用之情形下，僅以當事人間具有婚姻關係，即強行擬制其間之給與行為具有償之性格，而須提供分配，係扭曲淨益分配規範之功能，掏空了原本應另依照民法債編中贈與規範中關於贈與物返還及法律行為基礎喪失規範之功能，

61 如「肆、三、㈡、*2.*、⑶」所述，剩餘財產分配義務預付之計算方式所得出之淨益分配數額，將與不將給與價額視爲無償取得（即將給與價額視爲有償取得），而須納入分配標的所算出之結果相同。

並使第一三七八條淨益平衡之規範承載過多的功能。夫妻間之贈與，與第三人對夫妻一方進行贈與兩者間，其無償之本質並無不同，不應因給與當事人間是否有婚姻關係而異其處理。

參、瑞士民法法定財產制下夫妻間贈與行為與自由處分金之規範

一、因贈與而有所取得之規範

㈠舊法下之贈與取得並非分配之標的

我國民法法定財產制舊制聯合財產制所仿效的對象，一九〇七年制定、一九一二年生效之瑞士民法舊法，夫妻財產制之「通常財產制」（ordentlicher Güterstand）為「聯合財產制」（Güterverbindung）（舊法第一七八條）[62]。於聯合財產制消滅時，依舊法第二一四條之規定，須就婚姻關係中之「盈餘」（Vorschlag）進行分配[63]，妻將能就此盈餘分配三分之一，夫取得三分之二。此一就

62 於聯合財產制下，「婚姻財產」（eheliches Vermögen）係由夫妻雙方結婚時屬於夫妻之財產，與婚姻存續期間其所取得之財產組成（舊法第194條第1項）。亦即「婚姻財產」係由妻之「原有財產」（eingebrachtes Gut）、夫之「原有財產」（均含結婚時所有之財產，與於婚姻存續期間，因繼承或其他方式無償取得之財產）以及夫於婚姻關係中有償取得之財產（即「取得財產」（Errungenschaft））三個部分所組成。

63 「盈餘」係以聯合財產制消滅時「婚姻財產」之淨值，與「原有財產」之淨值間的差額，並須將其上所負擔之債務及補償義務扣除（所謂「總額法」（Brutto-Methode））來計算出，或計算上直接以「取得財產」數額爲基礎，扣除其所負之債務及補償義務行之（所謂「淨額法」（Netto-Methode））。Hegnauer, Grundriss des Eherechts, 1. Aufl., Bern: Stämpfli, 1979, S. 154 f. 學說上並強調，「盈餘」僅爲計算上之結果、概念，且須扣除債務、償還以原有財產所清償之債務及支付補償義務（瑞士民法舊法第209條），而與「取得財

盈餘加以分配之規範，被認為構成瑞士民法「通常財產制」之著名特徵[64]。

舊法第二一四條固未明定不屬分配之標的，惟分配之標的既限於「盈餘」，其係指於聯合財產制存續期間「婚姻財產」之「淨收益」（Reingewinn），在計算上或以「取得財產」為基礎，或以「婚姻財產」扣除「原有財產」之數額為基礎來計算出，「原有財產」不屬分配標的實屬當然。而在婚姻存續期間「無償取得」之財產，本被納入舊法第一九五條第一項「原有財產」之法定定義下[65]，其不存在於「取得財產」或「盈餘」之範疇內。故而，因贈與而有所取得時，並非分配之標的。而即便是婚姻存續期間夫妻間之贈與，瑞士聯邦法院認為，此時亦得該當於此處之無償取得，此諸如夫為了自己死亡時以妻為受益人之生存保險繳交保費，來對於妻進行之無償給與[66]。故而，夫妻一方因贈與而有所取得，無論其係來自第三人或夫妻他方之贈與，本無須將此等取得提供分配。

㈡新法下之贈與取得仍非分配之標的

瑞士民法於一九八四年十月五日大幅修正其婚姻法制，並於一

產」不同，後者係存在於具體之標的上。Tuor/Schnyder, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 9. Aufl., Zürich: Schulthess, 1975, S. 195 f.; Hegnauer, aaO., S. 142.

64 Tuor/Schnyder, aaO., S. 206.

65 依瑞士民法舊法第195條第1項規定，妻於結婚時所有之財產，與於婚姻存續期間，因繼承或其他方式無償取得之財產，屬其「原有財產」，保有所有權。而此一對妻之「原有財產」範圍的定義，學說上強調亦適用於界定夫之「原有財產」範圍。Tuor/Schnyder, aaO. (Fn. 63), S. 193.

66 BGE 82 Ⅱ, Urteil vom. 19. 4. 1956, S. 94, 100. 本判決取自瑞士聯邦法院網站（http://www.bger.ch，最後瀏覽日：2009年9月1日）; Hegnauer, aaO. (Fn. 63), S. 140.

九八八年元旦生效，通常財產制改稱為「所得分配制」（Errungenschaftsbeteiligung）（第一八一條）。第一九六條規定，此係由夫妻雙方之「取得財產」（Errungenschaft）及雙方之「固有財產」（Eigengut）所組成，夫妻雙方之財產，不是「取得財產」，即屬「固有財產」[67]。

於「所得分配制」下，分配之標的仍為「盈餘」（Vorschlag），第二一五條規定配偶對於「盈餘」之參與分配比例為二分之一，以夫妻雙方交互分配方式行之[68]。「盈餘」定義在第二一一條第一項，為前揭「取得財產」之總價值，範圍涵蓋「追加計算」進來之財產價值，及對於固有財產之「補償請求權」，並扣除其所負擔之債務（含對於固有財產之補償義務）後，所剩餘者[69]。「取得財產」定義在瑞士民法第一九七條第一項，其係指配偶於夫妻財產制存續期間內，有償取得之財產價值[70]。

與「取得財產」相對者，為「固有財產」，後者並非分配之標的。「固有財產」得依法發生或約定行之。法定「固有財產」列舉在新法第一九八條，含專屬配偶個人使用之物（第一款）、於財產制開始時屬於配偶或開始後其因繼承或其他無償取得其價值（第二款）、因慰撫金之請求權（第三款）、及為補償固有財產所購置之

67 Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Aufl., Zürich: Schulthess, 2009, § 32 Rn. 3.

68 瑞士民法第215條：「（第1項）各配偶及其繼承人，就他方之盈餘半數，有權加以取得。（第2項）債權應抵銷之。」

69 故有謂其並非就構成「取得財產」之具體財產標的所進行的「所得分配」，實際上係就「取得財產」之價值所進行的「盈餘分配」（Beteilung am Vorschlag）者。Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, aaO. (Fn. 67), § 32 Rn. 17.

70 瑞士民法第197條第2項並例示，「取得財產」其涵蓋勞動所得、個人福利機構、社會保險、社會福利機構之給付、喪失勞動能力之補償、「固有財產」之收益、及取得財產之替代物（Ersatzanschaffungen）。

物（第四款）[71]。第一九八條第二款之「無償取得」，學說上認為依規範目的應採取廣義解釋其涵蓋債務免除、債務清償[72]。履行道德上之義務亦屬之[73]。

㈢不區別由第三人或由配偶他方所得之贈與，均非分配之標的

瑞士學說並強調，無償之取得，不論是由第三人或由配偶他方所為之贈與，均該當於第一九八條第二款之「固有財產」[74]。故而，因贈與而有所取得，無論該贈與係來自第三人或配偶他方，均與「取得財產」或「盈餘」無涉，而無庸提供分配。惟如基於婚姻之扶養義務，夫妻間一方自他方所取得之金錢數額時，瑞士學說上認為仍構成「取得財產」，而須提供分配。蓋扶養之給付，有其特定之給付目的，且往往會被優先拿出來消費，如未依照該特定之目的加以花用，而省下有剩餘時，即應使原給付之夫妻一方參與分配。此外，學說上認為，扶養之給付係夫妻間對於婚姻共同生活之

---

71 此內容大致上為瑞士民法舊法時代非分配標的「原有財產」或不屬聯合財產之「特有財產」。當事人並得依瑞士民法第199條，將用於職業或營業之取得財產的價值，或固有財產之收益此等本屬「取得財產」範疇者，約定成「固有財產」。而在舊法下，妻用於職業或營業之取得財產的價值，本係屬法定「特有財產」（舊法第191條第2款）。

72 Hausheer/Aebi-Müller in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, ZGB I, 3. Aufl., Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2006, Art. 198 ZGB Rn. 17; Hausheer/Reusser/Geiser in: Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. Ⅱ/1/3/1, Bern: Stämpfli, 1991, Art. 198 ZGB Rn. 36.

73 Hausheer/Aebi-Müller, aaO., Art. 198 ZGB Rn. 24; Hausheer/Reusser/Geiser, aaO., Art. 198 ZGB Rn. 37.

74 Hausheer/Aebi-Müller, aaO. (Fn. 72), Art. 198 ZGB Rn. 23. 此外，Hausheer/Reusser/Geiser並援引前揭舊法時代聯邦法院實務（BGE 82 Ⅱ, Urteil vom 19. 4. 1956, S. 94, 98, 100）之見解，認為不區別由第三人或由配偶他方所為之贈與，均無庸提供分配。Hausheer/Reusser/Geiser, aaO. (Fn. 72), Art. 198 ZGB Rn. 36.

需求基於協力與共同投入所為者，而並非無償之提出[75]。

二、第一六四條自由處分金請求規範之導入

㈠基本理念

於瑞士民法舊法下，本並無夫妻間請求自由處分金之規範。瑞士民法一九八四年十月五日大幅修正婚姻法制時，於第二編家庭法第一章婚姻法第五節婚姻之一般效力中，導入了第一六四條「自由處分金」（Betrag zur freien Verfügung; Freibetrag）條款[76]。「自由處分金」規定延續第一六三條第二項中[77]，所確立之營業勞動與家務活動同等重要之想法。其基本想法為：從事營業活動之配偶對於其收入，於扶養家庭所需的範圍外，均可自由加以處分，然而從事家務活動之配偶在「家庭生活費」（「家用金」）（Haushaltgeld）之管理上，其使用目的卻受有限制。為緩和此等在「法定財產制」及「分別財產制」下，均會產生夫妻間經濟地位實際上不平等的現象，瑞士國會為此等照料家務、照顧子女或協助他方職業或

75 Hausheer/Reusser/Geiser, aaO. (Fn. 72), Art. 197 ZGB Rn. 26, 124; Hausheer/Aebi-Müller, aaO. (Fn. 72), Art. 197 ZGB Rn. 43. 此外，由第三人對於夫妻一方履行其法定扶養義務所為之給付，於瑞士法下，學說上受立法理由之影響，亦認為是「取得財產」。Hausheer/Reusser/Geiser, aaO. (Fn. 72), Art. 197 ZGB Rn. 26, 125; Hausheer/Aebi-Müller, aaO. (Fn. 72), Art. 197 ZGB Rn. 44.

76 瑞士民法第164條：「（第1項）配偶，其照料家務、照顧子女或協助他方之職業或營業者，得請求他方經常性支付適當之數額，供其自由處分。（第2項）於確定此等數額時，應考量到有權請求之配偶其自己收入，及對於家庭、職業或營業相當的預防照顧金（Vorsorge）。」

77 瑞士民法第163條：「（第1項）配偶各自依其能力，共同照料應有的家庭扶養。（第2項）配偶對於各自所提出之貢獻，取得一致意見，此特別是透過支付金錢、照料家務、照顧子女或協助他造之職業或營業者。（第3項）對此，配偶應考慮婚姻共同生活之需求，及配偶之個人情事。」

營業的配偶，創設出得對於他方要求經常性支付適當數額，供其自由處分之請求權，使其在財務上能與從事營業活動之配偶享有相同的行為空間。因從事家務活動而放棄了職業行為，致毫無收入或僅有少數收入的配偶，因此將能如配偶他方般，依自己選擇來滿足個人之需求[78]。此並能維持其一定之經濟獨立性[79]。對創設此一「自由處分金」之立法，學說上並有謂，家務並非被動的職務，其根本應當是婚姻共同生活之中心。故對於從事營業活動之配偶收入之分享，係從事家務活動之一方的權利（Recht），而非受有恩賜之行為（Gnadenakt）[80]。

㈡法律所規定之請求權

第一六四條「自由處分金」請求權，為親屬法下之獨立請求權。其在法典體例上係與其他條文一併置於「家庭扶養」（Unterhalt der Familie）之頁邊標題（Randtitel）下，而被認為屬「家庭扶養」之一部者，然學說上也有強調，其本質上仍與家庭扶養有別[81]。其被認為與「零用金」（Taschengeld）有別，蓋「自由

78 參見Hegnauer/Breitschmid, Grundriss des Eherechts, 2. Aufl., Bern: Stämpfli, 1987, Rn. 16.38及Hasenböhler/Opel, in: Basler Kommentar, (Fn. 72), Art. 164 ZGB Rn. 1所引之立法理由。瑞士聯邦法院實務亦採此見解，BGE 114 Ⅲ, Entscheid vom 9. 8. 1988, S. 78, 81 f.; BGE 115 Ⅲ, Entscheid vom 18. 8. 1989, S. 103, 107.

79 Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 3. Aufl., Bern: Stämpfli, 2007, Rn. 08.27.

80 Hegnauer/Breitschmid, aaO. (Fn. 78), Rn. 16.38.

81 多數學說認爲，「自由處分金」既置於「家庭扶養」之頁邊標題下，仍屬「家庭扶養」之一部者。Hasenböhler/Opel in: Basler Kommentar, aaO. (Fn. 72), Art. 164 ZGB Rn. 19; Weimar, Zur Kritik des neuen Eherechts, SJZ 1985, S. 205, 206. 惟學說上強調兩者有別者認爲，扶養費係爲家庭扶養而支付，「自由處分金」係對從事家務活動之配偶給付。扶養費係依配偶生存地位及給付能力，爲其生存之必要及有助於此之範圍內而支付，「自由處分金」其所滿足配偶之需求，

處分金」在數額上其可滿足生存必要範圍以外之需求，且係法律所規定之請求權[82]。此外，聯邦法院之實務見解認為，「自由處分金」亦非屬家庭主婦之薪資（Hausfrauenlohn），即並非家務勞動之價金[83]。學說上強調，蓋工資為勞動之價金，其無待考慮雇主之經濟情事而當然發生，然「自由處分金」須於配偶支付扶養義務及「預防照顧金」後，尚有剩餘（Überschuss）始發生[84]。

㈢請求自由處分金之要件

如欲依第一六四條享有「自由處分金」請求權，首先須為夫妻分別執行營業活動及家務活動，其原本係針對傳統夫妻之任務分工、功能分配（Aufgebenteilung; Funktionszuweisung）之型態（所謂「家庭主婦婚」或「家庭主夫婚」（Hausfrau- bzw. Hausmann-sehe））加以規範，而較不傾向於夫妻雙方均投入職場的情形[85]。惟學說上強調，如從事家務活動之夫妻一方，其亦有部分工時之工

已超過此範圍之外。Hegnauer/Breitschmid, aaO. (Fn. 78), Rn. 16.48.

82 Stoessel, Einige Bemerkungen zu den Artikeln 164 und 165 des neuen Eherechts, SJZ 1985, S. 260, 261; Hegnauer/Breitschmid, aaO. (Fn. 78), Rn. 16.47; Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, aaO. (Fn. 67), § 28 Rn. 21. 在瑞士學說之概念中，「零用金」（Taschengeld; Nadelgeld）僅係就個人之基本需求加以滿足，此在執行法上屬最低生存限度（Existenzminimum）者，而不得加以扣押。然而透過「自由處分金」所能滿足之範圍超過於此，蓋即便花費昂貴、超出個人基本需求者亦屬之。故「自由處分金」有別於「零用金」，於最低生存限度範圍外，仍屬可扣押之標的。Hasenböhler/Opel in: Basler Kommentar, aaO. (Fn. 72), Art. 164 ZGB Rn. 20.

83 BGE 114 Ⅲ, Entscheid vom 9. 8. 1988, S. 78, 81; Hegnauer/Breitschmid, aaO. (Fn. 78), Rn. 16.47; Hasenböhler/Opel in: Basler Kommentar, aaO. (Fn. 72), Art. 164 ZGB Rn. 19.

84 Hegnauer/Breitschmid, aaO. (Fn. 78), Rn. 16.47.

85 Hegnaur/Breitschmid, aaO. (Fn. 78), Rn. 16.39; Hasenböhler/Opel in: Basler Kommentar, aaO. (Fn. 72), Art. 164 ZGB Rn. 3.

作行為時，如後者相較於其家務活動不具重要性，且部分工時之工作仍無法滿足其進一步個人需求時，仍有此一請求權[86]。倘夫妻雙方共同投入職場，收入程度大約相同，且雙方投入家務勞動程度大約相同，則無此請求權[87]。學說上並強調，從事家務勞動之一方，除有健康之因素外，須實際上有就照料家務、照顧子女或協助他方之職業或營業提出給付者，方得請求「自由處分金」[88]。

其次，從事家務活動之配偶其收入，必須財務上明顯劣於從事營業活動之配偶。蓋本條之規範目的，在平衡夫妻間之財務落差，故須從事家務活動之配偶，並未享有與營業活動配偶他方相同之行為空間時，始有「自由處分金」請求權。倘若從事家務活動之配偶，因其部分工時之營業活動、參與他方之勞動或自其財產而有收益，且此使其在經濟上之行為空間，與從事營業活動之他方相當時，將無此請求權[89]。

---

86 Hasenböhler/Opel in: Basler Kommentar, aaO. (Fn. 72), Art. 164 ZGB Rn. 4.

87 Hegnaur/Breitschmid, aaO. (Fn. 78), Rn. 16.39; Hasenböhler/Opel in: Basler Kommentar, aaO. (Fn. 72), Art. 164 ZGB Rn. 6; Bräm in: Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. Ⅱ/1/c, 3. Aufl., Zürich: Schulthess, 1998, Art. 164 ZGB Rn. 9.
惟學說上指出，倘夫妻雙方均爲投入營業活動，僅一方兼爲家務活動者，後者並非自始無第164條之適用，如依具體之家庭情事，其收入無法使其具有得自由處分之適當金額者，其仍得依本條請求「自由處分金」。Hasenböhler/Opel in: Basler Kommentar, aaO. (Fn. 72), Art. 164 ZGB Rn. 5; Bräm, aaO., Art. 164 ZGB Rn. 9.

88 Hasenböhler/Opel in: Basler Kommentar, aaO. (Fn. 72), Art. 164 ZGB Rn. 7. 學者Weimar認爲，因疾病而無法從事家務活動者，仍得請求「自由處分金」。Weimar, aaO. (Fn. 81), S. 205, 206.

89 Hegnauer/Breitschmid, aaO. (Fn. 78), Rn. 16.40; Hasenböhler/Opel in: Basler Kommentar, aaO. (Fn. 72), Art. 164 ZGB Rn. 9, 16.

