家事法苑™婚姻家事法律资讯简报

《**家事法苑**™婚姻家事法律资讯简报》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™婚姻家事法律资讯简报 12 周年
(2008 年 2 月 15 日—2020 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

孩子有病需增抚养费 法官微信调解化纠纷……2020-02-27 中国法院网
跨国婚姻难维系 微信诉前调纠纷……2020-02-26 中国法院网
维护妇女权益 贡献司法力量——北京一中院涉妇女权益保护家事案例（一）……2020-03-03 法暖家事 一中院家事审判
疫情影响下如何保护妇女权益？答案都在这！……2020-03-04 京法网事
维护妇女权益 贡献司法力量——北京一中院涉妇女权益保护家事案例（三）……2020-03-05 京 法暖家事 一中院家事审判
经典案例栏目开通啦！第 1 期：高雪芬等诉杨海成等侵害生命权纠纷案……2020-03-05 江苏高院
省法院、省妇联联合发布 2019 年度江苏法院婚姻家庭十大典型案例……2020-03-05 江苏高院
债务清偿：全体继承人放弃继承时的审判和执行难题探讨……原创：2020-03-06 审判研究 高文祥
案例一：尹某与李某某离婚纠纷案……2020-03-07 天津高法
维护妇女权益 贡献司法力量——北京一中院涉妇女权益保护家事案例（六）……2020-03-08 法暖家事 一中院家事审判
保护妇女典型案例二：曲某某与刘某离婚纠纷案……2020-03-08 天津高法
2019 审判监督十思十省（六）| 不应忽视借款用途确定夫妻共同债务……原创：2020-03-09 徐州审判 徐州中院审监庭
玄武区法院加强妇女权益保护典型案例发布……2020-03-08 江南时报网
天津高院发布典型案例 深化家事审判改革 维护妇女合法权益……2020-03-09 人民法院报 第 01 版
南京市玄武区人民法院加强妇女权益保护典型案例发布（二）……2020-03-09 南京市玄武区人民法院 锁金村法庭
保护妇女典型案例三：安某申请人身安全保护令案……2020-03-09 天津高法
保护妇女典型案例四：张某某重婚案……2020-03-10 天津高法
重庆巴南：人身安全保护令铸起反家暴防护盾……2020-03-23 人民法院报 第 08 版 本报记者 刘 洋 本报通讯员 陈春宇 邓 琛
北京市高级人民法院关于开展人身损害赔偿纠 纷案件统一城乡居民赔偿标准试点工作的通知……2020-03-24 京法网事
婚姻家庭与继承案件的人民法院管辖地确定汇总（三）……2020-03-27 法暖家事 一中院家事审判
婚姻家庭与继承案件的人民法院管辖地确定汇总（四）……2020-03-28 法暖家事 一中院家事审判
因长期遭受虐待家暴故意杀夫可适用缓刑 （最高法院公布的参考性案例中确定的审判规则）……2020-03-28 指导性案例审判规则
疫情下的亲情修复：朝阳法院 1 天在线调解 7 起家事纠纷……2020-03-28 朝阳法苑 慕婷婷

二、立法动态……50

让法律落细落实提供更周全保护 反家庭暴力法施行四周年回望……
……2020-03-10 法制网 稿件来源：法制日报人大视窗 本报记者 朱宁宁
贵州反家庭暴力条例 3 月 1 日起施行……2020-03-10 法制网 稿件来源：法制日报人大视窗
【独家】婚姻家庭编草案：构建和谐稳定的婚姻家庭制度……2020-03-11 全国人大

【独家】继承编草案：雕琢细节 满足多元化现实需求……2020-03-12 全国人大

三、媒体典型案例……59

（一）解除婚姻关系案例……59

“性生活不和谐”可以离婚吗？法院判决来了！……2020-03-07 民商事实务

（二）婚姻无效案例……61

被“骗婚”的受害人应采取何种方式解除婚姻关系？|聚法案例……2020-03-28 聚法

开封中院裁判：冒名办理的婚姻登记无效 ——雷红丽诉祥符区政府婚姻登记案……2020-03-30 行政法

（三）赡养案例……65

岂能一送了之？老人送进养老院，子女欠费玩失踪……2020-03-20 人民法院报

（四）夫妻债务案例……67

离婚已 5 年，且借条上只有前夫名字，为何还被认定为“夫妻共同债务”？……2020-03-20 浙江天平 湖州中院

（五）抚养纠纷案例……68

男子离婚未果后竟“抛弃”无收入的妻子！法院这么判！……2020-03-01 江西法院 高苑轩

非婚生子女抚养权的归属应以子女利益和双方具体情况确定 ——孙 X 凤诉陈 X 平同居关系子女抚养纠纷案……原创：2020-03-05 法律家

父母离婚时约定一方负担孩子大学期间学费、生活费， 该约定是否具有合法性？|聚法案例……2020-03-16 聚法

“金某某抚养费纠纷案”被改判，裁判首次提出： 认定是否履行抚养义务，不能简单以给付金钱来评判……原创：2020-03-17 南京市中级人民法院 南小苑

离婚双方都亮出孩子愿跟自己的证明，背后原因让人羞愧！……2020-03-25 人民法院报

（六）损害赔偿案例……76

被欺骗收养“小三”之女 判离婚赔偿损害八万……2020-03-19 中国法院网 尹盼盼

（七）其它相关案例……77

最高院裁判观点：婚内财产协议也可约定管辖……2020-03-06 民事法律参考

男子与同性朋友结婚只为移民加拿大，闹掰后离婚还为“移民费”打官司……2020-03-19 上海法治报

山东高院判例：“外嫁女”应否享受安置补偿待遇的处理原则 ——王小红诉商河县政府不履行拆迁安置补偿职责案……2020-03-20 行政法

四、继承……84

周瑞珏 赵精武 | 合同承继抑或物的继承：电话号码继承的模式选择……原创：2020-02-24 人民司法 周瑞珏 赵精武

《民法典草案》“遗产管理人制度”的修改建议及理由……2020-02-28 法学在线 浙江省婚姻法学研究会
再论继承准据法确定中的区别制与同一制——以法律关系、连结点和准据法三者的对应性为视角……2020-02-20 法学在线 沈 涓
最高法院判例：被征收房屋权属证书上载明的所有权人死亡且涉及继承的处理——柴秀春、王玉红诉梅河口市政府、吉林省政府房屋征收补偿案……2020-02-15 行政法
农村房屋及其宅基地使用权应当一体继承—— 杨 X 春、杨 X 栓诉淅川县荆紫关镇人民政府行政裁决案……原创：2020-03-14 法律家
放弃继承后被继承人债务清偿实务丨高杉 LEGAL……原创：2020-03-16 高杉 LEGAL 罗新
财产留给过继子，亲生女儿上门讨要，且看法院如何判！……2020-03-20 山东高法

五、房产、股权、信托……117

房产……117

这个登记真的应该撤销么--简评（2019）吉 71 行终 131 号行政判决……原创：2020-03-09 鱼龙聊房 武夷山李炜
土地房屋继承、结离婚、企事业改制、 分立合并、作价出资等契税问题解答……原创：2020-03-16 不动产登记实务操作与理论研究 石晨谊
被执行人名下的唯一住房能否执行？……2020-03-26 法信 施磊

六、社会新闻……130

北京市老年人委托代理与监护服务试点工作启动……2020-03-10 北京扶老助残基金会
江西构建侵害妇女儿童案件快速办理机制—— 省检察院与省妇联联手保护妇女儿童权益……2020-03-11 江西女性
证人庭审中做假证 法官当场揭穿谎言 紫阳法院对一起案件证人开出千元“伪证罚单”……2020-03-11 西安晚报陕西新闻
广州公检法：民间借贷、离婚析产等是虚假诉讼高发案类型……2020-03-12 羊城晚报•羊城派
因丈夫宠爱养女内心失衡加以虐待 妻子获刑……2020-03-19 中国法院网 余建华 萧法

七、媒体视点……137

与立法相伴前行：七十年来的婚姻家庭法学研究……2020-02-25 法学在线 薛宁兰
司法裁判引领家庭文明新风尚……2020-03-09 人民法院报 第 03 版 本报记者 郑卫平
《安家》热播，花 320 万元买房却无家可归的“梗”在哪里？……2020-03-10 红星新闻
疫情中的家暴受害者：被削弱的自救系统……原创：2020-03-22 南方周末 曹颖
郑锡龄 ｜ “新时代中国特色妇女权益 保障的制度与实践”学术研讨会综述……原创：2020-03-27 妇女研究论丛 郑锡龄
新冠时期的离婚，“都是蓄谋已久”……原创：2020-03-30 南方周末 谭畅
“年轻人遗嘱纳入虚拟财产”的进步与期待……2020-03-31 北京青年报 冯海宁
《小妇人》背后的永恒问题：一代代女性，如何在婚姻之外寻找自由？……原创：2020-03-31 新京报书评周刊 余雅琴

八、学者、法官、检察官、律师、公证专题……167

（一）大师风采及缅怀……167

新中国婚姻法学科奠基人、著名法学家巫昌祯先生逝世……2020-03-26 人民法院报

访谈录 | 中国婚姻法学的开拓者：悼念巫昌祯教授……原创：2020-03-26 雅理读书 巫昌祯

沉痛哀悼！新中国婚姻法学科奠基人、著名法学家、教授巫昌祯先生逝世……2020-03-26 法制日报

悼念| 巫昌祯教授访谈：明亮人生路 伏枥万里心……2020-03-26 法学学术前沿 郭烁

深切缅怀巫昌祯教授！……2020-03-26 中国政法大学

保护妇女权益是她始终的追求！很多人都曾被她“圈粉”……原创：2020-03-27 中国妇女报 王春霞

（二）理论学术动态、学者视点……196

论民法典婚姻家庭编的社会化……2020-02-28 法学在线

父母离婚后对子女的监护问题探究—— 以民法典婚姻家庭编具体制度构建为目标……2020-02-28 法学在线 夏江皓

罗清丨中国《反家庭暴力法》诞生中的三重叙事……2020-03-03 法制与社会发展

民法典家事财产法制的教育功能 —— 以社会主义核心价值观为价值理念的研究……2020-02-27 法学在线 马新彦

监护在婚姻家庭制度中的地位……2020-02-28 法学在线 曲晓梦

庄加园 | 试论遗赠的债物两分效力……2020-03-05 民法九人行 庄加园

新刊速递丨【王思凝 等】“议彩礼”：论农村彩礼形成机制中的道德嵌入性……2020-03-06 社会杂志 王思凝 等

法律规划：献给不准备结婚的女生丨高杉 LEGAL……原创：2020-03-07 高杉 LEGAL 陈汉

汉哥家事法段子最新合集丨LEGAL 番外……原创：2020-03-09 高杉 LEGAL 陈汉

徐国栋：民法典应设立宣告婚姻无效请求权 1 年的诉讼时效 | 上海政法学院学报 202001 ……2020-03-14 北大法律信息网 AL 徐国栋

公共卫生紧急状态下的家庭法律实务 | （一）监护……原创：2020-02-23 家事法研究中心

公共卫生紧急状态下的家庭法律实务 | （二）继承——遗嘱与遗赠……2020-03-08 家事法研究中心

樊丽君：论民法典法定离婚理由的设计及残疾人权益保护丨前沿……原创：2020-03-18 中国民商法律网 张文选编

龙翼飞：编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议……2020-03-19 法制与社会发展

周小明：完善信托法律制度 全面发挥信托的财富治理功能 | 封面专题……2020-03-24 清华金融评论 周小明

民法典与“家”的言说……2020-03-24 来源：深圳特区报 刘云生

朱广新：论监护人处分被监护人财产的法律效果……2020-03-29 中国法学网 朱广新

（三）法官视点……312

对家暴说不，向法官主张；让家成为幸福安全的地方……2020-03-01 法暖家事 一中院家事审判

第 95 期丨“假离婚”的离婚协议效力认定……原创：2020-03-02 中国上海司法智库 上海高院研究室

男方母亲婚前转账给女方是彩礼还是婚前赠与？……2020-03-27 | 来源：中国法院网 | 作者：陶然

怀疑婴儿感染新冠病毒将其抛弃致死 如何定性……2020-02-27 | 来源：中国法院网 | 作者：彭伟平

疑案探析 ｜ 冒名登记情形下婚姻登记机关的纠错义务……2020-03-06 中国审判
【玄法少家】云调解找寻迟到的母爱（上）……原创：2020-03-06 南京市玄武区人民法院 锁金村法庭
【玄法少家】云调解找寻迟到的母爱（下）……原创：2020-03-07 南京市玄武区人民法院 锁金村法庭
疫情下的儿童监护……2020-02-15 家事法研究中心 林艳琴
最高院司法观点：作为诉讼代理人的近亲属包括近姻亲……2020-03-08 民事法律参考
疫情成了 2020 离婚率的帮凶？ ｜ 庭前独角兽……原创：2020-03-11 庭前独角兽 赵霏
定金罚则不适用婚姻关系……2020-03-11 来源：北京日报 朱乐
探视权执行存在的问题及建议……2020-03-18 人民法院报 陈 良 333
房产未变更登记，债权能否排除执行？……2020-03-17 ｜ 来源：中国法院网 ｜ 作者：李登辉
分手了，戒指、钱款怎么办？……原创：2020-03-22 北京海淀法院：蔡笑
关于继承法第 19 条“必留份”之司法实践探讨丨审判研究 ilawtalk……原创：2020-03-27 审判研究：叶海涛律师
被侵权人配偶主张被扶养人生活费问题： 以法律解释方法为研究进路丨审判研究 ilawtalk……原创：2020-03-28 审判研究：刘益辰
要求民政机关处理登记婚姻效力是强人所难与陷人于不义 ——从安徽省高院的判决说起……原创：2020-03-30 新浪微博 王礼仁
丧偶儿媳为公婆养老送终，对其遗产是否享有继承权？……2020-03-30 江苏高院 吴新峰

（四）律师视点……356

婚前双方父母出资支付首付款购房 离婚时如何处理？……2020-03-01 致诚律师 张雪梅
原创丨共有物分割纠纷案由的灵活运用……原创:：2020-03-04 梁冰家事律师团队 梁冰律师
千呼万唤未出来：试探民法典草案暂未 纳入的“后位继承”制度丨审判研究……原创：2020-03-05 审判研究 叶海涛律师
【周末|八股】法庭上“飞舞”的凳子……原创：2008-01-06 白玉兰爱股权 贾明军
家事案例评论|第一案：“冷暴力“属不属于婚姻法 中的“家庭暴力”？ ——拒绝性行为索要损害赔偿案……原创：2020-03-07 HOAM 陈贝贝
股东低价转让股权，配偶权益维护路径探析丨审判研究……原创：2020-03-07 审判研究 郭喜平 何木永
婚内财产协议范本丨高杉 LEGAL……原创：2020-03-08 高杉 LEGAL 邱静
“每周故事汇”之五十二 || 父母对子女双方购房出资的处理（下）…… 原创：2020-03-09 江苏家事律师 孙韬 刘兆兰
家事案例评论|第二案：婚内忠诚协议中的财产约定对双方无约束力……原创：2020-03-10 HOAM 陈贝贝
离婚怎样不伤孩子，看争取抚养权的庭审教科书……原创：2020-03-17 法律读库 李颖珺律师
从《婚姻故事》看离婚案件的“输”和“赢” ｜ 段凤丽 ｜ 影评……原创：2020-03-20 家事法苑 段凤丽 393
《反家暴法》在上海丨基于 91 份保护令案例的分析……2020-03-20 北京市千千律师事务所 北京为平
网红婚姻法律师吴杰臻：家庭主妇离婚案，结局一般都比较坎坷……原创：2020-03-22 方圆 刘琦
诉请配偶情人返还受赠财产，其能要求先扣除非婚生女的抚养费吗？……2020-03-31 小军家事 小军家事团队

（五）公证专题……412

公证案例丨一次包含提存、信托式遗嘱、顺位意定监护、 生前预嘱及“替代监护人”声明的综合公证服务…… 2020-03-06 达比伦制度
疫情下的公证“明日方案”---意定监护、生前预嘱、遗嘱（信托）……2020-03-09 公证文选 刘杰
公证资讯丨在大阪的七旬老人放弃上海房产“继承权”， “海外远程视频”公证在沪启动……2020-03-12 达比伦制度
公证案例丨一起母亲有权继承女儿的遗产公证案……2020-03-20 达比伦制度
公证案例丨马某网络店铺继承公证案……2020-03-24 达比伦制度

九、反家暴专题……425

反家暴法四周年丨人身安全保护令的申请与执行情况如何？……2020-03-02 中国妇女报 王春霞 田珊檑
反家暴法四周年丨强制报告制度在实践中落实情况如何？……2020-03-04 中国妇女报 王春霞 田珊檑
必看！《疫情期间家暴防护实用手册》发布……2020-03-08 鹏星家暴防护中心 鹏小星
致《反家暴法》正式施行 4 年，反家暴公益热线地图 5.0 更新……2020-03-09 中国民商法律网
大数据丨反家暴法实施四周年，人身安全保护令赢了没有？……原创：2020-03-07 家事法律圈 五美律师事务所 437

十、异域资讯……447

已故韩国女星具荷拉遗属产生法律纠纷 哥哥对母亲就继承财产进行起诉……2020-03-09 搜狐号 搜狐韩娱
西班牙国王放弃继承父亲遗产……2020-03-17 来源：北京日报 版次：04
韩国 2019 年结婚率跌破 5‰ 创近 50 年新低……2020-03-19 中国法院网 ｜来源：中国新闻网｜作者：曾鼐
美国人夫妻购买婚房现状调查……2020-03-26 美国驻华大使馆 雾谷飞鸿

十一、法律法规……451

外国人永久居留管理条例(征求意见稿)新条例旧办法对照……2020-03-03 中国宪治网 请收藏
国务院联防联控机制印发《因新冠肺炎疫情 影响造成监护缺失儿童救助保护工作方案》……2020-03-15 中国政府网 464
【独家】未成年人保护法修订：强化国家监护 撑起法治蓝天……2020-03-16 全国人大
《陕西省实施〈中华人民共和国反家庭暴力法〉 办法（草案）》首次提请省人大常委会审议……2020-03-27 陕西学习平台
西安市自然资源和规划局关于优化不动产登记婚姻关系审查的公告……2020-03-26 西安资源规划

十二、书籍推荐……472

新书｜《待用民宿》｜赖芳玉｜（时报出版社，2019 年 11 月 19 日出版）……2020-03-24 家事法苑 赖芳玉

十三、活动动态……479

“家事法苑”团队创建十周年有奖征文通知……2020-03-29 家事法苑 家事法苑团队

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

【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

❶家事法苑™ 家事律师网：http://www.famlaw.cn

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

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

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

❺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”

❻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。真诚欢迎对婚姻家事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事继承相关问题，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”。

❼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。

❽“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

孩子有病需增抚养费 法官微信调解化纠纷

2020-02-27 中国法院网

https://www.chinacourt.org/article/detail/2020/02/id/4820587.shtml

中国法院网讯（王希玉 姜琳） “法官，您辛苦了，感谢您在疫情防控期间利用微信调解化解了我们之间的矛盾。”“法官，给您添麻烦了，真是太感谢您了！”这是一起抚养费纠纷案件调解结束时双方当事人分别发给办案法官的感谢微信。

2 月 25 日下午，山东省阳谷县人民法院通过微信成功调解一起矛盾较大的抚养费纠纷案件，原、被告双方及其代理人通过微信确认了调解协议，及时有效地维护了弱势群体的合法权益。

该案原告李小某的法定代理人张某与被告李某原系夫妻关系。二人因婚姻存续期间出现矛盾由法院判决离婚，但是法院的判决并未能彻底改善二人之间的关系。该案受理后，该院主审法官经与原、被告联系，原离婚判决已经确定孩子的抚养权及抚养费支付问题，因原告李小某去年不幸被查出患有甲亢疾病，且无法短时治愈，原告的法定代理人张某主张因给孩子看病，需要增加孩子的抚养费，进而诉至法院。同时，主审法官还了解到，被告李某再婚后又生育一个孩子，家庭条件也是一般。了解到这些情况后，为促成双方和平解决该案，主审法官鉴于当前疫情防控需要，便通过电话、微信多次向原、被告双方做工作。在办案法官的不懈努力下，最终被告李某同意为原告李小某增加抚养费，法院通过微信让双方确认调解协议，至此这起抚养费纠纷案件圆满解决，取得了良好的法律效果和社会效果。

据了解，这是该院近两日成功调解的第四起婚姻家庭纠纷案件。今年以来，随着新冠肺炎疫情暴发蔓延，为切实做好疫情防控工作，该院积极探索通过互联网、微信、QQ 等网络平台实施网上办案，真正做到了疫情防控与审判工作“两手抓、两不误”。

跨国婚姻难维系 微信诉前调纠纷

2020-02-26 中国法院网

https://www.chinacourt.org/article/detail/2020/02/id/4818816.shtml

中国法院网讯（王希玉、王雪鹏） 为及时高效地维护当事人的合法权益，2 月 24 日，山东省临清市人民法院基于当前防控新冠肺炎的严峻形势，积极采取信息化方式化解案件，通过微信组群方式，诉前调解成功一起跨国离婚纠纷案件，取得了良好的法律效果、政治效果和社会效果。

上周末，一名越南籍妇女 TRN TIU MY（中文名字陈某某）在网上提交诉状，要求与冯某离婚。陈某某通过代理人表示，春节前与丈夫冯某因感情不和发生纠纷，原本打算春节后向法院起诉离婚，

但是中国发生严重疫情，无法到法院参加诉讼，现在陈某某着急回国，看有什么办法能尽快解决。该院立案庭法官得知上述情况后，立即通过电话、微信与双方当事人进行沟通，在征得双方当事人同意后，决定委派特邀调解员谷文青通过微信组群的方式进行诉前调解来“破题”。随后，指导法官建立在线调解微信群，并将使用方法向双方当事人进行了耐心说明。

24 日上午 10 时开始，在指导法官、特邀调解员、双方当事人、委托代理人、翻译人员、书记员的参与下，该院对案件进行诉前调解。调解过程中，陈某某陈述了双方的感情情况，表示婚后生活不幸，强烈要求回国，并提出明确的离婚请求。陈某某代理人出示了相关证据，男方冯某亦同意离婚。双方没有子女，无财产纠纷，经调解双方达成一致协议离婚。书记员即时将双方的调解意见发到微信群，并进行在线翻译，双方当事人均对记录认可。

当日，该院指导法官对调解笔录和调解协议进行了认真审查。审查后，立案庭对该案当即办理了立案手续，指导法官即时制作了调解书。目前，双方当事人均对调解书进行了签收。至此，这对跨国夫妻在法院微信调解下好聚好散，和平分手。拿到法院的调解书后，陈某某终于露出了久违的笑容，并高兴地说到“明天，我终于可以回国了。”

维护妇女权益 贡献司法力量——北京一中院涉妇女权益保护家事案例(一)

2020-03-03 法暖家事 一中院家事审判

https://mp.weixin.qq.com/s/u9w2PoVk6RFoU14X4X5Wfw

“三·八”妇女节来临之际，北京一中院家事审判庭整理汇总 2019 年审理涉妇女权益保护典型案例，为广大女性合法理性维权作出提示。案例内容涉及隐瞒夫妻共同财产的处理、夫妻共同债务的分割、婚内财产协议的效力、违背夫妻忠实义务的处理、离婚协议的履行、夫妻间扶养义务的承担。即日起至 3 月 8 日分六期内容发布，此为第一期。

离婚隐瞒财产“躲猫猫”后果严重财产可归对方

案情简介

杨某（女）与李某（男）于 2004 年 9 月结婚，2013 年 2 月登记离婚，并在民政局备案双方签署的《离婚协议书》，内容为：“因夫妻感情破裂，已无和好可能，现经夫妻双方自愿协商达成一致意见，订立离婚协议如下：……六、一方隐瞒财产或转移夫妻共同财产的责任：双方确认夫妻共同财产在上述第三条已作出明确列明，并保证以上所列婚内全部共同财产的真实性。本协议财产分割基于上列财产为基础。任何一方不得隐瞒、虚报、转移婚内共同财产或婚前财产。如任何一方有隐瞒、虚报除上述所列财产外的财产，或在签订本协议之前二年内有转移、抽逃财产的，另一方发现后有权取得对方所隐瞒、虚报、转移的财产的全部份额，并追究其隐瞒、虚报、转移财产的法律责任，虚报、转移、隐瞒方无权分割该财产……”

2005 年 12 月，李某购买 1201 号房屋和 1202 号房屋，登记于李某自己名下，其在离婚协议中未约定上述房屋的归属，女方亦不知情。现杨某起诉要求上述房屋按照协议归自己所有。

法院判决

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。本案中，根据《离婚协议书》所约定的内容，一方隐瞒、虚报财产或在协议签订之前二年内有转移、抽逃财产的，另一方有权取得相应财产

的全部份额，故本案的争议焦点在于双方是否存在隐瞒、虚报、转移、抽逃财产的行为。1201 号房屋和 1202 号房屋的购买及产权取得均在杨某和李某夫妻关系存续期间，法院认定上述房屋属于夫妻共同财产；根据《离婚协议书》的约定内容，上述房屋并未在该协议中予以体现，且现有证据也不足以证明杨某在签署该协议时已明知上述房屋的存在。因此，法院认定李某隐瞒了上述财产。法院依据双方约定内容判决上述房产归女方杨某所有。

一、离婚时要如实申报财产，隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产等行为需承担法律责任。

《婚姻法》第四十七条规定，离婚时，一方隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产，或伪造债务企图侵占另一方财产的，分割夫妻共同财产时，对隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产或伪造债务的一方，可以少分或不分。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。具体处理时，如果隐匿的财产被发现且还在的，则该财产可归非隐匿一方。如果财产已经不在，应把隐藏、转移、变卖、毁损的财产作为隐藏、转移、变卖、毁损财产的一方分得的财产份额，对另一方的应得的份额应以其他夫妻共同财产折抵，不足折抵的，差额部分由隐藏、转移、变卖、毁损财产的一方折价补偿对方。上述隐匿等行为造成损失的，另一方在离婚诉讼中可主张赔偿损失。

二、一方隐藏、转移、变卖、毁损共同财产的行为发生时间的判断。

根据《婚姻法》的规定，夫妻对共同财产有平等的处理权，任何一方隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产的，都是对另一方财产所有权的侵害，是一种民事侵权行为，应当受到相应的制裁。离婚从当事人一方或双方准备离婚到判决生效要经历一段时间，这期间常常出现夫妻一方隐藏、转移、变卖、毁损共同财产的情况。有的当事人在离婚诉讼前就转移、变卖夫妻共同财产，对于这种提起离婚诉讼之前的有预谋的违法行为，当然应根据《婚姻法》四十七条规定的精神进行处理。不能仅认为夫妻一方隐藏、转移、变卖、毁损共同财产的行为必须发生在提起离婚诉讼之后至法院作出判决之前这段时间，才能适用婚姻法该条规定。对“离婚时”三个字的理解，既包括违法行为发生在离婚诉讼之前，在离婚时被发现，也包括在离婚诉讼过程中发生上述转移夫妻共同财产的违法行为。只有这样才更符合婚姻法的立法本意，才能更有效地维护夫妻一方的合法财产权益。

三、隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产同样适用于协议离婚。

《婚姻法》第四十七条第一款应适用于协议离婚的情形，从法律条文的表述来看，并没有区分判决离婚和协议离婚。实际生活中，在离婚时查清所有的夫妻共同财产并不容易，协议离婚中当事人双方对共同财产分割达成的协议未对全部财产作出处理，是由于一方的隐藏、转移等行为或其他原因导致的，并非是另一方对不知情部分财产行使了处分权，故上述规定适用于所有离婚之情形。

作者 | 刘福春
制作 | 方硕
（图片来源于网络）

疫情影响下如何保护妇女权益？答案都在这！

2020-03-04 京法网事

https://mp.weixin.qq.com/s/ns7exIT5h-dOj6BebpctBQ

妇女节将近，针对疫情防控期间容易产生的损害妇女权益问题，北京石景山法院召开新闻通报会，就疫情防控期间妇女权益保护的相关法律问题进行通报。

新冠肺炎疫情影响下 可能多发的妇女权益保护问题

1、疫情防控期间家庭矛盾纠纷中的女性权益保障问题

2、疫情导致抚养权、监护权、继承权等纠纷问题

3、疫情防控期间女职工权益保障问题

4、疫情期间女性的个人隐私保护问题

提问 & 解答

Qustions Answers

问：疫情防控期间，遭受家庭暴力的女性当事人如何采取法律手段保障自己的合法权益？

答：疫情防控期间，女性当事人在遭受家庭暴力后的第一时间应向公安机关报警，如因隔离状态或者其他客观因素无法自行前往报案，应由其近亲属代为报案。报案后及时前往医疗机构就诊，确定伤情，同时留存现场及伤情照片、医院诊断证明、伤情检查报告等相应证据。遭受家庭暴力的女性当事人还可以向其所在的基层组织如村委会、居委会、街道及妇联等单位求助，亦可在证据留存后向其住所地或家庭暴力发生地的基层人民法院申请人身安全保护令。

问：疫情期间或复工初期，正处孕期或哺乳期的女性劳动者是否有权申请减少工作量或申请居家办公？

答：2020 年 2 月 2 日国家卫生健康委员会发布了《关于做好儿童和孕产妇新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作的通知》，通知明确了儿童和孕产妇属于新型冠状病毒感染肺炎的易感人群，疫情期间，处于孕期、哺乳期的女职工需要企业及社会的特别保护，女职工可与单位通过协商的方式采取轮岗轮休、缩短工时等方式稳定工作岗位；如女职工在孕期无法适应原工作岗位，用人单位应根据医疗机构出具的相关证明，对其减轻劳动量或安排其他能够适应的劳动。在怀孕及哺乳未满一周岁的婴儿期间不得从事国家规定的第三级体力劳动强度的劳动，对怀孕七个月以上及哺乳未满一周岁婴儿的女职工，用人单位不得延长劳动时间或安排夜班劳动。

问：疫情防控期间，感染新型冠状病毒的女性当事人是否可以疾病救治为目的，要求支付赡养费或夫妻扶养费？如男方对感染病毒的配偶不予照顾，是否属于遗弃家庭成员？

答：我国婚姻法明确规定夫妻双方有有相互扶养的义务，扶养是指夫妻在生活上相互供养和扶助的法律责任，扶养义务体现为夫妻共同负担日常生活费用，一方患有疾病或失去劳动能力时，另一方负有扶养和照顾对方生活，并承担相应的医疗费用等等义务。在疫情防控期间，男方对感染病毒的女性当事人应尽到扶养、照顾并承担相应医疗费用的义务。至于是否构成遗弃家庭成员，应当以女性是否丧失独立生活能力作为认定标准，如女方已因感染病毒出现无法呼吸、无法独立动身等重度症状时，男性配偶一方如果对女方不尽到应尽的抚养义务，且不予照顾时，可能会被认定为遗弃家庭成员。

问：感染新型冠状病毒的女性患者、或未确诊的疑似患者、密切接触者等的照片、家庭住址、身份证号等个人信息被泄露，是否属于个人的隐私权被损害的违法行为？

答：我国《传染病防治法》明确规定，严禁泄露传染病病人、病原携带者、疑似传染病病人、密切接触者涉及个人隐私的有关信息、资料。《医疗机构病历管理规定》也明确规定了医疗机构及其医务人员应当严格保护患者隐私。泄露感染肺炎的妇女（包括疑似病人、密切接触者）个人隐私有关信息、资料，属于损害妇女隐私权的违法行为。

问：疫情防控期间，未成年子女的抚养权如何行使？如直接抚养子女的一方感染病毒，另一方是否可以此为由主张变更抚养权？

答：探望权的行使应基于充分保障未成年子女的合法权益，从利于孩子健康成长出发。疫情防控期间，直接抚养子女的一方可通过协议的方式与另一方约定疫情防控期间行使探望权利的方式、时间。比如可以在疫情防控的自我隔离期间，基于保护未成年人利益出发，通过网络视频的方式进行“云探望”。如双方无法就疫情防控期间行使探望权等事项无法达成一致的，疫情防控期间的探望不利于子女的身体健康，直接抚养子女的一方可向法院申请中止探望的权利，待疫情结束后，再行恢复探望。未直接抚养子女的一方不得以此为由减少或不支付子女抚养费。

关于子女抚养权的变更，因申请法院变更子女抚养关系需存在法律规定的情形，如感染肺炎一方感染肺炎且久治不愈的，无力继续抚养子女或会发生严重损害子女权益的情况，另一方可以提出变更抚养权。但是否予以变更，需要法院根据案件的具体情况，从有利于未成年子女成长的角度出发综合确定。

供稿 | 徐晓辉 刘姗 白琳
图片 | 邢星
编辑 | 李雪洁 谢伟辉

维护妇女权益 贡献司法力量——北京一中院涉妇女权益保护家事案例（三）

2020-03-05 京 法暖家事 一中院家事审判

https://mp.weixin.qq.com/s/LJ3a1zbS62ywFYHvTNHRzw

“三·八”妇女节来临之际，北京一中院家事审判庭整理汇总 2019 年审理涉妇女权益保护典型案例，为广大女性合法理性维权作出提示。案例内容涉及隐瞒夫妻共同财产的处理、夫妻共同债务的分割、婚内财产协议的效力、违背夫妻忠实义务的处理、夫妻间扶养义务的承担、离婚协议的履行。3 月 3 日起至 3 月 8 日分六期内容发布，此为第三期。

婚内财产约定应有效，双方均需按约履行

案情简介

梁某（男）与李某（女）于 2011 年 5 月登记结婚。二人婚姻关系存续期间，以李某平（李某之母）、李某的名义购买 401 号房屋。房屋购买总价 210 万元，首付款 150 万元（以李某平名义支付，含梁某、李某出售二人婚内所购房屋所得款 20 余万元），并以李某、梁某名义共同贷款 60 万元。2013 年 12 月，401 号房屋办理产权登记，以按份共有，各占百分之五十份额的方式登记至梁某、李某名下。双方于 2014 年 1 月签订《协议》，内容为：“为解决住房问题，女方李某、男方梁某于 2014 年 1 月购买 401 号房屋。因该房屋在购置时主要由女方母

亲李某平出资购买，男方自愿放弃对该房产的所有权，该套房屋归女方个人所有。如女方因故不在，则该房屋所有权归女方母亲所有。协议人：梁某、李某”。梁某主张该《协议》属于赠与合同，并以未办理权属转移登记为由，主张行使任意撤销权。李某主张该《协议》属于夫妻对婚姻关系存续期间所得财产的约定，且基于李某之母出资等原因属于具有道德义务性质的赠与，不得撤销。

法院判决

法院生效判决认为，就 401 号房屋的性质，该房屋系梁某与李某婚后购买，并以按份共有，各占百分之五十份额的方式登记至梁某、李某名下，应为双方夫妻共同财产。夫妻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。约定应当采用书面形式。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。梁某与李某于 2014 年 1 月签订《协议》，就 401 号房屋的归属作出了约定，该《协议》系夫妻双方就夫妻共同财产的处分作出的约定，应为夫妻财产约定，故梁某、李某应遵守上述《协议》的约定。就 401 号房屋的分割，梁某与李某签订《协议》，401 号房屋应归李某所有，考虑诉讼中李某就 401 号房屋同意给付梁某一定补偿，法院对此无异议，对此予以确定。

01 夫妻财产约定的效力

《婚姻法》第十九条规定，夫妻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。约定应当采用书面形式。没有约定或约定不明确的，适用本法第十七条、第十八条的规定。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。

夫妻财产约定是夫妻双方对于其财产的一种处分，夫妻财产约定一旦生效，婚姻当事人双方均受此约定约束，夫妻双方都必须依照约定行使权利、履行义务，不得随意变更和撤销。确实需要变更撤销的，须由夫妻双方协商一致后，同样以书面的形式予以确定。如果原来的约定经过公证机构进行公证也需要经过公证机构公证才能变更和撤销。

02 夫妻财产约定的对外效力

《婚姻法》第十九条第三款规定，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。因此，在夫妻财产约定中，凡第三人事先知道该约定的，具有对抗第三人的效力。如果第三人不知晓的，婚姻当事人的约定不得对抗第三人。即夫妻任何一方不得以债务非自己所欠、夫妻有约定而不承担该债务。至于第三人是否知道夫妻之间的财产约定，夫妻一方对此负有举证责任。债权债务关系成立之后夫妻间财产制度及债务承担安排的约定、变更，损害债权人利益的，对债权人不产生效力。

03 夫妻财产约定的形式

根据《离婚财产分割意见》规定，夫妻双方对财产归谁所有以书面形式约定的，或以口头形式约定，双方无争议的，离婚时应按约定处理。但规避法律的约定无效。即夫妻财产约定一般应该以书面形式约定，但夫妻间无书面财产约定，双方均认可或有证据足以表明存在财产约定合意的，应认定财产约定成立。

04 婚姻关系存续期间能否提起财产约定之诉

婚姻关系存续期间，当事人不起诉离婚而单独提起夫妻财产约定的履行、变更、撤销、确认无效等诉讼，人民法院应予受理。也就是说，如果夫妻双方签订财产约定，如果对财产约定产生争议，可以不起诉离婚而单独就双方签订的财产约定进行诉讼。

作者 | 刘福春
制作 | 方硕

经典案例栏目开通啦！第 1 期：高雪芬等诉杨海成等侵害生命权纠纷案

2020-03-05 江苏高院
https://mp.weixin.qq.com/s/zYp4OvszJItnxPUdxQfTtg

发刊词

案例是动态的法典，是宝贵的司法资源。

近年来，江苏法院加强案例指导和案例研究，发布了一批对社会产生较大影响的典型案例，为总结审判经验、统一法律适用、提高审判质量、维护司法公正，弘扬正义正气，作出了积极贡献。

一个个鲜活的案例，不仅从不同纬度反映了社会主义新时期的法治文化和社会风貌，而且全方位立体化地向我们呈现出了法治进步的轨迹。譬如，荣宝英案厘清了特殊体质与侵权责任的关系，体现了法律平等保护每位公民的生命健康权；天隆种业公司植物新品种案彰显了科技创新最终要服务社会的宗旨……

以案例为媒介，案牍上的规则不断融入到寻常百姓的日常。凭栏小歇，回眸遥望来时路，不经意间我们已经走过了一段不平凡的历程。我们仍在路上，道阻且艰。

案例是联结理论与实践的桥梁，是法律职业活动中最困难、最具有挑战价值的那部分。从实践出发，萃取中国特色的司法经验和智慧，积极挖掘案例，发现每个案例背后的“天理、人情”，是时代为我们法律人出具的考卷！我们如何判，如何说理，如何让人民群众信服并感受到公平正义就在身边，时刻考验着我们每个当代法律人的良心与智慧！

为了更好地传播案例，通过典型案例弘扬法治精神，我们依托江苏高院公号搭建了这个案例发布平台，敬请关注，并多提宝贵意见。

高雪芬等诉杨海成等侵害生命权纠纷案

编者按

近年来，商场、公园、车站、小区等公共场所的安保义务日渐被公众所关注。法院在裁判中也会考虑公众情绪，裁判时“沾边主义”泛滥。本案对非法入侵者的过错责任的明确区分，有利于规范侵权与安保义务的责任划分，明示其承担的不利法律后果，对不法侵入者必要的警醒，有利于建立善良公正的公共秩序。

【裁判摘要】

行为人在非营业时间、通过非正常手段进入公共场所进行违法活动而受到损害，要求公共场所的管理人履行安全保障义务的，人民法院不予支持。没有证据证明他人对行为人遭受的人身损害有过错，行为人要求他人对其损害承担赔偿责任的，人民法院不予支持。

【相关法条】

《中华人民共和国侵权责任法》第六条行为人因过错侵害他人民事权益，应当承担侵权责任。根据法律规定推定行为人有过错，行为人不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任。

第三十七条第一款宾馆、商场、银行、车站、娱乐场所等公共场所的管理人或者群众性活动的组织者，未尽到安全保障义务，造成他人损害的，应当承担侵权责任。

原告：高雪芬，女，1966 年 2 月 15 日出生，住昆山市玉山镇。

原告：徐红，女，1988 年 5 月 21 日出生，住昆山市玉山镇。

原告：徐锦贤，男，1936 年 8 月 1 日出生，住昆山市玉山镇。

被告：杨海成，男，1964 年 10 月 6 日出生，住昆山市玉山镇。

被告：陈向东，男，1967 年 6 月 8 日出生，住太仓市城厢镇。

被告：太仓市金仓湖旅游发展有限公司，住所地在太仓市城厢镇新港路太沙路交叉口金仓湖景区。

法定代表人：陆俊，该公司执行董事兼总经理。

原告高雪芬、徐红、徐锦贤因与被告杨海成、陈向东、太仓市金仓湖旅游发展有限公司（以下简称金仓湖公司）生命权纠纷一案，向太仓市人民法院提起诉讼。

案情简要

原告高雪芬、徐红、徐锦贤诉称：其系徐雪良的亲属。2016 年 1 月 31 日，被告陈向东电话联系徐雪良，诱说徐雪良前往太仓金仓湖公园与被告杨海成一起捕鱼，徐雪良以当天下大雪、天气十分恶劣为由拒绝，但陈向东不停劝说，最后徐雪良应约前往金仓湖与被告杨海成碰头。每次捕鱼都是陈向东打徐雪良电话，让杨海成和徐雪良一起去捕鱼，陈向东是金仓湖捕鱼活动的主导者，并且每次捕到的鱼都是徐雪良、被告杨海成、被告陈向东一起分。金仓湖公园在管理上非常松散，徐雪良与被告杨海成得以进入金仓湖公园捕鱼。2016 年 1 月 31 日晚上，捕鱼过程中徐雪良坠入湖中溺水身亡，死亡医学证明书记载的死亡时间为 2016 年 1 月 31 日 23 时。被告杨海成在知晓徐雪良出事后，并未马上报警求助，直到第二天凌晨 2 点才报警，且向原告高雪芬隐瞒徐雪良出事的事情。现三原告认为，徐雪良发生人身意外身亡，被告杨海成、陈向东在徐雪良死亡后 3 小时才报警，未尽到救助义务；同时，被告陈向东系到金仓湖捕鱼的主导者，多次让金仓湖公园的保安对徐雪良、被告杨海成的捕鱼活动放行；金仓湖公司在管理上存在严重疏漏，未尽到安全保障义务。三被告没有证据证明其没有过错，应就徐雪良的死亡按各自过错责任的大小对三原告承担赔偿责任。因此请求：1. 判令三被告赔偿三原告死亡赔偿金 686920 元、丧葬费 25639 元、被扶养人生活费 41610 元、精神损害抚慰金 50000 元，合计 804169 元；2. 判令三被告承担本案的诉讼费。

被告杨海成辩称：其初始并不知晓金仓湖在何处，是徐雪良叫去金仓湖捕鱼的。其和徐雪良只是一起去金仓湖，但到了金仓湖后是各自捕各自的。事发当时徐雪良在金仓湖的南面，其在金仓湖的北面，并未亲眼看见徐雪良落水，亦不知徐雪良何时落水，在发现徐雪良联系不到后，与被告陈向东一直在金仓湖分头找寻徐雪良，之后找不到便报了警。因而，针对徐雪良的死亡，其并没有过错，不应当承担赔偿责任，但可以基于人道主义补偿一点。

被告陈向东辩称：徐雪良是职业捕鱼的，其初始并不认识徐雪良，徐雪良在知晓其住在金仓湖边上后，几次找到其要求去金仓湖捕鱼。一开始其是拒绝的，后来只是打电话问熟悉的金仓湖保安何时值班，让他们对徐雪良和被告杨海成在金仓湖的捕鱼行为装没看见。其在知晓值班时间后，告知徐雪良和被告杨海成，然后他们从金仓湖边上的小河偷偷进入公园内进行捕鱼，徐雪良和被告杨海成仅是在捕到鱼后给其几条鱼吃，其既不参加捕鱼也不参与分鱼。事发当晚，其未去捕鱼，徐雪良电话联系其去金仓湖拿鱼吃，但其到了金仓湖联系不到徐雪良，在发现徐雪良不见之后，其在金仓湖内绕湖寻找了徐雪良，找不到便立即叫被告杨海成报警。因而其对徐雪良的死亡不应当承担赔偿责任。但基于人道主义，愿意做一些补偿。

被告金仓湖公司辩称：1. 徐雪良死亡系在犯罪过程中发生的，是违法行为不受法律保护。案发当晚徐雪良伙同被告杨海成前往金仓湖偷鱼，该行为涉嫌盗窃犯罪，在实施盗窃的过程中不慎落水溺亡，该溺亡的结果是在实施犯罪的过程中发生的，不受法律保护。2. 徐雪良的死亡与金仓湖公司管理无关，徐雪良并非是金仓湖公园开放营业时间的游客，金仓湖公司的管理不需要对非法入侵者负责，并且事发地点不存在任何安全隐患。此外，金仓湖公园四

周均设有禁止捕捞、禁止戏水的警示牌。3. 三原告并未提供证据证明其主张的死亡赔偿金、被扶养人生活费应当适用城镇标准。4. 本案所涉偷鱼事件对金仓湖公司造成了巨大的损失，金仓湖公司对此保留民事追偿的权利。

法院审判

太仓市人民法院经一审审理查明：原告高雪芬、徐红、徐锦贤系徐雪良的妻子、女儿及父亲。2016 年 1 月 31 日晚 19 时左右，杨海成和徐雪良在金仓湖公园闭园后，通过金仓湖东北角的外湖划船进入金仓湖公园内偷鱼。为方便偷鱼，二人还联系陈向东，让其联系其熟识的值班保安对二人的偷鱼行为视而不见，事后，两人给予陈向东一定的鱼作为感谢。当晚约 23 时 30 分左右，陈向东电联徐雪良去拿鱼，待次日零时左右，陈向东到达金仓湖后发现打不通徐雪良的电话，便连同随行的人员一同沿湖找寻徐雪良；之后陈向东看见杨海成，告知杨海成状况后，便一同寻找徐雪良，陈向东沿金仓湖周围绕圈寻找，杨海成则划船在湖面上寻找。寻找未果后，杨海成于 2016 年 2 月 1 日 2 时 10 分报警，民警随即赶往现场搜寻救助，后发现徐雪良溺水身亡。

另查明，1. 事发当晚系雨夹雪天气，天气寒冷，且刮有较大的东北风，事发前，徐雪良的妻子即原告高雪芬亦劝说徐雪良正在下雪、天气寒冷，不要去捕鱼，但徐雪良坚持前往。

2. 事发当晚，徐雪良和杨海成最后通话时间为 2016 年 1 月 31 日 22 时 58 分，通话 1600 秒；陈向东最后致电徐雪良的时间为当晚 23 时 46 分，通话时间 50 秒。

3. 徐雪良的死亡医学证明（推断）书载明：徐雪良的死亡日期为 2016 年 1 月 31 日 23 时，死亡原因为溺水。

4. 金仓湖公园陆地与外界接壤地方都有围栏隔离，其他地方亦有外河同外界隔离，水域联通的地方有网拦截，在拦网上有禁止捕捞的标识，金仓湖公园内部多处设有禁止捕捞、禁止戏水的警示标识。

5. 杨海成、徐雪良多次一同出行捕鱼，两人均有独自的船只、渔网等工具，到捕鱼地点后两人分开捕鱼，并就各自抓捕的鱼各自处理。

6. 太仓市人民法院（2016）苏 0585 刑初 731 号刑事判决书查明：2015 年 12 月底至 2016 年 2 月初，被告杨海成、陈向东伙同徐雪良先后 5 次至金仓湖公园内采用网捕等手段盗窃鱼类的事实，于 2016 年 10 月 17 日判决杨海成、陈向东犯盗窃罪，分别判处拘役 5 个月、罚金 3000 元和拘役 4 个月、罚金 3000 元。

太仓市人民法院一审审理认为：过错推定责任仍是基于过错的责任，是过错责任原则的一种特殊形式，适用于法律有特殊规定的情形。本案所涉的生命权纠纷并不适用过错推定责任，而应适用一般的过错责任原则。

案件焦点

本案的争议焦点在于被告杨海成、陈向东对徐雪良是否尽到了救助义务，被告金仓湖公司对徐雪良的死亡是否存在过错。

杨海成、陈向东已被生效刑事判决书判决构成盗窃罪，虽徐雪良溺亡，但其生前去金仓湖捕鱼的行为应属盗窃，徐雪良生前作为完全民事行为能力人，其应知盗窃系违法行为，但其仍在非正常开园时间且设置有禁止捕捞的警示标识的情况下在晚上通过金仓湖外围的小河偷渡到金仓湖公园内进行盗窃，且事发当晚下雪、刮风，天气恶劣，徐雪良应知当时进入金仓湖偷鱼可能存在极大的危险，但其仍入湖偷鱼，故其应对自身的行为承担相应的法律责任。

对于杨海成，案发当晚杨海成确与徐雪良一同到金仓湖偷鱼，但根据杨海成的当庭陈述及公安询问笔录，事发当晚，两人进入金仓湖后，并未在一起偷鱼，而是分别驾船在金仓湖的南北两边各自捕鱼，且在当日晚 12 点左右被告陈向东出现前，其并不知晓徐雪良出事，亦未亲眼看见徐雪良落水。

对于陈向东，虽陈向东承认联系值班的保安让他们对被告杨海成及徐雪良的偷鱼行为视而不见，客观上为偷鱼提供了一定的便利，但根据三原告提供的证据，并不能证实被告陈向东系偷鱼活动的主导者。同时，在事发当晚，其并未进入金仓湖偷鱼，其系当晚去金仓湖找徐雪良拿鱼时，发现徐雪良电联无果后，才进入金仓湖公园，其亦未目睹徐雪良落水，也不知徐雪良落水。

现三原告未能提供证据证明杨海成、陈向东目睹徐雪良落水而不予救助，因而在杨海成、陈向东未看到且不知徐雪良落水的情况下，对其救助义务不应苛求过高。根据案外人高建强、周采德、曹培康的笔录和杨海成、陈向东的陈述，在 2016 年 2 月 1 日 0 时左右发现徐雪良失联后，杨海成、陈向东分别在金仓湖面及岸边进行了积极寻找，在寻找未果后，杨海成于 2016 年 2 月 1 日 2 时 10 分报警。虽徐雪良的死亡医学证明（推断）书载明徐雪良的死亡日期为 2016 年 1 月 31 日 23 时，但徐雪良的通话记录却显示其在 2016 年 1 月 31 日 23 时 46 分同陈向东通话 50 秒，因而可以推测徐雪良的落水时间应在 23 时 46 分之后，同时结合杨海成、陈向东未亲眼目睹徐雪良落水的事实、发现徐雪良失联的时间及当天凌晨在金仓湖内自力寻找的时间，杨海成于 2016 年 2 月 1 日 2 时 10 分报警并无明显不当。综上，三原告主张的杨海成、陈向东未尽救助义务的主张不予采信。

就金仓湖公司而言，徐雪良从事的系盗窃行为，杨海成、陈向东已被判决犯盗窃罪，盗窃本身为法律所禁止。同时，金仓湖公司作为金仓湖公园的管理者，在公园内设置了禁止捕捞、禁止戏水等警示标识，金仓湖公园四周均与外界隔离，外人在非正常入园时间一般无法入内，而本案所涉盗窃行为发生在晚上，并非正常的入园时间，徐雪良通过外河进入金仓湖公园内，因而金仓湖公司作为金仓湖公园的管理者对徐雪良因盗窃而导致的溺亡并不存在过错，对徐雪良的死亡不承担赔偿责任。虽原告认为金仓湖公司的保安对徐雪良的盗窃行为视而不见，客观上为盗窃提供了一定的便利，但保安的该行为并非履行职务行为，亦非金仓湖公司的意思表示，故对三原告主张金仓湖公司对徐雪良的溺亡存在过错的主张不予采信。

综上，对三原告的诉讼请求不予支持。据此，依据《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款，《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》第九十条之规定，太仓市人民法院于 2017 年 2 月 28 日作出（2016）苏 0585 民初 3553 号民事判决：

驳回原告高雪芬、徐红、徐锦贤的全部诉讼请求。

一审宣判后，各方当事人在法定期限内均未提出上诉，一审判决已发生法律效力。

案例报送单位：太仓市人民法院

一审合议庭成员：李红、乐辉、张立新

索引：江苏省高级人民法院公报 2018 年参阅案例 9 号（2016）苏 0585 民初 3553 号民事判决

省法院、省妇联联合发布 2019 年度江苏法院婚姻家庭十大典型案例

2020-03-05 江苏高院

https://mp.weixin.qq.com/s/6B4WPyqdOWzGbA--ZU14gA

家庭是社会的细胞，家庭和睦则社会安定，家庭幸福则社会祥和，家庭文明则社会文明。近年来，江苏法院家事案件每年均在 10 万件以上。妥善化解各类家事纠纷，有效维护妇女、儿童、老年人的合法权益，充分发挥家事审判定纷止争、创伤治愈的职能是当前人民法院有效参与基层社会治理，弘

扬社会主义核心价值观的重要抓手。江苏法院严格按照习近平总书记建设“爱国爱家、相亲相爱、向上向善、共建共享的社会主义家庭文明新风尚”的重要指示，密切与公安、妇联、民政等部门的沟通合作，构建常态化纠纷联动化解机制，致力于推动家事审判方式和工作机制改革向纵深发展，以更完善的实体裁判规则、更优化的程序机制、更密切的联动协作，开创全省家事审判事业新局面，取得了丰硕成果。

值三八妇女节来临之际，省法院和省妇联联合向社会各界和广大群众发布具有典型意义的婚姻家庭十大案例，充分发挥司法裁判的示范与引领功能，彰显家庭文明新风尚。

父母“教育”女儿致其身心重创 妇联及时代为申请人身保护令

案 情

年仅 10 岁的圆圆（女）与父亲朱某、继母徐某共同生活。朱某和徐某常常以“教育”的名义对圆圆进行殴打，树棍、尺子、数据线等等都成为体罚圆圆的工具。日常生活中，圆圆稍有不注意，就会被父母打骂，不管是身上还是脸上，常常旧痕未愈，又添新伤。长期处于随时面临殴打的恐惧中，圆圆身心受到严重伤害。区妇联在知悉圆圆的情况后，立即开展工作，向法院提交派出所询问笔录、走访调查材料、受伤照片等家暴证据，请求法院依法发出人身安全保护令。

法院受理本案后，经审查，符合《反家庭暴力法》第二十三条、第二十七条的规定，当天制作并发出人身安全保护令民事裁定书：一、禁止被申请人朱某、徐某对圆圆实施家庭暴力；二、禁止朱某、徐某威胁、控制、骚扰圆圆。裁定有效期为六个月，如二人违反上述禁令，法院将视情节轻重，处以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。人身安全保护令一经作出，承办法官立即送达被申请人、辖区派出所、居委会及妇联，落实保护令监管事项，并专门与被申请人谈话，对其进行深刻教育，同时去医院探望正在接受治疗的圆圆。法院和妇联对圆圆的情况保持密切关注，及时进行必要的心理疏导，定期回访，督促朱某、徐某切实履行监护职责，为孩子的成长营造良好环境。

点 评

孩子是父母生命的延续，是家庭、社会和国家的未来。作为孩子的法定监护人，父母或是其他家庭成员应为孩子营造良好的成长氛围，以恰当的方式引导和教育孩子，帮助孩子树立正确的人生观和价值观。

本案中，圆圆的父母动辄对其谩骂、殴打、体罚，对孩子造成严重的身心伤害，给其童年留下暴力的阴影。《反家庭暴力法》第二十三条第二款规定，当事人是无民事行为能力人、限制民事行为能力人，或者因受到强制、威吓等原因无法申请人身安全保护令的，其近亲属、公安机关、妇女联合会、居民委员会、村民委员会、救助管理机构可以代为申请。

随着反家暴工作的不断深入，对于自救意识和求助能力欠缺的家暴受害人，妇联等职能机构代为申请人身安全保护令的案件越来越多。勇于对家暴亮剑，已经成为全社会的共同责任。法院、公安、妇联、社区等部门构建起严密的反家暴联动网络，全方位地为家庭弱势成员撑起“保护伞”。自 2016 年 3 月 1 日《反家庭暴力法》施行以来，截至 2019 年 12 月 31 日，全省法院共计发出 1238 份人身安全保护令裁定，切实履行制止施暴者、保护受害人的司法职责。

养老院响起法槌声 家事调解调查员助力化解继承纠纷

案 情

朱某（男）与庞某（女）婚后膝下无子，只有一名养女朱甲，但双方不常来往，关系疏离。多年

来，两位老人的生活起居由侄子朱乙照顾。2019 年 8 月，两位老人自书遗嘱一份，载明二人共同所有的位于某市的一处房屋由朱乙继承，而朱乙需负责照顾两位老人直至百年。2019 年 10 月，朱某去世。庞某目前居住在养老院，行动不便。其后，朱甲与朱乙因为房屋继承问题多有争执，朱甲担心朱乙后续是否可以继续照顾好庞某，有所顾虑不愿意配合朱乙进行房屋过户。2019 年 11 月，朱乙向法院起诉朱甲和庞某要求继承房屋二分之一的份额，并由二被告协助办理房屋产权变更手续。

法院在审理过程中发现，本案的症结不仅仅在于朱某遗产继承的问题，更重要的是朱某遗孀庞某的养老问题，庞某的意愿和想法对本案的处理至关重要。承办法官当即决定在庞某所在的养老院开庭审理本案。庭审中，庞某表示，朱乙对自己和已故的老伴儿给予了无微不至的照顾，自己愿意将房产赠与朱乙。经过家事调解调查员的耐心开解，朱甲打开心结，表示愿意多给朱乙一些信任，朱乙亦承诺会好好照顾庞某，双方今后就庞某的情况将保持沟通，如遇问题，协商处理。得知这样的处理结果，庞某频频点头肯定，表示自己愿意将房屋的二分之一先由朱乙继承，本案最终调解结案。

点 评

家事纠纷不同于其他民事纠纷，它是发生在具有亲属关系的社会成员之间的人身或财产纠葛，具有鲜明的道德性和伦理性。在处理家事纠纷的过程中，有时，一纸判决并不能真正化解纠纷，有效引入“外援”，为法官“庭外”助力，充分发挥家事调查员、家事调解员探究纠纷根源、调和家庭矛盾，缓解、消除家庭成员间对立情绪的积极作用，促成当事人达成谅解，握手言和，恰恰就是真正化解家事纠纷的有效方式。

在家事审判方式和工作机制改革的过程中，各级法院与妇联构建家事纠纷一体化处理机制，共同打造家事调解员、家事调查员队伍，将调解作为化解家事纠纷的首选方式，以柔性司法治愈家庭创伤，以联动协作共建和谐社会。

股东间合法转让股权 配偶无权主张撤销

案 情

孙某（女）与张某（男）于 2006 年结婚，2018 年 3 月，张某提起离婚诉讼，要求与孙某离婚。张某曾是 A 公司的股东之一，占股 19.60%，认缴出资额为 98 万元，B 公司是 A 公司的大股东，占股 51%，认缴出资额为 255 万元。2018 年 1 月，张某和 B 公司签订了一份《股权转让协议》，约定张某将其持有的 A 公司股权 98 万元（占公司注册资本的 19.6%，实缴 5 万，未缴 93 万元），以 5 万元的价格转让给 B 公司。其后，双方按约履行了各自的义务。2018 年 7 月，孙某以张某的股权属于夫妻共同财产，张某在二人离婚诉讼期间背着自己以明显低于市场的价格转让股份，属于显失公平和转移夫妻共同财产为由，将张某和 B 公司诉至法院，要求撤销该股权转让协议。

一审法院经审理认为，根据《公司法》的相关规定，有限责任公司股东之间相互转让股权的主体为股东本人。本案中，张某和 B 公司均系 A 公司的股东，可以相互转让股权且无需经得他人同意。根据现有证据无法证明张某和 B 公司之间存在恶意串通或者显失公平等情形，故该股权转让并不违法。案件审理中，张某认可该股权转让金为夫妻共同财产，孙某亦无证据证明该股权转让金额明显低于市场价格，据此，张某和 B 公司就股权转让所签订的协议合法有效，遂判决驳回孙某的诉讼请求。孙某不服上诉。二审法院驳回上诉，维持原判。

点 评

《公司法》第七十条第一款规定：“有限责任公司的股东之间可以相互转让其全部或部分股权。”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的权利。有限责任公

司的股东之间转让股权，无需征得他人同意。夫妻另一方对于公司并无经营决策权，夫妻共有的是股权价值而非股权本身。故夫妻关系存续期间登记在配偶一方名下的股权，另一方虽就由该股权产生的分红、转让价款等财产性收益享有共有权，但配偶并不享有该股权的处分权能，股权转让的权能应由股东本人行使。

基于有限责任公司资合性和人合性的特点，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等权利。股权转让协议在并无恶意串通、显失公平等法定无效、可撤销事由的前提下，合法有效，配偶无权主张撤销，但转让所得的价款在离婚时应作为夫妻共同财产合理分割。

婚内忠诚协议不受法律保护 财产分割应照顾无过错方

案 情

李某（男）与马某（女）于 2012 年登记结婚并生有一女。婚后李某与异性罗某存在不正当交往，导致罗某两次怀孕。2017 年 1 月，李某与马某签订婚内协议一份，约定今后双方互相忠诚，如因一方过错行为（婚外情等）造成离婚，女儿由无过错方抚养，过错方放弃夫妻名下所有财产，并补偿无过错方人民币 20 万元。协议签订后，李某仍与罗某保持交往，罗某于 2017 年 7 月产下一子。李某诉至法院要求离婚，马某同意离婚并主张按照婚内协议约定，处理子女抚养和夫妻共同财产分割。

一审法院经审理认为，李某与马某夫妻感情确已破裂，应准予离婚。上述协议中，关于子女的抚养约定因涉及身份关系，应属无效；关于财产分割及经济补偿的约定，系忠诚协议，不属于《婚姻法》第十九条规定的夫妻财产约定情形，马某主张按照婚内协议处理子女抚养及财产分割无法律依据，但考虑到李某在婚姻中的明显过错等因素，应对无过错的马某酌情予以照顾。综合考虑孩子的成长经历、双方收入水平、家庭财产来源等情况，判决女儿随马某共同生活，并由马某分得夫妻共同财产的 70%。一审判决后，李某、马某均提起上诉。二审法院驳回上诉，维持原判。

点 评

《婚姻法》第十九条规定，夫妻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、共同共有或部分各自所有、部分共同共有。夫妻财产特别约定制度给予了夫妻双方处分财产的自由和空间。但此类约定一旦与“保证忠诚”挂钩，即成为忠诚协议。

根据《婚姻法》第四条的规定，夫妻双方互负忠诚义务。违反忠诚义务的法律后果体现在《婚姻法》第四十六条，即离婚时无过错方享有主张损害赔偿的权利。夫妻间的忠诚义务更多的是一种情感道德义务，夫妻虽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，但也是变相以金钱衡量忠诚，存在道德风险。因此，夫妻间订立的忠诚协议应由当事人自觉履行，法律并不赋予其强制执行力，不能以此作为分割夫妻共同财产或确定子女抚养权归属的依据，但在离婚分割夫妻共同财产时，应综合考虑婚姻关系中各自的付出，过错方的过错程度和对婚姻破裂的消极影响，对无过错方酌情予以照顾，平衡双方利益，以裁判树立正确的价值导向。

妻子车祸致残生活困难 丈夫离婚后按月支付经济帮助费

案 情

徐某（女）与王某（男）于 2009 年登记结婚，生育一女王某某。2013 年 8 月，徐某发生交通事故，其多处损伤分别构成二级、四级、十级伤残。

事故后，徐某父母与王某就徐某的治疗问题发生激烈矛盾。2013 年 12 月，徐某父母将徐某带回自己家中照料至今。2015 年 3 月，徐某被评定为智力残疾壹级。2017 年 4 月，徐某父亲徐某某向法院申请变更徐某的监护人，后法院确认徐某的监护人由王某变更为徐某某。2017 年 12 月，徐某提起扶养费纠纷诉讼，要求王某每月支付扶养费 5000 元。后法院判决王某每月支付徐某扶养费 400 元。王某于 2017 年 7 月、2019 年 1 月两次诉至法院，要求与徐某离婚，法院均判决不准许双方离婚。2019 年 10 月，王某再次诉至法院，要求与徐某离婚。

法院经审理认为，双方在本院多次判决不准许离婚后，仍未能修复感情，结合徐某在发生交通事故后，被父母接回家中生活至今，双方互不往来等情形，认定双方感情确已破裂。鉴于徐某在婚姻关系存续期间因事故致残，生活不能自理，其依法有获得经济帮助的权利。经过承办法官与家事调解员的多次调解，徐某某最终同意徐某与王某离婚。法院判决准许双方离婚、王某某由王某自行抚养、王某每月支付徐某 500 元。判决作出后，王某及时支付了费用。

点 评

在离婚诉讼中，夫妻感情确已破裂是法院判决准予离婚的法定事由。婚姻关系中，夫妻双方负有互相扶助的义务，应在共同生活过程中，患难与共，彼此扶持。在赞扬不离不弃的鲜活案例的同时，我们也不应剥夺夫妻感情确已破裂情况下一方要求结束婚姻关系的权利。本案中，女方伤残且构成智力残疾、男方多次诉请离婚、女方变更监护人且被父母接回家中，此等种种，已经可以认定夫妻感情确已破裂。

通过承办法官和家事调解员的劝导，作为女方的监护人，徐某某也做出了理性的决定。当然，法律和道德都不赞同婚姻关系终结后，一方对弱势一方的漠视。《婚姻法》第四十二条规定，离婚时，如一方生活困难，另一方应从其住房等个人财产中给予适当帮助。具体办法由双方协议；协议不成，由人民法院判决。本案中，女方的遭遇令人同情，今后的生活存在一定的困难，法院判决由男方给予女方一定的经济帮助符合人情和法理，司法亦有温度。

同代疑似血亲不适用亲子关系推定规则

案 情

黄某（男）与季某（女）于 1982 年登记结婚，婚后育有一女黄甲。2017 年 11 月，黄某病故。张乙的母亲张某作为张乙的法定代理人，以张乙的名义诉至法院称张乙系黄某的亲生儿子且与黄某以父子名义共同生活，张乙应继承黄某 40%的遗产。张某提供了 DNA 检验报告书，该报告书载明送检的标记为“大”的毛发供者的基因型符合作为标记为“小”的毛发供者亲生父亲的遗传基因条件，张某称“大”和“小”毛发供者分别为黄某和张乙。张某另提供其与黄某的照片及黄某亲友等人的谈话录音等证据，以证明黄某与张乙系父子关系。为了进一步确认其与黄某的亲子关系，张乙向法院申请就其与黄甲之间是否具有血缘关系进行鉴定。黄甲明确表示不同意进行 DNA 比对检验。

一审法院经审理认为，第一，张某无法证明标记为“大”的送检毛发来源于黄某，其提供的录音、微信聊天记录等证据亦非确定黄某与张乙存在亲子关系的确切证据；第二，法院不宜强制黄甲与张乙进行 DNA 比对；第三，同辈疑似血亲并不适用亲子关系不利推定原则。综上，在无法确定张乙与黄某存在亲子关系的情况下，张乙无权继承黄某的遗产。张乙不服上诉。二审法院驳回上诉，维持原判。

点 评

《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）》第二条规定：“?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。当事人一方起诉请求确认亲子关系，并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一方的主张成立。”该条所确立的亲子关系推定规则系建立在主张方提供初步必要证据的前提之下，且存在严格的适用边界，即限定在父母子女之间，而并不适用于兄弟姐妹之间。身份关系具有鲜明的道德性和伦理性，又与财产关系紧密相联，随意扩大亲子关系推定规则适用主体的范围不符合法律及司法解释的精神。婚生子女并无配合非婚生子女进行亲子鉴定的义务，更不适用亲子关系推定规则。

遗弃亲生子难逃刑责
民政部门担起监护职责

案 情

2018 年 7 月 22 日，刘某在医院生育一名女婴后，于同月 24 日将该女婴遗弃在医院女更衣室内。女婴被发现后由民政局下属的某儿童福利院代为抚养。公安局经调查发现，刘某还曾在 2015 年 1 月 29 日，将其所生的一名男婴遗弃在居民楼内。在检察院的建议和支持下，民政局向法院提起诉讼，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，民政局愿意承担该女婴的监护责任，指定其下属的某儿童福利院抚养女婴。

法院经审理认为，被申请人刘某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合法权益，符合法院判决撤销其监护人资格的情形。被监护人自被生母刘某遗弃以来，某儿童福利院代为抚养至今，综合考虑被监护人生父不明、刘某父母年龄和经济状况、村民委员会的具体情况，由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、教育等合法权益。综上，法院判决撤销被申请人刘某的监护权，指定民政局作为该名女婴的监护人。其后，刘某因先后遗弃非婚生男婴、女婴各一名，被法院以遗弃罪判处有期徒刑一年三个月，缓刑一年六个月。

点 评

父母是未成年子女的法定监护人，有保护被监护人的身体健康，照顾被监护人的生活，管理和教育被监护人的法定职责。监护权既是一种权利，更是法定义务。父母不依法履行监护职责，严重侵害被监护人合法权益的，其他有监护资格的个人和组织可以根据《民法总则》第三十六条的规定，申请撤销监护人资格，变更监护人。同时，《民法总则》第三十二条规定，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。国家机关和社会组织兜底监护是家庭监护的重要补充，是保护未成年人合法权益的坚强后盾。未成年人的健康成长不仅需要司法及时发挥防线作用，更需要全社会协同发力，建立起全方位的权益保障体系，为国家的希望和未来保驾护航。

父母积怨探望难
孩子心声化纠葛

案 情

奚某（男）与张某（女）于 2010 年登记结婚，婚后育有二子奚甲、奚乙。2016 年，奚某与张某经法院调解离婚，离婚时确定奚甲由张某负责抚养并承担全部抚养费用，奚乙由奚某负责抚养并承担全部抚养费用。2017 年 4 月，张某起诉奚某主张对奚乙的探望权，奚某也起诉主张对奚甲的探望权，经法院调解，协商确定了二人对两子在平时和暑假期间具体探望的时间和方式。后奚某以探望奚甲受阻为由，向法院申请强制执行。2018 年 9 月，张某向法院提起本诉，以奚某探望奚甲存在不利于奚甲的情形为由要求中止奚某的探望权。奚某辩称其不存在不利于子女身心健康成长的行为，反而是张某一再阻碍其探望。

法院在审理过程中发现，张某和奚某在教育孩子的过程中均存在一定的问题，两人之间的矛盾和争吵给孩子带来了一定的伤害。诉讼期间，双方仍各不相让，矛盾难调。鉴于奚甲已年满 8 周岁，承办法官充分运用心理咨询技巧，和奚甲耐心沟通、交流，开导奚甲的同时，听取奚甲内心的真实想法。同时，在传达孩子心声的同时，让张某意识到父爱情感的满足对孩子心灵健康成长的重要性。后张某撤回起诉。

点 评

未成年人利益最大化是处理涉少家事案件的基本原则。关注孩子的需求，倾听孩子的心声在处理探望权、抚养权等家事纠纷中，是法官作出裁判前的重要一环。《婚姻法》第三十八条规定，离婚后，不直接抚养子女的父或母，有探望子女的权利，另一方有协助的义务。探望权的合理行使，能够有效减轻父母离异对孩子造成的不利影响，不缺席的父爱和母爱有利于孩子身心健康发展，非因法定中止事由的出现，不得任意阻碍、限制和剥夺探望权的行使。心理疏导有效介入家事案件是家事审判方式和工作机制改革的重要成果，其对化解家事纠纷的积极作用日益显著。

司法实践中，除聘请专业的心理咨询人员介入家事案件这一方式以外，越来越多的家事法官开始学习心理咨询知识和技巧，辅助于矛盾的高效化解。本案中，掌握一定心理咨询知识和技巧的承办法官，更易察觉孩子的心理需求、探究当事人的心理症结，从而帮助当事人走出心理误区，正视父亲的探望对孩子的积极意义和必要性，从而妥善化解矛盾。

被继承人代书遗嘱、见证人未全程见证，遗嘱无效

案 情

孙某（男）与朱某（女）婚后生育孙甲（男）和孙乙（女）。2008 年 11 月 6 日，孙某与朱某订立一份遗嘱，载明二人名下的两处房屋由孙甲一人继承。遗嘱上有孙某、朱某的签名和手印，A、B、C 作为见证人签名并按手印。该遗嘱由孙甲打印，落款日期为 2008 年 11 月 6 日，签名时间为 11 月 8 日。2009 年孙某去世，2018 年孙甲诉至法院，要求按该遗嘱的内容继承两处房屋。朱某、孙乙对该份遗嘱不予认可，认为并非孙某、朱某真实意思表示，该遗嘱亦不符合代书遗嘱的形式要件，应属无效。朱某拿出一份经两名律师见证，于 2018 年 8 月 13 日立下的个人遗嘱，载明自己的份额由孙乙单独继承。一审法院经审理认为，该打印遗嘱上有两个以上无利害关系见证人见证且当时孙某神志清醒，系其真实意思表示，应属有效。朱某所享有的份额因其否认并立下新遗嘱，故不能按打印遗嘱处理。遂判决房产中孙某所享有份额按其遗嘱由孙甲一人继承。

朱某、孙乙不服上诉。二审法院经审理认为，孙甲提交的遗嘱为打印件且非孙某本人制作，应属代书遗嘱。代书遗嘱应当有两个以上见证人在场见证，并由其中一人代书，同时须有遗嘱人、代书人、其他见证人签名，并注明年月日，才是有效的代书遗嘱。本案中，遗嘱打印的时间与签名时间不一致，见证人未见证遗嘱制作的整个过程，并不符合时空一致性的要求，且该遗嘱由继承人孙甲制作完成。综上，该遗嘱不符合代书遗嘱的形式要求，应属无效。故判决撤销一审判决，驳回孙甲按该遗嘱继承的诉讼请求。

点 评

公证遗嘱、自书遗嘱、代书遗嘱、录音遗嘱和口头遗嘱是五种法定的遗嘱形式。打印遗嘱是目前较为常见的遗嘱表现形态，若由遗嘱人自行制作遗嘱，归入自书遗嘱的范畴；由他人制作则为代书遗嘱，适用代书遗嘱的认定规则。

《继承法》第十七条第三款规定：“代书遗嘱应当由两个以上见证人在场见证，由其中一人代书，注明年、月、日，并由代书人、其他见证人和遗嘱

人签名。”同时，见证人的身份应受到严格的限制，《继承法》第十八条规定：“下列人员不能作为遗嘱见证人：（一）无行为能力人、限制行为能力人；（二）继承人、受遗赠人；（三）与继承人、受遗赠人由利害关系的人。”

《继承法》对代书遗嘱采取严格的法定主义，对遗嘱的形式予以明确规定，其立法本意在于充分保障遗嘱的真实，以维护遗嘱自由原则。代书遗嘱由他人书写，立遗嘱人虽有签名，但其意思表示要通过他人的代书来表达，其表达个人意愿的自由度会有所降低，如果没有其他形式要件的约束，易受到他人的胁迫和诱导。无利害关系的见证人全程参与遗嘱的订立过程且由见证人代书遗嘱是确保遗嘱真实反映遗嘱人意思表示的必要条件。

赡养模式有选择 晚年生活质更高

案 情

吴某（女）与任某（男）婚后收养了任甲，生育了任乙、任丙和任丁。1993 年，任某因病去世。其后，吴某主要随任乙生活，也曾在外做保姆赚钱。现吴某年迈无经济收入，生活不能自理，与子女有矛盾，不愿与子女共同生活。吴某诉至法院，要求四名子女承担赡养义务，包括承担养老院费用（月均 1000 余元）、医疗费和百年后的费用。

一审法院经审理认为，本案原告已逾 80 岁，要求子女承担赡养义务的诉讼请求符合法律规定，应予支持。原告坚持要求入住养老院，不愿随儿女生活。其要求入住的养老院每月花费 1000 余元，仅为当地普通标准，诉讼请求尚属合理。四被告虽各有一定的生活困难，但共同分担原告入住养老院有限的花费并不足以影响四被告的正常生活。遂判决四被告各承担吴某各项费用的四分之一。任丙不服上诉。二审法院驳回上诉，维持原判。

点 评

子女对父母有赡养和扶助的法定义务。赡养费用应当结合当地经济水平、被赡养人的实际需求、赡养人的经济能力等因素综合确定。在选择赡养方式的时候，应充分考虑老人的实际情况、切实需求和真实意愿。俗话说，子欲养而亲不待。父母在，人生尚有来处；父母去，人生只剩归途。为人子女者，应尽可能的给予老人更好的物质供养、生活照料和精神慰藉，使他们能够安度晚年。当前，我省大约有 90%的老人由家庭自我照顾，7%的老人享受居家社区养老服务，3%的老人享受机构养老。

针对日趋加深的老龄社会态势，发展居家、社区和互助式养老，推进医养结合，提高养老院的服务质量才能解决好养老问题。敬老、养老、助老是中华民族的传统美德，更好地维护老年人权益，增进全社会对老年人的尊重与关心，为老年人打造更为优质的物质和精神生活是家事，更是国事。

债务清偿：全体继承人放弃继承时的审判和执行难题探讨

原创：2020-03-06 审判研究 高文祥
https://mp.weixin.qq.com/s/UHf1kh1qZUDxK-OGOWzQ2Q

高文祥 江苏省苏州市姑苏区人民法院

观点摘要：

一般情况下，自然人死亡引起继承和债务清偿的双重法律关系，实践中因自然人死亡引起的债务清偿类案件数量较多。有的案件审理过程中，继承人出于各种考虑，往往向法院明确表示放弃继承。在全体继承人均放弃继承时，责任主体的确定和裁判方式的选择成为司法实践中的难题。对此，不同

法院有不同处理方式，不仅不利于裁判统一，而且造成审判和执行程序脱节。为合理保护债权人权益、有效衔接审执程序，有必要建立遗产管理人制度。由法院在审判程序中指定遗产管理人，判决遗产管理人承担相关清偿责任。为节约司法资源、方便判决执行，还应在判决书中明确遗产范围。执行过程中，应注意对遗产的执行、强制措施的采取及执行结案方式的选择等方面。

一、案例导引

案例一：

崔某向李某借款，借款到期后，崔某并未偿还，后崔某因病去世。故李某以崔某的第一顺位继承人崔某 1 为被告向法院起诉，请求归还借款及利息。诉讼过程中，崔某 1 提交书面声明称放弃对崔某遗产的继承。经审查，法院认为继承人因放弃继承权致其不能履行法定义务的，放弃继承权的行为无效，故崔某 1 自愿放弃继承权的行为无效，故判决其在继承遗产范围内偿还借款和利息。[1]

案例二：

张某与信用社签订借款合同，但借款到期后，张某无力偿还。后张某因病逝世，信用社遂将张某的法定继承人张某妻子及三子女起诉至法院，要求四被告承担还本付息的责任。四被告辩称，张某未留有遗产，即使留有遗产，也表示放弃继承。法院审查后认为，四被告均放弃继承，根据继承法相关规定，继承人放弃继承的，对被继承人依法应负债务可以不负偿还责任，故判决驳回信用社诉讼请求。[2]

上述案件面临同一情况，即在债务纠纷中债权未予受偿，后债务人死亡，债权人将债务人的继承人作为被告诉至法院，要求在遗产范围内清偿债务。理论上，一般称该债务称为遗产债务，即应在遗产范围内清偿的债务。诉讼过程中，继承人出于各种考虑，如遗产数额较少、甚至主观上为了规避债务清偿，而向法院表示被继承人并未留有遗产，即使有遗产，继承人也表示放弃对遗产的继承，以此为由主张免除继承人的偿还责任。因为对于债权人而言，即使提起诉讼，也基本无法知晓被继承人遗留的具体财产数目。[3]

实践中，**如果系部分继承人放弃继承，法院可裁判未放弃继承的继承人承担责任，如果该部分继承人未履行，债权人可以其为被执行人申请强制执行。但如果全体继承人均表示放弃继承，那么应由何主体承担责任呢？**

法律法规对此问题并无明确规定，不同法院亦有不同处理方案。实践中，司法机关不仅在审判程序中处理不一，在执行程序中亦采取不同的结案方式，同案不同判、同案不同执的现象较为突出。这种现象带来裁判和执行的混乱和衔接困难，不仅损害司法权威，也影响了债权人合法权益。笔者整理归纳了裁判文书网上关于此类纠纷的相关裁判和执行文书，主要集中在民间借贷、金融借款等领域，拟就审判和执行中的问题作一探讨。

二、立法现状及实践中的处理方式

（一）目前法律和司法解释关于继承的法律规定

现行有效的继承法对遗产债务清偿问题的规定主要体现在《继承法》及最高人民法院《关于贯彻执行继承法若干问题的意见》（以下简称《继承法执行意见》）中。《继承法》第 33 条规定，继承遗产应当清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务，缴纳税款和清偿债务以他的遗产实际价值为限。超过遗产实际价值部分，继承人自愿偿还的不在此限。继承人放弃继承的，对被继承人依法应当缴纳的税款和债务可以不负偿还责任。《继承法执行意见》第 46 条规定，继承人因放弃继承权，致其不能履行法定义务的，放弃继承权的行为无效；该意见第 62 条规定，遗产已被分割而未清偿债务时，如有法定继承又有遗嘱继承和遗赠的，首先由法定

继承人用其所得遗产清偿债务；不足清偿时，剩余的债务由遗嘱继承人和受遗赠人按比例用所得遗产偿还；如果只有遗嘱继承和遗赠的，由遗嘱继承人和受遗赠人按比例用所得遗产偿还。

除上述规定，最新的《民法典草案》第六编第四章专门规定了遗产的处理。其中第 1161 条规定与上述《继承法》第 33 条规定几乎一致，即继承人以所得遗产实际价值为限清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务。超过遗产实际价值部分，继承人自愿偿还的不在此限。继承人放弃继承的，对被继承人依法应当缴纳的税款和债务可以不负清偿责任。值得一提的是，该草案详细规定了遗产管理人制度，包括遗产管理人的选定、职责等内容。

（二）实践中的处理方式

诉讼过程中，如果认可全部继承人放弃继承，将导致债权人起诉主体落空，此时继承人是否还需承担清偿责任？

针对该问题，实践中的裁判观点大致归为三种：

第一种裁判观点是以《继承法》第 33 条为依据，认为继承人放弃继承的，对被继承人所负债务可以不负偿还责任，故允许放弃继承。实践中有的法院对债权人采取驳回诉讼请求的方式，如上述案例 2；有的法院则认为被继承人生前遗留的财产为无主财产，债权人不应再向继承人主张权利，故以被告主体不适格为由裁定驳回债权人起诉。[4]

第二种观点则以《继承法执行意见》第 46 条为依据，认为继承人因放弃继承权，致其不能履行法定义务的，放弃继承权的行为无效，故仍判决继承人在遗产范围内承担相关责任。实践中，有的法院明确表示不认可继承人放弃继承的声明，如上述案例 1；有的法院则表示为了更好清理债务，继承人仍应妥善保管遗产，并以遗产为限辅助清偿债务，故判决继承人妥善保管和协助清理被继承人的遗产，并在遗产范围内“辅助清偿”被继承人生前所欠债务。[5]

第三种观点针对继承人放弃继承的情形指定了遗产代管人，并判决遗产代管人对遗产进行清理，在遗产范围内偿还债务。[6]

三、关于继承人放弃继承时的审理和裁判

综合实践中的处理方式，结合现有法律规定，笔者基本同意上述第三种指定遗产管理人（含义同遗产代管人）的观点，当全体继承人均向法院表示放弃继承时，法院应首先查明被继承人是否留有遗产及遗产的范围；如有遗产，应指定遗产管理人，明确遗产管理人的职责，判决遗产管理人在遗产范围内承担责任。具体论述如下：

（一）确立合理的裁判方式

关于上文所述的实践中的三种裁判方式，其分歧在于法院是否承认继承人的放弃声明？如果不承认放弃声明，则应否判决全部继承人在继承遗产范围内承担责任？

笔者认为，**一般情况下，对于继承人放弃继承的声明不应予以承认**，理由如下：

一是从法律规定上，《继承法》第 33 条规定了放弃继承后，继承人可不予承担遗产债务；而《继承法执行意见》第 46 条则明确了继承人因放弃继承权，致其不能履行法定义务的，放弃继承权的行为无效。从立法目的而言，执行意见针对了实践中因放弃继承而逃避债务的行为，是对继承法的解释和有益补充，故一般情况下应适用执行意见的规定。

二是从法律实践看，继承人恶意放弃继承的情形较多，继承人虽然明确表示放弃继承，但实际上仍然占有和使用着被继承人遗留下来的财产如房屋和车辆，对此情形法律并无有效的制约措施。如果法院轻易认可全部继承人放弃继承，采取前述驳回诉请或驳回起诉的方式，则会导致遗产债务成为游离于司法程序之外的自然之债，实际上丧失了通过申请强制执行等司法途径实现债权的权利，不仅无法对恶意放弃有效制约，也不利于债权人利益的保护。

实践中，债权人一般对于遗产具体状况并不了

解，如果不通过起诉，无法直接实现其财产权利。尤其在遗产债权人较多的情况下，甚至可能造成争相抢夺遗产的后果，有悖法治精神。因此，即使全体继承人均明确表示放弃继承遗产，法院也不能以此为由判决驳回诉请或裁定驳回起诉，而应通过恰当方式判决其承担责任。这不仅有利于规制继承人进行虚假意思表示，而且有助于法院查明遗产范围，以便在执行阶段对相关财产采取查控措施。

关于应否判决全部继承人在继承遗产范围内承担责任的问题，笔者认为，如果部分继承人放弃继承，那么法院可以兼顾继承人的自由意思和债权人利益，承认该部分放弃继承的声明，判决未放弃继承的继承人在继承遗产的范围内承担还款责任。但如果全部继承人均放弃继承，应设立遗产管理人制度，判决遗产管理人在遗产范围内承担还款责任。设立遗产管理人制度有利于遗产管理和方便诉讼程序的推进。如果在全体继承人放弃继承的情况下，仍然判决所有继承人在继承遗产范围内承担责任，不仅不利于判决的有效履行，而且进入执行程序后也存在执行上的困难。指定遗产管理人则可以减少履行的阻力和强制执行的难度和成本，既可以免除放弃继承权的继承人的直接履行义务，又不损害债权人利益。我国最新的《民法典草案》就规定了遗产管理人制度。

关于上述第二种观点中判决继承人在遗产范围内承担“辅助清偿”责任的表述，这种判决使得应否承担责任的界限比较模糊，实践中难以操作，进入执行程序后亦会造成强制执行的困难。笔者认为在没有明确法律规定的情况下，应谨慎采取此种判决方式。

（二）遗产管理人制度的具体内容

所谓遗产管理人，是指对死者遗产负有妥善保管和处理的人，其具体范围和职责如下：

1．遗产管理人的范围

为避免不同继承人对遗产管理人的确定发生争执，应明确遗产管理人的范围。我国现行的《继承法》及《继承法执行意见》并未规定遗产管理人制度，最新的《民法典草案》第 1145 条规定了遗产管理人的选择。值得注意的是，该草案同时规定了继承人未推选遗产管理人的，则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。

《民法典草案》的这一规定系在一般情况下对遗产管理人的确定原则，但诉讼程序是人民法院作为主导者的程序，应充分肯定法院在确立遗产管理人方面的地位和作用，且根据《民法典草案》第 1146 条的规定，债权人亦可以向法院申请指定遗产管理人。即使诉讼过程中，债权人未向法院申请，法院也可以向债权人释明相关后果，或依职权指定遗产管理人。因此，在全体继承人放弃继承的情况下，如果未推选出遗产管理人，则应由人民法院在继承人中指定。当然，对于没有继承人的，债权人可以起诉被继承人生前住所地民政部门或村委会，法院可在查明遗产的前提下指定民政部门或村委会担任遗产管理人承担相关责任。

指定遗产管理人是人民法院行使司法裁量权的体现，在指定遗产管理人时应综合考虑以下因素：继承人中有无遗嘱执行人，如果有应优先予以考虑；继承人本人的意愿，有无推选过遗产管理人；继承人与被继承人是否居住在一起，亲密程度如何；继承人对遗产的内容和范围是否清楚；继承人自身的健康程度、时间精力及内心意愿等因素。法院应综合判断后予以指定，可以指定继承人中的一人，也可以指定多人。

2．遗产管理人的职责

最新的《民法典草案》第 1147 条规定了遗产管理人的职责，该条明确了遗产管理人处理被继承人债权债务的职责。在诉讼过程中，遗产管理人经由法院指定，必须依法承担相关职责，包括：向法院如实陈述相关案件事实，尤其是遗产的内容、范

围或实际价值，及有无发生继承、各继承人已继承的遗产情况；依法行使举证权利、履行质证义务，对原告所举的遗产线索证据，遗产管理人应依法予以质证或核实，帮助法院查明案件事实。在执行过程中，遗产管理人应行使作为被执行人的权利和义务。在诉讼之外，遗产管理人应对遗产进行清理和妥善保管，为全体继承人利益尽到善良管理人的义务。

此外，应在判决书说理部分明确法院指定遗产管理人的原因，尤其应明确遗产管理人对遗产负有清理及妥善保管的职责。如法院认定遗产管理人应承担责任，应明确判决遗产管理人在遗产范围内履行对债权人的清偿义务。

（三）在审判阶段查明遗产范围

如上文所述，针对全体继承人放弃继承的情况，应首先查明被继承人死后是否留有遗产，这不仅关系当事人义务的确定，也关系着案件的最终裁判方式。实践中，大多数判决认为无需在审判阶段查明被继承人的遗产，只要在判决主文中确定继承人或遗产管理人在遗产范围内承担偿还责任即可，至于被继承人是否留有遗产及遗产的具体范围，可留待执行过程中解决。

笔者认为，**查明遗产范围应作为裁判的前提条件，如果经法院审理查明被继承人并未留有任何遗产，那么应直接判决驳回原告的诉讼请求。**只有查明有遗产时，才应指定遗产管理人承担清偿责任。如果判决书中不列明财产范围，其实只是赋予了债权人获得清偿的资格。若债权人无法查找到遗产，那么该判决只能空置。若债权人查找到了遗产，那么在申请强制执行后也将面临另外一道难题，即如果其他继承人或案外人提出异议认为该项财产并非遗产，将导致执行部门难以抉择，执行部门非审判部门，在确定物权关系归属上并不具有优势。为解决遗产归属争议，当事人不得不再次起诉以确认某项财产为被继承人遗产，从而陷入循环诉讼，这不仅损害了债权人利益，也造成司法资源的严重浪费。

综上，在遗产债务清偿案件审理过程中，应首先查明遗产状况，认定遗产状况并不仅仅是明确被继承人死亡时留有哪些遗产，还应当明确遗产的价值，尤其是在债务额可能大于遗产额的情形下。[7] 法院可以在判决文书事实查明部分予以明确，实践中，有的法院直接在判决主文中明确。[8] 如果双方当事人对遗产有无或遗产范围存在争议时，法院应引导双方举证质证。根据民事诉讼证据相关规定，如继承人明确表示被继承人未留有遗产，而债权人主张留有遗产时，那么法院应将证明遗产的举证责任分配给债权人，由其举证证明被继承人是否有遗产，然后由被告予以质证。因实践中债权人对死者生前财产情况并不一定清楚，对死者是否留有遗产很难举证证明，因此仍需要法院依职权主动审查有无遗产及遗产范围。如债权人无法举证证明死者留有遗产，且经法院主动查询也无相关遗产线索，即可认定死者没有遗产，如前文所述，此种情况下法院可直接判决驳回原告诉讼请求。

关于**法院主动查询的方式**，笔者认为，可以在审判程序中引入最高院执行网络查控系统，授权给审判人员进入执行网络系统查控的权利，从而更方便地查找被继承人有无遗产。有人认为，授权审判法官进入执行平台查询不如由执行人员在执行程序中查询更方便快捷。也正基于此理由，实践中多数法院仍采取上述第一种观点即在审判阶段并不明确遗产范围，而留待执行程序中解决。然而事实上并非如此，在申请人提起的强制执行程序中，被执行人仍为继承人而非死者，目前的执行网络查控系统仅能查询被执行人名下财产信息，尚不支持查控死者财产信息。所以，无论审判人员还是执行人员，都需要借助执行查控系统的特殊端口，方能查询死者遗产信息。

四、执行难题探讨

关于执行问题，若遗产管理人未履行清偿责任，债权人应以遗产管理人为被执行人申请强制执行。

此类执行案件，应注意以下几方面：

（一）对遗产的执行

实践中，多数法院并未在判决中明确遗产范围，对于此类判决，执行前应慎重对被执行人采取查控措施，而应首先查明遗产范围，然后再对遗产进行处置。对遗产的处置，不同于对被执行人财产的执行，因为遗产在法律属性上本应属于被继承人，由于发生了死亡的法律事实，则该财产应转移至相关继承人名下。如未办理产权变更手续，对于遗产的执行应以遗产管理人为对应的权利人。执行人员在对遗产进行查封、冻结、扣押时应赋予遗产管理人以财产所有人的权利，如提出执行异议、复议的权利，陈述、申辩或要求赔偿的权利等。

值得说明的是，对于遗产为房屋等不动产的，实践中有的继承人虽然在审判阶段明确表示放弃继承，但实际上仍占有和使用着该不动产，仅仅是未办理转移过户手续。对此，笔者认为，既然继承人已明确表示放弃继承，那么执行法院有权处置该不动产，占用该不动产的继承人应予腾退以配合法院的执行工作。

（二）对被执行人采取的强制执行措施

随着执行体制机制的改革，越来越多人民法院的执行部门建立了执行指挥中心平台。一般情况下，执行案件立案后，首先由指挥中心发起总体查控，对被执行人名下的存款、车辆、不动产等财产予以查询并采取查封、冻结、扣押等强制措施。但对于上述判决遗产管理人承担责任的案件，应对被执行人即遗产管理人慎重采取执行措施。因为在未发生继承的情况下，被执行人并非以个人财产履行对债权人的义务，而是以遗产为限履行义务。

因此，执行人员应先向被执行人发送申报财产通知、履行义务通知等材料，如被执行人仍未履行义务的，执行人员应安排执行谈话，告知被执行人认真履行遗产管理人职责，积极配合法院对相关遗产采取查控和处置措施。执行过程中，应明确执行范围为死者遗产，而不宜直接处置被执行人名下财产。如因遗产处置不能等原因导致案件终结本次执行程序或终结执行的，不宜对其采取限制高消费或纳入失信被执行人名单等处罚措施。当然，若被执行人未能妥善履行作为遗产管理人的职责，或拒不配合法院对遗产采取查处措施，则可以对其采取罚款、拘留等处罚措施。

（三）关于执行结案方式的选择

根据《民事诉讼法》及最高人民法院相关执行规定，执行结案方式包括执行完毕、终结本次执行程序、终结执行、不予执行、驳回申请、销案等结案方式。如经法院执行上述遗产，仍未足额实现债权人申请金额，那么应当选择何种结案方式呢？

根据相关规定，应明显不属于执行完毕、不予执行、销案等方式，驳回申请针对申请不符合法定受理条件的情形，因此也不宜适用该方式。根据民事诉讼法司法解释第 519 条规定，如穷尽调查措施，仍未发现足额可供执行财产或发现的财产无法处置的，可以裁定终结本次执行程序。关于终结执行，《民事诉讼法》第 257 条及相关司法解释规定了一系列情形，其中 257 条第三项规定作为被执行人的公民死亡，无遗产可供执行，又无义务承担人的，可以裁定终结执行；第六项规定了人民法院认为应当终结执行的其他情形。那么应选择终结执行还是终结本次执行程序呢？

遗产管理人的职责包括了处理被继承人的债权债务，因此应不属于上述条文规定的“无义务承担人”的情形，按此规定不应予以终结。那么是否符合终结本次执行程序的情形呢？

终结本次执行程序其实赋予了当事人事后恢复的权利，关于终本后的恢复，上述第 519 条第二款规定，如果申请执行人发现被执行人有可供执行财产的，可以再次申请执行。应当明确的是，在本文探讨的遗产管理人制度下，该规定中“被执行人有可供执行财产”应指遗产，而非遗产管理人或继承人本人名下的财产。在遗产范围已经确定的情形

下，如果查明的遗产暂时无法处分，笔者认为，应当根据案件具体情形判断以后有无处置的可能，如果以后可以处置，那么应裁定终结本次执行程序，待可以处置时再恢复执行；如经审查已无其他任何遗产，目前查明的遗产也依法不应予以处置，如案外人对遗产提出异议且经法院再审判决认定遗产应归案外人所有，此种情况下已不具备恢复执行的可能，应依法终结执行，适用依据为上述第 257 条第六项规定的人民法院认为应当终结执行的其他情形。

试举一案例，死者生前欠付债权人借款未偿还，而死者遗产仅为其名下的农村宅基地及地上的小产权房一套。审理中两名继承人即其妻子和女儿均表示放弃继承，后法院指定妻子作为遗产管理人，并判决遗产管理人在遗产范围内对债权人承担还款责任。后因遗产管理人未履行义务，债权人申请强制执行。执行中，法院查明妻子仍居住在上述小产权房内。承办人员将上述情况告知债权人，债权人亦表示暂时不予处置，待以后拆迁分得房屋后再行处置。此种情况，笔者认为可以裁定终结本次执行程序，保留债权人以后申请恢复执行的权利。

需要补充的是，如果经法院处置完毕相关遗产，但债权仍未能全部受偿。此时由于不存在恢复执行的可能，也应当适用上述第 257 条第六项的规定予以终结执行。

---

[1] 参见吉林省辽源市龙山区人民法院（2019）吉 0402 民初 1163 号民事判决书。

[2] 参见广东省梅州市中级人民法院（2015）梅中法民二终字第 186 号民事判决书。

[3] 北京市第三中级人民法院民一庭课题组："被继承人债务清偿纠纷审判之疑难问题研究"，载《人民司法》2018 年第 25 期。

[4] 参见浙江省湖州市中级人民法院（2016）浙 05 民终 970 号民事裁定书。

[5] 参见浙江省丽水市中级人民法院（2019）浙 11 民终 889 号民事判决书。

[6] 参见苏州市姑苏区人民法院（2019）苏 0508 民初 4110 号民事判决书。

[7] 徐文文："被继承人债务清偿纠纷审判实务若干问题探讨"，载《东方法学》2013 年第 4 期。

[8] 参见重庆市黔江区人民法院（2013）黔法民初字第 02554 号民事判决书。

原创序号：法官论谈 357

核校：简牍

案例一：尹某与李某某离婚纠纷案

2020-03-07 天津高法

https://mp.weixin.qq.com/s/LEFcWVI1oLOv9Zj-OCo3oA

编者按

第 110 个国际三八妇女节即将来临，为推动妇女权益保障工作，发挥以案释法功能，落实普法责任制职责要求，天津法院甄选出一批保障妇女权益典型案例，展示天津法院在深入推进家事审判改革，维护妇女合法权益方面进行的积极探索和实践，促进全社会妇女权益保障工作再上新水平。

案例一：尹某与李某某离婚纠纷案

基本案情

尹某（女）、李某某（男）于 2011 年登记结婚，婚后育有一子，自 2017 年 10 月双方一直分居，孩子随尹某生活。二人婚后共同购买坐落天津市和平区的房屋一套。2019 年，李某某自行变卖该房屋，

所得房款 730 万元，买方已付款，尚未过户。尹某知道李某某出售房屋后，向法院申请诉前财产保全，法院依法作出诉前财产保全裁定，并立即对房屋进行了查封，及时阻断了房屋过户。尹某认为夫妻感情已破裂，起诉至法院，请求依法判令双方离婚，婚生子李小某由尹某抚养，李某某每月给付抚养费 1500 元。

裁判结果

法院受理案件后，承办法官及时对双方做沟通调解工作，对尹某进行疏导和安抚，李某某同意离婚并进行协商。法官了解到，730 万元售房款中有 450 万元的夫妻共同债务已被河西区人民法院执行完毕，用以偿还上述房屋的银行贷款，剩余 280 万元，考虑到孩子随母亲生活等因素，经反复做双方工作，李某某同意一次性支付尹某房款 180 万元，婚生子由尹某抚养，李某某每月支付抚养费 2000 元。法院解除对房屋的查封，保障了买方及时办理过户。

典型意义

本案是法院依法调解婚姻关系破裂情况下男方私自处分夫妻共有房屋，保护妇女财产权益的典型案例。夫妻关系存续期间购买的房屋是夫妻共同财产，男方私自出售房屋严重损害了女方的财产权利，女方应及时运用法律武器避免自身财产权利遭到侵害。本案中，法院及时审查女方的诉前财产保全申请，阻断房产过户，为女方顺利分割售房款赢得了有利条件。同时在案件审理过程中，法院及时有效开展调解工作，既保护了女方合法的财产权利，又尽可能缩短了案件审理时间，减轻了对房屋买受人权利实现的影响，使案件得以妥善处理，达到了良好的社会效果。

维护妇女权益 贡献司法力量——北京一中院涉妇女权益保护家事案例(六)

2020-03-08 法暖家事 一中院家事审判

https://mp.weixin.qq.com/s/ZZ2N9tiiZN6TUoFj4IzkrA

今天是“三·八”妇女节，北京一中院家事审判庭整理汇总 2019 年审理涉妇女权益保护典型案例，为广大女性合法理性维权作出提示。案例内容涉及隐瞒夫妻共同财产的处理、夫妻共同债务的分割、婚内财产协议的效力、违背夫妻忠实义务的处理、夫妻间扶养义务的承担、离婚协议的履行。3 月 3 日至 3 月 8 日分六期内容发布，此为第六期。

协议离婚要慎重，协议内容需履行

案情简介

葛某（男）与张某（女）原系夫妻，双方于 2013 年 6 月在民政部门办理了离婚登记，并签订了《离婚协议》，并约定：葛某名下三套房屋拆迁房，现经双方友好协商，将其中两套房屋分给女方，由于拆迁房屋尚未建好，现无法过户。等房屋产权可以办理过户时，男方保证无条件将两套房屋产权过户给女方。后葛某取得安置房屋后拒绝将上述房屋按约定给付女方，女方要求按照协议履行。

法院判决

法院生效判决认为，本案中，葛某与张某签订《离婚协议》，该约定系双方当事人真实意思的表示，且不违反法律、行政法规的强制性规定，双方理应按照约定履行其义务。就诉争房屋双方在《离婚协议》中已经明确约定归张某所有，该约定系双方当事人真实意思的表示，且不违反法律、行政法规的强制性规定，葛某理应按照约定履行其义务。

法院判决葛某将诉争房屋过户至张某名下。

法官说法

一、离婚协议对于离婚双方具有约束力。

根据《婚姻法解释（三）》第八条规定，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。当事人在离婚时就分割夫妻共同财产达成的协议，从本质上说，是作为平等主体的自然人之间就变更民事权利义务关系达成的协议，如果不存在法律规定的几种情形，一般有效。法律赋予其强制效力，当事人因履行上述财产分割协议发生纠纷提起诉讼的，人民法院应当受理。

二、当事人对登记离婚时达成的财产分割协议反悔的可以提起诉讼。

婚姻登记机关在为婚姻关系当事人办理离婚手续时，通常仅审查双方是否自愿离婚以及是否对财产分割和子女抚养问题达成一致意见，一般不对财产分割和子女抚养协议的内容进行实质性审查。因此，赋予当事人以司法救济手段维护其合法权益是必要的。《婚姻法解释（二）》第九条规定，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。人民法院审理后，未发现订立财产分割协议时存在欺诈、胁迫等情形的，应当依法驳回当事人的诉讼请求。

夫妻离婚时的财产分割协议与一般的民事合同不同，涉及到双方当事人之间的感情因素、心理平衡或者出于弥补自己行为过失的心理等。有的当事人因急于摆脱原来的婚姻关系，只能在财产方面作出让步从而让感情受到伤害的一方在经济上得到适当补偿，获得一些心理平衡；有的当事人离婚时认为对配偶有所亏欠，故在财产分割上愿意尽量多分配对方甚至会放弃全部财产。基于这些因素，对夫妻离婚时的财产分割协议，不宜用是否公平来加以衡量。因此，法律只规定了欺诈、胁迫的情形，而未将显失公平情形列入其中的原因。

三、区分登记离婚时提交的财产分割协议与离婚诉讼中达成的调解协议。

《婚姻法解释（二）》第九条中“男女双方协议离婚后”是指在婚姻登记机协议离婚的，并不包括在法院诉讼以调解结案方式离婚。在法院进行诉讼以调解的方式结案，就财产分割问题达成协议，是在法官主持下达成的，有国家司法机关的审查来保证双方当事人意思表示的真实性和协议内容的合法性；而在婚姻登记机关办理离婚手续时提交的协议，一般仅经过婚姻登记机关的形式审查，至于协议签订过程中是否存在欺诈、胁迫的情形则不在婚姻登记机关审查的职责范围内。所以，离婚诉讼中达成的调解协议是不能反悔的，更不能请求变更或者撤销。

四、离婚协议生效需要双方按照该协议离婚为前提。

根据《婚姻法解释（三）》第十四条规定，当事人达成的以登记离婚或者到人民法院协议离婚为条件的财产分割协议，如果双方协议离婚未成，一方在离婚诉讼中反悔的，人民法院应当认定该财产分割协议没有生效，并根据实际情况依法对夫妻共同财产进行分割。也就是说，双方签订离婚协议并且按照该协议去民政部门办理离婚登记手续的，双方应该按照协议的内容履行其相应的义务。如果双方签订离婚协议后并未去办理离婚登记手续，则该离婚协议不生效。

作者 | 刘福春
制作 | 方硕

保护妇女典型案例二：曲某某与刘某离婚纠纷案

2020-03-08 天津高法

https://mp.weixin.qq.com/s/O5iCjpVm17rwKW8wR8VFTQ

编者按

第 110 个国际三八妇女节即将来临，为推动妇女权益保障工作，发挥以案释法功能，落实普法责任制职责要求，天津法院甄选出一批保障妇女权益典型案例，展示天津法院在深入推进家事审判改革，维护妇女合法权益方面进行的积极探索和实践，促进全社会妇女权益保障工作再上新水平。

曲某某与刘某离婚纠纷案

基本案情

曲某某（女）、刘某（男）于 1997 年登记结婚，婚后双方因家庭琐事时有矛盾，致使夫妻关系紧张。2017 年 10 月 9 日，刘某因家事用木棍殴打曲某某，造成曲某某骨折，经鉴定为轻伤二级。曲某某向法院提起离婚诉讼，请求判令：1. 解除双方婚姻关系；2. 依法分割共同财产；3. 被告刘某对原告曲某某实施家庭暴力，给原告精神和身体造成了损伤后果，要求刘某赔偿精神损害抚慰金 10000 元。

裁判结果

法院生效裁判认为，根据《中华人民共和国婚姻法》第四十六条的规定，实施家庭暴力导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿。本案中，被告用棍棒对原告进行殴打，给原告的精神和身体造成了一定的伤害后果，被告的行为应当认定为家庭暴力，原告要求被告赔偿精神损害抚慰金 10000 元的请求，依法予以支持。判决：一、准予原告、被告离婚。二、被告于本判决生效后十日内给付原告精神损害抚慰金 10000 元。生效判决并对原被告的夫妻共同财产依法予以分割。

典型意义

本案是法院依法认定家庭暴力，支持妇女精神损害赔偿请求的典型案例。家庭暴力被喻为“家庭癌症”，严重损害受害人的身心健康和人格尊严，破坏家庭幸福和谐，践踏社会文明和法治底线。我国婚姻法、反家庭暴力法明确禁止家庭暴力。受到家庭暴力威胁或伤害的女性，可以通过司法途径有效保护自身合法权益。本案是一起因家庭暴力导致的离婚案件，法院结合施暴者的过错程度、暴力的行为方式、暴力行为造成的后果、施暴者的经济能力等具体情节，合理合法地确定了精神损害抚慰金数额，有效维护了受害妇女的合法权益，也通过裁判对于家庭暴力这种违反法律和社会主义道德的行为作出了否定性评价。

制作：金　丽
责编：吴玉萍
审核：祖先海

2019 审判监督十思十省（六）｜ 不应忽视借款用途确定夫妻共同债务

原创：2020-03-09 徐州审判　徐州中院审监庭

https://mp.weixin.qq.com/s/iy5l14hkp9_VJ7ejs3pwZw

前言

徐州中院审监庭在梳理总结 2019 年发改案件的基础上，选取了办案过程中十个特别值得深思和反省的问题，力图通过反思促使原审始终保持自觉、自省的能力，以期其能够超越自身程序的局限来实现司法的正确性与正当性，这也是再审程序内在的价值体现。本期，小编将推送第六篇《不应忽视借款用途确定夫妻共同债务》，速来品鉴~~~

本期执笔人：刘　洁
徐州中院审监庭法官助理

六思

关于夫妻共同债务的认定，同一证据，不同法官，却得出完全相反的事实认定，问题出在哪个环节，有无规则可依，您思考了吗？

六省

摈弃“债权人利益为先”的固有思维模式，围绕“用途”规则实质性进行审查，减少主观因素对案件事实判断的影响。法官在对夫妻共同债务的审查上，几乎千篇一律的审理思路，看似所有要素齐备，同一证据下不同法官却得出截然相反的事实认定，究其原因，犯的是忽视“用途”的重要性，流于形式似的对该要素进行审查的错误。“用途”几乎是认定是否是夫妻共同债务的核心，在审查时应紧紧围绕该规则进行审查，尤其在债权人主张与借据上写明用途不一致的情形下，不能仅将其落实在“借款用途是什么”这一句话上，更应及时转变举证责任，对其中疑点主动详细审查。

问题的提出：

2016 年，吴某持张某出具的收到条诉至法院，主张张某欠其 140 余万元，该收到条中载明了借款用途，因债务发生在张某与徐某婚姻关系存续期间，要求张某与徐某共同承担还款责任，一审审理后以徐某未能举证债权人与债务人明确约定为个人债务及属于婚姻法第十九条第三款规定的除外情形为由认定案件所涉债务系夫妻共同债务，判决张某、徐某共同承担还款责任。再审后，撤销原判。

本案的争点：

本案的争点是夫妻共同债务的认定问题

具体为：

1、在字据中明确载明借款用途的情况下，能否仅以被告未对 24 条例外情形举证认定为夫妻共同债务？

2、载明的借款用途与实际借款用途不一致的情况下，如何进行审查？

一、在借款用途明确载明并非用于夫妻共同生活的情况下，若不对用途进行实质性审查，仅要求被告对 24 条规定的例外情形进行举证，容易造成对事实的错误认定。

《婚姻法》第 41 条规定：“离婚时，原为夫妻共同生活所负的债务，应当共同偿还。”根据该规定，对于夫妻共同债务的认定，我国采用的是“双重要件标准”，即时间要件及用途要件。时间要件指的是婚姻关系存续期间，此处的婚姻关系我们认为除了依照我国结婚登记制度进行登记所确立的夫妻关系，对于我国所承认的事实婚姻也应包括在内。用途要件则是指所负债务用于夫妻共同生活。可见，《婚姻法》第 41 条是有关夫妻债务问题源头性的规定，且该规定确立了以“用途”作为认定夫妻共同债务的规则，后续实施的《关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释（二）》第 24 条(以下简称 24 条)、《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》(以下简称新解释）等司法解释、答复均只针对债务用途的推定、排除及举证责任分配问题，仅是对据以实现该用途规则所做的程序性事项规定。1 在审判实践中，因最高人民法院颁布的司法解释能更直接的指导审判，法官在法条适用中往往适用新的司法解释而非源头性的法律规定。在夫妻共同债务的认定问题上，一

味以围绕适用司法解释为出发点对案件事实进行审查，而对源头性规定确立的用途规则疏于考虑，以及以用途规则为前提下的围绕司法解释对案件事实认定审查，不同的审判思路，即便面对相同的证据，得出的事实也将大相径庭。这点，在本案中就显得尤为突出。

二、债权人主张实际用途与字据载明用途不一致的情况下，法官主观上带有倾向性认为以维护债权人利益为先前提下进行的审查，易导致显失公平的裁判。

因社会经济发展，家庭财产模式随之产生了深刻的变化，仅依据《婚姻法》41 条的规定已不足以处理实践中出现的夫妻债务问题，且在实践中反映较多“假离婚，真躲债”现象，即夫妻以不和为由规避债权人，通过离婚恶意转移财产给另一方，这种行为严重侵害了债权人的利益，扰乱了经济社会的秩序，在此背景下，经过反复衡量债权人与夫妻一方利益的基础上，最高院确定了 24 条的表述，该条规定施行以来，在社会上引起了很大的争议，它将发生在婚姻关系存续期间的债务首先推定为共同债务，虽然该条文有例外情形，但因是对消极事项进行举证，实践中对于该例外情形的举证是十分困难的，导致适用该条款的期间内绝大多数的案件也都被认定为了夫妻共同债务。从 2004 年 4 月 1 日至 2018 年 1 月 18 日新的司法解释实施前，对于夫妻债务的认定问题上，很多法官已习惯性地认为在债权人和夫妻一方二者利益的保护上，应侧重于债权人的利益。不可否认，出于司法实践中出现的夫妻串通转移财产损害债权人利益背景下出台的 24 条，在实施后虽然有效遏制了上述现象的发生，对于规范经济社会秩序起到了积极的作用。但在保护债权人和夫妻一方的利益之间，其有些失衡也是显而易见的。

从《婚姻法》41 条到 24 条再到 2018 年 1 月实施的新解释，其实不难发现，是不断在债权人和夫妻一方之间利益寻求平衡点的过程。深究夫妻共同债务有关规定的渐变之路，可以给予我们的启示是无论最初的源头性规定，还是后来的司法解释，它所保护的绝不是某一方的利益。而很多法官受 24 条是以保护债权人利益为主固有思维的限制，常常带有预设立场的对案件事实进行审查，面对债权人关于款项用于夫妻共同生活的主张，即使借条中明确载明了借款用途并非用于夫妻共同生活的情况下，仍然要求夫妻一方对 24 条的例外情形进行举证，而未将该主张的举证责任分配于债权人，在此情形下，得出的事实可能与法官的内心确认达成一致，但这未必是客观事实，据此作出的裁判也将是显失公平的。

本案原审判决时间为 2017 年 12 月，在新解释实施以前，本案所涉证据除去因款项交付所举证据外，仅为一张“收到条”，在此我们姑且对款项交付的问题不做讨论，仅就本案中对是否系夫妻债务的认定进行思考。该收到条中由张某出具，载明收到吴某现金 140 余万元，“用于经营刷卡、垫还。经张某手给李某垫还，答应一天给 N 元利润。但到今天本利未归还吴某”。本案再审审查时，新解释已经实施，如果围绕该解释，法官能较为容易的把握应注意审查的点，但如果不适用新解释，仅依照原审时实施的《婚姻法》第 41 条及 24 条对本案是否系夫妻共同债务进行审查，是否能必然得出是夫妻共同债务的确定结论呢？答案显然并非如此。本案涉及债务 140 余万元，并非一笔小数目，且原告吴某提供的“收到条”中明确载明了借款用途，首先该用途的表述并非是用于家庭共同生活，原审法官在审理该案时，关于徐某对该债务不知情，没有用于家庭共同生活的抗辩，仅要求徐某进行举证，对借款用途未进行详细审查，在徐某未对 24 条规定的例外情形举证的情形下，认定案件所涉债务系夫妻共同债务。再审审查中，我们着重围绕“用途”对案件事实进行审查，在出具字据方张某未到庭的情况下，吴某主张借款实际用途与字据中写明的用途并不一致，对此，我们要求吴某对其主张进行举证，并对字据中载明的借款用途作出解释，经过审

查，吴某关于借款用途的多次陈述不一，且未对字据中载明的用途作出合理的解释，更加印证了我们对本案涉及借款用途的怀疑。虽然再审审查中，有了新解释作为依据，秉承严格审慎适用的原则，我们并非以适用法律错误认为原审错判，而是认为原审法官审理时局限于为了用 24 条而用，未能以婚姻法 41 条确立的用途规则为出发点进行把握，对于债权人和夫妻一方的利益有过于保护债权人利益的倾向，导致的结果是实质上并未对是否是夫妻共同债务这一问题进行审查。因本案对是否系夫妻共同债务作出认定有赖于对借款用途这一事实进行查明作为前提，故再审后撤销原判。

三、以用途规则为出发点对夫妻共同债务判断标准的思考

新解释严格依据《婚姻法》第 41 条之立法目的，充分吸取了之前司法实践中的审判经验，对债务用途的推定、排除及举证责任的分配设计了较为符合当前社会现实和各方利益平衡的机制。根据新解释的规定，它将《婚姻法》41 条中的共同生活扩大解释为共同生活、共同经营，那么我们可以围绕家庭共同生活、共同经营两个用途标准对是否系夫妻共同债务进行审查判断，具体可做如下把握：

1、是否用于家庭共同生活。关于用于家庭共同生活的理解，不能仅限于日常生活消费，对于超出日常生活消费，如因购买住房等较大额支出也应认定为用于家庭共同生活。那么“家庭日常生活消费需要”如何界定呢？最高人民法院表示，国家统计局有关调查资料显示，我国城镇居民家庭消费种类主要分为食品、衣着、家庭设备用品及维修服务、医疗保健、交通通信、文娱教育及服务、居住、其他商品和服务八大类，可参照此八大类消费对日常生活消费需要作出界定。新解释第 3 条中规定的超出家庭日常需要，该标准应仅限于结合当地的生活水平、生活习惯等因素，参照上述消费种类用以维系家庭正常生活所必要的日常消费，立足于“必要”二字，同时根据夫妻的职业、收入、资产等情况的不同可上下有所浮动。

2、是否用于共同经营。本着共同经营产生的债务属于共同债务这一财产法的基本原理，如同合伙经营所负债务一样，夫妻在从事共同经营活动中所产生的债务依然应当认定为夫妻共同债务。2 那么对于夫妻一方对外经营所负债务，在夫妻共同财产制前提下，基于该经营收益属于夫妻共同财产范围，根据权利与义务相统一原则，该债务也应认定为夫妻共同债务，同样适用的还应包括基于共同利益如因投资等行为所负的债务。故在是否系夫妻共同债务的把握上应注重与夫妻共同财产的范围进行对应，既不过度保护债权人利益，也应避免夫妻二人串通损害债权人利益行为的发生。

进入审判监督程序发改的民间借款纠纷案件中，多数涉及夫妻共同债务的认定问题。关于该问题的认定也一直是司法实践中争议的热点话题，新解释的规定虽然较为合理的梳理了夫妻共同债务认定问题的举证责任分配，但在具体实施中，因举证责任分配的转变可能会聚焦新的社会矛盾，为应对新情况的出现，可能产生新的司法解释，但仍需以《婚姻法》确定的源头性的用途规则作为前提。本案中出现的证据相同却得出不同事实认定的情况也并非个案，此原因导致的错判也提醒着我们，司法解释虽然更能直接的指导审判实践，但因现实情况的复杂多变，司法解释必然不能做到面面俱到，亦不能恰好的对应实践中出现的情形，在这种情况下，若以源头性法律规定所确立的规则为出发点进行考量，则能有效地弥补部分司法解释固有的缺陷。

注释：

1、张力，李倩. 夫妻共同债务认定中的用途规则——兼论最高人民法院法释〔2018〕2 号的体系融入，江西师范大学学报（哲学社会科学版）2019 年第 5 期。

2、杨晓蓉，吴艳. 夫妻共同债务的认定标准和责任范围，法律适用，2015 年第 9 期。

玄武区法院加强妇女权益保护典型案例发布

2020-03-08 江南时报网

http://www.jntimes.cn/newsdetail.htm?id=2003080056&from=groupmessage

江南时报讯 保护妇女合法权益，是家事审判中的一项重要任务。近年来，玄武法院致力于维护婚姻家庭稳定，保护妇女生存发展、婚姻自由、财产权利等合法权益，弘扬男女平等、互相尊重、互谦互谅、和谐文明的婚姻观。“三八”妇女节来临之际，玄武法院遴选了 2019 年审理的涉妇女权益保护典型案例，为广大女性正当行使诉讼权利、合法理性维权作出提示。案例内容涉及夫妻共同财产分割、外国女性婚姻权益保护、确认亲子关系中妇女权益保护等诸多情形。

案例一：妻子身患重病，丈夫二度起诉离婚，共同财产怎么分？

【案情简介】

殷某（男）与史某（女）原系同事，双方于 1984 年 3 月登记结婚，婚后双方育有一子（已成年）。二人婚姻关系存续期间，共同购买位于南京市玄武区某地房屋，登记在殷某、史某及婚生子名下。2018 年年初，史某诊断出患有恶性肿瘤，需定期至医院治疗、复查。2018 年 3 月，殷某以双方早已于 2013 年开始分居，夫妻感情确以破裂为由诉至玄武法院，要求与史某离婚。因史某坚决不同意离婚，且考虑到史某身患重病，夫妻双方具有一定感情基础等情况，玄武法院判决不准许双方离婚。2019 年 1 月，殷某再次诉至玄武法院，以同一理由要求与史某离婚。史某辩称，不同意离婚，自己身体不好，如果离婚儿子将来生活也没有保障。该案审理中，经法官反复释明法理人情，殷某表示愿意将自己享有的共有房屋份额赠与婚生子，除房屋外，双方还有银行存款 300 余万元等夫妻共同财产。法院另查明殷某现就职于南京某单位，每月工资收入 1 万余元，史某已退休，退休工资不高。

【法院判决】

殷某与史某虽系自主结婚，但双方产生矛盾以后未能有效沟通，双方已长期分居，且经玄武法院判决不准许离婚后，双方关系仍未改善，现殷某再次诉至玄武法院要求离婚，可认定双方夫妻感情确以破裂，因此，法院判决准予双方离婚。对于夫妻共同财产，因殷某自愿将夫妻共同财产房屋中属于自己的份额赠与婚生子，法院对此予以确认。考虑到史某现身患重病，且已退休，每月退休工资不高，从保护妇女权益出发，玄武法院在银行存款分割比例上对史某予以适当照顾，酌定史某分得 60%的存款。史某对该判决不服，上诉至南京市中级人民法院，南京市中级人民法院认为玄武法院对于双方共同财产的分割已充分保护了史某的权益，遂判决驳回上诉，维持原判。

【法官说法】

离婚诉讼中夫妻共同财产分割应妥善把握平等保护与照顾女方原则。本案因女方身患重病且收入不高，法院充分考虑到女方的弱势地位、家事案件的特殊性等现实情况，判决共同财产分割比例对女方予以倾斜照顾。但值得注意的是，司法审判对妇女权益的保护是在法律框架内，依照法律规定进行恰当保护，注重妇女权益保护和照顾女方原则，也绝不等同于妇女权益的绝对优先地位。因此，离婚案件审判中既要贯彻婚姻法精神注重保护妇女权益原则，也需平衡维护各方当事人利益。

案例二
多元化解暖人心，合力挽回跨国婚姻

【案情简介】

原告 Y 某（女，某外国国籍）与被告曹某（男）相识相恋于南京，双方 2017 年 12 月登记结婚，并于 2018 年 7 月生育一女。2019 年 8 月，Y 某以曹某有家暴倾向，且自己签证将于年底到期前回国为由诉至玄武法院，要求与曹某离婚，并主张直接抚养婚生女；曹某向法院表示坚持不同意离婚，如果婚生女跟 Y 某回国后，自己又不懂外语，无法去人生地不熟的外国，更谈不上探视女儿了，那就是这辈子都再也见不到女儿了。玄武法院受理该案后，多次前往派出所调查，了解到曹某行为不属于家庭暴力，其打人系事出有因，主要是双方存在一定文化差异，造成家庭生活中夫妻沟通受阻、中国婆婆与外国媳妇相处困难等，双方对异国婚姻中会面临的问题都考虑不周，对此亦均负有责任。

【审理过程】

玄武法院受理该起涉外离婚案件后，除依职权调查基本案情外，还委托区妇联的家事调查员调查双方婚姻关系等情况。在了解到双方并无实质矛盾，双方都非常爱女儿，具有一定夫妻感情基础的前提下，法院邀请社区工作人员、家事调解员，多次上门组织双方调解，经过不懈努力，最终 Y 某表示愿意再给双方一个机会，曹某也表示今后好好沟通，不再动手打人，努力维系好婚姻。至此，一起涉外离婚诉讼纠纷得以调解和好解决。

【法官说法】

随着我国改革开放的深入及经济实力的不断增强，国际地位的显著提高，越来越多的国际友人涌入我国，不同文化的交融碰撞产生了奇妙的火花，涉外婚姻也成为常见的现象。本案依法公平公正地处理了涉外当事人离婚诉讼案件，充分保障和便利外籍公民平等地行使诉讼权利，并积极引入多元力量化解双方矛盾纠纷，切实践行了司法为民、司法便民的方针，平等保护了外国女性的合法权益。

案例三：
女方请求确认亲子关系，男方故意逃避诉讼，怎么办？

【案情简介】

原告肖某（女）与被告沈某（男）2005 年相识，并确定恋爱关系，2018 年 6 月，肖某生育儿子肖小 A。后肖某与沈某于 2019 年 2 月分手。2019 年 3 月，原告肖某诉至玄武法院，请求确认被告沈某与原告儿子肖小 A 之间具有亲子关系。肖某向法院陈述，双方分手后沈某手机关机、人间蒸发，留下 8 个月大的儿子和为儿子买的房，自己每月要还高额房贷，生活陷入困境。玄武法院受理该案后，多次电话联系沈某，三次前往沈某单位，法官亦通过企信通平台给沈某写了一封信（附后），动之以情，晓之以理，并向其释明相关法律规定，但沈某均拒绝到庭参加诉讼。2019 年 6 月，原告肖某向法院申请进行亲子关系鉴定，法院依法定程序委托江苏省某司法鉴定所鉴定，但司法鉴定所因无法联系到沈某，决定终止鉴定工作。为证明沈某与肖小 A 之间具有父子关系，肖某向法院提交了合影照片、沈某签字的医院告知书、沈某手写同意小孩跟随母亲生活的《承诺书》、派出所办理户口时沈某签字的出生医学证明副页复印件等证据；玄武法院在审理过程中向肖小 A 出生时的医院调取了被告沈某作为家属签字的患者住院诊疗授权委托书、手术部位确认单、产科知情同意书、医患沟通记录、新生儿遗传代谢病筛查知情同意书等证据。

【法院判决】

未成年子女的父母一方依法可以向人民法院起诉要求确认亲子关系是否存在，并提供必要的证据证明，另一方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定的，法院可以推定请求确认亲子关系一方的主张成立。本案中原告肖某提供的证据能够形成合理的证据链条证明被告沈某与原告之子肖小 A 之间可能存

在亲子关系，被告沈某无正当理由拒不到庭、未提交相反证据并拒绝配合做亲子鉴定。故原告主张被告沈某与原告之子肖小 A 之间存在亲子关系，证据充分，玄武法院对此予以确认。

【法官说法】

近年来，在法院审理的婚姻家庭纠纷案件中，涉及亲子关系确认的情况时有发生。由于亲子鉴定是确定或否定亲子关系最直接、最有力的证据，但在审判实践中，也经常碰到另一方当事人故意逃避法律义务，拒绝做亲子鉴定的情况。在当事人一方无正当理由拒做亲子鉴定的情况下，如何依据其他间接证据推定亲子关系存在与否，往往成为案件审理的难点。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，而另一方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定的，人民法院可以在综合审查原告举证、充分听取当事人陈述并考虑未成年人利益的基础上，推定亲子关系存在。本案合理运用推定规则确认亲子关系的存在，较好地维护了妇女、儿童的合法权益，对于今后处理类似案件具有一定的参考和借鉴价值。

案例四
患病母亲多次起诉子女，究竟为何？

【案情简介】

高某某（女，61 岁）与丈夫严某共生育一子严某 1，一女严某 2。2019 年 3 月至 4 月，高某某因确诊患某恶性肿瘤在江苏省某医院治疗、接受手术。高某某曾于 2018 年 6 月诉至玄武法院，请求：1. 依法判决严某 1、严某 2 从 2018 年 2 月开始每月各自承担高某某赡养费 500 元；2. 依法判决严某 1、严某 2 承担高某某从 2018 年 2 月至 8 月产生的医疗费自费部分 6 万余元；3. 依法判决确定严某 1、严某 2 对高某某后续医疗费的承担比例。严某 1 则辩称，高某某有固定收入，亦有夫妻共同财产用于治疗，严某作为高某某的丈夫，应当负有扶养的义务，不应该由子女承担高某某的医疗费。法院经审理后查明，高某某每月退休工资 2400 元左右，有生活来源，故对高某某要求子女每月各自给付赡养费 500 元的意见不予支持；该案审理中双方未提交证据证明高某某需要后续治疗及后续治疗的时间、费用，因此法院对高某某要求在该案中确定后续医疗费由子女承担比例的意见亦未予支持；关于已产生的医疗费，法院查明严某每月退休工资不高，其作为高某某丈夫，在生活上尽到了照料高某某的义务；严某 1 主张的高某某有夫妻共同财产用于治疗，但其提供的证据不足，综上，判决严某 1、严某 2 各支付高某某医疗费 3 万余元。高某某对该判决不服，上诉至南京市中级人民法院。南京市中级人民法院经审理后判决驳回上诉，维持原判。后高某某再次住院治疗进行手术，产生的费用扣除医保后自费部分近 5 万余元。对于该笔医疗费用，高某某于 2019 年 1 月再次诉至法院，要求严某 1、严某 2 各承担 50%。严某 1 再次辩称，高某某有固定收入，经济状况较好，其要求严某 1 支付医药费的诉请不合理、不合法，请求法院判决驳回高某某的诉讼请求。两次诉讼中，严某 2 均表示同意承担母亲的医疗费，本院亦查明严某 1 具有负担母亲高某某医疗费的经济能力。

【法院判决】

我国老年人权益保障法规定，年满六十周岁以上的公民是老年人，老年人的子女是赡养人，赡养人对患病的老年人应当提供医疗费用。高某某已年满六十周岁，每月退休工资较低，因确诊患恶性肿瘤并接受手术，产生了较高的医疗费。两次诉讼中，严某 1 辩称高某某有固定收入，有夫妻共同财产用于治疗，经济状况较好，但其提交的证据并不足以证明；严某作为高某某丈夫，在生活上尽到了照顾高某某的义务，故法院对严某 1 关于高某某有固定收入、经济状况较好，严某作为高某某丈夫亦应有扶养义务，不应该由其承担医疗费的意见未予支持。两次诉讼中，严某 2 均表示同意承担母亲的医疗费，本院亦查明严某 1 具有负担母亲高某某医疗费的

经济能力。因此，法院两次判决均支持了高某某要求子女各自分担 50%医药费的诉讼请求。

【法官说法】

根据《中华人民共和国婚姻法》《中华人民共和国老年人权益保障法》的规定，子女对父母负有赡养扶助的义务，子女作为赡养人，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。经济上供养要求具有赡养能力的成年子女在父母无经济收入、或者经济收入不足以维持当地最低生活需要时，要为老年人提供必需的赡养费用。赡养费包括老年人基本赡养费；老年人的生病治疗费用；生活不能自理老人的护理费用；老年人的住房费用；必要的精神消费支出；必要的保险金费用。本案中，即使当事人有退休金和医疗保险，但其患有重大疾病，已远不足以负担生活及医疗支出；子女已成年，具有独立生活能力，收入稳定，因此当事人有权要求子女支付一定的赡养费，包括医疗费和护理费等。子女不得以当事人具有住房或夫妻共同财产等为由拒绝履行赡养义务。

赡养费的具体数额应当结合当地的经济水平、被赡养人的实际需求、赡养人的经济能力来确定。一般不低于子女本人或当地的普通生活水平，有两个以上子女的，可依据不同的经济条件，共同负担赡养费用。父母要求子女给付赡养费应当满足如下条件：子女成年并能独立生活；子女具有负担能力；父母为无劳动能力或生活困难。综上，无劳动能力或生活困难的父母有权要求成年独立生活且具有负担能力的子女给付赡养费。

今后，玄武法院将继续致力于维护妇女、儿童等群体的合法权益，及时做好典型案例宣传，引导社会公众弘扬孝老爱亲传统美德，切实维护家庭关系的和睦与稳定，推动形成爱国爱家、相亲相爱、向上向善、共建共享的社会主义家庭文明新风尚。

责任编辑：李芸倩

天津高院发布典型案例

深化家事审判改革 维护妇女合法权益

2020-03-09 人民法院报 第 01 版

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2020-03/09/content_165886.htm?div=-1

本报讯（记者 吴玉萍 通讯员 段昊博）为推动妇女权益保障工作，发挥以案释法功能，近日，天津市高级人民法院发布 5 起典型案例，展示天津法院在深入推进家事审判改革、维护妇女合法权益方面进行的积极探索和实践。

天津法院秉持家事审判新理念，依法履行审判职责，保护妇女合法权益，促进男女平等。坚持调解优先原则，以调解疏导作为主要工作方法，聘请家事调解员参与，聘请心理咨询师为受婚姻困扰的妇女进行心理疏导。坚持人文关怀原则，加强对婚姻家庭案件当事人的诉讼指引，不断从情理法相结合的角度，做好释法析理和判后答疑工作。对于生活确有困难的女性当事人，主动协调街道、妇联、人社等部门，帮助解决实际困难。

与此同时，天津法院主动延伸司法审判职能，探索建立了家事调解制度、家事调查制度、心理干预制度、判后回访帮扶制度、离婚冷静期制度等具有家事诉讼特点的特别程序制度，推进了家事审判专业化、审判人员专门化、审判场所柔性化建设，构建了家事纠纷的多元化解机制。推动建立了法院“妇女儿童维权岗”工作机制，维护妇女儿童合法权益联动机制和反家庭暴力联防联动机制等司法、

行政和社会力量相互协作配合的婚姻家庭纠纷协调解决工作机制，构建婚姻家庭纠纷预防化解新格局。

下一步，天津法院将加速推进信息化建设，采用现代科技手段，构建“互联网+”婚姻家庭纠纷预防化解工作格局，推动建立灵活有效的对接协作、跟踪服务工作制度。

南京市玄武区人民法院加强妇女权益保护典型案例发布（二）

2020-03-09 南京市玄武区人民法院 锁金村法庭

https://mp.weixin.qq.com/s/9F0c9RSCP-_1ON3BR0yU1A

保护妇女合法权益，是家事审判中的一项重要任务。近年来，玄武法院致力于维护婚姻家庭稳定，保护妇女生存发展、婚姻自由、财产权利等合法权益，弘扬男女平等、互相尊重、互谦互谅、和谐文明的婚姻观。“三八”妇女节来临之际，玄武法院整理了 2019 年审理的涉妇女权益保护典型案例，为广大女性正当行使诉讼权利、合法理性维权作出提示。案例内容涉及夫妻共同财产分割、外国女性婚姻权益保护、确认亲子关系中妇女权益保护等诸多情形。四个典型案例分两期内容发布，此为第二期。

案例三

女方请求确认亲子关系，男方故意逃避诉讼，怎么办？

【案情简介】原告肖某（女）与被告沈某（男）2005 年相识，并确定恋爱关系，2018 年 6 月，肖某生育儿子肖小 A。后肖某与沈某于 2019 年 2 月分手。2019 年 3 月，原告肖某诉至玄武法院，请求确认被告沈某与原告儿子肖小 A 之间具有亲子关系。肖某向法院陈述，双方分手后沈某手机关机、人间蒸发，留下 8 个月大的儿子和为儿子买的房，自己每月要还高额房贷，生活陷入困境。玄武法院受理该案后，多次电话联系沈某，三次前往沈某单位，法官亦通过邮寄给沈某写了一封信（附后），动之以情，晓之以理，并向其释明相关法律规定，但沈某均拒绝到庭参加诉讼。2019 年 6 月，原告肖某向法院申请进行亲子关系鉴定，法院依法定程序委托江苏省某司法鉴定所鉴定，但司法鉴定所因无法联系到沈某，决定终止鉴定工作。为证明沈某与肖小 A 之间具有父子关系，肖某向法院提交了合影照片、沈某签字的医院告知书、沈某手写同意小孩跟随母亲生活的《承诺书》、派出所办理户口时沈某签字的出生医学证明副页复印件等证据；玄武法院在审理过程中向肖小 A 出生时的医院调取了被告沈某作为家属签字的患者住院诊疗授权委托书、手术部位确认单、产科知情同意书、医患沟通记录、新生儿遗传代谢病筛查知情同意书等证据。

【法院判决】未成年子女的父母一方依法可以向人民法院起诉要求确认亲子关系是否存在，并提供必要的证据证明，另一方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定的，法院可以推定请求确认亲子关系一方的主张成立。本案中原告肖某提供的证据能够形成合理的证据链条证明被告沈某与原告之子肖小 A 之间可能存在亲子关系，被告沈某无正当理由拒不到庭、未提交相反证据并拒绝配合做亲子鉴定。故原告主张被告沈某与原告之子肖小 A 之间存在亲子关系，证据充分，玄武法院对此予以确认。

【法官说法】近年来，在法院审理的婚姻家庭纠纷案件中，涉及亲子关系确认的情况时有发生。由于亲子鉴定是确定或否定亲子关系最直接、最有力的证据，但在审判实践中，也经常碰到另一方当

事人故意逃避法律义务，拒绝做亲子鉴定的情况。在当事人一方无正当理由拒做亲子鉴定的情况下，如何依据其他间接证据推定亲子关系存在与否，往往成为案件审理的难点。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，而另一方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定的，人民法院可以在综合审查原告举证、充分听取当事人陈述并考虑未成年人利益的基础上，推定亲子关系存在。本案合理运用推定规则确认亲子关系的存在，较好地维护了妇女、儿童的合法权益，对于今后处理类似案件具有一定的参考和借鉴价值。

【法律链接】

《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)》

第二条　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。

当事人一方起诉请求确认亲子关系，并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一方的主张成立。

【法官给当事人写的一封信】

沈某：

你好！

本院受理的原告肖某诉你确认亲子关系纠纷一案，承办法官、法官助理、书记员已三次到你单位找你，也多次电话联系你本人，无论你出于何种考虑不愿意到法院处理这件事，但我们还是想从法理和人情的角度跟你谈一谈。首先，我作为女法官能够理解肖某到法院来起诉要求确认肖小 A 与你的亲子关系，因与你无法在庭外达成和解，是出于万般无奈的选择。肖某目前状况十分艰难，我们在这里不便评判你们之间的感情，但不管怎样，肖小 A 作为一个孩子是无辜的，他应当享有法律赋予的合法权益。对于孩子而言，这个世界上最温暖也最珍贵的礼物，是父母的关爱和呵护。

在之前的电话中你曾经也认可肖小 A 是你和肖某的孩子。但根据《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）》第二条第二款的规定：当事人一方起诉请求确认亲子关系，并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一方的主张成立。且不配合法院进行亲子鉴定的一方要承担败诉的法律后果。

虽然法律没有规定法院可以强制你来配合做亲子鉴定，但希望你明白，亲子鉴定事关重大，涉及到你和肖某双方、肖小 A 和他人的人身关系和财产关系，所以你即使承认你和肖某共同生育过一子，但你也要对你自己及你的家庭负责，不是随随便便一个孩子都是你的儿子呀！现代生物医学技术的发展，使得 DNA 鉴定技术被广泛用于子女与父母尤其是与父亲的血缘关系的证明。亲子鉴定技术简便易行，准确率较高，在诉讼中起到了极为重要的作用，全世界已有 120 多个国家和地区采用 DNA 技术直接作为判案的依据。

希望你再次慎重考虑，尽快与我们联系，积极配合法院做好亲子鉴定，并冷静下来理智地与肖某协商后续孩子的抚养费问题，我国法律规定非婚生子享有与婚生子同等的权利，你的抚养义务也是无法回避的。做人要有担当，更何况现在肖某在收入不稳定的情况下独自抚养孩子，非常不易，她没有逃避作为一个母亲的责任和义务，这对于孩子而言还是欣慰的。出现问题要积极面对和处理，才能解决好问题，把对对方和孩子的伤害降低到最小限度。

南京市玄武区人民法院

XX 年 XX 月 XX 日

案例四

患病母亲多次起诉子女，究竟为何？

【案情简介】高某某（女，61 岁）与丈夫严某共生育一子严某 1，一女严某 2。2019 年 3 月至 4 月，高某某因确诊患某恶性肿瘤在江苏省某医院治疗、接受手术。高某某曾于 2018 年 6 月诉至玄武法院，请求：1. 依法判决严某 1、严某 2 从 2018 年 2 月开始每月各自承担高某某赡养费 500 元；2. 依法判决严某 1、严某 2 承担高某某从 2018 年 2 月至 8 月产生的医疗费自费部分 6 万余元；3. 依法判决确定严某 1、严某 2 对高某某后续医疗费的承担比例。严某 1 则辩称，高某某有固定收入，亦有夫妻共同财产用于治疗，严某作为高某某的丈夫，应当负有扶养的义务，不应该由子女承担高某某的医疗费。法院经审理后查明，高某某每月退休工资 2400 元左右，有生活来源，故对高某某要求子女每月各自给付赡养费 500 元的意见不予支持；该案审理中双方未提交证据证明高某某需要后续治疗及后续治疗的时间、费用，因此法院对高某某要求在该案中确定后续医疗费由子女承担比例的意见亦未予支持；关于已产生的医疗费，法院查明严某每月退休工资不高，其作为高某某丈夫，在生活上尽到了照料高某某的义务；严某 1 主张的高某某有夫妻共同财产用于治疗，但其提供的证据不足，综上，判决严某 1、严某 2 各支付高某某医疗费 3 万余元。高某某对该判决不服，上诉至南京市中级人民法院。南京市中级人民法院经审理后判决驳回上诉，维持原判。后高某某再次住院治疗进行手术，产生的费用扣除医保后自费部分近 5 万余元。对于该笔医疗费用，高某某于 2019 年 1 月再次诉至法院，要求严某 1、严某 2 各承担 50%。严某 1 再次辩称，高某某有固定收入，经济状况较好，其要求严某 1 支付医药费的诉请不合理、不合法，请求法院判决驳回高某某的诉讼请求。两次诉讼中，严某 2 均表示同意承担母亲的医疗费，本院亦查明严某 1 具有负担母亲高某某医疗费的经济能力。

【法院判决】我国老年人权益保障法规定，年满六十周岁以上的公民是老年人，老年人的子女是赡养人，赡养人对患病的老年人应当提供医疗费用。高某某已年满六十周岁，每月退休工资较低，因确诊患恶性肿瘤并接受手术，产生了较高的医疗费。两次诉讼中，严某 1 辩称高某某有固定收入，有夫妻共同财产用于治疗，经济状况较好，但其提交的证据并不足以证明；严某作为高某某丈夫，在生活上尽到了照顾高某某的义务，故法院对严某 1 关于高某某有固定收入、经济状况较好，严某作为高某某丈夫亦应有扶养义务，不应该由其承担医疗费的意见未予支持。两次诉讼中，严某 2 均表示同意承担母亲的医疗费，本院亦查明严某 1 具有负担母亲高某某医疗费的经济能力。因此，法院两次判决均支持了高某某要求子女各自分担 50%医药费的诉讼请求。

【法官说法】根据《中华人民共和国婚姻法》《中华人民共和国老年人权益保障法》的规定，子女对父母负有赡养扶助的义务，子女作为赡养人，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。经济上供养要求具有赡养能力的成年子女在父母无经济收入、或者经济收入不足以维持当地最低生活需要时，要为老年人提供必需的赡养费用。赡养费包括老年人基本赡养费；老年人的生病治疗费用；生活不能自理老人的护理费用；老年人的住房费用；必要的精神消费支出；必要的保险金费用。本案中，即使当事人有退休金和医疗保险，但其患有重大疾病，已远不足以负担生活及医疗支出；子女已成年，具有独立生活能力，收入稳定，因此当事人有权要求子女支付一定的赡养费，包括医疗费和护理费等。子女不得以当事人具有住房或夫妻共同财产等为由拒绝履行赡养义务。

赡养费的具体数额应当结合当地的经济水平、被赡养人的实际需求、赡养人的经济能力来确定。一般不低于子女本人或当地的普通生活水平，有两

个以上子女的，可依据不同的经济条件，共同负担赡养费用。父母要求子女给付赡养费应当满足如下条件：子女成年并能独立生活；子女具有负担能力；父母为无劳动能力或生活困难。综上，无劳动能力或生活困难的父母有权要求成年独立生活且具有负担能力的子女给付赡养费。

【法律链接】

《中华人民共和国婚姻法》

第二十一条第一款、第三款 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。

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。

《中华人民共和国老年人权益保障法》

第十四条 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。

赡养人是指老年人的子女以及其他依法负有赡养义务的人。

赡养人的配偶应当协助赡养人履行赡养义务。

第十五条 赡养人应当使患病的老年人及时得到治疗和护理；对经济困难的老年人，应当提供医疗费用。

对生活不能自理的老年人，赡养人应当承担照料责任；不能亲自照料的，可以按照老年人的意愿委托他人或者养老机构等照料。

今后，玄武法院将继续致力于维护妇女、儿童等群体的合法权益，及时做好典型案例宣传，引导社会公众弘扬孝老爱亲传统美德，切实维护家庭关系的和睦与稳定，推动形成爱国爱家、相亲相爱、向上向善、共建共享的社会主义家庭文明新风尚。

保护妇女典型案例三：安某申请人身安全保护令案

2020-03-09 天津高法

https://mp.weixin.qq.com/s/3434bBAhPTDfPYS_voYrxA

编者按

第 110 个国际三八妇女节即将来临，为推动妇女权益保障工作，发挥以案释法功能，落实普法责任制职责要求，天津法院甄选出一批保障妇女权益典型案例，展示天津法院在深入推进家事审判改革，维护妇女合法权益方面进行的积极探索和实践，促进全社会妇女权益保障工作再上新水平。

安某申请人身安全保护令案

基本案情

安某（女）与朱某（男）于 1990 年登记结婚，自 2017 年 10 月双方因家庭琐事发生矛盾，2018 年 8 月 15 日双方发生肢体冲突，安某受伤后至医院就医，2019 年 1 月朱某从家中搬离，但双方矛盾仍未有效化解，安某先后多次向当地公安机关报警。2019 年 5 月 22 日安某向法院申请人身安全保护令，案经调解，朱某表示认识到自身错误，安某为了维系婚姻关系，自愿撤回了人身安全保护令申请，人民法院告知安某如以后遭遇家庭暴力，可及时拨打 110 报警，并注意留存相关证据。2019 年 6 月 17 日安某再次向法院申请人身安全保护令，申请禁止朱某对其实施家庭暴力；禁止朱某骚扰、跟踪、接触安某，并提交了公安机关出具的指定医院就诊证明信、医院诊断证明书、照片、报警记录等作为证据。

裁判结果

法院经审理认为，安某向公安机关的多次报警记录可证实双方曾多次发生纠纷，安某面临家庭暴力的现实危险，安某提交的公安机关出具的指定医院就诊证明信、医院诊断证明书、照片，可佐证二人确曾发生肢体接触，安某确曾遭受家庭暴力。鉴于安某未提供证据证实朱某存在对其跟踪的行为，且安某明确表示不同意离婚，希望继续维系婚姻关系，法院没有支持安某要求禁止朱某跟踪、接触安某的申请。综上，法院依照《中华人民共和国反家庭暴力法》第二十三条、第二十七条之规定，作出裁定：一、禁止被申请人朱某对申请人安某实施家庭暴力；二、禁止被申请人朱某骚扰申请人安某；三、驳回申请人其他申请。裁定有效期为六个月，自送达之日起生效，送达后立即执行。在送达裁定过程中，承办法官对朱某进行了详细的法律释明并告知若违反上述禁令，法院将会给予惩戒，并根据情节轻重，处拘留、罚款；构成犯罪的，还将依法追究刑事责任。同时，为确保该保护令的切实履行，法院及时向当事人所在地的公安机关及村委会送达了裁定书，请相关单位予以协助执行。

典型意义

本案是一起法院依法作出人身保护令，保护妇女人身安全的典型案例。家庭暴力不是家务事，反家暴是国家、社会和家庭共同的责任。家庭暴力主要包括身体暴力和精神暴力、性暴力或其他严重侵害人身权利的行为。本案朱某实施的是典型的身体暴力行为。《中华人民共和国反家庭暴力法》规定的人身安全保护令是一种民事强制措施，是人民法院为了保护家庭暴力受害者及其近亲属的人身安全而作出的民事裁定。保护令有效期可从 15 天到 6 个月不等。受害者在遭遇家庭暴力时要敢于通过法律途径维护自己合法权益，对家庭暴力说“不”。本案裁定作出后，经了解，被申请人未再实施暴力行为，说明人身安全保护令对施暴者发挥了震慑作用，有效维护了妇女权益。该案的审理也提示广大妇女同胞，是否遭遇家庭暴力还需证据“说话”。由于家庭生活的私密性以及部分申请人证据意识的淡薄，在司法实践中，很多妇女在遭遇家庭暴力时不注意保存证据，导致证据流失，家暴事实难以查明。所以，在遭遇家暴、申请人身安全保护令时一定要注意搜集、保存证据，善用法律武器，维护自身权益。

制作：金　丽
责编：吴玉萍
审核：祖先海

保护妇女典型案例四：张某某重婚案

2020-03-10 天津高法

https://mp.weixin.qq.com/s/PTeVQd2PXx9PjxJZtVO-hQ

编者按

为推动妇女权益保障工作，发挥以案释法功能，落实普法责任制职责要求，天津法院甄选出一批保障妇女权益典型案例，展示天津法院在深入推进家事审判改革，维护妇女合法权益方面进行的积极探索和实践，促进全社会妇女权益保障工作再上新水平。

张某某重婚案

基本案情

张某某与杨某某于 2005 年在原籍山东登记结婚，婚后育有一子一女。2011 年间，张某某通过

QQ 与被害人陈某某聊天相识，后二人在天津市蓟州区一起生活。2012 年间，陈某某发现张某某有妻子有家庭便与其分手。2015 年间，张某某联系陈某某，称自己已经离婚，陈某某便同意与其一起生活，二人在蓟州区居住。陈某某以二人是夫妻的身份将张某某介绍给自己的家人和朋友。2017 年，陈某某生育一女，其女出生 10 天时，张某某为其女操办“十日宴”，宴请亲朋好友。后，陈某某到张某某的原籍，发现张某某并未离婚，二人发生矛盾，张某某向陈某某承诺与其妻离婚，但并未真正实施。2019 年，陈某某向公安机关报案。蓟州区人民检察院以张某某犯重婚罪向人民法院提起公诉。

裁判结果

法院生效裁判认为，被告人张某某有配偶而与他人以夫妻名义共同生活，其行为已构成重婚罪，经公安机关规劝投案后，能如实交代自己的犯罪事实，是自首，依法可从轻处罚，判决：张某某犯重婚罪，判处有期徒刑八个月。

典型意义

本案是一起重婚犯罪典型案例。重婚是指有配偶又与他人结婚，或者明知他人有配偶而与之结婚的行为。它具有两种形式：一是法律上的重婚，即前一婚姻未解除，又与他人办理结婚登记手续而构成的重婚；二是事实上的重婚：即前一婚姻未解除，又与他人以夫妻名义共同生活，虽未办理结婚登记手续，但事实上已构成重婚。重婚行为不仅仅破坏了正常的家庭关系，败坏了社会风气，更是法律明文禁止的犯罪行为。本案中，被告人在已有配偶的情况下，与他人以夫妻名义同居，生育一女，并为其女举办“十日宴”宴请亲朋，公开二人的夫妻关系，构成事实上的婚姻。本案的审理保护了受害人的合法权益，制裁了重婚行为，有力维护了我国一夫一妻制的严肃性。

重庆巴南：人身安全保护令铸起反家暴防护盾

2020-03-23 人民法院报 第 08 版　本报记者 刘 洋 本报通讯员 陈春宇 邓 琛

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2020-03/23/content_166410.htm?div=-1

巴南法院为派出所民警开展反家暴联动培训。资料图片

巴南区政法委、法院、公安、妇联召开反家暴联动新闻发布会。资料图片

巴南法院对违反人身安全保护令的被申请人进行司法拘留。资料图片

家暴作为家庭冲突的一种极端方式，是破坏社会和谐、家庭和睦的沉疴痼疾。一旦有了第一次，家暴可能会循环上演。

近年来，重庆市巴南区人民法院积极探索发挥人身安全保护令在反家暴工作中的重要作用，在家暴加害人和受害人之间筑起一道“隔离墙”，有效降低了家暴的发生率。

据统计，2019 年以来，巴南法院共审查受理人身安全保护申请 160 件，发出人身安全保护令 132 件，申请及发出人身安全保护令的数量居重庆法院首位。

6 小时发出保护令

“巴南法院的工作人员在吗？我们辖区有个叫徐婉的女同志，向我们反映被丈夫家暴。”2019 年 5 月 6 日 9 点 20 分，巴南区反家暴联络工作群里，南泉街道妇联的工作人员发来一条紧急信息。

“在的，我马上联系。”接到信息后，重庆市巴南区人民法院民一庭法官余彬立即与徐婉取得联系，了解相关情况。

原来，徐婉的丈夫李伟喜欢喝酒，当日他喝酒后，徐婉抱怨了两句，李伟便对其辱骂、扇耳光、击打头部。“他以前也打过我，拿秤盘打我的头，打出了血。”这已不是徐婉第一次遭受家暴了。

“不用担心，你可以向法院申请人身安全保护令。”余彬向徐婉释明了救济途径，并详细告知了申请方式。11 点 30 分，徐婉来到巴南法院申请人身安全保护令后，余彬同施暴人李伟取得联系。

12 点 15 分，李伟也来到了法院。“你辱骂、殴打徐婉的行为已经违反了《中华人民共和国反家庭暴力法》，如果情况严重的话可能会坐牢，你知道吗？”余彬对李伟进行了批评教育和释法说理。

“都怪我，爱喝酒、太冲动，作出了过激行为，我以后再也不敢了！”李伟表示，一定深刻反省、痛改前非，并当场向妻子赔礼道歉。

因担心丈夫再次施暴，徐婉坚持向巴南法院申请人身安全保护令，巴南法院遂简化受理程序，及时受理申请并制作出裁定书。

下午 2 点 50 分，余彬通过巴南区反家暴联络工作群与南泉派出所取得联系，在通报情况后向南泉派出所送达了裁定书，同时告知派出所协助法院对徐婉人身保护令的执行情况进行定期回访，若李伟有违反人保令的行为及时进行制止并联系法院。

下午 3 点 20 分，余彬到徐婉夫妇的住所向两人各送达一份裁定书，并再次告诫李伟家暴的违法性及危害性，以及违反人身安全保护令的法律后果，希望他引以为戒。

“3+N”形成反家暴合力

从接到求助电话到发出人身安全保护令，在法院、妇联、公安三部门工作人员的联动下，这起家暴仅用了 6 个小时便处置成功，这得益于巴南区建立的反家暴“3+N”联动平台。该平台整合了巴南区公安、法院、检察院、司法局、妇联等十多个部门共同参与到辖区的反家暴工作中来。这十多个部门还联合出台了《重庆市巴南区反家庭暴力工作联动机制实施细则》，明确了由法院、妇联与辖区派出所组建反家暴工作联络组，对社区民警、妇联组织接收到的家暴警情，经受害人同意后，可由派出所或妇联组织协助其向法院申请人身安全保护令。法院签发人身安全保护令后，由辖区派出所或妇联组织协助法院向受害人及施暴人送达并进行后期跟踪回访，对违反人身安全保护令的，则由法院采

取强制措施予以处理。

“家暴往往具有隐蔽性，一旦发生需要求助，受害人首先会向派出所报案，其次向妇联寻求帮助，法院直接受理的人身安全保护令申请一般是在审理家事纠纷中受害人提出的，具有一定的滞后性。”巴南法院副院长刘秀荣坦言，反家暴“3+N”联动平台将人身安全保护令申请工作前移，法院依法、适时、适度干预家庭暴力，不仅能有效制止家暴和预防家暴的再次发生，还有助于修复部分当事人的婚姻关系。

此外，巴南法院还出台了《关于办理人身安全保护令案件的若干规定》，细化人身安全保护令具体办理程序，统一审查标准，积极推进人身安全保护令在反家暴工作中的作用。

“下一步，巴南法院将继续借助‘3+N’联动平台促进家事纠纷化解，将家暴源头化解在开庭前、执行前。”刘秀荣表示。同时，巴南法院将定期在辖区内发布家事纠纷审判白皮书，总结家事纠纷常见裁判规则，引导当事人规范行为、不触红线，从根源上减少家庭暴力的发生。

足不出户申请保护令

“谢谢你们的关心，他再没敢对我动过手，有了这份人身安全保护令，心里安稳多了。”新型冠状病毒感染肺炎疫情防控期间，巴南法院通过线上审查申请资料和电话核实的方式，发出了一份人身安全保护令，让陈秀吃了一颗“定心丸”。

陈秀和王军结婚多年，丈夫王军经常殴打辱骂陈秀，陈秀不堪家庭暴力外出打工。今年春节，王军又因家庭琐事动手，致陈秀全身多处受伤。陈秀在子女的陪同下向当地派出所报案，派出所民警向其释明，为避免王军再次实施家暴，陈秀可以通过警法联动一站式平台向巴南法院申请人身安全保护令。鉴于疫情防控期间的特殊情况，巴南法院在征得当事人同意后，作出裁定当日即委托当地派出所向陈秀和王军送达了裁定书。

“这不是我们法院收到的第一份人身安全保护令在线申请。”刘秀荣告诉记者。早在 2019 年 6 月，巴南法院便商请重庆市高级人民法院在“易解”“易诉”平台增加电子签章、司法文书逆向传输、人身安全保护令申请等便民功能，并在辖区内部分派出所试点人身安全保护令在线申请。申请的流程并不复杂，家暴受害人到派出所报警后，民警会征求其是否申请人身安全保护令。如需要申请，民警将协助受害人在线提出申请，巴南法院在线收到后进行同步审查，使用电子签章把人身保护令裁定远程传输回来。

疫情防控期间，巴南法院共推出了三种线上申请人身安全保护令的途径：重庆法院公众服务网进入“易诉”平台申请、向派出所报警由派出所协助网上申请以及通过微信小程序在线申请。“法院受理申请后，承办法官会在一个工作日内完成查阅申请人提交上传的证据，并通过电话、微信等网络载体向事发地派出所、涉案当事人、妇联组织等进行调查询问，固定证据、查明事实、作出判断，24 小时内可作出支持申请或者驳回申请的裁定。”巴南法院民事审判一庭庭长谭杨表示，自疫情发生以来，巴南法院共受理在线人身安全保护令申请 11 件，作出裁定支持 9 件。

“今年 3 月起，我院已全面铺开人身安全保护令案件的在线申请工作，借助信息化手段强化司法为民服务，真正做到‘让数据多跑路，群众少跑路’。”谭杨说。

加大保护令执行力度

发出了人身安全保护令，受害人还是受到骚扰，怎么办？

2017 年，罗伟和张莉坠入爱河。但相爱容易相处难，生活在一起后，两人常常因为家庭琐事争吵。在一次吵架中，罗伟对张莉动了手，让张莉头皮裂伤伴头皮血肿，在医院住了 9 天。张莉意识到两人并不合适，提出分手并搬离了共同生活的场所。罗伟认为张莉只是在使小性子，便不停地给她打电话、发微信，甚至上门纠缠。

张莉怕自己再被打便报了警。在警察面前，罗伟一再保证决不再上门纠缠张莉，却在私下改用短信不断对张莉进行骚扰。不堪其扰的张莉向巴南法院申请了一份人身安全保护令，可罗伟依旧没有停止对张莉的短信轰炸。4 天时间里，罗伟给张莉发去了 320 余条骚扰短信，这种精神施压让张莉几近崩溃。她将打印出来足足有 43 页纸的证据短信带到了巴南法院。

为了保护张莉，同时维护人身安全保护令的权威性，2018 年春节后上班的第二天，巴南法院决定给予罗伟司法拘留 15 日的处罚。被拘留的罗伟终于醒悟，他表示认识到了错误，一定悔改，并写下了悔过书。自此以后，罗伟再也没有去骚扰过张莉。

“在司法实践中，人身安全保护令对于被申请人具有很强的威慑作用，但对抗人身安全保护令的情况也偶有发生。”长期关注社会热点话题的西南政法大学法治新闻研究中心主任、教授蔡斐告诉记者，要让被申请人明白这张保护令并非“一纸空文”，而是具有强制效力的行为禁令，就必须保障人身安全保护令得到有力执行。

对此，巴南法院建立健全实施人身安全保护令协调联动机制，加大对人身安全保护令的执行力度，与公安、妇联等相关部门共同做好人身安全保护令的发放、回访和监督等工作。对违反人身安全保护令的施暴者，通过拘留、罚款等方式加大惩罚力度。

“依法对违反人身安全保护令的被申请人采取拘留措施，充分体现用程序正义保障实体正义的法治目的。”重庆大学法学院教授吴如巧说，拘留作为违反人身安全保护令法律责任中最具有威慑作用的强制措施，对反家庭暴力法的推行起着至关重要的作用。

通过强制措施保障人身安全保护令的执行是反家暴工作的重要一环，但要取得更广泛的社会效果，需要配套措施的跟进，特别是要注重广泛宣传形成反家暴的社会合力，引导家暴受害者拿起法律武器，坚决“零容忍”，树立起自我保护和证据收集的意识，学会在紧急情况下向司法机关求助。

为进一步加强宣传，让反家暴成为一种社会共识，巴南法院通过院校合作、院社合作等载体，依托“法官妈妈说法”“百姓茶堂”“家事法官在社区”“法语夜话”“德法相伴”等宣讲平台，结合反家暴典型案例，广泛开展专题讲座或法律咨询，汇聚反家暴的社会力量。

在重庆电视台都市频道，借力全国首个电视巡回法庭播出的《法官理家事》节目，巴南法院反家暴宣传实现裂变传播效益。自 2018 年节目开播以来，巴南法院共组织 32 名法官参与 64 期节目调解录制，承担了该节目 80%的电视巡回审判工作，其中“万能的离婚理由”“冷若冰霜的婚姻”等 4 期人身安全保护令案件的录制节目，受到了观众的广泛好评。

北京市高级人民法院关于开展人身损害赔偿纠纷案件统一城乡居民赔偿标准试点工作的通知

2020-03-24 京法网事

https://mp.weixin.qq.com/s/3OYgIQVLcDqPamc8K8U-vA

北京市高级人民法院关于开展人身损害赔偿纠纷案件统一城乡居民赔偿标准试点工作的通知

市第一、第二、第三中级人民法院；
各区人民法院；
市高级人民法院相关审判庭：

2019 年 4 月 15 日公布的《中共中央、国务院关于建立健全城乡融合发展体制机制和政策体系的意见》，明确提出“统筹城乡社会救助体系”“改革人身损害赔偿制度，统一城乡居民赔偿标准”的要求。为贯彻落实中央精神，按照《最高人民法院关于授权开展人身损害赔偿标准城乡统一试点的通知》的要求，经北京市高级人民法院审判委员会 2020 年第 8 次会议审议，决定在全市法院开展人身损害赔偿纠纷案件统一城乡居民赔偿标准试点工作，具体事项通知如下：

一、全市法院受理的侵权行为发生于 2020 年 4 月 1 日（含本日）后的机动车交通事故责任纠纷案件、交通肇事刑事案件的附带民事诉讼案件不再区分城镇居民与农村居民，试行按统一赔偿标准计算残疾赔偿金、死亡赔偿金及被扶养人生活费（被扶养人生活费计入残疾赔偿金或死亡赔偿金）：残疾赔偿金、死亡赔偿金按照北京市上一年度全市居民人均可支配收入标准计算；被扶养人生活费按照北京市上一年度全市居民人均消费性支出标准计算。

二、各法院按照上述要求开展试点工作时要确保通知精神传达到位，法律适用规范统一，并注意做好对当事人的解释说明工作。试点中遇到的有关问题，应及时报告市高级法院民一庭。

特此通知。

北京市高级人民法院

二〇二〇年三月二十四日

婚姻家庭与继承案件的人民法院管辖地确定汇总（三）

2020-03-27 法暖家事 一中院家事审判

https://mp.weixin.qq.com/s/kKM7l_QhapRAviseyKQZug

家事案件属于民事案件范畴，但相比于其他普通民事纠纷，家事案件在程序法上有其独特性。北京一中院家事审判庭将家事案件的人民法院管辖地进行梳理汇总，归纳了婚姻家庭与继承案件的级别管辖与地域管辖，并对婚姻家庭与继承案件中地域管辖的一般原则及特殊情形详细进行了分类说明。因篇幅较长，分四期发布，此为第三期。

本期内容

华侨离婚案件、当事人在国外的离婚案件、外国人在中国法院离婚诉讼案件如何确定地域管辖。

*本系列内容仅对审判实践一般情况进行归纳
个案把握还应当结合具体案情依法予以处理

华侨离婚案件的管辖法院

（1）在国内结婚并定居国外的华侨，如定居国法院以离婚诉讼须由婚姻缔结地法院管辖为由不予受理，当事人可向哪个人民法院提出离婚诉讼？

在国内结婚并定居国外的华侨，如定居国法院以离婚诉讼须由婚姻缔结地法院管辖为由不予受理，当事人向人民法院提出离婚诉讼的，由婚姻缔结地或者一方在国内的最后居住地人民法院管辖。

——《民事诉讼法司法解释》第 13 条

（2）在国外结婚并定居国外的华侨，如定居国法院以离婚诉讼须由国籍所属国法院管辖为由不予受理，当事人可向哪个人民法院提出离婚诉讼？

在国外结婚并定居国外的华侨，如定居国法院以离婚诉讼须由国籍所属国法院管辖为由不予受

理，当事人向人民法院提出离婚诉讼的，由一方原住所地或者在国内的最后居住地人民法院管辖。

——《民事诉讼司法解释》第 14 条

离婚当事人在国外的管辖法院

（1）中国公民一方居住在国外，一方居住在国内，可向哪个人民法院提起离婚诉讼？

中国公民一方居住在国外，一方居住在国内，不论哪一方向人民法院提起离婚诉讼，国内一方住所地人民法院都有权管辖。国外一方在居住国法院起诉，国内一方向人民法院起诉的，受诉人民法院有权管辖。

——《民事诉讼法司法解释》第 15 条

（2）中国公民双方在国外但未定居，一方向人民法院起诉离婚，由哪个人民法院管辖？

中国公民双方在国外但未定居，一方向人民法院起诉离婚的，应由原告或者被告原住所地人民法院管辖。

——《民事诉讼司法解释》第 16 条

（2）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，由哪个人民法院管辖？

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。

——《民事诉讼司法解释》第 17 条

外国人在中国法院离婚诉讼的管辖

（1）一方或双方在我国有经常居住地的外国人是否可在中国法院起诉离婚？

一方或双方在我国有经常居住地的外国人在中国法院起诉离婚的，应予管辖。

——《北京高院婚姻案件参考意见》第 49 条

（2）双方均为外籍且在国外缔结婚姻，原告以被告经常居住地在国内向法院提起离婚诉讼的，被告经常居住地法院是否有管辖权？

双方均为外籍且在国外缔结婚姻，原告以被告经常居住地在国内向法院提起离婚诉讼的，被告经常居住地法院具有管辖权。

——《北京高院立案审判适用法律解答(一)》第 12 条

（未完待续）

供稿 | 吴扬新
制作 | 杜世奇

婚姻家庭与继承案件的人民法院管辖地确定汇总（四）

2020-03-28 法暖家事 一中院家事审判

https://mp.weixin.qq.com/s/nvlz6ora5_Y-POVEa7wWrA

家事案件属于民事案件范畴，但相比于其他普通民事纠纷，家事案件在程序法上有其独特性。北京一中院家事审判庭将家事案件的人民法院管辖地进行梳理汇总，归纳了婚姻家庭与继承案件的级别管辖与地域管辖，并对婚姻家庭与继承案件中地域管辖的一般原则及特殊情形详细进行了分类说明。因篇幅较长，分四期发布，此为第四期。

本期内容

军人离婚案件、离婚财产纠纷案件、抚养费、抚育费案件、抚养权、监护权变更案件、对下落不明或者宣告失踪的人提起的有关身份关系的诉讼案件如何确定地域管辖。

*本系列内容仅对审判实践一般情况进行归纳
个案把握还应当结合具体案情依法予以处理

军人离婚案件的管辖法院

（1）一方为军人的离婚案件，由哪个人民法院管辖？

一方为军人的离婚案件，参照一般管辖规定。

——《民事诉讼法司法解释》第 11 条

（2）双方均为现役军人的离婚案件，由哪个人民法院管辖？

对于双方均为现役军人的离婚案件，由中华人民共和国军事法院管辖。

——《民事诉讼司法解释》第 11 条

离婚财产纠纷的管辖

（1）很多婚姻家庭类纠纷会涉及不动产的分配及权属问题，是否适用不动产专属管辖？

实践中，婚约财产纠纷、离婚后财产纠纷、夫妻财产约定纠纷、分家析产纠纷等案件均有可能涉及房屋等不动产的分配及权属问题，根据《北京市高级人民法院关于民事诉讼管辖若干问题的规定》第八条之规定，前述纠纷均属于婚姻家庭纠纷，不适用不动产专属管辖，需要按照被告住所地确定管辖法院。

——北京高院立案审判适用法律解答(一)第 21 条

（2）当事人因同居或者在解除婚姻、收养关系后发生财产争议，可否约定管辖？

当事人因同居或者在解除婚姻、收养关系后发生财产争议，约定管辖的，可以适用民事诉讼法第三十四条规定确定管辖，即合同或者其他财产权益纠纷的当事人可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖，但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。

——《民事诉讼司法解释》第 34 条

抚养费、抚育费管辖法院

追索赡养费、抚育费、扶养费案件的几个被告住所地不在同一辖区的，由哪个人民法院管辖？

追索赡养费、抚育费、扶养费案件的几个被告住所地不在同一辖区的，可以由原告住所地人民法院管辖。

——《民事诉讼法司法解释》第 9 条

抚养权、监护权变更管辖法院

变更抚养权或监护权由哪个人民法院管辖？

不服指定监护或者变更监护关系的案件，可以由被监护人住所地人民法院管辖。

——《民事诉讼法司法解释》第 10 条

一方下落不明或被宣告失踪的管辖法院

对下落不明或者宣告失踪的人提起的有关身份关系的诉讼哪个人民法院管辖？

对下落不明或者宣告失踪的人提起的有关身份关系的诉讼，由原告住所地人民法院管辖；原告住所地与经常居住地不一致的，由原告经常居住地人民法院管辖。

——《民事诉讼法》第 22 条

供稿 | 吴扬新
制作 | 杜世奇

因长期遭受虐待家暴故意杀夫可适用缓刑
（最高法院公布的参考性案例中确定的审判规则）

2020-03-28 指导性案例审判规则

https://mp.weixin.qq.com/s/3Mb6v2V5x5kFg374C8D7Jw

【审判规则】

行为人因长期遭受虐待和家庭暴力而杀夫，构成故意杀人罪，认定为犯罪情节较轻。因其尚有未成年的女儿需要抚养，且具有自首情节，认罪态度较好，适用缓刑不致再危害社会，可依法宣告缓刑。

【关 键 词】

刑事　故意杀人　虐待　家庭暴力　自首　认真态度良好　危害社会　缓刑

【基本案情】

姚 X 英结婚十余年间经常遭其丈夫徐树生无故打骂、虐待。案发前徐树生又寻机对姚 X 英进行长时间打骂，姚 X 英因长期遭受徐树生的殴打和虐待，心怀怨恨，遂起杀死徐树生之念。姚 X 英趁徐树生熟睡之际，从家中楼梯处拿出一把铁榔头，朝徐树生头、面部等处猛击数下，后用衣服堵住其口、鼻部，致徐树生当场死亡。案发后姚 X 英到派出所投案。

公诉机关以姚 X 英犯故意杀人罪，提起公诉。

【争议焦点】

行为人因长期受到其配偶的虐待及家庭暴力，而实施故意杀害其配偶的行为，致其配偶当场死亡，在定罪量刑时，能否对其适用缓刑。

【审判结果】

一审法院判决：姚 X 英犯故意杀人罪，判处有期徒刑一年，缓刑五年。

宣判后，姚 X 英未提出上诉，公诉机关也未提出抗诉，判决已发生法律效力。

【审判规则评析】

姚 X 英因不堪忍受其丈夫徐树生的长期虐待和家庭暴力，持械故意将其丈夫杀害，其行为构成故意杀人罪。鉴于姚 X 英在长期遭受虐待和家庭暴力后杀夫的行为社会危害性相对较小，可认定为故意杀人罪中的情节较轻。又因其家中有未成年女儿需要抚养，因此在姚 X 英具有自首情节又认罪态度良好的情况下，对其适用缓刑不致再危害社会，可对其依法适用缓刑。

【适用法律】

《中华人民共和国刑法》第六十四条 犯罪分子违法所得的一切财物，应当予以追缴或者责令退赔；对被害人的合法财产，应当及时返还；违禁品和供犯罪所用的本人财物，应当予以没收。没收的财物和罚金，一律上缴国库，不得挪用和自行处理。

第六十七条 犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行的，是自首。对于自首的犯罪分子，可以从轻或者减轻处罚。其中，犯罪较轻的，可以免除处罚。

被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯，如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的，以自首论。

第七十二条 对于被判处拘役、三年以下有期徒刑的犯罪分子，根据犯罪分子的犯罪情节和悔罪表现，适用缓刑确实不致再危害社会的，可以宣告缓刑。

被宣告缓刑的犯罪分子，如果被判处附加刑，附加刑仍须执行。

第二百三十二条 故意杀人的，处死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑；情节较轻的，处三年以上十年以下有期徒刑。

【法律修订】

《中华人民共和国刑法修正案（八）》（2011 年 5 月 1 日生效）将《刑法》修改，本案例适用的第六十四条内容没有变更。

将本案例适用的第六十七条增加一款作为第三款：

犯罪嫌疑人虽不具有前两款规定的自首情节，但是如实供述自己罪行的，可以从轻处罚；因其如实供述自己罪行，避免特别严重后果发生的，可以减轻处罚。

将本案例适用的第七十二条修改为如下内容：

第七十二条 对于被判处拘役、三年以下有期徒刑的犯罪分子，同时符合下列条件的，可以宣告缓刑，对其中不满十八周岁的人、怀孕的妇女和已满七十五周岁的人，应当宣告缓刑：

（一）犯罪情节较轻；

（二）有悔罪表现；

（三）没有再犯罪的危险；

（四）宣告缓刑对所居住社区没有重大不良影响。

宣告缓刑，可以根据犯罪情况，同时禁止犯罪分子在缓刑考验期限内从事特定活动，进入特定区域、场所，接触特定的人。

被宣告缓刑的犯罪分子，如果被判处附加刑，附加刑仍须执行。

本案例适用的第二百三十二条内容没有变更。

【法律文书】

拘留通知书 逮捕决定书 起诉意见书 刑事起诉状 公诉意见书 辩护词 刑事答辩状 刑事一审判决书

【效力与冲突规避】

参考性案例　有效　参考适用

姚 X 英故意杀人案

【案例信息】

【中 法 码】刑法总则・刑罚裁量・量刑制度・缓刑・适用条件 (G1202040152)

【罪　　名】 故意杀人罪

【权威公布】被最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭《刑事审判参考》2010 年第 5 集(总第 76 集)收录

【检 索 码】 P0815++180ZJQZQJ0310C

【审理法院】 浙江省衢州市衢江区人民法院

【审级程序】 第一审程序

【公诉机关】 浙江省衢州市衢江区人民检察院

【被 告 人】 姚 X 英

【裁判文书原文】　(如使用请核对裁判文书原件内容)

《刑事判决书》

公诉机关：浙江省衢州市衢江区人民检察院。

被告人：姚 X 英，女，1966 年 8 月 20 日出生，小学文化，农民。因涉嫌犯故意杀人罪于 2010 年 5 月 11 日被逮捕。

浙江省衢州市衢江区人民检察院指控姚 X 英犯故意杀人罪，向本院提起公诉。本院依法组成合议庭，公开开庭审理了本案。现已审理终结。

浙江省衢州市衢江区人民检察院指控被告人姚 X 英犯故意杀人罪。

被告人姚 X 英及其辩护人对起诉书指控的罪名及犯罪事实不持异议。其辩护人提出，被害人好逸恶劳，长期以赌博为业，对被告人实施家庭暴力侵害、虐待长达十多年，对被告人的肉体和身心造成严重伤害，被害人具有重大过错；被告人的杀人行为属情节较轻情形，且有投案自首情节，家有未成年女儿需要抚养，请求法院对其从轻处罚，并宣告缓刑。

本院经公开审理查明：被告人姚 X 英与被害人徐树生系夫妻关系，结婚十余年间徐树生经常无故打骂、虐待姚 X 英。2010 年以来，徐树生殴打姚 X 英更为频繁和严重。2010 年 5 月 10 日晚，徐树生又寻机对姚 X 英进行长时间打骂；次日凌晨 5 时许，姚围英因长期遭受徐树生的殴打和虐待，心怀怨恨，遂起杀死徐树生之念。姚 X 英趁徐树生熟睡之际，从家中楼梯处拿出一把铁榔头，朝徐树生头、面部等处猛击数下，后用衣服堵住其口、鼻部，致徐树生当场死亡。当日 8 时 30 分许，姚 X 英到衢州市公安局衢江分局上方派出所投案。

本院认为，被告人姚 X 英持械故意杀害其丈夫徐树生，其行为构成故意杀人罪。但姚 X 英的杀人故意系因不堪忍受被害人徐树生的长期虐待和家庭暴力而引发，因此，其杀人行为可认定为故意杀人罪中的情节较轻。案发后，姚 X 英主动到公安机关投案，如实供述自己的罪行，是自首，依法可从轻处罚。鉴于被告人长期遭受虐待和家庭暴力而杀夫的行为受到民众高度同情，社会危害性相对较小，且被告人具有自首情节，认罪态度较好，家中又尚有未成年的女儿需要抚养，根据其犯罪情节和悔罪

表现，对其适用缓刑不致再危害社会，可依法宣告缓刑。本院依照《中华人民共和国刑法》第二百三十二条、第六十七条第一款、第七十二条第一款、第六十四条之规定判决：

被告人姚 X 英犯故意杀人罪，判处有期徒刑一年，缓刑五年。

疫情下的亲情修复：朝阳法院 1 天在线调解 7 起家事纠纷

2020-03-28 朝阳法苑 慕婷婷

https://mp.weixin.qq.com/s/IjxxLemwmLhgFAb2awjCpA

2018 年 7 月，王老太的老伴儿因病去世。2019 年 12 月，王老太被一纸诉状告到了法院，而起诉老人的，正是王老太的 4 个子女。原来，自王老太的老伴儿过世之后，4 个子女便与母亲王某因为遗产房屋的分配问题争议不休，每个人都认为自己应当多分遗产。法官多次通过电话与各方当事人进行沟通，可一家人却谁都不肯让步。

2020 年初，突如其来的疫情给原本正常的生活按下了“暂停键”，王老太一家的矛盾也暂时搁置了下来。

3 月中旬的一天，陈扬法官突然接到了王老太小儿子打来的电话，“法官您好，我是王某的小儿子李某，我们家那案子，近期能安排调解吗？”

陈扬法官电话里详细询问了其家里的相关情况。李某坦言：“平常没时间与家人相处，疫情期间，我与母亲和兄弟姐妹们在一起的时间也多了，这段时间越发感受到家庭和健康才是第一位的，钱多点少点的不重要，我是家里老小，为了家庭和睦，我愿意多让步。”原来，疫情爆发以来，一家人为了相互有个照应，重新住到了一起，几个月的相处让一家人的想法都发生了一些改变。

听了李某的一席话，陈扬法官判断，这个案子很有可能调解成功！她马上电话联系到了王老太，沟通线上开庭的相关工作，而王老太也当即表示可以在子女的帮助下进行线上操作，“只要一家人能重修旧好，让我做什么都可以。”

挂了王老太的电话，陈扬法官又分别与王老太的几个子女进行了电话沟通，迅速敲定了线上调解的时间。

3 月 24 日上午，在陈扬法官的主持下，王老太一家人参加了线上调解。调解过程中，陈扬法官耐心细致的为当事人释法析理，面对情绪激动的大儿子，陈扬法官悉心劝说，引导当事人各方进行沟通，最终，经过近两个小时的调解工作，一家人终于解开了心结，达成了对遗产分配的统一意见，困扰王老太一家将近两年的继承问题得以妥善化解。

新冠肺炎疫情的发生，让更多人重回家庭，朝夕相伴的日子让大家更多感悟到亲情的珍贵，相比剑拔弩张的对立，更多人愿意选择偃旗息鼓、回归亲情。为顺应当事人需求、促进矛盾纠纷的源头化解和家庭关系的无缝修复，朝阳法院酒仙桥法庭加大了疫情期间家事纠纷的调解工作力度。李某与王某等人继承纠纷案仅仅是众多调解成功案例中的一个，仅 3 月 24 日一天，朝阳法院酒仙桥法庭就调解成功了涉及继承纠纷、离婚财产纠纷、监护权确认纠纷等多种案由在内的 7 起家事纠纷，20 余名涉案当事人足不出户即化解矛盾冲突。

“疫情期间的居家隔离，让大家有了更多陪伴家人的时间，也更加能感受到亲人之于彼此的意义，利用这个时间开展家事纠纷的调解工作，可以有效的化解很多矛盾。隔离疫情，不隔离温情，希望通过我们的努力，能让更多当事人在疫情期间感受到司法的关怀。”朝阳法院酒仙桥法庭庭长吴彬这样说。

供稿：酒仙桥法庭

编辑：焦晓琼

部分配图来源于网络

二、立法动态

让法律落细落实提供更周全保护

反家庭暴力法施行四周年回望

2020-03-10 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/20200310/Article06003GN.htm?spm=zm1012-001.0.0.2.yU86QJ&from=timeline

2018 年妇联系统收到家暴投诉 39371 件，比上一年少了 4700 多件，降低 11%，2019 年家暴投诉为 36002 件，比上一年减少了 3300 件，降低 8.4%。数字的背后，是全社会共同贯彻反家庭暴力法，积极落实反家暴责任的成果。制图/李晓军

3 月 1 日，反家庭暴力法施行四周年。这部法律的颁布与施行，被视为中国反家暴进程中的里程碑事件。自此，“打老婆天经地义”“打孩子合情合理”“家丑不可外扬”的错误观念被摒弃，法治公平公正得以彰显。

四年来，在社会各界的努力下，伴随反家暴法的有效执行，我国反家庭暴力的制度措施不断完善，反家庭暴力联动机制不断创新，反家庭暴力的宣传教育不断加强。

最新的全国妇联信访统计数据显示，2018 年妇联系统收到家暴投诉 39371 件，比上一年少了 4700 多件，降低 11%，2019 年家暴投诉为 36002 件，比上一年减少了 3300 件，降低 8.4%。数字的背后，是全社会共同贯彻反家庭暴力法，积极落实反家暴责任的成果。

与此同时也应当看到，时至今日，与当初所期待的效果相比，反家暴法落地四年后的实施效果还存在差距，还有一些不足需要进一步完善。

反家暴呈现出“三高”“两低”可喜变化

不久前，北京市东城区源众家庭与社区发展服务中心主任李莹接到了一个特殊的求助电话。打来电话的是家住山东省青岛市的一名未成年人，联系李莹的目的并不是为自己寻求帮助，而是为他的未成年好朋友咨询。看到自己的好友遭受了来自父母的家暴，虽然报了警但是效果并不是很好，这个孩子就想到了向社会组织进行求助。在李莹的指点下，他向当地妇联反映了情况。得知此事后，妇联及时按照法律规定进行了有力介入，及时为受家暴的孩子提供了救助，让受害人感受到了来自法律的有力保护。

“可以说，法律的贯彻实施和宣传，让民众反家暴的理念有了很大提升。公众对家暴的敏感度已经极大提高。尤其是伴随全社会对反家暴法的积极宣传，越来越多的人，包括未成年人，对家庭暴力概念的知晓度和理解都提高了，而且还逐步形成了一个共识，就是对家暴要零容忍，要用法律的武器维护自己的正当权益。”李莹告诉记者。

李莹的切身感受并非个例。细心观察不难发现，每次有家暴事件，舆论基本上是一边倒地支持受害人。据全国妇联权益部相关负责人介绍，反家暴法实施四年来，我国反家暴领域呈现出“三高”和“两低”的明显态势。所谓“三高”，是指社会公众反家暴意识普遍提高、家庭暴力受害人自我保护意识日益增高、司法机关对家暴处置的能力明显增强，家庭暴力不是家务事，公权力应该对家庭暴力进行干预的观念已成为社会共识。所谓“两低”，是指近年来妇联投诉家庭暴力的妇女人数降低以及恶性家暴案件数量降低。

“这些变化，是全社会共同贯彻反家庭暴力法、积极落实反家暴责任的成果。”这位负责人说。

制度执行层面仍有改进空间

谈及反家庭暴力法的实施效果，人身安全保护令不得不提。创立人身安全保护令制度，是反家庭暴力法的最大亮点。这个承载着重要救济功能的制度以专章形式出现在反家庭暴力法当中。从某种程度上说，人身安全保护令的落地情况如何，直接影响反家暴法的实施效果。

2016 年 7 月，最高人民法院及时出台《关于人身安全保护令案件相关程序问题的批复》等指导性文件，对下级法院在审理人身安全保护令案件中遇到的问题作出指导，同时将申请人身安全保护令确立为独立案由，为人身安全保护令案件制定统一的“民保令”案号，发布人身安全保护令案件相关的裁判文书样本。同时，针对执行不力问题，各地法院积极探索建立健全实施人身安全保护令协调联动机制，加大执行力度，并对违反人身安全保护令的行为，通过拘留、罚款等方式加大惩罚力度。

种种举措之下，四年来，全国每年发出人身安全保护令的数量逐步增加。来自最高人民法院的数字显示，2016 年 687 份，2017 年 1469 份，2018 年 1589 份，2019 年 2004 份，截至 2019 年 12 月底，全国法院共发出人身安全保护令 5749 份，为遭受家庭暴力或者面临家庭暴力现实危险的家暴受害人提供了强有力的人身安全保护，为预防和制止家庭暴力发挥了重要作用。

但在不少专业人士看来，法院签发人身安全保护令门槛过高的问题依旧存在。如何进一步在司法实践中尽量减轻当事人举证责任，适当放宽标准，及时签发人身安全保护令是下一步亟待解决的问题。

“人身安全保护令是一个‘安全墙’，隔绝家庭暴力是其主要目的。因此，反家暴法中并没有对人身安全保护令有证据方面的要求。换言之，只要遭受家庭暴力或者是有遭受家庭暴力现实危险性的，都可以向法院申请保护令，可以说门槛是很低的。但在实践中，人身安全保护令门槛仍然较高，这就起不到安全隔离的作用。实际上，是不是构成家暴应在当事人提出离婚或者当事人提出损害赔偿时再进行判断。”李莹说。

制定部门操作指南是当务之急

反家暴法正式实施四年后，中华女子学院教授、中国法学会反家暴网络理事会原副主席李洪涛观察到这样一个现象——反家暴法执行效果呈现出了明显的地区差异。尤其是在一些典型案例中，各地的介入水平和介入模式都不一样。“可以说，强的地方非常强，弱的地方非常弱。”

李洪涛具体介绍说，这种差异性表现为，如果一个地区有反家暴资源的投入，当地妇联很重视，有专门的社会组织参与，还有接受过相关专业培训的社工、心理等专业人力资源储备，尤其是有反家暴项目试点，那么，当有家暴案件发生或家暴受害人求助时就能迅速回应，反家暴法执行与落实的水准明显高于其他地区。相反，一些实施效果差的地区，则仍然采用老一套的工作模式，主要还是以劝解等方式化解家暴纠纷。

谈及为何会出现这种参差不齐的情况，李洪涛认为，主要原因就在于虽然有反家庭暴力法，但却缺乏以此为基础的各个职责部门的具体行动指南。在李洪涛看来，缺少规范性和专业性是目前反家暴法实施中出现的最大问题。在一些偏远地区进行调研时，她发现，一些基层执法部门对于如何具体处理家暴纠纷并没有明确的规定，导致实践中无法落实具体职责，无法对家暴纠纷作出及时正确的处理。鉴于此，李洪涛建议尽快制定关于执行反家暴法的操作指南，对各个部门执行反家暴法的工作流程加以明确。

“在落实反家暴法的过程中，各部门必须要有自己系统的工作职责、工作流程以及与其他部门合作联动介入家暴的行动指南。”李洪涛具体指出，这份指南最重要的内容就是要让各方建立起一个家暴危险评估系统，把高危个案筛查出来，制止暴力升级，从而保护高危家暴受害人。其次，加强部

门间对于紧急高危家暴个案的联动和合作，建立多机构多部门联动系统以及转入转出的工作模式。比如，建立月会制度，通过定期召开专门会议的形式，处理高危家暴个案，从而在最短的时间内向高危暴力处境的受害人提供救助。

贵州反家庭暴力条例 3 月 1 日起施行

2020-03-10 法制网 稿件来源：法制日报人大视窗

http://epaper.legaldaily.com.cn/fzrb/content/20200310/Article06004GN.htm

《贵州省反家庭暴力条例》（以下简称《条例》）于 3 月 1 日起施行。《条例》是 2016 年《中华人民共和国反家庭暴力法》颁布以来，西部省区出台的首个配套地方性法规。

贵州省人大常委会 2018 年牵头启动《条例》的起草工作，随即成立了由联席会议成员单位负责人、高等院校法学专家、律师等组成的《条例》起草领导小组，开展了立法调研、征求意见等起草工作。起草组深入贵州省 9 个市州、贵安新区的部分县区、乡镇、村一级基层有关单位，走访听取人大代表、基层干部、群众的意见，通过网络等方式公开广泛征求意见，多次组织有关部门和专家召开论证会。反复讨论修改。在《条例》起草过程中，起草组充分考虑与上位法的衔接，让反家暴的措施更加具体和更有可操作性，同时结合了贵州省的具体情况。

《条例》明确了妇儿工委的具体职责，强调建立家庭暴力预防、处置、救助一体化多部门合作工作机制，建立家庭暴力监测评估制度，建设信息统计平台，实现信息共享。《条例》明确了各级政府应当将反家庭暴力相关法律、法规宣传纳入普法工作规划，建立健全宣传教育的体系。对公检法司、工青联、民政、乡镇街道、学校以及新闻媒体等部门机构的任务进行了细化。

《条例》强化“告诫书”的作用，强化违反人身安全保护令的惩戒规定，强化公职人员在反家暴中的表率作用。

南京 初审生活垃圾管理条例草案

2 月 27 日，江苏省南京市十六届人大常委会第二十一次会议首次审议《南京市生活垃圾管理条例（草案）》（以下简称《草案》）。《草案》提出，南京将逐步推行生活垃圾定时定点分类投放制度。根据《草案》规定，单位和个人没有履行生活垃圾分类义务且拒不改正的，将受到行政处罚。拒不执行生活垃圾分类的违法行为拟将记入单位或个人的信用档案。将已分类投放的生活垃圾混合收集、运输的责任单位也将受到处罚。

《草案》还对生活垃圾分类投放管理责任人、垃圾处理收费、生态补偿、生活垃圾源头减量等制度进行了规定。据了解，南京全市现有 4000 多个居民小区实施了垃圾分类，覆盖率达 70%以上。

南京市人大常委会将《南京市生活垃圾管理条例》确定为今年立法重点项目，组织人员 5 次到上海、宁波、广州、厦门等垃圾分类管理先行城市，就源头分类、资源回收、分类运输、分类处置、湿垃圾和可回收物循环利用等开展实地调研，并聚焦实践中出现的堵点问题和立法关键制度设计，开展专题研究和讨论。

《草案》共 8 章 55 条，就规划与建设、源头减量、分类投放、分类收集运输和处置、监督管理和法律责任等作出规定。按照立法计划安排，《南京市生活垃圾管理条例》将于 4 月底提请南京市人大常委会二审，条例通过后报江苏省人大常委会批准。

深圳 启动修订知识产权保护条例

3 月 2 日，广东省深圳市人大常委会主任骆文智主持召开《深圳经济特区知识产权保护条例》（以下简称《条例》）修改座谈会，正式启动条例的修订工作。备受各界关注的知识产权侵权惩罚性赔偿制度有望在此次修订中纳入法规，为深圳创新驱动发展营造更好法治环境。

知识产权侵权损害赔偿额过低一直是困扰我国知识产权保护的难题，长期以来，社会各界对大幅度提高知识产权赔偿标准呼声不断。现行《条例》是 2018 年底深圳市人大常委会通过并于去年 3 月 1 日起施行的，但受限于立法权限问题，未能就惩罚性赔偿制度等作出突破性创新。

作为改革开放的前沿阵地，深圳在知识产权保护领域还存在一系列难题需要通过立法解决，比如：侵权举证责任问题、完善维权援助体系、粤港澳大湾区知识产权协作等。

随着《粤港澳大湾区发展规划纲要》和《中共中央国务院关于支持深圳建设中国特色社会主义先行示范区的意见》（以下简称《纲要》和《意见》）的出台，《条例》已经不能适应新形势新任务的要求，修法势在必行。《意见》明确“深圳可根据授权对法律、行政法规、地方性法规作变通规定”，为这次知识产权保护条例的修订提供了依据，也为修法过程中的突破和创新提供了上位法的保障。

对这次修法，骆文智提出三点意见。一是认真贯彻落实《纲要》和《意见》精神，用足用好特区立法权，聚焦制度创新和粤港澳利益结合的“最大公约数”，进一步加大知识产权全方位保护力度；二是认真学习和借鉴先进国家和地区的经验，通过立法探索推进大湾区知识产权规划制度衔接，创新粤港澳大湾区知识产权合作机制，打造具有国际影响力的知识产权保护高地；三是建立惩罚性赔偿制度，在科学合理确定损害赔偿数额的同时，大幅度提高侵权赔偿额上限，有效打击侵权知识产权违法行为，解决企业研发投入高、被侵权损失大而获得维权赔偿低的实际问题。

座谈会上，相关政府职能部门、法检两院、法学专家、律师以及企业界代表均表示，惩罚性赔偿力度要大，罚就要罚到侵权者“肉痛”，甚至要罚到侵权者倾家荡产。同时，与会人员也提出，大幅提高侵权赔偿额也要有科学的认定标准和计算方法，知识产权既要加大保护力度，也要防止滥用。

本报记者 张红兵 整理

【独家】婚姻家庭编草案：构建和谐稳定的婚姻家庭制度

2020-03-11 全国人大

https://mp.weixin.qq.com/s/oT08S2AtzpVVZd84SdrL_w

导 读

家和万事兴，家齐国安宁。维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系，需要法律的强力支撑。融入社会主义核心价值观，解决婚姻家庭领域出现的新情况新问题，进一步保障每一位成员的合法权益——民法典草案婚姻家庭编中的每一项规定，都与你我息息相关。

婚姻家庭制度是规范夫妻关系和家庭关系的基本准则，关系到家家户户的利益。因此，民法典草案婚姻家庭编在几经审议的过程中，始终备受社会大众关注。

自 2018 年 8 月民法典各分编草案整体提交全国人大常委会初审后，2019 年，十三届全国人大常委会第十一次会议、第十四次会议分别对民法典婚姻家庭编草案进行了二审和三审。在 2019 年最

后一次常委会会议上，民法总则和修改完善后的民法典各分编草案首次“合体”提请常委会会议审议，其中婚姻家庭编进一步作了修改完善。历经审议和修改完善的婚姻家庭编草案，深刻体现了立法的与时俱进、问题导向和广纳民意。

现行婚姻法和收养法分别制定于 1980 年和 1991 年。两部法律实施以来，对于建立和维护和谐的婚姻家庭关系发挥了重要作用。但随着婚姻观念、家庭关系的变化，我国婚姻家庭领域出现了一些新情况。为进一步弘扬夫妻互敬、孝老爱亲、家庭和睦的中华民族传统家庭美德，体现社会主义核心价值观，促进家庭关系和谐稳定，民法典草案婚姻家庭编以现行婚姻法和收养法为基础，在坚持婚姻自由等基本原则的前提下，结合社会发展需要，修改部分规定，并增加了一些新规定。

下面，就让我们一起来回顾一下 2019 年民法典草案婚姻家庭编审议和修改完善过程中的那些“高光时刻”。

01
树立优良家风入法，弘扬社会主义核心价值观

家庭是社会的基本细胞，是人生的第一所学校。我国自古至今都对家风家教极为重视，“家和万事兴”的观念早已深入国民的骨髓。

习近平总书记强调，不论时代发生多大变化，不论生活格局发生多大变化，我们都要重视家庭建设，注重家庭、注重家教、注重家风，紧密结合培育和弘扬社会主义核心价值观，发扬光大中华民族传统家庭美德，促进家庭和睦。

民法典的编纂工作始终坚持依法治国和以德治国相结合，将社会主义核心价值观融入民事法律规范，大力弘扬社会公德、家庭美德，贯彻和体现新发展理念，这在民法典草案婚姻家庭编中得到了鲜明的体现。大家从 2019 年 10 月提交常委会第十四次会议审议的婚姻家庭编草案三审稿中惊喜地发现，为贯彻落实习近平总书记关于加强家庭文明建设的讲话精神，更好地弘扬家庭美德，体现社会主义核心价值观，草案明确规定，“家庭应当树立优良家风，弘扬家庭美德，重视家庭文明建设”；“夫妻应当互相忠实，互相尊重，互相关爱；家庭成员应当敬老爱幼，互相帮助，维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系”。

有学者指出，这是继 2017 年将“社会主义核心价值观”写入民法总则后，社会主义核心价值观融入民法典的又一体现。中华女子学院教授、中国法学会婚姻家庭法学研究会副会长李明舜表示，婚姻家庭领域法治和德治密不可分，决定了建设平等、和睦、文明的家庭关系需要法律和道德协同发力。婚姻家庭编草案新增的这一规定，宣示了国家对树立优良家风、弘扬家庭美德和家庭文明建设的高度重视与强力倡导，有利于强化家庭及其成员的责任感和义务感，使我国新时代的家庭文明建设在法律的保障和促进下取得新成就。

这一修改在常委会会议审议时也得到了常委会组成人员的普遍“点赞”。大家一致认为，增加家风建设的相关内容发扬了中华民族传统美德，具有积极的导向作用，在维护平等、文明、和谐的婚姻家庭关系方面取得了较大进步。

02
婚前告知重大疾病，尊重婚姻自主权

一方患有重大疾病是否必然成为结婚的阻碍？对此，民法典草案婚姻家庭编的态度是：尊重当事人的婚姻自主权。

根据现行婚姻法，患有医学上认为不应当结婚的疾病者禁止结婚。但全国人大常委会法制工作委员会主任沈春耀指出，实践中这一规定很难操作，且在对方知情的情况下，是否患有疾病并不必然会影响当事人的结婚意愿。因此，婚姻家庭编草案对禁止结婚的条件作出修改，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，另一方可以向人民法院请求撤销婚姻。

值得一提的是，对于婚姻无效或者被撤销的法律后果，有的常委会委员、专家学者和社会公众提

出，婚姻无效或者被撤销的，还应当赋予无过错方请求损害赔偿的权利，以有利于保护无过错方的权益。这一建议被采纳，婚姻家庭编草案三审稿中新增一款规定：婚姻无效或者被撤销的，无过错方有权请求损害赔偿。

那么，若对方婚前不如实告知患有重大疾病，撤销婚姻的请求应向哪个部门提出？针对受理机关，2019 年 12 月提请审议的民法典草案将之前婚姻家庭编草案规定的“婚姻登记机关或者人民法院”修改为“人民法院”。原因是由婚姻登记机关对一方在结婚登记前是否如实告知对方患病情况进行认定较为困难，因此改为由人民法院统一行使撤销权。

03
设置离婚冷静期，避免轻率离婚

可以说，民法典草案婚姻家庭编制定和修改的过程，正是法律不断积极回应社会发展所面临的婚姻家庭新问题、完善婚姻家庭法律制度的过程。近年来，我国离婚率不断攀升，由此引发一系列社会问题。据民政部统计数据显示，从 2003 年起，我国离婚率已连续 15 年上涨。2019 年前三季度全国登记离婚达 310.4 万对，比上一年同期多出 20.5 万对。其中，不乏轻率离婚的情形。

为减少轻率离婚、冲动离婚现象，维护家庭稳定，民法典草案婚姻家庭编设置了“离婚冷静期”，明确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。

中国人民大学法学院教授、中国民法学研究会副会长杨立新在《对民法典婚姻家庭编草案规定离婚冷静期的立法评估》一文中指出，设置离婚冷静期是为自愿离婚的当事人在登记离婚中设置适当的时间“门槛”，促进当事人冷静思考、妥善抉择，既能保障当事人的离婚自由，又能保障双方当事人作出正确抉择、保护好未成年子女的利益。

他认为，离婚自由不是绝对自由，而是相对自由，是法定范围内的自由。法律规定离婚冷静期，不是限制婚姻当事人的离婚自由，而是充分尊重当事人的意思，在离婚两愿的前提下，给出适当的时间让其冷静思考，改变现行登记离婚基本上是“即申即离”，无法防止一时冲动、草率离婚的现状。只要期间适当，就不存在干涉当事人离婚自由的问题，有利于保持婚姻的稳定，减少社会不安定因素。

据了解，当前有些地方的婚姻登记部门在地方立法的指导下，已进行了登记离婚冷静期制度的相关试行工作；部分地方法院也在离婚案件中探索设立离婚冷静期制度，产生了较好的社会效果。有婚姻登记部门的工作人员表示，婚姻来之不易，他们在实际工作中也会劝导离婚意愿不强烈的夫妻先冷静一段时间再作决定，有些夫妻在冷静思考后最终选择不离婚。“设置离婚冷静期也是一次善意提醒，提醒大家谨慎行使权利，激发对婚姻家庭的责任心，使社会形成良好的婚姻家庭观，其在挽救破裂家庭、维护婚姻秩序、维系社会稳定等方面发挥的积极作用是值得赞许的。”

04
完善收养相关规定，保护被收养人合法权益

作为孤残儿童回归家庭的一种方式，收养具有养老扶幼、稳定家庭、稳定社会的功能。随着不少家庭或个人领养孩子的愿望逐年升高，被收养人的身心健康和权益如何得到有效保护，亟须法律给出答案。因此，保障被收养人合法权益，也是婚姻家庭编草案关注的重点之一。

草案对现行收养制度作出了一系列调整，例如，放宽了对收养条件的限制，规定已有 1 名子女的收养人也可收养子女。就收养人应当具备的条件，草案一审稿中规定了四项，分别是：无子女或者只有一名子女；有抚养、教育和保护被收养人的能力；未患有在医学上认为不应当收养子女的疾病；年满三十周岁。在征求意见时，有关方面提出，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。该

意见经研究后被采纳，立竿见影地体现在婚姻家庭编草案二审稿中。

实际上，此前一些基层民政机关在现行收养法和民政部《中国公民收养子女登记办法》基础上，已出台有关规定，要求办理收养登记时，需提交由公安机关出具的无违法犯罪记录证明等材料，社会反响较好。婚姻家庭编草案新增这一收养人条件，正是对各地实践做法有益经验的吸收和借鉴。

至草案三审稿，收养相关规定的修改完善再次向前迈出一步。为更好地维护被收养的未成年人的合法权益，草案吸纳相关部门和专家学者的建议，将我国已加入的联合国《儿童权利公约》中关于儿童利益最大化的原则落实到收养工作中，明确提出收养应当遵循最有利于被收养人的原则。我们相信，有了民法典的加持，被收养人和收养人的合法权益将得到更好的保障。

来源：《中国人大》杂志|作者：王晓琳
编校：杨菲菲、侯朝宣、王岭
责编：舒颖

【独家】继承编草案：雕琢细节 满足多元化现实需求

2020-03-12 全国人大

https://mp.weixin.qq.com/s/yzcyRdxNGyM4K24TsYkEiA

导 读

历经十三届全国人大常委会第五次、第十一次和第十五次会议审议，民法典草案继承编日臻完善，亮点纷呈。其中，明确法定继承范围、修改口头遗嘱效力等规定，对进一步完善继承制度，十分必要、及时。

继承制度是关于自然人死亡后财富传承的基本制度，关系千家万户的切身利益。

根据民法典编纂工作计划和安排，在 2018 年 8 月全国人大常委会对民法典各分编草案整体进行初次审议的基础上，2019 年 6 月 25 日，民法典继承编草案二审稿提请十三届全国人大常委会第十一次会议审议。2019 年 12 月 23 日，十三届全国人大常委会第十五次会议在京举行，包括继承编在内的民法典草案在会上完整亮相。全国人大宪法和法律委员会副主任委员沈春耀表示，此次对继承编草案仅进行了一些文字修改。

我国现行继承法于 1985 年经六届全国人大三次会议通过，在妥善处理遗产继承、避免或减少遗产纠纷等方面发挥了积极作用。但随着人民群众生活水平不断提升，自然人的合法财产日益增多，社会家庭结构、继承观念等方面也发生了新变化。

目前，民法典草案继承编共 4 章 45 条。针对民众关心的遗嘱效力等问题，草案均给予回应，并进一步完善了继承人宽恕制度、法定继承人范围、危急情况下口头遗嘱效力、遗赠扶养协议制度、遗产管理人制度等规定，有利于家庭和睦，推进老龄事业和产业发展。

