



家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报

《家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报》于 2008 年 2 月 15 日创办，家事法苑™ 团队编辑，尝试搭建与律师同行、学者、法官、媒体、政府相关部门及社会组织进行业务研讨、正当交往、信息共享的桥梁与平台，共同促进中国婚姻家庭法制建设。每月 1-2 期，无偿赠阅。

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报 11 周年
(2008 年 2 月 15 日—2019 年 2 月 15 日)

资讯简报获取：

- ①家事法苑™ 家事律师网 <http://www.famlaw.cn> 首页“资料下载”
- ②网址 <http://www.famlaw.cn/download.aspx?id=1> 直接在咨询简报页面下载

日常分享途径：微信公众订阅号



微信号：家事法苑 (famlaw)

涉外家事法苑 (foreignfamlaw)

继承法苑 (InheritanceLaw)

简报电子版下载启事：由于群发邮件受限，不能保证发送成功，请需要简报电子版的朋友今后可直接从网站下载，原则上每月 5 日前上传。如邮件给您带来不便，请回信 xiaolinlvshi@vip.sina.com 或来电 13366156089，立即在列表中取消。

善意提醒：简报仅供学术研讨交流用。尊重智力劳动成果，简报编辑需日复一日耗费相当时间与精力，未经许可，不得整体利用本简报或经常性取材上传网络(个人网站、博客)或为其他非研究用途使用，个别使用时亦应注明转自本简报。欢迎对《家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报》提出好的建议。

家事法苑™ 团队主办，编委：杨晓林、段凤丽、邓雯芬、李凯文、张海燕、付鹏博、刘海娜、陈贝贝、郭琪



目 录

一、审判动态.....1

人民法院报 2014—2018 年：婚姻关系纠纷精选案例 审判研究 ilawtalk.....	原创：2019-07-03 审判研究 陈枝辉律师
当前家事审判工作中存在的问题和对策研究.....	2019-06-28 重庆法院网 作者：邓婷
海淀法院首次运用远程视频技术，进行民事行为能力评定.....	原创：2019-07-08 北京海淀法院 刘超、刘兴茹
亲子关系与抚养纠纷精选案例： 人民法院报 2014—2018 审判研究 ilawtalk.....	原创：2019-07-10 审判研究 陈枝辉律师
解除遗赠扶养协议的情形及法律后果.....	2019-07-16 法信
【婚姻家庭篇】监护权纠纷的裁判规则梳理 中国司法案例研究中心.....	2019-07-16 判例研究 判例研究编辑部
江苏高院民一庭印发《家事纠纷案件审理指南（婚姻家庭部分）》， 内含 50 个婚姻家庭纠纷热点、难点问题办案参考.....	
.....	2019-07-18 江苏高院
案例精选 儿子向妈妈出具借条，儿媳需要一起还吗？	2019-07-19 上海二中法院
最高法院：离婚财产分割、子女抚养纠纷裁判规则 17 条.....	2019-07-19 法信
最高法院：名誉权纠纷裁判规则 22 条.....	2019-07-22 法信
共有房屋被占，共有人之一有权单独提起诉讼要求腾退吗？	原创：2019-07-24 广州市中级人民法院 广州中院
人民法院报 2014—2018：赡养与继承纠纷精选案例.....	2019-07-24 审判研究 陈枝辉律师
最高法案例研究院“案例大讲坛”这次推出 9 个 未成年人权益保护与少年司法制度创新典型案例	2019-07-27 人民法院报
家事法研究 外国法院离婚判决的承认和执行.....	原创：2019-07-31 邦信阳中建中汇 郑彬彬

二、立法动态.....67

201906 版民法典婚姻家庭编草案中的五个不足.....	2019-07-01 新浪博客 法律人蒋月
常委会委员审议民法典婚姻家庭编草案时建议 继续完善有关结婚的规定.....	
.....	2019-07-02 法制网 稿件来源：法制日报人大视窗 本报记者 朱宁宁
民法典婚姻家事编草案二次审议中的重大“建议”与“亮点”汇总.....	原创：2019-07-02 走近民法典 据资料整理
完善民法典婚姻家庭编保障特定群体人权.....	2019-07-02 来源 中国妇女报·中国女网 作者 王春霞
结婚被负债？净身出户？听大咖从立法、理论和实务角度分析.....	2019-07-03 朝酒晚茶 王梦新 王家汇
民法典婚姻家庭编（草案二次审议稿）征求意见.....	2019-07-05 中国人大网
民法典继承编（草案二次审议稿）征求意见.....	2019-07-05 中国人大网
全国人民代表大会宪法和法律委员会关于 《民法典继承编（草案）》修改情况的汇报.....	2019-07-06 中国民商法律网
全国人民代表大会宪法和法律委员会关于 《民法典婚姻家庭编（草案）》修改情况的汇报.....	2019-07-07 中国民商法律网
姑姑、舅舅就不是近亲属了？ 全国人大常委会委员建议近亲属的范围宜从宽规定.....	原创：2019-07-27 中国妇女报 王春霞
“夫妻债务”该怎么算？ ——委员、专家等业内人士建议“共债共签”写入民法典还需广泛征求意见.....	



.....2019-07-16 人民政协报 作者：本报记者 徐艳红

三、媒体典型案例.....97

（一）解除婚姻关系案例.....97

古稀老人闹离婚，家事法官三问得结论.....2019-07-16 人民法院报 邓琮

她带着“丈夫”去嫁人.....2019-07-18 浙江法制报 记者 高敏

古稀老人闹离婚，家事法官三问得结论.....2019-07-21 天津高法

（二）赡养案例.....102

赡养义务男女平等 传统偏见应该摒弃.....2019-07-04 重庆法院网 作者：研究室

（三）财产分割案例.....104

案件速递 | 离婚了，前夫说婚内买的基金不是夫妻共同财产.....2019-07-09 上海一中法院

太可惜！为买房而“假结婚”结果赔了 40 万.....2019-07-12 人民法院报 胡明冬

共有财产继续共有会损害共有人重大利益应予分割——姚 X 香诉浙江云信置业开发有限公司共有纠纷案.....

.....原创：2019-07-24 法律家 法律家

案离婚了，前夫买的百万基金是不是共同财产.....2019-07-11 人民法院报 第 03 版 王梦茜

夫妻一方婚前所购房产为一方个人财产（最高人民法院公布的地方参考性案例中确定的审判规则）.....

.....原创：2019-07-31 指导性案例审判规则 法律家

（四）赠与案例.....117

夫妻一方擅自将共同财产赠与他人，其效力如何认定？.....2019-07-09 法信

（五）撤销监护权案例.....120

孩子，愿你的明天更美好——江阴法院宣判一起申请撤销监护人资格案.....2019-07-04 无锡市中级人民法院

（六）损害赔偿案例.....122

夫妻一方因遗弃子女被追究刑事责任，另一方提出精神损害赔偿的，应予支持.....2019-07-04 重庆法院网 作者：胡宗彬

（七）其它相关案例.....125

夫妻一方擅自处分共有财产给婚外第三者，另一方是否有权要求返还共同财产？.....2019-07-02 法信

四、继承.....129

第一顺序继承人放弃继承后其他法定继承人按顺序继承（最高法院出版物公布的参考性案例中确定的审判规则）.....

.....2019-07-05 指导性案例审判规则

实务探讨 | 未提交公证材料申请继承登记的办理要点.....原创：2019-07-12 中国不动产官微 肖晓东 马志平



遗赠扶养协议未履行的，原来所立遗嘱的效力能否自行恢复？·····2019-07-31 法信

五、房产、股权、信托·····138

房产·····138

夫妻为给女儿买房，借用了保安的名字！接下来发生的事太气愤了·····2019-07-11 北京头条 APP
老人卖房 2 年后儿反悔：我妈有病 法院判决合同无效·····2019-07-18 法律图书馆
北京市第二中级人民法院：限制行为能力老人卖房合同无效（附一二审判决书全文）·····2019-07-20 iPolicyLaw
一纸承诺避风险——非公证继承登记告知承诺制的衡阳探索·····原创：2019-07-29 中国不动产官微 胡萍

六、社会新闻·····153

因无法举证前夫借钱没有用于家庭上，她背上 304 万债务·····2019-07-02 新京报
第 410 期|如何引导当事人参与调解——以离婚纠纷为例·····原创：2019-07-05 多元化纠纷解决机制 胡松莲
民政部举行事实无人抚养儿童保障工作专题新闻发布会·····2019-07-10 中国民政
【政策解读】高晓兵：《关于进一步加强事实无人抚养儿童保障工作的意见》重点解决的四个突出问题和重点实现的两个突破·····
·····2019-07-10 少年司法专业委员会 民政部
男女平等：婚姻家庭编应始终坚守的立法初心·····2019-07-10 中国妇女报
不甘心返还前男友购房款，她找来表妹演了“一出好戏” | 今晚九点半·····2019-07-14 最高人民检察院 来源：检察日报
带着前夫去改嫁，知道原因的人都感动了·····2019-07-19 人民法院报
案惊！新生儿胎盘被废弃，父母依风俗向法院追讨·····原创：2019-07-23 人 法律与生活杂志 余深
离婚后遇到闹心事！检察官提出三点理由法院改判她无责 | 今晚九点半·····2019-07-24 最高人民检察院 来源：检察日报
子女遗弃老人，何解？·····2019-07-25 法制日报
全国律协新设婚姻家庭法专委会 为家事律师提供平台·····2019-07-26 来源：人民网-法治频道
一场抚养费官司牵出“一夫多妻”闹剧·····原创：2019-07-26 法庭内外杂志社 秦硕
亲儿子变成“别人”的娃，大姑娘体内却住了个“纯爷们”·····揭秘亲子鉴定中的谜团·····2019-07-28 上海法治报

七、学者、法官、检察官、律师、公证专题·····184

（一）理论学术动态、学者视点·····184

夫妻共同债务怎样认定才公平·····2019-07-04 法制网 稿件来源：法制日报声音
重磅 | 法理研究行动计划第 11 次例会公告：家事法中的法理·····2019-07-06 法学学术前沿
法学 | 刘征峰：夫妻债务规范的层次互动体系——以连带债务方案为中心·····原创：2019-07-07 华政法学 刘征峰
儿童最大利益原则在亲子关系认定裁判中的适用——行为能力制度视域下的一种观察【1】 | 郝佳 | 学者视点·····
·····2019-07-09 家事法苑 郝佳
李拥军：我们期待着属于中国的家庭法 | 法学时评·····2019-07-10 法制与社会发展



“铁人杯”有奖征文、家事裁判文书说理有奖 征文颁奖仪式暨家事裁判文书说理论坛举行……2019-07-18 人民法院报 刘强
汪洋：论夫妻债务的基本类型、责任基础与责任财产 | 前沿……原创：2019-07-20 中国民商法律网报 徐蓉漂选编
叶名怡：“共债共签”原则应写入《民法典》 | 前沿……原创：2019-07-22 中国民商法律网报 包丁裕睿选编
孙宪忠：民法典婚姻家庭编草案应该解决的四个现实问题……2019-07-27 西交民巷 23 号 孙宪忠
任重：从夫妻共同财产执行看民事诉讼法教义学下的“执行难” | 前沿……原创：2019-07-21 中国民商法律网 包丁裕睿选编

（二）法官视点……………225

肖峰、田源：如何认定婚姻家庭纠纷中的“家庭暴力”……2019-07-01 家事法务 家事法务
论协议离婚之司法实践……2019-06-26 家事法务 重庆法院网 作者：张敏
离婚诉讼中对分居期间产生的子女抚养费的认定 ——市三中院判决谷某某诉徐某某离婚纠纷案……
……2019-06-28 重庆法院网 作者：张景卫
审判琐记：那些走进家事法庭的孩子……原创：2019-07-05 红发橙子 红发橙子
“我养你啊！”法庭劝你醒醒吧……2019-07-06 人民法院报 赵霏
肖峰、田源：离婚纠纷中子女抚养费如何计付……2019-07-07 家事法务
【西法动态】夫妻债务如何认定？张爽：界定家庭日常生活需要是判案难点……2019-07-10 北京西城法院
物权公示效力的例外及其判断标准 ——河南安阳殷都法院判决焦文远诉孟元元等执行异议之诉案……
……2019-07-12 人民法院报 第 07 版
肖峰、田源：离婚纠纷中子女抚养权的归属如何确定……2019-07-14 家事法务
婚前个人房产婚后共同还贷的增值利益计算……原创：2019-07-16 审判前沿 杨静
张娅、肖峰：《家事纠纷案件审理指南（婚姻家庭部分）》逐条学习体会（一）……原创：2019-07-19 法语峰言 Xfapple123
张娅、肖峰：《家事纠纷案件审理指南》逐条学习体会（二）……原创：2019-07-20 法语峰言 Xfapple123
张娅、肖峰：《家事纠纷案件审理指南》逐条学习体会（三）——主要涉及房屋分割……原创：2019-07-21 法语峰言 Xfapple123
张娅、肖峰：《家事纠纷案件审理指南》逐条学习体会（四）——主要涉及股权、保险金分割…原创：2019-07-27 法语峰言 Xfapple123
肖峰、田源：哪些情形下婚姻无效……原创：2019-07-28 家事法务

（三）律师视点……………294

好书连载 | 一方无固定收入或无法举证对方收入，孩子的抚养费如何确定？……
……原创：2019-07-04 家企律营 吴卫义 张寅
制作一份遗嘱的难度 N4：遗嘱效力冲突及裁判规则……原创：2019-07-05 审判研究 李双庆律师
制作一份遗嘱的难度 N5：面向司法实践的六条建议……原创：2019-07-06 审判研究 李双庆律师
【明军法眼】江苏高院《家事纠纷指南（婚姻家庭部分）》十大看点 and 体会……原创：2019-07-20 家族律评 贾明军律师
为未成年人保护事业贡献行业力量……2019-07-26 中国律师
牢记使命练内功 助力和谐社会建设……2019-07-26 中国律师
书连载 | 夫妻分居期间，一方可否代理子女要求另一方支付抚养费？……原创：2019-07-26 家企律营 吴卫义 张寅



附件

附一、“家事法苑”家事法实务交流系列微信群群规则

附二、“家事法苑”家事法主题 QQ 群入群须知

家事法苑



【特别声明】

简报编辑：家事法苑™ 团队

简报顾问：郝惠珍 简报主编：杨晓林

执行主编：段凤丽 编委会成员：邓雯芬、张海燕、李凯文、付鹏博、刘海娜、陈贝贝、郭琪

①家事法苑™ 家事律师网：<http://www.famlaw.cn>

②家事法苑™ 团队官方博客：<http://blog.sina.com.cn/jiashifayuan>

③家事法苑™ 团队离婚协议自助网：<http://www.91lihun.com>

④简报订阅、意见反馈邮箱：xiaolinlvshi@vip.sina.com

⑤简报电子版获取：家事法苑™ 家事律师网<http://www.famlaw.cn> 首页“资料下载”

⑥家事法苑™ 家事法实务交流微信群、继承法实务交流微信群、涉外家事法实务交流微信群：

家事无小事。真诚欢迎对婚姻家庭继承及相关领域感兴趣的律师、法官、检察官、学者、公证员、房管、民政、妇联等政府公务人员、法务工作者及其他法律从业者、学生、媒体朋友加入，共建阳光下专业领域内法律职业共同体业务探讨交流的和谐平台。

本系列群主题为婚姻家庭继承相关问题，群内分享资讯及交流范围原则上应限于与主题相关的实体及诉讼与非讼程序理论与实务问题。

群友入群由群管理员专人统一审查、邀请新人入群。

1. 请拟申请加入“家事法苑实务交流微信群”者先添加以下任一群管理员个人好友：李凯文助理（微信号：13240475703）、陈贝贝助理（微信号：18817836410）、郭琪助理（微信号：15600520634）；2. 请拟申请加入“继承法苑实务交流群”者添加陈贝贝助理（微信号：18817836410）管理员个人好友；3. 请拟申请加入“涉外家事法苑实务交流群”者添加李凯文助理（微信号：13240475703）管理员个人好友。

申请信息务必请注明：“城市+单位简称+姓名，家事法苑实务交流微信群/继承法苑实务交流群/涉外家事法苑实务交流群”。

⑦家事法实务交流QQ 群：

即时分享交流中国婚姻家庭法制信息动态，须以“城市+单位+姓名”实名申请、交流，只接纳法律职业共同体专业人士。

⑧“家事法苑”电影·音乐休闲主题微信群

群内每天不定时分享电影及音乐最新资讯，群友围绕电影和音乐主题交流互动，丰富法律人的业余生活；

不定期组织群友线下集体观影、电影资料分享、电影原声音乐视听鉴赏沙龙。

有意愿加入者应以“城市+单位简称+真实姓名，加电影音乐群”，申请添加以下任一管理员：郭琪助理（微信号：15600520634）；陈贝贝助理（微信号：18817836410）

家事法苑™是杨晓林律师自2008 年11月开始在先拥有、使用的具有唯一性的法律服务商标。

家事法苑™是杨晓林律师2011年6月1日在中华人民共和国工信部备案注册、使用的<http://www.famlaw.cn> 的网站专用名称（京ICP 备10218255 号-1），并实际在先拥有、使用且具有唯一性的法律服务商标。未经特别许可，任何人不得擅自使用、仿冒，违者必究。

正文

一、审判动态

人民法院报 2014—2018 年：婚姻关系纠纷精选案例 | 审判研究 ilawtalk

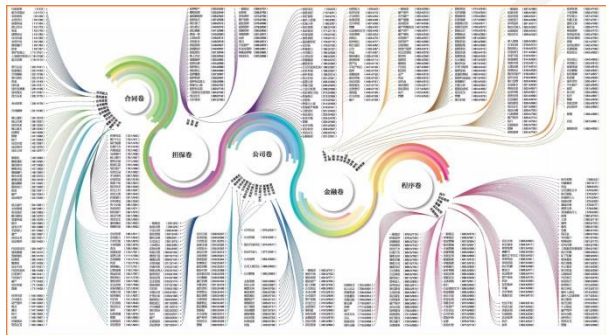
原创：2019-07-03 审判研究 陈枝辉律师

<https://mp.weixin.qq.com/s/ee9-y57sVoCc0IzIK0mKJg>

陈枝辉 北京天同律师事务所

导读：天同码，是北京天同律师事务所借鉴英美判例法国家的钥匙码编码方式，收集、梳理和提炼司法判例的裁判规则，进而形成中国钥匙码的案例编码体系。经与天同诉讼圈商定，审判研究每周独家推送全新天同码系列。

天同码导航图



本期天同码，案例来源于《人民法院报·案例精选》2014年至2018年部分婚姻关系纠纷精选案例。

规则要述

01 . 使用虚假身份信息办理的婚姻登记，应予确认无效

法院审理婚姻登记行政行为案，对使用虚假身份信息办理的婚姻登记行为，视为自始无效，应适用确认无效判决。

02 . 重婚情形已消失，均应判决宣告构成重婚婚姻无效

申请确认婚姻无效时，重婚者无论是存在两个还是只存余一个婚姻关系，法院均应判决宣告构成重婚的婚姻无效。

03 . 两个事实婚姻之间并无重合，不应认定构成重婚罪

行为人1994年2月1日前存在两个事实婚，且后一事实婚补办了结婚证，两个事实婚姻无重合的，不构成重婚罪。

04 . 夫妻单方将巨额款项赠与第三者，该行为全部无效

夫妻一方未经另一方同意，将巨额款项赠与第三者，属于无权处分，该赠与行为应属全部无效，第三者应予返还。

05 . 离婚后发现对方离婚前与人同居，可请求损害赔偿

离婚后一方发现另一方在婚姻存续期间与其他异性有不正当男女关系的过错行为请求损害赔偿的，法院应予支持。

规则详解

01 . 使用虚假身份信息办理的婚姻登记，应予确认无效

法院审理婚姻登记行政行为案,对使用虚假身份信息办理的婚姻登记行为,视为自始无效,应适用确认无效判决。

标签: 婚姻登记 | 骗取登记 | 虚假身份

案情简介: 2005年,徐某与一化名为“吴凤英”的女子向乡政府申请办理了结婚登记手续。2006年,“吴凤英”离家出走,至今下落不明。2016年,徐某到本地公安机关及“吴凤英”提供的户籍地公安机关查询,证明辖区内无“吴凤英”此人,并确认“吴凤英”提供的身份证为虚假证件。徐某遂以民政局为被告提起行政诉讼,请求依法确认婚姻登记行政行为无效。

法院认为:①婚姻登记机关受理结婚登记申请,既要审查申请人提交的申请材料是否齐全、真实,还要审查申请结婚登记的男女是否符合《婚姻法》第5条、第6条、第7条规定的结婚自愿、法定婚龄、无禁止结婚情形等结婚条件,以确保结婚登记结果与基础民事法律关系相一致。②本案中,结婚登记一方当事人“吴凤英”以虚假身份骗取婚姻登记,违反了婚姻登记管理制度,法律不允许以虚假身份骗取的婚姻登记产生确认、宣告夫妻关系效力。婚姻登记机关对申请材料进行了审查,但受限于技术条件未能识别身份证件真伪,以致被骗取婚姻登记,实际上,登记机关至今亦无法确定结婚是否“吴凤英”虚假身份掩盖下的自然人真实意愿,其申请显然不符合《婚姻法》规定的结婚条件。因该婚姻登记行政行为存在重大、明显违法情形,属无效行政行为,判决确认被诉行政行为无效。

实务要点:法院审理婚姻登记行政行为案,对使用虚假身份信息办理的婚姻登记行为,视为自始无效,应适用确认无效判决。

案例索引:浙江永嘉法院(2016)浙0324行初124号“徐某与某民政局婚姻登记行政诉讼案”,见《使用虚假身份信息办理的婚姻行政登记应予确

认无效——浙江永嘉法院判决徐某诉永嘉县民政局婚姻行政登记案》(胡朝俊、郑璐彬),载《人民法院报·案例精选》(20170824:06)。

02. 重婚情形已消失,均应判决宣告构成重婚婚姻无效

申请确认婚姻无效时,重婚者无论是存在两个还是只存余一个婚姻关系,法院均应判决宣告构成重婚的婚姻无效。

标签: 无效婚姻 | 重婚 | 效力转化 | 情形消失

案情简介: 1983年,田某与黄某结婚,婚后生育田某某。1991年,田某与郭某某登记结婚。1996年,田某与黄某诉讼调解离婚。2011年,田某某诉请宣告田某与郭某婚姻无效。

法院认为:①《婚姻法》第10条规定了4种无效婚姻情形:重婚的、有禁止结婚的亲属关系的、婚前患有医学上认为不应结婚疾病且婚后尚未治愈的、未到法定婚龄的。只要存在上述情形,婚姻关系当事人及其利害关系人,即有权向法院就已办理结婚登记的婚姻申请宣告婚姻无效。②最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(一)》第8条规定:“当事人依据婚姻法第十条规定向人民法院申请宣告婚姻无效的,申请时,法定的无效婚姻情形已经消失的,人民法院不予支持。”从《婚姻法》基本原则分析:重婚行为违反一夫一妻制,有悖于社会公序良俗,是我国法律明令禁止的严重的婚姻违法行为,从性质上不应存在阻却事由,产生从违法到合法转化问题,故无论申请确认婚姻无效时,重婚者是存在两个婚姻关系,还是只存余一个婚姻关系,均应确认构成重婚的婚姻无效。即使前婚已合法终止,后一婚姻关系仍为无效。判决宣告田某与郭某婚姻无效。

实务要点:重婚行为违反一夫一妻制,申请确认婚姻无效时,重婚者无论是存在两个婚姻关系,还是只存余一个婚姻关系,法院均应判决宣告构成

重婚的婚姻无效。

案例索引：河南郑州金水区法院（2012）金民再初字第 13 号“田某与郭某等婚姻无效纠纷案”，见《重婚情形已消失能否判定现存婚姻有效——河南郑州金水区法院判决田雄华诉田华、郭淑云婚姻无效纠纷案》（闫明、钟晓奇），载《人民法院报·案例精选》（20140918:06）。

03 . 两个事实婚姻之间并无重合，不应认定构成重婚罪

行为人 1994 年 2 月 1 日前存在两个事实婚，且后一事实婚补办了结婚证，两个事实婚姻无重合的，不构成重婚罪。

标签：事实婚姻 | 重婚 | 主观要件

案情简介：1966 年，常某与王某举行结婚仪式后同居并育有一女二子。1985 年，因感情不和，常某离家做生意。1991 年，常某与高某以夫妻名义共同生活，并育一子。1997 年，王某亦与他人共同生活。2004 年，常某、高某补办结婚登记手续。2015 年，王某以常某与高某构成重婚罪为由提起刑事自诉。

法院认为：①依最高人民法院《关于适用〈婚姻法〉若干问题的解释（一）》第 5 条规定，1994 年 2 月 1 日民政部《婚姻登记管理条例》公布实施以前，男女双方已经符合结婚实质要件的，按事实婚姻处理。公布实施以后，男女双方符合结婚实质要件的，人民法院应当告知其在案件受理前补办结婚登记；未补办结婚登记的，按解除同居关系处理。由此可见，民法上仅承认 1994 年 2 月 1 日之前的事实婚姻。而刑法上，对于事实婚姻是否可成为重婚罪条件之一，1994 年 12 月 14 日最高人民法院以批复形式对此给予了肯定。本案中，常某明知自己之前与自诉人存在事实婚姻，还仍与高某以夫妻名义共同生活，并组建家庭，从某种程度上来说，其主观上具有一定故意，但是否是重婚罪上的主观

故意，还需结合其他犯罪要件或情节予以综合认定。

②王某与常某 1966 年 4 月开始共同生活，且生育三名子女，二人之间成立了事实婚姻关系。常某与高某于 1991 年以夫妻名义开始共同生活，并生育一子，2004 年虽补办结婚证，但 1991 年事实婚姻关系已成立。现王某无证据证实 1991 年后其还与常某共同生活，且村委会亦证实王某于 1997 年后亦与他人另组家庭，因而可认定王某与常某均认为事实婚姻已解除，故常某无重婚故意，事实上亦未同时保持两个婚姻关系。现有证据无法证实高某明知常某有配偶而与之结婚，故高某与常某行为均不符合重婚罪主、客观构成要件。判决高某、常某无罪。

实务要点：行为人于 1994 年 2 月 1 日前存在两个事实婚，且后一事实婚补办了结婚证，两个事实婚姻无重合的，不构成重婚罪。

案例索引：黑龙江大庆高新区法院（2016）黑 0691 刑初字第 13 号“王某诉常某等重婚罪案”，见《重婚罪中事实婚姻解除效力的司法认定——黑龙江大庆高新区法院判决自诉人王某诉被告人常某、高某犯重婚罪案》（付建国），载《人民法院报·案例精选》（20161215:06）。

04 . 夫妻单方将巨额款项赠与第三者，该行为全部无效

夫妻一方未经另一方同意，将巨额款项赠与第三者，属于无权处分，该赠与行为应属全部无效，第三者应予返还。

标签：婚外赠与 | 合同效力 | 共同财产

案情简介：2011 年，王某与李某结婚。2014 年，王某与黎某相识，后发展为不正当男女关系。期间，王某多次通过其个人银行账户向黎某汇款合计 1100 万余元。2016 年，王某、李某诉请黎某返还。

法院认为：①夫妻在婚姻关系存续期间所得财产，一般归夫妻共同所有；夫妻可约定婚姻关系存续期间所得财产及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。在黎某并未提供相反证据证明情况下，因王某向黎某汇款行为发生在夫妻关系存续期间，即便王某部分汇款系婚前个人财产，王某将该部分财产婚后赠与李某亦属合法有效；李某与王某均明确表示举债所得汇款为夫妻共同债务、由夫妻共同偿还，并一致确认所汇款项为两人夫妻共同财产，故诉争款项应认定为王某与李某夫妻共同财产。②夫妻共同财产制属共同共有，夫妻对共同财产享有平等处理权，因日常生活需要而处理夫妻共同财产的，任何一方均有权决定，非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定，夫妻双方应平等协商，取得一致意见。但夫妻对共同财产享有平等处理权，并不意味着夫妻各自对共同财产享有一半处分权。夫妻共同财产是基于法律规定，因夫妻关系存在而产生。在夫妻双方未选择其他财产制情形下，夫妻对共同财产形成共同共有，而非按份共有。在婚姻关系存续期间，夫妻共同财产应作为一个不可分割的整体，夫妻对全部共同财产不分份额地共同享有所有权，夫妻双方无法对共同财产划分个人份额，在无重大理由时亦无权于共有期间请求分割共同财产。本案中，王某在9个月左右时间内向黎某转账汇款1100万余元，属于非因日常生活需要对夫妻共同财产所做重要处理，事前既未征得李某同意，事后亦未经其追认，故王某单方将夫妻共同财产赠与他人行为应属全部无效。黎某取得诉争款项无合法根据，判决黎某返还王某、李某1100万余元。

实务要点：夫妻共同财产制属于共同所有，在婚姻关系存续期间，财产没有份额区分，夫妻对全部共同财产不分份额地享有所有权。夫妻一方未经另一方同意，将巨额款项赠与第三者，属于无权处分，该赠与行为应属全部无效，第三者应予返还。

案例索引：江苏南京中院（2017）苏01民终

2667号“李某与王某等不当得利纠纷案”，见《夫妻单方将巨额款项赠与第三者的行为全部无效——江苏南京玄武法院判决李某、王某诉李某某不当得利纠纷案》（安洪强），载《人民法院报·案例精选》（20170713:06）。

05 离婚后发现对方离婚前与人同居，可请求损害赔偿

离婚后一方发现另一方在婚姻存续期间与其他异性有不正当男女关系的过错行为请求损害赔偿的，法院应予支持。

标签：离婚损害 | 与他人同居 | 离婚后 | 精神损害

案情简介：2017年，葛某起诉蔡某离婚，经法院调解后，双方离婚。葛某离婚后与第三人杨某登记结婚，杨某随后生育一女。蔡某据此以葛某在婚姻存续期间内因与第三人杨某存在不正当男女关系，并起诉离婚，给蔡某及子女造成了严重心理伤害为由，起诉葛某与第三人赔礼道歉并支付精神损害抚慰金。

法院认为：①夫妻双方应当互相忠实，这不仅是传统美德，也是法定义务。《婚姻法》第46条赋予了离婚诉讼中无过错方主张损害赔偿的权利。离婚后一方发现另一方在婚姻存续期间存在过错行为请求损害赔偿的，法院应依法予以支持，以彰显法律的公正和道德的力量。②本案中，葛某在夫妻关系存续期间，违背夫妻之间相互忠实义务，与其他异性存在不正当男女关系并导致其怀孕，且一直向蔡某隐瞒该事实，致使蔡某人格利益受到侵害，并遭受了精神损害，如机械套用《婚姻法》第46条规定驳回蔡某诉请，与法律赋予无过错方寻求救济途径的初衷相违背，故应对《婚姻法》第46条第2项作扩充性解释。判决葛某向蔡某书面赔礼道歉，葛某赔偿蔡某精神损害抚慰金1万元。

实务要点：离婚后一方发现另一方在婚姻存续期间存在与其他异性有不正当男女关系的过错行

为请求损害赔偿的，法院应予支持。

案例索引：浙江乐清法院（2017）浙0382民初12370号“蔡某与葛某等离婚后损害赔偿纠纷案”，见《离婚后发现对方在原婚姻关系存续期间有过错的，可请求损害赔偿——浙江乐清法院判决

蔡某诉葛某等离婚后损害责任纠纷案》（王怡如），载《人民法院报·案例精选》（20180823:06）。

原创序号：天同码245

核校：简牖

当前家事审判工作中存在的问题和对策研究

2019-06-28 重庆法院网 作者：邓婷

<http://cqfy.chinacourt.gov.cn/article/detail/2019/06/id/4119175.shtml?from=singlemessage>

一、家事审判概述

家事案件是指确定身份关系的案件及基于身份关系而产生的家庭纠纷，主要案件类型有：1. 婚姻案件及其附带案件，包括离婚、婚姻无效、婚姻撤销等，附带案件包括监护权、子女抚养费、离婚后财产分割等；2. 抚养、扶养及赡养纠纷案件；3. 亲子关系案件，包括确认亲子关系、否认亲子关系；4. 收养关系纠纷案件；5. 同居关系纠纷案件，包括同居期间的财产分割、非婚生子女抚养等；6. 继承和分家析产纠纷案件等。

婚姻家庭是人类社会发展进程中的产物，基于社会发展的客观需要而出现，是人类社会的重要组成部分。婚姻家庭关系是夫妻、父母、子女等家庭成员之间的人身和财产关系，表现出多重性的法律关系和强烈的伦理道德色彩，是一种集情感、道德、伦理、精神及法律效力于一体的社会关系。而我国历史上具有悠久的家国同构政治模式和文化体系，家庭关系历来都是传统社会高度关注的重要社会关系，强调家庭和谐、家和万事兴等重要家庭价值观深深扎根于广大民众心中。

但随着经济的发展，社会文明进步，人口流动增强，人们的思想观念发生改变，传统婚姻家庭观念面临日益强烈的冲击，人民法院在审理家事案件的实践中面临各种疑难、新型问题，家事审判工作面临的形势愈加严峻，挑战不断加大。

二、当前家事审判工作中存在的问题

（一）家事诉讼程序立法尚不健全

目前，我国家事诉讼程序立法进程一直停滞不前，家事诉讼程序的立法现状是实体法中杂糅程序法规定。在《民事诉讼法》及其司法解释中，关于家事诉讼程序的条款较少且零星散见于各个章节；而应用最广泛的家事诉讼基本程序制度，只能在《婚姻法》及其司法解释、《继承法》、《收养法》等亲属法中找到相关规定。这种做法，必然会导致程序规定不完备、不系统、欠缺逻辑性等问题，给审判实践带来诸多不便。

（二）审理方式上未考虑家事案件的特殊性

一是审判人员在家事案件审判中普遍存在普通民事化和追求审判绩效的传统办案思维，思想上对维护婚姻家庭稳定不够重视，重裁判、轻婚姻家庭关系修复，忽视判决效果，不利于家事纠纷的有效解决和家庭关系的和谐稳定。

二是当前现行民事审判机制适用于一切民商事案件的审理，但恰恰忽略了家事案件的特殊性，家事案件审判方式相对陈旧滞后，没有区分家事案件与普通民事案件，用审理普通民事案件模式审理家事案件，其审理不仅缺乏相应程序目标、原则和制度，且调解与判决处于同一诉讼程序中，重程序、

轻实体，司法调解促进和谐的作用已经明显弱化。

（三）未建立符合家事案件审判规律的证据规则

当前民事案件审理中适用的证据规则，是以当事人主义为中心，“谁主张 谁举证”的举证规则。而在婚姻家庭关系中，一方面在日常婚姻家庭生活中，当事人不可能像在普通民商事活动中有保留或固定证据以维护自身权益的意识，另一方面当事人地位的不平等、诉讼能力有限导致根据“谁主张 谁举证”证据规则完全无法保护弱势一方的合法权益。特别是在离婚纠纷中，经常出现对涉及的重要婚姻事实，因当事人未能提供证据证明而不予确认，对案件的真实情况或真正离婚的原因没有揭示，没有解决潜在的矛盾，对当事人申请法官调查的事实，多数也以不属于职权调查范围的原因而未予调查。另外，在离婚案件审判中还有一个常见的问题，在一方当事人存在《婚姻法》第六十四条规定的过错行为的案件中，因家庭暴力、与他人同居等过错行为具有很大的隐蔽性，另一方当事人利用合法手段取得足以证明案件事实的证据极为困难，事实难以认定，赔偿权利必然难以实现。显而易见，这类过错行为对无过错方造成的精神损害是必然的，但在离婚时却无法得到赔偿；即使无过错方能举出证据，但在严格的普通民事案件的证据规则下，多数无法得到采信；或者即使采信，人民法院对该类损害赔偿的判决也未与普通民事人身损害赔偿案件区别开来，但毋庸置疑，当事人因《婚姻法》第六十四条规定的这些过错行为与因普通民事人身损害行为而受到精神损害程度是有巨大差别的，这种做法显然不利于保护弱势一方的合法权益。

（四）未建立与其他社会力量形成家事纠纷的协作调解机制

婚姻家庭问题往往都有比较复杂的社会背景，决定了家事审判是一项社会性很强的工作。家事审判除承担司法职能外，还承担着部分社会职能。而传统的家事纠纷审理方式未能体现家事案件的社会性特点，也没有建立家事纠纷常态的联动机制。

在与其他部门、社会团体的职能分配呈条块分割的情况下，由于缺乏经费保障和更高级别的机构统筹，仅凭人民法院的力量，难以协调各部门互相配合，不能充分调动社会资源形成解决家事纠纷的合力，不能充分发挥基层群众组织对婚姻家庭关系的保护作用。例如，2016年3月1日，《中华人民共和国反家庭暴力法》实施，旨在是为了预防和制止家庭暴力，保护家庭成员的合法权益，维护平等、和睦、文明的家庭关系，促进家庭和谐、社会稳定。《反家暴法》中“人身安全保护令”的设立，是我国防止家庭暴力理念的重大转变，开辟了国家公权力防止家庭暴力的新途径，尝试运用司法手段，将事后惩罚转变为事前保护。但在司法实践中，“人身安全保护令”的效用仍待加强，由于缺乏相关的标准及细则，审判人员在审查“人身安全保护令”申请时，对证据的把握并无统一的标准和尺度，难免出现一定偏差。且在执行方面，《反家暴法》规定“人身安全保护令由人民法院执行，公安机关以及居民委员会、村民委员会等应当协助执行”，但实践中，由于缺乏相关的实施细则及明确的职责分工，公安机关、居民委员会、村民委员会等机构如何协助均无法可依，一定程度上影响了“人身安全保护令”的实施效果。

三、对家事审判改革的几点建议

（一）加快家事诉讼程序的立法进程

加快家事诉讼程序的立法进程，建立一套适合于当前实际情况的家事诉讼程序，推进家事审判向专业化方面发展，不仅能更好地维护家事诉讼当事人的合法权益，也能使我国民事制度的框架体系更加完整。

（二）转变家事案件的审判理念，突出司法人文关怀

当前家事案件的审判应当及时转变理念。最高

人民法院2016年11月公布的《第八次全国法院民事商事审判工作会议（民事部分）纪要》指出，在涉及到婚姻家庭纠纷的家事审判中，要“促进家风建设，维护和谐、美满的家庭关系”，要“做好反家暴法实施工作，即使总结人民法院适用人身安全保护裁定直至家庭暴力的成功经验，促进家庭和谐”。由此可见，家事审判不是简单地对当事人婚姻状态的确认和财产的分配，更重要的是修复婚姻家庭关系，依法保护未成年人、妇女、老年人合法权益，维护婚姻家庭关系稳定，这也是与《婚姻法》的立法宗旨完全契合的。因此，在审理家事案件过程中，应当以恢复感情、消除对立、实现和解为根本目的，注重案件的社会效果，弘扬社会正气，努力化解纠纷，引导民众树立正确的婚姻家庭观念，防患于未然。

（三）探索构建家事案件的审判机制

1、明确家事审判调解前置程序。婚姻家庭关系不是简单的人身或财产关系，其所引发的也不是人身关系和财产关系简单相加，许多纠纷难以做出是非分明的判断，当事人也并非仅仅追求一纸判决，往往还附带强烈的情绪诉求，因此需要多角度多层次多维度进行化解，而调解前置无疑是高效化解矛盾纠纷的重要环节。实践中，调解前置也取得了良好的效果，“改革试点一年以来，各试点法院结合多元化纠纷解决机制建设，积极试行家事案件调解前置制度，聘请特邀调解员参与家事案件调解，并制定家事案件调解工作规则和家事调解员管理办法，家事案件调解率获得显著提升。

2、探索符合家事案件特点的证据规则。一是强化法官职权探知，加大法官调查取证力度。在审理家事案件中，法官应充分考虑当事人举证不能的实际原因，对可能直接影响案件审理结果而当事人自身难以收集的证据，加大依职权调查取证的力度。二是引入家事调查官制度，由家事调查官主动调查婚姻家庭关系中双方的对错，给法官提供报告，一方面家事调查官处于中立地位，调查结果更客观，

另一方面，由中立第三方进行调查而非当事人对抗举证，也更有利修复双方关系。三是根据家事案件的特点及当事人的强弱地位，从公平公正角度合理分配举证责任。

3、创新考核方式，实现审判质效评估专业化。为妥善处理家事纠纷，大多数案件需要花费大量的时间、心思、精力进行调查了解、心理疏导、调解说和，对此类案件及其承办法官的考核评价应当与普通民事纠纷案件有所区别，在家事纠纷数量与其他民事案件数量同样居高不下的情况下，应当在家事审判工作考核中摒除了传统的收结案比、服判息诉率等质效考核指标，转而构建以纠纷解决满意率、调解率为主体的评价体系，实现了对家事审判工作的合理评价考核。

（四）建立家事法庭，规范家事审判规范化建设

鉴于家事案件的特殊性，设立专门的家事审判机构势在必行。专门的家事法庭，有利于促进审判业务分工明确化，审判工作换液化，有利于建立新型的家事审判程序机制，提高该类案件的审判效率，维护社会健康稳定。

设立家事法庭，应当选任熟悉婚姻家庭审判业务、审判工作经验丰富、善于调解、协调能力强的法官及辅助人员，同时制定适合家事法庭的工作规范，明确家事法庭的工作职责、立案范围、审理流程，推动家事法庭的规范化建设。

（五）建立多方参与的综合协作化解机制

对于家事案件的解决，人民法院的家事审判机构毫无疑问发挥着中心职能作用。家事纠纷的协作化解机制依托人民法院的家事审判机构，有效整合人民法院、公安、民政、司法、妇联、基层组织、社会团体等机构的力量，建立多方长期协作机制，发挥各自优势，形成家事纠纷社会管理新格局，即家事纠纷的综合协作解决机制。包括与妇联、居委会等合作，建立纠纷的诉讼前解决机制；与公安、司法、妇联等合作，建立案件审理过程中的协作、

配合解决机制；与妇联、社会团体等合作，建立心理疏导、诉后回访、帮扶机制；与相关部门建立共享信息机制，加强沟通、互通信息，夯实家事纠纷

综合协调解决机制信息平台。

来源：南岸法院

海淀法院首次运用远程视频技术，进行民事行为能力评定

原创：2019-07-08 北京海淀法院 刘超、刘兴茹

<https://mp.weixin.qq.com/s/-IFcftwJZOBd1H8TKcIrFQ>

聊天能视频
开会能视频
上课也能视频
人们已经习惯
有事视频说
但你知道吗
民事行为能力评定也能视频啦

近日，海淀法院受理了一起宣告无民事行为能力案件。申请人张女士是被申请人李先生的妻子，因二人决定与女儿一同移民至加拿大，故想出售北京的房产。无奈，李先生目前生活能力极差，记忆力明显衰退，对自己之前的成长过程及家里情况均无法正常表述。为此，张女士来到海淀法院，申请李先生为无民事行为能力人并指定监护，以便处理在京所有财产及办理移民手续。

从案情来看，这本一起极为普通的宣告无民事行为能力案件，应依法将本案委托至有资质的鉴定机构对李先生的民事行为能力进行评定。但是，李先生早已于 2015 年出国去了加拿大，现在因身体状况不佳无法回国参加鉴定机构安排的精神状态检查。

因李先生无法正常参加鉴定活动，鉴定可能被

退回，为此海淀法院立案庭（诉讼服务中心）司法鉴定工作人员提出：能否运用远程视频的方式完成对李先生的精神状态检查？

经过多方协商，在法院组织下，鉴定人最终利用远程视频技术完成了与被鉴定人面对面，交流了解基本情况的工作。

这并非孤例。首次尝试后，海淀法院又在另一起同类案件中运用了远程视频技术。

与第一起案件不同的是，该案被鉴定人身在北京，唯一的亲人却远在美国。民事行为能力评定过程不仅需要与被鉴定人进行面对面交流，了解被鉴定人当时的精神状态，还需要与熟悉被鉴定人成长和生活过的亲属进行面对面交流，了解被鉴定人之前的生活状态、性格情况。在运用远程视频技术顺利完成第一起民事行为能力评定后，海淀法院再次将远程视频技术运用至该案中，并且再次成功完成了鉴定程序。

海淀法院这一创新举措，充分坚持司法为民的理念，不仅保障了案件的顺利审结，也为诉讼当事人节省了开支。今后海淀法院将继续进行探索，创新工作模式，力求为诉讼群众提供更多的便利。

亲子关系与抚养纠纷精选案例： 人民法院报 2014-2018 | 审判研究 ilawtalk

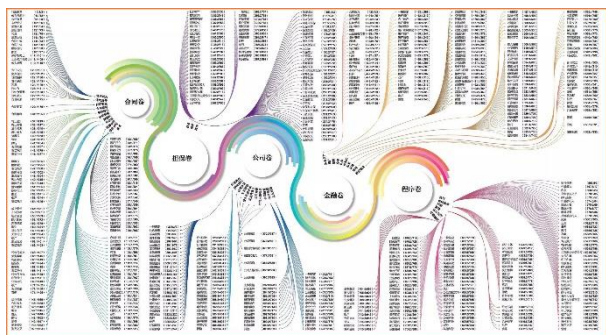
原创：2019-07-10 审判研究 陈枝辉律师

<https://mp.weixin.qq.com/s/i64KbJ2GKsZB4XF48s0aMg>

陈枝辉 北京天同律师事务所

导读：天同码，是北京天同律师事务所借鉴英美判例法国家的钥匙码编码方式，收集、梳理和提炼司法判例的裁判规则，进而形成中国钥匙码的案例编码体系。经与天同诉讼圈商定，审判研究每周独家推送全新天同码系列。

天同码导航图



本期天同码，案例来源于《人民法院报·案例精选》2014 年至 2018 年部分亲子关系与抚养纠纷精选案例。

规则要述

01 . 成年子女拒绝亲子鉴定，不得对亲子关系进行推定

一方仅怀疑不存在亲子关系而未提供必要证据，而子女已成年又明确拒绝做亲子鉴定的，不宜推定亲子关系存在。

02 . 原夫妻一方死亡后，其继承人有权确认非亲子关系

离婚后原夫妻一方死亡，其继承人诉请确认非亲子关系，另一方认可但拒绝做亲子鉴定的，可推定原告主张成立。

03 . 否认亲子关系之诉，证据达到高度盖然性标准即可

亲子关系否认诉讼中，不应以提出诉讼一方科以较为严格举证责任，证据只需达到民事诉讼高度盖然性标准即可。

04 . 离婚后发现孩子非亲生的，可诉请确认并损害赔偿

离婚后发现孩子非亲生的，无过错方可诉请确认非亲子关系、返还抚养费、重新分配财产及赔偿精神损害抚慰金。

05 . 继父母与生父母离婚后，继父母可继续抚养继子女

为成年继子女在继父母与生父母离婚后，生父母拒绝抚养而继父母请求或同意继续抚养继子女的，法院可予准许。

06 . 一次性支付抚养费约定，不妨碍子女必要时再起诉

离婚协议关于一次性支付抚养费约定，不妨碍子女在必要时要求未直接抚养的父母一方每月另行增加支付抚养费。

规则详解

01 . 成年子女拒绝亲子鉴定，不得对亲子关系

系进行推定

一方仅怀疑不存在亲子关系而未提供必要证据,而子女已成年又明确拒绝做亲子鉴定的,不宜推定亲子关系存在。

标签: 亲子关系 | 鉴定理由 | 推定亲子 | 否认亲子 | 成年子女

案情简介: 1991年,杨某与万某登记结婚。两年后,万某生育一子杨某某。2008年,杨某与万某协议离婚。2015年,杨某认为杨某某不是其亲生子女,故诉至法院,请求万某返还离婚时分得的财产,并由万某赔偿子女抚养费和精神损害抚慰金。杨某申请对杨某某与其不存在亲子进行鉴定,万某无异议,但已成年的杨某某不同意进行亲子鉴定。

法院认为: ①依最高人民法院《关于适用〈婚姻法〉若干问题的解释(三)》第2条规定可看出,在亲子关系认定上,法律赋予裁判者推定权利。亲子鉴定是确认父母与子女之间亲缘关系的技术性手段,而亲缘关系认定直接关系到家庭道德、伦理关系和个人隐私问题。在缺乏相反证据证实和一方当事人明确拒绝情况下,法院可进行推定。同时,因亲子关系认定涉及到个人道德品质问题,以推定方式认定亲子关系存在或者不存在,其结果必然影响到个人社会评价,甚至对被鉴定者产生影响,故在司法实践中,适用推定应慎之又慎。在一方当事人提出明确证据证明亲子关系可能存在或可能不存在,对方当事人明确表示不同意鉴定情况下,方可适用。如一方证据尚不足以达到前述要求的,则不能适用推定。②当被鉴定人已成年,有了一定社会交往情况下,亲子关系认定直接与其人际交往、个人情感归宿相关联,是否做亲子鉴定必须征得被鉴定人同意。在无证据证明亲子关系可能存在或不存在时,不得对亲子关系进行推定。本案中,杨某提出亲子鉴定申请,但经法庭审查,其与万某在婚姻关系存续两年后才生育子女,从时间上推算,该

子女应是二人婚生子。杨某提出万某在婚姻关系存续期间和他人有不正当关系,所生子女并非其亲生子,并无其他证据予以证实,虽万某同意进行鉴定,但被鉴定人杨某某明确拒绝亲子鉴定,故对杨某所提应推定该子女非其亲生理由不成立。判决驳回杨某诉请。

实务要点: 一方仅是怀疑自己与子女不存在亲子关系而未提供必要证据,而子女已成年又明确拒绝做亲子鉴定的,不宜推定亲子关系存在。

案例索引: 重庆四中院(2016)渝04民终513号“杨某与万某损害赔偿纠纷案”,见《成年子女不同意亲子鉴定的不得对亲子关系进行推定——重庆四中院判决杨某甲诉万某离婚后损害责任纠纷案》(段成一、杨伟),载《人民法院报·案例精选》(20170914:06)。

02. 原夫妻一方死亡后,其继承人有权确认非亲子关系

离婚后原夫妻一方死亡,其继承人诉请确认非亲子关系,另一方认可但拒绝做亲子鉴定的,可推定原告主张成立。

标签: 亲子鉴定 | 申请主体 | 继承人 | 非亲子关系

案情简介: 2014年,张某与刘某离婚后,张某因事故死亡。2015年,张某兄弟姐妹作为继承人,以刘某在离婚诉讼中自认张玉某非张某亲生子女为由,以刘某及5岁的张玉某为被告,诉请确认非张某与张玉某非亲子关系。诉讼中,在张某尸体尚未火化具备鉴定条件情形下,刘某拒绝做亲子鉴定。

法院认为: ①最高人民法院《关于适用〈婚姻法〉若干问题的解释(三)》第2条第1款规定,夫妻一方向人民法院起诉请求确认亲子关系不存在,并已提供必要证据予以证明,另一方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定的,人民法院可以推定请求确认亲子关系不存在一方的主张成立。该司法解释虽规定提起非亲子关系确认之诉主体为夫妻一方,

但张某及其父母均已去世,本案原告作为张某兄弟姐妹,有权提起本案诉讼。②原告向法院请求确认亲子关系不存在,并提供刘某自认张玉某非张某亲生子的民事判决书加以证明,且原告在举证期限内提出了亲子鉴定申请,而被告法定代理人刘某既未提出相反证据予以反驳,又自认张玉某非张某亲生子,同时拒绝做亲子鉴定,导致法院不能通过鉴定意见对案件事实作出裁判,故法院依法推定原告主张成立,判决张玉某与张某亲子关系不存在。

实务要点:离婚后原具有夫妻关系的一方死亡,其继承人有权提起确认非亲子关系之诉。当事人一方起诉请求确认亲子关系不存在,另一方认可亲子关系不存在但拒绝做亲子鉴定的,法院可推定原告主张成立。

案例索引:河南洛阳西工区法院(2015)西民一初字第14号“张某等诉刘某等确认非亲子关系纠纷案”,见《继承人是否有权确认非亲子关系——河南洛阳西工区法院判决张建水等诉张玉龙确认非亲子关系纠纷案》(吴可征、殷春昱),载《人民法院报·案例精选》(20160317:06)。

03. 否认亲子关系之诉,证据达到高度盖然性标准即可

亲子关系否认诉讼中,不应对提出诉讼一方科以较为严格举证责任,证据只需达到民事诉讼高度盖然性标准即可。

标签:亲子关系 | 否认亲子 | 高度盖然性 | 必要证据

案情简介:2000年5月,廖某离家前往部队服役。同年7月,其妻董某在医院检查得知已受孕50多天。2001年,董某生下一对双胞胎。2009年,廖某、董某协议离婚,并约定“非婚生的双胞胎由女方抚养,女方自行承担孩子所需一切费用,男方有探望权”。廖某再婚后在办理子女生育手续时,被告知因其名下已有两个子女,不符合生育条件,相关机构未予办理生育手续。廖某遂诉至法院,请

求否认与二子女存在亲子关系。

法院认为:①从最高人民法院《关于适用〈婚姻法〉若干问题的解释(三)》条文来看,提起否认亲子关系之诉主体为夫妻中任何一方本案中,但该条文更为强调的是亲子关系否认诉讼的子女须为父或母在婚姻关系存续期间所生。本案中,廖某同董某虽已离婚,但子女同父母关系并不因父母离婚而消除,廖某仍可直接以二子女为被告、董某为第三人提起诉讼,要求否认亲子关系。②亲子关系否认制度必须优先保护未成年人利益,考虑到隐私权、家庭和睦等问题,法律规定了双方自愿,即在一方不同意情况下,亲子鉴定程序难以启动。而在亲子关系纠纷中最为重要、最具有证明力的亲子关系鉴定,因一方拒绝配合而难以提供。不仅如此,还要科以对方提供必要证据的义务,这无疑加重了对提出否认亲子关系一方的举证责任。本案中,在董某拒不同意做亲子鉴定情况下,廖某提供的证据形成了证据锁链,能达到高度盖然性证明标准,故应认定廖某举证已达到必要证据要求,根据最高人民法院《关于适用〈婚姻法〉若干问题的解释(三)》规定,判决确认廖某与二子女之间不具有亲子关系。

实务要点:亲子关系否认诉讼中,不应对提出诉讼一方科以较为严格举证责任,证据只需达到民事诉讼高度盖然性标准即可。

案例索引:四川南充中院(2014)南中法民终字第780号“廖某诉廖某某婚姻家庭纠纷案”,见《否认亲子关系诉讼的必要证据认定——四川阆中法院判决廖某诉廖姓二子女婚姻家庭纠纷案》(赵英颖),载《人民法院报·案例精选》(20140918:06)。

04. 离婚后发现孩子非亲生的,可诉请确认并损害赔偿

离婚后发现孩子非亲生的,无过错方可诉请确认非亲子关系、返还抚养费、重新分配财产及赔偿精神损害抚慰金。

标签: 抚养 | 欺诈抚养 | 诉讼时效 | 精神损害

案情简介: 2005年, 李某、麻某同居。2007年, 麻某生育李某某。2010年, 李某、麻某登记结婚。2012年12月20日, 双方协议离婚, 约定李某某归麻某抚养, 房屋及车辆归麻某所有, 李某按月支付抚养费700元。2014年4月23日, 李某与李某某做了亲子关系鉴定, 经鉴定二人非亲生子女关系。李某遂诉请确认离婚财产分割协议无效并重新分割财产, 由麻某返还离婚前李某支付的抚养费6万元, 并赔偿精神损失费2万元。

法院认为: ①本案麻某对李某隐瞒非亲子关系事实, 使李某误以为李某某系自己亲生, 并在违背真实意思情况下达成了关于子女抚养、财产分割的离婚协议, 给李某造成了精神损害和经济损失。李某请求确认离婚协议所涉子女抚养及财产分割条款无效, 同时由麻某赔偿精神损害抚慰金的诉讼主张, 依法应予支持。②无过错方要求重新分配财产权利行使须在法定期限内。但实践中无过错方对非亲子关系事实知情时间不确定, 往往知情时已超诉讼时效, 如此对无过错方显失公平。本案李某、麻某协议离婚, 李某得知李某某非亲生后起诉时, 虽已超诉讼时效, 但考虑到当前处于法律空白地带的非亲子关系事实引发的利益平衡, 判决确认双方离婚协议所涉子女抚养和财产分割协议条款无效, 由麻某赔偿李某精神损害抚慰金1万元。

实务要点: 离婚后发现孩子非亲生, 无过错方可行使确认非亲子关系、返还所承担抚养费、重新分配财产及赔偿精神损害抚慰金请求权。

案例索引: 云南丽江中院(2014)丽中民一终字第264号“李某与麻某离婚后财产纠纷案”, 见《离婚后发现孩子非亲生的权利救济——云南丽江中院判决李某诉麻某离婚后财产纠纷、健康权纠纷、抚养费纠纷案》(彭丽), 载《人民法院报·案例精选》(20150702:06)。

05 . 继父母与生父母离婚后, 继父母可继续

抚养继子女

为成年继子女在继父母与生父母离婚后, 生父母拒绝抚养而继父母请求或同意继续抚养继子女的, 法院可予准许。

标签: 抚养 | 继子女 | 法律解释 | 立法目的

案情简介: 2007年, 姚某与羊某登记结婚。2014年, 羊某离家出走, 与他在外以夫妻名义生活。2018年, 姚某诉请离婚。庭审中, 羊某与前夫所生子女杨某要求在父母离婚后继续与继父生活, 姚某表示同意。

法院认为: ①《婚姻法》第27条第2款规定, “继父或继母和受其抚养教育的继子女间的权利和义务, 适用本法对父母子女关系的有关规定。”第36条规定, 父母与子女间的关系, 不因父母离婚而消除。依该规定, 已形成的父母子女关系不因离婚而直接终止。最高人民法院《关于继父母与继子女形成的权利义务关系能否解除的批复》规定: “继父母与继子女已形成的权利义务关系不能自然终止, 一方起诉要求解除这种权利义务关系的, 人民法院应视具体情况作出是否准许解除的调解或判决。”该批复意见明确了继父母子女之间权利义务关系不自然终止, 反面解释而言, 则继父母子女之间关系在依法定方式解除前, 仍可保留父母子女关系, 故继父主张对继子女的抚养权, 只要是具有抚养教育关系, 已成立继父母子女关系的, 可酌情予以支持。最高人民法院《关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》第13条规定了继父母不同意继续抚养的, 由生父母抚养。该规定未对生父母不同意抚养而继父母同意抚养情形予以否定, 继父母提出对继子女进行抚养不违反《婚姻法》及其相关司法解释立法目的。②本案中, 羊某长期与他人以夫妻名义共同生活, 故可认定夫妻感情已破裂。杨某虽不属婚生子女, 但一直随姚某生活, 而羊某离家出走五六年未尽抚养义务, 现孩子请求继续与姚某生活, 姚某亦同意继续尽抚

养义务,故为孩子健康成长,应准许姚某抚养杨某。杨某不因此免除抚养义务,应支付相应抚养费。判决准予姚某与羊某离婚,杨某由姚某直接抚养,羊某每月支付 400 元抚养费。

实务要点:为成年继子女在继父母与生父母离婚后,生父母拒绝抚养而继父母请求或同意继续抚养继子女的,法院可予准许。

案例索引:陕西西安临潼区法院(2018)陕0115民初1129号“姚某与杨某离婚纠纷案”,见《离婚后继父母可以继续抚养继子女——陕西西安临潼法院判决姚某诉杨某离婚纠纷案》(袁辉根、严秋亚),载《人民法院报·案例精选》(20181115:06)。

06. 一次性支付抚养费约定,不妨碍子女必要时再起诉

离婚协议关于一次性支付抚养费约定,不妨碍子女在必要时要求未直接抚养的父母一方每月另行增加支付抚养费。

标签: 抚养 | 抚养费变更 | 必要时 | 法定义务 | 离婚协议

案情简介:2007年,周某父母协议离婚,约定2岁的周某由其母亲某抚养,周某父亲一次性支付2万元抚养费后,不再承担周某任何抚养费用。2016年,周某起诉父亲,要求每月支付抚养费1000元至周某独立生活时为止。

法院认为:①《婚姻法》第37条第1款规定,离婚后,一方抚养的子女,另一方应负担必要的生活费和教育费的一部或全部,负担费用的多少和期限的长短,由双方协议。可见,关于子女抚养费负担及支付方式,属于意思自治范畴,离婚协议约定子女抚养费一次性支付,法律上是予以认可的。案涉离婚协议系双方真实意思表示,未违反法律法规强制性规定,离婚协议关于抚养费约定有效。②基于儿童利益最大化原则,应依法保障儿童在成长中得到父母抚养和教育。父母对子女有法定抚养义务,

这种义务不因父母离婚而消失。依《婚姻法》第36条规定,离婚后,父母对子女仍有抚养和教育权利和义务。夫妻双方在离婚协议中签订一次性支付子女抚养费的约定,是具有人身属性合同的法律关系;子女请求未直接抚养方支付抚养费,是请求抚养费的法律关系。两者主体不同,前者系夫妻双方,后者系子女与未直接抚养一方;两者请求权基础不同,前者系合同权利,后者系法定权利。子女享有要求父母支付抚养费的法定权利,子女在必要时主张增加抚养费并非基于离婚协议,而是基于父母的法定义务。子女有要求父母支付抚养费的法定权利。③《婚姻法》第37条第2款规定,关于子女生活费和教育费的协议或判决,不妨碍子女在必要时向父母任何一方提出超过协议或判决原定数额的合理要求。法院对“在必要时”审查,意味着符合法定条件时,子女主张增加抚养费可获支持。而最高人民法院《关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》第18条,对子女要求增加抚养费限定条件进行了明确,“子女要求增加抚育费有下列情形之一,父或母有给付能力的,应予支持:原定抚育费数额不足以维持当地实际生活水平的;因子女患病、上学,实际需要已超过原定数额的;有其他正当理由应当增加的”。本案周某现11岁,正处于上学年龄,学费和生活费日渐增加,周某父近10年前支付的2万元抚养费已不够花费,且周某父有收入来源,周某主张增加抚养费符合法定条件,结合周某所在地的生活水平,法院判决周某父每月给付周某抚养费600元至周某年满18周岁。故法院依法判决周某自2016年5月起每月支付600元抚养费至周某年满18周岁。

实务要点:基于儿童利益最大化和依法保护未成年人合法权益原则,离婚协议虽约定子女随一方生活,另一方一次性支付抚养费后不再承担任何抚养费用,但子女仍可在必要时要求未直接抚养方每月另行支付抚养费。

案例索引:重庆一中院(2016)渝01民终8169号“周治明与周某某抚养费纠纷案”,见《一次性

支付抚养费约定不妨碍子女在必要时主张增加抚养费——重庆一中院判决周某抚养费纠纷案》（陈义熙、刘婷婷），载《人民法院报·案例精选》（20170427:06）。

原创序号：天同码 246

核校：简牍

解除遗赠扶养协议的情形及法律后果

2019-07-16 法信

<https://mp.weixin.qq.com/s/CBBGJZtP7MesuAKZdMPruQ>

遗赠扶养协议是指扶养人与遗赠人自愿达成的

由扶养人承担遗赠人的生养死葬义务

遗赠人将个人合法财产在其死后

全部或者部分赠与扶养人的协议



达成协议后，双方也可在
自愿平等的基础上协议解除

实践中，解除遗赠扶养协议的情形有哪些？

协议解除后对当事人的法律后果是什么？

请看今日干货小哥的推送

法信码 | A2. G20331

遗赠扶养协议解除的情形



A2. G20332

遗赠扶养协议解除的法律后果



法信·裁判规则

1. 遗赠扶养协议签订后，被扶养人死亡前，
双方当事人均具有任意解除权——寇海军、张会平诉
贾来娣遗赠扶养协议纠纷案

本案要旨：遗赠扶养协议因其具有极强的人身属性，对当事人之间的身份关系产生重要影响，所以对遗赠扶养协议不宜直接适用《合同法》的规定。鉴于遗赠扶养协议的目的在于保障老年人能够安享晚年，扶养方承担对被扶养方生养死葬的义务，对于“生养死葬”义务应当做扩大理解。因为法律的目的在于保护老年人的利益，如果老年人对扶养方的扶养并不满意，应当给予老人任意解除权，从而更好的保护老年人权益。

来源：《人民司法·案例》2014年第22期

2. 受遗赠人没有履行遗赠扶养协议约定的扶

养义务，村委会作为房产的共有人和遗赠人的监护人有权解除协议——怀柔区怀柔镇杨家园村委会诉沈某遗赠扶养协议纠纷案

本案要旨：村委会、遗赠人（限制民事行为能力）与受遗赠人签订遗赠扶养协议，将村委会与遗赠人共有房屋赠予受遗赠人，受遗赠人履行对遗赠人的生养死葬义务，且向村委会补足差价款后，取得房屋所有权，协议签订后，受遗赠人未妥善尽到管护义务致遗赠人走失，存在重大过失的，村委会有权请求法院解除遗赠扶养协议。

审理法院：北京市怀柔区人民法院

来源：北京法院网 2016 年 10 月 26 日

3. 遗赠扶养协议的一方严重违反协议内容时，另一方有权要求解除——刘大爷诉何某某遗赠扶养协议纠纷案

本案要旨：公民可以与扶养人签订遗赠扶养协议，扶养人承担该公民生养死葬的义务，享有受遗赠的权利。遗赠扶养协议属于一种合同关系，当一方严重违反协议内容时，另一方有权解除。扶养人不履行协议约定的赡养、改造房屋等义务，且对老人不管不问，属于严重违反协议内容的情形，遗赠人有权要求解除遗赠扶养协议。

审理法院：江苏省金坛区人民法院

来源：江苏法院网 2016 年 7 月 26 日

4. 遗赠人无正当理由解除遗赠扶养协议后，应返还扶养人在遗赠扶养关系成立期间所支付的各项合理费用——张老汉诉张女士遗赠扶养协议纠纷案

本案要旨：遗赠扶养协议系为双方当事人自愿设定权利和义务的合同关系。协议成立后，遗赠人无正当理由不履行协议，致使协议解除的，应返还扶养人在遗赠扶养关系成立期间所支出的生活费、医疗费等合理支出。

审理法院：北京市顺义区人民法院

来源：北京法院网 2015 年 4 月 17 日

5. 遗赠人无正当理由不履行遗赠扶养协议致

协议解除的，应补偿扶养人已支付的供养费用——袁某某诉贾某遗赠扶养协议案

本案要旨：遗赠扶养协议的双方当事人，在协议履行期间产生纷争，致使协议无法继续履行的，可以解除遗赠扶养关系；遗赠人无正当理由不履行遗赠扶养协议致协议解除的，应补偿扶养人已支付的供养费用。

案号：（2014）三中民终字第 02961 号

审理法院：北京市第三中级人民法院

来源：赵敬贤、宣璇编著，《婚姻家庭、继承案件审判参考》，人民法院出版社 2018 年出版，第 323~325 页

法信·学术观点

1. 解除遗赠扶养协议的情形及法律后果

（1）当事人要求解除的情形

《执行继承法意见》第 56 条规定：“扶养人或集体组织与公民订有遗赠扶养协议，扶养人或集体组织无正当理由不履行，致协议解除的，不能享有受遗赠的权利，其支付的供养费用一般不予补偿；遗赠人无正当理由不履行，致协议解除的，则应偿还扶养人或集体组织已支付的供养费用。”从扶养人的角度来看，遗赠扶养协议扶养人的扶养义务自协议生效时即发生效力，且是持续性的，直至被扶养人死亡时止，中间不得中断。如果扶养人无正当理由不履行扶养义务，或不认真履行扶养义务，致使被扶养人的生活经常处于缺乏照料的状态，或扶养人虐待被扶养人，则被扶养人有权要求解除扶养协议。协议解除后，扶养人不能享有受遗赠的权利，其已经支付的扶养费用一般也不予补偿。从被扶养人的角度来看，由于遗赠扶养协议是以被扶养人将其约定的财产于死后为扶养人取得为条件而接受扶养的，因此，扶养人对于将来可能成为被扶养人遗产的财产享有期待权。为了保障协议的履行和扶养人的财产期待权，未经扶养人同意，被扶养人不得擅自处分协议中约定的财产，如果擅自处分约定

的财产,致使扶养人无法取得被扶养人遗产的,或使约定的财产受到损害的,扶养人有权要求解除协议,并得要求被扶养人补偿已经支付的扶养费用。

(2) 利害关系人要求取消遗赠的情形

利害关系人主要是指被扶养人的近亲属,主要是其法定继承人。利害关系人要求取消扶养人接受遗赠的权利,涉及遗赠扶养协议在被扶养人死亡后的履行,如果取消了扶养人的受遗赠权,实际上也就是由利害关系人终止了遗赠扶养协议或解除了遗赠扶养协议。利害关系人只有在下列情况下才有权要求解除遗赠扶养协议:①扶养人在被扶养人生前未尽扶养义务或虐待遗弃被扶养人;②扶养人在被扶养人死亡后未尽丧葬义务;③协议订立后被扶养人变成无民事行为能力或限制民事行为能力的人,无法维护自身权益。对于利害关系人要求解除协议或取消扶养人接受遗赠的诉讼,法院应在查明事实的基础上,具体情况具体对待:扶养人确实没有对被扶养人尽到生养死葬义务的,可酌情减少其受遗赠财产的数量或份额;扶养人根本没有对被扶养人尽到生养死葬义务的,或以非法手段谋取被扶养人财产的,则可以取消其获得遗赠财产的权利;如果扶养人对已变成无民事行为能力或限制民事行为能力的被扶养人不履行或不认真履行扶养义务,则可判决解除遗赠扶养协议,扶养人已经支付的供养费用可酌情补偿。

(摘自:陈苇主编,《婚姻家庭继承法学》(第二版),中国政法大学出版社2014年出版,第318~319页。)

2. 遗赠扶养协议对当事人的效力

遗赠扶养协议签订后,扶养人应当按照约定尽扶养义务,具体的扶养标准应当按协议确定,协议未约定的,应当不低于当地的最低生活水平。鉴于扶养义务的特殊性,扶养义务应当是继续性的,直到受扶养人死亡前不得中断。除扶养义务外,扶养人还必须按照协议的约定履行受扶养人的丧葬事宜。扶养人不履行义务的,受扶养人有权解除协议,扶养人不再享有接受遗产的权利,其支付的供养费

一般也不再补偿(《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第56条)。如果受扶养人已经死亡,其解除协议的权利可以由其继承人或者有关单位行使。另外,扶养义务人虽然尽了生养死葬义务,但是扶养人实施了能够导致受扶养人死亡的行为时,应当准用继承权丧失的规定,剥夺其接受遗产的权利。

扶养义务人尽到遗赠扶养协议约定义务后,享有接受约定的遗赠财产的权利。受扶养人无正当理由导致协议不能履行的,扶养人有权解除扶养协议,受扶养人应当偿还扶养人已经支付的供养费用(《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第56条)。受扶养人导致协议不能履行的行为主要有:毁损遗赠财产(事实上的处分)和转移财产(法律上的处分)。

(摘自:房绍坤、范李瑛、张洪波编著,《婚姻家庭与继承法》(第四版),中国人民大学2015年出版,第236页。)

法信·法律依据

1. 《中华人民共和国继承法》

第二十一条 遗嘱继承或者遗赠附有义务的,继承人或者受遗赠人应当履行义务。没有正当理由不履行义务的,经有关单位或者个人请求,人民法院可以取消他接受遗产的权利。

第三十一条 公民可以与扶养人签订遗赠扶养协议。按照协议,扶养人承担该公民生养死葬的义务,享有受遗赠的权利。

公民可以与集体所有制组织签订遗赠扶养协议。按照协议,集体所有制组织承担该公民生养死葬的义务,享有受遗赠的权利。

2. 《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》

56. 扶养人或集体组织与公民订有遗赠扶养

协议，抚养人或集体组织无正当理由不履行，致协议解除的，不能享有受遗赠的权利，其支付的供养费用一般不予补偿；遗赠人无正当理由不履行，致

协议解除的，则应偿还抚养人或集体组织已支付的供养费用。

【婚姻家庭篇】监护权纠纷的裁判规则梳理 | 中国司法案例研究中心

2019-07-16 判例研究 判例研究编辑部

https://mp.weixin.qq.com/s/i_lQ98GXGYk9--K9J85Nkw

编者按

监护制度我国一项重要的婚姻家庭制度，是家庭稳定和谐相处的重要保障。监护权是监护人对于未成年人和精神病人等无民事行为能力人和限制行为能力人的人身权益、财产权益所享有的监督、保护的身份权，是对于无民事行为能力人和限制民事行为能力人的未成年人和成年精神病人的合法权益实施管理和保护的法律资格。监护权主要包括两项内容：人身监护权和财产监护权。

截至 2019 年 7 月，在中国裁判文书网上使用高级检索查找“监护权纠纷”（民事）案由检索出裁判文书共计 1605 篇，其中由高级人民法院裁判的有 7 篇。本文旨在通过归纳介绍监护权纠纷的相关规定与理论，归纳提炼关于监护权纠纷的司法裁判规则。

基本理论

监护制度起源于罗马法，罗马法设置了监护（tutela）人及保佐（curatio）人之制度，现代法例多援用之，其目的，固在保护未成年人或禁治产人等无完全能力者之利益，但在罗马古代，是项制度之目的，则首在保护家族之财产。（陈朝要：《罗马法原理》，法律出版社 2006 年版，第 431 页。）

在现代社会，监护就是民法所规定的对于无行为能力人和限制行为能力人的人身、财产和其他合

法权益进行监督和保护的一种法律制度。传统民法理论中，按照监护范围的不同，监护有广义和狭义之分。广义的监护是指对一切未成年人与无行为能力人和限制行为能力人的人身和财产及其他合法权益进行监督和保护的法律制度。英美法系国家的民法多采用广义的监护概念。狭义的监护是指对不能得到亲权保护的未成年人和其他限制行为能力、无行为能力的成年人的人身和财产及其他合法权益进行监督和保护的法律制度。大陆法系国家的民法多采用狭义的监护概念。罗马法根据塞尔维对监护定义为“市民法所赋予和允许的对那些因年龄原因而不能自我保护的人给予保护所行使的权威和权力。”（[意]彼德罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社 1992 年版，第 170 页。）这就是典型的狭义的监护概念。

广义与狭义的监护概念的区别在于，狭义的监护排除父母对未成年子女的监督和保护的规定，另行设立亲权制度。监护制度从本质上说是对民事主体能力缺陷的补充，为无民事行为能力人和限制民事行为能力人实现民事权利和履行民事义务提供了合法救济途径。

（李洪祥著：《我国民法典立法之亲属法体系研究》，中国法制出版社 2014 年版，第 261-262 页。）

裁判规则

（一）实务要点

未成年人包括抚恤金在内的个人财产应由其法定监护人保管，并为其利益进行处分。即便该未成年人现在未与监护人共同生活，也应如此。

案件：蒋××、王二×监护权纠纷再审审查与审判监督民事裁定书（2016）津民申 1273 号

来源：中国裁判文书网

天津市高级人民法院认为：

蒋××、王二×主张原审判决适用法律错误，王一×侵占、挪用蒋智阳抚恤金成立，应予返还。本案中，蒋智阳为未成年人，其包括抚恤金在内的个人财产应由其法定监护人，即本案王一×保管，并为其利益进行处分，且原一审、二审判决均确认现有证据不能证明王一×侵害蒋智阳的财产权益，故该申请再审的理由不成立。蒋××、王二×主张蒋智阳现与其共同生活，抚恤金应随人走，应由其代为保管、使用该抚恤金，但蒋智阳在蒋××、王二×处生活这一事实并不能改变王一×作为蒋智阳法定监护人身份，亦不能剥夺王一×保管以及为被监护人利益处分其财产的权利，且天津市滨海新区人民法院（2014）滨塘民初字第 7484 号民事判决书已判决蒋××、王二×应于该判决生效之日起十日内将蒋智阳交由王一×监护，该判决经二审维持，已经生效，但蒋××、王二×并未履行生效判决，现又因其抚养蒋智阳的事实主张代为保管、使用该抚恤金，于法无据，亦与人民法院上述生效判决相违背，故本院不予支持。

（二）实务要点

扶养义务与监护权二者是既相互独立又紧密联系的法律关系，父母对女儿的扶养义务，不因监护人资格受阻而免除。

案件：赵钧与商永禄监护权纠纷民事判决书（2016）甘民再 40 号

来源：中国裁判文书网

甘肃省高级人民法院认为：

赵钧认为其监护权受到尚永禄、张春娥的阻碍，但不免除父母对被监护人的扶养义务的法律立场。本院认为，扶养义务与监护权二者是即相互独立又紧密联系的法律关系，赵钧对女儿的扶养义务，不因监护人资格受阻而免除。维护未成年人合法权益是处理监护权纠纷的一项重要原则，赵钧不给付抚养费，实际是损害了被监护人的利益。而且，本案赵钧于 2015 年起诉时，被监护人赵妍已年满 18 周岁，具备了完全民事行为能力，在没有特殊情形下，根据法律规定，其与赵妍之间的监护关系在赵妍年满 18 周岁时自然解除。因此，赵钧以尚永禄、张春娥侵犯其监护权提起的民事诉讼的目的已经无法实现。原审及本次庭审中，经征询赵妍的意见，其向法庭书面陈述，愿意随其外祖父母继续生活，不认为二人构成对赵钧的侵权，目前尚不能谅解赵钧，但随着时间的推移，赵妍结婚、与人为母，之间的父女关系有修复的可能。

（三）实务要点

老年人的养老金账户存折应由与其共同生活并对其进行照料的监护人掌管并依法合理支取使用。如日后监护人发生变更，则养老金账户存折改由变更后与被监护人共同生活并对其进行照料的监护人掌管并依法合理支取使用。

案件：计某 1 与计某 3 等监护权纠纷再审审查与审判监督民事裁定书（2018）京民申 3257 号

来源：中国裁判文书网

北京市高级人民法院认为：

为有利于刘书香生活、医疗等的合理需要，其涉案养老金账户存折应由与其共同生活并对其进行照料的监护人掌管并依法合理支取使用。鉴于刘书香目前与计某 2 一起居住生活，故目前刘书香养老金账户在解除挂失恢复使用后，该养老金账户存折应暂由计某 2 掌管并依法合理支取使用。如日后与刘书香共同生活并对其进行照料的监护人发生变更，则涉案刘书香养老金账户存折改由变更后与刘书香共同生活并对其进行照料的监护人掌管并依法合理支取使用。该陈述并未认定该养老金账户存折一直由计某 2 掌管。关于计某 1、计某 2 等子女争议的在照顾、赡养其母刘书香问题上是否履行调解协议，如何履行调解协议、如何交接该养老金账户存折等问题，不属本案审理范围，各当事人应另案处理。计某 1 的再审申请不符合《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条规定的情形。

（四）实务要点

未成年人的监护人首先是未成年人的父母，在未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的情况下，由有监护能力的人担任监护人。

案件：张某 1 与王某、马某监护权纠纷再审审查与审判监督民事裁定书（2017）晋民申 2356 号
来源：中国裁判文书网

山西省高级人民法院认为：

未成年人的监护人首先是未成年人的父母，在未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的情况下，由有监护能力的人担任监护人。本案二审查明的事实为王泽鹏的父母为王某和马某，在没有证据证明王智、张某 1 夫妇与王泽鹏存在合法的收养关系及王泽鹏的监护权发生变更的情况下，王泽鹏的监护人应确定为王某和马某。而本案中存在户籍登记

与案件查明事实不符的情形，故原审判决将王泽鹏的监护人变更为王某和马某并无不当。

（五）实务要点

无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，无民事行为能力人、限制民事行为能力人和其监护人为共同被告。有财产的被监护人造成他人损害的，从本人财产中支付赔偿费用。不足部分，由监护人赔偿。

案件：钟某、钟玉堂生命权、健康权、身体权纠纷再审审查与审判监督民事裁定书（2017）闽民申 2220 号
来源：中国裁判文书网

福建省高级人民法院认为：

根据一审期间郑金莲提交的录音资料中郑冬妹确认钟某系在跑动中碰撞郑金莲致其摔倒的相关陈述内容，一、二审法院认定“郑金莲摔倒系钟某的行为所致，钟某对本案损害的发生存在过错”，并无不当。钟某、钟玉堂、郑冬妹申请再审主张钟某并未碰撞郑金莲，其三人只是对郑金莲实施了善意的救治行为，与事实不符；主张郑金莲对其自身摔倒也有过错而应自行承担相应责任缺乏事实依据，不能成立。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第六十七条“无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，无民事行为能力人、限制民事行为能力人和其监护人为共同被告”之规定，一、二审法院将钟某、钟玉堂、郑冬妹列为共同被告，程序合法。有财产的被监护人造成他人损害的，从本人财产中支付赔偿费用。不足部分，由监护人赔偿，在认定钟某致人损害之情形下，可以从其财产支付赔偿费用，故一、二审法院

判决钟某与其监护人共同承担责任，亦无不当。综上，钟某的再审申请不符合《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条第二项、第六项规定的情形。

法律规定

《中华人民共和国民法通则》

第十四条 无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人是他的法定代理人。

第十六条 未成年人的父母是未成年人的监护人。

未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的，由下列人员中有监护能力的人担任监护人：

- (一) 祖父母、外祖父母；
- (二) 兄、姐；

(三) 关系密切的其他亲属、朋友愿意承担监护责任，经未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会同意的。

对担任监护人有争议的，由未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会在近亲属中指定。对指定不服提起诉讼的，由人民法院裁决。

没有第一款、第二款规定的监护人的，由未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门担任监护人。

第十七条 无民事行为能力或者限制民事行为能力的精神病人，由下列人员担任监护人：

- (一) 配偶；
- (二) 父母；
- (三) 成年子女；
- (四) 其他近亲属；

(五) 关系密切的其他亲属、朋友愿意承担监护责任，经精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会同意的。

对担任监护人有争议的，由精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会在近亲属中指定。对指定不服提起诉讼的，由人民法院裁决。

没有第一款规定的监护人的，由精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门担任监护人。

第十八条 监护人应当履行监护职责，保护被监护人的人身、财产及其他合法权益，除为被监护人的利益外，不得处理被监护人的财产。

监护人依法履行监护的权利，受法律保护。

监护人不履行监护职责或者侵害被监护人的合法权益的，应当承担责任；给被监护人造成财产损失的，应当赔偿损失。人民法院可以根据有关人员或者有关单位的申请，撤销监护人的资格。

第一百三十三条 无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，由监护人承担民事责任。监护人尽了监护责任的，可以适当减轻他的民事责任。

有财产的无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，从本人财产中支付赔偿费用。不足部分，由监护人适当赔偿，但单位担任监护人的除外。

《中华人民共和国民法总则》

第二十三条 无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人是其法定代理人。

第二十七条 父母是未成年子女的监护人。

未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的，由下列有监护能力的人按顺序担任监护人：

- (一) 祖父母、外祖父母；
- (二) 兄、姐；
- (三) 其他愿意担任监护人的个人或者组织，但是须经未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门同意。

第二十八条 无民事行为能力或者限制民事行为能力的成年人，由下列有监护能力的人按顺序担任监护人：

- (一) 配偶；
- (二) 父母、子女；
- (三) 其他近亲属；
- (四) 其他愿意担任监护人的个人或者组织，

但是须经被监护人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门同意。

第二十九条 被监护人的父母担任监护人的，可以通过遗嘱指定监护人。

第三十条 依法具有监护资格的人之间可以协议确定监护人。协议确定监护人应当尊重被监护人的真实意愿。

第三十一条 对监护人的确定有争议的，由被监护人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门指定监护人，有关当事人对指定不服的，可以向人民法院申请指定监护人；有关当事人也可以直接向人民法院申请指定监护人。

居民委员会、村民委员会、民政部门或者人民法院应当尊重被监护人的真实意愿，按照最有利于被监护人的原则在依法具有监护资格的人中指定监护人。

依照本条第一款规定指定监护人前，被监护人的人身权利、财产权利以及其他合法权益处于无人保护状态的，由被监护人住所地的居民委员会、村民委员会、法律规定的有关组织或者民政部门担任临时监护人。

监护人被指定后，不得擅自变更；擅自变更的，不免除被指定的监护人的责任。

第三十二条 没有依法具有监护资格的人的，监护人由民政部门担任，也可以由具备履行监护职责条件的被监护人住所地的居民委员会、村民委员会担任。

第三十三条 具有完全民事行为能力的成年人，可以与其近亲属、其他愿意担任监护人的个人或者组织事先协商，以书面形式确定自己的监护人。协商确定的监护人在该成年人丧失或者部分丧失民事行为能力时，履行监护职责。

第三十四条 监护人的职责是代理被监护人实施民事法律行为，保护被监护人的人身权利、财产权利以及其他合法权益等。

监护人依法履行监护职责产生的权利，受法律保护。

监护人不履行监护职责或者侵害被监护人合法权益的，应当承担法律责任。

第三十五条 监护人应当按照最有利于被监护人的原则履行监护职责。监护人除为维护被监护人利益外，不得处分被监护人的财产。

未成年人的监护人履行监护职责，在作出与被监护人利益有关的决定时，应当根据被监护人的年龄和智力状况，尊重被监护人的真实意愿。

成年人的监护人履行监护职责，应当最大程度地尊重被监护人的真实意愿，保障并协助被监护人实施与其智力、精神健康状况相适应的民事法律行为。对被监护人有能力独立处理的事务，监护人不得干涉。

第三十六条 监护人有下列情形之一的，人民法院根据有关个人或者组织的申请，撤销其监护人资格，安排必要的临时监护措施，并按照最有利于被监护人的原则依法指定监护人：

（一）实施严重损害被监护人身心健康行为的；

（二）怠于履行监护职责，或者无法履行监护职责并且拒绝将监护职责部分或者全部委托给他人，导致被监护人处于危困状态的；

（三）实施严重侵害被监护人合法权益的其他行为的。

本条规定的有关个人和组织包括：其他依法具有监护资格的人，居民委员会、村民委员会、学校、医疗机构、妇女联合会、残疾人联合会、未成年人保护组织、依法设立的老年人组织、民政部门等。

前款规定的个人和民政部门以外的组织未及时向人民法院申请撤销监护人资格的，民政部门应当向人民法院申请。

第三十七条 依法负担被监护人抚养费、赡养费、扶养费的父母、子女、配偶等，被人民法院撤销监护人资格后，应当继续履行负担的义务。

第三十八条 被监护人的父母或者子女被人民法院撤销监护人资格后，除对被监护人实施故意犯罪的外，确有悔改表现的，经其申请，人民法院可以在尊重被监护人真实意愿的前提下，视情况恢复

其监护人资格,人民法院指定的监护人与被监护人的监护关系同时终止。

第三十九条 有下列情形之一的,监护关系终止:

- (一)被监护人取得或者恢复完全民事行为能力;
 - (二)监护人丧失监护能力;
 - (三)被监护人或者监护人死亡;
 - (四)人民法院认定监护关系终止的其他情形。
- 监护关系终止后,被监护人仍然需要监护的,应当依法另行确定监护人。

《最高人民法院关于适用《中华人民共和国

婚姻法》若干问题的解释(一)》

第二十六条 未成年子女、直接抚养子女的父或母及其他对未成年子女负担抚养、教育义务的法

定监护人,有权向人民法院提出中止探望权的请求。

《最高人民法院关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释(三)》

第八条 无民事行为能力人的配偶有虐待、遗弃等严重损害无民事行为能力一方的人身权利或者财产权益行为,其他有监护资格的人可以依照特别程序要求变更监护关系;变更后的监护人代理无民事行为能力一方提起离婚诉讼的,人民法院应予受理。

江苏高院民一庭印发《家事纠纷案件审理指南(婚姻家庭部分)》, 内含50个婚姻家庭纠纷热点、难点问题办案参考

2019-07-18 江苏高院

https://mp.weixin.qq.com/s/WR_C1Mef5WH7AN7BhViv7A

家事纠纷案件审理指南(婚姻家庭部分)

为妥善审理好家事纠纷案件,统一全省执法尺度,依照《中华人民共和国婚姻法》(以下简称《婚姻法》)《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(一)》(以下简称《婚姻法解释一》)《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)》(以下简称《婚姻法解释二》)《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(三)》(以下简称《婚姻法解释三》)《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《民诉法解释》)等法律、司法解释的规定及精神,并结合司法实践,制定本指南,供全省法院参考。

一、程序问题

1、家事纠纷案件如何确定级别管辖?

第一审婚姻、继承等家事纠纷案件(包括涉外、涉港澳台),一般由基层人民法院管辖。对重大疑难、新类型和在适用法律上有普遍意义的案件,可以依照《民事诉讼法》第三十八条的规定,由上级人民法院自行决定由其审理或者根据下级人民法院报请决定由其审理。

2、涉及不动产的婚姻家庭纠纷案件是否适用不动产专属管辖?

婚约财产纠纷、离婚后财产纠纷、夫妻财产约定纠纷、同居关系析产纠纷、分家析产纠纷等属于婚姻家庭纠纷,按照一般地域管辖原则确定管辖法院,不适用不动产专属管辖,但法律、行政法规、司法解释另有规定的除外。

3、离婚案件原告或者上诉人本人未出庭参加诉讼,能否按撤诉或者按撤回上诉处理?

依照《民事诉讼法》第六十二条的规定，离婚案件当事人除不能表达意思的以外，应当亲自出庭参加诉讼。离婚案件原告或者上诉人本人如果因生理疾病、年迈体弱、交通不便、自然灾害等特殊情况无法出庭的，必须向人民法院提交书面意见，并委托诉讼代理人参加诉讼。在已向人民法院提交书面意见，并委托诉讼代理人参加诉讼的情形下，人民法院不能仅因为原告或者上诉人本人未出庭参加诉讼即按撤诉或者按撤回上诉处理。但原告或者上诉人本人未出庭参加诉讼导致案件事实无法查清的，应当承担由此产生的不利法律后果。

4、对于起诉时被告下落不明的离婚案件应当如何处理？

对于起诉时被告下落不明的离婚案件，人民法院应当慎重处理，最大限度地保障被告的合法权益。在按照原告提供的被告地址无法送达时，应当要求其补充提供被告的其他地址或者被告近亲属的地址以及联系方式，向被告近亲属了解被告下落并制作笔录，加强调查走访，必要时可以要求原告提供公安机关或者其他有关单位出具的证明被告下落不明的书面证明材料。对于穷尽送达手段被告确实下落不明的，可以依照《民诉法解释》第二百一十七条的规定，公告送达诉讼文书并缺席判决。

对于起诉时被告下落不明的离婚案件，人民法院可以依照《民诉法解释》第一百一十条的规定，要求原告本人到庭签署保证书。保证书应当载明据实提供被告地址，如有虚假愿意接受处罚等内容。事后经查证确属提供虚假地址的，按妨害民事诉讼处理。

5、对于已经发生法律效力的不准予离婚的判决能否申请再审？

对于已经发生法律效力的不准予离婚的判决，当事人申请再审的，应予受理。

6、事实婚姻经调解不能和好的，能否判决不

准予离婚？

事实婚姻经调解不能和好的，应当依照最高人民法院《关于人民法院审理未办结婚登记而以夫妻名义同居生活案件的若干意见》第6条的规定，调解或者判决准予离婚。

7、无效婚姻能否按撤诉处理？婚姻被宣告无效或者被撤销之前又与他人结婚的，是否构成重婚？以重婚为由申请宣告婚姻无效，如果申请时重婚情形已经消失的，应当如何处理？

为体现国家强制力对无效婚姻的干预和制裁，无效婚姻经查证属实的，即使原告经传票传唤无正当理由拒不到庭或者中途退庭，也不能按撤诉处理，应当依法作出宣告婚姻无效的判决。

依照《婚姻法解释一》第十三条的规定，无效或者可撤销婚姻只有在依法被宣告无效或者被撤销时才自始不受法律保护。因此，婚姻被宣告无效或者被撤销之前又与他人结婚的，构成重婚。

以重婚为由申请宣告婚姻无效，申请时即使当事人已经办理了合法婚姻的离婚登记手续或者合法婚姻配偶一方已经死亡等导致重婚情形已经消失的，亦应予以支持。

二、同居问题

8、双方未办理结婚登记手续，但已共同生活，彩礼应否返还？双方已办理结婚登记手续，但共同生活时间较短，离婚时彩礼应否返还？

《婚姻法解释二》第十条第一款第一项规定的“双方未办理结婚登记手续的”并非针对双方已共同生活的情形。如果双方未办理结婚登记手续，但已共同生活，当事人主张返还彩礼的，可以根据未办理结婚登记手续的原因、双方共同生活的时间、彩礼的数额、有无生育子女、财产使用情况、双方经济状况等酌定是否返还以及返还的数额。

双方已办理结婚登记手续，但共同生活时间较

短，离婚时当事人主张返还彩礼的，可以根据离婚的过错、双方共同生活的时间、彩礼的数额、有无生育子女、财产使用情况、双方经济状况等酌定是否返还以及返还的数额。

9、同居期间形成的财产应当如何分割？

同居关系不同于合法婚姻关系，对于同居期间一方的工资、奖金、生产经营收益以及因继承、赠与等途径所得的合法收入，原则上归本人所有。双方在同居期间有共同购置的财产或者共同经营所得的收入，如果查明属于按份共有，按照各自的出资额比例分享权利；如果查明属于共同共有，则对共有财产共同享有权利；如果无法查明是按份共有还是共同共有，视为按份共有，不能确定出资额比例的，视为等额享有。

对于被宣告无效或者被撤销的婚姻，当事人同居期间所得的财产，按共同共有处理，但有证据证明为当事人一方所有或者按份共有的除外。

10、因恋爱、同居产生的情感债务应当如何处理？婚外情所涉赠与应当如何处理？赠与行为的效力应当如何认定？赠与财物应当如何返还？

一方以恋爱、同居为由主张另一方支付“青春损失费”“分手费”的，不予支持。但女方在恋爱、同居期间因怀孕中止妊娠主张男方分担医疗费、营养费等合理费用的，可以支持。

有配偶者赠与或者约定赠与第三者财物，赠与后反悔主张返还或者第三者主张履行赠与的，不予支持。但配偶一方以赠与夫妻共同财产的行为侵犯其夫妻共同财产权为由主张返还的，可以支持。

配偶一方主张赠与行为无效并主张返还赠与财物的，应当认定赠与行为全部无效而非部分无效，赠与财物应当全部返还。

赠与行为被认定无效后返还的赠与财物应为赠与当时的标的物，如果赠与的是房屋、车辆等实物，应当返还实物。如果实物因灭失、转让等原因导致无法返还的，可以参照实物灭失、转让时的市

场价格或者转让对价折价补偿。

三、抚养、赡养问题

11、亲子鉴定应当如何启动？兄弟姐妹之间能否适用《婚姻法解释三》第二条规定的亲子关系推定原则？提起亲子关系否认之诉的权利人范围应当如何界定？

亲子鉴定的启动应当慎重，无论是请求确认亲子关系或者否认亲子关系都要承担相应的举证责任。对当事人提供的证据，人民法院经审查并结合相关事实，认为进行亲子鉴定确有必要的，可以根据当事人申请启动亲子鉴定。当事人仅凭怀疑或者猜测申请亲子鉴定的，不予准许。但另一方当事人同意鉴定的，可以准许。

《婚姻法解释三》第二条规定的亲子关系推定原则仅适用于父母子女之间。当事人要求与同父（母）异母（父）的兄弟姐妹进行血缘关系鉴定确认亲子关系，并主张适用《婚姻法解释三》第二条的亲子关系推定原则的，不予支持。

认定亲子关系应当以真实血缘关系为基础并兼顾亲子关系的安定性。因此，应当限缩提起亲子关系否认之诉的权利人范围。依照《婚姻法解释三》第二条第一款的规定，提起亲子关系否认之诉的权利人是夫妻一方。其他亲属和成年子女提起亲子关系否认之诉的，一般不予支持。

12、《中华人民共和国收养法》施行后，离婚时对于未办理收养登记的未成年人应当如何处理抚养问题？

《中华人民共和国收养法》施行后，收养应当向县级以上人民政府民政部门登记，否则收养关系不成立。对于未办理登记导致收养关系不成立的，离婚时夫妻双方与未成年人之间不适用《婚姻法》关于父母子女关系的规定。

离婚时对于符合收养条件的，夫妻双方应当补

办收养登记, 人民法院再依照《婚姻法》关于父母子女关系的规定处理未成年人抚养问题。无法补办收养登记的, 如果夫妻一方或者双方均愿意抚养未成年人, 对于个人符合收养条件的, 由该方补办收养登记, 人民法院可以判决收养方抚养未成年人, 对于未成年人的抚养费由收养方自行承担, 但可以根据收养方的主张结合未成年人的实际需要、夫妻双方的负担能力、离婚时共同财产分割情况、当地的实际生活水平等酌情判令夫妻另一方给予经济帮助。如果夫妻双方均不符合收养条件或者愿意抚养的夫妻一方不符合收养条件或者夫妻双方均不愿意继续抚养未成年人的, 人民法院可以依照《中华人民共和国民事诉讼法总则》的相关规定待未成年人确定监护人后, 再处理离婚案件。

13、如何认定继父母子女之间形成抚养教育关系? 继父母子女关系能否解除?

认定继父母子女之间是否形成抚养教育关系, 可以通过审查再婚时继子女是否已经成年、双方共同生活的时间长短、是否实际接受生活上的照顾抚育、家庭身份融合程度等予以综合判断。

对于已经形成抚养教育关系的继父母子女, 因生父(母)与继母(父)离婚导致再婚关系终止的, 如果继父母不同意继续抚养未成年继子女的, 继父母子女关系可以解除, 该子女应当由生父母抚养。

对于已经形成抚养教育关系的继父母子女, 因生父(母)死亡导致再婚关系终止的, 在继子女未成年的情形下一般不允许解除继父母子女关系。如果生父母中的另一方愿意将未成年子女领回, 继父母同意的, 继父母子女关系可以解除。继子女八周岁以上的, 应当征得本人同意。

对于已经形成抚养教育关系的继子女成年后, 继父母子女关系一般不允许解除。如果双方经协商一致或者双方关系恶化导致继父母或者继子女主张解除继父母子女关系的, 可以解除。但继父母子女关系解除后, 对于缺乏劳动能力或者生活困难的继父母, 成年的继子女应当给付一定的生活费用。

对于未形成抚养教育关系的继父母子女, 一方起诉主张解除继父母子女关系的, 裁定不予受理, 已经受理的, 裁定驳回起诉。

14、在构成欺诈性抚养的情形下, 男方能否主张返还给付的抚养费并赔偿精神损害抚慰金? 抚养费和精神损害抚慰金的数额应当如何确定? 赔偿义务主体应当如何确定?

女方隐瞒子女与男方无亲子关系的事实, 使男方实际履行了抚养义务, 构成欺诈性抚养侵权行为, 离婚时或者离婚后男方主张返还给付的抚养费并赔偿精神损害抚慰金的, 可以支持。

在确定抚养费返还数额时, 男方应当对抚养费给付情况承担举证责任。确实无法举证证明的, 可以参照《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》第7条的规定, 根据子女的实际需要、男女双方的负担能力、婚姻关系存续期间双方的经济收入、离婚时共同财产分割情况、当地的实际生活水平等酌情判定。

精神损害抚慰金的赔偿数额可以依照《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第十条的规定确定。

欺诈性抚养的赔偿义务主体应当是欺诈行为的实施主体。男方起诉子女承担欺诈性抚养赔偿责任的, 不予支持。子女的生父与女方通谋欺骗男方的, 应当承担连带赔偿责任。男方仅起诉女方承担赔偿责任的, 可以不追加子女的生父为共同被告。

15、主张给付抚养费的权利主体应当如何确定? 婚姻关系存续期间主张给付抚养费的范围应当如何确定? 主张给付抚养费是否适用诉讼时效?

主张给付抚养费的权利属于未成年子女或者不能独立生活的成年子女。能够独立生活的成年子女主张父母给付其未成年期间应当负担的抚养费的, 不予支持。

夫妻双方均负有抚养未成年子女或者不能独立生活的成年子女的法定义务, 不存在谁代谁抚养

的问题,夫妻一方起诉另一方返还代为给付的抚养费的,一般不予支持。

未成年子女或者不能独立生活的成年子女的祖父母、外祖父母、兄、姐或者其他人员如果代替有抚养能力而未尽抚养义务的夫妻一方或者双方尽了抚养义务,主张夫妻一方或者双方返还代为给付的抚养费的,应予支持。

婚姻关系存续期间主张给付抚养费的范围一般为当期费用和已经发生的费用,对于尚未发生的费用,可以待实际发生后另行主张权利。

依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百九十六条的规定,主张给付抚养费的请求权不适用诉讼时效。

16、离婚时夫妻双方约定或者直接抚养子女一方承诺不要求另一方负担子女抚养费,事后直接抚养子女一方能否以子女名义起诉主张另一方给付抚养费?

离婚时夫妻双方约定或者直接抚养子女一方承诺不要求另一方负担子女抚养费,事后直接抚养子女一方又以子女名义起诉主张另一方给付抚养费的,一般不予支持。但具有直接抚养子女一方经济状况不足以维持子女当地实际生活水平或者子女生活、教育、医疗等必要合理费用确有显著增加等正当情形的,依照《婚姻法》第三十七条第二款、《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》第18条的规定,可以判决另一方给付抚养费。

17、祖父母、外祖父母主张隔代探望权应当如何处理?

探望权的行使主体是不直接抚养子女的父母一方,义务主体是直接抚养子女的父母一方。祖父母、外祖父母主张探望孙子女、外孙子女的,一般不予支持。但祖父母、外祖父母对未成年孙子女、外孙子女尽了抚养义务,其主张探望孙子女、外孙子女的,可以支持。

18、离婚后子女能否主张不直接抚养的父母一方进行探望?

离婚后父母对于子女仍有抚养和教育的权利和义务。离婚后子女主张不直接抚养的父母一方进行探望的,应予支持。

19、离婚案件中应否对探望权问题一并处理?对探望权的裁判应当如何表述?

离婚案件中当事人未主张探望权的,为减少当事人讼累,可以向当事人释明,告知当事人就探望权问题提出诉讼请求。当事人不提出诉讼请求的,基于不告不理的原则,探望权问题在离婚案件中不予处理。对探望权的裁判应当明确探望权的行使时间、期限、方式、地点。

20、人民法院已经就探望权行使时间、期限等依法作出生效裁判后,当事人就探望权问题能否再次起诉?

人民法院已经就探望权行使时间、期限等依法作出生效裁判后,如果当事人对探望权行使时间、期限等产生新的需求,属于新的事实和理由,不受既判力的约束,当事人就探望权问题再次起诉的,应予受理。但对当事人诉讼请求的合理性应当依法审查,据以决定是否支持当事人的诉讼请求。

21、父母能否主张子女履行精神赡养义务?

赡养包括经济上供养、生活上照料和精神上慰藉。父母主张子女履行探望等精神赡养义务的,应予支持。

22、父母与子女约定免除或者以子女放弃家庭共有财产、继承等为条件免除子女赡养义务的,事后能否主张子女履行赡养义务?

子女对父母有赡养扶助的法定义务。父母与子女约定免除子女赡养义务的,该约定无效,事后父母主张子女履行赡养义务的,应予支持。约定以子女放弃家庭共有财产、继承等为条件免除子女赡养

义务的,如果协议已履行,可以酌情减轻子女给付赡养费的义务。

23、父母未履行抚养义务,子女能否主张免除赡养义务?

父母因经济能力限制或者其他客观原因未履行抚养义务,子女主张免除赡养义务的,不予支持。但父母存在有抚养能力而拒不履行抚养义务或者对子女实施虐待、遗弃、故意杀害等行为,情节严重的,可以酌情减轻子女的赡养义务,构成犯罪的,可以免除子女的赡养义务。

四、离婚财产问题

24、夫妻双方订立忠诚协议约定如果一方违反忠诚义务将赔偿夫妻另一方违约金或者精神损害抚慰金,夫妻一方起诉主张确认忠诚协议的效力或者以夫妻另一方违反忠诚协议为由主张其承担责任的,应当如何处理?

夫妻忠诚协议是夫妻双方在结婚前后,为保证双方在婚姻关系存续期间不违反夫妻忠诚义务而以书面形式约定违约金或者赔偿金责任的协议。

夫妻是否忠诚属于情感道德领域的范畴,夫妻双方订立的忠诚协议应当自觉履行。夫妻一方起诉主张确认忠诚协议的效力或者以夫妻另一方违反忠诚协议为由主张其承担责任的,裁定不予受理,已经受理的,裁定驳回起诉。

25、夫妻双方订立如果一方发生婚外情、实施家庭暴力、赌博等行为,离婚时放弃财产的协议,离婚时能否作为裁判的依据?

夫妻双方订立如果一方发生婚外情、实施家庭暴力、赌博等行为,离婚时放弃财产的协议,不属于夫妻财产约定。离婚时无过错的夫妻一方以夫妻财产约定为由主张据此分割财产的,不予支持。但在分割财产时,应当综合考虑当事人过错情况等对无过错的夫妻一方酌情予以照顾,以平衡双方利

益。

26、夫妻双方在离婚协议中约定违约金,离婚后夫妻一方以夫妻另一方未履行离婚协议为由主张按照离婚协议约定支付违约金的,应当如何处理?

离婚协议属于有关身份关系的协议,不属于普通民商事合同。离婚后夫妻一方以夫妻另一方未履行离婚协议为由主张按照离婚协议约定支付违约金的,不予支持。

27、夫妻双方依照《婚姻法》第十九条第一款订立的夫妻财产制契约的效力应当如何认定?能否对抗债权人申请执行?

夫妻双方依照《婚姻法》第十九条第一款订立的夫妻财产制契约对夫妻双方均具有法律约束力。当夫妻双方对不动产物权产生争议时,应当尊重夫妻之间的真实意思表示,按照双方订立的夫妻财产制契约履行,优先保护不动产物权的真实权利人,不宜以所有权登记作为确认不动产物权的唯一依据。但未办理转移登记不能对抗善意第三人。

在不动产物权未办理转移登记的情形下,被执行人配偶依据夫妻财产制契约提出执行异议,请求排除执行的,不予支持。

28、离婚财产分割协议中对不动产物权的约定能否直接产生物权变动的效力?能否对抗债权人申请执行?

离婚财产分割协议中对不动产物权的约定不直接产生物权变动的效力,夫妻一方仅可基于债权请求权向夫妻另一方主张履行不动产物权转移登记的契约义务。在不动产物权未办理转移登记的情形下,离婚财产分割协议中对不动产物权的约定不能对抗善意第三人。

离婚财产分割协议中对不动产物权的约定能否对抗债权人申请执行,应当通过审查离婚财产分割协议的真实性和形成时间、不动产物权未办理转

移登记的原因、当事人的过错等予以综合判断。具体可参考《江苏省高级人民法院执行异议及执行异议之诉案件审理指南（二）》的相关规定认定和处理。

29、如何区分夫妻财产制契约与夫妻财产赠与约定，其效力应当如何认定？

夫妻财产制契约是夫妻双方在《婚姻法》第十九条规定的三种夫妻财产制形态，即分别财产制、一般共同制和限定共同制中进行选择的约定，对夫妻财产关系产生一般性、普遍性的约束力，其效力一般及于夫妻财产的全部。夫妻财产赠与约定是夫妻双方对于个别财产的单独处分，具有一次性、个别化的特点，其效力不及于其他未经特殊处分的财产。前者的目的在于排除法定财产制的适用，后者的目的在于改变一项特定财产的权利归属，并不涉及财产制的选择。

夫妻双方订立的夫妻财产制契约对夫妻双方具有法律约束力，任何一方不得擅自变更或者撤销。

夫妻一方在婚前或者婚姻关系存续期间约定将个人所有的不动产赠与夫妻另一方或者约定为按份共有、共同共有的，属于夫妻财产赠与约定，赠与人在赠与不动产物权办理转移登记之前撤销赠与，夫妻另一方主张履行的，应当依照《中华人民共和国合同法》第一百八十六条的规定处理。

30、《婚姻法解释三》第十条规定的不动产婚内共同还贷及增值的补偿数额应当如何计算？

补偿数额可以按以下公式计算：【夫妻共同还贷部分×不动产升值率÷2】。不动产升值率=离婚时不动产价格÷不动产成本（购置时不动产价格+共同已还贷款利息+其他费用）×100%。其他费用包括印花税、契税、营业税、评估费等，不包括公共维修基金、物业费。如果夫妻一方购置不动产后经过一段时间才结婚的，计算不动产成本时，应当以结婚时不动产价格作为计算依据。若在个案中计算所得补偿数额明显低于婚后还贷本息总额的一

半时，应当依照《婚姻法》第三十九条第一款规定的原则，判令取得所有权的夫妻一方给予夫妻另一方合理的补偿。

31、婚姻关系存续期间夫妻一方以婚前财产出资购置的不动产以及增值收益的性质应当如何认定？

婚姻关系存续期间夫妻一方以婚前财产出全资购置的不动产，所有权登记在出资方名下，该不动产为夫妻一方婚前财产在婚后发生的形态上的转化，不影响财产的性质，除当事人另有约定外，应当认定为夫妻一方的个人财产。基于该不动产所产生的增值收益，应当根据具体情况作出认定。如果购置该不动产的目的是为了投资，则产生的增值收益应当认定为夫妻共同财产。

婚姻关系存续期间夫妻一方以婚前财产出全资或者夫妻一方以婚前财产以及夫妻共同财产混合出资购置的不动产，所有权登记在夫妻双方名下或者夫妻另一方名下，除当事人另有约定外，应当认定为夫妻共同财产。离婚时在具体分割不动产时，可以结合出资比例等因素对婚前财产出资方予以多分。

32、夫妻一方婚前购买的股票在婚后的增值收益的性质应当如何认定？

夫妻一方婚后对婚前购买的股票没有进行买卖，股票因市场行情变化产生的增值收益为自然增值，除当事人另有约定外，应当认定为夫妻一方的个人财产。夫妻一方婚后对婚前购买的股票进行买卖产生的增值收益为主动增值，除当事人另有约定外，应当认定为夫妻共同财产。

33、婚姻关系存续期间夫妻一方以个人财产出全资购置以个人名义参加房改的不动产，所有权登记在出资方名下，其性质应当如何认定？

婚姻关系存续期间夫妻一方以个人财产出全资购置以个人名义参加房改的不动产，所有权登记

在出资方名下，离婚时出资方主张为个人财产的，不予支持，除非当事人另有约定或者出资方能够举证证明该不动产的取得与夫妻另一方没有关系且夫妻另一方不会因此而利益受损。离婚时在具体分割不动产时，可以对出资方予以多分。

34、享受本人工龄和已死亡配偶生前工龄优惠后所购房改房的性质应当如何认定？

房改房是国家根据职工工龄、职务、工资、家庭人口等各种因素综合考虑后在价值计算上给予职工政策性优惠福利的房屋。此种政策性优惠福利具有人身和财产双重属性，属于财产权益。生存配偶享受本人工龄和已死亡配偶生前工龄优惠后所购房改房，是对原有承租权的承袭和转化，一般应当认定为夫妻共同财产。

35、婚姻关系存续期间夫妻购置所有权登记在夫妻双方以及子女名下或者仅登记在子女名下的不动产的性质应当如何认定？

对于婚姻关系存续期间夫妻购置所有权登记在夫妻双方以及子女名下或者仅登记在子女名下的不动产，应当审查夫妻双方进行所有权登记时的真实意思表示，尽可能甄别夫妻双方是否存在逃避债务、规避执行等行为。

在排除前述情形的情况下，可以按以下情形分别处理：

（1）对于婚姻关系存续期间夫妻购置所有权登记在夫妻双方以及子女名下的不动产，应当认定为夫妻双方与子女共有。所有权登记中未约定为按份共有的，应当认定为共同共有。

（2）对于婚姻关系存续期间夫妻购置所有权仅登记在子女名下的不动产，一般应当认定为子女的财产。如果有证据证明夫妻双方将所有权登记在子女名下的真实意思仅是代名登记，夫妻双方并无赠与意思的，该不动产应当认定为夫妻共同财产。但夫妻之间的财产约定不能对抗善意第三人。

36、离婚协议中涉及对第三人赠与的条款，离婚后赠与人以赠与财产权利尚未转移为由能否申请撤销？受赠人有无独立的给付请求权？

离婚协议是夫妻双方权衡利益、考量利弊后，围绕婚姻关系解除而形成的一个有机整体，各项内容既相互独立，又相互依存。因此，离婚后赠与人以赠与财产权利尚未转移为由申请撤销离婚协议中涉及对第三人赠与条款的，不予支持，但符合《婚姻法解释二》第九条规定情形的除外。

离婚协议约定将特定财产赠与第三人，离婚后夫妻一方不履行给付义务，夫妻另一方可以起诉主张其履行。受赠人非离婚协议一方，仅为赠与条款的受益人，并无独立的给付请求权，其起诉主张夫妻一方或者双方履行给付义务的，裁定不予受理，已经受理的，裁定驳回起诉。

37、父母为子女出全资购置不动产的性质应当如何认定？

父母为子女出全资购置不动产，除当事人另有约定外，可以按以下情形分别处理：

（1）一方父母出全资购置的不动产，无论该出资行为发生在婚前还是婚后，所有权登记在自己子女名下的，该出资可以认定为对自己子女的赠与，该不动产可以认定为出资方子女的个人财产。

（2）一方父母出全资购置的不动产，无论该出资行为发生在婚前还是婚后，所有权登记在子女双方名下或者另一方子女名下，该出资可以认定为对子女双方的赠与，该不动产可以认定为共同共有。

（3）婚前双方父母共同出全资购置的不动产，所有权无论登记在一方子女或者子女双方名下，该出资可以认定为父母对各自子女的赠与，该不动产可以认定为双方按照各自父母出资份额按份共有。

（4）婚后双方父母共同出全资购置的不动产，所有权登记在一方子女名下，该出资可以认定为父母对各自子女的赠与，该不动产可以认定为双方按照各自父母出资份额按份共有。

(5)婚后双方父母共同出全资购置的不动产,所有权登记在子女双方名下,该出资可以认定为子女双方的赠与,该不动产可以认定为共同共有。

38、婚后一方父母部分出资为子女购置不动产,所有权登记在出资方子女名下,其性质应当如何认定?

《婚姻法解释三》第七条规定的“婚后由一方父母出资为子女购买的不动产”,其适用前提是一方父母出全资为子女购置不动产情形。婚后一方父母部分出资为子女购置不动产,夫妻双方支付剩余款项,所有权登记在出资方子女名下,除当事人另有约定外,该不动产应当认定为夫妻共同财产。离婚时在具体分割不动产时,可以结合父母出资比例等因素对出资方子女予以多分。

39、父母为子女购置不动产出资性质的举证责任应当如何分配?

父母为子女购置不动产出资,事后以借贷为由主张返还,子女主张出资为赠与的,应当遵循谁主张谁举证的原则,由父母承担出资为借贷的举证责任。父母不能就出资为借贷提供充分证据证明导致出资性质处于真伪不明状态时,应当由父母承担举证不能的责任。

40、夫妻一方擅自处分共有不动产应当如何处理?

《婚姻法解释三》第十一条规定仅适用于“登记在夫妻一方名下,该方处分”的情形,受让人在符合《中华人民共和国物权法》第一百零六条规定情形下,其主张取得物权的,应予支持。在不符合《中华人民共和国物权法》第一百零六条规定情形下,依照《婚姻法解释一》第十七条第二项的规定,如果受让人能够举证证明“有理由相信其为夫妻双方共同意思表示”的,受让人主张继续履行合同的,亦应予以支持。

对“登记在夫妻双方名下、夫妻一方处分”以

及“登记在夫妻一方名下,夫妻另一方处分”的情形,可以依照《婚姻法解释一》第十七条第二项的规定,如果受让人能够举证证明“有理由相信其为夫妻双方共同意思表示”的,受让人主张继续履行合同的,应予支持。

对于“有理由相信其为夫妻双方共同意思表示”,可以通过审查当事人先前行为是否足以造成确信(在场未表示反对)、是否从公开场所取得(通过中介)、手续是否齐备(本人在场、证件原件、授权委托书)等予以综合判断。

41、离婚时对于婚姻关系存续期间以夫妻共同财产出资获得的登记在夫妻一方名下的有限责任公司(不包括夫妻公司、一人有限责任公司)的股权应当如何处理?股权价值应当如何确定?

基于有限责任公司的资合性和人合性特点,离婚时对于婚姻关系存续期间以夫妻共同财产出资获得的登记在夫妻一方名下的有限责任公司(不包括夫妻公司、一人有限责任公司)的股权的处理,既要从有利于解决夫妻纠纷的原则出发,又要最大限度地做好与其他利害关系人的利益协调,不能侵害其他股东的同意权和优先购买权等权利。

如果夫妻双方就股权分割协商一致,可以依照《婚姻法解释二》第十六条的规定处理。因《婚姻法解释二》第十六条中“过半数股东同意”与新《中华人民共和国公司法》第七十一条第二款中“其他股东过半数同意”相冲突,因此,应适用《中华人民共和国公司法》第七十一条第二款中“其他股东过半数同意”的规定。

如果夫妻双方就股权分割无法协商一致,可以按以下情形分别处理:

(1)夫妻双方均主张股权且愿意和对方共同经营的,其他股东过半数同意且明确表示放弃优先购买权的,可以按比例分割股权。夫妻双方均主张股权但不愿与对方共同经营的,可以通过竞价方式确定由谁最终取得股权。如果股东的配偶取得股权,应当经其他股东过半数同意且明确表示放弃优先

购买权。取得股权的一方，应当给予另一方相应的经济补偿。

(2) 股东一方或者股东的配偶放弃股权主张补偿款的，应当在确定股权价值的基础上，由取得股权的一方给予另一方相应的经济补偿。如果股东的配偶取得股权，应当经其他股东过半数同意且明确表示放弃优先购买权。

(3) 夫妻双方均不愿意取得股权的，可以依照《中华人民共和国公司法》的相关规定将股权转让给其他股东或者股东之外的第三人，并对转让价款依法分割。向股东以外的第三人转让股权的，应当经其他股东过半数同意且明确表示放弃优先购买权。如果无人受让股权的，夫妻双方可以按比例分割股权。

前述(1)-(3)情形中，如果其他股东过半数不同意转让，也不愿意以同等价格购买股权的，视为同意转让。

股权价值评估时，可以责令当事人以及股权所在的公司提供评估所需的财务会计报表等资料。因公司管理混乱、会计账册不全以及公司经营者拒不提供财务信息等原因导致股权价值无法评估的，可以向税务、工商部门调取备案的资产负债表、损益表、净资产表以及该公司公布的年度报表等财务资料交予评估机构评估股权价值。如果无法调取上述财务资料，可以参照当地同行业中经营规模和水平近似的公司的营业收入或者利润核定股权价值。当事人对依职权确定的股权价值提出异议的，应当提供能证实其主张的财务资料。

42、夫妻双方设立夫妻公司时在工商部门登记的持股比例是否属于夫妻财产约定，离婚时能否据此分割股权？

基于夫妻关系的特殊性可能导致双方设立夫妻公司时在工商部门登记的持股比例具有很大的随意性，如果无其他证据佐证，该登记比例不属于夫妻财产约定，离婚时夫妻一方要求据此分割股权的，不予支持。

43、离婚案件中对于人身保险合同应当如何处理？

人身保险分为人寿保险、意外伤害保险和健康保险。离婚案件中对于人身保险合同，除当事人另有约定外，可以按以下情形分别处理：

(1) 已获得保险金的情形

婚姻关系存续期间，夫妻一方作为被保险人依据意外伤害保险合同、健康保险合同获得的保险金，主要用于受害人的治疗、生活等特定用途，具有人身性质，应当认定为个人财产。

夫妻一方作为受益人依据以死亡为给付条件的人寿保险合同获得的保险金，该保险合同中受益人的指定本身就表明了投保人与受益人之间的特定关系，体现了保险金的专属性，应当认定为个人财产。

婚姻关系存续期间，夫妻一方依据以生存到一定年龄为给付条件的具有现金价值的保险合同获得的保险金，该保险具有一定的投资属性，由此获得的投资收益，应当认定为夫妻共同财产。

(2) 尚未获得保险金的情形

婚姻关系存续期间以夫妻共同财产投保，离婚时仍处于保险有效期内的人身保险合同，夫妻双方主张分割保险单现金价值的，应予支持。

如果投保人和被保险人均为夫妻一方，离婚时夫妻双方可以协议退保或者继续履行保险合同。投保人不愿意继续履行的，保险人退还的保险单现金价值应当作为夫妻共同财产分割；投保人愿意继续履行的，投保人应当支付保险单现金价值的一半给另一方。

如果夫妻一方为投保人，夫妻另一方为被保险人，离婚时夫妻双方可以协议退保或者继续履行保险合同。协商一致退保的，保险人退还的保险单现金价值应当作为夫妻共同财产分割；协商一致愿意继续履行的，获得保险合同利益一方应当支付保险

单现金价值的一半给另一方。如果投保人要求退保,而被保险人要求继续履行的,保险合同应当继续履行,获得保险合同利益一方应当支付保险单现金价值的一半给另一方。

(3) 为未成年子女购买人身保险的处理

婚姻关系存续期间,夫妻一方或者双方为未成年子女购买的人身保险获得的保险金,如果未成年子女未死亡,应当专属于未成年子女所有。

离婚时,如果为未成年子女购买的人身保险合同尚处于保险有效期的,因保险的最终利益归属于未成年子女,该保险应当视为对未成年子女的赠与,不再作为夫妻共同财产分割。

44、离婚案件中对于违法建筑应当如何处理?

离婚案件中涉及违法建筑的,要防止通过民事裁判将违法建筑合法化,故不宜在民事裁判中认定建筑物是否违法。

在违法建筑合法化、当事人取得所有权之前,无论是分割违法建筑还是确认所有权或者使用权等,均没有法律依据,此类纠纷不予处理。当事人主张对违法建筑的建筑材料进行分割的,不予支持。若违法建筑被依法拆除的,当事人可以对建筑材料的分割另行主张权利。

违法建筑的既得利益,如租赁收入,属于婚姻关系存续期间的财产性收益,应当作为夫妻共同财产分割。尚未取得的收益因不具有确定性,不予处理。

离婚案件中,当事人主张分割小产权房或者确认小产权房所有权或者使用权等的,不予处理。

45、作为继承人的夫妻一方放弃继承权,夫妻另一方能否主张放弃继承权无效或者赔偿损失?

继承人在继承开始后遗产处理前可以根据自己的意志决定接受继承还是放弃继承权,作为继承人的夫妻一方对继承权的处分无需征得夫妻另一方的同意。夫妻另一方主张放弃继承权无效或者赔

偿损失的,不予支持。但如果夫妻另一方举证证明作为继承人的夫妻一方放弃继承权致使不能履行法定义务导致其获得经济帮助、扶养等权益受到损害的,其关于放弃继承权无效或者赔偿损失的主张,应予支持。

46、夫妻共同债务的举证责任应当如何分配?

《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》进一步明确了夫妻共同债务举证责任分配规则。司法实践中,在正确适用司法解释的同时,要强化法院职权探知,合理运用日常经验法则和逻辑推理,对于债务人配偶和债权人的利益要予以兼顾,避免因错误分配举证责任造成司法裁判不公。

对于夫妻双方共同签字或者签字时债务人配偶在场但未作出明确反对意思表示或者债务人配偶事后追认以及通过其他共同意思表示形式(如电话、短信、微信、邮件等)认可的债务,应当认定为夫妻共同债务,此种情形应当由债权人承担举证责任。

夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务,应当认定为夫妻共同债务。债权人应当提供该债务为家庭日常生活需要所负的初步证据,债务人配偶主张不属于夫妻共同债务的,应当承担举证责任。

债务人配偶提供初步证据证明夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义所负的债务超出家庭日常生活需要,债权人主张属于夫妻共同债务的,应当举证证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示。

47、如何界定夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义为“家庭日常生活需要”所负的债务?