最後，從事營業活動之配偶須具給付能力，其收入允許支付此等「自由處分金」者，即須有「剩餘」（Überschuss）者[90]。學說上指出，從事營業活動之夫妻一方，支出應負擔的家庭扶養費用、對非與配偶所生的子女之扶養費用、及夫妻之個人基本需求後，如已占據其收入之全額而無剩餘時，從事家務活動之他方仍無「自由處分金」請求權[91]。從事營業活動之夫妻一方，其收入是否尚有剩餘，依第一六四條第二項，尚需考量其須為預防照顧金（Vorsorge）所需留存之款項者[92]。其立法之意旨在於，理性之儲蓄或投資不應被阻礙[93]。

在決定應支付之「自由處分金」數額上，第一六四條第一項要求為「適當」（angemessen）之數額。學說上指出，「自由處分金」數額應斟酌一切情事來加以決定，此涵蓋從事營業活動之配偶其所能支配之數額[94]。學說尚有主張，從事營業活動之夫妻一方所

90 Hasenböhler/Opel in: Basler Kommentar, aaO. (Fn. 72), Art. 164 ZGB Rn. 12. 此等收入須爲有效的收入，而非以假設性的收入或假設性的財產收益爲基礎。蓋此時無法期待從事營業活動之配偶，其須另外資助他方額外的需求。Hasenböhler/Opel in: Basler Kommentar, aaO. (Fn. 72), Art. 164 ZGB Rn. 13; Bräm, aaO. (Fn. 87), Art. 164 ZGB Rn. 26.

91 Hegnauer/Breitschmid, aaO. (Fn. 78), Rn. 16.41; Hasenböhler/Opel in: Basler Kommentar, aaO. (Fn. 72), Art. 164 ZGB Rn. 12.

92 關於家庭的預防照顧金，諸如爲平衡因年老、傷殘、死亡、疾病、意外、失業等後果所爲之花費，或準備金，而職業或營業預防照顧金可包括，在職進修教育或建立營業所需之數額或準備金等。Hegnauer/Breitschmid, aaO. (Fn. 78), Rn. 16.43; Hasenböhler/Opel in: Basler Kommentar, aaO. (Fn. 72), ZGB Art. 164 Rn. 18. 爲此所留存之預防照顧金數額，第164條第2項條文中係使用「具負責意識」（verantwortungsbe-wusst）之形容措辭，其意義爲「適當比例」（das den Verhältnissen Ange-messene）之意。Hegnauer/Breitschmid, aaO. (Fn. 78), Rn. 16.43.

93 Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, aaO. (Fn. 67), § 28 Rn. 21.

94 Hegnauer/Breitschmid, aaO. (Fn. 78), Rn. 16.45.

為之自由花費，將可作為從事家務活動他方請求「自由處分金」時之數額標準，蓋夫妻間就個人進一步需求的滿足，請求彼此應具有相同程度的財務活動空間，係符合夫妻間得請求相同生活水準的立法意旨[95]。惟從事營業活動之配偶具有高額收入，而能有高額的剩餘時，此等「自由處分金」數額，不應即為此剩餘部分之半數，蓋「自由處分金」之請求，不應成為所得分配之預先進行（antizipierte Errungenschaftsbeteiligung）[96]。

夫妻間就此一「自由處分金」之請求權有爭議時，依第一七三條第二項之規定，得請求法院確認應得的數額[97]。故而，第一六四條「自由處分金」之規定為一具有完整執行力之規範[98]。「自由處

95 Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, aaO. (Fn. 67), § 28 Rn. 21; Hasenböhler/Opel in: Basler Kommentar, aaO. (Fn. 72), ZGB Art. 164 Rn. 14. 倘從事營業活動之配偶，其收入之剩餘，僅夠滿足「有限的」其他需求時，從事家務活動他方僅能請求剩餘半數，而從事營業活動之配偶其所能支配的花費將因之縮減。Hegnauer/Breitschmid, aaO. (Fn. 78), Rn. 16.44.
惟若從事營業活動之夫妻一方極端節儉，而此依其家庭經濟情事非屬必要者，且選擇此等生活方式爲其單方所決定時，從事家務活動他方所能請求「自由處分金」數額，仍不以前者之花費爲限，而仍得請求客觀適當之數額。Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, aaO. (Fn. 67), § 28 Rn. 21; Stamm, Der Betrag zur freien Verfügung gemäss Art. 164 ZGB, Freiburg: Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1991, S. 115; Weimar, aaO. (Fn. 81), S. 205, 206. 惟學說上也強調，如此等極端節儉之生活方式係由配偶雙方所合意選擇時，此仍將於決定「自由處分金」數額時，納入考量。Hasenböhler/Opel in: Basler Kommentar, aaO. (Fn. 72), Art. 164 ZGB Rn. 17.

96 Hegnauer/Breitschmid, aaO. (Fn. 78), Rn. 16.45; Hasenböhler/Opel in: Basler Kommentar, aaO. (Fn. 72), Art. 164 ZGB Rn. 14.

97 瑞士民法第173條：「（第1項）法院基於配偶一方之聲請，確定家庭扶養之金錢數額。（第2項）法院亦基於配偶一方之聲請，爲照料家務、照顧子女或協助他造之職業或營業之配偶，確定數額。（第3項）對於未來之給付，及提出聲請之前一年之給付，得加以請求。」

98 Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, aaO. (Fn. 67), § 28 Rn. 22.

分金」請求權本質上為高度屬人之權利，故不得移轉他人[99]。實務見解亦強調，其為強行法規，故不得預為放棄「自由處分金」之請求權[100]。

㈣於通常財產制下之處理：屬「取得財產」，剩餘須提供分配

如前所述，由配偶他方所為之贈與為「無償取得」，於通常財產制下屬第一九八條之「固有財產」。而「固有財產」並非第二一五條「所得分配制」下之分配標的。故而，自配偶他方所得之贈與無庸提供分配。

然對於配偶間基於「自由處分金」而有所取得，一如前揭對於基於法定扶養義務而有所取得，學說上仍強調其並非無償取得，如省下而有剩餘時，其仍納入分配之標的。從事家務活動之配偶對於他方「自由處分金」之數額，學說上固認為不屬第一九七條第二項第一款關於「取得財產」所例示出的「勞動所得」（Arbeitserwerb），蓋其並無勞動的價金之內涵[101]，然多數學說仍援引國會立法時將所有扶養之給付均置於「取得財產」下的立法理由，認為基於「自由處分金」規定而有所取得者，亦屬於第一九七

99 Hasenböhler/Opel in: Basler Kommentar, aaO. (Fn. 72), Art. 164 ZGB Rn. 19. 惟另有學說認爲基於「自由處分金」而有所取得者，其並非「工資」（Lohn），但仍非無償取得，其仍屬作爲扶養之一部的收入（Einkommen），而仍能符合第197條第2項第1款之「勞動所得」。Hausheer/Reusser/Geiser in: Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. Ⅱ/1/2, 2. Aufl., Bern: Stämpfli, 1999, Art. 164 ZGB Rn. 40; Hausheer/Reusser/ Geiser, aaO. (Fn. 72), Art. 197 ZGB Rn. 124.

100 而與此相對者，就已發生之個別具體給付，得加以放棄。BGE 114 Ⅲ, Entscheid vom 9. 8. 1988, S. 78, 82; Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, aaO. (Fn. 67), § 28 Rn. 22; Hausheer/Reusser/Geiser, aaO., Art. 164 ZGB Rn. 32.

101 Hausheer/Aebi-Müller, aaO. (Fn. 72), Art. 197 ZGB Rn. 5, 13.

條「取得財產」範疇，而不構成第一九八條之無償取得[102]。學說上並有援引第二〇〇條第三項舉證責任之規定[103]，即配偶之所有財產，於為相反之證明前，為「取得財產」[104]。

除前揭立法理由外，學說上雖反對將「自由處分金」作為放棄職業活動之對價或家務勞動之補償，然卻認為不將「自由處分金」定性為無償取得，仍置於「取得財產」之範疇下者，除援引前揭立法文獻為據外，其理由為：從事營業活動之配偶，其為滿足個人額外需求所自由處分數額的來源，大多來自於勞動所得，此屬於「取得財產」之範疇。故而，從事家務勞動之配偶，其取得之「自由處分金」亦應作相同處理，始合乎邏輯。因此，如果配偶有將其「自由處分金」節省下來，於夫妻財產制關係解消時，仍應將其計入「淨益」之範疇內，納入分配之標的[105]。

三、分　析

㈠夫妻間贈與仍非分配之標的，並非以有償取得或分配預付來加以處理

在瑞士民法之法定財產制即「所得分配制」下，學說上延續舊法時代之實務見解，強調其並不區別夫妻間之贈與或來自第三人之

102 學說上其立法理由均係援引Botschaft, N. 214.2.。如Hegnauer/Breitschmid, aaO. (Fn. 78), Rn. 16.49; Stamm, aaO. (Fn. 95), S. 158; Hausheer/Reusser/Geiser, aaO. (Fn. 99), Art. 164 ZGB Rn. 40. 並參見Hausheer/Aebi-Müller, aaO. (Fn. 72), Art. 197 ZGB Rn. 5; Hegnauer/Breitschmid, aaO. (Fn. 78), Rn. 26.27.

103 瑞士民法第200條：「（第1項）就特定之財產價值，主張係屬配偶一方或他方所有者，就此須加以證明。（第2項）如無法提出此一證明者，視爲配偶雙方共有。（第3項）配偶之一切財產，於相反之證明前，爲取得財產。」

104 如Hegnauer/Breitschmid, aaO. (Fn. 78), Rn. 16.49.

105 Stamm, aaO. (Fn. 95), S. 158.

贈與，兩者均屬第一九八條第二款所列舉之「無償取得」，屬「固有財產」，並非分配的標的。瑞士法下未見將夫妻間贈與另以有償取得來加以處理之討論，而此與德國法實務之發展迥異。故而，在瑞士法下，自配偶處取得之贈與，而於通常財產制消滅時無須納入分配。此外，在瑞士法規範下，亦無相對應於德國民法第一三八〇條，將夫妻間之給與於一定情形下另以分配之預付或預先受領來加以處理的規範，學說上亦未見將此以預付或預先受領來處理的討論。故而，夫妻間之給與，如未涉及基於自由處分金規範而取得者，其仍為第一九八條第二款「無償取得」要件之內涵所涵蓋。

㈡以有償取得來處理依「自由處分金」規範之取得，說理上仍有不足

瑞士法下另有第一六四條配偶間請求「自由處分金」之規範。據此所取得之數額，學說上受到立法理由影響，並不將其定性成第一九八條第二款之無償取得，且其不合致於第一九八條其他各款之態樣，而非「固有財產」。故於法定財產制消滅時，因「自由處分金」所取得之數額如有剩餘，仍屬「取得財產」而為分配之標的，即以有償取得來加以處理。

瑞士學說將依「自由處分金」規範請求而有所取得者，不以無償取得來處理，即實際上以有償取得來處理的態度，將造成先前之家務勞動或營業協助與「自由處分金」間，被強行擬制出具有給付與有償之對待給付的對價關係，家務勞動實際上遂成有償行為。本文以為，此將根本地與先前所述瑞士聯邦法院否認「自由處分金」非屬家務勞動價金之立場矛盾[106]，且進行家務勞動之一方提出勞動時本未必有獲得報償之主觀意圖，故而，有償取得說所建立出之

106 參見前揭「參、二、㈡」關於瑞士法院實務之說明。

對價關係過於牽強，其忽略了雙方當事人未必有將家務勞動與「自由處分金」兩者間作為對價關係之主觀意思，說理上即有不足之處。

㈢夫妻間無償給與行為之處理亦呈現出雙軌之面貌

在瑞士法下，同樣是夫妻間給與行為而有所取得，實際上將會因基於夫妻間贈與契約而取得，或基於瑞士民法第一六四條「自由處分金」之規定請求而取得，而在通常財產制（所得分配制）消滅時異其處理。申言之，即因有無瑞士民法第一六四條之適用，分別呈現出以有償取得及無償取得的雙軌處理方式。此與前揭德國法下夫妻間之無償給與，將因是否有第一三八〇條「預先受領」（「預先給付」）規範之適用而異其處理之面貌相似。在效果上，僅於非「自由處分金」之無償給與時，方能構成第一九八條「固有財產」，而非屬分配之標的，由受給與人終局保有。倘夫妻間係基於適用「自由處分金」規範而自他方有所取得時，於有剩餘時仍係分配之標的，此將產生原給與之一方能透過盈餘分配之過程，於通常財產制消滅時索回給與數額剩餘之半數[107]。

㈣視「自由處分金」為有償取得，供自由處分之美意將因可被索回剩餘半數而喪失殆盡

依瑞士學說之見解，雖強調「自由處分金」並非「薪資」，卻仍認為符合第一九七條第一項「取得財產」而為分配之標的，其肯定了「自由處分金」之「有償性」並否認其「無償性」，理由上或援引第二〇〇條第三項舉證責任之規定，或援引國會之立法理由。本文以為，瑞士法學說把「自由處分金」以有償取得來處理，將導

107 參見下述「肆、三、㈡、*2.*、⑵」計算上之說明。

致依第一六四條「自由處分金」請求規範所得之金錢，雖有供從事家務勞動配偶自由處分之名，卻未能使其有終局自由加以保有之實，僅有在將受領「自由處分金」花費殆盡而無剩餘之情形，原受領數額始無法被索回。此對於未把所受領「自由處分金」花費殆盡的節儉配偶，將造成不利益的效果，原本供自由處分之立法美意，將因可被索回半數而喪失殆盡。申言之，為肯定配偶一方家務勞動之價值，而將因此所得之「自由處分金」視為家務勞動之對價而為有償取得時，反將於通常財產制消滅時，造成負有義務提供分配而須返還剩餘之半數的不利益效果，愛之適足以害之。即須放棄有償說之立場，始能根本地避免家務勞動本身及自由處分金之取得均蒙上有償之性格，造成於財產制消滅時受領「自由處分金」之剩餘須提供分配的效果，而使自由處分金受領人受有被索回剩餘數額半數之不利益。

肆、我國法定財產制下，夫妻間贈與行為及自由處分金給與之處理

一、婚後「無償取得」之財產於剩餘財產分配時之處理

㈠婚後「無償取得」財產之剩餘非屬分配標的

我國民法法定財產制下，於法定財產制消滅時[108]，關於剩餘

108 發生法定財產制關係消滅之原因，而有第1030條之1第1項關於剩餘財產分配規範之適用者，除離婚（第1058條）、死亡、改用其他財產制以外，尚包括婚姻無效、婚姻撤銷（第999條之1第1項、第2項準用第1058條），及重婚時於第988條第3款但書情形時，前婚姻依法視爲消滅之情形（第988條之1第2項準用離婚之規定）。戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，同註2，頁190；戴東雄、戴瑀如，同註2，頁188；林秀雄，通常的法定財產制，月旦法學教室，78期，頁39、45以下，2009年4月。

財產之分配，第一〇三〇條之一第一項僅就夫或妻「現存之婚後財產，扣除婚姻關係存續之負債後」的剩餘，平均加以分配，計算上以請求分配雙方差額之半數行之。第一項但書並規定「但下列財產不在此限：一、因繼承或其他無償取得之財產。二、慰撫金。」故而，在我國法定財產制結構下，僅現存婚後財產之剩餘，且其非屬第一〇三〇條之一第一項但書第一款、第二款所列之因「繼承」而取得之財產、「無償取得」之財產或「慰撫金」之情形者，始能為分配之標的。現存婚後財產之剩餘中，屬第一〇三〇條之一第一項但書所列之財產，以及婚前財產不問其種類，均非分配之標的[109]。在此規範結構下，婚後「無償取得」之財產，固屬第一〇一七條婚後財產，惟如有剩餘時，並非分配之標的。

夫或妻剩餘之婚後財產中，有屬第一〇三〇條之一第一項但書財產者（如「無償取得」之財產），因其不屬於分配之標的，而應從剩餘之婚後財產中扣除。故而，於法定財產制消滅時現存之財產，除須先將屬婚前財產者剔除，得出剩餘之婚後財產範疇外，如有婚後取得之第一〇三〇條之一第一項但書財產剩餘在內，尚須將此自剩餘之婚後財產中剔除，始能得出分配之標的。婚後收受第一〇三〇條之一第一項但書財產，倘未剩餘在婚後財產之範疇內，除另有須依第一〇三〇條之二第二項因清償婚後負債而須進行補償之情形外，其於法定財產制消滅時無庸另行處理。申言之，在計算分

109 因婚前財產不分種類，均不爲分配之標的，故如有婚前因繼承、無償取得或慰撫金而取得之財產，本已依第1030條之1第1項本文而被排除於分配標的外，無須援引第1030條之1第1項但書。故而，須依第1030條之1第1項但書來排除於分配標的外者，僅限於婚後取得之情形。在瑞士法下，如慰撫金係在財產制開始前取得者，學說上強調，其係構成第198條「固有財產」第2款前段之屬於財產制開始時之財產，而非同條第3款之慰撫金。Hausheer/Reusser/Geiser, aaO. (Fn. 72), Art. 198 ZGB Rn. 51.

配標的之範疇時，須自婚後財產加以扣除者，以無償取得之情形為例，僅係剩餘之婚後無償取得，並非婚後無償取得之全部數額，亦即曾經取得但不復存在之婚後無償取得並不在扣除之列。

我國法定財產制規範上，係採取前揭自始將「分配之標的」與「非分配之標的」加以區別之立法構造，此類似瑞士民法第一九七條以下之規範，而迥異於德國民法第一三七三條以下之規範[110]。在德國法下，婚後如曾因贈與而有所取得者，即便其於夫妻財產制消滅時並無剩餘或有所減損，或所受有利益並不具持續性者，此雖將產生減少「終局財產」及「淨益」數額之效果[111]，且不問其沒有剩餘之緣由（如嗣後因自然耗損或不可抗力而滅失等），仍須透過加計至「開始財產」內的法定計算過程，將受領贈與時之「全部數額」自「淨益」中扣除。德國法下此一計算方式所產生之效果，與我國法下僅將「剩餘」之非分配標的自婚後財產中剔除之計算方式顯然有別。

㈡曾以婚後「無償取得」財產來清償婚後債務時，須計入婚後債務之範疇而補償之

我國法定財產制結構上，係自始區別出「分配之標的」與「非分配之標的」，而就夫妻「分配之標的」交互分配雙方應得之分配

110 在德國法下，凡屬於第1374條第2項所列之財產（如進入夫妻財產制後，透過贈與而有所取得），於扣除債務後（即「淨所得」（Nettoerwerb）），將追加計算於「開始財產」內（第1374條第2項），且其價值以取得之時為準（第1376條第1項後段）。故而，如曾於婚後透過贈與而有所取得，不問有無剩餘於「終局財產」內，因其無論如何都應被計入「開始財產」，經由第1373條以「終局財產」減去「開始財產」得出「淨益」之計算過程，而全數被排除在分配的標的外。

111 MünchKomm/Koch, aaO. (Fn. 16), § 1374 Rn. 15; Staudinger/Thiele, aaO. (Fn. 19), § 1374 Rn. 41.

數額。一方面，婚後財產中有屬婚後「無償取得」者，依第一〇三〇條之一第一項但書之規定，即應剔除而改納至「非分配之標的」範疇中。另一方面，由於「分配之標的」與「非分配之標的」被嚴格加以區別，彼此間如有為他者之債務進行清償，致法定財產制消滅時一部或全部不存在者，在計算上即應進行補償，而回復「分配之標的」在計算上應有的數額。申言之，屬於「分配之標的」所生之債務，本不應由其他財產加以清償，而仍應納入「分配之標的」所負債務中。非屬於「分配之標的」所生之債務，亦不應由其來加以清償，而應納入「分配之標的」中，將其補償回來[112]。

此一想法具體展現在我國規範，首先為第一〇三〇條之二第一項之規定，即如曾以「婚前財產」來清償屬於「婚後財產」所負之債務時，計算上仍須將此納入婚後之債務內；如曾以「婚後財產」來清償屬於「婚前財產」所負之債務時，計算上仍須將此納入婚後之財產內[113]。其次，並展現於第一〇三〇條之二第二項的規定，即如以「第一〇三〇條之一第一項但書之財產」，清償「婚姻關係

112 在比較法上，瑞士民法第209條第1項即規定，非屬於分配標的之「固有財產」（如第198條第2款、第3款之規定，其涵蓋相當於我國法之婚前財產及相當於我國第1030條之1第1項但書之財產）與屬於分配標的之「取得財產」間，如後者債務由前者清償，或前者債務由後者清償時，則存在著補償請求權。瑞士民法學說指出，以此一「補償請求權」規範，來進行財產內部之清理，係在防止法律所規定「固有財產」及「取得財產」之範疇其不可變更性被加以規避。Hausheer/Aebi-Müller, aaO. (Fn. 72), Art. 209 ZGB Rn. 2.