01 明确法定继承人范围，新增继承人宽恕制度

法定继承人范围的大小，表面体现的是可以继承遗产的亲属范围，实质上是国家对公民私有财产特别是被继承人遗产的尊重。哪些人有法定继承权？继承权顺序是怎样的？这些都需要继承编草案作出明确规定。

继承编草案一审稿规定，遗产按照下列顺序继承：第一顺序为配偶、子女、父母；第二顺序为

兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。有意见指出，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。

据此，草案二审稿作出相应修改，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。

除了对法定继承人的范围进行细化，草案一审稿在现行继承法的基础上，规定了五种导致继承人丧失继承权的行为，并就其中三种行为规定了宽恕制度，明确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。

征求意见时，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。草案二审稿对此作出相应修改。

“草案规定了继承权丧失的情形，还特别规定了丧失继承权的宽恕制度，填补了我国继承法的空白，具有重要的价值。”韩梅委员说。

图为在安徽合肥市政府广场，公证人员为一位老人免费办理遗嘱公证。图/新华社发

02

遗嘱效力如何认定？充分尊重遗嘱人真实意愿

一位老人立下公证遗嘱，写明去世后遗产给他的第一个孩子。一段时间后，他改变了主意，想更改公证遗嘱，将遗产留给第二个孩子。但现行继承法第 20 条第 3 款规定：自书、代书、录音、口头遗嘱，不得撤销、变更公证遗嘱。因此，老人还需再跑一趟公证处，这给年事已高、行动不便的老年人造成诸多不便。

为满足人民群众处理遗产的现实需要，继承编草案一审稿对遗嘱效力规则进行修改，删除了继承法中关于公证遗嘱效力优先的规定，切实尊重遗嘱人的真实意愿。

在遗嘱公证程序方面，草案一审稿规定，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。有关方面提出，关于遗嘱公证的具体程序，司法部已经出台相关细则，没有必要在民事基本法律中规定。为此，草案二审稿删除了这一规定。

同时，草案一审稿对危急情况下的口头遗嘱作出规定，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。

初次审议时，有的常委会委员提出，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，遗嘱人已经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。

草案二审稿吸纳了这一意见，删除上述规定中有关三个月期限的规定，将其修改为“所立的口头遗嘱无效”。

此外，为适应科学技术的发展需要，草案还增加了打印、录像等新的遗嘱形式。

专家表示，有效保障财产权的措施之一是充分

尊重和保障财产主体处置其财产的自由。保障被继承人的遗嘱自由也就是保障财产主体处分其财产的自由。

03
完善遗赠扶养协议制度，探索多样化养老形式

2017 年 12 月，一则《儿子移民国外，八旬独居老人街头贴广告求“收养”：我不去养老院，想有个家》的视频在网上引发关注。视频显示，天津市南开区一位 85 岁的老人在公交站贴纸条，寻求收养人，他称儿子同意自己找他人扶养。

法律人士称，只要双方愿意，老人可以找任何人支付对价，签订遗赠扶养协议。即从法律角度来说，社会化的家庭养老是可行的，是可以探索的。

根据国家统计局发布的数据显示，2019 年末，我国 60 周岁及以上人口达 25388 万人，占总人口的 18.1%，其中 65 周岁及以上人口达 17603 万人，占总人口的 12.6%，我国是世界上老年人口最多的国家。

为满足养老形式多样化需求，促进老龄产业发展，继承编草案完善了遗赠扶养协议制度，适当扩大扶养人的范围，将现行继承法相关规定修改为“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”。

04
规范遗产管理人制度，增加村委会担任遗产管理人规定

为确保遗产得到妥善管理、顺利分割，更好地维护继承人、债权人利益，继承编草案一审稿增加规定遗产管理人制度，明确了遗产管理人应当履行清理遗产并制作遗产清单、保管遗产、处理债权债务、按照遗嘱或者依照法律规定分割遗产等职责，被视为一大亮点。

相关方面建议，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。

据此，草案二审稿作出如下修改：一是增加规定村民委员会担任遗产管理人，将草案一审稿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。

“随着我国经济社会迅速发展，人口平均寿命不断提高，个人财产和可继承遗产显著增加，这种增加不仅体现在财产数量和价值上，还表现为财产形式的多样化、民事主体诉求的多元化。”刘修文委员说。因此，他认为，在调整继承人范围、完善相关继承制度等方面进行改革突破很有必要。

来源：《中国人大》杂志|作者：孟伟、张维炜
编校：杨菲菲、侯朝宣、王岭
责编：舒颖

三、媒体典型案例

（一）解除婚姻关系案例

“性生活不和谐”可以离婚吗？法院判决来了！

2020-03-07 民商事实务

https://mp.weixin.qq.com/s/SZdtMqOUWw7SfgPKBPBiNA

如果夫妻双方性生活不和谐，一方可以向法院起诉离婚吗？本次推荐一则经典案例，法院的认定值得借鉴：本次推荐一则经典案例，法院的认定值得借鉴：

张某某与李某某离婚纠纷二审民事判决书
（2014）临民一终字第 14 号

上诉人（原审被告）：李某某，男，汉族，居民。
被上诉人（原审原告）：张某某，女，汉族，居民。

上诉人李 XX 因离婚纠纷一案，不服临沂市罗庄区人民法院（2013）临罗民一初字第 1969 号民事判决，向本院提起上诉。本院依法组成合议庭审理了本案，现已审理终结。

原审法院查明，原告张某某与被告李某某于 2012 年 7 月经人介绍相识建立恋爱关系，同年 9 月 17 日登记结婚，同年 9 月 25 日举行结婚仪式后共同生活，婚后未生育子女。

原、被告婚后共同生活期间，因双方感情不和以及被告患有男性疾病但不积极治疗等原因，导致双方夫妻感情产生裂痕，原告于 2012 年 10 月 26 日离家与被告分居生活至今。2013 年 7 月 8 日，原告诉至法院，要求与被告离婚。

庭审中，原告张某某主张被告李某某患有性功能障碍，因被告不积极治疗导致双方无法共同生活，原告为此提交被告李某某于 2012 年 10 月 23 日在临沂市人民医院就诊的门诊病历一份及中草药费收费单据一张，门诊病历中的主诉病因为：阳痿早泄，收费单据中医保账户户名为李某某。

原审法院认为，原告张某某与被告李某某于 2012 年建立恋爱关系后并于同年 9 月 17 日登记结婚，双方婚前感情基础一般。原、被告婚后共同生活仅一个月便产生矛盾并分居生活至今，双方并未建立起牢固的夫妻感情。现原告以被告患有性功能障碍无法共同生活为由要求与被告离婚，应当视为原、被告夫妻感情确已破裂，故对原告张某某要求与被告李某某离婚的诉讼请求，依法应予准许。

上诉人李某某不服一审判决上诉称，原审法院以上诉人患有阳痿早泄而视为上诉人与被上诉人感情确已破裂，认定事实错误。原审法院认定上诉人患有阳痿早泄的证据是诊所主观性的诊断证明，且该诊断证明真实性未知。

另外阳痿早泄并不是不可治愈的疾病，不能等同于性功能障碍。综上，请求二审法院撤销一审判决，予以改判或发回重审。

被上诉人张某某答辩称，上诉人阳痿早泄自被上诉人陪同去临沂市人民医院诊断后再未治疗过，其没有治疗的证据，最终也没有治愈。

上诉人另提交 2014 年 1 月份在医院做的身体检查一份，证明上诉人身体正常。被上诉人辩称上诉人提交的检查是精液动态分析只能证明精液正常，不能证明上诉人性功能正常。二审法院查明其他事实与一审一致。

本院认为，上诉人李某某与被上诉人张某某婚前感情一般，婚后共同生活短暂，未建立起牢固的夫妻感情。上诉人以夫妻感情确以破裂为由提起离

婚诉讼，上诉人李某某在一审中经法院合法传唤无正当理由未到庭，仅让其父母到法院说明情况，应视为对诉讼权利放弃。上诉人与被上诉人结婚时间不长便已分居，且自分居后久未联络，夫妻感情确已破裂，一审判决准予离婚并无不当。

综上，上诉人上诉理由不能成立，本院不予支持。原审法院认定事实清楚，适用法律正确，程序并无不当，应予维持。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百六十九条、第一百七十条第一款第（一）项、第一百七十五条之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

来源：裁判文书网

（二）婚姻无效案例

被“骗婚”的受害人应采取何种方式解除婚姻关系？|聚法案例

2020-03-28 聚法

https://mp.weixin.qq.com/s/sQopo5ygc6IDuXQGFIt90w

经人介绍恋爱后结婚
本以为新家庭即将开启幸福生活
“另一半”却突然不知所踪

报案后
更是发现“查无此人”
遇到这种情况应该怎么处理呢？

01 案情简介

张某经人介绍，认识了曹某，两人很快就建立了恋爱关系，并于 2003 年 11 月登记结婚。就在张某满怀憧憬开始新生活，建立和和美美的小家庭时，曹某突然不知所踪，十几年来杳无音信，下落不明。无奈之下，他起诉至含山法院要求离婚，可是法院送达时却查无此人，并且经公安机关查询，在全国人口信息查询系统里，并未找到张某提供的身份证号、姓名相同的人。

张某才发现自己掉进了婚姻的骗局里：曹某是用虚假的身份证件和自己假结婚，然后骗取钱财之后逃走了。并且不能离婚，张某也很是气愤。在承办离婚案件法官的指引下，张某又向含山法院提起了行政诉讼，状告民政局，要求法院确认结婚登记行为无效。张某认为民政局对曹某提供的身份证件没有尽到严格的审查义务，从而导致自己“已婚”多年。

但民政局辩称，张某诉讼已经超过了起诉时限，且民政局对婚姻登记申请人身份及材料的审查仅限于形式审查，并不能识别身份证的真假。在提供相关材料的基础上，婚姻登记程序本身合法适当，并没有错误。

法院观点

法院审理认为，张某与曹某在办理结婚登记时，因曹某提供了虚假的身份信息及婚姻状况证明，鉴于当时的审查手段及技术条件，婚姻登记机关无法审查申请结婚的当事人所提交证件的真实性，曹某存在重大过错。由于曹某提交虚假材料，有违婚姻法的规定，当属无效行政行为，不受起诉期限限制。据此，含山县人民法院对此案作出一审判决，认定涉案结婚登记系虚假身份信息办理的，判决确认含山县民政局颁发的涉案结婚登记证无效。

02 案情简介

2018 年 8 月 6 日，张某通过“媒人”介绍，在三天后与别国的娄某（女）闪婚，并支付了彩礼及“媒人”介绍费共计 26 万余元。办理完结婚登记的当天，娄某失踪了。张某报案后，公安机关于 2019 年 4 月将娄某及“媒人”等 3 人抓获，并查实娄某 3 人还利用同样的手段骗取了刘某、王某的钱财，且娄某使用编造的三个外国虚假身份信息分别与张某、刘某、王某领取了结婚证。

张某持公安机关对娄某等人实施诈骗一案的立案决定书到民政部门要求撤销婚姻登记，民政部门答复要解除婚姻关系需通过法院起诉。张某要求解除与娄某的婚姻关系，该如何起诉？

法院观点

根据我国婚姻法的规定，婚姻有三种情形，分别为无效的婚姻、可撤销的婚姻、合法的婚姻。无效的婚姻有四种：（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。可撤销的婚姻是“因胁迫结婚的，受胁迫的一方可以向婚姻登记机关或人民法院请求撤销该婚姻”。

本案中，张某与娄某的婚姻不属于关于无效婚姻规定的四种情形，亦不属于可撤销的婚姻。那么他们之间的婚姻是否属于合法婚姻？

离婚是合法的婚姻关系因夫妻感情破裂而请求解除婚姻关系的方式。娄某系外国人，编造虚假身份信息，利用婚姻登记机关无专业化审核身份信息的漏洞，与张某进行了婚姻登记，在登记当天逃跑。其利用结婚登记骗取张某财产涉嫌诈骗一案已被公安机关立案侦查，因此，娄某与张某之间不具有合法的婚姻关系。且娄某婚姻登记的身份信息与公安机关核实认定的娄某真实身份信息不一致，其婚姻登记的身份信息系虚假的身份信息，故娄某、张某之间婚姻登记过程中存在明显瑕疵。

本案中，娄某与张某的婚姻登记应解决结婚登记的效力问题，而结婚登记的效力问题不属于民事法律关系。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)》第一条第二款“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。”故张某可以在行政复议的期限内申请行政复议或者提起行政诉讼。

小贴士

虽然上述案件为解除因“骗婚”而产生的婚姻关系提供了建议，但是由于婚姻关系的特殊性，实践中对“骗婚”的认定也存在一定难度。为减少此类事件，适龄男女应当在结婚前加强彼此及家庭情况了解，不轻信“介绍人”、不轻易支付高额礼金或短期内赠与高额财产。此外，目前全国大部分地区婚姻登记系统实现了全国联网，该系统将瞬时在全国数据库内检索其当时是否具有有效婚姻关系存续，从而有效杜绝重婚和骗婚情况的发生。

来源 ｜ 安徽法制报、南城县人民法院（作者：严小霞）

开封中院裁判：冒名办理的婚姻登记无效
——雷红丽诉祥符区政府婚姻登记案

2020-03-30 行政法

https://mp.weixin.qq.com/s/jOoM_3fNskRAr3mHfIMjfQ

【裁判要旨】

申请结婚登记的当事人采取欺骗手段，隐瞒真实情况，冒用他人身份申请结婚登记，致使婚姻登记机关在结婚登记申请材料不实的情况下作出准予结婚登记行为，该结婚登记行为属于重大且明显违法的情形，依法应予确认无效。

【裁判文书】

河南省开封市中级人民法院
行政判决书
（2018）豫 02 行初 99 号

原告雷红丽，女，汉族，1971 年 12 月 27 日生，住开封市祥符区。

委托代理人郭亚杰，河南龙洁律师事务所律师，代理权限为一般代理。

被告开封市祥符区人民政府（下称祥符区政

府）。

法定代表人李军，区长。

委托代理人王振民，河南汴睿律师事务律师，代理权限为特别授权。

委托代理人王佳，开封市祥符区人民政府工作人员，代理权限为特别授权。

第三人雷步凤，女，汉族，1967 年 5 月 26 日生，住开封市祥符区。

第三人赵德学，男，汉族，1970 年 5 月 11 日生，住开封市祥符区。

原告雷红丽诉被告开封市祥符区人民政府婚姻登记一案，本院于 2018 年 3 月 13 日受理后，依法组成合议庭，向祥符区政府送达了起诉状副本、应诉通知书及有关诉讼文书。各方当事人均在法定举证期限内向本院提供了相关证据材料。本院于 2018 年 6 月 12 日公开开庭审理了本案。原告雷红丽及其代理人郭亚杰，被告祥符区政府的委托代理人王振民、王佳，第三人雷步凤到庭参加诉讼，第三人赵德学经本院合法传唤无正当理由未到庭。本案现已审理终结。

被告祥符区政府于 2003 年 1 月 24 日作出雷红丽、赵德学准予登记结婚的行政行为。雷红丽不服该行政行为，提起行政诉讼。

原告雷红丽诉称：原告姐姐第三人雷步凤与前夫离婚后，经人介绍与第三人赵德学相识，后因雷步凤身份证丢失无法办理结婚证，当时雷步凤与赵德学急于结婚，原告也未过多考虑，将自己的身份证借给姐姐雷步凤使用，第三人雷步凤用原告的身份证和第三人赵德学办理了结婚登记手续。两第三人“婚后”共生育一女一子，长女赵佳思，儿子赵佳浩。婚后赵德学经常对第三人雷步凤实施家庭暴力，经常把雷步凤打得遍体鳞伤，第三人雷步凤无法忍受第三人赵德学的家暴行为，曾多次向开封市祥符区人民法院提起离婚诉讼。因第三人雷步凤是冒用原告雷红丽的身份证办理的结婚登记手续，法院不予受理离婚诉讼。为此第三人雷步凤找到开发商是祥符区妇联寻求帮助，妇联领导积极主动为第三人雷步凤解决此事，但第三人赵德学不予理睬，反而变本加厉对雷步凤实施伤害，第三人雷步凤多次报警均不能制止赵德学的家暴行为。雷步凤整天生活在恐惧之中。万般无奈提起本案之诉，请求法院撤销祥符区政府 2003 年 1 月 24 日为原告雷红丽、第三人赵德学颁发的结婚证。保护原告的合法权益不受侵犯。

原告在法定举证期限内提供了以下证据：1、雷红丽身份证复印件；2、开封市祥符区公安局仇楼派出所证明二份；3、结婚登记申请书；4、雷红丽户口薄复印件；5、尉氏县人民法院（2017）豫 0223 行初 72 号行政裁定书。

被告祥符区政府答辩称：1、按照《婚姻登记条例》规定，被告对原告与赵德学结婚登记的材料进行了形式上的审查，雷红丽与赵德学当时提交的申请材料符合结婚的条件，当时的仇楼镇政府及民政所为雷红丽与赵德学办理了结婚手续，颁发了套印有开封县人民政府的结婚证。在整个婚姻登记办理过程中，婚姻登记机关不存在任何过错。2、如果经过法庭调查，雷红丽与赵德学当时结婚系二人包括第三人雷步凤提供虚假材料，采用欺骗的手段冒名顶替办理了结婚登记，过错完全在原告雷红丽以及第三人赵德学和雷步凤，被告请求法庭查明案件事实后依据法律作出裁判。3、结婚证只是婚姻关系合法存在的证明，但是婚姻关系是否存在还要看在办理结婚登记时提交的结婚手续，从现在的批准结婚的机关来看是仇楼镇政府及民政所，不是祥符区政府，被告认为祥符区政府作为本案被告不适格，请求法庭进行审查。

被告祥符区政府在法定举证期限内提供了以下证据：1. 结婚登记申请书；2. 婚姻状况证明二份；3. 审查处理结果。

第三人雷步凤陈述参与诉讼意见称：办理结婚登记时第三人系再婚，办理时第三人及原告雷红丽均没有到场，婚姻登记机关没有收回第三人的离婚证，第三人仅提供了照片和第三人妹妹雷红丽的身份证。第三人认为婚姻登记的办理程序违法，请

求撤销被诉婚姻登记行为。

第三人雷步凤在法定举证期限内提供了以下证据：1.（2018）豫 02 行初 79 号行政裁定书；2.户口薄复印件。

上述证据均经庭审质证，查明事实如下：原告雷红丽与第三人雷步凤系姊妹关系。2003 年 1 月 24 日，第三人雷步凤持原告雷红丽身份证及相关申请材料与第三人赵德学向被告祥符区政府申请办理结婚登记，祥符区政府经审查作出准予赵德学、雷红丽结婚登记的行政行为。

另查明，原告雷红丽已于 1994 年与王红军登记结婚；第三人雷步凤与第三人赵德学以夫妻名义共同生活并育有一女一子。

本院认为，申请婚姻登记的当事人，应当如实向婚姻登记管理机关提供有关证件和证明，不得隐瞒真实情况。婚姻登记管理机关对当事人的结婚申请进行审查，符合结婚条件的，应当即时予以登记。本案中，第三人雷步凤作为结婚登记的当事人采取欺骗手段，隐瞒真实情况，使用原告雷红丽的身份证明申请结婚登记，致使婚姻登记机关疏于审查，在结婚登记申请材料不实的情况下作出准予结婚登记行为，被诉结婚登记行为属于重大且明显违法的情形，依法应予确认无效。依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第九十四条第一款之规定，判决如下：

确认被告祥符区政府 2003 年 1 月 24 日作出的准予雷红丽、赵德学结婚登记的行政行为无效。

案件受理费 50 元，由第三人雷步凤负担。

如不服本判决，可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提出副本，上诉于河南省高级人民法院。

审　判　长　　赵晓松
审　判　员　　何卫斌
助理审判员　　程广耀
二〇一八年七月九日
书　记　员　　闫路航

（三）赡养案例

岂能一送了之？老人送进养老院，子女欠费玩失踪

2020-03-20 人民法院报

https://mp.weixin.qq.com/s/WuDH9g6vgn1nJfSytMNz-g

养老问题一直是社会关注焦点
有的子女因种种原因
将父母送到养老院
却不支付住养费用
甚至人间蒸发

案件回顾

李某仙是李某和李某琼的母亲。2014 年 4 月，李某仙、李某与某老年公寓签订了入住协议。自李某仙入住起至 2016 年 5 月，其子女一直按时支付住养费用，但从 2016 年下半年至今，费用却未按时交过。

经结算，2016 年 6 月至 2019 年 12 月共产生住养费 129000 元，使用纸尿裤的费用为 3100 元。期间，李某仙子女曾付过 50000 元，还欠 82100 元。经某老年公寓多次催交却一直未交。

在此情况下，某老年公寓提出终止双方所签协议，并要求李某仙子女将其母亲接回家中，履行赡养义务。但他们以种种理由拖延。

无奈，某老年公寓向云南省嵩明县人民法院起诉，请求判令解除入住协议，李某仙从某老年公寓搬离，由其子女履行赡养义务，并支付被拖欠的费用。2019 年 12 月，嵩明法院公开开庭审理此案。被告均未到庭。

经审理，嵩明法院判决：1. 解除原告和被告签订的入住协议；2. 于判决生效之日起十五日内由被告李某协助被告李某仙从原告嵩明县某老年公寓搬离；3. 由被告李某仙、李某于判决生效之日起十五日内向原告某老年公寓支付住养费 79000 元、纸尿裤 3100 元，合计 82100 元，并支付自 2020 年 1 月 1 日起至被告李某仙实际搬离之日按照每月 3000 元计算的住养费。

干警送达判决书，在某老年公寓的李某仙签收

类似的事不止这一件

案例一：黑龙江省的老人白某生活完全不能自理，他的儿子将他送到某老年公寓后，就说自己有事，放下老人就走了，之后再也没出现过，老年公寓给他打电话也未接通。公寓负责人不忍心，一直倒贴费用，悉心照料老人，但常因费用问题犯

难……

将生活不能自理老父送养老院后，男子欠费玩失踪！老人哭诉想儿子

案例二：河南老人刘某被女儿送到老年公寓 6 年，期间女儿从未露面，欠下老年公寓 6 万多块钱。6 年间，老年公寓对老人悉心照料，但因实在无法继续承担，向当地法院起诉。后老人被所在村委会接走并暂时照料，村委会人员呼吁老人女儿赶紧回来，商量老人的赡养问题……

把父亲送养老院6年，女儿"玩失踪"欠费六万多

子女将父母送进养老院不代表可以不管不顾，否则会受到道德的谴责，还要承担相应的法律责任，情节严重的，还可能涉嫌遗弃犯罪。

子欲养而亲不待
多陪伴老年父母
让他们安享晚年吧

来源：“云南省嵩明县人民法院”微信公众号
编辑：冼小堤

（四）夫妻债务案例

离婚已 5 年，且借条上只有前夫名字，为何还被认定为“夫妻共同债务”？

2020-03-20 浙江天平 湖州中院
https://mp.weixin.qq.com/s/ax2vwmd1RSXh5PPQkWX51g

离婚已五年
欠条上也没有自己的名字
为何还要与前夫共同承担还款责任？

近日，沈某坐上了被告席，起因是与前夫共同生活期间，前夫金某购买的油漆还有一笔货款未支付给宁某。最后，湖州市南浔区法院以该债务属于夫妻关系存续期间因家庭共同生产经营所负债务，判决沈某需承担共同还款责任。

案情回顾

金某与沈某原是夫妻关系，二人 1998 年 12 月喜结连理，2014 年 12 月因感情破裂登记离婚，协议约定共同拥有的厂房归金某所有。

离婚之前，二人一起做生产、销售办公家具的生意，多次向宁某购买油漆。长期生意往来，偶尔赊欠宁某的油漆款，谁知，前后累计欠付 30 余万元油漆款。

年复一年，每次宁某向金某讨要欠款，金某都称没钱，除了拿到金某签字的几张欠条，宁某未讨回分文。直至 2019 年春节前夕，当宁某再次向金某讨要欠款时，金某竟以不接电话、不回微信、不在家住避而不见。

无奈之下，宁某只能转而向沈某催讨，却被告知“她和金某早在五年前就离婚了，欠条上只签了金某一个人的名字，欠款与她无关”。听到这个消息，宁某无奈向南浔法院起诉，要求二人共同还款。

夫妻共同债务，会不会因为协议离婚就免责呢？庭审中，原告宁某积极举证，不仅提供了沈某曾多次通过银行卡支付货款的交易记录，还对金某、沈某二人在离婚协议中对共同经营厂房的权属约定进行了举证。

法官说法

《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》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。

该案中，债权人宁某通过积极、充分的举证，能够证明金某所欠油漆货款是夫妻关系存续期间家庭共同生产经营形成的，故判决金某、沈某共同承担还款责任。新的司法解释不是债权人追讨债务的阻碍，反而能提示市场交易主体在交易过程中注重细节、留存证据和注意交易风险。对于部分需催讨夫妻共同债务的债权人来说，像本案中的宁某一样，及时保留日常生产经营、交易活动中的证据材料以及在纠纷发生之后进行积极举证比较重要。

（五）抚养纠纷案例

男子离婚未果后竟“抛弃”无收入的妻子！法院这么判！

2020-03-01 江西法院　高苑轩

https://mp.weixin.qq.com/s/AgSjSKSqb5eXERilR688bg

近日
江西省金溪县人民法院
审结一起扶养纠纷案件
判决饶某某每月向
无收入的妻子聂某某
支付抚养费 400 元

原告聂某某与被告饶某某均系再婚，聂某某再婚前育有一子四女，现均已成年。饶某某再婚前育有一子一女，也均已成年。双方再婚婚姻期间未生育任何子女。

聂某某再婚后一直在饶某某家中生活并抚养饶某某子女长大，其子女留在前夫家中。饶某某目前扣除五险一金月工资为 4358 元。聂某某为家庭妇女，无固定收入来源。

2019 年 8 月 1 日，被告饶某某因双方夫妻感情破裂为由曾向法院起诉要求与聂某某离婚，法院判决不准离婚。后聂某某搬至其儿子家中帮带孙子，饶某某未给过其生活费用。聂某某遂诉至法院要求饶某某给付生活费。饶某某则抗辩聂某某生育了五个小孩，已成年，应由聂某某的小孩履行赡养义务，自己不应支付扶养费。

法院经审理后认为

原告聂某某与被告饶某某系夫妻关系，虽然被告曾起诉离婚，但双方之间婚姻关系仍未解除，故双方有互相扶养的义务。现原告聂某某无固定收入，无生活来源，被告饶某某作为丈夫在经济上应承担扶养的义务。

被告辩称原告有五个子女，其不应承担扶养费，子女依法应承担对父母的赡养义务，但子女的赡养义务并不能免除夫妻之间的互相扶养义务，故对被告的该抗辩理由不予支持。综合考虑被告的收入状况及当地生活水平，结合原告目前在儿子家中居住带小孩的实际情况及实际生活支出，酌情支持原告每月 400 元扶养费的诉讼请求。

法条链接

《中华人民共和国婚姻法》第二十条规定：“夫妻有互相扶养的义务，一方不履行扶养义务时，需要扶养的一方，有要求对方给付扶养费的权利”。

▲素材来源：金溪县人民法院

非婚生子女抚养权的归属应以子女利益和双方具体情况确定
——孙 X 凤诉陈 X 平同居关系子女抚养纠纷案

原创：2020-03-05 法律家

https://mp.weixin.qq.com/s/uCQirqL2rr1HWT8IPTLpeQ

【中 法 码】　婚姻家庭法学・同居关系・子女抚养・抚养权利义务（10103025）

【关 键 词】　民事　同居关系子女抚养　非法同居关系　非婚生子女　协商　子女利益　年龄幼小　共同生活　抚养权　羁押　抚养条件

【学科课程】 婚姻家庭法学

【知 识 点】 子女抚养 非法同居

【教学目标】 了解非婚生子女的概念，明确非婚生子女抚养权的确定标准。

【裁判机关】 福建省福安市人民法院

【程序类型】 民事一审

【案例效力】 ★☆☆☆☆被法律出版社《婚姻家庭继承纠纷裁判规则与适用标准》收录

【案例信息】

【案　　由】 同居关系子女抚养纠纷

【案　　号】 (2010)安少民初字第 3 号

【原　　告】 孙 X 凤

【被　　告】 陈 X 平

【争议焦点】

同居关系双方解除同居关系时，就非婚生子女抚养问题，在双方协商不成且男方涉嫌犯罪被羁押的情况下，能否由女方抚养该非婚生子女。

【裁判结果】

一审法院判决：非婚生子陈梓昂由原告孙 X 凤直接抚养，被告陈 X 平应每年支付抚养费二千四百元，至陈梓昂年满十八周岁止。

宣判后，双方当事人均未提起上诉，一审判决已经发生法律效力。

【裁判要旨】

解除非法同居关系时，对于非婚生子女的抚养问题，双方协商不成的，应根据子女的利益和双方的具体情况确定。由于非婚生子年龄幼小，长期与女方共同生活，而男方因涉嫌犯罪被羁押，不具备抚养孩子的条件，由女方抚养有利于孩子的身心健康，故非婚生子可由女方直接抚养，男方应负担适当的抚养费。

【法理评析】

非婚生子女虽并非在父母的合法婚姻状态下出生，但其与婚生子女具有相同的法律地位，非婚生子女的父母仍需履行法定的抚养义务。根据我国法律相关规定，解除非法同居关系时，双方所生的非婚生子女，由哪一方抚养，须经双方协商；协商不成时，应根据子女的利益和双方的具体情况判决。哺乳期内的子女，原则上应由母方抚养，如父方条件优于母方，且母方同意，也可由父方抚养。子女为限制民事行为能力人的，应征求子女本人的意见。由此可知，确定非婚生子女的抚养权归属时，应当本着保护未成年人利益的原则，充分考虑未成年人身心健康，综合父母双方的经济条件及其他因素，最终确定非婚生子的抚养权归属。

女方与男方未办理结婚登记即共同生活，应认定为非法同居关系，在此期间，女方产下非婚生子女。女方与男方除非法同居关系时，对于非婚生子女的抚养问题，应当根据子女的利益和双方的具体情况加以确定。由于非婚生子女年龄幼小，长期与女方共同生活，而男方因涉嫌犯罪被羁押不具备抚养孩子的条件，由女方抚养有利于孩子的身心健康，故非婚生子女可由女方直接抚养，但男方亦应履行抚养义务，负担适当的抚养费。

【适用法律】

《中华人民共和国婚姻法》第二十五条 非婚生子女享有与婚生子女同等的权利，任何人不得加以危害和歧视。

不直接抚养非婚生子女的生父或生母，应当负担子女的生活费和教育费，直至子女能独立生活为止。

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》第九条 解除非法同居关系时，双方所生的非婚生子女，由哪一方抚养，双方协商，协商不成时，应根据子女的利益和双方的具体情况判决，哺乳期内的子女，原则上应由母方抚养，如父方条件好，母方同意，也可由父方抚养，子女为限制民事行为能力人的，应征求子女本人的意见，一方将未成年的子女送他人收养，须征得另一方的同意。

【法律文书】

民事起诉状 民事答辩状 律师代理意见书 民事一审判决书

【思考题和试题】

1. 非婚生子女的抚养权应当如何确定。

2. 在何种情况下可以由女方抚养非婚生子女。

【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》

原告：孙 X 凤。

被告：陈 X 平。

本院经审理查明：2006 年 8 月份，原告孙 X 凤与被告陈 X 平通过网上认识并恋爱。2007 年农历8月6日，双方按照福安当地风俗办理结婚仪式，并于 2007 年 11 月 2 日生育了儿子陈梓昂。双方至今没有办理结婚登记。由于原、被告性格脾气不同，经常吵架，根本无法在一起共同生活。2007 年 12 月 12 日，原、被告儿子出生后第 20 天，原告就被迫带领儿子回娘家生活，为此原告落下疾病，至今还在治疗。儿子出生到现在，其日常生活全部由原告及原告的母亲照料。

原告孙 X 凤及其委托代理人诉称：为了更好的抚养教育儿子，请求判令：原、被告非婚生子陈梓昂由原告抚养，被告支付一半抚养费。

福安市人民法院经审理认为：原告孙 X 凤与被告陈 X 平同居期间生育的男孩陈梓昂年龄幼小，长期与原告共同生活，而被告因涉嫌犯罪被羁押不具备抚养孩子的条件，由原告抚养有利于孩子的身心健康，因此非婚生子陈梓昂可由原告直接抚养，被告负担适当子女抚养费。因此，福安市人民法院依照《中华人民共和国婚姻法》第二十五条第二款，《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》第九条的规定，判决非婚生子陈梓昂由原告孙 X 凤直接抚养，被告陈 X 平应从本判决生效后每年 7 月 1 日支付给原告孙 X 凤当年抚养费 2400 元（按每月 200 元计算），至陈梓昂年满十八周岁止。

父母离婚时约定一方负担孩子大学期间学费、生活费，该约定是否具有合法性？|聚法案例

2020-03-16 聚法

https://mp.weixin.qq.com/s/-jzpWrLZ7q3gOWG9nGZGbA

基本案情

原告李某霖系被告李涛之子，被告李涛与原告的母亲李宁于 2008 年 9 月协议离婚并到民政部门办理了离婚手续。离婚协议书约定“原告李某霖由男方抚养，女方暂代养孩子四年，男方不支付抚养费。孩子上大学、结婚费用全部由男方承担。”当时原告李某霖刚满 14 岁，此后原告李某霖一直由其母亲李宁抚养。自 2012 年 9 月份，原告李某霖进入武汉科技大学学习，除每年需要交纳学费、校内住宿费、职业培训费等，还需要一大笔生活费，原告李某霖因此多次向被告要钱支付上述费用，但被告作为父亲一直拒不支付。原告李某霖、李宁诉至法院，请求法院依法判令被告支付学费 27 840 元、生活费用 60 000 元、培训费 4 770 元、购买电脑费用 6 600 元、购买羽绒服费用 859 元，共计 99 469 元。

裁判结果

山东省临沭县人民法院一审认为，本案系基于原告李宁与被告李涛离婚时所达成的离婚协议中关于子女抚养和教育费用约定的履行问题而产生纠纷。

因此，首先应当就原告李宁与被告李涛关于“原告李某霖由男方抚养，女方暂代养孩子四年，男方不支付抚养费，孩子上大学、结婚费用全部由男方承担”这一约定的合法性进行审查。《中华人

民共和国婚姻法》第三十七条规定，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；协议不成时，由人民判决。依照该规定，子女的生活费及教育费由一方承担部分或全部承担均可。本案原告李宁与被告李涛就原告李某霖的抚养及抚养费的承担方式、承担时间的约定不违反该条法律规定，且该约定系原告李宁与被告李涛的真实意思表示，内容并不违反其他法律的禁止性规定。被告李涛应当按照约定承担向原告李某霖支付大学期间必要的生活费及教育费的民事责任。

《中华人民共和国婚姻法》第二十一条第一、二款规定："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，有要求父母付给抚养费的权利"。该条法律所规定的是家庭关系中父母与子女之间的法定权利与法定义务，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（一）第二十条关于"婚姻法第二十一条规定的'不能独立生活的子女'，是指尚在校接受高中及以下学历教育，或者丧失或未完全丧失劳动能力等非主观原因而无法维持正常生活的成年子女。"的规定，是对"不能独立生活的子女"范围的界定。上述法律及司法解释是就父母对"不能独立生活的子女"承担抚养义务属法定义务作出的规定，并不禁止父母对不属于"不能独立生活的子女"之外的子女自愿或通过约定的方式承担抚养义务。因此，被告李涛不能依据上述法律及司法解释拒绝履行离婚时与原告李宁所约定的对原告李某霖抚养义务。

原告李某霖现为在校就读的大学生，被告李涛无证据证明原告李某霖有可维持自己在校生活、学习的收入来源，即应当按照离婚时与原告李宁的约定承担原告李某霖在上大学期间的生活、学习所必须的费用。原告李某霖上大学期间的学费可根据其就读学校出具的收款收据予以确定，对于原告李某霖的生活费，法院综合考虑原告李某霖就读学校所在地的消费水平以及被告李涛的收入等情况，酌情确定原告李某霖上大学期间，被告每年给付生活费 6 000 元。原告李某霖没提供证据证明购买电脑和参加校外培训属于上大学期间的必要开支，被告可以不承担这部分费用。原告李某霖购买衣服的花费应从生活费中列支，对其要求被告承担该费用的诉讼请求法院不予支持。原告李宁虽系与被告李涛达成离婚协议的一方当事人，但就子女抚养费的约定，权利主体应为原告李某霖，而原告李某霖已成年且具有完全的民事行为能力，应由原告李某霖依法独立行使抚养费的请求权。原告李宁并不享有所约定的原告李某霖抚养费的请求权，不是涉案抚养费的权利主体，其原告主体不适格。

依照《中华人民共和国民法通则》第四条、《中华人民共和国婚姻法》第三十七条的规定，依法作出如下判决：

一、被告李涛给付原告李某霖上大学期的学费 27 840 元；二、被告李涛给付原告李某霖上大学期的生活费 24 000 元；

三、上述一、二项于本判决生效后十日内付清；

四、驳回原告李某霖的其它诉讼请求；

五、驳回原告李宁的诉讼请求。

典型意义

随着我国高等教育的逐渐普及，上大学（含各类职业技术学校）越来越成为适龄青少年的普遍选择。就我国传统习惯和绝大多数的家庭选择而言，没能经济独立的子女就读大学（含各类职业技术学校）的费用，由有经济能力的父母支付已然成为一种惯例。然而我国民法总则、婚姻法、未成年人保护法等等法律，却作出了与之相悖的规定，父母没有义务支付该部分费用。这就造成了习惯做法、社会传统和法律规定的冲突。尤其是在离异家庭中，这种冲突直接导致了亲情的反目和对立。本案就是涉及大学期间学费、生活费负担问题的典型案例。

本案中，原告李宁与被告李涛的离婚协议是双方真实意思表示，双方对于孩子上大学学费、生活

费和结婚费用的约定，是其离婚协议的一部分，是双方在离婚时就子女读书、婚嫁事宜作出的合理安排，且原告李宁为达成离婚协议而自愿承担原告李某霖成年之前的抚养义务，并免除了被告李涛支付抚养费的法定义务，这也可视为原告李宁为争取到孩子的大学学费和婚嫁费用而在其他方面做出的让步。这种约定不违反法律的禁止性规定，合法有效，依法应当得到法律的支持和认可。如果认定离婚协议的该条款无效，则不但违背了民法的基本原则，对原告李宁的权益也是一种损害。故本案一审法院本着尊重当事人意思自治的原则，依法支持了原告李某霖的合法诉求，为同类案件的审理提供了可资借鉴的依据。

知识拓展

误区一：抚养费的数额经法院判决之后，就不能再要求增加了

2006 年，李伟和钟红经法院离婚，法院判决，两人 6 岁的女儿菲菲由李伟抚养，钟红每月支付抚养费 200 元，直到菲菲成年。目前，菲菲已经上初中，李伟觉得前妻每月才给 200 元的生活费，根本不够孩子的日常开销。于是，就以菲菲的名义向法院起诉，要求钟红每月支付抚养费 800 元。但是钟红却认为，自己和前夫已离婚多年，抚养费问题法院也早就判决了，数额是明确的，对方不能再起诉要抚养费了。

法官说法：《婚姻法》第 37 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。在审判实践中，当子女有正当理由请求父母增加抚养费时，比如原定的抚育费数额不足以维持当地实际生活水平的，或者因为子女患病、上学，实际需要超过原定数额的，法院会在综合考虑各方因素的基础上，对抚养费的数额进行适当的增加。最终，法院判决，从 2013 年 5 月起，钟红每月支付菲菲抚养费 500 元。

误区二：抚养费只是子女的日常生活费，教育和医疗等费用要另外支付

2008 年，马丽与刘成离婚，二人约定，女儿琳琳由马丽抚养，刘成每月支付抚养费 300 元。今年，琳琳考上了初中，花费不断增加，而且琳琳体质较弱，吃药看病也是一笔不小的开支。于是，马丽以琳琳的名义将刘成起诉到法院，要求刘成每月支付抚养费 800 元，并且教育费和医疗费由二人均摊。法院经审理，判决刘成每月支付抚养费 500 元，并驳回了原告的其他诉讼请求。

法官说法：根据《婚姻法》的相关司法解释，抚养费包括子女生活费、教育费、医疗费等费用，因此，抚养费是一项综合性的费用。但在司法实践中，部分当事人将抚养费、生活费、医疗费和教育费等概念混淆，在要求被告方支付抚养费的同时，还往往要求对方另外支付医疗费、教育费等其他费用。针对此类案件，法院一般会在考虑父母双方经济能力、子女实际需要以及当地生活水平的基础上，确定一个抚养费的数额，而驳回原告的其他诉讼请求。

误区三：孩子日常所有的花销，父母都要承担

郑强和孙颖离婚后，儿子小郑一直跟随母亲生活，郑强每月支付抚养费 400 元。望子成龙的孙颖为了让儿子接受最好的教育，花大价钱把儿子送进了私立双语学校，并且给儿子报了好几个特长班，业余时间还要学钢琴、跆拳道等，每个月仅各种学费就得 4000 多元。孙颖也是工薪阶层，无法负担这么高的费用，于是，将郑强起诉到法院，要求郑强每月支付抚养费 3000 元。

法官说法：抚养费要用于子女的日常生活、医疗、教育等方面的开支，以保障未成年人的健康成长。但部分当事人错误地认为，子女日常的所有开支，被告一方都有支付的义务，包括超过子女基本生活需求的明显不合理的开支，如私立学校的高价学费等费用，对于此类超过子女基本生活和教育需

求的高昂附加费用，法院会在审查其合理性和必要性的基础上，综合考虑被告的支付能力和意愿之后进行处理。本案经过法院调解，最终，郑强同意每月支付子女抚养费 600 元。

误区四：抚养费还要包括对直接抚养孩子一方的补偿

何东与孟艳离婚时，两人的小女儿茜茜还不满 1 周岁。双方约定，茜茜由孟艳抚养，但对抚养费问题两人争执不下。何东愿意每月支付抚养费 300 元，但是孟艳坚决不同意。她认为，自己为了更好地照顾女儿，已经辞去了工作，现在没有经济来源，每月 300 元根本不够她们娘俩的开销，要求何东每月至少给她们 2000 元的生活费。

法官说法：抚养和教育子女，是父母双方的权利和义务。对于直接抚养子女的一方来说，一般会付出更多的时间和精力去照顾子女，但并非子女的所有开销均要由对方支付。理论上来说，如果没有约定的话，父母双方对子女应负有同等的抚养义务。根据《婚姻法》第 37 条第一款规定，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；协议不成时，由人民法院判决。

另外，“抚养费”和“扶养费”是两个不同的法律概念。根据《婚姻法》第 20 条规定，夫妻有互相扶养的义务。一方不履行扶养义务时，需要扶养的一方，有要求对方付给扶养费的权利。本案中，何东与孟艳两人离婚后，孟艳以自己没有经济来源为由，要求何东每月支付“母女两人”生活费 2000 元，是对“抚养费”和“扶养费”的混淆。而且夫妻之间的扶养关系是基于婚姻关系产生，离婚后，双方已不存在扶养关系。考虑到孟艳母女确实生活困难，为了确保未成年人健康成长，经过法院调解，何东同意每月支付茜茜抚养费 500 元。

误区五：不让探望孩子，就可以不给抚养费

陈建和杨静离婚后，双方协议女儿乐乐由母亲杨静抚养，陈建每月支付抚养费 300 元，每个周日陈建探望女儿一次。由于杨静和陈建之前矛盾较深，为了淡化陈建与女儿之间的感情，杨静就以各种理由阻挠陈建探视女儿，后来干脆将乐乐转到其他学校，半年多来，陈建一直没能与女儿见过面。一气之下，陈建干脆不再支付女儿抚养费了。

法官说法：离婚后，父母对子女仍有抚养和教育的权利和义务，同时，不直接抚养子女的父或母，有探望子女的权利，另一方有协助的义务。但是，在审判实践中，部分夫妻由于种种原因积怨较深，直接抚养子女的一方会以“不让探望子女”相要挟，来迫使对方满足自己的某种要求；与此同时，被告方往往也不甘示弱，针锋相对，以“不支付抚养费”相对抗。最终导致双方关系更加紧张和恶化，并对子女的身心造成进一步的伤害。

在诉讼过程中，被告应该直接针对原告的诉讼请求进行抗辩。支付抚养费和探视子女是两个不同的法律关系，即使直接抚养子女的一方父或母，阻挠对方探视子女，也不能成为拒绝支付抚养费的合法的抗辩理由。不直接抚养子女的一方可以另行起诉，要求依法对子女进行探望。对拒不执行有关探望子女的判决或裁定的，由人民法院依法强制执行。

来源 ｜ 黑龙江省密山市人民法院、北京法院网、中国法院网、最高人民法院等（本文仅供学习参考，侵权则删）

“金某某抚养费纠纷案”被改判，裁判首次提出：认定是否履行抚养义务，不能简单以给付金钱来评判

原创：2020-03-17 南京市中级人民法院 南小苑

https://mp.weixin.qq.com/s/xCqjtPXVtOVahJOKA36kCw

人民法院作为国家审判机关，一纸判决不仅仅是对一起具体案例的处理，更是对社会风尚的一种引领。在全市法院审理的大量案件中，其中有一些看似很“小”的案件，这些“小”案件，发生在许多人身边，与群众经常相遇，裁判结果代表法院“街头巷尾”的形象。今天，本微信公号推出“经常相遇的‘小’案”栏目，带您一起回顾那些熠熠生辉的“小案”，感受裁判折射出的“公与暖”的力量。

案件回放

金某某系金某与孟某的婚生女。2014 年 4 月 21 日，金某与孟某协议离婚，约定：“女儿由女方抚养，随同女方生活，男方每月支付 1500 元抚养费。”2014 年 11 月孟某因患重度抑郁需要治疗，遂将女儿送交金某抚养，女儿共与其父生活了三年。后孟某于 2017 年 11 月 30 日将女儿接回抚养。金某诉至一审法院要求孟某支付三年的抚养费。一审法院判决孟某给付金某三年的抚养费计 37445 元。一审判决后，双方均不服上诉到南京中院。

二审法院启动家事案件调查程序，调查后认定：孟某于 2015 年 1 月在南京脑科医院住院，被诊断为重度抑郁。出院后定期服药时间长达两年多，在这期间她每月仅有 1000 元左右的收入。另查明，孟某虽因病导致仅有极少收入，但其仍然在金某直接抚养金某某期间，多次通过淘宝网为女儿购买学习用品、书籍及衣物等生活用品，同时为金某某支付多项课外培训班费用。

法院判决

法院认为，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。抚养费的确定既要考虑子女的实际需要，又要考虑父母的实际负担能力，负有给付义务的父或母在特殊情况下可以减免给付数额。判断是否履行抚养义务，并不能简单以是否给付金钱来评价，负有抚养义务的一方也可以其它物质方式代替金钱给付。孟某在罹患严重精神疾病没有完全康复，需要持续接受治疗且收入较低的情况下，依然通过为孩子购买学习、生活用品以及支付培训班费用等方式满足金某某的成长需要；在其病情及收入稳定后即将金某某接回身边直接抚养，足以证明孟某在生活困难的情况下仍有积极履行抚养义务的意愿和实际行动。孟某在其因病未能直接抚养金某某期间，已经通过提供其他物质代替金钱给付的方式承担了其负担能力范围以内的抚养义务。二审法院遂判决驳回金某的全部诉讼请求。

对话法官

公号小编采访了本案的主审**法官市法院少年家事庭钟慧钊。**

婚姻法规定，离婚后不直接抚养子女的一方应当负担必要的抚养费。从这一角度看，一审法院判决孟某支付相关抚养费是符合法律规定的。但对于一位饱受抑郁症折磨的母亲，她是否尽到抚养义务能否简单以其给付金钱的多少来评价？

厚厚的一沓病历，记录下一个母亲饱受折磨的病情；密密麻麻的淘宝购买记录，见证了一个母亲对女儿无私的关爱。一边是法律规定的抚养义务，一边是低收入的现实，最终，二审法院突破了法条的一般规定，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 7 条第一款、第二款的规定：“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。有特殊情况的，可适当提高或降低上述比例。负有给付义务的父或母在特殊情况下可以减免给付数额。”

据此，我们首次提出判断是否履行抚养义务，不能简单以给付金钱来作为唯一评判标准，负有抚养义务的一方也可以其它物质方式代替金钱给付的观点，从而认定孩子母亲在这段时间里已经尽到了抚养义务，改判驳回孩子父亲要求支付抚养费的诉请。这样一个判决不仅是对法条理解的一次突破，也是一个情理法融合带有司法温度的判决。

离婚双方都亮出孩子愿跟自己的证明，背后原因让人羞愧！

2020-03-25　人民法院报

https://mp.weixin.qq.com/s/eretm6CSzQYGynFC_XVUvQ

2019 年，妻子曹某某向法院起诉要求与丈夫朱某某离婚。诉讼中，两人对离婚均无异议，但是两人都想得到婚生子朱小小（以上皆为化名）的抚养权。朱小小 13 周岁，初中一年级在读，由于父母工作繁忙，日常生活由爷爷奶奶照顾。

庭审中，原告曹某某拿出一份朱小小书写的“请求”，田字方格作业纸上用圆珠笔写下稚嫩的字：“爸爸妈妈要离婚了，我更喜欢妈妈，想跟妈妈一起生活。”

被告朱某某见状不慌不忙，也掏出一份朱小小的说明，上面以同样的笔迹写着：“爸爸平时对我很好，给我买衣服，陪我做作业，接送我上学放学，我想跟爸爸一起生活。”

接着曹某某与朱某某开始互相指责对方平时对孩子不管不问，现在又欺骗孩子写下说明。

因需补充提交证据，本案组织了第二次庭审。在第二次庭审中又出现了令人瞠目结舌的一幕，原告曹某某又拿出一份朱小小新写的说明：“我真心想跟妈妈一起生活，之前写给爸爸的纸条是爸爸逼我写的。”

承办法官对原、被告进行了严厉的批评和教育，并单独对朱小小进行了询问和开导。13 岁的朱小小强忍着泪水，眼神迷茫而难过，说其实他不想爸爸妈妈离婚，想跟爸妈两个人一起共同生活。在法官转述了朱小小的话之后，一直剑拔弩张、气势汹汹的曹某某、朱某某难得露出了羞愧的神情。

法院经审查，认为曹某某、朱某某夫妻感情已经破裂，故对于原告要求与被告离婚的诉讼请求，予以准许。根据子女的权益和双方具体情况综合考虑，朱小小日常生活由祖父母照顾较多，就读学校也位于朱某某家所在区域，不宜改变其生活环境，原、被告离婚后朱小小随被告朱某某共同生活为宜。原告曹某某作为母亲，依法应当承担其相应的抚养费用。

法官说法

《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》规定，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解决。“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。”

离婚双方应该正确理解此规定，应充分考虑子女的身心健康，将父母离婚对子女的负面影响尽可能降到最低，不应打着爱子女的旗号，为争取抚养权而将孩子推入尴尬痛苦的境地。望天下父母们都学会正确爱护子女，即使婚姻关系不能维持，也应秉持宽容和理解，给孩子一个积极自由的环境。

来源：如东县人民法院

编辑：冼小堤

（六）损害赔偿案例

被欺骗收养“小三”之女 判离婚赔偿损害八万

2020-03-19 中国法院网 尹盼盼

https://www.chinacourt.org/article/detail/2020/03/id/4856382.shtml?from=singlemessage

中国法院网讯（尹盼盼） 湖南省平江县人民法院民一庭近日审理一起离婚案件，被告王二（男）几年前领回家的养女竟然是与她人的共同之女，原告张丽（女）知晓后提出离婚，法院判决予以准许，并判决由被告给予原告精神损害赔偿 80000 元。

法院经审理查实，王二和张丽于 1996 年登记结婚，2001 年 3 月 31 日生育共同之子。婚后两人感情一般，迫于生计各自外出打工。后来王二在平江经营一奶茶店期间与赵佳同居，两人于 2016 年生育一女孩，王二为让女儿回自己家生活，对张丽谎称是抱养的，张丽因没有女儿表示愿意收养这个女孩，女孩主要由被告父母抚养至今。2018 年农历大年三十夜，赵佳找上王二家的门吵闹，张丽这才知晓收养三年的女儿竟然是老公和她人所生，知情后张丽和王二决裂，两人分居至今。

法院认为，王二与张丽夫妻感情一般，尤其近几年来王二与她人同居并生育一女孩，王二的行为严重伤害了夫妻感情，张丽起诉离婚，王二也表示同意，两人夫妻感情确已破裂，应准予离婚。王二作为有配偶者与她人同居并生育小孩，给张丽造成的精神损害，应予赔偿，由王二赔偿原告精神损害人民币 80000 元。判决后，王二与张丽均表示服从判决。

法官寄语：夫妻之间有互相忠实的义务，《中华人民共和国婚姻法》第四条规定：夫妻应当互相忠实，互相尊重。有配偶者与他人同居的而导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿。

（七）其它相关案例

最高院裁判观点：婚内财产协议也可约定管辖

2020-03-06 民事法律参考

https://mp.weixin.qq.com/s/t27rhyGf6Bw1x6sHFmEg8A

最高人民法院（2019）最高法民辖终 231 号

本院认为，民事诉讼法第三十四条规定：”合同或者其他财产权益纠纷的当事人可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖，但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。”本案中，陶灵刚与张萍在 2018 年 5 月 16 日签订的《补充协议》中约定，”因履行《夫妻婚内财产协议书》及本协议所产生的争议纠纷双方应友好协商解决，协商不成，交原告所在地人民法院裁决”。该约定系双方当事人的真实意思表示，且不违反民事诉讼法对级别管辖和专属管辖的规定，本案可以适用上述协议管辖的规定。因此，本案应由原告即张萍一方住所地法院管辖。《中华人民共和国民法总则》第二十五条规定：”自然人以户籍登记或者其他有效身份登记记载的居所为住所；经常居所与住所不一致的，经常居所视为住所。”故原则上张萍的户籍登记或者其他有效身份登记记载的居所即为其住所地，如其存在经常居住地，则以该经常居住地为其住所地。

《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》第四条规定：”公民的经常居住地是指公民离开住所地至起诉时已连续居住一年以上的地方，但公民住院就医的地方除外。”本院认为，首先，张萍于 2018 年 7 月 24 日提起本案诉讼，陶灵刚提交的海南省海口市公安局金贸派出所出具的查询信息显示张萍领取了海口市居住证，有效期为 2017 年 4 月 6 日至 2018 年 4 月 5 日。该居住证系行政机关出具，具有较强证明力，能够证明张萍在 2017 年 4 月 6 日至 2018 年 4 月 5 日长达一年的时间里实际居住在海南省海口市。其次，尽管张萍的海口市居住证于 2018 年 4 月 5 日到期，但陶灵刚与张萍于 2018 年 5 月 16 日签订的《补充协议》仍显示张萍的住址为海南省海口市金贸中路半山花园晓峰阁 x 号，结合海南省海口市龙华区金贸街道万绿园社区居民委员会出具的《居住证明》、陶灵刚与张萍的双胞胎子女年龄尚小、陶灵刚长期在海南省海口市工作生活、张萍名下有三辆海南省海口市牌照的轿车、张萍在海南省海口市拥有两处房产并开办企业、缴纳社保等情况，足以认定海南省海口市是张萍生活和工作的中心，应认定在提起本案诉讼时张萍的经常居住地为海南省海口市。

张萍主张其经常居住地为广东省深圳市，称其为照顾其与前夫所生在广东省深圳市读书的儿子，常年往返于海口、深圳两地，且大部分时间居住在广东省深圳市。张萍为此提交了其与案外人文明喜签订的《房屋租赁合同》及其每月支付租金的银行转账记录为证。本院认为，首先，《房屋租赁合同》仅能证明张萍在广东省深圳市租赁有房屋这一事实，并不能直接证明张萍长时间连续居住在广东省深圳市。其次，张萍与前夫所生儿子李松蔚就读的学校为广东省深圳市一所寄宿学校，张萍称其长期居住在广东省深圳市照顾李松蔚，依据不足。再次，张萍的丈夫陶灵刚、张萍与陶灵刚年幼的双胞胎子女均在海南省海口市居住，张萍称其常年在广东省深圳市居住照顾其与前夫所生儿子李松蔚，与常理不符。因此，张萍关于其经常居住地为广东省深圳市的主张依据不足，本院不予采信。

综上，张萍在提起本案诉讼时的经常居住地为

海南省海口市，根据《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》（法发〔2015〕7 号）规定，海南省海口市中级人民法院管辖当事人住所地均在海南省且诉讼标的额 3000 万元以上一审民商事案件。根据《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事案件标准的通知》（法发〔2019〕14 号）的规定，自 2019 年 5 月 1 日起，中级人民法院管辖第一审民事案件的诉讼标的额上限原则上为 50 亿元（人民币），高级人民法院管辖诉讼标的额 50 亿元（人民币）以上（包含本数）或者其他在本辖区有重大影响的第一审民事案件。本案当事人的住所地均在海南省，诉讼标的额 366945728 元，高于 3000 万元且低于 50 亿元。因此，本案应由海南省海口市中级人民法院管辖。

男子与同性朋友结婚只为移民加拿大，闹掰后离婚还为“移民费”打官司

2020-03-19 上海法治报

https://mp.weixin.qq.com/s/ZUjQqEfKk5pmGQEM-Llq5w

想要获得加拿大移民身份并非易事，常见的人才移民等政策往往门槛过高，于是有人便打起歪主意：因加拿大承认同性婚姻，竟企图重金“贿赂”拥有外国国籍的同性朋友，与之“假结婚”移民。最终，不仅移民不成，双方离婚后还因“移民费”产生经济纠纷闹上法庭。

近日，上海市虹口区人民法院审理了这起因移民失败追讨“移民费”所引发的民事纠纷案件，并促成双方达成了调解。

与同性“假结婚”移民失败 22 万“移民费”打水漂

小许、小吴（加拿大籍）和小刘（案外人）是多年好友，2017 年三人合伙出资购买了一处价值 220 万的南京房产，其中小吴出资 55 万元。该处房屋经预告登记后，没有办理产证，权利人登记为小许。

多年来，小许一直有移民情怀，却没能实现。在了解到同伴小吴拥有加拿大国籍后，小许“灵机一动”萌生了走捷径的想法，加拿大承认同性婚姻，如果自己能够说服小吴和自己“假结婚”，不就可以顺利移民了吗？在小许的一再恳求下，小吴答应帮助其移民，双方约定小许支付给小吴 40 万元用于办理移民事项。

2018 年初，小许支付给小吴首笔移民费用 22 万元。之后的几个月里，小许不时收到小吴关于办理移民事项进展的微信。本以为多年夙愿将一朝实现，然而在最后关头，小许被加拿大移民局拒绝。事后，移民失败的小许要求小吴退还付出的 22 万元移民费，却遭到小吴的拒绝，两人关系也逐渐恶化。

2019 年 1 月，小吴率先在外地法院起诉小许，声称自己在合伙买房投资的过程中曾多次提出签订书面协议明确关于投资房屋的各方权利义务，但是小许始终以各种借口推诿，因此自己要求退出合伙关系，要求小许返还自己当时购买房屋出资的 55 万元，最终审理该案纠纷的法院支持了小吴的全部诉请。

收到判决后的小许越想越恼火，移民没办成，还要返还小吴的投资房款，一来一去真是赔了夫人又折兵，于是“以牙还牙”将小吴告到上海虹口法院，要求小吴返还支付的“移民费”22 万元。

法官耐心调解：双方各承担 50%

审理中，小许表示当时给付 22 万元的前提是，小吴能成功帮助自己办理移民，而今移民失败，应

当退款。

小吴则辩称当初双方就移民事项主要通过微信沟通，根据聊天记录，自己返还款项的前提是小许必须与自己签订书面的关于前述房屋的三方投资协议，而小许始终没有行动。况且在帮助小许办理移民事项时自己也耗费了大量金钱和精力，甚至不惜搭上“婚姻名声”，没有功劳也有苦劳，不同意退还钱款。双方矛盾尖锐，法庭上各执一词，情绪激动。

结合双方的庭审陈述和现有的微信聊天记录，法庭认为小许和小吴虽未签订书面合同，但是鉴于双方的口头约定，实际上已形成具有法律效力的合同。该约定的目的是成功办理移民，小吴的义务是为小许成功办理移民，小许的义务是支付相应费用，然而，办理移民的目的显然已经无法实现。法官耐心释理后，两人最终同意以调解方式解决本案纠纷，双方各退一步，由小吴返还给小许 11 万元。至此，这个为移民“假结婚”而闹出经济纠纷的荒唐案件落下了帷幕。

法官说法

针对本次调解，主审法官解释说，我国合同法调整的是平等主体间财产关系的协议。

本案中，虽然双方系因“假结婚”移民而引发的纠纷，但并不涉及对婚姻等有关身份关系的认定，因此本案对原被告之间存在合同法规定的协议关系进行认定并无不妥。此外，原被告双方虽未签订正式的书面协议，但因彼此有频繁的微信聊天记录，双方均认可小吴收到小许 22 万元费用，本案中，小许的移民目的已然无法实现，小许起诉要求小吴返还已付款项，法院根据公平原则综合双方履约情况进行调解，最终达成双方各承担 50%款项的调解方案，对双方都较为公平合理。

记者 | 胡蝶飞
编辑 |王菁

山东高院判例：“外嫁女”应否享受安置补偿待遇的处理原则
——王小红诉商河县政府不履行拆迁安置补偿职责案

2020-03-20 行政法

https://mp.weixin.qq.com/s/QNoIX0tVmTf58h8SAVQr_g

【裁判要旨】

保障妇女儿童合法权益、实行男女平等是我国的基本国策。《妇女权益保障法》明确规定，妇女在农村土地承包经营、集体经济组织收益分配等方面，享有与男子平等的权利；任何组织和个人不得以妇女未婚、结婚、离婚、丧偶等为由，侵害妇女在农村集体经济组织中的各项权益。

保障户有所居，避免被征收人流离失所是行政机关补偿安置所应遵循的原则。“外嫁女”包括下列情形：“外嫁”后户口未迁出；“外嫁”嫁给了“城市男”；离婚后户口又迁回；等等。无论是哪种情形，其家庭或者离婚后本人享有的“在农村或者城镇只能享受一次分配宅基地建房或者福利性购房”这一基本居住权益均应得到保障。行政机关在实施征收拆迁活动中，对“外嫁女”的居住权势必产生直接影响，行政机关有责任也有义务保障其基本居住权益不受侵害。因此，行政机关在处理“外嫁女”的安置补偿问题时，不能单纯以婚姻或者户籍情况作为是否给予安置补偿的条件，而是应在综合前述考量因素的同时，以其基本居住权益是否得到保障作为衡量和判断的原则。

【裁判文书】

山东省高级人民法院
行 政 判 决 书
（2019）鲁行终 1675 号

上诉人（原审原告）王小红，女，1990 年 4 月 7 日出生，汉族，住商河县许商街道办事处苏家村 5 号。

委托代理人朱新峰，山东博睿律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）商河县人民政府，住所地商河县明辉路 119 号。

法定代表人郅颂，县长。

委托代理人赵福勇、张亮，均为山东撼岳律师事务所律师。

王小红因诉商河县人民政府不履行拆迁安置补偿职责一案，不服济南市中级人民法院（2019）鲁 01 行初 29 号行政判决，向本院提起上诉。本院受理后，依法组成合议庭，于 2019 年 11 月 18 日组织听证，根据《中华人民共和国行政诉讼法》第八十六条之规定，对本案进行了审理。现已审理终结。

原审法院经审理查明，2017 年 4 月，商河县城中村棚改指挥部发布《西城区搬迁补偿方案》，载明："……根据我县城市规划，西城区不再安置宅基地，也不建设安置房，而是实行货币补偿，由村民自行购置商品住房。货币补偿及奖励标准如下：（一）房屋安置补偿费：对于宅基地房屋，按照每人（本村集体经济组织成员）安置面积 47 平方米的标准给予货币安置补偿……"2017 年 11 月 15 日，商河县许商街道靠城苏村民委员会及苏家第一村民小组出具证明，载明："王小红、王小萍原属我村第一小组成员，出嫁后一直不在我村生活居住，2016 年小组调地时其原有的责任田已有村民小组村民一致表决同意，另行承包给本小组其他成员。王小红、王小萍也不再承担小组成员应承担的义务，现在已不属于我村民小组成员。"2017 年 11 月 28 日，商河县城中村棚改指挥部与王兴存（系原告王小红之父）签订许商综合片区（四期）棚户区改造项目按人口安置货币补偿协议、许商综合片区（四期）棚户区改造项目房屋拆迁货币补偿协议，载明："根据《西城区搬迁补偿方案》，按人口安置补偿达成如下协议：乙方在本村集体经济组织成员 6 人；……"，并约定了房屋拆迁货币补偿。王小红起诉认为房屋被拆迁至今，被告商河县人民政府未对其进行安置补偿，侵害了其依法享有的安置房屋补偿费等各项权利，导致其至今无房可住，诉讼请求依法判令被告作出补偿和安置决定。

另查明，2018 年 9 月 25 日，商河县国土资源局作出政府信息公开告知，载明：商河县商河许商综合片区（四期）棚户区改造项目拆迁土地的征收主体及商河县许商街道办事处苏家村土地的征收主体为商河县人民政府。

原审法院认为，《最高人民法院关于适用<中华人民共和国行政诉讼法>的解释》第二十条第一款规定，行政机关组建并赋予行政管理职能但不具有独立承担法律责任能力的机构，以自己的名义作出行政行为，当事人不服提起诉讼的，应当以组建该机构的行政机关为被告。本案中，商河县城中村棚改指挥部系由被告商河县人民政府组建并赋予行政管理职能但不具有独立承担法律责任能力的机构，该指挥部行使职权，对所属片区实施棚改工程，其相应的法律后果应由商河县人民政府承担。且商河县国土资源局作出政府信息公开告知，也明确涉案棚户区改造项目拆迁土地的征收主体及商河县许商街道办事处苏家村土地的征收主体为商河县人民政府。据此，商河县人民政府系本案的适格被告。

原告王小红因要求被告商河县人民政府履行对其安置补偿的职责而提起本案诉讼。依据现有证据材料，《西城区搬迁补偿方案》载明，对于宅基地房屋的补偿，应当对本村的集体经济组织成员按照每人安置面积 47 平方米的标准给予货币补偿。根据上述方案的要求，涉案片区相关征收安置补偿事项的对象系符合条件的农村集体经济组织成员。

原告王小红主张其系苏家村集体经济组织成员，应当对其进行安置补偿，但其仅提交了户口本复印件，并未提交相关证据证实其在苏家村形成较为固定的生产、生活关系，系该村集体经济组织成员。且，被告商河县人民政府提交了商河县许商街道靠城苏村民委员会及苏家第一村民小组出具的证明“……王小红不再承担小组成员应承担的义务，现在已不属于我村民小组成员”，证实王小红在涉案棚户区改造项目进行时并不具有苏家村村集体经济组织成员资格，不符合《西城区搬迁补偿方案》限定的安置补偿条件。在此情形下，人民法院不宜迳行对原告王小红是否具有苏家村村集体经济组织成员资格作出认定。但根据本案现有证据材料，原告王小红提交的证据无法证实其具有苏家村村集体经济组织成员资格，符合《西城区搬迁补偿方案》限定的安置补偿条件。因此，原告王小红要求被告商河县人民政府履行对其安置补偿的法定职责，主要理由不成立，对其诉讼请求，不予支持。据此判决：驳回原告王小红的诉讼请求。

王小红不服原审法院判决，上诉请求依法撤销原审判决，改判被上诉人作出补偿和安置决定或者发回重审。主要理由：1.被上诉人在原审中的委托代理人不是商河县人民政府的工作人员，而是商河县许商街道办事处的工作人员，其代理人主体不适格，原审程序违法。2.原审判决认定事实错误。上诉人在原审中提交的户口簿、身份证及济南市居民基本医疗保险缴费通知单等证据，足以证明上诉人系苏家村集体经济组织成员。上诉人在二审中提交的家庭土地承包经营权证，也足以证明该事实。原审法院采信村委出具的一份被涂改过的《证明》就认定上诉人不是本村集体经济组织成员，显然认定事实错误。3.原审法院判决适用法律错误。

被上诉人商河县人民政府答辩称，原审法院判决认定事实清楚，适用法律正确，审理程序合法，应予维持。

二审中，上诉人王小红提交以下证据：证据 1.《农村土地承包经营权证》，证明其系苏家村集体经济组织成员；证据 2.《济南市历下区人民政府东关街道办事处证明》，证明其未获得该办事处长盛小区北区集体经济组织成员资格，不属于长盛小区北区的集体经济组织成员；证据 3.王小红所在苏家村村民小组成员签名的《证明》，证明王小红是该村民小组成员，至今承包经营土地，享有本村集体经济组织成员权利并履行义务。

被上诉人商河县人民政府补充提交以下证据：证据 1.商河县许商街道办事处苏家村村民委员会出具的《情况说明》；证据 2.商河县许商街道办事处苏家村村民委员会四个村民小组的《宅基人口统计表》；证据 3.商河县城中村棚改指挥部制定的《许商综合片区（四期）房屋拆迁明白纸》，以上三份证据证明上诉人属于苏家村已婚外嫁女，不属于应当安置的对象。

在二审听证中，商河县人民政府对上诉人提交证据的质证意见为：对证据 1 真实性无异议，但认为该证据承包方式为家庭承包，且形成于 2015 年，具有滞后性，无法达到证明目的；对证据 2、证据 3 的真实性不予认可。上诉人对商河县人民政府提交证据的质证意见为：对证据 1、证据 2 的真实性不予认可，无法证明上诉人不具有集体经济组织成员资格；对证据 3 的真实性予以认可，但无法证明上诉人不符合安置补偿条件。对于以上双方当事人提交的证据，合议庭经评议做出如下认定：上诉人提交的证据 1《农村土地承包经营权证》、被上诉人提交的证据 3《许商综合片区（四期）房屋拆迁明白纸》真实有效，对此予以采信；上诉人提交的证据 2《济南市历下区人民政府东关街道办事处证明》属于其在一审程序中无正当理由未提供而在二审程序中提供的证据，对此不予接纳；双方当事人提交的其他证据形式不符合证据要求，且内容的真实性无法核实，对此不予采信。

双方当事人在原审中提供的证据已随案移送本院，且已经原审庭审质证。本院同意原审法院确认的案件事实。另查明，商河县城中村棚改指挥部于 2017 年 4 月发布《许商综合片区（四期）房屋

拆迁明白纸》，其中在拆迁安置人口界定及标准中规定，给予安置的人员包括 11 种情形；不予安置的人员包括 2 种情形，具体为："已婚嫁外村（有女无儿安置户除外）的、非本村集体经济组织成员在本村购房或建房的，不予安置。"

本院认为，结合双方当事人的诉辩主张，本案的审理重点主要集中在以下四个方面：

一、关于"外嫁女"能否享受与其他村民同等获得安置补偿待遇问题的考量标准。

"外嫁女"并不是一种严格意义上的法律用语，而是农村根据婚俗惯例而来的习惯性称谓。目前，我国法律对于所谓"外嫁女"能否享受与普通村民同等获得安置补偿待遇的问题，并未作出不同于普通村民的特殊规定。根据最高人民法院和本院审理的相关类似案件的裁判情况，对这一直接涉及"外嫁女"切身利益的民生问题，一般应从以下几方面予以综合考量：一是"外嫁女"的户籍在征地补偿方案确定时是否仍然在原集体经济组织；二是征地补偿方案确定时，"外嫁女"是否仍然在集体经济组织实际生产和生活；三是"外嫁女"是否仍然以原集体经济组织的土地为基本生活保障；四是"外嫁女"所在集体经济组织的村民代表大会讨论决定的意见；五是"外嫁女"在集体经济组织所应履行的村民义务；六是"外嫁女"是否在其他集体经济组织享受了村民待遇。

同时，根据《中华人民共和国村民委员会组织法》的规定，村民自治章程、村规民约以及村民会议或者村民代表会议的决定不得与宪法、法律、法规和国家的政策相抵触，尤其是不得有侵犯村民的人身权利、民主权利和合法财产权利的内容。故此，与宪法、法律、法规和国家的政策相抵触，以侵犯妇女权益为代价所作出的村民会议决定，不能作为否认"外嫁女"能否享受与其他村民同等获得安置补偿待遇的依据。

二、关于处理"外嫁女"安置补偿待遇问题所应遵循的原则。

住房作为家庭的一项重大财产，是维持家人共同生活的基本需要。《中华人民共和国土地管理法》规定，"农村村民一户只能拥有一处宅基地""人均土地少、不能保障一户拥有一处宅基地的地区，县级人民政府在充分尊重农村村民意愿的基础上，可以采取措施，按照省、自治区、直辖市规定的标准保障农村村民实现户有所居。"《国务院关于进一步深化城镇住房制度改革加快住房建设的通知》（国发〔1998〕23 号）中明确，"对不同收入家庭实行不同的住房供应政策。最低收入家庭租赁由政府或单位提供的廉租住房；中低收入家庭购买经济适用住房；其他收入高的家庭购买、租赁市场价商品住房。"由此不难看出，保障户有所居是行政机关补偿安置所应遵循的原则，避免被征收人流离失所也是其应予考虑的因素。就"外嫁女"而言，她们通常表现为出嫁后户籍仍然留在娘家，抑或离婚后户籍重迁回娘家，具体包括"外嫁女"嫁农村男、"外嫁女"嫁城市男以及离婚等情形。无论何种情形，其家庭或者离婚后本人享有的"在农村或者城镇只能享受一次分配宅基地建房或者福利性购房"这一基本居住权益均应得到保障。行政机关在实施征收拆迁活动中，对"外嫁女"的居住权势必产生直接影响，行政机关有责任也有义务保障其基本居住权益不受侵害。因此，行政机关在处理"外嫁女"的安置补偿问题时，不能单纯以婚姻或者户籍情况作为是否给予安置补偿的条件，而是应在综合前述考量因素的同时，以其基本居住权益是否得到保障作为衡量和判断的原则。

保障妇女儿童合法权益、实行男女平等是我国的基本国策，《中华人民共和国妇女权益保障法》明确规定，妇女在农村土地承包经营、集体经济组织收益分配等方面，享有与男子平等的权利；任何组织和个人不得以妇女未婚、结婚、离婚、丧偶等为由，侵害妇女在农村集体经济组织中的各项权益。行政机关只有调查清楚"外嫁女"在婆家（娘家）村或其他农村集体经济组织以及城镇中的宅基地分配使用、安置补偿、福利性购房情况，才能使"外

嫁女”的基本居住权得到有效保障，同时也避免出现重复获得补偿安置的情况。总之，“外嫁女”所享有的合法权益与其他村民相比，不应有所减损或增加，其应当受到公平公正、合法合理的对待，这既符合保障公民基本权利的宪法精神，也符合户有所居的民生保障要求。

三、关于原审法院判决是否正确的问题。

本案中，在被上诉人商河县人民政府提交的《许商综合片区（四期）房屋拆迁明白纸》中，商河县城中村棚改指挥部对涉案片区拆迁安置人口界定及标准作出了进一步细化，具体明确了符合安置补偿条件人员的 11 种情形和不予安置人员“已婚嫁外村（有女无儿安置户除外）的、非本村集体经济组织成员在本村购房或建房的”2 种情形。从以上规定可以看出，被上诉人规定的补偿安置对象并非仅限于是否具有该农村集体经济组织成员资格，还应结合上诉人自身的现实情况进行综合判断。原审法院判决将是否具有农村集体经济组织成员资格作为认定上诉人是否符合安置补偿条件的唯一判断标准，在事实认定上确有不当，应予纠正。

四、关于上诉人要求被上诉人对其作出“补偿和安置决定”的诉讼请求应否得到支持的问题。

本案中，上诉人起诉要求被上诉人对其作出补偿和安置决定，除此之外，还有其他三名“外嫁女”同时提起诉讼。这些“外嫁女”户籍虽都在娘家村，但有的长期在外打工，有的外嫁给城市居民，有的离婚后又重新回到娘家生活，每人的生产生活以及宅基地分配使用、福利性购房等情况都不尽相同，应加以区分处理。具体到本案，上诉人婚前系苏家村集体经济组织成员，婚后户籍并未迁出，至 2017 年 4 月拆迁时其户籍仍然在苏家村。虽然上诉人的父亲代表家庭签订了《安置补偿协议》，但该家庭成员中并不包括上诉人在内，故该事实不能证明上诉人已经得到了安置或者不应享有安置补偿权利。

被上诉人商河县人民政府作为涉案棚户区改造项目的征收主体具有补偿安置的职责，上诉人以其作为村民为由要求享受安置补偿待遇，被上诉人应按照前述原则和考量标准对上诉人的请求进行全面审核，并履行对上诉人作出补偿和安置决定的职责，决定是否给予上诉人安置补偿。二审中，尽管对上诉人提交的婆家村出具的证明材料未予接纳，但并不意味着本院就认可上诉人系婆家村集体经济组织成员或者上诉人已经在婆家村享受了安置补偿待遇等。被上诉人在后续处理工作中仍需进一步查清这一基本事实，以更有效地保障上诉人基本居住权益不受侵害。因此，在被上诉人没有查清上诉人在其他农村集体经济组织宅基地分配使用、安置补偿或者城镇福利性购房情况这一原则问题，以及其是否仍在原集体经济组织实际生产生活，是否仍以原集体经济组织的土地为基本生活保障，亦没有查清其在其他集体经济组织已享受村民待遇等情况的前提下，对上诉人要求被上诉人作出“补偿和安置决定”的诉讼请求，理应予以支持。

综上，原审法院判决认定事实错误，应予撤销；上诉人的诉讼请求与法有据，应予支持。依据《中华人民共和国行政诉讼法》第八十九条第一款第（二）项之规定，判决如下：

一、撤销济南市中级人民法院（2019）鲁 01 行初 29 号行政判决；

二、责令被上诉人商河县人民政府于本判决生效之日起 60 日内对上诉人王小红作出补偿和安置决定。

一二审案件受理费各 50 元，均由商河县人民政府负担。

本判决为终审判决。

审 判 长　孙晓峰
审 判 员　山　莹
审 判 员　王修晖
二〇二〇年二月十七日
书 记 员　孟　真

四、继承

周瑞珏 赵精武 | 合同承继抑或物的继承：电话号码继承的模式选择

原创：2020-02-24 人民司法 周瑞珏 赵精武
https://mp.weixin.qq.com/s/UXI5OsZIYm1-OTYhayYuOg

内容提要：随着互联网技术的快速发展，人类正在进入数字化生存的新时代，手机号码得以与诸多移动应用程序、网络信息服务平台相绑定，从纯粹的交流工具转化为附着大量人身及 财产利益的复合体。遗憾的是，无论是民法总则、继承法，还是电信条例、电信网码号资源管理办法，均未对电话号码是否能够被继承作出明确规定，未来立法理应对电话号码的法律性质以及产权移转等问题有所回应，电信服务合同中同样应增加与电话号码相关的继承条款。

目次

一、问题的提出：电话号码能否被继承？
二、电话号码继承的基本逻辑：虚拟财产的特殊规则
三、关于电话号码继承的立法建议
四、结语

合同承继抑或物的继承：电话号码继承的模式选择

本文刊登于《人民司法》2020 年第 4 期

作者：周瑞珏 赵精武
作者单位：北京航空航天大学法学院

一、问题的提出：电话号码能否被继承？

（一）电话号码继承的制度困境

借助实名制政策的落实，手机号码得以与诸多移动应用程序、网络信息服务平台绑定在一起，一部手机走天下早已是再寻常不过的事情，电话号码所承载的财产利益也 越发凸显。尤其在日常商业交往活动中，手机号码的频繁变更可能导致先前积攒的客户群体流失。此外，工业和信息化部在 2019 年 11 月发布《携号转网服务管理规定》，电信用户可以在不同电信运营商之间移机不改号，手机靓号的商业价值也水涨船高。从此角度观之，电话号码的使用价值今非昔比，立法理应对电话号码的法律性质以及产权移转等问题有所回应。在现行法律制度下，电话号码的法律性质通常被理解为“国家所有的无线电频谱资源”，个人仅享有电话号码的使用权，此种权利的财产属性可以视为 个人财产的组成部分。既然如此，按照继承法之规定，凡属于个人死亡时遗留的合法私有财产即为遗产，继承人继承电话号码似乎也是理所应当的。但问题在于，无论是民法总则、继承法，还是电信条例、电信网码号资源管理办法，均未对电话号码是否能够被继承作出明确规定，这与电话号码的社会价值并不相符。

审视电话号码的基本内涵和经济价值，其指向的是电信运营商将所获得的国有码号资源商业化后的用户编号，是一个涵盖手机号码、固定电话号码以及靓号的宽泛法律概念。虽然不同种类的号码指向的电信服务类型并无本质差异，但在继承过程中所表现的经济价值却不尽相同。在如今的电信市场中，固定电话的使用频率明显低于移动电话，多为夫妻共有或法人、非法人组织所有；移动电话则

在实名制政策下具有一定程度的个人识别性和附加价值；而靓号作为有限的特殊电信资源，具备较高的商业价值。电话号码的类型化意义在于厘清其承载的经济利益类型， 以便明确电话号码是否属于民法财产的范畴，而恰恰正是这种复合利益属性导致电话号码的继承难以在现有的制度框架内寻找到合理的法律解释路径。

（二）电话号码继承的司法逻辑

在实践中，电信运营商的通常做法是要求继承人对被继承人手机号码办理遗产公证，之后由营业厅办理手机号码的过户手续。在司法实务中，法院倾向于将电话号码作为物权法中的“物”，认为公民对手机号码仅享有使用权。在 2001 年至 2019 年内，共有 99 份判决书采用电话号码使用权、手机号码使用权、手机靓号使用权等表述，从 2015 年开始，使用权概念的使用频率明显增加（见表一）。从此观之，法院普遍认为电信用户对电话号码的权利内容仅以使 用为限，或者称之为“具有财产属性的专有使用权”，其逻辑可以概括为——国家对码号资源的使用实行审批制度， 电信业务经营者经向主管部门申请可有偿使用移动号码的使用权，电信业务经营者通过电信服务合同将移动号码的使用权转让给电信用户。

然而，法院对手机号码能否被继承存在不同的看法。在 2014 年的某遗嘱继承纠纷案中，法院认为，手机号码不属于遗产范围，不予支持继承人继承手机号码的主张。而在 2018 年的某法定继承纠纷案中，法院认为电话号码可以被继 承，并指出“高某（被继承人）生前使用的中国移动手机号 139xxxxxxx、中国电信号码 133xxxxxxxxx 属于虚拟财产， 其使用权在有关部门未禁止继承人使用情况下，可依法分割”，电话号码的法律性质被认定为虚拟财产，在法无明文禁止的情况下允许继承。另外，在某手机靓号使用权纠纷案中，法院承认了手机靓号所包含的财产利益，认为原审被告对 138xxxx6666 移动手机号码享有使用权，若将该号码进行交易，必定会产生相应的经济价值，所以该靓号属于原审被告的无形资产，并且可以通过司法拍卖转化为原审原告的受偿价款。

综合来看，各地法院对手机号码或者电话号码法律性质的认定并不完全相同，进而所依循的继承逻辑也不尽相同，或是以法律未禁止继承的他物权形式进行继承，或是遵循法无禁止即可为的逻辑，以立法未予界定的虚拟财产名义进行继承。这些尽管均达到了电话号码可以被继承的法律效果，但内部的逻辑推理或多或少有些疏漏。前者将电话号码视为物，与物权法将物界定为有体物形式的不动产、动产之规定相矛盾，即便基于“无线电频谱资源属于国家所有”之表述，将“国家所有”解读为国家对物的所有权，进而推导出物权法实际上将电话号码拟制为物的结论，也无法解释电信运营商最初获得的码号资源与用户使用的手机号码之间法律属性的差异。至于后者，将电话号码视为虚拟财产，回避了前述可能出现的逻辑冲突，但借道“法无禁止即可为”之逻辑解释虚拟财产能够被继承， 忽视了电话号码的国家资源属性，并非是当事人能够意思自治的范围，同时也回避了对虚拟财产法律性质的认定。 这两种证成过程的漏洞可归因于对电话号码能否被继承问题内容的错误解读，电话号码与虚拟财产的关系、用户使用电话号码所积累的财产利益归属等子问题的遗漏解答导致了整个解释过程的不完整。

（三）有待澄清的问题

实际上，电话号码能否被继承需要从 3 个方面进行解释：一是用户使用的电话号码与电信业务经营者所持有的码号资源、国家所有的无线电频谱资源的内涵和外延是否完全一致？尤其是电话号码在使用过程中所附加的财产利益如何理解？二是在继承法律关系中，继承的客体究竟是遗产即电话号码，还是法律关系地位即电信服务合同当事人地位？三是电话号码的法律性质究竟是物还是虚拟财产？如果属于虚拟财产的范畴，如何确定继承人

可以继承电话号码的法律依据？

二、电话号码继承的基本逻辑：虚拟财产的特殊规则

（一）电话号码继承的逻辑起点：特殊的财产权益

解决电话号码继承问题，首先要解决的问题是：如何理解电话号码的法律属性？电话号码究竟是一种独立的新型 财产，还是物化的电信服务合同？电话号码法律性质难以认定的一个主要原因在于未能厘清其与无线频谱资源、码号资源等概念的关系。在日常生活中，电话号码通常包括 手机电话号码和固定电话号码，其通信功能的实现是以号码所依赖的无线电频谱资源为基础。需要注意的是，无线 电频谱资源、码号资源与电话号码的内涵和外延并非完全 一致，从无线电频谱到用户能够使用电话号码，还需要电 信运营商的参与以及电信基础设施的正常运行。在继承法语境中，电话号码并不能简单地等同于无线电频谱或者码 号资源，而是要考虑电话号码背后所包含的电信服务合同关系以及电信用户自身的使用行为，尤其在涉及靓号时。诚然，《码号资源管理办法》第二条将码号资源界定为 “由数字、符号组成的用于实现电信功能的用户编号和网 络编号”，这与电话号码的外观形态完全一致，但电话号码的内涵绝非以数字和符号组成的编号形式为边界，更牵 涉到电信法律关系的价值判断，即电信监管机构与电信业 务经营者之间的行政法律关系以及电信经营者与电信用户之间的合同关系，前一种法律关系的客体是无线电频谱资源或码号资源，后一种法律关系的客体则是电话号码。此 外，码号资源本身是用于实现电信功能的工具，而电话号 码才是工具实现的结果——信号传递的不同终端。此种概念区分的意义在于明确电话号码所涉及的法律关系性质，避 免因过于强调电话号码的国家资源属性而忽视其背后的私法利益。

在摆脱“归国家所有”这一所有权范式的桎梏后，电 话号码的法律性质认定则重新回到电话号码具有什么样 的法律特征这一问题的解释。总结而言，电话号码主要包 括 3 个法律特征：一是价值性，既包括满足电信用户与其 他用户的通信这一使用价值，也包括由于银行卡账号的绑 定、日常交往过程中积攒的用户交流信息等因素产生的附 加价值；二是无体物属性，即电话号码仅存在于不可物理 感知的电信网络中，以数字和符号的组合为表现形式；三 是可恢复性，即电话号码依赖于固定存在的无线电频谱资 源中，电话卡的遗失、损毁并不会导致电话号码必然灭失。基于此，可以确定的是，具有无体物属性的电话号码显然不属于物，那么是否可以根据电话号码的法律特征将其归 为虚拟财产？结合现有学者对虚拟财产的讨论，或是将 其宽泛地认定为不具备物理形态的财产或信息资源，具备 “用户使其增值性”；或是理解为网络虚拟空间中的财 产，即“网络虚拟世界创造、使用和交易的有财产价值的事 物”；或是限定为具备现实交易价值的虚拟物，主要包 括 Q Q 号、微信号、游戏装备、比特币等。有学者结合移动 应用程序的发展，将虚拟财产分为能够与现实货币兑换的 虚拟物、具有储值功能的通讯类 A P P（如微信），以及具有 增值盈利功能的 A P P（如微博）。在这些讨论中，鲜有将 电话号码作为虚拟财产的讨论，原因可能在于 Q Q 等账号 形式的虚拟财产多是信息服务提供商所创造的，属于意思自治的范畴，而电话号码则产生于国家所有的电信资源，非为私法主体所能自由决定的事项。但这并不能成为在虚拟财产范畴中排除电话号码的理由，虚拟财产与现实财产的核心区别在于虚拟形态和可恢复性，而电话号码存在于电信网络空间以及可以通过电话卡更新予以恢复的特性与此完全契合，将电话号码认定为虚拟财产有其正当性基础。

（二）继承客体的视角：遗产还是法律关系？

与电信号码是否属于财产同样重要的问题是：

在继承法 律关系中，继承人继承的究竟是遗产还是法律地位？如果 是遗产，那么继承电话号码的解释起点则是财产利益；如 果是法律地位，那么解释起点则转变为电信服务合同。在 我国现行立法体系下，继承法以详细列举的方式将继承对 象界定为特定范围内的遗产，但在民法典分则编纂的背景下，学者们的关注点再次集中于继承客体与遗产的关系。在以往的讨论中，有关继承客体的学说主要包括遗产说和 法律地位说。遗产说将继承客体理解为死者的财产权利与 义务，私人所有的现实财产或虚拟财产、有形财产或无形财产均在此范围之内；法律关系说则认为继承实为死者的 财产法律关系的概括继承。这两种学说分别对应了大陆法 系以及罗马法对继承行为的理解。鉴于我国继承法对遗产 概念的长期使用，并不适宜以法律地位取而代之。并且， 如果以法律地位作为继承客体，则难以解释合同当事人之 间的合意如何继续维持。尽管从维系合同关系持续存在以 及保护债权人利益的角度来说，法律关系说似乎更能满 足债权人之需要，但是按照我国继承法之规定，当事人在 继承积极财产时也需要承担消极财产，即先行清偿死者债 务，同样具备保护债权人利益的法律效果。不过，在讨论 电话号码如何继承之前，还有另一个问题需要解释：依照 现行继承法对遗产范围的规定，作为虚拟财产的电话号码 似乎并无容身之处。正如前文所述，电话号码有着实现电信功能的使用价值以及其他附加价值，虚拟财产与现实财 产的差异性并非以财产利益为核心，以电话号码的虚拟财 产属性否认其所具备的财产利益，此种理由难以立足。故而将电话号码理解为遗产范围中的“其他合法财产”来解释继承问题具备一定的法理基础。

（三）以电话号码为客体的新型财产权内容

既然将电话号码作为遗产范围中的其他合法财产，那 么电话号码的继承规则和法理基础势必有其特殊性。以往 有关虚拟财产继承问题的讨论，无外乎从物权、债权和复 合型权利来理解电话号码究竟属于何种财产，但问题在于这 3 种解释路径都难以真正实现逻辑自洽。其一，若以准物权的方式理解电话号码的继承方式，实际上是将电信用户对电话号码的转让限制、使用限制理解为他物权，在继承法明文规定的情形下，电话号码以特殊的物作为遗产进行继承。这种解释方式被绝大多数学者所抛弃，原因在于该解释方式难以在有体物与无体物关系、物权法定原则、 支配范围受限等领域自圆其说。其二，从债权债务关系来 解释电话号码这一虚拟财产的继承问题较为常见。此种解 释方式将电话号码理解为电信服务合同中电信用户的权利 凭证，继承人继承的并非是电话号码，而是被继承人对电 信运营商继续提供通信服务的请求权。还有学者从“附着 论”出发，认为虚拟财产的性质是由具体的合同内容所决 定，亦即附着于合同关系之上。依循此理论，电话号码附 着于电信服务合同，继承人继承电话号码乃是对其电信服务合同中电话拨打范围、电信资费等合同内容的继承。但 债权说的论证似乎将财产与财产性权利混淆了，并且此种 解释路径实难用于电话号码这一特殊虚拟财产。由于电信 行业的公共属性，电信服务合同的内容并非属于完全的私 法自治领域，合同的履行始终要以电话号码作为媒介，在 继承过程中，以电信服务取代电话号码，未免会落入以合 同关系解释财产利益归属的窠臼之中。其三，从复合性权 利的角度对虚拟财产继承问题的讨论并无定论，主流观点 是将虚拟财产理解为知识产权，即财产利益和人身利益的 结合体。这种解释方式多适用于游戏装备、游戏账号等虚拟财产，却难以解释电话号码的继承问题。

上述 3 种解释路径之所以难以达成实践与规范之间的勾连，是因为准物权说、债权说、复合权利说均在物债二分结构的财产体系下徘徊不前，略过电话号码所代表的虚拟财产在财产体系中定位，径直分析电话号码如何归属于遗产。换言之，对物债二分的僵化理解导致在理解财产或者财产权时，

过度关注权利的客体而忽视了权利内容。电话号码的继承问题不仅仅是遗产范围层面的法律适用问题，更是法律主体对电话号码权利实现方式的差异化解释。在数字化商业模式的洗礼下，财产权体系的建构思 路大多是以有形财产权和无形财产权为起点，并将虚拟财 产归于无形财产或无形财产权之下，但有学者指出这种划 分仅是“客观描述”，并无实质意义。对于新兴财产权 利的描述仍要回归于权利行使方式，然而，由于受物即财 产思维惯性的诱导，将虚拟财产权利内容直接与占有、使用、收益和处分相关联，形成虚拟财产权是物权子概念的错觉。事实上，虚拟财产权之所以能够成为与物权、债权等权利并列的新型财产权利，是因为虚拟财产本身的虚拟 性、价值性等特征产生新的财产利益规则，故而有必要从 具体规则层面观察作为虚拟财产的电话号码。第一，电话 号码的国家财产利益表现为电话号码的归属最终指向国家资源，如果发生号主主动注销或电信运营商终止经营业务 时，电话号码最终仍要转化为码号资源，由政府部门重新 分配。第二，除非经电信运营商同意或已办理过户手续， 在一般情况下，原号主所享有的通信服务利益无法自由转 让。第三，电话号码承载的附加经济利益可分为号码外观 利益（如手机靓号）和号码关联利益（如商业客户群体联 络），由于号主无法自由转让电话号码，前种财产利益的 实现大多以电信运营商有偿收回为主要途径；而后种财产 利益无法成为交易对象，但此种利益可为继承人所继承。因此，以电话号码为客体的虚拟财产权的财产利益实现方 式和保护机制有其特殊性，无法完全沿用物之继承、合同承继等现有规则来解决电话号码的继承问题，需要立法者对虚拟财产权的继承规则作出单独规定。

三、关于电话号码继承的立法建议

电话号码负载着大量涉及被继承人以及第三方人格利益 的数据，未来的相关立法必须要在继承法中明确电话号码 可继承性的法律意义既在于承认和保障电话号码承载的财 产利益，也在于突破现行物权法、合同法中有关财产概念 的局限性，为电话号码所代表的虚拟财产融入现行民法体系提供新的解决思路。

虽然相比较由网络服务提供者经由商业活动所创造的论坛账户、游戏装备以及网店账户等虚拟财产，电话号码具有此类虚拟财产所不具备的公法属性，但需要注意的是， 虚拟财产的界定起点从来不是国家所有或私人所有，而是其不可物理感受的存在形式和所具备的财产利益。在数字经济时代下，虚拟财产的类型势必会有所增加，但自财产概念诞生伊始，其判断标准并非是实在与虚拟的形式之争，而是内在的法益究竟是否属于法所应当保护的内容， 虚拟财产终究是人在网络虚拟空间中经由一定的劳动所产生，这种实在的付出正是民法所应当予以回应的法益。鉴于此，民法典继承编应当对电话号码继承问题予以明确回应，电信服务合同中同样应当纳入电话号码的继承条款。

（一）民法典继承编应当明确电话号码等虚拟财产被继承的可能性

之所以司法实践以及电信业务活动中对电话号码的继承问题产生困惑，很大原因在于现行的民法总则、物权法、继承法等法律法规均未对电话号码的法律性质作出明确界定，尤其在继承法中，以具体罗列的方式确认遗产外延，却忽视了 数字时代包括电话号码、游戏账号等在内的虚拟财产所包含 的经济利益。诚然，游戏装备、虚拟账号乃至网店均可以按照 注册时的合同约定予以处理，但用户注册时电子化合同条款 通常采用格式合同的形式，将账户、网店原则性地规定为网络 平台运营者所有，或者在一般情形下限制账户转让，仅在某 些情形下允许转让（例如淘宝网规定账号转让的条件之一是 “仅当有法律明文规定、司法裁定或经淘宝同意”），这对于品牌商业价值极大的网店原店主的继承人极为不利。电 话号码的继承难以采取类似的逻辑回避现行立法的法律空白，故而解

决该问题的路径之一在于对现行立法的重新解释，或是从法律性质的角度出发，明确民事法律主体对虚拟财产享有何种权利以及权利的具体内容，或是从继承法的角度出发，对遗产范围进行重新解释。两相比较而言，后者的解释难度远低于前者，并且最近的《中华人民共和国民法典草案（继承编）》第一千一百二十二条摒弃了罗列式的遗 产界定，并以“依照法律规定或根据其性质不得继承的除外”划定了遗产的边界。在此文本下，电话号码如何纳入遗产范围的解释方式实际上也就转化为电话号码如何成为具备遗产属性的财产。

对于继承法中遗产范围的认定，有学者曾总结为公民的 财产所有权与财产所有权的财产权（即他物权）、债权以及知 识产权中的财产权 4 类，电话号码以网络虚拟财产的形式纳 入财产范畴并无太大争议。如之前所讨论的，无论是以合同 方式将电话号码的继承问题理解为电信服务合同的债权继 承，还是以电信资源使用权（他物权）的方式继承电话号码， 都未曾关注过电话号码之所以能够成为遗产的现实经济基 础。除了被继承人希望以留存电话号码的形式缅怀先人之外， 电话号码作为财产的经济基础表现为两个方面，一是在商业交往过程中积累的交易对象或者靓号本身所象征的好兆头，此为增值价值；二是电信服务合同关系中，电信运营商所提供的诸如流量套餐等电信服务，此为基础价值。这两类性质迥异的经济价值共同由电话号 码所承载，难以以他物权或债务的名义一并囊括在内。就继承 的本质而言，曾有学者将学界的讨论总结为意思说、家族协同 说、死后扶养说、无主财产说、共分说以及先占说，从我国继承法的具体条款来看，继承的原因无外乎包括保障交易安 全和保障家庭财产的延续，继承人能够继承电话号码的原因 实际上是家庭数字财产的延续，尤其是对家族式经营活动而 言，电话号码等虚拟财产更是家庭商业交易活动的数字化工 具。所以，从此角度观之，将电话号码与其他虚拟财产作为法 定的新型财产更符合当下数字经济时代的现实需求，也符合未来民法典继承编对遗产的认定。

（二）电信服务合同中应增加电话号码的继承条款

电话号码的基础价值和附加价值决定了其继承制度的设 计不能简化为电话号码由电信运营商收回，剩余的通话套 餐折价退还，否则会构成对合同当事人意思自治的不当限 制。为了避免因原号主意外过世造成家庭财产未能及时处 分，电信服务合同中有必要载明电话号码的转让条款以及继承条款。在电信业务实践中，电信运营商并非反对继承 人继承电话号码，而是担心主张继承电话号码的民事法律 主体在原号主未过世或者违背原号主遗嘱的情形下非法过 户电话号码，所以通常要求继承人出具法院的生效裁判文 书或者提供公证机构的证明文书，无形中也增加了合法继 承人继承电话号码的额外费用。为了解决此类问题，电信 服务合同双方当事人可以调整具体的合同条款：第一，增 加有关电话号码的继承规则。一方面设定继承人可以无条 件继承电话号码的情形，如原号主在公证遗嘱中将电话号 码的归属一并作出约定时，继承人携带公证遗嘱以及相关 身份证明材料即可办理过户手续；另一方面，在签订电信 服务合同时，双方约定电话号码在何种情形下允许过户。第二，电信运营商和电信消费者可以自行协商电话号码继 承方案。有时候电话号码本身商业价值并不高，继承人无 意继续使用原电话号码，电信运营商可以直接将剩余的服 务套餐折价转入被继承人的债权之中；或者由于电话号码 的纪念意义或者经济价值，电信消费者决定继承电话号码时，电信运营商应该继续履行电信服务合同。

四、结语

电话号码作为特殊的虚拟财产，其继承问题的解决需要 以电话号码的财产属性为逻辑起点，绝不能简化为电话号码 是否属于遗产范围。为了避免准物权说、债权说、复合权利说 在解释电话号

码继承问题时的理论不足，需要重新认知虚拟 财产的内涵和外延，从虚拟财产权实现方式和保护规则层面 观察电话号码这类虚拟财产的特殊性。电话号码作为独立新 型财产的法理基础在于指向的特殊财产利益——通信服务利 益与一般财产利益的混合，而以其为客体的虚拟财产权在权 利让渡领域受到严格限制，沿用现有的继承规则无法解释虚 拟财产权背后的公法利益对私法利益的限制边界，故而需要立法者在民法典继承编中予以单独回应，确立虚拟财产权在我国民法财产权体系中的基本定位。

编者注：为方便阅读，已隐去注释，如需引用，请查看纸版杂志原文。

《民法典草案》“遗产管理人制度”的修改建议及理由

2020-02-28 法学在线　浙江省婚姻法学研究会

http://article.chinalawinfo.com/ArticleFullText.aspx?ArticleId=111814&listType=1

【法宝引证码】CLI.A.0111814

【学科类别】继承法

【出处】浙江省婚姻法学研究会

【写作时间】2019 年

【中文关键字】民法典草案；遗产管理人制度

【全文】

中华人民共和国第十三届全国人大常委会第五次会议对《民法典·继承编（草案）》进行了审议，目前，该草案正在面向全社会征求意见。由浙江省法学会婚姻法学研究会主办，浙江乾衡律师事务所承办的《民法典·继承编（草案）》（以下简称《继承编草案》）“遗产管理人制度”专题研讨会，于 2019 年 3 月 31 号在杭州东海宾馆举行，会议邀请了来自法院、高校、公证和律师事务所的继承法律专家人士近 30 人，对《继承编草案》“遗产管理人制度”进行了专业且深入的讨论，本次会议由浙江省婚姻法学研究会会长柯直主持。

一、原条文：第 924 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担任遗产管理人。

建议修改为：

继承开始后，没有遗产管理人，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指定遗产管理人，并由民政部门监督。

遗产管理人与遗嘱执行人必须为年满 18 周岁的完全民事行为能力人，及法人和其他社会组织。

理由：

1. 民政部门作为行政机关，其实是不适合介入公民的继承事务，并承担继承民事法律责任的；遗产是私权，民政部门是公权，公权介入不符合被继承人的意志，公法和私法实际界限渐趋模糊。行政机关缺少动力来做这件事情，另外行政机关作为民事责任的承担主体或者是作为要求管理报酬的主体都有不妥之处，但民政部门可以作为监督部门监督这些机构依法履行职责。

2. 对遗产管理人与遗嘱执行人行为能力进行明确规定，可以保证被继承人遗产正确按遗嘱内容落实。

二、原条文：第 925 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。

建议修改为：

有下列情形的，利害关系人可以向人民法院申请指定遗产管理人，经被指定人同意即成为遗产管理人：

（一）没有指定、委托亲属公证遗嘱，或遗产执行人的确定有争议的；

（二）遗产债权人有证据证明继承人的行为或其财产状况已经或将要损害其债权；

（三）已指定的遗产执行人拒绝履行义务的；

（四）其他应当重新指定的情形。

理由：现代社会经济发展迅速，个人财富大量累积，如若指定遗产管理人，并且取得被指定人同意，遗产处理会高效有序。在原已有指定或法定遗产管理人的情况下，但遗产管理人的相应行为反而侵犯了其它继承人或债权人权益时，应允许相应主体申请法院重新指定。

三、原条文：第九百二十六条　遗产管理人应当履行的职责包括：

（一）清理遗产并制作遗产清单；

（二）保管遗产；

（三）处理债权债务；

（四）按照遗嘱或者依照法律规定分割遗产。

建议修改为：

（一）清理遗产并制作遗产清单；

（二）依法管理遗产；

（三）按照遗嘱或依照法律规定分割、交付遗产；

（四）提起诉讼与应诉的权利；

（五）遗产执行人应当及时向继承人及法院说明遗产分配的情况。

理由：

1. 法律明确规定遗产管理人起诉与应诉的权利，赋予了其法律上的诉讼主体地位，为遗产管理人的职能提供法律保障，实现遗产的最合理分配。

2. 将遗产管理人的职责深度细化，从保管到管理的职能转变，利于遗产管理人在具体实践中处理遗产问题。

四、原条文：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。

建议修改为：

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，继承人、受遗赠人、债权人可以其为被告提起诉讼，确认其资格丧失并请求损害赔偿，由法院重新指定遗产管理人。

理由：如遗产管理人出现故意或重大过失使得对方遭受损失的，那么遗产管理人的行为便不再被信服，由法院重新指定利于缓解遗产管理人及继承人、受遗赠人、债权人的纠纷。

五、原条文：第九百二十八条遗产管理人可以按照法律规定或者按照约定获得报酬。

建议修改：

遗产管理人可以按照法律规定或者按照约定获得报酬，除其本身为受益人外，该报酬应当从遗产中预先扣除。

理由：

1. 作为受益人的遗产管理人再领一笔管理报酬，在实践中有可能会引发受益人之间新的纷争。

2. 遗产的管理和清算工作繁杂，需要专业的法律知识，将报酬当做共益费用的形式可以提高遗产管理人的效率。

【作者简介】

浙江省婚姻法学研究会。参加讨论人员：柯直、

阮啸、张夜尽、俞琴、孙科峰、蒋春华、鲍芳、陈建文、詹海霞、吴小燕、陈淑芳、连银迪、张静、孙艳红、阎素芬、叶舒、叶世娟、斯淑芳、王莲云、彭明月、柯溪、杨慧丽、张婧、陈洁等

再论继承准据法确定中的区别制与同一制

——以法律关系、连结点和准据法三者的对应性为视角

2020-02-20 法学在线 沈 涓

http://article.chinalawinfo.com/ArticleFullText.aspx?ArticleId=111560&listType=1

【法宝引证码】CLI.A.0111560

【学科类别】国际公法
【出处】《环球法律评论》2019 年第 6 期。
【写作时间】2020 年

【中文摘要】在法律选择规则中，连结点与法律关系和准据法应具有对应性，即属人连结点应当对应人身关系和属人法，属物连结点应当对应物的关系和属物法，属行为连结点应当对应以行为为核心的法律关系和调整民商事行为的法。这种对应性重在基于法律关系的性质而选择连结点，体现了法律选择规则设置的合理性，又因为连结点与法律关系的对应而可提高法律选择结果的预见性，还能成就法律适用的有效性。关于法定继承准据法的区别制在设置法律选择规则时为继承这项人身关系选择了属物连结点，不能体现法律选择结果的预见性，也不能成就法律适用的有效性。法院地、最密切联系、当事人选择三个连结点是法律选择规则中对应性的例外，但区别制规则中对应性的错乱不同于这三种对应性的例外，不具有对应性例外的必要性和优势。以法定继承准据法确定中的区别制为例，可以清楚地看出连结点的选取直接关系到法律选择规则设置的科学性，以及法律选择的合理性和有效性。

【中文关键字】区别制；法律关系；连结点；准据法；对应性

【全文】

继承准据法确定中的区别制和同一制是两种不同的法律选择主张。此前的研究多聚焦于两种主张的合理性和有效性，如同一制既能够尊重继承关系所具有的人身性，又能够兼顾整个继承关系得以适用同一个实体法；而区别制罔顾继承关系的人身性，且因为选择不同的实体法分别适用于动产继承和不动产继承而具有同一个继承关系受不同实体法调整的可能性。这方面的研究主要基于法律选择的理念层面。为深化这一研究，还可从冲突规则的设置和适用层面入手，探讨区别制和同一制这两种准据法确定制度的实质。本文拟以法律选择规则中的法律关系、连结点和准据法三者之间的对应性为视角，进一步 探讨同一制和区别制的利弊。

一、从连结点与法律关系的对应性分析区别制和同一制

连结点是法律选择规则中的重要因素，它既勾连了法律关系和该法律关系应当适用的准据法，又从字面上直接显示了法律选择规则所要为之指引准据法的法律关系的性质。在法律选择规则的构成中，连结点是最具灵活性的因素，采用不同的连结点体现了确定准据法的不同理念。

以设立不动产物权关系的法律选择规则为例，采用不同连结点，会使不动产物权关系与不同实体法相连结，法律选择的结果也会不同。在一项涉外不动产物权关系中，可供选取的法律选择连结因素有多个，如不动产所有人国籍、住所、惯常居所，以及不动产所在地、受理案件的法院地。由此，以不同连结因素作为连结点，可以为不动产物权关系

设计出多个准据法方案：不动产所有人国籍国法律、不动产所有人住所地法律、不动产所有人惯常居所地法律、不动产所在地法律，以及法院地法律。立法规则的制定目的和标准就在于在多个法律选择规则中选出最合适的规则，而选择的着眼点主要就是连结点。基于不动产物权关系最基本的性质，无论是不动产与不动产所在地之间的最紧密联系，还是不动产所在地法律对不动产物权关系最有效和最优先的控制，都使得不动产所在地成为多个连结因素中最适于指引实体法的连结因素，是将不动产物权关系与不动产所在地法连结在一起的纽带或媒介。此外，不动产所在地这一以物为核心的连结点也明确显示了与物权这样一种物的关系具有最准确的对应性。在各国国际私法规范中，“不动产物权适用不动产所在地法”是共识度最高的法律选择规则。

由此可见，连结点不仅承担了连结法律关系与实体法的功能，更体现了法律选择的理念，即连结点应与法律关系的性质具有对应性，能够最好地体现所选实体法对法律关系最合理的适用性，并且二者在体现法律关系性质上具有一致性。

所有连结点大致分为三类：属人连结点、属物连结点和属行为或事实连结点。属人连结点主要有国籍、住所和惯常居所，属物连结点主要有动产所在地和不动产所在地，属行为或事实连结点主要有合同缔结地、合同履行地、婚姻缔结地、婚姻解除地、侵权行为地、立遗嘱地和事实发生地。但另有三个连结点较为特殊，即法院地、最密切联系地和当事人意思，这三个连结点不能简单划一地归入属人、属地或属行为或事实三类连结点中的任何一类。关于这三个连结点的特殊性将在下文专门分析，此处暂不深究。

从连结点与法律关系的对应性看，在制定法律选择规则时，对人身关系应选用属人连结点，对财产关系应选用属物连结点，对行为效力应选用属行为连结点，对事实效力应选用属事实连结点。

依据区别制，确定继承准据法时所制定的法律选择规则是“动产继承适用被继承人属人法，不动产继承适用不动产所在地法”。这条规则因动产继承和不动产继承适用不同的法律所导致的弊害已在另一篇文章中作了阐释，此处只对连结点的选用作论。

在继承领域，无论是法定继承还是遗嘱继承，都属于人身关系。继承关系虽涉及财产，却不是物的关系，这一属性在制定继承法律选择规则时往往不被重视乃至被忽视。一些国家在制定内国国际私法法规时，设置有关不动产继承的法律选择规则的着眼点都在“不动产”这一定语上，而不在“继承”这一主词上，于是顺着“不动产”这一思路选择了属物连结点。这样的确定不动产继承准据法的思路似乎有些误入歧途。

连结点在法律选择规则中承担了多重功能。连结点与法律关系的对应性或一致性应当保证法律选择的合理性和适当性，也可显明法律选择结果的可预见性。如对人身关系采用属人连结点，既对应了人身关系，又可预见以此连结点构成的法律选择规则将选择属人法作为准据法。如果对人身关系采用属物连结点，则既不能对应人身关系，也无法预见将选择属物法还是属人法来调整此项人身关系。

在确定继承准据法的区别制中，采用“不动产所在”这一属物连结点显然与继承这一人身关系不具有对应性，也很容易陷入所确定的准据法“不动产所在地法”究竟是属人法还是属物法的困惑。故而，在以属物连结点所连结的实体法对继承关系是否具有合理性和适当性方，区别制缺乏说服力。究其原因，这一法律选择的错位源于在对“不动产继承”的法律关系性质进行分析时，错误地把着眼点放在了“不动产”上面，而忽视了“继承”关系的人身性。

反观确定继承准据法的同一制，在设置继承关系的法律选择规则时，首先就确定了不区分动产和不动产这一基本思路。其所表明的态度是，在为一项人身关系确定准据法时没有必要太过重视物在其中的影响。基于这一思路，同一制理所当然地选

择了属人连结点，包括早期的国籍、住所以及后来的惯常居所。同一制下法律关系与连结点有着很强的对应性，即人身关系与属人连结点的对应。这种对应性提高了法律选择规则构成要素的一致性、法律选择的合理性，以及最终援引属人法的可预见性。

二、从连结点与准据法的对应性分析区别制和同一制

法律选择规则的作用是指定准据法，以便法官能够适用准据法确定正在处理的涉外民商事纠纷当事人之间的权利义务。但在国际私法中，法律选择规则的这一作用常常不能令人满意。一般认为，这类规则最主要的缺陷在于，由于其内容不包含对权利义务的确定，因而使人对法律适用的结果缺乏预见。其实，法律选择规则承受这样的不满可谓不白之冤，因为法律选择规则本来就不应该、也不可能承担确定当事人权利义务的功能。

法律选择规则真正的功用就只是指定实体法，然后由所指定的这一实体法来确定当事人的权利义务。因此，一项法律选择规则从内容到功能都不可能让人预见到实体法适用的结果。法律选择规则被如此冤枉以及被错误地寄予厚望，完全是因为国际私法学界长久以来存在的一种误解，那就是国际私法以国际或涉外民商事关系为调整对象。这样定位国际私法的调整对象，无疑会让人得出结论，即国际私法中的法律选择规则的作用是确定国际或涉外民商事关系当事人的权利义务；而当事实上法律选择规则无法直接确定当事人的权利义务时，它就背负了无法预见法律适用结果这一本来不应背负的诟病。

令人欣慰的是，人们已经逐渐意识到，法律选择规则对法律适用结果缺乏预见这一认识是一种误解。国际私法学界对国际私法及其主要规则的调整对象已有重新认识，一些成果提出了国际私法及法律选择规则的调整对象并不是国际或涉外民商事关系。由此，对法律适用结果缺乏预见也就不应继续被理解为法律选择规则的缺陷。

澄清这一误解的意义在于认清法律选择规则的真正缺陷。法律选择规则固然无力直接调整国际或涉外民商事关系，其在指定可以调整国际或涉外民商事关系的实体法方面也不尽人意。从每一条法律选择规则的内容看，与其说选择了实体法，不如说只是选择了法域。换言之，法律选择规则只是指明国际或涉外民商事关系应当适用哪一国或哪一法域的实体法，而没有指明该民商事关系应当适用哪一实体法或哪一具体的实体规定。可见，即便不考虑是否可以预见法律适用结果，仅就法律选择结果而言，法律选择规则的预见性也是较弱的。这或许才是法律选择规则真正的缺陷。

在法律选择规则不能直接指明国际或涉外民商事关系应当适用哪一部具体的实体法的情况下，对准据法的最终确定实际上需要法官去寻求，而寻求的依据就是连结点。以“不动产物权适用不动产所在地法”这条法律选择规则为例，为不动产物权关系选择准据法，理应采用属物连结点，即不动产所在地；这一连结点与不动产物权关系有很强的对应性，沿着这一对应关系，不难得出法律选择的结论，即该不动产物权关系的准据法应当是不动产所在地国家的相关物权法。

由此可见，在法律选择规则中，除了连结点与民商事关系须有对应性之外，连结点与准据法也须有对应性。这种对应性一方面能够帮助法官准确找到应该适用的具体实体法，另一方面也能够提高法律选择结果的预见性。这是因为，一般而言，属人连结点应该连结属人法，属物连结点应该连结属物法；据此，对采用属人连结点的法律选择规则可以预见其所指定的实体法应为属人法，对采用属物连结点的法律选择规则可以预见其所指定的实体法应为属物法。如上述“不动产物权适用不动产所在地法”之例，既然采用了财产所在地这样的属物连结点，那么合乎逻辑的推定就是，准据法应当是属物法即物权法。这种推定当然有例外，下文将专门论及，此处仅就一般情况而言。

但若法律关系、连结点和准据法三者之间不具

有对应性，法律选择的情况就会出现混乱。在区别制下，为不动产继承设置的法律选择规则是“不动产继承适用不动产所在地法”。如前所述，这条规则为继承这样一种人身关系采用不动产所在地这样的属物连结点，因为与法律关系即继承关系不具有对应性而在法律选择的合理性上缺乏说服力。更重要的是，这条规则会造成法官在确定准据法时的困惑，也会降低法律选择结果的预见性。

将“不动产物权适用不动产所在地法”与“不动产继承适用不动产所在地法”这两条规则相比较可以看出：在前一条对物权关系选择准据法的规则中，由于属物连结点与物权关系具有对应性，法官可以据此确定，对此物权关系应当寻找不动产所在地国家的物权法作为准据法；但在后一条对继承关系选择准据法的规则中，因为对继承这种属人关系也采用了属物连结点，那么最终应当寻找不动产所在地国家的属人法还是属物法，这一不确定性便成为预见法律选择结果的障碍。从规则上看，这实际上是进一步降低了法律选择结果的可预见性。这不仅是规则设置上的错乱和不合理，更是实体法确定上的难题。

面对“不动产继承适用不动产所在地法”这样一条法律选择规则，按照物权关系的准据法选择规则的方法，既然是以不动产所在地作为连结点构成的法律选择规则，那么最终就应该寻找一个物法。但显然，物法不是调整继承关系的实体法。任何国家的物权法都不包括对继承关系的规定；即使涉及“继承”等概念，也是对财产继承权和通过继承取得物权等问题作出规定，涉及的仍是物权关系，而非继承关系。如果说在这条规则中所谓“不动产所在地法”不是物权法，而是继承法，那么着眼于物的属地性而采用属物连结点来指定属人法，其不合理之处同样明显无疑。

同一制在不区分动产继承和不动产继承的思路下构建的规则是“继承适用被继承人本国法（或住所地法或惯常居所地法）”，这条规则采用了属人连结点为继承关系指定准据法，从规则内容便可预见该准据法应为属人法，又可根据法律关系范围的要求进一步预见法官需要寻找的应当是被继承人属人法中的继承法。由此可见，同一制在法律选择规则设置的合理性上和对法律选择结果的预见性上都较区别制更具优势。

三、从法律关系与准据法的对应性分析区别制和同一制

如前所述，法律选择规则最直接的效用是指定准据法所在法域，实际上不具有指定一部实体法具体条文内容的功能，后者是由法官补足的。对于法官寻找具体实体法或具体条文的行为，合乎常理或逻辑的要求是，法官必须为“范围”显示的法律关系找到一个可以调整它的实体法。换言之，法官必须找到从内容到效力均可用于确定当事人之间权利义务的具体的法律规定。如果法官最终没有找到可以适用的法律规定，或找到的实体法中没有包含确定当事人权利义务关系的内容，那么法律选择规则的效力便无法实现。可见，准据法与法律关系必须具有对应性，即准据法内容必须可以用来确定法律关系当事人的权利义务，法律选择规则的效力依靠这种对应性才能实现。

由此可见，法律选择规则效力的实现有赖于两个环节：法律选择规则的设置，以及法官寻找、确定实体法的行为。这两个环节若存在障碍，法律选择规则效力的实现便会出现困难。

在区别制下，为不动产继承指定准据法时采用了属物连结点，与为不动产物权指定准据法时所采用的连结点相同。比较不动产物权的法律选择规则与不动产继承的法律选择规则，二者虽有着不同的“范围”，却有着相同的“系属”。问题是，二者所指定和确定的实体法是否也相同？也就是说，为不动产物权关系指定的“不动产所在地法”无疑应当是被指定的法域的物权法，但为不动产继承关系指定的“不动产所在地法”是否也是被指定法域的物权法，却不似前者那样笃定无疑。若回答不动产继承的法律选择规则中的“不动产所在地法”是物权

法，显然有问题；但若认为规则中的“不动产所在地法”应当是继承法，却缺乏依据，因为从规则中的属物连结点无法推定出对继承法的指引。

对此困惑或难题，可以从以下几个方面分析。

（一）继承关系准据法只能是继承法

关于继承关系的准据法是人法还是物法，萨维尼早已说得很明白：“有关继承的法律是人法。”因此，为继承关系选择和确定准据法的结果当然只能是继承法，而不应是物权法，这是实现法律选择规则效力唯一正确的途径。只有继承法才能调整继承关系，这是评析区别制时务必牢记的前提。如果因为物权领域的“不动产所在地法”是物权法就认为继承领域的“不动产所在地法”也是物权法，那就意味着区别制主张适用物权法来调整继承关系，这无疑是一个荒谬的结论。如此显而易见的错误不可能被坚持这么长时间。所以，对区别制进行客观评析后，应当得出的合理解读是，不动产继承所适用的不动产所在地法是不动产所在法域的继承法。

（二）“不动产所在地法”适用于不同领域具有不同内涵

如果如上所述，物权领域所说的“不动产所在地法”和继承领域所说的“不动产所在地法”具有不同内涵，前者是物权法，后者是继承法，那就意味着根据这一结论又不得不推出另外两个结论：第一，不动产所在地法适用于不同领域会具有不同内涵，有时是物权法，有时是继承法，有时是婚姻法，有时又是合同法，有时还是侵权法；第二，不动产所在地既可以作为确定物权领域准据法的连结点，也可以作为确定继承、婚姻家庭、合同、侵权等领域准据法的连结点。

但实际状况似乎并非如此。纵观我国《涉外民事关系法律适用法》的 52 个条文，仅有两条法律选择规则区分动产和不动产并分别指定了不同准据法，且均为涉及不动产的关系指定了“不动产所在地法”（即有关不动产物权和不动产法定继承的法律选择规则），而对其他同样涉及财产（包括不动产）的关系却并没有区分动产和不动产，更没有指定“不动产所在地法”。如对信托关系指定了当事人选择的法律、信托财产所在地法律或者信托关系发生地法律；对夫妻财产关系指定了当事人选择的法律和当事人共同属人法；对父母子女财产关系指定了共同属人法、一方属人法和有利于保护弱者权益的法律；对遗嘱效力指定了立遗嘱人属人法；对合同指定了当事人选择的法律和承担特征性履行义务一方当事人的属人法或与合同有最密切联系的法律；对侵权责任指定了侵权行为地法和当事人共同属人法。

从上述《涉外民事关系法律适用法》的相关规定可以看出，除了为不动产物权关系和不动产法定继承关系采用属物连结点，指定了不动产所在地法之外，该法没有再为其他关系指定不动产所在地法，尽管这些关系也可能涉及不动产。换言之，在该法的法律选择规则中，“不动产所在地法”除了需要进一步辨清究竟是物权法还是继承法之外，并不存在“不动产所在地法”究竟是物权法，还是婚姻法、合同法抑或侵权法这样的其他难题。在其他涉及不动产的关系中，法律选择规则都根据这些关系的性质为其指定了当事人选择的法律、属人法和最密切联系的法律，这就使“不动产继承适用不动产所在地法”成为规则中的特例，也使这一条规则失去了内容设置上的合理性。迄今为止，虽然关于同一制和区别制的讨论很多，但还没有看到支持区别制的讨论在合理性上给出有说服力的解释。

此处需要特别讨论的是涉及不动产的合同准据法的确定规则和不动产继承准据法确定规则之间的比较。

《涉外民事关系法律适用法》第 41 条规定：“当事人可以协议选择合同适用的法律。当事人没有选择的，适用履行义务最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地法律或者其他与该合同有最密切联系的法律。”但是，该法对于什么是“履行义务最能体现该合同特征的一方当事人经常居所

地法律或者其他与该合同有最密切联系的法律”并没有作出进一步规定。对此，2007 年最高人民法院的相关司法解释为 17 种合同确定了与这些合同有最密切联系的法律，其中对涉及不动产的合同指定：“不动产买卖、租赁或者抵押合同，适用不动产所在地法。”在此，可以将此项规则与“不动产继承适用不动产所在地法”进行比较分析。

首先，二者都具有法律关系、连结点、准据法之间的不对应性。合同不以人身关系为基础，也不是单纯的财产关系，而是双方当事人对各自权利义务的约定，以义务的履行为核心。上述司法解释将最密切联系原则化为依特征性履行理论而制定的规则，即为明证。根据特征性履行理论，该司法解释为17种合同中的16种合同确定了承担特征性履行义务一方当事人的住所地法或合同履行地法，仅为不动产买卖、租赁或者抵押合同例外地指定了不动产所在地法为准据法。这项确定涉不动产合同准据法的法律选择规则没有选取与履行义务或履行行为相关的连结点，而是选取了属物连结点，在规则设置的不合理、缺乏对法律选择结果的预见性、法律选择规则效力的实现存在障碍等方面，与上述“不动产继承适用不动产所在地法”规则如出一辙。个中弊害，上文已有分析，此处不再详述。

其次，二者的影响力不同。在合同领域，当事人意思自治是首要和优先的原则，最密切联系只是次要原则，只有在当事人没有选择合同准据法或者当事人的选择无效时，才依据最密切联系原则为合同确定准据法。也就是说，在很多情况下，如果当事人已经为涉及不动产的合同有效选择了准据法，则“不动产买卖、租赁或者抵押合同，适用不动产所在地法”这一法律选择规则便失去了得到适用的机会。这在一定程度上减小了该规则在合同领域的弊害。与此不同，在法定继承领域，当事人意思自治原则目前还没有得到采用，在区别制中，“不动产法定继承适用不动产所在地法”是确定不动产法定继承准据法的首要规则。相较于合同领域，这项规则可能产生的负面影响更大。

最后，二者所包含的“不动产所在地法”内涵不同。在不动产买卖、租赁或抵押合同中，不动产所在地通常是合同的实际履行地，亦即不动产所在地法即是合同履行地法。由此可见，上述司法解释中关于涉及不动产的合同的法律选择规则虽然选取了属物连结点，但实际上并未失去以履行行为为核心的法律选择效果。因此，对于“不动产买卖、租赁或者抵押合同，适用不动产所在地法”这项规则，或许可以换一种表述，即“不动产买卖、租赁或者抵押合同，适用合同实际履行地法”。这样的解说绝非玩弄文字游戏。法律选择规则的设置无论是措辞还是内涵，都应该体现立法的科学性、法律选择的合理性和有效性。既然不动产所在地法和合同实际履行地法重叠，那么选取“合同实际履行地”这一连结点显然比选取“不动产所在地”这一连结点更符合特征性履行理论，也更符合合同的本质。

与涉及不动产的合同中不动产所在地必然是合同实际履行地的情况不同，在法定继承中，不动产所在地并非必然是被继承人国籍所在地或惯常居所地，从而不动产所在地法也并非肯定是被继承人属人法。因此，选取属人连结点还是属物连结点便有了本质差异。

（三）不动产所在法域继承法适用效果

至此，可以得出结论，尽管区别制不合理地采用了属物连结点，又对不动产继承特别地（不同于物权关系以外的其他同样涉及不动产的关系）指定了不动产所在地法，但此“不动产所在地法”当然只能是继承法。接下来就需要讨论不动产所在法域的继承法适用的效果。

1. 不动产所在法域继承法适用的合理效果

一项国际或涉外继承关系大抵涉及如下因素：当事人国籍、住所、居所、惯常居所、被继承人死亡地、财产所在地。可以假设一种比较极端但并非不可能的情形来分析不动产所在地法适用的效果：如果一项涉外继承关系除了作为遗产的不动产之

外，所有因素如双方当事人国籍、住所、居所、惯常居所地以及被继承人死亡地、被继承人立遗嘱地等都与不动产所在地没有关联，那么，适用不动产所在地法的合理效果如何？

有人认为，这种情形下适用与遗产无实际联系的“属人法”来决定遗产的分配和继承人的权利义务显然不尽合理，甚至有悖遗产所在地国家的利益，故应该适用不动产所在地法。可以看出，这一观点仍然是立足于物的关系来讨论继承准据法的确定，即只着眼于继承关系的财产性，而忽视其人身性。

有些国家法律规定，外国人不能继承境内某些不动产。对此，有人认为，此种规定背景下，有关不动产的继承应当适用不动产所在地法，如果适用被继承人属人法，会对不动产所在法域财产关系和经济利益造成影响。此种认识的误区在于将“有没有继承权”与“能不能继承遗产”混同：后者的真正含义是“能不能通过继承而取得遗产的所有权”，也就是说，所谓“能不能继承”讨论的是能不能通过继承的方式取得物权，针对的是物权取得方式。因此，“有没有继承权”属于继承法调整的问题，“能不能继承”属于物权法调整的问题。对某人而言，只有先确定他有没有对某项位于境外的不动产的继承权，然后才能确定他能否通过继承方式取得这项不动产的所有权。而适用他的属人法中的继承法确定他是否有继承权之后，完全不妨碍再适用不动产所在地法确定他能否实际取得这项不动产的所有权。

按照最密切联系原则的要义，为继承关系指定准据法时要考虑的应当是与当事人有密切联系的法律，而不是与遗产有密切联系的法律。因为法定继承以被继承人和继承人之间的亲属关系为基础，所以与法定继承关系联系最密切的是确定当事人之间亲属关系的属人法，而不是财产所在地法。在上述情形下，站在人身关系的角度看，属人法或许与遗产的物的关系没有实际联系，但却与继承这种人身关系有密切联系。据此可以想象，如果适用与被继承人仅有财产联系的不动产所在地法来确定他的亲属中哪些人可以继承他的财产、以什么顺序继承、继承多少份额等等问题，对被继承人和他的亲属而言是一件多么荒唐的事。

2. 不动产所在法域继承法适用的有效效果

不赞成同一制、主张区别制的另一理由是：如果不动产继承不适用不动产所在地法，所作判决将会得不到不动产所在国家承认和执行。关于这一理由，笔者已在另一篇文章中作了论述，这里只强调两点：第一，各国拒绝执行外国判决时通常不会主张“没有适用内国法”这样的理由；第二，对涉及境内不动产的案件各国一般纳入内国专属管辖范畴，由不动产所在地国对案件行使管辖权，所作判决在内国执行，这样就不会出现判决在他国被拒绝执行的情况。所以，区别制对判决不被执行的担心完全没有必要。

之所以有这种担心，主要是因为顾及不动产所在法域对境内不动产的控制，由此进一步认为，不动产继承只有适用不动产所在地法，所作判决才不会被不动产所在法域拒绝执行。很显然，这一观点仍然是立足于继承的财产性，考虑的是“物”的影响和意义。问题是，如前所述，继承准据法是继承法，并不对物的关系作出调整，适用继承法只对人身关系有影响和意义，对物的关系没有直接影响，继承关系适用继承法与不动产所在法域对境内不动产的控制根本没有关系。因此，如果希望对不动产继承关系适用不动产所在地法来满足不动产法域对境内物的控制，这一希望很有可能落空。

可见，无论区别制多么担心有关不动产继承的判决能否在不动产所在地被执行，想要通过适用继承法来实现对继承关系中不动产的控制，以确保不动产继承案件的判决能够在不动产所在法域得到执行，无疑都是一条绝路，至少也是一条歧途。因此，不动产继承适用不动产所在地继承法，并不能获得较适用被继承人属人法中的继承法更有效的效果。

通过上述几方面的分析可以得出几点结论：第

一，比较连结点与法律关系的对应以及连结点与准据法的对应，法律关系与准据法的对应对法律选择规则效力的实现更为重要，即使如区别制采用了与继承关系不能对应的属物连结点，也仍须寻找不动产所在法域的继承法作为准据法。第二，尽管不动产继承应适用继承法而非物权法应当是前提，但区别制的所有考量却似乎仍然都着眼于“物性”，如遗产所在法域对境内不动产的有效控制、遗产对所在法域经济利益的影响、不动产继承判决在不动产所在法域的执行等，而全然不顾继承这种人身关系与当事人属人法之间的隶属关系，这不能不说是区别制中存在的法律选择理念的严重偏差。第三，即使区别制注重继承关系的“物性”，但在继承关系必须适用继承法而非物权法的情形下，对“物性”的关注以及想要成就遗产所在法域对遗产控制的愿望实际上都会落空。

四、连结点与法律关系和准据法对应的例外

如前所述，法律选择的合理性、法律选择的有效性和法律选择规则效力的实现都要求法律选择规则中的法律关系、连结点和准据法三者之间具有对应性，如属人连结点与人身关系和属人法相对应、属物连结点与财产关系和属物法相对应等。但这种对应性也有例外。法律关系、连结点和准据法这三个要素中，连结点固然重要，但它在法律选择规则中只是决定法律选择的方向，法律选择的结果最终仍要着落在准据法。在一些例外情况下，连结点与法律关系和准据法并没有对应性，但仍然可以满足法律选择的合理性和有效性以及法律选择规则效力的实现。对这些例外情况有必要予以专门讨论。但需要明确的是，此处的对应性的例外与区别制中的对应性的错位并不相同。

（一）“法院地”连结点的对应例外

在法律选择规则中，有一些以“法院地”为连结点构成的规则。这一连结点不能简单归入属人或属物连结点，也不能归入属行为连结点，因为它虽然体现了行为与行为地之间的联系，但此处的行为是诉讼行为，而非引起实体法律关系产生的行为。

在以法院地为连结点构成的一类法律选择规则中，将法院地法作为“最合适”的准据法的情况较少，仅存在于识别这样的场合。大多数情况下，法院地法并不是被作为最合适的法被指定为准据法，而是在合理性的考量之外因为其他原因被指定为准据法。例如，在外国法无法查明时指定法院地法为替代法，在外国法的适用结果违反内国公共秩序时指定法院地法为替代法，为了有利于婚姻家庭关系弱方当事人而指定法院地法为扩大选择的准据法，在诉讼离婚中指定等同于行为地法的法院地法为准据法，法院地法因当事人的选择而成为准据法。

由此可见，大多数指定法院地法为准据法的法律选择规则都具有以下几个特点。

第一，这些规则指定法院地法为准据法时并非基于合理性的考量，而是基于有效性的考量，故不应着眼于合理性来分析法院地这一连结点与法律关系和准据法的对应性。也就是说，对这些规则中法院地这一连结点不能与法律关系和准据法对应的情况，不应简单地从合理性角度去质疑和批评。

第二，既然选择法院地这一连结点并非基于合理性考量，这一连结点既不是属人连结点，也不是属物连结点，那么根据有效性的需要，法院地这一连结点便既可为人身关系连结属人法，亦可为财产关系连结属物法。这表明，由法院地这一连结点构成的法律选择规则所涉及的民商事关系的范围，远比由属人连结点、属物连结点和属行为连结点构成的规则所涉及的民商事关系范围要更为广泛。

第三，虽然法院地这一连结点常常不能体现与法律关系和准据法的对应性，但以法院地作为连结点构成的法律选择规则却仍必须体现法律关系与准据法的对应性。如前所述，这是实现法律选择规则效力的最低要求。如“诉讼离婚，适用法院地法律”这条规则中，法院地这一连结点虽然与离婚这一人身关系没有对应性，但“法院地法律”这一准

据法必须与离婚关系具有对应性，即此条规则中的“法院地法律”必定是法院地所在法域的婚姻法，不可能是其他民事实体法或程序法。

在继承领域，法院地法的适用空间极小，只在确定遗嘱方式准据法的规则中能够找到法院地法的痕迹，当然也不排除作为继承准据法的外国法无法查明时以法院地法代替适用的可能。可见，继承领域的法律选择应当以追求合理性为主导，不应出现如区别制所呈现的属物连结点与继承关系和继承法不对应的情况。

（二）“最密切联系”连结点的对应例外

最密切联系与连结点的关系有两种表现：一是根据最密切联系的要求设置法律选择规则，如“法定继承适用被继承人属人法”，这条规则主张被继承人属人法是与法定继承有最密切联系的法律。二是授权法官根据最密切联系的要求选择准据法，如“当事人没有选择合同适用的法律时，合同适用与该合同有最密切联系的法律”；这条规则没有直接指明合同准据法，而是授权法官根据法律关系具体情况考察与该关系相关的各个连结点，如合同当事人国籍、住所、惯常居所，合同缔结地，合同履行地，合同标的物所在地等各个属人、属物和属行为连结点，从中选择与合同联系最密切的连结点，据此寻找合同准据法。

在第一种表现上，最密切联系化为规则中的具体连结点，遵循着与法律关系和准据法对应的法则和要求，属于前述法律关系、连结点和准据法三者对应的正常情况，故不在此作为例外讨论。

在第二种表现上，严格说，“最密切联系”不是连结点，或者说即便是连结点，也是没有属性的连结点，而只是选择连结点的标准或要求，表明法官裁量选择的连结点必须能够连结与法律关系联系最密切的准据法。至于这个连结点是属人连结点、属物连结点还是属行为连结点，要根据一项法律关系所包含的各个连结点与该法律关系联系的密切程度来确定。

最密切联系虽然只是一个标准或要求，但最终必须化为具体连结点。这个连结点无疑要体现较其他连结点与法律关系的联系更密切，但是否与法律关系和准据法具有对应性，则因具体情况而不同。有时候，涉及人身关系时，与之有最密切联系的连结点是一个属人连结点，这个属人连结点所牵引的实体法也是一个属人法。同样，涉及财产关系和行为效力时，与之有最密切联系的连结点是属物连结点和属行为连结点，最终指引属物法和确定行为效力的法律。但也有些时候，连结点与法律关系具有最密切联系，但与法律关系和准据法并不一定具有对应性。

虽然“最密切联系”在具体案件审理中由法官裁量，但裁量的标准、也就是判断“最密切联系”的标准不仅仅是连结点的数量，更多时候是连结点的质量。这些标准常常在预制的规则中已经设定，体现的多是法律选择和法律适用所追求的一种特殊结果。这种因为考虑特殊需要而出现的连结点与法律关系和准据法的不对应，正是“最密切联系”这一连结点对应例外的表现。

例如，《涉外民事关系法律适用法》第 29 条规定：“扶养，适用一方当事人经常居所地法律、国籍国法律或者主要财产所在地法律中有利于保护被扶养人权益的法律。”显然，对于扶养这种人身关系而言，与之对应的连结点应当是当事人经常居所地或国籍。但规则所设定的标准是扶养关系必须适用“有利于保护被扶养人权益的法律”。按照这一确定准据法的标准，如果一方当事人经常居所地法律和国籍国法律均不有利于保护被扶养人权益，而只有主要财产所在地法律有利于保护被扶养人权益，那么法官就应当确定主要财产所在地法律作为扶养关系的准据法，尽管“主要财产所在地”这一属物连结点与扶养关系的人身性和调整扶养关系的婚姻家庭法不具有对应性。

对比“最密切联系原则”下存在的连结点与法律关系和准据法的对应例外，可以看出，确定继承准据法的区别制下的不对应性不属于此类例外。

“不动产继承适用不动产所在地法”并没有设定任何特殊需要，也没有授权法官裁量满足某种特殊需要的法律选择，从而使满足特殊需要成为牺牲连结点与法律关系和准据法的对应性的充分理由，而是直接、明了地在规则中呈现了连结点与法律关系和准据法的不对应性。

（三）“当事人意思”连结点的对应例外

“当事人意思”在法律选择规则中也是没有显示属性的连结点，却也不像“最密切联系”这样的连结点，必须由法官进一步确定最密切联系连结点的属性。因为当事人意思直接确定了准据法，不需要法官进一步推定连结点，所以无论是在规则中存在，还是由法官最终确定当事人所选择的具体法律，“当事人意思”始终都是不显示属性的连结点。

既然“当事人意思”这一连结点不显示属性，那么也就无法考查这一连结点与法律关系和准据法的对应性如何。事实上似乎也无需考查，因为在各国国际私法立法中，当事人意思可以表现在为多类法律关系指定准据法，既有物的关系，如动产物权；也有人身关系，如协议离婚；还有债的关系，如合同、侵权。可见，“当事人意思”是开放性连结点，这是这一连结点与法律关系和准据法对应的又一例外表现。即便如此，在以当事人意思为连结点的法律选择规则中，法律关系与准据法仍然必须具有对应性。

在继承领域，立法上除了在遗嘱继承准据法的确定方面有选用当事人意思为连结点的例子，在法定继承准据法确定方面，无论是同一制还是区别制，都没有选用当事人意思这一连结点的情况。

上述三种例外情况中，法院地连结点的对应例外主要是为了发挥法院地法的兜底作用，注重法律选择和法律适用的有效性。最密切联系和当事人意思这两个连结点的对应例外则是为了贯彻法律选择合理性精神，即与法律关系有最密切联系的法律是最合适的准据法，当事人选择的法律是最合适的准据法；即使不能将最密切联系和当事人意思归入属人或属物连结点，从而也不能从这两种连结点与法律关系和准据法是否具有对应性来考察规则制定的合理性，根据这两种连结点指定准据法的合理性也仍然是毋庸置疑的。

相比之下，确定继承准据法的区别制选用不动产所在地这一连结点并不具有上述三种连结点的对应例外的合理性和有效性，即不动产所在地既不是用于指定具有兜底和替代作用的法律，也不能表明不动产所在地的继承法是与不动产继承关系具有最密切联系的法律，法定继承领域也没有根据当事人意思选择准据法的空间。因此，区别制中的连结点与法律关系和准据法的不对应既不具有合理性，也不具有有效性，只是对应错乱的表现。

五、结　语

法律关系、连结点和准据法三者之间的对应性不仅显示了法律选择规则设置的合理性，也决定了法律选择结果的可预见程度，进而影响着法律选择规则效力和准据法适用效力的实现。在确定法定继承准据法的两种制度中，同一制达成了法律关系、连结点和准据法三者之间高度的对应性，即这项制度为法定继承这一人身关系选用了属人连结点，使规则指向属人法的这一结果具有很强预见性，故而能够保证法律选择规则效力的实现明确无疑、畅行无碍。相比而言，区别制为法定继承关系选用了属物连结点，在法律选择规则层面模糊了规则对准据法的指向，甚至是扰乱了规则指向准据法的方向，极大降低了法律选择结果的可预见度，增大了法官确定准据法的难度和错误确定准据法的可能性。同时，区别制提出的通过适用不动产所在地法来成就判决在不动产所在国家得以执行的期望，也会因为最终只能适用不动产所在地国的继承法而非物权法而落空。更何况，没有任何一个国家将作出判决的外国法院没有适用内国法作为拒绝承认和执行该外国法院判决的理由。

法律选择规则中，法院地、最密切联系和当事人意思这三个连结点也与法律关系和准据法不能

对应或不能显示对应性，属于对应例外。但区别制下的属物连结点与属人法律关系和属人准据法之间的不对应不属于此类例外，因为区别制下的不对应并不具有这三种对应例外的必要意义和合理基础。

【作者简介】

沈涓，中国社会科学院国际法研究所国际私法研究室主任、研究员。

最高法院判例：被征收房屋权属证书上载明的所有权人死亡且涉及继承的处理——柴秀春、王玉红诉梅河口市政府、吉林省政府房屋征收补偿案

2020-02-15 行政法

https://mp.weixin.qq.com/s/qikv64i5yFt9AN3Nfjocrg

【裁判要旨】

对于被征收房屋权属证书上载明的所有权人死亡且涉及继承的，在房屋征收补偿决定中如何列明被征收人，相关法律法规没有明确规定。因继承可能同时存在多种法定情形，要求征收人查明情况，确实存在现实困难，也不利于征收补偿效率和征收补偿法律关系的稳定。因此，对上述情形，征收人在作出房屋征收补偿决定时，可根据实际情况，将房屋共有人确定为被征收人，而无需查明继承事项，将所有的继承人均列为被征收人。征收人作出征收补偿决定后，相关继承人可以就补偿所得自行分配或通过民事法律程序解决。

【裁判文书】

中华人民共和国最高人民法院

行 政 裁 定 书

（2018）最高法行申 56 号

再审申请人（一审原告、二审被上诉人）柴秀春，女，1945 年 3 月 11 日出生，汉族，住吉林省梅河口市。

委托代理人王玉红，女，1970 年 11 月 8 日出生，汉族，住吉林省梅河口市。系柴秀春之女。

再审申请人（原审第三人）王玉红，女，1970 年 11 月 8 日出生，汉族，住吉林省梅河口市。

被申请人（一审被告、二审上诉人）吉林省梅河口市人民政府。住所地：吉林省梅河口市人民大街 2008 号。

法定代表人张恒，市长。

委托代理人刘岩，梅河口市房屋征收经办中心工作人员。

委托代理人张玉龙，吉林荣华律师事务所律师。

被申请人（一审被告、二审上诉人）吉林省人民政府。住所地：吉林省长春市新发路 329 号。

法定代表人景俊海，省长。

委托代理人朱喜来、张朝会，吉林省人民政府法制办公室地区案件审理处工作人员。

再审申请人柴秀春、王玉红因与被申请人吉林省梅河口市人民政府（以下简称梅河口市政府）、吉林省人民政府（以下简称吉林省政府）房屋征收补偿决定一案，不服吉林省高级人民法院（2017）吉行终 17 号行政判决，向本院申请再审。本院依法组成合议庭对本案进行了审查，现已审查终结。

通化市中级人民法院一审查明，王君与柴秀春系夫妻，生育子女王洪卫、王玉英和王玉红，王君于 2001 年死亡。2013 年 10 月 21 日，梅河口市政府作出梅政房征[2013]8 号《梅河口市政府关于对青海路东侧棚户区地块房屋征收的决定》（以下简称 8 号房屋征收决定）。柴秀春居住的登记在王

君名下的 35.62 平方米房屋及四处无照房屋（分别为 28.6 平方米，31.36 平方米，24 平方米，75 平方米）在该征收区域内。其中 28.6 平方米、31.36 平方米无照房被认定为合法临时建筑，24 平方米和 75 平方米无照房被认定为违章建筑。该征收区域经多数人选择的房地产价值评估机构为梅河口市诚信房地产评估测绘有限公司。2013 年 11 月 15 日，该公司作出梅诚房评报征字第（2013-5-13-16）号房地产征收估价报告，对该房屋价值进行了评估。该报告于 2013 年 12 月 21 日送达柴秀春，柴秀春未提出复估申请。因双方当事人未能达成征收补偿协议，2013 年 12 月 24 日梅河口市政府作出梅政房征补[2013]146 号《梅河口市政府关于对柴秀春房屋征收补偿的决定》（以下简称 146 号房屋征收补偿决定）。2015 年 4 月 2 日，吉林省政府作出吉政复决地字[2015]9 号行政复议决定书，维持 146 号房屋征收补偿决定。柴秀春不服，向该院提起诉讼。

另查明，梅河口市政府于 2013 年 10 月 21 日作出的 8 号房屋征收决定关于征收范围内国有土地上的房屋征收部分，已被生效的（2014）通中行初字第 5 号行政判决所维持。在本案的审理过程中，2015 年 11 月 11 日，梅河口市政府作出梅政房征[2015]4 号《梅河口市政府关于撤销<梅河口市政府关于对柴秀春房屋征收补偿的决定>的决定》（以下简称 4 号撤销决定），决定撤销 146 号房屋征收补偿决定。对此，柴秀春依然坚持原诉讼请求，不予撤诉。

通化市中级人民法院一审判决认为，一、梅河口市政府于 2013 年 10 月 21 日作出的 8 号房屋征收决定关于征收范围内国有土地上的房屋征收部分，已被生效的（2014）通中行初字第 5 号行政判决所维持。因此，柴秀春诉称梅河口市政府在该区域内的征收行为违法的主张不成立。二、《国有土地上房屋征收与补偿条例》第十五条规定，房屋征收部门应当对房屋征收范围内房屋的权属、区位、用途、建筑面积等情况组织调查登记，被征收人应当予以配合。梅河口市政府作为房屋征收部门，在组织对房屋权属等登记过程中，应当对房屋产权人的情况予以调查核实。本案中，被征收的房屋虽登记在王君名下，但梅河口市政府作出 146 号房屋征收补偿决定时，认定房屋产权人王君在征收决定实施前，已经死亡的事实。故，梅河口市政府理应将征收补偿财产的共有人和王君的继承人确定为被征收人，并就有关房屋征收补偿事项与上述被征收人协商，保护权利人的合法权益。梅河口市政府在案件审理过程中，以漏列被征收人为由作出 4 号撤销决定，实际是对违法行为的确认。三、吉林省政府作出维持梅河口市政府作出的漏列被征收人的 146 号房屋征收补偿决定不妥，应予撤销。四、评估报告系梅河口市政府按照规定委托由该征收区域绝大数被征收人指定的评估机构作出的，该行为并不是梅河口市政府所为。柴秀春的该项和其他诉讼请求，该院不予支持。经向柴秀春释明，柴秀春仍坚持原诉讼。依照《中华人民共和国行政诉讼法》第七十四条第二款第二项、《最高人民法院关于适用<中华人民共和国行政诉讼法>若干问题的解释》第十条第一款之规定，判决一、梅河口市政府作出 146 号房屋征收补偿决定的行政行为违法；二、撤销吉林省政府吉政复决地字[2015]9 号行政复议决定；三、驳回柴秀春其他诉讼请求。

梅河口市政府、吉林省政府不服，向吉林省高级人民法院提起上诉。

吉林省高级人民法院二审查明的事实与一审一致。另查明，梅河口市政府自行撤销 146 号房屋征收补偿决定后，于 2017 年 1 月 24 日作出梅政房征补[2017]11 号《房屋征收补偿的决定》。新的补偿决定将柴秀春及其三个子女均列为权利主张人，且该决定考虑到其家庭困难，依据《梅河口市加快推进城市棚户区改造工作实施方案》中有关惠民政策，将柴秀春 28.6 平方米的合法临时建筑参照 30.5 平方米正式房屋予以补偿，可以拆一还一或按照规定货币补偿。柴秀春对新的补偿决定再次以漏列权利人为由提起行政复议，现吉林省政府正

在办理中。

吉林省高级人民法院二审判决认为，一、《国有土地上房屋征收与补偿条例》第二条规定，为了公共利益的需要，征收国有土地上单位、个人的房屋，应当对被征收房屋所有权人（以下称被征收人）给予公平补偿。吉林省高级人民法院与吉林省住房和城乡建设厅联合印发的《关于国有土地上房屋征收与补偿若干问题联席会议纪要》规定，因买卖、继承、诉讼等原因造成房屋所有权人不明确的，房屋征收部门可以根据买卖协议、合法遗嘱等有效证据确定被征收人。不能确定的，房屋实际管理人、继承人、买受人等提出权利主张的，列为主张权利人。依据上述规定，被征收人不能确定的，政府可根据实际调查情况，对房屋实际管理人、继承人、买受人等做出房屋征收补偿决定，未要求房屋征收补偿决定将被征收房屋的所有权利人均列明。其他权利人可就补偿所得利益自行分配或通过民事法律程序解决。本案中，王君去世后，被征收房屋未进行变更登记。故梅河口市政府在调查的基础上，将柴秀春列为被征收人并做出 146 号房屋征收补偿的决定并无不当。二、梅河口市政府针对征收地块作出的 8 号房屋征收决定已被生效的（2014）通中行初字第 5 号行政判决维持。梅河口市政府做出的146号房屋征收补偿决定符合8号房屋征收决定及征收补偿方案。且梅河口市政府针对该房屋的补偿问题重新做出的梅政房征补[2017]11 号《房屋征收补偿的决定》已依据梅河口市相关惠民政策，在原补偿决定的基础上，将柴秀春 28.6 平方米临时建筑参照 30.5 平方米正式房屋予以补偿。依照《中华人民共和国行政诉讼法》第八十九条第一款第二项之规定，判决撤销一审判决，驳回柴秀春诉讼请求。

柴秀春、王玉红申请再审称：二审判决认定事实不清，适用法律错误，程序违法。请求撤销二审判决，依法再审本案，支持一审诉讼请求，确认梅河口市政府 146 号房屋征收补偿决定违法。

本院经审查认为，《国有土地上房屋征收与补偿条例》第二条规定，为了公共利益的需要，征收国有土地上单位、个人的房屋，应当对被征收房屋所有权人（以下称被征收人）给予公平补偿。第二十六条第一款规定，房屋征收部门与被征收人在征收补偿方案确定的签约期限内达不成补偿协议，或者被征收房屋所有权人不明确的，由房屋征收部门报请作出房屋征收决定的市、县级人民政府依照本条例的规定，按照征收补偿方案作出补偿决定，并在房屋征收范围内予以公告。据此，征收人在征收国有土地上个人的房屋时，应当对被征收房屋所有权人进行公平补偿。签约期限内未达成补偿协议的，征收人作出房屋征收补偿决定时，一般应当以被征收房屋权属证书上载明的所有权人作为被征收人。对于被征收房屋权属证书上载明的所有权人死亡且涉及继承的，在房屋征收补偿决定中如何列明被征收人，相关法律法规没有明确规定。因继承可能同时存在多种法定情形，要求征收人查明情况，确实存在现实困难，也不利于征收补偿效率和征收补偿法律关系的稳定。因此，对上述情形，征收人在作出房屋征收补偿决定时，可根据实际情况，将房屋共有人确定为被征收人，而无需查明继承事项，将所有的继承人均列为被征收人。征收人作出征收补偿决定后，相关继承人可以就补偿所得自行分配或通过民事法律程序解决。本案中，被征收房屋虽然登记在王君名下，但作为王君与柴秀春的夫妻共有财产，王君死亡后，梅河口市政府在 146 号房屋征收补偿决定中，仅将柴秀春列为被征收人，并不违反法律规定。在本案一审过程中，梅河口市政府认为还应当将王君的三位子女作为继承人列为被征收人，作出 4 号撤销决定，自行撤销此前所作 146 号房屋征收补偿决定，其主要目的在于进一步具体明确案涉被征收房屋的相关权利人，并非确认被撤 146 号房屋征收补偿决定违法。一审判决确认梅河口市政府 146 号房屋征收补偿决定违法并撤销吉林省政府吉政复决地字[2015]9 号行政复议决定错误，二审判决撤销一审判决予以纠正，本院予以支持。梅河口市政府撤销 146 号房屋征收补偿

决定后，又作出新的房屋征收补偿决定，将柴秀春列为被征收人，同时将其三个子女列为被征收房屋主张权利人，又根据相关惠民政策，将柴秀春 28.6 平方米的合法临时建筑参照 30.5 平方米正式房屋予以补偿，已经充分保护了柴秀春等人的合法权益。梅河口市政府自行撤销的 146 号房屋征收补偿决定并未对柴秀春等人的实体权益产生实质影响，且柴秀春等人已经就新的房屋征收补偿决定申请行政复议，二审根据本案实际情况，判决驳回柴秀春诉讼请求，并无不妥。柴秀春、王玉红申请再审的理由不能成立，本院不予支持。

综上，柴秀春、王玉红的再审申请不符合《中华人民共和国行政诉讼法》第九十一条规定的情形。依照《最高人民法院关于适用<中华人民共和国行政诉讼法>的解释》第一百一十六条第二款的规定，裁定如下：

驳回柴秀春、王玉红的再审申请。

审判长　　袁晓磊
审判员　　董　华
审判员　　骆　电
二〇一八年七月十八日
法官助理　林　璐
书记员　　战　成

农村房屋及其宅基地使用权应当一体继承——杨 X 春、杨 X 栓诉淅川县荆紫关镇人民政府行政裁决案

原创：2020-03-14 法律家
https://mp.weixin.qq.com/s/bHwJZWTn01BNefcsLjA4qg

【中 法 码】行政法学·依申请行政行为·行政裁决·权属纠纷裁决·土地资源权属(a040701011)

【关 键 词】行政　土地行政管理　行政裁决　宅基地使用权　房地一体主体原则　一户一宅原则　继承

【学科课程】行政法学

【知 识 点】房地一体主义原则　继承　一户一宅原则

【教学目标】掌握房地一体主义原则的概念，明确继承的财产范围。

【裁判机关】河南省淅川县人民法院

【程序类型】行政一审

【案例效力】★★★☆☆被最高人民法院《人民司法·案例》2016 年第 32 期(总第 763 期)收录

【案例信息】

【案　　由】土地/行政裁决

【案　　号】(2014)淅行初字第 80 号

【判决日期】2015 年 01 月 27 日

【原　　告】杨 X 春　杨 X 栓

【被　　告】淅川县荆紫关镇人民政府

【第 三 人】杨 X 生

【原告代理人】李长志(河南德高律师事务所)

【被告代理人】魏书霞(河南宇洋律师事务所)

【争议焦点】

非农户口的行政相对人与其兄弟之间对其农村祖屋的继承、使用问题发生纠纷，行政机关对该纠纷作出“因行政相对人已有新的宅基地，其要求继承老宅宅基地违背了现行“一户一宅”的相关法律规定，遂将房屋所附随的宅基地收归生产小组集体所有”的处理意见。此种情况下，该行政裁决应否予以撤销？

【裁判结果】

一审法院判决：撤销被告镇政府作出的荆政

（2014）61 号《关于荆紫关镇北街村杨 X 春、杨 X 栓与杨 X 生宅基地纠纷处理意见。

宣判后，当事人双方均未上诉，判决已发生法律效力。

【裁判要旨】

非农户口的行政相对人与其兄弟之间对其农村祖屋的继承、使用问题发生纠纷，行政机关对该纠纷作出处理意见：行政相对人已有新的宅基地，其要求继承老宅宅基地违背了现行“一户一宅”的相关法律规定，遂将房屋所附随的宅基地收归生产小组集体所有。因房屋与宅基地不可分割，而房屋系法定继承的财产之一，且依据我国《物权法》等相关规定，处理房地产关系应遵循“房地一体主义原则”，同时，一户一宅原则的适用条件并未被明文规定包括继受取得的房屋。因此，行政相对人有权在继承争议老宅基地上的房屋时，一体继承老宅基地的使用权，遂应当认定行政机关的处理意见属于适用法律错误，依法应当予以撤销。

【法理评析】

农村房屋作为遗产予以继承时，其项下的宅基地使用权亦应一体继承。原因如下：一、保护继承人合法权益。根据《中华人民共和国继承法》第三条的规定：“遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产，包括：公民的收入；公民的房屋、储蓄和生活用品；公民的林木、牲畜和家禽；公民的文物、图书资料；法律允许公民所有的生产资料；公民的著作权、专利权中的财产权利；公民的其他合法财产”。由此可知，公民死亡时，其所有房屋应作为遗产予以合法继承。遂农村生产小组的成员依法在集体所有的宅基地上修建的房屋亦属于该成员的个人合法财产，该成员死亡时，其继承人有权通过继承取得房屋的所有权。而宅基地与房屋不可分割，基于保护公民的合法继承权的目的，宅基地使用权理应与房屋一体继承。二、符合“房地一体主义原则”。以《中华人民共和国物权法》第一百四十七条之规定“建筑物、构筑物及其附属设施转让、互换、出资或者赠与的，该建筑物、构筑物及其附属设施占用范围内的建设用地使用权一并处分”为例，可知我国在处理房地关系时仍然坚持的是“房地一体主义原则”。“房地一体主义原则”，具体而言包括两个方面：“地随房走”和“房随地走”，该原则是指房屋具有依附于土地而存在的特性，当处置地上的建筑物或者建筑物所占用的土地时，就应当一并处置建筑物所占用的土地或者土地上附着的建筑物。另，按照土地管理制度，土地权属分国家所有和集体所有，建设用地分国有建设用地和集体建设用地，而集体建设用地又包括农村宅基地，遂适用于建设用地处理关系的“房地一体主义原则”，同理适用于处理农村宅基地使用权关系。虽然《物权法》第一百四十七条之规定仅仅列举了“转让、互换、出资、赠与”四项处分行为，但继承亦属于继受取得财产相关权利的典型表现方式，所以继承人在继承房屋所有权的时候，同样应当适用《物权法》第一百四十七条等相关规定、遵从“房地一体主义”原则，即继承房屋时，应同时继承该房屋项下的宅基地使用权。三、符合立法目的。依据《中华人民共和国土地管理法》第六十二条规定：“ 农村村民一户只能拥有一处宅基地，其宅基地的面积不得超过省、自治区、直辖市规定的标准”可知，农村村民对农村住房用地必须坚持一户一宅的原则，但是结合该法第六十二条第四款规定“农村村民出卖、出租住房后，再申请宅基地的，不予批准”可知，一户一宅所适用的情形，仅仅是指农村村民经国家允许获得宅基地以后将其出卖、出租等进行处分的情况，即国家并未明文禁止村民以继受方式取得宅基地使用权。且若按照该条文内容理解，农村村民在继承农村房屋时，政府部门的确有权将房屋所依附的宅基地予以收回，但是宅基地上的房屋作为公民的私人合法财产最终就无法被继承使用，此时处理农村房屋继承的方式，实质上剥夺了公民合法的继承权、财产权、宅基地使用权，完全与《物权法》、《继承法》保护公民合法权益的立法目的相违背。综上，宅基地上已建造房屋的，且该房屋被依法继承时，基于保护公民合法权益和遵从立法目的，应

适用“房地一体主义原则”，公民同时继承宅基地使用权。

本案中，行政相对人与其兄弟三人对位于农村的争议老宅基地依法取得继承权，后三人因争议老宅基地的使用权产生纠纷。行政机关调查后，认为行政相对人虽系城镇户口，但其名下已有一处未办理产权变更登记的宅基地，遂作出“由土地行政主管部门对行政相对人进行处理并责令其申请变更登记，同时将争议宅基地收归生产小组集体所有”的决定。首先，争议老宅宅基地系集体所有，老宅基地上房屋为私人合法财产，依据《继承法》第三条，行政相对人对老宅基地上的房屋依法取得继承权，且宅基地与其地上房屋具有不可分割性，老宅基地使用权理应与房屋一体被依法继承；其次，我国对建设用地使用权及其地上建筑物的处理方式遵循房地一体主义原则，而农村宅基地又属于建设用地中的集体建设用地，理应在处理农村宅基地时遵循房地一体主义原则，而对宅基地上房屋一并处理；最后，《土地管理法》第六十二条中规定的一户一宅原则仅是适用于农村村民出卖或者出租住房后再次申请宅基地的情形，并未明文禁止村民以继受方式取得宅基地使用权。因此，非农户口的行政相对人以继受取得争议老宅基地上房屋的，应一并继承老宅基地的使用权。

【适用法律】

《中华人民共和国继承法》第三条 遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产，包括：

（一）公民的收入；

（二）公民的房屋、储蓄和生活用品；

（三）公民的林木、牲畜和家禽；

（四）公民的文物、图书资料；

（五）法律允许公民所有的生产资料；

（六）公民的著作权、专利权中的财产权利；

（七）公民的其他合法财产。

《中华人民共和国物权法》第一百四十七条 建筑物、构筑物及其附属设施转让、互换、出资或者赠与的，该建筑物、构筑物及其附属设施占用范围内的建设用地使用权一并处分。

《中华人民共和国土地管理法》第六十二条 农村村民一户只能拥有一处宅基地，其宅基地的面积不得超过省、自治区、直辖市规定的标准。

农村村民建住宅，应当符合乡（镇）土地利用总体规划，并尽量使用原有的宅基地和村内空闲地。

农村村民住宅用地，经乡（镇）人民政府审核，由县级人民政府批准；其中，涉及占用农用地的，依照本法第四十四条的规定办理审批手续。

农村村民出卖、出租住房后，再申请宅基地的，不予批准。

【法律文书】

行政起诉状 行政答辩状 律师代理意见书 行政一审判决书

【思考题和试题】

1. 简述房地一体主义原则的法律依据。

2. 论述房地一体主义原则的适用条件。

3. 试述宅基地使用权的继承。

【裁判文书原文】（如使用请核对裁判文书原件内容）

《行政判决书》

原告杨 X 春，男，汉族，1936 年。

委托代理人李长志，河南德高律师事务所律师，一般代理。

原告杨 X 栓，男，汉族，1949 年。

委托代理人李长志，河南德高律师事务所律师，一般代理。

被告淅川县荆紫关镇人民政府

法定代表人周其军，该镇副镇长。

委托代理人王峰，淅川县荆紫关镇土地所职工，特别授权。

委托代理人魏书霞，河南宇洋律师事务所律师，一般代理。

第三人杨 X 生，男，汉族，1946 年。

委托代理人杨俊胜，系杨 X 生儿子，特别授权。

原告杨 X 春、杨 X 栓诉淅川县荆紫关镇人民政府不服土地所有权处理决定一案，于 2014 年 8 月

21 日向本院提起诉讼。本院受理后，于 2014 年 9 月 4 日向被告送达了起诉状副本、应诉通知书。因杨 X 生与本案被诉具体行政行为具有法律上的利害关系，本院依法向其送达了起诉状副本、应诉通知书。本院依法组成合议庭，于 2014 年 9 月 17 日公开开庭审理了本案。原告杨 X 春、杨 X 栓及委托代理人李长志，被告淅川县荆紫关镇人民政府委托代理人魏书霞、王峰，第三人杨 X 生、委托代理人杨俊胜到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

被告淅川县荆紫关镇人民政府于 2014 年 7 月 31 日作出荆政（2014）61 号《关于荆紫关镇北街村杨 X 春、杨 X 栓与杨 X 生宅基地纠纷处理意见》，处理决定如下：一、杨 X 春所购买荆紫关镇粮管所房产、土地系国有资产，未如期办理变更登记手续属非法占地行为，由土地行政主管部门对其进行处理并责令其到县以上土地行政主管部门申请变更登记；二、杨 X 栓违法占地由土地行政主管部门对其进行处理；三、杨 X 生使用土地与清查登记面积相符，为合法使用；四、收回争议老宅宅基地由所在生产小组集体所有。

在举证期限内，被告淅川县荆紫关镇人民政府提交了以下证据材料并当庭出示，予以证明处理决定合法：

以下证据证明杨 X 春、杨 X 栓有一份新宅基及详细情况：

1、粮管所公房平面草图一份，证明杨 X 春现土地使用情况；

2、冯瑞连建设用地清查登记证一份，证明杨 X 春有一份新宅基地；

3、招标拍卖协议一份，证明杨 X 栓有一份新宅基地；

4、杨 X 栓占地丈量草图一份，证明其实际占地面积；

5、杨 X 栓建设用地清查登记证一份，证明其宅基用地情况；

以下证据证明杨 X 生拥有一份新宅基并未超标：

杨 X 生现实际使用宅基地丈量草图一份；

2、杨 X 生建设用地清查登记一份；

以下证据证明原告杨 X 春房屋买卖手续不全：

原告与粮管所的买卖字句一份；

粮管所收款收据两张和土地开垦费收据一份；

杨俊强土地使用证一份

以下证据证明其适用法律合法准确：

土地登记规则；

河南省农村宅基地用地管理办法；

河南省实施《土地管理法》办法；

关于执行《河南省村镇建设用地管理实施办法》几个问题的联合通知等。

原告杨 X 春、杨 X 栓诉称，其一、杨 X 春本人在 2003 年 2 月 24 日与淅川县荆紫关粮管所签订房屋买卖协议，原告杨 X 春在依约缴纳房款并向荆紫关镇土地所支付宅基地变更登记费，土地管理部门未及时依法办理变更登记，错不在杨 X 春；其二、杨 X 栓宅基面积出现不一致系 1989 年清查时漏登所致，被告处理依据错误；其三、杨 X 生宅基多出 0.042 亩部分系公用出行通道占地，1989 年清查登记为杨 X 生个人宅基部分，登记错误；其四、争议老宅基系原告及第三人祖产，应按照祖辈遗产保留继承权，原告作出的将老宅宅基收归集体所有系错误决定。据此，原告认为被告作出的具体行政行为事实认定及适用法律存在错误，提起诉讼，请求法院依法予以撤销。

在举证期限内，原告提交了以下证据材料并当庭出示，予以支持其诉讼请求：

协议书（杨丰敏与杨 X 生排水协议）

补充协议（同上）

被告淅川县荆紫关镇人民政府辩称，一、被告对原告及第三人所做的处理意见及为对原告及第三人使用权所做的处理意见，并非最终处理结果，且该处理建议没有对原告及第三人权利义务产生实际影响；二、依据《中华人民共和国土地管理法》第十六条，被告对原告与第三人的土地使用权争议处理意见，合法有据；三、杨 X 春所购买的荆紫关

镇粮管所系国有房产，依据《中华人民共和国土地管理实施条例》第六条规定，原告没有土地税费缴纳证明、原土地证书以及自己取得产权的房权证，不符合变更登记要求的条件。另原告杨 X 春自称缴纳的宅基地变更费系复印件，并且没有书写人签名，也没有具体书写日期且该字体与开票主文字体不符，故该票据不能证明系原告所缴土地变更登记费。四、原告杨 X 栓现使用土地面积比 1989 年清查登记面积多 39.6 平米，系违法占地。1989 年清查登记按照严格法定程序和测量结果发放的使用证书合法有效，基于此认定杨 X 栓违法占地并无不当。另外，对第三人杨 X 生的处理意见同样依据 1989 年土地清查后颁发的土地清查证登记为准，认定土地使用面积与登记一致，处理意见合法有效。五、依据《土地管理法》及《河南省农村宅基地用地管理办法》等相关法律法规，认定原告及第三人在已有新宅基地的情况下要求继承老宅基与现行“一户一宅”的法律法规相违背，处理意见并无不当。据此，被告认为所作出的处理意见认定事实清楚，符合法律规定，请法院依法驳回原告诉讼请求。

第三人杨 X 生述称：1989 年大丈量（指 1989 年土地清查）二原告都知道，我们的母亲在场，二原告称没在场与实际情况不符。第三人在举证期限及庭审中并未提交或出示证据。

经庭审质证，原告对被告提交的杨 X 春平面草图真实性无异议；对第一组证据中的第二份证据真实性无异议，但对其证明目的有异议；对杨 X 春的三张收据及一张开垦费真实性无异议，但对其证明目的有异议，此费用系变更登记费用；对杨 X 栓占地草图有异议，实际丈量与占地面积不一致；对还招标协议真实性无异议；对杨 X 生实际占地草图有异议，划归杨 X 生所有是错误的，在杨丰敏的出路上划公共出路是不合法的；对杨俊强的土地使用正无异议；对被告出示的法律法规，不适合作为证据使用。

被告对原告提交的两份协议书（分别为：协议书及补充协议）真实性无异议，但此协议与本案无关。

第三人杨 X 生对原告、被告出示的证据均无异议。

依照《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第五十四条的规定，经过庭审合议庭听取了各方当事人的质辩意见并经评议后，认证如下：

被告淅川县荆紫关镇人民政府提交的全部证据，符合《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》中规定的提供证据的要求，内容真实，且与本案具有关联性，本院予以采信；被告提交的法律法规依据，合法有效，与本案具有关联性，本院予以采信。

原告杨 X 春、杨 X 栓提交的两份证据，内容真实，但与本案无牵连，不具有关联性，本院不予采信。

根据以上认证意见及庭审查明的情况认定以下事实：

2013 年 7 月份以来，原告杨 X 春、杨 X 栓及第三人杨 X 生兄弟兄弟三人因老宅基地使用权多次发生纠纷，后被告淅川县荆紫关镇人民政府根据调查情况，依据《中华人民共和国土地管理法》、《中华人民共和国土地管理实施条例》、《土地登记规则》、《河南省事实（土地管理法）》等法律法规，于 2014 年 7 月 31 日作出了荆政（2014）61 号《关于荆紫关镇北街村杨 X 春、杨 X 栓与杨 X 生宅基地纠纷处理意见》，原告杨 X 春、杨 X 栓对此意见不服，于 2014 年 8 月 21 日向本院提起行政诉讼，请求撤销淅川县荆紫关镇人民政府所作出的荆政（2014）61 号《关于荆紫关镇北街村杨 X 春、杨 X 栓与杨 X 生宅基地纠纷处理意见》。

本院认为，一、《土地权属争议调查处理办法》第五条“个人之间、个人与单位、单位与单位之间发生的争议案件，由争议土地所在地的县级国土资源行政主管部门调查处理。前款规定的个人之间、个人与单位、单位与单位之间发生的争议案件，可以根据当事人的申请，由乡级人民政府受理和处理”和《中华人民共和国土地管理法》第十六条“土地

所有权和使用权争议，由当事人协商解决；协商不成的，由人民政府处理。单位之间的争议，由县级以上人民政府处理；个人之间、个人与单位之间的争议，由乡级人民政府或者县级以上人民政府处理。”可知，淅川县荆紫关镇人民政府有权对杨 X 春、杨 X 栓及杨 X 生兄弟之间的老宅及宅基地使用权之间的纠纷作，《处理意见》并未超越法定职权。二、对被告作出的杨 X 春购买荆紫关粮管所房产问题处理决定的审查。1、处理意见适用法律错误：据荆政（2014）61 号《处理意见》及原告提供身份证明可知，原告杨 X 春系城镇居民，非农户口。荆政（2014）61 号《处理意见》中，被告依据“1999 年杨 X 春将购买的中街村民钟天斌的房屋及宅基地卖给北街村民范荣成使用”及“2003 年 2 月杨 X 春与女儿杨景红共同出资购买位于老街北街段原荆紫关镇粮管所公房一处”，认定杨 X 春为“出卖住房”和“再申请宅基地”行为。依据《中华人民共和国土地管理法》第六十二条“农村村民一户只能拥有一处宅基地，其宅基地的面积不得超过省、自治区、直辖市规定的标准。农村村民建住宅，应当符合乡（镇）人民政府审核，由县级人民政府批准；其中，涉及占用农用地的，依照本法第四十四条的规定办理审批手续。农村村民出卖、出租住房后，再申请宅基地的，不予批准”、第七十七条“农村村民未经批准或者采取欺骗手段骗取批准，非法占用土地建住宅的，由县级以上人民政府土地行政主管部门责令退还非法占用的土地，限期拆除在非法占用的土地上新建的房屋”作。事实上，这两个法律条文明确主体为“农民”，而原告杨 X 春为非农户口。另外，杨 X 春买卖钟天斌房屋（宅基地）登记在其妻子冯瑞连名下，同时购买粮管所的公房所涉及的土地为国有土地并非集体土地，均与所引用法条的适用情形不符，适用法律错误。2、处理意见事实认定不清。据荆政（2014）61 号《处理意见》中证据材料可知：原告杨 X 春于农历 2003 年正月 24 日与淅川县粮管所签订了房屋买卖协及并于当年 6 月 20 日办理付款手续，同年 8 月 10 日向淅川县荆紫关镇土地所缴纳了土地变更费 1500 元。依据《土地登记规则》第三十七条“有下列情形之一的，土地使用权转让双方当事人应当在转让合同或者协议签订后三十日内，涉及房产变更的，在房产变更登记发证后十五日内，持转让合同或者协议、土地税费缴纳证明文件和原土地证书等申请变更登记：（一）依法转让土地使用权的；（二）因买卖、转让地上建筑物、附着物等一并转移土地使用权的；房屋所有权变更而使土地使用权变更的，在申请变更登记时，应当提交变更后的房屋所有权证书。”第二款可知，杨 X 春如果要办理土地使用权转让登记变更手续须以变更后的房屋所有权证书为前提，而被告在未核实原告杨 X 春是否已办理房屋所有权证书或调取已办理的房屋所有权证书就作出具体行政行为，故事实认定不清。三、对被告作出争议老宅“收归集体所有”决定的审查。1、处理决定适用法律错误。荆政（2014）61 号《处理意见》显示，杨 X 春、杨 X 栓、杨 X 生兄弟三人争议老宅系 1953 年发放土地证，依据＜关于印发《确定土地所有权和使用权的若干规定》的通知＞第十九条“土地改革时分给农民并颁发了土地所有证的土地，属于农民集体所有；实施《六十条》时确定为集体所有的土地，属农民集体所有。依照第二章规定属于国家所有的除外”可知，争议老宅宅基地系集体所有，老宅基上房屋为私人合法财产。依据《中华人民共和国土地管理法》第六十二条规定“一户一宅”、第六十三条规定“农民集体所有的土地的使用权不得出让、转让”可知，农村宅基地的土地所有权归集体所有，农民只有使用权，没有处分权。但《继承法》第三条“遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产，包括：公民的收入；公民的房屋、储蓄和生活用品；公民的林木、牲畜和家禽；公民的文物、图书资料；法律允许公民所有的生产资料；公民的著作权、专利权中的财产权利；公民的其他合法财产”，明确规定保护公民的合法继承权；《物权法》第一百四十七条“建筑物、构筑物及其附属设施转让、互换、出资或者赠与的，

该建筑物、构筑物及其附属设施占用范围内的建设用地使用权一并处分”可知，我国实行“房地一体主义”。房屋依附于宅基地之上，房屋所有权与宅基地使用权具有不可分割性。由此可知，老宅房屋应当作为合法遗产予以继承，保护继承人的合法继承权。因此，被告作，侵犯了原告和第三人的合法权益。

综上，淅川县荆紫关镇人民政府作出的荆政（2014）61 号《关于荆紫关镇北街村杨 X 春、杨 X 栓与杨 X 生宅基地纠纷处理意见》认定事实不清，并适用法律错误，依法应予以撤销。依据《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四条第（二）项，判决如下：

一、撤销被告淅川县荆紫关镇人民政府作出的荆政（2014）61 号《关于荆紫关镇北街村杨 X 春、杨 X 栓与杨 X 生宅基地纠纷处理意见》；

二、案件受理费五十元，由被告负担。

如不服本判决，可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提交诉状副本，上诉于河南省南阳市中级人民法院。

放弃继承后被继承人债务清偿实务丨高杉 LEGAL

原创：2020-03-16 高杉 LEGAL 罗新
https://mp.weixin.qq.com/s/kYGxPZtvZy9MZ8eRcjK8hg

题问：在被继承人债务清偿纠纷中，债权人应当如何应对继承人提出的放弃继承？

继承人放弃继承的被继承人债务清偿纠纷实务探讨

作者丨罗新（中国政法大学法律硕士在读，微信号：luoxin_cupl2015）

一、问题的提出

债务人死亡后，其生前债务并不因债务人的死亡而自然消灭。现行法律规定由其继承人在实际继承的遗产价值范围内向债权人承担清偿责任。被继承人债务清偿纠纷就是债权人向继承人提起诉讼，要求清偿被继承人生前债务的案件类型。

为了避免继承人受诉讼之困扰，《继承法》第 33 条第 2 款同时也规定：“继承人放弃继承的，对被继承人依法应当缴纳的税款和债务可以不负偿还责任。”基于该条规定，债务人死亡后，其继承人有权选择是否继承债务人的遗产，如果选择放弃继承，则无需向债权人承担清偿责任。

问题在于，当继承人在诉讼中提出放弃继承后，债权人是否还能继续诉讼要求继承人清偿债务？之所以讨论，是因为司法实践中普遍存在继承人实际占有遗产，却通过放弃继承规避被继承人生前债务的情形。如果法院严格适用现行法律规定审理案件，将导致债权人的合法权利面临难以实现的威胁。

为了解决这一问题，司法实践中法院做出了大量的探索。但是由于缺乏立法上的指引，尚未形成统一的结论。此类案件的常见争议有两项：（1）继承人的放弃继承是否有效；（2）放弃继承的继承人是否应当承担清偿责任。基于此，本文将以司法裁判作为研究基础，期以明确此类案件在实务中的解决路径。

二、案例中体现出的司法倾向

（一）继承人无需承担清偿责任的案例

司法实践中，认为继承人无需承担清偿责任的案例均肯定继承人放弃继承的有效性，但是对于结案方式却没有达成一致的意见。尽管如此，我们仍然能从其中探究法院之所以作出裁判的司法倾向。

1、放弃继承有效，裁定终结诉讼。例如，在平果县人民法院（2015）平民一初字第 1613-3 号张某与陆某被继承人债务清偿纠纷民事一审裁定书中，法院认为："被告陆某是陆某庭的唯一第一顺序法定继承人，其已明确表示放弃继承陆建庭的遗产，根据《中华人民共和国继承法》第三十三条第二款的规定，继承人放弃继承的，对被继承人依法应当缴纳的税款和债务可以不负偿还责任。故此，本案没有应承担义务的人，继续审理已没有必要，应终结审理。如今后原告发现陆建庭尚有遗产可供执行，可另行起诉遗产管理人或遗产占有人。"该裁定书直接认可了继承人放弃继承的有效性，提示当事人应当另行起诉遗产管理人或遗产占有人。

但是，该案通过终结诉讼的方式结案值得商榷。根据《民事诉讼法》第 151 条的规定，裁定终结诉讼需要满足三个条件："被告死亡，没有遗产，也没有应当承担义务的人。"然而该案法院在"原、被告均未能提供证据证明陆某庭有无遗产"的情况下，贸然裁定终结诉讼，既不符合《民事诉讼法》第 151 条的规定，也不利于债权人合法权益的保护。

2、放弃继承有效，裁定驳回起诉。例如，在湖州市中级人民法院(2016)浙 05 民终 970 号毕某与姜某甲等被继承人债务清偿纠纷民事二审裁定书中，法院认为："根据法律规定，除因放弃继承的行为导致继承人不能履行法定义务的情形外，继承人有放弃的自由。本案继承人姜某甲、姜某乙、孙某放弃继承与法定义务没有关联，姜某甲、姜某乙、孙某有权放弃继承，继承人放弃继承的效力追溯到继承开始时即被继承人姜玉龙死亡之日。三继承人已明确出具书面放弃继承声明且毕某亦未提供充分有效的证据证明三继承人姜某甲、姜某乙、孙某实际占有或处置了姜玉龙的遗产。故毕某不应再向姜某甲、姜某乙、孙某主张权利。原审认定姜某甲、姜某乙、孙某并非本案适格的被告并无不当。"由此可知，债权人能否提供证据证明继承人实际占有遗产，是实践中法院判定继承人是否应当承担清偿责任的关键因素。

此外，该案通过驳回起诉的方式结案存在疑问。根据《民事诉讼法》第 119 条的规定，起诉必须符合的条件之一是"有明确的被告"。《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 209 条又规定："原告提供被告的姓名或者名称、住所等信息具体明确，足以使被告与他人相区别的，可以认定为有明确的被告。"因此，至少在立案受理阶段，被告并不存在"适格"或"正确"的问题。只要债权人提供了足以识别继承人的身份信息，案件就应当得到法院的实体审理。即使法院经审理后认为继承人并非清偿责任的承担者，也应当通过驳回诉讼请求的方式结案。

3、放弃继承有效，判决驳回诉讼请求。例如，在巴中市中级人民法院（2018）川 19 民终 876 号张某与陈某等被继承人债务清偿纠纷民事二审判决书中，法院认为："陈某、何某 1、何某 2 书面申请放弃继承何延树的遗产，并在房屋交接中实际未予接收。因此，张某要求陈某、何某 1、何某 2 在继承何延树遗产的范围内偿还何延树生前债务的理由不成立，其请求不予支持。陈某、何某 1、何某 2 放弃继承并不同意作为何延树的遗产代管人，张某请求陈某、何某 1、何某 2 作为何延树遗产代管人的请求于法无据，不予支持。"该案中，继承人并非遗产的实际占有人，法院依法驳回债权人的诉讼请求，要求债权人另行起诉遗产占有人主张权利。从该判决书的结论来看，只要继承人不是遗产的实际占有人，放弃继承后不再负有配合债权人实现债权的作为义务。

又例如，在莆田市中级人民法院（2018）闽 03 民终 2726 号陈某与林某 1 等被继承人债务清偿纠纷民事二审判决书中，一审法院认为："本案中林某 2、陈某、林某 1 表示放弃继承林舜宁的全部遗产，是在林舜宁遗产处理前放弃继承的行为，该行为还处于一种不稳定状态，不能产生约束力，故林某 2、陈某、林某 1 作为林舜宁遗产的第一顺序

继承人，仍应在继承林舜宁遗产实际价值范围内对上述债务承担连带清偿责任。”简言之，一审法院否定了继承人放弃继承的有效性，判决继承人在实际继承的遗产价值范围内承担清偿责任。

二审中，继承人提供了另案民事判决书、执行裁定书等多份新证据，欲证明被继承人没有留下任何遗产且生前存在大量借款债务，二审法院据此认为：“林某 2、陈某、林某 1 已经通过公证的方式，明确放弃对林舜宁遗产的继承，且林舜宁生前负有巨额债务，在法院执行阶段未发现林舜宁有可供执行的财产，俞某也未能举证证明林舜宁留有遗产，故一审法院判决林某 2、陈某、林某 1 在继承林舜宁遗产实际价值范围内对本案借款承担连带清偿责任并不恰当，应予纠正。”二审能获得改判的关键在于，继承人通过举证证明了被继承人并未留下可供继承的遗产，法院确信其放弃继承并不存在规避被继承人生前债务的恶意，于是判决继承人无需承担清偿责任。

（二）继承人承担清偿责任的案例

通过案例检索发现，由于难以排除继承人实际占有遗产的可能性，司法实践中大多数法院均不会轻易免除继承人的清偿责任，但是在法律适用上仍然存在分歧。

1、放弃继承不生效，继承人承担清偿责任。例如，在丽水市中级人民法院（2016）浙 11 民终 531 号李某与朱某甲等被继承人债务清偿纠纷民事二审判决书中，法院认为：“朱水生死后，上诉人朱某甲、朱某乙、朱某丙以书面形式明确表示放弃继承朱水生的遗产，但该放弃继承的行为，损害了债权人的利益，故上诉人朱某甲、朱某乙、朱某丙放弃继承的行为没有法律效力，上诉人朱某甲、朱某乙、朱某丙仍应在继承遗产范围内就朱水生的借款本金及利息承担清偿责任。”

该判决书在没有法律依据的情况下，认定继承人的放弃继承因损害债权人利益而无效，存在法律适用上的问题。从现行法律规定来看，只有《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》（以下简称《继承法意见》）第 46 条规定了继承人放弃继承无效的情形。该条规定：“继承人因放弃继承权，致其不能履行法定义务的，放弃继承权的行为无效。”此处的“法定义务”在司法实践中主要指《继承法》规定的抚养、扶养和赡养义务，至多扩张到继承人对自身债务的履行义务。除此之外，继承人的放弃继承作为单方法律行为，一经作出即可成立并生效。

又例如，在新余市中级人民法院（2019）赣 05 民终 187 号敖某与黄某、徐某被继承人债务清偿纠纷民事二审判决书中，法院认为：“《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 50 条规定：遗产处理前或在诉讼进行中，继承人对放弃继承翻悔的，由人民法院根据其提出的具体理由，决定是否承认。由此可见，作为继承人的黄某、徐某在遗产处理前放弃继承的行为处于一种不稳定的状态，不发生确定的放弃继承的法律后果，如果作为继承人的黄某、徐某最终在遗产处理前并未实际继承遗产，其无需承担债务清偿义务，其合法权益亦未受到损害，且从庭审情况来看，黄某、徐某均认可吴高成有遗产，故一审判决黄某、徐某在遗产继承范围内承担责任并无不妥。”

实际上，《继承法意见》第 50 条并未赋予继承人随意撤销放弃继承的权利，该判决书认定继承人的放弃继承不发生确定的法律后果存疑。根据该条规定，继承人对放弃继承翻悔，需要提出具体的理由并且经过法院的同意才能生效。实践中，除非存在欺诈、胁迫等违背继承人真实意思的情形，法院不会轻易同意撤销继承人已经作出的放弃继承。因此，《继承法意见》第 50 条实质上是对意思表示错误可撤销的提示性规定，并非赋予继承人随意撤销放弃继承的权利。继承人的放弃继承作为单方法律行为，应当在作出时发生确定的法律效力。

再例如，在北京市大兴区人民法院（2015）大

民（商）初字第 15650 号栗军与吴志国等民间借贷纠纷民事一审判决书中，法院认为："被告吴志国、吴永生、吴红梅、吴咏梅虽当庭声明放弃继承赵文苗的遗产，但在本案中以现有证据尚难以对赵文苗死亡后是否存在遗产及遗产范围、四被告在赵文苗去世后是否曾对赵文苗的遗产进行继承等情况进行核实确定，本案如确认四被告的放弃继承声明，相关事实将更难查明，债权人的合法权利也将更难得到保障，故，综合考虑，本院对四被告的放弃继承声明不予确认，被告吴志国、吴永生、吴红梅、吴咏梅作为赵文苗的法定继承人仍应在继承赵文苗的遗产范围内清偿赵文苗生前所负债务。"

关于该案的执行情况，根据北京市第二中级人民法院（2017）京 02 执监 168 号栗军等民事执行裁定书，"2016 年 6 月 20 日，栗军向执行法院申请执行。执行法院查明，赵文苗名下无房屋和银行开户信息，仅有一辆牌号为×××的机动车。执行法院已查封该车辆档案。此外，赵文苗遗产范围无法确定，执行法院按照申请执行人提供的线索，均未查找到可供执行的财产。2016 年 10 月 28 日，执行法院终结本次执行程序。"

该案中，债权人无法在庭审阶段举证证明继承人实际占有遗产，但是法院出于对继承人滥用放弃继承的担忧，不愿意贸然驳回债权人的诉讼请求，于是通过否定继承人放弃继承有效性的方式，判决继承人在实际继承的遗产价值范围内承担清偿，将债权人实现债权的希望留待执行程序。如果债权人能够在判决生效后发现继承人占有遗产的新证据，依然能够在执行程序中申请执行继承人的财产。反之，即使债权人在尚未发现遗产证据的情况下，向法院申请执行继承人的财产，继承人也有权提起执行异议之诉来维护自身的合法权益。

2、放弃继承有效，遗产代管人承担清偿责任。例如，在吉林市中级人民法院（2014）吉中民再终字第 35 号刘旻与关彤梅等被继承人债务清偿纠纷民事二审判决书中，法院认为："林开鑫去世后留有遗产，其继承人林生本、高连云表示放弃继承遗产，故不应承担债务。林某甲、林某乙在一审时虽未明确表示是否继承遗产，但上诉理由明确为放弃继承林开鑫遗产，本院尊重其主张，故林某甲、林某乙亦不应承担债务。依查明的事实，现林开鑫遗产由关彤梅管理，刘旻作为债权人可直接请求关彤梅偿还林开鑫债务，关彤梅应在林开鑫遗产范围内偿还。"该案中，由于继承人尚且年幼，被继承人的遗产实际上由其前妻管理。根据该判决书的结论，继承人放弃继承后，债权人有权直接请求遗产代管人清偿债务。

又例如，在湖北省高级人民法院（2019）鄂民再 331 号程某与张某 1 等被继承人债务清偿纠纷民事再审判决书中，法院认为："杨慧死亡后，其夫张某 1、其子张某 2 均表示放弃继承，依法可以不承担还款责任。借鉴《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》（试行）第三十二条规定：'失踪人的财产代管人拒绝支付失踪人所欠的税款、债务或其他费用，债权人提起诉讼的，人民法院应当将代管人列为被告。'本案查明的事实是，张某 1 继续在偿还银行贷款，目前也住在该房之中，张某 2 也曾实际使用房屋，因而张某 1、张某 2 是杨慧房屋遗产的实际管理人、使用人，对遗产状况比较熟知，也实际占有、使用和收益涉案遗产，是最适格的遗产代管人，应尽妥善保管义务，不论其是否放弃继承，依法应当参加诉讼，并由其在管理使用遗产的实际价值范围内承担还款责任。"

该判决书的进步之处在于，类推适用《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》（试行）第三十二条"失踪人的财产代管人应当向债权人承担清偿责任"的规定，为债权人请求遗产代管人清偿债务提供了明确的法律依据。

三、结论

通过总结审判实践中的司法观点，我们可以得

出一个基本的结论——实践中法院已经认识到，继承人的放弃继承可能对债权人造成严重的不公平。这一结论甚至已经出现在了部分判决书的主文当中。例如，在湖北省高级人民法院（2019）鄂民再331号程某与张某1等被继承人债务清偿纠纷民事再审判决书中，法院认为："在现实生活中，虽然继承人明确表示放弃继承，但往往实际占有遗产，普通民众也认可该财产应该由继承人所有，最终继承人还是得到了遗产，而无需清偿被继承人生前的税款和债务，造成严重的权利义务不对等。"

在理解了实践中法院的真实考量后，我们可以得出第二个基本结论——法院判决继承人无需承担清偿责任的原因不完全是限定继承原则的简单适用，而是法院确信继承人并非通过放弃继承的方式规避被继承人生前债务。法院判决继承人无需承担清偿责任的典型情形包括：（1）被继承人没有留下任何遗产且生前存在大量借款债务；（2）现有证据已经证明遗产并非由继承人占有，债权人可以另行起诉遗产占有人要求清偿债务。此两种情形中，容易判断继承人不具有通过放弃继承损害债权人利益的恶意。

相应的，法院判决继承人承担清偿责任的原因也不是继承人的放弃继承存在法律效力上的问题，而是现有证据足以证明继承人就是遗产的实际占有人。实践中，对于现有证据已经查明继承人实际占有遗产的案件，法院在法律适用上出现了两种意见的分歧：一种意见认为继承人的放弃继承不发生法律效力，判决继承人承担清偿责任；另一种意见认为继承人的放弃继承有效，判决继承人作为遗产代管人承担清偿责任。两种意见虽然对继承人放弃继承的效力认定不同，但是均认可实际占有遗产的继承人应当承担清偿责任。

然而，实践中能够在审理阶段查明"继承人是否占有遗产"的案件毕竟是少数。原因在于：（1）相对于继承人而言，债权人查明遗产的能力明显较弱，通常只能在房产或车辆的公示信息中寻找线索；（2）实践中继承人往往直到庭审开始才会提出放弃继承，导致债权人在诉讼过程中没有足够的时间收集证据。因此，当债权人无法证明继承人确实占有遗产时，如果法院适用"谁主张谁举证"的一般原则，将导致债权人的合法权利陷入难以实现的危险。由此可以产生我们的第三个基本结论——即使债权人无法证明继承人确实占有遗产，法院出于对继承人滥用放弃继承的担忧，也不会轻易驳回债权人的诉讼请求，而是试图否定继承人放弃继承的有效性，进而希望债权人能够在执行阶段发现新证据，申请执行继承人可能占有的遗产来实现债权。

最后，对于当事人而言，针对继承人在诉讼中提出的放弃继承，债权人的应对策略需要根据当前用以证明"继承人实际占有遗产"的证据是否充足来决定。如果证据充足，那么据此在诉讼中主张继承人作为遗产代管人承担清偿责任自然是最优解。但是如果债权人还需要进一步收集证据的时间，则只能向法院主张继承人的放弃继承不发生确定的法律后果，尝试将案件拖入执行程序。需要补充的是，如果债权人选择在执行程序中确定遗产，由于执行阶段并不能解决申请执行的财产是否属于遗产的实体问题，当债权人收集到遗产线索向法院申请执行时，继承人将有权提起执行异议之诉，债权人可能还要经历一次诉讼程序才能实现债权。

财产留给过继子，亲生女儿上门讨要，且看法院如何判！

2020-03-20 山东高法

https://mp.weixin.qq.com/s/fc2F4fJfp8jhvoc6bpqDuA

房屋拆迁喜得补偿款 110 万元，然而十几年未见的亲戚却突然上门索要，王某一家原本平静的生活就这样被打破了。到底发生了什么事情？

财产留给过继子，亲生女儿上门讨要

年过八旬的张某育有二子一女，因其二子早于张某去世，女儿也外嫁多年，其子生前将自己的农村四间房屋赠与张某。因无人照顾养老，1994 年，在多人见证下，张某与其外甥王某签订了《过继单》，“逢年过节回家住一段时间，百年之后求一楼一罩，四至六个吹手，四间房屋归继子王某所有。”而后，王某按照协议对张某履行了赡养义务，2002 年张某去世，四间房屋由王某继承。2018 年，房子所在的村落开始拆迁，王某与该村签订拆迁补偿协议，获得房屋拆迁安置补偿款 110 万元。听说母亲生前所住村子要拆迁，眼看这么大一笔补偿款，十几年未露面的张某女儿找上门来，认为自己是张某的法定继承人，该房屋应该由她继承，王某只是占有使用。在向王某索要拆迁款未果后，将王某诉至法院。

遗赠协议有效，女儿无权继承

法院经审理查明，1994 年，王某过继给张某，直至 2002 年张某去世，在《过继单》中，张某明确其过世后将四间房屋归王某，该《过继单》即具有“遗赠扶养协议”的效力。王某已经按照协议和当地风俗履行了对张某生养死葬的义务。根据《中华人民共和国继承法》规定：公民可以与扶养人签订遗赠扶养协议。遗赠扶养协议是一种平等、有偿和互为权利义务关系的民事法律关系。扶养人承担该公民生养死葬的义务，享有受遗赠的权利。张某女儿虽为法定继承人，但争议财产已通过遗赠扶养协议作出处分，对其法定继承已经排除，法院遂判决驳回张某女儿的诉讼请求。

法官说法

遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产，继承从被继承人死亡时开始，继承开始后，有遗嘱的按照遗嘱继承办理，没有遗嘱或遗赠扶养协议的按照法定继承办理。法定继承纠纷案件是最常见的家庭纠纷之一，如处置不当极易引发家庭纷争，造成亲属间感情破裂，甚至扩大至社会矛盾，危害公序良俗和社会稳定。

本案中，王某自 2002 年继承房屋后一直占用使用。期间，张某女儿曾未有过任何异议，受拆迁利益诱惑引发了办案纠纷。法官提醒，防范和化解此类纠纷，需要依靠法律的强制力，更需要道德的约束调节，不要为了钱财而丢失最宝贵的亲情！

编辑：石慧
审核：傅德慧
来源：青岛市黄岛区法院

五、房产、股权、信托

房产

这个登记真的应该撤销么--简评（2019）吉 71 行终 131 号行政判决

原创：2020-03-09 鱼龙聊房 武夷山李炜

https://mp.weixin.qq.com/s/F6UP94F4aywp4uEGJZK5Bg

简要案情：

一审查明事实：赵某与司某原系夫妻关系，于 2015 年 4 月离婚，针对 4 案涉房屋分割问题，分别于 2015 年、2018 年提起了民事一审、二审和再审诉讼，最终吉林省高级人民法院作出（2018）吉民再 122 号民事判决，认定案涉房屋系司某购买，婚后双方签订的《婚姻协议书》约定此房屋为夫妻共同财产，该协议书真实有效，因 2018 年争议房屋尚未办理产权登记，根据《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）》第二十一条规定，吉林省高级人民法院判决确认在产权登记前该案涉房屋归司某使用，赵某可在司某取得完全所有权后另行起诉进行分割。2019 年，赵某向通化市不动产登记中心咨询后得知该房屋可办理房屋登记，遂于 2019 年 5 月向通化市东昌区人民法院提起民事诉讼要求对该房屋进行分割，在案件审理过程中赵某得知司某 1 于 2019 年 7 月 8 日取得了该房屋的不动产权证书，遂向一审法院提起行政诉讼。另查明，通化市东昌区人民法院于 2016 年 9 月 30 日作出（2016）吉 0502 执 209 号执行裁定书，查封了案涉房屋，并于同日向通化市不动产登记中心送达了协助执行通知书、执行裁定书，查封期限为 2 年。通化市不动产登记中心于 2019 年 7 月 1 日收到了由司某 1 提交的不动产申请表、身份证复印件、户口簿、商品房买卖合同、税收完税证明、吉林省增值税普通发票等材料，并按照规定对司某 1 办理产权登记是否是其真实意思表示、不动产是否为共有等问题对司某 1 进行了询问。经过审查核实，准予登记，于 2019 年 7 月 8 日就案涉房屋向司某 1 颁发了吉（2019）通化市不动产权第 0007596 号不动产权证书。

二审判决：

本院认为，从本案已查明的事实来看，通化市不动产登记中心为司某 1 颁发吉（2019）通化市不动产权第 0007596 号不动产权证书的事实基础是司某 1 提交的《商品房买卖合同》，但已经生效的吉林省高级人民法院（2018）吉民再 122 号民事判决并未采信该《商品房买卖合同》，且认定案涉房屋系司某购买，司某将其婚前个人购买的案涉房屋约定为夫妻共同财产，不违反法律、行政法规的强制性规定，合法有效，赵某可在司某取得案涉房屋所有权后另行起诉，即案涉房屋在具备产权登记条件时，应当先登记在司某名下。2019 年 5 月 6 日，赵某在得知案涉房屋可以办理产权登记后，依据（2018）吉民再 122 号民事判决，以司某为被告，在通化市东昌区人民法院提起离婚后财产纠纷诉讼，要求分割案涉房屋，该案审理期间司某的父亲司某 1 于 2019 年 7 月 1 日向通化市不动产登记中心提交《商品房买卖合同》，申请办理案涉房屋的不动产登记，通化市不动产登记机关于 2019 年 7 月 8 日为司某 1(2019)通化市不动产权第 0007596 号《不动产权证书》，该登记行为依据的事实明显与已经生效的（2018）吉民再 122 号民事判决的认

定不符，缺乏事实根据。《不动产登记暂行条例》第十九条第二款规定：“对可能存在权属争议，或者可能涉及他人利害关系的登记申请，不动产登记机构可以向申请人、利害关系人或者有关单位进行调查。不动产登记机构进行实地查看或者调查时，申请人、被调查人应当予以配合。”本案中，东昌区人民法院于 2016 年 9 月 30 日作出（2016）吉 0502 执 209 号执行裁定：查封案涉房屋。同日，该裁定书送达通化市不动产登记中心，通化市不动产登记中心协助履行查封了司某所有的案涉房屋房籍。显然，通化市不动产登记中心一直将案涉房屋作为司某所有的房屋处理，但在司某 1 申请办理不动产权登记时，却未向利害关系人司某或者案涉房屋开发单位东方房地产公司进行调查、询问，了解案涉房屋权利人变动的原因，并要求提供房屋所有权发生转移的材料，本案登记行为的主要证据不足。综上，一审判决认定事实清楚，适用法律、法规正确，应予维持。司某 1 的上诉请求及理由不能成立，本院不予支持。依照《中华人民共和国行政诉讼法》第八十九条第一款第（一）项之规定，判决如下：驳回上诉，维持原判。

评析：

笔者认为认为本案审理中存在以下几方面的问题：

一、审理的法律依据

一审法院认为本案行政行为是 2019 年 7 月 8 日作出的，因此对其合法性审查仍适用原中华人民共和国建设部令《房屋登记办法》，但至 2015 年国家正式启动不动产统一登记以后，国务院颁布的《不动产登记暂行条例》（以下简称《条例》）于 2015 年 3 月 1 日起正式实施，而国土资源部也在 2016 年 1 月 1 日即根据《条例》授予的不动产登记职责和《条例》第 34 条的授权颁布实施了《不动产登记暂行条例实施细则》（以下简称《细则》），因此在 2019 年作出的行政行为无论是按新的职责划分来判断，还是以《立法法》91、92 条新旧部门规章适用规则来判断，均应该适用《细则》的具体操作规定来审理该行政行为的合法性。

二、不动产登记机构办理登记的合法性分析

首先，无论根据根据《条例》第 17 条和《细则》第 38 条之规定，司某 1 申请的是其与开发企业签订并备案的商品房买卖合同的房屋所有权转移登记。是将开发商的房屋所有权转移至商品房备案合同中的购买人司某 1 名下的登记业务，要件齐全，程序合法，并不存在登记错误。

其次，法院依据的《条例》第 19 条认为不动产登记机构在 2016 年收到司某和赵某诉讼的查封协助执行通知书和解除查封通知书，就等于不动产登记机构明知该房屋存在的争议，这显然是有问题的，其混淆了登记机构在协助司法机关的审查责任和对当事人申请的审查责任。不动产登记机构协助法院办理相关查封和解除查封登记属于依嘱托登记的司法协助行为，并且根据《民诉法》第 242 条、《关于依法规范人民法院执行和国土资源房地产管理部门协助执行若干问题的通知》法发【2004】5 号文件第 3 条第 2 款“国土资源、房地产管理部门在协助人民法院执行土地使用权、房屋时，不对生效法律文书和协助执行通知书进行实体审查。国土资源、房地产管理部门认为人民法院查封、预查封或者处理的土地、房屋权属错误的，可以向人民法院提出审查建议，但不应当停止办理协助执行事项。”均表明了不动产登记机构是无权对法院的嘱托登记的合法性进行审查的，并且在该文件第 7 条也明确规定了法院可以查封案外人的房屋、土地使用权，因此仅以不动产登记机构协助法院查封的行为就认定其明知该房屋存在纠纷和“通化市不动产登记中心一直将案涉房屋作为司某所有的房屋处理”是荒谬和不符合逻辑的，更何况 2018 年 6 月 13 日，东昌区人民法院又出具（2016）吉 0502 执 209 号《执行裁定书》、协助执行通知书，解除了对案涉房屋的查封，难道今后登记机构在处理所

有被法院查封过的房产都要认定为存在争议？这是对行政机关的不当审查要求，不符合法律的规定。

第三，即使从《条例》第 19 条第 2 款“对可能存在权属争议，或者可能涉及他人利害关系的登记申请，不动产登记机构可以向申请人、利害关系人或者有关单位进行调查。”的规定也可以看出，该条属于对不动产登记机构的授权性条款，是授予不动产登记机构在其认为需要进行调查的时候才调查，并不是义务型的条款，而且在通化市不动产登记中心从未收到过吉林省高级人民法院作出（2018）吉民再 122 号民事判决的情况下，也不能得出司某属于利害关系人的结论，更无须对其进行调查和询问。