“家庭日常生活需要”是指家庭日常生活中的必要支出,包括衣食住行、医疗保健、交通通信、文娱教育及服务。认定是否为“家庭日常生活需要”所负的债务,应当结合债务金额、举债次数、

债务用途、家庭收入状况、消费水平、当地经济水平和一般社会生活习惯等予以综合判断。

以下情形可以作为认定超出“家庭日常生活需要”所负债务的考量因素：

(1) 债务金额明显超出债务人或者当地普通居民家庭日常消费水平的；

(2) 债权人明知或者应知债务人从事赌博、吸毒等违法犯罪活动仍出借款项的；

(3) 债权人明知或者应知债务人已大额负债无法偿还，仍继续出借款项的。

48、如何界定夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义为“夫妻共同生活、共同生产经营”所负的债务？

“夫妻共同生活”是指夫妻为履行经济扶养、生活照顾、精神抚慰义务而进行共同消费或者积累夫妻共同财产的情形。“夫妻共同生产经营”是指夫妻共同决定生产经营事项或者一方授权另一方决定生产经营事项或者夫妻一方在生产经营中受益的情形。

以下情形可以作为认定债务用于“夫妻共同生活、共同生产经营”的考量因素：

(1) 举债期间家庭购置大宗财产或者存在大额开支情形，夫妻双方无法说明资金来源的；

(2) 举债用于夫妻双方共同从事的生产经营事项的；

(3) 举债用于债务人单方从事的生产经营事项，但债务人配偶从生产经营中受益的。

以下情形可以作为认定债务未用于“夫妻共同生活、共同生产经营”的考量因素：

(1) 举债期间家庭未购置大宗财产或者存在大额开支情形的；

(2) 债务用于债务人从事赌博、吸毒等违法犯罪活动的；

(3) 债务用于债务人单方负担与夫妻共同生活、共同生产经营无关的活动的，如无偿担保等；

(4) 债务人配偶对债务人的生产经营行为不知情且未从生产经营中受益的。

49、作为有限责任公司或者股份有限公司的法定代表人、控股股东的夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义借款用于公司或者为公司借款提供担保，该债务性质应当如何认定？

作为有限责任公司或者股份有限公司的法定代表人、控股股东的夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义借款用于公司或者为公司借款提供担保的，应当区分属于公司债务还是个人债务。在认定属于个人债务的情形下，如果债务人在借款或者担保时收取了经济利益用于夫妻共同生活或者借款、担保行为与夫妻共同生活、共同生产经营密切相关，该借款或者担保债务应当认定为夫妻共同债务。

作为夫妻公司的法定代表人、控股股东的夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义借款用于公司或者为公司借款提供担保的，该借款或者担保债务应当认定为夫妻共同债务。

夫妻一方作为一人有限责任公司的股东在婚姻关系存续期间以个人名义借款用于公司或者为公司借款提供担保，如果债务人配偶参与生产经营或者从生产经营中受益的，该借款或者担保债务应当认定为夫妻共同债务。

50、因夫妻一方侵权行为所产生的债务性质应当如何认定？

判断夫妻一方因侵权行为所产生的债务是否为夫妻共同债务，关键在于审查债务人配偶是否分享了利益。如果债务人配偶通过债务人的活动从中受益，例如在从事家庭经营等活动中发生侵权行为，按照利益共享、责任共担的原则，应当认定为夫妻共同债务；如果债务人的活动并非为了家庭利益且债务人配偶也未从中受益的，应当认定为债务人的个人债务。

案例精选 | 儿子向妈妈出具借条，儿媳需要一起还吗？

2019-07-19 上海二中法院

<https://mp.weixin.qq.com/s/oefhQ8kS75QBqxT3jAbf9w>

夫妻共同债务一直是大家关注和热议的话题。近年来不少案件中，夫妻一方的父母成为了原告，以其子女单方出具的借条，主张子女及其配偶共同承担债务清偿责任。那么在这类案件中，各方当事人的合法权益究竟如何主张？法院又将如何审判？共同来看本期“案例精选”。

案情回顾

儿子向妈妈出具借条
妈妈主张儿媳共同还债

高某与张某为母子。张某与沈某系夫妻，于2016年3月18日结婚。

2016年8月17日，张某向母亲高某出具借条一张：“今收到高某借款壹拾伍万元。”同日，母亲向张某转账150000元。张某归还信用卡账单2,500元，并转入另一银行账户总计103500元。



据此，高某起诉请求判令儿子及儿媳共同归还借款150,000元。

一审法院

用于夫妻共同生活 属夫妻共同债务

一审法院认为，自然人间的合法借贷关系受法律保护。张某向高某借款后理应履行还款义务。现

有证据表明，张某向高某借款是为信用卡还款及日常消费，且从项目及金额看，未超出日常生活所需。高某要求沈某承担共同还款责任有事实和法律依据。

据此，判决：张某、沈某应于判决生效之日起十日内归还高某借款150,000元。

一审宣判后，沈某不服，提起上诉。

二审法院

借款前儿子向妈妈大笔转款
涉案钱款不认定为借款

沈某上诉称涉诉钱款均非借款，高某、张某之间没有就“借贷”达成合意，张某也无借贷必要，有虚假诉讼之嫌。

二审期间，沈某向法院申请调查张某、高某名下的银行账户明细。经二审法院调查，张某分别于2015年5月10日转出400,000元、于2016年1月2日转出1,000,000元至母亲高某名下账户。张某称系出售婚前房屋所得，该房登记于张某一人名下。

经法院询问钱款性质，张某既不明确为向高某的赠与，也未主张为借款。



另查，高某作为原告，起诉儿子张某与儿媳沈某的民间借贷纠纷案件，还有另外三件。四案涉诉

标的总额达 80 余万元。

二审法院认为，双方争议焦点在于系争款项是否能被认定为债务，尤其是能否判定钱款转账的原因为借款。

涉案借条出具于张某、沈某登记结婚后，基于债权人与债务人之间的身份关系，若为明确钱款性质，应当在出具借条时得到沈某的确认，张某个人出具借条的行为有悖常理。且现张某、沈某因感情不睦已分居。



张某虽陈述其筹备婚事缺乏资金而借款，但账目明细显示其婚前有较多资产富余并能交付高某，其虽主张上述款项的转账与案件无关，但不能据此确定上述款项已赠与高某。故高某虽有借条及钱款交付，但不能证明其与张某、沈某存在借款合意。

故判决撤销一审判决，对高某请求张某、沈某共同归还借款 150,000 元的诉讼请求不予支持。

法官评析

一、子女单方向父母出具借条能否认定夫妻共同债务

出具借条的夫妻一方与借条所载的债权人之间是否有真实的借贷合意，是构成夫妻共同债务的必备前提。

如经法院审查，已婚子女与父母间确实存有借贷合意，则尚需结合《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》第二条规定：“夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务，债权人以属于

夫妻共同债务为由主张权利的，人民法院应予支持。”

第三条规定：“夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务，债权人以属于夫妻共同债务为由主张权利的，人民法院不予支持，但债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。”据此，判定是否应由子女及其配偶承担夫妻共同债务。

▲ 高某虽提供了借条，但借条由其儿子一人出具，且儿子与儿媳感情不睦，已经分居；

▲ 母亲作为债权人起诉儿子及儿媳要求承担夫妻共同债务，还有另三案，借款总额达 80 余万元，与高某退休后的收入与经济状况不符；

▲ 儿子张某工作稳定、收入尚佳，一系列结婚事宜均向母亲借款的必要性存疑。因此，不能仅以借条认定高某、张某存在借款的合意。

二、父母向已婚子女交付钱款的性质

父母向已婚子女交付的钱款，可能为借款，可能为赠与子女或其配偶一定数额的钱款以用做购房、婚礼或新家庭生活，也可能为保管款。

无证据证明高某与张某达成过赠与的合意，二人对此也明确予以否认，故难以认定系争钱款为赠与款。

而经查，张某登记结婚前不足一年内，将其名下 140 万元转账给母亲高某。即可考虑在高某与张某母子之间，形成了一种类似于货币保管的关系，即：张某将其个人财产转账交于母亲保管，母亲高某应张某要求，在张某需要钱款时再打款给张某使用。

故在高某与张某是否存有借贷合意真伪不明的情况下，二审合议庭认为应由高某承担举证不利的后果，对其主张的张某向其借款一节事实不予认定。

三、扩展：已婚子女单方向父母补具借条

父母向子女交付了一定数额的钱款，但当时并未出具借条，此后子女单方补具借条，父母能否据此主张由子女及其配偶承担夫妻共同债务？

钱款交付于子女登记结婚前，婚后子女单方补具借条，此种情形，无论钱款交付当时的性质系借款或赠与等其他法律关系，均是父母与子女在其婚前达成的意思表示一致，并已完成钱款交付行为。

除非债权人可举证证明该笔借款系基于子女及其配偶共同意思表示的，否则将不符合夫妻共同债务要求的“夫妻关系存续期间”所负债务，而不能认定为夫妻共同债务。

钱款交付于子女登记结婚后，离婚前子女单方补具借条的，则主要在于交付钱款当时是否达成借款的合意。

— 法官提示 —

虽然父母与子女在血缘上亲密无间，但在法律上，父母与子女乃两方独立之民事主体。我国法律既尊重父母对成年子女的馈赠，也保护父母多年辛勤所得之财产。

日常生活中，常常存在已婚子女向其父母单方向出具借条的情况，为更好的保障作为债权人的父母的权益，同时也可平衡未在借条上签字的配偶一方在纠纷发生时的被动地位，应尽量要求夫妻双方均在债权凭证上签字确认。

供稿：周丽云

责任编辑：网宣科

最高法院：离婚财产分割、子女抚养纠纷裁判规则 17 条

2019-07-19 法信

<https://mp.weixin.qq.com/s/1L7FyytT3uRQ-2ihAD4sWQ>

1. 离婚后一方同意将离婚协议中归己一方所有的房产给另一方的，在房产未经登记转移之前，可以行使撤销权——赵建伟诉王珍珍离婚后财产纠纷案

本案要旨：离婚协议中关于财产分割的条款或者当事人因离婚就财产分割达成的协议，若无违反法律强制性规定或不具有可撤销情形存在的，应对离婚双方具有约束力。离婚后一方同意将离婚协议中归己一方所有的财产给另一方的，应视为赠与行为，当赠与物为不动产，在不动产未经登记转移至另一方名下时，赠与人有权撤销赠与行为。

案号：（2013）睢民初字第497号

案例来源：人民法院案例选 2014年第2辑 总第88辑

2. 婚前按揭房产的归属应以产权证取得的时间作为判断标准——闫某与甄某离婚财产分割纠纷上诉案

本案要旨：婚前按揭房产的归属应以产权证取得的时间作为判断标准。双方均享有产权的，应按份取得财产利益。婚前购房方享有产权的，不享有产权的一方应享有相应的投资回报。

案号：（2010）二中民终字第524

案例来源：人民法院案例选

3. 具有独立房屋权属证书的阁楼与住宅是否为两个独立不动产，应结合离婚协议判定，不能简单以房屋权属证书判定——张某诉李某等离婚后财产纠纷案

本案要旨：具有独立房屋权属证书的阁楼与

其所依附的住宅在离婚财产分割中是否作为两个独立的不动产处理,不能简单以房屋权属证书来判定,应根据离婚协议的条款文义和财产的法律属性合理判定。夫妻共同按揭购房时,父母有小部分出资的,不能视之为婚后一方父母为子女购房。

案号:(2009)衢柯民初字第221号

案例来源:人民法院案例选 2011年第4辑 总第78辑

4. 离婚协议中关于给付财产的约定应受合同法调整——祝婕诉常守明离婚后财产纠纷案

本案要旨: 离婚协议中关于给付财产的约定,不具有身份关系的性质,应受《中华人民共和国合同法》调整。由于债权人的原因造成债务人履行债务困难,债务人可以中止履行,由此造成逾期履行债务不构成违约,债务人不应承担违约责任。

案号:(2008)乌中民一终字第686号

案例来源:人民法院案例选 2009年第1辑 总第67辑

5. 执行异议之诉中法院不宜仅因未办理过户手续即排除案外人基于离婚协议约定对执行标的提出的权利主张——刘春花诉杨太华离婚后财产纠纷案

本案要旨: 根据民事诉讼法的相关规定,审查案外人在执行异议之诉中是否享有足以排除强制执行的民事权利,实质是审查案外人对执行标的所享有的权益与申请执行人依据生效法律文书所享有的权益何者更优先。由于物权法与婚姻法对物权的保护各有侧重,法院不宜仅因未办理过户手续即排除案外人基于离婚协议约定对执行标的提出的权利主张,而应从立法目的的角度,全面考量离婚协议是否存在恶意串通以及债权形成时间、债权性质、债权内容、社会伦理等因素,进而确定对未过户房产享有更为优先民事权益的权利主体。

案号:(2018)川民申3587号

案例来源:人民司法·案例 2019.11

6. 离婚后夫妻一方发现另一方隐藏夫妻共同财产的,可以向法院提起诉讼要求予以再次分割——袁丽诉熊海涛离婚后财产纠纷案

——袁丽诉熊海涛离婚后财产纠纷案

本案要旨: 双方协议离婚后,一方发现对方存在隐藏夫妻共同财产行为,该离婚协议中涉及双方离婚、放弃抚养等表征合意且排除重大误解的内容依然有效。对于被隐藏的夫妻共同财产,其可以向法院提起诉讼要求予以再次分割。

案号:(2015)渝二中法民终字第01824号

案例来源:人民司法·案例 2017.1

7. 离婚后发现未分割的股票增值而起诉要求分割的,应根据分割节点、自然增值、孳息、投资性收益的确定予以分割——吴桂林诉鲁良山分割夫妻共同财产纠纷案

本案要旨: 离婚时双方未就夫妻关系存续期间购买的公司股票进行分割,离婚后一方持有股票并经过数次转化和投资,最终股票大幅增值,另一方发现并起诉分割股票收益的,基本原则是将股票的原始价值及产生的自然增值、孳息认定为共同财产,这涉及分割节点的选择与自然增值、孳息、投资性收益等概念的辨析,并根据分割节点相应地调整财产范围。同时,若请求分割具有物权属性的共有物,则不适用诉讼时效制度。

案号:(2013)常民一终字第102号

案例来源:人民司法·案例 2014.18

8. 离婚协议中的赠与条款不应任意撤销——向某某与包某某撤销离婚协议赠与纠纷上诉案

本案要旨: 离婚协议中的赠与条款不完全等同于合同法中的赠与合同,具有法律约束力,不应任意撤销。即在离婚协议中,夫妻双方将夫妻共同财产进行赠与后,赠与人不享有任意撤销权。

案号:(2010)渝一中法民终字第1700号

案例来源:人民司法案例

9. 离婚财产分割协议无效的, 请求确认无效并重新分割, 不受一年除斥期间的限制——张锁柱与张丽离婚财产分割纠纷上诉案

本案要旨: (1) 财产分割协议无效的, 请求确认无效并重新分割, 不受一年除斥期间的限制; (2) 如用夫妻共同财产支付了部分购房款, 不论用共同财产支付购房款的数额占全部购房款的比例有多少, 均归夫妻共同所有; (3) 物权法没有以具体条文的形式明确规定一物一权原则, 但这一原则是得到肯定的, 这在物权的概念、物权法定原则、不动产统一登记制度等条款中均有体现; (4) 对于既用夫妻个人财产又用夫妻共同财产支付购房款的共有房屋, 应根据双方对该房屋的贡献大小进行分割。

案号: (2007) 一中民终字第 14995 号

案例来源: 人民司法·案例 2008.4

10. 离婚后不直接抚养无行为能力人一方不能认定为监护人——李飞诉王新红监护权纠纷案

本案要旨: 离婚后不直接抚养无行为能力人的一方不应认定为监护人, 由此也不应认定为无行为能力人的法定代理人, 因而其无权代表无行为能力人提起诉讼。对已经受理的, 应驳回起诉。

案号: (2014) 修民初字第 201 号

案例来源: 人民司法·案例 2015.20

11. 离婚后无过错的夫妻一方发现子女非亲生, 享有确认非亲子关系、返还抚养费、精神损害抚慰金等权利——李某诉麻某离婚后财产纠纷、健康权纠纷、抚养费纠纷案

本案要旨: 离婚后发现孩子非亲生, 无过错方可行使确认非亲子关系、返还所承担抚养费、重新分配财产及赔偿精神损害抚慰金请求权。

案号: (2014) 丽中民一终字第 264 号

案例来源: 人民法院报 2015 年 7 月 2 日第 6 版

12. 支付的抚养费没有明显超过再婚父或母的负担能力, 不能因与现任配偶未商议一致而认定为侵犯夫妻共同财产权——刘青先诉徐飏、尹欣怡抚养费纠纷案

本案要旨: 抚养费案件中第三人撤销权的认定, 需明确父母基于对子女的抚养义务支付抚养费是否会侵犯父或母再婚后的夫妻共同财产权。虽然夫妻对共同所有财产享有平等处理的权利, 但夫或妻也有合理处分个人收入的权利。除非一方支付的抚养费明显超过其负担能力或者有转移夫妻共同财产的行为, 否则不能因未与现任配偶达成一致意见即认定属于侵犯夫妻共同财产权。

案例来源: 最高人民法院公报 2016 年第 7 期(总第 237 期)

13. 诉讼离婚后发现与子女不存在自然血亲而要求否认亲子关系的, 应当对原离婚判决书中涉子女抚养部分申请再审——曹某诉曹小某抚养费纠纷案

本案要旨: 诉讼离婚后, 原夫妻一方发现与子女不存在自然血亲而要求否认亲子关系的, 应当对原离婚判决书中涉子女抚养部分申请再审, 而不能径直提起亲子关系否认之诉, 否则构成重复起诉。

案号: (2017) 苏 0923 民初 2169 号

案例来源: 人民司法·案例 2017.26

14. 无证据证明不存在亲子关系又不做亲子鉴定, 推定亲子关系成立, 拒绝亲子鉴定方承担非婚生小孩抚养费——简某竣诉邓某抚养费纠纷案

本案要旨: 在处理有关亲子关系纠纷案件时, 如果一方当事人提供的证据能够形成合理证据链条, 证明双方之间可能存在亲子关系, 而另一方没有相反的证据又坚决不同意做亲子鉴定的, 法院可推定请求确认亲子关系一方的主张成立, 并判决拒绝做亲子鉴定的一方承担非婚生小孩的抚养费。

案号: (2014) 岩民终字第 237 号

案例来源：人民司法·案例 2015.16

15. 离婚后以增加抚养费为由提起诉讼的，原告须举证证明有需要增加抚养费的“必要”——李某诉李红军抚养费纠纷案

本案要旨：婚姻法第三十七条第二款规定，关于子女生活费和教育费的协议或判决，不妨碍子女在必要时向父母任何一方提出超过协议或判决原定数额的合理要求。故子女要求增加抚养费的，应重点审查何为法律规定的“必要时”的前提条件，并依据最高人民法院《关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》第18条所列3种情形加以判断。对于夫妻双方经人民法院调解协议离婚，并就子女抚养等问题已经在协议中加以明确，子女短期内起诉要求增加抚养费，除非有充分证据证明子女生活发生重大变化，不增加抚养费将导致子女难以维持正常生活的，均应尊重先前裁判的既判力，不应轻易变更。

案号：(2014)沈中少民初字第00144号

案例来源：人民司法·案例 2015.22

16. 追索抚养费原则上不适用诉讼时效——顾某诉周某抚养费纠纷案

本案要旨：追索抚养费是否适用诉讼时效，应充分考虑请求权人的行为能力、生活状况以及权利行使状态。未成年非婚生子女向抚养义务人追索抚养费，由于抚养费请求权具人身属性，权利的行使受到权利人认知与行为能力、道德观念、确认父母子女关系等诸多因素的限制。所以，基于维护公序良俗、人格尊严以及保障未成年非婚生子女基本生存权益的考虑，这一请求权原则上应不适用诉讼时效。

案例来源：人民司法·案例 2009.24

17. 离婚后抚养一方的抚养条件未发生不利于孩子成长的变化，抚养关系不能变更——吴某与林某抚养关系纠纷上诉案

本案要旨：审理涉及子女抚养问题的纠纷应遵循子女利益最大化原则，从有利于子女身心健康，保障子女合法权益的原则出发，结合父母双方的抚养能力和抚养条件等具体情况妥善解决。离婚后抚养一方的抚养条件未发生不利于孩子成长的变化，抚养关系不能变更。

案例来源：人民司法·案例 2010.2

法信第1250期

内容编辑：燕子 责任编辑：长今

最高法院：名誉权纠纷裁判规则 22 条

2019-07-22 法信

<https://mp.weixin.qq.com/s/4pjF1nONS5CVNDUx1Wp13A>

1. 以细节考据、观点争鸣等名义对英雄烈士的事迹和精神进行污蔑和贬损，应当依法承担法律责任——葛长生诉洪振快名誉权、荣誉权纠纷案

本案要旨：对侵害英雄烈士名誉、荣誉等行为，英雄烈士的近亲属依法向人民法院提起诉讼的，人民法院应予受理。英雄烈士事迹和精神是中华民

族的共同历史记忆和社会主义核心价值观的重要体现，英雄烈士的名誉、荣誉等受法律保护。人民法院审理侵害英雄烈士名誉、荣誉等案件，不仅要依法保护相关个人权益，还应发挥司法彰显公共价值功能，维护社会公共利益。任何组织和个人以细节考据、观点争鸣等名义对英雄烈士的事迹和精神进行污蔑和贬损，属于歪曲、丑化、亵渎、否定英

雄烈士事迹和精神的行为,应当依法承担法律责任。

案号:(2016)京02民终6272号

来源:最高人民法院第十九批指导性案例第99号

2. 对侵害英雄烈士姓名、肖像、名誉、荣誉的行为,近亲属不提起民事诉讼的,检察机关可依法提起公益诉讼——曾云侵害英烈名誉案

本案要旨: 对侵害英雄烈士的姓名、肖像、名誉、荣誉,损害社会公共利益的行为人,英雄烈士近亲属不提起民事诉讼的,检察机关可以依法向人民法院提起公益诉讼,要求侵权人承担侵权责任。

来源:最高人民检察院第十三批指导性案例. 检例51号

3. 发帖人在其微博中发表的未成年人受伤害信息与客观事实基本一致的网络举报行为不构成侵权——施某某、张某某、桂某某诉徐某某肖像权、名誉权、隐私权纠纷案

本案要旨: 为保护未成年人利益和揭露可能存在的犯罪行为,发帖人在其微博中发表未成年人受伤害信息,所发微博的内容与客观事实基本一致的,符合社会公共利益原则和儿童利益最大化原则,该网络举报行为不构成侵权。

来源:最高人民法院公报 2016年第4期(总第234期)

4. 行为人以未成年人违法为由对其作出侮辱行为使其名誉受影响的,侵犯名誉权——陈某某诉莫宝兰、莫兴明、邹丽丽侵犯健康权、名誉权纠纷案

本案要旨: 公民享有名誉权,公民的人格尊严受法律保护,禁止用侮辱、诽谤等方式损害公民的名誉。国家保障未成年人的人身、财产和其他合法权益不受侵犯。行为人以未成年人违法为由对其作出侮辱行为,该行为对未成年人名誉造成一定影响的,属于名誉侵权行为,应依法承担相应责任。

来源:最高人民法院公报 2015年第5期(总第223期)

5. 银行依规定报送信用卡用户逾期未还款信息不构成名誉侵权——周雅芳诉中国银行股份有限公司上海市分行名誉权纠纷案

本案要旨: 名义上的信用卡持卡人与银行之间因不良信用记录发生名誉权纠纷,法院应当依据侵权行为要件进行审查。银行按照国家的相关法律法规及监管要求报送相关信息,其报送的信息也都是源于名义持卡人名下信用卡的真实欠款记录,并非捏造,不存在虚构事实或侮辱的行为,故不构成侵害名誉权的行为。名誉权受损害的后果应当是导致名义持卡人的社会评价降低。但是,中国人民银行的征信系统相对封闭,只有本人或者相关政府部门、金融机构因法定事由才能对该系统内的记录进行查询,这些记录并未在不特定的人群中进行传播,不会造成名义持卡人的社会评价降低,故不能认定存在损害名誉权的后果。

来源:最高人民法院公报 2010年第6期(总第164期)

6. 权利主体对于合理的损害具有容忍义务,损害是否合理,应根据损害的原因、程度等因素综合考量——黄钟、洪振快诉郭松民名誉权纠纷案

本案要旨: 学术自由应在宪法和法律的框架内,在不侵害他人权益和危害公共利益的范围内行使。在网络侵犯名誉权案件中,认定行为人是否有过错,应考察行为人的心理状态,是否具有主观上的恶意或对注意义务有所违反,可从其言论内容、发表场所、案件背景等方面进行综合分析。权利主体对于合理的损害具有容忍义务,损害是否合理,则应根据损害的原因、程度等因素综合考量。法院在判断是否造成权利人社会评价降低时,不单要考察他人对其评价是否属于负面评价,同时,还要判断他人的负面评价是否归因于行为人。

案号:(2016)京01民终1563号

来源:人民法院案例选. 总第116辑(2017.10)

7. 由搜索引擎自动生成的相关搜索词不构成

侵权——任甲玉诉北京市百度网讯科技公司侵犯名誉权、姓名权、一般人格权纠纷案

本案要旨：由搜索引擎自动生成的相关搜索词是计算机相关算法在收集和处理过程中的一串字符组合，不构成侵权。

案号：(2015)一中民终字第09558号

来源：人民法院案例选，总第107辑(2017.1)

8. 司法宣传与提起诉讼的当事人无关，当事人提交诉状、证据等材料进行诉讼并非司法宣传的“新闻源”，无需承担法律责任——FENGHE（贺峰）

诉诺华（中国）生物医学研究有限公司名誉权纠纷案

本案要旨：当事人提起诉讼，具有相应的事实理由，并提供相应证据，可被认为存在一个具有正当理由和法律依据的严肃争议，即使撤回该案诉讼，亦不构成对于他人名誉权的侵犯。相关的司法宣传是对诉讼行为的正常报道，亦与提起诉讼的当事人无关。当事人提交诉状、证据等材料进行诉讼并非后续司法宣传的“新闻源”，提起诉讼的当事人无需为此承担法律责任。

案号：(2015)浦民一（民）初字第46128号

来源：人民法院案例选，总第110辑(2017.4)

9. 专家学者从专业角度就特定对象公开发表不实言论侵犯他人名誉权，应当认定其具有过错并承担侵权责任——天士力制药集团股份有限公司诉李连达名誉权纠纷案

本案要旨：专家学者享有学术研究、学术探讨以及学术批评的权利，专家学者从专业角度就特定对象公开发表不实言论侵犯他人名誉权，应当承担侵权责任。专家学者较之一般民众掌握更多的专业知识，其应对言论内容的精准度、发表言论场合的适合性以及言论的影响度有更为清醒的认识和把握，应当更为审慎、严谨。专家学者应对其言论的客观性负责，在没有客观依据的情况下公开发表确定性意见，可以认定该言论为不实言论。言论传

播方式的开放程度、受众范围、社会影响、专家学者对言论传播的态度是判断名誉侵权的又一重要因素，专家学者通过具有较大影响公共传媒公开对社会民众发表不实言论，在能够预见或者应当预见传播后果及影响的条件下，默认侵权的发生，可以认定专家学者具有过错。

案号：(2014)津高民一终字第28号

来源：人民法院案例选，总第92辑(2015.2)

10. 应根据确有名誉被损害的事实，行为人行违法、违法行为与损害后果之间有因果关系、行为人主观上有过错来认定是否侵犯法人名誉权

——上海盛大网络发展有限公司诉葛斌斌名誉权纠纷案

本案要旨：以书面、口头等形式诋毁、诽谤法人名誉，给法人造成损害的，应当认定为侵犯法人名誉权的行为。具体是否构成对法人名誉权的侵犯，应当根据法人确有名誉被损害的事实，行为人行违法、违法行为与损害后果之间有因果关系、行为人主观上有过错来认定。

案号：(2014)沪一中民一（民）终字第1346号

来源：人民法院案例选，总第91辑(2015.1)

11. 对微博中公众人物侵犯名誉权的认定应进行法益衡量，综合判断——北京金山安全软件有限公司诉周鸿祎侵犯名誉权案

本案要旨：考虑到微博影响受众不特定性、广泛性的特性，对微博言论是否构成对他人名誉权的伤害，应进行法益衡量，综合判断；法院在判断公众人物在微博中的言行是否超越言论自由的限度构成对他人商誉的侵害时，也要考虑该公众人物的言行是出于私利，还是真正出于公共利益；应结合不特定公众的一般辨别能力，认定言论的指向性以及因果关系，确定言论的影响范围。

案号：(2011)一中民终字第09328号

来源：人民法院案例选，总第84辑(2013.2)

12. 公众人物名誉权的保护应考虑适当的权利克减和发言时较高的注意义务标准——方是民诉

崔永元名誉权纠纷案

本案要旨：法院在处理因公共议题引发的网络互骂案件时，应综合考虑相关微博发布的背景和内容，微博言论的特点，事实陈述与意见表达的区分，当事人主观上侵权的恶意，公众人物人格权保护的适当克减和发言时较高的注意义务标准，言论给当事人造成损害的程度等因素，合理确定微博领域行为人正当行使言论自由与侵犯他人名誉权之间的界限。

案号：(2015)一中民终字第07485号

来源：人民司法·案例 2016.5

13. 淘宝买家基于自身体验感受作出的差评不构成名誉侵权——申某诉王某名誉权纠纷案

本案要旨：淘宝买家有权在收到货品后凭借自己购物后的体验感受在淘宝网评论栏中选择是否给予差评。买家作出的相应评级和评论会有一定的主观性，但只要这种评级和评论不是基于主观恶意，则不能认定为网络侵权行为。然而，如果买家出于某种不法或非法目的进行恶意差评，或者具有真实购买意图的买家实施差评行为是为了换取不平等的交易条件或希望满足自身一些不合理的要求，则属于诋毁卖家商业信誉的行为，应当承担相应的侵权责任。

案号：(2015)沪二中民一(民)终字第1854号

来源：人民司法·案例 2016.11

14. 单位擅自对职工进行精神病鉴定及强制治疗构成名誉侵权——丁明循诉江苏省工程技术翻译

院有限公司名誉权纠纷案

本案要旨：单位在未征得职工本人或其近亲属同意的情况下，擅自委托有关机构对职工进行精神病鉴定，及在不符合收容治疗条件的情况下，申

请公安部门将职工送至精神病院收容治疗的行为，损害了职工的人格尊严，客观上降低了对职工的社会评价，构成名誉侵权。

案号：(2014)苏民再提字第0052号

来源：人民司法·案例 2016.11

15. 新闻媒体对匿名消息来源承担审慎注意义务，使用匿名消息来源的新闻报道基本事实属实且评论正当的，不是侵权报道——世奢会(北京)

国际商业管理有限公司诉新京报社、刘刚名誉权纠纷案

本案要旨：新闻媒体对匿名消息来源应当承担审慎注意义务，但使用匿名消息来源的新闻报道并非一定构成侵权报道。使用匿名消息来源的新闻报道是否失实的认定，应注意正确适用举证责任分配规则，不宜简单地以媒体拒绝披露消息来源的真实身份或消息来源拒绝出庭作证为由，对媒体做出不利推定。即使未披露消息来源或者消息来源未出庭作证，但是文章基本事实属实且评论正当的，不应认定为侵权报道。

案号：(2014)三中民终字第07694号

来源：人民司法·案例 2016.29

16. 网络侵权受害人无须证明网络服务提供者实际收到被侵权通知——张某诉某网络公司侵害名誉权纠纷案

本案要旨：网络用户利用网络服务实施侵权行为的，被侵权人可以通过通知的形式要求网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等措施，避免侵权损害的扩大。对于何为合理的通知，应以被侵权人通过网络服务提供者公开的、可以收到通知的渠道进行通知为标准，被侵权人无须证明网络服务提供者实际收到通知。

案号：(2014)三中民终字第00610号

来源：人民司法·案例 2015.20

17. 产品网络测评文章侵害法人名誉权的认定应遵循事实陈述与意见表达分别判断的原则——

—上海新世纪机器人有限公司诉北京泡泡信息技术有限公司名誉权纠纷案

本案要旨：产品网络测评文章是否侵害法人名誉权，应遵循事实陈述与意见表达分别判断的原则。测评文章建立在缺乏正当性的标准测试基础之上，测试结果失实，涉及对受害人产品的负面评价超出纯粹测评的中立范畴，对消费者作出慎重购买的建议易对消费者产生误导作用，同时文章发布后经过知名网站转载，传播范围广泛，足以造成对受害人产品社会评价降低的后果，构成对受害人名誉权的侵犯。

案号：（2014）浦民一（民）初字第39872号

来源：人民司法·案例 2016.14

18. 新闻媒体的侮辱性评论构成侵犯名誉权——

—北京奇虎科技有限公司、奇智软件（北京）有限公司诉成都每日经济新闻报社有限公司、上海经闻文化传播有限公司名誉权纠纷案

本案要旨：新闻媒体的正当舆论监督理应得到法律的保护，但当新闻媒体在行使舆论监督时违背了新闻报道的基本原则，致使新闻报道对事实的描述和评价发生严重偏颇时，对法人名誉权造成的损害往往比同行的不正当竞争行为带来的损害更为严重。故在确定新闻媒体因其侵权报道致法人名誉受损所应承担的赔偿责任时，应重点考虑其在进行新闻报道时的主观恶意程度。新闻媒体因报道内容文字苛刻，具有侮辱性，应构成名誉侵权。

案号：（2014）沪一中民四（商）终字第2186号

来源：人民司法·案例 2015.16

19. 法律对学术观点表达不作评判，且学者面对学术批评负有一定程度的容忍义务——

—沈木珠诉杨玉圣名誉权纠纷案

本案要旨：学术批评、学术打假引发的名誉

权纠纷案件中，批评者通过对相关文章的比对来得出有抄袭、重复发表等学术不端行为的结论，属于学术观点的表达，法律对此不作评判。对于学术批评中的尖刻言辞是否认定为侮辱或诽谤而构成名誉侵权，应综合考虑批评者的主观意图、具体的语言环境、学术批评的背景等因素，学者面对学术批评负有一定程度的容忍义务。

案号：（2013）一中民终字第370号

来源：人民司法·案例 2014.20

20. 新闻语言修辞的适当标准应以普通人能够接受的程度为界限，超出社会公认的道德标准可能构成名誉侵权——

—厦门市鑫盛宏装修有限公司与福清有线电视台、魏昌振名誉权纠纷案

本案要旨：语言修辞是新闻作品的创作规律。这一规律反映在新闻作品的法律规范中，就是要求语言修辞不能超越适当的限度，而与名誉权保护发生冲突。修辞的适当标准应以普通人能够接受的程度为界限，应符合语言客观真实的基本要求。一旦超出了社会公认的道德标准，也就超出了适当的修辞范畴，可能构成对他人名誉权的侵害。

案号：（2013）湖民初字第662号

来源：人民司法·案例 2016.32

21. 没有充分证据证明的网络侵权之诉，法院不予支持——

—朱某与董某等侵犯名誉权纠纷上诉案

本案要旨：网络虚拟社会侵权之事时有发生，一方面拷问着网络监管的力度和科学性，一方面考验着主张权利人收集、固定、提供充分证据证明网络侵权事实的能力。一旦发现网络信息有故意侵害自己的人身、名誉权，而未能及时、合法地收集、固定证据，不能充分地提供有效证据证明侵权事实，网络侵权之诉将不能依法获得支持。

案号：（2011）饶中民一终字第543号

来源：人民司法·案例 2012.4

22. 律师函件事实陈述的高度真实判断和意见表达的实质恶意判断是认定是否侵犯名誉权的标准——满峰科技（深圳）有限公司与广东鹏鼎律师事务所等名誉权纠纷上诉案

本案要旨：为了妥当认定律师函件是否构成名誉侵权，可将有关律师函件的内容区分为事实陈

述和意见表达两个部分，分别采用高度真实和实质恶意两个标准进行具体判断，从而更好地平衡名誉保护和表达自由两项重要社会价值。

案号：（2009）深中法民一终字第1981号

来源：人民司法·案例 2011.18

法信第1253期

内容编辑：纳纳 责任编辑：长今

共有房屋被占，共有人之一有权单独提起诉讼要求腾退吗？

原创：2019-07-24 广州市中级人民法院 广州中院

https://mp.weixin.qq.com/s/Y6fWC2GeIhxERuzg6oLR_w

◆ 广州案例 · 第六十六期

三兄弟共同出资买了一套房。早年间，大哥将房子暂借给朋友居住，岂料朋友一住就是十几年。作为房屋共有人之一的三弟将这位朋友告上了法庭，要求其搬出。



那么，面对涉及全体共有人利益的房屋，三弟有权单独提起诉讼吗？对于共有物管理行为，哪些可以单独进行，哪些又需要经过其他共有人的同意？下面，请大家一起走进今天的广州案例。

基本案情

1998年11月，籍贯台湾的王三亮与大哥王大超、二哥王二杰（均为化名）共同出资向广东省信托房产开发公司购买了位于广州某处的房产一套。

2006年初，由于江海生（化名）在广州工作

需要解决居住问题，于是请求王大超提供该房产供其短暂居住，王大超考虑到是朋友关系，就同意将房子临时交给江海生居住。



不料江海生这一住就住了十几年，在此期间三兄弟曾数次与之沟通搬离该房产的事宜，江海生迟迟不肯搬出。

王三亮因此将江海生告上法庭，诉请法院判令江海生立即搬离、返还涉案房屋并补偿从2007年1月1日起至实际搬离以上房屋之日止的租金损失。

争议焦点

三弟王三亮作为个别共有人能否单独行使诉权？

裁判结果

一审法院认为，因本案涉及的利益是属于全体共有人的，故全体共有人才是与本案有直接利害关系的主体，即全体共有人才有权提起本案诉讼。在其他共有人未同意的情况下，原告王三亮无权单独提起本案诉讼。

一审法院于2018年11月29日作出裁定，裁定驳回王三亮的起诉。

判后，王三亮提出上诉。

广州市中级人民法院于2019年2月19日作出裁定，裁定：**①**撤销一审法院民事裁定；**②**本案指令一审法院审理。

法官说法



主审法官

陈舒舒

广州市中级人民法院

涉外商事审判庭

广州中院二审认为：关于《中华人民共和国物权法》第九十六条的规定，根据最高人民法院的释义，各共有人对共有物的共同管理依据不同的管理行为可分为三种具体方法即：共有物的保存、改良、利用。

➤对共有物的保存行为，是指以防止共有物的灭失、毁损或者其权利丧失、限制等为目的，而维持其现状的行为，包括事实行为如共有物的保管，

及法律行为如中断诉讼时效的行为，各共有人一般也不会对保存行为进行约定。

➤对共有物的改良行为，是指不变更共有物的性质而增加其效用或者价值的行为，如将共有的房屋进行重大修缮。

➤对共有物的利用行为，是指以满足共有人共同需要为目的，不变更共有物的性质，而决定其使用、收益方法的行为。

具体到本案而言，王三亮起诉请求收回己方享有共有产权而由江海生占有的涉案房屋，是为防止对共有物丧失权利或限制而行使的保存行为，该行为系主张对共有物进行保护和排除妨害，其他共有人的利益不会因此行为而受损。根据上述法律的规定，各共有人都有管理的权利和义务，共有人对共有物的保存行为可以单独进行，不需要先经过其他共有人的同意。王三亮提起诉讼主张对共有房产排除妨害系其作为共有人享有的、可单独行使的合法诉权。

一审法院错误将王三亮诉请的事项定性为对共有物的利用行为，并据此驳回王三亮的起诉不当。一审法院理应受理王三亮的起诉并进行实体审理和裁判。



1/ 我国当前共有财产涉讼面临的问题

共有是所有权存在的一种形式，其权利主体以复数形式存在，共同支配共有物，但各内部主体之间相互平等独立的意志和行为又必然影响到个体

在行使所有权时对共有物的实际支配。如何保障各共有人在共有物上的权利,实现物尽其用又整体和谐统一是法律规定所必须关注的问题。

然追本溯源,我国民法乃至物权法并无关于某一独立共有人能否请求第三人回复共有物的具体规定。从民事诉讼程序角度而言,《中华人民共和国民事诉讼法》第五十二条第一款规定:“当事人一方或者双方为二人以上,其诉讼标的是共同的,或者诉讼标的是同一种类、人民法院认为可以合并审理并经当事人同意的,为共同诉讼。”可见,我国法律实际将共同诉讼分为必要共同诉讼和普通共同诉讼两类,但法律条文却并无进一步对二者的审理程序、裁判准则、特征等加以明确规定予以区分。

从过往国内学界通说观点及民事诉讼司法实务操作上,共有人之间的“共同”首先就包括对一个诉讼实施权的共享,即认为共有物所涉之诉为必要共同诉讼,也即共有人不能单独提起请求回复共有物之诉,否则法院将不予受理。如此而言,共有财产受到侵害时,一旦共有人之一拒绝起诉或自愿放弃权利,无疑将阻碍各共有人为自身乃至全体共有人利益对物上请求权的行使,也明显与物权保护的本意相悖。涉及共有物的诉讼有无必须全体共有人共同提起诉讼的必要,直接关乎民事诉讼程序法与实体法能否保持一致的问题。

虽然,实践中我国司法解释采取一种灵活的方法化解这一诉讼尴尬,即《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第七十四条规定:“人民法院追加共同诉讼的当事人时,应当通知其他当事人。应当追加的原告,已明确表示放弃实体权利的,可不予追加;既不愿意参加诉讼,又不放弃实体权利的,仍应追加为共同原告,其不参加诉讼,不影响人民法院对案件的审理和依法作出判决。”但这样的解决方式并非一劳永逸,反而在程序保障、判决效力约束对象范围和执行等方面面临了更多质疑,并未将此种情形下其他共有人起诉难、权利行使难的问题连根拔起。因此,无论是

最高人民法院针对物权法条文作出的释义还是学界对共有物共同诉讼的探讨,均旨在明确民事诉讼法关于该类共同诉讼的识别标准。

本案所涉及的便是对共有人对共有物所为之管理行为的识别,从而实现对该共有物之共同诉讼的识别,本案主审法官试回归到《物权法》第九十六条的规定论之。(《中华人民共和国物权法》第九十六条:“共有人按照约定管理共有的不动产或者动产;没有约定或者约定不明确的,各共有人都有管理的权利和义务。”)

2/ 如何识别共有人管理行为

从《物权法》第九十六条原文来看,并没有明确哪些行为属于管理行为,实践中存在诸多不同理解。从立法原意来界定的话,本案主审法官认为最高人民法院已就此作出释义,共有物的管理是指为维持共有物的物理机能,进而使其充分发挥社会的、经济的功能而对之所为的一切经营活动。

一般而言,包括共有物的保存、改良、利用和处分。并且,释义也进一步明确该条规定的共有物管理不包括对共有物的处分。我国共有物管理分为共同管理与协议管理。所谓共同管理,从法条例外规定即可看出是由共有人共同管理共有物,共同参与;所谓协议管理,即法条所述共有人对共有物的管理作出的专属性约定,指定了各共有人的管控范围。

(一) 共同管理

共同管理一般而言依据管理行为的不同,分为保存、改良、利用。王泽鉴先生这样定义,保存行为是指共有人为防止共有物灭失、毁损或者共有物权利丧失或受限制,所采取的维持共有物现状的行为,包括事实行为和法律行为。

改良行为是指不变更共有物的性质而增加其效用或价值的行为,例如将共有房屋加贴瓷砖以增加美观。利用行为是指满足共有人的共同需要为目

的,不变更共有物的性质而决定其使用收益方法的行为,例如出租或出借共有房屋。

① **保存行为是最为普通的管理行为。**再做进一步细化,可以包括保管、维护和简易修缮等事实行为,也可以包括中断诉讼时效等法律行为。对于全体共有人而言,这些行为是必要的、有益无害的行为,甚至是部分情况下还要及时采取的行为。鉴于保存行为对共有人都有好处,所以无论是我国还是其他多数国家或地区的法律均认可共有人可以单独进行保存行为,而无需经过其他共有人同意。

② **与之不同的是,改良行为和利用行为不可能由个别共有人单独为之或决定。**一方面共有人在实际生活中普遍不会就保存行为作出约定,但对改良、利用涉及的重大事项却通常约定管理;另一方面这两种行为不具备保存行为的紧迫性和必要性,又与各共有人的利益密切相关。其实,改良行为更为符合《物权法》第九十七条规定的“重大修缮”,但利用行为却不可一以贯之,共有物的利用不增减共有物本身的效用或价值,但其却可能创造收益以及决定如何使用共有物,如果没有约定或约定不明的情况下,各共有人是否可以自行利用仍需进一步探讨。

（二）协议管理

《物权法》第九十六条已经就协议管理作出规定,即“共有人按照约定管理共有的不动产或者动产”,实际生活中,各共有人能力千差万别,各人所具备的管理条件亦大不相同,从这个角度来看,共有人通过协议约定的形式来确定如何行使权利、如何分别管理共有物也有利于更为充分地发挥共有物效用,只要符合全体共有人共同意志及利益即可。

（三）关于管理行为的争议

另一种观点认为,对共有物的处分、重大修缮、利用均不属于对共有物的管理行为。这种观点认为

重大修缮与简易修缮的区别在于改良的目的、程度、费用的大小,对共有物进行处分和重大修缮,都对共有人的利益产生重大影响,在利益权衡上不一定对于共有人都有利。

否定这些行为系管理行为将避免在《物权法》第九十六条和第九十七条适用上产生矛盾。这种观点实质上是仅肯定上述的保存行为才属于《物权法》第九十六条规制的管理行为。

然则,无论持何种观点,共有人对共有物管理的法律规定总体是贯彻私人意思自治、约定优先的原则,但同时又基于全体共有人的利益,对有益无害的管理行为进行必要的绿灯放行。对此,我国台湾地区“民法”第八百二十条规定:“共有物,除契约另有订定外,由共有人共同管理之。共有物之简易修缮,及其他保存行为,得由各共有人单独为之。”也与我国《物权法》关于共有物管理之规定的精神基本是一致的。

3/ 涉及共有物的具体民事诉讼

通过以上关于共有物管理行为的识别可以分辨出共有人哪些行为可以单独为之,哪些行为必须共同决定或按份额决定。正如之前的分析,识别共有物之诉是否构成必要共同诉讼必须通过对管理行为加以识别。这种识别标准的合理性在于,随着诉讼法与实体法从体系上分离之后,必要共同诉讼的识别标准随即从实体法转向了诉讼法,即以判决是否需要合一确定为标准

何种情况下判决必须合一?除了诉讼标的必须合一之外,无疑对于任意一共有人的判决既判力及于全体共有人,而不得有其他相矛盾之判决的可能。

长期以来,我国必要共同诉讼之必要在于共同实施诉讼的必要,而判断是否具有上述必要的标准乃是争议实体法律关系,即诉讼标的的共同乃是必要共同诉讼的识别标准。换言之,诉讼标的的共同决定了共同诉讼的必要性,因此构成必要的共同诉

讼。

这样的观点的确具备一定深厚的历史渊源,但这并非“存在即是合理”,传统想法是否与现实实践冲突矛盾还有待考量及验证。目前我国仍将实体法认定作为判断基准,以共同实施诉讼行为的必要为标准,而决定有无实施共同诉讼行为之必要性的关键在于讼争的法律关系涉及的标的是否可分。但从最高人民法院的释义内容来看,我们实际也将共有人是否存在个别行使的实体权能作为判断标准之一,并没有将实体法上的管理处分权作为唯一标准而对必要共同诉讼采取一刀切的态度。

最高人民法院关于共有人管理行为的释义具体应用到本案而言,对于王三亮起诉请求收回己方享有共有产权而由江海生占有的涉案房屋,是为防

止对共有物丧失权利或限制而行使的保存行为,该行为系主张对共有物进行保护和排除妨害,其他共有人的利益不会因此行为而受损。根据最高人民法院释义,各共有人都有管理的权利和义务,共有人对共有物的保存行为可以单独进行,不需要先经过其他共有人的同意。王三亮提起诉讼主张对共有房产排除妨害系其作为共有人享有的、可单独行使的合法诉权。一审法院错误将王三亮诉请的事项定性为对共有物的利用行为,认为全体共有人才有权提起本案诉讼,无疑是对《物权法》第九十六条规定及最高人民法院释义之误读,因此,二审法院认定一审法院应受理王三亮的起诉并进行实体审理和裁判。

人民法院报 2014—2018：赡养与继承纠纷精选案例

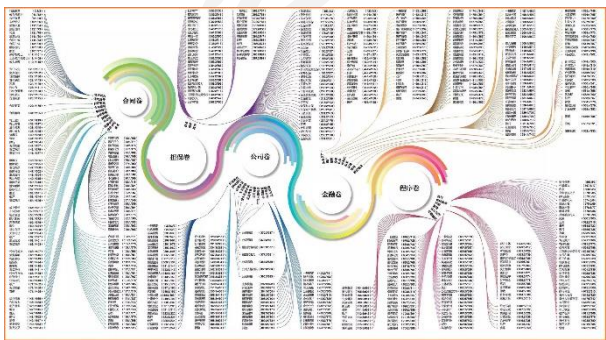
2019-07-24 审判研究 陈枝辉律师

<https://mp.weixin.qq.com/s/d1-nZXtIg-F8NZI3atVjyQ>

陈枝辉 北京天同律师事务所

导读: 天同码,是北京天同律师事务所借鉴英美判例法国家的钥匙码编码方式,收集、梳理和提炼司法判例的裁判规则,进而形成中国钥匙码的案例编码体系。经与天同诉讼圈商定,审判研究每周独家推送全新天同码系列。

天同码导航图



本期天同码,案例来源于《人民法院报·案例

精选》2014年至2018年部分赡养与继承纠纷精选案例。

规则要述

01. 对未尽抚养义务的父母,生子女仍应履行赡养义务

生子女对因离婚而未能尽抚养义务的父母仍应承担赡养责任,不能因其与他人缔结新的婚姻关系或有继子女赡养而免除。

02. 对年老体弱老年人,有赡养义务子女应给付护理费

法院在审理赡养纠纷案件中,应判决未尽护理照料职责的子女对年老体弱、生活自理受限的老年人给付护理费用。

03. 老人住养老院,未尽精神赡养义务人应

支付养老金

赡养人不尽精神赡养义务,以被赡养人到养老院居住加大赡养人支出为由拒绝支付增加部分赡养费的,不予支持。

04. 对被继承人扶养较多的非继承人,可分给适当遗产

继承人以外的对被继承人生活起居帮扶及精神慰藉尽了主要扶养义务的人,依《继承法》规定,可分得适当遗产。

05. 公有住房承租权具私有财产性质,可作为遗产继承

公有住房承租权作为一种物化的债权,具备独立的私有财产性质,故公有住房承租权可作为承租人遗产分割继承。

06. 丧事礼金可依当地风俗习惯,视为近亲属共有财产

如办理丧事费用由近亲属平均分摊,则收受亲友的丧事礼金可依当地风俗习惯,视为近亲属共有财产并进行分割。

07. 某一家庭成员死亡,家庭承包经营权并不发生继承

某一家庭成员死亡,该家庭“口粮田”及“果树地”承包经营权仍归该户剩余家庭成员共有,并不因此发生继承。

规则详解

01. 对未尽抚养义务的父母,生子女仍应履行赡养义务

生子女对因离婚而未能尽抚养义务的父母仍应履行赡养义务,不能因其与他人缔结新的婚姻关系或有继子女赡养而免除。

标签: 赡养 | 赡养义务 | 离婚 | 抚养义务

案情简介: 1983年,牛某生育戚某。1984年,

牛某与戚某父发生家庭矛盾后离家出走。1986年,牛某与他人结婚后,抚养继子刘某生活。2016年,牛某诉请戚某、刘某支付赡养费。戚某以牛某未对其尽抚养义务为由抗辩。

法院认为: ①赡养父母是子女应尽义务,不因任何事由而发生改变,子女不履行赡养义务时,无劳动能力或生活困难的父母有要求子女给付赡养费权利。成年子女对因离婚而未能尽抚养义务的父亲或母亲的赡养责任,不能因其与他人缔结新的婚姻关系并由已形成抚养关系的继子女承担了部分赡养责任而免除,而应与该继子女共同履行赡养义务。②牛某系戚某母亲,现因年老丧失劳动能力,戚某应承担赡养义务,其以牛某未对自己尽抚养义务为由提出不应承担赡养费,无法律依据,法院不予支持。判决戚某、刘某每人每月承担牛某生活费400元。

实务要点: 成年子女对因离婚而未能尽抚养义务的父亲或母亲的赡养责任,不能因其与他人缔结新的婚姻关系并由已形成抚养关系的继子女承担了部分赡养责任而免除,而应与该继子女共同履行赡养义务。

案例索引: 江苏淮安市淮安区法院(2016)苏0803民初字第3822号“牛某与戚某等赡养纠纷案”,见《对未尽抚养义务的父母仍应履行赡养义务——江苏淮安市淮安区法院判决牛庆英诉戚立杨等四人赡养纠纷案》(夏奕、贺同新),载《人民法院报·案例精选》(20160901:06)。

02. 对年老体弱老年人,有赡养义务子女应给付护理费

法院在审理赡养纠纷案件中,应判决未尽护理照料职责的子女对年老体弱、生活自理受限的老年人给付护理费用。

标签: 赡养 | 赡养内容 | 护理费

案情简介: 2014年,77岁的单某因伤出院后,以长子何某未履行赡养义务为由,诉请承担生活、

护理等费用。

法院认为：①2012 年《老年人权益保障法》虽有关于“赡养人应当使患病的老年人及时得到治疗和护理”规定，但并不等于未住院患病老年人就不能得到护理，该条只是对住院患病老年人作出特别规定，并不排除对日常生活中的老年人支付护理费用情况，此项内容在该法第 14 条第 1 款关于“赡养人应当履行对老年人经济上供养、生活上照料和精神上慰藉的义务，照顾老年人的特殊需要”中有所体现。本案单某生于 1937 年，从其体质及身体状况而言，其子女除对其提供住房并在经济上供养外，对其进行护理是有必要的，不违反法律禁止性规定。②护理费用给付应基于未尽赡养照料之职或未尽完全尽孝子女，同时，护理费用给付金额应以老年人实际需要为限。本案中，单某作为企业退休工人，其有退休工资 1140 元，综合所在地区人均生活费用支出、护理费用标准以及赡养义务人数和能力情况下，判决由何某每月承担护理费 360 元、生活和租房等费用 272 元。

实务要点：法院在审理赡养纠纷案件中，应判决未尽护理照料职责的子女对年老体弱、生活自理受限的老年人给付护理费用。

案例索引：江苏淮安市淮安区法院（2014）淮法民初字第 0954 号“单某与何某赡养纠纷案”，见《对年老体弱的老年人应给付护理费——江苏淮安市淮安区法院判决单云珍诉何金来赡养纠纷案》（贺同新），载《人民法院报·案例精选》（20141009:06）。

03 . 老人住养老院，未尽精神赡养义务人应支付养老费

赡养人不尽精神赡养义务，以被赡养人到养老院居住加大赡养人支出为由拒绝支付增加部分赡养费的，不予支持。

标签：赡养 | 赡养内容 | 精神赡养 | 养老院

案情简介：2012 年，79 岁老人付某因家庭矛

盾，自行到托老院生活。2013 年，付某诉请王某等 6 名子女偿还其所欠托老院欠款 9700 元，并支付赡养费。

法院认为：①《老年人权益保障法》14 条规定：“赡养人应当履行对老年人经济上供养、生活上照料和精神上慰藉的义务，照顾老年人的特殊需要。”经济上供养是指物质和金钱上供给，用以保障老年人物质生活条件，基本满足老年人日常生活需求。生活上照料是指对老年人起居、饮食、睡眠、活动、安全、居住条件及卫生条件、心理状况等诸多方面的策划、安排与照顾，使老年人生活无现实上障碍亦无后顾之忧。精神上慰藉是指与老年人进行思想沟通和交流，听取老年人的心声，减轻老年人思想负担和精神压力，让老年人感受到天伦之乐和生活踏实，保持老年人愉悦心情，提高老年人生活质量。②精神赡养作为法律强制性规定，系法定赡养义务重要内容，不履行精神赡养义务即是违法，不仅受到社会否定评价，还要承担相应法律责任。对因不履行或怠于履行精神赡养义务造成赡养人经济支出增加或赡养人生活照料负担加重的，法院应依法支持被赡养人请求。支持幅度可从三个方面进行考量：赡养人违反精神赡养程度、赡养人实际经济负担能力、被赡养人要求是否超出了社会普遍认知。③本案中，王某等不希望付某到托老院生活，应主动与付某进行心灵上的沟通，分析问题根源，尝试解决问题办法。在付某思想认识尚不能与老伴、子女达成一致情况下，其选择到本区居住生活条件一般、收费标准偏低的托老院生活，根据其 6 名子女经济条件可分担的实际情况，社会能够给予理解，法律应予支持，同时亦应得到 6 名子女的尊重。因付某所欠托老费及借款计 9700 元，系付某日常生活所必需，应作为 6 名子女支付赡养费范围予以偿还。判决王某等 6 名子女偿还欠款 9700 元，每月各支付赡养费 200 元。

实务要点：赡养人应履行对老年人经济上供养、生活上照料和精神上慰藉的法定义务，照顾老年人特殊需要。赡养人不尽精神赡养义务，以被赡养人

到养老院居住加大了赡养人支出为由拒绝支付增加部分赡养费的，不予支持。

案例索引：江苏徐州中院（2014）徐民终字第 1422 号“胡某与王某等赡养纠纷案”，见《精神赡养与物质赡养的关系——江苏徐州中院判决付龙梅诉王广柱等六子女赡养纠纷案》（王道强），载《人民法院报·案例精选》（20140925:06）。

04 . 对被继承人扶养较多的非继承人，可分给适当遗产

继承人以外的对被继承人生活起居帮扶及精神慰藉尽了主要扶养义务的人，依《继承法》规定，可分得适当遗产。

标签：继承 | 非继承人 | 扶养义务 | 精神慰藉

案情简介：2010 年，黄某作为邻居孤老陈某的“送养人”，与福利院签订住养协议和委托书，“负责安排缴费、后事等”。2012 年，陈某病逝。2014 年，黄某起诉陈某生前所在单位车辆公司，主张继承陈某住房补贴、公房拆迁款等遗产。

法院认为：①黄某虽作为陈某“送养人”与福利院签订了住养协议，且与陈某签订了委托书，但黄某并非陈某法定继承人，住养协议或委托书内容亦不能表明陈某有将其财产遗赠给黄某的意思表示，故黄某不具有合法继承人资格，黄某不能以继承人或受遗赠人身份继承陈某遗产。②陈某生前无直系亲属在旁照顾，黄某作为其朋友在陈某生前对其照顾较多，不仅在生活起居上进行了照料，在精神上亦对陈某进行了慰藉，在其身故后亦承担了丧葬义务。陈某虽有退休工资及医疗保险，其生前在养老院费用亦大部分由自己负担，但对老年人扶养并不仅限于财物供养、劳务扶助，更重要的是精神上陪伴与抚慰，黄某作为独居老人陈某的多年朋友，对其生活起居帮扶及精神慰藉应视为其尽了主要扶养义务，值得赞扬。依《继承法》第 14 条规定，对继承人以外的依靠被继承人扶养的缺乏劳动能力又没有生活来源的人，或者继承人以外的对被继

承人扶养较多的人，可以分给他们适当的遗产。本案中，黄某虽不属陈某法定继承人，但对陈某扶养较多，依法可分得适当遗产。根据已查明事实，陈某无其他继承人，其应享受的老职工住房补贴经车辆公司测算约 52070 元（具体数额以房改办审核为准），该补贴为陈某遗产，故判决陈某应享受的老职工住房补贴约 52070 元由黄某继承。

实务要点：继承人以外的对被继承人生活起居帮扶及精神慰藉尽了主要扶养义务的人，依《继承法》第 14 条规定，可分得适当遗产。

案例索引：江苏南京中院（2015）宁民终字第 2447 号“黄某与某车辆公司继承纠纷案”，见《继承人以外的人尽较多扶养义务时可适当继承财产——江苏南京中院判决黄某诉南车集团浦镇车辆厂继承纠纷案》（武琼、钟慧钊），载《人民法院报·案例精选》（20150924:06）；另见《黄小青诉南京浦镇车辆公司非继承人要求适当分得遗产案》，载《江苏省高级人民法院公报》（201503/39:34）。

05 . 公有住房承租权具有私有财产性质，可作为遗产继承

公有住房承租权作为一种物化的债权，具备独立的私有财产性质，故公有住房承租权可作为承租人遗产分割继承。

标签：继承 | 房改房 | 公房承租权 | 转化利益

案情简介：1986 年，李某父与向某结婚，婚后共同居住在单位分配给李某父的公有住房。2008 年，李某父去世。2013 年，该公房拆迁，拆迁人对向某进行了拆迁补偿安置。2013 年，李某诉请对公有住房拆迁补偿款进行遗产分割。

法院认为：①公有住房承租权逐步允许转让、转租、上市交易的经济价值，使公有住房承租权具备了独立的私有财产性质，故公有住房承租权可作为承租人遗产继承。②本案中，李某父死亡后，该公有住房承租权应以遗产方式进行分割，在李某未明示放弃继承情况下，其继承利益依然凝聚在该公

有住房承租权上,该公有住房后虽进行了拆迁和产权调换,但李某并未丧失对该承租权及其转化利益继承权,故李某依然可对拆迁安置房屋进行分割。由于公有住房租赁权公益保障性是第一位的,向某与原承租人一直共同居住在该公有住房内,故在分割时应对向某予以多分。根据拆迁安置房约定价值、产权调换时价值以及向某补交房屋安置时差价等情况,判决诉争公有住房房屋归向某所有,向某支付李某房屋折价款8万元。

实务要点:公有住房承租权作为一种物化的债权,具备独立的私有财产性质,故公有住房承租权可作为承租人遗产分割继承。

案例索引:重庆南岸区法院(2014)南法民初字第03056号“李某与向某继承纠纷案”,见《公房承租权可以作为遗产继承——重庆南岸法院判决李义达诉向文娟继承纠纷案》(严蓓佳、余洪峰),载《人民法院报·案例精选》(20150402:06)。

06. 丧事礼金可依当地风俗习惯,视为近亲属共有财产

如办理丧事费用由近亲属平均分摊,则收受亲友的丧事礼金可依当地风俗习惯,视为近亲属共有财产并进行分割。

标签: 继承 | 丧事礼金 | 风俗习惯 | 精神抚慰金

案情简介:2012年,宋某兄、弟共同出资经办父亲丧事后,剩余礼金8642元。2013年,因宋某拒绝分给宋某弟部分礼金致诉。

法院认为:①丧事礼金是指死者近亲属为死者操办丧事,死者生前所在单位、亲属、朋友或死者近亲属的亲属、朋友所赠送现金。从礼金来源可看出,丧事礼金不是送给死者的,而是送给死者近亲属的,其非死者死亡时遗留的个人财产,因而不属于遗产,而是对死者近亲属的抚慰,属于对死者近亲属的抚慰金。此种礼金同时包含人情往来因素,依民间习俗是需要收礼者在送礼者操办丧事时返送的。虽然法律对此未作规定,但从上述情形可看

出,丧事礼金法律性质是对死者近亲属具有赠与性质的一种特殊抚慰金。②关于本案诉争礼金结余,现行法律对此未作明确规定。如依当地风俗习惯,则有在亲属之间平均分配或各自亲属所送礼金归各自所有的做法。而要分清各自亲属所送礼金,则须查阅受礼簿,本案双方争执剩余礼金在宋某处保管,受礼簿亦应在被告处,但宋某拒绝交出受礼簿,依最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第75条“有证据证明一方当事人持有证据无正当理由拒不提供,如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人,可以推定该主张成立”规定,推定所收礼金为双方共有财产,予以平均分配。判决宋某兄弟处理父亲丧事的剩余礼金8642元,由双方各分得4321元。

实务要点:丧事礼金法律性质是对死者近亲属具有赠与性质的一种特殊抚慰金。如办理丧事费用由近亲属平均分摊,则收受亲友的丧事礼金可依当地风俗习惯,视为近亲属共有财产进行分割。

案例索引:江西瑞金法院(2013)瑞民一初字第222号“宋某与宋某兄财产纠纷案”,见《丧事礼金的风俗习惯处理——江西瑞金法院判决宋元浩诉宋元鹏一般财产所有权纠纷案》(危先平),载《人民法院报·案例精选》(20141009:06)。

07. 某一家庭成员死亡,家庭承包经营权并不发生继承

某一家庭成员死亡,该家庭“口粮田”及“果树地”承包经营权仍归该户剩余家庭成员共有,并不因此发生继承。

标签: 继承 | 土地承包经营权 | 口粮田

案情简介:1998年,杨某一家四口、杨某父母一家两口、杨某弟一家四口在本村分得“口粮田”“果树地”。2010年,杨某去世。2016年,杨某父去世。杨某母、杨某弟起诉杨某妻及杨某子女,要求依法继承分割杨某口粮田和果园承包经营权。

法院认为:①集体土地承包方式分为家庭承包

和其他方式承包两大类。采用家庭承包的土地承包经营权取得需由集体经济组织作为发包方与农户作为承包方签订农村土地承包经营合同,以固定每户应承包的土地亩数。《农村土地承包法》第15条及最高人民法院《关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》第3条第2款均规定家庭承包的承包方是本集体经济组织农户。据此,家庭承包经营权主体为农户而非签订土地承包经营合同的个人,签约人仅系该农户代表,在农户内部,每位家庭成员均共享土地承包经营权。②是否属于承包经营户中的家庭成员,不能以是否在共同居住、是否具有近亲属关系或是否属于同一户口簿等作为判断标准,而应以集体经济组织发包土地时核对的农户为单位,该家庭成员是否属于农户中一员作为判断标准。另外,该家庭成员人数会因结婚、新生儿出生、老人去世而有所变化,但“增人不增地,减人不减地”原则不变,人数增减并不影响承包地亩数,只是影响每位家庭成员所享有承包收益

分配份额。本案中,杨某父母一家两口、杨某弟一家四口、杨某一家人四口在本村分配“口粮田”“果树地”时均作为三个独立农户参与分配,签订承包合同,并非是一个大户作为签约主体,三户之间土地承包经营权并不共享。判决驳回杨某母、杨某弟要求继承分割承包经营权诉请。

实务要点:某一家庭成员死亡,该家庭“口粮田”及“果树地”承包经营权仍归该户剩余家庭成员共有,并不因此发生继承。

案例索引:北京三中院(2016)京03民终8100号“乔某与张某等法定继承纠纷案”,见《“口粮田”及“果树地”家庭承包经营权不因某一家庭成员死亡发生继承——北京三中院判决乔秀荣、杨树勇诉张春连等法定继承纠纷案》(张清波),载《人民法院报·案例精选》(20161103:06)。

原创序号:天同码248

核校:简牍

最高法案例研究院“案例大讲坛”这次推出9个未成年人权益保护与少年司法制度创新典型案例

2019-07-27 人民法院报

<https://mp.weixin.qq.com/s/QKt8mlsR9NAoMQ3Wl1Zm0w>

文章转载自公众号 ④ 最高人民法院司法案例研究院,作者 案例君

7月26日上午,最高人民法院司法案例研究院举办第二十期“案例大讲坛”,聚焦未成年人权益保护与少年司法制度创新。最高人民法院胡云腾大法官主持研讨会。

与会代表围绕“蔡某某虐待案”“于某强奸案及某区民政局申请撤销刘某某监护权案”等10个具有典型意义的案件,深入探讨了“人民法院如何构建社会观护体系”“如何把握性侵未成年人案件中被害人陈述、被告人供述的真实性”等热点、

难点问题。本期案例大讲坛还发布了9个未成年人权益保护与少年司法制度创新典型案例。

胡云腾指出,论坛发布的9个案例与最高人民法院刚刚发布的4个强奸、猥亵儿童典型案例,就是要表明人民法院对于此类案件零容忍的坚决打击立场,为未成年人健康成长提供更有力的法治保护、撑起一片清澈湛蓝的天空。

胡云腾强调,保护未成年人合法权益,呵护未成年人安全健康成长,要始终贯彻优先保护、特殊保护和重点保护的政策价值取向,让保护未成年人的“政法工作一条龙”和“社会工作一条龙”双龙共舞,让未成年人健康成长的社会环境无死角、无

灯下黑。对实施未成年人合法权益的违法行为零容忍,对严重侵犯未成年人人身权利的犯罪行为严厉惩治。让法律对未成年人的保护,比父亲的保护更有力量,比母亲的保护更为慈祥。

最高人民法院、相关地方法院、最高人民检察院、民政部、中国儿童福利和收养中心、北京大学、北京师范大学、首都师范大学等有关单位的代表作了发言。最高人民法院司法案例研究院、国家法官学院教师、全国法院非法证据排除专题研修班学员参加了研讨。

未成年人权益保护与少年司法制度 创新典型案例

一、法院委托开展判后社会观护 督促父母尽职履行抚养义务 ——宋某诉高某变更抚养关系纠纷案

■ 基本案情

宋某与高某原系夫妻,于2007年协议离婚,约定双方所生之子小兵由母亲宋某抚养。离婚后,宋某与高某均另组建家庭并生育子女。小兵在随宋某共同生活期间,与其他家庭成员矛盾逐渐升级,一度达到用刀致家人受伤、家人多次报警的程度,尤其在小兵出现偷窃等行为后,家庭矛盾更是不可调和。宋某多次与高某沟通变更小兵的抚养权,均协商无果,遂起诉到法院。

受理此案后,法官询问高某意见,高某表示其主要精力都在照顾现在的家庭,压力较大,无暇顾及小兵,小兵则表示愿意跟随父亲高某共同生活。法院了解到,小兵曾面临被退学风险,也曾有因手机被没收而去偷手机的情形。鉴于小兵越轨行为与家庭抚养现状有密切关系,法官积极开展调解工作,数次与当事人谈话,动之以情、晓之以理,最终促成双方达成调解协议,约定小兵由高某抚养。由于小兵已出现学业不良、人际关系紧张等问题,抚养

人是否尽到抚养义务将直接影响小兵行为方式的矫治,在案件审结后,经双方当事人同意,法院委托观护员开展判后社会观护工作,由观护员对小兵开展指导帮扶,并督促小兵父母尽职履行抚养义务。

观护员接受委托后,对小兵进行跟踪追访,全面了解他的成长经历、性格特征,以及父母工作、家庭状况对小兵的影响。由于父母对小兵教育方式未有改观,小兵状况令人堪忧,他被学校勒令退学,数次被送至行为矫治学校,从矫治学校脱逃后四处流浪,期间有偷窃行为。在小兵被接回家后,观护员及时介入,在此后长达一年的时间里,持续与小兵及其父母电话、微信联系,并面对面沟通12次。观护员一方面着力开展亲职教育,为宋某提供心理支持,引导宋某和高某树立正确的亲子观念,改变不当的教养方式,促进与小兵的正向沟通,强化良好亲子关系在家庭教育中的积极影响;一方面运用心理访谈技巧帮助小兵敞开心扉,让小兵了解到父母的爱,引导他正视自身问题,树立规则意识,并对未来生活有了期待。最终在观护员的不懈努力下,小兵与父母关系得到改善,对生活更加自信,并重归校园,步入正常的学习生活轨道。

■ 典型意义

变更抚养关系纠纷属于家庭纠纷,其矛盾的复杂性决定了案结未必事了,未成年子女利益保护更多依靠的是父母自觉。社会观护为未成年子女利益保护打开了“一扇窗”。本案审结后,法院委托观护员开展判后社会观护工作,由观护员深入到家庭中考察生效裁判文书履行情况,督促父母尽职履行抚养义务,使涉诉未成年人利益得到切实有效保护,偏差行为得到及时纠正。其未成年人保护的判后延伸工作经验值得推广。

二、创新适用委托第三方监管 妥当保护和管理被监护人财产 ——姜某某、孟某某与乔某某申请变更监护人案

■ 基本案情

两申请人姜某某、孟某某系夫妻关系，也系被监护人乔某某的外祖父母。被监护人乔某某于2002年5月15日出生，其母亲孟某于2010年9月3日病故，父亲乔某强于2012年7月23日病故。经亲属间协商，某社区居民委员会于2012年10月10日指定被申请人乔某伟（系被监护人叔叔）担任监护人。2012年10月起，乔某某随被申请人乔某伟共同生活，直至2016年7月。2016年8月起，乔某某随两申请人共同生活。

庭审中，乔某某本人到庭，表示其愿意随两申请人共同生活。两申请人与被申请人在庭审中对乔某某的经济款项达成一致意见，被申请人乔某伟将300,000元交付给乔某某，就此结清。申请人与被申请人一致表示，为保护未成年人合法权益，希望属于乔某某的300,000元钱款由双方共同信任的案外人韩某桃代为监管。法院听取了案外人韩某桃（系乔某某表舅）本人意见，其表示乔某某系孤儿，愿意承担监管责任，由其保管该款项的银行卡或存折。法院对被监护人乔某某进行了心理观护，乔某某身体健康，但性格较弱，其已走出父母早逝的阴影。但申请人与被申请人之间的争执让乔某某心灵受到不小冲击，望各方亲属能看在乔某某年纪尚小、失去父母的情况下，减少争执，尽可能在乔某某成长之路上给予帮助。

法院经审理认为：父母是未成年子女的法定监护人，现被监护人乔某某的父母皆已过世，居民委员会指定了被申请人乔某伟成为乔某某的监护人，乔某伟尽到了监护责任。然乔某某在生活中难免与亲属有矛盾，其本人希望由两申请人担任监护人，现申请人与被申请人达成一致意见，符合法律规定，予以准许。关于财产监管的问题，根据法律规定，监护人有管理和保护被监护人财产的义务。被申请人乔某伟作为原监护人出于保护被监护人乔某某合法权益出发，提议由可信任的案外人暂时保管乔某某的银行卡，符合情理。两申请人同意该提议，

案外人韩某桃也愿意承担监管义务，法院考虑到两申请人文化水平不高，年近七旬，乔某某也尚未成年，其心智尚未完全成熟，该笔钱款对乔某某来说是已离世的父母留给她的最后财产，需要慎重保管和处理，现申请人与被申请人达成一致意见，案外人韩某桃同意担任监管人，于法不悖，予以准许。

监护人有管理和保护未成年人财产的义务。财产监管是为防止监护人与未成年人的财产利益相冲突下，监护人无法合理有效管理未成年人财产并损害未成年人财产利益或者监护人出于自身管理财产能力等因素，自愿将未成年人财产交由他人代为监管。财产监管人并非未成年人财产的所有权人，财产监管人侵犯未成年人财产权益，未成年人或者监护人可以追究财产监管人的法律责任。

法院判决：一、被监护人乔某某的监护人变更为姜某某、孟某某。二、被申请人乔某伟于本判决生效后十五日内将300,000元交付给被监护人乔某某，该款的银行卡（存折）在乔某某18周岁前由财产监管人韩某桃负责代为保管。该判决为终审判决。

■ 典型意义

保护和管理被监护人财产是监护人的重要职责。在监护人没有能力或者因利益冲突等原因不能履行财产监护职责的情况下，将被监护人财产委托给第三方（人）监管较为现实。本案以“最有利于被监护人”的法律原则和相关法律规定为依据，明确了第三方（人）财产监管的适用范围、条件和程序，对类似案件的审判具有指导意义。

三、首创儿童权益代表人机制 代表未成年人直接参与诉讼 ——李某诉沈某某离婚纠纷案

■ 基本案情

原告李某（男）与被告沈某某（女）于2012

年10月27日登记结婚,2014年5月5日生育一女李某某。双方婚后经常为生活琐事发生争吵,又因婚生女李某某患有遗传代谢病,并伴有脑萎缩、癫痫等,双方在对待孩子治疗问题上发生严重分歧,故原告李某起诉至法院,要求与被告沈某某离婚,并要求女儿李某某由被告抚养。被告沈某某同意离婚,但拒绝一人抚养女儿。

在该起离婚案件中,原、被告均同意离婚,但对女儿的抚养权迟迟无法达成一致意见。涉案儿童李某某不是案件的诉讼当事人,难以在庭审中表达诉求,加之其患有疾病,更加无法为自己发声。在此类未成年人不作为当事人,但案件结果与其利益紧密相关的案件中,法院首创儿童权益代表人机制,聘请区妇儿工委办的妇儿干部以及团区委的青少年社工作为儿童权益代表人,由儿童权益代表人代表未成年人作为独立的诉讼主体直接参与诉讼。儿童权益代表人先后开展庭前调查、全程参与庭审,在各方努力下,最终该纠纷得以妥善化解,涉案儿童得到了来自父母的完整关爱。

■ 典型意义

该案系全国首例儿童权益代表人参与诉讼的案件。儿童权益代表人机制的设置契合了家事审判改革的基本目标。该机制适当突破了现有的民事诉讼制度,探索了第三人担任儿童权益代表人在诉讼中维护儿童独立地位和权利的可能性,是家事审判改革的成功实践。儿童权益代表人制度将进一步促进家事审判改革深入化,推进家事立法专门化,最终探索出符合家事审判规律的特殊程序,保障更多未成年人的合法权益。

四、法院对罪犯宣告“从业禁止令” 严惩并预防校园性侵事件 ——林某强制猥亵案

■ 基本案情

2016年7月13日9时30分许,被告人林某在其住处给被害人王某某(女,事发时年满15岁)补课,强行抱住王某某并不顾其反抗,对其实施猥亵。案发后,王某某向母亲黄某某反映该事,黄某某与被告林某交涉未果后,于7月28日报警。8月2日,被告人林某被公安机关抓获归案。

该案件审查过程中,承办法官注重案件的发、破案经过。虽然不能作为认定被告人有罪的证据,但是在性侵害未成年人案件缺乏客观物证的情况下,如果发、破案经过自然、正常、及时,有助于承办法官形成内心确认。被告人林某原系被害人王某某老师,其应被害人母亲要求,私自给被害人补课,可见被害人一家与被告林某较为熟悉,且相互信任,并无冤仇。被害人在事发后即将其受到林某猥亵的情况告诉母亲,事发当天下午其母亲等人即与林某交涉,在交涉未果情况下报警案发,告发时间与案发时间的间隔较短,案发经过自然、正常。其次,本案注重对被告人陈述与被告人供述存在的矛盾的审查认定。被性侵的未成年被害人大多年幼,认知水平、记忆及表达能力较成年被害人而言往往不能对受性侵害行为进行全面的理解和科学的表述。而被告人因与案件的处理结果具有直接利害关系,存在避重就轻的侥幸心理,其供述和便捷在很多情况下有虚假性。在本案中被害人王某某作为年满15岁的中学生,其与被告人供述有所不同,但对事实的辨别已经能够符合此年龄段少女的认知,其对细节描述也并无刻意捏造之嫌,可予以确认。

关于对被告人宣告“从业禁止令”问题。根据《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》第25条规定了对未成年人负有特殊职责的人员针对未成年人实施强奸、猥亵犯罪的应当从重处罚。监护人、教师、保姆、医生、救助人等对未成年人负有特殊职责的人员对未成年人实施性侵害犯罪,严重挑战社会伦理道德底线;同时该类人员具有接触未成年人的便利条件,实施性侵害行为更为隐蔽,一般难以发现,未成年被害人更难以抗拒和向有关部门揭露,社会危害更大。《刑法修正案(九)》在刑

法第三十七条后新增了关于“从业禁止”的规定，本案被告人林某利用其教师职业的便利、借为学生补课之机实施猥亵犯罪，违背教师职业要求和道德，考虑到犯罪情况和预防再犯罪的需要，且根据《教师法》相关规定，受到剥夺政治权利或者故意犯罪受到有期徒刑以上刑事处罚的，不能取得教师资格；已经取得教师资格的，丧失教师资格，因此禁止其自刑罚执行完毕之日起三年内从事教育及相关工作，包括从事家教、课外辅导培训等工作。

法院经审查认为，被告人林某为满足性刺激而猥亵未满十八周岁未成年人，其行为已构成强制猥亵罪。被告人林某违背教师职业要求和道德，利用补课便利对未成年学生实施猥亵，可对其处以从业禁止。依照《中华人民共和国刑法》相关条款规定，作出如下判决：一、被告人林某犯强制猥亵罪，判处有期徒刑二年六个月。二、被告人林某自刑罚执行完毕之日起三年内禁止从事教育及相关工作。

■ 典型意义

本案针对性侵害未成年人案件特点与未成年被害人自身特点，注重从间接证据上寻找突破。在审理结果上注重了社会效果与法律效果统一。对被告人宣告禁止其从事教育相关工作，待刑罚结束后尽可能避免其接触未成年人，降低其作为具有教育、管理职责人员性侵未成年人的风险，彰显了保护未成年人的法治精神。本案系全国首例性侵类宣告从业禁止案件，对于构建涉性侵人员信息库、推动加强相关行业入职审查管理具有积极的首创意义。

五、聘用的“色狼教师”猥亵儿童 培训机构承担精神损害赔偿

——李某与上海某教育投资有限公司教育机构侵权责任纠纷案

■ 基本案情

2017年9月13日至10月18日期间，李某在上海某教育投资有限公司设立的办学中心学习书

法。赵某是该中心聘请的书法老师。赵某利用教授李某练习书法之机，贴近李某，用右手搂着李某，对李某进行多次、长时间猥亵，事后，赵某哄骗李某不要将此事告诉父母。法院判决赵某犯猥亵儿童罪，判处有期徒刑三年，并且自刑罚执行完毕之日起五年内禁止从事教育及相关工作。李某认为上海某教育投资有限公司违反《教育法》、《教师资格条例》等规定，聘用有劣迹、无资质的赵某，是猥亵儿童的帮凶，应对赵某的犯罪行为向原告承担民事赔偿责任，为此诉至法院。

法院经审理认为，被告上海某教育投资有限公司招生培训时未取得教育培训资质，系重大瑕疵。出于对学生的保护，被告仍然有教育和管理的义务。事发时，原告年仅八周岁，系无民事行为能力人，被告对原告在其处遭受猥亵行为侵害应承担过错推定责任。本案中，被告对原告遭受赵某猥亵行为侵害存在过错。面试过程中未要求赵某填写全部工作经历，未调查审核赵某已经填写的经历，致使其未发现赵某曾有猥亵儿童的前科。安装监控并不等于被告已完全履行管理职责。被告对学生举报赵某的猥亵行为处理不及时，是对赵某猥亵行为的放纵。故判决被告用人“失察”，放纵猥亵发生，支付原告精神损失赔偿金3万元。二审法院调解结案。

■ 典型意义

未成年人在幼儿园、学校或者其他教育机构学习、生活期间遭受性侵害，被害人及其法定代理人、近亲属据此向法院起诉要求有关单位承担赔偿责任，有关单位存在侵权过错的，法院应依法予以支持。性侵案件中，不仅会导致被害人身体受损，而且会导致其心理和精神受到严重伤害。因此，未成年被害人的康复费用既包括身体康复费用，也包括精神康复费用。法院判令本案培训机构赔偿未成年被害人精神损失赔偿金，对于警示相关单位雇人管人、履行职责，防范侵害未成年人权益具有示范意义。

六、组织未成年人在娱乐场所从事陪侍等违法活动 构成组织未成年人进行违反治安管理活动罪

——赵某等人组织未成年人在娱乐场所进行违反治安管理活动案

■ 基本案情

2017年11月,被告人赵某、谭某、谭某某等人预谋组织甲籍少女到乙市的KTV当陪唱。赵某以到丙市卖化妆品,月薪两、三千元为由,诱骗少女同意后先让她们到甲市,后由谭某及其弟某某、弟媳蔡某(另案处理)将被骗少女运送至乙市,组织她们在该市文化宫内的KTV从事有偿陪酒、陪唱。赵某在甲市还让他人帮忙为其找女孩到KTV当陪唱。

自2018年1月1日至2018年5月,被告人赵某、谭某、谭某某先后组织少女甲(女,时年13周岁)、少女乙(女,时年14周岁)、少女丙(女,时年16周岁)在KTV进行有偿陪酒、陪唱。其中,2018年1月1日,赵某明知少女甲不满十四周岁,仍以到丙市卖化妆品为名,诱骗其到KTV陪酒、陪唱,致其脱离家庭、监护人。

2018年4月30日,被告人赵某到少女丁(女,时年15周岁)住宿的宾馆,欲诱使其到乙市从事有偿陪酒、陪唱,少女丁警觉并电话告知其母亲,其父母闻讯到宾馆解救谢某婷时,与赵某发生争执,赵某将少女丁父母抓伤。

法院经审理后认为,被告人赵某拐骗不满十四周岁的未成年人,使其脱离家庭、监护人,其行为已构成拐骗儿童罪。被告人赵某、谭某、谭某某组织未成年人在娱乐场所从事以营利为目的的陪侍,严重影响未成年人身心健康成长,使未成年人在陪侍过程中面临人身被侵害的现实风险,其行为应依照组织未成年人进行违反治安管理活动罪处罚,遂对三名被告人判处有期徒刑和罚金。

■ 典型意义

社会上一些不法分子利用未成年人生理、心理的不成熟弱点,组织其从事谋利性违法活动,严重危害社会治安管理和学校的正常教学秩序,不仅剥夺了未成年人的受教育权、健康权,而且会诱使他们走上犯罪道路。组织未成年人在娱乐场所从事陪侍服务行为,具有较大的社会危害性,构成组织未成年人进行违反治安管理活动罪定罪。本案依法对三被告人定罪量刑,有利于维护正常的社会管理秩序,有利于更好地保护未成年人的受教育权和人身健康权。

七、依法适用宣告失踪制度 建立“事实无人抚养儿童”救助体系

——薛某某诉张某宣告公民失踪案

■ 基本案情

2018年6月27日法院受理申请人薛某某诉被申请人张某宣告公民失踪一案,经审理查明,申请人薛某某系被申请人张某与薛某之女。2008年申请人的父亲薛某被判处无期徒刑,张某于2009年3月离家出走,至今杳无音信。申请人薛某某一直跟其随其祖父、祖母共同生活,后申请人祖父又身患重病,经医治无效去世,村委会指定申请人的祖母为其监护人,申请人祖母年迈且无劳动能力,申请人的生活陷入困境。申请人的户籍所在地村委会、被申请人户籍所在地村委会、辖区派出所均出具证明证实被申请人离家出走的时间和具体情况。根据申请人薛某某的申请,法院在报纸上刊登寻找下落不明人的公告,限期张某自公告之日起三个月内向法院申报本人具体地址及联系方式,同时要求凡是知悉张某生存现状的人,应当自公告之日起三个月内将知悉的情况向法院报告。但自公告发出至今,张某没有向法院申报其具体地址及联系方式,也没有知悉其情况的人向法院报告,现张某仍处于下落不明状态。

被申请人张某于2009年12月离家出走,杳无音信,下落不明已超过两年,经法院发出寻找下落

不明人的公告后至今仍未下落不明,符合宣告失踪的条件。依照《中华人民共和国民法总则》第四十条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百八十五条的规定,依法判决宣告被申请人张某失踪。

■ 典型意义

该案审理法院在对于“事实无人抚养儿童”进行司法调研的基础上,协助其亲属依法提起申请宣告未成年人父母失踪或宣告死亡的诉讼程序,对于穷尽各种查询手段确实下落不明的被申请人及时宣告其失踪。此举为“事实无人抚养儿童”认定提供了司法依据,解决了此类困境儿童无法获得救助的程序问题,有助于更好地扶助困境儿童健康成长。

八、宽严相济审理校园暴力案件 挽救教育未成年人回归社会 ——被告人甲等 12 人“校园暴力伤害致死”案

■ 基本案情

2016 年 11 月,被告人甲(14 岁,学生)因看到自己喜欢的女同学与被害人丁某(14 岁,学生)关系亲密便心生怨恨,纠集社会青年乙某及另外 11 名同年级在校学生意欲殴打丁某。被告人甲等 12 人将被害人丁某哄骗至某篮球场附近,众人先后冲上去对被害人拳打脚踢进行围殴,造成被害人死亡。案发后,被告人甲等 11 名学生在老师做工作后,由家属主动带至学校或公安局投案,并积极赔偿被害人家属的经济损失,双方达成和解协议,并取得谅解。

一审法院认定被告人甲等 12 名被告人犯故意伤害罪,判处有期徒刑十一年六个月到三年不等的刑期。二审法院审理认为,被告人甲等 12 人聚众故意损害他人身体健康,致被害人死亡,其行为均构成故意伤害罪。被告人甲提出犯意、纠集同案人、积极实施殴打行为,乙某作为成年人最先殴打被害人,并打击要害部位,二人都是主犯。被告人丙等

10 人所起作用较小,为从犯,依法应减轻处罚。被告人甲等 11 人犯罪时未满 18 周岁,系未成年人,应从轻或减轻处罚。被告人甲等有自首情节、积极赔偿被害人家属损失,并取得谅解。据此,认定被告人甲等 7 人犯故意伤害罪,判处有期徒刑十一年六个月至三年三个月不等的刑期。根据被告人丙等 5 人属于被邀跟风打架、事后积极施救的事实和情节,结合社区矫正机构的意见,对被告人丙等 5 人犯故意伤害罪,改判有期徒刑三年,缓刑三年。

■ 典型意义

本案因出现致人死亡的严重后果,法院坚持宽严相济,做到该打击的打击、能挽救的挽救,对纠集者、成年主犯均依法处以重刑。同时,积极延伸司法职能,注重矛盾化解,促成双方自愿达成和解协议,修复社会关系裂痕。根据被告人丙等 5 人的犯罪事实和情节、悔罪表现、返校学习的强烈意愿,结合社区矫正机构的意见,法院判处缓刑,督促家长加强管教。本案的审理,对于教育挽救未成年犯,促使其回归社会具有积极意义。

九、指定村民委员会担任监护人 保护被监护人健康成长 ——林某被撤销监护人资格案

■ 基本案情

林某作为母亲多次使用菜刀割伤年仅 9 岁的亲生儿子小龙的后背、双臂,用火钳鞭打小龙的双腿,并经常让小龙挨饿。自 2013 年 8 月始,当地镇政府、村委会干部及派出所民警多次对林某某进行批评教育,但林某拒不悔改。2014 年 1 月,共青团市委、市妇联等部门联合对林某进行劝解教育,林某书面保证不再殴打小龙,但林某依然我行我素。5 月 29 日凌晨,林某再次用菜刀割伤小龙的后背、双臂。为此,县公安局对林某处以行政拘留十五日并处罚款人民币一千元。6 月 13 日,申请人某村民委员会以被申请人林某长期对小龙的虐待行为

已严重影响小龙的身心健康为由,向法院请求依法撤销林某对小龙的监护人资格,指定该村民委员会作为小龙的监护人。在法院审理期间,法院征求小龙的意见,其表示不愿意随其母林某共同生活。

法院经审理认为,监护人应当履行监护职责,保护被监护人的身体健康、照顾被监护人的生活,对被监护人进行管理和教育,履行相应的监护职责。被申请人林某作为小龙的监护人,未采取正确的方法对小龙进行教育引导,而是采取打骂等手段对小龙长期虐待,经有关单位教育后仍拒不悔改,再次用菜刀割伤小龙,其行为已经严重损害小龙的身心健康,故其不宜再担任小龙的监护人。依照民法及未成年人保护法的有关规定,撤销被申请人林某对小龙的监护人资格;指定申请人某村民委员会担任

小龙的监护人。

■ 典型意义

此案为全国首例撤销监护人资格案。本案审理法院主动探索由村民委员会作为申请主体申请撤销监护失当未成年人的监护权,根据法律规定,在没有其他近亲属和朋友担任监护人的情况下,按照最有利于被监护人成长的原则,指定当地村民委员会担任监护人,对通过司法干预解决监护人资格撤销及撤销后的未成年人安置问题,贡献了司法智慧。

来源: 人民法院新闻传媒总社

记者: 姜佩杉 | 通讯员: 杨晓琰

编辑: 陈政

家事法研究 | 外国法院离婚判决的承认和执行

原创: 2019-07-31 邦信阳中建中汇 郑彬彬

<https://mp.weixin.qq.com/s/DnkAyyvKC6L8BrgAjPgGtA>



郑彬彬 上海邦信阳中建中汇律师事务所 律师

当事人在外国法院离婚后,又在中国境内的法院起诉分割财产,此种情况下,是否需要先向中国的法院申请承认外国法院离婚判决? 实践中做法并不一致。

经裁判文书检索,笔者发现有当事人先向我国的中级人民法院申请承认外国法院离婚判决,

也有当事人未进行此申请,径行向我国法院起诉要求分割夫妻共同财产。法院的处理也多有不同。

笔者认为,对该问题可作如下归纳:

- 1、谁可以向我国法院申请承认外国法院离婚判决?
- 2、当事人是否必须就外国法院离婚判决向我国法院申请承认?
- 3、外国法院离婚判决财产内容是否可以在中国执行?
- 4、我国法院如何处理已经过外国法院判决的夫妻财产分割问题?

接下来笔者对以上四个问题逐一分析。

谁可以向我国法院申请承认外国法院离婚判决?

结论: 夫妻中至少有一方是中国公民的, 则任何

一方即可申请。

》法律检索

1、《最高人民法院关于中国公民申请承认外国法院离婚判决程序问题的规定》(1991 年颁布实施) 第一条 对与我国没有订立司法协助协议的外国法院作出的离婚判决,中国籍公民可以根据本规定向人民法院申请承认该外国法院的离婚判决。

2、《最高人民法院关于人民法院受理申请承认外国法院离婚判决案件有关问题的规定》(2000 年颁布实施) 第二条 外国公民向人民法院申请承认外国法院离婚判决,如果其离婚的原配偶是中国公民的,人民法院应予受理;如果其离婚的原配偶是外国公民的,人民法院不予受理,但可告知其直接向婚姻登记机关申请再婚登记。

》笔者解读

从上述司法解释规定看,承认外国法院离婚判决的诉讼程序,只适用于夫妻双方至少一方是中国公民的情况,即夫妻双方的国籍决定了是否可以在我国法院启动外国法院离婚判决的承认程序。

笔者认为,这主要是为了保护我国公民在婚姻中的利益。若夫妻双方均为外国公民,就不存在保护中国公民婚姻利益之所需,加之无论从“属人原则”还是“属地原则”来看该判决都与我国没有连结点,故我国法院无必要对该判决作出评价。如其向我国法院申请承认这一外国法院离婚判决,人民法院也不予受理。但需注意,这并不妨碍当事人直接向人民法院起诉要求分割境内财产,在该诉讼中,可以将其在国外形成的离婚判决作为证据使用。

而假如离婚的当事人至少有一方是中国公民的,该判决就直接涉及中国公民的婚姻权益是否受到侵害,是否得到保障。人民法院在承认外国法院离婚判决程序中的审查,审查的就是该判决是否生效、作出判决的法院对案件是否有管辖权、是否保障了缺席被告得到合法传唤、是否与我国作出的离

婚案件判决或承认的他国离婚案件判决相冲突、是否违反我国法律的基本原则或者危害我国国家主权、安全和社会公共利益。

可以说,两个外国公民之间的外国离婚判决,对于我国法院而言只是个“事实问题”,有证据证明足矣。而至少一方是中国公民的外国离婚判决,对于我国法院而言,同时构成“法律问题”。于前者,我国法院只判断该事实是否存在;于后者,我国法院还会评价其是否具有法律效力。

综上所述,外国法院离婚判决的当事人中至少有一方是中国公民的,当事人中任何一方均可以向我国法院申请承认该外国法院离婚判决。

在司法实践中,有些当事人甚至有的司法文书认为只要经外国法院判决离婚,拟在我国法院提起离婚后财产纠纷诉讼的,就必须先向我国中级人民法院申请承认外国法院离婚判决。这种认识并不符合我国现行法律规定。

【案例 1】合肥市中级人民法院 (2017) 皖 01 民终 6675 号

【案情简介】

郭某(美国籍)和胡某(美国籍)在合肥登记结婚,后经美国皇后县最高法院判决离婚。婚姻关系存续期间曾在合肥购买某房屋。离婚后,郭某起诉要求分割该房屋。

【裁判要点】

一审法院认为,司法权是国家主权的重要组成部分,郭某未能提供证据证明其与胡某在美国皇后县最高法院的判决书已向我国中级人民法院申请承认和执行,裁定驳回郭某起诉。

二审法院认为,依照法律规定,双方在国外已经办理了离婚手续,涉及不动产在中国尚未分割,首先应向有管辖权的中级人民法院申请承认外国离婚判决的效力后,才能向不动产所在地法院起诉解决财产纠纷。郭某向合肥中院申请承认

和执行美国皇后县最高法院关于胡某与郭某签订的离婚和解协议，但本案双方均系外国公民，故郭某申请被合肥中院裁定驳回。郭某无法向人民法院申请承认外国法院离婚判决，但两个外国公民在外国的前段婚姻状态无需经过中国法院承认，可直接申请再婚登记，郭某已经在安徽省民政厅与她人办理结婚登记，以上事实表明郭某与胡某前段婚姻关系确已结束。现郭某提起离婚后财产纠纷诉讼，符合法律规定的起诉条件，人民法院应当受理，裁定撤销一审裁定，指令一审法院审理本案。

》案例评析

一审法院认为当事人应就美国法院离婚判决，先向我国的中级人民法院申请承认和执行，如前所述，这种观点是对最高人民法院司法解释的误读。

二审法院虽认可一审法院的部分观点，但话锋突转，指出因当事人双方均系外国公民，郭某无法在合肥中院申请承认外国离婚判决，且郭某已再婚登记，故认定郭某已结束与胡某的前段婚姻关系。裁定书明确写到：“两个外国公民在外国的前段婚姻状态无需经过中国法院承认。”这样的处理符合最高人民法院司法解释的精神。

【案例 2】深圳市中级人民法院（2013）深中法民终字第 2589 号

【案情简介】

陈某（香港籍）与张某（台湾籍）均为在香港登记结婚，并经香港法院判决解除婚姻关系，经深圳中院（2012）深中法民一初字第 4 号裁定书对其解除婚姻关系判令的法律效力予以承认。

》案例评析

根据《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行当事人协议管辖的民商事案件判决的安排》（2008 年 8 月 1 日起生效），内地与香港尚未

就离婚案件判决认可作出安排，那么关于香港法院离婚判决承认问题应依照我国相关法律予以执行。

陈某为香港籍居民，张某为台湾籍居民（在诉讼法上参照外国人的相关规定），在香港结婚并经香港法院判决离婚，根据前述司法解释，深圳中院没有任何理由受理陈某就承认香港法院离婚判决的申请，更不要说最终做出承认香港法院离婚判决的裁定。

深圳中院该案的裁定确认陈某与张某在香港法院的离婚判决效力，显然不符合最高人民法院司法解释的规定。

有资格申请的当事人是否必须就外国法院离婚判决向我国法院申请承认？

结论：不必须，也可以选择离婚诉讼。

》法律检索

《最高人民法院关于中国公民申请承认外国法院离婚判决程序问题的规定》

第十八条 人民法院受理离婚诉讼后，原告一方变更请求申请承认外国法院离婚判决，或者被告一方另提出承认外国法院离婚判决申请的，其申请均不予受理。

第十九条 人民法院受理承认外国法院离婚判决的申请后，对方当事人向人民法院起诉离婚的，人民法院不予受理。

第二十条 当事人之间的婚姻虽经外国法院判决，但未向人民法院申请承认的，不妨碍当事人一方另行向人民法院提出离婚诉讼。

第二十一条 申请人的申请为人民法院受理后，申请人可以撤回申请，人民法院以裁定准予撤回。申请人撤回申请后，不得再提出申请，但可以另向人民法院起诉离婚。

第二十二条 申请人的申请被驳回后，不得再提出申请，但可以另行向人民法院起诉离婚。

《笔者解读

如夫妻至少一方是中国公民的,根据司法解释的规定,当事人可以向中级人民法院申请承认外国法院离婚判决,也可以不申请;若未经我国法院承认,该外国法院离婚判决在我国不具有法律效力。同时,司法解释还赋予当事人另一种选择,即向人民法院重新提起离婚诉讼,并同时解决财产分割、子女抚养等问题。

可见,在国外离婚判决中的夫妻至少一方是中国公民的情况下,我国法院须就当事人婚姻关系是否解除做出认定。对此当事人可选择两种途径之一:承认外国法院离婚判决的程序,或者离婚诉讼程序。

当事人的选择权受到一定的限制,主要体现在:

第一,如一方当事人选择提起离婚诉讼且我国法院已受理,则我国法院不再受理任何一方提出的承认外国离婚判决申请;

第二,如一方当事人选择申请承认外国离婚判决,则我国法院不再受理另一方提起的离婚诉讼;

第三,如当事人提出承认外国离婚判决申请,自行撤回或者被法院驳回后,不得再次申请。也就是说,当事人只有一次申请承认外国法院离婚判决的机会,如未获得承认,只能另行提起离婚诉讼。

【案例 3】深圳市中级人民法院(2013)深中法民终字第 2018 号**【案情简介】**

叶某、徐某均为香港籍,双方 1991 年在上海登记结婚,2004 年由香港法院判决离婚。2011 年叶某向法院起诉,要求确认婚姻关系存续期间共同购买的深圳市福田区某房屋归叶某所有,法院裁定以叶某未离婚,起诉离婚后财产纠纷的条件尚未成就为由驳回起诉。后叶某向深圳市中级人民法院申请认可和执行香港法院判决,因诉讼目的无法达到,被迫撤回申请。现叶某再次请求判令确认位于深圳市福田区房屋归其所有。

【裁判要点】

一审法院认为,离婚后财产纠纷案件须以离婚为前提,叶某提交的香港法院离婚判决尚未依法取得我国人民法院认可,故叶某起诉的离婚后财产纠纷案件条件尚未成就,应当驳回叶某的起诉。

二审法院认为,最高人民法院《关于中国公民申请承认外国法院离婚判决程序问题的规定》第二十一条规定“申请人的申请为人民法院受理后,申请人可以撤回申请,人民法院以裁定准予撤回。申请人撤回申请后,不得再提出申请,但可以另向人民法院起诉离婚”,叶某曾申请认可和执行香港离婚判决,后撤回申请,经合肥中院裁定准许其撤回申请。现叶某提起离婚后财产纠纷诉讼,一审法院以香港法院离婚判决尚未取得我国法院认可为由,驳回叶某的起诉,处理不当。根据上述规定,一审法院应向叶某释明其应提起离婚诉讼并一并提出财产分割的请求,再进行审理。二审深圳法院裁定撤销一审裁定,指令一审法院审理本案。

《案例评析

叶某两次以离婚后财产纠纷起诉要求分割系争房屋,一审法院均认为叶某香港法院离婚判决尚未得到我国法院认可,未满足提起离婚后纠纷条件判决。但是根据最高人民法院司法解释,叶某实际上也无法通过向深圳中院申请认可香港法院离婚判决,最终不得不撤回申请。

二审裁定的主要观点可归纳为两层意思:1、叶某与徐某的香港法院离婚判决应经我国法院的承认程序;2、叶某申请承认后又撤回,已丧失了唯一向我国法院申请承认香港法院离婚判决的机会,故叶某只能向我国法院重新提起离婚诉讼。

对此笔者认为,本案中双方当事人均为香港居民,内地与香港就离婚判决承认尚未有安排,那么

根据相关司法解释规定,叶某在香港法院的离婚判决不需由我国法院承认,我国法院也不应受理其承认申请,故观点1错误。

同样,因承认香港离婚判决的申请不应得到受理,也不存在丧失了唯一申请机会的问题,法院无需比照当事人一方为中国公民的情况下对离婚案件进行审理,而应直接对叶某要求分割境内房产的诉讼请求进行审理,故观点2也是不正确的。

外国法院离婚判决中子女抚养、财产分割等内容能否在我国直接予以执行?

结论:不可以。

》法律检索

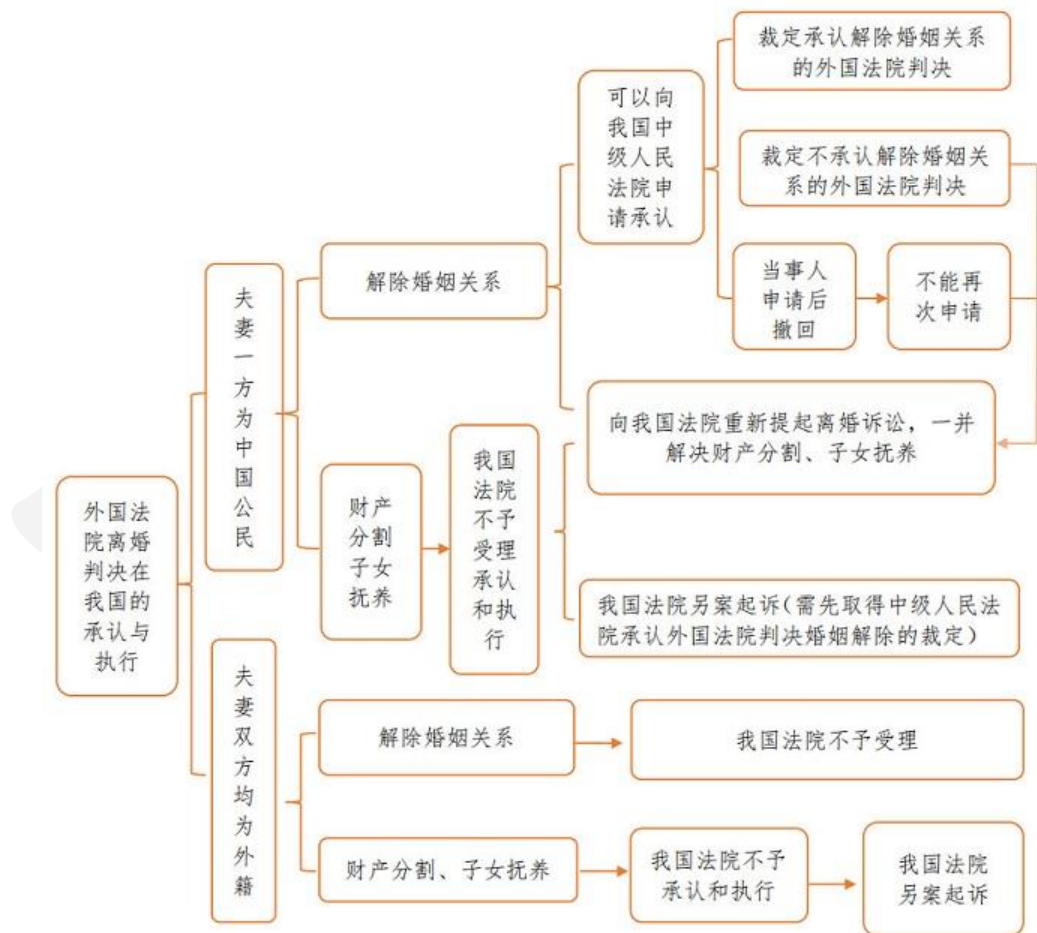
《最高人民法院关于中国公民申请承认外国

法院离婚判决程序问题的规定》第二条规定:“外国法院离婚判决中的夫妻财产分割、生活费负担、子女抚养方面判决的承认执行,不适用本规定”。

》笔者解读

即使夫妻中有一方是中国公民,我国法院也只能承认外国法院离婚判决中关于解除当事人婚姻关系的内容,不承认外国法院离婚判决中关于子女抚养、财产分割的内容,更不可能凭借外国法院判决文书在我国直接予以执行。

如外国法院离婚判决中既有准予离婚的内容,又有关于夫妻财产分割、子女抚养的内容,笔者认为对于外国法院离婚判决应采用二分法分别对待,如下图:



我国法院如何处理已经过外国 法院判决的夫妻财产分割问题？

1. 如何确定准据法的适用？

结论：依据《中华人民共和国涉外民事关系适用法》

具有涉外因素的诉讼案件，首先应确定准据法的适用，即适用哪国的法律作为审理的实体法依据。

《涉外民事关系适用法》（以下简称“适用法”）第三章共有十条关于婚姻家庭问题的法律适用规则，不同的情况要适用不同的条款确定的准据法，需针对具体案情作出判断。

【案例 4】（2016）沪 01 民终 2239 号

【案情简介】

徐某（女）与张某（男）均为香港地区居民，于 1987 年在香港注册结婚，之后生下女儿。后张某常驻内地打理生意，徐某在家当全职太太。为了照顾女儿的起居往来居住便利，1998 年徐某来上海实地考察之后，出首付款购买了一套上海市长宁区某房屋，以自己的名义申请了银行贷款并按期还款，并将房子登记在自己名下。现张某起诉要求分割该房屋的一半。

【裁判要点】

本院认为，双方就系争房屋权属产生的争议，从现有的法律规定看，若基于双方的特定身份关系，则落入《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第 24 条调整的夫妻财产关系纠纷范围，若基于标的物的属类，则又落入《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第 36 条调整的不动产物权纠纷范畴，优先适用哪一条的规定系双方争议的焦点。

双方就系争房屋产权归属发生的纠纷，从形式上看是对不动产权属的确认之诉，但张某是基

于与徐某的婚姻关系而要求确认系争房屋权属归两人共有，其实质是因婚姻关系所产生的财产争议，即具有合法婚姻关系的男女双方对财产的权利义务关系，或男女双方对合法婚姻关系存续期间取得财产的权利义务关系。双方的争议是基于确认当事人之间具有合法婚姻关系的基础上，具有更强的身份特征或属人特性。本案争议之冲突规范的适用，应优先选择适用《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第 24 条之规定，而非 36 条之规定。

》案例评析

本案既关乎不动产物权纠纷，又关乎夫妻财产纠纷。如认定为不动产物权纠纷，根据《适用法》第三十六条规定，应适用不动产所在地即我国内地法律。但上海市第一中级人民法院在审理中认为，本案实际上是基于张某与徐某的婚姻关系所产生的财产争议，具有明显的人身属性，在当事人没有约定的情况下，应根据《适用法》第二十四条“夫妻财产关系”的规定，适用共同经常居所地法律；没有共同经常居所地的，适用共同国籍国法律。徐某、张某于 1987 年在香港地区登记结婚，且此前长期居住于香港地区，故双方的共同经常居所地应认定为香港地区。即使婚后两人长期异地生活，无共同的经常居所地，也应适用共同国籍国法律，即香港法律。

2. 当准据法指向外国法律时，该国法院离婚判决中关于财产分割的内容是否会影响我国法院的判决？

结论：不应影响

我国法院审理离婚纠纷或离婚后财产纠纷时，根据《适用法》的相关规定，如准据法指向我国法律，直接适用我国法律进行审判即可。如准据法指向某外国法律，恰好该国法院作出的离婚判决中处理了涉案财产，我国法院虽不承认其效力，但在审

理时是否会考虑、参考外国法院离婚判决的内容？如果该外国法律可以被查明，这也不会成为一个问题；但假如无法直接查明，实务中至少存在两种不同观点：

一种观点是，根据《适用法》第十条的规定：“不能查明外国法律或者该国法律没有规定的，适用中华人民共和国法律。”此时应按照中国法律进行审判。

另一种观点是，认为该外国法院离婚判决中关于财产处理的内容，即符合该外国法律的规定，据此作出与该外国法院离婚判决中有关财产分割的内容相一致的判决。但笔者对此观点持不同意见，见下例：

【案例5】上海市长宁区人民法院（2016）沪0105民初21844号

【案情简介】

原告潘某、被告杨某均为美国籍，在2004年1月5日在香港登记结婚，原告与女儿基本在美国居住生活，被告近年来基本在美国、北京市及上海市等地分别居住。2015年11月24日，美国内华达州克拉克郡地区法院作出离婚法令解除原被告婚姻，2017年7月27日作出最终命令，判决位于上海市黄金城道某房屋、富贵东路某房屋均为潘某某个人所有财产。原告起诉要求确认上海两处房屋归其个人所有。

【裁判要点】

法院认为，审理中对适用中美法律存在争议，故应根据涉外法律关系适用法第二十四条（夫妻财产关系的准据法）确定法律适用。根据原、被告陈述及出入境记录，近年来双方并无共同经常居住地，现原告潘某提供了原、被告共同国籍国美国法院就双方离婚诉讼对婚姻关系解除、子女抚养，财产分割作出的有效判决，经审查认为该

判决中美国法院适用的美国法律裁判规则，依法可以作为本案有效法律适用依据，本院对原告要求判决黄金城道房屋及富贵东路房屋归其所有的诉讼请求依法支持。

》案例评析

本案以美国当地法律为准据法应无争议。根据《适用法》第十条规定，人民法院应查明美国当地法律关于夫妻财产分割的相关规定；如不能查明或者查明当地没有相关规定的，应适用中国法律。

但是在本案中，法院认为既然美国法院已就双方离婚诉讼对婚姻关系解除、子女抚养，财产分割作出的有效判决，且适用的是美国当地法律，就作出了和美国法院判决内容相一致的判决，实际是假设美国法院判决完全符合美国当地法律的规定。笔者认为，该假设未必成立，从现有信息看无法判断美国法院该判决是否依据美国当地法律且适用法律正确。在此前提下，正确结论应为不能查明外国法律，依法应按照我国法律进行审理。如此，审判结果很可能截然不同。

结语

随着改革开放的深入，社会、经济的发展，我国的涉外婚姻越来越多。外国法院离婚判决在我国的承认与执行，不仅仅是个法律问题，也是个社会问题。由于此类问题高度的抽象性和专业性，司法实践之中往往存在不同的理解和处理方式。而任何一个细节的差异，都可能导致完全不同的法律后果。本文归纳出关于外国法院离婚判决承认和执行的四个基础问题，并尝试作出回答。对我们律师而言，办理此类案件既要考虑离婚案件的人身性、财产性的综合属性，还要掌握国际私法、外国法律等相关知识，这也是对家事律师提出的更高要求。

二、立法动态

201906 版民法典婚姻家庭编草案中的五个不足

2019-07-01 新浪博客 法律人蒋月

http://blog.sina.cn/dpool/blog/s/blog_13e6e85b20102yxk2.html

2019年6月底提交全国人大常委会审议的民法典婚姻家庭编草案(二审稿),增设了亲属分类,使基本亲属制度有了立法条文;规定了夫妻共同债务范围,并吸取了最高人民法院2018年有关司法解释的精神,回应了最近十多年社会争议的夫妻债务问题,使婚姻作为一个家庭生活共同体与市场之间有一定隔离,为个人生活安定和家庭稳定创设良好条件;把收养法纳入其中,法律结构完整性有所进步。然而,该草案二审稿仍然存在五个方面的明显不足,希望通过进一步讨论,给予完善。

一、关于“共同生活的公婆、岳父母、儿媳、女婿”为家庭成员

该草案规定,“共同生活的公婆、岳父母、儿媳、女婿视为近亲属。配偶、父母、子女和其他共同生活的近亲属为家庭成员”。

此条文的用意应是重在保护老年人权利,特别是保障养老。社会生活中,常见公婆帮助儿媳一起照顾年幼的孙子女、岳父母帮助女婿一起照顾年幼的外孙子女。这类帮扶贡献,少则一、二年,长则六、七年;特别是“全面两孩”政策实施以后,以照顾二个孙辈的时间推算,短则三、五年,长则需十余年。退休以后的老年父母,把自己最自由的五年、十年时间奉献给了子女和孙辈。等到他们需要子女赡养照顾的时候,子女确有可能以“从下周开始,您孙子/外孙女就可以自己上下学了”之类的口吻,明示或暗示老年人可以回老家/老窝了,发出“逐客令”。尤其是在两代人相处中矛盾多、冲突大的家庭中,明明白白地下达这种“逐客令”的

情形时常发生。主要基于保护老年人利益的需要,才设计出此条款吧。在现代社会,除了因结婚而成为夫妻进而互为配偶这类特殊亲属外,构成家庭成员关系的基础和依据是血缘(包括自然血缘和拟制血缘)。我国现行《婚姻法》规定,男女根据约定,可以成为对方家庭的家庭成员,它是针对独生子女政策时代里,为有女而无儿户的家庭解决养老而专门设定的,是一条具有中国特色的婚姻家庭法条文。可是,这次草案是明文直接规定,强制共同生活的两类姻亲相互成为家庭成员!

然而,年青人怎么想?要年青一辈人愿意并能够承接这一重担,老年人养老的这一依赖才能实现啊!迄今为止,没有看到年青人愿意承担如此繁重养老责任的研究成果支持!在少子化时代,年青一辈的赡养责任已经太重了。社会不仅指望子女来赡养老年父母,而且一定更指望子女们去结婚、去生育下一代。试想,一对年青夫妇,既要照顾年幼孩子(最好是2个或者3个以上),又要照顾年老的父母(可能是2对4人,长寿时代很可能是要加上父母的父母,可能是4对8人),他们还要工作赚钱,他们是肉身,不是钢铁侠,无论时间、体力、精力,即使他们愿意,他们能做到吗?有青年人得知此条立法规定之后,说“那么,如果从一开始就不让老人进家门,将来不就没有那么多麻烦了?”这肯定不会只是一个青年的想法,或许,这只是少数青年人的想法,谁知道呢?一个法律关系,两端悬挂着两个不同利益主体,所以,利益分配要平稳,否则,坐在地方的一方是稳当一,悬在高空的另一方能长久吗?创设一个法律关系的立法,不能仅仅

考虑其中一个主体的需求而不顾及另一个利益主体的想法哦。

要注意协调好家庭养老和社会养老之间的关系。养老负担，应当以社会承担为主！养老所需的人力依赖主要应当通过建设完善的社会养老服务来解决！

二、没有降低法定结婚年龄

该草案规定的法定结婚年龄依然是男二十二周岁，女二十周岁。这就是现行《婚姻法》上的法定结婚年龄。

很有必要降低现行法定婚龄。男22、女20周岁的婚龄，当年是为了适应降低人口出生率的需要而设定的，称得上是世界上最高法定婚龄。如今，社会人口条件和环境已经大大改变，国家已实行“全面两孩”政策。从2017—2018年初生人口数量看，实际新增人口没有达到放开人口政策的预期目标人数。这说明，国人的生育愿望已进入下降通道，我们已经到了应当鼓励人们生育的阶段。如此高的法定婚龄，不利于“生孩子”啦。

男女的法定婚龄应当修订为同龄21岁。女20周岁，实际上是21岁。男22周岁，大体上是23岁。所以，降低法定婚龄主要是要降低男性最低结婚年龄。从行为能力看，18岁具备完全民事行为能力，凡事都由当事人本人作主、本人承担全部责任了。结婚是大事，但并不一定是所有民事行为/民事责任中最重大的，因为生养孩子才是最重大的民事行为和民事责任。如果从刑事责任年龄看，年满18岁的人，若犯重罪，可以被判处死刑了。所以，允许18岁以上的人结婚，一点儿问题都没有！提议把法定婚龄设定为21岁，一方面，是考虑到刚刚成年时，大多数人不具备经济独立能力，养活自己还有困难；另一方面，是考虑到按照我国初级教育制度，6岁入学+小学6年+初中3年+高中3年=18岁。其后，有适当时间恋爱交往，大体上已到21岁了。

为什么强调男女同龄，这主要是基于男女平等。

现行男大女小的组合，一定程度上是男强女弱的传统婚配观的缩影。为什么女性找结婚对象一定要比自己年长2岁？为什么男人的结婚对象是比自己小2岁的女性？从制度上排除了2个年岁的男性作为女性的潜在婚配对象，这是不合理引导，对女性不公平。

三、未按规定隐瞒“重大疾病”信息当事人的法律责任

该草案规定，“一方有重大疾病的，应当在结婚登记前如实告知另一方；不如实告知的，另一方可以向婚姻登记机关或人民法院请求撤销婚姻。撤销婚姻的请求，应当自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内提出”。此条规定是干预重大疾病患者结婚可能给另一方造成比较大利益损害的情形，是为了满足人们对婚配对象健康利益的关注和重视，因为这草案删除了现行《婚姻法》禁止患有“医疗上认为不应当结婚的”疾病的人结婚的规定。

然而，草案没有规定“不如实告知”者的任何法律责任，没有赋予受害人就因此遭受到的损害享有请求损害赔偿权。这是出于什么考虑？结婚后，当事人是要共同生活在一起，夫妻之间会有共同的性生活。如果一方患有严重传染性疾病，就很可能将此病传染给对方。撤销婚姻，仅仅是止损，受害人已受到的损失并没有得到弥补啊。而且，对于无诚信的当事人，立法却放任不管，岂非有纵容有重大疾病患者隐瞒不告知之嫌吗？

这个立法漏洞，必须要设法堵上！

四、没有规定“夫妻有共同生活责任”

对于夫妻人身关系的调整，该草案太过简略了，没有增设新内容。草案保留了现行《婚姻法》关于夫妻家庭地位平等、各自享有独立姓名权、都有生产工作学习和社会活动自由；删除了夫妻的计划生育义务。那么，请问：男女结婚是为了什么？法律对结婚当事人双方的期待和要求是什么？草案的回答是 Nothing, Nothing! 这个回应不科学吧。

夫妻结婚就是为了以夫妻名义永久共同生活。当事人是如此期待的,婚姻家庭法对当事人也是如此要求的。立法为什么不能明确提出来呢?或许有人会说,夫妻共同生活是常规,人们自然会这么做,不用法律来规定。那么,请问,婚姻法规定的哪几条内容不是生活常规?婚姻家庭法就是要把绝大多数人对婚姻、家庭的期待、要求、追求变成法律条文、形成制度来引导、规范、约束人们!事实上,也有部分夫妻长期不在一起共同生活,而且是一方单方面决定,不是双方协商结果。

五、禁止相互结婚的亲属范围太小了

该草案规定“直系血亲和三代以内旁系血亲禁止结婚”。

这个禁婚亲范围,明显太小了点吧。禁止“三代以内旁系血亲结婚”,就是要禁止下列人员之间通婚:同胞兄弟姐妹之间;同父异母或者同母异父的兄弟姐妹之间;侄女与叔伯、侄子与姑姑;外甥女与舅舅、外甥与姨、姨妈;堂兄弟姐妹之间;表兄弟姐妹(姨表+舅表)之间。换言之,四代旁系

血亲,就可以相互通婚的。同时,草案没有禁止直系姻亲结婚,曾经的岳母是可以与原女婿结婚。从优生学和伦理学考虑,禁婚亲范围有必要适度扩大。而且,“代”来表示亲属之间关系,不够精确,因为“代”的计算是单边的,而不是两边计算结果相加。

建议规定“禁止四亲等旁血亲相互结婚;禁止直系姻亲相互结婚”。随着人们观念开放开明,结婚当事人之间的年龄差显著拉大了,男女相差20岁、25岁已不算大了,双方相差30岁、40岁也已稀松平常了,甚至还有超过50岁年龄差的夫妻,所谓“只要有爱,年龄不是问题!”也有的人,为了利益,今天是公公与儿媳或者岳母与女婿关系,明天可以通过离婚解除婚姻,原来的直系姻亲之间缔结婚姻;或者是在夫妻一方死亡/失踪之后,原来的公公与儿媳、原来的岳母与女婿相互结婚。在工商业社会,要守住人伦关系的底线,立法应当有所作为。

常委会委员审议民法典婚姻家庭编草案时建议 继续完善有关结婚的规定

2019-07-02 法制网 稿件来源:法制日报人大视窗 本报记者 朱宁宁

<http://epaper.legaldaily.com.cn/fzrb/content/20190702/Article107004GN.htm?from=singlemessage>

法律是成文的道德,道德是内心的法律。在整个民法体系中,婚姻家庭编被视为最具道德属性、民族特性和人文关怀的部分。婚姻中,感情和道德是重要基础,法律则是重要保障。

婚姻家庭关系到每个人的情感和权益,婚姻家庭法律制度体现的是一个国家的婚姻家庭观。好的开始是成功的一半。一个婚姻如何开始,往往会为今后的生活带来深远的影响。

近日,十三届全国人大常委会第十一次会议对民法典婚姻家庭编草案进行了分组审议。审议中,

委员们对如何进一步完善有关结婚的相关规定提出了多方面意见建议。

明确界定“重大疾病”

草案二审稿第八百三十条规定,一方患有重大疾病的,应当在结婚登记前如实告知另一方;不如实告知的,另外一方可以向婚姻登记机关或者人民法院请求撤销该婚姻。撤销婚姻的请求,应当自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内提出。对此,一些委员认为应对这一条款再进一步完善。

“这里的‘严重疾病’”含义不清,比如先天性心脏疾病,严重不严重很难说,可能一生没什么事,也可能变得很严重,像这类疾病都要在结婚前说得一清二楚不现实。”陈斯喜委员建议修改为“一方患有不宜结婚疾病的,应当在结婚登记前如实告知另一方”。

王砚蒙委员建议对“重大疾病”有个界定,否则在现实生活中难以把握。比如,携带艾滋病毒是不是重大疾病,不能生育是不是重大疾病?

“告知到什么程度?具体到什么细节?法律上要有一些范围的规定。”李晓东委员说,特别是精神方面的疾病,据了解还是很多的,究竟哪些属于应当告知的范畴,建议明确。

吕薇委员也建议对“重大疾病”作说明,即究竟是什么样的重大疾病要告诉而且会影响婚姻,因为离婚的时候也有关于重大疾病允许离婚的规定。

设置婚姻公告期制度

草案第八百二十六条规定,要求结婚的男女双方应当亲自到婚姻登记机关申请结婚登记。符合本法规定的,予以登记,发给结婚证。完成结婚登记,即确立婚姻关系。未办理结婚登记的,应当补办登记。

对此,田红旗委员建议增加一款内容:“自结婚登记机关收到结婚登记申请之日起三十天内,任何一方不愿意结婚的,可以向婚姻登记机关撤回结婚登记申请。”并规定婚姻登记在民政局相应网站上予以公告的规定。

他给出了几个理由:首先,与离婚缓冲期制度形成体系对应。结婚与离婚是婚姻法调整的主要对象,草案增加离婚申请的缓冲期,认可婚姻关系基于特定身份和情感的因素,具有重大进步。规定结婚登记的缓冲期,有利于婚姻法的体系性。其次,从法理而言,身份登记规则制度具有伦理性,我国婚姻家庭法应当为身份生效或解除登记规则设置一定的公告期,期间届满则登记生效。再次,具有重大实践意义。设置婚姻公告期制度,有利于增加婚

姻神圣性,避免“早上结婚,下午离婚”情形出现,也有利于避免重婚等情形。

“婚姻的本质属性是社会性。通过公告婚姻,让第三人知晓婚姻,提出异议,可以排除婚姻瑕疵。而且从比较法视角出发,大部分国家设置公告期的制度。”田红旗举例说,法国民法典就明确指出结婚应当公告,公告期届满后,无人提出异议的婚姻关系才生效。英国、美国的法律规范中也有结婚公告制度。

建议恢复婚检制度

审议中,与会人员呼吁恢复婚检制度。

“为了中华民族健康、永续的发展,公民应该去婚检而且由国家财政来保障,并保护好隐私。恢复婚检制度,既有利于下一代素质,有利于家庭和谐稳定,也有利于民族健康。无论是对个体、对家庭还是对社会和谐稳定、对中华民族健康永续发展,都应该有婚检制度。”庞丽娟委员指出,目前实践中出现三个事实,一是自从取消婚检以后,孩子先天性残疾的比例增加,而先天性残疾是不可逆的,带来了家庭的痛苦,很大的社会负担;二是如果在婚检时查出来一些情况,就可以非常简单地避免婚后出现一些问题。比如,男女双方是AB型血型,就容易产生新生儿AB型溶血。如果事先查出来了,吃两周药就可以避免出现很大问题。但因为婚检取消了,双方事先不知道,结果生的孩子出现AB型溶血,情况就严重了,有时可能危及生命。三是如果有婚检,家族遗传病就可以事先发现,避免有意隐瞒,带来后续家庭的痛苦。“当然,如果双方想好了自愿结婚,不生孩子,那也可以结婚。”

罗毅委员也建议在草案第二章适当的位置增加“婚前检查”内容。“随着我国人口老龄化程度加深、生育率下降,在这种时代背景下,从保证优生优育的角度出发,增加婚前检查的规定是必要的。”

补充涉外婚姻内容

随着中外人文交流交往的快速发展,涉外婚姻

家庭激增,同时涉外婚姻问题日益突出。审议中,多位委员建议在民法典婚姻家庭编中,尽快建立健全涉外婚姻相关法律制度。

刘海星委员指出,目前社会生活中涉外婚姻情况愈发普遍,这其中既有按照我国法律和他国法律合法结婚的情形,也有所谓的“外籍新娘”等非法或者灰色地带,虽然可以依据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》对涉外婚姻予以明确,但是作为专门规定婚姻家庭关系的基础性法律,建议草案对此类情况作出原则性规定,在一般规定部分

对涉外婚姻的情况有所体现。

“涉外婚姻纠纷问题产生原因很复杂,涉外婚姻的复杂性、敏感性、特殊性不容忽视,处理不当可能给我国与一些国家双边关系和国家形象带来消极影响,同时婚姻诈骗中受害的我国公民频频上访维权,导致国内维稳压力上升。”齐玉委员指出,目前我国缺少管理涉外婚姻的法律规定。为依法依规做好有关工作,建议在制定婚姻家庭编之外,同时就涉外婚姻有关突出问题抓紧研究,尽快出台与婚姻家庭编相配套的法律制度。

民法典婚姻家庭编草案二次审议中的重大“建议”与“亮点”汇总

原创: 2019-07-02 走近民法典 据资料整理

<https://mp.weixin.qq.com/s/qdUtMMK0heYR9qSpfjpcjw>

6月26日,十三届全国人大常委会第十一次会议对民法典婚姻家庭编草案二审稿进行分组审议,与会人员对草案提出了多方面的完善意见,现将本次审议中涉及的“亮点”内容与审议中的重大建议梳理汇总如下:

1. 建议降低男女法定结婚年龄

1950年新中国第一部婚姻法中规定男女婚龄均为20周岁。1980年婚姻法将法定婚龄提高到男22周岁、女20周岁。二审稿维持了现行婚姻法婚龄的规定。

但在二次审议中,有常委会委员建议降低法定婚龄,改为男18周岁、女18周岁。

2. 建议明确界定婚姻登记中的“重大疾病”

草案二审稿第八百三十条规定,一方患有重大疾病的,应当在结婚登记前如实告知另一方;不如实告知的,另外一方可以向婚姻登记机关或者人民法院请求撤销该婚姻。撤销婚姻的请求,应当自知或者应当知道撤销事由之日起一年内提出。

对此,一些委员认为“**重大疾病**”的含义不清,比如先天性心脏疾病,严重不严重很难说,可能一生没什么事,也可能变得很严重,像这类疾病都要在结婚前说得一清二楚不现实。据此,有委员建议修改为“一方患有不宜结婚疾病的,应当在结婚登记前如实告知另一方”。“告知到什么程度?具体到什么细节?法律上要有一些范围的规定。”也有委员认为哪些属于**应当告知的范畴**,应予明确。

3. 建议设置婚姻公告期制度

草案第八百二十六条规定,要求结婚的男女双方应当亲自到婚姻登记机关申请结婚登记。符合本法规定的,予以登记,发给结婚证。完成结婚登记,即确立婚姻关系。未办理结婚登记的,应当补办登记。

二次审议中,有委员建议增加一款内容:“自结婚登记机关收到结婚登记申请之日起三十天内,任何一方不愿意结婚的,可以向婚姻登记机关**撤回结婚登记申请**。”并增加“婚姻登记在民政局相应网站上予以公告”的规定。

4. 建议恢复婚检制度

二次审议中,有部分委员建议**恢复婚检制度**。有委员认为,随着我国人口老龄化程度加深、生育率下降,在这种时代背景下,从保证优生优育的角度出发,增加婚前检查的规定是必要的。为了中华民族健康、永续的发展,公民应该去婚检而且由国家财政来保障,并保护好隐私。恢复婚检制度,既有利于下一代素质,有利于家庭和谐稳定,也有利于民族健康。无论是对个体、对家庭还是对社会和谐稳定、对中华民族健康永续发展,都应该有婚检制度。

5. 建议补充涉外婚姻内容

随着中外人文交流交往的快速发展,涉外婚姻家庭激增,同时涉外婚姻问题日益突出。二次审议中,有委员指出,目前社会生活中涉外婚姻情况愈发普遍,这其中既有按照我国法律和他国法律合法结婚的情形,也有所谓的“**外籍新娘**”等非法或者灰色地带,虽然可以依据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》对涉外婚姻予以明确,但是作为专门规定婚姻家庭关系的基础性法律,建议草案对此类情况作出原则性规定,在一般规定部分对涉外婚姻的情况有所体现。

6. 建议设专章强化完善监护制度

2016 年的抽样调查显示,我国失能、半失能老年人大概有 4063 万人,占老年人人口的 18.3%,对失能老人采用一般的委托代理制度难以满足需要。

基于此,多位与会委员建议在婚姻家事编增设监护专章,尤其是要增加对**失能老人的监护**规定。

7. 建议增加收养后评估监管规定

二次审议中,有委员建议建立收养后评估机制和纠错机制,发现不利于被收养人健康成长的情形时,帮助收养人解除收养关系,同时处理好事后监管与保守收养秘密的关系。

在加强管理的同时,有委员还建议适当**放宽年龄差距的限制**:“现在独身者,自己选择独身或者离异的人越来越多,教育水平提高、教育年限延长了,如果要求差 40 岁以上,就意味着到退休只剩下 20 年了,收养的孩子可能退休的时候他还没有完成应该完成的教育,65 岁了孩子才 20 几岁,大学还没有毕业。收养年龄当然是很重要的条件,但不一定非要强调年龄相差 40 岁”。

8. 明确夫妻共同债务范围

对于夫妻共同债务,2018 年 1 月,最高人民法院根据各方面意见出台了《关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》。有意见提出,该司法解释的规定比较妥当,建议草案加以吸收,明确夫妻共同债务的范围。

草案二审稿采纳了这一意见,在二审稿第三章第一节“**夫妻关系**”中增加一条,规定:夫妻双方共同签字或者夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的债务,以及夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务,属于夫妻共同债务;夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务,不属于夫妻共同债务,但是债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。

9. 提高亲子关系之诉门槛

草案一审稿规定,对亲子关系有异议的,父、母或者成年子女可以向人民法院提起诉讼,请求确认或者否认亲子关系。但有意见建议进一步提高此类诉讼的门槛,明确当事人需要有正当理由才能提起,以更好地维护家庭关系和亲子关系的和谐稳定。还有意见提出,允许成年子女提起亲子关系否认之诉,可能会导致其逃避对父母的赡养义务,建议对成年子女提起此种诉讼予以限制。

草案二审稿采纳了上述意见,提高了此类诉讼的门槛,明确当事人需要有“**正当理由**”才能提

起诉讼,同时对成年子女提起亲子关系否认之诉予以限制。

10. 限定隔代探望权范围

受传统文化影响,“隔辈亲”现象十分常见。为此,草案一审稿中规定,父母离婚后,祖父母、外祖父母探望孙子女、外孙子女的,参照适用父母探望子女的有关规定。但有意见提出,为保障未成年人和直接抚养子女一方生活的稳定,隔代探望权的范围不宜规定过大。通常情况下,祖父母、外祖父母可以随同孙子女、外孙子女的父一方探望孙子女、外孙子女,只有在特殊情况下,才有必要赋予其单独的探望权。

据此,草案二审稿修改为:祖父母、外祖父母探

望孙子女、外孙子女,如果其尽了抚养义务或者孙子女、外孙子女的父一方死亡的,可以参照适用父母离婚后探望子女的有关规定。

11. 明确收养人需无相关犯罪记录

随着不少家庭或个人领养孩子的愿望逐年升高,被收养儿童的身心健康和权益如何得到有效保护,亟需法律给出答案。为保障被收养人的健康成长,民法典婚姻家庭编草案对收养人资格进行了有针对性的明确。草案一审稿曾作出规定,收养人必须同时具备无子女或者只有一名子女等四项条件。

草案二审稿在此基础上进一步增加规定,收养人应当无不利于被收养人健康成长的违法犯罪记录。

完善民法典婚姻家庭编保障特定群体人权

2019-07-02 来源 | 中国妇女报·中国女网 作者 | 王春霞

http://weixing.cnwomen.com.cn/share/news/detail_index.html?contentType=5&contentId=175333&cId=0

中国妇女报·中国女网记者 王春霞 发自北京 特定群体人权视域下的民法典婚姻家庭编立法完善研讨会6月30日在北京召开。研讨会由中国政法大学人权研究院主办,中国政法大学人权研究院特定群体人权研究团队承办。

特定群体主要包括妇女、老年人、未成年人、残障人士。这次研讨会将家庭关系与特定群体人权保障相结合加以讨论,体现了婚姻家庭立法的独特价值。会议确定了四个具体议题,即婚姻家庭编的基本原则如何体现对特定群体权利的保护,离婚救济制度、亲子制度、监护制度如何保护特定群体权利。围绕这些议题,婚姻家庭法、民法、国际人权法等领域的专家、学者、实务工作者,从不同角度深入研讨。

与会者认为,从“弱势群体”到“特定群体”,这一称呼的变化,体现了对他们主体地位的尊重。目前,婚姻家庭编立法偏重于解决司法实践中的问题,在立法的系统性、完整性等方面亟待加强和完善。民法典婚姻家庭编草案应关注我国家庭的现状,借鉴国际经验,落实宪法原则,实现男女实质平等,体现未成年人利益最大化原则,在解决突出问题的同时注重完善相关制度,如建立亲子关系推定制度、监护监督制度等,将立法的核心理念贯穿始终,在家庭自治和法律介入婚姻家庭之间把握好边界,体现对特定群体权益的保障,使婚姻家庭编立法具有前瞻性。

编辑:刘丽君

结婚被负债？净身出户？听大咖从立法、理论和实务角度分析

2019-07-03 朝酒晚茶 王梦新 王家汇

<https://mp.weixin.qq.com/s/IQKD7G2lWCgbieelA7qsfg>



6月22日，由中国法学会婚姻法学研究会、河北政法职业学院、河北省法学会民商法学研究会主办、江苏省律师协会婚姻家庭法律业务委员会、河北省律师协会婚姻与家庭法律专业委员会、扬州大学法学院婚姻家庭法律诊所协办的“2019年民法典编纂视野下夫妻财产关系理论与实务前沿研讨会”在河北省石家庄市圆满落下帷幕。

研讨会以“民法典编纂视野下夫妻财产关系理论与实务前沿”为主题，来自全国各地的专家学者、法官、律师、妇联干部等100余人共同就会议主题当中涉及的15个热点、难点问题进行了深入研讨。

15个议题分别是——

夫妻共同债务认定与处理；房产性质界定与分割；虚拟财产性质的界定与处理；夫妻继承问题研究；夫妻间财产赠与问题；夫妻共同遗嘱效力问题；股权性质界定与处理；财产分割时，如何关照弱者与未成年子女利益；夫妻财产制度研究；共同财产与个人财产法律界定与适用；一方有过错离婚案件认定及财产处理原则；家事审判视角下夫妻财产问题研究；夫妻财产约定、离婚财产协议效力问题研究；新时代背景下家族财富管理与传承；涉外夫妻财产关系法律适用问题研究。

整场会议均采用“主旨发言+交流与培训+自由探讨”的模式，紧密结合我国当前的民法典编纂视野下夫妻财产关系理论与实务前沿问题进行研讨。

全国人大常委会法制工作委员会民法室原副主任、巡视员、中国法学会婚姻法学研究会顾问、中国民法典婚姻家庭编立法专家扈纪华指出，本次研讨会具有重要的意义，会议议题相关的制度设计对民法典婚姻家庭编的制定及实际问题的解决具有很强的引导性。

河北政法职业学院党委委员、副院长、教授、河北省法学会民商法学研究会会长刘莲花到会致辞。



1 婚姻不保险了，保险还保险吗？——基于法理与实务的考量

会议针对夫妻财产制度开展了专题讨论，由河北政法职业学院法律系主任王艳玲教授主持。

中国法学会婚姻法学研究会常务理事，中国立法学会研究会理事、中国民法典婚姻家庭编立法专家、辽宁师范大学法学院院长丁慧教授作“我国夫妻财产制度的反思——基于部门法理的视角”的主旨发言。丁慧指出：部门法理的概念由张文显教授提出，民法典婚姻家庭编的编纂应基于部门法理的视角，不是一个部门的问题，人人都在婚姻家庭中。

上海瀛泰律师事务所谷金铭律师基于实务视

野作“婚姻不保险了，保险还保险吗？”的交流和培训。

石家庄市中级法院籍利民庭长作“关于民间借贷案件中夫妻共同债务认定的情况分析”的交流和培训。

2 结婚被负债，现实中真情难寻——立法必须规范与有力

对于夫妻财产关系立法这一公众关注的问题也展开了专题讨论。

由首都经济贸易大学法学院国际商事争议解决研究中心张建主任主持。

扈纪华作“关于民法典婚姻家庭编与继承编（草案）相关问题的介绍”的主旨发言。扈纪华指出：夫妻互敬、敬老爱幼、家庭和睦是婚姻家庭的情感追求。一审稿提交后，收集社会各界的建议和意见，比如：婚姻家庭法理论界提出婚姻家庭受国家的保护和扶持、对计划生育不再保留提出反对意见、建议降低婚龄、建议细化婚姻无效制度、建议细化夫妻财产制度、完善离婚制度等。2019年6月，全国人大审议婚姻家庭编二审稿，在二审稿中增加相应的法律规定，完善相应的夫妻财产制度等。

河北经贸大学法学院田韶华教授作“共同财产制下夫妻债务的认定与清偿”的专题交流。

辽宁兴中律师事务所阚浩然律师作“离婚时未实缴出资的股权分割”的专题交流。

北京天驰君泰律师事务所陈贝贝律师作“夫妻房产赠与法律适用研究”的专题交流。

北京市隆安律师事务所合伙人刘辉律师主持本环节的自由交流探讨。

3 情感被掠夺、财产被隐藏——建构夫妻关系知情权路径

夫妻财产关系专题，由中国法学会婚姻法学研究会理事、河北经贸大学法学院硕士研究生导师田韶华教授主持。

中国法学会婚姻法学研究会常务理事、中国民

法典婚姻家庭编立法专家、江苏省律协婚姻家庭法律专业委员会主任、江苏省律协婚姻家庭法律专业委员会主任、北京隆安扬州律师事务所首席家事律师、家事法务中心负责人李秀华教授从理论与实务视角解读夫妻知情权，并就“夫妻共同财产知情权制度建构路径”作主旨发言。李秀华指出：因夫妻关系多元性、复杂性及特殊性，夫妻共同财产知情权面临严峻挑战。当夫妻共同财产知情权与隐私权发生冲突时，应该根据法律法规、公序良俗等原则协调。

江苏省律协婚姻家庭法律业务委员会副主任汪雯律师作“婚姻中单方放弃继承权的效力探讨”的专题交流。

河北政法职业学院法学系李学勤副教授作“财产型夫妻忠诚协议的法律效力”的专题交流。

河北邯郸中院庭长张曙辉就典型案例作专题交流。

4 结婚数年被净身出户——如何制定让人放心的规范化与人性化合一的婚姻家庭编？

会议还就家事法视角下夫妻财产关系进行了专题讨论，由河北政法职业学院法学系王彦副主任主持。

中国法学会婚姻法学研究会常务理事、中国民法典婚姻家庭编立法专家、西北政法大学张伟教授就“论居住权的构建——以家事法为视角”作主旨发言。张伟指出：物权编草案创新性的将居住权引入，并且在草案二审稿中予以具体化规定。然而居住权纠纷多发生在家事领域，将其立足于家事领域将会具有更大的立法价值与实际意义，但遗憾的是，在家事领域并未发现有关居住权的规定，物权编就居住权的规定未与家事领域进行衔接呼应。张伟认为在家事领域构建与物权编相呼应的居住权规定是很有必要的，其在解决家事领域离婚居住权纠纷、事实婚姻当事人权益和遗嘱继承自由等方面均有重要作用。

江苏维世德律师事务所刘海荣律师就“假离婚”

后,财产受损方请求法院重新分割夫妻共同财产问题”作专题交流。

石家庄市桥西区人民法院纪晨宇庭长就“关于夫妻共同债务的认定等问题的理解与处理”作专题交流。

北京盈科石家庄律师事务所律师杨荣艳就“家族财富管理法律架构与遗嘱规划”作专题交流。

李秀华表示,与会嘉宾们从多元视角出发,提出不同观点,使得会议取得了预期的效果。多视角的探讨有助于立法贴近中国现实,有助于优化立法理念,推进立法进程。

江苏省婚姻家庭法律业务委员会会副主任、江苏兆邦律师事务所主任马红君主持本环节的自由交流探讨。大家就疑难问题进行了热烈研讨。

闭幕式由中国法学会婚姻法学研究会理事、石家庄学院法学院吉朝珑教授主持。

张伟教授和王艳玲教授作闭幕词。

让生命影响生命,让爱影响爱!