113 2002年增訂第1030條之2第1項其提案說明謂：「夫妻婚前財產及債務與婚姻共同生活及婚姻貢獻無關……」，如以婚後財產爲其清償債務或其爲婚後財產清償債務，應納入現存婚後財產或婚後財產之債務，「以示公平」。相同理由，亦見於第1030條之2第2項之增訂，即「第1030條之1第1項但書不列入剩餘財產分配之財產，亦與婚姻共同生活即婚姻貢獻無關……」。立法院公報，同註2，頁33、85以下。

存續中其所負債務」者，適用前項之規定[114]。亦即，仍應將以「第一〇三〇條之一第一項但書之財產」所清償婚後財產債務之數額，列入婚後債務內來計算。

故而，婚後因贈與行為而有所取得時，在分配之標的的計算上，除了有剩餘而留存在婚後財產中時，須依第一〇三〇條之一第一項但書之規定，將其自婚後財產中排除外，如曾以此等「婚後無償取得」來清償屬於婚後財產之債務時，由於後者本不應由前者負擔，而應依第一〇三〇條之二第二項之規定，將由「婚後無償取得」所清償之債務計入婚後債務之範疇內，而將此等無償取得補償回來。

㈢曾以「婚後財產」來清償「婚後無償取得」財產所生債務，雖現行法漏未規定，仍應對於前者為補償

第一〇三〇條之二第二項之規定相較於同條第一項，第二項並未處理如以「婚後財產」來清償「第一〇三〇條之一第一項但書之財產」（如「婚後無償取得」財產）所生債務時，其是否應納入現存之「婚後財產」來加以計算的問題。本文以為，揆諸立法過程中，並未展現出於此種情形下，排除對於「婚後財產」加以補償的

114 第1030條之2第1項、第2項中須加以補償（納入財產）或負有補償義務（納入所負債務）之「婚後財產」、「婚姻關係存續中其所負債務」，本文以爲，其文義上應限縮於涉及分配標的之婚後財產及其所生的債務，即婚後財產經排除屬於「第1030條之1第1項但書」後之財產及其所負之債務者，並非所有婚後財產及婚後債務均該當之。以第1030條之2第1項的情形爲例，如以婚後「第1030條之1第1項但書之財產」來清償婚前債務，或以「婚前財產」來清償婚後「第1030條之1第1項但書之財產」的債務，因同無涉分配之標的，並無互爲補償之必要。另以第1030條之2第2項爲例，如係以婚後「第1030條之1第1項但書之財產」，來清償由此等財產所生之債務，涉及分配標的之婚後財產與其負債均未因此受到干擾，並無納入婚後債務之必要。

意旨，故第一〇三〇條之二第二項就此雖未加以規範，仍不應被視為有意之省略[115]。且論理上，「第一〇三〇條之一第一項但書之財產」係不屬於分配之標的，其為「婚後財產」所負擔之債務，依現行法規定須納入「婚後財產」之債務而能被補償回來（第一〇三〇條之二第二項）；反之，曾以「婚後財產」為「第一〇三〇條之一第一項但書之財產」清償債務之情形，無由令前者終局承擔，亦應將所曾支付之數額，加計納入現存「婚後財產」內來計算，始為合理。

在比較法上，瑞士民法第二〇九條之規定，如屬非分配標的之「固有財產」（含婚後「無償取得」），其債務係由屬分配標的之「取得財產」來加以支付者，「取得財產」即當然取得補償請求權，即「固有財產」因之負有補償義務。德國民法第一三七四條第二項規定，將其所列舉之四種「不負有分配義務之取得」（含婚後因贈與而取得）依法計入「開始財產」，來達到將其自「終局財產」範疇中排除之目的時，須先將此等「不負有分配義務之取得」之債務扣除後始得為之[116]，即取其「淨值」，否則將產生減少「淨益」之效果[117]。本文以為，於我國法定財產制規範下，論理上，以「婚後財產」來為諸如婚後「無償取得」之屬「第一〇三〇

115 2002年增訂第1030條之2時，其第2項本為政府草案所無，而源於委員之提案，而委員之提案說明及審查會意見中，並未就為何不規範「婚後財產」來清償「婚後無償取得」財產所生債務加以說明。立法院公報，同註2，頁33、85以下。

116 此處應加以扣除之債務，如依法係與此等取得有關，及出於為進行此等取得而在法律行為上所發生之債務。MünchKomm/Koch, aaO. (Fn. 16), § 1374 Rn. 26; Staudinger/Thiele, aaO. (Fn. 19), § 1374 Rn. 43. 惟為管理此等取得所發生之債務，德國學說上認為不得扣除。MünchKomm/Koch, aaO. (Fn. 16), § 1374 Rn. 26.

117 MünchKomm/Koch, aaO. (Fn. 16), § 1374 Rn. 25.

條之一第一項但書之財產」負擔債務的情形，雖現行法漏未規定，所支出的「婚後財產」亦應有被補償之可能，即此等債務不應納入婚後債務之範疇內。第一〇三〇條之一第二項補償之規範應為雙向而非單向之設計，而應如第一〇三〇條之一第一項以「婚後財產」來清償婚前債務之情形，亦有計入現存「婚後財產」而進行補償的可能。

㈣婚後「無償取得」財產之孳息，雖現行法漏未規定，仍應將其納入分配之標的

在現行法定財產制之規範下，夫或妻之「婚前財產」與「婚後財產」間之劃分，規定在第一〇一七條第一項。「婚前財產」之本身，依第一〇三〇條之一第一項固無須提供分配，然「婚前財產」於婚後所生之孳息，於二〇〇二年增訂之第一〇一七條第二項規定，則被另外劃歸「婚後財產」之範疇，而能成為分配之標的。其立法之理由為，他方配偶就此「婚前財產」於婚後孳息之產生有加以協力，故將此納入分配之標的[118]。

然同樣不屬分配標的之婚後「第一〇三〇條之一第一項但書之財產」，諸如婚後「無償取得」財產，如有孳息之情形，條文中並未規定孳息之歸屬。學說上有依論理解釋，認為此等「第一〇三〇條之一第一項但書之財產」於婚後所生之孳息，應與「婚前財產」於婚後之孳息相同處理，及基於婚姻共同生活美滿之需要，而肯定

118 2002年增訂第1017條第2項之政府提案理由爲：「夫或妻婚前財產所生之孳息究應列爲婚前財產或婚後財產，易滋疑義。如係於婚姻關係存續中取得，則其增值難認他方配偶未予協力，故宜視爲婚後財產，使法定財產制關係消滅時，得列爲剩餘財產分配之對象，以保障他方配偶之權益，爰增設第二項規定。」立法院公報，同註2，頁33、65。

其為分配之標的者[119]。本文贊同之，蓋二〇〇二年增訂第一〇一七條第二項規定時，未見將「第一〇三〇條之一第一項但書之財產」於婚後所生之孳息，排除其納入分配標的範疇之相關說明，故此應為立法時無意之疏漏而非有意的省略。同屬「於非分配標的」之財產範疇，「婚前財產」（含婚前之無償取得）之婚後孳息既依第一〇一七條第二項被視為婚後財產而納入分配之標的，婚後財產中屬「第一〇三〇條之一第一項但書之財產」（如婚後無償取得），其婚後孳息亦應視為婚後財產而納入分配之標的，而有第一〇一七條第二項之類推適用[120]。

㈤婚後「無償取得」財產之增加價值或變價所得，仍不屬分配之標的

婚後「無償取得」財產之本身，如婚後受贈得到一張名畫，其屬「第一〇三〇條之一第一項但書之財產」，自始不屬於分配之標的而無庸提供分配，其價值之增減本與剩餘財產無涉。婚後「無償取得」之財產，即便取得時之價值與法定財產制消滅時之價值有所差距（如增值或減值），甚至消滅，或是透過變價而取得替代物，仍不改其原本不屬分配標的之本質，仍不影響分配之範圍[121]。現

119 戴東雄、戴瑀如，同註2，頁170、183。於2002年增訂第1017條第2項之前，立法政策上贊同將結婚時之「原有財產」之婚後孳息與第1030條之1第1項但書財產之婚後孳息，均納入分配標的者：戴東雄，同註4，頁185、220。

120 在比較法上，瑞士民法第197條第2項所例示屬於分配標的之「取得財產」，第4款例示出「固有財產」之「收益」（Erträge）。而結婚時之財產與婚後無償取得，均屬法定列舉爲非分配標的之「固有財產」（第198條第2款）。亦即，非分配標的之收益，於瑞士法下均統一劃入分配標的之範疇內，並未區別處理。

121 在2002年生效之夫妻財產制規範之修正過程中，於修正第1030條之1但書時，法務部之「民法親屬編夫妻財產制通盤檢討與修正第二次會議」會議紀錄

行夫妻財產制相關規範中，亦未見類似第一〇一七條第二項孳息之規定，就此等「第一〇三〇條之一第一項但書之財產」之增值，另外將其割裂出來納入分配標的之規範或想法。

在比較法上，同採自始區別出自始屬「分配之標的」（「取得財產」）與「非分配之標的」（「固有財產」）立法結構之瑞士民法[122]，學說上強調，各標的在景氣上之價值增加及價值減損（konjunkturelle Mehr- und Minderwerte），即基於供需而在價值上之變動，仍留存在各該財產上，故而，以通常方式管理「固有財產」之增值，仍屬於「固有財產」，而非「取得財產」[123]。此外，其第一九八條第四款即列舉出，「固有財產」之替代物（Ersatzanschaffungen），仍係在「固有財產」之範疇，仍非分配之標的。透過「固有財產」資助而新取得之財產標的（物或權利），無論是自願或非自願之情形，仍為「固有財產」[124]。也因

中，針對非分配標的之「婚前財產」，其結論中之說明如下：「（十）2. ……至於『婚前財產之替代利益』非剩餘財產分配之對象乃屬當然解釋，不予規定。……」法務部，民法親屬編研究修正實錄（下），夫妻財產制部分，頁783、787，2002年。同理，同屬非分配標的之第1030條之1但書財產，其替代利益亦非屬分配之標的。

122 瑞士此等自始區別出「取得財產」與「固有財產」此二「財產群團」（Gütermasse）之夫妻財產制結構，學說上稱此爲「特殊（或一部）財產」（Sonder- oder Teilvermögen）。Hausheer/Aebi-Müller, aaO. (Fn. 72), Art. 196 ZGB Rn. 4; Hausheer/Reusser/Geiser, aaO. (Fn. 72), Art. 196 ZGB Rn. 16, Art. 197 ZGB Rn. 5. 惟與此相對，德國係以「終局財產」減去「開始財產」得出分配標的「淨益」範圍，其「終局財產」、「開始財產」、屬於應加計算入「開始財產」之分配除外標的，學說上則強調此僅爲「計算上之規模」（Rechnungsgröße），並非另外加以管理之「財產群」或「特殊財產」。MünchKomm/Koch, aaO. (Fn. 16), § 1374 Rn. 2, 15; § 1375 Rn. 2.

123 Hausheer/Aebi-Müller, aaO. (Fn. 72), Art. 196 ZGB Rn. 5; Hausheer/Reusser/Geiser, aaO. (Fn. 72), Art. 197 ZGB Rn. 37, 40.

124 即自「固有財產」支付對待給付而有所取得者，該新取得之標的仍歸屬於

「固有財產」其變形或價值之增減不涉及剩餘財產分配客體，瑞士民法第二一四條第一項及第二項僅就「取得財產」與應追加計入「取得財產」之價值計算時點加以規範，分別為分割時與財產被移轉時，而未就「固有財產」價值之計算時點進行規範[125]。

二、夫妻間贈與行為於法定財產制消滅時之處理

㈠無庸納入分配之單軌處理規範結構

第一〇三〇條之一第一項但書第一款所規定之「因……其他無償取得之財產」，在條文文字中本未區別係自何人收受財產，只需無償取得已足。夫妻一方婚後因贈與而有所取得，無論是自第三人或自夫妻他方受有之贈與，如有剩餘，文義解釋上本無庸納入分配之標的。

另觀諸修法過程之歷史解釋，在二〇〇二年生效之夫妻財產制規範修正過程中，法規主管機關法務部對於民法第一〇三〇條之一第一項但書第一款中之「無償取得」，本已肯認其涵蓋夫妻間贈與

「固有財產」之範疇內。Hausheer/Reusser/Geiser, aaO. (Fn. 72), Art. 198 ZGB Rn. 40, 52 f.; Hausheer/Aebi-Müller, aaO. (Fn. 72), Art. 198 ZGB Rn. 30.

125 前揭瑞士民法第214條之規範，即相當於我國民法第1030條之4的規定。與此相對者，在德國法下，分配之標的在立法結構上，其係以「終局財產」減去「開始財產」得出分配之標的「淨益」範圍（第1373條）。「開始財產」價值之計算，以進入財產制時所具有之價值爲準，而於應計入「開始財產」之財產，則係以取得時爲準（第1376條第1項）；「終局財產」價值之計算，則以財產制消滅時所具有之價值爲準，而於應追加計入「終局財產」之減少財產行爲，則係以發生該情事時爲準（第1376條第2項）。故而，依法應計入「開始財產」之第1374條第2項所列舉四種不負有分配義務之取得（含婚後因贈與而取得），其於取得後價值之增減，將直接影響到「終局財產」及「淨益」之數額。MünchKomm/Koch, aaO. (Fn. 16), § 1374 Rn. 26. 申言之，在德國法下，不負有分配義務標的之取得，如其於夫妻財產制消滅時增加價值，增加之部分將構成分配之標的。

之情形，「以符合夫妻間相互贈與之原意」，並無將此兩種情形區別處理之意旨[126]。在我國法院實務上，持續明白肯認夫妻間之贈與，與來自第三人之贈與並無不同，仍能構成民法第一〇三〇條之一第一項但書第一款中之「無償取得」，而無庸提供分配[127]。

126 在2002年生效之夫妻財產制規範修正過程中，於修正第1030條之1第1項但書，增訂「慰撫金爲除外標的」時，法務部之「民法親屬編夫妻財產制通盤檢討與修正第五次會議」會議紀錄，其結論中之說明如下：「㈥……至於夫妻間之相互贈與解釋上亦在本條第1項但書第1款排除之列，以符夫妻間相互贈與之原意。……」法務部，同註121，頁800、803。

127 最高法院，86年度台上字第3601號判決，1997年11月28日：「第1030條之1第1項……且所稱『其他無償取得之財產』，應包含夫或妻受妻或夫贈與之財產在內……。」於本案中，因夫妻雙方於訴訟中所不爭執之合約書已載明，上訴人乙將房地無償移轉給上訴人甲承受，並載明就此贈與移轉登記必要稅費，乙再贈與給甲三十萬元供甲繳納並放棄繳餘之金額，而繳稅證書爲贈與稅之單據，爲原審所確定之事實，故最高法院認爲，甲所有之房屋與土地，似係由乙贈與而取得，即不得計入兩人離婚後平均分配之財產。原審判決（台灣高等法院高雄分院85年度上字第603號，1997年4月14日）認爲第1030條之1第1項但書所規定之「其他無償取得之財產」，應限於夫妻以外第三人之贈與，夫妻間之贈與行爲應排除適用，而不採取甲所抗辯夫妻間贈與並無剩餘財產分配適用的見解，遂爲最高法院所指摘而廢棄發回。除另有註明外，本文所引之判決，均取自，司法院，法學資料檢索系統，http://jirs.judicial.gov.tw，最後瀏覽日：2009年9月1日。

其他明文肯認第1030條之1第1項但書之「無償取得」財產，應包含夫妻間贈與之最高法院判決，98年度台上字第495號判決，2009年3月26日。於其下級審（台灣高等法院97年度家上字第84號，2008年11月4日，經廢棄）中，被上訴人曾有主張，夫妻間贈與非屬「無償取得」財產，縱認爲被上訴人曾贈與給上訴人系爭房地，仍應作爲上訴人婚後財產計算範圍的見解，惟此見解並未被採納。其他各級法院之判決中，同樣援引最高法院86年度台上字第3601號判決，來肯認第1030條之1第1項但書之「無償取得」財產，應包含夫妻間贈與而無須提供分配者：台灣高等法院，91年度家上字第155號判決，2003年11月11日，及其下級審，台灣台北地方法院，90年度家訴字第128號判決，2002年3月13日；台灣台北地方法院，88年度家重訴字第4號判決，2004年2月

㈡未見相當於德國法之剩餘財產「預先給付」的特別規範

故而，在我國剩餘財產分配之規範結構上，一方面於不納入分配之標的上，並未區別夫妻間之贈與或來自第三人之贈與，此與前揭瑞士民法第一九八條第二款之規範及學說、德國民法第一三七四條第二項之規範及學說相同，而異於德國法院實務。另一方面，在我國相關規範上，係採取單軌處理夫妻間贈與於法定財產制消滅時之效果，其未見如德國民法第一三八〇條之特殊平行規範，於贈與人有指定計入意思，或其意思不明而超過通常贈與價值之法定情形下，另行規定須以計入剩餘財產分配請求權之方式，即以分配請求數額之預先受領或分配義務之預先履行，來處理夫妻間過去之給與行為。申言之，因現行法制下並未就夫妻間贈與，另外規定於何種情形下須以預付之計算方式行之，故解釋上無從將夫妻間先前贈與行為，視為具有預先給付未來分配義務的效果，而於他方發生分配請求權時，自其請求數額中扣除[128]。

㈢夫妻間贈與事實之證明

1. 主張係屬自他方無償取得者，須負舉證責任

一如其他來自第三人贈與之情事，於法定財產制消滅時，夫妻間一方有來自他方所得之情事，如對其有償性或無償性有爭議時，是否係由受領之一方證明該來自他方之所得係屬贈與、無償取得，

23日。

128 對於夫妻間贈與，同樣不認爲係剩餘財產分配義務之預付者：林秀雄，同註3，頁155、157：「……我國並無如德國民法有明文規定，夫妻一方所爲之贈與，其價值超除夫妻通常贈與價值者，推定亦應算入平衡債權內，則欲透過解釋，將夫妻間贈與解爲有償取得之財產，改變贈與爲無償取得之見解，恐有不當。」結論上亦不採取預付說者：戴東雄、戴瑀如，同註2，頁199以下；戴東雄，同註4，頁185、223以下。

方得依民法第一〇三〇條之一第一項但書第一款無庸提供分配，抑或應由他方證明該一方之受領非屬無償取得時，始得依民法第一〇三〇條之一第一項本文將此納入分配之標的，此將重大影響當事人間之剩餘財產分配請求權或分配義務之數額。

