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

致青岛中院……2020-05-10 应莹

万万没想到，诉前证据保全的对象竟是人体生物样本！……2020-05-11 浦江天平

沈阳中院裁判：律师有权向派出所查询被起诉人个人信息 ——吴云涛律师诉沈水湾派出所不履行协助调查法定职责案……2020-05-11 行政法

最高法发布弘扬社会主义核心价值观十大典型民事案例……2020-05-13 最高人民法院

最高人民法院公布 2020 年度司法研究重大课题……2020-05-13 最高人民法院　孙航

法院查封夫妻共有房屋的，能否拍卖配偶的财产份额?……2020-05-13 最高人民法院司法案例研究院

遇到离婚纠纷怎么办？全市首家婚调委“微法庭”成立……2020-05-13 临安法院

最高法院判例：农村集体经济组织成员资格不因离婚而丧失 ——张溪经联社、第八经济社诉中山市政府驳回行政复议申请案……2020-05-18 行政法

婚姻不是可以利用的砝码……2020-05-18 北京丰台法院

重婚罪的五年追诉时效自解除事实婚姻之日起算 （最高法院出版物公布的参考性案例中确定的审判规则）……2020-05-18 指导性案例审判规则

喜报 | 铜山法院一篇案例入选《江苏省高级人民法院公报》……2020-05-18 铜山法院

北京西城法院提示：用法律打牢家庭房产“地基”……2020-05-19 北京西城法院　戴睿狄 田晓昕

高院裁判观点：抚恤金的性质及分割标准……2020-05-20 民事法律参考

上海高院：房屋征收补偿利益分割民事纠纷会议纪要|2020……2020-05-20 民事法律参考

王国庆团队：打造家事审判的“最强大脑”……2020-05-27 北京法官　张琳 方硕

2019 年度徐州法院少年家事审判工作新闻发布会……2020-05-28 今日徐州

青岛中院明确徐翔案资产甄别已进入尾声， 让我们一起见证“尾声”有多长？……2020-05-31 应莹

二、立法动态……53

全国人大法工委回应民法典草案六大问题： 离婚冷静期制度不适用于遭遇家暴起诉离婚……2020-05-14 中国妇女报　王春霞

三、媒体典型案例……55

（一）解除婚姻关系案例……55

存在性功能障碍的丈夫居然长期嫖娼？妻子不堪忍受诉请离婚……原创：2020-05-12 上海法治报　陈颖婷

首例案例：中国司法创新适用“离婚冷静期” | 中国司法案例研究中心……原创：2020-05-29 判例研究　裴净净

（二）离婚财产分割案例……59

复婚后发现“二胎”非亲生又离婚，要求多分财产？法院作出如下判决……2020-05-18 人民法院报

（三）赡养案例……61

父母离婚后，子女对没有抚养自己的一方还有赡养义务吗？……2020-05-15 江苏高院 高亚雷

（四）离婚损害赔偿案例……62

前妻在离婚 6 个多月后生了别人的娃，男子索赔 10 万余元精神损失费……2020-05-17 北青网 搜狐号

（五）夫妻债务案例……63

【最高院•裁判文书】是否属于夫妻共同债务 不属于案外人执行异议之诉的审理范围……2020-05-16 民事审判 最高人民法院

（六）赠与案例……68

离婚协议中约定将房产赠与子女，一方能否反悔撤销？……2020-05-12 法信

（七）同居纠纷案例……71

同性女子同居生活， 单方购买的房屋分手后如何分配？……2020-05-10 民主与法制周刊 田野 丛林

观点 | 擅自转走恋人的钱该如何定性？……原创：2020-05-14 江苏高院 朱啸轩

男子转账 52 万分手后追债，女方称是“爱的赠与”，法院这样判……2020-05-21 上海法治报

（八）抚养案例……79

男子离婚 6 年因膝下无子想要回女儿抚养权 女儿拒绝 说出了一个原因... ……2020-05-14 华商报 记者 宁军 通讯员 董香香

（九）亲子关系案例……80

高某诉南通市妇幼保健院不履行法定职责案丨出生证明与新生儿命名……2020-05-08 中国宪治网

男方拒不配合，婴儿出生证明能办理吗？……2020-05-18 民主与法制周刊 秦风

（十）探望纠纷案例……89

法官促成“云探望”，十余年后父子终相“见”……2020-05-08 京法网事

（十一）人身保护令案例……91

神操作！男子自制炸药炸老婆.....法院发出人身保护令！……2020-05-19 人民法院报

（十二）其它相关案例……92

生母养父早亡 母亲留下的一套宅院竟被叔父出售 恶意处分未成年人财产 法院判无效……2020-05-20 来源：北京晚报 第 14 版

四、继承……93

笔迹鉴定意见为非同一人书写，法院会以此认定遗嘱无效吗？……2020-05-07 小军家事 小军家事团队

母亲自杀前说财产归儿，外公外婆不认可， 我们的抖音沸腾了，律师这样说……原创：2020-05-12 上海法治报 谢钱钱

演员夫妇四合院遗产三子女争，法院：按遗嘱儿子继承母亲份额……

……2020-05-12 来源：澎湃新闻　澎湃新闻记者 李菁 通讯员 张硕洋
男子车祸离世，父母妻子却因 124 万元赔偿款对簿公堂……2020-05-13 香洲法院
高皓、罗钧：中国首例遗嘱家族信托司法判例评析——进步性与局限性……原创：2020-05-14 WEALTH 财富管理　高皓 罗钧
公证书被撤销，拟被证实的事实如何认定？｜ 至正论案-上海二中院……2020-05-14 上海二中法院　王梓焱
浙高院案例：遗嘱中仅排除第一顺序法定继承人的继承，其效力如何？……2020-05-14 小军家事　小军家事团队
为老人养老送终却因继承顺序无法获得遗产？　｜ 核心价值观典型案例背后的故事……2020-05-16 最高人民法院
先立的遗赠扶养协议未履行，后立的遗嘱其效力如何？……2020-05-19 小军家事　小军家事团队
我死后，游戏账号能继承吗？……原创：2020-05-20 新京报书评周刊　摘编
“继承遗产范围”由谁确定——被继承人债务清偿纠纷案件审执问题研究……2020-05-21 京法网事
高院案例：放弃继承的公证书被撤销，放弃继承权声明还有效吗？……2020-05-22 小军家事　小军家事团队
夫妻一方所立处理其配偶遗产的代书遗嘱内容无效 ——从 X 杰诉丛 X 芳等遗嘱继承纠纷案……2020-05-25 法律家
谈谈共同遗嘱的三个法律问题丨审判研究 ilawtalk……原创：2020-05-27 审判研究　赵海晏　许多曦
父母相继去世无人监护，残疾儿谁来照顾？法院判居委大妈当“爹娘”……2020-05-31 上海法治报
指导案例:遗嘱人不慎处分他人财产,遗嘱合法有效吗、　无效部分如何处理?(附详细高院裁判规则)|民商事裁判规则……
……原创：2020-05-31 民商事裁判规则　唐青林 李舒 赵跃文

五、房产、股权、信托……135

（一）房产……135

重庆五中院裁判：律师无权“以人查房”—— 陈思、蔡荣凤诉重庆规自局不履行不动产登记查询职责案……2020-05-09 行政法
南宁铁路法院裁判：律师无权“以人查房”—— 吴良述诉南宁市自然资源局不履行不动产登记资料查询法定职责案……
……2020-05-09 行政法
判决：持离婚协议书可单方办理房屋转移登记手续！……2020-05-11 基层法官
登记在未成年子女名下房产可否被执行丨审判研究 ilawtalk……原创：2020-05-12 审判研究　朱红祥
老房拆迁获补助 老母亲和子女闹意见 540 万拆迁款究竟该怎么分……2020-05-20 来源：北京晚报 第 14 版
关于《放弃房屋共有权声明》的法律风险提示……2020-05-23 蓉城少审
不动产转移登记，配偶是否必须到场申请……原创：2020-05-25 中国不动产官微　石晨谊
夫妻一方出卖房屋被确认无效后应恢复原状 ——杨 X 禄、杨 X 诉杨 X 琴确认合同无效纠纷案……原创：2020-05-22 法律家
遗嘱继承类不动产登记业务审核要点……原创：2020-05-29 鱼龙聊房　作者：王秋妹

（二）股权……162

高院裁判观点：夫妻股东设立的有限责任公司能否认定为“一人公司”？……2020-05-17 民事法律参考
最高院裁判观点：夫妻股东无法证明公司财产独立的，　可认定为实质一人公司……2020-05-16 今日法学评论

两则婚后增资股权的离婚分割案例，给你四个思路……2020-05-20 埃孚欧律师事务所　桂芳芳、陈妮妮
千亿疫苗帝国深夜巨震：A 股史上最贵“分手费”！ 前妻分走价值 235 亿元股份……2020-05-30 家族企业杂志

（三）信托……170

监护支援信托制度简析 — 全国首单监护支援信托落地……原创：2020-05-13 融孚法律资讯　顾丽萍
记者观察：遗嘱信托离我们并不远……2020-05-12 来源：中国银行保险报网　作者：樊融杰
家族信托独立性仍需时间检验……2020-05-12 来源：中国银行保险报网　作者：樊融杰
遗嘱家族信托的司法认可……2020-05-12 来源：中国银行保险报网　作者：赵廉慧
遗嘱家族信托的司法认可……2020-05-19 来源：中国银行保险报网　作者：赵廉慧

六、社会新闻……185

婚内与他人同居生子 男女双双领刑……2020-05-05 安徽高院
离婚后孩子被藏匿，这些母亲像“鬼”一样游走着，寻找，蹲守，哭泣…… ……原创：2020-05-10 上海法治报　谢钱钱
八旬老人遭保姆虐待，家中监控视频拍下这一幕！法院判了……2020-05-11 中国妇女报
代孕，游走在灰色地带……原创：2020-05-12 三联生活周刊　记者丨王珊
电视剧都不敢这么编！妻子生下一对双胞胎，竟有一个不是丈夫亲生的……2020-05-15 上海法治报
首富遗嘱谋杀案 ｜ 庭前独角兽……原创：2020-05-27 庭前独角兽　赵 霏

七、媒体视点……200

上海首次披露 70 年婚姻数据，以后每年 4 月发布年度婚姻数据……2020-05-03 社会学吧　顾杰
回应时代需求与民众期盼！民法典草案婚姻 家庭编凝聚智慧，婚姻家庭立法传承中完善……2020-05-24 中国妇女报　王春霞
侄甥可代位继承！施克强告诉你民法典扩大哪些法定继承人范围……原创：2020-05-30 上海法治报　谢钱钱
深圳假离婚买房夫妻：首付省了 70 万，值得……2020-05-30 新浪财经

八、学者、法官、检察官、律师、公证专题……207

（一）大师风采……207

巫昌祯老师带我进入婚姻法的大门 ｜ 李显冬……原创：2020-05-04 家事法苑　李显冬

（二）理论学术动态、学者视点……209

朱广新：论监护人处分被监护人财产的法律效果 ｜ 前沿……原创：2020-05-01 中国民商法律网　王红丽摘编
实务研究：论婚姻登记行政诉讼的判决方式……2020-05-04 鲁法行谈
张海燕：家事诉讼证据规则的反思与重构 ｜ 主题研讨……原创：2020-05-04 政治与法律编辑部　张海燕
陈凌云：夫妻共债认定中，共同生产经营规则之证伪 ｜ 前沿……原创：2020-05-12 中国民商法律网　李淑娟摘编
法学丨叶名怡：离婚房产权属约定对强制执行的排除力……原创：2020-05-16 华政法学　叶名怡

婚姻法与婚姻登记条例的前世今生丨婚姻法实施 70 周年……2020-05-17 中国家事审判改革与探索
张海燕 ｜ 执行程序中被执行人配偶追加问题研究……2020-05-20 纠纷解决与民事司法 张海燕
《民法典·继承编》：制度补益与规范精进……2020-05-21 求是学刊 王歌雅
“设置离婚冷静期是善意的提醒”，夏吟兰谈民法典婚姻家庭编草案……原创：2020-05-23 澎湃新闻 澎湃新闻记者 林平
婚姻法与婚姻登记条例的同生共恋……2020-05-25 家事法研究中心 作者：林艳琴
杨立新：民法典继承编草案最大亮点是尊重被继承人的意志……2020-05-28 来源：新华网
纪念《婚姻法》颁布 70 周年暨《民法典》 婚姻家庭权益保护研讨会征文通知……原创：2020-05-30 上海市法学会
夫妻共同债务，《民法典》有什么亮点？……原创：2020-05-30 咸鱼法学 朱诗睿
《民法典》与未成年人保护新时代研讨会成功举办……2020-05-31 上海市法学会未成年人法研究会 李姝瑶、柳箫等
杨立新：民法典婚姻家庭编完善我国亲属 制度的成果与司法操作 ｜ 清华法学 202003……2020-05-31 北大法律信息网

（三）法官视点……301

实务研究：“外嫁女”纠纷：面对治理难题的司法避让……2020-04-28 鲁法行谈
【法官说法】两名律师见证遗嘱被认定无效，怎么回事？……2020-05-06 新城区法院
域外收养制度的基本框架……2020-05-01 中国法院网 来源：人民法院报 作者：杨国强
关于“植物人”离婚诉讼法律程序问题的思考……原创：2020-05-08 南湖法者
加强家事诉讼中未成年子女司法保护……2020-05-08 人民法院报 第 02 版 党振兴
疫情防控期探望权的实现……2020-05-08 人民法院报 第 02 版 袁志雄
宋代女子离婚与再嫁法律 ——以电视剧《清平乐》为例……2020-05-15 人民法院报 第 06 版 吴 鹏
人民司法刊文：欺诈性抚养中的生父责任……2020-05-21 小军家事 姚佳林
执行夫妻共同财产的几个问题丨审判研究 ilawtalk……原创：2020-05-23 审判研究 王雷
周末选读：肖峰原创《婚姻家庭编条文一表通》 （新旧对照、增减细节、关联司法解释）……2020-05-29 法语峰言 肖峰博士
借问民法典，离婚自由有多远？……2020-05-30 人民法院报
法官说丨未成年人财产代管如何监督？……2020-05-31 法制日报

（四）检察官视点……356

当当夺权事件：从公司法思维审视家族企业控制权之争……2020-05-06 检察日报正义网
九部门印发《关于建立侵害未成年人案件强制报告制度的意见（试行）》……2020-05-29 最高人民检察院

（五）律师视点……360

【律师视点】高丽姣、易燕：论使用已故配偶工龄购买的房改房权属认定……2020-05-15 德衡律师集团 高丽姣、易燕
东方大律师 ｜ 谭芳：专注婚姻家事领域的守护者……原创：2020-05-30 上海律协 作者：沈栖

（六）公证专题……371

公证案例丨王某为保障自己养老无忧办理 遗赠扶养协议公证及意定监护协议公证案……2020-05-07 达比伦制度 兰州恒信公证处

公证案例丨房屋搬迁协议权利继承公证案……2020-05-07 达比伦制度
司法部公共法律服务管理局 中国公证协会 关于规范涉外公证业务管理有关工作的通知……2020-05-12 来源：司法部政府网
公证案例丨刘某声明公证案……2020-05-16 达比伦制度
公证案例丨关于非婚生子女抚养权归属协议的公证案……2020-05-21 达比伦制度
公证资讯丨儿子在国外寄来的英文公证书出错咋办？远程视频公证解难题……2020-05-27 达比伦制度
【东方之声】《民法典》时代，遗嘱是否还需要公证？……2020-05-30 上海市东方公证处
《民法典》实施后，还有必要去公证处立遗嘱吗？……原创：2020-05-31 上海市张江公证处 石叔

九、异域资讯……388

英国裁判文书公开的坚持与限制 ——迪拜酋长家事纠纷案透析……原创：2020-05-16 人民法院报 第 08 版 王 涛

十、规范性文件……391

司法部关于进一步规范和完善司法鉴定人出庭作证活动的指导意见……2020-05-29 中国上海司法智库 上海高院研究室

十一、书籍推荐……393

新书|《功能主义视角下外国代孕制度研究》（石雷著，华中科技大学出版社，2020 年 1 月第 1 版）……2020-05-17 家事法苑石雷

十二、沙龙活动……398

家事法讲坛综述|李拥军：《家事审判的中国模式》……2020-05-18 家事法苑家事法苑团队
沙龙综述：《家事律师专业化的五个进阶》——徐文丽律师……2020-05-20 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

致青岛中院

2020-05-10 应莹

https://mp.weixin.qq.com/s/tuazhcJVLhLoz1JEsttsBA

2017 年 1 月徐翔案判决后，应该执行的资产甄别到现在没有丝毫进展，我四处投书控诉青岛中院渎职行为，到目前都没有任何回音。

我有时候想想，法制社会不能无理可讲，不能只写在纸上，不能这么不要脸。

5 月 2 日，我的代理律师已经致信给青岛中院，敦促青岛中院加快资产甄别和财产执行，至今还未收到青岛中院的任何回复。我现将此信公布在网上，希望大家做一个见证。

我将继续敦促青岛中院，要对徐翔案的判决依法推进，依照判决书的要求对涉案资产进行甄别，返还家庭合法资产。 你们若不回应，我必追问到底。

应莹代理律师，就徐翔案财产执行致青岛中院的信

尊敬的青岛市中级人民法院：

我们接受应莹的委托，就徐翔案财产执行中，应返还属于应莹的约 60 亿合法财产一事，曾多次代表应莹向贵院申请听证以便向承办法官当面陈述事实和理由、申请国家赔偿、要求返还已被扣划、拍卖、或者仍被查封、扣押、冻结的合法财产，但一直未得到任何答复。

2015 年徐翔案发时，司法机关查封、扣押、冻结了徐翔家庭全部财产，据初步统计约 210 亿，徐翔生效判决载明“违法所得已经全部追缴”，追缴之后，剩余的合法财产约 120 亿，依法属于夫妻共同财产，徐翔、应莹夫妻各拥有一半，根据罪责自负原则，徐翔的 110 亿罚金只能从其个人财产中追缴，即使暂时不能全部追缴，也不能株连属于妻子应莹的 60 亿合法财产，不能如古代社会搞连坐，一人犯法，全家财产都籍没。

多位国内权威的刑法、刑事诉讼法专家也一致认为：罚金刑的执行与违法所得的没收均应只针对徐翔的个人财产进行，不能株连配偶及其他家庭成员。（专家意见早已提交贵院）

法律的规定，也非常清晰：对查冻扣财产，判决时处理；对合法财产，三日内返还。《刑事诉讼法》第一百四十五条：“对查封、扣押的财物、文件、邮件、电报或者冻结的存款、汇款、债券、股票、基金份额等财产，**经查明确实与案件无关的，应当在三日以内解除查封、扣押、冻结，予以退还。**”《刑诉法司法解释》第三百六十五条第一款：“对查封、扣押、冻结的财物及其孳息，应当在**判决书中写明名称、金额、数量、存放地点及其处理方式**等。”

但，3 年多来，徐翔的刑期已经执行大半，而所有涉及本案财产的执行，以及应莹申请返还合法财产的程序，都像被黑洞吞没，既不受理，也无文书，仿佛都没有发生过。贵院始终称需要甄别财产，是源于**判决书中留下的一个尾巴**：“本院将依据相关法律规定，对随案移送的涉案财物权属和性质予以甄别后，依法作出处置。”然而，这本身就有悖于“对查冻扣财产，判决时处理；对合法财产，三日内返还”的法律规定。而且，就算需要甄别返还，也不应拒绝执行异议听证，因为听证有利于帮助法院更好地查清事实，而且根据最高人民法院《关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》第十四条：“执行过程中……人民法院审查案外人异议、复议，**应当公开听证**”。更如不应拖延 3 年之久没有任何分割返还的动作。

我们认为，本案也符合申请国家赔偿的条件，属于典型的生效判决未处理，但仍未依法解除查封、扣押、冻结等措施或者返还财产，应当承担国家赔偿责任的情形。法律依据同样清晰：两高《关于办理刑事赔偿案件适用法律若干问题的解释》第三条第一款第七项规定：“对财产采取查封、扣押、冻结、追缴等措施后，有下列情形之一，且办案机关未依法解除查封、扣押、冻结等措施或者返还财产的，属于国家赔偿法第十八条规定的侵犯财产权：……（七）对生效裁决没有处理的财产或者对该财产违法进行其他处理的。” **2019 年初，应莹提出国家赔偿申请，但同样石沉大海，至今没有任何答复。**

1 / 4

国家当前的方针，是保护企业家及其家庭成员的合法财产权益。比如，最高检、公安部发布的《关于公安机关办理经济犯罪案件的若干规定》要求，“**严格区分犯罪嫌疑人个人财产与家庭成员财产，不得超权限、超范围、超数额、超时限查封、扣押、冻结，并注意保护利害关系人的合法权益。**”又如，最高检下发的《关于充分发挥职能作用营造保护企业家合法权益的法治环境支持企业家创新创业的通知》，要求**强化企业家人身财富安全感，重点监督涉企业家犯罪案件执行活动。**最高院还专门发布了多个**返还企业家及家属合法财产的典型案例**。

尊敬的院领导、承办法官，企业家不仅包括做实业的人，也包括其他创业的，徐翔也是白手起家的企业家，应莹在中央保护企业家合法权益精神的鼓舞下，提出以上请求，想要保护的，也是自身的合法权益。但为什么，总是那么困难呢？法律红线，为什么总是那么模糊不清呢？就算非常清晰的夫妻共同财产分割，为什么执行起来也那么难呢？我们接受应莹的委托，参与本案，也有近三年了，深深感受到无休止的等待中，她所经受的煎熬，要带一个孩子，又要照顾老人，一边是返还合法财产的请求如同石沉大海、国家赔偿不予答复；一边是，起诉离婚，遥遥无期，去年在青岛监狱开庭时，徐翔也同意离婚，但上海法院到宣判前，又临时推迟，2020 年 5 月 13 日，就是离婚案一年审限到期之日，但至今何时宣判仍无通知。一切，都像买票进了电影院，但电影却迟迟不放映，毫无动静，没有解释，除了等待，还是等待。

人生有几个春秋可以消耗？法律有多少公信能被透支？希望贵院尽快依法甄别、返还应莹的合法财产。同时，为了贵院更好地维护法律的正确实施、保障当事人的合法权益，我们请求贵院举行听证，以便当面向承办法官详细陈述事实和理由。望贵院准许为盼！

代理人：上海大邦律师事务所

斯伟江　吴布达

2020 年 5 月 2 日

2 / 4

附最高人民法院保护企业家财产权益典型案例摘要

【案例一：返还判决未做处理的合法财产案】2018 年典型案例第一批第一号“北鹏公司申请刑事违法扣押赔偿案”，辽宁公安厅侦查中扣押了北鹏公司人民币 2000 万元，此后刑事判决未作出认定和处理。北鹏公司要求返还，公安开始不同意，后来经过复议和国家赔偿诉讼，最高院赔偿委员会决定：公安厅返还扣押的 2000 万本息。

对于北鹏案的意义，最高院认为：毫不动摇鼓励、支持、引导非公有制经济发展，保证各种所有制经济依法同等受到法律保护，支持民营企业发展，激发各类市场主体活力，是党的十八大和十九大报告提出的关于加快完善社会主义市场经济体制的重要内容。依法保护产权，应当历史、辩证地看待企业特别是民营企业发展中的不规范行为。严格规范涉案财产处置的法律程序，妥善处理历史形成的产权案件。北鹏案的圆满审结，生动展示了人民法院依法保护产权、平等对待各类市场主体的坚定决心和鲜明态度。

【案例二：返还违法扣押处分的案外人合法财产案】2018 年 12 月 04 日，最高院又发布了典型案例第二批。“天新公司国家赔偿案”中，四川高院赔偿委员会认为：检察院扣押该 161.20 万元资金系错误扣押案外人财产，应当在三日以内解除扣押、冻结，退还原主。检察院没有依照上述法律规定及时将扣押的上述资金退还天新公司，而是将 181.20 万元扣押资金按罚没款处理，全部缴纳至财政部门，处理不当。应将扣押、处分的 181.20 万元返还给天新公司，并支付相应的利息。

最高院指出，该案的意义在于：在刑事办案实践中，在处理企业家犯罪时混淆企业家个人财产和企业法人财产、企业家家庭成员合法财产的情况时有发生。《产权意见》对此明确要求：“进一步细化涉嫌违法的企业和人员财产处置规则，采取查封、扣押、冻结措施和处置案涉财物时，要依法严格区分个人财产和企业法人财产，对股东、企业经营管理者等自然人违法，在处置其个人财产时不任意牵连企业法人财产。”《最高人民法院关于充分发挥审判职能作用为企业家创新创业营造良好法治环境的通知》亦明确要求各级人民法院：“严格区分企业家违法所得和合法财产，没有充分证据证明为违法所得的，不得判决追缴或者责令退赔。”本案中，人民法院严格区分了企业家犯罪所得和企业经营管理的合法财产，依法纠正了检察机关在办案过程中对企业经营管理的合法财产的不当处理行为，充分将《产权意见》和最高人民法院上述司法政策落到实处，具有典型指引价值。

【案例三：超标查封拍卖财产，不审查异议人证据，执行异议裁定被依法撤销案】“李某飞、腾飞龙公司执行申诉案”中，最高院认为：案涉房屋在评估后又进行复工，执行房产的现状及价值前后发生巨大变化，申诉人据此向执行法院提起异议，请求中止拍卖，重新评估并解除超标的部分的查封，执行法院

驳回了申诉人的执行异议，有损害申诉人企业产权和其他合法权益之虞。法院对申诉人提出的相关证据材料未予审查，遗漏当事人请求。据此，最高院撤销了执行异议裁定和执行复议裁定，要求重新审查。

最高院指出，该案的意义在于，在人民法院审判执行过程中，对建筑物等财产超标的查封，不允许民营企业处分该超标的部分财产的行为，既不利于产权人充分发挥其财产价值，也侵害民营企业的合法权益。《产权意见》要求：“完善案涉财物保管、鉴定、估价、拍卖、变卖制度，做到公开公正和规范高效。”本案中案涉 328 套房屋被查封、评估后，案涉民营企业进行了复工，使查封的房屋实现了升值。申诉人据此事由向执行法院提起异议，请求中止拍卖，重新评估并解除超标的部分的查封，理据充分。最高人民法院裁定，本案由执行法院重新对申诉人提起的事由进行审查，并根据查封标的物市场价值重新评估，解除超标的查封部分。本案处理有利于推动和规范案涉财物鉴定、估价、拍卖等制度的完善，确保被执行人的合法权益不受侵害。本案的处理，对于在执行中针对确定被查封标的物价值的同类案件具有典型指引价值。

最高院领导同志在典型案例发布会上强调：“这些典型案例，既是人民法院保护产权和企业家合法权益的经验总结，更是全国法院保护产权和企业家合法权益工作的指引和参考”。

万万没想到，诉前证据保全的对象竟是人体生物样本！

2020-05-11 浦江天平

https://mp.weixin.qq.com/s/oD09U0ac-qaCu_my2JA07Q

以下文章来源于上海嘉定法院 ，作者孙延春

> 保全案件中，查封房产、车辆，冻结银行账户存款，这样的保全措施并不少见。令人意外的是，在一起申请诉前证据保全的案件中，要保全的对象竟然是生物样本！

近日，上海市嘉定区人民法院（以下简称上海嘉定法院）收到这样一起特殊的诉前保全申请。申请人为完成亲子关系鉴定的取样准备，请求对位于上海某医院留存的已故病人的细胞样本等进行证据保全。

> 因为病人已经去世，医院原本打算在近期对部分样本进行销毁。为维护申请人的合法权益，防止证据灭失，上海嘉定法院执行局法官唐震一行来到上海某医院进行诉前证据保全。

法官向医院送达了民事裁定书和协助执行通知书，医院代表签收上述法律文书，该起诉前保全顺利完成。据悉，这是上海嘉定法院成立以来的首起人体生物样本诉前保全案件。

谈起保全，大家首先想到的是财产保全，对于**证据保全**可能会比较陌生。下面小编就证据保全向大家说道说道。

1、什么是证据保全？

证据保全，是指为了防止证据灭失或以后难以取得，人民法院诉讼前或者对证据材料进行调查前，根据利害关系人、当事人的申请或者依职权采取措施，对案件有证明意义的证明材料予以提取、保存或者封存的制度。

2、证据保全的目的？

证据保全的目的在于事先防范，使证据经由法院的调查固定，从而避免因情势变化、物理上的变化等原因或者其他意外情况的出现而发生灭失或者无法使用的情况。

3、申请证据保全的条件？

2012 年民事诉讼法增加了诉前证据保全的规定。因此，从申请证据保全时间上的不同，可以将证据保全分为诉前证据保全和诉中证据保全。

	诉前证据保全		诉中证据保全
共性	采取查封、扣押等限制保全标的物使用、流通等保全措施，或者保全可能对证据持有人造成损失的，应当提供担保。担保的方式或者数额根据保全措施对证据持有人的影响、保全标的物的价值、争议的诉讼标的金额等因素综合确定。		
区别	基础要件	情况紧急，证据可能灭失或者以后难以取得。	证据可能灭失或者以后难以取得。
	主体要件	利害关系人（因案件尚未进入诉讼程序，故称为利害关系人，一般认为该利害关系人在提起诉讼后能够自动转为当事人）。	当事人
	时间要件	诉前证据保全后 **30 日内**必须起诉。	应当在**举证期限届满前**向人民法院提出。
	管辖法院	证据所在地、被申请人住所地或者对案件有管辖权的人民法院。	提起诉讼的人民法院。

注意：

（1）证据可能灭失，既可能是客观原因造成的，比如作为证据的物品由于自身原因可能腐烂、变质等；也可能是主观原因造成的，比如被申请人可能故意毁损证据材料等。证据以后难以取得，是指证据虽然不至于灭失，但如果不采取保全措施，将来获取它会遇到相当大的困难或者成本过高，比如证人即将出国定居，很长一段时间都不会回国等。

（2）若证据不存在可能灭失或者以后难以取得的风险，仅仅是当事人因客观原因不能取得证据，则不符合证据保全基础要件，应适用申请法院调查取证。

4、证据保全的形式要件？

申请证据保全应当以书面形式向法院申请，并写明以下事项。

1、需要保全证据的基本情况，包括证据的种类、形式、证据存放地点、证据持有人情况等。

2、申请保全的理由，需向法院说明证据可能灭失或者以后难以取得，以及保全的证据与待证事实之间在形式上的关联。

3、采取何种保全措施。

注意：

此处仅要求保全的证据与待证事实之间存在形式上的关联，不要求实质上的关联，因为实质上的关联是证据实质审查的问题，并不在人民法院审查证据保全申请的考虑之内。

来源 | 上海市嘉定区人民法院
文字 | 孙延春
照片 | 孟飞、王慧君
责任编辑 | 邱悦

沈阳中院裁判：律师有权向派出所查询被起诉人个人信息
——吴云涛律师诉沈水湾派出所不履行协助调查法定职责案

2020-05-11 行政法
https://mp.weixin.qq.com/s/6QfwS5IjhfRoFYP4PFYTdQ

【裁判要旨】

1. 公安派出所具有主管户口登记工作的法定职责

根据《户口登记条例》第三条的规定，公安派出所作为县级公安机关的派出机构，具有主管其辖区内户口登记工作的法定职责。

2. 受委托律师可以向有关单位或个人调查与承办法律事务有关的情况

《律师法》第三十五条第二款规定："受委托律师自行调查取证的，凭律师执业证书和律师事务所证明，可以向有关单位或者个人调查与承办的法律事务有关的情况。"受委托律师凭律师执业证书和律师事务所证明，可以向有关单位或者个人调查与承办法律事务有关的情况。

3. 被起诉人个人信息属于调查与受委托律师承办法律事务有关的情况

公民信息，是指以电子或其他方式记录能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人身份的或者反映特定自然人活动情况的个人信息，包括姓名、身份证件号码、通信通讯联系方式、住址等。受委托律师向公安派出所调查其受委托案件的被起诉人的人口信息，属于调查与其承办法律事务有关的情况。

4. 公安派出所依法提供有关公民人口信息不属泄露个人信息

公安派出所依《律师法》规定向符合条件的律师提供与其承办法律事务有关的公民人口信息的行为，不属于泄露公民个人信息。公安派出所在查询时可以告知查询律师应承担的责任及义务。受委托律师对所查询的公民人口信息应当依法合理使用于所承办的法律事务，不得泄露有关人员的隐私，否则应自行承担相应的法律责任。

【裁判文书】

辽宁省沈阳市中级人民法院
行 政 判 决 书

（2019）辽 01 行终 743 号

上诉人（原审被告）：沈阳市公安局和平分局沈水湾派出所，住所地沈阳市和平区长白街 296 号。

法定代表人：徐宝伟，该派出所所长。

委托代理人：蒋笑天，该派出所工作人员。

委托代理人：成凯，该派出所工作人员。

被上诉人（原审原告）：吴云涛，男，汉族，辽宁盛恒律师事务所律师。

上诉人沈阳市公安局和平分局沈水湾派出所（以下简称沈水湾派出所）因不履行协助调查法定职责一案，不服沈阳市沈河区人民法院（2018）辽 0103 行初 460 号行政判决，向本院提起上诉。本院依法组成合议庭，对本案进行了审理，现已审理终结。

原审法院审理查明，原告吴云涛系辽宁省盛恒律师事务所律师。2018 年 10 月 16 日，原告持律师调查专用介绍信、律师证、授权委托书，向被告沈水湾派出所工作人员查询高 XX、高 XX、张 X 的个

人信息。被告工作人员拒绝了原告的查询申请。原告于同年 11 月 6 日诉至法院，要求判令被告履行协助原告调取高 XX、高 XX、张 X 的个人信息的法定职责，并赔偿因其行政不作为给原告造成的经济损失 10,000 元。

原审法院认为，根据《中华人民共和国户口登记条例》第三条的规定，被告作为区级公安机关的派出机构，主管其辖区内户口登记工作。本案的争议焦点为，被告拒绝向原告提供公民信息是否符合法律规定。《中华人民共和国律师法》第三十五条第二款规定："受委托律师自行调查取证的，凭律师执业证书和律师事务所证明，可以向有关单位或者个人调查与承办的法律事务有关的情况。"根据上述法律规定，受委托律师凭律师执业证书和律师事务所证明，可以向有关单位或者个人调查与承办的法律事务有关的情况。本案中，被告提出公民信息不是原告所承办法律事务的有关情况的主张。原审法院认为，公民信息是指以电子或其他方式记录能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人身份的或者反映特定自然人活动情况的个人信息，包括姓名、身份证件号码、通信通讯联系方式、住址等。而本案原告申请调查时，向被告提供了调查专用介绍信、律师证、授权委托书等材料，能够证明原告作为律师，接受委托人的委托，并经律师事务所的指派，向被告调查其受委托案件的被起诉人的个人信息，属于调查与其承办法律事务有关的情况。故对被告提出的该主张，不予支持。关于被告提出公民信息保护已被列为刑法调节范围，被告无权将个人信息泄露给他人的主张。原审法院认为，依法向有关单位或个人提供公民信息，不属于泄露公民个人信息行为。被告不能以此为由拒绝为申请人提供公民个人信息。若获得公民信息的有关单位或个人将公民个人信息泄露给他人，应自行承担相应的法律责任，故对被告提出的该主张，不予支持。综上所述，原告提供了调查所需证明材料，向被告申请调查公民信息，符合法律规定。被告拒绝为原告提供公民信息的行为，属于行政不作为。故原审法院对原告要求被告履行法定职责的诉讼请求予以支持。对于原告提出的赔偿请求，因被告的不作为行为可以纠正，原告主张的经济损失目前没有实际发生，且与被告的不作为行为也不具有因果关系，故原告的赔偿请求无事实及法律依据，不予支持。依照《中华人民共和国行政诉讼法》第七十二条、《最高人民法院关于审理行政赔偿案件若干问题的规定》第三十三条的规定，原审法院判决：一、被告沈阳市公安局和平分局沈水湾派出所于本判决生效之日起十日内，对原告吴云涛申请调查高 XX、高 XX、张 X 的个人信息履行法定职责；二、驳回原告吴云涛的赔偿请求。诉讼费 50 元，由被告沈阳市公安局和平分局沈水湾派出所承担。

上诉人沈水湾派出所上诉称，原审适用法律为《律师法》第三十五条第二款，该法条明确规定律师的行为为调查取证，内容为与承办法律事务有关的情况。公民信息属于个人隐私受法律保护，不属于证据及事务相关，且该法条规定的是律师的权利，并未规定被调取单位及个人的义务。吴云涛调取的信息未经被收集者同意，故还需要法院相关调查手续。请求本院撤销一审判决，判令被上诉人承担诉讼费。

被上诉人吴云涛提交答辩状辩称，被上诉人向上诉人调查其受委托案件的当事人的个人信息，属于调查与其承办案件法律事务有关的信息，被上诉人以律师身份申请调取公民个人信息，不属于行政法中公民申请政府信息公开行为。原审判决认定事实清楚，适用法律适当，请求二审法院维持原判。

原审被告未向原审法院提供证据。

原审原告向原审法院提交的证据有：1、原告身份信息，证明原告个人信息；2、律师证；3、律师调查取证专用介绍信；4、授权委托书，2-4 号证据证明原告按照律师法提交材料调取信息；5、照片，证明被告拒绝给原告出具查询信息；6、录音，证明被告、督查以及申控部门均称律师不是机关不是单位，不能调取信息；7、民心网截图，证明被告拒绝原告查询个人信息；8、委托合同，证明原

告受当事人委托，签订委托合同，但因被告拒绝给原告出具信息，只能解除委托合同，只能退费。

原审经庭审质证，对原告提供的 1-4 号证据，可以证明原告向被告申请履行法定协助调查职责并提供了相关材料，予以采信；原告提供的 5-8 号证据，被告对其真实性没有异议，对其真实性予以确认。

经审查本院认定，原审对证据的认证正确。

本院经审理查明的事实与一审判决认定的事实一致，本院予以确认。

本院认为，《中华人民共和国律师法》第三十五条第二款规定："受委托律师自行调查取证的，凭律师执业证书和律师事务所证明，可以向有关单位或者个人调查与承办的法律事务有关的情况。"本案中，被上诉人申请调查时，向上诉人提供了调查专用介绍信、律师证、授权委托书等材料，能够证明原告作为律师，接受委托人的委托，并经律师事务所的指派，向上诉人调查其受委托案件的被起诉人的人口信息，属于调查与其承办法律事务有关的情况。上诉人根据上述法律规定，应向被上诉人提供包括被查询人的姓名、性别、民族、出生日期、常住户口所在地址、公民身份号码等信息。关于上诉人提出向被上诉人提供公民人口信息属于泄露公民个人信息的问题。本院认为，上诉人依《律师法》的规定，向符合条件的律师提供与其承办法律事务有关的公民人口信息的行为，不属于泄露公民个人信息。上诉人在查询时可以告知查询律师应承担的责任及义务。被上诉人对所查询的公民人口信息应当依法合理使用于所承办的法律事务，不得泄露有关人员的隐私，否则应自行承担相应的法律责任。综上，原审法院判决上诉人对被上诉人的申请履行法定职责并无不当，本院予以维持。

综上，原审判决事实清楚、适用法律正确，应予维持。依照《中华人民共和国行政诉讼法》第八十九条第一款第（一）项的规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审诉讼费 50 元，由上诉人沈阳市公安局和平分局沈水湾派出所负担。

本判决为终审判决。

审判长　龙国华
审判员　董　楠
审判员　吴　锡
二〇一九年八月二十九日
法官助理　李政谦
书记员　刘思宇

本案判决所依据的相关法律

《中华人民共和国行政诉讼法》第八十九条"人民法院审理上诉案件，按照下列情形，分别处理：

（一）原判决、裁定认定事实清楚，适用法律、法规正确的，判决或者裁定驳回上诉，维持原判决、裁定"。

最高法发布弘扬社会主义核心价值观十大典型民事案例

2020-05-13 最高人民法院

https://mp.weixin.qq.com/s/PX3MK5OaDtoaYKUfSOlgag

5 月 13 日，最高人民法院举行新闻发布会，发布人民法院大力弘扬社会主义核心价值观十大典型民事案例。最高人民法院民一庭庭长郑学林、最高人民法院民一庭副庭长刘敏、最高人民法院民一庭审判员潘杰出席发布会并介绍相关情况。最高人民法院新闻发言人李广宇主持发布会。

社会主义核心价值观是社会主义核心价值体系的内核，是社会主义法治建设的灵魂。把社会主义核心价值观融入法治建设，是坚持依法治国和以德治国相结合的必然要求，是加强社会主义核心价值观的重要途径。党的十八大以来，习近平总书记多次就培育和践行社会主义核心价值观作出重要论述、提出明确要求。习近平总书记指出，核心价值观承载着一个民族、一个国家的精神追求，体现着一个社会评判是非曲直的价值标准。构建具有强大感召力的核心价值观，关系社会和谐稳定，关系国家长治久安。要在全社会大力弘扬和践行社会主义核心价值观，使之像空气一样无处不在、无时不有，成为全体人民的共同价值追求，成为我们生而为中国人的独特精神支柱，成为百姓日用而不觉的行为准则……人民法院作为国家审判机关，担负着执法办案、定分止争、惩恶扬善、维护正义的神圣使命，用司法公正引领社会公正，是人民法院义不容辞的职责使命。

五年来，最高人民法院党组深入学习、坚决贯彻落实党中央决策部署和习近平总书记关于培育和践行社会主义核心价值观的重要论述，始终坚持将司法为民、公正司法与大力弘扬社会主义核心价值观有机结合，十分注重在司法裁判中体现鲜明价值导向，使符合社会主义核心价值观的行为得到倡导和鼓励，违背社会主义核心价值观的行为受到制约和惩处，以公正裁判树立行为规则，引领社会新风尚，促进人民在理想信念、价值理念、道德观念上紧紧团结在一起，为推动法治中国、平安中国建设和发展发挥有力司法服务和保障作用。

一是狠抓制度建设，确保工作实效。2015 年 10 月 12 日，最高人民法院发布《关于在人民法院工作中培育和践行社会主义核心价值观的若干意见》，要求各级人民法院必须始终坚持党的领导，以人民法院的全部工作承担起倡导社会主义核心价值观的责任。该意见以努力实现富强、民主、文明、和谐的价值目标，努力追求自由、平等、公正、法治的价值取向，努力践行爱国、敬业、诚信、友善的价值准则为主要内容，涵盖了人民法院培育和践行社会主义核心价值观的指导思想、基本原则和目标任务等方面的内容，对全国各级人民法院开展社会主义核心价值观建设进行了系统全面部署。2018 年 9 月 18 日，为贯彻落实中央关于社会主义核心价值观融入法治建设的要求，最高人民法院制定发布了《关于在司法解释中全面贯彻社会主义核心价值观的工作规划（2018-2023）》，《规划》明确要以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，坚持全面依法治国，坚持社会主义核心价值体系，坚持党的领导、司法为民，坚持问题导向、价值引领、统筹推进等五项原则，把社会主义核心价值观融入司法解释立项、起草、论证、修改、补充、废止等各项工作中，确保司法解释导向鲜明、要求明确、措施有力，为全面依法治国提供坚实制度保障。《规划》为做好司法解释工作提供了价值指引。

二是精准对接立法，科学对下指导。《中华人民共和国民法总则》立足中国国情，明确了弘扬社会主义核心价值观的立法宗旨。最高人民法院于 2017 年 4 月 20 日下发《关于认真学习和贯彻<中华人民共和国民法总则>的通知》，要求各级人民法院应当通过审判和执行活动，以案讲法，并注意通过多种形式，广泛宣传民法总则及颁布施行的重要意义，大力弘扬社会主义核心价值观。《通知》将弘扬社会主义核心价值观与民法总则的宣传学习有机结合，对宣传民法精神以及指导司法审判实践

起到积极作用。2018 年 4 月 27 日，《中华人民共和国英雄烈士保护法》经全国人大常委会审议通过，英烈保护法是为加强对英雄烈士的保护，维护社会公共利益，传承和弘扬英雄烈士精神、爱国主义精神制定的一部重要法律。2018 年 5 月 8 日，最高人民法院迅速下发通知，要求各级人民法院认真学习宣传贯彻《中华人民共和国英雄烈士保护法》，加强对英雄烈士的全面保护，依法惩处侵害英雄烈士权益、亵渎英雄烈士形象等违法行为。2019 年 12 月 1 日，新修订的《中华人民共和国药品管理法》和颁布的《中华人民共和国疫苗管理法》正式施行，这两部法律坚持以人民健康为中心，致力于解决不适应人民群众健康需求、阻碍医药事业发展的突出问题，其颁布实施具有里程碑意义。为实现良法善治，最高人民法院于 2019 年 12 月 12 日及时下发《关于认真做好<中华人民共和国疫苗管理法>><中华人民共和国药品管理法>（修订）学习贯彻工作的通知》，要求各级人民法院密切联系审判工作实际，严格落实“四个最严”要求，依法严厉打击疫苗、药品违法犯罪行为，强化行政审判对行政执法的监督规范，正确适用民事赔偿首付责任制、惩罚性赔偿等制度严厉制裁生产者、经营者的违法违规行为，充分维护消费者合法权益，切实保障人民健康。上述举措，传递了以司法手段维护和弘扬社会主义核心价值观的鲜明价值导向，体现了司法与立法的良性互动。

三是强化示范引领，弘扬良好风尚。2016 年 3 月 8 日和 8 月 22 日，最高人民法院先后发布两批弘扬社会主义核心价值观的典型案例，这些案例涵盖民事、行政、刑事审判及执行领域，内容涉及家庭美德、社会公德、公序良俗、友善互助、诚实信用、环境保护等各个方面，通过这些典型案例的释法说理弘扬真善美、鞭笞假丑恶，引起良好社会反响。2016 年 10 月 19 日，即在英烈保护法制定之前，最高人民法院以案例指导方式聚焦英烈权益保护，发布人民法院依法保护英雄人物合法权益的 5 个典型案例，对诋毁、侮辱、诽谤英雄人物人格，丑化英雄人物形象的行为进行有效遏制，积极引导社会公众崇尚英雄、捍卫英雄、学习英雄、关爱英雄，获得广大群众一致称赞。

社会主义核心价值观与中华民族优秀传统文化同符合契，与民法的平等、诚信、公序良俗等原则息息相通。人民法院的传统民事审判，相较其他类型的审判工作，更加强调诚实信用原则的适用，更加重视个案中的社会伦理评价，更加注重实质公平与追求和谐。因此，民事审判工作是培育和践行社会主义核心价值观的重要阵地。新时期，面对世界范围思想文化交流交融交锋形势下价值观较量的新态势，面对改革开放和发展社会主义市场经济条件下思想意识多元多样多变的新特点，民事审判工作在多元价值评判、复杂利益平衡以及核心价值观培育、引领、践行等方面面临不小的挑战。全国各级人民法院坚守“公正司法、司法为民”的初心使命，不断提升审判工作质效和司法服务水平，在民事审判领域充分发挥“用司法公正引领社会公正”的职能作用，涌现出许多弘扬社会主义核心价值观的优秀案例。此次发布的 10 件大力弘扬社会主义核心价值观典型民事案例，是 2018 年以来发生法律效力的、广受社会关注和舆论赞誉的生动案例，分别从英烈保护、见义勇为、公序良俗、诚信友善、孝老爱亲等不同方面体现和弘扬了社会主义核心价值观的目标、导向和准则，以小案例讲述大道理，引领时代新风尚。

2020 年是全面建成小康社会和“十三五”规划收官之年，人民法院继续做好社会主义核心价值观建设意义重大。各级人民法院将深入贯彻落实党的十九大和十九届二中、三中、四中全会以及中央政法工作会议精神，以习近平新时代中国特色社会主义思想武装头脑、指导实践、推动工作，持之以恒、久久为功，通过公正高效权威的司法裁判，教育引导社会公众增强对社会主义核心价值观的内心认同，让崇尚和践行社会主义核心价值观成为人

民群众的自觉行动和全体社会的良好风尚，为实现经济持续健康发展和社会大局稳定，推动建设更高水平的平安中国和法治中国，全面建成小康社会，提供有力司法服务和保障。

人民法院
大力弘扬社会主义核心价值观
十大典型民事案例

1. 董存瑞、黄继光英雄烈士名誉权纠纷公益诉讼案
2. 淮安谢勇烈士名誉权纠纷公益诉讼案
3. 村民私自上树摘果坠亡索赔案
4. 撞伤儿童离开被阻猝死索赔案
5. 微信群发表不当言论名誉侵权案
6. “暗刷流量”合同无效案
7. 开发商“自我举报”无证卖房毁约案
8. 吃“霸王餐”逃跑摔伤反向餐馆索赔案
9. 自愿赡养老人继承遗产案
10. 困境儿童指定监护人案

案例一

董存瑞、黄继光英雄烈士名誉权纠纷公益诉讼案
——杭州市西湖区人民检察院诉瞿某某侵害烈士名誉权公益诉讼案

核心价值：革命英烈保护

一、基本案情

瞿某某在其经营的网络店铺中出售两款贴画，一款印有“董存瑞舍身炸碉堡”形象及显著文字“连长 你骗我！两面都有胶！！”，另一款印有“黄继光舍身堵机枪口”形象及显著文字“为了妹子，哥愿意往火坑跳！”。杭州市某居民在该店购买了上述印有董存瑞、黄继光宣传形象及配文的贴画后，认为案涉网店经营者侵害了董存瑞、黄继光的名誉并伤害了其爱国情感，遂向杭州市西湖区检察院举报。

西湖区检察院发布公告通知董存瑞、黄继光近亲属提起民事诉讼。公告期满后，无符合条件的原告起诉，西湖区检察院遂向杭州互联网法院提起民事公益诉讼。

二、 裁判结果

杭州互联网法院认为，英雄烈士是国家的精神坐标，是民族的不朽脊梁。英雄烈士董存瑞在“解放战争”中舍身炸碉堡，英雄烈士黄继光在“抗美援朝”战争中舍身堵枪眼，用鲜血和生命谱写了惊天动地的壮歌，体现了崇高的革命气节和伟大的爱国精神，是社会主义核心价值观的重要体现。任何人都不得歪曲、丑化、亵渎、否定英雄烈士的事迹和精神。被告瞿某某作为中华人民共和国公民，应当崇尚、铭记、学习、捍卫英雄烈士，不得侮辱、诽谤英雄烈士的名誉。其通过网络平台销售亵渎英雄烈士形象贴画的行为，已对英雄烈士名誉造成贬损，且主观上属明知，构成对董存瑞、黄继光的名誉侵权。同时，被告瞿某某多年从事网店销售活动，应知图片一经发布即可能被不特定人群查看，商品一经上线便可能扩散到全国各地，但其仍然在网络平台发布、销售上述贴画，造成了恶劣的社会影响，损害了社会公共利益，依法应当承担民事法律责任。该院判决瞿某某立即停止侵害英雄烈士董存瑞、黄继光名誉权的行为，即销毁库存、不得再继续销售案涉贴画，并于判决生效之日起十日内在国家级媒体公开赔礼道歉、消除影响。

三、典型意义

董存瑞、黄继光等英雄烈士的事迹和精神是中华民族共同的历史记忆和宝贵的精神财富。对英烈事迹的亵渎，不仅侵害了英烈本人的名誉权，给英烈亲属造成精神痛苦，也伤害了社会公众的民族和历史感情，损害了社会公共利益。互联网名誉侵权案件具有传播速度快、社会影响大等特点，该两案系全国首次通过互联网审理涉英烈保护民事公益诉讼案件，明确侵权结果发生地法院对互联网民事

公益诉讼案件具有管辖权，有利于高效、精准打击利用互联网侵害英雄烈士权益不法行为，为网络空间注入尊崇英雄、热爱英雄、景仰英雄的法治能量。

案例二

淮安谢勇烈士名誉权纠纷公益诉讼案
——淮安市人民检察院诉曾某侵害烈士名誉权公益诉讼案

核心价值：当代英烈保护

一、基本案情

江苏省淮安某小区一高层住宅发生火灾，消防战士谢勇在解救被困群众时坠楼壮烈牺牲，公安部和江苏省有关部门追认谢勇同志“革命烈士”称号，追记一等功以及追授谢勇“灭火救援勇士”荣誉称号。被告曾某对谢勇烈士救火牺牲一事在微信群中公然发表“不死是狗熊，死了就是英雄”“自己操作失误掉下来死了能怪谁，真不知道部队平时是怎么训练的”“别说拘留、坐牢我多（都）不怕”等侮辱性言论，歪曲烈士谢勇英勇牺牲的事实。谢勇的近亲属表示对曾某的侵权行为不提起民事诉讼，并支持检察机关提起诉讼追究曾某侵权责任。江苏省淮安市人民检察院遂向淮安市中级人民法院提起民事公益诉讼，请求判令曾某通过媒体公开赔礼道歉、消除影响。

二、裁判结果

淮安市中级人民法院认为，英烈精神是弘扬社会主义核心价值观和爱国主义精神的体现，全社会都应当认识到对英雄烈士合法权益保护的重要意义，有责任维护英雄烈士的名誉和荣誉等民事权益。本案中，被告曾某利用微信群，发表带有侮辱性质的不实言论，歪曲烈士谢勇英勇牺牲的事实。因该微信群成员较多且易于传播，被告的此种行为对谢勇烈士不畏艰难、不惧牺牲、无私奉献的精神造成了负面影响，已经超出了言论自由的范畴，构成了对谢勇烈士名誉的侵害。网络不是法外之地，任何人不得肆意歪曲、亵渎英雄事迹和精神。诋毁烈士形象是对社会公德的严重挑战，被告曾某的行为侵犯社会公共利益，该院判令曾某应当在当地地级市一级报纸上公开赔礼道歉。

三、典型意义

本案是《中华人民共和国英雄烈士保护法》实施后全国首例适用该法进行审判的案件，是以检察机关提起公益诉讼方式保护当代消防英烈名誉、维护社会公共利益的典型案例。本案中，谢勇烈士的英雄事迹和精神为国家所褒扬，成为全社会、全民族宝贵的精神遗产，其名誉、荣誉等人格权益已经上升为社会公共利益，不容亵渎。曾某利用成员众多、易于传播的微信群，故意发表带有侮辱性质的不实言论，歪曲烈士谢勇英勇牺牲的事实，诋毁烈士形象，已经超出了言论自由的范畴，侵害了谢勇烈士人格权益和社会公共利益，应承担相应的法律责任。本案裁判顺应时代要求，回应民众呼声，通过释法说理匡扶正义，传播社会正能量，弘扬时代主旋律，对营造崇尚英烈、敬重英烈、捍卫英烈精神的社会环境以及引导公众树立正确的历史观、民族观、文化观，起到积极作用。

案例 三

村民私自上树摘果坠亡索赔案
——李某某等人诉某村委会违反安全保障义务责任纠纷案

核心价值：公序良俗、文明出行

一、基本案情

案涉某村为国家 3A 级旅游景区，不收门票，该村内河堤旁边栽种有杨梅树，该村村委会系杨梅树的所有人。杨梅树仅为观赏用途，该村委会未向村民或游客提供杨梅采摘旅游项目。吴某某系该村村民，其私自上树采摘杨梅不慎从树上跌落受伤。

随后，该村委会主任拨打 120 救助，在急救车到来之前又有村民将吴某某送往市区医院治疗，吴某某于摔倒当日抢救无效死亡。吴某某子女李某某等人以某村委会未尽安全保障义务为由起诉该村委会承担赔偿责任共计 60 余万元。

二、裁判结果

广州市中级人民法院再审认为，安全保障义务内容的确定应限于管理人的管理和控制能力范围之内。案涉景区属于开放式景区，未向村民或游客提供采摘杨梅的旅游项目，杨梅树本身并无安全隐患，若要求某村委会对景区内的所有树木加以围蔽、设置警示标志或采取其他防护措施，显然超过善良管理人的注意标准。吴某某作为完全民事行为能力的成年人，应当充分预见攀爬杨梅树采摘杨梅的危险性，并自觉规避此类危险行为。吴某某私自爬树采摘杨梅，不仅违反了该村村规民约中关于村民要自觉维护村集体的各项财产利益的村民行为准则，也违反了爱护公物、文明出行的社会公德，有悖公序良俗。吴某某坠落受伤系其自身过失行为所致，某村委会难以预见并防止吴某某私自爬树可能产生的后果，不应认为某村委会未尽安全保障义务。事故发生后，某村委会亦未怠于组织救治。吴某某因私自爬树采摘杨梅不慎坠亡，后果令人痛惜，但某村委会对吴某某的死亡不存在过错，不应承担赔偿责任。

三、典型意义

本案是人民法院依职权再审改判不文明出行人自行承担损害后果的案件。再审判决旗帜鲜明地表明，司法可以同情弱者，但对于违背社会公德和公序良俗的行为不予鼓励、不予保护，如果“谁闹谁有理”“谁伤谁有理”，则公民共建文明社会的道德责任感将受到打击，长此以往，社会的道德水准将大打折扣。本案再审判决明确对吴某某的不文明出行行为作出了否定性评价，改判吴某某对坠亡后果自行担责，倡导社会公众遵守规则、文明出行、爱护公物、保护环境，共建共享与新时代相匹配的社会文明，取得了良好的社会效果。

案例四

撞伤儿童离开被阻猝死索赔案
——刘某某、郭某丽、郭某双诉孙某、某物业公司生命权纠纷案

核心价值：助人为乐、友善共处

一、基本案情

郭某林在某小区骑自行车时将在小区内玩耍的五岁男童罗某某撞倒在地，造成罗某某右颌受伤出血。同为该小区居民的孙某见状后，马上找人联系罗某某家长，并告知郭某林应等待罗某某家长前来处理。郭某林称是罗某某撞了自己，欲先离开。因此，郭某林与孙某发生言语争执。孙某站在自行车前阻拦郭某林，不让郭某林离开。郭某林情绪激动，称此事应交由 110 处理，随后将自行车停好，并坐在石墩上等候，郭某林坐下后不到两分钟即倒地。孙某拨打 120 急救电话，医护人员赶到现场即对郭某林实施抢救。郭某林经抢救无效，因心脏骤停死亡。刘某某、郭某丽、郭某双作为郭某林的配偶及子女，起诉请求孙某及小区物业公司承担赔偿责任共计 40 余万元，并要求孙某赔礼道歉。

二、裁判结果

信阳市平桥区人民法院认为，孙某见到郭某林将罗某某撞倒在地后，让郭某林等待罗某某的家长前来处理相关事宜，其目的在于保护儿童利益，该行为符合常理，不仅不具有违法性，还具有正当性，应当给予肯定与支持。孙某与郭某林在事发前并不认识，孙某不知道郭某林身体健康状况，孙某在阻拦过程中虽与郭某林发生言语争执，但孙某的言语并不过激，其阻拦方式和内容均在正常限度之内，阻拦行为本身不会造成郭某林死亡的结果。在郭某林倒地后，孙某及时拨打 120 急救热线救助，郭某

林在抢救过程中因心脏骤停而不幸死亡，孙某的阻拦行为与郭某林的死亡结果不存在法律上的因果关系，孙某亦不存在过错，其不应承担侵权责任。

关于某物业公司应否承担责任的问题。郭某林与罗某某相撞的地点为小区居民休闲娱乐广场，该地点并不是行人及非机动车的专用通道，没有证据证明罗某某及其他人员在该地点进行休闲娱乐超过一定的限度，进而影响了正常通行和公共秩序。事故的发生原因并不是小区内正常通行受阻的结果，不能归咎于物业公司管理不善。在郭某林与孙某争执过程中，某物业公司保安人员前去相劝，履行了相应的管理职责。某物业公司对郭某林的死亡不存在过错，不应承担侵权责任。

三、典型意义

一段时期以来，“搀扶摔倒老人反被讹诈”等负面新闻屡屡见诸于媒体报道，公众良知不断受到拷问和挑战，引发了人们对社会道德滑坡的担心和忧虑。本案中，好心人孙某对侵害儿童权益的行为进行合理地阻止，不仅不具有违法性，反而具有正当性，值得肯定和鼓励。本案判决好心人不担责，向社会公众明确传递出法律保护善人善举的信号，消除了老百姓对助人为乐反而官司缠身的担心和顾虑，让“扶不扶”“救不救”等问题不再成为困扰社会的两难选择。本案裁判对弘扬诚信相待、友善共处、守望相助的社会主义核心价值观起到积极的宣传和引导作用。

案例五

微信群发表不当言论名誉侵权案
——某公司、黄某诉邵某名誉权纠纷案

核心价值：社会公德、文明交往

一、基本案情

某公司在某小区开有一家美容店，黄某系该公司股东兼任美容师，邵某系该小区业主，邵某因美容服务问题在美容店内与黄某发生口角。邵某利用其小区业主微信群群主的身份，在双方发生纠纷后多次在业主微信群中散布谣言，对某公司、黄某进行造谣、诽谤、污蔑、谩骂，并将黄某从业主群中移出，某公司因邵某的行为生意严重受损。为此，某公司、黄某向法院起诉请求邵某赔礼道歉、消除影响、恢复名誉，同时要求赔偿损失及精神抚慰金共计 3 万元。

二、裁判结果

北京市顺义区人民法院认为，公民、法人享有名誉权，公民、法人的人格尊严受法律保护，禁止用侮辱、诽谤等方式损害公民、法人的名誉。本案中，邵某在与黄某发生纠纷后，在双方共同居住的小区业主微信群中针对某公司、黄某发表言论并使用黄某照片作为配图，其对某公司、黄某使用了贬损性言辞，但其未提交证据证明其所发表涉案言论的客观真实性，造成不当言论的传播，邵某在主观上具有过错。网络信息传播迅速，从微信群中其他用户反映情况看，涉案言论确易引发对某公司经营的美容店的猜测和误解，导致对某公司、黄某的负面认识，造成原告社会评价降低，故邵某的行为侵犯了某公司和黄某的名誉权，邵某应当就此承担民事侵权责任。一审法院酌情支持了黄某要求赔礼道歉、赔偿精神损失以及某公司要求赔礼道歉、赔偿经济损失的主张。邵某不服一审判决，提起上诉。北京市第三中级人民法院终审判决驳回上诉，维持原判。

三、典型意义

在互联网+时代，微信虽为网络虚拟空间，但已成为与人们生活密不可分的交往工具。微信群、朋友圈不是法外之地，公民在微信群和朋友圈等网络空间同样需要遵守国家的法律法规，不能为所欲为、不加节制。在微信群、朋友圈中损毁他人名誉，构成网络名誉侵权，应承担相应的法律责任。本案对于规范公民网络空间行为、树立文明交往风尚、

构建良好网络社会秩序具有积极意义。

案例六

“暗刷流量”合同无效案
——常某某诉许某网络服务合同纠纷案

核心价值：诚实守信、网络秩序

一、基本案情

许某通过微信向常某某寻求“暗刷的流量资源”，双方协商后确认常某某为许某提供网络暗刷服务，许某共向常某某支付三次服务费共计一万余元。常某某认为，根据许某指定的第三方 CNZZ 后台数据统计，许某还应向常某某支付流量服务费 30743 元。许某以流量掺假、常某某提供的网络暗刷服务本身违反法律禁止性规定为由，主张常某某无权要求支付对价，不同意支付上述款项。常某某将许某诉至北京互联网法院，请求判令许某支付服务费 30743 元及利息。

二、裁判结果

北京互联网法院认为，“暗刷流量”的行为违反商业道德底线，使得同业竞争者的诚实劳动价值被减损，破坏正当的市场竞争秩序，侵害了不特定市场竞争者的利益，同时也会欺骗、误导网络用户选择与其预期不相符的网络产品，长此以往，会造成网络市场“劣币驱逐良币”的不良后果，最终减损广大网络用户的利益。常某某与许某之间“暗刷流量”的交易行为侵害广大不特定网络用户的利益，进而损害了社会公共利益、违背公序良俗，其行为应属绝对无效。

“暗刷流量”的交易无效，双方当事人不得基于合意行为获得其所期待的合同利益。虚假流量业已产生，如以互相返还的方式进行合同无效的处理，无异于纵容当事人通过非法行为获益，违背了任何人不得因违法行为获益的基本法理，故对双方希望通过分担合同收益的方式，来承担合同无效后果的主张，一审法院不予支持。常某某与许某在合同履行过程中的获利，应当予以收缴。一审法院判决驳回原告常某某要求许某支付服务费 30743 元及利息的诉讼请求；并作出决定书，收缴常某某、许某的非法获利。一审判决作出后，双方当事人均未提起上诉，一审判决已发生法律效力。

三、典型意义

此案是全国首例涉及“暗刷流量”虚增网站点击量的案件。网络产品的真实流量能够反映出网络产品的受欢迎度及质量优劣程度，流量成为网络用户选择网络产品的重要因素。“暗刷流量”的行为违反商业道德，违背诚实信用原则，对行业正常经营秩序以及消费者的合法权益均构成侵害，有损社会公共利益。本案对“暗刷流量”交易行为的效力予以否定性评价，并给予妥当的制裁和惩戒，对治理互联网领域内的乱象有积极推动作用。

案 例七

开发商“自我举报”无证卖房毁约案
——某房地产公司诉李某某确认合同无效案

核心价值：诚实守信、契约严守

一、基本案情

某房地产公司与李某某签订了商品房内部认购合同书，该认购合同约定了双方的名称、住所、房屋的基本情况、单价、总价款、付款方式、付款时间等内容。合同签订当日，李某某即向某房地产公司交纳全部购房款。其后，该房地产公司在案涉开发项目已经取得土地使用证、建设用地规划许可证、建设工程规划许可证与建筑工程施工许可证的情况下，以案涉房屋未取得商品房预售许可证为由，将李某某起诉至法院，请求确认双方签订的内部认购合同无效。

二、裁判结果

西安市中级人民法院认为，李某某在签订认购合同当日即支付了全额购房款，某房地产公司作为销售方的合同目的已经实现，但其不积极履行己方合同义务，在房地产市场出现价格大幅上涨的情况下提起本案诉讼主张合同无效，违背诚实信用原则。某房地产公司签约时未取得商品房预售许可证，虽然违反了商品房预售许可制度，但案涉楼盘在一审诉讼前已经取得了除预售许可证之外的“四证”，工程主体已经建成，在李某某上诉过程中，案涉楼盘也取得了商品房预售许可证，预售制度所欲避免的风险在本案中已经不存在。因此，该公司签约时未取得商品房预售许可证的事实，并不必然导致其签订认购合同的民事法律行为无效。该公司为获取超出合同预期的更大利益，违背合同约定，提起本案诉讼主张合同无效，显然与社会价值导向和公众认知相悖，人民法院不予支持。

三、典型意义

本案不因开发商签约时未取得商品房预售许可证而机械认定房屋认购合同无效，而是结合合同目的、合同履行、商品房预售制度的立法目的等因素，认定商品房预售制度所欲避免的风险在本案中已经不存在，开发商提起本案诉讼是为获取超出合同利益的恶意违约行为，故而对开发商违背诚信的行为给予否定性评价，依法保护了消费者合法权益，维护了房地产交易的稳定性，引导市场交易主体诚信经营、严守契约，是一份有温度、有力量的公正判决。

案例八

吃“霸王餐“逃跑摔伤反向餐馆索赔案
——马某诉佘某某、李某侵权责任纠纷案

核心价值：诚实守信

一、基本案情

佘某某、李某系夫妻关系，二人经营餐馆。马某等人在佘某某、李某经营的餐馆就餐，餐费约 260 元左右。李某因发现马某等人未结账即离开，于是沿路追赶。李某看到马某等人后，呼喊买单再走，马某等人遂分散走开，其中马某距离李某最近，李某便紧跟着马某，并拨打 110 报警。随后，佘某某赶到，与李某一起追赶马某，马某在逃跑过程中摔伤。经鉴定，马某损伤程度属轻伤二级，住院治疗产生医疗费等支出。马某遂诉至法院，请求判令佘某某、李某赔偿其因被追摔伤所造成的各项经济损失 4 万余元。

二、裁判结果

襄阳市中级人民法院认为，就餐后付款结账是完全民事行为能力人均应知晓的社会常理。马某等人就餐后未买单，也未告知餐馆经营人用餐费用怎么处理即离开饭店，属于吃“霸王餐”的不诚信行为，经营者李某要求马某等人付款的行为并无不当。佘某某、李某在发现马某等人逃跑后阻拦其离开，并让马某买单或者告知请客付款人的联系方式，属于正当的自助行为，不存在过错。马某在逃跑过程中因自身原因摔伤，与李某、佘某某恰当合理的自助行为之间并无直接因果关系，李某、佘某某不应对马某摔伤造成的损失承担赔偿责任。

三、典型意义

吃“霸王餐”是违反公序良俗的不文明行为，吃“霸王餐”后逃跑摔伤，反向餐馆索赔，不仅于法无据，更颠覆了社会公众的是非观。本案不支持“我伤我有理”“我闹我有理”，对吃“霸王餐”者无理的索赔请求不予支持，发挥了司法裁判匡扶正义，引领诚信、友善、文明的社会新风尚的积极作用。

案例九

自愿赡养老人继承遗产案
——高某翔诉高甲、高乙、高丙继承纠纷案

核心价值：中华孝道

一、基本案情

高某启与李某分别系高某翔的祖父母，高某翔没有工作，专职照顾高某启与李某生活直至二人去世，高某启与李某后事由高某翔出资办理。高某启与李某去世前立下代书遗嘱，主要内容为因高某翔照顾老人，二人去世后将居住的回迁房屋送给高某翔。高甲、高乙、高丙为高某启与李某的子女，案涉回迁房屋系高某启、李某与高甲交换房产所得。高甲、高乙、高丙认为案涉代书遗嘱的代书人是高某翔的妻子，且没有见证人在场，遗嘱无效。高某翔以上述三人为被告提起诉讼，请求确认高某启、李某所立案涉遗嘱合法有效，以及确认其因继承取得案涉回迁房屋的所有权。

二、裁判结果

鞍山市中级人民法院认为，高某翔提供的代书遗嘱因代书人是高某翔的妻子，在代书遗嘱时双方是恋爱关系，这种特殊亲密的关系与高某翔取得遗产存在身份和利益上的利害关系，属于《中华人民共和国继承法》（以下简称《继承法》）第十八条规定的禁止代书人，因此其代书行为不符合代书遗嘱的法定形式要求，应属无效。本案应当按照法定继承进行处理。高某翔虽然不是法定第一顺序继承人，但其自愿赡养高某启、李某并承担了丧葬费用，根据《继承法》第十四条的规定，继承人以外的对被继承人扶养较多的人，可以分配给他们适当的遗产，高某翔可以视为第一顺序继承人。

《继承法》第十四条所规定的“适当分配遗产”，是指与非继承人所行扶养行为相适应，和其他有赡养义务的继承人所尽赡养义务相比较的适当比例。高某翔虽没有赡养祖父母的法定义务，但其能专职侍奉生病的祖父母多年直至老人病故，使老人得以安享晚年，高某翔几乎尽到了对高某启、李某两位被继承人生养死葬的全部扶养行为，这正是良好社会道德风尚的具体体现，并足以让社会、家庭给予褒奖。而本案其他继承人有能力扶养老人，但仅是在老人患病期间轮流护理，与高某翔之后数年对患病老人的照顾相比，高甲、高乙、高丙的行为不能认为尽到了扶养义务。据此，高某翔有权获得与其巨大付出相适应的继承案涉回迁房屋的权利。

三、典型意义

遗产继承处理的不仅是当事人之间的财产关系，还关系到家庭伦理和社会道德风尚，继承人应当本着互谅互让、和睦团结的精神消除误会，积极修复亲情关系，共促良好家风。本案中，高某翔虽没有赡养祖父母的法定义务，但其能专职侍奉生病的祖父母多年直至老人病故，是良好社会道德风尚的具体体现，应当予以鼓励。本案裁判结合《继承法》的规定对高某翔的赡养行为给予高度肯定，确定了其作为非法定继承人享有第一顺位的继承权利，并结合其赡养行为对高某翔适当继承遗产的范围进行合理认定，实现了情理法的有机融合，弘扬了团结友爱、孝老爱亲的中华民族传统美德。

案例十

困境儿童指定监护人案
——柳州市儿童福利院申请确定监护人纠纷案

核心价值：未成年人保护

一、基本案情

绍某某自幼母亲下落不明，其满月后不久，便被其父绍某甲抱送至大姑母绍某乙家中抚养。2013 年，绍某甲、绍某乙的丈夫相继去世，而绍某乙患有严重眼疾且无固定生活来源，无法继续照顾绍某某，绍某某被安置在其小姑母绍某丙家中生活。然而，绍某丙无暇照看绍某某，无法保障绍某某读书、吃饭等生活成长的基本需求，导致绍某某长期处于流浪状态。2018 年 1 月，绍某某在政府等有关部门的帮助下进入柳州市救助站进行临时保护。2018 年 2 月，柳州市救助站以绍某某属困境儿童身份为

由，将其转移至柳州市儿童福利院生活至今。同年 8 月，柳州市民政局和儿童福利院、柳北区政府与绍某某所在街道社区多次协商后，书面确认由柳州市儿童福利院担任绍某某合法监护人，并向法院提交了指定监护人申请书。本案由柳州市柳北区政府督办，柳北区人民检察院支持起诉。

二、裁判结果

柳州市柳北区人民法院认为，对绍某某有监护资格的人员均已丧失监护能力或不愿意担任监护人，儿童福利院作为民政局下属的事业单位，对未成年人负有社会救助职责。为切实保障绍某某的合法权益，使其能在有合法监护人监护的情况下，尽快解决落户及正常上学等实际问题，该院依法判决，指定柳州市儿童福利院为绍某某的合法监护人。

三、典型意义

儿童是家庭的希望，是国家和民族的未来，确保儿童健康成长是全社会共同的责任。本案系广西壮族自治区首例由检察机关支持起诉的困境儿童指定监护人案件，审理法院从充分保护未成年人合法权益的角度出发，通过法律程序指定社会福利机构作为监护人，这是人民法院在家事审判改革中进行的有益探索和实践。该案判决依法保护了未成年人的合法权益，充分体现了司法的人文关怀。

来源：人民法院新闻传媒总社

摄影：胥立鑫 | 编辑：张瑾

最高人民法院公布 2020 年度司法研究重大课题

2020-05-13 最高人民法院 孙航

https://mp.weixin.qq.com/s/ISJ9vkw4hvjxmD9V-_13sw

5 月 12 日，最高人民法院公布 2020 年度司法研究重大课题，向全国各级人民法院和科研单位、高等院校、其他相关机构公开招标。

最高人民法院司法研究重大课题是由最高人民法院司法调研重大课题和审判理论课题整合而成的重大研究项目，是组织全国法院开展调查研究的重要平台，迄今已有 20 余年历史，在法学理论界和司法实务界具有广泛影响力。

在最高人民法院党组领导下，司法研究重大课题紧密围绕服务党和国家重大战略部署、服务深化司法责任制综合配套改革、服务审判执行工作，深刻把握中国特色社会主义新的历史方位，深入思考人民法院面临的新机遇新挑战，通过扎实开展司法理论和实务研究，为持续推动人民法院审判体系和审判能力现代化建设，不断推进中国特色社会主义法治体系发展完善做出新的贡献。

今年，最高人民法院在广泛征求意见和充分论证基础上，确定了 14 个司法研究重大课题，突出强调人民法院服务国家安全、社会稳定、经济发展、人民幸福、疫情防控等司法职能，涉及司法理论、司法政策、司法改革、法院建设和审判执行等多个领域。最高人民法院鼓励法学理论界与司法实务界联合申报，支持地方法院跨地区、跨级别联合申报，倡导以法院为主的跨行业联合申报，力求最大程度吸引理论界、实务界专业人士参与人民法院重大课题研究工作，确保形成高质量、高水平的研究成果。

最高人民法院 2020 年度司法研究重大课题题目及“课题招标公告”“申请书”可从最高人民法院网和中国法院网等官方网站下载。（记者 孙航）

最高人民法院
2020 年度司法研究重大课题
招标公告

根据党中央关于坚持全面依法治国、深化依法治国实践，加快建设社会主义法治国家和深化司法责任制综合配套改革、建设公正高效权威的社会主义司法制度的战略部署，结合当前人民法院工作实际，我院 2020 年度设立“新时代加强人民法院政治与文化建设研究”等 14 个司法研究重大课题，向各级人民法院、高等院校、科研机构、其他相关机构及其专业人员公开招标。现就有关事项公告如下：

一、指导原则

围绕学习贯彻习近平新时代中国特色社会主义思想和党的十九大及历次全会精神，紧扣我国社会主要矛盾变化，结合人民法院工作实际，研究新时代人民法院服务保障党和国家战略部署实施、深入推进司法体制综合配套改革、妥善应对司法实践新情况新问题、解决审判执行疑难复杂问题等方面对策。

二、申报条件

（一）申报 2020 年度司法研究重大课题，应当具备以下条件：

1. 在法学相关研究领域具有一定的科研优势或者较为丰富的实践经验；

2. 课题主持人原则上具有正高级专业技术职称或正处级以上行政职务；

3. 课题组所在单位具有完成课题所需的人、财、物保障条件；

4. 课题组成员数量为 3-8 人，并均具有较强研究能力；

5. 课题主持人及课题组成员具有完成课题的良好信誉，无违背学术道德和学术不端情形。

（二）申请人作为主持人只能申报一个课题。正在承担我院 2019 年度司法研究重大课题及已承担国家社科基金课题、中国法学会部级法学研究课题、最高人民检察院检察理论研究课题等中央部委批准的内容相同课题的，不接受本次申报。

（三）法学高等院校、科研机构、其他相关机构与人民法院联合申报或主持人所在单位有配套经费支持的，予以优先考虑。

三、经费保障

根据实际情况适当提供相应经费保障。

四、研究期限

1. 各课题组应当在收到最高人民法院立项通知之日起一年内完成课题研究。遇特殊情况需要延期的，须经批准。

2. 最高人民法院将结合各课题组研究计划、研究成果现实需求等情况，在通知立项时一并提出课题完成的具体期限。

五、申报事项

1. 申请人须如实填报《最高人民法院 2020 年度司法研究重大课题申请书》（电子版可以从本院官网和中国法院网中下载），并于 5 月 31 日前将申请书（一式 10 份）及申请人资格证明等申请材料寄送最高人民法院（申请书电子版请同时发送指定邮箱，标题设置为“申报课题名称+申请人”）。

2. 最高人民法院收到申请材料后将组织专家进行评标，确定中标单位后，将在人民法院报、官网、微博、微信公众号等媒体上公告。对未中标者，不再另行通知。

联 系 人：最高人民法院研究室张音

联系电话：（010）67557210

邮寄地址：北京市东城区东交民巷 27 号

邮编：100745

电子邮箱：zgfykt@163.com

附件：1.《最高人民法院 2020 年度司法研究重大课题及研究重点》

2.《最高人民法院 2020 年度司法研究重大课题申请书》

最高人民法院

2020 年 5 月 7 日

附件 1：

最高人民法院 2020 年度司法研究重大课题及研究重点

1. 新时代加强人民法院政治与文化建设研究

研究重点：研究梳理西方“宪政”“三权分立”“司法独立”等司法领域意识形态的典型错误观点和政治陷阱，总结分析各级法院政治建设和文化建设实践过程中存在的问题，完善人民法院坚持党对司法工作绝对领导、坚持中国特色社会主义法治道路的制度机制，创建以培育社会主义法治信仰为重点的法院文化建设的现实路径。

2. 为统筹推进疫情防控和经济社会发展提供司法服务保障研究

研究重点：人民法院在服务保障统筹推进新冠肺炎疫情防控和经济社会发展中的职能定位、司法理念、工作机制以及有益经验；疫情防控期间和后期有关热点难点法律问题；针对新情况新问题明确涉疫情案件司法标准和程序，保障疫情防控和复工复产在法治轨道上运行。

3. 妇女儿童老年人权益司法保护研究

研究重点：为老年人追索赡养费、农村留守儿童保护、追索抚养费等案件审判情况；家事审判改革面临的瓶颈和需要解决的问题；家事审判程序改革对妇女儿童老年人权益保护的影响。

4. 互联网司法治理能力现代化研究

研究重点：人民法院发挥审判职能作用，加强互联网条件下意识形态工作，完善社会主义核心价值观融入互联网审判工作机制，促进网络社会治理能力和国家治理能力现代化的重要意义、特点优势、理念原则、实践经验、工作局限及完善建议等。

5. 人民法院统一法律适用机制问题研究

研究重点：健全审判委员会工作机制，完善相关议事程序和议事规则；探索设置多层次多类型的专业法官会议，明确制度功能，完善工作机制；完善指导性案例工作机制，建立地方法院办案指导文件审查备案机制，避免不同地区办案标准的不合理差异。

6. 危害国家安全案件证据标准和诉讼程序研究

研究重点：危害国家安全罪名的构成要件及证明标准；办理危害国家安全案件的原则、总体要求、法律适用、证据收集与运用规则等；案件管辖范围，密级鉴定和情报鉴定的性质、标准和工作程序等问题；技术侦查措施获取的证据移送、使用以及缺席审判、适用认罪认罚从宽制度等程序问题。

7. 精神病鉴定与死刑适用问题研究

研究重点：死刑案件中精神病鉴定（含吸毒致幻案件的刑事责任能力鉴定）的现状及存在的问题；限制责任能力精神病人的死刑适用；完善精神病鉴定及死刑适用政策的建议。

8. 信息网络犯罪司法适用疑难问题研究

研究重点：当前信息网络犯罪的态势与特点；办理信息网络犯罪案件适用刑法、刑事诉讼法规定的具体难题与解决方案。关于信息网络犯罪的法律适用问题，主要包括网络犯罪黑灰产业链各个环节的罪名适用，窃取微信、支付宝余额的罪名定性，打码平台的刑事责任确定等问题，以及电子证据的审查运用、网络犯罪的管辖等程序问题。

9. 民法典适用问题研究

研究重点：就民事立法新旧衔接适用、民法典总则编规定的解释、《民通意见》及相关司法解释的废改、人格权法律适用以及民法典其他各编新增、重大修改条文，紧密结合立法原意、审判实践以及理论研究成果，进行系统梳理，提出可行性法律适用意见建议。

10. 营业信托纠纷案件审理中的法律问题研究

研究重点：明确信托合同的成立与生效要件，信托合同的有效与无效认定及其法律后果；依法可以作为信托财产的范围；股权作为信托财产时，信托公司的持股责任与公司一般股东信托责任的联系与区别；勤勉尽责受托人义务的司法认定标准以及受托人的赔偿责任范围。

11. 涉外知识产权纠纷中国司法管辖权问题研究

研究重点：探讨以禁诉令、反禁诉令以及当事人在我国提起确认之诉等手段，构建维护我国法院对涉外知识产权纠纷所享有的司法主权及保护当事人正当权益的机制。

12. 我国国际商事法庭运行机制研究

研究重点：我国国际商事法庭的设立背景和运行情况以及面临的问题和困难；域外国家国际商事法庭发展态势的比较研究；完善国际商事法庭运行机制的对策。

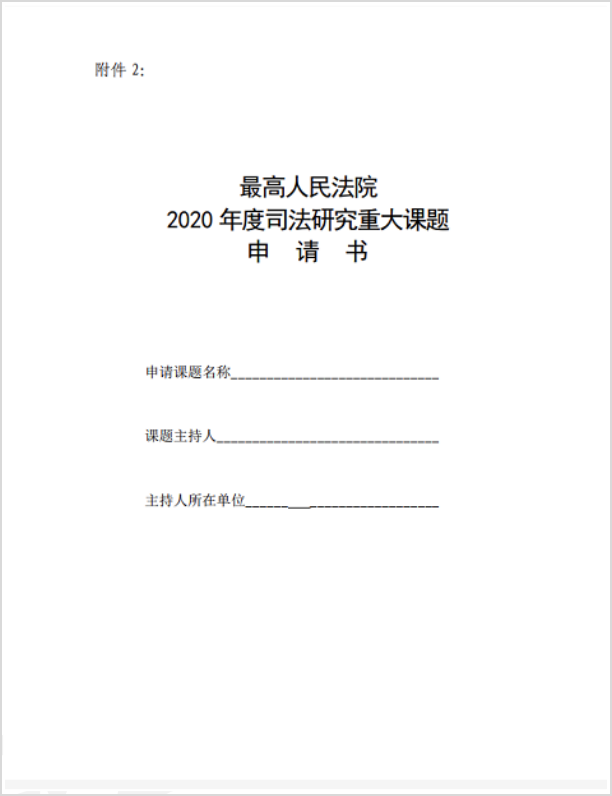
13. 行政争议诉源治理机制研究

研究重点：完善行政争议化解司法行政协作机制；坚持问题导向，探索涉诉行政争议应对、甄别、化解效率优化机制；强化诉外行政机关主导的争议化解机制。

14. 互联网时代电子诉讼规则研究

研究重点：电子诉讼的基本原则；线上立案、在线庭审、电子送达的条件、范围和方式；电子化材料的效力以及裁判生效标准等。

（以下申请书可点击文末“阅读原文”下载）



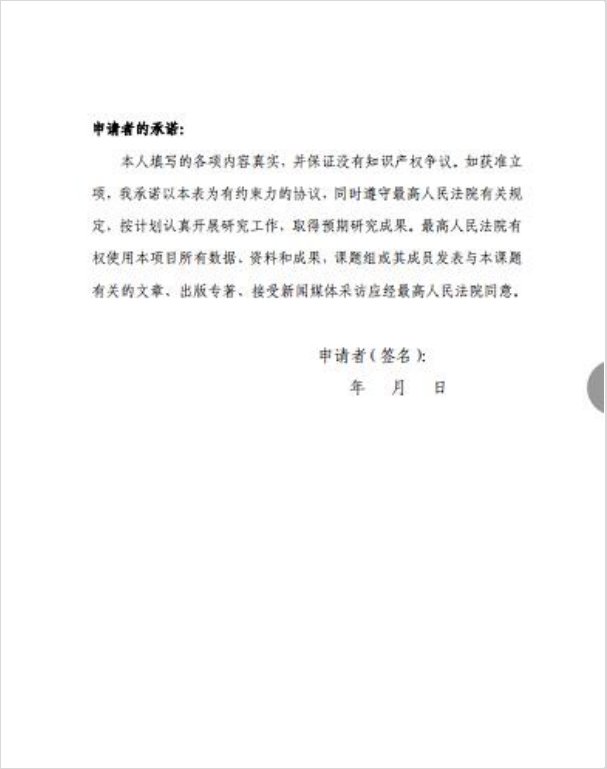
附件 2:

最高人民法院
2020 年度司法研究重大课题
申　请　书

申请课题名称_____

课题主持人_____

主持人所在单位_____



申请者的承诺：

本人填写的各项内容真实，并保证没有知识产权争议。如获准立项，我承诺以本表为有约束力的协议，同时遵守最高人民法院有关规定，按计划认真开展研究工作，取得预期研究成果。最高人民法院有权使用本项目所有数据、资料和成果，课题组成员发表与本课题有关的文章、出版专著、接受新闻媒体采访应经最高人民法院同意。

申请者（签名）：
年　月　日

填 表 说 明

工作单位——按单位公章填写全称。

主要参加者——不含课题申请人（主持人），一般不超过 8 人。

联系人——可以是课题参加者，也可以是其他相关人员，请**务必填写联系人手机号码。**

银行账户——必须真实、准确，和银行提供的情况一致。

一、基本情况表

课题名称								
主持人姓名		性别		民族		出生日期		
行政职务		专业职务				研究专长		
最后学历		最后学位				担任导师		
工作单位						联系电话和邮箱		
通讯地址						邮政编码		
参加人（原则不超过8人）	姓名	性别	出生年月	职务	研究专长	学历	工作单位	联系电话和邮箱
联系人					固定电话手机号码		传真	
					电子信箱			
申请经费（单位：万元）				预计完成时间				

二、课题研究基础

主持人承担省部级以上研究课题情况及完成情况				
课题来源类别	课题名称	主 持 人	立项时间	完成情况

（一）主持人近三年发表、出版的相关研究成果（以著作、期刊论文、会议论文等分类，并注明编著、出处、日期）

（限 400 字以内）

（二）其他课题参加人近三年与本课题有关的主要研究成果（以著作、期刊论文、会议论文等分类，并注明编著、出处、日期）

（限 400 字以内）

三、相关研究状况

1. 国内外有关本课题所涉主题和内容的研究综述。

2. 对已有相关代表性成果及观点的分析评价，可进一步探讨、发展或突破的空间。

（5000字以内）

四、研究总体框架和预期目标

1. 本课题研究拟定的总体思路、总体框架、研究路径以及拟解决的主要问题。
2. 本课题研究在解决实践问题、发展学术理论、促进学科建设等方面的预期目标。
3. 拟采用的具体研究方法、研究手段。

（限1500字以内）

五、研究计划

1. 本课题研究的实地调研方案、资料文献搜集整理方案、总体进度安排。
2. 主持人和核心成员的具体任务分工。
3. 主要阶段性成果和最终成果的名称、形式。

（500 字以内）

六、经费预算

类别	金额（万元）	开支细目
1. 资料费		
2. 数据采集费		
3. 差旅费		
4. 会议费		
5. 国际合作与交流费		
6. 设备费		
7. 专家咨询费		
8. 劳务费		
9. 印刷费		
10. 管理费		
11. 其他支出		
合计		
经费管理单位名称		
经费管理单位账号		

注：1.如有其他经费来源，请提供出资单位证明材料，附在本预算表之后。2.大型数据资料调查和境外调研经费须单独编制详细预算计划，附在本预算表之后。

七、单位审核意见

申请书所填内容属实，课题组主持人政治、业务素质适合承担本课题研究工作。本单位能为课题组提供完成课题所需的时间及相关条件，并愿意承担本课题组研究的管理任务和信誉保证。如果课题申请获得立项，本单位同意给付相应配套资金人民币（大写）_____万元。

课题主持人所在单位开户银行：

户名：

账号：

单位科研管理部门印章　　主持人所在单位公章

年　月　日　　年　月　日

来源：人民法院新闻传媒总社

编辑：张瑾

法院查封夫妻共有房屋的，能否拍卖配偶的财产份额?