三、法院混淆了法律关系

法院审理中认定不动产登记机构将房屋所有权的登记给司某 1 与吉林省高级人民法院作出（2018）吉民再 122 号民事判决的认定的事实不符，缺乏事实根据，要知道不动产登记机构从未收到过该判决，并且特别需要注意的是法院忽略了司某和司某 1 存在着一个代持财产或者借名买房的法律关系。虽然在吉林省高级人民法院作出（2018）吉民再 122 号民事判决，认定案涉房屋系司某购买，婚后双方签订的《婚姻协议书》约定此房屋为夫妻共同财产，但需要注意的是共有财产不等于就已经拥有了该房屋的所有权或者共有权。因为该房屋所有权仍然在开发商的名下，司某和赵某和开发商之间并无合同关系，其共有的是一个债权，而非物权。

甚至可以这样说，（2018）吉民再 122 号民事判决和司某 1 都没有直接的关系，司某 1 都没有需要将房屋转移给赵某的义务，因为其存在的是与其儿子司某代持财产或者借父亲名义买房的法律关系。

从以上的分析可知，即使司某 1 并非真正的出资人，从登记程序上来说，应该是司某 1 在办理完其与开发企业的房屋所有权转移登记之后，再处理司某 1 与司某之间的代持财产或者借名买房的问题，然后赵某再依据吉林省高级人民法院作出（2018）吉民再 122 号民事判决要求由司某履行判决，而非直接认定不动产登记中心为司某 1 办理的房屋所有权转移登记错误。

四、判决撤销会导致案结事更难

本案判决撤销不动产登记中心颁发给司某 1 的登记，并要求重新作出登记结果，这种判决会导致各方当事人都很难推进房屋所有权归属问题的实质解决。首先，撤销登记的后果是房屋所有权恢复到了开发商的名下，而赵某所持有的吉林省高级人民法院作出（2018）吉民再 122 号民事判决并非发生物权变动的法律文书。其判决中也明确“在产权登记前该案涉房屋归司某使用，赵某可在司某取得完全所有权后另行起诉进行分割。”因此在房屋所有权仍然登记在开发商名下，而非司某甚至司某 1 名下的时候，赵某无法直接凭该判决书申请将该房屋转移至自己名下，因为所有的商品房合同、完税手续均为司某 1，即使不动产登记机构按照法院的判决重新启动登记程序，也仍然是开发商和司某 1 进行审查，除非是将所有的合同、税票等材料修改为司某的名字，但这是无法做到的，因此就算是赵某来提出登记申请，得到的结果也会是不动产登记机构的不予登记通知书。

如果法院要求直接从开发商办理到司某或者赵某名下，则存在着要件不符，程序违法，偷漏国家税收和规避限购政策的相关问题。

综上所述，笔者认为此案的审理和判决无论是从法律关系、法律适用、和裁判结果上来看，均是一个错误的判决，不动产登记机构应该提出再审或者法院自行提出再审来纠正，以便于真正解决当事人的问题，保护当事人的合法权益。

土地房屋继承、结离婚、企事业改制、分立合并、作价出资等契税问题解答

原创：2020-03-16 不动产登记实务操作与理论研究 石晨谊
https://mp.weixin.qq.com/s/0qq9e80KXbmKu0XpoVa8bw

一、自然人继承房屋、拆迁补偿款购房、退房、宅基地等契税问题

问：自然人将房屋划转到其设立的个人独资企业名下，是否需要缴纳契税？

答：根据《财政部、国家税务总局关于进一步支持企业事业单位改制重组有关契税政策的通知》（财税〔2015〕37 号）规定，同一投资主体内部所属企业之间土地、房屋权属的划转，包括母公司与其全资子公司之间，同一公司所属全资子公司之间，同一自然人与其设立的个人独资企业、一人有限公司之间土地、房屋权属的划转，免征契税。

问：拆迁补偿款购置房屋是否缴纳契税？

答：根据《财政部、国家税务总局关于企业以售后回租方式进行融资等有关契税政策的通知》（财税〔2012〕82 号）第三条规定，市、县级人民政府根据《国有土地上房屋征收与补偿条例》有关规定征收居民房屋，居民因个人房屋被征收而选择货币补偿用以重新购置房屋，并且购房成交价格不超过货币补偿的，对新购房屋免征契税；购房成交价格超过货币补偿的，对差价部分按规定征收契税。居民因个人房屋被征收而选择房屋产权调换，并且不缴纳房屋产权调换差价的，对新换房屋免征契税；缴纳房屋产权调换差价的，对差价部分按规定征收契税。

问：纳税人继承的房屋是否需要缴纳契税？

答：根据《国家税务总局关于继承土地、房屋权属有关契税问题的批复》（国税函〔2004〕1036 号）规定，对于《中华人民共和国继承法》规定的法定继承人（包括配偶、子女、父母、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母）继承土地、房屋权属，不征契税。按照《中华人民共和国继承法》规定，非法定继承人根据遗嘱承受死者生前的土地、房屋权属，属于赠与行为，应征收契税。

问：纳税人购买房屋后又退房的，已缴纳的契税能否申请退税？

答：根据《财政部国家税务总局关于购房人办理退房有关契税问题的通知》（财税〔2011〕32 号）的规定，对已缴纳契税的购房单位和个人，在未办理房屋权属变更登记前退房的，退还已纳契税；在办理房屋权属变更登记后退房的，不予退还已纳契税。

问：契税的纳税义务发生时间是如何规定的？

答：《中华人民共和国契税暂行条例》（国务院令第 224 号）第八条规定：“契税的纳税义务发生时间，为纳税人签订土地、房屋权属转移合同的当天，或者纳税人取得其他具有土地、房屋权属转移合同性质凭证的当天。”

问：两个或两个以上个人共同购买普通住房怎么缴纳契税？

答：《财政部、国家税务总局、住房和城乡建设部关于调整房地产交易环节契税 个人所得税优惠政策的通知》（财税〔2010〕94 号）规定：“一、关于契税政策（一）对个人购买普通住房，且该住房属于家庭（成员范围包括购房人、配偶以及未成年子女，下同）唯一住房的，减半征收契税。对个人购买 90 平方米及以下普通住房，且该住房属于

家庭唯一住房的，减按 1%税率征收契税。征收机关应查询纳税人契税纳税记录;无记录或有记录但有疑义的，根据纳税人的申请或授权，由房地产主管部门通过房屋登记信息系统查询纳税人家庭住房登记记录，并出具书面查询结果。如因当地暂不具备查询条件而不能提供家庭住房登记查询结果的,纳税人应向征收机关提交家庭住房实有套数书面诚信保证。诚信保证不实的,属于虚假纳税申报,按照《中华人民共和国税收征收管理法》的有关规定处理。具体操作办法由各省、自治区、直辖市财政、税务、房地产主管部门共同制定。（二）个人购买的普通住房，凡不符合上述规定的，不得享受上述优惠政策。”

问:通过招拍挂方式取得土地缴纳城镇土地使用税什么时候征收契税？

答：通过招标、拍卖、挂牌方式取得的建设用地，不属于新征用的耕地，纳税人应按照《财政部国家税务总局关于房产税城镇土地使用税有关政策的通知》（财税〔2006〕186 号）第二条规定，从合同约定交付土地时间的次月起缴纳城镇土地使用税；合同未约定交付土地时间的，从合同签订的次月起缴纳城镇土地使用税。

问：农村不动产如何征收契税？

答:对农村集体经济组织以及代行集体经济组织职能的村民委员会、村民小组进行清产核资收回集体资产而承受土地、房屋权属，免征契税;对因农村集体经济组织以及代行集体经济组织职能的村民委员会、村民小组进行清产核资收回集体资产而签订的产权转移书据，免征印花税。农村集体土地所有权、宅基地和集体建设用地使用权及地上房屋确权登记，不征收契税。

问:个人转让住房享受税收优惠政策判定购房时间问题

答：个人转让住房，因产权纠纷等原因未能及时取得房屋所有权证书(包括不动产权证书,下同)，对于人民法院、仲裁委员会出具的法律文书确认个人购买住房的,法律文书的生效日期视同房屋所有权证书的注明时间,据以确定纳税人是否享受税收优惠政策。

本公告自 2017 年 4 月 1 日起施行。此前尚未进行税收处理的，按本公告规定执行。

问：买卖装修的房屋，契税计税价格如何确认？

答：根据《国家税务总局关于承受装修房屋契税计税价格问题的批复》(国税函〔2007〕606 号）规定：“房屋买卖的契税计税价格为房屋买卖合同的总价款,买卖装修的房屋,装修费用应包括在内。”

问：以按揭、抵押贷款方式购买房屋，契税的纳税义务时间怎样确定？

答：根据《国家税务总局关于抵押贷款购买商品房征收契税的批复》(国税函〔1999〕613 号）规定：“购房人以按揭、抵押贷款方式购买房屋，当其从银行取得抵押凭证时,购房人与原产权人之间的房屋产权转移已经完成,契税纳税义务已经发生，必须依法缴纳契税。”

二、婚姻关系不动产变动的契税问题

问:个人婚前房产在办理离婚手续前分割给另一方，是否缴纳契税？

答：根据《财政部、国家税务总局关于夫妻之间房屋土地权属变更有关契税政策的通知》(财税〔2014〕4 号)规定，在婚姻关系存续期间，房屋、土地权属原归夫妻一方所有,变更为夫妻双方共有或另一方所有的，或者房屋、土地权属原归夫妻双方共有，变更为其中一方所有的，或者房屋、土地权属原归夫妻双方共有，双方约定、变更共有份额的，免征契税。在婚姻关系存续期间，夫妻双方房屋权属变更免征契税。

问:房屋土地权属由夫妻一方所有变更为夫妻双方共有如何征收契税？

答：根据《财政部国家税务总局关于夫妻之间房屋土地权属变更有关契税政策的通知》（财税〔2014〕4 号）规定："在婚姻关系存续期间，房屋、土地权属原归夫妻一方所育，变更为夫妻双方共有或另一方所有的，或者房屋、土地权属原归夫妻双方共有，变更为其中一方所有的，或者房屋、土地权属原归夫妻双方共有，双方约定、变更共有份额的，免征契税。"

根据《财政部、国家税务总局关于夫妻之间房屋土地权属变更有关契税政策的通知》(财税〔2014〕4 号)，房屋、土地权属在夫妻双方权属变更无外乎以下几种情形：一是为夫妻婚姻关系存续期间的共有财产，登记在一方名下，变更为夫妻双方共有；二是夫妻婚姻关系存续期间以一方名义置办房产且登记在其名下，变更为夫妻双方共有；三是夫妻一方婚前财产登记在一方名下，变更为夫妻双方共有；四是夫妻双方婚前都有房产，且登记在双方各自名下，变更为夫妻双方共有。第一、第二种情形可确定为共有财产，只是房产共有权的变动而不涉及产权转移，免征契税；后两种情形是一种赠与行为，对于受赠人按照现行政策可以免征契税。

夫妻因离婚财产分割免征契税。根据《国家税务总局关于离婚后房屋权属变化是否征收契税的批复》（国税函[1999]391 号），夫妻离婚析产是房产共有权的变动而非房屋产权转移行为，对离婚后原共有房屋产权的归属人不征收契税。但对离婚后一方将归属于自己的房产无偿赠与行为则应当对受赠人全额征收契税。

不过对于离婚又复婚，将登记在自己名下的房产过户为夫妻双方共有的，可按照现行政策免征契税。

三、企业分立合并、改制等不动产变动的契税问题

问：企业改制，改制后公司承受原企业土地、房屋权属的，是否需要缴纳契税？

答：根据《财政部税务总局关于继续支持企业事业单位改制重组有关契税政策的通知》（财税〔2018〕17 号）规定："一、企业改制 企业按照《中华人民共和国公司法》有关规定整体改制，包括非公司制企业改制为有限责任公司或股份有限公司，有限责任公司变更为股份有限公司，股份有限公司变更为有限责任公司，原企业投资主体存续并在改制(变更)后的公司中所持股权(股份)比例超过 75%，且改制(变更)后公司承继原企业权利、义务的，对改制(变更)后公司承受原企业土地、房屋权属，免征契税。本通知自 2018 年 1 月 1 日起至 2020 年 12 月 31 日执行。本通知发布前，企业、事业单位改制重组过程中涉及的契税尚未处理的，符合本通知规定的可按本通知执行。"

问：公司合并，合并后公司承受原合并各方土地、房屋权属是否缴纳契税？

答：根据《财政部税务总局关于继续支持企业事业单位改制重组有关契税政策的通知》（财税〔2018〕17 号）规定："三、公司合并 两个或两个以上的公司，依照法律规定、合同约定，合并为一个公司，且原投资主体存续的，对合并后公司承受原合并各方土地、房屋权属，免征契税。…… 本通知自 2018 年 1 月 1 日起至 2020 年 12 月 31 日执行。本通知发布前，企业、事业单位改制重组过程中涉及的契税尚未处理的，符合本通知规定的可按本通知执行。"

问：单位或个人承受公司股权，公司名下有土地、房屋，是否需要缴纳契税？

答：《财政部国家税务总局关于进一步支持企业事业单位改制重组有关契税政策的通知》（财税〔2015〕37 号)规定："…… 九、公司股权(股份)转让 在股权(股份)转让中，单位、个人承受公司股权(股份)，公司土地、房屋权属不发生转移，不征收契税。十、有关用语含义 本通知所称企业、公司，是指依照我国有关法律法规设立并在中国境内注册的企业、公司。本通知所称投资主体存续，

是指原企业、事业单位的出资人必须存在于改制重组后的企业，出资人的出资比例可以发生变动;投资主体相同,是指公司分立前后出资人不发生变动,出资人的出资比例可以发生变动。本通知自 2015 年 1 月 1 日起至 2017 年 12 月 31 日执行。本通知发布前，企业、事业单位改制重组过程中涉及的契税尚未处理的，符合本通知规定的可按本通知执行。”

问：农村集体产权制度改革是否征收契税？

答：《关于支持农村集体产权制度改革有关税收政策的通知》规定，对农村集体产权制度改革涉及的契税、印花税政策进行明确。对进行股份合作制改革后的农村集体经济组织承受原集体经济组织的土地、房屋权属，免征契税。

一、企业改制

企业按照《中华人民共和国公司法》有关规定整体改制,包括非公司制企业改制为有限责任公司或股份有限公司,有限责任公司变更为股份有限公司，股份有限公司变更为有限责任公司，原企业投资主体存续并在改制（变更）后的公司中所持股权（股份）比例超过 75%，且改制（变更）后公司承继原企业权利、义务的，对改制（变更）后公司承受原企业土地、房屋权属，免征契税。

二、事业单位改制

事业单位按照国家有关规定改制为企业,原投资主体存续并在改制后企业中出资（股权、股份）比例超过 50%的，对改制后企业承受原事业单位土地、房屋权属，免征契税。

三、公司合并

两个或两个以上的公司，依照法律规定、合同约定，合并为一个公司，且原投资主体存续的，对合并后公司承受原合并各方土地、房屋权属，免征契税。

四、公司分立

公司依照法律规定、合同约定分立为两个或两个以上与原公司投资主体相同的公司,对分立后公司承受原公司土地、房屋权属，免征契税。

五、企业破产

企业依照有关法律法规规定实施破产,债权人（包括破产企业职工)承受破产企业抵偿债务的土地、房屋权属，免征契税；对非债权人承受破产企业土地、房屋权属，凡按照《中华人民共和国劳动法》等国家有关法律法规政策妥善安置原企业全部职工规定,与原企业全部职工签订服务年限不少于三年的劳动用工合同的，对其承受所购企业土地、房屋权属，免征契税；与原企业超过 30%的职工签订服务年限不少于三年的劳动用工合同的,减半征收契税。

六、资产划转

对承受县级以上人民政府或国有资产管理部门按规定进行行政性调整、划转国有土地、房屋权属的单位，免征契税。

同一投资主体内部所属企业之间土地、房屋权属的划转，包括母公司与其全资子公司之间，同一公司所属全资子公司之间,同一自然人与其设立的个人独资企业、一人有限公司之间土地、房屋权属的划转，免征契税。

母公司以土地、房屋权属向其全资子公司增资，视同划转，免征契税。

七、债权转股权

经国务院批准实施债权转股权的企业,对债权转股权后新设立的公司承受原企业的土地、房屋权属，免征契税。

八、划拨用地出让或作价出资

以出让方式或国家作价出资（入股）方式承受原改制重组企业、事业单位划拨用地的，不属上述

规定的免税范围，对承受方应按规定征收契税。

九、公司股权（股份）转让

在股权（股份）转让中，单位、个人承受公司股权（股份），公司土地、房屋权属不发生转移，不征收契税。

十、有关用语含义

本通知所称企业、公司，是指依照我国有关法律法规设立并在中国境内注册的企业、公司。

本通知所称投资主体存续，是指原企业、事业单位的出资人必须存在于改制重组后的企业，出资人的出资比例可以发生变动；投资主体相同，是指公司分立前后出资人不发生变动，出资人的出资比例可以发生变动。本通知自 2018 年 1 月 1 日起至 2020 年 12 月 31 日执行。

被执行人名下的唯一住房能否执行？

2020-03-26 法信 施磊

https://mp.weixin.qq.com/s/LktxLm8_M6zOd4KY69xB_g

被执行人名下唯一住房的执行一直是司法实践中的疑难问题，许多“老赖”以此作为挡箭牌拒绝执行，而法院在执行过程中也往往陷入两难的境地：

既要考虑确保执行申请人一方的合法权利得以实现，又要考虑到保障被执行人的基本生活需求，以至于案件久拖未决。申请执行人对此往往会不予理解，会质疑明明有可供执行的财产，为何迟迟未能得以受偿，进而也影响了司法的权威。

那么，被执行人名下若存在唯一住房，究竟可否执行？如果能够执行，那么在实践中如何执行，需要注意些什么问题？本文将围绕唯一住房可否执行以及如何执行两个核心问题展开具体的论述，并对相关问题作一些引申探讨。

【问题解析】

一、唯一住房可否执行

关于唯一住房的执行，最高人民法院最早在 2004 年发布的《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》（以下简称《查扣冻规定》）第 6 条中规定：“对被执行人及其所扶养家属生活所必需的居住房屋，人民法院可以查封，但不得拍卖、变卖或者抵债。”从文义角度出发，该条款只规定了对“生活所必需的居住房屋”可以查封，不得变价处分，并未明确规定被执行人名下的唯一住房不得处分。然而，被执行人的唯一住房往往就是其“生活所必需的居住房屋”，因此，很多社会群众乃至部分司法人员都误以为只要是被执行人名下的唯一住房，就无法强制执行，这种误解曾经给了很多“老赖”可乘之机。实际上，唯一住房和“生活所必需住房”存在很大差别，只拥有一套住房并不一定是生活所必需的，哪怕拥有两套房屋，其中一套也有可能是生活所必需的居住用房；而即使只拥有一套房屋，假如是一套豪华别墅，则也有可能不是生活所必需的。法院通常不强制执行唯一住房的目的在于保障被执行人的基本生存权，因此判断唯一住房是否可以执行，首先应当区分唯一住房和“生活所必需住房”。具体而言，主要有以下几个判断标准。

首先，房屋的基本状况。房屋的面积大小、房间数量等是否超出了社会一般民众的居住水平，如果被执行人的唯一住房是一套“豪宅”，自然不属于生活所必需的居住房屋。其次，房屋的使用情况。被执行人是否实际使用该房屋，以及房屋的主要用

途是否为家庭自住，若房屋长期处于空置状态，或者被用于出租经营使用，说明被执行人肯定存在其他住处，对其名下唯一住房的执行并不会有任何影响。再次，被执行人的能力。鉴于被执行人的学历、工作、收入、年龄等，不同的被执行人的生活自理能力也不一样，假如被执行人已经无劳动能力，无固定收入来源，执行唯一住房时就必须慎重。最后，被执行人的家庭情况。被执行人是否与家庭成员共同居住，其他家庭成员是否拥有住房，被执行人的赡养抚养义务等因素也是法院执行时必须注意的事项。

区分了唯一住房和“生活所必需住房”后，根据《查扣冻规定》第 7 条，“对于超过被执行人及其所扶养家属生活所必需的房屋和生活用品，人民法院根据申请执行人的申请，在保障被执行人及其所扶养家属最低生活标准所必需的居住房屋和普通生活必需品后，可予以执行”。

最高人民法院在 2015 年发布的《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》（以下简称《执行异议复议规定》）第 20 条进一步列举了何种情形下，即便是唯一住房也可以执行。

第一，对被执行人有抚养义务的人名下有其他能够维持生活的必需的居住房屋的。比如被执行人是一位老人，虽然被执行人名下仅有一套房，但被执行人的儿子名下有许多房，足以保障被执行人的生存。

第二，执行依据生效之后，被执行人为逃避债务而转让其名下的其他房产的。被执行人原本名下就有房产，甚至有多套房产，在执行依据生效之后，被执行人为了逃避债务，通过房屋买卖转让、转移自己名下的房产，造成了名下只有“唯一住房”的假象。这类情形就属于“唯一住房”可以执行的情形，因为被执行人的上述行为目的是逃避债务的履行。

第三，申请执行人按照当地廉租住房保障的面积、标准，为被执行人以及所抚养家属提供了可供居住的房屋。比如按照当地廉租住房保障面积标准提供临时的周转房。同时，该规定还提供了一个选择性的方案，或者是申请执行人同意按照当地房屋租赁市场平均的租金标准，从该房屋的变价款中扣除五至八年租金的。这实际上是建立了一个激励配合执行的机制。

第四，如果执行依据本身就是交付居住的房屋，那么法院必须按照执行依据所确定的内容执行。但是考虑到被执行人需要另外租房子，可能要有一个周转期，所以给予三个月的宽限期，在强力打击失信行为的同时仍然维护了被执行人及其家属基本权利，不至于其无家可归。

可以说，司法实践中，基于上述认定标准，人民法院处理了大量唯一住房的执行案例。下面，我们分析两则相关案例：

在江苏省连云港市中级人民法院(2018)苏 07 执复 6 号执行复议案中，申请复议人苏某虎提出，涉案房屋为被执行人苏某伟夫妻及其两个幼年子女和复议申请人夫妻以及复议申请人岳母等七个人唯一的居住房屋，假设该唯一住房被无条件的拍卖，将直接导致被执行人苏某伟及其所扶养家属老少四代七口无家可归、损害一家老少四代的基本生存权益。法院应依照上述法律规定，对涉案房屋不予拍卖。法院经审理认为，本案中，被执行人苏某伟未按规定履行生效法律文书确定的义务，申请执行人胡某芹申请拍卖其涉案房产，并在执行过程中同意按照上述法律规定提供住房或者五至八年租金。故一审法院对该房屋进行处置并无不当。苏某虎提出的复议申请理由不能成立，对此不予以支持。

四川省高级人民法院审理的(2019)川执复 287 号执行复议案，复议申请人王某霞主张，其位于成都市成华区站北东街某办公房屋(以下简称涉案房屋)系其婚前购买，同时该房屋为唯一住房，请求法院不要拍卖涉案房屋。原审法院四川省成都市中级人民法院认为，王某霞作为生效判决确定的共同偿还责任人，在未履行判决义务的情况下，执行法院依法拍卖其所有的房屋符合法律规定，其主

张涉案房屋系婚前购买不应执行的理由不能成立。同时，涉案房屋目前由王某霞出租给他人居住，其主张该房屋系唯一住房的理由不能成立。四川省高级人民法院经进一步审理认为，涉案房屋已出租，证明王某霞可能还有其他房屋，但不能证明王某霞必然还有其他房屋。涉案房屋如系其唯一住房，在执行时应按规定保障其基本的生存权利。本案在保障其居住权并给予执行宽限期的情况下，王某霞以涉案住房系其唯一住房主张不得拍卖的理由于法无据，不能成立。

综合上述两则案例，我们可以看到，司法实践中，拟处置的被执行人房屋是否为其唯一住房已经不是执行所考虑的主要因素，只要符合相关法律精神，例如在房款中扣除被执行人今后租住房屋的租金，给予一定的执行宽限期，在此情况下，完全可以执行其唯一住房。此外，如果拟执行处置的房屋属于在裁判主文中所直接确定的交付标的物，或者该房屋系抵押物，债权人有权就此优先受偿的，也属于可以执行的范围。

二、唯一住房如何执行

虽然被执行人名下唯一住房在理论上是可以执行的，但在具体操作过程中还是存在很多困难。比方说，唯一住房的执行往往涉及一个大家庭，被执行人可能上有老下有小，一旦强制执行会有不可控的风险，甚至可能引起社会的不稳定。对此，笔者认为，法院应当完善执行前的评估、加强执行中的力度、落实执行后的安置，建立健全唯一住房的执行规范。

(一)完善执行前的评估

第一，要严格认定“唯一住房”。要认识到，唯一住房是指被执行人及其所扶养家属生活的唯一居住房屋。对于唯一住房的认定务必严格。在实践中，有些情形不宜认定为法律意义上的“唯一住房”，比如：进入诉讼程序后，被执行人因转让其他住房而形成一处住房的；被执行人在城镇虽只有一处住房，但在当地农村有宅基地并自建住房的；被执行人的一处住房用于出租、出借的；等等。

针对在执行过程中“唯一住房”的定义，浙江省高级人民法院于 2014 年专门出台《关于执行程序中执行“一处住房”相关问题的解答》明确，所谓“一处住房”，是指被执行人及其所扶养家属生活的唯一居住房屋；“一处住房”的执行仅限于城镇房屋，农村房屋涉及农村集体土地，小产权房涉及国家政策，应按相关规定执行，不属该解答范畴。同时，人民法院在执行程序中查明有下列情形之一的，不能认定被执行人仅有“一处住房”，应当予以执行：

(1)一审诉讼、仲裁案件立案受理后，被执行人因转让其他住房而形成一处住房的；(2)被执行人在城镇虽只有一处住房，但在当地(县级的市、县、区)农村有宅基地并自建住房的；(3)被执行人的一处住房用于出租、出借的；(4)被执行人及其所扶养家属连续一年以上未居住的；(5)一处住房系执行案件债务所指向的标的物的；(6)其他不宜认定为“一处住房”的情形。而江苏省高级人民法院亦于 2015 年下发《关于执行唯一住房若干问题的通知》，其中对于虽然名义上只拥有一套住房，但不构成法律意义上的“唯一住房”作了规定。

该通知第一条即规定，登记在被执行人名下虽只有一套住房，但有下列情形之一的，人民法院对登记在其名下的“唯一住房”仍可执行：(1)对被执行人有赡养、扶养、抚养义务的人名下有其他能够维持生活必需的居住房屋的；(2)一审诉讼或仲裁立案后，被执行人为逃避债务转让其名下其他房屋的；(3)被执行人在其户籍所在地或拟执行的“唯一住房”所在地农村享有宅基地并自建住房或被执行人享有小产权房等权属上有瑕疵而无法自由流转的住房的；(4)被执行人将其“唯一住房”用于出租、出借或虽未出租、出借，但超过一年无人居住的；(5)被执行人的“唯一住房”系执行依据确定的被执行人应当交付的房屋的；(6)申请执行人按照当地廉租住房保障面积标准为被执行人及所

扶养家属提供居住房屋，或者同意参照当地(县级市、县、区范围)房屋租赁市场平均租金标准从该房屋的变价款中扣除五至八年房屋租金的；(7)其他可以执行的情形。

第二，确定“生活所必需的居住房屋”标准。各个地区的经济发展、生活水平各不相同，如何统一确定生活必需的标准？实践中，很多时候是以唯一住房是否超过当地廉租住房保障面积作为判断是否超过生活必需的标准，笔者认为这是一种比较客观的方法。在计算面积时应以实际居住且被执行人负有赡养、扶养、抚养义务的家属人数为基数。此外，对于处于好地段、高品质的住房即使面积在廉租住房保障面积标准以内，但其市场价值在清偿债权及执行费用后，余额足以按当地平均市场价格购置一套廉租住房保障标准面积住房的，也应视为超过生活所必需。

司法实践中，针对“生活必需住房”的概念，浙江省高级人民法院的相关司法解答认为，下列情形虽属于“一处住房”，但应认为超出“生活所必需”，人民法院可以执行：(1)住房面积超过 80 平方米，或住房面积虽然不到 80 平方米，但超过被执行人及其所扶养家属维持最低生活标准所必需(按当地廉租住房保障相关规定)的住房面积 50%以上的；(2)被执行人及其所扶养的家属共同居住的住房面积超过 60 平方米，且房屋单价高于当地住房均价的 50%以上的。江苏省高级人民法院的相关司法解答认为，是否超过“生活所必需”由各地法院根据经济发展水平自行确定，原则上参照以下标准：(1)面积过大。住房建筑面积达到当地住房和城乡建设部门公布的廉租住房保障面积的 150%的；(2)市场价值过高。住房建筑面积达到当地住房和城乡建设部门公布的廉租住房保障面积且房屋单价达到当地(县级市、县、区范围)住房均价的 150%的。

(二)加强执行中的力度

第一，不惧“老赖”，集中力量强制清退，树立司法权威。部分被执行人原本拥有房产，甚至有多套房产，执行依据生效之后，为逃避债务而转让、转移自己名下的房产，营造“唯一住房”的假象，利用法律规定本身存在的漏洞，以名下只有一套因生活必需的住房为由，为规避执行披上“合法”外衣。在查明事实的情况下，法院可以采取集中清场等强制措施，对被执行人的“唯一住房”进行腾退，保障申请人债权兑现。

第二，加强宣传，执法透明，提升威慑力。对部分重大疑难的“唯一住房”执行案件，可以邀请电视台等媒体现场跟踪报道，实时直播执行画面，并邀请人大代表、政协委员到场见证；执行完毕后，对执行案件进行梳理总结，编写典型案例，对法律和裁判结果进行释明，通过报纸杂志、门户网站以及微信微博等进行宣传，威慑其他心存侥幸的被执行人。

(三)落实对被执行人及所扶养家属的安置

关于“唯一住房”的执行安置，关键在于保障被执行人及所扶养家属在合理期限的居住权，主要可采取两种方式：一种方式是参照当地房屋租赁市场平均租金标准从该房屋的变价款中扣除五至八年租金，提供该租金给被执行人用以解决其居住问题；另一种是为其提供一定期限的租赁用房。

1．关于在房屋变价款中扣除相关租金

司法实践中，关于“扣除的五至八年租金”如何确定，参考上海市高级人民法院 2018 年所作的《上海市高级人民法院执行局、执行裁判庭联席会议纪要(二)》，执行法院应当组成合议庭，并经评议确定“五至八年”的具体年限。同时，应参照当地房屋租赁管理部门提供的信息及市场行情并结合案件具体情况，进行充分评议，确定“当地房屋租赁市场平均租金标准”。此外，该会议纪要还列出了具体的计算公式：申请执行人同意参照当地房屋租赁市场平均租金标准从房屋变价款中扣除五至八年租金的，计算租金时应当分别确定被执行人及所扶养家属的人数、当地廉租住房保障面积标准

以及当地房屋租赁市场的平均租金标准，即计算公式为：租金(元)＝被执行人及所扶养家属的人数(人)×当地廉租住房保障人均面积(平方米/人)×当地房屋租赁市场的平均租金(元/平方米)。

2．关于为被执行人及所扶养家属提供一定期限的住房

执行唯一住房案件时，拍卖变卖前宜先妥善解决好被执行人及所扶养家属的临时住房问题。提供的临时住房面积应不低于当地廉租住房保障规定所确定的人均标准。实践中，建议可采取以下方式：一是由申请执行人提供临时住房，使用期限不低于六个月；二是由被执行人自行租房，申请执行人先行垫付不低于一年的租房费用。上述两种方式产生的租金或费用从房产拍卖款中优先提取。

目前，很多地区法院都各自摸索出了一套行之有效的执行策略。比如，上海市闵行区人民法院为此设立了“周转房”制度，该制度是闵行区法院为破解唯一住房执行难所引入的新概念，其内容包含三点：一是房屋产权属于法院及当事人之外的第三人，且该第三人具备随时订立民事合同的主体资格，通常情况下该第三人为组织；二是周转房在建筑结构上具有面积小、功能比较齐全、能够满足一个家庭基本生活需要的特点；三是周转房的租金一般尽可能低廉，交通尽可能便利，且房源供应比较及时充分。通过为被执行人提供周转房的方式，在尽可能减少其心理抵触情绪的同时，也能照顾到被执行人的基本人权。

【法律建议】

被执行人所拥有的房产，作为较有价值的财产，其能否变现后偿还执行申请人的债权，很多时候意味着执行案件能否取得较好的效果。当被执行人仅有一套房屋的情况下，如何做到既保护执行申请人的合法权益，又兼顾到被执行人及所扶养家属的生存权利，是实践中所值得探讨的一个问题，具体而言有如下建议：

1．开展法制宣传，形成社会共识

可以选取具有代表意义的“唯一住房”执行案件，通过电视台等媒体，就执行过程跟踪报道，并邀请法官现场说法，让全社会对于“唯一住房”可以执行、如何执行有普遍的共识，打消“老赖”想钻法律空子的念头。同时，可编写典型案例，通过传统纸质媒体、互联网媒体等进行宣传，营造全社会知法守法的良好氛围。

2．加强执行引导，督促被执行人积极配合

应由执行法官对被执行人加强制度宣传，对于积极配合的被执行人在制度内予以鼓励。2019 年 11 月 5 日，北京市高级人民法院执行局局长座谈会就“唯一住房”的执行就谈到，被执行人只有一处住房的，不构成豁免执行的事由，执行法院应当积极推进处置工作。处置中，告知被执行人将视其配合腾退的态度和进展，决定为被执行人及其所扶养家属保留租金的年限，以督促其自动履行。

3．摸清被执行人状况，有效采取执行措施

如果被执行人还有其他可供执行的财产，一般应当优先处置其他财产。只有当被执行人仅有“唯一住房”可供执行的，才应当对此采取执行措施。在执行前，应当了解清楚被执行人及所扶养家属的生活状况，如是否有生活不便的老人、长期卧床的病人等居住在内等。如果执行其唯一住房确实可能造成其生活不利影响的，则应当进行妥善处置。在制订好详细执行方案后，如果在清场过程中遇到阻碍的，则法院应对阻挠人员进行司法惩戒，树立司法权威，保障执行申请人的债权兑现。

4．合理安置房屋，保障被执行人后续生活

被执行人及所扶养家属的生活若得不到有效安置，则极易引发社会问题，这也是一直以来“唯一住房”执行难的关键。虽然相关司法解释规定，在房屋变价款中直接扣除一定年限的租金，即可对“唯一住房”进行执行，但笔者认为，还是应当为被执行人及所扶养家属找到合适的居住用房为宜。若简单地将预扣的房屋租金发放给被执行人，仍然无法解决其现实的生活问题。因此，应当在执行前，预先设计好下一步的过渡居住方案，切实保障被执

行人的生存权利。

【作者简介】

施磊，华东政法大学法律硕士。曾在上海区级人民法院、中级人民法院从事近十年的民商事审判，善于解析疑难复杂案件，处理了大量法律关系复杂、具有社会影响力的案件。其热衷于司法实务研究，撰写的调研文章多次发表于司法审判刊物。其屡获上海法院系统立功、嘉奖，并曾获上海市闵行区“新长征突击手”。

施磊现为上海邦信阳中建中汇律师事务所合伙人，其在律师执业期间专注于金融、商事争议解决及不良资产处置等法律领域，为各大金融机构及知名企业提供优质的法律服务。

六、社会新闻

北京市老年人委托代理与监护服务试点工作启动

2020-03-10 北京扶老助残基金会

https://mp.weixin.qq.com/s/DzqX4JHVj3CisfPukVm9YA

为深入贯彻落实《中华人民共和国老年人权益保障法》《中华人民共和国民法总则》及《国务院办公厅关于推进养老服务发展的意见》（国办发【2019】5 号），积极应对人口老龄化，建设完善养老服务体系，满足北京市老年人尤其是特殊家庭老年人日益突出的委托代理及监护服务需求，切实保障老年人的合法权益，北京市民政局联合北京市高级人民法院、北京市公安局、北京市司法局、北京市人力资源和社会保障局、北京市卫生健康委员会、北京市医疗保障局共同发布《关于开展老年人委托代理与监护服务试点工作的通知》（京民养老发【2020】21 号）（以下简称《通知》），并由市民政局委托北京扶老助残基金会作为试点期间的试点单位。

北京市民政局
北京市高级人民法院
北京市公安局
北京市司法局 文件
北京市人力资源和社会保障局
北京市卫生健康委员会
北京市医疗保障局

京民养老发〔2020〕21 号

关于开展老年人委托代理与监护服务试点工作的通知

东城区、西城区、朝阳区、海淀区民政局、人民法院、公安分局、司法局、人力社保局、卫健委、医保局：

为深入贯彻落实《中华人民共和国老年人权益保障法》《中华人民共和国民法总则》及《国务院办公厅关于推进养老服务发展的意见》（国办发〔2019〕5 号），积极应对人口老龄化，建设完

—1—

善养老服务体系，满足我市老年人尤其是特殊家庭老年人日益突出的委托代理及监护服务需求，切实保障老年人的合法权益，现在我市开展老年人委托代理与监护服务试点工作，重点对特殊家庭老年人的委托代理与意定监护服务进行探索与实践。现将有关事项通知如下：

一、总体思路

认真贯彻落实党的十九大和十九届二中、三中、四中全会精神，以习近平总书记对老龄工作的指示精神为指导，加强养老服务体系建设，加大服务监督力度，保障老年人合法权益，重点解决特殊家庭老年人在无子女或子女不具备赡养能力的情况下，由于身体和智力的衰退所带来的生活照料、身心保护、财产管理、法律行为代理等问题，保障老年人能够按照自己的意愿有尊严、有质量地安度晚年生活，共享社会发展成果。

二、试点范围

（一）服务对象

本市户籍无赡养人或赡养人不具备赡养能力的老年人，或因特殊原因处于监护困境的老年人，由老年人或其利害关系人提出申请，经评估符合试点条件后纳入服务范围。

（二）试点地区

东城区、西城区、朝阳区、海淀区。

（三）试点单位

市民政局通过招投标形式委托北京扶老助残基金会作为试点期间的试点单位。

三、试点任务

—2—

（一）明确各监护类型及委托代理服务的实施路径。试点对《民法总则》中规定的法定顺序监护、指定监护、遗嘱监护、临时监护、意定监护、居（村）民委员会、民政部门担任监护人等各种监护形式及委托代理服务提供服务支持，明确范围、规范文本、细化操作、组织实施，指导我市各居（村）民委员会、各级民政部门开展老年人监护服务，组织引导个人和有委托代理与监护服务资质的社会组织参与老年人监护服务，为老年人确定委托代理与监护关系提供服务支持。（责任部门：市民政局、市司法局、市高级人民法院）

（二）构建跨生命周期服务体系。试点以政策法规为依据，以服务为核心，以金融为保障，构建“法律确权、金融保障、养老+托养服务”的跨生命周期服务体系，形成严谨的服务闭环，开展委托代理与意定监护服务，切实满足老年人实际需求。同时，使老年人在具备完全民事行为能力阶段、丧失完全民事行为能力阶段和死亡阶段三个生命周期得到连续性的综合服务。（责任部门：市民政局）

（三）探索建立规模化、信息化服务平台。市民政局委托试点单位建设管理“委托代理与监护服务中枢平台”。平台应包含：委托代理与监护服务、法律服务、资产管理、养老服务、托养服务、医疗服务、护理服务、殡葬服务、慈善公益、登记管理等子平台，并制定行业准入标准、培训考核规定、资质认证体系、遴选办法、监督考核制度等，利用试点经验探索标准化、规模化服务框架。试点期结束后，试点单位作为平台管理方负责服务培训、考核及“委托代理与监护服务专业资质”认证工作，协助市民政

—3—

局开展委托代理与监护服务组织遴选工作。获得“委托代理与监护服务专业资质”的社会组织，方可参与委托代理与监护服务组织遴选。（责任部门：市民政局）

（四）完善老年人民事行为能力认定机制。针对申请宣告老年人丧失完全民事行为能力的，以审判机关认定民事行为能力程序为基础，提出为老年人进行该项服务的举措，鉴定机构根据法院的委托，依法依规、客观公正地配合法院开展鉴定工作，为老年人提供科学、高效、便捷的民事行为能力认定服务。（责任部门：市高级人民法院、市司法局）

（五）建立医疗、死亡相关事务的代办机制。一是建立具有委托代理与监护服务资质的服务组织在服务对象紧急救护、特殊检查、重大手术、住院等代为签字和办理相关手续的可行路径。二是建立具有委托代理与监护服务资质的服务组织代为办理医疗保险相关业务的可行路径。三是建立具有委托代理与监护服务资质的服务组织在服务对象死亡后办理死亡证明，办理火化等殡仪殡葬事务，申报死亡和注销户口登记的可行路径。（责任部门：市民政局、市卫生健康委、市公安局、市医保局）

（六）开展委托代理与监护登记管理工作。市民政局协调各部门进行信息登记与共享，委托试点单位开展老年人委托代理与监护服务登记管理工作，归集、变更、使用和管理相关信息，加强对老年人人身财产权益的有效保护。归集、共享的信息包括：服务对象的委托代理和监护服务的基本信息和服务组织的基本信息；服务对象确认、变更和终止监护关系的相关信息；服务对象的社会保险信息（含养老保险、工伤保险、失业保险等）；服务对

象的医疗保险信息。（责任部门：市民政局、市高级人民法院、市公安局、市人力社保局、市规划自然委、市医保局）

（七）建立老年人委托代理与监护监督机制。一是建立老年人委托代理与监护监督制度，明确监督主体、职责、内容、规范，对委托代理与监护行为进行信用信息管理与联合奖惩，褒扬诚信、惩戒失信，促进具有委托代理与监护服务资质的服务组织依法守信实施委托代理与监护服务，保护老年人合法权益。二是建立各部门协同合作、全社会共同参与的社会监督体系，共同实施对老年人委托代理与监护服务的监督。（责任部门：市民政局、市高级人民法院、市司法局）

四、工作要求

（一）明确责任、落实任务。老年人委托代理与监护服务试点工作事关我市广大老年人的人身财产安全与生活保障，请各试点区相关部门从老年人切身利益出发，明确责任、落实任务，精心组织好、安排好、部署好各项试点工作，制定出本部门试点任务实施方案与时间进度安排表，确定任务执行部门与责任人、联络人，并报市民政局。

（二）开展监护普法宣传教育。鉴于当前成年人监护相关法律比较新，社会知晓率低，试点期间将集中开展普法宣传教育，通过普法讲座、自媒体、短视频、宣传手册、宣传单页、专线咨询电话等方式，在老年人中开展专项普法宣传活动，普及老年人监护相关法律概念。请各试点区相关部门积极配合试点工作，加大对监护法律知识的宣传教育，全面提升老年人对监护的认识与了解。

（三）组织专项业务培训。各级民政部门、街道（乡镇）、居（村）民委员会工作人员、各部门的相关业务工作人员，需组织专项业务培训，内容包括老年人监护制度法律法规、政策；老年人监护关系确立、变更、撤销程序；老年人监护制度中的民政部门职能；监护纠纷调解与处理技巧等。

（四）做好需求摸底排查。各试点区民政局要对本区域的特殊家庭老年人进行摸底排查，全面深入了解特殊家庭老年人委托代理与监护服务需求，按要求填写相关实际情况，在本通知下发之日起 2 个月内将本区特殊家庭老年人《北京市特殊家庭老年人委托代理与监护服务需求调查表》（见附件）报送至试点单位（邮箱：sunhe@bjfed.org）。对于具备试点条件的，视当事人需求协助联络试点单位，经评估符合试点条件后纳入服务范围。

附件：北京市特殊家庭老年人委托代理与监护服务需求调查表

北京市民政局　　北京市高级人民法院

北京市公安局　　北京市司法局

北京市人力资源和社会保障局　　北京市卫生健康委员会

北京市医疗保障局

2020 年 2 月 [illegible] 日

北京市民政局办公室　　2020 年 2 月 20 日印发

附件

北京市特殊家庭委托代理与监护服务需求调查表

北京市（　　）区　　第（　　）户　　（　　）年（　　）月（　　）日填写

男		女	
姓名		姓名	
年龄	（　　）岁	年龄	（　　）岁
家庭住址		家庭住址	
联系电话		联系电话	
自理能力	□自理　□半自理　□不自理	自理能力	□自理　□半自理　□不自理
是否失智	□是　□否	是否失智	□是　□否
退休收入	（　　）元	退休收入	（　　）元
特殊家庭类别：			
□失独家庭　□全部子女属智力残疾家庭　□未生育未收养子女家庭　□重度空巢家庭（子女移民）			
住房情况	□租房（含公租房）　□自有住房　□ 入住养老院　□其他		
自有住房情况：			
房产数量	□一套　□两套　□三套及以上		
住房面积	全部自有住房面积共计（　　）平米		
产权属性	□商品房　□央产房　□军产房　□小产权房　□其他（注明：　　）		
当前被调研对象的监护人情况：			
您法定监护人中有能力也有意愿承担监护职责的人有（可多选）：□配偶　□父母　□成年子女　□其他近亲属。（其他近亲属指兄弟姐妹、孙子女、外孙子女）			
您当前是否已有意定监护人选：□是　□否			
您是否已与意定监护人选办理意定监护协议公证：□是　□否			
被调研对象当前的监护状态、委托代理与监护服务需求说明：			
填写说明：			
1. 请认真阅读，完整填写，确保所填信息真实有效； 2. 孤寡老人只填本人个人信息及完整家庭信息，另一位“姓名处”注明“无”。			

—8—

《通知》本着“重点解决特殊家庭老年人在无子女或子女不具备赡养能力的情况下，由于身体和智力的衰退所带来的生活照料、身心保护、财产管理、法律行为代理等问题，保障老年人能按照自己的意愿有尊严、有质量地安度晚年生活，共享社会发展成果。”的总体思路，围绕七大工作任务：“一、明确各监护类型及委托代理服务的实施路径。二、构建跨生命周期服务体系。三、探索建立规模化、信息化服务平台。四、完善老年人民事行为能力认定机制。五、建立医疗、死亡相关事务的代办机制。六、开展委托代理与监护登记管理工作。七、建立老年人委托代理与监护监督机制。”展开试点工作。服务对象包括北京市户籍无赡养人或赡养人不具备赡养能力的老年人、因特殊原因处于监护困境的老年人，由老年人或其利害关系人提出申请，经评估符合试点条件后纳入服务范围。

北京扶老助残基金会将同各试点区相关业务部门按照《通知》要求认真落实各项工作，包括开设服务窗口现场咨询、进行老年人监护普法宣传教育、开展老年人民事行为能力评估、建立老年人监护登记与管理机制、提供监护人侵权的发现与报告服务，提供监护服务以及监护过程的法律服务等，切实保障老年人合法权益，圆满完成试点期间工作。

江西构建侵害妇女儿童案件快速办理机制——省检察院与省妇联联手保护妇女儿童权益

2020-03-11 江西女性

https://mp.weixin.qq.com/s/ifMXp63ftL5Er2dpQTIikg

日前，江西省人民检察院、江西省妇联联合出台《关于建立推动妇女儿童权益保护工作合作机制的通知》，落实最高检和全国妇联的相关要求，进一步充分发挥检察机关和妇联组织的职能优势，共同加强全省妇女儿童权益保护工作。

据了解，江西是全国率先出台这一通知的省份。通知重申和强化了国家层面的要求，提出了关于妇女儿童权益保护工作合作机制的目标任务，具体包括：严惩侵害妇女儿童权益犯罪，切实保障妇女儿童合法权益。推进完善未成年人司法保护社会支持体系，实现专业化办案与社会化保护配合衔接，为儿童权益提供全方位司法保障。落实妇女儿童保护相关法律规定，促进制度完善，推动妇女儿童权益保护社会治理体系和治理能力现代化建设。

对照最高检和全国妇联出台的通知，我省在具体要求上有不少新的突破，包括——

建立侵害妇女儿童案件快速办理机制。对严重侵害妇女儿童合法权益的案件，尤其是性侵未成年人的案件，坚持快捕快诉，原则上不得延长羁押期限或退回补充侦查。检察机关在作出实体性决定后 3 个工作日内，以书面形式将处理结果向同级妇联组织反馈；

检察机关在办理侵害妇女儿童权益的案件中要加大诉讼监督力度，对妇联移送的线索或案件，加强对公安机关的立案监督和侦查活动监督；对法院判决确有错误的案件，尤其是量刑畸轻的案件，要依法抗诉；

检察机关在办理涉及妇女儿童权益保护案件或涉及妇女儿童的信访工作中，可以邀请妇联组织共同参与案件听证及矛盾化解工作；

建立联合报告制度。对侵害妇女儿童合法权益的重大案件，检察机关要主动向同级党委政法委报告，对一些涉及面广、系统性强的问题，检察机关和妇联组织可以联合向同级党委政府报告；

建立工作会商机制。每年至少召开一次工作联席会议，对涉及妇女儿童权益保护突出问题、疑难问题调研分析，对重大案件及时会商，联合开展与公安、教育、卫建、民政等相关部门的沟通协调，在侵害未成年人信息强制报告、未成年被害人“一站式”救助方面形成制度机制；

建立典型案件发布机制。省、市两级检察机关要在保障被害人隐私前提下，有针对性地发布本地侵害妇女儿童权益的重大典型案例，发挥典型案例的指导作用，并及时向同级妇联组织通报；

同时，通知还要求——

检察院和妇联组织发挥各自优势，加强资源整合和工作联动。检察机关发挥专业优势，提升法治宣讲深度。妇联借助组织网络优势，发挥法律明白人、村儿童主任和村妇女小组长的作用，发挥女法协、宣讲团、志愿者等团队力量，提升法治宣讲广度。

今年 1 月，最高人民检察院联合全国妇联下发《关于建立共同推动保护妇女儿童权益工作合作机制的通知》，要求检察机关与妇联组织强化合作，加强侵害妇女儿童权益犯罪的惩治打击，推动未成年人司法保护社会支持体系建设，促进妇女儿童保护法律体系健全完善。

党的十九届四中全会决定明确提出，完善党委领导、政府负责、民主协商、社会协同、公众参与、法治保障、科技支撑的社会治理体系。《通知》所构建的妇女儿童权益保护联动机制，是检察机关和妇联组织落实党的十九届四中全会精神的创新实践，该机制的构建将有力推动妇女儿童权益保护社会治理体系和治理能力现代化建设。

来源：省妇联权益部

编辑：小敏

证人庭审中做假证 法官当场揭穿谎言
紫阳法院对一起案件证人开出千元“伪证罚单”

2020-03-11 西安晚报陕西新闻

https://www.toutiao.com/a1660859340377091/

3 月 10 日，紫阳法院就对在一起离婚纠纷案件过程中提供故意虚假证言的一名证人作出罚款 1000 元的处罚决定。

3 月 10 日，紫阳法院毛坝人民法庭在审理一起离婚纠纷案件中，因原、被告对夫妻共同债务存在争议，被告方申请其弟出庭作证。庭审中，证人邹某陈述曾向被告出借 3 万元，其中通过银行转帐 1 万元，微信转账 2 万元。 法庭立即通过证人手

机进行核查转账记录，发现微信里没有向被告转账 2 万元的记录，当即拆穿了其谎言。

邹某承认是因为担心案件处理结果不利于被告，才一时糊涂作了虚假陈述，通过法庭教育，也认识到作伪证的严重后果，表示愿意接受法律的处罚。鉴于邹某承认了错误，且认错态度较好，法院决定对其予以罚款 1000 元。邹某当庭将上述罚款交至法院。

我国《民事诉讼法》明确规定，证人应据实陈述，不得提供虚假证言。若违反此规定，人民法院可以根据情节轻重予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。因此，证人在出庭作证时，应当如实陈述，切勿作虚假证言，否则将承担相应法律责任。

文/图 西安报业全媒体记者张松 通讯员黄睿

广州公检法：民间借贷、离婚析产等是虚假诉讼高发案类型

2020-03-12 羊城晚报•羊城派

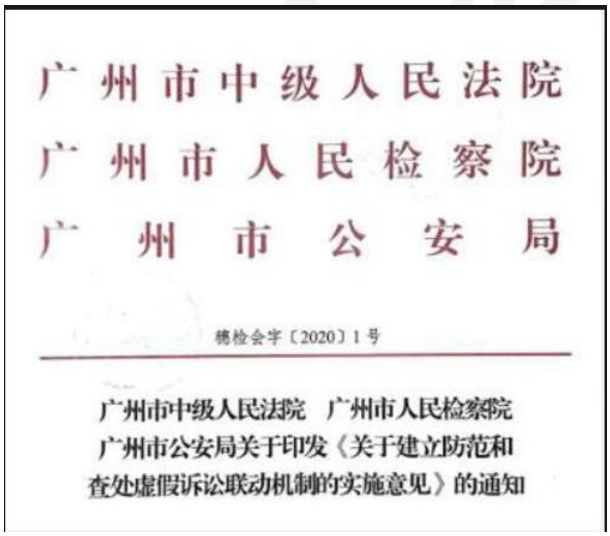
https://ycpai.ycwb.com/amucsite/pad/index.html?from=singlemessage&isappinstalled=0#/detail/698355?site2

《意见》涵盖了虚假诉讼案件的审查重点、线索移送、案件协查、监督惩戒等多个方面的内容

董柳：羊城晚报全媒体记者

文、图/羊城晚报全媒体记者 董柳 通讯员 穗检宣

3 月 12 日，记者从广州市人民检察院了解到，近日，由广州市人民检察院牵头，联合广州市中级人民法院、广州市公安局共同出台了《关于防范和查处虚假诉讼联动机制的实施意见》。


广州市中级人民法院
广州市人民检察院
广州市公安局

穗检会字〔2020〕1 号

广州市中级人民法院 广州市人民检察院
广州市公安局关于印发《关于建立防范和
查处虚假诉讼联动机制的实施意见》的通知

《意见》共十九条，涵盖了虚假诉讼案件的审查重点、线索移送、案件协查、监督惩戒、信息共享、联席会议等多个方面的内容，为有效惩防虚假诉讼提供了重要抓手，构建起了广州市司法机关打击虚假诉讼的长效协作机制。

《意见》对虚假诉讼的概念作出了明确，即虚假诉讼是指民事诉讼当事人或其代理人采取伪造证据、虚假陈述等手段，捏造民事法律关系、虚构民事纠纷，向人民法院提起民事诉讼，以及向人民法院申请执行基于捏造的事实作出的仲裁裁决、公证债权文书，或者在民事执行过程中以捏造的事实对执行标的提出异议、申请参与执行财产分配等妨碍司法秩序、损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益的行为。

根据《意见》的相关规定，检察机关经审查发现正在审理过程中的民事案件存在虚假诉讼的，应当前移监督关口，及时函告审理案件的法院；发现已经生效的民事案件存在虚假诉讼的，应当依法灵活采取抗诉或再审检察建议的监督方式，并建议法院对该案中止或终结执行；若检察机关经审查发现法院对多起虚假诉讼案件的审理、裁判等存在相同或类似错误的，可向同级法院提出类案监督检察建议，改进了检察机关对虚假诉讼的监督方式，丰富了监督类型。

此外，《意见》还明确了防范和查处虚假诉讼

的三方面重点内容：

一是明确高发案件类型，将民间借贷、离婚析产等列为高发案件领域，强调司法机关在上述案件办理过程中要加大证据审查和依职权调查取证力度，聚焦重点，精准打击；

二是加强协同作战，对公安机关、检察院、法院之间线索移送、情况通报、处理结果反馈、案件协查、信息共享、预警研判等事项作出了具体规定，明确了各方在查办虚假诉讼案件中的责任与分工；

三是加大打击力度，除法院应对虚假诉讼行为人采取罚款、拘留等惩戒措施以外，法院、检察院认为虚假诉讼行为人涉嫌犯罪的，还应依法移送公安机关追究刑事责任，通过明确责任追究方式，对相关人员进行有力震慑。（更多新闻资讯，请关注羊城派 pai.ycwb.com）

来源 | 羊城晚报·羊城派
责编 | 曾敏妍

因丈夫宠爱养女内心失衡加以虐待 妻子获刑

2020-03-19 中国法院网 余建华 萧法

https://www.chinacourt.org/article/detail/2020/03/id/4856703.shtml?from=singlemessage

中国法院网讯（余建华 萧法） 因觉得 5 岁的养女受丈夫关爱，妻子备感“失宠”，便趁丈夫外出后偷偷虐待孩子。今天，浙江省杭州市萧山区人民法院一审以虐待罪判处被告人冯某拘役六个月；以故意伤害罪判处其有期徒刑三年四个月；两罪并罚，决定执行有期徒刑三年四个月。

2019 年 6 月 12 日早上，于某、冯某夫妻俩带着女儿月月来到了浙江某儿童医院。月月身上有多处烫伤，疼得直流眼泪。经鉴定，月月全身Ⅱ0 以上烧烫伤面积达 31.5%，损伤程度已构成重伤二级。

医院护士发现月月身上除了烫伤以外，脚底、大腿处还有像针扎过似的小孔，马上向医院保卫科反映情况，并报了警。

“因为月月不听话我打过她几次，用镊子扎过她。”面对民警的调查，养母冯某表示会因为月月淘气教训她，但否认此次烫伤是自己所为，“是月月自己跑进了卫生间洗澡，我听到动静才进去，那时月月已经被热水烫伤了，还起了水泡。”

随后，民警又赶到事发现场，发现冯某家里的热水器开关位置较高，以月月的身高，是无法碰触到的。

“妈妈用热水烫我，我想逃出去，她就站在门口不让我逃，还用脚踢我。”月月的烫伤好转些后，跟调查的民警说，“叔叔，我怕！妈妈还会用胶带堵我的嘴，用绳子绑我的手，还不让我告诉爸爸。”

面对月月的指控，冯某无言以对，终于坦白交代。

于某和冯某自 2011 年结婚后一直未能生育。2019 年初，夫妻俩经商量，领养了于某亲戚家的孩子月月。同年 3 月，月月跟于某、冯某夫妻俩一起生活。

月月是个性格开朗、乖巧懂事的孩子，平时对于某和冯某也以“爸爸”“妈妈”相称。于某特别宠爱月月。可在冯某看来，有了月月之后，丈夫的注意力大都转移到了月月身上，对自己没有原来那么关心。这让敏感的冯某心里有了落差……

2019 年 5 月至 6 月，冯某经常趁丈夫出门后，偷偷地用镊子扎月月的大腿、脚底板等较隐蔽部位。如果月月反抗，冯某就会用鞋带绑手、胶带封嘴、罚站等方式“惩罚”月月。事后，还会威胁月月不准告诉于某。

“爸爸，妈妈打我。”某天夜里，月月悄悄地在于某耳旁说道。但是于某将这句话当做小孩子的

玩笑话，并未放在心上。

萧山法院审理后认为，被告人冯某虐待家庭成员，情节恶劣，又故意伤害其养女身体导致重伤，已构成虐待罪、故意伤害罪。对被告人冯某应两罪并罚。被告人冯某归案后如实供述了自己的罪行，根据其认罪态度和犯罪情节，遂依法作出上述判决。

七、媒体视点

与立法相伴前行：七十年来的婚姻家庭法学研究

2020-02-25 法学在线　薛宁兰

http://article.chinalawinfo.com/ArticleFullText.aspx?ArticleId=111677&listType=1

【法宝引证码】CLI.A.0111677

【学科类别】婚姻、家庭法
【出处】《暨南学报（哲学社会科学版）》2019 年第 10 期
【写作时间】2019 年

【中文摘要】为立法提供理论支持和对策建议是中国婚姻家庭法学研究的特色。从 1950 年《婚姻法》到 1980 年《婚姻法》，再到 2001 年婚姻法修正案，以及新近民法典婚姻家庭编撰，学界在婚姻家庭法与民法关系、夫妻财产制结构、裁判离婚标准三个议题上的学说演进与对策建议，对立法产生了积极影响。后民法典时代的婚姻家庭法学研究挑战与机遇共存。民法思维与研究范式的全面浸入是不可避免的趋势，与此同时，婚姻家庭法学研究应当对社会进步与发展进程中出现的新现象和问题做出积极回应。

【中文关键字】婚姻家庭立法；婚姻家庭法与民法之关系；夫妻财产制结构；裁判离婚标准

【全文】

七十年来的婚姻家庭立法与研究

新中国的婚姻家庭法学学科形成于 20 世纪 50 年代初。经过 60 年代中期至 70 年代中期的停滞后，在 1978 年以来的四十年间，伴随社会体制转型、市场经济深化、民众婚姻家庭观念转变，得到长足发展。

新中国成立之初继承革命根据地时期立法传统，同时受到苏联民事立法体例和民法理论影响，将婚姻家庭法与民法相分离，使其成为独立法律部门。1950 年，在中国民法典尚未出台之 际，国家率先颁布实施《婚姻法》（以下简称“1950 年《婚姻法》”）。这部法律因此成为共和国法律大家庭的“头生子”。1950 年《婚姻法》对新中国婚姻家庭法学体系的形成起到重要的纲领性作用，当时一些大学编写出版的婚姻法教材，基本依照这部法律的体例编排。通过对 1950 年《婚姻法》 的宣传、研究与教学，婚姻家庭法学渐次成为独立于民法学科的法学分支学科。

1978 年以来，国家推行改革开放、依法治国方略，为婚姻家庭法学研究关注社会转型和民众婚姻家庭观念转变，以学术语言和规范探讨理论问题注入新的发展动力。1980 年，国家以新《婚姻法》取替 1950 年《婚姻法》，其后相继颁行《继承法》（1985）和《民法通则》（1986）。

20 世纪 90 年代，伴随国家法制建设步伐，婚姻家庭法学研究全面深化，一批质量较高的论著相继问世。1990 年，中国法学会婚姻法学研究会提出修改《婚姻法》动议。十年间，一些专家参与国家修法活动并提出婚姻法修改草案试拟稿，更多学者展开修法对策研究，法学界与社会学界还就婚姻法修改中的热点难点问题展开规模空前的世纪之交大讨论，展示出法学研究为国家立法提供理论支持和对策建议的强大应用功能！

2001 年底，在《婚姻法》修正案实施半年后，传来立法机关第一次审议《中华人民共和国民法（草案）》消息。中国法学会婚姻法学研究会在京

专家再次接受全国人大常委会法制工作委员会委托，于 2002 年 4 月提交婚姻家庭（亲属）编专家建议稿。新千年来的民法典起草活动再次将婚姻家庭法学研究推向新阶段。

2011 年，中国特色社会主义法律体系形成。在中国特色法律体系中，婚姻家庭法历史性地回归民法部门。2014 年党的十八届四中全会《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出编纂民法典，拉开新中国成立以来第五次编撰民法典序幕。婚姻家庭法制由此从制度化和体系化阶段，步入法典化阶段。到 2020 年，现行《婚姻法》《收养法》将成为中国民法典婚姻家庭编的有机组成部分。

紧随经济社会发展步伐，为国家法制建设提供理论支撑，贡献智识，是七十年来婚姻家庭法学研究的突出特色。本文以新中国不同发展阶段为背景，以婚姻家庭法制建设为线索，撷取婚姻家庭法与民法之关系、夫妻财产制结构之演进、裁判离婚标准之选择与细化三个议题，梳理同一议题的不同阶段学说，勾勒概括与立法如影相随的婚姻家庭法学研究的主要贡献与发展脉络，站在新的历史起点上展望未来之婚姻家庭法学研究。

夫妻财产制结构之演进

夫妻财产制是婚姻家庭法调整的身份财产关系在夫妻关系中的集中表达。它不只是一国有关夫妻财产所有权问题的法律制度，还包含夫妻对婚前或婚后所得财产的管理、债务清偿，以及婚姻关系终止时的财产分割等内容。近现代以来，伴随社会进步与市场经济发展，婚姻家庭立法的中心逐渐从亲属身份关系向亲属财产关系倾斜，夫妻财产制在婚姻法律制度中的位置日显重要。

（一）两部婚姻法确立的夫妻财产制结构

新中国夫妻财产制结构的演进，集中体现在二部婚姻法中。1950 年《婚姻法》关于夫妻财产制的规定相当简约，即“夫妻双方对于家庭财产有平等的所有权与处理权。”（第十条）首先，它用“家庭财产”代言“夫妻财产”；其次，它从男女权利平等角度强调夫妻双方对家庭财产有平等的权利，既未点明实行何种类型的法定夫妻财产制，也未见到约定夫妻财产制的影子。以今天眼光看，很难说它是有关夫妻财产制的规定。由本条立法解释对“家庭财产”范围的阐释可见，学理上可以将 1950 年《婚姻法》确立的法定夫妻财产制类型归为一般共有制，并且，立法解释赞同夫妻间在平等自愿基础上对家庭财产做出约定。1950 年《婚姻法》确立的夫妻财产制结构之单一，内容之简略，与当时中国社会所处的经济发展阶段基本相符，夫妻财产制因此也不是当时学界关注的议题。

对 1950 年《婚姻法》规定的学理解读体现在三方面：一者认为，当时实行夫妻财产的一般共同制，既充分考虑到中华民族的传统习惯，又体现了这部法律确立的男女权利平等和夫妻在家庭中地位平等原则。二者认为，这部婚姻法非常重视对妇女权益的保护，以对婚姻中弱势一方利益的保障为立足点，故而本条立法目的“不在于‘分权’而在于确权，因此也就没有必要详细规定夫妻财产制”。三者认为，推行和倡导婚姻自由、男女平等是 1950 年《婚姻法》的主旋律。本条是从男女平等角度出发，强调夫妻双方对家庭财产有平等的权利。“此种立法模式既有传统上家庭为‘同居共财’实体的历史影响，也是当时生活普遍贫困，家庭财产关系相对简单的现实写照。”

1980 年《婚姻法》对夫妻财产制的规定依旧只一个条文，但其内容有相当大改变和扩充。第十三条规定：“夫妻在婚姻关系存续期间所得的财产，归夫妻共同所有，双方另有约定的除外。夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权。”从本条字面意思便可做出我国夫妻财产制由法定夫妻财产制和约定夫妻财产制构成的判断。在用语上，本条克服原《婚姻法》模糊不清的表述，以“夫妻共同财产”取代“家庭财产”，并将夫妻共同财产的边界确定为夫妻一方或双方在“婚姻关系存续期间所得的财产”。对于约定财产制与法定财产制的关系，本条

表述表明，约定财产制在当时居于补充地位。尽管这与民法约定优先于法定适用的原理不相一致，但符合长期以来民众普遍对夫妻财产制无约定习惯的实际。1980 年《婚姻法》确立以法定财产制为主、辅之以约定财产制的夫妻财产制结构。

（二）完善夫妻财产制结构的建议与修法

1978 年以来，我国进入改革开放，迈向现代化国家的社会转型时期。经济体制改革带来社会生产力高度发达和人民生活水平空前提高。从农村家庭承包责任制的实行，到个体经济、私营经济等非公有制经济法律地位的确立，家庭的社会生产职能得到历史性回归，个人拥有的物质财富从数量到种类空前丰富。家庭财产制尤其是夫妻财产制的法律地位日益凸显。

日益复杂多样的家庭财产关系向立法提出巨大的制度供给需求，1980 年《婚姻法》对夫妻财产制规定过于简约的缺失也开始显现。在学界提出修改婚姻法动议下，重构我国夫妻财产制成为一时呼声。学者们主张重构我国夫妻财产制必须符合国情，既要立足于当下实际，又能对未来一段时期可能出现的情况有恰当估计，使立法具有一定的前瞻性。还有些学者从保障民事交易安全角度，提出完善夫妻财产制建议。学界建议体现在四方面：

（1）关于法定财产制类型选择及其完善。主流观点认为，我国宜继续实行婚后所得共同制。对其缺陷可通过增设夫妻个人特有财产制度，适当缩小夫妻共同财产的范围予以弥补，即实行有限制的婚后所得共同制。也有个别学者建议，我国法定财产制类型应采用劳动所得共同制，男女婚后一方或双方劳动所得归夫妻共同所有，非劳动所得的财产，如继承、受赠的财产，个人婚前财产的孳息等属于夫妻一方个人财产。学者们还对司法解释有关夫妻财产所有权按期限转化的规定提出质疑，认为它对“以夫妻财产为标的或 夫妻财产利益为指向的民事交易的安全，构成重大威胁”。它还与物权、所有权的特征相悖，不符合所有权取得的一般原理，也与我国不动产所有权变动的现行立法相抵触。

（2）强化约定财产制在夫妻财产制中的地位。建议立法采用授权性规范，允许婚姻当事人对夫妻财产制作出约定；明确约定财产制与法定财产制具有同等法律地位，并且约定具有优先于法定适用的效力。还应细化约定财产制的内容，对约定的时间、有效条件、成立的程序、效力、变更与终止等予以补充。为避免恶意利用约定财产制逃避应以夫妻共同财产清偿债务的可能性，需建立约定财产制的登记制度。

（3）进一步明确夫妻共同债务与个人债务的界限。学者认为 1980 年《婚姻法》第三十二条有关债务的规定过于笼统、原则，不能适应日益复杂的实践需要。建议“从立法上监控夫妻一方单独 巨额举债的行为”。“既要防止配偶一方与债权人恶意串通，借离婚骗取夫妻共同财产，又要防止配偶双方串通逃避债务，损害债权人的利益。”

（4）增设非常财产制。1999 年，婚姻法修改论争期间，有学者建议“采用普通财产制和非常财产制相协调的夫妻财产制。……为社会主义市场经济健康稳定快速发展保驾护航”。还有学者以瑞士夫妻财产制结构为蓝本，认为我国现行夫妻财产制实为通常财产制，还应增设非常财产制。

由于学界建议增设非常财产制是在婚姻法修正案出台前后提出的，当时这一主张并不是学界通识，也未得到修法采纳。从 2001 年《婚姻法修正案》夫妻财产制的三个条文内容可知，此次修法着重于对 1980 年《婚姻法》在法定夫妻财产制和约定夫妻财产制规定不足的拾遗补缺，尚未前瞻性地从整体上重构我国夫妻财产制结构。尽管如此，上述建议部分地得到立法机关重视，例如，修正后的我国法定夫妻财产制已是财产范围受到限制的婚后所得共同制；约定财产制第一次得到立法正面回应，修正案第十九条明确了约定财产制的类型、约定的形式，以及约定的对内和对外效力，搭建起约定财产制的基本框架；修正案实施当年最高法院发布适用婚姻法解释（一）明确指出：“婚姻法第十

八条规定为夫妻一方所有的财产，不因婚姻关系的延续而转化为夫妻共同财产。但当 事人另有约定的除外。”2001 年《婚姻法修正案》首次明确列举夫妻一方个人财产，突出对个人财产权利保护；尊重夫妻双方对财产归属的约定，夫妻财产关系中的契约性更加明显。由此可见，我国有关夫妻财产制的立法价值取向从第一部婚姻法偏重社会利益维护，开始向兼顾个体利益与社会利益平衡，维护婚姻家庭和谐的方向发展。

后民法典时代的婚姻家庭法学研究展望

七十年来，中国社会进步推动着婚姻家庭法律制度的变革，法律变革又影响着人们的观念与行为，从而进一步推动了社会的进步。七十年来的婚姻家庭法学研究议题之广泛，绝非本文所能囊括。从上述三个议题在社会发展不同阶段的学术论争及关注点之侧重可见，婚姻家庭法学研究不是“闭门造车”，而是紧随时代发展步伐，关注中国特有问题，服务于国家法制建设。

七十年来，中国婚姻家庭立法经历从“独立于民法”向“回归民法”的转变。立法体例的改变是否意味着婚姻家庭法学也会融入民法学？答案似乎并不明晰，但也绝非“是”或“否”那样简单。“生存”还是“毁灭”，取决于立志婚姻家庭法学研究者们坚持不懈的努力！婚姻法学界泰斗杨大文曾预言：“婚姻家庭法是不是一个独立的法律部门，同婚姻家庭法学能否成为法学的一个分支学科，是性质不同的两个问题。从婚姻家庭法学的广泛内容和发展婚姻家庭法学的实际需要来看，似以作为法学中独立的分支学科为宜。”令人欣喜的是，近年来紧随民法典编撰步伐，一批年轻有为的民法学者主动展开婚姻家庭法研究。他们大多站在民法学立场上，其成果具有民法教义学特点。

放眼未来，婚姻家庭法学研究挑战与机遇共存。“这不仅来自于学科内部的理论发展，更来自于科学技术的发展、不同学科的交叉共融……”在诸多挑战中，民法思维与民法学研究范式的全面浸入，不只为应和婚姻家庭法在立法体例上回归民法典，更是婚姻家庭法学与国家发展、社会进步相契合的内在需求使然。另一方面，任何理论（或学科）若能常青，唯有从生活之树中不断汲取营养。婚姻家庭法学研究应当密切关注改革开放四十年来中国婚姻家庭的新变化、民众婚姻家 庭观念转变带来的新现象、人口老龄化催生家庭养老的新需求。对这些提出理论解释与应对措施，积极回应社会进步与发展进程中的法制需求，具体如，非婚同居、同性结合、夫妻生育权行使、儿童的家庭法保护、人工生殖技术的婚姻家庭法应对、家庭养老与社会保障的对接，等等。

笔者相信：在民法“慈母般的”怀抱中，具有伦理特质的婚姻家庭法不会因此被财产法规则淹没，婚姻家庭法学也会在保持“弱者关怀”本色基础上，在民法学思维与理论滋养中获得无限生机！

【作者简介】

薛宁兰，中国社会科学院法学研究所研究员，博士生导师。

责任编辑：郇雯倩

司法裁判引领家庭文明新风尚

2020-03-09 人民法院报 第 03 版 本报记者 郑卫平

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2020-03/09/content_165870.htm?div=-1

导读

家庭幸福则社会祥和，家庭文明则社会文明。

“三八”妇女节在疫情中悄然滑过，而这个节日总是提醒我们，从保护妇女权益着眼，审慎审理

好涉妇女权益保护的婚姻家庭案件，事关家庭和睦和社会安定。新型冠状病毒疫情发生以来，人民法院创新探索家事审判模式，注重维护妇女儿童的合法权益，关注疫情防控期间容易产生的损害妇女权益问题，在打好疫情防控阻击战中为维护好妇女权益贡献力量。近日，江苏省高级人民法院和省妇联联合发布具有典型意义的婚姻家庭十大案例。据统计，江苏法院近年来审理的家事案件每年均在 10 万件以上，该院充分发挥司法裁判的示范与引领功能，引领家庭文明新风尚。

婚内忠诚协议有强制执行力吗？

李某（男）与马某（女）于 2012 年登记结婚并生有一女。婚后李某与异性罗某存在不正当交往，导致罗某两次怀孕。

2017 年 1 月，李某与马某签订婚内协议一份，约定今后双方互相忠诚，如因一方过错行为（婚外情等）造成离婚，女儿由无过错方抚养，过错方放弃夫妻名下所有财产，并补偿无过错方人民币 20 万元。

协议签订后，李某仍与罗某保持交往，罗某于 2017 年 7 月产下一子。李某诉至法院要求离婚，马某同意离婚并主张按照婚内协议约定，处理子女抚养和夫妻共同财产分割。

一审法院经审理认为，李某与马某夫妻感情确已破裂，应准予离婚。上述协议中，关于子女的抚养约定因涉及身份关系，应属无效；关于财产分割及经济补偿的约定，系忠诚协议，不属于婚姻法第十九条规定的夫妻财产约定情形，马某主张按照婚内协议处理子女抚养及财产分割无法律依据，但考虑到李某在婚姻中的明显过错等因素，应对无过错的马某酌情予以照顾。综合考虑孩子的成长经历、双方收入水平、家庭财产来源等情况，判决女儿随马某共同生活，并由马某分得夫妻共同财产的 70%。一审判决后，李某、马某均提起上诉。二审法院驳回上诉，维持原判。

【点评】

根据婚姻法第十九条的规定，夫妻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、共同共有或部分各自所有、部分共同共有。夫妻财产特别约定制度给予了夫妻双方处分财产的自由和空间。但此类约定一旦与“保证忠诚”挂钩，即成为忠诚协议。根据婚姻法第四条的规定，夫妻双方互负忠诚义务。违反忠诚义务的法律后果体现在婚姻法第四十六条，即离婚时无过错方享有主张损害赔偿的权利。夫妻间的忠诚义务更多的是一种情感道德义务，夫妻虽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，但也是变相以金钱衡量忠诚，存在道德风险。

因此，夫妻间订立的忠诚协议应由当事人自觉履行，法律并不赋予其强制执行力，不能以此作为分割夫妻共同财产或确定子女抚养权归属的依据，但在离婚分割夫妻共同财产时，应综合考虑婚姻关系中各自的付出，过错方的过错程度和对婚姻破裂的消极影响，对无过错方酌情予以照顾，平衡双方利益，以裁判树立正确的价值导向。

与妇联联手阻止恐惧的“教育”

年仅 10 岁的圆圆（女）与父亲朱某、继母徐某共同生活。朱某和徐某常常以“教育”的名义对圆圆进行殴打。日常生活中，圆圆稍有不注意，就会被父母打骂，不管是身上还是脸上，常常旧痕未愈又添新伤。

长期处于随时面临殴打的恐惧中，圆圆身心受到严重伤害。当地妇联在知悉圆圆的情况后，立即开展工作，向法院提交派出所询问笔录、走访调查材料、受伤照片等家暴证据，请求法院依法发出人身安全保护令。

法院受理本案后，经审查，符合反家庭暴力法第二十三条、第二十七条的规定，当天制作并发出了人身安全保护令民事裁定书：一、禁止被申请人朱某、徐某对圆圆实施家庭暴力；二、禁止朱某、

徐某威胁、控制、骚扰圆圆。裁定有效期为六个月，如二人违反上述禁令，法院将视情节轻重，处以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

人身安全保护令一经作出，承办法官立即送达被申请人、辖区派出所、居委会及妇联，落实保护令监管事项，并专门与被申请人谈话，对其进行深刻教育，同时去医院探望正在接受治疗的圆圆。法院和妇联对圆圆的情况保持密切关注，及时进行必要的心理疏导，定期回访，督促朱某、徐某切实履行监护职责，为孩子的成长营造良好环境。

【点评】

孩子是父母生命的延续，是家庭、社会和国家的未来。作为孩子的法定监护人，父母或是其他家庭成员应为孩子营造良好的成长氛围，以恰当的方式引导和教育孩子，帮助孩子树立正确的人生观和价值观。本案中，圆圆的父母动辄对其谩骂、殴打、体罚，给孩子造成严重的身心伤害，使其童年留下暴力的阴影。反家庭暴力法第二十三条第二款规定，当事人是无民事行为能力人、限制民事行为能力人，或者因受到强制、威吓等原因无法申请人身安全保护令的，其近亲属、公安机关、妇女联合会、居民委员会、村民委员会、救助管理机构可以代为申请。

房子该给侄子还是养女？

朱某（男）与庞某（女）婚后膝下无子，只有一名养女朱甲，但双方不常来往，关系疏离。多年来，两位老人的生活起居由侄子朱乙照顾。

2019 年 8 月，两位老人自书遗嘱一份，载明二人共同所有的位于某市的一处房屋由朱乙继承，而朱乙需负责照顾两位老人直至百年。

2019 年 10 月，朱某去世。庞某目前居住在养老院，行动不便。其后，朱甲与朱乙因为房屋继承问题多有争执，朱甲担心朱乙后续是否可以继续照顾好庞某，有所顾虑不愿意配合朱乙进行房屋过户。2019 年 11 月，朱乙向法院起诉朱甲和庞某要求继承房屋二分之一的份额，并由二被告协助办理房屋产权变更手续。

法院在审理过程中发现，本案的症结不仅仅在于朱某遗产继承的问题，更重要的是朱某遗孀庞某的养老问题，庞某的意愿和想法对本案的处理至关重要。承办法官当即决定在庞某所在的养老院开庭审理本案，并安排家事调解员到场。庭审中，庞某表示，朱乙对自己和已故的老伴儿给予了无微不至的照顾，自己愿意将房产赠与朱乙。朱甲一开始对庞某的意思表示有抵触情绪，后经过家事调解调查员的耐心讲解，朱甲终于打开心结，表示愿意多给朱乙一些信任，朱乙亦承诺会好好照顾庞某，双方今后就庞某的情况将保持沟通，如遇问题，协商处理。得知这样的处理结果，庞某频频点头肯定，表示自己愿意将房屋的二分之一先由朱乙继承，本案最终调解结案。

【点评】

家事纠纷不同于其他民事纠纷，它是发生在具有亲属关系的社会成员之间的人身或财产纠葛，具有鲜明的道德性和伦理性。在处理家事纠纷的过程中，有时，一纸判决并不能真正化解纠纷，有效引入“外援”，为法官“庭外”助力，充分发挥家事调查员、家事调解员探究纠纷根源、调和家庭矛盾，缓解、消除家庭成员间对立情绪的积极作用，促成当事人达成谅解，握手言和，恰恰就是真正化解家事纠纷的有效方式。在家事审判方式和工作机制改革的过程中，各级法院与妇联构建家事纠纷一体化处理机制，共同打造家事调解员、家事调查员队伍，将调解作为化解家事纠纷的首选方式，以柔性司法治愈家庭创伤，以联动协作共建和谐社会。

代书遗嘱无效空欢喜一场

孙某（男）与朱某（女）婚后生育孙甲（男）和孙乙（女）。2008 年 11 月 6 日，孙某与朱某订立一份遗嘱，载明二人名下的两处房屋由孙甲一人继承。遗嘱上有孙某、朱某的签名和手印，A、B、C 作为见证人签名并按手印。该遗嘱由孙甲打印，

落款日期为 2008 年 11 月 6 日，签名时间为 11 月 8 日。

2009 年孙某去世，2018 年孙甲诉至法院，要求按该遗嘱的内容继承两处房屋。朱某、孙乙对该份遗嘱不予认可，认为并非孙某、朱某真实意思表示，该遗嘱亦不符合代书遗嘱的形式要件，应属无效。朱某拿出一份经两名律师见证，于 2018 年 8 月 13 日立下的个人遗嘱，载明自己的份额由孙乙单独继承。一审法院经审理认为，该打印遗嘱上有两个以上无利害关系见证人见证且当时孙某神志清醒，系其真实意思表示，应属有效。朱某所享有的份额因其否认并立下新遗嘱，故不能按打印遗嘱处理。遂判决房产中孙某所享有份额按其遗嘱由孙甲一人继承。

朱某、孙乙不服上诉。二审法院经审理认为，孙甲提交的遗嘱为打印件且非孙某本人制作，应属代书遗嘱。代书遗嘱应当有两个以上见证人在场见证，并由其中一人代书，同时须有遗嘱人、代书人、其他见证人签名，并注明年月日，才是有效的代书遗嘱。本案中，遗嘱打印的时间与签名时间不一致，见证人未见证遗嘱制作的整个过程，并不符合时空一致性的要求，且该遗嘱由继承人孙甲制作完成。综上，该遗嘱不符合代书遗嘱的形式要求，应属无效。故判决撤销一审判决，驳回孙甲按该遗嘱继承的诉讼请求。

【点评】

公证遗嘱、自书遗嘱、代书遗嘱、录音遗嘱和口头遗嘱是五种法定的遗嘱形式。打印遗嘱是目前较为常见的遗嘱表现形态，若由遗嘱人自行制作遗嘱，归入自书遗嘱的范畴；由他人制作则为代书遗嘱，适用代书遗嘱的认定规则。

继承法第十七条第三款规定：“代书遗嘱应当由两个以上见证人在场见证，由其中一人代书，注明年、月、日，并由代书人、其他见证人和遗嘱人签名。”同时，见证人的身份应受到严格的限制。继承法第十八条规定：“下列人员不能作为遗嘱见证人：（一）无行为能力人、限制行为能力人；（二）继承人、受遗赠人；（三）与继承人、受遗赠人有利害关系的人。”我国继承法对代书遗嘱采取严格的法定主义，对遗嘱的形式予以明确规定，其立法本意在于充分保障遗嘱的真实，以维护遗嘱自由原则。代书遗嘱由他人书写，立遗嘱人虽有签名，但其意思表示要通过他人的代书来表达，其表达个人意愿的自由度会有所降低，如果没有其他形式要件的约束，易受到他人的胁迫和诱导。无利害关系的见证人全程参与遗嘱的订立过程且由见证人代书遗嘱是确保遗嘱真实反映遗嘱人意思表示的必要条件。

《安家》热播，花 320 万元买房却无家可归的“梗”在哪里？

2020-03-10 红星新闻

https://static.cdsb.com/micropub/Articles/202003/db7dee91aa6ebabcba7b61f0aca3ac9e.html?wxopenid=oBCTzjjLT3rubLGHg-2UppYEV6fc

近日，由孙俪领衔主演的电视剧《安家》热播，剧情围绕买卖房子讲述了一系列故事。其中一对在上海卖包子的老夫妇牵动了很多人的心。老严夫妇用毕生积蓄 320 万元给儿子全款买了一套上海房产。在签署买卖合同时，经儿子提议，老夫妇决定在房产证上，除了儿子的名字外，加上了儿媳的名字。故事发展到后面，老夫妇想要住进买下的房子，却被儿子和儿媳变相拒绝，差点流落街头。

从法律角度来看，这样的行为是否成立？房子的所有权属于谁？在现实中应该如何避免自己成为下一个“老严夫妇”？红星新闻联系上三位国内婚姻家庭方面的法律专家、律师，来解读《安家》

中相关法律问题。

剧情截图

>>>>>>专家简介

陈苇：西南政法大学民商法学院教授、博士生导师，重庆市妇联法律顾问，重庆市儿童工作资源中心专家，重庆市陈苇劳模创新示范工作室主任，中国法学会婚姻家庭法学研究会副会长，家庭法国际学会副主席，主要研究方向：婚姻家庭继承法、妇女儿童老人权益法律保障。

杨晓林：中国法学会婚姻法学研究会常务理事，中国民事诉讼法学研究会理事，中国国际私法学会理事，中国案例法学研究会理事，北京市法学会妇女法学研究会副秘书长。北京天驰君泰律师事务所高级合伙人，婚姻家事继承法方向专业律师，“家事法苑”家事律师团队带头人，自2004 年起专注于婚姻家事法方向。

唐应欣：成都市律师协会婚姻家事法律专业委员会主任、北京德恒（成都）律师事务所合伙人，成都市优秀律师。

（排名不分先后）

剧情截图

【1】

房子的所有权如何界定？

陈苇：此房屋的所有权应当界定属于夫妻共同财产。产权证上已经登记在这对老夫妇的儿子和儿媳名下，依法应当按房屋的产权证确认权利人，即此房屋依法属于在婚姻期间由男方父母赠与夫妻双方的共同财产。

杨晓林：从物权法的角度来说，房子登记在儿子和儿媳妇的名下，并不存在登记错误的情形，那么房子所有权归儿子和儿媳。

唐应欣：这个取决于房产证上是谁的名字。如果登记的是小俩口的名字，那么房产所有权就是小俩口。

陈苇教授

【2】

老夫妇有没有渠道要回房子的所有权？

陈苇：这取决于儿子对于父母无房可居的情况是否知情，如果是知情的，则这对老夫妇就可以依据法律要回房屋的所有权；反之，如果是不知情的，则不能要回房屋的所有权。

根据我国现行《婚姻法》的规定，成年子女对无劳动能力或生活困难的父母有赡养扶助义务，此属于法定扶养义务。此扶养义务的内容包括两个方面：一是物质上衣、食、住、行、医等方面的经济供养和生活上的照料扶助；二是精神上的关心和慰籍。

此故事的结局是“故事发展到后面，老夫妇想要住进买下的房子，却被儿子和儿媳变相拒绝，差点流落街头。”如果对于父母无房可居（既无钱购房也无钱租房）的情况，儿子是知情的，这种变相拒绝入住而导致父母无房可居的行为，应属于不履行法定扶养义务的行为。根据我国《合同法》第一百九十二条第二款“对赠与人有扶养义务而不履行”，赠与人可以撤销赠与的规定，老夫妇有权依法撤销赠与，要回该房子的所有权。并且必须注意，赠与人的撤销权，自知道或者应当知道撤销原因之日起一年内行使。否则，将丧失该赠与的撤销权。反之，如果对于父母无房可居的情况，儿子并不知情，则不属于不履行法定扶养义务的行为。老夫妇无权撤销赠与，不能要回该房的所有权。（注：查看剧中片段，父母并没有告诉儿子：他俩是退承租房后前来投靠儿子想入住此新购买房屋的。）

杨晓林：从剧中可以看出，虽然购房钱款出资来源是男方的父母，但购房主体和房产登记主体均为小两口，也未显示老夫妇是委托小两口买房，即通常所说的“借名买房”，那么在此情况下，小两口才是房产的所有权人，老夫妇主张房子的所有权是没有法律依据的。

唐应欣：实际上，我们关心老夫妇“出资买房”的真实意愿，是赠与、借款还是共有。这类案子，如果当初父母与子女没有签订相关协议，是很难打赢“确权官司”的，但可以通过梳理证据和沟通来解决。

首先，是结合证据来看出资来源。如果是从老夫妇的银行卡上直接转钱到卖房一方名下，那么房产就是父母出资，至于出资性质是借款还是赠与给

儿子、媳妇，则需要进一步分析当时的“真实意思表示”，涉及几百万元的大额财产，可以主张房子归子女，购房款还给父母。第二点，从房产证登记结果来看，这是赠与行为，关键看父母赠与时有无附加条件，比如“养老送终”、“父母有居住权”等等。其次，要看老夫妇的诉求是什么，是要房、要钱、还是要亲情？可以考虑在房产证上加上老夫妇的名字、让子女写借条分期还款等方式解决。

杨晓林律师

【3】
如果儿子与儿媳离婚，房产如何分割？

陈苇：我国现行《婚姻法》第三十九条规定：“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，照顾子女和女方权益的原则判决。”据此规定，在老夫妇没有撤销赠与的情况下，如果儿子与儿媳离婚，对此夫妻共同财产房屋的分割，就是由双方协议处理；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。

但如果结婚时间不长的，应当基于公平原则，在分割房产时考虑购房款的来源，对没有支付购房款的夫妻一方，应适当少分此房产的份额。

杨晓林：离婚有协议离婚和诉讼离婚两种方式，而且老夫妇是无法干涉儿子的离婚自由的，一旦儿子儿媳离婚，房产的分割方式就由儿子儿媳说了算。协议离婚中要看儿子儿媳协商房产分割方式，双方可以协商一方享有房屋所有权，另一方获得折价款，折价款的多少也是由双方共同商定，当然，双方也可以协商将房子给孩子等不同的方案，只要是双方协商一致的结果，不违背法律和行政法规的强制性规定即为有效，双方可以拿着离婚协议去民政局协议离婚。

如果双方对房产分割、子女抚养等问题达不成一致意见，无法协议离婚的，就需要去法院诉讼离婚。诉讼离婚中，房子会被当成双方共同财产分割。并且按照登记是“按份共有”还是“共同共有”，在分割的比例上也有些微的差别，如果老夫妇为儿媳妇加名时选的是“按份共有”，那么离婚时基本上会按照房产证登记的份额进行分割，儿子争取多分的难度很大。如果当时选的是“共同共有”，因为共同共有未确定份额，因此离婚时法院会根据双方对于房子的贡献度、儿子儿媳对家庭的贡献，儿子儿媳的过错程度等因素确定房产分割的份额，儿子可以主张自己的贡献大，要求多分份额，具体能多分多少，要看法院的自由裁量。

唐应欣：《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）》第二十二条规定：“当事人结婚后，父母为双方购置房屋出资的，该出资应当认定为对夫妻双方的赠与，但父母明确表示赠与一方的除外”。因此，案件中该房产算是夫妻共同财产。高概率来说，如果离婚的话，儿子和媳妇一人一半。值得一提的是，每个个案不同，结合案件证据，可以主张男方家庭出资多、贡献大，要求多分；也可能会是购房款属于夫妻共同债务应当向父母偿还。

唐应欣律师

【4】
法律对老夫妇又提供了什么救济渠道？

陈苇：根据现有法律规定，老夫妇的儿子对父母有法定扶养义务。如果儿子明知父母无房居住，却变相拒绝父母前来居住而使老夫妇无房可居，则属于不履行法定扶养义务的行为。根据我国《合同法》规定，老夫妇有权依法撤销赠与，要回该房子的所有权，以维护他们的权益。反之，如果儿子不知父母无房居住，即使老夫妇无房可居也无权撤销赠与，就不能要回该房子的所有权。

但是，老夫妇由于已经退房而导致无房可居，并且经营的包子铺已停业导致没有经济收入，生活陷入困境，他们属于“生活困难的父母”，依法有权请求儿子给付赡养费和解决住房问题（或者让老夫妇在此购买的房屋共同居住，或者出租金帮助老夫妇另外租房居住）。这样就可以依法维护老夫妇的权益。

杨晓林：前面说过了，老夫妇要主张房子的产权很难受到法律支持。但对于购房款，如果当时老夫妇支付该款项时已经向小两口明确是借款的，包括当时小两口已经向老夫妇打了借条的以及有证据证明双方达成了借贷关系协议的，那么，老夫妇可以持该借条向小两口主张权利债权，这属于典型的夫妻共同债务。也就是说，老夫妇这种情况下，可以拿回全部购房出资。

当然，也有法院根据这种特殊情况，只要认定存在老夫妇向小两口购房出资的事实，为了平衡老夫妇与小两口之间的利益，即使双方没有打借条，也认为老夫妇对小两口购房的出资款属于暂时性挪借而非赠与的，据此直接认定购房款属于夫妻共同债务。但这种情况存在一定的法官自由裁量因素，不是法院的普遍做法。

如果老两口与自己子女单方面打了借条，这包括支付款项当时打借条及事后补借条的情况，这种情况是否属于夫妻共同债务，则存在一定争议。

从该款项的用途上来说，如果发生在婚内，即使子女一方举债，属于夫妻共同债务，也没有问题。但也不排除自己子女单方面举债购买小两口共有房屋的可能性，因此是否认定为夫妻共同债务，存在很大的争议。当然这种情况下，老夫妇的子女可以主张因为在共有物的出资来源上贡献较大，而在离婚财产分割上就该房产要求多分。

唐应欣：从上面的司法解释可见，目前的局面对老夫妇很被动。首先，咨询律师还原事实，整理购房证据。房子写到儿子、媳妇名下的真实意愿是什么？父母出资买房与子女有无特别约定。其次，积极与子女沟通，完善法律手续。比如双方确定案涉款项是子女借款还是共同买房；赠与子女款项或房屋，有无附加条件等等，双方可以签订协议。最后，申请人民调解或法律援助救济。老年人的权益被子女侵害，很少有人选择直接起诉子女，老夫妇可以通过社区律师、基层人民调解工作室帮助双方沟通，达成调解，必要时申请法律援助提起诉讼。

【5】

作为父母，该如何维护自己的权益？

陈苇：作为父母，可以采取以下方式来避免上述情况的发生：其一，我国《合同法》第一百九十条规定："赠与可以附义务。赠与附义务的，受赠人应当按照约定履行义务。"所以，父母在购买房屋之前，即使同意在产权证上"只写儿子、儿媳两个人的姓名"，但可以与儿子和儿媳首先依法签订一份"附义务的赠与房屋合同"，写明父母享有对此房屋的居住权，以便今后让儿子和儿媳承担让父母居住此房屋的义务。其二，还可以采取另一种方式：父母在购买房屋之时，可以在产权证上除写上儿子和儿媳的姓名外，同时还写上父母的姓名，让父母对此房屋也享有一定的产权份额(即父母与儿子、儿媳四人对该房屋共同共有)，这样可以保障今后父母能够入住此房屋，以维护父母的权益。

杨晓林：首先，总体上，父母应该对自己的财富和养老有一个理性的规划。"养儿防老"的思想早已过时，也不符合中国目前的国情。在婚姻家庭领域，涉及复杂的感情、人情伦理因素，财产一旦处分掉，再想反悔、撤销，往往很难得到支持。第二，在处分自己财产时，"丑话说在前头"，到底是借款还是赠与，一定要明确。否则按照我国婚姻法的法定财产制，财产交付当时没有明确性质的，推定是对子女和配偶双方的赠与。而一旦赠与出去，想反悔收回，往往很难找到法律支持。

唐应欣：这要回到买房的真实意愿，是买房给老夫妇自己的还是给儿子的。如果买房给自己的，我们建议这个房子房产证写老夫妇的名字，直接算作老夫妇的夫妻共同财产。其次，在百年之后可以考虑，留给儿子或者儿子、媳妇。可以通过设立附条件的遗嘱完成。第二种情况，如果是买给儿子的，就可以选择老夫妇付首付，子女付月供的方式，能够避免这样的情况发生。

（部分图片来自网络剧情截图 相应专家图片由各位专家提供）

红星新闻记者 胡挺 颜雪
编辑 潘莉

疫情中的家暴受害者：被削弱的自救系统

原创：2020-03-22 南方周末 曹颖

https://mp.weixin.qq.com/s/iV3UiSRdAZ41MWRHTexPOQ

▲ 疫情期间，封城封路、酒店停业、社会焦点转移等因素使家暴受害者的求助之路变得更为艰难。（南方周末记者 翁洹/图）

湖北省监利县反家暴公益组织"蓝天下妇女儿童维权协会"统计发现，2020 年 2 月其服务的家暴事件有 175 起，是 1 月的近两倍、2019 年同期的三倍多。

受害者的自救系统也因疫情影响被削弱——由于封路无法投靠亲友，酒店均已暂停营业，受害者几乎无法解决食宿问题。

文 | 南方周末记者 曹颖
南方周末实习生 冯雨昕
责任编辑 | 邢人俨

2020 年 3 月 9 日凌晨 4 点 03 分，42 岁的李某某发出最后一条微信朋友圈："总觉得家暴离自己很遥远，今天对我来说就是一场噩梦，恐惧、无助让我窒息，我的精神已经彻底崩溃！"两小时后，她从十一楼坠亡。3 月 12 日，山西省灵石县公安局通报称其死亡原因系自杀，死前曾遭受丈夫家暴。

2020 年 2 月 26 日，074 职场女性法律热线发起人台风注册微博，开始记录疫情期间的家暴事件，仅仅几天时间，她就搜集到六起家暴事件。"家暴不太'可见'，求助也很困难。在被隔离的状态下，大家的压力都在增大，和家人长期相处的压力、无法复工的压力等，家暴可能增多，平时可以采用的逃离家暴的方法在疫情期间也不行了。我们建立这个微博就是想告诉大家，哪怕在这个时候我们也很关心家暴问题。"

湖北省监利县反家暴公益组织"蓝天下妇女儿童维权协会"（以下简称"蓝天下"）统计发现，2020 年 2 月其服务的家暴事件有 175 起，是 1 月的近两倍、2019 年同期的三倍多。协会负责人万飞告诉南方周末记者，疫情期间，一天最多接到十通求助电话，最少也有两通。

"家人相处时间变长，不能出门、不能娱乐，心理承受能力降低，焦虑增加了碰撞。"万飞分析。受害者的自救系统也因疫情影响被削弱——由于封路无法投靠亲友，酒店均已暂停营业，受害者几乎无法解决食宿问题。

2014 年，"蓝天下"在湖北监利县、潜江市等地探索"妇联、公安、社会组织"的反家暴工作联动模式，包括心理咨询师、律师、警察在内的八十多人参与其中。疫情期间，团队帮助家暴受害者稳定情绪，提供心理支持，给出应对建议，指导他们用法律手段保护权益，为滞留施暴地无法离开的受害者安排酒店庇护。

监利县一位遭受丈夫家暴的受害者，老家远在广东，封城封路后，警察将其安置在酒店里，按照每天 100 元补助住宿，监利县人民政府提供 1500 元，"蓝天下"向公益机构申请 3000 元。目前，该受害者已经在酒店里住了一个多月。

"疫情之下人手紧缺，工作重点转移，精力跟不上，社会组织的焦点也投向救灾。"万飞告诉南方周末记者，以往春节是协会获得资助的高峰期，2020 年收到的资助费不足一万元。后来，他通过某慈善基金会才为三百多名家暴受害者申请到 2 月的服务经费。

在这笔预算中，除了心理、法律志愿服务的补贴之外，还包括为 6 位受害者提供庇护的费用。

1 如果被隔离了，被殴打这件事还能解决吗？

2 月 19 日清晨 7 点，曹真终于逃出男友的家，小区保安照例为她量体温，没有注意到她藏在口罩下的伤口。在空旷的马路上等车时，曹真害怕又焦急。"这应该是我等过的最漫长的滴滴，我生怕慢一秒他就追出来，又把我拉入身后的地狱。"

四五个小时前，曹真遭遇了人生第一次暴力。男友想出门喝酒，曹真以疫情为由劝阻他。在家中喝闷酒的男友，在喝了近一瓶烈酒后，掐住曹真的脖子，拎着她不断撞击墙壁，随后又抡起水壶威胁她。

曹真从未想过暴力会发生在自己身上。男友在深圳某互联网公司工作，从事游戏行业，性格温和，只是偶尔偏激。一次争吵后，男友给曹真打了几百个电话，甚至跑到她家按了一个小时门铃。事发后，在派出所做笔录时，曹真才得知他也对前女友动过手。

疫情让求助变得举步维艰。曹真需要打印控告书和病例，但小区附近的打印店都关门，最后她找到一家七公里外的打印店。在医院治疗伤口时，她耳温高达 37.6 度，被带去发热门诊，还做了核酸检测。"我怎么也不会想到，自己竟然要做新冠病毒检测。我们转发过、愤怒过、恐惧过、痛哭过的一切不只是在网络上了。"

更让曹真担心的是：如果自己被隔离了，被殴打这件事还能解决吗？

受疫情影响，许多受害者逃离家暴的渠道也被

阻断了。

32 岁的王雅丽与前夫离婚两年，各自带着孩子生活。今年春节，在前夫央求下，她勉强同意去前夫家过年。饭桌上，因前夫责骂女儿，两人发生争执，前夫的拳头又一次砸向王雅丽。

王雅丽的妹妹接到孩子的求救电话。两地相隔二十多公里，自 1 月 26 日县城封路以来，村里的大喇叭天天播放“村村不通行、县县不通行”。

妹妹先去村委开出城证明，被告知疫情期间禁止外县人进本县；有上路证明也未必能过其他县城关卡；出了县城之后还存在不能返回的风险。村委干部反复叮嘱，没有特别紧急的事情车辆不允许上路，“而且你们是出城接人，这更不可能了”。

最后，王雅丽带着 12 岁的儿子和 7 岁的女儿，逃离了前夫的家。由于疫情，交通几近封锁，王雅丽拦不到车，三人徒步了近四个小时。

王雅丽曾向警察求助，因为没有坦陈家暴，警方并未出警。王雅丽的一位亲戚将整件事记录下来发到网上。“在疫情封城封路这么极端的境况下，竟然实施暴力，并且对她们离家出走无动于衷。他算准了她们在这种情况下走不远，在孤立无援的处境中，最终还是要回去，那时就得向他低头了。”

2 “他们觉得这是别人的事情”

2 月 17 日下午，邻居打骂孩子的声音又一次传来，郑熹决定做些什么。

她写了一封信，讲明家庭暴力要承担法律责任，请他们不要再打孩子。夜里十二点，她将这封信塞进邻居家的门缝里，过程中不时发出丁点儿声响，她有些紧张。

几天后，母亲和孩子的争吵再次爆发。郑熹听到孩子开始反抗：“打 110”“家暴”“拘留”。郑熹相信，孩子收到了她传递的信息，“受到家暴可以向外界求助，外面有人支持他”。

2020 年 3 月 1 日是反家暴法实施四周年，郑熹和朋友们在网络上发起“反家暴小疫苗”行动，呼吁大家关怀自己所在社区，及时干预身边的家庭暴力。该行动发起七天后，有千余人参与，超过五十位参与者将《给邻居的反家暴倡议书》张贴在北京、上海、广州、深圳、武汉、大连、攀枝花、洛阳等 23 个城市的社区里。他们有的遭遇过家暴，有的目睹过家暴。

湖北荆州是疫情重灾区，小区住户禁止出门，郑熹只能半夜两点偷偷地去贴倡议书，她花了四十分钟手写完成，贴在一层电梯旁——“疫情期间，家人处在封闭的空间中，朝夕相处，也许会意见不合，也许会争吵，但家人始终是我们最温暖的依靠，和睦才能让我们共渡难关。在此我希望向大家呼吁：不管家人之间有什么摩擦，都不使用暴力，坚持用文明和平方式解决；如果得知自己亲友或邻居有家庭暴力的情况，请及时劝阻，也可以向公安机关、社区或妇联报告。”

网友 Robin 打印了二十份倡议书，把它们贴在电梯里，旁边是“防治新冠肺炎”的传单。她比贴商业广告还提心吊胆——“担心被人看到、被摄像头拍到、被物业指责”。小区的公告栏和墙上贴满了广告，有办证的、茶楼的、照相馆的、洗脚的，除此之外，没有非官方张贴的与公共利益相关的资讯。

诸多“反家暴小疫苗”参与者形容自己像在做小偷。有些新贴的倡议书，第二天就被撕掉了。分享张贴倡议书经历的微博下，时不时会出现些异样的评论：“这种属于乱张贴吧”“此时此刻，防疫情才是第一任务，任何把防控疫情的宣传搁置或放到次要位置的做法都觉得不妥”。

网友“嫣然”是目前参与行动最年长的“小疫苗”，今年 47 岁。嫣然身边也有家暴事件，侄女的父亲会殴打妻子，但她们从未向外界求助过。这次成为“小疫苗”是受国外留学的女儿之托。

“不同城市的人参与进来，甚至在参与之前写出自己干预家暴的故事，有这么多人的支持，说明旁观者在增多。”郑熹欣慰于行动的力量，“但同时家暴议题下谴责受害者的言论也很多，我们无法让潜在受害者变少，我们能做的就是让更多人加入反

家暴行动，让受害者得到更多的支持，而不是攻击与冷漠。”

一位“小疫苗”给遭遇或者目睹家暴的网友私信，提供反家暴指南，联系了十位网友，只得到一位回复。“他们对于什么是家暴以及家暴发生后可以做什么，尤其是围观者可以做什么，大部分人不是很清楚。他们觉得这是别人的事情。”

“不报警、不求助不是因为疫情，而是观念所限。”万飞告诉南方周末记者，“一些求助者不愿意报警，担心会让别人知道自己家的事，也有受害者认为要发生大事才能报警。”

灵石县妇女联合会副主席张宝汝在接受采访时说，李某某从未向亲友同事提及家暴，外人眼里她拥有和睦美满的家庭。自杀前，李某某在姊妹群里发出自己脸部受伤的照片，第一次说出自己的家暴经历。

曹真也没有将遭遇暴力的事情告知父母，怕他们担心，也怕他们不支持自己。“中国人的传统思维是家丑不可外扬，息事宁人。”报警之初，她有过犹豫和恐惧。“遭遇这种暴力的时候，我们第一时间是害怕，这种害怕让你做不出任何行动，只想缩在那里，不敢向外界迈出一步。我现在想说的是，不要害怕。”

3 “不懂家暴是什么”

结合“蓝天下”疫情期间数据，万飞发现，疫情期间，女性受害人占比 94.67%，2019 年全年女性受害人占比 80%，“说明疫情期间女性更容易遭受暴力”。

2011 年，“疯狂英语”创始人李阳家暴事件在微博上公开曝光后，郑熹开始关注并研究相关议题。“传统的男性气质里面有一些要素是和暴力相联系的，在推崇这样的‘阳刚气质’教育下，或多或少会纵容男性使用武力‘解决’问题。”郑熹对南方周末记者说，“在制度和环境方面，如果政策本身或者政策的实施不完善，或者舆论对暴力的态度不明确，都会导致家暴者实施家暴的成本微小。”

北京为平妇女权益机构共同发起人冯媛认为：“家庭暴力是一种性别相关的暴力，但它不是生理性别所决定的，而是基于社会的性别陈规定型的一套性别规则，如男主女从、男人应该要掌控局面、要养家糊口，而女人应该听话温柔、应该以家庭和男性为中心等等。”

2020 年 3 月 4 日，内蒙古呼和浩特市新城区人民法院发出疫情以来的首份人身安全保护令——春节期间，由于不堪前夫骚扰，妻子在朋友家住了二十天后，无奈与母亲开车逃到郊外，一直住在车里。

北京为平妇女权益机构也于 3 月 8 日发布《反家暴法实施监测报告》，据报道，上海四年来保护令核发率不足四成，其搜集上海市法院上传的 104 份保护令相关的法律文书，涉及 91 个案例，其中三分之一的保护令申请被驳回，成功核发率仅为 54%，而全国法院平均核发率为 60%。

“上海的经济文化都相对发达，但在保护令核发方面不及全国平均水平，也有一些其他地方存在保护令申请难以核准的问题。”冯媛分析，疫情期间，公共部门没有上班，很多法官在家办公，法院电话可能都接不通，虽然开通了网上受理案件的渠道，但对于没有网络、不会使用电脑的受害者而言，求助大门依旧紧紧关闭着。

南方周末记者搜索中国裁判文书网发现，已上传公开 2020 年全国人身安全保护令法律文书共 24 篇，其中 2 月仅 2 篇。冯媛告诉南方周末记者：“越来越多的当事人有了权利意识，他们要主张自己的权利，要去相关机构求助，当事人已经走在前面了，但相关机构没有跟上。”

曹真多次前往深圳市南山区南头派出所，调解员的态度却让身为受害者的她更加绝望——“他的工作这么好，你这样会毁了人家”“就算分手也是最熟悉的陌生人”。

“我没有做错任何事情，为什么指责我？”曹真仍难掩愤怒。

警察出身的万飞分析：“不是不作为，根本上

是认知问题，不懂家暴是什么，他们很少受到真正有效的培训。”

冯媛多年来奔波于全国各地，进行讲座与培训，她发现民间培训在逐年增加，但（与家暴相关的）公检法培训在逐年减少，“以前一年还有好几个，现在一年有一次就算多的了。”

2 月 26 日，曹真将自己遭遇家暴的经过及录音公布在网上，评论数 2.1 万，转发量 10.5 万。之后，“整个事情突然开始快速解决”。第二天中午，“深圳南山公安”官方微博发布公告，对施暴者行政拘留 5 日，罚款 200 元，并对调解员的不规范行为，向曹真表达了歉意。

从 2011 年李金曝光李阳家暴到 2019 年宇芽在微博公布家暴视频，网络逐渐成为家暴受害者的主要求助地。

“其实不只是家暴，很多事情好像现在都是这样，比如说那些新冠患者，他们很多人都在网上求助，关注量比较大的时候，他们才获得了积极的救治。”一位“小疫苗”说，她将家暴事件发到网上，是想支持和鼓励更多家暴受害者。但台风认为，“网络虽然是求助渠道，但未必所有效果都像宇芽那么好，即使是宇芽事件，在全网关注下，施暴者只拘留 20 天，罚款 500 元。”

2 月 26 日当晚，曹真再次前往南头派出所，做完笔录已是深夜一点多，出来时她看见六七个人站成一排在外面等她，都是素不相识的网友。曹真告诉南方周末记者，目前调解员已辞职，施暴者则提出了行政复议，拘留暂缓执行。

（应受访者要求，曹真、王雅丽为化名）

郑锡龄 | “新时代中国特色妇女权益保障的制度与实践”学术研讨会综述

原创：2020-03-27 妇女研究论丛 郑锡龄
https://mp.weixin.qq.com/s/wfVmPYOQ84JBBmAXLwOrYg

作者简介

郑锡龄（1995-），女，全国妇联妇女研究所政策法规室研究人员。

2019 年 11 月 21-22 日，由全国妇联妇女研究所主办的“新时代中国特色妇女权益保障的制度与实践”学术研讨会在北京召开，来自北京大学、中国人民大学、中国政法大学、北京科技大学、中华女子学院、中国社会科学院、农业农村部农业经济研究中心等高校和科研机构的专家学者以及全国妇联相关部门工作人员 50 余人参加会议。

全国妇联副主席、书记处书记谭琳出席会议并作重要讲话。谭琳指出，要认真学习贯彻习近平总书记关于维护妇女儿童合法权益的重要指示批示精神和党的十九届四中全会精神，深入研究总结新中国成立 70 年来党领导下的中国特色社会主义妇女权益保障的历史性成就以及中国特色妇女权益保障的法治体系、中国特色妇女权益保障道路的特点与经验，深化当前妇女权益保障的重点难点问题研究，为进一步完善中国特色保障妇女权益的法律法规和制度机制做贡献。

与会专家围绕妇女权益保障的制度与实践这一主题展开深入研讨，包括妇女权益保障法的修改完善、妇女就业权益、政治权利、人身权利、婚姻家庭权益、土地权益保障等重大理论和现实问题。

一、《妇女权益保障法》的修改完善

关于《妇女权益保障法》的基本原则，中华女子学院林建军教授从概念、功能、标准和内容四个方面进行了逻辑梳理和理论重构。林建军认为，《妇

女权益保障法》基本原则应当是最具基础性、根本性、本源性的准则，是调控社会生活的核心价值理念。妇女权益保障不应仅局限于妇女特殊权益的保障，还应包括妇女与男子平等享有但未实现的权益保障。因此，《妇女权益保障法》基本原则应当坚持内容的根本性、基础性与效力的贯穿性、普适性相统一，其内容应确立为："保障妇女权益，消除对妇女一切形式的歧视，实现男女权利平等。"

中国社会科学院法学研究所副研究员邓丽通过地方实施性立法反观《妇女权益保障法》，提出该法面临的现实危机和担负的时代使命。她认为，《妇女权益保障法》的修改完善应当充分吸纳地方立法经验，发展《妇女权益保障法》的立法理念，由保护妇女发展至性别平等，明晰妇女权益保障法的框架结构，改善妇女基于性别、母职的弱势地位，确认并保护其权益。总之，要从性别平等、代际依存、特殊保护和母职分担这四方面承担起《妇女权益保障法》的时代使命。

关于《妇女权益保障法》制定和修改过程中的主要论争，全国妇联妇女研究所助理研究员李线玲认为，应当坚持宜细不宜粗的立法原则，坚持定量描述优先、定性描述补充，列举为主、兜底为辅的描述方式。就妇女法的名称而言，《妇女权益保障法》这一名称体现了既保护权利又保护利益的立法思想。此外，关于《妇女权益保障法》的体系结构、妇女权益保障机构、妇女参政比例、同龄退休等问题在立法完善中也存在一定的争论。

二、妇女就业权利保障的制度与实践

关于平等就业权的司法救济，中国政法大学王显勇教授在深入分析现行法律规定和司法救济情况的基础上，提出完善平等就业权司法救济的根本途径在于立法。他建议中国制定专门的《反就业歧视法》，建立举证责任转移制度和抗辩制度，将就业机会纳入损害赔偿范围，将强制缔约设定为独立的责任类型，并按照保护法益建立相应的损害赔偿制度。

中国政法大学刘小楠教授以"全面二孩"政策为背景，深入探讨了女职工因生育而遭受就业性别歧视的现状，并提出相应的对策建议。她认为，女职工生育是遭致就业歧视的重要原因，世界多国不仅制定了严格的反歧视法律，明确企业的法律责任，同时也采取措施激励企业招收女职工，如税收抵扣、政府购买等。从根源上解决中国"全面二孩"背景下的就业性别歧视问题，既要在立法上严令禁止，也要减轻企业招收女职工的成本，激励企业招收女性。

围绕新中国 70 年妇女就业法律政策的进展，全国妇联妇女研究所副研究员杨慧从就业权利与机会保障、职业发展与劳动保护、职业退出与养老保障这三个方面进行梳理，认为中国已形成保障妇女经济权益的法律政策体系，实现了事前预防与事后惩罚相结合的保障机制，但已有的保障妇女就业权益的法律政策还存在两方面不足：一是立法内容中关注就业机会和就业权利的规定较多，保障后续职业发展和职业退出的法律政策不足；二是立法技术上存在重复立法、宣示性立法等问题。

三、妇女政治权利保障的制度与实践

关于新时代农村妇女参与基层治理问题，全国妇联妇女研究所助理研究员李文在深入解读十九届四中全会精神和中央文件的基础上，认为农村妇女参与基层治理面临重要机遇：多样的基层议事会拓宽了妇女群众参与村务管理和决策的渠道，妇联执委制度壮大了农村基层治理的新兴力量，现代乡村治理体系鼓励村级妇联组织等在村级事务管理和监督中发挥作用。建议加强农村女党员发展工作，完善基层协商议事制度，加强村级妇联执委队伍建设，以提高农村妇女在基层治理中的参与程度和影响力。黑龙江省妇女研究所副研究员赵云认为，近年来黑龙江省农村妇女参与民主选举、村务管理和决策的比率有所提升，主要得益于黑龙江省强有力的政策制度保障、妇女经济参与力度增强、农村妇女组织化程度提高和性别平等文化的构建等。但是，

农村妇女在参与基层治理过程中仍面临着诸多挑战。建议从妇女个体能动性、政治赋权、组织赋权、制度保障和社会文化等方面入手，努力提升农村妇女参与基层治理的能力。

四、妇女婚姻家庭权利保障的制度与实践

关于民法典编纂中的妇女权益保障，中国人民大学法学院龙翼飞教授指出，民法总则、民法典物权编、合同编、人格权编、婚姻家庭编、继承编、侵权责任编都应当体现保护妇女权益的理念。具体而言，民法总则中的基本原则之平等原则即包括男女平等，民事权利部分也要求保护妇女人身和财产权利；民法典物权编和合同编应当在涉及婚姻家庭领域时规定符合家庭伦理性的特殊权利变动和行使规则，将妇女权益保护落到实处；人格权编中有关性骚扰的规定应当细化，以增强可操作性；婚姻家庭编应当更加充分地反映社会性别平等意识，体现民法典深切的人文关怀。北京大学马忆南教授介绍了《民法典·婚姻家庭编(草案)》有关妇女权益保障的编纂理念和制度突破。她认为，婚姻家庭编有关妇女权益保障的编纂理念和制度突破包括：保护婚姻家庭，例如夫妻债务认定和清偿规则；鼓励持久婚姻，如离婚冷静期制度；性别平等、尊重家务劳动价值，如共同财产制；平衡离婚的法律后果，公平分割婚姻财产。中国政法大学夏吟兰教授对《民法典·婚姻家庭编(草案)》三审稿提出如下修改建议：监护制度的具体规则应当在婚姻家庭编中规定；婚姻家庭编总则中应增设婚姻家庭受国家保护的条款；明确保护未成年人、老人和妇女的合法权益，突出保护儿童权益；非婚同居应在婚姻家庭编中有原则性的规定；增加有关夫妻人身权利、共同生活、夫妻知情权等规定；明确夫妻债务认定和清偿规则；构建以儿童最大利益为核心的亲子制度，增设亲子关系确认制度；明确儿童是探望权的主体。

关于社会性别平等视角下中国离婚制度的实践与完善，多位学者从不同角度展开探讨。湘潭大学社会学系讲师邬欣言立足性别视角检视了中国离婚调解机制。调研发现，中国离婚调解机制存在着性别平等和弱势保护的理念强调不足，离婚调解的制度规则如案件筛查与回访制度、离婚调解评估制度不完善等问题，建议从强调性别平等调解理念、健全离婚调解各类规制、推动离婚调解专业化等方面完善中国离婚调解机制。全国妇联妇女研究所郑锡龄借助对离婚损害赔偿司法裁判的实证分析，提出离婚损害赔偿四项法定事由司法适用混乱、制度供给不足、缺乏社会性别视角等问题。在解释《民法典·婚姻家庭编(草案)》二审稿第 869 条规定的“有其他重大过错”时，应当秉持适度限制离婚损害赔偿的价值判断，要求其他重大过错行为在客观上应当达到与重婚等相当的严重程度。天津师范大学津沽学院卢文捷副教授从离婚冷静期制度的反思与重构角度提出，《民法典·婚姻家庭编(草案)》二审稿第 854 条规定的离婚冷静期意在防止轻率离婚、缓和婚姻矛盾、促进婚姻家庭稳定。为充分发挥离婚冷静期制度的积极功能，应当对其适用程序、禁止适用情形、具体期限以及可否反复适用等重要问题做出明确规定，以增强其科学性、系统性和可操作性。

关于探望权的体系化认识，广州松田职业学院教师潘润全认为，除了《婚姻法》第 38 条规定的狭义探望外，广义探望还包括隔代探望、其他亲属探望以及其他探望，但各种探望的亲权基础差异较大。狭义探望具有抚养、管教及赔偿义务等为内容的亲权基础，因而具备司法干涉的必要性。但隔代探望、其他亲属探望和其他探望更多是为满足探望者的感情需要，而非为追求儿童利益最大化。

五、妇女土地权益保障的制度与实践

北京科技大学王竹青教授基于农村妇女土地受侵害的类型和根源两方面的分析，提出完善保障农村妇女土地权益的法律体系的建议。王竹青认为，农村妇女的土地承包经营权、宅基地使用权、集体经济组织收益及征地补偿费分配权常常受到侵害，主要原因涉及封建传统文化的影响，缺乏对村规民

约的监督审查和纠正机制，缺乏司法和行政救济等。农村妇女土地权益的法律保障体系应当建立集体经济组织成员身份认定机制、对村规民约的监督审查和纠正机制、家庭成员之间土地有偿流转机制、不分性别的宅基地分配机制以及有效的司法行政救济机制。

农业农村部农村经济研究中心副研究员杨丽围绕“为什么土地承包经营权证书上的承包方代表要写上夫妻二人”这一问题展开论述。杨丽指出，有关政策要求在土地权证上的承包方代表或共有人中体现妇女的名字。相较于作为共有人登载，妇女作为承包方代表登载更有利于保护妇女权利，既能在土地承包关系上加强妇女与村组的联系，提高妇女的社会地位，又能在土地流转时使妇女有发言权和主动权，提高妇女的家庭地位。建议未来在颁发新的土地承包经营权证或变更权利人登记时，将夫妻两人作为承包方代表进行登载。

六、妇女人身权利保障的制度与实践

针对涉家暴离婚诉讼中的妇女权益保障，福建警察学院陈颖副教授基于对福州市基层法院 90 份涉家暴离婚案件判决书的实证分析提出，司法实践中存在着家庭暴力认定过于保守、对施暴人处罚过轻等问题，建议调整涉家暴离婚案件的证据认证规则、区分受害人不同的诉讼请求适用不同的证明标准，以更加有效地认定家暴情节，同时，明确施暴人应承担的不利法律后果。吉林大学法学院博士研究生张琪对涉家暴离婚案件中含有照顾义务的判决进行实证分析发现，司法裁判中存在以照顾义务替代裁判说理，照顾者遭遇权利义务不对等以及照顾者司法救济手段受限这三个典型问题。要在涉家暴司法裁判中突破受暴女性权益保障的瓶颈、真正实现照顾者正义，就必须从“效益思考”重归“权利思考”，从形式平等到实质平等。

中华女子学院讲师刘永廷分析了反家暴多机构合作机制的现状和面临的挑战，并提出相应的对策建议。刘永廷指出，反家暴多机构合作机制虽然明显起到了保护受害人的作用，也促进了基层反家暴工作初步实现专业化，但仍面临种种挑战：多机构合作机制的顶层设计和配套制度有待完善、缺乏可持续运转的专项经费保障等。建议设置反家暴工作的专门领导机构，广泛开展反家暴工作人员的专门培训，出台配套法规促进多机构合作机制落实，并提供财政专项经费。

中华女子学院法学院副院长邢红枚以儿童保护为视角，探讨了强奸罪的立法完善。邢红枚总结了强奸罪涉及儿童保护的特点，并从保护儿童角度对强奸罪的立法完善提出建议：采用分置立法模式，突出对儿童权益的保护；扩大强奸行为方式的范围，全面保护儿童权益；扩大强奸犯罪的对象范围，平等保护儿童权益；提高儿童的性同意年龄，设定年龄相近豁免条款，双向保护儿童。

巢湖学院讲师褚业娴立足“受虐妇女综合症”理论，分析受虐妇女杀夫行为与正当防卫、紧急避险的关系，并从罪与罚的角度提出受虐妇女杀夫行为构成故意杀人罪，在量刑上应从轻或减轻处罚，建议受虐妇女要敢于反抗、善于反抗，积极寻求公力救济。

全国妇联妇女研究所副所长、研究员杜洁在会议总结中表示，要深入学习贯彻党的十九届四中全会精神，围绕四中全会提出的中国特色社会主义制度蓝图，在提高国家治理体系和治理能力现代化的大局中继续深化妇女权益保障研究，积极转化研究成果。妇女研究所将进一步加强与专家学者之间的交流合作，共同构建妇女权益保障研究的学术共同体，发挥妇女研究的智库作用，为坚持和完善中国特色社会主义制度、推进国家治理体系和治理能力现代化做出积极贡献。

注释和参考文献略

本文来自《妇女研究论丛》2020 年第 1 期

新冠时期的离婚，“都是蓄谋已久”

原创：2020-03-30 南方周末 谭畅
https://mp.weixin.qq.com/s/acHPtXE9clW6JUYAtWq2LQ

▲ 走出北京市海淀区婚姻登记中心，男人摘下口罩，蹲在街边吸完了一支烟，女人等在他身后。（南方周末记者谭畅/图）

“他们争的其实不是怎么看待‘神医’。而是作为夫妻，对方没有理解与认同自己的价值观，他们为此感到难过。”

金增玉本来想看看，有没有当事人在经历疫情后改变想法，和另一半关系缓和——“结果一对都没有。”

有武汉市的年轻夫妻向她诉苦，说双方都两个多月没工作，家里养了两个孩子，还背着房贷车贷，“连团购菜都吃不起。”

本文首发于南方周末

文 | 南方周末记者 谭畅
南方周末实习生 宋思静
责任编辑 | 吴筱羽

身在武汉的婚姻情感心理咨询师田子君，新冠疫情期间接到当地一对年轻夫妻的来电。电话中，小两口为应不应该支持自称治愈多名新冠病人的“神医”李跃华，争论得不可开交。

妻子赞赏李跃华有爱心，疫期不顾个人安危治病救人，进而责怪丈夫质疑其行医能力，“总把人想得这么坏”。丈夫则抢过电话抱怨：“我怎么就和一个没见识的女人在一起生活呢？”

“他们争的其实不是怎么看待‘神医’。而是作为夫妻，对方没有理解与认同自己的价值观，他们为此感到难过。”从业二十余年，田子君旁观过许多婚姻，她发现，能携手走过风雨的夫妻，总是拥有相近的价值观。

而 2020 年开年至今的新冠疫情，将许多“以前没空较真”的夫妻长时间困在家里，彼此间的观念冲突暴露无遗。

疫情侵入日常生活，许多原以为坚固的东西烟消云散，其中是否包括婚姻？网友们查询到一些城市近期离婚预约爆满，并以此证明疫情中婚姻关系的脆弱。

但田子君有不尽相同的解读。3 月 22 日，她对南方周末记者表示，“疫情推高离婚率”更像是蹭热点的说法：“这些年，中国的离婚率一直持续走高，并不是由某一个突发事件引起的。大疫情更多只是把家庭中固有的矛盾激化了。”

1 离婚预约爆满虚实

离开门还有十来分钟，3 月 21 日早上八点多，北京市海淀区婚姻登记中心门外已经排起一条稀疏的队伍。队伍中每个人都戴着口罩，自觉与前面的人保持一米以上的间距。

为了避免登记大厅人员聚集，北京市民政局在 1 月底发出通知，规定各区婚姻登记中心全部实施网上预约制。无论是登记结婚还是离婚，当事人必须在室外等候，按照提前预约的时段叫号进入。结婚宣誓、新婚讲堂等非法定程序全部暂停，目的是

缩短滞留时间，当事人的亲朋好友也不能陪同进入大厅。

3 月 21 日是周六，但从黄历上看，这不是结婚的“吉日”。门口叫号的工作人员统计，当天预约办理婚姻登记的有一百多对，结婚和离婚的大约各占一半，“平常还是结婚的多一些”。

来离婚的大多沉默寡言。9:40 左右，一对办理完离婚登记的男女走出来，各自骑上街边的共享单车，分道扬镳。女方告诉南方周末记者，选择这天来登记只因为是周六，网上预约也仅提前了两三天。

和北京相比，上海人办理离婚几乎要提前一个月预约，但原因未必是离婚人数增多。

上海市徐汇区婚姻登记中心的一名工作人员称，平常虽然也以办理预约登记为主，但有些年纪大的人不会预约，直接来了现场，他们也会酌情办理。现在因为疫情，必须控制来访总量，没预约的不再办理。而该中心每天预约离婚的上限设置为 15 对，这样才能保证大厅里同一时间最多只有两对人在办手续。

“肯定和之前不能比，之前一个上午就有这个量。”总量控制后，每天能接待的离婚人数下降，势必造成想离婚的人员积压。“民政局通告是预约要提早一个月，据当事人反映已经约满了。但想离婚的人有没有(比以前)多，我这边是看不出来的。”上述工作人员说。

西安市 17 个婚姻登记处从 3 月 2 日起正常上班，比往年晚了一个月。当地媒体报道称，离婚出现“小高峰”。雁塔区婚姻登记处工作人员在该报道中分析，一部分是因为前段时间积压的存量，还有一部分是受疫情影响，“在家里时间太久，夫妻间矛盾冲突下的冲动离婚。”

“平常一天二十多对（离婚）的也有，但特别少，一天办十多对就算高产了。现在因为是预约，每一天都是满的。但有没有增长，看不出来。”西安市新城区婚姻登记处一共有 3 位工作人员办理离婚业务，胡丽（化名）是其中之一。

离婚比结婚的登记手续更繁琐，胡丽说，一般一个小时只能办理一对。而每天的工作时间是上午三小时，下午三小时，所以他们现在一天只开放 6 对离婚预约。

与胡丽通话是 3 月 18 日，南方周末记者当天在网上查询，发现新城区离婚预约已经排到 4 月 7 日，且只剩下 14:00-15:00 这一个时间段。而结婚预约则相对宽松。

胡丽解释，因为结婚登记的房间比较大，可以隔开几个窗口，所以一天开放 20 对。“我们离婚这个房子小，呼啦啦进来一堆人也不好。一对走了再进来下一对，中间还有消毒的过程。”

而且，“结婚的事情不能等，离婚还可以利用这个时间再考虑下。”

在胡丽看来，最近来离婚的人绝大多数并非受到疫情影响，“都是蓄谋已久的。”其中有的态度坚决，从起意离婚到登记已经过去五年，“不是因为疫情在家才找事。”也有的和和气气，手拉手走进来，登记完又手拉手离开。

2 “冒着生死也要离婚”

银川市兴庆区民政局设有一间婚姻家庭辅导室，往常，咨询师王斌海会在这里为打算离婚的夫妻提供免费调解。

受疫情影响，兴庆区的婚姻登记业务迟至 3 月 15 日才恢复。但早在 2 月中旬，民政局官员担心人们闷在家里情绪不稳定，要求王斌海公布手机号码，开通婚姻咨询服务。

最多的一天，王斌海接到五十多个咨询电话，少的时候也有将近二十个。打来电话的未必就是要离婚，有的只是抱怨丈夫脾气不好，婆婆对自己有成见。“该发生的矛盾，没有疫情也会发生。只是这段时间大家比较焦虑，把情绪放大了。”

也有心急火燎地询问什么时候恢复离婚登记的。王斌海就劝他们，不妨等一等，将疫情这段时间当作“离婚冷静期”。

离婚律师易轶在疫情期间接到好几个朋友的

咨询电话，“他们说在家里打得不可开交。”这些夫妻之间本身已有矛盾，但放在平常，易轶估计他们还能拖个两三年才下定决心离婚。而疫情的突然暴发如同催化剂，“以前上班可能是在回避，现在憋在家出不去，没法回避了，等疫情结束就想要个解脱。”

虽说咨询的是朋友，但易轶很少劝和。根据她过往的经验，想离婚的夫妻即便一时被拦住，过一段日子还是要离。疫情只不过缩短了双方勉力维持婚姻的最后时光。

易轶是北京家理律师事务所的主任。自从 2 月 20 日复工，一个月时间，这家专打离婚官司的律所已经签下五十多个案件代理。“案件量不能说比往年多，毕竟今年很多地方停工停产。但也算是挺多的了，我们都觉得不可思议，有的客户没见着面就签合同了，急迫成这样。”

大部分案件中，当事人想离婚的理由与疫情关联不大，“家暴、婚外情、婆媳矛盾……常见的不外乎这几种，和平常一样。”不过，有的“锅”还是得疫情来背，比如一位当事人告诉易轶，正是被困在家里的这些天，她无意间发现了丈夫和第三者的暧昧聊天记录。

该所另一位律师金增玉，过年前手上还有三十多个案子未完结。她本来想看看，有没有当事人在经历疫情后改变想法，和另一半关系缓和——“结果一对都没有。”

“这帮人冒着生死也要来离婚。”金增玉回忆，正月十五她还在黑龙江老家，已经有当事人预约要来律所面谈，“那会儿疫情正严，到处都停工，一般人的认知都是没事别出门。”

不能面谈，确实给离婚律师的工作带来不少麻烦。金增玉说，婚姻家事案件当事人对律师的依赖度要高于其他案件，“见面才有安全感，见面才能聊更深的东西”。复工后的一天下午，她与一位因为家暴想离婚的当事人足足面谈了五个小时，俩人全程都戴着口罩。

特殊时期，一些法院将离婚官司的庭审挪到线上，金增玉感觉不太适应。比如她的当事人主张对方出轨，对方不承认，如果是线下开庭，法官出示证据时可以观察对方的神态、语气，形成自由心证。“但现在大家都在网上，信号也不太稳定。法官说你看看这照片，对方说我看不清，就没办法了。”

3 “经济压力越大，家里气氛越压抑”

在疫情重灾区湖北，3 月 17 日，湖北省民政厅公告称，全省婚姻登记机关将分级分区逐步恢复办理婚姻登记。截至目前，具体恢复时间尚未可知。

17 年前 SARS 疫情的亲历者龙梅提醒，这次疫情对于患者家庭的影响值得关注。

龙梅的前夫曾感染 SARS，并因为治疗过程中激素运用不当产生了后遗症。“后遗症一半在身体，一半在心理。他本来是天之骄子，生病后落差很大，就会把感染 SARS 的不幸归咎于我，把怨气撒在我身上。对于家属来说，那是地狱一般的生活，是生命中不能承受之重。”

2006 年，龙梅与前夫协议离婚。当时还在媒体工作的龙梅做过一项调查：北京登记有 SARS 后遗症的患者三百多人，其中 60%出现了家庭变故。

不过，在吸取 SARS 治疗的经验教训之后，这次对新冠患者的治疗更注重合理运用激素。龙梅希望，新冠患者未来能够避免因后遗症导致的家庭悲剧。

但与 SARS 时并未大面积停工停产不一样的是，田子君注意到，疫情带来的经济压力正在逐渐侵蚀家庭的根基。有武汉市的年轻夫妻向她诉苦，说双方都两个多月没工作，家里养了两个孩子，还背着房贷车贷，“连团购菜都吃不起”。

“越到后期，他们经济压力越大，家里气氛越压抑，随便一点小事就拌嘴。这已经不是靠心理咨询能解决的问题了。”田子君说。

上海市疫情防控社会心理疏导专家团队成员林紫发现，很多家庭中的亲子关系问题也转化为夫妻关系问题。孩子一直在家，还要看着上网课，很多妈妈都觉得自己处在即将“崩溃”的边缘状态，

“只有把老公骂一顿，才能感觉好一点。疫情期间情绪的迁移、泛化、‘传染’，在每个家庭里都比较明显。”

“这场疫情，已经构成群体性灾难。灾难中，如果人们的应激状态没有及时得到干预，就有可能转化为创伤后应激障碍，在疫情暴发后的三到六个月出现心理危机的高发。”林紫和她的团队参与过汶川地震、韩亚航空空难、马航失联事件等重大灾难的心理救援，她告诉南方周末记者，这些灾难之后相关群体都有不同程度的应激反应，而这次疫情带来的群体性应激反应更强烈。

林紫建议，作为个体，尤其是面临婚姻困扰的夫妻，最好能够觉察到大的心理环境和背景，避免在应激反应之下做任何重大决定。

“年轻人遗嘱纳入虚拟财产”的进步与期待

2020-03-31 北京青年报 冯海宁

http://epaper.ynet.com/html/2020-03/31/content_350779.htm?div=-1&from=groupmessage

中华遗嘱库近日正式发布《2019 中华遗嘱库白皮书》（下称“白皮书”），首次采用网络直播方式对遗嘱大数据进行解读。数据显示，近年来，中青年立遗嘱人总体数量和增速较为平稳，而 90 后的遗嘱中，“虚拟财产”的纳入和安排成为一个突出特征：支付宝、微信、QQ、游戏账号等虚拟财产是 90 后遗嘱中常见的财产类型。（3 月 30 日《广州日报》）

过去，很多人尤其是中青年人很忌讳立遗嘱，觉得不吉利。但从白皮书来看，40 周岁至 49 周岁年龄段立遗嘱人数量占比从 2017 年的 27.96%上升到 2019 年的 34.38%；90 后 2017 年立遗嘱人数为 61 人，2019 年为 169 人，三年间翻了近 2.5 倍。显然是一种可喜的变化，这说明越来越多中青年人开始理性看待生命的不确定性，提前理智处置自己的财产。

90 后把虚拟财产纳入遗嘱，同样是一种进步。这既说明 90 后的财产不再局限于传统财产，也说明虚拟财产如今受法律保护是可以继承的，所以 90 后才会这么做。也就是说，2017 年起施行的《民法总则》首次肯定了虚拟财产的合法地位，90 后群体对此已了解并在遗嘱中体现出来。即年轻人在遗嘱中纳入虚拟财产，充分体现出法律进步、观念进步。

如今，不少人都有支付宝、微信、QQ、游戏账号等虚拟财产。其中，年轻人拥有虚拟财产的比例最高，这是因为年轻人更容易接受、利用网络账户等新鲜事物。但虚拟财产能否继承一直存在争议。尽管《民法总则》规定“法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的，依照其规定”。但法律对虚拟财产仍缺乏明确“规定”，而且，网络运营商另有“家规”。

比如微信规定：非初始申请注册人不得通过受赠、继承、承租、受让或者其他任何方式使用微信账号。支付宝规定，用户标识和账户仅限您本人使用，请勿转让、借用、赠与、继承……而造成这种局面的主要原因是，法律对虚拟财产的保护缺乏专门规定。这不利于继承人顺利继承被继承人遗嘱里的虚拟财产，也为虚拟财产继承纠纷埋下了隐患。

希望立法机关尽快完善相关法律，对虚拟财产的属性、处置进行明确，让《民法总则》的规定体现在更具体的法律条文中。就继承而言，需要完善我国《继承法》和相关司法解释，因为该法律第三条中虽然规定，公民死亡时遗留的个人合法财产包括“公民的其他合法财产”，但这一规定是很笼统的，理应单列虚拟财产。

当然，在法律没有完善之前，不等于年轻人遗嘱纳入虚拟财产后继承人无法继承，因为法院还可以根据实际情况作出公平合理的裁决。去年 12 月，上海市第二中级人民法院对全国首例微信公众号分割案作出终审判决，判定公号价值 340 万元，由四名当事人平分。既然法院可以裁定虚拟财产由当事人平分，在涉及虚拟财产继承的案件中，是否可以裁定虚拟财产可由相关人员继承呢？

年轻人的遗嘱中纳入虚拟财产，说明年轻人对未来完善相关法律充满信心，对法院会妥善处置虚拟财产继承问题充满信心。从培养人们立遗嘱意识、减少社会纠纷、节省司法资源等角度来说，相关法律越早完善越好，毕竟虚拟财产可以“虚”，但法律不能一直“虚”下去。

漫画/陈彬

《小妇人》背后的永恒问题：一代代女性，如何在婚姻之外寻找自由？

原创：2020-03-31 新京报书评周刊 余雅琴

https://mp.weixin.qq.com/s/H5ctPwP5Ka5L3Pt-CiSapg

受疫情影响，影迷们已经很久没能进电影院观影。原定 3 月底公映的新版《小妇人》档期也一再延后，但它在美国公映后的高口碑还是为它在全球赢得了影迷们的期待与关注。在刚刚过去的奥斯卡颁奖典礼上，新版《小妇人》（little women）还获得奥斯卡最佳导演奖和最佳改编剧本奖的提名，被认为本届奥斯卡奖为数不多的女性电影。

该片的导演是曾执导过《伯德小姐》的格蕾塔·葛韦格（Greta Gerwig），她也是近年来好莱坞比较重要的女性导演之一，既往的生活和作品中无不体现出一种强烈的当代女性主义关照，以至于很多人一开始并不理解她为何要执导一部“古装剧”。

事实上，算上这部新版的《小妇人》，以同名小说为蓝本的电影在世界范围内已经至少拥有了十几个版本。不仅好莱坞将这部小说改编了数次，日本、韩国乃至中国香港等东亚地区也有以此改编的电影作品陆续问世。此前，以 1933 年凯瑟琳·赫本版、1994 年薇诺娜·赖德版和 BBC 版最为有名。

新版《小妇人》剧照。

在其诞生至今的一百多年时间里，无数女性以这本小说作为自己的启蒙阅读，又有无数电影作品演绎这个关于亲情和成长的女性故事。是什么让《小妇人》有如此长久的生命力？如今的女性，又能从这部经典作品中获得怎样的启发？

作者 | 余雅琴

01

《小妇人》是美国女权运动的产物，彰显了时代精神

《小妇人》是由美国女作家路易莎·梅·奥尔科特创作的长篇小说，首次出版于 1868 年。彼时在美国历史上起到决定性作用的南北战争也才结束三年，小说的故事就发生在战争期间。因此，我们今天看来的“古装剧”，在《小妇人》的时代确是一本当代小说，集中体现的就是 19 世纪中叶的美国时代精神，可以被看作是第一波女性主义运动的产物。

美国女作家路易莎·梅·奥尔科特

《小妇人》的故事带有很强的自传性质，女主角乔的原型就是奥尔科特自己。她描写了美国新英格兰地区马奇一家四姐妹的生活和感情故事。而这四个女孩子的命运也可以被看做是当时美国女性的几种不同的人生选择。

小说受到思想家爱默生的影响，强调了个人尊严与自立自律的观念，这本内容平实细腻的小说具有一种教化人心的力量。这也是它能畅销一百多年的基础。

奥尔科特 1832 年生于美国宾夕法尼亚的一个贫寒家庭。她的父亲是一个不得志的哲学家和教育家，一生立志办学，却都以失败告终。同小说中的父亲马奇先生一样，他成天耽在书斋里，追求道德上的自我完善，家庭逐渐陷入贫困的境地，生活的重担落到能干的母亲身上。

为了分担家累，奥尔科特很早就出外做工，当过家庭教师、小学教师、医院护士，以后曾看护一贵妇人，并随同周游欧洲。她帮助家庭，不断努力工作，热爱自由，终身未婚。成名后，奥尔科特不仅出版了小说，还积极投身到社会事务中。投身于妇女选举运动和禁酒运动。后来，她还担任过一家儿童刊物《Robert Merry's Museum》的编辑。

如何理解《小妇人》的当代价值，我们首先应该先把这本书放在它诞生的时代里去考察。在奥尔科特成长的年代，正值妇女解放运动的第一次浪潮。早期女性主义者的诉求争论的焦点简单说就是男女平等、反对贵族特权、重申一夫一妻的神圣性，同时也要求公民权、政治权利，智力上和能力上的平等。

19 世纪 40 年代，美国早期的女性主义者们开始了积极地奔走。1848 年 7 月，由莫特夫人和伊丽莎白·凯迪·斯坦顿主持，召开了美国第一届妇女权利大会，通过了《美国妇女独立宣言》，它使美国女权运动有了比较明确的方向，将争取妇女选举权纳入女权运动的奋斗目标之列。斯坦顿断言：“男人和女人生而平等。”她公开要求国家保障女

性被剥夺的基本权利——神圣的选举权。

但是当时美国女性面临的当务之急主要是财产权、受教育权和离婚自由，选举权缓不济急。大会对争取妇女在经济、教育、法律、宗教、选举权等十二项决议进行表决时，只有选举权一项未获得全体同意，仅以微弱多数通过。

1868 年和 1870 年通过的第十四、十五条宪法修正案，分别制定了关于什么是国籍、如何进行众议员选举、公民享有平等被保护权以及公民不得受到（除性别之外的因素造成的）选举权的限制。两次宪法修正案都对美国历史进程产生了巨大影响，却没有赋予女性选举权，因此也激发了妇女为争取自己的选举权展开一系列运动。

1890 年，美国妇女成立了“全美妇女参政协会”，使各自为战的妇女参政运动拧成一股劲，使争取选举权的斗争进入了一个新阶段。妇女运动由西向东席卷全国，斗争方式日益多样化和激进化，游行示威，纠察、诘难政治候选人、绝食等等。在妇女运动的强大压力下，致使一些政治领导人也公开支持妇女要求选举权的活动。

《小妇人》
作者：［美］路易莎·梅·奥尔科特
译者：刘春英 / 陈玉立
版本：译林出版社　2020 年 2 月

值得一提的是，1994 年版本的《小妇人》虽然没有跳脱出着力塑造浪漫爱情和美好婚姻的窠臼，却创造性的加入了乔和朋友讨论妇女应该获得选举权的桥段，而她最终的婚姻选择，也是因为她的丈夫在选举权的问题上完全站在女性主义者的立场之上。

02

不仅着眼于女性情感世界，更是对资本主义上升期的回应

《小妇人》不仅着眼于女性自身命运，同时还反映了整个时代的氛围。在一个人文主义达到鼎盛的时代里，理性和科学是人类的法宝，神学和父权的桎梏在慢慢松动，探索精神被认为是美国精神很重要的一个组成部分。因此，乔的职业追求也可以正是继承了这种探索精神。

《阁楼上的疯女人：女性作家与 19 世纪文学想象》
作者：［美］S.M. 吉尔伯特 / ［美］苏珊·古芭
译者：杨莉馨
版本：世纪文景丨上海人民出版社，2015 年 2 月

她想要成为作家这个梦想在 19 世纪是绝对的进步性的表现，在此之前，历史和文学的书写者大部分是男性，而女性只有为自己争取到贵族地位（她的父亲或丈夫是贵族）才有可能获得书写的可能。因此，被誉为 20 世纪女性主义文学批评“圣经”的《阁楼上的疯女人：女性作家与 19 世纪文学想象》才提出质问：“如果笔是对阳具的隐喻，奥斯汀、玛丽•雪莱、勃朗特姐妹……靠什么写作？女人，你选择在世上我行我素，还是隐退于家庭生活的屏障后？你选择言说还是沉默，独立还是依赖？”

因此，放在 19 世纪的脉络里，《小妇人》集中体现了奥尔科特的进步意识，也反映了当时美国社会的种种状况：阶级和贫富差距阻碍持续拉大，阶级固化等级观念森严，中下层人民接受教育的机会匮乏且女性不能够拥有自主的财产权等等。她将对这些问题的看法集中表现在《小妇人》这本书中。

奥尔科特更是一个主张大胆改革的尝试者，她是一位为妇女争取更好的工作条件和选举权的卫士。由于当时的女性很难与男性一样平等地接受教育，不少女性主义者都投身于民间办学的事业中。《小妇人》里的乔最终继承了姑妈的房产后决心建立一所女子学校，反映的正是风气云涌的时代气氛。

作者同时还借马奇太太的口吻表达对资本主义上升时期“金钱至上”观念的不屑，马奇太太对女儿婚姻的态度是•：“我不希望我的女儿将来缺衣少食，但也不希望她们经不住金钱的诱惑。”而这种观念以今天的眼光看正是很典型的美式清教徒的中产阶级伦理。

由于新版故事打破了线性叙事，我们观看新版的过程没有之前版本来得顺畅。我们先知道了人物后来的命运才渐渐了解了他们的前史。因此，马奇家的其他几个姐妹的形象和人生选择也比之前的版本更为突出和具有当代性。

大姐梅格最为美貌，也是最符合当时主流社会审美的淑女。她本来可以嫁给有钱人，却因为爱情，嫁给了贫穷的家庭教师。她代表的是当时社会最符合主流审美的那一类善良的女孩，甘愿为了丈夫隐忍和奉献，颇有一些圣母的光辉。新版中，艾玛•沃森扮演的这个角色却更具有人性，她也会羡慕有钱人的生活，也会因为穿不起好看的衣服而懊恼……但当代的观众谁会去责怪她虚荣呢？反而会更加尊重她能够突破时代的局限选择自己所爱的人结合的举动。

三妹贝丝的故事最悲情，她性格温柔内向，喜欢音乐，善于弹奏钢琴，十分惹人怜爱。但这个角色却因为照顾生病的穷人而感染了猩红热，不治身亡。这个人物被作者给予了最完美的道德期许，近乎于纯洁无瑕，是一个完人。她的死亡拔高了女性的道德力量，同时也启迪了马奇一家人。他们再次团结起来，几个姐妹都获得了成长。

马奇家的姐妹

小妹艾米是几个版本里变化比较大的角色，她性格张扬，颇有些爱慕虚荣，以嫁给有钱人为自己的人生目标。但事实上，她很能代表那个时代具有野心的女性形象。在女性没有自主的财产权的情况下，只能通过婚姻改变自己的命运。艾米年轻美貌而又才华，她的梦想是成为艺术家，但在那个时代，只有通过丈夫的支持，获得长足的金钱支撑，这个梦想才有可能实现。因此，艾米一开始选择了可以帮助自己进行阶级跃升的弗雷德，但最后还是听从了内心的召唤，选择了成熟后的劳里作为自己的终生伴侣。

艾米内心世界的变化是新版《小妇人》的一个

亮点。她懂得抓住一切机会让自己获得上升空间，也对自己的命运有着清晰的认识，可以说她和乔是当时进步女性的一体两面。尽管表面看上去她没有乔的叛逆和大胆，但她们同样知道自己想要的是什么，并为之付出努力。

马奇夫人和姑母同样是《小妇人》电影里令人难忘的角色。马奇夫人是这个家庭的核心凝聚力，看似女儿们都喜欢远在战场上的父亲，但事实上却是母亲在操持一切。《小妇人》作为表现南北战争的文学作品从侧面指出男人们在前线建功立业、书写历史的时候，是女性在后方支持着家庭的根基。马奇夫人身上有非常可贵的清教徒的品质，她重视教育，乐善好施，艰苦朴素，是美国妇女的典型形象。

而马奇姑妈这个角色看似刻薄，其实非常清醒，她劝诫几个女孩嫁给有钱人并非贪图享乐，而是指出女性无法拥有自己财产的现实，只有嫁给更有钱的人才能获得更多的人生可能性。她固然是一个现实主义者，但却具有洞察力和社会批判性。姑妈终生未婚，守住了自己的财产，最后将大房子留给了马奇姐妹，完成了乔开办学校的梦想。

有意思的是，在之前的版本中，马奇先生都是以慈爱的父亲出现，占据了不少戏份，而新版的《小妇人》却淡化了这个角色，只让他在最后出现，突出了一家女性在父亲缺席的情况下的自我进步，可以说是有意识地去除原著的父权影响。

新版《小妇人》剧照。

03

对文本的重塑与颠覆，彰显当代女性意识

与新版《小妇人》最为类似的应该说是 1994 年版。两部电影的导演都是女性，也都启动了各自时代的超级偶像来饰演片中的男女主角。尽管相隔仅仅 25 年，我们却能从两个版本的不同细节看出这些年女性意识和婚恋观念的变化。

1994 版《小妇人》剧照。

当然，不论是哪个版本的《小妇人》都不会放弃对乔和美男子劳里情感的渲染，她拒绝劳里求婚的一幕让一代代观众心碎。我们都会为这一对青梅竹马的少年人没能在一起而遗憾，也会敬佩乔对感情问题的理智。

但乔对劳里的拒绝，不同的版本却有一些细节上的差异。之前的版本中，乔拒绝劳里的理由主要是自己讨厌上流社会，认为自己不适合劳里，或者

说配不上他。1994 年版本中，劳里向乔承诺自己会照顾乔的家人，让他们过上优渥的生活，乔不需要因为钱而写作，这让一心想要成为职业作家的乔感到了不快。

在新版中，乔更进一步，向劳里指出自己根本不愿意结婚，一个人也可以很快乐，自己太热爱自由以至于不愿意放弃自由。而劳里则反驳她，认为她有朝一日会遇到所爱的人并为之付出自己的一切。新版《小妇人》将乔对劳里的拒绝塑造成了新旧两种婚恋观的冲突。

新版《小妇人》剧照。

新版和之前所有的版本最大的不同就是加入了乔和书商之间的讨价还价，而这段故事是小说中没有，取材于作者奥尔科特的真实经历的。奥尔科特终身未婚，但她却让自己的化身乔最终嫁给了一位德国来的教授。新版《小妇人》在这里给出了自己的解答，那是为了应对当时的出版行业的潜规则：如果一本小说的结局女主角最终没能以嫁人作为大团圆结局，这本书是不会有人喜欢的。而此后每一个版本的《小妇人》尽管对乔和教授的爱情故事做了不同程度的修订，最终都是以她们结合为结局。

更早一些的版本都会塑造教授对乔的影响，他不仅是一个心地善良而朴素的人，还是一个具有非凡学养和谈吐的人。以往这个角色都会显得更老成和稳重，代表一种引领青年女性进步的力量，新版的《小妇人》让这个角色更具帅气也更具有男性魅力，他对乔作品的质疑也没有像之前几个版本那样立刻得到乔的正面反馈，乔激烈地反驳了教授。她不再是那个需要男性的介入才觉醒的女性，而更具有自觉意识和独立自主的能力。

葛韦格的这个版本则颠覆了原著，她借电影里乔和书商的争论：看来婚姻永远都是和钱挂钩的，哪怕在小说里也一样。她对那个时代的婚姻观念进行了批判，而本质上是对现代婚姻观念的一种重申。这个版本暗示读者，我们耳熟能详的结局其实只是乔为了应对书商编造的，现实中，她并没有嫁给教授，这是对传统意义上的对浪漫爱想象的反叛。

《家庭、私有制和国家的起源》
作者：［德］弗里德里希·恩格斯
译者：中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局
版本：人民出版社，2018 年 4 月

为何乔如此抗拒婚姻，放在《小妇人》的时代也并不难以理解。1884 年恩格斯写作了《家庭、私有制和国家的起源》一书就高屋建瓴地总结了当时女性的处境，他断定造成两性不平等的原因是阶级社会的私有制，尤其是资本主义社会体制下的阶级差异。

新版《小妇人》突出了乔对劳里的感情，表明他们之间并非没有爱情，而是不能够在一起。他们留下的遗憾不是性格问题或者不够成熟，而是某种必然。乔想要真正的自由，在那个时代她就不得不放弃婚姻的桎梏。她想要摆脱女性身份对于自己创作的限制，就要放弃某种女性的天然属性，因为电影设计她为了生活卖掉了头发，放弃了花枝招展的衣裙。

新版《小妇人》中，有一段乔和母亲的对话，她说："我厌倦了别人说女人只适合谈情说爱，但我真的好孤单……"这句话不仅是乔的难题，也考验着一代又一代女性：在爱情、婚姻、事业和自由之间，我们要如何选择，如何自处？乔做出了自己的选择，但残酷的现实却是：她依旧不能解决所有的人生问题。这大约也是我们至今能够和这个文本持续共鸣的原因。

本文为独家原创内容。撰文：余雅琴；编辑：走走。校对：王心。题图来自电影《小妇人》剧照。欢迎转发至朋友圈。

八、学者、法官、检察官、律师、公证专题

（一）大师风采及缅怀

新中国婚姻法学科奠基人、著名法学家巫昌祯先生逝世

2020-03-26 人民法院报

https://mp.weixin.qq.com/s/o4IkeCAAQcCHAdPM6pcf6A

编者按：中国政法大学著名法学家巫昌祯教授因病于 2020 年 3 月 25 日 15 时 30 分逝世，享年 90 周岁。法大在其微信公众号推送了一期文章，回顾巫昌祯先生的生平。特此转载。

沉痛哀悼！新中国婚姻法学科奠基人、著名法学家、我校教授巫昌祯先生逝世

沉痛哀悼中国共产党优秀党员，中国政法大学教授、特聘博士生导师，中国法学会婚姻法学研究会名誉会长，第七、八、九届全国政协委员，第五、六、七、八届全国妇联执行委员，全国杰出资深法学家、2015CCTV 年度法治人物、全国劳动模范、全国三八红旗手、全国优秀儿童工作者、著名法学家巫昌祯教授因病于 2020 年 3 月 25 日 15 时 30 分逝世，享年 90 周岁。

巫昌祯，女，1929 年 11 月 17 日生，江苏句容人，我国资深法学家，婚姻家庭法学教学研究的先行者，中国婚姻家庭法学学科的奠基人之一，中国法学会婚姻家庭法学研究会的创始人之一，著名法学社会活动家、著名法学教育家。作为中国法学会婚姻家庭法学研究会多年的会长、名誉会长，巫昌祯为中国婚姻家庭法学学科的发展做出了重大贡献，为中国婚姻家庭立法留下了宝贵财富。

1948 年，巫昌祯考入朝阳大学。新中国成立后，她被保送到中国政法大学三部学习，后又转入合并后新成立的人民大学继续研习法律。1954 年，巫昌祯从中国人民大学法律系毕业，进入中国政法大学的前身——北京政法学院教授民法，开始了她为之奉献一生的法学研究和教学事业。1955 年，巫昌祯参加了当时由彭真同志负责的民法典起草活动，1980 年、2001 年婚姻法的两次修订更是凝聚了巫昌祯她的智慧与心血。此外，巫昌祯还参与了妇女权益保障法的起草与修订，以及人口与计划生育法、未成年人保护法、老年人权益保障法等一系列法律法规的起草、制定。共和国的立法史上记载下巫昌祯教授的辛劳与功绩。

巫昌祯在婚姻家庭法学及妇女法学研究领域形成了有重要影响的理论成果。作为我国知名的法学家，巫昌祯以她的智慧、学识和影响力为促进我国婚姻家庭法学发展和法治建设做出了杰出贡献。巫昌祯教书育人、淡泊名利、学识和品行为世人称道，在同行和晚辈中享有崇高威望。她是我们永远的巫老师。

巫昌祯：一生与法同行

本文摘自《法制日报》《法大凝眸》和
“政法读书会”，内容略有删减

2015CCTV 年度法治人物颁奖礼官网这样介绍巫昌祯教授：

巫昌祯——耄耋之年，积极推动反家暴立法。
她既是法学教育家，也是法律援助律师。
她既是妇女权益的保护者，
更是一位立法反家庭暴力的推动者。
巫昌祯，中国政法大学教授，一生与法同行。

获评“年度法治人物”

2015 年 12 月 4 日，第二个宪法日，第十五个法制宣传日，中国政法大学教授、婚姻法泰斗巫昌祯，因在反家暴立法领域中做出的巨大贡献，当选 CCTV 年度法治人物。

巫昌祯，是新中国第一届法律系大学毕业生，一生中亲历了多部法律的起草修改工作。她孜孜不倦进行婚姻法等领域的学术研究，目睹了家庭暴力的危害，她积极奔走，努力呼吁，让更多的人转变观念，向家庭暴力说不。为推动反家暴立法做出了巨大的贡献。

2014 年“国际消除家庭暴力日”当天，国务院法制办公布了《中华人民共和国反家庭暴力法（草案）》，同时向全社会公开征求意见。2015 年 8 月 24 日，这部草案提交全国人大常委会审议。

“立法就是给妇女撑腰，告诉你，你别怕。”

自 1995 年“家庭暴力”的概念引入中国后，反家暴立法已走过二十年。与其他多年致力于此的学者、民间人士一样，耄耋之年的巫昌祯对这部法律充满期待。因为，家家和睦，是她一生的心愿。为此，她一边奔走呼吁，推动观念的更新与立法的进程，一边教书育人，培养大批优秀的法律人才。

求学“中国政法大学”

青年时期的巫昌祯

怀着法治的梦想，1948 年夏天，刚刚 18 岁的巫昌祯考入当时闻名全国的法科大学朝阳大学学习法律。未满一年，北平和平解放，朝阳大学由华北人民政法司法部接管，成立了“朝阳学习队”。这段学习经历令巫昌祯十分难忘：“茅盾、曹禺、郭沫若等大师级人物给我们开设专门的讲座，以及一些党内外的法律系统的专家也给我们上课。”

1949 年 10 月 1 日，由谢觉哉担任校长的“中国政法大学”在朝阳大学的基础上成立，巫昌祯随之进入中国政法大学，在第三部也就是本科部学习。

1950 年，中国人民大学成立，“中国政法大学”并入人民大学，所有的学生也都进入人民大学法律系。1954 年，巫昌祯以全优的成绩毕业，成为了中国人民大学第一批法律专业本科毕业生，也是新中国第一批法律专业本科生。毕业后，巫昌祯和丈夫庚以泰一起被分配到创立未久的北京政法学院任教。

执教北京政法学院

到了北京政法学院以后，巫昌祯主要讲授民法。1958 年，民法教研室和其他法学教研室都被取消，组成业务教研室。巫昌祯也无法继续教授民法，转而讲授毛泽东思想概论和古汉语。

上世纪 70 年代初，巫昌祯和丈夫庚以泰来到安徽干校劳动。一年后干校解散，庚以泰被分配在安徽省公安厅工作，巫昌祯则回到北京照顾幼小的孩子们。

1978 年，北京政法学院复办，巫昌祯再次回到学校，重登讲台，回归她所热爱的教师岗位。从此在讲台上一待就是几十年。

亲历多部法律的起草修改

巫昌祯一生中亲历了多部法律的起草修改工作。1955 年，她参与民法典的起草，到 1957 年起草小组解散，当时共起草了五百多条。参与起草的有法学大家芮沐、佟柔、杨怀英等人，巫昌祯是最年轻的一位。当时外宾来中国，常问中国有没有法律，法律起草成为新中国很紧迫的任务，而民法又是备受关注的。起草工作很艰难，旧中国的民法典被废弃不用，而其他国家的民法典在国内还很难见到。于是多方搜集，看看英、美、法等国家的民法是怎样的，共收集了十几本资料，再按项目分解组织起草。

1978 年，婚姻法的修改被提上议事日程，因为有起草民法典的经历，学校派巫昌祯参加。婚姻法是新中国制定的第一部法律，是新中国的法律头生子，自然备受关注。这边刚刚参加婚姻法修改小组工作，那边民法通则的起草同时启动了，也邀请巫昌祯参加。因为与婚姻法有约在先，她便对民法通则说了对不起。这次参与立法的经历，成了她学术道路上的分水岭。此后，她把研究和教学的重心转移深入到了婚姻法。

上世纪 90 年代初，为迎接在北京召开的第四次世界妇女大会，全国人大制订了妇女权益保障法的起草规划。巫昌祯任起草组副组长、办公室主任。寒暑更迭 3 个轮回后，这部法律于 1992 年提前问世。此外，她还参与了未成年人保护法、老年人权益保护法的起草工作。

1997 年，婚姻法第二次修改。巫昌祯参加了民政部的专家组，又成为全国人大常委会法工委立法小组的专家。修改稿第一稿出来后，巫昌祯随专

家组去广东进行执法检查，深圳一家报社的记者随行采访。调查发现，广东地区婚外性关系比较严重，在记者问到婚姻法如何应对这种情形时，巫教授亮出了自己的观点："夫妻应互相忠实，有过错就要付出代价，无过错方可以请求赔偿。"记者在报道时，却出现了她"主张处罚第三者"的字句，一时间说她"保守"、"倒退"的声音高涨，但这不是巫昌祯的本意。她并不为一时的舆论倾向所动，仍赞同并坚持把"夫妻相互忠实"、"禁止有配偶者与他人同居"、"损害赔偿制度"等内容写进了修改后的婚姻法。

接着，巫昌祯全情投入了计划生育法的起草。但这部法律的起草很困难，最终也未能完成。当时的顾虑包括"一胎化 "能不能提，一旦把"一胎化"用法律形式固定下来，将来出现大量的"两胎"现象怎么办？也考虑过在法律上规定"两胎" ，但也有许多隐患。这部法律起草了三次，最终不得不放下。

而最近的一次，是 2003 年 1 月，巫昌祯参与民法典草案编撰。民法典的起草是构建国家法律体系的系统工程，是非常繁重的一项任务，巫昌祯期盼着它的早日通过并付诸实行。

见证中国妇女地位的逐步提高

上世纪 80 年代，经常有陌生妇女敲开巫昌祯家的门，"扑通"一声跪倒在地，求巫教授替她做主。原因是丈夫做了陈世美，抛弃了她，而她不肯离婚，死也不离婚，离了婚就去死，法院却判决离婚，于是求巫教授为她申冤。巫昌祯只好解释，自己只是一名大学教授，只有反映意见和进行监督的权利，不能干预司法办案。有的妇女不理解，你巫教授这样的大名人还管不了我一个小小的离婚案？

而后来，这样上门求助的妇女越来越少。我国妇女普遍接受了"夫妻感情破裂就应该离婚"的观念，可以接受离婚的现实了。当然，这也是因为社会大环境和人们的思想观念都在发生转变。

但当时损害妇女权益的状况依然严重，对妇女权益的保护也任重道远，包括人们的观念也有许多有待改进的地方。比如妻子有了外遇，就是"红杏出墙"，就是丈夫的奇耻大辱，丈夫就"戴了绿帽子"；而丈夫有外遇，社会舆论的谴责却宽松得多，甚至还被某些人认为是"有本事"，也没听说妻子戴什么"帽子"。妇女被强奸，会被周围舆论冷嘲热讽，受害者再次蒙受羞辱，最终选择了轻生；有的妇女为抗拒强奸跳楼自杀而死或被摔成重残，这样的人间悲剧的制造者，除了犯罪分子，还有人们的思想观念。巫昌祯认为，法律的保护是一个重要方面，而人们思想观念的转变，也是保护妇女权益的重要内容。

法律武器保护妇女权益

在经济多元化发展过程中，许多妇女的经济社会地位下降，从属和依赖于男性。在五十多年的法律生涯中，巫昌祯始终关注着妇女权益的保护，对社会上出现的"包二奶"、重婚、"第三者"插足、家庭暴力增多等现象，身兼全国妇联执委、北京市妇联副主席的巫昌祯站出来进行强烈抨击。经常有妇女去找她，向她哭诉不幸的婚姻生活。她认为要用法律来保障在婚姻中权利受害者："婚姻法的修改势在必行，必须加大对妇女权益的保护力度。"

晚年投入公益活动

巫昌祯晚年热心投入到 30 多项社会公益活动

中。上世纪 80 年代，她就领导创办了专打公益诉讼的第八律师事务所，开了中国公益诉讼的先河。她参加社会活动也坚持公益性，上到最高法，下到居委会，请她讲课都答应，但从不收费。

法大四大才女的故事

本文摘自《法大凝眸：四大才女的传奇》，内容略有删减

“四大才女”这一称号的出现，始于 1986 年中国政法大学团刊《我们》上张守东的一篇文章《法大四大才女》。她们精深的法学专业修养、深入浅出的授课技巧、亲切随和的性格无不赢得同学们由衷的敬佩和喜爱。她们敬业的态度、严谨的治学、崇高的品德和各具特色的教学，使复办之初的北京政法学院学子们如沐春风。她们也以自己的言传身教培养了大量的杰出人才，影响了一届又一届的学生，为法学教育做出了自己的贡献。

左二为巫昌祯

1978 年，北京政法学院迎来了复办。随着宪法的修订和大批法律法规进入制定日程，法治建设回到正常轨道上来，法学教育也迎来了新的春天。复办后的北京政法学院经过争取，从北京市各单位和分散在安徽、河北等地方调回了部分原来的老师。这些老师闻知北京政法学院的复办，都回到学校里来，重新站上讲台，时隔多年再以“法学教师” 身份给同学们教授法学理论。

在复办后极其艰苦的条件下，老师们克服了重重困难，以饱满的热情投入到学院的建设之中来。重建各个教研室，夜以继日地编写各学科教材，开设各学科的必修课和选修课……这一批优秀而敬业的老师以其渊博的学识、各具特色的授课方式和独特的个人魅力，赢得了同学们的广泛赞誉。其中，就有被同学们称为“四大才女”的四位女教授巫昌祯、薛梅卿、严端和孙丙珠。

在五十多年的执教生涯中，巫昌祯有好几次重新选择职业的机会。1955 年参加民法典起草的时候，巫昌祯整理材料既快又好，全国人大很想让她留在机关工作；八十年代第一次修改完婚姻法后，全国妇联也有意把巫昌祯留住，请她出任中华妇女干校（中华女子学院前身）的领导工作。这些邀请都被巫昌祯委婉地回绝。她始终没有离开讲台，宁愿做一名教师，教书育人。

巫昌祯的课堂讲授非常生动，注意理论联系实际，用大量生动的例子深入浅出地讲解枯燥的理论知识，受到了同学们的欢迎。“在实践中，我掌握了大量丰富的实际材料。从那时起，我就养成了理论联系实际的作风，在以后几十年的教学工作中，始终坚持和发扬了这种作风，从而形成我讲课的风格。”

学校复办后，巫昌祯和学生的关系十分密切，非常关心同学们的学习和生活。那时候每个班都有一个固定的教室，晚上上自习的时候，巫昌祯经常来到教室里，给同学们辅导学习。同学们遇到一些生活上的烦恼，情感上的困扰，也会找和蔼可亲的巫老师倾诉。平日，学生们经常登门拜访，和巫老师聊聊家常。

巫昌祯：白头虽老 赤心犹存

本文摘自《中国妇女报》2014 年 11 月 24 日头版，内容略有删减

在北京北三环的一处塔楼，记者走进了巫昌祯的家，老人拄着拐杖站在房间门口相迎。冬日午后的阳光洒进巫昌祯的卧室兼书房，和煦温暖。

眼前的老人胸前佩戴石榴红花型胸针，身着藕荷色衬衣、西服，精神矍铄。

我国著名婚姻法学家、著名法学教育家、法学活动家、著名法律援助律师、妇女权益保护者……一连串闪光的头衔集中在中国政法大学教授巫昌祯身上，她的名字和新中国婚姻法、妇女权益保障法的发展历程紧密相连，在妇女界享有很高的声誉。

在巫昌祯的领导和推动下，中国婚姻家庭法学进入了学科发展的全盛时期。她曾参加我国婚姻法的两次修订。在妇女权益保障法、人口与计划生育法、未成年人保护法、老年人权益保障法等一系列法律法规的起草、制定、修改过程中，都有巫昌祯领衔并全力参与的身影。

1989 年中国妇女报报道了妇女法起草小组在京成立的消息，巫昌祯任副组长兼办公室主任。之后，“巫昌祯”三个字和她所倡导的法治理念频繁出现在报道中。

2014 年因骨质疏松，巫昌祯不再像以往那样四处奔走，但是，仍然指导一位博士生学习，对婚姻家庭法、妇女权益保障等问题的思考和研究并未停止。

当日采访一开始，巫昌祯就谈到全国人大常委会刚刚通过的关于民法通则第九十九条第一款、婚姻法第二十二条的解释。该解释重申公民原则上应当随父姓或者母姓，明确有三种情形可以在父姓和母姓之外选取姓氏。“应当考虑实际情况，扩大公民姓氏选择权。” 巫昌祯微笑着说。

其实早在上个世纪八九十年代，巫昌祯就曾讲授过一个真实案例：两家人在同一医院生孩子，多年后才发现孩子当初抱错了，后来两家商定保持孩子的生活原状，姓氏不变，依法履行权利义务，给孩子买东西都是两份。

关注现实生活并积极投身其中，是巫昌祯的一贯风格。她同情弱者，有求必应，长期致力于普法宣传、妇女儿童维权和法律援助工作，成绩斐然。

上个世纪八九十年代，巫昌祯担任北京市妇联兼职副主席，牵头在北京正义路上成立第八律师事务所，这个女性法律工作者团队专门为妇女群众免费提供法律服务。巫昌祯亲自代理了刘月兰案等法律援助案件。

《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出，编纂民法典。

早在 1955 年，25 岁的巫昌祯就曾参加当时由彭真同志负责的民法典起草活动，后来起草小组解散。之后巫昌祯研究重心转到婚姻法。1986 年，我国制定并颁布民法通则。2000 年左右，巫昌祯参加了当时民法的编纂工作。

巫昌祯希望，我国民法能够进一步完善。

妇女群体的生存状况一直是巫昌祯关注的问题。“现实生活中男女两性依然存在不平等的现象。”巫昌祯说，妇女参政权需要首先关注，应制定相关

比例，推进男女平等参政。女性法律工作者应关注现实生活中男女不平等的具体案例，提出具体解决方案，深入开展普法宣传。

虽年事已高，巫昌祯仍笔耕不辍。2013 年她带领团队编写了中国社会工作协会推出的家和工程系列丛书的第一本——《婚姻家庭法律指南》。

在巫昌祯的书架上，记者看到 2014 年 3 月全国妇联权益部和中国婚姻家庭研究会颁发给“顾问”巫昌祯的感谢证书，2012 年 9 月中国法学会授予她“全国杰出资深法学家”荣誉称号的证书……巫昌祯还特别珍藏了 1995 年联合国第四次世界妇女大会中国组委会的嘉奖证书，感谢她在参加联合国第四次世界妇女大会工作中作出的显著成绩。

巫昌祯说，人生的价值在于奉献，能出多少力，一定尽心尽力为妇女服务，为妇女奉献一切。生命不息，奉献不止。

贡献社会、服务人民是巫昌祯教授学术生涯的真实写照，正如她自己所说：

“我要用我的爱心，用法律人的责任感，尽我最大的能力去做一些有意义的事情。人生的价值在于奉献。”

“我把一半的时间和心血给了学生和书，另一半给了社会和妇女。我是一名服务员，服务的对象是学生、妇女和社会。我是在党的哺育下成长起来的，有坚定的信仰，时代赋予我一种责任。‘人生的价值在于奉献，生命不息，奉献不止’，就是我的人生格言。”

先生虽逝，但先生的思想、精神、风范长存！
激励后辈们为法治中国的建设奋勇向前！
巫昌祯教授千古！

来源：“中国政法大学”微信公众号
编辑：冼小堤

访谈录 | 中国婚姻法学的开拓者：悼念巫昌祯教授

原创：2020-03-26 雅理读书　巫昌祯

https://mp.weixin.qq.com/s/1PvSfuGIoC45ezbiaUgi3A

2020 年 3 月 25 日，中国著名法学家、婚姻法学奠基人巫昌祯教授逝世，享年 90 周岁。雅理读书今日推送巫教授生前访谈，以志纪念。本文原载何勤华主编《中国法学访谈录》（第一卷）北京大学出版社 2010 年版。

巫昌祯，江苏省句容县人，1929 年 11 月生，1949 年 3 月参加革命，后转入原中国政法大学、

中国人民大学学习。1954 年毕业于中国人民大学法律系。毕业后至今在中国政法大学任教，现为教授、共产党员、特邀博士生导师。主讲过民法、婚姻法、家庭社会学等课程，以婚姻法、妇女法的教学和研究为主。参加过七次立法活动（民法、婚姻法、妇女法、人口与计划生育法等）。主持或参与七项课题的研究工作（婚姻法、法学四十年、计划生育法等）。主编、参与主编、个人撰写的论著四十余部，主要有：《婚姻法论》、《婚姻法教程》、《婚姻与继承法学》、《妇女保障法学》、《现代民法实用词典》、《中国法学四十年》、《当代中国婚姻家庭问题》、《走向 21 世纪的中国婚姻家庭》、《妇女法基本知识》等。论文近百篇，主要有《离婚新探》、《中国妇女、儿童的法律地位》、《修改婚姻法的思路和构想》等。多次参加在国内举行的国际会议，如：世界法律大会、中美妇女问题讨论会、中日妇女问题讨论会、预防家庭暴力研讨会、世界妇女大会等。先后赴美国、日本、澳大利亚、菲律宾、哥伦比亚、委内瑞拉以及香港台湾考察妇女问题或参加世界性的国际会议。曾被评为北京市教育系统先进工作者、市优秀教师，全国优秀教师、北京市先进工作者、全国先进工作者、市、全国“三八”红旗手、全国优秀儿童工作者等，享受国家政府特殊津贴。曾任全国政协委员、社会与法制委员会副主任、中国法学会副会长、婚姻法学研究会会长、全国妇联执委、北京市妇联副主席、华坤律师事务所主任，等。现任中国法学会学术委员会委员、特邀博士生导师、国家法官协会兼职教授、最高人民法院特邀咨询员、婚姻法学研究会名誉会长、中华女律师联谊会顾问等。

访谈录

中国婚姻法学的开拓者：悼念巫昌祯教授

Q **记者（以下简称‘记’）：**巫老师您好。我们想采访您一些关于解放前后中国法学界的情况。

巫昌祯（以下简称‘巫’）：我读法律算是误入法门。因为我喜欢文学不了解法律。当时只有朝阳大学有第二次招生。而我来北平是 9 月份，只好报考了朝阳大学。考上以后上了一个多月的课，就停课了。1949 年初北平就解放了，很多同学都离开了学校，有的参军，有的到了外地。解放前后社会发生了很大的变化，对我们这些年轻人来说，是一个历史的转折。我觉得这可以说一说。

解放以后我们大部分同学就回到学校，地下党组织我们一起学习。党员那个时候都是地下的，没有公开。像孙国华、王舜华这些高年级同学，他们在解放前从事学生运动被捕了，解放后放出来了，就组织我们宣传，宣传新社会，因为老百姓对新社会，对社会主义、共产主义都不了解，所以我们要宣传。大概到了三四月份，华北人民政府了接管我们学校，因为当时中央人民政府还没有成立，所以就由华北人民政府接管。接管以后成立了朝阳学习队。在学习队的组织下，我们学习政治、各种政策，还有马列主义的基本原理。从参加学习队开始，我们就加入了革命的行列。

Q **记：**有老师参加吗？

巫：没有老师，都是同学。学习党的政策、社会发展史、政治什么的，进行思想教育。这是初步的启蒙教育。由革命老干部、社会名人来讲课，如郭沫若、茅盾等，但还未涉及法律。而谢觉哉同志给我们作了政治报告。那时同学们对新社会都很热情，感觉像换了人间似的，一切都很新鲜。人们穿的那个军棉袄，后面都写俩字‘解放’。女同学都不穿旗袍了，改穿列宁装了。像革命干部那样。再不穿旧的衣服，把旧的都抛弃啦。对新社会充满激情，可以说是激情燃烧的岁月。同学们都朝气蓬勃的，上街演出宣传，到工厂去教歌。还参加游行，反帝游行，庆祝解放，等等。特别激情澎湃。

1949 年 10 月 1 号中国政法大学成立，就是老

政法大学。这是新中国成立的第一所大学。第一任校长谢觉哉，当时开学典礼上谢觉哉同志、董必武同志都参加了。同学们都坐在马扎上，没椅子，露天的。我们就跟着时代的需要，选择了法律这个专业，逐渐树立了学法的思想。中国政法大学其实就是在朝阳大学基础上建立的。接管了朝阳以后进行改造，把年轻学生还有高年级学生一块组织起来进行学习。学校共分为三部。第一部是调干，就是把法院干部调过来学习。第二部是高年级同学，专修科，像孙国华那样的，三年级四年级的，短期培训后就可以出来工作。而第三部就是我们这些一年级二年级的入学没多久的，就进行本科学习。这个时期主要进行政治学习和思想改造。

这段时间不长，到了 1950 年春天，又采取了一个新的措施，把政法大学和华北大学、革命大学合并，成立中国人民大学。中国人民大学是新中国成立后的第一所综合性大学，我就参加了人民大学的法律系。到了人大以后，开始是包干制供给制，革命大学嘛，一律穿制服，有革命大学的特点。人民大学到了 52 年还是 53 年的时候才改成助学金，不穿制服了。在那段时间，人民大学是苏式教育，采用的完全是苏联模式。教学内容是先学苏联的，然后是东欧的，最后才是中国的。

Q **记：**那是外文的还是翻译过来的？

巫：是中文的。那时侯有 8 位苏联专家讲课，民法、刑法等各个专业都有。通过翻译教学。上的是大课。那个时期，旧法已经完全否定了，旧法人员需进行改造，加强培训。那时上讲堂的都是苏联专家，还有就是政法大学二部专修科培养出来的。同时也举办教师培训班，像孙国华他们，经过短期的培训成为教师。他们先教我们，应该说他们是新中国第一批讲授法律的讲师。解放前的老师旧法观念太重，他讲法律必定都是旧法的东西，我们是完全否定旧法的。当时法学、政治学专业只有人大有，北大法律系取消了，清华的政治系也取消了，都合并到人大去了。

青年时期的巫昌祯

Q **记：**巫老师，我们想问一下苏联专家过来的时候大概维持了多长时间？

巫：时间挺长的。我记得我的民法刑法都是他们上的。讲到中国部分是中国老师讲的，讲讲民事政策啊党的文件什么的，传达一下精神，内容不多，因为当时还没法律呢，民主法制还处于创建阶段，旧法又不承认，一切还没步上正轨。中国部分就一小部分，前面大量是苏联和东欧的。当时法律很少。1950 年婚姻法就颁布了。土地法也挺早的，土地改革需要土地法，不过土地法我不是太清楚。土地法应该在比较前面，但婚姻法影响比较大。是解放后颁布的。另外就还有些刑事政策啊文件的，别的就没了。当时百废待兴，旧法全部否定了，也有点极端。旧法人员也都不用了，改造之后做别的去了，不搞法律了。我们毕业前苏联专家就走了一部分，大概在 54 年的时候。他们来了后还是培养了一批老师。当时跟着他们听课，俄语比较热门嘛，发现了一些人才。我们毕业的时候法律系也初具规模了。

Q **记：**那您毕业的时候苏联专家还有留着的吗？

巫：那不清楚了，他们是陆续走的。

Q **记：**那中间有没有更换过？

巫：那就更不清楚了。学生不注意这个。民法刑法都是用俄语讲的，你在下面听，他在上面比画，再由翻译来说明。当时苏联模式是主要的模式。别的大学可能不一样，他没有法律系了，不学法了，而别的专业，像文学什么的还存在。就是这些。1954 年毕业以后，我就分配到了北京政法学院。北京政法学院和原来的政法大学不一样。它是 52 年成立的，院系调整，各个大学的法律系调整过来成立了北京政法学院。像北大、清华法律系政治系的，调整过来，成立了北京政法学院。那个时候，北京、华东、西南、西北等五大政法学院都是那时侯成立的。北京政法学院 1952 年成立以后，经过文化大革命，恢复办校以后，83 年还是 84 年，改名叫中国政法大学。跟过去的政法大学不是一回事。渊源不同。1949 年成立的中国政法大学是后来的人民大学的前身，跟现在的中国政法大学没什么关系。当时的政法大学也没什么法律可讲，其实就是思想政治教育。54 年以后就开始慢慢走向正轨了。我是朝阳大学最后一届同学，比我高几届的都是老同学，老同学还有健在的，都 80 多了。

Q **记：**那您当时在政法学院，这不是院系调整过来的嘛，您还记不记得当时的老师是从哪些学校过来的？

巫：大部分是北大来的，北大的老师，北大的学生。50 年北大还没有说停办，后来才停办的。停办后那些 49、50 年入学的学生就到政法学院来了。还有一批是革命大学的，都是老干部，做领导的。教研室主任都是老干部。那个时候政法学院规模很小，就这么几座楼，办公楼和几座宿舍楼，连教学楼都没有，就是在办公楼里面有教室。那时侯很简陋的。开始也没本科，就只有专科。专科就是那些旧大学刚入学读法律的学生，就到这儿来培训。

当时北大来的有八大教授，像钱端升、朱奇武、雷洁琼、严景跃等。少数的老教授解放前就很有名，像钱端升，就当了北京政法学院的院长。有些老教授，由于种种原因，调进来也没上课，就是养着他们。后来有几位老教授上了课，都是进步教授，如雷洁琼、严景跃等，他们已经是全国人大代表了。雷洁琼还是政法学院的副教务长。所以当时对旧教授是区别对待的。现在这些教授大部分都不在了，旧社会时就当教授了嘛，年纪都很大了。九十以上了。

Q **记：**巫老师，刚才不是谈到那个旧法统的问题吗，您对这个有什么看法？

巫：我认为，对旧法不能继承，但也要吸取它的一些精华。因为它也是从学习了各国法律而来的。现在有些教材就学它，语言也用它，这就有点不合适，毕竟是有区别的。总之台湾的法律也是有可取之处的。不能全盘否定，得有所取舍。像一些基本法律概念什么，还是一样的，比如说合同，就有共同点，很难说新中国的法律就有什么根本区别。50 年代起草的民法典就有点绝对化。当时认为我们的民法绝对不能提“私”字。由于种种原因，第一次的民法典就夭折了。后来慢慢改着改着就接近了，物权法也有了，私有财产也要保护了。

法律不能一下子割断的。旧法也是调整社会关系总结出来的，也有可取的地方。有些法当然明显有问题，带封建色彩的，但可以取舍。现在看来法律的共同点还是很多的。海峡两岸开了好多次婚姻家庭法的会议，第一次是在 88 年吧，在香港开的。开的还不是两地会议，是综合性的国际会议，其实所谓国际也就是台湾到美国去的人再回来参加会议，这样才能获得批准啊，因为双边的不允许开会，只能多边，来一个也算多边。这次会议我参加了。台湾也很愿意学大陆法，因为大陆法有很多进步的地方。说句实话台湾的婚姻家庭法是比较落后，保留了一些封建的东西。有一条很明显“父母有教育子女的义务。父母意见不一致时，以父亲的意见为准”。还有什么父亲在必要的时候可以惩戒子女等等。这是家长专制啊。后来慢慢取消了。总认为父亲是家长，母亲没有发言权。他们修改的比较慢，稳定性比较大，很多就还保留着。

Q　**记：**那您当初讲课的时候是讲民法吗？

巫：是的，从事民法教学有四年之久。我当初分就分到了民法教研室。先讲苏联民法，当时有个特点，一个学期讲苏联民法，一个学期的三分之一讲中国的。中国有什么可讲的呢？除了民事政策以外，还讲讲五十年代初的时候，我参加的第一次民法起草。55 年开始的。参加了一年，掌握了些材料，做了些调查研究。就讲这些，我所见到的东西，谈一些问题，讲一些专题。当时民法典起草挺典型的，特别明显，绝对没有‘私’字，我们实行公有制的，私有制是万恶之源。在所有权类型上，只能说国家所有权，集体所有权和个人所有权。什么是个人所有权啊，就是生活资料方面的所有权，都是动产性质的，没有不动产的。没有房子，私房都改造了。也没有车，谁有车啊？就是农民有宅基地，除了宅基地以外，就是生活资料。城里人特别是干部，房子都是国家分配的，家具也是国家分配的，桌子什么的都是。所以当时离婚很简单，到法院去，把家里的东西都拿来，法官给你一分，很简单，没什么大的东西，用自行车就拉走了。所以那时侯生活很简陋，连大衣柜也很少见，很长一段时间里我们宿舍里没有大衣柜，只有书架。书架也是国家给的，那些东西都是后来有的。

我记得我们起草民法典的时候也在起草继承法。继承法起草以后一位领导同志就说了，继承法？那是资本主义的产物，只有资产才要继承啊，没有资产继承什么？看我，制服是国家发的，住房是组织分的，就是钢笔是自己的。继承什么？没有必要。本来是最早起草的继承法，但没有财产可继承，我们中国不需要，我们要消灭私有制。所以起草了一段了也就停止了。一继承就是资本主义了。上大学时我们一个同学的父亲是资本家，改造了以后还有一些财产，就对他有看法，说你是资本主义的后代，团都不让入，说你爸爸死了你不就继承财产了，不就是资本家了？怎么能入团呢？所以那时你有财产反而是一个很大的负担，有的人干脆就都捐了，一无所有，好，我是无产阶级了。那个时候有很多资本家的子女要求进步，说我不要爸爸的财产，捐了，我就成真正的革命者了。

五十年代的时候一方面思想有点“左”，另一个方面存在法律虚无主义，不重视法律。对旧法全盘否定。所以 55 年我们起草民法典的时候，甚至对旧法所用的那些名词也尽量回避。总认为，革命，就要创建我们新的法律，另外搞一套。文化大革命以后起草民法通则的时候，稍微好一点，但对私有制仍然有看法。直到后来实行市场经济了，才承认了私有制，但还是有限制的，最后才放开给予承认私有制的。这是发展的三部曲。民法起草很典型的。反右的时候法律界文艺界是重灾区，法律界最容易出问题。律师的工作就是辩护，往往就被划成右派。你怎么去给反革命、去给犯罪的人辩护啊？立场有问题，一句话就堵死了。所以律师制度也没有了，后来才恢复的。

Q　**记：**当时不是还有一些公办律师的么？

巫：当时律师协会也没有了。除非是一些重大审判活动，比如审判日本战犯，或是带有政治色彩的案件，我们有另外一种律师。不是为战犯服务的，是为人民服务的。

Q　**记：**您所知道的 57 年反右的情况如何？

巫：57 年开始是整风。整风不也是左倾的表现么。家庭背景有问题，个人出身有问题，或者发

表一些言论，往往就被划成右派。后来反右又扩大化，如果不满现实，就可能成右派。年轻人哪能那么冷静的？说话一冲动就可能成右派了。反右派以后政治空气就更左了。什么都谈政治，连婚姻也讲政治。说婚姻以爱情为基础，爱情以政治为基础，最终以政治为基础。我们那时候党团员结婚都是要申请，领导批准的。党团一调查，你俩不合适，就可以不同意你们结婚的。所以婚姻法虽然规定了婚姻自由，但都是有一定限度的。军人是肯定要调查的，对军人的婚姻是有严格规定的。军人是不允许和右派分子或者家里有港澳台背景的人结婚的。这是形势的需要。但是对一般人也这么包括要求就不一定合适。如果你是党员，爱人是右派，那就你自己选择吧。你要不离婚也可以，那你就可能受到影响。人都得考虑大局。你还有事业呢，不能为他牺牲一切。

我们学校有两个人很明显，这两个男人都划了右派，而这两个男人的妻子是党员。群众就用大字报提出问题：你是要党籍还是要丈夫？实在没办法，有的在压力下就离婚了。离婚以后一从法院出来，就抱头痛哭。感情很好的，可是无可奈何啊，那个时候男的右派女的不是右派离婚的比较多。因为男的是家里的顶梁柱啊。如果男的不是右派女的是右派，那还好一点，男的是右派就不行了，儿女都会受影响。这是父系占主导的关系。爸爸怎么样，孩子就怎么样。至于说妈妈外婆怎么样了就没什么太大关系了。查五代查三代都查父亲的。

Q　**记：**当时反右的时候学校的老师应该也受到很大冲击吧？

巫：对。我们学校，大到整个法律界都非常多，为反革命、犯罪分子辩护的律师就可能划成右派。我们学校有多少右派我统计不了，反正喜欢说话的，爱提意见的，家庭背景有问题的，或者台湾香港有关系的，就容易成右派。司法部门很多人，包括北京市高级法院院长、中级法院院长，还有司法局长，都是右派。而且当时划右派也有个问题，各单位有比例。百分之多少，没有不正常。就算是个小单位，也得有几个吧。一个都没有，那领导就受批评了，说你有右倾思想。领导也挺为难的，找不出谁是右派来，谁都不符合条件啊。那我算一个吧，他也不知道划右派有什么后果，就把自己报上去了。结果他就划了右派，接着一切后果就来了，什么劳动改造啦，开除党籍处理啦。后来平反以后他自己说了，我当时划右派是自报的。划了右派，也严重地影响了婚姻问题。有的夫妻，一方是右派，一方是党员或预备党员的，往往就离婚了。

总之，当时这个政治色彩比较浓厚。我们过来人都清楚，现在的年轻人理解不了。那时侯有海外关系的话真够戗，就是工人有这种关系压力也很大，总有种嫌疑，是不是派进来的什么的。这方面特别敏感。那段历史也过去了。

Q　**记：**那您在整风运动时有没有受到什么冲击？

巫：我还好一点儿。我就是家庭出身的问题，别的没有什么可抓的。组织上没有什么措施，就是不重用了。我当时到政法学院来还是挺受重用的，组织上说你虽然不是党员，但表现还不错，我当党员用了，派你去参加立法，在中南海办公。对于能参加这样光荣的立法活动，我感到很荣幸。50 年代我还被评为社会主义积极分子。当时比较重视成分，党的政策是有成分论，不唯成分论，重在表现。但当时这三句话没处理好。往往是忽视重在表现，成分不好就不好办了。别人一提意见就没办法。说怎么党内就重用这些人，家庭成分有问题的。进旧大学的家庭成分哪能没问题？有钱才上大学，没钱怎么办？政法学院复办以后情况就好多了，我又被派去参加婚姻法立法工作。总之对我没采取什么措施。我因为老伴出身比较好，是职工，受到重用的。不过在文革期间也受到一些冲击。说他是走资派的工具，是律师。因为他当过胡风的律师，后来参加过审判四人帮的律师团。不过他是公家的律师啊，是党委派他去的。也受到冲击，说他为胡风辩护怎么怎么的。不过也就大字报点点名，没什么实际冲

击。

Q　**记：**其实那个年代每个人多多少少都会受到一点冲击吧？

巫：对，尤其是我们这些从旧社会过来的，往往是受到冲击的。旧社会来的旧思想肯定很浓厚，思想改造也特别严，有些参加地下党活动的进步学生，由于家庭出身不好，也受到了冲击。那个时候老教授们经历的比较多，像我们年纪比较轻，解放时才十七八岁，很单纯，最多就是因为家庭背景、港澳关系受点影响。有的同学，比我们年纪大一点儿，算师兄吧，解放时三四年级。他们都爱提意见，憋不住。结果受到了批判，有的还划了右派，没想到有这么严重的后果。

像我家庭出身不太好吧。人家就问我大哥有没有参加反动党团，说没有，人家就说“不可能，你们家那样怎么会没参加？”好象是应该的。可是就是没有，事实证明我的兄弟都没有参加过。当时就是怀疑一切。文化大革命就更明显了。老干部除非你是红五类，抓不出一点毛病的，否则也都受到冲击了。政法学院从 58 年以后法律教研室就取消了，只留了一个业务教研室，人也是大大减少，讲党的政策、毛泽东思想等。原来从事民、刑法等法律教学的老师都分到别的单位去了。在砸烂公检法的口号下，法院、检察院的工作也遇到了不少困难。到了文化大革命时期，就停课闹革命了。那段时间就靠政策了，民主法制建设基本上处于停滞阶段。我在人大起草民法典时全国人大分给的一套各国民法典分解，挺好的一套资料，当时认为今后不再讲法律了，所以就全处理了，现在想起来很可惜。

Q　**记：**那您能不能给我们讲讲当时留苏的情况？

巫：这个我不是特别清楚。政法学院当时就派出去三个，现在我知道的只有王家福。有的已经故去，有的情况不清楚。就派了一批，大概就是五十年代初期吧，他们前后回来的。王家福回来以后情况比较好，没什么事儿，他比较成熟。江平是别的单位派去的，回国后分配到政法学院的，就接待一些外宾，因为他俄语比较好。来了代表团没人去，就派他去。怎么后来他就成右派了我们也挺奇怪的。他真正开始讲法律课都是七十年代以后了。江平在苏联也是挺活跃的一个人，看到什么问题就提出来，不憋着忍着。他也是遇到好多挫折，但他在当政法大学校长时还是深受同学们拥护的。

Q　**记：**那最后您能不能谈谈对婚姻法以及当代中国法学界的现状的一些看法？

巫：婚姻法虽然现在修改了，但是还是不够完善，我还是建议进一步完善。咱们国家的婚姻法是世界之最，最少的一部。修改以后也才五十多条，人家国家都是一百多条，甚至一个内容就订一个法律，什么夫妻财产法，我们国家对于夫妻财产规定得太少了，现在虽然做了些补充，但还是太少。但是司法解释有好多，可有些又不太规范。再如亲属制度，婚姻法没有亲属制度的具体条文，这就需要完善。亲属是最广泛的社会关系，各个国家都规定了亲属制度，咱们中国就只有零散的规定，缺乏通则性的规定。还有离婚救济制度也需要完善。

现在法律比较宽容了，结婚离婚都比较自由，这是社会进步的表现。但是另外一种倾向也要重视。结婚自由离婚自由都是婚姻自由，我们要保障婚姻自由，但是要防止滥用婚姻自由。比方说，有的男女上午结婚下午就离婚，或是上午离婚下午就复婚。太轻率了。据调查，现在离婚率挺高，复婚率也挺

高。好多人离婚后又后悔了，这就是现实。说明公民对婚姻自由的理解是有缺陷的。像外国就特别强调离婚之前，规定一个考虑期，也有叫分居期。分开住一阵，冷静思考一下，是不是离婚比不离强。如果真的感觉不行，那就离。结婚之前有个公告期，把你的情况写在上面，如果别人认为你有什么问题，比如有禁止结婚的亲属关系或是有病不应结婚的情况，就可以举报。这样可以防止一些违法婚姻。这是比较慎重的做法。现在美国英国都有这样的措施。

现在国际社会正处于家庭回归时期，提出两个口号“强化婚姻，振兴家庭”，这两句话挺经典的。强化婚姻就是要提倡婚姻，保护婚姻。振兴家庭就是要建设家庭，稳定家庭。中国现在也需要提倡这种观念，我们要建设和谐社会，首先要从建设和谐家庭做起。因为和谐家庭是和谐社会的基础。家庭不和睦，社会就不可能稳定。我认为，国以家为本。家以人为本。古人云：“国强民欢乐，家和万事兴”。家庭里虽然都是些婆婆妈妈的小事，但是影响很大。因为家庭关系是人际关系当中最亲密的，最美好的，也是最普遍的社会关系。毛主席当年说过这么一句话，很经典：“婚姻法是关系到千家万户、男女老少的切身利益，其普遍性仅次于宪法的国家根本大法之一。”婚姻法是家庭的根本大法。这个根本大法还不够完善。社会道德的力量，家庭法律的力量，还需要进一步加强，这对社会安定非常的有利。这是我对婚姻法的看法。

中国法学界有个什么问题呢，我作为老一代人有一个看法。我们过去讲课也好写文章也好，讲究求实创新，先求实才能创新。就像党中央提出来的那样，理论联系实际。有一位导师说过“脱离实际的理论是空洞的理论，脱离理论的实践是盲目的实践”。说明理论和实践相结合的重要性。宏观和微观相结合，静态和动态相结合，注重当前现实。

我发现现在有些年轻学者，玄妙又玄妙，空谈，热衷于国外的资料，不注重中国实际。言必称罗马，言必称希腊。罗马希腊离的那么远，而且年代也不同了，你拿的旧材料，对我们有什么用呢？当然必要的引文是可以的，但一篇文章，引文太多。你说这是你的文章还是别人的文章啊？我们学校对研究生的论文就有一个要求，如果有百分之六十以上是引的，那就是抄袭，研究生论文可能就通不过。引经据典是引它的精神，不是大片引它的文章，否则文章里主题是什么，你的见解又是什么？文章是你自己的呀。所以我不赞成引的越多越好，你不重视现实又有什么用？对立法、司法工作都没价值。我就这个风格，理论联系实际，决不照本宣科。讲义我是有的，吃透了以后用我的话讲出来，说到点到。不然让学生光看讲义不就得了。讲义是依据，但你阐述法律的精神原则，这讲义上没有啊。提倡这种风格，我觉得还是很必要的。在经典著作里我就喜欢斯大林的和毛主席的文章，深入浅出，很好懂，那些半文不白的就令人费解。

这次全国人大召开的新春专家座谈会上，请来了语言专家，请他们给立法工作在语言上把关。语言专家发言，说立出的法律要让人看的懂，要准确，要通俗。解放初期我们也提倡过的，旧专家就爱搞这一套，讲课讲了半天，不知道什么意思，你们听不懂是没水平。我认为这个不是深奥的。就是深奥，也要深入浅出，还是应该求实。我的看法就这些。

法律也在不断的完善，针对不同的情况，比如最近农民的婚姻家庭，还有老人的婚姻家庭，都存在着一些新问题，新挑战。比如婚姻自由，老人再婚的愿望占丧偶、离婚老人的 66%，而真正再婚的仅占 6%。非常少，他受到各种干扰。年轻人不受干扰了。但一些老人，甚至名演员、老政委、老领导，都遇到这些问题，何况一般老百姓呢。有位政协老领导去世了，他死后还闹遗产纠纷。他再婚的爱人是军人，儿女本来就不满意，但阻挡不了。现在老人去世了，子女就说他们的婚姻不合法，说登记表是她自己填的，找了好多毛病，认为他们的婚姻是无效的。这位老领导死后也不安宁啊。近来婚姻家庭中的爱情、亲情和友情都蒙上了一层功利色彩。所以我感觉婚姻家庭这个问题要从两方面着手，

一个是道德方面，建设文明家庭，第二个是法律方面，既要保障人们的婚姻自由，也要防止人们滥用婚姻自由。不是说限制婚姻自由。孟德斯鸠说过一句话“自由是做法律允许做的事情”。法律不允许做的就不叫自由。在现实生活中，人们对婚姻自由的理解有点绝对化、个体化和功利化。所以要正确理解婚姻自由这个问题还要给予特别关注。

Q　**记：**谢谢巫老师。

（蒋文星、廖灿强）

沉痛哀悼！新中国婚姻法学科奠基人、著名法学家、教授巫昌祯先生逝世

2020-03-26 法制日报

https://mp.weixin.qq.com/s/Py9oAFybWzhH7D8SRQr8mQ

沉痛哀悼！

中国共产党优秀党员，中国政法大学教授、特聘博士生导师，中国法学会婚姻法学研究会名誉会长，第七、八、九届全国政协委员，第五、六、七、八届全国妇联执行委员，全国杰出资深法学家、2015CCTV 年度法治人物、全国劳动模范、全国三八红旗手、全国优秀儿童工作者、著名法学家巫昌祯教授因病于 2020 年 3 月 25 日 15 时 30 分逝世，享年 90 周岁。

巫昌祯，女，1929 年 11 月 17 日生，江苏句容人，我国资深法学家，婚姻家庭法学教学研究的先行者，中国婚姻家庭法学学科的奠基人之一，中国法学会婚姻家庭法学研究会的创始人之一，著名法学社会活动家、著名法学教育家。作为中国法学会婚姻家庭法学研究会多年的会长、名誉会长，巫昌祯为中国婚姻家庭法学学科的发展作出了重大贡献，为中国婚姻家庭立法留下了宝贵财富。

1948 年，巫昌祯教授考入朝阳大学。新中国成立后，巫昌祯教授被保送到中国政法大学三部学习，后又转入合并后新成立的人民大学继续研习法律。1954 年，巫昌祯从中国人民大学法律系毕业，进入中国政法大学的前身——北京政法学院教授民法，开始了她为之奉献一生的法学研究和教学事业。1955 年，巫昌祯参加了当时由彭真同志负责的民法典起草活动。1980 年、2001 年婚姻法的两次修订更是凝聚了巫昌祯教授的智慧与心血。此外，巫昌祯教授还参与了妇女权益保障法的起草与修订，以及人口与计划生育法、未成年人权利保护法、老年人权益保障法等一系列法律法规的起草、制定。共和国的立法史上已经记载下巫昌祯教授的辛劳与功绩。

巫昌祯教授在婚姻家庭法学及妇女法学研究领域形成了有重要影响的理论成果。作为我国知名的法学家，巫昌祯教授以她的智慧、学识和影响力为促进我国婚姻家庭法学发展和法治建设作出了杰出贡献。巫昌祯教授教书育人、淡泊名利、学识和品行为世人称道，在同行和晚辈中享有崇高威望，她是我们永远的巫老师。

下文为《法制日报》近年来对巫昌祯教授部分采访内容的摘录，谨以此与大家一同追思巫老师。

巫昌祯：一生与法同行

2016 年 3 月 9 日《法制日报·法学院 》
（全媒体记者 蒋安杰 通讯员 张培坚 陈金波）

获评“年度法治人物”

2015 年 12 月 4 日，第二个宪法日，第十五个法制宣传日，中国政法大学教授巫昌祯，因在反家暴立法领域中做出巨大贡献，当选为年度法治人物。

87 岁的巫昌祯，是新中国第一届法律系大学毕业生，一生中亲历了多部法律的起草修改工作。她孜孜不倦进行婚姻法等领域的学术研究，目睹了家庭暴力的危害，她积极奔走，努力呼吁，让更多的人转变观念，向家庭暴力说不。为推动反家暴立法做出了巨大的贡献。

2014 年“国际消除家庭暴力日”当天，国务院法制办公布了《中华人民共和国反家庭暴力法(草案)》，同时向全社会公开征求意见。2015 年 8 月 24 日，这部草案被提交全国人大审议。

自 1995 年“家庭暴力”的概念引入中国后，反家暴立法已走过二十年。与其他多年致力于此的学者和民间人士一样，耄耋之年的巫昌祯对这部等待了多年的法律充满期待。因为，家家和睦是她一生的心愿。为此，她一边奔走呼吁，推动观念的更新与立法的进程，一边教书育人，培养大批优秀的法律人才。

求学“中国政法大学”

怀着法治的梦想，1948 年夏天，刚刚 18 岁的巫昌祯考入当时闻名全国的法科大学朝阳大学学习法律。然而未满一年，北平和平解放，朝阳大学由华北人民政法司法部接管，成立了“朝阳学习队”，实际上相当于革命干部训练班的性质。巫昌祯就和她的同学们参加一些革命活动，上街搞宣传、演话剧、唱歌，宣传共产党，宣传新社会。这段学习经历令巫昌祯十分难忘：“茅盾、曹禺、郭沫若等大师级人物给我们开设专门的讲座，以及一些党内外老的法律系统的专家也给我们上课。”