特约编辑:李蓉蓉

民法典婚姻家庭编(草案二次审议稿)征求意见

2019-07-05 中国人大网

http://www.npc.gov.cn/npc/flcazqyj/2019-07/05/content_2090838.htm

第十三届全国人大常委会第十一次会议对《中华人民共和国民法典婚姻家庭编(草案二次审议稿)》进行了审议。现将《中华人民共和国民法典婚姻家庭编(草案二次审议稿)》在中国人大网公布,社会公众可以直接登录中国人大网(www.npc.gov.cn)提出意见,也可以将意见寄送全国人大常委会法制工作委员会(北京市西城区前门西大街1号,邮编:100805。信封上请注明民法典婚姻家庭编草案二次审议稿征求意见)。征求意见截止日期:2019年8月3日。

全国人民代表大会宪法和法律委员会关于《民法典婚姻家庭编(草案)》修改情况的汇报

2018年8月,常委会第五次会议对民法典各分编(草案)进行了初次审议。会后,法制工作委员会将草案印发地方人大、中央有关单位、法学教学研究机构及有关社会团体征求意见,并在中国人大网全文公布草案征求社会公众意见。根据党中央和常委会确定的民法典编纂工作计划和安排,在对民法典各分编(草案)整体进行初次审议后,将各

分编草案分拆为几个单元进行若干次审议和修改完善。2018年12月,常委会第七次会议对民法典合同编(草案)、侵权责任编(草案)进行了二审。2019年4月,常委会第十次会议对民法典物权编(草案)、人格权编(草案)进行了二审。经研究,建议本次常委会会议对民法典婚姻家庭编(草案)进行二审。法制工作委员会就民法典婚姻家庭编(草案)召开多个座谈会,听取中央有关部门和部分专家学者的意见,到吉林、黑龙江、广东、江苏、湖北等地进行调研,了解实际情况,听取意见。宪法和法律委员会于5月28日召开会议,根据常委会组成人员的审议意见和各方面意见,对草案进行了逐条审议,最高人民法院、最高人民检察院、司法部、中国社会科学院、中国法学会等参加民法典编纂工作的单位有关负责同志列席了会议。6月17日,宪法和法律委员会召开会议,再次进行了审议。现就民法典婚姻家庭编(草案)主要问题的修改情况汇报如下:

一、现行婚姻法没有具体规定婚姻关系存续期间有关夫妻共同债务的认定。2003年最高人民法

院曾出台婚姻法司法解释(二),其中第24条对此问题作了规定。2018年1月,最高人民法院根据各方面意见又出台了《关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》。有的常委委员和一些地方、部门、法学教学研究机构、社会公众提出,新司法解释的规定比较妥当,建议草案加以吸收,明确夫妻共同债务的范围。宪法和法律委员会经与有关方面认真研究,建议采纳这一意见,在草案第三章第一节“夫妻关系”中增加一条,规定:夫妻双方共同签字或者夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的债务,以及夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务,属于夫妻共同债务;夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务,不属于夫妻共同债务,但是债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。(草案二次审议稿第八百四十条之一)

二、草案第八百五十条规定,对亲子关系有异议的,父、母或者成年子女可以向人民法院提起诉讼,请求确认或者否认亲子关系。有的地方、专家学者和社会公众提出,亲子关系问题涉及家庭稳定和未成年人的保护,作为民事基本法律,草案对此类诉讼进行规范是必要的。同时,建议进一步提高此类诉讼的门槛,明确当事人需要有正当理由才能提起,以更好地维护家庭关系和亲子关系的和谐稳定。有的地方、部门和专家学者提出,允许成年子女提起亲子关系否认之诉,可能会导致其逃避对父母的赡养义务,建议对成年子女提起此种诉讼予以限制。宪法和法律委员会经研究,建议采纳上述意见,将这一条规定修改为:对亲子关系有异议且有正当理由的,父、母可以向人民法院提起诉讼,请求确认或者否认亲子关系;对亲子关系有异议且有正当理由的,成年子女可以向人民法院提起诉讼,请求确认亲子关系。(草案二次审议稿第八百五十条)

三、草案第八百六十四条规定,父母离婚后,

祖父母、外祖父母探望孙子女、外孙子女的,参照适用父母探望子女的有关规定。有的地方、法学教学研究机构和社会公众提出,为保障未成年人和直接抚养子女一方生活的稳定,隔代探望权的范围不宜规定过大。通常情况下,祖父母、外祖父母可以随同孙子女、外孙子女的父一方探望孙子女、外孙子女,只有在特殊情况下,如其对孙子女、外孙子女尽了抚养义务或者孙子女、外孙子女的父一方死亡的,才有必要赋予其单独的探望权。宪法和法律委员会经研究,建议采纳这一意见,将这一条规定修改为:祖父母、外祖父母探望孙子女、外孙子女,如果其尽了抚养义务或者孙子女、外孙子女的父一方死亡的,可以参照适用父母离婚后探望子女的有关规定。(草案二次审议稿第八百六十四条)

四、草案第八百七十七条规定了收养人应当具备的四项条件。有的常委会组成人员、地方、部门和社会公众提出,为保障被收养人的健康成长,建议增加规定收养人无不利于被收养人健康成长的违法犯罪记录这一条件。宪法和法律委员会经研究,建议采纳这一意见,在这一条规定中增加一项条件,收养人应当无不利于被收养人健康成长的违法犯罪记录。(草案二次审议稿第八百七十七条第四项)

五、草案第八百八十条规定,无配偶者收养异性子女的,收养人与被收养人的年龄应当相差四十周岁以上;草案第八百八十一条第二款还规定,配偶一方为无民事行为能力人或者被宣告失踪的,可以单方收养。有的专家学者提出,有配偶者单方收养异性子女,应当与无配偶者收养异性子女的要求一致,年龄也应当相差四十周岁以上,以利于保护被收养人的合法权益。宪法和法律委员会经研究,建议采纳这一意见,将草案第八百八十条与第八百八十一条的顺序对调,并修改为:无配偶者收养异性子女或者有配偶者依据前条规定单方收养异性子女的,收养人与被收养人的年龄应当相差四十周岁以上。(草案二次审议稿第八百八十一条之一)

此外,还对草案作了一些文字修改。

民法典婚姻家庭编（草案）

第一章 一般规定

第八百一十八条 本编调整因婚姻家庭产生的民事关系。

第八百一十九条 实行婚姻自由、一夫一妻、男女平等的婚姻制度。

保护妇女、未成年人和老年人的合法权益。

第八百二十条 禁止包办、买卖婚姻和其他干涉婚姻自由的行为。禁止借婚姻索取财物。

禁止重婚。禁止有配偶者与他人同居。

禁止家庭暴力。禁止家庭成员间的虐待和遗弃。

第八百二十一条 夫妻应当互相忠实，互相尊重；家庭成员间应当敬老爱幼，互相帮助，维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系。

第八百二十一条之一 收养应当有利于被收养人的健康成长，保障被收养人和收养人的合法权益。

禁止借收养名义买卖未成年人。

第八百二十二条 亲属包括配偶、血亲和姻亲。

配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女为近亲属。

共同生活的公婆、岳父母、儿媳、女婿，视为近亲属。

配偶、父母、子女和其他共同生活的近亲属为家庭成员。

第二章 结婚

第八百二十三条 结婚应当男女双方完全自愿，禁止任何一方对另一方加以强迫或者任何组织、个人加以干涉。

第八百二十四条 结婚年龄，男不得早于二十二周岁，女不得早于二十周岁。

第八百二十五条 直系血亲或者三代以内的旁系血亲禁止结婚。

第八百二十六条 要求结婚的男女双方应当亲自到婚姻登记机关申请结婚登记。符合本法规定

的，予以登记，发给结婚证。完成结婚登记，即确立婚姻关系。未办理结婚登记的，应当补办登记。

第八百二十六条 要求结婚的男女双方应当亲自到婚姻登记机关申请结婚登记。符合本法规定的，予以登记，发给结婚证。完成结婚登记，即确立婚姻关系。未办理结婚登记的，应当补办登记。

第八百二十八条 有下列情形之一的，婚姻无效：

（一）重婚的；

（二）有禁止结婚的亲属关系的；

（三）未到法定婚龄的；

（四）以伪造、变造、冒用证件等方式骗取结婚登记的。

第八百二十九条 因胁迫结婚的，受胁迫的一方可以向婚姻登记机关或者人民法院请求撤销该婚姻。撤销婚姻的请求，应当自胁迫行为终止之日起一年内提出。被非法限制人身自由的当事人请求撤销婚姻的，应当自恢复人身自由之日起一年内提出。

第八百三十条 一方患有重大疾病的，应当在结婚登记前如实告知另一方；不如实告知的，另一方可以向婚姻登记机关或者人民法院请求撤销该婚姻。

撤销婚姻的请求，应当自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内提出。

第八百三十一条 无效的或者被撤销的婚姻自始没有法律约束力，当事人不具有夫妻的权利和义务。同居期间所得的财产，由当事人协议处理；协议不成的，由人民法院根据照顾无过错方的原则判决。对重婚导致的无效婚姻的财产处理，不得侵害合法婚姻当事人的财产权益。当事人所生的子女，适用本法有关父母子女的规定。

第三章 家庭关系

第一节 夫妻关系

第八百三十二条 夫妻在婚姻家庭关系中地位平等。

第八百三十三条 夫妻双方都有各自使用自己姓名的权利。

第八百三十四条 夫妻双方都有参加生产、工作、学习和社会活动的自由,一方不得对另一方加以限制或者干涉。

第八百三十五条 夫妻双方平等享有对未成年子女抚养、教育和保护的權利,共同承担对未成年子女抚养、教育和保护的义务。

第八百三十六条 夫妻有相互扶养的义务。

需要扶养的一方,在另一方不履行扶养义务时,有要求其给付扶养费的权利。

第八百三十七条 夫妻一方因家庭日常生活需要而实施的民事法律行为,对夫妻双方发生法律效力,但是夫妻一方与相对人另有约定的除外。

夫妻之间对一方可以实施的民事法律行为范围的限制,不得对抗善意相对人。

第八百三十八条 夫妻有相互继承遗产的权利。

第八百三十九条 夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产,为夫妻的共同财产,归夫妻共同所有:

- (一) 工资、奖金和其他劳务报酬;
- (二) 生产、经营、投资的收益;
- (三) 知识产权的收益;
- (四) 继承或者受赠的财产,但是本法第八百四十条第三项规定的除外;

- (五) 其他应当归共同所有的财产。

夫妻对共同财产,有平等的处理权。

第八百四十条 下列财产为夫妻一方的个人财产:

- (一) 一方的婚前财产;
- (二) 一方因受到人身损害获得的赔偿和补偿;
- (三) 遗嘱或者赠与合同中确定只归夫或者妻一方的财产;
- (四) 一方专用的生活用品;
- (五) 其他应当归一方的财产。

第八百四十条之一 夫妻双方共同签字或者

夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的债务,以及夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务,属于夫妻共同债务。

夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务,不属于夫妻共同债务,但是债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。

第八百四十一条 男女双方可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或者部分各自所有、部分共同所有。约定应当采用书面形式。没有约定或者约定不明确的,适用本法第八百三十九条、第八百四十条的规定。夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定,对双方具有约束力。夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有,夫或者妻一方对外所负的债务,相对人知道该约定的,以夫或者妻一方的个人财产清偿。

第八百四十二条 婚姻关系存续期间,有下列情形之一的,夫妻一方可以向人民法院请求分割共同财产:(一) 一方有隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或者伪造夫妻共同债务等严重损害夫妻共同财产利益行为;(二) 一方负有法定扶养义务的人患重大疾病需要医治,另一方不同意支付相关医疗费用。

第二节 父母子女关系和其他近亲属关系

第八百四十三条 父母不履行抚养义务的,未成年子女或者不能独立生活的成年子女,有要求父母给付抚养费的权利。成年子女不履行赡养义务的,缺乏劳动能力或者生活困难的父母,有要求成年子女给付赡养费的权利。

第八百四十四条 父母有教育和保护未成年子女的权利和义务。未成年子女造成他人损害的,父母应当依法承担民事责任。

第八百四十五条 子女姓氏的选取,适用本法第七百九十四条的规定。

第八百四十六条 子女应当尊重父母的婚姻

权利,不得干涉父母离婚、再婚以及婚后的生活。子女对父母的赡养义务,不因父母的婚姻关系变化而终止。

第八百四十七条 父母和子女有相互继承遗产的权利。

第八百四十八条 非婚生子女享有与婚生子女同等的权利,任何组织、个人不得加以危害和歧视。不直接抚养非婚生子女的生父或者生母,应当负担未成年子女或者不能独立生活的成年子女的抚养费。

第八百四十九条 继父母与继子女间,不得虐待或者歧视。继父或者继母和受其抚养教育的继子女间的权利义务关系,适用本法关于父母子女关系的规定。

第八百五十条 对亲子关系有异议且有正当理由的,父、母可以向人民法院提起诉讼,请求确认或者否认亲子关系。对亲子关系有异议且有正当理由的,成年子女可以向人民法院提起诉讼,请求确认亲子关系。

第八百五十一条 有负担能力的祖父母、外祖父母,对于父母已经死亡或者父母无力抚养的未成年孙子女、外孙子女,有抚养的义务。有负担能力的孙子女、外孙子女,对于子女已经死亡或者子女无力赡养的祖父母、外祖父母,有赡养的义务。

第八百五十二条 有负担能力的兄、姐,对于父母已经死亡或者父母无力抚养的未成年弟、妹,有抚养的义务。由兄、姐抚养长大的有负担能力的弟、妹,对于缺乏劳动能力又缺乏生活来源的兄、姐,有抚养的义务。

第四章 离婚

第八百五十三条 男女双方自愿离婚的,准予离婚。双方应当订立书面离婚协议,并亲自到婚姻登记机关申请离婚登记。离婚协议应当载明双方自愿离婚的意思表示以及对子女抚养、财产及债务处理等事项协商一致的意见。

第八百五十四条 自婚姻登记机关收到离婚

登记申请之日起三十日内,任何一方不愿意离婚的,可以向婚姻登记机关撤回离婚登记申请。前款规定期间届满后三十日内,双方应当亲自到婚姻登记机关申请发给离婚证;未申请的,视为撤回离婚登记申请。

第八百五十五条 婚姻登记机关查明双方确实是自愿离婚,并已对子女抚养、财产及债务处理等事项协商一致时,予以登记,发给离婚证。

第八百五十六条 男女一方要求离婚的,可由有关部门进行调解或者直接向人民法院提起离婚诉讼。人民法院审理离婚案件,应当进行调解;如感情确已破裂,调解无效的,应当准予离婚。有下列情形之一的,调解无效的,应当准予离婚:(一)重婚或者与他人同居的;(二)实施家庭暴力或者虐待、遗弃家庭成员的;(三)有赌博、吸毒等恶习屡教不改的;(四)因感情不和分居满二年的;(五)其他导致夫妻感情破裂的情形。一方被宣告失踪,另一方提起离婚诉讼的,应当准予离婚。经人民法院判决不准离婚后,又分居满一年,一方再次提起离婚诉讼的,应当准予离婚。

第八百五十七条 完成离婚登记,或者离婚判决书、调解书生效,即解除婚姻关系。

第八百五十八条 现役军人的配偶要求离婚,应当征得军人同意,但是军人一方有重大过错的除外。

第八百五十九条 女方在怀孕期间、分娩后一年内或者中止妊娠后六个月内,男方不得提出离婚,但是女方提出离婚或者人民法院认为确有必要受理男方离婚请求的除外。

第八百六十条 离婚后,男女双方自愿恢复婚姻关系的,应当到婚姻登记机关重新进行结婚登记。

第八百六十一条 父母与子女间的关系,不因父母离婚而消除。离婚后,子女无论由父或者母直接抚养,仍是父母双方的子女。离婚后,父母对于子女仍有抚养、教育和保护的权利和义务。离婚后,不满两周岁的子女,以由母亲直接抚养为原则。已满两周岁的子女,父母双方因抚养问题发生争执不

能达成协议的，由人民法院根据双方的具体情况，按照最有利于未成年子女的原则判决。

第八百六十二条 离婚后，一方直接抚养的子女，另一方应当负担部分或者全部抚养费，负担费用的多少和期限的长短，由双方协议；协议不成的，由人民法院判决。前款规定的协议或者判决，不妨碍子女在必要时向父母任何一方提出超过协议或者判决原定数额的合理要求。

第八百六十三条 离婚后，不直接抚养子女的父或者母，有探望子女的权利，另一方有协助的义务。行使探望权利的方式、时间由当事人协议；协议不成的，由人民法院判决。父或者母探望子女，不利于子女身心健康的，由人民法院依法中止探望的权利；中止的事由消失后，应当恢复探望的权利。

第八百六十四条 祖父母、外祖父母探望孙子女、外孙子女，如果其尽了抚养义务或者孙子女、外孙子女的父母一方死亡的，可以参照适用前条规定。

第八百六十五条 离婚时，夫妻的共同财产由双方协议处理；协议不成的，由人民法院根据财产的具体情况，照顾子女、女方和无过错方权益的原则判决。夫或者妻在家庭土地承包经营中享有的权益等，应当依法予以保护。

第八百六十六条 夫妻一方因抚育子女、照料老年人、协助另一方工作等付出较多义务的，离婚时有权向另一方请求补偿，另一方应当予以补偿。具体办法由双方协议；协议不成的，由人民法院判决。

第八百六十七条 离婚时，夫妻共同债务，应当共同偿还。共同财产不足清偿或者财产归各自所有的，由双方协议清偿；协议不成的，由人民法院判决。

第八百六十八条 离婚时，如一方生活困难，有负担能力的另一方应当给予适当帮助。具体办法由双方协议；协议不成的，由人民法院判决。

第八百六十九条 有下列情形之一的，导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿：（一）重婚的；

（二）与他人同居的；（三）实施家庭暴力的；（四）虐待、遗弃家庭成员的；（五）有其他重大过错的。

第八百七十条 夫妻一方隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产，或者伪造夫妻共同债务企图侵占另一方财产的，在离婚分割夫妻共同财产时，对隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或者伪造夫妻共同债务的一方，可以少分或者不分。离婚后，另一方发现有上述行为的，可以向人民法院提起诉讼，请求再次分割夫妻共同财产。

第五章 收养

第一节 收养关系的成立

第八百七十一条 （移至第八百二十一条后并作修改）

第八百七十二条 下列未成年人，可以被收养：（一）丧失父母的孤儿；（二）查找不到生父母的未成年人；（三）生父母有特殊困难无力抚养的子女。

第八百七十三条 下列个人、组织可以作送养人：（一）孤儿的监护人；（二）儿童福利机构；（三）有特殊困难无力抚养子女的生父母。

第八百七十四条 未成年人的父母均不具备完全民事行为能力的，该未成年人的监护人不得将其送养，但是父母对该未成年人有严重危害可能的除外。

第八百七十五条 监护人送养孤儿的，应当征得有抚养义务的人同意。有抚养义务的人不同意送养、监护人不愿意继续履行监护职责的，应当依照本法总则编的规定另行确定监护人。

第八百七十六条 生父母送养子女，应当双方共同送养。生父母一方身份不明或者查找不到的，可以单方送养。

第八百七十七条 收养人应当同时具备下列条件：（一）无子女或者只有一名子女；（二）有抚养、教育和保护被收养人的能力；（三）未患有在医学上认为不应当收养子女的疾病；（四）无不利于被收养人健康成长的违法犯罪记录；（五）

年满三十周岁。

第八百七十八条 收养三代以内同辈旁系血亲的子女，可以不受本法第八百七十二条第三项、第八百七十三条第三项和第八百八十一条之一规定的限制。华侨收养三代以内同辈旁系血亲的子女，还可以不受本法第八百七十七条第一项规定的限制。

第八百七十九条 无子女的收养人可以收养两名子女；有一名子女的收养人只能收养一名子女。收养孤儿、残疾未成年人或者儿童福利机构抚养的查找不到生父母的未成年人，可以不受前款和本法第八百七十七条第一项规定的限制。

第八百八十条 （移至第八百八十一条后并作修改）

第八百八十一条 有配偶者收养子女，应当夫妻共同收养。配偶一方为无民事行为能力人或者被宣告失踪的，可以单方收养。

第八百八十一条之一 无配偶者收养异性子女或者有配偶者依据前条规定单方收养异性子女的，收养人与被收养人的年龄应当相差四十周岁以上。

第八百八十二条 继父或者继母经继子女的生父母同意，可以收养继子女，并可以不受本法第八百七十二条第三项、第八百七十三条第三项、第八百七十七条和第八百七十九条第一款规定的限制。

第八百八十三条 收养人收养与送养人送养，应当双方自愿。收养八周岁以上未成年人的，应当征得被收养人的同意。

第八百八十四条 收养应当向县级以上人民政府民政部门登记。收养关系自登记之日起成立。未办理收养登记的，应当补办登记。收养查找不到生父母的未成年人的，办理登记的民政部门应当在登记前予以公告。收养关系当事人愿意订立收养协议的，可以订立收养协议。收养关系当事人各方或者一方要求办理收养公证的，应当办理收养公证。

第八百八十五条 收养关系成立后，公安部门

应当依照国家有关规定为被收养人办理户口登记。

第八百八十六条 孤儿或者生父母无力抚养的子女，可以由生父母的亲属、朋友抚养；抚养人与被抚养人的关系不适用本章规定。

第八百八十七条 配偶一方死亡，另一方送养未成年子女的，死亡一方的父母有优先抚养的权利。

第八百八十八条 外国人依法可以在中华人民共和国收养子女。外国人在中华人民共和国收养子女，应当经其所在国主管机关依照该国法律审查同意。收养人应当提供由其所在国有权机构出具的有关其年龄、婚姻、职业、财产、健康、有无受过刑事处罚等状况的证明材料，该证明材料应当经其所在国外交机关或者外交机关授权的机构认证，并经中华人民共和国驻该国使领馆认证。该收养人应当与送养人订立书面协议，亲自向省级人民政府民政部门登记。

第八百八十九条 收养人、送养人要求保守收养秘密的，其他人应当尊重其意愿，不得泄露。

第二节 收养的效力

第八百九十条 自收养关系成立之日起，养父母与养子女间的权利义务关系，适用本法关于父母子女关系的规定；养子女与养父母的近亲属间的权利义务关系，适用本法关于子女与父母的近亲属关系的规定。养子女与生父母及其他近亲属间的权利义务关系，因收养关系的成立而消除。

第八百九十一条 养子女可以随养父或者养母的姓氏，经当事人协商一致，也可以保留原姓氏。

第八百九十二条 有本法总则编关于民事法律行为无效规定情形或者违反本编规定的收养行为无效。无效的收养行为自始没有法律约束力。

第三节 收养关系的解除

第八百九十三条 收养人在被收养人成年以前，不得解除收养关系，但是收养人、送养人双方协议解除的除外。养子女八周岁以上的，应当征得本人同意。收养人不履行抚养义务，有虐待、遗弃等侵害未成年养子女合法权益行为的，送养人有权

要求解除养父母与养子女间的收养关系。送养人、收养人不能达成解除收养关系协议的,可以向人民法院提起诉讼。

第八百九十四条 养父母与成年养子女关系恶化、无法共同生活的,可以协议解除收养关系。不能达成协议的,可以向人民法院提起诉讼。

第八百九十五条 当事人协议解除收养关系的,应当到民政部门办理解除收养关系登记。

第八百九十六条 收养关系解除后,养子女与养父母及其他近亲属间的权利义务关系即行消除,与生父母及其他近亲属间的权利义务关系自行恢

复。但是,成年养子女与生父母及其他近亲属间的权利义务关系是否恢复,可以协商确定。

第八百九十七条 收养关系解除后,经养父母抚养的成年养子女,对缺乏劳动能力又缺乏生活来源的养父母,应当给付生活费。因养子女成年后虐待、遗弃养父母而解除收养关系的,养父母可以要求养子女补偿收养期间支出的抚养费。生父母要求解除收养关系的,养父母可以要求生父母适当补偿收养期间支出的抚养费,但是因养父母虐待、遗弃养子女而解除收养关系的除外。

民法典继承编（草案二次审议稿）征求意见

2019-07-05 中国人大网

http://www.npc.gov.cn/npc/flcazqyj/2019-07/05/content_2090839.htm

第十三届全国人大常委会第十一次会议对《中华人民共和国民法典继承编（草案二次审议稿）》进行了审议。现将《中华人民共和国民法典继承编（草案二次审议稿）》在中国人大网公布,社会公众可以直接登录中国人大网(www.npc.gov.cn)提出意见,也可以将意见寄送全国人大常委会法制工作委员会(北京市西城区前门西大街1号,邮编:100805。信封上请注明民法典继承编草案二次审议稿征求意见)。征求意见截止日期:2019年8月3日。

全国人民代表大会宪法和法律委员会关于《民法典继承编（草案）》修改情况的汇报

2018年8月,常委会第五次会议对民法典各分编(草案)进行了初次审议。会后,法制工作委员会将草案印发地方人大、中央有关单位、法学教学研究机构及有关社会团体征求意见,并在中国人大网全文公布草案征求社会公众意见。根据党中央和常委会确定的民法典编纂工作计划和安排,在对民法典各分编(草案)整体进行初次审议后,将各

分编草案分拆为几个单元进行若干次审议和修改完善。2018年12月,常委会第七次会议对民法典合同编(草案)、侵权责任编(草案)进行了二审。2019年4月,常委会第十次会议对民法典物权编(草案)、人格权编(草案)进行了二审。经研究,建议本次常委会会议对民法典继承编(草案)进行二审。法制工作委员会就民法典继承编(草案)召开多个座谈会,听取中央有关部门和部分专家学者的意见,到云南、天津、湖北等地进行调研,了解实际情况,听取意见。宪法和法律委员会于5月28日召开会议,根据常委会组成人员的审议意见和各方面意见,对草案进行了逐条审议,最高人民法院、最高人民检察院、司法部、中国社会科学院、中国法学会等参加民法典编纂工作的单位有关负责同志列席了会议。6月17日,宪法和法律委员会召开会议,再次进行了审议。现就民法典继承编(草案)主要问题的修改情况汇报如下:

一、草案第九百零四条第二款规定,对继承人遗弃被继承人、伪造或者篡改遗嘱等行为,被继承

人表示宽恕或者事后在遗嘱中明确将其列为继承人的,该继承人不丧失继承权。有的地方、部门和法学教学研究机构提出,规定这一制度是必要的,但应当进一步严格限定条件,与最高人民法院有关司法解释相衔接,强调对确有悔改表现的继承人,才能予以宽恕。宪法和法律委员会经研究,建议采纳上述意见,规定继承人有遗弃被继承人、伪造或者篡改遗嘱等行为,确有悔改表现的,才能予以宽恕,不丧失继承权。(草案二次审议稿第九百零四条第二款)

二、有的部门、法学教学研究机构提出,在继承编中,属于法定继承人范围的父母、子女和兄弟姐妹的概念具有一定特殊性,应当单独进行界定,建议对现行继承法中的相关规定予以保留。宪法和法律委员会经研究,建议采纳这一意见,在草案第九百零六条中增加三款规定:“本编所称子女,包括婚生子女、非婚生子女、养子女和有扶养关系的继子女。”“本编所称父母,包括生父母、养父母和有扶养关系的继父母。”“本编所称兄弟姐妹,包括同父母的兄弟姐妹、同父异母或者同母异父的兄弟姐妹、养兄弟姐妹、有扶养关系的继兄弟姐妹。”(草案二次审议稿第九百零六条第三款至第五款)

三、草案第九百一十七条规定,遗嘱人危急情况下可以立口头遗嘱,危急情况解除后,遗嘱人能够用书面或者录音录像形式立遗嘱的,所立的口头遗嘱经过三个月无效。有的常委委员提出,三个月期限的起算点不明确,且口头遗嘱仅在危急情况下才适用,危急情况消除后,遗嘱人已能够用其他形式立遗嘱,所立口头遗嘱即应无效,不必规定三个月的期限。宪法和法律委员会经研究,建议采纳这一意见,删除上述规定中三个月期限的规定,修改为“所立的口头遗嘱无效”。(草案二次审议稿第九百一十七条)

四、草案第九百一十八条第二款规定,公证机构办理遗嘱公证,应当由两个以上公证员共同办理。

特殊情况下只能由一个公证员办理的,应当有一个以上见证人在场。有的地方、法学教学研究机构和社会公众提出,关于遗嘱公证的具体程序,司法部已经出台了相关细则,没有必要在民事基本法律中规定。宪法和法律委员会经研究,建议采纳这一意见,删除这一款。

五、草案第四章规定了遗产管理人制度。一些地方、法学教学研究机构认为,规定遗产管理人制度有助于妥善管理、顺利分割遗产,更好地保护相关当事人的利益,建议进一步完善这一制度,对没有继承人或者继承人均放弃继承的,增加规定村民委员会也可以担任遗产管理人,同时对遗产管理人的职责予以补充细化。宪法和法律委员会经研究,建议采纳这一意见,对草案作出如下修改:一是增加规定村民委员会担任遗产管理人,将草案第九百二十四条中的相关规定修改为:没有继承人或者继承人均放弃继承的,由被继承人生前住所地的民政部门或者村民委员会担任遗产管理人。二是在草案第九百二十六条中对遗产管理人的职责予以完善,增加规定遗产管理人应当向继承人报告遗产情况,采取必要措施防止遗产毁损,以及实施与管理遗产有关的其他必要行为等。(草案二次审议稿第九百二十四条、第九百二十六条)

此外,还对草案作了一些文字修改。

民法典继承编(草案)

第一章 一般规定

第八百九十八条 本编调整因继承产生的民事关系。

第八百九十九条 国家保护自然人的继承权。

第九百条 继承从被继承人死亡时开始。相互有继承关系的数人在同一事件中死亡,难以确定死亡时间的,推定没有其他继承人的人先死亡。都有其他继承人,辈份不同的,推定长辈先死亡;辈份相同的,推定同时死亡,相互不发生继承。

第九百零一条 遗产是自然人死亡时遗留的

个人合法财产,但是法律规定或者按照其性质不得继承的除外。

第九百零二条 继承开始后,按照法定继承办理;有遗嘱的,按照遗嘱继承或者遗赠办理;有遗赠扶养协议的,按照协议办理。

第九百零三条 继承开始后,继承人放弃继承的,应当在遗产处理前,作出放弃继承的表示。没有表示的,视为接受继承。受遗赠人应当在知道受遗赠后两个月内,作出接受或者放弃受遗赠的表示。到期没有表示的,视为放弃受遗赠。

第九百零四条 继承人有下列行为之一的,丧失继承权:(一)故意杀害被继承人的;(二)为争夺遗产而杀害其他继承人的;(三)遗弃被继承人的,或者虐待被继承人情节严重的;(四)伪造、篡改、隐匿或者销毁遗嘱,情节严重的;(五)以欺诈、胁迫手段迫使或者妨碍被继承人设立、变更或者撤回遗嘱,情节严重的。继承人有前款第三项至第五项行为,确有悔改表现,被继承人表示宽恕或者事后在遗嘱中将其列为继承人的,该继承人不丧失继承权。受遗赠人有本条第一款规定行为的,丧失受遗赠权。

第二章 法定继承

第九百零五条 继承权男女平等。

第九百零六条 遗产按照下列顺序继承:(一)第一顺序:配偶、子女、父母;(二)第二顺序:兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。继承开始后,由第一顺序继承人继承,第二顺序继承人不继承。没有第一顺序继承人继承的,由第二顺序继承人继承。本编所称子女,包括婚生子女、非婚生子女、养子女和有扶养关系的继子女。本编所称父母,包括生父母、养父母和有扶养关系的继父母。本编所称兄弟姐妹,包括同父母的兄弟姐妹、同父异母或者同母异父的兄弟姐妹、养兄弟姐妹、有扶养关系的继兄弟姐妹。

第九百零七条 被继承人的子女先于被继承人死亡的,由被继承人的子女的晚辈直系血亲代位

继承。被继承人的兄弟姐妹先于被继承人死亡的,由被继承人的兄弟姐妹的子女代位继承。代位继承人一般只能继承被代位继承人有权继承的遗产份额。

第九百零八条 丧偶儿媳对公婆,丧偶女婿对岳父母,尽了主要赡养义务的,作为第一顺序继承人。

第九百零九条 同一顺序继承人继承遗产的份额,一般应当均等。对生活有特殊困难的缺乏劳动能力的继承人,分配遗产时,应当予以照顾。对被继承人尽了主要扶养义务或者与被继承人共同生活的继承人,分配遗产时,可以多分。有扶养能力和有扶养条件的继承人,不尽扶养义务的,分配遗产时,应当不分或者少分。继承人协商同意的,也可以不均等。

第九百一十条 对继承人以外的依靠被继承人扶养的人,或者继承人以外的对被继承人扶养较多的人,可以分给适当的遗产。

第九百一十一条 继承人应当本着互谅互让、和睦团结的精神,协商处理继承问题。遗产分割的时间、办法和份额,由继承人协商确定。协商不成的,可以由人民调解委员会调解或者向人民法院提起诉讼。

第三章 遗嘱继承和遗赠

第九百一十二条 自然人可以依照本法规定立遗嘱处分个人财产,并可以指定遗嘱执行人。自然人可以立遗嘱将个人财产指定由法定继承人中的一人或者数人继承。自然人可以立遗嘱将个人财产赠给国家、集体或者法定继承人以外的人。

第九百一十三条 自书遗嘱由遗嘱人亲笔书写,签名,注明年、月、日。

第九百一十四条 代书遗嘱应当有两个以上见证人在场见证,由其中一人代书,并由遗嘱人、代书人和其他见证人签名,注明年、月、日。

第九百一十五条 打印遗嘱应当有两个以上见证人在场见证。遗嘱人和见证人应当在遗嘱每一

页签名,注明年、月、日。

第九百一十六条 以录音录像形式立的遗嘱,应当有两个以上见证人在场见证。遗嘱人和见证人应当在录音录像中记录其姓名或者肖像,以及年、月、日。

第九百一十七条 遗嘱人在危急情况下,可以立口头遗嘱。口头遗嘱应当有两个以上见证人在场见证。危急情况消除后,遗嘱人能够用书面或者录音录像形式立遗嘱的,所立的口头遗嘱无效。

第九百一十八条 公证遗嘱由遗嘱人经公证机构办理。

第九百一十九条 下列人员不能作为遗嘱见证人:(一)无民事行为能力人、限制民事行为能力人以及其他不具有见证能力的人;(二)继承人、受遗赠人;(三)与继承人、受遗赠人有利害关系的人。

第九百二十条 遗嘱应当为缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额。

第九百二十一条 遗嘱人可以撤回、变更自己所立的遗嘱。立遗嘱后,遗嘱人实施与遗嘱内容相反的民事法律行为的,视为对遗嘱相关内容的撤回。立有数份遗嘱,内容相抵触的,以最后的遗嘱为准。

第九百二十二条 无民事行为能力人或者限制民事行为能力人所立的遗嘱无效。遗嘱必须表示遗嘱人的真实意思,受欺诈、胁迫所立的遗嘱无效。伪造的遗嘱无效。遗嘱被篡改的,篡改的内容无效。

第九百二十三条 遗嘱继承或者遗赠附有义务的,继承人或者受遗赠人应当履行义务。没有正当理由不履行义务的,经利害关系人或者有关组织请求,人民法院可以取消其接受附义务部分遗产的权利。

第四章 遗产的处理

第九百二十四条 继承开始后,遗嘱执行人为遗产管理人;没有遗嘱执行人的,继承人应当及时推选遗产管理人;继承人未推选的,由继承人共同担任遗产管理人;没有继承人或者继承人均放弃继

承的,由被继承人生前住所地的民政部门或者村民委员会担任遗产管理人。

第九百二十五条 对遗产管理人的确定有争议的,利害关系人可以向人民法院申请指定遗产管理人。

第九百二十六条 遗产管理人应当履行下列职责:(一)清理遗产并制作遗产清单;(二)向继承人报告遗产情况;(三)采取必要措施防止遗产毁损;(四)处理被继承人的债权债务;(五)按照遗嘱或者依照法律规定分割遗产;(六)实施与管理遗产有关的其他必要行为。

第九百二十七条 遗产管理人应当依法履行职责,因故意或者重大过失造成继承人、受遗赠人、债权人损失的,应当承担民事责任。

第九百二十八条 遗产管理人可以依照法律规定或者按照约定获得报酬。

第九百二十九条 继承开始后,知道被继承人死亡的继承人应当及时通知其他继承人和遗嘱执行人。继承人中无人知道被继承人死亡或者知道被继承人死亡而不能通知的,由被继承人生前所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会负责通知。

第九百三十条 存有遗产的人,应当妥善保管遗产,任何人不得侵吞或者争抢。

第九百三十一条 继承开始后,继承人于遗产分割前死亡,并没有放弃继承的,该继承人应当继承的遗产转给其继承人;但是遗嘱另有安排的除外。

第九百三十二条 夫妻共同所有的财产,除有约定的以外,分割遗产的,应当先将共同所有的财产的一半分出为配偶所有,其余的为被继承人的遗产。遗产在家庭共有财产之中的,遗产分割时,应当先分出他人的财产。

第九百三十三条 有下列情形之一的,遗产中的有关部分按照法定继承办理:(一)遗嘱继承人放弃继承或者受遗赠人放弃受遗赠;(二)遗嘱继承人丧失继承权或者受遗赠人丧失受遗赠权;(三)遗嘱继承人、受遗赠人先于遗嘱人死亡或者终止;(四)遗嘱无效部分所涉及的遗产;(五)遗嘱未

处分的遗产。

第九百三十四条 遗产分割时,应当保留胎儿的继承份额。胎儿娩出时是死体的,保留的份额按照法定继承办理。

第九百三十五条 遗产分割应当有利于生产和生活需要,不损害遗产的效用。不宜分割的遗产,可以采取折价、适当补偿或者共有等方法处理。

第九百三十六条 夫妻一方死亡后另一方再婚的,有权处分所继承的财产,任何人不得干涉。

第九百三十七条 自然人可以与继承人以外的组织或者个人签订遗赠扶养协议。按照协议,该组织或者个人承担该自然人生养死葬的义务,享有受遗赠的权利。

第九百三十八条 遗产分割前,应当支付丧葬费、遗产管理费,清偿被继承人的债务,缴纳所欠税款。但是,应当为缺乏劳动能力又没有生活来源

的继承人保留适当的遗产。

第九百三十九条 无人继承又无人受遗赠的遗产,归国家所有,用于公益事业;死者生前是集体所有制组织成员的,归所在集体所有制组织所有。

第九百四十条 继承遗产应当清偿被继承人的债务、缴纳所欠税款,清偿债务、缴纳税款以所得遗产实际价值为限。超过遗产实际价值部分,继承人自愿偿还的不在其限。继承人放弃继承的,对被继承人的债务和所欠税款可以不负偿还责任。

第九百四十一条 执行遗赠不得妨碍清偿遗赠人的债务、缴纳所欠税款。

第九百四十二条 既有法定继承又有遗嘱继承、遗赠的,由法定继承人清偿被继承人的债务、缴纳所欠税款;超过法定继承遗产实际价值部分,由遗嘱继承人和受遗赠人按比例以所得遗产清偿。

全国人民代表大会宪法和法律委员会关于 《民法典继承编(草案)》修改情况的汇报

2019-07-06 中国民商法律网

<https://mp.weixin.qq.com/s/fLgFnWyxNQWUkMbZDcl0yQ>

2018年8月,常委会第五次会议对民法典各分编(草案)进行了初次审议。会后,法制工作委员会将草案印发地方人大、中央有关单位、法学教学研究机构及有关社会团体征求意见,并在人大网全文公布草案征求社会公众意见。根据党中央和常委会确定的民法典编纂工作计划和安排,在对民法典各分编(草案)整体进行初次审议后,将各分编草案分拆为几个单元进行若干次审议和修改完善。2018年12月,常委会第七次会议对民法典合同编(草案)、侵权责任编(草案)进行了二审。2019年4月,常委会第十次会议对民法典物权编(草案)、人格权编(草案)进行了二审。经研究,建议本次常委会会议对民法典继承编(草案)进行二审。法制工作委员会就民法典继承编(草案)召

开多个座谈会,听取中央有关部门和部分专家学者的意见,到云南、天津、湖北等地进行调研,了解实际情况,听取意见。宪法和法律委员会于5月28日召开会议,根据常委会组成人员的审议意见和各方面意见,对草案进行了逐条审议,最高人民法院、最高人民检察院、司法部、中国社会科学院、中国法学会等参加民法典编纂工作的单位有关负责同志列席了会议。6月17日,宪法和法律委员会召开会议,再次进行了审议。现就民法典继承编(草案)主要问题的修改情况汇报如下:

一、草案第九百零四条第二款规定,对继承人遗弃被继承人、伪造或者篡改遗嘱等行为,被继承人表示宽恕或者事后在遗嘱中明确将其列为

继承人的，该继承人不丧失继承权。有的地方、部门和法学教学研究机构提出，规定这一制度是必要的，但应当进一步严格限定条件，与最高人民法院有关司法解释相衔接，强调对确有悔改表现的继承人，才能予以宽恕。宪法和法律委员会经研究，建议采纳上述意见，规定继承人有遗弃被继承人、伪造或者篡改遗嘱等行为，确有悔改表现的，才能予以宽恕，不丧失继承权。（草案二次审议稿第九百零四条第二款）

二、有的部门、法学教学研究机构提出，在继承编中，属于法定继承人范围的父母、子女和兄弟姐妹的概念具有一定特殊性，应当单独进行界定，建议对现行继承法中的相关规定予以保留。宪法和法律委员会经研究，建议采纳这一意见，在草案第九百零六条中增加三款规定：“本编所称子女，包括婚生子女、非婚生子女、养子女和有扶养关系的继子女。”“本编所称父母，包括生父母、养父母和有扶养关系的继父母。”“本编所称兄弟姐妹，包括同父母的兄弟姐妹、同父异母或者同母异父的兄弟姐妹、养兄弟姐妹、有扶养关系的继兄弟姐妹。”（草案二次审议稿第九百零六条第三款至第五款）

三、草案第九百一十七条规定，遗嘱人危急情况下可以立口头遗嘱，危急情况解除后，遗嘱人能够用书面或者录音录像形式立遗嘱的，所立的口头遗嘱经过三个月无效。有的常委委员提出，三个月期限的起算点不明确，且口头遗嘱仅在危急情况下才适用，危急情况消除后，遗嘱人已能够用其他形式立遗嘱，所立口头遗嘱即应无效，不必规定三个月的期限。宪法和法律委员会经研究，建议采纳这一意见，删除上述规定中三个月期限的规定，

修改为“所立的口头遗嘱无效”。（草案二次审议稿第九百一十七条）

四、草案第九百一十八条第二款规定，公证机构办理遗嘱公证，应当由两个以上公证员共同办理。特殊情况下只能由一个公证员办理的，应当有一个以上见证人在场。有的地方、法学教学研究机构和社会公众提出，关于遗嘱公证的具体程序，司法部已经出台了相关细则，没有必要在民事基本法律中规定。宪法和法律委员会经研究，建议采纳这一意见，删除这一款。

五、草案第四章规定了遗产管理人制度。一些地方、法学教学研究机构认为，规定遗产管理人制度有助于妥善管理、顺利分割遗产，更好地保护相关当事人的利益，建议进一步完善这一制度，对没有继承人或者继承人均放弃继承的，增加规定村民委员会也可以担任遗产管理人，同时对遗产管理人的职责予以补充细化。宪法和法律委员会经研究，建议采纳这一意见，对草案作出如下修改：一是增加规定村民委员会担任遗产管理人，将草案第九百二十四条中的相关规定修改为：没有继承人或者继承人均放弃继承的，由被继承人生前住所地的民政部门或者村民委员会担任遗产管理人。二是在草案第九百二十六条中对遗产管理人的职责予以完善，增加规定遗产管理人应当向继承人报告遗产情况，采取必要措施防止遗产毁损，以及实施与管理遗产有关的其他必要行为等。（草案二次审议稿第九百二十四条、第九百二十六条）

此外，还对草案作了一些文字修改。

全国人民代表大会宪法和法律委员会关于 《民法典婚姻家庭编（草案）》修改情况的汇报

2019-07-07 中国民商法律网

https://mp.weixin.qq.com/s/W1XfUNon9MKXXq_WM1B_yA

2018年8月,常委会第五次会议对民法典各分编(草案)进行了初次审议。会后,法制工作委员会将草案印发地方人大、中央有关单位、法学教学研究机构及有关社会团体征求意见,并在人大网全文公布草案征求社会公众意见。根据党中央和常委会确定的民法典编纂工作计划和安排,在对民法典各分编(草案)整体进行初次审议后,将各分编草案分拆为几个单元进行若干次审议和修改完善。2018年12月,常委会第七次会议对民法典合同编(草案)、侵权责任编(草案)进行了二审。2019年4月,常委会第十次会议对民法典物权编(草案)、人格权编(草案)进行了二审。经研究,建议本次常委会会议对民法典婚姻家庭编(草案)进行二审。法制工作委员会就民法典婚姻家庭编(草案)召开多个座谈会,听取中央有关部门和部分专家学者的意见,到吉林、黑龙江、广东、江苏、湖北等地进行调研,了解实际情况,听取意见。宪法和法律委员会于5月28日召开会议,根据常委会组成人员的审议意见和各方面意见,对草案进行了逐条审议,最高人民法院、最高人民检察院、司法部、中国社会科学院、中国法学会等参加民法典编纂工作的单位有关负责同志列席了会议。6月17日,宪法和法律委员会召开会议,再次进行了审议。现就民法典婚姻家庭编(草案)主要问题的修改情况汇报如下:

一、现行婚姻法没有具体规定婚姻关系存续期间有关夫妻共同债务的认定。2003年最高人民法院曾出台婚姻法司法解释(二),其中第24条对此问题作了规定。2018年1月,最高人民法院根据各方面意见又出台了《关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》。有的常委委员和一些地方、部门、法学教学研究机构、社会公众提出,新司法解释的规定比较妥当,建议草案加以吸收,明确夫妻共同债务的范围。宪法和法律委员会经与有关方面认真研究,建议采纳这一意见,在草案第三章第一节“夫妻关系”中增加一条,规定:

夫妻双方共同签字或者夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的债务,以及夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务,属于夫妻共同债务;夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务,不属于夫妻共同债务,但是债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。(草案二次审议稿第八百四十条之一)

二、草案第八百五十条规定,对亲子关系有异议的,父、母或者成年子女可以向人民法院提起诉讼,请求确认或者否认亲子关系。有的地方、专家学者和社会公众提出,亲子关系问题涉及家庭稳定和未成年人的保护,作为民事基本法律,草案对此类诉讼进行规范是必要的。同时,建议进一步提高此类诉讼的门槛,明确当事人需要有正当理由才能提起,以更好地维护家庭关系和亲子关系的和谐稳定。有的地方、部门和专家学者提出,允许成年子女提起亲子关系否认之诉,可能会导致其逃避对父母的赡养义务,建议对成年子女提起此种诉讼予以限制。宪法和法律委员会经研究,建议采纳上述意见,将这一条规定修改为:对亲子关系有异议且有正当理由的,父、母可以向人民法院提起诉讼,请求确认或者否认亲子关系;对亲子关系有异议且有正当理由的,成年子女可以向人民法院提起诉讼,请求确认亲子关系。(草案二次审议稿第八百五十条)

三、草案第八百六十四条规定,父母离婚后,祖父母、外祖父母探望孙子女、外孙子女的,参照适用父母探望子女的有关规定。有的地方、法学教学研究机构和社会公众提出,为保障未成年人和直接抚养子女一方生活的稳定,隔代探望权的范围不宜规定过大。通常情况下,祖父母、外祖父母可以随同孙子女、外孙子女的父母一方探望孙子女、外孙子女,只有在特殊情况下,如其对孙子女、外孙子女尽了抚养义务或者孙子女、外孙子女的父母

一方死亡的,才有必要赋予其单独的探望权。宪法和法律委员会经研究,建议采纳这一意见,将这一条规定修改为:祖父母、外祖父母探望孙子女、外孙子女,如果其尽了抚养义务或者孙子女、外孙子女的父母一方死亡的,可以参照适用父母离婚后探望子女的有关规定。(草案二次审议稿第八百六十四条)

四、草案第八百七十七条规定了收养人应当具备的四项条件。有的常委会组成人员、地方、部门和社会公众提出,为保障被收养人的健康成长,建议增加规定收养人无不利于被收养人健康成长的违法犯罪记录这一条件。宪法和法律委员会经研究,建议采纳这一意见,在这一条规定中增加一项条件,收养人应当无不利于被收养人健康成长的违法犯罪记录。(草案二次审议稿第八百七十七条第四项)

五、草案第八百八十条规定,无配偶者收养异性子女的,收养人与被收养人的年龄应当相差四十周岁以上;草案第八百八十一条第二款还规定,配偶一方为无民事行为能力人或者被宣告失踪的,可以单方收养。有的专家学者提出,有配偶者单方收养异性子女,应当与无配偶者收养异性子女的要求一致,年龄也应当相差四十周岁以上,以利于保护被收养人的合法权益。宪法和法律委员会经研究,建议采纳这一意见,将草案第八百八十条与第八百八十一条的顺序对调,并修改为:无配偶者收养异性子女或者有配偶者依据前条规定单方收养异性子女的,收养人与被收养人的年龄应当相差四十周岁以上。(草案二次审议稿第八百八十一条之一)

此外,还对草案作了一些文字修改。

姑姑、舅舅就不是近亲属了? 全国人大常委会委员建议近亲属的范围宜从宽规定

原创: 2019-07-27 中国妇女报 王春霞

https://mp.weixin.qq.com/s/qn9sp3LFbaCvG3Eanw1Y_g

建议尽量扩大近亲属范围,鼓励社会中自然人之间的相互亲善、相互扶持,这是符合社会主义核心价值观的。

对撤销婚姻的追溯力要特别慎重。如果撤销前双方一起生活按同居处理,受害方或者无辜方会丧失很多权利,不利于保护无辜受害人。因此,建议跟无效婚姻区别对待,撤销婚姻不具追溯力。

亲子关系的确认应当包括亲子关系的推定、亲子关系的否认和认领制度。这三项制度是世界通行、最有效率的确定亲子关系的制度。

俗话说“娘舅亲,辈辈亲,砸断骨头连着筋”,

按照民法典婚姻家庭编草案二审稿的规定,姑姑、舅舅就不是近亲属了。法律上近亲属的范围和社会公众的感知存在差距。



无效婚姻、被撤销的婚姻,两者的效力是否应

作出区别规定？

…….

这些问题成为全国人大常委会会议日前分组审议民法典婚姻家庭编草案二审稿时关注的问题。

建议扩大近亲属的范围

民法典婚姻家庭编草案二审稿第822条对亲属、近亲属、视为近亲属以及家庭成员的范围作出了规定。第822条第二款规定，配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女为近亲属。

在全国人大常委会委员张伯军看来，我国法律关于亲属，尤其是近亲属问题没有统一规定。例如刑事诉讼法第108条规定近亲属的范围包括夫、妻、父、母、子、女以及同胞兄弟姐妹，这与婚姻家庭编草案规定的范围不一致。另外，有多部法律没有明确近亲属的范围，例如民事诉讼法、侵权责任法等，这容易导致权利主体与诉讼主体不一致的问题，也为司法实践带来了一些困扰。

■ 张伯军建议

统一明确近亲属范围，特别是民商事领域的近亲属范围，尤其考虑在特殊情况下是否可以将近亲属的范围扩大。

按照第822条第3款的规定，“共同生活的公婆、岳父母、儿媳、女婿，视为近亲属”。

全国人大常委会委员罗保铭说，如果不设“共同生活”这个前提条件，那么公婆、岳父母、儿媳、女婿也应该是近亲属。现在许多家庭都不是老少三代传统的大家庭一起生活，大部分都是小家庭自己单过，甚至是和老人“一碗汤”的距离。所以对近亲属的概念还是范围要从宽一点。

全国人大常委会委员王砚蒙说，关于近亲属规定的范围有点狭窄，在现实生活中有很多四世同

堂甚至五世同堂的家庭，按照这条规定，曾祖父母、外曾祖父母就被排除在近亲属范围之外。

这是否会和老百姓关于近亲属的观念违背？

全国人大常委会委员冯军说，民法典婚姻家庭编草案第822条第1款，亲属包括配偶、血亲和姻亲，建议对什么是配偶、什么是血亲、什么是姻亲有一个定义，不能认为这些概念大家都普遍认知，因为这是该编的基本法律术语，应该有明确界定。

按照我国现行法律规定，近亲属之间才有法定的权利义务。近亲属之外的亲属之间就没有法律承认的权利义务。

全国人大宪法和法律委员会委员、中国社会科学院学部委员孙宪忠说，第822条规定了法定亲属的范围，所谓范围就是界限、限制。世界上多数国家都承认亲属关系的广泛性、客观性，关于亲属关系的远近，规定亲等就可以了。等级不一样，权利义务也不一样，但都是亲属。

■ 孙宪忠建议

把亲属范围的法定限制取消，规定亲等，这是最好的办法，或者尽量地扩大近亲属范围，鼓励社会中自然人之间的相互亲善、相互扶持，这是符合社会主义核心价值观的。

无效婚姻和可撤销婚姻的效力应区别对待



按照草案第831条的规定,“无效的或者被撤销的婚姻自始没有法律约束力,当事人不具有夫妻的权利和义务。”

“即撤销婚姻的决定有追溯力。”全国人大常委会委员邓秀新说,对撤销婚姻的追溯力要特别慎重。如果撤销前双方一起生活按同居处理,受害方或者无辜方会丧失很多权利,不利于保护无辜受害人。因此,建议跟无效婚姻区别对待,撤销婚姻不具追溯力。国际上对于撤销的婚姻是不具追溯力的,只从撤销当日起有效,在这之前还是按照夫妻关系来处理他(她)们的财产和利益。

冯军附议邓秀新的观点,也建议对无效婚姻和可撤销婚姻作出区分,不要把两者在法律效果上写在一起。

冯军进一步解释,无效婚姻作为一个事实是需要确认的,不是谁主张无效就无效,无效婚姻的确认程序、无效婚姻的法律后果与可撤销婚姻的撤销程序和法律后果是不一样的,不宜一律简单地规定“自始没有法律约束力”,建议作出具体明确的区分。

草案第829条第一款规定“因胁迫结婚的,受胁迫的一方可以向婚姻登记机关或者人民法院请求撤销该婚姻”。

全国人大常委会委员杨志今认为,在这条规定中,将可撤销婚姻的申请主体仅仅规定为“受胁迫的一方”,还有一定的局限性。假如,受胁迫的一方在婚姻存续期间死亡,或者出现其他丧失民事行为能力的情况,其配偶可以作为第一顺位继承人或者监护人行使权利,侵占财产,这是不是法律的漏洞呢?

■ 杨志今建议

将这一条增加一款,“受胁迫的一方已死亡,或者丧失民事行为能力的情况下,其近亲属或者相关单位可以向人民法院请求撤销该婚姻,由人民法院判决。”

“建议删除婚姻登记机关可以撤销胁迫婚姻的内容,改由人民法院统一撤销受胁迫的婚姻。”

王砚蒙说,草案第829条的规定,在实践中会存在诸多弊端,还可能会导致婚姻登记机关行政权与司法权职能的混淆。

王砚蒙进一步解释,婚姻登记机关缺乏判断婚姻效力的职能,民政机关受其行政职能的限制,无法对胁迫婚姻的事实和效力作出判断,这导致民政机关撤销胁迫婚姻的规定是很难行得通的。

建议增设亲子关系的确认制度

草案第850条规定,对亲子关系有异议且有正当理由的,父、母可以向人民法院提起诉讼,请求确认或者否认亲子关系。对亲子关系有异议且有正当理由的,成年子女可以向人民法院提起诉讼,请求确认亲子关系。

“这一规定需要进一步完善,有相应证据,或者充分证据才可以提起诉讼。”北京第三中级人民法院民二庭副庭长黄海涛说,婚姻存续期间或前后合理时间所生子女应该推定为婚生子女,受到特别保护。有特殊情况,才能推翻这个推定,而且应设置较高的门槛。建议草案建立婚生子女的推定制度。对于亲子鉴定应当采取严格、限制的态度,明确亲子鉴定的启动条件。同时,在找到亲生父母与维护未成年人身心健康之间应寻找平衡点,保护未成年人最大利益。

中南财经政法大学副教授刘征峰告诉中国妇女报·中国女网记者,目前法律缺乏婚生推定制度,婚姻家庭编草案需要增加孕出者为母的规则,继而是婚生推定制度,即推定与孩子母亲存在婚姻关系的男子为孩子父亲,这有利于未成年人在稳定的环境中成长,对孩子和父亲都是一种保护。如果第三人对亲子关系提出异议,有正当理由到法院起诉,法院在作出判断时应优先考虑婚姻关系中父亲的意愿。血缘关系在亲子关系形成中并不具有绝对优先地位。

代孕、试管婴儿等人类辅助生殖问题中的亲子关系如何确定？刘征峰认为，在合法的条件下，应当重点考虑决定采用人类辅助生殖技术的男女双方是否同意。目前司法实践存在不同的认识。可以在充分研究和探索后，今后通过单行法的形式加以规范。



“人人皆为子女，亲子关系的确是父母子女之间权利义务责任的前提。”山东大学法学院教授、山东省婚姻法学研究会会长王丽萍告诉记者，从历史上看，亲子法的发展经历了家族本位、父母本位、子女本位的立法进程。我国民法典婚姻家庭编在亲子法律制度上应采取子女本位的立法主义。

在王丽萍看来，目前我国主要是通过户籍登记

制度这一行政手段确定父母子女关系。作为基本民事法律，民法典应填补这一空白，规定父母子女关系确认制度。

“关于亲子关系的确认应当包括亲子关系的推定、亲子关系的否认和认领制度。”王丽萍说，这三项制度是世界通行、最有效率的确定亲子关系的制度。首先应当推定和母亲有婚姻关系或同居关系的男子为孩子的父亲，在推定发生错误时，当事人可以提起否认之诉。否认应当有相关的证据并以提起诉讼的方式进行。同时，设立认领制度，孩子的亲生父母也可以主动认领自己的子女。需要注意的是，借助人工辅助生殖技术生育子女的，以同意采取此技术的男女为父母。

“这是兼顾血缘关系和抚养关系确定亲子关系的制度。”王丽萍说，目前草案中仍然采用“婚生子女”和“非婚生子女”的法律术语，将部分子女贴上“非婚生子女”的标签，不利于他们的健康成长。对婚姻关系应当加以特别保护，但是，并不意味着应将子女以父母是否存在婚姻关系为前提加以区分。婚生子女和非婚生子女应当统一称为亲生子女。

“夫妻债务”该怎么算？

——委员、专家等业内人士建议“共债共签”写入民法典还需广泛征求意见

2019-07-16 人民政协报 作者：本报记者 徐艳红

http://share.591adb.com/sharearticle/article/article_id/2623457/app_key/337439fef71af08fe85942ebd690e43f



焦点一：

“24条”和“24条新司法解释”各自有何利弊？

汤维建（全国政协委员、民革中央常委、中国人民大学法学院教授）：“24条”的弊端是会导致恶意诉讼。比如夫妻打拼多年，成功后其中一方起

诉离婚并试图恶意转移财产，找到第三人，写个虚假的1000万元欠条，这样，离婚时另一方就会背上500万元债务，这就是恶意诉讼。这也是实务中法官们对“24条”持反对意见的原因。

徐小飞（北京市延庆县人民法院法官）：“24条新司法解释”最大的亮点是明确了夫妻共同债务认定的举证责任制度，避免了司法实践中“同案不同判”现象的发生，有利于对社会指引和司法裁判的统一，平衡保护各方当事人的合法权益。

陈凯（中华遗嘱库管委会主任、律师）：“24条”太绝对化，仅以时间即夫妻关系存续期作为考量因素，这样容易导致不公平；但是2018年的“24条新司法解释”又过多地偏袒了债务人配偶的权利。比如，银行能够借钱给夫妻一方，不是看他一个人的偿债能力而是看整个家庭的。如果仅以个人承担民事责任能力作保障的话，则明显侵害了债权人可依赖的利益，可能导致银行直接拒绝借款。

王礼仁（中国婚姻法学会理事）：“24条新司法解释”的基本内容是确立了夫妻共同债务的认定标准和举证责任分配两大原则。夫妻共同债务的认定标准就是“用于家事需要和夫妻合意举债属于夫妻共同债务”，举证责任分配就是“债权人主张夫妻共同债务时承担举证责任”。这一规定的基本精神我是赞成的，但对日常家事借贷的“推定论”等具体内容，还是持有不同看法。

焦点二：

“共债共签”是确定夫妻共同债务的神丹妙药吗？

王礼仁：“共债共签”由“24条”受害者率先提出。它的基本含义是共同债务必须共同签字，没有共同签字的债务不能认定为共同债务。

我历来主张重大家庭事应当由夫妻共同决定，建议家事代理制度立法应当增加“重大家庭事务应当由夫妻共同决定”的内容。

但我不同意用“共债共签”代替夫妻共同债务的认定标准和举证责任。因为极其复杂的夫妻债

务，不可能用一个简单的“共债共签”即可解决。比如弱势妇女及其子女被遗弃或被虐待，男方不给生活费或医疗费，女方被迫单独借贷的生活费或医疗费数额巨大。这虽然不符合共同签字的“程序要件”，但举债人或债权人能够证明“用于家事需要”，则符合共同债务的“实质要件”，同样应当认定为共同债务。因而，对一方举债是否属于夫妻共同债务，没有必要纠缠是否共同签字，核心还是看是否“用于家事需要”，并由举债人或债权人承担举证责任。

只要确立了科学的夫妻共同债务认定标准，并由举债人或债权人承担举证责任，则足以防止虚假违法债务。相反，如果完全以共同签字作为判断是否共同债务的标准，则存在理论与实践的双重障碍。所以，我曾发文指出：共同签字并不是预防虚假违法夫妻债务的神丹妙药。

汤维建：“共债共签”对于债权人来说，为了减少后期的诉累，要求夫妻二人共同签字的防范措施是必要的；但是，其弊端也是显而易见的，“共债共签”降低了交易的效率及经济的活跃度，也降低了经济的活力。举例来说，如果夫妻一方在美国做生意，急需资金周转而向银行或个人借钱，夫妻另一方不在美国，该怎么办？一是飞过去？二是事后签字再寄过去？但是不管哪种方式，都会极大地影响效率，且增加了交易成本；再说，中间哪个环节出现问题，都可能导致借贷不成。

焦点三：

“夫妻一方以个人名义超出日常生活需要的借债，不属于夫妻共同债务”的规定为何受质疑？

朱广新（中国社会科学院法学研究所研究员、民法研究室副主任）：“24条新司法解释”目的是为了明确夫妻共同债务的认定，但实际上，施行以来受到了较多质疑，尤其第三条（第三条规定：“夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务，债权人以属于夫妻共同债务为由主张权利的，人民法院不予支持，但债权

人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外”）。

“24条新司法解释”确立的第三项规则，遭受的批评多一些。主要因为，一方面它把夫妻财产狭隘地理解为仅使夫妻一方获得增益而不能令其承受债务的积极财产，并使债权人可能承担过多的交易风险；另一方面它违背了共享收益、同担风险的共同关系准则，使夫妻一方只享受由婚姻共同生活产生的权利和利益，而不负担由此发生的义务和风险，这明显违背常理。

夫妻关系是一种紧密的共同生活的基础，婚姻共同生活既是维持夫妻关系的重要条件，也是夫妻关系的外在表现。在法律上意味着，婚姻共同生活一旦产生，夫妻之间即产生相互的权利和义务，该义务既表现为夫妻之间负有婚姻共同生活的义务，还体现为双方互相为对方承担责任。唯有如此，夫妻才能实现精神和心灵上的结合。

汤维建：从法学理论上来说，该条款违背了三个理论或原则：一是夫妻共同体原则。婚姻的本质是以爱为纽带和基础，夫妻二人是一个共同体，应当相互信任且可以相互代理。以假设不信任、相互防范为前提要求共同签字，就违背了婚姻的本质。第二个是夫妻共同财产制。夫妻财产是共同共有关系，共同财产是对共同债务的对外担保。第三个是权利义务一致原则。夫妻应当是可同富贵，也要共患难，不能说夫妻一方借钱做生意，赚钱了大家就一起享受，赔钱了另一方就不认，这样规定下的权利与义务是不对等的，会影响借贷，也会影响创业。从维护法的完整性及一致性角度来看，“24条新司法解释”第三条对夫妻共同债务的认定确实存在待商榷之处。其实，从婚姻法施行这么多年的情况来看，不否认有极少数的家庭存在恶意负债的情况，但绝大多数的家庭应该不会发生这样的事情。用例外当原则来施行这项规定，确实需要再斟酌。

陈凯：夫妻双方在法律上是个共同主体，当然具有连带责任，夫妻存续期间的家庭资产是对外承担连带责任的基础和前提。如果夫妻一方超出日常

生活需要借下的债务不是夫妻共同债务，那么个人超日常生活需要的收益是不是也可以不属于夫妻共同财产？

焦点四：

民法典应如何规范夫妻共同债务？

汤维建：民法典与司法解释毕竟不同，司法解释施行一段时间后觉得不合适，可以撤销、废止，但一旦进入法典就要求具有科学性和稳定性，因此写入民法典的条款应当是经得起实践检验的合理规定，需要有一定时间广泛征求意见和讨论。

应当适当减轻债权人的举证责任，举证责任由债务人配偶方举证为好，另外，可加大法官的自由裁量权。对恶意诉讼还可在刑法上加大处罚力度，增大刑法的威慑效应。

朱广新：规范夫妻共同债务必须转换法律思维，不能仅从债务承担尤其不能只从交易不利后果上，孤立或狭隘地对待夫妻债务问题。夫妻作为一种具有紧密精神结合的生活共同体，在对待家庭财产和事务上，《民法典婚姻家庭编（草案）》应尊重法理并以适当的立法技术表达该原则及其例外。

夫妻一方因家庭日常生活需要与他人实施民事法律行为，由此产生的权利和义务，可直接对夫妻另一方发生约束力（其中的义务即属于夫妻共同债务）；夫妻一方因家庭共同生活需要与他人实施其他民事法律行为的，经夫妻另一方同意或追认的，有效（其中的债务构成夫妻共同债务）。相对人可以催告夫妻另一方追认民事法律行为，另一方在一个月内未作表示的，视为拒绝追认。另一方追认之前，相对人可以撤销民事法律行为。

王礼仁：“24条新司法解释”全是从债权人角度来设计夫妻共同债务认定标准和举证责任，没有考虑到夫妻之间共同债务认定标准和举证责任。为了解决好夫妻债务内外的认定标准，协调好夫妻内部与外部的不同责任关系，需要为夫妻债务加上一个“平衡器”——即债权人善意之债。这样包括日常小额借贷中的非善意借贷（如赌博等恶意借债）

就可以排除在共同债务之外。

徐小飞：客观地讲，由于家庭关系所具有的隐蔽性和私密性，让债权人承担举证责任，证明债权的去向和使用情况，难免有些强人所难。为实现各方利益平衡，负债方配偶也应当提供相应证据证明家庭支出并非来源于借款或家庭财产并未因借款而增加，以及借款人主张的借款用途和去向不存在或不实等情况。

陈凯：只要是夫妻关系存续期间所形成的财产，就应该以家庭财产为限对债权人承担偿债责任。债权人需要关注的是当下债务人现有的家庭偿债能力，而不是债务人配偶未来的偿债能力。也就是说，配偶一方可以拿婚内共同财产承担责任，但离婚后就没有义务再承担这个债务了。

■ 新闻背景

夫妻债务“共债共签”原则拟写入民法典婚姻家庭编。6月25日，十三届全国人大常委会第十一次会议第二次审议《民法典婚姻家庭编(草案)》，二审稿新增了去年初最高法发布的《关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》(以下简称“24条新司法解释”)的相关内容，引起普遍关注。

“24条新司法解释”是针对2003年婚姻法司法解释(二)第24条(以下简称“24条”)而制定的。“24条”规定：“债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务，或者能够证明属于

婚姻法第十九条第三款(即夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有的，夫或妻一方对外所负的债务，第三人知道该约定的，以夫或妻一方所有的财产清偿)规定情形的除外。”

“24条”的规定旨在遏制“假离婚、真逃债”，破坏交易安全的问题，但经常被恶意利用，导致离婚后夫妻一方在不知情情况下“被负债”现象时有发生，引发社会巨大争议，还有不少人大代表、政协委员提交议案、提案呼吁修改“24条”。由此，2017年2月，最高法公布“补充规定”，强调虚假债务、非法债务不受法律保护；2018年1月，最高法发布“24条新司法解释”。“24条”离婚“被负债”漏洞被补上。

“24条新司法解释”用通俗的话可概括为：夫妻双方共同签字或者夫妻一方事后追认，基于夫妻双方共同意思表示所负的债务，夫妻双方都要还；夫妻一方以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务，夫妻双方都要还，如果一方不想还，就要证明债务并非用于家庭日常生活；超出家庭日常生活需要的大额债务，夫妻另一方可以不还，除非债权人能证明债务用于夫妻共同生活、共同生产经营等。

也就是说，债权人最好让借款的夫妻双方都在借条上签字(简称为“共债共签”)，否则日后可能面临麻烦。

但“共债共签”同样面临不小的争议，随着“24条新司法解释”有关内容拟写入民法典婚姻家庭编，法律界人士纷纷发表看法，提出不同的意见建议。

三、媒体典型案例

(一) 解除婚姻关系案例

古稀老人闹离婚，家事法官三问得结论

2019-07-16 人民法院报 邓琼

<https://mp.weixin.qq.com/s/87k1QdjEsIA3iq0l0mf0qA>

近日，天津市津南区人民法院受理了一起特殊的离婚纠纷，原、被告均是白发苍苍年近八十的老人，俩人虽是半路夫妻，但已共同生活了十五年。多年的感情为何让张大爷一纸诉状起诉到法院要求离婚呢？家事法官带着疑问开始了案件的调解。

“一问”

两位老人是憋气还是真想离婚？

承办法官朱晓辉拿到案卷后，第一时间与张大爷和李大娘取得联系，了解到双方均系再婚，再婚前双方均有两名子女且已成年。婚后双方经常争吵，多次闹离婚，但都在子女的劝说下和好。感情基础不稳固。



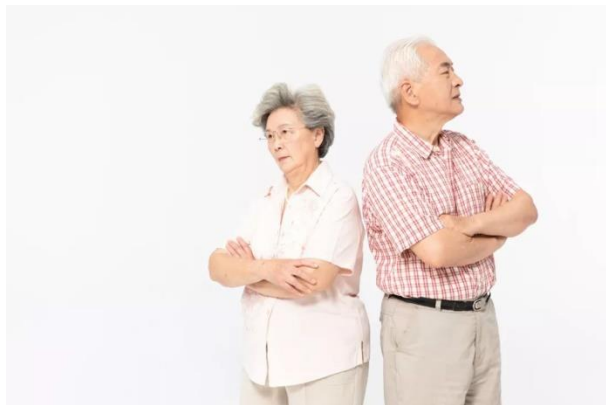
张大爷表示自两年前李大娘手臂受伤后，性格就变得异常古怪，无故发脾气，确实无法再继续生活。李大娘称也想离婚，这段婚姻让她离开儿子来

到天津，但是随着年龄的增大，她越来越想念东北老家的儿孙，尤其是看到张大爷的女儿时常陪伴张大爷。

“二问”

15年的感情是否有和好的可能？

虽然双方都同意离婚，但法官考虑双方年事已高，再婚后双方共同生活已十五年具有一定感情基础，因此希望通过调解使双方继续生活、相互扶持、共度晚年。于是朱晓辉将两位老人约至法院进行调解，但是俩人之间的矛盾似乎比法官想象的更大，都表示想法院判决离婚，不愿意调解。



面对两位老人消极的调解态度，朱法官决定变更为背对背的调解方式，分别与两位沟通，了解双方真实想法，并从感情、亲情、法理等不同角度有针对性地做两位老人的工作。

风风雨雨十五年，希望双方珍惜这段夫妻缘分，

互谅互让，共度余生。

同时也希望双方考虑周全，离婚后马上遇到的就是养老问题。

但是双方均表示离婚是双方深思熟虑的结果。

李大娘

行李都已经打包好，选择到法院离婚，是希望能彻底把这个事解决。

张大爷

法官，我知道你调解也是为我们好，但是我们都是半截身子入土的人，要还能继续生活，我们也不会来法院离婚。

“三问”

古稀老人离婚后养老怎么办？

看到老人坚决的态度，朱法官考虑再三决定再与双方子女联系，听取双方子女的意见，希望双方子女能给两位老人做和好工作。出乎意料，双方子女都表示尊重俩人意见，并且愿意承担各自父母今后养老责任。

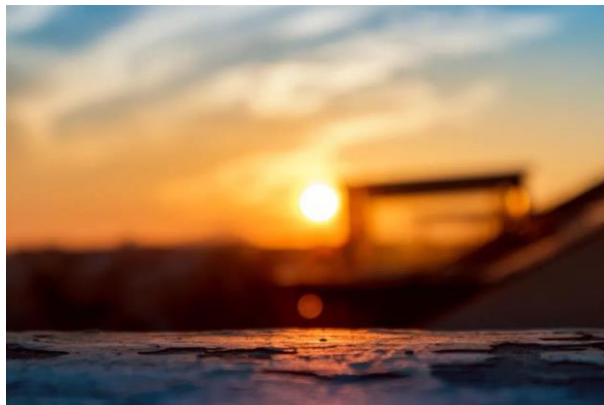
张大爷的女儿

俩人年纪大了，经不起年轻时候的折腾了，我父亲身体一天不如一天，我看着也心疼。如果非将俩人绑在一起别扭地生活，不如让和平分开，各自安度晚年。

李大娘的儿子在电话中说道

离婚这个事情我母亲是跟我商量过的，我尊重我母亲的想法，要真离婚了，我就开车去天津接她，以后我养她。

经综合考量，最后法官出具了调解书，解除婚姻关系。



法官寄语

“少时夫妻老来伴”，在年轻的感情逐渐淡去之时，老年夫妻间感情更多的是对一份承诺的信守和由此演变而来的符合公序良俗的家庭责任和社会担当。老年婚姻关系的解除，不能简单等同于一般离婚案件，近年来老年离婚案件数量逐渐增多，其产生的影响牵涉至子女、甚至孙子女在内的多个家庭，天津津南法院不断创新家事审判新思路，谨慎对待老年离婚案件，在能和好的前提下，尽量帮助双方修复感情，使俩人重归于好，相互陪伴。

但如果双方都不愿意继续这段婚姻，我们也应该尊重双方，尽量不激化双方矛盾，和平解决纠纷，努力还双方一个愉悦、幸福的晚年生活。在养老问题上，应尽量与双方子女沟通，妥善解决老人赡养问题，不要让离婚后的老人成为“空巢”老人。

来源：“天津市津南区人民法院”微信公众号
作者：邓琼 | 图片来源网络 | 编辑：冼小堤

她带着“丈夫”去嫁人

2019-07-18 浙江法制报 记者 高敏

<https://mp.weixin.qq.com/s/4YkuYw1YUVof7AkMLA-67w>

“今天，我们使用简易程序，开庭审理原告李某某诉被告余某某离婚纠纷一案。因为余某某瘫痪在床，所以由他法定代理人陈某某出庭应诉。”近日，一起特殊的离婚案在开化县人民法院华埠人民法庭的家事审判庭开庭审理。法官说，见过太多的离婚案件，曾经的恩爱夫妻一旦站在了审判庭，或为财产分割争得不可开交，或因子女扶（抚）养问题剑拔弩张，可这起离婚案件却像一缕阳光照亮了整个审判庭。

离婚案的原告女方李某某与被告余某某已经结婚20年，一起经历了人生无数的风风雨雨，是什么原因让这对患难夫妻的婚姻走到了尽头？而被告余某某还瘫痪在床，女方的离婚诉求，法院会准许吗？

丈夫车祸致瘫 坚强农妇撑起养家重任

李某某45岁，余某某49岁，两人都是开化县华埠镇人。1999年2月双方办理了结婚登记手续，2010年8月生育一子余小某。夫妻二人感情和睦，儿子活泼可爱，一家人生活幸福。然后，这一切却被一场车祸撞得支离破碎。

2013年11月24日，余某某因交通事故致重型颅脑损伤，肢体一级残疾，从此连吃饭走路都需要照顾。生病的丈夫、年仅3岁的儿子……养家的重任落到了李某某肩上。

此后5年多来，李某某一边照顾丈夫儿子，一边打工赚钱，生活的重担把这个瘦弱的女子压得透不过气来。所幸，当地村委会在得知李某某家的情况后给予了一定帮助。

为了生计 她带着丈夫改嫁他人

对这家人，不少人都看在眼里。此时，有人介

绍别村的张某某认识了李某某。张某某与李某某同龄，没有结过婚。见李某某照顾丈夫儿子如此艰辛，张某某平时只要有空就去帮忙。看到李某某悉心照料丈夫，张某某内心深受感动，觉得李某某就是自己要找的人。

可是，只要没离婚，李某某不论在道德上还是情感上都无法接受和张某某在一起。看出了李某某的顾虑，张某某承诺李某某，如果她愿意跟余某某离婚跟自己结婚，自己愿意一起照顾瘫痪的余某某还有他们的儿子余小某，将来即便两人生育了子女，属于余某某的财产也只会交给余小某来继承。

今年4月13日，在当地村委会干部的见证下，李某某与张某某签订了一份《扶（抚）养承诺书》，张某某承诺与李某某共同照顾余某某以及儿子余小某。

由于余某某的父母已故，没有法定监护人来为其办理离婚手续，所以村支书陈某某同意担任被告余某某的监护人，与原告办理离婚手续。此时，李某某才向法院起诉离婚。

法庭判离 她终于获得新的生活

庭审当天，余某某由其监护人村支书作为法定代理人出庭。李某某在庭上说，余某某出事故后，自己又要照顾丈夫儿子，又要打工挣钱，坚持了这么多年，实在无力再一个人苦苦支撑了，离婚再嫁人也是为了这个家。

经过庭审，华埠法庭认为原、被告当初是自愿结婚，婚姻基础较好，婚后生育一子。但由于交通事故导致被告余某某严重受伤、智力一级残疾，至今未有好转，属于无民事行为能力人。5年多来，原告照顾家庭、看护被告及年幼的儿子，生活压力大，而被告长期无法与原告进行正常交流，亦无法履行夫妻义务、承担家庭责任，故对原告迫切需要帮手共同承担生活重担，应当给予理解。且案外人张某某与原告已经签订了扶（抚）养协议，双方结

为夫妻后，将在被告家中共同生活，共同照顾被告以及抚养余小某直至成年，不违反法律规定，符合公序良俗原则。

据此，法庭当庭作出宣判，判决准予原告李某某与被告余某某离婚，婚生儿子余小某跟随原告李某某生活，同时夫妻共同财产由原被告共同所有，

被告余某某的财产由当地村民委员会负责监管。

大爱！

希望他们都能获得幸福！

来源：浙江法制报（记者 高敏）

古稀老人闹离婚，家事法官三问得结论

2019-07-21 天津高法

https://mp.weixin.qq.com/s/ogdjr3qz-i02eAQ_ivdENAA



近日，津南法院受理了一起特殊的离婚纠纷，原、被告均是白发苍苍年近八十的老人，俩人虽是半路夫妻，但已共同生活了十五年。多年的感情为何让张大爷一纸诉状起诉到法院要求离婚呢？家事法官带着疑问开始了案件的调解。

一问：两位老人是怄气？还是真想离婚？



承办法官朱晓辉拿到案卷后，第一时间与张大爷和李大娘取得联系，了解到双方均系再婚，再婚前双方均有两名子女且已成年。婚后双方经常争吵，多次闹离婚，但都在子女的劝说下和好，感情基础不稳固。

二问：15年的情感能否破镜重圆？



虽然双方都同意离婚，但朱法官考虑双方年事已高，再婚后双方共同生活已十五年具有一定感情基础，因此希望通过调解使双方继续生活、相互扶持、共度晚年。

于是将两位老人约至法院进行调解，但是俩人之间的矛盾似乎比法官想象的更大，都表示想法院判决离婚，不愿意调解。朱法官决定变更为背对背的调解方式，分别与两位沟通，了解双方真实想法，

但是双方均表示离婚是双方深思熟虑的结果。

三问：古稀老人离婚后养老怎么办？



看到老人坚决的态度，朱法官考虑再三决定再与双方子女联系做最后的努力，听取双方子女的意见，希望双方子女能给两位老人做和好工作。出乎

意料双方子女都表示尊重两人意见，并且愿意承担各自父母今后养老责任。经综合考量，最后法官无奈的出具了调解书，解除婚姻关系。



近年来老年离婚案件数量逐渐增多，津南法院不断创新家事审判新思路，在能和好的前提下，尽量帮助双方修复感情，但如果双方都不愿意继续这段婚姻，法院也应该尊重双方，和平解决纠纷，努力还双方一个愉悦、幸福的晚年生活。

（二）赡养案例

赡养义务男女平等 传统偏见应该摒弃

2019-07-04 重庆法院网 作者：研究室

<http://cqfy.chinacourt.gov.cn/article/detail/2019/07/id/4153826.shtml?from=singlemessage>

孝敬父母、赡养老人是中华民族的传统美德，也是法律赋予赡养人应尽的法定义务，但是养老也不仅是子女一方尽义务就能完满的，同样需要老人的配合理解。根据法院审理的众多赡养纠纷案件情况分析，发现当前老人养老问题，有子女确实没有尽到赡养义务的情况，也有老人固守传统“养儿防老”思想放弃要求女儿养老的权利，导致儿子不堪重负放弃养老，最后走进法院的案例。

代某英老人与丈夫1974年结婚，生育三个女儿，大女刘某琼、次女刘某碧、三女刘某春，三个女儿均已出嫁。老人与丈夫结婚以来，关系一直不和，丈夫长期在外不归，老人独自生活在偏僻的地方。近年来，因年老体弱双多病，又无其他经济来源，生活越来越困难，老人无法解决基本生活资源问题，需要子女履行赡养义务。同时，当地人民政府证实老人系贫困户，当地村民委员会也证实她现居住的房屋系土坯危房，2018年申请微型安置点建房、房屋还在建设中等情况，为此老人要求子女每人每月承担房租费200元。老人的子女没能达成一致，老人被迫将子女告上了法庭。

法院审理认为，根据当地的经济水平、被赡养人代某英的实际需要等因素，法院予以支持。依法判决三被告自判决生效之日起每人每月向代某英老人给付赡养费500元至老人去世之日止；三被告自本判决生效之日起每人每月向老人代某英给付房租费200元至原告代某英申请的安置点房屋交付其使用之日止。

根据我国法律规定，成年子女作为赡养人对父母负有经济上的供养、生活上的照料和精神上的慰藉义务，无劳动能力或生活困难的父母，有要求子

女付给赡养费的权利。同时，老人亦可放弃行使自己的权利。

潘大爷，69岁，育有三个子女，大女潘某清、二女潘某明及三子潘某平，现该三子女均已经成年。2018年1月7日至2018年1月15日，潘大爷在奉节县人民医院进行住院治疗，出院诊断为冠状动脉粥样硬化性心脏病、缺血性心肌病型、心功能II-III级、冠脉支架植入术后、肺部感染、2型糖尿病、原发性高血压3级、高血压性心脏病：左室壁增厚、心功能II-III级、高脂血症、腰椎间盘突出症、双膝关节骨性关节炎、慢性胃炎、脂肪肝、右肾囊肿、右肺结节性质待诊。潘大爷每月有95元养老保险收入，每年还有700元其他收入，除此之外，无额外收入来源。由于老人多病，每月需花费医疗费不低于6000元，医保报销之后还需要2000元到3000元左右，潘大爷要求儿子每月支付其赡养费（生活费、医疗费）6000.00元，儿子因为数额太大，没有履行赡养义务，老人将其告上了法庭。

法院审理认为，子女对父母有赡养扶助的义务，子女不履行赡养义务时，无劳动能力的或生活困难的父母，有要求子女付给赡养费的权利。本案中，原、被告系父子关系，现原告潘大爷已年老，丧失劳动能力且体弱多病，被告应当履行赡养义务，承担支付老人赡养费的责任。因潘大爷共有三个子女，该三人都是履行赡养义务人，但潘大爷在庭审中表示不要求另外两个女儿对其履行赡养义务，系老人对自己权利的放弃。被告应当对潘大爷承担三分之一比例的赡养责任。对于赡养费数额，现原告体弱多病，考虑到原告每月生活及治疗疾病的需要、被告的履行能力，本院酌情确定赡养费为3000元，

被告潘某平承担三分之一的比例，即 1000 元。

1000 元与老人的实际需要相去甚远，甚至不能满足日常所需，儿子似乎应该给予更多。但是，法律面前人人平等，潘大爷有三个子女，三人都有赡养老人的义务，老人的赡养费从法律层面而言，

也应该是三个子女共同承担。同时，考虑老人儿子的实际经济能力，也不能将巨额的养老费用放在他一人身上。老人传统的“只要儿子养老”思想与时代、与法律相违背了，需要转化思想“一碗水端平”，才能拥有幸福的晚年生活。

（三）财产分割案例

案件速递 | 离婚了，前夫说婚内买的基金不是夫妻共同财产……

2019-07-09 上海一中法院

<https://mp.weixin.qq.com/s/pzMGABqurBPSgxNcXGZVQ>



男方婚内购买了一笔大额基金，但这笔基金在夫妻离婚时尚未到期。基金到期后，女方提出要分割本息，男方却说购买基金的这笔钱是亲属的，不是夫妻共同财产，不同意分割。那么，这笔钱究竟属于谁呢？近日，上海市第一中级人民法院（以下简称上海一中院）就审理了这样一起离婚后财产纠纷案件。

男方婚内购买基金 离婚后到期引纠纷

李先生和杨女士结婚多年，两人育有一个女儿。平时家里的资金主要是李先生在打理。2015 年底，李先生想投资理财，便认购了一款价值 110 万元的基金产品。后来因为家庭矛盾，李先生和杨女士感情破裂难以维系，最终双方选择离婚。



2017 年 10 月，法院判决二人离婚。但由于当时李先生认购的基金还未到期，杨女士要求等这笔基金到期后再主张分割。2017 年底，李先生账户里的这笔 110 万元的基金到期了，他领走了这笔钱的本金和利息，一共 112 万余元。这时，杨女士提出要分割这笔钱款，李先生不同意了。

基金是不是夫妻共同财产？ 双方各执一词

2018 年 6 月，杨女士告到法院，要求依法分割李先生认购的基金本息。

杨女士说：

“平时我主要负责家里的开销，钱是由李先生保管。虽然这笔基金是他去买的，但也属于夫妻共同财产。离婚诉讼时基金还没到期，所以法院才没有作出处理。现在基金到期了，理应依法分割这笔钱款。”

李先生反驳说：

“买基金的钱大部分是父母、弟弟和女儿的，不是夫妻共同财产。弟弟患有精神疾病，父母去世时留了 40 万元给我保管，要我照顾弟弟今后生活。由于我是弟弟的监护人，他的工资、补助等也是我代收的。此外女儿工作多年的工资和她房子的租金也是交给我保管。我是拿了这些钱去买的基金。”

那么，这笔基金
到底是不是
夫妻共同财产呢

**法院：男方证据不足以证明钱款来自案外人
基金应对半分**

一审法院认为，该基金是双方婚姻关系存续期间取得，李先生提供的证据并不能证明该基金并非夫妻共同财产，遂判决双方平分基金本息，李先生给付杨女士56万余元。李先生不服，上诉至上海一中院。

二审期间，李先生提交了家庭成员对父母遗产处理的书面说明、女儿工资等收入交给他保管的情况说明、弟弟的残疾人证和街道出具的李先生以现金形式代收弟弟补助费的书面说明等相关资料，欲证明认购基金款项中有91.85万元来源于多名案外人，并不是他与杨女士的共同财产，主张驳回杨女士的一审诉请。

**上海一中院经审理认为：**

◆首先，本案中根据双方离婚诉讼的生效判决，110万元的资金是在李先生的银行账户内，又产生于李先生与杨女士夫妻关系存续期间，一审法院认定该笔资金是夫妻共同财产予以分割，并无不当。

◆其次，虽然李先生在二审期间又补充了相关材料，欲证明大部分账户资金来源于案外人，但不论是他与案外人之间的转账记录及金额、他从案外人处收取现金的说明及其他单方证明，都无法与李先生购买基金的这笔款项的全部来源建立直接的联系，李先生并未提供充分、有效的证据佐证其主张，无法证明这笔资金来源于并归属于案外人。

◆第三，即使李先生所述属实，账户中的各个资金来源也已经混同，应该由实际债权人基于债权性质向债务人主张权利。

上海一中院遂驳回上诉，维持原判。

（以上人名均为化名）

文：王梦茜

图：源自网络

太可惜！为买房而“假结婚” 结果赔了40万

2019-07-12 人民法院报 胡明冬

https://mp.weixin.qq.com/s/CRfMAq_e9XkwZh4BDemefA

上海限购政策实施以来，让许多不具备购房资格的非上海市户籍居民感到焦虑。而一些不正规的中介机构利用了这一大众心理，向客户推出“假结婚”服务以规避限购政策。然而，此类“假结婚”是否就必然能够顺利取得购房资格？

近日，随着上海市宝山区人民法院作出的一份民事收缴决定书，一场前后近三年的为规避限购而“假结婚”的系列民事纠纷终于落下了帷幕。

为买房“假结婚”

2016年10月底，陈女士为购买位于宝山的一套二手房，经某中介公司介绍，与出售方刘先生签订《房地产买卖协议》，约定总房价款为455万元，并约定陈女士保证在签署协议时具备购房资格。第二天，买卖双方签订《房地产买卖合同》，合同特别载明了相关限购政策，并约定不符合限购规定的一方需承担一切法律责任。

同日，陈女士与中介公司签订《包装过户特别协议》，约定陈女士支付中介公司包装费 18 万元，由中介公司负责为陈女士包装过户并承担包装失败导致过户不成功的一切后果。

协议签订后，陈女士实际支付出售方刘先生第一笔购房款 137 万元，并支付中介公司包装费 5 万元。

此后，中介公司尽责地找到上海市户籍且名下无房的单身居民金先生。2017 年 3 月，金先生以取得报酬为目的与陈女士登记结婚。至此，陈女士取得了形式上的购房资格。

“婚后”的陈女士满心以为具备了这些条件现在可以以自己的名义在沪购房了，便开始积极办理贷款等事宜。不料却被相关部门告知，因陈女士无法提供其个人满 5 年社保或满 5 年个税证明，所购房屋的房产证上必须登记有“配偶”金先生的名字。陈女士考虑到如在自己全款支付的房子上加上一个陌生男子的名字将可能导致巨大的风险，最终决定放弃了继续交易。

诉讼过程一波三折

购房失败后，陈女士先后将出售方刘先生和中介公司告上了法庭，要求解除交易过程中签订的全部协议、拿回 137 万元首付款和 5 万元包装费，并要求刘先生和中介公司赔偿陈女士购房损失和违约金。在诉讼过程中，法院委托评估机构对房屋价格进行了评估，确认当前房屋市场价降价为 401 万元。

卖方刘先生辩称，签订合同时并不知道陈女士系限购对象，两份合同中都明确约定了限购事宜及相关责任，陈女士隐瞒事实情况系陈女士违约，其应当自行承担相应后果。此外，刘先生还提出反诉，要求陈女士赔偿因其违约造成刘先生房屋延迟出售的房屋跌价损失 54 万元。

另一起案件中，中介公司辩称，包装过户系陈女士和中介公司协商一致的约定，中介公司实际也

已经帮陈女士取得了购房资格，至于产权人登记的问题中介公司也向陈女士说明过，不能直接登记在陈女士一人名下。最终买卖合同未能继续履行是因为房价下跌，陈女士不愿意继续购房。

法院判决合同解除

宝山区法院对两起案件进行了公开开庭审理，经审理后，认为陈女士明知自身不具备购房资格却签订房屋买卖合同，最终又因限购等因素导致买卖合同目的无法实现，理应自行承担由此给自身造成的一切损失。不仅如此，作为违约方，陈女士还应承担合同履行不能的违约责任，赔偿刘先生由此产生的实际损失。宝山区法院判决解除了双方之间的房地产买卖协议及上海市房地产买卖合同，并判决刘先生返还陈女士购房款 137 万元、陈女士赔偿刘先生房屋差价损失 40 万元。

而陈女士和中介公司之间的特别协议目的在于规避上海市住房限购政策，使得本不具备购房资格的陈女士获得购房资格，其内容妨碍了国家对房地产行业的管理，扰乱了房地产市场秩序，损害了公共利益，应属无效。中介公司收取的 5 万元包装费为基于非法目的而收取的报酬，应认定为违法所得。为维护公共利益，促进房地产市场管理秩序规范，宝山区法院决定对中介公司收取的 5 万元包装费用予以收缴。

至此，这一“赔了夫人又折兵”的“假结婚”购房案终于落下帷幕，陈女士和中介公司均付出了惨痛的代价。除法院判决书中明确的各项损失，各方当事人在整个交易及诉讼过程中产生的其他费用、因时间和精力的付出所产生的机会成本，都需要当事人各自买单。

来源：人民法院报

原标题：规避限购“假结婚” 赔了夫人又折兵

作者：胡明冬 | 编辑：洗小堤

共有财产继续共有会损害共有人重大利益应予分割 ——姚 X 香诉浙江云信置业开发有限公司共有纠纷案

原创：2019-07-24 法律家 法律家

<https://mp.weixin.qq.com/s/M0zy3GVWSLwf0CidGLd7yQ>

【中 法 码】执行法学·执行标的·财产执行的标的 (p02011)

【关 键 词】民事 物权 所有权 共同共有 个人债务 夫妻共同财产 执行异议

【学科课程】执行法学

【知 识 点】共有财产 个人债务 执行异议

【教学目标】掌握有关共有财产分割的法律知识，明确可进行共有财产分割的情形。

【裁判机关】浙江省衢州市中级人民法院

【程序类型】民事二审

【案例效力】被最高人民法院《人民司法·案例》2018 年第 05 期(总第 808 期)收录

【案例信息】

【案 由】案外人执行异议之诉

【案 号】(2017)浙 08 民终 1074 号

【判决日期】2017 年 10 月 31 日

【审理法官】叶光辉 何小丽 祝伟荣

【上 诉 人】浙江云鑫置业开发有限公司(原审被告、申请执行人)

【被上诉人】姚 X 香(原审原告、执行案外人)

【上诉人代理人】郑利成(浙江嘉耀律师事务所)

【被上诉人代理人】卢礼成 袁志平(浙 xx 风律师事务所)

【争议焦点】

共有财产的继续共有会损害共有人利益，此时是否对共有财产进行分割。

【裁判结果】

一审法院判决：驳回原告姚 X 香的诉讼请求。

原告姚 X 香不服一审法院判决，以被拍卖房产为夫妻共同财产，且该债务为原审第三人张 X 平个人债务为由，请求返还拍卖房产价款的一半。

二审法院认定：一审法院判决未对上诉人姚 X 香与原审第三人张 X 平其余资产的实际状况进行查明，认定基本事实不清。

二审法院判决：发回一审法院重审。

一审法院重审判决：确认坐落于衢州市产的执行拍卖款 1310000 元的二分之一即 655000 元为原告姚 X 香所有。

被告云鑫公司不服一审法院重审判决，提起上诉称：首先，原审法庭对本公司在第一次上诉庭审中质疑上诉状、委托书非被上诉人姚 X 香本人所写未予进一步落实。其次，被上诉人姚 X 香一直未在本案庭审、调解及申请暂缓执行等程序出席。故本公司有理由怀疑姚 X 香提起诉讼费非其本人意思表示。并且共有物不予分割一方面可以提高执行效率，另一方面并没有损害被上诉人姚 X 香利益。因此，请求撤销一审法院重审判决，驳回被上诉人姚 X 香的诉讼请求。

被上诉人姚 X 香辩称：1. 该诉讼的提起就是基于本人意愿，是否出庭是自己的权利。2. 第三人张 X 平负债需要强制执行，符合法定的共有物分割条件。3. 不同物上有不同的权利分割，若要求本人在其他物上进行分割，则会影响其他物上债权人的权利。且本人还欠有他人 63 万元债务尚未执行，如不分割给本人，会影响本人个人债务的履行。综上，请求驳回上诉人云鑫公司的上诉请求。

二审法院判决：驳回上诉，维持原判。

【裁判要旨】

法院执行拍卖行为与他人共有财产偿还行为为个人债务,二人共同共有的其他财产被设定权力负担,且共有人有其他未清偿债务尚未执行,以共有财产偿还行为为个人债务会损害共有人利益。属有重大理由需要分割时可以请求分割的情形。此时,为了保护共同共有人的利益,应对共同共有物进行分割,将拍卖所得价款的一半交还给共同共有人。

【法理评析】

《中华人民共和国物权法》第九十九条中规定:“共有人有重大理由需要分割的,可以请求分割,共同共有人在共有的基础丧失或者有重大理由需要分割时可以请求分割。”对婚姻关系存续期间的夫妻共同财产的分割,规定一方有隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或者伪造夫妻共同债务等严重损害夫妻共同财产利益行为;或一方负有法定扶养义务的人患重大疾病需要医治,另一方不同意支付相关医疗费用时,可请求分割共同财产。据此,继续维持共有关系会对共有财产本身价值或对共有人利益造成重大不利影响时,共有人可申请分割共有财产。当共同共有人共同拥有多种共有物时,不能以其中一种共有物满足分割条件,就判定所有共有物都具有分割条件,当共有物上设定了权力负担时,即共有物处于被抵押、查封等情况时,该共有物的价值无法判定,也就导致其他共有人的权益无法确定,所以此时不能将价值不稳定的被设立权力负担的共有物分割后的财产与没有设立权力负担的共同共有物混为一谈。因此,应当将共同共有物分割,对处分共同共有物所得的价款分给共同共有人。

本案中,行为人因对外担保产生债务,据另案判决,属个人债务,法院对其共有财产执行拍卖用以偿还债务,会对共有人利益造成重大不利影响,故共有人请求分割共有财产。据相关法律规定,当共有财产继续保持共有关系会对共有人利益造成重大损害时,共有人可申请分割财产。因债务关系,

法院对共有财产执行拍卖用以偿还债务,势必会对共有人利益产生巨大影响,且共有人有其他尚未清偿债务,不对共有财产进行分割会影响其对债务的清偿。故为了保护共同共有人的利益,应当对该共同共有财产进行分割。

【适用法律】

《中华人民共和国物权法》第九十九条 共有人约定不得分割共有的不动产或者动产,以维持共有关系的,应当按照约定,但共有人有重大理由需要分割的,可以请求分割;没有约定或者约定不明确的,按份共有人可以随时请求分割,共同共有人在共有的基础丧失或者有重大理由需要分割时可以请求分割。因分割对其他共有人造成损害的,应当给予赔偿。

《中华人民共和国婚姻法》第十七条 夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产,归夫妻共同所有:

- (一) 工资、奖金;
- (二) 生产、经营的收益;
- (三) 知识产权的收益;
- (四) 继承或赠与所得的财产,但本法第十八条第三项规定的除外;
- (五) 其他应当归共同所有的财产。

夫妻对共同所有的财产,有平等的处理权。

最高人民法院关于《适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第三百一十二条 对案外人提起的执行异议之诉,人民法院经审理,按照下列情形分别处理:

(一) 案外人就执行标的享有足以排除强制执行的民事权益的,判决不得执行该执行标的;

(二) 案外人就执行标的不享有足以排除强制执行的民事权益的,判决驳回诉讼请求。

案外人同时提出确认其权利的诉讼请求的,人民法院可以在判决中一并作出裁判。

第三百一十四条 对案外人执行异议之诉,人民法院判决不得对执行标的执行的,执行异议裁定失效。

对申请执行人执行异议之诉,人民法院判决准许对该执行标的执行的,执行异议裁定失效,执行法院可以根据申请执行人的申请或者依职权恢复执行。

《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第二审人民法院对上诉案件,经过审理,按照下列情形,分别处理:

(一)原判决、裁定认定事实清楚,适用法律正确的,以判决、裁定方式驳回上诉,维持原判决、裁定;

(二)原判决、裁定认定事实错误或者适用法律错误的,以判决、裁定方式依法改判、撤销或者变更;

(三)原判决认定基本事实不清的,裁定撤销原判决,发回原审人民法院重审,或者查清事实后改判;

(四)原判决遗漏当事人或者违法缺席判决等严重违反法定程序的,裁定撤销原判决,发回原审人民法院重审。

原审人民法院对发回重审的案件作出判决后,当事人提起上诉的,第二审人民法院不得再次发回重审。

【法律文书】

民事起诉状 民事答辩状 民事上诉状 民事上诉答辩状 律师代理意见书 民事一审判决书 民事二审判决书

【思考题和试题】

1. 讨论共同共有财产的分割情形。
2. 简述案外人执行异议的法律规定。
3. 简析共有财产的分割原则。

【裁判文书原文】(如使用请核对裁判文书原件内容)

《民事判决书》

上诉人(原审被告、申请执行人):浙江云鑫置业开发有限公司,住所地浙江省衢州市柯城区双港开发区亚美路201号。

法定代表人:刘云祥,执行董事。

委托诉讼代理人:郑利成,浙江嘉耀律师事务所律师。

被上诉人(原审原告、执行案外人):姚X香,女,1965年8月17日出生,汉族,住浙江省龙游县。

委托诉讼代理人:卢礼成,浙xx风律师事务所律师。

委托诉讼代理人:袁志平,浙xx风律师事务所律师。

原审第三人(被执行人):张X平,男,1966年3月18日出生,汉族,住浙江省龙游县。

委托诉讼代理人:卢礼成,浙xx风律师事务所律师。

委托诉讼代理人:袁志平,浙xx风律师事务所律师。

上诉人浙江云鑫置业开发有限公司(以下简称云鑫置业公司)与被上诉人姚X香、原审第三人张X平案外人执行异议之诉一案,浙江省衢州市柯城区人民法院于2016年10月12日作出(2016)浙0802民初3047号民事判决。姚X香不服,向本院提起上诉。本院于2016年12月29日作出(2016)浙08民终1285号民事裁定,撤销浙江省衢州市柯城区人民法院(2016)浙0802民初3047号民事判决,发回重审。浙江省衢州市柯城区人民法院于2017年9月7日作出(2017)浙0802民初582号民事判决。云鑫置业公司不服,向本院提起上诉。本院于2017年9月22日立案后,依法组成合议庭进行了审理。本案现已审理终结。

原审法院认定事实:原告姚X香与第三人张X平于1989年3月8日登记结婚。2014年6月24日,法院就云鑫置业公司起诉张X平、陈勇、吴丽萍等人保证合同纠纷一案作出(2014)衢柯商初字第430号民事判决:张X平、陈勇、吴丽萍于判决生效之日起十日内清偿云鑫置业公司代债务人衢州海鑫汽车销售有限公司支付的款项1741055.56元及利息损失(自2014年4月21日起以代付款1741055.56元为基数按中国人民银行同期同类贷

款基准利率计算至判决确定的履行之日止)。判决生效后,张X平等人未履行付款义务,云鑫置业公司向法院申请强制执行,法院于2015年5月25日作出(2014)衢柯执民字第1090-1号执行裁定,裁定拍卖第三人张X平名下坐落于衢州市聚龙嘉苑17幢1单元302室、衢州市产,并于2015年12月24日拍卖成交,成交价为1310000元。原告姚X香为此向法院提出执行异议,法院于2016年6月3日作出(2016)浙0802执异23号执行裁定,以涉案被拍卖财产不存在份额的划分范围和婚姻关系解除等需要进行分割的情形,且该房地产拍卖所得价款明显在张X平和姚X香所有共同财产总价值的一半以下,对全部拍卖款的执行亦未对姚X香的权益造成实际损害为由驳回姚X香的执行异议。

另查明,原告姚X香与第三人张X平的其他财产情况:

1. 坐落于上海市产,面积156.62平方米,登记产权人张X平、陈聪,为中国银行龙游县支行在366.08万元范围内设定最高额债权抵押,期限自2014年1月22日至2019年1月21日。该房产被上海市静安区人民法院首次查封,执行标的300余万元,龙游县人民法院轮候查封,执行标的240余万元,目前未进行评估拍卖等处置措施。

2. 坐落于上海市产,面积43.68平方米,登记产权人张X平、姚X香、张霞程,为中国银行龙游县支行在82.59万元范围内设立最高额债权抵押,期限自2014年1月22日至2019年1月21日。该房产被上海市静安区人民法院首次查封,执行标的300余万元,龙游县人民法院轮候查封,执行标的240余万元,目前未进行评估拍卖等处置措施。

3. 坐落于上海市产,面积191.76平方米,登记产权人张X平、姚X香,为工商银行静安支行在440万元范围内设立最高额债权抵押,期限自2012年3月30日至2022年3月30日。该房产被上海市长宁区人民法院首次查封,执行标的650余万元,上海市静安区人民法院轮候查封,执行标的300

余万元,龙游法院轮候查封,执行标的700余万元,目前未进行评估拍卖等处置措施。

4. 坐落于上海市产,面积分别为120.2、110.53平方米,登记产权人张X平,为温州银行衢州龙游支行在346.1万元范围内设立最高额债权抵押,期限自2015年6月17日至2020年6月17日,同时又抵押给柯国宏,抵押债权400万元,期限自2016年4月1日至2018年4月1日。该房产被上海市静安区人民法院首次查封,执行标的300余万元。目前未进行评估拍卖等处置措施。

5. 坐落于上海市产,面积分别为201.57、90.42平方米,登记产权人张X平,为龙游县农村信用合作联社在380万元范围内设立最高额债权抵押,期限自2015年8月10日至2017年8月9日,同时又抵押给徐剑,抵押债权800万元,期限自2017年7月1日至2020年6月30日。目前未进行评估拍卖等处置措施。

6. 坐落于浙江省龙游县夏峰村招商路11号自建房,面积998.24平方米,登记产权人张X平,已出租给王明发,租赁期限自2013年4月1日至2029年3月31日,16年租金共75万元已付清。该房产被柯城区人民法院查封执行,评估价212.6万元,2017年8月10日开始进行司法拍卖。

另查明,俞慧忠与姚X香民间借贷纠纷一案经法院主持调解,双方达成调解协议:姚X香于2017年1月23日前归还俞慧忠借款本金及利息630000元。调解协议生效后,俞慧忠向法院申请强制执行,因无财产可供执行,法院于2017年5月31日裁定终结本次执行程序。

原审法院认为:本案争议的焦点为涉案执行标的物拍卖所得的款项1310000元是否可全额用于第三人张X平个人债务的执行。根据《物权法》第九十九条规定:“共有人约定不得分割共有的不动产或动产,以维持共有关系的,应当按照约定,但共有人有重大理由需要分割的,可以请求分割;没有约定或者约定不明确的,按份共有人可以随时请求分割,共同共有人在共有的基础丧失或者有重大

理由需要分割时可以请求分割。”本案中，原告姚X香和第三人张X平之间没有就夫妻共同财产分割的条件进行约定，第三人张X平需要处置其与原告共同共有的房产偿还其个人债务，属于丧失共同共有基础或有重大理由需要分割的情形，可以对涉案的执行标的物进行分割。因涉案执行标的物已经进行拍卖，只能对拍卖所得价款按平等处置原则，各半分割。对属于第三人张X平个人的一半份额予以执行用于清偿其个人债务，对属于原告姚X香的一半份额依法予以保护。此外，在共有人享有多宗共同共有财产的情况下，其中一项财产具备分割条件，并不导致全部财产都需要或者应当进行分割，而应当根据不同的物形成的共有条件区别对待。虽然原告姚X香与第三人张X平拥有其他夫妻共同财产，但其他共同财产存在对外设立抵押权或租赁给他人的情形，也已经被采取查封、执行等措施，目前均处于未处置的状态，其价值亦无法确定，且执行标的在不断变化，属于原告姚X香的份额难以确定。故对被告提出的关于执行标的物价值在原告与第三人所有共同财产总价值的一半以下，执行全部拍卖款并未损害原告权益的抗辩意见，法院不予采纳。

综上所述，依照《中华人民共和国物权法》第九十九条，《中华人民共和国婚姻法》第十七条，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第三百一十二条、第三百一十四条第一款之规定，判决：确认坐落于衢州市市的执行拍卖款1310000元的二分之一即655000元为原告姚X香所有。案件受理费10350元，由被告浙江云鑫置业开发有限公司负担，于判决生效之日缴纳。

云鑫置业公司向本院提出上诉称：1. 姚X香提出诉讼非其本人意思表示。本案系发回重审案件，在第一次上诉庭审时，上诉人的代理人曾质疑起诉状、委托书非姚X香笔迹，张X平当庭表示起诉状、委托书可能系其代签，但法庭未进一步落实。结合本案数次开庭、调解，姚X香从未露面，到法院执行部门要求暂缓发放执行款的也是张X平，上诉人有理由怀疑提起执行异议之诉、委托代理人不是姚

X香本人的意思表示，执行异议之诉根本上难以成立。2. 共有物不予分割可提高执行效率，同时减少当事人诉累。本案张X平、姚X香夫妻在上海、龙游有大量房产。本案拍卖款分割后执行款不能到位，将继续执行，势必继续评估拍卖房产，增加执行力量的付出。从案结事了、节约成本等方面考虑都应该进行分割。再者，不分割涉案房产金额不损害姚X香的利益。故请求二审撤销原判，驳回姚X香一审的诉讼请求。

被上诉人答辩称：1. 关于诉讼意愿问题。提起此次诉讼肯定是其本人意愿，在原来执行款领取过程中就是其本人委托代理人进行领取，后由于情况变化进入到诉讼阶段。其本人未出庭是由于其孩子在香港读书，不便于出庭。再者是否出庭是其自身权利的选择，可以选择由代理人代为诉讼。2. 上诉人对于原审认定的事实没有异议，原审的判决基础是一物一权，一物一权也是物权法的基本原则。共有人对于共有物的分割是根据物权法第九十九条规定。本案张X平由于负债需要强制执行，该分割是依法分割，符合分割条件。另外，一物的分割并不导致全部财产的分割，按上诉人的理由，需要从其他财产部分分割给姚X香，这样势必限制姚X香的权利，侵害其合法的物权。3. 不同的物上有不同的权利负担，如果要求姚X香在其他物上进行分割，势必也影响其他物上的债权人的利益。原审也查实其他物上存在抵押、查封的事实，对于其他不动产的执行也存在处置的成本以及变现率等因素考量，也存在其他不动产不能分割给姚X香的问题。再者，姚X香也欠俞慧忠债务63万元，目前也未得到执行。如果不分割给姚X香，也会影响姚X香个人债务的履行。综上请求，驳回上诉人的上诉请求。

原审第三人的答辩意见同上诉人的答辩意见一致。

二审期间，双方均未提供新证据。

经审理，本院对一审认定的事实予以确认。

本院认为,首先,就本案涉案债务性质,该债务系第三人张X平个人为他人提供反担保所形成的债务,无充分证据证明该债务系夫妻共同债务,故该债务系张X平个人债务。其次,涉案被执行房产系张X平与姚X香夫妻关系存续期间取得,属于夫妻共同财产。现由于需要处置夫妻共同财产用于偿还张X平个人债务,并被法院依法进行拍卖。对于拍卖所得款项,姚X香作为共有人,要求分割所得价款的一半,符合《中华人民共和国物权法》第九十九条当中规定的“有重大理由需要分割时可以请求分割”的情形。故姚X香的诉请应予支持,至于上诉人提出张X平与姚X香存在多处不动产,不分割涉案拍卖款不会影响姚X香的合法权益的上诉理由,本院认为,执行拍卖所得款,用于偿还张X平个人债务,姚X香本应可以要求依法分割以维护自身合法权益,再者,目前查明的事实显示,张

X平与姚X香的其他夫妻共同财产处于抵押、查封或租赁等状态,说明其他夫妻共同财产亦存在其他权利义务负担。若不分割涉案拍卖款,不仅限制姚X香的合法权益,也可能影响其他物上债权人的合法利益。再者,不能简单强调执行效率,必要时对夫妻共同财产逐一分割,以确保配偶的合法权益。

综上,上诉人云鑫置业公司的上诉请求不能成立,应予驳回。一审判决认定事实清楚,适用法律正确。依照《中华人民共和国物权法》第九十九条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第(一)项之规定,判决如下:

驳回上诉,维持原判。

二审案件受理费10350元,由上诉人浙江云鑫置业开发有限公司负担。

本判决为终审判决。

案离婚了,前夫买的百万基金是不是共同财产……

2019-07-11 人民法院报 第03版 王梦茜

http://rmfbyb.chinacourt.org/paper/html/2019-07/11/content_157552.htm?div=-1&from=groupmessage

男方婚内购买了一笔大额基金,但这笔基金在夫妻离婚时尚未到期。基金到期后,女方提出要分割本息,男方却说购买基金的这笔钱是亲属的,不是夫妻共同财产,不同意分割。那么,这笔钱究竟属于谁呢?近日,上海市第一中级人民法院就审理了这样一起离婚后财产纠纷案件。

李先生和杨女士结婚多年,两人育有一个女儿。平时家里的资金主要是李先生在打理。2015年底,李先生想投资理财,便认购了一款价值110万元的基金产品。后来因为家庭矛盾,李先生和杨女士感情破裂难以维系,最终双方选择离婚。

2017年10月,法院判决二人离婚。但由于当时李先生认购的基金还未到期,杨女士要求等这笔基金到期后再主张分割。2017年底,李先生账户里的这笔110万元的基金到期了,他领走了这笔钱

的本金和利息,一共112万余元。这时,杨女士提出要分割这笔钱款,李先生不同意了。

2018年6月,杨女士告到法院,要求依法分割李先生认购的基金本息。杨女士说:“平时我主要负责家里的开销,钱是由李先生保管。虽然这笔基金是他去买的,但也属于夫妻共同财产。离婚诉讼时基金还没到期,所以法院才没有作出处理。现在基金到期了,理应依法分割这笔钱款。”

李先生反驳说:“买基金的钱大部分是父母、弟弟和女儿的,不是夫妻共同财产。弟弟患有精神疾病,父母去世时留了40万元给我保管,要我照顾弟弟今后生活。由于我是弟弟的监护人,他的工资、补助等也是我代收的。此外女儿工作多年的工资和她房子的租金也是交给我保管。我是拿了这些钱去买的基金。”

那么,这笔基金到底是不是夫妻共同财产呢?

一审法院认为,该基金是双方婚姻关系存续期间取得,李先生提供的证据并不能证明该基金并非夫妻共同财产,遂判决双方平分基金本息,李先生给付杨女士56万余元。李先生不服,上诉至上海一中院。

二审期间,李先生提交了家庭成员对父母遗产处理的书面说明、女儿工资等收入交给他保管的情况说明、弟弟的残疾人证和街道出具的李先生以现金形式代收弟弟补助费的书面说明等相关资料,欲证明认购基金款项中有91.85万元来源于多名案外人,并不是他与杨女士的共同财产,主张驳回杨女士的一审诉请。

上海一中院经审理认为,首先,本案中根据双

方离婚诉讼的生效判决,110万元的资金是在李先生的银行账户内,又产生于李先生与杨女士夫妻关系存续期间,一审法院认定该笔资金是夫妻共同财产予以分割,并无不当。其次,虽然李先生在二审期间又补充了相关材料,欲证明大部分账户资金来源为案外人,但不论是他与案外人之间的转账记录及金额、他从案外人处收取现金的说明及其他单方证明,都无法与李先生购买基金的这笔款项的全部来源建立直接的联系,李先生并未提供充分、有效的证据佐证其主张,无法证明这笔资金来源并归属于案外人。再次,即使李先生所述属实,账户中的各个资金来源也已经混同,应该由实际债权人基于债权性质向债务人主张权利。

上海一中院遂驳回上诉,维持原判。

夫妻一方婚前所购房产为一方个人财产 (最高人民法院公布的地方参考性案例中确定的审判规则)

原创: 2019-07-31 指导性案例审判规则 法律家

<https://mp.weixin.qq.com/s/UlnbXImEgI1pLYBQXKTHoQ>

【审判规则】

购房人在与配偶缔结婚姻关系前,以个人名义在出让人处购得房屋,支付首付款,并办理住房抵押贷款。此后,购房人又为该房屋办理产权过户登记,登记在其个人名下。因夫妻共同财产为在婚姻关系存续期间所得的财产,而该房产的购买、支付首付款、过户登记均发生在婚前,故不属夫妻共同财产,而属购房人的个人财产。至于购房人与配偶在结婚后用夫妻共同财产支付该房屋贷款的事实,不能改变房屋为购房人个人财产的性质。

【关键词】

民事诉讼 申请执行人执行异议 民间借贷 个人债务 执行程序 夫妻共同财产 个人财产 不动产 所有权人 买卖合同 住房贷款

【基本案情】

2005年5月,谢X红与涉案房屋(快阁苑吟

春坊1幢406室房产)原所有人签订房屋买卖合同,由谢X红以四十七万元的价格受让涉案房屋。其后,谢X红办理房产产权过户登记,将涉案房屋登记在其名下。同月,谢X红向中国银行申请住房贷款,以该涉案房屋为抵押,贷款共计25万元,期限为180个月,并于同年6月还款至今。2008年12月,谢X红与何X婚姻登记。2012年9月,俞X富向张X尧、倪X英、何X、谢X红主张债权,将张X尧、倪X英、何X、谢X红四人列为被告向法院提起诉讼。在提起诉讼的同时俞X富申请查封登记于谢X红名下的涉案房屋。法院生效判决认定上述借款为何X个人债务,因此应由何X个人财产来偿还此债务。同年12月,借款本金一百八十万及利息由何X、张X尧共同归还俞X富,案件进入执行程序,涉案房屋继续查封。次年六月,谢X红以涉案房屋系其个人财产为由,提起案外人执行异议请求

法院解除查封。谢X红的异议申请得到支持,涉案房产中止执行,同时解除对该涉案房产的查封。

俞X富以该房产为谢X红与何X夫妻共同财产,应当继续执行为由,提起申请人执行异议之诉。

【争议焦点】

夫妻一方在婚姻关系缔结前,以个人名义支付首付款并办理抵押贷款所购得的房屋能否认定为夫妻共同财产。

【审判结果】

一审法院判决:驳回原告俞X富的诉讼请求。

原告俞X富不服一审判决,提出上诉称:涉案房产并非谢X红个人财产,而是谢X红、何X夫妻双方共同财产;对于本案中所涉及的相关法律关系的性质和法律效力,原审法院未进行阐释说明,使得本人失去变更诉讼请求的机会。据此,请求二审法院撤销原判,对本人的请求给予支持。

被上诉人谢X红、何X辩称:涉案房屋并非谢X红、何X夫妻双方共同财产。谢X红于婚姻缔结之前购买涉案房屋、支付房屋首付款并办理房产登记,因此该涉案房产为谢X红个人财产。上诉人所称法院释名情况并不存在。据此,请求二审法院驳回上诉,维持原判。

二审法院判决:驳回上诉,维持原判。

【审判规则评析】

所谓夫妻共同财产,是指除约定或法律另有规定之外,夫妻双方建立婚姻关系至终止夫妻关系期间所取得的财产,即夫妻双方办理婚姻登记之日起到一方死亡或双方共同终止夫妻关系期间所取得的财产。同时,我国法律明确规定夫妻一方的婚前财产为夫妻一方的个人财产。夫妻一方的个人财产与夫妻双方共同财产的区分点是结婚登记之日。一般情况下,办理婚姻登记之前一方取得的收益以及以个人财产购买的不动产,为个人财产,而登记之后取得的财产则为夫妻共同财产,且婚前个人财产不因婚姻关系的延续而转化而夫妻共同财产。

购房人在与之配偶办理婚姻登记之前,以其个人财产出资购买房屋,支付首付款。在支付首付款

后,购房人在到房屋登记机关办理过户手续,将该房屋登记在自己名下。购房人在办理其所购房屋的过户手续之后,已成为该房屋的所有人,即购房人系在缔结婚姻关系之前取得的房屋所有权。购房人的上述买房、支付首付款、办理房屋过户登记、取得房屋所有权的行为均发生在与之配偶缔结婚姻关系之前,而夫妻一方在办理婚姻登记之前所取得的财产为个人财产,故应认定购房人所购买的该房屋系其个人财产,而非共同财产,购房人配偶的债权人无权要求以该房屋偿还购房人配偶的债务。

【适用法律】

《中华人民共和国婚姻法》第十八条 有下列情形之一的,为夫妻一方的财产:

(一)一方的婚前财产;

(二)一方因身体受到伤害获得的医疗费、残疾人生活补助费等费用

(三)遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产;

(四)一方专用的生活用品;

(五)其他应当归一方的财产。

第三十九条 离婚时,夫妻的共同财产由双方协议处理;协议不成时,由人民法院根据财产的具体情况,照顾子女和女方权益的原则判决。

《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十四条 被告经传票传唤,无正当理由拒不到庭的,或者未经法庭许可中途退庭的,可以缺席判决。

第一百七十一条 第二审人民法院对不服第一审人民法院裁定的上诉案件的处理,一律使用裁定。

第二百二十七条 执行过程中,案外人对执行标的提出书面异议的,人民法院应当自收到书面异议之日起十五日内审查,理由成立的,裁定中止对该标的的执行;理由不成立的,裁定驳回。案外人、当事人对裁定不服,认为原判决、裁定错误的,依照审判监督程序办理;与原判决、裁定无关的,可以自裁定送达之日起十五日内向人民法院提起诉讼。

最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚

姻法>若干问题的解释(三)》第十条 夫妻一方婚前签订不动产买卖合同,以个人财产支付首付款并在银行贷款,婚后用夫妻共同财产还贷,不动产登记于首付款支付方名下的,离婚时该不动产由双方协议处理。

最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉执行程序若干问题的解释》第二十四条 申请执行人依照民事诉讼法第二百零四条规定提起诉讼的,执行法院应当依照诉讼程序审理。经审理,理由不成立的,判决驳回其诉讼请求;理由成立的,根据申请执行人的诉讼请求作出相应的裁判。

【法律文书】

民事起诉状 民事答辩状 民事执行异议书 民事上诉答辩状 律师代理意见书 民事一审判决书 民事二审判决书

【效力与冲突规避】

参考性案例 有效 参考适用

俞 X 富申请执行人执行异议之诉案

【案例信息】

【中 法 码】婚姻家庭法·夫妻关系·财产债务关系·个人财产 (L0503021)

【案 号】(2013)浙绍执异终字第 11 号

【案 由】申请执行人执行异议之诉

【判决日期】2014 年 01 月 17 日

【权威公布】被最高人民法院《中国裁判文书网》收录

【检 索 码】K3610423++ZJSX++0414D

【审理法院】浙江省绍兴市中级人民法院

【审级程序】其他程序

【审理法官】单卫东 丁敏佳 高颖蕾

【上 诉 人】俞 X 富(原审原告)

【被上诉人】谢 X 红 何 X(均为原审被告)

【裁判文书原文】(如使用请核对裁判文书原件内容)

《民事判决书》

上诉人(原审原告):俞 X 富。

被上诉人(原审被告):谢 X 红。

被上诉人(原审被告):何 X。

两被上诉人委托代理人(特别授权):丁浩。

原审被告:金新民。

原审被告:绍兴市金事达饰品有限公司。

法定代表人:金新民。

原审被告:浙江金事达股份有限公司。

法定代表人:金新民。

原审被告:金群力。

原审被告:绍兴市老史食品有限公司。

法定代表人:张敏。

原审被告:张 X 尧。

原审第三人:陈长友。

上诉人俞 X 富因申请执行人执行异议之诉一案,不服绍兴市越城区人民法院(2013)绍越执异初字第 5 号民事判决,向本院提出上诉。本院于 2013 年 12 月 2 日立案受理后,依法组成合议庭进行了审理。经阅卷和询问当事人,现已审理终结。

原审法院经审理查明:2012 年 9 月 20 日,本院在审理(2012)绍越商初字第 1919 号俞 X 富诉张 X 尧、倪 X 英、何 X、谢 X 红民间借贷纠纷案中,因原告俞 X 富的申请,本院查封被告谢 X 红名下快阁苑吟春坊 1 幢 406 室房屋(产权证号:绍房权证北海字第 F0000118236,面积 82.98 平方米,含自行车库面积 19.08 平方米)。因本院审理查明该借款系被告张 X 尧、何 X 个人债务,而非夫妻共同债务,故 2012 年 12 月 21 日,本院依法判决由何 X、张 X 尧共同归还俞 X 富借款人民币 180 万元并支付相应利息。案件生效进入执行程序后,讼争房产继续查封。2013 年 6 月 25 日,被告谢 X 红提出执行异议申请,认为查封房产系其婚前财产,请求法院解除查封。本院依法作出(2013)绍越执异字第 14 号执行裁定,认定其执行异议成立,裁定对其名下快阁苑吟春坊 1 幢 406 室房产中止执行,并解除查封。原告俞 X 富不服,向本院起诉,故成讼。

另查明,2005年5月11日,被告谢X红与案外人包X忠、包智签订房地产买卖契约,约定由案外人将快阁苑吟春坊1幢406室房产以47万元价款出售给被告谢X红所有。2005年5月17日,被告谢X红办理讼争房屋产权登记。2005年5月26日,被告谢X红以讼争房产向中国银行抵押办理住房贷款,贷款发放的收款人为案外人包X忠,贷款期限180个月,贷款金额25万元,自2005年6月按月归还至今。2008年12月18日,被告谢X红与何X登记结婚。

原审法院认为,本案争议焦点为绍兴市区快阁苑吟春坊1幢406室房产是否是被告谢X红、何X之夫妻共同财产。我国婚姻法司法解释三第十条规定:夫妻一方婚前签订不动产买卖合同,以个人财产支付首付款并在银行贷款,婚后用夫妻共同财产还贷,不动产登记于首付款支付方名下的,离婚时该不动产由双方协议处理。依前款规定不能达成协议的,人民法院可以判决该不动产归产权登记一方,尚未归还的贷款为产权登记一方的个人债务。双方婚后共同还贷支付的款项及其相对应财产增值部分,离婚时应根据婚姻法第三十九条第一款规定的原则,由产权登记一方对另一方进行补偿。本案中,讼争房产系被告谢X红于2005年5月以个人名义与案外人签订购房合同,同月在银行办理住房贷款,其购买讼争房产及领取房屋权证均在婚前完成,对婚后是否以夫妻共同财产归还贷款,并不影响讼争房屋为被告谢X红婚前财产的事实,对此被告何X也无异议。原告诉称讼争房产系夫妻共同财产,无事实与法律依据,本院不予支持。被告老史公司、张X尧经本院传票传唤,无正当理由拒不到庭,本院可以缺席判决。依照《中华人民共和国婚姻法》第十八条、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(三)》第十条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十四条、第二百二十七条、《最高人民法院关于适用〈中华人民

共和国民事诉讼法〉执行程序若干问题的解释》第二十四条之规定,判决驳回原告俞X富的诉讼请求。案件受理费80元,由原告负担。

俞X富不服原判决,提出上诉称:1、讼争房屋系谢X红、何X夫妻共同财产。2、原审法院在审查本案法律关系性质和效力时未向上诉人进行释明,违反了最高法院民事证据规则的规定,导致上诉人未能变更诉讼请求。请求二审法院撤销原判决,支持上诉人的诉讼请求,诉讼费用由被上诉人负担。

被上诉人谢X红、何X二审辩称:涉案房屋是谢X红一方婚前个人财产。房屋是其婚前以个人名义向他人一次性付款购得,房产证在婚前领取,婚后何X也未还贷。同时本案不存在释明的问题。请求驳回上诉,维持原判。

当事人在二审中均未提出新的证据。本院二审查明的事实与原审法院认定的事实一致。

本院认为,讼争房屋系被上诉人谢X红在2005年5月以其个人名义从他人处购得、支付了首付款并办理了住房抵押贷款,同月并将房屋登记在谢X红个人名下。以上事实均发生在谢X红与何X登记结婚之前。原审法院认定讼争房屋系谢X红一方的婚前财产,符合我国婚姻法规定及相关司法解释精神。同时本案并不存在需要释明的问题。鉴于讼争房屋系谢X红一方的婚前财产,与执行案件中被执行人何X的个人债务无关,故应中止对讼争房屋的执行,解除查封。上诉人俞X富的上诉请求依据和理由并不充分,本院实难支持。原审判决认定事实清楚,适用法律正确。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第(一)项之规定,判决如下:

驳回上诉,维持原判。

二审案件受理费80元,由上诉人俞X富负担。

本判决为终审判决。

（四）赠与案例

夫妻一方擅自将共同财产赠与他人，其效力如何认定？

2019-07-09 法信

<https://mp.weixin.qq.com/s/5cr6dcI6d4GsUjHnuVFNQg>

夫妻双方未选择其他财产制的情形下

夫妻对共同财产形成共同共有

根据共同共有的一般原理

婚姻关系存续期间，夫妻共同财产

应作为一个不可分割的整体

夫妻对全部共同财产

不分份额地共同享有所有权



实践中，夫妻一方擅自将共同财产
赠与他人的行为，其效力应如何认定？

法信码 | A2.K26164

擅自将夫妻共同财产赠与第三人的处理

- A2 民法商法
- A2.B1 民法
- A2.C1 婚姻家庭
- A2.D15 离婚纠纷
- A2.E2618 法律后果
- A2.F8011 离婚在当事人财产关系方面的后果
- A2.G17705 夫妻共同财产
- A10.G18927 夫妻对夫妻共同财产的平等处理权
- A2.I23825 非因日常生活需要对夫妻财产做重要处理决定
- A2.K26164 擅自将夫妻共同财产赠与第三人的处理

A2.K26164 擅自将
夫妻共同财产赠与
第三人的处理

- 法律 5
- 案例 5
- 观点 1
- 图书 0
- 期刊 0

法信·裁判规则

1. 夫妻一方擅自处分共同共有财产并将该财产给予婚外第三者的，婚外第三者取得该财产并无合法依据，构成不当得利——孙某某诉徐某某不当得利纠纷案

本案要旨：夫妻在婚姻关系存续期间所取得的财产除法定应当归夫妻一方的情形外，原则上均属于夫妻共同财产。夫妻对其共同财产有平等的处理权。夫妻一方在婚姻关系存续期间与婚外异性进行感情交往并将共同存款等夫妻共同财产给予该第三者的行为系擅自处分夫妻共同财产，该行为侵害了夫妻另一方对该共同财产的合法权利。而婚外第三者取得该财产并无合法依据，构成不当得利，此时夫妻另一方可基于其对该共同财产的合法权利向婚外第三者主张不当得利请求权，要求其返还该财产，法院对此依法应当予以支持。

案号：（2017）鲁03民终3662号

审理法院：山东省淄博市中级人民法院

来源：《人民司法·案例》2019年第11期

2. 夫妻一方非因日常所需将共同财产赠与他人的行为无效，另一方有权要求返还相应财产——

陈倩诉刘强、韩梅赠与合同纠纷案

本案要旨：在婚姻关系存续期间，夫妻双方对共同财产具有平等的权利，对于非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定的，夫妻双方应当平等协商，取得一致意见。夫妻一方非因日常生活需要而将共同财产无偿赠与他人，严重损害了另一方的财产权益，有违民法上的公平原则，这种赠

与行为应属无效,受侵害一方有权要求返还相应财产。

审理法院:北京市海淀区人民法院

来源:《人民法院报》2019年5月28日第6版

3. 夫妻一方擅自将共同财产赠与情人,因违反公序良俗而无效——李某某诉冯某某、张某某赠与合同纠纷案

本案要旨:夫妻一方擅自将共同财产赠与与其有不正当婚外同居关系的第三人,该行为违反了公序良俗的法律原则,依法应当认定为无效。

案号:(2013)民一他字第5号

审理法院:最高人民法院

来源:《人民法院案例选》2016年第5辑(总第99辑)

4. 婚姻关系存续期间,夫妻一方超出日常生活需要擅自将共同财产赠与他人,该赠与行为应认定为无效——邓青芳诉田雪、郭田平赠与合同纠纷案

本案要旨:婚姻关系存续期间,夫妻双方对共同财产不分份额地共同享有所有权,夫或妻非因日常生活需要处分夫妻共同财产时,应当协商一致,任何一方无权单独处分夫妻共同财产;如果夫妻一方超出日常生活需要擅自将共同财产赠与他人,这种赠与行为应认定为无效。

案号:(2016)粤民再310号

审理法院:广东省高级人民法院

来源:广东法院网 2017年5月9日

5. 夫妻一方擅自将夫妻共同财产赠与他人的行为无效,另一方有权要求返还相关钱款及利息——林女士诉梅女士赠与合同纠纷案

本案要旨:夫妻一方在婚姻关系存续期间与他人建立不正当男女关系,并在另一方不知情的情况下将夫妻共同财产赠与他人的,属无权处分,另一方拒绝追认且该赠与行为明显违背了社会公德,该赠与行为无效,另一方有权要求返还相关钱款及利息。

审理法院:上海市长宁区人民法院

来源:上海法院网 2017年3月1日

法信·司法观点

夫妻一方擅自将共同财产赠与他人的行为应全部无效

夫妻共同财产是基于法律的规定,因夫妻关系的存在而产生的。在夫妻双方未选择其他财产制的情形下,夫妻对共同财产形成共同共有,而非按份共有。根据共同共有的一般原理,在婚姻关系存续期间,夫妻共同财产应作为一个不可分割的整体,夫妻对全部共同财产不分份额地共同享有所有权,夫妻双方无法对共同财产划分个人份额,在没有重大理由时也无权于共有期间请求分割共同财产。夫妻对共同财产享有平等的处理权,并不意味着夫妻各自对共同财产享有一半的处分权。只有在共同共有关系终止时,才可对共同财产进行分割,确定各自份额。因此夫妻一方擅自将共同财产赠与他人的赠与行为应属全部无效,而非部分无效。

虽然我国《婚姻法》缺乏有针对性的明确规定,但《婚姻法司法解释(一)》第17条规定:《婚姻法》第17条关于“夫或妻对夫妻共同所有的财产,有平等的处理权”的规定,应当理解为:“(一)夫或妻在处理夫妻共同财产上的权利是平等的,因日常生活需要而处理夫妻共同财产的,任何一方均有权决定。(二)夫或妻非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定,夫妻双方应当平等协商,取得一致意见。他人有理由相信其为夫妻双方共同意思表示的,另一方不得以不同意或不知道为由对抗善意第三人。”

超出日常生活需要对夫妻共同财产进行处分,双方应当协商一致,一方单独将大额夫妻共同财产赠与他人,也是一种无权处分行为。在夫妻另一方事先不知情、事后未追认的情况下,根据《合同法》第51条的规定精神,除非权利人追认或处分人事

后取得处分权，否则该处分行为无效；《物权法》第106条也规定：“无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的，所有权人有权追回。”当财产被他人无合法依据占有时，所有权人有权根据物权的追及效力要求非法占有人返还财产，夫妻中的受害方可以行使物上请求权，以配偶和婚外同居者为共同被告，请求法院判令其返还财产。

涉及具体处理问题，比如夫妻一方赠与婚外情人房产，究竟是返还房屋还是返还相应的购房款。我们认为，一般可分为两种情况：如果赠与人给受赠人钱款让其购房、购车等且登记在受赠人名下，赠与行为被确认无效后，受赠人应返还相应的钱款；如果赠与人是把原来登记在自己名下的房屋、车辆等变更登记为受赠人，受赠人应还原房屋或车辆等。

（摘自吴晓芳，《〈婚姻法〉司法解释（三）适用中的疑难问题》，载于《法律适用》2014年第1期。）

法信·法律依据

1. 《中华人民共和国民法总则》

第一百二十二条 因他人没有法律根据，取得不当利益，受损失的人有权请求其返还不当利益。

2. 《中华人民共和国婚姻法》（2001修正）

第十七条 夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，归夫妻共同所有：

- （一）工资、奖金；
- （二）生产、经营的收益；
- （三）知识产权的收益；
- （四）继承或赠与所得的财产，但本法第十八条第三项规定的除外；

（五）其他应当归共同所有的财产。

夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权。

3. 《中华人民共和国物权法》

第一百零六条 无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的，所有权人有权追回；除法律另有规定外，符合下列情形的，受让人取得该不动产或者动产的所有权：

（一）受让人受让该不动产或者动产时是善意的；

（二）以合理的价格转让；

（三）转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人。

受让人依照前款规定取得不动产或者动产的所有权的，原所有权人有权向无处分权人请求赔偿损失。

当事人善意取得其他物权的，参照前两款规定。

4. 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》

第十七条 婚姻法第十七条关于“夫或妻对夫妻共同所有的财产，有平等的处理权”的规定，应当理解为：

（一）夫或妻在处理夫妻共同财产上的权利是平等的。因日常生活需要而处理夫妻共同财产的，任何一方均有权决定。

（二）夫或妻非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定，夫妻双方应当平等协商，取得一致意见。他人有理由相信其为夫妻双方共同意思表示的，另一方不得以不同意或不知道为由对抗善意第三人。

5. 《北京市高级人民法院民一庭关于审理婚姻纠纷案件若干疑难问题的参考意见》

四十八、婚姻关系存续期间，夫妻一方未经另一方许可将大额共同财物赠与第三人的，另一方可主张请求确认该赠与行为无效，返还财物；或在离婚诉讼中就该赠与行为主张损害赔偿。

（五）撤销监护权案例

孩子，愿你的明天更美好—— 江阴法院宣判一起申请撤销监护人资格案

2019-07-04 无锡市中级人民法院

<https://mp.weixin.qq.com/s/PhZTxPGbBI5Lb0ys05Ka5w>



2019 年 7 月 4 日，江苏省江阴市人民法院对一起申请撤销监护人资格案件进行审理并宣判。因先后遗弃两名亲生子女，被申请人刘某被法院依法判决撤销监护人资格，法院指定由江阴市民政局作为该名女婴的监护人。这也是无锡市首起由检察机关建议并支持起诉、民政部门申请的撤销监护权案件。无锡市政协委员及相关部门人员共 30 余人旁听了案件的审理。



2018 年 7 月 22 日，被申请人刘某在江阴某医院内非婚生育一名女婴后，于同月 24 日将该女婴遗弃在医院女更衣室一个塑料盒内。女婴被发现后

由江阴市公安局委托江阴市民政局所属的江阴市儿童福利院代为抚养，江阴市儿童福利院以家庭寄养方式抚养该女婴至今。江阴市公安局经过调查发现，被申请人刘某还曾在 2015 年 1 月 29 日，将自己的非婚生男婴遗弃在江阴某乡镇一幢居民楼楼道内。

2019 年 1 月 24 日，被申请人刘某因先后遗弃非婚生男婴、女婴各一名，被江阴法院以**遗弃罪判处有期徒刑一年三个月，缓刑一年六个月**。



刘某指认遗弃女婴现场

2018 年 12 月 24 日，江阴检察院向江阴市民

政局发出《申请撤销监护人资格告知书》、《撤销监护权之诉建议书》，建议并支持江阴市民政局申请撤销被申请人刘某的监护权。江阴市民政局于2019年6月10日向江阴法院提起诉讼，以刘某犯遗弃罪，已不适合履行监护职责，申请撤销刘某的监护权，申请人江阴市民政局愿意承担该女婴的监护责任，指定其所属的江阴市儿童福利院抚养该女婴。

江阴法院经审理查明，被申请人刘某同意撤销其对女儿的监护权，请法院为女儿指定合适的监护人；被申请人刘某的父母表示无力承担该女婴的抚养、监护责任；被申请人刘某所在村的村民委员会也声明不具备抚养和监护该女婴的条件和能力；该名女婴的生父不明。

江阴法院审理认为，父母对未成年子女负有抚养、教育和保护的义务。父母是未成年人的监护人。监护人应当履行监护职责，保护被监护人的人身、财产及其他合法权益。本案中，被申请人刘某作为女婴的亲生母亲，将出生三天的被监护人遗弃，拒绝抚养，严重侵害被监护人的权益，符合法院判决撤销其监护人资格的情形。被监护人生父不明，被申请人刘某的父母及所在村委均表示不愿意承担被监护人的监护责任。法院综合考虑到刘某父母的年龄、身体状况、经济条件及村民委员会的具体情况，认为均不适合作为该名女婴的监护人。被监护人自被生母刘某遗弃以来，申请人江阴市民政局所属儿童福利院代为抚养至今，使被监护人的生存、抚育、医疗得到保障。没有合适人员和其他单位担任监护人的情况下，由江阴市民政部门取得被监护人的监护权，更有利于保护被监护人的生存、医疗

保障、教育等合法权益，有利于被监护人的身心健康。综上，**法院判决撤销被申请人刘某的监护权，指定江阴市民政局作为该名女婴的监护人。**



《中华人民共和国未成年人保护法》规定，未成年人享有生存权、发展权、受保护权、参与权等权利，国家根据未成年人的身心发展特点给予特殊、优先保护，保障未成年人的合法权益不受侵犯。同时又规定，父母或者其他监护人不履行监护职责或者侵害被监护的未成年人的合法权益，经教育不改的，人民法院可以根据有关人员或者有关单位的申请，撤销其监护人的资格，依法另行指定监护人。被撤销监护资格的父母应当依法继续负担抚养费用。本案中，刘某作为女婴的亲生母亲，遗弃被监护人，拒绝抚养，严重侵害被监护人的权益，符合法律规定撤销监护人资格的条件，法院判决撤销其监护权正是为了保护未成年人的合法权益。

供稿单位：江阴法院

（六）损害赔偿案例

夫妻一方因遗弃子女被追究刑事责任， 另一方提出精神损害赔偿的，应予支持

2019-07-04 重庆法院网 作者：胡宗彬

<http://cqfy.chinacourt.gov.cn/article/detail/2019/07/id/4152548.shtml?from=singlemessage>

〔案情〕

宋某甲与罗某经人介绍认识并确定恋爱关系后先按照农村风俗举行结婚仪式，2011 年 3 月 2 日在秀山县婚姻登记机关补办结婚登记手续，2010 年 7 月 21 日生育长子宋某乙，2016 年 2 月 26 日生育次女罗某丙。因次女罗某丙系先天唇腭裂患儿，宋某甲在女儿出生后，驾车将女儿带至贵州省松桃县境内遗弃，罗某及其亲人经多番寻找于 2017 年 12 月 16 日将女儿从铜仁市儿童福利院接回，为此花去寄养费、亲子鉴定费、交通费等费用合计 13167 元，宋某甲因此被秀山县人民法院以犯遗弃罪，判处有期徒刑六个月，缓刑一年。宋某甲、罗某遗弃子女一事感情不和，因此宋某甲于 2018 年 1 月向秀山县人民法院提起诉讼，该院作出驳回宋某甲的诉讼请求的民事判决，现宋某甲再次提起与罗某离婚、婚生子女抚养及抚养费承担的诉讼请求。同时，罗某提出宋某甲应赔偿罗某 10 万元离婚损害赔偿金及夫妻财产分割的请求。

〔审判〕

秀山土家族苗族自治县人民法院经审理后认为，宋某甲与罗某双方在第一次判决不准予离婚后，仍继续分居生活，双方确无和好可能，依法准予二人离婚；关于子女抚养问题，宋某甲要求抚养婚生子宋某乙、婚生女罗某丙由罗某抚养予以支持，但婚生女罗某丙比宋某乙年幼约 5 岁，且先天唇腭裂患者需产生大额的医疗费用，二人应当平均承担该笔费用，教育费均凭正式发票由各负担一半的金额，除医疗费外 5 年的生活费、教育费差额，结

合本地的经济水平，罗某丙就读幼儿园所需费用远高于宋某甲接受九年制义务教育，罗某丙本身系先天残疾患儿的实际状况等事实，酌定按照每年 15000 元的标准，由宋某甲支付 75000 元给罗某，同时相互之间对子女有探视权；关于离婚损害赔偿问题，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第二十八条条规定，损害赔偿包括物质损害赔偿和精神损害赔偿，涉及精神损害赔偿部分，现在宋某甲已经因遗弃罪被依法追究刑事责任，精神损害赔偿部分碍难支持，但罗某请求的因宋某甲故意遗弃女儿，罗某多次往返多地找寻女儿的费用系物质损害赔偿，宋某甲应当进行赔偿，该费用包括寄养费、亲子鉴定费、交通费等，其中交通费包含罗某本人及其母亲多次往返周边地区的票据，均是由罗某支出，一人陪同前往也未超过明显范围，在情理之中，该费用的产生完全是因宋某甲故意遗弃子女的行为所致，应当由宋某甲赔偿因找回子女花费的 13167 元给罗某；罗令提出双方婚后在宋某甲家原房屋的基础上修建了三间两楼一底的房屋，经查，该房屋未办理产权登记手续，也未办理修建审批手续因此无法进行分割。遂判决：一、准予宋某甲与罗某离婚；二、夫妻的婚生子宋某乙由宋某甲抚养，婚生女罗某丙由罗某抚养，婚生子女的医疗费凭正式票据由夫妻二人各负担一半的金额，至婚生子女分别年满十八周岁止，不直接抚养子女的一方对由另一方抚养的子女享有探视权，小孩成年后随父随母由其自择；三、宋某甲在本判决生效后十日内支付罗某婚生

子女生活教育费差额、离婚损害赔偿等费用合计88167元；四、驳回宋某甲、罗某的其他诉讼请求。

罗某对一审判决不服，向重庆市第四中级人民法院提出上诉。重庆市第四中级人民法院经审理后认为，罗某主张的离婚损害赔偿中的精神损害的问题，宋某甲犯遗弃罪也是导致宋某甲与罗某离婚的原因，而罗某对离婚无过错。因此，罗某有权基于宋某甲犯遗弃罪导致夫妻双方离婚的事实主张离婚损害赔偿。宋某甲犯遗弃罪的直接受害人是其女儿罗某丙，宋某甲侵害的是罗某丙的人身权利，罗某仅是因宋某甲犯罪导致其配偶权被侵害，其不是宋某甲犯遗弃罪的受害人。因此，其基于配偶权受到侵害而提起的离婚损害赔偿范围内的精神损害赔偿并不违反《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法的解释〉》第一百三十八条的规定，不能因宋某甲犯遗弃罪而免除其对罗某的离婚损害赔偿赔偿责任。因此，精神赔偿金酌情支持10000元。

另外，罗某主张分割其在夫妻关系存续期间修建的房屋或处理居住权的请求因涉案房屋无任何合法修建手续，其上诉理由不能成立，应予驳回。遂判决：一、维持秀山土家族苗族自治县人民法院民事判决第一、二项；二、撤销秀山土家族苗族自治县人民法院民事判决第三、四项；三、宋某甲支付罗某婚生子女抚养费差额、离婚损害赔偿等费用合计98167元，限于本判决生效后十日内付清。四、驳回宋某甲、罗某的其他诉讼请求。

[评析]

本案中，首先，罗某主张的离婚损害赔偿当中的精神损害赔偿部分符合《中华人民共和国婚姻法》第四十六条第（四）项规定的情形。该条规定了四种情况可获得损害赔偿，即：（一）重婚的；（二）有配偶者与他人同居的；（三）实施家庭暴力的；（四）虐待、遗弃家庭成员的；同时，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释（一）》第二十八条规定，损害赔偿包括物

质损害赔偿和精神损害赔偿，涉及精神损害赔偿的，适用最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》的相关规定。宋某甲遗弃女儿罗某丙的事实并构成犯罪已经被刑事判决书所确定，而宋某甲犯遗弃罪也是导致宋某甲与罗某离婚的原因，而罗某对离婚无过错。因此，罗某有权基于宋某甲犯遗弃罪导致夫妻双方离婚的事实主张离婚损害赔偿。

其次，基于配偶权受到侵害而提起的离婚损害赔偿范围内的精神损害赔偿并不违反《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法的解释〉》第一百三十八条的规定。对宋某甲主张因其犯遗弃罪已经受到了刑事处罚而应免除精神损害赔偿的抗辩理由。虽然《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法的解释〉》第一百三十八条规定了“被害人因人身权利受犯罪侵犯或者财物被犯罪分子毁坏而遭受物质损失的，有权在刑事诉讼过程中提起附带民事诉讼；被害人死亡或丧失劳动能力的，其法定代理人、近亲属有权提起附带民事诉讼。因受到犯罪侵犯，提起附带民事诉讼或者单独提起民事诉讼要求赔偿精神损失的，人民法院不予受理”。该条规定的不予受理精神损失赔偿诉求的主体为刑事被害人，请求权基础为被害人的人身权利或财物被犯罪分子损坏。即受害人因人身权利或财物被犯罪分子损害，提起附带民事诉讼或单独提起民事诉讼要求赔偿精神损失的，人民法院不予受理。而本案中，宋某甲犯遗弃罪的直接受害人是其女儿罗某丙，宋某甲侵害的是罗某丙的人身权利，罗某仅是因宋某甲犯罪导致其配偶权被侵害，其不是宋某甲犯遗弃罪的受害人。因此，其基于配偶权受到侵害而提起的离婚损害赔偿范围内的精神损害赔偿并不违反《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法的解释〉》第一百三十八条的规定，不能因宋某甲犯遗弃罪而免除其对罗某的离婚损害赔偿赔偿责任。

再次，对于精神损害赔偿的数额问题。《中华人民共和国婚姻法》第四十六条、《最高人民法院关于

关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释（一）》第二十八条、《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》均未对离婚损害赔偿

的精神损害赔偿的数额作出具体的规定，根据本案的实际情况酌情支持 10000 元。

来源：秀山县人民法院

（七）其它相关案例

夫妻一方擅自处分共有财产给婚外第三者， 另一方是否有权要求返还共同财产？

2019-07-02 法信

<https://mp.weixin.qq.com/s/zC-PHpqILBCSPwXLA0hwgw>

现实生活中，当一方有婚外第三者时
其将夫妻共同所有的财产
以各种形式给付给第三者时
都是对共同财产的擅自处分
而婚外第三者取得该财产并无法律依据
受损害的夫妻一方有权依法对第三者
请求返还全部夫妻共同财产
本期法信干货小哥针对此问题推荐权威案例
并整理了相关裁判规则，供法律人参考

案号：（2017）鲁03民终3662号

审理法院：山东省淄博市中级人民法院

【评论】

实务中夫妻共同财产权益受损方对婚外第三者之不当得利请求权的正确认定

婚姻法第四条规定：“夫妻应当互相忠实，互相尊重。”该规定作为婚姻法的基本规定，确立了夫妻之间的忠实义务。然而现实生活中，夫或妻一方违反忠实义务而存在婚外第三者的情况并不鲜见。在这种存在婚外情的情况中，存在婚外情的夫或妻一方擅自将共同财产给予婚外第三者的纠纷亦时有发生。本案即是典型的夫妻一方擅自对婚外第三者作出给付行为而产生的不当得利纠纷。

本案中，郭某某在有配偶孙某某的情况下与徐某某婚外交往并赠与财产，有悖社会道德，更违反婚姻法中规定的夫妻忠实义务。郭某某对徐某某的赠与行为依法不应受到法律保护，徐某某因此取得的财产利益属于不当得利，依法应予返还。此类案件的基本裁判思路就在于，婚姻关系存续期间，夫妻对共同财产享有共同所有权，任何一方无权单独决定超出日常家庭生活需要的财产处分行为。未经另一方同意，夫妻一方对婚外第三者作出的赠与行为无效，另一方以其侵犯夫妻共同财产而要求返还不当得利的，人民法院应予支持。具体则可从以下三个方面加以把握：

第一，从婚姻法对财产处分的相关规定来看，夫妻受损害一方可以基于其对共同财产的平等处理权，向非善意第三人主张不当得利请求权。最高人

法信·推荐案例

夫妻一方擅自处分共同共有财产并将该财产给予婚外第三者的，婚外第三者取得该财产并无法律依据，构成不当得利——孙某某诉徐某某不当得利纠纷案

案例要旨：夫妻在婚姻关系存续期间所取得的财产除法定应当归夫妻一方的情形外，原则上均属于夫妻共同财产。夫妻对其共同财产有平等的处理权。夫妻一方在婚姻关系存续期间与婚外异性进行感情交往并将共同存款等夫妻共同财产给予该第三者的行为系擅自处分夫妻共同财产，该行为侵害了夫妻另一方对该共同财产的合法权利。而婚外第三者取得该财产并无法律依据，构成不当得利，此时夫妻另一方可基于其对该共同财产的合法权利向婚外第三者主张不当得利请求权，要求其返还该财产，法院对此依法应当予以支持。

民法院《关于适用婚姻法若干问题的解释（一）》第17条将“夫妻对共同所有的财产有平等的处理权”界定为：“（一）夫或妻在处理夫妻共同财产上的权利是平等的。因日常生活需要而处理夫妻共同财产的，任何一方均有权决定。（二）夫或妻非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定，夫妻双方应当平等协商，取得一致意见。他人有理由相信其为夫妻双方共同意思表示的，另一方不得以不同意或不知道为由对抗善意第三人。”

另外，从最高法院《关于适用婚姻法若干问题的解释（三）》第11条所规定的要义来看，夫妻一方擅自处分共同共有的不动产的，只有在第三人善意取得、支付合理对价并且办理产权登记手续的情形下才可保护第三人对该不动产的合法权益；否则夫妻另一方有权追回该不动产。据此，夫妻双方非因日常生活需要对共同财产做重要处理决定时，双方应当在平等协商后一致处理，否则夫妻一方对共同财产的处理就构成擅自处理。他人有理由相信其为夫妻双方共同意思表示的，另一方不得以不同意或不知道为由对抗善意第三人。若第三人基于夫妻一方对共同财产的处理而取得相应利益，而第三人不属于善意，则夫妻另一方基于对夫妻共同财产的共同所有权就可对抗该第三人，即夫妻另一方有权要求要求非善意第三人返还夫妻一方擅自处分给其的财产利益。

本案中，郭某某给予徐某某财产的行为本身不属于因日常生活需要而处理共同财产的行为，其未经其妻孙某某的同意而赠与婚外第三者徐某某财产的行为侵犯了孙某某对夫妻共同财产的平等处理权；而徐某某取得郭某某给付的涉案资金实际系取得了郭某某与孙某某的夫妻共同财产，且其明知郭某某有配偶却与其婚外交往并接受郭某某的金钱赠与，显然也非善意第三人。既然徐某某非善意第三人，则孙某某作为夫妻另一方基于对夫妻共同财产的共同所有权就可对抗徐某某，即孙某某有权要求徐某某返还郭某某擅自处分给其的财产利益。在此情况下，徐某某从郭某某处取得的涉案资金显

系不当得利，依法应予返还。

第二，从夫妻受损害一方的角度来看，其实际系基于对夫妻共同财产的共同共有权益而主张不当得利请求权。在婚姻关系存续期间，在未明确约定财产制的情形下，夫妻取得的共同财产形式应为双方共同共有，而非按份共有。依据共同共有的一般理论，共同共有财产是一个非分割性的整体，共有人任何一方均对全部共同财产享有不分份额的共同所有权，共有人也不得在共同财产上划分特定份额，除重大事由外也无权在共有期间申请分割。因此，夫妻双方对于夫妻共同财产的共同共有决定了双方虽然对共同财产均享有平等处理权，但并不意味着夫妻双方对共同财产各自享有一半处分权。只有在婚姻这一共同共有基础事实关系终止时，双方才能分割共同财产，确定相应份额。