2020-05-13 最高人民法院司法案例研究院
https://mp.weixin.qq.com/s/FMydSDNd_4Vs7rVpi0cZGA

刑事裁判涉财产部分执行中，法院有权查封夫妻共有房屋但拍卖应限于被执行人所有的财产份额并保护其配偶相关权益：

一、刑事裁判涉财产部分执行中，法院可以查封拍卖夫妻共有房屋但应通知被执行人的配偶，法院未依法送达执行通知的，该配偶可以提出执行异议。

二、配偶可在法院指定的期限内协议分割财产或提出析产诉讼。配偶提出析产诉讼的，法院应中止执行；配偶协议分割财产的，不得对抗法院对被执行人在夫妻共有财产中应享有部分的执行。

三、法院执行夫妻共有房屋应限于被执行人所有的财产份额，而不得执行其配偶应得的财产份额。若夫妻未约定共有房屋份额，亦未能提供购买该房屋出资额的相关证据，应视为等额享有，法院可以处置该房屋 50%的份额并应保障配偶的优先购买权。

案情简介

一、袁某某走私普通货物案生效刑事裁判：袁某某犯走私普通货物罪，判处有期徒刑五年六个月并处罚金人民币 60 万元。

二、本案执行过程中，珠海中院裁定查封了林某某与袁某某名下案涉房屋。同时通知林某某可对查封提出执行异议。林某某以案涉房产是其与袁某某共有财产，是家里的唯一一套住房等事由提出执行异议。珠海中院裁定驳回其异议请求。

三、2017 年 5 月 3 日，珠海中院作出执行通知并送达林某某，要求林某某与袁某某对该共有房产进行分割析产，逾期不分割的，该院将按袁某某对该房产享有 50%份额进行处理，并拍卖袁某某所有的份额。林某某提出异议但未到庭。

四、2017 年 11 月 7 日，珠海中院作出（2017）粤 04 执异 48 号执行裁定，驳回林某某异议。

五、2018 年 3 月 14 日，广东高院作出（2018）粤执复 8 号执行裁定，驳回林某某复议申请

法院判决

本院认为，本案争议焦点是珠海中院通知拍卖位于广州市海珠区英华街 xxx 号 xxxx 号房袁某某名下 50%房产份额的执行行为是否违反相关法律规定。

《最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》第十六条规定，人民法院办理刑事裁判涉财产部分执行案件，刑法、刑事诉讼法及有关司法解释没有相应规定的，参照适用民事执行的有关规定。《中华人民共和国民事诉讼法》第二百四十四条第一款规定，被执行人未按执行通知履行法律文书确定的义务，人民法院有权查封、扣押、冻结、拍卖、变卖被执行人应当履行义务部分的财产。但应当保留被执行人及其所扶养家属的生活必需品。本案中，被执行人袁某某未按珠海中院的执行通知履行法律文书确定的缴纳罚金义务，该院通知拟拍卖被执行人袁某某名下房产份额，符合上述法律规定。

本案涉案房产为袁某某、林某某共有的财产。《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》第十四条第一款规定，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。第二款规定，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。第三款规定，共有人提起财产诉

讼或者申请执行人代位提起财产诉讼的，人民法院应当准许，诉讼期间中止对该财产的执行。珠海中院在查封案涉房产后，多次通知林某某与袁某某所享有的权利及不及时行使权利的法律后果，但林某某并未在该院指定的期限内与袁某某协议分割财产，亦未提出析产诉讼。《中华人民共和国物权法》第一百零三条规定，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。第一百零四条规定，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。

本案中，袁某某、林某某夫妻并未约定份额，亦未能提供确定购买该房产出资额的相关证据，依法应视为等额享有。因此，珠海中院作出关于处置案涉房产 50%份额通知的执行行为，并无不当。

此外，珠海中院（2017）粤 04 执异 48 号执行裁定认为案涉房产建筑面积 92.2615 平方米，处置中保留林某某所享有的 50%份额足以保障林某某及其所扶养家属的居住权利，同时认为共有人林某某在同等条件下享有优先购买的权利，该处理适当，本院予以认可。

案件来源：《林某某、袁某某合同、无因管理、不当得利纠纷执行审查类执行裁定书》【广东省高级人民法院（2018）粤执复 8 号】

相关法律规定

《最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》【法释〔2014〕13 号】

第十六条 人民法院办理刑事裁判涉财产部分执行案件，刑法、刑事诉讼法及有关司法解释没有相应规定的，参照适用民事执行的有关规定。

《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》【法释〔2004〕15 号】

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。

《物权法》

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。

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。

延伸阅读

关于刑事裁判涉财产部分执行中，法院有权查封夫妻共有房屋但拍卖应限于被执行人所有的财产份额并保护其配偶权益及份额的相关问题，提供以下典型案例供读者参考。

01

裁判要旨

刑事裁判涉财产部分执行中，法院可以查封拍卖夫妻共有房屋但应通知被执行人的配偶，配偶可在法院指定的期限内协议分割财产或提出析产诉讼。法院未依法送达执行通知的，配偶可提出执行异议。

案例一

《郑某某、蔡某某执行审查类执行裁定书》

【广东省高级人民法院（2018）粤执复 30、31 号】

本院认为，复议申请人郑某某提出证据证明，涉案房产为蔡某某、郑某某夫妻共有财产。根据《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》第十四条第一款规定，广州中院可要求共有人在指定期限内协议分割财产或提起析产之诉，共有人蔡某某和郑某某应在该院指定的期限内协议分割财产，或提出析产诉讼。另，广州中院已在异议裁定中要求该院执行实施部门在后续执行中注意保护案外人郑某某的合法权益，该安排适当，本院予以认可。

关于广州中院作出（2017）粤 01 执 1819、1820 号执行通知书以及该通知书未及时送达给被执行人蔡某某是否违反法律规定的问题。复议申请人郑某某在复议申请书中提出："原审法院作出的(2017)粤 01 执 1819、1820 号《执行通知书》中拟强制处理涉案房产，变现所得款项将冲抵相应罚金及违法所得的执行行为明显与法律相违背""未将《执行通知书》送达给被申请人蔡某某属于严重的程序错误"，案外人郑某某在异议阶段未就上述执行行为提出异议，而在复议申请中提出该项复议理由，本院不予审查处理。如被执行人蔡某某认为广州中院作上述执行通知及该通知书的送达等执行行为违反有关法律规定，可以向该院提出执行异议。

02

裁判要旨

法院有权查封拍卖登记在被执行人名下的夫妻共有房屋，该配偶在刑事案件审理期间协议对该房屋进行财产分割的，不得对抗法院对被执行人在夫妻共有财产中应享有部分的执行。

案例二

《王某等刑事执行裁定书》

【北京市高级人民法院（2018）京执复 4 号】

本院认为，根据《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》第二条第一款之规定，对于登记在被执行人名下的不动产，人民法院可以查封。涉案房屋登记在被执行人赵某某名下，北京一中院查封该房屋，符合法律规定。根据查明事实，涉案房屋为王某、赵某某婚姻存续期间购买，根据法律规定该房屋属于王某、赵某某的共同财产，人民法院可以执行其中属于赵某某的部分。本案当事人在刑事案件审理期间离婚，双方协议对财产进行分割，该协议不得对抗法院对被执行人在夫妻共同财产中应享有部分的执行。现赵某某的前配偶王某根据离婚协议的约定请求排除对全部房屋的执行，缺乏法律依据，本院不予支持。综上，王某的复议申请缺乏法律依据，应予驳回。北京一中院的异议裁定应予维持。

03

裁判要旨

刑事裁判涉财产部分执行中，法院没收被执行人名下夫妻共有房屋应限于被执行人所有的财产份额，而不得执行其配偶应得的财产份额。

案例三

《杨某等其他执行执行裁定书》

【北京市高级人民法院（2016）京执复 101 号】

本院认为，《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》第二条第一款规定，人民法院可以查封、扣押、冻结被执行人占有的动产、登记在被执行人名下的不动产、特定动产及其他财产权。本案中，王某某系（2015）一中刑初字第 134 号刑事判决和（2015）高刑终字第 333 号刑事裁定的被执行人，102 房屋权属登记在王某某名下，执行法院对 102 房屋采取查封措施符

合上述司法解释的规定。王某某与杨某为夫妻关系，双方在夫妻关系存续期间共同出资购买 102 房屋；102 房屋权属虽登记在王某某名下，但根据《中华人民共和国婚姻法》的相关规定，应当认定 102 房屋为夫妻共同财产；且（2015）一中刑初字第 134 号刑事判决和（2015）高刑终字第 333 号刑事裁定确认没收王某某个人全部财产，故执行法院对 102 房屋变价后，只能对属于王某某的部分作为其个人财产予以没收，对属于杨某的部分不得没收。北京一中院查封公告未明确 102 房屋变价后全部予以没收，故杨某所提执行法院执行了她作为案外人对共同财产所拥有的部分，并解除对 102 房屋查封的主张，没有事实根据和法律依据，本院不予支持。

编辑：朱　琳
排版：孙　丽
审核：刘　畅
来源：“法客帝国”微信公众号

遇到离婚纠纷怎么办？全市首家婚调委“微法庭”成立

2020-05-13 临安法院

https://mp.weixin.qq.com/s/CO-gIcaqeXFmQOJu-_QEGQ

执子之手易，与子偕老难，婚姻里的磕磕碰碰在所难免。遇到爱情困惑还在看鸡汤软文？碰上婚姻难题还在求助情感专家？快来 pick 它！

5 月 12 日，我院与临安区民政局共同挂牌成立**婚调委“微法庭”**。这也是全市首家涉及婚姻调解的行业微法庭。挂牌仪式上，我院党组书记、院长王文柱和区民政局局长盛伟共同为婚调委“微法庭”揭牌。

随后，双方就婚调委“微法庭”的运行和发展开展座谈。座谈会上，我院李为民副院长介绍了“微法庭”的工作职能。王文柱院长从纠纷化解“最多跑一地”、社会组织参与类型化解纷、推进基层治理创新三个方面肯定了成立婚调委“微法庭”的重要意义，并对下一步工作的开展提出具体要求。

今年 4 月，我院被省高院确定为离婚纠纷类型化专题解纷试点法院。成立婚调委“微法庭”也是我院开展试点工作的一项实质性举措。

婚调委“微法庭”

作为“微法庭”的新伙伴
它有什么不同呢？

1. 临安区首家行业微法庭。

2. 临安区首家针对离婚纠纷类型化解纷的微法庭。

3. 探索社会组织参与矛盾纠纷化解的长效机制。

作为“微法庭”的新伙伴
它又能解决哪些问题呢？

1. 将蒲公英社会工作服务中心纳入法院特邀调解名册，对离婚的纠纷当事人提供专业指导、纠纷调解，调解不成确需进入诉讼程序的，由婚调委“微法庭”联络员指导当事人就地办理网上立案手

续，实现离婚纠纷的诉调对接。

2. 对离婚后财产分割、子女抚养等纠纷，调解成功的，可通过“浙江 ODR”平台，向法院提出在线司法确认申请，提升调解公信力。

3. 引入“浙江 ODR”、“浙江移动微法院”、庭审直播等智能平台，方便群众，实现离婚纠纷化解“一次不用跑”。

4. 畅通信息沟通渠道，将法院判决后的婚姻状态变更情况及时反馈至婚姻登记处，打破信息壁垒，实现信息共享。

最高法院判例：农村集体经济组织成员资格不因离婚而丧失
——张溪经联社、第八经济社诉中山市政府驳回行政复议申请案

2020-05-18 行政法

https://mp.weixin.qq.com/s/6BKaYOcswv5WPxm_Op9U5Q

【裁判要旨】

离婚并非农村集体经济组织成员资格丧失的法定条件，离婚后户口未迁出，仍然在夫家所在地的，并不丧失所在村村集体组织成员的资格，只要继续尽村民的义务，就应当享有与该村村民同等的权利。村民集体经济组织制定的村规民约、规章制度、财产分配方案等，不得违反法律、法规以及有效规章和行政规范性文件规定的男女平等、村民平权等基本原则。

【裁判文书】

中华人民共和国最高人民法院

行 政 裁 定 书

（2017）最高法行申 5157 号

再审申请人（一审原告、二审上诉人）中山市石岐区张溪股份合作经济联合社。

法定代表人苏剑雄。

委托代理人何展宏。

再审申请人（一审原告、二审上诉人）中山市石岐区张溪第八股份合作经济社。

法定代表人杜国源。

被申请人（一审被告、二审被上诉人）广东省中山市人民政府。

法定代表人焦兰生。

委托代理人谢怀斌。

委托代理人刘柱辉。

原审第三人杨春平。

再审申请人中山市石岐区张溪股份合作经济联合社（以下简称张溪经联社）、中山市石岐区张溪第八股份合作经济社（以下简称第八经济社）因诉被申请人广东省中山市人民政府(以下简称中山市政府)，原审第三人杨春平驳回行政复议申请一案，不服广东省高级人民法院于 2016 年 9 月 30 日作出的（2016）粤行终 1030 号行政判决，向本院申请再审。本院于 2017 年 7 月 17 日立案受理，依法组成合议庭进行审查。案件现已审查终结。

杨春平原是广西平南县大安镇地村坑四队村民。1989 年 5 月 5 日，杨春平与原张溪村村民黄柱根登记结婚。1991 年 8 月 19 日，杨春平的户口从原户籍地迁入××第八生产队，至今未再迁出。1998 年 6 月 10 日，杨春平与黄柱根离婚。1999 年，第八经济社成立，原张溪村第八生产队的经济事务相应由第八经济社管理。1999 年，第八经济社表决通过《张溪村第八经济社股份制章程》（以下简称第八经济社章程），章程规定的股份类型有资产股、土地股和发展股，发展股为每五年一周期确定。其中，享有发展股的股东包括 2000 年 1 月 1 日属原张溪村在册的农业人口。自 2000 年起第

二轮土地承包中，因受城市化的影响，原张溪村基本无需再承包责任田。2001 年 2 月 12 日，杨春平与莫振荼（非原张溪村村民）登记结婚。2002 年，原张溪村进行农村股份合作制改革，成立张溪经联社。原张溪村的经济事务相应由张溪经联社管理。同年，张溪经联社表决通过《中山市石岐区张溪（村级）股份合作经济联合社章程》（以下简称张溪经联社章程）。该章程第四条规定：1985 年 1 月 1 日零时在册的农业人口均可配置 0～40 个股份单位，其中，1985 年有承包责任田的社员，每人均可配置 40 个股份单位；2000 年 1 月 1 日零时在册的农业人口均可配置 40 个股份单位；2003 年 1 月 1 日零时在册的农业人口均可配置 20 个股份单位。上述股份比例的计算可叠加。章程第五条第二款第（三）项还规定，外地嫁入本村，户口已迁入，离异后与村外的其他人再婚的妇女及随其生活的子女，不予配置股权。2004 年 6 月 4 日，张溪经联社表决通过《张溪（村）安居工程受惠对象确权界定方案》（以下简称安居工程确权方案），方案第一条规定，属 2000 年有第二轮土地承包责任权，2004 年 12 月 31 日 24 时在册的原村民，可享受安居工程股 1 份（即 100%）的配置（在册是指健在且户口在公安局登记备案的状态）。方案第三条还规定，外地嫁入本村，户口已迁入，离异后与村外的其他人再婚的妇女及随其生活的子女（属人户分离），作挂靠户处理，不予配置股权。2011 年，张溪经联社从轻轨中山北站约 320 亩的征地款中提留 20%的款项，作为村政建设提留款，并按照村级股的比例，对成员进行分配。2003 年，原张溪村进行“撤村改居”工作。2006 年，第八经济社表决通过《张溪第八股份经济社补充章程》（以下简称补充章程），自 2007 年 1 月 1 日起执行。补充章程第二条规定，第一周期发展股已于 2004 年 12 月 31 日期满，在第二轮土地承包期 30 年余下的有效期内，实行“生不加、死不减”的固化承包及分配原则，取消原章程中关于发展股每五年为一周期的规定。补充章程第四条第三款还规定，第一期已配发展股，后与丈夫离异（或丧偶），与非本经联社发展股股东再婚，本期收回配置股份。杨春平享有 40%的村级股（张溪经联社）。2014 年 9 月 22 日，杨春平向中山市人民政府石岐区办事处（以下简称石岐区办事处）提出处理申请，请求：1. 确认张溪经联社章程、第八经济社章程和补充章程、安居工程确权方案中有关女性股民离婚应迁未迁和应即迁未即迁而被剥夺股份的条款违反国家法律法规规定，责令张溪经联社、第八经济社修改章程；2. 确认杨春平享有张溪经联社农村集体经济组织成员 100%的安居工程股和村级股；3. 确认杨春平享有第八经济社农村集体经济组织成员 100%的发展股；4. 责令张溪经联社补发杨春平安居工程股分配款和轻轨征地补偿股份分红 226631.03 元；5. 责令张溪经联社、第八经济社为杨春平购买 2008 年 1 月 1 日至 2014 年 9 月 10 日的社会养老保险和医疗保险。石岐区办事处经调查，于 2015 年 3 月 16 日作出中石调处字（2014）65 号行政处理决定（以下简称 65 号决定），认为杨春平没有证据证实其户口迁入时，已被张溪经联社、第八经济社成员大会或有权机构表决确定其成员资格及相应权利，张溪经联社、第八经济社认定杨春平不属于其在册农业人口并无不妥。根据有关章程规定，杨春平不享有发展股、村级股及安居工程股，驳回杨春平的请求。2015 年 4 月 9 日，杨春平不服 65 号决定，申请行政复议，同日中山市政府受理其复议申请。2015 年 6 月 11 日，中山市政府以案情复杂为由，作出《延长行政复议审查期限通知书》，通知各方延长复议期限 30 天。2015 年 7 月 3 日，中山市政府以案情复杂、需要进一步核实有关证据及依据为由，通知各方中止复议审查。2015 年 8 月 31 日，中山市政府通知复议各方恢复行政复议案件审查。2015 年 9 月 9 日，中山市政府作出中府行复（2015）170 号行政复议决定（以下简称 170 号复议决定），认为张溪经联社章程第五条第二款、补充章程第四条、安居工程确权方案第三条，关于外地嫁入本村、户口已迁入、离异后与村外的其他人再婚的妇女不予配置股份的规定，

违反《中华人民共和国妇女权益保护法》第三十三条规定，决定撤销 65 号决定，要求石岐区办事处限期重新作出行政处理决定。张溪经联社、第八经济社不服并提起本案行政诉讼，请求撤销 170 号复议决定。

中山市中级人民法院（2015）中中法行初字第 61 号行政判决认为，农村集体经济组织成员资格是一项基本权利，是农民生存权和发展权的基础，不应因农民婚姻状态改变而改变。张溪经联社章程第五条第二款、补充章程第四条第（三）项、安居工程确权方案第三条关于外地嫁入本村、户口已迁入、离异后与村外的其他人再婚的妇女不予配置股份的规定，违反《中华人民共和国妇女权益保护法》第三十三条规定，侵害妇女婚姻自由权利。65 号决定驳回杨春平的请求，行政行为明显不当。中山市政府撤销 65 号决定，责令石岐区办事处重新作出行政决定，事实清楚，程序合法，适用法律正确。依据《中华人民共和国行政诉讼法》第六十九条之规定，判决驳回张溪经联社、第八经济社的诉讼请求。张溪经联社、第八经济社不服，提起上诉。

广东省高级人民法院（2016）粤行终 1030 号行政判决认为，张溪经联社章程第五条第二款第（三）项、补充章程第四条第（三）项、安居工程确权方案第三条中关于外地女性嫁入本村，户口已迁入，离异后与村外的其他人再婚的妇女不予配置股份的规定，违反《中华人民共和国妇女权益保障法》第三十三条之规定，侵害妇女合法权益。170 号复议决定撤销 65 号决定，责令石岐区办事处重新作出行政决定，认定事实清楚，适用法律正确。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，判决驳回上诉，维持原判。

张溪经联社、第八经济社申请再审称：1. 二审判决确认杨春平在与黄柱根分户前具有社员股东成员资格，与事实不符。庭审中，张溪经联社、第八经济社明确否认杨春平婚姻存续期间的股民资格，只是确认其拥有 40 股村级股。张溪村原村民取得股民资格不需前提条件，迁入人群取得股份分配权有前提条件，杨春平类似挂靠户，取得 40 股村级股仅是福利分配，不享有村级股股东资格。2. 二审认定杨春平应享受村级股股东资格，也不能在章程没有任何规定的情况下推定其享有其他股权或股东资格。根据《广东省农村集体经济组织管理规定》第十五条，杨春平作为外村村民，其股民资格必须按照章程规定并经社委会或理事会、成员大会表决确定。请求撤销二审判决及 170 号复议决定，维持石岐区办事处作出的 65 号决定。

中山市政府答辩称：170 号复议决定以及一、二审判决，均只对 65 号决定的合法性进行审查，并未对杨春平是否应当享有股权等问题作出实质性认定。杨春平是否享有股权，应由石岐区办事处在重新作出行政处理决定中予以调处。请求驳回张溪经联社、第八经济社的再审申请。

杨春平未提交书面答辩意见。

本院经审查认为，《中华人民共和国妇女权益保障法》第三十三条规定，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。《广东省农村集体经济组织管理规定》第十五条第四款规定，农村集体经济组织成员户口注销的，其成员资格随之取消。广东省委农办、省妇联，省信访局发布的粤委办（2006）142 号《关于切实维护农村妇女土地承包和集体收益分配权益的意见》规定，农村集体经济组织成员中的妇女，因离婚、丧偶，户口仍在夫家所在地并尽义务的，享有与所在地男子平等权益。根据上述规定，离婚并非农村集体经济组织成员资格丧失的法定条件，离婚后户口未迁出，仍然在夫家所在地的，并不丧失所在村村集体组织成员的资格，只要继续尽村民的义务，就应当享有与该村村民同等的权利。村民集体经济组织制定的村规民约、规章制度、财产分配方案等，不得违反法律、法规以及有效规章和行政规范性文件规定的男女平等、村民平权等基本原则。本案中，张溪经联社、第八经济社制定的相关章程、方案中规定，外地嫁入本村，户口已经迁入，离异后与外村的其他人再婚的

妇女及随其生活的子女不分配股权，违背男女平等、村民平权的基本原则，是对离婚后再嫁其他村村民妇女的歧视，违反上述相关法律法规、规章及规范性文件的规定。杨春平提出监督处理申请，石岐区办事处未依法行使监督权，中山市政府作出 170 号复议决定，撤销 65 号决定，并无不当。张溪经联社、第八经济社主张，二审庭审中未认可杨春平在与黄柱根离婚前具有社员股东成员资格，杨春平不享有村级股股东资格。但是，根据《广东省农村集体经济组织管理规定》第十五条第四款规定，判断是否享有农村集体经济组织成员资格的主要依据是户籍，杨春平与黄柱根结婚后户口迁入第八经济社，就当然具有第八经济社成员的资格。依法享有第八经济社成员资格，就有平等获得集体经济组织股权的权利，不能因为已经离异外嫁其他村村民即剥夺其平等获得股权分配的权利。据此，无论张溪经联社、第八经济社是否在二审法庭上认可杨春平的股东成员资格，均不影响二审判决认定事实的结论。以此为由申请再审，理由不能成立。张溪经联社、第八经济社还主张，即便二审认定杨春平应享受村级股股东资格，也不能在章程没有任何规定的情况下推定其享有其他股权或股东资格。本院认为，村集体组织依法享有自主决定自治范围内事项的权利。但是，必须符合法律、法规以及合法有效规章、规范性文件的规定，不得剥夺村集体组织成员的依法应当享有的基本权利。如果村集体组织作出的决议违反法律、法规规定，侵犯村民合法权益，村民有权向基层政府控告、检举，请求予以监督。依照《中华人民共和国村民委员会组织法》第三十六条第二款的规定，基层政府收到村民的举报申请后，依法负有监督并责令改正的法定职责义务。本案石岐区办事处收到杨春平申请后，未依法行使监督权，中山市政府作出 170 号复议决定，撤销 65 号决定，并不违反法律规定。张溪经联社、第八经济社应当根据 170 号复议决定及本案二审生效判决，及时纠正相关章程、方案中的违法条款，依法维护离异外嫁妇女的合法权益。

综上，张溪经联社、第八经济社的再审申请不符合《中华人民共和国行政诉讼法》第九十一条第（三）、(四)项规定的情形。依照《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》第七十四条的规定，裁定如下：

驳回中山市石岐区张溪股份合作经济联合社、中山市石岐区张溪第八股份合作经济社的再审申请。

审判长　　郭修江
审判员　　龚　斌
审判员　　王毓莹
二〇一七年九月二十一日
书记员　　陈清玲

婚姻不是可以利用的砝码

2020-05-18 北京丰台法院

https://mp.weixin.qq.com/s/QMN5OZO23hkANK6sicsyvg

男女之间会为了什么结婚？
爱情应该是人们的答案
寻求人生幸福也是
绝大多数人选择婚姻的目的
可有些人结婚的理由
却不是因为感情

你听过为了一个小客车指标
而结婚的吗？
这样的婚姻会幸福吗？
这样的婚姻又有什么样的风险？
今天让小编带您来了解下
这样一桩特殊的婚姻

案情简介

为获得北京市机动小客车指标，张某经身边朋友介绍认识了李某，李某称自己可以帮助张某搞到北京市小客车指标，张某喜不自胜，与自己老公赵某商量后，两人办理了离婚手续。2019 年 1 月，张某与李某签订了《北京购车指标配合结婚过户协议》，协议约定：双方自愿结婚，李某将其名下北京市小客车购车指标过户给张某，指标过户完成后，双方自愿解除结婚状况。双方约定好办理结婚当日，张某和李某前往民政局办理登记结婚手续，并约定次日两人前去办理车辆过户手续。可谁知第二日，依约到达车辆管理所的张某却久久未见李某的踪影，更离奇的是此后她便一直联系不上李某。本以为妥妥的小客车指标未到手，与自己刚刚“领证”的老公不见身影，张某这下着实着急。

无奈之下，张某选择到法院起诉李某，称自己与李某之间没有感情基础，系因配合车辆过户而结婚，婚后未真正共同生活，未建立夫妻感情，故要求与李某解除婚姻关系。

审理过程

承办法官拿到案子后，也一直都联系不上被告李某，遂决定采用公告送达的方式予以开庭，可原告张某却无论如何不同意公告送达，经过法官几次的耐心询问沟通后，张某终于道出了实情，原来，本来她和老公赵某约定的是拿到小客车指标后就立刻和李某办理离婚，双方再办理复婚手续，可现在一边无法与不见踪影的李某离婚，另一边赵某因为此事已多次和自己产生激烈争吵，而通过与律师沟通，张某觉得公告开庭经历的时间比较长，她担心此事若再不处理，很可能与赵某的婚姻就会从“假离婚”变为“真离婚”了！所以她不希望采取公告开庭，了解这一情况后，承办法官同意再给原告一些时间找寻被告的下落。后原告律师经联系当初介绍张某和李某认识的那位朋友处得知，李某现身处北京某监狱，原告律师将这一情况迅速反映给承办法官，后法官与监狱取得联系得知，李某因身体状况不好现于公安医院治疗，承办法官与助理立刻驱车赶往公安医院，终于见到了“消失”已久的李某。

李某对于张某诉请的所有事实都予以认可，并称自己不是无缘无故消失的，而是因为在与张某约定去车管所过户的当天自己被公安机关采取了强制措施。原来李某是一个长期从事倒卖北京小客车指标的“号贩子”，殊不知他们的这种行为早就被公安机关盯上了，恰逢与张某约定过户的当天“东窗事发”，李某被公安机关拿下，后因触犯刑事犯罪经别的法院审判目前被关押在监狱中。在公安医院的病床上，李某对法官说现在他也认识到了这种错误，并同意与张某离婚。该案经依法公开审理，最终判决张某与李某解除婚姻关系。

案子虽已审结，可悬在承办法官心中还有一件事。几天后，承办法官拨通了原告张某的电话，张某感谢法官帮自己解决了这么个大难题，也对自己之前不分白天黑夜多次给法官打电话哭诉的事情表示抱歉，法官对她在诉讼过程中的种种表现给予谅解，但也借该案对她的这种行为进行了严厉的批评，告诫她之后要本本分分生活，不要妄图通过自己的一些“小聪明”去规避法律和政策规定，否则就会“偷鸡不成蚀把米”，让自己的生活一团糟。张某感谢法官的忠告，表示通过这件事情自己真的是得了教训，之后一定不会再犯。

法官手记

从古至今，不同种类的利益都会以各式各样的姿态呈现在人面前，有些看似“五光十色”、有些“绚丽多姿”，这些“乱花渐欲迷人眼”的状况考验诱惑着人们选择一条看似捷径的道路定力，这些人的内心不断重复地告诉自己：“我只是趋利避害，这没什么，只是作为人最基本的本能。”殊不知，这些所谓的“本能”是否真的是符合法律规定的“准则”？又是否真的能通过所谓的“趋利避害”为人们带来自己臆想的幸福？审结完此案，只想告诉大

家，五光十色的利益有很多，可以权衡利弊的砝码种类有很多，但对待婚姻还是请单纯些，它真的不是可以利用的砝码！

众所周知，因利而聚，利尽必散。婚姻是漫漫人生路上，寻一知己携手共度。婚姻，应保持纯粹与温暖，它应是双方感情浓郁所致的产物，却不能或因于利益衡量所趋。诚然彼此良好的经济基础会为婚姻生活的稳定性加分，但幸福婚姻的秘诀在于双方的彼此尊重，彼此承担和共同成长。希望即将缔结婚姻的双方，都能够认真思量、慎重考虑，不为利益所惑，尊重和正视婚姻的责任，构建和谐、健康、文明、守法的社会环境。

供稿：卢沟桥人民法庭 王蓉梅　政治部 王淑贞

编辑：王淑贞

重婚罪的五年追诉时效自解除事实婚姻之日起算（最高法院出版物公布的参考性案例中确定的审判规则）

2020-05-18 指导性案例审判规则

https://mp.weixin.qq.com/s/xUljOdkZCii2SBPc_rznUQ

【审判规则】

在婚姻关系存续期间，行为人与第三人以夫妻名义共同生活并育有一子的，构成重婚罪。此后，行为人虽离开第三人并于两年后回到妻子处生活，且从其离开至被公安机关抓获之日止，已有六年之久，超过了重婚罪的五年追诉时效，但因在行为人离开后，第三人曾多次寻找并要求领取结婚证，行为人亦无证据证明与第三人解除了事实婚姻关系。因此，应认定行为人重婚行为处于继续状态，直至行为人回到妻子处生活才终止，而从重婚行为终止至被抓获未满五年，据此，应以重婚罪追究行为人的刑事责任。

【关 键 词】

刑事　重婚　追诉时效　解除事实婚姻　存续期间

【基本案情】

1988 年，田 X 华与北京市人董 XX 确立婚姻关系。结婚后，田 X 华于 2004 年与年仅二十八岁的天津市人杨 X 以夫妻名义共同生活并育有一子，为此，田 X 华购买了涉案房屋（北京市朝阳区富东家园某号楼某单元 202 号）供其与杨 X 共同居住。2006 年，田 X 华在未告知杨 X 的情形下，离开杨 X 前往大连工作。一年后，杨 X 多次寻找田 X 华领取结婚证未果，田 X 华在谎称无法领取并逃走后，于 2008 年回到董 XX 处生活，同年，田 X 华未经杨 X 同意，将涉案房屋出售。2012 年，田 X 华被公安机关抓获归案，归案后，田 X 华如实供述了上述犯罪事实。

公诉机关以田 X 华犯重婚罪，向法院提起公诉。

田 X 华辩称：本人虽与杨 X 存在同居关系，但在 2006 年前往大连工作后即未再与杨 X 同居，故自 2006 年起，本人与杨 X 已结束了同居关系，至 2012 年 3 月本人被公安机关抓获时，已经超过五年的追诉时效期，因此，本人不应被追究刑事责任。

【争议焦点】

行为人在婚姻关系存续期间与第三人发生事实婚姻关系后，擅自离开第三人前往他地工作并于两年后回到妻子处生活。在此期间，第三人多次寻找并要求与行为人登记结婚未果，遂自行为人离开的六年后报案，致行为人被抓获。此种情况下，行为人的重婚行为自何时终止，对其重婚罪的追诉时效应自何日起算。

【审判结果】

一审法院判决：被告人田 X 华犯重婚罪，判处有期徒刑十个月，缓刑一年。

被告人田 X 华不服一审判决，提起上诉称：本人于 2006 年因前往大连工作即与杨 X 结束了事实婚姻关系，以该起点计算本人重婚罪的追诉时效应至 2011 年，故在 2012 年 3 月 20 日杨 X 报案时已超过五年的追诉时效，不应再追究本人重婚罪的刑事责任。

二审法院裁定：驳回上诉，维持原判。

【审判规则评析】

重婚罪是指有配偶又与他人结婚或者明知他人有配偶而与其结婚的行为。根据《中华人民共和国刑法》第八十条、第二百五十八条的规定，重婚罪的追诉时效为五年。而对于重婚罪追诉时效的起算问题则为追诉时效认定的关键。因重婚的不法行为持续存在将会不断侵害着一夫一妻制的合法婚姻关系，完全符合继续犯的特征，属于继续犯。据此，根据《刑法》第八十九条："犯罪行为有连续或者继续状态的，从犯罪行为终了之日起计算"的规定，应自重婚行为终了之日起计算重婚罪的追诉时效。其中，重婚行为的终了应从以下几个方面进行判断：1. 一方作出解除法律婚姻的意思表示，一般以登记解除前婚或者后婚的时间为准。2. 一方作出解除事实婚姻的意思表示，包括口头形式、书面形式和行为形式。其中，口头或书面形式一般不存有争议，系行为人通过口头或书面方式向对方表示不再保持同居或事实婚姻关系。而行为形式在司法实践中争议较大且认定相对复杂，通常情况下，行为人系通过采取躲藏、更换联系方式、住址等方式拒绝与对方保持同居关系。3. 解除事实婚姻的行为达到使普通公众认为已解除婚姻关系的效果，即已消除对一夫一妻制的影响为标准。

行为人在与妻子婚姻关系存续期间，与第三人以夫妻名义共同生活并生育子女的，其行为已构成重婚罪。此后，行为人虽在未告知的情形下离开第三人前往他地工作，但第三人仍多方寻找并要求与其领取结婚证，行为人无证据证明已于离家时解除了与第三人的事实婚姻关系，并已使相关公众认为其与第三人的婚姻关系解除，据此，至行为人离开时，其与第三人的事实婚姻关系仍处于一种继续状态。直至行为人回到其妻子处生活时，其行为才能使普通公众认知到其与第三人的事实婚姻关系已经解除。从此时起，行为人的重婚行为才告终止，而自行为人解除事实婚姻至被公安机关抓获归案时未满五年，未超过刑法规定的重婚罪追诉时效。因此，应以重婚罪追究行为人的刑事责任。

【适用法律】

《中华人民共和国刑法》第六十一条 对于犯罪分子决定刑罚的时候，应当根据犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度，依照本法的有关规定判处。

第六十七条第三款 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。

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。

第七十三条第二、三款 拘役的缓刑考验期限为原判刑期以上一年以下，但是不能少于二个月。有期徒刑的缓刑考验期限为原判刑期以上五年以下，但是不能少于一年。

缓刑考验期限，从判决确定之日起计算。

第二百五十八条 有配偶而重婚的，或者明知他人有配偶而与之结婚的，处二年以下有期徒刑或者拘役。

《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百八十九条 第二审人民法院对不服第一审判决的上诉、抗诉案件，经过审理后，应当按照下列情形分别处理：

（一）原判决认定事实和适用法律正确、量刑适当的，应当裁定驳回上诉或者抗诉，维持原判；

（二）原判决认定事实没有错误，但适用法律有错误，或者量刑不当的，应当改判；

（三）原判决事实不清楚或者证据不足的，可以在查清事实后改判；也可以裁定撤销原判，发回原审人民法院重新审判。

【法律修订】

1.《中华人民共和国刑法修正案（九）》（2015 年 11 月 1 日生效）将《刑法》修改，本案例适用的第六十一条、第六十七条第三款、第七十二条、第七十三条第二、三款、第二百五十八条内容没有变更。

2.《中华人民共和国刑事诉讼法》于 2012 年 3 月 14 日修正，自 2013 年 1 月 1 日起施行。本案例适用的第一百八十九条修改为第二百二十五条，内容修改为：

第二百二十五条 第二审人民法院对不服第一审判决的上诉、抗诉案件，经过审理后，应当按照下列情形分别处理：

（一）原判决认定事实和适用法律正确、量刑适当的，应当裁定驳回上诉或者抗诉，维持原判；

（二）原判决认定事实没有错误，但适用法律有错误，或者量刑不当的，应当改判；

（三）原判决事实不清楚或者证据不足的，可以在查清事实后改判；也可以裁定撤销原判，发回原审人民法院重新审判。

原审人民法院对于依照前款第三项规定发回重新审判的案件作出判决后，被告人提出上诉或者人民检察院提出抗诉的，第二审人民法院应当依法作出判决或者裁定，不得再发回原审人民法院重新审判。

【法律文书】

拘留通知书 逮捕决定书 刑事起诉状 公诉意见书 辩护词 刑事答辩状 刑事上诉状 刑事一审判决书 刑事二审判决书

【效力与冲突规避】

参考性案例　有效　参考适用

田 X 华重婚案

【案例信息】

【中 法 码】刑事诉讼法·起诉程序·追诉时效（C08032）

【案　　号】（2012）二中刑终字第 1972 号

【罪　　名】重婚罪

【判决日期】2012 年 10 月 23 日

【权威公布】被国家法官学院《中国审判案例要览》（2013 年刑事审判案例卷）收录

【检 索 码】P0815++212BJEZ++0412C

【审理法院】北京市第二中级人民法院

【审级程序】第二审程序

【审理法官】冯桢 郭树明 王丽丽

【公诉机关】北京市朝阳区人民检察院

【上 诉 人】田 X 华

【上诉人代理人】王传理（北京威创律师事务所）

【裁判文书原文】（如使用请核对裁判文书原件内容）

《刑事裁定书》

公诉机关：北京市朝阳区人民检察院，代理检察员：李晓辉。

上诉人（原审被告人）：田 X 华。2012 年 4 月 1 日因本案被取保候审。

二审辩护人：王传理，北京威创律师事务所律师。

北京市朝阳区人民法院审理北京市朝阳区人民检察院指控原审被告人田 X 华犯重婚罪一案，于 2012 年 7 月 31 日作出（2012）朝刑初字第 1417 号

刑事判决。原审被告人田 X 华不服，提出上诉。本院依法组成由冯桢担任审判长，审判员冯桢、代理审判员王丽丽参加的合议庭进行了审理。本案现已审理终结。

公诉机关指控称：被告人田 X 华于 1988 年 1 月 18 日与董 XX（女，48 岁，北京市人）登记结婚后，于 2004 年 9 月起在北京市朝阳区富东家园某号楼某单元 202 号与杨 X（女，29 岁，天津市人）以夫妻名义共同生活。被告人田 X 华后被抓获归案。

公诉机关指控被告人田 X 华的行为触犯了《中华人民共和国刑法》第二百五十八条之规定，构成重婚罪，提请本院予以惩处。

被告人辩称：对公诉机关指控的罪名没有异议，但自己于 2006 年年底即与杨 X 结束了同居关系，距 2012 年 3 月 20 日杨 X 报案已过了五年的追诉时效。

原审法院经公开审理查明：被告人田 X 华于 1988 年 1 月 18 日与董 XX（女，47 岁，北京市人）登记结婚。2004 年 9 月起，被告人田 X 华与杨 X（女，28 岁，天津市人）在本市朝阳区富东家园某号楼某单元 202 号以夫妻名义共同生活。2006 年，被告人田 X 华离开居住的富东家园，前往大连工作，且未告知杨 X。2007 年，杨 X 到大连找到田 X 华要求领取结婚证，田 X 华称无法领取并逃走。2008 年年初，被告人田 X 华回到董 XX 处生活；同年 5 月，在未通知杨 X 的情况下，被告人田 X 华将其购买的用于与杨 X 共同居住的房屋出售。2012 年 3 月 20 日，被告人田 X 华被抓获归案。

上述事实有下列证据证明：

证人杨 X 的证言。

证人杨 XX 的证言。

证人董 XX 的证言。

证人李 XX 的证言。

婚礼现场录像，证明田 X 华与杨 X2004 年 8 月婚礼现场的情况。

照片，证明田 X 华与杨 X 结婚拍摄婚纱照的情况。

结婚证，证明田 X 华与董 XX 于 1988 年 1 月 18 日登记结婚。

出生医学证明，证明田 X 华与杨 X 的孩子出生于 2005 年 2 月 24 日。

到案经过。

被告人田 X 华的身份证明。

被告人田 X 华在公安机关的供述。

原审法院经审理认为：被告人田 X 华法制观念淡薄，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，依法应予惩处。北京市朝阳区人民检察院指控被告人田 X 华犯重婚罪的事实清楚，证据确实、充分，指控罪名成立。被告人田 X 华关于自己的重婚行为已过追诉时效的辩解，经查，田 X 华与杨 X 于 2004 年 9 月起以夫妻名义共同生活并育有一子，属于事实婚姻，田 X 华虽于 2006 年离开居住的富东家园，前往大连工作，但其与杨 X 的事实婚姻仍处于持续状态中，并未解除，且田 X 华离家后，杨 X 多方寻找，田 X 华于 2008 年年初才回到董 XX 处生活，故本院认定 2006 年年底并非田 X 华重婚行为终了之日，该案尚在追诉时效期限内，对被告人田 X 华当庭的辩解，本院不予采纳。鉴于被告人田 X 华在公安机关及当庭对公诉机关指控的基本犯罪事实能够如实供述，本院对其所犯罪行依法从轻处罚并适用缓刑。

原审法院依照《中华人民共和国刑法》第二百五十八条、第六十七条第三款、第六十一条、第七十二条第一款、第七十三条第二、三款，作出如下判决：

田 X 华犯重婚罪，判处有期徒刑十个月，缓刑一年。

上诉人田 X 华上诉称：田 X 华于 2006 年年底即与杨 X 结束了同居关系，距 2012 年 3 月 20 日杨 X 报案已过了五年的追诉时效。田 X 华不应被追究刑事责任，依法已经追究的，应当撤销案件，或者不予起诉或宣告无罪。

其辩护人的辩护意见同上。

北京市第二中级人民法院经审理，确认一审法

院认定的事实和证据。

本院经审理认为：上诉人田 X 华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，依法应予惩处。鉴于田 X 华对原公诉机关指控的基本犯罪事实能够如实供述，对其所犯罪行依法可从轻处罚，并适用缓刑。田 X 华的上诉理由及其辩护人的辩护意见，经查，田 X 华与杨 X 于 2004 年 9 月起以夫妻名义共同生活并育有一子，属于事实婚姻，田 X 华虽于 2006 年离开居住的富东家园，前往大连工作，但其与杨 X 的事实婚姻状态并无证据证明已经解除，且田 X 华离家后，杨 X 多方寻找，故该案尚在追诉时效期限内。田 X 华及其辩护人的上诉理由及辩护意见，与已查明的事实不符，且缺乏证据支持，本院均不予采信和采纳。原审法院根据田 X 华犯罪的事实、性质、情节及对于社会的危害程度所作出的判决，定罪及适用法律正确，量刑适当，审判程序合法，应予维持。

本院依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百八十九条第（一）项，作出如下裁定：

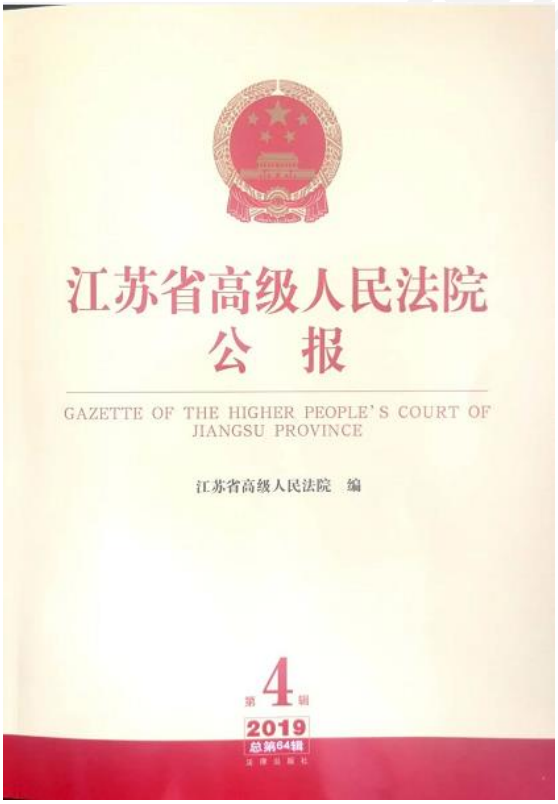
驳回上诉，维持原判。

喜报 | 铜山法院一篇案例入选《江苏省高级人民法院公报》

2020-05-18 铜山法院

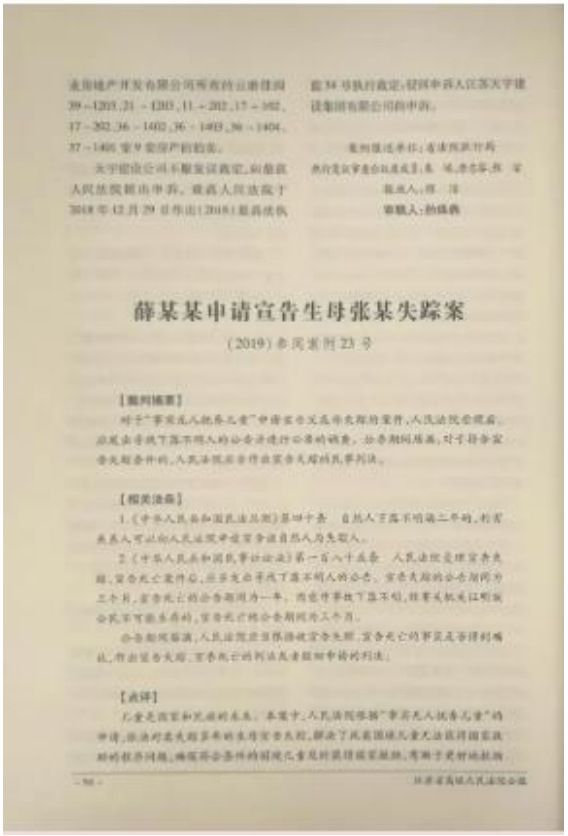
https://mp.weixin.qq.com/s/dtczAY6R9a_QhrROh9Mg6Q

近日，铜山法院少年与家事审判庭法官高晶报送的《薛某某申请宣告生母张某失踪案》入选省高院公报案例，刊登在《江苏省高级人民法院公报（2019 年第 4 辑）》。



《江苏省高级人民法院公报》

是向全社会公开发布江苏省高级人民法院及其最高审判组织审判委员会官方观点的权威刊物。



裁判摘要

对于“事实无人抚养儿童”申请宣告父或母失踪的案件，人民法院受理后，应发出寻找下落不明人的公告并进行必要的调查。公告期间届满，对于符合宣告失踪条件的，人民法院应当作出宣告失踪的民事判决。

案例背景介绍

所谓“事实孤儿”，即父母一方死亡，另一方下落不明的未成年人，这些困境儿童往往生活困难，却因不是法理意义上的孤儿无法享受相关政策。2017 年，徐州市政府出台了《关于加强困境儿童分类保障工作的事实方案》，对困境儿童的具体分类和权益保障作出了明确规定。不仅父母双亡或都下落不明的孤儿可以享受国家补助，“事实孤儿”在证明相关事实基础上也可以享受补助。而民政部门在认定“事实孤儿”类的困境儿童时，往往需要司法判决或者公安机关的认定。因为当事人申请公安机关出具类似证明比较困难，所以大多选择至法院申请宣告公民失踪。

对此，铜山法院高度重视，主动与团委、妇联、民政等相关部门会商沟通，针对“事实孤儿”的情况进行了专项调研，并根据不同情况进行了分类施策。针对“事实孤儿”的问题，开展专项司法宣传，协助其亲属依法提起申请宣告未成年人父母宣告失踪或宣告死亡的诉讼程序，在审理中，对于故意逃避履行抚养义务的当事人，通过其直系亲属和属地村、居委会进行法律释明，督促被宣告失踪人主动联系法院，承担应尽抚养义务。对于穷尽各种查询手段确实下落不明的被申请人，及时宣告其失踪，为申请人获得“事实孤儿”的身份认定提供司法依据，保证其享受政府“孤儿”救助政策。三年来审结宣告失踪案件 54 件。

申请人薛某某诉被申请人张某宣告公民失踪一案中，薛某某系被申请人张某与薛某之女。2008 年申请人的父亲薛某被判处无期徒刑，张某于 2009 年 3 月离家出走，至今杳无音信。申请人薛某某一直跟其随其祖父、祖母共同生活，后申请人祖父又身患重病，经医治无效去世，村委会指定申请人的祖母为其监护人，申请人祖母年迈且无劳动能力，申请人的生活陷入困境。

根据申请人薛某某的申请，铜山法院在全国性报纸上刊登寻找下落不明人的公告，但自公告发出之后，张某没有向法院申报其具体地址及联系方式，也没有知悉其情况的人向法院报告，张某处于下落不明状态。法院认为，被申请人张某于 2009 年 12 月离家出走，杳无音信，下落不明已超过两年，经法院发出寻找下落不明人的公告后至今仍下落不明，遂依法判决宣告被申请人张某失踪。拿到法院宣告失踪判决后，申请人薛某某祖母前往民政部门顺利办理了孤儿补助领取手续，薛某某未来的生活有了保障。

本案被最高人民法院作为未成年人权益保护与少年司法制度创新典型案例发布，入选江苏省维

护妇女儿童合法权益优秀案例。

铜山法院构建“事实孤儿”司法救助体系的做法，解决了此类困境儿童无法获得救助的程序屏障，系全省乃至全国首创之举，2019 年 7 月 10 日，民政部举行事实无人抚养儿童保障工作专题新闻发布会，介绍由国家 12 部门联合出台的《关于进一步加强事实无人抚养儿童保障工作的意见》有关情况。这意味着源自铜山法院和相关地区、部门救助“事实孤儿”的探索实践得到国家认可，并上升到了法规政策层面。

编辑：李梦瑶
审核：吴　磊

北京西城法院提示：用法律打牢家庭房产“地基”

2020-05-19 北京西城法院　戴睿狄 田晓昕

https://mp.weixin.qq.com/s/jnTBXCGyPug9qJLib5NXqA

家庭房产，不仅是家庭成员共同生活的住所，更承载着夫妻、父母子女、兄弟姐妹等亲属之间的亲情记忆与感情寄托。但在动辄百万、千万的房产价值面前，亲情不一定可以承受诱人利益的考验。有时骨肉至亲甚至会反目成仇、对簿公堂，变成老死不相往来的陌生人。

2020 年 5 月 19 日，北京西城法院召开**涉家庭房产纠纷典型案例新闻通报会**，邀请北京西城法院副院长王元田，民一庭庭长郭云燕，法官田晓昕、李俊共同参加，就近五年来审理的涉家庭房产纠纷案件进行调研分析，总结归纳出此类案件的特点难点及审理经验，通过解读典型案例发出法官提示，预防家庭房产矛盾纠纷，树立家庭和谐新风尚，呼吁社会公众用法律打牢家庭房产“地基”。该活动通过西城法院“诉源治理直通车”工作机制与西城区椿树街道司法所现场视频连线，百余名社区居民与来自中国日报、科技日报、中国妇女报、法制日报的十余家媒体记者共同通过专项微信群参与活动，活动全程通过“一直播”平台视频直播。

01 赠与房产 不是一句话那么简单

01 案件详情

林先生和钱女士是夫妻关系，小林是二人之子。2017 年，林先生、钱女士与小林签订了一份《赠与合同书》，约定将夫妻名下位于西城区右内西街的一处房产赠与小林，但房屋由二人居住至百年之后。2019 年，小林要求父母去房管部门协助办理过户手续，父亲林先生表示现在生活困难，不同意把房屋过户给小林了，但母亲钱女士则表示仍同意将房屋过户给小林。因父母存在意见分歧，小林将父母林先生和钱女士起诉到法院，要求他们共同履行赠与合同义务。

02 法官说法

据介绍，《婚姻法》第十七条规定，夫妻在婚姻关系存续期间所得的财产归夫妻共同所有，夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权。《物权法》第九十五条规定，共同共有人对共有的不动产共同享有所有权；第九十七条规定，处分共同共有的不动产，应当经全体共同共有人同意。“具体到该案中，房屋属于林先生与钱女士的共同财产，双方对房屋有平等的处理权，双方签订《赠与合同书》将房屋赠与小林，这是合法有效的，但是在办理房屋过户登记之前，二人均有权要求撤销赠与。”郭云燕庭长介绍到，当父亲林先生作出撤销赠与的意思表示后，即便目前钱女士仍同意将房屋过户给小李，但因两位共同共有人无法达成赠与的一致意见，赠与合同无法继续履行，所以，法院在审理后驳回了小林的诉讼请求。

02 房产十万“卖给”儿子 法院确认合同无效

01 案件详情

李先生和王女士是夫妻关系，二人生育了一儿一女。2014 年，李先生因病去世，对登记在王女士名下位于西城区南礼士路的一处房屋，儿女未要求析产继承。2015 年，王女士与儿子签订了房屋买卖合同并将房屋过户到儿子名下，合同约定的房产交易价格仅为 10 万元，且并未实际支付。2016 年，王女士因病去世。2017 年，女儿在要求继承上述房屋的过程中发现房屋已登记至哥哥名下，遂将哥哥起诉到法院，要求确认母亲与哥哥签订的房屋买卖合同无效。

02 法官说法

对此案例，法官解释到：房屋虽然登记在王女士个人名下，但因为是李先生与王女士婚姻存续期间取得，所以依据《婚姻法》第十七条应当属于夫妻共同财产。同时根据《继承法》第二十六条规定，在李先生去世后，房屋析产之前，该房屋应当属于王女士和儿女共同共有。故王女士在丈夫李先生去世后，将房屋出售给儿子的行为构成无权处分。虽然王女士与儿子签订了房屋买卖合同，但约定的房屋交易价格显然并非市场交易价格，且未实际支付购房款，因此双方实际上并无买卖房屋的意思，结合案件情况应当认定双方名为买卖实为赠与关系。该处分行为未得到女儿的追认，王女士与儿子之间的赠与是无效的，同时，基于王女士和儿子的身份关系，二人在明知该房屋未经析产继承尚有女儿份额的情况下，仍私自处分房屋，构成了法律意义上的恶意串通，损害了女儿的利益，因此法院经审理后确认了双方签订的房屋买卖合同无效。

03 母亲去世父亲私自卖房 女儿起诉房屋无法追回

01 案件详情

张先生和李女士是夫妻关系，小张是二人之女。2015 年，李女士因病去世，对登记在张先生名下的父母共有房屋，小张未要求进行析产继承。2017 年，张先生私自将房屋以 445 万元的市场价格出售给了韩先生，韩先生支付了购房款并办理了过户登记。2018 年，小张得知此情况后，将父亲张先生和购房人韩先生起诉到法院，要求确认二人签订的房屋买卖合同无效。

02 法官说法

“根据我们前面提到的《婚姻法》和《继承法》的相关规定，在李女士去世后，房屋应当属于张先生和小张共同共有，但小张在这个案件中遭遇了‘善意第三人’。”郭云燕庭长介绍到，由于房屋只登记在张先生一人名下，购房人韩先生基于对不动产登记公示的信赖，与张先生签订了房屋买卖合同。此时，张先生私自出售房屋的行为构成了《合同法》第五十一条规定的无权处分。因买卖合同是双务有偿合同，根据《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》第三条的规定，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，也就是说无权处分并不构成买卖合同无效的理由。另一方面，购房人韩先生支付了合理价款并办理了过户登记，韩先生对房屋构成“善意取得”，因此法院对小张要求确认房屋买卖合同无效的诉讼请求未予支持。

“需要通过法律途径解决的家庭房产纠纷，往往存在着家庭协议内容模糊、权利义务关系不够清晰，房产证登记的所有权人与实际所有权人不一致、所有权人数量较多且需追加继承人等特点难点。”据王元田副院长介绍，为妥善处理上述情况，北京西城法院从家庭房产协议的特点出发，合理解释当事人隐含在协议内容之外的真实意思，以平衡各方在经济上的利益诉求。在证据采信方面，全面综合考量相关证据作出事实认定，避免机械使用某一证据认定事实。在房产权利主体方面，严格审查诉讼参加人，对继承人排查疏漏。在化解家庭矛盾方面，通过引入外部调解组织力量促成家庭和解，加强判决说理并引入判后答疑纠正违背家庭伦理道德的行为。

通报会最后，田晓昕、李俊法官向公众提出法官建议：一是家庭成员在签订房产赠与合同后，应当及时办理过户登记；暂时不具备过户登记条件的，应当先行办理公证手续。二是在办理继承时，家庭成员最好通过家庭会议妥善处分房产，避免产生家庭矛盾。三是如果家庭成员间已经因房产处分产生纠葛，可以及时向法院申请保全房产，以避免因他人善意取得导致房产无法追回；如果确已无法追回，可以向无处分权人，也就是原房产登记的所有权人请求赔偿损失。“房子承载着家庭的幸福，但亲情才是家庭幸福的源泉。”田晓昕法官如是说。

—— END ——

| 供稿：戴睿狄 田晓昕 |
| 供图：王雅娜 |
| 编辑：潘歆宇 |

高院裁判观点：抚恤金的性质及分割标准

2020-05-20 民事法律参考

https://mp.weixin.qq.com/s/p1wZjbsPW2RBaqeMukyJTQ

（2016）甘民申 1217 号

关于一审法院对一次性抚恤金及一次性生活困难补助费划分是否公平的问题。王彩霞病逝后，人社局批复的丧葬费、一次性抚恤金和 40 个月工资及一次性生活困难补助费不属于遗产，属于劳动法第七十三条第二款规定的“遗属津贴”，属于抚恤金，抚恤金是基于特定身份而产生的财产权，不应按继承法的有关规定分割，而应当根据抚恤金的性质，以主要照顾、优抚、救济死者生前需要抚(扶)养的依靠死者生活的未成年人和丧失劳动能力的亲属，兼顾其他亲属为原则进行分割。本案中，再审申请人和被申请人及王彩霞之女樊某某均系王彩霞的遗产第一顺序继承人，对王彩霞病逝发放的抚恤金享有分配的权利。上述继承人中，二再审申请人经营有承包地，王彩霞病逝时，王军 52 岁，祁桂芳 48 岁，从 2015 年 6 月起，国家给二再审申请人每人每月发给生活困难补助 270 元，发至失去供养条件为止，且二再审申请人尚有一子可为其赡养依靠。被申请人樊俊仪每月有工资收入。而樊某某在其母王彩霞病逝时仅出生 22 天，嗷嗷待哺之时却失去了自己的母亲，其遭遇令人同情。无论是二再审申请人，还是被申请人，作为樊某某的亲人，应该给这个襁褓中便失去母亲的孩子更多的关爱和照顾。基

于此人伦之情，一审法院在分割抚恤金时，对樊某某予以照顾，确认由本案双方当事人达成的由二再审申请人分得抚恤金 4 万元的协议有效且符合实际，对剩余的数额不再进行分割的判处，不仅符合法律规定，亦体现了司法的人文关怀，再审申请人认为划分不公平不公正的主张不能成立。综上，王军、祁桂芳的再审申请不符合《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条、第二百零一条规定应当再审的情形。

（2017）渝民申 2435 号

遗产是指被继承人死亡时遗留的个人合法财产。死亡抚恤金是国家有关单位依据法律法规给予死者近亲属及其生前被扶养的人的精神安慰及经济补偿。抚恤金发生于死者死亡后，故不属于死者遗产，不能作为遗产进行继承。根据抚恤金的性质，其属于死者近亲属共有财产。本案程希主张分割死亡抚恤金，故一、二审法院确定本案案由为共有纠纷并无不当。抚恤金虽然不是遗产，但在处理时可按遗产继承人顺序进行分割，第一顺序是配偶、父母、子女。而程希不是第一顺序人员，其不是该死亡抚恤金的共有财产权人，故无权参与该死亡抚恤金的分割。其申请再审的理由均不成立。

（2017）黑民再 152 号

（一）关于案涉代书医嘱的效力问题。本案中，2012 年 12 月 27 日，由见证人曹建梅、陈广杰见证，陈广杰代书，周某立代书遗嘱一份，就其身后事宜进行了安排，丧葬费、抚恤金及各种补贴均由周某戊继承。周某甲、周某乙、周某丙以上述代书遗嘱系周某于神志不清属于无民事行为能力人时所立，属无效遗嘱，但未举示相应的证据予以证实，原审认定该代书遗嘱反映了周某的真实意思并无不当。但因抚恤金的性质不属于遗产，而是死者所在单位给予死者近亲属和被扶养人的生活补助费，被继承人周某无权对此作出处置。因此，该代书遗嘱关于丧葬费和抚恤金的处置部分无效，其他部分依法有效，原审判决关于该代书遗嘱效力的认定，本院予以纠正。

（2017）桂民申 693 号

本院认为，抚恤金是国家或死者所在单位依照有关规定给予死者家属的一定金额的慰问金和生活补助费，带有精神抚慰的性质和目的，产生于死者死亡后，不是死者生前的财产，不属于遗产的范围，不作为遗产继承。抚恤金的发放与特定的身份相关，如果法律法规或者死者单位对发放抚恤金有明确的给付对象，应归属于特定的对象；如果没有明确的发放对象，则应由死者近亲属和被扶养人共有，如何分割由共有人协商解决；协商不成起诉请求分割的，属于对共有财产的析产。人民法院在处理时可根据死者亲属生活的具体情况，照顾生活困难的亲属，体现抚恤金的精神抚慰和经济救助的性质和目的。本案胡翠英与陈明轩于 1991 年登记结婚，共同生活了二十多年，现已高龄体弱多病且丧失劳动能力，托养居住在社会福利院，而陈志良虽下岗待业却还有劳动能力。原判根据抚恤金的性质和本案陈志良三人和胡翠英生活的具体情况，对胡翠英予以多分并无不当，符合法律的精神和中国赡养老人的传统。陈志良三人要求均分或多分的再审理由不能成立，本院不予采信。

（2017）晋民申 2177 号

本院经审查认为，民政部、人力资源和社会保障部、财政部《关于国家机关工作人员及离退休人员死亡一次性抚恤金发放有关问题的通知》规定，一次性抚恤金的发放标准：病故的，为上一年度全国城镇居民人均可支配收入的 2 倍加本人生前 40 个月基本工资或基本离退休费。据此计算，二审法院认定，再审申请人与被申请人父亲赵伟去世后，抚恤金为 138830 元，另有丧葬费 4000 元及补发的本月份工资（离退休费）5686 元。二审法院认为，再审申请人与被申请人系同胞兄弟姐妹，本应全力赡养老人，发扬中华民族尊老爱幼等传统美德，但在

处理老人善后事宜上不能互谅互让，以致诉讼，实为不该，希望双方能吸取教训，在事后能和睦相处。本案中，被申请人赵某 4 对父亲生前照料较多，老人的安葬事宜也系赵某 4 负担，故在分割抚恤金时应考虑上述因素。赵伟去世后的抚恤金由赵某 4 领取，判决赵某4给付三再审申请人赵某1、赵某2、赵某 3 各 25000 元，其余补发工资（离退休费）5686 元、丧葬费 4000 元归赵某 4 所有。二审法院作出的处理，并无不当。

上海高院：房屋征收补偿利益分割民事纠纷会议纪要|2020

2020-05-20 民事法律参考

https://mp.weixin.qq.com/s/9TUYG17150Sq5dHAuL9JAQ

上海市高级人民法院关于房屋征收补偿利益分割民事纠纷研讨会会议纪要

沪高法民〔2020〕4 号

为进一步促进上海法院涉房屋征收补偿利益分割案件的适法统一，2019 年 11 月，高院民事审判庭在静安区法院召开房屋征收补偿利益分割民事纠纷研讨会。

会议认为，房屋征收民事纠纷法律性、政策性、伦理性强，具有明显的时代特征和地域特征，全市法院在审理此类案件时应充分考量上述因素，审慎行使司法自由裁量权。

会议就当前房屋征收补偿利益分割民事审判中的一些疑难法律问题形成了基本一致的看法，现纪要如下，供全市法院在审理案件时参考。

一、城镇公有住房征收补偿利益分割问题

会议认为，城镇公有住房征收政策性强，司法实践中应该严格依照上海市公有住房征收的相关政策，区分征收补偿利益分割法律关系与市场经济活动中形成的一般合同关系，准确认定被安置人范围。

1、【同住人他处有房的认定】2004 年《上海高院关于房屋动拆迁补偿款分割民事案件若干问题的解答》指出，作为征收补偿对象的公房同住人，是指在被征收居住房屋处有上海市常住户口，已经实际居住一年以上，且本市无其他住房或者虽有其他住房但居住困难的人。如何认定“他处有房”？

关于征收补偿对象的同住人范围仍应按照上述执法意见确定。为鼓励居住困难的人通过自己努力改善居住条件，这里的“其他住房”应限定为福利性质的房屋，公房同住人在他处购买的商品房不属于“他处有房”。

职工向工作单位承租单位职工宿舍，虽然职工与单位之间形成租赁关系，但双方并非基于福利分房形成的公有住房租赁关系。职工一般不办理公房调配手续，也没有取得公房租赁凭证，故一般不应视为“他处有房”。公房同住人在他处因私有房屋征收而分得的安置房，原则上不属于“他处有房”，但在私房征收中享受过托底保障等福利性政策的除外。

2、【未成年时受配公房的性质】在对公有住房的成年同住人进行认定时，如果该当事人在未成年时曾与其父母共同受配过公房，是否属于“他处有房”？

实践中，有的当事人在未成年时曾与父母共同受配过公有住房（甲房），在成年后又分得另外一套公房（乙房），在确定乙房同住人范围时，该当

事人是否会因为曾经受配甲房而被认定为“他处有房”存在一定争议。

会议倾向性意见认为，未成年人与父母共同受配公房时，未成年人并非作为独立的民事主体获得住房福利，而是附随于父母的居住利益，故原则上不属于他处有房，不影响其成年后所获得公房在征收时同住人的认定。

3、【同住人居住困难的认定标准】公房同住人他处有房但居住困难的，仍属于征收补偿对象。如何认定“居住困难”？

对于“居住困难”的认定，既要尽可能确定统一的标准，又要充分考虑公有住房分配政策的历史沿革。“居住困难”是指在他处房屋内人均居住面积不足法定最低标准的情况。

法定最低标准面积的认定，应按照房屋调配当时的公房政策所规定“居住困难”的面积标准。

4、【空挂户口人员的补偿利益】户口空挂在被征收的公有住房的非同住人起诉要求分割征收补偿利益，应如何处理？

空挂户口人员并非公有住房的承租人或者同住人，在被征收房屋既无产权利益，亦无居住利益，一般不属于征收补偿安置对象，原则上不能分得安置房。

如果在征收补偿安置时确实基于户籍因素考虑过该部分人员利益的，可以适当给予货币补偿。补偿款的数额可以参考因人口因素而增加补偿价值予以酌定。

需要注意的是，确定空挂户口人员系配房考虑对象必须有明确依据，不能按政策推定，而应当由征收单位出具加盖公章的情况说明。

5、【次承租人的利益主张】公房承租人在征收之前将房屋出租给案外人使用或者经营的，房屋的实际使用人（次承租人）能否参与征收补偿利益分割？

实践中，有的公房承租人在征收之前将房屋出租给案外人使用或者经营，次承租人要求以征收对象身份参与征收补偿利益分割。处理此类纠纷时，要区分征收补偿法律关系与一般的房屋租赁合同关系。

2012 年《国有土地房屋征收与补偿条例》实施后，一般租赁合同的承租人不再是征收补偿法律关系中的被安置人，因征收导致租赁合同无法继续履行的，属于一般租赁合同纠纷，依照租赁合同的相关法律规定处理。

关于征收补偿关系与房屋租赁关系的协调处理，仍参照 2014 年第四季度民庭庭长例会研讨纪要执行。

二、城镇私有住房征收补偿利益分割问题

会议认为，私有住房的征收以产权平移为基本原则，被安置人范围一般仅限于房屋产权人。审判实践中应该严格依照法律和征收补偿政策认定被安置人范围，不能随意扩大。

6、【房屋使用人的利益保护】当事人是否可以依据《上海市国有土地上房屋征收与补偿实施细则》第四十四条“被征收人取得货币补偿款、产权调换房屋后，应当负责安置房屋使用人”的规定主张其为被安置人并要求分割征收补偿利益？

在私有房屋征收中，一般只有房屋产权人才是被安置人。对于房屋实际使用人，除非征收部门将其认定为被安置人，否则不属于征收补偿法律关系主体。而房屋实际使用人基于何种法律关系居住使用被征收房屋，不因征收关系而发生改变，即原房屋居住使用关系平移至安置房屋。

因此，征收补偿关系中的被安置人以外的房屋使用人不能主张分割征收补偿利益，其居住问题可基于原来法律关系如扶养、赡养等进行主张。

7、【征收补偿协议效力】私有房屋的部分产

权人在房屋征收时已经死亡，部分继承人与征收单位签订征收补偿协议，未在补偿协议上签名的继承人主张其未能取得足额补偿，应如何处理？

在私有房屋征收中，很多情况系由家庭代表而非全体征收被安置人与征收单位签订征收补偿协议，嗣后有的被安置人认为其未参与征收补偿协议签订且未取得足额补偿，遂引发纠纷。

此类纠纷系对征收补偿协议不服，不属于征收补偿利益分割纠纷，宜先行解决征收补偿协议效力问题，应为行政协议案件，在行政诉讼中予以解决。在先行解决征收补偿协议效力的情况下，再处理内部分割问题。

若被安置人对部分产权人与征收单位签订的征收补偿协议没有异议的，民事审判应依法予以处理。

8、【被安置人的证明】有的被征收私有房屋因历史原因仅有临时土地证，征收单位与被安置人代表签订补偿协议，没有明确被安置人范围，临时土地证记载的人员能否据此主张是被安置人？

虽然临时土地证并非不动产权利的登记凭证，但可表明持证人使用该土地曾获得相关部门认可。

基于城市房屋房地合一的原则，一般可采信临时土地证登记的权利主体。但当事人有证据证明临时土地证记载的权利人与真实权利人不一致的除外。

三、农村宅基地房屋征收补偿利益分割问题

会议认为，在处理农村宅基地房屋征收补偿利益分割纠纷时，应充分考虑我国农村集体土地性质的特殊性。在利益分割时，既要符合法律、政策，也要考虑到当地的乡规民约、特殊风俗习惯。

9、【特定补偿项目的归属】农村宅基地房屋征收中，部分补偿项目有特定的指向或者与被安置人的特殊身份有关，对于该部分补偿款应该如何确定归属？

农村宅基地房屋征收中，部分补偿项目有特定的指向或者与被安置人的特殊身份有关。

例如给予与其他被安置人存在亲属关系但并非集体经济组织成员的人员一定的补偿，又如给予身患重大疾病的被安置人一定金额的额外补偿。

对于这类基于特定身份取得的补偿利益，可参照 2011 年《动迁新政后动迁安置补偿款分割纠纷研讨会综述》第七条“关于各类补贴、奖励款”分割意见处理，原则上归该特定身份人员所有，但是当事人另有特别约定的除外。