1949 年 10 月 1 日，由谢觉哉担任校长的“中国政法大学”在朝阳大学的基础上成立，巫昌祯随之进入这个短暂的“中国政法大学”，在第三部也就是本科部学习。

1950 年，中国人民大学成立，“中国政法大学”并入人民大学，所有的学生也都进入人民大学法律系。1954 年，巫昌祯以全优的成绩毕业成为了中国人民大学第一批法律专业的本科毕业生，也是新中国的第一批法律专业本科生。毕业后，巫昌祯和丈夫庚以泰一起被分配到创立未久的北京政法学院任教。

执教北京政法学院

到了北京政法学院以后，巫昌祯主要讲授民法。然而，在一波接一波的政治运动中，北京政法学院的教学活动也受到了很大的冲击。1958 年，民法教研室和其他法学教研室都被取消，组成业务教研室。巫昌祯无法继续教授民法，转而讲授毛泽东思想概论和古汉语。其后的 20 年，虽然没有被打成“右派”，在频繁的政治运动中，“学生不学习，老师不讲课，而是一起参加运动，或者挨整或者整别人”。

1970 年代初，在一片砸烂公检法的喧嚣中，北

京政法学院师生被整体下放到安徽劳动，巫昌祯和丈夫庚以泰也来到安徽干校劳动。一年后干校解散，庚以泰被分配在安徽省公安厅工作，巫昌祯则回到北京留守，照顾幼小的孩子们。因为不知道这样的日子何时是个头，巫昌祯只好提前退休了——当时，她只有四十多岁。

1978 年，北京政法学院复办，巫昌祯再次回到学校，重登讲台，回归她所热爱的教师岗位。从此在讲台上一待又是几十年。

教书育人不负此生

在五十多年的执教生涯中，巫昌祯教授有好几次重新选择职业的机会。1955 年参加民法典起草的时候，巫昌祯整理材料既快又好，全国人大很想让她留在机关工作；一九八十年代第一次修改完婚姻法后，全国妇联也有意把巫昌祯留住，请她出任中华妇女干校（中华女子学院前身）的领导工作。这些邀请都被巫昌祯委婉回绝，她始终没有离开讲台，宁愿做一名教师，教书育人。

巫昌祯的讲授非常生动，注意理论联系实际，用大量生动的例子深入浅出地讲解枯燥的理论知识，受到了同学们的欢迎。“在实践中，我掌握了大量丰富的实际材料。从那时起，我就养成了理论联系实际的作风，在以后几十年的教学工作中，始终坚持和发扬了这种作风，从而形成我讲课的风格。”

在复办后的 1980 年代初，巫昌祯和学生的关系十分密切，非常关心同学们的学习和生活。那时候每个班都有一个固定的教室，晚上上自习的时候，巫昌祯经常来到教室给同学们辅导学习。同学们遇到一些生活上的烦恼，情感上的困扰，也都会去找和蔼可亲的巫老师倾诉。没有事的时候，学生们也会经常登门拜访和巫老师聊聊家常。

2014 年因骨质疏松，巫昌祯不再像以往那样四处奔走，但是，仍然指导一位博士生学习，对婚姻家庭法、妇女权益保障等问题的思考和研究并未停止。

虽年事已高，巫昌祯笔耕不辍。2013 年她带领团队编写了中国社会工作协会推出的家和工程系列丛书的第一本——《婚姻家庭法律指南》。

在巫昌祯的书架上，摆着2014年3月全国妇联权益部和中国婚姻家庭研究会颁发给“顾问”巫昌祯的感谢证书，2012 年 9 月中国法学会授予她“全国杰出资深法学家”荣誉称号的证书……巫昌祯还特别珍藏了 1995 年联合国第四次世界妇女大会中国组委会的嘉奖证书，该证书感谢她在参加联合国第四次世界妇女大会工作中做出的显著成绩。

巫昌祯说，人生的价值在于奉献。生命不息，奉献不止。

巫昌祯教授的五十余载法学人生

2010 年 3 月 5 日《法制日报》
纪念国际劳动妇女节 100 周年 • 人物专栏
（全媒体记者 陈丽平）

婚姻法学泰斗、著名法学教育家、法学活动家、著名法律援助律师、妇女权益的保护者……这些闪光的头衔都无可置疑地集中在一个人身上，她就是中国政法大学教授巫昌祯。

敏捷的思维、清晰的谈吐、轻快的步伐，让你很难相信面前的这位长者已经年过八旬。在五十余载法学人生中，巫昌祯始终执著于她所钟爱的婚姻家庭法的研究和实践事业，用不息的热情与奋斗见证并推动了新中国婚姻家庭法的每一步发展。

在五十余年的执教生涯中，巫昌祯讲授过苏维

埃民法、中国民法、古汉语、现代文学，上世纪 80 年代后主讲婚姻法、继承法、家庭社会学等课程。在教学过程中她重视理论与实际的联系、注重对学生理解和适用法律能力的培养，针对不同的授课对象，深入浅出地因材施教。

早在上世纪 60 年代初，当时的一些老干部学生就对巫昌祯所教授的课程表现出很大的热情，认为她的课比较“活”，与他们所认识和感受的生活关系密切，并真切感觉到，原来法律也可以“有血有肉”。

推动“忠实义务”写入婚姻法

动乱年代，巫昌祯的法学研究和教学工作曾一度被迫停止，直至上个世纪 70 年代末，北京政法学院复办，年近半百的巫昌祯才重新走上教学和科研岗位。

巫昌祯是改革开放后中国婚姻家庭法学的奠基人之一，是中国法学会婚姻家庭法学研究会的创始人之一。1980 年、2001 年婚姻法的两次修订，都凝聚了她的智慧与心血。

1980 年修改婚姻法时，巫昌祯力主将计划生育原则写入婚姻法。同时，她还提出，夫妻之间感情破裂就可以离婚，这应当是法院主要考量的因素。这个观点与当时的离婚“理由论”产生了较为激烈的冲突。

巫昌祯的意见最终被立法机关采纳。在当时，这样的认识无疑是具有前瞻性的，而经过近 30 年的司法实践，这些观点也被证明是符合实际生活状况的。

在这次修订法律时，对于我国男女法定婚龄的意见有三种：一种认为男女年满 18 周岁就可以结婚；第二种意见认为，应当规定男女都是 25 周岁，以彰显中国特色；第三种意见是巫昌祯所主张的，她认为，考虑到我国人口数量的因素，婚龄太低不好控制人口数量；婚龄太高也存在问题，一是与实际的生活情况不符，二是同国外的立法相比差异太大。所以，婚龄规定为男 22 周岁、女 20 周岁是较为合适的。这个意见最终也为我国婚姻法所采纳。

回忆这段立法经历，巫昌祯说：“虽然法律可以调整一部分生活关系，但是生活毕竟不是一块可以随便搓揉的泥团，必须要考虑到生活的特殊性，也要考虑普通民众的接受程度。温和稳健的法律更容易被人接受，长远来看也更容易被贯彻实施，立法的目的也更易实现。”

进入 21 世纪，我国的婚姻家庭状况发生了不小的变化。巫昌祯认为，我国的离婚制度存在一些问题。1980 年的婚姻法虽然克服了“左”的观点，解放了离婚制度，但是这不等于法律在鼓励离婚。当时社会上出现的“婚姻猝死”“闪婚”等现象严重，这不仅动摇了婚姻家庭制度，也与社会主义的法律理念背道而驰。

2001 年婚姻法再次修订，巫昌祯提出的“夫妻间应当互相忠实，应当追究离婚过错一方的法律责任”的观点被立法机关采纳。在她的推动下，“忠实义务”被写入婚姻法，我国的离婚过错赔偿制度也初步建立。

其实，不仅仅是婚姻家庭立法，在妇女权益保障法、人口与计划生育法、未成年人保护法、老年人权益保障法等一系列法律法规的起草、制定、修订过程中，都有巫昌祯全力参与的身影。共和国的立法史上已经记载下她的辛劳与功绩。

“为姐妹们做点事情是应该的”

上个世纪 70 年代末，正值婚姻法修订之时，全国妇女面临新的问题：一是家庭暴力；二是婚外情；三是被拐卖、被强迫卖淫。中央要求各级妇联、工会成立法律顾问处。

在这个大背景下，北京市妇联联系了一些女检察官、女教授和社会上一些做妇女工作的人士，成立了法律顾问处，由巫昌祯担任主任。

顾问处成立后不久，由于来访人数众多，巫昌祯就组织成立了北京市第八律师事务所，十几名成员中有女检察官、女律师、女大学教师，还有一些民主党派、国家机关的工作人员，专门为妇女服务。

这个全国、全世界惟一的一家完全由女性组成的律师事务所，曾有“天下第一家”的美称。

第八律师所成立之后承办了许许多多的法律援助案件，其中较为典型、影响较大的要数由巫昌祯亲自承办的刘月兰案。

刘月兰是一个从平谷嫁到怀柔的农村妇女，她的公公在北京某部委工作，在“文革”中受到冲击，被遣送回农村，而她的丈夫在城里上班，不能照顾父亲，所以当初才答应与刘月兰结婚，让她留在农村照顾公公。后来老人得到平反，回到城里工作，从此刘月兰就开始受到丈夫的虐待。刘月兰因此诉至怀柔法院，法院一审以虐待罪给她的丈夫判了刑。但是，她的丈夫提出上诉，并扬言北京有人，能把案子翻过来。当时怀柔的律师都不敢接刘月兰的案子，怕遭到打击报复。而巫昌祯主动接下这个案子，打赢了这场官司。

作为一名法律工作者，巫昌祯不分寒暑假日，不计名利报酬，义务参加社会各个方面的公益活动，深入工厂、农村、机关单位宣讲婚姻法、妇女权益保障法等。

对此，巫昌祯说：“我把一半的时间和心血给了学生和书，另一半给了社会和妇女。我要用我的爱心与同情心，用法律人的责任感，用我的能力去做一些有意义的事情。人生的价值在于奉献，为姐妹们做点事情是应该的。”

因为她长期致力于妇女、儿童的维权和法律援助工作，早在上个世纪就被评为“北京市三八红旗手”“全国三八红旗手”“全国优秀儿童工作者”“北京市先进工作者”“全国先进工作者”“全国优秀教师”。

耄耋之年提出更改婚姻法名称

巫昌祯 2003 年就已离休，但她却是标准的“离而不休”。除了作为特聘博导继续指导博士生外，她还给研究生和本科生办讲座、参加学术会议和各种社会活动。同时她还担任中国法学会学术委员会委员、中国婚姻家庭法学研究会名誉会长、国家法官学院兼职教授、中国妇女研究会顾问、中国婚姻家庭研究会顾问等多项社会兼职。

如今已是耄耋之年的巫昌祯，仍然关注着婚姻家庭法的发展。她说：“时代在前进、社会在发展，家庭是社会的缩影，新的形势必然牵动人们的婚姻家庭生活。因此，在新婚姻法颁布之后，我们还需要继续关注和研究新出现的问题和趋势，探索解决的途径。”

她提出，婚姻法的名称与调整对象不符，新婚姻法第一条规定“本法是关于婚姻家庭关系的基本准则”，其调整范围显然是婚姻家庭关系，所以改名为婚姻家庭法更为科学、更为合理。

同时，她还在建立亲权制度、完善现有监护制度、建立婚生子女推定制度和非婚生子女的认领制度、建立家庭财产制度、完善家庭抚养制度、完善现有离婚制度、实行结婚公告制度等方面提出了具体的建议，推动了我国婚姻家庭法领域的研究和婚姻家庭制度的完善。

“我是一名服务员，服务的对象是学生、妇女和社会。我是在党的哺育下成长起来的，有坚定的信仰，时代赋予我一种责任。‘人生的价值在于奉献，生命不息，奉献不止’，就是我的人生格言。”巫昌祯说。

先生虽逝，
但先生的思想、精神、风范长存！
激励后辈们为法治中国的建设奋勇向前！
巫昌祯教授千古！

哀悼！缅怀！

来源：法制日报、中国政法大学微信公号

编辑：渠洋 常煜 朱婵婵

悼念| 巫昌祯教授访谈：明亮人生路 伏枥万里心

2020-03-26 法学学术前沿 郭烁
https://mp.weixin.qq.com/s/axOUtUoJhn3MpFyMCTlNyA

新中国婚姻法学科的奠基人、著名婚姻法学家、法大传奇“四大才女”之一的巫昌祯教授，于 2020 年 3 月 25 日下午 16 时不幸辞世，享年 91 岁。

巫昌祯，女，1929 年 11 月 17 日生，江苏句容人，1954 年毕业于中国人民大学法律系，中国政法大学教授、博士生导师，中国法学会婚姻法学研究会名誉会长，第七、八、九届全国政协委员。

魂兮归于道山，敬爱的巫昌祯教授千古！

明亮人生路 伏枥万里心

作者：
郭烁，现为北京交通大学法学院教授；采访时为中国政法大学法律系 2000 级 1 班本科生。

【作者按】

昨天下午看到刘心稳教授在微信群中发消息说巫昌祯先生仙逝，心中不胜悲伤；念及孙丙珠先生在 2018 年秋日离开，昔日法大“四大才女”已有两位在天国相聚了。

打开电脑，发现我虽然在 16 年前经张守东教授点拨，纯属初生牛犊不怕虎似地联系采访到了四位先生，但竟然没有和巫老师的合影，现在这是永远的遗憾了。好在当时对采访录了音，这里截了一小段，我甚至分不清巫老师的口音属于吴语抑或淮语，就当“以飨读者”了。

我清楚地记得那天采访时，庚先生一直笑眯眯地陪在巫老师旁边，还时不时地补充、纠正巫老师的一些细节说法；风雨同行大半生，那个状态已经不是用“羡慕”来形容的了。

本来想再改改这篇稿子，想想算了：因为当年我改完要在法大《校报》上发之前，给巫老师本人审定过。她看完夸我说:“小伙儿不错。”我当真了；就让时间定格在 16 年前。

一位女学生曾经写诗这样形容她眼中的巫昌祯先生:“巫教授用年轻的脚步走下台来/身披万道霞光/她是明亮的/她身边的学生是明亮的/整个校园是明亮的。”没错，“明亮”，正是这位几近耄耋之年的老人，这位中国政法大学民法学教授的人生主色调。

漫漫求学路

先生的名字典出《康熙字典》，那里面说：“昌言能拜，祯祥自来。”虽然童年是在战争中度过，但巫昌祯自幼聪慧，学习成绩非常优秀，“在南京汇文女中上高中时，作文经常被当作范文公开宣读。”

1948 年暑期，巫昌祯随长兄来到了北平，考入了当时的朝阳大学——创立于 1912 年的朝阳大学是蜚声海内外的著名法科大学。在这所学校毕业的学生前后达 1 万余人，其中多数服务与司法界，

因而当时有“无朝（指朝阳大学）不成院（法院）”的赞誉。作为一个刚满 18 岁风华正茂的青年，巫昌祯能够在这样的高等学府求学，“可以说是一件十分幸运的事情”。1949 年，北平和平解放，朝阳大学由华北人民政府司法部接管，在是年 3 月到 9 月之中，成立了“朝阳学习队”，享受供给制，有点革命大学的意思。这段学习经历令巫昌祯十分难忘：“茅盾、曹禺、郭沫若等大师级人物给我们开设专门的讲座，以及一些党内外老的法律系统的专家也给我们上课。”之后，在建国前夕，在学习队的基础上成立了由德高望重的谢老觉哉任校长的“中国政法大学”。这是建国后党领导下成立的第一所法律大学，巫昌祯被保送到中国政法大学三部学习。1950 年，该大学又与华北大学、革命大学合并成立了中国人民大学。最初的中国人民大学专业设置很简单，开始只有三个系，法律系、外交系、俄文系。巫昌祯就成为了上个世纪 50 年代初中国人民大学第一批法律专业的本科毕业生。当时学校是按照前苏联的模式安排教学的，请来了一批苏联专家，直接给学生授课。大学期间就接受了比较系统的马列主义基本理论和法学专业知识教育。1954 年，巫昌祯以全优的成绩毕业。毕业前，她和同班同学庚以泰恋爱结婚，之后一同被分配到北京政法学院（即后来的中国政法大学）任教。在这样一个岗位上，一干就是五十多年。

悠悠师生情

从 1954 年至今日，巫昌祯的教师生涯已经度过了半多世纪。无论从任何意义上思考，这都是无比光荣的人生历程。“虽然经历了风风雨雨，也有许多调动工作的机会，但我忠诚于教育事业的追求没有动摇。我热爱教师这个职业，也热爱我所有的学生。”积五十多年学术沉淀、取精用弘，在讲台上的巫昌祯对于课业早已驾轻就熟。她讲授过的民法、婚姻继承法、家庭社会学、司法文书、古汉语等，无一不受到学生们的欢迎。在课堂上她从不照本宣科，而是富有激情、深入浅出地为学生阐述高深的法学理论。

在巫昌祯看来，“老师就是要向学生传授知识。人们尊重老师，也就是尊重知识，这一点是毫无疑问的。而且，我们在尊师的同时，还要提倡爱生。也就是说，老师和学生之间，应该建立一种亲密的平等关系。”对于建立和谐的师生关系，巫昌祯有着三点体会。首先，她主张老师应该成为学生的朋友。是朋友，才能沟通心灵，交流感情，老师才能成为学生心目中“可亲可敬”的人。其次，执著坚信“教学相长”。不论地位高低，年龄大小，道理在哪里，老师也就在哪里。一个好的老师，应该允许并希望学生超过自己。第三，老师应该不断丰富教学内容，做到“教书育人”。精心设计每一堂课，追求良好的教学效果，一点“新”、一点“活”，取得了学生的共鸣，才能取得良好的教学效果，真正做到“以其昭昭，使人昭昭。”

正是在这样严谨敬业的精神指引下，巫昌祯的教学成绩有目共睹，得到了广大同学们的认可。几年前，笔者有幸旁听了中国政法大学民法典论坛婚姻继承部分，清楚地记得能够容纳 2000 人的大礼堂座无虚席，当巫昌祯先生第一个做完主题发言，谦虚地向听众同学们致谢时，台下热烈的掌声经久不绝。

立法维权益

共和国的立法史上一定会记载下巫昌祯先生的辛劳与功绩。1955 年，巫昌祯被学校派去参加第一部民法典的起草工作。在彭真同志的直接领导下，成为起草小组年轻的一员。在起草法典过程中，巫昌祯随全国人大的有关同志赴武汉、广州、上海等地进行调查研究，掌握了大量的实际材料。虽然由于历史的原因，这次立法活动遗憾夭折，但这对于一个 25 岁的年轻教师来说，却是一次极好的接触实践、经受锻炼的机会。“在实践中，我掌握了大量丰富的实际材料。从那时起，我就养成了理论

联系实际的作风，在以后几十年的教学工作中，始终坚持和发扬了这种作风，从而形成我讲课的风格。”

1978 年，国家进入了改革开放的新时期，“同时，我也迎来了人生的‘第二个春天’，有幸参加了婚姻法的第一次修改工作。虽然这时我已年近五旬，但还是以极大的热情投入到这项工作中去。”从此，巫昌祯的研究方向集中在了婚姻家庭法领域。当时北京政法学院成立了巫昌祯领衔的国内唯一一家“婚姻法教研室”。经过了近 3 年的努力，五届人大于 1980 年通过了新婚姻法。对于这部关系到千家万户的法律的重要性，自不必待言。

上个世纪 80 年代中期，中央下发了有关切实维护妇女儿童合法权益的重要文件，根据这项文件的精神，巫昌祯和她的同事们做了大量的相关工作。出版各类法律讲稿，以及运用电视、报纸等媒体进行大量宣传。1989 年立法部门决定起草制定妇女权益保障法，巫昌祯担任起草小组副组长兼办公室主任。在这个起草小组办公室主要由中国人民大学杨大文、北京大学王德意、社科院法学所陈明侠以及巫昌祯。由于经常合作撰写文章阐述自己的观点，所以按照当时的习惯，几人就给自己起了个笔名，叫做“伍仁达”。从筹备到完成，预计 5 年，实际只用了 3 年多的时间。在这段时间里，巫昌祯以及她的同事们走遍了祖国的东西南北，调研的广度和深度甚至超过了 50 年代的民法典起草。1992 年 4 月，一部具有中国特色的《妇女权益保障法》终于问世。在是年与全国人大同步召开的全国政协会议上，巫昌祯作了如下发言：“《妇女权益保障法》是宪法保护妇女权益的充分体现，又是保护妇女的法律进入新的发展时期的重要标志。可以预料，它必将在国际上产生深远的影响，因为迄今为止，世界上还没有哪个国家制定出这样较为完备的专门保护妇女的法律。”在这左右的很长一段时间内，巫昌祯随全国人大外出进行执法检查，参加百余次宣讲、研讨会、座谈会，深入工厂、走上街头、接待妇女姐妹，为她们排忧解难。用她自己的话说就是，“我是一位女法律工作者，对妇女有着天然的同情心和责任感。”这时她已年过花甲。

伏枥万里心

如今，早已年过古稀，几近耄耋的先生依旧活跃在共和国立法以及法律教育的舞台上。上个世纪 90 年代后期，第二次修改《婚姻法》又提上了议事日程，经过 5 年历程，终于在 2001 年获得了国家立法机关的通过。紧接着，《妇女权益保障法》的修改工作于 2002 年决定启动，2004 年获得通过。这两次法律的重要修改工作，作为专家牵头的就是巫昌祯先生。更加重大的，众所周知，《中华人民共和国民法典》正在编纂过程中，先生作为九人专家组成员之一，领衔“婚姻”、“继承”两编内容。“说来是个巧合吧，从 1955 年新中国第一次制订《民法典》工作到现在，50 年的过程之中我参加了一头一尾。现在想一想，情况已与那时大不一样，从中可以很清楚地看到我们国家法治进程的变化与发展。”

“最让人欣慰的，是我在教学以及科研工作上的努力，得到了成千上万同学们的肯定。”没错，二十多年前就在中国政法大学同学之间流传的“政法四大才女”之一，至今依旧被老师同学们口耳相传，就是明证——或者说这已经成为了中国政法大学大学文化的一部分，必将永远留在这间学校的历史当中。被授予全国先进工作者、北京市先进工作者、全国“三八”红旗手、全国优秀儿童工作者等荣誉称号，被评为全国优秀教师、北京市优秀教师等，前后七次受到全国性奖励，1991 年起获得国务院特殊津贴——虽然先生早已宠辱不惊，但毫无疑问的，这一切都是对于先生为之奋斗一生的事业的肯定与鼓励。

巫昌祯先生虽然于 2003 年离休，但她却是标准的“离而不休”，仍然活跃在立法、学术和各种公益活动的岗位上。她既为中组部组织的老干部培训班授业，又在居委会讲课。在她关注的社会人群

中，又增加了老年人一项。连续三年获得中国政法大学校党委授予的“老有所为先进个人”荣誉称号。在访谈的过程中，先生的谈话两次被邀请先生参加一些社会活动的电话打断，之后又有一位“钱端升法学研究成果奖”的工作人员来先生家取回评选材料——这样的邀请，这样的活动对于先生而言早已习惯。现在，先生还受聘成为中国政法大学的特聘博士生导师，“我把一半的时间和心血给了学生和书，另一半给了社会和妇女。我是一名服务员，服务的对象是学生、妇女和社会。我的社会兼职有 30 多项，从不追求名利。我是在党的哺育下成长起来的，有坚定的信仰，时代赋予我一种责任。‘人生的价值在于奉献，生命不息，奉献不止’，就是我的人生格言。”

特别值得一提的是，笔者在查阅先生相关资料，以备采访之用的过程中，发现先生为《法学摇篮朝阳大学》一书所撰写文章之中的一段话，摘录下来：“我们虽已步入桑榆，但是‘伏枥仍存万里心’、‘白头虽老赤心存’。我们要……为完成祖国的统一大业，作出我们应有的贡献！我们相信，无论在前进道路上有多少困难，国家的完全统一一定要实现，也一定能够实现。”不知怎了，这样的话语从先生口中娓娓道来，显得那么的鲜活可信；面对这位被本科生们亲切地称为“巫奶奶”的慈祥老人，笔者的内心是无比触动的。

在这次采访行将结束的时候，也模仿着一些类似访谈类节目，请先生说一说结束的话语，大致是想知道到目前为止先生最为得意的事情。“呵呵，当然是这 50 多年来，我一直从事的法学教育工作。我无比热爱教师这个职业，并为此倾注毕生心血。当看到我们的学生遍天下并已成为国家栋梁时，自己这个穷教书匠就感到无比快乐与欣慰。”言谈至此，先生取下老花镜，长舒了一口气。木铎金声半多世纪，想必先生此刻的思绪是十分复杂的吧。笔者注意到，先生那甜甜的笑容——概源于沉浸在自己于学生交往、教学相长的无数美好回忆之中，那是一定的了。

遥想当年朝阳大学校长居觉生先生手书朝阳大学校训，今念之追往先生过半世纪修为，明亮人生，赞叹无比，惊人践行：“故本斯旨，取舜典浚哲文明四字……一曰明，日月丽天四时行，秀光必照了无际，通达一切自然精，破除昏阁资慧炬，涤荡瑕秽现冰清。”

深切缅怀巫昌祯教授！

2020-03-26 中国政法大学

https://mp.weixin.qq.com/s/0dqCpzFLKCd4IJmjX8eBRA

深切缅怀：

2020 年 3 月 25 日 15 时 30 分，我们敬爱的巫昌祯教授永远地离开了我们。巫昌祯教授是我国资深法学家，婚姻家庭法学教学研究的先行者，中国婚姻家庭法学学科的奠基人之一，中国法学会婚姻家庭法学研究会的创始人之一，为中国婚姻家庭立法留下了宝贵财富。巫昌祯教授以她的智慧、学识和影响力为促进我国婚姻家庭法学发展和法治建设作出了杰出贡献。她一生教书育人，淡泊名利；

学高为师，身正为范；关注民生，求真务实；生命不息，奉献不止。

让我们通过法大老师和校友笔下诚挚感人的文字，在一篇篇文章中沉痛悼念、深切缅怀逝去的巫昌祯教授。巫昌祯教授千古！

沉痛哀悼！新中国婚姻法学科奠基人、著名法学家、我校教授巫昌祯先生逝世

永远的老师：巫昌祯

李秀云

巫老师千古！

巫老师，是大学时我们的婚姻法课老师，200 多人挤在 208 或者 308 教室里，听巫老师讲婚姻和婚姻法。当时婚姻法刚刚颁布两年，改革的春风也吹进了家庭，感情破裂作为离婚的重要条件，而如何判定感情破裂，在巫老师讲课中给我印象特别深刻。记得巫老师讲，男女约会在公园，男的手里拿一本医学杂志。男的到中年，人成熟了，再穿个风衣，就更帅了，而女的，每天家里外面的，老得快。巫老师讲，女同学要知道保护自己，要自强自立。并以自己的成长经历教育我们，当然更多的是讲法律如何保护婚姻中的女性，好像也讲了受家暴的男性。巫老师应该是接触了大量的案例，课堂上，总会传出呲呲的笑声，课后，我们也总会引用老师讲的一些例子开玩笑。

因为喜欢巫老师的婚姻法课，毕业论文就选了婚姻法，题目是《论夫妻感情破裂的条件和因素》。巫老师是我的指导老师，初稿写好后，我到老师家里，老师把修改的意见告诉我，我改后，再交给老师，并得到老师的肯定和鼓励。

因为喜欢巫老师的课，且论文是巫老师指导的，所以对巫老师自然多了些亲近。真的特别爱您，幽默的、生动的、理性的、正义的、充满智慧和真理的光芒。感谢您，感谢法大曾经教导过我的所有老师，法大正是有您，我才可以自豪的说，我受过最好的法学教育。法律知识可以更新，法律信仰坚不可摧。

当学生时，从未想过老师也曾年轻过，更没有想过老师也会老，也会离去，如今自己的年龄比老师当年给我们上课时还大，大学的老师渐渐老去离去，但老师留下的精神财富受益终身。人生最幸福的事：生在一个有爱的家庭和组建一个有爱的家，上学遇到好老师。幸运的是，我都享受到了。谢谢老师，您一路走好。

最后借用亲同学代院长的话，深深缅怀敬爱的巫老师。

“学生的心里，老师永远是课堂上的样子，老师该一直记得一屋子不省心的孩子。学生认为，老师不会老，更不会故去，什么时候都可以回到老师身边，享受老师不厌其烦的各种娇惯。小滇池边的大树下，老师该笑呵呵地等着孩子们一个个回去，

想和老师说各种不值一说的成长，说各种自得其乐的业绩，也说校园从出发的悲欢离合如今变成了儿女绕膝家长里短。学生们有了大把的学生，才理解老师看学生的心境，孩子当了爸爸妈妈，才知道那个时候老师不恼不怒，是父亲母亲不真的恼怒儿女。所说亲炙，不过是孩子们跟在老师后面亦步亦趋，老师过后勇往直前。”

深以为然。

此情只待成追忆
——追记巫昌祯老师点滴

夏吟兰

恩师仙逝，哀哉痛哉！夜不能寐，追忆起与恩师的点点滴滴。

41 年前，我有幸考上当时的北京政法学院。上大二时，巫昌祯老师组织了课外的婚姻法学习小组，招收对婚姻法感兴趣的学生。当时，尽管巫老师不是我们班婚姻法的主讲老师，但听说巫老师上课深入浅出，生动有趣，便报名参加了这个学习小组，巫老师温文尔雅，循循善诱的大家风范，博学慎思、求真务实的学者精神，很快就让我成了铁粉，从此与巫老师结下终身的师生缘。

本科毕业的论文我选了婚姻法，巫老师是我撰写论文的指导老师，又一再督促我考研究生。说实话，79 级的本科生已经很吃香了，我当时准备毕业后工作嫁人。巫老师找我谈话，告诉我眼光要放长远，知识改变命运，多读书一定不会吃亏的。我听从恩师的指点，认真备考，有幸成为巫老师的开门弟子。读硕的 3 年时间里，巫老师不仅亲自言传身教，还带着我参加了刚成立的中国法学会婚姻法学研究会的活动，以及在重庆举办的全国法律专业婚姻法师资培训班。在这些活动中，让我得以结识当时的婚姻法学界的泰山北斗：杨怀英先生、杨大文先生、刘素萍先生、李志敏先生，王德意先生等许多前辈，得到他们的耳提面命，亲自指点；同时，与师资班的同学们结下了深厚的友谊，之后这批师资班的同学都成为婚姻家庭法学研究会的中坚力量。可见巫老师等老一辈学者为婚姻家庭法学学科以及婚姻家庭法学研究会的发展高瞻远瞩，深谋远虑。1986 年我研究生毕业，遵从师意留校任教。从此，在巫老师的引领下为中国婚姻家庭法学事业不懈奋斗至今。

巫老师的高洁品格，无私奉献、严于律己、宽以待人的精神是我们晚辈学生的人生榜样。工作之后，追随巫老师参与中国婚姻法的修订，妇女权益保障法的起草和修订，以及人口与计划生育法、未成年人权益保护法、老年人权益保护法、婚姻登记管理条例等多项法律法规的调研、论证、起草、讨论。几十年来，无论时间早晚，路途远近，风霜雨雪，巫老师总是提前到会，从不迟到、早退，持之以恒，严于律己，几近苛刻。她总会在会前做好各种准备工作，发表自己的真知灼见，也多次督促我要准时参会，提前准备。巫老师早期参加的各种会议、调研，经常是既没有车马费，也没有专家费，巫老师总说，党和国家信任我，不能辜负党和国家的信任，我愿意做法律战线上的义务兵。巫老师还免费为许多受害妇女提供法律援助。70 年代末，巫老师牵头组织成立北京市第八律师事务所，专门为家庭暴力、婚外情、被拐卖和强迫卖淫等受害妇女提供法律服务，承办了各类法律援助案件，挽救了许多濒危家庭，甚至濒危生命。北京市第八律师事务所曾获得“天下第一家”的美称。对于生活特

别困难的妇女，巫老师不仅不收费，还给她们提供资助，帮助她们渡过难关。我曾经看见过得到巫老师帮助的受害妇女下跪感谢，痛哭流涕，巫老师马上把她扶起来说，“这是我应该做的，不用谢。”2015CCTV 年度法治人物颁奖仪式时的颁奖词写道：“关注女性命运，保护弱者权益。86 年风雨人生，60 年初心未改，你用爱的力量，彰显了法的尊严。”是巫老师为保护妇女、保护弱势群体不计名利、无私奉献的真实写照。

巫老师连续多年担任全国政协委员，社会和法制委员会副主任，全国妇联执行委员会委员，中国法学会副会长、学术委员会委员，中国法学会婚姻家庭法学研究会会长，名誉会长。一生为中国的法治建设建言献策，殚精竭虑，为中国婚姻家庭立法，为保护妇女、儿童、老人等弱势群体的立法奔走呼号，不遗余力。她曾经说过：“立法就是给妇女撑腰，告诉你，你别怕。”

巫老师教书育人、学识渊博、淡泊名利、品行高洁，学为人师，行为世范，对年青一代提携关爱，督促勉励，呵护有加，是我们永远的老师，终身的榜样，她的精神永远活在我们心里。巫老师千古！

深切怀念敬爱的巫老师

何俊萍

惊闻敬爱的巫老师永远地离开了我们，我心痛无比。巫老师那和蔼可亲的音容相貌一直浮现在我眼前，仿佛她老人家未曾离开，仍在与我们倾心交谈，谆谆教诲，殷殷期盼。她时时刻刻都在惦记着我国妇女儿童弱势群体的利益保护，关心着百姓婚姻家庭的安稳，关注着中国婚姻家庭法学科的建设和发展，操心着中国婚姻家庭法和妇女权益保障法等法律的修改。

1983 年 8 月，我毕业于西南政法大学，来到中国政法大学干部进修学院工作。当年九月被选派到中国政法大学研究生院民法研究生班，脱产学习两年，有幸结识了我崇敬已久的巫老师，聆听她那学识渊博激情生动的讲课。巫老师理性深邃地分析研究婚姻家庭及社会问题，热情关心着我国弱势群体的权益保护，具有极大的人文情怀，引领我步入了婚姻家庭法学及妇女与法律研究领域的殿堂。

1985 年 7 月，两年的研究生班学习结束后，我回到了中国政法大学干部进修学院（更名为中央政法管理干部学院）民法教研室工作。巫老师胸怀博大，积极提携帮助年轻老师的事业发展，热心推荐我参加中国婚姻家庭法学会的学术活动，关心着中央政法管理干部学院婚姻家庭法学科的教学和科研的发展，指导我们撰写婚姻家庭法成人统编教材。她具有深刻丰富的学术涵养和敏锐洞察社会问题的能力，常常具有前瞻性地提出婚姻家庭法的学科前沿问题，运用社会调查方法研究解决婚姻家庭问题，智慧地点拨启迪我们的学术思考和研究，她的言传身教深深地感染着我。

巫老师不仅在事业上博学多才，而且在生活中热心待人，处处为他人着想，家庭和睦，令我们羡慕。在外地参加学术会议期间，繁忙的巫老师会抽空去市场，买点当地的土特产带回给儿媳和亲人。她常常如母亲般地叮嘱我们，既要胜任本职工作，又要兼顾好家庭生活。她高风亮节，率先垂范，润物细无声地感染着我们。我们都认为她是中国女性的人杰，自觉地以她为榜样，努力处理好事业与家庭的矛盾。

疫情渐退，春暖花开。可是，巫老师却永远地离开了我们，令人疼惜。我们多想送她老人家一程，敬爱的巫老师，您永远活在我们心中！

斯人仙逝，但先生的思想、精神、风范长存！
巫昌祯教授的崇高品德、高贵品质
和关注民生、求真务实的精神，
激励后辈们为法治中国的建设奋勇向前！
巫昌祯教授千古！

法大微信 【第 20200326 期】
内容来源：新闻中心
责任编辑：王安琪

保护妇女权益是她始终的追求！很多人都曾被她“圈粉”

原创：2020-03-27 中国妇女报 王春霞

https://mp.weixin.qq.com/s/pwwlTP6Jh_fYV4Nff2jKWw

3 月 25 日 15 时 30 分，我国著名法学家、中国婚姻家庭法学学科的奠基人之一、中国政法大学教授巫昌祯因病逝世，享年 90 周岁。巫昌祯逝世的噩耗传来，很多人在朋友圈表达对巫昌祯教授的哀思，瞬间刷屏。

巫昌祯在婚姻家庭法学及妇女法学研究领域形成了有重要影响的理论成果。她的名字和新中国婚姻法、妇女权益保障法等的发展历程紧密相连，她在妇女界享有很高的声誉。她是中国法学会婚姻家庭法学研究会名誉会长，曾担任第七、八、九届全国政协委员，第五、六、七、八届全国妇联执委，获得全国杰出资深法学家、2015CCTV 年度法治人物、全国劳动模范、全国三八红旗手等多项荣誉。

3 月 25 日下午得知巫昌祯离世的消息，中国法学会婚姻家庭法学研究会会长、中国政法大学教授夏吟兰感到“非常意外”。就在今年腊月二十九，夏吟兰去看望巫昌祯时，因病卧床的巫昌祯还关切地询问民法典的编纂情况。“巫老师在患病期间一直强调，妇女的好多权益保护要落到实处，比如离婚损害赔偿要设立兜底规定，家务劳动补偿要去掉限制性条款。”夏吟兰 3 月 26 日告诉中国妇女报·中国妇女网记者。

巫昌祯是夏吟兰的“人生引路人”。在大学二年级时，夏吟兰参加了巫昌祯组织的课外婚姻法学习小组，很快就被巫昌祯“圈粉”。“巫老师温文尔雅、循循善诱、博学多才，很有大家风范。”夏吟兰说。自此，夏吟兰与巫昌祯结下了终生师生缘，在巫昌祯的督促、指导下成为巫昌祯老师的开门弟子，走上了学术之路。

具有大家风范的巫昌祯完美践行了自己的价值追求。巫昌祯曾在接受中国妇女报·中国妇女网记者采访时说，人生的价值在于奉献，能出多少力，一定尽心尽力为妇女服务，为妇女奉献一切。生命不息，奉献不止。

1929 年 11 月 17 日，巫昌祯出生于江苏省句容县，自幼聪颖好学，文科成绩突出。1948 年，巫昌祯考入朝阳大学。新中国成立后，巫昌祯被保送到中国政法大学三部学习，后又转入合并后新成立的人民大学继续研习法律。1954 年，巫昌祯以全优的成绩毕业，成为 20 世纪 50 年代初人民大学第一批法律专业的本科毕业生。随后进入北京政法学院（即后来的中国政法大学）教授民法，开始了她为之奉献一生的法学研究和教育事业。

动乱年代，巫昌祯因家庭出身曾一度被迫停止法学研究和教学工作，而她一直保持积极向上的精神状态。1978 年，巫昌祯以专家身份参加我国婚姻法的修改，从此结缘婚姻法，迎来事业的春天。“归队了，热情很高。”巫昌祯曾如此描述当时的心情。

巫昌祯一贯秉持求真务实的学术观，注重实践，对立法、社会调查等多种实践的广泛参与使她在分析、解决问题时更有前瞻性。

1956 年巫昌祯参与中国民法的起草，此后两次参与婚姻法的修订，两次参与妇女权益保障法的起草和修订，还曾参与人口与计划生育法、未成年人权益保护法、老年人权益保障法、婚姻登记管理条例的起草。共和国的立法史上已经记载下巫昌祯教授的辛劳与功绩。

1978 年婚姻法第一次修订时，巫昌祯提出“在法律上解放婚姻、将离婚与过错相区分”的观点，经过多年的实践检验，被证明符合生活实际状况；提出“关系破裂论”，以婚姻关系破裂作为准予离婚的法定条件的主张也被证明更科学、更具操作性；2001 年婚姻法修订时提出“将夫妻忠实义务写入婚姻法”的建议为婚姻法所吸纳，我国离婚过错赔偿机制也由此得以初步建立；2002 年任《中华人民共和国妇女权益保障法》修正案草案专家组组长，提议在婚姻法中对家庭暴力予以规制，此举在反家暴立法上具有里程碑式意义。

“巫老师学识渊博、淡泊名利，对妇女权益始终非常关注，严于律己、宽以待人，刻苦勤奋，她是我永远的老师、终身的榜样。”夏吟兰说。

在20世纪70年代末，全国妇女面临新的问题：一是家庭暴力；二是婚外情；三是被拐卖、被强迫卖淫。巫昌祯响应国家“维护妇女儿童合法权益”的口号，组织成立北京市第八律师事务所，专门零报酬为妇女提供法律服务，承办了各类法律援助案件。

中华全国律师协会女律师协会副会长、全国律协婚姻家庭法专业委员会顾问郝惠珍律师，坚持办理婚姻家庭案件。她认为婚姻家事业务从来就不是小案件，“婚姻家事案件同样成就大律师。”郝惠珍之所以这么认为，是深受巫昌祯的影响。

从 1997 年婚姻法修改时，郝惠珍就近距离接触了巫昌祯，并较早地被吸收为中国法学会婚姻家庭法学研究会理事。在多次参加巫昌祯组织的会议中，郝惠珍感受到巫昌祯学术造诣高、有胸怀、有高度、有前瞻性。

郝惠珍说，婚姻法、妇女权益保护、反家庭暴力……每一次修法上的进步都面临难题，巫昌祯老师总是冲在前面，为妇女权益保护执着呼吁。她的人格、学术造诣令人钦佩。

“巫昌祯老师是保护妇女权益、促进男女平等的积极推动者。”中国法学会婚姻家庭法学研究会副会长、中华女子学院教授李明舜说，无论是参加婚姻法的制定和修改，还是参加妇女权益保障法的制定和修改，在她的视野和思想里，坚持男女平等，保护妇女权益是不变的主题和始终的追求，她为保护妇女的婚姻家庭权益，为妇女权益法律保障体系的形成，都做出了重要的历史性的贡献。

李明舜说，巫昌祯老师也是一位与时俱进、守正创新的典范。在我跟随她老人家从事婚姻法学和妇女法学研究的 30 年里，既能深深感受到她对事业、正义、真理始终不渝的坚守，又能时时感受到她对新事物、新知识、新领域孜孜不倦的探究。每次聆听她老人家的讲话发言，总能听到令人心悦诚服的道理、深刻精辟的论断和时尚新颖的名词。

得知巫昌祯教授辞世的消息，妇女事业工作者

钱叶卫 3 月 25 日半夜仍禁不住失声痛哭。2008 年，钱叶卫以笔试、面试第一的优异成绩如愿成为巫昌祯老师的博士研究生。钱叶卫说，读博士期间，巫老师年纪很大了，还亲自给博士生做婚姻家庭讲座。指导学生，巫昌祯老师总是尽职尽责，还亲自修改博士论文。“巫老师对学业、治学、修法的认真严谨，对妇女群体的深厚感情，敢于发表意见的精神，对生活的热情，深深影响着我。”

中国法学会婚姻家庭法学研究会副会长、厦门大学法学院教授蒋月自称巫昌祯老师的“旁系弟子”。1986 年，蒋月和几位同学一起从重庆出发，带着毕业论文初稿进京求教巫昌祯老师、杨大文老师。蒋月记得，巫昌祯老师当时一口答应，约在办公室相见。巫老师、杨老师都特别愿意栽培年轻人。

蒋月说，巫老师对专业的热爱劲头、倾尽全力的奉献精神以及做出的努力，都是后辈学习的榜样。巫老师热爱妇女事业，为完善妇女权益保障积极发声，把自己的时间精力、聪明才智全部奉献给了婚姻家庭法事业和妇女发展事业。她的精神感召着各方面专业人士，是大家心目中永远敬爱的巫老师。

（二）理论学术动态、学者视点

论民法典婚姻家庭编的社会化

2020-02-28 法学在线
http://article.chinalawinfo.com/ArticleFullText.aspx?ArticleId=111797&listType=1

【法宝引证码】CLI.A.0111797

【学科类别】婚姻、家庭法
【出处】《中国法学》2019 年第 3 期
【写作时间】2019 年

【中文摘要】我国婚姻家庭法“入典”已成定局。“入典”后的婚姻家庭编应实现社会化，即授权“两委会”等社会权力主体广泛介入婚姻家庭领域，并对据此产生的法律关系予以系统调整。婚姻家庭编社会化的价值在于：实现形式平等与实质平等协调相容，更好保护家庭弱者权益；解决民法“非伦理性”不当入侵婚姻家庭法导致的身份法规则财产法化问题；在婚姻家庭编领域保持家庭“自治”与“他治”有机平衡。婚姻家庭编社会化应从宏观、微观两个层面展开。前者包括明确社会化的价值目标以及限度。后者则为具体制度设计，其主要内容为：以介入主体多元化为基础，根据“最密切联系”原则确定首要介入主体并合理确定各个主体之间的关系；明确介入主体享有良好家风教育、家庭矛盾化解、家事纠纷调处、家事事件处置以及义务履行支持等职权。我国民法典婚姻家庭编总则应增加相应条文对上述内容予以体系化规定。

【中文关键字】民法典婚姻家庭编；私法社会化；整体主义

【全文】

引言

法典之外的微观法律制度却反映了其自身的态度和价值观，而此种态度和价值观常常有悖于法典的态度和价值观：对法典进行零星的修订所涉及的是法典中较为容易的部分；对其修订以适应现代生活并无大碍。但是，将特别立法部分纳入法典本身的任何努力均会引发棘手的难题，即微观法律制度可能与法典本身的立场不相吻合。”[1]近现代民法典以调整财产关系为中心，本应具有特殊地位的财产法价值立场在民法典中获得了一般性地位并指导着民法典分则的制度构建。然而，作为身份法的婚姻家庭编与财产法的价值立场不尽相同。因此，要求婚姻家庭法“入典”必须实现以下三对价值立场的协调相融：一是，形式平等与实质平等的协调相融，有效保护妇女、儿童、老人等家庭弱势群体合法权益；二是，“伦理性”与“非伦理性”的协调相融，解决婚姻家庭法规则财产法化问题；三是，协调婚姻家庭编“他治”与“自治”的有机平衡。要平衡相融上述三对价值立场，“入典”后的婚姻家庭编应实现社会化，也即适度扩张村委会、居委会等社会权力主体对家庭生活介入的广度与深度以助益实现家庭和谐。

但目前的民法典婚姻家庭编草案却似乎强化了其私法属性而淡化了社会化色彩，具体表现在：现行《婚姻法》43 条、第 44 条规定，经受害人请求，村委会、居委会以及“所在单位”等社会权力主体应当以劝阻、调解等方式救济因家暴、虐待以及遗弃等行为而权益遭受侵害的家庭成员。虽然这种介入仅着重于事后救济，但毕竟还有社会权力介入的相关规定。而 2018 年 9 月 5 日公布的《民法

典各分编（草案）》[2]（以下简称“各分编草案”）却没有上述规定。由此可见，“入典”后的婚姻家庭编似乎更强调私人家庭自治，而淡化了婚姻家庭编的社会化色彩。要平衡上述三种价值立场，民法典应维持并强化婚姻家庭编的社会化。笔者以廓清何谓婚姻家庭编社会化，社会化何以能平衡相融以上价值立场，以及社会化如何平衡相融以上价值立场等问题之解决为目的，期望为完善我国婚姻家庭法理性“入典”的制度安排尽微末之力。

一、民法典婚姻家庭编社会化之廓清

（一）婚姻家庭编社会化的界定

论及当代婚姻家庭法的特征与发展趋势，学者主要以“公法化”概括。“家庭法引入公平、人权等理念，增设人权保护条款，加强弱者保护，并开始与其他部门法相互渗透，部门法之间的界限变模糊了，身份法开始出现公法化趋势。”[3]婚姻家庭法“公法化”是“私法公法化”在民事身份法领域的具体体现。除“私法公法化”外，私法发展的趋势还包括“私法社会化”。“民法现代化的核心观念与理论模式是私法社会化。”[4]婚姻家庭编社会化以“私法社会化”作为理论基础，是“私法社会化”在民事身份法中的具体体现。以私法社会化为理论基础，可对婚姻家庭编社会化做如下界定：以维持家庭关系稳定和谐为目的，婚姻家庭编规定相当数量以调整社会权力介入家庭生活关系为内容的规范，并形成体系，进而使其兼具社会法属性，在一定程度上发挥社会法的功能。婚姻家庭编社会化具有以下特征：

1. 婚姻家庭编社会化以整体主义作为方法论根据

虽然私法领域应以个人主义方法论为主导，但作为私法有机构成的婚姻家庭编在一定程度上应秉持整体主义方法的立场。“我国婚姻家庭法的价值取向在于实现个体幸福与家庭和谐，兼顾‘个体主义’和‘整体主义’。”[5]婚姻家庭编兼顾“个体主义”和“整体主义”的方法论特征要求，不能将私人自治在婚姻家庭编领域予以无节制地扩张，作为民法典基本价值取向的私法自治应该在婚姻家庭编领域受到一定限制。社会权力介入婚姻家庭关系是防止私法自治在婚姻家庭编过度不当适用的必要手段，以社会权力介入为核心的婚姻家庭编社会化能更好落实婚姻家庭编兼顾个体主义与整体主义方法论的要求。

2. 婚姻家庭编社会化的主要内容为授权社会权力介入私人家庭生活领域

婚姻家庭法回归民法典的基本依据在于：民法所调整的财产关系与人身关系均受到私人自治的支配。然而，较之财产关系而言，人身关系受私人自治支配的空间与程度更小许多。从某种意义上讲，身份关系在很大程度上是“他治”或“管制”的。而“他治”或“管制”有两种不同的实现路径：一是以婚姻家庭编公法化为立场，由法律授权国家公权力对婚姻家庭关系予以干预；二是以婚姻家庭编社会化为出发点，由法律授权社会权力对婚姻家庭关系之介入。其中，婚姻家庭编公法化立足于权力主体一元化立场，将对私人家庭生活领域的介入主体仅限定于掌握权力的国家机关。而在当代社会，权力主体不再仅局限于国家，国家之外的社会组织与社会团体等也可以掌握一定的权力，这种权力被称为社会权力。“社会权力是对应于国家权力的，是在‘国家—社会’一体化转化为二元化的条件下形成的。作为相对独立于国家的社会主体，以其所拥有的社会资源对社会与国家（政府）产生的影响力、支配力，就是社会权力。”[6]因此，在权力主体二元化格局下，法律也可以授权社会权力介入私人家庭生活领域，以限制私人自治原则在婚姻家庭法领域的不当扩张。

3. 婚姻家庭编社会化表现为规范社会权力介入规定的体系化

授权社会权力对婚姻家庭关系予以介入，并对此种介入产生的法律关系予以调整的规范为婚姻家庭法中的社会化规范。目前，我国《民法总则》《婚姻法》中也存在少量零散细碎的社会化规范，但不能称之为社会化。根据制度内部体系与外部体系的构成要求，只有当婚姻家庭编中存在数量较多的社会化规范，其遵循特定价值取向且构成相对独立的规范系统，使该编兼具一定社会法属性后，才能称之为婚姻家庭编的社会化。因此，婚姻家庭编社会化以社会化规范遁入婚姻家庭编为表现形式，但社会化规范遁入婚姻家庭编却不必然导致其社会化。

（二）婚姻家庭编社会化与婚姻家庭编公法化之关系辨析

婚姻家庭编社会化与公法化有以下异同：

1. 相同之处。第一，两者的方法论基础与目的相同。“现行婚姻家庭法由当事人的充分自治和国家的必要管制构成，对婚姻家庭，国家既要尊重个人生活的自由，又要对其予以干预。”[7]无论是婚姻家庭编公法化还是婚姻家庭编社会化，其方法论基础都是整体主义，目的均在于以外界力量介入本属于私人自治领域的婚姻家庭关系，避免该领域中主体意思自治的滥用，进而确保家庭生活关系所承载的社会公共利益得以实现。第二，两者的手段具有共通之处。无论是婚姻家庭编公法化还是婚姻家庭编社会化都以法律授权外界力量——国家权力或者社会权力——介入婚姻家庭关系，限制主体的意思自治作为基本手段。

2. 不同之处。一是介入主体不同。婚姻家庭编公法化是法律授权国家机关以行使国家权力的方式干预婚姻家庭关系，婚姻家庭编社会化则为法律授权社会权力介入婚姻家庭关系。以我国《民法总则》31 条规定的指定监护为例，该条授权民政部门指定监护人的内容是公法化规范，授权村委会、居委会指定监护人的内容是社会化规范。另以《民法总则》36 条规定的监护人资格撤销申请为例，该条授权民政部门依法申请撤销监护人资格的内容是公法化规范，授权村委会、居委会等主体依法申请撤销监护人资格的内容是社会化规范。二是对意思自治的限制强度不同。婚姻家庭编公法化对民事主体在家庭生活领域的私人自治构成“强式”限制。基于国家权力的强制性，民事主体违反婚姻家庭编的公法化规范，必然承担相应的公法责任。要使自身免于承担公法责任，民事主体在婚姻家庭领域必然要遵守“公法化”的强行性规范。而以社会权力介入规范为基础的婚姻家庭编社会化是对民事主体在家庭生活领域内意思自治的软约束与“弱式”限制。社会化规范为社会权力介入婚姻家庭关系提供了合法依据，但民事主体不接受、不服从社会权力介入时，不应受到法律责任追究。

二、民法典婚姻家庭编社会化的意义

（一）社会化有利于保护妇女、儿童、老人等家庭弱者的合法权益

1. “入典”须平衡民法“形式平等”与婚姻家庭法“实质平等”之关系，切实保护妇女、儿童、老人等弱者权益

形式平等原则是民法的灵魂已成为学界共识。但作为民法有机构成的婚姻家庭编不能仅遵循形式平等原则，还应遵循实质平等原则，这是婚姻家庭编保护家庭生活领域内弱者的必然要求。“婚姻家庭法通过一系列的可行措施对弱者实行保护就显得尤为重要。婚姻家庭法以保护弱者为其价值取向之一，这就是它的理念。”[8]形式平等原则下，婚姻家庭编对家庭领域内的弱者——妇女、儿童、老人的权益救济采取民法的一般保护方式。婚姻家庭编草案据此规定的家庭纠纷解决方式只有两种：协商和诉诸司法。[9]然而，协商与诉诸司法均难以实现对妇女、儿童以及老人等权益的有效保护：一是这些保护措施都是事后救济，不能有效预防婚姻家庭领域中的弱者之权益遭受侵害；二是救济成本高，且让弱者以协商方式自力救济等不符合现实

生活情形。实质平等是基于具体人格的差别对待与特殊对待，符合法治文明发展方向，只有遵循实质平等，婚姻家庭编方能实现对家庭生活领域的弱者保护。因此，婚姻家庭法“入典”，必须使形式平等与实质平等协调相容，防范形式平等原则对实质平等原则的过度压制，进而促其保护家庭弱者目的之实现。

2. 婚姻家庭编社会化可平衡“形式平等”与“实质平等”之关系，能有效保护妇女、儿童、老人等弱者合法权益

要遵循实质平等，对妇女、儿童、老人等家庭弱者予以特殊保护，婚姻家庭编必须借助于家庭之外的力量。而借助社会权力介入家庭关系的社会化在贯彻实质平等原则、保护家庭弱者权益方面有以下优势：第一，社会化能预防家庭侵权行为的发生，实现对弱势家庭成员权益的事前保护。国家权力介入婚姻家庭关系是对私法自治的强限制，为防止对家庭自治的戕害，其介入应保持谦抑，因之，法律授权公权力保护儿童、妇女、老人权益仅限于侵权行为发生后的事后救济。社会权力介入婚姻家庭关系是对家庭自治的弱限制，因此，婚姻家庭编可以授权社会权力以优秀家风培育、家庭矛盾化解等方式介入家庭自治，预防侵害妇女、儿童以及老人等家庭侵权行为的发生。第二，社会化符合婚姻家庭问题解决的“非合理性”本质，能在保持家庭关系和谐之基础上有效保护妇女、儿童、老人的合法权益。家庭问题往往导致弱势成员的权益遭受侵害，而社会权力可发挥熟人优势，充分利用人情、村规民约，以及家庭道德风俗等非正式约束来消除当事人之间的对立情绪，助其复原情感，以“脉脉温情”的方式解决家庭问题，妥适保护家庭弱者权益。

（二）社会化可解决婚姻家庭编规则财产法化问题，促进家庭义务履行

1. “入典”须协调民法“非伦理性”与婚姻家庭法“伦理性”之关系，解决身份法规则财产法化问题，促进家庭道德义务履行

婚姻家庭法具有“伦理性”特质，主要体现为立法将调整婚姻家庭关系之道德规范转化为法律规范。“婚姻家庭编的主要特色之一，就在于它具有显明的伦理性。法律上的每项规定，也是道德要求。”[10]“伦理性”要求婚姻家庭编为家庭成员规定相应的道德作为义务，“非伦理性”所导致的民法“否定性”要求其不能为家庭成员规定以作为为内容的道德义务，两者之差别要求“入典”时必须协调好其间的关系，具体包括：

第一，入典应解决“非伦理性”对“伦理性”压制所产生的身份法规则财产法化问题。民法典的“非伦理性”是市场经济的伦理体现，不但不具有家庭道德建设的功能，而且还易导致“财产性的利益交换原则被处理为人际交往的基准类型，甚至连婚姻关系也被处理为一种拟制的利益交换关系。”[11]目前，我国婚姻家庭法规则已经出现了财产法化趋势。[12]婚姻家庭法规则财产法化导致“中国家庭资本主义化”，并进而摧毁了家庭。“不受约束的市场经济会摧毁有机的社会组织，而把市场逻辑引入到婚姻家庭法中，最终摧毁的无疑是家庭本身。”[13]因此，婚姻家庭法入典，须解决我国目前民事身份法规则财产法化问题。

第二，婚姻家庭法“入典”应解决法定化家庭道德义务[14]难以强制履行问题。“非伦理性”导致民法规范具有“否定性”，即民法只能要求民事主体遵守道德底线，不能要求其为符合道德标准的积极行为。而婚姻家庭法的“伦理性”不仅要求民事主体在家庭生活中遵守道德底线，而且须为符合亲属伦理的积极行为，此谓之婚姻家庭法规范的“肯定性”。“在被认处于紧密关系的人之间，或者基于个人无法左右的被置放的特定位置（即身份），均有可能发生肯定性义务，如父母对未成年子女承担抚养义务、夫妻之间相互承担扶养以及成年子女赡养老人等均属于此类。”[15]基于“否定性”，民法对义务不履行采取的责任追究方式为强制执行与损害赔偿。而“宁拆十座庙，不拆一桩婚”表明，处理家庭矛盾与纠纷的最高境界在于：矛盾与纠纷

得以化解且确保家庭关系和谐幸福。强制执行、损害赔偿均为强制主体履行义务，具有对抗性，因而难以满足既解决家庭纠纷，又保持家庭关系和谐的要求，不利于家庭关系的稳定和谐。

2. 婚姻家庭编社会化可以解决身份法规则财产法化问题，促进家庭道德义务履行

第一，社会化可防止婚姻家庭法规则财产法化所导致的问题发生。解决婚姻家庭法规则财产化问题的关键在于家庭道德建设，社会化能够提升家庭道德水平，从根本上解决该问题。家庭道德建设不可能由民事主体依靠家庭自治独立完成，尤其是在家庭道德伦理受市场经济伦理冲击、陷入“家庭道德危机”的情况下，更有必要由社会权力主体参与家庭道德建设，促成家庭成员树立正确的家庭道理伦理观。婚姻家庭编可以明确规定社会权力主体负有家庭道德建设职责，以帮助民事主体牢固树立正确的家庭道德观念；而家庭成员拥有正确家庭伦理道德观后，又可反过来使财产法化的婚姻家庭法缺乏社会基础而无法实施，从根本上抵制民法财产法伦理对婚姻家庭生活的渗透。

第二，社会化有助于婚姻家庭编规定的家庭道德义务之履行。民法的“非伦理性”和“否定性”无法保障婚姻家庭编规定的家庭道德义务履行，婚姻家庭编社会化则可借由法律授权社会权力介入婚姻家庭关系，有效促进法定道德义务的履行。具体而言：一是社会权力能促成良好家风的形成，防止家庭成员将“自身利益最大化”的自由主义市场经济伦理带入家庭，进而使其形成适于家庭生活的“伦理人格”，从根本上保证主体履行家庭义务的道德自觉性。二是由社会权力督促义务主体履行家庭义务更适合家庭生活关系的本质。以国家权力的强制性要求民事主体履行家庭义务往往造成家庭成员的对立，甚至恶化家庭成员之亲情、感情。而社会权力的柔性约束力使其得以游说、斡旋、教育等方式处理家庭问题、解决家庭纠纷，可在不恶化、恢复甚至深化当事人情感的情况下，促使义务主体积极自觉地履行道德义务。[16]

（三）社会化可实现婚姻家庭编“自治”与“他治”理念的平衡

1. 婚姻家庭法“入典”需协调“自治”与“他治”之间的关系

民法以个人主义为制度构建的方法论基础，这就要求民法“在没有足够充分且正当理由的情况下，不得主张限制民事主体的自由。”[17]而婚姻家庭法具有团体性，整体主义色彩浓厚，“个人主义色彩较为稀薄”[18]，因此须对私人自治在家庭生活中予以较大的限制。“就私主体的自治空间而言，在亲属身份法领域存在着高水平的国家强制。”[19]这种高水平的国家强制使婚姻家庭法具有“他治”法色彩。因之，民法以意思自治为核心的“自治法”属性与婚姻家庭法强调外力干预的“他治法”色彩存在冲突。“入典”可能导致婚姻家庭编过度强调民法意思自治的核心地位以及自治法属性，忽视婚姻家庭编“他治法”色彩。这会造成婚姻家庭生活不和谐的不良后果：“婚姻法回归民法的实质目的，即以私法理论推进婚姻自由，从实践后果看，业已成为离婚、结婚等家事领域自由泛滥的制度原因，误导了立法、司法实践与社会舆论，尤其与婚姻家庭法保护家庭稳定的制度功能直接相悖。”[20]因此，婚姻家庭法“入典”，应协调“他治”与“自治”之关系，实现两者之有机平衡，避免民法的“自治”属性压制婚姻家庭编所应具有的“他治”属性。

2. 社会化可实现婚姻家庭编“自治”与“他治”的有机平衡

婚姻家庭编的“他治”有两种手段：国家权力干预的他治与社会权力介入的他治。前者干预家庭自治容易导致“他治”压制“自治”，不当扩张他治的空间与强度，进而使得“他治”难以奏效；而后者则可以克服国家权力干预的不足，实现“自治”与“他治”的平衡。理由在于：首先，社会权力可

通过“影响力”从预防家庭问题到解决家庭问题等环节介入家庭关系，且不至于过度限制民事主体在家庭领域内的意思自治。而国家权力具有“强制力”和天然扩张性，因而需保持谦抑，无法通过事前干预来有效预防家庭问题。其次，社会权力可以多种柔性方式介入家庭关系，遵循“个别”的、“具体”的、正义的要求，采取灵活的个别化解决方案，以影响当事人，促使其自愿改变不利于家庭和谐的决定。而国家权力机关以执行具有普适性法律的方式干预家庭生活，易出现法律的普适性与家庭问题解决个别性之间的矛盾，导致对家庭生活领域的强制过度。最后，社会权力能通过家庭道德宣传、良好家风教育等方式，使“家庭伦理道德”深入人心，促使其成为人们在家庭生活中自觉遵守的行为准则，从根本上保证家庭生活和谐幸福。

三、民法典婚姻家庭编社会化的价值取向与限度

民法典婚姻家庭编社会化价值取向的确立既为社会权力介入婚姻家庭领域提供正当性依据，又能够使其规则符合体系化要求。民法典婚姻家庭编社会化的限度则可将社会权力介入民事主体家庭自治限定于合理范围。两者在宏观上从正反两面为社会化制度构建与规范设计提供指导，因而有必要放在一起予以探究。

（一）婚姻家庭编社会化的价值取向

“价值问题与规范问题密切相关，但价值问题在逻辑上必须领先。”[21]在婚姻家庭编社会化背景下，规范社会权力介入家庭关系的法律规范自成体系且在婚姻家庭编中获得相对独立之地位。要确保这一相对独立的规范系统符合体系化要求，首先必须确立婚姻家庭编社会化的价值取向。民法典婚姻家庭编社会化应坚持家庭本位，将维持婚姻家庭关系的稳定和谐作为基本价值取向，其法理依据在于：

第一，维持家庭关系稳定和谐是婚姻家庭编社会化的正当性依据。民事主体家庭自治滥用是影响家庭关系和谐稳定的重要原因。婚姻家庭编社会化之目的即在于克服家庭自治滥用，以保持家庭关系的稳定和谐。因此，维持家庭关系和谐稳定是社会权力介入家庭关系的正当性依据，因而也成为婚姻家庭编社会化的根本理由。

第二，较之于婚姻家庭编弱势群体保护、“伦理性”以及“自治”与“他治”相平衡等要求，这一价值取向更具根本性。其一，只有维护家庭关系和谐稳定才能更好保护家庭弱势成员的权益。家庭关系中居于核心的是夫妻关系，夫妻关系破裂对家庭领域中弱势群体的利益损害最大。“离婚带来的社会负面效应包括：离婚妇女及其抚养的子女生活贫困化、离婚不利于未成年子女身心健康。”[22]可见，婚姻家庭编社会化只有以维护婚姻关系为核心的家庭关系和谐稳定作为价值取向，才能更好地维护家庭弱势成员权益。其二，家庭关系和谐稳定的价值取向与婚姻家庭编“伦理性”是目的与手段之关系。维护家庭和谐稳定是婚姻家庭编“伦理性”的基本目标。“在现代社会，法律是调整婚姻家庭关系具有强制效力的重要手段，但婚姻家庭关系涉及伦理亲情，错综复杂，法律不可能解决所有的婚姻家庭问题，法律不是万能的。法律与道德相辅相成，共同调整婚姻家庭关系，有助于婚姻家庭关系的稳定。”[23]其三，以维持家庭关系稳定和谐作为基本价值取向是婚姻家庭编“自治”与“他治”相平衡的前提。“当家庭之运作有悖于个人价值与家庭价值衡平时，即构成国家依法介入或干涉的原因。”[24]由此可知，维护家庭关系稳定和谐的价值取向是社会权力适度介入家庭自治领域的正当理由。

第三，维持家庭关系和谐稳定的价值取向能够与民法意思自治原则、诚实信用相容共存。其一，对民事主体而言，家庭关系是一种稳定长期的社会关系。主体愿意组建家庭，一般意味着其希望维持家庭关系的稳定和谐。为维持这种长期关系的稳定和谐，法律特别规定主体有义务接受社会权力对家

庭生活的介入。这种义务具有先在性，当事人自愿建立家庭关系时，就意味着其愿意接受并履行该义务。因之，以社会权力介入家庭关系为核心的社会化是尊重当事人意思自治的介入，未违反意思自治原则，而是对它的有益补充。其二，家庭关系之利他性、长久性特征对于民事主体而言是一种“先在”，即当事人自愿建立家庭关系就不能动辄任性地解除该种关系，否则，便违背了“言必行，行必果”的诚信原则要求。社会化要求社会权力介入并维持家庭关系稳定和谐，正是为了促使当事人信守诺言，因而有助于当事人在家庭领域内恪守诚信。

第四，维持家庭关系和谐稳定的价值取向符合目前“家庭本位”的主流价值观，具有坚实社会基础。无论是回应社会需求还是在家庭关系领域移风易俗，婚姻家庭编都必须有强大的社会基础，获得民众认可，否则，就会因难以获得公众认可而无法顺利实施。就目前情况而言，虽然家庭本位观受到市场经济伦理的冲击，但其依然是我国民众认可并坚持的主流价值观。“大多数人首肯家庭幸福应优先于个人的利益，并且将个人幸福建立在和谐婚姻家庭生活的基础上。”[25]因此，维护家庭稳定和谐作为婚姻家庭编社会化的价值目标与我国民众主流的家庭观相吻合。贯彻这种价值取向的婚姻家庭编社会化规范体系能够获得民众普遍认可，保持长久生命力。

（二）婚姻家庭编社会化的限度

1. 婚姻家庭编社会化限度的确定

婚姻家庭编社会化是民法社会化在身份法领域的具体表现。“这种社会化，主要表现在传统的私法自治原则越来越受到限制，因为个人本位的法和权利本位的法主要表现在私法自治的原则上。这个原则受到限制，也就是典型地说明了民法的社会化。”[26]婚姻家庭编社会化对民事主体家庭领域内的意思自治构成限制，且社会化程度与民事主体在婚姻家庭领域内的意思自治成反比例关系：其程度越高，婚姻家庭编的私法属性越弱；其程度越低，婚姻家庭编的私法属性也越强。“如果私法可以彻底丢弃个人（自由）主义，那私法就变成了‘社会法’。”然而，“私法将保持传统，不应、不能彻底社会化。”[27]因此，对于作为私法有机构成部分的婚姻家庭编，我们应将其社会化维持在合理的限度内，防止其过度社会化或彻底社会化。“如果私法还坚守私法自治的底线，所谓私法的社会化就一定不会超过边界。”[28]据此，婚姻家庭编社会化如果能“坚守私法自治的底线”，“就一定不会超过边界”。这种“私法自治”的底线和“不会超越”的边界，就是其社会化的限度。具体言之，婚姻家庭编社会化的限度可从以下两个方面确定。

其一，尊重主体在婚姻家庭领域内私人自治的底线。一是，尊重当事人对婚姻家庭领域身份关系变动的最终决定权，因之，社会权力的介入不能改变当事人对身份关系变动的最终决定权。二是，尤其要尊重当事人产生与消灭婚姻家庭领域身份关系的自愿决定权。婚姻家庭内适宜由主体自己决定的法律关系的产生、变更与消灭等事项，应由其自己决定。社会化应尽量不限制当事人产生、消灭婚姻家庭身份法律关系的意愿，因为这两种意愿决定了主体最终应否享有或负担婚姻家庭法律关系中的权利与义务，对主体私人利益的影响最大，因而应予以最大限度地尊重。

其二，确保婚姻家庭编的基本私法属性，不能因社会化而使其变为社会法。婚姻家庭编社会化的动因在于使其兼具社会法的功能，[29]但此种功能的发挥不应导致婚姻家庭编变为社会法。“可以毫不夸张地说：私法的彻底社会化是为私法准备的坟墓。”[30]为此，婚姻家庭编社会化必须坚持其基本私法属性，不能因社会化而改变其私法属性。社会化后的婚姻家庭编是私法主导，兼具社会法的制度属性。

就以上社会化限度两个方面之关系而言，在身份法领域“坚守私法自治底线”是防止婚姻家庭编变为社会法的前提，坚守婚姻家庭编的基本私法属

性则可有助于身份法领域“坚守私法自治底线”。只有坚守其基本私法属性，才会使我们在社会化的进程中保持必要的理性警觉与头脑清醒，自觉抵制婚姻家庭编的过度社会化或彻底社会化，从而确保社会化的“私法自治底线”。这两个方面相辅相成，共同协力确保婚姻家庭编社会化的合理限度。

2. 婚姻家庭编社会化限度的实现路径

确保婚姻家庭编社会化限度的核心在于将社会权力介入婚姻家庭关系保持在合理程度。这可从以下几个方面展开。

第一，社会权力介入应符合比例原则。“比例原则的内核在于强调干预的适度性，反对过度干预。”[31]社会权力介入婚姻家庭关系是婚姻家庭编社会化的手段，其实质就是干预民事主体在此领域的私人自治，防止其滥用。社会权力干预过度必然导致社会化过度，干预适度则社会化即可保持在合理限度内。因而本文认为，比例原则因其“禁止过度”干预之精髓，乃是确保婚姻家庭编社会化限度最宜适用的原则。

根据比例原则，社会权力介入婚姻家庭关系应符合如下要求：其一，介入目的之正当性。这是比例原则之适当性子原则的要求。即社会权力介入婚姻家庭关系必须是为了维持家庭生活的稳定和谐，除此目的之外，社会权力不能介入私人家庭生活。其二，介入事由与介入职权法定。这是比例原则之必要性子原则的要求。即只有出现法定的介入理由时，社会权力主体才能行使法律明文规定的介入职权。其三，介入方式与介入事由的匹配性。这是比例原则之均衡性子原则的要求。社会权力介入家庭私人生活，应首先采取法律为解决某类型家庭问题所规定的相应特定措施——干预私人生活程度重的介入措施不能用于解决危害程度轻微的家庭问题，因为这会不当限制当事人的意思自治；但相反，干预私人生活程度较轻的介入措施可以适用于解决危害程度较重的家庭问题。

第二，适恰确定介入范围。立法对民事主体在婚姻家庭领域的私人自治限制包括两个维度。一个是广度，即确定社会权力介入婚姻家庭关系的范围。介入范围大，则对民事主体在婚姻家庭内的私人自治限制大；介入范围小，则对民事主体在婚姻家庭内的私人自治限制较小。因之，维持社会权力介入婚姻家庭领域范围的适度性，是保证婚姻家庭编社会化限度的必要手段。社会化对介入范围的选择，可从以下两个方面确定：其一，根据民事法律关系变动理论确定社会权力介入婚姻家庭领域的范围。社会权力介入婚姻家庭领域，其实质是对民事主体因法律事实而生的婚姻家庭关系的介入。婚姻家庭关系有产生、变更与消灭等诸多情形，立法可授权社会权力介入以上情形的一部分或全部，以实现社会化的价值目标。其二，以“纠纷金字塔”理论为依据，确定社会权力介入的范围。关于纠纷的界定，法学与社会学的界定有所不同。“在法律范畴内，所谓纠纷，至少要达到双方申诉(bilateralclaim)这一层次，即纠纷当事人双方各自提出了不同的权利、利益诉求、申明或主张。如往更高层次就是争执（dispute）和诉讼（litigiousness）。”[32]据此，民事法律意义上的纠纷是指当事人因法定或约定权利义务的行使或履行所产生的利益争执，其核心在于可诉性。社会学意义上纠纷范围则要广得多，“并不仅仅局限于人们在行动层面上表现出来的不和谐以及相冲突的纠纷，而是将纠纷概念的外延拓展到日常生活中人们在主观层面上的情绪和态度，也就是人们在生活中遇到或感受到的所有不公正，即所有的冤情（grievance）和争执或纠纷（dispute）。”[33]基于后者，法社会学提出了“纠纷金字塔”理论。据此，家庭领域内的纠纷依其发展阶段与严重程度不同，包括以下四种：不满、要求、纠纷以及法律纠纷。“不满”是家庭成员之间有分歧矛盾，但不满的一方隐忍而未向对方提出请求的纠纷阶段；“要求”是局限于家庭之内，一方家庭成员向其他家庭成员提出请求，欲消灭分歧争议的纠纷阶段；“纠纷”是在请求人请求无果后，求助于当事人之外的私人第三人介入，以解决争议

的纠纷阶段；“法律纠纷”则是当事人请求专门的纠纷解决机构（法院或仲裁机构）解决其权益争执的纠纷阶段。以纠纷的发展进程为基准，法律可以授权社会权力在何种阶段以及哪几个阶段介入婚姻家庭关系。

第三，合理确定介入强度。立法对婚姻家庭领域内私人自治之限制的另一个维度是强度。要将婚姻家庭编社会化控制在合理限度内，关键在于确定社会权力介入对民事主体婚姻家庭内意思自治的限制强度。介入对民事主体婚姻家庭领域之“自由的决定”影响大，则对私人自治的限制强度高；反之，则对私人自治的限制强度低。社会权力对当事人意思自治的限制，由强到弱，有以下几个层次：一是介入能够终局性改变当事人的意思自治；二是介入不改变当事人的意思自治，但主体有义务接受社会权力的介入；三是介入不改变当事人的意思自治，主体也没有义务接受介入，法律规定仅在于为介入主体干预提供阻却违法理由。由于社会权力介入不必然影响当事人对婚姻家庭关系以及纠纷解决结果选择的最终决定，因而不能改变主体的选择而终局性的强行限制当事人的意思自治，所以，婚姻家庭编社会化不存在对民事主体意思自治的最强程度限制，只存在后两种程度较弱的限制。在第二种情形下，社会权力介入必须辅之以强制性规范以使得被介入者接受介入。在第三种情形下，社会权力介入可辅之以任意性规范或倡导性规范，但为提升当事人接受介入的可能性，婚姻家庭编应多辅之以奖励、支持等倡导性规范。

四、婚姻家庭编社会化的基本内容及其民法典因应

在确定婚姻家庭编社会化价值取向与适当限度后，应据此合理确定社会化的基本制度内容。基本制度内容的设计应从介入主体、介入职责以及介入保障机制等三个基本面展开。其中，介入职责与社会化限度直接相关，因而应合理协调其与介入强度确定方式之间的关系，以将后者限定在合理限度内。

（一）确定介入婚姻家庭关系的主体

婚姻家庭编授权社会权力介入婚姻家庭关系，首要环节便是确定介入的社会权力主体，具体应遵循以下几个原则：

1. 坚持介入主体的多元性

我国民法典婚姻家庭编应坚持介入主体的多元性，理由在于：坚持介入主体多元性能够实现民法典总分则的协调，符合体系化要求。根据我国《民法总则》24、27、28、31、32、36 条等规定，目前法律授权介入家庭关系的介入主体有两种类型，一是民政部门等行使国家权力的行政机关，二是居民委员会、村民委员会、学校、医疗机构、妇女联合会、残疾人联合会、依法设立的老年人组织等行使社会权力的社会组织；且各介入主体行使职权没有先后顺序。可见，《民法总则》坚持了介入主体的多元性。因此，作为民法典分则的婚姻家庭编也应坚持介入主体多元性，以使总则与分则相互关照，实现婚姻家庭编与《民法总则》的体系协调。由于民政部门是国家公权力机关，与本文所持社会化乃是社会权力对婚姻家庭关系介入的观点难谓符合，因而，民法典婚姻家庭编社会化的介入主体只应包括《民法总则》所确立的居民委员会、村民委员会、学校、医疗机构、妇女联合会、残疾人联合会、依法设立的老年人组织等，而不应包括民政部门。

2. 依“最密切联系原则”确定首要主导的介入主体

现有《民法总则》确立的介入主体多元且无序化履职的规定存在以下弊端：其一，不利于树立介入主体的权威，难以有效维持家庭稳定和谐，保护家庭弱者权益。多元化的主体介入机制导致每个主体都难以成为介入力量的核心，因而权威性不足，而权威性不足则会削弱介入效果，使婚姻家庭编的社会化意义大打折扣。其二，不利于介入效率的提

升，难以实现社会化的应然效果。对社会权力主体而言，介入家庭生活关系属于出力不讨好之任务，这导致其缺乏介入积极性。在多元无序的介入模式下，各个主体介入职责分工不明确，介入积极性的缺乏导致他们容易互相推诿，使社会化的制度目标难以实现。

为克服以上不足，我国民法典婚姻家庭编应依“最密切联系原则”确立首要主导的介入主体。所谓“最密切联系原则”是指将与自然人婚姻家庭生活最紧密相关的社会权力主体作为首要主导介入主体。因为，社会权力是以其“影响力”防止民事主体婚姻家庭内私人自治的滥用，与民事主体生活联系最为紧密的社会权力主体介入，能够最大限度地发挥其影响力，使民事主体自我决定符合社会化价值目标，防止其家庭领域内意思自治的滥用。

根据“最密切联系原则”，民法典婚姻家庭编应将居委会、村委会作为首要主导的介入主体。因为，“两委会”人员与其自治范围内成员是一种“近距离接触关系”，在社会与家庭生活中与各成员的联系持久广泛，符合“最密切联系原则”，较之于其他介入主体，他们不但具有信息优势，能及时介入化解家庭问题，防微杜渐；而且还有熟人优势，可以借助其脸面、人情等有利因素提高介入效果的可接受性，能够有效地息事宁人以恢复有裂痕的家庭关系。

3. 明确各个介入主体之间的关系

以介入主体多元化为基础，并以“最密切联系原则”确立“两委会”作为首要主导介入主体后，民法典婚姻家庭编还应需明确各个介入主体之间的关系。具言之：其一，明确规定各个介入主体之间不是相互排斥的关系，而是相互补充，相互协力之关系。因之，即使立法已经明确规定了“两委会”的首要主导介入地位，也无须排除其他主体的介入。其二，明确“两委会”首要介入的规则。“两委会”是介入的首要主导主体，出现法律规定的介入事由时，其应首先行使法定介入职权。当其与其他主体因由谁介入发生争议时，应首先由“两委会”介入。其三，确立介入后负责到底规则。当某一有权主体已经介入婚姻家庭关系后，其应对此次介入负责到底，除非中途退出移交给其他主体能提升介入效果，不能中途停止或退出。其四，明确介入主体之间的配合协助义务。“两委会”行使介入职权，维护家庭关系和谐稳定时，可向法律规定的其他介入主体请求帮助，其他介入主体必须予以积极配合协助，不能推诿。“两委会”以外的其他介入主体行使介入职权需要其他主体配合协助时，其他主体也应予以协力，不能推诿。

（二）主体的介入权限和效力

在明确规定介入主体后，民法典婚姻家庭编还应根据社会化的价值目标与限度，妥当规定介入主体的介入权限以及介入效力。具体而言：

1. 优良家风教育职能

在市场经济利己主义、个人主义的冲击下，以利他性为核心、以义务与责任为内容的家庭道德容易受到冲击、削弱甚至丧失。“家风好，就能家道兴盛、和顺美满；家风差，难免殃及子孙、贻害社会”。[34]因之，要抵御个人利益最大化的市场伦理对家庭利他性伦理的冲击，婚姻家庭编应明确规定包括“两委会”在内的社会权力主体拥有以帮助民事主体树立正确家庭观为目标的家风教育职能。其主要内容包括婚前教育、产前教育、育儿教育以及日常家风教育。婚前、产前教育以及育儿教育是指在婚前、产前以及育儿过程中，由“两委会”等社会权力主体对社区成员开展的以优生优育、家庭关系和谐、代际关系和睦等为内容的教育。日常教育则是指介入主体在日常工作中针对社区成员开展的优秀家风宣传、幸福家庭与家庭道德模范评选等良好家风塑造与引领活动。社会权力主体行使家风教育职能的方式为积极介入，以助力社区成员形成良好家风。但只有接受教育对象积极参与，此种介入才能获得良好效果，而为使社会化不超过必要

限度，介入主体又不能强制社区内成员参加。为此，家风教育职能的行使必须辅之以“倡导性规范”。婚姻家庭编可规定，“两委会”等介入主体可以对参加教育的家庭给予奖励等方式鼓励社区成员积极参加。

2. 家庭矛盾化解职能

家庭矛盾是指尚未上升到家事纠纷与家事事件的影响家庭成员之间情感的家庭小事。长期的、频繁的家庭矛盾最终可能会酿成家事纠纷，甚至引发家事事件，最终导致婚姻解体，代际关系恶化。“家庭矛盾的处理与解决也不能仅仅交由家庭自身来完成，……社会力量介入到家庭矛盾的解决过程中是必要的，而且社会力量的介入具有家庭自身不可比拟的优势。”[35]据此，要维持婚姻家庭关系稳定和谐，民法典婚姻家庭编应规定“两委会”等介入主体有职责与权利化解家庭矛盾，使其介入有专门的民事基本法可以倚仗，将家事纠纷、家事事件消灭在萌芽状态。介入主体化解家庭矛盾，是消极地坐等上门还是“主动出击”，值得探究。从预防家事纠纷以及家事事件发生，促进社会化价值目标实现的角度出发，法律应规定介入主体有积极化解家庭矛盾的职权。当其获知社区成员的家庭矛盾后，应积极主动寻求介入。但为防止介入超过必要限度，婚姻家庭编应规定被介入者有拒绝接受的权利。

3. 家事纠纷调处职能

“家事纠纷，是指在夫妻、亲子、其他家庭成员及近亲属之间发生的人身和财产关系的纠纷。”[36]家事纠纷的核心特征有两个：一是主体不履行义务，侵害其他家庭成员合法权益；二是可诉性，即因不履行义务而权益受损的家庭成员可以请求义务主体履行义务或承担责任。根据发生纠纷的主体及发生原因不同，家事纠纷的范围大体包括：其一，配偶之间的纠纷；其二，因父母不履行亲权所产生的纠纷；其三，因不履行或不适当履行赡养义务所引发的纠纷；其四，家庭财产继承纠纷；其五，监护人不履行或不适当履行监护职责所产生的纠纷；其六，监护权争议纠纷。

以上范围内的家事纠纷，“两委会”等社会权力主体均可以介入调处并着力化解。为调处以上家事纠纷，婚姻家庭编应规定介入者有权采取以下介入措施：一是主动干涉。对于不履行法定义务，侵害妇女、儿童以及老人等家庭弱势成员权益，尚未构成家事事件的侵权行为，法律应规定“两委会”等介入主体有权采取说服劝解、诫勉谈话、批评教育等措施督促义务主体履行义务，以救济弱势家庭成员受损的合法权益。此种侵权涉及弱势群体保护的公共利益，因而被介入者没有权利拒绝。二是被动调解。“尽管家事调解并不适用于所有的家事纠纷，但对于家事纠纷的处理和解决来说，家事调解却是一种首选的最优机制。”[37]因此，民法典婚姻家庭编应明确规定“两委会”等介入主体有调解家事纠纷的职权，并原则性规定以下内容：其一，调处家庭纠纷的首要目标为说和。即介入目的应该是说和，情理法并重，甚至“和稀泥”，帮助当事人恢复甚至深化情感，巩固关系。其二，离婚调解。在离婚家事纠纷中，“两委会”等介入体应进行离婚调解。离婚调解首先应进行说和教育，在经过说和难以奏效，主体坚持离婚的，“两委会”等介入主体应教育、游说当事人积极履行离婚后法定或约定的义务。

4. 家事事件处置职能

本文中所称之家事事件不同于家事纠纷，是指家庭暴力、虐待、遗弃以及其他严重损害家庭成员权益的违法行为。我国现行《民法总则》《婚姻法》《妇女权益保障法》《反家庭暴力法》赋予“两委会”处置家事事件时拥有监护撤销申请权、预防权、劝阻权、调解权、帮助权、制止权以及处理权等。民法典婚姻家庭编应对以上规定予以整合并进行体系化概括规定：在诸如家庭暴力、虐待、遗弃以及其他严重损害家庭成员权益的家事事件发生时，

“两委会”等介入主体有监护撤销申请权、劝阻权、帮助权、制止权、报告权等处理权限，以救济受害人。但因家事事件不同于家事纠纷，调解权并无必要，民法典婚姻家庭编不应继续规定介入主体处理家事事件的调解权。为确保社会化的合理限度，立法应规定，对于家庭暴力、虐待、遗弃以及其他严重侵害家庭成员权益的违法行为，“两委会”等介入主体应积极主动介入，以保护受侵害主体的合法权益。对于此等介入，被介入者不仅没有拒绝的权利，而且必须服从介入者的要求。

5. 义务履行支持职能

赡养、抚养、扶养以及监护等义务的履行，均以主体有能力履行义务为条件。当家庭生活关系中的义务主体没有能力履行上述义务时，“两委会”等社会权力主体有对其提供物质帮助、精神扶助等义务。为此，民法典婚姻家庭编应明确规定，家庭生活中的义务主体丧失履行义务的能力时，有财力的“两委会”以及其他社会主体应积极采取措施筹资，对其给予物质帮助，以支持其履行上述诸种义务。此种介入应为积极主动之介入，被介入者无特别理由不得随意拒绝帮助。理由在于：一是此种介入会给被介入者带来利益，一般不会违背当事人的意志；二是履行抚养、赡养、扶养以及监护等义务，事关维护家庭和谐的公共利益，因而也不允许当事人以意思自治为由随意拒绝。

（三）婚姻家庭编应通过转介条款明确履职保障机制

为确保“两委会”等介入主体上述权限得以行使、履行，并发挥应有功效，立法还应规定相应的履职保障机制，其主要内容包括人员保障、物质保障以及奖惩措施等。但问题在于，以上履职保障的规范应规定在何处。婚姻家庭编社会化不能改变其私法的本质属性，而以上履职保障的规范属性似乎完全超出了私法范畴，将其规定在婚姻家庭编中难谓妥适。因此，社会化的婚姻家庭编作为一般法，应通过转介条款转引适用《未成年人保护法》《妇女权益保障法》《老年人权益保障法》以及《反家庭暴力法》等特别法对以上履职保障机制的相关明确规定。

（四）民法典对婚姻家庭编社会化制度内容的增补

如上所述，“各分编草案”的婚姻家庭编取消了现行《婚姻法》关于社会权力介入的相关规定，强化了该编的私法属性，但这不符合婚姻家庭编社会化的要求。因之，民法典婚姻家庭编应增补社会化的具体规定。就此，应解决两个问题：一是应规定于何处；二是应规定哪些具体内容。“各分编草案”的婚姻家庭编按照“总—分”的体系化模式分为五章，其中第一章“一般规定”是总则，其他四章是分则。因总则的规定可以适用于分则，民法典婚姻家庭编社会化的制度内容在总则中予以统率性规定即可。

婚姻家庭编草案总则“一般规定”从第 818 条到第 822 条，共计 5 条。[38]总则中的“社会化规范”应放在其中何处位置才合乎体系化要求，殊值考虑。根据社会化的意义与价值目标，可以将其增补在第 819 条或第 821 条之中。第 819 条第 2 款明确规定婚姻家庭编应保护妇女、儿童和老人的合法权益。社会化作为实现该目的之手段，放在其后符合“目标—手段”的逻辑关系。第 821 条明确规定理想的婚姻家庭关系应是平等、和睦、文明的。社会化也是实现该理想型关系的手段，根据“目标—手段”的逻辑关系，其内容也可以规定在第 821 条中。就第 819 条与第 821 条的关系而言，后者包容性广，因为只有家庭关系平等、和睦与文明，弱者权益才自有保障。因此，社会化规范应规定在总则第 821 条中为宜。另外，婚姻家庭编第 820 条以一般规定的方式，对以下严重侵害家庭成员的行为予以禁止：干涉婚姻自由的包办、买卖婚姻等行为；违反忠实义务与同居义务的重婚及有配偶与他人同居的行为；严重侵害家庭成员权益的家暴、虐待

与遗弃行为。其所列家事事件，也是社会权力介入的重要缘由。在本条后，也应增加与其相对应的社会权力介入规定，以救济因该等行为而权益遭受侵害的家庭成员。

结合上文关于体系位置确定的论述，建议我国民法典婚姻家庭编总则的第一章“一般规定”应增补以下内容：

第一，在第 821 条增加三款，规定介入的社会权力主体、介入职权和方式，以及介入的保障措施。

（1）新增一款作为第 821 条的第 2 款，确定介入的社会权力主体：为维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系，村民委员会、居民委员会、妇女联合会、当事人所在单位以及其他社会组织等可以依法介入婚姻家庭关系。

（2）新增一款作为第 821 条的第 3 款，确定主体的介入职权：为实现本条第 1 款规定的目标，本条第 2 款规定的主体应当开展优良家风培育活动，化解家庭矛盾、调处家事纠纷、处置家事事件，并为无力履行家庭义务的主体提供必要支持。为实现上列职责，第 2 款规定的主体有权采取说服、疏导、鼓励、奖励、批评教育、劝诫、劝阻、调解、化解、制止、专业指导、监督、督促、物质帮助、精神扶持等手段。

（3）新增一款作为第 821 条的第 4 款，原则性确定社会权力主体介入的保障措施：村民委员会、居民委员会、妇女联合会、当事人所在单位以及其他社会组织行使介入职责时的人员保障、物质保障、奖惩措施等，参照适用未成年人保护法、妇女权益保障法、老年人权益保障法、反家庭暴力法等法律的有关规定。

第二，在第 820 条增加一款，作为该条的第 4 款，专门对社会权力介入该条所列禁止的行为予以规定：家庭成员有前三款所规定行为的，村民委员会、居民委员会、妇女联合会、当事人所在单位以及其他社会组织应当对行为人予以批评教育、劝诫、劝阻或制止，必要时可报告公安机关或其他有权机关处置。

结语

因民法与婚姻家庭法在价值立场上有所差异，婚姻家庭法“入典”需要平衡调适形式平等与实质平等、非伦理性与伦理性、意思自治与意思管制之关系。要妥适平衡以上三对价值立场之关系，婚姻家庭编可采取公法化与社会化两种路径。然而，公法化存在管制过度、难以适应家庭生活关系重亲情伦理之“非合理性”之要求、无法保障具有道德属性之身份义务顺利履行等弊端。因之，要平衡以上三对价值立场，婚姻家庭编社会化是较佳选择。

为实现维持家庭关系稳定和谐的价值目标，在保证妥当限度的前提下，婚姻家庭编社会化的主要制度内容包括：规定多元化的介入主体，以“最密切联系原则”确立“两委会”的首要主导介入主体地位，合理确定各介入主体之间的关系；赋予“两委会”等介入主体优良家风培育、家庭矛盾化解、家事纠纷调处、家事事件处置以及义务履行支持等职权。民法典婚姻家庭编应在总则中统率性增补相关的规定以体系化规范社会权力介入婚姻家庭关系的行为。在家庭保护领域，社会化的婚姻家庭编与妇女、未成年人、老年人等权益保障法以及反家庭暴力法等构成一般法与特别法。如何具体处理其间的规范关系、消除规范重复、冲突，以实现它们之间的真正体系化，尚有待于进一步深入探究。这既是本文未竟之任务，也是继续研究的新目标。

【作者简介】

肖新喜，西北政法大学民商法学院副教授，法学博士。

【注释】

[1]苏永钦：《走入新世纪的私法自治》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 86 页。

[2]参见《民法典各分编(草案)》，载东方法眼网 http://www.dffyw.com/fazhixinwen/lifa/201809/44729.html，最后访问时间：2019 年 4 月 28 日。

[3]蒋月：《20 世纪婚姻家庭法：从传统到现代化》，中国社会科学出版社 2015 年版，第 132 页。

[4]李石山、彭欢燕：《法哲学视野中的民法现代化理论模式》，载《现代法学》2004 年第 2 期。

[5]曹贤信：《亲属法在民法典定位中的价值取向难题之破解与对策》，载《华中科技大学学报》(社会科学版)2014 年第 4 期。

[6]郭道晖：《社会权力：法治新模式与新动力》，载《学习与探索》2009 年第 5 期。

[7]马忆南：《婚姻家庭法领域的个人自由与国家干预》，载《文化纵横》2011 年第 1 期。

[8]马亿南：《婚姻家庭法的弱者保护功能》，载《法商研究》1999 年第 4 期。

[9]参见前引[2]，《民法典各分编(草案)》第 856、862、863、866、868 条。

[10]巫昌祯、李忠芳：《民法典婚姻家庭编通则一章的具体设计》，载《中华女子学院学报》2002 年第 4 期。

[11]薛军：《人的保护：中国民法典编撰的价值基础》，载《中国社会科学》2006 年第 4 期。

[12]参见李洪祥：《亲属法规则财产法化趋向论》，载《求是学刊》2016 年第 4 期。这是指财产法规则无限度适用于民事身份关系。具体表现有两个：社会表现即市场伦理对婚姻家庭伦理的冲击；法律表现即亲属法规则财产法化趋向。

[13]强世功：《司法能动下的中国家庭——从最高法院关于〈婚姻法〉的司法解释谈起》，载《文化纵横》2011 年第 1 期。

[14]婚姻家庭法规定的义务必须合于家庭伦理道德。其所规定的诸多义务，先是道德义务，后为法律所肯认。我国婚姻家庭法是社会主义社会中亲属伦理道德的必然要求。详细论述可参见：史尚宽：《亲属法论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 5 页；杨大文主编：《婚姻家庭法》(第 6 版)，中国人民大学出版社 2015 年版，第 42 页；余延满：《亲属法原论》，法律出版社 2007 年版，第 3 页。

[15]易军：《私人自治与私法品性》，载《法学研究》2012 年第 3 期。

[16]其鲜活例证是，目前不少地方的村委会利用新乡贤调解员调处包括家庭纠纷在内的各种民事纠纷，成效显著。这是社会权力主体化解家庭纠纷的典型中国经验。参见周雨：《各种家庭矛盾、邻里纠纷到了他那里，往往几句话就能化解——吕大爷为什么这么“牛”》，载光明网 http://difang.gmw.cn/cq/2018-05/03/content_28600881.htm，最后访问时间：2019 年 3 月 5 日。

[17]王轶：《民法价值判断问题的实体性论证规则——以中国民法学的学术实践为背景》，载《中国社会科学》2004 年第 6 期。

[18]前引[14]，史尚宽书，第 5 页。

[19]张作华：《认真对待民法中的身份——我国身份法研究之反思》，载《法律科学》2012 年第 4 期。

[20]巫若枝：《三十年来中国婚姻法“回归民法”的反思——兼论保持与发展婚姻法独立部门法传统》，载《法制与社会发展》2009 年第 4 期。

[21]易军：《法律行为制度的伦理基础》，载《中国社会科学》2004 年第 6 期。

[22]夏吟兰：《对离婚率上升的社会成本分析》，载《甘肃社会科学》2008 年第 1 期。

[23]夏吟兰：《论婚姻家庭法在民法典体系中的相对独立性》，载《法学论坛》2014 年第 4 期。

[24]前引[5]，曹贤信文。

[25]雷春红：《我国夫妻财产制立法的价值取向与独立法律制度的构建》，载《北方法学》2016 年第 1 期。

[26]谢怀木式：《外国民商法精要》，法律出版社 2002 年版，第 17-18 页。需说明的是，谢老所提的“社会化”与本文所论及的“社会化”并非同一概念。本文此处引用谢老的“社会化”，是为了表明私法自治需要限制。但如上文所述，国家既可以借助公权力限制，也可以借助社会权力限制。谢老的

社会化思想并未界分其与公法化的关系。因而，本文所提“社会化”可以视为实现谢老所提“社会化”的措施。笔者采用“社会化”表述之初衷在于：尝试以社会权力介入作为私法社会化的核心与本质，以国家权力干预作为私法公法化的核心与本质，进而探索区分私法社会化与私法公法化的合理路径及其各自对私法的制度构建价值。

[27]赵红梅：《私法社会化的反思与批判——社会法学的视角》，载《中国法学》2008 年第 6 期。

[28]前引[27]，赵红梅文。

[29]参见前引[23]，夏吟兰文。

[30]前引[27]，赵红梅文。

[31]郑晓剑：《比例原则在民法上的适用及展开》，载《中国法学》2016 年第 2 期。

[32]陆益龙：《纠纷解决的法社会学研究：问题及范式》，载《湖南社会科学》2009 年第 1 期。

[33]前引[32]，陆益龙文。

[34]《习近平：在会见第一届全国文明家庭代表时的讲话》，载新华网 http://www.xinhuanet.com//politics/2016-12/15/c_1120127183.htm，最后访问时间：2019 年 5 月 6 日。

[35]张红阳、孙伟红：《现代社会治理视角下的家庭矛盾治理——兼论家庭矛盾的原因与动力》，载《石河子大学学报》(哲学社会科学版)2015 年第 4 期。

[36]巫若枝：《30 年来我国家事纠纷解决机制的变迁及其启示——基于广东省某县与福建省厦门市五显镇实践的分析》，载《法商研究》2010 年第 2 期。

[37]汪拥政、吴志刚：《构建家事纠纷调解制度的法理分析》，载《齐鲁学刊》2008 年第 5 期。

[38]参见前引[2]，《民法典各分编(草案)》。

父母离婚后对子女的监护问题探究——以民法典婚姻家庭编具体制度构建为目标

2020-02-28 法学在线　夏江皓

http://article.chinalawinfo.com/ArticleFullText.aspx?ArticleId=111796&listType=1

【法宝引证码】CLI.A.0111796

【学科类别】婚姻、家庭法

【出处】《北京社会科学》2019 年第 8 期

【写作时间】2019 年

【中文摘要】我国现行法律规范对父母离婚后对子女监护问题的规定较为简陋和含混，特别是缺乏对离婚后父母双方，尤其是未与子女共同生活的一方如何行使权利、履行义务的规定，我国民法典的编纂是修正和完善相关规范的良好契机。各国对父母离婚后对子女的监护模式主要有三种立法例，我国应当选择对子女的共同监护模式，同时“设置出口，出口审查”。民法典应当明确规定父母离婚后对子女共同监护的具体内容，特别是未与子女共同生活一方的权利义务，除支付抚养费、探望子女外，还应当包括对子女基本事项的知情权以及同与子女共同生活方协商决定涉及子女的重大事务。

【中文关键字】民法典；离婚；子女监护；共同生活

【全文】

一、问题的提出

我国《婚姻法》第 36 条第 2 款规定：离婚后，父母对于子女仍有抚养和教育的权利和义务，一方面我国立法确认了父母和子女的关系不因父母离婚而消除。即使父母离婚，双方仍共同监护子女，对子女负有抚养、教育、保护的权利和义务。另一

方面离婚后父母各自生活的事实必然会使共同监护的形式发生变化。对于离婚的父母双方，特别是未与子女共同生活的一方如何行使权利、履行义务，现行《婚姻法》除了第 37、38 条列举了支付抚养费和对子女的探望以外其他均未规定。由此导致的问题是：未与子女共同生活的父母一方除了给付抚养费和探望子女外，对子女成长发展的其他事项基本无法参与。一方面子女无法得到来自父母双方的照顾和关爱，不利于子女的健康成长；另一方面也剥夺了父母一方的合法权利，容易引发父母之间的矛盾和纠纷，加剧婚姻关系破裂给子女带来的伤害。

二、现行法律规范的流弊与不足：以父母离婚后对未成年子女姓名的变更为例

以父母离婚后对未成年子女姓名的变更为例，此类案件通常的情况是：父母离婚后，与子女共同生活的父母一方将子女姓名进行了变更，另一方不同意而引发纠纷。《婚姻法》第 22 条规定：子女可以随父姓，可以随母姓，但对上述纠纷如何解决没有具体规定。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 19 条规定：父母不得因子女变更姓氏而拒付子女抚育费。父或母一方擅自将子女姓氏改为继母或继父姓氏而引起纠纷的，应责令恢复原姓氏，该规定只限于将子女姓氏改为继母或继父姓氏，对于将子女姓氏改为与其共同生活的父或母一方姓氏是否允许并未提及，也无法通过扩张或类推解释得出结论。司法实践中各地法院对此问题的态度也大相径庭。

三、父母离婚后对子女监护模式的立法例：民法典选择共同监护的合理性和必要性

世界各国对父母离婚后对子女采取何种监护模式的规定主要有三种立法例：单独监护、共同监护、协商监护。本文支持共同监护模式，主要原因如下：首先，父母离婚后对子女共同监护符合儿童最佳利益原则；其次，父母离婚后对子女共同监护符合我国的传统文化；然后，父母离婚后对子女共同监护得到了我国现行立法的认可；再者，从实证考察的视角父母双方通过协商确定对子女监护方式的案例较少；最后，一般情况下父母离婚后对子女共同监护具有合理性，但并不代表共同监护是绝对的，法律需要为共同监护设置例外条款。

四、父母离婚后对子女监护的具体权利义务：比较法经验的镜鉴

子女与父或母一方长期共同居住是父母离婚后的通常选择，即德国法上的定居模式，美国法上的法律上的共同监护和英国法上一般情况下的居住令。总结德国法和英美法的经验，法律一般明确列举了未与子女共同生活父母一方行使共同监护权利义务的具体方式如下：第一，同与子女共同生活的父母一方共同决定涉及子女重大利益的事项。如果双方就特定事项不能达成一致，英国法的处理方式是法院有权就特定事项作出裁决；德国法则规定法院能够裁决将此种决定权授予父或母一方。第二，询问并知悉子女的基本情况，另一方有义务进行相应告知与答复；第三，与子女进行正常交往，择期探望子女；第四，定期或一次性支付子女的抚养费等。

另一种情况下，如果父母离婚后能够保持较为亲密的合作关系，且双方具有轮流与子女居住的意愿和条件，可以允许子女与父母双方轮流居住，即德国法上的交换模式，美国法上的人身上的共同监护和英国法上的共同居住令。在子女与父母双方轮流居住形态下：第一，与子女居住的父母一方负责居住期间对子女的日常照顾与教育，并就有关子女的日常事务作出决定，但涉及子女重大利益的事项仍应当由父母双方共同决定；第二，双方均有权询问并知悉另一方与子女居住期间子女的基本生活情况；第三，在子女与一方共同居住期间，另一方视具体情况仍有探望子女的权利；第四，父母双方可以在与子女共同居住期间各自承担相应的抚养费，抚养费的承担由双方协商确定。

五、合理规范的建构：我国共同监护下离婚父母对子女的具体权利义务

第一，在民法典婚姻家庭编中明确规定儿童最佳利益原则。将儿童最佳利益原则在民法典婚姻家庭编通则或一般规定部分进行明确规定，进而发挥其统领与指导作用，在处理父母离婚后对子女的监护问题时，法院和父母双方都应当以子女的最佳利益作为最重要的考量因素。

第二，民法典婚姻家庭编应当选择父母离婚后对子女共同监护的模式，明确规定父母离婚后对子女仍然共同抚养、教育和保护。同时立法应当为父母的共同监护设置出口，如果特殊情况下共同监护不利于子女的最佳利益，例如父母双方冲突激烈，无法互相配合进行共同监护；父母一方对子女有家庭暴力、虐待、强奸等违法犯罪行为；父母一方因严重残疾等客观情况无法履行监护义务等，法院应当允许取消父母双方对子女的共同监护。

第三，民法典婚姻家庭编应当明确规定父母离婚后对子女共同监护的具体内容，特别是未与子女共同居住一方的权利义务。首先，父母离婚后应当确定子女与何方共同居住。一般情况下子女与父或母一方共同居住，但基于子女最佳利益的考虑，如果父母双方具有轮流与子女居住的主观意愿和客观条件，应当考虑子女同父母双方轮流居住的可能性。其次，未与子女共同居住的父母一方有探望子女的权利，同时应当对子女负担相应的抚养费。再者，法律应当规定父母双方都有对子女基本情况的知情权，父母一方有权要求另一方告知其子女的基本情况，但如果告知将有违子女最佳利益的除外。最后，法律明确规定在处理涉及子女的重大事务时，例如子女姓名的变更、教育规划、重大医疗决定等时，需要父母双方协商一致作出决定；如果双方不能达成一致意见，法院可以根据父母一方的申请将决定权赋予合适的一方。在处理子女的日常生活事务时，由与子女共同居住、生活的一方作出决定即可。在紧急情况下，父母任何一方有权实施对子女最佳利益有必要的一切行为。

【作者简介】

夏江皓，单位为北京大学法学院。

罗清丨中国《反家庭暴力法》诞生中的三重叙事

2020-03-03 法制与社会发展

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

作者：罗清，浙江农林大学文法学院讲师。

来源：《法制与社会发展》2020 年第 1 期。由于篇幅所限，刊物在此推送未加注释版本，请广大读者前往本刊物网站下载全文阅读。（责任编辑：侯学宾 孙冲）

摘 要：

1995 年召开的第四次世界妇女大会将反家庭暴力话语带到了中国，这次大会开启了中国反家庭暴力立法的历史进程。基于多方面原因，反家庭暴力话语进入中国后形成了三种不同的立法叙事。民间组织的立法叙事强调家庭暴力的社会性别根源和反家庭暴力的国家责任。妇联的立法叙事强调对受暴妇女权益的保护和对家庭稳定的维护。国家的立法叙事强调反家庭暴力对社会和谐稳定的重要意义。不同立法叙事之间的互动，充分体现在三类主体的立法过程和立法文本当中。然而，这三种叙事并非泾渭分明、一成不变，它们相互交叠绾合，在不同场合分别或同时出现，并最终演变为一个“复合性”的话语结构。这种“复合性”的话语结

构有利于决策者维持社会转型时期的相对稳定，有利于社会不同群体之间实现思想的交流与融合。

关键词：反家庭暴力立法；民间组织；妇联；国家；三重叙事

在 1990 年之前的中国，“家庭暴力”并不是一个社会常用的专门术语，它只是对家庭内部带有暴力倾向事件的表达方式之一。“家庭暴力”和其它家庭成员间一般性的矛盾均被笼统地称为“家庭纠纷”。中国的法律中也没有“家庭暴力”这个概念，只有对家庭成员间虐待、遗弃、侮辱、伤害、杀害等行为的规定。对当时的许多知识分子而言，家庭暴力是存在于不发达国家和欧美资本主义发达国家的家庭毒瘤，而绝大多数中国妇女已经过上了美满幸福的家庭生活。正因为如此，当 1991 年家庭暴力首次作为一个问题被提出时，并没有引起中国主流社会的关注。

自从 1995 年第四次世界妇女大会（以下简称“北京世妇会”）在北京召开之后，“家庭暴力”一词就像一颗被西风吹来的种子，在中国大地上生根发芽。经过 20 多年的生长，它已深入到中国民众语言的肌理间，改变了人们的认知。也是从这次会议之后，中国开始了从地方到国家的反家庭暴力立法运动，家庭暴力从一个社会问题，逐渐被建构为一个政策和法律问题。

反家庭暴力立法在中国的实现过程，实际上展现了改革开放以来中国社会不同层次主体在立法价值选择上的差异、较量与取舍。民间倡导者、妇女联合会和国家有关机构共同或分别参与了反家庭暴力立法的发起、推动、起草、审议和决策工作。笔者通过对三类主体的立法过程以及对它们所制定的法律文本进行比较发现，尽管这三类主体都主张消除家庭暴力，但基于不同的立法价值，它们的立法目的略有不同。因此，中国的反家庭暴力立法呈现出三种叙事框架，这三种叙事框架既相互矛盾，又相互绾合，逐渐汇聚成一个关于反家庭暴力的“复合性”话语结构。而三类立法主体会根据时机和目的之不同，在相互竞争的话语之间进行调整选择，以应对中国社会转型时期不同场景下的具体挑战。

一、反家庭暴力立法的民间组织叙事

1995 年，在北京世妇会上，家庭暴力作为重点议题，受到了与会者的热烈关注和讨论。北京世妇会制定并通过了《北京宣言》和《北京行动纲领》。《北京行动纲领》将私生活领域的家庭暴力纳入到基于性别的暴力当中，并第一次非常明确地将家庭暴力定性为侵犯人权的行为，呼吁各国政府积极履行制止家庭暴力的国际责任。北京世妇会中出现的社会性别概念，揭示了家庭暴力存在及难以被消除的根本原因，即不平等的社会性别权力关系。同时，北京世妇会也指出了推进性别平等是消除家庭暴力的价值依据和努力方向。

北京世妇会的讨论极大地冲击了与会中国女性的心灵和头脑，它对中国女性的“震惊程度不亚于一场地震”。而大会中反复被提及和讨论的家庭暴力问题，也引起了一些参会者的注意。会议结束后，在北京，一些参会的知识分子聚集到一起，成立了中国第一家专门从事妇女法律援助、进行反家暴研究与倡导的公益性机构——北京大学法学院妇女法律研究与服务中心，该中心逐渐孕育出成立一个推动反家暴立法的组织的想法。2000 年 6 月，在中国社会科学院法学研究所陈明侠研究员等人的推动下，一个名为《反对针对妇女的家庭暴力对策研究与干预》的课题项目开始运行。该课题运行三年后，课题组正式被扩展为中国法学会反对家庭暴力网络（以下简称“反家暴网络”），反家暴网络成为了一个有全国影响力的公益机构。这个机构整整运行了十年，最终成为中国反家庭暴力非政府组织的民间代表。在这十年当中，反家暴网络最重要的成就，是它坚持不懈地倡导并推动地方与国家反家庭暴力专门法律的出台。反家暴网络分别于 2003 年和 2009 年两次向全国两会提交了制定《家

庭暴力防治法》的议案和提案。下面，笔者通过对 2009 年反家暴网络提交的《家庭暴力防治法（建议稿）》的三个方面进行分析，来探讨民间组织的反家庭暴力立法叙事的特点。

（一）立法目的

立法目的是任何一部法律开篇即明确的内容，通常体现在法律的第一条之中。2009 年《家庭暴力防治法（建议稿）》的第一条规定，防治家庭暴力的目的是“保护受害人的合法权益，建设和维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系，促进社会和谐稳定”。这一规定表明了该法预防和制止家庭暴力的多重目的以及多重目的之间的逻辑关系。

预防和制止家庭暴力显然是立法的首要目的，这一目的的实现主要通过对所有受害人合法权利进行充分保障和维护。立法机关曾经对于是否需要通过设立一部专门的法律来应对家庭暴力问题存在疑虑。立法机关认为，中国已经在《婚姻法》《妇女权益保障法》《未成年人保护法》等法律中明确禁止家庭暴力，全国多个省、市、自治区也出台了相应的地方性法规，中国不需要一部专门的反家庭暴力法，受害人的权益已经得到了有效的保障。

然而，《家庭暴力防治法（建议稿）》的起草专家们认为，尽管《婚姻法》等法律已经对家庭暴力问题作出了规定，但是，这种分散且不系统的立法模式，实际上是将家庭暴力视为一个孤立的社会问题，而且，这种立法模式并没有试图解决这一问题产生背后的社会原因。同时，用调整婚姻家庭关系的法律来解决家庭暴力其实与将家庭暴力简单地视为家庭纠纷的做法如出一辙。专家们意识到，防治家庭暴力仅仅依靠一部属于民法范畴的家庭法是远远不够的，但反家庭暴力法也不是民法、刑法等多部法律的大杂糅。防治家庭暴力需要的是一部综合性的社会法，是公法而不是私法。它不应该像《婚姻法》一样一般地保护家庭成员的合法权益，而应该真正体现出保护受害人的公正立场。反家庭暴力立法应当从家庭暴力的性质、证据难以收集的程度、形式和后果的多重性、缺乏救助性等特殊性出发，对受害人的权益给予倾斜性保护和保障。当然，促进家庭关系以及社会的安定与和谐发展也是非常重要的，它们与保护受害人权益有着内在的辩证逻辑关系，缺一不可。立法应当坚持“受害人本位原则”，而不是“家庭本位原则”。因此，2009 年《家庭暴力防治法（建议稿）》在立法目的中强调“保护受害人的合法权益”，并且始终将这一目的放置在“建设和维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系”和“促进社会和谐稳定”之前，以明确反家庭暴力立法的初衷。

不过，以上这四个目的仍然不是反家暴网络推动的反家庭暴力立法所要达成的最终目的。自北京世妇会召开以来，反家暴网络的专家成员们从社会性别的视角来审视家庭暴力，发现家庭暴力之所以发生并难以被制止，其根本原因在于全社会对家庭暴力产生根源的忽视，即对不平等的社会性别权力结构的忽视。因此，反家庭暴力立法除了实现消除家庭暴力，保护受害人的权益，维护家庭关系以及促进社会和谐稳定等目的外，还必须实现消除性别歧视，推动两性实质平等的目的。这一根本目的虽然没有直接被体现在关于立法目的的条文之中，但是，从立法条款设计和专家对建议稿的说明中，可见一斑。

（二）性别倾向

2009 年的《家庭暴力防治法（建议稿）》是具有社会性别视角的立法。这种社会性别视角一方面体现在其对男权社会中相对弱势的女性的特别关注上，另一方面体现在其对两性关系的平等互动和社会两性平等氛围营造的特别关注上。

首先，家庭暴力防治法的立法过程遇到的关键问题就是如何界定“家庭暴力”。这需要解决两个问题，一是“家庭”的含义和范围，二是“暴力”的含义和范围。2001 年《婚姻法》明确禁止家庭暴力，这是国家第一次在立法中对家庭暴力问题作出明确规定。但是，由于人们对“家庭暴力”的定

义范围、具体认定问题有很大争论，因此，该法对何谓家庭暴力未作规定。而同年出台的《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）》将家庭暴力界定为发生在家庭成员之间的，引起一定伤害后果的暴力行为，但对于家庭成员的范围、构成，并未作出进一步的明确，对家庭暴力行为的表现形式也规定甚窄。2009 年《家庭暴力防治法（建议稿）》将未婚同居者、恋爱者或曾有配偶关系者纳入法律保护范围，并且比照国际条约，明确将身体暴力、性暴力、精神暴力、经济损害等各种形式的暴力行为都涵盖在内。如此广义定义“家庭暴力”，是为了保护遭受各种形式的暴力的女性。这种定义既符合多元化家庭形式发展的现实，又符合对“家庭暴力”的本质是性别权力与控制的认识。

尽管 2009 年《家庭暴力防治法（建议稿）》将关注视角更多地投向受家暴的女性，但这并不意味着反家庭暴力就只是女人的问题。起草者认为，反家庭暴力要解决的是两性平等问题。因此，反家庭暴力既不是妇女的独角戏，也并非女性与男性的战争，在某种意义上，施暴人也是暴力文化的受害者。坚决制止暴力行为，使施暴人受到应有的惩罚是完全正确的，但在对施暴人课以法律责任的同时，还须进行必要的教育，依法进行行为矫治、心理治疗，使更多的施暴人认识到家庭暴力的危害性。反家庭暴力最核心的思想是建立平等的新型家庭关系和社会性别关系。因此，2009 年《家庭暴力防治法（建议稿）》强调，“对家庭暴力的施暴人给予教育、矫治和制裁”，并专门规定了关于对施暴者进行强制矫治的条文，这些条文对强制矫治的实施主体、场所、期限、费用予以说明。

更为重要的是，基于社会性别理念，2009 年《家庭暴力防治法（建议稿）》试图把立法侧重点放在对家庭暴力的预防上，把法律制裁置于预防战略之中，力求改变以往重法律制裁轻社会预防的被动做法。早期干预和预防为主的原则要求国家不仅要通过宣传和倡导来营造对家庭暴力采取“零容忍”态度的良好社会氛围，同时还要求国家采取综合措施改变传统文化和社会性别刻板印象，推动两性关系平等的自觉意识，从根本上实现立法的目的。因此，《家庭暴力防治法（建议稿）》对国家机关、社会团体、企业事业单位和其它社会组织的预防和干预责任作出了明确规定，尤其强调在全社会开展以性别平等为主要内容的教育宣传活动，以期改变性别不平等的公共意识和公共话语。

（三）框架结构

《家庭暴力防治法（建议稿）》总共包含 112 条条文，其立法框架结构借鉴了 1996 年联合国人权委员会颁布的《家庭暴力示范立法框架》，主要着眼于国家反家庭暴力责任的分配和落实。

依据国际人权理念，家庭暴力不是私事，而是侵犯人权的社会公害。因此，保障公民不受家庭暴力的侵害是国家必须承担的责任，尤其需要通过立法来强调国家在防治家庭暴力工作中承担的首要责任和发挥的主导作用。《家庭暴力防治法（建议稿）》总共分为八个部分，分别从行政、社会、民事、刑事等方面规定了从国家到社会不同主体对家庭暴力的干预职责，尤其将行政干预责任放在了首位，还规定公安机关、检察机关、审判机关和司法行政机关实行首问负责制。更重要的是，为了使国家责任得到真正落实，在两版建议稿中，反家暴网络根据国际通行的做法，规定在县级以上政府设立反家庭暴力委员会，规定了反家庭暴力委员会的八项职责。同时，在法律责任这一章，《家庭暴力防治法（建议稿）》用了三条条款来明确公职人员因不履行法定职责而将承担的行政责任。

当然，仅仅依靠政府来干预家庭暴力显然是不够的。防治家暴需要通过借鉴国外通行的家庭暴力干预模式和工作机制。起草专家建议，家庭暴力的防治模式必须采取由政府主导的多机构协同合作模式。家庭暴力是一个复杂的社会现象，对家庭暴力的干预是一个系统工程，这需要众多机构和组织针对家庭暴力的复杂性，在各自的权限范围内予以

干预。政府主导下的多机构合作既能保证各机构反家庭暴力的职责履行到位，又能给予家庭暴力受害者有效而全面的社会救助，必然是反家庭暴力的优选机制。因此，2009 年《家庭暴力防治法（建议稿）》设立了干预主体广泛多元、职能相互衔接配套的干预机制，并且明确了各机构的职责范围，以及相关机构和人员的违法后果。

另外，基于反家庭暴力法的社会法性质，反家暴网络的立法专家力求起草一部内容全面、体例完善的建议稿，集实体法、程序法、民事法、行政法与刑事法于一体。同时，立法专家将一些在国内尚存争议，被认为相对理想化的内容也放进了建议稿中，以增强法律的前瞻性。

综上所述，反家庭暴力的民间组织立法是以实现社会性别平等为目的，以履行国家责任为手段的立法。起草者要求通过立法将家庭暴力与针对妇女的暴力以及更广泛的性别不平等联系起来，建构以消除性别歧视为最终目的的理想立法框架。同时，为了实现这一目的，起草者要求国家必须积极履行国家责任，以营造对家庭暴力“零容忍”和性别平等的社会氛围，消除家庭暴力。

二、反家庭暴力立法的妇联叙事

在北京世妇会上，中华全国妇女联合会（以下简称“全国妇联”）以非政府组织(NGO)名义组织并参加了非政府组织论坛。国内外一直对妇联是否属于非政府组织存在争议。不可否认，基于中国历史条件与革命活动的特点，妇联从产生之日起就与中国共产党和政府有密切的关联。改革开放前，妇联组织的定位主要体现为发动妇女围绕党的中心任务开展工作，组织妇女投身政治运动和经济建设。但自上世纪 80 年代后，妇联的性质和角色发生了转型，其开始逐步淡化行政性功能，将主要目标定位于维护妇女权益和促进妇女发展。1988 年后，各级妇联纷纷成立权益部，开始将工作重点向积极参与法律法规制定和政策制定转移，力图从法律、法规和政策上保障男女平等和妇女权益。从这时起，妇联开始将自己比作广大妇女群众的“娘家”，成为中国妇女权益保护者的象征。正因如此，我们可以说，妇联同时具有政治性、行政性和社会组织性，其属性不能一言以蔽之。

妇联的多重属性使其在中国反家庭暴力运动的浪潮中扮演了一个举足轻重的角色。1995 年，北京世妇会对家庭暴力的讨论掀起了全国对这一话题的热议，也促使一些地方妇联开始思索反家庭暴力的法律建构。妇联虽然没有立法权力，但是拥有与人大等立法部门相对接近的优势，可以利用体制内的关系推动其它部门采取行动。例如，在湖南省妇联的推动下，湖南省分别于 1996 年和 2000 年出台了全国第一个反家庭暴力的地方性行政文件和全国第一个反家庭暴力的地方性法规。随后，全国 22 个省、自治区、直辖市相继出台了预防和制止家庭暴力的地方性法规。这些反家庭暴力法律文件的出台都离不开当地妇联的努力。

在 2008 年之前，尽管全国妇联对地方妇联的反家庭暴力工作持支持态度，但是，由于国家相关立法机构对此有不同声音，所以全国妇联一直在等待正式出面主持反家庭暴力立法的时机。反家庭暴力地方性法规的广泛出台，一定程度上坚定了全国妇联制定全国性反家庭暴力专门法律的信心。于是从 2008 年起，全国妇联连续 6 年向全国人大和全国政协提出制定专门的反家庭暴力法的建议，同时也主动承担起起草《反家庭暴力法（建议稿）》的任务，并不断针对立法重点难点问题提交论证报告。2013 年 12 月，全国妇联向国务院法制办提交了《反家庭暴力法》的建议稿。下面，笔者还是从三个方面，对这份建议稿的叙事特点进行分析。

（一）立法目的

全国妇联的建议稿也在第一条中阐明了立法目的，即“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、文明的婚姻家庭关系，促进社会和谐稳定”。该条中的四个立法目的，只有第二个与民间组织版本的立法目的有所不同。全

国妇联将“保护受害人的合法权益”改成了“保护家庭成员的合法权益”。笔者认为，这与妇联的组织属性和角色定位有莫大的关系。

妇联长期以来被视为“党和政府联系妇女群众的桥梁和纽带”，被赋予了修复社会关系、维护社会稳定、保持社会秩序的职能。而妇联这一职能的实现，主要体现在对家庭稳定的维护上。

妇联与家庭被视为具有天然的联结。按照传统的社会性别观点，妇女对于维持一个家庭的发展和稳定具有不可替代的作用。而妇联是做妇女工作的，因此，家庭工作一直被认为是妇联的传统工作和优势领域。由妇联来出面协调解决发生在家庭中的暴力，维护家庭的稳定和秩序，无疑是最好的选择。因此，我们从全国妇联版本的建议稿中可以发现“家庭伦理道德”“家庭风尚”“家庭教育”“婚姻家庭指导”“婚姻家庭咨询”等话语。

妇联维护家庭稳定的价值取向还体现在妇联版本的建议稿关于家庭暴力调解的规定上。对于家庭暴力是否可以进行调解，民间组织和妇联有着不同理念。民间组织的立法专家认为，对家庭暴力须慎用调解。因为，在我国现有的调解理念和制度下，受暴女性的权益往往不能得到真正的保障。所以，民间版本的建议稿仅仅提到“村（居）委会依法做好家庭纠纷的调解工作”。

而全国妇联的建议稿，对于采用调解方式化解家庭矛盾、预防家庭暴力采取的是“鼓励”和“支持”的态度。一方面，采取调解方式干预家庭暴力是妇联长期以来为妇女维权的模式之一。基于中国国情，许多受暴妇女并不愿意与施暴者离婚。通过以分清是非、明确责任、对施暴方进行严肃教育为前提的调解来恢复家庭关系的和睦，可以更大限度保护受暴妇女的长远利益。而且相较于其它纠纷解决机制，调解具有介入及时、程序简便、成本低廉等优势，能快速解决家庭暴力背后的家庭纠纷。此外，建设和谐社会和建立多元化纠纷解决机制是党和国家的重要工作，妇联组织的性质和角色决定了它必须服从这一重要工作。可见，调解既是妇联反家庭暴力的重要方式，也是其维护家庭稳定和社会稳定的重要方法，因此，妇联对待调解的态度与民间组织大相径庭。

当然，妇联侧重于维护家庭稳定，但这并不意味着其漠视家庭暴力受害人的权益。笔者将在下文中提到，鉴于妇联的多重属性，它还有保护受暴妇女权益的职责。但是，妇联往往会在维护家庭稳定的同时保障妇女的权益，从而实现社会的和谐稳定。

（二）性别倾向

全国妇联的建议稿与民间机构呈送的建议稿在性别倾向上没有太大区别。对于民间妇女组织秉持的社会性别理念，妇联在某种程度上是采取欢迎和赞同态度的。妇联中的一些干部也是在高校、研究会从事性别研究的专家，这种双重身份让她们将社会性别理念带到了妇联的工作之中。全国妇联在起草立法建议稿的过程中不但与民间机构的专家互动频繁，而且依托相关民间组织和学者进行立法研究和论证。在长时间的交流合作过程中，不同体系之间的对话已经实际形成，并且在某些节点上形成融合。另外，全国妇联还与域外政府和国际组织开展过多次合作培训，这也在一定程度上影响着妇联的决策。因此，全国妇联的反家庭暴力立法建议稿也一定程度上采用了社会性别的概念。例如，全国妇联采纳了民间组织所强调的反家庭暴力以预防为主，将性暴力纳入家庭暴力概念，以及对施暴者施以有效惩戒和矫治等内容。

然而，妇联作为广大妇女群众的代言人，向来是以维护妇女权益作为其工作重点和中心的，因此，其制定政策时的视角也多从妇女出发，以解决妇女的问题。此外，对老人和儿童等家庭中弱势群体的保护也一直被纳入妇联的工作范围。因此，相对于民间组织强调通过立法来实现社会性别平等，妇联更强调通过立法来保护家庭中以妇女为首的弱势群体的权益。这也就不难解释，为什么我们从妇联版本的建议稿中几乎看不见“性别平等”“男女平等”等字眼，但是，却可以看出对受暴弱势群体更

多详细的救助措施。

（三）框架结构

前文谈到，民间组织版本立法的框架结构主要着眼于国家反家庭暴力责任的分配和落实。而全国妇联是将立法框架设置为对家庭暴力的预防、对受害人的救济和保护、对施暴人的惩戒与矫正、法律责任等几个方面，这更符合我国历来的法律语言习惯，也更集中于解决对家庭暴力受害人救助的具体问题。

首先，立法框架的不同决定了内容的不同。反家暴网络的建议稿一共有 112 条条文，而妇联的建议稿缩减到 72 条条文。由于立法内容需要与立法的功能定位相统一，所以与功能定位不太协调的内容就会被删减掉。例如，反家暴网络的建议稿中关于司法干预的内容，除了人身保护令的内容基本被保留外，司法干预这部分的民事立案、证据，还有刑事审判这些内容，在妇联版本中都没有被规定。另外，行政干预中涉及到公安职责的内容也被部分删除了。还有一些内容由于被认为过于学理化，存在争议，因此，也没有被采纳。可以说，全国妇联版本的建议稿更为“本土化”，更知道国家立法机关需要什么。

其次，与反家暴网络认为需要设立专门的反家庭暴力委员会不同，在全国妇联版本的建议稿中，反家庭暴力委员会的工作由各级政府的妇女儿童工作委员会（以下简称“妇儿工委”）承担。原因在于，成立新机构存在现实困难，但更重要的原因恐怕在于长期以来妇联对家庭暴力的定位。由于反家庭暴力的有关法律依据最初来自《妇女权益保障法》和《婚姻法》，所以，反家庭暴力相关工作长期被当作妇女问题和婚姻家庭问题，受暴妇女最常求助的部门也往往是妇联等妇女儿童工作机构。因此，由妇儿工委来牵头反家庭暴力工作似乎是人之常情。但是，妇儿工委是中国为迎接北京世妇会的召开而建立的一个跨部门的非常设机构，由于其只是一个协调议事机构，既无决策权，也无执行权，所以其权威性和资源非常有限，组织和协调其它部门的能力也十分有限。因此，妇儿工委统筹协调反家庭暴力的能力可能不足。同时，这种设置可能会强化家庭暴力问题是妇女问题的传统观念，进一步导致家庭暴力问题的边缘化。

综上所述，妇联的反家庭暴力立法叙事，是基于妇联的性质和职责，从妇女着眼，从家庭着手，以实现维护受暴妇女权益和家庭稳定的双重目标。这种双重目标在大多数情况下具有一致性、协同性，但不可否认，在有些时候，这两种目标仍然存在某种程度的不一致。维护受暴妇女权益可能会动摇家庭的稳定，而维护家庭稳定有时可能会损害受暴妇女的权益。把家庭暴力问题限制在“妇女”和“家庭”的框架内，会强化其成为一个妇女问题，一个妇女组织的问题，或是某一部分人、某一个具体领域的问题，这最终将妨碍社会性别观念成为主流化的观念。

三、反家庭暴力立法的国家叙事

在北京召开的第四次世界妇女大会是新中国成立以来我国承办的规模最大的国际会议。会后，国务院向各地下发了贯彻落实会议精神的通知，有一些地方政府在制定妇女工作的发展规划时，将反家庭暴力的内容写入其中。还有一些地方政府，如湖南、辽宁、陕西等地的政府，则在当地妇联的推动下，开始尝试反家庭暴力地方立法。

然而，在地方反家暴的立法推进过程中，出现了立法提案被反复论证、争论与搁置的现象，主要原因是一些地方的省妇联与省人大内务司法委员会就反家暴规范性文件级别的意见不一。例如，湖南省反家暴地方立法的出台就经历了四年六稿的修改，从“条例”到“决议”，反家庭暴力法律的层级不断降低，这实质上反映出地方立法机关对反家庭暴力立法的认识局限。

2001 年 4 月，修改后的《婚姻法》第一次在国家级立法中对家庭暴力问题作出了明确表述，“家庭暴力”也从此成为了一个法律概念。此后，

《妇女权益保障法》《未成年人保护法》等法律相继修改，都增加了针对家庭暴力问题的规定。绝大多数省、自治区、直辖市在这一阶段都出台了预防和制止家庭暴力的专门性法规和规范性文件。但是，在这些法律中，关于家庭暴力的规定大多是宣示性、原则性的，缺乏可操作性，适用范围也极其有限。

2012 年，全国人大常委会通过立法论证，首次将“制定反家庭暴力法”列入立法工作计划。2013 年，国务院妇女儿童工作委员会起草了《反家庭暴力法（草案送审稿）》，于 2014 年 3 月报请国务院审议。国务院法制办在征求社会意见后反复研究修改，最终形成了《反家庭暴力法（草案）》。2015 年 7 月 29 日，国务院将草案提请全国人大常委会审议。2015 年 12 月，十二届全国人大常委会第十八次会议审议通过了《反家庭暴力法》。从 1995 年到 2015 年，中国的《反家庭暴力法》历经 20 载才出台。下面，笔者还是从三个方面，对《反家庭暴力法》的叙事特点进行分析比较。

（一）立法目的

《反家庭暴力法》一条表明了立法目的：“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，制定本法。”从表面上看，国家立法的立法目的和全国妇联建议稿的立法目的没有什么不同，然而，我们在全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会（以下简称“全国人大常委会法工委”）社会法室编纂的《中华人民共和国反家庭暴力法解读》中可以看到：“促进家庭和谐和社会稳定是反家庭暴力法的最终目的。”

社会稳定历来是各国政府普遍关注的问题，中国政府对此尤为重视。早期地方决策者对家庭暴力问题的关注，往往源于那些遭受家暴的妇女非死即残且具有恶劣社会影响的恶性家暴案件。2004 年 9 月，中共中央首次提出了“和谐社会”的概念。从那时起，和谐社会的理念成为各级政府治理的基本导向。显然，在“和谐社会”的政治语境下，家庭暴力是一个与和谐目标明显冲突的社会问题。因为在治理者眼中，“家庭是社会的基本细胞，家庭和睦是社会和谐的基石。家庭暴力行为不仅危害受害人的身心健康和生命安全，导致婚姻家庭的不和睦和子女成长的不幸，而且容易引发恶性犯罪案件，危害社会的安全与稳定”。

因此，在反家庭暴力立法的过程之中，国家相关机构的决策者一直在论证家庭暴力的社会危害性，以此来决定是否需要一部专门的反家庭暴力立法。全国人大常委会法工委原副主任阚珂就多次到各地监狱调研，了解受暴妇女杀夫的情况。在接受《法制日报》记者采访时，他曾五次提到：“家庭暴力发生在家庭当中，但最后的后果却是严重的社会问题”，并且他认为：“反家庭暴力法应该成为避免家庭发生极端不幸的法律制度。”

由此可见，尽管性别平等和妇女权益保护是国家关注家庭暴力的理由之一，但家庭暴力对社会和谐的影响才是国家在更广泛的层面上关注家庭暴力的根本动因。在大多数情况下，家庭暴力被视为一种一般性的违法犯罪，家庭暴力与其它社会犯罪一样，被纳入更广泛的、与公民安全相关的刑事司法议题之中。

（二）性别倾向

不同于民间建议稿着眼于社会性别和妇联建议稿着眼于妇女权益，国家立法机关颁布的《反家庭暴力法》的内在逻辑侧重于对家庭暴力这种违法犯罪的制止。不可否认，国家把家庭暴力视为违法犯罪已经是认知上的一种巨大进步。但是，缺乏性别敏感的立法不利于消除家庭暴力产生的社会根源。该法的性别中立框架运用去性别化的术语，将家庭暴力定义为“家庭内的某人对受害者施加的暴力”，它强调“男性和女性一样都会成为家庭暴力的受害者”。当然，女性并不是家庭暴力的唯一受害者，这种论述在一定程度上弥补了“针对女性的暴力”框架的局限性。但是，性别中立框架同时忽视了女性作为家庭暴力的主要受害者这一事实，进

而影响国家在干预家庭暴力过程中实施一定的政策倾斜，以改善女性相对于男性的实质不平等地位。

《反家庭暴力法》在对家庭暴力的主体设定和形式设定上，并没有突破人们在历史文化、民族习俗和伦理道德等基础上形成的对于“家庭”和“家庭暴力”的传统社会认知。虽然《反家庭暴力法》在附则中规定，对于那些“家庭成员以外共同生活的人”之间发生的暴力“参照本法规定执行”，但参照执行意味着不能当然适用《反家庭暴力法》，只是参照该法的规定适用而已。《反家庭暴力法》的亮点是将“精神暴力”纳入了家庭暴力的概念之中。但是，对于民间组织专家强调针对的“性暴力”和“经济暴力”，国家立法机关认为，这与我国国情尚存在一定差距，因此，仅在概念最后用一个“等”字给执法、司法部门留下具体的界定空间。

《反家庭暴力法》的性别中立框架还忽视了改变社会性别的权力结构。《反家庭暴力法》多次提到“开展家庭美德宣传教育”，以遵循立法机关“正面引导家庭成员相互关爱，促进家庭和谐和社会稳定”的立法原则。然而，家庭暴力并不仅仅反映了表面的家庭不和睦，更反映了深层次的性别权力失衡这一社会问题。因此，在用传统文化和家庭美德来重塑社会道德的时候，如果不倡导性别平权意识，不以性别平等作为家庭美德的基础，那么，提高全社会的性别平权意识以及家庭关系的和谐发展只能是昙花一现。另外，《反家庭暴力法》删除了对施暴者进行认知矫治和行为矫治的多项内容，仅仅提及让社会组织承担对施暴者进行“教育”和“心理辅导”的职责。换言之，《反家庭暴力法》把施暴人施暴的原因归为心理问题而不是认知问题。

（三）框架结构

制定反家庭暴力法的争议持续了整整 20 年，其“争论焦点在于，究竟是制定一部倡导性、宣示性的法律，还是制定一部管用、能解决现实问题的法律”。尽管在民间组织与妇联的游说下，国家立法机构也意识到“把法律的宣示性和有效解决家庭暴力问题结合起来”的重要性，但许多主要立法机构的决策者还是认为，“本法规定得越原则越好，想通过一部法律将家庭矛盾都解决是不可能的”。纵览《反家庭暴力法》，其仍然是一部宣示性成分较多但操作性不够的法律。

最终出台的《反家庭暴力法》总共只有 38 条条文，与民间组织版本和全国妇联版本相比，最终出台版本的内容大为缩减。从立法框架上看，最终立法与全国妇联版建议稿的框架大致相同，但删除了很多具体内容。相较于民间组织建议稿力求起草一部集实体法、程序法、民事法、行政法与刑事法于一体的法律，《反家庭暴力法》只对现有法律中已有的规范作了援引性规定。另外，虽然《反家庭暴力法》规定的强制报告制度、公安告诫制度、临时安置制度、人身安全保护令制度等重要制度对于维护家庭暴力受害人权益具有十分重要的意义，但是，上述制度规定却比较原则，在实践中有一定难度。可见，国家立法者并不打算将《反家庭暴力法》打造成一部全面的社会法，而是将其定位为一部倡导性法律，希望通过其它法律来解决具体问题。

与民间组织和妇联不同，国家立法机构更加强调立法要充分考虑中国的国情和实际。针对立法过程中存在争议的一些问题，全国人大常委会法工委认为：“要考虑当前社会的普遍认识和接受程度。在条件成熟时，再修改补充相关规定。”例如，在人身安全保护令的执行问题上，虽然国际通行实践是将警察作为人身安全保护令的主要执行主体，但由于相关部门的反对，《反家庭暴力法》最终规定由人民法院执行人身安全保护令，由公安机关及居委会、村委会等协助执行。然而，法院不仅不具备执行涉及人身权利的民事裁定的职能，也没有监督被申请人的机制。居民委员会与村民委员会属于群众性自治组织，无权处分公民的财产和人身权利，这会使人身安全保护令的强制执行效果大打折扣。

另外，法律虽然提到“反家庭暴力是国家、社会和每个家庭的共同责任”，但是，却将“家庭成员之间应当互相帮助、互相关爱、和睦相处，履行

家庭义务”放在了条文的第一款，这没有体现出国家的首要责任。此外，法律中没有多机构合作的概念，虽然一些具体条文中规定了主要责任方和协助方、配合方，但缺乏明确的合作制度，容易使得工作流于形式，各自为政。

综上，国家立法机关之所以制定和出台《反家庭暴力法》，其根本目的在于，通过消除家庭暴力来实现社会的和谐与稳定。因此，这部法律将家庭暴力与普通违法犯罪行为等同对待，它更加强调如何消除家庭暴力这一问题本身，而对家庭暴力产生的社会根源涉及较少。此外，这部法律在立法细节上也缺乏性别敏感，整部立法的宣示与象征意义更为浓厚。

四、反家庭暴力立法三重叙事之碰撞与绾合

1995 年北京世妇会将反家庭暴力话语带到了中国，开启了中国反家庭暴力立法的历史进程。从此，民间组织、妇联和国家这三类主体基于不同的社会职能与价值观，用三种叙事风格和叙事策略分别讲述着反家庭暴力的故事。这三种叙事时而矛盾冲突，时而绾合交融，反映出中国社会转型时期思想演变的复杂过程。

（一）反家庭暴力立法三重叙事之碰撞与对立

如果将反家庭暴力立法叙事视作一条连续的光谱，那么，民间组织和国家将位于光谱的两端，妇联则位于两者之间。

在光谱的一端，民间组织中的倡导者们大多数是与新中国一道成长起来的知识女性。她们中的一些人长期从事历史学、社会学、女性学或法学研究，并在一些民间组织中参与对受暴妇女的服务、咨询和援助工作。由于深受美国自由主义女权主义理论的影响，她们对于西方舶来的社会性别理论和国际人权思想给予了更多的关注和更高程度的接纳。她们希望以反家庭暴力立法为契机，对中国传统婚姻制度和性别文化进行梳理，让中国的性别平等的发展跟上国际的步伐。因此，民间组织通过参加国际会议，出国考察，邀请国内外专业人士举办讲座，翻译国际立法文献等多种形式，积极学习最“新”的概念和制度。她们讲述的反家庭暴力立法故事，无论是立法文本的框架、理论基础，还是话语的表达方式，都遵循着她们心中最高的标准——国际标准，因此，民间组织的叙事充满了理想主义色彩。

在光谱的另一端，作为权力机关的国家立法机关，实际上对社会性别理论和国际人权思想是持谨慎态度的。在他们看来，这些外来的理论和制度，并不一定能够适应中国的本土文化，更不一定能够解决中国的实际问题，反家庭暴力立法应该从国情出发。通过比较《反家庭暴力法（征求意见稿）》（以下简称《征求意见稿》）、《反家庭暴力法（草案）》（以下简称《草案》）以及《反家庭暴力法》，我们可以发现，国家相关权力机关在立法中对一些条款的态度出现了反复。北京千千律师事务所在对一审《草案》提出修改意见时指出，相较于《征求意见稿》，《草案》有多处条款在立法理念和内容措辞上有所退步。例如，在家庭暴力的定义上，《草案》甚至倒退到 2001 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（一）》中的规定。鉴于许多专家学者、相关部门和单位的意见强烈，所以在对《草案》进行二审时，全国人大常委会法工委又对相关条款进行了修改，采纳了关于家暴类型和适用主体的部分意见。立法是不同利益集团、不同观念相互妥协的产物和结果，在此过程中必然存在增减与反复，我们可以从《反家庭暴力法》立法的七个法律文本的变化中看到外来话语被筛选、解构、重构并最终形成被中国本土所接纳形态的过程。因此，我们可以看到，国家在讲述反家庭暴力立法故事的时候，试图化繁为简，洋为中用，更加关注本土现实需求，充满了现实主义色彩。

而处于光谱中间的妇联，其多重身份让其叙述的反家庭暴力立法故事充满了调和之色。一方面，妇联干部主要为女性，她们对女性在家庭与社会生

活中遭遇不平等具有深切感受和同理心。在与受暴妇女和民间反家暴倡导者的交往过程中，妇联对反家庭暴力的认知也在不断深化，我们从妇联的立法文本中可以窥见其对于社会性别和国际人权理念的部分认同。但是，另一方面，妇联的官方色彩远胜于民间色彩。妇联深谙这些国家机关之间的关系以及它们的行事风格。如何尽快让国家立法机关接受和通过反家庭暴力立法，是妇联考量的重点。因此，妇联也对民间组织提供的立法参考版本进行了大幅度的删减，并将其认为不能得到立法机关认可的条款进行了修改。因此，妇联在叙述反家庭暴力立法故事时，既关注对受暴妇女的权益保护，也强调对家庭稳定的维护。妇联的叙事风格既有民间组织的理想化，也有国家认同的现实性。妇联的叙事仿佛架起了一座桥梁，试图打破光谱两端民间组织与国家之间话语的二元对立。

（二）反家庭暴力立法三重叙事之互动与绾合

如果仅仅从以上立法文本和笔者的分析出发，我们似乎可以得出一个结论，即民间组织、妇联和国家对反家庭暴力立法的叙事是各自独立并彼此排斥的。然而，民间组织叙事、妇联叙事和国家叙事的三种分层并非绝对泾渭分明、一成不变。它们的观点时而对立排斥，时而交叠绾合，在不同场合分别或同时出现在三类主体的话语之中，以实现立法主体的不同目的，而叙事者的观念也因思想的交流而慢慢发生着变化与融合。

1. 反家庭暴力立法三重叙事的互动策略

民间组织的叙事策略是有原则的妥协。民间倡导者非常清楚自己所坚持的反家庭暴力立法价值理念难以完全进入主流话语，因此，在与各级妇联和国家机构进行交流和合作的过程中，民间组织的专家们会熟稔地主动转换话语体系，以实现与妇联和国家机构的实质性沟通，促成立法的实现。例如，面对妇联官员，民间组织的专家们会主动把自己的话语体系转换成妇联的话语体系，熟练地使用“官话”来实现紧密合作。而在面对国家立法机关时，尽管民间倡导者并不赞同仅仅将家庭暴力与刑事犯罪联系在一起，但是，在向人大提交的立法参考资料中，他们仍然多次列举惨烈的家庭暴力导致死伤的案件，以此来激起立法者的愤慨和同情。同时，民间倡导者也在修改完善立法建议稿的过程之中作出一定的妥协和让步。2003 年，反家庭暴力网络提供的《家庭暴力防治法（建议稿）》可以被称为是一部“纯专家稿”。因为其立法语言偏“国际化”，甚至“和中国的国情差得有点远”，再加上立法时机尚未成熟，因此，当年《家庭暴力防治法》未能被全国人大列入立法计划。2006 年，反家庭暴力网络重新成立了修订专家小组，历时三年，七易其稿，对建议稿进行了全面修订。这一次，起草专家们意识到，新的建议稿既要和国际接轨，也要考虑立法机关的可接受性，否则立法机关“依然不会采纳”。因此，2009 年出台的《家庭暴力防治法（建议稿）》较上一稿更加考虑中国国情，更加具有“本土化”色彩。不过，民间组织的妥协和让步是有原则的，涉及到反家庭暴力立法核心价值理念的内容仍然被保留在建议稿之中。

妇联的叙事策略，主要是寻找各主体之间的目的契合点。妇联基于民间组织、自身以及国家的不同目的，将民间话语与体制内的主流话语进行了很好的结合，从而实现了对政策的有利影响。例如，民间组织限于自身性质，希望通过妇联这一平台，推动中国性别平等的进步与发展。而妇联也希望双方能互惠互利，为妇联的妇女事业工作锦上添花。虽然双方对反家庭暴力背后的理念的理解与支持程度有所不同，但它们都希望尽快通过一部专门的《反家庭暴力法》。所以妇联一直积极与民间组织开展合作，倾听民间组织的理念，并尝试用体制内的语言表达出来。与此同时，妇联通过依靠党和政府来实现维护妇女权益的最终目的。妇联在与国家有关部门交流的过程中，会将反家庭暴力与政府关注的核心问题紧密联系在一起，把反家庭暴力打造成各级政府的治理目标，并着重强调反家庭暴力的

“维护家庭和社会稳定”“实现依法治国”等社会意义和政治意义。另外，妇联抓住机遇提出议题，不断强化反家庭暴力对于体现中国社会先进文明以及树立中国良好国际形象的重要性，最终促成了《反家庭暴力法》的出台。

在国家层面，反家庭暴力立法的叙事策略呈现出内外有别的特点。虽然中国政府对于“家庭暴力”本身一直持明确的否定态度，但是，在不同的场合，中国政府会给予反家庭暴力以不同的理由和意义。在国际会议上的讲话中，我们可以看到中国领导人将“反家庭暴力”与“社会性别观念主流化”“消除对妇女的歧视和偏见”“妇女权益是基本人权”等国际主流话语联系在一起。在近些年国务院新闻办公室发布的一系列关于中国人权问题的白皮书中，《反家庭暴力法》的颁布也被作为中国人权事业进步的重要内容。这是因为，新中国成立以来，中国政府一直将维护妇女权益作为政治文明的标识，将实现男女平等作为衡量社会文明的重要尺度。而自 20 世纪 90 年代开始，反家庭暴力立法成为一项全球性运动，性别问题成为一个国际人权问题，“接受反家庭暴力话语是走向性别平等最为‘先进’的路径，或者说是一种时髦，一种现代化的象征”。“中国作为联合国《消除对妇女一切形式歧视公约》《北京宣言》《行动纲领》的签署国，作为国际社会负责任的最大的发展中国家，负有消除家庭暴力、保护妇女人权的国际义务和国家责任。”因此，制定专门的《反家庭暴力法》，不仅能展现我国对妇女权益保护的重视，更有助于我国在国际社会中树立良好的国际形象，是中国“社会文明进步的重要体现”。然而，在我国颁布的正式文件中，出现较多的仍然是“依法保护妇女儿童的合法权益”，“促进社会主义和谐社会建设”，“家庭暴力严重侵害公民人身权利”，“对严重侵犯妇女权益的犯罪行为要坚决依法打击”等表述。由此可见，国家会根据对话对象的不同，有选择地进行话语表达。

2. 反家庭暴力立法三重叙事的绾合

由上可见，虽然民间组织、妇联和国家的反家庭暴力法律文本体现出不同的叙事风格，但是，在整个立法互动的过程中，三类主体所使用的话语是根据具体场景和具体需求不断变化的。更有趣的是，在对外宣传话语中，三类主体的表达呈现出高度的一致性。

在 2014 年 2 月 27 日召开的人民法院司法干预家庭暴力有关情况新闻发布会上，最高人民法院新闻发言人孙军工说：“家庭暴力已经不是单纯的家事、小事，而是一个严重危害婚姻家庭关系、社会秩序稳定的社会问题，关系到公民人权保护、家庭关系和谐和国家文明进步。”在 2014 年 11 月 25 日国务院法制办向社会公布《反家庭暴力法（征求意见稿）》后，全国妇联发表声明，坚决支持反家庭暴力立法，并认为：“制定出台反家庭暴力法是全面推进依法治国的需要，是建设社会主义和谐社会的需要，是贯彻落实宪法保障人权精神的具体体现，是我国落实男女平等基本国策的重要举措。”而当《反家庭暴力法》正式颁布后，反家暴网络的创始人陈明侠在接受采访时说：“这部法律的通过和实施，对推动中国社会性别平等，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，保障人权将发挥重大的作用。”三类主体都将“性别平等”“人权保护”“家庭关系和谐”“社会秩序稳定”和“文明进步”这几个貌似相关但实则并无必然联系甚至可能互相矛盾的词语并置在一个话语结构中，形成了一种具有中国特色的“复合性”反家庭暴力话语。这种话语囊括了女权主义思想、国际人权理念、中国儒家文化和进化论，似乎也满足了社会各层面对反家庭暴力的不同价值需求，成为一个在创造者本人看来逻辑一贯的有机体。

这种复合性话语的出现，与中国社会所处的特殊时期有关。中国反家庭暴力立法的 20 年，正是改革开放以来中国社会转型的重要时期。经济体制从计划经济向市场经济转轨，社会环境由封闭走向开放，原来国家社会高度统一的一元结构开始向国

家和社会的二元结构过渡，再加上无法回避的全球化影响，造成了社会思想的激烈变动。历史学家王汎森认为，“在思想稳定的时代，复合性的思维基本上并不受欢迎，可是在思想激烈变动的时代，它不但变得容易被接受，而且还可能被视为了不得的创新”。反家庭暴力复合性的话语结构在主观上有利于决策者维持社会的相对稳定。他们可以根据境遇之不同，通过随时调整、改变、转化、变形话语中的成分来应对时代的不同挑战。同时，复合性的话语结构客观上有利于社会不同群体之间实现思想的交流与融合。因为，许多熟练使用这种复合性话语的人，也许并没有意识到自身的矛盾性。久而久之，它甚至内化成人的思维模式，让原本持不同立场和观点的人更容易达成共识，一个不可否认的事实是：中国社会已经达成了一个反家庭暴力是政治正确的共识，这在 20 多年前是无法想象的。

可以说，《反家庭暴力法》的诞生过程，是中国社会转型时期思想演变的一个缩影，它反映出个人和国家在面临时代挑战时的忐忑、纠结、勇敢与智慧。

五、结论

中国的《反家庭暴力法》是经过全社会 20 年的努力才最终得以出台的，但是，我们少有人会探究这些努力背后的细枝末节。自 1995 年第四次世界妇女大会以来，民间组织、妇联和国家围绕着反家庭暴力立法这一主题讲述了三个细节各异、风格不同的故事。这三个故事在历史的时空里交汇、碰撞、绾合，不断改变着社会各层面对家庭暴力的认知，也在最终成型的《反家庭暴力法》中留下了或多或少的痕迹。虽然不同叙事之间存在着权力等级、主旋律和次旋律之分，但其中任何一种叙事都无法单独决定中国反家庭暴力立法的进程，因为，即使是再弱小的声音，也会在历史的画卷上留下印记，并不知不觉改变历史的色调。

民法典家事财产法制的教育功能

—— 以社会主义核心价值观为价值理念的研究

2020-02-27 法学在线　马新彦

http://article.chinalawinfo.com/ArticleFullText.aspx?ArticleId=111691&listType=1

【法宝引证码】CLI.A.0111691

【学科类别】婚姻、家庭法

【出处】《当代法学》2020 年第 1 期

【写作时间】2020 年

【中文摘要】法的教育功能是以它规范化、制度化的思想内核、价值理念直接作用于人的思想意识，影响、引导、塑造人的价值观、人生观、道德观、荣辱观的积极的内在效能。《社会主义核心价值观融入法治建设立法修法规划》就是要在整个社会主义的法律体系之内全面强化社会主义核心价值观引领下法的教育功能，筑牢社会主义的思想道德基础，提高全民族思想道德水平和社会道德风尚。家庭是社会的细胞，是人生的第一个课堂，家风是一个家庭的精神内核，是社会风气的重要组成部分。以夫妻财产制与配偶继承权为两大主干交织、辐射而构成的家事财产法律制度既应合理地调整夫妻财产关系，又应紧密结合培育和弘扬社会主义核心价值观，引导、培育人的道德品格，促进家庭和谐，促进家教、家风建设，教育人们树立正确的人生观、价值观、金钱观、荣辱观。在家庭财富相对匮乏时期确立的夫妻婚后所得共同制及配偶遗产的无限继承等相关家事财产法律制度在家庭财富极大丰富的今天已经显现出教育功能的负面效应，民法典

应当以社会主义核心价值观为指引，以制度的创新改革为有效路径，矫正家事财产法制教育功能的负面效应。

【中文关键字】法的教育功能；婚后劳动所得共同制；遗产有限继承；非常法定财产制

【全文】

法的功能是多元的，它不仅调整人的行为，也作用于人的思想，于是，便有法的规范、训诫、惩罚及救济功能，以及教育、教化功能。法的教育功能是法学理论中的一个重要问题，社会主义法的教育功能对于丰富和发展社会主义的法学理论，健全社会主义法制，以及弘扬社会主义精神文明都具有重大的现实意义。[1]在民法典编纂之际，家事财产法制的教育功能应当引起立法者的重视，并应以社会主义核心价值观为指引认真思考家事财产法制教育功能的实现路径，以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。

一、民法典家事财产法制教育功能的现实意义

法的功能是法学理论和法律生活中尤其具有实际意义的重大主题，但无论中国学者，还是国外学界，关于这个主题的研究均不配于这个主题的重要地位，[2]法的教育功能的研究尤其如此。在我们搜寻到的为数不多的我国学者关于法的教育功能的论述中，似乎有三种倾向：其一，多侧重于刑法或刑罚的教育功能，或者说几乎是刑法学者在探讨教育功能，还多以刑罚的教育功能为视角[3]，没有学者从民法的角度探讨法的教育功能。即便是在法理学意义上研究法的教育功能，也多在刑法的教育功能上施以过重的笔墨，强调通过适用刑罚，教育鼓励公民自觉守法，积极护法[4]。其二，多强调法对公民的守法教育，以及对行为引导的作用。认为法律的教育作用表现为以法律的实施而对一般人今后的行为发生影响。对违法行为的制裁可以教育人们今后不做此类行为；对合法行为的鼓励保护，可以对一般人的行为起到示范和促进作用。[5]其三，多主张的教育功能表现在通过普及法律知识、加强法律宣传，培育公民的法律意识。认为法的教育功能最直接、最有效的手段是培养公民高度的法律意识，[6]使民众在生活中习得相关的法律知识，进而使自己的行为符合法律秩序的要求。[7]

这三个问题似乎都涉及到最核心、最根本的问题，那就是，究竟什么是法的教育功能。的确，法的教育功能的论述或研究始于刑法，在我国古代，因为诸法合体、刑民不分、重刑轻民，刑与法通用，法的教育和教化功能的最早论述，就是关于“刑”的教育功能的论述。据《尚书·大禹谟》记载，帝舜曾告皋陶曰：“汝作士，明于五刑，以弼五教。”即“以刑辅教，当于治体”。清末著名修律大臣沈家本即明确指出：“是刑者非威民之具，而以辅教之不足也。”[8]近代西方在关于刑罚的目的之争中开始了刑罚教育功能的研究，费尔巴哈认为，阻止违法关键在于让触犯法律将招致的痛苦超出违法行为的欲求不能被满足而产生的痛苦，以此痛苦作为警示，不去实施违法行为。[9]我们也不否认法的教育功能确实让人们敬畏法律并遵守法律。但是，法的教育功能绝不仅限于通过刑罚的“制定、执行，及在执行过程中对特定或不特定之公民个体或群体产生规劝其远离犯罪之作用的内在效能”。[10]法以规范化、制度化的方式调整人的行为，但又以其精神内涵、思想内容及价值理念影响人的思想活动，塑造人的价值观、道德观。尤其需要指出的，“法的功能是法所固有的功用和性能，是法的天然的和内在的属性”[11]。因为法的天然的和内在的属性，法的教育功能直接作用的是人的思想，或者说“法的教育功能的客体是一定的思想意识”[12]，如果说，因为法的教育功能而使得人们选择实施一定的合法行为，拒绝实施违法行为，甚至犯罪行为，那也是法的功能直接作用于人的内心世界的结果，因为法对人们思想意识的影响、引导和教育，使人们形成了正确的人生观、价值观，荣辱观、道德观，才使得人们有了实施怎样行为、不实施怎样行为的

决断。法的这种直接作用于人的思想意识而产生的积极的内在效能，方是法的教育功能。民法典之所以称之为“典”，是因为其规范的理性化编排、条文之间的融惯性与关联性的处理均以其内在价值体系、思想理念、精神品格为准则和基础，其价值体系的完整、思想内涵的丰富、精神品格的高尚绝不亚于刑法，刑法对诈骗罪的规定与民法对欺诈行为的规定，对于人的思想意识的影响、价值观的塑造没有本质的区别。民法及其他法教育功能研究的缺失，不意味着这些法教育功能的不存在。民法尤其是家事法因与人们现实生活的紧密联系会具有更强的教育功能。另外，经过几十年中国的法治进程的推进，法治建设的进步与发展，如果我们仍然以上个世纪八、九十年代“普及法律知识，提高、培育人们的法律意识”的深度认识法的教育功能，无形中也减损了法教育功能的效能。总之，法的教育功能是以它规范化、制度化的思想内核、价值理念直接作用于人的思想意识，对人的价值观、道德观、荣辱观的影响、引导、塑造的积极的内在效能。孟德斯鸠曾主张“一个明智的立法者就应当努力通过适度的哲学、道德与宗教的箴规，通过荣誉的法规的适当应用，通过羞辱性刑罚……去教养人民”[13]。亚里士多德将培养人的美德和良习的作用作为评判一部法律良好与否的标准之一。将造就能够实现城邦善的人作为立法者的重要任务。[14]这都是对法的教育功能的深刻理解。

对于法律的功能，我们应当做到的，“一是应当充分尊重法的功能的本来面貌，而不能妄自增加、减少、改变甚至剥夺法的功能；二是应当善于发现、发掘和利用法的功能，设法使法的功能具有的这种资源能够得以充分和有效的实现，不至辜负了它的功能，使它的价值空自搁置或浪费。”[15]如果我们将法的教育功能限于刑法或刑罚领域，限于法律对公民守法的教育，或者限于培育提高人们的法律意识，那就辜负，甚至贬损了法的教育功能。《社会主义核心价值观融入法治建设立法修法规划》强调着力将社会主义核心价值观融入法律法规立改废释全过程，确保各项立法导向更加鲜明、要求更加明确，措施更加有力，推动社会主义核心价值观全面融入社会主义法律体系。目的除了推进法治建设进程，为实现中华民族伟大复兴的中国梦、实现人民对美好生活的向往提供坚实的制度基础之外，更重要的是筑牢全国各族人民团结奋斗的共同思想道德基础，以矫正改革开放以来思想意识的非健康因素，以及应对世界范围内思想文化交融、交锋形势下价值观较量的新态势。简言之，就是要在整个社会主义的法律体系之内全面强化社会主义核心价值观引领下法的教育功能。以规范化、制度化了的社会主义核心价值观直接作用于人们的思想意识，从而筑牢社会主义的思想道德基础，形成全社会普遍一致的、充满正能量的价值理念和高尚的社会风尚，以矫正经济改革大潮冲击下扭曲的人生观、价值观与荣辱观。正如习总书记所言：“弘扬社会主义核心价值观，弘扬中华传统美德，培育社会公德、职业道德、家庭美德、个人品德，提高全民族思想道德水平，为依法治国创造良好人文环境。”

家庭对于社会而言，是组成社会的最小细胞，是社会的最基本结构和功能单位；对于一个人而言，是一个人成长的摇篮，无论是成年人，还是未成年人，置身于一个家庭，他的思想意识、道德品格都深深受家庭氛围的影响，一旦扭曲的金钱观、荣辱观、人生观在家庭成员中形成，便会在家庭中一代代地传扬下去；同时也会汇聚起来形成巨大的能量，使这种金钱观、荣辱观、人生观成为整个社会思想意识的常态。习总书记特别重视家庭建设，在很多次重要的会议上都发表了他的家庭观。他指出：“家庭是人生的第一个课堂”，“家庭是社会的细胞。家庭和睦则社会安定，家庭幸福则社会祥和，家庭文明则社会文明。”他强调“家风是一个家庭的精神内核”，“家风是社会风气的重要组成部分。家庭不只是人们身体的住处，更是人们心灵的归宿。家风好，就能家道兴盛、和顺美满；家风差，难免殃及子孙、贻害社会。”在党的第十八大第六次会议通

过《关于新形势下党内政治生活的若干准则》中强调“领导干部特别是高级干部必须注重家庭、家教、家风”。好的家教、家风是人一生最宝贵的财富，是人的价值观、人生观的基石，是社会祥和的基础。家风好，则族风好、民风好、国风好、党风好。习总书记主张紧密结合培育和弘扬社会主义核心价值观，促进家庭建设，注重家教、注重家风的意义及重要性便在于此。

家无论是在人类社会的哪一个阶段实际上都是因两性关系而凝结的，夫妻关系是家庭关系的核心。夫妻财产关系是家庭制度的主要构成要素和物质基础，也是夫妻恩爱、家庭和谐的决定性因素。调整夫妻财产关系的法律制度以夫妻财产制与配偶继承权为两大主干交织、辐射而构成的制度体系。尽管分处于不同的领域，前者归属于民法典婚姻家庭编，后者归属于民法典继承编，但对于家庭成员的教育功能却是一致的。良好的家事财产法制，既合理地保护夫妻双方的权益，尊重双方财产权利的个人意志，又能够引导、培育处于婚姻关系中的人们对家庭的责任心、对家人的爱心、对父母的孝心，从而培育他们作为人应有的品格和德行，增进夫妻情感，促进家庭和谐。紧密结合培育和弘扬社会主义核心价值观，促进家教、家风建设，就是将社会主义核心价值观融入家事财产法制建设，“以道德理念锤炼良法，以美德义行催生善治。”[16]让每一个生活在家庭中的人们都感受到亲人的暖、道德的善，让每一个未成年人受到良好家教、家风的熏陶，树立正确的人生观、价值观。总之，鉴于家庭对人的思想意识、价值理念的重要影响，并家风对社会的重要作用，强化社会主义核心价值观引领下的法的教育功能，引导全社会崇德向善，民法典家事财产法制的教育功能必不可少。或者可以说，应当首先从民法典家事财产法制的教育功能开始。

二、现行家事财产法制教育功能的负面效应

以法的教育功能的效果是否与立法者的预期相一致，有法教育功能的正面效应与负面效应之分，法的教育功能在实际的运行中所出现的与立法者预期相符合的效果为法教育功能的正面效应。如促进人的全面发展、增进人的思想道德水平等；如果法的教育功能运行的结果违背立法者的预期，则为法教育功能的负面效应。法的价值主体——人是理性的，善于通过法律进行自身利益的衡量，并利用法律谋取自己的利益，即便这种利益的谋取是卑鄙的，也无关紧要，因为它是合法的。有学者称这种理性为“算计理性”。[17]法教育功能负面效应因人的“算计理性”的存在而具有其必然性，一旦客观外界为那些善于、惯于算计的人创造了“算计”的条件或机会，他们便能够利用法律获取合法利益。这些人内心越贪婪、越能算计，他们得到的利益就越大。久而久之，人们就会认为做一个会算计的人好于做一个善良的不会算计的人。一旦这样的认知形成社会成员的普遍共识，整个社会的价值观、道德观、荣辱观便会发生异变。更严重的问题，即对于那些“不善于、不惯于理性算计的人来讲，他很难改变自己的个性，去做理性的算计人，因此，对于这部分人来讲，他可能永远只能处于法治社会中的不利地位”。[18]

现行家事财产法制具有浓厚的家庭伦理性，是家事法的伦理价值决定的。伦理价值的核心意蕴是以婚姻为凝结亲属关系的纽带，在夫妻乃至于双方父母之间形成一个利益共享、不分彼此的“家庭共同体”，鼓励夫妻双方互相支持、彼此忠诚，以共同体的形式处理家庭事务[19]，倡导处于姻亲关系的亲属们互相尊重、互相帮助、和谐相处、彼此相依。婚后所得共有制、配偶遗产的无限继承(不论先逝配偶遗产的来源、不问夫妻财产制状况)、有抚养关系的继子女享有如同血缘晚辈血亲一样的继承权、丧偶女婿或儿媳有第一顺位的法定继承权等规则都是这样一种理念下的产物。诸如此类的法律规则在立法之初经济尚不发达的时期内确实收到了立法者所预期的效果。规则所表达的平等、和谐、互助、友善、文明等理念对于家庭成员都有深刻的影响，夫妻在祥和、平等的氛围中生活，勤奋

努力、彼此扶持、相互依赖，共同抚养教育下一代，赡养双方年迈的父母；父母也倾其所能帮助儿女共同致富，共同治家。妇女在家庭中有平等的对财产管理处分的权利，也因此而享有与丈夫平等的相互继承的权利，让那些婚后操持家务，任劳任怨孝敬公婆，丈夫死后仍洁身终老的女性们终于在做出巨大的牺牲之后可以突破传统礼教的束缚合法取得财产上的慰藉，并帮助她们摆脱丧偶后的困难处境。不仅弘扬了中华民族的优良传统，也影响了一代人的人生观、价值观。

然而，家事财产法制还具有财产法属性，在经济不发达，家庭财产不丰富的时期内，财产法属性被家庭伦理性所掩盖，当家庭财产在满足了人们日常所需后有了剩余，甚至形成生产资料、盈利资料时，财产法属性就突破了家庭伦理性而显现出来。如果以“集体本位”界定家事财产法制的伦理性特征，那么，家事财产法制的财产法属性则应界定为“个人本位”。当人类社会资源的稀缺性，让人们有了占为己有的欲望时，就有了在自己死亡后将自己的财产留给自己的继承人的意识，就有了人类社会最早的私权——所有权；所有权最核心的本质是为我所有的自由意志，财产法强调对财产所有人个人意志的尊重和个人财产的保护，而依自己意志的遗产传承是所有权观念及所有权制度形成的动力源泉，也是所有权个性自由的诠释和延续。母系社会的母权制之所以在群婚制的普那路亚家庭时代产生，又之所以在对偶制家庭时代被废除，都源于深入骨髓的“遗产以血缘下流”的人性欲求。以夫妻关系为纽带凝结的家庭共同体，实际上是由不同个体所组成，而且每个个体之后有其维护的家族利益，有个体的存在，就会有个体的财产据为己有，并以自己的血缘传承的个人意志，尤其是再婚家庭，成员复杂，家庭共同体不免充斥着复杂的个体利益及其冲突。现行法“集体本位”下家事财产法制所强调的亲属利益的共同性和一致性，在家庭财产极大丰富的今天，被极富“算计理性”之人所利用，并以此获取了为己所有的巨大的个人利益。几十年经济的发展，使广大民众过上了富足的生活，但也造就了贫富差距，巨大的贫富差距导致社会成员普遍的心理压力和心态的不平衡，即便是有较体面工作和丰厚工资的工薪阶层，也有住房、医疗、子女教育等多方面的经济压力。面对富人群体，前所未有的弱势心态，使他们产生了强烈的不平衡感，内心焦虑感。当这种焦虑和不平衡感无法依靠自己的技能和能力予以弥补和平衡时，便会以理性之人的“算计”谋求不劳而获之财。而现行的家事财产法制恰恰为“算计”之人提供了便利和机会，甚至制度保障。年轻的少妇带着未成年的子女嫁入豪门，因为婚后所得共同制、继子女享有与婚生子女相同的权利、配偶继承权的无限性等现行法规则，极富“算计理性”的年轻少妇将因为婚姻的存在，对丈夫继承父母的财产享有一半的份额，那就意味着其轻松取得了公婆辛苦一生创造财富的一半；丈夫死后对丈夫的遗产，无论是再婚前财产，还是再婚后财产；无论是自己经营获得的财产，还是继承、受赠获得的财产，哪怕是继承前妻的遗产都在所不问，均享有继承权；其未成年子女因与继父形成了抚养关系，而对继父的遗产，无论是再婚前财产，还是再婚后财产；无论是自己经营获得的财产，还是继承、受赠获得的财产，均享有继承权。这样的法律制度给人们以启示：干得好不如嫁得好，这似乎成为这一时代婚姻嫁娶的座右铭，无论年少的，还是年老的，甚至无论男人，还是女人，都想与有钱人联姻。这样一来，“现有法律的负面效应就很明显了，它可能会造成越来越多的会算计但并不道德的人”[20]。而最可悲的是，这种金钱观越来越被更多的人所接受，人们不再为劳动模范点赞，不再以劳动模范为荣，羡慕、并纷纷仿效那些会算计并获得利益的人。当从一个未满十岁的孩子口中听到：“妈妈，你也像同学的妈妈一样嫁一个有钱人吧！”我们应当作何感想？现行法的负面效应正在侵蚀着孩子的心灵，正在影响新一代人生观、价值观、荣辱观的形成。

现行法教育功能的负面效应造就了一批善于

算计的人，同时也造就了捍卫自己的利益，为防患于他人的算计而不懈抗争的人。公婆为了防范儿媳的“算计”高薪聘请家事律师以合法的方式保护自己的财产；子女为了防范父(母)的再婚配偶及其子女的“算计”，实施各种干扰，使父(母)的晚年生活充满了斗争，迫使健在父(母)无奈与他人非法同居，在后人面前失去其应有的尊严。富裕起来的继子女为了防范继母的亲生子女的“算计”，避免其遗产经由继母转而由其子女继承，也不惜高薪聘请家事律师进行筹划、设计。家庭关系中的成员及其亲属本应是彼此赋予爱和温暖的人，但为了自身的利益而“算计”着，或防范“算计”着，家庭关系无法和谐，家德、家风受到严重损害。这样的家庭关系对未成年人人生观、价值观、金钱观的形成产生极坏的影响。“如果社会这样的人太多，则法治之可能性也就可能不存在了。一句话，法律自己已破坏了法治”[21]。

新中国的民事立法经历了从无到有，到渐趋完善的过程，改革开放前一个相当长的时期内，婚姻法》是唯一的民事立法。1981 年颁布《经济合同法》、1985 年颁布《继承法》，1985 年颁布《涉外经济合同法》、1986 年颁布《民法通则》，至此在民事生活领域基本上实现了“有法可依”的目标。1999 年经修改整合经济合同法、涉外经济合同法及技术合同法，制定了《合同法》，2007 年在《民法通则》及《担保法》的基础之上制定了《物权法》，2010 年又在《民法通则》司法实践基础上颁布了《侵权责任法》，完成了从立法的粗陋到立法渐趋成熟的质的飞跃。成熟的标志之一是有了详密的防范“算计”的制度安排和规则设计，债务人为了逃避债务，将其财产低价转让他人，《合同法》赋予债权人以撤销权，以防范债务人的“算计”；《物权法》上的预告登记制度防范转让人从一物二卖中获得更多利益；最高人民法院司法解释中商品房买卖中的惩罚性赔偿制度有效地防范开发商的“算计”，……当法律被惯于理性算计之人所熟知，并利用法律在损害他人利益的前提下合法获取自己利益时，便发生既有规则体系的改革和创新，以更好地惩治“算计”。在一定意义上可以说，民事立法的每一次进步，都是在惩治、防范“算计”中取得的。但在家事法中，在根本性制度面前我们仍然固守于三十多年前的既有规则和理念，过分强调集体本位下“家庭共同体”的道德伦理，给“理性算计”之人提供了“算计”的自由空间。民法典婚姻家庭编、继承编若无视这种“算计”，并予以防范“算计”的制度创新和制度安排，家事法教育功能的负面效应将愈演愈烈。

三、民法典矫正家事财产法制教育功能负面效应的有效路径

矫正现行家事法的负面效应，应当将社会主义核心价值观中的富强、和谐、文明、自由、平等、公正、友善、诚信、敬业等价值理念融于家事法律制度中，通过家事法律制度的实施有效地阻却、防范“算计”，让惯于“算计”之人无用武之地，让人们懂得家富国强、勤劳致富的道理，树立正确的金钱观、荣辱观：以劳动致富为荣、以不劳而获为耻；以善待家人、和谐友善为荣，以自私自利、贪图钱财为耻；以家庭文明和谐为荣，以为金钱勾心斗角为耻。在法律制度的教育、引领下，培育良好的家风、家教。总之，民法典矫正家事财产法制教育功能的负面效应应当以社会主义核心价值观为指引，以制度的创新改革为有效路径。

(一)确立婚后劳动所得共同制

1950 年《婚姻法》将夫妻财产制规定为一般共同制，即婚前婚后财产均为共同财产，但女方婚前财产除外，以对刚刚从封建枷锁中解放出来，但尚处于弱势地位的妇女予以特殊保护；1980 年修改《婚姻法》时鉴于妇女地位的提高，规定夫妻财产法定共同制，废除了女方婚前财产归女方、男方婚前财产为夫妻共同所有的规定。2001 年《婚姻法》在夫妻财产法定共同制下，以列举方式明晰了夫妻个人财产与共同财产的范围。《婚姻法》修改

所取得的进步是夫妻财产制从一般共同制(婚前婚后所得共同制)向婚后所得共同制的转变，不仅尊重了婚姻关系中的个体意志、体现了男女财产关系上的平等，更重要的是阻却了利用婚姻取得对方婚前财产一半份额“算计”的可能性。但是这种阻却尚不够彻底。《婚姻法》第 17 条规定在婚姻关系存续期间，一方因继承或受赠获得的财产为夫妻二人共同所有。尽管第 18 条规定这种财产的共有关系可以由遗嘱或赠与合同排除，但当事人往往碍于情面，或者缺乏防范“算计”理性，不曾以遗嘱或合同排除共有关系。于是，配偶一方便对对方继承或受赠而得之财产享有共同所有的权利，并于离婚时带着继承或受赠对方父母财产的一半份额潇洒离开。对于这样一份巨大的空降财富，即便感情已经走到了尽头，惯于“算计”的人也一定坚守有名无实的婚姻，等待继承开始的那一天。他们不会为老人的去世而悲伤，只为坚守婚姻最后一刻，取得老人遗产一半份额而快乐。婚后所得共同制相较于婚前婚后所得共同制有些许进步，但仍为理性“算计”留有空间和机会。民法典婚姻家庭编应当废弃婚后所得共同制，确立婚后劳动所得共同制。体现法律在财富再分配中的公平、公正，并最大限度地尊重财产所有人处分财产的自由意志，教育夫妻双方彼此恩爱、相互包容、共同努力、相互扶持，以自己的劳动和智慧创造应当属于自己的财富。让子女在无“算计”意识的家庭环境中健康成长。

(二)确立遗产的限定继承《继承法》第 3 条规定遗产是公民死亡时遗留的合法财产。所有的法定继承人可以不问遗产的来源如何，是怎样的财产，只要是被继承人的合法财产，均可在其法定继承的顺位上享有继承权。在此意义上，我们称之为遗产的无限继承。遗产的无限继承给“理性算计”留下了巨大空间。未来民法典应当确立遗产的限定继承，取代无限继承。

1. 生存配偶对先逝配偶遗产的限定继承

配偶作为第一顺位的法定继承人，相互之间享有继承权，但仅在满足了一定条件的先逝配偶的遗产上方可实现，对于非满足条件的遗产，要么，配偶无优先继承顺位，要么，无继承权。此为生存配偶对先逝遗产的限定继承。在限定继承的框架内，生存配偶作为第一顺位继承人可以继承的遗产需满足以下条件：其一，婚姻关系存续期间内获得的财产。其二，依靠个人的努力，通过体力劳动、智力劳动或者技能创造的财富，以及利用该项财产获得的财产。具体包括：工资、奖金等劳动所得以及利用该劳动所得获得的财产；从事承包、租赁、生产、经营等活动获得的收益；知识产权实际取得或者已经明确可以取得的财产性收益等。其三，以其工作者身份获得财产[22]。包括实际取得或者应当取得的住房补贴、住房公积金；实际取得或者应当取得的养老保险金、破产安置补偿费；随军未就业的军人配偶保险辅助费、军人的复员费、自主择业费的一定比例[23]。上述三个条件的界定以婚后劳动所得为原则。[24]在这样的遗产范围之内，生存配偶的继承权在继承份额上优越于先逝配偶父母甚至子女的继承权。此遗产限定的条件将婚前取得的财产以及婚后因继承或受赠取得的财产排除了配偶第一顺位法定继承权客体的范围之外。

生存配偶对先逝配偶遗产限定继承体现了法的公平价值、自由价值，具有弘扬正能量，培育人们勤劳致富的价值观，防范“理性算计”的重要意义。其一，在婚后劳动所得范围内的遗产赋予生存配偶第一顺位继承权，并且继承份额优于先逝配偶父母，先逝配偶父母仅在养老费用的范围内对子女婚后劳动所得财产享有继承权，或者对于被继承人的房屋享有居住权，避免被继承人的遗产经由其父母(包括尽抚养义务的继父母)转由父母的继承人继承，在保证“遗产下流”的同时，有效地防范了先逝配偶父母其他继承人的“算计”，尤其是防范了先逝配偶继父母继承人的“算计”。其二，在婚后劳动所得范围内的遗产赋予配偶第一顺位继承权，可以防范生存配偶对先逝配偶婚前财产的算计，

教育处于恋爱关系中的人们树立正确的恋爱观，因为只有正确的恋爱观才能保持婚姻的长久，并有利于下一代的健康成长。尤其是，先逝配偶遗产中有继承前妻或前夫的遗产，这种防范“算计”的手段还有利于增进老年婚恋的幸福生活，避免因为“算计”和“防范算计”而展开的生存配偶与先逝配偶子女之间争夺财产的斗争。其三，在婚后劳动所得范围内的遗产赋予配偶第一顺位继承权，可以防范生存配偶“算计”先逝配偶继承父母的遗产或受赠父母的财产，对于教育处于恋爱关系中的人们树立正确的恋爱观，让爱情不为父母的金钱所诱惑，纯化夫妻之间的情感都具有重要意义。

2. 继子女对继父母遗产的限定继承

《继承法》规定有抚养关系的继子女与亲生子女一样是第一顺位的法定继承人，对继父母死亡时遗留的所有合法财产享有无所限制的继承权。继父母死亡时遗留的合法财产包括继父母与其生父母结婚前所得的财产和结婚后所得的财产；就结婚后所得财产而言，既可能是婚后劳动所得的财产，也有可能是婚后因继承或受赠获得的财产；因继承或受赠获得的财产，既可能源自于继父母的父母、祖父母，也可能源自于继父母的子女，甚至可能源自于继父母的前妻或前夫。继子女对继父母遗产的限定继承，即限定于继父母与生父母婚后劳动所得并共同所有的财产份额，对于继父母婚前财产，无论源自于何，以及婚后因继承或受赠而获得的源自于父母、子女或者其他人的财产，继子女均不得继承。而且，继子女的继承权还须以其对继父母尽赡养义务为必要。

继子女对继父母遗产的限定继承是法的公平、平等价值的根本要求。纵观各国民法，继承权产生的正当性根据唯有血缘与婚姻，借助父母的婚姻而与被继承人形成的继父母与继子女关系，以及常态下因继父母尽抚养义务而形成的抚养关系均不构成其继承权的正当性根据；继父母对其所尽抚养义务，只能是其日后赡养义务的根据，而不能成为其继承权的理由。如果因被继承人尽抚养义务而在二者之间形成抚养关系，即认定继子女享有继承权，不仅对继父母不公平，甚至剥夺了继父母亲生子女的遗产继承份额。从另一个角度上说，继子女尽赡养义务而享有的继承权，本质上不具有遗产传承的功能，仅具有回报、补偿的意义。继子女所尽的赡养义务始于继父母与生父母婚姻关系成立之后，依据公平价值下的权利义务对等原则，继父母婚后劳动所得的财产肩负着对其赡养予以回报的义务，而继父母遗产中源自于自己父母、子女或其他人的财产，或者婚前财产均不是回报继子女赡养义务的责任财产。在此意义上，继子女仅就婚后继父母劳动所得，并共同所有的财产份额享有继承权方是公平的，合理的。

继子女对继父母遗产的限定继承的重要意义在于增进法的教育功能，在财富增长、人心浮躁的当下，对人们的金钱观、财产观予以正确的引导，告诉那些再婚家庭的人们付出与获得的关系，对于他人的财产不奢望、不算计；要以一颗感恩的心回报一切对自己有帮助的人，不能因为别人对自己的好而企图获得更多的利益；财富固然有益，重要的是要依靠自己的勤奋与努力创造财富，而不应当依靠“算计”获得不义之财；让单亲家庭的孩子不再央求妈妈嫁一个有钱人，而期待妈妈找到她幸福的归宿。让孩子在和谐的、有爱的，而不是彼此“算计”、“防备”的家庭中健康成长。

(三) 完善夫妻非常法定财产制

夫妻非常法定财产制是通过法定的方式将原本在夫妻间存在的夫妻共同财产制转变为夫妻分别财产制。我国现行《婚姻法》没有规定夫妻非常法定财产制，《婚姻法解释(三)》第 4 条[25]将夫妻非常法定财产制的原因归结为两点：其一，一方有隐藏、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；其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的。

《路易斯安那民法典》将分别财产判决终止夫妻共同财产制的原因归结为两点：其一，夫妻共同财产制中，夫妻一方的利益因另一方的欺诈、过错、疏忽、丧失行为能力或另一方事物混乱而遭受减少的威胁；其二，一方失踪；其三，提交离婚请求之日起无和解地分居满 30 天；其四，持续分居满 6 个月。[26]《法国民法典》将离婚、分居、失踪认定为终止共同财产制的法定原因，除此之外，因夫妻一方理事混乱、管理不善或行为不正，共同维持共同财产制将受到危害也是终止共同财产制的原因，但需一方提出判决宣告分别财产制的请求[27]。从各国的规定情况看，夫妻非常法定财产制通常是在夫妻关系发生了一些问题，一方以起诉请求分割财产的判决或起诉离婚的方式改变夫妻财产共同制，其根本目的是防范对方利用夫妻共同财产制的便利“算计”自己的利益，使自己在婚姻关系中的财产利益遭受损害。本质上说，夫妻非常法定财产制本质上是为防范“算计”而设计和建构的，防范“算计”的效果是夫妻非常法定财产制成熟与完善的根本性标志。1998 年 7 月在上海发生了一场命案，陈某早年丧父，与母亲相依为命，三十岁与袁某成婚，意在好好孝敬母亲。但婚后袁某虐待母亲，企图母亲死后继承房产。陈某识破袁某的意图，向法院起诉离婚，袁某以各种方法躲避，欲拖到母亲死后再与陈某离婚，以获得遗产价值的一半份额。陈某请求离婚无果，为了防止袁某的图谋得逞，采取极端行为，将病危的母亲毒死，而后自杀身亡。[28]为了捍卫自己的财产，为了防范袁某的“算计”不惜牺牲了自己年轻的生命。这个鲜活的例子证明，我国的夫妻财产共同制和夫妻非常法定财产制都远非尽如人意，未来民法典必须进行改革创新。

夫妻非常法定财产制的改革创新，首先要扩张非常法定财产制的法定事由。借鉴国外法，并结合我国实际，我们认为我国非常夫妻法定财产制的原因可以归纳为以下六种：其一，一方有隐藏、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；其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的；其三，一方违反夫妻忠诚协议或实施家庭暴力的；其四，夫妻一方失踪；其五，分居或与他人姘居；其六，起诉离婚。前五个法定事由成就时，需由夫妻一方提起分别财产之诉，主张分别财产权利的性质应当界定为形成权，法院查证属实，作出判决，自提出分别财产主张之时夫妻财产为夫妻分别所有。第六个法定事由，提交离婚请求之日起无和解地分居满 30 天的，自起诉离婚之时财产为夫妻分别所有。[29]

夫妻非常法定财产制的效力，不仅限于夫妻共同财产制转变为分别财产制，债务各自承担，而且对配偶继承权发生直接影响。《法国民法典》第 732 条规定：“有继承权的配偶是指没有离婚且对其不存在已经产生的分居判决的健在配偶。”第 301 条规定：“分居的一方配偶死亡，生存配偶因其过错被宣告分居的，生存配偶不享有继承权，若生存配偶对分居无过错，则保留其配偶的继承权。”《德国民法典》第 1933 条规定：“在被继承人死亡时已经具备离婚的要件，并且被继承人已经申请离婚，或者已经同意离婚的，生存配偶的继承权以及先取份的权利即被排除。被申请人有权申请婚姻的取消，并且已经提出申请的，亦同。”[30]配偶之间相互继承权的根据是婚姻，而婚姻的基础是男女之情爱，当夫妻情感丧失殆尽，无法共同生活而分居或提出离婚诉讼，夫妻之间尚有效的婚姻登记仅仅是婚姻的一种假象，婚姻关系已经有名无实。此时生存配偶的继承权，不是对爱情的赞誉，而是对“算计”之人的鼓励和鞭策；它会掩藏人性中的善，激发人性中的恶，令人不为配偶死亡而痛苦，反为获得遗产而快乐。因此，既然离婚诉讼、分居是婚姻死亡的确证，就应当得出继承权丧失的结果，避免双方感情破裂诉博公堂时仍无所限制地继承对方遗产，不仅体现法的自由价值、平等、公正价值，还可以增进家庭文明与和谐，避免因遗产继承发生的争斗，告诉人们取财的“善”“恶”之道。

(四)认定“事实婚”的法律效力

“登记”是《婚姻法》规定的婚姻成立的法定形式,我国司法实践中对于“事实婚”采否认态度,[31]旨在维护婚姻的尊严和婚姻的秩序。婚姻是两性的结合,“当事人双方相互的爱慕应当高于其他一切而成为婚姻的基础”[32]。依照法定的、庄严的形式进行婚姻登记不过是对高尚情感的宣示与尊重,尽管大多数情形下两性情爱达到不可分离的程度时方进入登记程序,但登记绝不是唯一的婚姻形式和爱的证明,甚至并不意味着登记的婚姻就是幸福的婚姻。当某一个婚姻已经死亡,“登记”便仅仅是婚姻的一种假象,甚至是骗局。现实生活中不乏男女双方相亲相爱,相互扶助、相互支撑、共同努力、携手致富,创造属于他们的幸福生活。他们尽管没有登记,但他们以公开的夫妻共同生活的状态,以生儿育女、养老敬老的和谐家庭模式,以婚礼,甚至宗教等庄严的仪式向世人宣示他们的婚姻。这些婚姻形式,在农村和偏远地区非常普遍,既得到当事人的认可,也得到社会的认可,如果得不到法律的认可,将导致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,也不利于儿童利益的保护[33],有违法律的公平、和谐、文明价值。存在的更重要的问题是,为“算计”之人提供了法律保障和制度依赖。在双方共同生活期间,一旦一方发达,或有成就了,他可以不念双方的感情,利用法律的规定独享其成就、财富,而排除对方与其共享,即便对方为其发达与成就做出巨大的贡献,为其生儿育女,为其父母养老送终均在所不问;或者双方相亲相爱,共同致富,一旦一方意外死亡,被继承人的其他继承人,甚至兄弟姐妹均可利用法律的规定排除、剥夺生存配偶的继承权,将生存配偶与先逝配偶共同生活期间共同努力创造财富装入他人的口袋,这里面体现的法律逻辑便是,有了“结婚证”,双方恨的你死我活,仍不影响第一顺位的法定继承权,没有“结婚证”,即便双方爱的死去活来,仍与对方的遗产无缘。[34]

为了矫正该制度教育功能的负面效应,民法典应当承认和保护非登记式婚姻,给予其婚姻的地位[35]。在婚后劳动所得共同制下,双方共同生活,相互扶助、相互支撑,努力工作创造的财富二人共同所有,不会损害任何其他人的合法利益;同样,在配偶遗产限定继承的框架下,一方死亡,生存配偶对先逝配偶共同生活期间劳动所得的共同财产份额享有继承权,也不会损害先逝配偶父母等其他继承人的利益。因为这部分遗产与生存配偶支持与帮助、鼓励与关怀,甚至共同努力、共同创造密不可分[36]。

因登记与否决定“事实婚”配偶财产共同所有及相互继承权,是法的形式正义与实质正义的冲突和较量。为了实现法的形式正义,而决然否定、舍弃法的实质正义,不是理性的解决冲突的方法,我们既要维护婚姻的尊严和秩序,以实现法的形式正义,又要尊重双方的真实情感及婚姻的实质,以实现法的实质正义。同时,还要尽可能地处理好配偶与父母、子女之间利益的平衡。婚后所得共同制和配偶遗产的限定继承制度的前提下,承认“事实婚”的法律效力,可以在维护法的形式正义的同时,实现法的实质正义,同时矫正法教育功能的负面效应。

(五)修改数人于同一事件中死亡时间的认定规则

关于两个相互有继承关系的人于同一事件中死亡时间的认定,《民法典继承编(草案)》保持与最高人民法院司法解释[37]相同的态度,有三个核心点:其一,能确定死亡先后时间的,以确定的死亡时间为准;其二,不能确定死亡先后时间的,推定没有继承人的人先死亡;其三,死亡人各自都有继承人,几个死亡人辈份不同的,推定长辈先死亡;几个死亡人辈份相同的,推定同时死亡,彼此不发生继承。这三个核心点,除第二点意在避免遗产归国家所有,充分表达法的人文关怀之外,其他两点均有鼓励“理性算计”之嫌,并且适用的结果有违法的公平价值、自由价值。这两点的共同点是以尊

重客观真实或客观规律为原则认定死亡时间，第一点以尊重客观真相为立论的根据，得出结论，能够确定死亡时间的，以确定的时间为准；第三点则以尊重客观规律为立论准则，依人类生老病死的一般规律，长辈先于晚辈死亡是生活的常态，故于不能确定死亡时间场合，推定长辈死亡时间在先，同辈则认定同时死亡。不否认“以事实为根据，以法律为准绳”是放之四海而皆准的道理，但在此种情境中，探寻真相、遵循规律的过程或结果却让深入其中的人们对他人的财产充满了贪婪和算计。夫妻是同辈中相互有继承权的常态，夫妻在同一事件中死亡，经过繁琐的调查取证能够确定夫先于妻死亡，即便是先死亡两秒钟，妻继承了夫的遗产，瞬即转由妻的父母继承。仅几秒钟之差，妻的父母能够继承夫妻财产的四分之三强，而夫的父母仅能继承夫妻财产的四分之一弱；父母与子女是相互有继承权的长辈与晚辈的常态，父与已经结婚的儿子于同一事件中死亡，遵循客观规律，认定父先于子死亡，在现行法的制度框架下，父亲的遗产儿子继承后转由儿媳继承，无异于本应由母亲或其他晚辈继承的份额被儿媳剥夺了。或者换一种情境，父亲与母亲离婚，母亲再嫁他人，父与子同一事件中死亡，儿子继承父亲的遗产转由其唯一继承人母亲继承，遵循规律的结果使本应由父亲的其他继承人继承的遗产份额被父亲的前妻剥夺了。可见，探寻客观真实或遵循客观规律的结果不仅在继承人之间造就了不公平，甚至违背了被继承人的意志，还告诉所有涉及其中的人们，有利用法律规定获得意外之财之幸运，为了获得更多的遗产，会竭尽全力寻找证据证明对自己有利的死亡时间及推定或者对抗对方的主张和证明，当这样的结果需要耗费巨额的证明成本和诉讼成本方能实现，并激发了人性中的恶，导致了亲属之间的不和谐，尊重死亡时间的客观真实与客观规律还真的有意义吗？

鉴于此，相互有继承权的数人于同一事件中死亡，死亡时间的认定规则应当修改为：“相互有继承权的数人于同一事件中死亡的，推定没有继承人的人先死亡；死亡人各自都有继承人的，推定同时死亡。但是，两死者之一有直系卑亲属的，在准许代位继承的情况下，该直系卑亲属可以代替其被继承人继承另一人的遗产”[38]。生存配偶在英国《继承法》上享有特别优惠的权利。英国《继承法》赋予了生存配偶优越的继承顺位，赋予生存配偶先取权，同时对先取后的一半遗产赋予其终生所有权，并对与先逝配偶生前共同生活居住的房屋享有优先继承的权利。[39]但《〈继承法〉改革法》规定：如果生存配偶于无遗嘱者死亡后 28 天内死亡，则该配偶视为非晚于先逝配偶死亡。[40]其目的显然，既然生存配偶很快就要逝去，继承遗产无法享用，继承的一切意义将不复存在，不必以生存配偶的身份继承先逝配偶的遗产，从而确保先逝配偶的遗产在其血缘亲属之间传承。从本质上说，遗产传承的意义在于尚活在世上的人享受财产的利益或将财产发扬光大。每一个人都愿意将遗产留传给自己最亲、最爱的人，以此给予他们生活的保障和财产利用的满足，他不希望他一生所累获得的财富为他人的盘中餐、囊中物。法定继承人的范围与顺位就是根据与被继承人的亲等关系而进行的制度安排，以确保被继承人的遗产能够依据被继承人的意愿传承。不探寻死亡时间的客观真相，也不遵循生老病死的客观规律，推定数人同时死亡，可以确保自己的遗产由自己的继承人继承，而不会经由稍瞬即亡的继承人转由其他不知为谁的人继承。尤其是，以代位继承兜底，可以确保“遗产下流”。更有意义的是可以避免关涉其中的人就遗产展开的争斗，教导人们树立正确的金钱观，增进人们之间的和谐与友善。

（六）赋予继承协议以遗赠扶养协议相同的法律效力

继承人之间就继承遗产、赡养父母等问题协商一致达成的协议，为继承协议。就协议的内容而言，继承协议与遗赠抚养协议不无区别，但协议的主体不同，遗赠扶养协议的主体是被继承人与受遗赠人，

而继承协议的主体是继承人。通常因为父母年迈没有表达意思的能力，或没有表达意愿的意识，继承人之间又有经济条件好与差、忙与闲的不同情况，继承人之间便签订合同，约定闲暇时间多，且经济条件差的继承人多照顾病重的父母，待父母逝去，遗产全部由其继承。现实生活中大多数的协议不是遗赠扶养协议，而是继承协议。但是，因为现行《继承法》没有对继承协议进行规定，一旦继承人依据协议约定对父母尽了赡养义务，而另一继承人因作为遗产的房产大幅升值不愿意继续履行合同，而在二者之间发生继承协议是否有效的争议时，法官通常以处分遗产的协议应当是被继承人与继承人之间签订，继承人与继承人之间签订协议，主体不适格；继承人赡养父母是其应尽的法定义务，不构成其继承全部遗产的代价等理由，认定继承协议无效，于是，未尽赡养义务的继承人与尽了赡养义务的继承人一样享有同等的继承权。暂且不问法官的裁判理由是否正确，认定协议无效意味着使善于“算计”的继承人利用合同的签订及合同的无效在没有尽任何赡养义务的前提下继承了被继承人的遗产，将不善于“算计”的人置于不利的地位。启示人们财富原来可以通过“算计”获得，理性“算计”是获得利益的“法宝”；同时，也警示不善“算计”的人对于善于“算计”之人要警惕和防范。这样一来，必然导致赡养义务的相互推诿、相互攀比，甚至导致家庭纠纷。鉴于此，民法典继承编应将继承协议置于遗赠扶养协议相同的地位，教育、鼓励人们积极地赡养老人，在家庭关系中恪守承诺，善待处于弱势地位的亲属，促进家庭与亲属关系的文明与和谐。

【作者简介】

马新彦 ，吉林大学法学院教授，博士生导师。

【注释】

[1]参见周伟、任高潮：《论法的教育功能》，《西北政法学院学报》1987 年第 2 期，第 21 页。

[2]参见周旺生：《法的功能与法的作用辨析》，《政法论坛》2006 年第 5 期，第 110 页。

[3]陈鑫泽《论刑罚教育功能的非强制性》，《湖北师范大学学报(哲学社会科学版)》2018 年第 3 期，第 60 页；陈伟：《教育刑与刑罚的教育功能》，《法学研究》2011 年第 6 期，第 155 页。

[4]参见张明新：《法的教育作用简论》，《徐州师范学院学报(哲学社会科学版)》1995 年第 3 期，第 138-139 页。

[5]参见张文显主编：《法理学》，高等教育出版社 2018 年版，第 79 页。

[6]前引[1]，周伟、任高潮文，第 24 页。

[7]参见周赟：《法律与教化——从儒家的教化理念吁归法治工程中的教化》，《太平洋学报》2008 年第 1 期，第 95-96 页。

[8]前引[4]，张明新文，第 130 页。

[9]参见陈鑫泽《论刑罚教育功能的非强制性》，《湖北师范大学学报(哲学社会科学版)》，2018 年第 3 期，第 60 页。

[10]同上注。

[11]前引[2]，周旺生文，第 112 页。

[12]前引[1]，周伟、任高潮文，第 22 页。

[13]参见[法]孟德斯鸠：《论法的精神》(上册)，张雁深译，商务印书馆 1961 年版，第 87 页。

[14]参见前引[7]周赟文，第 91 页。

[15]前引[2]，周旺生文，第 112 页。

[16]张文显：《发挥法治在弘扬核心价值观中的独特作用》，《人民日报》2019 年 7 月 23 日，第 7 版。

[17]前引[7]，周赟文，第 89 页。

[18]同上注。

[19]参见申晨：《夫妻财产法价值本位位移及实现方式——以约定财产制的完善为重点》，《法学家》2018 年第 2 期，第 2 页。

[20]前引[7]，周赟文，第 89 页。

[21]前引[7]，周赟文，第 89 页。

[22]先逝配偶因身体受到伤害获得的医疗费、残疾人生活补助费。军人的伤亡保险金、伤残补助金、

医药生活补助费(《婚姻法解释二》第 13 条对此有规定)等个人财产于先逝配偶死亡时以其性质仍有剩余的，可以列为此类财产中。

[23]《婚姻法解释二》第 14 条详细规定了军人复员费、自主择业费认定为共有财产的比例。

[24]除此之外，夫妻财产制对配偶继承权也有一定的影响。

[25]《婚姻法解释(三)》第 4 条规定：婚姻关系存续期间，夫妻一方请求分割共同财产的，人民法院不予支持，但有下列重大理由且不损害债权人利益的除外：(1)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；(2)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的。

[26]参见《路易斯安那民法典》第 2374 条。

[27]参见《法国民法典》第 1443 条规定。

[28]曾春：《一起杀人案引发的思考——谈我国夫妻财产制的缺陷及其完善》，《西南民族学院学报(哲学社会科学版)》1999 年第 2 期，第 184 页。

[29]学者经对诸多国家的非常法定财产制进行比较研究之后，从非常法定财产制的类型、原因、公示、异议权等多个视角提出完善我国夫妻财产制的主张，就非常法定财产制的类型而言，主张借鉴国外法的规定设立当然的非常法定财产制和宣告的非常法定财产制两种类型，以实现法的自由价值、效率价值，以及平等价值。参见陈法：《论我国非常法定夫妻财产制的立法建构》，《现代法学》2018 年第 1 期，第 75-76 页。

[30]陈卫佐译注：《德国民法典》，法律出版社 2004 年版，第 505 页。

[31]依据《婚姻法解释(一)》第 5 条的规定，于 1994 年 2 月 1 日民政部《婚姻登记条例》公布后以夫妻名义同居生活者，未经补办婚姻登记的，不认定为有效的婚姻。

[32][德]恩格斯：《家庭、私有制和国家的起源》，中共中央马克思、恩格斯、列宁、斯大林著作编译局编译，人民出版社 2018 年版，第 83 页。

[33]参见孙宪忠：《民法典婚姻家庭编草案应该解决的四个问题》，《中国人大》2019 年第 13 期，第 53 页。

[34]《澳门特别行政区民法典》第 1985 条规定，无配偶、直系血亲卑亲属及直系血亲尊亲属时，赋权于在被继承人死亡时正与其有事实婚关系之人继承，但在此之前该关系须至少已维持四年。

[35]前引[33]，孙宪忠文，第 53 页。

[36]参见夏吟兰：《特留份制度之伦理价值分析》，《现代法学》2012 年第 5 期，第 43 页。

[37]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 2 条“相互有继承关系的几个人在同一事件中死亡，如不能确定死亡先后时间的，推定没有继承人的人先死亡。死亡人各自都有继承人的，如几个死亡人辈份不同，推定长辈先死亡；几个死亡人辈份相同，推定同时死亡，彼此不发生继承，由他们各自的继承人分别继承。”

[38]《法国民法典》曾经制定了详细的死亡时间推定规则，意在遵循死亡时间的客观真实。第 721 和第 722 条规定：在同一事件中死亡的数人均不满 15 岁时，推定年龄最大的为后死者；若死亡的数人均在 60 岁以上，则年龄最小的为后死者；若死亡的数人有的不满 15 岁，有的 60 岁以上的，推定年幼者后死；死亡的数人年龄在 15 岁以上至 60 岁以下，而且年龄相同，或者相差不足一岁，推定男性后于女性死亡。这样的繁琐细致的推定规则于 2001 年修改为：无从确定死亡先后顺序的，推定同时死亡，相互之间不发生继承。但是，两死者之一有直系卑亲属的，在准许代位继承的情况下，该直系卑亲属可以代替其被继承人继承另一人的遗产。法国民法典从推定死亡有先后到推定同时死亡是立法的价值理念转变的结果，值得为我所借鉴。但不能不说，《法国民法典》推定规则的改革还不够彻底。

[39]陈苇主编：《外国继承法比较与中国民法典继承编制定研究》，北京大学出版社 2011 年版，第 3

90-391 页。
[40][英]安德鲁·伊沃比：《继承法基础》(Essential Succession)(英文版第 2 版)，武汉大学出版社 2004 年版，第 145 页。

监护在婚姻家庭制度中的地位

2020-02-28 法学在线　曲晓梦

http://article.chinalawinfo.com/ArticleFullText.aspx?ArticleId=111798&listType=1

【法宝引证码】CLI.A.0111798

【学科类别】婚姻、家庭法
【出处】中国民商法律网
【写作时间】2017 年

【中文摘要】新近颁布的《民法总则》继承了《民法通则》的做法，在民事主体的自然人中规定了监护制度。对于监护制度的定位，河南大学环境与民商法研究所杜启顺讲师在《论监护在婚姻家庭制度中的地位及立法完善——以民法典的编纂和<民法总则>为背景》一文中，通过介绍监护与亲权制度的衍变，指出我国监护制度目前存在的不足，并提出了完善我国监护及婚姻家庭相关制度的建议。

【中文关键字】民法典；亲权；婚姻；监护制度

【全文】

新近颁布的《民法总则》继承了《民法通则》的做法，在民事主体的自然人中规定了监护制度。对于监护制度的定位，河南大学环境与民商法研究所杜启顺讲师在《论监护在婚姻家庭制度中的地位及立法完善——以民法典的编纂和<民法总则>为背景》一文中，通过介绍监护与亲权制度的衍变，指出我国监护制度目前存在的不足，并提出了完善我国监护及婚姻家庭相关制度的建议。

一、监护与亲权制度的域外立法比较

监护制度、亲权制度、保佐制度三者之间具有密切关联，民法中的监护与亲权制度均脱胎于罗马法。但罗马法中并没有直接的亲权制度，而是有家长权、监护和保佐制度，即亲权制度与罗马法的家长制度密切相关。关于监护与亲权制度的域外立法具体如下图所示：