依照民事訴訟法第二七七條第一句規定，當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。夫妻間如有剩餘財產分配之爭訟時，雙方莫不主張自己名下之財產能被歸類為無償取得，而無庸提供分配，及希望他人名下之財產係屬非無償取得，亦非因繼承取得或慰撫金，而須提供分配，以期達到減少自己分配義務及增加自己分配數額的利益。如夫妻一方主張自己自他方取得財產係屬無償取得時，他方當然亦會同時主張此一財產之取得係非屬無償取得，雙方之主張均有利於己，究竟應由誰應負舉證責任，而有疑義。本文以為，觀諸第一〇三〇條之一第一項本文及但書之條文結構，婚後財產為非無償取得（有償取得）係屬原則，無償取得乃屬於例外。因此，如夫妻間對於兩者間財產移轉行為的無償性有爭執時，就自己財產之取得，主張係屬自他方無償取得者，須負舉證責任。申言之，如受讓人不能證明係屬有利於己之無償取得事實，即便讓與人亦未能就有利於己之有償移轉事實加以舉證，其仍應被認為屬有償取得，而納入分配之標的。

2. 主張反於不動產移轉之登記原因者，須負舉證責任

過去法院實務中，曾有夫妻間進行不動產所有權移轉，為節稅而將移轉登記原因登記為「買賣」、移轉契約書中並經載明價金，然於剩餘財產分配之訴訟中，受讓人主張此係屬「贈與」，並經其提出證據證明該價金於匯款後曾以支票加以領回，故法院認定此係屬無償贈與，而不將該不動產列入分配之標的中[129]。

[129] 台灣高等法院，91年度家上字第155號判決，2003年11月11日。

其他常見之實務案例類型為：婚後夫妻一方以「買賣」為原因，以其名義登記取得不動產，惟於剩餘財產分配之訴訟中，主張係由他方出資購買所「贈與」而為無償取得，然經他方否認時，法院實務強調，該登記取得之一方應就其所主張「贈與」此一有利之事實負舉證責任，否則仍非無償取得而應提供分配[130]。申言之，前揭自夫妻他方或第三人，既以「買賣」為原因登記給夫妻一方之情形，除非該受讓一方個案中另能證明此係屬「贈與」而可無庸提供分配，否則，於受讓一方無法證明前揭反於「買賣」登記原因之主張時，仍應提供分配。本文認為，不動產移轉之登記原因具公示性，而具有推定之效果，且此時當事人主張反於其先前所登記之原因，前揭實務令主張與移轉登記原因相反之一方，就其主張事實負舉證責任，係屬合理之結論。

如婚後因買賣取得而先登記為夫妻一方所有之房地，再另以「夫妻贈與」為原因移轉登記予夫妻他方時，最高法院則強調，須讓與之一方能另外證明該移轉並非無償取得，始能將其納入分配之標的[131]。申言之，以「夫妻贈與」為原因進行之夫妻間移轉登記

130 如台灣高等法院，88年度家上字第293號判決，2000年6月7日，於本案中，於兩造婚姻關係存續中購買而登記在被上訴人（妻）其名下之房地，因被上訴人未能提出任何證據證明係上訴人（夫）所贈與，故法院認爲其非無償取得，該房地於離婚前由被上訴人出售所得款項之剩餘，仍納入分配之標的。又如台灣高等法院，96年度重家上字第8號判決，2007年6月12日，上訴人同樣主張其以買賣爲原因取得之不動產，係被上訴人出資購買所贈與，其屬上訴人之無償取得，經被上訴人否認而上訴人亦無法加以證明，故法院仍將其納入分配標的。另外於台灣台北地方法院，88年度家重訴字第4號判決，2004年2月23日，原告（妻）主張其名下不動產係被繼承人（夫）所贈與，因此部分事實被告（其他繼承人）並不爭執，故法院方不將其納入分配標的。

131 最高法院，98年度台上字第495號判決，2009年3月26日。案例中之事實爲，婚後因買賣取得而先登記爲被上訴人所有之房地，再以「夫妻贈與」之原因移轉登記予上訴人。其下級審（台灣高等法院97年度家上字第84號，2008年

之情形，除非該讓與之一方另能證明此係屬有償之有利事實，否則，於讓與之一方無法證明前揭反於「贈與」登記原因之主張時，其仍屬無償取得，受讓之夫妻他方無待證明此係屬無償取得，即得將此自分配之標的剔除。

㈣夫妻間贈與無償性之爭議

現行法之法條結構、文義解釋及修法之歷史解釋，均展現出其單軌處理夫妻間贈與之規範意旨，且與傳統之贈與間，在概念及在法定財產制消滅時之效果上，並不加以區隔。如前所述，我國實務本肯認贈與屬無償取得，且現行法又未區分一般贈與與夫妻間贈與，故而夫妻間之贈與仍構成第一〇三〇條之一第一項但書第一款之無償取得，而無庸提供分配[132]。惟學說間對於婚後夫妻間贈與在法定財產制消滅時處理，仍存有爭議。

學說上有認為，夫妻間之贈與不同於一般第三人之贈與，此乃基於婚姻共同生活或扶持所為，有剩餘時仍應加以斟酌，而贈與之一方係出於酬謝他方對婚姻生活之貢獻，受贈與之他方取得該財產係基於婚姻共同生活之犧牲所付出之代價，故應視為有償取得財

11月4日，經廢棄）本認爲，上訴人未能證明其名下之財產屬無償取得，故應納入分配。「上開不動產係兩造婚後共同努力結果所購買之財產，不論登記爲任何一方所有，應列入分配財產，始符誠信原則」，蓋「上訴人未能證明被上訴人有以上開不動產爲上訴人之特有財產之意思，故移轉登記僅是夫妻間登記名義轉換，與所謂無償取得之財產有別」。惟最高法院認爲，「在被上訴人證明該次移轉並非源於夫妻間贈與前，是否得認非屬『上訴人無償取得之財產』，而仍將之列爲應分配之剩餘財產？殊非無疑。」最高法院強調前揭下級審之見解有違舉證責任分配原則，即未命被上訴人舉證證明該次贈與移轉行爲是否有無效或得撤銷的情事，遽將系爭房地納入分配之財產內，而不利上訴人，自嫌速斷，而廢棄原判決。

132 最高法院，86年度台上字第3601號判決，1997年11月28日。對此較深入之闡述：台灣台北地方法院，90年度家訴字第128號判決，2002年3月13日。

產，如有剩餘應作為分配之標的[133]。學說上相反的意見則認為，如將夫對妻之贈與，視為有償取得財產，將使夫得對妻請求剩餘財產分配，反而對於妻不利，而將此回歸於傳統之無償取得的概念，不必納入分配之範圍，較能保護妻（受贈人）之利益[134]。

如果在個案中，於法定財產制消滅時，自夫妻他方所獲贈與均已花用殆盡而無剩餘，夫妻間贈與即便是被認為是有償取得，因實際上並無可被納入分配之客體，結果上與將此定性成無償取得並無不同。但如果因節儉或善於保存，自配偶處所受有贈與並未消滅殆盡而有剩餘，則究竟應將此等自配偶處所受有之贈與定性成無償取得或有償取得，將影響分配之標的範圍，此對於剩餘財產分配之數額有影響，而值得討論。

1. 夫妻間贈與可能無涉婚姻共同生活犧牲，無法據以肯定其有償性

本文認為，夫妻間進行贈與，概念上並非不能想像無涉婚姻共同生活協力或扶持之情事，僅僅基於夫妻間個人之情感所為之贈與即為是例，殊無由將此等取得與來自第三人之贈與、繼承或慰撫金相區別，而一概納入分配之標的。此外，夫妻間所存在之贈與行為，於現實上亦未必會是對於婚姻共同生活之有所犧牲貢獻者（如操持家務之妻），所支付之代價或酬謝。在婚姻關係中，贈與給實際上對於婚姻共同生活毫無犧牲貢獻之他方（如不願操持家務之妻或不願外出工作之夫）者，亦無不可。

故如欲以婚姻關係中犧牲貢獻之代價，來肯認夫妻間自他方受領之贈與係屬有償者，本文以為，一方面此仍無法將所有夫妻間贈

133 戴東雄、戴瑀如，同註2，頁165、198以下；戴東雄，同註4，頁185、222以下。

134 林秀雄，同註3，頁155、157。

與情形，均肯定其有償性[135]。另一方面，倘對於未有犧牲貢獻之他方的贈與定性成無償時，將造成同是夫妻間之贈與，因受領者是否有犧牲貢獻，割裂處理其有償性或無償性[136]。且於後者之情形，為何夫妻間無犧牲貢獻者，其受領來自他方之贈與，可享有無庸納入分配之優惠而能終局保有，相較於有犧牲貢獻者，其受領來自他方之贈與，於有剩餘時尚須提供分配，透過交互分配過程而返還半數，兩者之間顯難得事理之平。本文認為，將夫妻間之贈與行為，統一認為均係無償取得，不問受贈之一方客觀上過去是否有提供家務勞動或營業協力，亦不問贈與之他方主觀上是否有酬謝之意，而於法定財產制消滅時均無庸提供分配，方能避免前揭利益失衡之情形。

2. 受領者之犧牲貢獻係對於他方婚後財產請求分配的正當基礎，而非將所受領之贈與物提供分配之基礎

本文認為，夫妻一方於婚姻關係中之犧牲貢獻，係對於他方之婚後財產請求分配的正當基礎，並非須因之將自己自他方所受領之贈與物，視為犧牲貢獻之代價而擬制其有償性，並提供分配。蓋夫妻間為贈與時，固有出於彌補酬謝他方犧牲貢獻之代價此等目的而為贈與，他方亦可能認為此乃因其過去犧牲所應得者，惟此僅係贈與時一方讓與或他方受讓之動機，於贈與契約中，夫妻雙方並無將家務勞動與贈與物間，視為給付或對待給付關係之合意。

如一法律行為能根據契約內容被定性成「有償」行為，其即非

135 類似見解，並參見，林秀雄，同註3，頁155、157：「又夫妻間贈與，未必僅由於感謝妻對家庭之貢獻或事業之協力，有時爲生日禮物、有時爲結婚紀念而爲之贈與，動機種種，不一而足，而將此種贈與解爲有償取得，實屬不妥。」

136 相同見解，林秀雄，同註3，頁155、157：「因動機不同而異其性質，亦屬不當。」

贈與契約；如根據契約內容被定性成無償行為，即可能為贈與；如被評價為贈與契約，本質上即應為無償行為，在法定財產制規範下即仍應給與無償性之評價，不應因其曾有婚姻中另外有貢獻之事實而成為有償。申言之，夫妻間過去進行給與行為時，既採取贈與之法律形式，且被評價為贈與契約時，嗣後在法定財產制消滅時，本文以為，仍應以贈與契約之內容來繼續肯認其無償性。否則，如在法定財產制消滅時，另以「動機面」來觀察所為之「犧牲貢獻」與所受讓之「贈與物」，賦予兩者間「給付」與「對待給付」之對價關係，使後者之受領成為有償取得，此相較於給付時所採取之贈與法律行為，將造成對於同一行為隨著時間推移經過，從無償取得變成有償取得，而導致價值判斷上之割裂。

此外，第三人對於夫妻一方之贈與行為，亦不乏出於感謝後者在其他事由上犧牲貢獻之動機所為者，何以夫妻一方受領來自第三者之贈與仍能被定性成無償取得，受領來自夫妻他方之贈與卻須被解為有償取得。申言之，同一贈與行為，不應僅因贈與人具有配偶身分，無償性即被否認，使原本民法債編各論下具無償性的贈與行為，到了民法親屬編法定財產制規範的判斷上即轉變成為有償取得。且倘採取有償說，受讓贈與物之夫妻他方，將因曾對婚姻有犧牲貢獻，使其所受領之贈與物於法定財產制消滅時，成為有償取得而須將受領物提供分配，此不足以保障酬謝受贈人之犧牲貢獻，卻足以造成對其不利益之效果。

3. 肯認夫妻間贈與之無償性而無須納入分配，方符合贈與人於給與時無意加以索回之主觀意思

夫妻間之贈與行為，殊難想像贈與之一方於贈與及讓與合意時，係出於贈與之意思，卻不欲使受贈人終局保有，而含有嗣後透過剩餘財產交互分配過程，於法定財產制消滅時再取回剩餘數額半

數之意旨[137]。即便有欲取回半數之意思存在，也都是法定財產制消滅時，原贈與之一方發生反悔的情形，而非贈與當時之意思。

本文以為，夫妻間之贈與，如贈與人有於未來索回之意圖，其本應於贈與契約中另附以「解除條件」行之，且以此一方式尚得將贈與數額「全數」索回，而根本無須透過第一〇三〇條之一第一項之剩餘財產分配制度，蓋後者僅能索回剩餘價值之「半數」。此外，倘將第一〇三〇條之一第一項但書第一款中之無償取得之概念目的性限縮，限於來自第三人之贈與，而認為夫妻間之贈與係屬有償，造成可以部分索回之效果，此反而使自他方受有贈與且因節儉而有剩餘者，陷於不利之地位。本文認為，對於夫妻間之贈與仍應肯認其無償性，使之不納入分配標的，方符合贈與人於給與時無意加以索回之主觀意思。

4. 肯認夫妻間贈與之無償性，始能避免民法債編撤銷贈與相關規範之法定要件被規避

此外，如前所述，夫妻間為贈與時，通常無於法定財產制消滅時索回之意思，此無得由第一〇三〇條之一第一項剩餘財產分配之制度代勞。如果贈與人贈與時未曾約定此等解除條件，於贈與後欲於法定財產制消滅時索回者，僅得依循民法債編各論贈與一節之規範行之，即須於具備第四一二條、第四一六條、第四一七條有關「撤銷贈與」規範之法定要件，諸如發生撤銷事由、未逾除斥期間者，始得依第四一九條第二項準用不當得利規定請求之。如認為夫妻間之贈與其係有償，而得透過第一〇三〇條之一第一項來索回其剩餘數額之半數，本文以為，此將生淘空前揭撤銷贈與規定之法定

137 同此意旨：台灣台北地方法院，90年度家訴字第128號判決，2002年3月13日：「且婚姻關係存續中，夫妻間將財產贈與他方，其目的應在使他方取得財產，應無於將來於婚姻關係消滅時，再請求分配二分之一之理」。

要件的效果[138]。申言之，直接肯認夫妻間贈與之無償性，始能避免民法債編中有關「撤銷贈與」規範之法定要件，被贈與之夫妻一方規避的情事。

5. 贈與之一方對於配偶他方先前所為之贈與，並無參與分配之正當基礎

依修正剩餘財產分配相關規定時之立法說明，能透過第一〇三〇條之一第一項剩餘財產分配之制度，來進行財產之交互分配，而達到配偶間財產間之均衡者，須配偶他方對於該財產之創造或增加有提供分工協力，即該財產之創造或取得係與婚姻共同生活有關者，該財產方須提供交互分配[139]。在瑞士法下，學說上亦強調，「取得財產」之所以構成分配標的，係因此乃透過配偶雙方協力、分工所取得，即便其所有權係在一方名下，仍須於夫妻財產制消滅時提供加以分配[140]。

申言之，欲將一財產置於屬負有分配義務之標的的範疇下，其正當基礎在於該財產之取得係基於婚姻之共同生活及他方協力而來。倘欲以第一〇三〇條之一第一項來進行婚後剩餘財產之分配，

138 過去德國實務否認夫妻間贈與之無償性，不依第1374條第2項將其加入「開始財產」而仍爲分配之客體，即將此等贈與數額之返還，透過較德國民法贈與規範更具彈性之淨益分配規範行之，本爲德國學說所批評。參見前揭「貳、三、㈣」之說明。

139 2002年增訂第1030條之3時之立法說明如下：「修正後法定財產制之基本精神，在使法定財產制關係消滅時，婚姻關係存續中所增加與婚姻共同生活或貢獻有關之財產，得以平均分配，並肯定家務勞動之價值。……」立法院公報，同註2，頁33、88。

140 而與此相對者，配偶一方取得「固有財產」，並非來自婚姻共同生活之貢獻而取得，且其係爲歸屬給配偶一方而無涉婚姻之共同生活，就此他方不得參與分配。Hausheer/Aebi-Müller, aaO. (Fn. 72), Art. 197 ZGB Rn. 1, Art. 198 ZGB Rn. 1.

除須配偶確有提供協力而對於財產之增加確有貢獻，其請求分配之數額方不會被法院另依第一〇三〇條之一第二項加以酌減外[141]，財產之取得尚須與婚姻關係存續中他方之協力或貢獻具有關聯性，於有剩餘時，始須提供作為分配之標的。故於現行法下，婚後財產中屬第一〇三〇條之一第一項但書之財產，以及婚前財產，均被排除在第一〇三〇條之一第一項本文之分配標的外，即展現出此一規範意旨[142]。

倘將夫妻間之贈與逕視為「有償取得」而納入分配之標的，即意味著贈與之一方協助受贈之他方取得此等財產之增加，或受贈之他方係基於婚姻共同生活有關而取得該贈與，方須將該贈與取得提供分配。惟此將造成：夫妻間贈與之一方係在協助受贈之他方，能自贈與之一方處取得該贈與財產[143]。即導出了夫妻間贈與行為含有夫妻間協力分工內涵之結論。此外，本係基於夫妻間贈與行為，

141 在1985年增訂第1030條之1時，對於第2項之立法說明為：「惟夫妻一方有不務正業，或浪費成習的情事，於財產之增加並無貢獻者，自不能使之坐享其成，獲得非分之利益。此際如平均分配，顯失公平，應由法院酌減其分配額或不予分配。……」參見，立法院司法、法制委員會聯席會議審查報告，附件對照表之審查會說明部分，載：立法院秘書處，同註2，頁762、819。

142 第1030條之1第1項但書被排除在分配標的外之財產的立法理由，2002年增訂第1030條之2第2項時，審查會意見中有說明：「第1030條之1第1項但書之財產，與婚姻共同生活及婚姻貢獻無關……。」立法院公報，同註2，頁33、87。此外，2002年增訂第1030條之1第1項但書第2款，使「慰撫金」亦不納入分配之標的，立法說明為：「按『慰撫金』乃非財產上之損害賠償，具一身專屬性，其取得與婚姻貢獻及協力無關，縱為婚後取得，亦非屬剩餘財產分配之對象。」立法院公報，同註2，頁33、84。

143 類似見解，並參見：林秀雄，同註3，頁155、157：「……若將夫因妻之協力、貢獻而對妻所為之贈與，視為有償取得之財產，納入分配之標的，則須意謂著妻對夫之協力貢獻所得之贈與，亦含有夫對妻之協力貢獻之部分，否則夫無法對該財產行使剩餘財產分配請求權，如此推來，妻之協力貢獻中，尚含有夫之協力貢獻，理論上，將陷入循環論斷之虞。」

而直接自他方取得而所增加之財產，亦將被解為係因婚姻共同生活有關而有所增加，此不免迂迴。

本文以為，夫妻間一方之贈與所直接造成受贈他方婚後財產之增加，與夫妻間提供協力分工來增加他方婚後財產之行為並不相同。蓋於夫妻間所進行之贈與，係夫妻贈與之一方直接以贈與行為，來增益受贈他方財產。即夫妻間自他方取得贈與時，係直接基於贈與而取得，受贈者既非基於贈與者之協力分工而取得，亦非因婚姻共同生活而取得。故無法以對於婚姻共同生活之協力，或以該取得具婚姻共同生活關聯，而來肯認因夫妻間之贈與而使他方婚後財產增加，有贈與一方之貢獻在內。

故而，夫妻間贈與之一方，並無法以婚姻分工協力或婚姻共同生活關聯，來肯認其具有交互參與分配之正當基礎，而於法定財產制消滅時，索回贈與價值剩餘之半數。夫妻一方具有分配之正當基礎，而得依第一〇三〇條之一第一項來進行交互參與分配之客體者，應僅限於對於婚後他方自第三人有償取得或有婚前財產孳息之情形，而不適用於夫妻間贈與之情形。夫妻間之贈與，仍能該當第一〇三〇條之一第一項但書之「無償取得」而不具有償性，不納入分配之標的。