10、【独生子女补偿利益归属】独生子女在宅基地征收中因独生子女身份而获得增加的补偿利益归谁所有？

征收补偿中，因独生子女身份而获得增加的补偿利益，不能当然认为皆归该独生子女享有。独生子女身份的取得系由于其父母响应国家计划生育政策，而国家有关计划生育的政策性生子女。在宅基地征收补偿中，基于独生子女身份而增加的补偿利益，并非奖励的对象一般系独生子女的父母而非独独生子女的贡献或者劳动所得。

对于该部分增加的补偿利益归属，被安置人之间有约定的，按照约定处理；没有约定的，原则上归独生子女的父母和独生子女共有。

四、征收补偿利益分割的其他问题

11、【安置房的购买权利继承问题】如果居住在被征收房屋内的被安置人在签订征收补偿安置协议之后、安置利益分割之前死亡，其继承人能否享有被继承人本可享有的优先购买安置房的权利？

在安置补偿对象人数较多，但可以分割或者购买的安置房数量有限的情况下，存在哪些被安置人有权优先购买安置房的问题。2011 年《动迁新政后动迁安置补偿款分割纠纷研讨会综述》中，多数

意见认为安置房应优先用于保障在被征收房屋内实际居住的被安置人。

实践中，有的法院提出，如果居住在被征收房屋内的被安置人在签订征收补偿安置协议之后、安置利益分割之前死亡，其继承人能否享有被继承人本可享有的优先购买安置房的权利存在争议。

鉴于被安置人死亡的，即已不存在实际居住的事实，其继承人可以继承被继承人的征收补偿利益，但是被继承人基于其居住事实而享有的优先购买安置房的权利不能继承。

12、【家庭内部协议的性质和效力】家庭成员在征收之前就征收补偿利益的分割以家庭内部协议的方式预先作出约定，对于此类协议的性质和效力应如何认定？

家事纠纷有人身依附性和家庭伦理性特征，家庭成员之间关于征收补偿利益分割事宜所达成协议的性质为家庭共有财产分割，内含家庭成员对家事问题、财产问题等的妥协和让步。

家庭成员对于财产的处分与赠与不同，不宜按任意撤销权之规定处理，法院应尊重家庭成员之间的合意。

如果协议仅有部分被安置人签字的，要结合协议签订的背景、协议内容、签字方是否有代理权等因素综合判断协议是否为全体被安置人的共同意思表示。

13、【违法改扩建部分的征收补偿利益归属】对有证房屋进行改扩建（改扩建部分未办理合法建造手续），后房屋整体纳入征收范围，对于改扩建部分的征收补偿利益应如何分割？

违法建筑原则上不受法律保护，但在一些特殊情况下考虑到历史因素，征收补偿时可能给予违法建筑一定补偿。

对于该部分补偿款的归属，原则上产权人对产证上的建筑面积享有产权，对违法建筑的权利，应综合考虑建筑物的出资建造、占有使用等情况予以处理。但当事人就该部分补偿利益另有约定的，应优先适用当事人之间的特别约定。

实践中需要注意的是，改扩建方提出征收补偿利益分割的前提是已经被列为征收补偿的被安置人。如果改扩建方并非被安置人，则只能依据与被安置人形成的其他法律关系（如租赁等）提出主张，不能基于征收补偿利益分割法律关系提出主张。

14、【尚未实际取得安置房的买卖合同效力】被安置人在尚未实际取得安置房的情况下即与他人签订安置房买卖合同，将安置房予以出售，对于这类买卖合同的效力，应如何认定？

对于合同效力的认定，应严格遵循《民法总则》的规定，除非具有法律规定的无效情形，不轻易否定合同效力。

根据《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，被安置人在尚未实际取得安置房的情况下，即未取得标的物的所有权，其所签订安置买卖房屋的协议不因此而认定无效。

要严格区分合同效力与合同履行，合同无法履行，不影响合同效力。当事人就合同履行产生争议的，按照约定或法律规定进行处理。

五、程序问题

会议认为，当前审判实践中就征收补偿利益分割纠纷案件的管辖、受理费的计算、与继承案件的程序衔接等程序问题，不同法院的法律适用口径存在一定差异，应予统一。

在处理这些程序事项时，应在严格遵守法律规定的前提下，尽可能减少当事人诉累，一次性解决纠纷。

15、【案件管辖】因征收或者协议拆迁补偿安置利益分割产生的纠纷如何确定管辖法院？

鉴于征收补偿款及安置房屋系针对被征收房屋的补偿，若因涉及多名被告或多套安置房分布在

不同辖区，分别由不同法院管辖易引发案件执法标准不统一，且征收利益分割往往涉及不同地区征收补偿政策的实施。

为便于当事人诉讼，便于法院审理此类征收补偿利益分割案件时的事实调查与处理标准的统一，此类案件一般由被征收房屋所在地的法院进行管辖为宜。2014 年第四季度全市法院民庭庭长例会曾就

上述问题进行讨论，倾向性意见也是由被征收房屋所在地法院管辖。此类征收补偿利益分割案件的管辖，继续按 2014 年第四季度民庭庭长例会研讨纪要精神执行。

16、【安置房屋分割的受理问题】安置房屋尚未确定，当事人起诉要求分割安置房屋的，人民法院是否受理？

当事人起诉要求分割安置房屋，其法律性质是不动产物权的分割。在安置房屋尚未确定的情况下，当事人将来可能获得的房屋实际面积、位置等尚处于不确定状态，法院不宜进行确权和分割，可裁定不予受理或者驳回起诉，但应告知当事人在安置房屋确定后再行主张。

安置房是否确定，应根据《物权法》第九条“不动产物权的设立经依法登记发生效力”的规定，原则上以不动产初始登记为判断标准。

但是实务中，有的安置房屋已钰建成，甚至已经完成实物交付。对于由于特殊原因（如开发商未缴纳相关费用、建设过程中改变规划等），房屋长期无法办理初始登记，若对此类房屋不予分割，则会导致家庭共有利益悬置，不利于保护无过错的被安置人，因此对于此类特殊情况的安置房屋可以予以分割。

但由于不动产物权尚未登记，法院在处理时不宜作确权分割，而应作房屋购买处理，判决一般采用 XX 房屋由 XX 当事人购买的表述。

17、【仅要求分割货币补偿款的处理问题】动迁安置补偿既有房屋又有货币，安置房屋分配尚不具备条件，当事人仅起诉要求分割货币部分的，人民法院是否处理？

征收补偿利益的分割所把握的原则应该是有利于被安置人利益的整体平衡，有利于减少当事人诉累，因此原则上应当整体分割。

特别是征收补偿款预扣在征收部门用于购置安置房等情况的，应参照 2007 年《上海市高级人民法院关于审理宅基地房屋纠纷若干问题的意见（试行）》第四条意见执行，货币补偿部分暂不作处理。

但是实务中也存在一些特殊情况，例如由于被安置人无法就补偿款分割达成一致而暂扣在征收部门，或者是补偿款已经实际下发，被安置人各方矛盾激烈且实际占有货币一方存在转移或者挥霍货币补偿款可能的。对此，人民法院可以受理，并就货币补偿款部分先行分割。

18、【动迁利益分割与遗产继承】部分被安置人死亡的，在处理安置补偿利益分割案件中是否需要就遗产继承一并处理？

实践中，如果部分被安置人死亡，当事人往往要求在征收补偿利益分割案件中就死亡被安置人补偿利益的继承问题一并予以处理。

为尽可能减少当事人诉累、一次性解决纠纷，应按照 2011 年《动迁新政后动迁安置补偿款分割纠纷研讨会综述》第三条的意见执行，遗产继承问题原则上应一并处理。但是，如果死亡的被安置人除安置补偿利益外还有其他遗产，其继承人要求与其他遗产一并处理的，或一并处理涉及案件情况复杂、程序环节众多等情况，可在在安置补偿分割案件中只明确涉及房屋征收补偿利益的遗产范围。继承人之间的继承问题另案诉讼解决。

19、【案件受理费】安置补偿利益分割案件如何确定案件受理费计算基数？

对于征收补偿利益分割案件受理费的计算，实践中有不同做法。有的法院按照征收补偿协议确定的全部补偿金额作为计算基数，有的法院按原告诉请主张可以分得的补偿金额作为计算基数，有的法院按照需要分割的安置房屋起诉时的市场价作为计算基数。

会议认为，案件受理费的计算标准应予统一，考虑到此类案件的性质系征收补偿利益分割，故倾向于按照征收补偿协议确定的全部补偿金额作为案件受理费的计算基数。

王国庆团队：打造家事审判的“最强大脑”

2020-05-27 北京法官 张琳 方硕

https://mp.weixin.qq.com/s/Wv_Gg6XYaBZ4Bq15_jGOPw

在北京市一中院，有这样一个专业化的审判庭：他们每天与“家长里短”打交道，有时，会看到因夫妻感情矛盾产生的爱恨纠葛，有时，会看到亲人间因继承、赡养、抚养等问题产生冲突。他们，正是一群为化解这些纠纷，实现当事人所希望的公平正义而不懈努力和付出的人。他们，是“北京市法院先进审判团队”王国庆审判团队，一中院家事审判的“最强大脑”。

团队里有先进党务工作者，也有优秀共产党员，在党小组的带动下，团队内七位党员始终牢记第一身份是党员，突出党员的先锋模范作用，坚持依法履职，通过司法裁判规范引导家庭纠纷的妥善解决，将法理情融入审判实践，彰显家事审判独有的司法温度和人文关怀，努力实现办案政治效果、法律效果和社会效果的有机统一。

今天，我们为您讲述这个“宝藏团队”的三位法官与六位得力助手同奋进、共争先的故事。

撰稿 | 张琳 方硕 编辑 | 牛犇

01

钻石档：强劲硬核，适法领军

王国庆是团队的审判长，曾三次荣立个人三等功，连续四届荣获审判质量奖章， 2019 年斩获北京法院司法业务技能比赛民事审判组第一名，获评“审判业务标兵”称号。

怀匠心，践匠行，做匠人，在法官修养中执事敬，事思敬，修己以敬，在审判事业中尽精微，尽卓越，致广大。这是他秉承的理念，也是他的写照。

在一起涉外遗嘱继承案件中，两名被继承人均为澳大利亚国籍并在新南威尔士州订立遗嘱，遗产包括国内和国外，同时涉及上诉人、被上诉人等多名继承人。继承人一方要求按照遗嘱继承国内遗产，另一方则主张遗嘱对国内遗产不发生效力。矛盾的冲突、外国法的查明、准据法的选择与适用、涉外遗嘱效力的认定等一系列问题接踵而至，无前人判例可鉴，无相关立法可循，审判工作一时陷入僵局。

“之前对国际私法的了解只是停留在理论上，这次可要抽丝剥茧细细品了。”王国庆立刻下单了十几本国际私法相关书籍。一周后，三尺高的卷宗里各色便签条有序排列，小山似的书里勾勾画画，写满了笔记。“上诉人对被上诉人在一审提交的遗嘱翻译件提出了异议，找了另一家翻译公司提交了一份新的翻译件，这两份翻译内容差了很多，看来有必要啃啃英文了”。

之后的一周，王国庆又一头扎进了英汉法律词典，吃透了诉状卷宗，熟读了专业书籍，咨询了国际法专家，啃下了专业英文，终于，在收案两个月后，一份近三十页的判决文书重磅出炉，有理有据，有章有节。经过潜心研究和打磨雕琢，成为该类案件的首例和裁判文书的范例。裁判文书一上网，就被民事法律研究的多家专业平台转发推送，自此，

类案也有了判例可鉴。

王国庆是专业过硬的审判标兵，也是大家眼中的读书达人。在他的影响下，团队成员掀起一股读书热潮，记录读书笔记，分享读书心得，每一天都过得充实而有趣。

匠人匠心，至精至卓。钻与专，景行行止。正是对审判事业的躬耕求索与精益求精，王国庆带领团队迎来了一次又一次的“柳暗花明”。

02

黄金档：善思笃行，素养领强

杨磊是团队的“智多星”，也是一位有着十年审判经验的标兵法官。如他的名字一样，磊有三石，滴水穿石，流金铄石，坚如磐石。

杨磊在家事审判岗位先后个人承办、参与审结各类家事案件共计 2000 余件，无一例被再审改判，无一例差错和瑕疵案件。他入选北京市委政法委“十百千”人才库，被聘为北京市法官兼职教师，当选北京市妇女法学研究会理事，他喜欢分享，善于沟通，一些当事人的“狂风暴雨”常在他的释法明理后转为“风平浪静”，与他交流你总会感觉如沐春风。

在一起分家析产、继承纠纷案件中，杨磊发现当事人向法院邮寄的材料袋有些“异样”，他把材料袋小心的拆开，发现除书面材料外还有现金人民币一万元，就立即向庭领导和院监察室进行报告，第一时间联系当事人来到法院，在核实清楚相关事实后，对当事人进行严肃的批评教育，当场将钱款全部退还，用实际行动展现了人民法官清正廉洁的工作作风和职业操守，既赢得了当事人的高度赞许，更维护了人民法院的良好形象。

杨磊是“笔杆子”，除了对审判事业的孜孜以求，还笔耕不辍。在他的带动下，助理们也养成了随时记录的好习惯，遇到案件中的新情况新问题及时记录，潜心钻研，专业论文常常见诸报刊。

三石而立，立身立行。杨磊始终坚守法治信仰，热爱司法事业，以一颗赤诚之心在家事审判中敬业奉献。

03

翡翠档：精英示范，创新领跑

吴扬新是团队的“谈判专家”，也是一位精通民商事审判的全能法官。先后获优秀嘉奖、个人三等功、连续多年获评院审判质量奖，连续三年获评院优秀共产党员。

用法律引导，用情感温暖，用道理感化，她是连续三年全庭结案数最多的法官，也是全庭调解率最高的法官，更是全庭收到锦旗和感谢信最多的法官。以心换心的沟通技巧是吴扬新做通当事人工作的致胜法宝。她的声音始终温柔且平和，往往案件还没开庭就收到了当事人寄送的调解意见书或是撤诉申请书。

在一起争夺孩子抚养权的离婚纠纷案中，吴扬新首次引入了“法官寄语”并附页于判决书之后，用“法言+心语”的方式将依法裁判与以德育人相结合，使判决有法有理有情，展现出司法的柔性与温度。当事人收到这份附有“心语”的判决书后亲自送来锦旗和感谢信，称赞这是一份有温度的判决书，并表示一定不辜负法官的希翼，努力给孩子一份完整的爱。该案入选年度北京高院社会治理专题案例，判决中的“法官寄语”模式受到北京晚报等多家媒体的采访和报道。

疫情面前，吴扬新主动探索“云探望”，借助网络庭审平台，促成父母与子女线上见面，一时成为疫情时期家事审判广泛适用的新模式，为司法工作贡献最强大脑。

“学会倾听，懂得沟通”。谈到她的调解法宝，吴法官总是这样说。在她的感染下，助理和书记员们也渐渐成长为调解小能手，很多时候，纠纷在诉前便得到了化解。

我武惟扬，凡百一新。绿水结绿玉，白波生白珪。正是有了“衙斋卧听萧萧竹，疑是民间疾苦声”

的枝叶情怀，才铺就了家事审判的家国春秋。

04

宝石档：超凡越圣，汇智领先

三位法官还有这样一群得力助手：法官助理葛媛媛、方硕、谷文博，他们指导当事人交换证据，提前阅卷列明案件事实和争议焦点，类案检索做好前期准备工作，草拟文书辅助案件审判，撰写普法文章、工作信息、新闻稿件，执笔调研课题、参与书稿写作，每一项工作都耐心细致，认真对待。

书记员柳惠仪、张丽川、杜晓曦踏实记录，尽显担当。特殊时期，主动请缨到岗值勤有她们，指导当事人一步一步安装软件、进行网络庭审有她们，自觉草拟网络庭审注意事项有她们，耐心细致记录庭审做好当事人沟通工作也有她们。

同时，团队在释法明理、调查研究、引领示范等方面充分发挥党员先锋模范作用；践行司法为民宗旨，送法进社区、进军营、进企业，前往敬老院普法宣传，长年坚持在社区开展义务咨询，北京电视台专题报道。

贝阙珠宫，冰壶玉衡。是花就要芬芳，是草就要翠微，是树就要茁壮。法官助理和书记员在团队家园中尽情绽放。

厚积与躬耕，成就了团队成员智慧的碰撞与凝结，造就了先进审判团队的进阶之路，谱写了一群首都法官为司法事业贡献力量的新时代画卷。

2019 年度徐州法院少年家事审判工作新闻发布会

2020-05-28 今日徐州

http://m.cmstop.cms.cnxz.com.cn/p/1369019.html

“六一”儿童节来临之际，市中院自 2019 年审结的案件中筛选出 6 个维护未成年人权益典型案例，通过媒体向社会发布，目的在于增强未成年人的自我保护意识，让社会各界共同关注未成年人合法权益，不断提高保护未成年人的法律意识和责任意识，共同构建有益于未成年人成长的家庭环境和社会环境，减少侵害未成年人权益案件的发生。

案例一：曾某与郑某申请撤销监护人资格纠纷案

【简要案情】

申请人曾某是未成年人曾某某的姑姑，被申请人郑某是曾某某的母亲。曾某某的父母离婚后，其由父亲抚养。2015 年父亲去世，其便跟随祖母、姑姑共同生活，生活、教育费用均由曾某负担。曾某某的母亲郑某，没有支付过生活费、教育费，也没有探视过曾某某。曾某诉至法院，申请撤销郑某的监护人资格。

云龙区法院审理认为，郑某离婚后未支付抚养费，也从未探视过曾某某，母女感情疏离，犹如陌生人，郑某不履行监护人职责，致使曾某某处于监护缺失状态，其监护人资格应当予以撤销。曾某某的祖母年事已高，身患疾病无经济收入，外祖父母多年来亦无联系，而曾某某常年跟随祖母和姑姑一起生活，学习、生活支出均由姑姑曾某负担，曾某实际承担了引导、教育曾某某的责任。遂判决撤销郑某的监护人资格，指定曾某为曾某某的监护人。

【典型意义】

《中华人民共和国民法总则》第三十六条规定，监护人怠于履行监护职责，或者无法履行监护职责并且拒绝将监护职责部分或者全部委托给他人，导致被监护人处于危困状态的，人民法院根据有关个人或者组织的申请，撤销其监护人资格，安排必要

的临时监护措施，并按照最有利于被监护人的原则依法指定监护人。

父母是未成年子女的法定监护人，对未成年子女负有抚养、教育和保护的义务。本案中，曾某某父亲去世后，母亲郑某没有承担起抚养、监护曾某某的责任，致使曾某某处于监护缺失状态。人民法院从有益于未成年人的身心健康成长出发，撤销怠于行使监护义务的监护人资格，另外指定监护人，体现了司法的人文关怀，开拓了对未成年人关爱和保护的新视角。

案例二：王某与李某探望权纠纷案

【简要案情】

王某和李某于 2015 年 1 月办理结婚登记，婚后育有一子李小某，2016 年 6 月双方协议离婚，约定李小某由李某抚养。后双方因探望问题产生纠纷，王某提起诉讼，请求法院判令李某协助其每月两次探视李小某。

沛县法院审理认为，王某对子女享有探望权，李某应当对王某探望权的行使给予必要的协助，遂判决王某可在每月第一周的周六至周日将李小某接回住处探望，李某予以协助。后李某不服，提出上诉。徐州中院认为，李小某尚未满三周岁，王某作为孩子的母亲，在不直接抚养孩子的情况下，希望能够与孩子共处一夜，符合人之常情。在没有证据证实王某和子女共处一夜的探望方式，会对孩子造成不利影响的情况下，李某应协助配合王某行使探望权，最终驳回了李某的上诉。

【典型意义】

本案是一起关于探望权行使方式发生纠纷的探望权纠纷案件。探望权本质上是立法基于未成年子女利益最大化而规定的一项权利，该权利的行使更大程度上是满足未成年人子女对父母的精神需求，使未成年子女与未直接抚养自己的父亲或母亲保持联结，对促进未成年子女的身心发展及人格塑造具有非常重要的意义。未成年人父母就行使探望权的方式无法达成协议时，法院应当从未成年子女健康成长的角度出发，视情形确定，尊重未成年子女意愿的同时，保障未成年子女的正常生活和学习，兼顾父母双方的生活和工作。父母也应尽最大可能减少因家庭解体而对未成年子女造成的感情伤害，更好的行使和履行抚养教育子女的权利义务。

案例三：彭某与刘某变更抚养权纠纷案

【简要案情】

彭某和刘某于 2019 年 7 月 26 日在民政局协议离婚时约定，婚生女抚养权归彭某，五年后则归刘某，以后双方各自抚养权的期限为五年等。后双方因女儿就读幼儿园一事发生争执，彭某诉至法院要求变更女儿由其抚养，刘某每月支付抚养费。

经云龙区法院调解，双方同意继续按离婚协议约定的年限轮流进行抚养，女儿由彭某抚养期间，刘某每月支付抚养费 1200 元；由刘某抚养期间，彭某每月支付抚养费 600 元。

【典型意义】

离婚后对子女的抚养，应当从有利于子女的身心健康、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。在有利于保护子女利益的前提下，父母双方协议轮流抚养子女的，可予准许。实践中，轮流抚养能够让子女享有比单边抚养更加充分的母爱和父爱，兼顾孩子与父母的亲情与权益。虽然离婚夫妻因感情纠纷不能再维系家庭的完整，但作为孩子的父母应首先妥善安排好子女的今后生活。本案轮流抚养方式的确定，既考虑了双方及子女的感情需求，又化解了双方的矛盾纠纷，取得了良好的效果。

案例四：马小某与马某抚养费纠纷案

【简要案情】

马某与田某在民政局协议离婚时约定，婚生子

马小某由田某抚养并支付抚养费；马小某上学及学习的一切费用由双方各承担一半，支付到孩子最高学历毕业；医疗费、保险费也均由双方各承担一半。后因马某未及时支付相关费用，马小某诉至法院要求马某支付其上学期间的学费、兴趣班培训费、医疗费、保险费等共计 11900 余元及利息。马某以抚养费中已包含生活费、教育费、医疗费，且马小某的游泳、英语、书法等兴趣班培训费用并非必须等为由拒绝支付。

泉山法院审理认为，马某与田某的离婚协议对孩子的学习费用以及医疗费、保险费等，作出了明确约定，双方应按照约定履行。但马小某主张的补课费、课外兴趣班培训费等，系超出国家规定的全日制教育费用之外的教育性支出，不应支持。遂判决马某承担马小某向学校交纳的班费、学平险、班级诗歌集、书法等级考试等费用的一半，共计 3800 余元。

【典型意义】

本案是一起涉及子女其他生活教育费用的抚养费纠纷典型案例。法律规定抚养费包括了子女生活费、教育费、医疗费等费用，但如果父母双方就其他的学习费、医疗费、保险费等费用的支出另有约定的，离婚后双方均应遵守该约定。实践中，一些离婚当事人为了尽快达到离婚的目的，协议约定的抚养费内容比较笼统、含糊，导致后期实际履行的过程中产生争议，这也成为一些当事人拖欠抚养费的借口，影响了未成年人的学习生活质量。法院在审理此类案件时，应当遵循未成年人利益最大化原则，根据双方约定的意思表示，综合考量双方的经济状况、当地的生活水平等因素，考察相关费用是否为教育、生活的必要支出，以保障未成年人子女良好的生活、学习环境。

案例五：李某某与闫某某、张某生命权、健康权、身体权纠纷案

【简要案情】

2018 年暑假期间，李某某、闫某某在张某开办的“家庭式”辅导班学习。事发当天课间休息时，李某某、闫某某与他人一同在卧室玩耍，闫某某抱起李某某左腿致其摔倒，造成李某某 2 颗门牙折断。后各方因医疗费支付问题协商未果，李某某遂提起诉讼。

铜山区法院审理后认为，张某无办学资质，在家中开办假期辅导班，培训场所存在安全隐患，安全管理上存在疏漏，应承担 50%的赔偿责任。闫某某虽未满八周岁，但对搬起单腿可能会造成对方摔倒，已具有一定的认知能力，存在过错，应由其监护人承担 40%的赔偿责任。李某某的监护人将未成年人送到不具有办学资质的辅导班学习，存在监护疏漏，李某某应自行承担 10%的赔偿责任。该案宣判后，各方均未提起上诉。

【典型意义】

本案系一起较为典型的学生在违规开设的“家庭式”辅导班学习期间受伤的侵权纠纷案件。实践中，一些校外开设的辅导班，没有取得办学许可，往往办学条件简陋、安全管理薄弱。此类辅导班虽不属于严格意义上的教育机构，但应参照学校、教育机构的安全管理责任履行安全保障义务。出现学生之间的伤害事件时，应根据行为人、受害人及管理人的过错程度及原因力比例，合理确定各方应承担的民事责任。本案中，法院综合各方过错程度、客观情况、行为与伤害后果间的原因力大小等因素，判令开设辅导班的教师承担大部分的侵权责任，伤害行为人承担部分责任，受害人的监护人自行承担少部分责任，责任比例分摊合理，对此类的社会办学行为起到评价引导作用。

案例六：杨某诈骗案

【简要案情】

2020 年 2 月初，被告人杨某在当前新型冠状病毒肺炎疫情形势严峻的情况下，明知自己没有口

罩货源，假借销售一次性口罩的名义，使用手机微信，采取伪造身份证件、发虚假快递、拉黑对方联系方式等手段，骗取被害人张某人民币 4.4 万元。诈骗所得部分钱款被其挥霍，仅追回赃款 4000 元发还被害人。贾汪区法院通过“云上平台”审理认为，杨某的行为已构成诈骗罪，并应酌情从重处罚。鉴于杨某犯罪时未满十八周岁，如实供述犯罪事实，并能自愿认罪认罚，系初犯，依法对其从宽处罚。以杨某犯诈骗罪，判处其有期徒刑一年三个月，并处罚金人民币五千元，违法所得余额人民币四万元，责令退赔被害人；作案工具苹果手机二部予以没收，上缴国库。宣判后，法院对杨某进行了回访。

【典型意义】

本案是法院对未成年被告人开展心理辅导的案例。杨某在接到判决书后，虽表示服判不上诉，但一度懊恼自弃，心情焦虑，以泪洗面。管教将这一情况反馈给法院后，考虑到疫情防控的需要，法官通过网络视频对杨某进行了判后回访，给予其心理辅导。回访中，法官运用心理咨询知识帮助杨某走出自弃的心理阴影，重新燃起生活的希望，同时电话敦促杨某远在外地的家人，常到监所看望杨某，让杨某感受到了法官及家人的关心和温暖。视频回访后，杨某心情趋于平稳，不再迷茫，在监所表现积极。长期以来，徐州两级法院坚持做好延伸帮教工作，将“教育、感化、挽救”的工作方针贯穿于未成年人案件审判全过程，为促进失足未成年人的改过自新发挥了积极作用，彰显了保护未成年人的司法理念和司法温情。

青岛中院明确徐翔案资产甄别已进入尾声，让我们一起见证“尾声”有多长？

2020-05-31 应莹

https://mp.weixin.qq.com/s/QkH1v7c_YSgRay23MxSVqA

让我们一起见证“尾声”有多长

这两年，徐翔案的资产甄别和离婚案牵扯了我大量的精力，也让我切身感受到中国法治的不完善。中国法治建设不光要严格制定法律，还要高素质的执法队伍和有效的执法效率，才能让法治精神得以彰显。

5 月 20 日，我和律师一行三人，受青岛中院徐翔案承办法官邀请，去到青岛双方进行当面交流。具体过程我就不一一表述了。

当承办法官亲口告知我资产甄别已“进入尾声”时，我真是悲喜交加。涉案资产本应在徐翔案判决前就甄别清楚，合法资产予以返还，这是法律有明确规定的，但因青岛中院“不懈努力”甄别三年，导致被冻结合法资产严重缩水，到现在才告诉我“进入尾声”。

青岛中院在资产甄别中持续三年的司法不作为，不光只影响到我个人利益，也影响到众多上市公司和股民的利益，但是多年以来一直就没人去管。

因青岛中院的不作为，导致查封冻结的徐翔家族合法资产无法进行有效分割，其中股权资产已严重缩水；因为青岛中院的不作为，本应快速厘清但遥遥无期的股权查封，已经影响到大恒科技、宁波中百等上市公司的再融资，不光影响到公司的发展前景，也影响了数万员工和数十万投资人的利益；因为青岛中院的不作为，导致一些案外人的关联账户迟迟得不到甄别解封，给他们带来了无限的困扰。

令人欣慰的是，现在总算看到了一线曙光，青岛中院承办法官明确罚金仅针对徐翔本人，也确认我和徐翔父母有合法资产的所有权，会依法分割后返还给我，那些受股权冻结影响苦苦挣扎的上市公司，也迎来解困的希望一一不管公司股权如何划分或者分割，不管是归属于我或者其他处置方式，在进入执行阶段后，公司都将翻开新的一页。

我初步测算，归属我个人有几十亿的家庭合法资产，如果给我现金，那是最好，但如果大恒科技和宁波中百的股权划归我，我也有自信能保持上市公司的稳定发展，并做好管理层的股权激励。

有朋友很乐观，说，甄别案进入尾声，意味着大概一个月就可以进入到执行阶段。也有朋友跟我说，那可能是青岛中院的托词，甄别三年才进入尾声，有可能“尾声”还有三年。我觉得青岛中院应该不会是三年一小步的折腾法吧？

所以，我今天在此公开一下过程，也感谢大家支持，最后我有三个想法：

第一、我是不是应该礼貌性地感谢一下青岛中院？

第二、希望大家和我一起见证，青岛中院的那个尾声有多长？

第三、无论是拍卖还是分割两家上市公司的股权，我希望能本着对广大投资人负责的态度维护好上市公司的长远发展。

再次谢谢大家的持续关注和支持

二、立法动态

全国人大法工委回应民法典草案六大问题：离婚冷静期制度不适用于遭遇家暴起诉离婚

2020-05-14 中国妇女报 王春霞

https://mp.weixin.qq.com/s/000GVupru6mBnKavkEFmhg

5 月 14 日，记者从全国人大常委会获悉，民法典草案将提交今年 5 月 22 日在京召开的十三届全国人大三次会议审议，围绕民法典草案的一些热点问题，全国人大常委会法工委民法室相关负责人作出了回应。

问题一：民法典草案征求意见过程中，哪些意见呼声较高？

该负责人：群众呼声较高的，主要集中在住宅建设用地使用期届满如何续期、父母离婚后变更未成年子女姓氏的是否作出规定、同性婚姻问题、夫妻共同债务认定、高空抛物坠物责任的完善等方面。

对通过中国人大网征求到的意见，法工委都进行了认真的研究，有的意见，如同性婚姻合法化问题等，法工委发言人已在记者会上作出明确的回应说明；有的意见在草案中予以吸收采纳。在下一步草案修改中，对各渠道收集反馈的意见，法工委将一如既往地重视、研究、吸收。

问题二：人格权编的排位可否调整到总则编之后？

该负责人：人格权编是我国民法典的一大亮点。在审议过程中，有的意见建议将人格权编放在民法典的第二编。对此，我们研究认为，民法典草案的各编排序有其自身的逻辑：第一分编总则在整个民法典中起统领性作用；第二分编物权和第三分编合同均涉及财产关系；第四分编人格权编、第五分编婚姻家庭编和第六分编继承编均涉及人身关系，将这三编放在一起，在逻辑上是合适的；第七分编侵权责任编作为最后一编，规定因侵害物权、债权、人身权等民事权益所产生的侵权责任问题。

如果单独将人格权编位置提前，婚姻家庭编和继承编位置保持不动，就会使涉及人身关系的内容处于割裂状态。如果将涉及人身关系的人格权编、婚姻家庭编和继承编位置均提前，不一定有利于法律本身的理解和适用。因为婚姻家庭编虽然主要调整人身关系，但其中有一些制度比如夫妻财产制，也涉及财产关系，这些财产关系涵盖了物权、因合同产生的债权等。民法典先规定物权编、合同编，就物权、因合同产生的债权等内容进行规范，再规定婚姻家庭编，既有利于法律的理解和适用，也更为符合逻辑。经综合考虑，民法典草案各编采取了现在的排序方式，将人格权编放在草案的第四编。

问题三：遭遇家庭暴力离婚，也需适用离婚冷静期吗？

该负责人：实践中，由于协议离婚登记手续过于简便，轻率离婚的现象增多，不利于家庭稳定。为此，民法典草案婚姻家庭编规定了一个月的离婚冷静期，在此期间，任何一方可以向登记机关撤回离婚申请。对于这一规定，在征求意见的过程中绝大多数是赞成的，认为有利于解决冲动离婚的问题，维护婚姻家庭关系的稳定。但也有的意见提出，对于存在家庭暴力等情形的，不宜规定离婚冷静期。

对此，我们经研究认为，离婚冷静期制度只适用于协议离婚，对于有家庭暴力等情形的，实践中

一般是向法院起诉离婚，而起诉离婚是不适用离婚冷静期制度的。从我们了解的情况看，英国、法国、俄罗斯、韩国等国家都规定了这一制度。

问题四：隔代探望怎么办？

该负责人：民法典婚姻家庭编草案二次审议稿曾规定了隔代探望权，明确父母离婚后，祖父母、外祖父母在对孙子女、外孙子女尽了抚养义务，或者在孙子女、外孙子女的父母一方死亡的情形下，可以参照适用离婚父母探望子女的有关规定，探望孙子女、外孙子女。征求意见过程中，有的意见提出，这样规定对隔代探望的限制，没有必要。也有的意见提出，隔代探望权范围过大，容易引发矛盾，影响未成年人和直接抚养子女一方的正常生活。还有的意见提出，法律不宜赋予祖父母、外祖父母单独的探望权，建议删除这一规定。鉴于目前各方面对此尚未形成共识，民法典对此问题可暂不作规定，祖父母、外祖父母进行隔代探望，如与直接抚养子女的一方不能协商一致，可以通过诉讼由人民法院根据具体情况加以解决。

问题五：夫妻之间是否适用居住权制度？

该负责人：居住权是一种用益物权，是居住权人对他人所有的住宅享有占有、使用的权利。草案在用益物权部分增加一章，专门规定居住权，居住权人有权按照合同约定并经登记占有、使用他人的住宅，以满足其生活居住需要。居住权还可以以遗嘱方式设立。夫妻在婚姻关系存续期间所得的住宅，为夫妻的共同财产，归夫妻共同所有，不适用居住权制度。属于夫妻一方的住宅或者夫妻离婚后归一方所有的住宅，可以在该住宅上按照法律规定的方式为另一方设立居住权。

问题六：网络预约机动车的侵权责任如何规定？

该负责人：网络预约机动车作为新生事物，各方面对其责任问题如何规定，分歧很大。如在网络预约平台公司仅提供媒介服务的情形下，机动车使用人与网络预约平台究竟应当承担什么样的责任，是连带责任、补充责任，一直有不同的意见。经反复研究认为，在争议较大、难以形成基本共识的情况下，民法典作为基本法还不宜对这一问题仓促作出规定。

目前，在行政管理方面，已经有交通运输部等六家单位 2016 年联合发布的“网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法”和交通部 2018 年制定的“网络预约出租汽车监管信息交互平台运行管理办法”两部规章，为解决网络预约机动车运行方面的纠纷提供了必要依据。在争议较大的情况下，法律不宜过早作出规定，否则可能对相关行业造成限制。据此，民法典草案对这一问题未作规定。

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

编辑/陈晓冰

三、媒体典型案例

（一）解除婚姻关系案例

存在性功能障碍的丈夫居然长期嫖娼？妻子不堪忍受诉请离婚

原创：2020-05-12 上海法治报 陈颖婷

https://mp.weixin.qq.com/s/udt2iOqb4nacAVYOvR_Ajw

因为丈夫小张存在性功能障碍，他与妻子小芳维持了长达 3 年的无性婚姻。近日，小芳向法院提起离婚诉讼。而令人匪夷所思的是，她离婚的原因竟是因为发现了丈夫存在长期嫖娼的事实。一个性功能障碍的病人是否能与嫖娼划上等号呢？日前，浦东新区人民法院的一个离婚诉讼的判决给出了答案。

同一年出生的小张和小芳在 8 年前经双方母亲介绍相识。两个同龄人很快走到了一起，2015 年 12 月 30 日两人登记结婚，次年 2 月又举办了隆重的婚礼，双方组成了一个小家庭，小张还将小芳的名字加到了婚房上，双方婚后一同还贷。然而，走过 3 年恋爱时光的两人，婚后的生活却并不美满。一个难言之隐的阴霾笼罩着他们的婚姻。

据小张说，婚礼当晚他期望的洞房花烛夜，却被妻子以怕疼为由拒绝。此后半年里妻子都以各种理由拒绝过夫妻生活。小芳也坦言，由于丈夫有性功能障碍，两人一直过着无性婚姻，双方的感情也变得平平淡淡。然而，2019 年 3 月的一次争吵，最终撕破了这个婚姻的平静。

小芳表示，她从丈夫的微信记录中发现丈夫“出轨”了，微信显示，丈夫此前陆续在外嫖娼。小芳向丈夫小张求证时，小张也予以承认。源于对丈夫出轨的认知，让小芳对这段婚姻越来越失望，她再也没有与小张共同生活的意愿。于是，她在 2019 年 5 月回娘家居住，夫妻自此分居。小芳看来，现在夫妻感情已破裂，请求法院判决离婚，同时由于丈夫有长期嫖娼行为导致夫妻感情破裂，故对婚姻有过错，她要求房屋各半分割。

为此，小芳向法庭提供了丈夫的微信聊天记录，以及两人之间的通话录音。录音中，小张向小芳告知了，其已向母亲说了自己嫖娼的事情，对自己性功能障碍一事未有向母亲说。

但小张却对嫖娼的事实并不认可，他表示妻子可以自由地打开他的微信号，因此所谓嫖娼的事实也可能是妻子自导自演，以便在离婚诉讼中可以多分财产，且从聊天内容中也看不出自己有长期嫖娼的行为。他还表示，录音的时间正处于母亲生病住院期间，妻子小芳想离婚，但又不想承担责任，故一直是以他有性功能障碍要挟他，让他和父母说离婚的责任在自己，否则就把这个事情告诉他的父母。“我为了不影响母亲的健康，碍于面子才撒谎说因为嫖娼导致小芳要离婚。”小张认为自己患有男性勃起障碍，所以不可能实施嫖娼行为。

法院审理后认为，小张与小芳结婚至今一直无夫妻生活，致夫妻感情未能真正建立，现两人均同意离婚，法院依法予以准许。小张患有性功能障碍，无法与小芳有正常的夫妻生活，给小芳造成伤害，但此属于身体疾病，小芳也未举证证明小张在婚前有故意隐瞒，故不能据此认定小张有过错。至于小张是否有嫖娼的行为，小芳提供的微信和电话录音可以相互佐证小张确有嫖娼的行为，小张该种疾病的限制只是导致其客观不能而非其主观不愿，小张违反夫妻忠实原则在外嫖娼的行为也确实给妻子造成了伤害，因此法院认定小张存在过错，在分割

财产时给予小芳适当照顾。最终法院结合结婚时的房价、加名时的房价、该期间共同还贷的本息、小张购房时的其他费用以及按照照顾女方权益及无过错方的原则，法院酌定小张应给付小芳房屋补偿款 32 万元。（文中均系化名）

记者 | 陈颖婷
编辑 | 刘家杭

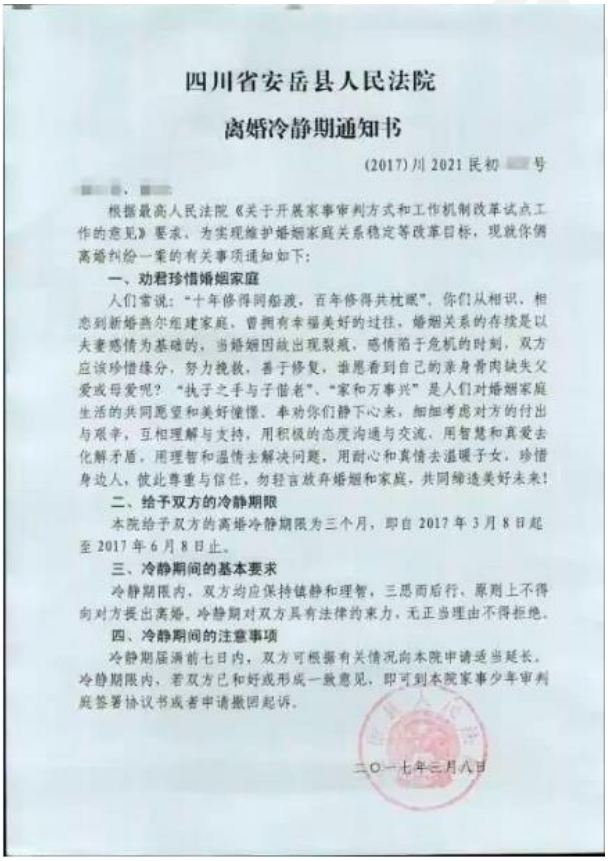
首例案例：中国司法创新适用“离婚冷静期” | 中国司法案例研究中心

原创：2020-05-29 判例研究 裴净净

https://mp.weixin.qq.com/s/-T1QqmYmyBLwht4btoIOXQ

编者按：昨日下午，《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）正式通过，标志着中国民法发展进入新纪元。与此同时，《民法典》修改的几大亮点引起社会高度关注，其中包括人格权、侵权、担保、婚姻、继承等编。本文结合第五编婚姻第 1077 条关于离婚冷静期的规定，以案例为视角，分析“离婚冷静期”的适用问题。

案例引入



四川省安岳县人民法院

离婚冷静期通知书

(2017)川 2021 民初 [redacted] 号

[redacted]：

根据最高人民法院《关于开展家事审判方式和工作机制改革试点工作的意见》要求，为实现维护婚姻家庭关系稳定等改革目标，现就你俩离婚纠纷一案的有关事项通知如下：

一、劝君珍惜婚姻家庭

人们常说：“十年修得同船渡，百年修得共枕眠”，你们从相识、相恋到新婚燕尔组建家庭，曾拥有幸福美好的过往，婚姻关系的存续是以夫妻感情为基础的，当婚姻因故出现裂痕，感情陷于危机的时刻，双方应该珍惜缘分，努力挽救，善于修复，谁愿看到自己的亲身骨肉缺失父爱或母爱呢？“执子之手与子偕老”、“家和万事兴”是人们对婚姻家庭生活的共同愿望和美好憧憬，奉劝你们静下心来，细细考虑对方的付出与艰辛，互相理解与支持，用积极的态度沟通与交流，用智慧和真爱去化解矛盾，用理智和温情去解决问题，用耐心和真情去温暖子女，珍惜身边人，彼此尊重与信任，勿轻言放弃婚姻和家庭，共同缔造美好未来！

二、给予双方的冷静期限

本院给予双方的离婚冷静期限为三个月，即自 2017 年 3 月 8 日起至 2017 年 6 月 8 日止。

三、冷静期间的基本要求

冷静期限内，双方均应保持镇静和理智，三思而后行，原则上不得向对方提出离婚，冷静期对双方具有法律约束力，无正当理由不得拒绝。

四、冷静期间的注意事项

冷静期届满前七日内，双方可根据有关情况向本院申请适当延长，冷静期限内，若双方已和好或形成一致意见，即可到本院家事少年审判庭签署协议书或者申请撤回起诉。

二〇一七年二月八日

早在 2017 年，中国司法领域已经开始创新适用“离婚冷静期”，其中，有两起案件曾经引起全国关注，一是 2017 年四川省安岳县人民法院发出的全国法院首张《离婚冷静通知书》案；二是 2018 年四川省彭州市人民法院创设适用“离婚冷静期”调解和好案（以下简称“彭州法院案”）。

大致案情是法院在受理离婚诉讼后，向双方当事人发出个性化订制的《离婚冷静期通知书》（如图所示），以达到夫妻双方重归于好的效果。

案例价值

上述两起案例是中国司法对“离婚冷静期”的创新适用，对“离婚冷静期”的适用与推广具有典型与重要意义。

适用背景是，根据 2016 年 4 月 21 日发布的《最高人民法院关于开展家事审判方式和工作机制改革试点工作的意见》、2018 年 7 月 18 日发布的《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）》等意见和司法解释展开试点创新工作，尤其是“彭州法院案”，由相关报道来看，该案是在最高法院司法解释确立离婚冷静期制度以后，首例适用这一制度成功化解婚姻危机的案件，多次被提名优秀案例评选，获评第十四届（2018 年度）中国十大影响性诉讼案例、四川省高级人民法院发布的 2018 年度全省法院十大典型案例。

案例争议

但任何新生事物几乎都是在争议中产生的。上述案例公开后，引起法律界内部分歧。一种观点认为，上述案例是关于家事审判方式和工作机制改革的重大尝试，是宝贵的司法经验，具有继续创新和推广的案例价值。一种观点认为，司法公权力不宜过多干涉当事人私权处置，既然当事人已经选择诉讼方式作为解决手段，法院应当充分尊重当事人的选择，依法裁判即可。还有一类观点，认为创新也得有法度，“离婚冷静期”是多此一举的“司法创新”，该冷静的应该是法院。

相关文章：

1. 白文慧：《“离婚冷静期”，给婚姻一个“破镜重圆”的机会 ——离或不离，爱就在那里》，载北大法宝微信公众号，2019 年 3 月 8 日。

2. 朱达志：《“离婚冷静期”是多此一举的“司法创新”》，载零度评论微信公号，2017 年 3 月 22 日。

3. 李颖珺：《离婚冷静期？需要冷静的是某法院！！！》，载法律读库微信公号。

案例评析

从程序法角度看，法官是否有权在诉讼中直接适用“离婚冷静期”这一问题，涉及到公权与私权、审判权、当事人程序选择权、家事审判方式改革等诸多内容，并非短短几句话就可以理清楚。

但是，当前实体法领域首先迈出的第一步可以为我们带来新的启示，《民法典》首次确立了离婚登记设置“离婚冷静期”，这标志着立法层面对“离婚冷静期”的首次认可，表明了立法对于婚姻维护的基本立场，这些可以为法官裁判婚姻案件带来一定参考价值。

“离婚冷静期”因何入法

无论“离婚冷静期”的启动将带来何种效果，我们首先应思考的是“离婚冷静期”因何入法。

中国人民大学法学院教授杨立新在接受新京报记者的采访时表示，“离婚冷静期”设立的目的之一，确实是为了解决离婚率逐年增加的问题。

为了证实这一问题，笔者检索了中国民政部关于结婚离婚状况的数据报告。2020 年 1 月 19 日上午，民政部举行 2020 年第一季度例行新闻发布会，称 2019 年全国婚姻登记机关共办理结婚登记 947.1 万对，离婚登记 415.4 万对，补发结婚证和离婚证书 403.4 万对（2019 年的结婚率和离婚率尚在统计当中）。

（备注：“离结比”不等同于“离婚率”！中国的离婚率统计采取与国际接轨的做法，具体统计办法是：某年的离婚率=某年离婚对数/某年的平均人口数×1000‰。以 2018 年为例，全国结婚登记 1010.8 万对，离婚总对数是 446.1 万对，离婚率是 3.2‰。）

那当前的离婚率是否高呢，2018 年离婚率是 3.2‰，这个数字代表着什么？这需要从历史纵向角度来观察。民政部门的数据显示，中国离婚率已连续 12 年呈递增态势。离婚率居高不下并逐年增长已成为一种趋势，当然该趋势为全国总体趋势，部分地区可能不存在，以上海市为例，《2020 年上海市婚姻数据年度报告》首次向社会公众披露 1950 年至 2019 年间的上海相关历史婚姻数据，显示 2006 年以来，除 2016 年出现最高值为 5.71‰外，上海市的离婚率基本都保持在 3.32‰-4.87‰的区间内，表明过去近 14 年以来，上海离婚率未曾出现大幅度的起伏波动。

谈及上述数据的目的之一是在看待新生事物时，我们应首先以客观、理性的立场去分析，端正心态。不可否认，离婚冷静期在当下中国可能存在诸多问题，但是法治的车轮是不断向前的，问题与困难在所难免。

接下来谈下何谓“离婚冷静期”。

概念界定

离婚冷静期，又称离婚熟虑期，是指在离婚自由原则下，婚姻双方当事人申请自愿离婚，在婚

姻登记机关收到该申请之日起一定期间内，任何一方都可撤回离婚申请、终结登记离婚程序的冷静思考期间。

《民法典》第一千零七十七条规定，“自婚姻登记机关收到离婚登记申请之日起三十日内，任何一方不愿意离婚的，可以向婚姻登记机关撤回离婚登记申请。前款规定期间届满后三十日内，双方应当亲自到婚姻登记机关申请发给离婚证，未申请的，视为撤回离婚登记申请。”

法律特征

第一，离婚冷静期的前提是尊重离婚自由原则。即第一千零七十七条规定不是限制离婚自由，而是在离婚自由前提下给予双方适当时间冷静思考。

第二，离婚冷静期仅适用于登记离婚，不适用于诉讼离婚。上述案例是试点期间法院对家事审判的创新之举，并非硬性规定。

第三，离婚冷静期的基本作用，是设置一个时间门槛。

第四，离婚冷静期的结果，是确定当事人的离婚意愿是否真实，决定是否继续或者终结离婚登记程序。

参自杨立新、蒋晓华：《对民法典婚姻家庭编草案规定离婚冷静期的立法评估》，载《河南社会科学》2019 年第 6 期。

立法问题

根据杨立新教授的介绍，“离婚冷静期”系主要参考韩国的立法经验，主要考虑到大陆法系国家中韩国的立法背景、立法传统等更贴近我国立法现状，但笔者认为，第一千零七十七条规定也存在一些问题。

第一，“离婚冷静期”的适用未区分情况。即在存在家暴、精神虐待的家庭，还适用“离婚冷静期”可能会加大受害方或者弱势方的婚姻痛苦；

第二，“离婚冷静期”的期间长短未区分情况。在交通不便等地方应当适用特殊的期限，以方便当事人办理离婚；

第三，缺乏对“离婚冷静期”期间的权利救济。第一千零七十七条规定了两个三十日，这一期间某些当事人可能会办理转移财产甚至转移子女住所，导致另一方合法权利受到侵犯，如何救济是一大问题，可能又涉及合同撤销、无效认定等问题。

第四，登记离婚“离婚冷静期”适用与司法的衔接问题。在当下多元化纠纷解决机制的背景下，民政部门作为受理离婚登记的第一机构，能否借用“离婚冷静期”的立法优势，发挥调解功能，并将这一工作效果与司法对接起来，节省社会纠纷化解成本，优化资源配置。

第五，诉讼离婚法院应否再次调解的问题。即在经历过登记离婚“离婚冷静期”后，双方未能协商离婚而走向诉讼时，法院是否应当再次调解的问题。在经历“离婚冷静期”后，夫妻一方仍坚持离婚，另一方不同意而诉讼离婚的，在笔者看来，此时法院已经没有调解的必要，不宜再适用调解，以节省诉讼时间成本。

笔者认为，上述问题或可有可思考和讨论的价值和空间，期待在未来可以得以解决。

结　　语

家庭是社会的基本细胞，是孩子的第一所学校。设置“离婚冷静期”，可以大大降低冲动式离婚行为，促使夫妻双方理性思考，给予更多家庭新生的机会，让更多的孩子拥有圆满的家庭，相信中国的婚姻状况会因此有所不同，让家庭的幸福和谐不再艰难。

策划：张嘉军、马斌
审核：武文浩
编辑：裴净净

（二）离婚财产分割案例

复婚后发现“二胎”非亲生又离婚，要求多分财产？法院作出如下判决

2020-05-18 人民法院报

https://mp.weixin.qq.com/s/iMdIL6A0IUMn1K3Z2oFjtg

国内疫情逐渐减缓之后
民政局婚姻登记处的
离婚办理网点
竟率先迎来“爆满”

* 预约日期 2020-05-31　* 办理城市 深圳市　查询

选择办理网点

选择	序号	所在市	登记处名称	剩余预约量	操作
	1	深圳市	深圳市坪山区民政局婚姻登记处	0	预约速查 | 通知(0)
	2	深圳市	龙岗区民政局婚姻登记处	0	预约速查 | 通知(1)
	3	深圳市	深圳市光明区民政局婚姻登记处	0	预约速查 | 通知(1)
	4	深圳市	南山区民政局婚姻登记处	0	预约速查 | 通知(0)
	5	深圳市	深圳市大鹏新区婚姻登记处	0	预约速查 | 通知(1)
	6	深圳市	宝安区民政局婚姻登记处	0	预约速查 | 通知(0)
	7	深圳市	深圳市龙华区民政局婚姻登记处	0	预约速查 | 通知(0)
	8	深圳市	盐田区民政局婚姻登记处	0	预约速查 | 通知(0)
	9	深圳市	罗湖区民政局婚姻登记处	0	预约速查 | 通知(0)
	10	深圳市	深圳市福田区民政局婚姻登记处	0	预约速查 | 通知(2)

△
截至 5 月 31 日
深圳市各婚姻登记处剩余预约量全部为零

离　婚
关乎双方及其家庭
夫妻之间应理性处理
相关法律问题
依法签订并遵守离婚协议
尊重自己与他人的合法权益

在今天的案例中
双方当事人在复婚之后
又提离婚

一方以对方出轨为由
要求多分前次离婚时已分割的财产
获得女儿抚养权和精神抚慰金
并诉至龙岗法院

当事人的诉求是否具有法律依据？
赶紧来学习~

基本案情

妻子为逃计生处罚提出假离婚？
丈夫复婚后发现“二胎”非亲生？

原告李某与被告张某系夫妻关系。二人 2004 年已育有一女。据李某诉称，2015 年张某再次怀孕，并以逃避计生处罚为由，劝说李某假离婚。二人遂于 2015 年办理了离婚手续。2016 年，张某生下小女儿，并瞒着原告擅自将其姓氏由“李”改为“王”。同年，原被告办理了复婚手续。

据李某诉称，早在 2014 年初，即二人复婚之前，原被告已分房居住，此后有一年半以上的时间并无夫妻生活。随着小女儿日渐长大，李某发现其外貌、性格等无一处像自己，不似亲生。为排除心中的疑惑，2017 年，李某带着小女儿的口腔擦拭子，至广东省某法医物证司法鉴定所申请做 DNA 亲子鉴定，鉴定结果显示，他并非小女儿的生物学父亲。

发现小女儿并非亲生，李某感觉遭到了张某的背叛，夫妻感情荡然无存，夫妻关系名存实亡，遂向龙岗法院提请诉讼离婚，并要求获得大女儿抚养

权，多分夫妻共同财产，并获得 20 万元精神损害抚慰金。

夫妻双方系自愿离婚非假离婚？
前次离婚已分割财产不应再分？

对于李某的指控，被告张某辩称，2015 年，李某与其因感情不和办理了离婚登记手续，不存在任何胁迫、欺诈的情形。李某有关假离婚的说法并无依据。双方于 2015 年签订的《自愿离婚协议书》合法有效，具有法律约束力，因此，协议中分割的财产已转化为二人复婚时的婚前个人财产，而非婚后的夫妻共同财产。李某不应无视协议的约定，主张重新分割。

此外，张某辩称，小女儿系其与李某离婚后，与第三人王某所生。被告不存在重婚、非法同居的过错行为，原告有关精神损失抚慰金以及多分财产的请求缺乏依据。2016 年，张某与第三人王某因感情不和离婚，小女儿由张某抚养。张某考虑到大女儿的成长问题，于 2016 年与李某复婚，希望给孩子一个完整的家庭。但复婚后，李某对张某一直冷淡，不闻不问，且常年独居在外，令张某深感绝望，且李某对大女儿从未尽过一名父亲应尽的责任，并不适宜抚养孩子。

法院判决

承办法官经审理查明：

1. 原、被告在 2015 年 6 月 8 日签订的《自愿离婚协议书》对小孩抚养和财产分割进行了约定。双方认可婚后个人名下的财物及随身物品归个人所有。婚姻存续期间各自名下的债务由各自承担。该协议是双方真实意思表示，并不违反法律规定，是合法有效的，原被告双方应当按照协议履行。双方在第一次离婚之后，各自分得的财产属于各自所有，即使后来双方复婚，该部分财产也应属于各自婚前财产，不能再行分割。

2. 原告要求判决被告向其支付精神损害抚慰金 20 万元，理由是被告婚内出轨，生育与原告无血缘关系的小孩。本院认为，该女孩是被告离婚后所生，即使被告存在第一次婚姻婚内出轨的情形，双方在第一次离婚时原告应当就该事实主张精神损害抚慰金，现原告没有证据证明被告在第二段婚姻期间存在出轨的情形，却以此理由主张精神损害抚慰金没有事实依据，本院不予支持。

本案原告不服原审判决，上诉至深圳市中级人民法院，深圳市中级人民法院最终作出判决，维持一审判决。

本案中的夫妻双方
在第一次协议离婚时
已对财产进行了分割
二人复婚后又诉讼离婚
一方主张将前次离婚时已分割的财产
作为夫妻共同财产再进行分割
不符合相关法律规定
法院不予支持

法条链接

《中华人民共和国婚姻法》

第三十九条　离婚时，夫妻的共同财产由双方协议处理；协议不成时，由人民法院根据财产的具体情况，照顾子女和女方权益的原则判决。

第四十六条　有下列情形之一，导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿：

（一）重婚的；

（二）有配偶者与他人同居的；

（三）实施家庭暴力的；

（四）虐待、遗弃家庭成员的。

来源：深圳市中级人民法院
作者：孙镇碑　丘丽明　|编辑：吴凡

（三）赡养案例

父母离婚后，子女对没有抚养自己的一方还有赡养义务吗？

2020-05-15 江苏高院　高亚雷

https://mp.weixin.qq.com/s/P7LocsEa9SiMIgW5R2dLyw

陈某与其前夫秦某上世纪 70 年代协议离婚，约定 4 岁儿子秦小某由秦某抚养，2 岁女儿朱某由陈某抚养，陈某和秦某由各自抚养的子女负责赡养，此后几十年间，陈某与秦小某来往较少。现如今陈某年老体弱，2019 年 7 月，陈某不慎摔倒致腰椎骨折，生活无法自理，由外孙照顾。出于无奈，陈某一纸诉状将秦小某和朱某告上法庭，要求两子女给付赡养费。庭审中，女儿朱某同意按照法律规定给付赡养费，秦小某却提出自己与母亲多年来没有来往，父母协议离婚时对赡养事宜已有约定，母亲陈某应由朱某负责赡养。况且自己已按约定给父亲秦某养老送终，而朱某并没有参与，再让其赡养母亲不符合情理。

法院审理后认为，赡养父母是子女的法定义务。本案中，陈某年老体弱，失去劳动能力，又无生活来源，其要求子女赡养合法合理。秦小某在父母离婚后虽由父亲抚养成人，并对父亲养老送终，但这并不能免除其对母亲的法定赡养义务。

因陈某离婚后对秦小某尽的抚养义务较少，根据权利义务相一致的原则，综合平衡双方利益，法院判决朱某每月给付陈某生活费 850 元，秦小某每月给付陈某生活费 450 元；陈某的医疗费由朱某和秦小某分别承担 65%和 35%。判决后，双方均未上诉，并且秦小某已给付了 2019 年的赡养费。

法官说法：

赡养父母是中华民族的传统美德，也是每一位子女应尽的法定义务，尊老、爱老、敬老是当今社会倡导的道德风尚，也是全社会的共同责任。《婚姻法》第二十一条和第三十条明确规定，子女对父母有赡养扶助的义务，子女对父母的赡养义务，不因父母的婚姻关系变化而终止。

本案中，陈某与前夫约定陈某由朱某负责赡养，前夫由秦小某负责赡养，虽然该约定具有合同的性质，但赡养关系又涉及到人身、伦理属性，因此权利人放弃权利的意思可能导致义务人的法定义务不履行而有违社会公德或者社会公共利益时，权利人的弃权行为应有所限制。父母因经济能力限制或者其他客观原因未履行对子女的抚养义务的，子女成年后不能要求免除赡养义务，约定免除赡养义务的因违反公序良俗而无效。同时法官提醒，父母有抚养能力而拒不履行抚养义务或者对子女有虐待、遗弃等行为的，可以酌情减轻子女的赡养义务，即不应把子女赡养看作是理所当然，若不积极履行抚养义务，将来可能会面临不被赡养的风险。

权利义务相一致原则作为法律的基本原则，父母子女之间并不排除适用。陈某对朱某尽的抚养义务较多，对秦小某尽的抚养义务较少，根据权利义务相一致的原则，让秦小某承担与朱某同样的赡养义务有失公允，法院在权衡双方利益后，对秦某与朱小某的赡养责任作出了区别对待，将法律与情理、伦理相结合。

来源：如东县人民法院

（四）离婚损害赔偿案例

前妻在离婚 6 个多月后生了别人的娃，男子索赔 10 万余元精神损失费

2020-05-17 北青网 搜狐号

https://m.sohu.com/a/395710861_255783/?pvid=000115_3w_a&spm=smpc.home.top-news5.4.1589751130897dZI3MVi&_f=index_news_21

杭州男子阿荣（化名）离婚 7 个多月后，偶然发现前妻在 1 个月前生了个大胖小子，但孩子不是他的。事后阿荣越想越气，起诉前妻索赔精神损害抚慰金 10 万余元。近日，杭州上城区法院判了这个案子。

阿荣与小蝶（化名）在 2016 年 12 月登记结婚，但因为性格问题，两人婚后大大小小矛盾不断，夫妻感情不和。2017 年 12 月左右，两人就开始分居。2018 年 11 月，小蝶起诉至法院，要求离婚并分割夫妻共同财产，后两人经法院调解离婚。

没想到，2019 年 6 月时，阿荣从亲戚处得知，前妻小蝶在 2019 年 5 月生育了一个大胖小子。也就是说，孩子是在两人离婚后 6 个月出生的。知道这个消息的阿荣十分震惊，诉至法院，要求确认与孩子存在亲子关系。

在法院审理阶段，小蝶说出了真相——孩子是她和朋友张某所生，并当庭出示了孩子的出生证明，出生证明上父亲一栏登记为张某。张某也出庭陈述，他曾与小蝶发生过多次关系，孩子是两人生育的。

法院审理后认为，阿荣并无证据证明其与孩子存在亲子关系，因此判决驳回阿荣的诉讼请求。

回家后，阿荣越想越气，在 2020 年初，起诉到杭州市上城区人民法院，要求小蝶支付精神损害抚慰金 10 万余元。

此案开庭审理后，小蝶答辩说，她与阿荣长期感情不和，在不幸的婚姻生活中备受折磨。在巨大的精神痛苦中的她，在一次醉酒后和张某发生关系，后导致怀孕，基于母性的渴望生下了孩子。

小蝶认为，她怀孕时已与阿荣感情破裂分居，双方婚姻关系名存实亡。且阿荣起诉时间距离双方调解离婚已经超过一年，现在要求精神损害赔偿已经超过诉讼时效。因此，她认为自己无需支付精神损害抚慰金。

法院审理后认为，本案是阿荣以小蝶在婚姻期间与他人怀孕，并在离婚后生育子女的行为，导致他受到精神伤害为由，提起的诉讼。

根据查明的事实，小蝶婚内与他人怀孕并于离婚后生育子女的事实清楚。夫妻双方在婚姻关系存续期间，本应履行夫妻间的忠诚义务，小蝶的行为违反了该义务，给阿荣造成了精神压力和痛苦，依法应予以补偿。

同时，分居并不代表夫妻感情已经彻底破裂，在未解除婚姻关系的情况下，与他人发生性行为且导致怀孕，该行为违背家庭伦理道德，有悖于公序良俗。鉴于阿荣于离婚后才知悉小蝶生育的情况，现他主张精神损害赔偿并无不妥。

根据小蝶的过错程度、损害的后果、杭州地区的平均生活水平等因素，法院酌定小蝶支付精神损害抚慰金两万余元。

该案件判决后，双方均未上诉，现已生效。

来源：浙青网

（五）夫妻债务案例

【最高院•裁判文书】是否属于夫妻共同债务不属于案外人执行异议之诉的审理范围

2020-05-16 民事审判 最高人民法院
https://mp.weixin.qq.com/s/XcV5QJg5xOEsG3xZWmhWiw

【裁判要旨】1.案外人执行异议之诉中，原告（执行异议申请人）请求排除被告对自己及配偶（被执行人）名下的房产执行，人民法院依法应当按照案外人执行异议之诉的相关规定加以审理，认定案涉执行财产是否足以排除执行。至于原告的配偶（被执行人）所负的债务系属于夫妻共同债务还是属于其个人债务，并不属于案外人执行异议之诉的审理范围，人民法院不应予以审理。2.在执行程序过程中，虽然当事人没有在执行程序规定的期间内提出异议，但其实体权利并未丧失，其依然享有夫妻共同财产的相应份额，故案涉房屋在执行过程中依法应当保留属于其一半的份额，如法院将该房屋的拍卖款全部支付给执行申请人的，则属于执行错误。

中华人民共和国最高人民法院

民事判决书

（2019）最高法民终 1868 号

上诉人（原审原告、案外人）：章为真，女，1963 年 5 月 11 日出生，汉族，住北京市海淀区。

委托诉讼代理人：周华风，北京京佃律师事务所律师。

上诉人（原审被告、申请执行人）：陈建华，男，1979 年 12 月 1 日出生，汉族，住广东省佛山市顺德区。

委托诉讼代理人：冯洪革，山东众旭律师事务所律师。

原审第三人（被执行人）：宁兆田，男，1963 年 6 月 29 日出生，汉族，住北京市海淀区。

上诉人章为真因与上诉人陈建华、原审第三人宁兆田案外人执行异议之诉一案，不服青海省高级人民法院（2019）青民初 51 号民事判决，向本院提起上诉。本院于 2019 年 10 月 23 日立案后，依法组成合议庭审理本案，现已审理终结。

章为真上诉请求：1. 确认章为真名下位于北京市海淀区房屋（以下简称 1288 号房屋）的所有权归章为真所有，并停止对该财产的执行；2.将已拍卖的位于北京市西城区房屋（以下简称 102 号房屋）一半的拍卖款分配给章为真；3.由陈建华承担本案的诉讼费用。

事实和理由：1.案涉 1288 号房屋登记在章为真名下，系章为真父母出资购买，属于章为真父母对章为真的赠予，属章为真的个人财产，且宁兆田也承认该房产与其无关。宁兆田依法应承担的债务，应由其名下的股权及其他财产优先清偿，不应将章为真个人名下的 1288 号房屋予以执行。2.已拍卖的 102 号房屋属于章为真与宁兆田的夫妻共同财产，原审法院擅自将 102 号房屋进行拍卖，并将拍卖款支付给陈建华，但该房产尚未办理产权变更登记手续，所有权尚未发生转移，依法应当执行回转并保留章为真一半的执行款。3.本案中执行依据应当为最高人民法院作出的（2014）民一终字第 245 号民事判决，该判决对（2014）青民一初字第 1 号民事判决中相应的债权本金和利息已作出了改判，故原审法院执行依据的判决有误。

陈建华辩称，1.案涉 1288 号房屋系章为真与

宁兆田婚姻关系存续期间的夫妻共同财产，该房产虽然登记在章为真名下，但其没有证据证明该房产系其个人财产，在生效判决已经确定债权债务时，陈建华依法申请执行 1288 号房屋，章为真无权排除执行。2. 对于案涉 102 号房屋，已经司法程序依法拍卖，根据执行异议的相关规定，章为真应当在执行标的执行终结之前提出异议，但其未在法律规定的时间内主张权利，依法不能对拍卖款主张权利。3. 被执行人宁兆田所负债务系夫妻共同债务，该债务发生在宁兆田与章为真婚姻存续期间，而且宁兆田和章为真也没有经济实力购置如此多的财产，故宁兆田所负债务应当系夫妻共同债务。

陈建华上诉请求：1. 撤销一审判决，依法驳回章为真的诉讼请求；2. 由章为真承担本案的诉讼费用。

事实和理由：1. 宁兆田作为自然人，不可能有经济实力购买如此多的房屋和别墅，原审法院查明山东绿岛置业集团有限公司（以下简称山东绿岛公司）的账号仅仅为公司的部分账户，不能推定山东绿岛公司没有对章为真支付相关款项，故宁兆田所负担的债务，属于夫妻共同债务，原审法院没有认定宁兆田的债务为夫妻共同债务，属认定事实错误。2. 原审法院依法对案涉 102 号房屋进行拍卖，在执行该标的期间，章为真没有依法提出执行异议，应当视为其放弃该部分权利，在执行标的执行完成后，章为真无权提起执行异议之诉，原审法院判令章为真可以提起不当得利之诉，属认定事实和适用法律错误。3. 原审审理期间，章为真提出三项诉讼请求，但原审法院判决驳回章为真的其他诉讼请求，故原审法院认定的“案件受理费 130080.53 元，由章为真、陈建华各负担 65040.26 元”错误。

章为真辩称，案涉 1288 号房屋系个人财产，由章为真父母实际出资购买，系章为真父母对章为真的赠予，不属于夫妻共同财产，陈建华无权申请执行该房产。案涉 102 号房屋属于夫妻共同财产，原审法院执行该房产时，存在程序错误，章为真对于执行该房产并不知情，而且目前该房产尚未办理产权过户手续，不应认定执行程序的终结，章为真有权申请已拍卖价款的一半份额归章为真所有。关于宁兆田的债务是否属于夫妻共同债务问题，并不属于本案案外人执行异议之诉的审理范围。

原审第三人宁兆田提交书面意见称，案涉 1288 号房屋系章为真的唯一住房，确系章为真父母出资购买，案涉 102 号房屋属于婚后财产，应当有章为真一半的份额。另外，宁兆田的债务在积极偿还中，山东绿岛公司也正在筹备开工建设中，并对陈建华的债权偿还进行以房抵债等安排。

章为真向原审法院提出诉讼请求：1. 确认 1288 号房屋的所有权归章为真所有，停止对该房屋执行；2. 将 102 号房屋一半的拍卖款分配给章为真；3. 诉讼费由陈建华承担。

原审法院经审理查明：2014 年 5 月 14 日，该院对陈建华与山东绿岛公司、宁兆田、宁兆绪借款合同纠纷一案，作出了(2014)青民一初字第 1 号民事判决，确认山东绿岛公司、宁兆绪、宁兆田连带偿还陈建华剩余欠款 3768 万元，滞纳金 30.5 万元。该案上诉后，最高人民法院判决维持原判。因山东绿岛公司、宁兆绪、宁兆田未履行法律文书确定的义务，2015 年 2 月陈建华申请强制执行。执行中，该院查封了登记在宁兆田之妻章为真名下的 1288 号房屋和登记在宁兆田名下的 102 号房屋，将查封公告在章为真居住的 1288 号房屋门口张贴后拍照入卷。

2018 年 6 月 28 日，该院裁定对 102 号房屋进行拍卖。2018 年 11 月 1 日，102 号房屋以 4684134.3 元的价格卖出，拍卖款于当月给付申请执行人陈建华。2018 年 12 月 5 日，该院通知北京市西城区不动产登记事务中心协助给买受人办理产权手续。

2019 年 3 月 5 日，案外人章为真对已查封的登记在其名下的 1288 号房屋和已经拍卖的登记在宁兆田名下的 102 号房屋提出书面异议，该院审查后，裁定驳回章为真异议，章为真遂提起案外人执行异议之诉。

另查明，1987 年 12 月 4 日，章为真与宁兆田

登记结婚。在夫妻关系存续期间，购得 1288 号房屋，建筑面积 177.72 平方米，于 2010 年 1 月 29 日登记在章为真名下；购得 102 号房屋，建筑面积 55.86 平方米，登记在宁兆田名下。

原审法院审理认为，本案的争议焦点为章为真就案涉房产有无足以排除强制执行的民事权益。该院从以下几个方面分析认定：

一、关于宁兆田所负债务的性质

《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》第一条规定，夫妻双方共同签字或者夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的债务，应当认定为夫妻共同债务；第三条规定，夫妻一方在婚姻关系存续期间，以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务，债权人以属于夫妻共同债务为由主张权利的，人民法院不予支持，但债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。涉及本案债务的《借款合同》的借款人为山东绿岛公司，借款金额为 5000 万元，借款用途为土地开发流动资金，借款期限为 2011 年 11 月 25 日至 2012 年 2 月 24 日。因《借款合同》的借款未全部清偿，故(2014)青民一初字第 1 号民事判决确定：山东绿岛公司、宁兆绪、宁兆田在本判决生效后连带偿还陈建华剩余欠款 3768 万元及滞纳金 30.5 万元。章为真提交的《按账号查询账户交易明细》显示，山东绿岛公司自借款后直至账面余额仅剩 4635.63 元期间，即 2011 年 11 月 2 日至 2011 年 12 月 31 日，未向章为真名下的账户转过任何款项。虽然，陈建华主张该债务为夫妻共同债务，但没有提交能够证明是夫妻共同债务的证据。因此，根据上述法律规定、生效判决确定的内容及本案事实，不能认定该债务系夫妻共同债务。

二、案涉 1288 号房屋的权属性质

针对案涉 1288 号房屋，章为真提交了《房屋所有权证》、章为真的说明、章为民证言、《银行现金交款单》等证据，拟证明该房屋是其父母资助购买，属章为真个人财产。但上述证据中，除章为真的说明及章为民的证言外，《银行现金交款单》仅证明章为真缴纳购房款，反映不出其父母向其转款或直接缴纳购房款的事实，《房屋所有权证》仅证明该房屋登记在章为真名下。而陈建华提交章为真与宁兆田的《结婚证》《户口本》等证据，证明案涉 1288 号房屋系章为真与宁兆田婚姻关系存续期间的夫妻共同财产。因此，章为真请求确认 1288 号房屋为其个人财产的证据不足，不予支持。案涉 1288 号房屋应当认定为章为真、宁兆田的夫妻共同财产。

案涉 1288 号房屋于 2015 年 2 月被法院查封。庭审中，章为真提交的《离婚证》《离婚协议》的日期是 2019 年 7 月 1 日，《离婚协议》约定 1288 号房屋归章为真所有。但《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》第二十六条规定，被执行人就已经查封、扣押、冻结的财产所作的移转、设定权利负担或者其他有碍执行的行为，不能对抗申请执行人。根据上述法律规定，章为真与宁兆田《离婚协议》对案涉 1288 号房屋的约定不得对抗申请执行人，该房屋仍属夫妻共同财产，章为真享有该房屋的一半份额，在执行该房屋时应当保留章为真享有的一半变现份额。

三、章为真能否对已拍卖的 102 号房屋拍卖价款主张权利

《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规定》第六条第二款规定，案外人依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十七条规定提出异议的，应当在异议指向的执行标的执行终结之前提出；执行标的由当事人受让的，应当在执行程序终结之前提出。案涉房产查封后，法院在章为真居住的 1288 号房屋门口张贴查封公告。2018 年 11 月 1 日，102 号房屋以 4684134.3 元的价格被法院拍卖，并通知不动产登记事务中心

办理产权变更手续，拍卖款也已支付申请执行人。2019 年 3 月 5 日，章为真提出案外人执行异议时，执行标的执行终结，该房屋已由第三人受让，受让人通过司法拍卖程序已经取得 102 号房屋的所有权，章为真不能按照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十七条规定的异议程序进行救济，不能在本案中对已支付给申请执行人的房屋拍卖款主张权利。在拍卖款项已全部支付给申请执行人的情况下，章为真就分配拍卖款份额的诉求，可另行对申请执行人提起不当得利之诉请求。

综上所述，案涉 1288 号房屋系章为真和宁兆田的夫妻共同财产，章为真请求确认 1288 号房屋所有权归其所有，并停止执行的诉求不能成立，该院不予支持。但章为真系 1288 号房屋的共有人，在宁兆田所负债务不能认定为夫妻共同债务的情况下，该房屋的执行变现款项中应当保留章为真的一半份额。案涉 102 号房屋已执行终结，章为真请求分配一半拍卖款的诉求，不属于本案审理范围。依照《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》第一条、第三条、《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》第二十六条、《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规定》第六条第二款及《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十七条、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第三百一十二条规定，判决如下：一、不得执行位于北京市海淀区房屋变价款中章为真所享有的一半变价款份额；二、驳回章为真的其他诉讼请求。该院（2019）青执异 4 号执行异议裁定于本判决生效时自动失效。案件受理费 130080.53 元，由章为真、陈建华各负担 65040.26 元。

本院二审查明，案涉执行依据：一审法院作出（2014）青民一初字第 1 号民事判决后，陈建华、山东绿岛公司均向本院提起上诉，本院于 2014 年 12 月 6 日作出（2014）民一终字第 245 号民事判决，主要判决内容为："一、变更青海省高级人民法院（2014）青民一初字第 1 号民事判决第一项为：山东绿岛置业集团有限公司、宁兆绪、宁兆田在本判决生效后十日内连带偿还陈建华剩余借款本金 2853.63 元；二、变更青海省高级人民法院（2014）青民一初字第 1 号民事判决第二项为：山东绿岛置业集团有限公司、宁兆绪、宁兆田在本判决生效后十日内连带支付陈建华剩余借款本金 2853.63 万元的利息（按年利率 6.56%的四倍，自 2014 年 1 月 27 日计算至本判决确定的还款之日止）。"

本院对原审法院查明的其他案件事实予以确认。

本院经审理认为，本案的争议焦点为：一、宁兆田所负债务是否属于夫妻共同债务；二、案涉 1288 号房屋是否属于夫妻共同财产；三、被拍卖的案涉 102 号房屋，是否应当保留章为真一半的执行款份额，章为真是否需要另行提起不当得利之诉；四、原审法院的诉讼费认定是否正确。

一、关于陈建华申请执行的案涉债务是否属于夫妻共同债务问题。本院认为，本案章为真提起的系案外人执行异议之诉，请求排除陈建华对自己及宁兆田名下的房产执行，依法应当按照案外人执行异议之诉的相关规定加以审理，认定案涉执行财产是否足以排除执行，宁兆田所负的债务属于夫妻共同债务还是属于其个人债务，不属于案外人执行异议之诉的审理范围。故原审法院将宁兆田的债务是否属于夫妻共同债务加以审理，不妥，本院依法予以纠正。

二、关于案涉 1288 号房屋是否属于夫妻共同财产问题。章为真认为该房产登记在其名下，并且是由其父母出资购买并赠予章为真，属于其个人财产，应当排除陈建华的申请执行。本院认为，1288 号房屋登记在章为真名下，且该房产系在章为真与宁兆田婚姻存续期间购买，依法应当属于夫妻共同财产。虽然章为真提交《银行现金交款单》等证据，证明案涉房产实际是由其父母出资，但并不能充分证明该房产系其父母的房产或其父母购买后赠予章为真，故章为真关于该房产系其个人财产并请求

排除执行，没有事实和法律依据。原审法院判令执行该房产并保留该房产一半变价款份额归章为真所有，并无不当。

三、关于被拍卖的案涉 102 号房屋，是否应当保留章为真一半的执行款份额，章为真是否需要另行提起不当得利之诉的问题。本院认为，案涉 102 号房屋登记在宁兆田名下，但该房屋系在章为真与宁兆田婚姻存续期间取得，依法应当认定为夫妻共同财产，原审法院执行该房产时，应当保留属于章为真的一半份额。根据《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规定》第六条第二款的规定，案外人依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十七条规定提出异议的，应当在异议指向的执行标的执行终结之前提出；执行标的由当事人受让的，应当在执行程序终结之前提出。陈建华认为，章为真未在执行标的执行终结之前提出，故应当视为章为真放弃该部分权利。本院认为，在执行程序过程中，虽然当事人没有在执行程序规定的期间内提出异议，但其实体权利并未丧失，章为真依然享有夫妻共同财产的相应份额，故案涉 102 号房屋在执行过程中依法应当保留属于章为真的一半份额，原审法院将 102 号房屋的拍卖款全部支付给陈建华，属于执行错误。虽然原审法院赋予章为真另案提起不当得利之诉的救济途径，但陈建华申请执行的案涉两套房产系基于同一执行依据，该案执行程序并未终结。在案涉 1288 号房屋尚未开始执行时，可以对此一并予以处理，即执行案涉 1288 号房屋时，对于拍卖价款的一半应归属于章为真所有，执行属于宁兆田的另一半执行款时，应扣除 102 号房屋拍卖款 4684134.3 元的一半 2342067.15 元。原审法院判令章为真另行提起不当得利之诉，并驳回章为真此部分诉讼请求，不妥，本院依法予以纠正。