法系/法典	与监护、亲权制度相关内容
罗马法	没有直接的亲权制度，有家长权、监护和保佐制度，亲权制度与罗马法家长制密切相关。
法国民法典	立法上直接源于罗马《法学阶梯》人卷中专编规定有亲权和监护制度。
德国民法典	受惠于罗马《学说汇纂》和《法国民法典》，亲权被称为父母照顾权，即父母有义务和有权利照顾未成年的子女。父母照顾权包括对子女的人身照顾权和财产照顾权。
日本民法典	民法典中设亲属编，**亲权与监护开始有所重合，亲权的内容可以包括监护**。如规定未成年子女服从父母的亲权，行使亲权的人有监护、教育子女的权利及义务。
英美法系	**基本采取广义的监护，不具体区分监护和亲权**，监护关系的调整适用一系列单行的法律、法规。除英美外，加拿大等国家的法律中亲权与监护不分，总称为监护。

由此看出，监护与亲权制度并无固定的统一模式，各国根据自身情况对无民事行为能力人和限制民事行为能力人设立保护，其主旨是维护未成年的人身和财产利益，进而维持相关社会秩序的稳定。其中，监护制度是普遍存在和必不可少的制度，亲权则可以与监护权分立或被监护权包容。

二、我国关于监护与亲权制度的立法规定

我国传统民法由西方大陆法系民法衍变而来，因此传统民法中坚持监护权与亲权是两种不同的制度。

我国《民法通则》于公民（自然人）章规定监护一节，其中并没有规定亲权制度。而监护的设置，主要分别规定了对未成年人的监护和对精神病人的监护，其立法意图是不允许未成年人和精神病人没有监护人的情况存在。如第 16 条第 1 款规定："未成年人的父母是未成年人的监护人。"第 2 款规定："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。"就监护人的职责，《民法通则》将传统民法中规定的亲权和监护权内容融合在一起，于《民法通则》第 18 条专门进行了规定。

我国《民法总则》的自然人章，仍专门规定第二节为监护，而没有规定亲权，并径直规定父母与子女的关系问题。如《民法总则》第 26 条第 1 款规定："父母对未成年子女负有抚养、教育和保护的义务。"第 2 款规定："成年子女对父母负有赡养、扶助和保护的义务。可见，第 1 款规定的是父母对未成年子女的义务，而非权利，应当是监护人的监护义务内容，而非亲权。第 2 款规定的是成年子女对父母进行赡养、扶助和保护的义务，在性质上也不能属于亲权，超出了传统监护的范畴。

由此可见，我国《民法总则》继续坚持了《民法通则》的做法，用监护制度融合了亲权制度，采取了一种简单统一的监护制度立法模式。

三、我国监护制度存在的问题

我国在自然人民事主体制度中关于监护的规定虽然简单明白，但在社会生活的发展中，也暴露出不足。

（一）需要被监护的主体没有被完全覆盖

《民法总则》于 28 条规定了无民事行为能力或限制民事行为能力的成年人的监护顺序，不再使用《民法通则》中的精神病人概念。尽管扩大了被监护人的范围，将智力障碍者以及因疾病等原因丧失或者部分丧失辨识认知能力的成年人也纳入被监护人范围，但仍然没有涵盖那些并不属于精神病人及智力障碍或因疾病等原因而丧失辨认能力的人。比如，并非精神或者疾病而是因某种嗜好因素影响到其正常进行民商事活动的人，如因醉酒、吸毒、赌博等因素影响到其民商事行为的人。

（二）我国《民法总则》仍然把监护放在了主体自然人制度当中

从民法与市场经济的关系方面看，主体包括自然人、法人和其他组织，关注的主要是参加市场经济关系的资格问题，主体中本人不在时，关注的主要是本人的代理人问题。而监护所关注的重点主要是父母对于子女的抚养教育和看护，是监护人对被监护人的监督和保护，而不是参加市场的主体资格问题。因此国外许多著名的民法典通常将监护放在婚姻家庭法当中，而把代理人制度放在了主体制度中。我国《民法总则》把监护规定在自然人主体中，把代理规定于民事法律行为制度，是一种不同于国外的做法。这为将来在进行婚姻家庭法编纂时，如何处理和协调好主体中的监护制度与婚姻家庭法中的父母子女关系之间可能存在的矛盾，留下一定的隐患。

（三）缺少监护监督制度

《民法总则》第 34 条第 3 款规定，监护人侵害被监护人合法权益或不履行监护职责的应当承担责任。这一规定从立法上对监护权的行使进行了

监督，但该规定没有辅助性的条款予以保障实施，缺乏可操作性。例如是否应当确立监护监督人，监督权怎么行使，都没有具体的规定。

此外，我国的监护制度还在监护人的缺位、监护人及其顺序的确定由法律全部直接规定，不符合社会生活情形和实际需求等问题。

四、我国监护与婚姻家庭相关制度的完善

通过以上分析，在我国民法典编纂中，还应当对监护和婚姻家庭相关制度进行如下几方面的完善。

（一）应继续坚持统一监护的立法体例

监护的实质是对无民事行为能力或限制民事行为能力人的人身和财产的保护。未成年人的父母所承担的监护责任与未成年人没有父母时其祖父母、外祖父母所要承担的责任并无区别。因此没有必要在监护制度之外另行规定亲权。既然《民法总则》中没有规定亲权和监护双重制度，为保持法典前后的统一性，建议在人身权的婚姻家庭制度方面，不必特别规定亲权制度。

（二）应当对监护人的资格和条件做出规定

现行法律中对于监护人的条件和资格存在不完善现象。如父母为未成年人的当然监护人，但其中有的父母存在着吸毒、赌博等不良恶习，根本不适合作为监护人。根据现行规定不能当然排除，继而让适合对未成年子女进行监护的其他人担任监护职责。

同时，我国《民法通则》和《民法总则》中，都有对监护人资格撤销的规定的，但没有对监护人所应当具备的资格条件进行正面的规定。尽管《民法总则》针对实践中监护人侵害被监护人合法权益的情况规定了法院可以依申请撤销监护人的资格、依法指定新的监护人，并对提起诉讼的主体、适用情形、监护人资格的恢复等作了规定，但都是事后补救行为。应当规定和细化监护人的任职条件而不只是规定事后的撤销情形。

（三）建立监护监督机制

一方面，在意定监督制度中，建立成年人的意定监护监督人制度。另一方面，建立和完善监护监督机构。建议将两个机构设置为监护监督主体：一是被监护人的所在单位、住所地的居民委员会、村民委员会；二是行政机关监护监督机构，由政府的民政主管部门作为国家法定的监护监督机构，行使监护监督的行政权力。

民法典编纂正在如火如荼地进行中，《民法总则》沿袭《民法通则》的做法，用监护制度融合亲权制度，实行统一监护的立法体例。这一做法符合当前现实，值得肯定。但是同时，我们需要总结关于监护制度的不足，为后续婚姻家庭制度的编纂提供借鉴，从而推进立法精细化，使民法典前后呼应、尽善尽美。

【作者简介】
曲晓梦，中国民商法律网。

【参考文献】
杜启顺：《论监护在婚姻家庭制度中的地位及立法完善——以民法典的编纂和<民法总则>为背景》，载《法学杂志》2017 年第 8 期。

庄加园 | 试论遗赠的债物两分效力

2020-03-05 民法九人行 庄加园

https://mp.weixin.qq.com/s/laojuFYsicVdZsn1p7qzeg

庄加园
上海交通大学凯原法学院副教授
《法学家》2015 年第 5 期

摘要：继承与遗赠被一同规定于《物权法》第 29 条，不免使人认为遗赠与继承均可直接引起物权变动。由此，产生物权效力的遗赠将导致承认意思主义的物权变动模式，打破现行法的既有安排。更为重要的是，为保障遗产债务获得清偿，受遗赠人必须在遗赠物的价值范围内负有清偿债务义务，混淆了遗赠与遗嘱继承的差别。此外，为平衡遗产债权人与遗赠人的利益，必须在现行法补充具体的规则，以限制受遗赠人行使物权，导致遗赠人的物权有名无实。《物权法》第 29 条不应被解读为立法者意图改变既有的遗赠效力，而是坚持传统的债法效力。

关键词：遗赠；继承；债权请求权；物权效力；债务清偿

继承作为非基于法律行为的物权变动原因，直接使继承人获得物权，而不依赖于当事人的意思。学界有观点认为遗赠与继承相同，不必经由动产交付或不动产登记，即可发生物权变动的效力。果真如此，遗赠的物权变动是否构成现行物权变动体系的例外，其理论依据究竟何在？倘若遗赠能直接引起物权变动，是否会影响遗产的债务清偿？例如，遗赠人获得大部分遗产而不负清偿债务义务，而继承人仅就继承遗产数额负担债务清偿，由此使得遗产债权人无法获得足额清偿？针对以上问题，本文认为有必要考察遗赠的性质、效力与物权变动，才能进行较为全面的回答。

一、遗赠的性质与效力

遗赠是否可引起物权变动，应首先考察遗赠的性质与效力。

1. 遗赠的性质：单方行为或合同之争

《继承法》第 25 条第 2 款规定："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。"据此，有人认为接受遗赠类似于合同订立中的承诺，而遗赠的意思表示则成为要约，其理由在于，域外法律多规定受遗赠人接受遗赠，不必作出接受的表示，若其不愿接受遗赠，则必须作出放弃遗赠的表示。由于我国法对接受遗赠的表示较为独特，采取不同的解释论也就理所当然。

然而，这一基于合同视角的解释路径将与传统学说下的遗赠性质发生矛盾。因为按照我国学说，遗赠是指遗赠人将其财产无偿给予继承人之外第三人的单方法律行为。根据通说，遗赠为单方法律行为，只须表意人一方意思表示即可成立，无需他人（受遗赠人）同意即可发生法律效力。同时，遗赠又为死因行为，应自遗赠人死亡时才发生法律效力，其既无须受遗赠人的同意，也不需要受遗赠人接受遗赠的意思表示到达相对人。而且，遗赠的意思表示若被理解为要约，还会面临要约必须到达相对人的障碍。因为遗赠表示不以到达受遗赠人为生效要件。倘使承认受遗赠人的接受遗赠为承诺，若其于受遗赠人死亡前获悉遗赠而表示接受，则使得合同成立，并进而对遗赠人发生拘束力，这将违背遗赠人有权随时撤回遗赠的基本原理。

因此，受遗赠人接受遗赠，并非合同法意义上的承诺。受遗赠人放弃遗赠，也不过是放弃受遗赠权。这就好比继承人放弃继承，只是使得该放弃溯及于被继承人死亡时，而未将继承的法律后果推延至继承人接受继承时发生。同理，受遗赠人放弃遗赠溯及于遗赠人死亡时，视为自始不发生效力，并非使得遗赠推迟至接受时才发生效力。若受遗赠人放弃遗赠不溯及于遗赠人死亡时，则遗赠物所生孳息可能归属于受遗赠人，由此违反其放弃遗赠的意愿。从法律效果来看，倘若遗赠生效以受遗赠人接受遗赠为要件，遗赠人死亡至接受遗赠的这段时间就会出现无主财产，中间期间产生的孳息也将成为无主物。而遗赠物属于继承人所有的观点，正好可以避免以上不利状况。

2. 遗赠：非基于法律行为的物权变动

根据以上内容，遗赠虽自被继承人（遗赠人）死亡时发生效力，仍是基于法律行为而发生的物权变动，由此区别于作为法律事实之事件的继承。前者的效果意思旨在发生特定的物权变动，而后者则是法律基于特定情况的考虑。继承引起的物权变动，在于避免被继承人死亡后，遗产没有主体而导致利害关系人的利益受损。就此而言，继承与遗赠这两类不同性质的原因所引起的物权变动合并于《物权法》第 29 条，似乎也是我国立法的创设，在比较法上亦属罕见。

有观点认为，遗赠虽是依照单方法律行为发生的物权变动，依照公认的法理，同样适用于继承的规则，不经物权公示而发生移转。其所谓“公认的法理”，来自于一些立法例，如《瑞士民法典》第 656 条第 2 款、我国台湾地区“民法”第 759 条，然后援用于其他物权变动。然而，《瑞士民法典》第 656 条第 2 款仅包括“先占、继承、征收、强制执行或法院判决”；我国台湾地区“民法”第 759 条列举“继承、强制执行、征收、法院之判决”，都未提及遗赠的情形。因此，所谓公认的法理并无确实依据，其正当性不免令人怀疑。

还有学者主张，《物权法》第 29 条合并继承与遗赠的理由在于，遗赠只是单方的意思表示。遗赠虽为法律行为，却系无偿行为，就此不同于作为交易行为表现形态的双方意思表示。而从我国的经验来看，基于法律行为的物权变动是与交易密切相关的。为此，无论是单方法律行为的物权变动，还是非基于法律行为的物权变动，都共同被置于《物权法》第 29 条之下，无须办理不动产登记或交付动产。

这一观点面临着诸多疑问。首先，合同法也包括无偿的非交易行为，如赠与合同。赠与合同并非自赠与之时发生物权变动，为何遗赠却要创造这一例外？此外，同为单方法律行为的抛弃为何未曾落入立法者的视野？难道抛弃动产和不动产的行为，也是自权利人作出抛弃的意思表示时发生效力，无须放弃动产占有与涂销不动产登记？所谓单方的意思表示，在物权变动上可作为例外的主张，既缺少学理依据，也无现行法支撑。

3. 物权变动体系视角下的遗赠效力之争

遗赠通常在遗赠人死亡时发生法律效力，也就是受遗赠人在遗赠人死亡时获得请求权，该权利要求获得特定给付，却不能使其承担相应的义务。遗赠义务人一般为遗嘱执行人、遗产管理人。但若遗赠人死亡后，其财产由于继承而由其继承人享有。此时，若遗赠人没有指定遗嘱执行人或遗产管理人，则多由继承人来履行遗赠义务。

遗赠究竟发生债权效力，还是物权效力，学界存有争议。多数学者认为遗赠具有债权效力。也有学者认为遗赠具有物权效力，因为受遗赠人若在法定期间接受遗赠，则其效力溯及于继承开始时生效。受遗赠人自此时起获得遗赠物所有权，基于所有权而有权请求遗赠义务人交付标的物，该请求权是物上请求权。还有学者认为，继承权在我国民法体系中是独立于物权和债权之外的财产权，因此具有独立的法律效力。

遗赠发生债权效力，符合现有的遗产债务清偿顺序。根据《继承法》第 34 条的规定，遗产先应清偿应纳税款和债务，若有剩余的财产才能发生遗赠。换言之，遗赠请求权的顺位劣后于以上两者，当遗产不足清偿时，遗赠请求权无法获得实现。受遗赠人在继承开始后，自继承人或遗嘱执行人交付动产或进行不动产登记，遗赠的物权效力才能发生。

我国《继承法》生效之时，市场经济尚未确定，苏联民法理论对婚姻、继承领域的民事立法尚有较大影响。苏联民法理论也主张遗赠请求权具有债法请求权的性质。受遗赠人由于遗产赠与有权请求继承人履行遗赠人的义务，受遗赠人就是继承人的债权人。1964 年《苏俄民法典》第 538 条第 1 款更是明确规定，遗嘱人有权通过遗嘱要求继承人履行有利于一人或几个人（遗赠获得者）的某种义务（遗赠），遗赠获得者有权要求履行这一义务。

主张遗赠具有债权效力，主要还是着眼于我国

现行的物权变动体系。物权变动除需要当事人的意思之外，原则上还要求践行不动产登记或动产交付。当事人的意思至多发生债法请求权，而不能直接引起物权变动。正因为如此，无论是采物权形式主义的德国，还是采债权形式主义的奥地利、瑞士等国，都仅使遗赠引起债法请求权的效力，物权变动原则上需办理不动产登记或动产交付。而采意思主义的法国、意大利、日本等国则使遗赠发生物权效力。

有学者指出，无论是债权效力的遗赠，还是物权效力的遗赠，因不同国家的物权变动模式而异，在特定物遗赠时表现得尤为明显。如果允许遗赠发生物权效力，遗赠将根据标的物是否特定而发生不同效力。特定物遗赠从遗产中给付特定标的物、债权或权利，因其标的物特定，当遗赠人死亡时，特定物的物权即可移转于受遗赠人。非特定物遗赠因标的物尚未特定，无从发生物权移转，须待标的物特定之后方能移转。如甲在遗嘱中对其所有的两辆同型号自行车进行以下处置：一辆遗赠于乙，另一辆则由丙继承。当甲死亡时，由于这两辆自行车尚未特定化而无法发生物权变动，乙必须等遗赠自行车被特定化并向其交付时，才能取得所有权。引入物权效力的遗赠，还会导致将金钱遗赠与其他标的物遗赠区别对待。倘若不是遗赠已被特定化的金钱，一般的金钱遗赠只能发生债法上的请求权。如遗赠人甲将遗产中 1 万元人民币遗赠给侄子乙，即使其死亡时的遗产价值扣除债务后有 10 万元人民币之多，也因金钱无法被特定化而不能即刻发生物权移转。

因此，有学者认为，《物权法》第 29 条混淆了遗赠生效和遗赠的物权变动，遗赠生效应为遗赠仅发生债法上的请求权。笔者对此深表赞同，无论遗赠物是种类物，还是特定物，遗赠都只能发生债权效力。

二、物权效力的缺陷

《物权法》第 29 条将遗赠物权变动的时间明定于受遗赠开始之时。基于这一立法，有些学者认为，遗赠能够导致物权变动，遗赠开始的时间与继承相同，应为遗赠人死亡之时。还有学者认为，遗赠的物权变动开始于受遗赠人接受遗赠时。因为基于《继承法》第 25 条第 2 款，受遗赠人应自知道受遗赠的两个月内表示接受遗赠，自此才能取得遗产物权；到期没有表示或逾期才表示此意思，都不能取得物权。

以上两种观点，无论是遗赠物权移转自被继承人死亡时发生，还是认为物权变动自受遗赠人接受遗赠时发生，其实质都是认为遗赠直接导致物权变动。倘使这些观点只是无法整合于现有理论体系，至多只是创造物权变动的例外。但若其结果会损害遗赠关系之外的第三人利益，那就会引起实体法上的不公正。考虑到《继承法》对遗产债务清偿的现有规定过于简陋，既无遗产管理、清算制度，也无债权公告申报制度，由此加剧了遗产债务清偿的难度，不利于保护被继承人的债权人利益。如果现行法允许物权效力的遗赠，首先将面对遗赠物权变动与遗产债务清偿的关系。只有以此为基础来分析各方利益，才能构建合理的解释路径。

1. 物权变动与继承法债务清偿顺序的冲突

遗赠若能发生物权效力，则会与被继承人（遗赠人）的债务清偿顺序发生不可避免的冲突。《继承法》对遗产债务和遗赠所生债务的规则确定如下：（1）遗产债务只能在遗产实际价值范围内进行有限清偿（《继承法》第 19 条）；（2）清偿税款和债务的顺序优先于遗赠（《继承法》第 33、34 条）。为此，遗产债务能否获得清偿必须置于首要位置。遗产债务除用于管理、分割遗产和执行遗嘱的继承费用之外，主要包括税款和被继承人的其他债务。受遗赠人的利益与被继承人的债权人相比，应处于劣后的地位。否则，遗赠从遗产中将遗赠物以物权的效力予以分离，这将降低被继承人的债权人获得清偿的可能性。例如，被继承人甲拥有价值 100 万元的动产和不动产（皆为特定物），他将价值 90 万元的财产遗赠给乙。乙在获悉甲死亡后一周内表示接受遗赠，甲的法定继承人丙则继承剩余 10 万

元遗产。但甲死亡时尚欠债权人丁 50 万的债务，丙至多以遗产为限负有清偿 10 万元债务的义务，剩余 40 万债务由谁清偿？

对此，《最高人民法院关于贯彻〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》（以下简称《继承法意见》）第 62 条已有类似规定，“遗产已被分割而未清偿债务时，如有法定继承又有遗嘱继承和遗赠的，首先由法定继承人用其所得遗产清偿债务；不足清偿时，剩余的债务由遗嘱继承人和受遗赠人按比例用所得遗产偿还。”尽管《继承法意见》第 62 条规范的是在遗产债务未获清偿而遗产已被分割的情况，但若受遗赠人直接获得遗赠物的所有权，他也应在受遗赠的价值范围负有清偿遗产债务的义务，只是其清偿顺位应在法定继承人之后。两者的共同点在于，当受遗赠人在债务未获清偿时就获得物权，为保护遗产债权人的利益，不能免除其清偿遗产债务的义务。此情况可比照《继承法意见》第 62 条，当法定继承人所获遗产不足清偿债务时，应由受遗赠人按比例用其所得遗产偿还。上例的丙以 10 万元遗产先行清偿后，受遗赠人乙仍须清偿剩余的 40 万债务。

受遗赠人在遗赠物价值范围内负有清偿义务，看似也能兼顾遗产债务的清偿，却存在着制度性隐忧。由于我国奉行无条件的限定继承，即继承人只以继承财产价值为限清偿遗产债务。若是遗赠发生物权效力，则受遗赠人也仅在遗赠物价值范围内负担清偿义务。但我国对遗产清算既未设立遗产管理人，又缺乏对遗产清册的规定，以至于遗产数额究竟多少，受遗赠人到底获得多大价值的遗赠物，外人在继承发生后难以知晓。而且，现行继承程序还缺少公示催告程序，遗产处理程序难以得到公开，既不利于遗产债权人及早申报债权数额及清偿期限，也难以防止继承人只分割遗产而不清偿遗产债务，或者出现继承人与部分遗产债权人串通损害其他债权人的利益。假使被继承人死讯被隐瞒，遗产在其死亡后已被分割，且时间久远，被继承人的债务人要证明继承与遗赠的具体数额，也存在着相当难度。若受遗赠人坚称受遗赠物数额远低于被继承人债务，被继承人的债权人亦难加以反驳。

由此，原本应获清偿的债权人将处于不利的清偿顺位，被继承人债务不能清偿的风险将由其承担。假设受遗赠人获得遗赠物的物权后立即处分遗赠物，然后又将其所受对价挥霍殆尽；或者将遗赠物赠与他人，再或暗中转移、藏匿遗赠物，致使受遗赠人缺乏资力清偿被继承人的债务，被继承人的债权人与其他遗产债权人只能承担受遗赠人支付不能的风险。即便受遗赠人的恶意处分能被证明满足债权人撤销权的构成要件，被继承人的债权人还要费时费力，通过撤销权诉讼才可能追回本该优先清偿债务的遗赠财产，则又平添了许多不必要的成本与负担。

即便受遗赠人未实施处分、消费或隐匿遗赠物等类似行为，被继承人的债权人也可能与遗赠人的债权人发生有关遗赠物的争夺，由此处于不利的地位。若遗赠物遭到受遗赠人的债权人戊扣押、查封，被继承人的债权人丁有可能无法实现其债权。根据《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第 88 条第 1 款，在未适用参与分配程序的情况下，若多份生效法律文书确定金钱给付内容的多个债权人分别对同一被执行人申请执行，各债权人对执行标的物均无担保物权的，按照执行法院采取执行措施的先后顺序受偿。若戊所申请的查封、扣押等执行措施在时间上优先，则将处于优先受偿的地位。即便债权人丁在获悉后申请查封、扣押乙的财产，也将处于劣后的顺位。此外，受遗赠人若为企业，其破产的风险也可能由被继承人的债权人丁来承担。假设受遗赠人乙接受遗赠后被宣告破产，遗赠物将被列入破产财产。由于《企业破产法》并未为遗产债务设定优先清偿的顺位，丁对乙的债权只能作为普通债权等待破产分配，由此将处于劣后的不利地位。

或许有人认为，物权移转于受遗赠人的风险，并非物权效力的遗赠所独有。物权只要移转于继承人，就会发生如同受遗赠人相同的风险，例如继承

人的固有债权人也可能对遗产实施扣押。这一问题恐怕要视继承人为多数或单数而有所不同。通常继承人为多数时，他们在遗产分割前对遗产处于共同共有，各共有人的权利及于共有物的全部，而非共有物的特定部分。因根据《物权法》第 97 条，处分共同共有物的，应当经过全体共有人同意。换言之，单个共有人无权处分共有物。由于扣押的权利不能超过被执行人（共同继承人）的权利范围，既然某个共同继承人无权处分共有物，他的固有债权人自然也无权扣押共有物。但遗产共有人对整体遗产享有潜在的应有部分——应继份，只有待遗产清算完毕进行分割，其抽象的应继份才会转化为具体标的物之上的所有权。当继承人的固有债权人申请法院扣押遗产时，扣押对象至多只能是应继份，而非遗产中的具体标的物。

假设发生单独继承，如果被继承人的债务人向继承人要求清偿债务，由于继承人只就遗产为限而清偿债务，有权以此提出抗辩。但当继承人的固有债权人申请法院扣押继承人财产时，由于继承人的固有财产与遗产混为一体，继承人虽为限定继承，却无理由启动案外人异议程序。域外的限定继承都要求继承人（或遗产管理人）制定财产清册，申请遗产管理或遗产破产，以便将继承人固有财产与遗产相分离，同时继承人的处分权与管理权也移转于遗产管理人或破产管理人，以此避免遗产遭到继承人的固有债权人的扣押（参见《德国民法典》第 1984 条第 2 款）。即便发生上述扣押，继承人也有权提起案外人异议之诉。由于我国法的限定继承没有分离继承人固有财产与遗产，难以阻止继承人的固有债权人先行扣押遗产。由此可知，单独继承的以上风险在更大程度上归因于限定继承缺乏相应制度，在立法未修改前难以得到妥善解决。

2. 受遗赠人责任模式的缺陷

无论是债权效力的遗赠，还是物权效力的遗赠，都可以追溯至罗马法。后世各国立法有采债权效力的遗赠，如德国、瑞士、奥地利等国，受遗赠人获得请求受负担者（继承人、遗嘱执行人等）给付遗赠标的物的权利；也有采物权效力的遗赠，如法国、意大利等国，受遗赠人可直接取得属于遗赠人的物上权利。不管是哪种效力的遗赠，都不能影响遗产债务的清偿。物权效力的遗赠也会要求受遗赠人在一定情况下对遗产债务承担责任。具体言之，当遗产总额减去遗赠财产而不足清偿遗产债务时，受遗赠人不再纯受利益，而必须负有清偿义务。此时，他面临两种选择：要么如同继承人一样对外承担责任（外部关系的责任）；要么不出现于外部关系，完全由继承人来承担遗产清算，继承人为清偿遗产债务将有权处分遗赠物（内部关系的责任）。

根据“外部关系的责任”，受遗赠人在遗赠标的物价值范围内负担清偿义务。然而，这一义务在限制于遗赠标的物的责任模式下将遇到难以克服的困难。因为即使受遗赠人在转交遗赠物后承担债务清偿义务，只要其他遗产标的物尚足以清偿债务，遗赠物就不必被用于清偿债务。倘使被继承人的债权人申请法院扣押、查封遗赠物，受遗赠人就能对遗赠物的强制执行提出执行异议。显然，外部关系的责任模式加剧了遗产清算的难度，妨害被继承人的债权人获得清偿。

“内部关系的责任”虽能避免以上难题，却需要补充复杂的规则。无论受遗赠人追认与否，继承人都必须为清偿遗产债务而有权处分遗赠物。为此，继承人将首先把未遗赠的遗产标的物用于清偿。倘若被继承人的债权人申请法院强制执行遗赠物，只要遗产中还有足够的非遗赠财产来清偿债务，受遗赠人作为物权人就能提起执行异议，以阻止强制执行措施。只有在确定遗赠物不必清偿遗产债务时，受遗赠人才能自由处分遗赠物。然而，遗赠物是否足以清偿遗产债务，经常难以确定。继承人还会面临受遗赠人提前行使请求权，要求返还遗赠物以供其处分。因此，受遗赠人的对外责任使得继承人的处分权依赖于这样一个事实，即对遗赠物的处分是否为清偿遗产债务所必需。若非如此，则继承人对遗赠物的处分便成为无权处分。

倘若继承人有权处分遗赠物，用以清偿遗产债

务，那就必须剥夺受遗赠人排除妨害的权能。为此，受遗赠人必须被禁止处分遗赠物，直到确定该物不再为遗产债务清偿所需。不过，若遗赠物为不动产，受遗赠人在未经登记前，应如同未登记的继承人一样无法处分不动产（《物权法》第 31 条）。遗赠物若为动产，受遗赠人禁止处分虽属必要，却不能阻止善意取得的发生。倘使受遗赠人占有遗赠物，若其向善意第三人交付该动产，一旦满足《物权法》第 106 条“交付”与其他相关构成要件，即可使后者获得遗赠物所有权。若受遗赠人未占有遗赠物，而由继承人（或遗嘱执行人、遗产管理人）占有，受遗赠人通常无法转移遗赠物的直接占有但他可能通过指示交付的方式，将未届履行期限的遗赠（债法）请求权让与善意第三人，以实现让与返还请求权的要求。若《物权法》第 106 条的“交付”不限于移转直接占有，即使处分受到禁止，受遗赠人未曾占有遗赠物，善意第三人也能获取该物的所有权。

有人可能认为，特定物遗赠发生物权效力通常符合遗赠人的意思。谁遗赠某物，通常遗赠物就随着遗赠人死亡脱离遗产，受遗赠人就直接获得该标的物。受遗赠人将由此受到保护，免受继承人处分与被继承人的债权人申请强制执行所引起的妨害。“内部关系的责任”虽使受遗赠人在对外责任方面得到全面保护，免受继承人处分的影响，但其法律地位基本上如同仅享有债权的受遗赠人。因为那些复杂的规定排除了受遗赠人对遗赠物的处分权，就意味着实际上回归于债法效力的遗赠。立法还须进一步规定：除非获得继承人同意，受遗赠人无权取走遗赠物。这样一来，受遗赠人虽享有物权，实际上却被剥夺了物权权能，其物权的经济价值大为降低。

物权效力的遗赠必然导致受遗赠人负有清偿债务义务，由此打破现行法下纯给予利益的遗赠特征，混淆遗赠与遗嘱继承的差别。受遗赠人虽享有对特定遗赠物的物权，却在遗赠人债务清偿前不得处分遗赠物。同时，继承人与遗嘱执行人在其他遗产足以清偿债务前，不得随意处分和取走遗赠物。当遗赠物面临遗赠人的债权人扣押时，若尚有其他遗产可供执行，遗赠人有权提出执行异议。由此可见，受遗赠人清偿债务的义务，必须通过复杂精细的规则而具体化，方能保护被继承人的债权人，达到平衡双方利益的目的。而恰恰是这些规则，都无法在现行法中找到依据。

三、解释路径：受遗赠开始时的债物两分效力

有学者认为，既然《物权法》第 29 条与《继承法》存在冲突，要么删除该条，要么在《继承法》修改时规定概括遗赠制度。因还有学者认为，即便遗赠的物权变动存在着种种不合理之处，但“恶法亦法”。既然《物权法》第 29 条确定遗赠能够导致物权变动，那就应当“有法可依”。该学者认为应区分遗赠开始的时间与遗赠生效的时间。前者应为遗赠人死亡时，无论是单纯遗赠，还是附停止条件或附始期的遗赠，物权都自遗赠人死亡时发生变动。而附始期的遗赠在条件成就前或始期届至前尚未生效，物权却已发生变动。其理由在于，遗赠物权变动系法律直接规定的物权变动，并不取决于遗赠人的意思，该意思仅有限制执行的效力。

笔者认为，第一种立法论主张虽值赞许，但并未提供解决方案，似有远水不解近渴之嫌。第二种见解虽坚持解释论立场，但其观点却有多处值得商榷。所谓附始期的遗赠引起物权变动、却未使遗赠生效的主张，在逻辑上就存有疑问。倘使坚持遗赠是基于当事人意思而发生的法律行为，如何解释遗赠人如此矛盾的意思表示内容？这就势必导致从遗赠的效力中抹杀了遗赠人的意志因素，而创造不必要的法定物权变动例外。更为重要的是，其他种类遗赠的物权变动都自遗赠人死亡时发生的论断，则又回到物权效力的遗赠模式。尽管《物权法》晚于《继承法》22 年，但这并不当然意味着“新法优于旧法”。因为没有任何证据表明立法者要将遗赠原先的债权效力变更为物权效力。而且，考虑到物权效力的遗赠可能会影响遗产债务的清偿，势必

需要相应的复杂规则与之配套。而立法未曾提及这样的规则，学界也罕见相关讨论。有鉴于此，遗赠的物权变动不应解释为扬弃现有的债权效力的遗赠，转为遗赠直接导致物权发生变动的结论。

根据笔者浅见，《物权法》第 29 条的文义不能得出遗赠何时发生物权变动的结论。由于这一时点并不明确，存在多种解释可能。但法律的解释并非单纯文字游戏，而是要结合现有的法律体系、立法目的，并参考其立法史，方能得出一个较为理想的解释方案。

正如继承的物权变动应根据《继承法》第 2 条“继承自被继承人死亡时开始”，受遗赠开始的时间同样应参照《继承法》与其他法律。根据上文分析，“受遗赠开始时”不能等同于受遗赠人接受遗赠（《继承法》第 25 条第 2 款），而是要区分遗赠的债法请求权发生与物权变动的时点，根据《继承法》第 33 条才能确定。“受遗赠开始时”通常应自遗赠人死亡时即发生债法效力，即受遗赠人获得向继承人或遗嘱执行人的债法请求权。若受遗赠人在收到通知两个月内不为表示，遗赠人的债法请求权因放弃遗赠则溯及于遗赠人死亡时消灭。在清偿遗嘱人依法应当缴纳的税款和债务之前，受遗赠人尚不能请求遗赠义务人履行这一给付请求权。只有当《继承法》第 33 条的税款和债务得到清偿后，遗赠财产尚有剩余，受遗赠人才能向相关义务人主张这一请求权。具体言之，遗赠物若为特定物，则特定物未用于清偿债权或税款；遗赠物若为种类物，则受遗赠人根据种类之债，将其特定化后方可请求履行；遗赠物若为金钱，则金钱尚有多余方可履行。

与遗赠相关的物权变动虽受到清偿遗产债务的限制，却不宜解释为遗赠的物权变动附有停止条件，该条件为遗嘱人依法应当缴纳的税款和债务得到清偿。一旦条件得到满足，遗赠物的物权变动就自动发生。这一主张对法律行为所附条件概念认识有误，法律行为所附条件来自于当事人约定的内容，而非源于法律。遗赠人在遗嘱中赠与他人以利益时，通常不会考虑以清偿债务作为遗赠生效的条件。因此，附条件法律行为不能用于解释遗赠的物权变动。

在清偿遗嘱人依法应当缴纳的税款和债务后，物权法的“受遗赠开始时”方才启动。此时，作为遗赠义务人的继承人或遗嘱执行人，应适用物权变动的一般规则将遗产分配给受遗赠人。具体言之，在不动产遗赠时，继承人或遗嘱执行人向受遗赠人办理不动产登记始生物权变动（《物权法》第 9 条第 1 款、第 14 条），仅有房屋交付并不足以发生物权变动，至多引起占有移转。而在动产遗赠的场合，该动产原则上应被交付于受遗赠人。但当事人另有约定时，占有改定也可能发生遗赠物的物权变动。若遗赠动产为第三人占有，继承人或遗嘱执行人既可取回动产，交付于受遗赠人，也可通过指示交付的方式，将对该第三人的返还请求权让与受遗赠人，以实现物权变动。若他们与占有遗赠物的第三人并无占有媒介关系，则此时让与返还请求权已成多余之举，双方达成移转物权变动的合意即可直接发生物权变动。

（本文首发于《法学家》2015 年第 5 期（第 136-145+175 页），为阅读方便，脚注从略。）

新刊速递丨【王思凝 等】“议彩礼”：论农村彩礼形成机制中的道德嵌入性

2020-03-06 社会杂志 王思凝 等

https://mp.weixin.qq.com/s/xNNSzCC8XxnEqh8ZbZtLOg

本文作者：王思凝、贾宇婧、田耕，北京大学社会学系

原文刊于《社会》2020 年第 1 期

摘 要：彩礼既为“财”又为“礼”，以往彩礼研究主要集中在“婚姻市场理论”和“礼物秩序”两个基本的框架下，较少将其作为生动的社会行动过程予以研究。本文聚焦于“议彩礼”的互动过程，表明彩礼议价的核心不在于结亲家庭对彼此家庭的认可是具有默契还是存在分歧，而在于具有道德基准意识的彩礼大行。结亲家庭的道德感受力是依据大行而展开的不得不“议”的行动过程。情理随行动过程而生发的特点使“议彩礼”成为道德意义网络之中衔接个人道德感受力与集体习惯的节点，这也正是彩礼道德嵌入性的根本要义。

问题的提出

自古以来，男方家庭向女方家庭呈送彩礼是中国缔结婚姻的必行之礼，许多农村地区至今仍然延续了这一风俗。近年来，在华北、西北、中南等多个地区出现了“天价彩礼”现象，多地农村的彩礼攀升至十几万乃至二三十万，与之相应的是男性成婚压力激增，引发了广泛的社会关注与批评。田丰（2016）对福建省大田县的调查表明，当时该县彩礼集中在 6—16 万元，相当于当地普通农民十年左右的收入，具有高额化特征。陆春萍（2017）对甘肃省 W 村的个案调查也发现，该村彩礼普遍在 13 万左右，最高达到 20 万元，已远远超出当地普通农民家庭的正常的经济承受水平。将彩礼作为提高农村家庭成本的“陋俗”的观点在 2019 年 2 月 19 日的中央一号文件中被特别强调。高彩礼的形成不仅成为结亲家庭的社会关系的一个重要的体现，也在结亲之后改变了当代中国家庭，特别是中国农村家庭的稳定性。

无论是对高彩礼“社会成本”的认识还是政策治理，都需要对彩礼形成机制进行分析。彩礼既为“财”又为“礼”，高彩礼形成横跨了家庭的经济和道德这两个和中国人生活最有关系的领域，对其进行的社会学分析因此就有了两个自然的入口。目前学界对高彩礼成因的社会学研究主要集中在“婚姻市场理论”和“礼物秩序”两个基本的框架下。前者突出了乡村性别比例失衡对彩礼攀升的影响，尤其强调了改革开放后青年外出打工对本地婚姻市场的挤压。礼物秩序的分析框架则将彩礼分析的视角聚焦在姻亲与血亲之间的代际礼物流动，将彩礼视为代际之间互惠的一部分。两种对彩礼的分析框架各自指出了目前高彩礼存在的一些社会基础，但较少将其作为生动的社会行动过程予以研究，因此，结亲双方按照各自的“道理”对什么是合适的彩礼所进行的互动正是本文所研究的“议彩礼”过程。

对“议彩礼”的关注使得本文对农村彩礼的研究有了较为特别的经验关注点：在社区共同体中这种议价的依据何在？导致男方家庭和女方家庭“议”的规矩有什么不同？在彩礼价格上达成妥协的原因是什么？这样的依据和原因与乡土社会中的行为规则又有什么联系？上述研究问题是笔者搭建对充满过程性的“议彩礼”的分析框架的第一步。本文试图表明，对议彩礼的行动过程的分析超出了市场性和传统的互惠义务，或许可以为彩礼如何嵌入中国社会的经济与道德秩序提供一个新的解释路径。

市场和礼物：既有研究回顾

彩礼起源于婚姻六礼中的“纳征”，指男方向女方送聘财，订立婚约（李霞，2008）。顾涛（2012）指出，“古代婚礼在本质上根植于人之情性，所设礼节处处紧扣于此”。彩礼首先是以礼的形式规范婚姻秩序，起到敦化男女之情、结两性之好的作用。充满人类学色彩的彩礼研究主要从偿付与资助的视角出发。“婚姻偿付理论”认为，新娘嫁到新郎家，将会使女方家族丧失了一个劳动力。男方为了向女方家补偿新娘的养育成本和劳动力损失，需要支付相当于新娘劳动价值的彩礼。女性的生育价值与劳动价值从原生家庭到婆家的传送，随着彩礼的流动而完成（弗里德曼，2000：38）。1949 年以后，妇女解放运动凸显了女性的生产价值，彩礼补偿性支付的意涵因而更加显著（阎云翔，2000：191-192）。

“婚姻资助理论”则转向纵向的代际财产转移，财产虽然初步经彩礼从男方家流入女方家，但其中一部分又以嫁妆的形式流入小家庭（Goody and Tambiah，1973）。阎云翔（2000：194）指出，下岬村的婚姻支付从 20 世纪七八十年代开始就越来越多地由偿付向资助转化，年轻人的自主权上升，作为小家庭发展资产，嫁妆的比例越来越高。近年来，由于各地彩礼价码不断攀升，一些学者还认为彩礼已逐渐成为代际剥削的手段（王德福，徐嘉鸿，2014；韦艳，姜全保，2017），甚至伴随出现了家庭内兄弟之间“稀释型代内剥削”的现象（韦艳，姜全保，2017）。

因此，在人类学结构功能论的礼物分析框架下的婚姻支付研究，虽然强调了彩礼作为姻亲的互惠媒介以及代际之间的资产转移方式所发挥的社会功能及其面临的挑战，但由于缺乏在更宏大的社会结构及变迁中探究彩礼问题的视野，而且始终忽略了更微观的彩礼议定过程，因而使得对彩礼的认识局限在其功能意义上，彩礼的道德意涵也由原初“礼”的最高点急剧降到“剥削”的最低点，对深入理解彩礼在中国社会中的意义尚缺乏有创见性的启发。

“婚姻圈”“婚姻市场理论”则从现代化进程对于婚姻与家庭的冲击这一维度着眼，考量彩礼在社会的结构性变迁中扮演的角色。改革开放后，大量农村青壮年劳动力涌入城市，形成“打工”浪潮，从而引发了婚姻资源的跨区域流动（邓智平，2004；李煜，2011）。农村传统婚姻圈被打破，青年男女的择偶空间得以扩展到更广阔的婚姻市场，形成层次更复杂的婚姻梯度。由于女性往往要求配偶的教育程度、职业阶层和收入高于自己，导致农村女性向外流动的比例增大，造成农村婚姻资源结构性失衡以及对农村男性的“婚姻挤压”（贾兆伟，2008）。在市场经济造就的婚姻挤压的背景之下，彩礼作为货币支付的手段愈加凸显，其补偿和资助功能开始向婚姻交换功能转变（余练，2013）。“婚姻市场要价理论”相应出现，农村大量的“男性剩余”使得女方要价能力越来越高。随着仪式的简化，婚姻中彩礼的经济性质更显著而文化意义被弱化，男方不得不答应女方家庭的要价，呈送高彩礼以弥补其劣势（魏国学等，2008；桂华，余练，2010）。现代化变迁导致“婚姻市场理论”的产生，虽然在更宏大的社会结构中考察彩礼，却以“文化意义衰落”的说辞遮蔽了彩礼在经验社会中仍然具备的道德意涵，并全然以两个家庭的纯经济理性行为掩盖了彩礼议定过程中复杂的情理平衡与行动伦理。

莫斯的《礼物》作为一部注重考查礼物之伦理意涵的著作，为我们提供了将彩礼的“财”与“礼”的双重意义联系起来进行整全理解的启发。莫斯描述礼物互惠的义务的手法是将礼物中给予、接受和回报的三种义务在太平洋和美洲地方的部落生活的节庆中展开，用莫斯自己的话讲，是在社会形态学中进行的。因此，寻找礼物秩序坐落在集体道德中的微观行为和过程，是考察礼物背后某种道德力的基础。无论是人类学结构功能主义的礼物视角还是“婚姻市场理论”，虽然都部分揭示了当前高彩礼的社会基础与影响，却普遍忽视了彩礼生产的真正起点，即结亲双方的议价过程。彩礼的缔结是随着结亲双方各自秉持道理的往来展开的，双方对彩礼的预期，无论是合意还是有分歧，都不能化约“议彩礼”的行动。彩礼的议价在怀有默契或分歧的家庭之间充分展开的特点，预示着“议彩礼”不是行动者通过妥协而消除分歧的过程。

从社会行动考量彩礼的生产，意味着要从行动伦理的角度重新理解彩礼嵌入社会道德这一经典框架。无论是市场视角还是礼物视角，都不会否认彩礼的高度嵌入性，但嵌入性如果只是意味着限制纯粹的“成本—收益”的理性文化传统（Polanyi，1971），或者一种干扰或改变市场结果的关系网络（Granovetter，1974；Uzzi，1996，1999），那么所谓嵌入性就仍然只是意味着一种附加的行动指南，而不是行为本身。

弗雷格斯坦与泽利泽等人在对这一点提出批判的基础上对“嵌入”进行了更进一步的探讨，两

人将社会背景的视角带入研究，考察其对于经济行为发挥的根本性影响。弗雷格斯坦指出，国家是市场秩序积极的参与者，它通过各种方式改变着市场中的博弈秩序，强调市场经济对于政治的嵌入性（Fligstein，1990；弗雷格斯坦，2008）。泽利泽（Zelizer，1989）则强调市场中多元的价值与规范的作用，将市场视为文化、结构和经济因素的互动。泽利泽从文化潮流和社会变迁的视角考察 19 世纪 70 年代到 20 世纪 30 年代家内金钱的使用、分配方式以及其背后所体现的观念，她看到现实中的性别权力结构以及社会阶层中的身份地位促使已婚妇女为金钱建构出独特含义，从而约束金钱的自主性与流动性。金钱并非是纯粹工具化和理性化的等价物，也非全然同质化与市场化的交换媒介，渗入其中的价值和情感会为其注入道德、社会、宗教性意涵。在之后对美国早期保险业的研究（Zelizer，2005）和对儿童的研究（泽利泽，2008）中，泽利泽通过探讨人们对于原本神圣的生命、儿童定价的反感态度，揭示出理性化与商品化的局限性，看到了价值观念对于市场行为的反作用。基于此，她提出了对于新古典经济学的挑战，认为交换和消费的经济过程只不过是社会关系的一个范畴，它们与意义和结构不断变化着的社会关系系统相互依存。

对新经济社会学进行的历史考察揭示出“嵌入性”问题的关键不在于嵌入程度，而是不同社会分化形式下各有何不同嵌入形式的问题（汤志平，2009）。要能正确迈出这一步，需要从彻底时间化了的元素的观点重新思考“结构—行动”这一社会学的核心问题。格兰诺维特一派所关注的网络分析实际上仍然采取了结构论进路，忽略了能动性问题。皮奥雷（Piore，1996）将人类行动的“内在模糊性”视为新建社会学理论的四个知识传统的共同点，因此，必须透过交谈与诠释来解决沟通的模糊性问题。

也就是说，从行动伦理的角度，而不是从此前一般意义上的市场或者礼物视角研究彩礼，关键在于分析彩礼对结亲的家庭及其所在的道德社区构成了有意义的网络（Geertz，1973；Swidler，1986）或戈夫曼意义上的“框架”（Goffman，1974；Mclean，1998）。在这个意义流动的网络中，礼价的商讨与议定的过程与结亲双方在村庄结构中的地位及其在特定情境中的诉求密切相关，礼价的升降背后因而也就具有更加明确的道德感受力。彩礼正是衔接个人的道德感受力和集体习惯的节点：结亲的双方不仅获得了对自己的“体面身份”确切的理解，而且也在非常具体的情境中确认和回应了道德社区对彩礼的集体期待。

彩礼在社会行动上因此有着更为基础的意义。对行动过程本身的探究构成了笔者理解彩礼的一个核心关注，也是我们对针对彩礼的田野工作的入手点。笔者通过“议彩礼”这一议价过程的考察正是希望能接续泽利泽等人对市场嵌入文化体系的研究，挖掘议价这一看似是纯粹的经济行为背后所蕴涵着的文化价值和道德意涵，从而在中国乡土社会研究中带回“结构—行动”问题中价值与意义的维度（费孝通，2003），以期在“议彩礼”这一特殊情境中拓展和细化对于“关系社会”中人们的行动伦理和道德观念（周飞舟，2018）的理解。

彩礼与合意：基本的研究背景

笔者的调研在甘肃省 B 市 L 县展开，主要聚焦于 T 镇周边。L 县位于陇东黄土高原南缘，下辖五镇八乡。虽然 L 县经济发展水平整体较低，但 T 镇地处 L 县中部的交通要道，是重要的商品交易和物资集散地，经济与社会发展水平与相邻的乡镇比相对较好。T 镇的中心为六条纵横交错的街道，居民隔天在主街道赶集，邮局门口时常汇聚着相亲的“人市”。医院、学校、政府等重点公共基础设施位于其他几条街道，中心街道周边分布着 T 镇下辖的 26 个村庄，共占地 176 平方公里。L 县处于黄土高原上的农耕地带，历史悠久，传统婚丧嫁娶之礼俗底蕴较为浓厚。虽然近年来许多婚姻的实际流程仪式有所简化，但多数家庭仍基本遵照传统习俗

来安排婚事。

甘肃 L 县发布的《2016 年国民经济和社会发展统计公报》指出，该县当年城乡居民人均可支配收入 8855.73 元，城镇居民人均可支配收入 19066.43 元，农村居民人均可支配收入为 7006 元 。而 2016 年该县城彩礼最高已达 20 万元，是农民人均收入的 20 倍左右。到 2019 年，彩礼已达 18 万元至 26 万元不等，远远超过了城乡居民的正常经济承受水平。毫无疑问，这意味着大多数为子成婚的家庭都要通过借贷完成对孩子的婚姻义务。当地的性别结构的确对高额彩礼的产生起到了推波助澜的作用。下表呈现了 T 镇 1995—2018 年的人口统计数据与计算得到的性别比。

由表 1 可知，该镇的性别比在 1995—2005 年经历了下降过程之后， 2005—2018 年再度攀升。在人口统计学上，性别比的一般正常范围在 102—107，而 T 镇的性别比显然又逐渐超越了这一范围。虽然本地通婚圈不局限于该镇之内，但 L 县各个乡镇的性别比普遍失衡，而且随着越来越多的年轻人通过自由恋爱的方式步入婚姻，外出读书、打工的青年也有许多人找到外地配偶。相比于男性，女性外嫁的比例更高。所以，相亲市场上男女比例更加不均。这意味着，长相不佳的或来自山区最穷苦的适婚男性丧失了同期成婚的可能性。

表 1：L 县 T 镇 1995—2018 年底人口数据统计表

年份	户数（户）	人口数（户）	男性人口数（人）	性别比（女性为 100）
1995	4 691	18 150	9 624	113
2000	6 267	19 618	10 558	116
2005	8 645	29 977	15 393	105
2010	9 872	31 433	16 250	107
2015	11 034	31 380	16 354	109
2018	11 258	32 254	17 168	113

注：1. 资料来源：L 县 T 镇政府 2018 年统计报告。
2. 2005 年 G 乡合并到 T 镇 8 620 人，表中为合并后的统计数据。

我们了解到，该县彩礼市场价，即人们口中的“彩礼大行”，主要依据男方家庭的房产区位形成梯度分布，离街道越远，彩礼越高。这一点对自由恋爱和相亲的家庭而言没有差别，只要双方父母都在本地，他们大致都会遵循这套规范说彩礼，根据传统婚俗办婚事。因此，总体上呈现男方家庭经济条件越差，彩礼越高的景象。并且，即使婚事越出本地通婚圈，这种规矩也依然发挥着效力。对于女儿外嫁到其他县区乃至东部、中部省份的家庭而言，他们向亲家索要的彩礼往往相对较低，不会执着于本地的彩礼大行，主要原因在于外地的亲家往往条件优于本地，多数家庭的女儿通过婚姻实现了向上流动，所以这些针对外地亲家的“低彩礼”同样是本地彩礼逻辑的延伸。

在 L 县，由一个个相互熟识的媒人搭建起通婚圈内的婚姻介绍系统，因此，一桩婚事可能不止有一个媒人。职业媒人从婚事中收取的“谢媒钱”在亲事说成以后均由男方家庭支付。除了匹配合适的男女“遇面”，媒人最关键的工作就是在双方表示有结婚意愿后从中协调帮两家人“说彩礼”。“说彩礼”是指两家人在一起商议并说定彩礼，也即我们通常说的“议彩礼”，一般是由女方父母提价，男方父母或中间人一步步向下说和。在自由恋爱的婚事中，一些家庭也会叫上亲戚作为“中间人”，将两家人难以直接张口表达的意愿由中间人传达给对方。

以往我们认为，彩礼是相亲成败的关键，但令我们惊讶的是，媒人芸香称，相亲“议彩礼”的过

程即使比较胶着，最后也往往能说成，男方因接受不了女方的高额彩礼放弃这门亲事的情形比较少见。要理解其中的差异，关键在于相亲过程中“议彩礼”之前“看家”这一环节的意义。芸香称，“看了家以后‘完’（指亲事没说成——笔者注）的多，有的家庭不好看完就不愿意提了”。“看家”其实是在男女青年互相愿意结成婚姻的基础上，女方家庭对男方家庭经济水平预估的重要环节。需要指出的是，相亲之后是否结成婚姻很大程度上以年轻人的意愿为准。尤其在“看家”后，当女方父母对男方家庭条件没有异议时，无论孩子是自由恋爱还是感情基础相对薄弱的相亲，到“议彩礼”阶段，双方家庭都对未来婚事的美满与长久抱有很高的期待。从而使得“议彩礼”这一过程极具“合意”的色彩。一旦进入“议彩礼”的环节，除非有极特殊的情况，年轻人不但要回避“议彩礼”的场合，还不能随便参与长辈的决议。“议彩礼”是长辈表达各种结亲考量最重要的环节，即便年轻人可能不完全认同父母的决策，但如果他们在彩礼一事上过度参与，则可能会被议论为不明事理，而父母也往往不会为孩子的三言两语所动。从田野工作的角度来看，“议彩礼”构成了一个相对独立的社会行动环节。

因此，“议彩礼”基本取决于双方父母的意图与考量，而其“合意”的基础又意味着，“议彩礼”并不仅仅是双方达成经济预期平衡的博弈过程。那么，结亲双方在彩礼上各持的“道理”从何而来？各自道理的交锋是否只关系到彩礼涨落？彩礼的缔结是不是只关系到结亲双方？更重要的是，如果结亲双方在看家之后彼此都满意乃至有着心照不宣的默契，那是不是意味着“议彩礼”仅仅是一个形式？我们将通过展现彩礼议定过程的三个案例来思考彩礼在行动中生成的情理面向。

“以礼顺情”：迂回过程的情理呈现

如前文所说，L 县的彩礼大行根据男方房产离街道远近差异形成了由高到低的梯度分布。在一桩“上嫁”婚事里，男方家的条件和名声本身就使女方家庭在这份姻亲关系中赚足面子，亲戚朋友都会称赞女孩“嫁了个好人家”，另一方面，他们也会预料未来可能需要更多依靠亲家的地位与关系，为了照顾男方家的脸面而同意降低彩礼。由此，逐渐形成了“上嫁”礼低，“下嫁”礼高的共同规范。

但“大行”作为彩礼基准的含义，却又远超出结亲家庭的社会经济地位象征。这意味着，接受高彩礼在街邻看来意味着男方家庭或是经济地位不高，或者不是一个被公认的体面家庭。在家庭的社会经济条件相当的情况下，两方面的象征对男方家庭的道德感受力就有了微妙的含义。道德感受力的变化直接影响“议彩礼”的进程。

开卫生所的老白是村镇周边公认的厚道人。20 年来，他在村卫生所小到治疗感冒，大到为孕妇接生，还曾挨家挨户给老人测血压体检，将电子数据归档记录，工作一向恪尽职守，兢兢业业。老白成为当地众望所归的“医者仁心”的代表，乡邻平日里十分敬重他，这意味着他在社区的道德评价里面处于当仁不让的顶端位置。老白的家境虽然不像生意人那样富裕，但他家在街道边的房子无疑是小康生活水平的象征。无论是名誉还是家底，老白家都算得上是理想人家。

但这样的理想人家在 2016 年儿子结婚时却遇到不理想的状况。儿子与儿媳相亲结识，心心相印，很快就定下了亲事。老白虽未遭遇“天价彩礼”，当邻乡的亲家提出符合周边大行的 18 万元彩礼的时候，他也觉得很尴尬，因为这并非是因为他出不起这钱：

> **18 万不行，我说 18 万块钱我倒是有呢，就是不想出这么个价。我也算是这边有名气的人。不能出这个价，出这么个价别人还嘲笑我呢。**（访谈录音 180908BSS）

老白的为难之处在于，他并非不满意未来的儿媳，也没有抱怨亲家提出的彩礼价高，在村庄里，处于细致社会分层中的人们在行动时，诸事都要向上或向下比较一下。老白比较的结果就是对自己为

人的口碑有十足自信。更关键的是，自己数十年“医者仁心”的口碑在他看来完全应该体现在儿子的终身大事上：自家以低于大行的彩礼缔结亲事，用比乡邻花更少的钱娶到贤惠勤劳的媳妇，是与他被高度承认的道德、经济地位相吻合的。他可以预料，如果按大行给彩礼，一定会被乡邻大肆议论，在充满道德评价的“彩礼”观念里面，他这样条件好的人家娶亲竟然都和其他人一样花 18 万元之多，估计女方也并没有对老白家特别满意。这种评价比起过高的彩礼是相信自己品行无缺的老白不能接受的，而这种自信是彩礼嵌入集体性的道德评价最直接的证明。

更有意思的是，当初提出 18 万元彩礼的亲家并没有通过“要求”表达不满，或准备“挑”老白家的理的意思。让我们非常意外的是，老白的亲家本是对这门亲事十分满意的，他们不仅对老白家的经济与为人的口碑清清楚楚，更重要的是，他们也认可老白的道德感受力：以老白对在村庄分层中的位置，彩礼理应低于村庄大行。在这种双重同意的基础上，可以说两家有了一个心照不宣的默契，那为什么要一开始提出一个不像是心同此理的两家会认可的彩礼要求呢？也就是说，女方家的彩礼要求是不是高于本地彩礼的一般价位，并不是产生两家“议价”最根本的动机。

正是这个问题使我们重新将观察的重点放在了“议彩礼”之上。在老白的亲家看来，即使有这样的默契，恰当合理的议礼过程也应当是，自家一开始提出一个大行价，待老白开口向下说和，他们再顺势同意下降，而不能是从明显低于大行价开始议。在女方家看来，从不低于大行的价开始“议彩礼”是和老白家异曲同工的道德感受力：女方家也同样以微妙方式表达了自家是体面人家的立场。更重要的是，顺势而降也顾全了老白家的口碑，而与老白家结亲则表明了女方家对嫁入什么样的人家有着明智的判断力。看上去不必要的迂回，变成了成全两家道德感受力的必要曲折。

老白和他的亲家对彩礼的道德感受力和他们对自家在当地的声望与口碑的判断息息相关。议价的过程性与纳亲之家对更大范围内的道德风气的顾忌因此有很强的相关性，这种顾忌之心是此过程性的情理更为微妙的一环。我们田野中遇到的家泽的婚事正是这种顾忌的一个案例。

家泽只有一个儿子，从本省职业技术学校毕业后一直在东部省份打工，是其女友的亲戚为他安排了工作。儿子与女友是高中同学，感情基础深厚。2016 年腊月，孩子们回家过年时，两家人将说婚事“议彩礼”提上日程。腊月廿六，家泽前去拜访亲家，原本他觉得相对于女方家庭在山里的条件，自家在镇上情况也算不错，彩礼顶多十二三万元，但女孩母亲开口就要了 20 万元，他和中间人磨破嘴皮也只讲到 16.6 万元，由于还比 T 镇大行高出 3 万元，他没法立即答应，便搁置下来。

第二天，亲家母打来电话称，虽然女儿因为彩礼太高和她闹了矛盾，但彩礼仍旧不会再少了，希望他考虑清楚。那几天儿子也时不时地劝父亲应下彩礼。而家泽迟迟不愿答应，经济压力只是一方面的考量。虽然自己的积蓄仅有 10 万元，算上婚事的一切开销还需要十多万元才能渡过这道坎，但家泽内心觉得，女孩家人帮儿子解决了工作问题，好媳妇本身也是可遇不可求，多花两三万把这样一个明理懂事的媳妇娶进家门，可以排除诸多不确定性的因素，儿子日后的家庭生活亦能有一个稳定的预期。那么，为什么家泽却仍然没有当即接受亲家母的彩礼价呢？

你说太多了，你作为咱们这个地方来说，以后儿子娃娃都比较多，对不对……哎，其他家给儿子找媳妇要经过了解的，那你们家给娃娃找媳妇给了多少钱的彩礼，人就都知道了。（访谈录音 180204WLC）

家泽如果贸然答应高彩礼，他真正顾忌的是自家高彩礼会抬高这个区域的“大行”，给周边儿子还没成婚的家庭造成压力。如果自己为了得到一个顺心的儿媳而使乡邻们的利益受到损害，那就很有

可能伤及邻里之间多年来亲密的人情联结，甚至可能招来自私自利的骂名。

以往，家泽恪守道义，为人通情达理，正如他谈起“借钱”一事时，表现出他对自己信誉的明确自觉：

现在朋友之间借钱，只有讲信誉度的这一种人可以借钱。就像我，我经济上跟人打交道信誉度比较高。我说是你这个钱我借一个月，一个月满了以后我要是自己没有，我宁肯在别人跟前借了都要给你还，这是言而有信的人。（访谈录音 180204WLC）

他平日为人厚道、讲义气，已经构筑了他在社区道德分层中较高的位置，他也以此为豪。极强的道德感受力也使他更难破坏整个村庄社区的道德风气，不能因高彩礼就这样得罪了乡邻。但是，他也不能因为怕自己的名声受损而耽误儿子一生的婚姻幸福，这使家泽陷入两难的境地。

因此，家泽需要在二者之间寻得某种平衡，要给加在自己身上巨大的道德压力找到一个突破口。适逢过年，邻人亲朋不免会问起孩子的事，听到家泽因为彩礼的问题犹豫，他们纷纷训劝家泽：

这个事情，你不能把娃娃的感情用金钱来衡量，你高掏就高掏了，咱们有人了还怕没钱吗？（访谈录音 180204WLC）

家泽和盘托出他的为难，让邻居看到他舍己为人的义气，他的为难自然就得到大家的同情。经过他人劝勉再作出接受高彩礼的决定，便不至于在道义上得罪亲邻，更能取得社区舆论的理解和宽容，这是家泽在“两难”的情境中权衡之下找到的变通之道。

老白的亲家和家泽对彩礼本身及对方关于彩礼的“理”都没有大的意见，但这种几乎不费周折的合意却没有“一锤定音”，“议彩礼”也完全没有变成例行公事，恰恰因此变得更加不可或缺。他们都要经历看似不必要的议价，通过人为的“台阶”才顺势而下，接受本已同意的彩礼。

议价最大的情理在于不能不议，这看上去有些悖谬的说法恰恰体现了情理具备一个可持续的，或者说高度互动性的基础。这是本文所谓情理的过程性意义。因此，情理，或者说道德感，并不能被一种“反经济理性”的简单逻辑所概括。而这种情理随过程而生发的特点，也恰恰是目前被泛用的“道义经济”等概念所不能充分考察的。换言之，也就是说，不能认为最符合情理的“议价”即意味着在双方心心相通的情形中“无需议价”。本节所展示的两个个案都是在充分理解基础上的“迂回”，“议彩礼”中的情理并不能化约为双方合意程度的高低，越是符合情理，“议彩礼”越不可少。正是在“议”的过程中顺势而为，顺应对方的道德感受力，才使得情理得到充分的生发，从而推动“合意”的达成，这即是“以礼顺情”的经验含义。

“以礼明心”：议价过程的道德确证意义

上节的案例指出，双方的理解和共识并不体现在彩礼的“一口价”上，而恰恰要在看似不必要的“议价”过程中展现出来。但并不是所有结亲家庭都像上文中老白和他的亲家那般，从一开始就有着对彼此道德感受力及彩礼数额的明确共识。那么，这是不是意味着双方就进入抬价和压价之间的博弈呢？本节所要展示的田野案例表明，即使没有很强的同理心，纳亲之家随着缔结婚事而展开的一系列“议彩礼”的也并不是双方的互相妥协，相反，这个行动过程影响着两家人及整个社区对行动者的道德评价。最终也正是需要通过“议价”的过程来确认这一道德共同体的共识。

在镇上经营超市生意的老严，靠着自己的辛勤劳作小有积蓄。而他的儿子凭自己的能力考学走出农村，在省城落了脚。老严一直觉得自家人也算是镇上的体面家庭。可是，他的亲家母因为大女儿嫁给了镇上一户做生意的人家后受到了苛刻对待，令她极为不满，因而一开始极力反对让二女儿也嫁给

一个“小气”的商人家庭，这使得老严平生第一次清晰地感受到生意人这一身份的巨大道德压力。

不过，两家的孩子自高中起就开始恋爱，亲家母也不忍拆散他们。尽管对二女儿再次嫁入商人家庭有不满，但老严的亲家最终还是答应了这门亲事。2018 年腊月办婚宴前一周，亲家母从外地归来，老严和妻子赶往对方家中，迅速商定了一切事情：

老严：**回来以后嘛，下午五点钟，我和你姨在家里吃过饭之后就赶紧下去，下去以后嘛用了半小时时间就把彩礼给说清了。包括这结婚该准备的一切就在这半小时以内就说清楚了。**

访员：**怎么做到的？**

老严：**因为她要了十七万八，我就答应了 20 万嘛，人家不要这么多，就要十七万八，我说那行嘛，这就不费口舌。**（访谈录音 180905YSS）

在亲家母看来，老严一家作为生意人原是不够体面的，这门亲事并不完全合其心意。根据当地要彩礼的规矩，她完全可以索要一个高价彩礼而不落人口实。可是真正到“议彩礼”时，她却仅仅提出一个位于 T 镇彩礼大行下游的礼价，难道她是一反彩礼的道德内涵而行之吗？

其实，说定婚事的前前后后，老严为了争得对方的同意，早已付出了许多心血。2016 年儿媳研究生毕业时，老严就同亲家母商量过一次孩子的婚事：

当时也就是 2016 年我们两个提亲去了。就是同意就谈，不同意两个娃娃岁数大了也不要耽误了，就问这个话呢，她就说是同意。这就是我们两个提着四色礼两个人问了一下，问了之后就是害怕这个丫头工作找不到省城，他们两个也走不到一块儿，因为儿子在省城的话，媳妇也肯定要在省城。最后找的工作都离省城中心城区比较远，那些高职院校啊，可以应聘去当教师。但是地方比较远，两个人也没办法共同生活，他们那阵子已经把户口登到 A 区了嘛，已经登上了，这没办法最后我就找人，找关系给弄到这个药厂，弄到药厂以后，两个娃娃已经把像都照好了，啥都弄好了。（访谈录音 180905YSS）

老严为了儿子的婚事，花大力气将儿媳的工作安排到省城的药厂，投入的精力、财力都有目共睹。不仅如此，在省城买房一事上，他更是展现出其他人家没有的气派——直接花了 55 万元付了 60%的首付，剩下 40%由儿子、儿媳按揭。如此一来，通过在孩子婚事上的种种慷慨行动，老严向亲家母，以及社区里的所有熟人展现了自己的宽厚与大方，表明自己是个重情义轻利益的人。这既是为了保障儿子婚事的顺利进展，也是他提升自己在村镇社区内道德地位的一个重要策略。

老严此举的目的再明显不过，而亲家母表面上的确再没有了阻拦婚事的理由，自那以后，孩子的婚礼开始被提上日程。两家人见面“议彩礼”之前，因为亲家母迟迟在外地不回来，心急如焚的老严已在电话中表明，无论要多少他都愿意接受，只要不耽误孩子领证。但亲家母似乎没有接这个话，也没有借此“狮子大开口”要个“天价彩礼”，而是坚持不能在电话上“议彩礼”，一定要等她回来当面说。见面那天，亲家母直接提出了自己心仪的数字——17.8 万元，其实已经意味着亲家母认可了老严的种种付出。原本作为高彩礼基础的男方家庭的“不体面”，在双方围绕婚事展开的多重互动中已经逐渐被消解了。

反观老严，他的确对彩礼表现出不计较的态度，甚至提出更高的礼价。这是他进一步展示自己慷慨的举措吗？表面上看可能如此。但实际上，由于彩礼蕴含着强烈的道德评价意味，它同两家人的道德实践及道德感受力密切相关，还将影响未来两家人的名声，因而老严提价的建议事实上包含他向女方家庭进一步确证的试探。

其实，亲家母通过彩礼体现出的对老严的认可，也不只源于个人观念的转变，也考虑到了整个社区

对其树立的新口碑的认可。假如亲家母提出 17.8 万元的礼金只是客气，而真的同意了老严的提议，决定收取 20 万元的彩礼，那么她将面对的是在乡村社区的舆论里被议论为“蹬鼻子上脸”和“利欲熏心”，最终落个“贪财”的名声，在老严面前反而会抬不起头。所以亲家母也是洞悉了他人对老严道德实践的肯定，同时为了维护自己的道德地位，才继续坚持了 17.8 万元这样一个中规中矩的礼金。而老严也正是通过和亲家母“议”的这一过程，确证了自己道德实践的成果与收效已被亲家和整个社区共同认可。

本节的案例表明，处于社区道德分层中的人在人生的关键大事上会采取相应的行动策略，改善自身在分层中的位置，以弥合共同体评价与自身道德期望之间的张力。而这些策略最终是否取得了社区的认可，自身的道德地位是否因此而提高，这些答案均会在“议价”的过程中获得确证。可见，“议价”之“不能不议”的意义在于，唯有在这一过程当中，原本处于模糊状态的、不确定的社会评价会随着你一言我一语的互动交流，显现较为明确的涵义，所以，“以礼明心”也正意味着以“议礼”的方式来澄清结亲家庭此前可能存在的误解，明确双方或一方相应付出的努力，其在村庄社区中地位的变化也最终在此得到证明。这使得“议价”这一过程充满了道德确证的意义。

“以礼争气”：道德地位浮现与道德行动策略

在上一节的讨论中，“议价”给予纳亲之家道德地位变化的最终确证，“议”的过程就是原本模糊的道德共识逐渐呈现的过程。还有一类亲事就是结亲家庭共识的缺乏的确导致抬价和压价的博弈。那么，博弈过程中结亲家庭彼此的妥协和坚持究竟有何意义？是否在具有明显分歧的状况中，“议”的过程就会丧失了“礼”的要求？彩礼的情理意义从而也被削弱？从下文艳云的故事我们会看到，“议彩礼”时双方的一举一动在此情形中反而沾染了更强烈的道德色彩，体现了行动者更复杂的道德感受力及与之相应的行动策略。

艳云的女儿和对象小谭都在 B 市工作，经人介绍谈了 4 个月后，于 2019 年春节前后来家拜访了两次。虽然他在 B 市行政单位工作稳定，有车有房，但说话轻浮，不懂礼貌，而且在女儿面前显得有些强势，令艳云不满。但女儿一心愿意，她和丈夫便只好不再阻拦。

两家人开始“议彩礼”时，T 镇街道的彩礼已涨到 20—24 万元，艳云和一向会拿事的大姐爱云商量，提出两种方案：彩礼 22 万元，陪嫁 6 万元；彩礼 20 万元，陪嫁 4 万元。可是同县不同乡的亲家老谭却迟迟不愿接受，反而提出了一些考虑不周的新方案，意图压低彩礼价格。看到情况僵持不下，老谭便说：“哎呀，主要是这个 20 万彩礼高得我在庄里人面前丢人，抬不起头啊！”(访谈录音 190303WFQ)

老谭的考虑是自家在街道边，儿子在市里又有车有房，工作也体面，在这种情况下，按照低于大行的彩礼完成婚事才是符合道理的。艳云一家对这个道理心知肚明，那么，她们的“高价”是不是意味着对艳云家来说，彩礼的“财”重于“礼”呢？

在艳云家看来，恰恰由于对彩礼道德评价意义有充分的重视，因而才未能就彩礼数额与老谭达成共识。在“议彩礼”前前后后的交往中，男方家总是摆出一种优越的姿态：饭桌上只有艳云的丈夫给老谭不断敬酒，小谭却未给艳云一家人敬过一杯酒，老谭说话的腔调更是底气十足，诸多细节令他们十分不满。在艳云家看来，自家和孩子的经济条件都不比对方差太多，本来就“门当户对”，并不算攀了“高亲”，不该得到这么轻蔑的对待。更关键的是，“在议彩礼”的过程中老谭父子的一系列行为表现出这家人不够通情达理还自视甚高的作派，艳云更是没看上小谭的为人。在这种时候让彩礼，艳云一家咽不下这口气。爱云于是礼貌地回敬老谭称：

你们儿子确实优秀，不过我们姑娘在市里的工作也不差，这在国企单位上班刚一年，拿将近 6000 块钱的工资也不低吧？而且不论是长相、体

态，仪表，我们姑娘样样都上得了台面。不过你既然说了这个话，那咱们也两家也都相互体谅一下，就在 20 万彩礼的基础上再返 4000 元，19.6 万吧。（访谈录音 190303WFQ）

老谭并未立刻接受这个彩礼，但艳云家人也已打定主意不会再让步了。难道艳云夫妻只是为了坚守自己的“脸面”，从而让亲事如此悬置着吗？他们难道不曾考虑女儿在这门婚事中的焦虑心情？不曾设想说彩礼僵持不下的状况会让女儿嫁到婆家后难处关系吗？

对当地嫁女儿的父母来说，外人的这些疑虑并不是最关键的问题。他们的心思正如媒人雷南所言：

哪怕你一个馍掰开分成两个吃呢，你还把我女子看成个人，你不疼我女子你还疼你的钱呢。人家也有道理。就算是你家穷得很，人家卖 20 万，我给你卖了 10 万块钱，你去把我的女子不当人。（访谈录音 180907MR）

如今，在 L 县的相亲市场上，已不可能有女性愿意下嫁到山区人家，只有自由恋爱的女性才会不顾经济条件限制而自愿嫁给来自山区的男性，女方父母往往极力反对，反对无效后才勉强同意并索要高额彩礼。在他们看来，“下嫁”的婚姻秩序本来就更为脆弱，如果只考虑婆家的经济负担，而索要同那些“门当户对”或“上嫁”亲事一般高的彩礼，就会使得女儿在未来婆家的地位没有保障。

在艳云一家人所处的“议彩礼”情境中，他们的考虑其实十分类似。在他们看来，彩礼多一万少一万，并不会给老谭家增添多大的经济压力。关键是他们意识到，小谭看起来是个“厉害”人，婆家人也不够通情达理——这些对亲家道德地位的判断与担忧令他们力求在“议彩礼”时彰显自己的地位。如果在“议彩礼”时败下阵来，不断退让，一定会让老谭感到儿媳妇的娘家人其实就是好说话的“软柿子”。如此一来，婚后小家庭若产生了矛盾，对方想到女方家庭在“议彩礼”过程中的软弱可欺，就更不会给儿媳好脸色看。艳云和爱云对彩礼数额的极力坚持，其实是在以一种隐晦的方式告诉亲家——儿媳未来是有强硬的娘家人撑腰的，他们得看在姻亲的分上善待儿媳。

不过，事情也并非没有迂回的余地。两家人围绕彩礼价格“缠斗”了两周之久，艳云本已将彩礼降到 18.8 万元，除此之外再付 1.2 万元的离娘费和针工钱，如此一来合起来还是 20 万元。这样既保证了自己在实质的谈判中处于不败之地，也保住了两家人的脸面，是基于情理的智慧举动。但老谭仍不想直截了当地接受，还想试探更多回旋的余地。艳云的女儿看到彩礼商议僵持不下，心中也很焦虑，但她又觉得自己没有立场要求母亲降低礼价，更何况他们这样做也是为了自己。爱云也不忍将婚事如此拖延下去，看外甥女焦心，最后索性在电话中直言：

其实一开始我妹妹想着这个说彩礼总要有往下的一个过程，所以打算要 22 万、24 万这么个数，但是我想着既然娃娃愿意，干脆一开始就给你说了 20 万，把这个数说到位了，省了咱们大人的工夫。（访谈录音 190303WFQ）

老谭一听这话，顿时不好意思起来，并且觉得女方家已经给了台阶下，如果再不松口，更要背上一个不近人情的“骂名”，于是他也顺势答应：“那你既然这么说那我就明白了！那这我心里一下子松活了！”（访谈录音 190303WFQ）爱云见他松口接受，出于礼节考虑，又将离娘费减去了 2 000 元，以示诚意。

这次“议彩礼”的过程表明，尽管双方都有所“争”，却也都是奔着为了孩子婚姻幸福的目标去的。通过一段时间的坚持以表明立场以后，双方都作出相应的退让是保全两家人脸面，成全孩子婚姻的恰当举措。

其实，艳云一家最初并未像爱云所说的那样，盘算好了不降彩礼，只是在“议彩礼”的过程中察觉到男方家人不够厚道，才决定紧咬价格不放，以

不甘示弱的态度为女儿“撑腰”。他们对高彩礼的坚持，并非是为了“争利”，而是为了“争气”。应星（2010）对于“气”这一具有乡土本色的概念的研究指出，“气在中国乡土传统中既不是纯生理的冲动，也不是纯利益的反应，它是一种融汇了本能与理性、道义与利益的激情，是中国人在人情社会中摆脱生活困境、追求社会尊严和实现道德人格的社会行动的根本促动力”。在艳云的故事中，他们一家正是从亲家的言行间感到自身受了轻视，郁积了不平之“气”。但是，其后他们坚决不轻易降价的行为又并非是单纯的“赌气”，因为他们并不只着眼于此刻的“受气”。他们“以气立人”，是为了表现出对男方道德感受力的质疑和对自身地位的坚守，也正是应星所谓的“追求社会尊严、实现道德人格”。其根本目的还是在于以此塑造平等的姻亲关系，并影响即将结成的小家庭的秩序，为女儿“撑腰”。

可见，彩礼“不能不议”，还因为随着“议价”的过程而展开的是双方对彼此品性、道德地位的判断，充满分歧的彩礼博弈中无论是坚持还是妥协，都是基于结亲家庭充分的道德感受力而建构起的道德策略。恰恰是“议”的过程最体现两家人的态度与情感，也正是在这一以“争气”为核心考量的互动过程中，小家庭的秩序在结亲家庭乃至村镇社区的范围内，经过调适和形塑而达到平衡，而且最终同“礼”的规范相适应。

结论

本文的三则案例都向我们展现了结亲家庭在彩礼一事上所遵行的行动伦理。“彩礼大行”因地而变，因时而改，它在人们心中却有着恒定的道德意义，它既是一个价格基准，更是所有乡邻共同遵奉的道德基准。一般来说，女方家庭的预期礼价不太会逾越大行，但也唯有在“上嫁”的亲事中，当女方父母对男方非常满意时，彩礼才会低于大行。所以，彩礼蕴含着双方家庭相对的评价，而且该评价不仅基于其经济或政治条件，更涵括了道德地位，是对亲家的一次全面的评价。

“议彩礼”过程中的道德感受力并非结亲双方对彼此的感受和判断，而是以大行为基准，判断自家情势的感受力。大行就是行动者构筑并衡量自己与亲家道德感受力的参照点。道德基准的存在也使得被商议的“财”不可能只是两个家庭之间的经济博弈。正如当老严已经展现出他在道德地位上的努力，而其经济地位又相当可观时，亲家母必然要考虑到整个社区对于双方的评价，所以不能承担要高于大行的彩礼的道德风险。而对男方来说，接受高于大行的礼价也需要承担抬高社区大行的道德风险，所以家泽才需要通过变通之道化解危机。而且，在“议彩礼”过程中，“道德感受力”的作用其实也适用于处在村庄分层中各个位置上的家庭，家底丰厚的家庭不会因为经济条件尚可而接受一个道德上存在劣势的高价彩礼。同样，经济状况不佳的家庭即便通过借贷出彩礼，也不会轻易杀价，因为明确自身在村庄分层当中的位置，不顾彩礼的大行的标准而一味要求大幅降价，反而是非常有损脸面的事情。总之，彩礼关乎一个家庭在村庄中的身份、尊严与道德形象，并成为行动者的核心考量。

一旦对方的道德感受力和自己存在差异的时候，“气”就会应运而生。“气”常常贯穿于商议彩礼的情形之中，只是在本文艳云的案例中最为突显。由此可见，“气”的牵动并非源于对亲家的家庭境况和道德品格的孤立判断——正如，即使老白对亲家十分满意，面对 18 万元的彩礼他也会有“气”，唯有当亲家顺势而降，成全了他的道德感受力时，“气”才被化解。所以，彼此的道德感受力是否能互为“感通”和协调一致，才是“气”是否生发的条件，也是彩礼协商能否顺利达成合意的关键。

关注彩礼的议定过程使我们了解到，结亲家庭之间无论是高度合意还是有所分歧，“议彩礼”都是一个必要的社会交往过程。结亲双方在“议”的过程中达成的不单单是彼此经济预期的平衡与妥协，还掺杂着对于姻亲关系以及小家庭的诸多情理考量。在双方高度合意的情形中，我们看到情理本

身其实具备高度互动性的基础，“议彩礼”的迂回之势恰恰使得情理随过程而生发，因而能够“以礼顺情”。当结亲家庭对彼此的道德感受力及彩礼数额尚未有明确共识之时，彩礼所关乎的两家人及整个社区对行动者的道德评价，以及整个道德共同体的共识，都需要在“议彩礼”这一过程中获得确证，此之谓“以礼明心”。在两家因分歧所进行抬价与压价的博弈中，“议”的过程令双方家庭的道德品性地位自然流露，从而使得两家人能够即时针对对方做出道德判断，也使结亲家庭可通过坚持与妥协的行动表达自身对塑造姻亲关系的道德诉求，并最终着眼于影响即将结成的小家庭的秩序，展现了“以礼争气”的道德过程。所以，“顺情”“明心”“争气”展现了“议彩礼”的三种典型的情境，也是结亲家庭的三类互动模式。诚然，三种互动逻辑并不都是彼此割裂而独立的，但在此类型化的分析中，我们更能把握彩礼之道德嵌入性的多层次的要义。

本文对议价机制的分析表明，“议”的核心不在于两个家庭是不是从一个符合情理的价格开始，或最后是否能在一个符合情理的价格上形成默契，“议”的过程本身才是最体现情理或情理出现的过程。这种情理也是“礼”的精神在现代语境下的实践诠释。无论在何种情形下，行动者的策略都在相当程度上是基于双方的道德感受力，有认可也有质疑，有顺意也有确证，有成全也有改变，这也促成了“气”在议彩礼过程中的蕴藉变化。所以，彩礼不只是在互动双方之间形成的关照，还建立在两家人对更大范围农村社区道德风气的体察与顾忌之上。因此，我们认为，彩礼既非仅由供需比所导致的价格，也非单纯功能性的礼物交换，“议彩礼”正是在社区构筑的意义网络之中，衔接个人道德感受力与集体习惯的节点。这也正是情理随议价的过程而生发的深刻基础，也是彩礼的道德嵌入性在过程中所展现的要义。

注释和参考文献（略）

责任编辑：张军；排版：莫太齐

法律规划：献给不准备结婚的女生丨高杉 LEGAL

原创：2020-03-07 高杉 LEGAL 陈汉
https://mp.weixin.qq.com/s/3gF3NiYiHktW4QsuYUpavA

作者丨陈汉（中国政法大学副教授，婚姻法学研究会副秘书长，兼职于北京市汉坤律师事务所）

结婚成家，固然是一项美好且应获得亲属朋友祝福的选择，但是不结婚也是婚姻自由的体现，也应当获得尊重。当社会学家在越来越多的场合告诉我们，21 世纪的家庭是多元的，家事法专业人士也逐渐适应了这种多元化。本人在此并不想讨论社会是否应当祝福选择单身的人，那是社会学的工作。作为婚姻法学者，本人只想从法律应对的角度做一些分析与提示，供那些不准备结婚的女生参考。

一、伴侣变配偶，意味着什么？

与喜欢的人在一起，是一项选择；而进一步缔结婚姻，则是第二项选择。第一项选择错误的代价很低，而第二项选择，试错的成本相当大。因此，在考虑是否结婚之时，应当了解一下：结婚会给我们带来什么？

婚姻给成年人带来的最大的权利义务，不是夫妻共同财产和共同债务，而是赋予了彼此在医院里为对方签下“放弃治疗”四个字的权利。这无法用监护、代理来解释，这是比监护、代理更高层面的权利，即配偶权的核心权利。

当然，"放弃治疗"的决定权，大部分人没有机会去行使。配偶的权利与义务，平时更多的是相互的照顾。如果在火车上看到下铺的乘客肚子疼不去叫列车长，最多是一个道德上的低评价。但是在配偶生病的时候不照顾不送医院，则有可能构成法律上的责任，甚至有可能是刑事责任。这是婚姻带来的责任，当然也是婚姻带来的"福利"，即有需要的时候被人照顾的"福利"。

婚姻带来的下一个话题，则是在近些年充满了传奇与悲剧的话题，即夫妻共同财产与夫妻共同债务。中国的部分媒体，对女性充满了恶意。嗯，是的，满满恶意。如果上网一搜"天价分手费"，就能出来一堆新闻。在这些媒体记者的眼里，女性与一位男性企业家在离婚案中分割夫妻共同财产，就是男企业家为离婚付出的"代价"，是男方给女方财产。从法律上看，这样的描述是大大的错误的：这是婚姻中的女性合法地分走属于自己的那一份财产份额而已，并不是从丈夫碗里抢走一块肉。近些年从来不缺富豪离婚的新闻，因离婚而获得巨额独立财产的女性传奇并不罕见。同样，到了夫妻共同债务方面，则有诸多的"被负债"的悲剧出现。但是法院本着"夫妻财产命运共同体"的理念，判决了诸多外人（包括法官）可能永远无法查清到底是否知情的共同债务案例。是的，从逻辑上看，共同享有富贵，那么也承担追求这种富贵带来的不利益。

婚姻也带来了继承权。感谢中国继承法所规定的限定继承制度，继承最坏的结局也是在所获得遗产的范围之内承担债务与责任。因此，继承本身不会带来什么不利的财产后果。当然，因继承而与配偶的其他继承人，特别是与先生在此前其他婚姻中所生的孩子进行诉讼，也不罕见。

所以，当一位女生在考虑是继续做伴侣，还是选择结婚的时候，首先要考虑一下上述的问题，即结婚会带来哪些法律上的利与弊。

二、选择单身，也需要规划

很多人自嘲，单身是"一人吃饱，全家不饿"，似乎只要管好自己，就不需要去进一步规划了。这，其实并不是一个严肃对待自己与家人的态度。

首先要规划一下自己的身体健康问题。即自己在最坏的情况下，特别是父母不在身边的情况下，是否需要有个被授权人？现行《民法总则》规定了日常的代理制度，也规定了失去行为能力之时的指定监护人的制度，明确了在需要的时候，可以指定所信任的人担任代理人/监护人。这位所信任的人，可以是朋友，也可以非婚同居的伴侣。

其次，需要规划对自己的父母的照顾与保护。在选择不结婚的情况下，除了下文要提到的孩子，更需要保障的其实是父母。人吃五谷杂粮，谁也不能保证自己一定走在父母之后。因此，需要预设万一的情况下，父母怎么办？这是个沉重的话题，也是一个负责任的人不应该回避的。因为每个人自己及父母的个人财务、年龄情况都不一样，无法给出一个完美的解决方案，但是买好保险指定父母做受益人可能是一个比较基础性的安排。财务状况更好的，则可以设立一个家庭信托。

最后，如果选择单身不生育，需要考虑自己的财务规划。财务规划不是家事法学者/专业人士能提供意见的，我就跳过不谈了。我需要说的，则是安排好一份遗嘱，在能指定遗产走向的情况下，在没有其他选择的情况下，可以考虑捐赠给慈善公益，包括党员交党费。对于资产较多的人士，则可以考虑找专业律师撰写一份相对专业的遗嘱，并指定遗嘱执行人，由专业人士来确保实现其愿望。

选择在阳光灿烂的日子修屋顶。单身，相对于大部分处于稳定婚姻家庭中的人士，是相对脆弱的，并且这种脆弱可能会传导至其他家庭成员。因此，选择单身，为了对自己、对家人负责，需要提前做好规划。

三、单身生育，是自由也是责任

生育权是一项基本权利。单身生育，是一个人的自由选择，当然也是一项艰难的选择。从法律角度来看，其衍生的法律问题也相当复杂，限于篇幅，

本文只能从某些角度予以讨论。

单身生育，在实务中又可以分为三大类：

（1）从精子银行等渠道获得精子，法律上不存在孩子父亲的；

（2）单纯同居或者恋爱关系，不想结婚但是生下孩子的；

（3）孩子的父亲还在另外一个婚姻之内的。

先说第一类。一方面，这是一种最有安全感的选择，因为没有其他人来主张对孩子的直接抚养权，不会产生抚养权、探视等问题与潜在纠纷。另一方面，这也是一种对孩子"不安全"的抚养模式。因此，本着对孩子负责的态度，在有条件的前提下，应当给孩子做一些特别的规划，也就是以防万一的安排。从现行法律能提供的法律工具来看，基础性的安排包括：遗嘱，以及为孩子指定监护人；进一步，则是考虑如果发生万一，身边是否有信得过的人来安排抚养及管理届时孩子名下的财产；如果没有，则要考虑委托专业机构及专业人士来管理。

再说第二类。对比第一种情况，这类妈妈从法律角度应关注一个问题：关于如果解除同居之时的孩子的抚养权与抚养费的问题。中国立法及司法解释在"争夺"小朋友抚养权的问题上，确定了一项基本原则。通俗地说就是"谁带孩子对孩子有利，则大概率孩子就判给这一方"，而另一方则取得孩子的探视权并承担支付抚养费的义务。当然，实务中法院所考量的因素是多元的，只有在孩子不满两周岁之时优先考虑妈妈，在孩子两周岁之后，则考虑男女双方的具体抚养条件，包括双方的经济负担、生活的稳定性等。因此，在"争夺"孩子直接抚养权方面，需要示强而不是示弱。

再说一下抚养费，这个问题上需要佛性一些。整体而言，即使在北上广深这样的大城市，抚养费判决的数额也是不高的，往往与另一方的期待差距很大，更别有期待对方出钱我来养孩子的想法。更糟糕的是，针对对方拖延支付或者不支付扶养费，维权的成本相当大。因此我在给当事人做心理建设的时候，往往会说：嗯，就当你是丧偶了吧，一个人抚养孩子。

第三类是最尴尬的一类。她们中的一部分人，只是在错误的时间爱上了不该爱的人，或者轻信了对方会很快离婚的诺言，但是在社会舆论中都统一被贴上了相当恶劣的标签。本文在此不做任何道德评价，只探讨法律问题，包括一个错误的看法，及一个切实有必要的担心。

首先是错误的看法，认为对方有家庭甚至有孩子，不会争夺抚养权，或者即使争夺，对方也没有胜算。关于对方不会争夺抚养权，绝对是过于自信。至少在我个人的工作经历中，很多次碰到男方要求婚外生子的抚养权，甚至是男方的原配都支持这种诉求。理由很简单：如果孩子由男方这边抚养，可能就彻底断了这段感情与关系，避免男方以探视为由大大方方去见孩子（及其母亲）。关于胜算问题，在我过去的工作中也多次"轻易地"协助男方顺利获得了孩子的抚养权，获得支持的理由在个案中有所不同，但比较常见的是：女方没有稳定的收入来源，甚至没有独立的住所。总结一句：这对于在大城市飘着的女生是非常不利的。

其次是切实有必要的担心：在保持这段关系或者同居期间，男方给的钱，是否会被追回。这是一个尴尬的问题，诸多的判决都以"违反公序良俗"为主要理由支持了"追回此类赠与"，甚至不乏简单粗暴值得商榷的判决。本文不做全面深入的法律技术分析，只是稍作提醒。简单的说：有妇之夫赠与给婚外伴侣，是一种法律上不靠谱的赠与；要改变这种法律上的不靠谱性质，只有两条路：受赠主体不是婚外伴侣，或者性质不是赠与。典型的合法性安排，当然不是分手费，而是给孩子的抚养费。当然，给予未成年孩子过高的抚养费，显然是不会被法律所肯定，其中也有个度的把握问题。

处理单身女性与有妇之夫的财务关系，一直是尴尬而艰难的问题，无论对当事人还是对专业律师。从心态上，不能认为找了专业律师就能 100%安全无虞，但至少能避免出现传说中的"渣男案例"--男方给了女方钱，女方以自己名义买了房。几年后

因为这种不被法律认可的关系而不得不把房产"交还"，等于用自己的购房资格替人炒了一把房。如何进行合法合理有度的安排，需要专业意见。

四、结语

保持伴侣关系，还是选择结婚，是个人的选择，也应当是一个慎重的选择；而在单身的情况下选择生下一个孩子，则更是一项需要勇气的选择。在这个时候，仅仅有勇气是不够的，更需要法律的规划。法律看似冷冰冰的，但选择了正确的法律工具，则很可能会给生活带来温暖与安全感。在这个平凡而又特殊的日子里，祝愿每一位选择不结婚的女生，都有着美好的生活与未来，以及安全感。

汉哥家事法段子最新合集丨LEGAL 番外

原创：2020-03-09 高杉 LEGAL 陈汉
https://mp.weixin.qq.com/s/yvZhyiShdIpHNVeWx9wd_w

高杉峻：陈汉老师，中国政法大学副教授，高杉 LEGAL 评审团创始成员，讲授婚姻法及其他民法课程，专注家事法业务，**江湖上人称"汉哥"。**

汉哥家事法段子合集

作者丨陈汉（中国政法大学副教授，婚姻法学研究会副秘书长，兼职于北京市汉坤律师事务所）

作者注：有位"粉丝"听了好几遍我在 MBA 开设的《企业家法》，记录总结了一些我在课上的语录与段子并发给我。本人核对后，剔除了被误解的部分，也删除了一些过于负能量的。剩下的转给大家，可以当笑话听听。

1. 配偶是谁？是那个享受夫妻共同财产的人？幼稚！配偶是有权在医院签下"放弃治疗"的那个人！这个签字权才是配偶的最重要权利！

2. 前上海滩黑社会哲学家杜月笙先生说过：70%凶杀案发于熟人间……所以选择了结婚，婚后就要对配偶好点；如果配偶是学化学的或者学医的，对 TA 更要好点。

3. "受欺诈"为啥没写入可撤销婚姻的类型中？不是立法者忘记了，而是因为哪个男人在恋爱中没撒过谎啊？这是保护男人，当然也保护整过容的女生。

4. 中国历史上被黑得最惨的是后妈；现实生活中被黑的最惨的是婚前协议。婚前协议并不等于两个人婚内分家那么残酷无情啊，婚前协议可以写得很平衡。

5. 判断婚姻死亡有两个信号：(1)原来老是吵，突然不吵了；(2)壮年之时对对方的身体不再感兴趣了。沾上一个就是危险的信号。

6. 夫妻共同债务。永远存在夫妻联合起来害债权人的，也同时存在夫妻一方联合朋友扩大债务侵害准备离婚的配偶的。但是我们的司法解释就是墙头草，一会认为只存在前者，一会认为只存在后者，从来没理解两者是同时存在的。

7. 文化有时候是真爱的障碍啊。我有个朋友，一直很抗拒与某个女生结婚。一问才知道原因，女生的妈妈比他还小 2 岁，他说一直不知道该咋称呼。哎，中国文化害死人啊！要是在法国、意大利，就不存在这个问题啊：因为他们称呼丈母娘为"Madam XX"。

8. 关于婚姻：科技的发展，让男性与女性之间的互补需求越来越少了：外卖取代了做饭需求，干洗店取代了洗衣服需求，小时工取代了家务需求……日本人发明了各种小玩具，连生理需求都不需要异性了。婚姻这个制度，不久就会消亡呢。

9. 爱人的方式有很多种，选择结婚其实只是一

种。

10. 得不到家长祝福的婚姻是危险的，家长毕竟多吃了很多盐，看人大概率还是准一些的。

11. 科技公司融资后，创始人真相信估值，那也没啥大事，可能证明他有信心跑到上市。最可怕的是创始人的配偶相信了这估值，离婚的时候马上要兑现。所以说新闻报道害死人啊。

12. 有理不在声高。如果离婚案中，一方找记者把对方描述得多么不堪，基本都是理亏的一方想找媒体去压对方。如果对方真那么恶毒且一无是处，当年你是咋看上她的？

13. 关于传承。中国的民营企业家中，不少都有秦始皇情节：希望自己的企业能万万代传下去。

14. 融资后上市前的创始人离婚，有时候是个迷局：我参与其中，也不清楚到底是夫妻两人合作套现离场一部分呢，还是……创始人大部分时候是拿不出钱去搞定的，只能找机构投资者借，不借还不行，可怜的机构投资者啊。

15. 现在资本市场上难得看到合格的“配偶同意函”，部分能公开检索到的，存在逻辑错误：配偶被要求一会儿放弃，一会儿被要求不可撤销同意，一会儿被要求确认不是夫妻共同财产，矛盾的内容在一个文件中，可能是律师报复甲方律师费没给到位。

16. 股权继承案，对投资人来说，最怕的是来些老年人股东与小朋友股东，他们的签字效力是个大问题。所以，章程要预先设立限制继承的规则。

17. 如果来咨询我离婚的问题的时候后面还跟着父母，那我基本就婉拒第二次继续咨询了。这种婚姻破裂，最大可能是自己太没主见，或者父母太强势介入子女婚姻。

18. 见过最幼稚的成年人，是在离婚撕逼的时候，还在幻想对方会念着夫妻之情。比他们更幼稚的，则是觉得家暴之后道歉的人是可以原谅的，会悔改的。

19. 手上有份自书遗嘱要小心。我听一个当事人来找我想办法：老头去世过了头七之后，家人开始讨论分遗产。老大拿出遗嘱说，都是归我的；老二说，我看看是不是我爸的字迹。老二看着看着就塞到嘴巴里去了。所以，给利益相关方看唯一的原件，最好用相框夹着让对方看。

20. 半仙系列之一。有个漂亮的女士来咨询我婚姻危机的事。问：老公多久没碰你了。答：好久了。问：老公是四大的？干律师的？程序员？答：都不是。结论来了：十有八九他一直喜欢男人的。后来证实是的。

21. 半仙系列之二。很多次我都比当事人早发现对方是 gay 或者对方出轨了。我没有第六感，我只需要问一些生活细节就能判断出来了个十之八九。当然不会每次都准啊，我又不是算命的。

22. 半仙系列之三。迷信&八字。有个二代朋友婚后事业不顺，但是说结婚前算了八字夫妻很合。我建议他去查一下女方有没有改过年龄。嗯，然后果然就可以正大光明地离了。

23. 半仙系列之四。有个男性朋友说分居了好一段时间的配偶突然来谈友好分手，但是就不肯亲自见面谈，找律师来谈。这个信号不太正常啊，我就猜到了女方在外面怀孕了，不敢见男方了。

24. 其实无论是捉奸还是抓其他出轨证据，对离婚判决没啥影响，最多是影响一下对方的情绪。大部分法官没兴趣来听当事人绘声绘色地说这种事。

25. 婚内的净身出户协议随便签吧，反正我没见过法院完全支持有效的。

26. 有一次我帮一位女士修改一个对方发过来写的很 aggressive 的婚前协议，女士告诉我：陈老师，差不多就行了。我说：不行啊，你啥权益都没有。女士说：只要结了婚，我有的是办法让他舍得给钱。嗯，后来发现真爱的先生给了几千万让她开个公司玩票。我，果然幼稚了。上了车，有的是机会；不上车，啥机会都没有啊。

27. 协助一位女士与企业家先生友好和平地离婚了，分得不菲资产，虽然没有到 50%。我好奇但没问，她事后主动告诉我：她主动提离婚的。老公

原来都有“养着她”的优越感，花钱还受老公约束。现在呢，钱自己随便用。豁然感觉这是从乙方到甲方的转变啊。

28. 现代社会没隐私啊。有个离婚案，申请法院查对方账单流水原本是想向法院证明对方是个只知道挥霍不知道顾家的女士，然后意外发现对方在月子中心刷了一笔，也算是意外收获啊。

29. 我的日常咨询工作就是围着一个“多”字来开展的。一种是资产很多的人，他们需要进行长期规划；一种是孩子太多的人，他们需要平衡；还有一种是“爱人”太多的人，他们需要我去帮他们做减法。

30. 中国的老人有在子女之间“均贫富”的“优良传统”，因此让父母去代持就存在着这种风险。我甚至碰到过老人家把女儿让自己代持的房子给了娘家侄儿，因为老人家心疼侄儿没房子。女儿能起诉啥呢？

31. 写自书遗嘱，最大的风险是不知道死的时候谁最先拿到这个遗嘱。如果是遗嘱亏待的人拿到了唯一的一份遗嘱，他还会拿出来吗？

32. 中国很多老人的最大的判断失误是：认为家人不会因为财产而吵架。古人说的，不患寡而患不均，这在家庭中尤为突出啊。

33. 在父母子女赠与的问题上，中国的父母既希望赠与给了子女，又希望时时刻刻控制着赠与出去的资产。中国父母的控制欲，可能从小学的时候报奥数班就开始了，有生之年都不会去改。

34. 父母介入子女的婚姻危机，我没见过成功的，只见过因方法错误而加速让子女婚姻解体的。

35. 公司并购要花钱尽调，不能相信直觉与表面。有钱人结婚也不进行尽职调查，也是醉了。当然，如果是青梅竹马的就确认一下对方的性取向就行，其他的，还得多调查啊。

36. 不懂新经济也不爱学习的女生容易吃亏啊，有些人把对方退出前的估值当作真身价，当然更惨的是把对方管理的基金规模当身价的。

37. 中国人做家族信托最大的障碍不是法律、制度不成熟，而是自己心智不成熟，很难信任。想想，连儿媳妇、女婿都是首先被防范的人，他们能多大程度信任你一个信托公司？

38. 经常有 A 问：在香港登记结婚好还是北京好？经常有 B 问：我这种情况你给我一个传承的规划方案。哎，总想给最少的信息同时要求最权威的答案。我又不是算命的，就算中医也得望闻问切，即使不需要做 B 超、CT 啥的。

39. 企业家除了刑事责任之外，民商事方面最大的风险来源是把企业当作自己家。

40. 有些人平时相信爱情，丝毫不关心对方的经济活动与资产；相信友情，让人代持啥证据都不保留。出事了，就希望律师是万能的，希望法律是万能的，能弥补 TA 过去所有的疏忽，反正应该同情 TA 这个受害人。

41. 每次看到假结婚、假离婚的受害人，我一点都同情不起来：为了利益通过婚姻来破坏规则的人，怎么可能只允许你算计规则，不出现对方算计你呢？

42. 不要问对方是否单身，真爱的人是随时可以为你单身的。

43. 财富传承其实挺难的，看看身边的有钱人，十年前的有钱人，与十年后的有钱人，是不是还是同一拨？

44. 父母阻止结婚的，可以听一下；父母阻止离婚的，就当耳边风吧。

45. 恋爱中及对婚姻不正确的期待之一，是希望对方“改各种习惯”。人家在认识你之前生活了 20 多年，你想通过爱情的力量去改一个人，成功的概率堪比买彩票。婚姻-爱情就是容纳并接纳对方的不完美。

46. 在中国，考验一对爱人的感情，不是落水后先救谁，而是看是否敢为了买房啥的“假离婚”。

47. 过去 40 年，勤奋、运气与胆量，构成了国民的财富的第一次分配；而最近几年看则是因为智商（税）与贪婪，形成了民间的第二次分配。

48. 男女之间因家庭、受教育程度、所在圈层

形成的三观差异的鸿沟，短时间内可以因为一方肉体的新鲜程度而被短暂弥合，长期来看真正弥合的概率远远小于“出事”的概率。

49. 家事撕逼案往往比谁手上的现金多，千万别在签字前给钱（当然孩子的抚养费必须要足额给），否则就是给对手送子弹。

50. 分手最体面的状态是：今后相互独立，相互有限支持。

51. 离婚要干脆，离婚是止损，不要抱着“用离婚来惩罚对方”的想法，而是要有解脱自己的自我安慰。

52. 在中国，试婚是很有必要的，试婚的时候，TA 不把你当外人了，就能认识真正的 TA 了。

53. 婚姻问题，不管是结婚还是离婚，最好别咨询闺蜜，你需要的是专业意见，而不是安慰。

54. 关系不太好的夫妻，慎重去落后地区旅游，杀妻、杀夫的基本都发生在那种地方。

55. 我是反对民法典规定离婚冷静期的，为啥结婚不设冷静期？我只见过后悔离婚晚的，没见过后悔离婚的。

56. 受人之托，我认真检索并看了 100 多个重婚案判决，结论一是：自诉对方重婚成功挺难的，虽然不是不可能；至于结论二三四，那是我的 know how，不多说了。

徐国栋：民法典应设立宣告婚姻无效请求权 1 年的诉讼时效 | 上海政法学院学报 202001

2020-03-14 北大法律信息网 AL 徐国栋

https://mp.weixin.qq.com/s/AGlIN6fC-VXByyOmvvr94Q

【原标题】我国民法典应承认诚信缔结的无效婚姻效力并确立宣告婚姻无效请求权的时效

【作者】徐国栋（厦门大学法学院教授）

【来源】北大法宝法学期刊库《上海政法学院学报》2020 年第 1 期（文末附本期期刊法学要目）。因篇幅较长，已略去原文注释。

内容提要：在无效婚姻中对诚信当事人的保护，在我国立法和司法中阙如，造成了一些错判。在西方国家和我国的香港、澳门地区，适用拟制的婚姻制度进行此等保护。按照该制度，违反婚姻法定要件的男女结合要归于无效，但对于诚信的当事人及其子女保留部分效力。中国台湾地区“民法典”在此基础上更进一步，对于诚信缔结的重婚，并不置于无效，而是赋予有效婚姻的地位。此举把对诚信的保护推上了新台阶，但留下了只考虑诚信违反一夫一妻制的婚姻，遗漏考虑诚信违反其他婚姻有效要件的婚姻的缺憾。我国在未来民法典婚姻家庭编中应以上述婚姻诚信保护成果为基础，承认诚信缔结的各种类型的无效婚姻的效力，但须以当事人已长期彼此占有配偶身份为条件。为了避免具有无效原因的婚姻当事人的法律地位长期不确定，影响他们之间的婚姻的安定性，以及可能产生的其子女的生活安定性，应设立宣告婚姻无效请求权 1 年的诉讼时效。

关键词：主观诚信；无效婚姻；拟制婚姻；重婚；诉讼时效

笔者在《我国主要民事单行法中的诚信规定考察报告》一文中指出：“遗憾的是，我国《婚姻法》无论在夫妻人身关系方面还是在财产关系方面，都无……相应的诚信规定。就人身关系而言，尽管通过 2001 年的修改增设了无效婚姻制度（第 10 条），确定重婚者、有禁止结婚的亲属关系者、患有不应结婚的疾病者、未达法定婚龄者的婚姻无效，但没

有规定对诚信卷入此等婚姻者的保护，受到学者的诟病。”为了弥补这方面的缺憾，笔者又发表了《无效与可撤销婚姻中诚信当事人的保护》一文，提出第三者有诚信与恶信之分，对于前者，按照国际惯例应受照顾和保护。最近，笔者看到江苏省盱眙县人民法院无视重婚者的诚信而作出的 2 个错判，以及江苏省沭阳县人民法院和广西壮族自治区藤县人民法院在更早时候作出的类似错判，感到极为不公，故特作本文，引进域外法中早就有的诚信重婚的概念，希望我国民法典(草案)予以采用，从根本上杜绝这方面的错判。

一

“植顺宏诉秦加山请求宣告婚姻无效案”的基本情况

根据(2019)苏 0830 民初 558 号判决书，目标案件的基本情况如下：植顺宏与鲍传红于 1984 年相识，1985 年 3 月举行结婚仪式并共同生活，1986 年 4 月生育一子，双方未办理结婚登记手续。在 1994 年至 2014 年期间，因鲍传红离家出走，不尽抚养子女的义务等，植顺宏多次向法院起诉离婚，后因种种原因撤回起诉，植顺宏与鲍传红之间婚姻关系一直未解除。

1993 年鲍传红离家出走后，与秦加山共同生活，并于 1996 年 9 月 24 日，即在同居生活开始 3 年后生育女儿秦倩倩。2015 年 9 月 14 日，出于为上大学的女儿办理助学贷款的证明需要，秦加山与鲍传红领取了结婚证。

2018 年 7 月 21 日，鲍传红因遭遇交通事故死亡。具体而言，是支线上的电动车司机鲍传红未让路给在主干道上行驶的出租车司机夏某某，后者未减速并未仔细观察，导致事故发生。双方责任相当，出租车司机应付死亡赔偿金 60 万元。

植顺宏和秦加山都主张自己有权取得这笔赔偿金。2019 年 1 月 14 日诉诸法院，植顺宏请求宣告秦加山与鲍传红的婚姻无效，理由是他与鲍传红的婚姻从未解除。论据是 1993 年 3 月 29 日淮阴市中级人民法院作出的民事调解书，它确认植顺宏与鲍传红自愿和好。此前，1991 年 12 月 17 日，鲍传红向盱眙县人民法院提起民事起诉要求与植顺宏离婚，后经调解和好。1992 年 6 月 25 日，鲍传红再次向盱眙县人民法院起诉要求与植顺宏离婚，1992 年 10 月 8 日，盱眙县人民法院判决准予离婚。后植顺宏不服盱眙县人民法院离婚判决向淮阴市中级人民法院提起上诉，产生了上述调解书并成为植顺宏证明他和鲍传红的夫妻关系存在的依据。

秦加山的理由是：他是在鲍传红与植顺宏被盱眙县人民法院判决离婚后才领取结婚证的，不知道鲍传红与植顺宏并未解除婚姻关系，因为他不知后来的调解书，所以，他与鲍传红领取的结婚证及办理的户籍证明应合法有效。

法院支持植顺宏的主张。主要理由是《婚姻法》第 10 条：有下列情形之一的，婚姻无效。1. 重婚的……。法院的论证是：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。

中央电视台《今日说法》栏目于 2019 年 9 月 16 日以《两个丈夫的争夺》为标题报道了本案，电视台以及说法专家方志平副教授没有批评法院的判决。搜狐网在报道此案的新闻中对植顺宏略有微词：为了钱像个跳梁小丑一样到处找人打官司。可谓切中要害！笔者认为，本案属于错判。

二

认定盱眙县人民法院民初 558 号判决是错判的三大理由

（一）“陶婚”击破“银婚”

众所周知，1994 年 2 月 1 日民政部《婚姻登记管理条例》公布实施以后，我国不再承认事实婚

姻。

植顺宏与鲍传红的婚姻发生在 1985 年，属于被承认的事实婚。他们从 1985 年开始同居，次年生有小孩，到 1993 年鲍传红离家出走，双方彼此占有夫妻身份达 8 年。

本案中，秦加山与鲍传红的结合也是事实婚。两人从 1993 年开始同居，到 2018 年 7 月 21 日鲍传红死于交通事故，双方彼此占有夫妻身份达 25 年。

什么是事实婚？通常的说法是“无配偶的男女，未曾履行结婚登记程序而以夫妻名义公开同居，群众也认为他们是夫妻的两性结合”。这个定义揭明了事实婚的公开性和群众认可性 2 个特征，但漏掉了时间性的特征。试问：一男一女以夫妻名义并被群众认可为夫妻共同生活了 1 个月就散伙，他们之间构成事实婚吗？《十二表法》对此的回答是否定的，它规定要不间断地共同生活 1 年才能取得夫妻的身份。《澳门民法典》对此的答复也是否定的，其第 1472 条规定要同居 2 年才构成事实婚。2 年正好是孕育 1 个小孩的时间，定这个时间为身份占有的期限，考虑到了家庭作为人口再生产单位的功能。加上时间因素后，我们可以从时效的角度来理解事实婚，它是利用时间的流逝涤清行政瑕疵而疗救没有办理正式结婚手续的男女结合的法律制度。不办结婚登记是藐视国家婚姻秩序的违法行为，不惩罚不行，惩罚的方式是让这样的结合(事实婚姻)在 2 年时间内没有效力：没有夫妻之间、亲子之间的权利义务，一切都是事实而非权利，但惩罚一辈子也不行。赫鲁晓夫与尼娜·彼得罗夫娜·库卡尔晓克(Nina Petrovna Khrushcheva)的同居关系就是 1 个典型例子，这种关系从 1922 年开始，2 人生有 2 女 1 儿，1929 年生 Rada，1935 年生 Sergei，1937 年生 Elena。到 1965 年赫鲁晓夫下台时，2 人已儿孙满堂，政府分给他一套私宅，在登记户口的时候，发现他与妮娜·彼得罗夫娜没有正式的结婚登记，于是补办。如果不承认 2 人之间长达 33 年的事实婚的效力，会产生荒唐的效果。例如，赫鲁晓夫的孙子叫他爷爷就是非法的，赫鲁晓夫对于其子女的扶养义务，其子女继承他的遗产的权利，那就更不要想了。所以，从另一方面看，事实婚即是配偶身份占有达到法定期间的时效取得。或问，时效取得身份与时效取得物，2 个制度的要件是否一样？答曰类似但不一样。前者的要件有三：(1)一男一女以夫妻方式共同生活；(2)同居达 2 年以上；(3)周围群众认为他们是夫妻。物的时效取得的要件各国规定不同。例如，《法国民法典》对于动产占有采取三要件说，即自主、和平、公然占有；诚信且无过失占有；经过法定期间。显然，物的时效取得与身份的时效取得类似，前者中的“一男一女以夫妻方式共同生活”相当于后者中的“自主、和平、公然占有”，不过占有的是身份而已。前者中的“同居达 2 年以上”相当于后者中的“经过法定期间”。前者中的“周围群众认为他们是夫妻”包括在后者中的“公然占有”中，“公然占有”意味着周围的人认为占有人就是所有人，不然，“公然占有”维持不下去。

身份占有当然可分为诚信占有和恶信占有。诚信的对象可以是事实，也可以是法律。无论是诚信占有还是恶信占有，两者都可达成身份之取得，但时效期间的长短要求应当有所不同，前者短而后者长。纵观历史，只有罗马人在奴隶取得自由人身份方面设定了诚信与否与占有期间长短的关联。在身份的占有取得上，尚未看到有设定这种关联的现代立法例。

在本案中，秦加山自称是诚信的，因为他看到了鲍传红的离婚判决书后才开始与其同居，构成初始诚信。以后，1993 年 12 月，植顺宏自诉鲍传红与秦加山重婚；2013 年 6 月 24 日，植顺宏起诉要求与鲍传红离婚(后撤诉)；2014 年 3 月 4 日，植顺宏再次起诉要求与鲍传红离婚(奇怪的是法院判决不准离婚)，植顺宏的诉讼行为打破了秦加山的诚信，但按照只要求初始诚信的原则，它们不影响身份占有的持续进行。而且，即使秦加山为恶信，25 年的身份占有也可让他变成鲍传红的合法丈夫。

按照罗马法，20 年的身份占有就可以让一个奴隶变成自由人呢！

植顺宏与鲍传红的结合，秦加山与鲍传红的结合，都是事实婚，一个是 8 年夫妻，属于“陶婚”，另一个是 25 年夫妻，属于“银婚”，哪一个效力大？应该很清楚，但盱眙县人民法院竟然让“陶婚”击破了“银婚”，明显有悖常理。

（二）误定死亡赔偿金的受领人

我国学界对于死亡赔偿金的性质有继承丧失说与扶养丧失说之争，按照前者，导致死亡的责任人要赔偿的是死者家属可期待的死者在保持劳动能力年限内的收入。按照后者，赔偿的对象是死者扶养的人可以预期从死者获得的扶养费。我国基于立法传统采用继承丧失说，因为若采用扶养丧失说，如果死者没有需要扶养的人，会导致不需要赔偿的荒谬结论。尽管如此，我国司法实践仍把被扶养人生活费计入死亡赔偿金。基于继承丧失说，按照《继承法》第 10 条规定的法定继承人认定死亡赔偿金的归属，通常只有第一顺位的继承人，即配偶、子女、父母 3 种人可以取得，他们是死者扶养的人，允许他们取得死亡赔偿金，目的是减少养家人死亡后带来的经济压力。

然而，盱眙县人民法院判决秦加山与鲍传红的婚姻无效，客观上让植顺宏取得了已与他形同陌路的鲍传红的死亡赔偿金 60 万元，违反了死亡赔偿金的宗旨，因为只有秦加山、秦倩倩与鲍传红属于一个经济共同体，让他们得到鲍传红的死亡赔偿金，可弥补他们因为鲍传红的去世而受到的收入减损，获得受扶养机会；植顺宏与鲍传红不属于一个经济共同体已经 25 年，鲍传红去世，对植顺宏的受扶养权没有什么影响。正如鲍传红的妹妹和秦加山所言，植顺宏是奔着死亡赔偿金而来的，而法院满足了他的不当请求。正如马新彦教授所言，有了结婚证，双方恨得你死我活，仍不影响第一顺位的法定继承权，没有结婚证，即便双方爱得死去活来，仍与对方的遗产无缘。

（三）未正确处理的 2 个公文书之间的效力冲突

植顺宏的婚姻效力依据是 1993 年 3 月 29 日淮阴市中级人民法院作出的民事调解书，它确认植顺宏与鲍传红自愿和好。秦加山的婚姻效力依据是 2013 年 2 月 25 日在盱眙县民政局补领的结婚证。2 个公文书，哪个效力大？

关于公文书竞合时的效力比较规则，我国法律无规定，是为缺憾。笔者认为，可遵循以下规则：(1) 新近的优先于老旧的，此规则比照新法优于旧法规则提出；(2) 专门的优先于旁涉的，此规则比照特别法优先于普通法规则提出。根据这 2 项规则，秦加山都胜过植顺宏。因为他依据的公文书发布时间在后，而且，结婚证是证明婚姻合法性的专门文书，调解书的主旨在于解决纷争，并非为了证明婚姻的合法性。

无独有偶，广西藤县发生了一个类似于植顺宏诉秦加山请求宣告婚姻无效案的案子。被告廖女士于 2009 年与郭琛登记结婚，此前，2 人从 2000 年起同居，于 2003 年生有 1 个女儿。2016 年 8 月 14 日，郭琛因白血病不治离世，留下 1 处房产以及 2 处车位。不久，原告陈某妹起诉廖女士，请求法院认定廖女士与郭琛的婚姻无效。陈某妹称，郭琛的实际名字为郭庆森，与自己在 1982 年左右登记结婚，且并未办理过离婚。所以，廖女士与郭琛的婚姻属于重婚，应为无效。而此时，廖女士已经与郭琛共同生活 16 年，登记结婚已有 7 年，并生了 1 个女儿。不幸的是，法院支持了陈某妹的主张。这样，廖女士与郭琛的 7 年婚姻关系被彻底否定，导致不能以配偶的身份继承郭琛留下的房产和车位。在本案中，廖女士不知郭琛是有夫之妇，构成基于对事实的不知的诚信，并诚信占有配偶身份 7 年，但藤县人民法院完全不考虑这些情节，做出了不利于她的判决，至为不公，使陈某妹的取财意图得以实现。陈某妹在郭琛生存期间不去法院请求宣告郭琛与廖女士的婚姻无效，等郭琛去世并留有不菲财

产后才露面，如同植顺宏露面的时机一样。

三

以诚信途径解决植顺宏诉秦加山一类案件的域外经验

在本案中，秦加山自述是在鲍传红与植顺宏被盱眙县人民法院判决离婚后才领取的结婚证，并不知道鲍传红与植顺宏尚未解除婚姻关系，因为他不知有后来的调解书，构成诚信重婚。按照国际通例，若无相反证据，推定存在主观诚信，迄今无人推翻秦加山的这一自述。

承认诚信重婚的效力，域外法已有经验。首先有 1919 年弗吉尼亚州的 Commonwealth v. Lillie Philpot 一案。被告莉莉·菲尔伯特(Lillie Philpot)与约翰·菲尔伯特(John Philpot)于 1911 年 12 月 28 日结婚。1918 年 1 月 1 日，约翰离家到 Wrought Iron Range 公司上班。从他离家之日起到 1918 年 12 月 10 日，他的妻子没有得到他的任何消息。这一天，她在当地报纸上看到这样的消息：约翰·菲尔伯特，昨天死于磨粉机(Burn Mill)，今天已下葬。当日晚，莉莉寄了 1 封挂号信向住在弗吉尼亚 Hollind 的约翰的兄弟通报死亡事实。其时，约翰正好在其兄弟处，他要求其兄弟不予回复。莉莉又写信给约翰工作的单位询问信息，1918 年 12 月 12 日得到答复，谓约翰已于 1918 年 11 月 6 日辞职前往弗吉尼亚的 Martinsville 访友，临走时说他犯病了。在 1918 年的圣诞假期，莉莉得到威廉·史密斯(William Smith)的热烈求婚，莉莉接受之。2 人很快结婚。在蜜月开始后的一天傍晚，约翰出人意料地归家，打破了莉莉的蜜月。

莉莉首先面临重婚罪指控。陪审团认为莉莉头脑清楚，合理地相信其丈夫约翰已死，裁定她获得无罪开释。按照弗吉尼亚继受的英国法，夫妻一方下落不明、杳无音信满 7 年的事实可用来有效对抗重婚罪指控。但按照弗吉尼亚州的规定，在离婚的情形中，必须经过 6 个月的禁婚期后才能缔结第二个婚姻，从得到约翰工作过的公司的答复之日起算，莉莉不到 6 个月就与史密斯结婚了。从民事上看，她的第二个婚姻有人认为有效，有人持相反看法。理由是莉莉未遵守 6 个月的待婚规定。前者为诚信重婚肯定说，在当时具有相当的先锋性，因为按照先前的法国判例，诚信重婚不能免除刑事责任，只能作为减少刑期的理由，完全谈不上承认诚信重婚的效力。后者无甚道理，因为莉莉并非离婚案件的当事人，不应对她适用离婚法的规则。另外，按 1918 年 1 月 1 日约翰离家出走算，莉莉的待婚期早就超过了 6 个月。待婚期的设立本旨是为了避免子女血统混杂，在本案中根本不存在这个问题。在笔者看来，本案真正的问题是莉莉占有第二个婚姻中的妻子身份不到 1 个月，太短！即使具有诚信的主观要素，能否通过这么短的身份占有取得身份？可以质疑。

其次，中国台湾地区“民法典”于 2007 年修订后承认了诚信重婚的效力。在此之前，中国台湾地区“民法典”第 985 条规定：有配偶者，不得重婚。该条严格执行一夫一妻制。但陈周丰诚信重婚案促使司法院于 1994 年 8 月 29 日发布释字第 362 号解释，依信赖保护原则创立善意重婚概念。它仅要求重婚之相对人即第三人为善意，重婚人不需为善意。而上述解释基于的案例的当事人双方皆为诚信。该案的案情如下：陈周丰与蔡玉凤于 1973 年 2 月结婚，陈周丰后提起离婚诉讼，高雄地方法院于 1988 年 5 月 4 日做出离婚判决。陈周丰于 1988 年 7 月与许辰月结婚。嗣后，蔡玉凤以陈周丰知其住所但指其所在不明兴讼，提起再审并胜诉，再以陈周丰重婚为理由提起宣告婚姻无效之诉。中国台湾地区“最高法院”以 1992 年台上字第 1621 号判决确定陈周丰的第二个婚姻无效。许辰月以民法第 988 条侵害其中国台湾地区宪法规定的结婚自由权请求司法院大法官释宪，催生了释字第 362 号解释。这一解释承认了单方善意重婚的效力，将诚信原则贯彻于亲属法之中。但发布后遭到动摇了一夫一妻制的质疑，所以，2002 年 12 月 13 日，司法

院又发布释字第 552 号解释，补充释字第 362 号解释，仍维持善意重婚有效之解释，但要求重婚的双方皆为善意。

中国台湾地区于 2007 年 5 月 23 日修正民法典亲属编时，将该解释立法化，于第 988 条增加了第 3 款规定：结婚，有下列情形之一者，无效：(1)不具备第 982 条第 1 项之方式者。(2)违反第 983 条或第 985 条之规定者。(3)但重婚之双方当事人因善意且无过失信赖一方前婚姻消灭之两愿离婚登记或离婚确定判决而结婚者，不在此限。此款不似其他立法例以拟制的婚姻制度来解决诚信重婚在被宣告无效后的善后问题，而是排除宣告诚信重婚无效的可能性，确认它为有效婚姻，具有合法婚姻的全部效力，因而具有相当的原创性，但立论稍有偏差。其一，把确认这类重婚的理由说成是保护信赖，申言之，是信赖两愿离婚登记或确定离婚判决的公信力，不如其他立法例的保护理由，将其说成是当事人具有诚信或无过失的主观状态。在事实上，信赖两愿离婚登记或确定离婚判决的公信力是不知这 2 种公文书的瑕疵的反面表述，第 988 条第 3 款既说“善意”，又说“信赖”，未免叠床架屋，重复说事。其二，只保护双方诚信。一旦明确了第 988 条第 3 款的规范意旨是保护诚信，只保护双方诚信而不保护单方诚信就说不过去了。应该是凡有诚信处即有保护，在这方面《法国民法典》做得很好。其第 201 条考虑双方诚信的无效婚姻，第 202 条考虑单方诚信的无效婚姻，都赋予诚信者应得的好处。其三，没有规定所要求的是初始诚信还是始终诚信。按照前者，只要在缔结第二个婚姻时不知道有障碍就可以了，以后发现了障碍，不影响诚信重婚之达成。按照后者，当事人何时发现婚姻的障碍，诚信何时破局，前者易而后者难。《意大利民法典》要求前者(初始诚信)，《美国统一结婚离婚法》要求后者(始终诚信)。其四，没有规定有关的重婚要持续多久才构成善意重婚。保护诚信重婚的根本目的，是为了避免宣告这样的婚姻无效给当事人本人以及可能产生的子女造成震荡，如果刚刚缔结就发现重婚事实，撤销此等婚姻不会或只会造成很小震荡，此时，即使是诚信缔结，撤销它又有何妨，给诚信者补偿就是了。此等撤销可维持一夫一妻原则的严格性。所以，承认诚信重婚必须同与身份占有时效取得制度结合起来适用，才能达成规范意旨。其五，雨露不均。按照中国台湾地区“民法典”规定，无效婚姻的原因除重婚外，还有未举行公开仪式(第 982 条第 1 款)、违反乱伦禁忌(第 983 条)和重婚(第 985 条)，立法者为何只赋予重婚者诚信的好处，不赋予诚信未举行公开的结婚仪式者和诚信缔结乱伦婚姻者这样的好处？释字第 362 号解释未对此说明，给人以司法院对于重婚情有独钟的印象。

他山之石可以攻玉，我们看到，秦加山所处情势正好符合释字第 362 号解释的条件，即信赖确定离婚判决与鲍传红开展事实婚，但不符合第 552 号解释的条件，即只有秦加山具有诚信的主观状态，鲍传红不具有。但笔者认为，在重婚问题领域，也应承认单方诚信的效力，才能把诚信原则贯彻到底。但令人遗憾的是，盱眙县人民法院方也好，秦加山和植顺宏的律师也好，都未看到本案的关键点在于秦加山的诚信，更谈不上以此为依据判决或进行辩护。

四

因重婚请求婚姻无效之诉的时效限制

在植顺宏诉秦加山案中，植顺宏在从 1993 年秦加山和鲍传红开始同居起算的 26 年后提起宣告婚姻无效之诉并获得法院的接受，可谓奇葩！鉴于流行的观点认为，因重婚请求婚姻无效之诉的，不受时效限制，进而言之，有人说《民法总则》规定的时效制度不适用于人身法。所以，本文未把时效已过作为认定盱眙县人民法院民初 558 号判决为错判的理由，只把它当作应受质疑的事实。

质疑之一来自刑法处理与民法处理的比较。众所周知，重婚既是民法问题，也是刑法问题。按

照我国《刑法》第 258 条的规定，有配偶而重婚的，或者明知他人有配偶而与之结婚的，处 2 年以下有期徒刑或者拘役。重婚罪是自诉罪，按照《刑法》第 87 条的规定，法定最高刑为不满 5 年有期徒刑的，追诉时效是 5 年。换言之，从 1993 年秦加山与鲍传红同居开始到 1999 年，植顺宏即丧失刑事追究秦鲍两人重婚罪的权利。之所以要为自诉人的诉权设定时限，是督促他及时行使，否则，其潜在诉追对象的生活会过于不安定，而且会导致其子女的生活过于不安定，因为婚姻会产生后代，所以，有权不及时行使、突然行使造成的震荡要大于其他的权利不行使行为。既然刑事诉权都必须及时行使，相应的民事诉权的行使却没有时间限制，这是不可思议的，因为民事诉权的不及时行使同样会造成潜在被告及其可能子女生活的不安定。例如，因为秦加山与鲍传红的婚姻被宣告无效，秦倩倩的助学贷款都要被取消，因为它的基础事实有问题。

质疑之二来自我国《婚姻法》及相关司法解释广泛设立除斥期间的事实。《婚姻法》第 11 条规定，因胁迫结婚的，受胁迫的一方可以向婚姻登记机关或人民法院请求撤销该婚姻。受胁迫的一方撤销婚姻的请求，应当自结婚登记之日起 1 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 1 年内提出。第 46 条规定，因重婚、有配偶者与他人同居、实施家庭暴力、虐待、遗弃家庭成员导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿。《婚姻法司法解释一》第 30 条规定，无过错方作为原告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；无过错方作为被告的离婚诉讼案件，如果被告不同意离婚也不提起损害赔偿请求，可以在离婚后 1 年内就此单独提起诉讼；无过错方作为被告的离婚诉讼案件，一审时被告未提出损害赔偿请求，二审期间提出的，人民法院应当进行调解，调解不成时，告知当事人在离婚后 1 年内另行起诉。两个规范性文件都要求基于婚姻关系的诉讼请求必须与损害赔偿之诉同时或在 1 年内提出。这是因为此等诉讼请求具有外部性：导致私生子，所以除斥期间最多 1 年，这是孕育一个孩子的充分时间。

与大陆地区的“因重婚请求婚姻无效之诉的，不受时效限制”说法呼应的是中国台湾地区民法典曾一度对重婚撤销权不设除斥期间，但这一做法遭到了邓元贞重婚案的挑战，案情如下。

邓元贞与陈鸾香于 1940 年在福建省龙岩市结为夫妻，生有 2 个孩子。1949 年，邓元贞随国民党军去中国台湾地区，从此 2 人天各一方，音讯全无。1960 年，邓元贞在中国台湾地区又与吴秀琴结婚，育有 3 子 2 孙。陈鸾香得知邓元贞在中国台湾地区再婚后，于 1986 年 8 月委托律师向中国台湾地区台中地方法院诉请撤销邓元贞在中国台湾地区的婚姻。中国台湾地区台中地方法院认定邓元贞构成重婚，撤销邓与吴在台婚姻。邓元贞不服，向中国台湾地区台中高级分院提出上诉。二审依然维持一审判决。邓元贞又上诉到中国台湾地区最高法院。1988 年 12 月，中国台湾地区最高法院做出终审判决，驳回邓元贞的上诉，维持原判。邓元贞以本案及类似情形案件适用不设除斥期间的重婚撤销权条文不符合中国台湾地区“宪法”保障婚姻权与家庭伦理关系的法律精神为由，请求中国台湾地区“司法院”释宪。该院于 1989 年 6 月做出释字第 242 号解释。谓：于国家遭遇重大变故，在夫妻隔离，相聚无期之情况下发生之重婚事件，与一般重婚事件不同，对于此种有长期实际共同生活事实之后婚姻关系，如仍适用重婚撤销权规则，与后婚当事人自由及权利之宪法保护相抵触。由此认定了退台人士的重婚具有法律效力。然而，该解释并不认为对重婚撤销权不设除斥期间违法。但刘铁铮大法官持异议，谓：为保护身份行为安定性，应对重婚撤销权设合理除斥期间，以免破坏长期存在的现存秩序，何况对于重婚罪的刑事追诉还有 10 年的时效限制呢！ 可以说，邓元贞重婚案的意义之一是提出了重婚撤销权的时间限制问题。当然，中国台湾地区“司法院”未考虑以身份占有时效取得制度解决本案。事实上，邓元贞与吴秀琴彼此占有

夫妻身份 26 年，完全可以认为他们已取得此等身份，而且吴秀琴属于诚信，她不知邓元贞已结婚而与之结婚。

除斥期间是不变期间，没有中止、中断问题，督促权利人及时行使权利的意旨更强。所以，既然我国《婚姻法》以及相关的司法解释就人身性请求权的行使广泛规定了除斥期间，没有理由认为植顺宏的宣告婚姻无效请求权可以无限期地随时行使，去碾碎他人的家庭生活。在既有的规范条件下，不妨用除斥期间限制他的宣告无效请求权的行使，也就是必须在 1 年内行使。换言之，到了 1994 年，他就不再能行使这样的诉权。

五

对法的不知是否构成婚姻法中的诚信

植顺宏诉秦加山案涉及的是基于对事实的不知的诚信问题，中国台湾地区“民法典”第 988 条第 3 款处理的也是这种类型的诚信重婚，但在我国司法实践中，也发生了基于对法的不知的诚信重婚案例。它就是 2014 年 3 月 24 日江苏省沭阳县人民法院判决的汪之英诉沈玉翠婚姻无效案。案情如下。

宋士汉与汪之英于 1950 年代结婚，后因感情不合，经亲友调解于 1967 年私下“解除婚姻关系”。1974 年，宋士汉又与沈玉翠结婚，同居 30 年后，双方于 2004 年 12 月 6 日到沭阳县民政部门补办了结婚证。2014 年初宋士汉去世，1 月 10 日，汪之英向法院起诉，请求判决宋士汉与沈玉翠的婚姻无效。汪之英诉称，她与宋士汉于 1967 年经亲友协调的私下“离婚”不能作数。

沈玉翠则辩称，自己与宋士汉一起生活了 40 年，生育了 3 个子女，宋士汉年老生病都由她来照顾，且已到民政部门补领了结婚证，自己与宋士汉的婚姻应当有效。

法院审理认为，汪之英与宋士汉于 20 世纪 50 年代结婚，双方形成了婚姻关系，虽经他人调解分居，但未经法律规定的民政部门或人民法院解除婚姻关系，其婚姻关系一直存在。在此种情形下，宋士汉与沈玉翠虽以夫妻名义共同生活 40 年，且后来又补办了结婚登记手续，仍构成重婚，遂判决其婚姻无效。

笔者认为，此判错误，理由有三。其一，在重婚持续时间长、产生的子女多的情形下，应承认对法的不知也构成诚信。在本案中，宋士汉与汪之英错误地认为离婚可以不经过婚姻登记机关或法院判决，而通过亲友调解私下办理。这种错误是基于对法的不知而产生的。对法的不知通常不能作为抗辩理由，但在“不法”婚姻持续时间长、产生的子女多的情形下可以作为抗辩理由。对此，有如下古罗马判例为证，即著名的弗拉维娅乱伦案。马尔库斯·奥勒留及其兄弟对此案的判词被保留下来：“我们为这些事情震动：一是你长时间在不知法律的情况下与你的舅舅过婚姻生活，二是你缔结这样的婚姻竟然得到了你祖母的同意，三是你的子女众多，考虑到这些情况，兹决定：你从这个持续了 40 年的婚姻所出的子女是婚生子女。” 可见，敕答的接受人弗拉维娅与其舅舅结婚，他们的婚姻持续了 40 年，构成红宝石婚。而且他们生养了众多子女。尽管在马尔库斯·奥勒留的时代，弗拉维娅与其舅舅的婚姻构成市民法上的乱伦，要受死刑或放逐小岛的处罚，但为了社会稳定，马尔库斯兄弟皇帝承认了这种婚姻对于子女的效力。

其二，汪之英的宣告婚姻无效权应受时效限制，如杜强强所言：惟若利害关系人可以在重婚关系持续的任何时间内请求宣告后婚无效，而不论重婚者是否为善意，也不论后婚当事人共同生活的长久，则不符合宪法保护婚姻生活稳定的意旨。

其三，40 年的身份占有可导致配偶身份的取得。按照阿纳斯塔修斯皇帝的敕答，一个明知自己的真实身份冒充自由人行事的奴隶如此 40 年的，也可取得自由人身份。按照我国刑法，最长的追诉时效为 20 年，换言之，一个犯了重罪的人，只要犯罪后公安机关未发现并追究，而且在这 20 年内

没有实施其他任何犯罪行为，他就由于长期占有了“好人”身份而成为“好人”。而一个占有配偶身份 40 年的人当然可取得配偶身份，不然法律过于不尊重事实，过于背离人情。

无独有偶，盱眙县人民法院也做出了一个涉及对法的不知的重婚案判决(该案被 2019 年 11 月 7 日的中央电视台《今日说法》节目以《重婚的继母》为标题进行了报道)。被告张运珍是贵州人，1972 年嫁给同村的杨福华，育有 4 个子女，但屡受家暴，一次差点被打死，在村干部的劝说下逃出(有村委会的证明为据)，来到盱眙县当保姆。2010 年与退休教师陈宏春结婚。2018 年，陈宏春去世，欲继承陈宏春的房屋及其他遗产，遭到陈宏春子女的反对，甚至被赶出家门。后来，陈宏春的子女发现张运珍的丈夫健在，没有与张运珍离婚，子女之一陈诚于 2019 年 1 月将张运珍告上法庭，请求宣告张运珍与乃父的婚姻无效。2019 年 4 月 23 日，盱眙县人民法院判决张运珍与陈宏春的婚姻无效。

本案与汪之英诉沈玉翠婚姻无效案相似，其一，张运珍为诚信重婚，基于对法的不知，她相信村干部劝她出逃具有终止她的初婚的效力，所以放心大胆地与陈宏春结婚；其二，张运珍占有配偶身份达 9 年，尽管不如汪之英诉沈玉翠婚姻无效案中的 40 年身份占有长，也未达到本文为基于对法的不知的身份占有必须持续 20 年才能取得的要求，张运珍至少应可获得拟制的婚姻的好处。但盱眙县人民法院完全无视张运珍诚信的主观状态和长期的身份占有的事实，做出了不利于她的判决，此判应为错判。

六 结论

婚姻家庭法是主观诚信进入较晚的一个领域。事实上，本文援引的马尔库斯兄弟皇帝对弗拉维娅乱伦案的处理是笔者找到的第一个做这样引入的案例，但它只把诚信的好处赋予长期持续的无效婚姻产生的子女，并不赋予无效婚姻当事人。马尔库斯兄弟皇帝敕答经后人发展，形成拟制的婚姻制度，该制度更进一步，同时把诚信的好处赋予无效婚姻的当事人及其子女。拟制的婚姻制度一经创立，在两岸四地的范围内，先后为我国香港地区和澳门地区的法律继受，也被笔者呼吁大陆地区继受。然而，拟制的婚姻制度是要破毁无效婚姻的，基于当事人的诚信保留婚姻的部分效力，尤其是财产法方面的效力。但是，如果诚信缔结的无效婚姻持续的时间很长，产生的子女众多，破毁这样的婚姻仍显不公，所以，中国台湾地区“民法典”第 988 条第 3 款干脆承认诚信缔结的重婚有效，把对诚信的保护提升到了一个新阶段。作为两岸四地中没有继受过拟制的婚姻制度的地区，中国台湾地区的此举具有跨级发展的意义，也留下了只考虑诚信重婚，不考虑其他诚信缔结的无效婚姻的漏洞。

我国《婚姻法》既未确立拟制的婚姻制度，也未确立诚信重婚有效制度，后者的阙如至少造成了江苏 3 个案件、广西 1 个案件的错判，目前，我国已正式颁布《中华人民共和国民法典》(草案)，仍维持了《婚姻法》的“两无” 状态。笔者仍坚持婚姻家庭编应增加拟制的婚姻制度的立法建议，而且，基于本文研究的 4 个重婚案明显错判的教训，还应增加长期持续的诚信重婚有效制度。但考虑到在我国民法典婚姻家庭编相关规定的另外 2 个婚姻无效事由中的当事人也可能诚信且长期占有配偶身份，例如，由于离散，夫妻不知彼此处在禁婚亲等中，待发现时已缔结婚姻多年并产生子女；又如，双方当事人未达婚龄通过使用兄弟姐妹的身份证登记结婚，待发现身份造假事实时已占有配偶身份多年并育有子女，这 3 种情形中的诚信且长期占有配偶身份的人也应能摆脱婚姻无效的打击，如此可收举一反三之效。

具体而言，笔者认为，我国《民法典》(草案)第 1051 条中应增加 3 个但书。

该条现在是这样子：有下列情形之一的，婚姻无效：(1)重婚；(2)有禁止结婚的亲属关系；(3)

未到法定婚龄……。

应加的第一个但书是：但重婚之当事人之一方或双方诚信相信前婚姻已因两愿离婚登记或离婚确定判决消灭者，不在此限。显然可见，这个但书与中国台湾地区“民法典”第 988 条第 3 款不同，不要求双方诚信，一方诚信也可导致诚信重婚之成立。

需要增加的第二个但书是：(2)(3)情形中的当事人诚信且长期占有配偶身份的，其婚姻也免于无效。

需要增加的第三个但书是：前两款中所言诚信，在法院认定的情形，包括对法的不知。按照此款，并非一切对法的不知都构成诚信，只有经法院认定的如此。法院如何认定？主要考虑 2 个因素为之。第一个因素是身份占有的时间超过 20 年；第二个因素是当事人的结合产生了 2 个以上的子女。

那么，拟制婚姻与诚信缔结的无效婚姻有效的界限如何划分？**笔者认为，在 1 年的时效期间完成前被撤销的诚信缔结的无效婚姻按拟制婚姻处理。**1 年时效期间完成后的诚信(对事实的不知)缔结的无效婚姻按有效婚姻处理，但基于对法的不知缔结的无效婚姻的身份取得时效期间为 20 年，恶信占有身份的取得时效为 30 年。

与此相应，未来民法典婚姻家庭编要明确诉讼时效制度可适用于宣告婚姻无效请求权，避免悬剑。规定配偶请求宣告重婚的配偶婚姻无效的时效期间为 1 年，从发现重婚事实开始起算，如此可避免过大的震荡。笔者为宣告重婚无效之诉设计的时间限制是时效而非除斥期间，如此，可以有终止、中断和延长等事由帮助确有障碍而不能按时行使诉权的权利人，限制比较柔软。

责任编辑：张文硕
审核人员：孙妹

公共卫生紧急状态下的家庭法律实务 | （一）监护

原创：2020-02-23 家事法研究中心
https://mp.weixin.qq.com/s/TSIWSzXoeYxeRgg4a4DcaQ

知识卡片

什么是新型冠状病毒

冠状病毒是一个大型病毒家族，已知可引起感冒以及中东呼吸综合征和严重的呼吸综合征等严重疾病。新型冠状病毒是以前从未在人体中发现的冠状病毒新毒株。2020 年 1 月 12 日，世界卫生组织正式将武汉肺炎疫情的新型冠状病毒命名为"2019 新型冠状病毒（2019-nCoV）"。作为新发现的病毒，其传播性较强，故我们一定要在日常生活中注意防护。

提问 & 解答

Questions Answers

儿童 监护

（一）公共卫生紧急状态下未成年人的监护人（被隔离人员、封闭治疗环境中的医护人员等）无法履行监护义务，如何维护未成年人的权益？

答：根据《民法总则》及相关法律规定，设立监护的方式有三种：法定监护、指定监护和委托监护。就法定监护而言，未成年人的父母是其法定监护人。若父母因被隔离无法履行监护职责，可以以委托监护的方式将子女托付于其祖父母、外祖父母、兄、姐以及其他愿意担任监护人的个人或组织。若

父母或其他监护人出现无法或无力监护的情况，必须向村（居）委会、民政部门寻求帮助，告知情况。

学校、幼儿园、托儿所、医疗机构、村（居）民委员会、社会工作服务机构、未成年人救助机构、儿童福利机构及其工作人员，在工作中发现未成年人因监护人被隔离而处于无人照看状态的，应及时与其监护人联系；无法与其监护人取得联系，或者监护人拒不委托他人代为监护的，应当立即向公安机关报告，由公安机关作出应急处置。若监护人实施《民法总则》第 36 条规定的行为，有关个人或者组织可以向人民法院申请撤销其监护人资格。民政部门近日已发布《关于做好因新冠肺炎疫情影响造成监护缺失的儿童救助保护工作的通知》（民电〔2020〕19 号），对监护缺失儿童的救助问题进行了说明。

（二）父母违反隔离规定是否是构成对未成年子女的监护失职，能否以此撤销其监护人资格？

答：疫情期间，有些父母违反隔离规定，未对子女做好相关的防护工作，如不给子女带好口罩、带子女去疫情严重地区、因恐慌伤害子女身体健康与生命安全等损害子女合法利益的行为，根据《未成年人保护法》第五十三条、第六十二条，首先由居民委员会、村民委员会、公安机关等进行批评教育。若监护人实施了《民法总则》第三十六条规定的行为，人民法院可以根据申请撤销监护人资格。

（三）疫情复工期间，学校延迟开学，双职工家庭对未成年子女的监护如何进行？

答：根据北京市人力社保局联合市教委发布的《关于因防控疫情推迟开学企业职工看护未成年子女期间工资待遇问题的通知》（京人社劳字〔2020〕13 号）等相关文件，疫情复工期间，学校延迟开学，双职工家庭对未成年子女的监护有以下几方面内容：

第一，每户家庭可有一名职工在家看护未成年子女，职工看护未成年子女期间，企业不得解除劳动合同，期间的工资待遇由职工所属企业按出勤照发。劳动合同到期的，顺延至政府隔离措施或采取其他紧急措施结束；

第二，鼓励在家看护职工采用电话、网络等灵活办公方式提供劳动；

第三，鼓励职工之间调班轮休，发扬互助友爱精神，保证工作和生产正常运转；

第四，若父母或其他监护人出现无法或无力监护的情况，必须向村（居）委会、民政部门寻求帮助，告知情况。

（四）如何对疑似、确诊患者及医护人员的家属尤其是儿童进行心理疏导？

答：2020 年 2 月 5 日，国务院应对新型冠状病毒肺炎联防联控机制发布的《关于全力做好一线医务人员及其家属保障工作的通知》中要求各级党委政府动员社会力量，组织发动志愿者或安排专门人员，对一线医务人员及其家属展开慰问，定期了解他们的需求和困难，建立台账，积极协调解决，对一线医务人员及其家属的基本生活用品要保证供给；其次，《通知》要求须将一线医务人员及其家属作为心理干预人群，积极给予精神关怀。发现有歧视孤立一线医务人员及其家属行为的，要及时进行批评教育，情节严重的应给予相应处理处罚；最后，《通知》要求尽量不安排双职工的医务工作者同时到一线工作，特别是家有老人和孩子需要照顾的医务人员，要尽可能使其兼顾家庭。可以安排志愿者或专门人员对有家庭困难的一线医务人员家属进行对口帮助。对于儿童的心理疏导问题，父母或者其他监护人应成为孩子的后盾，必要情况下，可以向专业机构如心理疏导机构寻求帮助。

老年人　监护

疫情期老年人失智，如果有意定监护，是否可以生效？如何行使？

答：意定监护是指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。此外，如果双方在协议中约定监护监督人的，监督人可以在监护人不履行、怠于履行监护职责或侵害被监护人权益时，代被监护人追究监护人的责任。

下面对疫情期间集中出现的新情况展开陈述：

1、需要在法院认定失智老人为无民事行为能力人后，意定监护人才开始履行监护责任吗？

通常情况下，根据双方所签订的意定监护协议来确定意定监护人监护职责履行开始之期。若协议未作具体规定，为了避免失智老人因无人监护造成损害后果，意定监护人应自老人失智之日起履行监护职责。如果对老人的行为能力有争议的，可根据《民法总则》第二十四条和《民事诉讼法》第一百八十七条规定，由其近亲属或利害关系人等向法院提交认定申请，利害关系人包括老人所在社区居委会、村委会、单位等。

2、因疫情隔离，意定监护人客观上在外地无法赶回履行监护职责的，如何处理？

确无法履行监护职责的，意定监护人应当及时向监护监督人或失智老人的近亲属、所在社区居委会、村委会、当地民政部门取得联系，说明情况，请求帮助或救助，并通过视频连线、电话问候等方式常与老人联系或与相关救助组织询问老人近况，进行关怀，这也同样属于履行监护职责。

需要注意的是，若意定监护人未做任何临时委托便让失智老人独居在家本身则是一种监护失职，可以追究其责任。

3、意定监护人因医学隔离观察或感染新冠肺炎住院治疗无法履行监护责任如何处理？

意定监护人因医学隔离观察或感染新冠肺炎住院治疗无法履行监护职责，应当及时与监护监督人或老人的近亲属、所在社区居委会、村委会、民政部门取得联系，说明情况，请求帮助或救助避免老人监护缺失，否则需要承担监护不力的责任。

4、意定监护人以疫情隔离为借口不履行监护责任如何处理？

意定监护人以隔离为借口不履行监护协议的，如若意定监护协议未明确，不属于约定事由，且不属于解除监护关系的法定事由，可根据法律规定的监护职责和双方签署的意定监护协议，追究意定监护人的责任。

5、法定监护与意定监护的区别。

根据《民法总则》、《老年人权益保障法》以及有关规定，意定监护优于法定监护，被监护人签订了意定监护协议，当其丧失民事行为能力时，应当优先适用意定监护，只有在意定监护协议无效或因各种原因无法履行的情况下，才适用法定监护。

6、当意定监护人履行了监护职责，赡养人还需要履行赡养义务吗？

我国《宪法》、《民法总则》、《婚姻法》等法律要求子女对父母履行赡养义务，赡养包括物质上的扶助和精神上的慰藉。赡养关系与意定监护关系不同，意定监护人履行了监护职责，并不代表免去了赡养人的赡养义务。当赡养人拒不履行赡养义务时，意定监护人可以要求其履行赡养义务。

7、疫情期间如何解除或终止意定监护协议？

（1）根据协议约定事项解除或终止。协议约定出现合同期间届满、当事人死亡、意定监护人丧失民事行为能力以及被监护人恢复民事行为能力等情形时，意定监护协议可以解除或终止。

（2）监护人履行监护职责不力。当监护人在履行监护职责时出现《民法总则》第三十六条所规定的情形，人民法院可以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，并重新指定监护人。如果对老人的行为能力有争议的，根据《民法总则》第二十四条和《民事诉讼法》第一百八十七条规定，可由其近亲属或利害关系人向法院提交认定申请。

相关法律法规及文件目录

1、《中华人民共和国民法总则》第二十一条、第二十四条、第二十六条、第三十三条、第三十六条；

2、《中华人民共和国民法通则》第十六条、第十七条、第十八条；

3、《中华人民共和国未成年人保护法》第五十三条、第六十二条；

4、《中华人民共和国老年人权益保障法》第十四条、第二十六条；

5、《中华人民共和国公证法》第十一条；

6、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百八十七条；

7、《中华人民共和国宪法》第四十九条；

8、《中华人民共和国婚姻法》第二十一条；

9、《关于做好因新冠肺炎疫情影响造成监护缺失的儿童救助保护工作的通知》（民电〔2020〕19号）；

10、《关于全力做好一线医务人员及其家属保障工作的通知》（肺炎机制发〔2020〕23 号）；

11、《关于因防控疫情推迟开学企业职工看护未成年子女期间工资待遇问题的通知》（京人社劳字〔2020〕17 号）。

撰稿 | 陈子涵、姜子杰、刘治成、郝增丽
桂飞翔、林禛雨、黄陈凤、周小川
整理 | 刘治成
排版 | 郝增丽

公共卫生紧急状态下的家庭法律实务 | （二）继承——遗嘱与遗赠

2020-03-08 家事法研究中心

https://mp.weixin.qq.com/s/qf8W7KMMQccCDiEN_QJceg

提问 & 解答

Questions Answers

遗 嘱

（一）疫情期间，危机情况下订立的遗嘱效力如何认定？

答：目前《中华人民共和国继承法》（以下简称为《继承法》）第十七条一共规定了五种法定遗嘱形式：自书遗嘱、公证遗嘱、代书遗嘱、录音遗嘱和口头遗嘱。

公证遗嘱是遗嘱人经公证机关办理的遗嘱形式。根据《继承法》第二十条规定：“公证遗嘱具有最高效力，自书、代书、录音、口头遗嘱，都不得撤销、变更公证遗嘱。”由于疫情期间处于封锁状态，感染新型冠状病毒的患者难以到公证处进行遗嘱公证，或者请公证人员到场办理，公证机关相关服务可能会受到影响，需要提前询问预约。

自书遗嘱是遗嘱人亲笔书写，签名，并注明年、月、日的遗嘱形式。对于感染新型冠状病毒的患者，自书遗嘱是较为合适的方式，程序最为简洁，也不需要见证人，但对于病重或其他无法书写的人而言，则无法选择这一方式。

代书遗嘱、录音遗嘱、口头遗嘱有着较为严格的形式要求，均要求两个以上的见证人在场见证，口头遗嘱还要求处于危急情况。《继承法》第十八条规定：“（一）无行为能力人、限制行为能力人；（二）继承人、受遗赠人；（三）与继承人、受遗赠人有利害关系的人不能作为遗嘱见证人。”因此感染新型冠状病毒的患者如有条件，可请无利害关系的医护人员或其他人员作为见证人订立遗嘱。

如果遗嘱人希望遗嘱被认定有效的可能性提

高，可以采取多种遗嘱方式并用，如书写时同时录音、录像，提供更多证据证明遗嘱的效力。

实践中，法院在认定遗嘱效力时，认为遗嘱人的真实意思须达到使人确信的程度。对于遗嘱效力的确定，即使存在形式要件瑕疵（如仅有一份遗嘱时缺少订立遗嘱日期），也可以认定为遗嘱有效。

（二）去武汉援助的医生，动身前立下了遗嘱，在疫情结束，安全返回后，该遗嘱是否还有效？

答：根据《继承法》第二十条规定可知："遗嘱人可以对自己设立的未生效的遗嘱进行撤销和变更。"遗嘱的变更或撤销有两种形式：明示的方式和推定的方式。

明示方式是指遗嘱人以明确的意思表示撤销已经订立遗嘱的全部或部分内容。遗嘱人以明示方式撤销、变更遗嘱时，须依照《继承法》相关规定和程序要求作出。

推定的方式有下列情形：

（1）《继承法》第二十条规定："遗嘱人立有数份遗嘱，内容相抵触的，推定遗嘱变更或撤销，以最后的遗嘱为准。若数份遗嘱的形式不同，其中有公证遗嘱的，则应以最后的公证遗嘱为准。"

（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》第三十九条规定："遗嘱人生前的行为与遗嘱的意思表示相反，使遗嘱处分的财产在继承开始前灭失、部分灭失或者所有权转移、部分转移的，遗嘱视为被撤销或部分被撤销。"

（3）对遗嘱的毁弃。遗嘱人生前故意销毁或涂毁其所立遗嘱，其遗嘱推定销毁。这一方式在学界尚有争议，具体推定不易操作，尤其公证遗嘱，这种方式不能撤销、变更。

因此，医护人员返回后如果没有做出上述的任何行为，那么其立下的遗嘱是有效的。

（三）在疫情中，因继承发生了变化，被隔离的遗嘱人欲修改公证遗嘱，该如何进行更改？

答：根据《继承法》第二十条规定，要撤销和变更公证遗嘱，也要使用公证的方式。在《遗嘱公证细则》的规定中，遗嘱公证程序包括四步：

1、申请：遗嘱人申办遗嘱公证应当亲自到公证处提出申请。遗嘱人亲自到公证处有困难的，可以书面或者口头形式请求有管辖权的公证处指派公证人员到其住所或者临时处所办理；2、受理：对于属于本公证处管辖，并符合前条规定的申请，公证处应当受理；3、审查：公证处应当按照《公证程序规则》第二十三条的规定进行审查，并着重审查遗嘱人的身份及意思表示是否真实、有无受胁迫或者受欺骗等情况；4、出具公证书。

由于疫情期间处于封锁状态，感染新型冠状病毒的患者难以到公证处进行遗嘱公证，或者请公证人员到场办理，公证机关相关服务可能会受到影响，需要提前询问预约。

（四）附义务的遗嘱中因该疫情而无法履行相应的义务，履行义务一方接受遗产的权利能否取消？

答：根据《继承法》第二十一条中的规定，首先要评断该疫情是否属于正当理由。正当理由指的是自然灾害这一类不可抗拒的意外事故和法律上认为申请人自身不能克服的障碍和其它特定事项。而在本次疫情中，为了保护大家的人身权利，防止疫情的传播，国家采取了强制性的隔离措施。若订立附义务遗嘱的双方有一方被确诊或者为疑似患者，那么都会被强制隔离，在客观上是无法继续去履行相应的义务，属于正当理由。履行义务一方不因此丧失接受遗产的权利。

如果在确认双方都没有接触过外来人员，自身不会感染疫情的情况下，履行义务的一方仅仅是以该次疫情作为借口逃避义务，则不能认为此次疫情属于正当理由，可以取消其接受遗产的权利。

遗 赠

（一）疫情期间对于事实遗赠扶养关系如何认定？

答：根据《继承法》的相关规定，目前法律只认定书面遗赠扶养协议。对于事实遗赠扶养关系能否成立的问题在学理上探讨较多，审判实践中也有相关的内容。以（2014）嘉民一（民）初字第 8027 号“董某某与王某某所有权确认纠纷”判决书为例，尽管当事人未有正式的书面遗赠扶养协议，但如果有充分的相关证据，如信件、表述以及当事人的相关行为，也可以认定双方有相关的意思表示。

事实上的遗赠扶养关系属于对被继承人的意志推定，考虑到扶养人的受遗赠权利优先于法定继承权，这可能引发与法定继承人的利益冲突，因此实践中会从严认定，要求扶养人尽到近乎全部的扶养义务以及有较为充分的证据。

（二）疫情期间，受遗赠人因被隔离两个月内没有做出是否接受表示的，是否视为放弃接受遗赠？

答：根据《继承法》第二十五条的规定，解决该问题首先要确认受遗赠人在隔离病房中是否知道该遗赠事实。因此需要分为两种情形进行讨论。

1、受遗赠人已知该遗赠，则视为放弃接受遗赠。《继承法》第二十五条中规定的“应当在知道受遗赠后两个月内”的“两个月”属于除斥期间。除斥期间是指法律规定某种民事实体权利存在的期间。权利人在此期间内不行使相应的民事权利，则在该法定期间届满时导致该民事权利的消灭。并且除斥期间属于不变期间，不因任何事由中止、中断或者延长。因此当受遗赠人在知道的两个月内没有做出任何表示时，则认为除斥期间届满，接受遗赠的权利消灭。

2、受遗赠人未知该遗赠，则不视为放弃接受遗赠。因为除斥期间是从受遗赠人应当知道该遗赠时开始计算的，所以该受遗赠人即使没有做出任何的表示，依旧不能视为放弃接受遗赠。

（三）某人及其父母姐姐一家四口均在疫情中死亡，其妻子也在病房中进行治疗，只有没回家的儿子幸免遇难。若其姐姐没有其他继承人，并在情况紧急下没有立下遗嘱或遗赠扶养协议，那么其儿子能否继承姑姑的财产？

答：不能。根据《继承法》第五条规定的继承方式可知，在没有遗嘱和遗赠扶养协议的情况下，只能进行法定继承。而在《继承法》第十条规定的法定继承中的继承人范围和继承顺序中，并没有姑侄关系。当然，在符合某些条件时，法定继承是可以突破继承人的范围进行继承的。根据《继承法》第十四条中酌情分得遗产权的规定，在法定继承人范围以外的人突破法定范围，需要具备以下两种情况之一：1、此人缺乏劳动能力且没有生活来源，完全依赖被继承人的扶养。2、此人对被继承人扶养较多。但是也只能继承适当的遗产。而在本案例中，并不符合以上条件。

相关法律法规及文件目录

1、《中华人民共和国继承法》第五条、第十条、第十四条、第十七条、第十八条、第二十条、第二十一条、第二十五条、第三十一条；

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》第三十九条；

3、《遗嘱公证细则》第五条、第十一条、第十七条；

4、《公证程序规则》第二十三条。

参考文献

[1] 郭明瑞. 论遗嘱形式瑕疵对遗嘱效力的影响——兼论遗嘱形式的立法完善[J]. 求是学刊, 2013, 40(02):86-92.

[2] 宋文君. 遗嘱的撤销与变更[J]. 中国公证, 2011(06):41-42.

[3] 冉克平, 谭佐财. 无人承受遗产规则的反

思与重构[J].天津法学,2019,35(04):46-54.

想了解更多关于家庭实务的法律问题,请关注后续推送，继续支持我们!

撰稿 | 陈子涵、姜子杰、刘治成、郝增丽
桂飞翔、林禛雨、黄陈凤、周小川
整理丨刘治成
排版丨郝增丽

樊丽君：论民法典法定离婚理由的设计及残疾人权益保护丨前沿

原创：2020-03-18 中国民商法律网 张文选编
https://mp.weixin.qq.com/s/S4-OFnOV__PadmkeGAasLg

中国民商法律网

本文选编自樊丽君：《论民法典法定离婚理由的设计及残疾人权益保护》，载《法学杂志》2020 年第 2 期。本文未经原文作者审核。

【作者简介】樊丽君，北京化工大学文法学院教授，法学博士。

正在制定的我国《民法典·婚姻家庭编》（草案）第 856 条对离婚诉讼的规定，存在利益失衡和逻辑失范之处,恐对残疾人离婚权益保护具有负面影响。对此，北京化工大学文法学院樊丽君教授在《论民法典法定离婚理由的设计及残疾人权益保护》一文中,从草案中离婚理由的优缺点分析入手,参考世界最新立法例和国际社会最新相关成果,提出完善离婚理由和相关条款的立法建议,以期能对民法典离婚制度构建中残疾人权益保障有所裨益。

一、草案中离婚理由的优点与残疾人权益保护

《民法典·婚姻家庭编》草案（以下简称“草案”）第 856 条规定法定离婚理由时，基本继受了我国现行《婚姻法》第 32 条。在立法主张上以破裂主义为主，兼采过错主义和目的主义；在立法技术上采概括与列举相结合的方式。其优点集中体现在以下两个方面：

（一）彰显了体现社会主义核心价值观的当代婚姻观

其一,在离婚法定理由中保留过错主义是我国当前社会主义婚姻观的体现,是新型伦理道德规范的要求，对于抑制婚外情、家庭暴力、虐待、遗弃家庭成员等过错违反婚姻义务的行为,保护家庭弱者的婚姻权益，将起到积极作用。其二，在破裂主义离婚理由中保留过错主义符合世界先进立法和司法经验以及人类普遍的法律感情。其三，继续保留过错主义是对我国司法实践经验的总结。最高人民法院此前已在司法解释中,将夫妻一方违反婚姻义务的重大过失认定为夫妻感情破裂的依据。其四,在离婚理由中保留过错主义,是婚姻家庭编草案价值选择体系化的要求,是草案第 821 条立法精神在婚姻法中的贯彻。因此在残疾人保护制度中也应该体现过错的观点,对残疾人及其配偶的过错行为予以法律评价。

（二）概括与列举相结合的立法方式能够灵活适应司法实践需要

草案第 856 条规定了“夫妻感情确已破裂”的抽象概括的离婚理由,虽有灵活应对社会发展变化、保障当事人离婚自由的好处,但难题在于如何证明与认定婚姻确已破裂。对此，草案所采的破裂认定模式类似于兼采过错情形和分居期限证明婚姻破裂的英国模式，同时具有德国法的特点，即在列举的情形中既包括过错又包括分居期限,不具备法定

列举情形的，可通过概括条款寻求离婚。该模式的优点在于：

其一，有利于适应婚姻破裂原因的多样性。其二，证明破裂情形中的过错情形，与草案第 856 条规定的离婚时分割夫妻共同财产照顾“无过错方权益”、第 869 条离婚损害赔偿的规定相呼应，实现了对是否准予离婚问题上的过错认定和离婚后果中过错认定的一体化。其三，多元化的破裂证明模式避免了单一的分居期限模式所存在的弊端。

二、草案中离婚理由的主要缺陷与残疾人权益保护

（一）概括条款“其他导致夫妻感情破裂的情形”缺乏必要的限制

首先，概括性规定的存在降低了离婚标准的难度。立法未对概括条款设置必要的限制，学理上对判断标准也未形成统一标准，这在实际上降低了离婚的难度，造成司法实践中离婚标准和价值判断的混乱，形成了“夫妻感情是否破裂参考起诉离婚次数”的乱象。

其次，在残疾人离婚案件中，离婚标准混乱，造成了残疾人权益受损。我国现行《婚姻法》和草案在证明婚姻破裂的情形中，均未列举“配偶患有精神病”，也没有残疾人离婚的实体判断标准。司法实践中，不仅残疾人的婚姻判离比例高，且裁判标准不统一，还有相当一部分案件违背了残疾人意志。

（二）家庭弱势群体缺乏正当的抗辩权

为维护离婚相对方和子女的利益，平衡配偶双方利益，各国立法在离婚理由中大都设计了阻止离婚发生的机制，可分为以下三种。

1. 以日本为代表：缓和条款。该条款赋予法官自由裁量的权力，法官在综合判断各种情形后，若认为婚姻宜继续，则可阻止离婚的发生。这实际上是一个婚姻保护条款，具有防止尚未破裂的婚姻解除的目的。

2. 以奥地利为代表：无责配偶的苛刻异议权。奥地利婚姻法规定：“如果婚姻破裂是由起诉离婚的配偶单方面或者主要的过错引起的，并且被起诉离婚的配偶受到的影响比拒绝原告配偶离婚更为严重，应被告配偶请求，法院也不能批准离婚。”该条款保护了因离婚陷于苛刻的无责配偶，嵌入了过错的思想，兼具有无责配偶保护和惩罚过错配偶的双重性。

3. 以英国、德国为代表：苛刻条款。该条款为配偶和儿童保护条款，是在婚姻已经破裂的情况下，在配偶或未成年子女有特殊困难，不能承受离婚之重时，赋予不想离婚的一方配偶对抗对方离婚请求权的权利。相较于前两者而言，苛刻条款对于精神残疾、身体残疾或者患重病的配偶推迟离婚时间、缓和离婚更有意义。当前我国草案没有苛刻条款的设计。在婚姻破裂的情况下，弱势配偶基本没有对抗离婚的实体权利，在制度设计上显失公平。

三、完善离婚理由及其相关条款保护残疾人权益的立法建议

（一）建议修改第 856 条第 3 款第 5 项“其他导致夫妻感情确已破裂的情形”

修改为“其他导致夫妻感情确已破裂的重大情形。原告不得以可归责于自己的导致夫妻感情破裂的事由诉请离婚。”增加第 6 项，“被告是残疾人的，原告援用第 5 项离婚的，须在婚姻关系存续期间持续三年无望治愈，婚姻共同生活无法继续的，原告方可起诉离婚。残疾人有严重过错的，不受该款保护。”理由如下：

第一，限制有责配偶的离婚请求权是基于自己清白的法理，同时也是基于公序良俗和对无责配偶的保护。此举不仅在境外立法例中得到确认，对残疾人的保护也有重大意义。第二，为防止离婚理由滥用，其他导致夫妻感情确已破裂的情形必须属重大理由。第三，身体残疾者与精神残疾者所面临的

离婚问题无本质差异，对其实行一体保护更为合理。该种保护的目的在于维护残疾人利益，在残疾人配偶提出离婚诉讼时，于一定期间内限制其离婚的权利。双方自愿离婚或残疾人一方提出离婚的，不受此限。第四，夫妻之间负有相互扶助的义务，一方有病时，允许他方立刻离婚，实为道义所不容。为给残疾者留下治愈和情感适应时间，设置三年的时间限制实属必要。第五，在残疾人对婚姻破裂存在重大过错的情形下，继续无条件地限制非残疾人一方的离婚权利，既无必要也有失公允。

（二）建议设置苛刻条款

在第 856 条增设一款："如果夫妻感情已经破裂，离婚对于双方共同的未成年子女，或者被起诉离婚的配偶会带来难以忍受的困难，例外地可以驳回原告的离婚诉讼请求"。一方面，此举可为破裂主义的离婚制度设置一个刹车器，缓和双方离与不离的尖锐冲突。另一方面，该制度可充当残疾人对抗配偶离婚请求权的工具，为残疾人、妇女和儿童等社会特殊弱势群体提供保障。

（三）建议修改草案第 830 条

草案第 830 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，另一方可以向婚姻登记机关或者人民法院请求撤销该婚姻"，应明确该条中"重大疾病的"的范围，并将"对已经痊愈疾病的病史的隐瞒"排除在外。一则，重大疾病的范围过于宽泛，容易造成撤销婚姻的权利滥用，损害当事人及家属的家庭权益，增加患有重大疾病者和精神残疾患者婚姻破裂的风险。二则，在精神疾病被污名化严重的现实生活中，要求已经痊愈的精神疾病患者坦诚病史恐危及其结婚的权利，故该情形理应被排除在外。

龙翼飞：编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议

2020-03-19 法制与社会发展
https://mp.weixin.qq.com/s/3TkFw0g238sHJDXt3FSnQw

作者：龙翼飞，中国人民大学法学院教授，博士生导师，中国法学会婚姻家庭法学研究会副会长。

来源：《法制与社会发展》2020 年第 2 期。由于篇幅所限，刊物在此推送未加注释版本，请广大读者前往本刊物网站下载全文阅读。（责任编辑：侯学宾 郭建果）

摘 要：

编纂民法典婚姻家庭编的基本立法思路是，高度重视亿万人民群众对婚姻家庭和谐幸福的根本利益需求，高度重视婚姻家庭关系的人伦本质和人文关怀，高度重视社会主义核心价值的融会贯通，坚持大民法的理念，弘扬当代中国社会主义民法的法理思想，实现民法的立法目的。民法典婚姻家庭编应秉持的法理思想包括人权平等、人格尊严、人身自由、人亲和谐、人际诚信、人性友善、人财共济、人伦正义、人本秩序、人文关怀，这些法理思想又体现在由核心法理、基本法理、具体法理和法律规范构成的严密的逻辑结构之中。在完善民法典婚姻家庭编时，应当严格遵循其基本立法思路，在其基本法理思想的指导下，修改或增设若干一般规定或具体章节，唯有如此，才能精益求精，满足广大人民群众对它的美好期待。

关键词：民法典婚姻家庭编；法理思想；完善建议

第十三届全国人大常委会第十四次会议对《民法典婚姻家庭编(草案三次审议稿)》进行了审议，并于 2019 年 11 月 2 日在中国人大网公布，向社会

公众征求意见。2019 年 12 月 28 日，第十三届全国人大常委会第十五次会议决定，将已经全国人大常委会会议审议的民法典草案提请十三届全国人大三次会议审议。目前公布的《民法典婚姻家庭编(草案三次审议稿)》经过了广泛的调研和深入的研究，已经吸收了许多创新的立法建议，得到了社会各界的较高评价。但是，按照“编纂一部适应中国特色社会主义发展要求，符合我国国情和实际，体例科学、结构严谨、规范合理、内容协调一致的法典”的立法要求，在民法典草案进入全国人大会议审议之前，对民法典草案中的婚姻家庭编内容，还应当进一步明晰其基本立法思路，探究其基本法理思想，增设若干基本制度，以实现国家的上述立法要求。

一、编纂民法典婚姻家庭编应当遵循的基本思路

根据国家对编纂民法典的最高立法要求，编纂民法典婚姻家庭编时，应当遵循如下基本思路：

第一，高度重视亿万人民群众对婚姻家庭和谐幸福的根本利益需求，以经过调查研究的实证分析为根据，提出符合当代中国社会生活实际的立法建议。恩格斯曾经指出：民法乃是以法律形式表现了社会经济生活条件的规则。只有把亿万人民群众对婚姻家庭和谐幸福的根本利益需求写入民法典婚姻家庭编中，才能使亿万人民群众由衷赞同、充分尊重、严格遵守和自愿服从该编法律规则。因此，“婚姻家庭立法的科学性不依赖于采取建构主义的方式，而是需要从社会现实出发，支撑制度形成的依据，面向解决生活当中的实际问题，使规范具有实用性和可操作性”。

第二，高度重视婚姻家庭关系的人伦本质和人文关怀，以保障亿万人民群众在当代中国婚姻家庭领域的人权实现和家庭和睦为核心目标。厘清婚姻家庭制度的价值基础，是合理构建婚姻家庭法律体系的前提。民法典婚姻家庭编的特殊之处就在于，该编所调整的婚姻家庭关系具有人伦的本质，这种家庭伦理注重尊重家庭的整体性，关注家庭成员之间的情感与自律，强调权利和义务的双向性，要求该编的法律规范应当充满法律温暖的人文关怀。确立婚姻家庭法的伦理价值就是要将婚姻家庭的伦理性纳入到法律中来，立法要强调对家庭伦理的尊重和倡导。

第三，高度重视社会主义核心价值的融会贯通，以当代中国社会主义法理思想为标准，考量婚姻家庭法律规则的科学性。正如习近平总书记所指出的：“人类社会发展的历史表明，对一个民族、一个国家来说，最持久、最深层的力量是全社会共同认可的核心价值观。”“如果没有共同的核心价值观，一个民族、一个国家就会魂无定所、行无依归。”因此，社会主义核心价值观是民法典婚姻家庭编的立法灵魂，社会主义法理思想是民法典婚姻家庭编的立法思想基础。在编纂民法典婚姻家庭编时，应当将树立优良家风、弘扬家庭美德、重视家庭文明建设作为该编的重要的立法原则。

第四，坚持大民法的理念，以当代中国民法体系为框架，研究婚姻家庭编的具体法理、具体法律规则的精确性和可操作性，弘扬当代中国社会主义民法的法理思想，实现民法的立法目的。婚姻家庭法是民法的重要组成部分，既具有民法的共性，也具有婚姻家庭法的个性。大民法的理念要求，婚姻家庭编的内容要在民法基本原则的基础上尊重个性。

二、编纂民法典婚姻家庭编的基本法理思想

(一) 中国民法典立法的法理思想重塑

编纂中国民法典是以习近平同志为核心的党中央作出的依法治国、建设社会主义法治国家的重要决策，是当代中国社会主义法治建设的超大型立法工程。能否贯彻党中央的立法决策，编纂好民法典，取决于立法思想是否先进，立法体系是否科学，立法规范是否务实，立法内容是否创新。在这四个

要素中，立法思想是否先进，是最重要的前提条件。

立法思想是一个法理概念，应当从法理的角度追溯其来源。在十二届全国人大第五次会议上，全国人大常委会副委员长李建国指出，《中华人民共和国民法总则》（以下简称《民法总则》）草案的起草过程特别注意尊重立法规律、讲法理、讲体系。张文显教授进一步明确了法理概念，他指出，法理“体现了人们对法的规律性、终极性、普遍性的探究和认知，体现了人们对法的目的性、合理性、正当性的判断和共识，体现了人们对法律之所以获得尊重、值得遵守、应当服从的那些内在依据的评价和认同”。法理是一个综合性、普适性和实践理性的概念，具体到民法，张文显教授特别指出，生命无价、人身自由、人格尊严、性别平等、财产神圣、契约自由、诚实信用、公平正义、公序良俗、环境正义、权利救济、定分止争等都属于民法学中的法理。上述论断为我们揭示了当代中国民法的核心法理，奠定了当代中国民法典立法思想的理论基础。

（二）民法典婚姻家庭编应秉持的法理

自然人是婚姻家庭关系的主体。对自然人的婚姻家庭关系进行法律调整，其终极目标是实现自然人在这个领域内的人权和家庭和谐。该终极目标决定了中国民法的法理思想。在具体编纂婚姻家庭编时，应将如下法理思想一一体现在相应的法律规范中。

1. 人权平等

人权又称普遍的人权或自然权利，是指自然人因其为人应当享有的权利，具有平等性和道义性的特征。英国学者米尔恩曾对人权概念作了如下界定：“人权概念就是这样一种观念：存在某些无论被承认与否都在一切的时间和场合属于全体人类的权利。人们仅凭其作为人就享有这些权利，而不论其在国籍、宗教、性别、社会身份、职业、财富、财产或其他任何种族、文化或社会特性方面的差异。”在现代社会，人权包括自然人的生命、人身、政治、经济、社会、文化、婚姻家庭等方面的权利，是涉及到自然人的社会生活各领域的权利体系，既是个体性权利，又是集体性权利。世界各国宪法均将自然人享有的人权明细化和法制化，使之成为受到国家保护和社会保障的人人平等享有的权利。《中华人民共和国宪法》（以下简称《宪法》）第三十三条、第四十九条正体现了这种对人权的明细化和法制化。该法第三十三条规定：“凡具有中华人民共和国国籍的人都是中华人民共和国公民。中华人民共和国公民在法律面前一律平等。国家尊重和保障人权。任何公民享有宪法和法律规定的权利，同时必须履行宪法和法律规定的义务。”第四十九条规定：“婚姻、家庭、母亲和儿童受国家的保护。夫妻双方有实行计划生育的义务。父母有抚养教育未成年子女的义务，成年子女有赡养扶助父母的义务。禁止破坏婚姻自由，禁止虐待老人、妇女和儿童。”由于“关系先于个人，关系之外无个人”，因此，民法典婚姻家庭编不仅重视人权的价值，而且将人权平等思想作为其立法思想，以体现婚姻家庭关系中的人权。人权平等是中国当代婚姻家庭制度区别于传统婚姻家庭制度的根本标志，是现代婚姻家庭制度的社会基础和宪法原则，体现了社会主义核心价值观。在民法典婚姻家庭编中，人权平等的法理应当体现为以下几个方面：第一，婚姻家庭受国家特别保护；第二，婚姻家庭成员的法律地位一律平等；第三，自然人的婚姻家庭权利不受侵害；第四，实行一夫一妻制，禁止重婚，禁止有配偶者与他人非法同居；第五，夫妻平等享有生育权利；第六，民族婚姻家庭受法律保护；第七，涉外婚姻家庭受法律保护。

2. 人格尊严

人格尊严是自然人所享有的在自身价值认知、自尊心理和应当受到他人与社会最起码尊重方面的人格利益。人格尊严体现了自然人尊重自己和被他人尊重的有机统一性和伦理品格性，在法律上被确认为人格权。该种权利包括姓名权、隐私权、名

誉权、荣誉权、肖像权等。《宪法》第三十八条规定："中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯。禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害。"具体到婚姻家庭领域，自然人在婚姻家庭中的人格尊严包括所有家庭成员均享有人格尊严受到尊重的权利，禁止家庭暴力，禁止亲属间的遗弃等。婚姻家庭领域通常被认为是一个私人性的领域，隐私性较强，很难也没有必要做到较高的透明度，这一方面有利于维护家庭成员的隐私，及作为一个整体的家庭的隐私乃至名誉，另一方面却也增加了婚姻家庭内部的侵犯人格尊严的行为的隐蔽性。基于此，维护人格尊严是现代社会婚姻家庭关系成立和存续的客观需要，是民法典婚姻家庭编中重要的立法原则。在婚姻家庭编中，该法理应体现为以下几个方面：第一，确认夫妻独立享有姓名权；第二，子女可以随父姓，也可以随母姓，成年子女享有依法决定自己姓名的权利；第三，婚姻家庭成员应当互相尊重；第四，禁止家庭暴力，禁止家庭成员间的虐待和遗弃；第五，保护婚姻家庭成员的隐私权；第六，婚姻家庭成员个人享有名誉权，家庭集体享有名誉权。在以上六点中，第一、二、三、四点体现了对婚姻家庭中的独立个体的人格尊严的保护。其中，第一、二、三点从正面肯定了婚姻家庭内的独立个体维护其自身人格尊严的行为；第四点从反面禁止了侵犯婚姻家庭内成员的人格尊严的行为；第五、六点则更加侧重于将婚姻家庭看作一个整体，强调家庭成员之间对彼此的义务，以及在对外关系（某婚姻家庭的成员与不属于该婚姻家庭的人之间的关系）中，对家庭成员及家庭整体的维护。

3. 人身自由

人身自由是宪法赋予自然人的在法律允许的范围内维护其行动自主和思想自主的权利。人身自由权是自然人依法享有的按照自己的意志进行活动和思维，不受约束、控制和妨碍的人格权，包括身体自由权和思想自由权。人身自由权是自然人享有所有民事权利的法律前提和基本保障。在文明进步的婚姻家庭关系中，人身自由的法理应当体现在婚姻家庭编的以下几方面。第一，保护自然人的婚姻自由权，包括结婚、离婚、再婚自由。在中国古代，包办买卖婚姻所带来的惨剧不胜枚举，非男女自愿、非以感情为基础的婚姻关系很难维持婚姻的稳定，而如果离婚不自由，则必然引发更多、更持久的婚姻家庭纠纷乃至家庭暴力和争斗，甚至出现更多的婚内出轨、婚姻关系名存实亡的现象，这无疑会给社会秩序的稳定带来隐患。基于此，自然人是否享有婚姻自由权，不仅关系到婚姻关系是否稳定，而且关系到社会秩序是否稳定。第二，夫妻双方都有参加生产、工作、学习和社会活动的自由。"只要妇女仍然被排除于社会的生产劳动之外而只限于从事家庭的私人劳动，那么妇女解放，妇女同男子的平等，现在和将来都是不可能的。"只有妻子可以像丈夫一样，自由地参加生产、工作、学习和社会活动，才能真正地实现男女平等、夫妻平等。第三，所有家庭成员的人身自由均受法律保护。这是一项综合性的、概括性的、原则性的规定，适用于每一个婚姻家庭成员，适用于每一项在上面两点中未被完全列举的人身自由。

4. 人亲和谐

人亲有广义和狭义两种含义，广义上的人亲泛指自然人中彼此具有婚姻家庭关系的亲属，与"亲人"同义。狭义的人亲则仅指自然人的双亲即父母。《庄子·外物》中称："人亲莫不欲其子之孝。"在婚姻家庭关系中，人亲和谐是指亲属之间应当和睦相容，互爱互助，这是婚姻家庭关系有别于其他法律关系的本质属性，是维系自然人的血缘联系和人伦纽带的需要，是社会主义核心价值观的重要内容。在婚姻家庭编中，该法理应该体现为：第一，夫妻应当互相忠实、互相尊重、互相关爱；第二，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。家庭是社会的一个核心单元，婚姻家庭关系是最基本的社会关系。《孟子·梁惠王上》中有"老吾老，以及人之老；幼吾幼，以及

人之幼”的名言，费孝通亦把中国的社会关系称作差序格局，认为中国的亲属关系就像向水中丢石头形成的由近及远的同心圆。婚姻家庭编中的人亲和谐法理之所以重要，乃在于由狭义的人亲和谐，到广义的人亲和谐，再到“天下一家”，符合中国人的行为惯性和中华民族的传统美德。

5. 人际诚信

人际诚信是指人与人之间相处，应当诚实待人、恪守信用。诚信是人类文明发展的重要成果，已经成为当代中国的社会主义核心价值观，并被《民法总则》确立为民事主体从事民事活动的基本原则。诚信原则在民商事领域中被强调得最多，在婚姻家庭领域中同样重要，正所谓：父子不诚，家道不睦；兄弟不诚，亲情不真；夫妻不诚，同床异梦。在婚姻家庭编中，人际诚信的法理应当体现为：第一，婚姻家庭成员在从事婚姻家庭领域的民事活动时，应当遵循诚信原则，秉持诚实，恪守承诺；第二，一方患有重大疾病的，在结婚登记前应当如实告知另一方，不如实告知的，另一方可以请求撤销该婚姻；第三，夫妻之间互负忠实义务；第四，夫妻在对外民事活动中互享家事代理权；第五，家庭成员应当互信互助；第六，对违反夫妻忠实义务，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夫或妻，在离婚分割夫妻共同财产时，可以少分或不分。上述方面显示出，婚姻家庭编中的人际诚信思想不仅包括婚姻关系成立前的人际诚信问题，而且包括婚姻关系存续期间的人际诚信问题，还包括婚姻关系解除过程中的人际诚信问题；不仅包括婚姻家庭成员内部的人际诚信问题，还包括婚姻家庭内成员与本婚姻家庭关系之外的人之间的人际诚信问题，涉及到人们日常生活的很多方面的内容，人们必须对此加以重视。

6. 人性友善

人性即人的本质。马克思指出：“人的本质并不是单个人所固有的抽象物。在其现实性上，它是一切社会关系的总和。”人性是人与人的关系中自由行为和自由思想符合真理性的表达，是人对自我良知的认同，是人与人和谐相处、互爱互助的基石，是法律精神和伦理道德的源泉。人性友善是指人与人在交往中彼此采取的认同身份、互相理解、尊重忍让、友好合作、理性处事的行为模式，是社会主义核心价值观的重要内容，是人与人之间社会交往活动的内在需要。应当把人性友善培养为自然人的个体自律意识和社会道德意识，使自然人在婚姻家庭关系中，充分感受到互相爱护的温暖。在婚姻家庭编中，该法理应该体现为：第一，婚姻家庭成员应当互爱、互助、平等、和睦、文明、宽容、仁爱、慈孝；第二，禁止家庭成员间的虐待和遗弃，禁止家庭暴力；第三，按照有利于被收养人健康成长的原则，保障收养人和被收养人双方的合法权益；第四，鼓励亲属间的团结和睦；第五，发挥监护制度对婚姻家庭成员的人身利益与财产利益的保护功能；第六，父母与子女间的关系不因父母离婚而消除，父母对子女仍有教育、扶养、保护的权利和义务；第七，父母离婚后，不直接扶养子女的父或母有探望子女的权利，另一方有协助的义务。

7. 人财共济

人财共济是指民法所调整的人身关系和财产关系在实现自然人的人身利益和财产利益过程中相辅相成、互相促进的机制。在该机制中，自然人的人身关系是民事法律关系的核心，财产关系为自然人实现其民事目的提供着切实有效的物质保障基础。在婚姻家庭编中，人财共济的法理应体现为以下五个方面：第一，夫妻财产制的三种制度安排，即法定共有、分别所有、约定所有，都应当服从于维护夫妻人身关系的立法目的；第二，夫妻对共同财产享有平等的处理权；第三，鼓励通过劳动创造家庭财富；第四，夫妻之间应当平等承担夫妻共同债务；第五，保护夫妻共有财产权和家庭成员的共有财产权，实现婚姻家庭成员“有恒产者有恒心”

的立法宗旨。物质基础决定上层建筑的原理在婚姻家庭关系中也是有其一定的存在基础的，婚姻家庭中的财产制度对于建立和维护稳定健康的婚姻生活，保障婚姻家庭成员的人格独立和尊严，平衡婚姻家庭成员的权利和义务，维护交易安全有特别重大的意义。人财共济思想可以有力地回应现代社会经济发展的需求和人们婚恋家庭观念的转变。

8. 人伦正义

在现代社会中，人伦正义是调整人们的家庭关系和社会关系的道德体系。人伦的原意是调整父母子女关系的行为准则，其后又逐渐扩展为调整基于父母子女关系而产生的直系血亲关系和旁系血亲关系的行为准则。孟子在《孟子·滕文公章句上》中对人伦的解释是："人之有道也，饱食、暖衣、逸居而无教，则近于禽兽。圣人有忧之，使契为司徒，教以人伦———父子有亲，君臣有义，夫妇有别，幼有叙，朋友有信。"人伦的基本要求是，应当明确父母子女之间和其他亲属之间应该做什么和不能做什么，以维护家庭成员内部的生活秩序，保持家庭关系的和谐稳定。正义是保护社会成员应当得到相应利益的道德要求。查士丁尼法典将其表述为："正义是给予每个人他应得的部分的这种坚定而恒久的愿望。"正义要求，社会成员在从事社会活动时，应当兼顾个人利益、他人利益和社会公共利益，平等处理社会成员间的利益追求，从而促进社会成员的和睦相待。人伦正义是民法的人文精神和公平正义的体现，是社会主义核心价值观的重要内容。而婚姻家庭法较之普通民法的特别之处在于，其是典型的身份法，调整的主要是亲属身份关系，即使有部分财产关系，也是基于身份关系而产生、服务于身份关系的财产关系。亲属身份关系是人伦关系，包括辈分确定问题、两性禁忌问题和供养义务责任问题。在婚姻家庭编中，该法理应该体现为：第一，在结婚制度中规定禁止直系血亲间结婚；第二，亲子关系的确认、否认和认领制度；第三，无效婚姻和可撤销婚姻的人身关系后果与财产处理；第四，离婚冷静期的制度设计；第五，对家庭暴力受害人予以特别保护；第六，对男方行使离婚请求权进行合理限制；第七，就婚姻关系存续期间因特殊情形而发生的共有财产分割问题进行规定；第八，收养子女应遵循公序良俗。

9. 人本秩序

在现代社会中，人本秩序是指以人为本的社会治理体系。人本主义主张，自然人应当对自己的行为负责，以其自由意志决定其行为目的、行动方向和行为过程。由于自然人的活动受到社会规则特别是法律和道德的约束，因此，自然人在从事社会活动时，应当能够控制自己、依法而为、遵循道德，唯有如此，其所追求的利益才会受到法律保障和道德维护。人本秩序是婚姻家庭法律制度应当维护的社会治理体系，也是社会主义核心价值观的重要内容。在婚姻家庭编中，该法理应该体现为：第一，婚姻家庭成员在行使婚姻家庭权利时，应当履行相应的法律义务；第二，赋予婚姻家庭成员对婚姻家庭事务的契约自由权利，但禁止权利滥用；第三，对家庭财产的处理应当服务于维系婚姻家庭成员的人身关系这一目的；第四，婚姻家庭成员的行为应当遵循公序良俗。在婚姻家庭关系中，以婚姻家庭成员为本，以约束自己、履行相应义务的方式保障每个家庭成员的权利，以保障权利的方式维系健康稳定的婚姻家庭关系，是在婚姻家庭编中贯彻人本秩序思想的应有之义。

10. 人文关怀

一般认为，人文关怀源于西方的人文主义传统，其核心思想是尊重人的本性和人的价值。在现代社会中，人文关怀是衡量一个国家和社会的文明进步程度的标志之一。在当代中国，给予人民群众最充分的人文关怀，已经成为中国共产党治国理政的重要原则，并且是国家治理体系和治理能力现代化的重要内容。人文关怀是指国家和社会对自然人在社会生活中的各项正当合理需求给予的关注和关心，

对自然人的境遇给予的关怀和关爱，对自然人的权利给予的应有的尊重和有效的保护。在这种社会治理体系中，社会成员的人格受到尊重，个体价值得到顺利的实现，正当权益得到保护，社会关系得以和谐。人文关怀也是社会主义核心价值观的重要内容，应始终贯穿于整个婚姻家庭法律制度之中。在婚姻家庭编中，该法理应该体现为：第一，婚姻家庭成员的人格利益至上；第二，依法采取各种法律救济措施，以保障婚姻家庭成员实现其婚姻家庭权利；第三，在处理婚姻家庭纠纷时，应当引入情感修复机制；第四，对婚姻家庭案件的审理和裁判，以定分止争、促进和谐为要旨。这四点集中体现了追求以人为本、弘扬人文关怀的精神，强调以人为本与婚姻家庭法的身份法属性是完全契合的。

（三）民法典婚姻家庭编法理体系的逻辑结构

以上从内容方面对我国民法典婚姻家庭编的法理思想进行了全面梳理，这些构成了婚姻家庭编的前提性、基础性、指导性的立法思想。这些法理不是像一盘散沙那样毫无逻辑，而是内部自成体系的一个富含逻辑的整体。从自上而下、自宏观到微观的角度看，民法典婚姻家庭编所贯穿的法理的逻辑结构是核心法理、基本法理、具体法理和法律规范。

首先是核心法理。民法典婚姻家庭编的核心法理应当体现为婚姻家庭编的规律性要求。既然是核心法理，则必然在婚姻家庭编中起到提纲挈领、统领全编的作用，是民法典婚姻家庭编的骨干部分；既然体现的是规律性要求，则必然是经得起时间和实践检验的、符合婚姻家庭发展的必然趋向的标准性质的要求。婚姻家庭编的核心法理体现为以下几点：第一，婚姻家庭成员的生命健康权至上；第二，婚姻家庭成员的权利平等；第三，保护婚姻家庭成员的人格尊严；第四，保护婚姻家庭成员的人身自由；第五，保护婚姻家庭成员共同创立和维系的家庭共有财产；第六，实现婚姻家庭关系的公平正义；第七，婚姻家庭成员的行为应该遵循公序良俗；第八，婚姻家庭成员之间应该诚实守信；第九，维护婚姻家庭成员的人伦和谐；第十，维护婚姻家庭成员间的互爱友善；第十一，确保对婚姻家庭成员民事权利的法律救济；第十二，确保婚姻家庭成员行为的自愿与自治。

其次是基本法理。民法典婚姻家庭编的基本法理应当体现为婚姻家庭编的基本原则。如果说核心法理是民法典婚姻家庭编的纵向的骨干部分，那么，基本法理就应当是民法典婚姻家庭编的横向的、旨在框定范围和边界的部分，其具体体现为婚姻家庭编的基本原则，涉及到婚姻家庭关系的确立、维持和终止，以及婚姻家庭内成员的活动。婚姻家庭编的基本法理体现为以下几点：第一，婚姻自由；第二，男女平等；第三，一夫一妻；第四，保护妇女、未成年人和老人的合法权益；第五，树立优良家风，弘扬家庭美德，重视家庭文明建设。

再次是具体法理。民法典婚姻家庭编的具体法理应当体现为婚姻家庭编的基本制度。民法典婚姻家庭编的具体法理既不像核心法理和基本法理那般抽象、宏观和概括，也不像法律规范那般细致、具体和详尽，它们在婚姻家庭编中起到类似于起承转合的作用，一方面，它们将民法典婚姻家庭编的核心法理和基本法理具体化，另一方面，它们又将繁复、碎片化的法律规范加以整合，使之条块化和体系化，便于人们在具体实践中对后者进行理解和适用。婚姻家庭编的具体法理体现为以下几点：第一，权利法定，体现为婚姻家庭成员的权利受国家保护；第二，契约维护，体现为婚姻家庭范围内的意思自治，例如，收养成立的自愿，约定财产制的设立等；第三，行为公示，强调对婚姻家庭行为的社会认同，例如，结婚和离婚的登记，收养关系成立、解除的登记等；第四，效力公信，规定婚姻家庭行为的对外效力，例如，规定夫妻之间的家事代理权等；第五，人身利益优先，体现为婚姻家庭关系的人权平等、人身自由、人格尊严、人伦正义的内涵；第六，财产权利公平，规定婚姻家庭成员的各项财产权利，以保障婚姻家庭各项功能的实现；

第七，平等、文明、和谐，婚姻家庭编的一切制度设计和规则实施，均应服务于促进婚姻家庭关系的健康良性循环这一目的；第八，禁止权利滥用，婚姻家庭成员在行使婚姻家庭权利时，应当自觉维护公序良俗，防止因滥用权利而损害他人权益和社会公共利益。

最后是法理的载体，即法律规范。民法典婚姻家庭编的各项法律规范应当成为具体指引、确认和约束婚姻家庭法律行为的直接依据，同时成为保护婚姻家庭成员的民事利益的直接依据。婚姻家庭编的法律规范应当包含以下方面。第一，婚姻家庭编的一般规定。该部分应当规定调整婚姻家庭关系的共性规则，包括婚姻家庭编的调整对象、婚姻和家庭的定义、基本原则、倡导性规范、禁止性规范以及亲属的范围与亲属关系的顺序等。第二，关于结婚制度的规定。该部分应当规定婚姻成立的实体法定条件(例如，主体自愿、符合法定婚龄、婚姻成立的禁止性规定等)、婚姻成立的程序和法律后果、婚姻无效和可撤销的制度、对婚约行为的法律态度等。第三，关于家庭关系的规定。该部分首先应当规定夫妻关系制度，包括夫妻之间的人身关系、财产关系，其次应当规定父母子女关系和其他亲属间的权利和义务，包括抚养、赡养和扶养制度等。第四，关于离婚制度的规定。该部分应当将登记离婚制度和诉讼离婚制度分别予以规定。在登记离婚制度中，应当基于人身自由的立法思想，规定自愿离婚的条件、程序和法律后果。在诉讼离婚制度中，应当规定人民法院审理离婚案件的法定程序、判决准予离婚的法定理由、男方行使离婚诉讼请求权的限制性规则、现役军人配偶要求离婚的限制性规则。除此之外，还应当规定离婚后的父母子女关系、离婚时的夫妻共有财产分割、离因补偿、夫妻共同债务的清偿、离婚时对一方生活困难的经济帮助、导致离婚的过错方应承担的损害赔偿责任以及夫妻一方侵害夫妻共有财产权的法律责任。第五，关于收养制度的规定。该部分应当规定收养关系成立的实体性条件和程序性条件、收养的效力、收养关系的解除及其法律后果等。第六，关于监护制度的规定。该部分应当规定婚姻家庭关系中家庭成员的监护人范围、监护人顺序和监护人职责，以及监护权的行使、监护人资格的撤销和监护人侵权的民事责任等。

三、对完善民法典婚姻家庭编(草案)的建议

虽然民法典婚姻家庭编(草案)在内容上存在制度创新，但为了使其与社会主义法理更加契合，与民法典的各编制度更加协调，仍需对婚姻家庭编的相关内容进行适当修改、补充。笔者将按照民法典婚姻家庭编(草案)既存内容的章节顺序，提出相应的完善建议。

(一)第一章“一般规定”的完善建议

1. “婚姻”“家庭”等基本概念的增设

为了更清晰地界定婚姻家庭编的调整对象，应当在调整对象的规则之下，增设“婚姻”和“家庭”的基本概念，并分别将其作为第一千零四十条第二款和第三款。

（1）应当增设“婚姻”的概念：“本法所称的婚姻，是指男女双方依法缔结的配偶关系。”此项立法建议的理由在于，按照当代中国社会主流的婚姻观，婚姻关系应当在男女两性之间依法缔结，增设“婚姻”的概念能够将婚姻关系限定在男女两性之间。

（2）应当增设“家庭”的概念：“本法所称的家庭，是指配偶、父母、子女和其他共同生活的近亲属成立的亲属关系。”此项立法建议的理由在于，本章第一千零四十五条已经指出：“配偶、父母、子女和其他共同生活的近亲属为家庭成员。”既然家庭成员的范围包括上述的近亲属，那么，就能够合乎逻辑地推论出家庭关系的范围。增设“家庭”的概念能够统筹民法典中的家庭关系。

2. 保护生育权原则的增设

本章第一千零四十一条应当增设“保护自然人依法行使生育权”的基本原则。此项立法建议的理由在于以下几点。第一，生育是实现社会成员家庭生活幸福和谐与民族昌盛富强的客观需要。虽然本章取消了“实行计划生育”的原则，但是，依然需要保障公民的生育权。第二，公民的生育权是宪法性的基本人权。保障自然人的生育权是中国民法典遵循宪法理念的必然要求。第三，我国《民法总则》第一百一十二条已经明确规定：“自然人因婚姻、家庭关系等产生的人身权利受法律保护。”生育权是自然人享有的一项重要的人身权利，属于人格权的范畴，是产生父母子女及其他亲属身份关系的法律前提，故其受到法律保护。第四，民法典草案人格权编第一千零二条规定了“自然人享有生命权”。由于按照自然人的生命规律，自然人的生命乃是源于自然人的生育行为，因此，保护自然人的生育权是保障“自然人享有生命权”的逻辑前提和客观需求。第五，《中华人民共和国妇女权益保障法》(以下简称《妇女权益保障法》)早在 1992 年就体现了保护妇女享有与男子平等的生育权的精神，相应的司法实践也为保障妇女的生育权提供了丰富的审判经验。增设保护自然人生育权这一基本原则是对既有法律成果的确认。

3. “禁止生育的性别歧视”条款的增设

在本章第一千零四十二条的禁止性规定中，应当增设“禁止生育的性别歧视”的规定。此项立法建议的理由在于，通过设立禁止性行为规范，在规则层面进一步实现“保护自然人依法行使生育权”的立法目的。

4. 家庭成员行为准则的补充

在本章第一千零四十三条的倡导性规范中，应当对家庭成员的行为准则作如下补充：

(1)“夫妻应当互相忠实，互相尊重，互相关爱，互守诚信。”此项立法建议的理由在于：第一，互守诚信的要求体现了社会主义核心价值观；第二，诚信原则是《民法总则》第七条确定的所有民事主体在从事民事活动中均需遵循的基本原则。夫妻作为民事主体，在婚姻家庭领域内从事民事活动时，也应当恪守诚信原则。婚姻家庭编在家庭关系、离婚制度中均规定了夫妻违背诚信原则所导致的法律后果，将“夫妻互守诚信”写入夫妻行为准则，能够增强法律规则的协调性和科学性。

(2)“家庭成员应当敬老爱幼，互相帮助，树立良好家风，维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系。”此项立法建议的理由在于，树立优良家风，弘扬家庭美德，重视家庭文明建设，是国家对新时代中国家庭建设的基本要求。家庭成员的上述行为准则能够塑造良好家风，有利于社会主义核心价值观的培育和践行。

5. “亲等”顺序的增设

在本章第一千零四十五条关于亲属范围的条文中，应增加“亲等”的规定。具体内容如下：“亲属的亲等顺序按照下列情形确定：(一)配偶为一亲等亲属；(二)父母子女互为二亲等直系血亲；(三)祖孙互为三亲等直系血亲；(四)兄、弟、姐、妹互为二亲等旁系血亲；(五)叔、伯、姑、舅、姨与侄子女、外甥子女互为三亲等旁系血亲；(六)侄子女、外甥子女之间互为四亲等旁系血亲，其他亲属的亲等顺序依此类推。”该项立法建议的理由在于以下三点。第一，亲属制度的基本内容是亲系和亲等，此为古今中外亲属法规范之标准立法配置，反映了亲属法立法的历史规律和亲属之间权利义务实现的“人伦有序”的法理逻辑。第二，《民法总则》第二十七条和第二十八条规定的亲属担任监护人的顺序规则，以及《中华人民共和国继承法》第十条规定的法定继承人继承遗产的顺序规则，都是亲等原理的具体体现。第三，亲等规则的域外法经验可供中国借鉴。

(二)第二章“结婚”的完善建议

1. 法定婚龄的修改

关于法定婚龄的规定，民法典婚姻家庭编目前仍与《中华人民共和国婚姻法》（以下简称《婚姻法》）相一致。应将《婚姻法》规定的法定婚龄降低至 20 周岁，将本章第一千零四十七条的规定修改为："结婚年龄，男女双方均不得早于 20 周岁。"此项立法建议的理由在于：第一，法定婚龄仅为结婚的最低年龄，"在计划生育政策已经改变的情况下，应当降低结婚年龄的限制"。第二，《婚姻法》关于法定婚龄的规定并无科学依据。第三，由特定区域（包括少数民族地区在内）的结婚习俗可知，男女通常在二十岁时结婚。第四，为了进一步贯彻男女平等精神，应当删除男女法定婚龄的差异规定。

2. 禁止结婚的亲属范围的修改

上文已经就增设"亲等"顺序提出了立法建议，本章第一千零四十八条规定的禁止结婚的亲属范围可相应修改为："直系血亲和四亲等以内的旁系血亲禁止结婚。"此项立法建议的理由在于，《婚姻法》规定的"三代以内旁系血亲"并无具体法律边界，根据以上建议增设的"亲等"顺序规定四亲等以内的旁系血亲禁止结婚，具有更明确的法律标准。

3. 可撤销婚姻的限定条件的修改

本章第一千零五十三条规定："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，另一方可以向人民法院请求撤销婚姻。"应当将可撤销婚姻的限定条件修改为："一方患有损害另一方健康生活的严重疾病的，应当在结婚登记前如实告知另一方；不如实告知的，另一方可以向人民法院请求撤销该婚姻关系并请求损害赔偿。"此项立法建议的理由在于：第一，"严重疾病"太过宽泛，如此规定会导致司法认定的自由裁量空间过大。第二，法律应追求公平合理、人伦正义和人际诚信，只有当一方隐瞒其患有疾病并损害了另一方的健康生活时，才构成可撤销婚姻的法定条件。第三，一方因实施了隐瞒严重疾病的行为而造成另一方健康生活遭受损害的，应依照《中华人民共和国侵权责任法》第二十条的规定，由侵权行为人承担损害赔偿责任。

4. 财产返还规则的增设

本章应增设有关解除婚约导致的财产返还的规则。笔者建议增设如下内容："男女双方订立的婚约对双方没有法律约束力。男女双方解除婚约后，一方因订立婚约而给付的财物依法应当返还，不能返还的应承担赔偿责任。"此项立法建议的理由在于：第一，在中国民间，订立婚约已成普遍习俗，且该习俗历史悠久、影响面广，本编的法律规定若不认可婚约的法律效力，那么，就应当将该法律理念宣示全社会，以正世俗。第二，因婚约而给付的财物已经产生财产转移的法律后果，在男女双方解除婚约后，对财物进行返还已成为习惯，在不违背公序良俗的情况下，返还该财产具有合理性。

5. 非婚同居关系规范的增设

本章应当回应社会需求，对民间普遍存在的不违背一夫一妻制度的非婚同居关系进行规范。此项立法建议的理由在于：第一，在人口老龄化时代，丧偶或离异的老年人非婚同居，有益于身心健康、安度晚年，法律对此不应予以禁止，只需在承认此种法律关系的基础上，对其予以适度规范；第二，民法典应更多地体现社会成员之间的友善价值观和人文关怀。

（三）第三章"家庭关系"的完善建议

1. 生育权平等规范的增设

本章第一千零五十八条应当增设如下规定："夫妻双方平等享有生育权。夫妻双方对终止妊娠发生纠纷时，应当协议处理；协议不成的，由女方决定是否终止妊娠。"此项立法建议的直接根据是《妇女权益保障法》第五十一条和《民法总则》第一百二十八条的相关规定。