故在婚姻关系存续期间，夫或妻一方未经另一方同意而擅自将共同财产赠与他人的，在事后另一方不予追认的情况下，该行为显然属于一种无权处分，构成对另一方的共有财产权的侵犯，另一方有权予以追回。即夫妻一方对共同财产无权处分而产生另一方对于该财产的不当得利请求权。而根据物权法第一百零六条对无权处分的规定，当财产被无处分权人转让给受让人后，在受让人无合法依据占有时，所有权人有权要求受让人返还该财产。本案中，郭某某在未与孙某某协商一致或得到其事后追认的情况下，超出日常生活需要对夫妻共同财产进行处分，其对徐某某赠与夫妻共同财产的行为自然属无权处分的范畴，徐某某取得该财产构成不当得利，孙某某有权要求其返还。

第三，从对该类案件的判决结果来看，人民法院应当只判决婚外第三者承担不当得利返还责任。司法实践中对于此类夫妻一方擅自对婚外第三者作出给付行为而产生的不当得利纠纷，一般都是由夫妻中的无过错方基于婚姻这一法律事实作为原告提起不当得利之诉，要求婚外第三者即被告依法返还相应财产利益。而对擅自作出赠与行为的夫妻另一方，其在诉讼中的地位通常是被告或第三人。

基于以上分析,婚外第三者构成不当得利,法院判决其向原告返还相应财产利益,并无问题;但同时应当注意的则是对于擅自作出赠与行为的夫妻另一方,在双方婚姻关系仍然存续的情况下,法院不应直接判令其与婚外第三者共同承担返还责任。

这是因为,首先,婚外第三者是不当得利的实际取得方,擅自作出赠与行为的夫妻另一方并非不当得利取得方,即对于原告而言,系婚外第三者构成不当得利,而非擅自作出赠与行为的夫妻另一方构成不当得利。如本案中徐某某构成不当得利,而郭某某并不构成不当得利。

其次,在擅自赠与一方与原告的婚姻关系仍然存续的情况下,法院若判令擅自赠与一方与婚外第三者共同承担返还义务,而擅自赠与一方与原告即夫妻另一方仍系夫妻,其向原告支付金钱仍是以夫妻共同财产承担责任,而夫妻共同财产为双方共有,无疑会产生“自己返还自己”的债务空转现象。如本案中若同时判令郭某某与徐某某共同向孙某某承担返还责任,在涉案资金已经实际交付徐某某的情况下,郭某某再向孙某某返还所使用的资金显然仍是其与孙某某的共同财产,等于是孙某某用自己的资金来返还自己,不仅逻辑上不能自洽,实践中也无法执行。

再次,在夫妻中的无过错方作为原告起诉的情况下,法院只判令婚外第三者向原告承担返还责任,在擅自赠与一方与原告的婚姻关系仍然存续的情况下,婚外第三者向夫妻双方任何一方返还财产,均属于向夫妻双方返还财产,即原告从婚外第三者处得到返还的财产依法依然是夫妻共同财产。

(摘自:《对夫妻一方擅自处分共同共有财产中不当得利请求权的把握》,作者:山东省淄博市中级人民法院,载于《人民司法·案例》2019年第11期,第14~17页。)

法信·裁判规则

1. 夫妻一方擅自将共同财产给予婚外第三者

的,第三者取得该财产并无法律依据,夫妻另一方有权要求返还该夫妻共同财产——赵海晴等与杨美玲赠与合同纠纷案

案例要旨: 夫妻关系存续期间,双方对共同财产共同享有所有权,夫妻一方非因日常生活需要处分夫妻共同财产时,应当协商一致,任何一方无权单独处分夫妻共同财产。夫妻一方超出日常生活需要擅自处分共同财产的,该处分行为应认定为无效。因此,夫妻一方擅自将共同财产给予婚外第三者的,第三者取得该财产并无法律依据,夫妻另一方有权要求返还该夫妻共同财产。

案号:(2018)京03民终8259号

审理法院:北京市第三中级人民法院

来源:中国裁判文书网 2018年8月22日发布

2. 夫妻一方擅自将共同财产赠与婚外第三者的行为无效,夫妻另一方有权要求全部返还该部分财产——徐芬芬诉刘成英等赠与合同纠纷案

案例要旨: 夫妻一方与婚外第三者长期维持不正当两性关系,并在婚姻关系存续期间将大量夫妻共同共有财产赠与给婚外第三人,不但有违公序良俗,并且损害了夫妻的共同利益,其行为无论从性质还是处分权限而言,均应认定为无效,对于夫妻一方给予婚外第三者的夫妻共同财产,受侵害的夫妻另一方有权要求全额予以返还。

案号:(2015)沪一中民一(民)终字第955号

审理法院:上海市第一中级人民法院

来源:中国裁判文书网 2015年6月24日发布

法信·裁判依据

1. 《中华人民共和国民法总则》

第一百二十二条 因他人没有法律根据,取得不当利益,受损失的人有权请求其返还不当利益。

2. 《中华人民共和国婚姻法》(2001修正)

第十七条 夫妻在婚姻关系存续期间所得的

下列财产，归夫妻共同所有：

- （一）工资、奖金；
- （二）生产、经营的收益；
- （三）知识产权的收益；
- （四）继承或赠与所得的财产，但本法第十八

条第三项规定的除外；

- （五）其他应当归共同所有的财产。

夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权。

3. 《中华人民共和国物权法》

第一百零六条 无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的，所有权人有权追回；除法律另有规定外，符合下列情形的，受让人取得该不动产或者动产的所有权：

- （一）受让人受让该不动产或者动产时是善意的；
- （二）以合理的价格转让；
- （三）转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让

人。

受让人依照前款规定取得不动产或者动产的所有权的，原所有权人有权向无处分权人请求赔偿损失。

当事人善意取得其他物权的，参照前两款规定。

4. 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》

第十七条 婚姻法第十七条关于“夫或妻对夫妻共同所有的财产，有平等的处理权”的规定，应当理解为：

（一）夫或妻在处理夫妻共同财产上的权利是平等的。因日常生活需要而处理夫妻共同财产的，任何一方均有权决定。

（二）夫或妻非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定，夫妻双方应当平等协商，取得一致意见。他人有理由相信其为夫妻双方共同意思表示的，另一方不得以不同意或不知道为由对抗善意第三人。

四、继承

第一顺序继承人放弃继承后其他法定继承人按顺序继承 (最高法院出版物公布的参考性案例中确定的审判规则)

2019-07-05 指导性案例审判规则

<https://mp.weixin.qq.com/s/ZPykr1Najf8jqlEFgVei3g>

【审判规则】

被继承人去世后,行为人作为第一顺序继承人已通过书面形式放弃法定继承权的,该被继承人遗产应由其他法定继承人按继承顺序予以继承。

【关键词】

民事 法定继承 被继承人 去世 第一顺序 书面形式 法定继承权 继承顺序

【基本案情】

王X琴与刘XX生育二子,即刘X新、刘X。王X琴与刘XX曾建造北房八间、西厢房二间。后刘X新与赵X荣结婚,居住在北房八间中西数第四、五、六三间房屋内。同时,刘X新与赵X荣居住期间对北房八间中西数第四、五、六三间房屋向南侧,建造了二间东厢房、二间西厢房、一间南厢房,并居住至今。随后,白X侠与刘X结婚,二人居住在北房八间中西数第一、二、三间房屋及西厢房二间处,白X侠与刘X居住期间在北房八间中西数第一、二、三间房屋向南侧,建造了二间东厢房、南房门道一间、南棚房一间、厕所一间。

其中,北房八间中西数第七、八间房屋由王X琴与其夫刘XX居住使用,其居住期间建造西厢房一间、南房二间。后某土地管理局颁发集体土地宅基地使用证时,王X琴与其夫刘XX建造的北房八间的部分宅基地使用证户名登记为刘X新,剩余部分的宅基地使用证户名登记为王X琴。后刘XX去世,刘X在家庭会议上同意放弃继承权并签字。王X琴、刘X等对遗产的分割问题发生争议。

白X侠以其对刘XX的遗产有继承权为由提起

诉讼,请求对刘XX的遗产进行分割。

王X琴等辩称,白X侠不是继承人。

【争议焦点】

被继承人死亡后,第一顺序继承人放弃继承权后,遗产应如何继承。

【审判结果】

一审法院认定:北房八间、西厢房二间,由王X琴与刘XX建造,该财产应为两人共有。刘X新与赵X荣所增添的财产部分应为刘X新与赵X荣所有。王X琴与刘XX建造的西厢房一间、南房二间应为王X琴与刘XX所有。

一审法院判决:北房八间中西数第一、二、三间(包括接出的部分)及西厢房二间、东厢房二间、南房门道一间、南棚房一间、厕所一间归白X侠、刘X所有;其余房屋(包括北房接出的部分)均归王X琴、刘X新、赵X荣所有。

王X琴、刘X、刘X新、赵X荣均不服一审判决,提起上诉称:白X侠不是继承人,刘X已经放弃继承。故请求撤销原审判决,依法改判,驳回白X侠的诉讼请求。

白X侠辩称:同意原审法院判决。

二审法院判决:撤销一审判决;二间东厢房、南房门道一间、南棚房一间、厕所一间由刘X与白X侠共同使用;驳回白X侠其他诉讼请求;驳回王X琴、刘X、刘X新、赵X荣其他上诉请求。

【审判规则评析】

依据《中华人民共和国继承法》的相关规定,当继承开始后,按照法定继承办理;有遗嘱的,按

照遗嘱继承或者遗赠办理；有遗赠扶养协议的，按照协议办理。就本案而言，在刘XX去世后，作为第一顺序继承人的刘X有权放弃继承权，刘X在家庭会议上同意并签字放弃继承权的行为并未违反相关法律规定，故对涉案房屋刘X不再享有继承权。并且刘X与白X侠未证明其在婚后居住的三间房屋向南侧所接出并建造的房屋有相关批准手续，故所增添的房屋应为刘X与白X侠共同使用。

【适用法律】

《中华人民共和国继承法》第五条 继承开始后，按照法定继承办理；有遗嘱的，按照遗嘱继承或者遗赠办理；有遗赠扶养协议的，按照协议办理。

第十条 遗产按照下列顺序继承：

第一顺序：配偶、子女、父母。

第二顺序：兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。

继承开始后，由第一顺序继承人继承，第二顺序继承人不继承。没有第一顺序继承人继承的，由第二顺序继承人继承。

本法所说的子女，包括婚生子女、非婚生子女、养子女和有扶养关系的继子女。

本法所说的父母，包括生父母、养父母和有扶养关系的继父母。

本法所说的兄弟姐妹，包括同父母的兄弟姐妹、同父异母或者同母异父的兄弟姐妹、养兄弟姐妹、有扶养关系的继兄弟姐妹。

第二十六条 夫妻在婚姻关系存续期间所得的共同所有的财产，除有约定的以外，如果分割遗产，应当先将共同所有的财产的一半分出为配偶所有，其余的为被继承人的遗产。

遗产在家庭共有财产之中的，遗产分割时，应当先分出他人的财产。

第二十九条 遗产分割应当有利于生产和生活需要，不损害遗产的效用。

不宜分割的遗产，可以采取折价、适当补偿或者共有等方法处理。

【法律文书】

民事起诉状 民事答辩状 民事上诉状 民事上

诉答辩状 律师代理意见书 民事一审判决书 民事二审判决书

【效力与冲突规避】

参考性案例 有效 参考适用

白X侠诉王X琴等法定继承纠纷案

【案例信息】

【中法码】继承法·继承权概述·继承权的放弃 (T02039)

【案号】(2008)一中民终字第15317号

【案由】法定继承纠纷

【判决日期】2008年11月20日

【权威公布】被国家法官学院《中国审判案例要览》(2009年民事审判案例卷)收录

【检索码】C0702+25++BJYZ++0408C

【审理法院】北京市第一中级人民法院

【审级程序】第二审程序

【审理法官】郝从宇 段丽萍 王磊

【上诉人】王X琴 刘X 刘X新 赵X荣(均为原审被告)

【被上诉人】白X侠(原审原告)

【裁判文书原文】(如使用请核对裁判文书原件内容)

《民事判决书》

上诉人(原审被告):王X琴。

上诉人(原审被告):刘X,王X琴之次子。

上诉人(原审被告):刘X新,王X琴之长子。

上诉人(原审被告):赵X荣,刘X新之妻。

被上诉人(原审原告):白X侠。

上诉人王X琴、刘X、刘X2、赵X荣因与被上诉人白X侠析产继承纠纷一案,不服北京市大兴区人民法院(2008)大民初字第5518号民事判决,向本院提起上诉。本院依法组成由审判员郝从宇担任审判长,审判员段丽萍、王磊参加的合议庭进行了审理。本案现已审理终结。

原审法院经公开审理查明:被告王X琴与其夫刘XX生育二子,长子为被告刘X新,次子为被告刘X。1979年,被告王X琴与其夫刘XX建造北房8间、西厢房2间。1989年3月18日,被告刘X新与被告赵X荣结婚,居住在北房8间中西数第4,5,6三间房屋处,被告刘X新与被告赵X荣居住期间对北房8间中西数第4,5,6三间房屋向南侧接出1.59米长,并建造了2间东厢房、2间西厢房、1间南房居住至今。1992年4月18日,原告白X侠与被告刘X结婚,居住在北房8间中西数第1,2,3三间房屋及西厢房二间处,原告白X侠与被告刘X居住期间对北房8间中西数第1,2,3三间房屋向南侧接出1.8米长并建造了2间东厢房、南房门道1间、南棚房1间、厕所1间。北房8间中西数第7,8间房屋由被告王X琴与其夫刘XX居住使用,其居住期间建造西厢房1间、南房2间。1997年6月16日,大兴区土地管理局颁发集体土地宅基地使用证,被告王X琴与其夫刘XX建造的北房8间,西侧长12.91米、宽14.47米,宅基地使用证户名登记为刘X新,东侧长12.91米、宽14.47米,宅基地使用证户名登记为王X琴。2003年7月12日,刘XX去世。

上述事实有下列证据证明:

(1)北京市丰台区南苑乡南苑村证明,证明白X侠自1995年至1997年在该村下属企业上班,每月工资800元;

(2)北京格雷海姆玻璃制品有限公司证明,证明白X侠自1998年8月至2001年9月每月工资为2400元至2800元之间,2003年6月至2007年5月每月工资为1200元至1800元之间;

(3)证人胡XX出庭作证,证明婚后是白X侠找的胡XX将北房向南侧接出1.8米长,建造南房门道1间、南棚房1间、厕所1间及装修2间东厢房,建房及装修款是白X侠给付;(4)被告刘X新、被告赵X荣提供集体土地宅基地使用证,提供由王X琴、刘X新、刘X签字的刘X自愿放弃刘XX财产继承权的协议;

(5)证人王XX出庭作证,证明其参加了家庭会议,是刘X同意并签字放弃继承权的。

一审法院经审理认为:北京市大兴区西红门镇六村光明巷9号院原有北房8间、西厢房2间,是由被告王X琴与其夫刘XX建造,该财产应为被告王X琴与其夫刘XX所有。被告刘X新与被告赵X荣结婚后居住北房8间中西数第4,5,6三间房屋,后被告刘X新与被告赵X荣将使用的3间北房向南侧接出1.59米长并建造了2间东厢房、2间西厢房、1间南房,被告刘X新与被告赵X荣所增添的财产部分应为被告刘X新与被告赵X荣所有。原告白X侠与被告刘X婚后居住在北房8间中西数第1,2,3三间房屋,后原告白X侠与被告刘X将使用的3间北房向南侧接出1.8米长并建造了2间东厢房、南房门道1间、南棚房1间、厕所1间,原告白X侠与被告刘X所增添的财产部分应为原告白X侠与被告刘X所有。被告王X琴与其夫刘XX建造的西厢房1间、南房2间应为被告王X琴与其夫刘XX所有。对原告白X侠诉称,被告王X琴与其夫刘XX建造的西厢房1间、南房2间是王X琴、刘XX、白X侠、刘X共同出资建造,其未提供证据证明,故法院不予采信。对被告王X琴、被告刘X新、被告赵X荣辩称原告白X侠与被告刘X婚后对居住的三间房屋向南侧接出的房屋及建造的2间东厢房、南房门道1间、南棚房1间、厕所1间为被告王X琴、被告刘X新、被告赵X荣出资所建,其未提供证据证明,故法院不予采信。被告王X琴系刘XX之妻,被告刘X新、被告刘X系刘XX之子,故对刘XX去世时遗留的财产,被告王X琴、被告刘X新、被告刘X均有继承权。原告白X侠与被告刘X为夫妻关系,被告刘X所应继承的财产应为夫妻共有财产。被告刘X未征得共有财产人的同意,其放弃应继承财产的行为,法院不予支持。对双方争执房屋的分割,应有利于生产和生活的需要。

一审法院依照《中华人民共和国继承法》第十条、第二十六条、第二十九条之规定,作出如下判决:

坐落于北京市大兴区西红门镇六村光明巷9号院北房8间中西数第1、2、3间（包括接出的部分）及西厢房2间、东厢房2间、南房门道1间、南棚房1间、厕所1间归原告白X侠、被告刘X所有。其余房屋（包括北房接出的部分）均归被告王X琴、被告刘X新、被告赵X荣所有。

王X琴、刘X、刘X新、赵X荣不服一审法院判决，向本院提起上诉称：白X侠不是继承人，刘X已经放弃继承。故请求：撤销原审判决，依法改判，驳回白X侠的诉讼请求，诉讼费用由对方支付。

被上诉人白X侠答辩称：同意原审法院判决。

本院经审理查明：原审法院认定的事实基本属实。该事实有经一审法院质证的证据在案佐证。

本院经审理认为：上诉人王X琴、刘X、刘X新、赵X荣上诉认为刘X已经放弃继承，白X侠不是继承人一节，根据《中华人民共和国继承法》第五条、第十条的规定，2003年7月12日，刘XX去世后，刘X作为第一顺序继承人有权放弃继承权，在家庭会议上刘X同意并签字放弃继承权，刘X放弃继承权的行为符合法律规定，各上诉人的该上诉请求符合法律规定，应予支持。

上诉人刘X与白X侠婚后居住在坐落于北京市大兴区西红门镇六村光明巷9号院的北房8间中西数第1、2、3三间房屋，刘X与白X侠将使用的三间北房向南侧接出1.8米长并建造了2间东厢房、南房门道1间、南棚房1间、厕所1间，刘X与白X侠未证实所增添的2间东厢房、南房门道1间、南棚房1间、厕所1间有相关批准手续，所增添的2间东厢房、南房门道1间、南棚房1间、厕所1间应为刘X与白X侠共同使用。

本院依据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（二）项，《中华人民共和国继承法》第五条、第十条之规定，作出如下判决：

1. 撤销北京市大兴区人民法院(2008)大民初字第5518号民事判决；
2. 坐落于北京市大兴区西红门镇六村光明巷9号院的2间东厢房、南房门道1间、南棚房1间、厕所1间由刘X与白X侠共同使用；
3. 驳回白X侠其他诉讼请求；
4. 驳回王X琴、刘X、刘X新、赵X荣其他上诉请求。

实务探讨 | 未提交公证材料申请继承登记的办理要点

原创：2019-07-12 中国不动产官微 肖晓东 马志平

<https://mp.weixin.qq.com/s/0YUeW6dI1oeBmnidU7o1Q>

对因继承取得不动产向不动产登记机构申请转移登记的，《不动产登记操作规范》（以下简称《规范》）除对提交公证材料或者生效的法律文书提出了办理方式外，也在《规范》1.8.6条款中，详细规定了申请人不提交经公证的材料或者生效的法律文书的办理程序和提交申请材料要求。

但实践中发现，由于继承登记涉及相关当事人多、时间跨度长、材料收集困难等特殊情况，申请人往往难以提交完全符合《规范》要求的完整申请材料，无法供登记机构审查认定相关事实。对登记

人员而言，继承权的审查认定十分专业、复杂，涉及法律法规多，一旦发生错误，面临的机构连带赔偿责任及追究个人责任的问题。因此，如何既依法合规登记，又方便群众办事，成为不动产登记机构亟待解决的重点、难点。

1 查明被继承人的死亡事实，确定继承的开始时间。

《继承法》第2条规定：“继承从被继承人死亡时开始。”登记机构首先必须查明被继承人死亡的基本事实，否则无法启动继承登记程序。这里要

注意的是,死亡情况有两种:自然人常规意义上的死亡和被人民法院宣告死亡。所以登记机构在审查并确认被继承人死亡事实时,应当区别以上情况,分别按照《规范》规定,要求申请人提交以下材料,以确认被继承人死亡的基本事实。

一是自然人死亡的,需提供医疗机构出具的死亡证明或医学死亡推断书;公安机关出具的死亡证明或者注明了死亡日期的注销户口证明或其他能够证明被继承人死亡的材料。

二是人民法院宣告死亡的,需提交人民法院宣告死亡判决书原件。

2 查明被继承人的被继承不动产范围、不动产性质、所占份额及是否有查封和其他限制等基本状况。

一般来说,登记机构根据申请人提交的被继承人的不动产权证书或房屋所有权证书和土地使用证,经比对登记簿信息后即可查明被继承人名下遗产范围、所占份额等情况。但是,由于历史原因或当事人的原因,造成被继承的不动产存在已登记和未登记两种基本状态,特别是未登记的情形更为复杂。如何依法区别并厘清,是确保准确登记的又一关键要素。

根据《婚姻法》和《继承法》相关规定,如果符合个人财产认定相关规定的,应当全部认定为被继承的遗产,份额为100%;如果是共同财产,则被继承的遗产份额为50%,另外50%则为另一方的个人财产,不应被认定为遗产。

但是,登记机构在审查认定遗产份额后,如果当事人提出异议且拒绝认可登记机构的认定结果时,该如何处置?笔者认为,登记机构应当要求当事人通过司法途径解决争议,并根据人民法院的判决结果予以登记;当事人拒绝司法救济的,登记机构不予登记。对于未登记的不动产,登记机构应当一并要求申请人提交取得不动产时的确权材料,审查该不动产的合法性后,启动确权登记与继承登记,进行二次连续登记,确保登记簿信息数据的连续性和完整性。

3 查明法定继承人的身份、与被继承人关系等基本情况。

根据《继承法》规定,登记机构应当通过询问、具结等方式查明被继承人是否有遗嘱继承或者遗赠及遗赠扶养协议等优先继承的情况,并经全部继承人具结确认没有以上优先继承情况后,才可以按照法定继承顺序启动审查、确认和登记程序。

按照法定继承顺序,登记机构必须审查继承人的身份情况、数量、现状、意思表示等基本事实和实际情况。从工作实践来看,遇到的难点和重点在于,如何查明被继承人父母生存状态及其婚生子女的数量问题上。笔者认为登记机构可以根据以下情况来确认相关事实。

不能提供相关证明材料。针对被继承人父母由于年代久远、死亡时间较早或相关材料缺失、难以提供证明材料的情况,可采用3种方式作为确认被继承人父母早于被继承人死亡的依据。一是通过被继承人的人事档案中的相关记载来佐证;二是被继承人父母原服务或工作单位出具相关证明材料;三是其原户籍地、居住地的村(居)委会出具相关证明材料。

未经结婚登记。针对年代久远、未经结婚登记的配偶确认问题,可依照《婚姻法》及相关司法解释,对能够提供单位、村(居)委会证明其与被继承人为夫妻且符合事实婚姻确认条件的,可认定为配偶。

被继承人子女数量确认。如何确认被继承人子女数量问题和状态问题,笔者认为,也可以通过档案资料、工作单位、社区等出具证明的方式来确认被继承人子女的数量,而后根据其子女到场情况,即可确认被继承人部分子女目前的生存状态,从而依法确认是否存在代位继承或转继承的情况。

准确区分代位继承与转继承。被继承人的子女先于被继承人死亡的,由被继承人子女的子女继承,通俗地说就是由被继承人的孙辈代已故的父或母直接继承,即代位继承;如果被继承人的子女迟于

被继承人死亡，则不属于代位继承的法律关系，而是转变成转继承的法律关系，即该已故子女原应当继承其父或母的不动产份额，转化成已故子女的个人遗产，应当按照继承相关规定重新审查认定继承权。

4 最终确认继承相关事实并形成继承权确认文件。

登记机构通过对申请人提供的直接材料、佐证材料等进行全面审查，在充分知悉全部继承人、当事人的真实意思表示后，登记人员应当以询问笔录、具结书、声明等为载体固定相关事实，并最终确认继承人及继承份额，形成完整的继承权确认文件。完整的继承权确认文件，至少应明确包括以下内容。

一是对申请人及全部继承人基本情况的审查确认情况，以及对当事人提交材料与承诺事实的具结确认情况。

二是对被继承人死亡事实、个人遗产的确认情况，以及对所提交的权属依据材料和其他事实确认材料的审查情况。

三是询问全部继承人的记录、并由全部继承人

具结确认情况，被继承人生前是否有遗嘱、是否与他人签订过遗赠扶养协议等相关事实，并如实载明办理登记及公告期间，是否有其他利害关系人向登记机构提出异议的事实。

四是法定继承人的审查情况及审查依据。包括对其父母、配偶、子女的生存状况、人员构成和数量等基本情况的审查过程、审查依据和审查结果等，如果相关继承人死亡，需要查明是否先于被继承人死亡还是迟于被继承人死亡，是否存在代位继承或转继承等情况。

五是具结、声明等文件材料的签署情况。查明并确认全部继承人的真实意思表示，如是否有放弃继承权的情况、继承人是否同意接受继承等，并由此确定最终继承人及继承份额。

最后，登记机构按照上述继承权确认文件为依据，结合当事人提交的其他申请登记材料，完成未提交公证材料的继承登记。

作者单位：福建省三明市不动产登记中心

遗赠扶养协议未履行的，原来所立遗嘱的效力能否自行恢复？

2019-07-31 法信

<https://mp.weixin.qq.com/s/IA8CpCOCTy0LNtz521Tx1g>

被继承人生前与他人签订有遗赠扶养协议
同时又立有遗嘱的，继承开始后
如果协议与遗嘱有抵触，按协议处理
与协议相抵触的遗嘱全部或部分无效



如果该遗赠扶养协议未履行
那么原来所立的遗嘱效力能否恢复？

针对此问题，干货小哥推荐权威案例
并整理了相关司法观点

法信·推荐案例

与遗赠扶养协议内容相抵触的遗嘱无效，此无效是自此无效。遗赠扶养协议未履行只是导致扶养人不能享有受遗赠的权利，但不能否定遗赠扶养协议本身的效力。遗赠扶养协议未履行的，原来所立遗嘱的效力不能自行恢复——黄某 1 诉戴

某继承纠纷案

案号：(2018)湘10民终1463号

审理法院：湖南省郴州市中级人民法院

来源：《人民司法·案例》2019年第17期

【评论】

遗赠扶养协议因受遗赠人未尽扶养义务而不能享有受遗赠的权利时，原遗嘱是否恢复效力，法律没有明确规定。本案在处理过程中形成两种不同意见，笔者拟从法理去分析，以期对今后类似案件的审理起到抛砖引玉的作用。

理由如下：

一、从概念性质来看：法律明确规定遗赠扶养协议效力优先

遗赠扶养协议是遗赠人和扶养人之间关于扶养人承担对遗赠人生养死葬的义务，遗赠人的财产在其死后转归扶养人所有的协议。遗嘱是指自然人生前按照法律规定处分自己的财产及安排与财产相关的事务，并于死后发生法律效力的单方民事法律行为。依据《继承法意见》第5条的规定，继承开始后，如果遗赠扶养协议与遗嘱有抵触，按协议处理，与协议抵触的遗嘱全部或部分无效。

因为遗赠扶养协议是双方当事人之间的真实意思表示，此时的遗赠扶养协议理所当然是有效的。而后遗赠扶养协议因为受遗赠人没有履行相应的法定义务而不能享有受遗赠的权利，并不能否定该协议的有效性。第一种意见是因为没有真正弄清两者的概念及其性质，导致逻辑错误。

二、从法律特征来看：遗赠扶养协议是双务、诺成、要式合同

有观点认为，协议不能履行后，遗嘱作为被继承人的真实意思表示理应予以适用，不能因一个无效的协议而予以否认。对此观点，笔者拟从遗赠扶养协议的法律特征予以阐述。

(一) 遗赠扶养协议是诺成性民事合同行为，需要扶养人和受扶养人双方意思表示一致才能成立。而正因为是诺成性民事法律行为，双方一经达成一致意思表示时即可发生法律效力。遗赠人须履行约定的义务并待遗赠人死亡时才能实现约定的权利，但遗赠扶养协议并非须于遗赠人死亡时才发生法律效力，其于签订时即生效。

(二) 遗赠扶养协议是双务民事法律行为，双方当事人互享权利、互担义务。扶养人负有对遗赠人生养死葬的义务，享有接受遗赠人遗赠财产的权利；遗赠人享有接受扶养的权利，负有将其遗产遗赠给扶养人的义务。权利义务的相互性决定了当事人一方在没有尽到相应义务的同时，也就失去了相应的权利。

(三) 遗赠扶养协议是生前民事法律行为与死后民事法律行为的结合。遗赠扶养协议在遗赠人生前一经签订即发生法律效力，扶养人必须按协议履行扶养遗赠人的义务。但扶养人的权利只能在遗赠人死亡时才能实现，也即扶养人在受扶养人生前只有扶养的义务，而不能接受财产。

(四) 遗赠扶养协议在适用上具有优先性，其效力优先于遗嘱和法定继承。《继承法意见》第5条规定，遗嘱与遗赠扶养协议内容相抵触的，遗嘱无效。此时的无效是自此无效，因为遗赠扶养协议一经签订即生效，此时与其内容相抵触的遗嘱便归于无效。之后，遗赠扶养协议未履行只是导致扶养人不能享有受遗赠的权利，但不能否定协议本身的效力，因此遗嘱不能自行恢复效力。

结合本案来看，因遗嘱与遗赠扶养协议内容相抵触，故遗嘱应认定无效，黄某2应按照法律规定和遗赠扶养协议约定负责黄湘源的生养死葬。但黄某2长期居住在广东省，未提供证据证明其已经尽到生养死葬义务。根据权利与义务对等原则及善良风俗原则，黄某2不享有受遗赠的权利，其无权依据遗赠扶养协议主张房产归其所有。基于此，涉案房产应按照法定继承处理。

三、从二者区别来看：遗赠扶养协议是有偿、互为条件、生前死后相结合的行为

遗赠扶养协议与遗嘱都是财产所有人对自己的财产在生前作出处分，在死后实现财产所有权转移的行为，但是两者有以下区别：

（一）遗赠扶养协议是双方法律行为，只有在遗赠方和扶养方双方自愿协商一致的基础上才能成立。凡不违反国家法律规定、不损害公共利益、不违反社会主义道德准则的遗赠扶养协议即具有法律约束力，任何一方都不能随意变更或解除。如果一方要变更或解除，必须取得另一方的同意。而遗嘱是立遗嘱人单方的法律行为，不需要他人的同意即可发生法律效力。立遗嘱人不仅可以单方面订立遗嘱，而且还可以随时变更遗嘱的内容，或者撤销原遗嘱，另立新遗嘱。因此，本案中的遗嘱因遗赠扶养协议的存在而归于无效，也是基于遗嘱是单方法律行为，立遗嘱人可以随时予以变更，遗赠扶养协议对原遗嘱变更后，原遗嘱便无效了。即使过后遗赠扶养协议没有履行，也不能导致原遗嘱效力恢复。

（二）遗赠扶养协议是有偿的、相互附有条件的，它体现了权利义务相一致的原则。而遗嘱是财产所有人生前以遗嘱的方式将其财产遗赠给个人的行为，它不以受遗赠人为其尽扶养义务为条件。在本案中，虽然遗赠扶养协议是有效的，但因其具有有偿性和对等性，黄某2在未尽到生养死葬义务的同时，也丧失了享有受遗赠的权利，这也符合权利与义务对等原则。

（三）遗赠扶养协议从协议成立之日起开始发生法律效力，是死后生效行为与生前生效行为的结合。而遗嘱是从遗赠人死亡之日起发生法律效力，属于死后生效的行为。本案中，立遗嘱人黄湘源所立的遗赠扶养协议直接导致了其所立的遗嘱无效，这种无效是因为立遗嘱人生前行为直接予以否定，且其属于死后生效行为，因此不能自行恢复其效力。又因为遗赠扶养协议是生前与死后相结合的行为，

黄某2未尽到生养死葬义务，因此不享有受遗赠的权利。

（摘自《遗嘱与遗赠扶养协议的关系》，作者：刘斌，作者单位：湖南省郴州市北湖区人民法院，载于《人民司法·案例》2019年第17期（总第856期），第54～55页。）

法信·学术观点

1. 继承方式之间的相互关系

关于法定继承、遗嘱继承或遗赠、遗赠扶养协议之间的相互关系等问题，依照继承法规定和最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》的有关司法解释，应明确以下几点：

（1）有遗赠扶养协议的，应按该协议办理。

（2）被继承人生前与他人签订有遗赠扶养协议，同时又立有遗嘱的，继承开始后，如果遗赠扶养协议与遗嘱没有抵触，遗产分别按协议和遗嘱处理；如果有抵触，按协议处理，与协议相抵触的遗嘱全部或部分无效。

（3）被继承人生前与他人未签订遗赠扶养协议，但立有遗嘱的，则按遗嘱继承或遗赠办理。

（4）在上述三种方式所要求的条件、情形均不存在，或按上述三种方式处分了部分遗产时，对遗产或者未处分的那一部分遗产则按法定继承处理。

（摘自马原、高圣平编，《继承法及配套规定新释新解》，人民法院出版社2003年出版，第191页。）

2. 遗嘱继承的适用条件

依照继承法的相关规定，遗嘱继承的适用应当具备以下条件：

第一，没有遗赠扶养协议。依照《继承法意见》第5条的规定，被继承人生前与他人订有遗赠扶养

协议，同时又立有遗嘱的，继承开始后，如果遗赠扶养协议与遗嘱没有抵触，遗产分别按协议和遗嘱处理；如果有抵触，按协议处理，与协议抵触的遗嘱全部或部分无效。可见，遗赠扶养协议在效力上优先于遗嘱，遗嘱不能对抗遗赠扶养协议，只有在没有遗赠扶养协议遗嘱或遗嘱与遗赠扶养协议不相抵触时，才可适用遗嘱继承。

第二，被继承人生前立有合法、有效的遗嘱。

遗嘱是遗嘱继承发生的条件，也是遗嘱继承适用的依据。继承人按照遗嘱继承方式继承遗产，必须存在被继承人生前设立的合法、有效的遗嘱，否则，不适用遗嘱继承。

第三，继承人未丧失或放弃继承权。继承人享有继承资格是继承发生和进行的前提条件，遗嘱继承也不例外。如果遗嘱继承人被依法剥夺了继承权，则不得适用遗嘱继承；如果遗嘱继承人放弃了继承权，遗嘱中指定由其继承的遗产也不适用遗嘱继承。

（摘自房绍坤主编，《民法》（第四版），中国人民大学出版社 2017 年出版，第 463 页。）

法信·法律依据

1. 《中华人民共和国继承法》

第五条 继承开始后，按照法定继承办理；有遗嘱的，按照遗嘱继承或者遗赠办理；有遗赠扶养协议的，按照协议办理。

第三十一条 公民可以与扶养人签订遗赠扶养协议。按照协议，扶养人承担该公民生养死葬的义务，享有受遗赠的权利。

公民可以与集体所有制组织签订遗赠扶养协议。按照协议，集体所有制组织承担该公民生养死葬的义务，享有受遗赠的权利。

2. 《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》

5、被继承人生前与他人订有遗赠扶养协议，同时又立有遗嘱的，继承开始后，如果遗赠扶养协议与遗嘱没有抵触，遗产分别按协议和遗嘱处理；如果有抵触，按协议处理，与协议抵触的遗嘱全部或部分无效。

五、房产、股权、信托

房产

夫妻为给女儿买房，借用了保安的名字！接下来发生的事太气愤了……

2019-07-11 北京头条 APP

<https://mp.weixin.qq.com/s/CRiKsJ9tyiaucfX89tRJLw>

广州一对夫妻想给女儿买套房，
但因为女儿还小，
暂不具备广州市住宅购买资格，
他们竟然想到借用相熟的小区保安队长名字来买房……

不料，房子购买成功后，
小区保安队长却不认账了。
双方同时将对方告上了公堂。
法院会怎么判决这起纠纷呢？



夫妇借用小区保安名字给女儿买房

2015 年期间，陈某与欧某夫妻俩打算为女儿小欧购买一套住房，夫妻两人在自己居住的小区看中了一套房产，但女儿小欧当时未满 18 周岁，暂不具备广州市的住宅购买资格。在别人建议下，两人想到了可借用他人名字来买房。

在物色人选过程中，夫妇两人想到了吴某，吴某是小区的保安队长，因吴某曾为陈某处理过车位

事宜，双方熟悉并互相取得了信任。因此陈某与欧某夫妻俩和吴某口头约定：陈某、欧某出资购买涉案房屋，由吴某代持有，暂登记在吴某名下，待小欧成年后，陈某、欧某、小欧可随时要求吴某将涉案房屋过户至小欧名下。

双方达成上述口头约定后，由吴某与开发商签署购房合同，陈某与欧某向开发商付清购房款及税费，并一直居住在所购房屋，房屋装修及水电等各种费用均由陈某与欧某支付。

如今，女儿小欧已经具备购房资格，陈某与欧某夫妻俩为此想把房子过户到女儿名下，不料，保安吴某却拒绝配合办理过户手续。多次沟通无果，陈某与欧某夫妻俩以及小欧只好告上法院，请求法院判令吴某协助将所购房屋过户至小欧名下。

保安起诉声称他才是房屋主人

然而，同一时间，吴某也将陈某告上了法院。

据吴某控诉，他于 2015 年向开发商购买涉案房屋，当时因自己被调往江苏工作，为此无法亲自办理相关手续，为此委托了朋友陈某在购房过程中办理各项手续，而且当时出具了委托书给陈某。

吴某声称，因陈某为他支付了全额购房款，所以他基于委托关系对陈某产生了全额购房款的欠款，并立下借据一张，但借据已经交给陈某，他没有留底原件。因欠陈某钱，他只好将涉案房屋的购房合同、发票、产权证等交给陈某作质押。

至于欠款，吴某称，借钱时双方没有约定具体利息，陈某提出要使用房屋，因他已到江苏工作，

因此也同意将涉案房屋交给陈某使用,双方口头约定使用至 2018 年 6 月 30 日。

吴某指出,涉案房产应归其所有,他愿意将陈某出借的款项还给陈某,但是陈某却不愿意把房产还给他,还拒绝支付房屋使用费。为此,他只好告上法院,请求法院判决支持陈某搬出房屋,将房屋交还给他,并要求陈某支付居住期间的房屋占有费。

法院判决驳回保安全部诉求

白云法院经审查后认为,陈某、欧某、小欧主张是借吴某的名义购房,为此涉案房屋登记在吴某名下。但是,吴某却主张与陈某之间只是存在借款关系,涉案房屋的房款是由陈某代为支付。

鉴于双方都不能提供书面文件证明各自的主张,只能依据民事优势证据作出判断。

从客观行为来看,由陈某支付全部房价款,开发商交付房屋后就由陈某、欧某、小欧对涉案房屋进行占有使用至今、购房合同、税费凭证和房产证都是陈某、欧某、小欧持有,吴某多年来均未对此提出异议。

从主观动机上看,陈某、欧某在购房时不具备在广州市住房限购区域内住房购买资格,而购房时小欧尚未满 18 周岁,需要待其年满 18 周岁时才具备住房购买资格,故陈某、欧某、小欧具有借用吴某的住房购买资格购买涉案房屋并在欧某某年满 18 周岁时再将涉案房屋过户给欧某的动机。

吴某主张双方是借款关系,但对于巨额的借款,吴某**对借款的偿还方式、还款期限、利息等借贷基本事实的陈述语焉不详**,明显违反日常生活情理;

另吴某对同意陈某借住涉案房屋的时间、对价,

以及涉案房屋的产权证明等资料均在陈某、欧某、小欧手中,为何对涉案房屋的装修事项不在意等事项均不能作出合理说明。

据此,法院采信陈某、欧某、小欧主张的**借名买房关系的主张**。并据此判决吴某协助陈某、欧某、小欧办理将涉案房屋过户至欧某某名下的手续,**最终驳回了吴某的全部诉讼请求**。

法官提醒:借名买房风险很大

经办法官提醒,借名买房存在多种风险。首先,一般的借名买房协议,在不存在合同法第五十八条规定的无效事由的情况下,法律认可其合同效力。但借名买房协议也可能被认定为无效,例如如果所购房屋为保障性房屋时,如不具备保障性住房申购主体资格的人购买和取得保障性住房,构成损害社会公共利益,因此就保障性房屋签署的借名买房协议一般会被认定为无效。

除了合同效力的风险外,由于借名买房协议签署双方一般存在亲属、朋友等亲密关系,双方对于借名买房若只存在口头约定,在发生争议时,如果出名人反悔,借名人想要取得房屋产权或收回购房款就会很困难。当然,即使双方签署了书面的借名买房协议,也不代表着借名人就万无一失。

因此,借名买房风险很大,在此提示广大购房者,不要为贪图眼前利益轻易采用借名买房,最终可能导致房、钱两失。

来源 | 广州日报

编辑 | 李杰

监制 | 高杉

老人卖房 2 年后儿反悔:我妈有病 法院判决合同无效

2019-07-18 法律图书馆

<https://mp.weixin.qq.com/s/5yHoA7FB17W2q1pK5Qjcdw>

2016年,北京市民李先生通过中介购买了77岁老人李老太名下的房屋,不料入住两年后,却被李老太的儿子陈某起诉,称母亲患有精神病30余年,属于限制行为能力人。李先生则提出诸多疑点,称李老太在卖房过程中未出现异常,房屋中介也愿意出庭作证。7月16日,记者从北京二中院获悉,法院终审判决支持了原告的诉讼请求,判定房屋合同无效。“算上房屋升值、贷款利息等,我至少要损失300万。”李先生说。

老人卖房两年后儿子起诉毁约

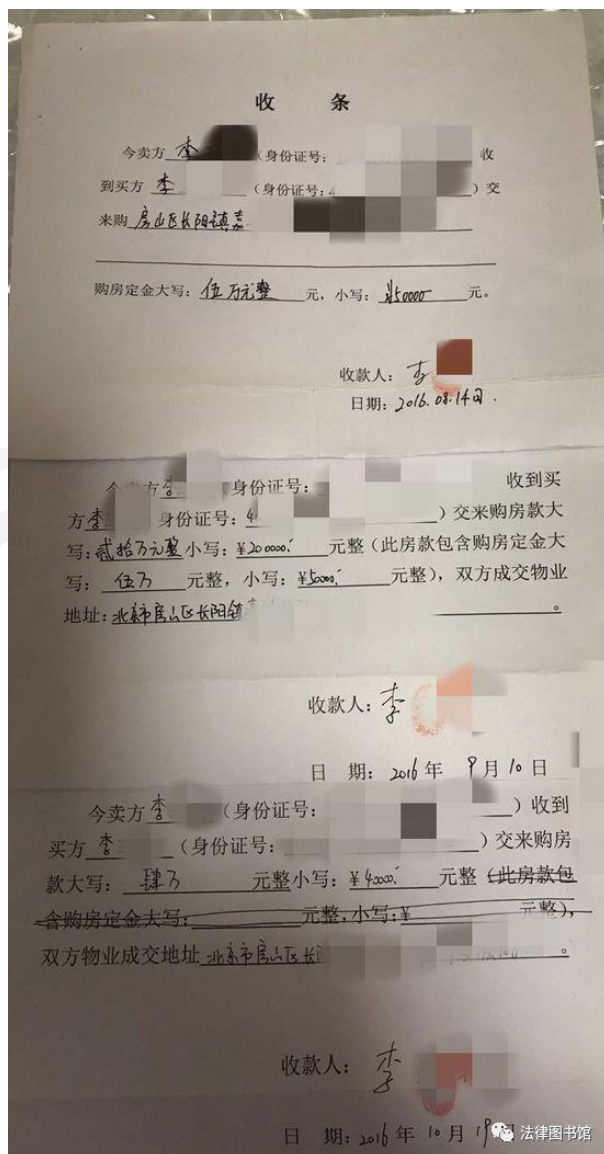
2016年8月,当时77岁的李老太在外甥谭某的陪同下,在一家中介门店,与市民李先生签下了房屋买卖合同,双方约定,李先生以175万元的价格,买下李老太位于房山长阳镇某小区一套80多平方米的房子。

不料,李先生办完贷款手续,取得房产证并入住两年后突然被李老太的儿子陈某起诉。“我母亲患精神疾病30多年,是限制民事行为能力人,卖房这事,作为监护人的我并不知情,也不在场。”陈某请求法院确认房屋买卖合同无效,判令李先生腾房过户。



陈某提供的《精神疾病鉴定司法意见书》称母亲患有精神病

陈某向法庭提交的一份由首都医科大学附属北京安定医院于2015年作出的《精神疾病鉴定司法意见书》,鉴定书上的结论显示:李老太患有精神分裂症,属限制民事行为能力人。



“长达三个月的交易过程中,在中介签合同、网签、银行面签、房屋过户至少四个环节,期间还需要房山区住建委、房山区不动产登记中心、建设银行等政府机关、金融机构去办理相关手续,政府机关还要询问双方的身份信息等,在这一系列的过

程中没有人发现李老太有问题。”李先生说，即使精神状态正常的成年人可能也要在专业房产中介机构的指导下才能顺利完成，一个精神病人是不可能这样程序复杂的交易流程的。”李先生认为自己无从知晓李老太是精神病人，按照法律应属善意取得涉案房屋，合同有效。

李先生交付购房定金后，李老太写下的收条，并亲笔签名。

案件在审理过程中，银行表示，所有纠纷与银行无关，借款人李先生与银行签订的借款合同真实有效，具有法律效力。如果李先生将房屋转让，需要优先偿还银行贷款，不得侵犯银行的权利。

房屋中介公司称，在购房的整个过程中，李老太都在，在整个交易过程中没有表现出任何问题，也没有看出来有病，说话很正常，而且在交易过程中，李老太的外甥都陪同，因此中介公司认为购房合同有效。

法院终审判决认定合同无效

房山法院经审理认为，因李老太为限制民事行为能力人，其就涉案房屋与李先生签订的买卖合同须经过其子即法定监护人陈某得同意或者追认后有效。今年5月，房山法院一审判决李先生与李老太签订的房屋买卖合同无效。

宣判后，李先生不服提出上诉，他认为在买房过程中并无过错，做到了一个普通人应该尽到的审慎义务。他以正常价格购买的房屋，并完成过户入住近三年，属于善意取得。

近日，北京二中院作出终审判决，认为二人签订的房屋买卖合同应属无效。但法院也同时提及，邱先生因此而出现的损失，及双方在造成这些损失时各自应承担什么责任，可以在之后的损失赔偿中予以充分考虑。

“算上房屋升值、贷款利息等，我至少要损失300万。现在房屋价格涨了那么多，小区同户型的房子我已经买不起了。”李先生说，他是普通的工薪阶层，买这套房屋倾尽了父母和岳父母几家人的

财力，买房时已经非常谨慎，却不料遇到这样的事情。

李先生无奈的说，不仅房子没了，后续还有一系列的麻烦。“这套房子是我买的首套，而且用的是公积金贷款，银行系统里肯定有我的贷款记录。现在说合同无效，房子又是原房主的了，我的贷款还算不算？以后我再买房子，还能算首套吗？”李先生陷入了深深的焦虑中。

记者追访：房屋中介称防不胜防 专家认为中介也应担责

北京一知名房屋中介的销售人员邓先生向记者透露称，大约五六年前他所在的中介也遇到一起类似的交易。“一位老爷子看着很正常，看中了一套房子就要买，签了合同还交了定金，后来他孩子过来找说是老人有精神类疾病，三方只能无责解约。”

在邓先生看来，类似的情况有一定的防范难度，尤其对于一些行为举止没有明显异常的精神病人。

“我们总不能见到买家或者卖家就问‘您有精神病吗？’，而且有的是间接性精神病患者，我们也不好判断他在交易时是否发病。”邓先生说，因此他在提供房屋交易中介服务时如遇到老人，一般会谨慎核实，并要求老人的孩子共同参与交易。“也有老人的房子是个人产权，不希望子女介入交易，那我们就没有更好的防范方法了。”

随后，记者询问多名北京的房屋中介人员，都得到了类似的回答。

关于此案，中国人民大学法学院教授刘俊海接受记者采访时表示，要构成法律上的善意取得必须满足三个条件，第一是买家是否善意，知否明知卖方是精神病患者仍继续交易；第二，房屋价格是否合理，第三是否已办理产权过户手续。

“本案中关键要看李先生对李老太患有精神病一事是否知情，如果买家主观上不知情，也尽到审慎的义务，房屋交易合同就应视为有效，否则视为无效。”在刘俊海看来，法律一方面要保护限制

行为能力人和无民事行为能力人的合法财产权益，也要维护交易安全和买房人的合法权益，不能让买房者战战兢兢、如履薄冰，让有恶意的人钻空子。

“希望这个案例，对于房地产市场交易的买卖双方，还有中介机构带来启示，应加强二手房交易当中的法律风险防范。”刘俊海说。

民商法专家、中国人民大学法学院教授杨立新认为，在交易的过程中，按照常规，披露相关情况的义务应当归于限制行为能力人一方。如果把核实某个人是否具备正常参与交易能力的事儿也加到交易另一方的身上，那显然有些问题。

“关于限制民事行为能力人处置财产的事儿，法律是有明文规定的，要求法定代理人认可或者事

后追认，如果法定代理人不表态，视为不认可。但是，在类似情况下，如何让法定代理人知晓所发生的交易，这个责任该由谁来负担，如果今后还有后续的相关法律环节，确实需要法院考虑。”

杨立新还认为，在同类的案件中，不应豁免中介机构的责任，毕竟整个交易是在中介机构的撮合下完成的，支付中介费用后，交易的双方，都是按照中介机构的既定要求，严格地一步步完成全部交易环节。“在这种情况下，未曾隐瞒信息的一方到底需要在多大程度上加以‘小心谨慎’，值得思考。”杨立新说。

来源：北京时间

北京市第二中级人民法院：限制行为能力老人卖房合同无效 (附一二审判决书全文)

2019-07-20 iPolicyLaw

<https://mp.weixin.qq.com/s/aydjxaXfw8npBuP0fGLkSQ>



编者按：

2016 年，北京市民李先生通过中介购买了 77 岁老人李老太名下的房屋，过户入住两年后，被原房主李老太的儿子陈某向北京市房山区人民法院起诉，称母亲患有精神病 30 余年，属于限制行为能力人，请求法院确认房屋买卖合同无效，判令李先生腾房过户。房山法院经审理认为，因李老太为限制民事行为能力人，其就涉案房屋与李先生

签订的买卖合同须经过其子即法定监护人陈某得同意或者追认后有效。2019 年 5 月，房山法院一审判决李先生与李老太签订的房屋买卖合同无效。宣判后，李先生不服提出上诉，他认为在买房过程中并无过错，做到了一个普通人应该尽到的审慎义务。他以正常价格购买的房屋，并完成过户入住近三年，属于善意取得。2019 年 7 月，北京市第二中级人民法院作出终审判决，支持了原告的诉讼请求，判定房屋合同无效。但法院也同时提及，李先生因此而出现的损失，及双方在造成这些损失时各自应承担什么责任，可以在之后的损失赔偿中予以充分考虑。

二审判决书

北京市第二中级人民法院

民事判决书

(2019)京 02 民终 7093 号

上诉人（原审被告）：李X豪，男，19XX年X月X日出生，汉族，住北京市房山区。

委托诉讼代理人：胡妍岩，北京市京师律师事务所律师。

委托诉讼代理人：许浩，北京市京师律师事务所律师。

被上诉人（原审原告）：李X林，女，19XX年X月X日出生，汉族，住北京市朝阳区。

法定代理人：陈X滨（系李X林之子），住北京市朝阳区。

委托诉讼代理人：祝云，北京勤弘律师事务所律师。

第三人：北京汇鑫伟业房地产经纪有限公司，住所地北京市房山区瑞雪春堂三里1号楼3层301。

法定代表人：朱剑伟，董事长。

委托诉讼代理人：吴红秀，女，该公司员工。

第三人：中国建设银行股份有限公司北京丰台支行，住所地北京市丰台区西四环南路54号。

负责人：周蕾，行长。

第三人：北京市住房贷款担保中心，住所地北京市海淀区北四环**号辉煌时代大厦***层。

法定代表人：范生举，主任。

委托诉讼代理人：曲淮佳，女，该中心员工。

委托诉讼代理人：孙俊峰，女，该中心员工。

上诉人李X豪因与被上诉人李X林、第三人北京汇鑫伟业房地产经纪有限公司（以下简称汇鑫伟业公司）、中国建设银行股份有限公司北京丰台支行（以下简称建行丰台支行）、北京市住房贷款担保中心（以下简称担保中心）房屋买卖合同纠纷一案，不服北京市房山区人民法院（2018）京0111民初8887号民事判决，向本院提起上诉。本院于2019年6月5日立案后，依法组成合议庭进行了审理。本案现已审理终结。

李X豪上诉请求：1.撤销一审判决，改判驳回李X林的诉讼请求。2.本案全部诉讼费由李X林承担。主要事实和理由：1.李X林在售房时精神状态正常，属有效民事行为。2.李X豪在购房时没有过

错，尽到了审慎的注意义务。3.涉案房屋交易价格合理，且完成了转移登记手续，李X豪属于善意取得。4.在涉案房屋完成交易两年多时间内，李X林法定代理人才进行诉讼，属于恶意诉讼。

李X林辩称，同意一审判决，不同意李X豪的上诉请求。主要理由：1.生效判决书已认定李X林系限制民事行为能力人。2.李X正豪在售房过程中应当知道李X林的家庭成员情况。3.涉案房屋不是无权处分，不适用善意取得的原则。

汇鑫伟业公司述称，同意李X豪的上诉意见。

担保中心述称，坚持一审答辩意见。担保中心对李X林系限制民事行为能力的事实不知情，不发表意见。但借款合同真实有效，如房屋产权发生变更，贷款应一次性还清。

建行丰台支行向本院提交书面意见称，对本案合同效力问题不发表意见。但借款合同真实有效，如产权发生变更，贷款应一次性还清。

2018年5月，李X林向一审法院起诉请求：1、确认李X林与李X正豪签订的房山区长阳镇嘉州水郡X号X层X106房屋买卖无效；2、判令李X豪将位于北京市房山区长阳镇嘉州水郡X号X层X室房屋腾退给李X林并配合李X林办理过户手续；3、本案诉讼费由李X豪承担。审理中，李X林撤回第二项诉讼请求。

一审法院认定事实：2016年8月14日，李X林（出卖人、甲方）在覃X国强（一审误写为谭X强）的陪同下与李X豪（买受人、乙方）在汇鑫伟业公司（居间方、丙方）居间下签订《存量房屋买卖合同》（经纪成交版）（合同编码：2001596），约定：出卖人根据国家规定，已依法取得坐落为北京市房山区长阳镇嘉州水郡X号X层X，建筑面积共86.66平方米；出卖人保证所售房产无查封，无纠纷，保证所提供的资料真实、有效，出卖方对所售房屋权属合法性、真实性及有效性负责；该房屋房产证获得日期为2014年9月9日；该房屋成交价格为人民币175万元整，其中定金5万元（用于冲抵首付款），第一期房款为55万元，住房公积金贷

款120万元;合同同时约定了双方当事人的其他权利义务。

合同签订当日,李X豪向李X林支付购房定金5万元,并向汇鑫伟业公司支付居间服务费38500元。

2016年9月5日,李X豪向汇鑫伟业公司支付交验费200元、贷款代办费300元、过户费500元以及担保、评估、服务、抵押等费用8180元。

2016年9月10日,李X豪向李X林支付房款20万元(包含定金5万元)。

2016年10月11日,李X豪通过建设银行“房易安”向北京市房山区住房和城乡建设委员会支付监管资金31万元。

2016年10月19日,李X豪通过支付宝给案外人覃X强转账4万元,李X林给李X豪出具剩余房款的收条;同日李X豪交纳购买涉案房屋的契税15100元以及个人所得税120200元,双方还办理了房屋交接手续。

2016年10月23日,涉案房屋登记到了李X豪名下,不动产权证号为:京(2016)房山区不动产权第XXXX号。

2016年11月15日,建设银行审批发放李X豪申请的120万元住房公积金贷款。

另查一,2015年7月,陈X滨起诉至北京市朝阳区人民法院申请宣告李X林为无民事行为能力人或限制民事行为能力人,经鉴定李X林临床诊断为“精神分裂症,受此影响,意思表示能力不完全,应评定为限制民事行为能力”。2015年12月10日,北京市朝阳区人民法院出具(2015)朝民特字第38180号民事判决书,判决“宣告李X林为限制民事行为能力人”。覃X强参与了该案的全部审理过程。

另查二,陈X滨系李X林之子。覃X强系李X林外甥(已去世)。涉案房屋交易期间,李X林与覃X强夫妻共同居住在涉案房屋,且覃X强陪同李X林出售涉案房屋的全过程。

上述事实,有双方当事人的陈述,《存量房屋

买卖合同》(经纪成交版)(合同编码:2001596)、定金收条、收据、房款收条、房屋交接单、发票、“房易交”交易资金到账回单、税收完税证明、个人贷款支付凭证、不动产权证书、账单打印件,北京市朝阳区人民法院(2015)朝民特字第38180号民事判决书及谈话笔录、开庭笔录,首都医科大学附属北京安定医院精神疾病司法鉴定意见书等证据在案佐证。

一审法院认为,不能完全辨认自己行为的成年人为限制民事行为能力人,实施民事法律行为由其法定代理人代理或者经其法定代理人同意、追认,但是可以独立实施纯获利益的民事法律行为或者与其智力、精神健康状况相适应的民事法律行为。无民事行为能力或者限制民事行为能力的成年人,由下列有监护能力的人按顺序担任监护人:(一)配偶;(二)父母、子女;(三)其他近亲属;(四)其他愿意担任监护人的个人或者组织,但是须经被监护人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门同意。近亲属,包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女。对监护人的确定有争议的,由被监护人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门指定监护人,有关当事人对指定不服的,可以向人民法院申请指定监护人;有关当事人也可以直接向人民法院申请指定监护人。居民委员会、村民委员会、民政部门或者人民法院应当尊重被监护人的真实意愿,按照最有利于被监护人的原则在依法具有监护资格的人中指定监护人。依照本条第一款规定指定监护人前,被监护人的人身权利、财产权利以及其他合法权益处于无人保护状态的,由被监护人住所地的居民委员会、村民委员会、法律规定的有关组织或者民政部门担任临时监护人。监护人被指定后,不得擅自变更;擅自变更的,不免除被指定的监护人的责任。限制民事行为能力人实施的纯获利益的民事法律行为或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应的民事法律行为有效;实施的其他民事法律行为经法定代理人同意或者追认后有效。相对人可以催告法

定代理人自收到通知之日起一个月内予以追认。法定代理人未作表示的,视为拒绝追认。民事法律行为被追认前,善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。限制民事行为能力人订立的合同,经法定代理人追认后,该合同有效,但纯获利益的合同或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应而订立的合同,不必经法定代理人追认。相对人可以催告法定代理人在一个月内予以追认。法定代理人未作表示的,视为拒绝追认。合同被追认之前,善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。

本案中,首先,李X林于2015年12月10日被北京市朝阳区人民法院判决宣告为限制民事行为能力人,且在房屋交易期间仍属于限制民事行为能力人;同时,处分房屋的行为属于重大事务,已经超出李X林的民事行为能力范围。其次,因李X林无配偶,又因李X林父母已去世,且李X林仅生有一子陈X滨,故根据法律规定陈X滨系李X林的监护人,即陈X滨应为李X林的法定代理人。第三,虽然覃X强陪同李X林就涉案房屋与李X豪签订的《存量房屋买卖合同》,但覃X强并非对李X林依法具有监护资格的人,且覃X强参与了北京市朝阳区人民法院判决宣告李X林为限制民事行为能力人一案全部审理过程,应明知李X林为限制民事行为能力人。第四,李X豪在知晓陪同李X林一起就涉案房屋签订合同时的覃X强并非李X林家人的情况下,根据交易习惯李X豪有义务审查核实李X林其他家庭成员相关情况,但李X豪并未进行审慎的注意义务。综上,因李X林为限制民事行为能力人,其就涉案房屋与李X豪签订买卖合同须经陈X滨同意或者追认后有效,现陈X滨对李X林与李X豪签订的《存量房屋买卖合同》拒绝追认,并主张无效,故李X林与李X豪就涉案房屋签订的《存量房屋买卖合同》应属无效。

第三人建行丰台支行经法院依法传唤无正当理由未到庭参加诉讼,视为其放弃诉讼权利,法院依法缺席判决。

综上,依据《中华人民共和国民法总则》第二十二条、第二十八条、第三十一条、第一百四十五条,《中华人民共和国合同法》第四十七条,《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十四条规定,一审法院于2019年4月判决如下:李X林与李X豪就坐落于北京市房山区长阳镇嘉州水郡109号1层106房屋签订的《存量房屋买卖合同》无效。

本院二审期间,双方当事人均未提交新证据。

经审查,本院对一审法院认定的事实予以确认。

本院认为,根据当事人的上诉、答辩意见,本案的争议焦点为:李X林与李X豪签订的《存量房屋买卖合同》是否无效。

根据查明的事实,李X林患有精神疾病,于2015年12月被生效判决宣告为限制民事行为能力人,其在房屋交易期间属于限制民事行为能力人。不能辨认自己行为的精神病人是限制民事行为能力人,可以进行与他的精神健康状况相适应的民事活动;其他民事活动由他的法定代理人代理,或征得他的法定代理人同意或者追认后有效。房屋交易属于重大民事行为,不能认定该行为与限制民事行为能力人的精神健康状况相适应。李X豪上诉称其在购房时没有过错,尽到了审慎注意义务,且李X林在房屋交易时并未披露其民事行为能力受限情况。本院认为涉案房屋交易已经超出李X林的民事行为能力范围,需要其法定代理人同意或追认,方可有效。现李X林之法定代理人陈X滨对李X林与李X豪签订的《存量房屋买卖合同》不同意且拒绝追认,并主张无效。因此,本院确认李X林与李X豪签订的《存量房屋买卖合同》应属无效。李X豪主张李X林法定代理人属于恶意诉讼,理由不充分。对于李X豪提出的其善意且无过错问题,可在之后的损失赔偿中予以充分考虑。

关于李X豪所称涉案房屋适用善意取得的主张。根据《中华人民共和国物权法》第一百零六条规定,无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的,所有权人有权追回;除法律另有规定外,符合下列情形的,受让人取得该不动产或者动产的所有

权：（一）受让人受让该不动产或者动产时是善意的；（二）以合理的价格转让；（三）转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人。故，善意取得物权应以无权处分为前提条件。本案中，李X林系涉案房屋所有权人，并非无权处分，涉案房屋不适用善意取得。此外，本案争议焦点系涉案房屋买卖合同是否有效，涉案房屋是否适用善意取得亦与合同效力无涉。

综上所述，李X豪的上诉请求不能成立，应予驳回；一审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一项的规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费70元，由李X豪负担（已交纳）。

本判决为终审判决。

审 判 长 霍翠玲

审 判 员 王金龙

审 判 员 杨志东

二〇一九年六月二十七日

法官助理 王一洲

书 记 员 宋雨晴

一审判决书

北京市房山区人民法院

民 事 判 决 书

(2018)京0111民初8887号

原告：李X林，女，19XX年X月X日出生，汉族，住北京市朝阳区。

法定代理人：陈X滨（系李X林之子），男，19XX年X月X日出生，汉族，住北京市朝阳区。

委托诉讼代理人：祝云，北京勤弘律师事务所律师。

被告：李X豪，男，19XX年X月X日出生，汉族，住北京市房山区。

委托诉讼代理人：胡妍岩，北京市京师律师事务所律师。

委托诉讼代理人：许浩，北京市京师律师事务所律师。

第三人：北京汇鑫伟业房地产经纪有限公司，住所地北京市房山区瑞雪春堂三里1号楼3层301。

法定代表人：朱剑伟，董事长。

委托诉讼代理人：吴红秀，女，该公司法务专员。

委托诉讼代理人：史会良，男，该公司员工。

第三人：中国建设银行股份有限公司北京丰台支行，住所地北京市丰台区西四环南路54号。

负责人：周蕾，行长。

第三人：北京市住房贷款担保中心，住所地北京市海淀区北四环**号辉煌时代大厦***层。

法定代表人：范生举，主任。

委托诉讼代理人：曲淮佳，女，1981年8月7日出生，汉族，该公司员工。

委托诉讼代理人：孙俊峰，女，1978年7月11日出生，汉族，该公司员工。

原告李X林诉被告李X豪、第三人北京汇鑫伟业房地产经纪有限公司（以下简称汇鑫伟业公司）房屋买卖合同纠纷一案，本院于受理后，依法由审判员赵鹏杰独任审判，公开开庭进行了审理。本案审理过程中，本院追加中国建设银行股份有限公司北京丰台支行（以下简称建行丰台支行）、北京市住房贷款担保中心（以下简称担保中心）为第三人参加本案诉讼。原告李X林的法定代理人陈X滨及其委托诉讼代理人祝云，被告李X豪及其委托诉讼代理人胡妍岩、许浩，第三人汇鑫伟业公司的委托诉讼代理人吴秀红、史会良，第三人担保中心的委托诉讼代理人孙俊峰到庭参加了诉讼。第三人建行丰台支行经本院合法传唤未到庭参加诉讼，本院依法缺席审理。本案现已审理终结。

原告李X林向本院提出诉讼请求：1、确认原

告与被告签订的房山区X镇X号X层X房屋买卖无效；2、判令被告将位于北京市房山区X镇X号X层X室房屋腾退给原告并配合原告办理过户手续；3、本案诉讼费由被告承担。审理中，李X林撤回第二项诉讼请求。事实与理由：2016年9月5日被告通过第三人北京汇鑫伟业房地产经纪有限公司购买原告位于北京市房山区X镇X号X层X室房屋一套，建筑面积为86.66平方米。合同约定：房屋成交价为151万元，相关税费由被告承担。被告支付房款的方式为：自有资金31万元通过房山区建委进行资金监管，剩余120万被告通过公积金贷款。合同签订后，原告按照合同的约定，将房屋交付给被告使用，且办理了房屋变更手续。由于原告患有精神疾病多年，且在2015年被认定为限制民事行为能力人。在出售上述房屋时也未有其子女的陪同。未得到其监护人的追认。监护人在最近才得知原告将房屋出售，并办理了相关过户手续，但原告至今未能说出房款是否给清等相关事实。原告的监护人认为，原告在其不具备完全民事行为能力的情况下，进行房屋交易，且未得到监护人的追认，签订的房屋买卖合同应认定为无效。现为了维护原告的合法权益，故向法院提起诉讼，望贵院予以支持。

被告李X豪辩称，不同意原告的诉讼请求。在当初买卖房屋过程中，陈X滨一次都没有出现过，如果陈X滨是合格监护人，则买卖房屋四五次见面，陈X滨是否尽到了监护职责。买卖房屋距离起诉已经两年时间，这期间陈X滨是否尽到了监护职责，为什么现在才来起诉？原告故意隐瞒她的真实情况，被告买卖房屋过程中不知道原告是限制民事行为能力人。本案房屋买卖是通过正规中介挂牌，与原告进行的交易，是在中介机构协助下完成的。2016年原告77岁，身体健康、精神正常，2016年8月14日至11月15日长达三个月的交易过程中，均是在中介的陪同下，被告与原告交流过四五次。第一次是在原告家中，对房屋所有权、房屋价款、户型等多个问题，原告表达清晰流畅，没有明

显异于常人的言行举止，当时在场的有李X林、覃X强、覃X强妻子，还有中介的两名员工，交易过程中被告核实了原告身份，原告介绍家庭成员的时候只是介绍了外甥、外甥媳妇，没有说她还有儿子，交易过程中，原告亲笔签署了多份交易文件，书写流畅工整、表达意思清晰完整，没有明显异于常人的举止。原告李X林的邻居也说明了李X林精神状态正常，聊天、买菜都看不出任何问题，李X林也一直和覃X强一起生活，李X林在去签订银行资金托管、办理过户手续的时候，都是与建委的人和银行的人清晰流畅表达，这些部门的人员也都并未看出李X林有精神异常的状态。根据民法总则第22条，对于限制民事行为能力人，其从事与其智力状态相适应的行为不应无效，原告李X林意识清楚、只能基本正常，绝大部分患者也可以保持清醒意识能够处理日常生活事务。原告没有举证卖房期间的精神状态。在房产交易过程中，可以推定，原告的行为与其精神状态是相适应的，是合法有效的民事行为。被告房产交易的价格正常，没有明显低于市场价格，属于善意取得。根据合同法解释二，明显不合理低价应该以当地一般经营者价格并结合其他相关因素综合考虑，被告卖房价格是175万元，挂牌价格是180万元，是符合市场价格的，不属于明显不合理低价。根据物权法第106条善意取得制度，被告是经过正规中介、正常价格、市场对价购买，并没有侵害原告的合法权益。本案标的房屋已经交付被告占有使用，并且办理了过户登记手续。从以上几个要件明显可以看出，被告是善意取得本案房屋的，所以本案中的房屋买卖合同合法有效。陈X滨一直没有与母亲共同生活，其母亲都是由覃X强照顾。在覃X强2018年1月去世后，陈X滨恶意提起诉讼，试图扰乱正常的社会交易，明显是看到房屋价格上涨企图恶意诉讼。陈X滨没有照顾过李X林，从来没有尽到过监护人义务，鉴定中也说明从1990年陈X滨离开李X林后陈X滨一直独立生活。陈X滨21岁时在单位的安排下才与李X林见过面，双方从未有过交集。退一步讲，如果真

的合同无效,造成的缔约过失责任及其他损失也应当由监护人承担,包括银行贷款损失、房屋上涨损失,如果陈X滨是合法监护人,则应该及时阻止,其并未尽到监护人资格。卖房时李X林和覃X强都是居住在这个房屋中。本案诉讼不是终点。被告一家人是竭尽全力买的涉案房屋,没有任何过错。这个房屋也是付了几十万的首付,其他款项都是贷款,还要每月还贷,并不富裕。本案很有典型意义,涉及房屋买卖效力和贷款问题。希望法庭能够公正审判。

第三人汇鑫伟业公司述称,我公司认为涉案房屋买卖合同有效。

第三人担保中心述称,我们对买卖合同本身不发表意见。如房屋过户,在过户之前,把剩余贷款全部还清才能解押。

第三人建行丰台支行未出庭应诉,也未提交书面陈述意见。

经审理查明,2016年8月14日,李X林(出卖人、甲方)在谭X强的陪同下与李X豪(买受人、乙方)在汇鑫伟业公司(居间方、丙方)居间下签订《存量房屋买卖合同》(经纪成交版)(合同编码:XXXX),约定:出卖人根据国家规定,已依法取得坐落为北京市房山区X镇X号X层X,建筑面积共86.66平方米;出卖人保证所售房产无查封,无纠纷,保证所提供的资料真实、有效,出卖方对所售房屋权属合法性、真实性及有效性负责;该房屋房产证获得日期为2014年9月9日;该房屋成交价格为人民币175万元整,其中定金5万元(用于冲抵首付款),第一期房款为55万元,住房公积金贷款120万元;合同同时约定了双方当事人的其他权利义务。

合同签订当日,李X豪向李X林支付购房定金5万元,并向汇鑫伟业公司支付居间服务费38500元。

2016年9月5日,李X豪向汇鑫伟业公司支付交验费200元、贷款代办费300元、过户费500元以及担保、评估、服务、抵押等费用8180元。

2016年9月10日,李X豪向李X林支付房款20万元(包含定金5万元)。

2106年10月11日,李X豪通过建设银行“房易安”向北京市房山区住房和城乡建设委员会支付监管资金31万元。

2016年10月19日,李X豪通过支付宝给案外人覃X强转账4万元,李X林给李X豪出具剩余房款的收条;同日李X豪交纳购买涉案房屋的契税15100元以及个人所得税120200元,双方还办理了房屋交接手续。

2016年10月23日,涉案房屋登记到了李X豪名下,不动产权证号为:京(2016)房山区不动产权第XXXX号。

2016年11月15日,建设银行审批发放李X豪申请的120万元住房公积金贷款。

另查一,2015年7月,陈X滨起诉至北京市朝阳区人民法院申请宣告李X林为无民事行为能力人或限制民事行为能力人,经鉴定李X林临床诊断为“精神分裂症,受此影响,意思表示能力不完全,应评定为限制民事行为能力”。2015年12月10日,北京市朝阳区人民法院出具(2015)朝民初字第38180号民事判决书,判决“宣告李X林为限制民事行为能力人”。谭X强参与了该案的全部审理过程。

另查二,陈X滨系李X林之子。覃X强系李X林外甥(已去世)。涉案房屋交易期间,李X林与谭X强夫妻共同居住在涉案房屋,且谭X强陪同李X林出售涉案房屋的全过程。

上述事实,有双方当事人的陈述,《存量房屋买卖合同》(经纪成交版)(合同编码:XXXX)、定金收条、收据、房款收条、房屋交接单、发票、“房易交”交易资金到账回单、税收完税证明、个人贷款支付凭证、不动产权证书、账单打印件,北京市朝阳区人民法院(2015)朝民初字第38180号民事判决书及谈话笔录、开庭笔录,首都医科大学附属北京安定医院精神疾病司法鉴定意见书等证据在案佐证。

本院认为,不能完全辨认自己行为的成年人为限制民事行为能力人,实施民事法律行为由其法定代理人代理或者经其法定代理人同意、追认,但是可以独立实施纯获利益的民事法律行为或者与其智力、精神健康状况相适应的民事法律行为。无民事行为能力或者限制民事行为能力的成年人,由下列有监护能力的人按顺序担任监护人:(一)配偶;(二)父母、子女;(三)其他近亲属;(四)其他愿意担任监护人的个人或者组织,但是须经被监护人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门同意。近亲属,包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女。对监护人的确定有争议的,由被监护人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门指定监护人,有关当事人对指定不服的,可以向人民法院申请指定监护人;有关当事人也可以直接向人民法院申请指定监护人。居民委员会、村民委员会、民政部门或者人民法院应当尊重被监护人的真实意愿,按照最有利于被监护人的原则在依法具有监护资格的人中指定监护人。依照本条第一款规定指定监护人前,被监护人的人身权利、财产权利以及其他合法权益处于无人保护状态的,由被监护人住所地的居民委员会、村民委员会、法律规定的有关组织或者民政部门担任临时监护人。监护人被指定后,不得擅自变更;擅自变更的,不免除被指定的监护人的责任。限制民事行为能力人实施的纯获利益的民事法律行为或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应的民事法律行为有效;实施的其他民事法律行为经法定代理人同意或者追认后有效。相对人可以催告法定代理人自收到通知之日起一个月内予以追认。法定代理人未作表示的,视为拒绝追认。民事法律行为被追认前,善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。限制民事行为能力人订立的合同,经法定代理人追认后,该合同有效,但纯获利益的合同或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应而订立的合同,不必经法定代理人追认。相对人可以催告法定代理人在一个月内予以追认。法定代理人

未作表示的,视为拒绝追认。合同被追认之前,善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。

本案中,首先,李X林于2015年12月10日被北京市朝阳区人民法院判决宣告为限制民事行为能力人,且在房屋交易期间仍属于限制民事行为能力人;同时,处分房屋的行为属于重大事务,已经超出李X林的民事行为能力范围。

其次,因李X林无配偶,又因李X林父母已去世,且李X林仅生有一子陈X滨,故根据法律规定陈X滨系李X林的监护人,即陈X滨应为李X林的法定代理人。

第三,虽然谭X强陪同李X林就涉案房屋与李X豪签订的《存量房屋买卖合同》,但谭X强并非对李X林依法具有监护资格的人,且谭X强参与了北京市朝阳区人民法院判决宣告李X林为限制民事行为能力人一案全部审理过程,应明知李X林为限制民事行为能力人。

第四,李X豪在知晓陪同李X林一起就涉案房屋签订合同时的谭X强并非李X林家人的情况下,根据交易习惯李X豪有义务审查核实李X林其他家庭成员相关情况,但李X豪并未进行审慎的注意义务。

综上,因李X林为限制民事行为能力人,其就涉案房屋与李X豪签订买卖合同须经陈X滨同意或者追认后有效,现陈X滨对李X林与李X豪签订的《存量房屋买卖合同》拒绝追认,并主张无效,故李X林与李X豪就涉案房屋签订的《存量房屋买卖合同》应属无效。

第三人建行丰台支行经本院依法传唤无正当理由未到庭参加诉讼,视为其放弃诉讼权利,本院依法缺席判决。

据此,依照《中华人民共和国民法总则》第二十二条、第二十八条、第三十一条、第一百四十五条,《中华人民共和国合同法》第四十七条,《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十四条规定,判决如下:

原告李X林与被告李X豪就坐落于北京市房山区X镇X号X层X房屋签订的《存量房屋买卖合同》无效。

案件受理费35元,由被告李X豪负担(于判决生效后七日内交纳)。

如不服本判决,可以在判决书送达之日起十五日内,向本院递交上诉状,并按对方当事人的人数

或者代表人的人数提出副本,上诉于北京市第二中级人民法院。

审判员 赵鹏杰

二〇一九年四月十五日

书记员 李玉冰

一纸承诺避风险 ——非公证继承登记告知承诺制的衡阳探索

原创: 2019-07-29 中国不动产官微 胡萍

<https://mp.weixin.qq.com/s/kd96I2FXulheUbp3Z8h8zg>

非公证继承不动产登记是法律性、政策性、技术性都很强的业务类型,一些地方的登记机构感到风险较高,迟迟没有开展。三年来,湖南省衡阳市不动产登记中心(以下简称“衡阳登记中心”)在非公证继承登记方面做了一些有益的探索和实践,共计办理1万多笔非公证房产继承登记业务,没有发生一起投诉举报、一桩质量事件和一宗行政诉讼,社会反响较好。2019年5月,衡阳被选为非公证继承登记告知承诺制试点单位。

01

非公证继承登记的主要做法

为规范开展工作,衡阳出台了《不动产继承(受遗赠)登记操作规则》,明确了业务办理流程 and 原则,规范了证明材料的形式和要求,细化了登记审查的要点和方法。

依法开展继承办理。继承登记的强制公证被取消后,事实上将不动产继承办理责任转移到了登记机构。登记机构受理非公证继承登记的同时,需要先行开展继承办理工作,并见证继承权归属申请人,最后再办理转移登记。所以,继承办理成为了工作的关键节点。

首先,调查核实遗产、法定继承人和遗嘱等情况。其中,调查核实不动产的基本情况,主要通过

查询遗产登记信息确认权利人、面积,确认是否存在查封、抵押等限制遗产处理的情形;调查核实法定继承人的基本情况,主要通过申请人提供、民政部门核实、居委会证明、单位调查核实等多种渠道;调查核实遗嘱、扶养协议等遗产处置依据,主要通过询问法定继承人,弄清楚全部遗嘱并确认最后一份有效遗嘱,通过公证机构确认公证遗嘱的合法性、有效性,根据被继承人死亡时间判断遗赠协议的有效性,通过居委会调查核实是否存在扶养情况等。其次,提高协助遗产处理能力。充当好遗产处理政策宣讲人、纠纷调解人和协议见证人角色,全面告知继承有关法律法规、处置程序和过程,适度调节家庭内部矛盾,对于现场能够达成遗产处理协议的,当场见证遗产处理协议的共同签订,并要求所有法定继承人做出承诺。再次,坚决贯彻全体法定继承人必须到场的原则。对持自书遗嘱、公证遗嘱以及律师见证遗嘱申请继承登记的,也要求全部法定继承人到场,以便全体法定继承人确认最后的有效遗嘱。最后,明确审慎审查义务标准以实质审查为主,形式审查为辅。对非公证继承登记,《不动产登记操作规范(试行)》规定了全体法定继承人到场申请、对继承材料存疑时登记机构有核实权及公告程序,这就更加要求登记机构需要尽到审慎调查义务。

严格申请材料查验。遗产处理达成协议后,继

承人申请转移登记,正式进入登记环节。对申请人提供的登记材料要严格查验,以尽到审慎审查的义务。衡阳登记中心在实践中总结了“一、二、三”工作法。

一是审查好“一书”,即认真审查《不动产继承(受遗赠)转移登记具结书》。放弃遗产权利的继承人(或受遗赠人)和取得继承权的继承人在工作人员见证下,分别在《不动产继承(受遗赠)转移登记具结书》上签字放弃继承权和同意取得继承权,登记机构现场拍照留存影像资料。

二是核实好“两表”,即调查核实亲属关系证明和死亡证明两张表格。基于被继承人工作、生活、居住联系最密切的因素,确定了由被继承人户籍地派出所、人事档案所在单位或居住地社区居(村)委会对《亲属关系证明表》出具核对意见,最大限度减少要求群众提交的证明材料;死亡证明材料可以根据具体情形在派出所出具的注销户口证明、医疗机构出具的医学死亡证明、被继承人或继承人单位出具的死亡证明、当地居委会(村委会)出具的死亡证明或火化证明、安葬陵园证明和墓碑拍照等材料中选择;也可联系已故者的老同事、老同学、老邻居,他们的证人证言也具有法律效力。

三是排查好“三代人”,即全面调查清楚父母、配偶、子女等法定继承人情况。与民政部门实现信息共享,可以查询民政婚姻数据,作为查询产权人婚姻状况的辅助手段;与公证部门设立电话专线,方便核查公证文书的真伪。下一步,衡阳登记中心要推进与法院、税务、公安、医院等部门的信息共享,通过政府共享平台及时核验身份信息、死亡信息、户籍信息等。

注重登簿逻辑审查。由于非公证继承的办理在登记机构现场进行,登记人员对于继承权的归属现场见证,受理人员对申请材料的真实性、有效性进行了查验。因此,在登簿环节,侧重于逻辑性检查即可。首先,审查公告程序、公告形式、公告时间及公告取证是否到位。要求除了将继承事项在不动产登记机构门户网站以及不动产所在地主要场所

公告外,必要时在当地公开发行的报刊予以公示,也可通过被继承人生前主要生活地的小区、居委会、村委会公告专栏等多样化的渠道进行公告,公开接受监督,并对公告的发布、持续时间进行确认和取证保存。其次,审核当事人提交的申请材料是否齐全,是否符合法定形式,表格填写是否规范,扫描件是否清晰无遗漏,登记信息录入是否完整准确,是否已缴费(税)等。最后,经审核符合登记条件的,在登记时限内依法将登记事项准确地记载于登记簿。

02

告知承诺制的探索

按照要求,衡阳在开展非公证继承登记试点的基础上,开展非公证继承登记告知承诺制的探索。

规范工作流程。为推进非公证继承登记告知承诺制平稳落地,经过调研,衡阳登记中心制订了详细的试点实施方案,设计了非公证继承登记告知承诺制试点工作流程,按照“首问告知→申请→核查→受理(同步公告)→缴费、税→审核→登簿发证”的程序办理登记。

明确试点范围。承诺关键在诚信,申请人在征信系统中的信用记录是承诺制度审核的重要前提条件。其次,确定以下几种情形可列入告知承诺制范围:因死亡年代久远,相关部门无法出具当事人的死亡证明;派出所未登记当事人的户籍信息,历史档案无法反映亲属关系;当事人无单位或单位已撤销,无法证明亲属关系;当事人无法提供婚姻证明、收养证明、独子证明等;居(村)委会、街道无法出具相关证明的。

规范文本格式。编制《非公证继承登记告知承诺工作规程》,对选择不公证办理继承(受遗赠)登记的政策、办理流程、申请所需材料、材料审查、配套表格等进行了统一的规范,针对死亡证明和亲属关系证明这两类申请人无法出具的证明,制作了告知承诺书格式文本。

开展失信惩戒。不管是登记过程中发现,还是

事后发现，对存在故意虚假承诺，导致继承不动产登记错误的，对内将列入登记中心失信“黑名单”，取消承诺制试用资格并追究当事人的法律责任；对外将违反承诺事项的个人计入信用档案，通报到发改委征信平台，将其不履行承诺等不良行为向社会

公开，构建“一处失信，处处受限”的联合惩戒机制。

作者单位：湖南省衡阳市不动产登记中心

六、社会新闻

因无法举证前夫借钱没有用于家庭上，她背上 304 万债务

2019-07-02 新京报

<https://mp.weixin.qq.com/s/Jjq8tnUWpMWWAl1xQWOHMQ>

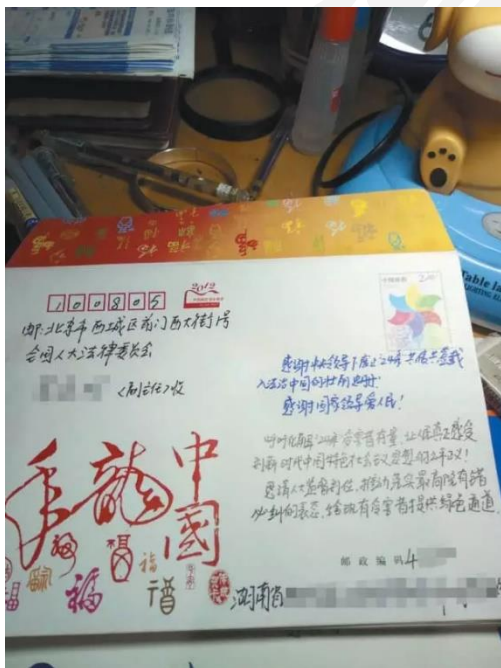
法官总是让我举证，证明前夫借的钱没有用于家庭日常生活需要。根据我的举证，再推定。可这些债怎么来的我都不知道，我不知道的事情，怎么举证？”

夫妻双方共同签字或者夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的债务，以及夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务，应当认定为夫妻共同债务；夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务，不属于夫妻共同债务，但是债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。

——民法典婚姻家庭编草案二审稿

相隔 10 月，最高法第 24 条新司法解释终于写入了民法典婚姻家庭编草案。

去年 8 月，十三届全国人大常委会第五次会议初次审议民法典婚姻家庭编草案时，“24 条公益群”群主李秀萍和群友方惠（化名）一直呼吁婚姻法第 24 条新司法解释入法。6 月底召开的十三届全国人大常委会第十一次会议，民法典婚姻家庭编草案二次审议稿终于达成了她们的愿望，可是她们并不开心。



▲最高检收到的“被负债”者寄来的求助信。



▲最高检收到的“被负债”者寄来的求助信。

尽管她们曾经是第 24 条新司法解释的推动者之一，她们寄往全国人大常委会的万人签名信，助推了第 24 条新司法解释出台，但她们发现，“第 24 条新司法解释还是有漏洞，所以希望民法典确

定的夫妻债务规则能堵住漏洞”，方惠对新京报记者说，“别人都叫我们‘老赖’，因为‘被负债’，上了失信被执行人名单，我们知道这个过程多么痛苦难挨，所以期待少一些我们这样的‘老赖’”。

“我不知道的事情，怎么举证？”

方惠现在还在打5个民间借贷纠纷官司，5个官司中她都是被告，“现在才5起，少多了，三年前我都不知道自己是多少个官司的被告，只清楚身上背的是304万元的巨债”。

方惠原本经营一家家庭小旅馆，收入稳定。可是，2016年7月的一天，突然接到法院传票，才知道开投资公司涉嫌非法集资“跑路”的前夫借了钱，债权人称债务是在她离婚前产生的，要求她共同偿还。紧接着，法院传票像雪片一样飞来，她发现债务迅速增长到304万，“整个人崩溃了，心想干脆死掉算了”。

她开始了天天跑法院的生活，可是几乎所有官司都败诉。直到2018年1月第24条新司法解释出台，终于迎来转机，“有的官司胜诉了，法院终于认定我是‘被负债’的一方，没有共同偿还责任。可还是有官司败诉。我很奇怪，我给法院的证据都是相同的，为什么有的胜诉、有的败诉？这其中有问题。法官总是让我举证，证明前夫借的钱没有用于家庭日常生活需要。根据我的举证，再推定。可这些债怎么来的我都不知道，我不知道的事情，怎么举证？”

到底该由谁来举证？

广东省律协婚姻家庭法律专业委员会主任游值龙曾参加全国人大常委会法工委民法典婚姻家庭编立法调研。他对新京报记者说，方惠遭遇的困境在于，对于“以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务”，第24条新司法解释没有明确举证责任的承担方，“这是第24条新司法解释存在的第一大问题”。

第24条新司法解释第二条规定，“夫妻一方在

婚姻关系存续期间以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务，债权人以属于夫妻共同债务为由主张权利的，人民法院应予支持”。在此基础上形成的民法典婚姻家庭编草案二审稿也提出，“夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务，应当认定为夫妻共同债务”。

“如何认定‘为家庭日常生活需要所负的债务’？由谁来举证？还是仅凭法官的自由心证？这是非常重要的”，游值龙说，按照上述条款的逻辑，“为家庭日常生活需要所负的债务”可以直接认定夫妻共同债务，那么，靠谁来认定？靠法官。但法官的认定，也应当在当事人举证的基础上，才能进行准确的判断。没有明确当事人的举证责任，谁也不必举证，法官就无法给予准确认定。如果只根据法官的自由心证，单靠举债数额、不问用途来认定是否为家庭日常生活需要，将会出现很大的问题。

他举例说，一对夫妻，每月每人各自总收入1万元，一天，丈夫单独向外举债5000元用于赌博。债权人和丈夫都一口咬定用于家庭日常生活，妻子说没有用于家庭日常生活，在这种情况下，如果单纯根据数额，法官可能会认为数额不大，认定为“为家庭日常生活需要所负的债务”，直接作为夫妻共同债务处理。

因此，他认为，民法典婚姻家庭编必须明确“为家庭日常生活需要所负债务”的举证责任，“根据民事诉讼‘谁主张谁举证’的基本原则，由于债权人或丈夫主张是‘为家庭日常生活需要所负债务’，那么应当由债权人或丈夫负举证责任”。

一刀切的“小额推定论”

就在全人大常委会会议二审民法典婚姻家庭编草案次日，中国婚姻法学会理事王礼仁接到了一名女子的求助信。王礼仁曾担任过十余年婚姻家庭合议庭审判长，见过很多“被负债”的当事人，可仍然被这名女子讲述的遭遇和随寄的证据所触动。



▲最高检收到的“被负债”者寄来的求助信。受访者供图

这名女子说，四年前，她在短短三个月间陷入一窝蜂式的民间借贷起诉，这才发现，离婚前，丈夫在 5 个月间疯狂巨额“举债”，不算利息，本金总计就接近 400 万。她调出银行流水，发现这些债务可疑，比如其中最大的一笔，“借款”入账当天就被前夫分文不差地转到了张某账上，“巧合”的是，张某和债权人是同一家公司的股东。她怀疑前夫跟别人恶意串通让她背上了巨额债务，不过法院仍然判定她共同偿还，因为债务都是在婚姻存续期间发生的。她上了失信被执行人名单，房产车子陆续被强制拍卖，生意也不得不关门。

第 24 条新司法解释出台后，她提起再审，可是案子已经过了再审期限，更为关键的是，她拿不出法院认可的证据来证明，前夫举借的巨额债务并没有用于家庭日常生活需要。她在信中问王礼仁，“我下一步该怎么做？恳请王法官帮帮我”。

“这样‘被负债’的当事人还有不少”，王礼仁说，由于举证责任不明，司法实践中，不少法官认为“为家庭日常生活需要所负的债务”，债权人只需要证明债权债务关系存在，债务符合当地一般认为的家庭日常生活范围即可，不需要证明该债务

用于家庭日常生活；如果举债人配偶一方反驳，认为不属于共同债务，那么就由配偶一方举证。

“可是，没有参与债务订立、不知情的配偶如何举证？”王礼仁说，法官的上述观念导致了一个问题——小额推定论，小额债务只要符合当地一般认为的家庭日常生活范围，就一律推定为共同债务。东部某省高院就出台规定，20 万元以内的债务一律认定为夫妻共同债务。结果这个省的小额放贷公司打出广告，“贷 20 万元，不需要配偶签字”。“小额推定论有很大的问题，可能成为大额借贷的‘漏斗’，举债人可能采取‘化整为零’的方式，恶意多次举债，然后甩给配偶”。

王礼仁认为，相对于婚姻法第 24 条来说，第 24 条新司法解释已经有很大进步，“我们不能期待一个司法解释解决所有问题。可是民法典婚姻家庭编的立法过程中，应该对夫妻债务规则作出更加完善的设计，明确‘用于家庭日常生活需要’的举证责任方，这是民法典婚姻家庭编绕不过、必须面对的问题”。

“父亲留给我的遗产没了”

上个月，方惠的一处房产因为一起败诉官司被强制拍卖了。她说，这处房产是父亲在上世纪 90 年代给她买的，产权人本来只有她一个人的名字，她不知道前夫什么时候成了共有人。协议离婚时，她要了这套房，前夫拿走了另一套房，还有一辆车。

她清晰记得判决书上的每一个字。法院虽然认定，她并未实际经手借款，也没有在借条上签名，可《人民调解协议书》显示，离婚时，她分割了属于夫妻共同财产的房产。而且，她没有提供有力证据证明，婚姻关系存续期间，她有足够的个人收入来源足以购置这套房产；她出具的父亲出资购买的证据，法院没有采信，因为她还有两个兄长。所以，法院认为这处房产是前夫在婚姻关系存续期间，用经营所得购买的，离婚时分割给了她，她理应对前夫因经营所负债务承担共同偿还责任。

“债权人还有一个对我不利的证据，我前夫开

过的一个公司的营业执照上有我的名字,尽管我根本不知道这个公司在哪,法院仍然认为我参与了前夫的经营,更应当承担共同偿还责任。接到判决的那一刻,我问法官,难道这就是‘共同生产经营之债’?”方惠说,拍卖房产那天,“我只能让自己躺在床上,慢慢平静下来,接受现实,老父亲几年前走了,现在他留给我的遗产也没了”。

“共同生产经营”怎么认定?

游值龙认为,何谓“共同生产经营之债”?什么情况下可以认定为“共同生产经营之债”?这是第24条新司法解释的第二大问题。

第24条新司法解释第三条规定:夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务,债权人以属于夫妻共同债务为由主张权利的,人民法院不予支持,但债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。民法典婚姻家庭编草案二审稿也采用了相同的表述。

“什么是‘夫妻共同生产经营’,在司法实践中争议很大,歧义不小”,游值龙说,由于界定存在问题,有些所谓的“夫妻共同生产经营”所负债务并没有用于夫妻共同生活,导致不知情、未受益配偶“被负债”的情形不断出现。实践中已经出现这样的案例,比如债权人与举债方在合同中约定举债用途用于举债方经营之用的,法院直接认定为夫妻共同生产经营之债;举债方之前曾将经营所得用于家庭生活,后来再大量举债,不论这些债务是否实际用于经营,都直接认定为夫妻共同生产经营之债;在举债方公司经营中,只要公司股东或经营管理人员或普通员工出现配偶名字,就如方惠一般,也直接认定为夫妻共同生产经营之债。

游值龙认为,“夫妻共同生产经营之债”已成为举债方损害不知情、未受益配偶一方利益的借口和理由。

“一位丈夫,开了一个个体经营部,之前几年,每年将数万元经营所得用于家庭生活支出,最近两

年向外举债几百万、上千万,在借款合同中写明‘用于个体经营’,但实际用于赌博、吸毒、包养二奶;一位丈夫,在注册公司时偷拿了妻子的身份证,将妻子设为股东或者名义上的管理人员、董事、监事、员工,然后以经营为名大量举债,用于赌博、吸毒、包养二奶,按照‘夫妻共同生产经营之债’理论,这些债务都会被认定为夫妻共同债务。这类案例不断出现,表明所谓‘夫妻共同生产经营之债’已成为举债方损害不知情、未受益的配偶利益的‘大坑’”。游值龙说,在没有准确、科学界定什么是“夫妻共同生产经营”的情况下,将实践中存在极大争议的“夫妻共同生产经营”之债直接列入法律规定,这样做非常危险。

长沙市雨花区人民检察院检察长马贤兴当过10年基层法院院长,接触过大量夫妻债务案例。他接受新京报记者采访时也表示,“‘共同生产经营’必须作出严格限定,也就是说,要夫妻两人实实在在地‘共同’从事生产经营活动”。

例如农村承包经营、城镇夫妻一起经营管理的小商店、小作坊,或者夫妻两人都在公司企业承担了具体职务,“‘共同生产经营’必须给予较为明确的限定,尤其是在信息化、网络化生产生活条件下的现代社会,知晓、确认极为便利,不能对‘共同’作泛化和扩大化解释。比如,有的夫妻一方设立公司时,其配偶仅仅是在公司有关书面文件中出现了名字,或者仅为名义上的‘股东’,而没有实际参与任何生产经营活动,不能判定为‘共同生产经营’。如果简单裁判,容易导致冤错案发生”。

6月26日,十三届全国人大常委会第十一次会议分组审议民法典婚姻家庭编草案时,部分委员也持相同看法。委员王砚蒙就提出,“债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外”,其中的“共同生产经营”应该再多一些细致的考虑,“什么是共同生产经营?在现实生活中是很容易产生歧义的,如果没有准确的、科学的界定,就将其作为夫妻共同债务的前提,在实践中会产生诸多问题,特

别是很容易造成夫妻一方既不知情,也没有受益的债务”。

如何平衡“被负债”人与债权人权益?

方惠经常在自己多起官司的判决书里看到一句话,“合法的民间借贷关系,受法律保护,债务应当清偿”。“法律必须保护债权人的权益,这我理解,也支持。可问题是,保护债权人的权益,不能以牺牲善意‘被负债’人的利益作为代价”。

游值龙说,立法者必须在保护债权人权益和防范善意方“被负债”之间找到一个平衡点,既要防止无辜配偶“被负债”,也要防止夫妻串通逃避债务,“这个平衡点很难找,不过有一点是肯定的,就是必须坚持正义的价值取向,法律只有合乎正义的准则时,才是真正的法律。任何法律规定都不应该让遵纪守法的人陷于恐惧、背负恶意债务”。

他建议,为解决举证责任与共同生产经营之债这两大问题,民法典婚姻家庭编可以采用这样的设计:婚姻关系存续期间,夫妻合意或为夫妻共同生活所负的债务,为夫妻共同债务。有下列情形之一的,属于夫妻共同债务:(一)为家庭日常生活需要所负的债务;(二)夫妻双方共同签字或者一方明确追认等共同意思表示所负的债务;(三)其他应当属于夫妻共同债务的情形。夫妻合意或为夫妻共同生活所负债务的举证责任,由主张属于夫妻共同债务的一方承担。

全国人大代表陈建银也持相同观点。今年全国两会期间,由她领衔,32名代表联合签名提交了《关于民法典完善夫妻债务规则保障婚姻家庭安全的议案》,对于夫妻债务认定规则也采用了相同的设计。她对新京报记者说,第24条新司法解释还存在一些疏漏和模糊空间,比如举证责任、共同生产经营之债的界定,需要民法典立法予以完善和补充,“比如采取例示性立法方式,用原则界定、举例说明加兜底条款的方式,在民法典婚姻家庭编中对夫妻债务规则作出规定”。

债权人应有更多风险防范意识

马贤兴则认为,保护债权人权益和防范善意方“被负债”的平衡点并不难找,“就是坚持共债共签等共同意思表示,坚持规范债权。在处理夫妻债务纠纷问题上,过去我们犯的错误太多,只讲保护债权,不讲规范债权。乡下有两句俗话,都是讲要规范民事行为,一句是‘亲兄弟明算账’,一句是‘莫打死了狗再来讲狗价’,都是说在事前要先讲得清清楚楚明明白白,避免事后发生不必要的争执”。

“现在一些银行向已婚个人发放贷款,实行夫妻双方到银行柜台面签,还要拍照留存,这种规范民事行为的做法值得借鉴。”马贤兴说,对债权风险防范来说,最好的防范和保护就是规范,“从源头落实保护,是治本之策。债权人掌握了发动债的主动权,也应该有风险注意义务和防范意识。借款给已婚个人,本是助人善举,为何不告知他的配偶,让夫妻双方都来签个字呢?或者通过现代通讯手段,让债务人配偶知情并确认,以完成共同意思表示呢?有人说,这样会增加交易成本,不利于发展经济、活跃市场行为。事实上,现代化的交通信息手段已经给人们的生产生活带来了极大的便利。就以夫妻一方要举债为例,如果一方无法现场共签,可以随时随地通过视频、微信等手段让配偶知情确认,获得‘共同意思表示’。这种事前规范又会增加多少成本呢?而事前草率而为,到事后发生争议,这才是实实在在地‘增加了交易成本’,‘妨害了经济发展’”。

这几天,方惠和她的群友又开始给全国人大常委会等机构写信,呼吁民法典婚姻家庭编堵住第24条新司法解释的漏洞,“几年前,我们给全国人大常委会写了很多信。单是打印机硒鼓,我就在一年半里换了10个。结果很好,第24条新司法解释出台了。每一次胜诉,我都会对法官说,‘谢谢你,让我的法治信仰更加坚定’。所以这次我也相信,民法典会制定一个更完善的夫妻债务认定规则。”

新京报记者 王姝
值班编辑 花木南 吾彦祖

第 410 期 | 如何引导当事人参与调解 —— 以离婚纠纷为例

原创：2019-07-05 多元化纠纷解决机制 胡松莲

https://mp.weixin.qq.com/s/Yu_hf9kNj2M3c5n03i3VGA

俗话说“万事开头难”。对于调解而言，如果能引导双方当事人平心和气地坐在调解室，则意味着调解成功了一半。与诉讼相比，调解具有快捷简便灵活等优点，但具体到纠纷中的当事人，未必能理性地认识到这一点。虽然可以从制度层面，比如设定调解前置程序或制定诉讼费杠杆机制，但如果当事人没有诚心诚意接受调解，而是迫于压力走进调解室，调解也很难产生好的效果，变成“走过场”，不但发挥不了调解程序的优势，反而拖延纠纷的解决，故引导当事人积极参与调解具有非常重要的意义。

实务中，绝大部分的原告都有快速解决纠纷的意愿，一般都愿意接受调解，故启动调解的关键在于被告。下面，以离婚纠纷为例，分析如何引导被告参与调解。

一、如何给当事人打第一个电话

“您好，请问是 XXX 吗？这里是东莞市第二人民法院调解组，我是法院的专职调解员 XXX。我们收到 XXX 起诉您离婚的材料，现在案件是调解阶段还没正式立案，法院安排你们下周一上午 10 点钟过来调解，您那边有没有问题？”

如何打第一个电话需要注意以下四点：

第一，一次讲完，信息简短全面，注意语速和停顿，确保对方能听清楚。如果信息不全面和完整，不介绍自己的身份和当事人的身份，对方可能会以为是诈骗电话而挂掉。如果语速过快，对方没听清楚，对方会截取部分信息先入为主反问或产生抵触。

第二，强调现在是调解阶段，“案件还没正式立案”，减轻对方的焦虑感。实务中就有被告以为法院的电话就是通知开庭的，觉得原告都打官司了，没有什么好调解的。

第三，确定具体调解时间，不给对方更多的考虑时间。一旦给被告考虑的时间，可能中间会出现不少意外状况，让调解无法及时安排。

第四，告诉对方法院地址，获得对方其他联系方式。如果被告不拒绝调解，可以主动询问对方，是否需要发定位，提醒别去错地方。通过这种方式，可以获得被告微信，对后续工作大有帮助。

二、如何克服经常遇到的障碍

实务中，被告拒绝参与调解有不同的表现形式。针对每一种形式，调解员需要从不同方式进行劝导。

（一）被告不来法院，无论如何都不同意离婚

被告通常会认为调解员通知其前往法院，目的就是让其离婚。这时候，调解员可以说：“您不同意离婚，那更加应该过来跟对方好好谈谈，把你们的问题讲出来，我们有专业的调解员协助你们沟通，帮助你们分析解决问题，如果你们谈好了，就回去好好过日子，反正案件还没立案。如果你们没谈好，至少知道对方是怎么想的。”

（二）随便原告怎么搞，随便法院怎么判，你们别找我

这种情况主要是因为被告对调解没有信心，认为调解没有用，所以，调解员需要有耐心地先缓解当事人的情绪，找到他的顾虑原因。调解员可以通过开放式提问来获取更多信息，比如：“就离婚问题，你们应该有沟通过，您是怎么想的？”。如果被告不想离婚，可按照第一点的方式引导。如果被告同意离婚，只是因为财产分割问题、赔偿问题、小孩抚养问题而谈不拢的，调解员就可以有针对性地分别进行引导。

1. 担心财产分割问题的，可以跟当事人说：“按照法律规定，夫妻共同财产的基本处理原则是平分。如果你对财产分割有要求，调解是最好的方式。只要对方同意，财产多分配一点给你，或者赠与给子女都是可以的。如果是判决，就没有谈判的空间了，也更加不可能判给子女。所以，建议您还是尝试一下调解，就算调解不成，对您也没有任何损失。”

2. 担心赔偿问题的，可以跟当事人说：“你的意思是只要对方支付一定的补偿金，您就同意离婚，是吧？那您要求补偿的理由和依据是什么呢？（当事人一般说一堆原告的过错和自己的付出，认为自己的补偿要求是合理的，但忽略了法律规定。）您的心情我非常理解，可是按照法律规定，只有四种情形才会获得赔偿，分别是重婚、有配偶者与他人同居、家暴、遗弃家庭成员。按照您刚才说的，都没有达到赔偿的标准。原告请了律师，这些基本的法律原则，他肯定是知道的，所以才拒绝赔偿。虽然法律有明确规定，但是只要对方愿意，支付一定的补偿也是有可能的，不过，这只能通过调解才做得到。您是否按照我们定的时间过来一趟。”

3. 担心抚养问题的，又分为抚养权、探视权和抚养费三方面，可引导的空间较大，有的是真的要抚养权，有的是担心探视问题而争抚养权，有的

是不想给抚养费而争抚养权。

第一种情况，真的想争抚养权的，通过说明调解能最大程度减轻对小孩的伤害来劝导。调解员可以说：“我知道您很爱小孩，正是因为爱小孩，我们才需要尝试一切的方法争取小孩的抚养权。说不定您可以说服对方同意？如果开庭，有可能需要小孩出庭，对小孩心理伤害很大的。不如过来调解，我们有专业的调解员协助你们沟通，做做对方工作，让对方放心把小孩交给您。”

第二种情况，觉得对方不让看小孩而争抚养权。调解员可以说：“您不用担心，探视权是受法律保护的，而且调解比判决灵活，可以把探视时间写的很详细，具体到哪一天的几点到几点都可以，这样也可以最大程度地减少日后的争论。”

第三种情况，支付抚养费有压力。调解员可以说：“法律对抚养费的支付有规定，但调解比较灵活，只要双方愿意，给多给少都不受法律限制，通过调解，有的只是象征性给几百元，有的甚至不需要对方给抚养费，前提是您得过来谈。”

（三）拖对方几年

这种情况的被告内心对原告充满了仇恨，很难理性思维，劝导起来比较困难。调解员可以说：“嗯，看来你们之间的问题很严重了。看到您这么仇恨对方，对方不开心，我感觉您也不快乐。但是别忘了，你们还有小孩子，你们之间的问题一天没解决好，对小孩都有不好的影响。您有这种想法，我很理解。但气愤解决不了问题。如果进入诉讼，法院不断联系您，如果您不理法院，不出庭，那么缺席审判对您可能更不利。您不用急着回复我，三天后再联系您，如果您还坚持不调解的，我也尊重您的意思，我就将案件转给法官安排开庭审理。”

（四）电话不通、不接或直接挂断电话

这种情况可以采用短信和微信方式联系被告。

一方面发短信给被告,同时申请加被告的微信。第一次发短信,可按上述打第一个电话的内容编辑短信发给被告。表明法院要安排调解,让其收到尽快联系我们。如果没回复,隔天发第二条短信:“XXX,您好,您没有回应是不想离婚还是有什么顾虑?我作为调解员,很愿意协助您去跟对方沟通,现在案件是调解阶段还没正式立案,是个很好的沟通的机会,一来调解过程保密,二来调解结果不公开,但调解有期限,如果周五前您没回复,案件就会转给法官开庭审理了。”如果周五还没有回复,可以发第三条短信:“XXX,您一直没回应我们,案件要转去开庭了,过后会有立案人员和跟案人员会联系您。”发完第三条短息再等一天,实践中这种方式对逃避型被告有一定的效果。

(五) 辱骂原告和法院

首先,调解员要调整自己的心态,不要被当事人的情绪影响,给一点时间被告发泄,最后对被告的生气表示理解,表示我们有心想帮助他解决问题。如果没办法约调解时间,就找借口挂电话,转为发短信加微信联系。这种暴躁型当事人在电话里会可能完全失控,沟通起来特别耗能量,即使制止也是一时。通过短信告知调解的好处,建议被告咨询律师,沟通更顺畅。

三、如何管理当事人的情绪

在引导调解过程中,处处存在情绪地雷,有时候一句很普通的话就可以触怒当事人。所以,调解员要有预知能力,在当事人动怒前打预防针。最常见的地雷就是起诉状上的诉讼请求和事实与理由。

如果被告问:“她起诉我什么?”调解员可以说:“她要求跟您离婚。”对于抚养权和财产分割问题最好不说。如果被告还是追问:“她要跟我争小孩和争房子,对吧?”那调解员可以说:“这些都是离婚案件要处理的,她确实是要争取抚养权,但是您也可以争取抚养权,财产的分割您也可以提出您的要求,你们都有平等的权利。”在引导调解阶

段,尽量不提原告的具体主张,否则被告听到就会逐一反驳,非常耗时。

如果当事人要求看起诉状的。调解员可以这样说:“XXX想跟您离婚,自然是说您不好,您不用太在意。她说你们的性格不和导致感情不好,经常吵架,其实您自己也清楚。因为案件还没正式立案,加上调解过程是保密的,材料我们不外传。如果您确实需要看材料,您过来调解的当天我们会将整套材料您,这些材料需要您本人签收的。”

四、结论

调解案件数量繁多,调解时间有限,总的来说,引导当事人调解可以概括为以下几个小技巧:

(一)引导当事人调解阶段不能给当事人带偏,不管怎么绕,都要回到引导调解的目的

只要能把被告约过来,各种话语可以随意切换发挥,但不能说到案情实体问题,即使当事人问了也要回避,并引导过来调解,告知有什么问题,调解员可以当面解答。

(二) 善于从小孩角度去做工作

小孩是父母眼中的天使,父母是孩子心中的引路灯。“你们不能心平气和理性的解决问题,都会伤害到小孩子”。这句话是万金油,许多情形都可以关联到这方面。比如可以说:“现在小孩会怎么想,长大了会怎么想。不能好聚好散,在法庭上互撕,小孩没有安全感、信任感,如何有健全的人格,严重的会引起青少年心理问题等。”父母想到这方面一般都会恢复理性。

(三)对当事人多用一些正面积极的词语进行鼓励

比如说:“您的出发点是好的,只是不大会表达。我发现您挺好沟通的,心态也不错。您说的没错,只是没注意表达方式。不管对方怎么说,您绝对是爱小孩的,对不对。我相信您的付出,婚姻里

没有谁对谁错。”有些鸡汤、佛语、禅句能起到非常明显的效果，储备一些这方面的知识，在许多情况下特别有效。

（四）善于介绍法院的调解工作成效和特邀调解制度

比如遇到当事人怎么劝说都不愿意来调解，听说我们会安排香港调解员或心理咨询师进行调解，就立刻答应了，还充满期待。此外，我们法院 80% 的家事案件都是通过调解结案的，这些统计数据可以加强当事人对我们调解的信心。在引导当事人调

解过程中要有意无意的说到调解的各种好处，比如调解过程保密，结果不公开，调解更灵活更具体，调解书一样有强制执行力，对小孩的伤害小，让当事人感觉调解有这么多好处，有利于后面调解工作的开展。

作者：胡松莲，东莞市第二人民法院调解员

公号主编：龙 飞

本期责编：赵毅宇

民政部举行事实无人抚养儿童保障工作专题新闻发布会

2019-07-10 中国民政

<https://mp.weixin.qq.com/s/290oPifjxh-pHfJc.jIBktw>

近日，民政部、最高人民法院、最高人民检察院、教育部、公安部、财政部等 12 部门联合印发了《关于进一步加强事实无人抚养儿童保障工作的意见》。7 月 10 日，民政部举行事实无人抚养儿童保障工作专题新闻发布会，民政部党组成员、副部长高晓兵介绍《意见》有关情况。最高人民法院研究室副主任周加海，最高人民检察院第九检察厅副厅长李峰，民政部儿童福利司司长郭玉强、副司长倪春霞一同出席新闻发布会，并回答记者提问。发布会由民政部新闻发言人、办公厅主任张卫星主持。

随小编一起到发布会现场去听听《意见》的权威解读吧↓↓↓



《意见》出台背景

党中央、国务院高度重视儿童福利工作，习近平总书记多次强调儿童是祖国的未来，民族的希望，培养好少年儿童是一项战略任务，事关长远，必须高度关心重视。近年来，中央层面出台了一系列加强儿童福利保障的政策措施，对农村留守儿童、困境儿童、受监护侵害未成年人等关爱保障工作作出部署，极大地提升了相关儿童及其家庭的获得感、幸福感和安全感。

事实无人抚养儿童指父母双方不能正常履行抚养和监护责任的儿童，通俗地讲就是事实孤儿。目前据不完全统计，全国事实无人抚养儿童大约 50 万左右。为解决事实无人抚养儿童的问题，根据中央领导同志的指示精神，民政部会同高法院、高检院等 12 个部门和相关的群团组织，经过深入的调研和反复论证，研究制定了《关于进一步加强事实无人抚养儿童保障工作的意见》。

《意见》坚持以习近平新时代中国特色社会主义思想为指引，坚持特殊保护优先保护，聚焦脱贫攻坚，聚焦特殊群体，聚焦群众关切。《意见》填

补了儿童福利领域制度的空白,是新时代儿童福利工作的一次重要政策创新,是服务脱贫攻坚战,确保各类特殊困难群众一道进入全面小康社会的重要的制度安排。

《意见》重点解决了四个方面的突出问题

一是强化基本生活保障。针对事实无人抚养儿童的生活困难,明确对事实无人抚养儿童发放基本的生活补贴,按照与当地孤儿保障标准相衔接的原则,确定补贴的标准,参照孤儿基本生活费发放的办法确定发放的方式。中央财政比照孤儿基本生活保障资金的测算方法,通过困难群众救助补助资金的渠道对生活困难家庭中的和纳入特困人员救助供养范围的事实无人抚养儿童给予适当补助。

二是加强医疗康复保障。针对事实无人抚养儿童的医疗康复困难,对符合条件的事实无人抚养儿童按规定实施医疗救助,分类落实资助的参保政策。符合条件的事实无人抚养儿童可同时享受重度残疾人护理补贴及康复救助等相关政策。目前的救助保障范围、保障水平,从医疗康复的角度还是比较有限的。对一些重病、重残的孩子,还需要家庭、政府、社会、商业保险等各个方面来综合发力。

三是完善教育资助救助。将事实无人抚养儿童参照孤儿纳入教育资助的范围,享受相应的政策待遇。优先纳入国家资助政策体系和教育的帮扶体系,落实助学金、减免学费的政策。将义务教育阶段的事实无人抚养儿童列为享受免住宿费的优先对象。

四是督促落实监护责任。要求依法打击故意或者恶意不履行监护职责等各类侵害儿童权益的

违法犯罪行为。将存在恶意弃养情形或者采取虚报、隐瞒、伪造等手段骗取保障资金、物资或服务的父母及其他监护人失信行为纳入全国信用信息共享平台,实施失信联合惩戒。对有能力履行抚养义务而拒不抚养的父母,民政部门可依法追索抚养费。

《意见》重点实现了两个方面的突破

一是除了父母重病、重残等情形之外,明确将服刑在押、强制隔离戒毒、被执行其他限制人身自由的措施人员的子女纳入保障范围。父母犯罪,子女无辜。父母的违法犯罪行为必然会受到法律严惩,但是孩子一天天成长,不能等也等不起。不能让父母的错误影响到孩子的生存和成长。加强对这类未成年人的帮扶救助,这已经成为全社会的共识。同时,加强服刑人员未成年人子女的关怀,还能从源头上解除服刑人员的后顾之忧,有助于服刑人员感受社会的温暖,父母的关爱,人间的温情,促进他们安心服刑,积极改造,早日回归社会,家庭团聚,再次担负起监护照料子女的法律职责。随着父母服刑期满,恢复监护能力,也会按规定条件终止保障。

二是推进信息共享。《意见》指出,在事实无人抚养儿童认定过程中,一般不要求服务对象提供各类证明,而是通过部门间信息比对的方式进行。要求各部门和组织加强工作衔接和信息共享,切实让数据多跑路、让群众少跑腿,这也是落实中央简政放权,推进“放管服”改革要求的具体举措。另外《意见》还规范了认定流程、退出机制、保障措施、部门职责等。

编辑:吴双 魏敬专

【政策解读】高晓兵:《关于进一步加强事实无人抚养儿童保障工作的意见》重点解决的四个突出问题和重点实现的两个突破

2019-07-10 少年司法专业委员会 民政部

<https://mp.weixin.qq.com/s/NIoIguBiWVBxA6j5HdQxw>



记者朋友们，大家上午好。首先非常欢迎大家出席这个新闻发布会，同时衷心感谢各位媒体记者长期以来对儿童福利事业的关心和事实无人抚养孩子的关爱。

我首先向大家介绍一下民政部、最高法、最高检、发改委、教育部、公安部、司法部、财政部、国家医保局、共青团中央、全国妇联、中国残联等 12 个部门联合出台的《关于进一步加强事实无人抚养儿童保障工作的意见》的有关情况。

党中央、国务院高度重视儿童福利工作，习近平总书记多次强调儿童是祖国的未来，民族的希望，培养好少年儿童是一项战略任务，事关长远，必须高度关心重视。近年来，中央层面出台了一系列加强儿童福利保障的政策措施，对农村留守儿童、困境儿童、受监护侵害未成年人等关爱保障工作作出部署，极大的提升了相关儿童及其家庭的获得感、幸福感和安全感。

事实无人抚养儿童指父母双方不能正常履行抚养和监护责任的儿童，我们通俗地讲就是事实孤儿。

目前据不完全统计，全国事实无人抚养儿童大约 50 万左右，为解决事实无人抚养儿童的问题，根据中央领导同志的指示精神，民政部会同高法院、高检院等 12 个部门和相关的群团组织，经过深入的调研和反复论证，研究制定了关于《关于进一步加强事实无人抚养儿童保障工作的意见》。这个意见坚持以习近平新时代中国特色社会主义思想为

指引，坚持特殊保护优先保护，聚焦脱贫攻坚，聚焦特殊群体，聚焦群众关切。填补了儿童福利领域制度的空白，是新时代儿童福利工作的一次重要政策的创新。是服务打赢脱贫攻坚战，确保各类特殊困难群众一道进入全国小康社会的重要的制度安排。

意见重点解决了四个方面的突出问题：

一是强化基本生活保障。针对事实无人抚养儿童的生活困难，明确对事实无人抚养儿童发放基本的生活补贴，按照与当地孤儿保障标准相衔接的原则，确定补贴的标准，参照孤儿基本生活费发放的办法确定发放的方式，中央财政比照孤儿基本生活保障资金的测算方法，通过困难群众救助补助资金的情况给予适当的补助。

二是加强医疗康复保障，针对事实无人抚养儿童的医疗康复困难，对符合条件的事实无人抚养儿童按规定实施医疗救助。分类落实资助的参保政策，符合条件的事实无人抚养儿童可同时享受重度残疾人护理补贴及康复救助等相关政策。我这里需要说的是，目前的救助保障范围、保障水平，从医疗康复的角度还是比较有限的。对一些重病、重残的孩子，我们还需要家庭、政府、社会、商业保险等各个方面来综合发力。

三是完善教育资助的救助。将事实无人抚养儿童参照孤儿纳入教育资助的范围，享受相应的政策待遇，优先纳入国家资助政策体系和教育的帮扶体系。落实助学金、减免学费的政策将义务教育阶段的事实无人抚养儿童列为享受免住宿费的优先对象。

四是督促落实监护的责任。要求依法打击故意或者恶意不履行监护职责等各类侵害儿童权益的违法犯罪行为。将存在恶意弃养情形或者采取虚报、隐瞒、伪造等手段骗取保障资金、物资和服务的父母其他监护人失信行为纳入全国信用信息共享平台，实施失信联合惩戒，对有能力履行抚养义务而拒不抚养的父母，民政部门依法追索抚养费。

意见重点实现了两个方面的突破

一是除了父母重病、重残等情形之外,明确将服刑在押、强制隔离戒毒、被执行其他限制人身自由的措施人员的子女纳入保障范围。父母犯罪,子女无辜,孩子一天天成长孩子不能等,也等不起。不能父母的错误影响到孩子的生存和成长。我们有责任,也有义务加强对这类未成年人的帮扶救助,这已经成为全社会的共识。同时,加强服刑人员未成年子女关怀,还能从源头上解除服刑人员的后顾之忧,有助于服刑人员感受社会的温暖,父母的关爱,人间的温情,促进他们安心服刑,积极改造,早日回归社会,家庭团聚,再次担负起监护,照料子女的法律义务。随着父母服刑期满,恢复监护能力,我们也会按规定条件终止保障。

二是推进信息共享。我们在这个意见当中指出,在事实无人抚养儿童认定过程中,一般不要求服务对象提供各类证明。而是通过部门间信息比对的方式进行。要求各部门和组织加强工作衔接和信息共享,切实让数据多跑路,让群众少跑腿。这也是落实中央简政放权,推进“放管服”改革要求的具体举措。意见还规范了认定流程,退出机制,保障措施,部门职责,等等。

提问环节

[人民日报记者]我是人民日报记者。刚才高部长提到《意见》提出的健全信用评价和失信行为联合惩戒机制,具体出于什么工作考虑?

[高晓兵]谢谢你的提问。你的这个问题提得非常重要,因为对儿童的抚养责任首先是父母的责任,应尽的义务,也是法律的责任。我们政府保障的是那些因为各种原因不能够履行抚养和监护责任的父母的儿童。父母不能正常履行的情况。

对那些能够履行而不履行抚养和监护责任的父母,我们必须给予失信的联合惩戒。这是要督促父母切实履行应有的职责,来保护儿童的基本权益。意见根据有关的规定,主要对三类人员实行失信惩

戒。

第一类恶意、故意弃养孩子的父母,这类父母是有条件抚养孩子的情况下,不履行抚养和监护的责任;第二类是长期不与家庭和孩子联系的父母,这一类的情况我们经常在一些新闻媒体的报道当中可以看到;第三类是采取虚报、隐瞒、伪造等手段骗取保障的资金、物资和服务的父母及其监护人。对这三类人员实行联合惩戒,我们认为有利于教育引导和警示失职父母依法履行责任的义务,有利于督促失联父母及时与家庭联系,有利于保证各方面的资助支持不折不扣的落实到事实无人抚养儿童身上。

我要特别说明的是,这些措施不是唯一的处罚措施,如果以上三类人员违反了儿童保护的法律法规,还将同时受到相关法律法规的制裁。

[新华社记者]我是新华社记者。这次意见出台是非常及时的意见,突出了很多保障的重点,明确了很多细则和措施。我想关注的是这个意见出台以后,我们这些很好的政策在落实方面会有什么样的措施?谢谢。

[高晓兵]我来回答您的提问,也谢谢您的提问。总书记讲一分部署,九分落实,这是非常惠民的政策,但是关键是要落到每一个事实无人抚养儿童身上,要一个都不能少。文件大家都看到了,这个政策是2020年的1月1号起实施,从今年的6月20号,我们在长沙召开的全国儿童福利工作会议上已经做了一次全面的部署。现在我们有几个工作举措。

首先,督促指导各地制定具体的政策。各省、自治区、直辖市要在2019年10月底之前把所有的政策制定完毕。市、县一级则是在12月底之前要具体落实。在保障对象上,意见已经明确的保障对象,各地必须不折不扣的落实,也不得减少保障的范围,同时我们鼓励各地根据实际经济状况,社会发展水平,来适当的拓宽保障的范围。在保障标准上,要落实与当地孤儿保障标准相衔接的原则。在基本生活、医疗康复、教育资助等方面把各项政策

要用好，用足。民政部将对各地政策出台的情况，以及研究进展情况，每个月调度一次，我们还有半年的时间做这项工作的准备。

其次，要督促落实责任的分工。这个《意见》明确了民政部门、人民法院、人民检察院、教育部门、公安部门、财政部门、医疗保障部门，以及群团组织在保障中的工作职责。我们也将联合相关部门一起来督促工作的落实，加强部门的协作，来打好事实无人抚养儿童保障工作的组合拳。

三是抓紧做好前期的工作，我们正在配合财政部门做好事实无人抚养儿童生活补贴的测算工作。

同时要进一步完善全国儿童福利信息管理的系统，我们会在这个系统当中根据这个文件的要求，增加有关事实无人抚养儿童基本生活补贴申请和管理这样的模块，指导各地对照保障范围和条件，再次组织排查核实，符合条件的一定精准到人，做到一人一档，确保应保尽保，不漏一个儿童。因为这个政策就是落实到每个孩子身上，所以一个不能漏。从 2020 年 1 月 1 日起，全面实施事实无人抚养儿童保障制度，切实把党和政府的温暖送到每个符合条件的孩子的身边。

我就介绍这些。

男女平等：婚姻家庭编应始终坚守的立法初心

2019-07-10 中国妇女报

<http://paper.cnwomen.com.cn/content/2019-07/10/061469.html?from=groupmessage>

编者按

近日，十三届全国人大常委会第十一次会议分组审议了民法典婚姻家庭编草案二审稿和继承编草案二审稿。婚姻家庭编、继承编是民法典两个很重要的分编，二审稿较好地解决了婚姻家庭和继承中的一些实际问题，更好地维护了婚姻家庭中的平等关系，但仍然有需要探讨的空间，有些重要问题仍然需要修改、厘清和细化。为此，本版约请专家学者开展系列讨论，期待法律更加完善，更好回应人民关切。

婚姻家庭中的夫妻平等，必须有结果和利益上的平等，也就是在形式平等基础上追求实质上的平等。

之所以提出夫妻关系要实质性平等的问题，是因为在男性中心文化的社会背景下，一些看似中立的法律规范，也往往会产生不利于女性的影响，会使夫妻之间的现实利益失去平衡。如果我们坚持了夫妻的实质性平等，那么在设立夫妻财产制度、夫妻债务清偿、离婚时经济帮助、家务劳动补偿、离

婚损害赔偿制度时，就会充分考虑到男女的现实差异和妇女的特殊利益。

■ 李明舜

婚姻家庭制度在有关保护妇女权益和促进男女平等的法律体系中有着特殊的地位和作用。新中国成立后 1950 年制定的婚姻法，因其确立和倡导的男女平等、打破束缚妇女歧视妇女的封建婚姻家庭制度而成为一部妇女解放法。之后无论是 1980 年的婚姻法，还是 2001 年的婚姻法修改，其立法的热点问题中，不少与女性的婚姻家庭权益、与婚姻家庭中的男女平等有关。

时至今日，虽然婚姻家庭领域主流是好的，现行婚姻法确定的婚姻自由、一夫一妻、保护妇女儿童老人合法权益、男女平等基本原则，已经成为社会共识，并在实践中被普遍遵守。但与此同时我们也要看到，在我国现实生活中依然存在着很多值得警惕的不良现象，家庭价值多元化使人们对婚姻家庭问题存在着各种不同的看法和纷争。即使在立法和司法过程中，也存在着一些有关夫妻关

系的规定和法院的判例成为社会争议的热点,甚至有酿成社会事件的重大风险。

之所以发生这些问题,究其原因,既有相关的婚姻法司法解释和个别法官对婚姻法的理解背离了婚姻法的立法初衷,对婚姻法的具体法律规范的理解和适用出现了偏差的问题,也有相关婚姻家庭立法规定不明确或基本价值取向没有始终贯穿的问题。

因此,将婚姻家庭制度的立法精神、立法的基本理念以法律规范的形式规则化,确立为我国婚姻家庭立法、司法必须始终遵循的最高标准是十分必要的。这其中,男女平等,理应成为婚姻家庭编立法要始终坚守的基本理念

婚姻是家庭形成的前提条件。在家庭规模小型化,家庭关系核心化的大背景下,家庭关系中最基础、最核心的无疑是夫妻关系。正确处理夫妻关系,坚持男女平等,将男女实质平等作为处理夫妻关系的最高标准和婚姻家庭立法始终坚守的基本理念是极其重要的。

男女平等是社会发展的必然要求,是政治正确的时代要求,是始终如一的宪法要求,也是共产党的使命要求,因而被确立为我国的基本国策。

众所周知,民法也是讲民事主体平等的,但是,民法当中的平等,更多的是讲民事主体的民事法律地位平等、人格和尊严平等、权利和机会平等、义务和责任平等,这些平等要求更多是形式上的。

而婚姻家庭中的夫妻平等,除上述平等之外,还必须有结果和利益上的平等,也就是在形式平等基础上追求实质上的平等。

实质上的平等对婚姻当事人极端重要,因为每个婚姻家庭都是具体的,每个婚姻当事人的利益都是现实和真切的。如果他在具体的婚姻关系当中得不到平等,在他的日常生活当中、在他最亲近的人群当中都没有平等的实现,都没有公正的感受,那么,他对这个社会的感受还会是美好的吗?