四、关于原审诉讼费计算是否错误问题。章为真起诉三项请求中：第一项为停止对 1288 号房屋的执行；第二项为请求将 102 号房屋拍卖款的一半分配给章为真；第三项为诉讼费由陈建华承担。如前所述，章为真两项实体请求均应当在本案中一并处理，即驳回章为真关于停止执行 1288 号房屋的请求，支持章为真关于返还 102 号房屋拍卖款一半的请求，故原审法院判令诉讼费由章为真和陈建华各承担一半，并无不当。

综上，章为真的上诉请求部分成立，原审法院在认定事实方面存在错误，依法应予纠正。本院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第二项规定，判决如下：

一、维持青海省高级人民法院（2019）青民初 51 号民事判决第一项；

二、变更青海省高级人民法院（2019）青民初 51 号民事判决第二项为：在执行本判决第一项时，从应向申请执行人陈建华支付的款项中扣除 2342067.15 元并支付给章为真。

青海省高级人民法院（2019）青执异 4 号执行异议裁定于本判决生效时自动失效。

一审案件受理费按照一审判决执行；二审案件受理费为 130080.53 元（章为真已预交 144441.4 元，陈建华已预交 130080.53 元），由章为真和陈建华各负担 65040.26 元。各方已预交的剩余部分，予以退回。

本判决为终审判决。

审　判　长　王东敏
审　判　员　任雪峰
审　判　员　曾朝晖
二〇一九年十一月二十八日

书　记　员　张　利

（六）赠与案例

离婚协议中约定将房产赠与子女，一方能否反悔撤销？

2020-05-12 法信

https://mp.weixin.qq.com/s/X9kybSNuKlcWPKy5wLvbzg

在离婚协议中，双方将共同财产赠与子女的约定与解除婚姻关系、子女抚养、共同财产分割等内容构成了一个整体。如果允许一方任意对协议中的赠与条款反悔，那么男女双方离婚协议的“整体性”将被破坏。因此，离婚协议中将房产赠与子女的条款，不能任意撤销。本期法信干货小哥对此法律问题进行阐述说明，供读者参考。

法信 · 裁判规则

1. 在离婚协议中约定将夫妻共同共有的房产赠与未成年子女，离婚后一方在赠与房产变更登记之前无权予以撤销——于某某诉高某某离婚后财产纠纷案

本案要旨：在离婚协议中，双方将共同财产赠与未成年子女的约定以解除婚姻关系为前提，离婚后一方在赠与房产变更登记之前，在未征得作为共同共有人的另一方同意的情况下，无权单方撤销赠与，否则将损害未成年子女的权益。

案号：（2013）二中民终字第 09734 号

审理法院：北京市第二中级人民法院

来源：2015 年最高人民法院公布 10 起婚姻家庭纠纷典型案例（北京）

2. 协议离婚时夫妻双方达成的将房产赠与子女的条款，无欺诈、胁迫情形的，不予撤销赠与——李某诉王某赠与合同纠纷案

本案要旨：协议离婚时夫妻双方达成的将房产赠与子女的条款，与解除婚姻关系密不可分，在双方当事人已经协议离婚的情况下，一方反悔请求撤销赠予条款的，人民法院经审查没有欺诈、胁迫的情形，应当判决驳回其诉讼请求。

来源：《民事审判指导与参考》2013 年第 3 辑（总第 55 辑）

3. 离婚协议中的赠与不能任意撤销——向小兰诉包祥伦赠与合同纠纷案

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

案号：（2010）渝一中法民终字第 1700 号

审理法院：重庆市第一中级人民法院

来源：《人民司法 · 案例》2010 年第 22 期

4. 离婚协议中对子女的房产赠与条款，不得任意撤销——纪某诉纪某某、杨某某赠与合同纠纷案

本案要旨：双方在离婚协议书中约定将楼房产权归子女所有，是双方当事人真实的意思表示，子女表示接受赠与后，即形成赠与合同关系。离婚协议中对子女的赠与条款是基于夫妻双方身份关系的变化，与《合同法》中规定的赠与合同存在本质的不同，所以不能适用《合同法》中任意撤销赠与合同的相关规定。

审理法院：北京市第一中级人民法院

来源：北京法院网 2017 年 12 月 4 日

法信 · 司法观点

关于离婚协议中房产赠与条款的撤销问题

双方当事人离婚时协议将共同所有的房产赠

给子女，但没有办理房产变更登记手续，一方反悔要求撤销离婚协议中的赠与房产条款，审判实践中应如何处理，一直存在两种不同的观点。

一种观点认为，离婚协议中的房产赠与条款与整个离婚协议是一个整体，不能单独撤销。男女双方基于离婚事由将夫妻共同财产处分给子女的行为，可视为一种有目的的赠与行为，在双方婚姻关系因登记离婚而解除的情况下，应认为赠与房产的目的已经实现，故赠与房产条款不能随意撤销。另一种观点认为，婚姻登记部门在办理离婚登记时，根据《婚姻登记条例》的规定，只要求自愿离婚的双方当事人对子女和财产问题协商一致作出适当处理，并不对财产分割协议进行实质性审查。《合同法》规定经过公证的赠与合同，或者具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同不可撤销，而在婚姻登记机关签订的赠与合同并不属于法定不能撤销的合同。

赠与行为一般都发生在亲属之间或具有一定亲密关系的当事人之间，婚姻家庭纠纷中涉及赠与条款的效力等问题，当然应适用《合同法》中有关赠与的规定。鉴于赠与合同单务、无偿的基本法律特征，未成年子女受赠取得房产没有支付对价，赠与人一方在标的物权属变更前有权撤销赠与。

我们认为，夫妻离婚时协议将共同所有的房屋赠给子女，一般有两种情况：一是在民政部门登记离婚，签订协议将夫妻共有的房产赠与子女；二是在法院协议离婚、领取民事调解书，自愿将房产赠与子女。

第一种情况下，当事人在民政部门登记离婚时，离婚协议中的房产赠与条款与整个离婚协议是一个整体，不能单独行使任意撤销权。有的当事人是在综合考虑各种因素的前提下才同意登记离婚的，也许附加的条件就是把房产无偿赠与子女。男女双方基于离婚事由将夫妻共同财产处分给子女的行为，可视为一种附协议离婚条件的赠与行为，在双方婚姻关系已经解除的前提下，基于诚信原则，也不能允许任意撤销赠与。有的当事人恶意利用赠与的撤销达到既离婚又占有财产的目的，不仅给子女或原配偶造成了经济损失和新的精神伤害，也给社会带来不诚信反而受益的负面影响。

如果一方当事人对离婚协议中的赠与条款反悔，在登记离婚后 1 年的除斥期间届满前提起诉讼，法院受理后经审查，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。

有观点认为，《婚姻法司法解释》（三）第 6 条规定："婚前或者婚姻关系存续期间，当事人约定将一方所有的房产赠与另一方，赠与方在赠与房产变更登记之前撤销赠与，另一方请求判令继续履行的，人民法院可以按照《合同法》第 186 条的规定处理。"也就是说，除了经过公证的赠与会同，或者具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同不可撤销，一般的赠与合同在标的物权利转移之前是可以撤销的。同样是赠与房产，为什么离婚时赠与子女的房产就不能撤销呢？其实，这种单纯的赠与行为与离婚协议时的赠与行为性质并不相同，赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给与受赠人，受赠人表示接受赠与的合同，赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。而在民政部门登记离婚时达成的财产分割协议所涉及的赠与条款，与解除婚姻关系密不可分，根据《婚姻法司法解释》（二）第 8 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。"当事人反悔请求变更或者撤销财产分割协议的，如果不能举证签订协议时有欺诈、胁迫的情形，一般很难得到法院的支持。《合同法》第 186 条的特色在于撤销权的任意性，即不需要任何理由，在赠与物的权利转移之前均可以撤销。而《婚姻法司法解释》（二）第 8 条则强调了离婚协议中财产分割条款的法律约束力，不可擅自变更或撤销。以离婚协议中赠与条款的法律约束力对抗任意撤销权的任意性，根据特别法优于一般法的原则，这类纠纷应当优先适用《婚姻法司法解释》（二）的规定。

第二种情况下，如果当事人达成的赠与协议经过人民法院审查确认后制作成民事调解书，该调解书一旦生效，即赋予了和判决书同等的强制效力，其效力应该等同于或高于经过公证的赠与合同，双方当事人均必须履行。从《物权法》的规定也可以看出："因人民法院、仲裁委员会的法律文书或者人民政府的征收决定等，导致物权设立、变更、转让或者消灭的，自法律文书或者人民政府的征收决定等生效时发生效力"，故经法院确认的房产赠与，其效力等同于或高于经过公证的房产赠与合同，原则上是不能予以撤销的。

（来源：吴晓芳，《<婚姻法>司法解释（三）适用中的疑难问题》，载于《法律适用》2014 年第 1 期。）

法信 · 法律依据

1.《中华人民共和国合同法》

第一百八十六条赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。

具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，不适用前款规定。

2.《最高人民法院关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释(二)》

第八条 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。

第九条 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。

3.《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)》

第六条 婚前或者婚姻关系存续期间，当事人约定将一方所有的房产赠与另一方，赠与方在赠与房产变更登记之前撤销赠与，另一方请求判令继续履行的，人民法院可以按照合同法第一百八十六条的规定处理。

4.《北京市高级人民法院民一庭关于审理婚姻纠纷案件若干疑难问题的参考意见》

四十五、夫妻双方离婚时协议约定将夫妻个人财产或共有财产赠与对方或第三人，离婚后交付或变更登记之前，一方依据《中华人民共和国合同法》第一百八十六条第一款的规定请求撤销赠与的，人民法院不予支持。

（七）同居纠纷案例

同性女子同居生活， 单方购买的房屋分手后如何分配？

2020-05-10 民主与法制周刊 田野 丛林
https://mp.weixin.qq.com/s/AOtZ1z3qZibUFwg0qKw30w

两名女子同居生活
购房组建“家庭”

徐萱、郭雨，先后毕业于北京市一所全国著名的高等学府，徐萱长郭雨几岁，都是 80 后的年轻才女。2011 年，两人来到江南一座历史文化名城，共同就职于一家科技公司，从这里开始，她们由相遇而相识。

徐萱虽然是个女孩儿，但活泼开朗，说话率直，而且很讲义气，性情豪爽很像男孩子，甚至有人还戏谑她为“假小子”。而郭雨则为典型的江南美少女，清秀婉约，感情细腻，性格温柔。性格互补的两人，逐渐成为一对不为大家所知晓的“地下”同性恋人。

但只有爱情是不够的，还需要面包。两人结合自身的优势，经过充分的市场调查后，于 2013 年 9 月决定以郭雨和徐萱的姨婆李琴的名义共同创立一家科技服务公司。事业稳定后，家庭建设的规划很快就提到日程上来了。而建立一个稳定的家庭关系，房子则是基础。而作为“男方”的徐萱，便主动承担起解决住房的责任。

2015 年 4 月 30 日，徐萱购买了案外人许斌所有的房屋（以下简称“涉案房屋”），房屋售价 380 万元，建筑面积 167.59 平方米，居间费 4.56 万元。合同签订当日，徐萱支付购房定金 5 万元，并向中介方支付居间费 4.56 万元。10 天后，徐萱按合同约定支付了首批购房款 305 万元，并于支付购房款后第二日取得了涉案房屋不动产产权证，该证登记房屋所有权人系徐萱。之后，徐萱又将购房款的尾款及相关的税费交清，房款和税费共计 407 万余元。

事业有成，家也建立，生活总算稳定下来。可是，随着时间的推移，想要一个宝宝的愿望在徐萱和郭雨两个人的心里越来越强烈。刚开始，两个人也曾想过抱养一个，但是思来想去，总觉得抱养的孩子终归是别人的，与自己没有任何的血缘关系，特别是孩子长大了，一旦知道实情，还可能会因要寻找亲生父母而引发不必要的纠纷。因此，她们最终放弃了抱养别人孩子的想法了。

那么，怎么样才能有一个自己的孩子呢？两人在家遐想：如果用徐萱的卵子与自愿者提供的精子通过人工受精的方法培育好胚胎，再移植到郭雨体内进行孕育，那么，这样的孩子与徐萱便有了血缘关系。虽然孩子与郭雨没有真正的血缘关系，但孩子是郭雨十月怀胎孕育，郭雨就是孩子真正的母亲，这样的孩子完全可以说是两个人亲生的了。

遐想之后，两个人觉得这样的方法很不错。可是，经过查询资料，并到相关部门咨询，了解到在我国这样操作是行不通的，但在美国是可行的。于是，2016 年，为孕育下一代，两人前往美国 HRC 生殖中心接受试管婴儿治疗，其间徐萱的卵子成功受精。2016 年 6 月 2 日，成功受精的胚胎被移植入郭雨的子宫进行孕育，徐萱作为配偶签字予以确认。

为了在孩子出生后，能给孩子一个法律的名分，2017 年 1 月下旬的一天，郭雨、徐萱在美国进行注册登记，双方建立了家庭伴侣关系（简称 DP）。2017 年 2 月中旬，郭雨在美国剖腹产诞下一名女婴，美国公共卫生署出具了出生证明，该证明中记载女婴的父亲系徐萱，母亲系郭雨。

关系恶化“伴侣”解体
争夺房产闹上法庭

本以为有了孩子，两个人的关系能更加牢固。谁知，各种问题却接踵而来，加之两人的脾气都比较犟，致使矛盾越来越尖锐，直至关系彻底恶化。2017 年 11 月 7 日，两人在美国驻上海总领事馆签订《家庭伴侣关系解除协议》，解除了双方在美国登记的家庭伴侣关系。

家庭解散了，经济的争夺则是必然的。对于双方共同创建的科技服务公司，虽然双方事前签有协议，考虑到对科技服务公司财产的分割，需要经过相关法律程序进行评估、清算，两人同意通过诉讼程序解决。

然而，共同居住的房屋应当归属于谁，则成了最大的问题。因房屋的价值巨大，谁也不肯让步，两人为此展开了激烈的争夺，并将官司打到法院。

郭雨表示：虽然涉案房屋登记在徐萱名下，但从双方共同居住使用等事实可以证明涉案房屋的购买是双方共同的意思表示，该房屋属于两人共同的财产，应当共同分配。为此，请求法院确认涉案房屋为郭雨与徐萱共同共有。

对于郭雨将自己告上法庭，徐萱十分气愤。而对于郭雨陈述的事实及理由，徐萱更是怒不可遏。针对郭雨的诉讼，徐萱极力予以反驳：

其一，郭雨主张两人系同性恋人关系，不是事实。1. 我与郭雨之间存在代孕、合伙关系。虽然双方曾经共同承租过公寓并共同居住，但目的是为了合伙办公司的工作便利，并非是同性恋人共同居住。2. 关于 DP 即郭雨主张的“家庭伴侣关系”，正确的翻译应当是“同住搭档登记”，仅是为了在美国联系方便，在邮局做的同一地址登记，不能等同于婚姻登记。3. 出生证明上只有郭雨自己的签名，我不知情，也没有签字认可。

其二，我和郭雨不构成我国法律上的同居关系。1. 我国法律对同居关系的调整限定为异性之间，将同性之间的共同居住排除在外。2. 双方之间系同性朋友并共同租房居住，并非同性恋关系及同居关系。

其三，涉案房屋的所有权归属，应当按照物权法的相关规定依法认定为我个人所有。涉案房屋系我出资购买，登记在我名下，没有证据证明双方曾经对房屋的所有权约定为共同共有，郭雨亦无证据证明其与我有过共同购房的合意，在涉案房屋的购买中未有过实际出资，故涉案房屋应当认定为我个人所有。

同性关系并非婚姻
结果一致法律不同

一审法院经审理后认为，公民的合法权利受法律保护。涉案房屋虽然登记在徐萱的名下，但产权登记只是行政机关对不动产权属关系与状态的认可和证明，是一种行政审查行为，并不创设具体的民事权利义务关系，因此，确定涉案房屋的归属，仍取决于当事人之间的民事实体法律关系。

本案中，因郭雨、徐萱同性恋者的特殊身份不符合我国婚姻法规定的建立婚姻关系的要求，故双方未能进行婚姻登记而是以同居方式共同生活在一起，该同居关系是否应当受相应法律的保护，应当分析郭雨、徐萱之间建立的同居关系是否有违法律的规定。

本院认为，郭雨、徐萱之间建立的这种同居关系并不违法，理由如下：一、“法未明文禁止即允许”，我国法律并未对这种同居关系作出禁止性规定，这是郭雨、徐萱同居关系并不违法的基础。二、郭雨、徐萱皆认可双方自 2011 年开始恋爱，2013 年建立同居关系，双方的同居关系是彼此了解、在一定的情感基础上通过合意而建立的，是完全自愿的。三、郭雨、徐萱在 2013 年建立同居关系时均已达到法定的成年年龄。四、郭雨、徐萱双方均系在无配偶和同居伴侣的前提下建立的同居关系。五、郭雨、徐萱之间建立的并非几个星期或几个月的短暂同居，亦非只是一般较为密切的关系，而是自 2013 年即开始以夫妻名义和内涵同居，并将该同居关系持续至 2017 年年底，在长达五年之久的同

居生活期间，郭雨、徐萱共同创办学校、为家庭生活开支、在美国登记注册家庭伴侣关系、通过试管方式孕育子女，形成了包括经济生活等内容的生活共同体，双方的同居关系持续而稳定。据此，本院认定郭雨、徐萱之间建立的同居关系并不违法。

因郭雨、徐萱之间建立的同居关系并不为法律所禁止，故郭雨、徐萱之间因该同居行为产生的后果则应当受到法律保护。就本案中郭雨、徐萱同居期间购置的涉案房屋的纠纷应当如何处理，法院认为，应当依据我国现行调整婚姻关系的法律、法规和司法解释的精神予以调整。

理由如下：一、婚姻权作为宪法上个人最为基本的权利之一，其实质在于为个人建立一个正式的受法律保护的家庭以与自己所选择的另一个人共同分享生活，无论什么样的家庭，法律应赋予其共同的权利和责任，享有同样的尊严和追求美好生活的权利。既然我国婚姻法未建立起同性恋者婚姻登记制度，故而郭雨、徐萱只能以“夫妻”的名义建立同居关系，该同居关系的建立系双方以感情为纽带而结合，也掺杂着家庭关系与利益交织，重要的是双方也需要承担家庭责任与社会责任，对于法律并不禁止的同性同居期间发生的财产、债务、子女抚养等法律纠纷，应纳入到婚姻法相应的法律规范予以调整，以弥补婚姻法某些方面的空白，扩大婚姻法的保护范围，否则将为同居伴侣一方逃避家庭责任和社会责任提供了便利，不利于社会稳定。

二、郭雨、徐萱以共同生活为目的生活在一起，形成了生活共同体，同居关系持续而稳定，这种关系不但不危害社会，在很多方面还有利于社会的发展和稳定，从郭雨、徐萱在长期共同生活并孕育子女来看，该同居关系虽无婚姻的名分，却有婚姻家庭的实质，且郭雨、徐萱双方自愿在美国登记“家庭伴侣”关系，也反映出郭雨、徐萱结为同居伴侣关系的意愿。从双方共同生活的时间、子女的生育、举办经济实体及能够办理这种登记的国度和可能性来看，这种意愿应追溯到双方同居关系开始之日，双方的同居关系实际上与婚姻关系趋同，也有别于异性之间能够办理结婚登记而不办理的情形。

三、从法院查明的事实来看，徐萱在与郭雨同居期间购买涉案房屋，虽然向卖房人支付的购房款皆由徐萱及其家人的账户支出，但在购买涉案房屋前，郭雨、徐萱即已建立了较长时间的同居关系，在同居期间共同创办公司，有工作、有收入来源，故双方应有共同的财产积累。从郭雨、徐萱在家庭生活中频繁的金钱往来，可以看出双方之间出现了明显的财产混同现象，这种财产的混同系郭雨、徐萱在情感深厚、彼此信赖的基础上产生，故不管郭雨的出资是用于买房还是用于家庭生活，其对购置涉案房屋必然有所支持和贡献，其对涉案房屋应享有共有权，尤其在徐萱未提供证据证明除了购房出资之外，还用于家庭共同生活的支出。

四、除了经济上共同投资外，婚姻、家庭是具有情感慰藉的功能，本案中郭雨、徐萱之间建立的“家庭伴侣”关系就是这种感情需要的体现，考虑到郭雨在与徐萱共同生活期间不仅有经济上的付出，且亦尽到了相应的家庭义务，在情感上有物化，在生理上有付出，而情感与生理上的付出是无法折价补偿的。郭雨、徐萱同居期间有共同的财产积累甚至生育子女，相互之间应享有权利、承担义务，郭雨尽了家庭伴侣的义务，其家庭伴侣的权利则不应脱离法律制度的关照，从公平原则考虑，在房产归属问题上，郭雨的权利应当受到婚姻法精神的保护，对同居关系存续期间双方取得的财产，应当按共同共有财产处理。

综上，本院认定郭雨、徐萱在购买涉案房屋前起已经建立持续稳定的同居关系，有稳定的共同关系作为基础，在双方同居期间购买的涉案房屋，应类推适用现行调整婚姻关系规范的精神，认定涉案房屋共同共有，郭雨、徐萱对涉案房屋共同享有所有权。

关于徐萱抗辩郭雨系为其代孕，法院认为，郭雨、徐萱在美国 HRC 生殖中心接受试管婴儿治疗期间，双方选择的是接受者胚胎移植而非代孕，而且，本案的基本事实之一是双方基于相互的感情而生

活在一起并孕育子女，故对徐萱的此项抗辩意见，本院不予采纳。

据此，一审法院依照《中华人民共和国民法总则》第一百一十条、第一百二十六条，类推适用《中华人民共和国婚姻法》第十七条第一款第五项，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十二条的规定，作出了一审判决，判决郭雨与徐萱对涉案房屋共同享有所有权。

一审判决后，徐萱不服，向二审法院提起了上诉。她提出：其一，一审法院类推适用婚姻法关于夫妻共同财产的相关规定认定涉案房屋所有权归属，属于适用法律错误。1.双方当事人非异性，且不构成同居关系，一审法院类推适用婚姻法规定没有事实依据。2.婚姻法调整的财产关系必须基于双方存在夫妻关系这一身份前提，财产关系是身份关系引起的法律后果。双方之间不存在夫妻关系，一审法院错误地类推适用调整婚姻财产关系规范的精神，违反了婚姻法的立法目的、精神和原则。其二，一审错误地认定双方是同性恋人及同性恋同居关系，进而错误地类推适用婚姻法规定，有违公序良俗。一审法院突破了我国现行的立法原则和立法规范，创造了所谓的同性恋人财产关系为共同共有的判例，违反了公序良俗。故，请求二审法院撤销一审民事判决书，依法改判驳回郭雨的全部诉讼请求。

郭雨辩称：第一，徐萱虽主张双方是代孕关系，但生育子女的费用由本人汇给徐萱的母亲进行处理，所有费用均是本人承担的，事实上不可能有人自己花钱自己代孕。第二，一审法院只是基于双方系同性恋人关系的事实，从财产保护的角度作出的判决，并未认定同性恋人关系合法。第三，关于同居关系问题，徐萱的代理人在一审中认可双方共同生活的事实，但徐萱将 DP 解释成同住地址关系、同住搭档关系是错误的，DP 就是家庭伴侣关系。徐萱也表示该关系需要经过美国法院才可以解除，并且去美国总领馆办理了解除家庭伴侣关系的相关手续，可见该关系具有法律约束力。第四，长期的共同生活中，双方的经济已经完全混同，在共同生活期间所有的费用都是本人支出的。因此，一审法院在双方共同生活且经济混同的基础上，作出在此期间所购涉案房屋属于共同财产的判决公平公正，徐萱的上诉没有事实依据，请求二审法院予以驳回。

二审法院经审理后认为，购买涉案房屋前，郭雨与徐萱于 2013 年即共同居住生活，并以郭雨和徐萱的姨婆李琴的名义开办了公司，双方有共同的收入来源，应有共同的财产积累，根据双方生育子女的费用由郭雨汇给徐萱的母亲进行处理、为共同居住生活的开销以及大量的金钱往来等细节，双方之间出现了财产混同的现象，故郭雨对购置涉案房屋必然存在贡献，应对涉案房屋享有权利。但一审法院在房产归属问题上，认为郭雨的权利应当受到婚姻法精神的保护，对同居关系存续期间双方取得的财产，按共同共有财产处理，类推适用现行调整婚姻关系规范的精神，认定涉案房产共同共有不当，本院对此予以纠正。

如前所述，双方在共同居住生活期间财产出现混同的情况，且在徐萱未提供证据证明其除了购房出资之外，还用于共同居住生活期间的支出。根据公平原则，郭雨、徐萱应对涉案房屋所有权各自拥有 50%的份额。徐萱关于涉案房屋应归其所有的上诉主张，没有事实和法律依据，本院不予支持。

综上，徐萱的上诉请求不能成立，应予驳回，但一审法院认定涉案房屋为共同共有不当，本院予以纠正。

2019 年 7 月 1 日，二审法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第二项的规定，作出终审判决，撤销一审法院的判决，并判决郭雨与徐萱对涉案房屋所有权各自拥有 50%的份额。

（为保护当事人的隐私，文中人名、地名、公司名等均作了相应的技术处理）

观点 | 擅自转走恋人的钱该如何定性？

原创：2020-05-14 江苏高院 朱啸轩

https://mp.weixin.qq.com/s/FJH4THpD2P5VTDU1fUsbmQ

案情：

李某与王某系网恋男女朋友关系，2019 年 1 月 20 日至 22 日李某和王某相约在上海会面，期间王某乘李某微信消费时默记李某微信转账密码，后王某以手机没电为由拿走李某的手机，并多次偷偷从李某微信上转走共计 1 万 2 千余元，李某发现后多次催要未果。

2019 年 11 月份，李某以不当得利返还请求为由向法院提起民事诉讼，请求王某归还微信上转走的 1 万 2 千余元。

评析：

第一种意见认为，王某以非法占有为目的，多次转移李某微信上的资金，数额较大，构成盗窃罪。

第二种意见认为，王某以非法占有为目的，将他人的财产占为己有，数额较大且拒不交还，构成侵占罪。

第三种意见认为，王某的行为不构成犯罪，李某、王某系男女朋友关系，王某在李某将手机交由其使用的过程中转走李某微信上的财产属不当得利，李某可主张王某返还。

笔者同意第一种意见。

首先，本案中王某的行为不构成侵占罪。盗窃罪和侵占罪主观上均是以非法占有他人财产为目的，客观上都是将他人财产占为己有，但侵占罪的客观行为具体表现为将他人交由自己代为保管的财物、遗忘物或者埋藏物非法占为己有。本案中李某和王某虽是男女朋友关系，但是此种关系并不形成婚姻法中因缔结婚姻关系而形成共同财产的状态，也并不能表明李某将个人财产交由王某保管，王某占有的也并非李某的遗忘物或者埋藏物，故王某的行为不符合侵占罪的构成要件，不构成侵占罪。

其次，本案中王某的行为超出了不当得利民事债权请求权。不当得利是指没有合法的根据，或事后丧失了合法的根据而被确认为使他人遭受损失而获得的利益。不当得利属于民法调整的范围，是债权请求权的来源之一。本案中王某以非法占有为目的，采取秘密窃取的方式，非法转走李某微信上的资金，且数额较大，已经构成了盗窃罪，应当以刑法对其行为进行评价，而不能主张不当得利返还这一民事债权请求权。

最后，本案中王某的行为符合盗窃罪的犯罪构成。盗窃罪是指以非法占有为目的 ，盗窃公私财物数额较大或者多次盗窃、入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃公私财物的行为。盗窃罪侵犯的客体是公私财物的所有权，主观方面表现为直接故意，且具有非法占有的目的。《最高人民法院、最高人民检察院关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》第八条规定：偷拿家庭成员或者近亲属的财物，获得谅解的，一般可以不认为是犯罪；追究刑事责任的，应当酌情从宽。王某与李某之间并非家庭成员或近亲属关系，仅是男女朋友，二人的财产也未相互混同。王某以非法占有为目的，通过秘密窃取的方式，转移李某微信里的资金占为己有，且数额巨大，应属涉嫌盗窃罪。

本案经法院审理，法院以被告王某的行为涉嫌盗窃罪，根据《最高人民法院关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》第十一条规定，人民法院作为经济纠纷受理的案件，经审理认为不属经济纠纷案件而有经济犯罪嫌疑的，应当裁定驳回起诉，将涉嫌犯罪的线索、材料移送公

安或者检察机关。故法院依法裁定驳回李某的起诉，将王某的犯罪线索移送公安机关侦查。

来源：如东县人民法院

男子转账 52 万分手后追债，女方称是“爱的赠与”，法院这样判

2020-05-21 上海法治报

https://mp.weixin.qq.com/s/RX4H1Pdl_PI5myG2JgWYLA

昨天是 2020 年 5 月 20 日，
不少情侣在这个特殊的日子里，
以转账的方式表达爱意。
但是，
一旦分手后，
“爱情转账”可以追回吗？

广州市荔湾区人民法院此前判决一宗案件，
一男子在某年的 5 月 21 日
给(前)女友转账 52 万，
最终被认定**属于借款，**
不属于“爱的赠与”，
（前）女友需要归还。

男子给（前）女友转账 520000 元 分手后追债

小梁(化名)与小付(化名)自 2018 年 3 月开始恋爱，于同年 9 月分手。恋爱期间，小梁向小付多次转账总共 202 万元，双方没有签订借款合同或出具借据。其中在 2018 年 5 月 21 日，小梁向小付转账 52 万元。同年 6 月 11 日，小付向小梁转账 50 万元。

两人分手后，小梁向法院提起诉讼，主张他向小付转账的 202 万元属于借款性质，因小付已还款 50 万元，现要求小付归还 152 万元借款本息。

法庭上，小付答辩认为，这 202 万元属于双方在恋爱同居期间的紧密经济联系，系生意往来或赠与性质，不属于借贷性质，特别是 5 月 21 日小梁向她转账的 520000 元，是“我爱你”特定含义的表达。因此不同意小梁的诉讼请求。

法院：双方成立民间借贷关系，理应偿还借款

广州市荔湾区人民法院经审理认为：

> 1、小梁虽不能提供借款合同、借据等表明双方之间存在借贷关系，但依据其提供的微信聊天记录可以证明，小梁并无将涉案款项赠与小付以及对小付经营的生意进行投资的意思表示。
>
> 2、小付在收取小梁转账款项后向小梁转账还款 50 万元，也表明涉案款项属于借款性质。
>
> 3、“520”在现实生活中确实有特殊含义，小梁向小付转账付款 202 万元中的 52 万元金额与“520”含义相差较大，小付主张该笔款项属于双方之间互赠的辩解理由不成立。
>
> 双方之间成立民间借贷关系，小付应向小梁偿还借款。

荔湾法院遂作出一审判决，限期小付向小梁归还借款 152 万元本息。

小付不服一审判决提起上诉。广州市中级人民法院作出二审判决驳回上诉，维持原判。

恋爱时发的红包分手后该还吗？网友热议

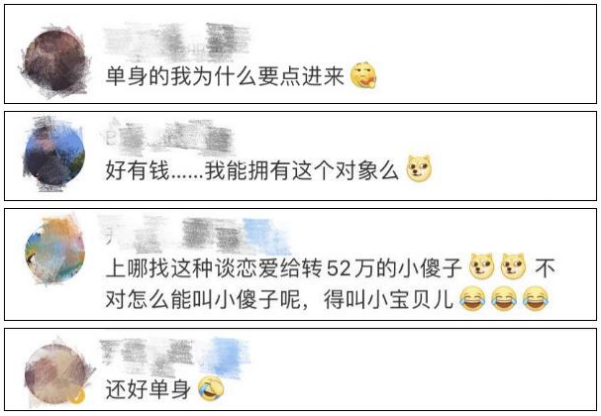
随后，话题#给女友转账 520000 元分手后追债#冲上热搜↓

对于“恋爱时发的红包分手后该还吗”这个问题，不少网友看法不一。

部分网友表示，小额无所谓，大额还是应该还。

有网友认为，赠送的东西，怎么能要回来？

还有单身网友发出灵魂拷问↓



法官建议：熟人间借贷时，可依循“三步走”

近些年，情侣间转账产生纠纷的不在少数。2019 年 5 月 6 日，记者从杭州西湖区人民法院获悉，该院审理一起男子诉前女友借贷纠纷案。

法院审理认为：在数笔共计 38 万余元的转账中，有四笔转账为特殊金额，即原告于 2017 年 6 月 9 日交付的 13145.21 元及于 2017 年 8 月 16 日分三次各交付的 13145.20 元，由于其谐音与情侣之间示爱语言高度一致，且当时双方为恋爱关系。四笔共计 5 万多元为特殊金额转账，不用还，其余 33 万余元认定为借贷关系，要退还。

为避免此类纠纷，法官建议，在熟人间进行款项借贷时，可依循“三步走”：

第一步：及时明确来往款项的性质。即便双方系熟人关系，包括具有亲密关系的情侣关系，对于往来款项尤其是大额款项，双方应说明白、讲清楚款项的性质，避免事前碍于情面模糊款项的定性，事后对款项性质认识不一致而产生纠纷。

第二步：签订书面借款协议或出具借条。当双

方具有借款合意并明确款项为借款时，为避免日后纠纷，应签订借款协议或要求借款人出具借条、借据，并通过书面形式，明确约定借贷合同的关键内容。

第三步：现金交付难以留存书面证据，尽量以银行转账、支付宝转账、微信转账等方式出借或归还借款。

综合自南方都市报、中国青年报、澎湃新闻、网友评论

编辑 | 王菁

（八）抚养案例

男子离婚 6 年因膝下无子想要回女儿抚养权 女儿拒绝 说出了一个原因...

2020-05-14 华商报 记者 宁军 通讯员 董香香
https://mp.weixin.qq.com/s/oSWUat1TAFpnFwYyCEBO7A

近日，西安市未央区法院民四庭在审理一起抚养权纠纷案中，承办法官走出法庭，走进家庭，充分听取孩子意见，面对面了解案件事实。

原告王某经朋友介绍与被告李某相识，在家人再三催促下，仓促成婚，婚后育有一女彤彤（化名）。由于二人是闪婚，缺乏感情基础，常因琐事发生争吵，加之王某文化程度不高，重男轻女思想严重，最终导致二人协议离婚，并约定女儿由李某抚养。

6 年过去了，彤彤已出落成了大姑娘，但王某却诉至未央法院，要求变更女儿的抚养权。

庭审中，原告王某称被告李某现已再婚并育有一子，而自己并未再婚，膝下无子，符合《最高人民法院<关于审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见>》第三条第一款“可予以优先考虑抚养权归属”的规定，希望由自己抚养彤彤，将来为自己养老送终。

被告李某情绪非常激动，她无法接受的是，这个 6 年来对孩子不管不问的父亲现在却要求变更抚养权。

因抚养权的归属事关未成年人的健康成长，为查明案件事实，法官决定见一下彤彤，听听孩子的想法。考虑到肃穆的法庭可能会给孩子带来心理压力，为避免给其造成“二次伤害”，在征得原被告同意后，在不干扰彤彤正常生活学习的前提下，法官进行了一次家访，并见到了彤彤的家人。

经过两个小时的深入交谈，彤彤向法官敞开心扉，讲述了亲生父亲王某重男轻女给其带来的心理伤害和童年阴影，表示自己目前生活得非常幸福快乐，继父给了她父亲的关爱和家的温暖，她非常爱妈妈、继父和弟弟，想继续与他们生活在一起。

因彤彤已年满 10 周岁，系限制民事行为能力人，具有一定的认知和辨别能力，其表示想随母亲李某生活，而李某不存在《最高人民法院<关于审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见>》第十六条规定的变更子女抚养关系情形。王某虽具有可予以优先考虑享有抚养权的情节，但因其重男轻女思想已给女儿心理造成一定创伤，由母亲李某抚养显然更有利于孩子成长，法官依法驳回了王某的诉讼请求。

华商报记者 宁军 通讯员 董香香

（九）亲子关系案例

高某诉南通市妇幼保健院不履行法定职责案丨出生证明与新生儿命名

2020-05-08 中国宪治网
https://mp.weixin.qq.com/s/8IpHmEsR-HeqHYLpNMa-jQ

江苏南通市中级人民法院行政判决书
（2018）苏 06 行终 711 号

上诉人（原审被告）南通市妇幼保健院。

上诉人（原审第三人）朱某。

被上诉人（原审原告）高某。

上诉人南通市妇幼保健院因不履行法定职责一案，不服南通市港闸区人民法院（2018）苏 0611 行初 251 号行政判决，向本院提起上诉，本院受理后，依法组成合议庭审理了本案。现已审理终结。

一审法院查明，2015 年 8 月 25 日，高某在南通市妇幼保健院产下一子。南通市妇幼保健院向高某出具了《＜出生医学证明＞首次签发登记表》，记载了产妇姓名高某、新生儿性别男、出生时间 2015 年 8 月 25 日 16 时 00 分、出生孕周、出生体重、身长、出生地点、医疗机构等分娩信息、母亲高某的年龄、国籍、民族、住址、有效身份证件类别、有效身份证件号码，同时记载父亲姓名朱某、年龄 33、国籍为中国、民族为汉族、住址江苏省南通市崇川区和平街道北濠东村社区*-***，有效身份证件类别为身份证，有效身份证件号码为 32061119810916****等内容。

2016 年 7 月 11 日，高某因与朱某感情不和，向南通市崇川区人民法院提起诉讼，请求判令二人离婚，婚生子由高某抚养等。同年 9 月 18 日，南通市崇川区人民法院作出（2016）苏 0602 民初 3726 号民事判决，该判决载明朱某的身份信息为：男，1981 年 9 月 16 日生，居民身份证号码 32061119810916****，汉族，住南通市北濠桥东村*幢***室；认定高某与朱某于 2013 年 10 月 15 日登记结婚，2015 年 8 月 25 日生育一子，目前尚未申报出生登记；认为高某与朱某夫妻感情已经破裂。朱某申请亲子鉴定，但没有提供必要证据证明，不予准许，对双方婚后所生之子依法推定系高某与朱某亲生。判决准予高某与朱某离婚，婚生子随高某共同生活。朱某不服，向本院提起上诉。2017 年 3 月 29 日，本院作出（2017）苏 06 民终 86 号民事判决，维持一审判决，另判决朱某可每月探望婚生子两次，高某应给予必要协助。

2018 年 1 月，高某向南通市妇幼保健院申请为其子办理《出生医学证明》，提交了《生育一孩服务通知单户口申报联》《分娩证明》《＜出生医学证明＞首次签发登记表》、（2016）苏 0602 民初 3726 号《民事判决书》、（2017）苏 06 民终 86 号《民事判决书》。南通市妇幼保健院工作人员答复高某需要提供朱某的居民身份证原件，否则不予办理。高某不服，向一审法院提起诉讼，请求判令南通市妇幼保健院为其于 2015 年 8 月 25 日所生之子出具母亲为高某、父亲为朱某的《出生医学证明》。

一审法院认为，《中华人民共和国母婴保健法》第二十三条规定，医疗保健机构和从事家庭接生的人员按照国务院卫生行政部门的规定，出具统一制发的新生儿出生医学证明。国卫妇幼发[2013]52 号《国家卫生和计划生育委员会、公安部关于启用和规范管理新版<出生医学证明>的通知》（以下简称国卫妇幼发 52 号通知）附件 2《新版<出生医学证明>（第五版）首次签发情形与要求》第一条规定，《出生医学证明》签发机构应当按照相关规定，为新生儿签发国家统一制发的《出生医学证明》。其中第一项规定，在具有助产技术服务资质的医疗

保健机构内出生的新生儿，由该机构负责签发。高某于2015年8月25日在南通市妇幼保健院产下一子，根据上述规定，南通市妇幼保健院具有为案涉新生儿签发《出生医学证明》的法定职责。对此，各方均不持异议。本案争议的焦点是:在高某无法提供新生儿父亲身份证原件，但提供载有新生儿父亲身份信息的生效法律文书的情况下，南通市妇幼保健院拒绝出具《出生医学证明》是否合法。对此，一审法院评判如下：

第一，原国家卫生计生委办公厅国卫办妇幼发[2015]13 号《关于进一步加强出生医学证明管理的通知》中明确，《出生医学证明》是证明新生儿出生状况和血亲关系的重要凭证，也是公安部门为新生儿办理户口登记的重要依据。《出生医学证明》的内容包括新生儿姓名、性别、出生孕周、出生体重、身长、出生地点、医疗机构等出生状况信息以及新生儿母亲和父亲的姓名、年龄、国籍、民族、住址、有效身份证件类别及证件号码等身份信息。可见，医疗机构出具《出生医学证明》的行为属于法律赋予医疗机构确认新生儿出生的法律事实及其与生母、生父之间血亲关系的一种行政证明行为，具有行政确认的性质。该行为直接关系到新生儿公民身份的获得，对新生儿的权利义务具有重大影响。

第二，行政主体作出行政证明行为应当建立在准确核实相关材料的基础之上，当依法需要确认的事实有充分的证据加以证明时，行政机关应依法积极履行行政证明职责，不得推诿拒绝。本案中，为核实新生儿父亲信息，南通市妇幼保健院要求高某提供新生儿父亲的身份证原件。固然居民身份证是用于证明公民身份的法定证明文件，但高某在不能提供居民身份证的情况下提供了人民法院的生效判决。该判决中明确记载了朱某的身份信息，该身份信息与《<出生医学证明>首次签发登记表》中记载的一致，判决书中也明确认定高某与朱某于2013 年 10 月 15 日登记结婚，2015 年 8 月 25 日生育一子，即认定了案涉新生儿与朱某之间的父子关系。从上述判决内容不难看出，南通市妇幼保健院在履行出具《出生医学证明》的法定职责中需要审核确认的新生儿父亲的信息已经得到司法确认。在此情形下，南通市妇幼保健院应当履行出具《出生医学证明》的法定职责，其以高某未提供居民身份证原件拒绝出具《出生医学证明》显属机械执法。

第三，行政机关或者其他组织对于法律赋予其对某一事实核查确认的职责应当积极履行。现实生活中，新生儿父母因婚姻、家庭等问题出现不睦或离婚并不鲜见。如果新生儿父母对新生儿抚养、姓氏等问题不能达成一致意见，新生儿父母一方不予提供身份证原件用以办理《出生医学证明》也就极有可能发生。在此情形下，医疗机构一味要求提供新生儿父母的身份证原件实为给当事人设置无法达到的条件，阻却了新生儿获取《出生医学证明》的路径，影响新生儿及时取得《出生医学证明》这一至关重要的身份证件的权利。本案中，新生儿父母即高某和朱某因夫妻感情不和被人民法院判决准予离婚已是不争的事实。而双方对于新生儿的姓氏等问题也相持不下，朱某因此拒不向高某提供身份证原件以办理《出生医学证明》。鉴于此，南通市妇幼保健院坚持要求高某提供朱某的身份证原件实质上为案涉新生儿获取《出生医学证明》设置了障碍，不利于新生儿各项公民权利的获得。

对于朱某提出的如新生儿随父姓则同意办理《出生医学证明》的问题。根据《中华人民共和国婚姻法》第二十二条的规定，子女可以随父姓，可以随母姓。我国法律法规未规定医疗机构在《出生医学证明》上登记新生儿姓名时应当审查该新生儿姓名经父母协商一致的材料。国卫妇幼发 52 号通知规定，如领证人不是新生儿母亲，还需提供新生儿母亲签字的委托书。意味着新生儿母亲是办理《出生医学证明》的当然申请人，新生儿的姓名由申请人提出并填写，医疗机构并无对新生儿父母行使新生儿姓名的决定权进行把关的权力。医疗机构在出具《出生医学证明》时不具有审查新生儿应随父姓还是随母姓的法定职责，南通市妇幼保健院根据新生儿母亲高某的申请出具《出生医学证明》并

无侵害朱某法定权利的情形。

综上，一审法院根据《中华人民共和国行政诉讼法》第七十二条之规定，判决责令南通市妇幼保健院在判决生效之日起二十日内为高某于 2015 年 8 月 25 日所生之子出具母亲为高某、父亲为朱某的《出生医学证明》。

南通市妇幼保健院不服提起上诉称，上诉人作为法律法规授权的组织，不予出具《出生医学证明》系依法行政而非机械执法。从立法本意来看，要求新生儿父母出具有效身份证原件系基于两点考虑：一是审验父母身份信息，二是确认新生儿父母对申领《出生医学证明》的合意。同时，上级组织在业务培训中亦多次强调，发放《出生医学证明》必须审验新生儿父母的身份证原件，从未表明有其他身份信息证明材料亦可办理。一审判决认为上诉人为案涉新生儿获取《出生医学证明》设置了障碍，与事实不符，与法相悖。请求撤销一审判决，依法驳回高某的诉讼请求。

朱某提起上诉称，本案争议的焦点并非南通市妇幼保健院不同意出具《出生医学证明》，而是新生儿父母对新生儿的姓名确定存有争议。南通市妇幼保健院在新生儿姓名无法确定的情况下，未予出具《出生医学证明》，体现了对当事人负责的态度，并非机械执法。一审判决责令南通市妇幼保健院出具《出生医学证明》有违子女应随父亲姓氏的传统民俗，侵害了上诉人对新生儿取名的决定权。请求撤销一审判决。

被上诉人高某辩称，上诉人南通市妇幼保健院拒绝出具《出生医学证明》的主要理由是被上诉人未能提供新生儿父亲朱某的身份证原件，而提供身份证最重要的目的是审验身份信息。在被上诉人提供的生效裁判文书足以证明新生儿父亲朱某的基本身份信息的情形下，南通市妇幼保健院拒绝出具《出生医学证明》的行为严重影响了新生儿的各项权利。此外，根据《中华人民共和国婚姻法》的规定，子女可以随父姓，也可以随母姓，被上诉人有将婚生子取名为高某某的权利，朱某的上诉理由无事实及法律依据。请求驳回两上诉人的上诉，维持原判。

本院经审理查明的事实与一审判决认定的事实一致，本院予以确认。本院另查明，朱某曾以书面方式告知南通市妇幼保健院，因其与高某就新生儿姓名无法协商一致，要求南通市妇幼保健院须在朱某本人到场的情况下方可签发《出生医学证明》，同时向南通市妇幼保健院提供了本人身份证复印件及照片复印件。还查明，高某向本院提交的书面答辩状以及在本院询问过程中明确，其为新生儿已取名高某某。

本院认为，从本案查明的基本事实以及各方当事人的诉辩意见看，本案客观上存在两个争议，一是发生在高某与朱某之间的争议，即双方无法就新生儿姓名形成一致意见；二是发生在高某与南通市妇幼保健院之间的争议，即南通市妇幼保健院拒绝向高某出具《出生医学证明》。虽然本案审理的只是第二个争议，但该争议的起因以及本案的处理结果均涉及第一个争议。因此，厘清父母应当如何为新生儿命名是处理本案的前提和基础。

一、关于如何解决新生儿命名的冲突问题

姓名作为公民个体之间予以区分的标识和符号，公民个人依法享有决定、使用、改变自己姓名的权利。法律确认姓名权是为了使公民能以文字符号即姓名明确区别于他人，实现自己的人格和权利。姓名权属于公民自身民事权利的一部分，新生儿也不例外。只是因为新生儿不具备相应的行使姓名权的能力，而只能将该权利让渡给监护人行使。父母作为未成年人的法定监护人，应当按照最有利于被监护人的原则履行监护职责，实现保护被监护人人身权利、财产权利及其他合法权益的根本目的。监护人不履行监护职责或者侵害被监护人合法权益的，还应承担法律责任。因此，对监护人而言，监护职责的履行更多体现的是一种义务而非权利。为新生儿取名直接关系到新生儿各项基本权利的获得，是新生儿父母应当履行的监护义务，新生儿父

母不得随意抛弃或滥用。

《中华人民共和国婚姻法》第二十二条规定，子女可以随父姓，可以随母姓。父母应当共同协商、共同行使对新生儿的监护职责，包括对新生儿的命名。但在本案中，由于新生儿父母朱某、高某无法就新生儿姓名形成一致意见，且各自坚持为新生儿取名为朱某某、高某某，同夫妻双方无法就家务分担达成一致一样，这并不是一个法律问题。但在双方就此僵持不下的情况下，终究需要建立一个选择的规则，而不能因父母双方的争议致使新生儿迟迟无法实现自身的姓名权，影响新生儿的基本权利。本案中，高某与朱某离婚后，新生儿随高某共同生活，高某将担负起新生儿从牙牙学语到长大成人的抚养、教育、保护等主要监护义务，朱某则承担每月支付相应抚养费的法定义务。为新生儿命名作为监护义务的组成部分，在高某坚持由其为新生儿命名的情形下，选择确定由高某为新生儿命名更为合理，因为高某需要承担更多的抚养义务。朱某虽然主张应由其对新生儿命名，但其主张的新生儿应随父亲姓氏的唯一理由亦与《中华人民共和国婚姻法》关于“子女可以随父姓，可以随母姓”的规定相悖。而且，与高某相较，本院亦无应当采信朱某上诉主张的其他理由。因此，就本案而言，由承担新生儿主要监护义务的高某为新生儿命名更为合适。

至于朱某提出的由高某为新生儿命名会侵犯其对新生儿命名权的问题。如前所述，姓名权归属于公民本人，新生儿的姓名权本属新生儿本人，为新生儿命名只是新生儿父母的监护义务，并非父母的权利。因此，无论由新生儿的父亲或母亲为新生儿命名都不可能影响其他监护人的权利。否则，只要父母就新生儿姓名无法协商一致，新生儿的姓名就永远无法确定，这与“最有利于被监护人”的基本监护原则明显相悖。

二、关于南通市妇幼保健院拒绝向高某出具《出生医学证明》的理由能否成立的问题，主要涉及国卫妇幼发 52 号通知中有关“提交新生儿父母有效身份证件原件并留存复印件”的规定如何理解和执行的问题。

居民身份证是由公安机关统一制作、发放，证明居住在我国境内的公民身份的证明文件。公民在办理户口登记、婚姻登记等需要证明身份的有关活动时应当出示居民身份证。居民身份证登记的内容决定了居民身份证只具有证明公民身份信息的意义，而不具备其他证明效力。因此，国卫妇幼发 52 号通知要求提供新生儿父母有效身份证件原件，应当理解为以此审验确定新生儿父母的基本身份信息，并以留存复印件的形式作为备查之需。南通市妇幼保健院提出的提交新生儿父母身份证件原件还具有体现新生儿父母对申领《出生医学证明》形成合意的主张明显不能成立。首先，《中华人民共和国母婴保健法》并未赋予医疗保健机构在出具《出生医学证明》时应当审查新生儿父母对新生儿姓名是否达成合意的职责。江苏省卫生和计划生育委员会、江苏省公安厅苏卫妇幼[2015]6 号《关于进一步加强新版<出生医学证明>管理的通知》中明确，新生儿姓名根据新生儿父母申报的姓名填写，新生儿原则上只能登记一个姓名，对尚未取名的新生婴儿，一律不予签发《出生医学证明》。上述规定仅是要求《出生医学证明》中新生儿的姓名根据申报的姓名填写，并未要求出具《出生医学证明》的机构对该姓名是否体现父母的合意进行审查。其次，南通市妇幼保健院的这一主张不合逻辑。考察双方当事人是否就某个事项达成合意，通常有口头询问和查看书面材料两种方式。新生儿父母的身份证原件本身并未对新生儿姓名进行记载，因此，在新生儿父母未亲自到场的情形下，仅凭身份证原件根本无法知晓新生儿父母对新生儿姓名是否达成了合意。最后，南通市妇幼保健院的主张为当事人增设了义务。证明行为只是对客观事实的记载和相关信息的真实反映，在法律没有明确规定的情形下，出具证明的机构不得为当事人另行设定法外义务。南通市妇幼保健院关于需要以“合意”为前提的主

张没有任何法律依据。

本案中，新生儿父母朱某、高某经由法院判决准许离婚，双方就新生儿姓名无法形成一致意见，高某在申领《出生医学证明》时客观上无法提供朱某的身份证原件，南通市妇幼保健院对此情形亦是明知的。高某提交的生效民事判决不仅确认了高某、朱某的身份信息，还对高某、朱某与婚生子的父母关系予以了司法确认。且该民事判决中记载的朱某的身份信息与南通市妇幼保健院提供给高某的《<出生医学证明>首次签发登记表》中的信息相同，完全可以满足南通市妇幼保健院核实确认朱某身份信息的需要，应当视为出具《出生医学证明》的条件已经具备。需要强调的是，生效裁判文书中记载的当事人的身份信息是人民法院根据当事人在司法程序中提交的身份证原件进行审查后所作的认定，具有与身份证原件同等的法律效力，在朱某明确拒绝提供身份证原件的情形下，南通市妇幼保健院完全可以采信生效民事判决记载的身份信息。法律本身不会强人所难，执行法律更需要在满足立法本意的前提下进行灵活理解和适用。唯有如此，才能有效的发挥法律规范对社会生活的调整功能，而不至于将遵守法律演变成为一种束缚。

综上，国卫妇幼发 52 号通知要求“提交新生儿父母有效身份证件原件”，仅是供签发《出生医学证明》的医疗机构核对查验新生儿父母身份信息所需，并无体现新生儿父母对新生儿姓名形成合意的目的，签发《出生医学证明》的医疗机构亦无审查新生儿父母是否对新生儿姓名形成合意的权力。在高某提供的生效裁判文书足以证明新生儿父亲朱某身份信息的情况下，南通市妇幼保健院不予出具《出生医学证明》的理由不能成立，本院不予采信。

最后需要说明的是，行政机关以及法律法规授权的组织严格执行法律规范的明确规定，本身无可厚非。但是，由于社会生活千变万化，成文法有限的规范无法针对现实生活中可能出现的情形作出事无巨细、百无一漏的规定。当严守法律规范的字面含义不足以解决现实问题时，执法机关还应当遵循法律规范的立法本意，以有效解决社会纷争、满足社会主体需求为执法目的，把握好法律适用的原则性和灵活性，而不能成为法律条文的机械执行者，甚至使法律实践的结果背离立法目的，与普通人的生活经验、社会共识完全脱节。《中华人民共和国母婴保健法》《中华人民共和国户口登记条例》以及《出生医学证明管理办法》关于《出生医学证明》的规定，主要是通过对《出生医学证明》的首次签发、换发、补发的严格管理来达到及时为新生儿出具《出生医学证明》、及时进行出生申报登记，实现对人口的有序管理，达到维护社会秩序的目的。南通市妇幼保健院作为出具《出生医学证明》的经办机构，应当积极为在该院出生的新生儿取得《出生医学证明》提供便利的条件和服务。当《出生医学证明》所要证明的核心要件均已明确且申请人提供的材料实质满足了相关规范要求的情形下，不出具《出生医学证明》不仅有违上述法律规定，侵犯新生儿的合法权益，更是对国家人口管理秩序的破坏。新生儿父母在申领《出生医学证明》时，由于种种客观原因确实无法提供对方身份证原件，但能够提供据以审验身份信息的其他证明文件时，经办机构不能强人所难，一定要以提交身份证原件作为出具《出生医学证明》的前提，而应探究出上述规定中要求提交身份证件原件的目的只是在于核实申请人提交的有效身份证明文件与经办机构获取的身份信息是否相符，而不能将上述规定的“有效身份证件原件”理解为提交身份证原件是唯一、不可变通的条件。当然，本院强调医疗保健机构在出具《出生医学证明》时应当根据特殊情形作出符合立法本意的变通处理，但并非要求签发机构放弃法律赋予的对新生儿出生状态、新生儿父母血亲关系的确认以及在出具《出生医学证明》时对新生儿父母身份信息予以审验的职责。医疗保健机构应当充分把握出具《出生医学证明》的核心要件，依法及时出具《出生医学证明》，保障新生儿的合法权利和有序的人口管理。

综上，被上诉人高某提供的生效裁判文书足以证明新生儿父亲朱某的身份信息，上诉人南通市妇幼保健院拒绝出具《出生医学证明》的理由不能成立。一审判决责令上诉人南通市妇幼保健院向被上诉人高某出具《出生医学证明》具有事实依据和法律依据，亦未侵犯上诉人朱某的合法权益，本院应予维持。两上诉人的上诉理由不能成立，本院不予采信。据此，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。

二审案件受理费人民币 50 元，由上诉人南通市妇幼保健院、朱某各负担 25 元。

本判决为终审判决。

审　判　长　刘羽梅
审　判　员　仇秀珍
审　判　员　鲍　蕊
二零一九年一月二十一日
法 官 助 理　金保阳
书　记　员　吴　迪

男方拒不配合，婴儿出生证明能办理吗？

2020-05-18 民主与法制周刊　秦风

https://mp.weixin.qq.com/s/nwjAs-ZVId4tC-iocCvmig

您认为婴儿在申领“出生证”时，是否必须征得生父的同意呢？有这样一个案例，给出了答案。

夫妻离婚诉讼期间，女方生育了儿子。因男方拒绝提供身份证原件给女方，办理婴儿《出生医学证明》遇到了障碍。于是，女方申请办理单亲婴儿证明，领取了儿子的出生证。此后，男方以该出生证没有显示生父信息为由，将发证医院告上了法庭。2020 年 1 月 9 日，浙江省宁波市中级人民法院公布的判决书载明，特殊情形下，《出生医学证明》可不记载婴儿生父信息。

离婚冷静期育儿
医学证明缺生父

家住宁波市海曙区的王逸，与在海运公司工作的徐平是夫妻关系。2018 年 1 月中旬，已身怀六甲的王逸，执意要与徐平离婚。办案法官调解无果，决定给予双方三个月的离婚冷静期，案件延期审理。

2018 年 4 月 5 日，王逸比预产期提前 35 天，在宁波市慧丽医院生下了一个男婴。为了给孩子办理《出生医学证明》，王逸的母亲李茹兰通知女婿徐平，让他送身份证到医院，登记生父母信息。孰料，徐平却提出孩子的出生日期不对，要等做过亲子鉴定再说，拒绝提供身份证原件。

在王逸母子出院前，徐平又就双方的离婚诉讼，提出了亲子鉴定的请求。接到法院的通知，王逸更加坚定了离婚决心，并表示不同意进行亲子鉴定。根据法律规定，法院下达裁定，对徐平申请亲子鉴定不予受理。

因为缺失生父的身份信息，为儿子办理出生证遇到了障碍。王逸多次找慧丽医院交涉，办证人员答复说，《出生医学证明》是申报国籍、户口登记、取得公民身份号码等的法定医学证明。其内容包括新生儿姓名、性别、出生孕周、出生体重、身长、出生地点、医疗机构等出生状况信息，以及新生儿母亲和父亲的姓名、年龄、国籍、民族、住址、有效身份证件类别及证件号码等身份信息。建议王逸和新生儿父亲做好沟通，若沟通未果，可通过诉讼途径让新生儿父亲前来履行手续。

王逸不愿意再与徐平沟通，孩子满月后，她直接找到卫生主管部门，她向领导哭诉：“这个证明直接影响我儿子的人权，孩子的生父怀疑不是他亲生的，我们母子怎么办啊！”

婴儿的出生证涉及孩子接种疫苗等问题，而王逸提出的情况比较特殊，宁波市卫生部门领导班子经过研究认为，国家新版《出生医学证明》关于“提交新生儿父母有效身份证件原件”的要求，仅是供签发证明的医疗机构核对查验新生儿父母身份信息所需，并无体现新生儿父母对新生儿信息形成合意的目的，且医疗机构亦无审查新生儿父母的权力。遂决定“特事特办”，责成医院开出证明。

按照院方的要求，2018 年 5 月 26 日，王逸提交了《自愿要求出生医学证明办理单亲的申请书》，同时出具了“如产生法律后果由本人负责”的书面声明。当日，慧丽医院开具了《出生医学证明》，上面仅记载婴儿母亲的相关信息，而没有记载父亲的相关信息。王丽给儿子取名王力。

王逸与徐平的离婚诉讼过了三个月的冷静期，法院安排开庭。在法庭上，王逸把《出生医学证明》递交给法官，对徐平说：“儿子跟我姓，也不会要你分文抚养费，从此就当没有你这个父亲。”

虽然王逸尚处于哺乳期，但女方坚决要求离婚，鉴于双方矛盾的起因和感情破裂的现状，法院判决解除王逸与徐平的婚姻关系，并确认王力系双方的婚生子，双方离婚后，王力随生母王逸生活。王逸虽表示不需要徐平支付抚养费，但从维护儿童利益最大化出发，对徐平主动要求承担抚养责任予以确认。判决还确定了徐平探视儿子王力的日期。

离婚判决生效后，徐平从法院拿到了王力的《出生医学证明》复印件，上面虽然没有记载生父的信息，王逸从怀孕到生育的时间却清晰可见。徐平细细算了一下日子，确信王力是自己的血脉，不由暗暗叫苦。他找到王逸意欲挽回婚姻，还要求把儿子改为徐姓。被王逸严词拒绝。

徐平认为儿子的出生证明必须要有生父信息。几经查找，他得到了 2015 年浙江省公安厅和卫生妇幼保健部门的联合发文，即《关于进一步加强新版<出生医学证明>管理的通知》的相关内容，即新生儿姓名根据新生儿父母申报的姓名填写，新生儿原则上只能登记一个姓名，对尚未取名的新生婴儿，一律不予签发《出生医学证明》。凭着这份文件，徐平去找慧丽医院理论，要求撤销王力的单亲出生证明，补充生父徐平的身份信息，重新发证。

慧丽医院将徐平的要求反馈给王逸，王逸坚决不同意。于是，院方明确答复徐平，不予撤销和更正王力的《出生医学证明》。

法庭激辩初获胜
行政确认欲撤销

2019 年 1 月 7 日，徐平向宁波市海曙区人民法院 提出行政诉讼，要求撤销王力现在的《出生医学证明》，责令慧丽医院重新出具证明，填写生父徐平的信息，并更改儿子的姓名。

王逸作为案涉第三人参加了开庭。徐平在法庭上表示，慧丽医院虽不是行政执法机关，但依据《中华人民共和国母婴保健法》和办理新生儿《出生医学证明》的规定，慧丽医院系经授权的行政确认行为，徐平作为该行政行为的相对方，有权对其行政确认内容提出异议，主张撤销或变更原《出生医学证明》。

法庭辩论期间，慧丽医院提出，徐平不具有原告的主体资格。根据《中华人民共和国行政诉讼法》第二十五条的规定，徐平起诉时应提供其是被诉行政行为利害关系人的证据。但徐平在医院出具出生医学证明时，并没有提供其与王力亲子关系的信息，且徐平在与王逸的离婚诉讼中提出过亲子鉴定申请，因身份关系不能通过自认和推定来确定，故慧丽医院为新生儿王力出具证明时，无法确认徐平系婴儿的生物学父亲。同时，根据卫生行政部门的规定，医疗保健机构受卫生行政部门委托签发新生儿出生医学证明的行为是行政委托，应由卫生行政部门作为被告，徐平起诉慧丽医院是告错了对象。

一审法院经审理认为，本案争议的焦点为：慧丽医院出具王力的出生医学证明，程序以及实体上是否合法。根据《中华人民共和国母婴保健法》第二十三条的规定，医疗保健机构和从事家庭接生的人员按照国务院卫生行政部门的规定，出具统一制

发的新生儿出生医学证明。医院出具出生医学证明的行为，属于授权的行政确认行为，该行为属于行政诉讼的受案范围。由于出生医学证明的行政确认行为是针对新生婴儿作出的，除了新生婴儿的姓名、出生地等信息外，同时还登记母亲和父亲的相关信息，故出生医学证明所登记的信息，必然会对相对人享有和行使权利产生影响。

本案中，由于徐平和王逸处于离婚诉讼过程中，双方无法就相关新生婴儿的登记信息取得一致意见，故慧丽医院在王逸提供了《自愿要求出生医学证明办理单亲的申请书》的情况下，办理了王力的出生证明。上面仅记载母亲的相关信息，而没有记载父亲的相关信息，该份出生医学证明的出具在办理当时在形式上似有合理之处。但根据相关住院记录，慧丽医院完全有能力了解到新生婴儿父亲的相关信息，完全可以在当时进一步进行调查核实，其不应以生父没有提供信息为由减少其应履行的法定职责。

根据王逸与徐平的离婚判决书及实际情况，徐平确属新生婴儿王力的父亲。徐平作为生父的信息登记在出生医学证明上，虽不会在实质上对王力的生父母的婚姻状况及新生婴儿的抚养权争议产生法律上的联系或影响、双方的婚姻状况及新生婴儿抚养权争议产生影响，但徐平作为新生儿父亲这一客观事实仍应在出生医学证明中予以体现。

按照浙江省卫生部门的文件规定，申请领取出生医学证明时不愿或无法提供婴儿父亲信息的，还应当提交未提供婴儿父亲信息的情况说明和承担相应法律责任的书面声明。但该文件也明确规定，申请领取出生医学证明时，应当提交婴儿父母双方的相关信息，而对相关信息的调查核实，也属于接产医院的法定职责，不能简单的以出具单亲申请书的方式免除或减少其职责。

法院指出，现新生婴儿的父亲信息已明确，故徐平提出的撤销原出生医学证明，并在新的出生医学证明上登记生父信息的请求，应予支持。

2019 年 4 月 22 日，海曙区人民法院作出一审判决，撤销慧丽医院出具的王力出生医学证明，并责令慧丽医院在 30 日内重新开具出生医学证明，补充生父徐平的身份信息。驳回徐平主张变更王力姓名的请求。

医方不服再上诉
生父信息无须补

慧丽医院对一审判决不服，向宁波市中级人民法院提出上诉。

二审法院开庭时，慧丽医院提出，根据 2012 年浙江省原卫生厅、浙江省公安厅发布的《出生医学证明管理规定（试行）的通知》（以下简称管理规定）第十五条规定："申请领取《出生医学证明》，应当填写申领登记表、交验相关证明材料原件，并提供复印件。"第二十五条规定："申请领取《出生医学证明》时不愿或无法提供婴儿父亲信息的，还应当提交未提供婴儿父亲信息的情况说明和承担相应法律责任的书面声明。"徐平在产妇生育时，从未与医院沟通，更没有提供过身份信息。王逸在申领单亲出生医学证明时，自述正在离婚诉讼，无法提供婴儿父亲亲子关系相关信息，提交了因离婚而未提供婴儿父亲信息的情况说明和承担相应法律责任的书面声明，故其出具出生医学证明符合法律规定。

事实上，因徐平在离婚诉讼中提出过亲子鉴定申请，其是否系王力的生物学父亲需要通过亲子鉴定来确认。医院无法直接认定及变更婴儿的父亲信息，否则既违反相关法律规定，又会导致该领域社会秩序的混乱。因此，徐平因自身过错导致未能登记其姓名，应自行承担责任。

同时，根据管理规定第二十二条第五项，当事人提供亲子鉴定证明，要求变更父亲或母亲信息的，可以向原签证机构申请换领《出生医学证明》。因此，徐平应通过此途径实现其诉求。

徐平不同意慧丽医院的上诉意见，他认为，上诉人应依法履行审慎审查的义务，包括对新生儿的父亲信息进行审查。《出生医学证明》是针对特定

的公民作出的，目的在于确认婴儿出生的法律事实，其与生母、生父之间的法律关系以及其作为我国公民的法律地位的一种证明。慧丽医院应依法履行审慎审查的义务，包括对新生儿的父亲信息进行审查。

在二审法庭上，徐平还说，管理规定第二十五条中的“不愿”和“无法提供”是两个不同的概念，王逸临产住院时，以及最初申领出生医学证明过程中，已向医务人员提供过新生儿父亲的信息，因此，慧丽医院对孩子生父的信息是知情的，具备审查条件。因此，不能适用该文件第二十五条的规定。

王逸在二审法庭上诉称，一审判决忽略了徐平的主观过错，片面强调医院存在调查核实婴儿父母亲信息的法定职责，而忽视了特殊情况下可以申领单亲出生医学证明的规则。请求依法撤销一审判决，驳回徐平的诉讼请求。

二审法院经审理认为，因婴儿出生医学证明是办理婴儿出生登记、注射疫苗保健等前提，不仅影响到婴儿的权益也影响到婴儿父亲对其的照顾，徐平与王逸曾是合法夫妻，婴儿在婚姻存续期间产生，相关民事判决也确认该婴儿为婚生子，故作为法律意义上的父亲，对于儿子出生医学证明的颁发，有直接的利害关系。

关于医疗机构在出具出生医学证明时的程序和审查义务问题。徐平主张慧丽医院在出具证明前，其信息已由王逸提供，故该医院应查清也有条件查清婴儿的生父情况，而不应该直接根据婴儿母亲的单方具结申请，出具没有生父信息的出生医学证明。

对此，二审法院认为，根据管理规定的相关条款，出生医学证明有两种情形：一种是婴儿父母亲关系正常、能提供婴儿父亲的居民身份证情况下，由母亲出面申请领取含有婴儿父母亲信息的出生医学证明；另一种情形是由婴儿母亲申请领取只含有母亲单亲信息的出生医学证明，即管理规定第二十五条规定的“申请领取《出生医学证明》时不愿或无法提供婴儿父亲信息的，还应当提交未提供婴儿父亲信息的情况说明和承担相应法律责任的书面声明”。

根据管理规定的要求，本案因离婚诉讼、无法提供徐平身份证的情况下，慧丽医院可以根据产妇王逸的申请，颁发无婴儿生父信息的出生医学证明。根据查明的事实，王逸提交的材料符合法律规定，慧丽医院亦进行了相应的审查，并于王逸申领当日出具了王力的出生医学证明，事实清楚、程序合法，依法应予维持。

经宁波市中级人民法院终审，撤销原一审判决，驳回徐平的诉讼请求。

法官点评：

申领“出生证”并非必须征得生父同意

现实生活中，夫妻因婚姻、家庭等问题出现不睦或离婚并不鲜见。如果新生儿父母之间对新生儿抚养、姓氏等问题不能达成一致意见，新生儿父亲不予提供身份证原件用以办理《出生医学证明》也就极有可能发生。在此情形下，医疗机构一味要求新生儿母亲提供新生儿父亲的身份证原件实为给当事人设置无法达到的条件，实质剥夺了新生儿取得《出生医学证明》这一至关重要的身份权利。

从实际办证过程分析，婴儿父亲愿意提交身份证属于自认，而婴儿生母的行为实质上是一种当事人的指认。在此情形下，除了核对婴儿父亲的身份证，并无其他有关婴儿父亲的信息需要医疗机构去审查核实。因此，基于社会生活现实，相关行政法规确认了婴儿母亲单方面意志申领婴儿出生医学证明的权利。即不能因为存在婚姻关系而要求婴儿母亲一定要在申领出生医学证明时，取得其生父的同意并提供生父的信息。

（文中当事人均为化名）

（十）探望纠纷案例

法官促成“云探望”，十余年后父子终相“见”

2020-05-08 京法网事

https://mp.weixin.qq.com/s/auJ9pWJGZ3rnWl4nMqAsUQ

云探望”纪实

“儿子，爸爸不是不想给你抚养费，爸爸现在遇到些困难，等爸爸有钱了，一定都给你补上。”

“可是这些年，您知道妈妈和我有多难吗？您既然想见我，为什么不来找我？”

“爸爸这些年遇到很多事，过的不好。没多关心你，是我的错，以后一定改正。”

这天，在北京市西城区人民法院少年法庭，一起抚养费纠纷案的被告黄某终于通过“云端”见到了刚下网课的儿子，这是这对父子十余年来的首次见面。民二庭郭威法官利用休庭十分钟安排了这次特殊的父子会面。

早在开庭前，被告黄某多次向法官郭威表示，自己已十多年未见过儿子，希望能见孩子一面。新冠疫情突发，人员不能聚集，让这位父亲原本简单的愿望成了奢望。

为实现黄某的愿望，弥合父子裂痕，让生长于离异家庭的小浩（化名）感受到父亲的关心关爱，郭威法官决定安排一次特殊的“云端”探望。为此，郭威多次与小浩、小浩母亲电话沟通，提出利用课间时间父子线上见面，以最大限度减少对小浩课业的影响。最终小浩母子接受了法官的建议，实现了父子**“云”相见**。

当庭宣判

多年的生疏无法于一瞬间冰释前嫌，但细细的网线却让亲情的暖流在父子间流通，不知不觉间黄某的眼圈湿润了。“云探望”为案件顺利审结打下了基础，随后，郭威法官当庭宣判，依法支持了原告关于抚养费的相关诉求，最大限度维护了未成年人的权益。

判后寄语

法官寄语

本案原告■■■与被告■■作为父子，十余年未见，甚至不知对方如今长什么样子，这不禁令人扼腕。■■在庭前说.想见见孩子。为了弥合裂痕，让生长于离异家庭的■■■仍能获得父母双方的关爱，法庭多番沟通协调。于是，在这特殊时期，有了这次北京云法庭的云探望。父子之间，十余年后的首次见面，这本身就是一次“破冰”，让人既为你们建立起沟通的桥梁而喜，也为父爱缺位下孩子的成长而忧。

案件虽已审理完毕并当庭宣判，但还有些话想对双方说：

“父母”两个字，期限是一生。〈中华人民共

和国婚姻法》规定：父母与子女间的关系，不因父母离婚而消除。离婚后，子女无论由父或母直接抚养，仍是父母双方的子女。成年人可以选择分开，这无可厚非。但，即便夫妻关系因离婚而解除，父母子女关系却永远无法解除，一个人可以选择退出丈夫的身份，却没有权利退出父亲的角色。一旦选择，就是永远。

“父母”两个字，本质是责任。《民法总则》第 26 条第一款规定:“父母对未成年子女负有抚养、教育和保护的义务。”抚养义务绝不仅限于金钱。除生活的照顾、养育外，父母通过对未成年人的探望，满足其情感利益和精神需要，使未成年人身心健康成长，既是一种权利，也是一种义务，**不容随意放弃。**

“父母”两个字，要用爱维系。并非作了父母就担得起这两个字。这沉甸甸的两个字，需要付出爱与努力，来承载它的重量。即便离异，也要与未成年子女当面沟通、交流，给予其充分的关心和爱护，使父母离异的未成年子女仍然能够获得来自双亲的关爱，帮助孩子形成健康的心理、健全的人格，这是“父母”二字的应有之义。

血浓于水，索情永在。希望■■积极探望，与■■■建立亲情连接，用爱来弥补心灵的缺口。希望■■■作为直接抚养人，对■■的探望予以配合，使■■■能够获得来自父母双方的爱与呵护。希望经过双方的努力，裂痕得以弥合，亲情能够修复，■■■能够健康、快乐地成长。

北京市西城区人民法院

二〇二〇年四月十七日

听到父子俩略显生疏的交谈，郭威法官既为他们建立起沟通的桥梁而喜，也为父爱缺位下孩子的成长而忧。一纸判决或许能解决金钱给付，但刚刚破冰的父子关系如何修复却是需要双方长期努力的课题。于是，庭审后郭威法官对小浩的父母宣读《法官寄语》，告诫双方未成年人的健康成长不仅需要物质给付，更多的是满足其情感利益和精神需要。希望父亲主动、母亲配合，让缺席的父爱尽快归位，让孩子健康快乐地成长成人。

在寄语中郭威法官诚挚地讲到，“父母”两个字，期限是一生。即使夫妻关系因离婚而解除，父母子女关系却永远无法解除，一个人可以选择退出丈夫的身份，却没有权利退出父亲的角色。一旦选择，就是永远。“父母”两个字，本质是责任。除生活的照顾、养育外，父母通过对未成年人的探望，满足其情感利益和精神需要，使未成年人身心健康成长，既是一种权利，也是一种义务，不容随意放弃。“父母”两个字，要用爱维系。即便离异，也要与未成年子女当面沟通、交流，给予其充分的关心和爱护，使父母离异的未成年子女仍然能够获得来自双亲的关爱，帮助孩子形成健康的心理、健全的人格，这是“父母”二字的应有之义。

法官札记

父母产生纠纷，孩子往往是最无辜却受伤害最深的。当家庭的破碎不可避免，法官更关注如何将伤害降到最低，最大限度维护未成年人的合法权益。

为未成年人健康成长提供更加坚实的司法保障，是少年法庭法官一直努力的方向。这次特别的庭审结束了，家事少年庭法官的助人育人之路还在继续……

——郭威法官

| 供稿：西城法院 蔡馨瑶 牟路平 |
| 编辑：潘歆宇 田婧 程颖 |

（十一）人身保护令案例

神操作！男子自制炸药炸老婆.....法院发出人身保护令！

2020-05-19 人民法院报

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

家本是温馨的港湾
夫妻没有隔夜仇
可男子阿强
却因为家庭琐事
与妻子阿娟吵架后
自制火药炸妻子!!!