2. 夫妻扶养义务的修改

本章第一千零五十九条应当作如下修改："夫妻双方都有共同生活和互相扶养的权利和义务。一方无正当理由不履行共同生活和互相扶养义务时，另一方有要求对方共同生活和给付扶养费的权利。"此项立法建议乃是参考《婚姻法》关于双方因感情不和分居已满两年可被视为夫妻感情破裂的相关规定。在分居的两年内，夫妻双方有互相扶养的权利和义务。

3. 夫妻共同财产制度的补充

本章第一千零六十二条应当作如下补充："夫妻对共同财产，有平等地占有、使用、收益和处分的权利。"此项立法建议的直接根据是《中华人民共和国物权法》关于共同共有制度的规定。

4. 父母抚养义务的修改

本章第一千零六十七条第一款应当作如下修改："父母应当履行对未成年子女或者不能独立生活的成年子女的抚养、教育、保护的义务。父母不履行前述义务的，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、教育费和提供保护的权利。"此项建议的立法根据是：父母对子女的抚养义务应当包括父母对未成年子女或者不能独立生活的成年子女所负有的抚养、教育、保护的义务，此三项义务构成了完整的父母抚养义务的内容。

5. 成年子女赡养义务的修改

本章第一千零六十七条第二款应当作如下修改："成年子女应当履行对父母经济供养、生活照料和精神慰藉的赡养义务。成年子女不履行赡养义务的，无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、照料生活和看望问候的权利。"此项立法建议的直接根据是《中华人民共和国老年人权益保障法》（以下简称《老年人权益保障法》）第十四、十五、十六、十七、十八条的规定，以及《民法总则》第一百二十八条的规定。

6. 子女履行赡养义务的补充

本章第一千零六十九条应当作如下补充："子女对父母的赡养义务，不因父母的婚姻关系变化而终止，也不得以预先放弃继承父母遗产的权利为理由而拒绝履行。"此项立法建议的直接根据是《老年人权益保障法》第十九条的规定，以及《民法总则》第一百二十八条的规定。

7. 亲生子女概念的增设

本章第一千零七十一条应当作如下修改："亲生子女均视为婚生子女，享有同等的权利，任何组织、个人不得加以危害和歧视。亲生子女包括婚生子女、非婚生子女。夫妻双方同意采用人工辅助生殖技术生育的子女，是婚生子女。"此项立法建议的直接根据是《中华人民共和国未成年人权益保护法》的相关规定和《民法总则》第一百二十八条的规定。

8. 亲子关系确认之诉的除斥期间规则的增设

本章第一千零七十三条应当作如下修改："父、母或者成年子女对亲子关系的确认和否认提出请求的，可以向人民法院依法提起诉讼。对亲子关系有异议的，父、母或者成年子女可以自亲子关系发生之日起二十年内向人民法院提起诉讼。"此项立法建议关于二十年除斥期间的规定与《民法总则》第一百八十八条的规定相符。

9. （外）祖父母与（外）孙子女之间权利义务的补充

本章第一千零七十四条第一款应当作如下补充："有负担能力的祖父母、外祖父母对孙子女、外孙子女履行抚养义务适用本法第一千零六十七条第一款和第一千零六十八条的规定。"本条第二款应当作如下补充："孙子女、外孙子女对祖父母、外祖父母履行赡养义务适用本法第一千零六十七条第二款的规定。"

10. 兄、姐与弟、妹之间权利义务的补充

本章第一千零七十五条第一款应当作如下补充："有负担能力的兄、姐对于父母已死亡或者父母无力抚养的未成年的弟、妹，有扶养的义务，该义务的履行适用本法第一千零六十七条第一款和第一千零六十八条的规定。"本条第二款应当作如下补充："由兄、姐扶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，有扶养的义务，该义务的履行适用本法第一千零六十七条第二款的规定。"

(四)第四章"离婚"的完善建议

1. 离婚冷静期限的修改

本章第一千零七十七条规定的三十日的离婚冷静期应当修改成三个月。此项立法建议的理由在于以下几点。第一，将登记离婚的冷静期规定为三十日，不足以为当事人重新考虑是否以离婚方式解决夫妻矛盾提供充足的时间。第二，延长离婚冷静期并不会为男女双方带来遭受家庭暴力的隐患。如果男女一方遭受家庭暴力导致人身危险，那么，可以根据《中华人民共和国反家庭暴力法》，向人民法院申请人身安全保护令，以保护受害人的人身安全。第三，离婚冷静期的规定可以参考《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)》第四十条的规定，该条规定："人民法院审理离婚案件，经双方当事人同意，可以设置不超过 3 个月的冷静期。在冷静期内，人民法院可以根据案件情况开展调解、家事调查、心理疏导等工作。冷静期结束，人民法院应通知双方当事人。"该司法解释具有合理性和人文关怀，值得借鉴。

2. 夫妻共同债务清偿规定的补充

本章第一千零八十九条关于离婚时夫妻共同债务清偿的规定应当作如下补充："协议不成的，由人民法院判决双方承担连带责任。"该条建议的立法根据是：第一，夫妻共同债务应当由男女双方共同偿还；第二，夫妻共同债务的清偿应当适用《民法总则》第一百七十八条关于连带责任的规定。

(五)第五章"收养"的完善建议

本章主要规定了收养关系的成立、收养的效力和收养关系的解除，涉及到收养的条件以及相应的民事主体的实体权利。本章的内容过于繁琐细碎，有关收养关系的成立与解除的程序性规则，应当由国务院另行制定《中华人民共和国收养条例》。提出此项立法建议的理由在于，民法典应当注重内容的体系性和科学性，对不影响民事主体实体权利的程序性规则进行过于细碎的规定，会影响民法典本身的体系性。由国务院以制定条例的方式对程序性规则予以规范，既不会使公民的实体权利遭受损害，又能够使民法典繁简得当，还能够节约立法资源，增强民法典的科学性。

(六)"家庭监护"一章的增设

我国立法体系中的监护制度存在不足，婚姻家庭法欠缺关于监护制度的专门章节。在制定民法典的契机之下，应当对监护制度进行体系化的完善。其中，未成年人的监护体系仍应以家庭监护为基础。笔者建议，在民法典中增设家庭监护制度，并将其作为婚姻家庭编的"家庭监护"一章，具体立法建议如下。第一，本章应当规定家庭监护制度的适用范围，即家庭监护制度适用于第一，本章应当规定家庭监护制度的适用范围，即家庭监护制度适用于家庭成员之间。第二，本章应当规定家庭监护人的主体范围和监护权人的监护顺序，以确保家庭监护人正确履行监护职责。第三，本章应当规定家庭监护人的监护职责，并确保其与家庭成员之间抚养、扶养和赡养的权利和义务关系的准确对接，以保障监护制度与抚养、扶养、赡养制度的协调一致。第四，本章应当规定家庭监护人的监督制度、监护人资格的撤销和恢复制度，以保障被监护人的利益。第五，本章应当规定家庭监护人在其对被监护人或被监护人对他人实施侵权行为时所应承担的民事

法律责任。

笔者相信，在社会主义法理的指引下，经过反复、认真、精准的研究和对社会各界提出的科学建议的吸收，民法典的婚姻家庭编必将成为保障亿万人民群众婚姻家庭和谐幸福的良法，成为代表当代中国社会主义法治建设发展成果的经典立法。

周小明：完善信托法律制度 全面发挥信托的财富治理功能 ｜ 封面专题

2020-03-24 清华金融评论 周小明

https://mp.weixin.qq.com/s/EdfBKmLyS_1nrGp9GMx4mQ

文/中国人民大学信托与基金研究所所长、信托业资深专家 周小明

良好的财富治理离不开信托制度，我国《信托法》实施已近 20 年，但与信托实施配套的三大基本法律制度至今尚未得到确认和建立。本文认为，国务院应尽快制定《信托机构管理条例》，明确不同类型信托机构的定位和业务范围，区分不同功能的营业信托标准并实施差别化的分类监管，建立不同经营主体监管机构的监管协调制度。

良好的财富治理离不开信托制度

人类活动的一个极其重要的层面，就是进行财产转移与财产管理，并通过更有效的制度设计使财富发挥更大的经济效益和社会效益，这是人类文明得以持续发展的内在原因之一。得益于 20 世纪 70 年代末开始的改革开放，我国已经成功步入中高收入社会，创造和积累了巨量的私人财富，财富治理问题的重要性和紧迫性日益显现。如何在风险管理、投资理财、代际分配和传承、促进社会和谐、推动社会公平和社会进步等一系列环节对私人财富进行良好的治理，以更好地发挥财富的经济效益和社会效益，在当下已不仅仅是财富拥有者的私人问题，而是一个事关国家高质量、可持续发展的社会性问题。而传统的财产转移制度（买卖、赠与和继承）和财产管理制度（代理、行纪、有限合伙和投资公司）显然已经无法满足对于良好的财富治理的需求，相比之下，信托制度则能发挥更大的治理作用，在许多方面甚至是无法替代的作用。

信托作为一项财产制度，不属于传统意义上的财产转移与财产管理制度，而是一项创新的财产转移与财产管理制度。现代信托的基本法律结构是：委托人为了特定的目的（称为“信托目的”）而将自己的财产转移到受托人名下，受托人对该财产（称为“信托财产”）以所有权人的身份，按照信托目的的要求，为了受益人的利益或者特定目的而持有、管理和处分信托财产。简单地说，信托就是借助受托人的设计，以实现委托人在财产转移和财产管理方面的特殊需要，它以信托财产的转移（委托人将设立信托的财产转移到受托人名下）为出发点，以信托财产的管理（受托人以所有权人身份加以运用和处分）为中心点，以信托目的的实现（按照委托人的意愿分配信托利益）为归宿点。信托凭借所有权与受益权的分离性、信托目的的灵活性、信托财产的独立性、信托管理的连续性等制度创新，从而使其具备了传统财产转移与财产管理制度所不具有的灵活、有效、安全等更为优良的财富治理功能。

现代信托独特的财富治理机能主要体现在以下方面：

财富传承功能。未来 20 年将是中国私人财富代际传承的关键窗口期。财富传承表面上看是财富

拥有者的私人问题，实际上是一个社会性问题。传承得好，财富平稳延续、家庭和谐安宁、企业顺利交接班、财富的经济效益和社会效益得以继续发挥；传承得不好，家庭纷争不止、企业经营震荡、财富的经济效益和社会效益贬损；而要和谐、有序、平稳地传承，在制度安排上则离不开信托。因为只有将需要传承的财富置入信托，通过受托人持有家庭财产，才能够在法律上构建财富代际传承所需要的家庭共同所有权形式。换言之，离开信托，财富难以平稳传承。

保障促进功能。为特定的家庭成员提供生活和事业保障一直是信托的传统功能。在英美国家，委托人广泛利用信托来照顾诸如境遇不好而贫穷的家属、未成年的家属、失能的家属、具有浪费习性的家属等需要特别保障的家庭成员，并利用信托来为后代的教育、事业的发展等提供成长资金。此外，现代信托的一个重要发展动向，就是信托的社会化，即信托已经摆脱传统意义上仅为富人提供服务的狭隘范畴，也成为造福社会大众的一种工具。信托的这种功能集中表现为各式各样的“员工利益信托”。员工利益信托的形式繁多，最普遍的是“养老金信托（Pension Trust）”，它是许多国家实施养老金计划的重要形式。由于引进了信托设计，雇员养老金得到了有效管理，雇员的养老金实际上将不断增长，从而不仅有助于提高雇员工作的主动性，而且有助于社会安全和稳定。我国现行的企业年金也普遍采取了“企业年金信托”的形式。

风险管理功能。由于信托财产具有独立性，可以有效发挥“破产隔离”作用，因而信托也被广泛运用于各种交易的风险管理，成为一种新的风险管理工具，发挥风险管理功能。在国际上，信托在资产证券化项目、各种交易保证金及各种预收款的管理、大型项目（如海底电缆铺设、跨海大桥建设等）建设资金的管理等方面均发挥了巨大的基础风险隔离功能，从而有效防范了相关交易主体的财务风险和破产风险，确保了交易的安全。

公司治理功能。现代公司治理的核心有两个：一是保护中小股东的利益；二是建立有效的激励体系包括股权激励。现代信托适应公司发展的需要，也被普遍应用于公司治理的完善。在美国，首先创设了“表决权信托（Voting Trust）”，用以稳定公司管理、协助公司重整、防止相竞争的其他公司控制本公司，以及保护少数股东权利。此外，信托还被广泛运用于建立股权激励。股权激励信托的形式很多，在美国，运用较多的有“利润分享信托（Profit-sharing Trust）和股份分红信托（Stock Bonus Trust）”，前者指公司将其一定数量或比例的纯收益交付信托，约定在将来一定时期将信托利益分配给所有或部分员工，以使他们能分享企业的利润；后者指由公司出资设立信托，向对企业发展有卓越贡献的员工予以奖励，并使他们有机会购买公司股份，成为公司股东。在我国，信托也被普遍应用于管理层持股计划和员工持股计划。

公益慈善功能。信托设计一直在社会公益促进方面扮演着极其重要的角色。在中世纪，英国人就习惯于利用信托设计就自己的土地为教会设定利益，以推进宗教事业的发展。今天，社会公益领域覆盖面更广，公益（慈善）信托的利用也更频繁。在英美，举凡宗教、慈善、学术、教育、医学、科研等公益事业，无不得益于公益（慈善）信托的实施。我国《信托法》和《慈善法》也确立了公益信托和慈善信托，信托公司在开展公益信托和慈善信托方面也进行了不少尝试。信托在我国公益慈善事业的发展中已扮演越来越重要的角色。

廉政促进功能。为防止政府决策阶层的私人事务与其政府职务产生利益冲突以至于影响决策的公正性和客观性，现代法律对此有多种监控设计。在美国，信托概念也被引入了这种监控设计之中，从而产生了一种特殊的信托设计——“盲目信托（Blind Trust）”。拥有一定职务以上的政府官员在诸多的监控设计中，可以选择盲目信托，即将其私人财产交由独立于其影响之外的受托人管理处分，委托人被禁止告知信托财产管理处分的详情，也不得保留对信托的干预权，因而对信托的实施情

况一无所知，此即“盲目”二字的由来。盲目信托的功能在于，透过委托人对信托事务的“盲目”以降低政府决策官员“因私害公”或“假公济私”的机会，从而保证决策的客观与公正。

理财及投融资功能。科技的突飞猛进和经济的发展使社会财富结构发生巨大的变化，由过去以不动产和动产为核心的财富形态，逐步发展为今天以金融资产为核心的财富形态。相应地，信托财产的管理方式也发生了重大的变化，从过去以保管、出租、出售为主的管理方式，逐步发展为今天以各种融资和投资为主要管理方式。其结果是，一方面受托人尤其是信托机构通过自己的专业管理活动促进了受托财产的保值增值，另一方面信托机构通过金融化的方式管理着巨额的信托资产，使现代信托具有了强大的金融功能，在经济生活中日益发挥重要的投融资作用。

健全信托实施的配套制度

信托法律制度的建设其实是一个体系。之所以这样说，是因为信托制度实际上是在我国原有“名实合一”的财产权制度之外，另行建立了一项“名实分离”的财产权制度。在引入信托制度之前，我国仅存在以民法所确立的绝对所有权概念为基础的单一财产权制度，其典型特点就是“名实合一”，即财产的权利与实际利益均由财产权人享有，与此相适应，我国原有的财产法律体系包括财务制度、税收制度、过户登记制度等均是以上述绝对所有权概念为基础而建立的。但是，在引入信托制度之后，我国又以《信托法》所确立的信托财产概念为基础，建立了一项崭新的财产权制度，其典型特点就是“名实分离”，即财产的权利名义与实际利益发生了分离，财产的权利名义由受托人享有，而实际利益则由受益人享有。显然，我国原有建立在“名实合一”基础上的财产法律体系已无法简单地适用于信托财产关系，而必须加以体系化的重构，以适应信托这一新型财产权制度实施的需要，否则，不仅会严重影响信托优良的财富治理功能的发挥，也会与我国引进信托制度的立法初衷背道而驰。

我国《信托法》自 2001 年颁布实施以来已近 20 年，但与信托实施配套的三大基本法律制度至今尚未得到确认和建立，由此严重制约了信托财富治理功能的全面发挥，信托本来具有的管理财富风险、促进财富分配和谐、实现财富有序传承、助力财富推动社会进步等方面的作用不仅没有得到应有的体现，也极大削弱了财富的经济效益和社会效益。

一是信托财产转移制度没有得到执行。信托财产所有权的转移是信托制度的基石，即设立信托，委托人须将信托财产的权利转移到受托人名下。我国《信托法》第二条规定：“本法所称信托，是指委托人基于对受托人的信任，将其财产权委托给受托人，由受托人按委托人的意愿以自己的名义，为受益人的利益或者特定目的进行管理或处分的行为。”这里，虽然没有直接规定信托财产所有权需要转移给受托人，而是使用了“委托给”三个字，但回顾《信托法》的起草历程，在立法本意上，我国《信托法》使用“委托给”一词，主要是为了避免与民法的所有权概念相冲突，本身并无否定信托财产所有权的转移行为之意。恰恰相反，通观《信托法》全文，信托的设立必须依法建立在财产权的转移基础上。实践中，信托公司接受信托业务也均要求委托人履行将信托财产的权利转移给受托人的手续。问题是，有关办理财产权转移手续的行政机构对此并不理解，因而通常并不承认信托文件作为设立信托时转移财产权的依据，结果是，要么采取“阴阳合同”的方式即另签一份财产转让合同来办理信托项下的财产转移手续，从而造成交易关系的混乱，容易发生法律争端；要么是放弃设立信托的想法，从而使巨额的财产（如股权、股票、不动产等）难以进入信托的治理范畴，特别是企业尤其是上市公司无法通过信托有序安排传承，削弱了信托本来应有的和谐、有序分配和传承功能。

解决这个问题其实并不复杂，这里涉及的仅仅是对《信托法》的理解和执行问题。从司法层面，

建议由最高人民法院对《信托法》进行司法解释，明确信托的设立可以依据信托文件办理信托财产权的转移手续；从行政层面，建议由国务院发文明确办理有关财产权转移手续的行政机构应承认信托文件可以直接作为办理信托财产权转移手续的法律文件。

二是信托登记缺乏操作制度。《信托法》第十条第一款规定："设立信托，对于信托财产，有关法律、行政法规规定应当办理登记手续的，应当依法办理信托登记。"第二款规定："未依照前款规定办理信托登记的，应当补办登记手续；不补办的，该信托不产生效力。"这就是我国的信托登记制度。《信托法》赋予信托登记以非常严重的法律后果，应登记而未补办登记的，信托不发生效力。但《信托法》关于信托登记的规定显然过于简单和含糊，有关登记的范围、如何登记、由谁登记等事项一概不清，实务上根本无法操作。由于没有配套的信托登记操作制度，导致实践中根本无法以上述需要进行信托登记的财产（尤其是不动产）设立信托，就是以此类财产设立公益（慈善）信托也无计可施，更别谈信托对此类财产的其他治理功能了。因此，完善信托法律制度的一项重要内容，就是建立配套的信托登记操作制度，该项制度的建立属于国务院的职能，建议由国务院以行政法规的形式加以具体规定，明确登记范围、登记机构、登记手续、登记内容等事项。

三是信托税制的缺失。从国际上看，无论是信托发源地的英美国家，还是引进信托制度的日本和我国台湾地区，均在建立信托制度的同时，以自己的方式确立了信托税制。然而，迄今为止，我国还没有建立起与信托制度相适应的税收体系。信托税制的缺失，已经造成了严重的后果：一方面，信托的"管道税收"地位没有确立，信托财产在转移阶段将面临双重甚至多重征税情形，从而无形中增加信托的交易成本，使得实际上难以设立股权信托或者不动产信托，信托对此类财产的治理功能无法发挥；另一方面，公益（慈善）信托的税收优惠地位没有确立，无法享受与公益法人相同的税收优惠政策，严重制约了信托推动社会公平和社会进步功能的发挥。此外，信托税制的缺失，不仅会造成信托当事人不合理的税负，还会产生信托当事人本应缴纳的税款却无法缴纳的后果。不合理税负主要发生在信托财产与信托当事人（委托人、受托人和受益人）之间转移的环节，而税收流失则主要发生在信托存续期间、受托人管理信托财产的环节，在纳税主体、纳税环节、应税税目、税率等方方面面均无法直接适用现行税制，由此，本该缴纳税款也无从征收，导致税赋流失。

因此，构建独立的信托税制，对避免信托当事人不合理税赋、防止合理税赋流失、有效发挥信托的财富治理功能，具有重要的意义。至于信托税制的形成机制，可以根据我国现行税收的形成机制，从三个渠道进行：一是对于信托可能涉及的新的税收种类，如赠与税、遗产税，建议由全国人大及其常委会制定法律的方式加以解决；二是对于信托存续期间、受托人管理信托财产环节所产生的税收征收问题，建议由国务院修改相应税收条例的方式加以解决；三是对于信托财产在信托当事人之间转移环节产生的重复征税问题，建议先由税收行政机关通过规章、通知等方式加以解决。

建立营业信托法律制度

《信托法》第三条规定："委托人、受托人和受益人（以下统称信托当事人）在中华人民共和国境内进行民事、营业、公益信托活动，适用本法。"该条提出了"民事信托"和"营业信托"的概念，虽然法律本身没有对两者之间的区别做出进一步界定，但依法理通常"民事信托"可以理解为非营业受托人从事的信托活动，"营业信托"可以理解为营业受托人（信托机构）从事的信托活动。由于我国长期缺乏信托的传统，当前我国信托的实践主要表现为营业信托的实践，主要由营业受托人即信托机构开展的营业信托为主导推动信托事业的发展，非营业受托人开展的民事信托活动尚不发达。

因此，信托的财富治理功能在我国是否能够得到全面发挥，与信托机构及其开展的营业信托活动是否受到规范管理、得到健康发展息息相关。

从当前的实践看，我国目前本质上从事营业信托活动的信托机构均被视为金融机构而被纳入金融监管，主要由两大类机构构成：一类是信托公司，属于“信托综合店”，可以开展各种形式、发挥各种财富治理功能的营业信托活动；另一类是各类资产管理机构，主要通过设立和管理各类理财产品，开展各种资产管理业务，发挥投资理财功能，就其理财产品所涉及的投资人和管理人的基础法律关系而言，本质上属于信托关系，因此可以说属于“信托专营店”。对于上述本质上从事营业信托活动的信托机构，我国目前并没有建立起统一的监督管理制度。我国《信托法》区分民事信托与营业信托，在立法本意上是为了将信托机构经营的营业信托统一纳入《信托法》的适用范围之内，但对于信托机构的组织和管理，《信托法》本身并没有做出具体规范，其第四条只是授权国务院制定具体办法。遗憾的是，《信托法》已经颁布实施近 20 年，但关于信托机构的统一管理制度迄今为止国务院尚未制定出台，具体的监督管理仍然由对口的金融监管部门依据部门规章进行。

信托机构法律制度的缺失，导致实践中营业信托的边界不清晰，市场准入标准不同、法律形式不同、监管要求不同，造成了营业信托市场的功能缺失和经营混乱：一是作为“信托综合经营店”的信托公司，长期以来主要开展发挥理财功能的理财信托（实践中表现为各种投资性的理财产品），全面发挥各种财富治理功能的服务信托没有得到有效开展，信托公司作为综合财富管理机构的社会效应没有充分显现。二是对于信托公司的理财信托产品和作为“信托专营店”的其他各类资产管理机构的资产管理产品，由于没有营业信托的具体标准，既难以进行统一监管，对理财投资者也难以提供统一的法律保护。三是难以营造营业信托经营主体之间公平竞争的市场环境。我国目前对于理财活动是按照经营机构性质不同分别由不同的监管机构进行监管，而由于对理财活动尤其是“集合理财活动”缺乏统一的法律认定标准，因此，各监管机构对理财活动的监管标准并不一致，有宽有严，有松有紧，甚至建立不合理的“部门壁垒”，导致在同一市场上经营相同业务的各理财经营主体仅因监管部门不同，便面临不同的竞争环境。虽然 2018 年人民银行、银保监会、证监会以及外管局等四部委联合发布了统一资产管理行业监管的《关于规范金融机构资产管理业务的指导意见》（银发〔2018〕106 号文，简称资管新规），但并没有明确其上位法是《信托法》，仍然存在法律适用上的不确定性。

鉴于此，建议国务院尽快制定《信托机构管理条例》，明确不同类型信托机构的定位和业务范围，区分不同功能的营业信托标准并实施差别化的分类监管，建立不同经营主体监管机构的监管协调制度，以全面发挥信托的优良财富治理功能，同时杜绝当前资产管理市场的乱象，营造资产管理市场的公平竞争环境，并对理财信托的投资者和服务信托的委托人提供统一而更加严密的法律保护。

本文刊发于《清华金融评论》2020 年 2 月刊，2020 年 2 月 5 日出刊，编辑：王晔君

民法典与“家”的言说

2020-03-24 来源：深圳特区报　刘云生
http://sztqb.sznews.com/MB/content/202003/24/content_836287.html?from=groupmessage&isappinstalled=0

提要

总体而论，民法典草案三审稿很好地保持了个体权利与传统家庭功能维护的微妙平衡，既实现了个体的身份脱域，也实现了“家”的守望，既实现了从身份天赋到行为自致的世纪性转变，也摆脱了传统家族的压制，实现了从身份性的“生活政治”迈向契约性的“社会政治”。

十三届全国人大常委会第十五次会议对首次亮相的全文版民法典草案进行了审议，并决定将民法典草案提请即将召开的十三届全国人大三次会议审议。全文版民法典草案已在中国人大网公布，公开征集社会公众意见。

个体与家庭的关系是考察特定社会结构形成和演变的绝佳视点，也是比较不同文化差异的显性标尺。通读民法典第三次审议稿，不难发现，草案选择了双向进路：就主体资格与人格权领域完全借鉴西方近代以来民法典价值立场，充分尊重个体人格独立、意志自由和地位平等。但在涉及家庭、婚姻、继承领域，却坚守中国立场，于财产共有、责任牵连、身份确证等方面镶嵌了更多的中国元素，保留了合于国情和民俗的价值诉求和制度惯性。比如连带责任，比如共有财产，比如父母对子女的管教权，等等，都是传统中国“家户制”的遗留和传承。

“草案”为什么会作如此规定？究其实，这是一种文化选择，也是一种历史选择。因为对于家庭，中国和西方国家本来就有着不同的价值目标和历史进路。

一、二水分流：“家”“国”关系的不同走向

布洛赫在《封建社会》中通过历时考察，发现欧洲亲族义务圈于十三世纪后渐次缩小，亲属联盟亦不断被削弱，政府当局甚至会强制推行发誓脱离亲属团体。当家庭、家族不能再为子孙提供最起码的生存条件和安全保障时，传统家族趋于式微甚至解体，强大的公权力组织替代了传统家族力量，最终形成“国家-公民”的二元社会结构和治理模型，此点为西方近代哲学与民法典开发出自由主义、个体主义提供了有力的动力支撑。

与西方近代以来的价值立场和发展路径不同，中国传统社会治理并非遵循“公民-国家”互动模式，而是典型的“家-国”二维空间。个人的人格、意志、利益都寄寓于家庭、家族之中，甚至被家长、族长所掩蔽。从长时段考察，该制度毕竟维系了两千余年的社会稳定与和谐，防范了人性的趋恶化和个体的极端行为，也成为社会秩序形成的基石，最终耦合中央政权的统一权威，成为社会治理、国家治理的一体化模式。

进而言之，按照内藤湖南的观点，中国“家户制”社会建构实际上是建立于财产共有制基础上的家庭、家族集合，产生基础与动力源自于家庭互助互惠，以有补无，以有余补不足，借此维系家族的和谐与社会的稳定。严野义太郎据此也认为，西方讲求个人主义和对立斗争，而中国聚族而居的家族集团则有一种互相合作的亲和性。

共有制财产形态和互助互惠道德机制必然引致对个人意志和系列权利的限缩甚或剥夺，比如卑幼人格被家长或家族吸收，禁止私辄用财、擅立文约，难以有自主权，等等。上述理念与制度与民法典所倡导的精神无疑背道而驰，由此引来西方中心主义者的嘲讽和污名。

当然，其中也不乏理性学者，能从历史的角度对中国固有的发展轨迹中探寻“家户制”的合理性与长期性。比如沟口雄三就着力批判“欧化即现代化”错误命题，认为中西异途，西方标准既不能客观衡量世界的存在，亦不能完整包容不同的文化。中国家族之历史命运及其与国家之关系属于一种历史沉淀，保有强盛的生命力和独立性，是迥异于西方文化存在的独立世界，有着“内在化”的伦理、习惯、价值观念。法国著名汉学家汪德迈则进一步认为，从根本意义上讲，中西文化是“差异性文化”。中国家族不但是人口再生产的基本单位，还担负着经济、教育甚至政治的功能，中国的一切规范也都

是从家族规范中演绎、改造而来的。此点既构成家族治理的原型结构，也是社会治理的原点和基础。

二、“家”的西方隐喻：“摇篮”还是“坟墓”

从中世纪直至二十世纪，“家”的约束与个人的自由、独立都是一个敏感尖锐的哲学问题和法律难题。

按照瑞典哲学家罗森伯格的理论，家就是一个“温柔圈”（warm circle），属于人类和睦相处的天真天然状态，具有直觉性、自然性；罗伯特·雷德菲尔德认为，家接近于所谓的理想化的小型共同体，是具有独特性的人类群集（groupings），具有同质性、同一性，没有反思、批判、试验的动力，是“一个从摇篮到坟墓的安排”。而鲍曼则认为，所谓的温柔圈，实则是一种被包围的“堡垒”，既要承受外来攻击，还得承受内部撕裂。

罗森伯格“家”的含义是一种自然性、道德性界定，是人类基于血缘身份与亲情而自然选择的聚居地，其成员之间互敬互爱、共同帮扶、谦逊有礼。

雷德菲尔德“家”的界定却置重个体自由，这种内生群体可以为个体带来食物、营养、安全，但个体必须服从规则、接受驯化，不能也无法满足自身的个体化需求和实现、追求自我理想。“家”的照拂、互惠是“摇篮”，但限制、阻却个体自由，这种“摇篮”就会变成“坟墓”，最后历时性地变迁就是人只能从“摇篮”中生长，在“坟墓”中丧失自由并被家族安排走完一生。

鲍曼更注重从社会学意义界定“家”，认为“家”就是一个“堡垒”，对内进行有效的道德动员和强制管理，对外抵御一切可能的风险，最终在解决内部纠纷和抵御外来风险中艰难地维持动态平衡，或走向繁荣，或走向衰落。

揆诸传统中国家族，上述三个隐喻都契合了家的功能及其局限性：对内强化族群的教育、驯化，使一切变成“有序”；对外则维护族群的人身安全、财产安全并抵御一切可能的风险和损害。

为实现上述两大目标，限制甚至剥夺个体自由势成必然。鲍曼认为，传统家族的血缘亲情与道德互动虽然不乏温馨成分，但于家族财产层面却存在一种“粘液”属性，使人产生丧失自由的恐惧。最核心的问题是产权模糊，权力腐败，以及囿于身份伦理进行的不公正分配等。

鲍曼指向的无疑是传统家族财产的共有制。但揆诸历史，家族财产共有制确乎存在鲍曼所指陈的各项缺陷，但他却忽略了传统共有制之强大形塑力。一方面，家族共有制财产是维系族群公共生活（祭祀、公共设施）、赈济贫弱的重要基础，在缺乏社会保障的时代，此项制度有着极为重要的法权意义和道德价值；另一方面，传统家族共有制财产之管理很科学，利益分配也无限接近于公平，不会出现鲍曼所担心的道德风险和分配风险。

究其实，依照鲍曼的后现代理论，自由就是一种权力关系，表现为自由行动和拒绝他人强制两种能力。但鲍曼并不否认，世界上从来不存在绝对的自由，因为自由归根到底依赖于有效行动所需要的技巧和物质资源的分配。

三、保持了个体权利与传统家庭功能维护的微妙平衡

西方通过“公民-国家”的二元建构实现民法典所追寻的人格独立、地位平等、自由意志三大诉求，加上较为完善的社会保障制度，不断褪尽“家”的“粘性”，剔除“家”的“堡垒”属性，但对于中国民法典而言，保障个人权利与维护“家”的传统功能两大目标是否必然对立？

首先，民法典通过“总则”及“人格权”等各编充分赋予了个体以独立的法律地位和自由意志，契合民法典价值。比如监护，如果父母不能或怠于行使监护权，则可能丧失此类身份权利，转由其他社会组织补位替代，以最大程度保护未成年人利益，解除了“家”的禁锢、遗弃风险。

其次，传统“家”的功能不可能贸然偏废。以目前国情而论，除去亲情连接、伦理约束、资源供给等道德、经济关联外，单纯就社会治理模式和绩

效而论，“人”的独立绝不意味着“家”的解体。即如传统的“编户齐民”，直至今天仍然具有不可替代的强大功能。其组织原理表现为：将家庭作为社会管理的基本单位进行登记认证，使人口、身份、财产、行为各种社会事实化身为数字信息之流，不断涌向权力中枢，为国家提供一套借助于家庭来安排、规制、细化权力关系的治理技术，为国家汲取、监管、分配体系的建立提供统计数据的基础；通过什伍编组之法将分散的家户按照一定的单位和进制联合起来，将散于辽阔国土之上的无量人口抟聚为上下相联、层层相属的共同体；通过横向的相互性的联保连坐，在若干个家庭之间建立起基于信息的家（户）际连带责任，从而为单位家户之间提供可持续的政治整合纽带。更重要的是，作为规训主体的家户成为政治整合和秩序生产的策源地，秩序被源源不断地从家户中生产出来，进而通过层层递推、节节相制的治理技术被整合进共同体当中，最终集成为“家国一体”的治理结构。

诚如上述，民法典要步入现代化、国际化轨道，必须坚持个体的自由独立，但为了实现有效社会治理，“家”的规定则必须坚持民族性立场，承继传统的各项功能。

比如传统家长权。其获得不单纯是依靠身份的优位，还仰赖于道德的纯良和才能的卓异，唯有三者兼备，才能赢得权威，产生行动力和执行力。此点构成传统家长权的强大整合力、调控力、竞争力，直至今天都无从超越、替代。

换言之，任何时代，只要家庭仍然存在，家长权都属于一种显性、优势的“社会占位”，是一种文化资本。只要能够保有身份、道德、才能三位一体的获致机能，就可以有效实现两大目标：对内将支配与被支配的权力关系转化为一种家庭成员乐于承认并接受的自然现状，对外决定着地位、阶层等文化资源的供给、规训、引导。

但必须留意，民法典中“家”的言说是一种提纯、过滤后的现代表达，而非一种似是而非的复古退化。比如身份等级与身份强制之类的传统规范必须经过现代化改造，否则，个体的自由平等独立就会成为水花镜月。例如前举家长制，其优势是可以基于身份认同而产生利益关联，有助于培育、发扬族众之归属感、信任感、目标感，强化其行动力；还能够基于身份认同达成互助互利共识，实现高水平占位和优先援引提携，等等。但如斯梅尔瑟、布迪等人所论，家长制属于先赋角色，其目的是为了实现有效的社会控制，不以尊重个体权利为前提，亦不以追求最大利润为目的，此点无疑会抑制经济活动，限制个人自由，必须予以矫正。

总体而论，民法典三审稿很好地保持了个体权利与传统家庭功能维护的微妙平衡，既实现了个体的身份脱域，也实现了“家”的守望，既实现了从身份天赋到行为自致的世纪性转变，也摆脱了传统家族的压制，实现了从身份性的“生活政治”迈向契约性的“社会政治”。

（作者系广州大学法学院教授、不动产研究院研究员）

朱广新：论监护人处分被监护人财产的法律效果

2020-03-29 中国法学网 朱广新

https://mp.weixin.qq.com/s/u22e7VX8Wir6yCzUo_1Ysg

作者 | 朱广新，中国社会科学院法学研究所研究员。

来源 | 《当代法学》2020 年第 1 期。为阅读便利，注释从略。

摘　要：《民法总则》第 35 条第 1 款第二句以除外规定的立法技术，确立了监护人处分被监护人财

产的原则与例外。处分包括事实上处分与法律上处分。非为维护被监护人利益的事实上处分，构成一般侵权行为，但在侵权责任归责原则上应对监护人作父母与其他监护人的区分。以法律行为处分被监护人财产的，第 35 条第 1 款第二句应理解为对代理处分的限制性规定，逾越法定限制的代理处分构成无权代理。法定代理在构造上迥异于意定代理与法人代表制度，被监护人享有优先于交易相对人的受保护地位。为兼顾相对人的交易安全，民法典对法定代理权的范围、行使、限制或监督作出明确规定，并把对被监护人利益影响较大的法律上处分规定为须经批准的行为，比较合理。

关键词：财产监护；被监护人的财产；处分行为；法定代理；无权代理

监护有人身监护与财产监护之分。财产监护涉及对被监护人财产的使用、收益、处分、管理等，利益关系比较复杂，监护地位易于被滥用。为维护未成年子女或被监护人的财产权益，对亲权或监护权的权限及行使方式作出明确规定，为绝大多数民法典所采纳。以监护制度统合亲权的我国《民法总则》，承继《民法通则》18 条第 1 款，对财产监护仅作出了“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”的概括规定(第 35 条第 1 款第二句)。多年来，虽然法院依据《民法通则》及《民法总则》的规定作出了许多观点不一的裁决，但与此相关的专题研究甚少，对此予以系统解释者，近乎罕见。本文拟以《民法总则》的规定为基础，对如何理解《民法总则》35 条第 1 款第二句作出系统探究，并对民法典如何完善财产监护的规定提出意见和建议。

壹 “除为维护被监护人利益外”之规定的规范功能

《民法总则》35 条第 1 款第二句所作“除为维护被监护人利益外”的规定，在立法技术上使用了“除……外”的表达方式。阐明这种法条表达方式的意义和功能，是理解该句规定的首要问题。

我国现行民法有很多法条在表达上使用了“……除外”“但……除外”“但是，……除外”但是……除外”“除……外”的语式。这些语式的规范功能既有明显相似之处，也存在一些差异。“但……除外”“但是，……除外”“但是……除外”这三种语式，是但书规定的主要表达方式。“但……除外”在《合同法》与《物权法》上使用较为普遍，“但是……除外”主要被《民法总则》所采用。“但是，……除外”只是被《民法通则》偶尔使用。这三种但书规定采取了完全相同的语义表达结构：“但/但是”之前的语段，旨在表达一般规则，由“但/但是”引起的语段——但书规定——主要是为了为一般规则“指出例外”或“附加限制”。但由民法总则》《物权法》《合同法》看，但书规定的“附加限制”的功能主要以“但……”或“但是……”语式进行表达的，“指出例外”的功能主要由“但……除外”或者“但是……除外”予以表达。

“……除外”语式同样主要是为了表达但书规定。这种语式在《民法通则》上使用较多，1990 年代及其后制定的《担保法》《合同法》《物权法》等法律，未再像《民法通则》那样以“……除外”表达但书规定，而是一律采用了“但……除外”的语式。《民法总则》在表达但书规定上再次改弦易辙，统一使用了“但是……除外”语式。

“除……外”也是法条表达的一种常见语式。按照汉语惯常用法，“除……外”是为了指明范围。它通常具有两种语义功能：一是表达“包括在内”之义，相当于英文的 besides；二是表示“排除在外”的意义，相当于英文的 except。在郑玉波专门研究法条结构的《法条十二型》一文中，其将法条中以“除”字开头且以“外”字结尾的文句，称作“除外型”法条，并认为其作用有三：一是“扩充内容”，指法条内容包括很多事项时，本可并列，但并列未免显得平淡，为使文势加强，乃采除外规定方式。二是“相反规定”，指法条中欲为相反(或

例外)规定时，可用除外型，此时它与但书(指出例外者)具有同样的作用。但为避免但书之重复，在同一条文中，可交替使用但书与除外规定。三是“指出特别法”，指某种事项须适用特别法(或特别规定)，而后才采用本条补充时，可用除外规定指出该特别法。

在现行民法规定中，除外型法条主要发挥两种作用，即扩充内容与相反规定。

对于扩充内容的“除……外”规定，《民法通则》及其司法解释特别采用了“除……外，还……”的语式。例如，《民法通则》134 条第 2 款规定，“人民法院审理民事案件，除适用上述规定外，还可以予以训诫、责令具结悔过，收缴进行非法活动的财物和非法所得，并可以依照法律规定处以罚款、拘留。”此规定中的“除……外”语式，是在承上指出基本适用范围之后，由“还……”拓展或扩充规范范围。《民法总则》53 条第 2 款、《合同法》131 条、《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》(以下简称《民法通则意见》)第 36、39、56、61、143 条皆采用了“除……外，还……”的语式。《民法通则》49 条、《民法总则》108 条、《物权法》38、77、207、222、229 条及《民法通则意见》第 151 条，虽然没有在“除……外”之后以“还……”引出下文，但“除……外”的规范功能同样旨在扩充内容。

表达相反规定的“除……外”规定，在《民法通则》《合同法》《物权法》《民法总则》等法律上得到了较为广泛的使用。在此种情形下，“除……外”语式实际上是通过排除某种例外而对法律规则的效果予以限制。此种“除……外”规定在功能上类似于“但/但是……除外”的但书规定，它与作为但书规定之常规表达方式的“但/但是……除外”的区别，主要表现在表达一般规则与例外规定的语序上。“但/但是……除外”采取的是先原则、后例外的语序，而旨在表达例外的“除……外”语式，则采取把例外置于一般法律效果之前的语序。例如，《物权法》15 条规定，当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或者合同另有约定外，自合同成立时生效。在此规定中，“除法律另有规定或者合同另有约定外”的规范功能，是为了表达“自合同成立时生效”这个一般法效果的例外——法律另有规定或者合同另有约定时，合同生效的时间应依法定或约定。相比以“但/但是……除外”语式表达的例外，“除……外”语式只是把例外提前到一般法律效果之前予以表达而已。这种语序结构乃遵循汉语一般表达规律使然，如替换为“但/但是……除外”语式，《物权法》15 条可表达为：当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，自合同成立时生效，但法律另有规定或者合同另有约定的除外。

不过，当法条表达的内容繁多时，以“除……外”而不是“但/但是……除外”语式表达例外或相反规定，有时则更合乎文法。例如，《民法总则》38 条规定中的“除对被监护人实施故意犯罪的外”的例外规定，使用“但是……除外”予以表达，则远不如使用“除……外”语式。另外，当同一法条之中有两个以上的例外需要表达时，为不使法言显得呆板，分别以“但/但是……除外”与“除……外”表达例外，也较为可取，如《物权法》102 条的规定。在这两种情形下，“除……外”语式在表达例外上显现了独特的规范价值。除这两种情形外，为增强法律理解适用的统一性，以“但/但是……除外”语式表达例外规定更为可取。也许认为如何表达例外规定乃雕虫小技，也许对于如何合理表达例外规定根本不具有科学意识，《合同法》和《物权法》除采用“但……除外”这一常规语式外，还在很多条文中使用“除……外”语式表达例外规定。

《民法总则》有七个条文使用了“除……外”语式，其 53、108 条明显是以“除……外”表达“扩充内容”之义；在其余五个条文中，第 38、70、89、199 条明显是以“除……外”表达例外内容。就第 35 条第 1 款第二句而言，“除……外”规定显然不具有扩充该句的规范内容的意义。根据监护制度之保护被监护人利益的规范意旨，以及《合同法》

《物权法》《民法总则》更多地以“除……外”语式表达一种例外的立法状况，把“除为维护被监护人利益外”理解为“不得处分被监护人的财产”的一种例外——为维护被监护人利益时可以处分被监护人的财产，比较合理。

据上分析，第 35 条第 1 款第二句可理解为：管理或保护被监护人的财产时，监护人不得处分其财产，但为维护其利益的除外(可以处分)。关于法条结构或“除……外”规定的这种分析在法律适用上具有重要意义。被监护人因监护人处分其财产诉请法院予以保护时，应举证证明处分行为非为维护其利益。当被监护人于诉请法院保护时仍无民事行为能力的，由实施处分行为的监护人代其参与诉讼，可能会因为被监护人与监护人之间存在利益相冲突(如对共有财产的处分)而产生不利于保护被监护人的问题，此时由具有监护人资格的其他人代为诉讼，则比较适宜。交易相对人可举证证明处分对被监护人有利，以维护处分行为的效力。

贰 如何判定处分是“为维护被监护人利益”

监护人不得处分被监护人的财产，但为维护被监护人利益的除外。在此规则中，“处分”与为维护被监护人利益”是两个关键概念或表述。它们对于理解适用第35条第1款第二句具有决定性意义。

监护职责涉及监护人的人身与财产，人身监护职责包括对未成年人的教育、抚养与保护或对成年被监护人的扶助与保护。财产监护职责主要是对被监护人的财产的保存、维护、使用、收益、处分等。对于如此复杂多样的监护行为，《民法总则》仅以“保护”一词予以统括。处分只是“保护”被监护人财产的行为形态之一，但因该行为攸关被处分财产的命运，所以它被看作对被监护人利益影响最大的一种监护行为。一般而言，处分包括法律上处分与事实上处分；法律上处分可区分为物权行为与债权行为、有偿行为与无偿行为等。第 35 条是关于履行监护职责的原则性规定，该规定中的“处分”概念应作广义理解，即指法律上与事实上的一切处分。

对于“为维护被监护人利益”这一表述，“被监护人利益”这一统括性概念是其核心，对该概念也应作广义理解。它不仅指被监护人的财产性利益，即财产的损益、负担、风险等，而且可能涉及被监护人的人身性利益，即财产处分在教育、扶助被监护人的人身方面所可能产生的重要影响。

应如何判定处分是否“为维护被监护人利益”？对此，应依据第 35 条的三款规定予以系统理解。概括地讲，应依据“最有利于被监护人的原则”与“尊重被监护人的真实意愿”原则，判断处分行为是否“为维护被监护人利益”。

第 35 条是关于监护人如何履行监护职责的集中规定，它的三款规定在规范功能上呈现了一种总分式规范体系结构。第 1 款第一句属于一般性条款，它规定了履行监护职责的总原则：最有利于被监护人。第 1 款第二句是第 1 款第一句在财产监护上的一种具体化。但是，第 1 款第二句相对于第 2、3 款同样具有原则性规定的规范地位，因为它是仅有的关于处分被监护人财产的概括规定。第 2、3 款在第 1 款规定的基础上区分未成年人监护与成年人监护，为监护人确立了尊重被监护人的真实意愿的监护职责履行原则。第 35 条的此种总分式规范结构一方面宣示了“最有利于被监护人”属于首要的监护职责履行原则，另一方面凸显了“尊重被监护人的真实意愿”原则在“最有利于被监护人的原则”中的核心地位。

根据第 35 条三款规定之间的体系关系，在判断是否“为维护被监护人利益”上，应首先依“尊重被监护人的真意意愿”原则作出判断，因为该原则是“最有利于被监护人的原则”的核心要义。监护人处分被监护人的财产时，如果没有听取或征求被监护人的意见，或者没有与被监护人进行商议，处分行为应被判定为非为维护被监护人利益，处分行为本身事实上有利于被监护人利益的，也不能例

外。如果遵循了“尊重被监护人的真实意愿”原则，则仍需要进一步考虑其他相关因素，综合判断处分是否为维护被监护人利益。例如，被监护人依其年龄、智力或精神健康状况是否足以辨别其看法或决定所蕴含的风险或不利后果，处分行为本身的复杂程度及风险大小，处分行为对被监护人未来生活可能造成的不良影响，等等。即是说，判定处分行为是否“为维护被监护人利益”，应以“最有利于被监护人”为根本原则，并以“尊重被监护人的真意意愿”为核心。

然而，必须指出的是，虽然第 35 条第 1 款第二句以“为维护被监护人利益”为标准对监护人处分被监护人财产的行为作出了限制，但这种立法模式本身实际上并没有完全遵循第 35 条第 1 款第一句确立的“最有利于被监护人的原则”。换句话说，即使严格按照“为维护被监护人利益”的标准适用第 35 条第 1 款第二句规定，监护人对监护职责的履行也无法真正践行“最有利于被监护人的原则”。

具言之，根据《民法总则》23、34 条，监护人既可以作为法定代理人代理被监护人实施民事法律行为，又可以以法定保护人的身份为保护被监护人的合法权益实行包括民事法律行为在内的一切行为。监护人处分被监护人的财产时，该处分是否旨在维护被监护人的合法权益，如果被监护人完全无辨别能力，或者其虽然有一定辨别能力(限制民事行为能力人)但一开始却未能意识到处分行为的不利后果，那么处分行为的实施实际上完全取决于监护人的独断意思。即使被监护人事后觉察到处分行为对自己不利，但因权益保护人仍然是监护人，且诉讼行为仍需由监护人作为代理人实施，所以处分行为非为维护被监护人利益的情形会不可避免地发生。

很明显，监护人作为被监护人的法定代理人与监护人作为被监护人的权益保护人，会在监护人处分被监护人的财产这一法律事实上，发生角色重合——行为人与保护人身份混同。在此情形下，监护人实施处分行为是否为维护被监护人利益，除非被监护人具有足够的辨别能力或有外部监督力量介入，否则几乎完全由监护人一个人说了算。当监护人处分被监护人的财产与其自身利益发生冲突或相互牵连时，如何保护被监护人利益则会成为一个特别值得规范的问题。

由比较法看，当亲权人或监护人处分未成年人的财产，与其自身利益发生冲突时，《日本民法典》亲属编作出了“行使亲权者须请求法院为其子女选任特别代理人”的规定(第 826 条)，该规定原则上“准用于监护人”(第 860 条)。我国台湾地区修正“民法”亲属编时，借鉴《日本民法典》第 826 条，先后增补第 1086 条第 2 款(2007 年)和第 1098 条第 2 款(2008 年)，确立了特别代理人制度。为克服《日本民法典》第 826 条规定的局限性，在特别代理人的选任程序上，台湾地区“民法”作出了明显不同于《日本民法典》第826条第1款的规定：日本民法仅限于由行使亲权的人或监护人向家庭法院提出请求；而台湾“民法”既允许法院可主动依职权为之，又广泛地赋予亲权人或未成年人、监护人或受监护人、主管社会福利机构或其他利害关系人申请法院选任特别代理人的权利。

更值得一提的是，为保护未成年人的财产，法国、德国、日本等国民法典及台湾地区“民法”无不特别规定，亲权人或监护人处分、受让未成年人财产的行为，须经亲属会议、法院或监护监督人的批准，未经批准的处分或受让行为，效力待定。总之，无论是为未成年人或被监护人于特殊情形下任命特别代理人，还是规定但凡攸关未成年人或被监护人利益的处分行为皆需经批准，无不以一种法律机制确保了被监护人最大利益原则的落实。尤其是，批准作为一种控制行为的程序性机制，既能发挥抑制亲权人或监护人随意处分被监护人财产的作用，又方便判断处分行为是否对未成年人或被监护人发生效力。《民法总则》35 条第 1 款第二句的规定，乍一看比较有利于保护被监护人利益，但在理论及实施上存在太多的想当然成分。我国民法典有必要吸收其他国家或台湾地区的有益立法经验，以一种

特别的法律机制将“最有利于被监护人的原则”落到实处。

叁 非为维护被监护人利益的财产处分效果

(一)事实上处分与法律上处分

监护人处分被监护人财产的行为,有法律上行为与事实上行为之分。这是两类性质迥异的行为,应区别对待。对财产予以事实上处分,应作广义理解,不仅指以消费、生产、损毁等方式使财产本体灭失或减损,而且指以使用、加工等方式使财产的价值折损、损耗或减少。在区分亲权与监护的民事立法中,父母对未成年子女的财产享有占有、使用的权利,有时甚至也享有收益权;而监护人对于被监护人的财产不享有使用权,更不享有收益权。因为父母基于骨肉之情在教育、保护未成年子女上往往会无索取地倾情付出,监护人则可视被监护人财产状况而获取适当报酬。即使父母之外的其他监护人不能由履行监护职责获取点滴报酬,但其与被监护人的人情关系完全不能与亲子关系同日而语。因此,当监护人对被监护人的财产予以事实上处分时,应对监护人作父母与其他监护人的区分。父母作为监护人事实上处分被监护人财产的,除非该处分构成过失损害被监护人权益的侵权行为,否则应为法律所允许。过失之判断应采取与处理自己事务相同注意的标准。其他监护人事实上处分被监护人的财产时,如果没有尽到善良管理人的注意,则构成对被监护人财产的侵害。父母或其他监护人过失侵害被监护人的财产并造成损失的,被监护人可以依据《民法总则》34 条第 3 款要求其承担侵权损害赔偿责任。

(二)法律上处分的效力

对于父母或监护人以法律行为处分未成年子女或被监护人财产的行为,法国、德国、日本等国民法典采纳了须经亲属会议、法院或监护监督人批准、许可或同意的程序性限制措施,而《民法总则》仅仅作了“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”的概括规定。如果监护人以法律行为处分了被监护人的财产,该处分行为的效力若何?对此,无论是研究民法总则的学术著作还是关于《民法总则》的释义书,作出明确研讨或解析者,甚为少见。不同于法学研究者或法律注释者,对于因监护人处分被监护人财产而诉至法院的纠纷,法官不能不对处分行为的效力作出回答。由全国各地法院判决看,法官一般会对处分行为的效力作出无效或有效的裁断,至于判定无效或有效的理据,判决意见不一。

1. 我国法院判决意见

在无效判定上,法院通常采取以下两种做法:第一,把《民法总则》35 条第 1 款第二句看作一种效力性强制性规定,依据《民法总则》153 条第 1 款或者《合同法》52 条第 5 项,认定处分被监护人财产的行为因违反第 35 条第 1 款第二句的强制性规定而无效。第二,仅仅认定监护人对被监护人财产的处分,非为维护被监护人利益,根据《民法总则》35 条第 1 款的规定,处分行为无效。在作无效判决时,法院一般会明确指出,监护人处分被监护人财产的行为不是为维护被监护人利益或对被监护人不利。例如,监护人以未成年人“房产实施抵账,而该抵账并非为了维护未成年人利益”;监护人将被监护人“数额较大的钱款给予他人,显然对被监护人是重大不利益”;父母协议离婚时对登记在被监护人名下的房产予以协议分割,既未征询被监护人本人意见,亦未从被监护人利益出发。法院有时也将某种处分行为直接认定为对被监护人不利,例如,监护人以被监护人的财产为他人设定抵押权;监护人将被监护人的福利房面积赠与他人;监护人将其与被监护人按份共有但被监护人的份额占绝大多数的财产作为自己向银行借款的抵押财产。在有些案件中,法院还明确指出,监护人的行为严重侵害了被监护人的合法权益。

在作有效判定时，法院主要使用了像以下三个判决所持的理据：第一，监护人出卖被监护人房屋的买卖合同有效。其论证方法为：《民法通则》18 条与《民法总则》35 条均是关于监护人和被监护人之间关系的规定，未涉及与监护人成立合同关系的相对人，未否定监护人与相对人成立的合同的效力。根据《合同法》52 条和《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第 3 条的规定，不论被处分房屋的产权人是否包括被监护人、被监护人是否同意出售房屋及监护人是否为了被监护人的利益出售房屋，均不影响监护人与他人签订的出售被监护人房屋的买卖合同的效力。如果监护人在履行监护义务的过程中损害了被监护人的合法利益，被监护人可以依法追究监护人的责任。第二，认为“除为被监护人的利益外，不得处分被监护人的财产”的规定属于管理性强制性规定。该规定的立法目的在于督促监护人依法履行监护职责，而不在于否定监护人对外签订的民事合同的效力。违反该规定会导致被监护人权益而非社会公共利益受损，被监护人的损失可以通过损失赔偿和撤销监护人资格进行救济。因此，监护人以法定代理人身份放弃被监护人财产权益的行为，虽然损害了被监护人的权益，但并不影响协议的效力。第三，认为被监护人(子女)的财产(房产)由被监护人(父母)所购置，监护人处分(为他人设定抵押)被监护人的财产，有助于增加家庭收益，也有益于被监护人的生活保障，即使抵押担保有损被监护人利益，也属于监护人不当履行监护职责应当承担相应的法律责任，不得以此对抗外部第三人，不能以此否定抵押合同的法律效力。

2. 比较法上的观察

由比较法看，《民法总则》35 条第 1 款第二句与我国台湾地区“民法”第 1088 条第 2 款与第 1101 条第 1 款的规定比较类似。依据第 1088 条第 2 款，父母对未成年子女之特有财产，有使用、收益之权利，但非为子女之利益，不得处分之；依据第 1101 条第 1 款，监护人对于受监护人之财产，非为受监护人之利益，不得使用、代为或同意处分。利于子女或受监护人的财产处分，处分行为有效，自然无所争议。不利于子女或受监护人的财产处分，其效力如何？台湾地区民法学者对此有四种看法。其一，认为违反强制性规定而无效(无效说)；其二，为维护交易安全，应认为对第三人之关系，仍为有效(有效说)；第三，除可构成表见代理外，明显不利于子女之行为，应认为属于无权代理，子女成年后得追认之(无权代理说)；第四，该处分限于物权行为，非为子女利益而为处分，自属无权处分，依台湾地区“民法”第 118 条无权处分规定而定(无权处分说)。台湾地区司法实务以采无效说为基本立场，后发现此种做法不足以保护第三人，有害交易安全，遂于个别情形例外地认为处分行为有效。王泽鉴教授研讨法院判决时认为：无效说“自始既有未妥，无论如何辗转解释，均不能彻底解决问题，徒使法律适用趋于混乱而已”。而有效说则比较合乎当事人的利益状态及法律规定意旨，殊值赞同。不过，王泽鉴教授从立法论方面提出，为保护未成年人利益及交易安全，父母处分未成年人子女财产(尤其是不动产)，或作成绝对不利未成年人之法律行为(如保证)，应事先得到亲属会议(或法院)之允许。但是，台湾地区后来多次修改“民法”亲属编时，并未采纳王教授的立法建议。

值得一提的是，台湾地区“民法”除作出像第 1088 条第 2 款与第 1101 条第 1 款那样的概括规定外，还对父母或监护人管理未成年人财产的行为作出如下特别规定：第一，2008 年修正的“民法”第 1101 条第 2、3 款规定，监护人为下列行为，非经法院许可，不生效力：一是代理受监护人购置或处分不动产；二是代理受监护人，就供其居住之建筑物或其基地出租、供他人使用或终止租赁；三是监护人不得以受监护人之财产为投资，但购买公债、“国库券”、“中央银行储蓄券”、金融债券、可转让定期存单、金融机构承兑汇票或保证商业本票，不在此限。所谓不生效力，指在获得法院许可前，

法律行为效力待定。第二,“民法”第 1102 条规定,监护人不得受让受监护人之财产。所谓受让,不管有偿或无偿、动产或不动产,均包括在内。违反本条规定之效力如何?通说认为:依台湾地区“民法”第 106 条的规定,其行为并非当然无效,而系无权代理,于监护关系终了后(未成年人已成年或已结婚),经本人承认的,仍生效力。

根据《德国民法典》,在对未成年子女的法定照顾范围内,父母的法定代理权原则上不受限制。但是,为保护子女的利益不受侵害,法定代理人为某些法律行为时需要获得家庭法院的批准。《德国民法典》第 1643 条第 1 款通过援引关于监护人应得到批准的法律行为的规定(第 1821 条、第 1822 条第 1、3、5、8-11 项)及特别作出第 1643 条第 2 款和第 112 条的规定,对父母应得到家庭法院批准的法律行为(法定代理权的限制)作出了规定。监护人对被监护人的财产照顾,在范围和方式上与父母对未成年子女的财产照顾基本上一致。监护人有权占有被监护人的财物,并且可以为维持、增值以及其他特定目的而管理该财物。同样地,监护人必须获得监护监督人或家庭法院的批准,才能处分被监护人的债权和被监护人能够据以请求给付的其他权利,以及针对此种处分的义务承诺(第 1812、1813 条)。《德国民法典》对监护人需经批准才能实施的法律行为以“对关于土地、船舶或建造中船舶的行为的批准”(第 1821 条)与“对其他权利的批准”(第 1822 条)为条名作出了详尽的列举规定。

根据德国学者的解释,父母或监护人未经必要批准而签订的合同,处于效力待定状态。如嗣后获得法院批准,合同自始有效;但仅有批准还不能自动使合同有效,父母或监护人必须将法院的批准通知行为相对人,通知到达时合同才生效力。子女在请求法院批准期间成年的,子女的同意可以使父母的行为有效。法院拒绝批准并且父母通知了行为相对人的,合同不生效力。合同当事人催告父母,要求告知法院是否批准,且父母在受领催告后二周之内不能发出该项批准的通知的,合同也不生效力。父母就法院的批准情况作出违背真情的说明的,即使法院嗣后批准了合同,相对人在父母发出批准的通知之前可以撤回法律行为。但相对人在缔结合同时知道父母未经批准的,丧失撤回权。

根据《法国民法典》457 条,非经亲属会议批准,监护人不得以未成年人的名义进行财产处分行为,尤其不能替受监护的未成年人借贷、让与不动产、商业营业资产、有价证券与其他无形权利,或者就此设定物权;对贵重的动产物品或构成受监护的未成年人之财产重要部分的财产,亦同。《日本民法典》第 859 条之三和第 864 条同样明确规定,监护人实施处分或管理被监护人的财产的行为,须经家庭法院或监护监督人许可或同意。

3. 《民法总则》35 条第 1 款第二句的理解和适用

《民法总则》35 条第 1 款第二句的理解和适用,既牵涉到如何理解这一规定的规范属性,又涉及对法定代理之独特性的合理认识。

根据《民法总则》34 条,监护人的职责之一是代理被监护人实施民事法律行为。在照管被监护人财产的过程中,为维护、保值或增值被监护人的财产,监护人须实施包括处分财产在内的多种民事法律行为。以此而言,处分被监护人的财产只是保护被监护人利益的一种必要手段。根据《民法总则》35 条第 1 款第一句所确立的“最有利于被监护人的原则”,能够处分被监护人的财产,应属于《民法总则》34 条第 2 款规定的“监护人依法履行监护职责产生的权利”,因为如果监护人不享有此项权利,则不能充分保护被监护人的财产。即是说,根据“最有利于被监护人的原则”,监护人应被赋予处分被监护人的财产的权利,因为在某种情况下,处分财产可能是最有利于被监护人的行为。不过,须注意的是,享有权利与行使权利,是两个不同的问题。为防止权利之行使危害他人或损害公共利益,对权利之行使在范围、程序、方式等方面作出适当限制,也是现代民法的普遍做法。处分涉及特定财

产在法律和事实上的命运，不仅对财产权人自身利益有重大影响，而且可能会对他人或社会公众产生外部效应。因此，即使享有处分权的财产权人自愿处分财产，其处分有时也难免会受到各种限制。

监护权不是一种自益权，而是为他人(被监护人)利益而享有的一种他益权。监护人对被监护人财产的处分，要么是为了履行父母对未成年子女的自然法义务，要么是为了执行教育、保护被监护人的公共职务，监护人本身不能由此获得对价性收益。因此，由民法的理性人假设看，如果对监护权的行使或监护职责的执行缺乏必要的限制或监督，监护人处分被监护人财产时，是否遵循了最有利于被监护人的原则，根本无法得到保证。故而，法国、德国、日本等国民法典皆规定，亲权人或监护人为照管未成年子女或被监护人的财产而实施风险较大的法律行为，须经亲属会议、法院或监护监督人批准。这种规定实质上对亲权人或监护人行使法定代理权施加了一种限制，限制之目的在于落实未成年人或被监护人最大利益原则。《民法总则》35 条第 1 款所作“不得处分被监护人的财产”，同样应理解为对监护人照管被监护人财产的一种限制性规定——权限性规定。由比较法看，《民法总则》采取了一种较为独特的法定代理权限制方式，即以“为维护被监护人利益”作为判断标准的实质主义限制措施。虽然这种限制性规定涉及一个具有类似特质的特殊群体——未成年人或具有精神障碍的成年人，但就具体法律关系而言，它仍然限于对作为个体自然人的私人的利益保护。因此，依规范目的而论，不能将第 35 条第 1 款第二句理解为《民法总则》153 条第 1 款规定所指的强制性规定。

把《民法总则》35 条第 1 款第二句理解为一种强制性规定，也不符合《民法总则》有关法定代理的规定。根据《民法总则》，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(23 条)，法定代理人依照法律的规定行使代理权(第 163 条第 2 款)。“依照法律的规定行使代理权”这一规定意味着，不同于委托代理(意定代理)，如何行使代理权(代理权的范围及权利行使方式)应依据法律的规定。在对代理与代表作出区分规定，并在专章规定代理时未对法定代理的适用范围、代理权限作出一般规定的立法状况下，明确规定“监护人的职责是代理被监护人实施民事法律行为”的《民法总则》第二章第二节有关法定代理的规定，毫无疑问应成为确定法定代理人如何行使代理权的特别法依据。不过，就《民法总则》第二章第二节有关法定代理的规定而言，唯有其中的第 35 条第 1 款第二句直接涉及法定代理人的代理行为。在此情况下，只有把该规定中的“不得处分被监护人的财产”理解为对法定代理人之代理权的一种特别限制，才能与“法定代理人依照法律的规定行使代理权”的规定在规范体系上完全呼应起来。

因此，从规范目的与规范体系上看，《民法总则》35 条第 1 款第二句实乃属于对法定代理权在处分被监护人财产上的一种限制性规定。超越此种限制的法定代理行为，就像意定代理情形下超越代理权的行为构成无权代理一样，构成一种逾越法定代理权的无权代理。由于《民法总则》171 条关于无权代理的规定被严格框定在“委托代理”节名下，故而，非为维护被监护人利益而处分被监护人财产的无权代理，在规范构造上实际为一种特别的规定。《民法总则》第二章第二节本可或本应对此作出特别规定，但其终未有所作为。计划明年初颁布的民法典如能增补此一规定，善莫大矣。在现阶段，法官可通过援引《合同法》48 条关于无权代理的规定，解决逾越法定代理权情形下的无权代理问题。

《民法总则》171、172 条为何把无权代理、表见代理的特别规定限制在“委托代理”名下？其第 35 条第 1 款第二句规定是否存在对处分行为相对人的交易安全予以特别保护的政策或规范需求？以下对此予以分析。

《民法总则》之所以作出“不得处分被监护人的财产”的限制性规定，宏观地看，是为了满足对未成年人或具有精神障碍的成年人提供特别保护的政策需求；微观视之，是因为法定代理与意定代

理之间在规范构造上存在结构性差异。在意定代理情形下，本人与代理人皆能独立实施民事法律行为，本人一般可经由授权行为把代理行为控制在为本人利益计算的范围之内，或可通过授权行为对交易风险予以适当防范。而在法定代理下，作为被代理人的被监护人无民事行为能力或仅有有限的民事行为能力，代理关系、代理权限、代理事项及代理期限的确定，完全依法律规定而定，作为特别保护对象的被监护人在这些方面不可能享有任何决定权。例如，根据《民法总则》35 条第 2 款，在履行监护职责的过程中，与被监护人利益有关的“决定”(如以法律行为处分被监护人的财产)，由监护人作出而不是监护人与被监护人共同作出。只不过，监护人在作出决定时，“应当征求未成年人的意见，在未成年人提出自己的意见后，再根据未成年人的年龄、社会经验、认知能力和判断能力等，探求、尊重被监护人的真实意愿”。因此，在法定代理情形下，作为被代理人的被监护人，虽然享有民事权利能力，但因缺乏行为能力而在法律行为方面处于监护人的意思支配下。法定代理由此呈现出被代理人与代理人之间在法律地位上极不对称的一种法律关系状态。这种状态是由亲权或监护关系中被监护人屈从于监护人的法律构造所根本决定的。以个人自由主义为精神统帅的民法之所以构造出被监护人屈从于监护人的特别法律关系，目的是为了将作为意思能力弱者的被监护人置于法律的特别保护之下。这完全是特别法政策使然。为防止监护人滥用其对被监护人的支配地位，就财产监护而言，《法国民法典》《德国民法典》《瑞士民法典》等皆以列举方式规定，对于像处分未成年人或被监护人的不动产或不动产权利之类的重大照顾行为，亲权人或监护人须经亲属会议、法院或监护监督人的批准。如此之下，通过把亲权人或监护人的处分行为纳入法律设定的程序的方式，对法定代理权作出必要限制，由此使法定代理不偏离最有利于未成年人或被监护人利益的原则。

另外，在法定代理下，监护人与被监护人之间相对于与监护人实施处分行为的相对人所形成的法律关系，不像意定代理下本人与代理人之间那样或者法人与法定代表人之间那样所构成的内部关系。由此所决定，在处分行为所涉利益格局中，被监护人享有优先于相对人的特别受保护地位。具言之，在意定代理下，本人原本具有民事行为能力，本人、代理人、相对人等三者皆为自由、平等的行为参与者，意定代理旨在拓展或扩张本人意思自治的时空范围，本人与代理人经由授权行为形成的法律关系，是一种自主形成的二人关系，它对作为局外人的相对人构成一个相对独立的内部关系。在法人代表制度下，虽然法人在经由法定代表人为法律行为时，代表人与法人系名二而实一的关系，不发生由法人向法定代表人特别授权的问题，但法定代表人代表法人对外实施法律行为时是否逾越代表权，对相对人始终构成一个复杂的内部关系问题，因为无论是法定代表人还是法人，皆享有完全民事行为能力，皆有追求自己利益的自主性。然而，在法定代理下，作为被代理对象的未成年人或被监护人，不能独立实施民事法律行为，法定代理人的代理行为完全是为了弥补被代理人意思能力或行为能力的先天欠缺或后天不足。被代理人既无法像意定代理或法人代表情形下那样自由选择或选任代理人或代表人，又不可能通过授权行为或法人章程、内部决定限制代理权或代表权，代理行为的作出完全由法定代理人一人决定，且代理权所受限制完全取决于法律的特别规定。被代理人与法定代理人在实施法律行为上形成的此种完全由代理人决定的意思自治状态(他治)，根本无法向交易相对人构成一种相对独立、封闭的内部关系。相对人与法定代理人开始实施法律行为时即知，是否及如何实施法律行为是由法定代理人自主决定的。

既然法定代理权的享有、权限及行使是依法律规定客观存在的，相对人没有理由不知道，法定代理人实施处分行为时是否越权。因此，在法定代理下，被代理人的利益相对于相对人的交易安全，应受到优先保护。但是，这并不是说，相对人的交易

安全不值得保护，而是只强调，不能无视被监护人受特别保护的法政策去追求交易安全保护。为兼顾相对人的交易安全，根据法定代理的独特性，对法定代理权的范围、行使方式、限制或监督等作出明确规定，是最为可取的立法选择。非常遗憾的是，《民法总则》在作出“代理包括委托代理和法定代理”的规定(163 条第 1 款)后，仅对法定代理作了“法定代理人依照法律的规定行使代理权”的概括规定(第 163 条第 2 款第二句)，而对法定代理权的范围、行使方式、限制或监督未作具体规定。民法典应对此有所规范。

《民法总则》把无权代理、表见代理规定在“委托代理”的范围内，无疑是意识到了法定代理与委托代理之间的差异。因此，不能将意定代理制度中的信赖保护或交易安全保护思想，照搬到法定代理之中。在法定代理之下，既不可能发生表见代理，又不可能发生像意定代理情形下那样的无权代理制度。另外，如果以内外关系理论将处分行为(不分物权行为与债权行为)解释为有效，则明显存两个问题：一是将交易安全置于被监护人保护这个根本法政策之上，既背离监护制度的宗旨，又忽视法定代理的独特性；二是被监护人因处分行为有效遭受损失而向监护人请求损害赔偿时，则衍生出由谁代理被监护人向监护人请求赔偿的难题。

据上分析，当发生监护人处分被监护人财产的诉讼时，监护人或相对人举证证明处分行为乃“为维护被监护人利益”，法院裁定处分行为符合最有利于被监护人的原则的，自然应当依法判定处分行为有效；如果裁定处分行为违背最有利于被监护人的原则，则应当判定处分无效。必须依法作出裁判的法院，只能作出有效或无效的选择。如果监护人或相对人不能证明处分行为能够维护被监护人利益，或者其虽然就此提出了证明，但法院裁定处分行为违背最有利于被监护人的原则的，处分行为仍应判定为无效。此时相对人的信赖保护不得不为对被监护人予以特别保护的法政策让步。

就第 35 条第 1 款第二句的表达方式而言，“为维护被监护人利益”是一种出于立法目的考量的主观性或实质性规定，而不是基于法定程序的客观性或形式性规定。处分是否“为维护被监护人利益”，需要由处分行为所涉利益相关者之外的人根据各种事实材料与被监护人保护的法政策需求作出综合判断，实施处分行为的监护人与相对人，都不宜作为判断者。并且，只有当被监护人或其他人对监护人之处分行为的合理性发生异议，并由此诉诸法院时，“为维护被监护人利益”才发生由他人(法院)作出判断的可能性。至此阶段，法院只能作出肯定或否定的回答。而无论哪一种回答都必须遵循最有利于被监护人的原则，因而，处分行为要么有效、要么无效。法官只能作此种二者择一的选择。在此判定中，法律后果的决定与是否“为维护被监护人利益”的判定，几乎于同一时刻完成，判断结果的作出无论对于监护人还是交易相对人皆无任何回旋余地。

比较而言，要求处分被监护人财产的行为应经法院或监护监督人批准的立法例，其实是通过批准这个程序性机制，给不知处分行为会发生何种法律后果的相对人保留了一种反思并退出交易的可能性。批准机制也有可能为被监护人提供一个自己决定的机会，即如果其事后已达成年或已恢复民事行为能力，那么可以决定是否同意监护人作出的处分行为。法院在受理批准申请后，最终也只能在批准与不批准之间作出选择。而批准与不批准往往与有效与无效相对应。因此，相对于以批准程序监督处分行为的立法例，《民法总则》35 条第 1 款第二句实质上是将具有监护监督属性的法院决定权(即批准权)后置并转换成了一种司法裁判权。对当事人而言，它实际上是把非讼事件变成了一种诉讼事件。这种立法体例对问题的处理明显有些极端与僵化，不利于对被监护人和交易相对人的保护。计划明年初颁布的民法典可参酌台湾地区“民法”第 1101 条第 2、3 款的规定，对监护人处分被监护人某些重要财产的行为，作出非经法院许可不生效力的特别规定。

总之，对于监护人以法律行为处分被监护人财产的行为，当监护人、相对人及被监护人为该行为是否“为维护被监护人利益”而发生争议，并诉诸法院时，应把监护人的处分行为理解为一种无权代理(在对法定代理权缺乏具体、明确的法定限制时，该种理解实乃一种假定)。在一审法庭辩论终结前，被监护人已享有或恢复民事行为能力的，其可以追认处分行为有效；相对人也可以通过撤销其意思表示而使处分行为归于无效。如果未发生追认或撤销，法官可通过认定监护人的处分行为是否“为维护被监护人利益”，从而使得处分行为终局确定地有效或无效。

结　语

监护有人身监护与财产监护之分，财产监护牵涉复杂利益关系，监护人易于滥用其权利。为维护被监护人利益，对亲权与监护予以分别立法的大陆法系国家或地区，无不对亲权人或监护人照管未成年子女或被监护人财产的权限作出较为详细的规定。以监护统合亲权的《民法总则》对于财产监护仅仅概括规定，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(35 条第 1 款第二句)。从立法技术上看，该规定意味着，监护人原则上不得处分被监护人的财产，但能证明为维护被监护人利益的除外。这实际上只是对监护人处分被监护人财产的行为作了原则性规定。所谓处分，包括法律上处分与事实上处分，而法律上处分涵盖物权行为与债权行为。判断处分是否为维护被监护人利益，应首先查看处分行为是否遵循了尊重被监护人的真实意愿原则，然后再根据最有利于被监护人利益的原则予以综合判断。对于处分被监护人的财产的法律效果，应区分事实上处分与法律上处分。非为维护被监护人利益的事实上处分，通常构成一般侵权行为。在侵权责任归责原则上应对责任主体作父母与其他监护人的区分。以法律行为处分被监护人的财产，是行使法定代理权的行为之一。《民法总则》35 条第 1 款第二句是对代理处分的一种法定限制，逾越此种限制的行为构成无权代理。法定代理在构造上迥异于意定代理与法人代表制度，受到特别保护的被监护人享有优先于相对人的法律地位。为兼顾相对人的交易安全，民法典对法定代理权的范围、行使、限制或监督作出明确规定，并把对被监护人利益影响较大的法律上处分规定为一种须经批准的行为，比较合理。

（三）法官视点

对家暴说不，向法官主张；让家成为幸福安全的地方

2020-03-01 法暖家事 一中院家事审判

https://mp.weixin.qq.com/s/aQdG5o5-_N6e-41pKcIhrg

2020.3.1

对家暴说不，向法官主张
让家成为幸福安全的地方

我叫小芳
怀着对爱情的美好向往
与小俊共同步入
这神圣的婚姻殿堂

我的家不大有几十个平方
原以为会有幸福安康
却未曾想到
家成为我噩梦开始的地方

一点点琐事争吵
一次次暴力相向
使我受尽折磨
让我遍体鳞伤

我想要遗忘
更想过逃亡
可面对他事后的忏悔与求饶的模样
我一次又一次心软选择了原谅

可换来的却又是他的反复无常
身体上的淤青
精神上的残伤
泪水总是挂在我的脸庞

我反复思量
为了合法权益得到保障
我终于鼓起勇气
向法官诉说我的主张

家事法官

双方是否同意离婚？

坚决要求离婚，家暴导致感情破裂

小芳

小俊

不同意离婚！

小芳，你主张小俊家暴，证据是什么？

家事法官

小芳

1.小俊写的保证书一份，保证不再有殴打行为；2.派出所备案的协议书，其中双方确认“小俊多次暴力殴打妻子小芳，并当着儿子的面暴力殴打小芳，给小芳和孩子造成了不可逆转的身心伤害。”

小俊，你对上述家暴事实的证据是否认可？

家事法官

小俊

我不认可保证书和协议中的签字是我签的！

经法院委托司法鉴定所对保证书和协议落款处“小俊”签名进行笔迹鉴定，鉴定意见为保证书和协议中的“小俊”签名字迹与样本中的“小俊”签名笔迹是同一人书写。

法院认为

夫妻关系的存续应以感情为基础。在共同生活期间，小俊未能冷静控制自己的情绪，在双方争吵中多次与小芳发生肢体冲突，造成小芳受伤，致使夫妻感情逐渐破裂，故判决双方离婚。子女的抚养问题，应注重对未成年人权益的保护，从未成年子女利益最大化的原则出发，对于实施家庭暴力的父母一方，一般不宜判决其直接抚养未成年子女。现孩子随小芳一起生活，稳定的生活环境，有利于子女的身心健康成长。鉴于小俊存在家暴行为，不宜直接抚养孩子，孩子宜由小芳抚养。

双方诉争房屋系婚内购买，属夫妻共同财产，经评估市场价值为 266.81 万元。法院综合考虑到双方的分居时间、孩子随小芳共同生活所产生的花费以及小俊存在家暴过错等因素，依照保护妇女儿童合法权益原则酌定小芳享有房屋 70%的比例，小俊享有 30%的比例。鉴于房屋一直由小芳和孩子居住使用，故房屋判归小芳所有，由小芳依上述比例按照评估价给付小俊折价款。

小芳与小俊签订的保证书及在派出所达成的《协议》，经笔迹鉴定为小俊本人所签，系双方真实意思表示，未违反法律、法规的禁止性规定，亦未对第三人的利益构成损害。小俊称保证书及协议系在恐吓、胁迫、身体极度疲惫状态下签订，就此未能提供相关证据佐证，故小俊的抗辩理由不能成立，上述协议合法有效。

综上，北京一中院作出生效判决：准予小芳与小俊离婚；婚生子由小芳抚养，小俊每月支付相应抚养费；诉争房屋按上述比例进行分割。

法官说法

近年来，北京一中院审理的离婚案件中涉家暴情节案件数量虽然占比不多，但在一定程度上客观存在。我国法律明确禁止任何形式的家庭暴力行为，面对家暴问题，我国《民法典》婚姻家庭编草案以及现行的《婚姻法》、《反家庭暴力法》等多部法律均为当事人维权提供了强有力的法律保障和司法支撑。

家庭是社会的基本细胞，家庭和谐是社会和谐的基础。发生在家庭成员之间的暴力行为，不仅直接危害受害人身心健康和生命安全，且极易引发恶性刑事案件，危害社会安全稳定。家庭暴力不再是

家庭私事，而是具有严重危害的社会问题。

2016 年 3 月 1 日《反家庭暴力法》正式施行，2020 年 3 月 1 日是《反家庭暴力法》实施四周年。为弘扬家庭美德，形成平等和睦文明的家庭关系，保障弱势家庭成员合法权益，鼓励当事人勇敢向家暴说“不”，家事法官一直在行动！

一、因家暴导致感情破裂的，准予离婚

我国《反家庭暴力法》第二条规定“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。”《民法典》婚姻家庭编草案及《婚姻法》均规定“如感情确已破裂，调解无效的，应当准予离婚。(二)实施家庭暴力或者虐待、遗弃家庭成员的；”因此，法院在审理离婚案件判断感情是否确已破裂时，实施家庭暴力是判决离婚的法定事由之一。

二、施暴方一般不宜直接抚养子女

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。最高人民法院第八次全国法院民事商事审判工作会议关于婚姻家庭纠纷案件审理第一条明确“在审理婚姻家庭案件中，应注重对未成年人权益的保护，特别是涉及家庭暴力的离婚案件，从未成年子女利益最大化的原则出发，对于实施家庭暴力的父母一方，一般不宜判决其直接抚养未成年子女。”可见，在离婚案件中，家庭暴力是影响子女抚养权归属的重要因素之一。因此，法院在判决子女抚养权归属时，从未成年子女利益最大化的原则出发，施暴方一般不宜直接抚养未成年子女。

三、离婚财产分割以照顾无过错方为原则，可对施暴方少分财产

我国《民法典》婚姻家庭编草案第八百六十五条规定“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。”在离婚财产分割上，法院可以根据个案的具体情况，酌定对施暴方予以少分财产，以此惩戒施暴者。

四、一方遭遇家暴离婚可请求施暴方进行损害赔偿

《民法典》婚姻家庭编草案及《婚姻法》均规定“有下列情形之一，导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿：（三）实施家庭暴力的；” 家暴行为不仅会给对方的人身造成损害，还会对其精神造成不可恢复的影响。《婚姻法司法解释一》第二十八条也进一步明确，家暴导致的离婚损害赔偿包括物质损害赔偿和精神损害赔偿。因此，离婚纠纷中受家暴一方不仅可以主张因家暴行为产生的医疗费、护理费等等，还可以要求精神损害赔偿。关于精神损害赔偿金的具体数额由法院根据当地的经济发展水平，过错方的侵害程度等因素综合确定。

第 95 期丨“假离婚”的离婚协议效力认定

原创：2020-03-02 中国上海司法智库　上海高院研究室

https://mp.weixin.qq.com/s/aQdG5o5-_N6e-41pKcIhrg

编者按

根据民政部门数据，近年全国离婚率与离婚登记数量均呈现逐年增长的态势。除了因为夫妻感情不和或家庭其他因素所导致的离婚外，不乏为逃避债务、避税减税、规避“计划生育”政策、申请廉租房、获取拆迁补偿等而产生的“假离婚”。所谓的假离婚是指“夫妻双方具备离婚能力，为达到非离婚不能达到的目的而协议离婚或法院调解离婚，并秘密约定达到目的后再复婚的身份行为”。本期案例对“假离婚”前提下签署的人身关系、财产关系协议的效力进行认定，对类案处理有一定借鉴价值，同时对蓄意通过“假离婚”手段以期达到目的的当事人予以警示，具有一定的社会意义。

“假离婚”的离婚协议效力认定

----李某诉郭某离婚后财产纠纷案

裁判要旨

虚假离婚协议中关于离婚的约定经登记合法有效，当事人不得向法院请求恢复婚姻关系，但其中关于财产分割的约定因双方意思表示虚伪而无效，当事人请求法院重新分割夫妻共同财产的，人民法院应予支持。

案情

原告李某诉称，原告李某和被告郭某于 1990 年结婚。2004 年起原告开始领取低保。后因被告退休，原告不再具备领取低保的资格，因此二人协商假离婚，以便原告继续领取低保，并约定将双方婚后动迁安置房屋（登记在双方名下，简称系争房屋）归被告所有。在民政局办理离婚手续后，双方仍以夫妻名义继续共同生活。

2009 年 2 月，原告为申请廉租房，将系争房屋产权从双方名下变更登记为被告一人名下。2009 年 11 月，被告因情感问题写下承诺书，承诺“系争房屋 90%的产权归原告所有，并于 2018 年 1 月前向原告支付房款”。后因双方矛盾升级，被告搬离系争房屋至今。原告诉至法院，称双方系假离婚，请求对系争房屋进行析产，将 90%产权归原告所有。

被告郭某辩称，双方是自愿离婚，不是假离婚；双方已签订离婚协议书，明确系争房屋归被告所有，并办理过户登记手续；承诺书系赠与，现被告撤销对原告的赠与；离婚后，原告不肯搬离住所才一起居住一段时间，现被告已搬离系争房屋。

法院经审理查明，原、被告婚后因动迁安置系争房屋一套。2005 年 9 月起，原告领取城镇最低生活保障金。2006 年 8 月，被告退休领取养老金。2006 年 8 月 21 日，双方签订离婚协议书，约定“系争房屋产权归被告所有，原告自愿放弃房屋产权”，并办理了离婚手续。

离婚后，双方仍共同居住在系争房屋内。2009 年 2 月，系争房屋产权变更登记至被告一人名下。同年 11 月，原告向 2008 年-2009 年期间，双方分别购买了人身保险，受益人均是对方，保险合同上分别以“丈夫”、“配偶”称呼对方。2010 年 2 月，被告向原告出具书面承诺一份，内容为：“今郭某（被告）因系争房屋作价 90%归李某（原告）所有，在 2018 年 1 月前给李某房价 90%归李某所有”。

另查明，原、被告他处均无房屋。审理中，原、被告一致确认系争的民同路房屋现值为 260 万元。

审判

本案的争议焦点：原、被告办理离婚登记时达成的离婚协议是否真实有效？

一审法院认为：第一、原告原一直领取城镇最低生活保障金，2006 年 8 月被告退休，开始领取养老金。在此情况下，按照当时的有关政策，原告作为被告的配偶就不再具备继续领取城镇最低生活保障金的条件。第二、在离婚登记后，原、被告仍共同居住生活在系争房屋内长达数年。在此期间，被告作为投保人购买了两份人身保险，分别将原告作为生存保险金受益人、身故保险金受益人，在投保书中载明两者的关系是“配偶”、“丈夫”，显然

原、被告的关系尚好，被告对外仍以“夫妻”相称。第三、原告的经济条件不好，他处无房。离婚协议中将夫妻的重大资产房屋全部归被告一人所有，而无需被告补偿房屋折价款，将导致原告重大经济损失，并造成原告无处居住，影响其基本生活，显然有悖常理。第四、在离婚登记后，原告于 2009 年 2 月将民同路房屋的产权变更登记至被告一人名下，2009 年 3 月 3 日至派出所办理了户口簿上的离婚登记，2009 年 3 月 19 日以原告名义向当地有关部门申请廉租房。而根据当时的政策，申请廉租房的条件之一即申请家庭人均居住面积低于 7 平方米。根据原告作出上述举动的内容、时间节点的连贯性，结合当时政策的规定，其主张上述行为是为了达到申请廉租房的条件，从而达成能够获批廉租房的目的，符合客观情况和常理，本院予以采信。故综合考虑上述因素，本院认定，原告与被告办理离婚登记手续的目的是为了原告能够继续领取城镇最低生活保障金。虽然当时双方夫妻感情并非彻底破裂，但离婚涉及身份关系，原、被告向民政部门办理离婚登记之日即双方离婚之时，不能回转。在原告具有上述继续领取城镇最低生活保障金、申请廉租房目的的情况下，结合上述离婚后双方共同生活中的种种举动，本院认为双方达成的离婚协议中关于系争房屋归被告一人所有的内容显然不是双方当事人的真实意思表示，本院认定无效。鉴于上述离婚协议中关于系争房屋的约定内容无效，被告出具的承诺书内容亦缺乏合法依据，当属无效。系争房屋仍属原、被告的夫妻共同财产。鉴于双方已经离婚，对系争房屋丧失了共有的基础，应依法予以分割，原、被告各享有 50%房屋产权份额。考虑到房屋的来源、目前房屋由原告居住的情况，房屋归原告所有，原告给付被告相应的房屋折价款为妥，具体的折价款根据原、被告一致确认的房屋现值予以确定。被告负有协助原告办理上述房屋产权变更登记手续的义务。依照《中华人民共和国民法总则》第七条、第一百四十六条，《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）》第十八条的规定，判决如下：一、坐落于上海市浦东新区曹路镇民同路 XXX 弄 XX 号 XXX 室（系争房屋）房屋产权归原告李某所有；二、原告李某应于本判决生效之日起三十日内给付被告郭某房屋折价款人民币 130 万元；三、被告郭某应于本判决生效之日起三十日内协助原告李某办理上述房屋产权变更登记至原告李某名下的手续。

一审宣判后，原、被告均提起上诉，二审判决维持原判，该案判决目前已经生效。

评析

“假离婚”是指夫妻双方本无离婚的真实意思，但为了达到某种目的而协商离婚的意思表示。当前，为了规避买房限购政策、逃避债务或谋取其他利益，不少夫妻采取了“假离婚”的方式。但是，本属于双方约定的“假离婚”，一旦在民政部门办理离婚手续后，在法律意义上，双方就不具有婚姻关系。事后，一旦双方发生争议，所涉的离婚协议效力如何认定引发思考。

（一）离婚协议是否真实意思表示的认定

本案的原、被告于 2009 年 8 月 21 日办理离婚登记。原告在庭审中主张该登记离婚行为非真实意思表示。本院根据原、被告相关行为内容以及行为的时间节点，结合相关的政策规定，认定原告与被告办理离婚登记手续的目的是为了原告能够继续领取城镇最低生活保障金、在离婚后申请廉租房，而非当时双方夫妻感情彻底破裂，系原、被告心中保留真实目的并通谋作假的假意行为。为了达到原告在“离婚”后得以继续领取城镇最低生活保障金、申请廉租房的目的，原、被告在离婚协议中特地约定“系争房屋产权归被告所有，原告自愿放弃民同路房屋的产权”；且夫妻的重大资产房屋全部归被告一人所有，而无需被告补偿房屋折价款，将导致原告重大经济损失，并造成原告无处居住，影响其基本生活，显然有悖常理。该关于房产分割的协议内容亦当属原、被告同谋作假而为之。

（二）离婚协议的效力认定

根据《婚姻登记条例》第 11 条第 3 款，离婚协议是双方当事人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。故，离婚协议的性质应是一种混合合同的性质，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，而财产及债务处理则属于夫妻财产关系的性质。这两种关系在法律性质上均属平等主体之间的人身关系和财产关系。

1. 对于人身关系协议的效力认定

《民法总则》第一百四十三条规定“具备下列条件的民事法律行为有效：（一）行为人具有相应的民事行为能力；（二）意思表示真实；（三）不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗。可见，我国民法是禁止心中保留或通谋作假的。通过分析，本案当事人李根喜、郭芳美是为了领取城镇最低生活保障金、申请廉租房目的而办理的离婚手续。其办理离婚手续时，对于人身关系的解除是心中保留真实目的并通谋作假的。民法总则对于该种心中保留并同谋作假行为在身份行为中的效果如何并未作出明确规定。我们认为，心中保留并通谋作假，在身份行为中，不能简单地认定为无效或撤销。对于任何一方有“心中保留”的结婚或离婚行为，不论相对方是否知道，均不能撤销；对于通谋作假的婚姻，也不能简单认定为无效。因为身份行为重在身份事实和必要法律程式，应当采取表示主义。否则，就会影响公示的效力和婚姻的安定。最高人民法院《关于陈建英诉张海平“假离婚”案的请示报告的复函》认为，通谋作假离婚有效，也体现了这一精神。故本案对于原、被告离婚予以确认。

2. 关于财产关系协议的效力认定

基于认定原、被告在离婚协议中约定“民同路房屋产权归被告所有，原告自愿放弃民同路房屋的产权”系为了达到原告达到在“离婚”后得以继续领取城镇最低生活保障金、申请廉租房的目的而特意为之，且分割方案会有悖常理，故该财产分割协议系原、被告通谋作假，并非原告真实意思表示。根据民法理论，以及《民法总则》第一百四十六条之规定“行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效”，上述财产关系协议当认定为无效。

（三）结语

当事人为了达到某些目的“假离婚”，对于“真”、“假”的判断要仔细审慎去分析离婚协议的签订背景、协议履行情况、后果处理等的一系列问题，尤其要结合当地当时的相关政策（如廉租房、领取低保条件、税收政策等）。本案判决准确认定了“假离婚”协议的效力，针对该协议约定所蕴含的法律和道德风险，探索“假离婚”协议分析的裁判路径，对类似案件的处理具有积极的指导借鉴意义。

【相关法条】

《中华人民共和国民法总则》第七条、第一百四十六条

《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

【案号及审判组织】

一审：（2018）沪 0115 民初 61409 号

一审合议庭成员：薛桂蓉 张惠芳 陶义才

二审：（2019）沪 01 民终 6983 号

二审合议庭成员：黄蓓、许洁、王刚

案例编写人：

薛桂蓉　上海市浦东新区人民法院金桥派出法庭副庭长

曹静　上海市浦东新区人民法院金桥派出法庭法官助理

责任编辑 / 牛晨光
执行编辑 / 吴涛

男方母亲婚前转账给女方是彩礼还是婚前赠与？

2020-03-27 ｜来源：中国法院网｜作者：陶然
https://www.chinacourt.org/article/detail/2020/02/id/4820517.shtml

【基本案情】

原告（男方）、被告（女方）于 2015 年 10 月经媒人介绍确定恋爱关系。2016 年 3 月，两人因琐事分手，2016 年 10 月，双方再次复合。2016 年 10 月，原告的母亲通过本人名下账户转款 45 万元被告名下。其后，因双方终止恋爱关系，故原告诉诸法院。庭审中，被告辩称该 45 万元系原告的母亲赠与给原被告用于生活开销，现已全部花完。另查明：被告于 2017 年 1 月向原告邻居转款 20000 元、于 2017 年 2 月向原告父亲转款 6000 元、于 2017 年 3 月向原告本人转款 65000 元；上述合计 91000 元，上述款项原告均确认已收到。

意见认为，本案 45 万元款项系男方或其近亲属为取悦对方所为的赠与，且该款项实际

【分歧】

本案中，男方母亲婚前转账给女方是彩礼还是婚前赠与？双方未办理结婚登记手续的，男方能否请求女方返还？对此，存在以下不同意见：

第一种意见认为，本案 45 万元款项系男方或其近亲属为取悦对方所为的赠与，且该款项实际用于原被告用于生活开销，男方无权要求女方返还。即便返还上述婚前赠与款项，鉴于该款项系男方母亲转账给女方，男方主体不适格，应驳回男方起诉。

第二种意见认为，本案 45 万元款项数额较大，给付具有很强的目的性，即缔结婚姻；给付对象具有很强的指向性，即女方，应认定为彩礼。鉴于男女双方未办理结婚登记亦未共同生活，原则上应全部返还。

【管析】

首先，关于本案款项的性质。彩礼指男女双方在婚约期间或结婚之前，男方或男方家庭给予女方或女方家庭的一定数额的货币或实物。彩礼给付具有很强的目的性，即缔结婚姻；其给付对象具有很强的指向性，即女方或女方家庭。婚前赠与主要是男方或其近亲属为取悦对方所为的小额赠与，或男女双方恋爱期间男方为表露情感所为的赠与，以及男方及其近亲属与女方及其近亲属礼节性交往时的赠与。本案中，男方母亲向女方转账 45 万元数额较大，应以缔结婚姻为目的，具备彩礼的性质。女方辩称系母亲给其二人共同生活期间的生活费用，明显有违常理，且无证据支持，实难认定。

其次，关于本案的诉讼主体。人民法院审理彩礼纠纷案件的案由是“婚约财产纠纷”，在中国的传统习俗中，儿女的婚姻被认为是终生大事，一般由父母一手操办，送彩礼也大都由父母代送，且多为家庭共有财产。彩礼的给付人和接受人并非仅限于男女双方，还可能包括男女双方的父母和亲属，在诉讼中当事人本人或父母均可作为原告提起诉讼，应诉方以起诉人不适格作为抗辩时，法院不予采信，以最大限度地保护公民的财产权利。本案虽由男方母亲婚前转账 45 万元至女方名下账户，在未办理结婚登记亦未共同生活的情况下，以男方的名义向女方追索返还，合理合法，故男方原告主体资格适格。

最后、关于款项返还的范围。根据《婚姻法》若干问题的解释（二）的规定，其一、未办理结婚登记亦未共同生活的，彩礼原则上应全部返还。其二、已共同生活但未办理结婚登记，可以根据双方共同生活的时间、是否生育子女、彩礼数额并结合当地风俗习惯等因素，确定是否返还及具体数额。

其三、已办理结婚登记且共同生活，要求返还彩礼的原则上不应支持，但确属共同生活时间极短的，仍应酌情返还。鉴于本案男女双方未办理结婚登记，结合双方共同生活期间女方向男方返还 91000 元的事实，女方还应返还男方 359000 元（450000 元-91000 元）。

综上，笔者同意第二种意见。

怀疑婴儿感染新冠病毒将其抛弃致死 如何定性

2020-02-27 ｜来源：中国法院网｜作者：彭伟平
https://www.chinacourt.org/article/detail/2020/02/id/4821366.shtml

【案情】

家住新冠病毒肆虐某城市城中村的刘美美与张帅帅自由恋爱结婚，2020 年 1 月，刘美美产下一女。该女出生后长达一个星期高烧不退，且有咳嗽等症状。因怀疑该女感染新冠病毒，刘美美与张帅帅思虑再三，决定将其抛弃。2 月 1 日某晚，二人骑摩托车将此女婴放置到离村子 3 公里远的森林路边后，遂骑车回家。次日，村中老王发现女婴尸体后报警。

【分歧】

对于刘美美与张帅帅的行为该如何定性，产生两种不同观点：

第一种观点认为，刘美美与张帅帅因怀疑女儿感染新冠病毒，将女婴抛弃到森林中致其死亡的行为，构成遗弃罪，应以遗弃罪定罪处罚。

第二种观点认为，刘美美与张帅帅将女抛弃到森林中致其死亡的行为，构成故意杀人罪，应以故意杀人罪定罪处罚。

【评析】

笔者同意第二种观点，认为二人的行为构成故意杀人罪，应以故意杀人罪定罪处罚。理由如下：

第一，遗弃罪是指负有扶养义务的人，对年老、年幼、患病或者其他没有独立生活能力的人拒绝扶养，情节恶劣的行为。遗弃罪的犯罪构成为：（1）侵犯的客体是被害人在家庭中的平等权利。（2）在客观上表现为行为人对因年老、年幼、患病或其他原因而没有生活来源或没有独立生活能力的家庭成员，应当扶养而拒绝扶养、情节恶劣的行为。扶养包括长辈对晚辈的抚养、晚辈对长辈的赡养以及夫妻之间的扶养。（3）犯罪主体是对被遗弃者负有法律上的扶养义务的人。（4）主观方面是故意，即明知自己应当履行扶养义务。遗弃行为必须达到情节恶劣程度的，才构成犯罪。

情节是否恶劣，是区分遗弃罪与非罪的重要界限。遗弃行为情节恶劣，主要表现有：由于遗弃而致被害人重伤、死亡的；被害人因被遗弃而生活无着，流离失所，被迫沿街乞讨的；因遗弃而使被害人走投无路被迫自杀的；行为人屡经教育，拒绝改正而使被害人的生活陷一危难境地的；遗弃手段十分恶劣的。

对于遗弃罪，《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。”

第二，故意杀人，是指故意非法剥夺他人生命的行为。构成故意杀人罪要求犯罪主体有故意非法剥夺他人生命的故意，其侵害的是他人的生命权，包括了直接故意杀人和间接故意杀人。直接故意杀人是指明知自己的行为会发生他人死亡的危害后果，并且希望这种结果的发生，行为人对造成受害者死亡的危害结果处于一种积极追求的精神状态。

间接故意杀人是指明知自己的行为会发生他人死亡的危害后果，并且放任这种结果的发生，行为人对造成受害者死亡的危害结果处于一种放任的精神状态。

对于故意杀人罪，《中华人民共和国刑法》第二百三十二条规定，“故意杀人的，处死刑、无期徒刑、或者十年以上有期徒刑；情节较轻的，处三年以上十年以下有期徒刑。”

第三，由上可知，故意杀人罪是指明知自己的行为会发生侵害他人生命安全的危害后果，却在希望或者放任这种结果发生的主观意志支配下实施了危害他人生命安全的行为。遗弃罪是指对于年老、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，情节恶劣的行为。

行为人将负有扶养义务的被害人抛弃，构成故意杀人罪还是遗弃罪，关键要看该抛弃行为能否使得被抛弃对象生命安全遭受重大危险。如果行为人将没有任何自我救助能力的婴儿抛弃到荒无人烟之处，被抛弃的婴儿的生命也就经受到极为紧迫的危险。行为人在明知被害人生命受到急迫危险的情况下，仍然将其抛弃，自然构成故意杀人罪。但如果被抛弃对象具有一定自我救助能力或者被抛弃的地点能够为其他人及时发现的，例如将婴儿抛弃到医院门口，就不能判定行为人具有杀人故意，而只能认定为遗弃罪。在行为人将无任何自我救助能力的被害人抛弃到荒无人烟之处时，行为人的抛弃行为直接导致了被害人的生命安全承受巨大危险，因而造成被害人死亡的，足以判定行为人的抛弃行为与被害人死亡结果存在直接的因果关系。

具体到本案，刘美美与张帅帅将女婴抛弃到离村子 3 公里远的森林路边，很明显其应该预见到森林里人迹罕至，且又逢新冠病毒肆虐，更加无人能发现，其很有可能会死亡。刘美美与张帅帅对于女婴的死亡，内心深处是一种放任的状态，对于二人的行为，应以故意杀人罪定罪处罚。

（作者单位：江西省金溪县人民法院）

责任编辑：王娜

疑案探析 ｜ 冒名登记情形下婚姻登记机关的纠错义务

2020-03-06 中国审判
https://mp.weixin.qq.com/s/C61m7onC6EGHVy0X45tsUQ

文 ｜ 山东省东平县人民法院　刘万金 吴琰

在当事人冒名登记的情形下，结婚登记行为明显没有事实根据。对此，婚姻登记机关具有主动予以纠错的法定义务。

◎ 案情回顾

2015 年 3 月 13 日，杨克牛用已故女子“加思衣古”的身份伪造了身份证，与史中帅在山东省东平县民政局办理了结婚登记。次月 7 日，杨克牛以外出打工为由离家出走，从此下落不明。2016 年 9 月 27 日，四川省喜德县人民法院以犯诈骗罪为由，对杨克牛等多名同案犯作出了刑事判决。其中，杨克牛被判处有期徒刑三年六个月，并处罚金五千元。史中帅获悉后，持该刑事判决书向东平县民政局申请撤销其与“加思衣古”的结婚登记。东平县民政局以该案不符合法定撤销情形为由，予以拒绝。对此，史中帅表示不服，向山东省东平县人民法院提起了诉讼，请求判令被告东平县民政局履行撤销结婚登记的法定职责。

经审理，东平县法院认为，根据《中华人民共和国行政诉讼法》（以下简称《行政诉讼法》）第六十二条，《山东省行政程序规定》第一百二十八条、第一百三十三条规定，行政机关具有自行纠错的法

定职责，且“主要事实不清、证据不足”是行政机关自行撤销行政行为的情形之一。该案中，杨克牛对原告史中帅不具有结婚的意思表示，而是以结婚为手段，以诈骗钱财为目的，从事犯罪行为。被告东平县民政局作出结婚登记时，“加思衣古”已经死亡，不具备婚姻登记的自然人身份，其与原告史中帅的结婚登记行为没有任何客观事实基础。被告东平县民政局作为婚姻登记机关，在收到原告史中帅的申请后，应当本着有错必究的原则，启动自行纠错程序，纠正错误的婚姻登记。原告史中帅的申请事项系被告东平县民政局的法定职责，被告东平县民政局拖延履行法定职责，缺乏正当理由。

因此，东平县法院依照《行政诉讼法》第七十二条规定，对该案作出了一审判决，责令被告东平县民政局于判决生效后六十日内，依法履行法定职责。被告东平县民政局不服一审判决，在法定期限内提起了上诉。2019 年 4 月 10 日，山东省泰安市中级人民法院对该案作出了二审判决，驳回上诉，维持原判。

◎ 观点交锋

该案的争议焦点主要是在当事人冒名登记的情形下，婚姻登记机关是否具有主动纠错的法定义务。

目前，针对该问题的探讨，存在着较大争议。其中，一种观点认为，《中华人民共和国婚姻法》（以下简称《婚姻法》）第十条和第十一条分别对无效婚姻和可撤销婚姻作出了规定，但均不包括冒名登记的情形。2003 年 10 月 1 日起施行的《婚姻登记条例》删除了 1994 年 2 月 1 日公布施行的《婚姻登记管理条例》中有关“申请婚姻登记的当事人弄虚作假、骗取婚姻登记的，婚姻登记管理机关有权撤销婚姻登记，宣布婚姻无效并收回结婚证”的规定。《婚姻登记条例》仅在第九条规定，婚姻登记机关对因胁迫结婚的，有撤销该婚姻、宣告结婚证作废的权力。另外，《婚姻登记工作规范》第五十三条明确规定：“除受胁迫结婚之外，以任何理由请求宣告婚姻无效或者撤销婚姻的，婚姻登记机关不予受理。”因此，针对当事人冒名登记的情形，婚姻登记机关没有自行纠错的法定义务。当事人可以通过民事诉讼的手段来化解纠纷或请求人民法院判决撤销婚姻登记。

>>根据《中华人民共和国婚姻法》第八条规定，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

对此，笔者持不同意见。笔者认为，当事人冒名登记属于明显没有事实根据的婚姻登记行为，婚姻登记机关具有主动予以纠错的法定义务。具体包括以下三点原因：

一是婚姻登记属于可诉行政行为。婚姻登记属于对当事人的合法权益产生实际影响的行政确认行为。在冒名登记的情形下，冒名者逃避了法律的监督，被冒名者及骗婚案件的受害人在客观上“被结婚”，其合法权益受到了损害。根据《行政诉讼法》第十二条、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》（以下简称《行政诉讼法司法解释》）第一条规定，婚姻登记行为属于人民法院行政诉讼的受案范围。事实上，早在 2005 年，《最高人民法院行政审判庭关于婚姻登记行政案件原告资格及判决方式有关问题的答复》明确指出，根据《婚姻法》第八条规定，婚姻关系双方或一方当事人未亲自到婚姻登记机关进行婚姻登记，且不能证明婚姻登记系男女双方的真实意思表示，当事人对该婚姻登记不服提起诉讼的，人民

法院应当依法予以撤销。相应而言，婚姻登记机关不履行自行纠错义务，也应属于人民法院行政诉讼的受案范围。

二是现行法律规范并未否定婚姻登记机关的自行纠错义务。《行政诉讼法》第六十三条规定："人民法院审理行政案件，以法律和行政法规、地方性法规为依据。"《婚姻登记工作规范》不属于《行政诉讼法》第六十三条规定的"法律和行政法规、地方性法规"，依法不能作为人民法院审理行政案件的依据。现实生活中，婚姻无效或撤销婚姻的情形千差万别，而《婚姻登记工作规范》第五十三条的规定过于绝对，限制了婚姻登记机关的行为，不利于其及时、有效地纠错。"婚姻无效"不等同于"婚姻登记无效"。前者是处理当事人之间的民事关系，遵照意思自治原则，任何单位和个人均不能任意干预；后者是行政机关处理自身的行政行为。在存在婚姻关系的情况下，基于公权力对公民权利的尊重，为防止婚姻登记机关随意干预当事人的婚姻关系，法律需对行政权力作出限制性规定。

三是婚姻登记结果存在错误，并不等于婚姻登记机关工作人员存在主观过错，或相关工作人员因此被追责。为提高行政效率，婚姻登记机关需在较短的时间内完成登记。在这一情况下，婚姻登记机关工作人员难以准确辨别登记者的真实身份。追究法律责任，以行为人存在主观过错为前提。在婚姻登记机关及其工作人员没有主观过错的情况下，即使婚姻登记行为违法，也不因此追究其法律责任。

◎ 法律探析

我国实行婚姻自由、一夫一妻的婚姻制度。《婚姻法》第八条规定："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。"《婚姻法》第三十一条规定："男女双方自愿离婚的，准予离婚。双方必须到婚姻登记机关申请离婚。"因此，婚姻登记，包括结婚登记和离婚登记，是婚姻登记机关依法确立或终止当事人之间婚姻关系的具体行政行为。婚姻登记属于行政确认行为，即婚姻登记机关依照法定程序和要求，认定婚姻关系存在或不存在的行为。在婚姻登记法律关系中，存在民事和行政双重法律关系。具体而言，一是婚姻当事人之间自愿结婚或离婚的婚姻民事法律关系；二是婚姻登记机关与婚姻当事人之间的婚姻登记行政法律关系。前者是后者的基础，后者是对前者合法性的肯定和确认。

婚姻登记行为属于具体行政行为，具有具体行政行为应有的确定力和拘束力。从登记机关的角度来说，婚姻登记行为的确定力和拘束力具体表现为，登记行为一旦作出，非因法定事由并经法定程序，不得随意撤销或者宣布无效。从婚姻当事人的角度来说，婚姻登记行为的确定力和拘束力具体表现为，婚姻当事人一经登记，便在婚姻登记系统中由未婚状态变为已婚状态，或由已婚状态变为离异状态。在正常情况下，婚姻登记中的民事法律关系和行政法律关系是一致的。但是，在冒名登记的情形下，二者则不一致。

那么，在冒名登记的情形下，如何认定结婚登记行为的效力呢？根据《行政诉讼法》第七十五条规定，无效行政行为的认定标准是"重大且明显违法"。根据《行政诉讼法司法解释》第九十九条规定，有下列情形之一的，属于《行政诉讼法》第七十五条规定的"重大且明显违法"：（一）行政行为实施主体不具有行政主体资格；（二）减损权利或者增加义务的行政行为没有法律规范依据；（三）行政行为的内容客观上不可能实施；（四）其他重大且明显违法的情形。婚姻登记是以民事法律关系为基础的行政确认行为。在冒名登记的情形下，婚姻登记确认的是根本不存在的婚姻关系，是没有民事法律关系基础、明显缺乏事实根据的行政行为，属于《行政诉讼法司法解释》第九十九条规定的"其他重大且明显违法的情形"。

根据《婚姻法》第十条规定，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。根据《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《婚姻法司法解释三》）第一条规定，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。由于冒名登记不属于《婚姻法》第十条规定的情形，所以被冒名登记的当事人无法通过民事诉讼手段获得救济。而申请行政复议或提起行政诉讼，请求撤销婚姻登记，是较为常见的救济手段。然而，一旦当事人的起诉超过了法定期限，人民法院将无法受理。该案中，自婚姻登记机关作出被诉行政行为时起，至原告提起诉讼时止，已经跨越了 3 年多的时间。根据案发时施行的《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第四十一条第一款规定，行政机关作出具体行政行为时，未告知公民、法人或者其他组织诉权或者起诉期限的，起诉期限从公民、法人或者其他组织知道或者应当知道诉权或者起诉期限之日起计算，但从知道或者应当知道具体行政行为内容之日起最长不得超过 2 年。因此，原告提起诉讼已经超过了法定期限。在一般情况下，请求确认婚姻登记行为无效，可以不受起诉期限的限制。但是，根据《行政诉讼法司法解释》第一百六十二条规定，公民、法人或者其他组织对 2015 年 5 月 1 日之前作出的行政行为提起诉讼，请求确认行政行为无效的，人民法院不予立案。该案中，被诉行政行为于 2015 年 5 月 1 日之前作出，如果请求确认其无效，人民法院将无法立案。

关于婚姻登记机关的自行纠错义务，在一般情况下，基于维护行政法律关系稳定性的需要，对于一般的行政违法行为，如果超过了法定起诉期限，当事人不能请求行政机关予以纠正。否则，将导致行政诉讼起诉期限制度形同虚设。但是，对于严重的行政违法行为，且对当事人的权利义务造成重大影响的，行政机关具有自行纠错义务。

早在 1991 年，民政部办公厅对河南省民政厅作出的《关于民政部门在婚姻登记管理中有关职权范围的复函》指出：“各级民政部门是代表各级人民政府行使婚姻管理的主管部门，有权对婚姻登记机关工作中出现的问题进行监督、检查和纠正，行使必要的管理权力，以保证婚姻登记机关严格依法办事，保护婚姻当事人的合法权益。”同时，国务院于 2004 年印发的《全面推进依法行政实施纲要》规定：“非因法定事由并经法定程序，行政机关不得撤销、变更已经生效的行政决定。”《行政诉讼法》第六十二条规定：“人民法院对行政案件宣告判决或者裁定前，原告申请撤诉的，或者被告改变其所作的行政行为，原告同意并申请撤诉的，是否准许，由人民法院裁定。”根据《行政诉讼法》第七十四条第二款第二（项）规定，被告改变原违法行政行为，原告仍要求确认原行政行为违法的，人民法院判决确认违法。另外，《山东省行政程序规定》第一百二十八条第一款规定：“行政机关违反本规定的，应当依职权或者依公民、法人和其他组织的申请自行纠正。”根据《山东省行政程序规定》第一百三十三条第一款规定，对于主要事实不清、证据不足的行政决定，应当撤销。这表明，在行政程序中，行政机关发现其作出的行政行为确有错误的，具有自行纠错的行政职责和义务。

另外，从维护《婚姻法》实施的角度来看，冒名登记不仅影响了当事人的权利义务，也不利于婚姻登记制度的贯彻实施，并对一夫一妻制构成挑战，进而破坏婚姻制度。因此，自行纠错是婚姻登记机关不可推卸的法定职责。

2019 年 1 月 7 日，浙江省民政厅下发了《妥善处理因当事人以非真实身份进行结婚登记案件的指导意见》（以下简称《意见》）。《意见》第四条规定：“在收到人民法院出具的关于建议自行纠正婚姻登记的函件后，婚姻登记机关应当依法启动撤销结婚登记程序，按照有关规定，作出撤销涉诉结

婚登记行政行为。”这表明，对于因当事人以非真实身份进行结婚登记的案件，部分省级民政部门已经开始予以重视，并以下发规范性文件的形式，指导辖区内婚姻登记机关通过撤销婚姻登记的方式自行纠错。

【玄法少家】云调解找寻迟到的母爱（上）

原创：2020-03-06 南京市玄武区人民法院　锁金村法庭
https://mp.weixin.qq.com/s/BAFVayqkITW9JIITDakNdg

5 封邮件、120 余分钟电话连线、60 余分钟微信视频调解……串联起一次抗疫时期特殊的越洋调解。

一起找不到被告的抚养费案件

2019 年 6 月，玄武法院收到重庆市沙坪坝区法院移送来的一件抚养费案件。

该案原告是一位居住在重庆市沙坪坝区的男孩小庆，今年刚满 11 周岁。小庆父母是重庆老乡、大学同学，2007 年结婚，2009 年生子，2012 年小庆的母亲即本案被告倪某来到南京某高校攻读硕士。分居两地、追求渐远，小庆的父亲林某与倪某于 2013 年协议离婚，考虑到倪某当时系在读硕士研究生、尚未工作。双方签订离婚协议，自愿约定小庆随父亲生活，抚养费由父亲一方全部支付，待母亲工作后，每年支付年收入的 20%作为孩子的抚养费。

根据林某陈述，自 2015 年之后，倪某就再未探望过小庆，也联系不上。近两年来林某生意不顺、欠下百万元债务，独自抚养儿子的压力越来越大，无奈之下小庆将倪某诉至重庆市沙坪坝区法院，要求支付抚养费。沙坪坝法院受理案件后，查询到倪某在重庆无经常居住地，其户籍地在南京市玄武区某高校，于是依职权将案件移送至玄武法院。

被告户籍地在某高校，于是该案承办法官邵小波安排助理和书记员前往该所高校查询线索，由于时值暑假，查询未果。开学后，法官助理和书记员再次前往该高校，了解到被告倪某于 2015 年已毕业离校，未在学校系统中查询到其就业信息。法官通过多方了解，联系到了倪某硕士期间的导师张老师，张老师答复：倪某毕业后好像前往日本攻读博士了，但没有其联系方式。

因一直无法找到被告
法院暂时采取了向被告公告送达
相关诉讼材料和开庭传票的方式
与此同时
法官一直未放弃
从各种渠道继续寻找倪某
因为 寻找一位母亲
就是为一个孩子寻找丢失的母爱
七夕情人节 520 心形动态分割线

一次颇为艰难的“寻人”

今年一月某日，公告缺席庭审进行中，原告的法定代理人即孩子父亲林某变更诉讼请求：

1、判令被告依据离婚协议自 2013 年离婚之日起支付原告抚养费至其年满十八周岁时止；

2、要求被告不定期看望原告。

庭审中林某的无奈、悲伤、忧郁给合议庭留下深刻的印象，林某向合议庭成员诉说了两人的相识相恋、对倪某读书期间的物质和精神帮助、十年来对孩子的默默付出，以及 5 年前倪某突然音讯全无、掐断了与父子之间的所有联络。

林某一再说：这么多年没有要求倪某给付过孩

子的抚养费，这次起诉完全是因为近两年来贷款做生意遭遇不测、欠下百万元外债，已经无力抚养孩子；另外倪某作为孩子的母亲，这么多年从不关心孩子，太不应该了。

“不轻言放弃”是每一个家事法官坚守的信念。

判决书即将完稿的刹那，法官再一次拨通了倪某导师的电话……这一次功夫不负有心人，张老师将倪某过去在学校时用过的电子邮箱发给了法官，又通过其他在日留学生联系到了倪某。

不知出于何种原因，倪某不愿直接出面，也没有回复法官的邮件，仅让导师转达了国内在重庆的哥哥电话，委托哥哥代为和林某沟通。法官与倪某的哥哥电话联络多次，倪某的哥哥向法官述说了倪某与林某之间产生的隔阂的原因，并表示倪某近年来与家里亲戚也联系甚少，不清楚倪某在日本的具体情况。

全国三八红旗手、长期耕耘在少年家事审判一线的玄武法院审委会委员王萍在了解到案件情况后，立即与重庆沙坪坝区法院取得联系，考虑到孩子、孩子父亲、孩子舅舅均居住在重庆，希望案件审理如有需要，请当地法院给予一定支持。沙坪坝区法院杨飞雪专委当即表示全力配合。

倪某本人的回避给该案的处理再次造成障碍，法官在向林某的释法过程中，林某一度情绪失控，表示“我找不到她人，你们法院也找不到她人，她要么不回国，如果回国我让她寸步难行；你们法院这次判的我不满意，我还要上诉；我反正快破产了，豁出去了……”

此时新冠肺炎疫情的阴影尚未驱散，但法官隐隐感到些许欣慰，似乎该案的关键人物呼之欲出了。法官一边让同在重庆的倪某哥哥与林某保持沟通，一边继续找寻倪某线索。

拨通了倪某哥哥提供的倪某的国际长途，远在日本某大学攻读博士的倪某终于出现在电话的那一边，倪某表示并不是不联络儿子，是因为多年前与林某之间的争执斩断了联系，自己目前仍在日本攻读博士尚未毕业，顺利的话今年下半年毕业后才能去找工作，考虑到林某目前经济困难，表示愿意提供一部分钱作为儿子的抚养费，但同时又表达了担心林某将抚养费用作偿还个人债务的顾虑。

（未完待续）

作者：刘甜甜

【玄法少家】云调解找寻迟到的母爱（下）

原创：2020-03-07 南京市玄武区人民法院 锁金村法庭
https://mp.weixin.qq.com/s/PMQ40gXH16iND6wA29h7ug

处于疫情期间、原被告双方又距离南京较远，法官征得双方当事人同意后，安排在 3 月 2 日上午通过微信视频调解。意外而又欣喜的是，倪某在邮件中主动提出想请孩子的姑姑和舅舅一起参与这次特殊的调解。案件微信群建立后，法官嘱咐林某务必带孩子通过视频见一见妈妈。

南京——重庆——日本
三地连线
一场特殊的调解即将拉开序幕

一次时隔五年的会面

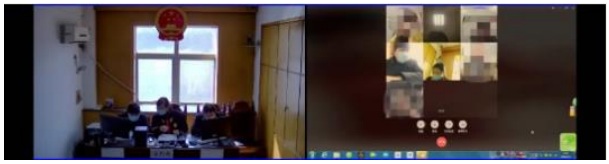
具有家事调解丰富经验的王萍法官，和邵法官一同参与了调解。

正式调解前，法官让小庆和妈妈先通过视频聊了聊。3 岁，妈妈只身一人到南京攻读硕士，4 岁，爸爸妈妈离婚，约 5 年没有见过妈妈，11 岁的小男孩在视频中显得木讷、内向、出奇的冷静，没有想象中的激动和兴奋。

倪某用重庆话询问了小庆的生活、学习情况，小庆也一一回答。或许儿时对妈妈仅有的那点记忆已经模糊，同龄孩子对母亲的撒娇在小庆脸上却难以呈现。家乡话倒是拉近一些母子之间的感情，谈话氛围慢慢也由一开始的拘谨变得热络许多。此时，从视频中看到母子温馨聊天一幕的孩子姑妈、舅舅，都在摄像头前默默擦拭着泪水。一直抚养着孩子的爷爷也对倪某语重心长地说："要多关心关心孩子，孩子很懂事、听话，不要耽误了孩子，要多叮嘱学习上的事啊"。

一次跨越太平洋的融冰调解

正式的调解由林某、倪某、姑姑和舅舅一起参加。倪某说明了自己仍在日本读博的现状，目前正在抓紧准备毕业论文，预计今年九月份可以毕业；虽然根据离婚协议自己在工作后才需要支付小庆抚养费，但是出于对儿子的关爱并考虑到林某的经济状况，愿意每月支付 2000 元抚养费。



尽管一开始林某对抚养费的数额、抚养费的给付方式产生一些对立情绪，但经过两位法官的耐心调解和释法引导，林某最终同意了 2000 元的数额。对于倪某工作后支付的抚养费数额，双方均同意按照之前离婚协议上约定的倪某收入的 20%支付。考虑到倪某暂时在国外，以及孩子实际由爷爷奶奶代为抚养，这笔钱每月将会由倪某转给孩子舅舅，再由舅舅汇入小庆爷爷的银行账户，以确保抚养费用于小庆的生活学习等各项支出。

对于林某希望在本案一并处理的探望权问题，法官根据家事案件调解中归并审理、一揽子解决矛盾纠纷以及充分保护未成年人利益的原则，就该问题组织双方进行了调解，最后考虑倪某暂时在日本的情况，双方达成一致：倪某每周通过视频方式探视一次小庆。

各方均在微信群
仔细阅读调解笔录内容
予以确认后
做教育工作的姑姑
写下这样一句深情寄托
希望父母能给孩子以良好的教育
不要可惜了这样好的一棵苗子
七夕情人节 520 心形动态分割线

【后记】

矛盾得以和谐化解，离不开每一位参与其中的努力，最终让一个 11 岁孩子的生活学习有了保障、失而复得的母爱让小孩子的成长有了妈妈的陪伴，这对于我们来说，就是最欣慰的！

"平时多关心关心孩子生活学习，作为母亲你已经错过了孩子很多年成长的时光，好好珍惜孩子成年前的这几年时间，好好陪伴他吧。""教育是父母双方的责任，之后关于孩子抚养教育，希望父母双方多沟通协商。"法官最后嘱咐道。

国际非暴力沟通创始人、全球首位非暴力沟通专家马歇尔·卢森堡在《非暴力沟通》一书中介绍

了一种非常高效的沟通方式即“非暴力沟通”。非暴力沟通，也叫做“爱的语言”，它持续不断地提醒人们专注于表达自己的感受和需要，在诚实和倾听的基础上与人交流，而非条件反射地指责、强迫对方，或者对对方进行道德批判。

家事矛盾，其实社区工作者、调解员、法官们能够助力的是很有限的，更多地还是需要当事人之间通过“非暴力沟通”，形成良性互动，才能真正修复家庭关系，还原亲情和关爱。

作者：刘甜甜

疫情下的儿童监护

2020-02-15 家事法研究中心　林艳琴

https://mp.weixin.qq.com/s/XHSKEQPUoRF9mouZTrcuRw

本文作者：林艳琴，北京师范大学法学院教授，博士生导师。

本次疫情中有媒体报道儿童缺失监护造成伤害的问题，对此，我们整理了相关法条，希望能够引起重视：

1.《中华人民共和国民法总则》（以下简称《民法总则》）第 27 条规定，父母是未成年子女的监护人，对父母死亡或没有监护能力的，按顺序由其他有监护能力的人担任监护人。即：“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。”

2. 在确定监护人有争议时，《民法总则》规定了解决争议的方式，即：第 31 条第 1 款：“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。”该条第 3 款还规定了在指定监护未确定时，临时监护人的承担主体，即：“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。”

3. 对于没有监护人的情形，《民法总则》在第 32 条规定：“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。”

除此外，《中华人民共和国未成年人保护法》还规定了委托监护，其第 16 条规定：“父母因外出务工或者其他原因不能履行对未成年人监护职责的，应当委托有监护能力的其他成年人代为监护。”同时该法要求县级以上人民政府及其民政部门设立临时救助场所对生活无着未成人实施救助，对确实查找不到监护人的，由儿童福利机构收留抚养，即第 43 条：“县级以上人民政府及其民政部门应当根据需要设立救助场所，对流浪乞讨等生活无着未成年人实施救助，承担临时监护责任；……对孤儿、无法查明其父母或者其他监护人的以及其他生活无着的未成年人，由民政部门设立的儿童福利机构收留抚养。”

可见，我国现行法律对儿童监护的规定相对明确，实践中需要予以落实。

结合上述条文，针对现状，我们建议：

1. 由于家庭是孩子心灵的港湾，安宁成长的

场所，父母是儿童的法定监护人，因此需要特别强调父母监护责任的承担。建议父母或其他监护人在出现无法（或无力）监护的情况下必须及时进行委托监护或向村（居）委会、民政部门寻求帮助，告知情况；

2. 民政部近日已发布《关于做好因新冠肺炎疫情影响造成监护缺失的儿童救助保护工作的通知（民电〔2020〕19 号）》明确要求："一是及时发现报告；二是分类做好临时照料；三是加强救助保障；四是开通救助保护热线。"该通知要求各地民政部门要"指导各地儿童督导员、儿童主任在乡镇（街道）、村（居）民委员会统一部署下，及时发现因新冠肺炎疫情影响造成监护缺失的儿童(包括父母或其他监护人确认感染、疑似感染或需隔离观察，父母或其他监护人因防疫抗疫工作需要以及其他因疫情影响不能完全履行抚养和监护责任的儿童)，并第一时间向所在村（居）民委员会、乡镇（街道）报告相关信息，及时协调解决问题或报告反映困难。……"等等。因此，建议各地民政部门认真贯彻落实该通知；

3. 建议积极发挥未成年人救助保护机构和儿童福利机构的作用。据了解，不少省市的这些机构已经在行动了，如石家庄、广州等等。

总之，父母（家庭）是儿童的第一保护人，疫情期更需要强化父母（家庭）的责任，给予儿童安宁的生活。

最高院司法观点：作为诉讼代理人的近亲属包括近姻亲

2020-03-08 民事法律参考

https://mp.weixin.qq.com/s/ctMdUqwpGsrJPJQen02Wvw

摘自《民事诉讼法司法解释理解与适用》，载于《商事法律文件解读·总第 135 辑》，杜万华主编，人民法院出版社 2016 年出版

根据民事诉讼法第五十八条第二款第二项之规定，当事人、法定代理人可以委托当 事人的近亲属作为诉讼代理人。关于近亲属的范围，我国现行法律、司法解释从不同的立法目的出发，存在着不同的规定：

1．刑事诉讼中的近亲属。根据刑事诉讼法第一百零六条第六项之规定，刑事诉讼中的近亲属包括配偶、父母、子女、同胞兄弟姊妹。该条规定的近亲属的范围相对较小。

2．民法通则规定的近亲属。《最高人民法院关于贯彻执行 〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第十二条规定，民法通则中规定的近亲属，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。该条规定的近亲属的 范围，只包括了配偶、三代以内直系亲属和最亲近的旁系亲属。这个范围比继承法第十条规定的法定继承人之第一顺序和第二顺序的继承人的范围稍大。

3．行政诉讼中的近亲属。《最高人民法院关于执行 〈中华人民共和国行政诉讼法〉 若干问题的解释》第十一条规定，行政诉讼法第二十四条规定的"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、外孙子女和其他具有抚养、赡养 关系的亲属。这个范围是目前最为广泛的。

4．《最高人民法院关于审判人员在诉讼活动中执行回避制度若干问题的规定》第一条规定：审判人员具有下列情形之一的，应当自行回避，当事人及其法定代理人有权以口头或者书面形式申请其回避：(1)是本案的当事人或者与当事人有近亲属关系的；(2)本人或者其近亲属与本案有利害关系的；本规定所称近亲属，包括与审判人员有夫妻、直系血亲、三代以内旁系血亲及近姻亲关系的

亲属。

本解释起草过程中，多数意见提出，民事诉讼法第五十八条对诉讼代理人修改主要 体现两个原则：一是满足当事人的法律服务需求，方便当事人及其诉讼代理人参加诉讼； 是有利于规范诉讼制度，抑制非法有偿代理行为。《92 年意见》关于近亲属范围的规 定过于狭窄，尤其是在未成年人诉讼案件中，近亲属范围过窄，使得为未成年人指定其亲属担任代理人的工作增加困难。作为诉讼代理人的近亲属的范围相对民事实体法中的 近亲属的范围应当有所扩大，建议不仅包括配偶、直系血亲、三代以内旁系血亲，还应当包括近姻亲以及其他有抚养、赡养关系的亲属。 为此，本解释对可以被委托为当事人诉讼代理人的近亲属范围作了适当扩张，明确规定“与当事人有夫妻、直系血亲、三代以内旁系血亲、近姻亲关系以及其他有抚养、赡养关系的亲属，可以当事人近亲属的名义”作为当事人的诉讼代理人，参加诉讼。

湖北省汉江中级法院（2017）鄂 96 民终 349 号

《最高人民法院关于适用的解释》第八十五条规定：“根据民事诉讼法第五十八条第二款第二项规定，与当事人有夫妻、直系血亲、三代以内旁系血亲、近姻亲关系以及其他有抚养、赡养关系的亲属，可以当事人近亲属的名义作为诉讼代理人。”本案中，汤艳军为符凤祥连襟，与符凤祥具有近姻亲关系，具备法律规定的诉讼代理资格。虽然汤艳军未在一审开庭审理前提交与符凤祥系近姻亲关系的证明材料，但在庭审中其向法庭陈述了二人系近姻亲关系的事实，法庭根据其当庭提交的身份证明材料及授权委托书继续开庭审理并无不当，一审开庭后汤艳军、符凤祥亦补交了相应的近姻亲关系证明材料。对陈传勇关于原判决违反法定程序的上诉意见，本院不予支持。

沈阳市于洪区法院（2018）辽 0114 民初 6310 号

《最高人民法院关于适用的解释》第八十五条的规定，根据民事诉讼法第五十八条第二款第二项规定，与当事人有夫妻、直系血亲、三代以内旁系血亲、近姻亲关系以及其他有抚养、赡养关系的亲属，可以当事人近亲属的名义作为诉讼代理人。近姻亲关系是指三代以内有共同祖先的血缘关系，姻亲是以婚姻关系为中介而产生的亲属。血亲的配偶是指自己直系、旁系血亲的配偶。本案中，欧静华系原告欧静萍的妹妹，系原告欧子江的姐姐，原告欧静萍、欧静华、原告欧子江系三代以内旁系血亲。欧静华与张向东系夫妻关系，故张向东与二原告构成近姻亲关系，故张向东可以以二原告近亲属的名义作为二原告的委托诉讼代理人。被告的意见，本院不予采纳。

新余市中级法院（2019）赣 05 民终 1043 号

《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》第八十五条规定：根据民事诉讼法第五十八条第二款第二项规定，与当事人有夫妻、直系血亲、三代以内旁系血亲、近姻亲关系以及其他有抚养、赡养关系的亲属，可以当事人近亲属的名义作为诉讼代理人。潘蠢牙系张莹配偶潘小金的哥哥，潘蠢牙与张莹具有近姻亲关系，潘蠢牙具备代理张莹进行民事诉讼的资格。关于第二个争议焦点。一审法院已对案外人陈素梅进行询问，陈素梅陈述其根据潘小金指示向黄传金转款 1,390,842 元。综上，黄传金主张潘蠢牙不具备代理资格、陈素梅向其转款 1,390,842 元与本案无关的上诉理由不成立，本院不予支持。一审判决认定事实清楚，适用法律正确。

疫情成了 2020 离婚率的帮凶？ | 庭前独角兽

原创：2020-03-11 庭前独角兽 赵霏

https://mp.weixin.qq.com/s/9lhIWcs1K9KsZdbUj_GqZw

作者 | 赵霏（黄浦法院法官）

前几天，一位民政局的小伙伴分享了一篇帖子，顿时引发群里的一场辩论：疫情后，离婚率会不会激增？

西安婚姻登记处恢复上班 离婚预约爆满：已经预约到18日

华商报 前天

点击上方“华商报”可快速关注哦！

3月2日起，西安市17个婚姻登记处已正常上班，逐步恢复婚姻登记办理工作。华商报记者今日（3月5日）从多个已经恢复业务办理的婚姻登记处了解到——

相比于新人结婚的迫切愿望
离婚的人也不在少数
多个婚姻登记处离婚预约天天爆满

>>>> 离婚登记已经预约到18日

和碑林区情况类似，雁塔区民政局婚姻登记处这两天预约离婚的人数也是天天爆满，工作人员韩女士告诉华商报记者，疫情期间，她们也是通过先预约再办理的方式来开展工作的，“最近前来办理的市民都需要经过扫码、测温等环节，每一对办完之后，我们还需要做消杀工作，根据办理时间的测算，最近我们每天接受的预约是22对左右，其中结婚在16-17对，离婚每天有5对的名额。”韩女士说，这几天离婚预约是每天爆满的，而且**离婚预约已经排号排到了18日，的确是出现了一个小高峰。**

隔离措施让法院的立案数据暂时风平浪静。但有趣的是，这阵子我接收到了较之以往几何倍数的、来自亲友的离婚咨询。无独有偶，同行群里的家事法官感同身受。

“疫情后，我就去离婚！”这是我们在这个“寒假”，听到最多的一句话。

生活琐事：我做错了什么？

两句话形容疫情中的伴侣：我没事找事，你没事找抽。

我对自己的老父母拌嘴原因进行了为期一个月的观察，并在微信群中发起了关于夫妻吵架理由的问卷调查，总结起来原因如下：

① 红烧肉加冰糖还是黄糖看出了你的本性。
② 从如厕时间过长发展到你心里有没有我。
③ 撕厕纸没有沿缝反映出你对规则的践踏。
④ 家有口罩非要出门买是不是看我不顺眼？
⑤ 凉皮发面到切片每一步都是离婚导火索。
⑥ 钟南山张文宏谁更帅反映意识形态不同。
⑦ 张文宏白岩松谁口才更好看出三观不合。
⑧ 洗澡洗了一个小时还没出来是在烫猪毛？
⑨ 让你多吃一口你不吃是嫌老娘做菜不好？
⑩ 开窗通风时间过长冻出肺炎了你养我啊！

闲得长草的人开始无病呻吟，生活琐事上升为原则大事。从颉眼容光忆见初到彼此相看两生厌，心头的朱砂痣变成岁月的杀猪刀。昔日一言不合就离家出走，今朝鸡飞狗跳也只敢忍不敢滚。

疫情是一面照妖镜，它让你反思裴多菲的理想主义：生命诚可贵爱情价更高，若为自由故二者皆可抛，这几个词应该倒过来念。

疫情是一场蜜月行，它让你读懂钱钟书的悲观主义：应该先旅行再结婚，舟车仆仆后还没有彼此厌恶，这种夫妻保准不会离婚。

同样是生活琐事，为何平时不痛不痒，现在却动辄离婚？因为疫情把七年之痒快进了：一个月吵

完一辈子的架，一间屋子消化一个宇宙的爆炸。

但矛盾快进了，解决矛盾的心智却没有快进。就像豆蔻之年的天真应付不了不惑之年的城府，大多数人面对婚姻中的一夜惊蛰，并没有做好千树万树梨花开的准备。

生活琐事：我做错了什么？你没做错什么，只是无力应对突如其来的乱麻，从前你一走了之，如今你无处可逃。

圈养婚姻：我信了你个鬼！

一句话概括人类婚姻进化史：从圈养到合伙。

封建时期你六宫粉黛我非你不爱，古希腊社会男男才配谈爱娶妻只为接代，中世纪教会法夫可以打妻女人具有原罪。上下五千年，男女关系指向的不是平等而是附庸。

恩格斯说的没错，婚姻曾是一纸“私有制”契约：它不是男人和女人之间的，而是一个男人和其他男人之间的契约——这个女人是我的，你们不能碰！

但工业革命手刃了这种关系！经济独立让女性拥有了财产权和话语权，从“我养你”到“我要你养？”，婚姻结构从圈养走向合伙。

讽刺的是，今天，一场疫情正在悄然扮演着工业革命的角色，以另一种方式手刃那些圈养色彩仍然浓厚的婚姻。

Gary Becker 在家庭经济学中写道，夫妻通过家庭分工来分配职业劳动和家务劳动，职业劳动中收入较少的一方由于机会成本较低而被分配较多的家务劳动，从而形成“我主外，你主内”的家庭格局。

但疫情让企业停工停产，在外打拼的一方失去职业优势，“你负责赚钱养家我负责所有其它”的格局被破坏，从前的家庭支柱变成家庭蛀虫，理直气壮的“我主外你主内”沦为理屈词穷的“饭来张口衣来伸手”。

那么，老娘凭什么还要看你脸色伺候你？

你嫌我不温柔，我嫌你不贤惠——温柔原本是“主内”一方的标签，贤惠于“主外”一方在平时并不必要，但当婚姻结构发生变化时，我面对饭来张口的你温柔不起，你面对一地鸡毛的家也贤惠不能。

要么给我爱，要么给我钱，要么给我滚——不要觉得粗鄙势利，它其实反映了一种“婚姻生态平衡”：你接受我的两耳不闻窗外事，我忍受你的十指不沾阳春水，但任何一方失衡时，婚姻的小船岌岌可危。

圈养婚姻：我信了你个鬼！疫情中的家庭经济学证明，你不能既在职业劳动中吃软饭又在家务劳动中吃白食。

替代创伤：还敢嘲笑产后抑郁？

一种游乐项目描述疫情期间的心情：过山车。

朋友圈的画风一天之内四季更迭：不是感动得热泪盈眶，就是气愤得口吐白沫，霸屏的关键词看得人质壁分离：

活着太难了
崩溃大哭
难受得睡不着
太难过了

心理学中的“替代性创伤”告诉我们，在目击大量残忍、破坏性场景后，即便没有亲历创伤事件本身，但因听闻了足够多当事者的故事和报道从而产生间接创伤。

身处灾难的漩涡中心，疫区人民濒临崩溃；面对 24 小时滚动新闻，同胞手足夜不能寐。社交媒体引发共情，与世隔绝却无法引流悲伤，只能蜗居家中与亲人互相舔舐聊以自慰。

一段关于“压力下的亲密关系”的文章谈到：“亲密关系是人们在面临灾难压力时最重要的‘救火部门’，伴侣担任‘救火队长’，沟通行为则筑起了一道‘防火墙’。而当救火队长和防火墙一起失

效时，婚姻就会任凭压力魔鬼的宰割。”

这就是为何有人产后抑郁，为何生育后是离婚的高发期，不是不爱了，而是抑郁情绪会产生极大的内耗，毫无经验的伴侣并不知如何消化负能量，而离婚，可能是将伤害值降到最低的权宜之计。

因为缺少社交疏导，老弱妇孺亲历了一场“月子运动”；因为缺乏有效沟通，黄发白叟体验了一番“产后抑郁”。你终于明白：**抑郁症不是矫情的公主病，而是危险的心理殇。**

君不见 2008 汶川地震，在废墟中举办的婚礼感动了中国却感动不了蜀地十万对劳燕分飞的伉俪。

君不见 2003 非典过后，举国欢庆掩盖不了帝都的后遗症患者中四成的抑郁症和六成的家庭变故。

替代性创伤：你还敢嘲笑产后抑郁？灾难过去了，后遗症仍在，不重建心理的断壁残垣，婚姻的大厦摇摇欲坠。

疫情改变了什么？

其实，我们在大谈疫情是离婚的导火索时，却忽视了它也是结婚的助燃剂。

因为疫情，有了“今后一年家务我全包”的豪言壮语。

因为疫情，有了“等你回来我们就结婚”的山盟海誓。

因为疫情，有了“想见你不见你才是真爱你”的泪目哲学。

一场疫情，离婚率在变高，结婚率也在变高。缘何？生于忧患而死于安乐。

分离是一场忧患，天各一方的璧人因生死未卜而牵肠挂肚；隔离是一隅安乐，朝夕相处的怨偶因审美疲劳而相看生厌。

这就是为何，机场往往比教堂见证了更多的真爱。这就是为何，斯佳丽和白瑞德在战火硝烟中相爱又在和平年代里分开。这就是为何，大多数夫妻熬过了屋漏偏逢连夜雨却败给了一日看尽长安花。

但我们能说，聚散离合全拜疫情所赐么？不能。

没有疫情，生活琐事也是 21 世纪婚姻的隐形杀手。

没有疫情，圈养婚姻也是家庭经济学中的危险关系。

没有疫情，终成眷属也是天下有情人的电影大结局。

只是疫情，放大了人性的弱点或痛点，催化了感情的破裂或升华，助推了姻缘的一别两宽或三生连理。

只是疫情，让不爱的人看清了婚姻中的罅隙，厘清了彼此间的沟壑，然后拨开日常羁绊的迷雾，比平时更果敢的做出了抉择。

只是疫情，让相爱的人认清了灵魂所至的依赖，听清了内心深处的表白，既然不知明天和意外谁先到来，不如放下一切矜持大声说出爱。

所以，疫情改变了一切，却又什么都没改变。

它只是让相爱的人更相爱，让相杀的人更相杀。

而所谓疫情改变论，只不过是理想主义构建的海市蜃楼，现实主义捏碎的镜花水月，神秘主义心中的巴别塔，浪漫主义眼里的彼岸花。

编辑 | 刘佩璇

定金罚则不适用婚姻关系

2020-03-11 来源：北京日报　朱乐

http://bjrb.bjd.com.cn/html/2020-03/11/content_12450733.htm

案情回顾

小雪与小伟经人介绍后相恋，婚前二人签订了一份彩礼协议，约定“小伟向小雪交付彩礼 10 万元，如将来小雪提出离婚，愿退还给小伟 20 万元；如小伟提出离婚，小雪无须退还上述款项。口说无凭，特立此据为证……注：本协议在双方夫妻关系确立后方能生效。”双方家长作为见证人也在协议上签字确认。婚后二人育有一子，后两人感情不和，小雪起诉离婚，要求孩子由其抚养。小伟同意离婚，但要求小雪根据婚前协议，双倍返还彩礼。法院经审理认为，双方感情完全破裂均同意离婚，故对小雪的离婚请求予以支持，并判决婚生子由小雪抚养，小伟支付一定的抚养费。双方当事人之间关于双倍返还彩礼的约定无效，判决驳回了小伟的诉讼请求。

法官释法

本案中，双方签订的婚前彩礼协议关于双倍返还彩礼的约定是无效的。一是因为定金罚则不适用婚姻等有关身份关系的协议。定金是担保法、合同法规定的债的担保方式，定金罚则具有特定的适用范围，适用于平等主体在市场经济往来中的财产关系，排斥身份关系。二是小伟通过约定定金协议的形式限制小雪的离婚自由，违反了婚姻法中关于婚姻自由的基本原则，也违反了民法上的公序良俗原则。

当然，“彩礼协议”的无效不能得出给付彩礼行为的无效，给付彩礼符合民事习惯，且不为法律所禁止。所以，彩礼给付行为应该有效。对于彩礼是否返还，《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)》第十条规定：“当事人请求返还按照习俗给付的彩礼的，如果查明属于以下情形，法院应当予以支持：（一）双方未办理结婚登记手续的；（二）双方办理结婚登记手续但确未共同生活的；（三）婚前给付并导致给付人生活困难的。适用前款第（二）、（三）项的规定，应当以双方离婚为条件。”本案中，二人办理了婚姻登记手续，小伟未提供证据证明婚前给付彩礼对其本人或父母造成生活困难，所以不符合上述司法解释中规定的返还条件。

（作者单位：北京市房山区人民法院）

探视权执行存在的问题及建议

2020-03-18 人民法院报 陈 良
http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2020-03/18/content_166222.htm?div=-1

近年来，我国离婚率持续攀升。据民政部公布的数据显示，从 2003 年起，我国离婚率连续 16 年上升。离婚率不断上升的背后是无数家庭的破裂，由此也衍生出来子女抚养和探视权行使问题。《中华人民共和国婚姻法》第三十八条规定：离婚后，不直接抚养子女的父母，有探望子女的权利，另一方有协助的义务。行使探视权利的方式、时间由当事人协议；协议不成时，由人民法院判决。而在现实的执行实务中，对于探视权的执行往往面对很多困难。

首先，执行依据对于探视权表述不明确，可操作性不强。有的执行依据保障了当事人的探视权，但是对于具体探视的时间、地点、方式等没有具体明确的表述，致使探视权无法具体实施。有的执行依据规定了当事人每周探视次数和地点，这使得探视具有长期性、反复性的特点，而执行案件有法定的执行期限，两者的矛盾给执行干警造成很大困扰。

其次，有的子女排斥探视，探视权的实现成为子女的精神负担。子女排斥探视，因为自身具有独立思维意识，父母离婚对其造成心理创伤，其内心

对父母双方排斥。有的父母因为离婚对彼此都心存不满，对子女进行了言语的挑唆，导致子女排斥探视。子女排斥探视无法确认具体妨碍执行人，使得执行案件陷入僵局。

探视权的强制执行案件不同于普通的经济类案件，如何破解探视权案件的执行难困境，建议从以下几点入手：

一、加强宣传，强化责任意识。通过对全社会、全方位的宣传，强化男女双方责任意识，慎重对待结婚、离婚。结婚不仅仅是两个人的事，也是两个家庭的结合，特别双方生育子女后，双方既要对婚姻负责，也要对子女负责。离婚也不仅仅是两个人的事，更是整个家庭的事情，如果处理不好，最受伤和最无辜的是孩子。所以建议在结婚、离婚登记前，民政部门给双方释明结婚、离婚的双方责任，其中就包括抚育子女的责任，强化双方的责任意识。

二、审理探视权案件时应当考虑执行的可操作性。法院作为审判部门，目的是为了化解社会矛盾，定分止争，尤其对于探视权的案件，不能简单地一判了之，而是要充分地考虑到利于当事人子女的健康成长，使得后续的案件执行更具有可操作性。同时，向双方充分释明子女健康成长除了必要的物质条件，更需要精神上的关爱，领带抚育方不能对非领带抚育方的探视要求置之不理，更不能用语言诋毁对方、挑唆子女。

三、执行应当多元化，不能简单、粗暴。作为法官，不能单纯地认为只要被执行人拒绝履行，就对被执行人采取拘留、罚款的措施，而忽略掉简单、粗暴的执行方式给父母、子女所带来的精神伤害。法官的职责不是单纯地将案件执行完毕，而是真正做到案结事了，并将执行过程所带来的不利影响降低到最小。所以对于探视权的执行，应当多交流、多沟通，充分向当事人释明法律，更要释明情理，从而达到权利行使和亲情维系的双重效果。

对于探视权的执行，不仅涉及离婚双方当事人，更涉及双方的子女，全社会都应该参与进来，社区调解、教育引导、社会关爱等等都有助于此类问题的妥善解决，但对于进入执行程序的案件，作为执行法官，一定不能不能简单、粗暴执行，应当通过多元措施并举的方式，不仅做到案结事了，更要从根本上化解矛盾。执行一个案件，挽救一份亲情，滋养两个家庭。

（作者单位：江苏省南京市六合区人民法院）

房产未变更登记，债权能否排除执行？

2020-03-17 | 来源：中国法院网 | 作者：李登辉

https://www.chinacourt.org/article/detail/2020/03/id/4852072.shtml?from=singlemessage

【案情】

梁某与祝某（女）系夫妻，育有一子。婚后夫妻二人共同购买了一套商品房，产权登记在梁某名下。2013 年 9 月，梁某与祝某在民政局办理了协议离婚，《离婚协议》约定该房产归祝某及子所有，梁某需协助办理房产过户登记。2013 年 10 月，两人办理复婚登记。2014 年 6 月，梁某向张三借款 300000 元并出具借条一份，因未按时还款，张三将梁某与祝某诉至法院，法院经审理认定该借款系梁某个人债务。因祝某未及时变更产权登记，房产尚登记梁某名下，判决生效后张三申请法院强制执行该房产，祝某向法院提起案外人执行异议之诉，请求判令停止对该房产的执行，并确认该房产归祝某所有。

【分歧】

本案争议焦点：祝某享有的权利能否排除执行。

第一种观点认为，祝某享有的权利能够排除执行。梁某与祝某在《离婚协议》中明确约定了该房产的归属，虽然两人之后又办理了复婚登记，但该结婚登记只是改变了双方的人身关系，并不改变双方在离婚时对该房产归属的约定，祝某仍具有要求梁某协助办理房产过户登记的请求权，且祝某享有的请求权优先于张三所享有的债权，足以排除执行。

第二种观点，祝某所享有的权利不能排除执行。梁某与祝某在协议离婚后又办理了复婚登记，复婚是双方对原离婚协议内容的变更。该房产是梁某、祝某婚后购买，属于夫妻共同财产，且该房屋一直登记在梁某名下，张三能够就房产梁某的个人部分予以执行，因此，祝某不能排除执行。

【评析】

笔者同意第一种观点。

首先，根据《最高人民法院关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题解释（二）》第八条的规定："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。"本案中，梁某与祝某《离婚协议》上明确约定涉案房产归祝某所有，是双方真实意思表示，且内容不违反法律的强制性规定，并经民政部门盖章确认，梁某也未在规定的期限内主张变更或者撤销，因此该离婚协议合法有效。

其次，虽然梁某与祝某在离婚后又办理了复婚登记，但所谓"复婚"，在法律意义上即为"结婚"。根据《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）》第十九条："婚姻法第十八条规定为夫妻一方所有的财产，不因婚姻关系的延续而转化为夫妻共同财产。但当事人另有约定的除外"可知，结婚登记改变的仅是双方的人身关系，并不改变双方的财产归属。因此祝某仍享有请求将涉案房产所有权变更登记至其名下的实体权利。

最后，祝某虽然不能直接确认为涉案房产所有权人，但其对涉案房产享有变更登记为所有权人的请求权，该请求权与张三对梁某所享有的金钱债权相比较，更具有优先性，足以排除执行。

从两种请求权产生的时间来看，祝某对涉案房产享有的请求权是基于 2013 年 9 月其与梁某签订的离婚协议产生的，而张三享有的请求权是基于梁某于 2014 年 6 月向张三出具的借条产生。因此张三的请求权与祝某的请求权相比较，在时间上不具有优先性。债权成立的时间虽不影响债权的平等性，但在若干情形下对债权能否继续履行及履行的顺序产生影响。如最高人民法院《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第十条针对出卖人就特殊动产订立多重买卖合同的继续履行问题明确规定，在均未领受交付且未办理过户登记手续的情况下，依法成立在先的买受人的继续履行请求权就优先于其他买受人。可见，在该案中，至少不能得出张三成立在后的债权优先于祝某成立在前的债权的结论；

从两种请求权的性质和内容来看，祝某享有的是针对特定标的物（即涉案房产）要求变更登记为所有权人的请求权，而张三享有的是未指向特定财产的一般金钱债权，且金钱债权并非基于对涉案房产公示的信赖而产生（未设立抵押登记）。因而张三的普通金钱债权请求权与祝某的指向特定标的物的请求求权比较，在性质和内容上亦不具有优先性；

从两种请求权产生的根源上来看，祝某与张三婚姻关系解除时约定涉案房屋归祝某及小孩梁丁所有，具有为子女和女方提供生活保障的功能，与张三的金钱债权相比，祝某享有的请求权在伦理上具有一定的优先性。

综上，梁某享有请求将涉案房产的所有权变更登记至其名下的实体权利，该权利具有排除执行的效力。

分手了，戒指、钱款怎么办？

原创：2020-03-22 北京海淀法院：蔡笑
https://mp.weixin.qq.com/s/tm9CCE5S-vHjmMgdZbpgIw

影视剧中，常有两个人分手后一个纸箱子快递上门返还私人物品的场景。

歌词中，曾有人唱着“如果说你真的要走，把我的相片还给我，在你身上也没有用，我可以还给我妈妈”。

然而，生活往往要比剧本、歌词更加复杂，总会有那么一些昔日恋人，因为分手时的爱恨情仇而在财物问题上拉扯算计。比如微博热搜中，有人在讨论“情侣分手后男子甩出十年账单，男友：该让她还我钱吗？”再比如法庭上，有人为了财物对簿公堂。

下面，海淀法院的法官就将以案说法，讲一讲分手后的财物返还问题。

案情简介

2018 年 10 月，29 岁的小伙王刚在微信相亲群中结识了 30 岁的陈歌。当月，两人以结婚为前提确立了恋爱关系。2018 年 11 月，王刚搬入陈歌的别墅，两人开始共同生活。2019 年 2 月，在两人谈婚论嫁之际，王刚向陈歌提出了分手。此后，为恋爱期间的财物返还问题，王刚提起诉讼，将陈歌诉至法院。

王刚主张，陈歌应返还价值 27 万元的女士钻戒一枚以及“彩礼”20 万元。王刚称：“我家是传统家庭，父母对子女管教极为严格。因此，研究生毕业、顺利留京后，尽早成家立业就成了头等大事。抱着这样的期待，我加入了多个相亲微信群。2018 年 10 月，我在微信群中认识了陈歌。陈歌特别合我的眼缘，她自称是一名音乐老师。考虑到我二人年龄相当，陈歌职业稳定，我们彼此在音乐方面有着共同爱好，因此，初次见面后我们就确定了恋爱关系。因陈歌的房子离我单位很近，11 月的时候我们开始同居。

同居后，陈歌说她妈妈已经在张罗嫁妆，我也应该证明一下自己的真心，因此我就带着陈歌去商场，按她的意思给她买了一枚 27 万元的女士钻戒。后来，我还给过陈歌 20 万元做彩礼。同居之后，我发现陈歌并不是学校老师，她只是偶尔给私人上课，而且陈歌交友广阔、应酬很多，所以我提出了分手，但陈歌不同意返还钻戒和彩礼，这给我造成了巨大的经济损失。”

陈歌主张，从未收到过价值 27 万元的女士钻戒；20 万元并不是彩礼，而是王刚让自己帮忙转交给卖方的购房定金。陈歌称：“我打拼多年，在北京有车有房，我的条件并不差，我是为了让家人安心才开始相亲。虽然王刚的经济条件不如我，但工作稳定，而且对我很好，加上王刚信誓旦旦会照顾我和我母亲，所以我很期待着和王刚走入婚姻。自始至终，我从没有骗过王刚，王刚一直都知道我的工作性质和生活状态。同居后，我和我母亲对王刚很好。但是王刚突然就提出了分手，这在情感上给我和我的家人带来了很大的伤害。”

争议分析

案件审理过程中，法官发现，王刚与陈歌的争议主要集中在钻戒和汇款两个问题上。

问题一：王刚有没有给陈歌买过价值 27 万元的钻戒？

王刚为了证明曾赠送给陈歌一枚价值 27 万元的钻戒，提交了收据、POS 机刷卡单、微信聊天记录作为证据。其中，收据、POS 机刷卡单显示，王

刚曾购买一枚女士钻戒，价值 27 万元；微信聊天记录则显示，对方曾经告诉王刚“我妈在给我准备嫁妆了，光首饰就差不多有 30 万，你看你是不是也表示一下，让我妈放心，也好证明你是真的爱我”“价值相当就成，和你说过的，我嫁妆里的首饰差不多就有 30 万”“钻戒还不了，已经被我卖了，卖了 2500”。

经过询问，陈歌表示，收据和 POS 机刷卡单不能证明自己收了钻戒；微信聊天记录里的对话人不是自己。

为了核实相关情况，法官当庭查看了王刚手机中留存的微信聊天记录以及对话人的微信账户信息，并查看了陈歌手机中“微信”APP 的账户信息。经过比对，账户确实并不相符。

难道陈歌真的没有收取这枚钻戒？

为此，王刚当庭提出，申请法院调取商场的监控录像，希望借此证明购买钻戒时陈歌在场。基于双方的陈述，为进一步查明案件事实，当庭法官要求陈歌打开“微信”APP，在微信程序的“设置”栏中选择“切换账号”。

此时，法官发现，陈歌有两个微信账户，另一个账户与王刚展示的微信聊天记录中的对话人账户一致。

问题二：王刚有没有给陈歌汇款 20 万元？

王刚为了证明曾向陈歌转账 20 万元，提交了银行转账记录作为证据。陈歌认可转账记录的真实性，但提交了王刚签字的房屋买卖合同、解约协议书、卖方证言作为反证。

陈歌解释称，王刚是曾经给过自己 20 万元，但两人交往期间，王刚曾想赶在婚前把名下的小房子换成大房子。经过挑选，王刚看中了张某名下的一处三居室房屋，购房定金刚好是 20 万元。因为卖方要的急，自己收到的 20 万元已经作为定金交给了张某。两人分手后，王刚因个人原因与张某协商解除房屋买卖合同，交付的 20 万元定金已经作为赔偿款给了卖方。

经过询问，王刚认可房屋买卖合同等一系列证据的真实性，但表示虽然购房协议写的是自己一个人的名字，然而换大房子是陈歌提出来的；此前购买戒指的 27 万元信用卡分期账单还没有还清，之所以要求陈歌返还这 20 万元汇款，主要是担心陈歌还不了戒指，想要尽可能减小经济损失。

经过庭审，法官发现，陈歌否认收到钻戒是出于对王刚提出分手的不满和气愤，王刚要求陈歌返还钻戒及汇款 20 万元则是想要减轻经济负担。最终，经过调解和劝诫，双方达成和解，陈歌放下了心中的不甘，当庭让家人送来那枚价值 27 万元的钻戒，将钻戒连同鉴定证书、包装盒、包装袋，一并交还给了王刚，为两人的一段情缘彻底做了了断。

法官说法

通过讲述王刚与陈歌的案子，在法律层面，我们应当明确的两点是：

第一、有效的微信聊天可以作为证据使用。

依据《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 116 条、修改后的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 14 条，手机短信、电子邮件、即时通信、通信组群等网络应用服务的通信信息属于电子数据证据。经核实的、可以确定使用人身份、未被删改的微信记录可以作为证据，认定相关案件事实。

本案中，陈歌虽不认可收到过钻戒，但陈歌手机中“微信”APP 绑定的两个账户之一，即是与王刚对话的微信账户，王刚手机中留存的微信聊天记录完整地显示了两个人间关于购买钻戒、返还钻戒的沟通内容。由此，王刚提交的微信记录可以作为有效证据，证明陈歌收到了钻戒。

第二、恋爱期间给付对方的财物是否均能要求返还？

恋爱期间给付的财物通常意义上属于赠与，但依据《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 10 条、2011 年《全国民事审判工作会议纪要》第 50 条之规定，分手后可以依法要求对方返还“彩礼”。

那么，什么是“彩礼”呢？彩礼是指“以缔结婚姻为目的而给付的大额财物”，由此，“恋爱期间给予对方的财物”不等于“彩礼”。换言之，两人分手后，如果男方要求女方负担“日常约会花费”的一半是缺乏法律依据的，如果男方要求女方返还价值不菲的订婚戒指则是具有一定法律依据的。但在裁判“彩礼”的返还与否及具体金额时，法院会综合考虑两人有无实际共同生活、双方解除婚约的具体原因、彩礼的给付有无造成给付方生活困难等诸方面因素加以判定。

法律之外，还想要表达的一点是，在寻找伴侣的路途中，也许有人一帆风顺；也许有人磕磕绊绊，分分合合方付终身。但分手时豁达一些，“解怨释结，更莫相憎。一别两宽，各生欢喜。”这未必不是在宽宥了别人的同时也救赎了自己。

（文中人物均系化名）

关于继承法第 19 条“必留份”之司法实践探讨 | 审判研究 ilawtalk

原创：2020-03-27 审判研究：叶海涛律师
https://mp.weixin.qq.com/s/1uF4il5ADg-s53Nae6mJCQ

叶海涛　北京大成（上海）律师事务所

随着社会经济发展，继承案件数量不断攀升，遗产处分逐渐成为受人关注的社会问题。目前国内学界已形成的共识是，继承法必须承认和保护被继承人对遗产的遗嘱处分自由，因为这是私法自治及所有权自由的民法基本原则或精神的要求，但与此同时，也要适当限制遗嘱自由，以避免被滥用，而影响到家庭稳定和社会秩序的维护。《继承法》第 19 条 “必留份”的有关规定正是为了限制遗嘱自由，为保障处于弱势地位的继承人的生活而产生。然而，在司法实践中，因为“必留份”的法律规定过于原则、抽象，又赋予了法官更多的自由裁量权，生发出许多空间，无形之中又导致司法实践的不统一。

遗产的“必留份”到底应留给“谁”，留“多少”，怎样“留”，都成为司法实践个案审理中的难点。本文从几起典型案例着手，阐释自己的一些思考与分析，希望能抛砖引玉，对《继承法》第 19 条“必留份”在司法实践的统一作出有益探讨。

一、三起典型案例

案例一：

被继承人陈某、孙某二人系夫妻关系，两人婚后生育有四名子女，包括原告陈 1 及被告顾某。被继承人陈某、孙某二人生前分别立下公证遗嘱，载明：“……在我过世后，与配偶共有的房屋中属我所有的产权份额，由陈 1 继承，其他人不得干涉……”被告顾某有妻女，2001 年顾某经鉴定目前身体状况符合神经科第壹条第伍项为完全丧失劳动能力，此后每月领取补贴 380 元。2012 年，顾某办理退休手续，领取退休工资。被继承人陈某、孙某二人死亡后，顾某认为依照《继承法》第 19 条，在系争房屋中应保留六分之一的份额归其继承，故致讼。[1]

案例二：

原告龚 1 系被继承人龚某的侄子。龚某系某村村民， 1992 年办理了农村宅基地土地使用证，并在宅基地上建造了建筑物及构筑物。后龚某与被告李某结婚。2014 年龚某因病死亡。后龚 1 诉至法院，要求法院认定落款为“龚某”的遗书的遗嘱效

力，并判决龚某全部遗产归其继承。上述遗书载明："本人龚某，我要按排我晚年生活过度。现在我家经济财产。我老俩共同生活。共同享受。我去世后我家经济财产。有我侄儿龚 1 全部继承。2013 年 9 月 1 号。"

被告李某则辩称，（1）遗嘱系伪造；且被继承人生前患有疾病，头脑一直不清醒，故遗嘱并非其真实意思表示；（2）被告目前患有大细胞淋巴瘤，正在进行化疗，需要大量医疗费，生活窘迫，遗嘱未考虑李某的基本生活、治疗所需，应属无效。[2]

案例三：

被继承人华某生前育有九个子女，其中被告华 LE 系精神病患者，未婚，无子女，无工作。1995 年 10 月，法院判决指定华 LR（系被继承人华某的另一子女）为华 LE 的监护人。华某与妻子曾于 1979 年以书面形式对系争房屋、华 LE 的生活与照顾等问题进行了安排，其所有在世子女也对此签字表示完全同意。

华某与其妻又于 1986 年订立赠与书，表示将房屋赠与华 LE，但一直未办理房屋产权过户手续。1992 年，华某妻子经律师见证，立下遗嘱，将其与华某共有的房屋及家具中属于其个人的份额在其去世后由华 LE 继承。1993 年 2 月，华某妻子去世。1993 年 6 月，被继承人华某经律师见证，立下遗嘱，将其与妻子共有的房屋及家具中属于其个人的份额在其去世后由华 LR 继承。后被继承人华某去世，就被继承人华某所立遗嘱的效力问题产生争议，遂引发诉讼。[3]

二、案件处理结果

案例一：

法院在确认公证遗嘱合法有效的基础上，认为暂且不论被告单方面委托的鉴定结论书是否足以认定被告缺乏劳动能力，被告本人有生活来源，且有对其负有法定扶养和赡养义务的有工作收入的配偶和子女给予生活来源支持，故被告并不符合法定需要为其保留遗产份额的继承人。最终判决系争房屋由原告一人继承。

案例二：

一审法院认为，原告提交的遗书不符合遗嘱的形式要件和实质要件的要求，且原告未提交证据证明遗嘱人立遗嘱时具有完全民事行为能力及该遗书系遗嘱人真实意思表示，故判决驳回原告的诉讼请求。

二审法院认为退一步而言，即便原审尚缺乏推断被继承人立遗嘱时为限制行为能力人的充足证据，本案中，被告已年满 73 周岁，属于农村低保救助人员，已丧失劳动能力且无生活来源，更为甚者其目前罹患大细胞淋巴瘤，需接受多阶段的放化治疗，涉案遗嘱也应根据《继承法》第 19 条之规定，考虑到李某基本生活及未来治疗之所需，在遗产处理时，为该继承人留下基本生活、医疗及康复之所需。最终维持原判。

案例三：

法院认为，华某与妻子虽然在生前对系争房屋以家庭协议、赠予书的方式作出安排，但在将该房屋产权转移给华 LE 前，又分别以遗嘱的方式对该房屋作出处理，该遗嘱系被继承人华某的真实意思表示。然而，根据法律规定，遗嘱人在立遗嘱时应当对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。本案中，被告华 LE 系精神病患者，未婚，无子女，无工作，虽然在被继承人华某立遗嘱之前，其妻子立下遗嘱将属于其妻子份额的财产留给华 LE，但不能据此认定华 LE 已有生活来源，故被继承人华某所立遗嘱中剥夺华 LE 权利的部分应属无效。

三、案例引发的法律分析与思考

与"必留份"制度相关的法律法规主要体现在《继承法》第 19 条及 1985 年 9 月 11 日生效的《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》（以下简称《最高院继承意见》）[4] 第 37、61 条。上述三个案例都关系到继承法及其司法解释在司法实践中的具体运用，涉及到几个问题的探讨：

（一）“必留份”留给“谁”才好

根据《继承法》第 19 条规定：“遗嘱应当对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。”从条文出发，能取得遗产“必留份”的条件为：（1）必须是继承人；（2）该继承人缺乏劳动能力；（3）该继承人没有生活来源。三个条件缺一不可。但在实践中，究竟什么情况下可以认定为缺乏劳动能力或没有生活来源，法律并没有制定明确、统一的认定标准。

针对案例一，有两种不同的处理意见，一种观点认为，被告已经有关部门鉴定为完全丧失劳动能力，相应的补贴及退休工资相对于现在的物价水平及生活成本比较微薄，应当认定为符合“必留份”的情形；另一种观点则为本案审理法院的观点，即严格适用《继承法》第 19 条，需同时满足上述三个要件，被告虽作为被继承人的子女，符合法定继承人的身份，但其不仅有补贴及退休工资作为本人的生活来源，而且还有对其负有法定扶养和赡养义务的有工作收入的配偶和子女给予生活来源的支持，所以被告并不符合法定需要为其保留遗产份额的继承人。

应该说，以上两种观点各有其理，很难做出绝对的好坏评判。“必留份”制度设立初衷就是为了保护处于弱势地位的继承人的权益，使其未来生活有基本保障。回归立法本意，遗产属于个人合法私有财产，遗嘱自由原则仍为应当遵循的最重要的继承法原则，在留给“谁”的问题上，应严格依照“双缺”和“继承人”的要件进行，对于“缺乏劳动能力”应明确认定的标准及认定/鉴定机构；对于“没有生活来源”应明确认定的标准和除外情形，平衡好遗嘱处分的自由与限制。

1．时间节点。继承人是否缺乏劳动能力又没有生活来源，应按立遗嘱人订立遗嘱时该继承人的情况确定还是按遗嘱生效时的情况确定？对此，《最高院继承意见》第 37 条第 2 款作出明确规定，即继承人是否缺乏劳动能力又没有生活来源，应按遗嘱生效时该继承人的具体情况确定。同时，在遗产处理时，原有劳动能力或有生活来源的健康人，因情况变化而确实丧失劳动能力又无生活来源，应从实际出发，分给适当遗产。[5]

2．主体范围。1985 年，上海市高级人民法院曾出台地方司法文件《上海市高级人民法院对贯彻最高人民法院关于执行继承法若干意见的意见》（以下简称《上海高院继承意见》）。其中第 11 条规定，对《最高院继承意见》第 37 条的理解，缺乏劳动能力又无生活来源的继承人，虽有亲属扶养，也应视为无生活来源的人。

对此，笔者认为第 11 条中述及“虽有亲属扶养”中“亲属”的概念过于笼统，应从司法实践出发加以一定的范围限定。一般而言，婚姻法意义上的亲属是指由婚姻、血缘和法律拟制而形成的，具有权利义务内容特定主体之间的社会关系通常分为三类：配偶、血亲和姻亲。在本条适用时，应排除对该继承人负有法定扶养和赡养义务的有工作收入的近亲属，主要是继承第一顺序的配偶、成年子女和父母。

与此同时，继承人是否缺乏劳动能力又没有生活来源，原则上应严格按该继承人“本人”的情况确定，在此宜对成年人和未成年人作出区分。也就是说，（1）如果该继承人为未成年人，则必须无条件地在遗嘱中为其保留必要的遗产；[6]（2）如果该继承人为成年人，他的兄弟姐妹、叔伯表兄妹等是否有钱、是否有能力资助他、是否已实际在帮扶接济，与其在这一问题上的判定无关。但如果该继承人已成年，且有家庭，对其负有法定扶养和赡养义务的有工作收入的配偶、子女甚至仍有工作收入的父母完全能给予其生活来源的支持，那么该继承人应被认定为不符合法定需要为其保留遗产份额

的继承人的资格。

3.“缺乏劳动能力”的认定标准。“缺乏劳动能力”是指残疾人或年老体弱等原因丧失劳动能力的劳动能力明显受限的情形。《继承法》及司法解释并没有对劳动能力“缺乏”到何种程度才能适用“必留份”作出明确规定，是“部分丧失”、“大部分丧失”还是“完全丧失”劳动能力才符合法律规定，因为缺乏明确、统一的标准，也给司法实践的实操带来了许多困惑及认定的不确定性，丧失劳动能力的程度不够往往成为法院不予认定的因素之一。

在原告陈某 1 诉被告陈某 2、陈某 3、陈某 4、谭某、陈某 5 继承纠纷一案作出的判决中，法院就认为被告陈某 2 自 2015 年 1 月起享受当地城市居民最低生活保障金且享有政府公共租赁住房保障，而其残疾等级为视力残疾三级，属于低视力人群，并不足以证实其无劳动能力，不符合“缺乏劳动能力又没有生活来源”的规定。可见，什么程度“够”什么程度“不够”，全凭法官根据个案自由裁量。所以，笔者认为，此处的认定标准可参照劳动能力鉴定，同时也要考虑到年龄、患病和非因工受伤丧失的情形结合个案情况作出具体判定。

从笔者查阅的各类相关判决看，“高龄”、“无保人员”、“未婚无子女”、“罹患癌症等重疾”、“精神疾病患者”、“一级视力残疾”都是法官在判决书中认定本案适用“必留份”所使用的高频词汇。

4.“没有生活来源”的认定标准。这里的“没有生活来源”应该是一个相对标准，可根据民政部门公布的居民最低生活保障标准，按照当地维持居民基本生活所必需的衣、食、住费用，并适当考虑水电燃煤(燃气)费用等确定，即与同一顺序的其他继承人相比较是最困难的，且一般是指低于当地最低生活保障线的，否则不宜认定为“没有生活来源”。

如上海市第二中级人民法院在（2019）沪 02 民终 4491 号案中，就认为被告曹某某系被继承人母亲，育有三子一女，有固定的养老金收入，且尚有其他子女可履行赡养义务，并不属于缺乏劳动能力又没有生活来源的情况。笔者认为，收入总和低于当地最低生活保障标准，且财产符合当地最低生活保障对象财产认定标准的，即可视为无生活来源。其中收入不应将城乡居民基本养老保险中的基础养老金、基本医疗保险等社会保险和高龄津贴等社会福利补贴计算在内。[7]

（二）“必留份”留“多少”为宜

毫无疑问，被继承人的遗产有多有少，“必留份”到底应该留多少才达到法条所描述的“必要”，这又成为司法实践中既缺乏统一标准、又亟待规范的另一难题。

案例 1：必留份 = 遗产的 3/4

在莫美欢、岑润明诉岑荣安、岑卓、林月弟继承纠纷一案中，原告莫美欢是被告岑荣安的弟媳，被告岑卓、林月弟的儿媳。原告莫美欢与被继承人岑华安（岑卓之子）结婚，生一子为原告岑润明。

广东省佛山市顺德区人民法院在 1987 年作出判决，认为本案诉争的五金木器店、电话机和莫美欢现住的二层楼房等财产，系原告莫美欢与被继承人的夫妻共同财产，分割被继承人遗产时，应当先将共同所有的财产的一半分出为原告莫美欢所有，其余的按法定继承，莫美欢，岑润明，岑卓、林月弟为第一顺序继承人。考虑到继承人岑卓、林月弟目前承包几十亩鱼塘，家庭较为富裕；莫美欢年富力强，有劳动能力，最后判决 3 人可共继承岑华安遗产的四分之一；岑润明年仅 5 岁，尚无劳动能力，可继承四分之三。

案例 2：必留份 = 遗产的 1/5

被继承人段某、杨某某系夫妻，生前名下登记有位于北京的房屋一套，房屋建筑面积为 82.38 平方米，现有价值为 350 万元。法院认定，本案中被继承人的长子--被告段某戊为精神残疾一级，缺乏相应的劳动能力和生活来源，段某和杨某某在遗嘱中应为其保留必要的遗产份额，本院确定为涉诉

房屋的五分之一。最终法院根据段某、杨某某《遗嘱》的相关内容，确认该房屋归另一继承人段己所有，段己给付段某戊 70 万元折价补偿款；段某戊有权居住使用涉诉房屋。

案例 3：必留份 = 遗产的 3/10

原告与被继承人系再婚，婚后未生育。被继承人书写遗赠一份，称将其名下的 3 间房屋遗赠给侄子即被告。法院审理后认定遗赠有效，但鉴于原告年已八十，没有劳动能力，没有生活来源，被继承人遗嘱中没有保留其必要的份额，判决涉案房屋由原告继承 3/10 份额，被告继承 7/10 份额。

案例 4：必留份 = 确定的金额 8 万元

系争房屋由被继承人购买，产权登记在其一人名下。被继承人留有遗嘱，将该房屋留给原告（被继承人的女儿）一人继承，法院认为本案被告（被继承人的母亲）年事已高，生活不能自理，应当酌情保留其必要的遗产份额。最后判决房屋归原告继承，原告应给付被告遗产折价款人民币 8 万元。

案例 5：必留份 = 确定的金额 15 万元

被告系原告的祖母，94 岁，膝下育有案外人汤 1（原告的父亲）及汤 2 二子女，目前长期生病卧床需要照顾，除享有的政府低保外没有其他生活来源。汤 1 享有上海某处房产 50%的份额。汤 1 生前订有公证遗嘱，明确其所享有的上述房产于本人去世后全部由原告一人继承。后汤 1 因病于 2018 年去世。

一审法院认为本案中各方当事人虽然没有提交必要的证据证明被告维持其基本生活所必要的费用，但其年老体弱、长期卧床是事实，其需要必要的医疗和护理照顾也是事实。关于被告的赡养所需费用，本院结合其身体状态、年龄因素等酌情认定为 300,000 元，该费用应由其二子女均摊。最后判决原告继承汤 1 房产 50%的份额，但应当对被告作出 150,000 元的价值补偿。二审维持原判。

案例 6：必留份 = 确定的金额 10 万元

原告系被继承人周某与被告黄某之女。被告朱某系被继承人之母，无保人员，每月享受低保金一百余元及粮油帮困一张，每月还领取其他保障金 1000 元左右，现长期住院治疗。被继承人于 2019 年因病去世。去世前留有遗嘱，其名下的数处房产由原告继承。法院认为，被告系被继承人周某之母，95 岁高龄，每月只有数额较少的低保金及其他保障金，长期住院治疗，社会保障尚不足以支撑其日常治疗和生活，遗嘱中应为其保留必要的遗产，最后根据被告享有的社会保障金额、子女情况及其年龄等因素酌情确定为 10 万元，由原告给付相应折价款。

分析各地法院判决可以看出，因为缺乏统一认定标准都是根据个案具体情况进行“必留份”份额的酌定。具体司法实践中，每个案件情况各有差异，采用按遗产的 20%、30%这样的标准一刀切显然无法解决实际问题。笔者认为，可以采用“基准+附加”的模式制定必留份的份额标准，充分考虑到继承人的基本生活及未来教育、治疗之所需，在遗产处理时，为该继承人留下基本生活、基本教育、医疗及康复之所需。[8]

基于目前法律没有明确规定的情况下：（1）参照《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第 28 条规定的被扶养人生活费的计算方式设定“必留份”基准，以受诉法院所在地上一年度城镇居民人均消费性支出和农村居民人均年生活费支出标准计算。即该继承人为未成年人的，计算至十八周岁；该继承人虽成年但无劳动能力又无其他生活来源的，计算二十年。但六十周岁以上的，年龄每增加一岁减少一年；七十五周岁以上的，按五年计算。（2）附加因素。如该继承人患重疾必要的医疗费用支出、未成年人的必要教育支出。结合该继承人的举证，参考这些附加因素予以一并考量。

当然，在以上计算方式的基础上，还要应该结

合个案的具体情况，根据该继承人的年龄、健康状况、有无固定收入及遗嘱人的财产多少等进行综合认定。[9]

（三）“必留份”怎样“留”才对

从《继承法》第 19 条“必留份”的设计可以看出，法律出于保护弱势继承人考量，对“必留份”作出了强制性规定，“必留份”应在遗嘱中明确作出表示。案例三中，尽管在被继承人华某立遗嘱前，其妻子立下遗嘱将属于其妻子份额的财产留给华 LE，但法院认为必留份是被继承人义不容辞的责任，不能因为妻子留有遗产给华 LE，就视为其已有生活来源，被继承人华某所立遗嘱中剥夺华 LE 权利的部分仍然属无效。

值得进一步探讨的是，在法定继承和遗嘱继承并存的情况下，如果法定继承所涉遗产分割后已足以保证“缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人”今后生活，遗嘱是否还会因未保留“必留份”而部分无效？

有观点认为：《继承法》第 19 条明确规定，“遗嘱应当对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”。该条款并没有规定除外情形，因该条款属于效力性强制规定，违反将导致遗嘱部分无效。

然笔者认为：从立法本意来看，规定遗嘱“必留份”的根本目的是要给缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人的未来生活提供必要的保障。如果在法定继承与遗嘱继承并存的情况下，法定继承所涉遗产分割后足以保证“缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人”的今后生活，那么在此种情况下，似乎没有必要去一刀切地认定被继承人所立遗嘱因没有保留“必留份”而部分无效。

同时，根据《最高院继承意见》第 37 条第 2 款的明确规定，即继承人是否缺乏劳动能力又没有生活来源，应按遗嘱生效时该继承人的具体情况确定。笔者认为，遗嘱生效时，法定继承亦已经发生。因此，在法定继承和遗嘱继承并存的情况下，在认定继承人是否“缺乏劳动能力又没有生活来源”时，应当综合考虑法定继承的情况，如遗嘱未处分的遗产根据法定继承分割后，足以保证继承人未来生活的，则应当更为尊重被继承人的遗嘱意愿，而不应机械地适用《继承法》第 19 条，认定遗嘱未保留“必留份”而部分无效。

四、结语

综上，“必留份”制度是我国继承法中一项重要内容，但无论是“缺乏劳动能力”还是“没有生活来源”，现有规定都过于抽象笼统，不利于操作。为了更有效实现对遗嘱自由的限制，但同时又最大程度尊重“私法自治”，有必要对既有的必留份制度加以完善，明确法律规定及细化标准，尤其是明确“必留份”继承人的资格判定、明确“必留份”的合理份额、强化必留份权利人的救济途径等，从而为司法实践的统一奠定基础，避免自由裁量空间过广。

同时，我国《民法典》分则编纂工作已经紧锣密鼓有序推进，在有关继承编的诸多改革建议中，“特留份”制度的纳入也是一个广受关注的话题。但从 2019 年 12 月 16 日公布的《民法典》草案看，仅是在第 1141 条“照搬”吸收《继承法》第 19 条内容对“必留份” 做出规定，并未涉及“特留份”制度的更多内容。作为世界各国继承法的通行立法例，“特留份”制度在保护特定继承人权利及限制遗嘱自由的继承制度中发挥了重要作用。它与我国现行的“必留份”制度是否为同一个概念，[10]两者如何吸收兼容并创新完善，最终如何修订入典等问题，仍然需要更多的深入研究、探讨与论证。

被侵权人配偶主张被扶养人生活费问题：以法律解释方法为研究进路丨审判研究 ilawtalk

原创：2020-03-28 审判研究：刘益辰
https://mp.weixin.qq.com/s/66Oq-J6Co_RJCEAEIZg_Fw

刘益辰　宁夏回族自治区银川市兴庆区人民法院

观点摘要

在人身损害赔偿纠纷案件中，当受害人遭受侵权死亡或者丧失劳动能力，其配偶基于夫妻间相互扶养关系主张被扶养人生活费时，对于该主张应否支持存在不同见解。运用法律解释方法考察可知，夫妻互负扶养义务和被扶养人生活费中两处“扶养”含义殊为不同，基于损害填补的侵权损害赔偿原则和被扶养人生活费立法目的，仅在夫妻一方有扶养能力、另一方不具有扶养能力的场合，有扶养能力、作为扶养人的一方遭受人身损害死亡或者丧失劳动能力时，另一方配偶基于其被扶养利益的丧失，主张被扶养人生活费的请求应当得到支持。

在人身损害赔偿纠纷案件中，当受害人遭受侵权死亡或者丧失劳动能力时，其依法承担扶养义务的未成年人或者成年近亲属基于抚养或者赡养关系，主张被扶养人生活费的情形较多且通常并无争议，但其配偶基于夫妻间相互扶养关系主张被扶养人生活费的情形较少且实务界争议较大。现举一例供读者观察和思考。

一、案例和观点

2019 年 2 月 20 日 19 时 20 分许，张某甲驾驶车辆沿玫瑰大街由南向北行驶至与梧桐路交叉路口时，遇王某乙沿梧桐路由东向西步行至此发生碰撞，造成王某乙死亡。经交警部门认定，张某甲承担事故全部责任，王某乙无责任。李某丙系王某乙生前合法配偶。现李某丙将张某甲诉至法院，基于配偶身份主张被扶养人生活费（其自己作为乙的被扶养人）应否得到支持？

基于配偶身份能否主张被扶养人生活费问题，法律实务工作者对此持有不同见解。

一种意见认为，遭受人身损害一方的配偶有权基于其配偶身份向侵权人主张被扶养人生活费。理由是：首先，被扶养人的范围能够包含配偶。根据《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《人身损害赔偿司法解释》）第二十八条的规定，被扶养人范围既包括受害人依法承担扶养义务的未成年人，也包括其依法承担扶养义务的成年近亲属，而配偶亦属于成年近亲属的范畴。其次，夫妻之间存在法定扶养义务。根据《婚姻法》第二十条规定，夫妻之间互相负有扶养对方的义务，夫妻双方可以是扶养人、被扶养人，受害人配偶有权请求侵权人支付被扶养人生活费。再次，受害人遭受人身损害死亡或者丧失劳动能力后，其家庭收入来源减少，该部分损失应当得到赔偿。

上述观点在司法实践中不乏表现，如钟宝华等与刘加文等机动车交通事故责任纠纷案中，钟宝华等对于一审法院判决驳回钟宝华作为薛某生前配偶主张被扶养人生活费的诉讼请求不服，提出上诉，认为，其有关被扶养人生活费的诉请应予以支持，根据《婚姻法》关于夫妻间扶养义务的规定，钟宝华是薛某生前的法定被扶养人，据此主张赔偿因事故导致薛某死亡，造成其妻子钟宝华的扶养费损失，一审判决该项认定存在错误，应予以纠正。[1]

又如（2018）鲁 11 民终 2370 号李宗爱与杨大伟等机动车交通事故责任纠纷案中，二审法院认为，

根据《婚姻法》关于夫妻间扶养义务的规定，事故发生时，李宗爱已满 55 周岁，达到法定退休年龄，需要被扶养，而杨志高系李宗爱丈夫，对李宗爱负有扶养义务，因此，李宗爱的被扶养人生活费应当予以支持。[2]

另一种意见认为，遭受人身损害一方的配偶不能单凭其配偶身份请求侵权人支付被扶养人生活费。理由是：第一，婚姻家庭法与侵权责任法规定的“扶养义务”内涵有别，夫妻间相互扶养的义务不仅包括经济上的供养，更包含精神上的扶助，而侵权责任法规定的被扶养人生活费中的扶养主要指经济供养。第二，婚姻家庭法上夫妻间的扶养义务是双向的，而侵权责任法规定被扶养人生活费中扶养人对被扶养人的扶养义务是单向的，其典型样态是父母对未成年子女的抚养关系和成年子女对年老父母的赡养关系。第三，在遭受人身损害的受害人原本系丧失劳动能力的人的情形下，更谈不上受害人原本对他人（包括配偶）负有侵权责任法意义上的扶养义务，他人（包括配偶）在此种情形下主张被扶养人生活费不应得到支持。

在前述（2017）闽 01 民终 549 号钟宝华等与刘加文等机动车交通事故责任纠纷案中，英大泰和财产保险股份有限公司福建分公司的抗辩意见为：“事故发生时，死者年龄已届满 75 周岁，属于无劳动能力，不具备扶养其妻子钟宝华的能力，因此上诉人无权主张钟宝华的被扶养人生活费，钟宝华应由其子女扶养。”最终，二审法院亦认为一审法院不支持钟宝华关于被扶养人生活费的主张“依法有据”，维持原判决。[3]

又如（2018）苏 0903 民初 1912 号陆粉銮等与胡俊等机动车交通事故责任纠纷案，保险公司的一项抗辩意见为，抚养义务、赡养义务均是法律规定的单方义务，而夫妻间扶养义务与此不同，是双方互负的义务，而且，扶养费给付以一方需要被扶养、另一方有能力扶养为条件，因此，原告被扶养人生活费的主张不应得到支持。[4] 该项抗辩意见虽然未被审理法院采纳，但至少代表了一种实务中存在的观点。

再如（2016）湘 0821 民初 680 号李三姑等与朱小进等机动车交通事故责任纠纷案中，法院认为，郑某年岁已高，自身都需要子女赡养，缺乏对李三姑的扶养能力，且原告提交的证据表明，郑天喜亡故以后，郑某夫妇由朱法琼等赡养，郑某夫妇享受农村低保及被征地农民保障待遇，李三姑并非无其他生活来源，故未支持李三姑主张被扶养人生活费的诉讼请求。[5]

可见，以上两种意见各有论据，在司法实务中亦均有体现。无论哪一种观点和理由，作为受害人一方主张权利或者加害人一方提出抗辩的理由未为不可，但是，司法裁判不能标准不一。**作为裁判者，对于基于配偶间扶养义务能否作为或者在何种程度上成立主张被扶养人生活费的依据，应当有一个明晰且妥当的界断。**这就需要利用法律解释的方法对被扶养人生活费作出恰当理解。

二、文义解释——何谓“扶养”

扶，从手，夫声，本义指搀扶，引申义为扶助、支持、护送等。养，从食，羊声，本义指饲养，引申义为供养、抚育等。扶养，即扶助供养之义。

民法上的扶养，有广义、狭义之分。广义上的扶养，指法律规定的亲属间的教育、供养、扶助等权利义务关系，包括抚养（长辈亲属对晚辈亲属）、赡养（晚辈亲属对长辈亲属）、扶养（平辈亲属之间，主要是夫妻间），其区分标准是供养方向的不同。狭义上的扶养仅指平辈亲属之间，尤其是夫妻之间的扶养关系。

从字面上看，《人身损害赔偿司法解释》第二十八条关于被扶养人生活费的规定与《婚姻法》第二十条关于夫妻互负扶养义务的规定中，均包含了“扶养”一词，倘若二者含义相同或者被扶养人生活费中的“扶养”概念完全包含《婚姻法》规定夫妻互负扶养义务中的“扶养”概念，那么，遭受人身损害一方的配偶基于其配偶身份当然可以主张被扶养人生活费并且得到支持。如（2017）闽 01

民终 549 号钟宝华等与英大泰和财产保险股份有限公司福建分公司等机动车交通事故责任纠纷案中，上诉人钟宝华等认为因薛某生前和钟宝华系夫妻关系，根据《婚姻法》第二十条关于夫妻互负扶养义务的规定，钟宝华为薛某生前的法定被扶养人，有权主张被扶养人生活费，即持此种见解。但这种见解是否正确呢？

考查两处规定，不难发现，两处“扶养”含义并不相同，且并非简单的包含关系。

《婚姻法》既规定了夫妻间的扶养义务，又规定了父母对子女的抚养和子女对父母的赡养义务，区分了扶养、抚养、赡养三种样态。夫妻间“扶养义务”仅指狭义上的扶养。而通过《人身损害赔偿司法解释》第二十八条关于被扶养人的定义可知，此处“扶养义务”既包括扶养人依法对未成年人承担的扶养义务，也包括其依法对成年近亲属承担的扶养义务，是广义上的扶养。

同时，需要加以注意的是，《婚姻法》是从婚姻家庭法或者家事法的角度规定抚养、扶养、赡养等概念，具有很强的伦理性、情感性，均不仅指经济上的付出和供养，更包含生活上的教育、照料、扶助、探望和精神上的支持等多种内容，且不要求当事人具有劳动能力，丧失劳动能力的夫妻双方同样可以给予彼此相当程度的关心、支持、帮助和慰安。而被扶养人生活费是从侵权损害赔偿角度加以规定的赔偿项目，这种扶养主要是指经济上的付出和供养，它要求扶养人必须具有劳动能力，而被扶养人无论是未成年人还是丧失劳动能力又无其他生活来源的成年近亲属都欠缺劳动能力，从而得以区分扶养人和被扶养人。

三、目的解释——正确把握和适用被扶养人生活费

被扶养人生活费作为侵权损害的一个赔偿项目，受到《侵权责任法》立法目的、赔偿原则的统领。借助目的解释，可以从被扶养人生活费的制度目的和功能角度，对于被扶养人生活费的适用作出妥当把握。

《侵权责任法》第一条规定了该法的立法目的，其中，“明确侵权责任”，主要是指明确侵权责任人承担侵权损害赔偿责任。《民法总则》第一百七十九条第一款规定了包括赔偿损失、恢复原状等在内的十一种承担民事责任的方式。其第二款规定：“法律规定惩罚性赔偿的，依照其规定。”可见，在法律未作特殊规定的情形，不适用惩罚性赔偿。因此，我国民事责任承担原则以损害填补（如赔偿损失、恢复原状等）为原则，以惩罚性赔偿为例外。具体到侵权损害赔偿原则亦是如此。

损害填补，亦即填平原则，是指侵权责任人对权利人赔偿范围、数量与加害行为给权利人造成的损失相当的赔偿原则，此种赔偿为补偿性赔偿。一方面，损害赔偿应当对侵权人对受害人造成的全部损失（包括直接损失和法律规定的间接损失和精神损失）进行赔偿，使权利人尽可能恢复到权益未被侵害之前的状态；另一方面，权利人不应基于此种赔偿获得其损失之外的额外利益。其赔偿的完善状态即为填平。

法律规定被扶养人生活费作为侵权损害赔偿的一个项目，亦贯彻损害填补的侵权损害赔偿原则，就是为了弥补在受害人遭受人身损害导致其劳动能力丧失的情形下，其依法负有扶养义务的人的扶养来源的丧失。按照损害填补之规范目的，检视被扶养人生活费在此情形下适用，有利于我们对该制度予以恰当把握。

在司法实践中，基于抚养或者赡养关系主张被扶养人生活费的案件，数量较大且通常并无争议，不妨将之冠以被扶养人生活费主张的“典型样态”。

比如，某甲（38 周岁）因交通事故身亡，其幼子（8 周岁）、母亲（60 周岁）当然可以基于抚养或者赡养关系主张被扶养人生活费，以弥补其本可以获得的扶养来源的丧失，符合损害填补原则。在典型样态下，主张被扶养人生活费通常不发生争议的根由在于，无论是基于扶养或者赡养关系，其扶养义务都是单向度的。当扶养义务人遭受不法侵

害死亡或丧失劳动能力时，必然造成被扶养人本可以获得的这部分扶养来源的丧失，因此，支持其被扶养人生活费的主张符合损害填补的规范目的。

而基于夫妻间相互扶养义务主张被扶养人生活费的案件数量较少但争议较大，属于被扶养人生活费主张的“非典型样态”。针对此类案件，以损害填补之规范目的加以检视，笔者认为，可以将之再细分为三类情形具体斟酌。

第一种情形，**夫妻均具有扶养能力、互负扶养义务，这是指夫妻双方均具有劳动能力，互相负有扶养义务，在此情形下，其扶养关系是双向度的，不应支持遭受人身损害一方的配偶关于被扶养人生活费的主张。**

法律规定被扶养人生活费，旨在弥补在受害人遭受人身损害导致其劳动能力丧失的情形下其依法负有扶养义务的人的扶养来源的丧失，该扶养费从某种意义上说是如扶养人不遭受人身损害则被扶养人本可以得到的，因为扶养人遭受人身损害死亡或者丧失劳动能力，导致了被扶养人扶养来源的丧失，倘若支持遭受人身损害一方的配偶关于被扶养人生活费的主张，当受害人因遭受人身损害死亡时，则不仅免除了其配偶对其的扶养义务，反而还令其配偶额外获得所谓被扶养人生活费，与法律规定被扶养人生活费的损害填补的意旨和功能相违。

第二种情形，**夫妻双方均没有劳动能力，在此情形下，也不应支持受害人配偶主张被扶养人生活费的请求。**

理由主要在于，作为受害人的扶养人依法承担扶养义务的前提是其具备相应扶养能力，欠缺此能力的人不能成为侵权责任法意义上的扶养人，其配偶自然不能成为侵权责任法意义上的被扶养人，双方先前生活上的互相扶助更多是一种生活上的相互照料、扶持，不是《侵权责任法》意义上的扶养义务。与第一种情形相类似，倘若在此情形下成立被扶养人生活费（即承认夫妻双方互负侵权责任法意义上的扶养义务），当受害人死亡时，同样会发生免除其配偶对受害人扶养义务的同时，还令其配偶额外获得所谓被扶养人生活费的状况，亦不符合被扶养人生活费的立法目的。

第三种情形，**夫妻一方具有劳动能力，而另一方没有劳动能力，在此种情形下，可以认定一方为扶养人，另一方为被扶养人，其扶养关系是有劳动能力一方对丧失劳动能力一方单向度的扶养，与抚养、赡养关系具有相似性。**

当具备劳动能力、作为扶养人的夫或妻一方遭受人身损害死亡或者丧失劳动能力时，必然造成作为被扶养人的另一方本可以获得的部分扶养来源的丧失，即被扶养利益的丧失。因此，支持另一方被扶养人生活费的主张，符合被扶养人生活费制度损害填补的规范目的；而当没有劳动能力、作为被扶养人的一方夫或妻遭受人身损害时，因其本来就没有扶养另一方配偶的能力，故作为扶养人的另一方配偶不存在被扶养利益的丧失，则不应支持该方被扶养人生活费的诉讼请求。

当然，没有劳动能力、作为被扶养人的一方因遭受人身损害，可能造成作为扶养人的另一方配偶扶养义务的加重，但这应当通过医疗费、残疾赔偿金、护理费等进行赔偿，而非通过支持有劳动能力、作为扶养人一方的被扶养人生活费，倘若支持该方被扶养人生活费的主张，则相当于承认其此前系由早已没有扶养能力的配偶扶养，与事实不符，并且同样会造成其因没有扶养能力的配偶的死亡而免除其扶养义务、获得额外所谓被扶养人生活费的情况。

结论

综上所述，笔者认为，处理被侵权人配偶主张被扶养人生活费的问题，应当运用法律解释方法仔细揣摩夫妻互负扶养义务和被扶养人生活费中两处“扶养”的不同含义，并且准确把握被扶养人生活费的立法目的和制度功能。

《婚姻法》规定夫妻互负扶养义务中“扶养”为狭义的扶养概念，而被扶养人生活费中的“扶养”为广义的扶养概念，不仅包含夫妻等平辈亲属间的

扶养关系，还包含长辈亲属对晚辈亲属的抚养关系和晚辈亲属对长辈亲属的赡养关系。同时，婚姻家庭法中规定的抚养、扶养、赡养，不仅指经济上的付出和供养，更包含生活上的教育、照料、扶助、探望和精神上的支持等多种内容，不要求当事人具有劳动能力，而被扶养人生活费是从侵权损害赔偿角度加以规定的赔偿项目，主要指经济供养，要求扶养人有劳动能力。

基于侵权损害赔偿中损害填补的立法目的和制度功能的角度分析，在夫妻双方均有扶养能力、互负扶养义务和均不具有扶养能力的场合，其中一方遭受人身损害死亡或者丧失劳动能力时，基于损害填补的侵权损害赔偿原则和立法目的，不应支持另一方主张侵权人支付被扶养人生活费的诉讼请求；而在夫妻一方有扶养能力、另一方不具有扶养能力的场合，因其一方为扶养人，一方为被扶养人，这种扶养关系与抚养、赡养关系具有同为单向度的相似性，**在作为扶养人的一方遭受人身损害死亡或者丧失劳动能力时，另一方配偶基于其被扶养利益的丧失，其主张被扶养人生活费应当支持，反之，作为被扶养人的一方遭受人身损害时，另一方配偶不存在被扶养利益的丧失，其主张被扶养人生活费不应得到支持。**

注释：

[1]参见钟宝华等与刘加文等机动车交通事故责任纠纷案，（2017）闽 01 民终 549 号，载 http://www.faxin.cn/lib/cpws/cpwsContent.aspx?gid=4PeFFxuhHirZrfgZJ3WidPRmFOIq8MofcLFy/p5Je5I=&userid=259370&userinput=钟宝华，2019 年 2 月 14 日访问。

[2]参见李宗爱与杨大伟等机动车交通事故责任纠纷案，（2018）鲁 11 民终 2370 号，载 http://www.faxin.cn/lib/cpws/cpwsContent.aspx?gid=SwnHa86pVIKDKfOTcqPrFrKV2LEfHFz4dLUybr7DMnk=&userid=259370&userinput=李宗爱，2019 年 2 月 14 日访问。

[3] 前引（1）。

[4]参见陆粉銮等与胡俊等机动车交通事故责任纠纷案，（2018）苏 0903 民初 1912 号，载 http://www.faxin.cn/lib/cpws/cpwsContent.aspx?gid=mZ@$8hHjkRDT@$/0c5yGPSERrcbzmYl7R7lPXhnNMBVYI=&userid=259370&userinput=孙德成，2019 年 2 月 14 日访问。

[5]参见李三姑等与朱小进等机动车交通事故责任纠纷案，（2016）湘 0821 民初 680 号，载 http://www.faxin.cn/lib/cpws/cpwsContent.aspx?gid=vI6R6tJhO@$YmmWNZekwAiWzwORkNS7jspi8G1IasecY=&userid=259370&userinput=李三姑，2019 年 2 月 14 日访问。

参考文献

（1）“钟宝华等与英大泰和财产保险股份有限公司福建分公司等机动车交通事故责任纠纷案”，（2017）闽 01 民终 549 号，http://www.faxin.cn/lib/cpws/cpwsContent.aspx?gid=4PeFFxuhHirZrfgZJ3WidPRmFOIq8MofcLFy/p5Je5I=&userid=259370&userinput=钟宝华，2019 年 2 月 14 日访问。

（2）“中国人民财产保险股份有限公司临沂市分公司与李宗爱等机动车交通事故责任纠纷案”，（2018）鲁 11 民终 2370 号，http://www.faxin.cn/lib/cpws/cpwsContent.aspx?gid=SwnHa86pVIKDKfOTcqPrFrKV2LEfHFz4dLUybr7DMnk=&userid=259370&userinput=李宗爱，2019 年 2 月 14 日访问。

（3）“孙德成、陆粉銮等与胡俊、中国平安财产保险股份有限公司盐城中心支公司机动车交通事故责任纠纷案”，（2018）苏 0903 民初 1912 号，http://www.faxin.cn/lib/cpws/cpwsContent.aspx?gid=mZ@$8hHjkRDT@$/0c5yGPSERrcbzmYl7R7lPXhnNMBVYI=&userid=259370&userinput=孙德成，2019 年 2 月 14 日访问。

（4）“李三姑等与朱小进等机动车交通事故责任纠纷案”，（2016）湘 0821 民初 680 号，http://www.faxin.cn/lib/cpws/cpwsContent.aspx?gid=vI6R6tJhO@$YmmWNZekwAiWzwORkNS7jspi8G1IasecY=&userid=259370&userinput=李三姑，2019 年 2 月 14 日访问。

原创序号：案边手记 88
核校：简牍

要求民政机关处理登记婚姻效力是强人所难与陷人于不义
——从安徽省高院的判决说起

原创：2020-03-30 新浪微博　王礼仁

http://blog.sina.cn/dpool/blog/s/blog_629353af0102z95a.html

【案情简介】

J 以章华之名与纪方 2012 年 2 月 12 日在安徽省芜湖市繁昌县民政局登记结婚，于 2014 年 10 月 8 日在芜湖市镜湖区民政局办理协议离婚登记。J 于 2013 年 10 月 21 日加入爱尔兰国籍，取得爱尔兰护照，且此后 J 持此护照出入境。2015 年 6 月 8 日，J 以章华之名与纪方在芜湖市镜湖区民政局重新办理结婚登记，芜湖市镜湖区民政局经审核双方提交的中华人民共和国身份证、户口簿、《申请结婚登记声明书》等材料后，予以颁发 X 号结婚证。J 于 2018 年 1 月 16 日向浙江省杭州市滨江区人民法院提起与纪方离婚民事诉讼，浙江省杭州市滨江区人民法院于 2019 年 2 月 27 日作出(2018)浙 0108 民初 282 号民事裁定，以 J 在丧失中国国籍时仍以中国公民身份与纪方登记结婚，登记行为存在瑕疵，双方应先通过负责办理结婚登记的管理部门先行解决该登记效力问题为由裁定驳回起诉。随后 J 提出行政诉讼，一审判决撤销芜湖市镜湖区民政局作出的 X 号结婚登记行为。纪方不服上诉，安徽省高级人民法院(2019)皖行终 789 号判决维持原判。

【简析】

首先需要指出的是，本案安徽的一审和省高级人民法院(2019)皖行终 789 号二审行政判决存在严问题重，无论是程序还是实体既有明显的适用法律错误，也有值得讨论的问题。有关行政判决的错误，笔者在此不予讨论。

这里主要讨论行政判决书中所介绍的当事人在离婚诉讼中，因婚姻登记存在瑕疵，法院裁定驳回起诉，要求“双方应先通过负责办理结婚登记的管理部门先行解决该登记效力问题”的理由是否正当。

笔者认为，这个民事判决要求“双方应先通过负责办理结婚登记的管理部门先行解决该登记效力问题”是强人所难与陷人于不义，并具有多重弊端。

一、所谓“强人所难”，就是民政机关没有处理婚姻效力的职能与能力，法院非要为难民政机关处理不可。

无论是理论主张民政机关撤销婚姻登记，还是法院要求婚姻登记瑕疵纠纷先通过行政复议程序解决，婚姻登记机关无论是否撤销婚姻登记，都需要对婚姻效力进行审查，婚姻登记机关没有这个职能与能力。

1. 婚姻登记机关的基本职能是婚姻登记，其具体方法是行使审查，不具有审查婚姻效力的职能。

2. 撤销撤销婚姻登记或确认登记行为无效，都是对婚姻效力的否定，必须以婚姻无效或可撤销为前提。撤销婚姻登记或不撤销婚姻登记，需要进行实质审查或调查，有的还需要举证与质证，这是审判机关的职责，婚姻登记机关不仅没没有这个职能，更没有这个能力。

以本案为例，已丧失中国国籍再用中国公民身份进行的婚姻登记，其婚姻到底是否有效，民政机关根本无法判断。而且别说民政机关机关根本无法判断，即使法院和法学专家也很难判断。具笔者所知，这样的案件在法院内部的认识和判决也存在重

大分歧。如安徽与上海法院两地法院的判决就完全不一样。安徽判决本案婚姻无效，撤销婚姻登记。而案情完全相同的案例，上海（2014）沪杨行初字第 1 号则判决有效。

婚姻登记中程序瑕疵婚姻十分复杂，诸如重婚消失的婚姻是否有效；先事实婚姻后登记的婚姻；因父母或子女干涉婚姻藏匿身份证被迫使用他人身份结婚；千奇百怪的虚假身份和信息错误结婚等。哪些有效，哪些无效？民政机关有职能和能力认定吗？如先事实婚姻再登记结婚，民事机关是否撤销登记婚姻，必须先审查事实婚姻是否成立或有效，这别说民政机关没有这个职能和能力，行政诉讼也难以解决。

因而，主张民政机关撤销婚姻登记或审查婚姻效力是“强人所难”！

二、所谓“陷人于不义”，就是民政机关明明缺乏处理婚姻效力的职能与能力，硬要民政机关处理必将陷民政机关于不利境地，陷当事人于不利境地。

1.“陷民政机关于不义”——民政机关受理或不受理都将成为被告，陷于不利困境。

由于民政机关缺乏审查婚姻效力的能力，本质上也不应当拥有这个职能。因而国务院婚姻登记条例取消民政撤销婚姻登记瑕疵婚姻的权力。但司法解释三和理论上仍然坚持民政可以撤销登记瑕疵婚姻。这就使民政机关在程序上与实体上均处于“二难境地”。

一是从程序上看，受理此类案件，则违反婚姻登记条例，不受理此类案件则以不作为或直接行政诉讼成为被告。

二是从实体上看，民政机关受理此类案件后，由于缺乏审理婚姻效力的职能与能力，难以做出正确决定，无论是维持婚姻登记还是撤销婚姻登记，都可能引起行政诉讼。同时，民政机关的行政复议程序不是终局程序，当事人可以提起行政诉讼。因而，只要一方不服就可以引起行政诉讼，民政机关也要成为被告。

2.“陷当事人于不义”——当事人在民事诉讼、民政机关、行政诉讼之间来回推磨

民政机关不仅缺乏审理婚姻效力的职能和能力，婚姻登记条例也取消婚姻处理瑕疵婚姻效力的规定。判决要求“双方应先通过负责办理结婚登记的管理部门先行解决该登记效力问题”，其结果无非有二：一是民政机关不予受理，当事人再回到法院提起行政诉讼；二是民政机关违法受理，但当事人对处理结果不服，再提起行政诉讼。无论是哪种情况，当事人都处于不利境地，需要在民事、民政和行政诉讼之间来回奔波，无疑加重当事人的诉累。

三、民事程序逼迫当事人撤销婚姻，逼当事人起诉民政机关的做法严重不妥

在本案中乃至在大多数案件中，当事人本人都认为婚姻有效，提出离婚。但法院民事程序偏偏拒绝处理瑕疵婚姻的离婚案件，要求当事人走行政复议或行政诉讼程序解决婚姻效力，其结果就是逼当事人诉讼撤销婚姻，逼当事人起诉民政机关。

因为行政复议或行政诉讼程序只能以行政机关登记行为违法请求撤销为前提，不可能存在当事人认为行政行为合法有效，又提起行政复议或行政诉讼。

这就是逼迫当事人把有效婚姻按无效婚姻处理，逼迫当事人将民政机关作为被告起诉！

真不知道这是一个什么奇葩的思维和判决？我长期主张除法定无效婚姻外，当事人对程序瑕疵婚姻效力没有争议的，直接按离婚处理。在离婚诉讼中如果一方对程序瑕疵婚姻效力有争议的，也应当在民事诉讼中就离婚与婚姻效力合并审理。本案为什么一定要逼迫当事人打行政诉讼官司?为什么一定要逼迫当事人把有效婚姻按无效婚姻处理？

四、废除婚姻法解释三第一条是解决问题的关

键所在

法院民事裁定之所以驳回起诉，要求“双方应先通过负责办理结婚登记的管理部门先行解决该登记效力问题”，主要是受婚姻法解释三第一条的影响。婚姻法解释三第一条的错误以及行政复议与行政诉讼不适用婚姻效力案件，我曾发表数十篇文章。现在的当务之急是废除婚姻法解释三第一条，登记婚姻效力的根本出路在于回归民事诉讼程序。

目前坚持登记婚姻效力行政诉讼的主要误区在于：认为当事人的民事婚姻关系在行政机关（民政机关）办理登记后，由此产生的登记婚姻效力纠纷就属于行政纠纷案件。

殊不知，民事婚姻关系在行政机关登记后，还是民事登记，其性质不会改变。而且当事人所产生的争议也是民事婚姻关系效力争议，怎么能成了行政案件？这个问题我在有关论文中有论述，鉴于十分复杂，此不赘述。

这里只想提一个简单的问题：民事案件在法院审理判决后，如果当事人认为民事案件判决错误，就民事案件本身不服上诉或申诉，并不是诉请法院承担国家赔偿责任，此种情况到底是民事案件还是国家赔偿案件？法院能否作为民事案件的被告？

五、本案判决在程序与实体上均存在错误。诸如本案是否超过了起诉期限？怎样理解行政诉讼期限？本案婚姻是否有效？等等。但鉴于涉及问题较多，且比较复杂，将另文分析介绍。

附：安徽省高级人民法院(2019)皖行终 789 号

案号

审理法院：安徽省高级人民法院(2019)皖行终 789 号

案由：行政登记

裁判日期：2019 年 03 月 25 日

当事人信息

上诉人(一审第三人)：纪方（化名），女

被上诉人(一审原告)：J，曾用名章华(化名)，男，爱尔兰共和国国籍

一审被告：芜湖市镜湖区民政局

一审法院查明

J 曾为中华人民共和国公民，曾用名章华，于 2013 年 10 月 21 日加入爱尔兰国籍，取得爱尔兰护照。

J 以章华之名与纪方 2012 年 2 月 12 日在安徽省芜湖市繁昌县民政局登记结婚，于 2014 年 10 月 8 日协议离婚，并在芜湖市镜湖区民政局办理离婚登记。

2015 年 6 月 8 日，J 以章华之名与纪方在芜湖市镜湖区民政局重新办理结婚登记，芜湖市镜湖区民政局经审核双方提交的中华人民共和国身份证、户口簿、《申请结婚登记声明书》等材料后，予以颁发 X 号结婚证。

J 于 2018 年 1 月 16 日就与纪方的婚姻关系向浙江省杭州市滨江区人民法院提起离婚民事诉讼，浙江省杭州市滨江区人民法院于 2019 年 2 月 27 日作出(2018)浙 0108 民初 282 号民事裁定，以 J 在丧失中国国籍时仍以中国公民身份与纪方登记结婚，登记行为存在瑕疵，双方应先通过负责办理结婚登记的管理部门先行解决该登记效力问题为由裁定驳回起诉。J 和纪方收到该裁定后均未提起上诉，该裁定业已生效。

现 J 对 2015 年 6 月 8 日的结婚登记行为不服，请求撤销，故成讼。

一审法院裁判

一、《中华人民共和国国籍法》第三条和第九条分别规定：“中华人民共和国不承认中国公民具有双重国籍。”“定居外国的中国公民，自愿加入或取得外国国籍的，即自动丧失中国国籍。”J 于 2013 年 10 月 21 日加入爱尔兰国籍，取得爱尔兰护照，且此后 J 持此护照出入境，故 J 自取得爱尔兰国籍之日起即自动丧失中国国籍。

二、因 J 在本案之前就与纪方离婚纠纷向浙江省杭州市滨江区人民法院提起民事诉讼，该院以案涉婚姻登记行为存在瑕疵，双方应先通过负责办理结婚登记的管理部门先行解决婚姻登记效力问题为由裁定驳回起诉。鉴于此特殊情况，为从实体上化解争议，本案应对案涉婚姻登记效力问题进行实体评判。

三、《婚姻登记条例》第二条、第四条和第五条分别规定了中国人同外国人在中国结婚的婚姻登记机关和外国人应当出具证件和证明材料，其中包含特定机构出具的本人无配偶证明。J 在案涉婚姻登记时已丧失了中国国籍，故不应再用中国公民身份进行婚姻登记。芜湖市镜湖区民政局在婚姻登记时已尽到合理审慎的形式审查义务。外国人婚姻登记应向省级民政部门申请，J 隐瞒外国人身份，导致芜湖市镜湖区民政局作出被诉婚姻登记行为时缺乏职权依据，但是该责任在于 J。

婚姻关系是一种特殊的身份关系，婚姻登记行为的法律效力主要取决于婚姻法的实体规定，一般情况下程序缺陷不直接产生否定婚姻登记的法律后果。J 在婚姻登记时隐瞒其有外国国籍的真实情况，未提供符合法律规定的其本人无配偶证明，在缺少其婚姻符合实质性要件的重要证据情况下，不能确定其婚姻登记符合婚姻法的实体性规定。

综上，案涉婚姻登记结果存在严重错误，为减少当事人诉累，应予撤销。依据《中华人民共和国行政诉讼法》第七十条第(四)项之规定，判决撤销芜湖市镜湖区民政局作出的 X 号结婚登记行为。

上诉人主张

纪方上诉称，1、J 的起诉明显超过起诉期限，依法应予驳回。

2、一审判决认定 J 自取得爱尔兰国籍之日起即自动丧失中国国籍严重错误。J 自取得爱尔兰护照至今，未注销中国居民身份证及户口登记，且持有中国护照，在国内以中国公民身份从事民事及司法活动，其中国国籍并未因其加入爱尔兰国籍而丧失，仍然合法有效。且《中华人民共和国国籍法》第九条明确规定了自动丧失中国国籍的前提条件是“定居在外国的中国公民”，而 J 并未定居在国外。

3、芜湖市镜湖区民政局的婚姻登记行为完全符合婚姻法的实体性规定，婚姻登记结果没有任何错误。

4、一审判决适用法律错误。J 在进行婚姻登记时提交的包括身份证、户口本在内的各项材料真实有效，芜湖市镜湖区民政局按照内地居民办理结婚登记规定为双方办理结婚登记，既无超越职权的故意，也无任何过失。芜湖市镜湖区民政局准予婚姻登记，确认双方婚姻关系，没有任何违反婚姻法实体规定的情形，至多是婚姻登记程序上存在瑕疵或缺陷，该婚姻登记行为应予维持而非撤销。一审判决逻辑混乱，自相矛盾。综上，请求撤销一审判决，改判驳回 J 的一审诉讼请求。

J 答辩称，1、一审法院认定事实清楚，证据充分，应予维持。其于 2013 年 10 月 21 日加入爱尔兰国籍，取得爱尔兰护照，为爱尔兰公民。其在进行婚姻登记时未提供符合法律规定的其本人无配偶证明，在缺少证明其婚姻符合实质性要件的重要证据的情况下，不能确定其婚姻登记符合婚姻法的实体性规定。芜湖市镜湖区民政局 2015 年 6 月 8 日为其及纪方颁发字号为 X 结婚证的行为错误，应予撤销。

2、一审法院适用法律正确，纪方的上诉理由不能成立。根据《婚姻登记条例》第二条第二款规定，中国人同外国人在中国境内办理结婚登记应当向省一级民政部门或其确定的机关提出申请。芜湖市镜湖区民政局依法不具备涉及婚姻登记的职权，其超越职权作出的登记行为违法。一审法院依据《中华人民共和国行政诉讼法》第七十条的规定撤销被诉结婚登记行为适用法律正确，纪方的上诉理由不能成立，应予驳回。

3、其起诉未超过起诉期限。根据《最高人民

法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》的规定,对 2015 年 5 月 1 日之后作出的行政行为提起诉讼，请求确认无效的，应不受起诉期限限制。即使计算，也应自收到浙江省杭州市滨江区人民法院作出的民事裁定书之日起计算。

4、纪方针对其身份这一事实在民事诉讼案件与本案中坚持两种截然不同的观点,妄图剥夺其婚姻自由，要挟其协助纪方在国外达成非法目的。请求驳回上诉，维持原判。

芜湖市镜湖区民政局述称，1、其具有办理被诉婚姻登记的法定职权，且登记程序完整规范，证据充分有效，适用法律正确，故一审判决依法认定其已尽到合理审慎的形式审查义务。

2、外国人婚姻登记应向省级民政部门申请,,J 在办理婚姻登记时隐瞒其持有外国护照,因此而产生的行政、民事法律责任应由其承担。综上，请求二审法院在查明事实的基础上，依法作出裁判。

二审法院裁判

关于起诉期限问题。根据一审查明的事实,J 提起本案之诉,是因生效的浙江省杭州市滨江区人民法院(2018)浙 0108 民初 282 号民事裁定认定,J 在丧失中国国籍时仍以中国公民身份与纪方登记结婚，该登记行为存在瑕疵，双方应先通过负责办理结婚登记的管理部门先行解决该登记效力问题。因此,J 与纪方之间的结婚登记的效力如何，直接影响了二人之间后续的身份关系的认定及因此衍生的财产关系、抚养关系的处理。一审基于化解争议，对被诉婚姻登记效力问题进行实体评判，并无不当。

关于被诉婚姻登记行为是否符合法律规定问题。根据《婚姻登记条例》第二条第二款规定，中国公民同外国人,内地居民同香港特别行政区居民、澳门特别行政区居民、台湾地区居民、华侨办理婚姻登记的机关是省、自治区、直辖市人民政府民政部门或者省、自治区、直辖市人民政府民政部门确定的机关。该条例第五条第三款规定，办理结婚登记的外国人应当出具本人的有效护照或者其他有效的国际旅行证件,所在国公证机构或者有权机关出具的、经中华人民共和国驻该国使(领)馆认证或者该国驻华使(领)馆认证的本人无配偶的证明,或者所在国驻华使(领)馆出具的本人无配偶的证明。

本案中,浙江省杭州市滨江区人民法院(2018)浙 0108 民初 282 号民事裁定认定 J 在 2013 年 10 月 21 日获得爱尔兰国籍，即自动丧失中国国籍。J 在取得爱尔兰国籍后,不仅未主动注销其持有的身份证、户口簿，而且以章华的名义与纪方共同至芜湖市镜湖区民政局办理婚姻登记,并提交了其身份证、户口簿等材料,芜湖市镜湖区民政局经审查后，认定 J 提交的身份材料真实有效并据此作出被诉结婚登记行为,芜湖市镜湖区民政局已尽到合理审慎的审查义务。

J 未向芜湖市镜湖区民政局如实陈述其已取得外国国籍的事实,导致芜湖市镜湖区民政局作出被诉婚姻登记行为缺乏职权依据，该责任在于 J。J 在进行婚姻登记时未提供《婚姻登记条例》规定的其本人无配偶证明,导致该婚姻登记缺少婚姻符合实质性要件的证据,无法确定登记行为是否符合婚姻法的实体性规定。故一审判决撤销该婚姻登记行为并无不当。

综上，一审判决认定事实清楚，适用法律、法规正确,依法予以维持。上诉人纪方的上诉理由不能成立，本院不予支持。依照《中华人民共和国行政诉讼法》第八十九条第一款第(一)项之规定,判决如下:驳回上诉，维持原判。

案例来源于：丽姐说法微信号 xuwenlilawyer

原标题为:已丧失中国国籍再用中国公民身份进行的婚姻登记，是否有效?