如果我们在处理所有婚姻关系的时候,都能以夫妻平等,特别是实质性的平等为标准,那么失衡

的利益关系就会得到纠正,那些因受到不公正待遇而愤懑的心情就会得到慰藉而平复。

笔者之所以提出夫妻关系要实质性平等的问题,就是因为在男性中心文化的社会背景下,一些看似中立的法律规范,也往往会产生不利于女性的影响,会使夫妻之间的现实利益失去平衡。如果我们坚持了夫妻的实质性平等,那么在设立夫妻财产制度、夫妻债务清偿、离婚时的经济帮助、家务劳动补偿、离婚损害赔偿制度时,就会充分考虑到男女的现实差异和妇女的特殊利益。

追求男女平等的愿望是美好的,但落实男女平等的婚姻家庭制度保障却是复杂的。由于婚姻家庭立法涉及私人自治与国家干预的合理界定、法律制度与伦理道德的相互支持、内部关系与支持系统的不同建构、婚姻安全与交易安全的权衡取舍、家庭制度与家庭视角的彼此呼应、人身关系与财产关系的主次定位、个人权利与家庭责任的和谐平衡等诸多问题和矛盾,而在解决这些问题和矛盾过程中始终坚守男女平等的基本理念和立法初心是困难的,就需要排除影响男女平等实现的各种障碍。

一是要排除问题导向的立法模式可能给贯彻男女平等基本理念所带来的不利影响。

本次民法典编纂中的婚姻家庭编的制定,更多体现了问题导向的立法模式。这种模式的优势在于回应社会关切针对性强、适应性强,但问题导向的立法往往会导致司法主导的立法、个案主导的立法和管理主导的立法,而缺乏整体的体系性的设计,缺乏对制度完善和体系完整的追求,也不利于立法目的、立法理念的确立和贯彻始终。

二是要排除男性中心文化对实现男女实质平等的不良影响。

长期以来,男性中心文化是主流的社会文化,这种文化渗透在社会的各个领域,影响着人们的行为规范和社会制度。男性中心文化是歧视女性的文化,它在社会地位方面坚定奉行男尊女卑,社会权利方面一贯主张男主女从,社会分工方面特别强调男外女内,社会的见解方面始终认为男高女低,社

会形象方面竭力塑造男强女弱。这种歧视女性的文化是当前实现男女平等特别是男女实质平等的最大文化障碍。因此,要实现真正的男女平等就必须解构传统的男性中心文化,建构以男女平等为核心价值取向的先进性别文化。

三是要排除现实婚姻家庭生活中妇女弱势地位所带来的不利影响。

新中国成立以来,虽然妇女的婚姻家庭地位发生了翻天覆地的历史性变化,但受现阶段生产力发展水平制约和长期历史文化影响,婚姻家庭领域的男女平等在现实生活中远未真正实现,还存在着:不平衡问题,即城乡之间、区域之间、不同群体之间的妇女,其各自的婚姻家庭权益实现程度还不平衡;不平等问题,即男女权利、机会、资源分配仍

然不平等;不充分的问题,即社会和家庭对妇女在家庭中的作用、贡献,诸如家庭劳动和生育社会价值的认识仍然不充分;不富裕的问题,即还有很多妇女因离婚而处于绝对贫困或相对贫困状态;不安全的问题,即妇女往往成为家庭暴力、虐待、遗弃等各种侵权行为首当其冲的受害者;不尊严的问题,即家庭中针对妇女的各种形式歧视严重损害着妇女的尊严。

上述问题的彻底解决,才可能真正实现男女平等之间的地位平等、人格与尊严平等、权利和机会平等、责任和义务平等、结果与利益上的平等。

(作者系中国法学会婚姻法学研究会副会长)

不甘心返还前男友购房款,她找来表妹演了“一出好戏” | 今晚九点半

2019-07-14 最高人民检察院 来源: 检察日报

<https://mp.weixin.qq.com/s/GG4dY6101-wBXyZy5G3Ftw>

2019年6月3日,江苏省沭阳县检察院收到了一起虚假诉讼案的一审判决书。被告人陈某因犯虚假诉讼罪,被判处有期徒刑一年零一个月,并处罚金2.5万元,被告人刘某犯虚假诉讼罪,被判处有期徒刑十个月,缓刑一年零一个月,并处罚金2万元。

前男友索要购房款



图片来自于网络,与正文无关

“检察官,我要控告我的前女友陈某。她跟她家里亲戚合伙打官司想霸占我的房子,请你们一定要为我做主。”2018年7月9日一早,情绪激动的孙某来到沭阳县检察院一边反映着问题,一边从包里掏出控告材料,接待他的检察官正是该院负责控告申诉检察工作的王科长。王科长一边安抚着孙某的情绪,一边认真地聆听和记录着孙某的诉求。

王科长将相关控告材料认真梳理了一遍,认为可能存在虚假诉讼问题,在请示分管领导后,他将相关材料转给该院民事行政检察部门并电话通知该部门负责人司迎松。司迎松拿到控告材料后仔细审查,并将案情向分管领导汇报后决定立案受理。当天下午,司迎松便带着检察官助理前往该县法院调取此案相关民事诉讼卷宗材料。

卷宗材料显示,2016年6月,孙某与陈某相识建立恋爱关系,同年10月,孙某出资57万元全额购买商品一套登记在陈某名下。2017年初,

双方因性格不合分手，后孙某索要购房款不成于当年 4 月将对方诉至法院，同月法院判决陈某全额返还孙某购房款。2017 年 4 月 10 日，刘某（系陈某表妹）到法院提起民事诉讼，要求陈某返还 50 万元生意借款，后经法院调解结案，同年 6 月，刘某向法院申请强制执行，保全陈某名下的房产（孙某出资所购）。

证据材料有造假嫌疑



图片来自于网络，与正文无关

“陈某从事什么工作？是否有生意上的债务？刘某经济实力怎么样？从事什么工作？银行里有无大额存款？”带着一系列疑问，司迎松带领助理分别到陈某、刘某户籍所在地社区及银行调查走访。

经过调查发现，陈、刘并未经营任何生意，刘某只是普通上班族，经济实力一般，并无大额存款。相关证据显示陈、刘二人之间的民事诉讼证据材料有造假嫌疑，司迎松决定与陈某、刘某进行谈话询问，但陈某对被控告事实矢口否认，而刘某也借口外出不接受谈话。

2018 年 8 月 7 日，司迎松将已收集的相关犯罪线索移送该县公安机关立案侦查，并就该案民事判决部分向法院提出再审检察建议。

公安机关立案后随即开展侦查，并邀请检察院派员提前介入，该院刑检一部检察官及时了解案情，并就案件侦查方向、证据收集等方面提出检察建议。但是在侦查阶段，在与陈某的七次讯问谈话中，她对虚假诉讼一事始终予以否认；而犯罪嫌疑人刘某

在归案后，对于伪造欠条，虚构债权制造虚假诉讼的事实及细节供认不讳。

两被告人追悔莫及



图片来自于网络，与正文无关

该案提请审查逮捕时，由该院刑检一部检察官汪玉泉与其助理负责。二人拿到卷宗材料后仔细审查，考虑到侦查阶段陈、刘二人的态度，汪玉泉和助理讨论后决定先行讯问刘某，根据讯问情况，再制定针对性策略对陈某进行讯问。

在讯问刘某过程中，办案检察官得知刘某家人因其帮陈某打官司而被刑事立案后，曾到陈某家里讨要说法。办案组决定以此为突破口对陈某展开讯问，对陈某行为起因、结果、造成的伤害进行分析。在情理法的攻势下，陈某将相关犯罪事实和盘托出，其交代如果没有其他债权人，变卖房子所得款项就会全部返还给孙某，为了能留下一部分卖房款，才想出让刘某告自己的法子来。据此，检察院决定对陈某批准逮捕，对刘某不予批准逮捕。

案件审查起诉阶段，陈某配合其家人主动将购房款及溢价款全额退给孙某，并取得孙某书面谅解。承办检察官考虑到案件事实已查清，结合两名犯罪嫌疑人认罪悔罪态度，认为此案符合认罪认罚从宽制度适用的条件，两名犯罪嫌疑人同意适用认罪认罚程序，并接受检察官的量刑建议。

5 月 21 日，沭阳县法院公开开庭审理此案。庭审中，两名被告人泪流满面，再次表示已经深刻认识到自己的错误。法院当庭宣判，两名被告人当

庭表示不上诉。

（文字：宋广超 汪玉泉 编辑：薛永利）

带着前夫去改嫁，知道原因的人都感动了

2019-07-19 人民法院报

<https://mp.weixin.qq.com/s/16Gkvz61B6mx0mT0uu38wg>

工作在法院

见过太多的离婚男女

曾经的恩爱夫妻一旦站在了审判庭里
或因财产分割，或因子女抚养等问题
往往会变得剑拔弩张、争锋相对

可是今天小编要讲的这起离婚案
却与之有着很大的不同。……

今年 45 岁的李某是衢州开化人，前段时间，她来到开化县人民法院华埠人民法庭起诉，要求与瘫痪在床的丈夫余某离婚。

两人结婚已 20 年有余，可以说是经历了无数的风风雨雨，那是什么原因让这对患难夫妻的婚姻走到了尽头？余某如今还瘫痪在床，她为何做出这样的选择？

面对众人的质疑，李某说，因为她要带着瘫痪的“丈夫”去嫁人。

6 年前的一场车祸让幸福支离破碎

李某和余某都是开化县华埠镇人，1999 年 2 月 23 日办理了结婚登记手续，2010 年 8 月 30 日生育一子余小某。夫妻二人感情和睦，儿子活泼可爱，本该是幸福的一家三口，却被一场车祸撞得支离破碎。

2013 年 11 月 24 日，余某因交通事故致重型颅脑损伤，肢体一级残疾，从此吃饭走路都需要人

照顾。

瘫痪的丈夫、年仅 3 岁的儿子……整个养家的重担都落到了李某的肩上。

为了让这个家能够继续走下去，此后的 6 年里，李某一边照顾丈夫、儿子，一边还要打工赚钱。生活的重担压得这个瘦弱的女子透不过气来。

所幸，当地村委会在得知这一家的情况后给予了一定帮助。但是，常贫难顾。渐渐地，“带夫改嫁”的念头一次又一次出现在李某的脑海中。

为了生活，她决定带着“丈夫”改嫁

带着前夫改嫁，哪个男人能接受？谁会有如此大的包容心来接纳这样的家庭呢？

就在这个时候，外村人张某出现了。经人介绍，张某认识了李某，在看到李某一个女人既要照顾丈夫儿子又要赚钱养家，生活非常艰辛，内心十分感动。所以平时只要得空就会前去帮忙，他觉得李某就是自己要找的那个人。

可是，不论是道德还是情感都不允许李某与张某就这样走在一起。

看出了李某的顾虑，张某承诺，如果她愿意离婚跟自己结婚，自己愿意与她一起照顾瘫痪的余某还有他们的儿子余小某，将来即便两人生育了子女，属于余某的财产也只会交给余小某来继承。

今年 4 月 13 日，李某找来当地村委会干部作为见证，与张某一起签订了一份《扶养承诺书》，承诺共同照顾余某以及儿子余小某。

但是余某的父母已故，没有法定监护人来为其办理离婚手续，这个婚要怎么离？这时候，当地的村书记陈某站了出来，同意担任余某的监护人，代表余某与李某办理离婚手续。

近日，华埠人民法院采用简易程序开庭审理了这个离婚案，判决准予双方离婚。

判决的背后是希望当事人看到爱与希望

经过庭审，华埠人民法院认为原、被告当初是自愿结婚，婚姻基础较好，婚后生育一子，但由于交通事故导致被告余某受伤瘫痪、智力一级残疾，至今未有好转，属于无民事行为能力人。

6 年来，原告李某照顾家庭、看护被告及年幼的儿子，生活压力大，而被告长期无法与原告进行正常交流，亦无法履行夫妻义务、承担家庭责任，故对原告迫切需要帮手共同承担生活重担，应当给予理解。

而且，案外人张某与原告已经签订了抚养协议，

双方结为夫妻后，将在被告家中共同生活，共同照顾被告以及抚养余小某直至成年，不违反法律规定，符合公序良俗原则。

据此，依照《中华人民共和国婚姻法》第三十二条、第三十七条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款、第一百四十四条和《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条之规定，判决准予原告李某与被告余某离婚，婚生儿子余小某跟随原告李某生活，同时夫妻共同财产由原告共同所有，被告余某的财产由当地村民委员会负责监管。

目前

李某已与张某登记结婚

兜兜转转

希望他们都能获得幸福

来源：浙江天平

作者：刘欢 | 编辑：张瑾

案惊 | 新生儿胎盘被废弃，父母依风俗向法院追讨

原创：2019-07-23 人 法律与生活杂志 余深

<https://mp.weixin.qq.com/s/K7fuXoxdEVvkR6Fu2EvvmQ>

广州市一家妇产医院把婴儿胎盘作为废物处理，因此惹上一起诉讼。

家乡古俗

2018 年 1 月 18 日，家住广州市的黎萍妊娠足月，入住广州市广育妇产医院（以下简称广育医院）待产。当天晚上 8 时许，黎萍出现胎膜早破症状。

由于引产失败，黎萍的丈夫郑华找到医生协商后，决定采取剖宫产手术。

黎萍和郑华的老家均在河南省夏邑县，他们来广州市安家落户已三年多。

黎萍的家乡地处豫东平原。按照当地古俗，妇女无论在何处分娩，产后都要把新生儿的胎盘带回家。



如果生下的是男孩，需要将胎盘埋在自家堂屋

梁头下面的土中，冀望孩儿一生体健平安，成为撑家顶梁柱；若生下女儿，胎盘则埋在自家窗前土中，寓意其在窗前织绣，体健平安。

家乡的老辈人至今仍信奉这一古俗。黎萍怀孕后，双方的父母再三叮嘱她，不论生男孩女孩，胎盘都要带回老家，照当地风俗处理。

1月20日傍晚，黎萍生下一名男孩，郑华激动不已。然而，孩子出生后哭闹不安，医生初诊孩子体内有炎症，转入儿科病房治疗。

1月21日下午，产科医生给郑华送来一张纸，纸上上半部分的内容为《新生儿转科通知书》，下半部分的内容为《胎盘处理告知书》。

郑华看见《胎盘处理告知书》上有“带走、胎盘捐给医院和交给医院处理”这三个选项。

医生指着第三项对郑华说：“你在这上面打钩就可以了。”“我需要带走的。”郑华当即声明并解释了家乡的风俗。“年纪轻轻的，怎么也信这个？”医生摇了摇头，表示该医院接生的所有新生儿胎盘都是由医院处理。

郑华签了《新生儿转科通知书》后，把笔扔在医生值班室的办公桌上，气呼呼地对医生说：“出院时我肯定得把儿子的胎盘带走！”随后，他转身离开。

索求被拒

1月24日，郑华为妻子黎萍和儿子办理出院手续，结算费用后拿到了《出院小结》。

他在胎盘《病理检查报告单》上看到谈判送检日期为1月22日，上边记载为送检灰蓝灰红色带脐带胎盘一个，胎膜完整，胎盘母体面可见一灰白结节，光镜所见“送检胎盘绒毛分支多而细小，绒毛内血管丰富，表面滋养细胞分布正常，局部见梗死，可见灶状钙化改变；脐带无异常；胎膜各层结构清楚，见灶性中性粒细胞浸润”；病理诊断为“妊娠晚期胎盘伴局部梗死及灶状钙化；急性绒毛膜炎1期”。

拿到妻子的出院小结后，郑华立即联系产科住院部要求返还胎盘。“已经制作成标本了。”值班护士查看记录答复道。

“什么？我明确要求带回去的呀！”郑华当即沉下了脸。值班护士赶紧捂住嘴改口说：“不是，不是。我弄错了。”闻听对方这么敷衍，郑华自然恼火，他在住院部大吵大嚷起来。

产科医生快步上前对郑华解释道：“因为产妇有炎症，胎盘正在化验。”郑华拿出检查报告单说：“这不是自相矛盾吗？还我胎盘。”产科医生愣住了。

此时，科主任赶了过来，她看了看胎盘的检验单，淡定地解释：“这是带有炎症的胎盘，属于病理性的，根据规定医院应当作为医疗废物处理掉。”

郑华将妻儿送回家后，多次到广育医院交涉，仍无济于事。医院拿出了《医疗废物管理条例》，声称该条例第二条已经明确指出带有传染病的胎盘属于医疗废物，必须销毁，没有返还的可能性。

“你们拿出胎盘有传染源的证据，否则这事没完！”郑华表明了自己的态度。

酌情抚慰

2018年4月17日，郑华、黎萍向广州市白云区人民法院起诉，要求广育医院向他们出具书面道歉信和销毁部门的销毁凭证，并赔偿郑华夫妇精神损失费4.5万元。

法庭上，黎萍坐在原告席上默默不语，而郑华的情绪却十分激动。他介绍了家乡处置新生儿胎盘的风俗习惯。

“医院未经我的同意，有什么权利擅自处理呢？在我们夫妇对胎盘具有特殊心理需求的情形下，医院擅自处理胎盘，给我们夫妇精神上造成了巨大的伤害，已不仅是金钱所能弥补的范畴。”郑华气愤地诘问医院说。

郑华还提出，妻子的出院小结上记载未见胎盘存在任何传染的可能性，“即使胎盘存在传染源，

作为专业的医疗机构,也应及时告知产妇,按照《传染病防治法》《医疗废物管理条例》的规定进行消毒处理,并按照医疗废物进行处置。广育医院在没有任何依据的情况下,拒绝归还胎盘,是故意占有,属于严重的侵权行为”。

广育医院在庭审辩论时针锋相对:“我们需要传承的是优秀传统文化,法律所支持的公序良俗是良好、美好的风俗习惯。郑华夫妇所称的风俗习惯很难划入这样的范畴。”

对于郑华夫妇主张的书面道歉和精神损失费问题,广育医院辩解道,医院的医疗行为并没有给郑华夫妇造成任何人身损害,也没有造成第三方对郑华夫妇的社会评价降低。

郑华夫妇主张的精神损失费在法律上也不成立。同时,医疗损害的精神损害赔偿前提是对患者或者患者的近亲属造成生命健康等权利的损害,这是精神损害的前提条件,但郑华夫妇并没有证据证明其受到相应的损害。

法院审理认为,医务人员在诊疗活动中应当向患者说明病情和医疗措施。未尽到相关义务的,造成患者损害的,医疗机构应当承担赔偿责任。

本案中,黎萍在医院待产分娩,医院在未经黎

萍同意的情况下处置胎盘,目的虽然在于根据黎萍的病情诊断进行胎盘病理检查,但作为医疗机构的被告对此并未向原告尽到充分的告知义务以及未获得有效处置权。

同时,根据医院出具的病理检查报告单记载的结论,医院将病理检查后的胎盘按照感染性医疗废物收集处理也不符合《医疗废物管理条例》的相关规定。

考虑黎萍夫妇主张的埋葬胎盘的风俗习惯,医院的行为给黎萍夫妇造成一定的精神损害,原告主张精神损害赔偿 4.5 万元数额过高,对此酌定 5000 元。

对于黎萍夫妇要求医院出具书面道歉信的诉讼请求,由于医院的行为并未给黎萍夫妇造成人身损害,行为目的在于病情诊断查明,且已支持黎萍夫妇主张的精神损害赔偿,故对出具书面道歉信的诉讼请求不予支持。

2018 年 10 月 16 日,广州市白云区人民法院作出一审判决,酌定广育医院赔偿郑华、黎萍夫妇精神损失抚慰金 5000 元,驳回其他诉讼请求。(文中当事人以及医院名称均为化名)

离婚后遇到闹心事! 检察官提出三点理由法院改判她无责 | 今晚九点半

2019-07-24 最高人民检察院 来源: 检察日报

<https://mp.weixin.qq.com/s/kW33Bmn0yXVubW61wvoMCw>



图片来自于网络, 与正文无关

三张欠条, 总计 7.5 万元, 虽发生在婚姻关系存续期间, 但此时二人夫妻关系早已名存实亡。分居期间, 胡大姐和孩子不仅没花到前夫的钱反而还因他背上债, 这让她愤愤难平。

2019 年 6 月 5 日, 经江苏省淮安市淮阴区检察院建议再审, 法院再审作出判决: 撤销 2011 年作出的民事判决书, 判定由李某一人承担其所借 7.5 万元债务。

一纸判决 她成了共同债务人



办案检察官在办案服务大厅接待当事人

“都说检察院是维护公正的地方，你们给评理，这个钱应不应该由我共同承担？”2018 年 5 月，胡大姐来到淮阴区检察院反映情况：2011 年 4 月，她到银行取钱时发现自己的工资卡已被法院冻结。去法院一查，原来是因前夫李某在两人离婚前，于 2008 年、2009 年、2010 年先后三次向杨某借款总计 7.5 万元，后因李某未能及时偿还债务，杨某将胡大姐作为共同债务人，一起告到法院。2011 年 3 月，法院判决胡大姐与李某共同承担债务。因未能按期履行判决，法院冻结了她的银行卡。

“我和李某早就离婚了，我也没在欠条上签过字，也没接到法院传票，更没有参加开庭，这个钱为什么要我共同承担，请你们检察院一定帮我主持公道。”当胡大姐发现工资卡被冻结时，案子已过了上诉期，判决已生效。

胡大姐告诉检察官，她和李某是同学。婚后，胡大姐在学校工作，李某在国有单位上班，后李某因单位改制，下岗做生意，就开始常年不回家。2003 年，李某因嫖娼被治安处罚，两人感情完全破裂。2007 年，在胡大姐单位领导的见证下，二人签订了离婚协议，此后彻底分居。直到 2011 年 1 月，两人正式离婚。“我根本不知道他在外面干什么，我和孩子也没用过他一分钱，更不知道他跟谁借过钱。”

一句询问 发现他曾犯重婚罪

“请放心，如果事实真的如你所言，我们一定会维护你的合法权益。”办案检察官宽慰着胡大姐，并准备调查此案。

7.5 万元的债务是怎么回事？是不是夫妻共同债务？围绕着争议焦点，检察机关找到了李某，向其核查相关情况，李某道出了实情：2007 年，他和胡大姐私下协议离婚后，就到老家乡镇上搞大棚蔬菜种植生意，这 7.5 万元的债务，确实是自己分三次向朋友杨某所借，都用在生意周转上。李某表示，法院的开庭传票和起诉状副本寄到后被他全部取走，这导致胡大姐未能及时到庭应诉。检察官通过调取当年的诉讼材料，也证明了胡大姐确实没在送达文书上签字。

随后，当检察官再次联系胡大姐，她一句不经意的抱怨，让检察官又有了新发现：“当年我跟李某结婚真是瞎了眼，他跟我还没有正式离婚前，还和人同居生了小孩。”如果胡大姐说的这个情况属实，这与李某的借款会不会有关？检察官决定进一步调查。

原来，李某于 2008 年在老家种蔬菜大棚，便和在蔬菜大棚里做杂活的女子方某好上了，后二人就以夫妻名义生活在一起，并怀孕生子。2011 年 4 月，当胡大姐知道自己成了共同债务人，到李某老家寻找李某时，才知道李某与方某非法同居生子一事。一气之下，胡大姐向公安机关控告李某犯重婚罪，要求追究李某的刑事责任。后经公安机关侦查、检察机关依法提起公诉，李某于 2013 年 10 月被法院以重婚罪判处有期徒刑六个月。

一份建议 法院再审撤销原判

通过对全案的审查，办案检察官认为：

一、李某所借的 7.5 万元借款均是其一人所借，没有胡大姐的签名，也没有得到事后追认；

二、虽然债务发生在夫妻关系存续期间，但双方并未实际共同生活在一起，李某所借钱款未用于共同生活开支，而且有两张欠条，都是在李某与方某以夫妻名义共同生活期间产生的；

三、李某取走了开庭传票、举证通知书等应诉文书，导致胡大姐未能出庭抗辩。根据法律规定，检察机关认为，这笔借款不能认定为夫妻共同债务，原审判决认定事实错误，7.5 万元债务应由李某一方清偿。



图片来自于网络，与正文无关

办案检察官介绍，最高法 2018 年 1 月 18 日实施的《关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》明确规定：夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务，债权人以属于夫妻共同债务为由主张权利的，法院应予支持。但对于“超出家庭日常生活需要所负的债务”，就需要审查确定该债务是否用于夫妻共同生活、共同生产经营，或者是否是基于夫妻双方共同的意思表示，事后得到了另一方的追认，否则对其主张不予支持。2018 年 7 月 2 日，淮阴区检察院以原审判决认定事实和适用法律错误为由，向原审法院发出再审检察建议。经再审，法院采纳了检察机关的再审建议，撤销了原审判决，作出了上述判决。

（文字：刘刚 张传杰 编辑：吴鹏瑶）

子女遗弃老人，何解？

2019-07-25 法制日报

<https://mp.weixin.qq.com/s/jJTJBiniKIBzsc0tsCVRgg>

法制日报全媒体记者 陈磊

自陕西省旬阳县发布《关于依法打击忤逆不孝违法行为的通告》之后，关于子女遗弃老人的话题持续引起社会关注。

《法制日报》记者梳理公开信息发现，针对子女对老人进行遗弃的行为，近年来已有多起案件被公布，遗弃情形严重者甚至被判处相应有期徒刑。

与此同时，2018 年以来，已经有江西、贵州、河南、陕西等地发布规范性文件，治理虐待遗弃老人等违法行为。

接受《法制日报》记者采访的专家称，在我国，赡养老人既是子女的道德责任，也是子女的法律义务。一些子女遗弃老人的背后，反映了道德调整的失灵，此时法律必须及时补位，对遗弃老人的行为进行制裁、惩戒。

专家认为，解决子女遗弃老人问题，既要进一步完善老年人权益保护法律体系，比如亟需制定养老保险法、社会救济法、老年监护法等，为保障老年人权益提供体系化支持，同时国家也亟需通过科学的制度设计，提高老年人的社会保障水平，解除他们的养老之忧。



遗弃老人时有发生 依法惩戒收效甚微

近日,陕西省旬阳县发布《关于依法打击忤逆不孝违法行为的通告》,对“子女对父母老人进行歧视、侮辱、打骂、伤害甚至虐待、遗弃等严重失德违法情形的”等 6 种情形进行治理。

《法制日报》记者根据公开信息梳理发现,因遗弃老人而承担法律责任的例子并不少见。

例如,今年 6 月底,安徽省岳西县公安局对当地居民刘某给予行政拘留 4 日的处罚,原因在于他遗弃了自己年迈且生活不能自理的母亲。

6 月 16 日,刘某驾车带母亲从岳西县城回老家红旗村,路过红旗村村委会时,想找村委会成员帮忙出面联系其几个姊妹协调解决赡养母亲一事。

然而,在事情尚未解决时,刘某将母亲丢在村委会后独自离开。刘某的母亲年迈体弱且大小便失禁,由相关部门安置在一家养老中心。

民警通过电话告知其法律后果,刘某于次日返回家中,警方依法对其进行传唤,刘某到案后对遗弃母亲一事供认不讳。

由于刘某的行为在当地造成恶劣影响,岳西县公安局依据治安管理处罚法对其作出行政拘留 4 日的处罚。

同样是在 6 月,山东省日照市一名男子则因犯

遗弃罪被法院判处拘役 6 个月,缓刑 6 个月。

袁某共育有三子三女。2018 年 3 月,袁某摔倒受伤后瘫痪,由次子和三子轮流赡养。同年 8 月,长子辛某明开始负责照顾母亲,但他的做法是将没有独立生活能力的母亲锁在家中。

袁某在长子家住了 20 多天后,身上出现寄生虫,亲属发现后报警。老人被送到卫生院接受诊治。随后,辛某明到公安机关投案自首。同年 10 月,袁某出院后去世。

6 月,日照市岚山区人民法院审理认为,辛某明对其年老患病、没有独立生活能力的母亲未尽合理照料义务,致使其母亲病情恶化,情节恶劣,其行为构成遗弃罪,应追究刑事责任。法院依法判决辛某明犯遗弃罪,判处拘役 6 个月,缓刑 6 个月。

7 月 22 日上午,《法制日报》记者在中国裁判文书网上以“遗弃老人”为关键词进行搜索发现,2013 年以来总计搜索到 203 份判决书,其中刑事案件判决书两份。

天津财经大学中国近现代法研究中心主任、中国法律史学会执行会长侯欣一告诉《法制日报》记者,从法律层面观察,在现实生活中,因遗弃老人被判处刑罚的人并不太多,但这些案例也显示,对于触犯刑法的行为予以严惩,可以起到警示作用。

在河南省社科院法学研究所副研究员王运慧看来,实践中,遗弃老人现象时有发生,但并不能说明这种现象比较普遍,毕竟随着经济社会的发展,人们的物质生活条件都得到了改善。

王运慧对《法制日报》记者称,遗弃老人之所以引起社会广泛关注,一方面是因为在老龄化背景下,赡养老人成为一个显性问题;另一方面也是老年人突破“畏讼”心理,敢于运用法律武器维护自己的合法权益结果。

道德失灵法律补位 多地发文治理不孝

在旬阳县发布的《关于依法打击忤逆不孝违法行为的通告》中,多部法律的条文被援引,作为法律

依据。

例如,《中华人民共和国老年人权益保障法》第三条第三款规定,禁止歧视、侮辱、虐待或者遗弃老年人。

《中华人民共和国治安管理处罚法》规定:虐待家庭成员、遗弃被扶养人的,处五日以下拘留或者警告。从虐待、遗弃老人的行政责任方面予以规定。

《中华人民共和国刑法》第二百六十一条规定:对于年老、年幼、患病或者其他没有独立生活能力的人,负有扶养义务而拒绝扶养,情节恶劣的,处五年以下有期徒刑、拘役或者管制。从虐待、遗弃老人的刑事责任方面予以规定。

旬阳县有关部门发现,实践中,针对不孝行为,道德评议有点软,说服教育不管用,行政举措难奏效。特别是今年上半年以来,旬阳县发生忤逆不孝事件 20 多起。

“一些子女因不积极履行赡养人义务而导致一些老年人生活有困难、住房不安全,败坏社会风气,严重影响全县脱贫攻坚顺利推进。”旬阳县有关部门认为。

7 月 17 日,旬阳县发布《关于依法打击忤逆不孝违法行为的通告》。

实际上,发布类似通告的地方不止旬阳县。《法制日报》记者注意到,2018 年以来,已经有江西、贵州、河南、陕西等地发布规范性文件,治理虐待遗弃老人等不孝行为。

2018 年 4 月,江西省上犹县发布《关于依法治理不孝行为工作的公告》,开展专项行动,治理不赡养老人等行为。公告中明确称,虐待、遗弃老人,将受到治安处罚;情节恶劣的,将面临刑事处罚。

同月,贵州省习水县发布《关于严厉打击不赡养老人等虐待遗弃家庭成员的通告》称,对于虐待、遗弃家庭成员的违法行为,将依法快速办案、审理、结案,并在法律许可的范围内从严从重处理。

2018 年 11 月,河南省栾川县发布《关于严厉打击虐待遗弃老人违法犯罪行为的通告》称,对于

虐待被赡养人或者有赡养义务而拒绝赡养的行为人,公安机关将依法惩处,情节恶劣,涉嫌虐待罪、遗弃罪等犯罪的,依法追究其刑事责任。

此外,在 2018 年,江西省丰城市、瑞金市、宜春市袁州区,贵州省三穗县、余庆县等地也发布了类似通告。

侯欣一认为,这些地区发布这样的政策,说明这种现象在当地还较为普遍,而观察这些地方,可以看出是处于比较贫穷的地区,也就是养老问题可能比较严重的地区。

在侯欣一看来,这种现象的存在影响了扶贫攻坚工作的开展,此外,随着老年人权益保障法的修订,老年人养老以居家为基础,国家在完善社会保障制度的基础上更加强调子女应承担起家庭赡养责任。

王运慧认为,赡养老人是每个人的道德义务和法律义务,在传统观念中更多强调道德层面的义务,但是当道德调整失灵时,法律就必须及时补位,多地依法出台规范性文件治理不孝行为,正是法律补位的体现,运用国家强制力制裁、惩戒遗弃老人这种不法行为。

弘扬孝德培育家风 完善养老法律体系

实践中,各地法院已经判决了多起遗弃案件,多名被告人因犯遗弃罪而承担刑事责任,但为何仍不能禁绝遗弃老人现象的发生?

中国社科院法学研究所研究员支振锋在接受《法制日报》记者采访时认为,遗弃老人是应该受到道德谴责和法律惩罚的行为,但由于涉及家庭亲情,老人一般不愿意追究子女的法律责任,所以有时法律不好介入。

在支振锋看来,现代社会赡养老人的成本一直在提高,医疗费用也大大增加了赡养支出,特别是在农村,青壮年外出打工,谋生活、讨活路,客观上也导致赡养父母更加困难。

王运慧认为,这也和我们的法律规定与道德建

构有关系,一方面,目前出台的涉老法律法规大多缺乏操作性和具体性;另一方面,道德建构没有相应跟进,尤其是家风培养和孝德行为规范缺失。

“以老年人权益保护法为例,其中很多规定是柔性条款和事后救济,操作性和前置性不强。如其中规定的‘精神赡养’条款,就缺乏具体的惩戒措施;再比如赡养老人义务缺乏精确的事前条款,老人被遗弃后产生的法律后果只是让扶养义务人受到了惩罚,老人之前的赡养过程并没有得到法律的有效保护,而且由于赡养义务缺乏具体可操作的监督措施,子女们容易找到推脱理由,钻法律空子。”王运慧说。

对于如何从根本上解决这类问题,支振锋建议,一方面要依法打击遗弃老人行为;另一方面则是积极推动国家和家庭担负起养老责任。

支振锋说:“在现代社会,养老既是子女的道义责任和法律义务,也是国家的责任和法律义务。要通过科学的制度设计,提高养老保险等社会保障水平,增强医疗的可获得性,综合施策,方能彻底解决问题。”

在王运慧看来,要想有效解决遗弃老人问题,必须将赡养老年人问题法治化。首先要进一步健全

老年人权益保护的法律体系,除了老年人权益保障法之外,还亟需制定养老保险法、社会救济法、老年监护法等,从而形成一套互相支撑的养老法律体系,同时增强法律的可操作性和前置性,有利于老年人权益保护的具体执行和防患于未然。

王运慧认为,其次要保证老年人权益保护法律法规的有效适用,在每一个具体的个案中维护老年人合法权益,不和稀泥,不走形式,让老年人感受到公平正义,感受到法律的温度;让违法者无颜立足,受到法律应有的制裁。

“最后,法律的实施要与社会制度相结合,赡养老人问题可以与公民征信系统挂钩、与公务人员的德操考核升迁任职接轨以及对企业员工社会责任的评价等,多措并举,形成制度合力,促进全民对养老法律法规的遵守。”王运慧说。

王运慧还补充说,要用法治的刚性和道德的柔性推动尊老、爱老、养老的社会风气蔚然成风,让每个人都牢牢记住“谨身节用,以养父母”的基本品德。

来源:法制日报

编辑:席锋宇 王励

全国律协新设婚姻家庭法专委会 为家事律师提供平台

2019-07-26 来源:人民网-法治频道

<http://legal.people.com.cn/n1/2019/0726/c42510-31258490.html?from=groupmessage&isappinstalled=0>

人民网北京7月26日电(记者孝金波 实习生郑明玥)7月26日上午,全国律协召开新闻发布会。会上,全国律协新闻发言人蒋敏通报律师协会5月份维权惩戒典型案例,全国律协婚姻家庭法专业委员会副主任张承凤以及全国律协未成年人保护专业委员会主任张雪梅分别介绍情况。

通报8起维权和9起惩戒典型案例

新闻发言人蒋敏通报了2019年五月份8起维

权典型案例,分别为:安徽省律师协会、六安市律师协会共同维护律师会见权、福建省律师协会、莆田市律师协会和上海市律师协会共同维护律师会见权、广东省深圳市律师协会维护律师会见权、湖北省律师协会、仙桃市律师协会共同维护律师会见权、河南省信阳市律师协会、广东省深圳市律师协会共同维护律师人身权、湖北省律师协会维护律师调查取证权、河南省新乡市律师协会维护律师执业权利、河南省新乡市律师协会维护律师执业权利。

同时,全国律协还通报了河南省律师协会刘向阳律师犯单位行贿罪、河南省律师协会直属分会娄秀珍律师私自接受委托并收取费用、北京市律师协会刘忠诚律师以不正当方式影响依法办理案件、福建省龙岩市律师协会张峰律师以不正当方式影响依法办理案件、浙江省杭州市律师协会施宏民律师向司法机关提供虚假授权委托书、浙江省杭州市律师协会何潇律师故意提供虚假证据、广东省茂名市律师协会杨成安律师违反利益冲突规定、江苏省南京市律师协会江苏墨翰律师事务所违规收费疏于管理、山东省济南市律师协会因汪冬梅律师为尚未取得律师执业证书的人员违法执业提供便利等9起受到公开谴责及以上行业纪律处分的案件,上述涉案律师均受到了相应的法律惩罚及行业协会的处分。

新设婚姻家庭法专业委员会

婚姻是家庭的基础,家庭是社会的细胞,婚姻家庭和谐稳定,也是国家发展、社会进步、民族繁荣的基石。在新时代背景下,全国律协为全国从事婚姻家事法律服务的律师搭建了新平台,新设婚姻家庭法专业委员会(以下简称“婚家委”),由全国律协婚姻家庭法专业委员会副主任张承凤介绍有关情况。

目前,婚家委由第十二届、第十三届全国人大代表、全国妇联第十二届常委李亚兰律师担任主任职务,已初步搭建了由1名主任、6名副主任、7名委员组成的班子队伍。

接下来,婚家委拟将启动婚家委委员申报、考察、吸收工作,吸纳一批在全国婚姻家庭法律服务领域德馨业精的律师,并将从六个方面开展工作,分别为:举办中国婚姻家庭法论坛,逐步树立婚姻家庭律师法律服务品牌;持续关注立法动态,积极为《民法典》婚姻家庭编、继承编等与婚姻家事相关的立法工作建言献策;推动婚姻家事法律服务整体区域专业化进程;倡导情法并重理念,促进法律

效果与社会效果统一;推动财富传承等婚姻家事创新领域业务良性发展;积极履行社会责任投身公益法律服务。

为未成年人保护事业贡献行业力量

当下社会正在发生着急剧转型,面对消费社会、信息社会、陌生人社会等新形态,关于未成年人保护与预防未成年人违法犯罪所遇到的新问题也层出不穷,如何更好维护和保障未成年人合法权益,促进他们身心健康发展,是全社会共同关注的话题。

全国律协未成年人保护专业委员会主任张雪梅表示,为解决新形势下未成年人保护工作存在的突出问题提供法治保障,根据十三届全国人大常委会立法规划,即将启动《未成年人保护法》和《预防未成年人犯罪法》的修改工作。本次两法修改工作,全国人大社会建设委员会再次委托全国律协未成年人保护专业委员会(以下简称“全国律协未保委”)起草了《未成年人保护法》修订草案专家建议稿,并于2018年10月专门组织专场,听取了全国律协未保委全体委员,以及各省律协未成年人保护专业委员会负责人就草案建议稿的修改完善意见。

对此,全国律协未保委制定了2019年工作重点及未来四年工作规划,力求更好地服务新时代未成年人保护与预防犯罪工作。会上,张雪梅就几项核心工作规划作了介绍:一是围绕未成年人保护立法动态,推进法律政策改革,为国家立法提供决策支持;二是推进专业化队伍建设,积极主动服务未成年人法治保障;三是开展专业化研究,开发律师工作指引;四是加强跨部门合作机制,创办“全国未成年人法学论坛”,共同推动未成年人保护工作;五是深入开展“与法童行”全国青少年儿童法治安全教育普法活动;六是搭建全国律协与各地律协未成年人保护专委会工作交流平台。

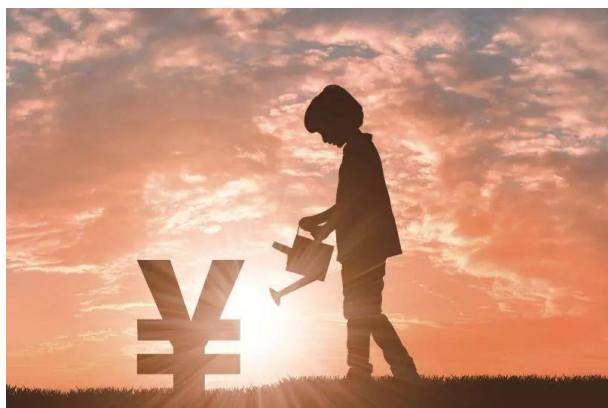
(责编:郑明玥(实习生)、申亚欣)

一场抚养费官司牵出“一夫多妻”闹剧

原创：2019-07-26 法庭内外杂志社 秦硕

<https://mp.weixin.qq.com/s/cJHp4wPo2NCiMwb9Rc-NLA>

这个案子我印象很深，是我在审理一起抚养费纠纷时，发现的一个涉及重婚犯罪的案件，由于当事人不到庭，于是移交到公安机关，后来的重婚犯罪案件也是我审的。案件审理后，针对结婚证全国联网存在漏洞，我还向民政部门发过司法建议。



包装成单身企业家“成功”迎娶白富美

案子的主人公叫陈某。这个陈某可不简单，49岁的他以白手起家的企业家身份通过婚恋网站先后与4名女性（赵然38岁、钱玉39岁、孙静35岁、李文33岁，均为化名）交往，分别于2008年3月21日在北京、2008年3月28日在山东、2010年6月18日在内蒙古、2012年8月17日在河南四地登记结婚，而且四段婚姻中，各有两段是在同一时间段内并行存续的。要说他的“成功”，来自于他会包装自己。在百度输入“陈某”，百度百科头条显示的就是他，并配有他的照片，还有他的那篇专访文章，将陈某包装成了一个励志的成功企业家形象。文章说，出身寒门的陈某18岁高中毕业经历了高考落榜，经过20多年的拼搏、奋

斗，不仅拥有了家族企业，并且为人低调踏实、睿智好学。4名女性中，都是高学历，两名是硕士学历、两名是本科学历，且都相貌姣好，有独立的经济基础，可谓名副其实的“白富美”，她们之所以看上陈某，正是看到了网上的这篇文章。



出差当借口留宿不同妻子家中



作为受害者，陈某的第一个前妻赵然在寄给我的信中谈到：与陈某在网上相识后，他总是给赵然留言，自称为一个成功的企业家，曾与贪图享受的

前妻有过一段不幸福的婚姻,希望找个志同道合的伴侣共度余生。赵然被陈某的真诚感动,二人开始交往。有一次,陈某带着赵然去见一个老乡,此间赵然就坐在这位老乡家的楼下喝茶。多年后她才知道,当时陈某见的老乡就是第二个前妻钱玉,二人约会完毕,陈某下楼带着她才离开。后来陈某带着赵然回老家,在此期间,谎称要去外地考察将赵然一个人留在老家,后来赵然才知道陈某是带着当地一个小学女老师,到邻省去玩了几天。

回京后,陈某又跟赵然说生意投资失败,自己身无分文,当时研究生还没有毕业的赵然把自己 1000 元的生活费全都给了陈某。后来才知道陈某是拿着自己的生活费去找钱玉约会。此后,陈某又以贷款投资等理由开始借钱,赵然不得已开口向自己的父亲要了 2 万元,但最终都打水漂了。结婚后,仍旧是出钱养活着陈某,他不照顾家庭也不管孩子,隔三差五还会接到陌生女人打来的“不要骚扰我老公”的电话,不堪其扰的赵然决心与陈某离婚。当时陈某表示要补偿其 100 万,但一直没有兑现。据了解,其他几个前妻也遇到类似的情况,即陈某以女方年龄大要尽快生孩子为由提出结婚,以此拴住她们。几位前妻当中,赵然与钱玉均是因怀孕而不得不与陈某结婚;孙静没有孩子,是因为其母亲对陈某不太信任,因而坚决让女儿不要跟陈某生养孩子;李文是在怀孕前就发现了陈某的重婚行为,因此也没有孩子。



邮件泄露信息导致东窗事发

陈某坐享齐人之福,在与几名前妻重婚期间,都会以“出差”“到外地谈生意”等借口,在不同的妻子家留宿,但此事又是如何东窗事发的呢?捅破窗户纸的正是陈某的第四个妻子李文。2012 年李文与陈某结婚后,接到孙静的电话,表示想见面谈个生意,但是见面后,孙静却总是询问李文的婚姻状况,这让李文心生疑窦。当年 12 月,李文无意中发现,陈某的邮箱中有与孙静的邮件往来,两人以“老公老婆”相称,电子名片显示的也正是孙静本人。李文开始质问陈某,但陈某回答说,孙静是自己的工作助理,一直想与他结婚,但看到自己有妻子,所以心怀妒忌。李文并未轻信丈夫的借口,她借故到陈某老家找到其母亲,询问孙静的身份。陈某的母亲回答说,孙静是自己的儿媳妇。李文于是再次联系了孙静,孙静这才亮出了自己与陈某登记的结婚证。李文意识到自己被重婚了,于是想和孙静一起举报陈某,但当时孙静并不愿意,在李文一筹莫展的时候,发现陈某的 QQ 邮箱内有一封向其索要抚养费的邮件。于是顺藤摸瓜联系到了发件人钱玉,才知道陈某此前还有过两名妻子,两人又想方设法联系到了赵然,三个前妻断然一起到法院起诉陈某重婚。



法院在受理这起重婚案件后,由于陈某拒不到庭参加庭审,这起案件由自诉转为公诉案件。在接

受侦查人员调查时,陈某不仅记不住几个妻子的生日,甚至连两个孩子的名字都记不住。我联系到陈某时,他表示自己身无分文,没财产赔给前妻们。在庭审中,我还了解到一些情况:赵然和钱玉两人其实在未离婚前,已经觉察到了对方的存在,由于两人几乎是同时与陈某交往、怀孕、登记结婚,她们曾在丈夫的邮箱里,见过对方传来的孕检照片,由于当时两人都已经怀孕,于是都没有深究。最终,法院以重婚罪判处陈某有期徒刑1年10个月。几位前妻均表示,这段不堪回首的经历让她们对婚姻产生了恐惧,以后也不会考虑再婚。

法官提示



剪掉它.....生活才完整!

在抚养费纠纷案的审理过程中,初审法官发现陈某有重婚嫌疑。经与钱玉及相关证人核实后,将陈某涉嫌犯重婚罪的线索移送公安机关进一步侦查。后确定陈某有重婚行为,依法对其予以惩处。

虽然我国有明确的婚姻登记制度,夫妻关系应当建立在忠诚、守信的基础上,但是客观、谨慎地选择结婚对象,仍是婚姻生活是否幸福和谐的重要前提。陈某恶意规避婚姻登记制度,骗取多名女性信任,并利用合法家庭关系维持其个人生计与生活,但在与被害女性生育子女后,不履行监护人职责,不尽抚养义务,严重侵犯妇女、儿童的合法权益,而基于婚姻关系生育的子女也成为最大的受害者。本案中,虽然被害女性作为子女监护人能够依法追索抚养费,但对涉及婚姻家庭犯罪行为的处理缺乏法律意识,多名被害女性在与陈某解除婚姻关系后,均选择了回避犯罪行为,导致陈某可继续作案。在重婚案的审理过程中,多名被害女性在要求严惩陈某犯罪行为的同时,均表示出了对异性关系、婚姻家庭及未来生活的恐惧与不安。这必然影响到涉诉未成年人的身心发育,甚至造成人生观、价值观的不确定改变。因此,保护妇女、儿童等弱势群体必须加大预防与打击力度,严惩犯罪行为。

随着我国近年来离婚率的不断上升,单亲家庭中未成年子女的抚养问题也日渐突出。虽然婚姻关系解除了,但血缘关系无法切断,作为父母应从未成年子女最大利益角度出发,思考抚养关系中遇到的问题。为人父母必须肩负起应尽的责任与义务,竭力维系良好的亲子关系,并为未成年子女创造良好的学习、生活环境,弥补原生家庭破裂造成的伤害。

(文章来源于《法庭内外》杂志 2019 年第 06 期)

文章配图来自网络搜索

编辑: 赵思源

亲儿子变成“别人”的娃,大姑娘体内却住了个“纯爷们”…… 揭秘亲子鉴定中的谜团

2019-07-28 上海法治报

<https://mp.weixin.qq.com/s/Vbqe6gSmQt1Pu0-05UGrw>

今天先给大家讲个真实的故事：一对非常恩爱的年轻夫妻，婚后不久就迎来了两人爱情的结晶。

但是，一次亲子鉴定，竟发现儿子竟不是母亲亲生的！这难道又是一场狗血大剧？

不过，鉴定专家表示，这绝不是一件狗血的事儿……

大胖小子不是妈妈亲生的？

赵先生和妻子晓雯双方自由恋爱后如愿结婚，婚后不久就迎来了一个大胖小子，一家人其乐融融。



不过，没过多久，小夫妻俩就遇到了头疼的问题：因为自身失误而遗失了孩子的出生证明，因此，孩子没办法上户口，则就必须去做亲子鉴定证明亲子关系。

于是，夫妻俩抱着儿子来到浙江迪安司法鉴定中心，申请亲子鉴定。原本以为只是平稳走个流程，却没想到整个过程十分跌宕起伏……

这天，鉴定中心法医物证 DNA 鉴定人翁海松按照流程规范，为一家三口分别采集了血样，并从中提取 DNA 进行鉴定。鉴定结果却让人大吃一惊：孩子与父亲之间存在亲生血缘关系，而母亲与孩子之间不存在亲生血缘关系。

这不会又是一场丈夫出轨带回私生子的戏码吧？而且更不可思议的是，母亲的血样检测结果显示性别基因座显示竟然为 XY（Y 一般为正常男性拥有）！

这样“荒唐”的结论，就连鉴定人自己都难以置信！

本着谨慎的态度，翁海松先是告知赵先生鉴定有异常，随后反复确认了三人均未曾有输血史，骨髓移植及放疗化疗史等情况，并反复实验排除了检材受到污染的可能性，再进行了重新鉴定。

然而，结果还是一样！



为了弄清真相，在征得当事人同意后，鉴定人员进一步采集了赵先生妻子的静脉血、口腔拭子及带毛囊的毛发进行鉴定。

这一鉴定就发现了特殊情况。

“在后续鉴定中，我们专门用静脉血进行了染色体检测，结果发现 23 对染色体中存在 Y 染色体。”随后翁海松等人又对赵先生妻子的毛发、口腔拭子检材分别进行 DNA 检测，毛发检材的检测结果显示性别基因座分型为 XX，显示为单一的女性分型结果；而口腔拭子检材的检测结果显示为男女混合的分型结果！

“我从事 DNA 鉴定十几年了，还是第一次碰到这样的案例。”翁海松说。

大姑娘染色体报告竟出现“XY”

类似的案例，浙江汉博司法鉴定中心法医物证 DNA 鉴定室负责人陈芳也曾遇到过。

这个案例的当事人是一位姓吴的先生。

吴先生带着女儿丽丽去做亲子鉴定，以打消青春叛逆期的女儿“自己不是爸爸亲生”的无端猜测。结果第一家司法鉴定机构给出的“不支持两人的亲子关系”的结论，让吴先生自己都大吃一惊。但是，因为坚定自己和妻子的感情，所以吴先生带着女儿

又去了另一家司法鉴定机构。这次的鉴定结果索性来了个大反转：支持两人是父女关系。

那么，这两个结论该信哪个？

为了弄清真相，父女俩又走进了第三家鉴定机构，陈芳正是负责这次鉴定的鉴定人。

听说了父女俩前两次的鉴定情况，陈芳不禁也有些纳闷，对于这次鉴定更加上了心。

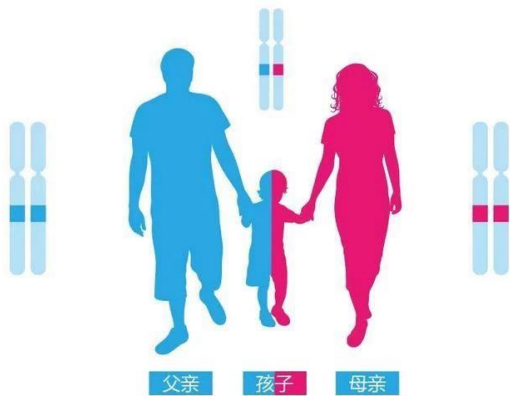
为了确保鉴定结果的准确性，陈芳特意采集了父女俩三份不同的检材，分别是血样、口腔拭子及带毛囊毛发，并要求孩子生母提供同样的三份检材。

然而，这次鉴定却让陈芳大吃一惊，丽丽提供的三份检材中竟有两套DNA，更“诡异”的是，一直被认为是女孩的丽丽，染色体核型分析显示为46/XX, 46/XY两套细胞系，分别代表着女性和男性两种性别。

“人类的性别由一对性染色体所决定，男性性染色体组合为XY，女性性染色体组合为XX；正常情况下，女性的染色体为46/XX；男性的染色体为46/XY。”那么，丽丽的体内怎么会存在代表男性的“46/XY细胞系”？

你可能原本有一个双胞胎兄弟

亲儿子变成了“别人”的娃；亭亭玉立的大姑娘，体内却住了个“纯爷们”……这其中到底隐藏着怎么的秘密？



“这两个案例都是一种嵌合体现象。”翁海松解释说，人类嵌合体自然发生的一种方式双胞胎

中的一个胎儿在发育过程中将另一个吸收掉。这种情况主要发生在异卵双生中，如果其中一个胎儿在母亲子宫孕育的早期就死去，其中一部分细胞就会被另一个胎儿“吸收”。这样一来，存活的胎儿将具有两套基因组合，一套是原来的，另一套来自其异卵双胞胎。

也就是说，晓雯和丽丽的母亲当年都可能怀了一对龙凤胎，但是男宝宝没能成功发育，或者是太弱，最后被女宝宝的胚胎融合了，使得晓雯和丽丽出生后都继承了双胞胎兄弟的基因组合，这就解释了两人身体内的男性基因和拥有的两套DNA。而且，通过鉴定发现，从晓雯毛发中提取的DNA与儿子是吻合的，而丽丽身上的部分基因也在父母身上找到了来源。

真相终于水落石出。最终，两家鉴定机构均给出了支持存在亲子关系的结论。

赵先生夫妻俩和吴先生一家也都松了口气。

鉴定人说

嵌合体也被叫作“奇美拉”，它是希腊神话中一种狮头、羊身、蛇尾的吐火怪物。在生物学上，主要指动物的两颗受精卵融合在一起，长成为一个个体的现象。最常见的就是驴和马交配生出来的骡子。

虽然人类嵌合体现象非常少见，但是有一种被称为“微嵌合体”的现象却比较常见，即一个人的少部分细胞来自于其他人。比如当女性怀孕时就会发生这种现象，胎儿的少数细胞会迁移到母亲的血液中，并输送到不同的器官。

此外，一个人接受骨髓移植时也可能成为“微嵌合体”，骨髓包含着可以发育成血细胞的干细胞，这意味着接受骨髓移植的患者将拥有捐献者的血细胞，而接受别人的输血也是一样。

来源 | 上海法治报、浙江法制报

编辑 | 刘家杭

七、学者、法官、检察官、律师、公证专题

（一）理论学术动态、学者视点

夫妻共同债务怎样认定才公平

2019-07-04 法制网 稿件来源：法制日报声音

<http://epaper.legaldaily.com.cn/fzrb/content/20190704/Article105002GN.htm>

核心提示：曾备受争议的婚姻法司法解释二第24条自去年修正以来，取得了良好的社会效果。近日，提交全国人大常委会审议的民法典婚姻家庭编草案二审稿，采纳了2018年新司法解释中有关夫妻共同债务的规定，明确了夫妻共同债务的“共债共签”原则，引发热议。立法有哪些积极意义？如何正确把握夫妻共同债务的认定标准？如何看待“共债共签”？怎样进一步完善制度规则？本期“声音版”特邀请婚姻法方面相关专家学者与读者一同探讨，敬请关注。

推动夫妻关系更平等发展

□ 孙若军

近日提交审议的民法典婚姻家庭编草案二审稿，将《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》（以下简称法释〔2018〕2号）的相关规定纳入法典中，对夫妻共同债务作出如下规定：（1）夫妻双方共同签字或者夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的债务，以及夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务，属于夫妻共同债务；（2）夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务，不属于夫妻共同债务，但是债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。

法释〔2018〕2号自实施以来，人民法院已大

幅降低了对夫妻共同债务的认定比例，有效遏制了夫妻一方与债权人联手恶意举债的问题，从保护家庭成员不被负债的角度讲，这一规定取得了极好的社会效果，将其纳入民法典婚姻家庭编的意义在于：

首先，这一规定明确了夫妻共同债务的认定标准和举证责任，有利于对社会指引和司法裁判的统一。

其次，这一规定突破了民法利益衡量的基本规则。对夫妻共同债务的认定，涉及债权人、举债人及其举债方配偶三方的利益。在债权人与举债方配偶不同利益诉求发生冲突时，如何在维护夫妻各方利益与保障第三人及交易安全问题上寻求平衡，取决于立法者的价值考量。而个人利益让位于公共利益是价值考量的重要规则之一。本次立法在夫妻共同债务问题上，立法者的价值取向发生了重大改变，不再优先保护债权人和维护交易安全，而是不惜增加交易成本，牺牲交易的便捷与高效，对举债方配偶实施倾斜性的保护，充分展示了民法典对婚姻家庭、对弱势群体人文关怀的立法理念。

第三，这一规定强化了夫妻人格独立。法律不仅赋予了夫妻双方对家庭日常生活需要所负债务都享有决定权，而且赋予了双方对超出家庭日常生活需要所负债务享有知情权和同意权。共同债务需要“共债共签”，这无疑有助于夫妻协商处理家庭事务，推动夫妻关系朝着更加平等的方向发展。

最后，这一规定将对民间债权债务关系起到规范化的作用。除家庭日常生活需要外，夫妻共同债

务应当“共债共签”，否则将由债权人承担该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的举证责任，这不仅大大加强了债权人的风险防范意识，而且从减少事后纷争的角度看，“共债共签”对交易安全的保障也具有积极意义。

不过，草案仍有待进一步完善之处。比如，现夫妻共同债务的范围仅限于合同之债，对其他债务的认定标准也应予以明确。夫妻一方举债，但双方联手转移举债方财产以损害债权人利益的，草案没有为债权人设置相应的防范和救济措施。夫妻一方举债，但将部分用于家庭生活，并与债权人联手举证为夫妻共同债务的，草案没有为未举债方在受益财产与债务数额明显失衡情形下设置相应的保护措施。

尤其需要强调的是，“共债共签”的立法理念势必会对我国未来民商事交易行为模式、家庭关系以及家庭伦理都产生巨大和深远影响。但要注意不宜过于狭义地理解与适用“共债共签”，否则将会给社会和家庭带来一系列的负面影响，不仅不利于传统婚姻共享家庭伦理的弘扬，而且也不利于增强家庭关系的凝聚力、维护家庭关系稳定和谐。

（作者系中国人民大学法学院教授、中国法学会婚姻法学研究会常务理事）

制度法理依据的理性回归

□ 李洪祥

夫妻共同债务问题可谓是为极为复杂又难以处理的法律问题。我国现行婚姻法第41条对夫妻共同债务的认定只有原则规定，很不具体。司法适用基本上依赖相关司法解释。由于法官对这些规定的理解不同，往往导致同案不同判，同时出现一些当事人通过离婚规避债务的现象。在这种情况下，2003年12月最高人民法院出台了《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》，其中第24条规定：债权人就婚姻关

系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。这样的规定使假离婚真逃债问题得到有效遏制。但另一方面，负债方配偶在不知情的情况下背负沉重债务，即与负债方承担连带清偿责任。这一规定过分保护了债权人利益且可能侵害负债方配偶利益，进而导致了公众对婚姻以及公平正义的不信任。

针对这些问题，有关方面及时回应民意关切，根据新情况、新问题及时调整相关规定。2017年2月28日，最高人民法院发布了适用婚姻法解释二的补充规定；其间许多省市高级人民法院作出指导性意见；2018年1月最高人民法院出台了《审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》，基本平衡了当事人各方利益。如今，民法典婚姻家庭编草案二审稿吸收了法释〔2018〕2号的有关内容，用一个条文规定了夫妻共同债务的认定和推定问题，且规定在夫妻财产关系项下，从一定程度上说，这彰显了法治的进步。

应当指出，这一条文不仅明确了夫妻共同债务的范围，而且其理论依据基本回归到法律行为上来。立法和司法解释关于夫妻共同债务的认定规则和推定规则，从理论上说基本依据两种理论：一个是法律行为理论；一个是物权理论。曾受到争议的婚姻法司法解释二第24条夫妻共同债务的规定，其依据更倾向于物权法财产共同共有的规定。简单地说，夫妻在婚姻关系存续期间所得的工资、奖金、生产经营的收益、知识产权的收益等归夫妻共同所有；同样，夫妻在婚姻关系存续期间一方以个人名义所负的债务也应当按夫妻共同债务处理。因为财产共有，债务也应当共担；夫妻共同财产应当包括积极财产与消极财产，消极财产就是夫妻共同债务，双方对共同债务应当承担连带的清偿责任。区分夫妻内部关系与外部关系来适用不同的法律规制，也是物权法财产共同共有理论的典型体现。然而，这种理论下的夫妻共同债务规定存在的危害和弊端是很明显的。其价值取舍割裂了婚姻家庭利益与社会利益的有机统一和良性结合，过度保护了债权人

的利益,使得夫妻共同债务的边界大幅扩张,极易引发婚姻道德风险。

夫妻债务制度应建立在夫妻双方法律行为基础上的,并以夫妻债务的来源为根据,将夫妻债务分为个体行为和共同行为。从法律行为论角度而言,夫妻的共同举债行为构成夫妻共同债务,夫或妻的单方举债行为为个人债务。因此,夫妻在家庭和社会生活中是有独立行为能力的个体,自己行为自己负责,共同行为共同担责,这是法律行为的基本准则。在夫妻双方达成合意时,按照尊重当事人意思自治的法理由夫妻双方共同承担债务。这种处理方式,既体现了法律对当事人自由处分财产意思的尊重,也有利于维护第三人的交易安全和合法财产权利的法律保护。同时,我国婚后所得共同制,旨在鼓励夫妻双方共同经营婚姻关系,促进婚姻家庭共同体的建设,维护婚姻家庭实体的稳定,夫妻债务制度也应当与其相一致。法律行为强调夫妻双方合意,可以有效排除没有合意的又没有获得利益的情形或者一方对他方权利侵害行为的发生。

令人遗憾的是,立法没有规定夫妻共同债务的清偿规则。清偿规则是夫妻共同债务制度重要内容,不可或缺。应当明确何种债务应当由夫妻承担连带清偿责任,何种债务应当由夫妻承担共同的有限责任等。另外,此条文仍然保留了日常家事代理权。日常家事代理权是否入法应进行必要的论证。

(作者系吉林大学法学院教授,中国法学会婚姻法学研究会副会长)

界定家庭日常生活需要是判案难点

□ 张 爽

近几年法院受理的离婚和离婚后财产纠纷案件中,出现不少夫妻共同债务问题,与财产分割相比,关于是否为共同债务的认定经常成为审理难点。目前,我们遇到过的夫妻共同签字或者事后追认等具有共同借债意思表示的情况极少,绝大部分都是一方签字。一般来说,所借债务直接用于购房、购

车等置办家庭共同财产的,或者为一方就医、子女就学的,在资金流转又比较简单明了的情形下,确认为夫妻共同债务基本不存在难点,因为借款去向明确,即使配偶一方称当时不知情,也难以举证否认,实践中当事人就此不会产生太大争议。

争议通常发生在一方借债但对方不知情,且借款去向不能直接指向家庭日常生活的情况中。在适用婚姻法司法解释二第24条的时期,将证明非夫妻共同债务的举证责任完全加于配偶一方,这条规定出台时或许较多从维护交易安全的角度考虑,有效避免了“假离婚、真逃债”损害债权人利益的现象,但显然已经不再适宜当下社会环境。

随着社会经济的发展,家庭财富大幅增长,个人投资风险不断加大,出现了很多夫妻一方个人举债,离婚时要求由另一方共同承担的情况。2018年最高人民法院关于夫妻债务的司法解释使处理这类难题有了基本遵循,特别是分门别类地对夫妻共同债务的认定标准及举证责任的分配进行了调整,平衡了债权人和配偶的利益。

以我审理的一起离婚纠纷案件为例,夫妻俩都是普通工薪族,家庭月收入不足2万元,男方王某主张的债务有两项:其一为向单位同事借款5万元的债务,用于子女学费及兴趣班费用;其二为向朋友借款的32万元债务,用于家庭日常生活。两笔债务均有借条及转账记录,借条上借款人处只有王某一人签字。女方称其均不知情,两笔债务都发生在双方感情不和间断分居之后,不认可为共同债务。经过审理,法院查明了子女就学情况、双方收入及分居前的家庭日常开销情况,最终认定5万元为夫妻共同债务,32万元为男方个人债务。本案双方的争议和法官判断的难点集中在如何界定家庭日常生活需要上。子女抚养花费本是家庭日常生活的必要开支中的重要项目,虽然双方已分居,但对子女的抚养不应间断,夫妻一方均有日常家事代理权,将用于子女就学的5万元认定为家庭日常生活所用,符合双方收入和花销的日常标准,且女方并未举出相反证据;32万元较双方收入和花销情况看

明显属于大额款项,超出了家庭日常开支范围,男方提交的证据不足以使法官产生内心确信,所以没有认定为夫妻共同债务。判决后,双方均未上诉。

在目前的经济和社会环境下,很有必要将司法解释的精神以立法形式进行确认,明确夫妻共同债务的范围,一方面,有明确的规则指引审判实践,可有效避免同案不同判、执法不统一等情况发生;另一方面,让债权人、债务人对即将发生的交易行为产生合理预期,并且对行为的法律后果有明确的预判,更利于交易安全,特别是保护了那些对家庭财产不能完全掌控的配偶一方的合法权益,维护家庭中的平等关系。

需要指出的是,从草案的规定以及新司法解释实施至今的司法实践经验看,如何认定“超出日常生活需要”是条文中并未明确规定的,因为区域经济发展水平和社会环境的差异,需要法官运用审判经验并结合当地经济发展情况、家庭收入水平、物价水平等因素综合判定,不宜以统一的标准搞一刀切,所以仍需出台配套规定加以解决。

(作者系北京市西城区人民法院民二庭副庭长)

规避债务风险埋下感情隐患

□ 卢明生

夫妻债务认定的立法宣示价值是多方面的,从某种角度说,立法限缩了一方负债成为夫妻共同债务的范围,也提高了经济活动中创业融资的审核成本。

客观而言,参与生产经营活动的个体多是组建家庭的成员,在夫妻共同债务认定新规下,夫妻一方筹资融资成功与否,关键因素将取决于配偶是否同意。而债权人出借资金(或提供担保)时为保障其资金安全,会要求筹资方配偶签字确认并承担共同还款(或担保)责任。这样的要求势必会强化配偶对于该筹资赢利情况的担忧而推诿甚至明确拒绝。由此引发的结果可能就是,配偶避免了背负债务的风

险,但因其拒绝则挫伤另一方创业发展的积极性而埋下夫妻感情破裂的隐患,甚至直接导致离婚。

在我承接的委托事务中就有不少是因为对夫妻共同债务的担忧而引发的离婚案件,大致呈现两类情形:一种是因配偶拒绝共担风险而提起离婚。比如,曾有一对夫妻本共同创业经营一家公司,随着业务发展而陆续开了多家公司。可后来经营理念不合又分开经营,不过夫妻关系虽有一定隔阂但相处仍属正常。近期,男方想跨领域经营需要融资借款,债权人虽同意借款但为保障还款履行而需要其配偶签字。妻子认为其跨领域经营有风险而不同意投资,拒绝签字。结果男方就提出离婚,认为离婚后就不存在需要配偶签字的问题了。

第二种是通过假离婚来规避配偶承担共同债务的风险。比如,某投资者积累了一些财富,目前虽无债务风险,但市场风险无法把控而担心日后经营风险连累家庭。为此,这名投资者就想着尽快办理离婚手续将夫妻共同财产全部归妻子及孩子所有,这样即便日后发生债务风险也只是其一人承担却还能保住家庭财富。

上述两类离婚案件看似极端,在生活中却大量出现。如何正确把握夫妻共同债务的认定标准,可能是悬在夫妻关系及经济活动上的一把双刃剑,保障夫妻关系及保障经营活动的博弈必将时时出现,而要求个体从事经营活动均须夫妻共同签字显然不现实,规避了夫妻共同债务风险则有可能增强经营活动风险,给夫妻关系相处及经济活动安全均带来更多挑战。

其实,长期以来关于夫妻共同财产保护的担忧及博弈反映了我国夫妻财产制的规范不足。主要表现在:配偶财产知情权的保障不足。以离婚财产分割为例,配偶若不知道对方具体银行账户或房产、车辆信息,根本无法查询到对方开立有哪些银行账户、购买有哪些房产或车辆。这种司法困境客观也为一方隐匿、转移夫妻共同财产创造了条件。

财产共有与债务共担的认定逻辑不一。在财产共有认定模式下,只要是婚内取得的财产,并不考

考虑配偶获得此财产属于个人财产还是共同财产的意愿,均属于夫妻共有;但在债务共担认定模式下,则需要辨析配偶是否愿意共担债务风险,在债务承担上实际夹杂着分别财产制模式。这样的认定差促使财产获得者及债权人加强财产保障而做各种“保护”,而配偶为规避风险而采取各种抵制措施。

对外负债所要求的“共同生产经营”与传统家庭成员分工不相符。我国传统的家庭分工理念是“男主外、女主内”,这虽已不符现代家庭理念所倡导的“夫妻共同承担内外事务”,但多数家庭中仍是一方主要承担家庭事务,一方主要生产经营。若要区分“共同生产经营”,势必要认可个人生产经营,由此推定存在婚内个人所得,恐怕与家庭分工不同、财产共有的理念所相悖。

为解决这样的困境,短期而言,需要加强配偶财产知情权的保障,建立离婚程序中的财产申报制度,在离婚财产分割时审理法院能保障当事人便利查询到对方名下(或管理)的财产,同时加强对于隐匿、转移夫妻共同财产的惩罚力度;长期而言,将我国法定财产制为主,约定财产制为辅的财产制度转变为分别财产制为主,约定财产制为辅的财产制度,从而理顺财产享有与责任承担的逻辑关系,也有利于经济交往安全。

(作者系北京大成律师事务所合伙人律师)

读者声音

以前,夫妻一方作为债务人,通过离婚的方式或通过夫妻财产约定的方式,把财产转移给未举债

的另一方,由另一方来承担债务履行的案件层出不穷,给无辜一方造成了极大痛苦,也引发了巨大争议。而这一切,均是由于对“夫妻共同债务”划分不清造成的。全社会对进一步明确夫妻共同债务的呼声越来越高,而本次终于迎来转机,着实令人欣慰。与时俱进地完善法律,查缺补漏,就是在回归婚姻法的本质,是朝着公正司法迈出的坚实一步,彰显出正义。

(刘天放 教师)

新规提醒每个家庭在举债时,更加谨慎,由夫妻共同协商决定,应该“共债共签”,避免事后引发各种纷争。夫妻债务“共债共签”入法,符合社会主义国家关于家庭关系、夫妻关系是平等的、互相尊重的基本原则,既不能让应当承担责任的主体不承担责任,也不能让不应当承担责任的主体承担责任,保护各方当事人利益。

(胡建兵 媒体人)

事实证明,第24条新司法解释出台一年多来,多起案件中的债权人提出了撤诉申请,司法解释也受到了各界的欢迎,效果甚佳。因此,把这种比较成功的司法实践内容吸纳到民法典婚姻家庭编中,可谓顺理成章。但愿立法的不断完善,也不断助推夫妻债务“共债共签”原则在社会落地生根、成为共识,让婚姻变得更加神圣,让交易更加安全。

(陈广江 职员)

制图/高岳

重磅 | 法理研究行动计划第11次例会公告：家事法中的法理

2019-07-06 法学学术前沿

<https://mp.weixin.qq.com/s/BuAYRV-UqjppglTSS-y39A>

“家事法中的法理”学术研讨会
暨“法理研究行动计划”第十一次例会

公告

家是心灵的港湾,家庭是人类组织的起源,家事法是人们最亲近的法律。马克思曾言,“(家庭)以缩影的形式包含了一切后来在社会及其国家中

广泛发展起来的对立。”回看中国古代的“齐家”和古希腊色诺芬笔下的“家政”，思索当下中国家庭关系的变革转型，一部家事法的故事就是一幅人类历史的生动画卷，追问家事法中的法理就是揭示生活世界法律秩序的基本逻辑。

编纂民法典是全面依法治国、建设社会主义法治国家的重大立法工程和必由之路。在民法典各分编密集审议、民法典编纂加紧推进的背景下，探究民法典编纂及民法制度的法理，不仅是编纂民法典的需要，也是新时代中国民法学创新发展的必然要求。

家事法是民法典的“两大主要基石”之一，具有浓郁的身份性和伦理性、地域性和民族性，既要承载中华文明特有的处事哲学与思维方式，又要展现当代中国社会变革的崭新气象，其立法备受社会关注、其实践必将影响深远。法理研究行动计划决定举办“家事法中的法理”学术研讨会暨“法理研究行动计划”第十一次例会，拟于8月下旬左右在吉林大学召开。会议诚邀各学科领域的专家学者参会，贡献思想智慧、研讨时代问题，以深刻法理审视家事法律制度，以精细讨论推动家事法学的转型升级。

一、参考议题：

新时代中国特色婚姻法的法理
身份法的基本法理
民法典婚姻家庭编的立法理念
夫妻人身关系的法理
夫妻财产制的法理
夫妻共同债务认定的法理逻辑
亲子关系中的法理
新时代中国特色继承法的法理
民法典继承编的立法理念

继承法基本原则中的法理

遗嘱继承的法理

法定继承的法理

遗产债务清偿中的法理

婚姻家庭与继承中其他制度或规则的法理

二、主办单位

吉林大学法学院

吉林大学全面依法治国研究中心

吉林大学理论法学研究中心

浙江大学法理研究中心

“法理研究行动计划”秘书处

《法制与社会发展》编辑部

《当代法学》编辑部

三、秘书处成员

（学术事务）联系人：

朱 振：13504450699

（后勤事务）联系人：

杨 猛：13500827996

四、投稿信息

会议投稿截止日期：2019年8月20日

投稿邮箱：jurisprudence123@163.com

欢迎各个学科领域的专家学者围绕上述议题撰写论文，以文析理、以文会友，以法理叩击时代创新之脉搏、藉创新推动法理研究之精深。

“家事法中的法理”学术研讨会秘书处

吉林大学法学院

2019年7月5日

法学 | 刘征峰：夫妻债务规范的层次互动体系 ——以连带债务方案为中心

原创：2019-07-07 华政法学 刘征峰

<https://mp.weixin.qq.com/s/bsN76lcQzJn4f9JTifjGdQ>

作者：刘征峰

作者单位：中南财经政法大学

责任编辑：洪 玉

夫妻债务规范的层次互动体系 ——以连带债务方案为中心

【内容摘要】 在婚后所得共同制下，婚姻在积极财产层面产生了共有及准共有的效力，对配偶一方用以清偿债务的责任财产造成了影响，由此形成在债法之外特设债务清偿规范的必要。这种修正应建立在“视同无婚姻原则”的基础上，从而达到与债法中一般债务清偿规范所隐含利益格局相似的状态。必须从积极财产、消极财产和责任财产的牵连关系出发，借助于债务性质划分、责任财产范围、清偿顺序、追偿、证明责任分配等五个层次规范的巧妙配合实现该目标。夫妻共同债务与连带债务等置意味着前者包含夫妻双方作为抽象人依据财产法规范所形成的连带债务以及依其身份根据家庭法规定的用途转换而成的连带债务两种类型。用途转换之基准应当局限于“家庭日常生活需要”。对于其他为“家庭共同利益”所生的债务，牵连性原理只能证成将共同财产纳入其责任财产的合理性，而不能为将非负债方配偶的个人财产纳入责任财产的合理性提供支撑。一种妥协的方案是，将此类型债务整体移入个人债务范畴中处理，将其责任财产扩张至整个共同财产。对于其他个人债务，责任财产应局限于负债方配偶的个人财产及其在共同财产中的贡献份额。

【关键词】 夫妻共同债务 夫妻连带债务

中立原则 责任财产 牵连性 规范体系

夫妻债务问题不仅是当下的学术热点，更是社会大众和立法者所关注的焦点，这尤其反映在对《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》（法释〔2003〕19号，以下简称《婚姻法解释（二）》）第24条的争论上。最高人民法院在2017年2月对该条司法解释的补充规定（法释〔2017〕6号）并没有从根本上平息论争。仅在随后的“十二届全国人大五次会议期间，就有45位全国人大代表联名提出5件建议，要求对该条司法解释进行审查”。有鉴于此，2018年1月，最高人民法院发布了《关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》（法释〔2018〕2号，以下简称《夫妻债务司法解释》），对《婚姻法解释（二）》第24条所确立的夫妻共同债务认定标准进行了根本性调整。

由于《婚姻法解释（二）》第24条所带来的聚焦效应，目前我国学界对夫妻债务规范的检讨与反思多集中在债务性质的认定方面，立法建议也往往局限于此。当然，亦有部分学者同时讨论了夫妻债务的性质认定和清偿规则。然而，这些偶见的讨论仍然欠缺一种体系视角。这种体系视角不应局限于债务规范内部，而是应当扩展至整个夫妻法定财产制。在某些情形下，讨论还应扩展至整个民法。那种将夫妻财产制的效力局限于夫妻内部的建议固然有其学理上的合理性，但这需要大大突破我国现行夫妻法定财产制的基本框架，转向德国法上的增益共同制或者瑞典法和丹麦法上的延迟共同制，势必造成立法继受传统的断层，会产生巨大的社会成

本。此外,从此次我国民法典编纂所采“既不推倒重来,也不照单全收”的原则来看,在夫妻法定财产制上另辟蹊径的可能性并不大。有鉴于此,本文对夫妻债务规范的探讨在婚后所得共同制的基本框架下展开。这一基本框架指向婚姻对夫妻财产权属状态的影响。在将夫妻双方财产权属状态的变化作为婚姻效力的前提下,本文尝试从积极财产、消极财产和责任财产的牵连性视角梳理夫妻债务规范体系的脉络层次,并以夫妻连带债务方案为中心,探讨规范层次互动原理的具体应用。

一、夫妻债务规范体系中“视同无婚姻原则”及其实施进路

(一) 夫妻债务规范“中立性”视角下的“视同无婚姻原则”

在我国法定的婚后所得共同制下,法律必须同时处理积极财产和消极财产(即债务)的问题。由于婚后所得共同制采纳了一种物权的方案,造成了夫妻内部关系与外部关系的牵连。婚后所得共同制面临的最大难题是如何平衡外部第三人与夫妻双方内部的利益。这一难题主要体现在夫妻债务规范的设计上。首先,在价值判断层面,优先保护配偶利益或者外部债权人利益实际上都并不是一种妥当的选择。虽然价值论层面的利益平衡设想并不必然对应某种外在体系,但至少从合目的性视角为外在体系确立了基本的指向。如果说“利益平衡设想”过于抽象,只是一种方法而不具有实益,那么不妨将这一抽象的判断外显为一项相对具体的原则,即夫妻债务规范的中立性。其次,从比较法来看,几乎没有实行婚后所得共同制的国家将这一原则作为一项实定法原则予以明确规定,但其反映了这些国家在夫妻债务规范立法上的共性。夫妻债务规范的中立性意味着“债务人的婚姻状态既不当给债权人带来好处,也不应当给其带来不利”。“婚后所得共同制在保护婚姻关系中经济地位相对较弱一方利益的同时,不应降低对债权人的保护,债权

人的地位不应弱于债务人无婚状态。”质言之,即使债务人已经结婚,在处理外部债务关系时应以债务人若无婚姻时的利益保护为基准。

如果我们否认婚姻在财产方面的外部效力,将“协力共享”的理念具体化为请求权,那么这一原则的实现毫无难度。但如果我们承认婚姻会影响夫妻双方的财产权属状态,对这一原则的坚持则会使得相应的规范体系变得尤为复杂。一方面,债权人和债务人在财产法律关系中以抽象人面貌出现,债务人是否已婚通常并不构成债权人需要考察的一项因素。另一方面,婚姻在积极财产层面所产生的共有及准共有效力影响了个人的支付能力,并最终影响了债权的实现。这种影响对债权人而言可能是正面的,也可能是负面的。于前者,本无责任财产的债务人通过婚姻的这一效力提升了支付能力。于后者,对夫妻共同财产贡献较多的债务人的支付能力因婚姻的这一效力被削弱。在一般情况下,“债务人应以其财产全部负其责任,财产形成债权的一般担保”。在责任财产不当减少并危及债权人债权的实现时,债权人可通过行使代位权或者撤销权实现对债权的保全。然而,即使婚姻削弱了债务人的支付能力从而导致债权不能实现,债权人也不能行使撤销权。由此,法律必须在债法所规定的债务清偿一般性规范之外另行确立债务清偿特别规范。在此,法律追求的只是一种“视同无婚姻”的效果,并不能从规则上直接将其拟制为无婚姻。法律不可能在既已承认积极财产外部性的同时,又否定消极财产的外部性。从这一角度来看,“视同无婚姻原则”是结果意义上的。当然,由于对这一原则的贯彻存在巨大难度,即使是这种结果意义层面的利益平衡,也只能是一种相似,而非等同。法律只能通过合理的规范体系使债权人和债务人的利益平衡达到与债务人婚姻不存在时相似的状态。

(二) 单纯夫妻债务性质划分方案的弊端

就积极财产而言,法律重点关注的问题是其性质的划分。出于一种逻辑对称的直觉,我国法律意

图通过消极财产(债务)的性质划分贯彻上述原则,经历了从扩张夫妻共同债务到限缩夫妻共同债务的转变过程。

1. 扩张夫妻共同债务的进路

扩张夫妻共同债务的进路意图通过进一步放宽夫妻共同债务的认定标准强化对债权人的保护。

《婚姻法解释(二)》第24条采纳了这一进路,即为了保护债权人的利益,将婚姻关系存续期间所形成的债务原则上推定为夫妻共同债务,除非债权人与债务人明确将其界定为个人债务或者债权人知道夫妻双方实行的是分别财产制。相关司法实践表明,该条款但书所列情形极少出现,即使存在,也往往难以证明。与此相配套的是,一旦被认定为夫妻共同债务,则夫妻双方应当以包括其个人财产和共同财产在内的所有财产承担连带清偿责任。这一进路偏离了《婚姻法》第41条所预设的“原为夫妻共同生活”的前提,将夫妻共同债务的认定标准简化为“婚姻关系存续期间”。这被学者形象地称为“时间推定规则”或“利益分享推定制”。通过扩张夫妻共同债务并辅之以无限连带清偿责任的方式填补婚后所得共同制的上述漏洞又产生了新的问题。“对于债权人来讲,连带债务是最为有保障的多数人债务形式。”但对于非直接负债方配偶而言,即使债务与其利益无关,也可能就整个债务承担清偿责任。这一进路对债权人极为明显的优待完全背离了前述中立性视角下的“视同无婚姻原则”。

当然,我国法在扩张夫妻共同债务的同时还配套了债务清偿顺序规范和内部追偿规范,然而这两项配套都无助于从根本上消除扩张夫妻共同债务的进路所带来的过度优待债权人的弊端。就债务清偿顺序而言,根据《婚姻法》第41条的规定,夫妻共同债务应先以共同财产清偿,再以个人财产清偿。这对债权人的权利形成了一定程度的限制。在普通的连带责任中并不存在这种清偿顺序的限制,债权人可以选择最易于实现债权的财产获得清偿。

这种清偿顺序的限制并不是补充责任,因为共同财产本身没有人格。虽然从表面来看,“共同体既是债权人,也是债务人”,但“夫妻共同体没有法律人格是共同财产制最重要的原则,共同体不拥有财产也不能负担债务”。从责任主体的角度来看,以夫妻双方共同财产清偿实际上是夫妻双方作为共有人或者准共有人的清偿。事实上,这种清偿顺序的限制并不能将某些财产隔离在责任财产之外,不会对债权人实现其债权产生实质影响,其作用仅局限于减少内部追偿的繁琐,对于过度优待债权人所致利益失衡的修正意义微弱。

就内部追偿而言,其乃连带债务对内效力之重要方面。追偿有赖于债务人内部分担比例之确定。与一般连带债务不同的是,此种追偿以身份关系的消灭为前置要件。只有在夫妻身份关系消灭时双方的债务承担比例才能确定。《婚姻法解释(二)》第25条采纳了这种意见,将离婚协议、裁定书、调解书、判决书所确定的债务承担比例作为最后追偿的依据。1993年《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》(法发〔1993〕32号,以下简称《离婚财产分割若干意见》)第17条关于“夫妻双方约定由个人负担的债务应由一方以个人财产清偿”的规定主要是在追偿层面被适用,除非第三人明确知道该约定。在司法实践中,由于一方配偶常常已无偿债能力,另外一方配偶在偿债之后所取得的追偿权往往难以实现,内部追偿规范的实质修正意义同样微弱。

2. 限缩夫妻共同债务的进路

由于以《婚姻法解释(二)》第24条为核心的扩张夫妻共同债务的进路存在上述严重弊端,导致司法实践中损害非直接负债方配偶利益的现象层出不穷,最高人民法院在2018年最终放弃了继续修订“时间推定规则”的想法,而是另辟蹊径地发布了《夫妻债务司法解释》。该解释大幅限缩了夫妻共同债务,将夫妻共同债务局限于双方共同签字及事后追认所形成的债务、为家庭日常生活需要所

负债务以及债权人能够证明用于夫妻共同生活或者夫妻共同生产经营或者基于双方共同意思表示的其他债务。这一限缩方案在一定程度上缓和了前述第一种方案所带来的过度优待债权人的问题,但可能会产生其他问题。且不论债权人证明非日常生活需要之外债务用途之难度,最高人民法院民一庭负责人在答记者问中对“夫妻共同生活、共同生产经营”的解释明显采纳了一种限缩立场,这意味着相当数量的债务即使与“家庭共同利益”相关,也无法被认定为夫妻共同债务,而应按照个人债务处理。然而,我国对个人债务的责任财产范围缺乏明确的规定。个人债务可以从其个人财产中获得清偿在我国没有争议,但个人债务能否以共同财产清偿则存有争议。《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》(法(办)发〔1988〕6号,以下简称《民通意见》)第43条规定:“在夫妻关系存续期间,一方从事个体经营或者承包经营的,其收入为夫妻共有财产,债务亦应以夫妻共有财产清偿。”在《婚姻法解释(二)》发布后,该条文常常与《婚姻法解释(二)》第24条同时适用,作为认定夫妻共同债务的依据。实际上,从夫妻共同财产作为某项债务的清偿基础并不能当然推断出其为夫妻共同债务。易言之,以夫妻共同财产清偿只是在性质上认定夫妻共同债务的必要条件,而非充分条件。从我国法将夫妻共同债务之清偿责任界定为无限连带责任来看,承担责任的财产不仅包括夫妻共有的财产,而且包括双方的个人财产。

上述问题的关键在于是否只能在一项债务被认定为夫妻共同债务的情况下才能以夫妻共同财产清偿。如果对这一问题的回答是肯定的,那么将“可用共同财产偿还债务”作为夫妻共同债务的独占性特征便是妥当的。从《离婚财产分割若干意见》第17条的文义来看,它并没有回答能否以夫妻共同财产清偿个人债务的问题。立法和司法解释对这一问题的语焉不详为相关司法裁判的乱象埋下了伏笔。这种乱象尤其反映在对夫妻共同财产的执行

中。部分法院认为,债权人有权请求执行负债方配偶在共同财产中一半的财产权益。亦有法院认为,夫妻共同财产的分割仅限于法定情形,债权人无权请求执行夫妻双方共同财产。还有法院认为,在夫妻关系存续期间,虽然配偶一方无权对单项财产进行分割,也不享有按份共有份额,但债权人可以请求执行夫妻共同财产。如一方配偶认为其利益受损,可以在夫妻共同财产的分割中要求多分财产以补偿其损失。在实践中多数法院采纳了第一种意见,认为可以用负债方配偶从共同财产中可分得的份额清偿其个人债务。

照此理解,在执行程序中自应适用《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》(法释〔2004〕15号)第14条的规定,夫妻任何一方均可提起析产诉讼,债权人也可以代负债方配偶提起析产诉讼,用分割所得的财产清偿个人债务。在不涉及第三人的情形中,对夫妻共同财产的分割应适用《婚姻法》第39条、第47条以及《离婚财产分割若干意见》第8条的规定。司法实践普遍采纳了均等分割原则,极少给予妇女和子女照顾。然而,关键的问题是非负债方配偶能否以《婚姻法》第47条的规定对抗债权人。如果承认该条规定的对外效力,那么债务人可能故意实施相关行为,少分或者不分财产,不当减少责任财产,留下巨大的漏洞。但如果不承认这一分割基准,那么是否意味着《婚姻法》所确定的分配原则均不具有对外效力呢?如果不认可其对外效力就应当适用《民通意见》第90条所确立的分割规则,原则上均等分割并考虑共有人的贡献度。但该条文但书部分已经明确规定夫妻共同财产的分割适用《婚姻法》的规定。故而,在限缩夫妻共同债务范围的前提下,这一问题似乎很难得到解决。

即使均等分割夫妻共同财产,也会背离《民通意见》第43条所隐含的“积极财产、消极财产与责任财产相互牵连”的基本框架,既可能会导致对夫妻共同财产贡献较多配偶一方的责任财产大幅减少,也可能使对夫妻共同财产贡献较少配偶一方

的责任财产大幅增加。由此形成的债权人劣势或者优势实际上均有违中立性视角下的“视同无婚姻原则”。

从以上分析不难发现,无论是扩张夫妻共同债务的方案还是限缩夫妻共同债务的方案均存在诸多问题和弊端。单纯在债务性质认定层面进行“或有或无”式的限缩或者扩张都无法应对现实复杂情形中剧烈的利益冲突。

(三) 层次互动方案的提出

如前所述,单纯依靠债务性质划分无法有效实现利益平衡,要么债权人的利益受到优待,要么夫妻一方的利益受到优待。这主要是由于在债务性质划分层面,实际上只有夫妻共同债务和个人债务两种选择,无法进一步类型化作业以实现更细的区分。既然单纯依靠债务性质划分无法有效解决内部和外部的利益冲突,那么能否在夫妻债务规范体系的其他层面进行类型化处理呢?要回答这一问题,应当首先分析夫妻债务规范体系的层次。整个夫妻债务规范体系包含对内和对外两个面向,对外以清偿责任为核心,对内则以追偿权为核心。法律需要用一种方法确定对外清偿和对内追偿的范围。债务性质划分是一种可行的方式,它可能同时具有内外两个方面的意义或者只具有某一方面的意义。例如,在美国那些采用“管理人制度”(managerial system)的州,“用以清偿债务的责任财产范围取决于对共同财产的管理和控制权,而非取决于债务形成的原因”,但“债务性质划分在确定夫妻间的追偿请求权时十分重要”。值得注意的是,进行债务性质划分主要不是出于对积极财产性质划分的逻辑对称考虑,而是出于上述实用目标的考虑。在债务性质划分规范之外,债务规范体系还应包含责任财产范围规范、清偿顺序规范和追偿规范等实体法内容。此外,处于实体法和程序法交界地带的证明责任分配规范同样具有重要意义,尤其是其中的事实推定规范通过一种抽象的风险分配缓和实体法规范的弊端。囿于篇幅,本文的讨论主要集中于

前述四个层次的规范。

所谓夫妻债务规范的层次互动,是指在“视同无婚姻原则”之下,通过上述四个层次规范的巧妙配合,进行细致的类型化处理。当然,从层次互动视角出发并不会得出唯一的解决方案,而是存在多种解决方案。但无论是哪一种解决方案都必须建立在一种体系融贯的思考之上。例如,如果采纳《夫妻债务司法解释》发布后的方案,就必须通盘考虑个人债务的清偿问题。如果欠缺对这一问题的考虑,该司法解释将导致矫枉过正的后果,危及债权人的利益。总体而言,层次互动存在两个基本方向:一是适当扩张夫妻共同债务的范围,但需要在清偿规范层面根据夫妻共同债务产生的原因对其责任财产进行一定的区分和限制;二是限缩夫妻共同债务的范围,但需要在清偿规范层面对个人债务的责任财产进行适当的类型化区分。当然,正如前文所述,这种体系性考量不应局限于夫妻债务规范内部,而是应当扩展至积极财产规范,并融通债法(尤其是其中的多数人债务规范)和物权法(尤其是其中的共同共有规范)。之所以进行这种扩展性考量,是因为婚后所得共同制所产生的共有或者准共有状态,“不仅影响到了共有财产所有权的法律制度以及共有人之间的关系,而且涉及到第三人,特别是债权人”。从这一角度来看,夫妻债务规范同时会涉及到家庭法、债法和物权法。

二、连带债务方案下夫妻共同债务的界定

在婚后所得共同制下,对债务性质进行划分必然会涉及对夫妻共同债务和个人债务内涵的界定。虽然概念是进行性质划分的前提,但鲜有实定法对这两项概念作出明确的界定。由于夫妻共同债务和个人债务的互斥性,只要对其中一项概念作出界定即可。法国学者从对内视角将夫妻共同债务界定为最终应由夫妻共同清偿的债务。意大利学者从对外视角将夫妻共同债务界定为可以用共同财产清偿的债务。两者的概念界定均建立在债务性质划分的效果之上。

然而,从效果出发对概念进行界定的弊端在于它无法涵盖债务性质划分的依据,对债务性质进行划分需要基于债务产生的原因。从直观感受来看,夫妻共同债务是为夫妻共同利益所负的债务,而个人债务是为夫妻个人利益所负的债务。但这种直观感受实际上并不能涵盖所有的情形,也是不准确的。更为合理的区分标准是基于债务形成时债务人以何种面目出现,并由此进行大的类型区分。如果夫妻双方以抽象人(persona)的面貌出现,其与债权人的关系,应依财产法(尤其是债法和物权法)规范具体判断。在婚姻关系存续期间连带债务与夫妻共同债务等置的前提下,债务在性质上依财产法规范可能被认定为连带债务,从而形成夫妻共同债务。其他债务则可依其用途而被转换成夫妻共同债务,这些用途与夫妻身份存在密切关联。

(一) 依性质而成的夫妻共同债务

在判断某项债务依其性质是否应被划归夫妻共同债务时,应回到多数人债务的体系上去。有学者认为夫妻共同债务并非连带债务,而是独立于连带债务的多数人债务形态。此种观点存在一项前提,即我国法上的多数人债务体系承认按份债务和连带债务之外的第三种形态。从整个民法体系来看,我国法并没有承认此种多数人债务。这一立场从《民法通则》开始即得到了很好的坚持。《民法通则》第86条、第87条仅规定了按份债务和连带债务,并未规定其他类型的多数人债务。《物权法》第102条更是从根本上否认了在《民法通则》所规定的两种多数人债务形态之外另设形态的可能性。按照《物权法》第102条的规定,除非法律另有规定或者第三人知道之例外情形,均应按连带债务处理。然而,《婚姻法》对此并未作出特别的规定。2017年颁布的《民法总则》第177条、第178条维持了按份债务与连带债务的二分法。有学者认为《合伙企业法》第38条、第39条可以作为我国法承认第三类多数人债务的例证。但合伙企业作为独立的民事主体,与单纯的共同共有体存在明显的区

别。共同共有体本身并不会获得独立的法律人格,也不能享有民事权利能力。这实际上也是《民法通则》在规定个人合伙时采用连带债务立场的重要原因。

对于夫妻共同债务的性质,我国法也一直采纳连带债务之立场。《婚姻法》第41条关于“共同财产不足以清偿的,由双方协议清偿,协议不成时,由人民法院判决”的规定实际上不能对外部债权人产生当然的约束。《婚姻法解释(二)》第24条、第25条更是明确采纳了连带债务的立场。《夫妻债务司法解释》维持了前述立场。江苏省高级人民法院在“王社保与吕国华、刘明桂债权确认纠纷案”中将夫妻共同债务的责任财产范围限定于直接负债方配偶的个人财产与共同财产的观点实际上背离了现行法关于夫妻共同债务就是连带债务的立场。事实上,要不要单独设立协同债务或者共同共有债务这一类型的意义是存疑的。就本文所论的夫妻共同债务而言,问题的关键并不在于债权人是否应同时向夫妻双方提出清偿的请求,也不在于以共同财产向债权人承担共同共有债务后再以个人财产承担连带债务的区分,而在于如何根据债务形成的原因对需要用以清偿债务的责任财产范围进行合理的限制,共同共有债务或者协同债务并不能担此重任。这是由于它并不能像按份之债那样限定个人所需承担的责任范围。从这一角度来看,增设共同共有债务的意义微弱。

从夫妻双方依据财产法规范所形成的夫妻共同债务的种类来看,其既可能是意定之债,也可能是法定之债。婚姻并不消解夫妻双方的法律人格,他们作为民事主体所形成的各类连带债务均应被认定为夫妻共同债务,但并不能从缔结婚姻的意思表示中解释出债务人与其配偶形成了并存债务承担的合意,并由此对债权人承担连带责任。夫妻在共同生活或者共同生产经营过程中,依据财产法中的规范对第三人负连带债务并不罕见。如果夫妻双方对第三人所负债务根据财产法中的规范已被界定为连带债务,自无必要再作相应的用途考察而可

以径直被认定为夫妻共同债务。这一过程的实现难度远低于经由债务用途考察而进行的转换性认定。

值得探讨的是,夫妻双方通过共同意思表示或者其他原因所形成的按份之债是否应当属于夫妻共同债务。从《夫妻债务司法解释》第1条之文义来看,夫妻共同意思并不局限于形成连带债务这一层含义,而且还包含双方通过共同意思表示形成按份之债这一层含义。如果作此解释,则意味着某些类型的债务根据财产法是按份债务,根据身份法又是连带债务,唯一可能就是此类型的债务根据其用途而进行了性质上的转换。但实际上,并非所有基于共同意思所形成的按份债务都存在“家庭日常生活”“夫妻共同生活”“夫妻共同生产经营”等用途。在坚持连带债务与夫妻共同债务同义互换的立场下,不应将无法进行用途转换的按份债务直接拟制为夫妻共同债务,而应将其定性为个人债务。

（二）依用途而成的夫妻共同债务

依用途而成的夫妻共同债务是指在性质上不能依据财产法规范被界定为连带债务,但根据该债务所含用途,能依据家庭法规范将其拟制为连带债务的债务。这一拟制性转换的合理性来源于婚姻对夫妻双方责任财产的影响。当然,其中还包含了对家庭团结性予以维持的抽象立法目的。按照原型,其可以区分为原为按份之债而依用途被拟制为连带之债以及原为单一之债而依用途被拟制为连带之债两种类型,实践中争议较多的是后者。

关于这一拟制所依据的债务用途,学说上主要存在“家庭利益”“家庭生活所需”“家庭日常生活需要”等三种标准。自1980年《婚姻法》以来我国法就此长期采纳共同生活标准。《婚姻法解释(二)》第24条被批评的一项重要原因正是其偏离了我国立法长期以来坚持的基于共同生活用途之性质转换标准,改采时间标准。虽然《夫妻债务司法解释》区分了“家庭日常生活需要”标准及其他共同生活标准,但是这种区分主要反映在证明责任的分配上。质言之,该司法解释实际上采纳了共同

生活标准。共同生活标准的外延比“家庭日常生活需要”标准的范围要广,但比家庭利益标准的范围要窄。需要注意的是,“家庭日常生活需要”“夫妻共同生活”“夫妻共同生产经营”等标准在本质上都是—种客观视角,而非主观动机。易言之,判断—项债务的性质是否应当根据其用途进行转换之基准并不在于夫妻—方或双方负债时的主观动机,而是在于—种理性第三人视角,即理性第三人如何理解债务的性质。

1. “家庭日常生活需要”标准的家事代理权本质

就“家庭日常生活需要”标准而言,根据《夫妻债务司法解释》起草人的意见,其实际上对应的是日常家事代理权所能涵盖的范围。家事代理权在当代是否有存在的必要本身即存争议。在我国台湾地区,由于已有关于夫妻应就家庭生活费用所生之债负连带责任的规定,有学者建议废除日常家事代理权之规定。实际上,家事代理制度并不能从民法代理的法理中获得有效的解释。正如林秀雄先生所言,“无法从日常家务互为代理之结果,而导出夫妻应就家庭生活费用所生之债务负连带责任”。按照代理之法理,代理人法律行为之效果应当直接归属于被代理人,而非代理人与被代理人负连带责任。从要件上看,家事代理并不要求具有代理之意思,亦不要求显名。如夫妻—方以另外—方的名义实施法律行为,在符合代理要件时,应适用代理的有关规定。在德国,关于家事代理权的法律性质存在两种不同的观点。争议的焦点在于非缔约方配偶能否依据家事代理权的规定直接成为合同当事人。如果非缔约方配偶能直接依据家事代理权的规定成为合同的一方当事人,则将严重破坏合同的相对性,并产生解释上的难题。在荷兰,虽然承认夫妻双方对家庭生活债务的连带责任,但是并不承认非缔约方配偶能自动成为合同的一方当事人。从比较法来看,将为“家庭日常生活需要”所负债务的清偿责任界定为连带责任日趋普遍,且与法定夫妻财产制

并无直接关联。

在我国,情况则有所不同。我国学者通常将《婚姻法》第17条和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(一)》(法释〔2001〕30号)第17条作为家事代理权的规范依据。从体系定位的角度来看,这两个条文皆为共同财产制下的规范,家事代理权应为夫妻共同财产制之内容。它们实际上是对《物权法》第97条关于共同共有人处分共同财产规范的调整。法律作此调整的目的既是为了应对现实生活需要,也是为了保护第三人。只要是夫妻在日常生活范围内的处分,就不构成无权处分,第三人无需援引《物权法》第106条有关善意取得的规定。只有在处分的对象包含积极财产和消极财产两方面内容时,家事代理制度之立法目的才能实现。虽然当今的家事代理制度之立法目的已经发生了重要的变化,但将其概括为“丧失了保护妇女的原有功能,而完全沦为保护债权人的工具”是不准确的。家事代理权更是为了维护日常生活便利与家庭团结的需要。但如前所述,家事代理并不会使得非缔约方配偶当然成为合同当事人,家事代理仅产生一种责任承担意义上的连带。法律实际上是将“夫妻应当共同分担家庭生活费”这一对内的权利义务外化。从欧洲家庭法学会对欧洲主要国家家庭法的比较研究来看,绝大多数立法例均涉及为家庭日常生活所负债务的特殊处理规则。这些特殊处理规则与家事代理制度密切相关。“无论这些法定的代理权是基于明示的规则还是基于被代理配偶的责任,在家庭共同生活的范围内,另外一方配偶均受法定代理效果的约束。”此处所谓“法定代理效果”主要体现在夫妻共同债务的认定及清偿上。质言之,家事代理制度为此类型债务性质的转换提供了正当性基础。

2. 为其他“家庭共同利益”所负债务的性质

值得注意的是,我国相关司法解释并没有明确规定“家庭共同利益”标准。对《夫妻债务司法解释》中“共同生活”“共同生产经营”的解释不应

局限于文义。浙江省高级人民法院《关于妥善审理涉夫妻债务纠纷案件的通知》(浙高法〔2018〕89号)即对《夫妻债务司法解释》第3条中“共同生活”“共同生产经营”的含义进行了扩张解释。其中,“共同生活”包含双方共同消费支配和用于形成夫妻共同财产两种情形。“共同生产经营”则要根据其性质和夫妻双方在其中的地位综合判定。“共同生活”和“共同生产经营”只是“家庭共同利益”的典型形态。将“共同生活”“共同生产经营”等同于“家庭共同利益”实际上是扩张了夫妻共同债务的范围,以缓和废除“推定论”后对债权人保护的不利。

不过,对家庭共同利益的判断并非易事。容易判断的一种类型是,根据“镜像原理”,凡是为取得、管理、处分共同财产所生的债务就应当被认定为夫妻共同债务。如果为取得、管理、处分共同财产所生的债务根据财产法规则(如《物权法》第102条)已经被认定为夫妻共同债务,自无判断是否为家庭共同利益的必要。“镜像原理”体现了“哪里有权利,哪里就有责任”(Ubi emolumentum ibi onus)的观念。就我国法而言,为取得、管理和处分《婚姻法》第17条及相关司法解释规定的共同财产所生债务属于典型的为家庭共同利益的情形。

然而,到底是应从取得经济利益还是从取得法律权利的角度理解“家庭共同利益”呢?如果将其局限于取得经济利益,则可能导致家庭共同利益所能涵盖的范围被大大限缩。有学者认为,应当进行一种事实性的审查,考察债务所生利益是否实际共享。这实际上会严重限缩对共同债务的认定。例如,夫妻一方在生产经营活动中面临风险,可能并不能实际取得经济利益,但将其排除在外并不合理。如果将其局限于取得法律权利,有可能会产生另外一个问题,即负债所获得的法律权利并不能直接体现为经济利益,甚至有损于夫妻双方的共同经济利益。例如,夫妻一方从第三人处受让债权,虽然获得了作为标的物的债权,但该权利由于债务人缺乏支付能力可能难以具体化为经济利益。我国司法实践倾

向于采用经济利益标准,但并不以最终获得经济利益为标准,而是强调获得经济利益的可能性。例如,在判断担保债务是否属于夫妻共同债务时,无论是持赞成还是反对的观点,多采纳了是否有助于获取经济利益这一立场。因承担保证责任所产生的追偿权最多只能填补保证人的经济利益损失,而无可能从中直接获取经济利益。按照这一理解,似应将其排除在“家庭共同利益”标准所能涵盖的债务之外。最高人民法院民一庭虽在《关于夫妻一方对外担保之债能否认定为夫妻共同债务的复函》((2015)民一他字第9号)中采纳了这一立场,但在对该案的分析中又指出,应当根据夫妻一方是否从对外担保中获取经济利益判断以夫妻一方名义所承担的保证债务是个人债务还是夫妻共同债务。

最高人民法院在其后审理的相关案件中实际上采纳了“间接获益可能说”,即使保证人缺乏从保证中直接获益的可能,也可能因为间接获益而属于为“家庭共同利益”的情形。例如,最高人民法院在“王琅与李文龙、谢凯、成都欢娱互动科技有限公司借款合同纠纷案”中认为,夫妻一方为自己担任法定代表人及大股东的公司债务进行保证所生的债务属于夫妻共同债务。其理由在于公司的经营状况会直接影响保证人的个人获利,进而会影响夫妻共同财产。在另外一起涉及债务加入的案件中,最高人民法院同样采纳了这一立场,认为作为加入债务人的夫妻一方实际参与债务人的经营活动,与夫妻双方的利益存在关联,因而维持了原审法院的判决。对于夫妻一方所生侵权之债、不当得利之债、无因管理之债或者公法上的债务(如税款、罚款),同样应当以间接获益可能性作为判断基准,但在具体判断上有所差异。以实践中较为常见的侵权之债为例,如果侵权行为与家庭共同利益之间存在密切关系,则应将其认定为夫妻共同债务,典型者如出租车司机交通肇事所生债务。在此类情形中,侵权行为本身不可能给家庭带来经济上的增益,而是会招致损失,但是与侵权行为有关的职业活动具有一种经济上的增益可能性。

如果采纳家庭共同利益标准,可能涉及的一项解释难题是,夫妻双方抚养前婚所生子女或者非婚生子女所形成的债务实际上与夫妻双方共同的家庭利益无关。但出于保护未成年人的需要,将其认定为夫妻共同债务较为合理,但是否应当拓展至其他类型的血亲抚养则不无疑问。《离婚财产分割若干意见》第17条采纳了血亲抚养的立场,将夫妻一方履行抚养、赡养义务等所负债务认定为夫妻共同债务。不过,在夫妻共同债务就是连带债务的前提下,可能会产生矫枉过正的后果,使得无法定抚养、抚养、赡养义务的配偶一方承担过重的责任。清偿后的追偿机制只能缓解这种或有或无式的困境。“间接获益可能说”实际上已经为宽泛解释“家庭共同利益”创造了基础,如果再进一步增设其他类型,其妥当性殊值怀疑。

值得对比的是,在美国四个实行共同债务制度的州出现了扩张解释“家庭共同利益”的倾向,被学者批评过于保护债权人。而在美国这几个州,除了“共同生活需要”产生的债务等极少例外情形外,非负债方配偶的个人财产并不会被用以清偿夫妻共同债务。而在我国,一旦被认定为夫妻共同债务,夫妻双方就将承担连带清偿责任,因此,应当更为谨慎地处理扩张解释“家庭共同利益”的问题。基于类似的考虑,我国法同样不宜效仿诸如法国、匈牙利、比利时以及美国亚利桑那州、新墨西哥州、华盛顿州所采用的夫妻共同债务推定模式,镜像积极财产性质不明时的推定规则,将不能被证明为个人债务的债务全部推定为夫妻共同债务,而是应适当加重债权人的举证责任,以降低被认定为夫妻共同债务的可能性。易言之,在性质不明时,应根据债务形成原因的差异分配举证责任。总体而言,考虑到连带债务的严苛性,以及超出“家庭日常生活需要”所形成的夫妻共同债务对非负债方配偶可能产生的巨大负担,对于后一种类型的夫妻共同债务的判定应当至少采纳一种限缩立场。但如前所述,这种限缩或许会不利于对债权人的保护。

不难看出,在连带债务与夫妻共同债务等置的

前提下,解释“家庭共同利益”的范围并实施转换会经常面临两难境地。这主要是由于对处于“家庭日常生活需要”范围之外但尚属于“家庭共同利益”范围内的这部分债务,家事代理权已经不能够为其性质转换提供正当化依据。唯一可寻找的正当化依据只能是前述积极财产、消极财产与责任财产三者之间的牵连性。易言之,婚后所得共同制对责任财产的影响形成了对债务性质进行转换的必要。但这种牵连性只能为将夫妻共同财产纳入为“家庭共同利益”所负债务的责任财产范围提供支撑,而不能为将非直接负债方配偶的个人财产纳入夫妻共同债务的责任财产范围提供合理性论证,或有或无式转换之正当性基础存在严重问题。

三、连带债务方案下个人债务的双重类型

(一) 个人债务类型区分的必要性

在坚持夫妻共同债务等同于连带债务的立场下,一旦被认定为夫妻共同债务,则无法对用以清偿该债务的责任财产进行限制。易言之,在此立场下,无法根据债务产生的原因进行进一步区分和类型化处理。这也是我国目前夫妻共同债务规范体系无法有效平衡债权人保护和配偶保护的重要原因。《婚姻法解释(二)》第24条被诟病的重要原因正是其过度强化了对债权人的保护。过度保护最为明显的表现在于直接负债方配偶用以清偿夫妻共同债务的责任财产可能远远超过其若未婚时可提供的责任财产。从比较法来看,在实行婚后所得共同制的欧洲国家和美国的部分州,通常而言,如果债务根据其性质本不应由配偶双方承担连带责任,则只有在基于特殊法政策考量的例外情况(如为“家庭日常生活需要”所负债务)下,才能以非直接负债方配偶的财产清偿债务。夫妻共同债务与连带债务等置并不是一种最佳方案,在立法例上也极为罕见。将夫妻共同债务与连带债务等置的问题集中表现为对于既不属于财产法上的连带债务,也不属于为“家庭日常生活需要”所负的债务,非直接负债

方配偶也可能要承担连带清偿责任。这部分债务主要是指依据其他“家庭共同利益”标准转换而形成的连带债务。法律只能通过缩小夫妻共同债务的范围降低非负债方配偶承担连带清偿责任的可能性。相比之前的时间转换标准,《夫妻债务司法解释》所确立的用途标准已经在一定程度上减少了个人债务和按份债务被转换为连带债务的可能性,但司法实践所面临的两难境地仍然存在。部分学者提出将夫妻共同债务之责任财产局限于直接负债方配偶的个人财产及共同财产的改革方案。但从目前的趋势来看,立法和司法均无突破多数人之债二分法的动力,这一方案的可行性较低。与其如此,倒不如将与“家庭共同利益”相关但不符合“家庭日常生活需要”标准,且在性质上不属于连带债务的债务整体移入个人债务处理。

与夫妻共同债务不同,个人债务可资利用的工具更为广泛,尤其是在责任财产规范层面能够根据债务发生的原因进行类型化区分。这些工具的密切配合能够有效解决“什么性质的财产负担什么性质的债务”这一夫妻债务规范体系的核心问题。

在责任财产范围层面存在两项显而易见的共识。其一,负债方配偶的个人财产应当被纳入责任财产的范围。其二,个人债务的责任财产不应涵盖另外一方配偶的个人财产。对于夫妻共同财产是否应当纳入个人债务的责任财产范围以及在多大比例上纳入则存在明显的争议。当然,这种比例上的区分也为类型化处理个人债务奠定了基础。按照“视同无婚姻原则”,似乎应当将用以清偿个人债务的责任财产扩展至该方配偶对夫妻共同财产的贡献份额。婚姻既不当成为债务人逃避责任的手段,也不能为债权人在责任财产层面获得优待提供合理的支撑。

但从比较法来看,并非所有的立法例均采纳了这一标准,而是大致存在三种方案。第一种方案是原则上允许个人债务从整个共同财产中获得清偿,菲律宾采此例。第二种方案是原则上只允许个人债务从其在共同财产的份额中获得清偿,俄罗斯采此

例。第三种方案是不考虑一方配偶对夫妻共同财产的贡献份额,而是直接将特定比例的共同财产纳入责任财产范围,美国新墨西哥州和瑞士采此例。在坚持夫妻共同债务与连带债务等置且将为“家庭共同利益”所生的债务纳入个人债务范畴处理时,无法通过一种方案获得满意的解决,有必要对个人债务进行进一步的区分。

(二) 与“家庭共同利益”相关的个人债务

对于为“家庭共同利益”所生的债务,其责任财产范围应当扩展至整个共同财产。易言之,这一类型债务的责任财产包括直接负债方配偶之个人财产以及共同财产。与此相关的是,法律不再面临通过限缩解释“家庭共同利益”限制夫妻共同债务范围的压力。在此方案下,应当适度放宽对“家庭共同利益”的解释,但是否应当将精神利益纳入不无疑问。从比较法来看,对“家庭共同利益”的认定往往存在宽泛的解释,不仅仅局限于经济利益。在葡萄牙,对家庭共同利益的认定“不仅仅局限于物质利益或者经济利益,而且可能包含道德利益和精神利益”。在双务合同(尤其是各类服务合同)中,如果第三人对待给付使家庭获得了精神利益,原则上应将其界定为“家庭共同利益”。与此相对,在缺乏对待给付义务的单务合同情形,考虑到家庭并不能从中直接获得精神利益,原则上应将其排除在“家庭共同利益”之外。典型者如《离婚财产分割若干意见》第17条规定的“资助不具有法定扶养义务的亲友”所形成的赠与合同。在侵权行为所生债务情形中,类型更为复杂。如果侵权行为并不发生在具有经济利益增益可能性的活动中,那么能否一概排除“家庭共同利益”范畴呢?作为美国实行共同债务制度典型的亚利桑那州,法院在“Reckart v. Avra Valley Air案”中认为:“金钱利益在判断共同利益时并不是必需的,娱乐消遣活动会给家庭共同体的利益带来一般性的好处,共同财产应当被用以清偿配偶一方在实施这些活动时所产生的侵权责任。”在该案中,丈夫为了获取

飞机驾驶执照以便带家人外出度假,在此过程中因过失导致飞机受损。这种解释方法存在明显的扩张倾向,更有利于保护债权人,但并未超过必要的限度。更具争议的是夫妻一方所实施的侵权行为无论是在主观目的上还是在客观利益上都与家庭共同利益无关的情形。在“Clayton v. Wilson案”中,丈夫雇佣租住在他家的未成年人整理院子并在此过程中实施性侵,华盛顿州最高法院认为丈夫的行为发生在管理夫妻共同财产的活动中,夫妻共同财产应当被用以承担侵权责任。这种观点实际上过度拓宽了家庭共同利益的含义,为了保护债权人的利益过度牺牲了非负债方配偶的利益,并不可取。

总体而言,即使将与“家庭共同利益”相关且在性质上不属于连带债务、在用途上不属于为“家庭日常生活需要”的债务移入个人债务范畴处理,将其责任财产限定于直接负债方配偶的个人财产和共同财产,也不宜过分扩大“家庭共同利益”的外延,而应将其局限于“间接经济获益可能性及精神获益可能性”的范畴。对于精神获益可能性的解释标准应当较经济获益可能性更为严格。

(三) 其他类型的个人债务

对于除此之外的其他类型个人债务,应将其责任财产局限于贡献份额。典型的其他类型个人债务例如夫妻一方婚前所负担的债务、婚后因取得或管理个人财产所负担的债务以及其他因实施与“家庭共同利益”无关行为所负担的债务。对前两种个人债务应当考虑诸如夫妻一方婚前所负担的债务是否用于婚后家庭生活,婚后管理个人财产之收益是否归属于共同财产,婚后管理个人财产是否有助于家庭共同利益等因素。例如,对性质上虽然属于个人财产的职业活动用具进行修理所生债务应属于为“家庭共同利益”所生之债务。对于非为“家庭共同利益”所生债务,其责任财产范围自应包含负债方配偶的个人财产。除此之外,实行共同财产制的国家普遍承认此类型个人债务的债权人有权从共同财产中获得清偿,但存在前述立场上的差异。

由于我国现行法将为“家庭共同利益”所负债务置于夫妻共同债务处理,个人债务实际上仅指非为家庭共同利益所负债务。我国司法实践关于共同财产对个人债务的清偿责任问题存在较大的分歧。最高人民法院在近年来审理的相关案件中只是确认了个人债务可以从夫妻共同财产中获得清偿,另外一方配偶的相应份额亦应得到保护,但并未明确何为配偶的相应份额。对此的合理解决方案是:在外部关系上,按照双方对财产的具体贡献份额处理;在内部关系上,按照《婚姻法》所确定的原则处理。故而,贡献份额并不等于夫妻一方在婚姻关系终止时实际可分得的份额。贡献份额既可能少于也可能多于在婚姻关系终止时可分得的财产。即使一方因隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产,或因伪造债务企图侵占另一方财产而在婚姻关系终止时未分得财产,也应当将其对共同财产的贡献份额作为清偿其个人债务的责任财产。

是否有必要对个人债务作婚前或者婚后的区分呢?域外立法例中确实存在这种区分。例如《立陶宛民法典》第3.110条和第3.112条将婚前个人债务的责任财产范围局限于负债方配偶的个人财产及其在共同财产中的份额,而将婚后所形成的个人债务之责任财产范围扩展至负债方配偶的个人财产以及整个共同财产。美国统一州法委员会制定的《统一夫妻财产法》亦采纳了这一区分立场,对于婚前形成的或者婚内形成但可归因于婚前行为,且与家庭共同利益无关的个人债务,其责任财产范围为负债方配偶的个人财产以及若不存在婚姻情况下该方配偶在共同财产中的份额;而对于婚内形成的个人债务,其责任财产范围为负债方配偶的个人财产以及共同财产中一半的份额。这些规定与《立陶宛民法典》存在明显的差异。此类区分可能产生对婚后所形成个人债务的债权人之过度优待,违背“视同无婚姻原则”。例如,虽然另外一方配偶可根据《立陶宛民法典》第3.115条主张补偿,但负债方配偶通常已经陷入困境,无力进行补偿,这一规则实际上损害了非负债方配偶的利益。至于

是否应当将侵权或者犯罪所生的债务单列,则涉及法政策判断问题。欧洲家庭法学会在《关于夫妻财产关系的欧洲家庭法原则》中对侵权或者犯罪所生的债务进行了特别处理,即使此二类个人债务负债方配偶的贡献份额不足共同财产的一半,债权人也可以从一半共同财产中获得清偿,这主要是为了保护侵权或者犯罪行为的受害者。不过,此项理由是否真正足以突破“视同无婚姻原则”值得探讨。此种规定实际上是在负债方配偶的侵权行为或者犯罪行为与家庭共同利益无关的情况下,让非负债方配偶承担责任,违背了前述责任与利益一致的原则。

四、连带债务方案下的债务清偿顺序和内部追偿关系

(一) 清偿顺序

此处所言的债务清偿顺序并不同于民法上补充债务中的清偿顺序。“补充债务是不同主体之间的债务承担关系”,而此处所言的清偿顺序并不针对主体,而是针对特定的财产,主要是指个人财产和共同财产之间的清偿顺序。当然,它还涉及个人财产上夫妻共同债务和个人债务的清偿顺序以及共同财产上两种债务的清偿顺序。就我国现行法而言,《合伙企业法》第42条、《婚姻法》第41条均为针对特定财产的清偿顺序限定条款。值得注意的是,清偿顺序的限定并不影响对债务性质的认定。《婚姻法》第41条对夫妻共同债务中责任财产清偿顺序的限定并不影响该债务的连带债务性质。这种清偿顺序上的限制意味着后顺位财产的权利人享有先诉抗辩权,这种先诉抗辩权并不阻却对主体全部财产的执行,而是阻却对特定财产的执行,这与保证债务中的先诉抗辩权不同。

那么,这种针对财产的清偿顺序限制的意义何在?一个显而易见的动因是顺序规则降低了后续纠纷发生的可能性。亦即,顺序规则减少了内部追偿的发生,在一定程度上简化了法律关系。例如,如果法律规定为“家庭共同利益”所形成的个人债

务应先从共同财产中获得清偿,再从个人财产中获得清偿,相当比例的追偿将不会发生。值得探讨的问题是顺序规则是否会对债权人造成重大不利。虽然顺序规则对债权人的选择自由形成了一定的限制,但从债权最终实现的角度来看,并没有对其造成过度限制。总体而言,设定债务清偿顺序的限制明显利大于弊。

基于这样的考虑,即使是夫妻双方根据财产法规则所形成的共同债务亦应受到这种清偿顺序的限制,即先以共同财产偿还,再以个人财产偿还。对夫妻共同债务责任财产清偿顺序进行规定的国家以葡萄牙为典型。如果承认在夫妻共同债务中债权人应当承受这种限制,那么作为一种对等,无论个人债务是否与家庭共同利益相关,债权人都应当承受这种限制。如果债权人抛弃对先顺位财产的追偿,比照补充债务之法理,后顺位财产权利人有权主张其仅应对先顺位财产不足以清偿的部分承担责任。

(二) 内部追偿关系

配偶间的追偿关系源于一方配偶对外承担了超过其依据内部关系所应当承担的责任份额。《婚姻法解释(二)》第25条承认了一方配偶在承担超过离婚协议或者人民法院的法律文书确定的债务承担比例责任时的追偿权。实际上,内部追偿关系是夫妻债务规范体系的重要组成部分。追偿关系的目的是平衡夫妻内部的利益。是否存在内部追偿关系决定了对债务的清偿是最终意义上的还是临时性的。大体而言,追偿发生在以下两种场合:一是在夫妻一方的个人财产被用以清偿夫妻共同债务时,其有权按照双方约定或者法律规定的债务承担比例向另外一方追偿;二是在夫妻共同财产被用以清偿一方的个人债务时,另外一方有权按照双方约定或者法律规定追偿。在夫妻共同财产被用以清偿共同债务,或者个人财产被用以清偿个人债务时,并不会出现内部追偿问题。易言之,这种追偿既可发生在清偿夫妻共同债务场合,也可发生在清偿个

人债务场合。

在夫妻共同债务场合,依据《民法总则》第178条的规定,实际承担责任超过自己责任份额的连带责任人,有权向其他连带责任人追偿。除非双方存在单独的约定,原则上夫妻双方应当平均承担责任。有疑问的是,如果债务系由为“家庭日常生活需要”转换而来,责任份额应当如何确定。夫妻双方都有义务抚养家庭,但抚养义务之实现方式应视具体情况而定,综合考量夫妻双方的经济能力、家务劳动贡献等因素。如一方承担了养老育幼和日常家务的主要部分,另一方以个人财产清偿了为“家庭日常生活需要”而形成的债务,则后者无权追偿。

在个人债务场合,追偿既是为了“维持共同体的物质基础”,也是为了防止夫妻一方通过个人债务不当减少共同财产,损害另一方在夫妻共同财产中的利益。如前所述,在本文所主张的方案中,个人债务区分为为家庭共同利益所生债务和非为家庭共同利益所生债务两种类型。于前者,此类债务在内部关系上应由双方分担,但非直接负债方配偶的分担存在一定的限制。如果在清偿债务时无夫妻共同财产,直接负债方配偶以个人财产清偿,其是否有权追偿呢?对此,应当坚持此类型债务的最终责任不能超过共同财产的原则。在直接负债方配偶以个人财产清偿债务后,如果婚姻继续存在,则其可从将来获得的共同财产中取得补偿。如果在清偿时,双方已经离婚,则直接负债方配偶不能向另外一方追偿。对于后一类型的个人债务,如果负债方配偶以其在共同财产中的份额清偿,则另外一方配偶有权追偿,要求其补足共同财产中的相应份额。在离婚后,如果非负债方配偶以其分得的共同财产承担了此类型债务的清偿责任,则其可直接向负债方配偶追偿。

就追偿权产生的时间而言,有意见认为,应将其限制在所得共同制终止时更为合理。欧洲国家立法例普遍采此种意见。这背后隐含了与将婚姻作为时效不完成情形的相似考量,即维持家庭的和平与

团结。当然，域外立法例亦有坚持追偿不以财产制终止为前提者。在美国加利福尼亚州，为了督促享有补偿权的配偶及时行使权利，法律规定了3年的时效期间。美国威斯康辛州亦有类似的规定，不仅允许权利方配偶在婚内提出补偿，而且将时效确定为1年。就我国而言，将所得共同制之终止作为追偿行使的条件更为合理。首先，我国法并未明确将婚姻作为诉讼时效中止事由，实践中亦有争议。与无行为能力人或者限制行为能力人和其法定代理人的关系不同，婚姻并不导致人格吸收，也不影响行为能力，更多是出于维持亲密关系的伦理考量。在法律没有明确将婚姻作为诉讼时效中止事由之前，只有将财产制终止作为追偿的条件，才能有效维持这种伦理上的团结。其次，由于共同财产的浮动特征，只有在婚后所得共同制终止时才有最终确定共同财产价值并进行清算分割的必要。追偿同样具有终局清算意义，将追偿权的产生时间限定于此将更具效率。

五、结论

虽然夫妻分别财产制在制度科学性面向上更为简洁与清晰，更有利于促进交易安全和效率，也反映了当今社会人格独立、两性平等的趋势，代表了一种发展方向，但一国应采用何种法定夫妻财产制并非纯粹科学性判断，还杂糅了民众观念与继受传统等因素。至少在我国此次民法典编纂中，立法

者尚未展现出废除婚后所得共同制的意愿。一旦承认婚姻具有改变夫妻双方财产权属状态的效力，婚后所得共同制就无法摆脱处理夫妻债务问题的难题。由于夫妻财产制中的积极财产规范对夫妻一方或者双方对外承担债务的责任财产造成了影响，法律必须在消极财产层面综合评价各方利益，建构合理的规范。作为一项总体目标，夫妻债务规范体系既不当优待也不应当损害债权人的利益，而是应当尽量趋近夫妻双方无婚状态下的利益格局。夫妻债务规范体系的核心是在对外关系上解决一方或者双方的债务应由何种类型财产承担责任的问题以及在对内关系上解决应由何种类型财产承担终局责任的问题。前者涉及债务性质划分和责任财产范围的问题，后者涉及内部追偿问题。由于我国法目前将夫妻共同债务与连带债务等置，将单个债务人无法偿还债务的风险转嫁给婚姻共同体中的另外一方配偶，对非直接负债方配偶的约束过于严苛，故而只宜将夫妻共同债务限定于依财产法规范在性质上属于连带债务以及根据“家庭日常生活需要”转换而成的连带债务两种类型，而将与“家庭共同利益”相关但不属于上述两种类型的其他债务移入个人债务进行处理，并以此为标准区分两种类型的个人债务，确定各自的责任财产范围。这是在夫妻共同债务与连带债务等置前提下最能体现本文所主张的夫妻债务规范层次互动观的方案。

儿童最大利益原则在亲子关系认定裁判中的适用 ——行为能力制度视域下的一种观察【1】 | 郝佳 | 学者视点

2019-07-09 家事法苑 郝佳

<https://mp.weixin.qq.com/s/zpifE4LpRj1VSrGkMtH3g>

作者简介：郝佳（1982—），女，西北政法大学民商法学院副教授，中国政法大学民法学（婚姻家庭法方向）博士，研究方向：婚姻家庭法、妇女人权。

来源：夏吟兰主编：《从父母责任到国家监护——以保障儿童人权为视角》，中国政法大学出版社，2018年10月第1版。

本文系作者授权推送，如欲转推，请务必征得

作者及本公号同意。

【内容摘要】民事行为能力制度是儿童最大利益原则在民法中的落实。依照传统民法的逻辑，作为行为能力瑕疵者的未成年人首先处于亲权的保护之下，只有当亲权缺位或者亲权人不当履行时，监护才作为“替补队员”出现，实现未成年人民法保护的“无缝对接”。亲子关系纠纷涉及的是亲权问题，而监护权纠纷涉及的是监护问题。在处理代孕引发的相关纠纷时，一方面应当区分亲权与监护；另一方面，还应正确理解“出生”这一获取亲权的途径。非婚姻关系当事人的供卵者、供精者、代孕母亲，无论他们是以盈利为目的为此行为，还是单纯的助人情谊行为，较之于受供者或者委托人，其最为典型的特征是没有成为将来所生婴孩之父母，与其形成父母子女关系的意思。当事人成为父母，与将来所生婴孩形成父母子女关系的意思，才是获取亲权的“出生”途径的最本质判定要素。

【关键词】行为能力 亲权 监护 儿童最大利益

特别说明：本案审理判决之时，《民法总则》尚未颁布，鉴于案件系在《民法通则》体例下审理判决，故对于本案之分析皆以《民法通则》为依据。后文论述中遇有结合《民法总则》论证之处，会在文中明确指出。

一、问题的提出

2016年6月17日，我国首例代孕所生子女监护权纠纷案二审宣判。该案的争点是，在生父死亡的情形下，代孕所生未成年子女的监护权应当由谁来行使，是与其有血缘关系的祖父母，还是仅与其形成抚养事实而无血缘关系和孕生关系的生父的配偶。一审判决最终以代孕非法为由，否认了生父配偶的监护权，依据《民法通则》第16条，认定监护权应由祖父母行使。而二审中，同样是依据《民法通则》第16条【2】，生父配偶最终获得了未成

年子女的监护权。二审法院改判的一个重要理由是，由生父配偶行使监护权，更符合该未成年子女的最大利益——“联合国《儿童权利公约》第三条确立了儿童最大利益原则，我国作为该公约的起草参与国和缔约国，亦应在立法和司法中体现这一原则，法院在确定子女监护权归属时，理应尽可能最大化地保护子女利益。就本案而言，无论是从双方的监护能力，还是从孩子对生活环境及情感的需求，以及家庭结构完整性对孩子的影响等各方面考虑，将监护权判归陈某更符合儿童最大利益原则”。【3】

在审理涉未成年人案件中适用儿童最大利益原则系《儿童权利公约》（以下简称“公约”）对缔约国的要求。公约第3条规定：“关于儿童的一切行动，不论是由公私社会福利机构、法院、行政当局或立法机构执行，均应以儿童的最大利益为一种首要考虑。缔约国承担确保儿童享有幸福所必需的保护和照料，考虑到其父母、法定监护人、或任何对其负有法律责任的个人的权利和义务，并为此采取一切适当的立法和行政措施。”【4】原则之下，公约并未明确提供适用原则的具体标准，即在具体案件的审理过程中，尚无据以裁判的可操作性规范。

“法律原则之于法律规范，有如内容之于形式。”法律原则并不包含对于特定案件类型作出处置的明确指示，而需要由司法或者立法进行界定。

【5】原则之下具体标准的缺失，直接导致在类似前述案件中，即便审判人员有对儿童最大利益原则的内心确认，亦无法据此作出判决。成文法体制下，任何判决的作出都应当于法有据。因此，笔者试图借本文寻找一种在既有法律框架之下，得以适用儿童最大利益原则，进而有效解决亲子关系认定纠纷的路径。

二、儿童的民法表述——行为能力欠缺者

1、儿童与未成年人的概念

儿童，根据《儿童权利公约》第1条的规定，系指18周岁以下的任何人，除非对其适用之法律

规定成年年龄小于18周岁。即对儿童的界定是以年龄为标准的。一方面,18周岁是划分儿童与成人的普遍标准;另一方面,若缔约国法律对成年年龄规定低于18周岁,则依该法律规定的年龄来界定儿童。

对“除非对其适用之法律规定成年年龄小于18周岁”应作这样的理解,缔约国法律规定成年年龄低于18岁的,依该法律规定年龄作为儿童年龄上限,缔约国法律规定成年年龄高于18岁的,儿童的年龄上限依然适用公约所规定的18周岁,即就低不就高,这意味着,无论缔约国法律对成年年龄作何规定,18周岁以上之人无适用儿童最大利益原则的可能。如,我国台湾地区民法典规定的成年年龄为20周岁,【6】那么,尽管19周岁之人在台湾地区的法律上被认定为未成年人,但其不是公约所认定的儿童,对其也不应适用儿童最大利益原则。

我国《民法通则》规定,18周岁为成年年龄,18周岁以下者为未成年人。故此,在我国域内,儿童标准与公约规定的儿童标准重合,即为18周岁以下的任何人,即未成年人。至此本文据以论述的基础得以确定——儿童即我国民法上所称的未成年人。凡涉及未成年人的案件,均应适用儿童最大利益原则。

此外,《民法通则》还规定了劳动成年者,即年满16周岁未满18周岁以自己的劳动收入为主要生活来源的人。【7】劳动成年一方面意味着其在法律上拥有了完全行为能力,另一方面也说明其较之于未成年人有自立、自足、自理的基本能力,是有别于未成年人而与成年人同质的一类民事主体。属于公约第一条所说的法律规定成年年龄小于18周岁的情形,因此,劳动成年者不是公约所指的儿童,对其不适用儿童最大利益原则。

2、作为行为能力欠缺者的未成年人

理智地形成意思的能力,在民法典中称为行为能力。【8】我国民法主体制度对于自然人的设置,

以年龄和心智进行划分,可以分为完全民事行为能力人和非完全民事行为能力人。非完全民事行为能力人即行为能力欠缺的自然人。对非完全民事行为能力人,根据行为能力欠缺程度的不同又区分为限制民事行为能力人和无民事行为能力人。未成年人即属此类行为能力欠缺者。根据《民法通则》的规定,10周岁以上18周岁以下的未成年人是限制民事行为能力人,10周岁以下的未成年人是无民事行为能力人。【9】

行为能力系与权利能力相对应的概念。权利能力聚焦于行为人作为民事权利义务主体的资格,行为能力则关注民事主体亲自为取得或担负义务行为之资格。【10】权利能力人人享有,所有自然人不分年龄、精神状况,均作为平等的民事主体参与民事活动。行为能力各有差异,虽为民事主体但是否可依一己之力取得权利或负担义务则需依照其年龄和精神状况而定。未成年人与成年人权利能力平等,但行为能力欠缺,如果不加区分地对二者采取同样的规范,则必然导致未成年人在民事活动和交往中利益的威胁和缺损。因此,民法为行为能力欠缺者设置了特别的规范。

首先,未成年人与成年人享有平等的权利能力,即具有平等的参与民事活动的资格。但囿于行为能力的欠缺,未成年人或者无法理智地形成意思,或者无法理智地形成全部的意思。要使未成年人能够真正平等参与民事活动,即需补齐其行为能力的欠缺。于是,民法设置了亲权和监护制度,由亲权人或者监护人代理未成年人为超出其行为能力边界的民事活动,补齐未成年人所欠缺的行为能力,使其得以无碍地参与民事活动。

其次,对未成年人所为法律行为的效力作出保护性的限制。无民事行为能力人实施的法律行为无效;限制民事行为能力人实施的欠缺相应行为能力的法律行为欲发生效力,需得其法定代理人的追认;未成年人所为的纯获利益无负担行为有效。此类措施均是为了保护未成年人免遭其从事的行为所产生后果的损害。

可见,民事行为能力制度中针对未成年人的相关规范设计,一方面是为了保证交易的安全,另一方面更是为了保证未成年人作为民事活动主体的地位,实现其权利能力并防止其在民事活动中受损。因此,可以说,民事行为能力制度恰恰是儿童最大利益原则在民法中的落实。

三、亲权而后监护【11】—— 民法补足行为能力的内在逻辑

如前所述,传统民法为保护未成年人权利能力主体资格,维护其合法权益,在行为能力制度的基础上衔接了亲权与监护制度。

亲权系父母基于其身份,对于未成年人子女以教养保护为目的之权利义务之集合。【12】亲权取得的途径有二,一是依事实取得,即依出生之事实而取得,未成年人的本生父母即为未成年人的亲权人;二是依法律行为取得,即收养,养父母完成法定收养程序,与未成年人形成收养法律关系即获得亲权。

作为一种权利义务的集合,亲权的主要内容有二,一是财产照管,二是人身照护。前者既包括以财产价值之保存和增加为目的的对未成年人的财产的管理和处分行为,也包括作为未成年人的法定代理人,代理未成年人的民事交易行为或追认未成年人民事交易行为的效力。后者包括对于未成年子女心身之保护和身体之教养。【13】父母作为亲权人,应当首先具有行使亲权的能力,这既要求父母具备完全民事行为能力,又要求父母具备实际履行能力;其次,在行使亲权时还应以为子女利益考虑为准则,即奉行儿童最大利益原则。由此,当父母丧失行使亲权的能力,或者其照护行为不利于子女利益时,亲权将面临灭失的境地。【14】

父母亲权灭失(或停止)的情形主要包括,第一,死亡。亲权由父母双方共同行使。一方死亡,该方亲权灭失,他方亲权依然存在。双方死亡,则双方亲权灭失。第二,父母丧失行使亲权的能力。如父母一方或双方丧失或者被限制行为能力。第三,

亲权之行使不利于或者损害了未成年子女利益。如父母实施侵害未成年人子女身体的情形。第四,收养关系解除或者终止。

当父母亲权均灭失(或停止)时,未成年子女将处于无亲权保护的境地。此时,按照传统民法的设计,监护制度即刻补位,即须为处于无亲权保护境地的未成年人设定监护人,补齐其行为能力,保护其合法权益。监护,谓为不在亲权下之未成年子女,为身体财产之照护所设私法上之制度。【15】监护人之产生,分为指定监护人、法定监护人和选定监护人三种。指定监护人是指由亲权人以遗嘱形式指定的监护人。法定监护人是指亲权人无法行使亲权或者死亡又无遗嘱指定监护人时,依照法律规定所确定的监护人。选定监护人是指由亲属会选定的监护人或者由法院选任的监护人。此三种监护人的确定,指定监护为先,法定监护次之,选定监护为最次。

如上所述,依照传统民法的设计逻辑,未成年人的监护系亲权的延续,是对亲权缺失的补位。未成年人首先处于亲权的保护之下,只有当亲权缺位或者亲权人不当履行时,监护才作为“替补队员”出现,实现未成年民法保护的“无缝对接”。

我国《民法通则》未采传统民法旧例区分亲权和监护,但是,其在未成年人监护条款的表述上明确表达了“亲权而后监护”这一传统民法的逻辑。《民法通则》第16条规定,未成年人的父母是未成年人的监护人。未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的,其祖父母外祖父母、成年的兄姐、愿意承担监护责任的关系密切的其他亲属、朋友担任监护人。前述监护人缺位时,由未成年人父母所在的单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门担任监护人。该条款所蕴含的逻辑即是父母对于未成年人的照护是首位的,只有父母缺位之后才由其他监护人补位。

四、亲权而后监护在闵行代孕案中的适用

亲权和监护的形式分离与实质分野决定了,亲

子关系纠纷与监护权纠纷的本质性差异。亲子关系纠纷涉及的是亲权问题,而监护权纠纷涉及的是监护问题。沿循这一逻辑,不难看出,闵行代孕案关涉两大问题,一是亲权的确认,二是监护权的归属,并且,只有当亲权缺位时,才会进行监护权归属的判定,即这两个问题是有顺位的,亲权优先,监护权次之。

1、闵行代孕案中亲权之确认

亲权由父母双方共同行使,一方死亡的,由另一方单独行使。本案中未成年人的父亲已经死亡,显然无法再作为行使亲权的主体。此时,该未成年人的亲权人应当是其母亲。这是本案的复杂之处。本案中,未成年人有三位母亲,一是提供了卵子的基因母亲、一是提供了子宫的孕生母亲、一是对其实施了抚养照顾的抚养母亲。此三人中,只能有一人为未成年人法律上之母亲,进而成为行使亲权之主体。

获得亲权的法律途径有二,一曰事实,即指出生;二曰法律行为,多指收养。因此,对于亲权关系的判定,需以有无出生之事实,或是否完备收养这一法律行为而作出。

(1) 抚养母亲与代孕所生子女亲权关系辨析

抚养母亲与该未成年子女之间无出生联系,双方之间既没有基因血缘上的联系,也没有身体孕育的事实,因此,抚养母亲不会因出生而取得亲权。根据《收养法》第15条的规定,收养应当向县级以上人民政府民政部门登记。收养关系自登记之日起成立。本案中抚养母亲并未进行收养登记,故而欠缺收养法律行为的成立要件,该行为不成立,其无法依据收养取得亲权。另,亲权之取得原因,为法律之规定。【16】即取得亲权的途径或者依据需有法律的明确规定,因此,抚养母亲欲以未成年子女生父配偶的身份取得亲权,也会因缺乏法律上的依据而不能获得支持。故,该抚养母亲并非本案未成年子女之亲权人。

在抚养母亲与代孕所生子女的亲权关系的认定上,二审法院作出了完全不同的判断,认可了抚养母亲与代孕所生子女之间的父母子女关系。在确认生父身份后,二审法院认为“缔结婚姻之后一方的非婚生子女,如果作为非生父母的夫或妻一方知晓并接受该子女为其子女,同时与该子女共同生活达相当期限,并对该子女履行了抚养教育之义务的……亦可形成有抚养关系的继父母子女关系”。

【17】根据《婚姻法》第27条,在形成有抚养关系的继父母子女之间适用有关父母子女的相关规定,进而判定抚养母亲与代孕所生子女为形成抚养关系的继母子女关系,适用父母子女关系的相关规定,取得对该子女的监护权。笔者赞同二审对继子女概念的扩张适用,将其适用于非婚生子女系秉持儿童最大利益原则的结果。但是,需要指出的是,《婚姻法》第27条所规定的形成抚养关系的继父母子女关系成立的逻辑前提是其生父母与继父母之间的配偶关系,即此类亲子关系的存续以配偶关系的存续为前提,那么,配偶关系的解除,也会使得此类亲子关系宣告终结。【18】继父母子女关系较之于生父母子女关系的实质性区别即在于其成立的法理逻辑前提不同,生父母子女关系的成立以血缘为基础和前提,仅主体的死亡才会导致亲子关系的消灭;继父母子女关系以婚姻关系为前提,则婚姻关系的消灭即可导致继父母子女关系的消灭。继父母子女关系消灭,形成抚养关系的继父母子女关系自然无所依存。对于该继父母而言,若要维持该亲子关系,可采收养途径。本案中,代孕所生子女的生父已经死亡,故其与抚养母亲的婚姻关系终结,则即便抚养母亲与代孕所生子女之间可以确认形成抚养关系进而适用父母子女关系的规定,其既已形成的亲子身份关系也会因该婚姻关系的终结而终结。

综上,纠纷发生之时,抚养母亲无论是通过出生这一法律事实还是通过法律拟制,均无法成立与代孕所生子女的亲子身份关系。

（2）基因母亲、孕生母亲与未成年人亲权关系辨析

基因母亲与孕生母亲均与未成年人有出生联系。此时要判断何者可依出生而取得亲权，则应当探究立法确定此种途径之本意。首先，将出生作为获得亲权的途径，是法律对于父母子女间血缘联系的生物学特征的肯认。早期生物技术所限，对血缘联系的判定只能依据单纯的孕生事实。DNA检测比对技术的出现使得抛开孕生直接判断血缘联系成为可能。所以，在现代意义上谈出生这一亲权取得途径，应当首先指血缘联系。其次，人工生殖技术使孕生与血缘联系相分离，一个孕育了婴儿的母亲可能与该婴儿毫无血缘联系，同理，该婴儿的父亲也可能与其毫无血缘联系。这里，出生所指的一方面是孕生行为，另一方面是成为父母，形成父母子女关系的意思。非婚姻关系当事人的供卵者、供精者、代孕母亲，无论他们是以盈利为目的为此行为，还是单纯的助人情谊行为，较之于受供者或者委托人，其最为典型的特征是没有成为将来所生婴孩之父母，与其形成父母子女关系的意思。可见，成为父母，与将来所生婴孩形成父母子女关系，才是获取亲权的“出生”途径的最本质判定要素。本案中，基因母亲和孕生母亲均系以自己的身体作为交易对价而取得经济收益，没有成为将来所生婴孩母亲的意思，所以，两者皆无法依据出生而获得本案未成年子女之亲权。

由此，本案未成年子女处于亲权缺位状态，应当为其确定监护人，以补齐其行为能力，保护其合法权益。

2、闵行代孕案中监护权之归属

至此，本案脉络即已清晰，问题集中于为两名处于亲权真空状态的未成年人确定监护人。根据《民法通则》第16条的规定，亲权真空情形下，应当适用该条第二款的规定，在未成年人的祖父母、外祖父母、兄姐、愿意承担监护责任的关系密切的其他亲属、朋友间确定监护人。本案中，抚养母亲

作为愿意承担监护责任的关系密切的朋友来主张监护权当无疑议。由于该条款并未在三项监护权利人中作出顺位的安排，故在确定最终监护权时应秉持儿童最大利益原则作出判定，综合其身体状况、经济收入和与未成年子女的联系等因素判定。本案中抚养母亲有稳定的收入，自未成年子女出生到案件审理时已经为抚养事实5年，与子女间形成了紧密的情感联系，无其他不利于子女成长的因素。而祖父母年事已高，同时多次表示获得监护权后，将会把孩子交由姑姑抚养，显然在监护能力和意愿上都逊于抚养母亲。此时，依儿童最大利益原则，抚养母亲可以关系密切的朋友身份取得监护权。【19】

五、规范之外的思考—— 原则何以直接适用？

本文是在严格的规范主义的法律适用逻辑下得出的结论。法律原则的首要意义在于指导立法，即在法律规范的设计过程中，应当最大限度的体现法律原则。“亲权而后监护”的未成年人行为能力制度的设置即是儿童最大利益原则在民事法律制度中的体现，新近颁布的《民法总则》也依然坚持了这一逻辑。由此，在司法实务中秉持这一制度设计，即是对儿童最大利益原则的实现。

对比两审判决，均适用了儿童最大利益原则，得出的结论却截然相反。究其原因，最为直接的在于，二者法律路径选择的不同。一审中，虽然坚持了“先亲权而后监护”的逻辑，但其忽略了抚养母亲依然可以作为关系亲密的朋友主张监护权，没有进一步的适用儿童最大利益原则对双方的监护能力作出比对。二审在儿童最大利益原则的适用上有创造性的突破。二审对一般意义上的“继父母”概念做了扩大的解释。一般认为所谓继父母子女关系应当是指因父母一方死亡或者父母离婚后再婚的，子女与父或母的再婚配偶之间所形成的亲属关系。【20】即继子女应为“前婚所继”。按照这一标准，非婚生子女将无法作为“继子女”而获得《婚姻法》第27条的适用。二审判决打破了“前婚所继”的

一般性认识,依据《婚姻法》第25条关于非婚生子女与婚生子女法律地位相同的规定,将第27条扩大适用到非婚生子女,这显然是更广泛意义上儿童最大利益原则在个案中的适用。遗憾的是,二审判决忽略了继父母子女关系产生的逻辑前提——婚姻关系,即依据《婚姻法》第27条确定形成抚养关系的继父母子女关系应当以婚姻关系的存续为前提。本案中,婚姻关系因生父的死亡而终止,继父母子女关系也无从存续。两审均以儿童最大利益为根本考量和初衷,但选择的法律路径不同,且在具体规范的适用中均出现偏差,进而直接导致的判决结果的不同。

两审的不同,从根本上看,一方面是由法律原则的特性所决定的,法律原则仅仅指示法律论证的方向,而不提供确切的裁判结论;另一方面,适用法律原则的途径不同亦会导致裁判结果的不同。如前所述,在规范层面适用法律原则,由于存在法律规范这一确定性中介,进而使得最终的裁判结论也必然具有确定性;在事实层面直接适用法律原则,则会因裁判者对于事实认定的主观差异而导致裁判结果的不确定性。

那么,在规范层面之外,有无原则得以直接适用的空间?结合本案,在判定儿童最大利益之时,究竟是以规范为通路还是沿循事实的路径,实是本案两审对于学界提出的根本性诘问。对此,笔者认为,应从以下两个角度去思考。

首先,原则是一种“优化命令”,即对于原则,不仅是在事实上,而且是在法律上,不同情形之下的实现程度各不相同,原则的意义在于提供在法律与事实上尽其最大可能追求实现的标准;规则的适用或者不适用,具有确切性,而不是如原则般或多或少地实现。【21】由此可以看出,原则的不确定性特性与裁判结果的特定性需求之间存在着必然的矛盾,这一矛盾的解决一般来说需要由规范介入其中来完成。因此,原则需要通过规范来适用于具体案件,除非,就原则本身并无规范的设置。此时,裁判的过程将会求助于自由裁量,即裁判者对于事

实的主观理解,而这一理解应当是在原则指引下的理解。即,只有在法律没有明文规范的情形下,原则才有直接适用的空间。

其次,法律原则在司法裁判中的功能和地位不同于法律规范。司法裁判中,法律原则可以作为裁判的理由,但不能作为裁判的依据使用。这决定了,法律原则在裁判中的适用归根结底还是需要藉由法律规范来完成。可以说,在存在相关法律规范的情形下,法律原则的适用是第二位的,即在法律适用层面,规范优于原则。

结合本案,在既存法律规范——“亲权而后监护”的行为能力制度的前提下,一方面,无适用法律原则的空间和前提;另一方面,儿童最大利益原则本就蕴含其中,在具体裁判过程中,仅能在解释依据上述行为能力制度规范所作裁判的理由的意义上适用该原则。简言之,对若法律规范的制定过程中秉持了儿童最大利益原则,法律规范本身体现了儿童最大利益原则,那么忠实、准确的适用法律即是对于儿童最大利益原则最为适当的落实。而规范适用的错误往往带来法律原则在个案中的落空。如前述一审判决中,本以遵循了“亲权而后监护”的审理逻辑,但忽略了抚养母亲可以作为有监护意愿的关系密切的朋友来主张监护权。这一环节的缺失,导致对争议双方监护能力、未成年人成长环境的对比考量丧失司法适用空间,儿童最大利益原则没有得到最终的贯彻。

具体而言,笔者认为,对于本案,最为恰当的处理方案即为严格执行“亲权而后监护”的审理逻辑,由于本案未成年人处于亲权真空状态,随即可适用《民法通则》第16条第二款的规定,对祖父母和抚养母亲的监护能力进行比较,以儿童利益最大化原则为判断,判定监护权的归属。

注释:

【1】本文系教育部国家人权教育与培训基地项目“以保障儿童人权为导向建构国家监护制度研究”(项目编号14JJD820017)的阶段性研究成果。

【2】特别说明：本案审理判决之时，《民法总则》尚未颁布，鉴于案件系在《民法通则》体例下审理判决，故对于本案之分析皆以《民法通则》为依据。后文论述中遇有结合《民法总则》论证之处，会在文中明确指出。

【3】上海市第一中级人民法院（2015）沪一中少民终字第 56 号判决书。

【4】联合国人权事务中心译：《人权国际文件汇编》，第 159 页。

【5】朱庆育著《民法总论》，北京大学出版社 2013 年 8 月第一版，第 44 页。

【6】台湾地区《民法典》第十二条：满二十岁为成年。

【7】《民法通则》第十一条第二款“十六周岁以上不满十八周岁的公民，以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为完全民事行为能力人。”

【8】[德]迪特尔·梅迪库斯著：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社 2000 年版，第 409 页。

【9】《民法总则》已变更了限制行为能力人的年龄下限，由 10 周岁降低到 8 周岁。

【10】余荣昌讲述，吴一鸣点校：《朝阳法科讲义》（第四卷·《民法总则》），上海人民出版社 2014 年版，第 33 页。

【11】20 世纪以来，亲权和监护越来越多地受到了学界的批判，认为其忽视了未成年人和其他行为能力欠缺者的主体地位，具有歧视性效果。如德国在 1992 年《关于修订监护法和保佐法的法律》中就宣告废除了禁治产人制度，以照管人替代监护人。1980 年 1 月 1 日通过《关于父母照顾权的修订法案》后，又用“父母照顾权”取代亲权概念。本文认为，亲权和监护自有其存在的历史背景，对其概念的解读应当依附于其所关涉的具体制度。从保护性限制的角度看，亲权和监护恰恰是民法在承认主体行为能力会有欠缺的客观现实的基础上，肯认未成年人主体地位，为实现其与成年人平等的权利能力而做出的特别设置。因此，本文仍然沿用了