5 月 18 日，贵州省凤冈县人民法院向申请人阿娟发出人身安全保护裁定，禁止被申请人阿强对申请人阿娟实施家庭暴力。

她结婚十一年，屡遭家暴

申请人阿娟与被申请人阿强于 2009 年登记结婚，但阿娟与阿强的结合换来的不是甜蜜幸福，而是噩梦般的争吵和家暴。婚后，两人时常因家庭琐事发生矛盾，阿娟称“结婚十一年来，他经常对我殴打、辱骂、施暴，甚至在家里乱砸乱摔东西，还多次威胁我和孩子……”。

因感情纠纷，自制炸药炸妻子

2020 年 4 月 14 日 9 时许，阿强与阿娟又一次因感情问题发生纠纷，阿娟再也无法忍受，选择搬到县城某小区居住。虽然阿强多次要求阿娟回家照顾孩子，但阿娟坚决拒绝。当日下午 13 时许，阿强在家里事先用 8 圈鞭炮倒出来的火药制成“火药桶”，装车后拉到阿娟住所楼下，随后将“火药桶”放置阿娟屋内，威逼阿娟“不回家就点燃火药同归于尽.....”。经人报案后公安机关将其行为制止，并被处以行政拘留。

快速送达，强化震慑作用

收到申请后，凤冈法院第一时间进行了审查，向当地派出所和居委会了解核实情况。凤冈法院依照法律规定作出人身安全保护令裁定：禁止被申请人阿强对申请人阿娟实施家庭暴力；禁止被申请人阿强骚扰、跟踪、接触申请人阿娟及其相关近亲属。并及时向阿娟送达了该人身安全保护令，有效保障阿娟及其亲属的人身安全。

同时，承办法官也告知申请人阿娟遭遇家庭暴力时，要第一时间拨打 110 报警或者向居（村）民委员会、妇女联合会等单位投诉、反映或者求助，并注意保留相关证据。

小编提醒

人身安全保护令制度是《反家庭暴力法》中遭受家庭暴力受害者的“保护伞”，受害者在遭遇家庭暴力时，要学会反抗！敢于用法律保护自己，及时向所在居委会、村委会、妇联组织、人民调解组织、双方工作单位寻求救助；注意保留相关证据，及时报警；也可以向人民法院申请人身安全保护令。

来源：凤岗法院
编辑：吴凡

（十二）其它相关案例

生母养父早亡 母亲留下的一套宅院竟被叔父出售

恶意处分未成年人财产 法院判无效

2020-05-20 来源：北京晚报 第 14 版

http://bjwb.bjd.com.cn/html/2020-05/20/content_12462507.htm

生母养父早亡的小史继承了母亲一套宅院，没想到叔父竟背着自己将母亲留下的宅院私自出售。小史长大成年后将叔父诉至法院，索要母亲留下的遗产。

一审法院审理后判决认定小史的叔父作为监护人，恶意处分未成年人财产，其所订立的房屋买卖协议无效。小史叔父不服提出上诉。日前，北京市一中院作出终审判决，驳回上诉，维持原判。

小史尚未出生之时，其生父母便离异，母亲改嫁再婚，生父再无音信。小史随着母亲再组家庭，养父对他视如己出。但不料小史童年时期，养父、生母接连早丧，身边已无近亲的他只得跟着养父的父亲和弟弟一起生活。而小史的母亲则在去世前将农村一套宅院留给了小史，并且留有遗嘱，等到小史上大学，学费不够用时，可以将房产变卖，充作学费。

几年后，小史的爷爷去世，小史的叔父与小史共同生活了一段时间，形成了监护与被监护关系。

2002 年，小史的叔父以小史代理人的名义将小史母亲留下的宅院出售，房产以 2.5 万元的价格卖给了同村村民刘某。小史的叔父于售房当年便将小史送至其姥爷处抚养，“从此，再也没管过小史。”

2006 年，小史出现了自残行为，被送往安定医院就医。2010 年，医院诊断小史患有“偏执型精神分裂症”。年迈的姥爷带着小史，一边治病，一边讨要小史母亲留下的房产。

2019 年中旬，小史在法定代理人的陪同下来到法院，提起诉讼，请求确认自己叔父与刘某 2002 年签订的房屋买卖合同无效，并要求购房人返还房屋和院落。

法庭上，小史叔父认为，变卖宅院，正是由于小史上学所需。而购房人则认为，自己不知道小史母亲的遗嘱，也不知道卖房时小史不知情，未侵犯未成年人的权益。

一审法院经审理后认为，小史的叔父将房屋出售给购房人时，小史尚未成年，没有任何证据证明该项处分对小史可能存在何种利益，当时小史在读初中，其上学并不需要大笔费用。小史叔父的售房行为不是为小史的房屋增值，而是使其丧失了房屋的所有权。而购房人明知房屋为小史所有，其行为不构成善意取得，系与小史的叔父共同侵犯未成年人小史的财产权，双方签订的房屋买卖协议应属无效。刘某应当向小史返还涉案房屋和宅院。

一审判决后，小史的叔父和购房人刘某均不服一审判决，提出上诉。

今年 3 月，北京市第一中级人民法院经审理后最终维持了一审判决。本报记者 王晓飞

四、继承

笔迹鉴定意见为非同一人书写，法院会以此认定遗嘱无效吗？

2020-05-07 小军家事 小军家事团队
https://mp.weixin.qq.com/s/0eXLGofeKwzPlC0lg_fFfw

》》编者说：

2007 年 9 月 1 日，被继承人周某容出具《遗嘱》，确定某房屋在其去世后赠予给孙女苏某 2 所有，赠予人一栏有周某容字样签名及红色指印。诉讼中，苏某 1 对《遗嘱》上被继承人周某容的签名及指印的真实性申请进行司法鉴定，法院经程序选定某司法鉴定所受理本次鉴定，苏某 1 提交了《中国电信小灵通电话业务登记回执》作为笔记鉴定比对样本。经鉴定，司法鉴定所出具《文书司法鉴定意见书》，鉴定意见为送检的落款日期为 2007 年 9 月 1 日的《遗嘱》上“赠予人：”栏内“周某容”签名笔迹与提供的样本上“周某容”签名笔迹不是同一人书写。对此，法院如何认定该鉴定意见？该鉴定意见可以推翻《遗嘱》的真实性吗？

作者 | 小军家事团队

■ 裁判要旨

《文书司法鉴定意见书》鉴定意见为送检的《遗嘱》上立遗嘱人签名笔迹与样本上签名笔迹不是同一人书写，但由于《遗嘱》落款的日期与比对样本的形成日期相距较远，且比对样本仅为办理一般法律生活服务凭据式文书，不足以证实样本上的笔迹为立遗嘱人本人所书，申请鉴定一方当事人在鉴定机构要求补充样本后未能补充其他有效比对样本，故《文书司法鉴定意见书》的鉴定结论不足以否定《遗嘱》上立遗嘱人签名的真实性，法院不予采纳。

■ 案号

一审：广东省广州市白云区人民法院（2017）粤 0111 民初 13607 号

二审：广东省广州市中级人民法院(2019)粤 01 民终 5840 号

■ 法院查明

2007 年 9 月 1 日，被继承人周某容出具《遗嘱》，内容为：“本人周某容，有房屋一栋四层共伍佰陆拾平方米的住宅，座落于广州市白云区 xx（原广州市白云区 xx）宅基地使用证穗龙字第 xx 号，该房屋的所有一切建造费用均由我大孙女苏某 2 完全出资的，在我离世后，将上述房屋无偿赠予给我大孙女苏某 2 拥有，任何人不得有异议！”，“赠予人”栏有周某容字样签名及红色指印，“受赠人”栏有苏某 2 的签名，“见证人”栏有苏某 1、周某娟及苏某玲、苏某棠、苏某甜、苏某芳、苏某龙字样的签名。但苏某 1、周某娟及苏某玲、苏某棠、苏某甜、苏某芳、苏某龙于 2017 年 9 月 27 日向广州市白云区太和镇柏塘村委会发出“严正声明”，声明其并未在苏某 2 所提供给村委会所谓周某容的遗嘱上签名。

诉讼中，苏某 1 对涉案《遗嘱》上被继承人周某容的签名及指印的真实性申请进行司法鉴定，一审法院经摇珠选定广东恒鑫司法鉴定所作为鉴定机构受理了本次鉴定。因苏某 1 无法提供周某容生前的指印痕迹，故无法进行手指印痕迹的鉴定，故仅能实际进行签名笔迹鉴定，一审法院遂委托该鉴定机构实施鉴定。苏某 1 所提交的笔迹鉴定比对样本为《中国电信小灵通电话业务登记回执》，文字于 2003 年书写，签名笔迹为复写页上的复写笔迹，笔迹与纸张反差较小，但依然可以辨认清楚，具备比对条件。该鉴定机构曾要求一审法院补充样本，

经一审法院向苏某 1 方核实，其确认无法补充其他比对样本。2018 年 5 月 15 日，广东恒鑫司法鉴定所出具粤恒[2018]文鉴字第 28 号《文书司法鉴定意见书》，鉴定意见为：送检的落款日期为 2007 年 9 月 1 日的《遗嘱》上“赠予人：”栏内“周某容”签名笔迹与提供的样本上“周某容”签名笔迹不是同一人书写。苏某 1 对该鉴定意见书予以确认，主张证实了《遗嘱》并非被继承人周某容所签名确认，为无效遗嘱。但苏某 2 对该鉴定意见书不予确认，认为苏某 1 提交的比对样本上的周某容签名并非其本人所书，鉴定结论仅能证实比对样本与《遗嘱》上周某容的签名不一致，但不能推翻《遗嘱》的真实性。

另查，被继承人周某容于 1921 年 7 月 19 日出生，2016 年 7 月 23 日因急性上消化道出血致死亡，其丈夫苏培芬先于其死亡。苏某 1 为被继承人周某容的唯一子女，苏某 2 为苏某 1 与其配偶周某娟的子女之一。

另查，证号为穗龙字第 xx 号的农村（墟镇）宅基地使用证记载的宅基地使用人为周某容，宅基地座落于龙归镇(今太和镇)xx，面积 100 平方米，建筑层数为 4 层，建筑面积 560 平方米，发证日期为 1997 年 1 月 14 日。庭审中，苏某 1、苏某 2 双方确认涉案宅基地上房屋地址为广州市白云区 xx 号。而苏某 1 在诉讼中提交了《广州铁路枢纽东北货车外绕线工程项目太和镇柏塘村第一经济合作社用地建（构）筑物及附属物测量清点汇总表》及“广州市白云区人民政府征地办公室关于转发《新建广州铁路枢纽东北货车外绕线工程项目(太和镇段)集体土地上住宅房屋征收补偿办法》的通知”，拟证实案涉宅基地房屋（该表载明的地址为：柏新西路南六巷 6 号北侧）将被征收并有相应的补偿。

再查，在本案第一次庭审中，经法院向苏某 1 释明是否申请对《遗嘱》上其本人的签名真实性进行笔迹鉴定时，苏某 1 表示其对《遗嘱》上的本人签名真实性予以确认，但称其从未见过该文书，认为是苏某 2 进行变造所得的。而本案第二次庭审中，苏某 1 则表示对《遗嘱》上的本人签名及其他见证人的签名真实性不予确认，认为《遗嘱》是苏某 2 伪造的。

■ 法院认为

一审法院认为：关于涉案《遗嘱》的性质及效力。根据《中华人民共和国继承法》第十七条第二款、第三款规定：“自书遗嘱由遗嘱人亲笔书写，签名，注明年、月、日。代书遗嘱应当有两个以上见证人在场见证，由其中一人代书，注明年、月、日，并由代书人、其他见证人和遗嘱人签名。”本案中，《遗嘱》对涉案位于广州市白云区 xx（广州市白云区 xx 号）的宅基地上房产继承与归属事宜作出约定，虽然粤恒［2018］文鉴字第 28 号《文书司法鉴定意见书》证实了《遗嘱》上“周某容”字样的笔迹与苏某 1 提交的比对样本《中国电信小灵通电话业务登记回执》上的“周某容”字样复写笔迹并非同一人，但由于《遗嘱》落款的日期与比对样本的形成日期相距较远，且比对样本仅为办理一般生活服务凭据式文书，不足以证实样本上的笔迹为周某容本人所书，现苏某 1 在鉴定机构要求补充样本后未能补充其他有效比对样本，故《文书司法鉴定意见书》的鉴定结论不足以否定《遗嘱》上周某容签名的真实性。同时，《遗嘱》上有周某容的法定继承人即苏某 1 的签名及周某娟、苏某玲、苏某棠、苏某甜、苏某芳、苏某龙作为见证人的签名，苏某 1 在两次庭审中就《遗嘱》上其签名的真实性作出了完全相反的陈述，却未能有效举证证实其在法庭上反言行为的正当性，故法院仅采纳其作出的对己方不利的陈述，认定苏某 1 在《遗嘱》上的签名为其本人所书。而苏某 1 提交的严正声明与《遗嘱》的形成时间相距逾十年，不能排除苏某 1 及其他见证人的笔迹发生变化，亦不足以推翻苏某 1 及其他见证人在《遗嘱》上签名的真实性。虽遗嘱的内容为打印而非手书，但结合周某容当时的年龄和受教育程度，苏某 2 主张该文书是在周某容及苏某 1、苏某 2 等人见证下由他人代书的抗辩亦属

合理，苏某 1 作为利害关系人，签名见证确认内容对己方不利的遗产分配事项亦并无不妥，反而更能证实《遗嘱》内容的真实性。再者，即便《遗嘱》形式上的瑕疵导致其成为无效遗嘱，该文书亦应视为苏某 1、苏某 2 就周某容遗产问题达成的具有民事合同效力的继承协议。《遗嘱》上有苏某 1、苏某 2 的签名确认，现无证据证实苏某 1 在签名时存在受欺诈、胁迫等情况，因此双方在平等协商的基础上自愿签订协议，协议为二人真实意思表示，协议内容实际上处分苏某 1 从周某容遗产中的可继承份额，因出于周某容之意愿并有苏某 1 的签名同意，故自无不可。《中华人民共和国继承法》第十五条规定："继承人应当本着互谅互让、和睦团结的精神，协商处理继承问题。遗产分割的时间、办法和份额，由继承人协商确定……。"这表明，国家鼓励各继承人之间就继承问题进行协商。既然是鼓励"协商"，则应当赋予继承人对遗产应继份额的处分权，亦应当认可依法成立的继承协议的法律效力，否则"协商"无从谈起。因此，虽然在遗产分割前，继承人尚未取得遗产的所有权（此时所拥有的是遗产的应继份额），但是继承人与他人达成的协议只要其内容不违反法律规定，则应为合法有效，对协议双方均具有法律约束力，这也符合一般民事活动所遵循的"意思自治"原则。因此，不论《遗嘱》是否完全符合成立遗嘱的形式要件，均不影响《遗嘱》的实际效力。另外，苏某 1 在《遗嘱》成立后多年均不曾提出异议，涉案宅基地房产亦由苏某 2 占有使用和收益，现苏某 1 在涉案宅基地房产存在可获得拆迁补偿利益时方对《遗嘱》效力提出异议，有违诚信原则和契约精神。综合上述分析，苏某 1 主张苏某 2 持有的《遗嘱》无效的诉请理据不足，法院不予支持。至于苏某 1 主张的穗龙字第 N o . xx 号宅基地使用证的返还问题，不属于本案继承纠纷调处范围，法院不予调处。

二审法院认为：《中华人民共和国民事诉讼法》第一百六十八条规定，第二审人民法院应当对上诉请求的有关事实和适用法律进行审查。关于双方争议的《遗嘱》的效力问题，本院评析如下：《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第三百四十二条规定，当事人在第一审程序中实施的诉讼行为，在第二审程序中对该当事人仍具有拘束力。当事人推翻其在第一审程序中实施的诉讼行为时，人民法院应当责令其说明理由。理由不成立的，不予支持。民事诉讼遵循诚实信用原则。苏某 1 在一审 2017 年 12 月 11 日第一次开庭时明确表示，"对于遗嘱上我方的签名，真实性确认，"虽然其后的诉讼程序当中其反言，按照上述法律的规定，一审确认苏某 1 在《遗嘱》上签名的真实性正确，本院予以确认。关于《遗嘱》上周某容指模和签名的真实性问题，双方存在争议。苏某 1 在起诉状中及质证阶段均称"家母不识字"、"周某容是文盲，大字不识，不会写字，也不会操作电脑，更不会使用电脑打字"，亦提供了户籍登记材料证明周某容为文盲和半文盲。一审法院向柏塘村一社社长调查时，该社长表示，周某容参加过扫盲班的学习，应该会写自己的名字。双方在一、二审诉讼程序所提交的材料反映，苏某 2 认为周某容的签名存在他人代写的情形，包括苏某 1 所提供的检材样本"周某容"的签名是否为周某容本人所签亦存疑。《文书司法鉴定意见书》的鉴定结论：送检的落款日期为 2007 年 9 月 1 日的《遗嘱》上"赠与人："栏内"周某容"签名笔迹与提供的样本上"周某容"签名笔迹不是同一人书写。因样本上"周某容"签名笔迹不能确定就是周某容本人书写，该鉴定结论与本案查明事实关联性不足，一审不予采纳《文书司法鉴定意见书》作为本案的定案依据符合民事证据规则的认证规则，本院予以确认。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百零八条规定，对负有举证证明责任的当事人提供的证据，人民法院经审查并结合相关事实，确信待证事实的存在具有高度可能性的，应当认定该事实存在。对一方当事人为反驳负有举证证明责任的当事人所主张事实而提供的证据，人民法院经审查并结合相关事实，认为待证事实真伪不

明的，应当认定该事实不存在。法律对于待证事实所应达到的证明标准另有规定的，从其规定。即民事诉讼证据适用高度盖然性的判定标准。苏某 1 本人在庭审当中及上诉状当中亦确认涉案房屋系苏某 2 出资，但认为其本人亦有投入时间、人力监督建造，耗费诸多精力、心血，要求苏某 2 给予补偿。同时，苏某 1 在上诉状中表述称“苏某玲、苏某棠、苏某甜、苏某芳、苏某龙等五人确实在 2012 年 5 月苏某 1 生日时，苏某 2 手写一份文件要求五姐弟签名，其内容是确认苏某 2 单独出资建造了的涉案房屋，五姐弟本人及后代均不会对涉案房屋主张权利，并不是在该《遗嘱》上签名见证。”认为苏某 2 变造了《遗嘱》，复写了众人的签名。一审法院为查明案件事实，前往柏塘村一社进行调查取证，该调查显示，涉案房屋系苏某 2 出资建设和管理。结合各方当事人提交的证据及当庭陈述，表明涉案房屋是苏某 2 取得宅基地所有人周某容本人及相关家族成员的同意，由其出资兴建并管理，该房屋自 2005 年至今由苏某 2 出租和管理。表明《遗嘱》签订后各方当事人均有实际履行，亦即可以印证《遗嘱》所记载的内容的真实性。从周某容的文化程度反映，如果严苛要求本身书写困难的周某容必须用手写的方式来表达其处分民事法律行为显然强人所难。从本案现有证据反映，各方对于周某容本人能否书写本人名字存在争议，《遗嘱》上周某容的指模真实性应由苏其节来举证证明。在没有充分证据证明《遗嘱》不是周某容的真实意思表示的情况下，苏某 1 不能提供充分的证据证明其主张，亦不否认其本人签名的真实性。虽然《遗嘱》有形式上的瑕疵，且该瑕疵有被继承人不能书写的客观因素，可以确认系被继承人的真实意思表示。民事诉讼要兼顾程序正义和实质公正。一审法院已经按照法定程序，全面客观地审查核实了证据，判决认定本案的《遗嘱》真实有效符合上述法律的规定，本院认可一审判决对本案事实的分析和认定，理由不再赘述。

母亲自杀前说财产归儿，外公外婆不认可，我们的抖音沸腾了，律师这样说

原创：2020-05-12 上海法治报 谢钱钱

https://mp.weixin.qq.com/s/afdAW99zp45AS1Y903E7Tg

昨日，上海法治报报道的一起遗产纠纷案引起网友热烈讨论。截至目前，报社抖音账号“法律星球”观看量 123.4 万，点赞 1.4 万，评论 2466 条。

“法律星球”抖音视频

女子跳楼自杀，纵身一跳前对儿子大喊：“妈妈的一切都是你的！”，外公外婆跟丈夫儿子为遗产撕破脸皮闹上法庭，这临终之言到底算不算口头遗嘱？网友产生争议：

@用户 6918367493393：按法律上来说，她父母有继承遗产权，于情来说，她父母不应该跟她孩子争遗产

@老公：有儿子凭什么给外公外婆啊，口头遗嘱也是遗嘱啊

@唔儿梁医叨：主要口头遗嘱没证据啊

@海豚音 27：第一顺位不是配偶吗

“法律星球”抖音网友留言

案件回顾：

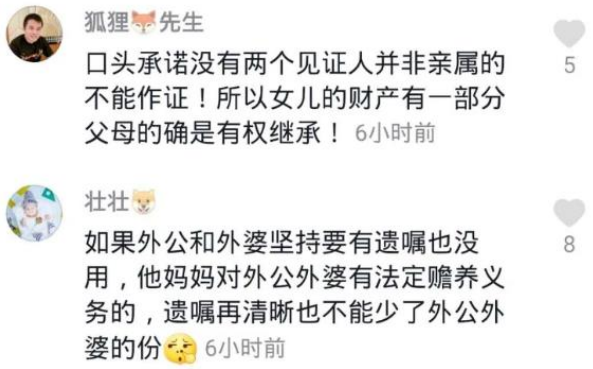
女子跳楼自杀，纵身一跳前对儿子大喊：“妈妈的一切都是你的！”，这竟成为遗产之争的证据。女子死后，忍受着丧女之痛的老夫老母将女婿外孙告上法院，要求法定继承女儿房产份额。外孙认为母亲坠楼为危急情况，所说内容可作口头遗嘱，要求判令母亲所有财产由其继承。上海浦东法院判定自杀非危急情况，并非口头遗嘱，女子遗产由四人按法定继承均等分割。法院认为，女子名下房屋来源于其私房被征收后安置所得，一家三口的户籍均在其中。属于夫妻共同财产。最终法院酌情确认父子给付外公外婆房屋折价款 54 万元。

什么是口头遗嘱？
怎样才算是“危急情况”
法院最终酌情判给老父老母 54 万有没有道理？

为此，上海法治报记者采访了上海律师协会婚姻家事业务研究委员会主任、上海海若律师事务所合伙人律师吴卫义和上海埃孚欧律师事务所负责人 、全国律协婚姻家庭法委员会副主任谭芳。

何为危急情况？

首先，我国继承法第 17 条规定：“遗嘱人在危急情况下，可以立口头遗嘱。口头遗嘱应当有两个以上见证人在场见证。危急情况解除后，遗嘱人能够用书面或者录音形式立遗嘱的，所立的口头遗嘱无效。”



“法律星球”抖音网友留言

什么才算是“危急情况”？女子在跳楼的那一瞬间，喊出“妈妈的一切都是你的”，到底算不算危急情况？

吴卫义认为：“此情形不属于危急情况，危急情况指的是非本人能控制的因素导致。比如说患重病、地震等，不是主观追求，没有能力去解决。本案情况不同，女子跳楼前完全可以把遗嘱书写好，有其他方法足以去定立遗嘱。因此本案的情形不属于法律上的危急情况。”

谭芳认为：“自杀是自己可以控制的，女子完全来得及再写一份遗嘱。假如在 ICU 病房里面，病人无法写字，可能马上就要去世了，不能用其他的形式来立遗嘱，这种情况才符合危急情况。危急情况一解除，比方说身体好转出院了，口头遗嘱就无效了。”

口头遗嘱要有见证人，且无利益冲突

其次，口头遗嘱应当有两个以上见证人在场见证。根据《继承法》第 17 条的规定，无行为能力人、限制行为能力人；继承人，受遗赠人；与继承人，受遗赠人有利害关系的人。不能作为遗嘱见证人。

吴卫义介绍，“必须要有两个没有利益冲突的见证人，如果在场之人是法定继承人之一，如女子的丈夫，女子的公公婆婆，由于存在利益冲突，可能影响叙述问题的真实性。因此不能作为遗嘱见证人。”

“法律星球”网友评论

本案中，张文丽因琐事想不开而从自家的卫生间跳楼身亡，并不属于继承法中的危急情况，在公安部门调查张文丽死亡事件过程中，父子及家属从未提及过女子有口头遗嘱的情况，故按照口头遗嘱儿子继承全部遗产的主张，法院不予采信，当按照法定继承办理。

法院判决合法合理

两位老人认为女婿对女儿跳楼自杀有过失，女婿罗伟应当不分或者少分遗产，而他们体弱多病，要求适当多分女儿的遗产。但两位老人并未提供证据证明。两位老人目前也有退休金、享受国家医疗保险、有自己的产权房出租收益。对于他们的这项主张，法院不予支持。法院认为女子遗产，应由四人按照法定继承均等分割。法院酌情确认父子给付外公外婆房屋折价款 54 万元。

吴卫义表示，“法定继承人第一顺位是父母、子女、配偶。从法律角度来讲，法院判决是符合法律规定的。死者的父母有能力照顾好自己，有其他的赡养义务人”。谭芳进一步称，按照法律规定，“女方份额中，父母、配偶、子女都有继承权，在本案中，女方的父母，也就是孩子的外公外婆，有女方份额的一半。”

“法律星球”抖音网友留言

吴卫义介绍，曾经有段时间，学术界对遗产“往下不往上”有过讨论，遗产更多给下面，但民法典草案中并未提及。法院目前还是根据法律来判，符合法律规定，而且结合人情酌情予以照顾，因此其判决应当予以尊重。

作者 | 谢钱钱

编辑 | 刘家杭

演员夫妇四合院遗产三子女争，法院：按遗嘱儿子继承母亲份额

2020-05-12 来源：澎湃新闻 澎湃新闻记者 李菁 通讯员 张硕洋

https://m.thepaper.cn/newsDetail_forward_7364074

一对演员夫妇去世后，留下了多处不动产和一笔钱，三子女因为遗产继承问题无法达成一致而对簿公堂。

5 月 12 日，澎湃新闻（www.thepaper.cn）记

者从上海市徐汇区人民法院获悉，日前，该院开庭审理这起遗嘱继承纠纷案，认定三子女的母亲于夫人遗嘱有效，遗嘱中提及的遗产按遗嘱继承，未提及部分按照法定继承。

母亲遗嘱是否有效成为子女争议焦点

于先生是中国著名配音演员，其夫人也曾是话剧演员。夫妇二人育有阿豪、阿越二子，阿芳、阿馨（均为化名）二女。于先生及夫人分别于 1998 年、2018 年去世。儿子阿豪于 2013 年去世，终身未婚未育。于先生生前未留遗嘱。

夫妻二人共同留下一套位于上海市的房屋和一笔 45500 元的钱款，于夫人还对 3 幢北京四合院房产享有 12/90 的份额，于家三姐弟则另外各享有 6/90 份额。

父母去世后，遗产该怎么分？姐弟三人因意见不合而逐渐产生矛盾。阿馨作为原告，将阿芳、阿越告上法庭，要求按照法定继承，遗产由三人均分。对此，阿芳同意均分或者谁照顾老人多谁可以多分。阿越则提出按照母亲的遗嘱分割遗产。

庭审中，阿越提交了母亲于 2012 年、2015 年订立的三份遗嘱及立遗嘱时所拍摄的视频。其母在遗嘱中称自己去世后，全部房产都留给儿子阿越。

但阿芳、阿馨两姐妹对遗嘱并不认可，她们认为母亲患有精神疾病，遗嘱很可能是在阿越的摆布下而立，母亲以为自己在演话剧，遗嘱不能反映其真实意思。

阿馨提交了载有“母患有严重的精神病”的本人职工登记表，1989 年于先生单位出具的证明于先生“妻子患病，一直在家”的材料，以及央视某栏目播放的于先生纪录片视频及文字资料，证明阿越也曾在纪录片中称其母患有精神疾病，并且提交了母亲妹妹证明其早年就知道姐姐有精神病史的证明信。于先生的侄子作为第三人也曾致函法院，称于夫人患有精神疾病。

但阿越称母亲没有精神疾病，纪录片中自己反映的是母亲患有肺结核的情况，其他亲友同事的证言均是道听途说，并没有被证实。

此外，阿馨还提交了一份 1998 年的《于先生遗留钱款》材料，显示当时尚余 45500 元在阿越处保管，这笔钱是父母的共同财产，应按照法定继承由三位子女均分。

阿越称该钱款已用于母亲养老，并无结余，并且提供了其母在养老机构的花费票据。

阿芳则认为分割时谁照顾老人多谁可以多分。

于夫人对北京四合院享有份额由儿子继承

法院经审理认为，法律规定继承开始后，按照法定继承办理；有遗嘱的，按照遗嘱继承或遗赠办理。

本案有两个争议焦点：一是被继承人于夫人的自书遗嘱是否有效。阿越提供的三份遗嘱，符合自书遗嘱的形式要件。阿馨、阿芳称其母生前患有精神疾病，但对此提供的仅是他人证言等传来证据，并无相关病史资料、司法鉴定等直接证据。

法院在审理过程中，曾至养老院进行核实，两位遗嘱见证人均证实立遗嘱时于夫人表现正常，未发现其有精神问题，现有证据无法印证于夫人在立遗嘱时失去行为能力，因此法院认定，其遗产应当依照其所立遗嘱进行继承，遗嘱有冲突的，按照后立遗嘱优于前立遗嘱的原则认定效力。

二是于先生去世后遗留的 45500 元如何继承。这笔动产属于夫妻共同财产，于夫人的遗嘱中未提及如何处置，故应按照法定继承处理。阿越称这笔动产已全部用于母亲养老，但于夫人在遗嘱视频中明确养老费用由阿越承担，以此作为将相应房产给阿越继承的条件，因而法院不采纳阿越的抗辩。阿芳自认对父母照顾较少，愿意少分，故具体分割比例由法院根据三子女对老人照顾情况酌情分配。

考虑到三位继承人均同意上海市房屋采取产权归阿越所有，给付其他继承人折价款的方式，上海徐汇法院判决上海市房产归阿越所有，并各给付阿馨、阿芳房屋折价款 34 万元。另外，于夫人对北京四合院享有的 12/90 份额由阿越继承，即阿越

享有上述房屋的 18/90 份额;阿越给付阿馨动产分割款 14000 元，给付阿芳动产分割款 11000 元。

责任编辑：高文校对：张亮亮

男子车祸离世，父母妻子却因 124 万元赔偿款对簿公堂

2020-05-13 香洲法院

https://mp.weixin.qq.com/s/YMNf-hrui_al0_78Hz76-g

一男子因车祸意外身亡，保险公司被判决赔偿 124 万元后，男子的父母和媳妇却因赔偿款分配起纠纷对簿公堂。近日，香洲法院对这一起特殊的共有纠纷案进行了宣判。

祸突发车 公婆儿媳联手起诉索要赔偿

死者吴某华与妻子王女士于 2014 年结婚后一同在珠海生活，2016 年，王女士意外流产后失去生育能力，两人一直未生育子女，王女士亦因身体欠佳未再外出工作。吴某华的父母吴某某、欧某某在四川老家随小儿子生活。

2018 年 6 月，吴某华（时年 39 周岁）不幸发生交通事故身亡。2018 年 8 月，王女士与公婆一起作为原告，以交通事故损害赔偿纠纷起诉肇事司机及保险公司。香洲法院经审理后，判决保险公司赔偿王女士及公婆各项赔偿款共计 124 万余元，其中包括吴某某的被扶养人生活费 16 万元，欧某某的被扶养人生活费 22 万元，此外尚有死亡赔偿金约 80 万元、精神损害抚慰金、丧葬费等其他赔偿款 6 万元。

急中生智 主审法官用“川普”安抚老人

判决生效后，王女士与公婆对 124 万元赔偿款分配发生争议，双方矛盾越来越激烈，保险公司也不敢对任何一方进行赔付。2019 年底，吴某某、欧某某作为原告将儿媳王女士告上法庭。

两原告认为，被扶养人生活费 38 万元是专属于其夫妻二人的，理应首先从赔偿款中扣除，余款 86 万元再由原、被告三人平分，儿媳分得 28.6 万元。

王女士则认为，其与丈夫相依为命多年，她缺乏工作经验，也没有子女，生活面临极大困难，而公婆除了丈夫外另有一个成年儿子赡养，故自己应分得全部赔偿款 124 万元的 70%即 87 万元。

庭审中，双方情绪都非常激动，互相大声指责。面对濒临失控的庭审现场，主审法官劝说王女士在法庭上要保持冷静理智，体谅老人的心情和健康状况，王女士表示理解配合。而此时欧某某依然激动，继续大声数落儿媳。对主审法官的多次劝告，欧某某均表示她听不懂普通话，只懂四川话。

主审法官不是四川人，但曾有在重庆上学的经历，她灵机一动，搬出了多年前求学耳濡目染的“川普”，耐心安抚老人情绪。听到熟悉的乡音，欧某某感觉能与法官畅顺交流，情绪也逐渐平静。最终这场庭审顺利完成。

寻求实质公平 双方服判息诉自动履行

香洲法院经审理后认为，124 万元赔偿款中，被扶养人生活费 38 万元是对被扶养人的专属保障，应归两原告所有。包括死亡赔偿金在内的余款 86 万元，作为共有财产在原、被告三人之间分配。

考虑到王女士与丈夫单独共同生活时间较长，期间未外出工作，就业能力较弱，且在婚姻期间失去生育能力，面临年老后无子女赡养的实际生活困难，而两原告已取得被扶养人生活费 38 万元，且尚有一子赡养，故在分割 86 万元赔偿款时对被告王女士予以多分，由其分得 86 万元中的 50%即 43 万元，两原告共同分得剩余 43 万元。

一审宣判后，双方均服判息诉，目前已共同到保险公司领取了赔偿款项，按照判决确定金额进行了分割。

裁判者说

李东洋，二级法官、法学硕士，毕业于西南政法大学民商法学专业婚姻法方向。长期从事民事审判工作，2016 年至 2019 年五次获得香洲法院办案标兵、个人嘉奖等表彰奖励。

一场车祸毁了一个原本幸福的家庭。逝者已矣，生者自当擦干眼泪，继续前行。若因赔偿款分配不公反目成仇，于各方均无益处，相信也是逝者最不愿看到的情景。对于此类共有财产的分割，各赔偿权利人之间应当本着互谅互让，尊老扶弱的原则，公平合理的进行分配。

被扶养人生活费专属各被扶养人所有，不应作为共有财产分割。死亡赔偿金等其他赔偿款项并非遗产，在分割前属各赔偿权利人共同共有，不适用关于遗产的相关法律规定。对死亡赔偿金的分割，按人数平均分配从表面上看“公平合理”，但因为各家庭成员的年龄、身体情况、劳动能力、获得其他赡养（扶养）的机会、对死者生前生活依赖程度不同，导致对赔偿金的实际需求也不同，不考虑实际情况一律平均分割的“均码正义”会造成实质上的不公。

本案在查清相关事实基础上，给予没有子女、失去生育能力、劳动能力也较弱的死者配偶 50%死亡赔偿金，给予已经取得被扶养人生活费、另有一子可尽赡养义务的死者父母各 25%的死亡赔偿金，达到了实质上的公正，也使双方从原本的剑拔弩张到服判息诉，主动履行判决，取得了法律效果和社会效果的统一。

撰文：代敏 张梦颖

高皓、罗钧：中国首例遗嘱家族信托司法判例评析——进步性与局限性

原创：2020-05-14 WEALTH 财富管理 高皓 罗钧
https://mp.weixin.qq.com/s/kFgyO81VmScOgu8sTBxN5Q

本文作者：
高皓 清华大学五道口金融学院全球家族企业研究中心主任、《财富管理》杂志联席主编
罗钧 清华大学五道口金融学院全球家族企业研究中心研究专员

2019 年年中，上海市第二中级人民法院公开发布了中国首例可从公开渠道查得的遗嘱家族信托司法案例——李 1、钦某某等遗嘱继承纠纷二审民事判决书，案号为（2019）沪 02 民终 1307 号。这一司法案例，无论是从遗嘱信托这一主题来看，还是从案件审理的各方面裁判观点和处理方式来看，都极具首创性、开拓性、前瞻性。本文将针对该案中关于遗嘱信托的司法裁判观点，从案件的进步性和局限性两方面出发，进行深入评析。

壹

中国首例遗嘱信托判决的主要案情回放

由于本案情节复杂，除了遗嘱信托以外，还包

括死者前妻离婚析产纠纷、死后资产变动与确权、遗嘱信托中未涵盖的遗产范围进行法定继承等情节；考虑到篇幅所限，本文将主要对本案中与遗嘱家族信托法律问题直接相关的案情进行介绍和评析。本案所涉人物关系复杂，如表 1 所示：

表 1 （2019）沪 02 民终 1307 号案人物关系表

涉案人物	身份关系	备注
李某 4	立遗嘱人、遗嘱家族信托委托人	本案诉讼前已去世
钦某某	李某 4 的现任妻子、受托人之一	被法院剥夺受托人资格
李某 3	李某 4 的前妻，李 1 的母亲	与李某 4 尚有离婚财产分割未结清
李 1	李某 4 与前妻所生女儿	受益人之一
李某 2	李某 4 与现任妻子所生女儿	受益人之一
李某 5 李某 6 李某 7	李某 4 的兄弟姐妹	均为受托人

2015 年 8 月 11 日，李某 4 因病在上海瑞金医院过世。过世前，李某 4 于 2015 年 8 月 1 日写下亲笔遗嘱一份，内容如下：

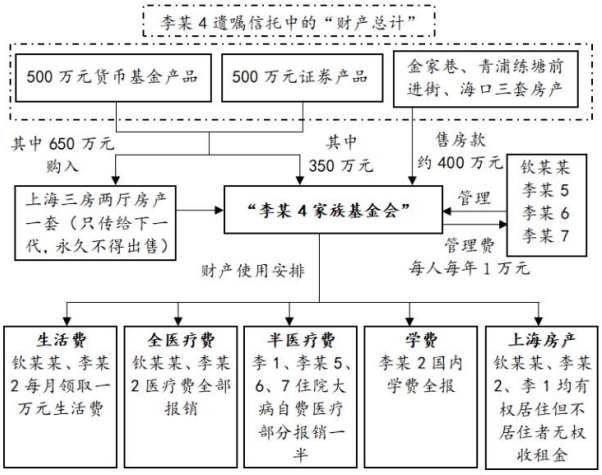
（一）财产总计：1. 元普投资 500 万月月盈招商证券托管；2. 上海银行易精灵及招商证券约 500 万；3. 房产：金家巷、青浦练塘前进街、海口房产各一套。

（二）财产处理：1. 在上海再购买三房两厅房产一套，该房购买价约 650 万左右，只传承给下一代，永久不得出售。现有三套房产可出售，出售的所得并入“李某 4 家族基金会”，不出售则收租金；2. 剩余 350 万资金及房产出售款项约 400 万和 650 万房屋和其他资产约 1400 万，成立“李某 4 家族基金会”管理。

（三）财产法定使用：1. 妻子钦某某、李某 2 女儿每月可领取生活费 1 万元，所有的医疗费全部报销，李某 2 国内学费全报。每年钦某某、李某 5、李某 6、李某 7 各从基金领取管理费 1 万元。三兄妹医疗费自费部分报销一半住院大病。

（四）以后修改部分以日后日期为准。财产的管理由钦某某、李某 5、李某 6、李某 7 共同负责。新购 650 万房产钦某某、李某 2、李 1 均有权居住，但不居住者，不能向居住者收取租金。

图 1 李某 4 遗嘱家族信托文件安排内容



对于李某 4 的遗产（实际遗产范围在一审阶段由法院查明并经各方认可，与图 1 有所出入，但不影响本案遗嘱信托的评析，不赘述），一审法院原则上认可按照遗嘱信托的方式进行处理。钦某某、李某 2 上诉认为应按法定继承方式分割李某 4 遗产，而非以信托方式进行；李 1 则认可一审法院以信托方式对李某 4 个人遗产的处理；李某 5、李某 6 和李某 7 则在二审中认可将本案发回重审的观点，但不同意钦某某、李某 2 的其他上诉请求。二审法院虽对于一审判决的部分内容有所调整，但对于一审判决中涉及遗嘱信托的认可与安排，基本维持了原判。

贰

首例遗嘱信托司法案例的进步性

（一）立遗嘱人（遗嘱信托委托人）真意得到尊重，解决了部分效力问题

在本案中，立遗嘱人李某 4 自书遗嘱并未出现“信托”字眼，而指定成立“李某 4 家族基金会”管理受托财产，在文义上其实与信托相悖。中国的基金会立法经历了一个较长的历程。根据现行有效的《基金会管理条例》的规定，“基金会”一词在我国仅指从事公益事业的非营利性法人，而私益目的的基金会目前并不被认可。本案的遗嘱目的显然不是将遗产进行公益慈善捐赠，而是作为家族成员

的生活用途；李某 4 委托其妻子及兄弟姊妹担任受托人，属于自然人受托，非法人，更无法在民政部门登记为非营利性法人。

表 2 “基金会”在中国的制度发展历程

时间	阶段	基金会相关制度发展
1981-1987 年	起步阶段	关于基金会相关法律法规缺失
1988-1996 年	三重监管阶段	1988 年 9 月 27 日国务院出台《基金会管理办法》颁布，颁布了基金会定义、设立条件、审批体制、资金筹备规则等 14 条规定
1997-2003 年	清理整顿阶段	1996 年，中央办公厅、国务院联合下发《关于加强社会团体和民办非企业单位管理工作的通知》，开始对基金会进行清理整顿
2004-2015 年	公益法人阶段	2004 年《基金会管理条例》出台，鼓励我国以公益为目的的非盈利法人基金会的发展
2016 年至今	慈善组织阶段	2016 年《中华人民共和国慈善法》出台，基金会作为法定的慈善组织形式之一

尽管如此，法院最终从探寻委托人真意的角度出发，认定李某 4 实质上希望成立一份信托，而非基金会，亦非普通的遗产继承。法院在判决书中阐释如下：

“从遗嘱的内容来看，李某 4 表达的意思是不对遗产进行分割，而是要将遗产作为一个整体，通过一个第三方进行管理，这个第三方李某 4 命名为‘李某 4 家族基金会’……李某 4 还指定了部分财产的用途，指定了受益人，明确了管理人的报酬，并进一步在购买房屋一事上阐明其目的——‘只传承给下一代，永久不得出售’，也就是要求实现所有权和收益权的分离。上述李某 4 的意思表示，符合信托的法律特征，应当识别为李某 4 希望通过遗嘱的方式设立信托，实现家族财富的传承。”

在庭审过程中，李 1 辩称，李某 4 在遗嘱中所述的遗产所购房屋“只传承给下一代，永久不得出售”，这“只是李某 4 的一个愿望，实际无法实现”。对此，法院在判决书中进一步阐释，这不仅不是无法实现的愿望，恰恰相反，这正是符合家族信托受托财产永续传承特征的体现：

“遗嘱中的‘只传承给下一代，永久不得出售’在法律上并非不能实现，这恰恰正是信托制度的功能之一。”

这在很大程度上弥补了当前中国社会信托法文化土壤贫瘠的缺点，显示了法院对于私益信托效力认定采取宽容和促进生效的司法态度。信托本身是一种带有目的的契约型独立财产集合，从而也逐渐被公认为资管行业的底层法律逻辑。只要委托人的真意符合信托的特性，即使措辞不具规范，仍可以得到成立信托的司法认定，而非机械地根据具体字句去判定信托文件的存废。

（二）受托人信义义务得到强调乃至司法介入，解决了部分信用问题

本案遗嘱信托原定受托人除李某 4 的兄弟姊妹外，还有其妻子钦某某。然而钦某某在一审阶段拒绝了受托人的指定，后又在二审阶段重新提出愿意担任受托人，对此法院认为“有违诚信，不宜再列为遗嘱执行人、管理人和受托人”，最终本案受托人仅有李某 4 的兄弟姊妹，钦某某出于违背了受托人应具备的诚实、信用方面的信义义务而被法院排除出受托人的范畴。

表 3 中国法定受托人信义义务

序号	受托人义务	中国《信托法》条款
1	遵守信托文件约定处理信托事务的义务	第二十五条第一款
2	为受益人的最大利益处理信托事务的义务	第二十五条第一款
3	恪尽职守的义务	第二十五条第二款
4	诚实义务	第二十五条第二款
5	信用义务	第二十五条第二款
6	谨慎义务	第二十五条第二款
7	有效管理义务	第二十五条第二款
8	禁止利用信托获取私益（报酬除外）的义务	第二十六条第一款
9	禁止侵占信托财产的义务	第二十七条
10	禁止“自我交易”的义务	第二十八条第一款
11	分别管理义务	第二十九条
12	亲自管理义务	第三十条第一款
13	记录保存与定期报告义务	第三十三条第一款
14	保密义务	第三十三条第二款
15	向受益人支付信托利益的义务	第三十四条
16	协助新受托人移交接管的义务	第三十九条第二款 第四十一条第一款

遗嘱信托往往作为委托人个人书写设计的架构，更可能指定非专业机构的自然人（例如其亲友）担任受托人。然而，受托人具有《信托法》法定的一系列信义义务，虽然自然人受托人的专业管理义务的要求程度可能不及专业机构受托人，但诚信、勤勉等义务无可开脱。本案钦某某被剥夺受托人资格，以及裁判文书中对余下受托人进行了主动的信义义务提示，显示了法院对于自然人担任受托人情形下的信义义务的强调和重视。

（三）以资金信托作为折衷，解决了部分可执行性问题

本案中，李某 4 在立遗嘱时误认为自己拥有 500 万元市值的货币基金产品和 500 万元市值的证券资产，并对合计 1000 万元的资产进行了购买房屋和剩余款项的用途设计；但实际上该等资产中有李某 4 妻子钦某某的夫妻共同财产份额、李某 4 去世后股市波动影响等，李某 4 实际能够作为其遗产处理的范围对于购买房屋等信托目的，实际上无法实现。此外，不动产若作为受托财产，从信托设立到分配，在中国当前税法框架下视同两次交易，将产生较为沉重的税负。对此，法院在判决书中进行了如下认定：

“由于股市波动等客观原因，李某 4 的遗产总值已不足 650 万元，因此遗嘱中关于购买 650 万元房屋的内容已无法执行……但遗嘱中还有设立信托以及钦某某、李某 2 可收取信托利益等内容，上述内容与购买 650 万元房屋之间没有因果关系或前提关系。只要信托财产符合法律规定，即具备执行条件，可获执行。”

上海二中院采取了折衷的处理方式，将拟议受托财产中的不动产等资产折价变现，统一作为便于操作的资金信托，是当前信托财产登记制度及信托税制缺陷（见后文）情况下的权宜之举。

叁
首例遗嘱信托司法案例的局限性

（一）遗嘱信托在事项不完善时，效力仍无法取得司法认可

无独有偶，早于本案四年前，抚州市中级人民法院在曾某甲与李某遗嘱继承纠纷案中，判决对于一份意欲成立遗嘱信托的遗嘱不予认可其信托效力。该案的遗嘱内容较为粗糙，没有如本案的李某 4 所立遗嘱那样实质阐明了委托人、受托人、受益人、信托目的、受托财产使用等事项，该案二审法院认为：

“本案被继承人曾金生的遗嘱为‘剩余财产成立曾氏基金，由侄子曾某甲、曾某丙管理使用’，从遗嘱来看，该遗嘱对曾氏基金如何设立，以及曾氏基金设立的目的、基金如何运转，财产如何分配、使用等均没有明确，对遗产具体由曾某甲如何管理使用也没有明确的要求。”

从我国《信托法》来看，《信托法》第十一条规定“有下列情形之一的，信托无效：……（二）信托财产不能确定；……（五）受益人或者受益人范围不能确定”。从本案“遗嘱”的模糊内容来看，本案中的遗嘱信托不具有可执行性，不符合法律规定，属于无效。

因此，如若有意设计遗嘱信托，不建议因本案的判决而认为司法态度对于遗嘱信托的生效无比宽容、故而自行随意设计条款，仍需要较为严密、完善、合法合规地对遗嘱信托的条款进行设计。本文认为，遗嘱信托文件的内容，应符合根据信托法的规定方可被认定为合法有效，为此，应当载明设立遗嘱信托的具体目的、委托人（立遗嘱人）及受托人、受益人的姓名和/或范围、拟议受托财产的范围、受托人行使受托职能的方式和权限、受益人取得信托利益的形式和方法等事项。

（二）遗嘱信托受托人往往是单方面被选任，信义义务问题悬而未决

本案中，虽然钦某某一度拒绝担任受托人，但李某 4 的兄弟姊妹承担了受托人的角色。一方面，自然人受托人往往相对缺乏专业能力和信义义务意识；另一方面，遗嘱中指定的受托人选可能全部放弃承担受托职责，导致信托的成立遇到实体障碍。对此问题，在李某 4 遗嘱家族信托案件中，法院在判决书中罕见地就受托人信义义务向该案的自然人受托人进行了主动提示：

“……本院在此需向本案信托受托人李某 5、李某 6、李某 7 指出的是：三人均应当遵守信托文件的规定，为受益人的最大利益处理信托事务，而受托人管理信托财产，必须恪尽职守，认真履行诚

实信用、谨慎有效管理的义务。受托人如若实施违反信托目的处分信托财产，或因受托人违背管理职责、处理信托事务不当，致使信托财产遭受损失，或者出现受托人将信托财产转为其自有财产等违法行径，受益人均可依法要求受托人承担恢复原状、赔偿损失等法律责任。”

此外，信托文件还可考虑受托人解权条款（Anti-Bartlett Provisions）以嵌入家族办公室，以及家族信托监察人的合意设计。对此，不仅建议通过专业机构进行条款设计，也建议委托人在身故之前就受托人、监察人、家族办公室等人选事宜先行沟通。

（三）遗嘱信托财产多样性导致的可执行性问题仍无法通过本案得到解决

如前述，由于中国当前信托财产登记制度的不完善，当受托财产具有多样性时，即使法院也折衷采取了资产折价从而设立纯资金信托的方式。

目前中国已落地的家族信托产品的财产种类较为单一，主要局限于资金类财产。虽然 2017 年 8 月中国银监会正式发布《信托登记管理办法》；2018 年 8 月中国信托登记有限责任公司（“中信登”）正式发布《信托登记管理细则》，由中信登提供信托登记等服务；但长期以来，对于不动产、股权、知识产权等，仍然由于并未规定明确的登记程序以及税务成本高企等原因，导致了实践中本土家族信托财产种类的单一性，难以吸纳不动产、股权、知识产权等作为受托财产。一方面，前述信托登记相关的管理办法与细则中未明确可登记的财产种类，而实践中信托机构多数仍以营业类信托产品为主营项目，对于民事信托多种类受托财产的登记探索亦有限；另一方面，《信托法》第十条规定的信托登记生效主义是“有关法律、行政法规规定”方可授权登记，而《信托登记管理办法》属于银行业监督管理委员会颁布的文件，其效力低于“法律、行政法规”的层级，在法理上亦有一定的缺陷。

司法机关从实践操作的便宜性角度出发，对本案中的遗嘱信托财产进行了折价变现处理，并不意味着我国家族信托受托财产登记类型问题和税负问题得到了解决，该等问题仍需由立法机关、税务部门、监管部门等合力进行解决。

（四）遗嘱信托不能起到破产隔离的作用

遗嘱信托本质上是立遗嘱人（委托人）身故触发条件的信托，且遗嘱的效力可能为在后遗嘱、公证遗嘱等推翻，因此遗嘱信托是可撤回的、动态的信托。本文认为，考虑到遗嘱信托的动态性，遗嘱信托的委托人在身故之前，其遗产范围处于不确定状态，直至身故时，根据《中华人民共和国继承法》第三十三条的规则，其遗产应在清偿债务之后方可作为可被继承的遗产范围，进而放入信托（亦即转移至信托人名下）。因此，本文认为，遗嘱信托的委托人在身故时，其遗产仍应先行赔付给其债权人，随后才能作为受托财产放入遗嘱信托。易言之，遗嘱家族信托不具备破产隔离作用。

若委托人希望从信托财产独立性、破产隔离等风控角度出发设立信托，仍应考虑生前直接设立家族信托，在生前即做好家族信托受托财产向受托人进行的名义移转，而非以遗嘱形式设立不具备信托财产独立性的遗嘱信托，以免造成本可避免的风险事项。

肆
结语

关于国内首例遗嘱信托判决案例的热议持续不断。该案对于以遗嘱形式成立身后家族信托的做法予以了司法肯定，这种肯定的态度具有积极的意义。首先，认可了遗嘱作为信托文件的法定形式，并且在具备了与信托法律要件相符合的内容后，便无需进行信托产品登记即具有法律效力；其次，认可了自然人作为受托人的合法性，尽管这种认可附带了法院主动进行信义义务提示的忧虑；第三，在遗嘱家族信托的受托财产在当前法制环境中不具备设立信托的条件时，认可了通过变现方式设立资

金信托的折衷方案的合理性。

然而，与此同时，应当意识到，该案并不能够（我们也不能要求履行司法职能的机关能够）解决家族信托的受托财产转移登记问题、双重税负问题以及自然人受托人的信义义务问题。此外，以遗嘱形式设立家族信托，具有可撤回性、动态性，并不能如同生前家族信托那样起到破产隔离的作用，也是值得注意的要点。

综上所述，本文认为该案从司法实践角度，为财富管理行业增加了遗嘱家族信托这一重要财富管理工具，具有里程碑意义；但背后的诸多问题仍然悬而未决，仍需要各方共同推进改革，进一步完善家族信托的配套法规，方可促进我国民营企业及家族财富的有序传承。

注：为便于阅读，本文脚注已进行删节；脚注部分请参阅原文。

主要参考文献：

[1] 上海市第二中级人民法院（2019）沪 02 民终 1307 号判决书

[2] 抚州市中级人民法院（2015）抚民一终字第 266 号判决书

[3] 泽西岛皇家法院 HSBC Trustee CI v Kwong（[2017]JRC214A）

[4] 王涌：《让资产管理行业回归大信托的格局》，《清华金融评论》2018 年第 1 期

[5] 高皓，罗钧：《我国民事信托税负问题：法学视角的分析与应对》，《税务研究》2020 年第 5 期

● 本文发表在《财富管理》杂志 2020 年 4/5 月刊上

公证书被撤销，拟被证实的事实如何认定？｜至正论案-上海二中院

2020-05-14 上海二中法院 王梓焱
https://mp.weixin.qq.com/s/cdDjN2JqLCV7fPOZfxTzbw

本期执笔：王梓焱
少年家事庭法官助理
华东政法大学
全日制法律硕士

在办理公证遗嘱的过程中，立遗嘱人却遗憾过世。公证处在办好了公证书后才得知这一消息，于是便根据规定撤销了公证书。那么原本的遗嘱还有效吗？

案 情

黄老太有两名子女，在得知自己病重后，黄老太便想抓紧将财产做个分配，于是她前往公证处欲订立一份公证遗嘱，将她的一套房屋留给儿子一人所有。

不幸的是，在办理公证遗嘱手续后的第二天，黄老太便因病去世。

第三天，尚不知黄老太已离世的公证处完成了公证书的制作、出具手续，并向公证遗嘱的受益人送达了公证书。

事后，公证处得知黄老太在公证书出具前即已病逝，便依据《遗嘱公证细则》第十九条的规定撤销了该公证书。

后来，姐弟二人就房屋继承问题产生矛盾，弟弟向法院起诉请求确认系争房屋产权归其所有。

一审裁判

一审法院经审理认为，黄老太在公证处立有遗嘱，此后该公证书因黄老太于公证处审批人批准公

证书之前已去世而被撤销，但从黄老太立遗嘱的过程来看，该遗嘱亦符合代书遗嘱的形式，内容为黄老太真实意思且合法，应属有效。

一审法院判决支持弟弟的诉讼请求，依法确认系争房屋归其所有。

姐姐不服，认为公证书被撤销后，公证遗嘱也应同样无效，并且对黄老太办理公证遗嘱的事实表示怀疑，故向上海二中院提出上诉。

二审裁判

上海二中院认为，本案的争议焦点为：公证书被撤销后，黄老太于公证处所立遗嘱是否当然无效。

公证处撤销公证书是因为黄老太在公证处批准遗嘱公证书前去世，而不是由于事后查明黄老太在公证处立遗嘱时存在主体身份不实、民事行为能力欠缺、意思表示不真实或遗嘱内容违反法律规定等与立遗嘱本身这一民事法律行为成立、生效要件有关的相关事实原因。

上诉人虽对公证书、公证机构有关《询问笔录》等卷宗材料上被继承人黄老太的签名、手印及视频光盘的真实性均持有异议，并对被继承人黄老太于当日前往公证处办理公证遗嘱的事实亦持有不同意见，但对其上述主张均未提供证据予以证明。上诉人应对此承担举证不能的不利后果。

综上，二审驳回上诉，维持一审判决。

评 析

对诉讼而言，公证书属于证据。证据是反映事实的材料，而不等于事实本身。能够引起法律关系发生、变更、消灭等法律效果的是法律事实，而不是反映事实的证据。

公证书作为一项证据，经公证机关依法撤销后，可视为一项证据在法律上自始不存在，而不当然等同于其本欲证明的法律事实的不存在。故公证书与其证明对象之间还是有一定的独立关系。

公证书被撤销后，曾被公证书证明了真实性、合法性的遗嘱依然存在。只不过，记载了遗嘱内容的相应证据材料可能在证明力方面不再依法享受公证书那样的优待，不能被当然地作为认定事实的根据。

根据《遗嘱公证细则》第十九条第一、二款的规定，公证处审批人批准遗嘱公证书之前，遗嘱人死亡或者丧失行为能力的，公证处应当终止办理遗嘱公证。遗嘱人提供或者公证人员代书、录制的遗嘱，符合代书遗嘱条件或者经承办公证人员见证符合自书、录音、口头遗嘱条件的，公证处可以将该遗嘱发给遗嘱受益人，并将其复印件存入终止公证的档案。

本案案情符合该规定中的情形，故法院不必再将被撤销的公证书视为证据进行审查，但仍需结合公证处发给遗嘱受益人或公证档案中留存的遗嘱文本等证据，对合法有效之遗嘱是否真实存在进行审查判断。一、二审法院即按这一思路对黄老太所立遗嘱依法作出有效认定，进而作出裁判。

浙高院案例：遗嘱中仅排除第一顺序法定继承人的继承，其效力如何？

2020-05-14 小军家事 小军家事团队

https://mp.weixin.qq.com/s/vTDJGylHM41ePRZ3Icrahg

》》编者说：

被继承人张某丙与张某乙、张某丁系姐妹关系，与刘某系异父母姐弟关系。张某丁已于 1992 年死亡。张某甲系被继承人张某丙养女。1977 年，张某丙与朱某丁结婚。朱某乙、朱某丙、朱某甲系朱某丁的子女。张某丙的父母和朱某丁先后去世。被

继承人张某丙生前承租房屋一套，户籍人口为张某甲、吴某甲及二人之女吴某乙。后遇房屋拆迁，张某丙同年取得该安置房屋产权及房屋三证。2012 年，张某丙生前先后立下两份遗嘱，后一份遗嘱确定：前一份遗嘱全部作废，朱某乙、朱某甲、朱某丙、张某甲等四人及其配偶、子女均无权继承其名下的所有财产。本案中，张某丙后立的该份排除第一顺序继承人继承权的遗嘱，是否有效？

裁判要旨

遗嘱自由既包括直接将遗产授予继承人或受遗赠人的自由，也包括排除个别或全部继承人继承的自由。法院对于遗嘱排除了第一顺序继承人的继承权利应予以认可。遗产按法定继承规定，在无其他第一顺序继承人情况下，应由第二顺序继承人继承。

案号

一审：杭州市拱墅区人民法院（2013）杭拱民初字第 1668 号

二审：杭州市中级人民法院（2015）浙杭民终字第 2167 号

再审：浙江省高级人民法院（2015）浙民申字第 3043 号

案情介绍

被继承人张某丙与张某乙、张某丁系姐妹关系，与刘某系异父母姐弟关系。张某丁已于 1992 年 6 月 17 日死亡。张某甲系被继承人张某丙养女。朱某乙、朱某丙、朱某甲系朱某丁的子女。1977 年 12 月 1 日，张某丙与朱某丁结婚。朱某丁于 1996 年 4 月 12 日去世。张某丙的父母也均先于其去世。

被继承人张某丙于 2000 年 6 月 29 日与房管部门签订《公有住房买卖协议书》购买坐落于杭州市贾家新村 10 幢 29 号某室住房，并取得房屋三证。张某丙原还承租有位于本区正兴堂弄 1 幢某室房屋一套，户籍人口为张某甲、吴某甲及二人之女吴某乙。后遇房屋拆迁，当时户内安置人口为张某丙及张某甲一家三人。2006 年 4 月 12 日，张某丙与相关部门签订了《私房回迁协议》，拆迁安置于杭州市拱墅区小河佳苑（南区）27 幢 1 单元某室。张某丙于 2006 年 4 月 4 日取得该房屋产权及房屋三证。2012 年 1 月 31 日、5 月 2 日，张某丙先后立下两份遗嘱，后一份遗嘱确定：前一份遗嘱全部作废，朱某乙、朱某甲、朱某丙、张某甲等四人及其配偶、子女均无权继承其名下的所有财产。张某丙后于 2012 年 5 月 14 日去世。

分析

一审法院认为：被继承人张某丙生前留下遗嘱，该遗嘱已有生效法律文书确认其效力，即遗嘱排除了第一顺序继承人张某甲、朱某乙、朱某甲、朱某丙的继承权利。按法定继承规定，在无其他第一顺序继承人情况下，被继承人张某丙的遗产应由第二顺序继承人继承。根据查明的事实，第二顺序继承人为张某乙、张某丁，张某丁已先于被继承人去世，即使刘某系同一顺序继承人，其也书面声明自愿放弃其继承权利，故被继承人张某丙的遗产应由张某乙继承。被继承人张某丙生前登记在其名下有两处房产，本案各方对贾家新村 10 幢 1 单元某室系张某丙生前个人合法财产无争议，故该房屋应由张某乙继承。双方争议的焦点是杭州市拱墅区小河佳苑（南区）27 幢 1 单元某室房产所属问题。经审理查明，小河佳苑（南区）27 幢 1 单元某室系原正兴堂弄 1 幢某室房屋房改拆迁及扩面继承得来，正兴堂弄 1 幢某室系被继承人张某丙个人承租的公房，参加房改及安置、扩面均是以其名义，且产权也登记在其名下，应属于其个人合法财产。张某甲、第三人吴某甲及吴某乙在拆迁安置时，系户内安置人员，只是对小河佳苑（南区）27 幢 1 单元某室具有使用权。

二审法院认为：根据张某丙 2012 年 5 月 2 日所立遗嘱，排除了包括张某甲在内的所有第一顺序法定继承人的继承权，且作为第二顺序继承人的张

某丁已先于张某丙死亡，与张某丙异父母姐弟关系的刘某亦明确表示自愿放弃继承的权利，故张某乙作为第二顺序继承人有权继承张某丙的遗产。张某丙生前登记在其名下的有案涉两套房产，贾家新村 10 幢 1 单元某室和小河佳苑南区 27 幢 1 单元某室。因张某甲一、二审均对贾家新村 10 幢 1 单元某室房屋系张某丙个人财产无异议，故一审法院认定该房产由张某乙继承正确。对于小河佳苑南区 27 幢 1 单元某室房屋，张某甲主张其与吴某甲享有共有权，且其中有女儿吴某乙的安置面积，本院认为，该房屋系原正兴堂弄 1 幢某室房屋房改、拆迁安置及扩面而来，原正兴堂弄 1 幢某室系张某丙个人承租的公房，后以张某丙名义进行房改并拆迁安置、扩面为小河佳苑南区 27 幢 1 单元某室，且产权登记在张某丙名下，虽然张某甲、吴某甲及女儿吴某乙系原正兴堂弄 1 幢某室房改、拆迁安置及扩面时的户内在册人员，但尚无有效证据证明张某甲及吴某甲系小河佳苑南区 27 幢 1 单元某室的共有权人，故一审认定该房屋归张某丙所有并无不当。

再审法院认为：本院认为，本案系继承纠纷，被继承人张某丙于 2012 年 5 月 2 日所立遗嘱，已经生效判决确认为有效，张某甲虽对遗嘱效力持有异议，但未能举证予以否定。该遗嘱排除了包括张某甲在内的所有第一顺序法定继承人的继承权，张某乙作为未放弃继承权的第二顺序继承人，有权继承张某丙的遗产。

张某甲在诉讼中对贾家新村 10 幢 1 单元 103 室房屋系张某丙个人财产无异议，其主张对该房屋装修装潢等添附部分拥有所有权，缺乏有效证据证明。鉴于张某甲系张某丙养女并长期共同居住的事实，即便存在出资添附也不能因此拥有相应的房屋所有权。

张某丙生前登记在其名下的小河佳苑南区 27 幢 1 单元 402 室房屋，张某甲主张其与吴某甲享有共有权，还有吴某乙的安置面积。因该房屋系原正兴堂弄 1 幢 304 室房屋房改、拆迁安置及扩面而来，系张某丙个人承租的公房，又以张某丙名义进行房改并拆迁安置、扩面，产权登记在张某丙名下。虽然张某甲、吴某甲及女儿吴某乙系原正兴堂弄 1 幢 304 室房改、拆迁安置及扩面时的户内在册人员，但尚无有效证据证明张某甲及吴某甲系小河佳苑南区 27 幢 1 单元 402 室的共有权人，原审认定该房屋归张某丙所有并无不当。

为老人养老送终却因继承顺序无法获得遗产？
| 核心价值观典型案例背后的故事

2020-05-16 最高人民法院

https://mp.weixin.qq.com/s/ZsZVCGt4FVRwxQqqNcODvg

孙子专职照顾祖父母直至老人去世
一封由别人代书的遗嘱显示
祖父母生前曾表示把自己的住房送给孙子
但叔伯姑姑们不同意
指出遗嘱的代书者是孙子的女朋友
要求判令遗嘱无效，老人房产按法定继承顺序分配
法院会怎么判？

本案庭审现场

高某启与李某分别系高某翔的祖父母，高某翔没有工作，专职照顾高某启与李某生活直至二人去世，高某启与李某后事由高某翔出资办理。高某启与李某去世前立下代书遗嘱，主要内容为因高某翔照顾老人，二人去世后将居住的回迁房屋送给高某翔。

高甲、高乙、高丙为高某启与李某的子女，案涉回迁房屋系高某启、李某与高甲交换房产所得。高甲、高乙、高丙认为案涉代书遗嘱的代书人是高某翔的妻子，且没有见证人在场，遗嘱无效。高某翔以上述三人为被告提起诉讼，请求确认高某启、李某所立案涉遗嘱合法有效，以及确认其因继承取得案涉回迁房屋的所有权。

裁判结果

辽宁省鞍山市中级人民法院认为，高某翔提供的代书遗嘱因代书人是高某翔的妻子，在代书遗嘱时双方是恋爱关系，这种特殊亲密的关系与高某翔取得遗产存在身份和利益上的利害关系，属于《中华人民共和国继承法》（以下简称《继承法》）第十八条规定的禁止代书人，因此其代书行为不符合代书遗嘱的法定形式要求，应属无效。本案应当按照法定继承进行处理。高某翔虽然不是法定第一顺序继承人，但其自愿赡养高某启、李某并承担了丧葬费用，根据《继承法》第十四条的规定，继承人以外的对被继承人扶养较多的人，可以分配给他们适当的遗产，高某翔可以视为第一顺序继承人。

《继承法》第十四条所规定的“适当分配遗产”，是指与非继承人所行扶养行为相适应，和其他有赡养义务的继承人所尽赡养义务相比较的适当比例。高某翔虽没有赡养祖父母的法定义务，但其能专职侍奉生病的祖父母多年直至老人病故，使老人得以安享晚年，高某翔几乎尽到了对高某启、李某两位被继承人生养死葬的全部扶养行为，这正是良好社会道德风尚的具体体现，并足以让社会、家庭给予褒奖。而本案其他继承人有能力扶养老人，但仅是在老人患病期间轮流护理，与高某翔之后数年对患病老人的照顾相比，高甲、高乙、高丙的行为不能认为尽到了扶养义务。据此，高某翔有权获得与其巨大付出相适应的继承案涉回迁房屋的权利。

法官办案心得

法律是成文的道德，道德是内心的法律。法律的生命源于人心所共积的善，它不是昏睡在厚重的法典中，而是像阳光一样铺洒在流动的生活里。作为社会主义法治大厦的看门人，能通过一个个恰当的判决折射并赞颂善良的人性光辉，当是应有之义。所以，当我们用社会主义核心价值观指引司法，就会为社会源源不断地提供向善的力量，弘扬社会至真向上的价值追求。唯其如此，才能“让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”，这也是我作为人民法官的核心价值追求。

人大代表点评

全国人大代表、鞍山市第十三中学语文教师 官启军

习近平总书记曾深刻指出：“司法是维护社会公平正义的最后一道防线。”在本案中高某翔最终有权获得与其巨大付出相适应的继承案涉回迁房屋的权利，此次判决充分践行了司法为民的宗旨，也体现了公序良俗原则在司法实践中的准确适用。“奉老床前无怨语，卧冰求鲤孝春融。”孝敬父母、赡养老人不仅是法律规定的公民义务，更是中华民族的传统美德。司法就应以典型案例做向导，守护社会价值，保护善人善举，引领社会公正，树立时代新风。

来源：最高人民法院新闻局 人民法院新闻传媒总社

编辑：张瑾

先立的遗赠扶养协议未履行，后立的遗嘱其效力如何？

2020-05-19 小军家事 小军家事团队
https://mp.weixin.qq.com/s/zEuJOHQWIrFMEWuodxiuJg

》》编者说：

沈某甲系谢某某与前夫所生之子，后谢某某与张某某再婚并收养一女张某甲。张某甲与宋某某结婚。张某乙于 1997 年去世。2015 年，谢某某与宋某某签订赡养协议，约定由宋某某负责谢某某的生老病死，宋某某在确保赡养义务的同时，对谢某某的所有财产具有管理权和继承权。5 个月后，谢某某立下代书遗嘱，明确由儿子沈某甲负责其生养死葬，其死后财产归沈某甲所有。本案中，谢某某去世后，其财产是按照遗赠扶养协议处理还是按照遗嘱处理？

裁判要旨

先立的遗赠扶养协议，扶养人未按协议约定尽到赡养义务，被继承人后立遗嘱明确表示要求儿子抚养，应视为先立的遗赠扶养协议已终止，按照遗嘱继承遗产。

案号

一审：陕西省安康市旬阳县人民法院（2018）陕 0928 民初 1626 号

二审：陕西省安康市中级人民法院（2019）陕 09 民终 448 号

案情

上诉人(一审被告、反诉原告)：沈某甲

被上诉人(一审原告，反诉被告)：宋某某

一审被告：张某甲

1956 年谢某某与沈长生生育一子，即沈某甲。谢某某于 1957 年与张某乙再婚，并建有土木结构房屋一间(以下简称老房)用地面积为 94.85 平方米，建筑面积为 76.65 平方米，1973 年收养一女，即张某甲，1983 年，谢某某、张某乙、张某甲共同建造土木结构房屋两间（以下简称石板房）用地面积为 92.4 平方米，建筑面积为 57.4 平方米，张某甲与宋某某结婚后与谢某某、张某乙共同加盖石板房边另外一间房屋（以下简称吊楼子）。1997 年 6 月 16 日，张某乙过世，谢某某一人居住在石板房内。2015 年 4 月 2 日，谢某某与宋某某签订赡养协议，协议约定：“甲方谢某某的生老病死诸多方面均由乙方负担。在甲方的有生之年，细心照料，不得以任何理由反悔。在甲方百岁之时，按照当地习俗料理后事……二、甲方谢某某财产的继承，乙方宋某某在确保赡养义务的同时，对甲方谢某某的所有财产具有管理权和继承权。三、甲方的退耕还林地内，原由沈某甲栽植的柏树，该沈在场表示以后由乙方经营，不再提及。甲方谢某某，乙方宋某某，中证人张某丙、任玉翠、钱建平、刘齐云、张增林、宋兴高、谢忠鹏。”农历 2015 年 6 月 5 日，谢某某前往其侄女谢康荣家做客后，到沈某甲家居住并共同生活，2015 年 9 月 25 日，谢某某在谢忠鹏的代笔下，以及张某丙等人的见证下，口述“我以后再也不想去花娃子（张某甲）他们那里去了，吃饭的时候，别人吃的早，我吃的迟，把饭舀来之后，就当当当的敲，听到了就吃一顿，听不到就饿一顿，我又不是个猪，我以后就叫彦娃子(沈某甲）养活，我就这一个儿子，就叫他养活我，并且以后保证不反悔。最后说，彦娃子只要对我好，把我经管好，并平安的把我送上山之后，我的钱除了自己用，剩余的财产、房屋、院子，柴扒全部归沈某甲所有，前提是要好好的赡养我，不能叫我受罪。”并有“关于谢某某老人生前赡养的个人意愿记录”。

同时张某丙、张增林、任玉翠做出“关于宋某某、张某甲二人赡养谢某某协议书签名作废的声明”，2015 年农历 10 月，谢某某回争议房屋居住，期间生活及就医均由沈某甲负责照顾。农历 2015 年 11 月 30 日，谢某某过世，沈某甲安葬其母谢某某。后张某甲与沈某甲因继承发生争议。

法院裁判

本案的争议焦点为：一、遗赠抚养协议的效力；二、谢某某遗嘱的效力；三、当事人应当享有的份额。关于争议焦点一，遗赠抚养协议的效力。一审法院认为，遗赠扶养协议是指受扶养人将财产遗赠给扶养人的协议，该协议是双务有偿的法律行为，扶养人享有在遗赠人死后取得遗赠财产的权利，亦负有扶养照顾遗赠人，在遗赠人死亡后将其安葬的义务。遗赠抚养协议中，权利与义务是对等的，受益者应先依约充分、完全的履行其抚养义务，对遗赠人给付生活上的照料及必要的经济供养，在其死后负责办理丧葬事宜，扶养人可取得遗赠人的遗产。宋某某在遗赠抚养协议签订后，未按照协议约定的内容履行，故无法享受遗赠的权利，且谢某某在其个人意愿中及录音中明确表示要求沈某甲扶养，故视为该遗赠抚养协议已终止。故宋某某要求主张按“遗赠抚养协议”取得谢某某遗产的诉讼请求，不予支持。关于争议焦点二，谢某某遗嘱的效力。沈某甲提交的代书遗嘱不符合法律规定，不予认可，但谢某某在 2015 年 9 月 25 日表达的个人意愿中，系其个人真实意思表示，且有同步录音加以证实，均可作为遗嘱执行。关于争议焦点三，当事人应当享有的份额。家庭共有财产的认定应以家庭成员间共同生活关系存续为前提，由家庭成员共同享有所有权。夫妻在婚姻存续期间所得的共同财产，如果分割时，应当先将共同所有的财产的一半分出为配偶所有。遗产在家庭共有财产之中的，遗产分割时，应当先分出他人的财产。故对谢某某遗嘱中处分其个人财产部分有效，对涉及夫妻共同财产及家庭成员共同财产部分无效。故应将宋某某享有的房屋（吊楼子）的份额予以分出。本案张某乙的遗产应当按照法定继承予以分割。综上，张某甲对张某乙遗产的一半进行继承，谢某某在继承张某乙的一半财产后，由沈某甲对谢某某的财产进行继承。故确定：本案争议房屋老房的 1/4 由张某甲享有，老房的 3/4 由沈某甲享有；吊楼子的 3/8 由张某甲享有，吊楼子的 3/8 由沈某甲享有，吊楼子的 2/8 由宋某某享有；石板房的 1/2 由沈某甲享有，石板房的 1/2 由张某甲享有。

二审法院认为：遗赠抚养协议是双务有偿的法律行为，抚养人承担对遗赠人生养死葬义务，才有权享受遗赠的权利。宋某某与谢某某签订《赡养协议》后，未按协议约定尽到赡养义务，故根据法律规定，宋某某无权依据《赡养协议》享有受遗赠权利。宋某某辩称其尽到了一定赡养义务，后由于上诉人阻止才无法履行赡养义务，但《赡养协议》约定的赡养义务是指生老死葬的义务，谢某某自 2015 年 6 月 5 日后实际是由沈某甲养老送终，故对宋某某的辩解理由不予采纳。谢某某在其个人意愿中及录音中明确表示要求沈某甲扶养，应视为该遗赠抚养协议已终止。2015 年 9 月 25 日谢某某在亲属谢 XX、陈 XX 等人及 XX 村主任李 XX、文书谢 XX 见证下口述并由谢 XX 代笔的赡养意愿记录，是谢某某关于赡养及财产处理的真实意愿表达，具有遗嘱性质。沈某甲在此之后承担了谢某某的生养死葬义务，有权依据该意愿记录获得继承谢某某个人财产的权利。经查，本案争议的房屋共两处，老房一处（面积 94.85 平方米，建筑面积为 76.65 平方米）和石板房两间（含吊楼子）。老房系谢某某和张某乙所建，属二人夫妻共同财产。石板房（含吊楼子）分两次盖成，一部分是张某乙、谢某某、张某甲共同生活期间所建，属三人共有；一部分是张某甲与宋某某结婚后所建，应属张某乙、谢某某、张增华、宋某某家庭共同财产。张某甲对张某乙遗产的一半进行继承，谢某某在继承张某乙的一半财产后，由沈某甲对谢某某的财产进行继承，故一审对涉案房屋比例的分割符合法律规定，本院予以认定。

我死后，游戏账号能继承吗？

原创：2020-05-20 新京报书评周刊 摘编
https://mp.weixin.qq.com/s/K4MTW5c96F2Nd8nqEjgxGA

全国两会召开在即，即将提请全国人大审议的民法典草案也备受关注。据央视财经报道，在此次提交审议民法典草案中的继承编里，对继承遗产的范围做了改变，将《继承法》中遗产范围，公民的收入、房屋、林木、文物、著作权等一一列举的方式删除，将遗产范围扩大为“遗产是自然人死亡时遗留的个人合法财产”。这将有可能意味着，只要是自然人合法取得的财产，都属于遗产，可以被继承。而据新京报此前报道，从《2019 中华遗嘱库白皮书》看，90 后三年来立遗嘱人数翻近 3 倍，与其他年龄段的立遗嘱人不同的是，把网络“虚拟财产”写入遗嘱是他们的一个突出特征。

如今，网友们也开始重新讨论，支付宝、游戏币、知识付费账号、微信号、豆瓣号、微博号、购物券等虚拟物品将来是否能继承，以及是否需要继承。它们中有的有人身性质（涉及个人隐私，一般认为不可继承），有的没有（不涉及个人隐私，一般认为可继承）。说起来，这还是一个老话题。你可曾记得，多年前，就有个问法：我去世后，QQ 号怎么办？曾经多少有一些调侃意味。而背后自然也有个人主体性意识的崛起。在数字时代，我们的一切都重新被定义，当然也包括遗产。

但是，什么才是网络遗产，或者说“数字遗产”呢？花钱买的皮肤，“辛苦”打下的等级，在网络时代确实可变现，成为可以有偿交换的物品。社交账号、邮箱等个人隐私信息，也可能有部分人（当然不是所有人）希望被继承。事实上，即便我们认同它们的价值，并且也讨论它们是否可以继承，但是也极少有人真会在活着的时候去思考处理这些网上的“身后事”。

这是我们如今讨论的问题，也是整个世界完全进入互联网后几乎全球各地网民都会遇到的共同问题。

英国有一位叫伊莱恩·卡斯凯特（Elaine Kasket）的心理学家，从 2006 年就开始注意互联网时代死亡的法律与伦理。在十余年里，她记录了人们在处理“数字遗产”时遇到的种种困境。在我们离开后，我们在网上的私人信息并不会凭空消失，而会成为一种前所未有的遗产：“数字遗产”。书评君摘编伊莱恩·卡斯凯特的《网上遗产：被数字时代重新定义的死亡、记忆与爱》一书，关注人类在互联网时代的共同问题。“网络遗产”，这听起来似乎还是玩笑话。显然，很多时候，我们可能还没有意识到，在处理那些明显属于财产范围内的虚拟遗产外，也要将我们所留下的“数字足迹”当作数字遗产的一部分。

1 “数字遗产”是可执行的资产吗？

你可以用各种各样的方式对数字时代的公民进行分类，但让我们试着按照一个从拒绝者到狂热者的衡量尺度来分类，那么这些公民就可以被分为隐士、实用主义者、管理者、永远在线者和生活记录者。如果你是管理者、永远在线者或生活记录者，请记住这一点：总有一天，你的肉体会消失并陷入沉默，被隔离在墓地的大门后，被封闭在一个装饰性的骨灰瓮中，或者飘向四方，但你或许仍拥有一个相对可见的、有声的、灵活的死后虚拟自我。

你现在越多地参与网络世界，无论是自主选择，还是被强迫，甚至被胁迫参与，在你死后，数字足迹的潜在影响力就会越大。而且，正如你现在所看到的，你的数字足迹很像你实际的脚：结构非常复杂，有许多可以活动的部分。如果把它分解得足够细，研究得足够深入，你就会慢慢地成为一名数字

足科医生。在你死后，对你的网络存在很重要的东西有：你的资产、你的自传、未经你授权的传记、你的档案，还有你的卷宗。

数字资产的概念还处于萌芽阶段，它是一个沉重的负担，几乎困扰着世界上所有的房地产规划师、遗嘱认证律师和遗嘱执行人，甚至那些竭尽全力跟上潮流的人。传统的法律与数字平台格格不入，就好像有条铁链连接着一个笨重的铁球，拖在它们身后。

在英国，要检验一件东西是不是可以在遗嘱中执行的资产，通常有双重标准：首先，它是不是有形的？其次，它有价值吗？大多数数字移民能够想到的资产或遗产大抵符合这两项标准。

工党女贵族、资深播音员兼记者琼·贝克韦尔（JoanBakewell）也不例外，我在主持的一个广播节目中见过她。“我需要说服你们，”她对聚集在英国广播公司大厦的专门小组说道，随即援引了资产有形性测试，“数字资产会是一个多大的问题？我是老一代人，我认为资产是家具、书籍和照片，是所有你能处理的东西。但数字资产储存在网络空间里。”过了一会儿，她又提高了要求，进行了第二次测试。她在 Facebook，甚至 Twitter 上建有账号，但她并不认为自己在这两个平台上发布的内容本身具有价值。“在我看来，它们会消失，”她说道，“只有我这一代的人会这样想吗？……我只知道‘资产’意味着价值。”

对人们的网络存在十分重要的 5 项数字内容。（图片来自《网上遗产：被数字时代重新定义的死亡、记忆与爱》）

我知道她有多怀疑这个概念，因为节目制作人告诉我，琼女士一开始就不相信数字遗产的话题居然可以持续 45 分钟。然而，英国数字遗产协会的创始人詹姆斯·诺里斯（James Norris）在短短 45 分钟里甚至不能说清楚这个话题。

为了做到简洁明了，他把自己所认为的数字资产分为两大类：第一类是具有货币价值的数字产品。对于其中一些产品，我们可能拥有用户许可，而不是直接拥有它——我们通过第三方平台购买的电子书、音乐和电影的“所有权”可能会过期。而对于另一些产品，即我们的原创著作、音乐作品、艺术图像或摄影作品，我们可以更确定地拥有以数字形式储存或出版的知识产权，这些知识产权须遵循相关的继承法。

换句话说，除非遗嘱中另有规定，否则这些数字遗产的控制权属于你的近亲。这听起来很简单，是吗？然而，如果你更深入地研究这些宽泛的类别，你很快就会发现自己迷失在了迷宫中。更复杂的是，詹姆斯提到的第二类数字资产包括“情感的、个人的”资料。你可能会认为它们有价值且有形，但这些资料在法律上不会被认为是资产。而且，分类只是其中的一个问题，另一个问题在于它的规模。

2
有多少人对数字遗产的处置做好了安排？

为了让你有个概念，你可以上网搜索一串关键词，比如“数字遗产/数字资产”。请注意，当你这样做时，你的搜索可能会被跟踪，你很快就会开始看到房地产广告。让我们来看看搜索结果中可能出现的工具之一：“数字资产盘点工作表”。

这张特别的工作表一开始很简单。第一类是“电子设备”（例如智能手机、平板电脑、笔记本电脑、台式电脑、外置硬盘）。表格中有几行用来列出设备的名称、用户和密码。当我对自己家里的设备以及我如何管理它们进行脑内盘点时，我很快意识到，自己不仅需要将行数翻倍，还需要准备橡皮擦，以修改不断变化的密码。