三、夫妻間自由處分金給與於法定財產制消滅時之處理

㈠「得協議」自由處分金而非「請求權」之規範結構

1. 來自瑞士民法第一六四條之啓發

在二〇〇二年六月夫妻財產制規範大幅修正時，立法院在立委主動提案而無相對應之政府草案下，「為保障夫妻經濟自主及婚姻

和諧」[144]，於第一〇一八條之一導入配偶間得約定「自由處分金」之規範，其規定：「夫妻於家庭生活費用外，得協議一定數額之金錢，供夫或妻自由處分。」即承認夫妻間得協議一定之數額，供他方自由處分。

原第一〇一八條之一「自由處分金」草案之委員提案本為：「基於婚姻之共同協力，夫妻之一方從事家事勞動或對他方配偶之營業或職業予以協助時，得向他方配偶請求定期給與相當數額之金錢，供其自由處分。[145]」而提案說明中，闡明其係為保障從事家務勞動或協助他方營業或職業者「經濟之獨立及人格之尊嚴」，而本於夫妻「類似合夥之精神」、「家務有價之觀念」所訂[146]。此委員提案草案其所仿效的對象，即瑞士民法第一六四條[147]，如前所述，其亦係為從事家務活動或協助他方之配偶，創設出能享有「自由處分金」之「請求權」，而規範理念亦係在維持配偶之經濟上獨立性。瑞士學說受瑞士之國會立法理由之影響，認為因此而取得之「自由處分金」，仍構成分配之標的，而並非瑞士民法第一九七條不納入分配標的之無償取得。前揭原委員提案之草案，無論是在「請求權」之規範結構設計上，明訂請求權發生要件係以從事家務勞動或有協助他方之職業或營業為前提，及提案說明中所產闡明之「家務有償」的性質，與其所仿效之瑞士民法第一六四條之內容

144 審查會說明第一點，立法院公報，同註2，頁33、68。

145 委員提案草案條文載：立法院公報，同註2，頁33、67。

146 原第1018條之1草案條文之提案說明爲：「對家庭主婦（夫）長期從事家務勞動，或對他方營業或職業予以協助者，平日仍無可供自由處分之金錢，無法保障其經濟之獨立及人格之尊嚴，故本於夫妻類似合夥關係之精神，以及家務有價之觀念，特仿瑞士民法第164條第1項規定，增訂本條。」沈智慧等九十一位委員提案理由，載：立法院公報，同註2，頁33、68。

147 此一繼受自瑞士民法第164條之敘述，載：沈智慧等九十一位委員提案理由，載：立法院公報，同註2，頁33、68。

及規範理念，有相當大的同質性。

*2.*立法過程規範內容之變動

惟在立法之過程中，原先委員提案條文與最後通過之現行條文間，存在著本質上根本的不同。原先委員提案草案中，積極肯定此係「請求權」之表達，及所規定得發生此一請求權之「基礎原因事由」（有從事家事勞動或協助他方之營業、職業者），於最後通過之條文內容中均被有意的捨棄。在司法委員會審議過程之討論中，委員間捨棄原提案委員之草案及修正的第二個討論版本中「請求權」構造，而僅採取修正的第一個討論版本「得約定」之構造[148]，其理由或有就由夫妻自行就「自由處分金」進行「約定」方能使家庭功能發揮者，或有如夫妻不能就此進行約定，則婚姻實際上已有破綻者[149]。委員會經休息協商後，最後以現行法「得協議一定數額金錢」之文字行之。

申言之，現行第一〇一八條之一條文中僅明文夫妻「得協議」自由處分金，如未曾協議或無法達成協議時，由於條文並非採取「得請求」或「應給與」之請求權基礎的立法結構，「自由處分金」支付不再是法定給付義務，而僅係闡明當事人間有協議時將能構成意定之債。此契約上給付義務之發生，端視夫妻間有無達成協

148 於委員會審議時，原提案委員以另外兩個修正的討論版本條文，取代前揭原委員提案條文進行討論。此兩個實際被加以討論之草案，第一個討論版本爲：「夫妻於家庭生活費用外，得約定一定數額之零用金，供夫或妻自由處分。」第二個討論版本爲：「夫妻除家庭生活費用外，得向他方配偶請求定期給予相當數額之金錢，供自由處分。」載：立法院公報，91卷48期，委員會議紀錄，頁29、98、105，2002年。

149 支持修改成爲現行法「得協議（約定）」、反對原提案「得請求」規範之發言，載：立法院公報，同前註，頁99、102、104；反對者，認爲「得請求」規範係屬具文，仍要有強制之規定者之發言，載：立法院公報，同前註，頁102。

議而定，第一〇一八條之一本身並非請求權之基礎。故即便夫妻一方有從事家事勞動或協助他方之營業、職業者，如夫妻間未曾就自由處分金達成協議，尚無得逕依此一條文請求自由處分金[150]。又如學說所強調，本無待法律規定，夫妻間即得協議由一方給付他方金錢，現行第一〇一八條之一之規定，僅係注意規定，或並無法規範之意義[151]。

在我國法院過去實務中，不乏夫妻間未曾協議過自由處分金之情形下，仍逕行起訴請求他方給付自由處分金之實例，當事人並援引立法理由中有關協議不成時由法院視實際情況酌定之說明為立論，認為即便無協議或協議不成仍能請求，而法院則以條文文義要求須有協議始得請求，及立法過程有意刪除得逕向他方請求之要件，而駁回於無協議及協議不成時此一自由處分金之請求[152]。

*3.*法定財產制下之夫妻間贈與特殊型態

夫妻間協議由一方提供一定數額金錢供他方自由處分，如於契約中未另外約定對待給付之情形下，其本能符合民法債編各論第四〇六條之「當事人約定，一方以自己之財產無償給與他方，他方允

150 相同見解，且夫妻間協議不成時，亦無從依第1018條之1要求他方給付自由處分金：林秀雄，同註7，頁8、11；許澍林，同註6，頁92；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，民法親屬新論，頁167，2008年1月修訂7版；戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，同註2，頁183以下；林秀雄，同註108，頁39、51以下。而在立法政策上，認爲條文宜仿照瑞士民法之規定修正，使法院能於無法合意時介入者，戴東雄、戴瑀如，同註2，頁163以下。學者間並強調，雖然本條之審查會說明中，有闡釋「二、協議不成時，可由法院視實際情況酌定。」（立法院公報，同註2，頁33、68），惟此已逾越條文之內容，蓋條文中並無明文法院得加以介入，審查會此一說明實屬不當。林秀雄，同註7，頁8、11；戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，同註2，頁184，註428。

151 林秀雄，同註108，頁39、52以下；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，同前註，頁167，註152。

152 台灣台北地方法院，92年度重家訴更字第1號判決，2003年6月24日。

受」之贈與契約要求，僅係法定財產制下夫妻間以一定數額金錢為標的之特殊型態贈與。我國民法第一〇一八條之一自由處分金之規範，在體系上係置於第四編親屬第二章婚姻第四節夫妻財產制之第二款「法定財產制」之下，而非第三節婚姻之普通效力下。此有異於瑞士民法第一六四條自由處分金之規範，其係置於第二編家庭法第一章婚姻法第五節婚姻一般效力之E款「家庭扶養」（Unterhalt der Familie）的第二種類型下。於瑞士民法下，夫妻財產制則係另外規定在第六節。

第一〇一八條之一自由處分金條文因被置於「法定財產制」體系下，不僅於其他財產制下無此一規定適用之可能，且因夫妻協議「自由處分金」係法定財產制下之約定，學說上有強調，此係屬第一〇〇八條之一的「有關夫妻財產之其他約定」，而依該規定準用第一〇〇七條，應以書面為之，始能於夫妻間發生效力，並準用第一〇〇八條，非經登記不得對抗第三人，以保護債權人之利益[153]。惟本文以為，自由處分金協議本質上係屬贈與，本無待第一〇一八條之一規定，夫妻間本得約定由一方給付供他方自由處分金錢之贈與契約。即便夫妻間自由處分金之協議未依第一〇〇七條規定以書面為之，該協議於夫妻間仍具有效力。且採取使未踐行書面要求的自由處分金協議仍具有效性之解釋，將有助於強化往往經濟上係屬弱勢的自由處分金受給與對象之經濟上獨立性[154]。此外，縱自由處分金協議係依民法親屬編第一〇〇七條之規定以書面

153 戴東雄、戴瑀如，同註2，頁163；戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，同註2，頁183；林秀雄，同註108，頁39、52。

154 學者間同樣認爲夫妻協議「自由處分金」不以書面爲必要之理由爲，蓋夫妻間協議「自由處分金」屬夫妻間內部約定，並非第1008條之1的「有關夫妻財產之其他約定」，於法又未定義爲要式行爲，以言詞爲之亦生效力，參見：陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，同註150，頁167；許澍林，同註6，頁91。

加以約定，因其本質上仍屬於夫妻間意定之贈與，除當事人另有約定外，仍不生排除贈與人依民法債編各論贈與一節規定中，所享有之諸如撤銷贈與等相關權利。

*4.*實務上關於自由處分金爭訟之類型

觀察我國近年各級法院實務中，不乏夫妻間於法定財產關係消滅時，就兩者間過去移轉財產行為，爭執其為無償取得或有償取得之案例，即爭執第一〇三〇條之一第一項參與分配標的之範圍大小。然與此相對，自二〇〇二年增訂第一〇一八條之一自由處分金協議條文後，於各級法院實務上，卻少見直接涉及自由處分金之案例[155]。過去少數曾出現之案例，首先為夫妻一方依既有之自由處分金協議，請求他方履行所應支付之數額的類型[156]。其次為夫妻間未曾有過自由處分金協議，仍援引第一〇一八條之一的規定，向請求他方支付自由處分金之情形[157]。最後為於法定財產制消滅

155 其他亦有關自由處分金，但與自由處分金本身關聯性較小之案例，如台灣板橋地方法院，94年度重國字第6號判決，2006年9月19日，原告依民法第192條第2項請求損害賠償時，被告（侵權行爲加害人）曾爭執，原告應有自死者處受有自由處分金等情事，而主張應先釐清其是否屬不能維持生活，而能構成條文中被害人對其負有法定扶養義務之要件。惟法院認爲，死者之死亡與公有公共設施之設置與管理欠缺間無因果關係，故並未就此加以判斷。又如台灣士林地方法院，97年度重訴字第313號判決，2009年6月26日，原告主張，被告夫妻間之無償移轉不動產所有權行爲危及其債權，訴請撤銷該贈與契約及物權移轉行爲，被告主張該所有權移轉係屬有償行爲，買賣對價並包含自由處分金在內，惟法院認爲被告夫妻間並無關於自由處分金之約定，但仍基於其他事證認爲係屬有償行爲，而以民法第244條第2項之要件檢驗其撤銷之請求，認爲原告主張無據。

156 台灣高等法院台南分院，96年度上易字第8號判決，2007年12月18日。於本案中，原告於婚姻關係存續期間中主張，雙方曾有按月給付一定數額自由處分金之約定，並約定給付之一方不得過問用途及使用方法。因原告未能舉證證明，而被法院認爲難信爲真實。

157 台灣台北地方法院，92年度重家訴更字第1號判決，2003年6月24日。於本案

時，就婚姻關係期間曾經取得之自由處分金，爭執其是否應納入分配之案型[158]。

在目前有限的案例中，實務上尚未出現逕以自由處分金之協議未踐行書面要求，而否定其效力之見解，而多屬當事人間未能證明自由處分金協議存在，而被駁回的情形。以夫妻間曾協議自由處分金方得加以請求，為實務一貫之見解，目前尚未出現無自由處分金協議亦得加以請求之見解。故而，夫妻間是否能證明自由處分金協議之存在，遂成是否能請求之焦點，而無法逕援第一〇一八條之一的規定來加以請求。

5. 實務上少見關於自由處分金爭訟之原因

就自由處分金協議本身不履行之爭訟，或於法定財產制消滅時請求分配剩餘財產，而案例事實中有涉及到先前曾依協議受有自由處分金，並爭執是否應將其納入分配客體之爭訟，實務上均相當少見。對於此一現象，本文認為，除可能有關自由處分金協議之條文制定至今僅七年，實務案例本還有待累積外，亦可能肇因於夫妻間仍不習於以定期、制度化及事先具有高度明確性之量化的方式，約定給付他方一定數額之金錢，來協助他方滿足在家庭生活費以外之需求。申言之，夫妻間仍習於以傳統夫妻間贈與之方式，向他方索取禮物或對他方贈禮，以製造生活中之驚喜，並能保有雙方互動上及給付內容、數量上的彈性。惟當婚姻出現破綻後，締結個別贈與

中，原告於婚姻關係存續期間中主張，依第1018條之1其享有自由處分金權利，法院則以夫妻間未經協議，嗣又協議不成，而認爲與第1018條之1規定不合，無從請求給付。

158 台灣桃園地方法院，97年度家訴字第25號判決，2008年10月29日。於本案中，原告於法定財產制消滅時，主張被告所取得之自由處分金爲有償取得，應納入剩餘財產分配標的，而被告抗辯原告之剩餘財產分配請求權已罹於時效，被法院認爲有理由，故法院駁回原告請求。

契約之難度將隨之提高，過去曾有自由處分金協議之夫妻，將能藉助契約之拘束力，繼續滿足在家庭生活費以外之需求，而受有利益。

申言之，如婚姻尚未出現破綻，夫妻間無須透過自由處分金協議，本得透過隨時締結一次性的贈與契約，來達到取得供自由處分之金錢或具財產價值之客體，且在個案中，其價值可能更勝於事先約定自由處分金之情形。此外，夫妻間亦可能畏於倘率先提議就定期取得一定數額金錢進行協議時，可能被他方解讀成此係對婚姻共同生活無信心，才欲藉助事前自由處分金協議來拘束他方，此反造成婚姻之摩擦，而不如不要協議。在欠缺此等締約之動機與誘因下，夫妻間協議自由處分金之情形自然減少。因此，未履約而須訴請履行給付自由處分金義務之案例，及法定財產制消滅時，涉及爭執先前曾取得之自由處分金是否有剩餘、其剩餘是否應納入分配的案例，自然相對少見。

㈡法定財產制消滅時處理方式之學說爭議及其計算上效果之異同

1. 學說爭議

如前所述，自由處分金協議本為於民法親屬編中特殊型態之夫妻間贈與契約，由夫妻間依其意願依第一〇一八條之一來加以協議，惟其協議標的限於一定數額之金錢，而有別於傳統型態之贈與契約在標的上並無限制。即便學說間不乏肯定夫妻間基於自由處分金有所取得係屬「贈與」，惟學說上本對於夫妻間之贈與於法定財產制關係消滅時之處理，本有前揭「無償取得」（無庸納入分配）與「有償取得」（須納入分配）之爭議，而此一爭議繼續延伸至因「自由處分金」而有所取得之處理上。

學說中認為自由處分金係屬「贈與」者，主張難將自由處分金認為係屬下述之剩餘財產預付，其理由為：自第一〇一八條之一條

文內容觀之，其並未說明自由處分金發生之根據[159]。本說並未將夫妻間贈與另與來自第三人之贈與相區別，似認為自由處分金既屬贈與，其取得將能符合第一〇三〇條之一第一項但書第一款中無償取得之要求，而無庸提供分配（「無償取得說」）。

惟學說中亦有認為自由處分金雖屬贈與，然不以無償取得視之。此說以自由處分金係夫妻間之贈與，而須納入分配之標的，即雖未言明自由處分金具「有償性」，然實際上係以「有償取得」來處理其效果（「有償取得說」）。受前揭委員對於第一〇一八條之一提案立法說明所揭示之「本於家務有價之觀念」理由影響，學者間有強調，自前揭立法理由出發，為落實男女平等、保護經濟弱者，應認為自由處分金為從事家事勞動、協助他方之職業或營業，致他方財產增加或減少支出的對價，而應視為「協助之代價」。受領之自由處分金，雖為夫妻間「贈與之婚後財產」、「有婚後贈與之性質」，屬「婚後贈與所得」，惟不同於來自第三人之無償贈與，於法定財產制消滅時倘有剩餘，仍列入婚後財產，即仍有分配之義務[160]。申言之，本說主張自由處分金並非無償取得，非屬第一〇三〇條之一第一項但書第一款被排除分配之標的。

最後，學者間不乏有另闢蹊徑，認為自由處分金之取得不屬贈

159 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，同註150，頁167。

160 採此說者，戴東雄，同註6，頁14；戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，同註2，頁184；戴東雄、戴瑀如，同註2，頁164以下；許澍林，同註6，頁92。於我國法院實務中，亦有被告（夫）主張，自由處分金本質爲對於妻長期從事家務勞動及協助經營事業等辛勞予以適度評價之報酬，故他方（妻）自其所曾領有之自由處分金，應解爲婚後有償報酬，而應於剩餘財產分配時納入分配標的，惟因原告（妻）之剩餘財產分配請求權已罹於第1030條之1第3項之兩年短期時效，故法院於判決理由中並未就是否有給付自由處分金之事實加以認定，亦未就其有償性或無償性問題加以論斷，台灣桃園地方法院，97年度家訴字第25號判決，2008年10月29日。

與，亦非收入，而自立法理由觀之，認為係夫妻一方剩餘財產分配之「提前給付」，即他方對於分配數額之預先受領（即「預付說」）。其不將夫妻間之自由處分金逕定性為前揭之無償或有償取得，即跳脫第一〇三〇條之一第一項但書的框架來處理。其反對將自由處分金解為無償贈與或有償收入之理由為：倘係「無償」贈與，本得自由為之，而無待增訂第一〇一八條之一另為規定；倘為配偶一方家務勞動而自他方取得之「有償」收入，除使夫妻間處於僱傭人與受僱人間之關係外，亦須將此提供為剩餘財產分配之標的，即又評價該家務收入屬他方協力之結果，理論上將有矛盾而陷於循環論證[161]。依本文之觀察，學者間贊成「預付」說之理由，除係以排除法於反對「無償」說並反對「有償」後僅有的選擇，及援引立法理由外，本說之提出，在方法論上似亦受到以「預付說」來處理夫妻間給與之德國民法第一三八〇條規範的影響。

*2.*計算上效果之比較

⑴「無償取得」說下，自由處分金之受領將不影響剩餘財產分配的過程

如將自由處分金認為係屬第一〇三〇條之一第一項但書第一款之「無償取得」，於我國剩餘財產分配規範下，無論於法定財產制消滅時是否有剩餘、剩餘數額為何或甚至仍全數留存於受領者之婚

161 林秀雄，同註7，頁8、11；林秀雄，同註108，頁39、52；林秀雄，於：研商「民法親屬編夫妻財產制修正後相關因應事項」會議紀錄，頁19以下之發言，2002年6月17日，取自法務部網站（http://www.moj.gov.tw/public/Attachment/66281054439.doc，最後瀏覽日：2009年9月1日）。同採此說，認爲在現行法下，應將自由處分金之性質解爲剩餘財產分配之預付，而非有償取得者，其理由係基於避免過度評價家務勞動者，蓋家務勞動價值之肯定，已於第1003條之1家庭生活費用負擔規定，及第1030條之1剩餘財產分配請求權之中，加以評價過，此已足以保障配偶之權利，參見，魏大喨，同註7，頁30、39。