亲权和监护的概念。

【12】史尚宽著：《亲属法论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 658 页。

【13】参见史尚宽著：《亲属法论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 664 至 665 页。

【14】传统民法将亲权的灭失分为绝对灭失和相对灭失。绝对灭失是指未成年子女死亡或成年，此时，亲权自动灭失，未成年子女主体性灭失或者取得完全民事行为能力。相对灭失是指亲权人死亡、丧失或者被剥夺亲权或者收养关系终止时，亲权灭失。本文主题相关的是亲权相对灭失的情形。

【15】史尚宽著：《亲属法论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 693 页。

【16】史尚宽著：《亲属法论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 658 页。

【17】上海市第一中级人民法院（2015）沪一中少民终字第 56 号判决书。

【18】最高院民一庭在《民事审判指导与参考》第 41 辑“徐某、唐某要求确认监护权案”中表达了相同的观点：“继父母与继子女之间的身份关系因其生父或母与其继母或父之间的婚姻关系的产生而产生，因其婚姻关系的消灭而消灭。”参见吴晓芳主编：《婚姻家庭继承案件裁判要点与观点》，法律出版社 2016 年版，第 256 页。

【19】需要说明的是，《民法总则》第 27 条在坚持亲权与监护的内在分野的同时，对其他监护人的确定作出了与《民法通则》第 16 条不同的规定。在《民法总则》第 27 条第二款明确规定了其他监护权利人的顺位，根据该条的规定，其他监护权利人中祖父母外祖父母为第一顺位，兄姐为第二顺位，其他愿意担任监护人的个人或者组织。这意味着，只有前一顺位监护权人丧失监护能力，明显不利于被监护人时才会考虑下一顺位监护权人取得最终的监护权。结合本案，如果发生在《民法总则》颁布实施后，则抚养母亲与祖父母根本不在同一顺位，因而不存在监护能力的比较，直接适用《民法总则》第 27 条的结果应当是祖父母取得监护权。

【20】彭诚信：“确定代孕子女监护人的现实法律途径——‘全国首例代孕子女监护案’评析”，载《法商研究》2017年第1期。

【21】Robert Alexy, Theorie der Grundrechte, 1944, S. 75 ff. 转引自朱庆育著《民法总论》，北京大学出版社2013年版，第45页。

李拥军：我们期待着属于中国的家庭法 | 法学时评

2019-07-10 法制与社会发展

<https://mp.weixin.qq.com/s/OMq5klwx-S94r3wtTiNYJA>



作者：李拥军，吉林大学法学院教授，博士生导师。

来源：《法制与社会发展》2019年第4期。

2019年6月25日，第十三届全国人大常委会第十一次会议听取了全国人大宪法和法律委员会关于民法典婚姻家庭编、继承编草案(以下简称草案)修改情况的汇报。6月26日，会议对草案二审稿进行了分组审议。二审稿在一审稿的基础上，对社会关注的夫妻共同债务认定、隔代探望权、无配偶者收养异性子女等问题作出了补充和修改。与会人员以及社会各界对草案积极研讨，并就社会关注的热点问题及司法实践中的难点问题建言献策。

家庭对中国人具有特殊意义，是中国人最为重要的生活方式，是中华文化的特有内容与核心成分，如梁漱溟先生所言，家是“中国文化特强的个性之一表现”。家庭是人生的第一所学校，是培育亲情的地方，是每个人最先接受“爱”的场地，是人间伦理的孵化器。正是因为家，才培育出了中国人

特有的民族文化和思维方式。因此，在中国，为家庭立法意义重大。

因为家庭的特殊意义所致，国人对于家庭法表现出特有的关注和浓厚的兴趣，这从前些年《最高人民法院关于〈适用中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(三)》颁布后引发的热议以及当下社会各界对草案修改的关注就能看出。婚姻家庭与每个人息息相关，因此，家庭法是大众化的。这就决定了家庭立法必须坚持民主，不能仅仅依靠专家，而应该广泛征求民众的意见，需要民众的广泛参与，需要专家“走下去”，倾听民众的心声。

虽然家庭对中国意义重大，但是当下的中国却正在遭遇着一场严重的家庭危机。孝道缺失，离婚率攀升，空巢老人、失独家庭现象剧增，家庭纠纷逐年增加。据统计，近年来，婚姻家庭抚养继承纠纷等家事案件的数量持续上升，成为民事审判的第一大类案件，占全部民事案件总量的三分之一左右。家庭是社会的基本细胞，家和万事兴。家庭立法的质量直接关系到未来中国社会的稳定与和谐，因此，家庭立法需要慎之又慎。具体说，它需要严密的程序、精心的设计、广泛的参与、慎重的考量，我们从当下草案的论证、修改中看到了这一点。应该说，二审稿中所作的具有实质意义的修改就是这种民主讨论的结果，是国家对家庭立法高度重视的体现。

家文化是中华优秀传统文化的重要组成部分，重人伦、亲情，强调孝悌，尊重长幼有序，追求亲属间的和睦互助至今仍是中国人特有的民族性格和心理习惯，由此衍生出来的众多伦理性规范在当下中

国仍然具有强大的认同感和拘束力。这决定了当下中国的家庭立法必须在充分尊重传统和民情的基础上进行。从某种意义上说，中华文化的特殊性是由家来表现的，因此，中国的家庭立法必须要关照

这种特殊性。关照这种特殊性就是关照中国人的生活方式，唯有如此，立法才有生命力。于是，我们期待着属于中国的家庭法。

“铁人杯”有奖征文、家事裁判文书说理有奖征文颁奖仪式暨家事裁判文书说理论坛举行

2019-07-18 人民法院报 刘强

<https://mp.weixin.qq.com/s/FGil70iylm5dhZkdoVsmcQ>

今天，“铁人杯”有奖征文、家事裁判文书说理有奖征文颁奖仪式暨家事裁判文书说理论坛在黑龙江省大庆市举行。最高人民法院大法官胡云腾发表了书面讲话。黑龙江省高级人民法院党组书记、院长石时态，黑龙江省大庆市市委书记韩立华出席论坛。人民法院新闻传媒总社党委书记、社长倪寿明主持论坛。来自中国法学会法律文书学研究会、中国政法大学、中国社会科学院大学等单位的专家学者，15个省、市、自治区的获奖论文作者和家事审判改革试点法院代表共60余人参加论坛。



胡云腾指出，家事审判活动关乎百万家庭的幸福和谐，家事裁判文书是家事审判活动的最终司法产品，也是家事审判改革的着力点之一，是彰显司法公正和司法文明最重要的成果载体。最高人民法院对家事审判改革和家事裁判文书说理高度重视，我们要深刻认识家事裁判文书说理改革的重要性，

充分发挥优秀家事裁判文书对彰显司法公正和引领优良社会风尚的重要作用，努力解决家事裁判文书说理中少数法官存在的不愿说理、不敢说理、不会说理和说理不当等突出问题，切实化解案多人少压力、说理资源贫乏、改革配套措施未跟上、思想认识不到位以及家事案件审理难、说理难等制约因素对家事裁判文书说理产生的负面影响。

胡云腾强调，要加强学习宣传，切实提高对家事裁判文书说理重要性的认识，要加强研究培训、推动家事裁判文书改革落地见效、推动法学理论界加强家事裁判文书说理问题研究，多措并举不断提高家事裁判文书说理水平，努力制作更多事理清晰、法理严明、情理温馨、学理坚实和说理充分的家事裁判文书，促进家事审判在政治效果、法律效果和社会效果上的统一，努力让人民群众在每一个家事案件中感受到公平正义。

本次论坛由《人民司法》杂志社、中国法学会法律文书学研究会主办，黑龙江省大庆市中级人民法院承办。论坛上，《人民司法》杂志社总编辑柳福华宣读了“铁人杯”家事审判有奖征文获奖名单、家事裁判文书说理有奖征文获奖名单，与会领导为获奖论文作者代表颁发了获奖证书。论坛还围绕家事审判改革试点法院创造的家事裁判文书说理经验、家事裁判文书说理的逻辑、家事裁判文书说理的修辞等专题进行了深入研讨。

来源：人民法院新闻传媒总社

三个效果统一

原题：胡云腾在家事裁判文书说理论坛发言时
强调 加强家事裁判文书说理研究 促进家事审判

实习记者：刘强 | 编辑：鲁婧晗

汪洋：论夫妻债务的基本类型、责任基础与责任财产 | 前沿

原创：2019-07-20 中国民商法律网 徐蓉漂选编

https://mp.weixin.qq.com/s/_ZhwhZ17IyTadsh0Gg0QgA

中国民商法律网

本文选编自汪洋：《夫妻债务的基本类型、责任基础与责任财产——最高人民法院〈夫妻债务解释〉实体法评析》，载《当代法学》2019年第3期。

【作者简介】汪洋，清华大学法学院副教授，博士生导师，中国民商法律网授权学者。

法定共同财产制下的夫妻债务问题，涉及婚内各方的财产权利以及债权人利益保护问题，近年来成为立法、司法与学理中的热点和难点。在《婚姻法》及其司法解释、最高人民法院的相关答复中，有关规范之间存在诸多矛盾与争议。对此，清华大学法学院汪洋副教授在《夫妻债务的基本类型、责任基础与责任财产——最高人民法院〈夫妻债务解释〉实体法评析》一文中，在资产分割视野下将夫妻债务区分为连带债务、共同债务与个人债务三种类型，并从责任基础、鉴别标准与责任财产等方面对前述类型的夫妻债务进行了阐释。

一、资产分割视野下夫妻债务的基本类型

（一）资产分割视野下的夫妻共同财产

在夫妻法定共同财产制下，资产分割是指夫妻双方因婚姻关系，在各自的概括财产中分割出一部分组成夫妻共同财产这一特别财产。婚姻正常存续

状态下，夫妻双方对共同财产享有的份额是潜在的，两者相加构成“夫妻共同财产”。



图1 夫妻法定共同财产制下的资产分割

“夫妻共同体”的组织性程度尚不具备独立的人格属性。除个体工商户与农村承包经营户被认定为民事主体外，《民法总则》并未将家庭纳入自然人、法人以及非法人组织的范畴，家庭不能以自己名义从事民事活动。因此，夫妻共同财产，就其整体意义上的归属关系而言，并不存在一个独立于夫或妻的归属主体；但是，夫妻共同财产又因资产分割与夫或妻的个人财产有所区隔，其相对独特性表现为，夫或妻对于共同财产的归属关系存在于抽象的份额上，而非具体特定的物之上。

（二）夫妻债务的三种类型及其并存时的清偿顺序

夫妻债务可分为连带债务、共同债务与个人债务三种类型。婚姻法现行规范未区分连带债务与共同债务，统一采用了“夫妻共同债务”这一术语，具有很强的误导性。夫妻连带债务的责任基础在于多数人之债，所强调的并非夫妻合力共同履行，而是以夫妻双方的全部财产作为责任财产。而夫妻共同债务是婚姻法领域因夫妻共同财产制而生成的

共同债务。

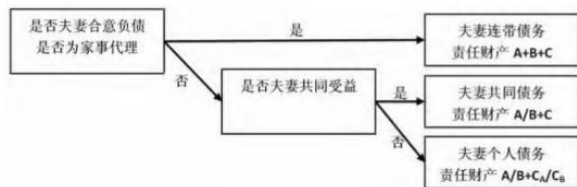


图2 夫妻债务的认定方式与责任财产

针对不同类型的夫妻债务,夫妻共同财产与个人财产之间的清偿顺序,以及不同类型债权人之间的优先受偿顺序问题,可借鉴合伙的“双重优先规则”即“弱型财产防御规则”进行处理。当夫妻连带债务或共同债务与个人债务并存时,夫或妻的个人财产优先清偿个人债务,共同财产优先清偿连带债务或共同债务,清偿之后有剩余时,方用于另一债务的清偿。

二、夫妻连带债务

连带责任是一种较为严厉的责任方式,夫妻连带债务的适用应当受到严格限定。依据《夫妻债务解释》第1-2条,只有“当事人约定”即夫妻双方共同意思表示,或者“法律规定”即日常家事代理两种情形下,会生成夫妻连带债务。夫妻连带债务为多数人之债,责任财产为所有债务人现在或将来的所有财产,包括丈夫个人财产、妻子个人财产与夫妻共同财产三个部分。

(一) 大额连带债务: 以夫妻共同意思表示为基础

依据《夫妻债务解释》第1条,夫妻双方共同签字或者夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的债务,应当认定为夫妻连带债务。夫妻各自独立的民事主体地位并不因婚姻的缔结而丧失,一方超出了家庭日常生活需要所负的大额债务,只有与另一方取得一致意见时才成立连带债务。

在夫妻债务领域不存在表见代理的适用空间,

超出日常家事代理范围的未经夫妻双方合意负担的债务,一律不被认定为夫妻连带债务。这是因为夫妻关系具有情感性、伦理性与人格性的特点,影响夫妻共同生活范围的因素极为复杂多样,与民商事交易行为的差异极大,婚姻关系中各方的行为与团体行为在实践中难以区分。

(二) 小额连带债务: 以日常家事代理为基础

《夫妻债务解释》第2条的日常家事代理,即“以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务”,属于法律规定的多数人之债。具体而言,夫或妻在处理日常家庭生活范围内的个体行为被认定为夫妻团体行为,法律效果及于夫妻双方。日常家事代理不属于法定代理的范畴,可以视为婚姻法赋予配偶双方的一种权能,其本质上是基于交易性质和数额对非负债方意思表示的合理推定。一方面,日常家事代理第三人无须知情合同相对人是否已婚,也无须调查了解夫妻中的另一方是否同意缔结该合同。另一方面,日常家事代理的行为在客观或法律上应有利于非负债方。家庭日常生活的范围需严格限制在家庭消费范畴内,参考当地经济状况、配偶双方的收入水准、交易相对人对家庭内部情况的了解程度等因素进行综合认定,立足点在于“必要”。

对于夫妻共同意思表示即举债合意的证明责任在债权人。对于日常家事代理承担的债务,原则上应当推定为连带债务,债权人仅需证明该债务于外部可识别性上被认定为家庭日常生活范畴之内。若配偶抗辩,则其需要证明所负债务未用于家庭日常生活。

三、夫妻共同债务

共同债务的责任基础在于夫妻法定共同财产制,是夫妻一方以个人名义所负债务,满足为夫妻共同生活或共同生产经营等家庭利益的需要,责任财产包括负债方的个人财产与全部夫妻共同财产。夫妻共同财产用于维系夫妻共同体这一目的,在夫妻关系存续期间通常不区分各自份额也不能分割。

对夫妻共同债务强制执行时,要针对夫妻双方获得执行名义。

夫妻共同债务中最关键的问题是鉴别标准。夫或妻以个人名义所负债务是否为“家庭利益”目的,需要在个案中综合家庭自身的收入水平、消费习惯以及当地的社会交易观念等因素作出裁断。具体而言:

第一,对于“夫妻共同生活”的界定,应当包括夫妻双方共同消费支配,为管理、保有夫妻共同财产支出的费用,以及取得该财产之时设立的负担和义务,如负债购置大宗资产。

第二,“夫妻共同生产经营”则主要指由夫妻双方共同决定生产经营事项,或虽由一方决定但另一方进行了授权的情形,要根据经营活动的性质以及夫妻双方在其中的地位作用等综合认定,一般包括双方共同从事工商业、共同投资以及购买生产资料等所负的债务。夫妻一方从事生产经营活动但利益归家庭共享的,如经营收益属于夫妻共同财产,构成家庭的主要经济来源,负担的也是夫妻共同债务。

此外,法定债务同样存在是否为“家庭利益”而负担的判断,夫妻一方实施的侵权行为,若是使整个家庭从中得利或受益,则为夫妻共同债务。

《夫妻债务解释》第3条的重要变化是把证明责任分配给了债权人,由债权人证明一方所负债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或基于共同意思表示,理由是以法律规范的内容促进“共债共签”在金额较大的商事交易中的普及化,将可能出现的纠纷消灭在缔约阶段。

■ 四、夫妻一方的个人债务

(一) 夫妻共同财产的性质: 共同所有

不属于连带债务与共同债务的夫妻债务皆为

个人债务,责任财产则为负债方的全部财产,包含其个人财产以及夫妻共同财产中的相应份额。

界定负债方在共同财产中的相应份额涉及到对夫妻共同财产法律性质的理解。各共同共有人之间因夫妻等共同关系结合,在财产层面所形成的,绝非仅仅针对单个物的共有关系,而是针对集合物即整个“夫妻共同财产”的共有关系。共同共有的客体是“财产”,而不是“物”。共有人的“财产份额”系“各共有人对由全部财产客体所构成的总财产的价值比例意义上份额”的省称。

(二) 债权人对份额的求偿: 分割共有财产或共同履行后予以补偿

《婚姻法解释(三)》第4条原则上不支持婚姻关系存续期间分割共同财产,同时列举了可分割的“重大理由”,一为财产管理方“隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍”导致夫妻共同财产不当减少的行为;二为没有经得另一方同意也并非为了履行法定义务时“伪造夫妻共同债务”,使夫妻共同财产负债过度的情形。这里,应当将“伪造夫妻共同债务”扩大解释为“严重损害夫妻共同财产利益”的行为。当负债方个人财产不足以清偿债务时,为了保障债权人以及负债方配偶的利益,可以通过离婚分割夫妻共同财产,也可以在婚姻关系存续的前提下分割夫妻共有财产,再由债权人申请强制执行负债方的份额。负债方配偶也可以代负债方承担债务,事后或离婚分割财产时再向负债方请求补偿或追偿。

■ 五、我国未来民法典中夫妻债务清偿规则的条文设计

在未来民法典婚姻家庭编中,针对夫妻债务问题,试拟条文如下:

叶名怡：“共债共签”原则应写入《民法典》| 前沿

原创：2019-07-22 中国民商法律网报 包丁裕睿选编

<https://mp.weixin.qq.com/s/dpMq00YyM1poLaUtdcznBQ>

中国民商法律网

本文选编自叶名怡：《“共债共签”原则应写入〈民法典〉》，载《东方法学》2019 年第 1 期。

作者简介：叶名怡，上海财经大学法学院教授、博士生导师。

夫妻共同债务判定规则是婚姻法核心内容。2018 年颁布的《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》（法释[2018]2 号）确立的“共债共签”原则受到了社会广泛好评，但仍有一些不同意见。最主要的一项反对理由是：为何夫妻一方获利另一方即共享，而一方负债另一方却不应共担？上海财经大学法学院叶名怡教授在《“共债共签”原则应写入〈民法典〉》一文中，通过证伪“因为共财所以共债”的逻辑，论证了“共债共签”的正当性，并对上述解释中“家庭日常生活”、“共同生产经营”、“共同受益”等概念进行了阐明。

一、“因为共财所以共债”不能成立

（一）一种流行的观点：因为“共财”所以“共债”

依据《婚姻法》第 17 条和第 18 条，我国法定夫妻财产制奉行的是“婚后所得共同制”。有一种流行的观点认为，既然夫妻双方对夫妻任何一方的婚后所得均享有共有权，平等地享有占有、使用、收益和处分的权利，那么基于利益共享、风险共负的理念，婚后单方举债也应当推定为夫妻共同债务。

这种见解不仅实质上将夫妻团体类比经济团

体（如合伙），明显忽略了夫妻团体所具有的情感与伦理本质，在法教义学角度也存在谬误。

（二）比较法：“共财”与“共债”无相关性

“因为共财所以共债”的逻辑在比较法上其实找不到任何依据。首先，以法国法为例。法国法上实行的是默认的“法定共同财产制”（第 1401 条），法民第 1402 条甚至明文规定了“共财推定”。但在夫妻共同债务认定问题上，法国法与我国《婚姻法解释二》第 24 条的“婚后共债推定”立场有所不同。法国法首先区分共同债务和连带债务，只有为维持日常家庭生活需要而发生的债才是连带债务，其范围极小；婚内单方举债的确推定为夫妻“共同财产”的债务（第 1413 条），但此共同财产债务仅能以共同财产清偿。其次，婚内单方担保和借贷是共同债务的法定例外（第 1415 条）。最后，法国法还设定了追偿权。

《德国民法典》的夫妻法定财产制是“财产增益共同制”（第 1363 条），其准确定位是“法律上特殊的财产分别制+经济上共同财产制”。在财产增益共同制之下，债务清偿原则是，夫妻各方仅对自己名下的债务承担责任，并且也仅仅以其个人财产来承担清偿责任。除法定的财产增益共同制外，德国法还规定了约定的“共同财产制”。在无约定时，由夫妻双方共同管理共同财产。关于此种情形下的共同（财产）债务认定，德民第 1460 条有明确规定：“配偶一方在财产共同制存续期间实施的法律行为而发生的债务，仅在另一方同意或不经其同意为该法律行为也为共同财产的利益而有效力时，共同财产才就该债务负责任。”从该条中很明显能看出“共债共签”和“共同受益”的别样表达。

由上可见,不论是在法国的共同财产制之下,还是德国的财产增益共同制、共同财产制之下,都不存在类似于我国“第24条”意义上的“共债推定”。

(三)“婚后共财”之例外的易实现性与易证明性

我国婚姻法虽然确定了婚后所得共同财产制,但既有约定例外,也有法定例外。

首先,约定财产制的存在可以排除夫妻一方对另一方婚后所得的利益共享。而且无需公示,直接发生物权归属效力。但由于这种约定缺乏法定的公示手段和方法,因此不具有对抗善意第三人的效力。

其次,共同财产制也有法定例外,如《婚姻法》第18条、《婚姻法司法解释(三)》第7条等。与此同时,共同债务推定虽然也有例外,但与共同财产推定例外相比,其证明难度有霄壤之别。

因此,“因为共财所以共债”存在逻辑问题:一方面,它无视约定分别财产制的易实现性与债务约定的难实现性(无法公示性)之间的本质区别;另一方面,它忽略了“共财例外”的易证明性与“共债推定”的难推翻性之间的重大差异。

(四)有限“共财”与无限“共债”的不对应性

对于大多数普通人来说,终其一生,可获取的财富数额总是有限的。与此同时,夫妻一方婚内单方举债,其债务数额理论上却是无限的。

然而,“第24条”的“共债推定”,却是几乎没有任何配套、没有任何限制的推定,不仅任何一方婚前财产无法豁免,而且任何一方离婚后的个人收入都可被债权人提前冻结并纳入偿还计划。

(五)加利行为与增负行为在法理上的差异性

理论上,不论是给别人增加利益的行为,还是给别人增加负担的行为,都需要经过对方同意。男女双方虽经婚姻登记而结合在一起成为夫妻,但还

是两个独立的民事主体,民法意思自治的基本原则仍可并且仍应适用。单纯给对方增加利益的行为,由于婚姻共同生活的存在,而无需个案性地考虑对方意志,这是法律对婚姻中一般夫妻关系状态的考量,认为这种单纯加利行为不会有损另一方的意志独立和人格尊严。然而,单纯给对方增加负担的行为则不同,若不考虑对方意志,则可能令对方处于危险境地。

“第24条”对夫妻连带债务采用一般性的“时间推定规则”,完全违背了平等、自愿等民法基本原则。

二、债务数额不应作为“家庭日常生活”判定的决定性标准

在判断系争债务是否属于日常家事代理时,数额过高的债务通常不大可能是为满足家庭日常生活所需而发生,但数额不高的债务未必就一定是。债务数额不是决定性标准。

《浙江省高级人民法院关于妥善审理涉夫妻债务纠纷案件的通知》指出,“单笔举债或对同一债权人举债金额在20万元(含本数)以下的”,可以作为各级法院认定‘为家庭日常生活需要所负债务’的考量因素。

上述数额标准至少在两个方面是可疑的。首先,日常家事代理所涉债务数额标准设定过高,远超职工年平均工资。而且夫妻一方向多个债权人分别举债,则“共债陷阱”很容易突破百万。其次,从比较法角度看,家事代理权之适用范围均将借贷排除在外。这是因为婚内一方配偶非善意借贷的道德风险较高。

综上所述,应将借贷、担保排除在家事代理范围之外,同时,再辅之以较低的数额标准,从而在民法典中规定一个范围较小的家事代理权,有效抑制一方配偶滥用家事代理权损害另一方配偶的道德风险。

三、正确理解“共同受益标准”

（一）“夫妻共同生产经营”的判定

最高人民法院“新解释”第三条规定，“债务用于夫妻共同生产经营”的，是夫妻共同债务。

何为夫妻共同生产经营？首先，生产经营可以拆解为生产和经营。夫妻共同从事农业生产，通常是夫妻两人合成为农村承包经营户而开展生产活动。夫妻共同从事工业生产，有可能注册为公司、合伙企业，或是个体工商户，也可能不进行任何注册而在实质上从事工业生产。

其次，对于存在公司、合伙企业等形式的生产经营，在判定夫妻是否属于“共同从事”时，应作如下理解：夫妻共同投资或者一方投资而另一方参与经营。至于夫妻双方均为参与经营，但均无投资关系，不属于夫妻共同生产经营。至于夫妻一方作为企业小股东而存在，另一方作为企业雇员而存在，由于两者均对企业的经营发展没有实质上的影响力，所以也不构成夫妻共同生产经营。

最后，较难判断的是在不存在企业或者生产经营实体的场合。此时由于不存在经营实体，共同投资关系失去了外在的可检验标准，只能诉诸“共同经营”的判断。

（二）“可能共同受益”不等于“确定共同受益”

首先，需要强调的是，证明举债人夫妻存在共同生产经营活动，并不等于证明了系争债务一定用于了夫妻共同生产经营，即“可能共同受益”不等于“确定共同受益”。“只要夫妻二人存在共同生产经营的企业，则夫妻任何一方的婚内个人举债都是夫妻共同债务”，这种观点显然荒谬的。

其次，在系争债务之前形成的夫妻共同财产不得作为“系争债务令夫妻共同受益”的证据。对于债务是否用于夫妻共同生活或共同生产经营必须坚持“债务的个别判断原则”。

最后，《民法总则》第56条规定：“个体工商户的债务，个人经营的，以个人财产承担；家庭经营的，以家庭财产承担；无法区分的，以家庭财产承担。”据此，非举债一方配偶须证明个案情形属于“个人经营”。该规则与夫妻债务“新解释”第3条在证明责任分配上存在一定冲突。对此，应通过如下方法来缓和：其一，严格限定个体工商户的范围，即必须是在工商机关登记为个体工商户的才可适用《民法总则》第56条；其二，在适用《民法总则》第56条的场合，债权人仍须证明系争债务（利益）事实上用于了个体工商户的经营。

孙宪忠：民法典婚姻家庭编草案应该解决的四个现实问题

2019-07-27 西交民巷23号 孙宪忠

<https://mp.weixin.qq.com/s/ymHrgmEGwLnsAM9UySYR1g>

6月底，十三届全国人大常委会第十一次会议对民法典婚姻家庭编草案进行了二次审议。草案二审稿有很多改进，但笔者认为，仍有四个现实问题亟待解决。

进一步规范家庭协议

目前我国社会现实中，涉及婚姻家庭关系的协议或者契约的类型非常多，如涉及婚姻家庭关系的房屋购买尤其是婚房的购买、婚后有条件的财产赠与、婚后财产处置、孩子的养护、家庭共同生活基本要求等。这些契约或者协议常见的是由夫妻双方订立，但有时也有长辈亲属的参与，有时是尚未成婚的男女双方订立。常见的婚姻家庭协议是在婚姻

当事人的婚前订立，有时候也在他们婚后订立。

这些协议或者契约，在社会上应用已经十分广泛，对于规范婚姻家庭关系、促进和保障家庭关系的和睦和谐，总体来说发挥了好作用。因此，立法应该予以承认。但是目前的婚姻家庭编草案对此反映不足，仅仅由第 841 条一个条文作出规定，而且这个条文反映的内容也是有限的，难以跟上现实需要。

草案第 841 条第 1 款规定：“男女双方可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或者部分各自所有、部分共同所有。约定应当采用书面形式……”这个条文仅仅反映了婚姻当事人关于婚后财产关系可以约定为分别财产制度的规则。但是，对社会生活中常见的更多的婚姻家庭协议，草案没有反映。

因此，建议充分考虑我国现实生活中婚姻契约或者婚姻协议已经得到广泛应用的情况，在立法上进一步规定婚姻家庭协议，扩展相关法律条文，促进我国婚姻家庭关系向既体现社会主义核心价值观，又体现当事人意思自治原则的方面发展。具体而言，草案可对以下内容作出规定：

第一，规定婚姻家庭契约的基本概念，以显示其与一般财产合同的差异。婚姻家庭契约的概念应该从过去的婚姻契约，扩展到“婚姻家庭协议”这个角度，承认婚姻以及家庭的当事人（不限于夫妻男女）在法律规定的范围内、在社会主义核心价值观的限制内，依照自己内心的真实意愿，就婚姻以及家庭的各种人身、财产关系作出的明确意思表示的协议。

第二，规定婚姻家庭协议的订立方式、主要内容、当事人的主要权利义务等内容。虽然婚姻家庭协议的一些内容不太容易从正面予以表达，但是我们可以从反面规定一些禁止性规范。比如，草案可以明确规定，禁止在婚姻家庭协议中约定旧习惯旧风俗等。

第三，关于草案第 841 条涉及夫妻分别财产

协议的约定，建议增加“夫妻婚后财产的处理，如夫妻之间有协议的，优先适用该协议的约定”。增加这个内容，处理了约定财产制和法定财产制之间的关系，将弥补立法缺陷。

第四，明确禁止在婚姻家庭协议中约定婚姻期限，禁止约定在婚姻关系存续期间夫妻不履行法定程序而自行解除婚姻关系等。

扩大法定亲属关系的范围

亲属关系范围的确定，对敦促具有亲属身份的自然人之间相互养护、相互扶持、和睦亲善是很有价值的。亲属之间具有赡养、抚养、扶养的法定权利与义务关系，是以亲属关系为根据的。亲属关系的规定，对继承等其他法律领域也具有基础性价值。

虽然草案二审稿第 822 条对婚姻家庭编调整的亲属关系范围作出了规定，但笔者认为，其规定的法定亲属关系范围过窄，即只是根据自然人之间血缘关系的远近，承认了一部分近亲属，而现实生活中一些非常亲近的亲属，却被处理为“远亲”甚至非亲属，人为造成了这些亲属之间相互亲善的障碍。

实际上，除了草案指出的这些近亲属之外，其他亲属也是非常亲近的，比如姑姑叔叔与侄子侄女之间的关系、舅舅姨妈和外甥外甥女之间的关系。现实生活中，侄子侄女由叔叔姑姑抚养、外甥外甥女由舅舅姨妈抚养的现象并不少见。反过来，侄子侄女赡养叔叔姑姑、外甥外甥女赡养舅舅姨妈的事情也很多。承认这些亲属关系，不仅仅符合我国国情、符合公序良俗的民法原则、符合社会主义核心价值观，而且重要的是，依法扩大亲属范围，有利于解决我国老人养护和儿童养护难题。

笔者认为，在立法上扩大亲属关系的范围很有必要。亲属关系的法律规定，应该是一种开放性的、引导性的法律规范，而不是一种限制性的、排斥性的法律规范。据了解，世界上很多国家都没有关于

亲属关系范围的法定限制。立法应该承认，不论是血亲还是姻亲，都是亲属。在此基础上，根据血缘关系远近的客观性，把亲属关系划分为远近等级即可。

这样，近亲属远亲属有了客观的根据，而且可以自然递进，不受人为主观排斥和限制。如此规定，不但符合亲属关系的自然联系，而且也有利于亲属之间履行相应义务，相互扶持和帮助。笔者建议，草案至少将亲属关系扩大到姑姑叔叔和侄子侄女、姨妈舅舅和外甥外甥女之间的亲属关系这个层面。

建立婚姻性质的“非婚同居”关系的一般规则

现实生活中，“非婚同居”现象广泛存在。依据民法典婚姻家庭编的立法本意，应当对这一问题作出规定，对社会关切予以回应。

长期以来，我国立法都是把登记式婚姻当作典型婚姻方式，甚至是唯一的婚姻方式，而把其他婚姻方式都予以排斥，这其中就有“非婚同居”。但是非婚同居之中，一些是具有婚姻特征的。例如，民众所说的“办过酒席的婚姻”、以宗教礼仪结成的婚姻。这些婚姻形式既得到婚姻当事人的认可，当事人自觉以夫妻相处，生儿育女，养老养少，居家度日，也得到社会的认可。

据调查，如果非登记式婚姻得不到承认，将导致一些举办婚礼后多年在男方家庭中生儿育女的妇女不能享受合法妻子的权利（这个问题在农村和偏远地区非常普遍），以及儿童保护等相关问题。承认这类婚姻，对于保护他们是非常必要的。

在这些非登记式婚姻之外，还有一些同居关系，其中也有一些合情合理的情况。比如，独生子女长期不在身边的老年人为了互相照顾而共同生活的情况。

据此，笔者认为，不违背我国婚姻法规定的一夫一妻原则和其他法律强制性规定的非登记婚姻

和同居，不应该一律简单否定。如果当事人能够做到履行夫妻一样的义务，那么也应该享受到夫妻一样的权利。因此，建议立法承认和保护非登记式婚姻，给予其婚姻的地位。

具体而言，首先应将未登记的事实上的婚姻，使用“非登记式婚姻”这种符合国际惯例的概念来称谓，而非一律贬低为“非法同居”。此外，草案还应规定以下内容：

一是承认非登记式婚姻。对相关当事人及其家庭之间的亲属关系，定义等同于登记式婚姻。

二是明确规定当事人之间，尤其是他们对于子女的权利义务关系。这并不是对非登记式婚姻关系的鼓励，而是意图通过法律的指引，保护同居期间双方当事人的合法权益，保护其子女及家庭的合法权益。

三是建立起鼓励非登记式婚姻和不婚同居走上登记式婚姻的法律制度，鼓励他们补办结婚登记手续。规定不论是哪一种情形，补办结婚登记的，婚姻关系的效力从双方以夫妻名义共同生活且符合结婚的实质要件时起算，以推动其向婚姻关系的转化。

四是鼓励同居关系当事人通过契约明确他们之间的财产关系，安排好相互扶养、子女抚养等事宜。

五是明确同居关系解除时，财产关系有约定的依照约定，没有约定的适用按份共有的规定，并根据具体的情形，对无过错的一方予以适当补偿。

完善夫妻共同财产制度

在民法上，债务人对债权人负全面的、无限制给付的责任。如果认定某一债务属于夫妻共同债务，那么夫妻应该以其共同财产承担给付的责任。关于夫妻共同债务方面的规则，草案第840条之一作出了规定。

针对那些为了逃避债务,把债务包揽在夫妻一方名义下、把财产放置在夫妻另一方的名义下的行为,法律应该建立针对性规则来予以纠正。同时,立法也要防止夫妻中的一方,自己在家庭之外恶意欠债,而最终把债务推卸到另一方身上的情况发生。可见,草案第840条之一的立法出发点是好的,制定相关的规则也是十分必要的。

根据全国人大宪法和法律委员会关于民法典婚姻家庭编草案修改情况的汇报,草案第840条之一的规定,吸收了最高人民法院新出台的《关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》的相关内容。但是,笔者认为,虽然新司法解释确实比旧司法解释有明显进步,但简单搬用并不妥当。对此,我们看一下这个法律条文的内容就可以知道。

草案第840条之一第1款规定:“夫妻双方共同签字或者夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的债务,以及夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务,属于夫妻共同债务”。第2款规定:“夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务,不属于夫妻共同债务,但是债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。”

第一,这个条文首先建立的裁判共同债务的规则是,由夫妻的另一方当事人来签字认可,如果另一方签字了那就是共同债务。令人疑惑的是,夫妻的共同债务是一个客观事实还是仅仅只是一个主观上的签字?如果真的是夫妻共同债务,另一方不签字不追认就不是共同债务了吗?因此,夫妻中的一方,离开另一方而单独欠债时,夫妻的另一方是否应该承担的问题,在立法上应该有客观的标准,而不能仅仅依据夫妻另一方的签字。

第二,根据该条规定,债权人如果想让自己的债权能够获得偿还的保障,那么他就应该让夫

妻“共债共签”,或者让另一方“事后追认”。但是我们知道,能否做到这一点,是债权人完全无法把握的。如果作为债务人的夫妻关系正常,那么债权人不需要共债共签或者事后追认,也能够从债务人家庭财产中获得偿还。但是,如果债务人的夫妻关系不正常,或者夫妻之间逃避债务,这时另一方绝不会事先共同签字,也不会事后追认。因此,该条文给债权人施加的义务,对债权人是不利的,违背了立法的初衷。

第三,法律意义上的债权债务,并不仅仅只是因借贷而生,更多的是来源于各种各样的合同。在特别的商事活动中,立法要求夫妻事先共同签字是很难做到的。

第四,自罗马法以来,民法建立“家事代理”规则。其含义是,以夫妻任何一方的名义所发生的债务,凡是为了家庭生活的,均认为是夫妻一方法定代理另一方的行为,另一方必须接受。即权利也罢义务也罢,只要是家事,夫妻任何一方的作为,其结果对双方都有效。但是这里有一个基本的限定,那就是“家事代理”以家庭生活必需为限度。笔者认为,这一做法符合夫妻生活本质,应予采纳。

第五,第840条之一没有说清楚的地方是:如果夫妻中的另一方签字、认可了,那么债权人的追索权,是仅仅只能追索到签字方或者认可方所占有的夫妻共同财产呢,还是也可以追索到其个人财产呢?从表面上看,似乎债权人的追索只可以涉及夫妻共同财产,但是法律对此并无限制性规定,另一方个人财产同样会受到债权人的追索。

第六,第840条之一第2款规定的“夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务,不属于夫妻共同债务”,并未明确这种债务到底由谁的财产来偿还,在法理和实践上存在疑问。

综上,笔者认为,“共债共签”法理上的正当

性、周延性问题没有解决。将其作为夫妻共同债务的首要裁判规则，并不妥当。它最多只能是一种补充性的、例外的规则，而不能作为处理夫妻债务的常设性规则。在夫妻一方负债、另一方是否必须承担这个债务的问题上，我们必须考虑到夫妻身份关系的特殊性、夫妻作为法律关系主体的独立性、第三人权利（债权人权利）保护这三个因素，对夫妻共同债务制度进行完善。

基于这些考虑，建议对草案第840条之一作如下修改：

首先，明确处理民事意义上的夫妻共同债务的基本原则是日常家事代理权制度，规定夫妻共同债务的概念及其发生原因，确认夫妻双方也可以成为共同债务的发生者。

其次，规定夫妻共同债务的承担方式，确认不可以夫妻的个人财产直接偿还。这样，婚前财产等个人财产就不会被牵连。但是在夫妻分别财产制的情况下，可以按其约定处理。

再次，可以规定：“夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义的负债，明显超出家庭日常生活需要的，应以名义上的债务人的个人财产来偿

还。”考虑到第2款规定的但书条款具有一定意义，可以改造后采用，把债权人的举证责任客观化。债权人可以举证，法院也可以调查取证。

最后，吸收我国法院处理夫妻共同债务的积极经验，作出相关规定。

结合以上四点，该条文可以这样规定：

第1款：夫妻双方或者一方在婚姻关系存续期间为家庭日常生活需要所负的债务，为夫妻共同债务。夫妻共同债务，以夫妻共同财产偿还。如夫妻事先对此有所约定，则以其约定处理。

第2款：夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义的负债，明显超出家庭日常生活需要的，应以名义上的债务人的个人财产来偿还。但是确有事证明该债务用于夫妻共同生活的除外。

第3款：夫妻双方在民事活动中共同签字的债务、由一方的名义发生而另一方事后追认的债务，由夫妻共同财产偿还。

（本文作者孙宪忠为全国人大宪法和法律委员会委员、中国社会科学院学部委员）

任重：从夫妻共同财产执行看民事诉讼法教义学下的“执行难” | 前沿

原创：2019-07-21 中国民商法律网 包丁裕睿选编

https://mp.weixin.qq.com/s/UBMrMEepjYAWuWlPwKSo_g

中国民商法律网

本文选编自任重：《民事诉讼法教义学视角下的“执行难”：成因与出路——以夫妻共同财产的执行为中心》，载《当代法学》2019年第3期。

作者简介：任重，清华大学法学院副教授，博士生导师。

破解“执行难”是各级人民法院工作中的重中之重，也是全社会的共同关注。在最高人民法院的努力之下，“执行难”已经从“社会病”开始逐步回归“法律病”。在大力解决“执行难”的工作中，还应当对被执行人以及案外人的实体和程序权利进行保护，否则，“执行难”的所谓解决必然伴随着“执行乱”。清华大学法学院任重副教授在《民事诉讼法教义学视角下的“执行难”：成因与出路——以夫妻共同财产的执行为中心》一文

中，以夫妻共同财产的执行为中心，尝试通过以点带面的方式描绘“执行难”的法律药方，试图在解决“执行难”的同时克服“执行乱”。

一、“执行难”的民事诉讼法教义学分析

在民事诉讼法教义学语境下，“执行难”问题是指，被执行人有能力或者部分有能力满足生效裁判文书中记载的请求权，却无法经由强制执行满足申请执行人债权的民事诉讼法律原因及其相应的法律出路。

《民事诉讼法》第100条和第101条分别规定了诉中和诉前行为保全与财产保全，从而避免生效裁判文书无法执行或难于执行，最大限度保障申请人的民事实体权利。遗憾的是，行为保全和财产保全在实践中的落实并不到位，甚至呈现出“诉前行为保全申请难”和“财产保全制度运行‘低水平’均衡状态”。在民事诉讼法教义学看来，“申请难”和“低水平”成因在于对诉权范围的限缩、对程序事项的轻视和对证明标准的误读。

与诉讼保全相比，造成“执行难”的审判程序原因更为复杂和隐秘。总体而言，审判程序的中心任务是对民事权利加以认定，而执行程序乃在实现被判定的民法请求权。显然，如果审判程序无法科学合理的认定请求权，必然造成请求权实现的困境。

二、夫妻共同财产“执行难”的民事诉讼法教义学成因

“执行难”的民事诉讼法教义学成因并不局限在强制执行程序。这一结论同样适用于夫妻共同财产的“执行难”。夫妻共同财产“执行难”还有其独特性，这较为集中的体现为夫妻一方为被告时，对夫妻共同财产的执行困境。

如若债权人的请求权针对夫妻双方，且夫妻双方均作为被告充分行使了诉讼权利，此时，债权人申请对夫妻共同财产进行强制执行并不存在诉讼法上的障碍，夫妻二人均为被执行人。相反，若法

院认定债权人仅对夫妻一方享有债权，或者虽然法院对夫妻共同债务作出了认定，但被告人仅为夫妻一方，此时若要执行夫妻共同财产，就面临债权人实体权利保护和夫妻另一方程序保障之间的紧张关系。

根据《查扣冻规定》第14条第1款，对作为被执行人的夫妻一方与另一方的共有财产，人民法院可以查封、扣押、冻结；根据第2款和第3款在析产后对夫妻一方的相应份额进行强制执行。

然而，《查扣冻规定》第14条与民事诉讼基础理论之间存在紧张关系。虽然查封、扣押、冻结的执行措施并未直接处分夫妻共同财产，但上述举措已经构成执行行为。吊诡的是，夫妻另一方却并非被执行人。这一矛盾的调和与化解是夫妻共同财产“执行难”的中心命题。

从逻辑出发，夫妻共同财产“执行难”的解决方案有三：一是为债权人起诉夫妻另一方提供明确的请求权基础，从而能够确保其经由诉讼获得针对夫妻另一方的生效给付判决；二是追加夫妻另一方为被执行人，作为执行合法原则的例外；三是在无执行依据也并未追加夫妻另一方的情况下，径行执行夫妻共同财产中被执行人的份额。

仅以民事诉讼法教义学为视角，方案一无疑是最优选择。与方案一相比，方案二部分突破了执行合法原则和审执分离原则，且可能损害夫妻另一方的实体和程序权利。也是因为上述顾虑，《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》并未认可对夫妻另一方的追加。与方案二相比，方案三对基础理论的破坏性更甚：夫妻一方并非被执行人，人民法院却直接对夫妻共同财产进行查封、扣押、冻结，迫使夫妻协议分割财产或提起析产诉讼，并为申请执行人开辟了代位析产诉讼的途径。

与方案二和方案三相比，方案一尚未得到足够的论证。根据责任财产范围的不同，夫妻债务分为连带债务、共同债务和个人债务三种类型。连带债务的责任基础在于多数人之债，大额债务需要夫妻

共同意思表示,小额债务需要满足“家庭日常生活”这一日常家事代理的范畴,责任财产范围包括夫妻双方的个人财产与全部夫妻共同财产。共同债务的责任基础在于夫妻法定共同财产制,为夫妻一方以个人名义所负债务,但应满足为夫妻共同生活或共同生产经营等家庭利益的需要,责任财产范围包括负债方的个人财产与全部夫妻共同财产。其他的夫妻债务为夫妻一方的个人债务,责任财产范围包括负债方的个人财产与负债方在夫妻共同财产中的相应份额。

在此基础上,对于夫妻连带债务,由于夫妻均为债务人,因此,债权人为了能对夫妻共同财产进行强制执行,原则上应将夫妻双方作为共同被告,从而在进入执行程序时将夫妻均置于被执行人的地位。对方案一而言,夫妻共同债务和夫妻一方的个人债务才是痛点和难点。

■ 三、夫妻共同财产“执行难”的民事诉讼法教义学出路

债权人何以对夫妻另一方获得胜诉给付判决,将夫妻二人均置于被执行人的地位,进而以夫妻共同财产满足其请求权,这是方案一必须明确的问题。否则,方案二甚至方案三便成为我国解决夫妻共同财产“执行难”不得以而为之的选择。

首先,夫妻连带债务的债权人并不存在任何法律障碍,因为夫妻另一方本就是合同相对人。

第二,与夫妻连带债务不同,夫妻共同债务的债权人仅与夫或妻一方签订合同,夫妻另一方并非合同相对人。尽管如此,《婚姻法》、《婚姻法解释》以及《夫妻债务解释》第2条均确认,夫妻共同债务的债权人同样可以起诉夫妻另一方并获得生效给付判决,进而将夫妻双方均置于被执行人的地位,通过执行夫妻共同财产来满足其债权。

第三,夫妻个人债务的债权人是否可能获得针

对夫妻另一方的胜诉给付判决?对此,《夫妻债务解释》第3条提供了较为明确的答案:夫妻个人债务的债权人并无法通过方案一执行夫妻共同财产。然而,根据执行的形式化原则,在扣押动产时,只需根据动产为债务人占有的外观,就可扣押,无须去了解动产是否为债务人本身所有;在查封不动产时,只要不动产登记在被执行人名下,就可查封。如果案外人主张动产为其所有,其只能向法院提起异议之诉。据此,只要夫妻共同财产为夫妻一方所占有或登记在其名下,便可对此进行强制执行,而无需握有对夫妻另一方的胜诉给付判决。

值得进一步讨论的是,由于夫妻共同生活关系的存在,对动产为夫妻一方所占有的判断通常较为困难。为了保护夫妻一方的债权人,或可参照《德国民事诉讼法》739条,为了夫的债权人和妻的债权人的利益,推定被配偶一方或配偶双方占有的动产属于债务人。据此,握有针对夫妻一方生效给付判决的债权人,可以申请启动针对债务人占有的夫妻共有动产的强制执行,但为夫妻另一方留有案外人执行异议之诉的救济途径。这或许可以作为限缩夫妻共同财产适用《查封冻结规定》第14条的基本思路,也即将查封、扣押、冻结的财产范围限定在夫妻分别占有和共同占有的动产。

当然,在夫妻个人债务的强制执行问题上,并非仅有债权实现这一维度,而是面临着更加复杂的价值判断与选择。立法者面对的价值判断是债权人民事权利实现和夫妻共同生活之间的平衡。不准许夫妻一方的债权人对夫妻共同财产进行强制执行,同样不失为侧重保障夫妻共同生活关系的价值选择。

责任编辑:包丁裕睿、王嘉睿

图片编辑:金今、张凌波、林嘉悦

（二）法官视点

肖峰、田源：如何认定婚姻家庭纠纷中的“家庭暴力”

2019-07-01 家事法务 家事法务

<https://mp.weixin.qq.com/s/w0w47laCtsccXQ-rA766oQ>

编者按：经法律出版社独家授权，本公号将持续推出最高法院肖峰博士、菏泽中院田源博士共同主编《婚姻家庭纠纷裁判思路与裁判规则》一书中精品文章。欢迎各位盆友转发分享、谢谢支持！

【典型案例】

当事人：原告：姚某；被告：张某。

2015年8月，张某、姚某经人介绍认识恋爱，2016年2月9日登记结婚，2016年10月10日生一女孩，取名某甲。婚后，双方感情尚可。张某从事建筑工程分包项目，随着经济条件的改善，姚某、张某的夫妻感情出现了隔阂。2016年4月至10月的派出所出警记录及武进区妇联提供的材料，表明姚某、张某因感情问题发生多次争吵，以致张某对姚某实施了一定程度的家庭暴力，双方感情出现裂痕。

原告诉称：姚某向法院提起诉讼，请求依法判决姚某、张某离婚。

被告辩称：被告张某不同意离婚。

【审理要览】

法院认为，婚姻自由是当事人享有的合法权益。姚某、张某双方在婚后经常因感情问题产生争吵，时而报警救助，从相关公安机关的出警记录反映存在一定程度的家庭暴力发生，进而分居生活，表明姚某、张某的感情已难以维系。因此，依据相关司法解释的规定，可认定姚某、张某之间夫妻感情已完全破裂。因此，对姚某起诉要求离婚，予以准许。

判决：准予原告姚某与被告张某离婚。

【裁判思路】

1. 同类案件处理要点

（1）司法实践中，应当将一般夫妻纠纷与家庭暴力进行区分，一般夫妻纠纷中也可能存在轻微暴力甚至因失手而造成较为严重的身体伤害，但其与家庭暴力有着本质的区别，大多数家庭暴力行为呈现周期性，并且不同程度地造成受害人的身体或心理伤害后果，导致受害一方因为恐惧而屈从于加害方的意愿。

（2）经审查确属家庭暴力的，在双方夫妻感情确已破裂的情况下，应当准予双方离婚。受害方提出人身安全保护令，如符合《反家庭暴力法》第29条规定条件且提供证据证明加害人有加害行为的，人民法院应当在48小时内作出人身安全保护裁定。

（3）在涉及家庭暴力的离婚案件，应从子女利益最大化的原则出发，确定由父亲或母亲一方抚养，并在一定程度上限制加害人的探望权，切断家庭暴力的代际传递。

2. 相关法律风险提示

（1）家庭暴力，是指行为人以殴打、捆绑、残害、强行限制人身自由或者其他手段，给其家庭成员的身体、精神等方面造成一定伤害后果的行为。一般夫妻纠纷，如没有使受害人产生恐惧或不以控制受害人的目的，将无法认定为家庭暴力。

（2）离婚纠纷中，家庭暴力的认定一般举证较为困难，法院一般通过伤情鉴定、报警记录、出警记录、证人证言等综合做出认定。如果没有证据

证实的，人民法院将无法做出家庭暴力的认定。

(3) 对于受害方作为原告基于该条规定向人民法院提起损害赔偿请求的，必须在离婚诉讼的同时提出。受害方作为被告的离婚诉讼案件，如果受害方不同意离婚也不基于该条规定提起损害赔偿请求的，可以在离婚后一年内就此单独提起诉讼。受害方作为被告的离婚诉讼案件，一审时受害方未基于《婚姻法》第46条规定提出损害赔偿请求，二审期间提出的，人民法院应当进行调解，调解不成的，告知当事人在离婚后一年内另行起诉。

(4) 当事人在婚姻登记机关办理离婚登记手续后，应当在办理离婚登记一年内以《婚姻法》第46条规定为由向人民法院提出损害赔偿请求。如果当事人在协议离婚时已经明确表示放弃该项请求，或者在办理离婚登记手续一年后提出的，人民法院对当事人因家庭暴力而主张的损害赔偿不予支持。

【裁判规则】

1. 法律法规

《反家庭暴力法》(2015年12月27日第十二届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议通过)

第二条本法所称家庭暴力，是指家庭成员之间以殴打、捆绑、残害、限制人身自由以及经常性谩骂、恐吓等方式实施的身体、精神等侵害行为。

第二十七条作出人身安全保护令，应当具备下列条件：

- (一) 有明确的被申请人；
- (二) 有具体的请求；
- (三) 有遭受家庭暴力或者面临家庭暴力现实危险的情形。

《婚姻法》(2001年4月28日修正)

第三十二条男女一方要求离婚的，可由有关部门进行调解或直接向人民法院提出离婚诉讼。

人民法院审理离婚案件，应当进行调解；如感

情确已破裂，调解无效，应准予离婚。

有下列情形之一的，调解无效的，应准予离婚：

- (一) 重婚或有配偶者与他人同居的；
- (二) 实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员的；
- (三) 有赌博、吸毒等恶习屡教不改的；
- (四) 因感情不和分居满二年的；
- (五) 其他导致夫妻感情破裂的情形。

一方被宣告失踪，另一方提出离婚诉讼的，应准予离婚。

第四十三条实施家庭暴力或虐待家庭成员，受害人有权提出请求，居民委员会、村民委员会以及所在单位应当予以劝阻、调解。

对正在实施的家庭暴力，受害人有权提出请求，居民委员会、村民委员会应当予以劝阻；公安机关应当予以制止。

实施家庭暴力或虐待家庭成员，受害人提出请求的，公安机关应当依照治安管理处罚的法律规定予以行政处罚。

第四十五条对重婚的，对实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员构成犯罪的，依法追究刑事责任。受害人可以依照刑事诉讼法的有关规定，向人民法院自诉；公安机关应当依法侦查，人民检察院应当依法提起公诉。

第四十六条有下列情形之一的，导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿：

- (一) 重婚的；
- (二) 有配偶者与他人同居的；
- (三) 实施家庭暴力的；
- (四) 虐待、遗弃家庭成员的。

2. 司法解释

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(一)》(法释[2001]30号)

第一条婚姻法第三条、第三十二条、第四十三条、第四十五条、第四十六条所称的“家庭暴力”，是指行为人以殴打、捆绑、残害、强行限制人身自由或者其他手段，给其家庭成员的身体、精神等方

面造成一定伤害后果的行为。持续性、经常性的家庭暴力，构成虐待。

第二十八条婚姻法第四十六条规定的“损害赔偿”，包括物质损害赔偿和精神损害赔偿。涉及精神损害赔偿的，适用最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》的有关规定。

第二十九条承担婚姻法第四十六条规定的损害赔偿责任的主体，为离婚诉讼当事人中无过错方的配偶。

人民法院判决不准离婚的案件，对于当事人基于婚姻法第四十六条提出的损害赔偿请求，不予支持。

在婚姻关系存续期间，当事人不起诉离婚而单独依据该条规定提起损害赔偿请求的，人民法院不予受理。

3. 司法解释性质文件

《最高人民法院关于充分发挥民事审判职能依法维护妇女、儿童和老年人合法权益的通知》（法[2012] 57号）

.....

二、要通过对婚姻家庭案件的审理，倡导男女平等、夫妻互相忠诚、尊老爱幼、和睦文明的社会主义婚姻家庭观。通过裁判文书，旗帜鲜明地对婚姻家庭领域中实施家庭暴力、有配偶者与其他人同居、虐待遗弃儿童、不赡养老人等损害妇女、儿童和老年人合法权益的违反法律和社会主义道德的行为，给予否定性评价，促进社会主义社会精神文明建设，弘扬良好的道德风尚。

《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》（2008年3月）

.....

第三条家庭暴力的类型

根据有关国际公约、国外立法例以及被普遍认可的学界理论研究成果，家庭暴力包括身体暴力、性暴力、精神暴力和经济控制四种类型。

1. 身体暴力是加害人通过殴打或捆绑受害人、

或限制受害人人身自由等使受害人产生恐惧的行为；

2. 性暴力是加害人强迫受害人以其感到屈辱、恐惧、抵触的方式接受性行为，或残害受害人性器官等性侵犯行为；

3. 精神暴力是加害人以侮辱、谩骂、或者不予理睬、不给治病、不肯离婚等手段对受害人进行精神折磨，使受害人产生屈辱、恐惧、无价值感等作为或不作为行为；

4. 经济控制是加害人通过对夫妻共同财产和家庭收支状况的严格控制，摧毁受害人自尊心、自信心和自我价值感，以达到控制受害人的目的。

.....

第七条一般夫妻纠纷与家庭暴力的区分

一般夫妻纠纷中也可能存在轻微暴力甚至因失手而造成较为严重的身体伤害，但其与家庭暴力有着本质的区别。家庭暴力的核心是权力和控制。加害人存在着通过暴力伤害达到目的的主观故意，大多数家庭暴力行为呈现周期性，并且不同程度地造成受害人的身体或心理伤害后果，导致受害一方因为恐惧而屈从于加害方的意愿。而夫妻纠纷不具有上述特征。

《最高人民法院第八次全国法院民事商事审判工作会议纪要（民事部分）》（征求意见稿 2015年12月）

1. 在审理婚姻家庭案件中，应注重对未成年人权益的保护，确保未成年人的身心健康成长。特别是涉及家庭暴力的离婚案件，应从子女利益最大化的原则出发，确定由父亲或母亲一方抚养，切断家庭暴力的代际传递。

4. 地方司法文件

《上海市高级人民法院关于在民事审判中实施〈中华人民共和国婚姻法〉的暂行意见》（沪高法[2001]263号）

17. 婚姻法第32条第3款第2项、第46条第3项所称“家庭暴力”，指一方对配偶或其他家庭成员实施殴打、捆绑、限制人身自由或以其他手段，

对家庭成员从身体、精神、性等方面进行伤害。摧残次数较少、程度较轻的,构成家庭暴力,严重的构成虐待。

23. 婚姻法第46条“损害赔偿”,主要是指精神损害赔偿,也包括实施其他人身伤害造成的实际损失。精神损害赔偿的数额可参照最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》(法释[2001]7号)有关规定确定。

当事人以对方有过错为由要求损害赔偿,经审查不符合婚姻法第46条规定的四种情形的,人民法院不予支持。

《广东省高级人民法院关于审理婚姻案件若干问题的指导意见》(粤高法发〔2001〕44号)

6. 在婚姻关系存续期间,当事人以配偶实施家庭暴力或虐待家庭成员为由,向人民法院提起民事诉讼,请求停止侵害的,人民法院不予受理,告知当事人依照《婚姻法》第四十三条规定找有关部门处理。

《江西省高级人民法院关于审理婚姻家庭纠纷案件适用法律若干问题的解答》(2008年8月14日江西省高级人民法院审判委员会第22次会议通过)

27. 如何理解“给家庭成员的身体造成一定伤害后果”的家庭暴力?

《婚姻法解释一》第一条对“家庭暴力”的定义作了明确规定。但对伤害后果的程度没有明确。针对行为人以殴打、捆绑、残害的方式给家庭成员的身体造成伤害的“家庭暴力”,在司法实践中可以根据法医鉴定结论来确定伤害后果,即对家庭成员的伤害达到轻微伤丙级三次以上、轻微伤乙级两次以上、轻微伤甲级一次以上的,一般可理解为构成“家庭暴力”。

【专家视点】

1. 家庭暴力和虐待,是指发生在家庭成员之间,以殴打、捆绑、残害身体、禁闭、冻饿、凌辱人格、精神恐吓、性暴虐等手段,对家庭成员从肉体上、

精神上造成伤害、摧残、折磨的行为。遗弃是指对于需要扶养的家庭成员,负有扶养义务而拒绝扶养的行为。表现为经济上不供养,生活上不照顾,使被扶养人的正常生活不能维持,甚至生命和健康得不到保障。近年来,因家庭暴力、虐待和遗弃家庭成员而导致离婚的案件增多,甚至发生毁容、残肢、杀夫杀妻等恶性案件。

人民法院处理因家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员而导致的离婚案件,应当查明夫妻及其他家庭成员之间的感情状况,实施暴力、虐待和遗弃行为的事实和情节。如平时感情不好,实施上述行为是经常的、一贯的、恶劣的,已严重伤害了夫妻感情,调解无效的,应准予离婚。如果平时感情尚好,上述行为是一时而为之且情节不严重的,应当责其改过并着重进行调解,化解纠纷。

——胡康生主编:《中华人民共和国婚姻法释义》,法律出版社2001年版。

2. 我国家暴力的构成,应当根据我国法律的规定,结合我国的实际情况进行认定。我国家暴力的构成,不同于有关国家和地区的规定。(1) 在家庭范围上,我国的家庭暴力只限于传统婚姻家庭,不包括非婚家庭;(2) 在主体上,我国家庭暴力,一部分是夫妻之间暴力,一部分是家庭成员之间的暴力;(3) 在行为模式上,我国的家庭暴力主要是肢体暴力,不包括语言暴力和冷暴力;(4) 在行为对象或客体上,我国的家庭暴力包括对身体暴力、精神损害、性暴力,不包括损毁财产;(5) 在行为性质上,我国的家庭暴力,主要是指情节严重的不对称型家庭暴力,不包括一般吵打和对称型斗殴;(6) 从立法体例上,我国区分暴力和虐待,家庭暴力不包括一般虐待行为。

——王礼仁:《婚姻诉讼前沿理论与审判实务》,人民法院出版社2009年版。

注:本文摘自最高法院肖峰法官、菏泽中院田源法官主编《婚姻家庭纠纷裁判思路与裁判规则》一书(共743页)

论协议离婚之司法实践

2019-06-26 家事法苑 重庆法院网 作者：张敏

<http://cqfy.chinacourt.gov.cn/article/detail/2019/06/id/4107965.shtml?from=singlemessage>

一、离婚的条件及在司法实践中的适用困境

在我国，结婚是自由且自愿的，即婚姻的缔结是由完全意思自主所确定的两个人的契约。虽然在现实生活中，有如“媒妁之言，父母之命”、买卖婚姻、权宜婚姻等许多违反婚姻自主的情形存在，但鉴于情感、家庭、生活等诸多方面的考量，主张婚姻无效的案例却并不多见，即便受到极为不公正的待遇，许多当事人限于自身对家庭、婚姻观念的认知，往往选择息事宁人。但是，随着财产私有化观念的日益深植于社会生活当中，特别是财产私有化与婚姻家庭共同财产之间模棱两可的权衡标准，加之现代社会追求实现自我、体现个人价值的趋势，以及当代社会对于婚姻家庭观念的重新认识与定位，婚姻关系的存在已不再成为制约或束缚婚姻当事人行为的枷锁。相反，伴随着自我认识、家庭观念及社会价值认知的不断开化，相对于缔结婚姻关系而言，解除婚姻关系成为了夫妻双方或一方及其家庭关注的重点。这虽然与传统的婚姻家庭观念存有道德观及理解层面上的冲突，但相对于婚姻关系的缔结，在一定意义上看，解除婚姻关系已经成为人们更为关注的法律关系。解除婚姻关系，不仅仅意味着夫妻双方人身关系的解除，从关系契约的层面的理解，还对包括子女抚养、财产分割、债务承担等关系的全面解除。

解除婚姻关系的方式包括协议离婚与诉讼离婚两种情形，即所谓的行政协议离婚与诉讼协议离婚。我国实行的是行政协议离婚与诉讼协议离婚并举的协议离婚体制。行政协议离婚是指夫妻双方已对解除婚姻关系达成一致意见，并就子女抚养及财产分割、债务承担等达成一致意见的，双方自愿在

行政机关解除婚姻关系并签订书面离婚协议，根据相关行政法律法的规定准予离婚的情形。诉讼协议离婚是指夫妻双方就离婚问题无法达成共识，需进入诉讼程序，并在诉讼过程对就解除婚姻关系、子女抚养、财产分割、债务承担等问题达成一致意见，或就上述问题未能达成一致意见，经法院裁判确定的情形。行政协议离婚仅能建立在夫妻双方自愿协商的基础之上，而诉讼协议离婚可以建立在夫妻双方自愿的基础之上，也可依据法律的规定强制判决之。若之夫妻双方自愿对解除婚姻关系、子女抚养、财产分割、债务承担等问题达成一致意见，仅就离婚条件而言，便无需再述。但若双方就解除婚姻关系无法达成一致意见的，则需依据法律的规定予以裁判。当然，离婚也须符合一定的条件，我国古代就有“七出三不去”的规定。关于离婚的法定要件，我国《婚姻法》第三十二条规定：男女一方要求离婚的，可由有关部门进行调解或直接向人民法院提出离婚诉讼。人民法院审理离婚案件，应当进行调解；如感情确已破裂，调解无效，应准予离婚。有下列情形之一的，调解无效的，应准予离婚：（一）重婚或有配偶者与他人同居的；（二）实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员的；（三）有赌博、吸毒等恶习屡教不改的；（四）因感情不和分居满二年的；（五）其他导致夫妻感情破裂的情形。一方被宣告失踪，另一方提出离婚诉讼的，应准予离婚。从法律所规定的条件进行理解，我国实行的是以夫妻感情破裂为标准的限制离婚制度，但由于我国实行“谁主张谁举证”的当事人主义模式，《婚姻法》第三十二条的规定不仅为当事人举证制造了困难，也为法官的裁判带来了不便。

（一）《婚姻法》第三十二条给当事人带来的困境

从当事人的角度出发，此条法律的适用困境主要存在于举证领域。

1. 针对《婚姻法》第三十二条第一款——“重婚或与他人同居的”

如果夫妻双方生活在同一地方，则举证相对容易，原告可以利用地理优势找到被告方与他人重婚或同居的证据，也可以比较容易的找出证人出庭作证，法官也便于取证，认定事实；如果夫妻双方不在同一地域，甚至相距较远时，原告方的举证则极其困难。首先，原告欲找到证据证明被告有重婚或与他人同居的情形，必须要与被告生活的环境有所接触，而由于地理的原因，这种接触的经济成本偏高，尤其是对于家庭生活条件较差的家庭或是文化程度不高的农民来说，找到被告并且找到其重婚的证据或与他人同居的证据的难度可想而知。其次，事实上的重婚和与他人同居的证据究竟包含什么样的证据种类，需要达到什么样的证明标准，作为没有法律知识的当事人来说是很难把握的，所以即使原告方找到被告，其想通过适用以上第一款来请求离婚的难度依旧很大。最后，我国在法律上和理论上对重婚的认定较为明确，但是对于同居的认定却是比较模糊的，并没有一个统一的或者说是令人信服的标准，比如说，究竟男女双方多少频率下的居住在一起才可以认定为同居？是以“月”为计算标准还是以“年”为计算标准？偶尔居住在一起的情况算不算同居？连续居住满多少天后又不居住在一起，之后可能又住在一起的又如何认定？等等，现实生活中还有很多种诸如此类的状况无法认定是否是“同居”的状态。要当事人来证明对方同居的事实无异于“天方夜谭”。

2. 针对《婚姻法》第三十二条第三款的规定——“有赌博、吸毒等恶习屡教不改的”

其中关于吸毒的举证相对容易，因为我们国家关于吸毒的法律规定较为明确具体，原告方对于被告方的吸毒的证据收集也较为容易，并且收集到的证据一般证明力较大，即使其他证据方法已经无法证明当事人吸毒的事实，还可以借助司法鉴定的手段，所以此方面在此不论。单就关于“赌博”的举证方面，首先，在中国的大环境影响下，“玩玩牌”、“打打麻将”已经是司空见惯的事情，原告方究竟要如何才能证明被告方的行为具有赌博性质？赌到什么程度才可以称之为“恶习”？是以赌资的多少来计算还是以赌博的频率来计算？这些都是不明确的，且在不同的地域对赌博的认定也有所差异，各地的公安机关关于赌博的规定都种类繁多，所以当事人很难举证证明被告方有赌博行为且为恶习。其次，关于屡教不改如何进行举证，“教”的主体是指公安机关的行政处罚还是指司法机关的量刑定罪？夫妻双方或者其近亲属的劝戒、人民调解委员会的调解是否算作“教”的形式？而教育多少次才算屡教不改？两次、三次或者更多？

3. 针对《婚姻法》第三十二条第四款——“因感情不和分居满两年的”

第一个疑问是“分居满两年”是否因为“感情不和”如何举证？中国有句古话：“家丑不可外扬”，“感情不和”通过证人来证明的证据证明力并不大，而物证和书证方面更是找不出可以证明“感情不和”的证据。分居满两年究竟是因为感情不和还是其他情况只有当事人自己最清楚，如果被告否认分居满两年是因为感情不和，原告欲证明分居就是因为感情不和的难度很大，也很难找到证明力较大的证据；尤其是当一方长期在外地的情况下，分居的原因可能就多种多样。第二个疑问是“分居满两年”当事人要如何举证？我国法律规定“分居满两年”要求是连续不断的，而当事人的分居状态是否是连续不断的往往只有当事人自己清楚，特殊情况下会有他人知道此事实的，此证人也一定是与原被告一方或双方有利害关系，有利害关系的证人提供的证言的

证明力很小,法官不会轻易采信。“分居满两年”在双方当事人不在同一地域的情况下反而变得简单,也较为容易举证;但是双方如果还生活在同一地域或同一空间内的话,当事人就很难举证证明“分居满两年”这个待证事实。

(二) 婚姻法第三十二条给法官带来的困境

从法官的角度出发,当面对必须“以事实为依据,以法律为准绳”的强制性要求与当事人急需法律的救济却又很难举证的矛盾困境时,法官的裁判就变的很纠结。如果坚持“以事实为依据,以法律为准绳”,那么原告方的证据达不到应有的证明标准,法官依据法律就要驳回原告的诉讼请求。在这种情况下,纠纷并没有得到有效解决,原告方的应有利益必然受到损害,司法救济的效果就在离婚领域无法发挥应有的作用;法律的社会作用就没有真正的显现出来。要当事人为我国法律的不精细来买单成为了法律人的悲哀。

如果法官从“自由心证”和现实情况及考虑到法律存在的问题出发,以自己的经验来裁判此几类离婚案件,社会效果达到了,法律的解决纠纷的作用也实现了,当事人的也得到了有效的救济。看来皆大欢喜,然而法官的心理却还在经受煎熬,职业状况也存在着风险。原因是我国坚持大陆法系的传统,要求法官严格适用法律;法官接受的法律职业教育也是要求要中立并严格适用法律,所以如果当事人据此来质疑或是发难于法官的裁判,法官在此时就会变成弱势群体,同样渴望救济了。此时为我国法律不精细来买单的就变成法官了,这同样是法律人的悲哀。

综上,感情破裂原则虽为我国立法所确认的认定夫妻双方是否符合法定离婚条件的原则,但其在司法实践中存在举证难与认定难的双重困境。笔者建议在对离婚法定条件进行列举的基础之上,还应当以概括的方式规定准予离婚的条件,如“夫妻双方缺乏必要的信任导致一方或双方难以继续共同生活”、“一方连续两次或以上起诉离婚,经人民法

院主持调解仍然不愿维持婚姻关系”等,一方面使得法官对于离婚条件的认定更具弹性,另一方面也可以体现离婚自由的法治理念及要求。如张某与李某系夫妻关系,双方结婚30余年,育有一子一女,二子女均已成年。2010年,张某以夫妻双方性格不和为由,向人民法院提起诉讼,要求与李某离婚,审理过程中,双方经主持调解无效。人民法院审理后认为,张某举示的证据不能证实其与李某感情确已破裂、无和好可能的事实,遂判决驳回了张某的诉讼请求。2011年,张某再次以与李某性格不和为由起诉离婚,人民法院再次以证据不足为由驳回了张某的诉讼请求。2012年,张某第三次起诉离婚,理由仍为双方性格不和,此时,如果依据《婚姻法》第三十二条的规定,张某的诉讼请求依然不能得到支持。但是,通过张某多次起诉离婚的事实,应当可以认定其主观上对于维持与李某的婚姻关系已是持否定态度,且其客观上通过多次提起离婚诉讼的方式表达了不愿与李某共同生活的意愿,而李某也应当意识到张某不愿与其保持婚姻关系的事实。如果《婚姻法》能够增加概括性的具有弹性的离婚条件规定,法官在处理类似案件的时候就不会陷于欲判而不能的尴尬境地了。

二、论协议离婚中财产分割的司法难点

(一) 诠释婚姻关系存续期间所取得财产性质

财产私有化的进程决定着人们日渐的对自己所有的财产愈发的关注。我国传统的婚姻观念强调以和为贵、不分彼此的家庭观及财产观,《婚姻法解释(三)》出台以后,对传统的婚姻财产观产生了强烈的冲击。夫妻双方对于个人财产的重视程度愈渐加深,从而导致离婚时夫妻双方对于财产属于个人所有或是共同所有往往存在很大分歧。由于我国立法上对于婚姻关系存续期间所取得财产的性质及分割方式也在不断地进行修正,而在夫妻双方对财产性质难以达成共识时,据以判断财产性质的依据最终只能由法律所确认。

关于共同财产部分,根据我国《婚姻法》等相关法律的规定,属夫妻共同所有的有以下几类:(一)工资、奖金;(二)生产、经营的收益;(三)知识产权的收益;(四)继承或赠与所得的财产,但遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产的除外;(五)其他应当归共同所有的财产;(六)由一方婚前承租、婚后用共同财产购买的房屋,房屋权属证书登记在一方名下的;(七)夫妻双方共同财产中的股票、债券、投资基金份额等有偿证券、未上市股份有限公司股份以及夫妻共同财产中以一方名义在合伙企业中的出资,夫妻以一方名义投资设立的独资企业均属夫妻共同财产范畴;(八)夫妻一方个人财产在婚后产生的收益,除孳息和自然增值外,属夫妻共同财产;(九)婚后以夫妻共同财产缴付养老保险费中婚姻关系存续期间个人实际缴付部分。

关于个人财产部分:根据我国《婚姻法》等相关法律的规定,属夫妻一方财产的有:(一)一方的婚前财产;(二)一方因身体受到伤害获得的医疗费、残疾人生活补助费等费用;(三)遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产;(四)一方专用的生活用品;(五)其他应当归一方的财产;(六)军人的伤亡保险金、伤残补助金、医药生活补助费;(七)婚后由一方父母出资为子女购买的不动产,产权登记在出资人子女名下的,为夫妻一方的个人财产。

另外,我国《婚姻法》还规定,夫妻双方可以对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有进行约定。

综上所述可以看出,我国立法上对夫妻关系存续期间取得财产的性质以共同所有为原则,以个人所有为例外,并且夫妻可以对个人财产以及共同财产的所有形式自行约定,即个人财产可以转化为共同财产,共同财产也可以转化为个人财产,共同共有可以转化为按分共有,按分共有也可以转化为共同共有。对于共同财产,夫或妻在处分上具有平等的权利,如因日常生活需要对夫妻共同财产的处理,任

何一方均有决定权。对于非因日常生活的需要对夫妻共同财产做重要的决定,夫妻双方应当平等协商,取得一致意见方可,但他人有理由相信其为夫妻双方共同意思表示的,另一方不得以不同意或不知道为由对抗善意第三人。

(二) 离婚财产分割协议的性质剖析

根据我国《婚姻法》的规定,离婚时夫妻的共同财产由双方协议处理;协议不成时,由人民法院根据财产的具体情况,按照照顾子女和女方权益的原则判决。故夫妻共同财产的分割,包括协议分割与裁判分割两种形式。

就协议离婚而言,夫妻双方对于共同财产自愿达成协商意见,体现了财产分割意思自治原则及财产分割的私法属性。对于离婚协议中的财产分割协议的性质,理论界对于存在以下三种主要观点:

1. 单一的涉及身份关系的协议

该种观点认为,离婚财产分割协议为当事人所达成的离婚协议,其性质为单一的涉及身份关系的协议,仅具有离婚之意向。故离婚财产协议在未经婚姻登记机关正式登记备案之前,应当准许夫妻双方反悔。人民法院审理此类案件,仅限于在当事人追认的情况下产生法律效力,否则应认定协议没有生效,其不应当对夫妻双方发生法律效力。故认为,未经追认的协议,不能作为人民法院处理离婚案件的根据。

2. 混合型民事合同

该种观点认为,离婚协议包括人身关系、财产关系、子女抚养关系等在内的一体化的综合约定,其性质为混合型的民事合同。离婚协议的内容包括自愿离婚、财产及债务的承担、子女的抚养等方面。其中自愿离婚是指夫妻双方自愿解除婚姻关系;财产及债务的处理是指夫妻关系存续期间的共同财产如何分割,共同债务如何分担;子女抚养指夫妻一方或双方享有抚养权,并就子女的生活、教育、

医疗等费用的分担进行约定,如有未抚养子女的,还应包括未抚养子女方探视权利的行使及保障等内容。从离婚协议的主要内容来看,其应是一种混合型的民事合同,其中关于自愿离婚和子女抚养的内容属于夫妻人身关系的性质,而财产和债务的处理则属于财产关系性质。离婚与子女抚养关系在法律性质上明显属于平等主体之间的人身财产关系约定,应当于办理离婚登记后方能发生法律效力。财产和债务的处理明显属于一般民事合同性质,自双方达成合意时就具有法律效力。

3. 附条件的民事协议

该种观点认为,在现代文明社会,尤其是在结婚与离婚均体现意思自治原则的法治国家,离婚协议中的财产分割协议的性质应该是一项民事协议,并且是附条件的民事协议。其法律支持为最高人民法院《婚姻法解释(二)》第八条、第九条的规定。离婚协议中财产分割协议或条款不论是否与离婚本身处于同一协议亦或是单独存在的,其均包含了“如果离婚或如果一方提起离婚诉讼,则按以下方式处理财产”的前提。所以离婚协议是附生效条件的协议,应自条件成就时生效。在协议离婚时,这种附生效条件协议的生效成就时间点是取得离婚证之日。虽其为身份关系的变动协议,且协议离婚以双方合意为前提,但核心却是婚姻登记机关对离婚合意的确认。由于离婚财产分割协议是附生效条件的协议,所以在其生效问题上,应排除适用《合同法》第四十四条的规定,而应参照适用该法第四十五条的规定,在夫妻双方协议离婚后方能生效。

笔者认为,上述观点均有值得商榷之处。对于单一的涉及身份关系的协议的观点而言,其对离婚财产分割协议的性质理解过于片面,将婚姻关系的解除解释为财产分割协议的生效要件,强制性地把当事人意志之外的因素加于当事人意思之中,可能导致对当事人意思自治的错误干预。混合型民事合同的观点忽略了离婚协议的目的,虽然我国《婚姻法》规定夫妻双方可以约定婚姻关系存续期间所得

的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有,但是当事人在离婚协议中对于财产的分割协议并非仅仅基于对财产的归属问题进行约定这一个层面的考量,其还包括了对于婚姻关系的解除及子女抚养、债务承担等方面问题的全面综合权衡。附生效条件民事协议的观点虽然对财产分割协议的性质进行了较为准确的定义,但该种观点未涉及对于财产分割协议中存在受益人时的性质认定,如财产分割协议中夫妻双方自愿将财产分割给子女、父母或他人时,涉及受益人部分的约定是否还属于简单的附条件的民事协议。

笔者拟通过对一则司法案例的分析,简要阐述对财产分割协议性质的认识。

张芬芳与王大雷原系夫妻,二人婚后生育一子,取名王小明。2005年5月,张芬芳与王大雷取得位于重庆市某县某某镇住宅及非住宅各一套。因住宅与非住宅均在同一幢楼,故两处不动产登记在同一房地所有权证上,所有权证载明的权利人为张芬芳与王大雷。2007年9月20日,张芬芳与王大雷协议离婚,并签订《自愿离婚协议书》,对于子女抚养问题,双方约定:“儿子王小明由王大雷抚养,生活费每月500元由张芬芳支付,直到儿子18周岁,其他费用由王大雷承担”;对于财产分割问题,双方约定“现有门面一个,在某某镇政府对面,所有权属张芬芳;有住房一套,在某某镇政府对面,所有权属王小明;有住房一套,在重庆市某县兴隆街170号2单元7-1,所有权属张芬芳;无其他夫妻共同债务”。协议离婚后,张芬芳与王大雷没有对位于重庆市某县某某镇的住宅及非住宅进行产权变更登记。2008年5月7日,张芬芳与王大雷复婚,同年8月26日,双方再次协议离婚,并签订《自愿离婚协议书》,对子女抚养问题,双方约定“王小明由王大雷抚养,生活费每月200元由张芬芳承担,直至王小明18周岁,学杂费由王大雷承担,医疗费由王大雷和张芬芳各承担一半”;对于财产分割问题,双方约定“在某某镇政府对面的住宅及非住宅房屋各一套的产权属王大雷和王小

明所有,在重庆市某县某某镇兴隆街170号2单元7-1房屋的产权属张芬芳所有;有债务两万元由王大雷承担”。协议离婚后,双方仍未对位于某某镇的住宅及非住宅进行产权变更登记。王大雷将住宅及非住宅分别进行了出租,并独自收取租金。后因王大雷不履行对王小明的抚养义务,张芬芳向人民法院起诉,要求变更王小明的抚养权并由王大雷承担王小明的生活、教育、医疗等费用。人民法院经审理后判令:王小明随张芬芳生活,王大雷按月给付王小明的生活费500元,并承担王小明教育、医疗费用的一半。判决作出后,张芬芳与王大雷均未提起上诉。2012年3月,张芬芳、王小明同时向人民法院起诉,张芬芳认为,其与王大雷第一次离婚时已约定位于某某镇政府对面的门面归其所有,虽双方后又复婚,但该门面应系原告的婚前财产,其第二次协议离婚时约定将门面及住房归被告及其子王小明所有系对被告的赠与,因王大雷没有履行抚养王小明的义务,其行为严重侵害了赠与人的近亲属,故要求撤销其与王大雷第二次离婚时赠与王大雷的位于某某镇政府对面的门面;王小明认为,张芬芳与王大雷已约定位于某某镇政府对面的住房归其所有,但该住房仍由王大雷代管,因其系张芬芳与王大雷之子,双方对其的赠与具有道德义务,不可撤销,现张芬芳同意按第一次离婚协议的约定将住房过户至其名下,故要求王大雷将房屋过户至其名下。

人民法院审理后认为,张芬芳与王大雷曾系夫妻关系,位于某县某某镇住宅及非住宅各一套系张芬芳与王大雷共同财产。张芬芳与王大雷于2007年协议离婚时对子女抚养及家庭财产予以了处理,双方约定位于某县某某镇的住房归王小明所有,门面归张芬芳所有。2008年5月7日双方复婚,又于同年8月26日协议离婚时,双方再次对子女抚养及家庭财产的处理重新进行了约定,位于某县某某镇的住房及门面归王小明、王大雷共同所有。离婚协议中关于财产分割的条款或者当事人因离婚就财产分割达成的协议,对男女双方具有法律约束

力。张芬芳与王大雷第一次协议离婚后又复婚,后又再次协议离婚,双方两次协议离婚时均共同对财产的分割进行了约定,且第二次协议离婚时对位于某某镇政府对面的房屋及门面的分割进行了新的约定,该行为构成对第一次处分行为的变更,双方意思表示真实,该行为合法有效。张芬芳与王大雷因离婚对财产所进行的分割是夫妻双方基于各自真实意思表示就财产进行的处分,该行为并非赠与性质。因张芬芳与王雷协议离婚已超过一年,且在订立离婚协议时不存在欺诈、胁迫等情形,故判决驳回了原告张芬芳的诉讼请求。张芬芳与王大雷第一次协议离婚时将位于某某镇政府对面的房屋给予王小明的行为系属对王小明的赠与,因张芬芳与王大雷第一次离婚后未将房屋产权进行变更登记至王小明名下,双方第二次离婚时已对房屋重新进行了处分,其行为构成对赠与财产的变更,但仍未办理过户登记,该赠与行为尚未完成,且不具备不可撤销的法定要件,王小明要求将位于某某镇政府对面的房屋过户至其名下的诉讼请求不能成立,故判决驳回了王小明的诉讼请求。

本案是典型的协议离婚案件,原告张芬芳与被告王大雷自愿协议离婚,并就家庭财产及子女抚养等问题达成了一致意见。但由于张芬芳与王大雷离婚后又复婚,然后又离婚,两次离婚均为协议离婚,且均对家庭财产进行了约定,两次财产分割协议所约定的内容并不相同。该案的焦点问题在于财产分割协议的性质及撤销条件的认定,现分别论述之。

(三) 财产分割协议的效力分析

要认定财产分割协议的性质,应根据其涉及对象的不同加以区分。

1. 对于分割协议受益人的效力

结合上述案例,根据张芬芳与王大雷第一次离婚协议中的财产分割协议的约定,位于某某镇政府对面的门面所有权属张芬芳所有;位于某某镇政府对面的住房所有权属王小明;位于重庆市某县兴隆

街170号2单元7-1的住房所有权属张芬芳。根据张芬芳与王大雷第二次离婚协议中的财产分割协议的约定,位于某某镇政府对面的门面及住房的所有权属王大雷及王小明所有;位于重庆市某县兴隆街170号2单元7-1的住房所有权属张芬芳。两次协议离婚时均对位于某某镇政府对面的门面、住房及位于重庆市某县的住房等财产进行了分割,且王小明均系财产分割协议的受益者。但由于第二次协议离婚时对位于某某镇政府对面的门面及住房的分割约定与第一次协议离婚时并不相同,进而引发诉争。因张芬芳与王大雷已办理离婚登记,双方的身份关系已经解除,无论是双方第一次协议离婚时还是第二次协议离婚时,双方对于财产分割的约定应当在取得离婚证时发生效力。仅就案例中争议的不动产而言,因财产分割协议对夫妻双方具有约束力,根据双方约定,张芬芳在与王大雷第一次协议离婚时门面所有权应归其所有,住房所有权属王小明。但是,由于双方并未对约定的不动产进行变更登记,根据我国《物权法》的规定,不动产物权的设立、变更、转让或消灭应依法登记,否则不能发生法律效力,故张芬芳此时仅取得对门面所有权的请求权,并非当然取得门面的所有权。王小明系财产分割协议的受益人,从形式上看,张芬芳、王大雷自愿将其财产无偿地给予王小明,王小明予以接受,上述行为符合赠与合同的要件。从主体上看,王小明并非分割协议相对方,仅为分割财产的受益人,其对于财产分割无提出主张的权利。故而张芬芳与王大雷将房屋给予王小明的行为构成对王小明的赠与。推而广之,笔者认为离婚协议中的财产分割涉及对受益人财产给予的约定应认定为赠与合同性质。

关于该赠与合同是否具有道德义务性质的问题,笔者认为答案是否定的。道德义务是指社会成员依据社会道德规范,自愿对他人、社会所承担的道德责任,不履行道德义务的,可能受到社会的否定评价,但不会受到法律的制裁。本案赠与合同不具有道德义务性质有两方面理由。首先,通说认为,

赠与合同系实践合同,即除当事人意思表示一致外,还须交付标的物方能成立。我国《合同法》第一百八十六条第二款规定了不可随意撤销赠与合同的情形,即具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质或者经过公证的赠与合同,具有道德义务性质的赠与合同属诺成性合同,除具备法律规定的要件外,一经成立,当事人不得随意撤销。虽然我国《合同法》未一一列举道德义务的范畴,但从法律规定上看,救灾、扶贫等行为并非法律规定的公民义务,而是依靠公民自身的道德品质与道德修养所自愿履行的道义上的义务。道德义务的履行对社会道德风气产生正向的积极作用,如见义勇为、尊老爱幼等。不履行道德义务不会带来违法的后果,因此不会受到法律的制裁,但因其不符合人们的道德观念,可能导致社会的负面或否定评价。其次,基于身份关系的赠与并非道德义务。身份关系是指基于血缘、婚姻、法律拟制而产生的,由法律所确认并受法律调整的人与人之间的社会关系。其优先性在《继承法》等调整身份关系的法律部门中有所体现。赠与行为系民事合同行为,受《合同法》调整,赠与的对象包括自然人、法人、其他组织以及国家等民事主体。民事合同行为具有自由性,如王大雷可选择将其财产赠与任何民事主体,同时,民事主体又具有平等性,即王小明不能基于其与王大雷的身份关系,主张王大雷对其的赠与行为之效力优先于对其他主体的赠与之效力。故而笔者认为王大雷对王小明的赠与不具有道德义务性质,属于实践合同,在赠与房屋进行物权登记前,王小明不能基于该合同向王大雷主张权利。故财产分割协议对其受益人产生《合同法》上的约束力。

2. 对于分割协议相对人的效力

张芬芳与王大雷系财产分割协议的相对人,双方第一次协议离婚时自愿对夫妻共同财产进行了处分,该行为符合法律规定,且无争议,故本文重点讨论双方第二次离婚时的财产分割协议。前文已述,张芬芳与王大雷第一次协议离婚后,张芬芳仅

获得对门面的请求权，复婚后，双方的身份关系恢复，但根据私有财产的保护原则，身份关系的恢复并不导致财产关系的恢复，其对门面的请求权仍然没有消灭。然而，在第二次协议离婚时，张芬芳与王大雷对门面及住房的分割进行了新的约定，该行为应当视为对请求权的放弃，因房屋产权证并未进行变更登记，张芬芳与王大雷仍为房屋所有权人，二人的行为在形式上构成了对财产处分的变更。且该行为发生时双方婚姻关系尚未解除，根据夫妻双方可以对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有进行约定的规定，婚前财产并非不可纳入夫妻财产进行分割，最高人民法院《婚姻法解释（二）》第八条规定，因离婚所达成的财产分割协议及财产分割条款对男女双方具有约束力，此条文亦未限制协议分割财产的性质，故该协议合法有效，对双方具有约束力。换言之，即便假定张芬芳与王大雷在第一次协议离婚后对门面进行了产权变更登记，但是基于双方第二次离婚协议，王大雷得以向张芬芳进行主张，除非张芬芳具有合法的撤销或变更该协议的抗辩理由，否则将按协议约定履行义务。故财产分割协议对其相对人产生《婚姻法》上的约束力。

有观点认为少分得财产一方系将其应分得的部分赠与给另一方，系赠与人，多获得财产方接受赠与，系受赠人，故财产分割协议也应为赠与合同性质。笔者认为，男女双方对于分割财产的比例或多少系自愿处分，不能简单的认定为赠与。首先，一方对夫妻共同财产的部分放弃必然导致另一方取得更多的共同财产，而放弃分割的份额不能视为赠与；其次，一方将婚前财产给予另一方可能基于其对对方的补偿、对子女照顾的意愿或实现离婚之目的等多种因素，不能简单的以赠与概论之。

综上所述，财产分割协议的性质包括以下两个方面：对于其相对人而言，为附生效条件的民事协议；对于其受益人而言，为附生效条件的合同。其中，对于相对方的生效条件为离婚登记的确认；对

于受益人，除了满足相对方离婚登记的确认之外，还应符合《合同法》上规定的生效条件。

（四）财产分割协议的变更及撤销

根据财产分割协议的性质，其变更及撤销的条件也应分别予以对待。

对于财产分割协议的相对方而言，应适用《婚姻法》的规定，即在离婚后一年内提起，且在订立协议时存在欺诈、胁迫等情形的，方可依法予以撤销。本案中，张芬芳以王大雷不履行对王小明的抚养义务为由，要求撤销第二次离婚协议中的财产分割协议，显然不符合法律规定，人民法院不应予以支持。

对于财产分割协议的受益人而言，应适用《合同法》的规定，即出现重大误解、显失公平、赠与物的权利转移前、对财产协议相对人或其近亲属严重侵害、对财产协议相对人有扶养义务而不履行、不履行协议约定义务等情形之一的，财产协议相对人有权撤销。行使撤销权的时间为在财产协议相对人知道或应当知道撤销原因之日起一年内。

关于行使撤销权的时间是否受二十年最长权益保护时效的限制，存在两种观点，第一种观点认为，行使撤销权的目的在于对已发生法律效力民事行为的否定，故而应当在被撤销行为发生之日起进行计算，如果超过了二十年的最长保护时效，则不应予以保护。第二种观点认为，根据《民法通则》第一百三十七条的规定，从当事人的权利被侵犯之日起超过二十年的，人民法院不予保护。当事人的权利被侵犯的时间点是确定的，不能以其不知道或不应当知道为理由予以对抗，而且当事人主观上的认知往往难以查明，如果撤销事由已经发生并超过二十年的，法律上不应再予保护。笔者赞同第二种观点，我国法律所确认的二十年的最长保护时效所确认的是当事人的权利被侵犯这一事实的发生，时效计算起始点为权利被侵犯之日，而当事人权益被侵犯应当以其知道或应当知道为前提。试举一例：

黄某某与曾某某系夫妻关系，双方生有一子黄小某，由于感情不和，黄某某与曾某某在婚姻登记机关协议办理了离婚登记，双方约定，黄小某随黄某某生活，由曾某某按月给付抚养费若干；夫妻共同所有的房屋一套赠与黄小某。协议离婚后，黄某某与曾某某将房屋过户至黄小某名下。由于黄、曾二人离婚后黄小某随黄某某生活，且曾某某未按约定给付黄小某抚养费，黄小某对曾某某存在反感情绪。25年后，曾某某丧失劳动能力，且无其他生活来源，故要求黄小某履行对自己的扶养义务，黄小某以曾某某未尽到对自己的扶养义务为由，对曾某某的要求不予理睬，并采取客意不与曾某某联系的方式进行逃避。曾某某遂以黄小某不履行扶养义务为由向人民法院提起诉讼，要求撤销对黄小某的赠与。黄小某认为曾某某起诉撤销赠与已超过二十年的民事权益保护时效，人民法院应当驳回曾某某的诉讼请求。一审法院认为，黄小某作为受赠人，其具有对赠与人曾某某的扶养义务而不履行，虽该赠与行为已完成具发生法律效力，但根据《合同法》第一百九十二条的规定，本案的赠与合同符合撤销要件，应予撤销。曾某某提出主张系在其需要扶养，且黄小某具有扶养能力而又不履行之时，即曾某某知道其权利被侵犯之日一年内提出，撤销权尚未消灭，其诉讼请求应受法律保护。遂判令撤销了曾某某对黄小某的赠与。黄小某不服，提出上诉，二审法院驳回了黄小某的上诉，维持了一审判决。

故而，撤销事由的出现是客观的，并不以当事人意志为转移，且当事人察知撤销事由的出现则存在主观认识的差异，如果当事人无法查知其权益被侵犯的事实，则无法对自己的权益进行救济，撤销权行使的时效保护应以当事人知道或应当知道其权利受到侵犯之日起计算，而不能以被撤销的行为生效之日起计算。另外，根据我国《合同法》第五十八条的规定，可撤销的合同包括以下两类：一、因重大误解订立的合同；二、在订立合同时显失公平的。一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同。很显然，

《婚姻法》所规定的对于财产分割协议的变更或撤销条件符合显失公平的情形，因重大误解所订立的财产分割协议是否可要求撤销？笔者认为财产分割协议的订立作为一种民事行为，在《婚姻法》没有明确规定的情况下，应当参照《民法通则》、《合同法》等相关民事法律的规定予以认定，故而在订立合同时存在重大误解的，应当可以据此向人民法院主张撤销。

（五）判决分割之局限分析

我国《婚姻法》规定，夫妻双方就财产问题不能达成一致协商意见时，由人民法院根据财产情况，按照照顾子女和女方权益的原则进行判决。判决分割与协议分割存在以下几点差异。

1. 判决分割的效力强于协议分割

根据最高人民法院《婚姻法解释（二）》第九条的规定，男女双方协议离婚后一年内就财产分割问题反悔，请求变更或者撤销财产分割协议的，人民法院应当受理。夫妻双方即便已对财产分割达成一致意见，但在协议离婚后一年内，男方或女方仍有权反悔，要求重新对夫妻共同财产进行分割或对原财产分割协议进行调整。对于已订立的财产分割协议的反悔包含两个要件，第一是反悔的时间要件，必须是在协议离婚后一年内，即反悔不仅需要在协议离婚后提出，而且需要在离婚后一年内提出。笔者认为，此处所指的一年内应理解为除斥期间，其不适用诉讼时效的中止、中断或者延长。第二是反悔的内容要件，夫或妻一方可以要求撤销已订立的财产分割协议，也可以要求变更已订立的财产分割协议。若夫妻双方虽就财产问题达成了分割协议，但一方在订立财产分割协议时存在欺诈、胁迫等情况时，另一方在协议离婚后一年内反悔并向人民法院提起诉讼的，人民法院应当根据当事人的请求变更或撤销双方签订的财产分割协议。

2. 判决分割仅能处分夫妻共同财产

人民法院对财产进行判决时,仅能就夫妻共同财产进行处分,对于夫妻的婚前个人财产,除非双方当事人同意,人民法院无权进行处分,这体现了对公民私有财产的保护原则。对于夫妻共同财产的分配原则,实务中通常采取均等分割的方式,但是这样的分割难以体现对女方照顾的原则。而协议分割不仅可以处分夫妻共同财产,也可对夫妻的个人财产予以处分,且双方可以协议由一方全部或大部分享有夫妻共同财产,另一方不享有或享有少部分夫妻共同财产,在体现婚姻自治的同时,也有利于对女方及子女的照顾。

综上,判决分割的效力虽然强于协议分割,但是由于判决分割只能以我国法律的规定为前提,仅能对夫妻双方共同财产予以处分,在附条件的协议离婚案件中,判决分割的局限性便显现出来。如例:熊某与钱某系夫妻关系,双方在婚姻关系存续期间内约定,如果双方离婚,则钱某所有的婚前财产的一半归熊某所有,夫妻共同财产由熊某享有60%、钱某享有40%。协议签订一年后,双方离婚,离婚时未对财产分割另行进行约定。办理离婚登记后,钱某主张熊某通过财产分割协议取得的其婚前财产比例过大,要求人民法院对于其婚前财产按照钱某70%、熊某30%的比例分割。对于此类案件,人民法院仅有两种裁判选择,一、如双方订立财产协议时存在可撤销的情形时,且具备撤销要件时,撤销双方签订的财产分割协议,并就夫妻共同财产进行分割;二、如双方订立的财产协议不存在可撤销的情形时,则只能驳回钱某的诉讼请求。当然,如果当事人同意在人民法院的主持下进行调解,双方仍然可对婚前财产进行重新约定,否则,仅就判决的效果而言将很难达到平衡双方当事人权益的目的。

三、子女抚养在协议离婚司法实践中的难点分析

社会生活水平的提高、成员素质的增加、价值观念的变化等因素的结合,使人们对于子女的抚养

越来越重视。许多父母不惜牺牲自己的工作、生活条件来为子女创造一个良好的生活、教育环境,加之我国实行计划生育政策,多数家庭仅有一个子女,父母对其子女或祖父母、外祖父母对其孙子女、外孙子女格外的疼爱,他们无法适应小孩与其分开生活,也不会同意小孩与其分开。但是,婚姻关系的解除,意味着小孩不可能再与父母双方共同生活,这就势必导致子女仅能随父或母一方生活,而未与子女生活一方则需支付子女的生活、教育、医疗等抚养费用。

(一) 子女直接抚养权人的确定

根据我国《婚姻法》第三十六条的规定,父母与子女之间的关系,不因父母离婚而消除,离婚后,子女无论由父或母抚养,仍是父母双方的子女。离婚只能消除夫妻之间的人身关系,不会对父母子女的身份关系产生影响。从这个角度上说,父母双方仍对子女具有抚养的权利和义务。但是,由于父母离婚后绝大多数都是各自生活,抚养子女的方式也会从双方直接共同抚养转变为一方直接抚养,另一方支付抚养费。关于子女的直接抚养人的确定,根据《婚姻法》的规定,哺乳期内的子女,以随哺乳的母亲抚养为原则。哺乳期后的子女,如双方因抚养问题发生争执不能达成协议时,由人民法院根据子女的权益和双方的具体情况判决。司法实践中,对于哺乳期内的子女由母亲直接抚养并无大的争议。争议较大情况的在于对两周岁以上子女的直接抚养人在父母双方无法达成协商意见的情况下如何进行确定。其具体表现在两个方面。第一,父母双方均要求直接抚养子女。有观点认为,根据最高人民法院《子女抚养意见》的相关规定,确定子女直接抚养人存在绝对优先条件与相对优先条件之分,具有绝对优先条件的,当然就有直接抚养权,具有相对优先条件的,仅在父母直接抚养子女的条件基本相同,且父母双方均要求子女与其共同生活时适用。笔者认为,即使符合《子女抚养意见》第3条、第4条所规定的情形,也仅为可以优先考

虑,并非具有绝对优先与相对优先之分。确认子女直接抚养权人,除了要考虑父母、祖父母、外祖父母等的感情因素外,更重要的还是要从有利于子女身心健康,保障子女的合法权益角度出发予以考虑。故首先应着重从直接抚养人的抚养能力、抚养条件等方面予以考量。第二,父母双方均拒绝直接抚养子女。如夫妻双方均拒绝抚养子女的,根据《子女抚养》意见第二十条的规定,可先行裁定由一方暂时直接抚养,但是该规定仅仅从保障离婚诉讼顺利进行的角度予以了考量,而并没有从实质上进行解决,如父母双方既无劳动能力又没有生活来源的,或父母双方因为逃避计划生育政策生育较多子女,任何一方的抚养能力均无法独自抚养半数子女的,人民法院只能面临作出牺牲子女利益或不准予当事人离婚的判决意见的尴尬境地。故而笔者建议,应当在建立健全对未成年人相关民政保障制度的基础上,在《婚姻法》中引入父母双方无抚养能力的情况下,直接抚养权人由民政部门担任的规定。

(二) 抚养费用的确定及其合理性讨论

抚养费指未与子女生活一方应当向子女支付的生活、教育、医疗等费用,其既是对子女合法权益的保障,也是父母履行抚养义务的体现。抚养费费用的确定原则为,有固定收入的,一般可按其月总收入的20%-30%的比例确定;无固定收入的,可参照上述比例,根据其当年总收入或同行业的平均收入确定;有特殊情况的,可适当提高或降低上述比例。司法实践中,越来越多的直接抚养权人要求另一方支付子女固定的生活费用,另外支付教育、医疗等费用各承担一半,人民法院通常对于直接抚养人的诉讼请求都会予以支持。

教育费、医疗费等费用的支出是否存在合理性与必要性的问题,在司法实践中值得讨论。众所周知,根据教育及医疗条件的不同,不同的教育或医疗机构所收取的费用存在较大差异。比如教育方面,重点学校与普通学校之间无论是在硬件设施还是在师资力量等方面皆不可同日而语,而重点学校的

入学门槛越来越高,对于不符合其入学条件的学生而言,必须交纳一定的择校费用后,方有机会就读。择校费用是否具有教育开支的必要性或合理性,未与子女生活一方是否应向直接抚养一方支付择校费用的一半?笔者认为,择校费虽系为子女教育所产生的支出,且也能换取就读相关学校的资格,但并非必要的教育费用。子女不能就读重点学校的,仍然有机会就读普通学校,该项费用支出与否,并不导致子女受教育权利的丧失。且夫妻双方离婚后,仍然享有对子女抚养的权利,直接抚养子女一方或未与子女生活一方对于子女的教育、医疗等问题仍应进行协商,否则,单方作出的决定将会缺乏合理性,故而在未取得另一方同意时,择校费用不具有必要性与合理性,其不能作为教育费用予以主张,人民法院对相关费用也不应予以支持。

另外在司法实践中,协议离婚时往往存在一次性的抚养费约定,即父母双方并不约定每月支付的抚养费数额,而是对于子女的抚养费数额进行一次性约定,如离婚时夫妻双方约定:子女的抚养费由未与子女生活一方一次性支付10万元,另一方不得再行向直接抚养子女方主张抚养费。这样的约定看似减少了夫妻双方离婚后的纠缠,但在司法实践中却存在以下问题:其一,如约定的抚养费在子女成年之前便已用尽,子女是否有权要求未随其生活一方再行给付;其二,如约定的抚养费在子女成年之后尚有剩余,未随子女生活一方是否有权主张返还。笔者认为,不违反法律规定的民事行为即具有效力,从权利义务的角度上看,抚养子女系父母的法定权利和义务,双方自愿对自身权利义务进行约定的行为符合法律规定,且根据最高人民法院《子女抚养意见》第八条的规定,有条件的可一次性给付抚养费。可以看出,一次性抚养费约定具有合法性依据,也具有可操作性依据。但是,对于抚养费用的约定不仅局限于对父母的权利义务约束,同时也涉及到子女的权益保护。若在子女成长过程中出现疾病、灾害等重大情况,导致原约定的抚养费不足以保障子女的成长时,父母双方对于抚养

费用的约定侵害了子女的权益,子女有权要求未直接抚养一方再行给付抚养费。同理,支付抚养费的目的是为了保障子女的健康成长,子女在成年或独立生活后,该项费用已没有产生的必要,故支付抚养费一方有权主张返还。

四、结语

我国《婚姻法》确立了以夫妻双方自愿为前提,并在自愿的基础上就解除婚姻关系、子女抚养、财产分割、债务承担等方面达成一致的协议离婚体制,反映了对婚姻当事人双方意思自治的尊重及对婚姻当事人主体平等保护的法治精神。协议离婚制在

为婚姻双方当事人带来便捷、高效、和平分手等便宜的同时,也存在易造成轻率离婚、意气离婚,危害未成年子女利益等缺点。故而笔者建议可以采取对离婚登记的条件进行必要限制的方式,防止登记离婚过于简便而产生的弊端。在司法实践中,对于离婚协议,尤其是财产分割协议的处理,一定要在认清其性质的基础之上作出,否则不仅不能保护婚姻当事人的合法权益,还可能使当事人之间产生更为严重的矛盾。

来源:南岸法院

离婚诉讼中对分居期间产生的子女抚养费的认定 ——市三中院判决谷某某诉徐某某离婚纠纷案

2019-06-28 重庆法院网 作者:张景卫

<http://cqfy.chinacourt.gov.cn/article/detail/2019/06/id/4125149.shtml?from=singlemessage>

裁判要旨

离婚诉讼不同于其他诉讼,离婚诉讼一般应一次性将婚姻关系、子女抚养关系、财产关系一并处理完结。夫妻长期分居而一方未对子女进行照顾、养育,也未支付抚养费用的,离婚时,单独抚养子女一方请求人民法院判决另一方支付已经产生的子女抚养费、医疗费,应予支持。

【案情】

2003年12月,谷某某与徐某某在外务工时相识,后同居生活。2013年2月4日,双方登记结婚。同居生活期间,生育长女徐小某、次女徐小小。2013年12月,因夫妻感情纠纷,谷某某离家出走,与徐某某分居至诉讼时。期间,谷某某未与徐某某联系,未与女儿见面,未对女儿履行支付抚养费、照顾等抚养义务。分居期间,次女徐小小因骨折住院治疗花费医疗费25728.7元。2018年5月,谷某某向一审法院起诉离婚,并同时请求由其直接抚

养次女徐小小,由徐某某直接抚养长女徐小某,双方互不给付抚养费。徐某某同意离婚,但要求抚养两个女儿,并要求谷某某每月支付生活费1000元,教育费、医疗费凭票据均担。同时,徐某某要求谷某某支付从2013年12月至本案成讼期间两个女儿生活费54000元,以及徐小小骨折住院医疗费的一半。

【裁判】

重庆市丰都县人民法院审理后认为,谷某某与徐某某均同意离婚,应确认双方夫妻感情确已破裂,对于谷某某请求判决双方离婚的诉讼请求予以支持。两个女儿宜由徐某某方直接抚养,谷某某支付抚养费每人每月400元。同时,谷某某自其离家出走至今已逾四年,未对子女履行抚养义务,期间,徐某某承担了全部抚养责任,因徐某某未提供证据证明其支付的具体数额,综合考虑实际情况,酌定由谷某某补偿徐某某20000元。对于徐小小住院期

间产生的医疗费由谷某某承担一半 12864.35 元。一审法院据此作出判决。

一审判决作出后,谷某某上诉至重庆市第三中级人民法院。市中法院审理后判决驳回上诉,维持原判。

【评析】

笔者认为,应支持离婚诉讼中一方要求对方支付分居期间已经产生的子女抚养费、医疗费,理由如下:

1. 法律未禁止离婚时一方要求对方支付分居期间已经产生的子女抚养费、医疗费。根据本案查明的事实,谷某某在 2013 年离家后未再与徐某某及子女共同生活,也未采取支付抚养费等方式对未成年子女尽抚养义务。婚姻法第二十一条规定,“父母对子女有抚养教育的义务;子女对父母有赡养扶助的义务。父母不履行抚养义务时,未成年的或不能独立生活的子女,有要求父母给付抚养费的权利。”而《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(三)》第三条也规定,“婚姻关系存续期间,父母双方或者一方拒不履行抚养子女义务,未成年或者不能独立生活的子女请求支付抚养费的,人民法院应予支持。”前述法律及司法解释均规定,即使在婚姻关系存续期间分居的,离开抚养权利人的一方仍应尽抚养义务,支付抚养费。但该条规定主要用于规范夫妻婚姻存续期间抚养权利人向抚养义务人追索抚养费问题。对于已经发生的分居期间的抚养费,与抚养权利人共同生活的一方已经支付,支付后请求不与抚养权利人共同生活的另一抚养义务人向其支付应由其分担的抚养费的,法律并无禁止性规定。

2. 判决支付分居期间已经产生的子女抚养费、医疗费可以平衡婚姻关系中夫妻双方当事人的利益。在谷某某与徐某某双方分居期间,谷某某未联系其女儿,也未支付过生活费等费用,两个女儿由徐某某独自抚养,并独自承担生活开支。这种情况

持续至一审成讼,已逾四年。夫妻双方对子女抚养所尽的义务是失衡的,且子女的抚养费、医疗费等已经产生并由徐某某独自承担了。在离婚诉讼中,一揽子解决双方分居期间产生的子女抚养费、医疗费,对当事人而言更加公平。同时,判决支付分居期间已经产生的子女抚养费等费用也有利于增加父母对未成年子女尽抚养义务上的责任感,并产生示范效应,增强分居期间不与子女共同生活的父母与子女之间的联系,一定程度上满足未成年子女对未对其直接抚养的父亲或母亲的情感需求。

3. 相对宽裕的经济来源有利于提高抚养权利人的生活条件,对其成长也更为有利。徐某某平时靠打工谋生,其家庭经济条件较差。仅靠徐某某一人尚不足以为两个未成年女儿提供较好的经济条件和生活环境,一审判决根据双方当事人实际情况,判决谷某某补偿徐某某夫妻分居期间两个女儿的抚养费 20000 元,每人每月费用平均仅为 208 元,金额较为合理,并不显著增加谷某某的支付负担。同时,对次女徐小小于双方分居期间产生的医疗费,本也应由夫妻共同分担,现已由徐某某独自一人承担。所以,一审判决由谷某某承担医疗费的一半即 12864.35 元,公平合理。

4. 从功能主义角度出发,一并处理分居期间产生的抚养费可以减轻当事人诉累。根据本案的实际情况,在人民法院已经确定由徐某某来直接抚养未成年子女的情况下,如果驳回徐某某对该项抚养费的诉求,徐某某作为法定代理人,以两个未成年子女的名义起诉谷某某支付分居期间的抚养费,人民法院则会予以支持,但是这一方面会徒增当事人诉累,另一方面再次起诉会让已经破损的家庭关系、亲子关系更加雪上加霜,影响未成年子女与其生母的感情,而一并处理则可以避免以上弊端。

来源:市三中全会

审判琐记：那些走进家事法庭的孩子

原创：2019-07-05 红发橙子 红发橙子

<https://mp.weixin.qq.com/s/BiHSaekcVK9PHHcyzMOMQA>

每年都会有一些孩子走进家事法庭，这些孩子可以分两类，一类是来参观的，听听法官叔叔或阿姨的讲解，看看法庭是什么样子的，当然最受欢迎的还是 cosplay 环节，穿上法袍敲敲法槌，脸上洋溢着新奇又满足的笑容。



另一类则没这么快乐，他们进入法庭是因为父母离婚，不能就离婚后子女抚养问题达成一致，孩子又年满十周岁，家事法官需要征询孩子的意见，《民法总则》施行后，很多法院把标准放宽到了八周岁。橙子作为家事法官，每年都会和这样的孩子打交道，今天聊几个印象深刻的孩子吧。

一个离婚案件，原、被告分居了很长时间，孩子随母亲共同生活，后来孩子一个人去东北一家寄宿制学校就读，好像是学舞蹈。当时我仔细打量了这个男孩，个子很高，皮肤很白，但是言谈举止中散发着孤独抑郁的气息。突然间让我对他产生了很深的同情，这么小就父母分居，又是一个人去外乡求学，应该很不容易吧。我先说了一些安慰的话，让他不要紧张，随后询问了他的意见，他不出意外的表示愿意和母亲共同生活。询问完我又和他聊了

聊，告诉他父母离婚只是大人间出现了问题，不代表他们不再爱你了。他没说话，只是点了点头，最后我问还需要我做什么吗？他想了一会，说法官您能见到我父亲吗？我说能，他说您替我问问他，为什么这么长时间都不来看我？他是不是把我忘了。橙子听了真的感觉有点心酸，保证说我一定替你问问他。后来再次开庭，我将孩子的问话转述给了男方，他听了沉默了一会，什么也没说，我又问有什么需要我转述给孩子的吗？他摇了摇头，还是什么也没说。直到今天我还偶尔能想起这个忧郁的带着艺术气质的男孩，常常想他的父亲离婚后去看他了吗？几年过去了，他还那么忧郁吗？

大部分孩子并不都像第一个孩子这样忧郁，但是毕竟第一次进法庭，很多孩子都会略显紧张，但是真有一个男孩是例外。这个离婚案子女方是原告，男方吸毒，孩子一直随奶奶共同生活，孩子当时小学六年级。这个孩子真的一点都不怯场，进了法庭好奇的东张西望，始终笑嘻嘻的。我开玩笑的问法庭和你想象的一样吗？他说不一样，法庭里不应该有警察吗，还得拿着枪啊？我耐心的解释这是民事案件，法庭里没有警察的。询问完意见，我和他闲聊，问今后有什么打算啊？他说想去某某中学，我问为什么？他说因为那个中学的足球队特别棒，我长大了想去踢足球。真心不用我做什么安慰疏导工作，我常想要是孩子都这样该多好。

还有一个孩子，进了法庭明显有些紧张，我先和他聊了聊让他平复一下情绪，然后问他的意见，他问我，我说了我的意见你能替我保密吗？我听了一愣，说放心，一定替你保密。他说我想今后和**一起生活，我问为什么要保密呀，他说一位长辈威胁他，说他敢对法官说和**生活，就把**的爸爸妈

妈都杀了。听完这句话真是气愤不已，这都什么长辈啊。孩子走了我对笔录发了愁，按说应当和其他证据放在一起，但是这样的话原、被告均可以看到这份笔录，明显违反了橙子对孩子的承诺。斟酌良久，告诉书记员还是把这份笔录放到副卷吧。

橙子还在法学院就读的时候，看过《去他的巴西》一书，该书曾经如此评价中国和巴西两国离婚现象的不同：

“虽然中国现在离婚现象也很普遍，但离婚在人们的心目中始终不是一件拿得起放得下的事情，很多人虽然可以接受离婚，但还是不能接受把离婚当作一件平常的事情随随便便地讲述出来，离婚多少还是一个阴影一样的玩意儿，压得人心里沉甸甸的。许多离婚之后的夫妻依然处于反目或者老死不相往来的状态，这对下一代的成长造成了巨大的心理创伤。我从小到大结识的气质比较抑郁的朋友大多出自离异家庭，有的离异家庭的孩子甚至形成了婚姻恐惧，自己长大以后打死都不愿结婚。

巴西在这方面完全相反。虽然在欧美的很多国家，离异夫妻之间保持友谊、离异夫妻继续维持和孩子的共同感情也是司空见惯的事情，但只有在巴西，我才第一次感受到离婚的喜剧性、第一次见到离婚之后大家不是从法律的角度和平共处而是从民俗的角度其乐融融的景象。在巴西，离婚仿佛不是对家庭的摧毁，而是家庭的一种蛛网状扩张方式，无数次的离婚不但不会带来心灵的任何创痕，反倒

会导致“家庭”的概念成倍扩张，换句话说，离婚在这里不是家庭的终结，而是家庭的增殖。

巴西的离婚率名列世界前茅，可能正是因为这里的离婚并不像东方那样沉重，所以大家就以依照自己的天性用平常得不能再平常的平常心来对待它、来“使用”它。在我的汉语课上，每当我问到“你家有几口人”的时候，很多学生的答案会把自己已经不在一起生活的生父或者生母也算上，有时还要算上生父或者生母的新家庭的成员。他们提到这样的事情的时候总是很自然地说：“我的妈妈现在不在巴西利亚，她和我爸爸离婚以后住在圣保罗，和若热结了婚，她和若热有三个孩子。我爸爸后来娶了马尔西娅，他们有两个孩子。现在，我有五个兄弟姐妹……”看到他们在课堂上如此阳光地说起这些在中国人看来沉痛无比、属于“绝对隐私”范畴的话题的时候，在他们喜气洋洋的脸上，我在感到莫大的快慰的同时，也突然感到一阵生命中不能承受之轻。”

当初读到这段话，只是莞尔一笑。成为家事法官之后再读到这段话，不由得产生很多感慨，我不知道若干年后的中国，离婚是不是也能像巴西一样不再那样沉重甚至带有喜剧色彩，但是在当下，离婚确实伤害了很多，特别是孩子。法官像是社会的医生，努力的去治愈或者减轻社会的创伤，但衷心希望所有的人都能够更多地负起责任来，为了自己，更为了孩子。

“我养你啊！”法庭劝你醒醒吧……

2019-07-06 人民法院报 赵霏

<https://mp.weixin.qq.com/s/2lvACSmlqjb4Jopa661xBA>



中国式离婚：

作为法官，我要不要给你六个月

作者：上海市黄浦区人民法院法官 赵霏

00

中国式离婚诉讼中,有一个不成文的期间叫做“六个月”:第一次起诉离婚的,只要不是因为家暴重婚、吸毒赌博、遗弃虐待等恶性事件起诉离婚的,法官通常都会劝你:

第一次起诉? 过六个月再来吧。

有无原则性矛盾? 冷静六个月。

性格不合? 给你六个月再想想。

当然,我也常常在六个月之后,看到一对对熟悉的面孔又来到法庭。

01

我养你啊! 法庭劝你醒醒吧



不上班你养我吗?

看过《我的前半生》吗? 我天天在法庭上看。

一个硕士学历的姑娘,毕业后在家做全职妈妈。七年之痒后,老公出轨起诉离婚,彼时她已35岁。

这样的姑娘,我每周能见仨,她们有个共同特点:都会像柳飘飘一样被那句“我养你啊”感动得一塌糊涂。

然而法庭上的情况是怎样呢? 男人说,孩子归我,你没有钱,没有抚养能力。你没有房子,孩子没地方住。你没有上海户口,孩子上不了学……

面对咄咄逼人的“三无”诘问,姑娘低着头红着眼说,他当初说过他赚钱养家,让我不要工作的。

真是悲凉又无力的辩白。

有一件事,家事法官都懂:男人想要包养小三,最安全的办法就是把女人圈养在家中,她的生存能力会像温水煮青蛙一样消失殆尽,她们没钱没话语权,请不起律师,囿得连抚养权也争取不到。

“我养你啊”,法庭劝你醒醒吧!

现代社会,婚姻已经从“圈养型”演变为“合伙型”:它是经济的共享,责任的共担,风险的共负。男强女弱的时代渐行渐远,强强联合占据了主流婚恋观。如果说旧时的浪漫是“烽火戏诸侯,只为博美人一笑”,而如今的理想伴侣则变成了“希望你是美人,还希望你是诸侯”。

选择做全职妈妈本身无可厚非,但无论何时要保有走出家门说干就干的能力,否则将来一拍两散时可能连后路都没得退。

婚姻应该是做加法甚至乘法,而不是做减法。你创造了多少价值,法律替你保护。倘若你连生存能力都没有,法官也做不了你的超级英雄。

最后,姑娘哀求我:我没有住的地方,不判离行不行?

我可以帮她争取半年的时间,但我希望这段时间,她用来反省这段关系,而不是寄希望于对方继续养她。否则,这次不判离,那六个月之后呢?

02

嫁给爱情? 我听过最扯的鸡汤



我见过一对不怎么般配的伴侣。

女方月薪 3 万，男方月薪 4000 元，这本就是双方父母不看好的一段婚姻，现在女方要离婚，男人死活不肯。我提了一个尖锐的问题：你们的经济悬殊如此之大，如何平衡家庭关系？

男方无辜地说，当初她说嫁给了爱情，如今她却嫁给了钱。女方冷笑一声：你说的嫁给爱情，就是我为你付了三年房租，你却连一只包包都送不了我？

男方不说话。我相信那一刻，他心中已过万重山。

其实，问题的根源不在于钱，也不在于爱，而在于三观不合。姑娘穿着菲拉格慕出入高端会所，男人觉得这是虚荣拜金；男人钟爱炉边灶台厌恶觥筹交错，姑娘觉得这是不求上进。姑娘想实现财务自由过上更优质的生活，而男人只想平淡的蜗居，择一人爱一生。

你不能说姑娘错，因为世界那么大，她想去看看，你也不能说男人错，因为采菊东篱下，他想见南山。但两个人在一起，也许就是个错。

“嫁给爱情”，是我听过最扯的鸡汤。

爱情是恋爱的必要条件，但绝不是结婚的充分条件。恋爱恋的是现在，是一道文科题，有华丽的辞藻就行；结婚结的是未来，是一道理科题，要合并同类项，三观同频共振才能对抗时间的印记。切不可把理科题当文科题做。

休庭时，男方诺诺地说：我对她是一片真心，不判离行不行？

我可以帮他解围一次，但我希望这次解围后，他能反思双方价值观的错位，而不是舔舐枉薄的自尊。否则，这次不判离，那六个月之后呢？

03

谈钱伤情？贫贱夫妻百事哀



我刚工作时，听老法官们讲起过一个盛传黄浦法院多年的囧案。

一对下岗夫妻，到法庭上连一床棉被一只锅子都要分。法官耐着性子帮他们分了一上午锅碗瓢盆，最后还剩下一台吱呀呀的电风扇和一辆除了铃铛不响哪儿都响的自行车。

法官说，这自行车总不能前轱辘给你后轱辘给他啊，不行就给个折价款吧。结果呢谁都不肯让步，最后的方案让人啼笑皆非：一三五你用，二四六我用。

电风扇怎么办呢？法官的耐心终于碰触到了棺材板的边缘，指着法庭一台落满灰尘的风扇说：拿走吧。第二天，法官把自家风扇搬来了法庭。

如果说这个已成为上个世纪的历史，那么几年前，我调解过一个案子，开头是一样的穷，结局却是不一样的囧。

俩啃老族，挤在祖辈留下的一间 7 平米老公房中。男方要求离婚，女方说离可以，我没地方住，给 20 万房屋补偿款。我问男方能给多少？他说 2 万块。我问怎么付？他说分十年，一年 2000。调解陷入的僵局，一如他们要啥没啥的婚姻一样尴尬。

女方腰一叉：不离了！有种你半年后再来。最后，男方撤诉了。

这样巧妇难为无米之炊的调解挺没劲，对着两个相看生厌又捉襟见肘的人，谈钱，是一种揶揄，谈感情，是一种奢侈。虽然婚姻看似一场感情的投资而无关铜臭味，但当离婚协议就摆在你面前时，没钱可能连签字的底气都没有。

两个案子，一个因为穷而离了婚，一个因为穷而离不了婚。我不能说，富人离婚就多体面，

穷人离婚就多贫贱，但婚姻里，如果连起码的物质基础都不能保障，还不去为生活打拼，别说结婚的生活举步维艰，就连离婚的本钱都少得可怜。

男方撤诉后，我多结了一个案子，却怎么也高兴不起来。这次，男方因为掏不出钱而不敢离婚，女方因为拿不到钱而不甘离婚，那六个月之后呢？

04

从一而终？请你回答灵魂三问



我见识过一刀 200 页的微信聊天记录。

男方在陌陌上与七位姑娘约炮，尺度多大呢？我只能用各有千秋来形容。如果你看过《致命 ID》，你会以为他有多重人格：他能随时切换自己的人设面具去迎合对方的风格，时而是霸道总裁，时而是扇面书生。

然而开庭时，男方态度颇为诚恳，声称只是逢场作戏恳请对方忽略不计。

如果考虑到第一次起诉，我其实可以不判离。

出轨的故事，每天都在上演。法官们偶尔也会讨论：人为什么会出轨？临床医学称，两性相吸时，荷尔蒙最长只能分泌 18 个月，这或许是人容易见异思迁的生物学依据。

作为学法之人，我不喜欢站在道德的高地谴责人性：一辈子很长，只爱一个人很难，此乃食色性也；曾经斯人若彩虹，如有一日感情淡了相忘于江湖，也不失一种洒脱；但最可悲的是一方除却巫山不是云，一方非要寻求彼岸繁华三千，从此化作山水不相逢的恩仇。

所以，在你即将与同一个人朝夕相处 50 年甚

至更长时间之前，你需要向自己发出直击人性的三问：

一问自己是否能够从一而终？

二问面对偶然闯入生活的那个光彩照人的姑娘，能否在欣赏和爱情之间画一条分界线？

三问如果你在思想上开了小差，能否在行为上及时止损？

如果你自己都不笃定答案，请慎重考虑一下是否要上婚姻这趟车。

婚姻不是云雨之欢，是荷尔蒙消退后的一茶一饭，彼此忠诚是游戏规则。两个人的热闹和一个人的精彩都很好，但你不要走进游戏却觊觎墙外的芬芳，退出游戏又想品尝屋内的热汤。

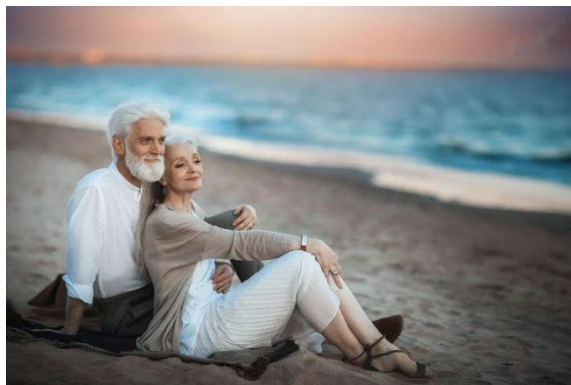
最后这个案子，我判离了。婚姻中有些事只有 0 次和 100 次的非黑即白，没有 1 次和 2 次的灰色地带。你非要韦小宝只爱你一个，熬得过六个月吗？

韩剧里的婚姻是美好的，现实中的婚姻是平淡的，法庭上的婚姻是糟糕的。

在我心中，这些糟糕的婚姻是否还有得救？

作为法官，我给你六个月，是分是合，看你的造化。

作为普通人，我相信，对的人，一辈子都很短。错的人，六个月都很长。



来源：“庭前独角兽”微信公众号

作者：赵霏 | 图片来源网络 | 编辑：冼小堤

肖峰、田源：离婚纠纷中子女抚养费如何计付

2019-07-07 家事法务

<https://mp.weixin.qq.com/s/qQGIQaaetnc9AYgiWn5gpQ>

编者按：经法律出版社独家授权，本公号将陆续推出最高法院肖峰博士、菏泽中院田源博士共同主编《婚姻家庭纠纷裁判思路与裁判规则》一书中精品文章。欢迎各位盆友转发分享、谢谢支持！

【典型案例】

当事人：原告：徐某；被告：金某甲。

原告徐某、被告金某甲于 2012 年上半经人介绍相识后定亲，某年某月某日办理结婚登记手续，某年某月某日生育儿子金某乙。婚后夫妻关系一度尚可，2004 年 6 月起由于被告经常参与赌博，不照顾家庭，导致夫妻关系紧张，双方时有争吵，经原告劝说无效，导致矛盾激化。原告曾于 2015 年 3 月起诉要求离婚，后法院判决驳回了原告的离婚诉讼请求。此后，夫妻关系一度缓和，但由于被告仍参与赌博，并导致债主上门催讨赌债，故原告于 2015 年 6 月回娘家居住，开始与被告分居生活。2015 年 8 月 1 日，双方曾协议离婚，但因被告反悔未办理离婚登记手续。同年 8 月 29 日，原告第二次起诉要求离婚，法院于 9 月 22 日再次判决驳回了原告的离婚诉讼请求。此后，原、被告仍分居生活，夫妻关系没有改善。原、被告无夫妻共同财产，无夫妻共同债权债务；在原、被告分居生活后，婚生子金某乙一直随被告生活，平时主要由被告的父母照顾生活；现原告在服装厂工作，月收入为 2000 元左右。

原告诉称：原告徐某起诉要求判决原告徐某、被告金某甲离婚，并判令婚生子金某乙由被告抚养，原告每月承担抚养费 200 元，依法处理夫妻财产。

被告辩称：被告不同意离婚，希望原告再给予

被告半年的时间，被告愿意改正缺点，并相信自己可以改好。

【审理要览】

法院认为，原、被告婚姻关系存续时间较长，有较好的感情基础，发生矛盾的主要原因是被告经常参与赌博，导致夫妻矛盾不断加剧，在法院第二次判决不准离婚后，原、被告仍分居生活，夫妻关系未能得到改善，丧失了和好的机会，至今夫妻分居已近 2 年，虽然被告保证改正缺点，但原告仍坚持要求离婚，应认定夫妻感情已经彻底破裂，对原告的离婚诉讼请求予以准许。

至于婚生子金某乙的抚养问题，由于在原、被告分居生活后，婚生子一直随被告生活，平时主要由被告的父母照顾生活，故婚生子随被告生活更加适宜，但原告应负担婚生子的部分抚养费，抚养费的数额根据原告的负担能力以及当地的实际生活水平酌情予以确定。判决：（1）准予原告徐某与被告金某甲离婚；（2）婚生子金某乙随被告金某甲生活，自本判决生效之日起至其 18 周岁止，婚生子金某乙的教育费由原、被告各半负担，原告徐某每月负担其生活费 500 元，支付方法：教育费凭发票按实结算，原告在每年的 12 月底前支付当年度的教育费；原告在每年的 8 月底前支付当年度的生活费。

【裁判思路】

1. 同类案件处理要点

（1）抚养费如何给付应当首先由父母双方协议，或者经人民法院调解，当事人达成协议的，按照协议确定。但为保护子女的合法权益，应当对协议是否损害子女合法权益进行审查。

(2) 对于有固定收入的,抚养费一般可按其月总收入的20%~30%给付。负担两个以上子女抚养费的,比例可适当提高。工资总额的计算,应当包括工资、较固定的奖金、岗位补贴等。对于无固定收入的,抚养费的数额可依据其当年总收入或其所处同行业的平均收入。

(3) 对一方无经济收入或者下落不明的,可用其财物折抵子女抚养费。

(4) 有工资收入的,应按月或定期给付现金。对于一方要求一次性给付的要慎重处理,确有必要采取一次性给付的,要注意掌握条件。以下情况可以一次性给付:一是出国、出境人员;二是有能力一次性支付的个体工商户、专业承包户、私营企业主等人员;三是下落不明的一方以财产折抵的;四是双方自愿、协商一致的。

2. 相关法律风险提示

(1) 抚养费以定期给付为原则,只有特殊情况下,人民法院才支持一次性给付抚养费的请求。

(2) 离婚诉讼中,夫妻一方如果没有充分证据证实双方已经分居,对于支付起诉前的抚养费的请求,人民法院不予支持。

(3) 当事人在离婚协议中仅约定子女由一方抚养,放弃抚养费请求权,一方在协议离婚后以子女名义起诉请求另一方负担协议离婚后至其起诉前的抚养费的,人民法院不予支持。

(4) 协议离婚后,不直接抚养子女的一方未履行约定的给付抚养费义务,另一方以子女名义起诉请求该方负担抚养费的,应当注意2年的诉讼时效,避免出现超过诉讼时效而不被支持的风险。

【裁判规则】

1. 法律法规

《婚姻法》(2001年4月28日修正)

第二十一条父母对子女有抚养教育的义务;子女对父母有赡养扶助的义务。

父母不履行抚养义务时,未成年的或不能独立

生活的子女,有要求父母给付抚养费的权利。

子女不履行赡养义务时,无劳动能力的或生活困难的父母,有要求子女给付赡养费的权利。

禁止溺婴、弃婴和其他残害婴儿的行为。

第三十七条离婚后,一方抚养的子女,另一方应负担必要的生活费和教育费的一部或全部,负担费用的多少和期限的长短,由双方协议;协议不成时,由人民法院判决。

关于子女生活费和教育费的协议或判决,不妨碍子女在必要时向父母任何一方提出超过协议或判决原定数额的合理要求。

2. 司法解释

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(一)》(法释[2001]30号)

第二十一条婚姻法第二十一条所称“抚养费”,包括子女生活费、教育费、医疗费等费用。

3. 司法解释性质文件

《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》(法发[1993]30号)

7. 子女抚育费的数额,可根据子女的实际需要、父母双方的负担能力和当地的实际生活水平确定。

有固定收入的,抚育费一般可按其月总收入的百分之二十至三十的比例给付。负担两个以上子女抚育费的,比例可适当提高,但一般不得超过月总收入的百分之五十。

无固定收入的,抚育费的数额可依据当年总收入或同行业平均收入,参照上述比例确定。

有特殊情况的,可适当提高或降低上述比例。

8. 抚育费应定期给付,有条件的可一次性给付。

9. 对一方无经济收入或者下落不明的,可用其财物折抵子女抚育费。

10. 父母双方可以协议子女随一方生活并由抚养方负担子女全部抚育费。但经查实,抚养方的抚

养能力明显不能保障子女所需费用,影响子女健康成长的,不予准许。

11. 抚育费的给付期限,一般至子女十八周岁为止。

十六周岁以上不满十八周岁,以其劳动收入为主要生活来源,并能维持当地一般生活水平的,父母可停止给付抚育费。

12. 尚未独立生活的成年子女有下列情形之一的,父母又有给付能力的,仍应负担必要的抚育费:

(1) 丧失劳动能力或虽未完全丧失劳动能力,但其收入不足以维持生活的;

(2) 尚在校就读的;

(3) 确无独立生活能力和条件的。

21. 对拒不履行或妨害他人履行生效判决、裁定、调解中有关子女抚养义务的当事人或者其他人员,人民法院可依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百零二条的规定采取强制措施。

4. 地方司法文件

《广东省高级人民法院全省民事审判工作会议纪要》(粤高法\〔2012\〕240号)

(四) 关于离婚案件中子女抚养费标准的确定问题

66. 对子女的抚养费应根据父母生活所在地(城镇或农村)的标准确定,具体数额应依据最高人民法院《关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》第7条和最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(一)》第二十一条的规定确定。

深圳市中级人民法院关于婚姻家庭纠纷案件的裁判指引》(2014年5月21日修订)

四十四、离婚诉讼中,夫妻一方以另一方长期拒付抚养费为由请求另一方支付起诉前的抚养费的,人民法院不予支持,但有证据证明夫妻确实已分居的除外。

当事人在离婚诉讼中放弃提出抚养费请求,离

婚判决书也未明确抚养费负担,离婚判决生效后,直接抚养方以子女名义起诉请求另一方负担离婚判决后至其起诉前的抚养费的,人民法院不予支持。

当事人在离婚协议中仅约定子女由一方抚养,放弃抚养费请求权,一方在协议离婚后以子女名义起诉请求另一方负担协议离婚后其起诉前的抚养费的,人民法院不予支持。

当事人在离婚协议中已经约定抚养费数额,不直接抚养子女的一方未履行给付义务,另一方以子女名义起诉请求该方负担抚养费的,人民法院应予支持;但协议已经明确约定抚养费给付期限,对于当事人超过诉讼时效的主张,人民法院不予支持。

【专家视点】

1. 父母意思自治确定子女抚养费的弊端在于,法院和婚姻登记机关不对当事人自愿达成的抚养子女的协议,按照是否符合当地的实际生活水平,父母双方的负担能力和子女的实际需要进行实质审查。司法实践中出现了夫妻一方,为了达到个人离婚的目的,或多分财产的目的或为了达到占有孩子的目的,不顾自身经济条件放弃对方支付抚养费,而事后又由于种种原因或无力抚养子女或不愿自行抚养子女,导致子女生活处于困境。所以,正是由于我国立法及司法实践在离婚协议的审查方面存在这样的漏洞,才导致了现实生活中许多子女抚养费的支付成为不可能,从而无法真正保障离异家庭未成年子女的生活和受教育。

——王桂玲:《我国司法实践中未成年子女抚养费之反思》,载《山东审判》2015年第5期。

2. 离婚后,一方抚养的子女,另一方应负担必要的生活费和教育费的一部或全部。负担费用的多少和期限的长短,由双方协议;协议不成时,由人民法院判决。父母对子女生活费和教育费的负担,给付的期限、办法和费用的变更等,一般应根据子女的实际需要、父母负担和当地的生活水平合理地予以解决。

——何志主编:《婚姻家庭继承法原理精要与

实务指南》，人民法院出版社 2008 年版。

田源法官主编《婚姻家庭纠纷裁判思路与裁判规则》一书（共 743 页）

注：本文摘自最高法院肖峰法官、菏泽中院

【西法动态】夫妻债务如何认定？ 张爽：界定家庭日常生活需要是判案难点

2019-07-10 北京西城法院

<https://mp.weixin.qq.com/s/iOTrmNTR0R02WwzLryxfQ>

夫妻共同债务怎样认定

核心提示

曾备受争议的婚姻法司法解释二第 24 条自去年修正以来，取得了良好的社会效果。近日，提交全国人大常委会审议的民法典婚姻家庭编草案二审稿，采纳了 2018 年新司法解释中有关夫妻共同债务的规定，明确了夫妻共同债务的“共债共签”原则，引发热议。

近几年法院受理的离婚和离婚后财产纠纷案件中，出现不少夫妻共同债务问题，与财产分割相比，关于是否为共同债务的认定经常成为审理难点。



目前，我们遇到过的夫妻共同签字或者事后追认等具有共同借债意思表示的情况极少，绝大部分都是一方签字。

一般来说，所借债务直接用于购房、购车等置办家庭共同财产的，或者为一方就医、子女就学的，

在资金流转又比较简单明了的情形下，确认为夫妻共同债务基本不存在难点，因为借款去向明确，即使配偶一方称当时不知情，也难以举证否认，实践中当事人就此不会产生太大争议。

争议通常发生在一方借债但对方不知情，且借款去向不能直接指向家庭日常生活的情况中。在适用婚姻法司法解释二第 24 条的时期，将证明非夫妻共同债务的举证责任完全加于配偶一方，这条规定出台时或许较多从维护交易安全的角度考虑，有效避免了“假离婚、真逃债”损害债权人利益的现象，但显然已经不再适宜当下社会环境。



随着社会经济的发展，家庭财富大幅增长，个人投资风险不断加大，出现了很多夫妻一方个人举债，离婚时要求由另一方共同承担的情况。2018 年最高人民法院关于夫妻债务的司法解释使处理这类难题有了基本遵循，特别是分门别类地对夫妻共同债务的认定标准及举证责任的分配进行了调整，平衡了债权人和配偶的利益。

以我审理的一起离婚纠纷案件为例,夫妻俩都是普通工薪族,家庭月收入不足2万元,男方王某主张的债务有两项:其一为向单位同事借款5万元的债务,用于子女学费及兴趣班费用;其二为向朋友借款的32万元债务,用于家庭日常生活。

两笔债务均有借条及转账记录,借条上借款人处只有王某一人签字。女方称其均不知情,两笔债务都发生在双方感情不和间断分居之后,不认可为共同债务。

经过审理,法院查明了子女就学情况、双方收入及分居前的家庭日常开销情况,最终认定5万元为夫妻共同债务,32万元为男方个人债务。

本案双方的争议和法官判断的难点集中在如何界定家庭日常生活需要上。子女抚养花费本是家庭日常生活的必要开支中的重要项目,虽然双方已分居,但对子女的抚养不应间断,夫妻一方均有日常家事代理权,将用于子女就学的5万元认定为家庭日常生活所用,符合双方收入和花销的日常标准,且女方并未举出相反证据;32万元较双方收入和花销情况看明显属于大额款项,超出了家庭日常开支范围,男方提交的证据不足以使法官产生内心确信,所以没有认定为夫妻共同债务。判决后,双方均未上诉。



在目前的经济和社会环境下,很有必要将司法解释的精神以立法形式进行确认,明确夫妻共同债务的范围,一方面,有明确的规则指引审判实践,可有效避免同案不同判、执法不统一等情况发生;另一方面,让债权人、债务人对即将发生的交易行为产生合理预期,并且对行为的法律后果有明确的预判,更利于交易安全,特别是保护了那些对家庭财产不能完全掌控的配偶一方的合法权益,维护家庭中的平等关系。

需要指出的是,从草案的规定以及新司法解释实施至今的司法实践经验看,如何认定“超出日常生活需要”是条文中并未明确规定的,因为区域经济发展水平和社会环境的差异,需要法官运用审判经验并结合当地经济发展情况、家庭收入水平、物价水平等因素综合判定,不宜以统一的标准搞一刀切,所以仍需出台配套规定加以解决。

物权公示效力的例外及其判断标准

——河南安阳殷都法院判决焦文远诉孟元等执行异议之诉案

2019-07-12 人民法院报 第07版

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2019-07/11/content_157570.htm?div=-1&from=groupmessage

裁判要旨

物权经法律规定的方式公示后产生权利推定效力,相对人可以据此推断公示名义人为财产的实际权利人,并以该财产利益从事相应的民事交易行

为。但这种公示产生的法律效力并不是绝对的,其在符合一定条件时存在除外情形。

案情

2016年5月11日,河南省安阳市殷都区人民

法院作出(2016)豫0505民初233号民事判决书,判决焦克强偿还孟元元借款9.2万元及利息。判决生效后,孟元元申请强制执行。法院于2017年6月8日作出(2017)豫0505执58号执行裁定书,拍卖焦克强名下位于安阳市殷都区安钢四生活区科北楼3单元1层22号房屋一套。焦文远提出执行异议,请求终止对该套房屋的执行。2017年11月3日,法院作出(2017)豫0505执异字第39号执行裁定,驳回焦文远的执行异议申请。

原告焦文远向殷都区法院提起执行异议之诉,认为安阳市殷都区安钢四生活区科北楼3单元1层22号房屋,是安钢集团公司于1996年9月16日为照顾作为全国劳模荣誉而分给原告的。2009年原告与第三人签订附条件赠与协议,约定原告对该套房屋赠与给第三人用于银行贷款,原告夫妇享有永久居住权。原告长期以来一直在该房屋内居住生活,是房屋的实际所有人。被告孟元元则辩称根据房产登记信息显示,该房产的所有权证书登记的产权人为第三人焦克强而非原告。该房即使最初由原告购买,但并不影响原告将房屋所有权转让给第三人。原告与第三人之间的赠与协议是虚假协议,即使协议有效,因不动产权属证书是权利人享有不动产物权的证明,原告与第三人之间私下达成的赠与协议也不具有公示效力,不能对抗善意第三人,不足以排除人民法院的强制执行。第三人焦克强认可赠与协议中约定该房由原告永久居住。原告与第三人系祖孙关系。

裁判

2018年6月30日,殷都区法院经审理后认为,原告焦文远与第三人焦克强签订的赠与协议,法院对其真实性予以确认。因原告享有的居住权属于生存权利,在其生存期间法院不得对该套房屋予以强制执行。原告享有的生存权利足以对抗物权的公示原则。原告就执行标的依法享有足以排除强制执行的民事权益。被告辩称原告与第三人之间私下达成的协议不能对抗善意第三人,不足以排除人民法院

的强制执行理由不足,本院不予支持。法院判决在原告焦文远在世期间,不得对安阳市殷都区安钢四生活区科北楼3单元1层22号房屋予以强制执行。

法院宣判后,原、被告及第三人均未提起上诉。现该判决已发生法律效力。

评析

本案焦点为在涉案房屋已变更登记为第三人名下后,原告与第三人之间的赠与协议能否排除人民法院的强制执行。一种观点认为,物权是绝对权,物权登记证书记载的产权人视为真实的权利人。本案诉争房屋虽然最初由原告出资购买,但之后原告无偿赠与第三人并已办理产权过户登记手续,第三人为继受取得房屋产权的新权利人。在商事交易中为了降低交易成本和提高交易效率,赋予善意第三人权利推定权。本案中房产登记在第三人焦克强名下,根据物权公信原则,原告的执行异议不成立,应驳回其诉讼请求。另一种观点认为,物权公示产生的效力并不是绝对的,在具备法定构成要件的特殊情况下,可以对与涉案房产有密切关系的民事主体有限度的保护,不能以物权公示产生绝对效力为由,作出排他性结论。

民事权利是一个相对的、不断发展的概念,不存在完全绝对的权利。物权作为民事权利的一种,虽然性质上属于绝对权,但在适用时也不宜绝对化。民法总则第六条、第八条规定,民事主体从事民事活动,应当遵循公平原则,合理确定各方的权利和义务,不得违背公序良俗。物权法第七条规定,物权的取得和行使,应当遵守法律,尊重社会公德,不得损害公共利益和他人合法权益。

司法过程是平衡情与法、普遍与特殊的艺术。法官既要关注案件的形式公平,也要关注实质公平,作出符合形式理性和实质理性的裁判。在本案审理过程中,法院严格审查赠与协议的真实性,通知原告本人及见证人到庭说明情况,详细了解协议签订过程及协议内容,严格把关,保证赠与协议的真实有效,防止当事人为规避义务制作虚假协议。在确

认赠与协议真实性的基础上,法院考虑到诉争房屋由原告焦文远夫妇出资购买,原告购买房屋后一直长期在该房中居住,赠与协议明确约定赠与只用于第三人贷款,原告夫妇有永久居住的权利,以及原告已是一个八十多岁的老人,体弱多病,无其他收入来源及住处等因素,如果严格按照物权公示效力原则,驳回原告的执行异议,准许人民法院对该房屋予以司法拍卖,原告将面临无家可归的境地,其生存权将面临严峻挑战。而被告对第三人享有的债权,与原告的生存权相比,属于效力位阶较低的权利。在两种权利发生矛盾和冲突时,选择优先保护

原告的生存权利,也符合民法的公平要义。当然,对原告民事权益的保护范围并非没有边界,本案并非要完全否定被告对涉案房屋的民事权利,而是判决原告在世期间法院不对该房予以强制执行。在此期间被告对该房屋仍享有物权期待权,并且在条件成就时这种期待权会转化为现实权利。

本案案号:(2017)豫0505民初3176号

案例编写人:河南省安阳市殷都区人民法院
刘家梁

肖峰、田源:离婚纠纷中子女抚养权的归属如何确定

2019-07-14 家事法苑

<https://mp.weixin.qq.com/s/UcstvBveFw71fqN20bjjVzw>

【典型案例】

当事人:原告:汪某;被告:马某甲。

原告汪某、被告马某甲于2012年年初经人介绍相识。2014年1月1日,双方在平湖市民政局办理了结婚登记手续。某年某月,原告生育一子取名马某乙。婚前双方感情尚可,婚后由于在家庭经济上发生矛盾、感情沟通上存在欠缺,致使原、被告之间出现争吵。2014年8月17日,因被告动手殴打原告,原告离开被告家,与被告开始分居生活。2015年2月16日,原告起诉离婚。考虑到双方感情并未完全破裂,法院于2015年3月18日驳回了原告的诉讼请求。2016年12月28日,原告再次起诉,要求离婚。

原告诉称:请求法院判令原、被告离婚;婚生子马某乙由原告抚养至其独立生活为止,被告一次性给付抚养费和教育费150,000元。

被告辩称:不同意离婚。

【审理要览】

法院认为,是否解除原、被告的婚姻关系,取决于维持原、被告婚姻关系的基础是否动摇,即夫

妻关系是否已经达到彻底破裂的程度。本案中,由于原、被告婚后在家庭经济、感情沟通、子女抚养等问题上出现矛盾,并得不到有效化解,致使双方的争执进一步升级,并最终导致在2014年8月出现分居的情况。原告曾于2015年2月起诉离婚,本着挽救一个家庭的考虑,希望双方互谅互让,但在驳回原告的诉讼请求后,双方的感情并未得到改善。相反,某年某月,原告再度起诉离婚,经庭前与庭审中两次调解,均无和好可能,且婚姻自由是我国《婚姻法》的基本原则,这里的自由包括结婚的自由与离婚的自由。本案中,原、被告的情形已经构成《婚姻法》规定的夫妻感情彻底破裂的程度,符合解除婚姻的条件。

至于婚生子的抚养权归属问题,应当根据有利于婚生子成长的角度予以裁判。本案中,原、被告就各自的经济条件,与婚生子的亲密关系进行了举证和陈述。考虑到婚生子马某乙目前一直跟随原告生活的实际情况,故马某乙跟随原告生活为宜。由于离婚解除的只是原、被告的夫妻关系,并不影响原、被告与子女的关系,因此离婚后,子女仍为双

方子女,故不直接抚养子女的一方,负有给付抚养费的义务。根据马某乙现在的年龄、消费支出以及被告的实际收入,原告主张被告一次性给付15万元的诉请不尽合理,应按照一年一给付的方式,具体为每月300元。判决:(1)准许原告汪某与被告马某甲离婚;(2)婚生子马某乙跟随原告汪某生活,由被告马某甲每月负担抚养费300元,具体支付方式(略)。

【裁判思路】

1. 同类案件处理要点

(1)关于离婚后子女由谁直接抚养的问题,人民法院应当从有利于子女身心健康,保障子女的合法权益出发,结合父母双方的个人素质、对子女的责任感、家庭环境、父母与子女的感情等因素进行判断。

(2)对于10岁以上有识别能力的未成年子女,无论随父还是随母,都应征求子女本人的意见。

(3)生父与继母或生母与继父离婚时,对曾受其抚养教育的继子女,继父或继母不同意继续抚养的,仍应由生父母抚养。

(4)养父母与养子女之间的身份关系及其权利义务关系,不因养父母离婚必然解除。养父母离婚后,养子女无论由养父或养母抚养,仍是养父母双方的养子女。

(5)2周岁以下的子女,一般随母亲生活。但母亲有下列情形之一的,也可随父亲生活:一是母亲患有久治不愈的传染性疾病或其他严重疾病,子女不宜与其共同生活的;二是母亲有抚养条件不尽抚养义务,而父亲要求子女随其生活的,并对子女健康成长没有不利影响的;三是因其他原因,子女确无法随母方生活的,如母亲的经济能力及生活环境对抚养子女明显不利的,或母亲的品行不端不利于子女成长的,或因违法犯罪被判服刑不可能抚养子女的等。

2. 相关法律风险提示

(1)关于离婚后的子女由谁直接抚养的问题,首先由双方进行协商,如果协商不成,人民法院将从有利于子女身心健康,保障子女的合法权益出发,依法进行判决。

(2)司法实践中,对于双方抚养条件相当的,人民法院一般从子女利益出发,考虑不改变子女已经习惯的生活环境为宜。

(3)对于一方有赌博、酗酒或家庭暴力行为等不适合抚养子女情形的,人民法院将不支持其要求抚养子女的诉讼请求。

(4)离婚时抚养子女的一方并不必然会取得直接抚养子女的权利,在对方有证据证明抚养子女一方存在不适合抚养子女情形的,人民法院将不支持抚养子女一方要求抚养子女的请求。

【裁判规则】

1. 法律法规

《婚姻法》(2001年4月28日修正)

第二十一条父母对子女有抚养教育的义务;子女对父母有赡养扶助的义务。

父母不履行抚养义务时,未成年的或不能独立生活的子女,有要求父母给付抚养费的权利。

子女不履行赡养义务时,无劳动能力的或生活困难的父母,有要求子女给付赡养费的权利。

禁止溺婴、弃婴和其他残害婴儿的行为。

第三十六条父母与子女间的关系,不因父母离婚而消除。离婚后,子女无论由父或母直接抚养,仍是父母双方的子女。

离婚后,父母对于子女仍有抚养和教育的权利和义务。

离婚后,哺乳期内的子女,以随哺乳的母亲抚养为原则。哺乳期后的子女,如双方因抚养问题发生争执不能达成协议时,由人民法院根据子女的权益和双方的具体情况判决。

2. 司法解释性质文件

《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件

处理子女抚养问题的若干意见》(法发〔1993〕30号)

人民法院审理离婚案件,对子女抚养问题,应当依照《中华人民共和国婚姻法》第二十九条、第三十条及有关法律规定,从有利于子女身心健康,保障子女的合法权益出发,结合父母双方的抚养能力和抚养条件等具体情况妥善处理。根据上述原则,结合审判实践,提出如下具体意见:

1. 两周岁以下的子女,一般随母方生活,母方有下列情形之一的,可随父方生活:

(1) 患有久治不愈的传染性疾病或其他严重疾病,子女不宜与其共同生活的;

(2) 有抚养条件不尽抚养义务,而父方要求子女随其生活的;

(3) 因其他原因,子女确无法随母方生活的。

2. 父母双方协议两周岁以下子女随父方生活,并对子女健康成长无不利影响的,可予准许。

3. 对两周岁以上未成年的子女,父方和母方均要求随其生活,一方有下列情形之一的,可予优先考虑:

(1) 已做绝育手术或因其他原因丧失生育能力的;

(2) 子女随其生活时间较长,改变生活环境对子女健康成长明显不利的;

(3) 无其他子女,而另一方有其他子女的;

(4) 子女随其生活,对子女成长有利,而另一方患有久治不愈的传染性疾病或其他严重疾病,或者有其他不利于子女身心健康的情形,不宜与子女共同生活的。

4. 父方与母方抚养子女的条件基本相同,双方均要求子女与其共同生活,但子女单独随祖父母或外祖父母共同生活多年,且祖父母或外祖父母要求并且有能力帮助子女照顾孙子女或外孙子女的,可作为子女随父或母生活的优先条件予以考虑。

5. 父母双方对十周岁以上的未成年子女随父或随母生活发生争执的,应考虑该子女的意见。

6. 在有利于保护子女利益的前提下,父母双方

协议轮流抚养子女的,可予准许。

.....