你可能会问：为什么是橡皮擦？因为如果它是

一个数字文档，而且以数字形式存储，我的亲人就需要先输入密码才能阅读这个文档。由此，文档的类别迅速增加，不仅指技术资产，也指具有财务价值的东西，有些只是管理这些资产的数字门户。有些属于自传体数据——语音数据、视觉数据，以及他人可以通过社交媒体或其他在线方式获得的音频或视频资料。有些指的是你的数字档案——那些并非有意记录的、你从未打算与他人分享的资料，比如电子邮件和历史消息，或者你储存在设备上的文件和照片。有些东西不需要传承下去，只需要关闭，比如在线订阅的报刊杂志。

在古时候，普通人的历史只存在于数字统计或“打官司”案宗。如今网络成为记录信息的重要载体。图为周星驰电影《审死官》剧照。

我敢打赌，数字资产盘点工作表上的一些数字资产对你来说是显而易见的，而另一些则是你从未想到的，可能会在你离世后给某人带来很大的麻烦：受益账户，如航空公司或其他旅行里程，酒店奖励计划，或不同零售商的忠诚度计划；你所有的电子邮件账户，新的、旧的，工作的、私人的；你的许多金融账户，不仅仅是你的银行账户，还有信用卡、共同基金、退休和社保账户、员工福利账户、PayPal，与亚马逊、沃尔玛、乐购、易趣等各类商家建立的在线账户；慈善机构和组织的成员资格；订阅的报纸、杂志、博客；你所有的社交媒体账户；具有现金价值的虚拟货币账户，比如比特币；“第二人生”（Second Life）和“魔兽世界”这类虚拟世界中的具有价值的资料。那些存储在 Dropbox（多宝箱）、谷歌云端硬盘、iCloud（苹果云端）和其他云存储网站上的文档不是也该算上吗？还有，不要忘了你自己的网站和域名。

我发现上面的列表缺少了一些东西——应用程序的密码，包括 Whats App 这类非常流行的信息应用程序的密码。一想到要输入密码，我就有点畏缩，而且意识到了其中存在的各种假设。

这张表格假设，你很高兴你的近亲或遗嘱执行人能够访问你所有的电子邮件、所有的聊天记录以及所有的个人文件。它假定你对于别人能够在网上假扮你感到满意（至少暂时满意），即使纯粹出于实际的原因。它假定你可以完全相信，在你去世后，只有适合的人能够在适当的时间获得这些资料。它假定，像 Yahoo!（雅虎）、Facebook 或 iTunes 这些网络平台得到用户已经去世的风声之前，受信任的人能够登录逝者的账户，直到这些平台的条款和条件迫使它们开始阻止他人登录，并最终删除账户。它假定你不经常更改密码，或者，如果你经常更改密码，你也具备足够的责任心和组织能力，能够持续更新这张表格。

从数据上来看，我们处在一个极不可能实现的领域。据许多人估计，只有不到一半的成年人立了遗嘱。在你的想象中，有多少人已经对自己数字遗产的管理和处置做好了安排？但有一件事你可以放心地假设，在我们生活的这个瞬息万变的世界里，上面列出的一系列可能出现问题的假设，就像之前列出的数字资产一样，并不全面。

3
谁来负责保护一个人的线上遗产？

无论是线上还是线下，逝者及其遗产都需要一名管家。

那些关心逝者的人一定会通过许多不同的纽带来完成照看工作。第一个照顾者是那些在逝者的遗体走完地球上的最后一程时照顾他们的人，这些人通常是家庭成员和各种类型的死亡工作者，他们的角色由传统、惯例和法律明确规定。处理好遗体后，人们关心和关注的点转向遗产，此时的照看者——通常是遗嘱执行人、个人代表、直系亲属、管理人——也往往知道自己的位置，了解自己的受托

责任。人们在公墓里购买墓地或骨灰安置所的龛位，伴随而来的任务是在约定期内保护及维护纪念碑。然而，超越这一点，我们便进入了一个更加模糊的领域，特别是涉及了在线领域。

谁来负责保护一个人在生活中留下的更无形、更感性、更数字化的元素，以及这个人在世界上所表达的东西或记忆？谁拥有、管理或照料数字遗骸？谁守卫大门，允许或拒绝某人进入，防止他人亵渎，保存记忆并向其致敬？这种对数字遗产和纪念物的管理，虽然不太清晰，但潜在的责任却很重。

你的数字自传可能不具有任何金钱价值，但说不定也有例外；或许你的财产代理人会把你博客上的文章整理成一本超级畅销书。不过，一般来说，你可以把你的电子自传想象成任何你有意在网上“发布”给读者的、关于你和你生活的东西。

网上遗产已经成为近年的热话题。图为百度搜索“网上遗产”显示漫画页面。

如今，大多数社交媒体和在线出版论坛都能容纳多种类型的帖子：文字的和视觉的；文本、音频和视频；原始资料或他人资料的链接。无论你在发布内容时是不是空闲的，是不是有选择性的，无论你是像一位管理者，还是像一个生活记录者或特别活跃的永远在线者那样持续更新，你基本上都可以创造性地塑造和编辑你的数字自传，它代表着你希望呈现给世人的样子。通过与他人共同构建的对话和“点赞”互动，它也向你展示了我们所有人在生活中的样子，这种形象根植于我们的人际关系中。

传统的讣告和悼词是由别人写的，可以很容易地把你描绘得更好、更糟或不同于你本来的样子，而你却无力改变什么，但一个人去世后在网上留下的自画像，让他人很难掌控你将如何被人们记住。已经去世的人在网络上持续控制着自己的形象，而这种形象可能确实是生动而丰富的，尽管在金钱价值上微不足道，但对许多人来说却是无价之宝，尤其是当几乎没有人再打印照片或把文字写在纸上的时候。

Facebook 这类社交网站的个人页面依然具有自传功能。早在 2007 年，它就允许人们以各种方式对个人资料进行纪念，并承诺将保留这些资料，作为悼念和纪念的场所。虽然 Facebook 曾经只关注近期发生的事情，但在 2011 年，它拓宽了视野，推出了新的时间轴设计，明确地将自己定位为一个自传体工具，一个讲述和存储从出生开始的整个人生故事的地方。

一开始，Facebook 并不认为自己是逝者记忆的管家，也不认为自己是丧亲者经历的管家，当一名用户去世时，Facebook 所实行的对策完全是由他们的法律义务决定的。问题：一个曾经与我们签订用户协议的人现在是一个已故的实体。解决方案：删除。

几年后，也就是 2015 年，它推出了一项功能，允许人们指定某人在自己去世后管理自己的个人资料页面，而为该功能所起的名字同样意义重大：遗产联系人（LegacyContact）。对我们中的许多或大多数人来说，使用社交媒体意味着生活，而不是预测死亡和考虑遗产。

然而，对于那些意识到遗产的人来说，除非你不断跟上时代的发展，并相应地规划你的数字财产，否则你可能会发现，你对数字自传的寿命和完整性做出了一些错误的假设。如果你 Facebook 上的个人资料包含了你的全部历史，以及你从 16 岁开始拍摄的每一张重要照片，并且你百分百地确定你的 Facebook 个人资料将永远完整无缺、无穷无尽，让你的朋友、亲戚和后代记住你，那么一些故事可能会让你觉得需要赶快检查网站的条款和条件，特别是自己的账户设置。

“继承遗产范围”由谁确定——被继承人债务清偿纠纷案件审执问题研究

2020-05-21 京法网事
https://mp.weixin.qq.com/s/1swi2tyqy0PkSq6Ska8b9Q

张某于 2016 年 5 月至 9 月分多笔从屈某处借款共计 18.8 万元，并约定 2018 年 9 月前本息全部还清。到期后，屈某多次催促，但张某一直未偿还。后张某病亡，屈某找到张某之妻卢某、之子张某某要求偿还借款，遭二人拒绝，遂将二人起诉至法院。诉讼中，卢某、张某某表示不知道张某借款一事，也不知道张某有遗产，如果有遗产其愿意继承。经查明，法院判决卢某、张某某在继承张某遗产范围内偿还屈某借款及利息，并负担案件受理费。

判决书生效后，因卢某、张某某未履行给付义务，屈某向法院申请强制执行。执行中经查，张某去世前在某村拥有一套宅基地房屋，对于该房屋，卢某、张某某在诉讼中明确表示愿意继承，其属于两人共同所有，法院遂依法对其进行查封。但张某遗产尚未经过析产，无法确定其还有哪些财产属于遗产范围，加之农村宅基地处置面临政策、法律难题，该案执行陷入困境。屈某随后向法院提起代位析产诉讼，在确定张某遗产范围及卢某、张某某继承份额后再申请执行，最终依法维护了自身合法权益。

该案引发的思考是类似案例该如何确定“遗产范围”。《中华人民共和国继承法》第 33 条规定，继承遗产应当清偿被继承人的税款和债务，缴纳税款和清偿债务以其遗产实际价值为限，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。这说明继承人在继承遗产范围内对被继承人的债务承担责任，这也是“遗产范围内承担责任”判决的法律基础。

但根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（下称《民诉法解释》）第 463 条第 1 款规定，当事人申请法院执行的生效法律文书应当具备权利义务主体明确、给付内容明确条件。上述案例中，在被执行人继承遗产范围未经确定情况下，债权人持继承“遗产范围内承担责任”的法律文书向法院申请强制执行，显然并未达到给付内容明确的标准。可见，从实体法确定遗产继承人的债务清偿责任到案件进入执行程序，中间缺少了遗产范围确定环节。执行实施程序、审查程序能否对遗产范围予以确定？这类案件的审判和执行程序如何顺畅衔接？笔者试着就此进行了研究。

首先，执行实施程序不能确定遗产范围。《民诉法解释》第 463 条规定的权利义务主体明确、给付内容明确是对执行依据双重明确性的要求。2018 年最高人民法院出台的《最高人民法院关于人民法院立案、审判与执行工作协调运行的意见》进一步规定给付金钱的法律文书，应当明确数额，需要计算利息、违约金数额的，应当有明确的计算基数、标准、起止时间等；确定继承的，应当明确遗产的名称、数量、数额等。可见，权利义务主体明确、给付内容明确是理论与立法对执行依据的共同判断标准。因此，这类执行依据尚未达到执行程序启动的要件，不应进入执行程序。

其次，执行审查程序不能确定遗产范围。执行审查权属于强制执行权的子权力，是指人民法院对执行异议、复议、申诉等事项进行审查的权力。它的范围主要是审查和处理执行异议、复议、申诉以及决定执行管辖权的移转等审查事项。《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》第 10 条规定，被执行人死亡或被宣告死亡，申请执行人有权申请变更、追加其遗嘱执行人、

继承人、受遗赠人或其他取得遗产的主体为被执行人，在遗产范围内承担责任，但其适用也应以“遗产范围”通过其他法律程序确定为前提，而不应超越程序性权利的界限，由执行审查程序径行做出判断。

笔者认为，代位析产权前置、诉讼合并审理，可以为解决上述问题提供路径。我国合同法第 73 条规定了债权人代位请求权，因债务人怠于行使其债权，对债权人造成损害的，债权人可以向法院请求以自己的名义代位行使债务人的债权，但该债权专属于债务人自身的除外。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》（简称《合同法解释（一）》）第 12 条明确，基于继承关系产生的给付请求权系专属于债务人自身的债权，债权人不能就被继承人遗产提起代位权诉讼。《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 14 条规定了债权人代位析产权，对于被执行人与其他人共有的财产，申请执行人可以代位提起析产诉讼。根据《最高人民法院关于继承开始时继承人未表示放弃继承遗产又未分割的可按析产案件处理的批复》规定，继承开始时继承人未表示放弃继承、遗产又未分割时，被继承人的遗产属于各继承人共有。同是代位请求，根据不同法律规定，得出了不同结论，理论界对解决该问题持有不同观点。

笔者认为，在遗产继承中，继承权表现为对被继承人的债权、物权等权利概括性取得的权利，在纯粹的继承过程中这种权利具有完整的人身属性。但对于因继承权取得的权利，仍保持其本身的债权或物权属性，与继承权本身并无关联。在代位析产诉讼中，共有财产的分割仅涉及共有人自身份额的分出，虽导致财产共同关系的全部或部分消灭，但并不影响共同关系所蕴含的人格利益与身份利益，只是由于债权因素的加入，将继承权人身属性与一般债权属性相分离。而《合同法解释（一）》第 12 条规定的是对纯粹继承权的排除适用，并不能排除已从继承权中分离出的一般债权的适用。因此，准予债权人代位提起继承遗产析产诉讼，不影响法律所保护的继承人人格利益与身份利益。

以公正监管促进实现公平竞争
——兼论《国务院关于加强和规范事中事后监管的指导意见》

从民法典编纂看国家治理现代化

“继承遗产范围”由谁确定
——被继承人债务清偿执行案件审执问题研究

本文刊载于《民主与法制时报》5 月 14 日第 7 版

作者 / 刘晶 孙瑜
（作者分别为北京市东城区人民法院执行局局长、北京市平谷区人民法院执行局执行四队队长）

编辑 / 杨晨晖 谢伟辉

高院案例：放弃继承的公证书被撤销，放弃继承权声明还有效吗？

2020-05-22 小军家事 小军家事团队
https://mp.weixin.qq.com/s/IhQQ84lviwRoc9dVOcRV_w

》》编者说：

孙×5 与徐××原系夫妻，共生育子女五人，分别为孙×2、孙×1、孙×3、孙×4、孙×6。某房屋原系二人夫妻共同财产，二人已去世但未留有遗嘱。2003 年，孙×2、孙×1、孙×3、孙×4 到公证处办理房屋的继承公证事宜，孙×1、孙×3、孙×4 分别签署了《放弃继承权声明书》，表示自愿放弃对涉诉房屋的继承权，并在《公证处接谈笔录》中表示自愿放弃继承，不反悔。公证处作出（2003）西证字第 3425 号公证书，确认涉诉房屋由孙×2 继承。后因孙×2 等四人在办理继承公证手续隐瞒其他法定继承人情况，上述公证书被撤销。孙×1 遂表示反悔并对房屋主张继承。本案中，继承公证书撤销后，孙×1 的放弃继承权声明在本案继承中是否仍有效？

裁判要旨

放弃继承的公证书因程序性瑕疵被撤销，但该程序性瑕疵并不影响各继承人自主决定是否坚持或放弃继承权的意思表示的形成，亦未导致公证程序遗漏继承人，对公证结果的形成并未产生实体性影响。该公证书的撤销也不影响签署的《放弃继承权声明书》的法律效力。

案号

一审：北京市西城区人民法院（2015）西民初字第 6106 号

二审：北京市第二中级人民法院（2016）京 02 民终 3288 号

再审：北京市高级人民法院（2017）京民申 729 号

案情

再审申请人(一审被告、二审上诉人)：孙某 1
被申请人（一审原告、二审被上诉人)：孙某 2
一审被告：孙某 3
一审被告：孙某 4

孙×5(1997 年 1 月 2 日死亡)与徐××(2003 年 3 月 26 日死亡）原系夫妻，共生育子女五人，分别为孙×2、孙×1、孙×3、孙×4、孙×6。涉诉房屋原系二人夫妻共同财产。二人均无遗嘱或遗赠抚养协议。

2003 年 11 月 28 日，孙×2、孙×1、孙×3、孙×4 到北京市国立公证处（原名为北京市西城区公证处）办理关于涉诉房屋的继承公证事宜，孙×1、孙×3、孙×4 分别签署了《放弃继承权声明书》，表示自愿放弃对涉诉房屋的继承权，并在《公证处接谈笔录》中表示自愿放弃继承，不反悔。另外，孙×2、孙×1、孙×3、孙×4 在《公证处接谈笔录》中均表示孙×5 与徐××共有四个子女。2003 年 12 月 1 日，北京市国立公证处作出（2003）西证字第 3425 号公证书，确认涉诉房屋由孙×2 继承。2004 年 2 月 18 日，涉诉房屋所有权登记于孙×2 名下，取得京房权证西私第 155174 号房屋所有权证。2013 年 9 月 24 日，北京市国立公证处作出《关于撤销（2003）西证字第 3425 号公证书的决定》，主要内容为：申请人孙×1 向我处反映称：其与姐姐孙×4、孙×3、弟弟孙×2 四人于 2003 年 11 月 28 日在本处申请办理了涉诉房屋的继承公证手续，当时未如实陈述家庭人员情况，父母应生育五个子女，将第三个女儿孙×6 遗漏。经审查，

申请人孙×4、孙×3、孙×1、孙×2 四人在办理继承公证手续隐瞒其他法定继承人情况属实，根据相关规定，经本处研究决定：撤销（2003）西证字第 3425 号继承公证书。后孙×1 不服北京市住房和城乡建设委员会将涉诉房屋所有权转移登记为孙×2 的行为，以北京市住房和城乡建设委员会为被告、以孙×2 为第三人诉至法院，法院作出（2014）西行初字第 168 号行政判决书，撤销北京市住房和城乡建设委员会核发的京房权证西私第 155174 号房屋所有权证。孙×2 不服提出上诉，二审维持原判。

法院裁判

一审法院认为：因涉诉房屋的继承公证书被撤销，孙×2 依据该公证书所办理的房屋所有权证亦经法院生效判决撤销，故涉诉房屋应重新办理继承事宜。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。

诉讼中，肃宁县公安局窝北派出所向法院出具说明，称无法查询孙×6 户籍信息。考虑到上世纪五十年代我国户籍管理制度并未健全，且孙×2 提交的“关于孙×5 妻子徐××三女儿孙×6 病故一事作证明”已加盖了孙×6 住所地村委会及派出所的印章，可以认定为合法有效，在没有其他证据能够推翻的情况下，足以证明孙×6 已于 1953 年在其两岁左右时死亡。孙×1 称福绥境派出所户籍档案中“死原籍”等信息虚假，不影响对孙×6 已死亡这一客观事实的认定。

在继承公证的办理过程中，各继承人均未向公证机关陈述被继承人曾育有子女孙×6 及其于 1953 年死亡的情况，导致公证书因程序性瑕疵被撤销。但是，该程序性瑕疵并不影响各继承人自主决定是否坚持或放弃继承权的意思表示的形成，亦未导致公证程序遗漏继承人，对公证结果的形成并未产生实体性影响。加之前述孙×1 做出放弃继承权的决定时亦曾考虑到家庭内部房屋分配使用等历史情况，现孙×1 对其放弃继承权的意思表示翻悔，法院不予承认。

二审法院认为：（2003）西证字第 3425 号公证书被撤销是否影响《放弃继承权声明书》的法律效力。现已查明：2003 年 12 月 1 日，北京市国立公证处根据孙×1、孙×3、孙×4 分别签署的《放弃继承权声明书》及公证员与孙×2、孙×1、孙×3、孙×4 所作的《公证处接谈笔录》，作出（2003）西证字第 3425 号公证书。该公证书确认，涉诉房屋由孙×2 继承。2013 年孙×1 申请撤销该公证书。北京市国立公证处于 2013 年 9 月 24 日作出《关于撤销（2003）西证字第 3425 号公证书的决定》，理由为：申请人孙×4、孙×3、孙×1、孙×2 在办理继承公证手续时隐瞒其他法定继承人孙×6 的情况。由此可见，北京市国立公证处撤销（2003）西证字第 3425 号公证书的原因是公证书中遗漏记载了孙×6 的情况，而不是孙×1、孙×3、孙×4 放弃继承的意思表示存在瑕疵。因此，该公证书被撤销的法律后果是“涉诉房屋由孙×2 继承”的公证书结果归于无效，但《关于撤销（2003）西证字第 3425 号公证书的决定》没有否定孙×4、孙×3、孙×1 签署《放弃继承权声明书》的真性，且经本案审理再次确认了孙×1、孙×3、孙×4 各自在《放弃继承权声明书》上签名的真实性，故（2003）西证字第 3425 号继承公证书的撤销不影响孙×1、孙×3、孙×4 各自签署的《放弃继承权声明书》的法律效力。

孙×1 主张其签署《放弃继承权声明书》是为了办理继承公证书，现公证书已被撤销，《放弃继承权声明书》也应认定为无效。本院认为，《放弃继承权声明书》的内容意思表达清晰，孙×1 作为一名具有完全民事行为能为的公民，其应当知晓签署《放弃继承权声明书》的法律后果，其要求认定《放弃继承权声明书》无效的答辩意见，不符合民事通则第五十七条的规定，本院不予采纳。

再审法院认为：北京市国立公证处因孙某 2、孙某 1、孙某 3、孙某 4 在办理公证时隐瞒其他法

定继承人情况，撤销（2003）西证字第 3425 号公证书。该公证书被撤销后导致公证书自始无效，但经本案一、二审审理，可以确认孙某 1、孙某 3、孙某 4 各自在《放弃继承权声明书》上签名的真实性，结合《协议书》内容，一、二审法院认定孙某 1 作出放弃继承权的意思表示并无不当。

夫妻一方所立处理其配偶遗产的代书遗嘱内容无效
——丛 X 杰诉丛 X 芳等遗嘱继承纠纷案

2020-05-25 法律家
https://mp.weixin.qq.com/s/1M8ObDP-LXvbifgvXTqg6w

【中 法 码】继承法学·遗嘱继承·遗嘱的形式·代书遗嘱 (T0403031)

【关 键 词】民事 遗嘱继承 遗产 处分分割 继承权 代书遗嘱 构成要件 部分有效 法定继承

【学科课程】继承法学

【知 识 点】代书遗嘱 放弃继承权

【教学目标】明确代书遗嘱的概念，掌握代书遗嘱的效力。

【裁判机关】辽宁省丹东市振安区人民法院

【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】遗嘱继承纠纷

【案　　号】(2010)振安民一初字第 00086 号

【原　　告】丛 X 杰

【被　　告】丛 X 芳 丛 X 珍 丛 X 芬 丛 X 凤 丛 X 芝 丛 X 俊 丛 X 香 丛 X 敏 丛 X 琴

【基本案情】

丛 X 与孙 X 荣为夫妻关系，二人共生育子女十人，分别为丛 X 杰、丛 X 芳、丛 X 珍、丛 X 芬、丛 X 凤、丛 X 芝、丛 X 俊、丛 X 香、丛 X 敏、丛 X 琴。1968 年 5 月，丛 X 夫妇在五龙背镇新建村 4 组建造了建筑面积为 64.5 平方米的三间房屋一处，即涉案房屋。丛 X 于 1976 年 1 月去世后，涉案房屋的一半未作分割，其继承人亦均未作出放弃继承权的意思表示。2009 年 1 月，孙 X 荣立下一份代书遗嘱，内容为：其与丛 X 杰及梁 X 梅夫妇已共同生活二十年左右，涉案房屋为其唯一的财产，其欲在丛 X 杰家居住终老，并将涉案房屋留给丛 X 杰。同意人为丛 X 芳、丛 X 珍、丛 X 凤、丛 X 芝、丛 X 俊、丛 X 杰，刘 X 梅系代书人，沙 X 丽、张 X 玲为证明人。上述遗嘱的落款时间为 2009 年 1 月 16 日。孙 X 荣后于 2010 年 3 月 2 日去世。现涉案房屋涉及拆迁事宜。

丛 X 杰以其母亲已订立遗嘱，将涉案房屋交由其继承，其对涉案房屋享有全部继承权为由，提起诉讼，请求判令其继承涉案房屋的全部所有权。

【争议焦点】

被继承人的配偶去世后，未对其遗产进行分割，亦无继承人明确表示放弃继承权，之后，被继承人立下代书遗嘱，在遗嘱中对包括其配偶未分割的遗产在内的财产作出了处理，该代书遗嘱符合代书遗嘱的构成要件，在此情况下，该代书遗嘱是否有效。

【裁判结果】

一审法院判决：坐落于丹东市振安区五龙背镇新建村四组所有权人为孙 X 荣，建筑面积为 64.5 平方米的房屋三间，由原告丛 X 杰继承 38.11 平方米的所有权，由被告丛 X 芳、丛 X 珍、丛 X 芬、丛 X 凤、丛 X 芝、丛 X 俊、丛 X 香、丛 X 敏、丛 X 琴各继承 2.93 平方米的所有权；驳回原告丛 X 杰的

其他诉讼请求。

宣判后，双方当事人均未提起上诉。判决已经发生法律效力。

【裁判要旨】

被继承人的配偶去世后，未对其遗产进行分割，亦无继承人明确表示放弃继承权。其后，被继承人立下代书遗嘱，在遗嘱中对包括上述未分割的其配偶遗产在内的财产作出处理。上述代书遗嘱虽符合代书遗嘱的构成要件，但因其处分了其配偶的遗产，故属于部分有效遗嘱。对被继承人配偶的遗产，仍应按照法定继承的相关规定继承。

【法理评析】

被继承人生前在法定范围内依据法律所规定的方式对其遗产作出处分，在被继承人死亡时发生效力的法律行为为遗嘱。遗嘱人在遗嘱中只能处分其个人所有的财产。遗嘱继承的效力高于法定继承，在被继承人立有合法有效遗嘱的情况下，继承人应依据遗嘱的内容继承遗产。遗嘱又包括自书遗嘱、公证遗嘱、代书遗嘱等。对于代书遗嘱的构成要件，依据《中华人民共和国继承法》第十七条的规定，首先，应由两个以上的见证人在场见证；其次，见证人中的一人代书；再次，应注明立遗嘱的具体时间，标明年、月、日；最后，代书人、见证人和遗嘱人签名。遗嘱人若在其代书遗嘱中处分了他人所有的财产，而代书遗嘱符合上述构成要件，则应认定该代书遗嘱部分有效。

夫妻双方在婚姻关系存续期间内建造房屋一套，该房屋为夫妻双方共同财产，各享有一半的份额。男方死亡后，男方所享有的一半房屋未进行分割。此后女方订立代书遗嘱，承诺在其去世后，将上述房屋交由其子女中的一人继承。上述代书遗嘱有两人以上实施见证，其中一人代书，代书遗嘱中注明了立遗嘱的具体年、月、日，代书人、见证人、女方等均在该遗嘱上签字。因此，应认定该代书遗嘱符合代书遗嘱的构成要件。但因该代书遗嘱处分了男方所有的遗产，故处分男方遗产部分的遗嘱内容无效。男方的遗产仍应依据法定继承的规定继承。

【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。

第十条 遗产按照下列顺序继承：

第一顺序：配偶、子女、父母。

第二顺序：兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。

继承开始后，由第一顺序继承人继承，第二顺序继承人不继承。没有第一顺序继承人继承的，由第二顺序继承人继承。

本法所说的子女，包括婚生子女、非婚生子女、养子女和有扶养关系的继子女。

本法所说的父母，包括生父母、养父母和有扶养关系的继父母。

本法所说的兄弟姐妹，包括同父母的兄弟姐妹、同父异母或者同母异父的兄弟姐妹、养兄弟姐妹、有扶养关系的继兄弟姐妹。

第十三条 同一顺序继承人继承遗产的份额，一般应当均等。

对生活有特殊困难的缺乏劳动能力的继承人，分配遗产时，应当予以照顾。

对被继承人尽了主要扶养义务或者与被继承人共同生活的继承人，分配遗产时，可以多分。

有扶养能力和有扶养条件的继承人，不尽扶养义务的，分配遗产时，应当不分或者少分。

继承人协商同意的，也可以不均等。

第十六条 公民可以依照本法规定立遗嘱处分个人财产，并可以指定遗嘱执行人。

公民可以立遗嘱将个人财产指定由法定继承人的一人或者数人继承。

公民可以立遗嘱将个人财产赠给国家、集体或

者法定继承人以外的人。

第十七条 公证遗嘱由遗嘱人经公证机关办理。

自书遗嘱由遗嘱人亲笔书写，签名，注明年、月、日。

代书遗嘱应当有两个以上见证人在场见证，由其中一人代书，注明年、月、日，并由代书人、其他见证人和遗嘱人签名。

以录音形式立的遗嘱，应当有两个以上见证人在场见证。

遗嘱人在危急情况下，可以立口头遗嘱。口头遗嘱应当有两个以上见证人在场见证。危急情况解除后，遗嘱人能够用书面或者录音形式立遗嘱的，所立的口头遗嘱无效。

第二十七条 有下列情形之一的，遗产中的有关部分按照法定继承办理：

（一）遗嘱继承人放弃继承或者受遗赠人放弃受遗赠的；

（二）遗嘱继承人丧失继承权的；

（三）遗嘱继承人、受遗赠人先于遗嘱人死亡的；

（四）遗嘱无效部分所涉及的遗产；

（五）遗嘱未处分的遗产。

【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. 简述代书遗嘱的条件。

2. 论述何种情况下的遗嘱无效。

3. 论述代书遗嘱的法律效力。

【授课教案】添加教案

【笔记评语】添加笔记评语

【同类案例】 （1）

1. 在场见证律师未在会见笔录上签名的应认定该代书遗嘱无效 ——李俊霞诉范月明、范晓遗嘱继承纠纷案

【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：丛 X 杰。

被告：丛 X 芳、丛 X 珍、丛 X 芬、丛 X 凤、丛 X 芝、丛 X 俊、丛 X 香、丛 X 敏、丛 X 琴。

丹东市振安区人民法院经审理查明：原、被告系兄弟姐妹关系。原、被告父母（父亲丛 X、母亲孙 X 荣）共生育 10 名子女。丛 X 夫妇于 1968 年 5 月 1 日在五龙背镇新建村 4 组建造一处砖木结构的房屋 3 间，建筑面积 64.5 平方米。1976 年 1 月 8 日，原、被告父亲丛 X 去世，其遗产（此房面积的一半）未作分割，也无继承人明确表示放弃继承权。2009 年 1 月 16 日，原、被告母亲立代书遗嘱 1 份，遗嘱内容为：我孙 X 荣今天(2009 年 1 月 16 日)通过各位儿女有几句话要说一下，我现在跟老儿子（丛 X 杰）儿媳（梁 X 梅）一起居住，已有 20 来年，现在我已年逾古稀，身下也没有什么家产可留给儿女们的，只有 1 处五龙背镇新建村 4 组砖木瓦房 1 处，因我哪都不想去住，只想在老儿子家居住终老，所以这处瓦房留给老儿子（丛 X 杰）。砖木瓦房 3 间（包括前地）。立遗嘱人：孙 X 荣（手印）。同意人：丛 X 芳、丛 X 珍、丛 X 凤、丛 X 芝、丛 X 俊、丛 X 杰。代笔人：刘 X 梅。证明人：沙 X 丽、张 X 玲。落款日期：2009 年 1 月 16 日。2010 年 3 月 2 日，原、被告母亲孙 X 荣去世。诉讼中，原、被告对其母亲所立遗嘱涉及的 1 处砖木结构房屋（坐落于五龙背镇新建村 4 组，建筑面积为 64.5 米方米，房屋产权所有人为孙 X 荣）为其父母共同建造的事实均无异议。现此房由原告出租，房产证在被告丛 X 琴处保管，因此房涉及动迁相关事宜，原告于 2010 年 4 月 1 日以被继承人孙 X 荣所立的代书遗嘱为依据诉至本院请求继承此房全部所有权，并主张继承纠纷提起诉讼的期限是 2 年，超过 20 年的不受法律保护。

丹东市振安区人民法院经审理认为：根据我国继承法关于代书遗嘱的相关规定，本案中被继承人孙 X 荣的代书遗嘱符合法律规定。但是，原、被告父亲丛 X 去世后其遗产未作分割，也无继承人明确

表示放弃继承权，遗产归全体继承人共同共有。本案中，被继承人孙 X 荣立遗嘱将涉案房屋全部交由原告继承的行为，侵犯了其他有继承权人的权利，因此该部分遗产继承无效，被继承人孙 X 荣只有处理自己财产的权利。故该遗嘱应系部分有效遗嘱，有效部分本院予以确认。原告主张全部继承被继承人丛 X 个人遗产不符合法律规定，本院不予支持。现其他继承人要求分割遗产的主张，法院予以支持。原告称其父亲去世 20 多年已过诉讼时效问题，由于从被继承人死亡时继承开始，则遗产归全体继承人共同共有，遗产分割结束，则继承结束共同共有消灭，各继承人独自享有物的所有权确立。故对原告提出已过诉讼时效的主张，法院不予采信。

丹东市振安区人民法院依照《中华人民共和国继承法》第三条、第十条、第十三条、第十六条、第十七条、第二十七条之规定，作出如下判决：

1．坐落于丹东市振安区五龙背镇新建村 4 组所有权人为孙 X 荣，建筑面积为 64.5 平方米的房屋 3 间，由原告丛 X 杰继承 38.11 平方米的所有权，由被告丛 X 芳、丛 X 珍、丛 X 芬、丛 X 凤、丛 X 芝、丛 X 俊、丛 X 香、丛 X 敏、丛 X 琴各继承 2.93 平方米的所有权；

2．驳回原告的其他诉讼请求。

谈谈共同遗嘱的三个法律问题丨审判研究 ilawtalk

原创：2020-05-27 审判研究 赵海晏 许多曦
https://mp.weixin.qq.com/s/NokNS4RFgUF1rFZt0gZP0w

赵海晏 许多曦 北京大成（上海）律师事务所

共同遗嘱又称联合遗嘱、合立遗嘱、共立遗嘱，是指两个或两个以上的遗嘱人共同订立同一份遗嘱，对死亡后各自或共同遗留的财产进行分割的一种遗产继承方式。[1]《继承法》第十七条明确规定了遗嘱的五种形式，分别为公证遗嘱、自书遗嘱、代书遗嘱、录音遗嘱和口头遗嘱，并无共同遗嘱。根据司法部《遗嘱公证细则》第十五条，两个以上的遗嘱人申请办理共同遗嘱公证的，公证处应当引导他们分别设立遗嘱。遗嘱人坚持申请办理共同遗嘱公证的，共同遗嘱中应当明确遗嘱变更、撤销及生效的条件。由此可见，我国继承相关法律虽未提出共同遗嘱的概念，但遗嘱公证实务中并未否定共同遗嘱的存在及效力。

实务中，共同遗嘱多数在夫妻间设立，常见形式可归纳为以下三种：1．相互指定对方为遗嘱继承人；2．相互指定对方为遗嘱继承人，双方死亡后，指定第三人为遗嘱继承人或受遗赠人；3．指定第三人为双方的遗嘱继承人或受遗赠人。

共同遗嘱的本质是在一份遗嘱中体现两人或多人的意思表示，而共同遗嘱人死亡时间通常有先后、共同遗嘱设立后一方是否有权变更、撤销属于其本人的财产份额、该行为是否会影响共同遗嘱的整体性和共同意志？由于法律对此没有明确规定，实务中往往会产生争议。

一、关于共同遗嘱的效力

我国继承相关法律并未提出共同遗嘱的概念，但也未作禁止性规定。实践中，既有“延缓继承”的情况，即父母双方共有的房产在一方死亡后不进行析产继承，待另一方也死亡后再行分割，也有父母一方死亡后子女径行要求继承甚至诉诸法庭的情况。从老人的角度，设立共同遗嘱在一定程度上能防止继承人争产而损害健在一方的居住权益，为健在一方留下一份情感寄托，同时也表达了以夫妻共同的意思将共同的财产（通常共同遗嘱处分的是夫妻共同财产）给予晚辈，财富世代传承的美好期

许。

如何认定共同遗嘱的效力？对此司法实践中存在一定程度的争议。一方面，对于亲笔书写的遗嘱人而言，共同遗嘱系自书遗嘱，但另一方面，对于仅签字、捺印的遗嘱人而言，共同遗嘱系代书遗嘱，一份共同遗嘱，理论上应分别满足自书遗嘱或代书遗嘱的形式要件，才能对不同遗嘱人产生效力，而现实中当事人自行设立共同遗嘱，在对不同遗嘱的形式要件把握不够全面、共同遗嘱的形式存在瑕疵时，共同遗嘱的效力又该如何判断？

司法实践中，通常有以下三种处理情形：

情形一：**共同遗嘱有效**。

代表案例 1：北京法院参阅案例第 20 号。[2]

被继承人姚某、刘某系夫妻关系，两人生前共生育五名子女，分别是长子姚×1、次子姚×2、长女姚×3、次女姚×4、三女姚×5。《遗嘱》写于 2010 年 10 月 5 日，载明的立遗嘱人为姚某、刘某，内容为："我在此立遗嘱，对本人所有的房产作如下处理。我自愿将下列归我所有的房产遗留给姚×6（注：被继承人的孙子）……我遗留给姚×6 的财产属于姚×6 个人所有。长子姚×1 对此房产享有居住权。姚×2 给予姚×3、姚×4、姚×5 三人补偿金每人十万元整。姚×2、姚×6 是姚×1 监护人。本遗嘱委托姚×6 为执行人。" 姚×3、姚×4 对《遗嘱》上姚某与刘某字迹的真实性不认可，并申请了对《遗嘱》上除"刘某"签名字迹外其余字迹是否为姚某所写进行了笔迹鉴定，但未申请对"刘某"签名字迹进行笔迹鉴定。鉴定意见为"检材字迹与样本字迹是同一人书写"。

北京市朝阳区人民法院认为，《遗嘱》内容虽然是姚某所写，但该《遗嘱》上有刘某签字，且姚某与刘某系夫妻关系，处分的又是双方的共同财产，故应认定姚某与刘某基于处分涉诉房屋的共同意思表示订立了一份遗嘱，而非姚某为刘某代书遗嘱，不应适用继承法中关于代书遗嘱的规定，刘某在《遗嘱》中对其财产份额的处分有效。

代表案例 2：（2015）沪高民一（民）再提字第 13 号。

2011 年 2 月 5 日，被继承人褚辛、金某某共同订立《遗嘱》一份，载明："立遗人褚辛、金某某，俩位立遗人现共有位于上海市平顺路某房屋三份之二产权份额，为防身后女儿们为继承纷争，特此我俩身后一切遗产事务包括上述产权房三分之二分额都由大女儿褚丁根据我俩所托嘱继承办理，上述产权房不賣不借，特此嘱告任何人不得插手遗产事务，立遗人褚辛、金某某。"落款处有两位被继承人的签章及捺印。

一审、二审法院均认为共同遗嘱有效。检察院抗诉认为，涉案遗嘱为被继承人褚辛执笔，并有其签名、盖章和捺印，结合我国《继承法》关于遗嘱形式的规定，该遗嘱对褚辛而言系自书遗嘱，遗嘱形式要件符合法律规定，应认定有效。对金某某而言，该遗嘱系代书遗嘱，虽有其盖章、捺印，但缺少两位见证人签名，不符合法定的代书遗嘱形式要件，故金某某所立遗嘱为无效遗嘱。

上海市高级人民法院再审认为，涉案《遗嘱》由两被继承人共同订立，其中一人亲笔书写，并由两被继承人共同署名、盖章、捺印确认，是两被继承人的真实意思表示。本案中亦无证据证实两被继承人在先后去世前曾对该共同所立之遗嘱作过变更、解除或者撤销，我国《继承法》对于夫妻双方共同设立之遗嘱的形式要件也未作相应的规定，原一、二审法院结合涉案《遗嘱》的设立情况等认定该《遗嘱》有效，并无不妥，亦予维持。

情形二：**共同遗嘱对部分遗嘱人有效，对部分遗嘱人无效。**

代表案例 3：（2018）京民申 3981 号。

王某与李某夫妇生有三子，分别为王某 1、王某 2、王某 3。王某于 2009 年 1 月 21 日死亡，李

某于 2012 年 11 月 16 日死亡。2007 年 6 月 13 日的遗嘱载明："我们有两套房子，一套三居室，我和你妈百年之后留给三个儿子王某 1、王某 2、王某 3 平分。另一套一居室，留给孙子王某 4。另有点余钱，给四个孙子女平分。"王某死亡后，2012 年 4 月 13 日，李某设立公证遗嘱一份，对其本人的财产份额进行了处分。庭审中，王某 1 主张 2009 年的共同遗嘱并非王某、李某所写，并申请笔迹鉴定。经鉴定，检材内容字迹及"王某"签名与样本字迹及王某签名是同一人书写，李某签名并非其本人所签。

一审、二审法院认为 2009 年遗嘱对王某而言是有效的，属于王某的遗产份额应根据 2009 年遗嘱进行继承；李某于 2012 年办理了公证遗嘱，该公证遗嘱有效，属于李某的遗产份额根据 2012 年公证遗嘱进行继承。王某 1 不服二审判决，向北京市高级人民法院申请再审，认为既然这份双签的涉案遗嘱文书出现了其中一个签字不是其本人签字的因素，那么这份遗嘱在整体上就应该被视为无效遗嘱，而不是被判定为仅仅李某的遗嘱部分无效、王某的遗嘱部分有效。北京高院驳回王某 1 的再审申请，认为虽经鉴定李某签名并非其本人所签，但并不必然导致王某对自己遗产的处理意见无效，依照继承法规定，应认定涉案遗嘱系王某自书遗嘱，综合全案证据及李某在公证处的相关陈述，该份遗嘱对王某而言是有效的遗嘱，王某的遗产应按照遗嘱继承处理。涉案遗嘱虽经鉴定李某签名并非其本人所签，但李某于 2012 年办理了公证遗嘱，李某的遗产依法应按照公证遗嘱继承。

情形三：**共同遗嘱无效。**

代表案例 4：（2016）冀民申 4568 号。

被继承人付某与一审被告董某系再婚夫妻，与一审原告魏某 1 至 5 系母子、母女关系。付某与董某于 1998 年登记结婚，2000 年 6 月，以董某和付某二人的名义和工龄通过房改取得房屋一套。付某于 2015 年 1 月 9 日去世。后原、被告就遗产继承问题发生纠纷，遂涉诉。董某提供时间为 2014 年 12 月的《遗嘱》一份，因付某系文盲，该遗嘱是由董某书写，后念给付某听，董某签了两个人的名字，付某按手印。董某称，因付某的五个子女对其母并未尽到应有的赡养义务，而是由董某悉心照料或请保姆照料，因此付某在立遗嘱时，并未将遗产分配给五子女。

一审、二审法院认为董某无法证明系付某的真实意思表示，遗嘱无效，适用法定继承。董某不服，向河北省高级人民法院申请再审，河北高院以共同遗嘱对于付某是代书遗嘱，形式上不符合法律关于代书遗嘱要件的规定为由，驳回董某的再审申请。

二、关于共同遗嘱的生效

共同遗嘱人相互指定对方为遗嘱继承人的，遗嘱自一方死亡时即生效，根据遗嘱，由健在一方继承遗产。而在遗嘱人未相互指定对方为遗嘱继承人、遗嘱中直接表述为共同指定第三人继承或受遗赠的情况下，一方死亡，相关继承人或受遗赠人能否主张先获得死亡一方的遗产份额，还是必须等到共同遗嘱人均死亡后，再对全部遗产进行主张？

《继承法》第二条规定，继承从被继承人死亡时开始。该法第五条规定，继承开始后，按照法定继承办理；有遗嘱的，按照遗嘱继承或者遗赠办理；有遗赠扶养协议的，按照协议办理。这意味着法律明确了继承开始时间和遗嘱生效时间。据此，实践中多数法院认为：共同遗嘱人之一死亡时，遗嘱中涉及该人遗产的内容发生效力，共同遗嘱部分生效，在所有共同遗嘱人都死亡时，共同遗嘱才全部生效。

代表案例 5：（2018）沪 01 民申 155 号。

案外人鲍某（2016 年 1 月 21 日死亡）与杨某系夫妻关系。2015 年 6 月 11 日，杨某执笔书写了《遗嘱》一份，其中载明"我们夫妻二人，有二室一厅产权房一套，今决定在我们二人故世后，将该套产权房作为遗产遗传给小儿子鲍某 3 和孙子鲍

某 4……”并由鲍某在《遗嘱》上署名确认。经鉴定，《遗嘱》上落款处的“鲍某”签名系鲍某所写，《遗嘱》上其余字迹均系杨某所写。

一审、二审法院对共同遗嘱的效力予以确认，判决系争房屋中被继承人遗留的 1/2 产权份额应作为遗产析出，由鲍某 3、鲍某 4 根据《遗嘱》继承并共有，其余 1/2 产权份额归杨某所有。

代表案例 6：（2018）沪 01 民终 1885 号。

沈某与被继承人熊某（2015 年 10 月 30 日死亡）系夫妻关系，二人共生育沈某 1、熊某 1 两名子女，沈某 2 系沈某之子。系争房屋原登记在熊某、沈某、熊某 1 三人名下，为三人共同共有。2015 年 3 月 15 日，熊某与沈某立下遗嘱，确认二人身后将名下全部系争房屋产权份额赠予沈某 2。

一审、二审法院对共同遗嘱的效力予以确认，判决被继承人熊某在系争房屋中所占的 1/3 产权份额归沈某 2 所有；熊某 1 于判决生效之日起十日内配合沈某 1、沈某、沈某 2 将系争房屋产权登记变更至其三人名下。

上述二案的一个共同特点是在遗嘱中均未对遗嘱的生效时间作出明确的限制，仅表述为“在我们二人故世后”、“二人身后”，若遗嘱中明确表示“本《遗嘱》在二人全部去世后生效”，那么一方死亡后，到底是认为共同遗嘱尚未生效还是解释为部分生效？若认为尚未生效的，死亡一方的的遗产如何继承，是法定继承，还是不发生继承？

在贵州省贵阳市中级人民法院审理的一起案件中，王某与李某（已死亡）的共同遗嘱载明：“……5、此份《遗嘱》是二人的最后决定，二人当中无论谁先去世，生者都无权修改本《遗嘱》；6、本《遗嘱》在二人全部去世后生效……”法院认为，由于王某尚在世，因此遗嘱约定的生效要件尚不具备，故遗嘱虽然已经成立但并未生效。由于遗嘱并未生效，因此涉案争议的房屋在李某死后并未发生继承关系，故遗嘱继承人尚不能通过继承取得涉案房屋、不能通过继承成为涉案争议房屋的共有人，对涉案争议房屋仅仅具有期待利益。[3]

本案值得思考的一个问题是，既然共同遗嘱人之一已经死亡，继承即开始，在“二人全部去世”的条件满足之前，遗产的实际归属仍有待明确。倘若在李某死亡前再发生遗嘱继承人或受遗赠人离婚或死亡等情况，可能会引发更大的争议，涉及的继承人范围更广，将产生更多不确定因素。

三、关于共同遗嘱的变更与撤销

遗嘱系单方法律行为、死因行为，设立后，遗嘱人有权随时变更或撤销先前的遗嘱。《继承法》第二十条规定，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。

共同遗嘱比较特殊，遗嘱人为两人或多人时，是否必须有共同的意思表示才能变更或撤销共同遗嘱？共同遗嘱人之一能否单独撤销或变更共同遗嘱处分的其本人的财产？笔者就目前研读的案例总结规律如下：

1．共同遗嘱人共同变更或撤销遗嘱的，有效；

2．共同遗嘱人之一单独撤销或变更共同遗嘱中的财产处分，仅涉及原属于其个人的财产。多数法院认为有效，在部分特殊情形下认为无效；

3．共同遗嘱人之一单独撤销或变更共同遗嘱中的财产处分，涉及其他共同遗嘱人的财产。有的法院认为部分有效（处分自己财产的部分有效），有的法院则认为全部无效。

首先，共同遗嘱人可以再次通过共同意思表示变更、撤销共同遗嘱，在理论和实践中无争议，不再赘言。

其次，关于共同遗嘱人之一单独撤销或变更对原属于其个人的财产的处分，无论撤销或变更的行为发生时其他共同遗嘱人是否在世，通常法院认为

有效，但在某些特殊情形下，法院认为无效。

代表案例 7：（2015）沪高民一（民）申字第 1954 号案。

上海市高级人民法院认为，在共同遗嘱有效且已履行的情况下，属于“不适宜撤销或者变更的共同遗嘱”，一方死亡后，另一方又重新设立遗嘱、处分其本人在系争房屋中权利的，属于无权处分，新遗嘱中的该部分内容无效。需要说明的是，从共同遗嘱的履行来看，该文书出具后不久，即由长女负责办理了购买系争房屋产权的手续并登记于二遗嘱人名下；共同遗嘱不仅对系争房屋有安排，还对其他财产的分配进行了约定，而其他相关的遗嘱继承人也确实收到了相应财产。由此，上海高院认为，相关遗嘱继承人已经根据共同遗嘱的内容履行了办理购买系争房屋和登记产权的手续、其他相关遗嘱继承人已经根据共同遗嘱获得了遗嘱中载明的钱款，该共同遗嘱在被继承人生前已经履行，一方死亡后，另一方不宜撤销或变更该共同遗嘱的相关内容。

最后，在“相互指定对方为遗嘱继承人，双方死亡后，指定第三人为遗嘱继承人或受遗赠人”的共同遗嘱中，一方死亡后，另一方按照遗嘱继承遗产，嗣后，就相关财产（含继承获得的遗产）设立新的遗嘱，或予以处分。此时从物权角度而言，另一方因继承获得了相应的财产权利，有权按照个人意志处分相应财产。但从继承、共同遗嘱的角度而言，健在一方的行为不仅改变了先前设立的共同遗嘱对其本人财产的处分，还使得原本属于死亡一方的遗产也无法按照死者在共同遗嘱中的遗愿进行继承，因此对于死亡一方而言，另一方变更、撤销共同遗嘱的行为对其不产生拘束力。由此引发的一个问题是，另一方的行为是部分有效，还是全部无效？

代表案例 8：（2015）川民申字第 124 号案。

郭某与王某在共同遗嘱中明确约定“需变更或撤销该遗嘱的，应当双方协商一致后共同作出，任何一方单独签订遗嘱，处分财产的行为无效”，王某死亡后，郭某重新设立一份公证遗嘱，变更两人在共同遗嘱中的财产分配。一审、二审、再审法院均认为该处分行为与《遗嘱》相抵触，因而无效。

代表案例 9：（2016）沪 02 民终 4931 号案。

张某与龚某在公证处分别设立了两份内容相同的共同遗嘱，相互指定对方为遗嘱继承人，双方死亡后，一半遗产由三女儿继承，一半遗产由大女儿和二女儿共同继承。龚某死亡后，张某撤销共同遗嘱，重新设立一份公证遗嘱，表示包括继承龚某遗产在内、归其所有的产权份额由二女儿继承。

上海市静安区人民法院认为，张某在龚某死亡后自行变更遗嘱内容的行为无效：第一，龚某、张某具有立夫妻共同遗嘱的合意，对共有财产处分意思相同；第二，双方以相互遗嘱和关联遗嘱两种形式约定后死者将遗产留给最终继承人；第三，张某在龚某死亡后撤销共同遗嘱并另立遗嘱处分的是夫妻共同财产，夫妻共同遗嘱一旦生效，对夫妻双方具有约束力，不得随意变更。对夫妻双方约定不得撤销、变更的共同遗嘱、附条件的共同遗嘱，以及存在其他不适宜撤销、变更情形的共同遗嘱，夫妻一方不得单独撤销或变更。上海市第二中级人民法院维持一审判决。

四、小结

1. **关于共同遗嘱的效力。**一份有效的遗嘱应同时满足《继承法》规定的遗嘱形式要件和实质要件，这是基本原则，不可突破。从事前防范的角度，笔者仍建议应充分满足法律规定，以防风险和不确定性，在法律没有明确规定的前提下，设立共同遗嘱时应视不同情况，满足法律关于遗嘱形式要件的规定。虽然司法实务从事后救济的角度，考虑到共同遗嘱设立主体身份特殊、设立目的特殊，在共同遗嘱是否有效的相关认定上，结合遗嘱的设立背景、证据，从处分夫妻共同财产、体现共同合意、遗嘱

关联程度等方面，对轻微的形式瑕疵可能会予以默认。

2. **关于共同设立一份遗嘱还是分别设立关联的遗嘱。**法律对于共同遗嘱的成立与生效、变更与撤销等未有明确规定，若设立一份遗嘱的，除了需要注意遗嘱的形式要件之外，还应在仔细、全面考虑的基础上，在共同遗嘱中对遗嘱的生效、变更、撤销加以明确约定，以免产生争议。且尽量分别设立为佳，根据司法部发布的《遗嘱公证细则》，公证处也应当引导遗嘱人分别设立遗嘱。

3. **关于共同遗嘱人之一能否单独变更、撤销共同遗嘱中的财产处分。**根据目前的法律规定和司法实践，通常情况下，在共同遗嘱设立后，共同遗嘱人之一仍有权重新处分属于其本人的财产。共同遗嘱的本质特征是处分的关联性，[4]法院在审理时应注意到这一特殊性质。若遗嘱中明确约定不得撤销/变更、遗嘱附条件/附期限，或存在其他不适宜撤销/变更情形的，共同遗嘱人之一单独重新处分其本人财产的行为也可能会受到限制。

4. **目前实践中，以夫妻设立共同遗嘱居多，**具有其他身份关系的人如欲设立，应以咨询专业人士为前提，以最大程度保障共同遗嘱效力。

[1]沈志先主编:《婚姻家庭案件审判精要》，法律出版社 2013 年版，第 311 页。

[2] 参见（2013）朝民初字第 11488 号民事判决书。

[3] 参见（2014）筑民一终字第 18 号民事判决书。

[4] 王葆莳:“共同遗嘱中‘关联性处分’的法律效力“，载《法商研究》2015 年第 6 期。

https://image.ipaiban.com/upload-uedito r-image-20200521-1590067142182072465.png

原创序号：律师视点 407

核校：简牍

父母相继去世无人监护，残疾儿谁来照顾？法院判居委大妈当“爹娘”

2020-05-31 上海法治报

https://mp.weixin.qq.com/s/n-jflAxDOu9-Bt_dSDMy8g

一位智力残疾儿童的直系亲属除了 80 多岁的外婆，均已过世，这让他陷入了无人监护的困境。近日，徐汇法院判决该院首例指定居委会担任未成年人监护人案件，有效保护了孩子的合法权益。

残疾儿童遭遇无人监护困境

出生于 2005 年的小勇，患有癫痫、轻度自闭、脑瘫等疾病，被评定为智力残疾四级。2008 年，小勇爸爸去世，2019 年，小勇妈妈也去世了，小勇成为了一个孤儿。

除了父母之外，小勇的祖父母、外祖父也均已过世。直系亲属中，仅有他的外祖母李阿婆还健在。然而 80 多岁的李阿婆患有糖尿病、帕金森综合症和重度骨质疏松等疾病，生活自理都存在一定问题，更难以履行监护义务，无法承担照顾外孙的重任。有心无力的李阿婆无奈之下，向所在居委会求助。

谁能够承担起监护小勇的职责？在收到李阿婆的请求后，小勇所在的徐汇区徐家汇街道爱华居民委员会（以下简称爱华居委会）开始奔忙起来。居委会干部先后和小勇的叔叔、舅舅等人进行沟通，并联系了与小勇从未谋面的同母异父的哥哥。小勇的舅舅表示自己因即将移居国外无法承担监护小勇的职责，叔叔和哥哥也因各种原因不愿意担任小

勇的监护人。

法院判决居委成为监护人

2020 年 1 月，爱华居委会工作人员来到徐汇法院，提出立案申请，申请宣告小勇无民事行为能力，并申请指定爱华居民委员会担任小勇的监护人。

考虑到小勇的特殊情况，徐汇法院的立案法官立即将这起案件纳入绿色通道，案子迅速流转到家事法官何倩的手上。为了避免孩子在诉讼期间无人照料，何倩在取得居委会同意的情况下，于立案的第三天就指定爱华居委会担任小勇的临时监护人。同时，何倩立即联系司法鉴定机构对小勇的身体情况和民事行为能力进行鉴定。司法鉴定意见诊断小勇为重度精神发育迟滞，并评定他目前无民事行为能力。

法院认为，小勇是 8 周岁以上的未成年人，且为无民事行为能力人。小勇的父母、祖父母、外祖父均已死亡，外祖母年事已高并患有多种疾病，不适宜担任小勇的监护人，其他亲属也均表示不能担任小勇的监护人。现爱华居委会表示愿意担任小勇的监护人，为保护未成年人利益，避免未成年人的合法权益处于无人保护的状态，法院予以准许，并要求爱华居委会按照最有利于被监护人的原则履行监护职责，除为维护被监护人利益外，不得处分被监护人的财产。

“案件生效后，我们将对这起案件定期回访，监督居委会的责任履行情况，切实保障未成年人的合法权益。”何倩表示。

作者 | 翟梦丽 何忠婷

编辑 | 王菁

指导案例：遗嘱人不慎处分他人财产，遗嘱合法有效吗、无效部分如何处理？（附详细高院裁判规则）| 民商事裁判规则

原创：2020-05-31 民商事裁判规则 唐青林李舒赵跃文

https://mp.weixin.qq.com/s/2lOLWJkO_K26EOqJ3Uf8sA

指导案例：遗嘱人不慎处分他人财产，遗嘱合法有效吗、无效部分如何处理？（附详细高院裁判规则）

作者：唐青林 李舒 赵跃文(北京云亭律师事务所)

基本案情

一、1998 年，原告李某与郭某顺登记结婚。

二、2002 年，郭某顺以自己的名义购买了涉案建筑面积为 45.08 平方米的 306 室房屋，并办理了房屋产权登记。

三、2004 年 1 月，李某和郭某顺共同办理人工授精，之后李某怀孕。

四、2004 年 4 月，郭某顺因病住院，其在得知自己患了癌症后，向李某表示不要这个孩子，但李某不同意人工流产，坚持要生下孩子。

五、2004 年 5 月 20 日，郭某顺在医院立下自书遗嘱，在遗嘱中声明他不要这个人工授精生下的孩子，并将 306 室房屋赠与其父母郭某和、童某某。不久，郭某顺病故。

六、2004 年 10 月，李某产下一子，取名郭某阳。原告李某无业，每月领取最低生活保障金。以郭某顺自书遗嘱无效为由，主张 306 室房屋归其所有。

七、2006 年 4 月，南京秦淮法院一审判定，郭某顺自书遗嘱处分了李某的部分财产，这部分无效，该 306 室房屋归李某所有。双方均未上诉。

裁判要点

本案争议焦点在于郭某顺自书遗嘱是否有效、李某能否取得 306 室房屋的所有权？围绕上述争议焦点，人民法院的裁判要点如下：

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 38 条规定："遗嘱人以遗嘱处分了属于国家、集体或他人所有的财产，遗嘱的这部分，应认定无效。"登记在被继承人郭某顺名下的 306 室房屋，已查明是郭某顺与原告李某夫妻关系存续期间取得的夫妻共同财产。郭某顺死亡后，该房屋的一半应归李某所有，另一半才能作为郭某顺的遗产。郭某顺在遗嘱中，将 306 室全部房产处分归其父母，侵害了李某的房产权，遗嘱的这部分应属无效。

实务经验总结

北京云亭律师事务所唐青林律师、李舒律师的专业律师团队办理和分析过大量本文涉及的法律问题，有丰富的实践经验。大量办案同时还总结办案经验出版了《云亭法律实务书系》，本文摘自该书系。该书系的作者全部是北京云亭律师事务所战斗在第一线的专业律师，具有深厚理论功底和丰富实践经验。该书系的选题和写作体例，均以实际发生的案例分析为主，力图从实践需要出发，为实践中经常遇到的疑难复杂法律问题，寻求最直接的解决方案。

遗嘱人在遗嘱中是否处分他人所有财产，实务中存在较大争议。现结合最高法院指导案例以及地方典型案例，将实务经验总结如下：

第一，对遗嘱人而言，在立遗嘱时，一定要在遗嘱中写明所处分的部分仅限于自己所有的财产，比如夫妻共有房屋，仅能处分房屋的一半，对另外一半是不能处分的；比如共有产权住房，仅能处分自己所有的份额，对配偶所有和政府所有的份额是不能处分的；再比如多楼层的房屋，仅能处分自己所有的楼层，对配偶所有的份额和国家所有的楼层是不能处分的。如果一旦将无权处分的财产遗嘱中，这部分遗嘱当然无效。随着信托制度的不断完善，有条件的遗嘱人还可以采取遗嘱信托的方式安排生后财产。

第二，对于继承人而言，一份近乎完美的遗嘱，也有可能被认定全部无效或者部分无效。对此，继承人切莫只注重遗嘱的形式要件、忽略了遗嘱的实质内容。需要特别提示继承人，虽然公证遗嘱的效力高于自书遗嘱、代书遗嘱、录音遗嘱以及口头遗嘱的效力，但是遗嘱人在公证遗嘱中处分了他人财产、未给特定继承人员留出必要遗产份额等存在遗嘱法定无效的情况，那么公证遗嘱的效力不能对抗法律的禁止性规定，公证遗嘱的这部分内容亦当然无效。

第三，区分遗嘱与遗赠、遗赠抚养协议、附扶养义务的赠与合同的关系：

	遗 嘱	遗 赠	遗赠扶养协议同	附扶养义务赠与合同
适用对象	法定继承人	国家、集体或者法定继承人以外的人	继承人以外的组织或者个人	继承人以外的组织或者个人
义务	可以附有义务	可以附有义务	承担遗赠人生养死葬的义务（先）	承担赠与人的扶养义务（后）
权利	享有继承遗产的权利	享有获赠遗产的权利	享有受遗赠的权利（后）	享有接受赠与财产的权利（先）
法律依据	继承法	继承法	继承法	合同法

相关法律法规

《中华人民共和国民法典》（草案）（2020 年 5 月 22 日）

第一编 总则

第十六条 涉及遗产继承、接受赠与等胎儿利益保护的，胎儿视为具有民事权利能力。但是，胎儿娩出时为死体的，其民事权利能力自始不存在。

第六编 继承

第一千一百二十三条 继承开始后，按照法定继承办理；有遗嘱的，按照遗嘱继承或者遗赠办理；有遗赠扶养协议的，按照协议办理。

第一千一百三十三条 自然人可以依照本法规定立遗嘱处分个人财产，并可以指定遗嘱执行人。
自然人可以立遗嘱将个人财产指定由法定继承人中的一人或者数人继承。
自然人可以立遗嘱将个人财产赠与国家、集体或者法定继承人以外的人。

第一千一百四十二条 遗嘱人可以撤回、变更自己所立的遗嘱。
立遗嘱后，遗嘱人实施与遗嘱内容相反的民事法律行为的，视为对遗嘱相关内容的撤回。
立有数份遗嘱，内容相抵触的，以最后的遗嘱为准。

《中华人民共和国继承法》（1985 年 10 月 1 日）

第十六条 公民可以依照本法规定立遗嘱处分个人财产，并可以指定遗嘱执行人。公民可以立遗嘱将个人财产指定由法定继承人的一人或者数人继承。公民可以立遗嘱将个人财产赠给国家、集体或者法定继承人以外的人。

第十七条 公证遗嘱由遗嘱人经公证机关办理。自书遗嘱由遗嘱人亲笔书写，签名，注明年、月、日。代书遗嘱应当有两个以上见证人在场见证，由其中一人代书，注明年、月、日，并由代书人、其他见证人和遗嘱人签名。以录音形式立的遗嘱，应当有两个以上见证人在场见证。遗嘱人在危急情况下，可以立口头遗嘱。口头遗嘱应当有两个以上见证人在场见证。危急情况解除后，遗嘱人能够用书面或者录音形式立遗嘱的，所立的口头遗嘱无效。

第十八条 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。

第二十二条 无行为能力人或者限制行为能力人所立的遗嘱无效。遗嘱必须表示遗嘱人的真实意思，受胁迫、欺骗所立的遗嘱无效。伪造的遗嘱无效。遗嘱被篡改的，篡改的内容无效。

第二十五条 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。

《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》（法（民）发[1985]22 号）

第 38 条 遗嘱人以遗嘱处分了属于国家、集体或他人所有的财产，遗嘱的这部分，应认定无效

《最高人民法院关于继承开始时继承人未表示放弃继承遗产又未分割的可按析产案件处理的批复》（[1987]民他字第 12 号）

双方当事人诉争的房屋，原为费宝珍与费翼臣的夫妻共有财产，１９５８年私房改造所留自住房，仍属于原产权人共有。费翼臣病故后，对属于费翼臣所有的那一份遗产，各继承人都没有表示过放弃继承，根据《继承法》第二十五条第一款的规定，应视为均已接受继承。诉争的房屋应属各继承人共同共有，他们之间为此发生之诉讼，可按析产案件处理，并参照财产来源、管理使用及实际需要等情况，进行具体分割。

《北京高院关于审理继承纠纷案件若干疑难问题的解答》（2018 年 6 月 19 日）

6. 被继承人购买公房时根据工龄政策福利，使用已死亡配偶工龄折抵房款的，所获工龄政策福利能否折算后作为遗产分割?
按成本价或标准价购买公房时，依国家有关政策折算已死亡配偶一方工龄而获得政策性福利的，该政

策性福利所对应财产价值的个人部分应作为已死亡配偶的遗产予以继承。

该政策性福利所对应的财产价值计算参考公式：（已死亡配偶工龄对应财产价值的个人部分÷购买公房时房屋市值）×房屋现值。

法院判决

南京市秦淮区人民法院在生效民事判决书的“本院认为”部分阐述如下：

本院认为：《中华人民共和国继承法》（以下简称《继承法》）第五条规定：“继承开始后，按照法定继承办理；有遗嘱的，按照遗嘱继承或者遗赠办理；有遗赠扶养协议的，按照协议办理。”被继承人郭某顺死亡后，继承开始。鉴于郭某顺留有遗嘱，本案应当按照遗嘱继承办理。《继承法》第二十六条规定：“夫妻在婚姻关系存续期间所得的共同所有的财产，除有约定的以外，如果分割遗产，应当先将共同所有的财产的一半分出为配偶所有，其余的为被继承人的遗产。”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 38 条规定：“遗嘱人以遗嘱处分了属于国家、集体或他人所有的财产，遗嘱的这部分，应认定无效。”登记在被继承人郭某顺名下的 306 室房屋，已查明是郭某顺与原告李某夫妻关系存续期间取得的夫妻共同财产。郭某顺死亡后，该房屋的一半应归李某所有，另一半才能作为郭某顺的遗产。郭某顺在遗嘱中，将 306 室全部房产处分归其父母，侵害了李某的房产权，遗嘱的这部分应属无效。

案件来源

李某、郭某阳诉郭某和、童某某继承纠纷案【最高人民法院指导案例第 50 号】、【《最高人民法院公报》2006 年第 7 期（总第 117 期）】

延伸阅读

一、婚后建盖房屋属于夫妻共同财产，夫妻一方在遗嘱中将整个房屋作为遗产分配，该遗嘱无效。

案例一：云南省高级人民法院在刘某与张某 1 遗嘱继承纠纷再审民事判决书【（2016）云民再 29 号】中认为，《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》第三十八条规定：“遗嘱人以遗嘱处分了属于国家、集体或他人所有的财产，遗嘱的这部分，应认定无效。”由于信义街 2 号房屋和八一路塘子巷房屋均系张家恒与刘某夫妇在婚后建盖，该两处房屋的相关不动产权属证明也均系婚后合法取得，故信义街 2 号房屋和八一路塘子巷房屋依法均属于张家恒和刘某的夫妻共同财产。张家恒在××××年××月××日的遗嘱中将信义街 2 号房屋和八一路塘子巷房屋全部作为遗产予以分配，故该遗嘱中对刘某在夫妻共有财产中享有份额的处分，依法应当认定为无效。

二、一份遗嘱处分了国有财产、他人财产以及自己财产，对国有财产和他人财产的处分无效，对自己财产的处分有效，主张遗嘱全部无效于法无据。

案例二：福建省高级人民法院在黄某与蒋某 1 继承纠纷再审民事裁定书【（2019）闽民申 454 号】中认为，讼争房产第一、三层经查明目前因尚未办理将产权退还原产权人的“退管”手续，而仍属于国有财产；第二层属于蒋某、吴某的共同财产，虽然吴某所立遗嘱对讼争房产整栋楼均作为其遗产予以处理，其中涉及国有财产以及蒋某财产的部分，但根据《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 38 条“遗嘱人以遗嘱处分了属于国家、集体或他人所有的财产，遗嘱的这部分，应认定无效”的规定，吴某所立遗嘱中处分国家财产及蒋某所有房产部分无效，而对于吴某所有财产部分的处分仍为有效。黄某、蒋某 1 以吴某所立遗嘱处分国家及蒋某财产为由，主张遗嘱内容全部无效，于法无据，不能成立。

三、遗嘱效力的判断要符合继承法关于实质要件和形式要件的规定，遗嘱人处分了夫妻共同财产，对遗嘱人有权处分的部分财产按遗嘱继承处理，对

遗嘱人无权处分的部分按法定继承处理。

案例三：山东省青岛市中级人民法院在由某 1 与由某 2 继承纠纷二审民事判决书【（2020）鲁 02 民终 1667 号】中认为，《中华人民共和国继承法》第十六条规定，公民可以依照本法规定立遗嘱处分个人财产，并可以指定遗嘱执行人。公民可以立遗嘱将个人财产指定由法定继承人的一人或者数人继承。第十七条规定，代书遗嘱应当有两个以上见证人见证，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。《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 38 条规定，遗嘱人以遗嘱处分了属于国家、集体或他人所有的财产，遗嘱的这部分，应认定无效。可见，判断遗嘱是否有效，要看其是否符合继承法关于实质要件和形式要件的规定。遗嘱有效的实质要件包括：（一）遗嘱人须有遗嘱能力；（二）遗嘱须是遗嘱人的真实意思表示；（三）遗嘱不得取消缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人的继承权；（四）遗嘱中所处分的财产须为遗嘱人的个人财产；（五）遗嘱须不违反社会公共利益和社会公德。若遗嘱人处分了属于国家、集体或他人所有的财产，遗嘱应认定为无效。具体到本案，依据查明的事实，涉案遗嘱从形式上属于代书遗嘱，该遗嘱由两名见证人见证，由辛某 4 代书，注明年、月、日，并由见证人、代书人和遗嘱人签字、捺印。一审中，代书人辛某 4 出庭作证，证实遗嘱人的签字为辛兆元本人所签。本院认为，该遗嘱从形式上符合代书遗嘱的构成要件。依据查明的事实，辛兆元于 2008 年 5 月以遗嘱的方式处分包括涉案该房屋在内的四处房产归辛某 1、辛某 2、辛某 3 继承，其意思表示真实。依上所述，涉案房屋属于辛克法的财产，辛兆元仅能处分其在涉案房屋中所享有的份额利益，该遗嘱部分有效，该份额应由辛某 1、辛某 2、辛某 3 继承。

四、遗嘱与遗赠不同，遗嘱名为自书遗嘱，但内容含有附抚养条件的内容，应当按有条件的遗赠，而非遗嘱。

案例四：山东省济宁市中级人民法院在何某与陈某 1 遗赠纠纷二审民事判决书【（2019）鲁 08 民终 6092 号】中认为，根据被继承人陈建申老人遗嘱内容“因我生子不孝，恐晚年无人赡养，幸喜儿媳贤惠，为了晚年有人赡养和照顾，愿将本人的全部家产遗嘱给儿媳何某名下为业”，足以认定陈建申并非无条件的将涉案财产赠与上诉人，而是基于其晚年要有人赡养和照顾，“并嘱言照顾好陈波、陈某 2 两个孙子”，即上诉人获得涉案房产的赠与是负有义务的，既要“赡养和照顾”陈建申老人，还要“照顾好陈波、陈某 2 两个孙子”，并非无条件的获赠，因此陈建申所书遗嘱虽名为自书遗嘱，实为附条件的遗赠。

五、遗嘱人在自书遗嘱中处分他人的房屋，遗嘱这部分无效，因房屋取得的拆迁利益也随之无效。

案例五：北京市门头沟区人民法院在张某 1、李某与张某 2 法定继承纠纷一审民事判决书【（2017）京 0109 民初 6150 号】中认为，现该份遗嘱确由张某 3 本人书写，签署有张某 3 本人姓名，并注明了年月日，符合自书遗嘱的形式要件，故本院对遗嘱的真实性予以确认。但应当指出，公民可以依照法律规定立遗嘱处分个人财产。遗嘱人以遗嘱处分了属于国家、集体或他人所有的财产，遗嘱的这部分，应认定无效。因 2 号院房屋取得的拆迁利益属于张某 3 和冯某的夫妻共同财产，在冯某的遗产尚未分割前，张某 3 书写遗嘱处分 101 室房屋，其处分冯某的部分应当无效，该部分应当作为冯某的遗产由其继承人依法继承。继承开始后，继承人没有表示放弃继承，并于遗产分割前死亡的，其继承遗产的权利转移给他的合法继承人。

本期执行主编：赵跃文律师 北京云亭律师事务所
责任编辑：李文雪 微信号：17310145421

五、房产、股权、信托

（一）房产

重庆五中院裁判：律师无权“以人查房”——陈思、蔡荣凤诉重庆规自局不履行不动产登记查询职责案

2020-05-09 行政法

https://mp.weixin.qq.com/s/68EFsPQ0Ta679Mjd9CpmyQ

【裁判要旨】

1. 被告房产信息并非民事诉讼“证据”

《律师法》第三十五条即规定：“受委托的律师根据案情的需要，可以申请人民检察院、人民法院收集、调取证据或者申请人民法院通知证人出庭作证。律师自行调查取证的，凭律师执业证书和律师事务所证明，可以向有关单位或者个人调查与承办法律事务有关的情况。”《民事诉讼法》第六十一条规定：“代理诉讼的律师和其他诉讼代理人有权调查收集证据，可以查阅本案有关材料。查阅本案有关材料的范围和办法由最高人民法院规定。”第六十四条第二款规定：“当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集。”根据上述法律规定，律师根据案情的需要，可以收集、调取证据，也可以调查与承办法律事务有关的情况。就“证据”而言，通常为依照诉讼规则认定案件事实的依据。民事诉讼中，原告委托律师申请查询被告名下所有房产，其目的在于通过诉讼保全措施确保原告主张的债权在得到判决支持后能够得以顺利实现。因此，原告委托律师申请查询的事项与承办法律事务有关，但无论其是否取得该信息，均不影响该案的事实认定及判决结果，故民事诉讼中被告名下所有的房产信息不属于该案的“证据”。

2. 原告委托律师非涉不动产领域实体法规定的申请查询、复制不动产登记资料的主体范围

《物权法》第十八条规定：“权利人、利害关系人可以申请查询、复制登记资料，登记机构应当提供。”《不动产登记暂行条例》第二十七条规定：“权利人、利害关系人可以依法查询、复制不动产登记资料，不动产登记机构应当提供。有关国家机关可以依照法律、行政法规的规定查询、复制与调查处理事项有关的不动产登记资料。”《不动产登记暂行条例实施细则》第九十七条第四款规定：“因不动产交易、继承、诉讼等涉及的利害关系人可以查询、复制不动产自然状况、权利人及其不动产查封、抵押、预告登记、异议登记等状况。”根据上述规定，有权申请查询、复制不动产登记资料的主体有三类，分别为权利人、利害关系人和有关国家机关。律师作为民事诉讼的委托代理人，既不属于不动产的权利人，也不属于利害关系人。

3. 即便是权利人、利害关系人申请查询、复制不动产登记资料，其能够查询、复制的范围亦有明确限制。

根据《不动产登记暂行条例实施细则》第九十七条第三款“权利人可以查询、复制其不动产登记资料”的规定，权利人可以查询、复制的不动产登记资料限于其享有物权的不动产，换言之，权利人可以查询、复制自身名下的所有不动产登记资料。根据《不动产登记暂行条例实施细则》第九十七条第四款“因不动产交易、继承、诉讼等涉及的利害关系人可以查询、复制不动产自然状况、权利人及其不动产查封、抵押、预告登记、异议登记等状况”的规定，利害关系人可以查询、复制的范围也限于特定不动产的自然状况、权利信息和其他事项。

4. 律师主张在民事诉讼程序中查询对方当事人名下所有的房产信息，仍有赖于通过建立、健全完整和系统的律师权利保障体系予以实现。

当前涉不动产领域实体法之所以对申请查询、复制不动产登记资料的主体及范围作出限制，是在特定人群知情权与公民隐私权之间进行价值平衡后作出的制度安排，旨在避免公民的个人隐私权因不当查询受到侵害。当然，律师行使调查取证权并不必然侵害公民个人隐私权，但《律师法》第三十五条对律师享有调查取证权仅是原则性规定，律师向有关单位或者个人调查与承办法律事务有关的情况，还需通过相应领域的实体法规定予以实现。

【裁判文书】

重庆市第五中级人民法院
行政判决书

（2018）渝 05 行终 604 号

上诉人（一审被告）重庆市规划和自然资源局。住所地：重庆市渝北区龙山街道龙山大道 339 号。

法定代表人董建国，局长。

委托代理人孟艳，该局工作人员。

委托代理人游庆华，北京市中银（重庆）律师事务所律师。

被上诉人（一审原告）陈思。

被上诉人（一审原告）蔡荣凤。

（上诉人）原重庆市国土资源和房屋管理局（简称原市国土房管局）因被上诉人陈思、蔡荣凤诉其不依法履行不动产登记查询职责一案，不服重庆市巴南区人民法院作出的（2018）渝 0113 行初 79 号行政判决，向本院提起上诉。在本院审理过程中，原市国土房管局因机构改革被撤销，其不动产登记职权由新组建的重庆市规划和自然资源局继续行使，故本案上诉人变更为重庆市规划和自然资源局（简称市规划资源局）。本院于 2018 年 10 月 12 日受理本案后，依法组成合议庭于 2018 年 11 月 13 日公开开庭进行了审理。上诉人市规划资源局的委托代理人孟艳、游庆华，被上诉人陈思、蔡荣凤出庭参加了诉讼。因本案出现其他应当中止诉讼的情形，本院于 2018 年 12 月 21 日裁定本案中止诉讼。现中止事由消除，本案依法恢复诉讼，并已审理终结。

一审法院查明：陈思、蔡荣凤系北京市大成（重庆）律师事务所律师，二人接受案外人魏洁静的委托，代为处理魏洁静与冯忠芳民间借贷纠纷一案在审判和执行阶段的相关事宜。二人于 2018 年 2 月 23 日、2 月 26 日，持人民法院出具的《受理案件通知书》、律师事务所介绍信、授权委托书、律师执业证，前往重庆市沙坪坝区不动产登记中心申请查询对方当事人的房产信息。重庆市沙坪坝区不动产登记中心拒绝了二人的查询申请。二人遂诉至法院，要求确认原市国土房管局拒不履行依其申请查询他人不动产登记信息的行为违法。

一审法院认为：根据《重庆市土地房屋权属登记条例》第六条之规定，原市国土房管局作为市土地房屋行政主管部门，负责全市土地房屋权属登记的管理工作，沙坪坝区等行政区域内的土地房屋权属由市土地房屋行政主管部门登记，具体事务由其设立的登记机构办理。因此，原市国土房管局作为

本案被告，主体适格。

首先，关于陈思、蔡荣凤是否为本案适格原告的问题。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第六十一条“代理诉讼的律师和其他诉讼代理人有权调查收集证据”、《中华人民共和国律师法》第三十五条第二款“律师自行调查取证的，凭律师执业证书和律师事务所证明，可以向有关单位或者个人调查与承办法律事务有关的情况。”之规定，陈思、蔡荣凤作为魏洁静的代理律师，因为魏洁静民间借贷纠纷一案所涉法律事务，有权进行调查收集证据，以完成与委托事务有关的诉讼事务。因此，在原市国土房管局拒绝向陈思、蔡荣凤提供房屋查询信息时，陈思、蔡荣凤有权以原告资格向法院提起诉讼。

其次，关于原市国土房管局拒绝向二人提供房屋信息查询的合法性问题。原市国土房管局辩称其不向二人提供房屋查询信息，是因为二人未能提供被查询人的房屋坐落信息，其根据《房地产登记技术规程》的相关规定不予提供房屋查询合法。但陈思、蔡荣凤作为代理诉讼的律师，凭《受理案件通知书》、律师事务所介绍信、授权委托书、律师执业证等资料，根据《中华人民共和国民事诉讼法》第六十一条、《中华人民共和国律师法》第三十五条第二款的规定，向原市国土房管局申请查询涉案当事人的房屋查询信息，不动产登记中心应根据上述法律规定予以提供房屋查询服务。此外，就法律位阶而言，不动产登记中心拒绝提供房屋查询服务所依据的《房地产登记技术规程》，法律层级低于《中华人民共和国民事诉讼法》和《中华人民共和国律师法》，不动产登记中心应当根据立法法的相关规定，适用法律位阶较高的《中华人民共和国律师法》，向二人提供房屋查询服务。