後財產中，均無須納入分配之範疇內，而得將剩餘之數額，悉數自其婚後財產中扣除。如曾以自由處分金之一部或全部去清償其他婚後財產所生之債務者，並應依第一〇三〇條之二第二項將其補償回來，即將此納入婚後之負債中。

申言之，於法定財產制消滅時，在「無償取得」說下，因自由處分金並非分配之標的，在婚後剩餘財產之交互分配過程中，無論受領自由處分金之一方，係屬婚後財產剩餘較少或較多之一方，將不會因為其曾受領自由處分金之事實，而減少分配之數額或增加分配義務。換言之，受領自由處分金之一方，不論原取得之自由處分金於其婚後財產是否有剩餘，將不會因剩餘財產分配之過程，而被索回原取得自由處分金之一部。

⑵「有償取得」說下，相較於「無償取得」說，將造成自由處分金受領人受有返還自由處分金剩餘數額半數之不利益

與此相對，如不將自由處分金認為係屬第一〇三〇條之一第一項但書第一款之無償取得，即認為此等取得係屬「有償取得」，而屬第一〇三〇條之一第一項本文之分配標的時，倘所受領之自由處分金在法定財產制消滅時毫無剩餘時，於此極端之情形，因實際上並無標的被納入分配，即便夫妻間曾有基於自由處分金協議而給與的事實，其計算上之結果仍將同於採取「無償取得」之見解所算出之數額。惟於一般之情形，如所受領之自由處分金尚有剩餘或仍全數存在於受領一方之婚後財產中時，在有償說下因仍須將此等剩餘之自由處分金納入交互分配標的，而計入受領人之婚後財產之數額中，且在效果上，會因受領人係婚後財產剩餘較少或較多之一方，而會有拉近或拉開夫妻雙方婚後財產差距的不同。

於有償說下，受領之自由處分金所影響剩餘財產分配之數額，將較於無償說下所計算出之數額，或減少了剩餘之自由處分金二分之一的分配數額（於受領人係屬婚後財產剩餘較少之一方時），或

增加了剩餘之自由處分金二分之一的分配義務（於受領人係屬婚後財產剩餘較多之一方時），此均是對於受領人造成較為不利益的效果。換言之，於有償說下，曾支付自由處分金之一方，於法定財產制消滅時，將能透過剩餘財產分配之過程，索回自由處分金「剩餘」數額之半數。

此外，相較於無償說，有償說下對於受領人所造成之不利益（減少分配數額或增加分配義務），將隨著所受領之自由處分金其剩餘數額而遞增，呈現出變動之狀態。當自由處分金於法定財產制消滅時仍全數存在時，將構成此一不利益之最大值，等於所受領自由處分金數額之半數。

⑶「預付」說下分配之數額，等同於有償取得說下之數額

在「提前預付剩餘財產之分配」說（「預付」說）下，自由處分金之支付，係為給與之配偶一方，就倘日後法定財產制消滅而負有剩餘財產分配義務時（即須是婚後財產剩餘較多時），對於該分配義務的「預先給付」或履行。換言之，自由處分金之受領，係受領自由處分金之他方配偶，就倘日後享有剩餘財產分配請求權時（即須是婚後財產剩餘較少之一方時），對該得請求之數額所進行的「預先受領」。在比較法上，在法定財產制上同採剩餘財產分配規範，且將夫妻間之無償給與行為，於一定之情形下以剩餘財產分配之預付來加以處理者，為前述德國民法第一三八〇條規範。

在預付說下，即將自由處分金之支付，認為屬剩餘財產分配義務之預先履行，於給與之一方屬婚後剩餘較多而確屬負有分配義務者，其自由處分金之全部數額自受領之一方的婚後財產「扣除」（即「不計入」）之同時，仍須全數「計入」給與之一方的婚後財產，以回復到彷彿未曾支付自由處分金之狀態。雙方婚後財產之差距，將因之另外拉大出自由處分金「兩倍」之數額。而於此調整過之雙方婚後財產基礎上，算出初步剩餘財產分配數額時，因平均分

配而須「除以二」，所影響之數額恰等於自由處分金之「同額」數額，再經「扣除」此已預先收領過之自由處分金「同額」數額後，因此所影響之數額正好為零。

申言之，於法定財產制消滅時，依預付說算出剩餘財產分配數額之結果，將等於把自由處分金定性成「有償取得」（即不定性成「無償取得」），而無庸自受領之一方的婚後財產扣除之情形下，所算出之數額[162]。故而，「預付說」實際上亦將使所收受自由處分金於有剩餘在婚後財產時，仍能成為分配標的，支付自由處分金之一方仍能透過剩餘財產分配之過程，索回自由處分金剩餘數額之半數。故相較於「無償取得」說，「預付說」亦將造成自由處分金

162 以「預付說」於特定情形下處理夫妻間贈與之德國法第1380條，德國教科書上之計算例子爲，夫之淨益爲50，妻之淨益爲20，婚後夫曾贈與妻20之珠寶。如此等珠寶給與係屬剩餘財產分配之預付（如經夫指定爲預付，或如夫之意思不明時，超過一定價值而依法視爲預付），以夫之50+20=70與妻之20-20=0兩者初步算出之妻的分配數額爲(70-0)/2=35，因夫已預付20，妻實際得請求之數額爲35-20=15。而如逕以此夫妻之淨益爲計算基礎，不將此等珠寶給與視爲無償取得而另外扣除，則妻的分配數額爲(50-20)/2=15，而正與前述預付說相同。故德國學說上亦有指出，夫妻間於婚姻關係中之給與行爲，倘此給與之價值仍存在於受給與配偶之財產內時，於此情形下，對於夫妻間之給與採「視爲預付」之計算方式，將與「不視爲預付」（即不視爲婚後無償取得）情形下，算出相同結果。故或有謂於此情形下，可直接放棄德國民法第1380條所規定之視爲預先受領的計算方式。

惟應強調者，如受給與配偶其淨益數額小於給與之數額，即給與之價值全部或一部不存在於受給與配偶之財產內時，則仍須按前述的之步驟即德國民法第1380條規定計算。蓋此時如未按第1380條規定之步驟而直接計算，將產生不同的結果。承前例，如妻之淨益僅爲10，如認爲過去夫對妻20之珠寶給與係屬預付，以夫淨益之50+20=70與妻淨益之10-20=-10，因「淨益」至少須是0，故妻之淨益以0計算，兩者初步算出之妻的分配數額爲(70-0)/2=35，因夫已預付20，妻實際得請求之數額仍爲35-20=15。如逕以此夫妻之淨益爲計算基礎，而不依第1380條所規定之步驟，則將算出妻之分配數額爲(50-10)/2=20之錯誤結果。Büte, aaO. (Fn. 35), Rn. 280 f.; Büte, aaO. (Fn. 33), S. 289, 291.

受領人受有自由處分金剩餘數額半數之不利益。

⑷三說在效果上之比較

在計算之結果上，對於自由處分金受領人最有利者，當屬「無償取得」說，即認為自由處分金係屬第一〇三〇條之一第一項但書第一款之無償取得。蓋受領人得終局保有所受領之自由處分金數額，無庸因自由處分金有剩餘而提供分配，亦無庸因擔心將提供分配，而寧可於法定財產制消滅前，將其消費殆盡。而相對於此，採取「有償取得」說，即自由處分金剩餘數額仍須提供分配，而「預付」說在計算上會得出與「有償取得」說相同之結果。而後二說之計算結果，相較於「無償取得」說，對於受贈人所造成之不利益為減少其分配數額或增加分配義務，此等不利益之數額為自由處分金剩餘數額二分之一。以下列實例來說明：

第一例，夫曾贈妻20之自由處分金，法定財產制消滅時，夫之婚後財產為60，妻之婚後財產中，自由處分金僅部分留存而剩餘10，其他婚後財產為20。無償說下，妻對夫之分配額為（60-20）/2=20。於有償說下，妻對夫之分配額（60-30）/2= 15。於預付說下，妻對夫之分配額為〔(60+20)〕-（10+20-20）〕/2=35, 35-20 = 15，而同有償說。申言之，於有償說或預付說下，相較於無償說，妻之分配數額減少了20-15 = 5，即均將對妻造成其所受領之自由處分金剩餘之半數10/2 = 5 的不利益。申言之，於有償說或預付說下，夫均將能透過剩餘財產分配的過程，減少其分配義務，造成實質上索回自由處分金剩餘數額之半數10/2 = 5的效果。

第二例，夫曾贈妻20之自由處分金，法定財產制消滅時，夫之婚後財產為60，妻之婚後財產中，自由處分金全數留存即20，其他婚後財產為20。於無償說下，妻對夫之分配額仍為（60-20）/2=20。於有償說下，妻對夫之分配額（60-40）/2=10。於預付說下，妻對夫之分配額為〔(60+20)-(20+20-20)〕/2=30, 30-20=10，而

同有償說。申言之，於有償說或預付說下，相較於無償說，妻之分配額將減少了20-10=10，即將對妻造成剩餘之自由處分金半數20/2=10之不利益。申言之，於自由處分金數額全數留存時，有償說或預付說對於自由處分金受領人造成之不利益，將達到最大值，即自由處分金半數，此時，自由處分金給與人可透過交互分配過程，索回最多之數額。

第三例，夫曾贈妻20之自由處分金，法定財產制消滅時，夫之婚後財產為60，妻之婚後財產中，自由處分金全數不留存即0，其他婚後財產為20。於無償說下，妻對夫之分配額始終為（60-20）/2=20。於有償說下，妻對夫之分配額（60-20）/2=20。於預付說下，妻對夫之分配額為〔(60+20)-(20-20)〕/2=40, 40-20=20。申言之，於自由處分金不留存於受給與人之婚後財產中時，依有償說或預付說計算出之數額，與無償說之數額相同。

第四例，夫曾贈妻20之自由處分金，法定財產制消滅時，夫婚後財產0，妻婚後財產中，自由處分金全數留存即20，其他婚後財產為40。於無償說下，夫對妻之分配額仍為（40-0）/2=20。於有償說下，夫對妻之分配額為（60-0）/2=30，妻之分配義務，因自由處分金之計入，而增加了30-20=10。於預付說下，因妻於法定財產制消滅時為剩餘較多之一方，並不享有剩餘財產分配請求權，反而是夫享有，故妻先前受領之自由處分金，並非妻之剩餘財產分配數額之預先受領，即夫之先前支付自由處分金並無剩餘財產分配義務預付之問題，此時不構成適用預付說之前提要件。如此時又不將夫妻間自由處分金給與視為無償取得（即視為有償取得）時，夫對妻之分配額（即妻之分配義務）仍為（60-0）/2=30，惟如將夫妻間自由處分金給與仍視為無償取得時，夫對妻之分配額（即妻之分配義務）為（40-0）/2=20。即於無預付說之適用時，相較於有償說，於無償說下妻之分配義務較少。申言之，在無償說下，自由處

分金受領人不會因曾受領自由處分金而有剩餘，而增加其分配義務，對受領人較為有利。

故而，無論自由處分金是否有剩餘，於無償說下之分配數額始終不變，蓋自由處分金無涉分配之標的，無償說對於自由處分金受領人始終最有利。如自由處分金有剩餘，於有償說及預付說下，因剩餘之自由處分金仍係分配之標的，分配數額或分配義務將隨著自由處分金剩餘之數額變動而改變，相較於無償說，此二說將對於受領人將造成較為不利益之效果，其對於受領人所造成分配額之減少或分配義務之增加，為剩餘自由處分金之半數。特別是於自由處分金全數留存時，相較於無償說，有償說及預付說對於受領人所減少分配額或增加之分配義務將構成最大值，即自由處分金之半數。而僅於自由處分金數額全數不留存時，有償說及預付說方不會對於受領人造成分配額減少或分配義務增加之不利益效果，而等同於無償說所算出之結果。

㈢現行規範下因自由處分金約定之所得，具「無償取得」之本質而非屬分配之標的

1. 現行第一〇一八條之一規範要件中，並未展現出夫妻間對價或對待給付之意旨

現行法第一〇一八條之一自由處分金之規範，從原立法委員提案中肯認從事家事勞動或協力之一方得對於他方享有自由處分金「請求權」之提案條文，到立法院委員會討論過程中，此條文立法結構被大幅修正，而有別於原規範意旨。最後展現在現行條文要件中者，其任由夫妻間自行決定是否「協議」自由處分金，而具有任意性。現行規範並未創設出自由處分金請求權或他方之自由處分金支付義務，而與其原欲仿效之對象瑞士民法第一六四條不同。於現行規範下，即便夫妻一方曾為家事勞動或營業協力，他方仍無須支

付自由處分金，而夫妻間本得不為自由處分金支付之協議，曾從事家事勞動或營業協力之一方仍將一無所獲。

此外，於現行法第一〇一八條之一規範下，自由處分金所協議之標的，係於「家庭生活費用外」約定之一定數額金錢[163]。申言之，於二〇〇二年導入第一〇〇三條之一第一項夫妻間應分擔「家庭生活費用」規範之同時，另外就自由處分金之協議進行規範，並使自由處分金內容中不含有家庭生活費，即強調兩者間有別，自由處分金之支付並非為履行所應分擔之家庭生活費義務，其係由夫妻間任意約定來供他方自由處分。而學說上也強調，家庭生活費中亦不含有自由處分金，即自由處分金並非家庭生活費之一部[164]。自由處分金之取得，尚須經由夫妻間另外約定。

更重要者，現行法第一〇一八條之一自由處分金協議之規範，於立法之過程中，並刪除原提案條文中發生自由處分金請求權的基礎原因事由。即原提案條文中，本有以家務勞動或對他方營業協力作為請求自由處分金前提，此原本可能被解為蘊含有對價關係而互為有償。經此刪除，以有償取得來處理自由處分金之基礎，家務勞動與自由處分金間之對價關係，已不復存在。配偶無須是從事家事勞動之一方，亦無庸是對他方之營業或職業有協助者，在現行規範下，均得逕為此等自由處分金之協議，而無原因事實之限制，此亦與其與所仿效對象，瑞士民法第一六四條有著根本上不同。瑞士法

163 第1003條之1第1項規定：「家庭生活費用，除法律或契約另有約定外，由夫妻各依其經濟能力、家事勞動或其他情事分擔之。」申言之，家庭生活費用，本屬夫妻間所應分擔之義務，以維持婚姻共同生活。其分擔額度爲除法律或契約另有約定外，依夫妻各自之經濟能力分擔；其分擔方式或以金錢分擔、或以家務勞動或對他方營業職業上之協助行之。家庭生活費用分擔額度及方式雖得由夫妻另爲約定，惟非以自由處分金之約定行之。

164 戴東雄、戴瑀如，同註2，頁163。

下之國會立法理由及學說，將依民法第一六四條自由處分金之取得實際上以有償取得來加以處理之基礎，並不存在於我國第一〇一八條之一的規範結構中[165]。

於現行法第一〇一八條之一任意約定自由處分金支付之規範下，一方面受有家事勞動或協力之他方，本無支付自由處分金之法定義務。另一方面，其亦並未限於須曾進行或須於未來提供家事勞動或協力者，方得與他方約定自由處分金。本文認為，夫妻間依第一〇一八條之一自由處分金協議而受有供自由處分之金錢者，如夫妻間未另外約定，自由處分金受領人仍無提供諸如家務勞動或營業協力等對待給付之義務，自由處分金之受領仍具有無償取得之內涵。

2. 自由處分金之取得，可能無涉任何先前或未來之家務勞動或營業協力，而非有償

現行自由處分金規範係「得協議」之意定請求權的規範構造，從事家務勞動或營業協力並不構成法定債之發生原因，支付自由處分金之拘束力係直接來自夫妻間協議本身之法效意思，且其不以任何家務勞動或協力作為進行此等約定之前提。故而，即便有進行家務勞動或對於配偶他方營業提供協力，於現行法下，如受有協力之他方不願與之達成合意，該他方仍不負有支付自由處分金之義務，

165 申言之，如第1018條之1「自由處分金」之規定，仍以原草案中法定請求權或他方之支付義務的構造來加以規範，尚有可能逕以欲請求自由處分金之一方，其過去曾有家務勞動或對他方營業協力，他方即當然負有支付自由處分金義務，來肯定家務勞動或協力其與自由處分金間具對價關係及其有償性，而結論上有可能同瑞士民法第164條規範之學說通說，將以有償取得來加以處理。否則，僅能如下述，須夫妻間於約定自由處分金之同時，另外約定受有自由處分金之一方，須於未來提供家務勞動或協力，或將其約定成對過去家務勞動或協力之對價，方能使自由處分金之受領成爲有償行爲。

家務勞動或營業協助仍無回報而非有償。反之，如他方願逕行支付自由處分金，而不過問過去是否曾有過家務勞動，亦不求未來家務勞動之回報，自由處分金仍有可能是在無任何家務勞動或協力下來加以取得。

申言之，一方面不能僅因有自由處分金之協議、支付或取得，即逕行導出自由處分金之取得係具「有償性」，或自由處分金受領人曾提出過「對待給付」之結論，而使自由處分金受領人須受有將之提供分配的不利益。另一方面，於現行法下，亦不能先預設「家務有價（有償、有給）」、「家務勞動之報償」、「營業協助之代價」後，因此將所有受領自由處分金之情事一概認為係屬有償取得，而採有償說。蓋現行法下所進行之自由處分金協議及取得，並不以曾有家務勞動或營業協力為前提，無家務活動仍能基於協議而取得自由處分金，有家務勞動或營業協力而無自由處分金協議時，家務勞動者於現行法下仍無法取得自由處分金。「家務有價」以及自由處分金「有償取得」之見解並無法說明：為何於無家務勞動或營業協助情形下所取得之自由處分金，其能夠在無提出對待給付之情事（如提出家務勞動作為對價）下，被視為有償取得；其亦未能另外說明：是否此時則另應改以二分處理，認為於無家務勞動情形下之自由處分金受領係屬無償。本文以為，治本之道，應為將因自由處分金協議之取得以無償取得來處理，而僅於夫妻間另外有約定，以家務勞動作為取得自由處分金之代價時，方能認為自由處分金之取得係屬有償取得。

*3.*家務勞動或營業協力與自由處分金受領間，本不具對價關係

我國現行法制下，即便有受領自由處分金之事實，過去曾提供過家務勞動或營業協力，未來也有意繼續為之，此仍不足以當然導出其自由處分金之受領具有償性，而否認其無償性之結論。於贈與之法制下，對於贈與之「無償性」要件特徵，解釋上為「欠缺對待

給付」者。瑞士學說上強調，民法親屬編夫妻財產制下對於無償性或有償性之判斷，除夫妻財產制法制中另有規定外，與民法其他規範下之無償性或有償性判斷之一般規則，並無區別[166]。而在排除「無償性」之「對待給付」要件，在贈與法制相關之德國學說強調，其尚要求「給付」與「對待給付」兩者間具有「聯繫關係」（Verknüpfung），即彼此間具法律上之內在關聯時，方能肯定具「有償性」，而否定其「無償性」。申言之，如給與行為與受領人之行為間不具有內在關聯時，則非有償行為，而具有無償性，無庸提供分配[167]。

166 Hausheer/Reusser/Geiser, aaO. (Fn. 72), Art. 197 ZGB Rn. 11; Hausheer/Aebi-Müller, aaO. (Fn. 72), Art. 197 ZGB Rn. 6. 瑞士民法下，其夫妻財產制法制中對於「有償性」之特別規定，如固有財產之孳息，本為無償取得，而不合於瑞士民法第197條第1項「取得財產」之「有償性」要求，然瑞士民法第197條第2項第4款卻仍將其與其他有償取得之態樣並列為「取得財產」。此外，基於「固有財產」所取得之對待給付，其作為「固有財產」之替代物時，或基於「取得財產」來有償取得專供個人使用之物時，概念上本係有償取得，然瑞士民法第198條第1款、第4款分別將此列為「固有財產」，而不納入第197條第1項所規範之有償取得的情形。Hausheer/Aebi-Müller, aaO. (Fn. 72), Art. 197 ZGB Rn. 3 f.; Hausheer/Reusser/Geiser, aaO. (Fn. 72), Art. 197 ZGB Rn. 7 ff.