13. 生父与继母或生母与继父离婚时,对曾受其抚养教育的继子女,继父或继母不同意继续抚养的,仍应由生父母抚养。

14. 《中华人民共和国收养法》施行前,夫或妻一方收养的子女,对方未表示反对,并与该子女形成事实收养关系的,离婚后,应由双方负担子女的抚育费;夫或妻一方收养的子女,对方始终反对的,离婚后,应由收养方抚养该子女。

.....

17. 父母双方协议变更子女抚养关系的,应予准许。

.....

20. 在离婚诉讼期间,双方均拒绝抚养子女的,可先行裁定暂由一方抚养。

21. 对拒不履行或妨害他人履行生效判决、裁定、调解中有关子女抚养义务的当事人或者其他人,人民法院可依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百零二条的规定采取强制措施。

《最高人民法院第八次全国法院民事商事审判工作会议纪要(民事部分)》(征求意见稿 2015年12月)

(一) 关于未成年人保护问题

1. 在审理婚姻家庭案件中,应注重对未成年人权益的保护,确保未成年人的身心健康成长。特别是涉及家庭暴力的离婚案件,应从子女利益最大化的原则出发,确定由父亲或母亲一方抚养,切断家庭暴力的代际传递。

3. 地方司法文件

《江苏高院民一庭婚姻家庭案件疑难问题法律适用研讨会综述(2005)》

(二) 关于男女双方起诉离婚前所达成的离婚协议中关于子女抚养、财产分割的约定效力的认定
与会代表一致认为,离婚前男女双方所达成的

离婚协议中关于子女抚养、财产分割的约定,是以双方协议离婚为前提,一方或者双方为了达到离婚的目的,可能在子女抚养、财产分割等方面作出有条件的让步。在双方未能在婚姻登记机关协议离婚的情况下,该协议没有生效,对双方当事人均不产生法律约束力,其中关于子女抚养、财产分割的约定,不能当然作为人民法院处理离婚案件的直接依据。但是,一般说来,这种协议有可能是男女双方对子女抚养、财产分割的底线,如果人民法院的判决远远超出这种底线的话,可能会引起双方矛盾激化,因此,人民法院在处理案件时不妨将之作为子女抚养、财产处理的参考。

《深圳市中级人民法院关于婚姻家庭纠纷案件的裁判指引》(2014年5月21日修订)

四十五、生父与继母或生母与继父离婚时,对于曾受双方抚养教育的继子女的抚养权有争议的,原则上仍由其生父母抚养,生父母主张继父母支付抚养费的,双方有协议的按协议处理,双方没有协议的,人民法院不予支持。

【专家视点】

1. 法院在确定未成年子女的抚养权时,不仅应考虑到未成年子女的年龄、性别、生活与教育环境

等各种客观因素,而且还要考虑到他们的心理需求、精神需求、自身意愿及情感等各种主观因素,以有利于未成年子女身心健康成长为出发点,去实现他们的最大利益。

——刘小鹏:《离婚案件中双胞胎子女的抚养权确定》,载《人民司法·案例》2015年第16期。

2. 离婚后,子女由谁抚养的原则:对哺乳期内的子女,一般情况下随哺乳的母亲抚养;在特殊情况下,如果父方抚养条件好,发生争执不能达成协议时,由人民法院根据有利于子女身心健康成长的原则,对父母双方的政治品质、道德修养、家庭环境、与子女的感情、经济条件等各方面情况进行全面考虑,确定子女何方抚养。对子女有识别能力的,还应征求和尊重子女本人的意见。对抚养独生子女发生争执的,在有利于保护子女利益的前提下,要考虑不能生育和再婚有困难一方的合理要求。

——何志主编:《婚姻家庭继承法原理精要与实务指南》,人民法院出版社2008年版。

注:本文摘自最高法院肖峰法官、菏泽中院田源法官主编《婚姻家庭纠纷裁判思路与裁判规则》一书(共743页)

婚前个人房产婚后共同还贷的增值利益计算

原创: 2019-07-16 审判前沿 杨静

<https://mp.weixin.qq.com/s/kZ71nIkgxET5ybtHWuGf6g>

编者按

根据婚姻法解释(三)之相关规定,对于婚前按揭房产中一方个人婚前出资产生的增值利益,应当归一方所有不予分割。对于婚后共同出资还贷产生的增值利益,归双方所有予以分割。实践中,关于分割的具体计算方式做法不一,本案法官参照成本与收益的理念,就计算增值利益的具体考量因素和公式进行分析,供大家研究探讨。

裁判要旨

对于婚前一方的个人房产婚后还贷及增值部分系夫妻共同财产,离婚时一方应给对方折价补偿,本文对婚前一方的个人房产及个人享有部分份额的房产在婚后还贷增值利益如何计算进行阐明。

诉辩主张

1. 原告宁某诉称:

2010年7月23日我与吴某1登记结婚,2016年7月20日北京市第一中级人民法院判决双方离婚,原审中因涉及第三人吴某2,经双方同意房产未予分割,另案处理。2007年2月3日,吴某1、吴某2与北京某房地产开发有限公司签订了《北京市商品房预售合同》,房屋总价635797元,首付485797元,剩余房款150000元向银行贷款,房产登记在吴某1和吴某2名下,按份共有,每人各占50%的份额。自2010年8月至2013年6月还贷款97858.03元,我认为上述还款发生在我与吴某1婚姻关系存续期间,应属夫妻共同财产,故诉至法院,请求判令吴某1支付我该房屋贷款相对应的财产增值503190元;吴某1承担本案诉讼费。

2. 被告吴某1辩称:

我不同意宁某的诉讼请求,我们在婚姻关系存续期间不存在未分割的财产,本案诉争的房屋实际所有权人并非我,房屋的首付款及贷款都是我父亲吴某2支付的,购房时因为年龄限制所以用的我的名义贷款,首付款和贷款均由吴某2支付。双方在婚姻存续期间所还的银行贷款不是我个人财产和双方的共同财产偿还的,宁某要求支付的是2010年8月至2013年6月期间还贷的增值部分的二分之一是没有法律依据的,按房产证上登记的产权人份额,吴某1只占50%,所以增值部分只有50%属于我。结婚时,宁某知道房产是我父亲吴某2的,他要这套房子只是为了跟我争抚养权,他说他拿着现金还房贷的事不属实,他不知道我们贷款的银行和账号,所以我不同意宁某的诉讼请求。

3. 第三人吴某2辩称:

我不同意宁某的诉讼请求。诉争房屋跟吴某1没有关系,是我借她的名义购买的,产权归我所有,我曾分两次给吴某1汇款用于偿还房屋贷款,吴某1和宁某结婚前这笔款项就存在,就已经在吴某1名下,其将婚前这笔存款取出用于后期投资,买了理财产品,通过这种方式我给吴某1的钱在婚后转

化成了他们的夫妻共同财产,不论双方婚后用什么钱还贷款都不能排除这笔钱是我给的钱,所以我认为吴某1婚姻期间所还贷款就是我的财产,所以房屋增值跟宁某没有任何关系。

事实和证据

法院经公开审理查明:吴某2系吴某1之父。2007年1月,吴某1、吴某2(买受人)与北京某房地产开发有限公司(出卖人)签订《北京市商品房预售合同》,约定吴某1、吴某2购买诉争房屋,买受人支付首付款485797元,剩余房款150000元由吴某1向中国农业银行申请贷款的方式支付。2008年7月,吴某1开始偿还房屋贷款。

2010年1月,吴某1、吴某2取得房屋所有权证,诉争房屋登记为吴某1、吴某2按份共有,各占50%的份额。

2010年7月23日,吴某1与宁某登记结婚。2013年6月诉争房屋贷款全部清偿完毕,共偿还房贷本息共计167583.85元。其中,吴某1婚前即2008年7月至2010年7月期间共偿还贷款70753.31元,婚后自2010年8月至2013年6月供偿还贷款96830.54元。

2016年,宁某向本院提起离婚诉讼,经一审、二审后北京市第一中级人民法院作出终审判决,双方均同意在离婚诉讼中对诉争房屋未予分割。

2016年8月,吴某2、吴某1办理房屋产权变更登记,吴某2取得房屋所有权证,诉争的房屋登记为吴某2单独所有。

诉讼中,经宁某申请,本院委托评估公司对诉争房屋结婚时的价值及现价值进行评估,鉴定机构出具估价结果,估价对象在结婚时(2010年7月23日)的市场价值估价结果为179万元,折合单位建筑面积价值约为21551元/平方米;估价对象的现价值为673万元,折合单位建筑面积价值约为81026元/平方米。吴某2、吴某1自始至终不同意对房屋进行评估并拒绝配合房屋评估。对于鉴定意见,本院确认为有效证据,能够作为本案的判案依

据。

关于婚后房屋贷款的款项来源及性质问题,宁某称房屋婚后还贷部分系用共同财产偿还,宁某提交了吴某1名下农业银行尾号为0217账户的交易明细,从该明细中可以看出吴某1一直采用不定期地向还贷账户中存入现金或网银转账然后定期进行扣款的方式偿还房贷,双方结婚时还贷账户中的余额为104.22元。吴某1、吴某2认可证据的真实性,但不认可其证明目的。

吴某2称诉争房产系其房产,贷款系其偿还,吴某1认可吴某2所述内容,称其将吴某2给付的20万元取出后存入个人名下工行银行账户中与个人财产混同,然后取出部分现金还贷,部分用于理财。吴某2、吴某1提交证据如下:

1、2007年2月5日,吴某2(甲方)与吴某1(乙方)签订的《协议书》,证明诉争房屋系吴某2个人房产,宁某不认可该协议书的真实性,表示对协议书并不知情。

2、建设银行转账凭证,证明吴某2已经给付吴某120万元用于偿还房贷,宁某对该证据的真实性认可,但不认可其证明目的,转账凭证并未标明用途,无法证明该笔款项系偿还房屋贷款。

3、工商银行凭证,证明吴某2给付吴某1的款项在婚前是存在的,宁某认可该证据的真实性,但该证据反映的内容与吴某1、吴某2的陈述相矛盾,吴某1婚前的存款用来存定期并未偿还房贷。

4、工商银行账户明细,证明吴某2婚前给吴某1的钱婚后用于购买理财产品,宁某认可该证据的真实性,但该账户反应的时间段跟还贷无关,贷款在此前已经还清。

判案理由

法院经审理认为:第一,《协议书》的证明效力。当事人对自己提出的主张,有责任提供证据。协议书约定吴某2借用吴某1名义办理房屋贷款及还贷,承担购房及还贷全部资金,诉争房产归其所有。宁某对该协议书的真实性不予认可,吴某2

与吴某1亦未提交相应证据证明宁某对协议书的内容明知,在此情况下,虽然吴某1认可上述《协议书》的真实性,但由于吴某1、吴某2系本案利害关系人,故在无其他证据予以佐证的情况下,上述《协议书》不能单独作为认定案件事实的依据,吴某2依据该协议书主张房屋归其单独所有没有事实及法律依据。

第二,婚后所还房贷的款项来源及性质。在无特殊约定或相反证据的情况下,婚后还贷应系夫妻共同偿还,还贷款项及相对应的增值部分应归双方共有。

吴某1称其婚后所还贷款并非用夫妻共同财产偿还,而是从吴某2转给吴某1的20万元中支付,吴某1对其上述主张负有举证责任。根据本案查明事实,吴某2汇款时并未明确标明款项用途系偿还房贷,且吴某1并未立即用上述款项偿还全部房贷,而是将上述款项与自己的财产混同,现有证据无法显示20万元款项的实际用途和去向,亦不足以证明婚后所还房贷系由吴某2负担,吴某1、吴某2应当承担举证不能的不利后果。

综上,本院认定诉争房屋婚后还贷部分系由吴某1、宁某的共同财产偿还,还贷款项及相对应的增值部分归夫妻共同所有,吴某1应就该部分款项对宁某予以补偿。

第三,折价款计算标准。双方对于婚后还贷部分的增值计算标准不一,本院认为较为合理的方式是对缔结婚姻关系时、解除婚姻关系时的房屋价值分别作出评估,双方离婚时均同意未分割诉争房屋,故本案中房屋现值应系实际分割时的价值。本案中,考虑到诉争房屋的来源、出资及贡献情况,如果采取平均分割的方式将会产生不公平的结果,故本院综合上述情况并结合照顾女方和子女的原则,对具体补偿数额进行判定。

定案结论

法院依照《中华人民共和国婚姻法》第二条、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉

若干问题的解释（三）》第十八条之规定，判决如下：

1. 吴某 1 于本判决生效之日起七日内支付宁某房屋折价款 200000 元；

2. 驳回宁某的其他诉讼请求。

解说

本案涉及到婚前一方与他人共有房屋婚后还贷及增值部分的认定和分割，实务中，对于婚前一方的个人房产婚后还贷及增值部分系夫妻共同财产，离婚时一方应给对方折价补偿，但是对于婚前一方仅享有部分份额的房屋婚后还贷及增值部分该如何认定目前还存在争议。

（一）婚前一方的个人房产婚后还贷增值利益的计算

增值利益应与孳息、投资收益区分，增值利益不是孳息，也不是投资收益，孳息是从原物本体中产生的物，增值利益则是受市场规律及国家政策的影响产生的。投资收益一般是指以盈利目的，通过花费时间、精力经营取得的利益，凝结了人的劳动在其中，而增值利益则是被动产生的，一般不包含人为的因素。

根据婚姻法解释二的规定，一方以个人财产投资取得的收益（投资收益），属于夫妻共同财产。根据婚姻法解释（三）的规定，夫妻一方个人财产在婚后产生的收益，除孳息和自然增值外，应认定为夫妻共同财产。因此，对于婚前按揭房产中一方个人婚前出资产生的增值利益，应当归一方所有不予分割。对于婚后共同出资还贷产生的增值利益，归双方所有予以分割。

于分割的具体计算方式，经过查阅大量的案例及探讨，发现该部分的计算方式实践中做法不一，甚至说比较混乱，为了便于理解我认为可以参照成本与收益的理念。先要明确几个概念：

1、房屋总成本包括首付和贷款本息

2、贷款本息即贷款本金和利息，离婚案件中通常涉及的几个常见概念有婚前还贷、婚后还贷，未还贷款

房屋总成本=首付+贷款本息（婚前还贷+婚后还贷+未还贷款）

因为市场行情变动，房屋价值也是在变动中，在房价上涨的情况下，如果截取某个时间点，该节点房屋价值减去购买时房屋价值即是该期间的房屋增值收益。如结婚时的价值减去购买价值即为结婚前的增值收益，离婚时的价值减去购买价值即为离婚前的增值收益，婚姻期间的增值收益即是后者与前者的价差。但需要强调的是，房屋的增值收益（任何期间）是因为投入的房屋总成本而产生的，那么某个期间的部分投入成本所对应的就是该部分成本的增值收益。此处，需要明确的概念：

1、婚姻期间房屋增值=离婚前的增值收益-结婚前的增值收益=（离婚时房屋价值-购买时房屋价值）-（结婚时房屋价值-购买时房屋价值）=离婚时房屋价值-结婚时房屋价值

2、婚后还贷部分增值利益（涉及婚前、婚后、未还贷款等因素）

婚后还贷/房屋总成本（首付+婚前还贷+婚后还贷+未还贷款）×婚姻期间房屋增值

3、应注意如下问题：

（1）当离婚时房价小于等于结婚时房价，即婚后房价下跌或平稳，则不产生增值利益。

（2）当结婚前未产生或产生很少的增值利益时，婚前增值部分可忽略不计，房产评估时可仅就离婚时房屋价值进行鉴定；当婚前已经产生较高的增值收益，房产评估时应当对结婚时和离婚时两个节点的房价进行评估。

（3）婚姻期间，婚前投入（首付和婚前还贷）及未还贷款亦产生婚后房屋增值

最后，应当强调的是当事人主张分割的是还贷及还贷的增值利益，而上述计算的是还贷部分的增值利益，所以计算时不要忘记加上还贷的部分。此外，夫妻一方应得的数额还应除以 2。最后得出的

公式：

一方应获得的款项=婚后共同还贷的部分/房屋的总成本*婚姻期间房屋增值/2+婚后共同还贷的部分/2。

当然，这一公式只是严格按照出资额计算了一个基准，具体分割时，还应当结合照顾女方和子女的原则综合考虑。

（二）婚前一方享有部分份额的房产婚后还贷增值利益的计算

本案的特殊之处在于诉争房产系女方婚前与父亲按份共有的房产，通常情况下根据权利义务等的原则，女方与其他共有人应当按照各自的份额承担房屋贷款，但是本案中女方婚后贷款均由女方独自偿还，即本应由共有人承担的贷款，女方均代为偿还，共有人对此明知且未提出异议，故法官认为共有人未承担偿还贷款的义务就不应享有因承担该义务而产生的相关增值利益。但是因为房屋从产权及来源方面均有共有人的贡献，所以应当通过考虑权属及来源等因素对利益进行平衡，最终进行合理分割。



杨静

北京海淀法院东升法庭
审判员

张娅、肖峰：《家事纠纷案件审理指南（婚姻家庭部分）》逐条学习体会（一）

原创：2019-07-19 法语峰言 Xfapple123

<https://mp.weixin.qq.com/s/XGj8TqxrKdBDZe2oSWbKow>

【编者按】婚姻家庭案件是民事案件的头部所在。但从婚三解释之后，从最高法院到地方法院已很久没有就该类案件出台过系统性司法指导文件。这次江苏高院出台的指南（注：由该院民一庭起草），聚焦问题导向性、实务操作性、办案参考性，几乎涵括了目前婚姻家庭领域所有热点难点问题。因此，本公号邀请江苏高院民一庭张娅法官与肖峰博士一起，分享两人的个人学习体会。由于50个条文逐条分析，篇幅较长，故将内容分解后陆续在本公号刊发。欢迎各位转发分享、共同成长！

必须强调：本文内容仅为个人观点，仅作为理论交流、分享之用，均不代表作者所在单位官方意见！

一、程序问题

1、家事纠纷案件如何确定级别管辖？

第一审婚姻、继承等家事纠纷案件（包括涉外、涉港澳台），一般由基层人民法院管辖。对重大疑难、新类型和在适用法律上有普遍意义的案件，可以依照《民事诉讼法》第三十八条的规定，由上级

人民法院自行决定由其审理或者根据下级人民法院报请决定由其审理。

【张娅、肖峰个人体会】

随着社会经济发展,人们拥有的家庭财产类型呈现多样化,离婚案件财产标的金额不断增大,动辄千万甚至数亿,就诉讼标的额而言已超出基层人民法院对普通民事案件的级别管辖范围。但从最高人民法院数次公布的《关于调整高级人民法院和中级人民法院管辖第一审民事案件标准的通知》来看,此类案件一般均由基层人民法院管辖的规定并未改变。本条对家事纠纷案件的级别管辖予以明确:无论诉讼标的额大小,一般均由基层人民法院管辖,只有在特定情形下才由上级人民法院决定或报请上级人民法院提级审理。

2、涉及不动产的婚姻家庭纠纷案件是否适用不动产专属管辖?

婚约财产纠纷、离婚后财产纠纷、夫妻财产约定纠纷、同居关系析产纠纷、分家析产纠纷等属于婚姻家庭纠纷,按照一般地域管辖原则确定管辖法院,不适用不动产专属管辖,但法律、行政法规、司法解释另有规定的除外。

【张娅、肖峰个人体会】

有观点认为,依照《民事诉讼法》第三十三条第一项及《民诉法解释》第二十八条第一款的规定,婚约财产纠纷等婚姻家庭纠纷如果仅涉及不动产确认、分割的,应适用不动产专属管辖。本条没有采纳该观点。1、确定涉及不动产的案件是否适用不动产专属管辖的关键在于对基础法律关系性质的判断。以离婚后财产纠纷为例,虽多涉及不动产,但基础法律关系仍源于婚姻关系,法律适用上仍要适用《婚姻法》的相关规定,而非简单适用《物权法》。2、“因不动产的权利确认、分割引起的物权纠纷”应指《民事案件案由规定》第三部分“物权纠纷”中列举的六类二级案由和三十六类三级案由,而涉及家事纠纷案件的案由是在《民事案件案由规定》第二部分专门规定的。从立法体系解释角度,

如《民诉法解释》第十七条规定,已经离婚的中国公民,双方均定居国外,仅就国内财产分割提起诉讼的,由主要财产所在地人民法院管辖。如果离婚后财产纠纷涉及不动产的适用不动产专属管辖,此条规定即无法合理解释。因为如果当事人的动产价值大于不动产时,应由主要财产所在地即动产所在地法院管辖,而非不动产所在地,该条规定即隐含排除了离婚后财产纠纷适用不动产专属管辖的规定。3、此类纠纷的处理不可能与前案完全割裂,势必要考虑前案中婚姻关系解除原因、子女抚养情况、其他财产分割状况等因素,确保两案法律适用的统一性和裁判结果的一致性。在离婚案件适用一般地域管辖的原则下,如果离婚后财产纠纷适用不动产专属管辖,势必会产生以下问题:如果夫妻在不同地区有多套不动产,离婚案件可以一并处理,如果离婚案件没有一并处理则需到不同不动产所在地法院分别处理,理论和实践都难以自恰。

3、离婚案件原告或者上诉人本人未出庭参加诉讼,能否按撤诉或者按撤回上诉处理?

依照《民事诉讼法》第六十二条的规定,离婚案件当事人除不能表达意思的以外,应当亲自出庭参加诉讼。离婚案件原告或者上诉人本人如果因生理疾病、年迈体弱、交通不便、自然灾害等特殊情形无法出庭的,必须向人民法院提交书面意见,并委托诉讼代理人参加诉讼。在已向人民法院提交书面意见,并委托诉讼代理人参加诉讼的情形下,人民法院不能仅因为原告或者上诉人本人未出庭参加诉讼即按撤诉或者按撤回上诉处理。但原告或者上诉人本人未出庭参加诉讼导致案件事实无法查清的,应当承担由此产生的不利法律后果。

【张娅、肖峰个人体会】

鉴于离婚诉讼对当事人的身份利益和财产利益均有重大影响,《民事诉讼法》第六十二条及《最高人民法院关于进一步深化家事审判方式和工作机制改革的意见(试行)》第37条倡导离婚案件当事人除特殊情况外应亲自出庭参加诉讼。司法实践

中,有的法院在适用法律时比较极端,在原告或上诉人本人未出庭的情形下,即使委托了诉讼代理人,提交了书面意见,也一律按撤诉或按撤回上诉处理,而从法律规定来看无法做此解读,一定程度上损害了当事人的合法权益。本条对此作了限制性规定:

- 1、明确离婚案件原告或上诉人本人以亲自出庭参加诉讼为原则;
- 2、对于“特殊情况无法出庭”情形进行列举式列明;
- 3、明确原告或上诉人本人未亲自出庭参加诉讼的法律后果。一方面,引导离婚案件当事人亲自出庭参加诉讼,另一方面,最大限度保障离婚案件当事人的程序利益和实体利益,同时也避免因当事人本人拒不到庭无法查清案件事实而导致案件久拖不决。

4、对于起诉时被告下落不明的离婚案件应当如何处理?

对于起诉时被告下落不明的离婚案件,人民法院应当慎重处理,最大限度地保障被告的合法权益。在按照原告提供的被告地址无法送达时,应当要求其补充提供被告的其他地址或者被告近亲属的地址以及联系方式,向被告近亲属了解被告下落并制作笔录,加强调查走访,必要时可以要求原告提供公安机关或者其他有关单位出具的证明被告下落不明的书面证明材料。对于穷尽送达手段被告确实下落不明的,可以依照《民事诉讼法》第二百一十七条的规定,公告送达诉讼文书并缺席判决。

对于起诉时被告下落不明的离婚案件,人民法院可以依照《民事诉讼法》第一百一十条的规定,要求原告本人到庭签署保证书。保证书应当载明据实提供被告地址,如有虚假愿意接受处罚等内容。事后经查证确属提供虚假地址的,按妨害民事诉讼处理。

【张娅、肖峰个人体会】

离婚案件中,被告下落不明既有流动人口致原告无法提供被告准确地址的客观原因,也有原告不诚信故意提供被告虚假地址的情形,这均会导致法院多公告送达诉讼文书后缺席判决,判决生效后被

告提出“被离婚”的问题,为法院裁判带来隐患。本条即是在此背景下制定。对于起诉时被告下落不明的案件,法院不能偏听偏信原告的主张,要充分发挥主观能动性进行调查核实,例如给被告近亲属作笔录以及其他单位出具相应证明等方式,以进一步确认被告是否下落不明。

而对于被告确实下落不明的,法院也要依法公告送达并缺席判决,避免案件久拖不决。此外,法院可以要求原告签署保证书,一方面加强威慑力,另一方面也让当事人对虚假陈述行为付出代价,引导社会公众诚实守信。

5、对于已经发生法律效力的不准予离婚的判决能否申请再审?

对于已经发生法律效力的不准予离婚的判决,当事人申请再审的,应予受理。

【张娅、肖峰个人体会】

有观点认为,申请再审是最后的救济途径,判决不准予离婚的案件当事人可以在6个月后再诉:一是不影响诉权;二是可以避免司法资源浪费;三是避免裁判出现矛盾,故对于已经发生法律效力的不准予离婚的判决,当事人不能申请再审。本条认为,法无禁止即许为。《民事诉讼法》第二百零二条仅规定当事人对已经发生法律效力的解除婚姻关系的判决、调解书,不得申请再审。既然法律对于已经发生法律效力的不准予离婚的判决的申请再审问题未作禁止性规定,即应允许当事人申请再审。至于当事人愿意申请再审还是6个月后再诉,是当事人对诉权的选择。是否浪费司法资源及对出现矛盾裁判的担忧,相较于当事人诉讼权利法益而言,后者更需要关注和保护。

6、事实婚姻经调解不能和好的,能否判决不准予离婚?

事实婚姻经调解不能和好的,应当依照最高人民法院《关于人民法院审理未办结婚登记而以夫妻名义同居生活案件的若干意见》第6条的规定,调解或者判决准予离婚。

【张娅、肖峰个人体会】

《最高人民法院关于人民法院审理未办结婚登记而以夫妻名义同居生活案件的若干意见》第6条对事实婚姻除了调解和好之外,并未从双方感情是否破裂角度进行处理,而是一律调解或判决离婚。有观点认为,根据《婚姻法解释一》第五条的精神,构成事实婚姻的可以不必补办登记即可按离婚处理,表明立法承认事实婚姻的合法性,对于事实婚姻可以比照登记婚姻处理。本条认为,从立法趋势来看,对于事实婚姻的态度虽趋于缓和,但事实婚姻与登记婚姻还是有本质区别的。《婚姻法解释一》对事实婚姻在一定条件下予以承认,是在尊重历史的情况下不得已而为之,并不意味着认可其效力完全等同于登记婚姻。在一方要求解除事实婚姻关系时,不宜以判决不准予离婚的方式变相强行要求双方仍然以夫妻名义继续同居,经调解不能和好的,仍应调解或判决准予离婚。这里的准予离婚,在实务处理上,则判项可以考虑用“解除双方婚姻关系”替代“准予离婚”。

7、无效婚姻能否按撤诉处理?婚姻被宣告无效或者被撤销之前又与他人结婚的,是否构成重婚?以重婚为由申请宣告婚姻无效,如果申请时重婚情形已经消失的,应当如何处理?

为体现国家强制力对无效婚姻的干预和制裁,无效婚姻经查证属实的,即使原告经传票传唤无正当理由拒不到庭或者中途退庭,也不能按撤诉处理,应当依法作出宣告婚姻无效的判决。

依照《婚姻法解释一》第十三条的规定,无效或者可撤销婚姻只有在依法被宣告无效或者被撤销时才自始不受法律保护。因此,婚姻被宣告无效或者被撤销之前又与他人结婚的,构成重婚。

以重婚为由申请宣告婚姻无效,申请时即使当事人已经办理了合法婚姻的离婚登记手续或者合法婚姻配偶一方已经死亡等导致重婚情形已经消失的,亦应予以支持。

【张娅、肖峰个人体会】

1、无效婚姻的撤诉问题。宣告婚姻无效案件多涉及当事人以外的不特定人的利益,与社会公众利益相关,因而需要发挥国家依职权干预和制裁的作用,对当事人在诉讼程序中的权利予以一定程度的限制。无效婚姻经查证属实的,即使原告经传票传唤无正当理由拒不到庭或中途退庭,也不能按撤诉处理,应依法作出宣告婚姻无效的判决。

2、无效婚姻与重婚。依照《婚姻法解释一》第十三条的规定,我国对于无效或可撤销婚姻采宣告主义,婚姻只有在依法被宣告无效或被撤销时才自始不受法律保护。婚姻被宣告无效或被撤销之前又与他人结婚的,构成重婚。

有观点认为,当事人申请宣告重婚无效是民事审判范畴,不支持当事人的诉讼请求,并不意味着不追究重婚者的刑事责任。秉承《婚姻法解释一》第八条的精神,以重婚为由申请宣告婚姻无效的,申请时如果重婚情形已经消失的,不应支持。本条认为,《婚姻法解释一》第八条的规定应指《婚姻法》第十条规定的“婚前患有医学上认为不应结婚的疾病,婚后尚未治愈的”和“未到法定婚龄的”导致婚姻相对无效的情形,不应该包括“重婚”情形。重婚行为违反一夫一妻制,有悖公序良俗,是法律明令禁止的违法行为,重婚事实一旦发生,当事人的婚姻关系因违反法律禁止性规定而绝对无效,从性质上不应存在阻却事由,产生从违法到合法转化的问题。因此,即使申请时重婚情形已经消失,在后的婚姻也应被宣告无效。

二、同居问题

8、双方未办理结婚登记手续,但已共同生活,彩礼应否返还?双方已办理结婚登记手续,但共同生活时间较短,离婚时彩礼应否返还?

《婚姻法解释二》第十条第一款第一项规定的“双方未办理结婚登记手续的”并非针对双方已共同生活的情形。如果双方未办理结婚登记手续,但已共同生活,当事人主张返还彩礼的,可以根据未办理结婚登记手续的原因、双方共同生活的时间、

彩礼的数额、有无生育子女、财产使用情况、双方经济状况等酌定是否返还以及返还的数额。

双方已办理结婚登记手续,但共同生活时间较短,离婚时当事人主张返还彩礼的,可以根据离婚的过错、双方共同生活的时间、彩礼的数额、有无生育子女、财产使用情况、双方经济状况等酌定是否返还以及返还的数额。

【张娅、肖峰个人体会】

1、现实生活中,尤其在广大农村地区,普遍存在未办理结婚登记手续,仅办了结婚仪式即同居生活的情形。在此期间彩礼已用于共同生活,甚至生儿育女,如果仍机械适用司法解释的规定未办理结婚登记即返还彩礼,与“熟人社会”中朴素正义观相背离,对收受彩礼一方也极为不公。因此,如果双方虽未办理结婚登记手续,但已共同生活的,应根据具体情形酌定彩礼是否返还及返还的数额。

2、《婚姻法解释二》第十条规定了“双方办理结婚登记手续但确未共同生活的”和“婚前给付并导致给付人生活困难的”两种离婚情形下的彩礼返还情形。该条立法的初衷是想通过法律规定引导社会大众尽量摒弃给付彩礼的习俗,但大额彩礼给付情形仍然存在。尤其是立法并未考虑当事人闪婚闪离的情形,如果当事人虽已登记结婚,但共同生活时间较短,而给付彩礼数额巨大,在不构成《婚姻法解释二》第十条所规定的应返还彩礼的情形下,离婚时如不返还彩礼,对给付彩礼一方难言公平。因此,本条最终采纳了酌情返还的观点。

9、同居期间形成的财产应当如何分割?

同居关系不同于合法婚姻关系,对于同居期间一方的工资、奖金、生产经营收益以及因继承、赠与等途径所得的合法收入,原则上归本人所有。双方在同居期间有共同购置的财产或者共同经营所得的收入,如果查明属于按份共有,按照各自的出资额比例分享权利;如果查明属于共同共有,则对共有财产共同享有权利;如果无法查明是按份共有还是共同共有,视为按份共有,不能确定出资额比

例的,视为等额享有。

对于被宣告无效或者被撤销的婚姻,当事人同居期间所得的财产,按共同共有处理,但有证据证明为当事人一方所有或者按份共有的除外。

【张娅、肖峰个人体会】

同居当事人无论在人身和财产关系上都具有独立性,不同于合法婚姻关系,自然不适用婚后所得共同制的法定夫妻财产制,对于同居期间获得的财产也不能当然推定为共同共有。对于同居财产的归属认定与分割,不能简单地以完全个人财产制或完全的共同财产制来规制,应站在非婚主体的立场考虑,既应肯定个人财产制的主流,也要考虑实际付出和机会成本丧失的现实,以体现公平性和人文性的精神实质。本条即是在此精神指引下结合《物权法》第一百零三条、第一百零四条的规定制定。对于被宣告无效或被撤销的婚姻,此前当事人的生活状态与合法婚姻无异,有别于其他同居关系,当事人同居期间所得的财产,应以共同共有为原则,以个人所有、按份共有为例外。该条只是处理同居财产的原则性规定,具体到个案,还要考虑当事人有无约定、贡献力大小、隐形劳动付出等因素,公平合理的予以分割。

10、因恋爱、同居产生的情感债务应当如何处理?婚外情所涉赠与应当如何处理?赠与行为的效力应当如何认定?赠与财物应当如何返还?

一方以恋爱、同居为由主张另一方支付“青春损失费”“分手费”的,不予支持。但女方在恋爱、同居期间因怀孕中止妊娠主张男方分担医疗费、营养费等合理费用的,可以支持。

有配偶者赠与或者约定赠与第三者财物,赠与后反悔主张返还或者第三者主张履行赠与的,不予支持。但配偶一方以赠与夫妻共同财产的行为侵犯其夫妻共同财产权为由主张返还的,可以支持。

配偶一方主张赠与行为无效并主张返还赠与财物的,应当认定赠与行为全部无效而非部分无效,赠与财物应当全部返还。

赠与行为被认定无效后返还的赠与财物应为赠与当时的标的物,如果赠与的是房屋、车辆等实物,应当返还实物。如果实物因灭失、转让等原因导致无法返还的,可以参照实物灭失、转让时的市场价格或者转让对价折价补偿。

【张娅、肖峰个人体会】

1、情债纠纷的处理。对于情债纠纷,本条在“消极介入、中间干预”的精神指引下采纳了自然债的理论。无论是婚外同居还是未婚同居,均发生在当事人的私人领域,体现了同居当事人的价值观,法律不便过多干预,留由当事人自治。借同居关系索要财物本身违反公序良俗,自然不能通过国家公权力得以实现。女方在恋爱、同居期间因怀孕中止妊娠要求男方分担医疗费、营养费等合理费用的,与索要财物有别,也有其诉的合理性。从不应让有过错的赠与人在与他人婚外同居过程中不合理受益的角度,赠与人要求返还赠与财物的主张也不应得到支持。

婚外同居违反了一夫一妻制度,有损社会公序良俗,公权力的必要干预有利于体现法律和社会对违法行为的否定性评价。夫妻对共有财产享有平等的处理权,配偶一方的共同财产权应得到法律的保护。赠与人将夫妻共同财产赠与第三者损害了配偶一方的财产权益,配偶一方可以主张返还。

2、赠与行为的效力。有观点认为,配偶一方仅享有赠与财物一半的权利,赠与行为属于部分无效,赠与财物应返还一半。本条认为,夫妻共有财产关系为典型的共同共有关系,共同共有人对共有财产应不分份额的共同享有权利,共同共有人只有在共有的基础丧失或有重大理由时才可请求分割共有财产,而对于何种情形下可以在婚内分割夫妻共同财产,《婚姻法解释三》第四条有明确规定,婚外情所涉赠与并不包含其中。如果法院判决赠与财物返还一半,则变向在婚内界定了共有份额并分割了夫妻共同财产。更何况,夫妻对于共同财产也非绝对的各占一半,离婚时基于过错、贡献大小、财产用途、照顾妇女利益等因素,共同财产并非绝

对平均分割。因此,赠与应全部无效。

3、赠与财物的返还。对此问题可以比照父母出资为子女购房的思路,如果赠与金钱应返还金钱;如果赠与实物应返还实物。如果实物因灭失、转让等原因导致无法返还的,可以依照《民法总则》第一百五十七条的规定,参照实物灭失、转让时的市场价格或转让对价折价补偿,因为在此之后第三者也未从中受益。

三、抚养、赡养问题

11、亲子鉴定应当如何启动? 兄弟姐妹之间能否适用《婚姻法解释三》第二条规定的亲子关系推定原则? 提起亲子关系否认之诉的权利人范围应当如何界定?

亲子鉴定的启动应当慎重,无论是请求确认亲子关系或者否认亲子关系都要承担相应的举证责任。对当事人提供的证据,人民法院经审查并结合相关事实,认为进行亲子鉴定确有必要的,可以根据当事人申请启动亲子鉴定。当事人仅凭怀疑或者猜测申请亲子鉴定的,不予准许。但另一方当事人同意鉴定的,可以准许。

《婚姻法解释三》第二条规定的亲子关系推定原则仅适用于父母子女之间。当事人要求与同父(母)异母(父)的兄弟姐妹进行血缘关系鉴定确认亲子关系,并主张适用《婚姻法解释三》第二条的亲子关系推定原则的,不予支持。

认定亲子关系应当以真实血缘关系为基础并兼顾亲子关系的安定性。因此,应当限缩提起亲子关系否认之诉的权利人范围。依照《婚姻法解释三》第二条第一款的规定,提起亲子关系否认之诉的权利人是夫妻一方。其他亲属和成年子女提起亲子关系否认之诉的,一般不予支持。

【张娅、肖峰个人体会】

亲子鉴定的启动作为一种证据方法,其实施必须具有正当性。无论是请求确认亲子关系或否认亲子关系都要承担相应的举证责任,请求确认亲子关系的一方通常要举证证明其生父和生母有同居或

受胎之可能的基本事实,而请求否认亲子关系的一方要举出子女非其亲生的初步证据,法院经审查认为进行亲子鉴定确有必要的,方可启动亲子鉴定。这就排除了当事人在未提交必要证据的情形下仅凭怀疑或猜测申请亲子鉴定的情形。但另一方当事人同意鉴定的,基于当事人意思自治,可以准许。

《婚姻法解释三》第二条所规定的亲子关系推定原则仅适用于父母子女之间,因为父母子女之间的DNA鉴定准确率几近100%,可以为法院直接采信作为认定亲子关系的依据。只有在此情形下在一方拒不配合而亲子鉴定又不能强制进行时方可采用推定原则。兄弟姐妹之间血缘鉴定的准确率只有60%-80%,无论鉴定出有血缘或无血缘关系,都具有不确定性,更不能直接作为认定亲子关系的依据,此种鉴定结论对法院裁判而言没有意义,当事人的鉴定申请不应准许,自然也无亲子关系推定原则适用的余地。

维护亲子关系安定性、婚姻家庭和谐稳定和未成年子女利益最大化,是处理亲子关系案件应遵循的基本原则。这就决定了裁判者不能一味地追求血缘真实,而忽略当事人常年共同生活中形成的亲情,损坏当事人现存的家庭模式和现实生活利益。鉴于此,应限缩提起亲子关系否认之诉的权利人范围。

《婚姻法解释三》第二条将提起亲子关系否认之诉的主体范围仅限定在“父母一方”,据此排除了其他亲属提起亲子关系否认之诉的权利。对于成年子女,有观点认为,赋予成年子女提起亲子关系否认之诉的权利是为了保障其对生父母遗产的继承权。本条认为,我国承认双重血亲关系,如与继父母形成抚养教育关系的继子女与生父母之间仍为父母子女关系,因此成年子女想继承生父母的遗产,完全可以提起亲子关系确认之诉,并不以提起否认之诉为前提,允许成年子女提起亲子关系否认之诉,可能会导致其逃避履行赡养义务,因此有必要对其权利加以限制。

12、《中华人民共和国收养法》施行后,离婚

时对于未办理收养登记的未成年人应当如何处理抚养问题?

《中华人民共和国收养法》施行后,收养应当向县级以上人民政府民政部门登记,否则收养关系不成立。对于未办理登记导致收养关系不成立的,离婚时夫妻双方与未成年人之间不适用《婚姻法》关于父母子女关系的规定。

离婚时对于符合收养条件的,夫妻双方应当补办收养登记,人民法院再依照《婚姻法》关于父母子女关系的规定处理未成年人抚养问题。无法补办收养登记的,如果夫妻一方或者双方均愿意抚养未成年人,对于个人符合收养条件的,由该方补办收养登记,人民法院可以判决收养方抚养未成年人,对于未成年人的抚养费由收养方自行承担,但可以根据收养方的主张结合未成年人的实际需要、夫妻双方的负担能力、离婚时共同财产分割情况、当地的实际生活水平等酌情判令夫妻另一方给予经济帮助。如果夫妻双方均不符合收养条件或者愿意抚养的夫妻一方不符合收养条件或者夫妻双方均不愿意继续抚养未成年人的,人民法院可以依照《中华人民共和国民法总则》的相关规定待未成年人确定监护人后,再处理离婚案件。

【张娅、肖峰个人体会】

《收养法》实施之后,不再承认事实收养关系,对于未办理登记导致收养关系不成立的,夫妻与未成年人之间不构成父母子女关系。夫妻离婚时,对于未办理收养登记的未成年人应如何处理抚养问题,有观点认为,对此问题可以比照事实收养关系处理;也有观点认为,如夫妻双方均不愿意继续抚养未成年人,应将未成年人交还送养人或送交社会福利机构。

我们认为,第一种观点虽然比较人性化,但于法无据。第二种观点有其合理性,但应在现有法律框架内进一步细化,要将抚养与收养、监护等制度衔接。《收养法》对收养的条件有较为严格的规定,很多情形下当事人并不符合补办收养登记的条件;在当事人符合收养条件时,如果其不愿意收养,强

行要求其补办收养登记显然不合理;而在不构成收养关系时,判令当事人负担抚养费,又欠缺法律依据。在预设上述情形下,本条采取了具体问题具体分析的做法。总的原则是:能补办登记的补办登记,非收养方虽不负担抚养费,但应给予经济帮助;如无法补办登记或夫妻双方不愿意收养的,应为未成年人确定监护人后,再处理离婚案件。虽然如此处

理会为法院带来大量诉讼外的工作,比如找寻愿意担任监护人的个人或组织、启动指定监护程序、与民政等部门协调沟通等,难免造成诉讼上的迟延,但目前惟有此才能既最大限度的保护未成年人的合法权益,又避免法律依据欠缺的问题,取得社会效果与法律效果的统一。

张娅、肖峰:《家事纠纷案件审理指南》逐条学习体会(二)

原创: 2019-07-20 法语峰言 Xfapple123

<https://mp.weixin.qq.com/s/zoe1dpFbbRLdyfBGFuXL-Q>

【编者按】婚姻家事案件是民事案件的头部所在。但从婚三解释之后,从最高法院到地方法院已很久没有就该类案件出台过系统性司法指导文件。这次江苏高院出台的指南(注:由该院民一庭起草),聚焦问题导向性、实务操作性、办案参考性,几乎涵括了目前婚姻家事领域所有热点难点问题。因此,本公号邀请江苏高院民一庭张娅法官与肖峰博士一起,分享两人的个人学习体会。由于50个条文逐条分析,篇幅较长,故将内容分解后陆续在本公号刊发。昨天刊发(一)后,效果明显,今晚继续刊发(二),欢迎各位转发分享、共同成长!

必须强调:本文内容仅为个人观点,仅作为理论交流、分享之用,均不代表作者所在单位官方意见!

13、如何认定继父母子女之间形成抚养教育关系?继父母子女关系能否解除?

认定继父母子女之间是否形成抚养教育关系,可以通过审查再婚时继子女是否已经成年、双方共同生活的时间长短、是否实际接受生活上的照顾抚育、家庭身份融合程度等予以综合判断。

对于已经形成抚养教育关系的继父母子女,因生父(母)与继母(父)离婚导致再婚关系终止的,

如果继父母不同意继续抚养未成年继子女的,继父母子女关系可以解除,该子女应当由生父母抚养。

对于已经形成抚养教育关系的继父母子女,因生父(母)死亡导致再婚关系终止的,在继子女未成年的情形下一般不允许解除继父母子女关系。如果生父母中的另一方愿意将未成年子女领回,继父母同意的,继父母子女关系可以解除。继子女八周岁以上的,应当征得本人同意。

对于已经形成抚养教育关系的继子女成年后,继父母子女关系一般不允许解除。如果双方经协商一致或者双方关系恶化导致继父母或者继子女主张解除继父母子女关系的,可以解除。但继父母子女关系解除后,对于缺乏劳动能力或者生活困难的继父母,成年的继子女应当给付一定的生活费用。

对于未形成抚养教育关系的继父母子女,一方起诉主张解除继父母子女关系的,裁定不予受理,已经受理的,裁定驳回起诉。

【张娅、肖峰个人体会】

我国现行法律及司法解释未对继父母与继子女设定权利和义务,只在《婚姻法》第二十七条中作了授权性规定:“继父或继母和受其抚养教育的继子女间的权利和义务,适用本法对父母子女关系的有关规定。”因此,确认继父母子女之间是否形成抚养教育关系,是界定继父母子女之间有无权利

义务的唯一依据。由于形成抚养教育关系的继父母子女之间的拟制血亲关系对于继子女与其生父母之间的血亲关系并无影响,故对于“形成抚养教育关系”的判断应采限缩态度。如果再婚时继子女已经成年、双方没有共同生活或生活时间很短、继子女没有实际接受照顾抚育、双方未形成父母子女的身份情感联系的,一般不宜认定为形成抚养教育关系。

对于再婚关系终止后继父母子女关系的解除问题,我国法律没有这方面的具体规定。形成抚养教育关系的继父母子女关系与养父母子女关系一样,同为法律拟制血亲关系。拟制血亲关系可以通过一定的法律事实和法律行为成立,也可通过一定的法律事实和法律行为解除,只是此种解除并不以再婚关系终止而当然解除,也不因解除身份关系而当然免除基于身份关系所形成的权利义务。鉴于继父母子女关系与收养关系有诸多类似之处,对于继父母子女关系解除问题的立法空白,本条即比照收养关系的相关规定作出规定。具体而言:再婚关系终止,继父母子女关系并不当然解除。对于已经形成抚养教育关系的继父母子女,因离婚导致再婚关系终止的,可以依照《最高人民法院关于离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》第13条的规定处理;因生父(母)死亡导致再婚关系终止的,可以比照《收养法》第二十六条的规定处理。对于已经形成抚养教育关系的继子女成年后与继父母解除继父母子女关系的问题,可以比照《收养法》第三十条的规定处理。对于未形成抚养教育关系的继父母子女,双方仅为姻亲关系,再婚关系终止,继父母子女关系自然解除,当不存在诉讼解除的问题。

14、在构成欺诈性抚养的情形下,男方能否主张返还给付的抚养费并赔偿精神损害抚慰金? 抚养费和精神损害抚慰金的数额应当如何确定? 赔偿义务主体应当如何确定?

女方隐瞒子女与男方无亲子关系的事实,使男

方实际履行了抚养义务,构成欺诈性抚养侵权行为,离婚时或者离婚后男方主张返还给付的抚养费并赔偿精神损害抚慰金的,可以支持。

在确定抚养费返还数额时,男方应当对抚养费给付情况承担举证责任。确实无法举证证明的,可以参照《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》第7条的规定,根据子女的实际需要、男女双方的负担能力、婚姻关系存续期间双方的经济收入、离婚时共同财产分割情况、当地的实际生活水平等酌情判定。

精神损害抚慰金的赔偿数额可以依照《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第十条的规定确定。

欺诈性抚养的赔偿义务主体应当是欺诈行为的实施主体。男方起诉子女承担欺诈性抚养赔偿责任的,不予支持。子女的生父与女方通谋欺骗男方的,应当承担连带赔偿责任。男方仅起诉女方承担赔偿责任的,可以不追加子女的生父为共同被告。

【张娅、肖峰个人体会】

1、欺诈性抚养的性质及赔偿。男方在没有抚养义务的情形下基于女方的欺诈行为抚养了非亲生子女,给付了抚养费并且精神上受到伤害,故欺诈性抚养就其性质而言应认定为侵权行为。从司法实践看,很多法院从维护社会抚养制度稳定、维持社会基本人伦出发,都判决支持男方主张返还抚养费并赔偿精神损害抚慰金的请求。

2、提出欺诈性抚养赔偿请求的时间。司法实践中,有男方在不离婚的情形下仅就欺诈性抚养提出赔偿请求。对于婚内损害赔偿问题理论和实务界一直争论不休,但从《婚姻法》第四十六条及《婚姻法解释一》第二十九条离婚损害赔偿制度的设置来看,仍将损害赔偿限定以离婚为前提。故本条将男方提起欺诈性抚养赔偿请求的时间限定在离婚时或离婚后,排除了不离婚情形下起诉的情形。

3、抚养费的返还数额。有观点认为,婚姻关系存续期间夫妻对共同财产不分份额的共同共有,因此很难计算给付抚养费的数额。本条认为,不能

因为计算上的困难而否定当事人享有的权利。在确定抚养费返还数额时,男方应对抚养费给付情况承担举证责任。确实无法举证证明的,可以参照《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》第7条规定认定。

4、赔偿精神损害抚慰金的法律适用。有观点主张适用《婚姻法》第四十六条离婚损害赔偿的规定。欺诈性抚养情形下生育的子女有的是在结婚之前就已怀孕,有的是在婚姻关系存续期间与他人通奸生育,并不一定符合《婚姻法》第四十六条“有配偶者与他人同居”的情形,故除非欺诈性抚养完全符合《婚姻法》第四十六条规定条件,否则不能适用《婚姻法》第四十六条的规定。对于因侵权行为导致的精神损害赔偿,《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第十条已有明确规定,可以根据侵权人的过错、具体情节、侵权后果、侵权人的责任能力等解决赔偿问题。

5、赔偿义务主体。欺诈性抚养的赔偿义务主体应是欺诈行为的实施主体,通常为女方,子女并非实施欺诈性抚养行为的主体。子女的生父与女方通谋欺骗男方的,为共同侵权人,依照《侵权责任法》第八条的规定,应承担连带赔偿责任。至于是否需要追加子女的生父为共同被告,在当事人对子女生父的身份没有争议的情形下,自无不妥,但如果子女生父身份存疑,贸然追加为共同被告,必然涉及亲子关系确认问题,导致案件复杂化。原告对于起诉的被告有选择权,既然男方仅选择起诉女方承担赔偿责任,公权力应尊重其意思自治,且此类案件的赔偿数额一般不会特别巨大,女方完全可以负担,不必依职权追加子女的生父为共同被告。

15、主张给付抚养费的权利主体应当如何确定?婚姻关系存续期间主张给付抚养费的范围应当如何确定?主张给付抚养费是否适用诉讼时效?

主张给付抚养费的权利属于未成年子女或者不能独立生活的成年子女。能够独立生活的成年子女主张父母给付其未成年期间应当负担的抚养费

的,不予支持。

夫妻双方均负有抚养未成年子女或者不能独立生活的成年子女的法定义务,不存在谁代谁抚养的问题,夫妻一方起诉另一方返还代为给付的抚养费的,一般不予支持。

未成年子女或者不能独立生活的成年子女的祖父母、外祖父母、兄、姐或者其他人员如果代替有抚养能力而未尽抚养义务的夫妻一方或者双方尽了抚养义务,主张夫妻一方或者双方返还代为给付的抚养费的,应予支持。

婚姻关系存续期间主张给付抚养费的范围一般为当期费用和已经发生的费用,对于尚未发生的费用,可以待实际发生后另行主张权利。

依照《中华人民共和国民法总则》第一百九十六条的规定,主张给付抚养费的请求权不适用诉讼时效。

【张娅、肖峰个人体会】

1、主张给付抚养费的权利主体。依照《婚姻法》第二十一条及《婚姻法解释三》第二条的规定,主张给付抚养费的权利属于未成年子女或不能独立生活的成年子女。因为抚养费的主要功能是保障未成年子女健康成长,当子女成年且具有独立生活能力时,抚养费所体现的法益即不存在,因此子女成年后一般无权起诉主张父母给付未成年期间的抚养费。夫妻双方均负有抚养未成年子女的法定义务,不存在谁代谁抚养的问题,尤其是在婚姻关系存续期间,夫妻一方要求另一方返还代为给付的抚养费,于法无据,但如果没有抚养义务的人代替父母尽了抚养义务的,应有权主张返还代为给付的抚养费。

2、婚姻关系存续期间主张给付抚养费的范围。有观点认为,为减少当事人讼累,可以不局限于当期费用和已经发生的费用,当事人可以就将来预计发生的抚养费一并主张,具体时间范围可以根据实际情况酌定。此观点带来的问题是,既然是酌定就很难保证准确,法院如果酌定抚养费付至子女18岁成年,但判决后不久当事人就回家履行抚养义务

了,之前判决显然比较尴尬,而如果酌定时间太短,客观上也无法达到减少当事人讼累的目的。既然如此,本条采纳的观点是婚姻关系存续期间主张给付抚养费的范围一般为当期费用和已经发生的费用,对于尚未发生的费用,可以待实际发生后另行主张权利。这样操作既简便易行,有利于执法统一,不影响当事人诉权的行使,同时也与离婚后主张给付抚养费仅限于拖欠部分的司法实践相吻合。

3、主张给付抚养费的诉讼时效。诉讼时效的客体虽然是请求权,但并非一切请求权都适用诉讼时效。抚养费请求权源于身份利益,父母子女之间的权利义务关系是基于血亲关系,被父母抚养的权利是一种持续性权利,父母的抚养义务也是持续性义务,因此抚养费请求权不应适用诉讼时效的规定。《民法总则》第一百九十六条规定“请求支付抚养费、赡养费或扶养费”的请求权不适用诉讼时效,使这个问题的争议尘埃落定。

16、离婚时夫妻双方约定或者直接抚养子女一方承诺不要求另一方负担子女抚养费,事后直接抚养子女一方能否以子女名义起诉主张另一方给付抚养费?

离婚时夫妻双方约定或者直接抚养子女一方承诺不要求另一方负担子女抚养费,事后直接抚养子女一方又以子女名义起诉主张另一方给付抚养费的,一般不予支持。但具有直接抚养子女一方经济状况不足以维持子女当地实际生活水平或者子女生活、教育、医疗等必要合理费用确有显著增加等正当情形的,依照《婚姻法》第三十七条第二款、《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》第18条的规定,可以判决另一方给付抚养费。

【张娅、肖峰个人体会】

《婚姻法》第三十七条第二款规定的立法初衷旨在充分保护未成年人的合法权益,但在实践中却被一些不诚信的人利用。离婚协议是夫妻双方权衡利弊后就婚姻关系解除、夫妻财产分割、子女抚养

问题等达成的“一揽子”协议,只要其内容不违反法律、行政法规的禁止性规定,对夫妻双方具有法律约束力,未经协商一致,不得擅自变更或撤销。既然离婚时夫妻双方约定或直接抚养子女一方承诺不要求另一方负担子女抚养费,直接抚养子女一方即应遵守承诺,尤其是在另一方可能因此而同意离婚或在财产分割上作出让步的情形下。如事后直接抚养子女一方要求另一方给付抚养费,则应举证证明存在其经济状况不足以维持子女当地实际生活水平或子女生活、教育、医疗等必要合理费用确有显著增加等正当情形,否则其主张不应得到支持,以彰显诚实信用。此规定也不会损害子女的利益,因为《婚姻法》第三十七条规定的“关于子女生活费和教育费的协议或判决,不妨碍子女在必要时向父母任何一方提出超过协议或判决原定数额的合理要求”,也要以必要、合理为前提。

17、祖父母、外祖父母主张隔代探望权应当如何处理?

探望权的行使主体是不直接抚养子女的父母一方,义务主体是直接抚养子女的父母一方。祖父母、外祖父母主张探望孙子女、外孙子女的,一般不予支持。但祖父母、外祖父母对未成年孙子女、外孙子女尽了抚养义务,其主张探望孙子女、外孙子女的,可以支持。

【张娅、肖峰个人体会】

婚姻家庭问题涉及感情、隐私等各个方面,许多问题有赖于道德规范、风俗习惯来调整,公权力介入过多反而不利于婚姻家庭关系的稳定。依照《婚姻法》第三十八条的规定,享有探望权的主体仅是不直接抚养子女的父母,其他近亲属如果有探望未成年人的感情需求,完全可以通过作为未成年人监护人的父母实现,无需通过国家强制力。特殊情形下允许对探望权主体的突破,也是依照《婚姻法》第二十八条的规定,祖父母、外祖父母尽了抚养义务的情形。一方面,此种情形下赋予祖父母、外祖父母探望权有利于弥补未成年人情感交流的

缺失,另一方面,法律既然要求祖父母、外祖父母在特定情形下对未成年孙子女、外孙子女尽抚养义务,按照权利义务相一致的原则,赋予其相应的探望权即在情理之中。

18、离婚后子女能否主张不直接抚养的父母一方进行探望?

离婚后父母对于子女仍有抚养和教育的权利和义务。离婚后子女主张不直接抚养的父母一方进行探望的,应予支持。

【张娅、肖峰个人体会】

离婚父母对不直接抚养的子女的探望权应是亲权的一项内容。在婚姻关系存续期间,亲权的各项权能处于基本完满状态,探望权隐含于亲权当中,尚未转化为现实的权利与义务。父母离婚后,亲权的各项权能发生了分离,探望权作为亲权中一项重要内容,由潜在的隐含权能转化为现实的具体权能。探望权对于父母来说不仅是权利,更属于抚养和教育的义务范畴,是亲权行使的延续。从立法目的上看,探望权应坚持以子女为本位,在保护父母合法权益的同时,应更加注重未成年子女的利益。父母拒绝履行探望义务时,子女应有权起诉要求父母对其进行探望,以利于子女的健康成长。

19、离婚案件中应对探望权问题一并处理?对探望权的裁判应当如何表述?

离婚案件中当事人未主张探望权的,为减少当事人讼累,可以向当事人释明,告知当事人就探望权问题提出诉讼请求。当事人不提出诉讼请求的,基于不告不理的原则,探望权问题在离婚案件中不予处理。对探望权的裁判应当明确探望权的行使时间、期限、方式、地点。

【张娅、肖峰个人体会】

离婚诉讼属于复合之诉,探望权属于其中的一个诉。一般情形下,探望权问题应在离婚案件中一并处理,但有时当事人在诉讼中不主张探望权,既可能基于对法律的不了解,也可能根本不愿主张。对此,法院应本着彻底解决纠纷、减少当事人讼累

的原则向当事人释明,告知当事人可以就探望权问题一并主张,如释明后当事人仍不主张,基于不告不理的原则,不予处理。

对于探望权的裁判,司法实践中很不统一,有的过粗有的过细,均不利于执行。《江苏省高级人民法院关于执行内容不明确如何执行有关问题的通知》规定:“……三、凡生效法律文书主文内容有下列情形之一的,经采取第一条中的方式仍无法执行的,根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第四百六十三条和《最高人民法院关于执行案件立案、结案若干问题的意见》第二十条规定,可以裁定驳回执行申请:……4、判决或调解确认夫妻一方享有探望权,但对探望权的行使时间、期限、方式、地点不明确。”基于此,本条规定与该通知规定相一致,对于探望权的裁判应明确探望权的行使时间、期限、方式、地点。

20、人民法院已经就探望权行使时间、期限等依法作出生效裁判后,当事人就探望权问题能否再次起诉?

人民法院已经就探望权行使时间、期限等依法作出生效裁判后,如果当事人对探望权行使时间、期限等产生新的需求,属于新的事实和理由,不受既判力的约束,当事人就探望权问题再次起诉的,应予受理。但对当事人诉讼请求的合理性应当依法审查,据以决定是否支持当事人的诉讼请求。

【张娅、肖峰个人体会】

身份关系纠纷具有面向未来性。一方面,当事人无法预测未来可能发生的情形,故无法借助诉讼程序获得救济,另一方面,涉及未成年子女抚养和教育的重大利益是司法救济的终极法益,当探望权的裁判无法实现子女利益最大化时,应赋予当事人通过诉讼方式适时变更的权利。《民诉法解释》第二百四十八条规定:“裁判发生法律效力后,发生新的事实,当事人再次提起诉讼的,人民法院应依法受理。”时过境迁,当事人对探望权行使时间、

期限等产生新的需求,属于新的事实和理由,此时再行就探望权问题提起诉讼,不属于“一事不再理”的情形,法院应予受理。

需要指出的是,虽然赋予当事人就探望权问题可以再诉的权利,但并非其诉讼请求一定会得到支持,为避免当事人滥用诉权及司法资源的浪费,法院对于当事人诉讼请求的合理性要进行审查,对于无正当理由或请求明显不合理的,应予驳回。

21、父母能否主张子女履行精神赡养义务?

赡养包括经济上供养、生活上照料和精神上慰藉。父母主张子女履行探望等精神赡养义务的,应予支持。

【张娅、肖峰个人体会】

精神赡养要求赡养人在精神上给予老年人慰藉,满足其精神生活需要。随着流动人口增加、外出打工群体日益庞大及家庭结构趋于核心化、小型化,老年人精神情感需求不能满足的情况较为严重。在赡养老人方面,子女更多关注老年人物质上的需求,而忽视老年人的精神需求,而精神赡养不仅是道德义务,也是法律义务。本条规定父母有起诉子女履行精神赡养义务的权利,有利于维护老年人的合法权益,弘扬敬老、爱老的传统美德,彰显司法人文关怀。

22、父母与子女约定免除或者以子女放弃家庭共有财产、继承等为条件免除子女赡养义务的,事后能否主张子女履行赡养义务?

子女对父母有赡养扶助的法定义务。父母与子女约定免除子女赡养义务的,该约定无效,事后父母主张子女履行赡养义务的,应予支持。约定以子女放弃家庭共有财产、继承等为条件免除子女赡养义务的,如果协议已履行,可以酌情减轻子女给付赡养费的义务。

【张娅、肖峰个人体会】

父母与子女就父母的赡养事项达成的口头或书面协议属于赡养协议。赡养协议具有合同性质,虽然根据一般合同原理,合同权利人可以放弃权利,

也可以免除义务人的义务,但如果权利人放弃权利的意思可能导致义务人法定义务之不履行,违反社会公德或社会公共利益时,权利人的弃权行为也要有所限制。就赡养而言,是以权利人和义务人之间的身份关系为基础的,身份关系涉及伦理问题,伦理问题即可理解为一种社会公共利益,违反伦理就是损害社会公共利益,导致此类民事行为的无效。因此,对于父母与子女约定免除子女法定赡养义务的,该约定无效,不影响事后父母要求子女履行赡养义务的权利。但对于约定以子女放弃家庭共有财产、继承等为条件免除赡养义务的,如果协议已履行,基于客观上已无法回转,为公平起见,可酌情减轻子女支付赡养费的义务,但对于其他赡养义务则不能免除。

23、父母未履行抚养义务,子女能否主张免除赡养义务?

父母因经济能力限制或者其他客观原因未履行抚养义务,子女主张免除赡养义务的,不予支持。但父母存在有抚养能力而拒不履行抚养义务或者对子女实施虐待、遗弃、故意杀害等行为,情节严重的,可以酌情减轻子女的赡养义务,构成犯罪的,可以免除子女的赡养义务。

【张娅、肖峰个人体会】

有观点认为,子女赡养父母是无条件的,不能将父母是否履行抚养义务作为子女履行赡养义务的基础和前提,否则有“同态复仇”感。本条认为,婚姻家庭关系涉及伦理、道德,不能等同于商品交换关系。父母因经济能力限制或其他客观原因未履行抚养义务,子女成年后要求免除赡养义务,不应支持。但是,权利义务相一致的原则也是法律的基本原则,父母子女之间并未排除该原则的适用。如果父母有抚养能力而拒不履行抚养义务或对子女实施虐待、遗弃、故意杀害等行为,情节严重甚至构成犯罪的,子女要求酌情减轻或免除赡养义务的合理诉求,应予支持。如此规定的目的在于提醒那些不尽抚养义务的父母不要把子女赡养看作理所

当然,敦促他们积极履行抚养义务,否则将面临不被赡养的风险,符合社会主义道德风尚。

四、离婚财产问题

24、夫妻双方订立忠诚协议约定如果一方违反忠诚义务将赔偿夫妻另一方违约金或者精神损害抚慰金,夫妻一方起诉主张确认忠诚协议的效力或者以夫妻另一方违反忠诚协议为由主张其承担责任的,应当如何处理?

夫妻忠诚协议是夫妻双方在结婚前后,为保证双方在婚姻关系存续期间不违反夫妻忠诚义务而以书面形式约定违约金或者赔偿金责任的协议。

夫妻是否忠诚属于情感道德领域的范畴,夫妻双方订立的忠诚协议应当自觉履行。夫妻一方起诉主张确认忠诚协议的效力或者以夫妻另一方违反忠诚协议为由主张其承担责任的,裁定不予受理,已经受理的,裁定驳回起诉。

【张娅、肖峰个人体会】

有观点认为,法律是显性的道德,道德是隐藏的法律。虽然《婚姻法》第四条规定的夫妻忠实义务是一种倡导性规范,但不妨碍夫妻双方自愿以民事协议的形式将此道德义务转化为法律义务,故应承认其效力。本条认为,婚姻法调整的社会关系是人们的行为,无法干预人们的思想情感。《婚姻法》第四条所规定的夫妻忠实义务,是一种道德义务,而不是法律义务,法院无法通过判决的形式要求当事人强制履行道德义务。夫妻虽是自愿以民事协议的形式将夫妻忠诚的道德义务转化为法律义务,但也是变相的以金钱去衡量忠诚,法院裁判将面临道德风险。因此,夫妻之间订立的忠诚协议应由当事人自觉履行,不应赋予其强制执行力。

25、夫妻双方订立如果一方发生婚外情、实施家庭暴力、赌博等行为,离婚时放弃财产的协议,离婚时能否作为裁判的依据?

夫妻双方订立如果一方发生婚外情、实施家庭暴力、赌博等行为,离婚时放弃财产的协议,

不属于夫妻财产约定。离婚时无过错的夫妻一方以夫妻财产约定为由主张据此分割财产的,不予支持。但在分割财产时,应当综合考虑当事人过错情况等对无过错的夫妻一方酌情予以照顾,以平衡双方利益。

【张娅、肖峰个人体会】

有观点认为,本条所涉的协议为当事人真实意思表示,不违反法律、行政法规的禁止性规定,体现了夫妻应相互忠诚的立法精神,应作为离婚时分割财产的依据。本条认为,此类协议不涉及夫妻财产制的选择,不属于《婚姻法》第十九条所规定的夫妻财产制契约。此类协议多在一定情势下签订,也不宜归类于婚内财产分割协议。法院以裁判方式确认此类协议的效力,同样面临着以财产换取夫妻忠诚、实施违法行为的道德风险。离婚时无过错方要求依据协议分割财产的,不应支持,但应将其作为判断当事人是否有过错的重要证据,并在财产分配上对无过错方酌情予以照顾。

26、夫妻双方在离婚协议中约定违约金,离婚后夫妻一方以夫妻另一方未履行离婚协议为由主张按照离婚协议约定支付违约金的,应当如何处理?

离婚协议属于有关身份关系的协议,不属于普通民商事合同。离婚后夫妻一方以夫妻另一方未履行离婚协议为由主张按照离婚协议约定支付违约金的,不予支持。

【张娅、肖峰个人体会】

有观点认为,离婚协议中约定未按离婚协议履行则支付违约金,属于对财产关系的约定,未被法律所禁止,由该约定衍生的违约条款应适用《合同法》第一百一十四条第一款的规定视为有效条款,一方违约应按协议约定支付违约金。本条认为,婚姻家庭关系涉及伦理、道德,不能等同于商品交换关系。离婚协议是有关婚姻关系解除、财产分割、子女抚养等涉及人身财产事项的复合性协议,即使是仅涉及财产关系的条款,也与当事人的特殊身份

关系不可分离，不属于普通的民商事合同。《合同法》第二条已经将婚姻等有关身份关系的协议别除在外，因此离婚协议中约定违约金，没有法律依据。

27、夫妻双方依照《婚姻法》第十九条第一款订立的夫妻财产制协议的效力应当如何认定？能否对抗债权人申请执行？

夫妻双方依照《婚姻法》第十九条第一款订立的夫妻财产制协议对夫妻双方均具有法律约束力。当夫妻双方对不动产物权产生争议时，应当尊重夫妻之间的真实意思表示，按照双方订立的夫妻财产制协议履行，优先保护不动产物权的真实权利人，不宜以所有权登记作为确认不动产物权的唯一依据。但未办理转移登记不能对抗善意第三人。

在不动产物权未办理转移登记的情形下，被执行人配偶依据夫妻财产制协议提出执行异议，请求排除执行的，不予支持。

28、离婚财产分割协议中对不动产物权的约定能否直接产生物权变动的效力？能否对抗债权人申请执行？

离婚财产分割协议中对不动产物权的约定不直接产生物权变动的效力，夫妻一方仅可基于债权请求权向夫妻另一方主张履行不动产物权转移登记的契约义务。在不动产物权未办理转移登记的情形下，离婚财产分割协议中对不动产物权的约定不能对抗善意第三人。

离婚财产分割协议中对不动产物权的约定能否对抗债权人申请执行，应当通过审查离婚财产分割协议的真实性、形成时间、不动产物权未办理转移登记的原因、当事人的过错等予以综合判断。具体可参考《江苏省高级人民法院执行异议及执行异议之诉案件审理指南（二）》的相关规定认定和处理。

29、如何区分夫妻财产制协议与夫妻财产赠与约定，其效力应当如何认定？

夫妻财产制协议是夫妻双方在《婚姻法》第十

九条规定的三种夫妻财产制形态，即分别财产制、一般共同制和限定共同制中进行选择的约定，对夫妻财产关系产生一般性、普遍性的约束力，其效力一般及于夫妻财产的全部。夫妻财产赠与约定是夫妻双方对于个别财产的单独处分，具有一次性、个别化的特点，其效力不及于其他未经特殊处分的财产。前者的目的在于排除法定财产制的适用，后者的目的在于改变一项特定财产的权利归属，并不涉及财产制的选择。

夫妻双方订立的夫妻财产制协议对夫妻双方具有法律约束力，任何一方不得擅自变更或者撤销。

夫妻一方在婚前或者婚姻关系存续期间约定将个人所有的不动产赠与夫妻另一方或者约定为按份共有、共同共有的，属于夫妻财产赠与约定，赠与人在赠与不动产物权办理转移登记之前撤销赠与，夫妻另一方主张履行的，应当依照《中华人民共和国合同法》第一百八十六条的规定处理。

【张娅、肖峰个人体会】

上述三个条文是针对夫妻财产约定的形式及效力的规定。

1、夫妻财产制协议与夫妻赠与的区别

夫妻财产制协议、夫妻赠与、离婚财产分割协议为三类典型且有所区别的夫妻财产约定形式。针对《婚姻法》第十九条和《婚姻法解释三》第六条的规定，有人提出，如果允许夫妻之间任意撤销赠与约定将使得夫妻财产制协议失去意义。此观点混淆了夫妻财产制协议与夫妻赠与的概念。

夫妻财产制协议指婚姻当事人为排除法定财产制的适用，以协议所选定的夫妻财产制。《婚姻法》第十九条规定了三种夫妻财产制形式，即分别财产制、一般共同制和限定共同制。我国封闭式的约定财产制对夫妻财产制协议内容有所限制，无论是分别财产制、一般共同制和限定共同制，最终结果均是婚前或婚后财产要么归共同所有，要么归原权利人个人所有，并不包括归夫妻另一方个人所有的情形。夫妻一方财产归夫妻另一方个人所有的情形应适用夫妻赠与的相关规定。夫妻赠与和夫妻财

产制契约有不同的调整对象。夫妻财产制契约并非针对某个或某些特定的财产归属作出的约定,而是一般性地构建夫妻之间的财产法状态,对契约成立之后夫妻的财产关系将产生一般性的、普遍性的拘束力。夫妻赠与是特例,是夫妻双方通过约定或法定财产制对于概括性财产作出安排后对于个别财产的单独处分,具有一次性、个别化的特点,其效力不及于其他未经特殊处分的财产。前者的目的在于排除法定财产制的适用,后者的目的在于改变一项特定财产的权利归属,并不涉及财产制的选择。

《合同法》对赠与问题的规定没有指定夫妻关系除外,因此夫妻一方赠与夫妻另一方不动产或约定夫妻共有,在没有办理转移登记之前,依照《合同法》第一百八十六条的规定,是完全可以撤销的,而依照《婚姻法》第十九条的规定,夫妻双方订立的夫妻财产制契约对双方具有法律约束力,夫妻一方不得擅自变更或撤销。

2、夫妻财产制契约和离婚财产分割协议的效力

有观点认为,夫妻财产制契约应纳入非依法律行为即可发生物权变动效力的范畴。本条未采纳该观点。该观点最大的问题在于未区分两种夫妻财产约定的效力内外有别。《婚姻法》对夫妻财产的规定相较于《物权法》对财产的一般规范,虽属于特别法规范,但仅限于处理夫妻内部财产关系时才可以优先适用《婚姻法》,当涉及第三人时,仍应适用《物权法》等调整一般主体之间财产关系的法律规定。就内部而言,《婚姻法》第十九条明确载明“夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定,对双方具有约束力。”《婚姻法解释二》第八条也规定“离婚协议中关于财产分割的条款或当事人因离婚就财产分割达成的协议,对男女双方具有法律约束力。”既然有法律约束力,就意味着夫妻一方不能擅自变更或撤销,当夫妻双方对不动产物权产生争议时,应尊重夫妻之间的真实意思表示,按照双方达成的夫妻财产制契约或离婚财产分割协议履行,优先保护不动产物权的真实权利人,

不宜以所有权登记作为确认不动产权属的唯一依据。然而,就外部关系而言,只有《物权法》规定的登记或交付才是符合法律规定的、唯一的公示方法。“结婚”这一法律事实并不具备公示特征,而且《婚姻法》并未要求夫妻必须将财产制契约进行登记为第三人所知悉,更不用说离婚财产分割协议。夫妻关系之外的第三人在判断不动产的归属和内容时,只能依据不动产登记的记载,此种情形下如过分强调“结婚”作为公示方法,将极大损害不动产登记制度的公示公信力,威胁交易安全和交易效率。综上,无论是夫妻财产制契约还是离婚财产分割协议,均区分对内效力与对外效力,原则上只在夫妻之间产生约束力,不能对抗善意第三人。如果要发生物权变动效力并产生对抗第三人的法律效果,仍然必须根据《物权法》的规定进行登记或交付。

3、夫妻财产制契约和离婚财产分割协议对不动产权属的约定能否对抗执行

司法实践中,夫妻一方在外欠债,债权人申请执行其名下的不动产,债务人配偶往往会持夫妻财产制契约或离婚财产分割协议以自己是真实权利人为由主张阻却执行。此时,夫妻双方关于不动产权属的约定尚未办理不动产物权转移登记,债务人配偶也仅可基于债权请求权向债务人主张履行不动产物权转移登记的契约义务,从形式上看,其与其他债权人的债权是平等的,并不能阻却执行。尤其是夫妻财产制契约,如上所述,不具有公示效力,在不动产物权未办理转移登记的情形下,债务人配偶依据夫妻财产制契约提出执行异议的,不应得到支持。

离婚财产分割协议能否对抗执行,不能一刀切,要具体问题具体分析,重点审查债务人配偶与债权人的权益保护顺位,要符合社会大众的社会认知和价值考量,妥善平衡二者的关系。1、从权利取得的时间考量。债权虽然是平等的,但其形成先后却对债务的履行产生影响。如果夫妻双方是真实离婚,离婚财产分割协议形成于债权形成之前,也就

是债务人举债时，夫妻双方已经离婚了，仅仅是不动产物权尚未办理转移登记而已，此时债务人配偶的利益应优先于债权人得到保护。尤其是债务人配偶的实体权益已经被生效的形成性法律文书确认的情形下，根据《物权法解释一》第七条的规定，可以直接产生物权变动的效力，自然能够对抗执行。

2、从债务人配偶角度考量。如果债务人配偶是因不动产存在按揭、抵押等不可归责于当事人的原因导致未办理不动产物权转移登记，此时债务人配偶享有物权期待权，相较于普通金钱债权的债权人，其权利更值得保护。

3、从债权人的角度考量。如果债权人享有的债权为非金钱债权，多表现在债权

人即为诉争房屋的买受人，此时其权利应受到物权公示公信原则的保护。反之，如果仅为金钱债权，在执行过程中查封了诉争财产，则相较于债务人配偶的物权期待权，其权利并无优先之处。

总之，判断离婚财产分割协议中关于不动产物权的约定能否对抗债权人申请执行，没有单一的固定的标准，而应结合个案，通过审查离婚协议的真实性、形成时间、不动产物权未办理转移登记的原因、当事人的过错等因素予以综合判断。《江苏省高级人民法院执行异议及执行异议之诉案件审理指南（二）》中就此问题有部分情形的列举，具体处理时可以参考适用。

张娅、肖峰：《家事纠纷案件审理指南》逐条学习体会（三） ——主要涉及房屋分割

原创：2019-07-21 法语峰言 Xfapple123

<https://mp.weixin.qq.com/s/7eZe47M21uNj71svoTlm1Q>

【编者按】婚姻家事案件是民事案件的头部所在。但从婚三解释之后，从最高法院到地方法院已很久没有就该类案件出台过系统性司法指导文件。这次江苏高院出台的指南（注：由该院民一庭起草），聚焦问题导向性、实务操作性、办案参考性，几乎涵括了目前婚姻家事领域所有热点难点问题。因此，本公号邀请江苏高院民一庭张娅法官与肖峰博士一起，分享两人的个人学习体会。由于50个条文逐条分析，篇幅较长，故将内容分解后陆续在本公号刊发。昨天刊发（二）后，反响仍然不错，故坚持今晚发（三），主要涉及房屋分割问题，

必须强调：本文内容仅为个人观点，仅作为理论交流、分享之用，均不代表作者所在单位官方意见！不喜，勿喷，取关即可！

30、《婚姻法解释三》第十条规定的不动产婚内共同还贷及增值的补偿数额应当如何计算？

补偿数额可以按以下公式计算：【夫妻共同还贷部分×不动产升值率÷2】。不动产升值率=离婚时不动产价格÷不动产成本（购置时不动产价格+共同已还贷款利息+其他费用）×100%。其他费用包括印花税、契税、营业税、评估费等，不包括公共维修基金、物业费。如果夫妻一方购置不动产后经过一段时间才结婚的，计算不动产成本时，应当以结婚时不动产价格作为计算依据。若在个案中计算所得补偿数额明显低于婚后还贷本息总额的一半时，应当依照《婚姻法》第三十九条第一款规定的原则，判令取得所有权的夫妻一方给予夫妻另一方合理的补偿。

【张娅、肖峰个人体会】

本条为离婚时如何计算按揭房屋共同还贷及增值部分的补偿数额提供一个计算方法。第一步是计算不动产升值率，不动产升值率=离婚时不动产价格÷不动产成本。不动产成本=购置时不动产价格+共同已还贷款利息+其他费用。“其他费用”

主要是指不动产交易成本,如印花税、契税、营业税、评估费等,但不包括公共维修基金和物业费,后者并非交易成本,而是不动产在使用中产生的费用。第二步是计算非所有权登记一方所得补偿,即夫妻共同还贷部分 $\times$ 不动产升值率 $\div 2$ 。此处应注意两个问题:1、计入不动产成本的是共同已还贷款利息,不能将未还贷款利息计入成本,否则将产生夫妻另一方未享受房屋升值利益而现实承担所有贷款利息导致补偿降低的情形;2、如果夫妻一方购置不动产后一段时间才结婚的,计算不动产成本时应以结婚时不动产价格作为计算依据,而非购置时的不动产价格,因为购置不动产至结婚前这段时间不动产的增值收益属于夫妻一方婚前个人财产;3、如果个案中出现房价下跌的情形,即计算所得补偿数额明显低于婚后还贷本息总额的一半时,应依照《婚姻法》第三十九条第一款规定的原则,判令取得产权的一方给予另一方合理的补偿。上述规定只是为法官裁判提供一个方便的计算方法,其补偿数额并非绝对,司法实践中在适用上述规则时,仍要依照《婚姻法》第三十九条第一款的规定,根据财产的具体情况,按照照顾子女和女方权益的原则作出公平裁判。

31、婚姻关系存续期间夫妻一方以婚前财产出资购置的不动产以及增值收益的性质应当如何认定?

婚姻关系存续期间夫妻一方以婚前财产出全资购置的不动产,所有权登记在出资方名下,该不动产为夫妻一方婚前财产在婚后发生的形态上的转化,不影响财产的性质,除当事人另有约定外,应当认定为夫妻一方的个人财产。基于该不动产所产生的增值收益,应当根据具体情况作出认定。如果购置该不动产的目的是为了投资,则产生的增值收益应当认定为夫妻共同财产。

婚姻关系存续期间夫妻一方以婚前财产出全资或者夫妻一方以婚前财产以及夫妻共同财产混合出资购置的不动产,所有权登记在夫妻双方

名下或者夫妻另一方名下,除当事人另有约定外,应当认定为夫妻共同财产。离婚时在具体分割不动产时,可以结合出资比例等因素对婚前财产出资方予以多分。

【张娅、肖峰个人体会】

婚姻关系存续期间夫妻一方以婚前财产出全资购置的不动产,所有权登记在出资方名下,该不动产为夫妻一方婚前财产在婚后发生的形态上的转化,不影响财产的性质,应认定为夫妻一方的个人财产。但对于该不动产所产生的增值收益,则应根据具体情况作出认定。如果购置该不动产的目的是为了投资,则产生的增值收益应认定为夫妻共同财产。房地产市场作为国家经济支柱的安全性与收益的稳定性,是人们有共识的,很多人因此购买第二套甚至第三套不动产,在房价适宜时出售获取差价,房价回落时则用于出租获得收益,虽然不同于生产性投资或货币性投资,但的确符合投资行为模式。由于不动产价值较大,界定投资行为并不以不动产的套数为标准,法院可以结合夫妻实际拥有的不动产数量、不动产用途、购买不动产的年限,综合考虑确定不动产是否属于投资性质,进而确定夫妻另一方对于不动产收益是否享有权利。即便只有一套不动产,也不能忽视对该不动产实际用途的分析。

32、夫妻一方婚前购买的股票在婚后的增值收益的性质应当如何认定?

夫妻一方婚后对婚前购买的股票没有进行买卖,股票因市场行情变化产生的增值收益为自然增值,除当事人另有约定外,应当认定为夫妻一方的个人财产。夫妻一方婚后对婚前购买的股票进行买卖产生的增值收益为主动增值,除当事人另有约定外,应当认定为夫妻共同财产。

【张娅、肖峰个人体会】

个人财产婚后“收益”主要有三种形态:投资性收益、增值和孳息。“投资性收益”指生产或商业上的收入。“增值”指物或权利在价格上的升值。

这种增值既可能因市场因素而被动增值也可能因人为投入而主动增值。“孳息”分为天然和法定两种,天然孳息指依自然规律而收获的物,法定孳息指通过一定法律关系而获取的报酬。正确认定个人财产婚后“收益”为个人财产还是夫妻共同财产,是离婚财产分割的前提。司法实践中,一般采简单化处理,如果该“收益”的获得与双方共同投入有关,一般认定为夫妻共同财产,如果与双方共同投入无关,则认定为个人财产。当然这种“双方共同投入”的认定不能机械,不能仅以直接的投入作为认定标准,夫妻一方在家从事家务劳动也是一种投入。基于此种原理,对于夫妻一方婚前购买的股票在婚后的增值收益,应区分夫妻一方是否有买卖行为,据以决定是否属于夫妻共同财产。

33、婚姻关系存续期间夫妻一方以个人财产出全资购置以个人名义参加房改的不动产,所有权登记在出资方名下,其性质应当如何认定?

婚姻关系存续期间夫妻一方以个人财产出全资购置以个人名义参加房改的不动产,所有权登记在出资方名下,离婚时出资方主张为个人财产的,不予支持,除非当事人另有约定或者出资方能够举证证明该不动产的取得与夫妻另一方没有关系且夫妻另一方不会因此而利益受损。离婚时在具体分割不动产时,可以对出资方予以多分。

【张娅、肖峰个人体会】

按照一般思路,婚姻关系存续期间夫妻一方以个人财产出全资购置的不动产,产权登记在出资方名下,在双方没有特别约定的情形下,应认定为夫妻一方的个人财产。然而,房改房具有其特殊性。根据《国务院关于深化城镇住房制度改革的决定》,职工按成本价购买公有住房,每个家庭只能享受一次,职工购买现已使用的公有房屋的,售房单位应根据购房职工建立起住房公积金制度前的工龄给予工龄折扣,此外还要综合考虑职工的职务等因素。可见,按房改政策出售的房屋价格不是单纯的房屋市场价格,该价格中包含了夫妻双方的工龄折扣等

福利待遇,如果该房屋由夫妻一方按当时购买价以个人财产购买即作为个人财产处理对夫妻另一方显属不公。考虑到我国实行婚后所得共同制,类似不动产首先应认定为夫妻共有,如果出资方主张为其个人所有,必须举证证明该不动产的取得与夫妻另一方并无任何关系,夫妻另一方也未因此利益受损。当然,在认定共有的前提下,可以对出资方予以多分。

34、享受本人工龄和已死亡配偶生前工龄优惠后所购房改房的性质应当如何认定?

房改房是国家根据职工工龄、职务、工资、家庭人口等各种因素综合考虑后在价值计算上给予职工政策性优惠福利的房屋。此种政策性优惠福利具有人身和财产双重属性,属于财产权益。生存配偶享受本人工龄和已死亡配偶生前工龄优惠后所购房改房,是对原有承租权的承袭和转化,一般应当认定为夫妻共同财产。

【张娅、肖峰个人体会】

有观点认为,遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产,夫妻生存一方取得房屋所有权时,死亡一方的民事权利能力因其死亡而终止,其并不具备取得房屋所有权的主体资格,故此类房改房不应认定为夫妻共同财产。本条认为,夫妻共同财产是在婚姻关系存续期间所得的财产,其中包括财产权利的取得,不能因为职工生前没有实际取得实物即否定其享有财产权利。已故配偶的工龄优惠体现的是享有物权的资格身份,即房改房的购买资格决定物权归属,出资仅具有债权意义。房改房所体现的政策性优惠福利属于财产性权益,使用配偶工龄购房的优惠措施并非仅是对房价的政策性补贴,而是对原有承租权的承袭和转化。根据《最高人民法院关于审理离婚案件中公房使用、承租若干问题的解答》规定精神,既然公房承租权属于夫妻双方,考虑到从承租权转化为所有权之间的承继性,使用已故配偶工龄优惠购买的房改房一般也应认定为夫妻共同财产。

35、婚姻关系存续期间夫妻购置所有权登记在夫妻双方以及子女名下或者仅登记在子女名下的不动产的性质应当如何认定？

对于婚姻关系存续期间夫妻购置所有权登记在夫妻双方以及子女名下或者仅登记在子女名下的不动产，应当审查夫妻双方进行所有权登记时的真实意思表示，尽可能甄别夫妻双方是否存在逃避债务、规避执行等行为。

在排除前述情形的情况下，可以按以下情形分别处理：

（1）对于婚姻关系存续期间夫妻购置所有权登记在夫妻双方以及子女名下的不动产，应当认定为夫妻双方与子女共有。所有权登记中未约定为按份共有的，应当认定为共同共有。

（2）对于婚姻关系存续期间夫妻购置所有权仅登记在子女名下的不动产，一般应当认定为子女的财产。如果有证据证明夫妻双方将所有权登记在子女名下的真实意思仅是代名登记，夫妻双方并无赠与意思的，该不动产应当认定为夫妻共同财产。但夫妻之间的财产约定不能对抗善意第三人。

【张娅、肖峰个人体会】

离婚或离婚后财产纠纷案件中，经常涉及登记在子女名下不动产的性质认定及处理问题。此类纠纷首先要进行甄别，排除夫妻双方登记行为逃避债务、规避执行的可能性，尽量避免生效裁判对执行造成影响。在排除前述情形的情况下，对于登记在夫妻双方及子女名下的不动产，应依照《物权法》第一百零三条的规定进行认定。对于仅登记在子女名下的不动产，一般会产生两类纠纷，一类是子女与夫妻之间发生纠纷，子女主张是赠与，夫妻主张是代名登记；一类是夫妻之间发生纠纷，一方主张是赠与，另一方主张是代名登记。对此，基于不动产登记现状，主张为代名登记的夫妻一方或双方应承担举证责任，否则应认定为对子女的赠与。但基于物权公示公信原则，夫妻之间的财产约定不能对抗善意第三人。本条的目的在于明确处理家庭内部关系时登记在夫妻双方及子女名下或仅登记在子

女名下的不动产的性质认定问题，对于当事人的非法目的，审判阶段只能尽力而为，无法做到万无一失，如果事后查明确为逃避债务、规避执行的，只能通过其他诉讼程序解决。

36、离婚协议中涉及对第三人赠与的条款，离婚后赠与人以赠与财产权利尚未转移为由能否申请撤销？受赠人有无独立的给付请求权？

离婚协议是夫妻双方权衡利益、考量利弊后，围绕婚姻关系解除而形成的一个有机整体，各项内容既相互独立，又相互依存。因此，离婚后赠与人以赠与财产权利尚未转移为由申请撤销离婚协议中涉及对第三人赠与条款的，不予支持，但符合《婚姻法解释二》第九条规定情形的除外。

离婚协议约定将特定财产赠与第三人，离婚后夫妻一方不履行给付义务，夫妻另一方可以起诉主张其履行。受赠人非离婚协议一方，仅为赠与条款的受益人，并无独立的给付请求权，其起诉主张夫妻一方或者双方履行给付义务的，裁定不予受理，已经受理的，裁定驳回起诉。

【张娅、肖峰个人体会】

离婚协议是“一揽子”协议，其中一项财产分割内容的变化，很可能引起其他财产分割、子女抚养问题的变化，甚至对是否同意离婚都会产生影响。因此，对离婚协议中涉及对第三人赠与的条款，即使赠与财产的权利尚未转移，夫妻一方也不能擅自撤销，除非符合法定撤销情形或夫妻双方达成新的处理协议。

对于受赠人是否享有独立的给付请求权，有观点认为，此类约定属于“第三人代债权人接受履行合同”，另有观点认为，此类约定属于“利他合同”。本条认为，姑且不论用合同理论解释离婚协议是否适当，单就离婚当事人而言很难定性为债权人和债务人，尤其是离婚协议中约定对第三人赠与条款，并不是夫妻一方向夫妻另一方为给付，自不存在第三人作为辅助人代夫妻另一方接受履行的问题，因此不符合“第三人代债权人接受履行”的法律特征。

该约定也不符合“利他合同”的特征，因为基于利他合同第三人独立请求权的存在，一旦第三人明确表示接受其利益，合同当事人则不能随意变更或撤销第三人依据合同享有的权利，此与实践允许夫妻离婚后协商变更离婚协议的做法相悖。就本质而言，此类约定是夫妻为了离婚而对特定财产作出的安排，系以离婚为目的而为赠与的意思表示，更类似于附条件赠与，赠与约定多不涉及社会公益、道德义务性质，受赠人仅为赠与条款的受益人，不应享有独立的给付请求权。

37、父母为子女出全资购置不动产的性质应当如何认定？

父母为子女出全资购置不动产，除当事人另有约定外，可以按以下情形分别处理：

（1）一方父母出全资购置的不动产，无论该出资行为发生在婚前还是婚后，所有权登记在自己子女名下的，该出资可以认定为对自己子女的赠与，该不动产可以认定为出资方子女的个人财产。

（2）一方父母出全资购置的不动产，无论该出资行为发生在婚前还是婚后，所有权登记在子女双方名下或者另一方子女名下，该出资可以认定为对子女双方的赠与，该不动产可以认定为共同共有。

（3）婚前双方父母共同出全资购置的不动产，所有权无论登记在一方子女或者子女双方名下，该出资可以认定为父母对各自子女的赠与，该不动产可以认定为双方按照各自父母出资份额按份共有。

（4）婚后双方父母共同出全资购置的不动产，所有权登记在一方子女名下，该出资可以认定为父母对各自子女的赠与，该不动产可以认定为双方按照各自父母出资份额按份共有。

（5）婚后双方父母共同出全资购置的不动产，所有权登记在子女双方名下，该出资可以认定为对子女双方的赠与，该不动产可以认定为共同共有。

【张娅、肖峰个人体会】

离婚时对于父母出资购置不动产权属的认定，已经超越了单纯的夫妻财产分割范畴，实质上成为

对父母财产的保护性措施。基于婚后所得共同制的考虑，《婚姻法解释二》第二十二条以出资时间作为界定赠与子女一方还是双方的依据。其局限性在于：父母碍于情面很少在出资时明确表示赠与自己子女；法律没有规定“明确表示”的判断标准，一旦产生纠纷很难举证；如果仅将结婚作为判断出资赠与子女一方还是双方的依据，尤其在闪婚闪离情形下，与父母出资的预期不符。基于此，《婚姻法解释三》第七条做了变通规定，尽量避免因子女离婚而导致父母财产流失，以平衡婚姻当事人及父母的利益。结合《婚姻法》及相关司法解释的规定，本条归纳了几类父母出全资购置不动产的情形：

针对第1项，一方父母出全资购置的不动产，无论出资时间，所有权登记在自己子女名下足以推定其赠与自己子女的意思表示，此更符合父母出资的本意，自不待言。针对第2项，一方父母出全资购置不动产，无论出资时间，既然所有权登记在子女双方名下，即应推定为赠与双方的意思，即使仅登记在另一方子女名下，如若认定是单纯赠与另一方子女，而无赠与自己子女的意思，显然不符合常理，此类赠与在未明确份额的情形下，可以认定为共同共有。针对第3项，婚前双方父母出资后，所有权登记在一方子女名下的原因很多，可能有自愿赠与的意思，但更多的是基于登记的方便或购房政策的考量，因此仅因登记在一方子女名下就认定为一方子女的个人财产，有违父母的初衷，也缺乏民意基础，不利于维护双方父母的利益。依照《婚姻法解释二》第二十二条第一款同时基于《婚姻法解释三》第七条第二款的规定，既然婚后双方父母出全资登记在一方子女名下按份共有处理，举重以明轻，婚前双方父母出全资购置的不动产，即使登记在一方子女名下，也可以认定为按份共有。针对第4项，与《婚姻法解释三》第七条第二款的规定相同。针对第5项，婚后双方父母共同出全资购置的不动产，如果不动产登记在子女双方名下，根据《婚姻法解释二》第二十二条第二款的规定，该出资可以认定为对子女双方的赠与。

38、婚后一方父母部分出资为子女购置不动产，所有权登记在出资方子女名下，其性质应当如何认定？

《婚姻法解释三》第七条规定的“婚后由一方父母出资为子女购买的不动产”，其适用前提是一方父母出全资为子女购置不动产情形。婚后一方父母部分出资为子女购置不动产，夫妻双方支付剩余款项，所有权登记在出资方子女名下，除当事人另有约定外，该不动产应当认定为夫妻共同财产。离婚时在具体分割不动产时，可以结合父母出资比例等因素对出资方子女予以多分。

【张娅、肖峰个人体会】

《婚姻法解释三》第七条规定的“婚后由一方父母出资为子女购买的不动产”，其适用前提是一方父母出全资为子女购置不动产情形，只有这样该出资的对价才是完整的不动产所有权，此时如果不动产登记在自己子女名下，则父母对子女一方的出资赠与实际上转化为不动产所有权的单方赠与，依照《婚姻法》第十八条第三项的规定，该不动产自然为子女一方的个人财产。如果婚后一方父母部分出资为子女购置不动产，夫妻双方支付剩余款项，所有权登记在出资方子女名下，基于该不动产属于婚后所得且夫妻另一方参与还贷，该不动产的性质应为夫妻共同财产。但对于父母出资究竟认定为赠与子女一方还是夫妻双方，有观点认为，依照《婚姻法解释二》第二十二条第二款的规定，该出资宜认定为父母对夫妻双方的赠与。此观点符合婚后所得共同制的基本法理，但却与《婚姻法解释三》第七条的规定精神有冲突之处。但无论是认定为对子女一方的赠与还是对夫妻双方的赠与，在具体分割不动产时，都需结合父母出资比例等因素对出资方予以多分。

39、父母为子女购置不动产出资性质的举证责任应当如何分配？

父母为子女购置不动产出资，事后以借贷为由主张返还，子女主张出资为赠与的，应当遵循谁主

张谁举证的原则，由父母承担出资为借贷的举证责任。父母不能就出资为借贷提供充分证据证明导致出资性质处于真伪不明状态时，应当由父母承担举证不能的责任。

【张娅、肖峰个人体会】

现实生活中，父母请求返还出资所主张的基础法律关系通常是借贷而非赠与。有观点认为，父母为子女购买不动产出资本就不属于法定义务，即使要求子女返还也不会侵害到子女利益，如将父母出资认定为赠与，不利于老年人权益保护。因此，对于父母出资应首先推定为借贷，子女主张为赠与的，应承担举证责任。本条认为，首先，赠与为单务法律行为，子女只需被动接受赠与，借贷为双务法律行为，借款人需承担返还标的物的积极行为义务，相较于证明借贷关系，赠与关系更难证明。其次，借贷关系多有借据，而受赠人接受赠与时一般不会出具收据。主张借贷关系的父母会比主张赠与关系的子女更接近并更容易保留证据。再次，中国现实国情与父母子女之间的血缘关系决定了父母出资为赠与的可能性远高于借贷，由主张借贷关系这一低概率事件存在的父母来承担证明责任更符合日常生活经验。因此，在父母出资性质处于真伪不明状态时，应将出资为借贷这一事实的证明责任分配给父母。如此规定，也提醒父母为了保全财产要防患于未然，如果当初是借贷的意思，应“先小人后君子”，让夫妻双方出具借据并妥善保管，避免将来因举证不能而承担不利法律后果。

40、夫妻一方擅自处分共有不动产应当如何处理？

《婚姻法解释三》第十一条规定仅适用于“登记在夫妻一方名下，该方处分”的情形，受让人在符合《中华人民共和国物权法》第一百零六条规定情形下，其主张取得物权的，应予支持。在不符合《中华人民共和国物权法》第一百零六条规定情形下，依照《婚姻法解释一》第十七条第二项的规定，如果受让人能够举证证明“有理由相信其为夫妻双

方共同意思表示”的，受让人主张继续履行合同的，亦应予以支持。

对“登记在夫妻双方名下、夫妻一方处分”以及“登记在夫妻一方名下，夫妻另一方处分”的情形，可以依照《婚姻法解释一》第十七条第二项的规定，如果受让人能够举证证明“有理由相信其为夫妻双方共同意思表示”的，受让人主张继续履行合同的，应予支持。

对于“有理由相信其为夫妻双方共同意思表示”，可以通过审查当事人先前行为是否足以造成确信（在场未表示反对）、是否从公开场所取得（通过中介）、手续是否齐备（本人在场、证件原件、授权委托书）等予以综合判断。

【张娅、肖峰个人体会】

单方处分夫妻共有不动产的情形主要有三种：一是登记在夫妻双方名下，夫妻一方处分；二是登记在夫妻一方名下，夫妻另一方处分；三是登记在夫妻一方名下，该方处分。只有在第三种情形下，才产生善意取得制度的适用问题。因为不动产登记有公示效力，对受让人而言，不动产登记在谁名下，谁就是产权人，要求其在不动产交易时审查出卖人是否有配偶、是否经过配偶同意是不现实的。因此，不动产善意取得的适用建立在受让人是否出于对登记所表彰的权利状态信赖基础上，离开这个前提没有探讨不动产善意取得适用的余地。换言之，只有在“登记在夫妻一方名下，该方处分”情形下，才能产生受让人善意取得问题，而在处分人本身并非登记权利人的情形下，受让人的善意很难成立。《婚姻法解释三》第十一条即在婚姻家庭领域对善意取得制度作出规定，与《物权法》第一百零六条的规定相衔接。

在“登记在夫妻双方名下，夫妻一方处分”或“登记在夫妻一方名下，夫妻另一方处分”情形下，

无法适用善意取得制度，受让人要举证证明处分行为经过夫妻双方同意。依照《婚姻法解释一》第十七条第二项的规定，他人如果有理由相信夫妻一方处分共同财产为夫妻双方共同意思表示的，另一方不得以不同意或不知道为由对抗善意第三人。也就是说，在受让人难以善意取得为由保护自己的权利时，可交由《婚姻法解释一》第十七条第二项去解决，防止受让人因无法满足《物权法》第一百零六条善意取得的条件而丧失权利救济。基于此，在“登记在夫妻双方名下，夫妻一方处分”以及“登记在夫妻一方名下，夫妻另一方处分”情形中，受让人只要有证据证明“有理由相信其为夫妻双方共同意思表示”，即使没有完成转移登记，仍可要求继续履行合同。

有观点认为，依照《婚姻法解释三》第十九条的规定，“本解释施行后，最高人民法院此前作出的相关司法解释与本解释相抵触的，以本解释为准。”这就意味着《婚姻法解释三》第十一条规定的“登记在夫妻一方名下，该方处分”情形已排除《婚姻法解释一》第十七条第二项的适用，否则将导致物权法体系的混乱。本条认为，较之“登记在夫妻一方名下，该方处分”，“登记在夫妻双方名下，夫妻一方处分”及“登记在夫妻一方名下，夫妻另一方处分”情形中的受让人主观过错更为明显，但却更容易得到法律保护，尽管后者需承担“有理由相信其为夫妻双方共同意思表示”的举证责任，但较之前者“善意、支付合理对价、办理产权登记手续”必须同时具备，权利保护难度仍无法相提并论。而且，在不构成善意取得的情形下即排除表见代理的适用，似亦无法律依据。故本条规定对于“登记在夫妻一方名下，该方处分”情形，在不符合《物权法》第一百零六条规定情形下，仍可适用《婚姻法解释一》第十七条第二项的规定。

张娅、肖峰：《家事纠纷案件审理指南》逐条学习体会（四） ——主要涉及股权、保险金分割

原创：2019-07-27 法语峰言 Xfapple123

<https://mp.weixin.qq.com/s/emVYAH2YQtYipogyUGXH6Q>

【编者按】婚姻家事案件是民事案件的头部所在。但从婚三解释之后，从最高法院到地方法院已很久没有就该类案件出台过系统性司法指导文件。这次江苏高院出台的指南（注：由该院民一庭起草），聚焦问题导向性、实务操作性、办案参考性，几乎涵括了目前婚姻家事领域所有热点难点问题。因此，本公号邀请江苏高院民一庭张娅法官与肖峰博士一起，分享两人的个人学习体会。由于 50 个条文逐条分析，篇幅较长，故将内容分解后陆续在本公号刊发。上周刊发（三）后，反响仍然不错，故利用周末休息时间，深夜发（四），主要涉及公司股权分割、保险金分割等。

必须强调：本文内容仅为个人观点，仅作为理论交流、分享之用，均不代表作者所在单位官方意见！不喜，勿喷，取关即可！

41、离婚时对于婚姻关系存续期间以夫妻共同财产出资获得的登记在夫妻一方名下的有限责任公司的股权应当如何处理？股权价值应当如何确定？

基于有限责任公司的资合性和人合性特点，离婚时对于婚姻关系存续期间以夫妻共同财产出资获得的登记在夫妻一方名下的有限责任公司（不包括夫妻公司、一人有限责任公司）的股权的处理，既要从小有利于解决夫妻纠纷的原则出发，又要最大限度地做好与其他利害关系人的利益协调，不能侵害其他股东的同意权和优先购买权等权利。

如果夫妻双方就股权分割协商一致，可以依照《婚姻法解释二》第十六条的规定处理。因《婚姻法解释二》第十六条中“过半数股东同意”与新《中

华人民共和国公司法》第七十一条第二款中“其他股东过半数同意”相冲突，因此，应当适用《中华人民共和国公司法》第七十一条第二款中“其他股东过半数同意”的规定。

如果夫妻双方就股权分割无法协商一致，可以按以下情形分别处理：

（1）夫妻双方均主张股权且愿意和对方共同经营的，其他股东过半数同意且明确表示放弃优先购买权的，可以按比例分割股权。夫妻双方均主张股权但不愿与对方共同经营的，可以通过竞价方式确定由谁最终取得股权。如果股东的配偶取得股权，应当经其他股东过半数同意且明确表示放弃优先购买权。取得股权的一方，应当给予另一方相应的经济补偿。

（2）股东一方或者股东的配偶放弃股权主张补偿款的，应当在确定股权价值的基础上，由取得股权的一方给予另一方相应的经济补偿。如果股东的配偶取得股权，应当经其他股东过半数同意且明确表示放弃优先购买权。

（3）夫妻双方均不愿意取得股权的，可以依照《中华人民共和国公司法》的相关规定将股权转让给其他股东或者股东之外的第三人，并对转让价款依法分割。向股东以外的第三人转让股权的，应当经其他股东过半数同意且明确表示放弃优先购买权。如果无人受让股权的，夫妻双方可以按比例分割股权。

前述（1）-（3）情形中，如果其他股东过半数不同意转让，也不愿意以同等价格购买股权的，视为同意转让。

股权价值评估时，可以责令当事人以及股权所

在的公司提供评估所需的财务会计报表等资料。因公司管理混乱、会计账册不全以及公司经营者拒不提供财务信息等原因导致股权价值无法评估的,可以向税务、工商部门调取备案的资产负债表、损益表、净资产表以及该公司公布的年度报表等财务资料交予评估机构评估股权价值。如果无法调取上述财务资料,可以参照当地同行业中经营规模和水平近似的公司的营业收入或者利润核定股权价值。当事人对依职权确定的股权价值提出异议的,应当提供能证实其主张的财务资料。

【张娅、肖峰个人体会】

有限责任公司是人合兼资合的公司。基于人合性特点,股东之间需要较高的信赖关系,他们不欢迎不熟悉或不太了解的人加入公司,防止在公司经营决策上和利益分配上产生分歧和矛盾,影响公司事业的发展。这就要求对有限责任公司股东的股权转让加以必要限制,以保障公司内部股东的稳定性。为了维护公司法律人格,《公司法》规定公司向本公司股东以外的其他人转让股权时,必须经其他股东过半数同意,在同等条件下其他股东有优先购买权。而根据《婚姻法》第十七条的规定,夫妻关系存续期间,夫妻一方以夫妻共同财产出资所获得的登记在一方名下的股权,确切的说是股权价值,属于夫妻共同财产,离婚时应依法分割。之所以说夫妻共有的是股权价值而非股权,是因为股权是股东基于其股东身份和地位而享有从公司获取经济利益并参与公司经营管理的权利。夫妻另一方对于公司并无经营决策权,只是因为用夫妻共同财产投资而享有投资权益,并非公司法意义上的股东,故夫妻共有的是股权价值而非股权,只是出于方便称为分割股权。离婚时非股东一方有权要求分割股权,但由于前述股权的特殊性,非股东一方要想成为公司的股东,必须要得到其他股东过半数同意。

如果夫妻双方就股权分割协商一致,《婚姻法解释二》第十六条已作出明确规定。如果夫妻双方就股权分割无法协商一致,则比较复杂。结合《公司法》的相关规定,本条归纳了夫妻双方均主张股

权、夫妻一方放弃股权及夫妻双方均不愿意取得股权三种情形及处理方式。总的原则就是:夫妻离婚可以要求分割股权,但应尊重其他股东的同意权和优先购买权,同时其他股东的权利亦不能过度行使,在特定情形下推定为同意转让股权,以取得夫妻财产权益及股东利益的平等保护。

科学公平地确定股权价值是进行股权分割的基础,本条对股权价值评估规定了较为详细的评估方法。特别是在没有评估资料的情形下,法院可以依职权参照当地同行业中经营规模和水平近似的企业的营业收入或利润核定股权价值。如果当事人对此有异议,应根据证据规则由其提供能证实其主张的财务资料,否则应承担不利的法律后果。虽然此种方式作出的评估结论未必客观真实,但唯有此才能迫使当事人为避免自己利益受损而充分举证,最大限度地维护夫妻另一方的财产权益。

42、夫妻双方设立夫妻公司时在工商部门登记的持股比例是否属于夫妻财产约定,离婚时能否据此分割股权?

基于夫妻关系的特殊性可能导致双方设立夫妻公司时在工商部门登记的持股比例具有很大的随意性,如果无其他证据佐证,该登记比例不属于夫妻财产约定,离婚时夫妻一方要求据此分割股权的,不予支持。

【张娅、肖峰个人体会】

夫妻公司是指股东仅为夫妻二人的公司。此类公司是以未分割的夫妻共同财产设立,并非单一主体设立的公司,形成夫妻共同共有股权的现象。对夫妻公司中股权的处理,有观点认为,夫妻在工商登记的持股比例应视为夫妻财产约定,离婚时可按约定分割股权。另有观点认为,婚姻关系存续期间夫妻财产在无特别约定下是共有的,以夫妻共同财产投资设立的夫妻公司对于持股比例的设置带有随意性或仅是出于形式需要,并不必然反映夫妻实际权益的分配,将工商登记的持股比例作为夫妻财产约定会导致对未参与经营一方的不公平。本条采

纳了第二种观点。夫妻关系的特殊性可能会导致工商登记载明的持股比例并不真实,在无其他证据佐证的情形下,该登记比例不属于夫妻财产约定,法院应根据查证情况依法对股权进行分割。

43、离婚案件中对于人身保险合同应当如何处理?

人身保险分为人寿保险、意外伤害保险和健康保险。离婚案件中对于人身保险合同,除当事人另有约定外,可以按以下情形分别处理:

(1) 已获得保险金的情形

婚姻关系存续期间,夫妻一方作为被保险人依据意外伤害保险合同、健康保险合同获得的保险金,主要用于受害人的治疗、生活等特定用途,具有人身性质,应当认定为个人财产。

夫妻一方作为受益人依据以死亡为给付条件的人寿保险合同获得的保险金,该保险合同中受益人的指定本身就表明了投保人与受益人之间的特定关系,体现了保险金的专属性,应当认定为个人财产。

婚姻关系存续期间,夫妻一方依据以生存到一定年龄为给付条件的具有现金价值的保险合同获得的保险金,该保险具有一定的投资属性,由此获得的投资收益,应当认定为夫妻共同财产。

(2) 尚未获得保险金的情形

婚姻关系存续期间以夫妻共同财产投保,离婚时仍处于保险有效期内的人身保险合同,夫妻双方主张分割保险单现金价值的,应予支持。

如果投保人和被保险人均为夫妻一方,离婚时夫妻双方可以协议退保或者继续履行保险合同。投保人不愿意继续履行的,保险人退还的保险单现金价值应当作为夫妻共同财产分割;投保人愿意继续履行的,投保人应当支付保险单现金价值的一半给另一方。

如果夫妻一方为投保人,夫妻另一方为被保险人,离婚时夫妻双方可以协议退保或者继续履行保险合同。协商一致退保的,保险人退还的保险单现

金价值应当作为夫妻共同财产分割;协商一致愿意继续履行的,获得保险合同利益一方应当支付保险单现金价值的一半给另一方。如果投保人要求退保,而被保险人要求继续履行的,保险合同应当继续履行,获得保险合同利益一方应当支付保险单现金价值的一半给另一方。

(3) 为未成年子女购买人身保险的处理

婚姻关系存续期间,夫妻一方或者双方为未成年子女购买的人身保险获得的保险金,如果未成年子女未死亡,应当专属于未成年子女所有。

离婚时,如果为未成年子女购买的人身保险合同尚处于保险有效期的,因保险的最终利益归属于未成年子女,该保险应当视为对未成年子女的赠与,不再作为夫妻共同财产分割。

【张娅、肖峰个人体会】

1、处理原则。离婚中的人身保险问题处于《保险法》和《婚姻法》的交叉领域,在同一个案件的处理过程中,应以家庭法的基本价值为指引,兼顾保险法价值的实现。保险仅是夫妻财产的一种形式,对保险的分割应遵从《婚姻法》中对财产分割的基本原则,同时应按照《保险法》的规定,力争使保险合同继续履行下去,促进保险交易的顺利进行,实现保险的价值。

2、人身保险的价值确定

人身保险的价值确定标准有两种:一是所交保险费,二是保单的现金价值。保险费是为使保险人承担保险责任而向保险人支付的费用。随着保险合同的履行,保险费会转化为保险责任准备金,投保人将保险费支付给保险人后,保险费即转化为保险人的资产。因此,对保险费进行分割不合理。现金价值是保险公司在扣除手续费后退给投保人的部分责任准备金。现金价值是可以结合保险费交纳情况、保险期限等因素计算出的确定数额的一种价值,也是唯一衡量保险合同价值的标准。因此,对履行中的保险合同,应该分割现金价值。

3、人身保险的分割

(1) 已获得保险金的情形

婚姻关系存续期间,夫妻一方作为被保险人依据意外伤害保险合同、健康保险合同获得的保险金,具有人身性质,应认定为个人财产。

对于夫妻一方作为受益人依据以死亡为给付保险金条件的人寿保险合同获得的保险金,有观点认为,此种情形下获得的保险金与婚姻关系存续期间一方继承或受赠所得的财产类似,应认定为夫妻共同财产。本条认为,《婚姻法》并没有明确将人身保险合同中受益人所得的保险金纳入夫妻共同财产的范围,受益人所得的保险金与继承或受赠所得的财产在取得条件上并不完全相同:人身保险合同中的保险金是受益人无偿、不负任何义务的取得,而继承人取得财产时应在继承财产的份额内偿还被继承人生前的债务,受赠人取得的财产也可以是附义务的。人身保险合同中受益人的指定本身就表明了投保人与受益人的特定关系,这种指定体现了保险金的专属性,如果将其作为夫妻共同财产处理,有违投保人指定受益人的本意,依照《婚姻法》第十八条的规定,应认定为个人财产。

婚姻关系存续期间,夫妻一方依据以生存到一定年龄为给付保险金条件的具有现金价值的保险合同获得的保险金,该保险具有一定的投资属性,由此获得的投资收益,应认定为夫妻共同财产。也就是说,如果保险费是投保人以个人财产支付的,最终获得的保险金要扣除本金部分才为夫妻共同财产。

(2) 尚未获得保险金情形

区分投保人和被保险人均为夫妻一方及分别为双方的情形。总的处理原则是:如果协议退保,则分割保险单现金价值;如果继续履行保险合同,则获得保险合同利益一方应支付保险单现金价值的一半给另一方;在无法协商一致的情形下,根据被保险人中心主义的原则,保险合同应继续履行,同时应支付保险单现金价值的一半给另一方。

(3) 为未成年子女购买人身保险的处理

婚姻关系存续期间购买的被保险人为未成年子女的人身保险获得的保险金,如果未成年子女未

死亡,应专属于未成年子女所有。如果未成年子女死亡,则保险金属于未成年子女的遗产。

离婚时,如果被保险人为未成年子女的人身保险合同尚处于保险有效期的,为未成年子女投保人身保险的行为是为第三方利益的行为,该保险的受益人往往是未成年子女而非夫妻一方。如果是以夫妻共同财产投保的,因保险利益对夫妻而言是共同的,夫妻即使离婚,其与子女的亲权关系也不消灭,因而不存在补偿现金价值的问题;如果是以夫妻一方的个人财产支付的保险费,因该保险的最终利益是归子女的,与夫妻另一方并不相关,故也不存在补偿现金价值的问题。此类保险应视为对子女的赠与,不再作为夫妻共同财产分割。

44、离婚案件中对于违法建筑应当如何处理?

离婚案件中涉及违法建筑的,要防止通过民事裁判将违法建筑合法化,故不宜在民事裁判中认定建筑物是否违法。

在违法建筑合法化、当事人取得所有权之前,无论是分割违法建筑还是确认所有权或者使用权等,均没有法律依据,此类纠纷不予处理。当事人主张对违法建筑的建筑材料进行分割的,不予支持。若违法建筑被依法拆除的,当事人可以对建筑材料的分割另行主张权利。

违法建筑的既得利益,如租赁收入,属于婚姻关系存续期间的财产性收益,应当作为夫妻共同财产分割。尚未取得的收益因不具有确定性,不予处理。

离婚案件中,当事人主张分割小产权房或者确认小产权房所有权或者使用权等的,不予处理。

【张娅、肖峰个人体会】

离婚案件中,如涉及当事人要求对违法建筑进行分割或确权的,应坚持三个原则:一是要防止通过民事裁判将违法建筑合法化;二是除非相关机关做出明确认定,不宜在民事裁判中认定建筑物是否违法;三是违法建筑的既得利益应作为夫妻共同财

产分割（注：肖峰个人观点认为，基于违法标的物收取的租金等收益性质上也是违法收益，似乎不宜通过裁判方式合法化）。

在违法建筑合法化、当事人取得所有权之前，无论是判决分割违法建筑还是确定违法建筑的所有权或使用权等均没有法律依据。如果离婚后，违法建筑补办了相应的审批手续，成为合法建筑，当事人可以另行提出权属分割主张。有观点认为，建筑物本身虽然违法，但是建筑材料的结合，故可以对建筑材料进行分割。本条认为，房屋作为不动产，其价值并不是若干建筑材料价值的简单叠加，而是包含了土地、位置、环境、建设时间、市场状况等各种因素在内的整体价值。违法建筑如果只是因为审批手续不完备暂时处于违法状态，在手续完备后其整体价值即可体现，如果只简单地对建筑材料进行分割，在补办手续成为合法建筑后，当事人无法依照法院确定的建筑材料分配意见进行权利分配，从而引发新的纠纷。如果违法建筑系永久违法，则有可能被责令拆除，此时，当事人可就建筑材料的分割另行主张权利。

对于违法建筑的既得收益问题，如一方出租违法建筑收取的租金，属于婚姻关系存续期间的财产性收益，除非被有关部门收缴，否则应作为夫妻共同财产予以分割。尚未获得的收益因具有不确定性，不作处理。

当事人主张分割小产权房或确认小产权房所有权或使用权等的，鉴于此类纠纷牵涉面较广，法律适用上亦存在障碍，故此类纠纷一律不予处理。

45、作为继承人的夫妻一方放弃继承权，夫妻另一方能否主张放弃继承权无效或者赔偿损失？

继承人在继承开始后遗产处理前可以根据自己的意志决定接受继承还是放弃继承权，作为继承人的夫妻一方对继承权的处分无需征得夫妻另一方的同意。夫妻另一方主张放弃继承权无效或者赔偿损失的，不予支持。但如果夫妻另一方举证证明

作为继承人的夫妻一方放弃继承权致使不能履行法定义务导致其获得经济帮助、扶养等权益受到损害的，其关于放弃继承权无效或者赔偿损失的主张，应予支持。

【张娅、肖峰个人体会】

《婚姻法》第十七条只是规定在婚姻关系存续期间因继承所得的财产除特殊情形外属于夫妻共同财产，但并未规定在婚姻关系存续期间取得的继承权属于夫妻共同财产。继承权是自然人基于特殊身份关系而享有的权利，具有强烈的人身属性，不能作为婚姻关系存续期间取得的财产进行认定。依照《继承法》第二十五条的规定，继承人在继承开始后遗产处理前可以根据自己的意志决定接受继承还是放弃继承权，无需征得夫妻另一方的同意。但依照《继承法意见》第46条的规定，如果夫妻一方放弃继承权致使不能履行法定义务导致夫妻另一方获得经济帮助、扶养等权益受到损害的，则夫妻另一方关于放弃继承权无效或赔偿损失的主张，应予支持。

49、作为有限责任公司或者股份有限公司的法定代表人、控股股东的夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义借款用于公司或者为公司借款提供担保，该债务性质应当如何认定？

作为有限责任公司或者股份有限公司的法定代表人、控股股东的夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义借款用于公司或者为公司借款提供担保的，应当区分属于公司债务还是个人债务。在认定属于个人债务的情形下，如果债务人在借款或者担保时收取了经济利益用于夫妻共同生活或者借款、担保行为与夫妻共同生活、共同生产经营密切相关，该借款或者担保债务应当认定为夫妻共同债务。

作为夫妻公司的法定代表人、控股股东的夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义借款用于公司或者为公司借款提供担保的，该借款或者担保债务应当认定为夫妻共同债务。

夫妻一方作为一人有限责任公司的股东在婚姻关系存续期间以个人名义借款用于公司或者为公司借款提供担保,如果债务人配偶参与生产经营或者从生产经营中受益的,该借款或者担保债务应当认定为夫妻共同债务。

【张娅、肖峰个人体会】

司法实践中,对于作为有限责任公司或者股份有限公司的法定代表人、控股股东的夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义借款用于公司或者为公司借款提供担保的债务性质认定比较复杂,本条区分几种典型情形予以分析:

(1) 为普通的有限责任公司或股份有限公司借款或担保。有观点认为,只要有证据证明借款用于公司即属于公司债务,应依照《公司法》的规定处理,不应认定为夫妻共同债务。也有观点认为,根据《民间借贷司法解释》第二十三条的规定,在上述情形下,公司和个人应共同承担责任,债务人配偶也应承担责任。本条认为,对于此类债务的处理,首先要区分公司债务还是个人债务。基于借款人身份的特殊性,其借款可能是个人行为,也可能是职务行为,即使是个人行为,基于借款用于公司,可能会产生借款人与公司内部债务终局责任的问题,因此,不能将此类债务一律认定为夫妻共同债务。如果借款人虽以个人名义举债,但债权人明知或应知其为履行职务行为的,应当认定为公司债务,而非个人债务,个人无需承担责任,自然不属于夫妻共同债务。如果依照《民间借贷司法解释》第二十三条的规定,借款人需要共同承担责任,但如果夫妻没有举债的共同意思表示,借款也未用于夫妻共同生活、共同生产经营,此时该债务也不应认定为夫妻共同债务,借款人在承担责任后可以向公司追偿。《夫妻债务解释》对于夫妻债务的判断采取“意思+用途”标准,即是否为夫妻共同债务仍应从有无夫妻共同意思表示和是否用于夫妻共同生活、共同生产经营两个方面判断。基于借款人的特殊身份,往往掌握整个公司的运作,甚至公司本身就为其所掌控,其家庭收入与公司经营状况密切相

关。对于其在婚姻关系存续期间以个人名义借款用于公司或者为公司借款提供担保,在认定属于个人债务的情形下,如果债务人在借款或担保时收取了经济利益用于夫妻共同生活或者借款、担保行为与夫妻共同生活、共同生产经营密切相关,按照“用途论”,应当认定为夫妻共同债务。

(2) 为夫妻公司借款或担保。债务人借款或担保是为了夫妻公司的运作,该借款或担保债务即便没有夫妻合意,基于债务人配偶本身即为股东,属于夫妻共同生产经营事项,此类债务应认定为夫妻共同债务。(注:肖峰个人观点认为,如果配偶能证明其并未参与该公司生产经营或者公司收益并未用于夫妻共同生活、共同生产经营的似乎应除外。)

(3) 为一人有限公司借款或担保。基于一人有限公司只有债务人一个股东,此种情形下债务人配偶往往都参与生产经营,即便不参与经营,债务人的经营收益也多用于夫妻共同生活,该借款或担保债务应认定为夫妻共同债务。(注:肖峰个人观点,如果配偶能证明其并未参与该公司生产经营或者公司收益并未用于夫妻共同生活、共同生产经营的似应除外。)

50、因夫妻一方侵权行为所产生的债务性质应当如何认定?

判断夫妻一方因侵权行为所产生的债务是否为夫妻共同债务,关键在于审查债务人配偶是否分享了利益。如果债务人配偶通过债务人的活动从中受益,例如在从事家庭经营等活动中发生侵权行为,按照利益共享、责任共担的原则,应当认定为夫妻共同债务;如果债务人的活动并非为了家庭利益且债务人配偶也未从中受益的,应当认定为债务人的个人债务。

【张娅、肖峰个人体会】

因夫妻一方的侵权行为所生之债为法定之债,有别于日常生活中多见的由民事法律行为引起的合同之债,此类债务能否要求债务人配偶共同承担

清偿责任,关键在于审查债务人配偶是否分享了利益。如果债务人配偶通过债务人的活动从中受益,例如在从事家庭运输的过程中疲劳驾驶致人损害,

按照利益共享、责任共担的原则,应认定为夫妻共同债务。

肖峰、田源:哪些情形下婚姻无效

原创:2019-07-28 家事法务

<https://mp.weixin.qq.com/s/kc-x3J3-NyVGr6SEZ23tqw>

【典型案例】

当事人:原告:高某;被告:赵某。

原告高某、被告赵某于2013年经人介绍认识恋爱同居,2014年6月18日补办结婚登记手续。原、被告于2015年2月7日生育长子高某甲,2016年9月3日生育次子高某乙。原、被告共同生活期间,夫妻关系不睦,被告于2016年外出后至今下落不明。另查明,原告的母亲赵某丙与被告的父亲赵某丁系亲兄妹,即原告的母亲系被告的姑母,被告的父亲系原告的舅父。

原告诉称:原、被告的婚姻属无效婚姻,请求人民法院宣布原、被告婚姻无效;儿子高某甲、高某乙由原告抚养,被告支付抚养费。

被告赵某未应诉答辩。

【审理要览】

法院认为,我国《婚姻法》第7条明确规定,直系血亲和三代以内的旁系血亲禁止结婚。原、被告系表兄妹属三代以内旁系血亲关系,属于我国《婚姻法》规定禁止结婚的情形,其婚姻关系应属无效。原告的诉讼请求,予以支持。当事人所生的子女,适用本法有关父母子女的规定。原告主张抚养儿子高某甲、高某乙,被告支付抚养费,由于被告赵某至今下落不明,可确定高某甲、高某乙由原告高某抚养,抚养费根据本地实际可确定由被告赵某每月支付每人200元为宜。判决:(1)宣告原告高某与被告赵某的婚姻关系无效。本项判决一经作出,即发生法律效力。(2)原、被告共同生育的子

女高某甲、高某乙由原告高某抚养,被告赵某每月支付每人200元抚养费,至高某甲、高某乙独立生活止。

【裁判思路】

同类案件处理要点

1. 对于当事人或利害关系人向人民法院申请宣告婚姻无效的案件,无效婚姻的判断标准,审查时首先应当以起诉时该婚姻状况是否仍属于法律规定的无效情形为准。如果无效情形已经消失的,人民法院不应作出宣告无效的判决。

2. 宣告婚姻无效的申请,既可以在婚姻双方当事人生存期间,也可以在一方当事人死亡后一年内提出,此处的一年为除斥期间,婚姻登记机关和法院可以确认宣告。

3. 一方当事人在离婚诉讼中以结婚登记程序存在瑕疵为由,对民政部门颁发的结婚证效力提出异议,认为彼此不存在夫妻关系的,应裁定驳回当事人的起诉,同时告知其可以通过依法申请行政复议或者提起行政诉讼。

4. 一方当事人提出申请宣告婚姻无效的,应以《婚姻法》第10条规定的情形作为判断标准,以《婚姻法》第10条以外的情形申请宣告婚姻无效的,人民法院应当判决驳回当事人的申请。

5. 人民法院对婚姻效力的审理不适用调解,应当依法作出判决;有关婚姻效力的判决一经作出,即发生法律效力,当事人不得提出上诉。且对确属无效婚姻的,不得允许当事人撤诉。涉及财产分割

和子女抚养的,可以调解。调解达成协议的,另行制作调解书。对财产分割和子女抚养问题的判决不服的,当事人可以上诉。

6. 对于确属无效婚姻的,人民法院不准许当事人撤诉。但原有导致婚姻无效事由已消除,则婚姻关系转为有效,当事人申请撤诉的,可以准许。

7. 申请宣告婚姻无效的当事人应当满足以下三个条件才可实现宣告婚姻无效的目的:(1)现存婚姻具有应当被确认为无效的理由和事实存在;(2)申请人是婚姻当事人或利害关系人;(3)申请是在法定时限内提出的。

8. 申请宣告婚姻无效应当在婚姻双方当事人生存期间,也可以在一方当事人死亡后一年内提出。逾期其申请将不予支持。

9. 对于《婚姻法》第10条规定以外情形,当事人请求法院确认婚姻无效的,人民法院不予支持。

10. 如果当事人在离婚诉讼中,以结婚登记程序存在瑕疵为由否认存在婚姻关系的,首先应解决的是结婚登记的效力问题,不属于民事案件的审理范围。

【裁判规则】

1. 法律法规

《婚姻法》(2001年4月28日修正)

第八条要求结婚的男女双方必须亲自到婚姻登记机关进行结婚登记。符合本法规定的,予以登记,发给结婚证。取得结婚证,即确立夫妻关系。未办理结婚登记的,应当补办登记。

第十条有下列情形之一的,婚姻无效:

- (一)重婚的;
- (二)有禁止结婚的亲属关系的;
- (三)婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病,婚后尚未治愈的;
- (四)未到法定婚龄的。

《行政复议法》(2009年8月27日修正)

第九条公民、法人或者其他组织认为具体行政

行为侵犯其合法权益的,可以自知道该具体行政行为之日起六十日内提出行政复议申请;但是法律规定的申请期限超过六十日的除外。

因不可抗力或者其他正当理由耽误法定申请期限的,申请期限自障碍消除之日起继续计算。

《婚姻登记条例》(2003年8月8日)

第六条办理结婚登记的当事人有下列情形之一的,婚姻登记机关不予登记:

- (一)未到法定结婚年龄的;
- (二)非双方自愿的;
- (三)一方或者双方已有配偶的;
- (四)属于直系血亲或者三代以内旁系血亲的;
- (五)患有医学上认为不应当结婚的疾病的。

《行政诉讼法》(2014年11月1日修正)

第四十五条公民、法人或者其他组织不服复议决定的,可以在收到复议决定书之日起十五日内向人民法院提起诉讼。复议机关逾期不作决定的,申请人可以在复议期满之日起十五日内向人民法院提起诉讼。法律另有规定的除外。

第四十六条公民、法人或者其他组织直接向人民法院提起诉讼的,应当自知道或者应当知道作出行政行为之日起六个月内提出。法律另有规定的除外。

因不动产提起诉讼的案件自行政行为作出之日起超过二十年,其他案件自行政行为作出之日起超过五年提起诉讼的,人民法院不予受理。

2. 司法解释

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(一)》(法释[2001]30号)

第四条男女双方根据婚姻法第八条规定补办结婚登记的,婚姻关系的效力从双方均符合婚姻法所规定的结婚的实质要件时起算。

第八条当事人依据婚姻法第十条规定向人民

法院申请宣告婚姻无效的,申请时,法定的无效婚姻情形已经消失的,人民法院不予支持。

第九条人民法院审理宣告婚姻无效案件,对婚姻效力的审理不适用调解,应当依法作出判决;有关婚姻效力的判决一经作出,即发生法律效力。

涉及财产分割和子女抚养的,可以调解。调解达成协议的,另行制作调解书。对财产分割和子女抚养问题的判决不服的,当事人可以上诉。

第十三条婚姻法第十二条所规定的自始无效,是指无效或者可撤销婚姻在依法被宣告无效或被撤销时,才确定该婚姻自始不受法律保护。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)》(法释[2003]19号)

第二条人民法院受理申请宣告婚姻无效案件后,经审查确属无效婚姻的,应当依法作出宣告婚姻无效的判决。原告申请撤诉的,不予准许。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(三)》(法释[2011]18号)

第一条当事人以婚姻法第十条规定以外的情形申请宣告婚姻无效的,人民法院应当判决驳回当事人的申请。

当事人以结婚登记程序存在瑕疵为由提起民事诉讼,主张撤销结婚登记的,告知其可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。

3. 地方司法文件

《广东省高级人民法院关于审理婚姻案件若干问题的指导意见》(粤高法发[2001]44号)

……14. 人民法院在审理申请宣告婚姻无效的案件时,对《婚姻法》第十条规定的婚姻无效的情形,如在起诉前已经消除的,应驳问当事人的诉讼请求……

《上海市高级人民法院关于适用最高人民法院婚姻法司法解释(二)若干问题的解答一》(沪高法民一[2004]25号)

……

八、无效婚姻诉讼中,哪些情况可准许申请人撤诉?民诉法关于按自动撤诉处理的规定,人民法院能否适用?