综上，一审法院根据《中华人民共和国行政诉讼法》第七十四条第二款第（三）项之规定，判决确认原市国土房管局拒绝向陈思、蔡荣凤提供查询不动产登记信息的行为违法。

上诉人市规划资源局不服一审判决，上诉来院，请求撤销一审判决并依法改判。主要理由如下：1、一审判决中关于“陈思、蔡荣凤申请了查询”的事实认定错误，证据不足。上诉人认为陈思、蔡荣凤并未向重庆市沙坪坝区不动产登记中心提交查询申请表，也未曾取得该中心出具的不予查询告知书。且现有证据只能证明其到过上诉人办公场所，仅能认定为是一种咨询行为，不具有可诉性。2、一审判决适用法律错误。首先，即对《物权法》第 18 条规定的“利害关系人”的理解不宜过宽，只有因不动产的交易、继承、诉讼等涉及的利害关系人才可以申请查询、复制登记资料。其次，利害关系人查询的是不动产资料信息，而非查询有无不动产。第三，不动产资料信息与民间借贷纠纷的事实并无直接关系，不属于《民事诉讼法》第 61 条规定的证据范畴。第四，《房地产登记技术规程》是对上位法有关不动产查询的细化和明确，并非与上位法抵触。3、不动产信息涉及个人重大财产隐私，律师应当依法查询。不论是《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》、《房地产登记技术规程》，还是 2018 年 3 月 1 日开始实施的《不动产登记资料查询暂行办法》（国土资源部令第 80 号），均规定利害关系人（包括律师）的查询范围限于“以房查房”或“以房查人”。不动产登记资料既属于政府信息管理重要内容之一，又属于个人隐私重要内容之一，其资料信息的获取应当得到法律的保护和尊重。对于在诉讼中确需调查诉讼当事人个人财产信息的，律师可通过向人民法院申请取得调查令后进行查询。

被上诉人陈思、蔡荣凤辩称：1、被上诉人是本案适格的原告。根据我国《民事诉讼法》第六十一条“代理诉讼的律师和其他诉讼代理人有权调查收集证据，可以查阅本案有关材料”，再根据我国《律师法》第三十五条第二款“律师自行调查取证的，凭律师执业证书和律师事务所证明，可以向有关单位或者个人调查与承办法律事务有关的情况”等规定，调查取证权是法律赋予律师的重要权利之一，也是律师顺利执业、依法维护委托人合法权益的重要保障。被上诉人作为本案的具体行政行为相

对人，上诉人拒绝向二被上诉人履行法定义务，侵害的是被上诉人的调查取证权，被上诉人据此向一审法院提起诉讼，于法有据。2、上诉人在一审中已自认被上诉人曾向重庆市沙坪坝区不动产登记中心申请查询的事实，一审判决认定事实清楚，证据确实充分。在一审过程中，被上诉人举示了上诉人办公场所等照片，足以证明被上诉人曾向上诉人申请查询的事实。上诉人的一审答辩状中明确载有“二原告持法院《受理案件通知书》、介绍信、魏洁静出具的授权委托书、律师执业证到重庆市沙坪坝不动产登记中心查询冯某某房屋信息档案”，足以证明上诉人已经自认上述事实。3、被上诉人举示的录音证据合法有效，能够进一步证明被上诉人曾申请查询的案件事实。被上诉人举示的录音虽系被上诉人在未提前向对方明示的情况下私自录制，但获取的途径是在公共场所内。在录音过程中，被上诉人并未采用欺诈、胁迫等手段，所采取的录音方式也有别于未经他人允许，在他人住所等私人空间、隐秘场所等安装录音设备的偷录行为，故被上诉人的录音行为不属于法律明确禁止的方式。4、一审判决适用法律正确。上位法优于下位法，本案应适用《律师法》的相关规定。《不动产登记暂行条例实施细则》第九十七条第四款规定“因不动产交易、继承、诉讼等涉及的利害关系人可以查询、复制不动产自然状况、权利人及其不动产查封、抵押、预告登记、异议登记等状况。”上诉人认为，该法条应理解为“因不动产的交易、继承、诉讼等涉及的利害关系人”，前面的“不动产”不能作为后面“继承”“诉讼”的范围限制。《房地产登记技术规程》为行业标准，依法不具有强制执行效力。被上诉人依照《律师法》的相关规定，依法向上诉人申请查询，其无权以推荐性的行业标准拒绝被上诉人的查询。5、保护公民个人隐私和律师行使调查权并不冲突。上诉人以保护公民个人隐私为由，要求律师放弃自行调查的权利，转而申请法院、检察院等司法机关进行调查取证等方式，被上诉人认为，这不能成为阻却律师依法享有自行调查取证权利的依据。因此，请求驳回上诉人的上诉请求，维持一审判决。

被上诉人陈思、蔡荣凤在法定举证期限内向一审法院举示了以下证据：

1、照片 3 张；照片拍摄时间为 2018 年 2 月 23 日，办公场所的门上方标明了 406 字样。拟证明陈思、蔡荣凤于当日到过重庆市沙坪坝区不动产登记中心的办公场所并提出了查询申请，申请过程中提供的相关资料符合公示的相关要求。

2、受理案件通知书复印件；

3、律师介绍信；

4、授权委托书；

5、律师证复印件。

各方当事人在一审中提供并经质证的证据已随案移送本院。

二审期间，被上诉人陈思、蔡荣凤向本院补充提交了以下证据：

1、光盘一张；

2、录音内容整理一份。

上述证据拟证明：被上诉人向重庆市沙坪坝区不动产登记中心提出了申请，要求查询冯某某房屋信息档案。

对于被上诉人在二审期间补充举示的证据，上诉人认为不属于新证据，亦不能证明被上诉人向重庆市沙坪坝区不动产登记中心提交了书面查询申请表。

经审查，对于各方当事人在一审期间举示的证据，一审法院认证正确。对于一审认定的事实，本院依法予以确认。对于被上诉人在二审期间补充举示的证据，根据《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第五十二条之规定，“新的证据”是指在一审程序中应当准予延期提供而未获准许的证据等，被上诉人补充举示的证据形成于其提起一审诉讼前，且未向一审法院申请延期提供，故不属于新的证据，本院依法不予接纳。上诉人提出异议，认为现有证据不能证明被上诉人向重庆市沙坪坝区不动产登记中心提交过书面申请表，故被上诉

人提起本案诉讼不符合法定条件。根据行政诉讼法的规定，申请履行法定职责之诉，其前提在于行政相对人提出过申请。本案中，尽管被上诉人举示的证据不能证明其向重庆市沙坪坝区不动产登记中心提交过书面申请表，但足以证明其向登记中心工作人员提出过口头申请，登记中心工作人员明确告知其不能“以人查房”。基于这一事实，能够认定登记中心已经接受了被上诉人的口头申请且已进行了处理，行政争议已经形成。在此情形下，若拘泥于被上诉人未提交书面申请表而否定其提出了查询申请的事实，回避已经形成的行政争议，则将导致被上诉人重新提出申请、上诉人重新进行审查答复、案件再次进入诉讼程序，这样不仅造成程序空转、增加双方当事人诉累，而且不利于行政争议的解决，因此，本院对上诉人提出的该异议不予支持。

本院认为：律师主张在民事诉讼程序中查询对方当事人名下所有的房产信息是否具有法律法规依据是本案争议的焦点。对此，评析如下：

一、民事诉讼程序中，被诉当事人名下所有的房产信息并非民事诉讼中的“证据”。

律师收集、调取证据的执业权利依法受国家法律、法规保护，《中华人民共和国律师法》第三十五条即规定：“受委托的律师根据案情的需要，可以申请人民检察院、人民法院收集、调取证据或者申请人民法院通知证人出庭作证。律师自行调查取证的，凭律师执业证书和律师事务所证明，可以向有关单位或者个人调查与承办法律事务有关的情况。”为保障律师在民事诉讼程序中调查收集证据的权利，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十一条同时规定：“代理诉讼的律师和其他诉讼代理人有权调查收集证据，可以查阅本案有关材料。查阅本案有关材料的范围和办法由最高人民法院规定。”第六十四条第二款规定：“当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集。”根据上述法律规定，律师根据案情的需要，可以收集、调取证据，也可以调查与承办法律事务有关的情况。

就“证据”而言，通常为依照诉讼规则认定案件事实的依据。《中华人民共和国民事诉讼法》第六章就对证据专门予以规定，如第六十四条规定“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据”，第六十三条规定“证据必须查证属实，才能作为认定事实的根据”。本案中，被上诉人陈思、蔡荣凤系北京市大成（重庆）律师事务所律师，其接受案外人魏洁静的委托，代为处理魏洁静与冯忠芳民间借贷纠纷一案在审判和执行阶段的相关事宜，该民间借贷纠纷已经人民法院立案受理。被上诉人申请查询冯忠芳名下所有房产，其目的在于通过诉讼保全措施确保魏洁静主张的债权在得到判决支持后能够得以顺利实现。因此，被上诉人申请查询的事项与承办法律事务有关，但无论其是否取得该信息，均不影响该案的事实认定及判决结果，故冯忠芳名下所有的房产信息不属于民事诉讼中的“证据”。

二、本案被上诉人非涉不动产领域实体法规定的申请查询、复制不动产登记资料的主体范围。

我国实行不动产登记资料依法查询制度，本案被上诉人申请查询的是冯忠芳名下的所有房产信息，涉及不动产。《中华人民共和国物权法》第十八条规定：“权利人、利害关系人可以申请查询、复制登记资料，登记机构应当提供。”《不动产登记暂行条例》第二十七条规定：“权利人、利害关系人可以依法查询、复制不动产登记资料，不动产登记机构应当提供。有关国家机关可以依照法律、行政法规的规定查询、复制与调查处理事项有关的不动产登记资料。”《不动产登记暂行条例实施细则》第九十七条第四款规定：“因不动产交易、继承、诉讼等涉及的利害关系人可以查询、复制不动产自然状况、权利人及其不动产查封、抵押、预告登记、异议登记等状况。”根据上述规定，有权申请查询、复制不动产登记资料的主体有三类，分别为权利人、

利害关系人和有关国家机关。律师作为民间借贷纠纷的诉讼代理人，既不属于不动产的权利人，也不属于利害关系人。

被上诉人认为，魏洁静属于诉讼涉及的利害关系人，故被上诉人可以基于魏洁静的委托进行查询。但《不动产登记暂行条例实施细则》第九十七条第四款规定中的“诉讼”是“因不动产诉讼”，“诉讼”受到“因不动产”的范围限制，而本案涉及的民事诉讼是民间借贷诉讼，非“因不动产诉讼”，故魏洁静不属于上述规定所指的利害关系人。

三、即便是权利人、利害关系人申请查询、复制不动产登记资料，其能够查询、复制的范围亦有明确限制。

如前所述，仅有权利人、利害关系人才能根据当前涉不动产领域实体法规定申请查询、复制不动产登记资料。同时，其申请查询、复制范围也并非指向特定自然人名下的所有房产信息。根据《不动产登记暂行条例实施细则》第九十七条第三款“权利人可以查询、复制其不动产登记资料”的规定，权利人可以查询、复制的不动产登记资料限于其享有物权的不动产，换言之，权利人可以查询、复制自身名下的所有不动产登记资料。根据《不动产登记暂行条例实施细则》第九十七条第四款“因不动产交易、继承、诉讼等涉及的利害关系人可以查询、复制不动产自然状况、权利人及其不动产查封、抵押、预告登记、异议登记等状况”的规定，利害关系人可以查询、复制的范围也限于特定不动产的自然状况、权利信息和其他事项。

具体到本案，被上诉人陈思、蔡荣凤申请查询的是冯忠芳名下的所有房产信息，并未指向特定不动产，属于对特定自然人名下的不动产信息进行汇总，显然不符合上述实施细则所规定的查询范围。

四、律师主张在民事诉讼程序中查询对方当事人名下所有的房产信息，仍有赖于通过建立、健全完整和系统的律师权利保障体系予以实现。

当前涉不动产领域实体法之所以对申请查询、复制不动产登记资料的主体及范围作出限制，是在特定人群知情权与公民隐私权之间进行价值平衡后作出的制度安排，旨在避免公民的个人隐私权因不当查询受到侵害。当然，律师行使调查取证权并不必然侵害公民个人隐私权，但《中华人民共和国律师法》第三十五条对律师享有调查取证权仅是原则性规定，律师向有关单位或者个人调查与承办法律事务有关的情况，还需通过相应领域的实体法规定予以实现。本案被上诉人陈思、蔡荣凤申请查询冯忠芳名下的所有房产信息，即是因无相应实体法依据被不动产登记部门拒绝。尽管不动产登记部门仅是对陈思、蔡荣凤个人提出的申请予以拒绝，但其拒绝结果指向律师群体调查取证权的保障问题。立法层面，为保障律师的调查取证权，相关领域也在不断健全完善相应规定，如部门规章《不动产登记资料查询暂行办法》（2019 修正）即考虑到律师的调查权问题，其第二十二条就规定律师受相应当事人委托，可以比委托人查询更多的不动产登记信息，以满足律师办理相关案件的诉讼需求。司法实践中，律师调查取证权也逐步通过多种方式得以实现，如在民事诉讼环节，律师因客观原因不能自行收集证据，可通过申请人民检察院、人民法院收集调取；在民事案件执行环节，各地人民法院也通常可以依申请或是依职权向执行案件当事人的代理律师发出调查令，持令律师可以调查被执行人名下不动产、机动车辆、存款、理财等各种财产现状及其变动或者交易明细情况，进而充分发挥律师在执行程序中的重要作用。故而，律师群体的执业权利保障，如本案被上诉人所主张的在民事诉讼环节“以人查房”的权利，还须从立法层面上进一步修改完善。

综上所述，上诉人提出的上诉理由成立，一审法院适用法律、法规错误，其作出的确认违法判决应予撤销。根据《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、撤销重庆市巴南区人民法院（2018）渝

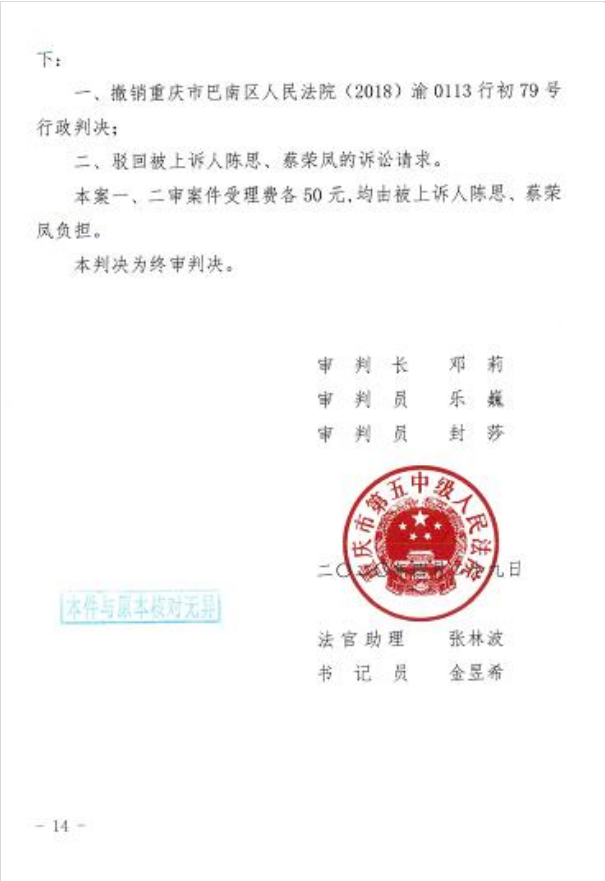
0113 行初 79 号行政判决；

二、驳回被上诉人陈思、蔡荣凤的诉讼请求。

本案一、二审案件受理费各 50 元由被上诉人陈思、蔡荣凤负担。

本判决为终审判决。

审判长　邓　莉
审判员　乐　巍
审判员　封　莎
二〇二〇年四月二十九日
法官助理　张林波
书记员　金昱希


下：

一、撤销重庆市巴南区人民法院（2018）渝 0113 行初 79 号行政判决；

二、驳回被上诉人陈思、蔡荣凤的诉讼请求。

本案一、二审案件受理费各 50 元，均由被上诉人陈思、蔡荣凤负担。

本判决为终审判决。

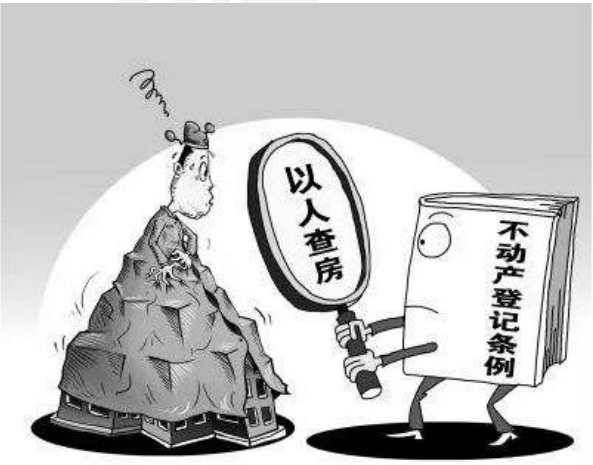
审 判 长　邓 莉
审 判 员　乐 巍
审 判 员　封 莎
重庆市第五中级人民法院
二〇[illegible]九日
本件与原本核对无异
法官助理　张林波
书 记 员　金昱希

- 14 -

南宁铁路法院裁判：律师无权“以人查房”——吴良述诉南宁市自然资源局不履行不动产登记资料查询法定职责案

2020-05-09 行政法

https://mp.weixin.qq.com/s/Olqmd7j5V9TOORtl5r7xhg



【裁判要旨】

《不动产登记资料查询暂行办法》第四条之规定，不动产权利人、利害关系人可以自行或委托律师或者其他代理人查询、复制不动产登记资料，但当委托律师或者其他代理人查询时，查询权利主体仍是不动产权利人、利害关系人，而非受委托律师或者其他代理人，故不动产登记机构提供查询与否与受委托律师或者其他代理人无利害关系。

【裁判文书】

南宁铁路运输中级法院
行政裁定书

（2019）桂 71 行终 128 号

上诉人(一审原告)吴良述，男，汉族，1979 年 4 月 8 日出生，住广西壮族自治区南宁市。

被上诉人(一审被告)南宁市自然资源局，住所地广西壮族自治区南宁市青秀区锦春路 3－1 号。

负责人郭维宁，该局局长。

上诉人吴良述因诉被上诉人南宁市自然资源局不履行不动产登记资料查询法定职责一案，不服南宁铁路运输法院（2018）桂 7102 行初 177 号行政判决，向本院提起上诉。本院依法组成合议庭，对本案进行了审理，现已审理终结。

一审法院查明，2018 年 9 月 17 日上午，吴良述持法院出具的受理案件通知书，广西中龙律师事务所律师调查专用介绍信，授权委托书，律师执业证等材料到南宁市自然资源局××湖路房产大厦××楼不动产登记中心要求查询相关案件当事人的不动产（房产）信息。该中心的工作人员审查了吴良述提交的全部材料后认为，吴良述查询的是他人的房产登记信息，吴良述及其委托人均不是被查询房产的权利人，且吴良述提交的材料不足以确定相关民事诉讼案件与申请查询的房产存在利害关系，不符合《不动产登记资料查询暂行办法》第十九条所规定的利害关系人的申请查询条件。即使吴良述的委托人是利害关系人，还应当提供利害关系人的身份证明材料，不动产的具体坐落位置、权属证书号或单元号等索引信息申请查询不动产登记资料，但吴良述均未提供相关材料及索引信息，因此不予受理吴良述的查询申请。吴良述不服，遂诉至法院。

一审法院认为，本案的争议焦点为：1. 吴良述是否是本案适格原告；2. 南宁市自然资源局是否有义务根据吴良述提交的信息以人查房；3. 南宁市自然资源局的行政行为是否符合法律规定。

关于第一个争议焦点。吴良述获得了委托代理律师的身份资格，根据代理案件的需要向南宁市自然资源局调查取证或申请公开相关信息，后其申请被拒绝，其认为其作为律师为代理的相关特定案件的调查取证权受到侵犯，依照《中华人民共和国行政诉讼法》第十二条之规定，其作为行政行为的相对方有权提起行政诉讼，是本案的适格原告，因此，对南宁市自然资源局的相关意见不予采纳。

关于第二、第三个争议焦点。国土资源部发布的《不动产登记资料查询暂行办法》即属于部门规章，是执行性或者补充性的行政规范。吴良述作为民事诉讼案件的代理律师，有权根据《中华人民共和国律师法》《中华人民共和国民事诉讼法》的规定，依法根据代理案件的需要向南宁市自然资源局进行调查取证，但该调查取证的权限也需要受到相关行政法律法规及部门规章的约束，除非该部门规章与上位法相冲突。而吴良述提出的律师有权就相关案件的当事人“以人查房”的主张，在法律及行政法规未有明确规定的情况下，参照部门规章制度实施符合法律规定，南宁市自然资源局没有义务根据吴良述提供的信息“以人查房”。南宁市自然资源局根据《不动产登记资料查询暂行办法》第八条、第九条、第二十三条、第二十四条的规定，要求吴良述提供不动产的具体坐落位置、权属证书号或单元号等索引信息，于法有据，因吴良述未能提供符合规定的申请材料，而不予受理吴良述申请查询的行政行为，符合法律规定。

综上，依照《中华人民共和国行政诉讼法》第六十九条之规定，判决驳回吴良述的诉讼请求。

上诉人吴良述上诉称，根据最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释第九十条、两高三部《关于依法保障律师执业权利的规定》第一条及第二条、《中华人民共和国民事诉讼法》第六十一条、《中华人民共和国律师法》第三十五条第二款之规定，南宁市自然资源局拒不配合律师调查取证的行为严重违反法律规定。根据《不动产登记暂行条例》《不动产登记暂行条例实施细则》的相关规定，南宁市自然资源局是依据行政法

规授权取得对不动产登记等事项履行管理职责的行政机构，并依据国家档案管理法律法规的规定以档案服务社会，吴良述无论是“以房查人”还是“以人查房”，都属于其法定职责和权力，且法律对此并未予以区分，相关单位、组织和个人都应当配合律师依法履行职务。南宁市自然资源局下属的不动产登记中心拒绝吴良述的查询请求，没有依据。综上，为维护合法权益，提起上诉，请求：1. 撤销一审判决，发回重审或径行改判支持其一审诉讼请求；2. 判决南宁市自然资源局承担本案全部诉讼费。

南宁市自然资源局在二审期间未作答辩。

二审期间，各方当事人均未提交新证据。经审查，本院确认一审法院确认的证据合法、有效，可以作为定案依据。根据以上证据和本案具体情况，本院二审查明的事实与一审法院查明的事实基本一致。

另查明，根据《南宁市机构编制委员会关于南宁市不动产登记机构调整设置等有关问题的通知》（南编[2015]227 号），成立南宁市不动产登记中心，由南宁市国土资源局管理，列为公益一类事业单位，承担南宁市本级不动产登记、查询等工作。

再查明，二审期间，根据《中共南宁市委南宁市人民政府关于印发<南宁市机构改革方案>的通知》（南发[2019]5 号），南宁市国土资源局的职责已整合到新××南宁市自然资源局，不再保留南宁市国土资源局。

本院认为，《不动产登记资料查询暂行办法》第四条之规定，不动产权利人、利害关系人可以自行或委托律师或者其他代理人查询、复制不动产登记资料，但当委托律师或者其他代理人查询时，查询权利主体仍是不动产权利人、利害关系人，而非受委托律师或者其他代理人，故不动产登记机构提供查询与否与受委托律师或者其他代理人无利害关系。本案中，吴良述系受委托律师，与南宁市自然资源局的案涉不动产登记资料查询行为无利害关系，不符合《中华人民共和国行政诉讼法》第二十五条第一款规定的原告资格，即不符合《中华人民共和国行政诉讼法》第四十九条第一项规定的起诉条件。而根据《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》第六十九条第一款第一项之规定，不符合行政诉讼法第四十九条规定，已经立案的，应当裁定驳回起诉。故对吴良述的起诉，应依法予以驳回。一审判决错误认定“吴良述系行政行为的相对方有权提起行政诉讼，是本案适格原告”，导致适用法律、法规错误而作出实体判决，依法应予撤销。综上，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、《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》第一百二十三条第一款第一项之规定，裁定如下：

一、撤销南宁铁路运输法院（2018）桂 7102 行初 177 号行政判决；

二、驳回吴良述的起诉。

吴良述预交的一、二审案件受理费各 50 元，分别由一、二审法院予以退还。

本裁定为终审裁定。

审判长　胡青兮
审判员　杨　斌
审判员　韦圆圆
二〇一九年八月十三日
法官助理　邹　鹏
书记员　廖志彪

附：相关法律、司法解释条文：

1.《不动产登记资料查询暂行办法》

第四条不动产权利人、利害关系人可以依照本办法的规定，查询、复制不动产登记资料。

不动产权利人、利害关系人可以委托律师或者其他代理人查询、复制不动产登记资料。

2.《中华人民共和国行政诉讼法》

第二十五条第一款行政行为的相对人以及其他与行政行为有利害关系的公民、法人或者其他组

织，有权提起诉讼。

第四十九条第一项提起诉讼应当符合下列条件：

（一）原告是符合本法第二十五条规定的公民、法人或者其他组织；

第八十九条第一款第二项人民法院审理上诉案件，按照下列情形，分别处理：

（二）原判决、裁定认定事实错误或者适用法律、法规错误的，依法改判、撤销或者变更；

3.《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》

第六十九条第一款第一项有下列情形之一，已经立案的，应当裁定驳回起诉：

（一）不符合行政诉讼法行政诉讼法第四十九条四十九条规定的；

第一百二十三条第一款第一项人民法院审理二审案件和再审案件，对原审法院立案、不予立案或者驳回起诉错误的，应当分别情况作如下处理：

（一）第一审人民法院作出实体判决后，第二审人民法院认为不应当立案的，在撤销第一审人民法院判决的同时，可以迳行驳回起诉；

判决：持离婚协议书可单方办理房屋转移登记手续！

2020-05-11 基层法官

https://mp.weixin.qq.com/s/X7IvvzarQxT20LtJ52HUGA

离婚协议约定房屋归一方所有，该约定系双方对夫妻共有财产的分割处置，不违反法律规定。一方持离婚协议书办理房屋转移登记手续，符合单方申请条件。本案判决意见，你同意吗？

审理法院：	新郑市人民法院
案　　号：	（2018）豫 0184 行初 7 号
案　　由：	行政不作为
裁判日期：	2018 年 03 月 30 日

【原告诉称】原告刘某于 2015 年 4 月离婚，离婚协议书中明确位于中牟县青年路中段广苑小区住房一套归原告所有，但是房产证原来登记的是原告前夫王某的名字，房产证未办理离婚析产登记到原告名下，2016 年 8 月王某因病去世。现原告持离婚协议书和死亡证明要求不动产中心将房子过户到原告名下，但是不动产中心以不符合不动产登记条例单方过户手续为由不予办理，并给出了受理建议。后原告到中牟县人民法院起诉所有继承人，不得已的情况下原告撤诉。原告的离婚协议真实有效，协议中有关房产的分割清楚明白，不存在异议。中牟县不动产中心片面的理解“物权登记生效主义”而否定原告对房屋的所有权，不给原告办理过户登记。原告刘某不服向本院提起行政诉讼，要求判令被告中牟县国土资源局对原告刘某要求将位于中牟县青年路中段广苑小区住房一套登记在其名下的房屋登记申请进行受理。

【被告答辩】被告中牟县国土资源局对原告刘某提交的证据提出以下质证意见：对证据的真实性没有异议，但对要证明的问题有异议，上述证据并不能证明涉案房屋应当是本案原告的。原告提交的证据五证明涉案房屋的所有权人是王某，王某婚生一女儿，从现有材料显示本案原告并未证明其是涉案房屋所有权人，故上述材料不符合不动产登记暂行条例第 14 条和 42 条规定的变更登记条件，涉案房屋的所有权证明显示该房屋是在 2017 年 11 月 29 日才解除抵押，在解押前是不具备办理变更条件的。

被告中牟县国土资源局辩称，一、被告中牟县

国土资源局不予受理登记申请的行为符合法律法规的规定。1、原告申请房屋登记的行为不符合单方申请登记的情形。在本案中，原告提供的《离婚协议》、《死亡证明》等材料，不符合法律法规的规定情形，不能单方申请登记。2、原告刘某申请登记时提交的材料不符合法律规定。原告刘某申请的离婚析产业务，涉及不动产的继承、析产等事宜，需要依据《不动产登记暂行条例实施细则》（自 2016 年 1 月 1 日起实施）第十四条规定和第四十二条规定提供相应的材料。原告刘某仅持离婚证、离婚协议书和死亡证明要求进行不动产登记的行为不符合上述规定。3、被告中牟县国土资源局出具《不动产登记申请不予受理告知单》、《受理建议》符合法律规定。原告依据《不动产登记暂行条例》（2 015 年 3 月 1 日施行）第十七条之规定，当场书面告知原告刘某不予受理，向其告知了需要准备的材料，提出了受理建议，符合法律法规的规定。二、原告刘某对涉案房屋是否拥有所有权尚不确定，需要通过法律规定的程序对涉案房屋所有权加以确定。离婚协议对于涉案房屋权属的约定不能产生物权变动效力，依照《物权法》第九条的规定，不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生效力；未经登记，不发生效力，但法律另有规定的除外。因此仅在离婚协议中约定该房屋所有权的归属而未进行产权登记不能发生物权变动的效力。根据《郑州市私有房产所有权登记申请表》显示，涉案房屋登记的产权人为王某，申请登记的时间为 2002 年 4 月 26 日，王某领取房屋所有权证的时间为 2002 年 4 月 30 日。根据原告与王某签订的《离婚协议书》显示二人的结婚登记时间为 2013 年 2 月 6 日。王某于婚前便已取得该房屋的所有权，王某已于 2016 年死亡。在遗产尚未分割完毕之前、涉案房屋未办理变更登记的情况下，不能贸然直接认定原告刘某为房屋所有权人。综上所述，被告中牟县国土资源局不予受理登记申请的行为符合法律法规的规定，故请求法院依法驳回原告的起诉。

【法院判决】本院认为，位于中牟县青年路中段北侧广苑小区 1 号楼东单元 6 层西户房屋于 2002 年 4 月 30 日登记在王某名下。2015 年 4 月 14 日，原告刘某与王某协议离婚，离婚协议约定本案所涉房屋归原告刘某所有，该约定系原告刘某与王某对夫妻共有财产的分割处置，不违反法律规定。王某在财产处置后去世，因此该房屋不属于王某的遗产继承范围，原告刘某起诉要求被告中牟县国土资源局履行为其办理本案所涉房屋的转移登记手续，符合单方申请条件，被告拒绝为原告办理房屋登记于法无据。被告不履行房屋登记法定职责理由不能成立，本院不予支持。依照《中华人民共和国行政诉讼法》第七十二条之规定，判决如下：

责令被告中牟县国土资源于本判决生效后起十五日内，对原告刘某关于中牟县青年路中段北侧广苑小区 1 号楼东单元 6 层西户房屋（房屋所有权证号为牟房权字第××号）的转移登记申请予以受理。

【丽姐说法】：本案是实务中经常遇到的一个问题，不仅是协议离婚，还有司法确认的人民调解协议、法院的民事调解书或判决去办理房屋转移登记时，登记部门会要求另一方也来签字，不受理单方申请。离婚案件关系恶化的，很多不予配合，登记离婚的需要再去法院起诉要求对方履行离婚协议书并协助办理转移登记手续，法院判决或调解的需再去执行局立案，由法院出具协助执行通知书方可办理。无论哪种形式，都增加了当事人的时间成本和诉讼成本，也浪费司法资源。

转自：丽姐说法

登记在未成年子女名下房产可否被执行丨审判研究 ilawtalk

原创：2020-05-12 审判研究 朱红祥
https://mp.weixin.qq.com/s/grdl491DyI5XjJ9jg08mLQ

裁判要旨

不动产登记证书记载的所有权人，是一种法律拟制事实，可以被真实的物权关系推翻。父母出资购买的房屋产权登记在未成年子女名下，未成年子女未举证证明系其劳动所得或因继承、奖励、他人赠与、报酬、收益等合法来源取得，应认定诉争房屋的真实所有权人为父母。

基本案情

郭某甲向一审法院起诉请求：1.确认郭某甲对 XX 房产 95%的份额享有所有权；2.终止对上述房产的执行。

一审法院认定：2014 年 4 月 24 日，占某起诉郭某、李某、xx 公司，请求判令郭某、李某、xx 公司偿还借款 700 万元（借期为 2014 年 1 月 27 日至 2014 年 3 月 26 日）。一审法院判决郭某向占某偿还借款 700 万元并支付自 2014 年 1 月 27 日起至法院指定的还款期限届满之日止的利息（按中国人民银行同期同类贷款利率的 4 倍计算），李某、xx 公司对上述款项的支付承担连带责任，该判决生效。之后，占某向一审法院申请强制执行，该院作出执行裁定书，裁定查封、拍卖包含本案诉争房屋在内的三处房产。郭某甲对诉争房产的执行提出异议。一审法院作出执行裁定，驳回了郭某甲异议，郭某甲向一审法院提起本案诉讼。

本案诉争房产系郭某、李某夫妻于 2010 年共同出资 10914653 元购买，房产面积 492.87 平方米。案外人郭某甲系郭某、李某婚生之子（1999 年 7 月 27 日出生）。诉争房屋于 2012 年 4 月 25 日办理房屋权属证书，权属证书登记该房产由李某和郭某甲按份共有（李某占 5%，郭某甲占 95%）。

另查明，2015 年 12 月 23 日在一审法院执行本案和另案过程中，郭某与占某、方某达成执行和解协议，明确被执行人郭某、李某同意以评估价 18166200 元将诉争房产抵偿给申请人方某、占某，但该协议未能履行。

另查明，2013 年 12 月 22 日，郭某与魏某签订《借款合同》，双方约定借款 2700 万元，同日，李某代表本人及郭某甲与魏某签订《最高额保证合同》，约定李某、郭某甲为此借款提供担保。该保证合同中约定：“鉴于郭某甲为未成年人，郭某、李某为其法定代表人，且郭某在《借款合同》中已明确同意郭某甲为相关借款的保证人，在本保证合同中李某作为郭某甲的代理人代为签署办理保证担保合同和相关手续。”

审判情况

一审法院认为，本案诉争房屋出资购买时，郭某甲年仅 11 岁，为限制民事行为能力人，其单独作出购买该房屋的意思表示显然与其年龄、智力不相适应，该民事活动应当认定为其父母即郭某、李某的意思表示，且 2015 年 12 月 23 日，郭某在一审法院执行笔录中曾承诺同意以评估价 18166200 元将诉争房屋抵偿给占某，这一行为足以表示郭某认为其与李某是诉争房屋的所有权人，对该房屋享有全部处分权，故郭某、李某在涉案房屋登记时作出了真实意思保留，将该夫妻共有房产登记在其子郭某甲名下。另外，从购房款出资情况看，郭某甲购房时其生活来源于郭某、李某，并无独立的经济能力，且诉争房屋购房款实际由郭某、李某支付。因此，诉争房屋的真实所有权人为郭某

及李某。据此，判决驳回郭某甲的诉讼请求。

郭某甲不服一审判决，向二审法院提起上诉。

二审法院认为，本案诉争房屋虽然由郭某、李某出资购买，但于 2012 年 4 月 25 日即办理了房屋权属证书，登记该房产由李某、郭某甲按份共有，李某占 5%的份额，郭某甲占 95%的份额。占某与郭某债权债务关系的形成时间为 2014 年 1 月 26 日，权属登记行为发生在债权债务关系形成之前。占某亦未提交其他证据证明郭某、李某将诉争房屋 95%的份额登记在郭某甲名下的行为系恶意串通、逃避债务，根据《物权法》第九条“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生效力；未经登记，不发生效力，但法律另有规定的除外”和第十七条“不动产权属证书是权利人享有该不动产物权的证明”之规定，郭某甲对诉争房屋 95%的份额享有所有权，对郭某甲的该项上诉请求，该院予以支持。据此撤销一审判决，确认郭某甲对诉争房产 95%的份额享有所有权。

占某不服，向省高级人民法院申请再审。该院指令二审法院重审。

二审法院重审认为，诉争房产系郭某甲的父母郭某、李某于 2010 年出资 10914653 元购买，2012 年 4 月 25 日诉争房屋中 95%的产权登记在郭某甲名下时，郭某甲年仅 13 岁，是未成年人，没有独立的经济来源，购房款全部来源于父母郭某和李某的夫妻共同财产。不动产登记证书记载的所有权人，是一种法律拟制事实，可以被真实的物权关系推翻。

现郭某甲主张其享有诉争房屋 95%的产权，需举证证明系其劳动所得或因继承、奖励、赠与、报酬、收益等合法来源取得，一审判决已查明诉争房产系郭某甲的父母郭某、李某以夫妻共同财产出资购买，在郭某甲未能举证推翻该事实的情况下，一审判决结合涉案房屋取得时的真实意思表示、出资情况，共同生活居住情况等进行综合判断，认定诉争房屋的真实所有权人为郭某及李某，并无不当。占某作为债权人根据生效判决申请执行诉争房屋并无不当。因此，郭某甲对案涉房产执行标的物不享有排他性的权利，其请求终止对上述房产执行的诉讼请求不能得到支持。据此撤销二审判决，维持一审判决。

法律评析

父母将房屋登记在未成年子女名下可能是赠与，也可能是为了规避债务的履行，真实意思并非赠与，还可能是其它原因。因此，房屋权属登记在未成年子女名下，并不意味着该房屋的真实权利人为未成年子女，应审查当事人购买房屋和办理权属证书时的真实意思表示。登记在未成年子女名下房屋产权归属有下列观点：

观点一：《物权法》第九条规定：“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生效力；未经登记，不发生效力，但法律另有规定的除外。”依据根据物权公示原则，按权属登记情况来确定权利人，把父母出资购买房屋登记在未成年子女名下的行为认定为父母对未成年子女的赠与，在夫妻离婚财产分割纠纷中大多作出上述认定。原二审判决即持此观点，本案权属登记发生在占某与郭某等债权债务关系形成之前，占某亦未提交其他证据证明郭某、李某将诉争房屋 95%份额登记在郭某甲名下的行为系恶意串通、逃避债务，郭某甲应对诉争房屋 95%的份额享有所有权。

观点二：不构成赠与，登记在未成年子女名下的房屋属于父母及子女的家庭共有财产。理由如下：未成年子女作为家庭成员之一，没有独立经济来源，日常生活尚且需父母供给。所以未成年子女名下财产除因继承、奖励、他人赠与（除父母以外）、报酬、收益等合法来源获得外，不论来源于父母任何一方，都具有家庭共有财产的性质，均不构成父母对未成年子女的赠与。这种观点一般出现在未成年子女提出执行异议的案件中。

观点三：综合分析购房时间、房屋实际使用情况判断是否构成赠与，否则认定为父母及未成年子女的家庭共同财产。

例如最高人民法院（2017）最高法民申 3404

号王雲轩、贺珠明再审审查民事裁定书中认为，王永权、姚明春以未成年子女王雲轩名义签订案涉房屋购买合同时间是 2010 年 11 月 2 日，王永权与贺珠明签订借款合同时间是 2012 年 8 月 24 日，王永权、姚明春将案涉房屋登记在王雲轩名下是 2013 年 6 月 4 日。案涉房屋一直由王永权、姚明春夫妻用于经营，明显超出王雲轩的基本生活需要。原审认定涉案房屋是父母及未成年子女的家庭共同财产并无不当。

对于物权公示原则，最高法院该份裁定书认为：《物权法》第十七条规定“不动产权属证书是权利人享有该不动产物权的证明。”第三十三条规定“因物权的归属、内容发生争议的，利害关系人可以请求确认权利。”据上述规定，不动产权属证书是权利人享有该不动产物权的证明，一般情况下，登记权利人即推定为实际权利人，但有证据证明购房款实际出资人不是登记权利人时，亦要根据实际出资情况确定房屋的归属。这种观点通过综合分析相关证据来确定是否赠与子女房产，比第二种观点更为严谨。本案一审判决，再审审查裁定和二审法院重审判决持此种观点。

一、房产权属的认定标准

根据《物权法》第十七条规定：“不动产权属证书是权利人享有该不动产物权的证明。”第三十三条规定：“因物权的归属、内容发生争议的，利害关系人可以请求确认权利。”据上述规定，不动产权属证书是权利人享有该不动产物权的证明。一般情况下，登记权利人即推定为实际权利人，但推定力不具有绝对的效力，可以提交证据推翻，有证据证明购房款实际出资人不是登记权利人时，要根据实际出资情况确定房屋的归属。

房屋权属登记系行政审查，属于行政确认而非行政确权，系行政机关对不动产权属关系及表现状态的认可和证明，其并不创设权利义务关系，当事人是否享有不动产的权利，取决于当事人之间的民事法律关系。诉争房屋权属应当结合房款支付、房屋交付、居住使用等情况分析当事人购房及办证时的真实意思表示。物权登记是确认不动产物权变动并将其公示的手段，不动产物权不是登记的产物，认为不动产物权由登记赋予的观点，与登记的本质相悖。

不动产登记分为对内效力和对外效力。对外效力是指根据物权公示原则，不动产物权经登记后，善意第三人基于对该登记的信赖而与登记权利人发生的不动产交易行为，应当受到法律保护，对内效力是指名义登记人与实际权利人之间对权属发生争议时，应当审查当事人的真实意思表示来确定真实的权利人。

就本案诉争房产，对外部第三人占某而言，郭某甲与郭某、李某夫妇之间为内部关系，将房屋登记在谁的名下，郭某、李某可以自由选择。基于此种情况，江苏高院 2018 年 6 月发布的《江苏省高级人民法院关于执行疑难问题的解答》认为：“对于被执行人未成年子女名下与其收入明显不相称的较大数额存款，登记在被执行人未成年子女单方名下的房产、车辆或者登记在被执行人和其未成年子女名下的房产等，执行法院可以执行。”

二、将房产登记在未成年子女名下可否认定为父母对未成年子女的赠与

《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）》第一百二十九条规定：“赠与人明确表示将赠与物赠给未成年人个人的，应当认定该赠与物为未成年人的个人财产”。根据该条司法解释规定，未成年子女虽然没有独立民事行为能力和经济来源，但并不影响其通过接受赠与和继承获得财产。

根据《民法通则》第十八条规定：“监护人应当履行监护职责，保护被监护人的人身、财产及其他合法权益，除为被监护人的利益外，不得处理被监护人的财产……”根据该条规定，未成年人受赠和继承的财产独立于父母的财产，对受赠财产享有独立的收益，父母作为监护人，不能损害其合法的

财产权。父母为债务人时，债权人亦不得对此类财产申请执行。

一般而言，如果父母与未成年子女有书面的赠与协议等明确的赠与意思表示，父母为债务人时，债权人只能以父母作为债务人无偿或者低价转让财产损害债权人利益为由提起撤销权之诉，由法院审查是否符合撤销条件。如果父母与未成年子女的赠与发生在债权人与作为债务人的父母之间的债权债务关系发生之前，债权人的撤销权之诉可能不会得到法院支持。由于债权人出借款项时，债务人对债权人的资信审查不严，诉争房产并非债务人的责任财产，债务人没有清偿能力的相应后果应债权人自行承担。

由于父母将房产登记在未成年子女名下，可能基于各种原因，并非均为赠与，对双方是否构成赠与应严格审查，不能依据签订商品房买卖合同的买受人系未成年子女以及房产证登记权利人为未成年子女认定赠与合同的成立及履行。对该主张，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第九十条关于举证责任的规定，未成年子女应承担举证责任。

本案中，郭某甲主张诉争房屋系父母赠与，但双方并无赠与协议，因此对是否构成赠与应严格审查。该赠予中，赠与人是郭某、李某，代表受赠人郭某甲接受赠予的法定代表人亦是郭某、李某，实际属于自我交易。诉争房屋登记在郭某甲名下，与登记在郭某、李某夫妻名下，对郭某、李某对诉争房产行使权利没有影响。郭某与占某、方某（另案当事人）曾达成以诉争房屋抵债的和解协议。郭某与魏某借款的另案中，郭某和李某代表郭某甲对向郭某借款提供担保。因为父母系未成年子女的监护人，登记在子女名下的房产，父母作为监护人可以处置。如果在房产上负有义务时父母可能代表未成年子女提出异议，明显违背诚信。

三、在父母作为债务人的执行案件中，债权人能否直接申请执行登记在未成年子女名下财产

有观点认为，未成年子女并非父母债务纠纷的当事人，法院不能向被执行人以外的主体执行。执行奉行形式审查，基于审执分离原则，执行程序中不得随意认定登记在子女名下财产为父母财产。这种观点有一定道理。但在执行难的情况下，如果未成年子女对执行提出异议，可以适用《民事诉讼法》第二百二十七条审查处理，赋予未成年子女通过执行异议的途径救济。

在执行异议之诉中，根据《物权法》等相关法律及司法解释，法院作实质审查，完全可以保障未成年子女权益。如对法院的告知置之不理或未提异议，可以视为以默认的形式认同其名下的房产系父母共同财产，理当可以执行。如果在执行过程中，为了逃避债务，作为被执行人的父母将登记在自己名下的财产转移登记在未成年子女名下，属于恶意转移资产，逃避执行。执行法院可以执行该财产，并可追究其拒不履行判决裁定罪的刑事责任。

原创序号：案边手记 113

核校：简牍

老房拆迁获补助 老母亲和子女闹意见

540 万拆迁款究竟该怎么分

2020-05-20 来源：北京晚报 第 14 版

http://bjwb.bjd.com.cn/html/2020-05/20/content_12462506.htm

2014 年，吴老太的一套已购公房面临拆迁，拆迁利益中最大一笔是 540 多万元的补助款。然而，这笔巨款被分割后，老人和子女多次对簿公堂。540 万元属于吴老太一人，还是也包括户籍在老房上的子女？

拆迁公司称 540 万元的拆迁款没有写入书面合同，钱直接打给了吴老太，这让家庭纠纷缺少了关键证据。5 月 6 日，在北京二中院法官的主持下，老人和子女以及拆迁公司的纠纷进行了二审阶段的视频开庭，97 岁高龄的吴老太没有露面。

■老房拆迁

老人和子女分割 560 万元

吴老太丈夫早年间去世，育有两儿两女，大儿子李铭也于 2012 年去世。老人租住在位于西城区潘家胡同的一套公房，后出资购买。李铭一家三口（拆迁时李铭已去世）以及二女儿李霞一家三口的户籍也在老房上。

2014 年，老房面临拆迁，吴老太作为被拆迁人，与拆迁方签订补偿协议。之后，吴老太收到拆迁款 560 万元。

拆迁公司解释，这笔款项包括两部分，一是根据《拆迁评估报告》确定的补偿额 18 万多元，这笔钱款在上述协议中写明；二是综合补助款 540 多万元，其中包括房屋的区位价、市场评估差价、家庭困难补助等，这笔钱没有签订任何书面合同。

之后，吴老太的弟弟吴晓出面主持，将 560 万元拆迁款及利息分割：吴老太 60 多万元、吴老太大儿媳妇郭兰 125 万元、吴老太二女儿李霞一家 357 万多元（李霞 213 万多元、丈夫 144 万多元），吴晓自己 25 万多元。

分割完拆迁利益后，吴老太便和自己小儿子李亮一家共同居住。

■闹上公堂

是否还有一份合同成焦点

时隔四年，2018 年，吴老太一纸诉状将上述拆迁利益的获得者诉至朝阳法院，诉由是不当得利纠纷，要求他们返还拆迁款。

吴老太的小儿子李亮担任了她的诉讼代理人。李亮认为，舅舅吴晓在分割拆迁款时自己母亲并不知情，更未认可。

庭审中，被告方称，当时分割拆迁款是经过老太太同意的，这笔钱不属于老太太一人，而是属于这套房子的共同居住人。

朝阳法院一审认为，被告的主张属于拆迁安置补偿合同纠纷，不属于本案审理的范围，当事人可另行主张。法院最终支持了吴老太的诉求，被告方不服上诉，北京三中院二审维持原判。

拆迁款到底属于谁呢？一二审法院都曾向拆迁公司调查和取证。该公司法务人员及出具的《案件情况说明》称，被拆迁人就是吴老太，钱是给老人的，和其他的人没有关系，拆迁款由被拆迁人自行处理，与公司无关。

然而，被告方认为，目前的拆迁档案是不完整的，必然还有一份关于 540 万元的合同，只有查明这笔拆迁款对应的拆迁合同，才能够确定本案的法律关系是否属于不当得利。

目前，该案被告已向北京三中院提交了再审申请，法院已向当事人发出应诉通知书。

■再起波澜

二女儿一家又将母亲告了

2019 年，二女儿李霞一家三口作为原告，以房屋拆迁安置补偿合同纠纷为由，将母亲吴老太和拆迁公司诉至西城法院，因为是拆迁利益获得者，大儿媳妇郭兰和女儿也成为被告。

三名原告要求吴老太返还拆迁利益各 90 万元，共计 270 万元。审理过程中，法院将案由变更为共有纠纷。

被告拆迁公司再次表示，涉诉房屋的被拆迁人就是吴老太一人。至于原告认为自己是房屋的共居人，应该分割拆迁利益，这属于家庭内部矛盾。

西城法院审理认为，在案证据证明被拆迁人是

吴老太，涉案协议中均未见给予户籍人口或共居人口拆迁补偿的约定，因此，拆迁款属于吴老太。

但因为拆迁公司称，540 万元的拆迁款中一部分是困难补助，且在《拆迁困难补助申请表》中，吴老太表示自己和孙女（郭兰女儿）、外孙女（李霞女儿）经济上有困难。因此，西城法院认为 540 万元中有外孙女的一部分困难补助，酌定为 50 万元，一审判决驳回三名原告其他诉求。

原被告都不服一审判决，提起上诉。

■二审焦点

到底谁才算被安置人？

5 月 6 日，该案二审在北京二中院远程视频开庭，吴老太仍未出庭。

针对这一情况，老人的大儿媳妇郭兰的代理律师、北京市京师律师事务所范辰律师说，吴老太已经 97 岁高龄，且患有老年痴呆症，不具有完全民事行为能力和诉讼能力，应该进行精神鉴定。一审法院并未核实本案的起诉是不是吴老太真实意思表示。

李亮则称，母亲神志清醒，可以沟通，能表达自己的真实意思。

庭审中，原被告都认可涉案六人的户籍都在老房上，除吴老太外，其他五人是否为被安置人呢？各方观点不一。大儿媳妇和二女儿都自称自己与老人共同生活，是共居人，也是被安置人。但吴老太认为，他们只是轮流前来照顾，并非常住，因此不能算作被安置人。

至于 540 万补助款是否有书面合同，被告拆迁公司称这在当时是一种特殊的处理方式，并非普遍情况，因此没有相关档案。

此案未当庭宣判。（文中当事人均为化名）本报记者 张宇

关于《放弃房屋共有权声明》的法律风险提示

2020-05-23 蓉城少审

https://mp.weixin.qq.com/s/PtwCnwnPE3abi64iGd8sTQ

本文转自：锦城家事

近段时间以来，成都市部分婚姻家事专业律师在办理离婚纠纷等案件过程中，遇到多起当事人曾因限购政策、银行要求等原因对夫妻关系存续期间所购买的房屋发表《放弃房屋共有权声明》（简称声明）的情况。声明的主要内容为：声明人对婚姻关系存续期间所购买的房屋放弃共有权，对房屋登记为另一方单独所有无异议。其中，有的声明还办理了公证手续。从目前所掌握的情况来看，在离婚、继承等纠纷中均可能对声明及所涉房屋发生争议，因声明导致的纠纷有增多趋势。

典型案例

张某（女）与李某（男）婚后于 2014 年购买位于成都市某区家具产业园内商铺一间，备案登记于张某名下，至今未获得产权证书。同期，李某在公证处作出公证声明，声明该商铺系张某单独所有。

现因双方感情不和，张某诉至法院要求离婚并分割夫妻共同财产。案件审理中，双方就该商铺是否作为夫妻共同财产分割产生争议。张某认为商铺应归其单独所有，属于婚内赠与，而李某对此不予认可。

一审法院认为，备案登记在张某名下的商铺因存在公证赠与合同，李某不享有撤销权，故该商铺系张某的个人财产，不作为夫妻共同财产进行分割。

二审法院认为，公证声明书明确载明商铺系张

某单独所有，李某不享有所有权。法律明确规定了赠与人撤销赠与，仅限于没有经过公证的赠与合同。二审中，李某未提供证据证实在赠与之后，其生活、经济上发生了重大变化，生活困难或经济拮据等情形。因而对其提出上述房屋应作为夫妻共同财产予以分割的主张，无事实和法律依据，不予支持。

为此，成都市部分婚姻家事专业律师对该问题进行了法律研讨，以离婚纠纷这一典型情形进行分析。现将声明所涉法律风险作出如下提示，供公众参考：

一　风险分析

我们认为，虽然《放弃房屋共有权声明》的名称中有“放弃”一词，但声明人明显没有使之成为无主物的意思，并非法律意义上的“抛弃”共有权。从声明的内容来看，该声明的性质可能为夫妻财产约定或者赠与合同。而从目前我们所搜集到的判例来看，两种观点均有相应的判例支持。

在离婚纠纷中，声明人通常会提出声明系基于限购政策、银行要求而作，弃权并非其真实意思，并主张房屋仍应作为夫妻共同财产进行分割。我们认为，该主张存在诸多法律障碍，难获支持：

1. 如将声明作为夫妻财产约定

《婚姻法》第十九条第二款规定“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。”据此，声明人难以推翻约定内容。

2. 如将声明作为赠与合同

在声明已公证或房屋已经完成不动产登记的情况下，声明人均无法主张《合同法》第一百八十六条所规定的任意撤销权。声明人要撤销赠与唯有根据《合同法》第一百九十二条所规定的法定撤销权或第一百九十五条所规定“穷困抗辩权”。但二者均有严格的适用条件，声明人很难举证证明相应事由成立。

3. 声明公证的影响

根据《公证法》、《公证程序规则》的规定，公证机构在办理公证过程中应当告知声明的法律意义与后果，但仍不排除部分当事人以为该公证声明只是配合银行办理贷款手续而已，实际上并未真正了解声明产生的法律后果。

而《民事诉讼法》第六十九条规定“经过法定程序公证证明的法律事实和文书，人民法院应当作为认定事实的根据，但有相反证据足以推翻公证证明的除外。”据此，在办理声明公证的情况下，除可能被认定为公证赠与外，声明人也很难通过主张非本人真实意思而推翻声明内容。

综上，声明人一旦发表《放弃房屋共有权声明》，声明所涉房屋在离婚纠纷中便极有可能被认定为夫妻另一方的个人财产。从目前我们所搜集到的相关判例来看，法院的观点也均如此。

二　法律建议

有鉴于此，为预防风险、避免纠纷，我们提出如下建议供公众参考：

1. 对确有意愿将房屋约定为夫妻一方个人单独所有的，建议双方通过夫妻财产约定方式进行。

2. 对已发表声明但并无意愿将房屋约定为夫妻一方单独所有的，建议双方及时通过夫妻财产约定将所涉房屋约定为夫妻共同财产。

3. 为确保夫妻财产约定效力，建议由律师代拟夫妻财产约定条款。根据具体情况，当事人还可以办理夫妻财产约定公证手续。

特别声明：本法律风险提示系部分律师基于当前情况就一般情况所作的私人、公益性风险提示。相关风险分析与法律建议仅供公众决策参考，并非讨论律师对该问题的最终观点及个案意见。

问题提出人（执笔人）：蒲毅

讨论律师：唐应欣、张洪、胡小敏、杨竹一、郭海燕、陶建英、龚霞

2020 年 5 月 21 日

审核：祝颖哲

不动产转移登记，配偶是否必须到场申请

原创：2020-05-25 中国不动产官微 石晨谊
https://mp.weixin.qq.com/s/7POnfNEn3IL7LRUZSThLmw

地方案例

甲、乙系夫妻，婚姻期间甲向丙地产公司购买房屋，并办理过户，登记为甲单独所有。后甲将房屋卖给丁，并办理了房屋过户转移登记。房价上涨后甲欲毁约，唆使乙以该房产过户登记未经其到场共同申请为由，向法院提起行政诉讼，要求确认登记行为违法，并撤销不动产转移登记。

一审法院告知原告应当先行解决民事争议，裁定驳回起诉。原告上诉。二审法院认裁定撤销一审裁定，指令一审法院继续审理。后一审法院以现场走访窗口询问需要配偶到场判决登记机构败诉。登记机构上诉，二审法院以申请人庭审确认该房屋属于夫妻共有财产，判决登记机构败诉。

这个案例涉及婚内财产与不动产登记的效力和审查范围等问题，虽然由来已久，但一直没有得到立法的回应，地方法院判决也多有不同。

01 登记效力以《物权法》为界

不动产登记的效力以《物权法》为界分为两个阶段。《物权法》施行前，《土地管理法》《城市房地产管理法》及据其制定的《土地登记规则》《城市房屋权属登记管理办法》都规定，土地和房屋的登记是相关行政主管部门代表政府依法确认土地、房屋产权归属关系的行为。类似托伦斯登记制度，登记机构对土地登记进行实质性审查，土地权利一经登记便有不可推翻的效力。所以时至今日，包括最高人民法院判决都认为登记是一种行政确认。

《物权法》大大推进不动产统一登记进程。其将不动产登记与不动产物权的行政确认区分开来，将登记作为物权法定公示手段，并派生出不动产登记推定真实的效力。之后《土地登记办法》和《房屋登记办法》也明确土地、房屋登记是指将权利等事项记载于登记簿的行为。《不动产登记暂行条例》（以下简称《条例》）沿袭了该定义。

《物权法》的第 16 条规定，在民法学上一般称为权利正确性推定原则，指在登记簿上记载某人享有某项物权时，推定该人享有该项权利，其权利内容以登记簿为准。

我国的登记制度通说更接近德、瑞等国的权证登记制，法律行为和登记的双重法律事实决定不动产物权变动的效力。而澳大利亚等国的托伦斯登记制，则“由登记而获得土地权利”。因此最高法院在司法解释中曾明确不动产权利归属由基础法律关系而非登记决定。登记有其高度的证明效力，但不是不可以推翻的，这与托伦斯登记有所不同。这就产生了一个问题，如果登记簿记载不能信赖，谁敢买房子。善意取得制度解决了这个问题：即使登记簿记载有误，善意第三人依然可以依据记载从名义上的权利人手中取得不动产权利。也就是说，在对世和对人的效力冲突时，法律更倾向于维护市场交易中不特定第三人的利益，而非实际权利人的利益。

02 夫妻财产约定法定公示制度

现行的《婚姻法》对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归属，规定以夫妻财产约定优先，没有约定或约定不明确的，适用法定的制度。此次《民法典》基本沿袭，增加了婚内一方所负债务清偿的例外规则。相对人知道夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有的，夫或者妻一方对外所负的债务以夫或者妻一方的个人财产清偿；反

之一方所负债务应由夫妻共同清偿。据 2019 年 3 月北京市第一中级人民法院通报显示，男方要求女方共同承担债务的情况在涉夫妻共同债务家事案件中占 73%。但由于缺乏法定公示手段，相对人无从得知夫妻是否有约定财产制度及约定内容，该条并不能发挥应有的作用。

法律明确夫妻财产约定对双方具有法律约束力，亦即该约定属于合同债权。根据合同相对性，合同约定只在当事人间发生效力，产生的是请求权。如果要产生物权转移的效力，还需要经过不动产登记。不动产登记作为物权公示手段，有法律明确赋予的权利推定效力和保护第三人的善意取得制度，在保护交易安全、减少交易成本方面有不可或缺的作用，其效力应大于夫妻财产约定，这也是物权对世效力大于债权对人效力的体现。《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》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。"这里用的是免征而非不征，意即此类情形属于契税征收范围，即不动产权属发生转移的情形，也有力证明夫妻财产约定不会发生物权转移的效果。

很多国家地区要求婚内财产约定要登记公示方产生对抗第三人的效力，有的还规定修改约定必须经过批准，甚至禁止夫妻在婚姻关系成立后订立或改废夫妻财产制契约。中国台湾地区法学家戴炎辉等指出，"盖就外部关系而言，负债的配偶于结婚存续中，可订立或改废夫妻财产制契约，将其财产所有权转移给他方配偶，期以达到诈害债权人的目的。就内部关系而言，专横自私的一方配偶，就有机会逼迫他方，订立或改废于己有利之夫妻财产制契约，使善良一方被欺凌压榨。"中国台湾地区还规定，夫妻财产制契约之订立、变更或废止，非经登记，不得以之对抗第三人。瑞士民法典规定，依夫妻财产企业或依法官的处分而设定的夫妻财产关系，及配偶之间有关妻的携入财产或有关共同财产的法律行为，经在夫妻财产制登记簿上登记并公告后，始对第三人发生法律效力。任何人均有权阅览夫妻财产制登记簿或索取其中段落的誊本。日本民法典规定，夫妻订有法定财产制相异的契约时，除非于婚姻申报前进行登记，不得以之对抗夫妻的承受人及第三人。变更管理人或分割共有财产时，除非进行登记，不得以之对抗夫妻的承受人及第三人。《婚姻法》修订或者《不动产登记法》制定时应考虑到夫妻财产协议的公示方式，明确夫妻财产约定的效力。

03 独有不动产转移登记时无需配偶到场

婚姻期间不动产转移问题一直困扰着登记机构。分散登记时期，房产登记部门有审查所谓的"隐形共有人"，如果已婚，则需要夫妻双方共同申请办理房产转移登记。统一登记后，相关规定并未要求审查转移登记申请人的婚姻状况，国务院也多次督查各地是否擅自增加没有法律法规依据的申请材料。目前民政部门共享的婚姻信息并不全面，如果要求一方售房必须另一方到场，则每个达到法定婚龄的申请人必须提供婚姻证明。而 2018 年国务院大督查将此作为重点通报了某地登记机构违法要求提供婚姻证明的情形。

具体到本案，不但登记机构不得要求男方提供婚姻证明乃至另一方到场，法院行政庭也不能受理此案。由于不动产登记具有对世性，女方并非不动产登记簿的权利人，也没有在购房合同中签字。女方如果要作为不动产登记行为的相对人，必须证明双方没有签订财产协议，或者签订协议约定不动产作为女方单独所有或双方共同共有。但在行政诉讼起诉中，人民法院审查的是登记行为的合法性。女方应先提起民事确权诉讼，确认其为该不动产的权利人后方可作为登记行为相对人提起行政诉讼。（2017）最高法行申 169 号行政裁定认为，只有主观公权利（即公法领域权利和利益）受到行政行为

影响时，存在受到损害的可能性的当事人才与行政行为具有法律上的利害关系，才形成行政法上的权利义务关系，才具有原告主体资格（原告适格）。因此第一次一审法院不予受理是正确的。

按照《条例》的规定，申请人需对申请材料的真实性负责。登记机构无从审查双方的婚内协议情况。由于双方并未离婚，如果该不动产约定或法律规定为共同财产，房产转移后女方并未发生损害，售房所得属于夫妻双方共同财产。退一步来说，男方低价出售导致房产价值减少，按照《物权法》规定，男方提交虚假材料导致登记发生错误，登记机构可以向男方追偿。而该笔债务属于夫妻共同债务。因此一、二审法院判决不符合规定，且可能引发后续想要违约的售房人效仿并提起对登记机构的诉讼。

本案中购房合同只有男方名字，并且男方在申请登记时的询问笔录中已经明确表示不动产属于男方单独所有，登记机构按照登记簿记载为单独所有的不动产办理转移登记，无权也无需要求配偶到场。当然如果登记为共同共有，则必须要配偶共同提出申请无疑。

作者单位：福建省自然资源厅自然资源确权登记处（不动产登记局）

编辑：高荣唱
供图：牙璞
审定：李军晶

夫妻一方出卖房屋被确认无效后应恢复原状
——杨 X 禄、杨 X 诉杨 X 琴确认合同无效纠纷案

原创：2020-05-22 法律家
https://mp.weixin.qq.com/s/H5XTdR3RM3nBPTgeKOHuXw

【中 法 码】房地产法学 •房地产交易制度 •房地产转让 • 房屋买卖 • 买卖合同 • 合同效力 • 恶意串通 (r070202060304)

【关 键 词】民事 确认合同无效 夫妻 婚姻关系 存续期间 购买 共同财产 明知 亲戚 应当知道 付款凭证 举证 恶意串通 合同无效 登记 权利人

【学科课程】房地产法学

【知 识 点】恶意串通 无效合同 恢复原状

【教学目标】掌握恶意串通的概念，明确房屋买卖合同无效的法律后果。

【裁判机关】重庆市第五中级人民法院

【程序类型】民事二审

【案例效力】★★★☆☆被《人民法院报》2014 年 5 月 22 日刊载

【案例信息】

【案　　由】确认合同无效纠纷

【案　　号】(2013)渝五中法民终字第 00042 号

【上 诉 人】杨 X 琴（原审被告）

【被上诉人】杨 X 禄 杨 X（均为原审原告）

【争议焦点】

夫妻双方于婚姻关系存续期间共同购买房屋，但房屋登记在一方名下。夫妻一方未经对方同意，将上述房屋出卖给其亲属，该亲属对房屋为夫妻双方共有的事实系明知，且其无付款凭证。在上述情况下，可否认定房屋买卖合无效；若合同无效，应否将房屋恢复至出卖前的状态。

【裁判结果】

一审法院认定：杨 X 琴系未经杨 X 伦同意而将

其与杨 X 伦所有的夫妻共同财产出售给孙 X，构成了对杨 X 伦财产权利的侵害，具有主观恶意，事后亦未得到杨 X 伦及其继承人的追认。作为杨 X 琴是侄女，应推定其与杨 X 琴夫妻的往来交密切，故其对杨 X 琴所出售房屋系夫妻共同财产应当明知。孙 X 在对杨 X 琴单方出卖房屋明知的情况下，低价购买房屋，二人的上述房屋转让行为属恶意串通，转让合同无效。杨 X 伦现已去世，故其房屋共有权应由杨 X 禄、杨 X 继承。

一审法院判决：房屋买卖合同无效；孙 X 将房屋返还给杨 X 琴及二原告。

杨 X 琴不服一审判决，提起上诉。

二审法院判决：房屋买卖合同无效，将该房屋恢复登记于杨 X 琴名下。

【裁判要旨】

夫妻双方在婚姻关系存续期间内，共同购买的房屋，虽登记在夫妻一方的名下，但仍属双方的共同财产。而夫妻一方未经另一方同意，将上述共有房屋出卖给其亲戚，且无证据证明另一方对其出卖房屋系明知。另外，房屋出卖人的亲戚对该房屋属于夫妻双方共有的事实应明知，且未对其付款凭证进行举证，此时该房屋买卖合同应属恶意串通签订，应认定为无效。在该合同宣告无效后，应将房屋恢复出卖前的状态，再次登记在原权利人名下。

【法理评析】

依据《中华人民共和国合同法》的有关规定：恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的合同无效。其中，恶意串通是指在买卖活动中，双方以损害他人利益为目的，弄虚作假的违法行为。认定恶意串通，应当符合以下条件：第一，当事人对损害国家、集体或者第三人利益在主观上为故意的，即明知其行为会造成损害而故意为之，具有恶意。第二，当事人通过事先通谋而实施的损害国家、集体或者第三人利益的行为，即要求当事人具有共同目的，可以表现为双方达成一致意见，也可以表现为一方作出明确意思表示，另一方以默示方式表示接受。第三，当事人实施的行为，在客观上造成了国家、集体或者第三人利益受损的结果出现。鉴于此，夫妻关系存续期间内取得的财物，如无特别约定，均属夫妻共同财产，夫妻双方具有平等的所有权，一方处置财产应获得对方的同意或事后追认。夫妻一方未经对方许可出售夫妻共有财物，事后未取得追认，且购买人并非善意购买，则属恶意串通，该财产出售合同应认定为无效。综上所述，在将上述财物买卖合同确认无效后，应将被出售的财物返还给原所有人，即夫妻双方，若登记在一方名下的，亦应再次登记在该人名下。

就本案而言，涉案房产系杨 X 琴与杨 X 伦在夫妻关系存续期间内所购买，虽登记在杨 X 琴一人名下，仍属夫妻共同财产，杨 X 琴若处分该房屋应经杨 X 伦同意。但杨 X 琴未经杨 X 伦同意即出卖了涉案房屋，且无法举证杨 X 伦对其出卖房屋系明知。孙 X 作为杨 X 琴的侄女，对涉案房屋系杨 X 琴与杨 X 伦的夫妻共有财产应系明知的，在此情况下，孙 X 购买了涉案房屋，且无法提供付款凭证，并非属善意购买人。综上，涉案房屋买卖合同应认定无效。将房屋恢复登记在杨 X 琴名下。

【适用法律】

《中华人民共和国合同法》第五十二条 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。

第五十九条 当事人恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的，因此取得的财产收归国家所有或者返还集体、第三人。

【释评汇注】

恢复原状作为合同无效、合同被撤销、合同解除的法律后果之一，应用广泛。但因恢复原状在我国法律体系中并无一个完整的结构体系，适用标准

不一，故审判实践中，正确理解和适用恢复原状这一惩罚措施，需考量以下几个因素：（一）恢复原状的范围大于返还财产，在无过错方受有损失时，过错方除恢复原状外还须承担损害赔偿责任。（二）当恢复原状请求权不能完全保护请求人的合法利益，或会导致请求人经济利益受损，抑或损害公共利益以及法律的正当性，且不能恢复原状或者恢复原状明显有重大困难时，不予支持请求人恢复原状的请求。（三）对于不宜采取恢复原状措施时，法官应当向请求人释明。当事人通过损害赔偿请求权保护自己合法权益，通过要求以金钱赔偿来弥补自己损失的，应予支持。

【法律文书】

民事起诉状 民事答辩状 民事上诉状 民事上诉答辩状 律师代理意见书 民事一审判决书 民事二审判决书

【思考题和试题】

1. 简述恶意串通的构成要件及法律后果。

2. 试述法律关于合同无效情形的规定。

3. 简述恢复原状的概念及适用情形。

【裁判文书原文】(如使用请核对裁判文书原件内容)

《民事判决书》

上诉人（原审被告）：杨 X 琴。

被上诉人（原审原告）：杨 X 禄。

被上诉人（原审原告）：杨 X。

上诉人杨 X 琴因与被上诉人杨 X 禄、杨 X 确认合同无效纠纷一案，不服重庆市大渡口区人民法院(2011)渡法民初字第 04068 号民事判决，向本院提起上诉。本院依法组成合议庭进行了审理。本案现已审理终结。

一审法院经审理查明：杨 X 伦与杨 X 琴于 2008 年在重庆市大渡口区购买了一套房屋，杨 X 琴被登记为产权人。2010 年 12 月 3 日，在未取得杨 X 伦同意的情况下，杨 X 琴与其侄女孙 X 签订了房屋买卖合同，将上述房屋出售给了孙 X。当月 20 日，杨 X 伦因工伤去世。2011 年 1 月 6 日，孙 X 取得了该房屋的房产证。

杨 X 禄与杨 X 分别为杨 X 伦的父亲和女儿，该二人认为杨 X 琴与孙 X 恶意串通，未经该房屋共有人杨 X 伦的同意而出卖该房屋，侵犯了杨 X 伦的财产所有权，请求法院确认杨 X 琴与孙 X 签订的房屋买卖合同无效并恢复产权登记原状。

重庆市大渡口区人民法院经审理认为，被告杨 X 琴未经杨 X 伦同意，将与杨 X 伦的夫妻共同财产出售给孙 X，侵犯了杨 X 伦的财产权利，主观上有恶意，事后也未得到杨 X 伦及其继承人的追认；孙 X 系杨 X 琴之姨侄女，自认与杨 X 琴夫妇往来密切，故其应当知道杨 X 琴出售的房屋是夫妻共同财产。孙 X 明知杨 X 琴单方出卖而低价购买，二人转让房屋属恶意串通，故转让合同无效。因杨 X 伦已去世，应当由二原告继承对该房屋的共有权。判决房屋买卖合同无效，孙 X 将房屋返还给杨 X 琴及二原告。

被告杨 X 琴不服一审判决，提起上诉。

重庆市第五中级人民法院经审理认为，杨 X 琴与孙 X 所签订的合同被确认无效后，对诉争房屋应恢复原状，将房屋恢复登记在原产权人杨 X 琴名下。一审法院作出的判决为由孙 X 直接将诉争房屋返还给杨 X 琴及二原告，明显不当，故应对此判项进行改判，将房屋恢复登记在杨 X 琴名下。

遗嘱继承类不动产登记业务审核要点

原创：2020-05-29 鱼龙聊房 作者：王秋妹

https://mp.weixin.qq.com/s/coz3dNOlfxbLyByaUMo-Sg

作者简介：王秋妹，淄博市不动产登记中心

摘要：不动产登记实务中，基于遗嘱继承而申请登记的，鉴于遗嘱的特殊性，其较之法定继承更具审核难度，本文有意针对遗嘱继承类登记业务，自继承人死亡事实的审查、遗嘱效力的审查及继承人资格的审查三个方面阐述该类登记业务的审核要点。

关键词：遗嘱继承；审核

实务中，鉴于遗嘱继承较之法定继承效力具有优先性，且因遗嘱这一形式的存在，其在相关材料审核中对受理审核人员更提出了较高的注意义务，本文笔者有意对持有遗嘱申请不动产登记的情形中登记机构的审核要点及注意义务予以探讨。针对遗嘱继承，笔者以为可自三个方面总体上予以把握，这三个方面无外乎被继承人、继承人乃至遗嘱这一继承载体。首先，既然申请继承不动产登记，那么继承事实首当其冲应予以明确，即存在被继承人死亡之事实。其次，鉴于遗嘱继承之效力优先于法定继承，应针对遗嘱这一载体之合法性和有效性予以审查。最后，在明确了遗嘱之效力之后继而展开针对继承人之审查。

1. 被继承人死亡事实之审查

被继承人死亡为继承之开始，依据《不动产登记操作规范（试行）》规定，被继承人死亡之证明材料包括：医疗机构出具的死亡证明；公安机关出具的死亡证明或者注明了死亡日期的注销户口证明；人民法院的宣告死亡的判决书；其他能够证明被继承人或遗赠人死亡的材料等；此项中医疗机构、公安、户政及法院所出具死亡之证明材料为具有明确格式和出具主体的“法定材料”。然而实务中许多继承人或因非正常死亡、户籍档案未予收录、死亡年代久远等诸多原因难以取得上述四种“法定”证明材料，也即只能提供规范所规定的其他能够证明被继承人或遗赠人死亡的材料。鉴于前四项证明材料之形式和出具机构的特性，考虑其证明力，只需为必要之形式审查即可。

而针对其他证明死亡事实之材料则应予以重点核实，尤其是针对相关证明材料之出具单位其是否有权出具相关证明，其意欲证明的相关事实是否在其职责范围之内，对此，登记机构仅需进行形式上的调查即可。如实务中，很多申请人提交被继承人生前单位或社区居委会、村委会等证明材料意欲证明被继承人死亡事实，对此此项证明，登记机构应严格依据《规范》1.8.6.4 规定：“受理后，不动产登记机构应按照本规范第 4 章的审核规则进行审核。认为需要进一步核实情况的，可以发函给出具证明材料的单位、被继承人或遗赠人原所有单位或居住地的村委会、居委会核实相关情况。”予以去函核实或者当面核实，重点针对出具材料主体据以做出认定死亡事实的依据进行核查。

从《中华人民共和国城市居民委员会组织法》可知居民委员会作为居民自我管理、自我教育、自我服务的基层群众性自治组织。其任务中并不具有管理社区居民之户政信息及出具相关死亡证明之职责，依据该法第三条第（二）项规定：“办理本居住地区居民的公共事务和公益事业”此条亦为统括性条文，自其内涵中并不能当然得出其具有出具死亡证明之职能，故而对于此类材料，其证明力是有待商榷的，尚需申请人提供其他材料予以佐证，以形成证据链强化被继承人或遗赠人之死亡事实及时间。比如实务中当事人提交村委会出具的证明被继承人死亡时间及死亡事实的证据材料，在进行核查之后发现，村委会据以出具此项材料之程序颇为随意，基于村民之间人情社会之基础，申请人、被继承人与村委会相关人员相互熟识，其并无过多法律意识，对于材料出具也仅仅可能本着好意相助的善意为之。同时有些村委会或居委会人员众多，加之流动性之存在，村委会或居委会工作人员对于出具材料之被继承人可能根本不认识或熟识。有些村委会便要求申请出具证明之主体寻找证明人或者见证人，通过见证人之叙述或描述出具相关证明

材料。然而参照民事诉讼证据规则，此种证明材料其本质应为证人证言，然而对于证人是否具有举证能力，其与当事人是否具有利害关系，这些皆需进行排除，而此种工作可以说完全超越了登记机构受理人员之能力和职责范畴，如若要求受理人员继续顺藤摸瓜对相关见证人进行调查核实，一则无法律和行政法规依据，二则有强人所难，将类似司法人员之职责加诸在受理调查人员之上，以现今我国登记机构之水平和条件，无异于削足适履。故而，此情形下，在相关证明不足以支持被继承人死亡事实和时间完全真实可信的情形下，登记机构自然应要求申请人提交其他材料予以佐证，以形成相关证据链，相互印证，以充分证明待证事实。实践中，此种证明材料包括但不限于以下几种：村委会、居委会出具证明材料、单位或者所在社会团体、党派等出具相关材料、被继承人人事档案等证明材料、被继承人或遗赠人丧葬服务相关材料（如丧葬服务协议等）、墓碑照片、火化证等。

2. 遗嘱之合法性和有效性审查

首先应排除遗赠扶养协议协议之存在，再之，对于遗嘱之合法性审查，笔者以为，应自处分财产之归属，遗嘱人之自身条件对遗嘱之影响，遗嘱之形式要件以及影响遗嘱之瑕疵要件予以把握。

首先，把握遗嘱是否有效，财产归属上，其遗嘱处分财产是否为遗嘱人所有，登记机构自登记簿记载和权属证书则可予以明确。立遗嘱之遗嘱人自身条件上，在立遗嘱时是否具有完全民事行为能力，其所立遗嘱是否为其亲自所立并代表了其真实意思表示，这些均影响遗嘱之效力。然而鉴于遗嘱人去世之事实，对于前项影响遗嘱效力之条件审查，应重点取得全部继承人之认同，因仅凭遗嘱继承人之一面之词，其证据效力难免有所局限，而其他继承人是否存有异议，尤其是对与遗嘱是否有效存在争议乃是登记机构必须掌握之事实，故而应对遗嘱人立遗嘱时自身要件是否成立予以分别询问全部继承人并取得书面确认材料。

其次，针对遗嘱之形式分别审查。依据我国继承法之规定，遗嘱分为自书遗嘱、代书遗嘱、公证遗嘱、录音遗嘱和口头遗嘱五种形式，其因形式不同有效条件亦各有千秋，笔者欲逐一探讨。

针对自书遗嘱，自书遗嘱应重点把握其是否为亲笔书写，是否注明年、月、日。对于笔迹的把握，可提取登记原始资料中记载笔迹予以比对，若因年代久远，无从查证的，可要求遗嘱继承人提交足以比对的笔迹样本，如人事档案机构、社保机构提供的由被继承人签名的笔迹样本等。此外，若自书遗嘱并非单独以独一文书形式存在，如其在个人日记或者信件等记载了待其死亡之后处分财产的意图，应重点对于其处分财产内容是否明确，意图十分清晰予以把握，否则极易造成纠纷，同时针对此类遗嘱亦应重点就其他法定继承人对其形式是否存有异议取得其意见，倘有异议则不应予以受理。实务中尚有一种情形，其因电子信息技术的发展而产生，遗嘱以打印之形式存在，其上虽具有处分财产之意思表示，亦有被继承人之亲笔签名，然而此种形式之效力在司法实践中往往存有争议，故而针对此类自书遗嘱，其他全部继承人之意见亦显得尤为关键。

针对代书遗嘱，其文本形式上的代书人、见证人以及遗嘱人签名是否完备，时间是否明晰，有无涂改痕迹均应仔细查验。对于见证人的数量较易明确。而对其是否属于《继承法》第十八条规定的除外范围，对于此项审查，有无行为能力可通过现场审查把握、是否属于继承人、受遗赠人亦可通过相关亲属关系证明予以排除，而是否具有利害关系，则较难把握，因民事实务中，法律关系错综复杂，见证人与继承人是否具有利害关系并非仅凭相关证明便足以准确明晰的，而且登记机构对此亦无判断能力，故而是否存有利害关系，亦应取得全体法定继承人无异议的书面确认。

针对录音遗嘱，参照代书遗嘱，应对于其录音之清晰程度，遗产标的及处分意愿是否清晰，见证人是否符合法定条件予以把握，鉴于不动产登记的形式要件要求，录音其因不具备书面之形式，故而

可要求申请人对录音遗嘱提供文本备份予以方便核查，同时鉴于录音中主体的明确存在一定难度，在其他继承人存有异议的情形下，应予以明确告知至司法机构予以解决争议后再行申请登记。