167 此等「聯繫關係」，德國學說上主要將其分類為下述之「對立之聯繫關係」、「條件上之聯繫關係」及「原因上之聯繫關係」三種態樣，須雙方之「給付」間具此等聯繫關係時，彼此間方構成「對待給付」關係而具「有償性」。「有償性」及「聯繫關係」本應於一方提出給付時即已存在，而過去已提出之無償行為是否可另由當事人嗣後約定視為對待給付，而為有償，學說上雖有爭議，如於一方提出無償給付時，雖本無對待給付請求權，惟基於私法自治之契約形成自由，多數學說上均肯認得於他方提出此等對待給付時，就此與先前取得之給付間，由雙方協議嗣後授予此等「聯繫關係」，視為具對待給付關係，而使先前之取得成為有償，原有給與之原因（causa）因之被廢止及取代。惟應區別者，如無此等嗣後授予「聯繫關係」之情事，即該他方不將其給與視為「報酬」者，其所為之給與仍僅是「酬謝之贈與」（remuneratorische bzw. belohnende Schenkung），與先前取得之給付間仍不具

於我國現行法制下自由處分金之提出與受領，與過去或未來之家務勞動或營業協力間，本文以為，除夫妻間另有約定使其成為有償行為外，並不存在著此等「聯繫關係」，仍互不構成「對待給付」而不具對價性，其仍均具無償性，而無庸提供分配。申言之，自由處分金與家務勞動或營業協力兩者間，本互不處於雙務契約下之「對立之聯繫關係」（synallagmatische Verknüpfung），即自由處分金之受領者，於過去或未來本不負有家務勞動或營業協力之義務，而受有協力者，就此本亦不負有支付自由處分金之義務。再者，兩者間亦不存在著「條件上之聯繫關係」（konditionale Verknüpfung），即自由處分金之有效取得或保有，並不以家務勞動或營業協力之提出為前提條件；反之，受有家務勞動或提供營業協力時，其有效性亦未取決於自由處分金之支付。此外，兩者間亦不存在著「原因上之聯繫關係」（kausale Verknüpfung），即自由處分金之給與，並不以受領人過去或未來之家務勞動或營業協力，作為夫妻間共同之「行為基礎」（Geschäftsgrundlage）。夫妻一方給與自由處分金時，或有冀望他方未來能從事家務勞動或營業協力之意思，或者於從事家務勞動或營業協力時，或亦有寄望能獲有自由處分金來滿足個人需求，然此充其量僅係「具目的之贈與」（Zweckschenkung），或僅係「單方之期待」（einseitige Erwartungen），雙方並未將此等協力作為自由處分金之「對待給付」，

對待給付關係，兩者間仍具無償性，先前受領之給付僅是此一贈與之動機（Motiv）。MünchKomm/Koch, aaO. (Fn. 56), § 516 Rn. 27 ff.; Soergel/Mühl/Teichmann, Bd. 4/1, 12. Aufl., Stuttgart: Kohlhammer, 1998, § 516 Rn. 16 ff.; 而反對因嗣後取得有償性者也同意，如一方於無義務或給付承諾之情形下為給與時，其有可認識的意圖於未來取得對待給付者，該給與仍得於嗣後得到報酬時，成為有償，蓋此等給與係未來方締結之有償契約的「預先履行行為」，Staudinger, Berlin: de Guyter, Neubearbeitung 2005, § 516 Rn. 33 f., 44 f.

而仍無礙自由處分金受領其無償性之肯認[168]。

*4.*如夫妻間未另有約定就過去或未來家務勞動或協助營業成立對價性時，自由處分金受領仍保有無償取得性格

在夫妻間移轉財產行為之有償性或無償性之判斷上，如自由處分金給與協議，其約定內容無涉受領人須「同時」或「未來」提出諸如家務勞動或協助營業之對待給付義務者，即為未建立出「聯繫關係」時，其與一般贈與契約之約定，並無不同，仍得肯定自由處分金的給與及取得具有無償性，不因受領人過去是否實際曾有提供家務勞動或協助營業，或未來是否主動提供家務勞動或協助營業而有不同。申言之，過去或未來之家務勞動或協助營業本身，不會當然賦予嗣後或先前受領之自由處分金其對價性及有償性格，而此等家務勞動或協助營業仍保有無償性。故而，本文以為，約定給付自由處分金之本身，仍不會使其成為有償給與，尚須有當事人另以契約約定，賦予家務勞動或營業協助及自由處分金受領間「聯繫關係」時，始能產生此一對價性，而排除自由處分金之無償性格。

如前所述，在德國學說下，基於當事人契約自由，其承認得以其給付與對於過去受領之無償給付間「嗣後授予聯繫關係」（nachträgliche Gewährung einer Verknüpfung），使其給付與先前受領之給付間成為有償行為，惟須當事人間對此另有約定。故而，「過去」從事家務勞動或協助營業之他方本無自由處分金請求權，其「過去」所進行家務勞動或協助營業本為無償行為，雖雙方嗣後有自由處分金之協議，如當事人未另外約定以「嗣後之聯繫關

168 惟如個案中，自由處分金之提出與受領，依當事人之約定係屬「附負擔之贈與」（Auflagenschenkung）時，此時自由處分金之受領人將因之負有義務，自由處分金之受領已具對價性，雖民法第412條以下將其以贈與規範來加以處理，然其本質上仍屬「有償取得」，而不具無償性，而應提供分配。

係」，來溯及使該自由處分金給付與過去的家務勞動或營業協助處於對待給付關係時，且亦未要求以未來之家務勞動或營業協助為對待給付時，兩者間仍不具對價性，自由處分金之受領仍保持其無償取得性格。

即便進行自由處分金之給與，係出於「酬謝」（Belohnung）他方過去曾有家務勞動或營業協力事實之「動機」，或僅約定作為酬謝，而並非將此約定成「報酬」（Entlohnung）時，其仍非對待給付，此時其無前揭「嗣後之聯繫關係」，而先前自由處分金之受領仍具「無償性」。故而，在現行法之規範下，尚無從僅因其第一〇一八條之一約定給付自由處分金，即當然地將此等自由處分金之受領定性成有償取得，而須於法定財產制消滅時提供分配。本文以為，倘採取有償說，造成過去家務勞動或營業協力與自由處分金具有「對價性」之效果，即實際上擬制了當事人間意思，然當事人從事家務勞動或給付自由處分金時，往往不求回報，亦無「嗣後授予聯繫關係」之意思存在。

5. 第一〇一八條之一之立法過程中，亦未呈現出「自由處分金」係屬有償取得或剩餘財產分配預付之意旨

如前所述，在第一〇一八條之一自由處分金規範原先「請求權」構造之委員提案下，提案理由中雖曾揭示「家務有價」之立法意旨[169]。惟原提案於立法院司法委員會既經修改成現行法「得協議」構造之條文，且司法委員會討論過程、審查會意見及現行規範要件中，均未見將家務勞動作為取得自由處分金的前提，或將家務勞動作為協議自由處分金之前提的意旨或法定要件。我國民法第一〇一八條之一自由處分金規範既迥異於瑞士民法第一六四條之規

169 「家務有價之觀念」的立法說明，載：沈智慧等九十一位委員提案說明中，立法院公報，同註2，頁33、68。

範，殊無理由仿瑞士民法之規範、學說及立法理由，而將此解為有償取得而須提供分配。

再者，觀諸立法院司法委員會討論過程中，其即係為避免原提案「家務有給制」被社會誤解，而阻礙了整個修法，乃捨棄原「請求權」之構造，且於第一〇一八條之一中有意地排斥「家務有給」之觀念，而強調其自由約定之「零用金」性格。故而，觀諸提案與通過條文間之變遷過程，本文以為，原先委員提案理由中「家務有價」之立法意旨，並無法逕移轉至在要件上已經根本性修改的現行規範解釋中，即無法據此認為「自由處分金」之受領係屬有償。此外，揆諸立法過程之討論，「自由處分金」之有償性格已被有意排斥，相對而言，反而強調出其無償性格[170]。申言之，自由處分金與一般贈與並無區別，規範中並無將其解為有償取得之意旨。

此外，本文以為，尚無由以夫妻間本得自行約定無償贈與，然立法者卻就夫妻間得進行「自由處分金」協議加以規定之事實，即導出立法者應另有規範意旨，而認為「自由處分金」非屬無償贈與，應屬剩餘財產分配預付之結論。蓋於立法過程之討論中，無論是原草案之委員提案說明、更換提案後之委員會討論過程以及最後之審查會意見中，均未展現出立法者有意將「自由處分金」之給付，作為未來將可能發生之剩餘財產分配義務預先給付的意旨存在。申言之，第一〇一八條之一「自由處分金」條文在立法過程中，被重構成可自由約定、自由給與之規範性格，而非須支付之義務後，其與一般贈與在法定財產制消滅時的處理即不應有別，而仍

170 相關爲避免「家務有給制」造成家務勞動均須標價之誤會，而支持將自由處分金規範捨棄原「請求權」構造，改採「得約定（協議）」之規範，並於第1018條之1規範下捨棄「家務有給」之觀念的發言，載：立法院公報，同註148，頁99-100、102-103。

應作相同之解釋，因之而有所取得者仍係無償取得。

6. 將給付「自由處分金」解釋為剩餘財產分配預付，實際上將過度擬制當事人意思，並創造出新的剩餘財產分配方式

於比較法上，就夫妻間無償給與於法定財產制消滅時之效果，有特別規範之德國民法第一三八〇條規定，並非將一切夫妻間無償給與行為，均當然地一概置於此一淨益分配預付（預先受領）規範來加以處理，其尚以給與人有指定將此計入平衡債權，或有依法推定計入之情事（贈與超過通常之價值時）為前提。申言之，以剩餘財產分配之預付來處理夫妻間無償給與的德國立法例，係由法律所明文創設出的處理可能性，並非單純透過學說解釋而來。且德國規範仍是在當事人（給與人單方）之意思基礎上行之，如給與人明確無指定計入之意思時，其仍無德國民法第一三八〇條之適用[171]。此外，德國民法第一三八〇條於給與人有計入之意思時，規範上明白規定計算之方式，即給與價額在計算上應納入給與人之終局財產內。最後，能適用德國民法第一三八〇條之給與客體，並不限於「一定數額之金錢」，其他客體如珠寶等亦無不可。

於我國法下，法定財產制消滅時，如欲將先前給付之「自由處分金」，認為是當事人間預先履行其剩餘財產分配之義務時，本文以為，尚須有法律明文規定將夫妻間無償給與一概以此一方式來處理，而可無視夫妻間是否有此意思。或在規範上至少須有如德國法之立法方式，僅視給與人單方是否有將其給與行為以預付來處理的意思，或在規範上要求夫妻雙方有達成該自由處分金係屬預付及預先受領剩餘財產之合意時，方得於法定財產消滅時，將過去已給與之數額視為已經預先履行分配義務，來加以計算，即自受領人之剩餘財產分配請求權數額中扣除該數額。

171 參見前揭「貳、三、㈢」。

於我國現行法下，如逕以解釋之方式，把夫妻間「自由處分金」之給付直接解為剩餘財產分配之預付，將造成擬制當事人間有預付及預先受領意思合意（或給與人單方有預付意思）之效果，惟於個案中當事人之自由處分金協議間，往往並無此等意思或合意。且於現行法制下，亦無得將夫妻「自由處分金」一概擬制為剩餘財產分配之預付及預先受領，而無須當事人意思之依據存在。申言之，尚無法透過解釋的方式，創造出新的剩餘財產分配之方式。此外，預付說在解釋上亦未能說明，其僅將夫妻一方以「一定數額之金錢」供他方自由處分，當然視為剩餘財產分配預付之同時，為何不亦將夫妻間其他以「非金錢」供他方自由處分之贈與態樣，例如以珠寶首飾相贈之情形，也視為剩餘財產分配預付。

在我國現行法第一〇三〇條之一第一項及第一〇一八條之一規範下，由於欠缺將夫妻間之贈與或自由處分金的給付，於計算分配數額時以剩餘財產分配之預付來處理的明文規範，即便夫妻間曾達成合意，將自由處分金之給付，視為未來可能發生之分配義務之預先給付，本文以為，於法定財產消滅時，計算上仍不得將自由處分金之數額，自受領人之剩餘財產分配請求權數額中扣除。蓋第一〇三〇條之一第一項剩餘財產分配之計算方式係屬強行法規，除非我國法下有相當於德國民法第一三八〇條之規定，允許當事人決定自由處分金給付或夫妻間無償給與在法定財產制消滅時之效果，尚不得由當事人間另外約定諸如視為預付的計算方式，掏空現行法之法定要件，並對於受領人造成不利益。第一〇三〇條之一第一項中，僅允許當事人間進行無償贈與契約或其他有償之雙務契約之約定，並據此根本性地決定因此而有所取得，於法定財產制消滅時是否屬於分配之客體。第一〇三〇條之一第一項中剩餘財產分配之法定計算公式，並未容許由夫妻間約定將何種給與視為預付，而須於未來自分配義務中扣除。法定之剩餘財產分配義務其數額，不得預先透

過夫妻間之約定，來扣除其一部或全部。

7. 採取無償說，方符合夫妻一方於自由處分金給付時，並無另外透過剩餘財產分配過程，取回其剩餘之半數的意旨

如前所述，對於自由處分金之給付與取得過程，無論是解為有償取得或剩餘財產分配之預付，均將造成給與自由處分金之一方，能透過剩餘財產交互分配之過程，取回自由處分金剩餘數額之半數[172]。本文以為，此等解釋所造成不能終局保有的效果，並不符合給付自由處分金時，其欲供他方自由處分之意旨。蓋殊難想像夫妻間供自由處分之意思中，卻同時含有不欲使他方保有之意旨存在。夫妻一方於協議並給付自由處分金供他方自由處分時，除無將其給與視為有償之對價關係或分配義務預付意思外，亦應無透過剩餘財產分配過程，自他方取回半數之意。

申言之，如採取自由處分金之取得係屬有償取得或剩餘財產分配之預先受領之見解，第一〇三〇條之一第一項但書第一款中不屬分配標的之「因……其他無償取得之財產」，實際上將被加上了「自由處分金不屬之」的隱藏性構成要件，而限縮了其適用範圍。此將造成因履行依第一〇一八條之一協議所受領之自由處分金，仍屬剩餘財產分配之標的，給與之一方於夫妻財產制消滅時，將能以減少分配義務（於其屬剩餘較多之一方時）或將增加分配數額（於其屬剩餘較少之一方時）之形式，索回原給與數額剩餘之半數。相對於此，如夫妻間「非自由處分金之其他贈與」（如贈與珠寶），雖受贈人於受讓贈與物後，基於所有權人之地位同具有自由處分權能，且雖贈與人不乏具有感謝他方家務勞動協力之動機，其仍能被定性成第一〇三〇條之一第一項但書第一款所稱之「因……其他無償取得之財產」，自分配的客體中排除，而能終局保有。同屬因夫

172 參見前揭「肆、三、㈡、*2.*、⑵及⑶」。

妻間贈與行為所受有之標的物，本文以為，殊無理由在法定財產制消滅時，僅因其過去是否採取自由處分金形式之贈與，而在效果上採取迥然不同之處理方式。

夫妻間既依第一〇一八條之一來約定並提供自由處分金由他方受領，在解釋上殊無由採取此係有償取得或剩餘財產分配預付（預先受領）之見解，而使給與之一方可以反於其先前之行為，於法定財產制消滅時，透過剩餘財產分配之制度，取回自由處分金剩餘數額之半數，實際上與贈與之一部撤銷無異，造成自由處分金受領人不利益之效果。本文以為，採取無償說，係最能符合夫妻雙方於約定自由處分金時，給付之一方係供他方自由處分及無取回其剩餘之半數的意思之解釋，且此最能保障受領之他方對於該可供自由處分金錢之數額，亦能終局加以保有之預見及信賴。

伍、結　論

一、夫妻間贈與無庸提供分配及其於訴訟中之舉證責任

我國民法親屬編夫妻財產制規範於一九三〇年制定時，體例結構上本深受瑞士民法一九一二年舊法之影響。瑞士民法於一九八四年修正、一九八八年生效之通常財產制即所得分配制新法、德國民法一九五七年制定之淨益分配制相關規範，影響著我國於一九八五年、二〇〇二年、二〇〇七年有關夫妻財產制規範之修正。於立法時繼受德、瑞法制來增修我國剩餘財產分配相關規範同時，我國相關規範之學說解釋，亦深受瑞士、德國法內容及其學說、實務發展影響，其持續牽動著我國現行法規範之面貌及其解釋，使得法律繼受成為一個延續的發展過程，而非單一的歷史時點。我國民法夫妻財產制之規範，而能隨著被繼受對象之法制發展與時俱進、繼續成長。

關於夫妻間之贈與行為在法定財產制關係消滅時之處理，於比較法上，德、瑞民法之法定財產制規範，亦將贈與所得或無償取得排除在分配之標的外（德國民法第一三七四條第二項、瑞士民法第一九八條第二款）。我國第一〇三〇條之一第一項但書第一款所規定「無償取得」，其文義上及相關規範研修過程之討論中，並無將夫妻間贈與之取得另外區別處理之意旨，解釋上亦應與來自第三人之贈與為相同處理，均不納入分配標的，我國法院實務亦採此見解，此與瑞士民法第一九八條第二款規範及學說態度係屬一致。惟學說上有認為，第一〇三〇條之一第一項但書第一款之「無償取得」不含夫妻間贈與的情形，而主張因夫妻間贈與有所取得時，仍應納入剩餘財產分配標的，此在結論上與德國實務對於德國民法第一三七四條第二項中「贈與」之闡釋一致，而異於德國多數學說之看法。

本文以為，贈與本屬無償行為，夫妻間贈與在法定財產制規範下，仍應被認為屬無償取得，而不應與在民法債編各論下之判斷有異，也不應因贈與人具配偶之身分而變成有償取得。因夫妻間贈與而有所取得，仍與婚姻共同生活或贈與之一方之協力無涉，贈與之一方並無參與分配之正當基礎，受贈之他方無庸將此提供分配。如目的性限縮第一〇三〇條之一第一項但書第一款「無償取得」概念的適用範圍，令夫妻間贈與和來自第三人之贈與相區別，使來自夫妻他方之贈與所得須提供分配，此將導致夫妻間為贈與之一方，能逕透過剩餘財產交互分配之過程，索回原贈與剩餘數額之半數，而使贈與人規避了民法債編贈與規範中，有關撤銷權發生之法定事由及要件（民法第四一二條、第四一六條、第四一七條）。此外，肯定夫妻間贈與在剩餘財產分配規範下仍具有無償性，即認為其屬於第一〇三〇條之一第一項但書第一款之「無償取得」而無須納入分配，將使受領人能終局保有，符合贈與人於贈與時無意加以索回之