丧偶儿媳为公婆养老送终，对其遗产是否享有继承权？

2020-03-30 江苏高院 吴新峰

https://mp.weixin.qq.com/s/o4JLiQPeiQZVLGTPqsHmIQ

丧偶长媳与婆家次子约定，共同为婆婆养老送终，并且按约定尽到了赡养老人的义务。但老人遗嘱里却将遗产都给了次子。为此，儿媳将次子告上法庭，要求按照约定继承遗产。近日，南通市通州区人民法院审理了这起遗产继承纠纷案。

吴某与老伴孙某共生育两子四女，其长子吴某甲于 1997 年去世，吴某甲的遗孀胡某此后未改嫁而是留在吴家抚养孩子成人。2008 年吴某夫妇的农村楼房适逢政府拆迁，吴某签订拆迁协议后并未拆除房屋，而将房屋进行平移，平移后未领取新房产证。同年，吴某夫妇立遗嘱明确两人遗产包括上述房屋归次子吴某乙。

2010 年 1 月吴某去世，在出殡当日，胡某与吴某乙因丧事问题发生纠纷，经亲友调解双方达成协议，约定吴某丧事就由吴某乙操办，母亲孙某丧事今后由胡某操办，孙某今后赡养由双方各半负担，吴某夫妇财产由双方各半继承。2011 年孙某再立承诺一份，重申此前遗嘱不变及吴某夫妇上述楼房归吴某乙所有。

2014 年 7 月孙某病重，吴某乙联系胡某将孙某接回家照料直至孙某去世，孙某丧事由胡某操办，此前胡某还为孙某支付医疗费 20000 元。2016 年吴某乙将上述房屋出租他人收益 12760 元。2018 年胡某将吴某乙诉至法院，要求均等继承上述房屋及房屋租金等。诉讼中，吴某的四个女儿表示若其有遗产份额赠与原、被告。

通州法院经审理认为，被继承人吴某、孙某所立涉案遗嘱及承诺，符合法律规定，内容合法有效，次子吴某乙据此取得吴某夫妇财产合法处分权，而吴某乙与胡某约定各半负担孙某赡养及均等继承遗产的内容亦合法有效，胡某已按约同为孙某养老送终，包括支付孙某医疗费、照顾孙某临终前生活、操办孙某丧事等，有权均等继承吴某夫妇遗产。涉案农村房屋进行平移，物权属性已发生变化，法院暂不处理，双方可待房屋权利瑕疵消失后另行主张。房屋租金系占有使用该楼房所得收益，应由双方均等分割，遂判决吴某乙给付胡某租金 6380 元。判决后，吴某乙主动履行判决义务。

法官说法：

尽赡养义务的丧偶儿媳享有继承权

我国现已逐渐步入老龄化社会，子女养老是主要养老方式。儿媳与公婆因婚姻而形成拟制血亲关系，由于夫妻一方去世往往面临解体，老来丧子面临晚景凄凉，而失独家庭的养老问题更为严峻。现实生活中，有的丧偶儿媳有情有义，为公婆养老送终，为亡夫养育儿女，但在遗产分配中却时常遭遇不公，侵害丧偶儿媳合法继承权现象并不鲜见，相关涉诉纠纷也层出不穷。

为弘扬社会传统美德，切实解决丧子老人养老问题，体现“权利与义务相一致”原则，法律鼓励丧偶儿媳赡养公婆，为此我国《继承法》规定，将

对公婆、岳父母尽到主要赡养义务的丧偶儿媳、女婿作为第一顺序继承人参与遗产分配。本案中，虽然被继承人吴某、孙某先后立遗嘱、承诺明确遗产归次子吴某乙所有，但丧偶长媳胡某根据与次子协议约定，同为孙某养老送终，尽到主要赡养义务，理应获得平等继承权，法院上述判决，旨在弘扬社会主义正能量，有力保护丧偶儿媳的合法继承权。

来源：南通市通州区人民法院

（四）律师视点

婚前双方父母出资支付首付款购房 离婚时如何处理？

2020-03-01 致诚律师 张雪梅

https://mp.weixin.qq.com/s/1dZWcXycPBwj7rQ6aSQEPA

裁判观点

婚前双方父母出资支付首付款购房，婚后双方共同还贷，房屋产权登记在双方名下，离婚时，除双方有明确约定外，出资部分相对应房屋价值由双方按父母出资比例分配，婚后共同还贷部分及对应的增值原则上应均等分割，剩余贷款应由取得房屋一方负责偿还。

基本案情

2013 年，女方江某与男方季某结婚，婚前双方共同签订房屋买卖合同购买一处房屋，该房屋总价款 291 万元，其中首付款为 151 万元，男方进行公积金贷款 140 万元。房屋在婚后取得产权登记在男女双方名下为共同共有。首付款中婚前支付 137 万，婚后支付 14 万，此外支付中介费和契税等其他费用 9 万多元。购房资金全部来源于双方父母出资共 161.5 万元，其中男方父母于二人婚前给男方 120 万，女方父母于婚前婚后共给男方 41.5 万元。

因感情不和，女方于 2018 年起诉离婚，要求均等分割该房屋且产权归自己所有。女方主张该房屋为婚后交齐首付的应为婚后购买，产权登记在双方名下共同共有，首付款和其他费用是双方父母对双方的赠与，要求均等分割。男方主张该房屋属于婚前购买，自己父母的出资为借款，认可女方父母出资 41.5 万元。男方认为该房应按照父母出资比例分配，要求房子归自己所有，按照出资比例给予女方已付房款和还贷部分及相对应增值部分的折价补偿。庭审中，双方均认可房屋市场价值为 480 万元，但就双方各自所占的份额各持己见，不能协商一致。双方无其他共同财产。

争议焦点

1、男方父母于婚前的出资是赠与行为还是借款？如果是赠与，是对男方一人的赠与，还是对男女双方的赠与？

2、房屋产权证载明双方共同共有，在离婚时，应均等分割还是按父母出资比例进行分割？分割原则是否区分首付款与对应增值部分和婚后共同还贷款项与对应增值部分？

审判结果

法院判决准予江某与季某离婚，争议房屋归男方季某所有，出资部分相对应房屋价值由双方按父母出资比例分配，婚后共同还贷支付的款项及对应的增值部分为夫妻共同财产均等分割，剩余抵押贷款由季某负责偿还。季某按上述分配原则给付江某房屋折价补偿款，江某有义务协助季某办理上述房屋的产权登记手续。

分析与提示

01 双方父母的出资未明确表示赠与双方，应认定为对己方子女的个人赠与。

因房屋系双方婚前购买，双方支付购房款、中介服务费和契税共计 1606555 元、男方父母出资 120 万元，女方父母出资 415000 元，双方父母的出资已完全包含了购房款及各项费用，男方虽称系借父母的钱，但未提交充足的证据予以证明，因此，法院无法采纳。另女方父母于婚后转入的 16.5 万

元虽发生于方结婚后，但系用于支付二人婚前购房所欠的尾款，亦应属于对双方婚前购置房屋的出资。根据婚姻法司法解释二第二十二条第一款规定：当事人结婚前，父母为双方购置房屋出资的，该出资应当认定为对自己子女的个人赠与，但父母明确表示赠与双方的除外。本案中，双方父母未明确表示赠与双方，因此，双方父母的上述出资应认定为对己方子女的个人赠与。

02 出资部分相对应的房屋价值应由双方按父母出资比例分配。

《婚姻法》第十九条规定，夫妻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。约定应当采用书面形式。本案中，双方并未对该房产是共同所有还是一方所有或各自所有进行特别约定。在双方没有约定的情况下，又由于购房实际出资为双方父母对己方子女的个人赠与，且双方父母出资比例相差悬殊，出资部分对应的房屋价值应为双方按照各自父母的出资份额按份共有，即房屋应按各自父母出资额占总出资额比例分配所对应的房屋价值（贷款及对应的增值部分除外）。庭审中，双方均认可目前房屋的市场价值为 480 万。男方举证证明自己父母出资占出资总额的 74.3%，女方父母出资占出资总额的 25.7%。鉴于男方居住生活于本地，女方已到外省工作生活，法院判决争议房屋归男方所有，对于父母出资部分相对应的房屋价值，由男方按 25.7%的比例给付女方补偿。

03 婚后共同还贷支付的款项及对应的增值部分属于夫妻共同财产，应当均等分割。

首付款和对应增值部分按照双方父母资额比例分配，那么婚后偿还的贷款及对应的增值部分如何分割？对此双方也存在争议。男方认为婚后及分居期间，贷款都是由自己的工资偿还，并提供了还款账户信息等证据，证明女方从未承担过还款义务。这是否可以据此认定婚后女方未参与过还贷就无权分割婚后还贷及对应增值呢？对此，还要看一看双方是否存在对婚后财产的特别约定，如果双方没有约定财产分别制，那么，根据《婚姻法》第十七条规定，夫妻在婚姻关系存续期间所得的工资、奖金，归夫妻共同所有。因此，婚后男方的工资属于夫妻共同财产，还贷就是共同行为，对于双方婚后还贷支付的款项及对应的增值部分属于夫妻共同财产，双方应均等分割。据此，法院判决，对于婚后共同还贷支付的款项及对应的增值部分，由男方按 50%的比例给付女方补偿。

04 当事人要对自己的主张充分举证，以争取财产分配的最大利益。

对于婚前双方父母出资支付首付款购房，婚后双方共同还贷，房屋产权不论登记在一人名下还是双方名下，离婚时，建议当事人围绕以下事实充分举证。

第一，房屋购买的时间是婚前还是婚后

当事人应当主动向法院提供购房合同、首付款支付凭证、结婚证等证据，用以证明房屋购买时间与结婚登记时间。房屋购买时间以签订购房合同时间为依据，而不是房屋产权登记的时间。

第二，父母出资是对双方的赠与还是对己方子女个人的赠与

双方应当积极举证证明父母有无明确表示出资是赠与双方的还是个人的。本案中，女方主张男方父母出资是赠与双方的，但未能提供任何证据证明自己的主张。男方充分举证证明父母为其出资支付的首付款并非对双方的赠与，其提供的父母房屋出售合同、银行转账凭证、账户明细等证据，充分证明父母出资系在婚前支付到男方个人账户，且父母出资的资金来源于父母卖掉唯一养老住房的全部钱款，款项来龙去脉清晰，银行流水账目清楚，一系列证据互相印证，形成完整的证明，证明父母出资并非对双方的赠与。这不仅对房屋分割，且对

房屋产权归属都是非常重要的证据。

第三，父母出资比例及争取房屋归属的有力证据

本案中，既然双方父母未明确表示出资是赠与双方，出资则应认定为对己方子女的个人赠与。双方婚前或婚后对房屋产权并无特别约定，那么双方应当充分举证证明自己父母的出资比例以及对购房的贡献大小，这对争取房屋归属和争取最大利益分割房屋份额至关重要。女方仅以房屋产权证载明为共同共有要求均等分割依据不足。本案中，房屋总价 290 万中有一半多的房款是在婚前由双方父母出资支付，男方向法院提出父母出资的转账凭证和自己支付首付款的转出凭证以及银行账户信息记录等证据，证明自己的父母出资 120 万元，占总出资额 74.3%，并认可女方主张的其父母分两次出资共 41.5 万元，占 25.7%。这些证据能够证明婚前支付的首付款和相关费用中，双方的出资比例悬殊，如果按照均等分割原则则显示公平。最终，男方关于已付房款及对应增值部分按出资比例分配的诉讼请求得到法院支持，法院在处理时，考虑到男方居住生活于本地，女方已到外省居住和工作，判决该房屋为男方所有，房屋按双方父母出资额占总出资额比例比分配所应的房屋价值（贷款及对应的增值部分除外）。

结语

婚前双方父母为子女购房出资支付首付款的情况在实践生活中非常普遍，本案是典型的一个案例。对于此类情况，不论房屋产权登记在双方名下还是一方名下，如果父母出资未明确表示是赠与双方的，双方对房产也无特别约定，离婚时，房屋的分配原则应当区分首付款及对应的增值部分、婚后共同还贷支付的款项及对应的增值部分，即首付款及对应的增值部分由双方按父母出资比例分配，婚后共同还贷支付的款项及对应的增值部分由双方均等分割，剩余贷款由取得房屋的一方负责偿还。

作者介绍

张雪梅

北京市致诚律师事务所副主任，北京市律协参政议政促进工作委员会主任、婚姻与家庭法律专业委员会副主任，丰台区律协婚姻家庭法律研究会主任。

原创丨共有物分割纠纷案由的灵活运用

原创:: 2020-03-04 梁冰家事律师团队　梁冰律师

https://mp.weixin.qq.com/s/9kCdsWIcZuHdJ1lsc4gy3Q

作者：梁冰律师　北京市汉威（深圳）律师事务所

一、定义

共有物分割纠纷，是指共有人之间因对共有物分割的争议而引起的纠纷；本文仅分析共有物为房产的情形。

二、共有物分割案由可运用情形及相关案例

（一）恋爱期间购买房产的分割

离婚后分割房产的，也可以适用本案由，但是与离婚相关的财产分割多数用“离婚纠纷”及“离婚后财产纠纷”两个案由，因为这两个案由案件受理费的标准比财产性案件收费标准低太多了。

【案号】（2019）粤 03 民终 1865 号

【审理法院】深圳市中级人民法院

【案件概述】

张小红、刘利光曾系情侣关系，2006 年 10 月

26 日，张小红、刘利光共同与案外人签订房屋买卖合同购买房产，该方登记在在双方名下，各占50%的份额；2008 年 1 月 1 日后因双方分手张小红搬离涉案房产，刘利光及家人继续居住涉案房产至今。

涉案房产系采用按揭贷款方式购买，首付款为 7 万元，贷款金额为 31 万元。还款账户为刘利光的银行账户，截止至 2018 年 9 月 20 日，涉案房产合计偿还的贷款本息金额共计 283278.99 元，贷款余额为 161797.80 元。

张小红、刘利光对于双方投入涉案房产的款项金额存在争议。

张小红起诉称：1. 判决分割涉案位于深圳市房产（以房屋目前的评估价 2557210 元；减去刘利光替张小红多付的房款以及尚欠的抵押贷款；加上刘利光自 2008 年 1 月 1 日至今占用房产应向张小红支付的一半租金按 4000 元每月计算，目前为 52 万元；加上刘利光所欠张小红借款 41000 元；所得金额由刘利光向张小红支付，房屋归刘利光所有）。2. 评估费 11561 元、诉讼费 6038 元应当由张小红、刘利光分摊。

【法院观点】

根据法律规定，不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生效力。根据双方登记的份额，法院认定张小红、刘利光对涉案房产各享50%份额。刘利光关于张小红是挂名所有权人，不享有涉案房产权利的主张，缺乏相应事实及法律依据，法院不予采信。

法院认定张小红合计投入涉案房产的款项金额为 7731.9 元，刘利光投入的金额为 355778.99 元。张小红应向刘利光补偿投入款 174023.55 元，即（7731.90 元+355778.99 元）÷2-7731.90 元=174023.55 元。

张小红主张的借款与本案所涉纠纷属不同的法律关系，故在本案中不予处理，张小红可另循法律途径主张。

对于刘利光是否需向张小红支付房屋的使用收益。物权法第三十九条规定，所有权人对自己的不动产或者动产，依法享有占有、使用、收益和处分的权利。本案并无证据证明刘利光将涉案房产出租收益，亦无证据证明张小红要求使用涉案房产遭到拒绝，刘利光作为房产权利人占有使用其名下房产并不构成对张小红权利的侵害，张小红要求刘利光向其分配房租收益或赔偿其房屋使用利益的损失，本缺乏事实和法律依据，但因刘利光上诉仅对该款项的起算时间提出时效抗辩，对向张小红支付该项费用并无异议，属其对自身权利的处分，二审法院予以照准，故本院对一审判令的自本案起诉之日倒推三年起至 2018 年 9 月 30 日止这一期间的按指导租金标准计算的收益仍予以维持。经核，该项金额为 59083.45 元，对张小红超过该金额的诉讼请求，本院予以驳回。

鉴于涉案房产目前由刘利光在占有及使用，故该房产判归刘利光所有，其应向张小红支付折价款。涉案房产的市场价值 2557210 元，减去涉案房产目前所附的余额为 161797.80 元，则房屋净值为 2395412.20 元。张小红、刘利光各享有 50%，则各享有的价值为 1197706.10 元。张小红享有的房屋价值 1197706.10 元，减去其应向刘利光支付的补偿投入款 174023.55 元，加上刘利光应向其支付的租金补偿款 59083.45 元，则刘利光还应向张小红支付房屋分割的折价款 1082766 元。

【法院判决】

1. 位于广东深圳市的房屋之权利归刘利光享有，该房屋剩余银行贷款由刘利光负责偿还；张小红应于判决生效之日起三十日内协助刘利光办理涉案房产转移登记手续，将张小红名下涉案房产50%的产权转移登记至刘利光的名下；

2. 刘利光应于判决生效之日起十日内向张小红支付房屋折价款 1082766 元；

3. 驳回张小红的其他诉讼请求。

（二）合作建房或买房后房产的分割

【案号】（2018）粤 03 民终 10329 号

【审理法院】深圳市中级人民法院

【案件概述】

1996 年 12 月 12 日，谭瑛、郑萍共同作为买方购买丽湖花园房产，并取得登记有两人各占 50%份额的房地产证。该房产一直由谭瑛占有使用。

现郑萍与谭瑛协商分割未果，郑萍起诉请求：1、对共有房产进行折价或者拍卖、变卖，在扣除相关费用后按双方各一半分配。房产登记价为人民币 134798 元；2、本案的诉讼费用由双方各承担一半。

【法院观点】

本案为涉港共有物分割纠纷，双方当事人对于原审法院管辖本案及适用中华人民共和国内地法律审理本案均无异议，本院予以确认。

涉案房产由谭瑛、郑萍按份共有，双方各占 50%的所有权，双方之间没有约定不得分割共有的涉案房产，郑萍作为按份共有人可以随时请求分割。关于分割方式，谭瑛主张进行实物分割，郑萍主张对涉案房产进行折价或者拍卖、变卖后取得的价款进行分割，双方无法达成一致意见。因涉案房产面积较小，如果进行实物分割，将使房产使用功能受损，房产折价补偿金额双方未能协商一致，故郑萍有权主张对涉案房产变卖、拍卖后所得价款扣除变卖、拍卖费用后的余款进行分割。谭瑛上诉所主张的其在深圳市仅有唯一住房和郑萍不会居住在涉案房产等上诉理由缺乏法律依据，本院依法不予支持。

【法院判决】

郑萍有权申请人民法院变卖、拍卖丽湖花园 XX 楼 X 房并就所得价款扣除变卖、拍卖费用后的余款与谭瑛各分得 50%。

（三）因配偶过错导致夫妻共同财产被执行时，一方起诉要求析出个人财产

通常是指因配偶个人债务被起诉或因被刑事立案导致属于夫妻共同财产的所有房产被冻结或被执行时，一方提出异议（包括执行异议）仍不能阻止冻结或执行时，一方可以此案由提起诉讼，析出个人财产。

【案号】（2018）粤 0303 民初 13570 号

【审理法院】深圳市罗湖区人民法院民事判决书

【案件概述】

原告陈辉鸿、被告陈金燕双方于 1990 年 1 月 5 日登记结婚。2016 年 7 月 13 日，本院作出（2016）粤 0303 民初 11089 号民事判决书，判决原、被告离婚，现该判决已生效。

双方婚姻关系存续期间，购买了涉案十套房产，该房产价值已评估。

2014 年期间，被告因犯走私普通货物罪，深圳市中级人民法院作出（2014）深中法刑二初字第 211 号刑事判决书，判决被告犯走私普通货物罪，判处有期徒刑十二年，并处罚金 3000 万元。就该判决财产刑部分，深圳市中级人民法院于 2015 年期间依职权立案执行【案号：（2015 深中法执字第 920 号】，查封了上述十套房产并拟进行拍卖，原告遂向深圳市中级人民法院提出执行异议；后法院做出裁定，认定因本案诉讼，终结该案的执行程序。

陈辉鸿起诉称：判决确认涉案十套房产归原告所有。

【法院观点】

在刑事涉财产部分执行中，法院可以参照民事执行相关规定，通知被执行人配偶并查封拍卖夫妻共有房屋，该配偶可以提起析产诉讼。综上，原告提起本案析产诉讼，有利于当事人权利义务的确定，有利于原告对其享有涉案房产享有的一半份额权益予以保护，亦有利于对被告刑事涉财产部分执行案件的执行，故该起诉符合相关法律规定，本院予以确认。鉴于本案涉案房产为原、被告共有的财产，根据深圳中院作出的（2017 粤 03 执异 163 号执行裁定，可以认定原、被告对上述房产各享有 50%的

份额，故原告要求确认其中的部分房产归其所有，理由成立，本院予以支持。结合原、被告的主张、目前的居住使用情况、涉案房产的评估价值等因素，确认部分财产归原告所有。

【法院判决】

1 确认其中 5 套房产归原告陈辉鸿所有，被告陈金燕应于本判决生效后一个月内协助原告陈辉鸿办理上列房产的过户登记手续。

2 确认另外 5 套房产归被告陈金燕所有，原告陈辉鸿应于本判决生效后一个月内协助被告陈金燕过户登记手续。

3 原告陈辉鸿应于本判决生效后一个月内偿付被告陈金燕房产差额人民币 2089477.5 元。

（四）无论债务人是否离婚，债权人均可以此案由提起诉讼，要求从夫妻共同财产中析出债务人个人财产，予以执行

债务人常常以“假离婚”真转移财产的方式逃避债务，债权人可以提起起诉，穿透离婚协议中关于财产分割的协议（通常该类协议会把所有财产归债务人配偶方所有），要求重新分割债务人夫妻之间的共同财产，析出债务人的个人财产，从而执行债务人的个人财产。

【案号】（2017）粤 0303 民初 12481 号

【审理法院】深圳市罗湖区人民法院

【案件概述】

2015 年 12 月 4 日，两被告登记结婚，2016 年 3 月两被告购买涉案房产，该房产仅登记于被告庄晓玲一人名下。2016 年 10 月 25 日，两被告登记离婚，离婚协议对夫妻双方婚后共同财产的处理约定如下：位于深圳市××翠竹路××套，离婚后归被告庄晓玲所有。在被告董俊名下的宝马轿车 525Li 一部，现深圳市无法过户，经双方协议，离婚后该车归被告庄晓玲所有，无经庄晓玲同意签名，董俊不得私自变卖。双方婚姻关系存续期间，对外各自的债权、债务，离婚后由双方各自享有与承担。

2016 年 10 月 26 日，原告（不知两被告已离婚）诉两被告民间借贷纠纷一案被贵院立案受理，案号为（2016 粤 0303 民初 18601 号，后贵院判令：被告董俊应向原告偿还借款本金 884050 元及利息，但因该债务属于被告董俊婚前个人债务，被告庄晓玲对该笔债务不承担连带清偿责任。

后原告以被告董俊为被执行人，申请强制执行，该案目前尚在执行中，但因两被告离婚时未对夫妻共同财产进行分割，现在无法执行仅登记在被告庄晓玲名下的但归属两被告共同所有的财产。

原告邝桦向本院提出诉讼请求：1. 确认被告庄晓玲名下的位于深圳市罗湖房产由两被告各占 50% 份额；2. 本案的诉讼费用由两被告共同承担。2018 年 6 月 16 日，原告申请增加诉讼请求：判令撤销两被告离婚协议中财产分割内容。

【法院观点】

本院认为，根据原告的诉讼请求，主要涉及两个案由，债权人撤销权纠纷与共有物分割纠纷。为减少当事人的诉累，本院将两个法律关系合并审理。根据本案中，涉案的房产虽登记在被告庄晓玲一人名下，但该房产购买于两被告夫妻关系存续期间，属于夫妻共同财产。被告董俊与庄晓玲在《离婚协议书》中约定将双方的共同财产房产一套、汽车一辆均分配给被告庄晓玲，该财产分割协议，导致被告董俊无财产可供执行，原告的债权无法得到清偿，损害了原告的利益。对原告请求撤销两被告《离婚协议书》中财产分割部分的诉讼请求，有事实和法律依据，本院予以支持；原告作为被告董俊的债权人享有代位权，对董俊与庄晓玲夫妻关系存续期间所购置的房产有权提起析产诉讼，以确定董俊享有的财产份额。本案中，两被告婚姻存续期间不足一年，没有子女，因此，对两被告婚姻存续期间的共同财产，应以各占 50%的份额进行分割为宜，对原告请求确定两被告各占涉案房产 50%产权的诉讼请求，本院予以支持。

【法院判决】

1. 撤销被告董俊、被告庄晓玲于 2016 年 10 月 25 日签订的《离婚协议书》中有关财产分割的内容；

2. 登记在被告庄晓玲名下的位于深圳市罗湖房产由被告庄晓玲和被告董俊各享有 50%的产权。

（五）法定继承案件中的房产分割

如果遗产长时间(可以超过 20 年)没有分割，可不以法定继承案由起诉(因为已经过诉讼时效)，以本案由直接起诉要求分割共同共有物。

【案号】(2018）黔 0123 民初 1822 号

【审理法院】修文县人民法院

【案件概述】

原告肖怀章、被告肖泽章与肖润仙系兄弟姐妹关系，三人父母在 1960 年、1962 年相继去世。肖润仙已去世，现有继承人为第三人彭为民、彭锦红、彭锦荣、彭为平、彭景忠、彭为琴、彭为华、彭为英、彭为珍。原、被告父母去世后，留有原中山路草木房三间。1969 年，原、被告对该草木房进行翻修，翻修为瓦木房。1971 年原告结婚并继续居住在房屋屋内，1981 年原告与丈夫搬离该房屋前往他处居住，该房屋由被告及其家属继续居住。1983 年，被告对原中山路房屋进行拆除重建，在原基础上修建砖混结构一层两间平房，1994 年在第一层房屋基础上加盖砖瓦结构一层两间房屋。此后，被告在原中山路重建砖混结构一层平房一间，并在该间平房二楼加盖彩钢棚简易房一间。被告取得部分房产的产权证。

2017 年 12 月 28 日，修文县房屋征收管理局因温家坡片区城镇棚户区改造，对本案争议房屋进行征收，被告肖泽章选择接受赔偿一套住房、两间商铺、货币奖励共 277906.52 元，现争议房屋已被拆除。

原告起诉称：判令被告返还原告房屋拆迁所得征收补偿款 350000.00 元。

【法院观点】

原、被告父母于 1960 年、1962 年相继去世，遗留三间草木房，三间草木房应系原、被告父母遗产。由于各方当事人均未提供证据证实对遗产进行了分割，故原、被告及肖润仙父母遗产即草木房属三人共同共有，享有相同权利份额。争议房屋原系三间草木房，征收补偿时房屋结构为砖混结构，认定原祖遗房已灭失，祖遗房的共有人对诉争现房屋不再享有物权，原告及肖润仙对于因被告重新建设的房屋被拆迁之后产生的拆迁利益，不应享有相应的权利。但由于该房屋所占用土地系国有土地，各方基于法定继承享有的土地使用权份额，所对应的征收补偿款，应予支持。对于被告主张原告诉请超过诉讼时效，因原告是基于享有的共有物权提起的诉讼，以其作用方式为标准划分物权系支配权，而诉讼时效的客体为请求权，故物权不适用诉讼时效的规定，物权转换为债权才适用诉讼时效的规定。对于被告辩称本案不属于物权纠纷，应以继承纠纷进行处理，因继承已经实际发生，遗产继承人未对遗产进行分割，遗产一直处于继承人共同共有状态下，故本院以共有物分割纠纷进行处理并无不当。

【法院判决】

1. 被告肖泽章于本判决生效之日起十日内支付原告肖怀章征收补偿款 166666.00 元；

2. 被告肖泽章于本判决生效之日起十日内支付第三人彭为民、彭锦红、彭锦荣、彭为平、彭景忠、彭为琴、彭为华、彭为英、彭为珍征收补偿款每人 18518.44 元；

3. 驳回原告肖怀章其余诉讼请求。

三、相关法律法规

《中华人民共和国民法通则》

【共有】

第七十八条　财产可以由两个以上的公民、法人共有。

共有分为按份共有和共同共有。按份共有人按照各自的份额，对共有财产分享权利，分担义务。

共同共有人对共有财产享有权利，承担义务。

按份共有财产的每个共有人有权要求将自己的份额分出或者转让。但在出售时，其他共有人在同等条件下，有优先购买的权利。

《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》

第九十条 在共同共有关系终止时，对共有财产的分割，有协议的，按协议处理；没有协议的，应当根据等分原则处理，并且考虑共有人对共有财产的贡献大小，适当照顾共有人生产、生活的实际需要等情况。

但分割夫妻共有财产，应当根据婚姻法的有关规定处理。

《中华人民共和国物权法》

【不动产登记簿与不动产权属证书关系】

第十七条 不动产权属证书是权利人享有该不动产物权的证明。不动产权属证书记载的事项，应当与不动产登记簿一致；记载不一致的，除有证据证明不动产登记簿确有错误外，以不动产登记簿为准。

【因继承或者受遗赠等而取得物权】

第二十九条 因继承或者受遗赠取得物权的，自继承或者受遗赠开始时发生效力。

【共有物管理费用负担】

第九十八条 对共有物的管理费用以及其他负担，有约定的，按照约定；没有约定或者约定不明确的，按份共有人按照其份额负担，共同共有人共同负担。

【共有财产分割原则】

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。

【共有物分割方式】

第一百条 共有人可以协商确定分割方式。达不成协议，共有的不动产或者动产可以分割并且不会因分割减损价值的，应当对实物予以分割；难以分割或者因分割会减损价值的，应当对折价或者拍卖、变卖取得的价款予以分割。共有人分割所得的不动产或者动产有瑕疵的，其他共有人应当分担损失。

【因共有财产产生的债权债务关系的效力】

第一百零二条 因共有的不动产或者动产产生的债权债务，在对外关系上，共有人享有连带债权、承担连带债务，但法律另有规定或者第三人知道共有人不具有连带债权债务关系的除外；在共有人内部关系上，除共有人另有约定外，按份共有人按照份额享有债权、承担债务，共同共有人共同享有债权、承担债务。偿还债务超过自己应当承担份额的按份共有人，有权向其他共有人追偿。

【共有关系不明对共有关系性质推定】

第一百零三条 共有人对共有的不动产或者动产没有约定为按份共有或者共同共有，或者约定不明确的，除共有人具有家庭关系等外，视为按份共有。

【按份共有人份额不明的确定原则】

第一百零四条 按份共有人对共有的不动产或者动产享有的份额，没有约定或者约定不明确的，按照出资额确定；不能确定出资额的，视为等额享有。

《中华人民共和国合同法》

【债权人的撤销权】

第七十四条 因债务人放弃其到期债权或者无偿转让财产，对债权人造成损害的，债权人可以请

求人民法院撤销债务人的行为。债务人以明显不合理的低价转让财产，对债权人造成损害，并且受让人知道该情形的，债权人也可以请求人民法院撤销债务人的行为。撤销权的行使范围以债权人的债权为限。债权人行使撤销权的必要费用，由债务人负担。

【撤销权的期间】

第七十五条 撤销权自债权人知道或者应当知道撤销事由之日起一年内行使。自债务人的行为发生之日起五年内没有行使撤销权的，该撤销权消灭。

《中华人民共和国继承法》

【继承的开始】

第二条 继承从被继承人死亡时开始。

【继承和遗赠的接受和放弃】

第二十五条 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。

《第八次全国法院民商事审判工作会议[民事部分]纪要》

第二十五条 被继承人死亡后遗产未分割，各继承人均未表示放弃继承，依据继承法第二十五条规定应视为均已接受继承，遗产属各继承人共同共有；当事人诉请享有继承权、主张分割遗产的纠纷案件，应参照共有财产分割的原则，不适用有关诉讼时效的规定。

《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》

第十四条 对被执行人与其他人共有的财产，人民法院可以查封、扣押、冻结，并及时通知共有人。共有人协议分割共有财产，并经债权人认可的，人民法院可以认定有效。查封、扣押、冻结的效力及于协议分割后被执行人享有份额内的财产；对其他共有人享有份额内的财产的查封、扣押、冻结，人民法院应当裁定予以解除。共有人提起析产诉讼或者申请执行人代位提起析产诉讼的，人民法院应当准许。诉讼期间中止对该财产的执行。

千呼万唤未出来：试探民法典草案暂未纳入的“后位继承”制度丨审判研究

原创:: 2020-03-05 审判研究 叶海涛律师
https://mp.weixin.qq.com/s/LF1wC6ch6yByP9zUU4NR-Q

叶海涛 北京大成（上海）律师事务所

十三届全国人大常委会第十一次会议对民法典继承编草案二审稿进行分组审议时，刘修文委员建议设立后位继承（遗赠）规则。他具体解释说，后位继承，指可以将遗产继承给尚未出生的人，给予遗嘱人更多选择，将遗产留在家族内部。此前，在 2015 年 11 月 27 日《全国人民代表大会法律委员会关于第十二届全国人民代表大会第三次会议主席团交付审议的代表提出的议案审议结果的报告》中，高广生等代表提出议案，建议修改继承法，建立后位继承等制度。

对于我国是否应该设立后位继承制度，学术理论界对此一直存在不同学说和观点。有学者认为应当充分尊重遗嘱自由，法律没有禁止就可以增设后位继承；也有学者认为不宜设立，后位继承不利于确定遗产最终归属，会使遗产所有权最终归属处于一种不确定状态。2019 年 12 月 16 日公布的《中

华人民共和国民法典（草案）》（以下简称《民法典草案》），并未在第 1260 条纳入“后位继承”制度。

“后位继承”究竟是什么？为何呼声高涨，却又在《民法典草案》编纂中“千呼万唤未出来”？本文抛砖引玉，就此进行粗浅讨论与分析。

一、一起后位继承案例

以“后位继承”为关键字，检索时间截至 2020 年 2 月 7 日，笔者在威科先行法律信息库中仅查询到以下一则案例。[1]

被继承人朱某丁于 2012 年 7 月 19 日死亡，死亡时并无配偶，第一顺序法定继承人有父亲朱某乙、母亲胡某甲、女儿何某甲（父亲何某某，朱某丁于 1997 年与何某某离婚）、儿子朱某丙（父亲何某，朱某丁于 2008 年 11 月 10 日与何某离婚）。

2008 年 11 月 18 日，案外人周某所有的位于广州市番禺区沙湾镇中华大道 449 号丽景华苑 8 座 X 梯 XXX 的房屋经不动产登记机关变更登记为朱某丁所有，“房屋所有权来源”记载为“2008 年 11 月向周某购买”。

2012 年 3 月 9 日，朱某丁在信纸上立自书遗嘱，内容为：“至于自己有病，唯一丽景华苑 8 座 X 梯 XXX 房屋（下称“系争房屋”），以前由妹妹朱某甲出首期现今还欠 7 万元未供完的房屋还赠给妹妹朱某甲，由朱某甲处理一切房屋的事及房产，但希望无变动下生活条件允许下妹妹朱某甲 18 年（后）给付朱某丙，但现在欠下的医药费用、学费及一切费用由朱某丙 20 年后负责。……朱某丁，2012 年 3 月 9 日。见证人：朱某，2013.3.9。见证人：（空白）。”该页信纸被标为“第 8 页”。

后朱某甲起诉，请求判令：1.确认被继承人朱某丁遗嘱合法有效；2.广州市番禺区沙湾镇中华大道 449 号丽景华苑 8 座 X 梯 XXX 房归朱某甲所有并过户至朱某甲名下。[2]

二、案件处理结果

本案争议焦点是朱某甲能否依据遗嘱取得涉案房屋的所有权。一审法院首次在判决书中使用了“前位受遗赠人”和“后位继承人”概念，认为：

第一，被继承人朱某丁将涉案房屋“还赠”给朱某甲，同时又约定“希望无变动下生活条件允许下妹妹朱某甲 18 年（后）给付朱某丙”，即朱某甲“受赠”房屋，若 18 年后经济状况无显著恶化，还需将房屋再转赠给朱某丙。可见，被继承人朱某丁将立遗嘱 18 年后朱某甲的经济状况作为判断房屋最终归属的依据，即为朱某甲取得房屋所有权设定了条件，该条件系将来不确定的事实，能否成就不得而知。被继承人朱某丁为遗赠所附上述条件，不违反法律规定及公序良俗，应予尊重。朱某甲作为前位受遗赠人在所附条件未成就的情况下，主张对涉案房屋的所有权，无事实和法律依据。

第二，《物权法》第 39 条规定，“所有权人对自己的不动产或者动产，依法享有占有、使用、收益和处分的权利。”本案中，被继承人朱某丁对遗赠房屋附有条件，限制了朱某甲对涉案房屋的处分权能，即“希望无变动下生活条件允许下妹妹朱某甲 18 年（后）给付朱某丙”。可见，朱某甲在被继承人朱某丁死亡时不拥有对涉案房屋的处分权能，才符合被继承人的真实意思表示，否则将房屋“18 年(后)给付朱某丙”的遗嘱内容将可能无法执行，最终会侵害后位继承人朱某丙的合法权益，故朱某甲此时并不真正拥有对涉案房屋的所有权。朱某甲作为前位受遗赠人实际取得的是对遗产的保管权。

第三，被继承人朱某丁所立遗嘱对遗产的处理包含了或遗赠或遗嘱继承的意思表示。在所附条件尚未成就时处理遗产所有权，有违被继承人朱某丁真实意思表示。

第四，遗嘱人朱某丁将后位继承的期限限定为继承开始的 18 年后，未明显超出合理范围，不违反法律规定和公序良俗，应予尊重。

故一审判决确认被继承人朱某丁于 2012 年 3 月 9 日所立遗嘱合法有效；二、驳回朱某甲的其他诉讼请求。

一审判决后朱某甲提出上诉，广东省广州市中

级人民法院二审认为：遗嘱中“希望无变动下生活条件允许下妹妹朱某甲 18 年（后）给付朱某丙”的内容并非朱某丁将涉案房屋指定由朱某甲继承所附的条件，仅为“希望”，并非明确要求朱某甲必须或应当在 18 年后将涉案房屋给付朱某丙，最终改判，支持了朱某甲继承系争房屋的诉请。

上述案例中，二审法院以“希望”二字做了限缩性严格的文义解释与理解，最终作出改判，支持了朱某甲继承系争房屋的诉请。但是详察一审判决可见，一审法院在我国尚未设立后位继承制度的现状下，首次在判决书中明确表述“后位继承人”，必须赞叹其敢吃第一只螃蟹的勇气，这也再次将我们的目光吸引至“后位继承”。

三、案例引发的启示

（一）何为后位继承

后位继承亦称次位继承、替代继承，是指遗嘱人在遗嘱中指定某继承人所继承的财产利益，因某种条件的成就或期限到来而转移给另一继承人（或受遗赠人）的遗嘱方式。[3] 被继承人第一次指定承受其财产利益的继承人称为前位继承人或先位继承人；待约定的条件成就或期限到来而承受财产利益的继承人称为后位继承人或次位继承人。

后位继承制度是遗产所有权经过两次转移的继承制度。后位继承制度自罗马法之遗产信托制度演化而来，是为遗产利益归属之博弈的历史产物。该制度在一定程度上实现了资源的最优配置，既发挥了物之用益权，又保障了物之所有权，且可以更大程度地尊重遗嘱人的遗嘱自由，已为德国等民事立法所认可。

（二）后位继承与附条件或附期限的遗嘱继承的区别

后位继承具有以下特征：（1）只存在于遗嘱继承中，前位继承人与后位继承人都是后位继承中遗嘱人的继承人；（2）遗产的流转附有特殊条件或特殊期限，当遗嘱中所附条件无法成就时，后位继承就不会发生，前位继承人就相应取得了遗产所有权；（3）在一次继承法律关系中存在两次所有权的移转。第一次是遗产的所有权从被继承人处移转到前位继承人处；第二次是待相应的条件成就或期限到来，遗产的所有权从前位继承人处移转到后位继承人处。在第一次流转中前位继承人只对遗产享有有限制的所有权，[4] 而一旦遗嘱中所附条件成就，后位继承人就成为遗产的最终受益人，享有完全的所有权。

后位继承与附条件或附期限的遗嘱继承的区别，主要体现在以下四个方面：

一是作用不同。后位继承旨在通过遗嘱人的悉心安排与缜密设计，保障多个继承人的权利，最大程度地体现与尊重遗嘱人对个人私有财产处分的个人意志，而附条件或附期限的遗嘱继承旨在通过设定明确的条件或期限来规定遗嘱至关重要的生效要件。

二是主体不同。在后位继承中，相关的民事主体是典型的三方主体，即遗嘱人、前位继承人和后位继承人，前位继承人与后位继承人彼此间负有权利和义务；而附条件或附期限的遗嘱继承仅仅是遗嘱人和继承人两方民事主体。

三是权利不同。后位继承中，遗产的占有、使用、收益权与处分权相对分离，前位继承人通常享有的是遗产的用益权，后位继承人则享有遗产的最终所有权和处分权。附条件或附期限的遗嘱继承中，只要遗嘱生效的条件成就，继承人取得的权利就是完整的所有权（除非遗嘱人在遗嘱中作出了特别规定或限制）。

四是地位不同。后位继承中，立遗嘱人规定的期限到来或条件成就之前，后位继承人还未享有排除其他一切人、现实取得被继承人遗产的权利，因此后位继承人在前位继承阶段仅享有期待权，其继承权的最终实现取决于遗嘱中规定的全部要件是否具备，只有当要件全部具备时，后位继承人的地位才与普通遗嘱继承中继承人地位无异。

当然，也有学者认为，后位继承是将前后两次遗产利益的转移统一于一次遗嘱继承中，所以，前位继承与后位继承只是同一个遗嘱继承中相关联的两个组成部分，因此后位继承可以看做是一种符合关联性原则的附条件或附期限的法律行为。[5]

（三）后位继承制度的设立意义

遗嘱是典型的要式行为、死因行为、无相对人的单方法律行为，遗嘱自由是民法自治原则对公民处分自己财产之自由的体现。因此，尊重被继承人对财产最终安排的愿望，允许被继承人通过遗嘱来决定自己财产的最终归属，始终是各国继承立法的本位所在。虽然后位继承制度目前在我国继承法律体系中尚未明确，但随着经济的快速发展和社会的急剧转型，日益复杂的继承法律关系也需要不断更新的继承制度来调整，后位继承也能在一定程度上满足人们对遗嘱内容的多元化要求的需要。

后位继承既能体现原财产所有人（遗嘱人）的多元化需求，使其意志贯彻到身前与死后各阶段，以最大程度保障遗嘱人生前意志的实现，最大化发挥遗产价值，对某些家庭财产纠纷能够起到指引作用；也能在一定程度上通过对前位继承人之所有权进行限制，与使用权等用益物权制度对接，使其不能享有完全处分之权能，或助于解决现存的不少实际问题。如有助于去除再婚当事人与其家庭之间存在的结婚障碍，也可以起到保护生存配偶一方的合法利益的作用。

四、我们的思考

（一）设立后位继承制度的合理性所在

1．后位继承制度的设立存在法源基础

后位继承制度的雏形来源于罗马的遗产信托。遗产信托是指遗嘱人将遗产的全部或部分委托给受托人，由受托人在其死后移转于受益人的制度。罗马法之所以能产生遗产信托制度，是因为当时的市民法中对遗嘱的规定十分严格。就遗嘱能力而言，罗马的外国人由于一般无财产权，故无遗嘱能力。

为了完成遗产的转移，其便将一个市民立为继承人（受托人），委托该继承人在其死后将遗产交给所指定的第三人（受益人）。[6] 遗产信托的出现解决了以上问题，实现了遗产的转移。后位继承制度的思想就是通过遗产信托的形式出现在了罗马法中。但罗马法时期只赋予了后位继承人以债权人的法律地位，普鲁士法中后位继承人才享有了债权和支配权。[7]

2．不违反现行法律规定

法无禁止即自由。我国现行继承立法中通过附义务的遗赠和遗嘱与特留份制度之规定来限制遗嘱自由，[8]并没有明文禁止遗嘱人设立后位继承，即限制被继承人在遗嘱中指定某一继承人继承其财产利益，待遗嘱中约定的某种条件成就或期限到来而由被继承人指定的另一继承人继承上述遗产利益的模式。《民法总则》第 143 条第三款规定不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗的民事法律行为有效。

后位继承制度的适用可以充分体现遗嘱自由原则，且与我国现有的物权理论并不相悖，甚至可以弥补《物权法》中未对居住权作出明确规定的缺失，使其发挥居住权功能。《物权法》在第 117 条规定中，对用益物权人享有的基本权利作出明确规定，即用益物权人对他人所有的不动产或者动产，依法享有占有、使用和收益的权利。何为居住权呢？居住权是指非房屋所有权人对他人的房屋所享有的合法居住的权利，也属于使用权的一种。[9]

3．现有立法的客观局限

我国继承相关立法对遗嘱继承制度的规定只是原则性带过，司法实践中已经出现了因为遗嘱人订立后位继承遗嘱而造成的继承纠纷，现有的遗嘱继承制度已开始显露不足。同时，我国现有的遗嘱信托制度与补充继承制度[10]与后位继承制度虽有相似之处，但这两种制度均不能替代后位继承制度。《民法典草案》第 1152 条规定，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。其中的“但书条款”似乎也为继承人于继承开始后遗产分割前死亡时被继承人所立后位遗嘱的效力的确认打开了一扇窗。

4．满足现实中遗嘱人的多元化需求

首先是平衡其生存配偶与直系血亲之间的关系。立遗嘱人可通过后位继承制度，立下遗嘱约定，指定配偶为其继承人，可依法继承被继承人所有遗产，待配偶也去世时，将遗产归指定的子女或他人所有的遗嘱。这样既可以敦促子女孝敬老人，保障被继承人的配偶在其离世后有安身立命之所，免遭子女侵占财产的情况出现，同时又能满足立遗嘱人让其子女获得遗产的所有权的最终目的，还可以解决老年人再婚障碍之社会难题；其次，解决指定的后位继承人在遗嘱人死亡时还不具备管理财富的能力问题，有效缓解遗产利用效率与财产传承之间的矛盾，避免遗嘱人的遗产，尤其是公司产业，因为后位继承人经营不善或挥霍而毁于一旦；第三，切实保障未成年人及未出生胎儿财产权益。遗产如直接指定由未成年人继承，实际上由于该未成年人年龄还小，尚不具备管理及维护自己财产权益的能力，遗产则会由该未成年人的监护人实际控制。对于未出生胎儿来说更是如此。相反，如果引入后位继承制度，在遗嘱中先指定可信任的人为前位继承人，待未成年人或未出生胎儿成年之时再作为后位继承人继承财产，更有利于维护其利益。[11]

5．解决立遗嘱人来不及变更、撤销的现实需要及变更遗嘱的程序麻烦

《继承法》第 20 条规定遗嘱人可以撤销、变更自己所立的遗嘱。立有数份遗嘱，内容相抵触的，以最后的遗嘱为准。自书、代书、录音、口头遗嘱，不得撤销、变更公证遗嘱。理论上，即便没有后位继承制度，如果发生立遗嘱人在遗嘱中指定的继承人先于其死亡或发生特殊情形不适合继承其遗产时，立遗嘱人完全有足够的时间通过撤销、变更原遗嘱或新立遗嘱来指定新的遗产继承人。但是程序更为复杂，也不排除有时状况突然或立遗嘱人身体原因，立遗嘱人还来不及撤销、变更原遗嘱。后位继承制度的设立在一定程度上就能保障立遗嘱人的遗产处理自由意志在一份遗嘱中予以最充分的体现。

（二）后位继承制度的构建与完善

1．在民法典编纂中考虑在继承编“遗嘱继承”部分设立后位继承制度

在适用现有继承法中遗嘱的形式、遗嘱的效力、遗产的范围及特留份等基本原则，且不违背继承法的禁止性规定和公序良俗的前提下，明确对后位继承制度的主体范围、前位继承人与后位继承人的权利与义务（前位继承人占有、使用遗产的权利，后位继承人依法享有知情权、要求前位继承人提供担保的权利、监督权、求偿权）、前位继承人违约的救济方式及程序、后位继承发生的条件、后位继承消灭的事由等内容作出规定。

2．对后位继承制度予以一定的适用限制

这里，我们可以借鉴他国立法，通过对时间、次数作出一定的限制，进一步明确权利的边界，从而避免立遗嘱人将其意志无限期加注在遗产上，使物权效力长期处于不确定的权利状态，既不利于继承人对遗产的占有、使用、收益、处分，也不利于社会经济发展与商品流通。一是作出时间限制。可参照《德国民法典》规定，后位继承人的指定自继承开始后 30 年期间的届满而不生效力；[12] 二是作出次数限制。可参照《瑞士民法典》规定，立遗嘱人只能指定遗产的所有权移转两次，即除指定前位继承人和后位继承人之外，在后位继承人继承遗产之后不能再对遗产所有权的归属进行规定。

3．加强对后位继承中可能涉及的第三人合法利益的保护

如涉及不动产的遗产处理，可在现行不动产登记中增加“后位继承权利登记”，让第三人可以清

晰地知晓该不动产上的权利情况，也能切实保障后位继承人的继承权不落空，减少不必要的交易回转，增加交易成本。[13]

综上，遗嘱自由是私法自治的一个重要方面。虽然后位继承制度仍属我国《继承法》中立法空白，但自《民法总则》颁布与生效以来，《继承法》修订入典的呼声也一直较高。借鉴“他山之石”，吸收大陆法系国家成熟的继承法律制度，构建具有我国特色的后位继承制度，也不失为有益的探索与尝试。

[1] 笔者在查询资料时也发现，在有些案例中，虽然遗嘱或判决书中通篇均未出现过“后位继承”字眼，但从遗嘱内容看，其实就是对后位继承制度的运用。如（2015）宁民再终字第 38 号案。故以“后位继承”为关键字进行检索，未必能将所有所涉案件查询充分。

[2] 一审案号：（2013）穗番法民一初字第 766 号；二审案号：（2014）穗中法少民终字第 121 号。

[3] 参见卓冬青等主编：《婚姻家庭法》，中山大学出版社 2016 版，第 352 页。

[4] 前位继承人在条件未成就或期限未到来时，是否享有对遗产的所有权，是后位继承制度中的争议点之一。有人认为前位继承人并非是所有权人而应属于用益物权人，因为前位继承人享有的是“有限的所有权”；也有人认为从本质上来说，在期限未到来或条件未成就时，前位继承人对遗产是享有所有权的，只是基于其自愿负有一项对后位继承人的债务而不进行遗产的处分。

[5] 参见杨震、孙毅：“论后位继承制度的立法选择及法的构成”，载《求是学刊》2002 年 9 月。

[6] 引自周枏：《罗马法原论（下册）》，商务印书馆 1994 年版，第 618 页。转引自徐沅钤硕士学位论文“论后位继承制度的引入”，第 19 页。

[7] 引自申卫星：《期待权基本理论研究》，中国人民大学出版社 2006 年版，第 77 页。转引自徐沅钤硕士学位论文“论后位继承制度的引入”，第 19 页。

[8] 参见《继承法》第 14、21 条。

[9] 引自申卫星：“视野拓展与功能转换：我国设立居住权必要性的多重视角”，载《中国法学》2005 年第 5 期。

[10]补充继承又称为再指定继承和候补继承，是指遗嘱人为防止在被指定的继承人于继承开始前死亡，或者继承人不接受继承的情况下，在遗嘱中再指定继承人继承的情形。

[11]参见刘海娜 郭琪：“后位遗嘱的效力探析”，载 https://mp.weixin.qq.com/s?src=11&timestamp=1581311257&ver=2149&signature=*EPo-gNxY5WhFw8Qc*lWf1Xt6H8ibaqAPr9laVH76EBVCgYHtr5bv20lwAfDiBXUsbSbAf0-wJsG2qSDVml3Iox*m2j8oZooE8SY6X9011zFtatFHxVK0pRVjjULCvht&new=1，2020 年 2 月 10 日访问。

[12]陈卫佐译：《德国民法典》，法律出版社 2015 年版，第 604 页。

[13]针对动产遗产，如果前位继承人已将其转让给善意第三人，则后位继承人只能要求前位继承人进行损害赔。

原创序号：律师视点 382
核校：简牍

【周末|八股】法庭上“飞舞”的凳子

原创:: 2008-01-06 白玉兰爱股权 贾明军

https://mp.weixin.qq.com/s/1J7X5YMHXS8RG-WvoiAcAQ

我做律师 19 年了，处理离婚股权分割案件繁多、阅尽人间悲欢无数。趁“白玉兰爱股权”公众号开张之即，今天我们不谈法律关系，只聊人情故事，回味一下股权分割案件处理的那些轶事儿、透射的那些人间百态。

01
男方“阵营”飞出凳子，朝女方亲友砸去

N 年前，我在某法院开一个股权转让无效案件。

男方和女方结婚数年，家里最重要的财产就是股权。男方在离婚之前，将公司股权转让给了自己的母亲。而男、女双方名下其他共同财产也不值啥钱，女方眼巴巴指望股权分割能分得点儿钱，结果离婚时发现股权已被男方转到他母亲名下，就愤然起诉，要求确认股权转让无效。

由于是股权转让案件，因此法院公开开庭审理，双方一大群亲友都来傍听，开庭时还特意换了大法庭。大家分成“左右”两堆儿，原告左边坐了一堆人、被告右边也坐了一堆人儿。原告是女方，亲友一个个虎视眈眈地看着男方；被告是男方，亲友一个个目似不屑地盯着女方，法庭上充满了“火药味儿”。

男方的妈妈也亲自到了法庭，在谈到为什么受让股权时，男方妈妈说，是因为这些股权本来就是自己的，只不过让儿子“代持”，现在儿子和儿媳闹纠纷，怕影响自己的股权，所以转回来安全一些。男方妈妈在陈述过程中，我发现女方亲友中有人站起来拿手机对准男方妈妈似乎在拍照。我是男方代理人，就提示法官制止。法官示意让那个人坐下，不要再拍了，不然就逐出法庭。不料，女方的亲友却说：“我就是要拍，拍你个说假话、没良心的样子，让全世界人看”，他继续拍。法官一听很生气，还没有来得及说话，我就听见“呼”的一声，一只凳子从男方“阵营”飞出、砸向女方那个拍照的亲友，准准地砸在了她的胳膊上，手机也“啪”的一声，摔到了地上。

这个事发生的太快了，我们还没有来得及反映，就见女方阵营不知道哪位也把凳子抛起来，对准男方的“阵营”飞了过去。霎时间，凳子、物品满天飞，能移动的东西都“飞”起来了，法庭空中来来往往！我突然发现，有一只凳子朝我“飞”来，赶快捂住傍边助理的头，哈在桌子下面，凳子“啪”一声，砸在了我前面的桌子上！

这些事儿前后发生不过十几秒钟，我看法官似乎也呆了，书记员也是一个小年轻，一脸的懵懂，都懵了。我看到男方妈妈的头被一个东西砸中，当时血“唰”的一下流下来，掩住了眼角，很吓人。男方的爸爸不干了，只直接冲向砸的人，挥拳便打，场面乱作一团。

我大叫一声，“快叫法警”！法官哦了一声，回过神儿来，跑出去叫法警。其实法警已然听见闹腾，2 个法警冲进来，没啥用，还是制止不了。这时候，其他审判庭的法官也陆续跑过来帮忙，一个人按住一个，场面总算控制住了。一会儿，法院叫了 110，来了 2 部警车，把双方的人，包括律师都带到了警署作笔录。

这事儿给我一个经验教训，那就是如果当事人双方情绪激动、对抗剧烈，法庭开庭时，最好提示法官安排法警陪同，避免类此事情发生，这样就不用自备“头盔”了。另外，就是处理这种案件，劝当事人不要带亲友、特别是父母到庭傍听，一是不利于调解，二是让父母难过，真的没有必要。

02
女儿抄起凳子，向父亲砸去

也是 N 年前，我在浙江某地代理一个股权转让案件，我代理女方。

女方和老公都40岁左右，有一个15岁的女儿。老公是开企业办厂子的，经营的不错。很多人都说这只因为女方是“旺夫相”。我看我的当事人确实长得很好，脸庞很丰润、眼神有灵气、耳朵也挺大，据说这样的长相“旺夫”。结果老公不争气，有钱

之后外边又有了情人，还有了孩子。这个“情人”似乎也挺有“手段”的，让男方给钱以自己的名义买房、甚至开公司，很多原属于女方和男方的共同财产，就这样转到了情人的控制中。

女方发现之后非常气愤，向法院起诉离婚，法院一审没有判离。在第二次提起离婚诉讼之前，我到工商局调取工商材料，发现男方已将公司股权转让，两个人最主要的共同财产被男方转移了。知道这个消息，女方很着急，连问我怎么办，并且睡也睡不好了，我和她见面时，明显看出有黑眼圈，看得出很揪心。几次和我会面，15 岁的女儿都在场，逢妈妈掉泪之时，女儿很乖巧地掏出手绢给妈妈，让我感觉这个孩子好像比同龄人要成熟，目光中有坚毅，我印象深刻。那时候我压力也很大，反复思考对策，想了好几天，做了一个方案，让女方按方案收集证据，打股权转让无效的官司。

因为案件标的较大，股权转让纠纷一审在当地中级人民法院开庭。第一次开庭，是庭前调解，那天，男方一个朋友也没有带，自己和律师来了；另外一个被告、即受让人没有来，委托了律师出庭。傍听的没有别人，只有双方 15 岁的女儿。按说未成年人是不能参加开庭的，但因为是调解，法官也没有多想和劝阻，女儿就坐在下边听着。

调解双方意见分歧很大，男方坚持转让是为了还债，并不是有意逃避财产分割。法官一手托两家，“按着葫芦又按瓢”，动之以情、晓之以法，但没啥用，还是谈不成。最后，法官两手一摊，“唉，算了，调解不成，双方回去等法院开庭时间吧”。双方签字，男方先签的，签完就准备走了。

男方刚走到法庭门口、还没有走出去时，我傍边坐着的 15 岁女儿突然叫了一声“爸”!

“爸”!

男方分明听见了，站住了，回头朝女儿看。意思是：“咋得了”、“有啥事儿”？用目光看，也没有说话。

谁也没想到，15 岁的女儿，抄起凳子、攒足了力气，朝他亲生父亲扔了过去。只见一只很笨重的凳子灵巧地划了一道漂亮的弧线，一个漂亮的抛物线，“呼呼”挂风地向男方砸去。

男方看着女儿的愤怒，一时呆了，似乎也没有看到飞过来的凳子，也没有躲、也好像不想躲。凳子在我“哎呀”的叫声中，“啪”的一声，砸在了门上，当时凳子的两条腿儿就散架了，无力地散落在地上。

男方仍然没有动，也没有骂、也没有说话。几秒钟后，男方的眼泪“唰”的流出来了，很大的泪珠，他也没擦抹。女儿瞬间也哭了，是大哭。妈妈一把搂住女儿，女儿把头埋在母亲的怀里，呜呜不止，妈妈也哭了，小声抽泣，用手抚摸着孩子的头。

男方始终没有说话，看着女儿和他曾经的老婆、现在也依旧是老婆，目光复杂，我觉得里面不是恨、是无奈，甚至有委屈，更多的是痛苦。终于，他回了头，还是没有说话，走了。

写到这里，我都心揪了，不往下写了。总之，也给我了一个经验教训。未成年人，不论是否开庭还是调解，建议当事人都不要带到法庭。让孩子看着父母对阵“撕杀”，是残忍的。本着这个原则，我 2017 年底，在某地开庭时，强烈建议法官不要让对方安排的 9 岁和 13 岁的两个孩子开庭指证他们的父亲有错，这是为他们一家人好。

03
董事长抄起凳子，朝我砸来

N 年前，我代理一个股权转让无效案的原告，女方起诉老公转让股权无效。

男方算是很成功和幸运的，30 多岁就带领企业敲钟上市，身价不菲。并且，他是自己创业，不是接力二代，就事业来说，很牛的人。

说他幸运，不止事业，其实刚开始的爱情，也是如此。

我的委托人是女方，长得很漂亮，眼睛大大的，还没有毕业就和男方恋爱，小姑娘其实还是挺天真的。恋爱时，男方正在创业，事业刚起步，其实还没有啥钱，女方确实爱的是男方的人。

我想，那一段时间，一定是双方一辈子最幸福的人生阶段了。女孩子一毕业，就到了男方所在的城市，很早就做了家庭小主妇，照顾男方起居。男方生意越做越大、脾气也是越来越大，两个人的关系也越来越差，直到，女孩子实在受不了，搬离了那个城市回到了上海的父母身边。

我有时候在想，什么情况下男人的脾气会越来越坏呢？结合自身的经验，我觉得压力大的创业阶段，容易脾气坏，倒不是因为开始有了钱。其实，对创业者来说，往往是，有了钱，更有了压力，有钱也没时间和没地方花，因为全身心还要投入工作和企业，但是，脾气在没有升华的阶段却可能逾发坏了，当然，这也不是脾气应该坏的理由。

两个人的关系越来越差，直到有一天，女孩子发现男方在香港的上市公司股票，以“零对价”转让给了其姐姐，就来到了我们办公室。

因为股票是境外的股票，很多律师都说中国法院没办法管，女方带着不大的希望找到我们。我们经过分析和论证，在中国某省高级法院提起了赠与无效的诉讼。不出所料，立案是艰难的。那个时候，立案没有现在规范，不存在 7 天之起给你裁定的事儿，可能立案庭一句话就是结论。因为股票是在境外的，立案庭拿不准是否应该受理，这个事儿就一拖再拖，2 个月，案子也没有立上。

我们律师虽然一再联系催促，但效果不大。我就建议女孩住到该法院附近，每天上班就去找立案法官询问盯紧，表示关注。后来，某省高院裁定不受理，我们又上诉到最高院；最高院终审裁定受理，裁定某省高院审理此案。

某省高院审理此案过程也挺不容易，案子陆续打了三年，甚至是法院领导亲自出面做双方的调解工作，但一直没有调解下来。一审高院判决后，对方上诉到最高院、最高院裁定发回重审，然后又是一审、二审，官司陆续打了五年。这五年，把小姑娘要打成了“中年妇女”，五年后再见她的时候，已不是清纯的青春，眼神不再透澈，蕴含的都是经历和坚强，这也是人生的历练吧。

在离婚案件开庭时，仍然由我代理女方，这时候我算是陪她打官司的第 6 年了。开庭结束后，我也没有想到，男方开始对我“动嘴”、不停地漫骂。我当没有听见，也不回话，低头看笔录，签字。不料，后来男方竟然抄起一把凳子，朝我砸来。幸好我已经有几次法庭目睹凳子“飞舞”的经验，一不慌、二不忙，一动不动，看着凳子擦着我的衣服，从我傍边呼啸而过。

法官当时也在，他吓了一跳，凳子摔在地上后，法官很生气，让书记员叫法警，要拘留男方，却让我制止了。我说“没事儿没事，没有砸到。他心情不好，可以理解”，劝解法官算了。法官看我也不追究，让男方赔凳子钱，并口头警告不能有下次，这事儿就算了。

回上海的路上，助手问我，“他拿凳子砸你，你咋还劝法官不要拘留他？”

我说，“哎，我们官司打了五、六年，他公司也退市了，事业、爱情都没有了，心情差，可以理解，算了”。

助理还是不理解，“我咋看你一点儿都不生气呢？”

我说：“对方当事人、一个上市公司的大股东、董事长拿凳子砸你，说明你在这个案子上帮了自己当事人多少，某种角度上说明我们律师做的成功。”

助理没有再问，我内心深处其实也在自问，这种结果，我们律师是“成功”的么？

这件事给我一个经验教训，就是律师的价值到底在哪里？是不是对方输了、惨了，自己一方就是胜了、赢了，好像不尽其然。

近 20 年来，我代理的股权分割案件越来越多，感受也越来越深。人没钱时候烦恼，有了钱可能更多烦恼，关键是如何把控自己的心。不成功的家庭，再多的钱，也没有温度和幸福感。另外，看了人生百态、凳子飞舞，真心觉得人生是大舞台，台上形形色色，有的坚守、有的迷失，有的坚毅，有的迷茫，我的心情有时候也是。在办一个股权分割案件时，我们要以怎样的心态，去引导、去争取、去平衡呢？这是一个很复杂和深刻的问题。

不论如何，这些凳子飞舞的情节，永恒地飞舞在我的记忆中，时刻提醒，人生什么是最重要的，我应该做一个怎样的律师。

家事案例评论|第一案：“冷暴力“属不属于婚姻法中的“家庭暴力”？——拒绝性行为索要损害赔偿案

原创:: 2020-03-07 HOAM 陈贝贝

https://mp.weixin.qq.com/s/YJPe6upE7_87YjJrJX_6XQ

卷首语

感谢师傅杨晓林律师推荐《杨立新品百案》一书，这种案例分析方式着实有趣，不具备太多的法条教条主义，但却将法律规定以一种自然法的韵味娓娓道来。于是，我也尝试着自己“品一品”案件，落笔才发现，不管是在案情的精炼程度上，还是在评论的遣词造句上，自己还差很远，希望通过不断的思考与锻炼，自己有朝一日也能信手拈来。

案情

刘某与段某于 2015 年 9 月登记结婚，新婚之夜双方未发生夫妻性生活。后未同居生活。5 个月后刘某因此起诉离婚，并要求段某赔偿刘某精神损失 30 万元。一审法院委托鉴定机构对段某的性功能障碍进行鉴定，鉴定结论为段某的无性功能障碍。一审法院认为冷暴力也是家庭暴力，符合《婚姻法司法解释（一）》以及《婚姻法》第四十六条的规定，认为婚后段某拒绝与刘某发生性行为，给刘某造成极大心理伤害，双方又缺乏语言交流，致使夫妻感情彻底破裂，主要原因在于段某，故判决段某给予刘某精神损害赔偿 2 万元。后段某上诉，二审法院认为“家庭冷暴力”并不属于法律规定的“家庭暴力”的范畴，故撤销了有关损害赔偿的判决。【案例索引：(2017)吉 01 民终 1666 号】

评论

经常有人会探讨冷暴力属不属于家庭暴力，能不能要求对方损害赔偿，本案一审的判决是一个很有开拓性的判决，代表了很大一部分人的声音，而二审则由又归传统审判思路。但是无论如何，这也是所检索到 118 个案例中唯一一个至少曾经支持过冷暴力为家庭暴力的案件，很有可探讨的趣味。

我们国家不同法律中的“家庭暴力”可谓自成体系，《反家庭暴力法》中的家庭暴力是一套，《婚姻法》及其司法解释中的家庭暴力又是一套，各种权益保护法中还有一套。婚姻法的规定还算是完备些，但没有任何一套明白规定了冷暴力属不属于家庭暴力，于是法解释学又大大派上了用场，但是法解释学往往又是服务于目的解释的，说白了就是你想实现冷暴力属于家庭暴力的目的，那就属于，你

想实现冷暴力不属于家庭暴力的目的，那就不属于，最终这个问题就成了那万紫千红的一千个哈姆雷特，你说这个属于，我说那个不属于。幸亏，我们的司法审判一直都是克制的，可能导致司法混乱的哈姆雷特们一定会遭到斩杀，所以实践中基本上统一口径地认为冷暴力不属于家庭暴力。这不符合对于人权的保护，因为人们的生活常识早就告诉我们，有时候冷暴力的伤害比“热暴力”的伤害更严重，而所谓损害赔偿就是为了赔偿伤害的。但是，这对于家庭暴力保护立法刚刚起步的我国来说，可谓是稳定司法裁判的必选之路，对于一国的裁判体制来说，在法律尚未明确前，保守一点才能使得万年船，有时候整体裁判的稳定比个案的公平公平更重要。

冷暴力和感情破裂难以区分是冷暴力难以进入家庭暴力范畴的又一个障碍，所谓被控诉实施家庭暴力的人完全可以说是因为双方的感情已经破裂，自己对另一方已经不爱了，所以没有心情说话交谈，更没有心情进行性生活。我们的法律不能强迫一个人说话，更不能强迫一个人与他人进行性生活，即便是夫妻之间也不可以，因为这明显是反人道的。这对于主张对方冷暴力的一方当然也是不公平的，毕竟不言语和不性生活这些事情也违反夫妻之道，无视了一个人最基本的需求。也许在这种两难的情况下，尽快起诉离婚是比呼吁冷暴力纳入家庭暴力的范畴更能减少伤害的方式了。

世界上的其他国家，比如法国，法律上曾长期对这种冷暴力视而不见，但是渐渐地，法国的社会也开始重视冷暴力，并专门定义了冷暴力。随着我国对于妇女权利保护意识的提升，希望冷暴力的立法也终有一天会提上议程。

家事法规则

婚姻法司法解释一第一条对于家庭暴力的认定为：“‘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。”

反家暴法第二条规定：“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。”

陈贝贝
北京天驰君泰律师事务所律师助理

股东低价转让股权，配偶权益维护路径探析丨审判研究

原创:: 2020-03-07 审判研究 郭喜平 何木永
https://mp.weixin.qq.com/s/-scFa_LP6aV7iUTNTIe6fQ

郭喜平 何木永 上海兰迪律师事务所

股权转让是公司经营过程中的常见问题。一般而言，股权转让是基于公司经营中股东的正常退出，但现实中却存在着意图通过股权转让从而转移夫妻共同财产的案例。对于婚姻存续期间以夫妻共同财产投资所取得的公司股权，如果转让时价格过低，势必会损害股东配偶利益。

倘若股权登记方在未征得配偶同意的前提下，与第三人签订股权转让协议，将股权以低价承债式（即第三人承担或清偿目标公司的债务，以作为其购买股权的对价）进行转让，股东配偶的合法权益应如何维护？下面，我们结合一个典型案例，分析股东配偶提起撤销权之诉、确认合同无效之诉等维权路径在司法实务中的操作性和可行性，提出股东配偶如何防范股权转让风险的法律思考和建议。

一、典型案例［1］

1979 年，李某忠、张某杰夫妇登记结婚。2001 年，两人以夫妻共同财产出资设立 SY 公司。

2008 年 7 月，SY 公司股东变更成李某忠和儿子李某华两人，张某杰退出公司，案涉股权转让前 SY 公司注册资金已增资至 11500 万元人民币，其中李某忠股权占比 70%，儿子李某华股权占比 30%。

2009 年 11 月，李某忠、李某华（甲方）与 ZCJ 公司（乙方）签订一份《股权转让协议》，将李某忠、李某华持有的 SY 公司 100%的股权及 SY 公司控股或参股公司的全部股权以 1 元人民币的价格承债式一并转让给 ZCJ 公司。在签订股权转让协议时，SY 公司对外负债高达 28 亿，而资产总共约 20 亿元，已严重资不抵债。双方依据协议约定完成了股权变更工商登记及股权转让款的支付。

随后，李某忠的配偶张某杰就《股权转让协议》以李某忠无权处分夫妻共同财产为由向辽宁省昌图县人民法院提起撤销权之诉，该案经一审、二审被法院裁定驳回起诉；张某杰不服又向最高人民法院申请再审，最高人民法院最终于 2015 年 11 月 20 日驳回再审申请。

2014 年 12 月，张某杰就《股权转让协议》以李某忠无权处分夫妻共同财产为由又向大连市中级人民法院提起确认李某忠、李某华与 ZCJ 公司之间的股权转让行为无效，其签订的《股权转让协议》无效，股权登记恢复原状之诉，后经两次撤诉起诉，于 2016 年 2 月，张某杰第三次以相同事实和理由再次向该中院起诉，该中院于 2017 年 8 月 18 日作出一审判决，驳回张某杰的诉讼请求。张某杰不服向辽宁省高级人民法院提起上诉，辽宁省高级人民法院于 2019 年 5 月 28 日作出驳回上诉，维持原判的终审判决。

上述案例所涉股权为夫妻关系存续期间注册成立的公司股权，投资款项来源于家庭财产，公司注册资本经增资后为 11500 万元人民币，股权最初登记在丈夫李某忠和妻子张某杰两人名下，后股权变更登记至丈夫李某忠（70%）和儿子李某华（30%）两人名下。

在丈夫李某忠和儿子李某华与 ZCJ 公司签订《股权转让协议》并完成工商变更登记后，妻子张某杰以未经其同意为由起诉至法院，先是请求撤销《股权转让协议》未果后，又起诉至法院请求确认《股权转让协议》无效，被驳回诉请。股东配偶张某杰的诉请为何得不到法院裁判支持呢？类似情形下，股东配偶应当如何认识和理解相关法律规定，如何依法维护自己的权益？

二、股东配偶就股权转让行为提起撤销权之诉的路径探析

我们先来看看股东配偶张某杰请求撤销《股权转让协议》失败的原因是什么？

张某杰起诉请求撤销《股权转让协议》，撤销权之诉历经一审、二审和再审申请等环节。最高人民法院在该案驳回再审申请的裁定书中就“股东配偶是否具备行使撤销权的主体资格”的问题进行了详细阐释。

《合同法》中规定“撤销权”的有两类，一类是第 74 条规定的“债权人撤销权”，另一类是第 54 条规定的“当事人撤销权”。

1. 债权人撤销权的主体是债权人，其行使的条件是：债务人放弃其到期债权或者无偿转让财产，对债权人造成损害的；或者债务人以明显不合理的低价转让财产，对债权人造成损害，并且受让人知道该情形的。

前述案例中，张某杰与李某忠、李某华分别是夫妻和母子关系，张某杰是以案涉股权的实际所有人和共有人来提起撤销权诉讼，明显不具备债权人撤销权的主体资格，故显然不适用债权人撤销权之诉。所以，关键在于张某杰是否具备当事人撤销权的主体资格。

2．《合同法》第 54 条规定：“下列合同，当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销：（一）因重大误解订立的；（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，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。”

上述规定表明，当事人撤销权的主体仅限于“合同当事人”。合同法所称的当事人，是指以合同一方主体身份出现，并与对方当事人进行要约和承诺活动的人。就该案而言，案涉《股权转让协议》的出让方为李某忠和李某华，受让方为 ZCJ 公司，股东配偶张某杰不属于合同的任何一方当事人，基于前述法律规定，张某杰则不能以合同当事人身份撤销其他民事主体之间达成的合同。

综上，张某杰既不符合债权人行使撤销权的情形，也不符合当事人行使撤销权的情形，故而诉请被法院驳回。

三、股东配偶就《股权转让协议》提起确认合同无效之诉的路径

提起撤销权之诉的路径走不通之后，妻子张某杰随后又向法院提起确认《股权转让协议》无效之诉。然而该案的一审和二审仍然均以败诉告终。下面，笔者将就此类情况下《股权转让协议》的效力问题以及股东配偶能否就此维权进行分析。

1. 先基于物权变动的区分原则分析《股权转让协议》的效力

《股权转让协议》的签订，从法理上说应属于负担行为，而非处分行为。所谓负担行为是指一个人相对于另一个人承担为或不为一定行为之义务的法律行为，是在请求权领域贯穿意思自治的工具，它的首要义务是确定某项给付义务，仅使合同双方当事人产生了债权债务关系。而处分行为则是在支配权领域贯穿意思自治的工具，处分行为才会发生不动产或动产权利的变动。

具体到《股权转让协议》而言，协议的签订并不直接发生股权的移转或消灭效果，只是对于签订《股权转让协议》的双方来说，一方负有了转移股权的义务，另一方负有了支付股权转让款项的义务。只有在双方至工商行政管理部门办理了股权变更登记手续并支付了股权转让款项时才发生了权利变动的效果即双方进行了处分行为。

另外，最高人民法院《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第三条规定：“当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的，人民法院不予支持。”该规定体现的精神，就是指买卖不具有处分权的标的物的行为对于负担行为即买卖合同仍然有效，只不过是转移标的物权属的处分行为无效，不发生股权变动的效力。因此，无论诉争的股权是否属于夫妻共同财产，也无论股东是否有权处分案涉股权，均不影响股东与第三人签订的股权转让协议的效力。

2. 再分析《股权转让协议》是否具备《合同法》第 52 条规定的无效情形

根据《合同法》第五十二条规定：“有下列情形之一的，合同无效：（一）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；（二）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；（三）以合法形式掩盖非法目的；（四）损害社会公共利益；（五）违反法律、行政法规的强制性规定。

在（2017）辽民终 1170 号案例中，ZCJ 公司向法院举证证明了在取得主管机关、目标公司债权债务处理监管领导小组以及主要债权人认可的情况下，才与李某忠、李某华签订了《股权转让协议》并取得了股权。而股东配偶张某杰在该案一审、二审中均未能提供证据证明股权转让过程中存在欺诈、恶意串通等符合《合同法》第五十二条规定中的任何一种情形。因此，辽宁省高级人民法院二审最终认定了李某忠、李某华与 ZCJ 公司签订的《股权转让协议》是合法有效的。

需要强调的是，股权作为一种特殊的财产权利，股东的配偶基于股权所享有的共有财产权利只能体现在股权所对应的财产性收益，即转让股权所取得的对价，而非股权本身。因此，配偶以股权系夫妻共同财产未经其同意无权转让的主张是没有法

律依据的，自然难以获得法院的支持。

当然，股东配偶要想主张登记股东与第三人签订的《股权转让协议》无效并非全无办法。

例如，在（2018）最高法民终 851 号一案中，股东的配偶同样向法院起诉要求确认股东与第三人之间签订的《股权转让协议》无效。在这一案件中，股东的妻子即原告进行了充分的举证，有力地证明了股东即丈夫张某与第三人之间存在恶意串通损害他人利益的行为。因此最高人民法院最终判决支持了原告诉请，认定登记股东与第三方签订的《股权转让协议》无效。

综上所述，股东配偶如果选择就《股权转让协议》提起确认合同无效之诉，应当举证证明《股权转让协议》具备《合同法》第五十二条规定的合同无效情形，否则这一维权路径往往也难以实现。

四、股东配偶以无权处分为由提起返还股权之诉的路径

最高人民法院在（2015）民申字第 1342 号裁定书中指出，股权虽非《物权法》意义上的物，但以股权为买卖标的的合同与通过买卖的方式转让受让物之所有权的合同在性质上相同，均以权属变动为合同目的。据此，如果股东的配偶（未登记为股东的一方）认为股东处分股权的行为侵犯了其共有权，可以参照《物权法》第一百零六条关于“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，但受让人善意取得的除外”之规定，向有管辖权的法院提起返还股权之诉。

这似乎为股东的配偶（未登记为股东的一方）提供了又一种法律适用的思路。那么，倘若股东配偶（未登记为股东的一方）以无权处分为由提起返还股权之诉，能否达到预期的维权目的呢？。

1. 夫妻共同财产仅包括股权的财产性权益，不包括股权的身份性权益

关于在婚姻存续期间以夫妻共同财产投资所取得的股权是否为夫妻共同财产的问题，在司法实务中的争议并不少见。《婚姻法》第十七条中规定，“夫妻在婚姻关系存续期间所得的生产、经营收益，归夫妻共同所有。”《婚姻法》司法解释二第十一条规定，“婚姻关系存续期间，一方以个人财产投资取得的收益属于婚姻法第十七条规定的‘其他应当归共同所有的财产’。”由此可见，在婚姻关系存续期间，不论股权本身的投资来源是个人财产抑或是夫妻共同财产，股权所带来的收益都属于夫妻共同财产已有明确法律规定，实务中也无争议。然而，上述法律均未规定带来收益的股权本身属于夫妻共同财产。

此外，《婚姻法》司法解释二第十六条中关于离婚案件中夫妻共同财产中以一方名义在有限责任公司的出资额，另一方不是该公司股东的情形下如何进行财产分割的规定也进一步印证股东的配偶（未登记为股东的一方）并非股权的“法定共有权人”，股东配偶若想取得股东身份还需要满足特定的程序和条件。

值得注意的是，最高人民法院在近年来作出的相关判例中显示出了“夫妻财产共有关系指向的仅是股权的财产性利益”的司法观点。

在（2018）最高法民终 851 号一案中，一审法院天津市高级人民法院认为，股权的合法转让主体是股东本人，而不是其所在的家庭，法律亦未规定股东转让股权需经配偶同意。股东的配偶（未登记为股东的一方）基于股权所享有的共有财产权利体现在股权所对应的财产性收益，即转让股权所取得的对价。股东配偶主张股权系夫妻共同财产，未经其同意无权转让股权的诉请，缺乏依据，不能成立。最高人民法院在二审时对上述观点予以维持。

无独有偶，最高人民法院在（2018）最高法民申 6275 号裁定书中进一步指出，根据股权的特点，离婚纠纷关于股权是否为夫妻共同财产的争议指向应是案涉股权的财产权益部分，股东配偶是否能够取得股东身份需要根据《婚姻法》司法解释二第 16 条相关规定处理。换言之，股东及其配偶在婚姻关系存续期间的共有财产关系应当指向的是股

权的财产权益部分，而不是股权本身。

2. 股东的配偶（未登记为股东的一方）不属于法定股权共有人，不享有返还请求权

基于前文分析，既然夫妻在婚姻关系存续期间以共同财产投资所取得的股权本身不属于夫妻共同财产，股东及其配偶共有的仅是股权的财产性权益，因此未登记成为股东的一方并不具备股权的共有人身份。而《物权法》第一百零六条规定的无权处分适用的前提，则是“所有权”人认为无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的，有权追回。因此，夫妻中未登记成为股东的一方也就无权依据《物权法》第一百零六条的规定向法院起诉要求行使返还请求权。故股东的配偶（未登记为股东的一方）以无权处分为由提起返还股权之诉，在很大程度上仍然无法达到预期的维权目的，难以得到法院裁判的支持。

当然，即使考虑到股权除了具有财产权属性，还包括一定的身份权、人格权等内容，对于以夫妻共同财产在有限责任公司出资但登记在夫或妻一方名下的股权，是否属于夫妻共同财产尚存在争议，但对于该股权转让后所得价款为夫妻共同财产是无争议的。因此，夫妻中未登记为股东的一方是有权请求依法分割股权转让款的。

需要特别说明的是，在夫妻双方均具备股东身份的情况下，特别是在夫妻公司中，夫妻双方所享有的股权均为夫妻共同财产，在离婚时并不以工商登记中所载的股权份额作为股权分割的依据，原则上应当进行均等分割，除非双方之间存在夫妻财产方面的有效约定。

五、余论：给股东的配偶（未登记为股东的一方）的法律建议

实践中，登记股东为了不使自己名下股权被配偶分走，在配偶不知情的情况下有意将股权转让给第三方的情形并不少见，在夫妻感情出现问题乃至一方向法院提起离婚诉讼的情况下尤甚。虽然股东配偶有权向法院请求分割股权的转让款，但是在股东将股权低价转让的情形下，股东配偶的利益势必会受到或多或少的损害。在此，结合现行法律规定，给股东的配偶（未登记为股东的一方）提供一些法律建议。

1. **事前：**尽量进入公司成为股东，哪怕少量持股，以确保股权转让发生时知情；或者为了打消对方的顾虑，可以把公司的经营决策投票权让渡给对方以换取股东身份。

2. **事中：**婚内分财，离婚案件中，被告不同意离婚的前提下，第一次判离的可能性比较小，中间要间隔 6 个月才能再次起诉离婚，在此期间持股一方有可能会转让股权，非持股一方可提起婚内财产分割之诉，当然前提是有证据证明对方有转移、隐藏夫妻共同财产的行为，但至少可在诉讼中申请法院冻结股权，以防止股权被私自转让。

3. **事后：**股权回转，这是最直接有效的方式，启动诉讼请求确认转让无效，当然这需要强有力的证据支撑来证明转让人和受让人存在恶意串通行为，或者证明受让人不属于善意受让人，才有可能会被法院确认股权转让无效，达到股权回转的目的。实践中对于配偶来说举证非常困难，但是即使达不到股权回转的目的，也要尽可能搜集证据，让证据在盖然性上让法院相信转让方的恶意与夫妻财产权益受损的目的。

4. **损害赔偿：**上述几种方式都未达目的，还可在离婚之诉中提出或另案起诉，就系争股权转让的受损部分要求侵权人进行赔偿，这个也算是最后的救济途径，如果在股权转让无效案件中能够达到让法院认定转让方的恶意或者受让方的非善意，则可能通过此途径达到维权目的。

当然，笔者也想给登记股东一些小小的建议：不应当把小心思花在一些得不偿失的地方，恶意转移夫妻财产在离婚财产分割时可能会导致自身不分或是少分的结果；假若真得有必要对外转让股权的话，与第三人签订的《股权转让协议》内容以及股权转让款的数额应当合理合法，切勿出现恶意串

通、转移夫妻财产的情况。

[1] 辽宁省高级人民法院（2017）辽民终 1170 号。

郭喜平，上海兰迪律师事务所高级合伙人，曾任上海政法学院兼职教授；长期致力于家族（企业）治理与财富传承、婚姻家事及投融资方面的诉讼及非诉讼法律服务。曾代理多起资产过亿家事案件，并担任数十家企业常年法律顾问，提供企业治理及投融资等方面的全程法律服务。

何木永，上海兰迪律师事务所实习律师，执业领域为家族（企业）治理与财富传承、婚姻家事及公司治理和投融资等方面的诉讼及非诉讼法律服务。

原创序号：律师视点 383

核校：简牍

婚内财产协议范本丨高杉 LEGAL

原创：2020-03-08　高杉 LEGAL　邱静

https://mp.weixin.qq.com/s/5pzp6EZRPzm3VQj1qbXj0g

婚内财产协议范本及使用注意事项

作者丨邱静（清律律师事务所管理合伙人

笔者此前已陆续在高杉 LEGAL 发表了《离婚协议范本及使用注意事项》（已更新至第四版）、《婚前协议范本及使用注意事项》，均得到了业内同仁的肯定，实践中也被广泛地传播和使用。

现笔者推出婚姻家事协议范本系列之三——《婚内财产协议范本及使用注意事项》，力争在各个婚姻阶段都为大家提供专业的法律支持。

【特别说明】

1、婚内财产协议中涉及到需要办理变更登记的财产（如房产过户/加名、车辆/股权过户等），切记、一定、务必在协议签署后及时办理变更登记，因任何原因暂时无法办理变更登记手续的，切记、一定、务必对婚内财产协议进行公证！

2、本协议范本仅约定婚前、婚后财产的归属及简单的债务分担。

3、本协议范本不对双方在夫妻关系存续期间如何分配家庭开支进行约定。

4、本协议范本主要考虑普适性的需求，内容设定相对简单，仅列举常见的财产约定表述，更适用于财产结构不太复杂的家庭，如双方财产类型多、价值大，则本协议并不适用。

5、本协议范本既不是针对任何人的法律咨询，笔者也不对直接使用本协议范本的行为承担任何责任。

6、如您对本协议范本的条款有疑问、拿不准是否能直接使用，或者本协议范本不能帮助您解决具体问题，请付费请专业律师量身定做。

【婚内财产协议范本】

婚内财产协议[1]

男方：【李雷】[2]
证件类型及号码：【身份证，123456199002023210】[3]

女方：【韩梅梅】
证件类型及号码：【身份证，123456199001013201】

男、女双方于【】年【】月【】日办理结婚登记。现经协商一致，就夫妻之间婚前及婚姻关系存续期间的财产事宜签署本协议如下，以资共同遵守。[4]

1 财产约定[5]

【可选择类型一：财产原则为各自所有、部分约定为共同所有】[6]

男、女双方确认：除本协议明确约定为夫妻共有的财产或直接登记为双方共有的财产以外，双方结婚前及婚姻关系存续期间的其他财产，无论是何时以何种方式获得的，无论谁出资，无论婚姻关系存续期间是否有共同还贷、是否存在共同生产/经营/投资等任何情形，且无论另一方是否知悉该等财产的存在，各自名下登记的或者各自保管或掌握的一切财产，该等财产或者因该等财产产生的任何收益（包括但不限于孳息、自然增值、生产/经营/投资收益、交易所得对价），均为各方的个人财产，归各方单独所有，任何时候都不属于夫妻共同财产。

双方对约定为夫妻共有或者登记为共有的财产具有共同、平等的处置权；双方对各自名下的个人财产均有完全自由、独立的处置权，对该等财产的处置无需征得对方同意，对方亦无权干涉。

双方对财产的具体约定如下：

1.1 房产[7]

【男方】自愿将其婚前购买的、登记在【男方】名下的位于【】的房产，约定为双方的夫妻共同财产，男女双方各享有该房产 50%的产权。【男方】应当自本协议签订之日起【三个工作日】内办理完毕该房产的所有权人变更登记手续，将【女方】增加为共同所有人。

1.2 股权[8]

【男方】自愿将其婚前已取得的【有限公司名称】的全部股权，约定为双方的夫妻共同财产。本协议签订后股权仍登记在男方名下，但该等股权对应的包括但不限于分红、增值、转让款等任何形式的财产性收益，均由男女双方各享有 50%的权益。

【可选择类型二：财产原则为共同所有、部分约定为个人所有】[9]

除本协议明确约定为一方个人财产的情况以外，男女双方婚姻关系存续期间的其他财产均为夫妻共同财产。双方对共同财产享有共同、平等的处置权；对约定为一方个人所有的财产，该方对个人财产享有完全自由、独立的处置权，对该等财产的处置无需征得对方同意，对方亦无权干涉。

1.1 房产[10]

双方自愿将登记在【男方、女方】名下的位于【】的房产，约定为【女方】个人单独所有，【女方】享有该房产 100%的所有权，【男方】对该房产不再享有任何权益。鉴于该房产目前尚有购房贷款未偿还完毕，【男方】在此自愿同意与【女方】共同偿还剩余房贷，但男方不对该房产、还贷款项及相应的增值等享有任何权益。【男方】应当自本协议签订之日起【三个工作日】或【房产满足过户条件之日起三个工作日内】（以较早者为准）完成该房产的所有权人变更登记手续，将该房产登记为女方单独所有。

1.2 股权[11]

【男方】持有的【有限公司名称】的全部股权，无论【女方】是否在婚姻关系存续期间参与经营管理，双方自愿约定该股权及因该股权产生的分红、增值、转让款等任何收益均始终为【男方】个人单独所有，不属于夫妻共同财产。

1.3 其他财产[12]

婚姻关系存续期间，各方受赠、继承所获得的一切财产，无论相关的赠与协议或遗嘱中是否写明为赠与/遗留给一方所有，该等财产均为受赠/继承一方的个人财产，不属于夫妻共同财产。

2 债务约定[13]

2.1 男、女双方确认，截至本协议签署之日，双方不存在任何共同债务，对于一方所负的债务，

无论是婚前或婚后产生，在谁的名下则由谁全额承担，与另一方无关。

2.2 在婚姻关系存续期间，双方如因家庭共同生活或共同生产经营需要而发生的债务，必须有双方共同签字、确认愿意共担债务的书面文件方可视为夫妻共同债务，无双方共担债务的明确表示及共同签字的书面文件则视为个人债务，均由举债一方个人承担全部责任。

2.3 在婚姻关系存续期间，一方单独对外举债时必须向债权人明示本财产约定，告知债权人该债务系其一方个人债务，另一方不承担还款义务，因此产生的一切后果均由举债一方自行承担。

2.4 如经法院判决或调解等司法途径确认一方确需对外共同承担另一方的债务的，则该方在偿还债务后有权就己方承担的全部债务、或者超过己方承担份额的部分向另一方追偿，另一方应在收到通知后的 10 日内一次性支付完毕。另一方未能按期支付的，应按照年利率 24%的标准支付违约金，并赔偿实际偿债一方因此遭受的一切损失，包括但不限于诉讼费/仲裁费、律师费、公证费、鉴定费、差旅费等。[14]

3 其他

3.1 本协议内容为各方自愿达成，并自愿接受本协议的约束。各方签订本协议时已经明确全部的权利义务内容，并明确本协议是对哪些财产归一方个人所有哪些财产归夫妻共同所有做出的夫妻财产约定，而不是以登记离婚或者到人民法院协议离婚为条件的财产分割协议。[15]

3.2 双方确认，无论本协议约定的各项财产是否已经按照约定完成交付或完成所有权人变更/转移登记，本协议关于财产的所有约定均不得因任何原因撤销，即双方均明确放弃任意撤销权。[16]

3.3 各方签订本协议书时，意思表达独立、真实、合法、有效，无智力及精神异常及欺诈、胁迫、重大误解等情形存在。

3.4 在履行本协议的过程中若发生争议，双方应当友好协商，协商不成的，任何一方有权向人民法院起诉。

3.5 本协议一式两份，男女各执一份，自双方签字之日起生效。

（以下无正文，为签字页。）

男方（签字）：[17]
女方（签字）：
【】年【】月【】日
【】年【】月【】日

【范本使用注意事项】

[1]①根据《婚姻法》第十九条第一款的规定，夫妻财产约定应当采用书面形式，如没有书面财产协议，除非双方均认可或有证据足以表明存在财产约定合意，否则无法认定夫妻财产约定成立。因此，如想要就夫妻财产作出特别约定，应当采用书面协议的形式；

②文中所有“【】”内的内容，在实际使用时根据不同的具体情况准确填写相应信息；

③为保证字句清晰，便于阅读，建议使用打印版的协议，不建议使用手写版；

④应在协议的每一页下方注明页码，建议格式为“第 x 页/共 y 页”；如协议内容超过 1 页的，双方均应在每一页的下面分别签字按手印，以防止一方恶意在中间加页。

[2]协议中涉及的所有人名都应当是与其本人身份证、护照等有效身份证件上所载名字一致的全名。

[3]如果是中国公民，应附上本人的身份证号码，如果是非中国公民的，则应附上其他有效身份证件的名称及准确号码，如美国护照、香港永久性

居民身份证等。

[4]根据《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）》（以下称“《婚姻法解释三》”）第 6 条的规定：男女双方在婚前或婚姻关系存续期间约定将一方所有的房产赠与另一方，赠与人在赠与房产变更登记之前撤销赠与的，适用《合同法》第一百八十六条有关撤销赠与的规定，即：不认为将一方个人所有的房产（如一方婚前全款购买的房产）约定为夫妻共有是夫妻之间有关财产的约定，而认为是一方的赠与，应适用于《合同法》关于赠与一节的规定，除非夫妻间该种赠与具有道德义务性质或者经过公证等，否则赠与人在赠与房产的权利转移之前可以撤销赠与。实践中，仅有少部分地区的少部分法院突破《婚姻法解释三》的该条规定，将此种关于房产归属的特殊约定认定为夫妻财产约定，不支持赠与一方根据《合同法》第一百八十六条行使任意撤销权，但绝大部分法院对此仍是按照赠与处理，支持赠与一方行使任意撤销权，这也与最高人民法院对于该条规定的立法目的、理解适用意见相一致。进一步，在将夫妻一方将其个人所有的房产约定为夫妻共同财产的情况下，部分法院会考虑此类财产约定是否具有道德义务性质而不支持赠与一方行使任意撤销权，但夫妻间什么样的约定属于道德义务并没有客观标准，往往需由法官行使自由裁量权，这也导致全国各地法院存在大量同案不同判的情况。因此，在目前的司法实践背景下，如果夫妻双方是因为一方出轨、或者带有促使双方更好地履行夫妻间忠诚义务的目的等原因签署此类婚内财产协议的，建议在协议中写明协议签署的原因、背景或目的，将该等财产约定赋予一定道德义务性质，以尽可能限制赠与一方行使任意撤销权，保证受赠人的权益。

特别提醒：常见的“忠诚协议”实际上也属于夫妻婚内财产协议，但夫妻双方往往会在忠诚协议中作出类似“如一方出轨，离婚时则净身出户”的约定，请注意，这种对将来离婚时的财产如何分割的约定是无效的，具体原因见后文第[15]点分析。

[5]根据《婚姻法》第十九条的规定，夫妻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。因此，一般对于婚姻财产的约定有 3 种类型：①财产全部为个人所有、无夫妻共同财产；②财产部分为个人所有，部分为夫妻共同所有；③婚前、婚后财产全部为夫妻共有。考虑目前较为多见的使用场景，本协议范本选取了前 2 种约定财产类型提供参考。实际使用时请选择符合自己需求的类型即可。如约定婚前、婚后的财产一律为夫妻共有的，则根据本协议范本关于共有财产的相关表述进行调整即可。

[6]本条款为针对婚前、婚后财产均为个人财产，仅部分特定财产为夫妻共同财产的概括性约定，即除非明确约定为夫妻共有或登记为共有，否则婚前、婚后一方名下的财产无论如何被处置、转化，无论另一方是否对该财产作出贡献（出资、共同管理经营等），该等财产在任何时候都不属于夫妻共有。签署此类协议时应谨慎确认文字表述、财产信息的准确性，结婚后也应注意自己资产与对方资产的隔离，避免混同（尤其货币资产）。

[7]此处仅列举房产本为一方婚前个人财产，但约定为夫妻共同财产的情况。应写明房产是登记在谁的名下，准确填写具体坐落位置（以房产证记载的位置为准进行表述）、房产证号；尚未取得房产证的，应写明购房合同签署时间，并以购房合同上所列地址为准进行表述。拟对多套房产进行约定的，应分别列明。

特别提醒：如前所述，将夫妻一方个人所有的房产（如一方婚前全款购买的房产）约定为夫妻共同财产系房产所有权人一方的赠与行为，在变更产权登记即房产过户/加名之前，赠与人有权撤销赠与。因此，为了保障受赠人的利益，一定要在签署完毕财产协议后及时办理房产过户/加名，否则赠

与人可撤销赠与!如果尚未取得房产证或因故无法及时办理房产过户/加名的，双方一定要对婚内财产协议进行公证，以限制赠与人在办理过户/加名前撤销赠与!

[8]此处仅列举一方将其婚前已取得的股权约定为夫妻共同财产的情况,应写明标的公司的名称。如果双方拟对一方或双方婚前、婚后的全部股权进行特别约定的,应当分别写明股权的具体信息和股权及财产性收益权在夫妻间的权利归属、比例。对于股权/股票类财产,建议可明确约定仅股权/股票对应的现金利益为夫妻共同财产,可一定程度限制另一方通过夫妻关系及夫妻财产分割制度对另一方经营公司产生影响。

[9]本条款为针对仅部分特定财产为个人所有、其他财产仍为夫妻共同财产的概括性约定的类型，仅简要列举常见的财产约定表述。根据《婚姻法》第十九条的规定,对于婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产，没有约定或约定不明确的，适用《婚姻法》第十七条关于夫妻共同财产、第十八条关于一方个人财产的规定，因此，在夫妻财产协议中约定哪些财产为个人所有,其他财产为夫妻共有的类型相对简单,仅需依照本协议范本的相关表述，将约定为个人所有的财产一一列明即可。

[10]此处仅列举房产本为夫妻共同财产,但约定为一方个人财产的情况。应写明房产是登记在谁的名下，准确填写具体坐落位置（以房产证记载的位置为准进行表述）、房产证号；尚未取得房产证的，应写明购房合同签署时间，并以购房合同上所列地址为准进行表述。拟对多套房产进行约定的，应分别列明。如不涉及购房贷款，删除无关表述即可。

特别提醒:虽然该类将夫妻共同财产约定为一方个人财产的情况，不同于《婚姻法解释三》第六条中一方将其个人所有的房产赠与给另一方的情况，本应为夫妻财产约定而非赠与，应当排除适用赠与合同中的任意撤销权,但实践中仍很多法院采取一刀切的做法,认为将夫妻共同所有的房产约定为一方个人所有的,性质上还是夫妻一方将其所有的 50%产权赠与给另一方，仍然必须办理所有权变更登记手续,否则赠与一方在房产变更产权登记之前有权撤销赠与。因此，再次提醒，为了保障受赠人的利益，不管任何情况，切记、一定、务必要在签署完毕财产协议后及时办理房产过户,对车辆等其他需要过户的财产，也应及时办理过户!! 因故无法及时办理过户的,一定要对婚内财产协议进行公证!!

[11]如将一方个人所有的股权约定为另一方所有,或者将双方共有的股权约定为其中一方个人所有的，还应写明办理股权转让的时间，并及时办理工商变更登记手续。但应注意股权转让应受公司法相关规定的约束。

[12]此条明确约定了在婚姻关系存续期间,一方受赠、继承的财产始终为一方的个人财产，如果无此约定，且相应的赠与协议/遗嘱中也没有明确由夫妻一方个人所有的，则受赠/继承的财产为夫妻共同财产。

[13]本协议范本仅设定无共同债务的一种情形。为保障未举债一方的利益，本协议范本对夫妻共同债务的约定以是否共同签字书面认可债务共担为标准，在实际执行过程中，如发生需要配偶配合签署债务文件的，务必要仔细看请文件内容、充分理解自己可能要承担的责任后再签字。如需要将某些债务约定为共同债务的,应写明发生债务的原因、发生时间、债权人信息（应附上身份证号，如债权人是公司的，则应写明公司的准确名称、统一社会信用代码号）、债务总额、利率、还款时间、已偿还金额、剩余未偿还金额、甚至各自负担债务的比例、追偿条款等。

[14]在本条款中应保障在个人债务的情况下，一方在实际为另一方承担了债务后有追偿的权利，

以及负债一方的准确还款时间，以便计算逾期付款违约金，督促其及时付款。在《全国法院民商事审判工作会议纪要》（九民会纪要）生效前，各地法院根据《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第二十六条规定能够支持的民间借贷年利率上限是 24%，实践中在处理各类逾期付款违约金时，如果双方约定的违约金利率较高，法院通常也是依照年利率 24%的上限标准进行调整的，但在《全国法院民商事审判工作会议纪要》（九民会纪要）生效之后，法院裁判贷款利息的基本标准变为了全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率，至于法院判断逾期付款违约金是否过高的标准是否随之变化，目前尚无明确规定，实践中亦无统一标准。因此，本协议范本中暂时仍将付款方的逾期付款违约责任约定为年利率 24%。

[15]婚内财产协议中仅应对特定财产在夫妻关系存续期间是个人财产还是共同财产做陈述性表述，切忌使用诸如“离婚时财产归谁所有”、“一方再出轨则净身出户”之类的表述，避免被错误解读为是对离婚时财产如何分割作出的约定，否则依照《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）》第十四条的规定：“当事人达成的以登记离婚或者到人民法院协议离婚为条件的财产分割协议，如果双方协议离婚未成，一方在离婚诉讼中反悔的，人民法院应当认定该财产分割协议没有生效，并根据实际情况依法对夫妻共同财产进行分割。”

[16]关于夫妻一方（即赠与人）将其个人所有的房产约定为夫妻共有房产时，为了防止赠与人反悔，双方在协议中特别明确赠与人自愿放弃任意撤销权的约定是否有效的问题，最高人民法院的理解与各地法院审判实践存在矛盾：根据《最高人民法院婚姻法司法解释（三）理解与适用》一书中关于《婚姻法解释三》第六条的解释，最高人民法院认可赠与人自愿放弃任意撤销权的有效性，此时无论房产是否已经完成过户、财产协议是否公证，赠与人均不得行使任意撤销权；但实践中，很多法院认为赠与人自愿放弃任意撤销权的约定无效，赠与人仍可行使《合同法》第一百八十六条赋予其的任意撤销权。本协议范本为了最大化地保护受赠人的权益，明确约定了赠与人放弃任意撤销权，但也提请注意，该条款在实践中可能不被一些法院认可，一旦房产未及时过户或财产协议未经公证，赠与人可行使任意撤销权，受赠人无法再要求继续履行赠与约定。

另外，鉴于大部分法院将此种关于房产的约定认定为赠与，而赠与合同为单务合同，法院在支持赠与人行使任意撤销权的情况下，并不支持受赠人要求赠与人承担违约赔偿责任的请求。因此，本协议范本在约定了赠与人放弃任意撤销权的情况下，没有再特别约定赠与人行使任意撤销权后应承担的违约赔偿责任。如实际签署婚内财产协议时确有特别考虑，也可以在协议中加上赠与人撤销赠与的违约责任，即便最后可能不被法院支持，但也并无坏处。

[17]双方应以正楷签字，同时按上手印，落款处的日期应以汉字的大写书写，写明签字当天的日期。

“每周故事汇”之五十二 || 父母对子女双方购房出资的处理（下）

原创：2020-03-09 江苏家事律师　孙韬 刘兆兰

https://mp.weixin.qq.com/s/ejtFoW8GBXcAP1n-gTEYVw

初春，乍暖还寒，企业刚刚复工，街上的行人不多，大家带着口罩，行色匆匆。孙律师和晓静等人点了小厨娘的外卖，虽然就在办公室简单的吃了个工作餐，好在小厨娘是正宗淮扬菜，人多菜品就多，味道还不错，大家风扫残云，很快结束了午餐。

关于房产处理未完结的话题，孙律师让助手刘兆兰去打印了一份表格，刘兆兰律师递给了小静，“所涉房产如果有债务呢，需要先减去债务，剩下的才属于夫妻共同财产。房产具体怎么处理，就比较复杂啦，这是孙韬律师根据这些年的经验，参考法律规定，对于房产处理规则归纳了一下，主要是这些。”

家事案件房产处理规则		
购房时间	出资类型	处理办法（不考虑另有约定等情况）
婚前购房	双方（包含双方父母）共同出资，登记在一方名下	房产属于登记方个人所有，另一方的出资按照借款、赠与、彩礼等方式处理。法官同时也会综合购房背景、出资数额，尤其是公平角度来处理。
	双方出资，登记在双方名下	根据出资比例，按份共有。
	一方出资，登记在对方名下	共同共有。
	一方出资，登记在自己名下	个人财产。婚后共同还贷的，双方婚后共同还贷支付的款项及其相对应财产增值部分，由登记方对另一方进行补偿。
婚后购房	一方父母出资，房产登记在自己子女名下	如果出全资，视为对自己子女的赠与，房产为个人财产；出资首付款，首付款部分可以视为对自己子女的赠与，房产为共同共有。
		出资部分首付款，适用《婚姻法解释二》，视为对双方子女的赠与。
	一方父母出资，房产登记在对方子女或双方子女名下	对双方子女的赠与，共同共有，但可对出资一方予以适当多分。
	双方父母出资，房产登记在一方子女名下	1、双方父母共同支付首付款，由子女还贷的，共同共有。
		2、双方父母出全资的，按份共有。
		3、与子女婚后财产共同出资构成的首付款，父母出资视为对双方子女的赠与，共同共有。
	双方父母出资，房子登记在双方子女名下	共同共有，酌情考虑出资数额、结婚时间、离婚原因、子女抚养等因素。
	一方用婚前个人财产出资	1、登记在自己名下，如果支付的是部分房款，婚前个人财产部分扣除后，房产共同共有；如果支付的是全部房款，按个人财产处理，仅仅是物质形态的转变。
		2、登记在双方或对方名下，个人财产出资行为可视为对对方的赠与，房产共同共有。
	婚后双方共同借款支付全部或部分购房款	共同房产，共同债务。
	婚后一方借款支付全部或部分购房款	双方认可且共同还款的，共同房产，共同债务。
		如果一方私自借款，对方事后认可并共同还贷的，共同房产，共同债务。
		一方私自借款，房产登记在借款方名下，共同房产，共同债务。
离婚时房产特殊处理的情形	没有取得房产证且双方协商不成	1、判决分割购房合同债权、债务，处理方法同上。
	房产证中有第三人	2、涉及第三人，离婚后另诉。
补偿款计算公式	适用情形：一方个人财产支付全部首付款，婚后共同财产还贷的，对于还贷的本金及增值部分的计算。	1、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】。
		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%。
		3、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。
		4、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。

晓静看完大吃一惊，“啊呀，怎么会这么复杂！”刘兆兰律师立即答复到，“我都没学习完呢，何况是你们。”

孙韬律师补充，“世事繁纷复杂，哪有独孤九剑能挑战天下所有剑客？每个案件的情况不尽相同，影响法院判决的因素太多啦，包括双方经济收入、出资购房的背景、婚姻持续时间的长短、离婚原因、过错程度、抚养子女情况等等……，这类案件是没有固定处理规则的，表格汇总的情况也是我们根据以往代理诉讼案件的经验总结，法院甚至同一个法官，对于类似案件可能处理结果都不同，因为婚姻家事案件的处理，依法之外还有酌情这个因素，恰恰是酌情，调整范围就很大。”

晓静摇了摇头，嘟囔道，“真没想到结个婚买个房这么麻烦。。。”孙律师收起了笑容，很认真的对晓静说，“是你们想多啦，婚姻就是两个人感情的事儿啊。房子呢，不管是写一方名下还是写你们双方名下，都是你俩住啊，只要感情好，婚姻长久，房子有名字没名字，双方父母出资出多少又有什么重要呢。如果真要担心以后感情出现问题，离婚了，房产分割会起纠纷？其实最简单的方法就是，不管是双方父母出资、单方出资，还是你们小两口出资，一家人坐下来商量好，父母出资是借款还是赠与，白纸黑字写清楚，千万不要把这个难题留到未来，不要让法官去猜，更不要让未来的代理律师去编故事。事件岂有两全法，不负如来不负卿？”

晓静听完，看着孙韬律师以及苦笑中的阿美，若有所思的点了点头。

家事案例评论|第二案：婚内忠诚协议中的财产约定对双方无约束力

原创：2020-03-10 HOAM　陈贝贝

https://mp.weixin.qq.com/s/uRIY5rZoAeLQMLdcmzacBA

婚内忠诚协议中的财产约定对双方无约束力

——过错方被要求净身出户案

卷首语

感谢师傅杨晓林律师推荐《杨立新品百案》一书，这种案例分析方式着实有趣，不具备太多的法条教条主义，但却将法律规定以一种自然法的韵味娓娓道来。于是，我也尝试着自己“品一品”案件，落笔才发现，不管是在案情的精炼程度上，还是在评论的遣词造句上，自己还差很远，希望通过不断的思考与锻炼，自己有朝一日也能信手拈来。

案情

李某（男）与马某（女）于 2012 年登记结婚并生有一女。婚后李某与异性罗某存在不正当交往，导致罗某两次怀孕。2017 年 1 月，李某与马某签订婚内协议一份，约定今后双方互相忠诚，如因一方过错行为（婚外情等）造成离婚，女儿由无过错方抚养，过错方放弃夫妻名下所有财产，并补偿无过错方人民币 20 万元。协议签订后，李某仍与罗某保持交往，罗某于 2017 年 7 月产下一子。李某诉至法院要求离婚，马某同意离婚并主张按照婚内协议约定，处理子女抚养和夫妻共同财产分割。一审法院认定婚内协议对双方无拘束力，并综合孩子、李某过错等情况，判决孩子归马某抚养，马某分得共同财产的 70%。李某与马某纷纷上诉后，二审法院维持了一审判决。【案例索引：2019 年度江苏法院婚姻家庭十大典型案例之一】

评论

子女的抚养权归属应以子女最佳利益原则为判断标准，夫妻双方以婚姻过错为限定条件决定子女抚养权归属，实际上是以一方的过错限制了该方对孩子的抚养权，也限制了孩子对该方父母的亲权需求，这样的限定条件会因为涉及身份关系而无效。但是法律并不完全禁止父母之间对于孩子抚养权的约定，比如，离婚时双方可以达成一致意见，孩子由一方直接抚养，另一方享有探望权，这一约定应当以民政局盖章的离婚协议，或法院出具的调解书的最终意见为准，只要未涉及这两种最终离婚的方式，父母之间对子女抚养权的归属约定都是可以随时反悔的。此外，由于父母子女的生活状态都是会不断变化的，在离婚后双方也可以通过协议变更抚养权归属，协议不成的，还可以去法院诉讼变更抚养权。

本案争议最大的就是双方关于财产的约定有没有效力？马某能不能要求李某净身出户，并赔偿马某 20 万元？如果可以，对于李某来说应当是一个极其严重的惩罚了，如果不可以，对于饱受李某出轨伤害的马某来说未免也太不公平。忠诚协议在我国的司法实践中体现出的就是一个公说公有理、婆说婆有理的状态，各地法院占据了不同的山头。

以浙江来说，其在《关于审理婚姻家庭案件若干问题的解答》第 6 条就旗帜鲜明地指出，忠诚协议不属于《婚姻法》第十九条规定的夫妻财产约定，而是参照《婚姻法司法解释（三）》第十四条的规定处理，双方在真正离婚时可以随时反悔忠诚协议，一方反悔的，忠诚协议的效力不予确认，法院应当考虑过错等综合情况，对无过错方酌情照顾。本案的产地江苏地区显然也是持这种观点。《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 修订)》第 37 条则是认为，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，但该忠诚协议约定的损害赔偿数额过高时，人民法院可以适当调整。而北京地区在《婚姻家庭案件法律适用疑难问题研讨》上则认为，对于夫妻间“忠诚协议”关于财产关系的内容，一般应认定有效，无履行可能或显失公平的，法院可以适当调整。

在探讨“忠诚协议”的效力之前，我们必须先明确什么是忠诚协议，忠诚协议与所称的《婚姻法》第十九条的夫妻财产约定的界限在哪里？其实，并非那么容易区分的，或者说“忠诚协议”的“坑”很容易被避免。顾名思义，“忠诚协议”必须与“保证忠诚”挂钩，“保证忠诚”也是忠诚协议区别于夫妻财产约定的地方，本案中马某和李某的婚内协议明确约定了“约定今后双方互相忠诚，如因一方过错行为（婚外情等）造成离婚……”等字眼，使其忠诚协议的性质很容易被辨认出来，但是，如果马某提前了解过忠诚协议可能会产生争议，于是在书写协议的时候故意规避了“保证忠诚”的字眼，只写了房产车辆等财产归谁所有，但是书面之外，却是口头上约定的“相互忠诚、维持婚姻关系”云云，如果在离婚时李某无法提供证据证明书面的协议附“忠诚”条件。那最终的结果，基本上就是将“刻意避免掉忠诚字眼的协议”认定为夫妻财产约定，在离婚时按照协议分割财产。只因为事先有预谋，就将相同事宜，但却不同字眼的协议认定成截然不同的效力，显然也有失公平了些。从这个角度讲，将所有的忠诚协议都当成夫妻财产约定，尊重其效力，未免不是一种解决问题的思路，无论如何，身为成年人，要为自己的行为负责，敢写就要有魄力承担。如果一定要区分忠诚协议与夫妻财产约定，那么如何说服他人“忠诚协议”是一份“忠诚协议”就显得十分重要。

忠诚协议产生的根源是婚姻过错，忠诚协议实际上是双方当事人就过错的惩罚方式达成的一致意见，但是婚姻法中也有对婚姻过错的法定惩罚，那就是离婚损害赔偿制度，《民法典婚姻家庭编》（草案）在财产分割的部分还增加了照顾无过错方的原则，在民事领域，当自愿和法定产生冲突的时候，往往是自愿优先的。在本次《2019 年度江苏法院婚姻家庭十大典型案例》的本点评部分曾表述“夫妻间的忠诚义务更多的是一种情感道德义务，夫妻虽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，但也是变相以金钱衡量忠诚，存在道德风险。因此，夫妻间订立的忠诚协议应由当事人自觉履行，法律并不赋予其强制执行力”，其实不然，笔者认为夫妻的忠诚义务并非仅仅是一种情感道德义务，《婚姻法》第 4 条称“夫妻应当互相忠实”，夫妻的忠诚应当是一种法律义务，相比于金钱可能导致的道德风险，倡导婚姻家庭中应当相互忠诚价值观更加重要，即，忠诚义务法定化的社会意义远比避免个案的道德风险更为重要。笔者虽不同意江苏高院的点评，但是却同意江苏法院一审和二审的判决方式，过重的过错惩罚会对李某施以过重的义务，完全不掌握财产，也不利于其离婚以后的正常生活。

笔者在此还提供另外一种思考的进路，不知妥否，以供商榷。虽然根据《合同法》第二条的明确规定，身份关系的协议不适用合同法，但是我们不妨借用合同法中对于违约金过高或过低的调整思路，为了实现双方当事人的公平、诚信，即便是违约，当违约金过高或过低时，也应当有所调整，否则，会对过错的一方明显不公，对家庭的财产而言，

没有功劳也有苦劳。具体适用上，可以考虑适用《民法总则》第 6 条规定的公平原则。如果《民法典婚姻家庭编》（草案）照顾无过错方的原则通过并实施后，实践中对过错方的惩罚形成一定的裁判标准，或许可以以此标准来衡量忠诚协议中约定的惩罚是否过高，以及应当调整到何种程度。

当然了，江苏法院评选出十大典型案例更多的是要告诉人们要相互忠诚，避免因为忠诚协议引起家庭争端，一旦真的产生争端，应当如何妥善处理双方的财产问题。希望大家都能多学点婚姻法，避免主动或被动掉入忠诚协议的坑，产生争议后妥善处理，才是对孩子和双方最有利的方式。

家事法规则

《中华人民共和国婚姻法(2001 修正)》第十九条：夫妻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。约定应当采用书面形式。没有约定或约定不明确的，适用本法第十七条、第十八条的规定。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。

《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)》第十四条：当事人达成的以登记离婚或者到人民法院协议离婚为条件的财产分割协议，如果双方协议离婚未成，一方在离婚诉讼中反悔的，人民法院应当认定该财产分割协议没有生效，并根据实际情况依法对夫妻共同财产进行分割。

《中华人民共和国民法总则》第六条：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。

陈贝贝
北京天驰君泰律师事务所律师助理

离婚怎样不伤孩子，看争取抚养权的庭审教科书

原创：2020-03-17 法律读库 李颖珺律师
https://mp.weixin.qq.com/s/csl0lqj-sPqUU3OZ5qSyVQ

四十年过去了，《克莱默夫妇》这部美国电影所刻画的婚姻模式、所折射的两性课题，与当下如出一辙。

对于人类社会，只要存在婚姻，就必然存在权力斗争。

迅速成长、要求自由的妻子，终日生计奔波焦头烂额的丈夫，正是当下都市万家灯火下的经典写照。

随着时代的飞速发展，男女的心理定位和社会分工，在不断地调整。如何在经营家庭与追求自我价值达到平衡，不应该只是女性的课题。

本文结合《克莱默夫妇》的剧情剖析，分为两个部分：如何降低及修复离婚给孩子带来的心理创伤、争取抚养权的诉讼策略。

如何降低及修复离婚给孩子带来的心理创伤

女人乔安娜突然决意离开，男人泰德毫无心理准备，质问女人怎能如此狠心抛下儿子比利。

女人说自己是一个失败的母亲，没有耐心，孩子没有她会更好。在死气沉沉的婚姻中，面对顽劣的孩子，女人的脾气越来越暴躁，积压了多少自责和无奈。

男人被迫当爹又当妈，手忙脚乱地和儿子做早

餐，强颜欢笑，最后却连锅都砸到地上。而失去母爱呵护的孩子垂头丧气，食之无味，让人不禁同情起这一大一小两个男人。

妈妈突然消失，孩子充满困惑，怀疑“是因为我很糟糕，妈妈才离开我”，孩子产生被抛弃感、无价值感。

和大人习惯推卸责任不同，孩子总是会把责任揽到自己身上，因为孩子是以自我为中心的，以为什么都是自己的原因。

这种严重的自我怀疑，如果不及时纠正，很可能会伴随孩子的一生，导致孩子的失败和痛苦。

幸运的是，比利有一个好爸爸。

爸爸很肯定地告诉儿子：“妈妈很爱你”，爸爸坦承是自己的错，长期忽略了妻子。

孩子泪光盈盈，对他说“爸爸，我爱你”。

即使分开，依然维护对方在孩子心中的美好形象，勇敢地反省自己，承担责任。成熟的离婚姿态，让离婚对孩子的伤害降到最低。

泰德输了抚养权官司，他要提起上诉，不在乎花多少钱。律师说二审会要求比利出庭作证。泰德痛苦地喃喃自语：“我不能这样做”。

为了儿子不受伤害，父亲忍痛放手。

泰德是这样跟儿子解释，我们都很爱你，我们都希望和你生活在一起，所以我们去见了一个人——法官，他是一个有经验又很聪明的人，所以我们让他决定。他觉得你搬去和妈妈住会很棒。爸爸很幸运了，我每周可以陪你吃一次晚饭，一个月有两个周末可以和你一起过。

泰德假装很轻松。

> “我的床要搬到哪里？我要到哪里睡觉”？
>
> “妈妈会安排的，你会有自己的房间”。
>
> “我的玩具在哪里”？
>
> “在妈妈那里啊，会全部帮你搬过去，她会给你买新玩具的”。
>
> “睡觉前谁给我读故事呢”？
>
> “妈妈会给你读”。

儿子哭起来了，泰德安慰儿子，向儿子保证，妈妈很爱他，他会过得很开心，自己会经常打电话

给他，定期去看他。

争夺抚养权的诉讼策略

泰德的律师说："监护权官司没有好打的，要证明你前妻是不称职的母亲吗，我来狠的，他们也会来狠的，你可以承受吗"？律师首先告知案件的难度，让当事人有充分的心理准备。

泰德的律师把双方有利和不利之处分别列出来，并让泰德填写这份"表格"。这种方法简单实用，帮助律师和当事人厘清思路。

经济实力是抚养权归属的重要依据之一，双方围绕这点做文章。

泰德因为照顾孩子而影响工作，面临失业的惨境，律师断言他不可能争取到抚养权。为了和儿子在一起，泰德不惜降薪，忍受难堪和白眼，在一天之内找到了工作。

乔安娜已经八年没有工作，主动离开孩子十五个月，她的律师知道泰德律师会抓住这两点攻击，于是先发制人。

乔安娜陈述：每次她想找工作，泰德都会反对，说她赚的薪水还不足以付保姆费。现在她已经找到工作，三万美金一年。

乔安娜倾诉自己在婚姻中如何不快乐不自信，充满恐惧，又得不到丈夫的帮助，丈夫过于投入事业，对妻子漠不关心。自己的状态非常糟糕，为孩子着想，她只能去接受心理治疗。

> "我曾离开孩子，这是件很糟糕的事情，我这一辈子都会因此自责。但当时我没有选择，那样做对孩子最好。我努力成为更好的自己，我不应该因此受到惩罚，我的孩子不应该受到惩罚"。
>
> "比利现在才七岁，他需要我，我并不是说他不需要父亲，而是我真的相信他更需要我。我当了比利五年半的妈妈，而泰德父代母职才十八月。没有人比我更适合做比利的母亲"。乔安娜最后停顿、强调，"我是他的母亲"。

乔安娜让法官看到她当时的困境、迫不得已，以及经历风雨后的成长。这番肺腑之言，想必在律师的精心指导下演练过多次，成功塑造了一个楚楚可怜又自强不息的母亲形象。

乔安娜律师要提交她的心理报告，泰德律师反对称与本案无关，被法官驳回。

随着心理学和心理咨询在国内的逐步普及，心理评估在某些案件中的引入，未来的家事案件中，很可能心理报告会成为重要的证据。

此时，泰德脸上表情非常复杂，连他都被乔安娜打动了。

然而，律师是冷静的、无情的，必须保持超脱，甚至比当事人立场更加坚定。

泰德律师迎上去，质问乔安娜，"你结婚八年，你先生有没有打过你或用其他方式虐待过你？你先生有没有打过孩子或虐待过孩子？他酗酒吗？他对你不忠吗？他曾令你物质匮乏吗"？

乔安娜的回答，都是"没有"。

"泰德是一个无可指责的好丈夫"呼之欲出。

在这种交叉询问中，证人（英美法系把当事人也叫作证人）只能答"是"或者"否"，没办法多做解释。律师往往利用这种规则发动猛烈进攻，证人毫无还手之力。

然而我们知道婚姻没那么简单。

> “你打算在纽约住多久”？
> “一辈子”。

泰德律师的意思是，如果你把孩子带到外地，实际上就剥夺父亲的探视权，因此不应把抚养权判给你。

> “你这辈子交过多少男朋友”？

这句话已经属于“荡妇羞辱”了，女方律师的抗议却被驳回，我觉得这里法官应该让泰德的律师说明提问的用意。如果与本案相关的，乔安娜才有义务回答。

> “你现在有男朋友吗”？

乔安娜感到愤怒而无奈，因为要争取孩子的抚养权，她被迫回答这些令人尴尬的问题，把自己的隐私暴露在大庭广众之下。

> “是的，我在和别人约会”。
> “这是一辈子的吗”？
> “我不知道”。
> “既然你从来没做一辈子不变的事情，你又怎么能确定你会一辈子住在纽约，能一直照顾孩子”。

这简直是强盗逻辑，一辈子那么长，谁又能保证？况且，人有改变的自由。

“除了和父母，女性朋友，亲人的关系以外，你哪一份关系是最长久的”。

“我想是我和孩子之间的关系”。

“但你一年只见他两次”？

“克莱默太太，难道你和克莱默先生的关系不是最长的吗”？

乔安娜无法否认：“是的”。

“所以你在今生最重要的关系上失败了”？

乔安娜反击：“我没有失败”。

“难道是成功吗？这段婚姻以离婚收场了”。

“那是他的失败，多于我的失败”。

“恭喜。你刚才重写了婚姻法律，你们两个都是离婚人士。法官大人，我想知道这名所谓稳定和可敬的女子，究竟有什么成就”？

这句话是侮辱对方当事人，严重违反职业道德，而且逻辑上也站不住脚：第一、离婚不代表失败；第二、即使失败也是双方的失败；第三、婚姻的是非对错，与抚养权应判给哪一方没有必然联系。

女方律师盘问泰德，重点攻击他工作屡屡出错，被公司解雇，收入减少，揭发他疏忽导致孩子意外受伤，暗示他是一个失败的、不负责任的父亲。

泰德气得大吼大叫，被法官警告。激怒泰德，让他在庭上失态，表现得像一头暴躁的狮子，也是女方律师策略之一。

来看泰德的陈词：“我不怀疑我的前妻爱儿子比利，但这不是讨论的重点。最重要的是怎么样对我们的儿子最有利。

前妻曾经问我，为什么女人就不能像男人一样有野心呢？我想你是对的。我已经体会到了。但同样我想知道，哪种法律规定女人就比男人更会照顾孩子。哪里写着女人天生有母爱？男人对孩子的爱就一定比女人少吗？

比利和我共同建立了一个家，我尽了一切力量，我不是一个完美的家长，有时我没有足够的耐心，忘记他只是个小孩儿，但我在他身边，我们朝夕相对，彼此相爱。如果你毁了它，可能永远无法弥补。乔安娜，请你别这样做，别再度毁了儿子的生活”。

泰德这段话，逻辑严密，情感层层递进，可作为教科书——

➤ 第一，父母都爱子女，这点毋庸置疑。判断抚养权，不是比较父亲还是母亲更爱孩子，而是看客观上孩子跟随谁生活，对孩子的成长更有利。

➤ 第二、质疑女人就更爱孩子，更懂照顾孩子的“思维定势”，男人们也沦为“性别偏见”的受害者。强调自己同样爱孩子。

➤ 第三、没有人是完美的，没有父母是完美的，重要的是真正用心对孩子，陪伴在孩子身边。“别再度毁了儿子的生活”，巧妙地提醒法官乔安娜曾经抛弃孩子，给孩子留下阴影。如果让父子分离，孩子幼小的心灵会再次受到伤害。

乔安娜打赢官司。

作者个人认为抚养权应该判给泰德，三个理由：

第一、与父亲分开，改变居住地，可能还要转学，孩子一下面临各种改变，会非常焦虑、恐惧；

第二、泰德有丰富的工作经验和稳定的收入；

第三、电影中儿子和父亲的感情更深厚；

第四、泰德没有诋毁前妻，他也渴望母子保持稳定的连接。

最后，乔安娜主动放弃监护权，让儿子和父亲生活在一起。因为她明白了，这是对儿子最好的安排，真正的爱。

泰德和乔安娜两人紧紧拥抱在一起。

法国电影《监护风云》中的十一岁男孩朱利安就没那么幸运了。

父亲贝森希望争取共同监护权，为此放弃工作、卖了房子，搬到前妻和子女所在的区居住。但父亲有严重的暴力倾向，让前妻和子女恐惧不已，不断搬家，拒绝见他。

父亲不断给儿子施加压力，逼他说出住在哪里，儿子吓得簌簌发抖，撒谎后拔足飞奔，差点被车撞死。

丧心病狂的父亲持枪入室，如果不是及时赶到的警察制止，母子差点丧命枪口。

等待父亲的，是漫长的铁窗生涯。母亲和子女的安宁得到保证，但子女的成长也彻底失去了父亲的参与。

正如法官对母亲说的，虽然子女都站在你这边。但这也是一种不幸。

对于这样的家庭悲剧，男主固然须承担主要责任，但前妻也难辞其咎。一味的逃避、零沟通，只会让矛盾在恶性循环中激化。

艺术加工可能比现实生活要略为夸张，但因家庭纠纷而发生的暴力行径乃至杀人事件，时有发生，如果不能正确处理亲密关系，人的身心都会承受相当的痛苦。

没有爱，还有怜悯。地狱或天堂，就在这一分怜悯之间。

从《婚姻故事》看离婚案件的“输”和“赢” | 段凤丽 | 影评

原创：2020-03-20 家事法苑 段凤丽
https://mp.weixin.qq.com/s/N7y7m3dSehOMgXrqR4ei_Q

作者：“家事法苑”团队 段凤丽

《婚姻故事》是杨晓林律师推荐“家事法苑”团队成员观看的一部家庭伦理电影，该片也在 2020 年团队年度影院观影计划之列。突如其来的疫情猝不及防地改变了我们的人生轨迹，也因此有了静下心来细细品鉴这部电影的机会。

《婚姻故事》由诺亚•鲍姆巴赫执导，亚当•德赖弗、斯嘉丽•约翰逊主演，于 2019 年 8 月 29 日在威尼斯电影节首映被美国电影学院、美国国家评论协会、《时代》杂志均选入年度十佳、获 6 项金球奖提名。

对剧中妮可和查理是否必然走到离婚这一步大家有各自的理解。尽管从同为女性且观察了大量离婚案件样本的笔者看来，对妮可来说，离婚不是一个需要权衡取舍的选择，而是一条必须走的路。即使存在前述认识差异，但当我们看到妮可和查理离婚后都找到了更好的自己：妮可终于圆了当导演的梦并做得风生水起，甚至获艾美奖提名；查理不再固守己见留在纽约，而可以为了靠近儿子接受长期留在洛杉矶的工作机会，相信我们还是可以达成“离婚对他们彼此未必不是幸事”的共识。

回不去的过去只能怀念，但也许在投身下一段关系时他们都会更懂得经营婚姻与感情，理解尊重与平等的意义。

作为一名家事律师，该片还引起我对长期思考的一个问题的共鸣，即离婚案件“输”和“赢”的标准到底是什么？本文想重点探究的是这个问题，写作的思路是从剧中当事人和律师对输赢的理解出发，引出笔者自己的思考。

一、影片中三位律师和男女主人公对离婚案件“输”和“赢”的理解

毫不夸张地说，本片中离婚案件的最后走向与查理对离婚输赢的固执己见及律师杰迎合查理的己见密不可分。

首先，我们看看查理聘请的第一个律师伯特及查理对离婚案件输赢的理解。下面是查理和伯特律

师在律师诺拉的律师事务所就离婚问题进行调解过程中，伯特和查理私底下沟通时的对话：

伯特：我觉得法官不会让这孩子从加州搬走，我觉得我们今天要尽量和解

查理：和解是什么意思

伯特：她会让孩子留在洛杉矶

查理：不行，伯特，只是……

不行，我是说我们必须赢

伯特：记住对亨利来说最好才算赢。如果你们上庭他会被牵扯进来

查理：但如果他待在这里，而我待在纽约，那就，那我就不能，我就永远不能当他的家长了。

在这里我们不难看出，律师伯特的输赢标准是“对孩子来说最好”；而查理赢的标准是孩子的监护权由自己掌控，具体就是，孩子必须从目前生活及学习的洛杉矶回纽约跟他一起生活。

接下来，我们看看妮可的律师诺拉关于离婚输赢的标准

诺拉对离婚标准的理解集中体现在片尾部分诺拉告知妮可案件结果时的对话：

“诺拉：所以，因为查理放弃了回纽约的要求，我们就要成功了。杰没兴趣了，他的同事泰德在做文书工作。

妮可：我们不会拿钱对吗？

诺拉：我们撤销了对麦克瑟奖金的索赔，顺便说一句，我觉得我们可以拿到的。他们也不要剧集的钱了

妮可：谢谢你所做的一切，诺拉

诺拉：不客气，宝贝

（碰杯）敬你在洛杉矶的新家

只要查理在洛杉矶， 我把监护权分成了55/45，这样你每两周就有多一天时间陪亨利

妮可：我以为是平分

诺拉：我在最后一刻调整了，我只是不希望他说他得到了一半，向朋友吹嘘

妮可：但我不想这样做

诺拉：接受吧，你赢了”

诺拉认为，亨利跟随妮可在洛杉矶生活，且妮可拥有比查理更多的监护时间，就是赢。而且正是为了昭示己方“赢”，诺拉刻意将监护时间比例在最后时刻做了调整。尽管妮可本意并不要求多于查理的监护时间。同时，妮可放弃对查理婚内获得奖金的分割权，查理放弃对妮可新剧集的报酬请求权。因为本案中财产并非双方争议的焦点。

这里也反映出，妮可对这场离婚官司的期望是，孩子跟着妮可在洛杉矶生活的前提下，她可以与查理各享有一半的监护权。为此妮可可以放弃对查理婚内获得奖金的分配权。但诺拉追求实质上正如伯特律师所说是“律师的赢”。另一方面，上述结果对查理来说，尚不如诺拉和伯特私下和解时达成的结果，更不用说查理所追求的带亨利去纽约生活的所谓“赢”的结果。

最后我们再看看，查理第二任律师杰克关于输赢的观点。

查理因与第一任律师伯特关于“输和赢”的认知存在分歧，在伯特与诺拉几乎就协议离婚达成90%共识的情况下，查理回过头又聘请了其拜见的第一个律师杰及同事泰德（顺带提一下，杰每小时收费 950 块并且需要先付两万五的聘用定金；而伯特律师每小时收费450块，先付聘用定金为1万块）。查理与杰、泰德第一次会见时的部分对话如下：

杰：所以你是在这里结婚的，孩子是在这里出生的，她在这里递文件给你？

查理：是的，但我们以前住在纽约。怎么了？有问题吗？

泰德：我们得换个说法

杰：如果你真的想在纽约和孩子生活，我建议你这样做

孩子归你…你说他叫“弗雷德”吗？

查理：亨利

杰：亨利？我怎么会说“弗雷德”？

泰德：我有个叫“弗雷德”的孩子

杰：你现在就带亨利去纽约，然后我们在纽约提起诉讼，我们把它弄成一个纽约的案子。

（注：这就是国内俗称离婚诉讼中“抢孩子”的操作套路）

泰德：我们需要争辩你们的家在纽约

查理：的确是这样

杰：否则你或许永远无法在洛杉矶以外的地方见到你的孩子

查理：真的吗？不行

杰：要说服法院让孩子搬家很不容易

只要你让妻儿离开纽约，你的日子就会变得很不好过

查理：是的，但如我所说，我们家在纽约正这是事实，她是暂时来这里

杰：那你觉得她为何在这里给你递送文件？

查理：我不知道，但亨利想回纽约

杰：别引用你孩子说的话，他这样说只是为了讨你欢心，他对她说的话大相径庭。

把巴伯案的文件给我

什么是“出口幽羊”

查理：“出口幽魂”这是我戏剧公司的名称

杰：你是导演？

查理：是的，戏剧导演

杰：有我看过的作品吗？

查理：我不知道你看过什么？

我们的《伊烈翠》要在百老汇上演，很令人兴奋

杰：我们必须确保那笔钱安全无虞（阻止对方夫妻共同财产的分割）

查理：我是说，那是剧院，所以值不了多少钱

总的来说，我把自己挣的钱都投进了剧院

杰：我想知道（转向泰德），我们需要支援吗？

泰德：有意思

杰：从妮可那里？

查理：我不会那样做

杰：你老婆家有钱吗？

查理：她母亲拍电视挣了些钱

她父亲去世了

杰：我们可以说，我们不希望她母亲跟孩子见面，把她扯进案子

这样一来，她母亲就可以支付你的法律费用

查理：不行，他和她妈关系很好

妮可的家人就是我的家人

杰：是的，但这个情况会变。我建议你习惯这点

我们需要请一个私家侦探

查理：真的吗？我是说，真的吗？

杰：你老婆吸毒什么吗？可卡因

查理：没正儿八经吸过

杰：如果她是完美母亲我们赢不了

查理：有段时间她对 TUMS 抗胃酸咀嚼片上瘾

没什么，她可以一天吃一瓶

杰：你注意到有人跟踪你吗？

查理：没有

杰：小心点。

听着，你要准备好接受这个事实

诺拉会把你描述成一个不尽职责、缺席的父亲

查理：但我不是这样的

杰：你住在纽约，工作繁忙

她和你们的孩子在这里苦苦挣扎

诺拉会使用这条策略，我很确定

查理：但妮可不会撒谎

杰：听着，如果我们从理性出发他们就会从疯狂出发

和解后，我们将处在理性和疯狂直接

泰德：仍然是疯狂

杰：一半的疯狂也是疯狂

泰德：俗话说得好：“刑事律师会看到坏人最好的一面，离婚律师会看到好人最坏的一面”。

杰：在这一切结束之前，你会讨厌我和泰德，就因为我们所代表的你生活中的东西

这里可以看出，律师杰的“赢”首先是迎合客户查理对“赢”的理解，即把亨利带到纽约随查理生活，这就是“赢”。不仅如此，杰甚至提醒查理为追求所谓己方利益最大化，可以无所不用其极。如，为达到争取亨利监护权的目的，杰的第一个建议就是被我们所诟病的俗称离婚诉讼中“抢孩子”大战，建议查理把孩子从洛杉矶带到纽约，以改变孩子在洛杉矶形成稳定生活、学习状态的事实。第二个建议是把妮可抹黑成一个“不完美母亲”，挖掘妮可是否有吸毒等恶习，从后来在法庭上攻击妮可“酗酒”这点来看，这是正式委托后继续挖掘的结果；建议查理请私家侦探的目的仍是为了找妮可不是完美母亲的证据；甚至建议查理跟一向关系良好的妮可娘家人翻脸，以转嫁查理对法律服务费用的支付；建议查理……

杰的观念里所谓的赢就是在孩子抚养安排上完全符合己方当事人的诉求；在夫妻财产分割上尽量达到让对方不分或少分的目的；甚至为了减少己方当事人正常费用的支出，建议当事人将案外人牵扯进来。至于为达此“赢”所使用的手段是否尊重事实、是否合乎法律和道德、是否撕裂亲情，在所不问。

二、离婚案件“输与赢”之我见

《婚姻故事》中伯特律师对离婚案件“输与赢”之见解与笔者产生的共鸣正是催生本文的原因。先来看看伯特律师与查理第一次见面时的交流。

伯特律师一开始就坦言自己有四次结婚、三次离婚的经历，且正因为深知这种经历之痛苦，促使伯特从娱乐律师转到家庭法领域以帮助更多人挺过这段时光。之后，伯特律师直接阐明自己处理离婚案件的理念。

伯特认为：如果我们陷入“谁做了这个”，“谁做了那个”以及“我不想付两块钱”这样的问题，你就会付出更多金钱和时间，承受更多精神压力，最后仍然可能得到相同的结果。

在我们这个行业，很多人编造事实，这样就能得到他们想要的结果，对他们来说，你只是交易。我总是会遵循事实，不管它将带我们去向何处。我愿意把你当人来看待，不仅仅是你，也包括她。（离婚）这个过程可能会丑陋不堪，但我仍然相信并非一定会很糟糕。

在查理很在意的孩子监护权问题上，伯特既未象律师杰那样建议查理“抢孩子”，也未迎合查理关于“让孩子在纽约跟自己生活”就是“赢”的观点，而是建议查理对孩子真正的陪伴。伯特说，我建议你多花时间陪陪你儿子。很多人努力争取那个时间，然后连用都不用，他们只是想赢。

伯特的建议既出于他的专业判断，也出于作为一个家事律师的职业操守。

最后经历过三次离婚的伯特律师更是推心置腹地给出查理十分中肯的提醒：我希望你知道，这一切终究会结束，无论我们是输是赢，都将是你们俩解决问题。

伯特律师处理家事问题的理念及建议（应该还包括律师费的报价）得到查理的初步认同，双方建立了委托关系。如果按照伯特律师的思路本案应该是一个真正意义上双赢的结果。但遗憾的是，当妮可和查理夫妇在各自律师陪同下进行谈判时，当查理得知伯特并不认同、也无法达到其所追求的“赢”的结果之后，旋即辞掉伯特又掉头去找其首次见面并不认同的律师杰，仅因为杰迎合查理对监护权“赢”的标准，尽管杰的律师费是伯特的两倍有余。

正是因为律师杰的参与，为了实现查理追求的“赢”的结果，才有了后来法庭上的双方互撕的狗血剧情。为了证明对方不是“完美父亲”或“完美母亲”而为自己争取孩子监护权获得更大可能性，喝酒、忘系安全座椅都被对方无限放大，妮可因此被丑化成了酒鬼妈妈，查理则成了严重失职的混蛋爸爸。

即使这样也如伯特律师所预见的那样并未改变案件的最终结果。甚至远不如伯特律师当初与诺拉达成初步和解协议时为查理争取到的结果。而且，在当时和解的氛围下，双方均淡化了对离婚原因深究所造成的彼此伤害，避免了把孩子牵涉进来。相对来说，是一个双赢并有利于孩子的结果。

但杰为查理争取监护权而将妮可描述成一个“不完美母亲”的努力也激发了诺拉在当事人利益之外追求“律师赢”的结局，即在妮可已经同意查理在洛杉矶时与自己拥有同等监护时间的情况下，诺拉刻意将双方的监护时间比例调整为 55/45，仅为昭示己方才是该离婚案的胜方。

欣慰的是，如片尾展现给我们的那样，妮可作为一个善意母亲，在监护权问题上也表现出最大程度的善意，并未拿法院判决与查理斤斤计较监护时间。

这个结局印证了伯特律师所说，“这一切终究会结束，无论我们是输是赢，都将是你们俩解决问题”。

俗话说，父母离婚对孩子的伤害仅此于父母死亡。因此，毫不夸张地说，父母离婚伤害最深的无疑是孩子。而孩子作为独立于父母之外的个体有其独特的利益。因此，父母离婚在孩子抚养安排上，理应遵循“孩子利益最大化原则”。正如伯特律师在片中对查理说的“记住，对亨利来说最好才算赢”。

本片中，妮可和查理争议的焦点是亨利的监护权，双方在财产方面相对比较超脱，这是本案的特殊性所在。

但在总结一般离婚案件的“输和赢”的标准时，笔者认为，对于一段无可挽回的破碎婚姻，按照孩子利益最大化原则作出抚养、探望安排；财产上作出公平处理（作为代理律师，尊重事实，在法律框架下，使己方当事人获得法律上的公平结果），即是赢。而且，相较于律师的“赢”，当事人的“赢”才是真正的“赢”。同时，处理离婚的过程尽可能减少对双方及孩子的伤害，给彼此留有体面。这些，才是我们家事律师应当追求的离婚案件的“赢”。

《反家暴法》在上海丨基于 91 份保护令案例的分析

2020-03-20 北京市千千律师事务所 北京为平

https://mp.weixin.qq.com/s/1wpHmW94RuNO4zVUjL7REQ

上海作为中国经济社会最发达的地方之一，在人身安全保护令方面的实践如何？

简述

本报告旨在梳理《反家暴法》实施三年半以来上海人身保护令制度的适用情况，以助于相关机构和人士了解其实施进展，促进保护令发挥其作用，保护公民的合法权益，并推动这项制度在未来更好地发展。

对报告研究梳理后得出的主要结论及建议

— 上海市保护令申请数量较少，核发率较低。

— 特殊保护群体等弱势群体的家暴问题亟待关注，需提升针对性的保护措施。

— 当下保护令核发标准、证据审查、多重和特定保护措施的核发过于严苛。

— 公安机关、妇女联合会、居民委员会、村民委员会、救助管理机构等应更为积极地代受害者申请保护令。

— 应加大违反人身安全保护令的惩戒力度

（详细论述，请查看本报告“讨论”一节）

完整报告请点击“阅读原文” 或复制以下链接至浏览器搜索

http://www.equality-beijing.org/newinfo.aspx?id=78

北京为平妇女权益机构出品

反家暴法实施监测报告系列

-2020 之专题篇

林爽 郑诗茵 张琬青 冯媛撰写[1]

2020 年 3 月 8 日

01. 研究背景和方法

人身安全保护令/裁定（以下简称“保护令”）是全球各地反家庭暴力中行之有效的措施。

《中华人民共和国反家庭暴力法》（以下简称“《反家暴法》”）于 2015 年 12 月 27 日通过，2016 年 3 月 1 日起施行。《反家暴法》正式确立了保护令制度，并有专章进行规定。这是保障家庭成员的人权，尤其是妇女人权的重要措施。作为民事强制措施，这是司法机关为了预防可能（继续）发生的家庭暴力而做出的裁定，保护曾经或潜在的受害人及其子女和特定亲属免遭新的侵害。申请人可以请求法院限定被申请人的行为，通过获得保护令而免于任何形式或特定形式的暴力。

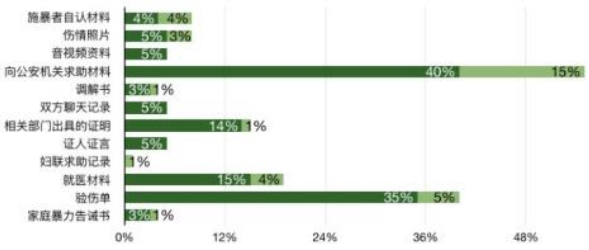
数据来源：本报告基于 2019 年 9 月和 10 月期间在人民法院的中国裁判文书网（http://wenshu.court.gov.cn/）的检索，共检索到上海各区法院在 2016 年 3 月 1 日至 2019 年 9 月 30 日期间人身安全保护令相关的 104 份裁定书，涉及到保护令案例 91 起。由于并非所有裁判文书都在裁判文书网上公开，本报告的研究则只基于可得的这 104 份文书所涉及的 91 起案例，因此不一定能全面反映上海保护令的申请和核发情况的全貌。

02. 我们的主要发现

《反家暴法》实施以来的三年半期间，16 个区中上传的保护令申请数量差异巨大；最多的浦东新区 28 例，其次是嘉定、虹口和闵行三区，均为 11 例，再次是宝山和金山二区，均为 6 例。没有检索到徐汇区和崇明区的数据，其余各区在 1-5 例。（见下图）

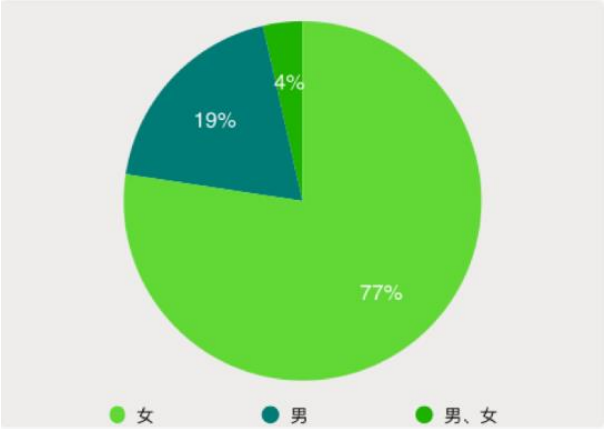
图一：各法院受理数量

（2016 年 3 月 1 日-2019 年 9 月 30 日）

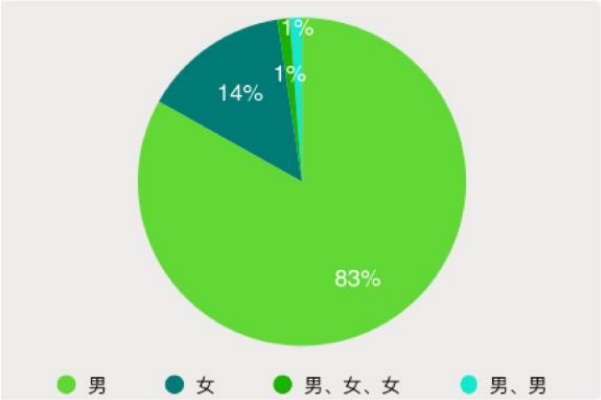


约八成（77%）申请人（受暴者）为女性，超过八成（83%）的被申请人（施暴者）为男性。全部案例中，约八成受暴者为女性，超过八成的施暴者为男性，这显示家暴通常体现为一种“基于性别的暴力”，即绝大多数情况为男性对家庭成员的暴力，特别是对女性伴侣的暴力（申请人和被申请人为夫妻关系的情况占大多数），男性受暴占 80 个样本中的 18%（15 例），其中 47%（7 例）为男性遭遇男性家人的暴力。（见图二 - 图五）

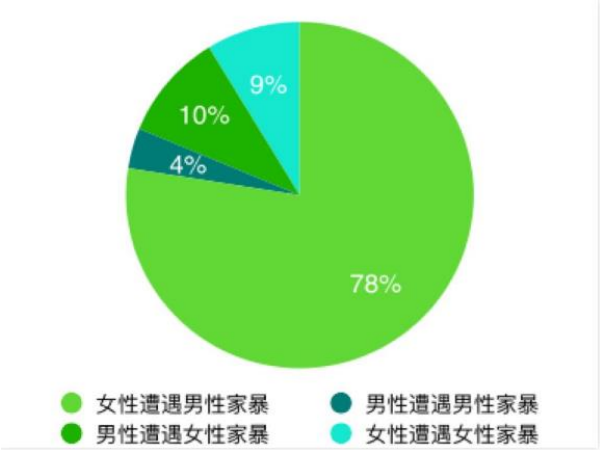
图二：申请人（受暴者）性别比



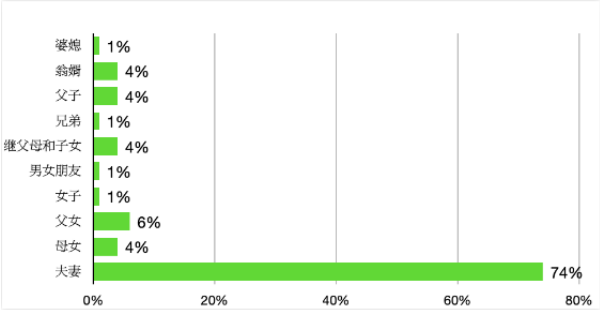
图三：申请人（施暴者）性别比



图四：申请人与被申请人对应性别

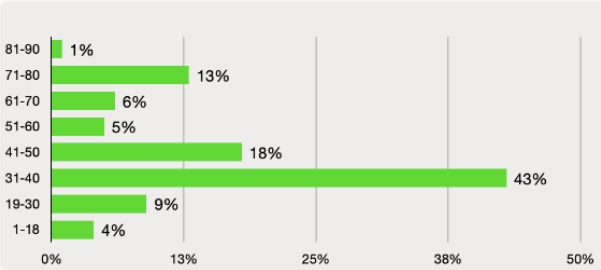


图五：申请人与被申请人关系



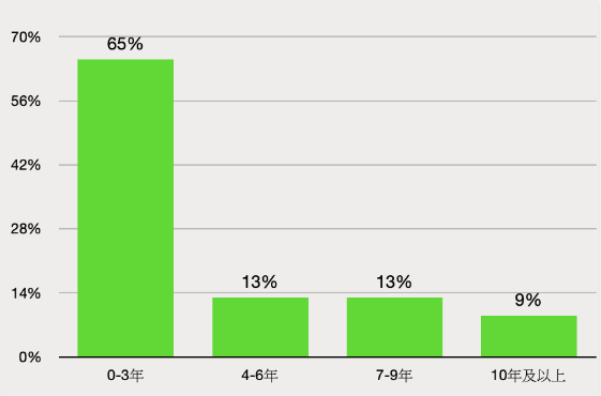
75 岁以上老年受暴者占 14%（11 位），未成年受暴者占 4%（3 例）。保护令申请人最小 7 岁。年龄最大的申请人为 83 岁。未能检索到重病患者、残疾人、孕期和哺乳期的妇女这几个《反家暴法》明文规定的特殊保护群体的申请。性少数群体的申请也未能检索到。（见下图）

图六：申请人年龄分布



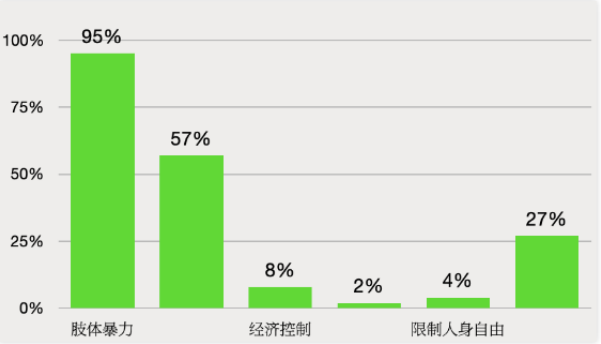
申请人自述暴力持续时间平均为 45.6 个月(3 年零 8 个月)。文书记载最短的暴力持续时间是 3 天，最长的时间达 528 个月（44 年）。（见下图）

图七：暴力持续平均时长



近 7 成申请者自述遭遇 2 种以上暴力。肢体和精神暴力最普遍。在 83 例体现出暴力类型的裁定书中，95%（79 起）为肢体暴力，57%（47 起）为精神暴力，35%（22 起）为破坏财物。2%(2 起)为婚内性暴力。体现同时受到两种及以上暴力的占 68%（56 起）。（见下图）

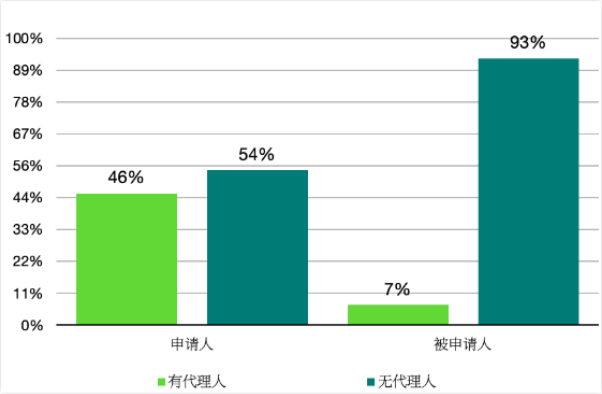
图八（下图）：暴力类型



逾半数的申请没有代理人。《反家暴法》第二十三条规定：“当事人是无民事行为能力人、限制

民事行为能力人，或者因受到强制、威吓等原因无法申请人身安全保护令的，其近亲属、公安机关、妇女联合会、居民委员会、村民委员会、救助管理机构可以代为申请。”然而本报告尚未发现在上海市有相关机构代为受害者申请保护令的情况。（见下图）

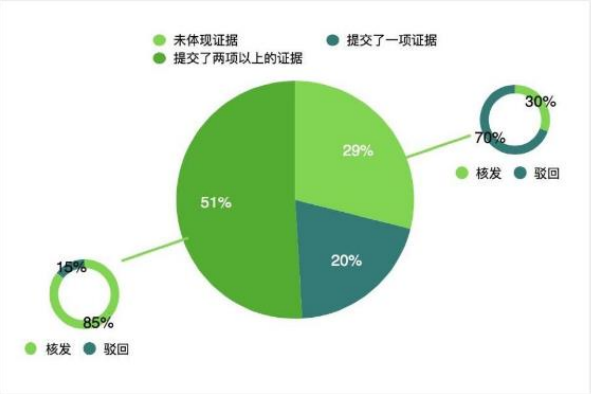
图九：申请人与被申请人的代理情况



保护令申请的核发率为 54%，三分之一的申请被驳回（34%，31 起），12%（11 起）的申请被撤回。核发率各区之间极不平衡。除仅有 1 例的普陀区和静安区核发率为 100%外，受理数量最多的浦东新区核发率最高，为 75%，闵行区核发率为 36%。

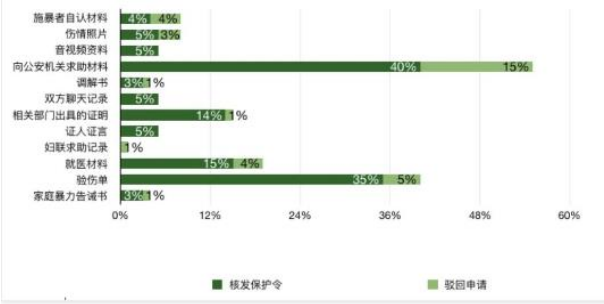
高达七成的申请提交了证据。超过半数（51%，41 份）的申请提交了两项证据。另有 28%（23 份）未显示申请人是否提供证据。在被驳回的 31 份案例中，52%（15 份）的裁定书都提到“证据不足”。提交了两项及更多证据的申请中仍有 15%（6 份）被驳回。（见下图）

图十：提交证据数量及核发情况



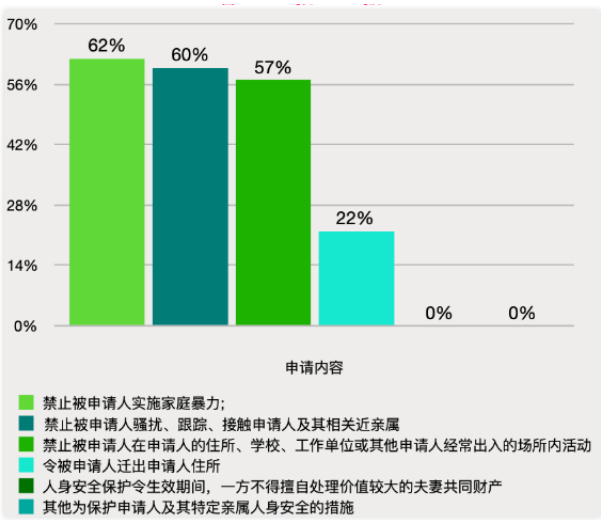
有警方的家暴告诫书仍可能无法得到保护令。证据中即使包括了告诫书，仍然有三分之一的可能被驳回申请。（见下图）

图十一：法院对不同证据采纳情况



越具体的保护措施申请越难得到核准。在《反家暴法》规定的可以申请的四类保护措施中，第一项“禁止被申请人实施家庭暴力”是申请最多的，占全部申请的 93%（76 例）；有近 3 成申请保护措施为“责令被申请人迁出申请人住所”，但这项申请的核发率仅为 22%。看来法官更倾向于批准更笼统的保护措施，更具体的保护措施的核发率明显偏低。有一例申请的是“人身安全保护令生效期间，一方不得擅自处理价值较大的夫妻共同财产”，属于《反家暴法》规定的“其他保护措施”，但被驳回。（见下图）

图十二：申请内容核准情况



34%（31 起）的申请被驳回，有关理由大致为 5 种。被驳回的申请绝大多仅被告知“不符合条件”。32% 的裁定书在驳回时仅称“申请不符合《中华人民共和国反家庭暴力法》第二十七条规定的发出人身安全保护令的条件”，而没有具体释明理由。释明理由的可以归纳为 5 类：

1）申请人与被申请人不住在一起。法官似乎认为只要不住在一起，就不需要保护令。

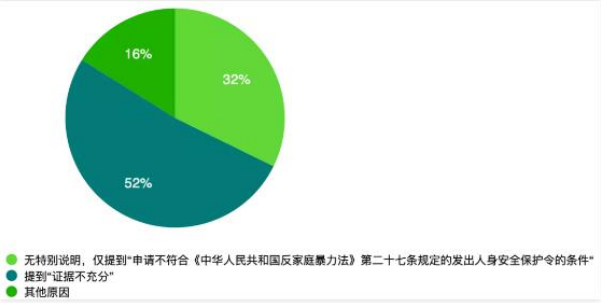
2）申请人接受调解，或被申请人主动认错。

3）暴力发生的频率低或非近期发生。

4）申请人和被申请人间存在其他纠纷。

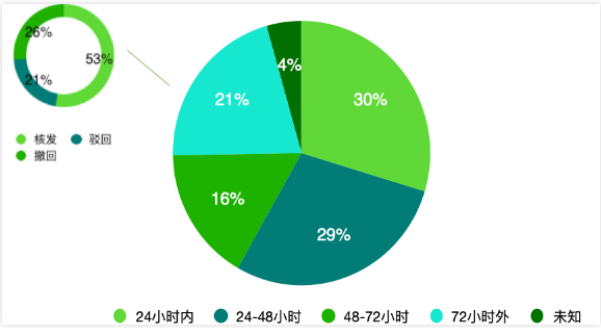
5）被申请人声称申请人有过错。（见下图）

图十三：驳回情况及原因



近 8 成申请在法定时间内处理完毕，有 2 成左右的申请没有在反家暴法规定的 72 小时内处理完毕。（见下图）

图十四：处理时间



存在违反保护令而未体现承担责任的情况。本报告检索到 2 份裁定书提及被申请人违反保护令，但均未体现处罚情况。而《反家暴法》第三十二条规定“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。”第三十四条规定：“被申请人违反人身安全保护令，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不构成犯罪的，人民法院应当给予训诫，可以根据情节轻重处以一千元以下罚款、十五日以下拘留。”

综上，本报告认为，通过梳理上海市上传的保护令裁定文书，发现保护令的申请量不大，核发率不高而且各区之间不平衡，如果这些发现多少反映了上海实施保护令制度的现状的话，那么，保护令在遏制和防范家暴方面的作用远未充分发挥。

但研究也发现了一些积极之处。如未成年人的 3 例申请均被核发保护令，再就是受理了 1 例男女朋友之间的保护令申请，以及在有些案例中拨开申请人是否有过错的干扰而聚焦家暴的预防，在（2016）沪 0106 民保令 1 号中，法院认定被申请人确实存在掌掴申请人的暴力行为，并造成了申请人一定的伤害后果的发生，并核准了保护令申请。被申请人称因申请人有外遇，才采取暴力。与上述(2018)沪 0109 民保令 5 号恰好相反，该案中法院没有因“申请人疑似出轨”而“体谅”被申请人殴打的行为，而是依法核发保护令，值得鼓励。

03. 加强保护令制度实施的政策建议

作为在很多方面世界领先的大都市，上海有常住人口约 2400 万，家暴警情每年数千，但保护令申请每年只有百余件，核发量不到 40 件。为更好地发挥保护令的作用，根据从本研究样本中的发现，以及参考其他报道和研究而作的上述讨论，我们提出四条系统性建议和对司法机关的若干具体建议。

（1）加强宣传，让更多人了解保护令、运用保护令

法院及其他责任方，如宣传部门、妇联，应运用各种形式加强《反家暴法》的宣传，提升对保护

令的知晓度，落实上海市妇儿工委牵头市公安局、市高院等 10 部委共同印发的《上海市实施〈中华人民共和国反家庭暴力法〉主要工作部门职责分工》。

（2） 加强问责，提升相关机构尤其是国家机关对反家暴职责的认识和履行能力

各级妇联，尤其是基层妇联，公安派出所，以及残联，应了解自己的职责，代为申请保护令，协助执行保护令。杜绝在保护令申请方面的不作为、和起反作用的现象。反家暴责任机构应积极帮助受害者，特别是协助其申请人身安全保护令，特别是对未成年人、老年人、重病人、残疾人和孕产妇，以及被胁迫或失去自由的当事人如性少数群体代为申请保护令、协助执行保护令。

（3）加强多机构合作，实现保护令和其他反家暴措施的合力

保护令和其他反家暴措施常常需要跨部门、跨领域甚至跨地区的合作。新闻媒体和其他宣传手段，有关责任部门对保护令的积极态度，是提升保护令申请量的重要前提。心理咨询机构、医疗机构的咨询和就诊记录，社会组织的服务，妇联、社区和其他机构的求助和调解记录，公安机关的接警、处理情况、出警记录，特别是告诫书，对保护令申请的核准几率、有效执行密切相关，需要提升这些机构对反家暴工作，特别是保护令的认识，积极履责，方能促进保护令制度的良好实施。

如《反家暴法》第二十二条规定，“工会、共产主义青年团、妇女联合会、残疾人联合会、居民委员会、村民委员会等应当对实施家庭暴力的加害人进行法治教育，必要时可以对加害人、受害人进行心理辅导。”这些机构需要鼓励服务群体中的当事人申请保护令中的“其他措施”，如请求法院责令被申请人接受法制教育和心理辅导，从而实现对施暴者的心理与社会干预。目前情况下，当务之急是加强公安机关对保护令执行的协助力度，加强公安对法院执行保护令的支持。

（4）加强统计和信息公开，主动披露反家暴数据和措施实施情况

保护令相关数据是评估和完善这项反家暴措施适用情况和成效的依据。《反家暴法》第七条规定：“县级以上人民政府有关部门、司法机关、妇女联合会应当将预防和制止家庭暴力纳入业务培训和统计工作。”无论是上传至法律裁判文书网的审判文件，还是其他基础数据，如涉及家暴特别是特殊保护人群的家暴的警情数据、保护令申请、核发、撤回和驳回的数据，目前都存在数量少、不规律的问题。

（5）加强法院系统对保护令的实施工作

1）加强能力建设，提升法官对家庭暴力的理解，以及对保护令的理解和运用能力。

遵循《反家暴法》的规定，加强对法官的培训，提升法官对陈陈相因的性别观念的觉察和反思能力，理解到性别陈规是滋生、助长和维持家庭暴力的重要根源，公权力的介入是维护家庭成员安全、保障家庭和睦的重要手段，避免在审查和裁定时认同和强化了陈陈相因的性别观念、避免内化的性别不平等、男主女从等社会文化、对攻击性占有性的男性气质的习焉不察甚至合理化的情况，杜绝对任何形式的家庭暴力默许和纵容。提高对非肢体暴力的意识与关注，看到精神暴力的普遍存在，以及性暴力、经济控制、破坏财物等暴力形式，提升对目睹暴力儿童、成年子女或继子女及其配偶对老人的家庭暴力等现象的认识，改变老年人申请保护令核发率更低的现状。

2） 提升受理量、核发率，更加积极地受理保护令申请。

降低撤回率和驳回率，提高核发率。尤其是看到家暴对弱势与边缘群体的影响，如未成年人、老

年人、重病人、残障人、孕产妇和性少数群体，因为他们面临更多的限制与挑战，更容易受到家暴的伤害。改变这些群体申请保护令数量少甚至没有的情况，改变申请撤回率高、保护措施驳回率高的局面。

3）增加对迁出令/驱逐令的核准率。

这是《反家暴法》保护令中规定的第三种保护措施，本研究发现它的核准率仅有 2 成。而研究和常识都表明，受害人继续居住在安全、熟悉的场所，对自己和其他家人的生活和工作都至关重要。相比受害人离家或入住庇护所，施害人暂时迁出是最简单易行的，而且是让施害人自己来承受其施害行为的后果，而不是让家暴后果继续加诸受害者。目前这种迁出令核准率过低的局面亟待迅速改变，以实现受害人和其他家人在现实可行的情况下增加生活的安全和便利。

4）改变证据标准过于严苛的现状。

考虑到家暴隐秘性、控制性的特征，受害者取证本身就存在很大风险和困难，保护令并不是通常意义上的判决，而是一种预防性的法律措施。因此，亟待改变目前对证据过于苛求的现状，杜绝申请人持有公安机关签发的告诫书都申请不到保护令的现象。

5）调研逾期处理的现象，提出改进措施。

如本研究发现的占 21%的申请逾期处理的情况多少符合现实，那么，亟待对这个现象进行调研，分析其缘由和影响因素，改变如此之高的逾期处理的状况，尽快给当事人安全。

6)有效执行保护令，严肃追究违反保护令者。

目前看来，绝大多数保护令能自动履行。一些地方的妇联、社区也能积极协助执行。因此，法院应该更加严肃地对待违反保护令的现象，不能继续视若无睹，而要用足现有法律赋予的空间，加大违反人身安全保护令的惩戒力度。

国家禁止一切形式的家庭暴力。在《反家暴法》实施四周年之际，我们希望这份研究报告的发布，可以贡献于上海加强反家暴工作、展现国际大都市的风采。

网红婚姻法律师吴杰臻：家庭主妇离婚案，结局一般都比较坎坷

原创：2020-03-22 方圆　刘琦

https://mp.weixin.qq.com/s/PNcg5Vb4MelcFu_2P4pvaQ

网红婚姻法律师吴杰臻把他的办案经历写成了书《好的婚姻，要守护财产和爱》。（图片来源：受访者供图）

“你是家庭主妇，没有收入，长期不工作，没有生存技能，自己都养不活，凭什么带孩子？”

“不离婚时就说孩子需要妈妈，离婚时，又说妈妈没能力抚养孩子？”

“钱都是我赚的，家都是我养的，你们俩吃我的，住我的，还有脸说！”

广东广强律师事务所婚姻家事部主任吴杰臻，在微博中写下的这段有关离婚之后谁最适合带孩子的对话，引起了数百万粉丝的关注。

离婚案件里的恶语中伤，吴杰臻听过太多。双

方感情好的时候，“你不用出去工作，我养你”，听起来既甜蜜又有安全感，然而一旦走到离婚的地步，剧情就开始完全反转。在当事人感情遭到沦陷时，如何保护好他们的合法权益，能不能给婚姻构建一个安全的框架？吴杰臻在网上打开了婚姻法的普法窗口，他想让更多人不再受到婚姻的伤害。

家庭主妇离婚案，结局一般都比较坎坷

吴杰臻代理的离婚案件，有 65%以上的当事人是女性，其中有一部分还是家庭主妇。“她们有一个共同特点，脸色苍白，眼袋比较深，看起来像是好几天没有睡过觉的样子，精神状态差，情绪会失控，讲着讲着会哭起来，而且眼睛不能聚神。”在吴杰臻看来，家庭主妇的生活随着婚姻的破裂开始逐渐崩塌，她们的眼中，是一种看不到未来，前所未有的迷茫状态。

吴杰臻见过一对结婚九年的夫妻，女方在结婚前是一名服装设计师，在行业内小有名气，还拿过一些设计类的奖项；结婚之后，由于两个孩子的出生，她需要投入大量精力照顾孩子，所以放弃了服装设计的工作，成了一名家庭主妇。

男方没有照顾家庭的后顾之忧后，便开了一家工厂做起了生意，赚了不少钱。离婚时，女方只知道他们名下有两套房子，关于工厂的生意情况、家里有多少存款、男方的银行卡号，所有与钱相关的事情，她都没什么概念。

显而易见，这种案子做起来很被动，却也是许多家庭主妇离婚案件里最典型的情况。

和吴杰臻预想的一样，男方很不配合资产调查，只提供了离婚前一年的收入记录。“我们向法院申请调取工厂在税务局登记的资产负债表，发现工厂的现有价值还不如一套房子值钱，我们想委托评估公司进行评估，但是工厂方面不提供任何原始财务资料，导致评估无法完成。”

尽管吴杰臻主张分割男方的工厂，但是工厂的价值到底是多少，他心里也没底，而女方认为男方赚了很多钱，不仅要取得两套房屋的产权，还要求男方每月支付 2 万元的抚养费，她认为这是对自己和孩子最基本的保障，也是应该分得的财产。

双方互不相让的态度很容易让一场离婚官司走入死胡同。吴杰臻觉得女方态度坚决的主要原因是，她认为自己为了家庭牺牲了事业，离婚之后自己的无形资产不仅一下子清零了，想要重新回到行业里，发现自己已经过气了。

女性该不该为家庭牺牲事业，做家庭主妇真的不好吗？类似的灵魂拷问，许多人在网上给吴杰臻留言，向他寻找答案。

“家庭主妇不是个职业，不受劳动法保护，而且婚姻法对她们的保护也是缺失的。在这起案件里，夫妻之间的财产知情权无法得到保障，而且往往从事家务劳动的一方，既无法公平地分到婚姻的共同财产，也无法在离婚后分到另一方的无形资产，家庭主妇的地位很被动。我们所有的婚姻案中，家庭主妇的离婚案是最难打的，结局一般都会比较坎坷。其实有一些被离婚的女性是很优秀的，只不过她们为了家庭放弃了事业，人生就这样被耽误了。”

妥协解决不了家暴

还有很多女性，在婚姻生活中的处境就像是抱着孩子在跨栏，摔了一次又一次，每次都是自己爬起来，默默承受一切疼痛。在家暴案件里，吴杰臻觉得这种现象尤为突出。

有一个长期被男方家暴的当事人找到吴杰臻，向他咨询离婚的事情，结果双方之间反反复复纠缠了半年还没有离掉。每次女方一提出离婚，男方就百般向她求饶、道歉，保证以后一定不动手了，还劝说女方父母和自己站在一队，劝她放弃离婚的念头，甚至动员孩子不要让妈妈离婚。看着在动荡婚姻中成绩一落千丈的孩子，很多女方都会心软、妥协，然而下一次，家暴事件还会继续上演。

“每被打一次，她就向我求救一次，有一次她发短信给我：‘救命，救我’，我就知道出事了，让她把自己的定位发过来，也打了电话报警，还有几次大半夜出事，我和同事都急忙赶了过去。”吴杰

臻同情那些被家暴的女性，想用法律去保护她们，可是当他询问对方是不是真的想要离婚时，对方就又没有消息了，这种迟疑，让他感觉很无奈。

家暴事件近几年频频发生，然而真正能够站出来的女性却很少。

吴杰臻说："暴力关系下的婚姻，女方往往会为了孩子选择隐忍。"她们的妥协，也不断冲击着吴杰臻的职业观。他认为远离家暴最好的方法就是处理好第一次家暴。当对方第一次施暴时，如果事后悔过、道歉，必须以书面形式记录下来，要是对方再犯，就必须当场报警。如果婚后才发现对方有家暴倾向，除了留好证据之外，还要有独立的经济能力，万一走到离婚的地步，还可以有能力争夺孩子的抚养权，对自己、对孩子也是一种保护。

婚姻中可以谈感情，但离婚时却要讲法律

婚姻是人生会面临的重大命题，但是天长地久筑起的承诺有时候并不牢固，不少婚姻在柴米油盐中走向了末路。当婚姻走到尽头时，如何分割财产成了不得不面对的问题。

吴杰臻办理过一起涉及离婚财产分割的案件，小两口结婚后，男方父母全款为他们置办了一套住房，房本上只写了男方的名字。按照当时婚姻法的规定，无论写谁的名字都属于共同财产。因此女方不但没有介意，反而觉得自己在这段婚姻中是"受益者"，心里很踏实，主动承担了所有的家庭事务。

结婚三年左右，女方在广州买了套商铺，大部分钱是父母和姐姐一起出资的，但购买合同上写了夫妻两个人的名字，这也为离婚时财产分割埋下了隐患。2011 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)出台后，写有男方名字的那套房子成为男方个人所有，而女方婚后购买的商铺却是夫妻两人共同所有。

女方找到吴杰臻，觉得自己很吃亏，她说男方什么家务活都不管，大量时间都在忙工作，收入从每月几千元到每月五六万元，还升职为公司高管，对比自己停滞不前的惨淡事业，内心很不平衡。再加上当初男方名下被视为夫妻共同财产的房子被划分为男方个人财产后，矛盾就更加激化了。"说好的共同财产怎么变成了你一个人的了，你一分钱没有出的商铺凭什么突然间就变成了共同财产？"女方连连发出抱怨。

"在传统婚嫁观念里，男方提供房子的婚嫁模式，会自动被视为男方贡献较大，在日后的夫妻生活中，女方往往愿意承担更多的家务劳动、照顾孩子，因此投入事业的时间自然而然会减少，不利于事业的发展。"这起案件不仅涉及婚姻法修改之后，夫妻双方财产权益如何分配，还涉及女方在婚姻中承担大量劳动之后，是否影响了事业的发展，这部分损失在离婚时能不能得到补偿？传统婚嫁观念与法律之间产生的冲突，也让吴杰臻对这起案件印象深刻。

在婚姻生活中可以谈感情，但离婚财产分割时却要讲法律。这个案子最终的调解结果是，男方一次性支付了 100 多万元抚养费，放弃分割女方的商铺，而女方也不能分割男方名下的房子。"这种结局，男方已经是手下留情了，如果男方咬住财产不放，不仅不需要一次性支付抚养费，还可以分割女方购买的商铺。"吴杰臻说道。

还有一种传统婚嫁观念在吴杰臻看来也比较普遍，男方负责买房，女方负责装修或者买车，这种婚嫁模式导致大量的房子只写了男方的名字，购房款也一般由男方父母提供。因此在离婚时，女方要么分不到财产，要么分到较少的财产，原因是女方虽然出了装修款或者是买了车，时间久了，装修旧了，汽车损耗了，也就减值了，即使这些费用与男方首付买房的价格差不了多少，但最终都不如房子值钱，很多人在结婚时并没有意识到这一点。

打离婚官司像是在打一场逆风球

为女性打离婚官司，就像是在打一场逆风球，如果风向比较顺，或许能有一个可以接受的结果。吴杰臻也遇到过这样的案子。

吴杰臻获评微博十大影响力法律大 V。（图片来源：受访者供图）

男方是富二代，喜欢泡吧，每个月的娱乐支出高达十几万元，不高兴的时候还会家暴女方。结婚后，男方有一套登记在自己名下的房产，离婚时女方想分割这套房子，但是男方态度坚决地说："这个房子你一分钱都别想要到，我要让你净身出户。"

"后来我们发现这套房子的购房款全部来源于男方的姐姐，婚后还贷也是由男方姐姐每月汇款给他，男方表示房子是姐姐买的，只是挂在自己名下，自己并没有什么经济实力，还提交了自己在一些贷款平台中高达 100 多万元的贷款记录。如果按照这种情况，女方面临的结果可能是不仅房子分不到，还可能背负一些夫妻债务。"吴杰臻担忧道。

不过女方的说法完全不同，她表示房子是男方在家族生意中的收益所购买的，只不过因为男方管不住钱，家人不放心，于是男方的收益由姐姐暂时保管，按需转给他，因此购买房子的钱并不是姐姐出资的，房子也并非是姐姐挂在男方名下的。

这种复杂的关系在庭审中争议很大，吴杰臻说："第一次起诉时男方以夫妻双方感情没有破裂为由不主张离婚，然而在之后的婚姻生活中，两人的关系并没有改善，反而矛盾越来越深。在我们提起第二次离婚诉讼时，男方又以孩子还小的名义不同意离婚。"

一方想离婚，一方不想离婚，案件陷入了僵局。后来吴杰臻和团队律师做了大量的工作，同时也从情理和法理上向女方分析了利害关系，最终双方调解离婚。

在吴杰臻看来，夫妻之间没有感情了，长久下去只会变成怨偶，即使两个人在一起，也只会无限放大对方的缺点，就像刺猬一样，离得近了很容易伤到彼此。而离了婚，两个人只以孩子父亲母亲的身份相处，只需要关注对方对孩子好不好、尽不尽心，这反而是一件好事。

打破思维误区，建立安全的婚姻通道

在婚姻法领域执业七年，吴杰臻的团队每年处理的离婚案件有上百起，他对离婚率逐年上升这件事有切身的感受。"我接过一个深圳当事人的离婚案，做了两年，好不容易离婚后，他表妹也要离婚，再过两年，当年离婚案的证人也要离婚，接二连三找到我们。我也曾经见过一栋楼，十户人家有九户是离婚的。"

很多时候，见得多了，吴杰臻也会在情感上与当事人产生共鸣。怎么能够帮助陷入婚姻困境中的人，让他们可以打破思维误区，为他们建立安全的婚姻通道？吴杰臻找到了更宽的路，他把网络变为了一种交流空间，把自己的执业经验和一些困扰粉丝的法律问题都写在了网上。**"这个事情不能这么做，这个决定有风险……如果我知道这里面有陷阱而不去说的话，我的内心会过不去。"**

利用网络的渠道讲出来，吴杰臻打开了自己和外界相处的系统，只要他在微博上发布了什么新的消息，马上就有粉丝留言或者转载，遇到大家特别关心的话题，阅读量立刻就爆。他每天可以收到上百封咨询和求助信，有一些网友说："啊，我受不了了，我一定要离婚"，还有大量的声音喊着不婚不育保平安。

面对徘徊在婚姻边缘，或者是一些想要步入婚姻的粉丝们，吴杰臻在他们的字里行间，感受到一种焦虑，许多人其实不是不想结婚，而是内心感到害怕，害怕自己前脚刚踏入婚姻的殿堂，后脚便迈向了婚姻的坟墓。

缺乏安全感，这是吴杰臻的总结，他甚至见过

一种吐槽，有粉丝去相亲，男方直接问女方收入是多少、有没有公积金、有没有房贷，因为男方早背负着沉重的房贷，需要找一个没有房贷的女方和他一起还贷，他害怕双方都有还贷的压力，生活难以维持下去。

在微博中写下这些现实问题，吴杰臻也听到过一些反驳的声音，说他只是想带节奏，无端挑起婚姻中的对立，想让更多人离婚。不过他却认为，把婚姻中的法律风险提前找出来，增强法律意识，既是保护自己，也是为了更好地保护好婚姻，这是一种安全的婚姻关系。

从 2019 年 4 月开始，吴杰臻有三个月的时间不接任何案件，他彻底将自己放空了，他将自己办理过的案件、了解到的有关婚姻的故事，还有对婚姻法领域的思考写成了一本书《好的婚姻，要守护财产和爱》，这本书豆瓣评分 9.0，被推选为“婚前必读”。

有的网友说看了吴杰臻的书都不敢结婚了，有的网友说幸好在结婚前遇到了这本书。作为网红婚姻法律师，对吴杰臻来说，他写这本书的原因，是想把那些涉及婚姻领域的坑都讲出来，让大家可以越过那个坑，为自己的婚姻上一道法律险。他常说：“我不是来歌颂美好的，也不是来散播焦虑的。我讲黑暗，是希望你们遇到它的时候不会束手无策，需要凝视的深渊，我都帮你们看过了，该走的路，你们走好。”

编辑丨肖玲燕　设计丨刘岩
记者丨刘琦

诉请配偶情人返还受赠财产，其能要求先扣除非婚生女的抚养费吗？

2020-03-31 小军家事　小军家事团队

https://mp.weixin.qq.com/s/I97k_OMIiN0gGr45Uq4zOg

》编者说：

杨某某与沈某某系夫妻，后顾某某与沈某某发展成情人关系，并生育一非婚生女。在顾某某与沈某某维持不正当关系期间，顾某某从沈某某银行账户内取款、转账 13 万余元，沈某某为顾某某支付购房款 6 万元，沈某某通过支付宝、微信转账 16 万余元。为此，杨某某起诉要求顾某某偿还上述夫妻共同财产 35 万余元。顾某某抗辩称杨某某可以主张的也只是一半的金额，并请求法院酌情考虑非婚生女的抚养费。本案中，顾某某是否因返还全部的 35 万余元？顾某某返还的财产中是否可以扣除非婚生女的抚养费？

作者 丨 小军家事团队

裁判要旨

1. 夫妻未对共同财产作出特别约定，对于夫妻共同财产双方有平等的处理权。夫妻一方将大额钱款赠与婚外第三人，未经财产共有人的同意，侵害了另一方的财产权益，且其赠与行为系基于其与第三人的婚外男女关系，因此该赠与行为无效，婚外第三人应予以返还全部钱款。

2. 非婚生女的抚养费属于抚养费纠纷，本案属于赠与合同纠纷，属于两个不同的法律关系，且本案夫妻一方不同意在婚外第三人应返还的款项中扣除非婚生女的抚养费，故对第三人要求考虑抚养费的抗辩法院不予支持。

案号

一审：宁波市鄞州区人民法院（2018）浙 0212 民初 8434 号

二审：浙江省宁波市中级人民法院（2019）浙 02 民终 2851 号

案情

上诉人（原审被告）：顾某某

被上诉人（原审原告）：杨某某

原审第三人：沈某某

杨某某与沈某某系夫妻关系，于 1996 年 9 月 29 日登记结婚并生育二子。后顾某某与沈某某发展成情人关系，并生育一非婚生女。在顾某某与沈某某维持不正当关系期间，顾某某从沈某某名下光大银行卡（卡号为 62×××48）累计取款和向其名下建设银行卡（卡号为 43×××95）转款共计 132710 元；沈某某使用信用卡为顾某某宁波市鄞州区宁兴嘉利玫瑰苑 12 幢 1803 室房产支付购房款 60000 元；沈某某通过支付宝共计转账给顾某某 102300 元，通过微信共计转账给顾某某 60500 元；以上款项总计为 355510 元。

案情

宁波市鄞州区人民法院一审认为：本案争议焦点为：1. 本案杨某某起诉是否已过诉讼时效；2. 非婚生女的抚养费是否应从赠与款项中予以扣除；3. 顾某某应予返还的金额。关于第一个争议焦点，一审法院认为，本案系杨某某以沈某某私自赠与顾某某款项，侵犯夫妻共同财产权提起的确认赠与无效，要求返还赠与财产之诉，且本案杨某某起诉时《中华人民共和国民法总则》已生效，根据该法第一百八十八条之规定，杨某某请求确认赠与无效的诉讼时效时间为三年，时间从杨某某知道或应当知道时起算。本案中，杨某某知道沈某某赠与财产时间为 2016 年，杨某某于 2018 年 7 月 1 日向一审法院提起诉讼，并未超过三年诉讼时效。关于第二个争议焦点，一审法院认为，非婚生女的抚养费属于抚养费纠纷，本案属于赠与合同纠纷，属于两个不同的法律关系，且本案杨某某不同意在顾某某应返还的款项中扣除非婚生女的抚养费，故对顾某某要求考虑抚养费的抗辩一审法院不予支持。关于第三个争议焦点，顾某某对杨某某诉请的金额无异议，但对顾某某应返还的金额，顾某某提出三点抗辩，一是自 2016 年 2 月 1 日至 2017 年 1 月 9 日，宁波市镇海弘通砂石场（普通合伙）向杨某某、沈某某转出过大量的款项；二是 2017 年 7 月 11 日、2017 年 7 月 13 日，顾某某向杨某某两次转款（一次为 433200 元、一次为 289200 元），总金额为 722400 元；三是顾某某于 2017 年 7 月 4 日向沈某某转款 40000 元、2017 年 10 月 5 日两次转款共 20000 元、2017 年 10 月 9 日转款 6000 元，共计 66000 元。关于顾某某对应返还金额提出的第一点抗辩，一审法院认为，本案处理的为杨某某、顾某某及沈某某之间的赠与合同纠纷，而宁波市镇海弘通砂石场（普通合伙）向杨某某、沈某某转出的款项，则为宁波市镇海弘通砂石场（普通合伙）与杨某某、顾某某之间发生的法律关系，与本案在主体及法律关系上均不同，顾某某以宁波市镇海弘通砂石场（普通合伙）向杨某某、沈某某转出的款项作为本案抗辩，一审法院不予支持；关于顾某某对应返还金额提出的第二点抗辩，顾某某提供的个人活期明细信息明确顾某某转给杨某某的两笔款项来源为同城票据单笔实时清算过渡户，杨某某亦提供了记账凭证、银行承兑汇票及杨某某的银行流水，以证明该两笔款项为宁波江北金鑫混凝土有限公司支付给宁波市镇海弘通砂石场（普通合伙）的货款，以承兑汇票方式支付，因顾某某为该砂石场工商登记的法人，故贴现后款项直接汇入顾某某个人账户。后在沈某某的指示下，顾某某又将款项转给杨某某，杨某某再将款项转到宁波鑫宝厨卫有限公司。顾某某则坚持认为转款的 722400 元为其自有资金，认为如按杨某某所述该款项也是宁波市镇海弘通砂石场（普通合伙）的财产，杨某某和沈某某将该砂石场的款项转出，存在侵害该砂石场的行为。一审法院认为，针对顾某某转给杨某某的两笔款项，杨某某已经提供证据证明该两笔款项的来源，在此情况下，顾某某应进一步举证证明该两笔款项为其自有资金，而非宁波市镇海弘通砂石场（普通合伙）的货款，现顾某某并未提供该两笔款项为其自有资

金的证据，故顾某某应承担举证不能的不利后果，故对顾某某提出给杨某某两笔款项转款的抗辩一审法院不予支持；关于顾某某对应返还金额提出的第三点抗辩，顾某某提供了微信转账记录，证明其向沈某某转款总计 66000 元的事实。对此，杨某某提供了卫华东的证言及微信转账记录、陆赟的情况说明、历史明细查询、交易明细及顾某某与沈某某的微信聊天记录，证明顾某某转款的 40000 元为货款、所转的 26000 元为顾某某朋友陈维珠的还款，并非顾某某个人给付沈某某的款项；顾某某则认为卫华东的证言及陆赟的情况说明属于证人证言，证人未出庭作证，不予认可，对顾某某与沈某某的聊天记录，认为系沈某某伪造。对一审法院给卫华东及陆赟所作的询问笔录，顾某某认为卫华东和陆赟未出庭作证，不能作证据使用，且认为陆赟为公司财务，与对方存在利害关系，与卫华东之间不存在微信朋友关系，且认为卫华东、陆赟的陈述说明两笔款项为宁波市镇海弘通砂石场（普通合伙）的资金，与杨某某、沈某某共同财产并无关系，并且认为 26000 元为该砂石场出借，沈某某收取 26000 元证实其侵占宁波市镇海弘通砂石场（普通合伙）资金。一审法院认为，对 40000 元转款，顾某某在庭审中认可永远（微信号为×××）为其微信号，卫华东微信转款对手微信名为永远，时间为 2017 年 7 月 4 日，金额 40000 元，而顾某某转款给沈某某的时间为 2017 年 7 月 4 日，金额亦为 40000 元，现顾某某未提供证据证明卫华东伪造转款记录，故对顾某某提出的该 40000 元为其自有资金转款给沈某某的抗辩不予支持；对 26000 元转款，顾某某认可系借款还款关系，认为出借人为宁波市镇海弘通砂石场（普通合伙），收款人为沈某某，现顾某某未提供证据证明杨某某提供的顾某某与沈某某之间聊天记录系伪造的情况下，顾某某转款给沈某某的 26000 元应系顾某某朋友陈维珠的还款，故对顾某某提出的该 26000 元为其自有资金转款给沈某某的抗辩不予支持。综上，顾某某应返还的金额为 355510 元。一审法院认为，夫妻应当互相忠实，互相尊重。夫妻在婚姻关系存续期间所得的财产为夫妻共同所有，夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权。夫妻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。现顾某某并未举证证明杨某某与沈某某对夫妻共同财产作出特别约定，故杨某某与沈某某在婚姻关系存续期间取得的财产属于夫妻共同财产，杨某某与沈某某有平等的处理权。杨某某与沈某某系夫妻关系，本应相互忠诚，但沈某某与顾某某保持不正当的男女关系，有违公序良俗原则及《中华人民共和国婚姻法》的有关规定。沈某某将 355510 元钱款赠与顾某某，未经财产共有人的同意，侵害了杨某某的财产权益，且沈某某的赠与行为系基于其与顾某某的婚外男女关系，因此沈某某赠与行为无效，顾某某应当予以返还。