答:根据司法解释(二)第二条的规定,在婚姻关系无效的情况下,当事人申请撤诉的,人民法院不予准许,但若在审理中发现根据最高院司法解释(一)第八条规定原有导致婚姻无效事由已消除,则婚姻关系转为有效,此时,人民法院可向当事人示明。当事人申请撤诉的,可以准许。

对于婚姻无效案件审理中,出现符合民诉法规定的按自动撤诉处理情形时,人民法院应当主动查明婚姻关系是否无效。若无效则不能按自动撤诉处理而应宣告婚姻关系无效,若有效则可以按自动撤诉处理。(最高人民法院关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释(二)第二条人民法院受理申请宣告婚姻无效案件后,经审查确属无效婚姻的,应当依法作出宣告婚姻无效的判决。原告申请撤诉的,不予准许……)

九、当事人诉请离婚,人民法院审理后发现婚姻关系无效,如何处理?

答:根据司法解释(二)第三条规定,人民法院应向当事人告之婚姻关系无效之事实,当事人变更离婚诉请为申请宣告婚姻关系无效的,人民法院可变更案由,并分别制作婚姻无效判决书和财产分割、子女抚养的判决/调解书,当事人的地位在婚姻无效判决中仍可表述为原、被告。对当事人仍坚持诉请离婚的,人民法院可依职权变更案由,并分别制作婚姻无效判决书和涉及财产分割、子女抚养的判决书或调解书。关于婚姻无效的判决书主文应表述为:“1 驳回离婚诉请;2 婚姻关系无效”,当事人地位可仍为原、被告。

《深圳市中级人民法院关于婚姻家庭纠纷案件的裁判指引》(2014年5月21日修订)

三、请求宣告婚姻无效仅限于已办理结婚登记的婚姻,当事人就事实婚姻申请宣告无效的,人民法院不予受理,告知其按离婚程序处理。

四、人民法院受理申请宣告婚姻无效案件后,经审查确属无效婚姻的,不适用按自动撤诉处理的规定。

人民法院在审理无效婚姻案件时发现法定的婚姻无效情形已经消失,婚姻关系则转为有效,人民法院告知当事人后,当事人申请撤诉的,可以准许。

《山东省高级人民法院会议纪要(2008)》(鲁高法〔2008〕243号)

(五)关于结婚登记有瑕疵的婚姻关系的处理问题。实践中违反《婚姻登记条例》的行为,如婚姻当事人未亲自到场,由他人代为办理登记;以他人的名义或者身份证办理结婚登记;一方以虚假身份领取结婚证,而并非婚姻当事人等等均是婚姻登记过程中存有瑕疵的行为。这些行为不属于《婚姻法》规定的无效婚姻或者可撤销婚姻的范围,因此,对因婚姻登记中的瑕疵引起的婚姻关系纠纷,不属于人民法院民事诉讼的受理范围,应当告知当事人由婚姻登记机关予以处理。

《江苏高院民一庭婚姻家庭案件疑难问题法律适用研讨会综述(2005)》

.....

三、关于离婚

(一)关于骗取结婚证案件的处理

目前在实践当中经常出现这样的情况:当事人未按婚姻登记条例的规定,亲自办理结婚登记;或者当事人由于未达到法定婚龄,而冒用他人名义登记或用虚假的姓名登记结婚,而民政部门由于审查不严给当事人颁发了结婚证。

如果是前一种情况,当事人如以登记程序违法

而要求法院撤销结婚登记或宣布登记无效的,该请求不属于民事案件审查范围,人民法院可告知当事人通过行政途径解决。如果当事人拒绝通过行政途径解决的,不影响人民法院对当事人婚姻效力的认定。

如果是后一种情况,则存在着登记主体与真实同居生活主体不一致的情况。对结婚证如何认定与处理?民政部门认为,只有符合婚姻法规定的可撤销婚姻,民政部门才撤销结婚登记,此外,如果因当事人弄虚作假而骗取结婚证的,应由法院处理。对此,代表们讨论认为,只要民政部门颁发了结婚证,应推定登记婚合法有效。法院审理离婚案件,也应当以结婚证上登记主体为离婚当事人。如果当事人提出自己姓名被他人冒用而要求撤销结婚证,或者以虚假名义登记结婚的双方要求撤销结婚证的,都不属民事案件审查范围。

人民法院在审理离婚案件中发现离婚的主体非结婚证上登记的主体时,不应认定当事人为登记婚。而应以真实同居主体之间是事实婚姻关系或同居关系作相应处理。

.....

(四)关于禁止结婚的疾病如何掌握

《婚姻法》第十条第(三)项规定:“婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病,婚后尚未治愈的”,婚姻关系无效。该条规定相当原则,实践中,哪些疾病属于影响婚姻效力的疾病?遇到此类问题时人民法院应当如何处理?与会代表一致认为,医学是一门发展的科学,不同时期,“医学上认为不应当结婚的疾病”范围也不同。实践中遇到具体问题难以判断时,人民法院应当征询医学专家的意见,结合医学专家对疾病的意见,对婚姻效力作出相应认定。

《上海市高级人民法院关于在民事审判中实施〈中华人民共和国婚姻法〉的暂行意见》(沪高法〔2001〕263号)

3. 确认婚姻无效、撤销婚姻案件的管辖,按《中华人民共和国民事诉讼法》和最高人民法院有关婚姻案件管辖的规定确定。

.....

二、婚姻的无效和撤销

10. 当事人向人民法院提起离婚诉讼,经审查存在婚姻法第10条规定的婚姻无效情形的,人民法院可直接宣布该婚姻无效,并按婚姻法第12条的规定,对子女抚养、财产等问题作出处理。

11. 婚姻法第10条第1款第3、4项规定的婚姻无效情形(指婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病,婚后尚未治愈的;未到法定婚龄的)起诉时消失的,当事人要求确认该婚姻无效的,不予支持。

12. “患有医学上认为不应当结婚的疾病”,可参照《中华人民共和国母婴保健法》第8条、第9条、第10条、第38条之规定确定:①法律规定的禁止结婚的严重遗传性疾病;②指定传染病,即艾滋病、淋病、梅毒、麻风病及医学上认为影响结婚和生育的传染病;③有关精神病,指精神分裂症、躁狂抑郁型精神病及其他重型精神病。

《上海市高级人民法院民一庭婚姻家庭纠纷办案要件指南(一)》(沪高法民一\〔2005〕2号)

第七条申请宣告婚姻无效的当事人,应当举证证明:

(一)现存婚姻具有应当被确认为无效的理由和事实存在;

(二)申请人是婚姻当事人或利害关系人;

(三)申请是在法定时限内提出的。

【专家视点】

1. 登记结婚时未达法定婚龄的,婚姻当事人向人民法院提起诉讼,要求宣告婚姻无效的,应当区别对待:如果起诉时仍未达到法定婚龄的,属无效婚姻,应依法予以宣告;如果起诉时双方均已达到

法定婚龄即违法状态已消失的,不能认定为无效婚姻,应按离婚诉讼处理。

——《人民司法》研究组:《虚增年龄领取结婚证的婚姻一律无效吗?》,载《人民司法》2001年第10期。

2. 无效婚姻在宣告无效之前已经进行了婚姻登记,在形式上被认为是有效的。但根据宣告无效主义的观点,无效婚姻必须经过有权机关宣告以后才自始无效,在未经过法定程序被宣告为无效婚姻之前,该婚姻还是处于有效状态,当事人还要受到此婚姻的约束,一方如果与他人结婚,再与他人重婚,同样构成重婚罪。我们对《婚姻法》第12条规定的无效婚姻自始无效的理解采用宣告无效主义观点。我们认为,如果采取当然无效主义,则由于婚姻无效也无须宣告,无须有权机关依法定程序确认,那么人民法院受理此类案件就不存在什么意义了。采取宣告无效主义的观点,一定意义上可以讲是人民法院受理宣告婚姻无效案件依据的理论基础。

——黄松有主编:《最高人民法院婚姻法司法解释(二)的理解与适用》,人民法院出版社2004年版。

3. 程序具有瑕疵的结婚登记存在着不合法性,其法律效力自然会受到质疑,如果同时欠缺了结婚的实质要件,在法律规定的情形内,可以被人民法院宣告为无效,但仅有程序瑕疵的结婚登记的法律效力,缺乏明确的法律规定,结婚登记程序瑕疵,并不必然导致婚姻关系无效。

——奚晓明主编:《最高人民法院婚姻法司法解释(三)理解与适用》,人民法院出版社2011年版。

注:本文摘自最高法院肖峰法官、菏泽中院田源法官主编《婚姻家庭纠纷裁判思路与裁判规则》一书(共743页)

（三）律师视点

好书连载 | 一方无固定收入或无法举证对方收入，孩子的抚养费如何确定？

原创：2019-07-04 家企律营 吴卫义 张寅

<https://mp.weixin.qq.com/s/ch3pL01T23YtRJp-QRFyGg>

本周四我们继续连载北京市竞天公诚律师事务所合伙人吴卫义律师与大成律师事务所合伙人张寅律师共同编著的《法院审理婚姻家庭案件观点继承》。本书挑选了 54 个具有代表性的婚姻家事课题，在真实的典型案件基础上结合相关法律规定进行详细的阐述与说明。全书分为身份篇、亲子篇和财产篇，共 54 个小节。此次刊登的是第二篇亲子篇第三章抚养费的支付中的第一小节“一方无固定收入或无法举证对方收入，孩子的抚养费如何确定？”

关键词：离婚 抚养费 无固定收入

问题提出：无固定收入一方子女抚养费的确认

裁判要旨

根据我国法律规定，法院在判决子女抚养费时，一般将考虑以下三方面因素：1、子女的实际需要；2、父母的支付能力；3、当地的生活水平。并综合考量以上三方面因素，做出子女抚养费的判决。

案例一

一方下岗无稳定收入，法院按照当地城镇月收入标准判决抚养费

河北省辛集市人民法院（2003）辛民初字第 3—006 号民事判决书

案情简介

原告苏某。
被告张某。

原、被告于 1990 年 1 月 2 日登记结婚，与 1990 年 11 月 25 日生一女孩张小，现随原告生活，婚后夫妻感情一般，2000 年初双方分居，2002 年冬天被告离家在其母亲处生活，夫妻感情已破裂，双方均同意离婚。2001 年被告因原工作单位产业调整而下岗，之后一直未有稳定工作。

各方观点

原告苏某观点

我与被告婚后夫妻感情一般，生有一女儿张小，从 2000 年起不在一屋居住，夫妻感情已破裂，要求与被告离婚，孩子由我抚养，被告每月负担抚养费 400 元，夫妻共同财产应依法分割。

被告张某观点

夫妻感情已破裂，同意离婚，要求孩子由被告抚养，原告负担抚养费可适当就低。若孩子由原告抚养，由于被告没有稳定工作，无法承担子女的抚养费。现双方所住小区 17 号楼是我母亲的财产，离婚后原告应无条件搬出，其他共同财产依法处理。

法院观点

受理法院经审理后认为，原、被告婚后长期分居，夫妻感情难以维持，双方均同意离婚，依照《婚姻法》婚姻自由的原则，应准予双方离婚。婚生女儿张丹已 10 周岁以上，根据最高人民法院《关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》第五条：父母对 10 周岁以上未成年子女随父或随母生活发生争执的，应考虑该子女的意见。

见，因张丹当庭表示愿意与原告一起生活，故应准许张丹由原告抚养，被告定期负担抚养费。因被告已下岗，没有稳定收入来源，可以城镇居民一般月收入 600 元计算，由被告负担 20%，每月负担张丹抚养费 120 元为宜。

综上所述，依照《中华人民共和国婚姻法》第十七条、第三十二条、第三十九条、第三十七条之规定，判决如下：

一、准予原告苏某与被告张某离婚。

二、婚生女儿张丹由原告抚养，被告从 2003 年 7 月 1 日起每月负担抚养费 120 元，（每年分两次给付，时间是当年的 6 月 1 日和 12 月 1 日，每次负担全年抚养费的一半，2003 年 7 月 1 日应付抚养费于本判决生效后十日内交付）。



案例二

一方无固定工资收入，法院根据支付方的经济能力与子女实际需要进行判决

上海市杨浦区人民法院 (2009) 杨民一 (民) 初字第 1209 号判决书

案情简介

原告：刘某。

被告：范某。

原、被告于 2006 年 10 月 14 日登记结婚，2007 年 9 月生育一子范某。婚初原、被告夫妻感情尚可，后双方为生活琐事产生不睦，致夫妻感情恶化。2009 年 2 月 27 日，原告以夫妻感情破裂为由，具

状来院，作如上诉请。审理中，原、被告均同意离婚，因双方对离婚后范某的抚养权、抚养费数额、探视权及财产分割意见不一，致调解不成。

各方观点

原告刘某观点

原、被告系初中同学。2006 年 10 月 14 日登记结婚，2007 年 9 月生育一子范某。

婚后，因性格不合，双方经常为生活琐事发生争执，2008 年 11 月起原、被告分居至今，期间，被告不尽家庭责任，导致夫妻感情彻底破裂。故诉至法院，要求与被告离婚；婚生子范某由原告抚养，被告按月支付范某抚养费人民币 800 元；关于被告提出的探望权，因孩子目前年幼，不同意被告将孩子领回被告处，同意被告每两周至江苏省无锡市某区某镇某村某号探望范某一次，每次的时间为周六下午 1 点到 5 点。

被告范某观点

同意离婚。

离婚后双方居住问题自行解决。儿子范某由被告抚养，不需要原告支付抚养费，如果法院判决范某随原告共同生活，因被告目前没有工作，没有固定收入，故被告每月只能承担范某抚养费 250 元至 300 元。离婚后，要求每两周探望范某一次，每次周六上午 9 点将范某从居住地江苏省无锡市某区某镇某村某号接至被告居住地江苏省无锡市某区某镇某村某巷某号，次日（周日）下午 8 点以前送回。

法院观点

受理法院经审理后认为：原、被告虽系自由恋爱、自主婚姻，但婚后双方未建立起真挚的夫妻感情，为家庭生活发生矛盾致夫妻关系恶化，现原、被告均同意离婚，本院予以准许。

因双方婚生子范某尚不满两周岁，本院认为其随母亲即原告共同生活为妥，被告应负担范某必要的抚养费，至于抚养费的具体数额，综合被告的经

济能力及范某的实际生活需要由本院酌定。离婚后，被告有探望范某的权利，原告有协助的义务，现因原、被告对探望的方式、时间协议不成，故本院从有利于孩子身心健康考虑予以判决。

故法院依据法律相关规定判决一、准原告刘某与被告范某离婚；二、离婚后，双方所育之子范某随原告刘某共同生活，被告范某自2009年5月起按月给付范某抚养费人民币350元，至范某年满十八周岁时止；



案例三

无法提供对方收入证明，法院根据子女实际需要作出判决

上海市松江区人民法院(2009)松民一(民)初字第3148号判决书

案情简介

原告：吴某某。

被告：倪某某。

原、被告于1992年2月相识恋爱，1993年10月24日登记结婚，1995年7月27日生育女儿倪某某。婚初，夫妻感情尚可。嗣后，因生活琐事，双方多次争吵，被告并殴打原告。原告于2008年1月31日起离家，双方分居。2008年3月原告曾起诉，后撤诉。2008年10月20日，原告再次提起诉讼，本院判决不离。现原告认为夫妻感情已彻底破裂，遂引起诉讼，被告经法院送达传票后，无正当理由拒不出庭。

各方观点

原告吴某某观点

原、被告于1992年2月相识恋爱，1993年10月24日登记结婚，1995年生育女儿倪某某。

因恋爱时间较短，了解不多，结婚草率。婚后，双方因性格不和、志趣不同，经常发生争吵，有时甚至打架。亲朋好友多次规劝，被告仍不改正，原告提出离婚，被告却以不让孩子上学为由威胁原告，原告无法，不得不放弃离婚。

但此后，被告与原告纠纷不断，故原告于2008年3月向法院提起诉讼，经法院调解，被告表示愿意改正，并表示不再发生吵架和打架，原告撤回起诉。撤诉后，被告仍不改正，对孩子不管，教育费不付，原告也只能在外租房居住。被告有外遇。现双方无法共同生活，为此原告诉至法院要求判令原、被告离婚，婚生女倪某某由原告抚养，被告每月支付生活费500元并承担医疗费、教育费50%，依法分割夫妻共同财产。

被告倪某某观点

被告倪某某未作答辩

法院观点

受理法院经审理后认为，感情是否破裂是判定是否准予夫妻离婚的标准。

本案中，原、被告双方因生活琐事不断产生矛盾，致使夫妻感情不睦。原告自2008年1月离家后，多次起诉要求离婚，在原告自愿撤回起诉及本院判决不离后，双方仍未采取正确的方式方法沟通交流，致使夫妻感情继续恶化。现双方当事人已经分居达二年以上。故原告的离婚请求，本院予以支持。

因被告未到庭，庭审中，原告同意财产分割在离婚案件中暂不予以分割，本院予以准许。现其女儿随原告共同生活，也表示愿意随原告共同生活，故原告要求女儿随原告共同生活的请求，本院予以支持。关于抚养费的数额，由于原告无证据证明被

告的收入状况,故本院根据女儿倪某某的生活学习所需的费用,酌情确认被告每月支付女儿抚养费350元。

■ 律师观点

父母对于自己子女的抚养义务是一种法定的义务。这种法定的抚养义务来自于双方血缘上的联系,因此,即便是父母双方离婚以后,这种法定的抚养义务也并不随之中断。不直接抚养子女的一方,需要通过向子女支付抚养费的形式来履行自己对于子女的法定抚养义务。对于抚养费的数额,一般法院所认定的标准是根据一方工资收入的20%-30%来酌情判决。但是,如若一方没有固定收入或其收入无法举证时,则无法通过其工资收入的比例来折算出其所需负担的抚养费数额。那么此时,如何来认定其所需支付的抚养费呢?本节笔者就要以无固定收入一方抚养费的确认问题展开阐述。

关于子女抚养费的确定,人们的第一反应通常都是工资收入的20%-30%,这条规定出自于《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》的第七条,“有固定收入的,抚养费一般可按其月总收入的百分之二十至三十的比例给付。负担两个以上子女抚养费的,比例可适当提高,但一般不得超过月总收入的百分之五十。”但笔者认为,在处理子女抚养费的问题时,不能拘泥于20%-30%的法律规定。原因在于,1993年最高院司法解释中的抚养费支付的规定是一种建议性规范,并非一种强制性规范。其用途在于方便法官裁判断案时的实践操作,只不过在其适用时理解上较为简单,容易被广大群众所接受,经过老百姓的口口相传,逐渐成了一种“约定俗成”的东西。然而事实上,法官在审判实践中只是将20%-30%作为一种审判参考依据,而真正作为法官审判思路的依据来自于1984年《最高人民法院关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》中的规定。

《最高人民法院关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》第23条规定,“离婚后,父母对

子女的生活费和教育费的负担,可根据子女的实际需要、父母的负担能力和当地的生活水平确定。”拆解开就是三个方面,即第一方面系子女的实际需要,第二方面系父母的负担能力,第三方面系当地的生活水平。我们在回到关于本节所要讨论的内容上来,对于无论是没有固定收入的人,还是无法举证其收入多少的人,所适用的抚养费问题判决标准,都适用以上三个方面的标准。以下,我们就对几种收入情况比较特殊的群体所要支付抚养费的问题,进行一些展开。

一、没有工作且经济情况较差

某A系下岗工人,靠失业救济金维持生活。从某A的情况来看,要让其支付较高的抚养费,无异于“杀鸡取卵”,一旦父母无法进行生活,那么其对子女的抚养又何以维系呢?因此,无论是从照顾父母的生活困境考虑还是从子女的长远生活考虑,都不应让父母因需要向子女支付抚养费而背负其过重的生活负担。但是,是否经济情况较差的一方就可以免除对子女支付抚养费的义务了呢?答案显然是否定的。父母对于子女的抚养是一种法定义务,不能因此而免除,若法律上允许经济条件较差的一方免除对子女的抚养义务,则会造成生活较为困难的家庭中父母双方都向法院申请免除抚养义务,这将会造成子女无人抚养的窘境。

那么,某A情况下的子女抚养费究竟如何计算?法律上并没有明确的规定。笔者认为,可以参考当地去年城镇居民最低生活保障标准进行支付。一般可以要求不直接抚养子女且经济困难的一方每月按照当地去年城镇居民最低生活保障标准的一般进行支付。

二、没有工作但经济情况较好

某B系某家上市公司高管,离婚诉讼前从公司辞职,现待业在家。某B的状况与某A相似,都是没有收入来源,但是其经济状况要远远优于某A。此时,某B的子女抚养费该如何计算?

笔者认为,子女抚养费的支付数额,要从子女实际需要、当地生活水平以及父母支付能力三方面去考虑,并且三者之间是一个逐渐递减的关系。从子女利益最大原则出发,抚养费应满足子女的实际需要,在无法满足子女实际需要的前提下应至少满足当地生活水平,若父母的支付能力连当地生活水平都打不到,只能迁就与父母的支付能力。某B的支付能力显然是要优于某A的,在计算某B的抚养费金额时,应从子女最大利益原则出发,充分考虑子女的生活与成长。当然,也应考虑到某B现在并无工作的事实,故不宜规定的过高。待日后某B重新工作时,子女亦可以根据自身实际需要的增加要求某B追加抚养费。

三、有稳定工作但收入波动较大

某C从事销售行业,每月收入差异极大。对于某C的子女抚养费的规定,法律规定的较为明确,可依据当年总收入或同行业平均收入,按照平均每月收入的20%-30%的进行给付。

这里存在的一个问题是,工资收入到底包括哪些?例如奖金是否包括在工资收入的范围内?对此,通常的理解是,该司法解释中的工资收入应指广义的工资,是一方每月稳定获得的所有收入总和,但是必须强调的是稳定的收入。

四、一方处于服刑期间

某D因盗窃罪被判处有期徒刑3年,离婚时正处于服刑期间。对于某D的问题,由于其处于服刑的特殊时期,故无法取得经济来源。但若要免除服刑人员的抚养义务,有会损害子女的成长利益,确实比较棘手。何况这类案件,在实践中并不鲜见。

对于这种类型的抚养费的认定,最高院1993年《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》的司法解释曾有这样的规定,“对一方无经济收入或者下落不明的,可用其财物折抵子女抚育费。”基于这条规定,某D虽然在服刑期间没有经济来源,但是可以在分割双方的夫妻财产时进行折抵,划出一部分作为子女的抚养费。这里需要注意的一点是,在用财产进行折抵子女抚养费时,应适当的给服刑人员预留一部分财产以供其出狱后的生活。

五、一方身患重病

我国的婚姻法从体现男女平等的原则出发,规定了父母双方共同承担抚养教育子女的义务和责任。但如果父或母一方丧失抚养能力,如身患重病,完全丧失劳动或自理能力时,该如何确定抚养费的数额?首先,笔者认为父母对于子女的抚养义务是一种法定义务,并不能够因为任何原因而免除一方的抚养义务。但同时,考虑到一方的经济条件等因素,法院可在判决抚养费时尽量少支付一些。

制作一份遗嘱的难度 N4: 遗嘱效力冲突及裁判规则

原创: 2019-07-05 审判研究 李双庆律师

https://mp.weixin.qq.com/s/2RASLloDpc2S_cwxoH09bw

李双庆 北京大成律师事务所



数份遗嘱的效力冲突

一、遗嘱的变更、撤回方式

遗嘱人订立遗嘱后,可以在去世前撤回、变更自己的遗嘱。关于变更、撤回遗嘱的方式,一是可

以采取提前处分遗嘱中财产的方式,这也是法律认可的方式。根据最高人民法院关于《继承法》的意见第39条,遗嘱人生前的行为与遗嘱的意思表示相反,而使遗嘱处分的财产在继承开始前灭失、部分灭失或所有权转移、部分转移的,遗嘱视为被撤销或部分被撤销;另一种方式是立下新遗嘱,在一份遗嘱订立以后,重新又制定新的遗嘱,一般也认为是対原遗嘱的撤销和变更。

需要注意的是,对于公证遗嘱,只能通过订立新的公证遗嘱的方式进行撤销和变更。根据最高人民法院关于《继承法》的意见第42条规定,遗嘱人以不同形式立有数份内容相抵触的遗嘱,其中有公证遗嘱的,以最后所立公证遗嘱为准;没有公证遗嘱的,以最后所立的遗嘱为准。

北京二中院的调研中提到了一个有意思的案件:遗嘱人将所立遗嘱烧毁的行为,是否视为该遗嘱被撤回?

这里,我们认可应当区分公证遗嘱和非公证遗嘱两种情形的观点。

对于非公证遗嘱,遗嘱人可以通过将遗嘱销毁的方式撤回,如采取烧毁自书、代书遗嘱,将录音遗嘱的原始载体损毁等方式作为撤回变更遗嘱的意思表示。主张遗嘱继承者要求按照遗嘱继承的,只能证明曾经有一份遗嘱摆在面前,但是被遗嘱人销毁的原始遗嘱证据已经不可能再现,因此不能支持其按照遗嘱继承的诉求。

对于公证遗嘱,一是因为公证遗嘱的制定经过了相应法定程序,涉及第三方机构的公信力背书;二是公证遗嘱具有可复制和可“再生”的特点,可以重现合法的“原始证据”,比如公证遗嘱丢失后可以向公证机关重新调取。因此,公证遗嘱的变更、撤回也同样必须经过法定程序,应当由遗嘱人亲自到公证机关办理变更、撤销手续。而遗嘱人自行将遗嘱销毁的行为,不能视为其撤回遗嘱。

当然,在《民法典》草案中,已将公证遗嘱的效力优先性规定删除,如果公证遗嘱不再具有优先其他遗嘱的效力,则当事人可以重新制定其他遗嘱,

以变更、撤销公证遗嘱。不过,这尚需要立法最后确认,而且即使公证遗嘱的优先效力规定被立法机关删除,也难以抹去公证遗嘱本身的可复制和可再生性,单纯的销毁公证遗嘱不能视为撤回、变更遗嘱的行为。

二、最后一份遗嘱被撤销后其他遗嘱的效力

遗嘱人立有数份遗嘱时,最后的遗嘱是对之前遗嘱的变更,这是实务界的普遍观点,也是最高人民法院关于《继承法》的意见所认可的。但是,如果当事人撤销了最后一份遗嘱,那么此前的遗嘱的效力是否恢复?司法实践中对此并无共识和定论。

如果遗嘱人撤销了最后一份遗嘱,与此同时对于在先遗嘱的效力作出明确意思表示,比如恢复特定遗嘱效力并按照特定遗嘱继承、按照法定继承、按照最近的遗嘱继承等等,则按照遗嘱人的意思表示继承即可。

如果遗嘱人撤销了最后一份遗嘱,但是对在先遗嘱的效力没有明确意思表示呢?一种观点认为之前的遗嘱自然恢复效力,应按照时间最晚的有效遗嘱继承处理。该观点认为所有的遗嘱都是遗嘱人处分自己遗产的方案,都是遗嘱人的意愿,只是实践中应当按照遗嘱人最晚的意愿来处分其遗产。当最后一份遗嘱被撤销时,在没有证据证明的情况下,应推定在先的前一份遗嘱系遗嘱人的真实意思表示,该遗嘱应发生法律效力。

笔者不同意上述观点,而是认为遗嘱人对在先遗嘱的效力没有明确意思表示时,前面的所有遗嘱并不自然恢复效力,而是应当按照法定继承处理。

遗嘱人在订立新的遗嘱时,意味着对之前遗嘱的变更、撤销,意味着不愿按照之前的遗嘱分配财产。虽然最后的遗嘱被撤销,不应再按照最后的遗嘱方案处理遗产,但之前的遗嘱方案是已经(曾经)被否定的方案,并不能因为最后的遗嘱被撤销就代表此前的遗嘱重新获得肯定。因此,此时应当视为被继承人未留下有效遗嘱,按照法定继承处理。

三、后一份遗嘱仅包含前遗嘱部分内容的问题

实践中遇到这样的情形：前后两份遗嘱均形式内容合法，后一份遗嘱没有明示保留前一份遗嘱，但是后一份遗嘱仅仅重复、保留前一份遗嘱的部分内容。比如前一份遗嘱载明“遗产中的 A 房子、B 房子由甲继承”；而后一份遗嘱载明“遗产中的 A 房子由甲继承”。此时如何认定两份遗嘱的效力？

有观点认为，按照《继承法》第 22 条规定，立有数份遗嘱，内容相抵触的，以最后的遗嘱为准。如果遗嘱内容没有抵触，不应以最后的遗嘱为准，而应认定全部的遗嘱有效。比如，第一份遗嘱载明“遗产中的存款 5 万元由 A 继承”，第二份遗嘱载明“遗产中的 ** 小轿车由 A 继承”，第三份遗嘱载明“遗产中的 ** 房屋由 A 继承”，这样的情形就不能认为只有第三份遗嘱有效，而应当认为三份遗嘱均有效，即存款、车辆及房屋均由 A 继承。因此，后一份遗嘱与前遗嘱没有冲突的，遗嘱均为有效，不属于《继承法》第 22 条规定的数份遗嘱，内容相抵触的，以最后的遗嘱为准之情形。

另一种观点认为，遗嘱人后一份遗嘱未明确表示保留前遗嘱的情形下，两份遗嘱内容不同，即应视为两份遗嘱抵触，符合《继承法》第 22 条规定的情形，前遗嘱应被视为被撤回或变更。只能按照最后的一份遗嘱处理，后一份遗嘱未处理的遗产，按照法定继承。

对此，笔者认为，后一份遗嘱仅包含前遗嘱部分内容的，从逻辑角度来考虑应当认为是变更而非强调。比如，前一份遗嘱载明“遗产中的 A 房子、B 房子由甲继承”；后一份遗嘱载明“遗产中的 A 房子由甲继承”，遗嘱人如果没有在遗嘱中撤销对 B 房屋处分的意思，没有必要再次处分。前一遗嘱已经处分的遗产，后一遗嘱部分处分和部分未处分的，应当视为对于前一份遗嘱的变更和撤回。当然，两份或者多份遗嘱分别处理不同遗产的，内容上没有冲突和变更，情理上更倾向于在新的遗嘱中增加处分其他财产的意思。也就是说，如果不存在重复

的情况，应当视为新增遗嘱内容，不属于《继承法》第 22 条规定的内容相抵触之情形，应当认定遗嘱均为有效。

四、后一份遗嘱全部内容与前遗嘱部分内容冲突

如果后一份遗嘱与前一份遗嘱的部分内容出现了冲突情形，应当如何认定前一份遗嘱效力呢？比如前一份遗嘱载明“遗产中的 A 房子、B 房子由甲继承”；后一份遗嘱载明“遗产中的 B 房子由乙继承”。那么，A 房屋是按照法定继承还是按照前遗嘱由甲继承呢？

这种情况下，观点无外乎两种，一是遗嘱内容存在抵触，应以最后的遗嘱为准，前遗嘱被撤回或变更；二是后遗嘱仅否定前遗嘱的部分内容，其他部分应为有效。笔者认为，两种观点各有其合理之处，而且都可以无障碍顺畅解释。但是笔者倾向于后一种观点，即后遗嘱全部内容仅仅涉及前遗嘱部分内容的，除了遗嘱人对前遗嘱其他部分财产已经做出处理的，应当认为遗嘱人对前遗嘱是认可的，后遗嘱只是对前遗嘱的一种补充而非变更。遗嘱人在知晓自己遗嘱存在的情况下，不做任何明示，仅变更部分遗嘱内容，应视为对前遗嘱的其他部分的认可，不宜否定前遗嘱的全部内容。

五、公证遗嘱的效力优先及程序问题

处分相同遗产，如果数份遗嘱同时存在，一般以最后一份遗嘱为准。但是如果数份遗嘱中有公证遗嘱，应以公证遗嘱效力为准。这也是《继承法》第 20 条规定的，公证遗嘱只能以公证遗嘱的形式予以撤销或变更，其他遗嘱不能作为变更、撤回公证遗嘱的依据，这就是公证遗嘱的优先性。

在《民法典》草案中，已经准备将公证遗嘱优先性的规定予以删除，理由主要有二点：一是违背遗嘱自由原则，当事人有权利选择是否立遗嘱，有权利决定立什么形式遗嘱，也有权利撤销、变更自己所立遗嘱，公证遗嘱效力优先限制了公民遗嘱自由权利；二是公证遗嘱的优先性没有法理依据，公

证遗嘱有第三方机构的公信力,可直接作为证明公证遗嘱合法成立的证据,但也只是表明公证遗嘱作为证据的优选性和证明力,便于证明遗嘱的真实性,而遗嘱人很可能在其后形成新的真实意思,我们不能因为证据的优选性而影响当事人真实意思表达。

笔者认为,公证遗嘱的优点显而易见,首先,公证机关设定了一整套制定公证遗嘱的流程、制定条件,一般而言遗嘱不会因为形式问题而被否定效力;其次,较一般的其他遗嘱而言,公证遗嘱已经经过相对严格的审查,且有公证机关作为第三方的信用背书,在证明力方面的优选性比其他遗嘱难以比拟的;再次,其他类型的遗嘱一旦被损毁、丢失或者污损等,则遗嘱人意愿就彻底失去存在依据,即使这些遗嘱是真实的,也会因为遗嘱本身内容或者形式不完备进而很难发生效力,而公证遗嘱可“再生”,只要某个公证机关存在遗嘱,就足以证明遗嘱人的意愿;最后,如果因为公证机关原因使遗嘱出现问题并导致继承无法实现的,受益人可以向公证机关主张赔偿,从实体上弥补受益人损失,间接实现立遗嘱人意愿。可以说,公证遗嘱在保护遗嘱愿望在去世后实现,保障其遗嘱得以贯彻方面,具有不可替代的价值。

一般认为,公证遗嘱外的其他形式遗嘱只应依照时间先后顺序作为确定遗嘱间效力的依据,如:

老人有一套房子,大儿子想继承就表现得很孝顺,老人写了一份自书遗嘱将房子留给大儿子。大儿子知道以后就对老人不管不问了。过了一段时间,老人觉得还是二儿子更好一点,就找人制作了一份代书遗嘱,将房子留给二儿子。老人病危去世前,听说二儿子吸毒,欠了很多债,就在临死前,当着其它亲友的面,口头留下遗嘱将房子留给了小女儿。

上述这三份遗嘱,只要形式合法,老人的愿望都是可以改变的,也就是老人有撤回、变更自己遗嘱的自由。而之所以认为公证遗嘱侵害遗嘱人自由,是因为如果老人第一份遗嘱是公证遗嘱,那么之后所立的代书、口头遗嘱并不能改变公证遗嘱,老人的房屋只能按照公证遗嘱的内容继承,之后的遗嘱

即使体现老人的意愿,由于法律规定,公证遗嘱的优先效力,老人不得随意变更自己的遗嘱。

公证遗嘱的撤回、修改的要式性要求是否侵害公民的遗嘱自由呢?

对此需要注意以下几点:首先,公民有选择公证遗嘱的自由,也有不选择公证遗嘱的自由。公证遗嘱具有优先性和非法定形式不可变更性,如果公民认为公证遗嘱可能侵害自己的遗嘱自由,可以选择其他形式的遗嘱;其次,遗嘱人制定公证遗嘱时,对公证遗嘱的撤回、变更形式要求是明知的,当事人紧急情况下需要变更遗嘱,可以通过自己选择的行为方式处分财产,如买卖、直接交付、变更财产形式等,不影响当事人处理自己遗产的意愿;最后,公证遗嘱撤回、变更的要式性只是要求遗嘱人依照公证遗嘱的要求变更撤回,并不等同于对遗嘱自由的限制。如果当事人制定了一份遗嘱后,想变更为新的自书遗嘱,就应当手写、签字、注明年月日,我们没有因为自书遗嘱要求遗嘱人签名、写日期而认为自书遗嘱影响了遗嘱人的自由;如果当事人制定了一份遗嘱后,想变更为新的代书遗嘱,就应当按照法定要求找代书人代书、见证人见证,代书人、见证人签名等,我们没有因为代书遗嘱要求代书人、见证人签名认为代书遗嘱影响了遗嘱人的自由,也不能因为公证遗嘱的形式要求严格,就认为侵害了公民的遗嘱自由。

所以说,考虑到公证遗嘱所特有的证明力、可再生、保证遗嘱人的愿望得以顺利实现的价值,在形式上的严格要求,不应当认为这是对于遗嘱自由的侵害。

另外,对于公证遗嘱的程序制作。公证遗嘱是一种形式要求较为严格的代书遗嘱,既然其证明力更高,形式上的公正性应当更为严格。《继承法》应予给出基本的规范,比如确定必须遗嘱人本人亲自办理,必须公证机关两个以上的公证人员办理等等。程序上可以不作过细要求,但必须有最基本的规定。

关于遗嘱效力的几个裁判要点

一、遗嘱内容存有歧义时的解释

遗嘱存有歧义是难以避免的实际情况,即便是一个经过立法机关多次讨论、修改、审议通过的法律尚有漏洞和不同理解,更何况一纸遗嘱呢?!遗嘱本身的内容,是确定遗嘱效力、受益人的身份、遗嘱范围的基础。

正如前文提到的“七十老翁产一子人曰非是也家业尽付与女婿外人不得干预”,如何断句就决定了谁是遗嘱受益人的问题。

再如“将我所有的财产,位于**小区的房子交由儿子甲继承”,如何理解这句话?就涉及到了遗产范围的问题,是所有的财产包括房子?还是所有财产中的房子由儿子继承?

遗嘱是死因行为,遗嘱人不可能回来再解释遗嘱内容,其他人的解释也难以代表遗嘱人的意愿。北京二中院课题组在讨论这个问题时,也明确指出,民法理论中存在文义解释、目的解释、整体解释、习惯解释、当然解释、社会学解释、经济解释、利益衡量等多种解释方法,但是如何适用这些解释方法,学界并无定论。

作为当事人或者代理律师来讲,一是要尽量从文义解读出对自己有利的方案,并找到对对方有利解读方案的漏洞,从文字惯常用法来论证自己的观点;另一方面,应当寻找遗嘱外的证据来补正自己的观点,如果遗嘱外的证据能够证明自己观点,或者证伪对方观点时,可以借助遗嘱外的证据进行论证。最重要的一点,在选择方案时要把握案件整体全貌,避免自己选择的方案被客观真实的证据推翻。

二、举证责任分配问题

证据是诉讼中的一个极为重要的问题,所有的诉讼都是围绕证据展开的。同样的案子,同样的证据材料,在不同的人手中运用,就会出现不同的效果。并不是说技巧可以超越事实,而是说技巧可以辅助事实重现。

首先,需要明白的是,司法裁决中所依据的事实不是实际发生的事实,而是法院查明的事实。所谓人不能两次踏入同一条河流,事实一旦发生就无法重现,将之前发生的事实展示给法官是不可能的。所以只能以事件发生时的所留下的材料作为依据,来证明当时实际发生过的事实,这些材料就是我们所说的证据。但是,事实发生后可能有证据,也可能没有证据;可能有全部的证据,也可能只有部分证据;可能有有利的证据,也可能有相反的证据;可能证据在自己手中,也可能证据在对方手中。

如何利用手中的证据材料和证据规则,或举证、或要求对方举证、或出示证据、或不出示证据,来证明自己主张的事实或者推翻对方证明的事实,对诉讼的胜败就具有重要的意义。

根据《民诉法解释》第90条规定,当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实,应当提供证据加以证明,当事人未能提供证据或者证据不足以证明其事实主张的,由负有举证证明责任的当事人承担不利的后果。

在遗嘱继承纠纷案件中,双方争议的焦点就是遗嘱本身的真实有效性,是主张遗嘱真实者证明遗嘱为真?还是提出异议者证明遗嘱为假?遗嘱真伪的鉴定谁来提起?无法找到合适的检材谁来担责?笔迹松散鉴定不能谁承担败诉责任?遗嘱鉴定不能谁承担责任?等等,尤其在“遗嘱鉴定不能”的情况下,可能就是因为举证责任的分担而导致出现截然不同的结果。

现行《继承法》及最高人民法院关于《继承法》的意见中,对于遗嘱真伪问题的举证责任分配没有明确,法官们对于举证责任的分配也是各有自己的观点,所以同案不同判,一二审法院的判决截然相反的情形比较常见。

关于举证责任应当如何分配,有观点认为,在《继承法》及最高院意见没有特别规定的情况下,应当坚持谁主张谁举证的基本原则,由主张遗嘱真实一方承担证明责任,无论是司法鉴定还是代书人、

见证人出庭都应当由主张遗嘱真实的一方申请,如果代书人、见证人不能出庭、不申请鉴定或者遗嘱真实性无法鉴定,都应当由主张遗嘱真实的一方承担败诉责任。

也有观点认为,遗嘱只要符合经法院审核符合法定形式要求,应当推定遗嘱真实有效,由否认遗嘱真实或者提出异议的一方承担举证责任。当事人否认遗嘱的真实性,未能提供有效证据否定通过遗嘱真实性的,应承担举证不能的责任。司法鉴定的提起应当由异议人提起,不申请鉴定或者鉴定不能的,应当由异议人承担举证不能的法律后果。

北京二中院的课题组还提出了另外一种观点,即持有鉴定比对样本而拒不提供的一方承担证明责任。这种观点的来源应当是北京高院《关于审理继承纠纷案件若干疑难问题的解答》第23条的规定:在因无法提供足够的鉴定对比样本而导致遗嘱笔迹鉴定不能情况下,如有证据证明一方当事人持有鉴定对比样本而拒不提供的,人民法院可根据案情确定由该方承担不利后果。

根据最高院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第112条规定,书证在对方当事人控制之下的,承担举证证明责任的当事人可以举证期限届满前书面申请人民法院责令对方当事人提交。对方当事人无正当理由拒不提交的,人民法院可以认定申请人所主张的书证内容为真实。笔者认为,这是一种特殊情况下的举证责任,仅限于启动鉴定后,缺少比对检材,而有证据证明其中一方掌握检材拒不提供的情况。这种情况下,不论举证责任在哪一方,不论谁提起鉴定,也不论掌握检材不提供者是哪一方,都由拒不提供者承担举证责任。

上述观点在一定场景下各有其合理之处,但在具体案件中,专门适用哪一个举证规则都会存在问题。笔者在《遗嘱无法鉴定,谁来承担举证不能的责任》一文中曾提出过“遗嘱的举证责任转移”相关观点,这里再作整理如下:

1. 主张遗嘱继承者就遗嘱存在的事实举证,并就遗嘱符合法定形式完成举证,应当视为主张遗

嘱继承的继承人完成了初步的举证责任;

2. 如果其他继承人有异议的,主张按照法定继承进行分配的,按照《民诉法解释》第91条的规定:主张法律关系变更、消灭或者权利受到妨害的当事人,应当对该法律关系变更、消灭或者权利受到妨害的基本事实承担举证证明责任;

3. 其他继承人对遗嘱的真实性、合法性、有效性提出异议,主张依照法定继承或者按照其它遗嘱、遗赠扶养协议集成的,案件事实的举证责任发生转移,由其他继承人举证,并承担举证责任;

4. 如果异议人提出相应证据对遗嘱真实性提出合理怀疑的,仍应由主张遗嘱继承者对异议人的合理怀疑举证,举证不能时由主张遗嘱继承者承担不利责任。如当事人遗嘱继承,提供了书面的遗嘱,遗嘱也符合自书遗嘱的基本要求,其他继承人如果对遗嘱笔迹的真实性提出异议,在没有其他证据的情况下,应当不予支持;

5. 如果异议人申请笔迹鉴定,能够鉴定出结果的自然依据结果进行裁判,但是如果无法鉴定或者鉴定不能的,应当由负有举证责任的异议方承担败诉责任;

6. 如果异议人能够提供相应的证据,证明遗嘱人的其他笔迹与遗嘱上的笔迹明显不同,足以引起合理怀疑的,举证责任应当发生转移,由主张遗嘱继承者申请鉴定,不申请鉴定或者鉴定不能的,由主张遗嘱继承者承担举证不能的责任。

总而言之,遗嘱的举证责任应当根据案件的情况确定,双方都应根据争议的情况,提供支持自己的证据或者对对方的证据提出合理质疑,以实现“举证责任的转移”,争取对自己有利的裁判结果。

三、见证人问题

关于见证人,这里讨论的重点是利害关系和见证能力。

对于利害关系问题,前文已有论述,主要应当坚持几个原则,一要避免与法律规定相冲突,如尽量避免从继承人、受遗赠人及其近亲属中产生,如

果必须从这些人中选择，要避免其从遗嘱中获利；二是要避免引起质疑的人作为见证、代书人。与继承人、受遗赠人为同学、同事关系的人是遗嘱的见证人、代书人，那么应当证明这些人社会关系的复杂性而非单一性，比如这些见证人同时也是遗嘱人的亲戚朋友或者存在特定关系，以便削弱利害关系的属性和影响。最高人民法院关于《继承法》的意见第36条规定的继承人、受遗赠人的债权人、债务人，共同经营的合伙人，“也应当视为与继承人、受遗赠人有利害关系，不能作为遗嘱的见证人”，意味着不应当仅限于这三种情况存在利害关系，因此，应当尽量避免不必要的麻烦；三是关于制作遗嘱的费用（如律师见证费、公证费等）由继承人、受遗赠人支付的情况，由于律师事务所、公证处等都是独立的第三方机构，费用支付一般不会也不能作为认定利害关系的依据。但是，如果这些作为见证人、代书人的律师、公证员是以私人身份见证，且具有法定利害关系的，并不能因为其身份而可以排除利害关系的审查和认定。

对于见证人、代书人的指定问题，作为见证遗嘱的人应当是由遗嘱人指定，而不是由继承人、受遗赠人指定的人，从而保证遗嘱人的真实意思得以实现。当然，对于见证人是谁指定的？除非主张遗嘱继承者认可，否则很难认定指定见证人的主体存在问题。即使见证人是继承人、受遗赠人找来的，如果遗嘱人没有提出反对意见，可以认定该见证人为遗嘱人所认可。因此，这个问题虽然可以提出来，

但是从举证责任及可能出现的结果看，很难以指定见证人主体存在问题为由从而推翻遗嘱。

对于见证人的能力问题，根据《继承法》规定，无行为能力人、限制行为能力人不能作为遗嘱见证人。但是除了上述人员不能作为遗嘱见证人之外，其他诸如文化程度低、不识字者，或者视力存在缺陷，不能阅读者能否作为代书遗嘱的见证人；听力存在缺陷、缺乏语言表达能力者能否作为口头遗嘱的见证人等等，都是司法实践中应当注意的问题，也是推翻或者论证遗嘱有效性所需要密切关注的。此种情况是通过立法予以规制还是实践中视具体情况而裁决，笔者认为以后者为宜，毕竟法律具有有限性，不可能通过立法包含复杂社会的所有情形。

对于订立遗嘱时继承人、受遗赠人及相应利害关系人能否在场的问题，在制定遗嘱时，如果全部的继承人、受遗赠人在场，应该不会有争议。往往是遗嘱制定时只有部分继承人或者受遗赠人在场，而且这些人是遗嘱受益的一方时，就会引起争议。《继承法》并未将部分遗嘱人、受遗赠人在遗嘱制定时在场规定为遗嘱无效的情形，因此不能以此推定遗嘱无效。如果当事人提出遗嘱人受到在场的继承人或受遗赠人欺诈、胁迫，并主张所立遗嘱无效的，应当根据谁主张谁举证的原则，由其提供充分的证据加以证明，否则，应当不予支持其主张。

原创序号：特稿 89

核校：简牍

制作一份遗嘱的难度 N5：面向司法实践的六条建议

原创：2019-07-06 审判研究 李双庆律师

<https://mp.weixin.qq.com/s/Ukfp6wkj91P-Pf7RtMeRyQ>

李双庆 北京大成律师事务所



在分析样本基础上提出法律建议，也是开展司法调研的价值之一。北京二中院的调研成果上半部分侧重于发现和提出问题，下半部分则是“规则建议：价值理念的选择与裁判规则的完善，提出了遗

嘱继承案件裁判规则的建议和完善。尽管是带有学术理论性质的探讨,但是由于《继承法》规则设计先天薄弱,很多案件都要依托理念选择来做出具体判断。因此,把握价值理念选择的方向,是保障权益的必经之路。理论最终要回归实践,指导实践,因此,笔者将之整合为司法实践建议,考虑到很多问题已作分析,这里就简要总结六个方面要点,希望对审判实务有所启发和帮助。

一、坚持规则优先适用

法律规则,是对权利状态和社会纠纷相关法律问题的直接回应。对于司法实践具体问题,如果立法层面已经作出具体规定,应当首先援引法律规则予以处理。但是,法律原则不同于法律规则,只是在具体法律规则缺乏、法律规则之间出现冲突、或者直接适用法律规则明显出现不当时,才可以适用法律原则进行处理。

清官难断家务事,在婚姻继承案件中,很多时候不太好用“公平”、“公正”等词语来判断案件结果是否适当。只有直接适用法律规则导致案件结果出现极端、显著不合情理、违反法律强制性规定或者与法律基本原则冲突时,才有必要适用法律原则。

适用法律规则时,要尽可能全面衡量,法律规则冲突较少,但是法律原则之间必然存在冲突。如追求效率过度必然影响公正,如追求过度自由必然影响权利,如追求交易绝对安全必然影响权利归属的稳定状态、不当提升交易成本,如此等等都是难以避免的。如同前文提到的“泸州二奶遗嘱案”,判决“小三”败诉,就是在公序良俗与遗嘱自由之间偏向于公序良俗。

不同原则之间,不同价值之间,究竟孰先孰后、孰轻孰重?笔者认为,应当根据个案具体案情进行综合性衡量判断,避免权力滥用,也避免道德压倒一切的“任性裁判”。北京二中院在调研中提到“不能当然的认为只要遗赠给小三,遗嘱就无效”的观点。这样的观点值得认同,贴标签的裁判显然是不负责任的表现。每条规则的背后都有某个法律原则

支持,不能随便拿出一条原则就可以推翻规则,重点应该是这条原则能否推翻规则背后的原则。

二、丰富遗嘱类型,严格遗嘱形式

对于遗嘱的形式与效力问题,北京二中院的观点是应当丰富遗嘱形式,并适度缓和遗嘱形式要求,主张形式有瑕疵的遗嘱不应规定为绝对无效,如果内容合法,又有充分证据证明为遗嘱人的真实意思表示,并能够通过其他方式弥补遗嘱形式上的不足的,可认定遗嘱有效。对此,笔者亦赞成增加遗嘱的类型,但不认同缓和遗嘱的形式要求。

随着社会发展和技术进步,现代人书写、记录的载体、方式发生了重大变化,固步自封已经不适合时代潮流。增加新的遗嘱形式,如打印遗嘱、共同遗嘱、录音录像遗嘱等,应当是遗嘱立法不断发展的趋势和必然。但是,增加遗嘱的形式并非简单数字型增加,而是应当更为具体地明确各种遗嘱的具体形式要求,如《民法典》中规定的打印遗嘱,基本上与代书遗嘱无甚区别,是否有必要单独立法,还是通过具体法条的细化予以规制,就此有待商榷。继承立法的发展不在于有五种还是十种遗嘱,而在于遗嘱立法是否明确清晰,及时回应社会需求和有效避免纠纷。

有观点认为,应当适度缓和遗嘱形式要件的严格性要求,不宜规定形式上有瑕疵的遗嘱绝对无效,如果内容合法、有证据证明遗嘱为遗嘱人真实意思表示,并能够通过其他方式弥补遗嘱形式上的不足,可以认定遗嘱有效。对此笔者认为,遗嘱规定严格的形式要件,目的就在于确保遗嘱能够反映遗嘱人真实意愿,遗嘱人真实意愿要求遗嘱合法有效来证明,而遗嘱合法有效又需要遗嘱人真实意思来证明的话,则会陷入逻辑的无限往复循环论证。而且,如果用其他证据来证明遗嘱人的真实意愿,那么又何必证明遗嘱的真实有效呢?

故而,遗嘱的形式可以在立法层面予以宽松,但是一旦经立法确定后,则不可随意扩张解释,否则只会导致纠纷更多,裁判标准更加混乱。

以打印遗嘱为例,如果立法规定用笔书写、打印都可以作为自书遗嘱的形式,那么对于遗嘱人打印完成的遗嘱,主张遗嘱继承者只需证明遗嘱制作过程系遗嘱人独立完成即可,如完整的遗嘱人制作、打印遗嘱的视频资料等;但是,如果立法规定自有用笔书写的遗嘱为自书遗嘱,那么对于遗嘱人打印完成的遗嘱,即使主张遗嘱继承者有整套的证据证明遗嘱制作过程系遗嘱人独立完成,因为打印遗嘱本身不合法,也不能按照自书遗嘱继承。

三、遗嘱举证责任体系的完善

举证责任的分配在遗嘱继承案件中有着决定性的影响,尤其在一些争议较大的案件中,同样的诉辩,同样的证据,可能会出现不同的裁判结果。对此,北京二中院课题组提出了三个非常重要的观点,值得深入学习。

首先,围绕“遗嘱的内容是否系遗嘱人的真实意思表示”分配举证责任。纠纷产生后,必须从案件整体进行把握,持有遗嘱并主张其真实一方,即主张按照遗嘱进行继承者,请求权存在的基础系遗嘱的真实有效性,其应当就发生该请求权所需的基础事实,即遗嘱系遗嘱人的真实意愿承担举证责任;而主张其请求权消灭或者受限制(遗嘱无效、遗嘱系伪造、有效力更优先的遗嘱、遗嘱未留有特留份、对方丧失继承权等)的当事人,应当就权利消灭、受限的要件事实承担举证责任,并就所主张的事实,如遗嘱并非遗嘱人的真实意思、遗嘱人有新的意愿,遗嘱人没有表达意愿的能力等承担举证责任。

其次,把握举证责任的转移。诉讼是一个动态的过程,案件举证责任将随着案件的进程在当事人之间转移,并随着法官心证的变化而变化,直至最后完成“遗嘱的内容是否系遗嘱人的真实意思表示”的事实查明。

遗嘱存在的举证责任应当由主张遗嘱继承者承担。当事人主张不应适用法定继承法律关系,而应当适用遗嘱继承的,那么就要对遗嘱的存在进行举证,这是遗嘱继承启动的前提条件。如果继承人

难以提供遗嘱存在的证据,应当由提出遗嘱继承的一方承担举证不能的责任,继续适用法定继承。遗嘱形式合法的举证责任应当由主张遗嘱继承者承担。主张遗嘱继承者提供了遗嘱,并要求按照遗嘱继承的法律关系对遗产进行分配的,应当证明遗嘱形式合法。

当事人要依据法律规定明确遗嘱的类别,并按照遗嘱的类别准备相应的证据,证明所提供的遗嘱符合法定形式。

主张遗嘱继承者就遗嘱存在的事实举证,并就遗嘱符合法定形式完成举证的,其他继承人没有异议的,应当依照遗嘱进行继承分配。如果其他继承人有异议的,应当按照《民诉法解释》第91条的规定:主张法律关系变更、消灭或者权利受到妨害的当事人,应当对该法律关系变更、消灭或者权利受到妨害的基本事实承担举证证明责任。

其他继承人对遗嘱的真实性、合法性、有效性提出异议,主张依照法定继承或者按照其它遗嘱、遗赠扶养协议集成的,案件事实的举证责任发生转移,由其他继承人举证,并承担举证责任。在此期间,应准确把握双方当事人的主张和意见,是对对方主张事实的质疑还是提出新的事实主张。如当事人一方主张存在代书遗嘱的,提供了书面的遗嘱,遗嘱也符合代书遗嘱的基本要求的。对遗嘱有异议的一方,如果审查形式内容,如要求代书人、见证人出庭作证的,由于属于形式合法内容的审查,属于对主张遗嘱继承者的合理质疑,举证责任不发生转移,应当由提供遗嘱的一方来举证,安排见证人、代书人出庭作证,如果代书人、见证人不能出庭作证的,应当由主张遗嘱继承的一方承担败诉责任,而如果异议人对代书遗嘱的笔迹有异议,遗嘱系伪造、提出有新的遗嘱的,举证责任发生转移,应当由提出异议的一方对其主张的事实进行举证,如果异议方所提供的证据难以推翻遗嘱继承者主张的事实,异议不成立,应当按照遗嘱继承处理。

民事诉讼中,当事人举证应当达到高度盖然性的程度,无论当事人主张事实成立还是否认事实存

在，都应当就自己的主张进行举证。当然，主张遗嘱真实性一方，应当对遗嘱真实有效举证到具有高度盖然性，才可以按照遗嘱继承；而主张遗嘱无效一方，应就法律关系的阻碍或消灭承担提供证据责任，只要达到事实不明或者足以否定高度盖然性即可。

最后，妨害事实查明者应当担责。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第75条规定：“有证据证明一方当事人持有证据无正当理由拒不提供，如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人，可以推定该主张成立”。在遗嘱继承纠纷案件中，所有的证据、所有的事实均为实现一个目的，即“遗嘱的内容是否系遗嘱人的真实意思表示”，或者宽泛一点，“哪个遗嘱的内容系遗嘱人的真实意思表示”。因此对于此种情况，如果有证据证明一方当事人持有能够确认遗嘱真伪的证据而无正当理由拒不提供，人民法院可根据案情确定由该方承担举证不能的法律后果。当然这种情况必然要求有证据证明一方当事人有能够确认遗嘱真伪的证据，这是大前提。如果存在这个前提，可以作出对其不利的结果。

但是这里笔者有一个疑问，试举一例：

遗嘱人有三个子女甲、乙、丙。甲主张遗嘱继承，自己继承全部遗产；子女乙、丙均不认可。如果有充分证据表明子女乙有证据可以证明遗嘱真伪但其拒不提供。按照法律规定，可以作出对乙不利的裁决，如认定遗嘱有效。但是，这个裁决很可能或者说必然会损害第三个子女丙的利益。这种情况应当如何处理？是不利的裁判结果只针对乙但不针对丙，丙可以按照法定继承继承自己的份额？还是不利后果针对乙丙二人，认定遗嘱有效并由甲继承全部财产？抑或是甲的遗嘱不能对抗丙，遗嘱无效，全部按照法定继承处理？

对于上述示例，笔者也没有更为完美的方案，倾向于不利后果只针对有证据不提供者更为合适。

四、妥善解决遗嘱解释体系

首先，文义解释作为优先原则。遗嘱文义清楚无误时以客观文义为准，确有文字表述模糊和歧义的，通过文字本身可以合理推导出遗嘱条款多种解释的，采纳“遗嘱外证据有限适用规则”，通过采用遗嘱外证据来证实遗嘱人的真意。

其次，充分借鉴风俗习惯解释。当文义解释出现可能的多种结论时，应优先重点考虑表意人自己的习惯，结合遗嘱人的语言习惯、知识背景、生活地风俗习惯等因素综合考察，不应拘泥于遗嘱所使用的词句。当然这种不拘泥于词句，是在词句本身难以理解、存在歧义或者多种解释时适用。词句内容清晰明确的，不应适用习惯解释，否则就会导致侵害遗嘱人的本意。

最后，应以目的解释作为主导。遗嘱是遗嘱人为实现其死后目的而为，遗嘱的解释应符合继承人的意愿，从而实现继承人所期望达到的效果。北京二中院课题组提出，目的解释原则可以解决继承开始前遗产形态发生变化，以及遗嘱内容能否涵盖将来取得之财产问题。如遗嘱中涉及的特定财产经过了形态转化的，原特定财产已经消灭，原遗嘱意思表示不能涵盖新情况时，不能当然推论原意思表示及于形态转化后的新财产；但是如在被继承人此时已丧失意思表示能力等情况下，客观上无法再有新的意思表示，则应当认为原意思表示延续至形态变化后的财产上；对于财产实际取得时间是在遗嘱之后的，因立遗嘱人目的是将其全部财产由指定的人继承，且其意思表示能够当然涵盖新情况，则应按照遗嘱人所立遗嘱之目的进行解释。

五、遗嘱效力冲突的解决

对于遗嘱效力冲突问题，北京二中院课题组也提出了几项明确建议，具体包括：

对于公证遗嘱优先性的取消问题。对此，尽管笔者认为取消的合理性和依据均不足，但是如果立法作出了改变，那么司法裁决的路径和结果将不是理论探讨所能决定的。一旦公证遗嘱的优先性规定被撤销，则公证遗嘱就可被其他任何合法的在后遗

嘱所取代。这将会是一个较大的改革，当然，规则明确后的适用并不会太大困难。

关于遗嘱撤回、变更方式的明确问题。遗嘱是可撤销的法律文书，遗嘱自由不仅包括立遗嘱的自由还包括变更与撤回遗嘱的自由。遗嘱人以任何方式放弃撤回或变更遗嘱的行为不影响其撤回、变更遗嘱的权利，即使前遗嘱中遗嘱人明确载明了“永不变更或后立遗嘱无效”等内容，也不能据此否认后立遗嘱的效力。对于遗嘱的撤回、变更，《继承法》并未作出规定，但是正因为没有法律明确规定，经常会引起纠纷并伴随着较大争议。一般认为遗嘱人销毁遗嘱、重新制定新遗嘱、更改遗嘱等等，都可以是撤回、变更遗嘱的形式。

对于“最后一份遗嘱被撤销后在先遗嘱效力认定问题”，北京二中院的观点倾向于认为，最后一份遗嘱对于在先遗嘱没有明确意思表示的情况下，前遗嘱不应自行恢复效力。虽然后遗嘱由于客观原因不能发生效力，但遗嘱人却未有使前遗嘱效力恢复的意思表示，前遗嘱的效力当然不能自然恢复，而是应当按照法定继承处理。

对于前述“后一份遗嘱仅重复前遗嘱部分内容”及“后一份遗嘱全部内容仅与前遗嘱部分内容冲突”的问题，北京二中院的意见认为，最后一份遗嘱对于在先遗嘱效力未明确表示撤销的，其中相互矛盾的遗嘱处分部分应产生撤销的效力，而对于其中不存在矛盾的部分，由于遗嘱人对其所立遗嘱内容完全知晓，既然其未予明确撤回或变更，那么就应当视为该部分仍然有效。

六、遗嘱见证的规范

对于遗嘱见证人问题，立法的完善还需要等待一些时日，北京二中院课题组提出了几项意见，这些意见对于司法实践有着重要的指导作用，也直接影响着案件的裁判结果：

首先，遗嘱见证人须是遗嘱人指定的人。由非受遗嘱人指定的见证人很难保证其倾向性，可能会做出损害遗嘱人意愿的行为。但是，笔者认为应当

明确何谓“遗嘱人指定的人”？如何理解指定与联系的关系？如何确定现实中可能存在的“默认”指定？如何把握指定与付费的关系？等等问题，对此前文已有论述。见证人、代书人在场的情况下，如果遗嘱人在遗嘱上签了字，很难否认见证人的选择与遗嘱人的意愿相悖。但是，这也正好说明程序的正当性和严格性，如果见证人没有按照严格的程序进行见证，包括事后在遗嘱上签字、未全程参与遗嘱制作等等，都很难证明见证人是遗嘱人所指定的人，从而对遗嘱的效力产生影响。

其次，遗嘱见证人应具有完全民事行为能力且具有事实上的遗嘱见证能力。对于见证人的见证能力，《继承法》要求见证人必须为完全民事行为能力人。但是，并非完全民事行为能力人在特定案件中一定就具有遗嘱见证能力。比如代书遗嘱的见证人如果不识字，很难识别代书人在遗嘱上记载的内容是不是遗嘱人所表达的内容；再如聋哑人很难在遗嘱人生命垂危时见证口头遗嘱。当然，现实生活中还有许多特殊情况下的遗嘱见证，都需要见证人具备相应的能力。所以，听、说、读、写等行为能力在特定的遗嘱见证情况下都是必要的。尽管《继承法》对此并未作出规定，但是我们认为，这种见证能力的欠缺不仅仅是一个法律设计问题，更是一种事实上的漏洞。如果当事人缺乏相应的见证能力，即便是法律没有规定，也很难通过见证人的证明来确定遗嘱内容系遗嘱人的真实意愿。

再次，关于确定利害关系的范畴。对于可能获益的利害关系以及对于遗嘱效力的影响，前文已有论述。北京二中院课题组提到了利害关系中的受损关系，认为见证人如果是法定继承人（包括第一顺序和第二顺序）或者与法定继承人有利害关系的人，有可能因遗嘱受益或受损的，这些遗嘱见证人都有可能采取使遗嘱届时生效或不能生效的手段，这样一来，就难以保证遗嘱见证的公正性。《继承法》所规定的诸如继承人、受遗赠人的配偶、直系亲属、债权人、债务人、共同经营的合伙人均与遗嘱存在直接或间接受益或受损的利害关系，也可能会采取

一些不当的手段，导致遗嘱无效，使得遗嘱人不能实现自己的意愿，因此，课题组认为，利益可能受损的一方也不应作为遗嘱见证人。

从理论上说，见证人应当是遗嘱人所指定的人，见证目的是证明遗嘱的真实性而非不真实性，这是遗嘱人的意愿，也是主张遗嘱继承者、遗嘱受益人的愿望。如果见证人与遗嘱受益人、遗嘱继承者存在某种获利关系，就有可能违反真实的见证过程作证明证明遗嘱的真实性。所以，将利益获利方作为见证人纳入认定遗嘱无效的条件，有利于保障其他继承人的权利，也有利于保障遗嘱人的真实意愿，这是符合逻辑的。

另外需要注意到，对于那些利益可能会因遗嘱受损的见证人，也会采取不作证、做伪证或者其他

手段，从而有意否定遗嘱的真实有效性，当然这仅仅是一种可能性。如果我们将利益受损方作为见证人也纳入认定遗嘱无效的条件，则会直接导致遗嘱无效，并不利于保障遗嘱人的真实意愿，也不符合逻辑。为此，笔者认为，遗嘱人指定的见证人可能因为遗嘱导致利益受损的，不应一概认定遗嘱无效，而是应当根据见证人的证言结合具体案情来确定遗嘱是否合法有效。见证人或许会选择不予如实见证，但是并不能因此剥夺遗嘱受益人可能存在的、期待见证人如实作证所带来的利益。

原创序号：特稿 90

核校：简牍

【明军法眼】江苏高院《家事纠纷指南（婚姻家庭部分）》十大看点和体会

原创：2019-07-20 家族律评 贾明军律师

<https://mp.weixin.qq.com/s/0wwX2TDYPst1074bTVJe3w>

作者：贾明军律师

北京市中伦（上海）律师事务所

连续两天被“法语峰言”公众号第一时间发布的最新《家事纠纷案件审理指南（婚姻家庭部分）》（以下简称“《该指南》”）—50 个热点、难点问题办案参考（完整版）刷屏。昨晚到京，仔细阅读了一遍，结合个人观点，归纳以下十个看点，与大家分享交流，欢迎批评指正。注意，《该指南》系江苏高院所发，非江苏省辖区的朋友作为借鉴参考。

一、离婚案件一般仍由基层法院管辖，但可以有例外

根据最高人民法院 2015 年 4 月 30 日发布的《最高人民法院关于调整高级人民法院和中级人民法院管辖第一审民商事案件标准的通知》中，第

四条明确规定：婚姻、继承、家庭、物业服务、人身损害赔偿、名誉权、交通事故、劳动争议等案件，以及群体性纠纷案件，一般由基层人民法院管辖。

我们在山东省，曾经把离婚后财产纠纷一审直接立到中院，但经最高院裁定，指定到济南中院审理。在北京的案件，标的超百亿，仍然是基层法院受理。

就江苏而言，我们去年在该省 S 市有一标的几十亿的离婚案，由基层法院受理；而 W 市标的十亿以上的离婚案件，虽然经我们提出级别管辖权异议、并报上级法院，但仍由基层法院管辖。

因此，对于该《指南》第 1 条“家事纠纷案件如何确定级别管辖？”中所指的“对重大疑难、新类型和在适用法律上有普遍意义的案件，可以依照《民事诉讼法》第三十八条的规定，由上级人民法院自行决定由其审理或者根据下级人民法院报请决定由其审理”的例外情况如何掌握，看来还要拭

目以待。

二、婚外赠与异性财物配偶另一方可全部索回

对于婚内一方（通常为男方）向异性赠与财物能否索回，有以下两种观点：

- 1、属无效赠与，全部返还；
- 2、属部分无效赠与，擅自赠与部分返还。

实践中以第1种为主流观点。

实践中还有难点：

1、一方擅自向婚外异性赠与时，与配偶另一方是夫妻关系；发生诉争时，夫妻关系已经解除，问是否仍全部返还？对此问题，有审判意见认为共有基础已消灭，可以判决部分返还。

2、配偶一方、甚至另一方都主张无效赠与，但异性主张是生意往来，银行账户互有给付、甚至通过第三方账户相互给付，如何认定？实践中，对此问题，要结合不同的主体、不同的法律关系酌情认定，但不一定能在一个诉讼中解决。

3、配偶另一方主张无效赠与，但婚外异性主张合同关系，如何认定？比如，妻子主张丈夫汇给异性女的100万元为无效赠与，但异性女拿出100万标的的服务合同，如何认定？审判实践，要看真实的法律关系，较为复杂。

三、亲子关系鉴定严格限制，子非己出可以要求赔偿

《该指南》认为，提起亲子关系否认之诉的权利人是夫妻一方，并认为，应当限缩提起亲子关系否认之诉的权利人范围。如果提起亲子关系鉴定，法院应根据主张一方有没有足以认为有必要启动鉴定的证据。这也符合一般审判实践规则。

比如，丈夫对妻子婚生子女认为不为己生，理由是，从分娩前推12个月自己都在国外，并举出出入境记录为证；又提交妻子出入境记录证明此期间妻子也并无出国行为。此种情况下，宜认定启动亲子鉴定。而妻子辩护人声称“哪吒怀

胎三年六个月才生的“没有说服力；如果妻子拒不参与鉴定，笔者认为可以直接作出对其不利的推理判决。

我们在司法实践中，还遇到过非婚亲子鉴定的要求。有一未婚男认为某一未婚女所生儿子是其骨血，要求行使探视权。立案时，首先遇到的就是证明“亲子关系”问题。主张有亲子关系的一方，需要提交初步证据证明孩子与其有关，而不能上来就要求直接申请“亲子鉴定”。否则，刘德华在开演唱会时，一名女子牵着小孩跑过来“扑通”一声跪在地上叫爸爸，这种情况下再让刘德华必须配合亲子鉴定就不公平了。我曾代理过一个案子，未婚男女发生关系、女的要求与男的结婚、否则就不让男方看孩子，无奈之下，男方起诉要求行使探视权。立案时，法官要求我们提供初步证据，这是正当合理的。我们提交了男、女的短信交流记录、孩子出生那一天男方姐姐到医院看孩子的照片以及一只用胎儿头发做的“毛笔”。



法庭的法官大妈对其他初步证据都没有兴趣，而是很兴奋地拿着胎毛笔反复把弄，说以前只听说过，这还是第一次见见，很新奇的样子，我们当然也顺利立案了。

该指南同时规定，离婚发现孩子娃非自己亲生，男方可以提出抚养费和精神损失。《该指南》

认为,女方隐瞒子女与男方无亲子关系的事实,使男方实际履行了抚养义务,构成欺诈性抚养侵权行为,男方要求赔钱的,应该支持。具体抚养费返还的数额,根据子女的实际需要、男女双方的负担能力、婚姻关系存续期间双方的经济收入、离婚时共同财产分割情况、当地的实际生活水平等酌情判定。精神损害抚慰金的赔偿数额可以依照《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第十条的规定确定。

孩子养了几年、甚至爸爸也叫了几年,最后发现孩子非己所出,确实是一件痛苦的事。我在多年前前办理过一个案件,一位年过半百的外籍富商和一位妙龄姑娘未婚生育一个孩子,活泼可爱,富商十分喜欢。为回报姑娘的生育之苦,富商陆续转给姑娘3千多万!后来发现姑娘和别的帅小伙儿有私情,富商和姑娘就协商止情,富商就又给了姑娘一大笔钱了结,孩子给了富商。这事儿原本就这么结束了,但没想到在办理小孩子入籍(随男方)手续进行亲子鉴定时,却发现富商与孩子根本没有血缘关系!这真让富商很意外,再联系姑娘却音信全无!想想自己付出去的那么多钱,富商非常气愤,到律所找我们维权。我们接受案件后,第一时间请求法院查封姑娘名下账户,那几千万姑娘居然没有转移、全部都被我们申请查封了。这一来,不用我们找、姑娘自己找上门来,和男方谈判。要说起来,那姑娘太有手段了,她和富商在我办公室谈了2个多小时后,富商挂泪哽咽着出来,告诉我决定撤诉、不告状了、钱也不要了,他们商议好,办理收养关系。富商太喜欢这个孩子了,他要收养做养父。我们私下里都很佩服这姑娘的手段,但这也算圆满解决了问题。

实践中,孩子不是男方的,必然给男方造成精神损害,但赔偿金额往往不会太高,5万是一个槛儿,超过5万的赔偿金额的案例不多。超过10万的也更少了。另外,对于抚养费的退费赔偿也是合理合法。男方也一起养了孩子几年,又买奶粉又买

尿布,一定有物质损失。不过赔偿标准也不会太高,按《该指南》的规定,根据案件的实际情况、结合当地的实际生活水平酌定。有的地方法院参考当地公布的平均生活支出标准来判,按一个几千块钱退赔的较为常见。

《该指南》在这个问题上,有一个亮点,“子女的生父与女方通谋欺骗男方的,应当承担连带赔偿责任”,啥意思呢?就是在生父参与“通谋”欺骗男方的情况下,可以列女方与生父为共同被告。但这个在实践中较难认定。一来,男方很难知道“生父”是谁,即使知道了,还要证明生父“通谋”;另外,如果女方称“怀孕时与多名男性交往,搞不清生父”也真难再追究。

四、爷奶、外公婆要看小孩子难获支持

父母离婚有时候不纠结、想得开。但有时候可能忽略了爷爷奶奶和外公外婆的感受。现在生活工作节奏快、在上海家有老人是个“宝”,可以代替年轻的父母带孩子。父母都很忙,孩子往往是爷爷奶奶或外公外婆抚养照料的。夫妻处理离婚纠纷,如果处理的不好甚至诉讼,关系恶化,老人看孩子往往都会遇到困难,甚至有的干脆不让孩子和老人接触。在我们处理的部分案件中,甚至有在离婚纠纷几年过程中,老人几年看不到孩子的情况。更有甚者,离婚后,一直拒绝让老人看孩子,让老人很伤心。

依《该指南》的精神,男、女离婚后,“祖父母、外祖父母对未成年孙子女、外孙子女尽了抚养义务,其主张探望孙子女、外孙子女的,可以支持”。啥意思?我的理解,如果老人日常帮着照料孩子、“尽了抚养义务”,法院就可以支持老人探望孩子的要求。言外之意,如果孩子老人没有经常性照顾,恐怕也不能支持老人要求探望孩子的诉求。主要原因,是《该指南》没办法突破法律,《婚姻法》并没有直接赋予爷奶、外公外婆的探视权利,只限定

了父母关系的范围。如果婚姻法不修订，就不太可能放宽隔代老人探望孩子的条件。

实践中，有些夫妻在离婚时，把“孩子探视”作为筹码，以“不给看孩子”施压手段，笔者觉着这种做法不妥。尽管确实有一些父、母以“对方人品差、怕影响孩子健康成长”为出发点，但大多数情况下是面片立场的考虑。有的甚至在幼小的孩子面前说另一方及长辈的坏话，让孩子对于“父”、“母”“两方血亲的融合与感情交流产生恐惧或抵触情绪，说白了，这都是自私的做法，从长远看，对孩子是不利的。这一条，一般爷爷奶奶、外公外婆没有要求探望的权利，也是无奈条款。期待以后随着法律的修订，也能更人性化处理此事。

五、“忠诚协议”“不反对、但也不判决支持

实践中签署“忠诚协议”的夫妻很多。往往是女方发现男方外面有“花头”、甚至“捉奸在床”了，要求男方写一个保证，保证以后不再犯、否则放弃财产或赔偿给女方多少钱之类的东西。过去，我们把该类型的书面承诺或类似内容的协议都叫“忠诚协议”。

《该指南》对“夫妻忠诚协议”作了定义，指出，“夫妻忠诚协议是夫妻双方在结婚前后，为保证双方在婚姻关系存续期间不违反夫妻忠诚义务而以书面形式约定违约金或者赔偿金责任的协议”。江苏高院对于“忠诚协议”是否有效的态度，和上海高院的态度一样，即不反对、也不支持。如何理解这个表述？就是夫妻双方自愿签订该协议，法院不会干涉，一方自愿履行，法院也不反对；那什么是“也不支持”呢？就是一方签订起诉到法院要求另一方履行协议，法院不会支持、也不赋予协议内容强制的效力。

同时，《该指南》指出，夫妻双方订立如果夫妻一方发生婚外情、实施家庭暴力、赌博等行为，离婚时放弃财产的协议，不属于夫妻财产约定，不认可该协议的效力。当然，这个协议可以在离婚时由法院酌情参考、结合案情酌情处理。

这是目前司法审判的主流观点，认为虽然婚姻法第四条规定了忠实义务，但夫妻忠诚是否履行仍被主流观点视为是“情感道德范畴”。因此，夫妻一方起诉主张确认忠诚协议的效力或者以夫妻另一方违反忠诚协议为由主张其承担责任的，裁定不予受理，已经受理的，裁定驳回起诉。

当然，也有一些省市的法院对忠诚协议持支持态度，认为既然双方对此进行了约定，又不损害他人利益，就应予以支持，也不乏相关判例。这并不是一点儿道理都没有，如果实践中有此争议，最好提前看一下本省、市的类似判例和审判观点。

毕竟，这个指南只是江苏省适用的。

比如，在深圳，根据深圳中院《关于婚姻家庭纠纷案件的裁判指引》第三十七条的规定，“一方当事人以另一方当事人违反忠诚协议导致离婚为由请求另一方当事人在离婚时履行其在忠诚协议中所作损害赔偿承诺的，人民法院应予支持”，就此来看，深圳的女同胞有福了！

六、认可“夫妻契约”、夫妻之间赠与财产按《合同法》处理

夫妻就财产关系而言，没有约定，按“共同共有”，就是“军功章里有你的一半、也有我的一半”的意思，只要婚姻关系存续期间取得的财产，一般都是两口子的。如果有约定，我理解即可以是男女婚前签署的协议（婚前协议），也可以是婚后签署的（婚内协议），如果是对夫妻财产形态进行选择约定，比如是共同共有、还是约定“AA”制，都是有效的。注意一点，“婚前财产协议”、即在婚前男女双方签署的财产约定没有直接法律规定，而是法律逻辑类推和司法普遍支持观点的保障。

《该指南》也采用此观点。还要注意一点，依据中国内地法律有效，不必然在境外司法管辖时同样有效。

“夫妻契约”对于婚内财产形态的约定，是普

遍的、不是具体选择性的。如果是具体选择性、比如男方与女方约定，男方把婚前个人所有的、或者婚后原属于个人所有的房产赠与女方，该协议是否有效呢？

《该指南》认为，要适用《合同法》第186条的规定，即“赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与”，即如果协议没做公证，或者房产没有变更过户到另一方名下，说了可以不算数，可以撤销赠与。

七、四种情况房产如何分割做了细化的规定

第一种情况，夫妻一方婚前购房、婚后共同还贷如何分？

《该指南》给了计算公式如下：

给另一方的房产补偿=【夫妻共同还贷部分×不动产升值率÷2】

不动产升值率=离婚时不动产价格÷不动产成本(购置时不动产价格+共同已还贷款利息+其他费用)×100%。

第二种情况，一方以婚前财产购房有收益怎么办？

要看两种情况：

其一，如果一方婚前财产购房登记在自己名下，且是全款购房，则是个人财产；

其二，如果一方婚前财产购房登记在自己名下，且是全款购房，但是投资房，则该房产的增值就是夫妻共同财产了。需要注意的是，针对什么是“投资目的”买房，需要结合个案实际情况具体把握了。笔者认为，这主要看在夫妻关系存续期间，以购房一方投入的时间精力作为收集证据的主要方向。

第三种情况，一方以个人婚前财产出资购房、但产权登记在另一方名下，不认定为另一方个人财产，仍认定为共同财产。

第四种情况，父母全资、或部分为子女购房如何认定？

《该指南》第37条指出：

(1) 父母在子女婚前、婚后出资、产权登记在自己子女名下，视为对自己子女的赠与，配偶另一方无权分割。

(2) 父母在子女婚前、婚后出资、产权登记在另一方名下、或自己子女与另一方共同名下，视为对小两口儿双方的赠与。

(3) 婚前双方父母全款出资，产权不论登记在一方子女或双方子女名下，视为父母对各自子女的赠与，该不动产可以认定为双方按照各自父母出资份额按份共有。

(4) 婚后双方父母全款出资，产权登记在一方子女名下，该出资可以认定为父母对各自子女的赠与，该不动产可以认定为双方按照各自父母出资份额按份共有。

(5) 婚后双方父母全款出资，产权登记在子女双方名下，该出资可以认定为对子女双方的赠与，该不动产可以认定为共同共有。



对于父母部分出资婚后为子女购房，《该指南》第38条认为，最高院《婚姻法解释三》第七条规定的“婚后由一方父母出资为子女购买的不动产”，其适用前提是一方父母出全资为子女购置不动产情形。婚后一方父母出首付，夫妻双方共同还贷，即使产权登记在一方名下，除当事人另有约定外，该不动产应当认定为夫妻共同财产。但离婚时可以结合父母出资比例等因素对出资方子女予以多分。

比如，父母在儿子结婚后，出了40%首付，为儿子购房，产权登记在儿子名下，但儿子用工资还

贷款的情况下,如果儿子离婚,该房产因为父母没有全款出资,即使房产登记在儿子名下,但仍认定为儿子与媳妇的共同财产,只不过,法院可以酌情考虑对儿子多分。由此看,父母出钱给孩子买房,最好是全款出资少惹争议,父母的经济实力很重要啊!

要打算为子女买房的良苦用心的父母注意了,要注意多了解法律,方能少惹争议啊!

八、股票、股权的细化规定

(一)关于一方婚前股票在离婚时分割的意见

《该指南》认为,一方婚后对婚前购买的股票没有进行买卖,股票因市场行情变化产生的增值收益为自然增值,除非另有约定,应当认定为夫妻一方的个人财产。但如果婚后进行了股票买卖操作,买卖操作产生的增值收益为主动增值,就应认定为夫妻共同财产了。

笔者认为,首先,该指南没有考虑虽然婚前股票在婚后没有买卖、但投入了时间精力(比如,看盘但没有操作)的情景。笔者推测可能是基于举证考虑,该指南没有规定的特别具体。

其次,该条规定应该适用于一般的二级市场的证券账户操作,不宜适用于股份公司股东(担任管理职务或在该公司就职)持有的股票的情景。比如,夫妻结婚,男方为某股份公司的一般员工、持股。虽然在夫妻关系存续期间没有买卖,但在夫妻关系存续期间其在职对公司运营的投入(再如管理人员的管理投入)对应产生了股票增值,该主动增值应认定为共同财产为宜。

(二)公司股权的分割的意见

1. 婚后出资、登记在夫妻一方名下的有限公司股权如何分割的规定。

如果就公司股权分割夫妻协商不一致,且其他过半股东放弃优先购买权的情况下,《该指南》第41条认为,区别以下三种情况认定:

(1) 夫妻双方都要的,按比例分割股权。如果一方坚决不让另一方参与的,可以通过竞价方式确定由谁最终取得股权。取得股权的一方,应当给予另一方相应的经济补偿。

(2) 夫妻一方不要股权、要折价款的,应当在确定股权价值的基础上,由取得股权的一方给予另一方相应的经济补偿。

(3) 夫妻双方均不愿意取得股权的,可以依法将股权转让给其他股东或者股东之外的第三人,并对转让价款依法分割。如果实在没人买,法院可以直接按比例分。

2. 关于股权价值评估可以采用多种方法手段。

如果涉及对股权价值评估,法院可以责令当事人以及股权所在的公司提供评估所需的财务会计报表等资料。因公司管理混乱、会计账册不全以及公司经营者拒不提供财务信息等原因导致股权价值无法评估的,可以向税务、工商部门调取备案的资产负债表、损益表、净资产表以及该公司公布的年度报表等财务资料交予评估机构评估股权价值。如果无法调取上述财务资料,可以参照当地同行业中经营规模和水平近似的公司的营业收入或者利润核定股权价值。

九、细化了保险分割的不同情况

(一) 婚内投保已获得保险金的情形

夫妻一方作为被保险人依据意外伤害保险合同、健康保险合同获得的保险金,主要用于受害人的治疗、生活等特定用途,应当认定为个人财产。

夫妻一方作为受益人依据以死亡为给付条件的人寿保险合同获得的保险金,该保险合同中受益人的指定本身就表明了投保人与受益人之间的特定关系,应当认定为个人财产。

夫妻一方依据以生存到一定年龄为给付条件的具有现金价值的保险合同获得的保险金,该保险具有一定的投资属性,应当认定为夫妻共同财产。

（二）婚内投保尚未获得保险金的情形

离婚时仍处于保险有效期内的人身保险合同，夫妻双方主张分割保险单现金价值的，应支持。

如果投保人和被保险人均为夫妻中的一个人，可以协议退保或者继续履行保险合同。不愿意继续履行的分割保险单现金价值；继续履行的，投保人应当支付保险单现金价值的一半给另一方。

如果夫妻一方为投保人、另一方为被保险人的，可以协议退保或者继续履行保险合同。协商退保的，保险单现金价值作为共同财产分割；协商继续履行的，获得保险合同利益一方应当支付保险单现金价值的一半给另一方。如果投保人要求退保，而被保险人要求继续履行的，保险合同应当继续履行，获得保险合同利益一方应当支付保险单现金价值的一半给另一方。

（三）婚内为未成年子女购买人身保险的处理

夫妻一方或者双方为未成年子女购买的人身保险获得的保险金，如果未成年子女未死亡，是未成年子女所有的个人财产，父母无权分割。

离婚时，如果为未成年子女购买的人身保险合同尚处于保险有效期的，因保险的最终利益归属于未成年子女，该保险应当视为对未成年子女的赠与，不再作为夫妻共同财产分割，具体要看保险法律关系。如果父母一方作为投保人、控制保单的现金价值，随时有出现退保的可能，具体还要看法院如何审理和案件法官的认知及处理倾向。

十、细化了夫妻共同债务认定的考量因素

（一）明确“共债共签”或认可事后追认

配偶双方一起打欠条、或者一方打欠条时、另一方在场也不反对的情况、或者签欠条的配偶事后以各种方式（如电话、短信、微信、邮件等）认可的债务，应当认定为夫妻共同债务。

（二）配偶一方以日常生活目的举债双方都要还

参考浙江高院的规定，江苏高院也认为日常生活所负债务为共同债务，只不过，没有像浙江高院规定以20万元作为参考标准。因此，是否“超出家庭日常生活需要”，《该指南》指出，“家庭日常生活需要”是指家庭日常生活中的必要支出，包括衣食住行、医疗保健、交通通信、文娱教育及服务。认定是否为“家庭日常生活需要”所负的债务，应当结合债务金额、举债次数、债务用途、家庭收入状况、消费水平、当地经济水平和一般社会生活习惯等予以综合判断。

指南认为，以下情形可以作为认定超出“家庭日常生活需要”所负债务的考量因素：

（1）债务金额明显超出债务人或者当地普通居民家庭日常消费水平的；

（2）债权人明知或者应知债务人从事赌博、吸毒等违法犯罪活动仍出借款项的；

（3）债权人明知或者应知债务人已大额负债无法偿还，仍继续出借款项的。

（三）规定了如何界定“一方借债实为共同生活、生活目的”的认定考量因素，主要有：

（1）举债期间家庭购置大宗财产或者存在大额开支情形，夫妻双方无法说明资金来源的；

（2）举债用于夫妻双方共同从事的生产经营事项的；

（3）举债用于债务人单方从事的生产经营事项，但债务人配偶从生产经营中受益的。

（四）规定了如何界定一方借债未用于“夫妻共同生活、共同生产经营”的考量因素，主要有：

（1）举债期间家庭未购置大宗财产或者存在大额开支情形的；

（2）债务用于债务人从事赌博、吸毒等违法犯罪活动的；

（3）债务用于债务人单方负担与夫妻共同生活、共同生产经营无关的活动的，如无偿担保等；

（4）债务人配偶对债务人的生产经营行为不

知情且未从生产经营中受益的。

（五）规定了配偶一方婚内为公司借款或担保的责任如何认定

（1）如果是配偶一方在借款或者担保时收取了经济利益用于夫妻共同生活或者借款、担保行为与夫妻共同生活、共同生产经营密切相关，认定为夫妻共同债务。

（2）作为夫妻公司（仅夫妻双方持股）的法定代表人、控股股东的夫妻一方在婚内个人名义借款为公司借款提供担保的，认定为夫妻共同债务。

（3）一人公司（配偶任一方名下）的股东婚内给公司或为公司担保，如果债务人配偶参与生

产经营或者从生产经营中受益的，应当认定为夫妻共同债务。

总体来说，在立法机关正在对民法典-婚姻家庭篇撰写的大背景下，江苏高院结合审判实践做了丰富详实的 50 条的婚姻家庭案件处理指南，不仅可以供具体办案过程中参考，而且对于立法也有促进作用。特别是我们团队，每年在江苏省都有数个案件处理。江苏高院发布的指南对我们熟悉审理规则本地化具有积极的意义，也对于其他省区同类法律问题的处理提供了借鉴，值得学习掌握！

为未成年人保护事业贡献行业力量

2019-07-26 中国律师

<https://mp.weixin.qq.com/s/QMb-8G2qexaeRaGC1eTqHw>



在 7 月 26 日举行的全国律协例行新闻发布会上，全国律协未成年人保护专业委员会主任张雪梅介绍全国律协未专委的工作情况。

如何更好维护和保障未成年人合法权益，促进他们身心健康发展，是全社会共同关注的话题。根据十三届全国人大常委会立法规划，即将启动《未成年人保护法》和《预防未成年人犯罪法》的修改工作。全国人大社会建设委员会今年将重点推进两法的修改工作，预计将提请下半年召开的全国人大

常委会会议进行初次审议。这次修改，将为解决新形势下未成年人保护工作存在的突出问题提供法治保障。

当下社会正在发生着急剧转型，面对消费社会、信息社会、陌生人社会等新形态，关于未成年人保护与预防未成年人违法犯罪所遇到的新问题也层出不穷。法因时而变，我国关于未成年人保护的两部专门立法也同样需要因时而变。以社会关切来说，凡是应对校园欺凌、监护侵害、困境儿童、网络保护等问题都与立法相联。近年来，关于刑事责任年龄应否调整之争也越来越激烈，今年初由最高检察机关提出的探索预防未成年人犯罪的“临界教育”、“分级处遇”等等，都需要“法”来建规立制。

《未成年人保护法》自 1991 年颁布以来，历经 2006 年第一次修订和 2012 年第二次修正；《预防未成年人犯罪法》经历了 2012 年一次修正。全国律协未成年人保护专业委员会（以下简称“全国律协未保委”）深入参与了两法的修改工作。其中，

2006年《未成年人保护法》是一次大修，全国律协未保委接收团中央委托，承担了该法修订草案专家建议稿起草工作，各省律协未成年人保护专业委员会也深入参与了专家建议稿的论证工作。

本次《未成年人保护法》和《预防未成年人犯罪法》的修改工作，全国人大社会建设委员会再次委托全国律协未保委起草了《未成年人保护法》修订草案专家建议稿，并于2018年10月专门组织专场，听取了全国律协未保委全体委员，以及各省律协未成年人保护专业委员会负责人就草案建议稿的修改完善意见。

根据全国人大工作安排，《预防未成年人犯罪法》与《未成年人保护法》进行同步修改。2019年，全国人大社会建设委员会形成《预防未成年人犯罪法》修订专家建议稿，全国律协未保委也深入参与，并于2019年3月29日，与中国刑事诉讼法学研究会少年司法专业委员会、中国法学会检察学研究会未成年人检察专业委员会（目前国家级三大未成年人保护专委会）共同举办了“《预防未成年人犯罪法》（专家建议修订稿）征求意见座谈会”，为国家立法提供决策支持。

目前，包括上述两法的修改工作在内，国家也于近年来开始加强未成年人保护的顶层制度设计，在未成年人保护领域里进行了立法改革与体制机制创新，具有可操作性的政策支持体系和工作机构体系开始建立。

2018年12月，最高人民检察院设立独立的未成年人检察厅（第九检察厅），最高人民法院也不断加强未成年人审判制度的改革和探索。2019年初，民政部设立了专门的儿童福利司，各地民政部门也陆续整合儿童福利与儿童保护职能，纷纷设立儿童福利与保护部门。

未成年人保护立法体系的不断完善，专门工作体系的建立健全，一系列社会保护制度的推广运用，社会支持体系的推进完善，都对律师参与未成年人保护工作产生了深远的影响。全国律协未保委适应新形势、新任务要求，制定了2019年工作重点及

未来四年工作规划，力求更好地服务新时代未成年人保护与预防犯罪工作。下面，就几项核心工作规划作介绍。

一是围绕未成年人保护立法动态，推进法律政策改革，为国家立法提供决策支持。全国律协未保委一直努力推动、完善有关未成年人保护的立法政策，就未成年人保护工作的重大、紧迫问题向国家各有关部门汇报反映，提出对策和立法建议，参与相关立法活动。此前，已经深入参与了《未成年人保护法》的修改工作、《民法总则》《刑法修正案九》《反家庭暴力法》的制定工作、《民事诉讼法》《刑事诉讼法》的修改工作，以及《中国儿童发展纲要（2011-2020）》的编制工作。近年来，国家在未成年人保护立法方面发展很快，全国律协未成年人保护专业委员会将努力加强研究，积极主动参与《未成年人保护法》《预防未成年人犯罪法》等法律的修改、《民法典婚姻家庭编》《民法典继承编》的制定、《中国儿童发展纲要（2021-2030）》的编制工作以及国务院、民政部、教育部等政府及有关部门关于未成年人保护的法规政策的研究制定工作，为国家立法提供参考和专业支持。

二是推进专业化队伍建设，积极主动服务未成年人法治保障。全国律协未保委成立以来，充分重视未成年人保护专业化人员队伍建设，规范发展“中国律师未成年人保护志愿协作网络”建设，推动建立一支稳定、专业的办理未成年人案件的律师队伍，配合各级法律援助机构、司法机关、行政部门办理未成年人权益保护的案件。上一届专业委员会已经制定了《中国律师未成年人保护志愿协作网工作规则》，明确了未成年人保护志愿律师应当具备的条件和职责。未保委将每年不定期举办关于未成年人法律问题的专题研讨会，并聘请相关部门负责未成年人保护工作的负责人、未成年人法律问题专家举办讲座，对律师进行专业化的培训和辅导。

三是开展专业化研究，开发律师工作指引。为更好地服务社会、服务未成年人、服务广大律师，全国律协未保委着力提升广大律师参与未成年人

保护工作的专业化水平,对未成年人保护领域的重大事件和典型案件进行深度关注和研究,开展调研活动,研究制定律师办理各类案件的工作指引,为律师专业化参与未成年人保护工作提供指导。2019年计划研究制定《律师办理未成年人法律援助案件工作指引》和《律师办理涉监护侵害案件工作指引》,下一步还将开展维护未成年人权益典型案例的征集和研究工作,加强律师实务交流和经验分享,编辑出版《维护未成年人权益典型案例精析》。

四是加强跨部门合作机制,创办“全国未成年人法学论坛”,共同推动未成年人保护工作。与中国刑事诉讼法学研究会少年司法专业委员会、中国法学会检察学研究会未成年人检察专业委员会、中国应用法学研究所未成年人保护研究中心(“国字号”三大未成年人法律专委会与“一中心”),联合创办“全国未成年人法学论坛”,密切开展学术合作,定期与相关司法部门、政府部门共同开展学术研讨、立法研究、未成年人保护论坛等活动。

五是深入开展“与法童行”全国青少年儿童法治安全教育普法活动。“与法童行”全国青少年儿童法治安全教育普法活动是上一届全国律协未保委发起的大型公益普法活动。自2016年以来,全国律协未保委组织各级律协在全国推动开展“与法童行”全国青少年儿童法治安全教育普法活动,已在北京、广东、广西、陕西、内蒙、贵州、湖北、新疆、山东、安徽等地开展普法活动近6000场次,直接听课学生、未成年人共计百万余人。专业委员会将继续深入开展这一公益活动,组织委员、各地未成年人保护志愿律师,走进学校、幼儿园、社区,面向未成年人及其家长、老师和儿童保护工作开展法治安全教育。

六是搭建全国律协与各地律协未成年人保护专委会工作交流平台。全国律师参与未成年人保护目前形成了由全国及各省两级律协未成年人保护专委会和“保护未成年人志愿律师协作网络”组成的纵横交错、点面结合的工作网络。全国律协未保委还将努力加强与各地专委会的沟通协作,深度整合各地专委会优势资源、搭建全国未成年人保护领域律师共建共享的交流平台,通过邀请各地专委会参加年会、到各地专委会进行走访、联合调研等方式,加强与各地专业委员会的密切联系,充分调动各地专委会成员专业研究积极性与沟通协作能动性,致力于推动更多律师专业化参与未成年人保护工作,共同提升未成年人保护领域法律服务水平。

总之,全国律协未保委作为一个公益性委员会,自2003年成立以来始终不渝地秉承构建跨部门、多专业合作与未成年人利益最大化的原则,通过法律服务、普法教育等方式直接服务于未成年人,通过实证研究、参与立法修法活动推动未成年人保护立法政策改革。在我国未成年人保护立法和体制机制改革的重点时期,我们仍将继续不忘法治初心、牢记专委会使命、砥砺前行,不断加强专业委员会自身建设,持续提升律师专业化水平,为未成年人保护事业做出积极贡献。

来源: 全国律协

图片: 王建军

编辑: 彭维、李冬恺

审定: 李海伟、刘志军

版式: 智合

牢记使命练内功 助力和谐社会建设

2019-07-26 中国律师

https://mp.weixin.qq.com/s/_stGceTi9yqFmFvLXz3cag



在 7 月 26 日举行的全国律协例行新闻发布会上,全国律协婚姻家庭法专业委员会副主任张承凤介绍全国律协婚专委的工作情况。

婚姻是家庭的基础,家庭是社会的细胞,婚姻家庭的和谐稳定,也是国家发展、社会进步、民族繁荣的基石。党的十八大以来,以习近平总书记为核心的党中央对家庭文明建设多次作出重要部署。习总书记指出,我们要重视家庭文明建设,努力使千千万万个家庭成为国家发展、民族进步、社会和谐的重要基点,成为人民梦想启航的地方,这充分体现了党中央对家庭文明建设的高度重视。

在新时代背景下,今年全国律协新设了婚姻家庭法专业委员会(以下简称“婚家委”)。这是全国律协为全国从事婚姻家事法律服务的律师搭建的新平台,预示着全国从事婚姻家事法律服务的律师在家庭文明建设、和谐社会建设中被赋予了新的使命,也提出了更高的要求。我们唯有牢记使命、苦练内功,助力和谐社会建设。

目前,婚家委已初步搭建了由 1 名主任、6 名副主任、7 名委员组成的班子队伍。7 名主任、副主任分布全国各地,在各自婚姻家庭业务领域均有不同建树。婚家委主任是黑龙江律师李亚兰,是第十二届、第十三届全国人大代表,是全国妇联第十二届常委,长期关注、参与国家婚姻家事立法工作。作为长期关心、关注全国婚姻家事法律服务的一线律师,作为婚家委主任,她提出要站在全局的高度

把婚家委打造成一支听党话、跟党走、政治素养过硬、业务能力精湛、团结向上的队伍。来自上海的谭芳副主任在婚姻家事律师业务创新、财富传承法律服务领域有着深厚的积累;来自深圳的郭璇玲副主任“情法并重”,在律师调解领域经验丰富;来自成都的张承凤副主任在探索婚姻家事律师清单工作法服务方面成果丰硕;来自海南的符琼芬副主任是海南省妇联执委,在维护妇女儿童权益第一线奋战 20 多年;来自拉萨的魏晓霞副主任办理了大量法律援助案件,有着浓厚的公益法律服务情怀;来自北京的李军副主任兼秘书长作为婚姻家事领域的律师在公益普法宣传、化解信访方面成效明显。

接下来,我们拟将启动婚家委委员申报、考察、吸收工作,吸纳一批在全国婚姻家庭法律服务领域德馨业精的律师,加入婚家委队伍,带领全国婚姻家事律师法律服务迈向新的高度。在婚家委的开局之年,拟从以下几方面开展工作。

举办中国婚姻家庭法论坛, 逐步树立婚姻家庭律师法律服务品牌

婚家委成立后,为给全国从事婚姻家事法律服务的律师搭建一个展示专业风采、相互学习交流的平台,我们第一时间决定由婚家委牵头筹办中国婚姻家庭法论坛,并决定将该论坛长期举办下去,每届论坛均会紧扣时代发展主题,关注行业热点、难点问题,逐步树立婚姻家庭律师法律服务品牌。

今年 7 月 13 至 14 日,婚家委在哈尔滨成功举办了首届中国婚姻家庭法论坛,恰逢我国《民法典·婚姻家庭编》和《民法典·继承编》进入编纂的关键时期。本次论坛由全国律协婚姻家庭法专业委员会、全国律协女律师协会主办,中华全国妇女联合会权益部、最高人民法院研究室、中国女法官协会、中国女检察官协会协办,黑龙江律协、哈尔滨律协承办。主要议题是对《民法典(草案)》“婚姻家庭编”“继承编”的内容进行立法评析与研讨,以家风家教弘扬社会主义核心价值观。全国各地从事婚姻家庭法、继承法领域理论研究与实务工作的专家

学者、律师、法官、检察官 350 余人参加了论坛。论坛收到论文 220 多篇，收入论文集 215 篇，评出优秀论文 30 篇，整理出论文集书三册。

全国人大常委会法工委民法室相关负责人介绍了民法典的编撰过程，并对婚姻家庭编和继承编审议和修订情况作了说明。最高人民法院相关同志就《司法视野中婚姻、继承立法问题》作了主题演讲。论坛还为 30 篇优秀论文获得者颁奖，涉及夫妻忠诚协议效力、网络虚拟财产等特殊财产的继承问题、离婚冷静期、人工生育子女的亲属关系认定等专题。

此次论坛集学术智慧与创见，融立法理念与精神，为中国民法典婚姻家庭编和继承编编纂工作提供了宝贵的立法建议及专业支持。

持续关注立法动态，

积极为《民法典》婚姻家庭编、继承编等与婚姻家事相关的立法工作建言献策

在立法制度层面，婚姻家事律师长期奋斗于法律服务第一线，积累了丰富的司法实践经验，对我国法治建设、立法完善有着不同的视角和见解。婚家委致力带领婚姻家庭律师积极为相关法律服务领域的立法建言献策，通过组织举办论坛、研讨会、撰写立法建议等多种方式，汇集全国婚姻家事律师的力量和智慧，带领全国从事婚姻家事法律服务的律师积极参与立法活动，积极参与民法典相关分编的立法工作，积极为婚姻家庭领域立法建言献策。

推动婚姻家事法律服务整体区域专业化进程

婚姻家事法律服务经过近 20 年的专业化发展，全国各地涌现出了一批有家国情怀的婚姻家事方向专业律师。专注于婚姻家事法律服务的律所和团队也越来越多，全国及主要省市律协相继成立了婚姻家庭法律专业委员会，越来越多的婚姻家事律师走上了专业化发展道路，努力为客户提供更优质高效的法律服务。但是我们也应看到该领域存在地域差异等明显不足。为此，婚家委班子成员按照地域

进行分工，加强全国律协婚家委和地方省市律协婚家委的联系和互动，拟于全国婚姻家事法律服务领域选树一批专家型律师、专业团队、专业律所，通过交流互鉴、经验推广，整体推进全国婚姻家事法律服务专业化进程。

倡导情法并重理念，促进法律效果与社会效果统

近年来，随着婚姻家事法律服务专业化的进展，一批先行者开始重视“情”在婚姻家事法律服务中的作用和价值，越来越多的婚姻家事专业律师将工作重心从传统的到法院打官司转变为在法庭之外努力通过调解、谈判等柔和方式化解矛盾，服务理念正在发生可喜的转变。婚家委将在全国婚姻家事法律服务领域推广普及“情法并重”的法律服务理念及配套知识、服务技能，相信随着服务理念、服务技能的进一步转变和提升，婚姻家事律师会更深层次地介入婚姻家庭纠纷，会进一步采取心理疏导、婚姻关系辅导等措施化解矛盾，会有效减少冲动和不理性的对抗，减少因婚姻家事案件引发恶性刑事案件的可能。下一步，还将挖掘、整合现有律师和律师事务所在探索制定律师标准化服务流程方面取得的工作经验和成果，制定出婚姻家事法律服务的标准化流程并予以推广。实践中，也会继续深入挖掘各种先进的法律服务理念和先进的工作方式方法，不断促进婚姻家事律师服务法律效果与社会效果的统一。

家事创新领域业务良性发展

改革开放 40 年来，人民群众创造丰富的物质和精神财富，如何实现和保障物质和精神财富的安全、有效、可控传承等，成为近年来社会普遍关注的热门话题，也成为婚姻家事法律服务领域的业务创新点和快速发展的新契机。婚家委致力带领律师注重业务创新的同时，还要俯下身去做好基础研究，逐渐破解财富传承的业务痛点，做好财富传承等业务创新工作和服务。

履行社会责任投身公益法律服务

“徒法不足以自行”，法律的落地及正确实施离不开律师这一重要群体参与和宣传，我们苦练内功的目的就是为了能更好地服务社会。我们将号召更多的婚姻家事律师积极参与到公益普法宣传和公益法律服务等领域中去，积极履行社会责任。

千家万户好，国家才能好，民族才能好。婚家委作为全国律协新设的专业委员会，将时刻谨记习总书记关于家庭文明建设的相关指示，不负行业期望，牢记使命，苦练内功，团结带领全国律协及各

省市律协婚家委，培育和壮大一支政治素质过硬、业务能力精湛，有家国情怀、有社会责任感的婚姻家事律师队伍，为和谐家庭、和谐社会建设作出律师行业应有的贡献。

来源：全国律协

图片：王建军

编辑：彭维、李冬恺

审定：李海伟、刘志军

版式：智合

书连载 | 夫妻分居期间，一方可否代理子女要求另一方支付抚养费？

原创：2019-07-26 家企律营 吴卫义 张寅

<https://mp.weixin.qq.com/s/1bM13ywwmiNDkQEPjmqQ9Q>

前言

本周四我们继续连载上海海若律师事务所合伙人吴卫义律师与大成律师事务所合伙人张寅律师共同编著的《法院审理婚姻家庭案件观点继承》。本书挑选了 54 个具有代表性的婚姻家事课题，在真实的典型案件基础上结合相关法律规定进行详细的阐述与说明。全书分为身份篇、亲子篇和财产篇，共 54 个小节。此次刊登的是第二篇亲子篇第三章抚养费的支付中的第四小节“夫妻分居期间，一方可否代理子女要求另一方支付抚养费？”。

关键词：分居 抚养费 抚养费的追索

问题提出：不解除婚姻关系情形下能否主张子女抚养费？

裁判要旨

婚姻关系存续期间，父母双方或者一方拒不履行抚养子女义务，未成年或者不能独立生活的子女请求支付抚养费的，人民法院应予支持。

案例一

▲▲▲

夫妻分居期间一方以子女名义要求另一方支付抚养费，法院判决予以支持

一审案号：福建省寿宁县人民法院（2005）寿民初字第 16 号判决书；

二审案号：福建省宁德市中级人民法院（2005）宁民终字第 128 号判决书

案情简介

原告（被上诉人）：黄小

法定代理人：卢某某

被告（上诉人）：黄某某

原告法定代理人卢某某于 2002 年 3 月 7 日与被告黄某某办理婚姻登记手续，结婚证号为鳌婚字第 20002036 号。2002 年 7 月 26 日，原告法定代理人卢某某剖腹产生育女孩黄小，现随原告法定代理人共同生活，系寿宁县朵朵托儿所学员。原告黄小及法定代理人卢某某与被告黄某某共同生活至

2004年4月,此后,双方(指原告法定代理人卢某某与被告黄某某)因夫妻感情不和,原告法定代理人卢某某与被告黄某某分居生活,分居后,原告母女租住在寿宁县鳌阳镇解放街迎春巷19号。另外,原告法定代理人于2002年4月在寿宁县丝绸厂下岗,并一次性领取了11000元的失业金。目前,原告法定代理人每月可领取失业金220元。

原告法定代理人卢某某要求被告黄某某支付从2002年8月至2004年12月生活期间子女抚养费每月200元及今后原告未成年前的抚养费每月300元。认为被告嫌弃原告法定代理人生的是女孩,其医疗卡也被拿回去,不留给女孩看病。双方共同生活期间,被告都未支付过女儿的抚养费,家庭支出都是靠原告法定代理人以前的积蓄。2004年4月份,双方分居生活以后,被告仅付过生活费计350元。原告法定代理人与被告夫妻感情已经破裂。被告认为原告法定代理人陈述不属实,被告并没有嫌弃女儿,2004年4月双方分居生活后,被告的朋友和学校领导都有去叫原告法定代理人回来,但原告法定代理人不肯回家。医疗卡拿回来时,原告法定代理人并没有说留给女孩看病取药。被告的工资因欠债被法院扣留部分后,剩余工资都是原告法定代理人领取,双方分居生活后,被告为了能和好还有付钱给原告法定代理人700元。现被告与原告法定代理人的夫妻感情已破裂。原告法定代理人卢某某与被告黄某某在2004年4月分居生活以后,被告陈述有支付抚养费700元,但未能提供相关证据证实,应以原告法定代理人承认的350元予以认定。

各方观点

★原告黄小观点

2002年3月7日,原告法定代理人卢某某与被告登记结婚,并于2002年7月26日生育原告黄小,现在寿宁城关朵朵托儿所。原告从出生至今生活一直由母亲卢某某负担和料理,而被告黄某某却没有尽到一个父亲应尽的抚养责任。2年多来从未

负担原告的生活费用,每月原告母亲卢某某向被告催要生活费,被告都借故推托不给。由于原告的母亲卢某某是个下岗职工,又因原告年幼,无法脱身打工挣钱,故母女俩生活陷入毫无保障之境地。为此,原告母亲卢某某因原告抚育费与被告经常争吵,导致原告母亲卢某某于2004年4月份与被告分居生活。为使原告生活能有着落,特向法院提起诉讼,要求责令被告黄某某支付原告从2002年8月至2004年12月生活期间抚养费每月200元及今后原告未成年前的抚养费每月300元。

★被告黄某某观点

被告与原告是父女关系,抚养子女属父母的职责和义不容辞的义务,作为被告的妻子卢某某在下岗的情况下,本应该为了家庭幸福承担带领原告和料理家务的义务。同时,夫妻子女之间应共同生活、同甘共苦、同居一室,而原告的法定代理人卢某某为何不能一起生活、另行分家居住,扩大家庭开支。原告的法定代理人卢某某在既没有离婚也没有确定抚养权的情况下,滥用代理权主张支付子女抚养费于法无据。夫妻只有在离婚的前提下,并确定抚养权的同时,对方才具有支付子女抚养费的义务。因此,请求法院驳回原告的起诉。



★一审法院观点

一审法院经审理后认为:原告的法定代理人卢某某与被告黄某某结婚时均达法定婚龄,并办理了婚姻登记手续,其婚姻关系合法有效,应受法律保护。鉴于原告法定代理人卢某某与被告黄某某于

2004年4月分居生活的事实存在。同时，双方分居后，原告随法定代理人卢某某共同生活，被告亦无异议。由于被告系清源中学的教师，有固定的工资收入，而原告的法定代理人系下岗职工，仅靠领取220元的失业金无法维持母女俩人的生活。《未成年人保护法》（1991年）第八条规定：“父母或者其他监护人应当依法履行对未成年人的监护职责和抚养义务，不得虐待、遗弃未成年人；不得歧视女性未成年人或者有残疾的未成年人；禁止溺婴、弃婴。”因此，被告对子女应负有抚养的义务。此外，参照最高人民法院《关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》第七条规定：“子女抚育费的数额，可根据子女的实际需要、父母双方的负担能力和当地的实际生活水平确定。有固定收入的，抚育费一般可按其月总收入的百分之二十至三十的比例给付。”双方于2004年4月分居后，被告仅付抚养费350元明显偏低，考虑本地的实际生活水平，被告应从2004年5月起至2004年12月止一次性支付原告抚养费每月200元，计1600元（应扣除被告已支付的350元）；从2005年1月起，被告应每月支付原告抚养费260元，从而保障原告的正常生活。至于今后，如果原告的法定代理人卢某某与被告黄某某解除婚姻关系，其子女抚养及抚养费问题可自行协商或由人民法院另行判决。对于原告要求被告从2002年8月至2004年12月止每月支付抚养费200元，因原告及法定代理人在2004年4月前仍与被告共同生活，其主张抚养费从2002年8月开始计算的理据依据不足，应不予支持。依照《中华人民共和国婚姻法》第二十一条和《中华人民共和国未成年人保护法》第八条之规定，作出如下判决：

1. 被告黄某某应于本判决生效之日起三日内一次性给付原告黄小前期子女抚养费1250元。

2. 从2005年1月开始，在被告黄某某与原告法定代理人卢某某的夫妻关系存续期间，被告黄某某应于每月二十日前给付原告黄小子女抚养费260元。

案件受理费50元，由被告黄某某负担。

一审判决后，被告黄某某对一审判决不服，提出上诉。

各方二审观点

★上诉人黄某某上诉观点

其并非不抚养被上诉人，作为被上诉人法定代理人的卢某某因丧失家庭观念，执意分居生活扩大费用开支。其为达到夫妻和好，总是委曲求全尽力给付女儿生活费用，但没有要求对方出具收据而已；（2）原审法院既然认定其与被上诉人法定代理人卢某某是合法夫妻，在双方没有离婚之前，又岂能规定要由其支付子女生活费呢？原审法院这种擅自分割夫妻个人财产违法。恳请二审法院依法撤销原审判决并驳回被上诉人的原审起诉。

★被上诉人黄小答二审观点

其起诉目的是为了向上诉人追索抚育费，一审法院也判决上诉人承担抚育费，本案并无其法定代理人与上诉人之间的离婚纠纷，何来原审法院擅自分割夫妻共同财产的违法问题。上诉人故意混淆是非，意在逃避抚育责任，原审法院对本案事实的认定和适用法律是正确的，请求二审法院驳回上诉人的上诉，维持原判。

★二审法院观点

宁德市中级人民法院认为：被上诉人黄小是上诉人黄某某与被上诉人母亲卢某某的婚生女儿，在上诉人与卢某某分居期间，双方仍然对被上诉人黄小负有抚育义务。因双方分居时被上诉人黄小年龄尚小，随母亲卢某某共同生活，卢某某系下岗职工每月经220元失业金，显然难以维持母女生活所需。作为一名教师、有固定工资收入的上诉人应当支付给被上诉人相应的抚育费。原审法院依据《未成年人保护法》（1991年）第八条、《婚姻法》第二十一条及参照最高人民法院《关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题若干具体意见》第七条之规定，并结合当地实际生活水平，判决由上诉人从双

方分居之日起补偿给付被上诉人抚养费，并从2005年1月起按月支付被上诉人抚养费是正确的。原审法院对本案事实的认定和适用法律并无不当，应予维持。上诉人的上诉无理，其上诉请求不予支持。



律师观点

随着我国城市化的发展，交通运营能力的发达，越来越多的人选择走出去，到一个新的环境中去工作、学习。人员的流动固然能够带动各地经济的发展，但是人员的流动也会产生一些副作用。例如，现在经常有一些在外务工人员不履行抚养子女义务、不给付子女抚养费的案件见诸媒体。在人们纷纷对不履行抚养义务者进行口诛笔伐的同时，司法系统却因为缺乏明确的法律依据而显得束手束脚。但是值得欣喜的是，立法者注意到了这个问题，在新近颁布实施《婚姻法司法解释（三）》中，明确规定了夫妻在婚姻关系存续期间不履行抚养子女义务的情况下，人民法院应当支持子女抚养费的请求。笔者认为该司法解释的制定是必要与及时的，以下笔者就结合之前的法院判例对该条文的具体适用阐述几点意见。

一、婚姻关系存续期间子女抚养费请求权的行使与夫妻共同财产制度并不矛盾

之所以在之间的司法实践中，婚姻关系存续期间的子女抚养费请求权行使存在争议，甚至是在

《婚姻法司法解释（三）》的制定过程中仍然存在着这种争议，其主要理由是，在婚姻关系存续期间，支持子女抚养费的请求权，不符合婚姻法确定的夫妻法定共有财产制度。

笔者的观点是，首先从法律规定来看，《婚姻法》第二十一条规定了：“父母对子女有抚养教育的义务；子女对父母有赡养扶助的义务。父母不履行抚养义务时，未成年的或不能独立生活的子女，有要求父母给付抚养费的权利。”通过该法律规定可以看出，父母对于子女的抚养义务是法定的，自子女出生之日起至子女成年或能够独立生活之日止。法律上并没有父母是否离婚作为子女要求父母给付抚养费的前提条件。其次，从子女的抚养费请求权的权利来源来看，是基于子女同父母的身份关系，即双方一旦形成这样的身份关系起，子女就存在要求抚养费的权利、父母就需要承担给付抚养费的义务。再次，从夫妻之间的财产关系来看，在夫妻共同财产没有被分割之前，子女抚养费请求权的行使，是夫妻共同承担子女抚养费义务的一种形式。此时一方所承担的抚养费的支出并不形成夫妻共同财产的析产或者所有权从一方转化为另一方的转换，而应作为夫妻共同财产使用权的明确。最后，从子女最大利益原则的角度出发，夫妻长期分居实际上导致夫妻双方的财产相对的各自独立，若一方不履行子女的抚养责任，实际上导致了子女无法受到父母双亲共同照顾，损害了子女的法定权益。

综上，笔者认为《婚姻法司法解释（三）》第三条的规定协调了子女抚养费请求权的行使与夫妻共同财产制的冲突，在给予子女在父母婚姻关系存续期间的抚养费请求权既保护了子女的合法权益的同时，又不与我国法律所设立的夫妻共同财产制度相违背。

二、抚养费的追索问题

关于抚养费的追索涉及有三个法律问题，第一个问题是抚养费是否具有可追索性；第二个问题是追索抚养费的权利主体如何确定；第三个问题是子

女追索抚养费是否受到诉讼时效的限制。接下来,笔者就以上提出的三个问题谈一下自己的看法以及审判实践中的具体操作。

(一) 抚养费是否具有可追索性

婚姻法第21条规定,“父母对子女有抚养教育的义务;父母不履行抚养义务时,未成年的或不能独立生活的子女,有要求父母给付抚养费的权利。”第36条规定,“离婚后父母对于子女仍有抚养和教育的权利和义务。”由此可见,父母(包括离婚后)有义务将子女抚育成人。换言之,父母应当把子女培养成为一名合格的社会劳动成员,使子女能够走上社会独立生活。因此,父母对于子女的抚养义务并不停留在子女成长的某个区间内,而是贯穿于自子女出生至子女成年或具有独立生活能力时止,同样的子女享有的抚养费请求权也是贯穿于出生至成年或具有独立生活能力时的始终。当父母一方不履行自己的抚养责任时,子女对其享有法定的抚养费之债,可以要求父母一方支付。实践中,在处理变更抚养费的案件中,大量的法院判例判决自抚养情况发生变化时增加子女的抚养费。故无论从法理上还是审判实践来看,抚养费具有可追索性。

(二) 追索抚养费的权利主体如何确定

首先,追索抚养费的权利主体一定包含未成年或者法律上所规定的不具备独立生活能力的子女。但是问题是,已成年的子女是否包含在追索抚养费的权利主体之内呢?笔者认为,抚养费的主要功能是保障未成年或无法独立生活的子女的健康成长,当子女成年时,抚养费的法律目的已不存在,其法律功能也已丧失,不具有保护利益。因此,笔者认为,子女为成年期间父母一方或者双方为承担的抚养费,因为其子女的成年而丧失了保护价值,从原有的法定之债转变了自然之债,不受法律的保护。因而追索抚养费的权利主体应当排除成年子女。

(三) 子女抚养费是否受诉讼时效的限制

这是一个比较复杂的法律问题。从法理上来说,在婚姻关系存续期间,父母对子女的抚养义务从子女出生时起,至子女成年时止。此期间,被父母抚养的权利是一种持续性权利,不应适用诉讼时效。但是,也有观点认为,抚养费的功能是满足子女的成长需要,子女长大以后若还追索10年甚至更长时间之前的抚养费,当时的成长需要已经不再存在,请求权的基础已经丧失。还有观点认为,抚养费请求权为一种法定债权,既然是债权就应该受到诉讼时效的限制。虽然存在不同的声音,但主流的观点还是较为倾向于抚养费的追索不受诉讼时效的限制。最高院在制定《婚姻法司法解释(三)》时曾有考虑明确抚养费的诉讼时效问题,但是考虑到实践中的案件可能具有某些特殊性,最后还是删除了抚养费的追索不受诉讼时效限制的规定。从审判指导上来看,笔者认为追索抚养费的诉讼时效适用较为宽松的规定,应在不违背法律规定的前提下,作出有利于保护未成年人或不能独立生活子女的利益判断。

专家观点

抚养未成年及不能独立生活的子女是父母的法定义务,父母的抚养义务是无条件的、强制性的,法律并没有规定离婚是主张子女抚养费的前置条件,尽管父母双方没有离婚,子女也可以在需要时要求支付抚养费。比如,双方分居期间或者一方在外打工不付子女抚养费等,法院应从子女利益最大化的原则出发,判决支持子女要求支付抚养费的诉讼请求。

——载自奚晓明主编《最高人民法院婚姻法司法解释三理解与适用》第63页。

附一

“家事法苑”家事法实务交流系列微信群群规则

(2019 年 2 月版)

“家事法苑”家事法实务交流系列微信群由“家事法苑”律师团队创建，目前包括以下 11 个群：家事法苑实务交流微信群（A-H 群）、继承法苑实务交流群（A-B 群）、涉外家事法苑实务交流群。

总群主：杨晓林

其中，涉外家事法苑实务交流群分群主：赵宁宁；副群主：李丹、陆珊菁、冉维佳

各群管理员：杨晓林、段凤丽、邓雯芬、李凯文、陈贝贝、郭琪、付鹏博、刘海娜；

王志锋、徐文丽、杨竹一、李琳、陈建宏、李炜、辜其坤、季凤建、严健、王钦、万薇、谷友军。

1、建群宗旨

家事无小事。真诚欢迎对婚姻家庭继承及相关领域感兴趣的律师、法官、检察官、学者、公证员、房管、民政、妇联等政府公务人员、法务工作者及其他法律从业者、学生、媒体朋友加入，共建阳光下专业领域内法律职业共同体业务探讨交流的和谐平台。

2、本系列群分享、交流的主题及范围

本系列群定位为特定专业领域主题群、学习型群。

本系列群主题为婚姻家庭继承相关问题，群内分享资讯及交流范围原则上应限于与主题相关的实体及诉讼与非讼程序理论与实务问题。继承法苑实务交流群和涉外家事法苑实务交流群分享资讯及交流范围特定于继承问题和涉外家事问题。

群内主要分享国内外婚姻家庭立法、司法及理论研究动态，如家事审判方式改革、典型婚姻家庭案例等资讯。在主题上涵盖婚姻家庭继承领域权利保护问题，如性别平等、妇女权益保护、未成年人及老年人权益保护等基础法律议题；与婚姻家庭继承有关的新型财产、新型权利等新型法律实务难题；婚姻家庭伦理方面社会学、心理学等相关社会科学议题。

本系列群无意走向综合群，如单纯刑事、商事、劳动、交通事故等其他领域话题可另行解决，但与本群主题交叉的除外。

3、入群方式

为保障本群安全、高质量及可持续发展，防止滥加群，本群对外不作任何宣传，群规则只刊发于“家事法苑”微信公号自定义菜单及每期公号推文的文末。群友入群由群管理员专人统一审查、邀请新人入群。

1. 请拟申请加入“家事法苑实务交流微信群”者先添加以下任一群管理员个人好友：[李凯文助理（微信号：13240475703）](#)、[陈贝贝助理（微信号：18817836410）](#)、[郭琪助理（微信号：15600520634）](#)，申请信息务必请注明：“城市+单位简称+真实姓名，家事法苑实务交流微信群”；

2. 请拟申请加入“继承法苑实务交流群”者添加陈贝贝助理（微信号：18817836410）管理员个人好友，申请信息务必请注明：“城市+单位简称+姓名，继承法苑实务交流群”；

3. 请拟申请加入“涉外家事法苑实务交流群”者添加李凯文助理（微信号：13240475703）管理员个

人好友，申请信息务必请注明：“城市+单位简称+姓名，涉外家事法苑实务交流群”；

新群友认真阅读管理员发送的本群规、承诺将严格遵守后，管理员方可拉其入群。

家事法苑实务交流微信群（A-H 群），管理员每天统一分享资讯，群友只加一群即可，不必重复加群。

4、实名交流

本群实行实名（真实身份）交流制！

群友入群后应马上按要求修改群昵称，点击群界面右上角三个点标志，向上划动屏幕，出现“我在本群的昵称”点击即可修改：

1. 律师署名方式：省份+城市+姓名+律师，如：北京***律师、山东淄博***律师，群昵称中不得显示电话、律所名称、字号、具体部门职务、业务方向及其它带有商业营销色彩文字。

2. 公证员署名方式：省份+城市+姓名+公证员，如：上海公证员李**；

3. 学者署名方式：学校简称+姓名，如：北大王**，广西师大李**；

4. 学生署名方式：学校简称+身份+姓名，如：中科大博士生张**，吉大硕士生李**，北大本科生丁**；

5. 法官、检察官署名方式：省份+真实姓氏+法官或检察官的方式，如北京李法官、黑龙江王检察官；

6. 民政部门、妇联、媒体等其他界别群友参考前列署名方式，省份+城市+职业+姓名，如：北京妇联***，上海公司法务***，人民日报***。

群友不能接受实名规则的免入，入群后应当立即按照要求修改群昵称，经过群管理员三次提醒仍不配合的，管理员有权将其移除出群。

5、尊重群友

尊重群友，未经事先允许、不得随意添加其他群友为个人好友。

严禁违反群友意愿，发送广告等商业信息、擅拉群友加入其他主题群等不良行为，一经举报，立即移除出群。

6、温馨免打扰提示

如群消息过多，影响本人工作、学习及休息，可在手机右上角，点开群设置界面开启“消息免打扰”，定期浏览群信息、参与互动即可。

7、友善发言及禁忌

本群群友来自于法律职业共同体各界别，大家非常难得聚在一起，特别要注意自身形象，互相尊重；群内严禁闲聊，只研讨专业问题。发言交流要注意顾及他人感受，就事论事，不要有任何人身攻击、贬低他人人格或针对其他群体的偏激言行。

严禁转发或发布招聘、推销、心灵鸡汤、拉票、优惠券信息；严禁转发涉及政治性的资讯；严禁转发律师个人及律所营销的帖子；与本群专业领域不相关的公、检、法等机关、机构及组织的纯官宣资讯同样不宜转发本群。

本群除农历大年三十、大年初一、大年初二；农历八月十五（中秋节）；公历 12 月 31 日及 1 月 1 日外，不允许在群内发红包。

8、分享注意事项

本群鼓励群友分享与本群第二条主题及范围相关的各种审判动态、典型判例及最新法律法规及地方法院审判意见等，尤其鼓励群友分享自己原创的相关实务研究文章，包括分享自己个人网站、博客、微信公众号上的文章。故本群禁止任何形式的营销行为，群友分享的文章页面上尽可能不要附有过于明显带有营销色彩的个人照片、宣传文字及过于详细的名片式联系方式。

本群谢绝分享过于简单的普法、相关问题说明性的“软文”及单纯诉讼技巧类的文章。

群内严禁功利性地推送微信个人名片及公众号名片；微网站名片及链接；个人网站链接、博客链接，严禁将相关专业资讯贴到自己的个人网站、博客或公众号上再推荐链接到微信群这样以提高点击率、博粉为目的商业推广做法。【注：“家事法苑”公众号（微信号：famlaw）已做到了去商业化，可参考】

9、交流方式建议

鼓励、提倡群友开展与群主题密切相关的理论与实务的互动交流。

本群交流问题，可由个案切入，但禁止单纯的个案办理咨询，应先概括基本事实，从中提取有理论及实务研讨价值的一个或几个问题集中深入交流，最后以旗帜鲜明的问题进行讨论。

本群交流问题的方式建议为：应先主动查找必要资料，一次性把基本案情、事实叙述清楚（不要再让群友追问事实）并注明自己的初步看法，能附上相关法律法规法条及司法解释等依据为宜，抛砖引玉，希望听取群友的意见和建议。

群友在解答问题时，也应先思考，较系统阐述自己对此问题的看法及观点，不要采用漫无边际地三言两语聊天式交流，以免造成刷屏、影响群友。

群友可在群内畅所欲言，严禁群友不管基于任何目的、未经发言群友同意、擅自截屏在群外分享、使用，如有违反，一经发现，管理员有权清理出群。

10、尊重智力劳动成果

尊重智力劳动成果，群内分享资讯仅供群友学术及实务探讨、交流及研究使用。

资讯搜索、编辑、整理需日复一日，耗费相当时间与精力。正常情况下，我团队每天收集、分享、推送的资讯信息，月底汇编起来就是每月的“家事法苑”婚姻家庭法律资讯简报（下载：<http://www.famlaw.cn/download.aspx>）！

群友不宜经常性地或整体性取材本群资讯信息，上传到网络（个人网站、博客、公号等自媒体）、转到自己或其他的微信群、QQ 群，或其他非研究用途使用。

规范使用本群资讯，应注明资讯来源于家事法苑实务交流微信群。

11、违规及处理

群友应自觉遵守本群规则并接受群主及管理者的善意提醒及劝告；

对于违反群规则的行为，群主或管理员有权、有义务即时制止。

群友违反群规则经提醒三次，不回应、不接受，管理员可直接移除本群；

群友间应友善相处，如发生争议，应保持克制，务必不要与其他群友或管理员争执、造成刷屏，影响

其他群友。建议发生争议时，建议群友及时向群主或管理员反映，由群主或管理员给出处理意见。

良好的群的氛围，需要大家共同维护、共同呵护！

希望大家共同努力，共建阳光下专业领域内律师、法官、检察官、学者、公证员、房管、民政、妇联等政府公务人员、法务工作者及其他法律从业者、学生、媒体等法律职业共同体的探讨交流的和谐平台！

“家事法苑”微信群管理员团队

2019 年 2 月 1 日

附二

“家事法苑”家事法主题 QQ 群入群须知

(2016 年 3 月版)

“家事法苑”家事法主题群，由“家事法苑”团队于 2011 年 6 月建立，历经 100 人群、200 人群、500 人群、1000 人群、2000 人群，2014 年 1 月设新 2000 人群（淘汰旧群）、2015 年 1 月群满员删 500 名“僵尸粉”、2015 年 9 月再次群满员又删 500 名“僵尸粉”，现又再次 2000 人满员。现决定启动“家事法苑”家事法主题 QQ 群分群（群号：171337785）。

主群及分群，群主：杨晓林，管理员：段凤丽、邓雯芬、王志锋、徐文丽、李炜、杨竹一、严健。

1、建群宗旨

家事无小事，真诚欢迎对婚姻家庭继承法领域感兴趣的朋友，律师、法官、检察官、学者、公证员、房管、民政、学生、媒体、妇联等政府公务人员、法务工作者及其他法律从业者加入，即时分享最新中国婚姻家庭法制信息动态，家事审判动态、典型家事案例、立法动态、理论研究动态，共建阳光下专业领域内法律职业共同体业务探讨、正当、正常交流的和谐平台。

本群主题为婚姻家庭继承法及家事诉讼程序，交流范围仅限与主题相关的实体及联系密切的诉讼程序理论与实务问题，定位为特定专业法律领域主题群，学习型群、兴趣群。

本群无意走向综合群，其他如司法改革、法律理念等宏观话题以及刑事、商事、劳动、交通事故等其他法律专业领域话题可另行解决。群友确有需要也可在群中提出问题，如果有其他群友响应，应自觉马上转为私聊。

2、实名申请

为保障本“家事法苑”家事法主题群的安全、质量及可持续发展，防止滥加群，本群口碑相传方式，对外不作宣传，设置“只能通过群号（群号：171337785）找到这个群”，普通网友在 QQ 查找群时无法通过搜索关键词找到本群。

本群倡导实名交流，本群由群主负责新人审批，申请人必须先了解、承诺严格遵守本群群规，再以“城市+单位名称+姓名”实名方式提交申请，不实名或提交信息资料不全，管理员不予通过。

新群友提出申请前，应阅读群规，承诺遵守后，管理员方可拉其入群。

3、群内实名标注群名片，署名方式

群友署名基本方式：地域（省、直辖市）+城市+单位简称+姓名+职业。

入群后当天必须完成修改群名片。不接受实名规则免入，经群主或管理员一次提醒，仍不配合的，劝退！

律师及相关职业群友头像，不得显示律所（团队）字号、具体部门职务、业务方向、及其它带有商业营销色彩文字。

群名片署名示例：

1) 律师，地域（省或直辖市、市）+律所字号+姓名，如：北京天驰君泰所段凤丽律师、天津君申所王

志锋律师、山东（淄博）建仑所徐文丽律师、江苏（南京）众贤所严健律师。

群名片中不得显示电话、律所部门、职务、业务方向及其它带有商业营销色彩文字。

2) 高校学者、同学：如：“重庆西政***”或“西政-***”，如果是在读学生，应注明学生字样，以区分于学者，如北大学生***！

3) 法官、检察官，入群申请必须提供城市单位及真实姓名，但在群内如果确有顾虑可使用地域+真实姓氏+身份职业方式，以示区分身份，如“湖北王法官”、“贵州法院杨法官”、“广东李检察官”！

4) 公证员，城市+单位简称（或职业）+姓名，如“北京**公证处王**”，“杭州公证员李**”。

5) 其他司法所、房管、民政、妇联、媒体等界别朋友，城市+单位名称或简称或职业身份+姓名，如：北京**司法所**，武夷山房管李炜，山东潍坊奎文婚登刘彩霞，上海妇联***，北京法制日报赵**，山东公司法务***等。

4、尊重群友

尊重群友，未经事先允许、不得随意添加其他群友为个人好友，严禁擅拉群友、加入自己设立的其他群，一经接到举报，立即清除出群。

5、友善发言

本群群友来自于法律职业共同体各界别较广泛领域，大家非常难得聚拢在同一平台上，珍惜缘分，特别要注意维护自身形象，互相尊重，发言表述要注意顾及他人感受，特别是不要有任何人身攻击、贬低他人人格或由个案引申对其他群体的上纲上线的言行。

本专业群，除农历大年三十、初一、正月十五、八月十五中秋节这几天外，不允许在群内发红包；严禁闲聊；严禁转发招聘、推销、心灵鸡汤、投票、优惠券、政治性等帖子。

6、鼓励、提倡交流

本群鼓励、提倡群友开展与主题密切相关的理论与实务的互动交流。

本群定位为专业领域内的学术及实务交流群，非低级的当事人咨询群，严禁群友不加任何思考、只用三言两语提过于简单的问题；群友不宜就过于具体的个案展开交流，应先概括基本事实，从中提取有理论及实务研讨价值的一个或几个问题集中深入交流。

群友探讨交流问题的方式建议为，自己发现问题，先主动查找资料，一次性把基本案情叙述清楚（不要再让群友追问事实）并注明自己的看法，能附上相应的法律法规法条及司法解释等依据最佳，抛砖引玉，希望再听取群友的意见和建议！如此这样，真正达到大家共同探讨、共同交流、共同学习、共同进步的本群建群目的！

群友互动反馈也同样宜先思考，较系统阐述自己的观点，不要采用漫无边际地三言两语聊天式交流，以免影响群友。

群友可在群内畅所欲言，仅限个人观点交流，严禁群友未经发言群友同意、不管基于什么目的截屏在群外分享。

7、鼓励、提倡分享

本群鼓励群友分享与本群主题相关的各种审判动态、典型判例及最新法律法规及地方法院审判意见，鼓励分享自己原创的相关实务研讨文章，包括上传在自己个人网站、博客、微信公号上的，但页面上尽可能不要附有较为明显的营销宣传文字及联系方式；本群谢绝律师普法、营销、单纯表现诉讼技巧类文章；

群内严禁功利性的推销个人网站链接、博客链接、微信公号名片、个人微信名片、微网站名片及链接，严禁将相关资讯贴到自己的个人网站、博客上再推荐网页链接的变相以提高点击率、博粉为目的功利性商业推广做法（“家事法苑”公号 famlaw 已做到了去商业化，如果分享可参考），请群友自律！

8、尊重智力劳动成果

尊重智力劳动成果，群内资讯信息仅供群友学术实务研讨交流用，资讯搜索、编辑、整理需日复一日，耗费相当时间与精力，正常情况下，我团队每天收集、分享、推送的资讯信息，月底汇编起来就是每月的“家事法苑”婚姻家庭法律资讯简报（下载：<http://www.famlaw.cn/download.aspx>）！

希望群友不要经常性地或整体利用本群资讯信息取材上传网络（个人网站、博客、公号）、经常性转帖到其他微信群、QQ 群或为其他非研究用途使用。如确需经常性转发使用，则宜注明转自“家事法苑”家事法实务交流 QQ 群。

9、群内交流字号设置

群内交流字体不宜过大或过小，建议用宋体字，10—12 号字为宜，黑色。

10、违规及处理

群友应自觉遵守本群规则并接受群主、管理员及任一群友的善意提醒及劝告；

对于违反群规的行为，群主、管理员及任一群友均有权、有义务即时制止。

群友违反群规则经提醒一次不改，劝退，群友务必不要在群内与管理员争执、造成刷屏，影响其他群友，但允许私信方式向群主提出申诉，由群主给出最后处理意见。

良好的群的氛围，需要大家共同维护、共同呵护！

希望大家共同努力，共建专业领域内阳光下学者、法官、检察官、律师、公证员、妇联、媒体及其他所有法律职业共同体的正常、正当交流的和谐平台！

“家事法苑”家事法主题 QQ 群管理团队

2016 年 3 月 6 日