主觀意思。受贈之一方於婚姻中之犧牲、貢獻與協力，係對於他方婚後財產請求分配的正當基礎，而非將所受領之贈與物提供分配之基礎。否則，如因受贈人於婚姻中曾有犧牲貢獻，且為肯定此等貢獻即遽認為此與所受領之贈與物間具對價關係，贈與物係屬有償取得而須於提供分配，此不足以保障酬謝受贈人之犧牲貢獻，卻足以在法定財產制消滅時對其造成不利益之效果。

夫妻間財產移轉行為係屬無償性或有償性之問題，於訴訟中究竟應由何人負舉證責任，本文認為，觀諸第一〇三〇條之一第一項本文及但書之條文結構，婚後財產為非無償取得（有償取得）係屬原則，無償取得乃屬例外，夫妻間倘有財產之移轉行為，主張無償取得之受讓人須就該有利於己之事實加以舉證，否則該受讓行為即屬有償取得，受讓人即應提供分配。惟法院實務案例多涉及夫妻間不動產之移轉，如一方之主張（「贈與」或「買賣」）反於不動產移轉之登記原因（「買賣」或「贈與」）者，我國法院實務上則認為，應由主張與移轉登記原因相反之一方，就其所主張之事實負舉證責任。本文認為，一方面不動產移轉之登記原因具公示性而具有推定之效果，且另一方面此時當事人主張反於其先前之登記行為，前揭實務對於舉證分配之處理係屬合理。

二、自由處分金係屬夫妻間贈與，具無償取得性格

在比較法上，瑞士民法於一九八四年修正時，為使配偶能滿足生存必要範圍以外之需求，於婚姻之效力第一六四條規定，使夫妻間於符合有從事家務勞動等一定要件下，可向他方請求適當之「自由處分金」，而德國民法中則並無相對應之自由處分金請求規範。我國法受瑞士民法此一規範啓發，於二〇〇二年增訂夫妻間得依第一〇一八條之一「自由處分金」協議。惟依此而有所取得，其究竟具無償性或有償性，而於法定財產制消滅時是否須提供分配之課題

上，瑞士、我國民法中均未加以規範。

瑞士實務及學說上固然否認「自由處分金」之取得為薪資或勞動所得，然受國會立法理由之影響，仍認為此係非無償取得，屬於「取得財產」而須提供分配。我國學說上除有償取得、無償取得之見解外，學說上尚有將此原本係受瑞士民法啓發所制定之條文，以德國民法第一三八〇條夫妻間無償給與之淨益分配預付規範態度，來闡釋其於法定財產制消滅時應有的效果。惟觀諸第一〇一八條之一之立法過程中，並未呈現出將「自由處分金」解為屬剩餘財產分配預付之意旨，且將一切「自由處分金」之支付或受領均解釋為剩餘財產分配之預付或預先受領，不僅與德國法下須以經給與人指定計入等特定情形方有預付規範之適用有異，實際上亦過度擬制當事人意思，並創造出新的剩餘財產分配方式之效果，有違現行第一〇三〇條之一第一項法律所允許分配方式之強行規定。此外，退萬步而言，即便夫妻間真有此預先給付或預先受領之意思，除非我國法中有相當於第一三八〇條之規範，此等協議仍有違現行第一〇三〇條之一第一項之規範。現行法僅允許夫妻間採取無償行為或有償行為之約定，來安排其給付標的是否納入分配之範圍，並未允許當事人可預先透過約定或指定，使其給付可在未來分配義務中被加以扣除。

本文計算比較剩餘財產分配數額之效果，如採取「無償取得」說時，將使自由處分金之受領不影響剩餘財產分配的過程；而如採取「有償取得」說時，其相較於「無償取得」說，前者將造成自由處分金受領人分配義務之增加或分配數額之減少，而受有自由處分金剩餘數額半數之不利益，即令自由處分金給與人可透過交互分配之過程索回半數；如採取剩餘財產分配義務「預付」說下計算出之分配數額，於多數之情形下，等同於有償取得說下所算出之分配數額。申言之，採取「無償取得」說，使之無庸納入分配之標的，對

於自由處分金之受領人較為有利。

本文認為，夫妻間依其意願，依我國法下第一〇一八條之一為「自由處分金」協議而有所取得，如於契約中並未約定諸如家務勞動等對待給付時，其本符合第四〇六條中對於贈與契約之要求，而構成民法親屬編中特殊型態之夫妻間贈與，即係第一〇三〇條之一第一項但書第一款之無償取得，而非屬分配之標的。又本無待第一〇一八條之一規定，夫妻間本得協議由一方給付他方金錢，供他方自由處分，即便此等協議未踐行第一〇〇八條之一準用第一〇〇七條書面之要求，本文以為，此等「自由處分金」協議本係贈與契約，於夫妻間仍具有效力，且解釋上寬認此一協議之有效性，將能協助經濟上往往係屬於弱勢的自由處分金受給與對象強化其經濟上獨立性。

在我國法院實務上，往往夫妻間先前並未為此等「自由處分金」協議而逕向法院請求之案例，惟揆諸第一〇一八條之一的立法過程中，其有意刪除原提案中得向他方「請求」之要件，而形成顯有異於瑞士民法第一六四條之規範內容，故於無協議及協議不成時，即應否認此一自由處分金之請求。第一〇一八條之一本身並非法定債之發生原因，亦非請求權之基礎，其僅在闡明於當事人間有協議時將構成意定之債。

此外，第一〇一八條之一的立法過程中，其亦有意刪除發生自由處分金請求權的基礎原因事由。此使配偶即便未曾從事家事勞動或對他方之營業加以協助者，在現行規範下，仍得逕為此等自由處分金之協議，而此與其所仿效對象瑞士民法第一六四條有著根本上之不同。經此修改後，家務勞動或營業協力已不再必要。將自由處分金以有償取得來處理之基礎，家務勞動與自由處分金間之對價關係，亦不復存在，自由處分金可以在沒有對價之情形下被取得。本文並以為，如夫妻於自由處分金協議中，並未另有約定提供諸如家

務勞動或營業協力之義務，令家務勞動或營業協力與自由處分金間成立「聯繫關係」，亦未就過去既存之家務勞動或營業協助事實約定「嗣後授予聯繫關係」來成立對價性時，自由處分金之協議及受領仍保有「無償取得」性格，而依第一〇三〇條之一第一項但書第一款無庸提供分配。即便受領自由處分金者，過去曾有提供過家務勞動或營業協力之事實，未來也有意繼續為之，或即便支付自由處分金者有酬謝他方過去辛勞之動機者，倘夫妻間欠缺此等「聯繫關係」之約定時，家務勞動與自由處分金間仍不成立對待給付關係，仍不足以導出其自由處分金之受領具有償性，而否認其無償性之結論。採取無償說，方符合夫妻一方於自由處分金給付時，並無另外透過剩餘財產分配過程，取回其剩餘之半數的意旨。

三、夫妻間未另有約定對價行為時，給付屬無償性質

現行法於二〇〇二年導入第一〇一八條之一自由處分金條款之立法過程中，除刪除以曾提供家務勞動或營業協力之基礎原因事實，而擺脫家務有價的觀念，並放棄原「請求權」的法定之債立法構造，使夫妻間自行決定是否進行自由處分金協議，而成為意定之債。在夫妻間之當事人意思自主於現行法自由處分金規範中被大幅肯定之同時，本文以為，就夫妻間之自由處分金協議或甚至其他財產上移轉之行為，於個案中之解釋其是否具有「有償」性格或「無償」取得時，即應以夫妻當事人主觀意思所展現於契約中之約定內容為基礎，視其是否另有約定受領之一方須提出諸如家務勞動或營業協力等對價行為，或約定就過去已進行之此等行為嗣後溯及賦予「聯繫關係」，來加以判斷。申言之，並非僅因讓與人具有受讓人之配偶的身分，即可一概地將夫妻間一切自由處分金協議或其他財產上移轉行為均當然解釋為「有償取得」或「分配義務之預付」，來處理其於法定財產制關係消滅時之效果。在個案中，如夫妻間之

自由處分金協議或其他財產上移轉行為，並無對待給付或對價關係之契約約定時，其無償性仍應被肯認，使受領或受讓之一方無庸於法定財產制關係消滅時提供分配，而能終局保有。

參考文獻

一、中　文

1. 司法行政部民法修正委員會，民法親屬編修正草案初稿，1979。

Commission of the Civil Code Amendment, Ministry of Judicial Administration, The First-draft of the Part of Family of the Civil Code, 1979.

2. 立法院秘書處，民法親屬編部分條文修正及民法親屬編施行法修正案，下冊，1985。

Secretariat, Legislative Yuan, The Proposal for the Amendment of Selected Provisions in the Part of Family of the Civil Code and the Amendment of the Enforcement Act of the Part of Family of the Civil Code, vol. II, 1985.

3. 林秀雄，夫妻間之贈與，台灣本土法學雜誌，32期，頁155-158，2002。

Lin, Hsiu-Hsiung, Gifts Between Spouses, Taiwan Law Journal, no. 32, pp. 155-158, 2002.

4. 林秀雄，剩餘財產分配請求權之再造，月旦法學雜誌，89期，頁8-20，2002。

Lin, Hsiu-Hsiung, The Reconstruction of the Equalization Claim for Surplus of Matrimonial Assets, Taiwan Law Review, no. 89, pp. 8-20, 2002.

5. 林秀雄，通常的法定財產制，月旦法學教室，78期，頁39-52，2009。

Lin, Hsiu-Hsiung, The Ordinary Statutory Matrimonial Property Regime, Taiwan Jurist, no. 78, pp. 39-52, 2009.

6. 法務部，民法親屬編研究修正實錄（下），夫妻財產制部分，2002。

Ministry of Justice, The Records of the Research on the Amendment of the Part of Family of the Civil Code, vol. II: Matrimonial Property Regime, 2002.

7. 許澍林，親屬法新論，2007。

Hsu, Shu-Lin, The New Commentary on the Family Law, 2007.

8. 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，民法親屬新論，修訂7版，2008。

Chen, Chi-Yen, Hwang, Tzong-Leh & Kuo, Jen-Kong, The New Commentary on the Family Law, 7th ed., 2008.

9. 戴東雄，民法第一〇三〇條之一剩餘財產之分配，載：民法親屬編修正後之法律疑問，頁185-227，2000。

Tai, Tong-Schung, The Distribution of Surplus of Matrimonial Assets According to Art. 1030-1 of the Civil Code, in Legal Issues regarding the Amendment of the Part of Family of the Civil Code, pp. 185-227, 2000.

10. 戴東雄，親屬法別冊，載：親屬法，新修訂版，2002。

Tai, Tong-Schung, The Supplement to the Family Law, in Family Law, rev. ed., 2002.

11. 戴東雄、戴瑀如，婚姻法與夫妻財產制，2009。

Tai, Tong-Schung & Tai, Yu-Zu, Law of Marriage and Matrimonial Property Regime, 2009.

12. 戴炎輝、戴東雄，中國親屬法，修訂版，2000。

Tai, Yen-Hui & Tai, Tong-Schung, Chinese Family Law, rev. ed., 2000.

13. 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，親屬法，修訂版，2009。

Tai, Yen-Hui, Tai, Tong-Schung & Tai, Yu-Zu, Family Law, rev. ed., 2009.

14. 魏大喨，自由處分金之法律疑義，月旦法學雜誌，89期，頁30-39，2002。

Wei, Da-Liang, Legal Issues regarding the Money for Free Disposition, Taiwan Law Review, no. 89, pp. 30-39, 2002.

二、外　文

1. Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, ZGB Ⅰ, 3. Aufl., Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2006.

2. Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. Ⅱ/1/3/1, Bern: Stämpfli, 1991.

3. Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. Ⅱ/1/2, 2. Aufl., Bern: Stämpfli, 1999.

4. BGB-RGRK, Bd. Ⅳ Teil 1, §§ 1297-1563, 12. Aufl., Berlin: de Guyter, 1984.

5. Bundesgesetzblatt vom 10. 7. 2009, Teil I Nr. 39, Gesetz zur Änderung des Zugewinnausgleichs- und Vormundschaftsrechts vom 6. 7. 2009, Köln: Bundesanzeiger, 2009.
6. Bundestagsdrucksache 2/224 vom 29. 1. 1954, Entwurf eines Gesetzes über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts, Bad Godesberg: Dr. Hans Heger, 1954.
7. Bundestagsdrucksache 16/10798 vom 5. 11. 2008, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Zugewinnausgleichs- und Vormundschaftsrechts, Köln: Bundesanzeiger, 2008.
8. Büte, Dieter, Die Anrechnung von Vorausempfängen, FuR 2006, S. 289.
9. Büte, Dieter, Zugewinnausgleich bei Ehescheidung, 3. Aufl., Berlin: ESV, 2006.
10. Büte, Dieter, Ausnahme von der Hinzurechnung nach § 1374 Abs. 2 BGB, FuR 2007, S. 289.
11. Erman Hokelmann, Dieter, BGB, Bd. Ⅱ, § 1374, 11. Aufl., Köln: Otto Schmidt, 2004.
12. Firsching, Karl/Graba, Hans-Ulrich, Familienrecht, 1. Halbband: Familiensachen, 6. Aufl., München: Beck, 1998.
13. Gernhuber, Joachim/Coester-Waltjen, Dagmar, Familienrecht, § 36, 5. Aufl., München: Beck, 2006.
14. Hausheer, Heinz/Geiser, Thomas/Aebi-Müller, Regina, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 3. Aufl., Bern: Stämpfli, 2007.
15. Hegnauer, Cyril, Grundriss des Eherechts, 1. Aufl., Bern: Stämpfli, 1979, S. 154 f.
16. Hegnauer, Cyril/Breitschmid, Peter, Grundriss des Eherechts, 2. Aufl., Bern: Stämpfli, 1987.
17. Johannsen, Kurt H./Henrich, Dieter (Hrsg.), Eherecht, § 1380, 4. Aufl., München: Beck, 2003.
18. jurisPK-BGB, Bd. 4, Familienrecht, § 1374, 3. Aufl., Saarbrücken: juris, 2007.
19. Kommentar, Zürcher, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. Ⅱ/1/c, Art. 90-251 ZGB, 3. Aufl., Zürich: Schulthess, 1998.
20. Lüderitz, Alexander/Dethloff, Nina, Familienrecht, § 5, 28. Aufl., München: Beck,

2007.

21. MünchKomm/Elisabeth Koch, Bd. 7, 4. Aufl., München: Beck, 2000.

22. MünchKomm/Koch, Jens, Bd. 3, § 516, 5. Aufl., München: Beck, 2008.

23. Schnellhammer, Kurt, Familienrecht nach Anspruchsgrundlage, 4. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller, 2006.

24. Schröder, Rudolf/Bergschneider, Ludwig (Hrsg.), Familienvermögensrecht, 2. Aufl., Bielefeld: Gieseking, 2007.

25. Schulz, Werner/Hauß, Jörn (Hrsg.), Familienrecht Handkommentar, Baden-Baden: Nomos, 2008.

26. Schwab, Dieter (Hrsg.), Handbuch des Scheidungsrechts, 5. Aufl., München: Vahlen, 2004.

27. Schwab, Dieter, Familienrecht, 16. Aufl., München: Beck, 2008.

28. Soergel Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, BGB, Bd. 7, §§ 1297-1588, 12. Aufl., Stuttgart: Kohlhammer, 1989.

29. Stamm, Cornelia, Der Betrag zur freien Verfügung gemäss Art. 164 ZGB, Freiburg: Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1991, S. 115.

30. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 516-534, Berlin: de Guyter, Neubearbeitung 2005.

31. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 516-534, Berlin: de Guyter, Neubearbeitung 2005.

32. Stoessel, Gerhard, Einige Bemerkungen zu den Artikeln 164 und 165 des neuen Eherechts, SJZ 1985, S. 260.

33. Staudinger/Thiele, Burkhard, § 1374, Berlin: de Guyter, Neubearbeitung 2007.

34. Soergel, Hans/Mühl, Otto/Teichmann, Arndt, Bd. 4/1, § 516, 12. Aufl., Stuttgart: Kohlhammer, 1998.

35. Soergel, Hans/Lange, Hermann, BGB, Bd. 7, 12. Aufl., Stuttgart: Kohlhammer, 1989.

36. Tuor, Peter/Schnyder, Bernhard, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 9. Aufl., Zürich: Schulthess, 1975, S. 195 f.

37. Tuor, Peter/Schnyder, Bernhard/Rumo-Jungo, Alexandra, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, § 32, 13. Aufl., Zürich: Schulthess, 2009.

38. Weimar, Peter, Zur Kritik des neuen Eherechts, SJZ 1985, S. 205.

39. Willutzki, Siegfried, 30 Jahre Eherechtsreform, FuR 2008, S. 1.

The Effect of Donations Between Spouses and the Effect of Payment of Money for Free Disposal by the Distribution of Surplus of Matrimonial Assets under the Statutory Matrimonial Property Regime
—A Comparative Study of Art. 1030 a paragraph 1 and Art. 1018 a of the Civil Code of Taiwan with the Relevant Provisions in the German BGB and the Swiss ZGB

Yi-Tien Lin*

Abstract

In 1985 the equalization claim of the spouse for surplus of matrimonial assets, Art. 1030 a, was introduced into the statutory matrimonial property regime of Taiwan. This provision was modified in 2002 and 2007. This article is a comparative study of the provisions of § 1380 of the German Civil Code (BGB) and Art. 164 of the Swiss Civil Code (ZGB) and analysis of their practices. Besides, this article analyses the principles to apply Art. 1030 a paragraph 1 No.1 of the Civil

* Assistant Professor of Law, National Cheng-Kung University, Dr. iur. of the University of Mainz, Germany. The author is grateful for the comments from the anonymous examiners. Thanks are also due to Wan-Yi Wu and Kai-Ping Wang for their helpful corrections of earlier drafts.
Received: September 22, 2009; accepted: February 23, 2010

Code of Taiwan and its practices. The “gratuitously acquired” assets are excluded from the scope of the object of distribution according to the provision of distribution of surplus of matrimonial assets, i.e., Art. 1030 a, paragraph 1, No. 1. If one party of the spouses accepted a donated object from the other party of the spouses, this shall still constitute the above-mentioned “gratuitous acquired” asset and does not have to be provided for distribution. The acquired asset, owing to donation from the other party of the spouses, should not be regarded as the price of contribution. It should not constitute “paid acquired” and does not need to be provided for distribution, even though the donee has sacrificed for and contributed to the common family life and the donor has a status of spouse. According to Art. 1018 a, amended in 2002, the spouses may also reach an agreement such that one spouse pays a designated amount of money to another spouse for his/her free disposal. If the transaction of money for free disposal is interpreted as the prepayment of distribution of surplus of matrimonial assets, this excessively constitutes the will of the spouses and actually leads to the creation of a new model of distribution of matrimonial assets which under Art. 1030 a, paragraph 1 will not be permitted. If the agreement of money for free disposal does not contain the obligation of counter-performance or the relationship as a counter-performance, the gratuitous character of acquisition of money for free disposal should be recognized. This enables the acquired party not to have to provide acquisition for distribution while the statutory matrimonial property regime perishes. He/She can therefore be finally free to both dispose and preserve. The true will of the spouse who made

payment of money for free disposal can also be met, because he/she does not intend to claim back half of the amount of surplus of this payment by way of process of cross distribution of matrimonial assets.

Keywords: Statutory Matrimonial Property regime, Art. 1030 a of the Civil Code, Distribution of Surplus of Matrimonial Assets, Gratuitous Acquisition, Donation Between Spouses, Money for Free Disposal, Prepayment of Distribution of Surplus of Matrimonial Assets, Art. 1018 a of the Civil Code