宁波市中级人民法院二审认为：根据法律规定，婚姻关系存续期间，夫妻双方对共同财产不分份额共同享有所有权，一方非因日常生活所需处分夫妻共同财产时，应当协商一致。现沈某某擅自将共同财产赠与顾某某，该赠与行为依法应认定为无效。杨某某要求顾某某返还相应财产，依法有据，应予以支持。

关于《和解协议书》，顾某某主张杨某某起诉违反了《和解协议书》约定。本案是杨某某起诉要求确认沈某某对顾某某的赠与行为无效，主张顾某某应返还沈某某赠与的夫妻共同财产，而《和解协议书》是顾某某与沈某某就宁波市镇海弘通砂石场（普通合伙）收益及债务归属问题达成的协议，该协议书的双方当事人是顾某某与沈某某，该协议书对顾某某与沈某某具有法律约束力。杨某某不是该协议书的当事人，不受该协议书约束，杨某某依法有权再次提起诉讼。

关于本案所涉款项性质，顾某某主张本案所涉款项是业务款。为证明该主张，顾某某提供了其给杨某某转账的银行记录，但杨某某提供了记账凭证、承兑汇票和银行流水证明顾某某转给杨某某的系宁波江北金鑫混凝土有限公司支付给宁波市镇海

弘通砂石场（普通合伙）的货款。顾某某不认可是货款，主张是其自有资金，应提供相应证据予以证明，顾某某未能提供证据证明系其自有资金，一审法院对顾某某该项主张不予采信，并无不当。另外，顾某某主张沈某某赠与其的款项是给非婚生女的抚养费，本院认为，关于非婚生女的抚养费，顾某某应向沈某某主张，而本案是杨某某向顾某某主张返还夫妻共同财产，属于不同法律关系，因此一审法院对顾某某该项主张不予支持，亦无不当。

关于应返还的款项数额，顾某某认为应扣除其 2017 年 7 月 4 日转给沈某某的 40000 元，主张该笔款项是自有资金，不是卫华东转给顾某某的货款。但一审法院对卫华东所作询问笔录中卫华东陈述 2017 年 7 月 4 日将货款转给顾某某，且有卫华东转款记录相互印证，因此，一审法院认定顾某某转给沈某某的 40000 元系宁波市镇海弘通砂石场（普通合伙）货款，不应从顾某某应返还的款项总额中扣除，有相应依据，符合法律规定。

关于从沈某某的光大银行卡中支取的现金 66710 元，顾某某认为杨某某主张这些款项是顾某某支取的，缺乏证据，但顾某某一审庭审中明确表示沈某某的光大银行卡 2015 年前由其实际使用，杨某某主张的顾某某应返还的取现均发生在 2015 年前，现顾某某主张不是其本人支取的现金 66710 元，应提供相应证据予以证明，顾某某二审中未能提供相应证据，应承担不利后果。

（五）公证专题

公证案例丨一次包含提存、信托式遗嘱、顺位意定监护、生前预嘱及“替代监护人”声明的综合公证服务

2020-03-06 达比伦制度

https://mp.weixin.qq.com/s/ifbfykRS46vl7KYr6eOYNA

案例内容 【案情简介】

南京市民赵某某女士做生意多年，积攒下丰厚的家底，但也有自己的烦恼。赵某某早年离异，育有一子，尚未成年；她的母亲也是单身，收入不高，虽然现在身体各方面都还可以，但自己常年乘飞机往来全球各地，也时常带母亲出门旅行，万一出现意外，将来母亲的养老和儿子的成长问题会比较麻烦。

为了这两个自己最牵挂的人，赵某某经过考虑后，决定办理公证遗嘱，将大部分财产留给儿子，将一套房产留给母亲。同时，赵某某也决定办理意定监护公证，她想让自己的母亲和自己的表弟李某担任自己的监护人，替自己做重要的决定。

可赵某某还有自己的担心：

第一个担心是母亲成为自己遗产的受益人，可万一母亲先于自己去世了、或者和自己在同一次事故中去世，来不及对母亲应继承的部分作安排的时候该怎么办。

第二个担心是儿子尚未成年，若自己去世，前夫将成为唯一的监护人，儿子一次性继承上述房产后，前夫也可以出售原本是留给儿子的房产，而且钱的用途无人监管，也不利于儿子的成长。

第三个担心是如果自己去世、或者自己也丧失监护能力，前夫将成为儿子的唯一监护人，无人代表自己监督前夫对儿子的监护情况。

第四个担心是自己想请母亲和表弟在自己丧失意识的时候做自己的监护人，虽然母亲现在各方面情况都不错，但以后也会老去；表弟虽然年轻，但尚未成家、不够成熟，而且万一他们二人意见不一致，也是一种麻烦。

第五个担心是自己希望在生命的最后阶段能够使用无痛的治疗手段，但到时自己已无法作出正式的表态，用于交付医院或者监护人。

带着这五个担心的赵某某，来到了南京公证处家事法律服务中心寻求帮助。

公证员了解上述情况后，建议赵某某办理“信托形式的遗嘱+提存”公证，解决她第一个和第二个苦恼：将遗嘱公证和提存公证以及信托手段相结合，即由南京公证处担任遗嘱执行人，将上述财产在赵某某去世后交由南京公证处保管，房屋出租所得租金和其他钱款均提存至公证处专门账户，接受赵某某指定人员的监督、查账，由南京公证处按月向儿子和母亲支付抚养、赡养费，并在满足一定条件时将上述房产过户至赵某某的儿子和母亲的名下，若赵某某母亲先于赵某某去世，或者与赵某某在同一次事故中去世，则上述遗嘱的受益人将从赵某某的母亲和儿子变成赵某某儿子一人。

至于赵某某第三个烦恼，可以通过遗嘱指定监护人，这是 2017 年 10 月 1 日起施行的《民法总则》第二十九条明确规定的。

至于丧失民事行为能力时，法律尚未明确该如何解决赵某某的第三个烦恼，但是《民法总则》第三十一条明确规定了“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”，赵某某可以尝试以发表声明书的方式建议法院选定自己的母亲作为自己的代表成为儿子的指定监护人。双管齐下，无论是赵某某健在但丧失民事行为能力、抑或是已经去世，都有人代表自己监督前夫对儿子的抚养和照顾。

赵某某的第四个和第五个烦恼，则可以通过“意定监护”和“生前预嘱”解决：“意定监护”可以让她选定的人在自己丧失或部分丧失民事行为能力时直接代表自己从事民事法律行为而无需再经过法院的判决，这也是《民法总则》第三十三条所明确规定的，赵某某可以放心由自己最信任的人替自己做重要的决定。至于赵某某担心的母亲和表弟二人意见不一致以及若母亲去世的问题，可以由赵某某选定第一顺位的监护人、第二顺位监护人，以第一顺位的监护人意见为准，当第一顺位监护人丧失民事行为能力或者去世后，则由第二顺位的监护人执行意定监护协议。“生前预嘱”公证，可以让赵某某在生命的最后期适用无疼痛的治疗手段，避免出现“琼瑶式”的家庭悲剧；但公证员也提醒赵某某，如果“生前预嘱”没有及时交给医院或者监护人、或者执行人员没有尊重自己的意见，上述公证不一定会产生充分的效果。赵某某则表示，了解上述风险，但自己需要一个郑重的场合正式发表上述声明，公证处是再好不过的选择。

赵某某在了解上述公证的内容及作用后，与公证员进行了深入的沟通，明确了自己所订立遗嘱的具体内容，在遗嘱中指定自己的母亲赵某担任儿子的监护人，并要求由南京公证处担任自己遗嘱的执行人；明确了意定监护协议的主要内容，在自己丧失或部分丧失民事行为能力时由自己的母亲赵某担任第一顺位监护人、表弟李某担任第二顺位监护人；明确了预嘱公证中关于生命终期疾病治疗的原则，选择了无痛苦的治疗方案；明确了关于在自己丧失民事行为能力时由母亲赵某代表自己担任儿子的监护人的声明内容。

2018 年 5 月 23 日，赵某某和母亲赵某、表弟李某来到公证处。公证员审查了赵某某提供的身份证、户口簿、离婚证、离婚协议书、儿子的出生证、南京市某派出所出具的赵某某与其母亲赵某在同一户籍的档案材料、房产证、土地证及母亲、表弟的身份证及儿子的身份证复印件后，决定予以受理。

公证员首先为赵某某和母亲赵某、表弟李某办理意定监护协议公证。审查了赵某某和母亲赵某、表弟李某三人的身份证并完成了人证识别、赵某某的户口簿、南京市某派出所出具的老户籍存档证明，向三人详细告知了意定监护的定义、生效条件、失效条件，监护人的职责范畴，监护人及被监护人的责任、义务，以及监护人不能履行监护职责侵犯了被监护人时可由法院经审判撤销其监护人资格，并且规定在赵某身故或丧失民事行为能力时，由李某担任赵某某的监护人。在三人充分了解相关法律后果以后，公证员根据双方的要求，为三人起草了三方协议书的文件，并对三人的合意过程进行记载形成了谈话笔录，三人在相关文件上均签名以示确认。

在赵某某的母亲赵某、表弟李某离开后，公证员开始为赵某某办理遗嘱公证。详细告知了赵某某关于法定继承人的范围、遗嘱的相关法律规定、遗嘱的生效时间和条件、以及公证遗嘱的变更、撤销的特殊规定，因赵某某遗嘱内容中包含信托、提存的手段，又向赵某某告知了关于信托、提存的定义，并与赵某某详细沟通了需提存、信托的财产范畴，并向赵某某询问了关于家庭成员及有无依靠其生活的人等情况，制作了谈话笔录。因赵某某要求以母亲在世与否作为条件设立不同内容的遗嘱，公证员根据前期沟通的内容为赵某某起草了符合其要求的遗嘱，并按赵某某的要求在遗嘱中指定了自己的母亲赵某作为儿子的监护人，赵某某在确认遗嘱内容后签署了遗嘱文件。

随后，公证员向赵某某告知了关于以声明书形式选定在自己丧失民事行为能力时的监护人的法律行为属于对相关部门在为儿子选定监护人时的建议，而且不能以该声明排除前夫对儿子的监护权，仅是代表赵某自己担任监护人。赵某表示了解相关

后果后，公证员向赵某某告知了声明这一法律行为的意义与后果，形成了谈话笔录，赵某某在声明书及谈话笔录上签名确认。

最后，公证员张某某、公证人员高某向赵某某告知了生前预嘱中关于治理方案的几种选择，并建议赵某某在适当时候将自己的预嘱交给相关人员。赵某某自行选定预嘱内容后，公证员以声明书的形式办理了生前预嘱，向赵某某告知了声明这一法律行为的意义与后果，形成了谈话笔录，赵某某在预嘱及谈话笔录上签名确认。

在本案例中，公证员充分发挥主观能动性，在法律的范围内最大程度实现当事人的合理诉求，创新公证形式、保障当事人合法权益。本案例也包含了江苏省司法厅推出的“全生命周期”中的 “无忧晚年 •法律保障”综合性公证服务产品中的多种公证。

（一） 提存、信托式遗嘱公证

传统形式的遗嘱公证（即将哪些财产留给哪些人），有效实现了“定分止争”的预防功能，但例如赵某某这种既要保障遗产传承、又不能一次性将所有财产全部交付给子女的要求就很难实现。信托式的遗嘱公证与提存公证相结合，能够有效实现赵某某这一类型当事人的要求。

虽然《信托法》上规定担任遗嘱信托受托人可以是自然人和信托公司，公证处并非上述二者中任意一种，但此遗嘱中的“信托”并非传统意义上的转移所有权式的信托，而是将存款、房屋租金等提存至公证处账户，实际所有权仍保留在继承人手中，更多意义上是“遗嘱执行人”的身份，公证处只是依据当事人的指示完成财产及其收益的分配，而且有当事人的委托授权，公证处从事上述行为在主体资格上完全合法。

公证处因其中立、非盈利的地位及服务专业、业务广泛、群众基础好的特点，在担任遗嘱执行人上有其他如律师、民间机构等个人或团体所无法比拟的优势。实际上，很多信托公司也面向社会销售信托产品，其中也包括去世后支付信托财产的类型，但起点较高，动辄就是上千万的起购金额让很多中产阶层望而却步。而且，信托公司等信托机构也不愿意接受非金钱信托，对于房产的信托就更无处可“托”。由公证处担任遗嘱执行人，一旦立遗嘱人发生意外后，由公证处协助出售、出租不动产，将所得金额提存至公证处专用账户，并按当事人意愿在其指定的时间或条件下进行发放，实际上也是一种信托方式，这种方式与当事人生前购买信托产品相比，门槛低、收费少，具有较强的优势。

（二） 含顺位的意定监护协议公证

意定监护协议公证，经《民法总则》将适用人群扩大至所有具有完全民事行为能力的成年人，有力地保障了成年人在丧失民事行为能力时指定信赖的人担任自己的监护人，不需再经由社区指定或法院判决才能确定，而且可以预先由自己选择最信赖的人员，不一定按照法定监护人的顺序来选择。

传统的意定监护公证，大多是以协议方式、当事人声明形式办理，但大多数都是双方协议或声明指定一人做监护人。本案例中，由于受当事人家庭情况所限——母亲年纪大而表弟暂时不够成熟，公证员创造性地提出顺位监护人的概念，即由母亲优先担任监护人、在母亲丧失民事行为能力或身故后由表弟担任监护人，实现了当事人的心中所愿，也并未违反法律的任何规定。

（三）选择生命终期治疗方案的“生前预嘱”公证

“生前预嘱”公证，是关于生命终期治疗方案选择的公证，当事人可以以公证的形式郑重声明自己的选择，在公证处出具公证书后，由当事人交给适当的人员或机构，以表达自己的治疗愿望，以期获得相关人员或机构对自己治疗愿望的遵从。

（四）建议选定“替代监护人”的“声明公证”

“替代监护人”，并非是得到明确规定的法律

术语，在本案例中指赵某某在无法行使自己对子女的监护权利时指定由其他人代为行使，这种代为行使监护权的人被称作“替代监护人”。我国《民法总则》中明确规定，被监护人的父母担任监护人的，可以通过遗嘱指定监护人。但遗嘱生效条件是立遗嘱人去世，也就是说在上述条文的框架内，只能指定自己去世后子女的监护人，而在生前父母中一方丧失监护民事行为能力时能否指定替代自己的监护人则并无规定。

但在实际生活中又确实存在“灰姑娘”式的故事，父母离异后，未与子女共同生活的父或母的监护权其实尤为重要，一方面，未与子女共同生活的一方可以参与子女的教育和成长，另一方面，更是对与子女共同生活的一方的有力监督。公证员根据当事人的要求，建议当事人可以发表声明书作为赵某某从丧失民事行为能力期间到去世前这一段对于替代监护人的补充说明，也是对相关机关选定监护人的一种建议。

本案例中，赵某某一次申办了遗嘱、意定监护协议、生前预嘱三个公证，将她能考虑到的丧失民事行为能力后的监护人、治疗方案以及去世后的遗产传承都做了妥当安排，免去了“后顾之忧”。

公证书 【公证书格式】

公　证　书

（2018）XX 证民内字第 13028 号

申请人：赵某某，女，公民身份号码：XXXX。

公证事项：遗嘱

兹证明赵某某于二〇一八年五月二十三日来到我处，在本公证员和公证人员高 X 的面前，在前面的《遗嘱》上签名，并表示知悉遗嘱的法律意义和法律后果。

赵某某订立遗嘱的行为符合《中华人民共和国民法总则》第一百四十三条和《中华人民共和国继承法》第十六条的规定。

中华人民共和国江苏省南京市南京公证处

公证员

二〇一八年五月二十四日

公　证　书

（2018）XX 证民内字第 13029 号

申请人：

甲方：赵某某，女，公民身份号码：XXXX。

乙方：赵某，女，公民身份号码：XXXX。

丙方：李某，男，公民身份号码：XXXX。

公证事项：协议书

甲、乙、丙三方于二〇一八年五月二十三日向本处申请办理前面的《协议书》公证。

经查，甲、乙、丙三方协商一致订立了前面的《协议书》。甲、乙、丙三方在订立协议书时具有法律规定的民事权利能力和民事行为能力，双方当事人签订协议意思表示真实，协议内容具体、明确。

依据上述事实，兹证明甲方赵某某、乙方赵某、丙方李某于二〇一八年五月二十三日来到我处，签订了前面的《协议书》。三方当事人的签约行为符合《中华人民共和国民法总则》第三十三条、第一百四十三条的相关规定，协议上甲、乙、丙三方的签名均属实。

中华人民共和国江苏省南京市南京公证处

公证员

二〇一八年五月二十三日

公　证　书

（2018）XX 证民内字第 13030 号

申请人：赵某某，女，公民身份号码：XXXX。

公证事项：声明

兹证明赵某某于二〇一八年五月二十三日来到我处，在本公证员和公证人员高 X 的面前，在前面的《声明书》上签名，并表示知悉声明的法律意义和法律后果。

赵某某的声明行为符合《中华人民共和国民法总则》第一百四十三条的规定。

中华人民共和国江苏省南京市南京公证处
公证员
二〇一八年五月二十三日

疫情下的公证“明日方案”---意定监护、生前预嘱、遗嘱（信托）

2020-03-09 公证文选 刘杰
https://mp.weixin.qq.com/s/2siPgs6E-uh3P8SAbbsnlw

文|刘杰 六安市皋翔公证处

一场突如其来的肺炎疫情席卷了全国，疫情会在你毫无防备中降临，经历过了，明白了应对生命存有敬畏之心，明白了余生可贵，应早做准备。“人是一根能思想的苇草”，人是脆弱的，凡人始终无法超越生老病死；作为“苇草”，虽易折，但能思考。我们思索如何守护未来，思索生命质量的内涵，思索生命末期的爱，思索如何延续爱。

一、 意定监护—预约自己的美好未来

（一）疫情下老人的监护现状与应对方案

疫情发生后，为了阻断病毒的传播，各地采取极为严格的管控措施，同时在极短的时间将各类社会新闻展现在人们眼前，其中老人购买不到口罩、社区工作人员为辖区老人运送生活物资、民警背着老人就医、老人在家中离世多日被社区工作人员发现……或悲凉、或温情，这些新闻折射出一个社会问题：老年人的监护是否存在缺位？

当今社会要求子女在老人的照看护理上投入大量精力并不现实，而对老人长期监护的需求伴随着老龄化与日俱增。对于信息相对闭塞的老年人群体，在突发情况到来时可能难以及时向外界寻求帮助。疫情发生以来，民政部门出台了多项举措维护孤寡老人的权益。2 月 26 日，民政部召开全国民政“一老一小”服务机构疫情防控工作视频会议，进一步明确了对孤寡老人、留守儿童的救助责任，要求各级民政部门排查摸底孤寡老人、留守儿童，开展有针对性的走访探视和必要帮助。对生活陷入困难的老人、儿童，要及时给予帮扶救助。2 月 28 日，国务院联防联控机制印发《关于进一步做好民政服务机构疫情防控工作的通知》（国发明电〔2020〕6 号）再次强调了民政服务机构对特殊群体的保障责任。要求对于受疫情影响在家隔离的孤寡老人、因家人被隔离收治而无人照料的老年人和未成年人，以及社会散居孤儿、留守儿童、留守老年人等特殊群体，组织开展走访探视，及时提供帮助。《民法总则》第 32 条亦规定了没有依法具有监护资格的人，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。

鳏寡孤独老人本就缺少照料，尤其是疫情防控的阶段，更是对自己的命运充满了担心与忧虑。公益组织、志愿者、善心人士对于需要照料看护的特殊人群既无法定责任、也无约定义务，很难期待或要求他们为需要监护的特殊人群提供长期、稳定的援助。而政府、社区的工作人员，往往是人少事多，服务的人群基数大，当出现类似于此次疫情等突发公共事件时，很难做到面面俱到、应保尽保，并且民政部门履行监护职责往往存在一定的滞后性，且有能力提供的也仅仅是最基础的监护。

面对疫情，除了政府、医院和公益组织会对鳏寡孤独老人尽全力进行救治和照管之外，老人还可以充分利用我们国家的意定监护制度，为自己提前设定好监护人。根据《中华人民共和国民法典》第三十三条的规定：“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。”通俗来说，“意定监护”就是在被监护人意识清醒的时候预先确定自己信任并可靠之人担任监护人，当自己老了、走不动了、无法表达心中所想时，保障自己的人身、财产方面的权益；在“身不由己”时，由自己指定的“分身”（意定监护人）代为处置财产、选择治疗方案，让自己能够享受到更有尊严、更有温度的晚年生活。

（二）面对疫情，意定监护的需求群体并不只是老人

意定监护制度赋予每一个具有完全民事行为能力的人选择自己在失能状态下的监护人的权利，为自己将来的不时之需做好准备，这对于每一个人都意义重大。意定监护制度充分尊重成年人的自我决定权，通过签署意定监护协议给予所信赖之人合法的监护身份，它是以爱与信任为核心的法律工具。我们无法预测未来，更无法确保我们不会成为失能失智群体中的一员，但我们可以在清醒时为将来的自己选择一个爱我们、了解我们、熟悉我们的经历、品味和喜好的可靠尽职之人，在饮食起居、财产管理、医疗救治等各个方面给予我们悉心的照顾、理性的选择和充分的保护。

（三）意定监护的公证优势

首先，目前比较法上多采用公证方式作为意定监护协议成立的必备条件。在我国的立法中，上海市人大于 2016 年 1 月通过的《上海市老年人权益保障条例》第十八条规定，老年人可以在近亲属或其他个人、组织中协商确定自己的监护人，并通过公证方式予以明确。这是地方立法首次将意定监护列为法定公证事项。

其次， 公证特别的程序要求可以对意定监护协议的真实性、适法性、公示性加以充分的保障，并且在被监护人丧失或者部分丧失了民事行为能力时，由公证机构根据生效的意定监护协议出具的监护公证书对于意定监护人行使监护权是最为权威、便捷的形式。

最后，实践中，对于意定监护协议这样重大复杂且涉及被监护人切身利益的公证事项在全国范围内已经逐步展开，积累了宝贵的实践经验，并有公证机构对于意定监护协议的履行情况实行有效监督，以充分保证被监护人的合法权益，从根源上减少意定监护领域的纠纷和诉讼。

越来越多的法律界人士、社会组织在致力于推广意定监护，也有越来越多的人开始了解意定监护，逐渐意识到意定监护其实是按自我意愿设置的一种很好的保护措施。意定监护是公证介入家事领域的重要形式之一，意定监护与公证的结合，有利于发挥意定监护制度与公证制度的各自优势，有利于解决成年人尤其是孤寡老人的监护问题，有利于公证更好地参与社会治理，防范和化解家庭纠纷。

二、生前预嘱—让生命之花从容落幕

中国人是含蓄、内敛的，越是亲密无间越是觉得无需多言，越是熟识了解越是觉得心有灵犀，但这样的自以为是却容易忽略了所爱之人的感受与诉求，更容易以爱的名义武断地替其作出决定。

众所周知，现代医疗的生命维持装置可以维持濒死状态的病人“活着”。但是这种过度医疗只会给患者和其家庭徒增苦难，而且大量的医疗资源被浪费在这些无意义的治疗上。基于此，逐渐有个人和组织呼吁在治疗时要尊重病人自己的意愿。

疫情之下，我们该如何表达对处于生命末期亲友的爱？而我们所爱之人在意识清晰时又该如何表达对于“死”的权利？此时，生前预嘱架起的正是我们表达爱与权利的桥梁。

（一）生前预嘱的概念和应用意义

1、生前预嘱的概念

生前预嘱（Living will ） 又称为“预先医疗指示”（Advanced Medical Directives）或“预立指示”（Advance directives），是指民事个体在能够意思自治的情况下，通过预立指示，指明未来一旦精神上无行为能力做出决定时，所希望接受的健康护理或治疗的意思表达。

目前欧美等国已通过立法，将“生前预嘱”合法化，美国 Center for Disease Control and Prevention（疾病控制和预防中心网站）危机准备文献中的 Personal Health Preparedness（个人健康防护）部分，亦将生前预嘱列入必备项目之一。中国大陆并未有专门的法律明文规定“生前预嘱”，推广过程中，罗点点女士的团队建立了“选择与尊严”网站（http://www.xzyzy.com/Index.shtml），通过设置“生前预嘱”注册中心可自愿填写”生前预嘱”。

国内的一些养老机构，也通过生命教育的方式，逐步推广“生前预嘱”，活动的方式主要以填写“五个愿望”为基础：

在我没有决定能力的时候，我希望代我做决定的人

我所想要或者不想要的治疗方式

我想要的舒适程度

我想要的治疗方式

我想要我的亲人、朋友知道的一些事

2、生前预嘱的应用意义

这“五个愿望”来自于患者的真实本意，可以选择有尊严而无痛苦地离开，而不是在病床上忍受着难以名状的苦痛，更不愿加重家中亲属的情感负担，逼迫所爱之人作出残酷的道德选择，是为亲友指明一个方向，减轻他们做选择时的负担；对于社会来说，终止无意义的治疗可以让有限的医疗资源得到更加有效而优化地利用；对于患者的亲友而言，可以帮助患者完成其最后的嘱托，是尊重患者意愿，也是尊重生命的应有方式。

（二）生前预嘱的实践可行性

对于“生前预嘱”的法律效力，在现行的法律框架下，生前预嘱并不违法。首先，宪法规定了公民的健康和生命权利属于每一个公民。其次，《侵权责任法》第五十五条表明，医疗机构和医务人员应当尊重患者意愿。在临床上，医疗机构和医务人员也一直尊重患者知情权，每一个有创手术或检查都必须征得患者本人或家属的同意才能实施，这一切都保障了生前预嘱的合法性。最后，根据《民法总则》第一百四十三条之规定，具备下列条件的民事法律行为有效：（一）行为人具有相应的民事行为能力；（二）意思表示真实；（三）不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗。

（三）订立生前预嘱的注意事项

1、把握时机，事先决定

生前预嘱的订立不是危机出现后的仓促决定，而是在健康状况良好、思维意识清晰时所做的理智判断。订立的地点不应是医院的监护病房，而是和主治医师、家人在经过充分讨论后明确表达。

2、相信专业，充分知情

生前预嘱是建立在患者知情同意权和自主决定权基础上的法律文件，同样契合了当前的医疗技术水平。生前预嘱所包含的医学方面的专业内容，一定要与主治医师及相关病理专家进行详尽的沟通，以期理解文件中提及的各种抢救措施及医疗内容会导致的结果，在保证完全知情的基础上订立预嘱。

3、排除干扰 表达真意

对于生命末期的预嘱决定事关重大，可以尝试和亲友讨论，但每个人对于生死的认知程度不一，所以不要被干扰而陷入两难。生命最后阶段的决定应该真实体现患者的本意，而不应迁就亲友的感受。并且作出决定后，应当坚定明确地把真实意愿告知亲友，以避免日后可能产生的困惑和纠纷。

三、遗嘱（信托）—传承财富延续爱

意定监护以及生前预嘱保障的是人们的生存尊严，遗嘱（信托）则是为了帮助立遗嘱人传承财富延续爱。

根据我国现行的《继承法》，遗嘱的形式有五种：公证遗嘱、自书遗嘱、代书遗嘱、录音遗嘱以及口头遗嘱，在即将颁布的《民法典》中，还可能新增“打印遗嘱”、“录像遗嘱”两种形式。面对疫情，在目前传统公证遗嘱“面对面”的办理方式暂时无法满足急切需求的情形下，深圳坪山公证处适时推出“微信视频遗嘱”在线办证服务，湖北省武汉市江天公证处也推出了“遗嘱存证”服务。但是遗嘱只是单一的、静态的工具，只有在被继承人身故后才能生效，无法单独实现财富传承中动态的、综合性的需求。

随着社会的快速发展，人民的财富水平也在不断提高，对于围绕财产多元化利用、收益结构化分配等财富传承需求而言，传统的遗嘱继承制度已无法满足，因此，“遗嘱+信托“公证方案全面地兼顾生前和身后的安排，为这些需求提供了切实可行的路径选择。

（一）遗嘱信托的概念

遗嘱信托是指通过遗嘱而设立的信托，简单的说，就是有遗嘱能力的自然人（委托人）用遗嘱的方式设定在其身故后的信托关系，以死因行为安排信托结构。遗嘱人预先以遗嘱的方式将自己对于财产规划的内容，包括托付受托人后遗产的管理、运用、分配和给付，明确在遗嘱中，用以实现信托目的。受托人应依据信托内容，为受益人的利益或为特定目的而管理和处分信托财产。

（二）遗嘱信托的公证优势

1、面对强烈的社会需求，全国各地的公证机构已经在积极进行“遗嘱+信托”的公证实践，已经逐步形成一条彰显中国特色的遗嘱信托公证之路。

2、公证机构可以负责遗嘱信托中的遗嘱执行，负责检视遗嘱的有效性，负责遗嘱的执行，最终激活信托。并且当受托人和受益人对于信托事务执行产生纠纷时，公证机构凭借非讼、中立的法律特性，可以积极调和纠纷，帮助及时固定有效证据。

3. 公证机构可以担任信托的监察人，平衡受托人、受益人之间的信息不对称可能导致的道德风险和利益冲突，形成受托人、受益人、监察人的三方平衡状态，为受益人的利益保护加上公证之锁。

4、公证机构可以对遗嘱信托进行登记备案和信托文件保管。司法部主管、中国公证协会负责运行的“全国公证遗嘱备案查询平台”，对于公证遗嘱进行了详细备案登记，在需要时可以提供遗嘱查询和检视的基础数据支撑。

5、公证机构可以代为办理信托财产的权属变更。公证机构可以根据遗嘱信托或是受托人、受益人的授权，代为办理信托财产的权属变更登记，快速实现信托财产的转移、登记事务，帮助和配合信托受托人高质量的运作信托。

（三）遗嘱信托的适用人群及公证组合方案

对于残障子女家庭、双老家庭、单亲抚养子女的家庭等特殊人群，不想让自己的财产在百年后因继承人的无力管理而荡然一空，而是根据立嘱人的意愿去管理、运用财产。同时可以通过设立意定监护，为未来的自己选任监护人，赋予其监护人资格，在自己失能失智后，照顾自己的生活起居，通过设立生前预嘱帮助自己完成生命最美的告别，同时可

以为未成年子女设定遗嘱监护，选择自己最信任之人代替自己并承担父母的责任照顾他们，亦可以在监护委任上配置监护监督人，监督监护人履行监护职责的情况。通过对意定监护、生前预嘱、遗嘱监护、遗嘱信托、监护监督、资金监管等公证法律服务工具进行合理有效地配置，可以很好地解决特殊人群的监护、养老、财富传承和子女生活的保障等家事问题。

结语

俗话说，家和万事兴。一直以来，公证都是处理家事领域法律事务的一项重要法律制度，它通过咨询顾问、权益平衡、证据固定、纠纷协调等功能的发挥，彰显“维护诚信、预防纠纷”的法律价值，有效地帮助人们依法合规地筹划家庭事务，切实维护家庭成员各方的合法权益。

世事变化无常，不仅仅是 2020 年，对那些已经逝去的岁月，无一不充满着意外、失去和遗憾。2020 不会重启，但爱与责任可以。

审稿|刘文娅　图文|王丽萍

公证资讯丨在大阪的七旬老人放弃上海房产“继承权”，“海外远程视频”公证在沪启动

2020-03-12 达比伦制度

https://mp.weixin.qq.com/s/8AVjD62FJ2EV2n3qOPkGgA

疫情防控期间，上海的公证服务也更加贴心。据悉，目前对于出生、死亡、国籍、学历、纳税状况等 27 类公证事项，当事人均可直接通过“上海法网”或“随申办市民云”申请网上办理，还有 103 类公证事项可以“最多跑一次”就办成。

近日，上海公证机构还完成了首例长三角异地公证和海外远程视频公证。

上海开启长三角异地公证

2020 年 3 月 3 日下午，上海市新虹桥公证处在“一网通办”线上平台接收到一份不一样的公证申请。安徽籍的孙先生，在线提交了一件国籍公证，使用地为日本。

在收到申请之后，公证处立即审核了他上传的材料，并与其取得了联系，详细询问了申办公证的原因和需求。

原来，孙先生是上海某公司的法定代表人，公司在办理去日本投资的手续，根据日方的要求，需要补充提交法定代表人的国籍公证，因此他通过支付宝上的“随申办”公证平台提交了公证申请。

因为户籍所在地是安徽，也无法提供其在上海常居的证明，根据传统的受理理念，孙先生的公证申请应该由安徽省的公证机构办理。

但因为 2019 年，由新虹桥公证处牵头发起了长三角区域合作制公证机构协作办证的机制，得益于一网通办大数据的分享，承办冯爱芳公证员第一时间通过初审，决定受理该公证事项，并顺利完成了拟稿、审批、翻译、制证等一系列流程，当天就为孙先生完成了公证。

第二天一上班，孙先生得知公证书已经制作完成，非常惊喜，表示感谢。而且公证处还告知他，他所申办的公证事项属于“一次都不跑”的范围，可以通过快递等无接触的方式送达公证文书。

公证处主任徐雪梅说：“之所以这么迅速，是因为户籍信息可以在大数据中心核实真实性，长三角一体化则解决了受理管辖的问题，打破行政壁垒，更大程度方便了老百姓。”

上海首例海外远程视频公证

“请问除了您二位之外，目前我们的办公环境中还有其他的闲杂人员吗？”得到没有的答复后，一场特殊的公证开始进行。

之所以特殊，是因为这是上海首例海外远程视频公证——3 月 5 日上午，公证员在上海的新虹桥公证处，申请人和联络员在大阪的一家律师事务所内，通过网络视频，公证员核对完身份，并确认对方不受他人干扰和意愿的左右后开始沟通。

申请公证的老先生 70 多岁，父母过世后在上海遗留下一处房产，考虑到兄弟姐妹都年纪大了，身体不允许奔波，他想尽早做出决定“放弃继承权”，材料已经准备了两年，一直没有找到合适的公证处，去年 10 月联系上徐雪梅主任时，新虹桥公证处正在积极寻找海外合作伙伴，建立联络点。

一个小时后公证完成，公证处制作了相关书证给了他在上海的家人，日本方则持有电子书证，整个公证的过程都有录音、录像记录在案。

老先生表示：“对我本人来说，提供了非常大的方便，同时也显示出上海公证的工作水平。”

新虹桥公证处早有计划向境外人士提供远程公证服务，新冠疫情发生后，加快步伐建立驻日本东京和大阪联络点，并通过上海市智慧公证办证系统开启远程视频连接日本大阪，顺利完成了首件公证事项的受理。

徐雪梅说：“开通海外远程视频公证服务，是为了适应海外华人华侨实际需要，也是信息化条件下为侨民服务形式的变革和发展。”

后续，新虹桥公证处还将继续推进其他国家和地区联络点的建立，争取在最大范围内惠及更广泛的华人华侨留学生等群体。

稿件来源：上观新闻

公证案例丨一起母亲有权继承女儿的遗产公证案

2020-03-20 达比伦制度

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

案 例 内 容 【案 情 简 介】

姜某某的妻子张某某于 2016 年 12 月 21 日因病在上饶市死亡，张某某生前购买了一套商品房，并与房产开发商签订了《上饶市商品房买卖合同》，交付了全部购房款，但未办理不动产权证。

姜某某带着相关资料到公证处咨询办理继承权公证，当他得知张某某健在的母亲孙某也有继承权时，情绪异常激动，他觉得张某某的父母没有支付过购房款，不应该有继承权。公证员耐心地和他解释：《中华人民共和国继承法》规定，法定继承人第一顺序为配偶、子女、父母，张某某的父母有权利继承张某某的遗产，张某某也有权利继承父母的遗产。

张某某生前与江西 XX 置业发展有限公司签订的《上饶市商品房买卖合同》项下的权益属于张某的夫妻共有财产，该权益的一半属于被继承人张某某的遗产，张某某生前无遗嘱，亦未与他人签订遗赠扶养协议。

公证员通过登录中国公证协会公证遗嘱备案查询平台，未查询到张某某的遗嘱信息。所以张某某的母亲享有属于被继承人张某某的遗产份额的继承权。

姜某某听了解释并看了相关法律条文后，表示理解并愿意和岳母孙某一起来办公证手续，几天后，姜某某和岳母孙某、女儿和儿子一起到公证处。

岳母孙某提出，自己年纪 80，有房有退休工

资，这套房产是女儿女婿省吃俭用贷款购买，虽然自己有继承权，但是选择放弃继承，不给孩子增加负担，一家人只要和和睦睦就开心，希望女婿能照顾好两个孩子。

姜某某与张某某的女儿、儿子也明确表示放弃继承，张某某的遗产由姜某某一人继承，在提交了相关材料后，经过公证处审核后，姜某某顺利地拿到了公证书。

公 证 书 【公证书格式】

公 证 书

（XX）赣饶信证内字第 XX 号

申请人：孙某红，女，一九 XX 年 XX 月 XX 日出生，公民身份号码：XXXX。

申请人：姜某明，男，一九 XX 年 XX 月 XX 日出生，公民身份号码：XXXX。

申请人：姜某红，女，一九 XX 年 XX 月 XX 日出生，公民身份号码：XXXX。

申请人：姜某强，男，一九 XX 年 XX 月 XX 日出生，公民身份号码：XXXX。

被继承人：张某娇，女，一九 XX 年 XX 月 XX 日出生，公民身份号码：XXXX，生前住上饶市 XX 区 XX 路 XX 号。

公证事项：继承权

申请人孙某红、姜某明、姜某红、姜某强因继承被继承人张某娇的遗产，于二 0 一七年 XX 月 XX 日向本处申请办理继承权公证，并提供了以下证明材料：

1、申请人身份证、户口簿；

2、被继承人的户口簿、结婚证、亲属关系证明、墓碑照片；

3、被继承人的死亡证明；

4、被继承人父亲的死亡证明；

5、上饶市商品房买卖合同、购房收据。

根据《中华人民共和国公证法》的规定，本处对申请人提交的权利证明及相关证据材料进行了审查核实，并对申请人进行了询问，现查明如下事实：

一、被继承人张某娇于二 0XX 年 XX 月 XX 日因病在上饶市死亡。

二、申请人孙某红、姜某明、姜某红、姜某强向本处申请继承被继承人张某娇生前遗留的财产（被继承人生前与其丈夫姜某明的共有财产）：即《上饶市商品房买卖合同》项下的权益（合同签订时间为二 0 一六年 XX 月 XX 日，合同中约定张某娇向江西 XX 置业发展有限公司购买一套商品房，位于上饶市 XX 区 XX 路 XX 号，建筑面积 102 平方米，未办理不动产权证），上述《上饶市商品房买卖合同》项下权益的一半属于被继承人张某娇的遗产。

三、据被继承人张某娇的继承人孙某红、姜某明、姜某红、姜某强称，被继承人张某娇生前无遗嘱，亦未与他人签订遗赠扶养协议。继承人对被继承人生前无遗嘱及遗赠扶养协议无争议，截至本公证书出具之日亦未有他人向本处提出异议。

四、本处登录中国公证协会公证遗嘱备案查询平台，未查询到张某娇的遗嘱信息。

五、被继承人张某娇的法定继承人有父亲张某旺（已于二 0XX 年 XX 月 XX 去世）、母亲孙某红、丈夫姜某明、女儿姜某红、儿子姜某强。

六、现姜某明表示要继承被继承人张某娇的上述遗产，孙某红、姜某红、姜某强均表示放弃被继承人张某娇上述遗产的继承权。

七、被继承人的继承人中尚无丧失继承权的人，截止本公证书出具之日无人就此向我处提出异议。

根据上述事实并依据《中华人民共和国继承法》第三条、第二十六条的规定，上述《上饶市商品房买卖合同》中项下权益的一半属于被继承人张某娇的遗产。根据《中华人民共和国继承法》第五条、第十条、第二十五条的规定，被继承人的遗产应由其配偶、子女、父母共同继承。因被继承人张某娇的父亲已先于被继承人去世，现被继承人张某娇的母亲孙某红、姜某红、姜某强均表示放弃被继承人

张某娇上述遗产的继承权。

综上，兹证明被继承人张某娇的上述遗产由其丈夫姜某明一人继承。

中华人民共和国江西省上饶市信江公证处

公证员

XX 年 XX 月 XX 日

公证案例丨马某网络店铺继承公证案

2020-03-24 达比伦制度

https://mp.weixin.qq.com/s/ZiNxzr1v-NFf4iwpkI24tA

案例内容 【案情简介】

2008 年，马某的丈夫侯某注册了一个淘宝店铺，出售二手相机，经过 7 年的精心打理，网店的信誉已刷新到 4 颗皇冠等级，属于极高信誉的老店。2015 年年末，侯某在一次车祸中身亡。

妻子马某处理了侯某的房产、存款等遗产后，想起家里还有丈夫生前为经营网店而储存、购进的近 10 万元的二手相机器材，马某打算继续用侯某注册的网络店铺将这些藏品在网上出售。

但是，当马某打开网店，准备进行线上交易时，却发现网店与丈夫侯某的银行账户关联。因侯某的银行账户都已经办理作废手续，所以网店无法进行钱款往来，该网店因此被冻结了。

随后，马某找到网络电商平台的管理者“店小二”，说明侯某已去世，作为妻子想继续经营的想法。“店小二”表示，马某要通过办理店铺继承的方式，将网络店铺更名到自己名下，才可继续经营网店活动。

为此，马某来到公证处求助。公证人员在了解到马某的情况后，表示淘宝店铺虽然称为店铺，但与实体的店铺有很大的区别，淘宝店铺是一种虚拟的店铺，在注册成立、信用评价、交易方式、现金交割等方面都与实体店铺不同，目前在法律上，对淘宝店铺的性质并未有准确的定义，与此相关的店铺继承、转让等尚属法律空白地带。公证员联系了该网络平台的管理者，得知对于淘宝店铺的继承，阿里巴巴公司也经历了一个逐步完善、逐步规范的过程，现在已形成了相对固定的程序。

经过处务会讨论认为淘宝店铺虽然是虚拟店铺，也无法定义其属于经营权还是财产权，但其注册、经营过程中所产生的名称、信用等却涉及了财产利益，而这些财产利益则是受法律保护，也能够继承的。公证处参考实体财产继承程序，让马某出示了个人身份证明、结婚证、侯某的死亡证明以及网店相关信息等手续后，为马某办理了网络店铺遗产继承公证，帮助马某顺利完成了店铺更名过户手续。

随着互联网逐渐深入百姓生活，虚拟财产也呈多样化的发展趋势，虽然虚拟财产的法律属性在理论界有着诸多争议，但现实中的虚拟财产的交易、继承、分割等事项却越来越多，而并非每一件涉及虚拟财产的事项都要经过诉讼，非诉讼的虚拟财产转移、过户已经屡见不鲜，而交易双方出于对自身权利的保护，也迫切需要有一个中立的法律服务机构能够为虚拟财产提供相应的法律保护。

而公证机构所具有的证明、监督、沟通、规范、保障的职能则是最为契合这样的需求。

公证书 【公证书格式】

公　证　书

（2016）黑哈 X 字第 XX 号

继承人：马某，女，XX 年 XX 月 XX 日出生，

住址：XXXXXX，公民身份号码：XXXXXXXX。

被继承人：侯某，男，XX 年 XX 月 XX 日出生，生前住 XXXXXX，公民身份号码：XXXXXXXX。

公证事项：遗产继承

申请人马某因继承被继承人侯某的遗产一生前在淘宝网（taobao.com）平台上注册网店一家，账户名（暨记录名）为“XX”（店铺名：XX），于二 0 一六年四月八日向本处申请办理继承公证，并提供了以下证明材料原件：

1、被继承人侯某的《干部履历表》、《证明》；

2、被继承人侯某的《结婚证》；

3、被继承人侯某的《居民死亡殡葬证》；

4、被继承人侯某的女儿侯某的《放弃继承声明书》；

5、法定继承人的身份证明；

6、其他辅助证明材料等

本处向当事人告知了继承公证的意义、法定继承人的范围和继承人申办公证的权利义务。

根据《中华人民共和国公证法》的规定，本处对继承人提交的权利证明及相关证据材料进行了审查核实，并对继承人及有关人员进行了询问，现查明如下事实：

一、被继承人侯某于 2015 年 XX 月 XX 日在 XX 市因病死亡。

二、侯某生前在淘宝网（taobao.com）平台上注册网店一家，账户名（暨记录名）为“XX”（店铺名：XX）。

三、被继承人侯某的法定第一顺序继承人为父亲侯某、母亲马某、妻子马某、长子侯某、长女侯某。

四、被继承人侯某的上述生存法定第一顺序继承人均称被继承人侯某生前未与他人签订遗赠扶养协议、也未订立遗嘱；并对被继承人生前无遗嘱及无遗赠扶养协议无争议，截至本公证书出具之日亦未有他人向本处提出异议；

五、被继承人侯某的父亲侯某、母亲马某均先于侯某死亡。

六、被继承人侯某的长子侯某、长女侯某均自愿放弃侯某遗留的上述遗产中属于他们应继承的财产利益和合法权益。

七、侯某的妻子马某表示接受继承。

根据上述事实并依据《中华人民共和国继承法》的规定，上述侯某生前在淘宝网注册的网店“XX”（店铺名：XX）所涉及的财产利益和合法权益应由其妻子马某全部继承。

中华人民共和国黑龙江省哈尔滨市北方公证处

公证员

二 0 一六年四月二十一日

九、反家暴专题

反家暴法四周年丨人身安全保护令的申请与执行情况如何？

2020-03-02 中国妇女报 王春霞 田珊檑

https://mp.weixin.qq.com/s/VtGe4OQ98yKTc7rq5wiFkg

今年 3 月 1 日，《中华人民共和国反家庭暴力法》（以下称《反家庭暴力法》）颁布实施四周年。到目前为止，关于人身安全保护令的申请及执行情况如何？最高人民法院民一庭负责人进行了相关解答。

问：《反家庭暴力法》规定，家庭暴力发生后可以向人民法院申请人身安全保护令，这是遏制家庭暴力的强有力的措施，请问到目前为止，全国法院根据当事人申请作出的人身安全保护令有多少？

答：反家庭暴力法颁布实施后，法院在有效落实反家暴法、妥善审理家庭暴力案件等方面，做了大量工作。

一是 2016 年 7 月，最高人民法院及时出台《关于人身安全保护令案件相关程序问题的批复》等指导性文件，对下级法院在审理人身安全保护令案件中遇到的问题作出指导，同时将申请人身安全保护令确立为独立案由，为人身安全保护令案件制定统一的“民保令”案号，发布人身安全保护令案件相关的裁判文书样本。

二是针对法院签发人身安全保护令门槛过高的问题，最高人民法院多次通过院领导讲话、加强反家庭暴力法培训等方式，指导地方各级法院准确把握人身安全保护令的性质，尽量减轻当事人举证责任，适当放宽标准，及时签发人身安全保护令。

三是针对人身安全保护令执行不力问题，各地法院依托家事审判改革联席会议制度，积极探索建立健全实施人身安全保护令协调联动机制，加大对人身安全保护令的执行力度，同时，对违反人身安全保护令的行为，通过拘留、罚款等方式加大惩罚力度。如山东省各地法院与检察院、公安、妇联等相关部门搭建联动工作平台，共同做好人身安全保护令的发放、回访和监督等工作。江苏省徐州市贾汪区法院联合公安机关、妇联等部门共同出台了《人身安全保护令实施细则（试行）》和《关于涉及“家庭暴力”案件证据固定制度的实施意见（试行）》，对人身安全保护令从申请到执行做出详细的指引和规定。

《反家庭暴力法》实施四年来，全国每年颁发人身安全保护令的数据逐步增加。2016 年 687 份，2017 年 1469 份，2018 年 1589 份，2019 年 2004 份，截至 2019 年 12 月底，全国法院共发出人身安全保护令 5749 份，为遭受家庭暴力或者面临家庭暴力现实危险的家暴受害人提供了强有力的人身安全保护，为预防和制止家庭暴力发挥了重要作用。

来源/中国妇女报（ID：fnb198410）
作者/中国妇女报·中国妇女网记者 王春霞 田珊檑
编辑/侯晓然

反家暴法四周年丨强制报告制度在实践中落实情况如何？

2020-03-04 中国妇女报 王春霞 田珊檑

https://mp.weixin.qq.com/s/g8U2kTM98NqQm0KhmkOm9w

今年 3 月 1 日，《中华人民共和国反家庭暴力法》（以下称《反家庭暴力法》）颁布实施四周年。《反家庭暴力法》新增设的强制报告制度，重在保护无民事行为能力人和限制民事行为能力人，在实践中的落实情况如何？全国妇联权益部负责人进行了相关解答。

问： 《反家庭暴力法》新增设的强制报告制度，重在保护无民事行为能力人和限制民事行为能力人，实践中落实得怎么样？

答：我认为，反家庭暴力法一个十分突出的特点就是确立了具有可操作性、管用务实的各项制度，强制报告制度就是其中的一个。

反家庭暴力法实施后，各相关部门都十分重视这个制度，积极采取了有效措施加以落实。

比如，2019 年 8 月，民政部组织召开全国农村留守儿童关爱保护和困境儿童保障工作部际联席会议联络员会议，部署今后如何加强和改进农村留守儿童关爱保护和困境儿童保障工作，要求学校、幼儿园、村(居)委会、救助管理机构、福利机构等切实履行强制报告义务。

再比如，卫健委 2016 年印发了《关于做好农村留守儿童关爱工作的通知》，要求各级医疗机构及人员要树立强制报告意识，建立强制报告制度，特别是在农村留守儿童脱离监护、疑似遭受家庭暴力、意外伤害或不法侵害的情况下要认真履行强制报告义务。开展强制报告工作。

2019 年，云南省妇联、省公安厅、省民政厅、省卫生健康委员会共同发布了《云南省家庭暴力强制报告制度实施办法》，是全国首个省级层面出台的家庭暴力强制报告制度。

此外，一些地方公安机关联合妇联组织、基层组织强化家庭矛盾纠纷排查，依托网格化管理，排查化解家庭矛盾纠纷，规定网格员、家事调解员发现报告职责，这些也是落实基层组织强制报告义务的具体体现。

目前，基层工作人员应对家庭暴力问题的能力还在不断地提高，各地通过强制报告制度发现的家暴案件的数量逐渐增多，这个制度在维护家暴受害人权益方面的作用已经日益显现。我们去年发布的第三届“依法维护妇女儿童权益十大案例”就有一个，学校发现孩子身上有不明伤痕后，主动向公安机关报案，使孩子得到了及时救助。

来源/中国妇女报（ID：fnb198410）
作者/中国妇女报·中国妇女网记者 王春霞 田珊檑
编辑/侯晓然

必看！《疫情期间家暴防护实用手册》发布

2020-03-08 鹏星家暴防护中心 鹏小星

https://mp.weixin.qq.com/s/a8UUFnIredewDERKhP15Hg

疫情期间遭受家暴怎么办？七位长期奋战在反家暴领域的专家和一线工作者为您送上《疫情期间家暴防护实用手册》。

感谢中华女子学院李洪涛教授全程指导

主编：刘西重
编委（按姓氏笔画排序）：
万　薇（湖南云天律师事务所）
万　飞（临利县蓝天下妇女儿童维权协会）
刘　秀（北京市百瑞（深圳）律师事务所）
刘西重（深圳市鹏星家庭暴力防护中心）
李洪涛（中华女子学院）
何胜洋（杭州市上城区花田公益服务中心）
陈锦贤（佛山市顺德区容桂街道鹏星社会工作服务社）

平面设计：刘祥龙
美术编辑：程　程

济南大学社工系黄小璇、多伦多大学心理学系毛雯颖两位同学对本手册亦有贡献，在此致谢！

以下为手册部分内容节选，文末有原文阅读与下载链接哦。

我处在怎样的关系中？

这里有一份《关系评估量表》，建议你用它快速评估一下自己处在怎样的亲密关系/婚姻关系中。

测试前的温馨提示：

1. 请仔细读题，在你自评的分数上划√。

2. 注意：第 1、2、3、5、6 题得分越高表示你越满意；第 4、7 题得分越高，表示你越不满意。

RELATIONSHIP ASSESSMENT SCALE

关系评估量表

Reference（文献来源）：Hendrick, S. S. (1988). A generic measure of relationship satisfaction. Journal of Marriage and the Family, 50, 93－98.

题　项	低				高
1. 伴侣在多大程度上满足了你的需求？	1	2	3	4	5
2. 总体来说，你对这段关系有多满意？	1	2	3	4	5
3. 和大多数人相比，你对自己这段关系有多满意？	1	2	3	4	5
4. 你是否常常后悔进入这段关系？	1	2	3	4	5
5. 这段关系在多大程度上符合你最初的预期？	1	2	3	4	5
6. 你有多爱自己的伴侣？	1	2	3	4	5
7. 总体来说，你和伴侣之间的矛盾多吗？	1	2	3	4	5

Scoring ： Scoring is kept continuous. Items 4 and 7 are reverse-scored. The higher the score, the more satisfied the respondent is with his/her relationship.

人和人不同，婚姻家庭关系组合与互动也会不同，发生的冲突也呈现不同的特点。你和 TA 现在面临的是什么样的关系冲突呢？

***一般性的夫妻矛盾：**讨论问题固执己见难于沟通；对孩子教育观点无法达成一致；家庭生活能力不足或家务分工不均；与婆家/娘家关系有隔阂有成见等，由此争吵、怄气……

应对方式：尝试心平气和坐下来协商讨论，共同面对疫情压力。设计丰富的家庭生活内容，均衡地分担家务责任。有不同意见时各自退让达成谅解，关系自然融合。

***紧张/危机的夫妻冲突：**TA 做的事儿与自己期望相差太远；两人所思所想价值观念太不一样；个性不和或某人情绪失控，一吵架就升级为冲突伤害，现在对婚姻有失望感……

应对方式：最好找个专业的咨询师或信得过的人线上做咨询或调解，面对冲突要心平气和思考自己的处境选择，想继续关系必须要学习要改变要成长。早发现早面对调适难度会小些。

***家庭暴力关系：**不许表达，限制行动，无缘由的遭受暴力伤害。内心充满抑郁、恐慌和无助，看不到希望和美好。请你面对现实，你是在家庭暴力关系中。

应对方式：建议用亲密关系暴力危险性评估量表（见附件）做出测试，如果得分是高危、中危，请尽快向相关部门求助，因为你可能在遭受家庭暴力侵害。如何面对和解决？请仔细翻阅这本专门写给你的手册。

谁是家暴受害者

可能是任何人！提到家庭暴力，大家最先想到的，往往是“打老婆”，认为只有女性才是家庭暴力的受害人。确实，90%以上的家暴受害人是女性，但也存在针对男性、儿童和老人的身体及精神伤害，他们也可能是家庭暴力的受害者。

合理安排生活

疫情期间不熬夜、定时安排三餐，控制手机的使用时间，保持规律的生活节奏。时间的规律分配，可以让我们有更多的时间与家人进行积极的互动，如每天花时间与家人互动、游戏等，营造亲密的家庭时光，拉近家人之间的关系。

生命至上

面对家暴，我们往往会面临很多矛盾。是反抗还是隐忍？要不要立即报警？是逃出去还是待在家里防止感染?先进行伤情鉴定还是先治疗？到底采取什么样的方法才是最适合的呢？并没有统一的答案。每个人面临的情况不尽相同，需要求助者

做出权衡和决策。

做决策时，我们要遵循一个原则——生命至上。求助者要将自己的生命安全放在第一位来考虑。在生命安全得到保证的前提下，再考虑其它问题。极端情况下，如果待在家里可能有生命危险，那么就要想尽一切方法逃出去，即便存在有感染病毒的风险。

生命至上，不仅仅是受害人要遵循的原则，也应该是政府工作人员和专业助人者必须遵循的首要原则。

明确求助目的

在求助前，我们需要明确自己求助的目的是什么，然后结合各个部门的职责选择对应部门，以便获得更精准的帮助。

如果我们想要制止暴力，对加害人予以震慑，或者想留下有力证据，那么报警是不二之选。事实上，我们建议只要遭受家暴，都有必要报警。如果我们只是想找人倾诉，那么就不用去找律师，最好找社工。如果我们想要获得全方位的帮助，可能需要寻求妇联或专业反家暴社工的帮助。

当然，遭受家暴之后，我们可能来不及想那么多，脑袋也可能是乱的，这是很正常的，不用强迫自己必须想那么清楚。

如何报警

可向警察提的要求包括：

- 收集加害人本次及以前施暴的证据。
- 伤情严重的，请警车送医院抢救。
- 构成犯罪的，要求立案侦查。
- 要求对加害人作出包括拘留在内的治安处罚。
- 要求对加害人予以告诫。
- 坚决索要法律文书。警察的口头处置除了效果不好外，还让你事后无法证明你曾经受暴的事实。治安处罚的要拿到《行政处罚决定书》，告诫的要拿到《家庭暴力告诫书》，治安调解的要拿到《调解协议书》。

网络求助

2019 年 11 月，知名美妆博主@宇芽 YUYAMIKA 通过网络公布自己被家暴的事实，获得普遍关注。公安部门迅速介入，对加害人实施行政拘留。疫情期间，由于出行不便，网络求助更是一个方便、快捷和有效的方式。微博、微信都是很好的工具。

求助时一般应说明自己是谁、遭遇了什么样的家暴、相关证据、求助经历与困难、个人需求、联系方式等。求助信息应简明扼要，避免太长。同时，注意保护个人隐私。

任何求助行为，都有可能激怒加害人，求助的同时要加强自我保护。在微信朋友圈求助，一定要设置对加害人“不可见”。通过微信求助后，及时删除聊天信息。

如果您使用微博求助，可以将求助信息以私信的方式发送给专业反家暴公益组织和人士，例如：@深圳市鹏星家庭暴力防护中心 @万薇律师_反家暴 @源众反家暴热线。

更多求助途径

除了报警求助，我们还可以选择向有关部门、组织或个人寻求帮助，如法院、民政、妇联、村(居)委会、社工等。

在向有关单位或个人寻求帮助之前，我们最好先了解对方的职责和作用，搞清楚他们能为我们做些什么，以便求助更具有针对性，最终获得我们想要的帮助。

单位/人员	职责与作用	备注
各级妇联组织	1. 对家暴受害人提供心理支持； 2. 对家暴危险等级进行评估，为受害人提供相关建议； 3. 协助受害人报警、获得庇护；例如很多“家庭暴力告诫书”是在妇联的协调与坚持下拿到的； 4. 代为申请人身安全保护令； 5. 协调与推动各个部门对受害人实施帮助； 6. 对一般家庭纠纷进行调解； 7. 针对高危个案召开多部门联席会议。	●妇联组织虽然资源有限，但成了事实上的反家暴主责部门，也是最愿意帮助妇女儿童的单位。 ●国家、省、市、区、街道、村/社区，均设有妇联组织；可以向任何一级组织求助。 ●求助方式：拨打全国统一的妇女维权热线12338

社会工作者（社工）	1. 为求助者提供全面的个案服务； 2. 对家暴危险等级进行评估； 3. 为求助者提供心理辅导； 4. 协助求助者报警、获得庇护；例如很多“家庭暴力告诫书”是在社工的协调与坚持下拿到的； 5. 协助求助者与各个部门对接； 6. 为求助者链接各方面的资源。	●社工是运用社会工作方法开展工作的专业助人者；在反家暴工作中应遵循“以受害人为中心”原则。 ●求助方式：某些社区党群服务中心配有专职社工，可拨打电话，也可以直接前往。 ●求助话术：我遭受了家暴，需要申请社工个案服务。（一定要说出“个案服务”）
村(居)委会	1. 疫情期间承担了很多临时的重要职能，包括出入小区/村的门禁管理等； 2. 对困难群众进行摸底排查； 3. 对一般家庭纠纷进行调解； 4. 向上级报告高危险个案； 5. 协助求助者获得必要的支持； 6. 加强巡查，保障求助者安全； 7. 对家暴案件进行回访； 8. 对受虐儿童进行临时监护。	●村（居）委会是最基层居民自治组织，功能多任务重，尤其是疫情期间又承担起防疫重任。求助者不可忽视其作用，如能建立起良好的信任关系，会有利于获得帮助。 ●求助方式：可通过相关工作人员的手机号码、微信联系。
法院	1. 作出并执行人身安全保护令； 2. 对违反人身安全保护令的加害人实施法律制裁； 3. 审理离婚案件； 4. 可以通过人身安全保护令实现对加害人的强制矫治； 5. 为受虐儿童的（临时、长期或永久）家外安置提供司法保障； 6. 审理撤销监护人资格的案件。	●人身安全保护令是保护受害人安全的有力武器，对加害人具有震慑作用； ●根据《反家庭法》的规定，受害人只要“面临家庭暴力的现实危险”（不一定发生），就可以申请人身安全保护令； ●我们认为**应充分发挥保护令的预防作用，做到“应发尽发”**，应避免人为设定过高门槛； ●一些地方法院可以网络立案，更适应疫情需要。

制定安全计划

求助者需要制定一份适合自己当前情况的安全计划，以保证自己与孩子的人身安全。安全计划的内容可能包括危急情况应对策略、通讯安全、与亲友之间的暗号设定、报警等，以下仅列出部分条目，供求助者参考：

1. 如果你预感暴力将要发生，试着离开，到没有危险的安全区域；

2. 如果发生争论，控制情绪，适度隐忍，避免激怒你的伴侣；

3. 如果暴力无法避免，发生暴力时尽量蜷缩身体，用双手保护头和脸等重要部位；

4. 当对方要杀掉你时，该如何应对；（例如装死、求饶，求助者应根据实际经验选择策略，无统一标准答案）

5. 准备一个救急包以便你能在紧急情况下快速离开；救急包内装入身份证、结婚证、户口本、出生证明等证件；放一些零钱、银行卡以及一些应急物资；

6. 尽量不要戴围巾、项链，以防被伴侣用来伤害你（勒脖子）；

7. 设计逃生路线，和孩子练习如何安全离开；

以上仅列出 7 条，实际上安全计划可能包括所有自救和求助措施；最好能和帮助你的社工或妇联工作者一起商讨安全计划，并根据实际情况及时进行调整。

疫情期间止暴精彩案例

案例一

2020 年 1 月 20 日，家住南方某省的陈女士（25 岁）带着女儿到湖北省监利县前夫家过年。2 月 1 日，她与前夫因复婚问题发生争吵，她动手打前夫一耳光，招来前夫拳打脚踢。她立即打 110 报警，前夫认错，警察对加害人开具了《家庭暴力告诫书》。与公安 110 实现信息共享的监利县蓝天下妇女儿童维权协会安排二级心理咨询师赵红给受害人提供心理和咨询服务。2 月 4 日晚，陈女士带着女儿赶到镇上。在赵红指导下，她找到一民宿住下。民宿、宾馆停止营业后，妇联协调防疫指挥部安排陈女士住到某宾馆。她无钱支付住宿费，蓝天下代她向北京市东城区源众家庭与社区服务中心申请到 3000 元资助款。

经验：

1. 报警及时。拿到告诫书让她有了受暴证据，前夫不敢再施暴，保障了人身安全。

2. 对家暴风险和困难要提前预判。陈女士对家暴风险和困难预判不足，给自己带来了安全风险。案发地疫情严重，如果没有经济支援，生活将难以为继。

案例五

包某某与贺某某于 2014 年 4 月 19 日结婚，于 2019 年 4 月 19 日协议离婚。夫妻共有的一套小房子归包某某所有，两个孩子由包某某抚养。从 2019 年 10 月开始，前夫贺某某就以看望孩子的名义，留在包某某家中拒绝离开，还经常威胁包某某和家人，

打砸家具，想逼迫其复婚。包某某不同意复婚，从 2020 年 1 月 31 日起，躲到好友家住了 20 天，后来被贺某某找到并半夜砸门，强行将包某某带回其住所内，期间仍然对包某某进行威逼恐吓。包某某因为害怕，于 2 月 25 日凌晨从家里逃出，带着母亲把车开到郊外在车里住。随后报警并向内蒙古自治区妇联求助。

内蒙古妇联委托律师为包某某提供法律援助，在律师的帮助下，于 3 月 2 日向呼和浩特市新城区人民法院提交了人身安全保护令申请书。法院在收到申请后非常重视，24 小时内立案并进行审查，并在 3 月 4 日签发了人身安全保护令，裁定：一、禁止被申请人贺某某骚扰、跟踪、接触申请人及其近亲属。二、责令被申请人贺某某迁出包某某的住所。贺某某在签收保护令后已经离开包某某住所。

经验：

1. 多机构合作反家暴。

2. 这是针对“分手暴力”发出的人身安全保护令。法院认定贺某某的行为已构成分手暴力，并在 48 小时内签发了人身安全保护令，及时有效地维护了包某某及家人的权益。

3. 强制迁出。如果在法院作出保护令后贺某某仍然拒绝离开，即使没有伤害包某某及家人的行为，也是违反了人身安全保护令，法院可以强制贺某某迁出，并视情节轻重，处以罚款、拘留，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

倡议书

我们都是阻隔家暴“病毒”的“防护衣”！

有效的家庭暴力防治来自政府、社会组织和公众的共同协作。在暴力“病毒”狂妄滋生之时，我们都可以化身暴力受害人和前线工作者的“防护衣”，将我们关爱着的家人、朋友、同事和学生阻隔于暴力伤害之外。藉着《反家暴法》颁布实施四周年之际，我们发出以下倡议，让“暴力零容忍”成为全社会共同坚守的生活态度，期待大家的共同努力得以营造安全的居住环境。

• 警察迅速上门制止暴力

警察接受过制止暴力的专业训练和拥有保护市民的装备。请你们切实履行法定职责，接警后迅速上门制止暴力，固定家暴证据，开具《家庭暴力告诫书》，并依法惩处；同时，联动社区组织为受害人提供综合性援助服务。

• 社区恒常筛查高风险因子

政府应把高风险家庭筛查纳入社区治理工作格局中，发动居（村）委会、社工机构和物管公司等社区重要成员，做好高风险家庭筛查和分级管理工作，开发集案情通报、部门联动与信息共享、数据分析与加密等一体化的中央资料系统。

• 居民邻里守望相助

我们的一次及时的敲门、友善的关怀和热心的报警，将直接挽救一个家庭。我们在表达关心时勿道人是非，主动参与社区反暴力宣导活动，学习与提倡平等沟通、相互尊重的信念。

• 学校重视学生居家身心健康问题

疫情期间，学校可设计调查问卷或电话家访了解学生是否遭受暴力管教或目睹父母家暴。当了解到学生面临危机，学校应及时向上级教育部门通报，并联动社区组织保护学生及其家庭安全。

• 雇主增设员工家庭关怀措施

用人单位应了解暴力对工作场所的影响，建立暴力防治的规章制度，包括注重平等、尊重和非暴力的企业文化营造，为受害员工提供灵活的支持（如额外的带薪假期、临时调岗等），对施暴员工予以惩处等措施。

• 店铺可成反暴力安心站

遍布社区各角落的个体或连锁便利店、速食店等店铺全年（或 24 小时）无休，能为深夜离家的受害人提供一个明亮、温暖的暂时避风港。店员协助报警，提供热食等物资，便可能减少社会重大案

件发生率。

写给父母的一封信

有人说："我是为 TA 好才会动手，孩子不管能行吗？"

还有人说："你不打孩子，以后会有别人帮你管教 TA。"

疫情期间，大人孩子长时间"宅在家里"，增大了家庭冲突的可能性；情绪的烦躁也可能会引发家暴。我们看到一些孩子被父母打，甚至被拍摄视频上传到网络，引起全民热议和指责。还有一些父母会因为在陪伴、辅导作业中对孩子的表现不满意而打骂。当然一定有人在冷静之后，又非常后悔。

我们有太多理由对孩子动手。有效果吗？有，但那只是暂时有效。长远来看，暴力管教，可能会成为孩子一生的伤害。

笔者有位男性朋友，他回忆父亲当年打他的情景时说："自己仿佛飘在天上，看着被打的那个小孩——不再有疼痛，被打的那个小孩也不是我。"为了免于身心痛苦，他进入了"解离"状态。直到现在，童年阴影还在影响着他的生活。

这是一个很可悲的事实：目的是好的，却因为用错了方法，害了孩子。

2016 年，《中华人民共和国反家庭暴力法》正式实施，其中规定："未成年人的监护人应当以文明的方式进行家庭教育，依法履行监护和教育职责，不得实施家庭暴力。"家暴不再是家务事，会受到法律的制裁。

法律体现的是国家的意志，但天下父母们自己怎么认为，或许更加重要。我们期待父母都能明白，无论基于什么原因，都不能对孩子实施暴力，包括身体暴力和语言暴力。我们期待父母们都能了解，教育的目的是成就孩子，而不是伤害。

教育方法有很多种，身教胜于言传，以身作则最有助于孩子成长。

教育方法有很多种，有奖赏有惩罚，我们不必只选择惩罚。

惩罚也有很多种，可以口头批评，可以是取消礼物，可以是面壁思过，也可以是给一个"黑脸"的小贴纸.....

真的，我们真的，不用选择最严厉的惩罚方式——体罚或辱骂。更何况，长远来讲，它不仅无效，反而会带来反作用呢？！

还有的父母会忽视孩子，当 TA 不存在，如空气一样。这样的伤害可能会更大。孩子可能会没有存在感，缺乏安全感，也缺乏规则意识。我们期待父母们能与孩子有更多的互动；这样，孩子的情感会更丰富，更有安全感，更能感同身受，更有创造力。

如果正在读这篇文字的你，是一个孩子，我们也有一些提示。当你发现父母争吵的时候，可以找一个安全的地方躲起来，你最重要的任务是保护好自己。如果你遭受到来自父母的家庭暴力，可以打 110 报警，可以拨打 12338 向妇联求助，也可以告诉你信得过的老师或其他亲人，让他们帮助你。

我们每一个人都曾经是孩子，也许也曾遭受父母的暴力。不过，现在的父母已经无法再 copy（沿袭）父母当年那种简单粗暴的教养方式。我们需要放下姿态，重新学习。放下姿态，建立平等、尊重、共同成长的亲子关系。

心理学家阿德勒说：幸运的人，一生都在被童年治愈；而不幸的人，却要用一生去治愈童年。

你，会给孩子一个怎样的童年呢？

致《反家暴法》正式施行 4 年，反家暴公益热线地图 5.0 更新

2020-03-09 中国民商法律网

https://mp.weixin.qq.com/s/q2sGpcPSbYAenYqDIDnL2Q

2016 年 3 月 1 日,《中华人民共和国反家暴法》正式施行,“家庭暴力不是家务事”受到广泛重视,《反家暴法》为维护家庭弱势成员的权益撑起遮风挡雨的保护伞。

《反家暴法》施行 4 年来,在社会各界的努力下,反家暴工作有序有效推进。为整合资源,方便有需要者获取相关的资源,分享以下家庭暴力防护服务的单位讯息:

24 小时服务全国统一热线

1. 报警热线电话

报警热线电话:110

短信报警:12110

服务时间:24 小时

所属机构:各地公安局 110 指挥中心

服务内容:及时制止家暴,提供报警回执,开具告诫书、伤情鉴定委托书等

2. 举报热线

热线电话:12389

如果警察不出警,或者没有按照规范处理家暴事件,可以拨打 12389 对涉事民警或派出所进行监督。

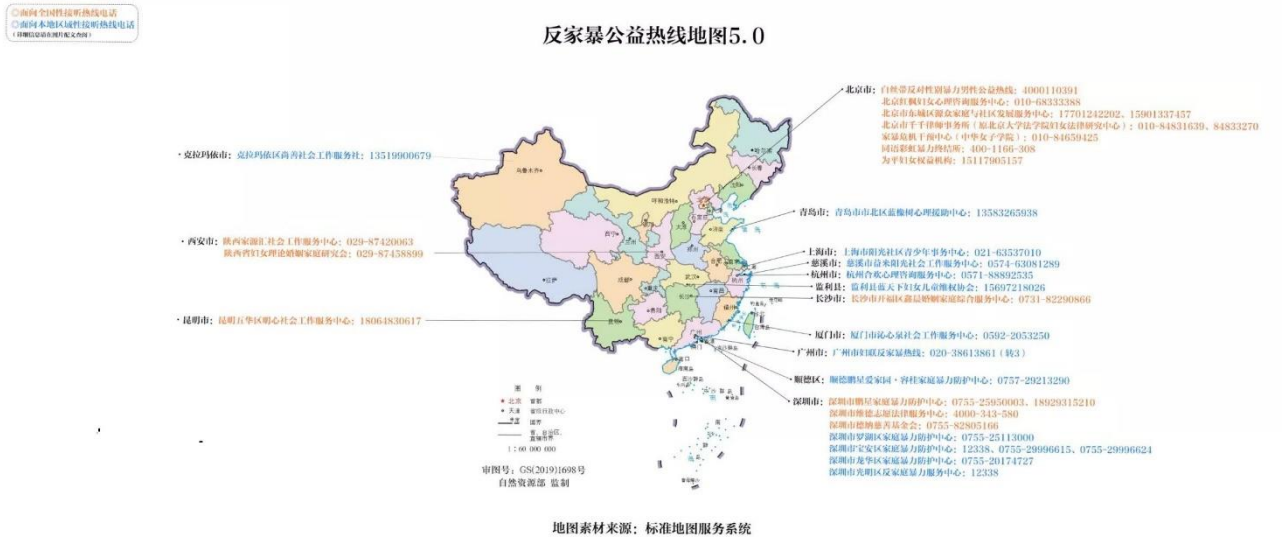
3. 妇女维权公益服务热线

热线电话:12338

所属机构:各地区妇联组织

服务内容:为妇女儿童提供法律、婚姻、家庭、心理、教育等的咨询、各级妇联协助提供庇护服务。

反家暴公益热线地图 5.0 版



全国性反家暴机构热线

[1] 深圳市鹏星家庭暴力防护中心

热线电话:0755-25950003、18929315210

接听时间:工作日

9:00-12:00

14:00-17:30

服务内容:综合服务——家庭暴力个案管理、施暴者辅导、目睹儿童辅导、心理辅导、法律咨询、经济救急、反家暴培训、社区宣传等

服务范围:全国

机构地址:深圳市宝安区

[2] 白丝带反对性别暴力男性公益热线

热线电话:4000110391

接听时间：工作日
08:00-22:00
服务内容：免费为性别暴力施暴者、暴力倾向者提供行为改变的帮助，为受暴人、暴力目击者提供心理辅导。
服务范围：面向全国接听

[3] 北京红枫妇女心理咨询服务中心

热线电话：010-68333388
接听时间：工作日
9:00-17:00
服务内容：普及知识，提供心理咨询服务；唤起意识，挖掘潜力，促进成长；实行服务与研究并举的方针；培训和渠道传播社会性别、以妇女为本的观念。
服务范围：全国
机构地址：北京西城区

[4] 北京市东城区源众家庭与社区发展服务中心

热线电话：17701242202、15901337457
服务内容：对受害人开展综合性支持与服务；包括法律援助、法律服务、心理疏导、社工陪伴以及受害妇女儿童的紧急救助资金支持。
服务范围：全国
机构地址：北京市朝阳区

[5] 北京市千千律师事务所（原北京大学法学院妇女法律研究中心）

热线电话：010-84831639、84833270
接听时间：工作日
9:00-17:00
服务内容：机构关注所有针对女性女童带有性别歧视色彩的案件/公共事件，提供法律援助，推动弱势群体权益状况改善，推动国家法律援助事业的发展。
服务范围：全国
机构地址：北京市朝阳区

[6] 长沙市开福区鑫晨婚姻家庭综合服务中心

热线电话：0731-82290866
接听时间：工作日
9:00-12:00
13:00-17:00
服务内容：情绪支持、陪伴、家庭关系指导、制定安全计划、心理咨询、法律咨询、医疗救助、互助小组、关系调解、庇护、就业支持、经济援助、认知教育、资源链接。
服务范围：全国
机构地址：湖南省长沙市开福区

[7] 家暴危机干预中心（中华女子学院）

热线电话：010-84659425
咨询时间：工作日
8:00-11:30
13:30-16:00
服务内容：建设反家庭暴力资源库；开展家庭暴力危机干预理论和实务研究；开展直接培训和培训者培训；提供家庭暴力危机干预工作者知道和咨询；开展重大家庭暴力案件的干预服务；进行政策倡导和媒体宣传。
服务范围：全国

[8] 昆明五华区明心社会工作服务中心

热线电话：18064830617
接听时间：工作日
9:30-17:30
服务内容：家暴受害人一站式服务（心理疏导、法律咨询与援助、紧急救助等）、目睹儿童关怀、施暴者辅导、隐蔽型庇护、司法服务、社区公众教育、反家暴能力建设培训等。
服务范围：全国
机构地址：云南省昆明市五华区

[9] 陕西家源汇社会工作服务中心

热线电话：029-87420063
接听时间：工作日
9:00-17:30

服务内容：综合社工服务、婚姻家庭、反家暴、困境儿童与长者服务

服务范围：全国

机构地址：陕西省西安市碑林区

[10] 陕西省妇女理论婚姻家庭研究会

热线电话：029-87458899

接听时间：工作日

9：00-12：00

14：00-17：00

服务内容：个案辅导、法律咨询、心理咨询、妇女热线咨询服务、受害人支持、加害人教育辅导、儿童性教育、青少年性别平等教育、多机构反家暴与社会性别敏感性培训。

服务范围：全国

机构地址：陕西省西安市碑林区

[11] 深圳市德纳慈善基金会

热线电话：0755-82805166

接听时间：工作日

9:00-18:00

服务内容：个案辅导、法律援助、经济支持、紧急庇护

服务范围：全国

机构地址：深圳市福田区

[12] 深圳市维德志愿法律服务中心

热线电话：4000-343-580（免通话费）

接听时间：工作日

服务内容：为受暴妇女儿童提供法律咨询

服务范围：咨询（全国）；诉讼（深圳）

机构地址：深圳市福田区

[13] 同语彩虹暴力终结所

热线电话：400-1166-308

值班时间：工作日

14:00-18:00

服务内容：基于 SOGIE（性倾向、性别认同与性别表达）的校园霸凌、原生家庭暴力、亲密关系暴力、就业歧视、财产纠纷、子女婚姻矛盾等。

服务范围：全国

[14] 为平妇女权益机构热线

电话：15117905157

接听时间：不局限接听时间

服务内容：综合服务；支持英语求助。倡导完善和实施相关法律政策，协助相关机构和专业人员进行性别平等和反暴力能力建设，通过服务和支持促进妇女和女童赋权，尤其是增强受暴力影响的妇女和女童的能力。

服务范围：全国

机构地址：北京市

区域性反家暴机构热线

(1) 慈溪市益米阳光社会工作服务中心

服务热线：0574-63081289

接听时间：周一至周四下午

13:00--15:30

服务内容：个案辅导、法律咨询、单亲妈妈价值感认同宣导

机构地址：浙江省宁波市慈溪市

(2) 广州市妇联反家暴热线：

服务热线：020-38613861（转 3）

接听时间：工作日

8:30-12:00

14:00-17:30

服务内容：个案辅导、法律咨询、心理咨询、紧急庇护、受害人团体辅导、施暴者辅导、离婚调解、目睹儿童辅导、家庭关系调适、社区宣导、政策倡导。

服务范围：广州市

机构地址：广东省广州市越秀区

(3) 杭州合欢心理咨询服务中心

服务热线：0571-88892535

接听时间：工作日
服务内容：个案辅导、法律咨询、心理咨询。
服务范围：浙江省杭州市
机构地址：浙江省杭州市上城区

(4) 监利县蓝天下妇女儿童维权协会

服务热线：15697218026
接听时间：工作日
9:00-20:00
服务内容：个案辅导、法律咨询、心理咨询、紧急庇护、免费鉴定伤情（监利县）、法律援助
服务范围：湖北省
机构地址：湖北省荆州市监利县

(5) 克拉玛依区尚善社会工作服务社

服务热线：13519900679
接听时间：工作日
9:30-13:30
15:30-19:00
服务内容：个案辅导、法律咨询、心理咨询、紧急庇护、保护妇女儿童合法权益，为受暴妇女提供支持，建立支持网络
服务范围：克拉玛依市
机构地址:新疆维吾尔自治区克拉玛依市克拉玛依区

(6) 青岛市市北区蓝橡树心理援助中心

服务热线：13583265938
接听时间：工作日
9:00-19:00
服务内容：个案辅导、心理咨询、团体辅导，公益讲座
服务范围：青岛市
机构地址：山东省青岛市市北区

(7) 上海市阳光社区青少年事务中心

服务热线：021-63537010
服务内容：家庭暴力综合服务、庇护等
服务范围：上海市
机构地址：上海市汉中路

(8) 深圳市宝安区家庭暴力防护中心

服务热线：12338、0755-29996615、0755-29996624
接听时间：工作日
服务内容：综合服务
服务范围：深圳市宝安区
机构地址：深圳市宝安区

(9) 深圳市光明区反家庭暴力服务中心

服务热线：12338
接听时间：工作日
9:00-12:00
14:00-18:00
服务内容：家庭暴力个案管理、法律咨询、心理辅导、婚姻家庭纠纷调解服务
服务范围：深圳市光明区
机构地址：深圳市光明区

(10) 深圳市龙华区家庭暴力防护中心

服务热线：0755-21074727
接听时间：工作日
9:00-12:00
14:00-17:30
服务内容：家庭暴力个案管理、法律咨询、心理辅导
服务范围：深圳市龙华区各街道社区
机构地址：深圳市龙华区

(11) 深圳市罗湖区家庭暴力防护中心

服务热线：0755-25113000
接听时间：工作日
9:00-12:00
14:00-17:30
服务内容：综合服务
服务范围：深圳市罗湖区
机构地址：深圳市罗湖区

(12) 顺德鹏星爱家园·容桂家庭暴力防护中心

服务热线：0757-29213290

接听时间：工作日

8:30-12:00

14:30-17:30

服务内容：个案辅导、法律咨询或法律咨询转介、心理咨询、宣传教育、亲密关系辅导、情绪疏导、家庭暴力危机介入、受害人支持与协助。

服务范围：广东省佛山市顺德区容桂街道

机构地址： 广东省佛山市顺德区

(13) 厦门市沁心泉社会工作服务中心

服务热线：0592-2053250

服务内容：情绪支持、陪伴、家庭关系指导、制定安全计划、心理咨询、法律咨询、互助小组、庇护、资源链接

服务范围：厦门市

机构地址：福建厦门市思明区

以上机构如有信息更新，请在原公众号推送下方留言。如果您的机构也想出现地图里，请点击“阅读原文”填写机构信息，让我们共同织就更强大的反家暴服务网络！

备注：

1、如果您填写了机构信息，请留意 0755-25950003 的来电，我中心需要收集更多您机构的服务信息。

2、社会组织机构名请填写“注册名”全称（参考机构登记书）。

联系热线电话：0755-25950003

爱心无论大小，公益不分先后

大数据丨反家暴法实施四周年，人身安全保护令赢了没有？

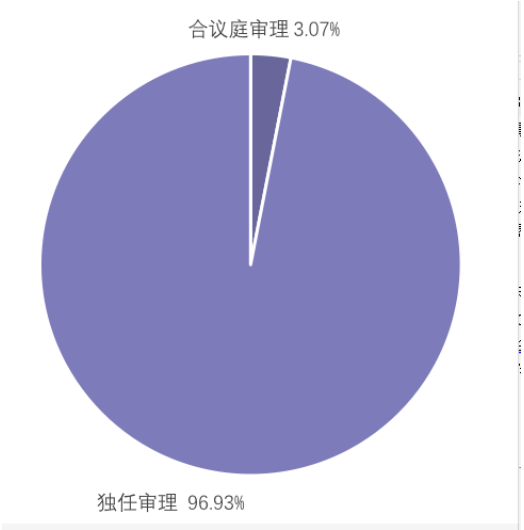
原创：2020-03-07 家事法律圈 五美律师事务所
https://mp.weixin.qq.com/s/gWatqAVkFxv3nGOk1J-u_g

2020 年 3 月 1 日是我国《反家庭暴力法》实施四周年的日子，继 2017 年和 2018 年陆续推出《1000 份涉家暴判决书告诉我们的那些事》、《10 分钟看<反家暴法>实施 2 周年》两份大数据报告后，今年，广东五美律师事务所持续对我国各地法院人身安全保护令制度的实施情况进行系统统计并总结得出本报告，以期与业内同行及社会各界共同推动我国反家暴司法实践工作的进程。

数据来源：本报告的案例来源于威科先行法律数据库，共选取了 2018 年 3 月至 2020 年 2 月 29 日期间我国人身安全保护裁定（民保令）共计 1172 份，本报告的统计数据系以这 1172 件案件为基础得出。

第一部分 基本情况

一、审判组织：申请人身安全保护令的案件以独任审理为主

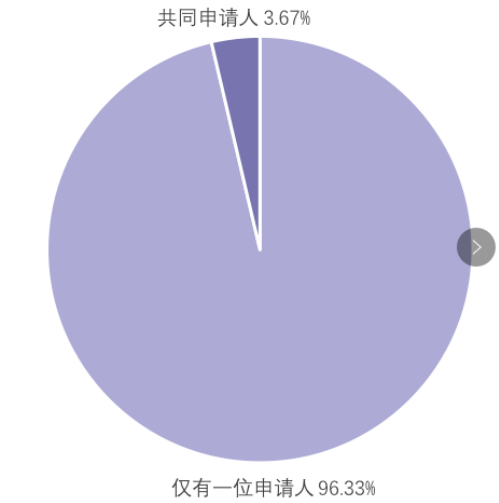


（图 1：审判组织情况）

法院审理申请人身安全保护令的案件时，审判组织为合议庭的案件占比 3.07%，审判组织为独任审理的案件占 96.93%。

二、案件当事人的基本情况

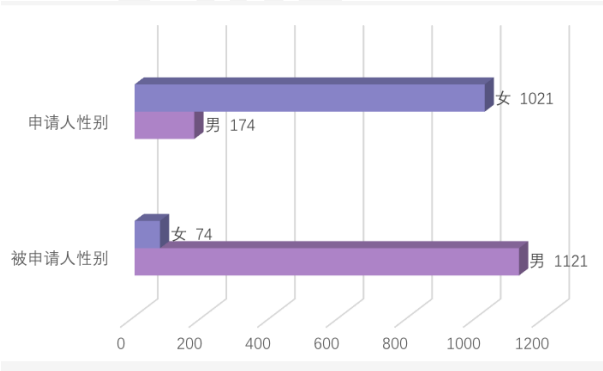
（一）绝大部分情况下，保护令均系以一方名义申请，有共同申请人的案件占比很小



（图 2：申请人的人数）

在 96.33%的案件中，申请人仅有一位，而存在共同申请人的案件占比仅 3.67%，所占比例相对较小。此外，尽管大部分案件中只有一位申请人，但是申请保护多位自然人的情况却非常普遍。

（二）施暴者大部分是男性，女性更倾向于向法院求助

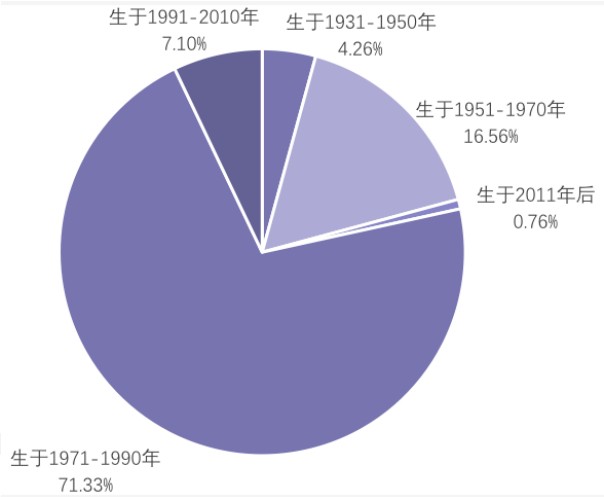


（图 3：申请人与被申请人的性别）

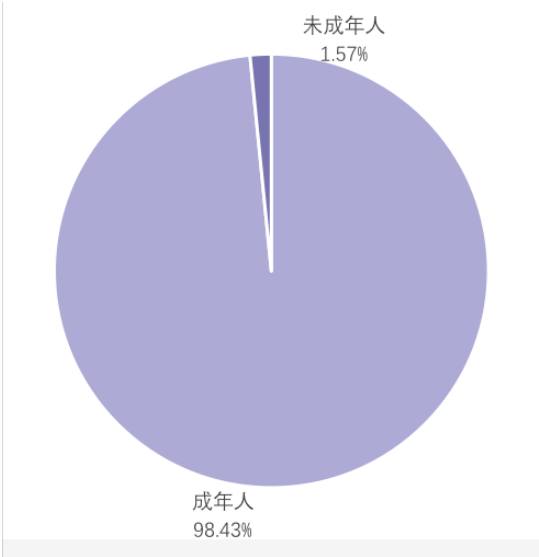
申请人主要为女性，占比 85.44%，申请人为男性的比例为 14.56%。被申请人主要为男性，占比 93.81%，被申请人为女性的比例为 6.19%。

（三）70 后、80 后的反家暴意识最强

1. 申请人情况分析



（图 4：申请人的年龄-1）



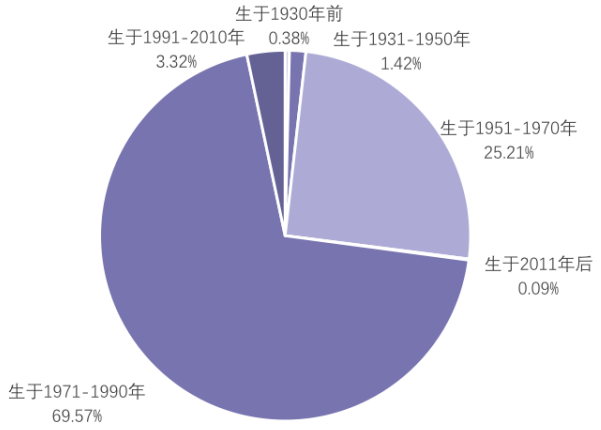
（图 5：申请人的年龄-2）

申请人为 70 后、80 后的案件数量最多，占 71.33%；申请人为 50 后、60 后的案件数量次之，占 16.56%。90 后申请人身安全保护令的比例相对

较小，未成年人申请保护令的比例仅为 1.57%。

值得注意的是，案例显示，未成年人遭受家暴的情形也时有发生，但以未成年人单独作为申请人申请保护令的案件并不多。

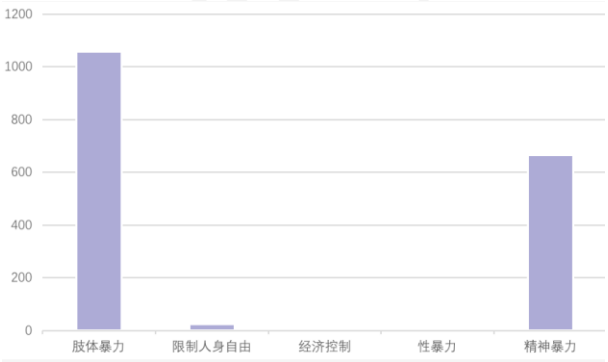
2. 被申请人情况分析



（图 6：被申请人的年龄）

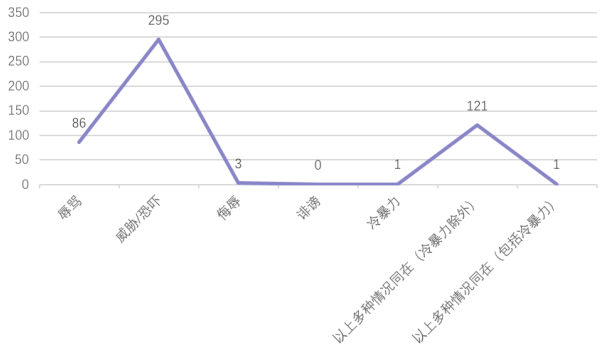
被申请人为 70 后、80 后的案件数量最多，占比 69.57%；被申请人为 50 后、60 后的案件数量次之，占 25.21%。

（四）家暴受害者主张遭受肢体暴力以及精神暴力的比例最高



（图 7：受主张遭受的暴力情况）

据统计，在 94.8%的案件中受害者均自诉曾遭受肢体暴力；在 59.6%的案件中受害者均自诉曾遭受精神暴力；而受害者主张曾遭受限制人身自由、经济控制以及性暴力的案件仅占 3.3%。

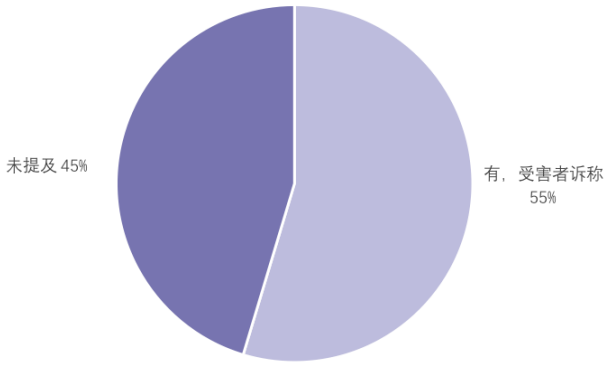


（图 8：主张遭受精神暴力的情况）

对于受害者主张曾受到精神暴力的案件中，主张曾经遭受威胁/恐吓的案件占比最高。

三、影响家暴发生的因素

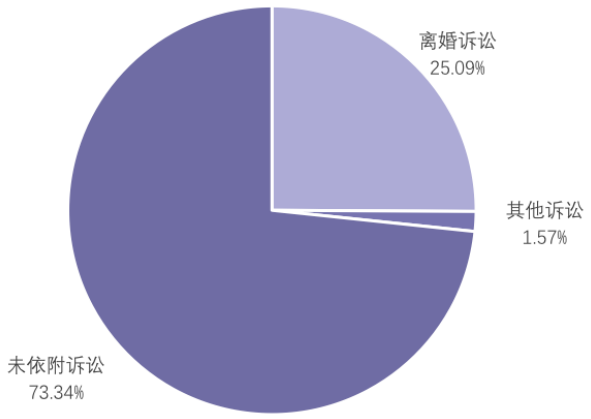
（一）施暴者过半有施暴史



（图 9：施暴者的家暴史情况）

在 55%的案件中，受害者有提及施暴者有施暴史。

（二）已有纠纷的情况下，发生家庭暴力的可能性或更高



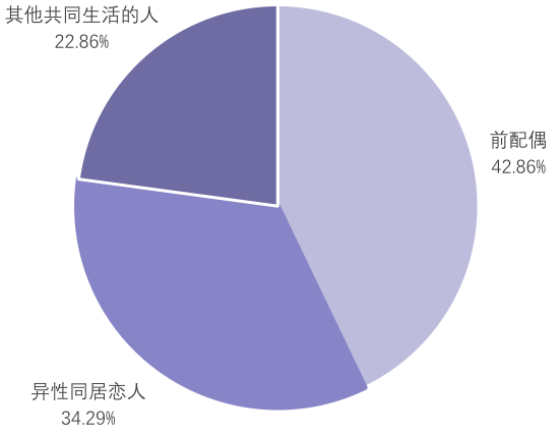
（图 10：案件依附诉讼的情况）

在约 25%的人身安全保护令申请案件中，当事人双方或多方已经处于法律诉讼中。其中以在离婚诉讼期间，同时提出人身安全保护令申请的案件占绝大多数，其他的诉讼案由还包括：抚养权纠纷、赡养纠纷、离婚后财产纠纷等婚姻家庭纠纷共 8 例，侵权责任纠纷共 2 例，人格权纠纷共 4 例，物权纠纷共 2 例以及继承纠纷共 1 例。

（三）家庭暴力最常发生在处于/曾经处于亲密关系的群体间

（图 11：受害者与施暴者存在家庭关系时的身份关系情况）

在受害者与施暴者是家庭成员关系的案件中，受害者与施暴者为配偶关系的案件占 86.6%。

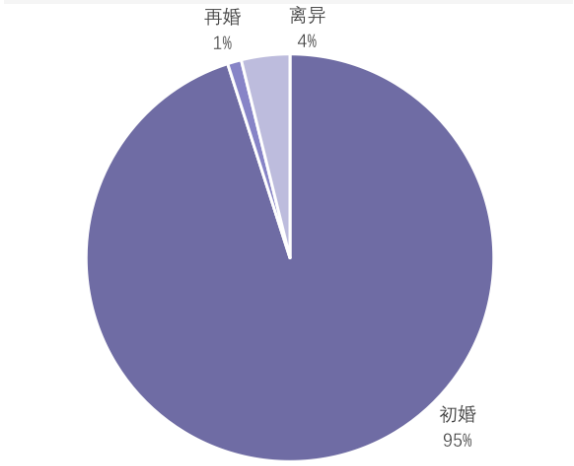


（图 12：受害者与施暴者不具有家庭关系时的身份关系情况）

在受害者与施暴者不存在家庭关系的案件中，受害者与施暴者为前配偶关系的占 42.86%，受害者与施暴者为异性同居恋人的案件占 34.29%。

可见，在配偶、前配偶以及异性同居恋人等亲密关系群体中发生家庭暴力的比例高。

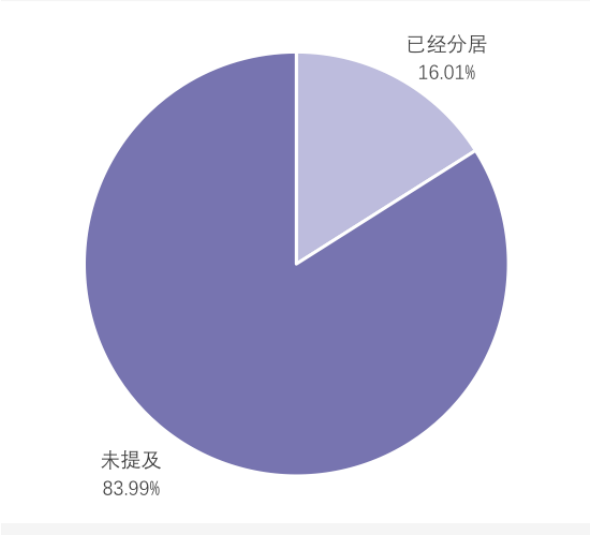
（四）初婚家庭发生家暴的比例最大，再婚、离异家庭更懂得珍惜



（图 13：受害者与施暴者的婚姻关系情况）

在申请保护令的案件中，对于处于/曾经处于配偶关系的双方，系初婚家庭的案件占比 95%，是离异家庭的案件占比 4%，是再婚家庭的案件占比 1%。

（五）对于发生在夫妻之间的家暴，主动离开仅是小部分人的选择



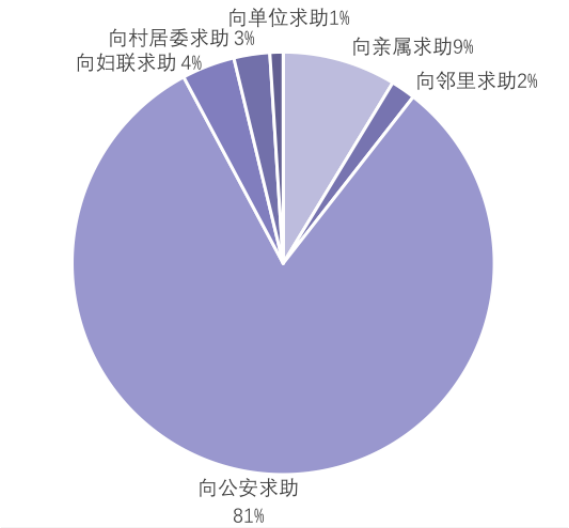
（图 14：受害者与施暴者的居住情况）

对于发生在配偶间的家庭暴力，在 16.01%的案件中，家暴受害者已经因为遭受家暴而与施暴者分居，但在接近 84%的案件中，一方并不会因为遭受家庭暴力而选择主动离开。

第二部分 司法实践情况

一、受害者对外求助的情况

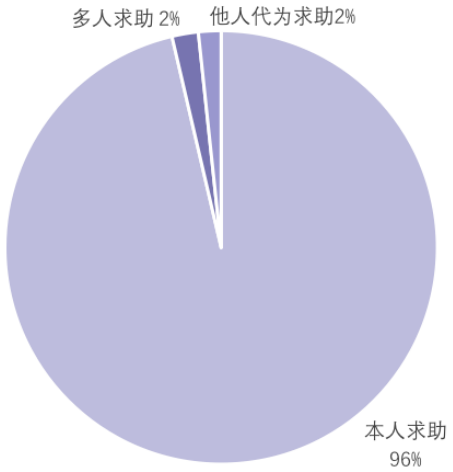
（一）家暴受害者对公安机关的依赖程度最高



（图 15：受害者的对外求助情况）

家暴受害者向公安求助的比例高达 81%，其次分别为向亲属求助、向妇联求助以及向村居委求助。

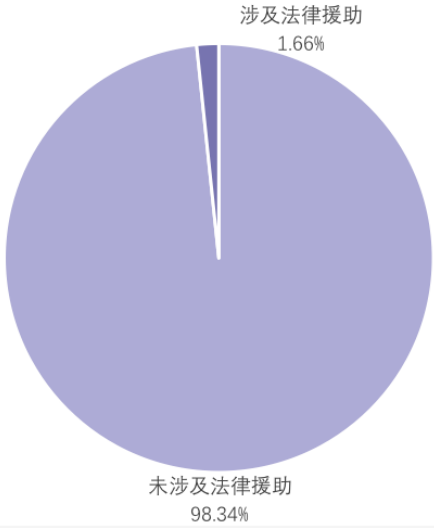
（二）求助还得靠自己，第三方主动介入的比例低



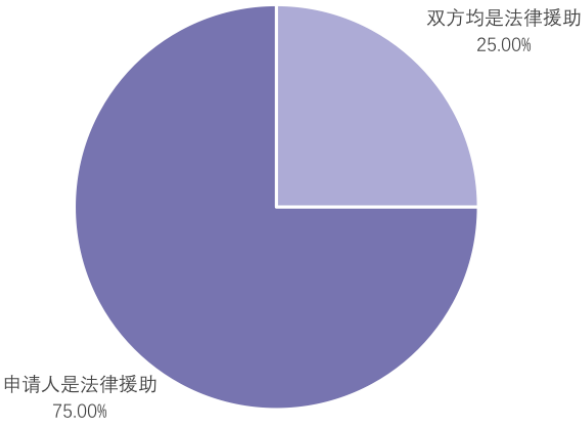
（图 16：第三人代为求助的情况）

大部分家暴受害者仍处于自主求助的阶段，占比达 96%，第三方主动介入的比例仅为 4%。

（三）当事人申请法律援助的比例很少



（图 17：法律援助的情况）

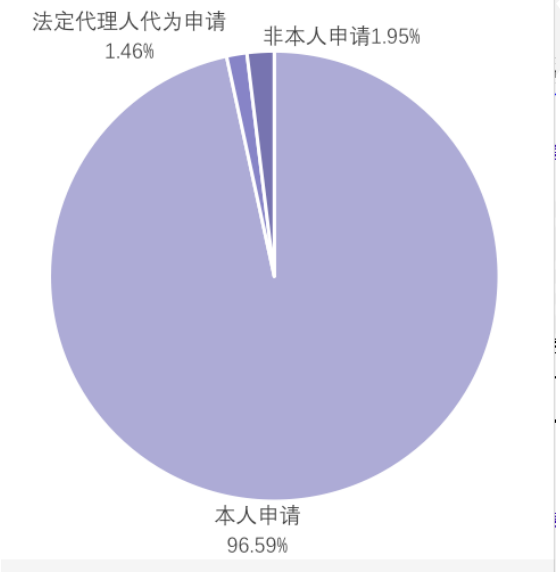


（图 18：获得法律援助的具体情况）

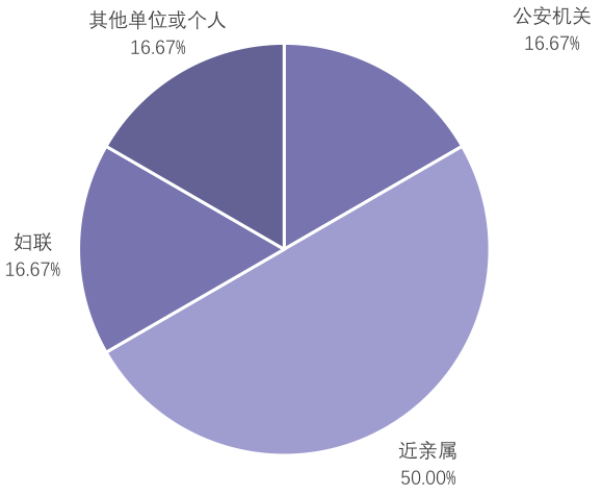
申请人一方获得法律援助及申请人与被申请人双方均获得法律援助的案件总占比 1.66%，不存在被申请人单方获得法律援助的情形。

可见，法律援助在人身安全保护令案件的处理过程中仍有相当大的发挥空间。

二、保护令以本人申请为主，第三方代为申请的案件非常罕见



（图 19：申请人的身份情况）

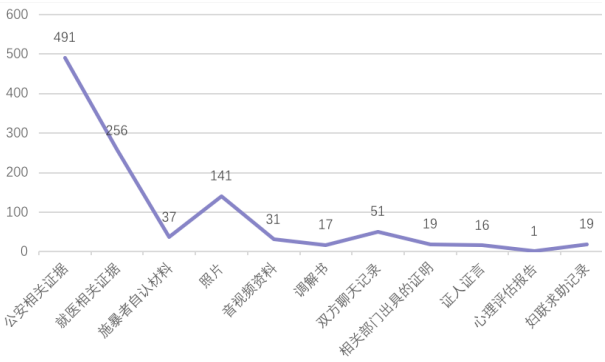


（图 20：第三方代为申请的具体情况）

在约 96.59%的案件中，保护令均为受害者本人申请，法定代理人代为申请的案件占 1.46%，第三方代为申请保护令的案件很罕见。

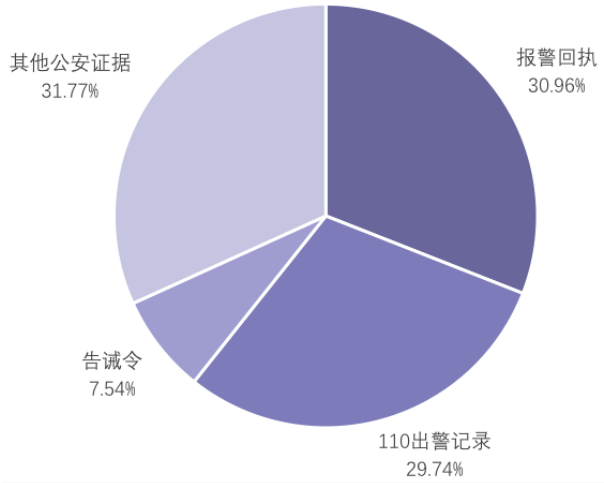
在统计的数据中，公安机关以及妇联代为申请的案件数量各有 1 例，近亲属代为申请的案例有 3 例。

三、举证情况：受害者的举证意识依然薄弱



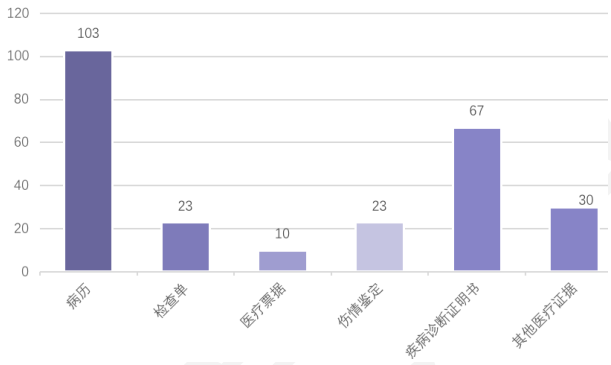
（图 21：受害者的举证情况）

受害者提供的证据以公安机关出具的相关资料、就医资料以及照片为主，提交的证据类型较为单一。



（图 22：提交公安类证据的具体类别）

在提交由公安机关出具的相关资料作为证据的案件中，提交报警回执和出警记录的案件共占 60.7%，提交告诫令的案件仅占 7.54%。

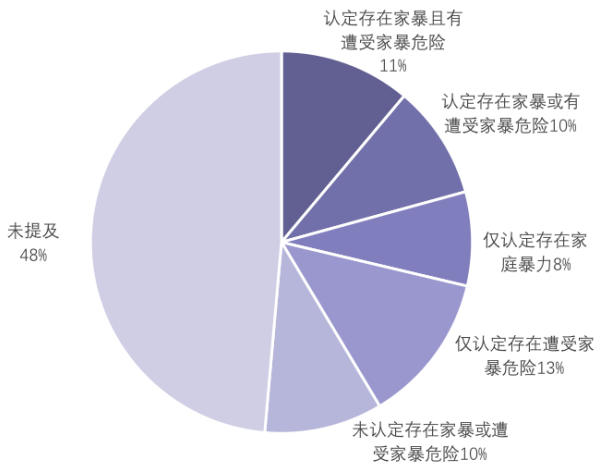


（图 23：提交就医类证据的具体类别）

在提交就医相关资料作为证据的案件中，受害者更倾向于提交病历以及疾病诊断证明书用于证明遭受家暴的情况，提交伤情鉴定的案件数量较少。

四、法院对家暴事实的认定情况

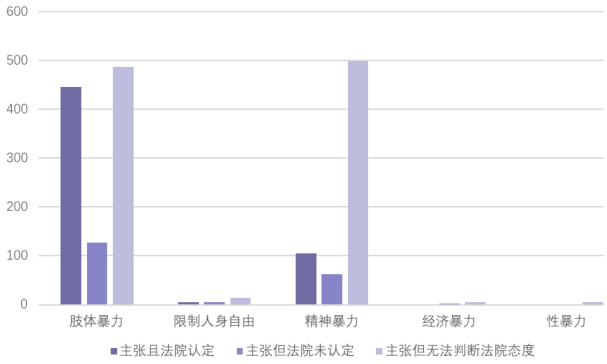
（一）近一半的案件中法院未对是否存在家暴或家暴危险作出认定



（图 24：法院对是否存在家暴的认定情况）

在 48%的案件中，法院均未对案件是否存在家暴或家暴危险作出认定。

（二）在法院做出认定的案件中，认定存在肢体暴力的比例最高

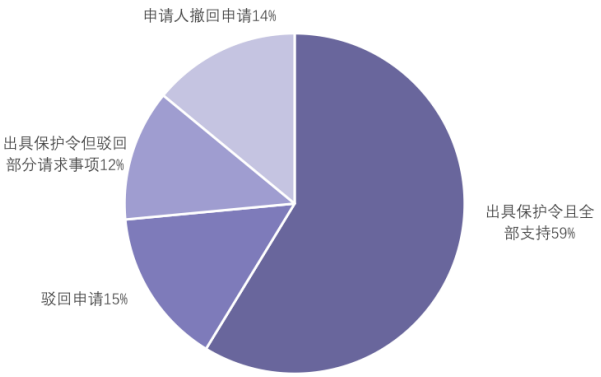


（图 25：法院对不同暴力类型的认定情况）

申请人主张曾遭受肢体暴力且法院予以认定的案件占比 42.02%；申请人主张曾被限制人身自由且法院予以认定的案件占比 20.83%；申请人主张曾遭受精神暴力且法院予以认定的案件占比 15.77%；申请人主张曾遭受经济控制且法院予以认定的案件占比为 0；申请人主张曾遭受性暴力且法院予以认定的案件占比为 0。

五、法院出具保护令的情况

（一）法院出具保护令的比例达 71%

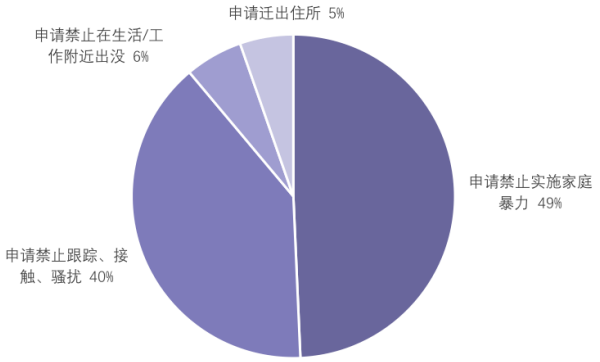


（图 26：法院出具保护令的情况）

法院出具保护令的案件共占 71%，其中支持全部诉求的案件占 83%，驳回部分诉求的案件占 17%。法院驳回全部申请的案件占 15%，申请人撤回申请的案件占 14%。

（二）法院对反家暴措施的运用情况

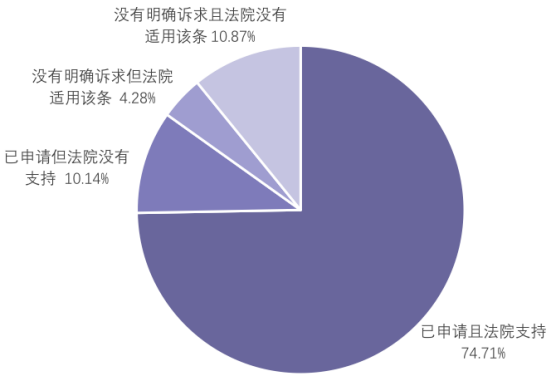
1. 禁止令用得最多，远离令及迁出令的运用仍是少数



（图 27：保护措施的应用情况）

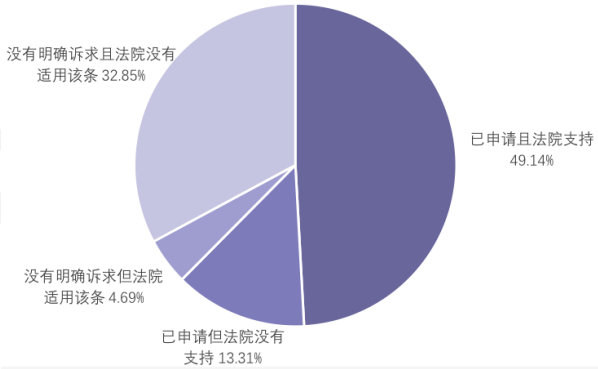
申请人提出的申请事项中，向法院申请禁止一方实施家庭暴力以及禁止一方跟踪、接触、骚扰申请人（部分包含其近亲属）的案件占比最大，申请迁出令或远离令的案件比例相对较少。

2. 向法院申请禁止令更可能获得法院支持



（图 28：法院对禁止实施家庭暴力这一措施的运用情况）

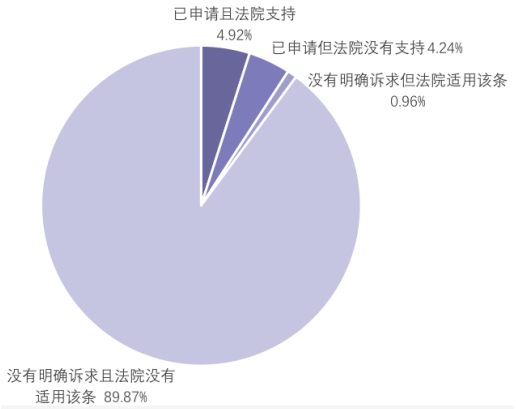
在请求法院禁止对方实施家庭暴力的案件中，法院同意这一申请的案件比例为 74.71%。



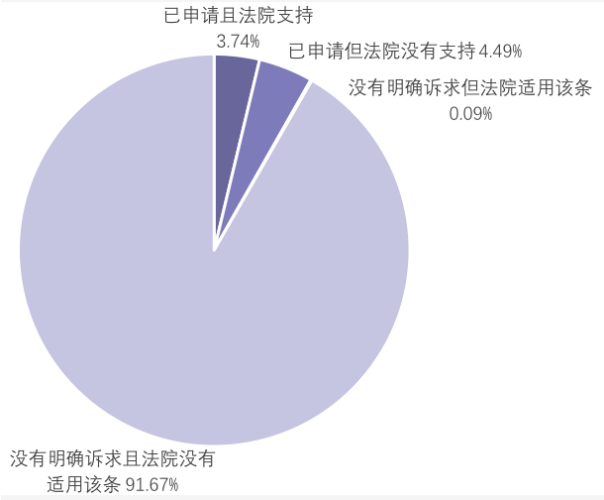
（图 29：法院对禁止骚扰、跟踪、接触受害者这一措施的运用情况）

在请求法院禁止对方骚扰、跟踪、接触受害者的案件中，法院同意这一申请的案件比例为 49.1%。

3. 法院对远离令及迁出令的应用并不广泛



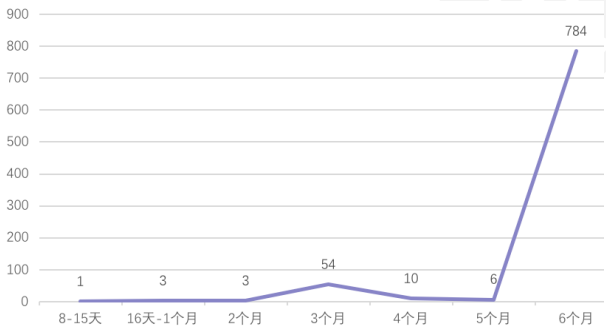
（图 30：法院对远离令的运用情况）



（图 31：法院对迁出令的运用情况）

法院出具远离令的案件占比 4.92%，法院出具迁出令的案件占比 3.74%，均占比不足 5%。

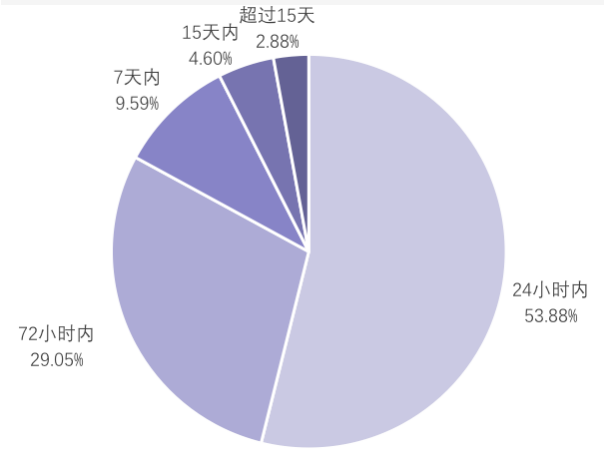
（三）保护期限最短 15 日，保护期为 6 个月最常见



（图 32：保护期限的分布情况）

在法院出具保护令的案件中，保护期限为 6 个月的案件占比 91.1%，保护期限为 3 个月的案件占比 6.3%，保护期限在 1 个月以内的案件占比 0.46%，保护期最短的为 15 天，仅 1 例。

（四）在法定期限内出具裁定的案件占大多数，“超期裁定”比例也不低



（图 33：出具裁定时间的情况）

在 82.93%的案件中，法院均在法定期限内出具裁定，但在 17.07%的案件仍存在超期出具裁定的情况。

第三部分 总结与思考

我国的《反家庭暴力法》出台，转眼已满四年。综合本次大数据报告的统计结果，明显呈现出以下特点：

- 家庭暴力最常发生在处于/曾经处于亲密关系的群体间
- 具有家暴史的施暴者日后继续施暴的可能性较高
- 家庭暴力的类型以肢体暴力为主
- 申请人向法院举证的比例不高，且种类单一
- 家暴受害者更倾向于向公安求助
- 法院出具人身安全保护裁定的周期基本在法定期限内
- 法院出具的保护令中保护措施较为单一，以禁止令为主
- 人身安全保护令的保护周期基本为 6 个月

除此之外，本次统计结果也引发了笔者对我国《反家庭暴力法》实施情况的更多思考，具体如下：

一、男性遭受家暴的情形客观存在，需

要社会更多关注

据全国妇联和国家统计局发布的数据显示，22.9%的女性和 19.9%的男性曾遭受家暴，这意味着在我国，每 5 个人中就有 1 人遭受过家暴。不仅如此，通过大数据可见，男性申请人身安全保护令的案件比例呈现上涨趋势。

二、亲密关系暴力需重视，前配偶、恋人分手后仍可能遭受暴力

据统计，家庭暴力在夫妻之间发生的比例最高，但在已经解除婚姻关系的前配偶、已经分手的恋人之间，仍有发生家庭暴力的较大可能。令笔者欣喜的是，在此次统计中发现，即使前配偶/分手恋人不存在共同居住的客观条件，部分法院依然会出具人身安全保护令。由此可见，司法实践对发生在此类亲密关系中的家庭暴力的关注度有所提升。

三、家暴阴影下，未成年人的权益亟需保护

在研读案例的过程中，大量案例中的家暴受害者均提及施暴者有直接殴打未成年人，或者是在未成年人在场的情况下施暴。但受限于目前人身安全保护令的保护对象，申请流程以及当事人惯性思维，笔者暂时无法明确地从数据中分离出未成年人权益受侵害的具体比例。但可以想象，这个数字，一定不会低。

在笔者看来，这个被现行制度和所谓家庭伦理惯性掩盖起来的真相，定然非常可怕。未成年人的权益，在家庭暴力的场域下，亟需被看见。

四、对家暴受害者的社会支持体系有待进一步加强

1. 代为申请制度较少得到运用。尽管我国《反家庭暴力法》第 23 条规定，当事人是无民事行为能力人、限制民事行为能力人，或者因受到强制、威吓等原因无法申请人身安全保护令的，其近亲属、公安机关、妇女联合会、居民委员会、村民委员会、救助管理机构可以代为申请。但从统计数据发现，绝大部分的家暴受害者仍是自我救助为主，只有极个别的案件是第三人代为申请。

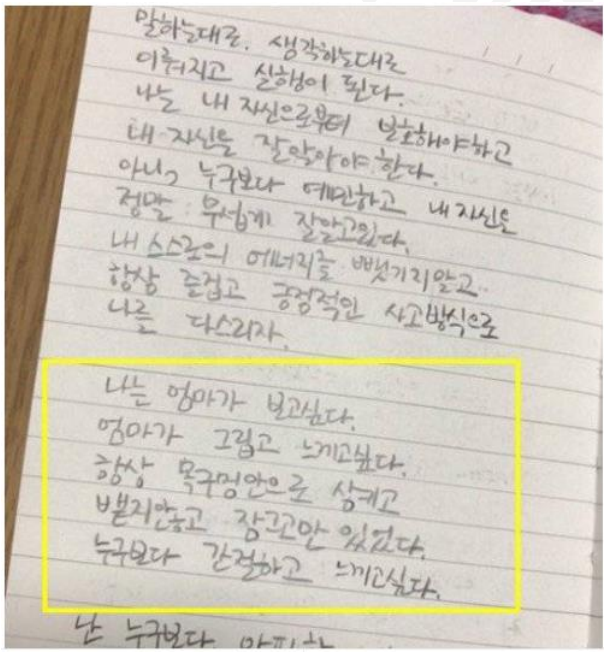
2. 协助执行制度效果不明显。我国《反家庭暴力法》第 32 条规定，人民法院作出人身安全保护令后，应当送达申请人、被申请人、公安机关以及居民委员会、村民委员会等有关组织。人身安全保护令由人民法院执行，公安机关以及居民委员会、村民委员会等应当协助执行。但在统计的过程中，除介入调解之外，鲜有案例提及协助执行机构、特别是村居委对人身安全保护令实施过程中的作用发挥。

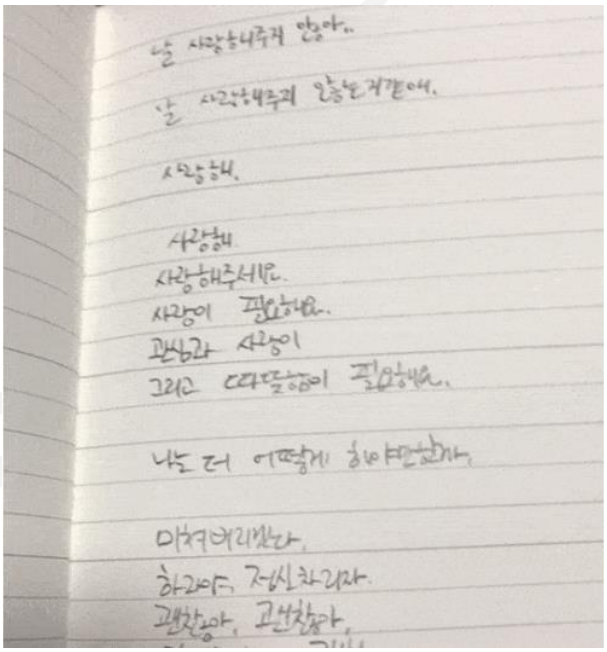
十、异域资讯

已故韩国女星具荷拉遗属产生法律纠纷 哥哥对母亲就继承财产进行起诉

2020-03-09 搜狐号 搜狐韩娱

https://m.sohu.com/a/378652708_128649/?pvid=000115_3w_a&spm=smpc.home.yule-news12.1.15837742782937tDkcft&_f=index_yulenews_0_6_0





搜狐韩娱讯 据韩国媒体 Dispatch 报道 已故韩国女星具荷拉的哥哥以亲生母亲为对象，提起了继承财产分割审判的诉讼。

起初，具荷拉的亲生母亲选任了法定代理人，主张根据继承顺序，直系亲属应该得到 50%。但是具荷拉的亲生父亲表示不能接受亲生母亲的要求，他已经把自己那 50%的份额转让给了具荷拉哥哥。具荷拉亲生父亲方面表示：“(亲生母亲)抛弃年幼的子女离开了家，有什么资格要具荷拉的财产?”

“父亲当初为了抚养费几乎走遍了全国，学生时代的两兄妹过着没有妈妈的日子，都是奶奶和哥哥在照顾荷拉。”因具荷拉父亲将继承权转让，财产将由母亲和哥哥平分，但是具荷拉哥哥对此提出了异议。具荷拉哥哥方面表示：“母亲离开家的时

候，荷拉只有 9 岁”，“她和被抛弃的精神创伤斗争了一生”。

具荷拉的哥哥以民法第 1008 条第 2(贡献度)作为依据提出“想要在共同继承人之间实现实质性公平”。

即，应对故人的存续直系中①对被继承人(具荷拉)进行特别抚养，②对维持和增加财产做出贡献的人进行权衡。

具荷拉哥哥方面表示：“父亲负担了具荷拉的抚养费和生活费，在出道之后，我曾作为监护人积极地帮助她。”

具荷拉哥哥于本月 3 日向光州家庭法院以亲生母亲为对象提起继承财产分割诉讼。

西班牙国王放弃继承父亲遗产

2020-03-17 来源：北京日报 版次：04

http://bjrb.bjd.com.cn/html/2020-03/17/content_12451700.htm0

西班牙王室 15 日宣布，国王费利佩六世放弃继承前国王胡安·卡洛斯一世的遗产。

费利佩除放弃继承遗产外，还宣布取消国家给予卡洛斯的年度补贴。2018 年，卡洛斯获得 19.4232 万欧元（约合 21.6 万美元）补贴。

根据王室声明，费利佩放弃任何来自可能为非法或有损王室声誉的资产、股票或投资。

美联社报道，这项决定的发布正值瑞士检方在调查一个涉嫌由卡洛斯运营的离岸账户。按瑞士《日内瓦论坛报》报道，这个账户 2008 年收取一笔 1 亿美元款项，检方认为这属于支付的回扣。

英国《每日电讯报》报道，卡洛斯在位时以一个巴拿马基金会名义开设了这个瑞士账户，费利佩也是这个基金会的受益人。费利佩表示，自己对这个基金完全不知情。

卡洛斯现年 82 岁，1975 年即位，于 2014 年 6 月退位。

庄北宁（新华社微特稿）

韩国 2019 年结婚率跌破 5‰ 创近 50 年新低

2020-03-19 中国法院网 | 来源：中国新闻网 | 作者：曾鼐

https://www.chinacourt.org/article/detail/2020/03/id/4857432.shtml?from=singlemessage

韩国统计厅 19 日发布报告称，2019 年韩国粗结婚率为 4.7‰，创下 1970 年有记录以来新低。

粗结婚率指一年中每 1000 人的婚姻申报数量。韩国结婚人数曾在 1996 年达到峰值 43.49 万对，此后 19 年中每年结婚人数超过 30 万对，但自 2016 年起，每年结婚数低于 30 万对。粗结婚率从 2012 年起持续下降，在 2015 年跌破 6‰，2018 年仅为 5.0‰。

2019 年，结婚人数和粗结婚率再创新低。统计厅报告显示，去年结婚登记数为 23.92 万对，同比减少 7.2%；粗结婚率为 4.7‰，创下 1970 年有记录以来最低值。1970 年韩国粗结婚率为 9.2‰。

报告还称，去年韩国初婚群体年龄中位数为 30.6 岁，比此前一年再推迟 0.2 岁。

根据统计厅2018年针对韩国13岁以上群体进行的调查，认为必须要结婚的人群占比仅为48.1%，超过一半的人称“不结婚也无所谓”。

统计厅分析，由于失业率上升、住房价格攀升等因素，导致适婚人群推迟结婚或选择不婚。

结婚数减少，但离婚者增多。数据显示，去年韩国约 11.8 万对夫妻选择离婚，同比上升近 2%。其中，34.7%的离婚者是结婚超过 20 年的夫妇，在离婚人群中占比最大。

美国人夫妻购买婚房现状调查

2020-03-26 美国驻华大使馆　雾谷飞鸿

https://mp.weixin.qq.com/s/sLDbJFtr4vw8a2HztTZn6w

犹他州一对新婚夫妇在新买的三居室房屋前兴奋地合影（照片：美联社）

“结婚时必须有房有车”被许多人奉为金科玉律。确实，婚前有充足的物质准备自然很好，但也非必须。对于美国人来说，有车不是问题，大部分人都有车，但有房就是大问题。据调查，结婚时购买婚房居住的夫妻只占总数的 17%，也就是说，5 对夫妻中只有不到 1 对结婚时住在产权属于自己的新居中。

全美房地产特许经营商考德威尔银行家（Coldwell Banker）曾做过一项名为“婚姻与购房研究”（Marriage and Homebuying Study）的调查，主要了解夫妻在婚姻的什么阶段买房。调查有几项主要结果：

1、结婚前就购买了婚房的夫妻从总体上看虽然只占 17%，但年轻人所占的比例大于中年及老年人。在千禧一代（18-34 岁）中，24%的夫妇在结婚前一起买了婚房，这个比例比 45 岁以上夫妻的 14%高出许多。

2、居住在东北（24%）及中西部地区（21%）的夫妻比居住在南部（11%）及西部地区（12%）的夫妻更愿意在婚前购买婚房，从比例上看，高出一倍多。

3、68%的已婚夫妻结婚后才购买了自己的房屋。在这些婚后购买房屋的夫妻中，年龄越大购房比例越高，其中，55 岁以上占 78%、35-54 岁的占 65%、18-34 岁的占 46%。

4、从整体上看，84%的夫妻购买了自己的房屋（包括婚前婚后），其中 55 岁以上的占 91%、35-44 岁的占 82%、18-34 岁的占 70%。

5、结婚两年内购买新房的夫妻占 35%（包括婚前购房）、结婚 2-4 年购买新房的夫妻占 20%、结婚 5-6 年购买新房的夫妻占 10%、结婚 7-8 年购买新房的夫妻占 5%、结婚 11-20 年购买新房的夫妻占 6%、结婚 20 年以上购买新房的夫妻占 5%。

6、八成结婚夫妻认为夫妻俩共同买房对于婚姻关系的促进比购买其它任何东西都强、九成夫妻认为共同购买自己的房子是婚姻中的里程碑，对婚姻关系的加强有积极作用。

一对夫妇在首都华盛顿市内樱花树下留影（照片：美联社）

千禧一代在结婚前比他们的上一辈有更强的意愿购买婚房，这个趋势引起社会学家及经济学家的关注，有许多文章讨论这一现象，虽然角度不同，但结论大致相同，即这一趋势对社会结构将产生重大影响。

十一、法律法规

外国人永久居留管理条例(征求意见稿)新条例旧办法对照

2020-03-03 中国宪治网 请收藏
https://mp.weixin.qq.com/s/zyXs9GkoaccB8NHo8P7gsA

《中华人民共和国出入境管理法》关于永久居留的规定：

第四十七条 对中国经济社会发展作出突出贡献或者符合其他在中国境内永久居留条件的外国人，经本人申请和公安部批准，取得永久居留资格。

外国人在中国境内永久居留的审批管理办法由公安部、外交部会同国务院有关部门规定。

第四十八条 取得永久居留资格的外国人，凭永久居留证件在中国境内居留和工作，凭本人的护照和永久居留证件出境入境。

第四十九条 外国人有下列情形之一的，由公安部决定取消其在中国境内永久居留资格：

（一）对中国国家安全和利益造成危害的；

（二）被处驱逐出境的；

（三）弄虚作假骗取在中国境内永久居留资格的；

（四）在中国境内居留未达到规定时限的；

（五）不适宜在中国境内永久居留的其他情形。

司法部关于《中华人民共和国外国人永久居留管理条例（征求意见稿）》公开征求意见的通知

为了增强立法的公开性和透明度，提高立法质量，现将《中华人民共和国外国人永久居留管理条例（征求意见稿）》全文公布，征求社会各界意见。公众可以登录中华人民共和国司法部 中国政府法制信息网或者中国法律服务网，关注司法部微信公众号查看征求意见稿。有关单位和各界人士可以在2020年3月27日前，通过以下三种方式提出意见：

一、登录中华人民共和国司法部 中国政府法制信息网（www.moj.gov.cn、www.chinalaw.gov.cn）或者中国法律服务网（www.12348.gov.cn），进入首页主菜单的“立法意见征集”栏目提出意见。

二、通过信函方式将意见寄至：北京市朝阳区朝阳门南大街 6 号司法部立法一局（邮政编码：100020），并请在信封上注明“外国人永久居留管理条例征求意见”字样。

三、通过电子邮件将意见发送至：YJJL2020@chinalaw.gov.cn。

司法部

2020 年 2 月 27 日

以下为由公安部、外交部于 2004 年发布的《外国人在中国永久居留审批管理办法》与司法部关于《中华人民共和国外国人永久居留管理条例（征求意见稿）》的条文对比：

《外国人在中国永久居留审批管理办法》（2004）	《中华人民共和国外国人永久居留管理条例（征求意见稿）》（2020）
第一条 为规范外国人在中国永久居留审批管理工作，根据《中华人民共和国外国人入境出境管理法》及其实施细则的有关规定，制定本办法。	**第一条** 为了进一步扩大对外开放，规范外国人在中国境内永久居留管理，保障取得永久居留资格外国人（以下称永久居留外国人）的合法权益，依据《中华人民共和国出境入境管理法》，制定本条例。
第二条 外国人在中国永久居留是指外国人在中国居留期限不受限制。	**第二条** 外国人永久居留资格的申请和审批，以及对永久居留外国人的服务和管理，适用本条例。
第三条 《外国人永久居留证》是获得在中国永久居留资格的外国人在中国境内居留的合法身份证件，可以单独使用。	**第三条** 外国人永久居留制度应当符合国家安全和利益需要，与国家经济社会发展水平相适应。
第四条 获得在中国永久居留资格的外国人，凭有效护照和《外国人永久居留证》出入中国国境。	**第四条** 永久居留外国人在中国境内的合法权益受法律保护，在中国境内居留的期限不受限制。 在中国境内的永久居留外国人应当遵守中国法律，不得危害中国国家安全、损害社会公共利益、破坏社会公共秩序。
第五条 受理外国人在中国永久居留申请的机关是设区的市级人民政府公安机关，直辖市公安分、县局；审核外国人在中国永久居留申请的机关是各省、自治区、直辖市公安厅、局；审批外国人在中国永久居留申请的机关是公安部。	**第五条** 国家移民管理部门负责外国人永久居留管理工作。国务院有关部门在各自职责范围内做好永久居留外国人有关的服务管理工作。 地方各级人民政府做好本行政区域内永久居留外国人的服务管理工作。
	第六条 国家移民管理部门会同国家有关主管部门建立外国人永久居留服务管理工作协调机制、信息共享机制。
	第七条 国家建立外国人永久居留政策定期评估调整机制。必要时，经国务院批准，对外国人永久居留资格实行定额审批制度。
	第八条 国家移民管理部门会同科技、人力资源社会保障部门适时制定积分评估制度。
	第九条 国家移民管理部门应当通过政府网站等公开方式，统一发布外国人永久居留资格申请所需材料、手续以及办理流程等审批政策信息。
第六条 申请在中国永久居留的外国人应当遵守中国法律，身体健康，无犯罪记录，并符合下列条件	**第十条** 外国人遵守中国法律，具备在中国生活的基本经济保障，并且符合本条例规定申请条件的，

之一：

（一）在中国直接投资、连续三年投资情况稳定且纳税记录良好的；

（二）在中国担任副总经理、副厂长等职务以上或者具有副教授、副研究员等副高级职称以上以及享受同等待遇，已连续任职满四年、四年内在中国居留累计不少于三年且纳税记录良好的；

（三）对中国有重大、突出贡献以及国家特别需要的；

（四）本款第一项、第二项、第三项所指人员的配偶及其未满 18 周岁的未婚子女；

（五）中国公民或者在中国获得永久居留资格的外国人的配偶，婚姻关系存续满五年、已在中国连续居留满五年、每年在中国居留不少于九个月且有稳定生活保障和住所的；

（六）未满 18 周岁未婚子女投靠父母的；

（七）在境外无直系亲属，投靠境内直系亲属，且年满 60 周岁、已在中国连续居留满五年、每年在中国居留不少于九个月并有稳定生活保障和住所的。

本条所指年限均指申请之日前连续的年限。

第七条 本办法第六条第一款第一项所指的外国人，其在中国投资实际缴付的注册资本金应当符合下列条件之一：

（一）在国家颁布的《外商投资产业指导目录》鼓励类产业投资合计 50 万美元以上；

（二）在中国西部地区和国家扶贫开发工作重点县投资合计 50 万美元以上；

（三）在中国中部地区投资合计 100 万美元以上；

（四）在中国投资合计 200 万美元以上。

第八条 本办法第六条第一款第二项所指的外国人，其任职单位应当符合下列条件之一：

可以申请永久居留资格。

外国人因外交、公务事由在中国境内停留居留期间，不得申请永久居留资格。

第十一条 外国人为中国经济社会发展作出突出贡献，属于下列情形之一的，经国家有关主管部门或者省、自治区、直辖市人民政府推荐，可以申请永久居留资格：

（一）为中国科技、教育、文化、卫生、体育等事业作出突出贡献；

（二）在中国境内从事公益活动，为中国公益事业发展作出突出贡献；

（三）为推进中外友好交流合作、维护世界和平、促进共同发展作出突出贡献；

（四）为中国经济社会发展作出突出贡献的其他情形。

第十二条 在经济、科技、教育、文化、卫生、体育等领域取得国际公认杰出成就的外国人，可以直接申请永久居留资格。

第十三条 因国家经济社会发展需要引进的外国人，属于下列情形之一的，可以申请永久居留资格：

（一）国家重点发展的行业、区域引进并经主管部门推荐的急需紧缺人才；

（二）国家重点建设的高等学校、科研机构引进并推荐的助理教授、助理研究员以上职称的学术科研人员，以及其他高等学校、科研机构引进并推荐的教授、研究员；

（三）高新技术企业、创新型企业以及国内知名企业引进并推荐的高级经营管理人员、高级专业技术人员。

（四）根据本条例第十二条规定取得永久居留资格的外国人推荐的专业人才。

前款所列推荐单位和个人应当出具真实、可靠的推荐函件，对引进事由及推荐对象相关资质的真实性负责。

（一）国务院各部门或者省级人民政府所属的机构； （二）重点高等学校； （三）执行国家重点工程项目或者重大科研项目的企业、事业单位； （四）高新技术企业、鼓励类外商投资企业、外商投资先进技术企业或者外商投资产品出口企业。	**第十四条** 国家移民管理部门应当与外交、发展改革、教育、科技、人力资源社会保障、商务、文化、卫生健康、体育等国务院有关部门建立会商机制，就本条例第十二条和第十三条规定的具体标准等进行会商。 **第十五条** 外国人依法在中国境内工作，属于下列情形之一，且纳税记录和信用记录良好的，可以申请永久居留资格： （一）具有博士研究生学历或者从国际知名高校毕业，在中国境内工作满三年，其间实际居留累计不少于一年； （二）在国家重点发展的行业、区域连续工作满三年，其间实际居留累计不少于一年，工资性年收入不低于上一年度所在地区城镇在岗职工平均工资的四倍； （三）在中国境内连续工作满四年，其间实际居留累计不少于二年，工资性年收入不低于上一年度所在地区城镇在岗职工平均工资的六倍； （四）在中国境内连续工作满八年，其间实际居留累计不少于四年，工资性年收入不低于上一年度所在地区城镇在岗职工平均工资的三倍。 前款第二项至第四项规定的工资性年收入为最低标准，具体标准由国家移民管理部门商省、自治区、直辖市人民政府确定。 **第十六条** 外国人按照外商投资法律的规定，以自然人身份或者作为控股股东的企业投资，属于下列情形之一，且连续三年投资情况稳定，纳税记录和信用记录良好的，可以申请永久居留资格： （一）在中国境内投资折合人民币一千万以上； （二）在国家实行外商投资鼓励措施的区域投资，投资数额、纳税金额和聘雇中国公民人数达到规定标准的； （三）在中国境内设立高新技术企业、创新型企业，效益显著并经省、自治区、直辖市人民政府主管部门推荐的。

	前款第二项规定的具体标准由国家移民管理部门商国务院有关部门确定。 **第十七条** 外国人有家庭团聚需要，属于下列情形之一的，可以申请永久居留资格： （一）配偶为居住在中国境内的中国公民或者永久居留外国人，婚后已在中国境内与配偶共同生活五年，且每年实际居留累计不少于九个月，有稳定生活保障和住所； （二）未满十八周岁的子女投靠居住在中国境内的中国籍父母或者在中国境内永久居留的外国籍父母； （三）年满六十周岁，在境外无直系亲属，投靠居住在中国境内的中国籍直系亲属或者在中国境内永久居留的外国籍直系亲属，已在中国境内连续居留五年，且每年实际居留累计不少于九个月，有稳定生活保障和住所。 **第十八条** 外国人符合本条例第十一条、第十二条、第十三条、第十五条、第十六条规定条件，申请永久居留资格的，其配偶和未满十八周岁的子女可以同时申请永久居留资格。 **第十九条** 外国人因其他正当理由需要在中国境内永久居留的，可以申请永久居留资格。
第九条 申请人申请时需如实填写《外国人在中国永久居留申请表》，并提交下列材料： （一）有效的外国护照或者能够代替护照的证件； （二）中国政府指定的卫生检疫部门出具的或者经中国驻外使、领馆认证的外国卫生医疗机构签发的健康证明书； （三）经中国驻外使、领馆认证的国外无犯罪记录证明； （四）四张二英寸近期正面免冠彩色照片； （五）本办法规定的其他有关材料。 **第十条** 本办法第六条第一款第一项所指人员申请时还需提交外商投资企业批准证书、登记证明以及	

联合年检证明、验资报告、个人完税证明。

鼓励类外商投资企业还应当提交国家鼓励发展的外商投资项目确认书。

第十一条 本办法第六条第一款第二项所指人员申请时还需提交下列材料：

（一）任职单位出具的本人职务或者职称证明；

（二）《外国专家证》或者《外国人就业证》；

（三）任职单位的登记证明以及年检证明、个人完税证明；任职单位是外商投资企业的，还需提交外商投资企业批准证书和联合年检证明；

（四）在执行国家重点工程项目或者重大科研项目的企业、事业单位中任职的人员需提交省、部级政府主管部门出具的项目证明文件；在高新技术企业中任职的人员需提交高新技术企业证书；在鼓励类外商投资企业、外商投资先进技术企业或者外商投资产品出口企业中任职的人员需提交国家鼓励发展的外商投资项目确认书或者外商投资先进技术企业确认书或者外商投资产品出口企业确认书。

第十二条 本办法第六条第一款第三项所指人员申请时还需提交中国政府主管部门出具的推荐函及有关证明。

第十三条 本办法第六条第一款第四项所指人员申请时，属于配偶的，还需提交婚姻证明；属于未满 18 周岁未婚子女的，还需提交本人出生证明或者亲子关系证明；属收养关系的，还需提交收养证明。外国有关机构出具的上述证明需经中国驻该国使、领馆认证。

第十四条 本办法第六条第一款第五项所指人员申请时还需提交其中国籍配偶的常住户籍证明或者其外国籍配偶的《外国人永久居留证》、婚姻证明、经公证的生活保障证明及房屋租赁或者产权证明。外国有关机构出具的上述证明需经中国驻该国使、领馆认证。

第十五条 本办法第六条第一款第六项所指人员申

请时还需提交其中国籍父母的常住户籍证明或者外国籍父母的《外国人永久居留证》、本人出生证明或者亲子关系证明；属收养关系的，还需提交收养证明。外国有关机构出具的上述证明需经中国驻该国使、领馆认证。 **第十六条** 本办法第六条第一款第七项所指人员申请时还需提交被投靠的中国公民常住户籍证明或者外国人的《外国人永久居留证》、经公证的亲属关系证明以及投靠人国外无直系亲属关系证明、经公证的投靠人经济来源证明或者被投靠人经济担保证明、经公证的投靠人或者被投靠人的房屋租赁或者产权证明。外国有关机构出具的上述证明需经中国驻该国使、领馆认证。	
第十七条 外国人申请在中国永久居留，由本人或者未满 18 周岁未婚子女的父母或者被委托人向主要投资地或者长期居留地的设区的市级人民政府公安机关或者直辖市公安分、县局提出申请。 由被委托人代为申请的，需提交申请人出具的委托书。申请 人在国外出具的委托书，需经中国驻该国使、领馆认证。 **第十八条** 公安机关自受理外国人在中国永久居留的申请之日起六个月以内做出批准或者不批准的决定。	**第二十条** 外国人申请永久居留资格，应当向居留地公安机关出入境管理机构提出申请，如实填报申请信息，提交本人护照或者其他国际旅行证件、符合规定的照片和申请材料，按规定接受面谈，并留存指纹等人体识别信息。 依据本条例第十二条和第十三条规定申请永久居留资格的，不受居留地限制，并可以直接向国家移民管理部门提出申请。 **第二十一条** 县级以上地方人民政府公安机关出入境管理机构按照国家移民管理部门的委托，受理外国人永久居留资格的申请。 外国人申请永久居留资格的手续和材料符合规定的，公安机关出入境管理机构应当受理并出具受理回执。申请材料不齐全或者不符合规定形式的，公安机关出入境管理机构应当当场或者在五日内一次性告知申请人需要履行手续和补正材料的全部内容，并进行登记。 对依据本条例第十二条、第十三条规定申请永久居留资格的，优先受理。 **第二十二条** 公安机关出入境管理机构应当认真核查申请事由的真实性以及申请人的国籍、信用记录和在中国境内工作、生活等情况。有关单位和个人

	应当予以协助配合。 **第二十三条** 外国人永久居留资格的审批期限最长为一百二十日，自公安机关出入境管理机构受理之日起计算。 等待配额的时间不计入审批期限。
第十九条 被批准在中国永久居留的外国人，由公安部签发《外国人永久居留证》；申请人在境外的，由公安部发给《外国人永久居留身份确认表》，申请人持《外国人永久居留身份确认表》到中国驻外使、领馆办理“D”字签证，入境后 30 日以内向受理其申请的公安机关领取《外国人永久居留证》。	**第二十四条** 对符合条件的外国人，由国家移民管理部门批准永久居留资格，并签发外国人永久居留身份证。 外国人永久居留身份证是永久居留外国人在中国境内的身份证明。永久居留外国人可以凭该证证明身份从事相关活动，有关单位及其工作人员不得拒绝。
第二十条 被批准在中国永久居留的外国人，每年在中国累计居留不得少于三个月。确因实际需要每年不能在中国累计居留满三个月的，需经长期居留地省、自治区、直辖市公安厅、局批准，但五年内在中国累计居留不得少于一年。 **第二十一条** 《外国人永久居留证》的有效期为五年或者十年。 被批准在中国永久居留的未满十八周岁的外国人，发给有效期为五年的《外国人永久居留证》；被批准在中国永久居留的十八周岁以上的外国人，发给有效期为十年的《外国人永久居留证》。 **第二十二条** 《外国人永久居留证》有效期满、内容变更、损坏或者遗失的，持证人应当向其长期居留地的设区的市级人民政府公安机关或者直辖市公安分、县局申请换发或者补发。公安机关经审核对没有丧失在中国永久居留资格规定情形的，一个月以内换发或者补发证件。 **第二十三条** 持有《外国人永久居留证》的外国人应当在证件有效期满前一个月以内申请换发；证件内容变更的，应当在情况变更后一个月以内申请换发；证件损坏或者遗失的，应当及时申请换发或者	**第二十五条** 外国人永久居留身份证登记的项目包括：姓名、性别、出生日期、国籍、本人照片、永久居留身份号码、发证机关、证件有效期等。 外国人永久居留身份证的式样，由国家移民管理部门规定。

补发。 **第二十四条** 具有在中国永久居留资格的外国人有下列情形之一的，公安部可以取消其在中国永久居留资格，同时收缴其所持《外国人永久居留证》或者宣布作废： （一）可能对国家安全和利益造成危害的； （二）被人民法院判处驱逐出境的； （三）通过提供虚假材料等非法手段骗取在中国永久居留资格的； （四）未经批准每年在中国累计居留不满三个月或者五年内在中国累计居留不满一年的。	**第二十六条** 外国人有下列情形之一的，国家移民管理部门应当作出不予批准永久居留的决定： （一）不符合申请条件或者未按照规定提供申请材料； （二）患有严重精神障碍、传染性肺结核病或者可能对公共卫生造成重大危害的其他传染病； （三）可能危害中国国家安全和利益、破坏社会公共秩序； （四）在申请过程中弄虚作假； （五）不能保障在中国境内生活所需费用； （六）不适宜在中国境内永久居留的其他情形。 **第二十七条** 永久居留外国人每年在中国境内实际居留时间不得少于三个月。 确有正当理由不能满足前款居留时限要求的永久居留外国人，经省级人民政府公安机关出入境管理机构批准，并报国家移民管理部门备案后，可以适当降低居留时限要求。 **第二十八条** 外国人永久居留身份证有效期满或者登记事项有变更的，持证件人应当在证件有效期届满前三十日内或者自登记事项发生变更之日起三十日内向居留地公安机关出入境管理机构申请换发。 外国人永久居留身份证损毁、遗失、被盗抢的，应当及时向居留地公安机关出入境管理机构申请补发。 **第二十九条** 外国人永久居留身份证换发、补发申请符合受理规定的，公安机关出入境管理机构应当受理并出具有效期不超过三十日的受理回执，在受理回执有效期内作出是否批准换发、补发的决定。 在外国人永久居留身份证换发、补发期间，永久居留外国人凭受理回执在中国境内合法居留。 **第三十条** 公安机关出入境管理机构根据工作需要核查永久居留外国人在中国的实际居留时间、居留地、国籍变更以及在中国工作、生活等信息的，有

	关单位和个人应当予以协助配合。 **第三十一条** 永久居留外国人具有下列情形之一的，国家移民管理部门应当取消其永久居留资格，宣布其持有的永久居留身份证作废： （一）对中国国家安全和利益造成危害的； （二）被处驱逐出境的； （三）弄虚作假骗取在中国境内永久居留资格的； （四）在中国境内居留未达到规定时限的； （五）不适宜在中国境内永久居留的其他情形。 **第三十二条** 有下列情形之一的，由公安机关出入境管理机构收缴外国人永久居留身份证： （一）被批准加入或恢复中国国籍的； （二）永久居留资格外国人死亡的； （三）外国人永久居留证被宣布作废的。 **第三十三条** 外国人被取消永久居留资格的，五年内不得再次提出申请。 **第三十四条** 国家工作人员对于履行职责过程中知悉的永久居留外国人的个人信息，应当依法予以保密。 **第三十五条** 地方各级人民政府应当将永久居留外国人纳入常住人口服务管理体系，根据本地区经济社会发展水平和实际需要，为永久居留外国人提供通用语言文字培训、国情常识、法律政策咨询等社会融入服务。 地方各级人民政府应当积极引导和规范永久居留外国人所在单位、社区和相关中介机构、法律服务机构等社会力量参与为永久居留外国人提供社会融入服务。 **第三十六条** 国务院有关部门和地方各级人民政府应当根据本部门、本地区实际情况，逐步推进永久居留身份证社会化应用，为永久居留外国人凭外国人永久居留身份证在中国境内办理金融、外汇、教育、医疗、交通、电信、社会保险、住宿登记、财

	产登记、机动车驾驶证申领等事务提供便利。 **第三十七条** 永久居留外国人的入境安家物品按照海关对定居旅客有关规定办理。永居外国人自入境之日起，居留时间不满两年，又出境定居的，其免税携运入境的安家物品应复运出境或者向海关补税。永久居留外国人的其他入出境货物、物品通关事宜，参照居民旅客规定办理。 永久居留外国人出入境时，可以从中国公民专用通道通行。 **第三十八条** 永久居留外国人在中国境内工作免办外国人工作许可，并可按照有关规定参加职称评审、职业资格考试和政府设立的自然科学、技术创新类奖励的评选。 **第三十九条** 永久居留外国人按照中国税收法律法规以及中国对外缔结的有关税收的国际条约、协定的有关规定，履行相应的纳税义务。 永久居留外国人对在中国境内取得的收入，依法纳税并按照规定在税务部门开具税收证明或完税凭证，或者办理对外支付税务备案后，可以按照规定兑换外汇汇往境外。 **第四十条** 永久居留外国人可以按照有关规定在中国境内购买自用、自住商品住房。 永久居留外国人可以按照住房公积金管理有关规定缴存和使用住房公积金，离开缴存地时，可以按照规定办理住房公积金的提取或转移手续。 **第四十一条** 永久居留外国人在中国境内工作的，按照社会保险法律法规的规定参加各项社会保险。在中国境内居留但未工作的，可以按照居留地相关规定参加城乡居民基本医疗保险和城乡居民基本养老保险，享受社会保险待遇。 **第四十二条** 适龄永久居留外国人或随迁的未成年子女可以在中国接受义务教育，不收取国家规定以外的费用。

	第四十三条 省、自治区、直辖市人民政府应当根据本地区实际情况，制定完善配套措施，保障本地区内永久居留外国人在参加社会保险、购买自住自用房以及本人或随迁的未成年子女接受义务教育等方面的合法权益。 **第四十四条** 永久居留外国人的其他待遇事项本条例未规定，法律法规和国务院有关部门有规定的，从其规定。 **第四十五条** 本章规定的行政处罚，除本章另有规定外，由县级以上地方人民政府公安机关决定；其中警告或者五千元以下罚款，可以由县级以上地方人民政府公安机关出入境管理机构决定。 **第四十六条** 履行外国人永久居留管理职责的工作人员，有下列情形之一的，依法给予处分： （一）违反法律、行政法规，对应当受理的永久居留资格申请未予受理的； （二）违反法律、行政法规，为不符合规定条件的外国人签发外国人永久居留身份证件的； （三）泄露在履行职责过程中知悉的永久居留外国人个人信息，侵害当事人合法权益的； （四）滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊，不依法履行法定职责的其他行为。 **第四十七条** 有关单位和个人有下列情形之一的，给予警告，责令改正；拒不改正或情节严重的，处一千元以上五千元以下罚款： （一）拒不配合信息核查工作或提供虚假信息的； （二）无正当理由拒绝承认永久居留外国身份证件效力的。 **第四十八条** 有关单位和个人有下列情形之一的，依据《中华人民共和国出境入境管理法》有关规定予以处罚： （一）违反规定为外国人出具推荐函件或其他申请材料的；

	（二）弄虚作假骗取永久居留身份证件的； （三）永久居留外国人居留地发生变更未依法办理登记的； （四）有其他违反出境入境法律规定情形的。 违反规定为外国人出具推荐函件的，同时取消推荐资格。 **第四十九条** 违反本条例规定，构成犯罪的，依法追究刑事责任。
第二十五条 本办法实施前被批准在中国永久居留的外国人，应当在本办法实施之日起六个月以内到原居留证件签发地或者长期居留地的设区的市级人民政府公安机关或者直辖市公安分、县局换领《外国人永久居留证》。	**第五十条** 本条例所称居留地是指与外国人申请永久居留事由直接相关的，申请人的引进单位或工作单位所在地、投资地，以及本人或其配偶、投靠人或赡养人的经常居住地等。 **第五十一条** 本条例规定的审批期限以工作日计算，不含法定节假日。
第二十六条 申请在中国永久居留以及签发、换发、补发《外国人永久居留证》，有关收费项目和标准按照国务院价格和财政主管部门的规定执行。	**第五十二条** 申请在中国永久居留以及签发、换发、补发外国人永久居留身份证，有关收费项目和标准按照国务院财政和价格主管部门的规定执行。 **第五十三条** 本条例自 年 月 日起施行。
第二十七条 本办法中下列用语的含义： （一）“直系亲属”指父母（配偶的父母）、祖父母（外祖父母）、已满 18 周岁的成年子女及其配偶、已满 18 周岁的成年孙子女（外孙子女）及其配偶； （二）“以上”、“以内”皆包括本数。 **第二十八条** 本办法由公安部、外交部负责解释。 **第二十九条** 本办法自发布之日起施行。	

国务院联防联控机制印发《因新冠肺炎疫情影响造成监护缺失儿童救助保护工作方案》

2020-03-15 中国政府网
https://mp.weixin.qq.com/s/fvd970Grvah5xk8BifW5Og

3 月 14 日，国务院联防联控机制印发《因新冠肺炎疫情影响造成监护缺失儿童救助保护工作方案》（以下简称《方案》），对进一步做好因新冠肺炎疫情影响造成监护缺失儿童（以下简称监护缺失儿童）救助保护工作作出部署安排。

《方案》明确，监护缺失儿童包括父母或其他监护人确认感染、疑似感染或需隔离观察，父母或其他监护人因防疫抗疫工作需要以及其他因疫情影响不能完全履行抚养义务和监护职责的儿童。

《方案》要求，各地发现儿童监护缺失的，要及时报告。乡镇人民政府（街道办事处）要统筹儿童督导员、儿童主任、基层妇联执委、社区工作者、社会工作者等力量，结合疫情防控排查，对各村（社区）儿童监护情况进行全面摸底。卫生健康部门、医疗机构对确诊收治或需集中隔离医学观察的对象，首先询问其监护对象情况，存在儿童监护缺失情形的要及时向其所在村（居）民委员会、工作单位或同级民政部门通报。父母或其他监护人因疫情影响暂时不能履行监护职责的，要第一时间主动报告。各地要开通儿童救助保护热线、发挥“12338”妇女维权热线作用。其他个人或组织发现儿童监护缺失的，要及时向儿童实际居住地村（居）民委员会、乡镇人民政府（街道办事处）报告。

《方案》要求，各地要分类施策，落实监护照料措施。对没有监护人的儿童，由村（居）民委员会临时照料，确有困难的，由县级民政部门承担临时监护责任。监护缺失儿童有疫情接触史的，要安置到当地定点医疗机构检测，对确诊或疑似病例，要优先安置到定点医疗机构就诊救治。对委托监护、指定由专人照料的儿童，要实行包干到人，对儿童照料情况进行家访或电话跟踪。父母或其他监护人治愈出院或结束隔离后，要在提供当地医疗卫生机构出具的出院证明或相关健康医学证明的前提下，及时将儿童接回照料。

《方案》要求，各地要加强对困难儿童及家庭救助帮扶。在疫情防控期间，凡是符合孤儿或事实无人抚养儿童认定条件的监护缺失儿童，要及时将其纳入相应保障范围。对因疫情影响导致生活陷入困难的儿童及家庭，要按照规定及时给予临时救助或落实低保等社会救助政策。卫生健康部门要指导医疗机构开通儿童医疗救治绿色通道，确保确诊或疑似感染儿童第一时间送定点医疗机构接受治疗。教育部门和学校要加强监护缺失适龄儿童居家学习指导与服务，确保“停课不停学”。未成年人救助保护机构要积极主动参与监护缺失儿童的线索响应、临时照料、服务转介、个案跟踪、资源链接等服务。

《方案》强调，各地要把监护缺失儿童救助保护工作纳入重要工作内容，完善工作方案，细化制度措施，加强组织保障，强化资金保障，加大政府购买服务力度，切实加强监护缺失儿童救助保护工作，确保不发生冲击社会道德底线的事件。

文件原文

国务院应对新型冠状病毒感染肺炎疫情联防联控机制关于印发《因新冠肺炎疫情影响造成监护缺失儿童救助保护工作方案》的通知

国发明电〔2020〕11 号

各省、自治区、直辖市人民政府，国务院各部委、各直属机构：

《因新冠肺炎疫情影响造成监护缺失儿童救

助保护工作方案》已经中央应对新型冠状病毒感染肺炎疫情工作领导小组同意，现予印发，请各地各有关部门结合实际，采取有效措施，切实解决有关问题，兜住安全底线。

国务院应对新型冠状病毒感染肺炎疫情联防联控机制
2020 年 3 月 14 日

因新冠肺炎疫情影响造成监护缺失儿童救助保护工作方案

儿童是祖国的未来、民族的希望。为深入贯彻落实中央应对新冠肺炎疫情工作领导小组《关于进一步做好疫情防控期间困难群众兜底保障工作的通知》（国发明电〔2020〕9 号）和国务院联防联控机制《关于进一步做好民政服务机构疫情防控工作的通知》（国发明电〔2020〕6 号）要求，进一步做好因新冠肺炎疫情影响造成监护缺失儿童（以下简称监护缺失儿童）救助保护工作，制定本方案。

本方案所称监护缺失儿童，按照《民政部办公厅关于做好因新冠肺炎疫情影响造成监护缺失的儿童救助保护工作的通知》（民电〔2020〕19 号）界定，包括其父母或其他监护人确认感染、疑似感染或需隔离观察，其父母或其他监护人因防疫抗疫工作需要以及其他因疫情影响不能完全履行抚养义务和监护职责的儿童。

一、及时发现报告

1. 各地要指导乡镇人民政府（街道办事处）统筹儿童督导员、儿童主任、基层妇联执委、社区工作者、社会工作者等工作力量，结合疫情防控排查，对各村（社区）儿童监护情况进行全面摸底；相关人员发现儿童监护缺失的，要及时向村（居）民委员会、乡镇人民政府（街道办事处）报告。

2. 卫生健康部门、医疗卫生机构对确诊收治或需集中隔离医学观察的对象，首先询问其监护对象情况，对存在儿童监护缺失情形的，要及时向其所在村（居）民委员会、工作单位或同级民政部门通报。村（居）民委员会要主动了解本辖区确诊收治或需集中隔离医学观察对象家庭的儿童监护情况。

3. 父母或其他监护人因疫情影响暂时不能履行抚养义务和监护职责的，要第一时间主动向所在村（居）民委员会或者本人工作单位报告家中儿童监护状况及联系方式。

4. 各地要开通儿童救助保护热线，通过手机短信、手机客户端、广播电视等形式加大宣传力度，在车站码头、村（社区）主干道、小区门口等醒目位置公布号码，结合疫情宣传、走访排查等告知儿童家庭，扩大社会知晓度。发挥“12338”妇女维权服务热线的发现、报告和转介作用。鼓励居民发现儿童脱离监护的情况并及时拨打热线进行报告。

5. 提供上门服务的医务工作者、学校教师、儿童主任、社区工作者、社会工作者、志愿者和相关公益慈善组织，发现儿童监护缺失的，要及时向儿童实际居住地村（居）民委员会、乡镇人民政府（街道办事处）报告情况。

二、落实监护照料

6. 儿童的父母或其他监护人对因疫情影响不能完全履行抚养义务和监护职责的，村（居）民委员会要督促其委托其他具有监护能力的人代为照料。对没有依法具有监护资格的人的，由村（居）民委员会临时照料；对确有困难的，由县级民政部门承担临时监护责任。

7. 监护缺失儿童有重点疫区接触史、重点疫区人员接触史、新冠肺炎确诊病例或疑似病例接触史或者身体状况不明的，民政部门、乡镇人民政府（街道办事处）、村（居）民委员会要协调卫生健康部门将儿童安置到当地定点医疗卫生机构检测。对经检测未感染的儿童，乡镇人民政府（街道办事处）、村（居）民委员会要确认其监护责任的落实情况；对定性为确诊病例或疑似病例的，要优先安置到定点医疗卫生机构就诊救治。

8. 各地要加强跟进指导，对委托监护、指定由专人照料的儿童，要指定儿童督导员、儿童主任、基层妇联执委、社区工作者、社会工作者等实行包干到人，对儿童照料情况进行家访或电话跟踪，每周不少于两次。

9. 父母或其他监护人治愈出院或结束隔离后，要在提供当地医疗卫生机构出具的出院证明或相关健康医学证明的前提下，及时将儿童接回照料。

三、加强救助帮扶

10. 在疫情防控期间，对父母因疫情影响不能完全履行抚养和监护责任的儿童，符合事实无人抚养儿童认定情形的，要及时将其纳入事实无人抚养儿童保障范围；符合孤儿认定情形的，要及时纳入孤儿保障范围；对民政部门负责临时监护的，由未成年人救助保护机构等妥善安置照料。

11. 对因疫情影响导致生活陷入困难的儿童及家庭，要及时按规定给予临时救助。符合条件的，要及时落实低保等社会救助政策，确保基本生活得到有效保障。

12. 卫生健康部门要指导医疗卫生机构开通儿童医疗救治绿色通道，确保确诊或疑似感染儿童第一时间送定点医疗卫生机构接受治疗。对疫情期间有其他疾病的监护缺失儿童，村（居）民委员会、受委托监护人要密切关注其身体状况，协助做好就医就诊。

13. 各地要对有需求的儿童提供生活照料，对监护缺失儿童给予重点关怀，支持社会工作者、法律工作者等专业人员针对不同年龄段的儿童提供心理疏导、精神关爱、亲情陪伴等服务。教育部门和学校要加强对监护缺失适龄儿童居家学习的指导与服务，确保“停课不停学”。

14. 未成年人救助保护机构要积极主动参与监护缺失儿童的线索响应、临时照料、服务转介、个案跟踪、资源链接等服务。

四、强化工作保障

15. 各地要把监护缺失儿童救助保护工作纳入重要工作内容，完善工作方案，细化制度措施，加强组织保障，扎实做好各项工作，确保不发生冲击社会道德底线的事件。各级民政部门、妇联组织、妇儿工委办公室要发挥牵头作用。

16. 各地要强化资金保障，各级民政部门要统筹使用困难群众救助资金、用于社会福利事业的彩票公益金等各类资金，多方筹措其他社会资金，切实加强监护缺失儿童救助保护工作。

17. 加大政府购买服务力度，引进社会工作、心理咨询服务等机构，为监护缺失儿童提供各类专业服务，提高精准关爱水平。

18. 加强监督指导，各地要加大跟踪检查力度，对因工作不到位发生极端问题的，要依法依规严肃追究相关责任。

【独家】未成年人保护法修订：强化国家监护 撑起法治蓝天

2020-03-16 全国人大

https://mp.weixin.qq.com/s/se86uKfqRFcGQUYpiixBqA

少年儿童是祖国的未来，是中华民族的希望。未成年人保护法是我国第一部专门保护未成年人的法律，被誉为未成年人法律体系中的“小宪法”。该法于1991年制定，其后分别于2006年进行修订、2012年进行修正。未成年人保护法实施20多年来，为保护未成年人提供了坚实的法律支撑。中国司法大数据研究院数据表明，2009年至2017年，全国未成年人犯罪连续9年持续下降。我国已成为世界上未成年人犯罪率最低的国家之一。

近年来，随着经济社会的快速发展，监护人监

护不力、未成年人沉迷网络游戏等问题日益凸显，部分法律条款已不适应未成年人保护工作的现状。目前急需从根源上减少侵害未成年人合法权益事件的发生，为未成年人撑起一片法治蓝天。2018 年以来，全国人大代表提出修改完善未成年人保护相关法律的议案 16 件、建议 11 件。相关部门及社会各界人士也强烈呼吁修改未成年人保护法，以更好地适应未成年人保护工作的需要。

2019 年 10 月，未成年人保护法修订草案提请十三届全国人大常委会第十四次会议审议。与现行未成年人保护法相比，修订草案条文“扩容”近一倍。针对现实存在的突出问题，修订草案及时把成熟的实践做法上升为法律，着力修改完善家庭、学校、社会和司法等相关保护规定，并新增“网络保护”和“政府保护”专章，为维护未成年人合法权益、保障未成年人健康成长构筑起一道更为安全的“防火墙”。

值得关注的是，修订草案明确各级政府应当建立未成年人保护工作协调机制，细化政府及其有关部门的职责，并对国家监护制度作出详细规定。“由于监护缺失、监护不力、监护不当，未成年人不仅容易受外界不良环境影响走上违法犯罪的道路，而且也容易受到侵害。可见，做好监护是未成年人保护中的基础性工作，也是解决相关社会问题的根本之策。”中国政法大学副教授苑宁宁认为，国家对未成年人身心健康和全面发展负有最终责任，当未成年人存在问题时应当采取最有利于未成年人的措施。宪法相关条文为法律调整未成年人、家庭、国家三者之间的关系提供了根本依据。修订草案将宪法相关规定的内在精神予以明确，父母或者其他监护人是监护的第一责任人，当其无法或者不能履行监护职责时，由国家介入和补位。

保障未成年人健康成长，国家监护是除家庭之外的重要一环。例如，修订草案第 85 条规定，对于符合法定情形的未成年人，由县级以上人民政府代表国家进行监护。同时还规定，县级以上人民政府及其民政部门应当根据需要设立未成年人救助保护机构、儿童福利机构，负责收留、抚养需要国家监护的未成年人。第 86、87 条则分别明确了应当由国家进行临时监护和长期监护的具体情形。

据了解，这是我国法律条文中首次出现“国家监护”的概念。修订草案在政府保护、司法保护、法律责任 3 章中对此作出了一系列递进性措施安排，形成了中国特色的国家监护制度，完善了未成年人监护制度基本框架，有利于进一步为未成年人健康成长保驾护航。

此外，增设“网络保护”专章也是修订草案的一大亮点。全国人大社会建设委员会主任委员何毅亭作关于未成年人保护法修订草案的说明时指出，网络空间作为家庭、学校、社会等现实世界的延伸，已经成为未成年人成长的新环境。修订草案对网络保护的理念、网络环境管理、相关企业责任、网络信息管理、个人网络信息保护、网络沉迷防治等作出全面规范，力图实现对未成年人的线上线下保护。

全国人大社会建设委员会副主任委员任贤良表示，修订草案对国家监护制度作出详细规定，确立国家亲权责任，解决了以往各地在未成年人保护上“政出多门”、难以落实的难题。而对网络游戏进行分类、对未成年人使用网络游戏实行时间管理等条款，积极回应社会关切，有效提高了法律的可执行性和可操作性。可以说，未成年人保护法的修订真正做到了“民有所呼，法有所应”。

“少年强则国强”，毫无疑问，未成年人保护法的修订，将为保障未成年人的各项合法权利提供完善、科学的法律依据，有利于营造未成年人健康成长的良好环境，对于构建社会主义和谐社会、实现中华民族伟大复兴具有重要意义。

来源：《中国人大》杂志|作者：徐航
编校：侯朝宣、王岭、杨菲菲
责编：舒颖

《陕西省实施〈中华人民共和国反家庭暴力法〉办法（草案）》首次提请省人大常委会审议

2020-03-27 陕西学习平台

https://article.xuexi.cn/articles/index.html?source=share&art_id=8746520596376497634&showmenu=false&study_style_id=feeds_default&t=1585279596504&share_to=wx_single&from=timeline&isappinstalled=0

3 月 25 日，《陕西省实施〈中华人民共和国反家庭暴力法〉办法（草案）》（以下简称《办法（草案）》）提交省十三届人大常委会第 16 次会议审议。分组审议会议对该办法（草案）的必要性给予充分肯定，同时对草案相关问题提出了意见和建议。《办法（草案）》在总结陕西省反家暴工作经验的基础上，对家庭暴力预防、接警处置、人身安全保护令及其相关工作进行了全面规范，具有较强的针对性和可操作性。

家庭暴力严重侵害家庭成员的合法权益，严重影响家庭和谐和社会稳定，而妇女儿童作为弱势群体成为家庭暴力的主要受害对象。草案规定，家庭暴力不以是否造成实际损害结果为前提，以期更为全面和精准地规制家庭暴力，这是陕西省立法中的亮点。该草案提出，全社会都应当重视家庭建设，注重家庭、家教、家风，弘扬互相帮助、互相关爱、和睦相处的家庭美德。

该草案明确，反家庭暴力是全社会的共同责任，禁止任何形式的家庭暴力。任何单位和个人有权对正在发生的家庭暴力予以劝阻、制止、举报。

该草案规定了接警处置措施，法律援助机构、人民法院、司法鉴定机构的援助义务，还对公安机关出具家庭暴力告诫书的实施和监督进行了细化，对人民法院裁定形式作出的人身安全保护令的管辖、申请和裁定事件、保护措施及执行、复议救济等作出了具体规定。

一直以来，妇联组织在源头参与、多部门合作、宣传教育、法律援助等方面积极开展反家暴工作，取得了一定成效，通过对反家暴工作十多年的实践总结和反复调研论证，组建西北政法大学专家组进行深入的立法调研并起草了草案初稿。自 2016 年 3 月 1 日，我国首部《反家庭暴力法》正式实施后，为在陕西省更好地落实上位法，解决实际操作中的难点问题，在省委、省人大、省政府的高度重视和指导下，在省司法厅等各职能部门的合作和协助下，草案进一步完善，于 2019 年 2 月 19 日《陕西省实施〈反家庭暴力法〉办法（草案）》通过陕西省人民政府第 3 次常务会议，列入《陕西省人民政府 2019 年度立法计划》和省人大常委会预备审议项目。之后，省人大、省司法厅、省妇联先后赴湖北、湖南等地开展立法调研；召开政府相关职能部门、高校、律师事务所、基层社区的代表和家庭暴力受害人代表等参加的立法听证会；组织省内法学专家对（草案）开展两次集中研讨修改会；经两次公开征求社会意见，最终形成了共六章四十六条的《办法（草案）》。2019 年 12 月陕西省人民政府第 26 次常务会议原则通过《办法（草案）》，并提请省人大常委会审议。

作者单位：陕西省妇联
责任编辑：安婧 肖昌希 谢卓

西安市自然资源和规划局关于优化不动产登记婚姻关系审查的公告

2020-03-26 西安资源规划

https://mp.weixin.qq.com/s/3ABjjcl5Dl71iM7SVMyBWw w

政策解读

实施背景

为切实推动“放管服”改革，进一步提高不动产登记效率，切实尊重申请人的意愿，依据《中华人民共和国物权法》《不动产登记暂行条例》《不动产登记暂行条例实施细则》及《不动产登记操作规范（试行）》等相关法律法规，经认真研究并报市委市政府同意，确定《关于优化不动产登记婚姻关系审查的公告》自 2020 年 5 月 1 日起实施。

实施意义

（1）切实履行不动产登记法定职责

按照《中华人民共和国物权法》《不动产登记暂行条例》《不动产登记暂行条例实施细则》及《不动产登记操作规范（试行）》的规定，《公告》实施后申请不动产登记业务时，除《公告》中必须提供婚姻关系证明的情形外，不动产登记机构不再审查婚姻关系。

（2）精简登记申请材料，提升登记工作效率

《公告》实施前，不动产登记机构要求申请人提供婚史证明或未婚证明等材料，有的申请人认为自己婚否与不动产权属登记并无关联，故不愿配合；有的因离婚多年，原配偶无法到场；有的因其他各种原因无法提供婚姻情况证明。2015 年，民政部下发了《关于进一步规范（无）婚姻登记记录证明相关工作的通知》，申请人更加无法提供婚姻状况证明材料。《公告》实施后，除个别情形外，提交婚姻证明材料均须取消，申请材料精简、审核更加规范，必将进一步提升不动产登记效率，群众办理不动产登记更加便捷。

解 读

①

自然人购买房屋的，不动产登记机构按照购房合同上载明的购买人办理不动产权证书。《公告》实施后，夫妻双方共同购买房屋的，应当以夫妻双方的名义签订购房合同。《公告》实施前，已经以夫妻一方的名义签订购房合同尚未办理不动产权证书的，可以在取得不动产权证书后凭夫妻关系证明材料申请办理夫妻加名登记，也可以在办理不动产转移登记时同时申请夫妻加名登记，不动产登记机构合并办理。

②

自然人处分（买卖、赠与、抵押等）房屋的，不动产登记机构向不动产证载产权人询问房屋共有情况。询问结果为单独所有的，登记机构直接以证载产权人为申请人办理相应不动产登记；询问结果为共同共有的，应当由夫妻双方共同申请办理相应不动产登记。

③

共同共有，但不动产权证书登记在夫妻一方名下的，双方可凭婚姻关系材料共同申请加名登记。

④

未经公证申请办理继承（受遗赠）转移登记的，仍应提供不动产登记簿记载的产权人的婚姻关系材料。

建 议

（1）夫妻双方共同购买不动产的，应当直接以夫妻双方名义签订购房合同，并载明共有，从源头上避免产生不必要的纠纷。

（2）以夫妻一方名义购买不动产且一次性付款的，申请登记在夫妻双方名下的，可在新建商品房首次转移登记时提交婚姻关系材料，登记机构合并办理房屋首次转移登记和夫妻加名登记。

按揭购房的，经抵押权人同意，由夫妻双方和抵押权人共同申请加名登记和抵押权变更登记，不动产登记机构合并办理。

（3）夫妻一方认为另一方擅自购置、隐匿不动产的，可以前往不动产登记信息档案查询窗口查询夫妻双方名下不动产登记情况。

（4）不动产以夫妻一方名义登记的，证载产权人在登记机构询问时承诺单独所有，擅自处分不动产的，另一方应当通过民事诉讼维护自身合法权益。

同时提醒广大市民，不动产登记是一种物权公示行为。因当事人申报不实导致不动产登记簿记载内容与实际情况不符给他人造成损害的，应当由当事人承担相关法律责任。利益受损害方可以通过法律途径追究当事人的法律责任。

Q 5 月 1 日后签订购房合同的，怎么办理登记？

A 月 1 日后签订二手房买卖合同、商品房买卖合同、赠与合同或拆迁安置协议的，在办理不动产权证书时，严格按照合同记载的信息进行登记，并对产权共有情况标注单独所有或共同共有或按份共有。

Q 已经登记为一个人名字的房屋，怎么办？

A 双方可携带身份证、结婚证及产权证等材料共同申请加名。

房屋在抵押期间的，经抵押权人同意，由夫妻双方和抵押权人共同申请加名登记和抵押权变更登记，不动产登记机构合并办理。

房屋被查封的，可在解除查封后或查封期间届满后加名。

Q 5 月 1 日前签订的合同，怎么办理登记？

A 5 月 1 日前签订二手房买卖合同、商品房买卖合同、赠与合同或拆迁安置协议等时为夫妻一方姓名的，在办理不动产权证书时，可以共同申请登记为夫妻共有。

Q 夫妻一方私自处分房屋，怎么办？

A 在登记机构询问共有情况时，夫妻一方隐瞒共有状况，作出虚假承诺，擅自对不动产进行抵押、出售、赠与的，应当承担相应法律后果；另一方认为擅自处分行为侵犯自身权利的，可通过民事诉讼维护自身合法权益。

Q 申请房屋加名、减名、份额变更等相关登记需要缴纳契税吗？

A 财政部、国家税务总局《关于夫妻之间房屋土地权属变更有关契税政策的通知》（财税〔2014〕4 号）规定，对婚姻存续期间配偶之间的不动产加名、减名、份额变更及约定另一方单独所有，免征契税。

婚姻存续期间购买房屋且登记在一方名下，申请增加配偶姓名的，免收登记费；婚前一方购买，婚后申请增加配偶姓名的，只收取不动产权属证书工本费，每本证书 10 元。

Q 如何能更好地保护权利？

A 一是在婚姻关系存续期间签订取得权利的二手房买卖合同、商品房买卖合同、赠与合同或拆迁安置协议等时，由夫妻双方共同签字，对于已经一方签字的情况，在办理登记时可以夫妻双方共同申请登记为夫妻共有；

二是已经登记的房屋，夫妻双方可以共同申请加名；

三是如果发现夫或妻一方私自抵押、出售、赠与不动产的，应及时通过民事诉讼保护权利。

Q 办理房屋加名、减名、份额变更等相关登记的大厅地址及咨询电话

A 保亿隆基办事大厅

地址：西安市未央区凤城八路保亿隆基大厦 1 层

朱雀云天办事大厅

地址：西安市雁塔区朱雀大街 21 号（朱雀云天）5 楼

办公时间：工作日 9:00-12:00，13:00-17:00

咨询电话：拨打 85376010（按#键）转“优化不动产登记婚姻关系审查政策咨询”

编辑：付 付

校对：小 维

审核：方 远

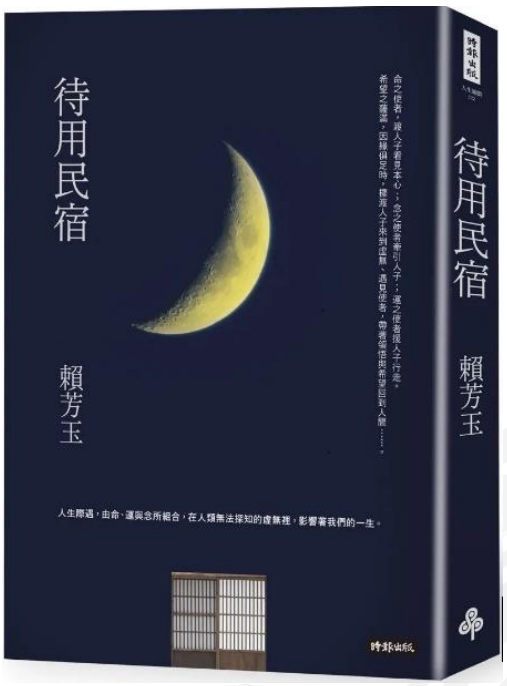
十二、书籍推荐

新书 | 《待用民宿》 | 赖芳玉 |（时报出版社，2019 年 11 月 19 日出版）

2020-03-24 家事法苑 赖芳玉

https://mp.weixin.qq.com/s/hfXCI5dOwVnm1w8gHfcjkA

《待用民宿》



时报文化出版公司 提供

书　名：待用民宿
书　号：AKR0291
ISBN：978-957-13-7974-6
类　别：文学小说〉温馨/疗愈小说
系 列 别：新人间
EAN：9789571379746
CIP：863.57
作　者：赖芳玉
主 编：沈维君
出版社：时报出版社
出版日期：2019 年 11 月 19 日
页　数：312 页
开　本：25 开（14.8×21）
装 订 ：平装
印　刷：单色
读 者 群：年龄层：28-45 岁
对象：■一般大众 ■对奇幻小说或女性自觉、疗愈故事感兴趣的读者
关键字：心灵觉知、女性自觉、奇幻疗愈小说

作者简介

作者 | 赖芳玉

执业律师 27 年。

多年于《苹果日报》、《非常木兰》等担任专栏作家，着有《我们依然相信》、《好散，也是一种幸福》、《赖芳玉爱情律师事务所》、《影之光》、《待用民宿》等书。

2012、2013 年参与电影《寒蝉效应》顾问及拍摄，2015 年参与电视剧《植剧场》系列前期筹备，并担任电影《顺云》制片之一。

另小说《影之光》曾改编电影剧本大纲，2017 年于金马国际电影节获选为金马创投之影展官方推荐国际华语电影计划。

2019 年 9 月与作家吴淡如、精神科医师邓惠文一起主持华视新节目《今晚好好说》，以女性的角度来讨论时事与公共议题。

内容简介

结合到分离，或许都是每个人探索生命的历程。

结合，是为了追寻理想中的自己的完整；
分离，或许就是告别某个曾经的自己。

以一场意外开始，一步一步带着读者走向一个交织着魔幻但又无比现实的世界中……

传闻，「待用民宿」的屋主只接待被推荐的旅人，
由前一个旅人提前预付下一个旅人的食宿费，
并说出让新房客入住的理由。
旅人往往是在面临人生十字路口，迷惘不知方向之际，
来到待用民宿，从此开启命运的转轮。

他苦笑着，「没想到本于初心，走自己的路，却让很多人失望，在别人眼中失了格。」
她说：「我以为只要往妈妈脚步的反方向走，简简单单过日子，我就不会复制妈妈的人生，就能找到幸福。」
「都没有人要我。」她艰难地说出内心的悲伤，「我不知道要去哪里？」
她心想，「原来了无生趣，便沦为行尸走肉的傀儡，我是艾瑷，也是艾妮。」

现实残酷无奈，我们都向往远方。
在那里，得以放下世间的干扰，
不受时间与空间限制，回到最初本心萌生的瞬间，
重拾初心，重新赋予现实希望。

《待用民宿》描写的，正是这样的地方。
作者在真实世界中辟出一条路，通往奇幻世界，
透过这趟神奇的旅行，让读者一步步跟着小说主角找回自己。

【诚挚推荐】
平路｜作家
廖玉蕙｜作家
王俸钢｜彰基 司法精神医学中心主任
洪仲清｜临床心理师
周慕姿｜谘商心理师
林青蓉｜媒体人
邓惠文｜荣格心理分析师、精神科医师
许皓宜｜谘商心理师、作家

【专文推荐摘录】
你可以因为作者的法律专业背景，将这本书想象为暗藏着法律科普知识的社会小说，但《待用民宿》远不止此；你也可以因为书中绚丽夺目的奇幻背景，将这本书想象为某种叙述着人性与人生的魔幻写实小说，但《待用民宿》还是远不止此；或者你还可以因为书中一开始就暗示了某种亲密关系的隐瞒与欺骗，就将这本书想象为又一本揭发亲密关系中宿命地乖离的爱情悲剧小说，但《待用民宿》仍然远不止此……
——王俸钢｜彰基 司法精神医学中心主任

我对于作者的文字使用能力，也相当惊讶。里面有些句子好美，引用的名言也超有意思。然后故事又有趣，还融入作者的律师专业，阅读的时候能增加一点法律常识，但又不会写得生硬枯燥，真是难得。
——洪仲清｜临床心理师

在《待用民宿》，它象征着人生暂栖、获得喘息的避风港，当我们在此累积足够力量，能够摆脱过往的阴影，学会为自己做出选择，负起自己的责任时——属于我们自己的人生转轮，终于能开始转动。我们，也终于开始长大。
——周慕姿｜谘商心理师

人间律法对应虚无使者，究竟是谁决定生命的走向？看完本书，我相信你会有属于自己的答案，也祝福大家找到可以濯清心灵、寻回本我的「待用民宿」。
——林青蓉｜媒体人

《待用民宿》精彩片段抢先看
https://youtu.be/i5qCOmYDMtg

目　录

楔子

第一篇　序幕
1 待用民宿

第二篇　命运之轮
2 使者
3 莫芳

第三篇 寻找初心
4 心的旅行
5 忆起缘起时 / 十年前
6 奇幻旅程
7 昏迷中的胤祥

第四篇 命运之危机
8 萧家女儿

第五篇 命运之转变
9 遇见使者
10 道秧村
11 胤祥的祕密

第六篇　黑暗中的潜行
12 沉睡的她
13 法庭 / 谁是他的妻?

第七篇　拨云见日
14 初心民宿
15 萧艾妮
16 潜入梦中
17 案件结束

第八篇　结局
18 重逢

人物笔记
后记
读后
一念天堂一念地狱　王俸钢
只有自己能找回迷失的自己　洪仲清
让阴影成为力量　周慕姿
濯清心灵、寻回本我的「待用民宿」　林青蓉

内文摘录 1

楔子

人生际遇，由命、运与念所组合，在人类无法探知的虚无里，影响着我们的一生。人间有以宗教命名，有以神话命名，有以哲理命名，也有以潜意识或梦境命名祂们的存在。

传说中，在这片虚无，祂们的存在，将幻化为三个使者：命、运及念之使者，以实相或虚相入梦，行走人间，摆渡人类来到孕育生命的净土，带回初心，勇于面对掠夺者，翻转命运，找到未来的希望。

这个故事，源自一场意外揭开多年的祕密，牵扯着三个人命运，缘起于少年与老婆婆的邂逅，驱动使者行走人间，他们的命运，除了人间律法，也有使者行走的痕迹，但非审判灵魂，而是潜移默化。

第一篇 序幕

走吧，人间的孩子！
与精灵手牵手，走向那荒野和河流，
因为这世间太悲愁，而你不能懂。
——叶慈

1 待用民宿

道秧村，依山傍水的地理环境，人口不足千人，务农为主的小村落。

远着村子约莫一里路，稻禾夹道的蜿蜒小路，一间以编竹夹泥墙、披覆雨淋板构造施作的外墙，采木桁架配置的屋顶结构，屋顶面披盖着黑瓦，以竹篱笆搭出围墙的平房，宁静地杵在环绕的青山绿水间，染上几分侘寂之美。

若再走近些，将会看见那接连着竹篱笆的大门边，挂着斑驳、绿苔的直条桧木板，上头隐约镌刻着隶书体「初心」二字。

为何书写着初心，而不是以屋主的姓氏别标记，或许唯有屋主或访客，才能一窥堂奥。

传说屋主只接待被推荐的旅人，由前一个旅人提前预付下一个旅人的食宿费，并说出个能让屋主愿意接受新房客入住的理由，也就是「待用民宿」1。

不速之客

在某个银杏树满头金黄，秋风飒飒的天气里，初心民宿来了位不速之客。

一个少年衣衫褴褛，孱弱不堪，瘸着腿，凭着仅存的意志力，蹒跚走到千年银杏树旁，力气用尽，瘫软在树下，一片扇形银杏叶随风飘落他眉眼之间，他长而浓密的睫毛微微颤动，引来落叶如黄金蝴蝶轻拍翅膀般地回应着他。

汪汪，一只黄金拉不拉多犬从田里奔来，发现少年身影，闻了闻，绕着少年兜转，不见少年动弹。

一双布满皱纹的赤脚踩着落叶走到少年旁。赤脚主人缓缓蹲下，黄金犬也蹲伏在旁。

赤脚主人抬手挪开叶片，阖眼轻轻把手搁在少年额头。

「这个孩子迷路了。」年迈的声音喃喃。「错过自己，将迷惘一生。」

赤脚主人带着少年回到屋里，黄金犬开心地跑在前头，奔向回家的路。

叮铃铃，风铃随风哼唱。

少年甦醒，「老婆婆，这是哪里？」

老婆婆满脸皱纹，却披着一头蓬松银色长发，扎着印花染衣裙，浑身飘着年轻气息，手端一碗粥走来，她笑着望这少年，「这里是初心民宿。」

少年有些茫然。

「喝点粥，吃饱了再想。」老婆婆坐在少年身边。

「婆婆，我可以在这里多住几日吗？以后我回家，一定寄钱还您。」少年一脸执拗又别扭。

老婆婆笑了，「好，等你长大赚钱再还我。」

夜里，下场大雨，打在屋顶劈里啪啦响，温度骤降，婆婆从柜子抽出厚被。

少年在床上盘腿而坐，瞥见窗棂下的小茶几，有一对展翅鹏鸟的漆线雕 2，其中一只鹏鸟背上还趴伏着一双薄翼的精灵少女，彷彿正抬头对他眨眼微笑，栩栩如生。

婆婆转身看到少年正端详这对鹏鸟和少女，「少年，这是命、运、念之使者。」

「使者？」少年好奇地看着婆婆。

「他们的存在，影响人的际遇及命运。」老婆婆一边铺床，一边絮絮叨叨。

少年利索地从床跳下，腾出空间让婆婆安置。

「婆婆，遇见使者，我们就可以改变命运吗？」少年沉吟，迟疑地问。

婆婆微愣，笑了笑，拍了拍床铺，让少年坐上床，与她并肩而坐。

「使者摆渡有正念及缘分的人。」婆婆抚了抚少年的额头。

「正念及缘分？」少年喃喃。

「睡吧，今天太晚了。」婆婆起身熄灯。

几日的山居生活，少年恣意奔跑，黄金犬相随，一起嬉闹，汗水淋漓。

忽见老婆婆身着印花染布，赤脚迈入田里稻浪中，阖眼随风轻轻舞动，彷彿与大地合一。

「少年，这是祈福，也是希望之舞，婆婆送给你这支舞。」风中传来老婆婆低喃声。

少年呆愣，双眸莫名红了，朦胧了。

婆婆勾唇笑了，在抬头复弯腰，作俯仰天地舞姿后，结束这支希望之舞，静静伫立在稻海与风中。

半晌，「少年，你该回家了。」婆婆回眸望着少年。

少年奔跑到婆婆怀里，紧紧拥着老婆婆，闻着她衣衫淡淡的汗味和稻香的温暖。

翌日，老婆婆送少年来到公交车站牌，黄金犬倚着少年不舍离去。

直到黄昏，村内唯一的一班公交车缓缓驶来，少年红着眼眶，迅速蹲下身子，把头埋入黄金犬毛发里，黄金犬眼眸似也闪着晶莹泪光，然后，少年

不回头一骨碌跳上公交车。

公交车离开时，少年从车窗探出身子，用力摇手。「婆婆，我一定会再回来的。」

老婆婆笑着挥挥手。黄金犬汪汪叫地跳跃着，宛如和少年道别，约定再次相见的日子。

待用之信

道别的前一晚，少年在睡前央着婆婆继续说使者的故事。青春少年时，总喜欢这种奇幻传说。

这有点难倒婆婆，她不擅长床边故事，更不知该如何对一个十几岁的少年描述这类奇幻又哲理的故事，决定从其他古老爱情故事说起。

「孩子，有人说前生五百次的凝眸，换今生一次的擦肩。你听过《红楼梦》贾宝玉和林黛玉的故事吗？」

传说贾宝玉的前世是灵河边赤霞宫中的神瑛侍者，林黛玉则是一株绛珠草，神瑛侍者见到灵河旁的绛珠草枯萎，向西方王母娘娘求得甘露救活绛珠草，绛珠草吸天地灵气，受日月精华，幻化为仙子，后来神瑛侍者说要到人间走一遭，绛珠草为报答甘露之恩，随他到人间以一世泪水报恩。婆婆娓娓道来这则轶事。

「神瑛侍者不舍绛珠草枯萎，念由心起，念起缘生，于是在人世再续前缘。」

「婆婆，所以您的待用民宿，指的就是缘分。我猜得对吗？」少年把这则轶事咀嚼许久后，突发奇想地问。

「为何这样猜？」婆婆微愣。

「如我把待用民宿的机会，推荐给下一个旅人，我和他应该会存在某种关联，就如同神瑛侍者给了绛珠草甘露水。」少年活灵活现地解释，闪着慧黠双眸，「婆婆，那我也可以推荐下一个旅人来这里吗？住宿费，我长大会一并还给婆婆。」

婆婆望着这个少年，发现几日山居的洗礼，褪去这少年的茫然、执拗与抑郁，宛如枯草逢了露水，整个人活起来似的。她不自觉地点头应允了这少年的提议。

那晚少年埋头写了这封信。一整晚，他的表情从茫然、悲伤到坚定，纸篓里堆满揉成团的废纸，终于完成这封信。

隔日清晨，老婆婆早餐准备了一盘马铃薯煎饼，少年低头不语，双手交握夹在两腿之间。

「怎了？没有胃口？」

少年摇头，忐忑地把皱巴巴的信递给婆婆。

老婆婆垂眸收信，慈祥地把手抚在少年额头，轻声喃喃：「在命运改变的日子，命、运、念之使者将助你及你的旅人来寻找初心，找回幸福的力量。」

少年不禁阖眼，感受老婆婆的手传递着祝祷般的关怀。

送走了少年。老婆婆走回屋里，坐在椅子休憩，倒杯茶水啜了几口，抬眼凝望茶几上的漆线雕。

老婆婆笑了，起身推开一扇木门，跨过门槛已是另一个空间。

在光芒四射间，原先老婆婆银发转黑，身躯转成孩童体型，依然是赤脚，迈入一个正飘着菜香的空间里。

注释

1 待用的概念，源自远在欧洲意大利有一种消失的古老文化，后人以意大利文「sospeso」说明这个古老文化，现代沿用为「待用咖啡」(Suspended Coffees)，由前一位客人预购两杯以上的咖啡，但只取一杯，免费留给日后前来享用咖啡的人。这种行动与文化，有人视为基层社会团结的象征，也有人当作慈善行动。不过这个行动，在世界各地，因着不同在地文化而赋予多元的形式与意义。

2 漆线雕，以添加粉末的油漆，化为发丝般纤细的线条，于胚体上堆栈，勾勒出各种浮凸的图案，续以金箔贴饰，工序包含备料、搓线、盘绕形体及贴金。

内文摘录 2

后记

历经二十七年的律师生涯，把所「遇见」的人、事、物，以举重若轻的心情，创作这本小说，这种无法回避的爬梳，不是容易的事。

那彷彿在红尘里摘采他人人生的咖啡豆，在诉讼或困境中烘焙，再把烘焙完成的咖啡豆，存放在咖啡罐里。多年后，我把一颗颗咖啡豆细细磨成粉，磨碎它的原形，任谁也分不出谁的泪、谁的憾。

费了一点心思，煮了这壶黑咖啡，但担心过于浓郁苦涩，犹豫许久，还是添加些许牛奶和焦糖，调出这杯焦糖拿铁，只想与朋友带着宁静、体悟和希望，共享这杯咖啡香。

我很任性，先请好友品尝这杯咖啡，创作如创业，出版如见公婆，因此好友成为实验品。

朋友说，它很像一部电影。

一如这本小说所提到的命运，我与戏剧也有一连串的因缘际会，带给我不少启发，因此在叙事手法上大胆尝试把剧本与小说揉合一体，也因此我在架构小说的创作过程，费了不少心力，奔向脑神经衰弱边缘。

每一幕，着重是主角视角的画面，并非读者视角。因此小说前半段时空交错，记忆跳跃。直到胤祥与莫芳离开民宿，才走入读者视角，因此情节和节奏感，读者会较为熟悉。

我在这本小说，暗藏大量的隐喻。以记忆为题，缘分为体。以银杏树揭开婆婆与少年的相遇，暗喻记忆与缘分的启程。

银杏树被称为植物界的活化石，据说具有保有记忆的效果。而待用的概念，隐含着结缘或牵引，当金婆婆提到贾宝玉和林黛玉的前世，起于不舍的缘分，也隐喻着婆婆和少年的缘起。

向日葵般的金婆婆，与银杏树的银婆婆有些牵连。两位老婆婆意味着古老的神祕力量，摆渡人子找到希望、缘分与回忆。

故事中每个人都和记忆有关。老婆婆和少年开启银杏树的缘分后，莫芳回到最初相逢的记忆，胤祥回到幼时，萧艾瑗和萧艾妮则是记忆错乱，冯珂过度守着初时记忆不放，使者遗忘凡人记忆，子涫则意图找回记忆。

记忆，对于人生有着举足轻重的位置。我们会把过往储存的记忆，做为生命经验，并对未来做出选择。

记得我曾因案件，向临床心理师请教个案的记忆，对于个案记得多年前事件，并且巨细靡遗，却对现在发生的事丢三落四，感到困惑。她说个案是「情节记忆」(episodic memory)，也就是虽然短期记忆能力退化，但对过往发生事件的情节，记忆深刻且一致。

所以在书写莫芳及胤祥昏迷时的记忆，我不断探索甚么记忆对于他们两人的人生会是重要的情节，也因此他们的记忆不是连续的画面。

此外，书中不断提到萧艾妮的橙色大布包。萧艾妮在世人的面前，以鲜艳的颜色表达存在的意向，也就连结到被性侵害的橙色沙发，尤其她取代萧艾瑗被性侵害的记忆后，在许多公开场合，紧抓着橙色大布包，意味着她紧紧背负着被害人的创伤与包袱，向世人强调她的被害者形象。所有的人对她的印象或许稍纵即逝，但绝对不会忘记那个橙色大布包。

围巾，暗喻执念。所有使者，唯有子涫有记忆的痕迹，因为他是念之使者，而冯珂总穿戴着萧明生前的围巾，意味着执念，直到冯珂把围巾交给子涫，她才真正得到解脱，放手离开。使者帮助她善终的观点很迷人。

群鱼洄游，溯溪归乡，暗喻初心的起源，也就隐喻寻找自己，历经现实的磨砺。另外使者都是候鸟，紫鹭就是子陆，鹳鸟就是子涫。鹳鸟有送子鸟之称，因此当剧情来到昏迷取精，与孩子有关时，处理的使者是子涫，这些都是暗喻。

至于莫芳从记忆抽离来到初心时，她正坐在牛车上。这是一个书写上的巧合，创作过程，我只是

随着莫芳走过这趟历程，醒来时会看到的画面，那或许接近冥想的经历（如果熟悉我的读者，创作过程，我经常是随着角色走笔）。

完成这本书稿几个月后，我刚好和一位心理师朋友探讨「旷野」，也就是身处环境恶劣、荒凉之地，他提到《十牛图》，牧童象征自我（ego），牛象征个人追求的自性（self），比喻修行历程。了解自己所在的阶段，重新安顿身心。我才意识到莫芳在初心民宿的最后一日，直观地书写出她坐在牛车的画面，原来那就是她寻找安顿身心的历程。

而胤祥从回忆中醒来的那一幕，「眼前如曙光般渐亮，入眼的是蓝色的河。」他望向使者在潺潺河流钓鱼的景象，「阳光洒下，钓鱼竿和细长的钓鱼线在空中划出美丽的银色曲线。」那刻，我宛然接触到某种笔墨难以形容的情境，感动莫名。

这本小说触及很多的关系及议题，还有不少仍留待读者探索的隐喻和线索。我就不剥夺读者阅读的乐趣了，也或许日后有机会在哪个地方相遇，如朋友般互相交换我们的看见和体悟。

我发现创作本身，就是一场冥想及心灵之旅。正因为如此，胤祥为何爱上莫芳，莫芳为何无法抗拒地接纳胤祥，在生命印记中，或说命运中的必然，胤祥之于莫芳，肯定有个自己无法理解的印记，相对地，莫芳之于胤祥也是。

走笔之际，我才理解为何伴侣是自己的另一半的说法。结合到分离，或许都是每个人探索生命的历程。结合，是为了追寻理想中的自己的完整；分离，或许就是告别某个曾经的自己。

十三、活动动态

“家事法苑”团队创建十周年有奖征文通知

2020-03-29 家事法苑 家事法苑团队

https://mp.weixin.qq.com/s/bVPv1bgsJLzCrAXqWf-axw

“家事法苑”团队创建十周年有奖征文通知

“家事法苑”团队自 2010 年 1 月 1 日由杨晓林律师正式创建至今，已走过了十年。

这十年，是我们坚持家事律师专业化道路探索的十年。

这十年，是我们致力于点滴推进中国婚姻法制进程、尝试搭建与法律职业共同体业务研讨、正当交往、信息共享的桥梁与平台的十年。

这十年，是我们创建并坚持“家事法苑”婚姻家事法律资讯简报、“家事法苑”微信公众号、“家事法苑”实务交流 QQ 群、“家事法苑”实务交流微信群、“家事法苑”实务网络沙龙、“家事法苑”资料分享日、“家事法苑”法科生实习项目、“家事法苑”年轻律师家事法访谈项目、“家事法苑”电影原声音乐沙龙、法律人电影·音乐休闲主题微信群等品牌项目的十年。

在此“家事法苑”团队创建十周年之际，我们特举办此次征文活动，欢迎大家不吝赐稿。

一、征文主题

本次征文的主题为：我与“家事法苑”。

二、征文对象

任何跟“家事法苑”团队有故事的人。

三、征文要求

要求必须原创，文体不限，例如可以是您与“家事法苑”的资讯简报、QQ 群、微信群、公众号等相关内容的缘分和故事，也可以是向“家事法苑”提相关改进建议，帮助我们在下一个十年里变得更好等等，文章篇幅字数不限。

四、投稿时间

自即日起，截止于 2020 年 5 月 5 日 24:00。

五、投稿方式

投稿邮箱：duanfengli@tiantailaw.com，投稿时请以“添加附件”的形式发送，并务必在邮件题目栏注明“征文：我与家事法苑”字样，同时请在稿件里写清作者的真实姓名、单位及详细通讯地址、联系方式。

本次征稿活动负责人：段凤丽，联系电话：13552693593，微信号：D13552693593。

六、奖品：

所有来稿，经筛选将收入“家事法苑”团队十周年纪念文集电子版中，部分稿件将在“家事法苑”公众号上公开推送。稿件是否公开、署名方式等作者声明保留的除外。

所有来稿作者会获得家事法苑团队制作的一份精美小礼物，部分作者还会获邀参加“家事法苑”团队十周年的电影原声音乐沙龙、行业发展论坛等现场或网络系列交流活动。

七、其他事项

1、所有来稿必须贴合本启事要求。

2、凡投稿者视为认同并遵守本启事各项规定。

3、本征稿启事解释权归主办方“家事法苑”团队所有。

附一

“家事法苑”家事法实务交流系列微信群群规则

（2020 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。真诚欢迎对婚姻家事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事继承相关问题，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、典型婚姻家事案例等资讯。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”婚姻家事法律资讯简报（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，或为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员的善意提醒及劝告；

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

2020 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，真诚欢迎对婚姻家事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。

本群主题为婚姻家事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”婚姻家事法律资讯简报（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