针对口头遗嘱的，鉴于不动产登记之特殊性，固定申请文本，明确申请人之意思表示之要求，若申请人以被继承人留有口头遗嘱为由申请登记，登记机构应重点对见证人予以询问，并取得全部继承人之无异议之意见，显然，在全部继承人无异议的前提下，见证人之见证作用似也并不明显了，其类似于全部继承人对于遗产之处分，但却因口头遗嘱之存在而阻断了除去遗嘱继承人外其他法定继承人继承之条件。基于还原真实事实的初衷，理应将口头遗嘱由见证人予以书面化作为登记材料予以收取。

针对公证遗嘱，遗嘱继承人未办理继承权公证的情形下，应对于是否存在其他后续公证遗嘱，必要时可要求其提供遗嘱公证机构出具的唯一一份证明材料，但是鉴于实务中遗嘱人可能存在异地进行多份遗嘱公证的情形，且中华遗嘱库之建设尚不完备，是否存有后续公证遗嘱的，实则较难把握，而很多情形下，这些遗嘱便可能掌握在其他继承人手中，故而可见，在整个遗嘱审核中全部继承人之书面意见便尤为重要。

除此之外，尚需把握几个问题，遗嘱人所立遗嘱是否存有多份？其所立多份遗嘱的效力优先级及其内容是否存在冲突？遗嘱是否附有义务？继承人是否履行相关义务？是否存在需保留必要份额之主体？这些问题均关乎遗嘱是否有效，虽不似前文所述情形，倘若存在则直接导致遗嘱全盘被否定，这些问题若存在异议则构成遗嘱之效力瑕疵，若不加以仔细审核，登记机构亦难逃脱责任。然而针对遗嘱之形式要件、遗嘱人之自身要求、遗产归属以及其他影响继承主体认定之情形全部继承人是否尚有异议，可以说取得全部继承人之书面无异议确认可谓完全之策，任何疑问和阻碍都可以通过此项加以解决，比如第一个问题是否存有多份遗嘱的，比如遗嘱继承人持有一份自书遗嘱，而其他继承人又均无异议，自可不经相关证明材料加以确认遗嘱为唯一一份。再如是否履行了遗嘱所附义务，继承人无疑为最佳判断主体，再如是否存在缺乏劳动能力又无生活来源的继承人需保留必留份情形，继承人均具有发言权。但对于内容是否存在冲突的，可通过多份遗嘱内容自主判断，冲突的公证遗嘱应优先于其他遗嘱类型，属于其他类型遗嘱冲突的，应以时间在后之遗嘱优于在先之遗嘱，故而对于文本时间之把握便极为关键，然而出于时间之被篡改之可能性，登记机构应在询问中明确告知相关申请人提供真实有效材料之义务，并明确告知丧失继承权之情形，同时亦应征询其他继承人意见，综合判断。

此外，尚有一种特殊情形之遗嘱，其形式可能涵盖自书、代书等以上五种情形， 但其立遗嘱人多为夫妻双方，即由夫妻双方共同所立，通俗称其为共同遗嘱。此类遗嘱之效力如何确定？在共同遗嘱人全部死亡之时其争议不大，但若存在一方去世而另一方尚存世而相关遗嘱继承人据以申请登记时则亦产生争议。实务中存在持否定共同遗嘱效力之观点和承认其效力之观点，笔者以为针对此类申请情形，应把握遗产之共有形式，若财产可按份划分的，应依据生者和逝者各自所属份额，构成共同遗嘱之部分生效，而若为共同共有，鉴于遗产并未明确划分份额，其财产之分割亦应由全部共有人共同为之，且其共同遗嘱已经明确表明共同处置和安排之意图，若此处由生者对共同共有财产之处置做出变更或者撤销，则导致违背逝者意图，故而在针对因共同遗嘱提出申请时，首先应把握遗嘱人死亡情况，其次明确财产共有情形，未明确的则为共同共有。针对财产为共同共有的，在尚有存世一方时，则其共同遗嘱当尚未生效，登记机构应予以拒绝受理。

3. 继承人之继承资格审核

审核死亡事实及遗嘱之生效要件后，最后一个

环节便是针对继承人之审核，其关键在于其是否具备继承主体资格，而此种资格亦包括普适性的资格，即是否为继承人之一，此种判断可据以申请人提供的亲属关系证明明确。而除去普适性资格之外，尚具有一种除外资格，即《继承法》第七条明确规定的丧失继承权之情形："继承人有下列行为之一的，丧失继承权：（一）故意杀害被继承人的；（二）为争夺遗产而杀害其他继承人的；（三）遗弃被继承人的，或者虐待被继承人情节严重的；（四）伪造、篡改或者销毁遗嘱，情节严重的"。但是此种除外情形由当事人自我举证似无可能，故而亦应取得其他继承人之无异议书面材料，以排除遗嘱继承人存在丧失继承权之情形。

（二）股权

高院裁判观点：夫妻股东设立的有限责任公司能否认定为“一人公司”？

2020-05-17 民事法律参考
https://mp.weixin.qq.com/s/qVpPG1HJMz6ErrQpP5zVrA

湖北高院（2018）鄂民终 1270 号

本院认为，本案的争议焦点为：熊少平、沈小霞出资设立的青曼瑞公司是否属于一人有限责任公司，熊少平、沈小霞应否对青曼瑞公司的债务承担连带责任。对此本院分析评判如下：

首先，《公司法》第五十七条第二款规定：“本法所称一人有限责任公司，是指只有一个自然人股东或者一个法人股东的有限责任公司。”第六十三条规定：“一人有限责任公司的股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的，应当对公司债务承担连带责任。”青曼瑞公司股东登记一直为熊少平、沈小霞，股东人数为复数。但熊少平、沈小霞为夫妻，且青曼瑞公司设立于双方婚姻存续期间。依《中华人民共和国婚姻法》第十七条规定，除本法第十八条规定的财产及第十九条规定的约定财产制外，夫妻在婚姻存续期间所得财产归夫妻共同共有。熊少平、沈小霞经本院限期举证仍未提交证据证明双方对其婚前财产或婚后所得财产归属进行了约定，而青曼瑞公司设立于双方结婚后，故应认定青曼瑞公司的注册资本来源于熊少平、沈小霞的夫妻共同财产。虽然家庭成员发起设立有限责任公司时，需强制提交财产分割证明或协议的规定已被废止，但法律并不禁止夫妻发起设立有限责任公司时自愿备案财产分割证明或协议。一审法院调取的青曼瑞公司工商登记备案资料中并无熊少平、沈小霞财产分割的协议或证明，熊少平、沈小霞二审中亦未补充提交，因此熊少平、沈小霞以共同财产出资将股权分别登记在各自名下，不构成对夫妻共同财产分割的约定。故应认定青曼瑞公司的全部股权这一熊少平、沈小霞婚后取得的财产归其双方共同共有。猫人公司二审中所举证据虽不能证明熊少平、沈小霞的财产与青曼瑞公司财产混同，但从一定程度上印证了熊少平、沈小霞均实际参与了青曼瑞公司的管理经营，青曼瑞公司实际由夫妻双方共同控制。上述全部事实表明，青曼瑞公司的全部股权实质来源于同一财产权，并为一个所有权共同享有和支配，该股权具有利益的一致性和实质的单一性。据此应认定青曼瑞公司系实质意义上的“一人公司”。

其次，从公司财产混同角度分析，准许一人设立有限责任公司的出发点在于节约创业成本，繁荣市场经济。但该种便利性亦会带来天然的风险性。《公司法》规定的“一人公司”财产独立性举证责任倒置规则就是对该种风险予以规制的措施之一。青曼瑞公司在为同一所有权实际控制的情况下，难以避免公司财产与夫妻其他共同财产的混同。在此情况下，有必要参照《公司法》“一人公司”举证责任倒置规则，将公司财产独立于股东自身财产的举证责任分配给熊少平、沈小霞。在本院就此事项要求熊少平、沈小霞限期举证的情况下，熊少平、沈小霞未举证证明其自身财产独立于青曼瑞公司财产，应承担举证不力的法律后果。熊少平、沈小霞应对青曼瑞公司案涉债务承担连带清偿责任。猫人公司申请追加熊少平、沈小霞为被执行人具有事实和法律依据。

最后，从法律效果和社会效果分析，“夫妻公司”对债权人的利益保护存在天然缺陷，导致债权人与“夫妻公司”发生纠纷时，得不到法律的有力保护，此情况尚待立法及法律适用的完善。但依照我国婚姻法确立的夫妻财产共同共有原则，夫妻股

东持有的全部股权应构成不可分割的整体，而公司实质充任了夫妻股东实施民事行为的代理人，若依法人有限责任制度认定夫妻股东设立的公司承担有限责任的同时，不对夫妻股东其他义务予以强化和规制，则有违民法的公平原则，也不利于对交易相对方利益的平等保护。

此外，需要特别指出的是，人民法院执行机构在执行程序中，就申请执行人追加被执行人的申请，应严格依照法律和司法解释的规定，以形式审查为原则。夫妻股东设立的公司是否属实质意义上的“一人公司”，是否存在公司财产与股东个人财产混同等争议问题，应通过实体程序审理后才能予以认定。故本案审理不受武汉中院（2017）鄂 01 执异 986 号民事裁定的审查原则及处理结果的限制。

广西高院 2018 桂民终 124 号

本院认为，本案系申请执行人执行异议之诉，海运公司以被执行人万港公司系股东柯雄燊、林健萍夫妻开办的公司，性质属于一人有限责任公司，公司与股东存在人格、财产混同为由，请求追加柯雄燊、林健萍作为本案被执行人，对万港公司的本案债务承担连带责任。对于万港公司是否属于一人有限责任公司的问题，由于《中华人民共和国公司法》2005 年修订以前，不允许设立一人公司，在原来的司法实践中，对以未分割的夫妻共同财产设立的夫妻公司，常被因夫妻以共同共有财产出资不构成复数的股东，不符合公司法关于公司股东必须在 2 人以上的规定为由，对其法人资格予以否认。但《中华人民共和国公司法》修订后允许设立一人公司，夫妻财产的共同共有与公司财产的独立性系不同法律制度的内容，夫妻双方将财产投入到公司后即受到公司法的约束，公司财产的独立性并不因股东的夫妻身份而受到影响。海运公司要求认定万港公司为一人有限责任公司，缺乏事实和法律依据，要求追加万港公司作为本案被执行人并承担连带责任，不符合《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》第二十条的规定，本院不予支持。

江西高院（2014）赣民二终字第 14 号

三、海洋拉链公司的两股东朱银仙、陈法良系夫妻，夫妻股东的公司与一般两人股东有限责任公司相比，有其特殊性。夫妻型公司股东就是夫妻二人，因此公司的内部结构比较简单，有利于生产经营的灵活性。夫妻两人既是股东又兼任董事，这样简化了股东会议、董事会的召集、表决和执行等程序，也避免了股东之间矛盾的产生和扩大。从本案实际情况分析，朱银仙、陈法良夫妻俩，朱银仙任公司执行董事、法定代表人，陈法良任监事，虽然海洋拉链公司没有明确的书面股东会追认涉案合同，但事实上夫妻俩均参加了考察、合同签订的全过程，陈法良一直没有提出反对的意见，夫妻俩的意思表示已达成一致，可以认定海洋拉链公司全体股东已认可本案合同的有效性。上诉人海洋拉链公司仅以未经股东会同意而认为合同没有生效，显然与事实不符。四、从我国《公司法》的规定来看，夫妻作为股东设立公司并没有特殊的限制。但是根据国家工商总局的相关规定，夫妻设立公司时，必须分割共有财产，并以各自所有的财产出资。按照现行《婚姻法》和《公司法》的相关规定，以未分割的夫妻共同财产出资，一方面不会损害公司财产的独立性，另一方面也不会破坏夫妻对财产的共同共有关系。如果出资的财产已经进行过验资程序并将财产的所有权移转到了公司的名下并办理了工商登记，则可以认为公司已经取得了财产的所有权。而在该财产只有一个所有权的情况下，设立公司的夫妻实际上是一个集合整体，彼此之间不构成真正的股东关系，在这种情况下夫妻可以被视为一整体，其共同财产投资设立的公司与一个自然人投资设立的一人公司基本一致。二审庭审时，上诉人明确承认设立公司时，是以未分割的夫妻共同财产出资，可以认定海洋拉链公司的股东虽然为夫妻两人，但实际上是一个集合整体，其法定代表人朱银仙的意思表示就是公司的意思表示。

最高院裁判观点：夫妻股东无法证明公司财产独立的，可认定为实质一人公司

2020-05-16 今日法学评论
https://mp.weixin.qq.com/s/6CUHsQnArn3ynfAabKVcSQ

来源！法商之家！裁判文书网！

裁判观点：夫妻股东成立公司，案涉债务纠纷发生在双方婚姻关系存续期间，且因公司设立时未向工商登记部门提交分割财产证明，故二股东不能证明其个人财产独立于自己的公司，即不能证明公司财产独立与股东自己的财产，故法院判决股东双方承担共同付款责任。

高永霞、宁夏金特嘉工贸有限公司合同纠纷再审审查与审判监督民事裁定书

中华人民共和国最高人民法院

民 事 裁 定 书

（2020）最高法民申 1515 号

再审申请人（一审被告、二审上诉人）：高永霞，女，1979 年 1 月 5 日出生，汉族，住宁夏回族自治区银川市金凤区。

委托诉讼代理人：何文涛，宁夏方和圆律师事务所律师。

委托诉讼代理人：李冬豪，宁夏方和圆律师事务所律师。

被申请人（一审原告、二审被上诉人）：孙红星，男，1972 年 3 月 26 日出生，汉族，住宁夏回族自治区银川市金凤区。

二审上诉人（一审被告）：宁夏金特嘉工贸有限公司，住所地:宁夏回族自治区永宁县。

法定代表人：张斌，该公司董事长。

二审上诉人（一审被告）：张斌，汉族，男，1980 年 7 月 5 日出生，汉族，系宁夏金特嘉工贸有限公司董事长,住宁夏回族自治区银川市金凤区。

再审申请人高永霞因与被申请人孙红星及一审被告、二审上诉人宁夏金特嘉工贸有限公司（以下简称金特嘉公司）、张斌合同纠纷一案，不服宁夏回族自治区高级人民法院（以下简称宁夏高院）于 2019 年 12 月 12 日作出的（2019）宁民终 487 号民事判决，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。

高永霞申请再审称，依据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条第六项申请再审。请求：一、依法撤销宁夏回族自治区银川市中级人民法院（以下简称银川中院）（2017）宁 01 民初 414 号民事判决和宁夏回族自治区高级人民法院（2019）宁民终 487 号民事判决中关于高永霞承担付款责任的部分；二、依法改判高永霞不承担付款义务；三、依法改判高永霞不承担原一审、二审诉讼费。事实和理由如下：一、原审判决以“高永霞原系金特嘉公司股东，也代为履行部分债务”、“高永霞为涉案合作项目向信用社申请贷款签字确认”为由，判决高永霞承担共同付款责任属于适用法律确有错误。二、原审判决以“高永霞系张斌妻子，涉案债务发生于双方婚姻存续期间”为由，判决高永霞承担共同付款责任属于适用法律确有错误。三、原审判决以“高永霞应当对于金特嘉公司、张斌与孙红星之间的焦炭合作事宜知情”为由，判决高永霞承担共同付款责任属于适用法律确有错误。

被申请人孙红星未提交书面答辩意见。

一审被告、二审上诉人金特嘉公司、张斌未提交书面答辩意见。

本院经审查认为，高永霞申请再审请求不能

得到支持，理由如下：本案高永霞与张斌于 2003 年 9 月 25 日登记结婚，金特嘉公司成立于 2010 年 3 月 12 日，股东系张斌与高永霞。高永霞与张斌在设立有限责任公司时，并未能向工商登记部门提交分割财产证明。鉴于案涉债务纠纷发生在 2014 年，虽然张斌与高永霞于 2015 年 12 月 1 日协议离婚，但股东高永霞不能证明其个人财产独立于金特嘉公司，即不能证明公司财产独立与股东自己的财产，故原审判决以“高永霞系张斌妻子，涉案债务发生于双方婚姻存续期间”为由，判决高永霞承担共同付款责任并无不当。高永霞的再审请求不符合《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条第六项的情形，本院不予支持。

综上，高永霞的再审申请不符合《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条第六项规定的情形。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百零四条第一款，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉解释》第三百九十五条第二款规定，裁定如下：

驳回高永霞的再审申请。

审判长　何　波
审判员　陈纪忠
审判员　姜远亮
二〇二〇年四月二十一日
法官助理谢亮
书记员冯小慧

两则婚后增资股权的离婚分割案例，给你四个思路

2020-05-20 埃孚欧律师事务所　桂芳芳、陈妮妮

https://mp.weixin.qq.com/s/4TrQQcG4l2hmfViKCwq7_w

作者 | 桂芳芳 陈妮妮

来源 | 埃孚欧律师事务所（lawyerfo）

股权分割一直是离婚财产分割的热点，围绕股权分割会产生诸多的财产纠纷。

比如，

婚前股权，婚后增资部分对应的股权是否属于夫妻共同财产？

增资股权对应的收益是否属于夫妻共同财产？

若属于，离婚时又该如何分割？

我们通过两个典型的案例解答上述问题。

01　婚后以夫妻共同财产增资，离婚怎么分？

姚玲与张风因感情不和于 2013 年 9 月起诉到法院要求离婚，夫妻共同财产依法分割。张风曾在 2006 年 9 月 27 日（婚前）出资 290 万元获得海宁人民机械有限公司（以下简称“公司”）50%的股权。后该公司增加注册资本，张风又于 2009 年 6 月 22 日（婚内）追加投资 250 万元，继续持有该公司 50%股权。

一审法院认为，张风在婚姻关系存续期间追加的出资，无证据表明该出资非来源于夫妻共同财产，故认定该笔 250 万元的出资系张风使用夫妻共同财产的投资行为。根据《公司法》的有关规定，股东在公司登记后，不得抽回出资，公司依法取得由股东投资形成的全部法人财产权，故应明确姚玲主张分割的财产是指出资份额相对应的依法可分割的其他权益，而非出资本身。

姚玲、张风关于张风持有的公司股权的分割方案协商不成，张风及案外人公司拒不配合审计，按市价分配确有困难，故对姚玲要求按市价分割股权的分割意见，本院无法采纳，但考虑到该出资产生的夫妻共同财产客观存在，为减少当事人诉累，法

院按姚玲、张风各享有 50%的比例分割该出资对应股权的份额。即婚后出资 250 万元对应的股权比例为 23.15%，姚玲享有 23.15%股权的一半{增资 250 万÷【增资后注册资本（290 万+250 万）×2】=23.15%}。本案系离婚纠纷，法院对出资对应股权份额的分割，仅系对该部分夫妻共同财产进行分割的比例的确认，不直接产生股权转让的法律效力。

二审法院维持了原判。

点评：婚前股权婚后增资的出资来源系夫妻共同财产，则增资部分对应的股权属于夫妻共同财产，离婚时可以依法请求分割。若增资股权婚后有收益，可以一并要求分割。若是不愿意拿取股权的话，可以请求分割增资股权及其收益对应的货币补偿。

02 婚后以个人财产增资，离婚怎么分？

王云与李明结婚已十几年，离婚时因财产分割无法达成一致，王云起诉到法院。李明在婚前持有某公司 20%的股权，婚后又增资 100 万，继续持有该公司 20%的股权。

王云认为李明婚后增资的 100 万对应的股权及其分红属于夫妻共同财产，应当予以分割。而李明表示婚后增资的 100 万元并不是用夫妻共同财产支付，而是由个人财产支付。所以 100 万增资对应的股权及其分红属于婚内个人财产，不应予以分割。

法院查明，李明婚后增资的 100 万元是李明父母银行转账给李明的个人银行账户，转账备注写明：赠与李明个人增资 XX 公司股权使用。银行的转账流水亦能证明李明在收到该 100 万元赠与款项后立即转入了该 XX 公司账户进行增资。

法院判决，李明婚前股权对应的婚内收益属于夫妻共同财产，李明应当将婚前股权对应的婚内收益的一半以货币方式补偿给王云。而针对李明婚内增资 100 万元及其对应的收益，应当分两部分。

首先是增资款 100 万元对应的 10%股权{增资 100 万元÷【增资后注册资本（100 万元+100 万元）÷20%】=10%}，现有证据足以表明增资款 100 万元系李明的个人财产，个人财产从银行存款转变为股权并不改变其所有权的形式。所以 100 万元增资款对应的 10%股权属于李明婚内的个人财产。

其次是增资款 100 万元对应 10%股权的婚后收益部分。李明、王云对于婚内财产并无特别约定，适用于法定财产制。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 11 条的规定，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。所以，增资款 100 万元对应的 10%股权在婚后的收益属于夫妻共同财产，应当依法分割。由李明将增资股权婚内对应的收益的一半以货币方式补偿给王云。

点评：婚前股权婚后增资的出资来源系个人财产，则增资部分对应的股权亦属于个人财产，离婚时一方不得请求分割。但是若夫妻双方对财产无特别约定，增资股权婚后收益属于夫妻共同财产，一方可以要求分割。

总结：

婚前持有股权，婚后进行了增资。在夫妻双方对财产无约定的情况下，判断增资对应的股权是否属于夫妻共同财产，主要是看增资款项的来源。1、若增资款来源于夫妻共同财产，则增资款对应的股权份额属于夫妻共同财产，该增资款对应的股权及股权收益属于夫妻共同财产。离婚时，可以依法要求分割。2、若增资款来源于一方的个人财产，则增资款对应的股权份额属于个人财产，但该增资款对应的股权的婚内收益仍属于夫妻共同财产，离婚时可就增资款对应股权的婚内收益请求分割。

增资款项对应的股权份额计算方法一般为：增资资本÷增资后注册资本。

一张表搞定增资股权的离婚分割

股权类型	财产类型	款项来源	财产属性	离婚分割
婚前股权	股权本身	个人财产	个人财产	不予分割
	股权的婚内收益	—	共同财产	予以分割
婚后增资股权	婚后增资对应的股权	个人财产	个人财产	不予分割
		共同财产	共同财产	予以分割
	增资股权的婚内收益	—	共同财产	予以分割

当然，若夫妻双方签订了婚前或婚内财产协议，则按协议约定进行认定和分割。

所以，婚内增资的股权如何分割？登记状况不重要，出资来源才是关键。

千亿疫苗帝国深夜巨震：A 股史上最贵“分手费”！前妻分走价值 235 亿元股份

2020-05-30 家族企业杂志

https://mp.weixin.qq.com/s/vJLuGYvP5oWUI35VOlogzQ

5 月 29 日晚间，A 股突发一起天价离婚案！

康泰生物公告，因解除婚姻关系并进行财产分割，公司控股股东、实控人杜伟民拟将 1.61 亿股公司股份(占公司总股本 23.99%)分割过户至前妻袁莉萍女士名下。袁莉萍承诺不谋求公司实际控制权，同意将所持股份的表决权等股东权利委托予杜伟民，并与杜伟民建立一致行动关系。

值得一提的，按康泰生物最新收盘价 146 元/股计算，此次杜伟民分割股份的市值达 235.54 亿元，创下 A 股历史最高分手费！打破了 2016 年 9 月昆仑万维董事长周亚辉离婚超 75 亿元的分手费的最高记录。

235 亿元天价分手费

据 29 日晚康泰生物披露的《简式权益变动报告书》，此次权益变动前，杜伟民直接持有公司股份约 3.447 亿股，占公司股份总数的 51.26%，其中处于质押状态的股份为 2348.5 万股，占其持有公司股份总数的 6.81%。

此次权益变动后，杜伟民的持股数量为 1.834 亿股，持股比例从 51.26%减少至 27.27%。而袁莉萍从零持股变成了持股 23.99%。为保持康泰生物的正常生产经营不受影响，继续保持杜伟民对康泰生物的实际控制权，二人签署了《一致行动人与表决权委托协议》。

深圳康泰生物制品股份有限公司

关于股东权益变动的提示性公告

本公司及董事会全体成员保证信息披露的内容真实、准确、完整，没有虚假记载、误导性陈述或重大遗漏。

重要内容提示：

1、本次股东权益变动不会导致公司控股股东、实际控制人发生变化；

2、本次股东权益变动对公司的经营管理不构成影响。

深圳康泰生物制品股份有限公司（以下简称“公司”或“康泰生物”）收到公司控股股东、实际控制人杜伟民先生的通知，其与 YUAN LIPING（袁莉萍）女士签订《一致行动人与表决权委托协议》等文件，就股份分割等事宜做出相关安排，导致公司股东权益发生变动，现将相关情况公告如下：

一、权益变动的具体情况

因解除婚姻关系并进行财产分割，杜伟民先生拟将其直接持有的 161,331,675 股公司股份（占公司总股本 23.99%）分割过户至 YUAN LIPING（袁莉萍）女士名下。

本次股份分割过户后，杜伟民先生直接持有公司股份 183,394,125 股，占公司股份总数的 27.27%，其中处于质押状态的股份为 23,484,740 股，占其持有公司股份总数的 12.81%；YUAN LIPING(袁莉萍)女士直接持有公司股份 161,331,675 股，占公司股份总数的 23.99%。

本次权益变动未导致公司控股股东、实际控制人发生变化，不涉及公司控制权变更。本次权益变动完成后，YUAN LIPING（袁莉萍）女士将就其本次取得的康泰生物股份继续履行杜伟民先生在公司首次公开发行时作出的相关承诺。

二、本次权益变动前后持股情况

本次权益变动前后，信息披露义务人的持股情况如下：

股东名称	本次权益变动前		本次权益变动后	
	持股数量（股）	占总股本比例	持股数量（股）	占总股本比例
杜伟民	344,725,800	51.26%	183,394,125	27.27%
杜兴连	2,190,030	0.33%	2,190,030	0.33%
YUAN LIPING（袁莉萍）	-	-	161,331,675	23.99%
合计	346,915,830	51.59%	346,915,830	51.59%

康泰生物历史公告显示，杜伟民 1963 年出生，今年已 57 岁；袁莉萍于 1971 年出生，加拿大国籍，今年 49 岁。杜伟民已是年近花甲之人，如今与小 8 岁的妻子离婚，再加上逾 235 亿元的天价分手费，立即引起了市场的高度关注，有股民戏称“资本让离婚加剧”。

不过，值得关注的是，今年以来，康泰生物股价已涨近 66%，总市值高达 981.84 亿元。而相较于长春长生问题疫苗风波期间最低至 27 元左右的股价，康泰生物如今股价已涨了超过五倍。

而康泰生物股价的暴涨，与今年 2 月宣布与艾棣维欣(苏州)生物制药有限公司合作研发新型冠状病毒(2019-nCoV)DNA(以下简称新冠 DNA 疫苗)疫苗有很大的关系。在宣布参与研发新冠 DNA 疫苗之前，康泰生物股价在 100 元左右。而且新冠疫情发生以来，康泰生物股价也有一定程度的上涨，不过，涨幅远远小于宣布研发新冠 DNA 疫苗之后。

康泰生物市值水涨船高之下，杜伟民离婚分割出去逾 235 亿元市值，也成了 A 股历史上最高的分手费。

“疫苗皇帝”杜伟民的发家史

在疫苗行业里，有这样一句话，如果长生生物的高俊芳是“疫苗女王”，那么康泰生物的杜伟民无疑是“疫苗皇帝”。

杜伟民的发家史的确传奇，他从江西贫困山区农民家庭走出的防疫站检验员，成为了如今控制着中国乃至全球最大的乙肝疫苗企业。而外界对于他的发家史，也是“质疑”与“惊叹”并存：他曾贿赂过国家食药监局官员，如今坐着康泰生物这只牛股，走向人生巅峰。

1963 年，杜伟民出生在江西井冈山的农民家庭，大学选择了化学专业，毕业后分配到江西省卫生防疫站工作。到了 90 年代，改革春风吹来之时，杜伟民果断从卫生防疫站辞职下海，成为一名疫苗营销业务员，而他就职的公司为长春长生生物科技股份有限公司（以下简称长春生物），即“家喻户晓”的上市公司长春长生的全资子公司。

在长生生物的销售经历，改变了杜伟民的一生。离开长生生物后，杜伟民与曾在河南开封龙亭区卫生防疫站担任医师、副站长的韩刚君创办广州盟源生物，各占股 50%。2001 年，广州盟源生物以 43.79 万元购入长生实业 0.68%的股权（长生实业即上市公司长春长生前身），杜伟民凭此成为其小股东。

可以说，杜伟民的人生第一桶金来自于长春长生，而且这也为杜伟民以后入主康泰生物埋下了伏笔。

在上世纪八九十年代，国产乙肝疫苗的研发和生产基本处于空白状态，乙肝疫苗非常稀缺。1992 年 6 月，深圳广信生物工程有限公司 （以下简称深圳广信）拟与国家原材料投资公司（以下简称国原投资）及香港广信实业有限公司 （以下简称香港广信）各出三分之一的资金合作组建深圳康泰生物制品有限公司，承担着乙肝疫苗国产化的重任。

不过，由于康泰生物面临产品单一、设备老化、缺乏独有专利等因素，导致企业出现市场竞争力逐年下降、利润严重下滑等亟待解决的问题，康泰生物提出重组方案。2008 年 8 月，杜伟民登场。

而在杜伟民把目光转移到康泰生物之前，他已经完成了一次“漂亮”的资本运作。2002 年，疫苗企业常药延申陷入亏损，2003 年至 2006 年间，韩刚君与杜伟民旗下企业数次对其增资，于 2006 年牵头完成重组常药延申，并改名为江苏延申，各占股 34.5%。而在此期间，江苏延申在疫苗领域迅速崛起，2006 年，其第一大产品流感疫苗取得中国第一大市场份额，第二大产品狂犬疫苗批签发量在 2008 年位列第四。

到了 2008 年，康泰生物面临重组，杜伟民通过产权交易所购买了康泰生物的大部分股份，成为康泰生物实际控制人。当年 9 月，深圳康泰生物与北京民海生物科技有限公司实现战略性重组。2017 年 2 月份，康泰生物成功上市，杜伟民担任董事长一职。

康泰生物介绍称，公司目前已成为中国最大的

乙肝疫苗生产企业。康泰生物年报显示，2017 年-2019 年，其实现营业总收入分别为 11.61 亿元、20.17 亿元和 19.43 亿，实现归母净利润 2.15 亿元、4.36 亿元和 5.75 亿元。

会出现疯狂套现情况吗？

上市公司的创始人离婚，假如一方分得了大量的股权，这对于另一方掌控公司是极其不利的，可以说这是一个随时会爆炸的定时炸弹。

A 股不乏有因离婚之后，一方出现疯狂套现的现象。

去年 1 月 17 日，龙湖集团再遭股东大规模减持，股价一天之内跌去了 9.11%，龙湖董事长吴亚军的前夫蔡奎在这场减持中套现 34 亿。

据悉，蔡奎不是第一次套现龙湖的股票。

实际上，从两人 2012 年离婚之日开始算起。2016 年 9 月 7 日，蔡奎名下的佳辰发展以 12 港元的价格抛售龙湖 1.5 亿股股票，9 月 8 日龙湖股价下跌 6.48%；2019 年 1 月蔡奎再度抛售 34 亿……

88f7b12dd84e5e07398d75de171d08f.jpg

最近，一心堂发布公告称，其持份 9396.41 万股(占公司总股本比例 16.55%)的股东刘琼计划在本公告之日起十五个交易日后的六个月内以集中竞价方式或大宗交易方式减持不超过 2000 万股公司股份。

同蔡奎一样，这并不是刘琼第一次减持一心堂的股票了。

据相关资料显示，刘琼与一心堂实控人阮鸿献曾为夫妻，两人于 2017 年 1 月解除婚姻关系。离婚后，两人分别持有上市公司 17568 万股、9564.8 万股股票，持股比例为 33.75%、18.37%。

按照当时最后一个交易日的价格计算，刘琼所持有的这部分股权价值约为 57 亿元。

两人离婚之后，刘琼就开始了密集的减持。

2019 年 5 月 10 日，刘琼在 6、7 月份多次减持，总共减持公司 1683900 股，减持均价为 28 元左右。

按照董监高减持股份的相关规定，每年转让的股份不得超过其所持有本公司股份总数的百分之二十五，那么本次减持的 2000 万股基本上也是踩着线减持的。

这次康泰生物爆出天价离婚案，是否会出现前述疯狂收割的情况呢？

（资料来源：新浪财经、每日经济新闻、东方财富网）

（三）信托

监护支援信托制度简析 — 全国首单监护支援信托落地

原创：2020-05-13 融孚法律资讯 顾丽萍
https://mp.weixin.qq.com/s/7jyvGaFrvVmK85GPwJn4yA

一、引言

2020 年 2 月初包含中国银行保险报网在内的多家网站登载并转载了《针对失能失智人群信托服务引入监护支援》【[1]】一文，文中报道，“万向信托联合杭州市国立公证处、上海市普陀公证处【[2]】将信托制度与监护制度紧密结合，成功落地全国第一单监护支援信托，让当事人人生规划更加全面，首次在现实服务层面实现“信托制度+监护制度”的创新融合”，同时文中也对监护支援信托的概念、功能、应用场景、市场需求等做了简单介绍。监护支援信托并非全新概念，但在我国的实践落地却是首次，正如文中所述，首单监护支援信托的落地迈出了我国“监护+信托”融合创新的重要一步，开创服务信托场景化应用新范式。因此，在首单监护支援信托落地的背景下，对监护支援信托的法律理论及实践应用做出探讨分析具有其价值。本文试对监护支援信托制度进行介绍及分析。

二、监护支援信托的源起及概念

（一）监护支援信托的源起

监护支援信托的概念由日本创设，据日本家庭裁判所的统计，从 2011 年起日本的监护人特别是亲属监护人的侵权行为愈演愈烈，通报件数逐年递增，至 2014 年达到巅峰为 831 件，财产损失总额数高达 56.7 亿日元（约 3.4 亿人民币）。为了防止亲属监护人的侵权行为，根据日本最高裁判所的提议，日本从 2012 年起开始将“监护制度支援信托”导入监护开始的审判。

在日本，“监护制度支援信托是指，将接受监护制度支援者（即本人）的财产中，必须用于日常生活开支的钱款作为储蓄款交由亲属监护人管理，平时用不到的部分以信托的方式信托给信托银行。利用该制度后，当监护人要求返还信托财产或者解除信托合同时，必须出示由家庭裁判所发行的指示书。在这种方式下，由于只凭监护人的判断无法取回财产，则可以便捷且有效地保护本人的财产【[3]】。简单图示如下：

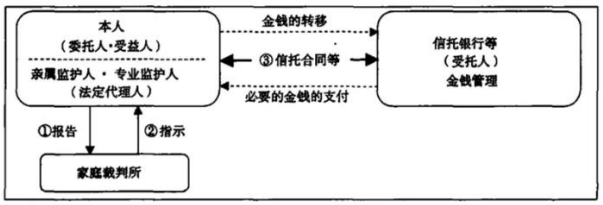


图 2 监护制度支援信托的概念图

本图资料来源于家庭裁判所「後見制度において利用する信託の概要」。

日本的监护制度支援信托的利用对象为有监护需求，且流动资产超过 500 万日元（ 约 30 万人民币）的人，仅限于成年法定监护制度中的监护类型和未成年监护，可用于信托的财产范围被限定为金钱，不动产和金钱以外的动产不能作为信托财产【[4]】。

（二）监护支援信托在我国的概念

在我国，监护支援信托无法定的定义或概念，实际是“监护+信托”的制度结合。在文首报道中，万向信托创新研究部副总经理兼慈善信托部总经理李元龙博士[5]将监护支援信托简单归纳为，“监护支援信托就是当事人提前安排未来人身事务的同时，将大额财产通过信托进行隔离和保护，由受

托人按照当事人提前安排的规则进行信托管理和运行，一旦当事人发生失能失智等情况，由监护人履行当事人的部分权利和义务，保障被监护人生活品质，同时也降低监护人在财产管理方面的风险和负担，助推我国监护制度更加广泛和有效地服务于需求群体”。可见，首单监护支援信托虽借鉴了日本的制度但并未局限于日本的制度，相较于日本适用对象局限于成年法定监护和未成年人监护，李元龙博士解释的监护支援信托更多强调适用于意定监护，相较于日本的主要目的在于防止亲属监护人侵害本人财产，李元龙博士解释的监护支援信托同时注重减轻监护人财产管理方面的风险及负担。

三、监护支援信托的架构及优势

监护支援信托为监护与信托的结合，故理解其架构及优势首先需认识监护与信托各自的优劣势。

（一）现行监护制度在财产管理方面的不足

监护分为法定监护及意定监护，前者见于《民法总则》第二十七、二十八、三十一、三十二、三十六、三十八条，是指由法律直接规定监护人范围和顺序的监护，广义的法定监护范畴包含成年人、未成年人的法定监护、指定监护、临时监护、公共监护、监护的撤销及恢复；后者见于《民法总则》第二十九、三十、三十三、三十六【[6]】条、《老年人权益保护法》第二十六条，是指基于当事人的意思表示而成立，并就监护人的选定、监护事务与监护(代理)权限等由当事人决定的委任监护，广义的意定监护包含具有监护资格的人为他人设定的监护（协议监护、委托监护、遗嘱监护）及成年人为自己预先设定的监护（狭义的意定监护）。

同时，《民法总则》第三十四条进一步规定了监护职责，包括代理被监护人实施民事法律行为，保护被监护人的人身权利、财产权利以及其他合法权益等，监护人不履行监护职责或者侵害被监护人合法权益的，应当承担法律责任。可见，监护主要包括了人身照管及财产管理。

且同法第三十五条将“监护人应当按照最有利于被监护人的原则履行监护职责”及“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”确定为【履行监护职责应遵循的原则】，并要求未成年人的监护人及成年人的监护人在履行监护职责时需根据被监护人的年龄和智力状况、精神健康状况等，尊重被监护人的真实意愿，但该规定过于笼统，缺乏合理的制度设计和具体的操作规范。

上述原则性概括性规定易引发监护人在履行财产管理监护职责时的两大主要风险及一大劣势：

1、（从被监护人角度）监护人侵害被监护人财产的风险

如上所述，《民法总则》对财产管理监护并无具体操作的规定，如监护开始时、监护过程中、监护结束时对被监护人财产是否应该进行清单造册、定期报告、审计清算、移交、监督，虽然实务操作中，专业人士起草的意定监护协议已对这些内容做出创设性约定，但这些约定主要依赖于公证员、律师的个体专业水平，缺乏法律规定的统一规范及指导，显然还是有所欠缺，不利于被监护人财产权益保护的。

而法定监护的情况下大部分情况连协议都没有，仅靠《民法总则》的原则性规定，保护更加薄弱。

正如日本监护制度支援信托的创立背景就在于监护人特别是亲属监护人侵害被监护人财产的情况愈演愈烈，中国同样会面临这类问题。无论是成年被监护人及未成年人被监护人，亲属监护人侵害被监护人的案例时有听闻，为掌控被监护人财产而攀亲附戚的也有见于报道【[7]】。

2、（从监护人角度）监护人管理财产不慎而被追究责任的风险

被监护人另有其他近亲属等法定监护人的情况下设立狭义的意定监护（以下简称“意定监护”）的，监护人管理财产不慎而被追究责任的风险更为突出。意定监护即《民法总则》第三十三条规定的

“【意定监护】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”，意定监护主要具备以下功能：

第一，尊重：让自己信任的人在自己糊涂后，按自己预设的意思及对自己最大的利益帮助、照顾自己的财产、人身等合法权益。

第二，排除：意定高于法定，一定程度上排除了自己不信任或不适合的法定监护人。

第三，创设：为无血缘无姻亲的人创设了监护权，一定程度上解决无血缘无姻亲关系难以监护的困境，让好心人做好事有依据。

上述三类功能同时也是意定监护的优势。

但另一方面，上述三类功能也相应引出意定监护面临的挑战，即意定监护人在行使财产管理职责时，特别是财产金额较大时，财产管理的压力及负担较大，同时容易遭到法定监护人的挑战而招致风险【[8]】。

如果说上文所述监护人侵害被监护人财产的风险使更多人开始关注意定监护的优势及功能，那么此处的监护人管理财产被追责的风险却恰恰又是意定监护在中国实践落地时接受度较低的原因之一。

《民法总则》第二十九条“被监护人的父母担任监护人的，可以通过遗嘱指定监护人”的遗嘱监护，以及监护人在失智失能前将自己失智失能时自己对被监护人的监护职责委托给自己信任的人的委托监护也有类似的优势及风险。

3、财产保值增值功能不足的劣势

“在商品经济时代，尤其是现代资本市场发达之后，财产具有了资本性质，财产的保值不是以静态形式存在，财产的价值不再体现于占有和使用，而在于交换和增值，在动态中实现保值和增值。但是，成年人意定监护委任合同中指定的监护人，多数为近亲属或社区基层组织、民政部门工作人员等，他们难以胜任履职，难以保证老龄人合法财产权益不受减损……但面对缺乏金融理财管理知识的监护人和监护监督人，如何确保被监护财产的保值与增值，又如何实现对老龄人财产保值与增值的监督。因此，只有将老龄人财产“外置”管理，引进财产信托制度，方能弥补意定监护制度中存在的缺陷。”【[9]】笔者比较赞同该观点，笔者参与提供公益法律服务的首例双社会组织担任监护人、监督人的意定监护(参见《你的余生　我来守护》——全国首单“双社会组织”受托监护公证案达成协议，被监护人余生得到三重保障【[10]】)中，老龄人将房产变现后为了安全在上海普陀公证处进行了公证提存作为养老资金，安全性有保障，但收益只能有所牺牲。在央行降息、通货膨胀的背景下，若对有限的资金不做专业而安全的保值增值管理，而仅以现金存款方式来作为老龄人、残障人士【[11]】、未成年人后半生长年的照护资金来源的，随着经年累月支取必将面临一定挑战，更不用期待其承载代际传承、风险隔离等功能了。

（二）现行信托制度在人身照管方面的不足

尽管信托在财产管理方面具有其优势，如财产管理专业化【[12]】、代际传承、风险隔离、灵活安排受益分配，并且对受托人的义务及责任有相对具体的规定【[13]】。但是现行《信托法》及其他相配套的法律法规、司法解释等在被监护人人身照管方面存在不足，即信托以财产为核心，无法细化落实人身照管事务。

《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，进行管理或者处分的行为。”可见，尽管信托通过受益方案也能间接解决部分人身照管中的资金需求(比如受益人的教育、生活、医疗、长期照护的资金支持)，但本质上还是以财产管理为核心，在人及事方面，难以落

实更为细致的人身照管事务，更是难以实现通常监护具有的医疗决定（安宁舒缓医疗、临终关怀等）、民事活动代理（社会福利补助、户口迁移、诉讼和非诉事务等）的功能，在被监护人无民事行为能力等特殊情况下监护人缺失时甚至连基本领取都可能难以实现。

（三）监护支援信托的架构

根据监护及信托的种类以及上文中日两国的制度及实践，理论上可以将监护支援信托分为以下四种架构【[14]】：

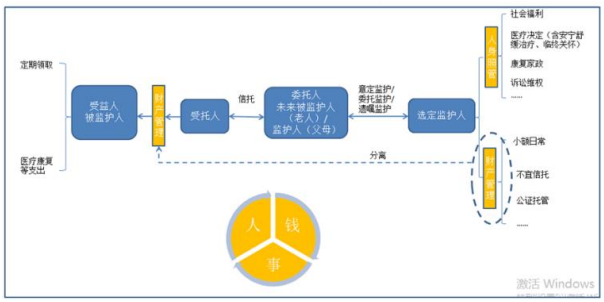
1、自益信托+意定监护：双重自由意思保障，财产管理及人身照管

2、自益信托+法定监护：实现财产管理和人身照管分离

3、他益信托+遗嘱监护/委托监护：财富管理和传承、子女照管

4、他益信托+法定监护：实现财产管理和人身照管分离

其中第 1 种、第 3 种具双重自由意思保障，应该是未来主要发展方向，也是李元龙博士在报道中介绍的架构。故本文接下来专注于这两种模式继续进行分析，简单图示如下：



（四）监护支援信托的优势

综合上述，意定监护、委托监护、遗嘱监护与信托的结合一定程度上能克服监护与信托各自的不足，综合发挥两者的各自优势，即选任自己信任的人为监护人，监护本人、残障人士、未成年子女，落实全方位的人身照管事务，同时将大额财产交由信托机构专业管理，减轻监护人在财产管理方面的风险及负担，降低监护人侵害财产的风险，专业人士专业管理使得财产有可能保值增值，且特定条件下实现风险隔离、代际传承、多样化受益分配目的等。

文首报道中，李元龙博士就监护支援信托的优势介绍道，“举个例子，对于一些高净值的老年客户，可以在自身头脑保持清晰具有完全民事行为能力的情况下选择监护支援信托，那么她/他一旦发生失能失智情形时，已无能力管理和监督自己的财产，信托公司可以为老人管住财产；当触发了事先约定的条件时，信托公司会配合监护人做出的人身安排，帮助其支付相应的养老院、医疗救治等费用。”李元龙博士表示，“这样就避免了过往实务中监护人直接接管全部财产的问题，也不因监护人个人婚变、死亡、继承等原因导致该归属于老人的财产受到损失”。“监护支援信托利用监护和信托制度的优势，提供覆盖全生命周期的服务，实现当事人人生各阶段“人+事+钱”的综合对接，真正让当事人人生规划得以全面落实，保障其未来的人身和财产权益。”

图 1　侵权行为通报数量及财产损失

本图根据成年後見制度利用促進委員会「家庭裁判所における不正防止策の現状と今後の在り方等について」[17] 公布的数据整理得出。

据研究，日本在 2012 年开始正式实施监护制度支援信托后，在很大程度上遏制了亲属监护人的侵权行为，所以从 2015 年起，侵权行为的数量和财产损失额均有下降【[15]】。故监护支援信托在我国广泛应用后的作用是值得期待的。

四、监护支援信托的市场需求及应用场景

（一）监护支援信托的市场需求

据日本最高裁判所事务总局家庭局的统计，截至 2017 年 12 月底，监护制度支援信托累计利用总人数为 21504 人（其中成年被监护人为 20891 人、未成年被监护人为 613 人），信托财产的累积额度约达 6988．28 亿日元（约 407 亿人民币）。其中，2017 年的利用人数为 4533 人，信托财产额数约为 1460．03 亿日元（约 85 亿人民币）【[16]】。

虽然中国近期才刚落地首单，但中国未来的潜在需求人数是相当大的。根据国务院 2017 年 2 月 28 日发布的《国务院关于印发“十三五”国家老龄事业发展和养老体系建设规划的通知》【[17]】，“预计到 2020 年，全国 60 岁以上老年人口将增加到 2.55 亿人左右，占总人口比重提升到 17.8%左右；高龄老年人将增加到 2900 万人左右，独居和空巢老年人将增加到 1.18 亿人左右”。独居老人、空巢老人孤独状况大量存在，引发了监护缺失及不良销售人员高价兜售伪劣保健品、金融产品等情况，以老年人为主要对象的诈骗、非吸等刑事案件也是屡见不鲜【[18]】。独居、空巢若再加上突然的失能失智，其人身照管及财产管理更加堪忧。民政部 2016 年公布的《第四次中国城乡老年人生活状况抽样调查成果》【[19]】显示，“老年人健康状况不容乐观，失能、半失能老年人口数量较大，全国失能、半失能老年人大致 4063 万人，占老年人口的 18.3%”。失能失智老龄人，由于未能在清醒时对自己的养老照护及财产进行妥善安排，一旦突然失能失智，极易出现监护缺失，被图谋不轨之人伤害，财产权益遭受严重损害，人身照管也失去应有经济保障，如保姆侵占独居失智老人房产及储蓄的案件【[20]】就为老龄人敲响了警钟。

此外，残障子女的父母同样有这样的忧虑，父母离世后他们的孩子怎么办是梗在这些特殊父母群体心中最痛的刺。根据 2019 年《中国自闭症教育康复行业发展状况报告Ⅲ》披露，中国的自闭症谱系儿童超过 1000 万，0-14 岁儿童的数量超过 200 万。因其病因不明、致残率极高且无法根治，需终身干预【[21]】。

李元龙博士介绍，“目前监护支援信托的受益人群体主要为未来人生规划有较强需求的老年人、特殊需求家庭、有家族病史很可能失能失智的人群，我们相信在中国一定有更广泛的需求，因为能解决很大的社会问题”。

（二）监护支援信托的应用场景

杭州渐冻症患者方敏人生的前 30 年顺风顺水，父母早年经商，在她婚前就给她备下了四五套房产，结婚五年，孩子四岁。然而 2018 年下半年，她确诊患上“渐冻症”，原本生活想的都是远方，现在发现人生的尽头倏忽一下就在眼前。然后，最令方敏伤心并寒心的是，当她与丈夫商量：“要不，卖一套房子吧，治病要花钱。”谁曾想丈夫冲口而出：“那总要先考虑女儿的咯。”于是方敏从这大半年丈夫的反应做出决定，想把她的法定第一顺位监护人丈夫“换掉”，换成由父母来照顾自己可能不会太长的余生，即让父母来做自己“不行”时的监护人，救治方案，财产动用等各方面均由父母说了算，而不是丈夫【[22]】。

这个案例中，方敏除了可以为自己安排意定监护，还可以考虑为年幼的女儿安排委托监护及遗嘱监护【[23]】，生前将房产赠还父母或立遗嘱将房产留给父母，防止自己离世后丈夫作为女儿唯一法定监护人侵占自己留给女儿的遗产。但若进一步考虑到自己父母年事已高、身体渐弱，可能无法长期守护女儿至长大成人，并将财产稳妥交接，那么可以考虑监护支援信托，将财产在生前或通过遗嘱放入信托，支持自己治疗、父母养老、女儿生活教育等。

本案为监护支援信托的典型应用场景，此外失独、留守空巢、子女不孝老龄人、心智障碍人士等也都是典型应用对象。

李元龙博士认为，“监护支援信托是一种真正

服务于当事人刚性需求的信托服务，进一步丰富了信托应用场景，也有力地助推我国监护制度的运用，具有极高应用和推广价值”。

五、监护支援信托面临的挑战及建议

监护支援信托虽然有其综合优势，但是基于信托制度本身的特征及不完善，还是面临相当多挑战，比如有门槛【[24]】，有一定成本【[25]】、有投资失败风险、信托财产登记制度、税收制度等配套制度不健全，然而需求却具有普遍性，而且必将如日本一样成为国家老龄化、少子化的重要解决方案之一，也将是残障人士等弱势群体的重要自救方案之一，但当然挑战的难度也是显而易见的，为此有必要在立法界、学术界及实务界加强推广，吸引更多领域专业人才参与积极研讨，无论是上到法律政策的研究建言、下到协议等文本的规范化完善化、落地实操细节化标准化，加强相互交流，彼此促进，借鉴境内外理论成果及实践经验，推动监护支援信托在中国的法律完善及实践效果。笔者在此提出以下几点粗浅的建议。

（一）增设强制信托制度

如财产监护人涉嫌侵害老龄人财产权益行为的，可借鉴我国台湾地区强制信托的司法经验，由监护监督人启动家事法庭诉讼程序，申请强制信托，由政府选定的信托机构接管信托合同财产，以保障失智老龄人晚年生活经济之需【[26]】。日本实践过程中，东京家庭裁判所也强制要求适合人群必须利用监护制度支援信托【[27]】。

（二）增设信托监察人制度

目前《信托法》仅对公益信托要求强制设置信托监察人，对其他信托并无强制要求，鉴于监护支援信托适用对象的特殊性及对其的重要性，同时考虑到监护人、监护人监督人未必对信托机构的运营及财产处分行为有足够的专业知识及经验，故建议加大宣传监察人制度并鼓励在信托设立时即指定信托监察人，且“信托监察人由公正中立的外部第三方机构担任，在特定情形下由信托监察人代为行使对受托人的监督权和信托事务的决策权，充分维护受益人的合法权益”【[28]】。

（三）对信托机构设置准入条件

鉴于监护支援信托适用对象的特殊性及对其的重要性，有必要提升信托机构的准入门槛，可以考虑通过有关部门对信托机构进行分类评估，依据评估结果遴选并公布资本实力雄厚、运营管理规范、信誉良好的信托机构名单，准予经营监护支援信托业务，比如，在日本，最高裁判所指定可办理监护制度支援信托业务的银行只有 6 家【[29]】。

（四）设置严格的信托机构运营规则

鉴于监护支援信托适用对象的特殊性及对其的重要性，可以考虑对监护支援信托的投资领域、项目风险等级、投资决策程序设置更为严格的要求，设置风险准备金或提升赔偿准备金来完善赔偿机制，明确赋予监护人、监护监督人、信托监察人撤销受托人处分行为或解任并新任受托人的权限，最大限度确保监护支援信托的长期有效运行，提升民众对其的信任度。

同时，还可以考虑参考引入《保险法》中人寿保险公司被撤销或破产后的“接管制度”，由有关部门指定新受托机构接管监护支援信托项目，或由监护人、监护监督人或信托监察人确定新受托机构，使监护支援信托可以长效稳定存续，服务于特殊人群。

（五）强化行政监督权、社会参与度和司法干预权

除了监护人、监护监督人、信托监察人对信托机构的监督，建议同步强化公权力对监护支援信托的监督，建立公共监督体系。针对不同的财产，设定相应的监督制度，如储蓄理财、股市投资，可考虑由管理信托公司的金融监管部门建立监督制度，

房产股权，需尽快完善一直以来信托制度中极受关注的信托财产登记制度，同时也达到监督目的，无形资产和虚拟财产，也建议归口到相关行政监管部门的管理体系中加以监督，从而降低监护人、监护监督人、受托人、信托监察人的道德风险，增加民众信任度，利于监护支援信托的推广及有效实施。

同时，可以考虑积极发挥基层居民委员会、村民委员会、学校、医疗机构、妇女联合会、残疾人联合会、未成年人保护组织、依法设立的老年人组织、民政部门、信托机构、公证机构、律所等的作用，推广制度，发现有需求者，提供专业咨询，明确具体需求，担任专业第三方监护人、监护监督人、信托监察人，设计架构，落地实施，跟踪监督，评估调整，为需求人群构建一个多方位的综合支援体系。

当然，作为最后的救济保障手段，一旦发现被监护人人身财产权益可能遭受侵害时，可以考虑明确赋予更多主体（临时监护人、监护监督人、信托监察人等）特定条件下可作为诉讼主体启动诉讼程序，让司法尽早介入干预，同时鉴于监护支援信托纠纷具备一定人身性、紧急性、难以复原性，建议缩短司法流程，并对特定紧急情形下（如医疗救助）的财产处分等设置快速裁决程序【[30]】，使特殊人群的权益得到更高效救济。

六、结语

监护支援信托的需求人群大部分是需要国家、社会关注支援的特殊群体，同时也是逐渐迎来老龄化、少子化、更有能力保障残障人士权益的我国正面临的挑战和义无反顾必须承担的责任。尊重被监护人的双重自由意志，以自己的财产为自己及家人的余生提供长久保障的监护支援信托在这样的土壤中播种发芽，开出“首单”之花，可喜可贺，然而我们也一定要清醒地认识到法律制度尚不完善，实践经验尚不丰富，遍地开花仍任重道远，我们需要积极研讨其他国家和地区较成功的在先制度及实践经验，学习交流我国已有的珍贵的落地经验，让监护支援信托得到更广泛的推广及更有效的落地。

---

[1]http://xw.sinoins.com/2020-02/04/content_325482.htm

[2] 2019 年 10 月法制日报文章《意定监护公证向我们走来》报道，“上海市普陀公证处公证员李辰阳……作为我国最早踏足这一领域的公证员，从 2015 年至今，他已办理此类公证服务近 500 件”，上海市普陀公证处在意定监护公证办理方面有丰富经验。（http://www.xinhuanet.com/legal/2019-10/18/c_1125119406.htm）

[3]何心蕙《曰本成年监护制度的现状及利用促进法的实施—兼论对我国的启示》，日本法研究，发表期数 2018 年 00 期

[4]何心蕙（中央大学法学研究科民事法专业博士研究生）《曰本成年监护制度的现状及利用促进法的实施—兼论对我国的启示》，日本法研究，发表期数 2018 年 00 期。

[5]万向信托慈善信托部总经理、创新研究部负责人，浙江大学管理学博士，中国信托业协会行业发展研究专家库成员。

[6]《民法总则》第三十六条第（二）项“（二）怠于履行监护职责，或者无法履行监护职责并且拒绝将监护职责部分或者全部委托给他人，导致被监护人处于危困状态的；”间接规定了委托监护制度，但最高人民法院印发《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）》的通知第 22 条“监护人可以将监护职责部分或者全部委托给他人”同样也是关于委托监护的规定，且相对明确。

[7]《究竟谁是监护人？慈善家李春平的晚年孤寂与喧嚣》（https://xw.qq.com/cmsid/20180105G0A0EJ/20180105G0A0EJ00）、《患老年痴呆症，慈善家李春平资产疑被侵吞》（http://news.ifeng.com/c/7fb7xMhmwGh）

[8]《荆州区 7 旬独居老人银行取钱 为何无人肯帮忙？》的报道一定程度上反映了一般民众的避嫌心理。http://news.jznews.com.cn/system/2014/10/16/011554382.shtml）

[9]官玉琴（福建工程学院法学院教授，北京老龄法律研究

会特约研究员）《意定监护制度框架下的老龄人财产信托》

[10]《上海老年报》http://www.shlnb.cn/gb/lnb/node4/userobject1ai16159.html

[11]也包括非子女的残障人士，在笔者参与公益法律服务的委托监护案例中，有精神障碍的弟弟其父母早已故去，其法定监护人为其兄长(有法院判决)，但因兄长年事已高，难以履行监护职责，故与某社会组织签订了委托监护协议，委托社会组织代为履行监护职责。

[12]本文仅以专业信托机构为探讨范围，不包括自然人。

[13]如《信托法》第二十二、二十五-二十八条。

[14]朱晓喆（上海财经大学法院院教授）《意定监护与财产信托》主题演讲。

[15]何心蕙（中央大学法学研究科民事法专业博士研究生）《曰本成年监护制度的现状及利用促进法的实施—兼论对我国的启示》，日本法研究，发表期数 2018 年 00 期。

[16]何心蕙（中央大学法学研究科民事法专业博士研究生）《曰本成年监护制度的现状及利用促进法的实施—兼论对我国的启示》，日本法研究，发表期数 2018 年 00 期。

[17]http://www.gov.cn/zhengce/content/2017-03/06/content_5173930.htm

[18]浦东检察院发布 2019 年 《涉老年人刑事案件检察工作白皮书》（https://new.qq.com/omn/20190919/20190919A0FIJV00.html）记载："被害人为老年人的刑事案件明显上升。被害人为老年人的刑事案件数量比上年同期增长 26.1%，其中涉及最多的罪名是诈骗罪，其次是盗窃罪，分别占比 28.9%、17.1%。此外统计发现，集资诈骗，非法吸收公共存款等涉众型案件中老年被害人数量有增加趋势。"

[19]http://jnjd.mca.gov.cn/article/zyjd/xxck/201610/20161000886652.shtml

[20]《女富婆凄凉入住老年公寓其保姆反坐拥百万财产》（http://house.people.com.cn/GB/169409/12809363.html）

[21]《全国"自闭症教育康复全国公益巡讲"开讲》（http://world.people.com.cn/n1/2019/0620/c190970-31171527.html）

[22]《婚前就有 5 套房 杭州富家女想卖房治病遭老公反对》（http://cs.zjol.com.cn/zjbd/hz16503/201907/t20190716_10596585.shtml）

[23]关于母亲单方做出委托监护及遗嘱监护与父亲的法定监护之间的关系如何，单方安排是否会导致安排无效等，法律并没有明确规定，也暂未查到司法案例，但与不做该安排相比，至少保有机会对父亲的法定监护形成一定限制。

[24]李元龙博士 2019 年《意定监护与信托的结合实务》主题演讲中介绍，"信托门槛为，100 万元以上现金或等量的其他财产权；保额 300 万元以上的终身寿保险受益权；特别需要的人士（符合慈善目的）30 万元。"当然，如果资金太低，信托也将几乎失去其意义。

[25]李元龙博士 2019 年《意定监护与信托的结合实务》主题演讲中介绍，"信托管理费为，参照同期活期利率，信托规模的 0.3%；复杂管理需求的（较多自由裁量权），信托规模的 0.5-1%"。

[26]官玉琴（福建工程学院法学院教授，北京老龄法律研究会特约研究员）《意定监护制度框架下的老龄人财产信托》

[27]何心蕙（中央大学法学研究科民事法专业博士研究生）《曰本成年监护制度的现状及利用促进法的实施—兼论对我国的启示》，日本法研究，发表期数 2018 年 00 期。

[28]李宪明（中国信托业协会专家理事、上海市律师协会信托业务研究委员会主任）、方海龙《老龄化背景下我国养老信托制度的发展》

[29]何心蕙（中央大学法学研究科民事法专业博士研究生）《曰本成年监护制度的现状及利用促进法的实施—兼论对我国的启示》，日本法研究，发表期数 2018 年 00 期。

[30]《民事诉讼法》规定的先予执行制度如下，但建议考虑针对监护支援信托做出更为细节实操的细则。

第一百零六条 人民法院对下列案件，根据当事人的申请，可以裁定先予执行：

（一）追索赡养费、扶养费、抚育费、抚恤金、医疗费用的；

（二）追索劳动报酬的；

（三）因情况紧急需要先予执行的。

作者信息：

顾丽萍

合伙人

业务领域：婚姻家庭及私人财富管理、跨境投资、公司与商事

记者观察：遗嘱信托离我们并不远

2020-05-12 来源：中国银行保险报网 作者：樊融杰
http://xw.sinoins.com/2020-05/12/content_343122.htm

随着国内首例遗嘱信托判例的产生，勾起许多人的疑问，遗嘱信托是什么？能干什么？普通人能够设立遗嘱信托吗？设立遗嘱信托该注意哪些？

遗嘱信托，是委托人预先以立遗嘱方式，将财产的规划内容，包括交付信托后遗产的管理、分配、运用及给付等，详订于遗嘱中。等到遗嘱生效时，再将信托财产转移给受托人，由受托人依据信托的内容，也就是委托人遗嘱所交办的事项，管理处分信托财产。不同于商事信托，遗嘱信托的受托人可以是公司，也可以是个人。

遗嘱信托在国外是一种普遍采用的处理遗产的方式。2001 年我国出台的《信托法》对遗嘱信托也有明确的规定。

《信托法》第十三条规定，设立遗嘱信托，应当遵守继承法关于遗嘱的规定。 遗嘱指定的人拒绝或者无能力担任受托人的，由受益人另行选任受托人；受益人为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，依法由其监护人代行选任。遗嘱对选任受托人另有规定的，从其规定。

中国政法大学信托法研究中心主任赵廉慧对本报记者表示：“与商事信托主要面向高净值人群不同，遗嘱信托属于民事信托，在我国，普通收入人群也可以以委托人的身份根据自身需求设立民事信托”。

上海市普陀公证处公证员李辰阳对本报记者表示，目前国内常见开展遗嘱信托的有三类家庭。一是家庭资产较多，但家庭成员关系复杂，如多子女多次婚姻家庭，遗嘱信托可以避免一些财产纠纷和保护特定的家庭成员；二是单亲未成年子女的父母以及子女和其他近亲属有心智障碍的家庭，往往也会选择遗嘱信托，防止父母离世后，子女或者其他心智障碍家庭成员无法得到有效的扶养和保护。

“遗嘱信托最关键的是对受托人的选择，选值得信任的个人或机构。”赵廉慧表示，“如果担心受托人不能尽职履责或者因破产等原因导致信托财产受损，委托人与受托人还可以用遗嘱信托文本，到银行开设联名账户。这样，受托人只能在符合遗嘱信托设定的情况才能处置提取账户资金，确保受托财产的安全与独立性”。

尽管相关制度可以确保遗嘱信托财产的安全性，但许多家庭在设立遗嘱信托时依然要考虑处理不动产的问题。

“目前很多普通家庭的主要财富很大一部分来自于不动产。当前，相关制度无法支持委托人将不动产直接装入遗嘱信托，因此被迫需要将不动产变现，相关资产才能成为信托财产。”赵廉慧表示，“利用专业人士将不动产装入遗嘱信托又增加了一些不必要的成本，同时在遗嘱执行的时候也出现了一定变数”。

赵廉慧认为，以公证介入遗嘱信托是普通民众设立遗嘱信托的较好选择，尤其是目前我国信托财产登记制度欠缺的情况下，公证遗嘱信托既符合法律的要求，又具有弥补公示和公信不足的功能。

“我每年经手的涉及遗嘱信托的案例大约十几例。疫情发生以来，咨询该业务的人明显多了。”李辰阳对本报记者表示，“相比一般的遗嘱公证，此类业务往往是在遗嘱文件中含详细的信托内容。现在在北京、上海等地一些公证机关都有开展这类业务”。

“但信托本身只能管钱不涉及人身养护，特别是医疗救治方面，所以在实际操作中，父母们都是以遗嘱信托结合遗嘱监护的方式设立，学术上一般

称为信托支援监护模式。”李辰阳表示，“受托人不仅仅要管钱，还要承担起对委托人子女的监护人的职责。遗嘱公证中有时还会指定监督人，负责对受托人履职进行监督。如受托人未能履职尽责，监督人有权利依据公证书，警告、督促受托人履行职责或替换受托人，也可以向法院提诉申请撤销”。

家族信托独立性仍需时间检验

2020-05-12 来源：中国银行保险报网　作者：樊融杰

http://xw.sinoins.com/2020-05/12/content_343121.htm

根据中国信登信托登记系统新增数据显示，截至一季度末，家族信托存续规模已突破 1000 亿元大关。有专家认为，虽然目前国内家族信托发展较快，但其的独立性仍需时间检验。

独立性有待时间检验

“国内家族信托与国外的家族信托的逻辑是没有差别的。”磐合家族办公室创办人颜怀江认为，“家族信托的主要目的用来开展财富传承与资产保全”。

有分析认为，信托财产独立于委托人其他财产，家族信托传承的优势之一就是风险隔离机制。

多年来，信托财产的独立性，一直被信托业人士认为是信托制度的独特优势。其中，最常被提及的是信托产品的“破产隔离”功能。2019 年 11 月，最高人民法院发布了《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称‘九民纪要’）。其中，第 95 条就明确了信托财产的独立性。

“‘九民纪要’已经从司法的角度明确了信托财产的独立性原则。这也就意味着家族信托是完全能够起到风险隔离作用。”颜怀江指出，“只不过目前国内信托行业发展周期还比较短，相关的案例也比较少。随着相关案例的增加，国内市场对家族信托的传承功能就会有新的认识”。

快速增长，但仍不能成利润支撑

近年来，多家信托公司纷纷推出家族信托业务。根据中国信托业协会数据显示，仅在 2018 年末，就有 36 家信托公司实质性开展了家族信托业务。

2019 年家族信托业务又进一步得到发展。根据已披露的年报显示，截至 2019 年末，仅山东国信管理的家族信托已签订合同金额突破 104 亿元，其中，实际交付的家族信托资产规模 101 亿元，同比增长 52.93%。

颜怀江对本报记者表示，现在国内大部分信托公司家族信托业务来源主要还是依托与商业银行的合作，有少数家族信托来自于信托公司自主营销。

据悉，目前国内市场家族信托业务以私人银行为主、由信托公司提供制度及法律框架的合作模式占据主流，其远超信托公司自主开发的家族信托业务。私人银行在与信托公司的合作中处于甲方地位，作为乙方的信托公司还需要承担大量的事务性工作。

颜怀江认为，目前国内家族信托虽然发展较快，但对信托业整体来说依然未达到规模经济的状态。

有公开资料也显示，目前信托公司开展的家族信托业务尚处于孵化期，利润中心的特性尚未显现。

颜怀江认为，信托公司发展家族信托的一大挑战就是处理前期不赢利和业绩考核的关系。信托公司首先要完成股东下达的任务指标，其次才能做家族信托业务。信托公司要用传统的业务收入去弥补家族信托的成本，为家族信托争取足够的孵化时间。

“很明显，家族信托就是一个前人种树、后人乘凉的事业。”颜怀江认为，“信托公司通过开展家族信托业务，一方面可以开展财富管理业务，另外通过家族信托业务，信托公司还可以与高净值客户形成深度绑定，从而间接拓展与该客户相关的其他业务公司金融业务等”。

遗嘱家族信托的司法认可

2020-05-12 来源：中国银行保险报网 作者：赵廉慧
http://xw.sinoins.com/2020-05/12/content_343127.htm

改革开放以来，我国创造了巨额财富，随着高净值人群基数增长，他们对于财产布局越来越倾向于需要专业知识的投资领域。在财富传承方面，信托与保险是两大主要工具，是走向财富传承专业规划的重要一步。但与欧美国家长达数百年的家族财富管理历史相比，在我国通过信托进行财富传承的功能则刚刚起步，需要一系列的配套法规保驾护航。

□ 赵廉慧

目前，我国的信托法在商业领域有着广泛的应用，但不少人对家族信托在国内的运用场景缺乏认识，更缺乏信心，认为现有的法律只是停留在纸面的法律，无法被用来进行实际操作。本文所讨论案例支持了当事人的遗嘱信托安排，笔者对遗嘱信托的法律效力进行了分析。

案例概要

李某4于2015年8月1日写下亲笔遗嘱一份，内容如下：

一、财产总计：1.元普投资 500 万元月月盈招商证券托管；2.上海银行易精灵及招商证券约 500 万元；3.房产：金家巷、青浦练塘前进街、海口房产各一套。

二、财产处理：1.在上海再购买三房两厅房产一套，该房购买价约 650 万元左右，只传承给下一代，永久不得出售。现有三套房产可出售，出售的所得并入李某 4 家族基金会，不出售则收租金；2.剩余 350 万元资金及房产出售款项约 400 万和 650 万元房屋和其他资产约 1400 万元，成立“李某 4 家族基金会”管理。

三、财产法定使用：1.妻子钦某某、李某 2 女儿每月可领取生活费一万元整：现房租金 5000 元(注：判决原文如此)，再领现金 5000 元，所有的医疗费全部报销，买房之前的房租全额领取。李某 2 国内学费全报。每年钦某某、李某 5、李某 6、李某 7 各从基金领取管理费一万元。妻儿、三兄妹医疗费自费部分报销一半住院大病。

四、以后有补充，修改部分以日后日期为准。财产的管理由钦某某、李某 5、李某 6、李某 7 共同负责。新购 650 万元房产钦某某、李某 2、李 1 均有权居住，但不居住者，不能向居住者收取租金。

两审法院都认为：本案的自书遗嘱符合继承法的要件，遗嘱的内容符合信托法对遗嘱信托的要求，虽有部分遗嘱的内容因客观原因不能执行，但不妨碍在剩余的财产上继续执行。法院依照《继承法》和《信托法》作出判决，李某 4 所立遗嘱信托有效。

遗嘱信托的效力

1.基金会还是信托？

该案的遗嘱中明确规定，要把其个人财产装入“家族基金会”，用于其家庭成员的生活。立遗嘱人很明显搞混了基金会和基金。所谓基金会，在我国是指利用自然人、法人或者其他组织捐赠的财产，以从事公益事业为目的，按照《基金会管理条例》的规定成立的非营利性法人。根据该定义，基金会是慈善法人，所有财产要完全用于公益慈善目的，这显然和本案中为了家庭成员的利益为目的是相矛盾的。而且，基金会为法人，需要按照非常严格程序经民政部门批准方能设立。在本案中，立遗嘱人很显然并不清楚什么叫基金会，但是其把个人财产设立一个独立基金用于家庭成员生活的目的非

常明确。所以，法院通过合理解释立遗嘱人之意愿，尽力辨别出符合立遗嘱人“真意”的法律形式，帮助私人意愿得以实现。

理论上看，信托本身就是一个独立目的财产，不管是私人目的、公益目的还是其他特殊目的，该财产只为其目的而存在。这个独立财产无论被称为“基金”或者“财团”(patrimony)，都不妨碍信托法的适用。可以这样说，每一个非法人基金或者非法人财团，都具备信托的特征，都可适用或参照适用信托法。

2. 遗嘱的效力

自书遗嘱必须全部由遗嘱人亲笔书写，签名，注明年、月、日，本案所涉李某 4 在 2015 年 8 月 1 日所立遗嘱为其最后遗嘱，符合《继承法》要求的形式要件，且不存在遗嘱无效的情形，因此一审法院认定该遗嘱有效。

3. 遗嘱信托的效力

根据《信托法》的规定，信托文件应当载明信托目的、委托人及受托人姓名、受益人范围、信托财产范围、受益人取得信托利益的形式和方法。该遗嘱在内容上包含了一个有效信托的全部条件。

第一，其遗嘱中详尽列举的财产为信托财产，“不对遗产进行分割，而是要将遗产作为一个整体”，这是一个独立存在的、确定的财产。虽然部分财产后来价值减损降低，但无损其确定性。

第二，李某 4 所立自书遗嘱明确其信托目的为管理遗产，并进一步在购买房屋一事上阐明其目的是“只传承给下一代，永久不得出售”，判决认为这“就是要求实现所有权和收益权的分离”，实现家族财富之传承。该信托具有明确的信托目的。

《信托法》还要求信托目的必须合法，李某 4 的信托目的在于根据其意志管理遗产并让指定的受益人获得收益，符合法律规定。

第三，委托人为立遗嘱人李某 4，自无疑问。

第四，遗嘱要求其财产由一个第三方进行管理，组成人员为钦某某、李某 5、李某 6、李某 7，管理方式为共同负责管理，这是对信托共同受托人的指定。遗嘱中还明确了受托人或管理人的报酬。

第五，遗嘱中还指定了受益人，指定了部分财产的用途。受益人为钦某某、李某 2、李 1，这符合受益人确定性的要求。遗嘱中还规定了受益人以居住、报销和定期领取生活费等方式取得信托利益。

第六，信托应当采用书面形式。李某 4 立有自书遗嘱，符合书面形式的要求。

法院还指出，李某 4 在 2014 年 11 月 23 日自书遗嘱中也明确表示了“信托”二字，与 2015 年 8 月 1 日遗嘱可相互印证。因此，该份遗嘱的效力，应当根据继承法和信托法进行认定。

需要注意的是，只要一个法律行为具备了信托生效的全部要件，不管相关法律文件是否采用了“信托”的名称，甚至采用了错误的名称——如本案中立遗嘱人使用了“基金会”，法院都可以根据促进法律行为生效的原则去辨识出立遗嘱人的真实意图。

作为对比，在另外的一个案例【抚州市中级人民法院，(2015)抚民一终字第 266 号】中，“被继承人曾金生的遗嘱为‘剩余财产成立曾氏基金，由侄子曾某甲、曾某丙管理使用’，从遗嘱来看，该遗嘱对曾氏基金如何设立，以及曾氏基金设立的目的、基金如何运转，财产如何分配、使用等均没有明确，对遗产具体由曾某甲如何管理使用也没有明确的要求。现曾某甲以自己名义提起诉讼，请求分割立遗嘱人曾金生的财产，并将分割后的财产按遗嘱交付其管理使用缺乏法律依据，本院不予支持。”该案中信托被否定的主要原因是立遗嘱人意思表示的内容过于简略，无法操作；法院也似乎无法用一个模糊的公益目的来剥夺其配偶的法定继承权。

4. 遗嘱信托的可执行性

一审判决还探讨了遗嘱信托的可执行性问题。李 1 主张，遗嘱中提及了购买一套 650 万元的房屋，“只传承给下一代，永久不得出售”，李 1 认为，

这应当是指该 650 万元的房屋或钱款由“下一代”继承，钦某某不属于“下一代”，说明李某 4 就该部分剥夺了钦某某的继承权。至于“永久不得出售”，这只是李某 4 的一个愿望，实际无法实现。

而钦某某、李某 2 则认为，李 1 对遗嘱的理解是错误的，李某 4 做出这个安排是为了保护未成年人的成长。分割夫妻共同财产后，遗产已经没有 650 万元，因此遗嘱实际无法执行，不能成立信托。

针对当事人的上述主张，法院认为，“对遗嘱的理解，应当结合遗嘱的目的和上下文来进行。从遗嘱的目的来看，李某 4 的目的在于保持其继承人及直系后代能够获得稳定收益，将遗产的处分权与收益权相分离。从上下文来看，李某 4 在遗嘱中明确要把 650 万元房产并入‘李某 4 家族基金会’，由管理人统一管理。因此，遗嘱对该 650 万元房产的安排与其他资产一致，既没有剥夺钦某某的继承权，也没有安排李 1、李某 2 直接继承。遗嘱中的‘只传承给下一代，永久不得出售’在法律上并非不能实现，这恰恰正是信托制度的功能之一”。因此，一审法院没有采纳李 1 的主张。

法院认为，由于股市波动等客观原因，李某 4 的遗产总值已不足 650 万元，因此遗嘱中关于购买 650 万元房屋的内容已无法执行。但遗嘱中还有设立信托以及钦某某、李某 2 可收取信托利益等内容，上述内容与购买 650 万元房屋之间没有因果关系或前提关系。只要信托财产符合法律规定，即具备执行条件，可获执行。

（上，未完待续）

（作者系中国政法大学信托法研究中心主任、教授）

遗嘱家族信托的司法认可

2020-05-19 来源：中国银行保险报网 作者：赵廉慧
http://xw.sinoins.com/2020-05/12/content_343127.htm

改革开放以来，我国创造了巨额财富。随着高净值人群基数增长，他们关于财产布局越来越倾向于需要专业知识的投资领域。在财富传承方面，信托与保险是两大主要工具，是走向财富传承专业规划的重要一步。与欧美国家长达数百年的家族财富管理历史相比，在我国通过信托进行财富传承的功能则刚刚起步，需要一系列的配套法规保驾护航。

□赵廉慧

家族信托受托人问题

根据《继承法》和《信托法》的规定，立遗嘱人有权在遗嘱中指定遗嘱执行人，信托委托人有权指定受托人。从遗嘱的上下文来看，李某 4 指定的管理人即为遗嘱执行人和信托受托人。

我国《继承法》规定了遗嘱执行人，但是对于遗嘱执行人的职权、义务和责任等语焉不详，这对于继承纠纷的解决非常不利。在英美普通法上，遗嘱执行人和信托受托人法律地位类似，都是受信人（fiduciary），因此似乎可以参照信托法的规定来规范遗嘱执行人的行为。本案中无论是立遗嘱人还是法院都没有特别区分遗嘱执行人和受托人，并无大碍。

钦某某亦为被指定的管理人之一，但其已向法院明确拒绝该指定，一审法院没有将其列为遗嘱执行人和受托人。二审审理期间，钦某某在二审阶段向本院递交《信托管理人申请书》，称：“若贵院判令以被继承人李某 4 自书遗嘱设立信托，必须成立合法中立的信托机构，申请人申请作为该信托管理人之一”。二审法院认为，在一审期间钦某某已经明确拒绝了指定，二审在此提出申请有违诚信，不宜再列为遗嘱执行人、管理人和受托人。

本案非常值得关注的一点是，受托人为立遗嘱人的亲属，均为自然人。遗嘱中明确受托人每人每年取得 1 万元管理费用。取得信托报酬并不能使这些自然人的行为变成“经营信托业务”，因此无必要受银保监部门的监管。根据信托法第 24 条规定，非信托机构充任家族信托受托人并无障碍，过去的一些判决错误理解信托法第 4 条，造成了不少混淆，借本案再次澄清。

自然人等充任家族信托的受托人有其独特的优点，例如，熟人甚至是亲属关系能很好地解决信任问题。自然人充任受托人的主要的问题在于专业性欠缺，而在法律层面并不存在问题。例如，自然人也有权对信托财产进行合理的投资，如果自己不具备专业投资能力，也可以根据信托法第 30 条转委托投资事宜。如前所述，自然人受托人从事投资并不必然构成“经营信托业务”。

家族财富管理的核心是法律问题，这一点逐渐会被人们认识到。

信托财产的转移和运用

1. 资金信托

根据法院判决，经抵扣，李某 4 的遗产中，将银行和证券账户中的资金、房屋折价款和证券折价款纳入信托范围并应交由受托人管理。由于信托登记的欠缺，以不动产等需要登记的财产设立信托的，面临着信托财产登记的困境。而根据信托法的规定，以需要登记的财产设立信托的，没有经过登记，信托无效。所以本案中将不动产和证券折价为资金转移给受托人是一个可行的操作。这似乎也是遗嘱中的要求。

2. 财产名义

接下来的问题是，信托财产的名义归谁？对于这些资金如何开设账户？以所有受托人的名义开设共同账户是否可能？判决中看不到具体的安排。

在目前的银行实务中，已经存在关于个人共同账户的操作。例如：中国工商银行官网上关于个人联名账户业务有如下简介：个人联名账户(以下简称联名账户)是指由 2-5 名(含)个人客户，为实现经营资金、家庭财产等多人共管的需要，而在我行开立共有的本外币个人定活期账户，从而实现共管存款的目的。

其他银行大多也能进行类似操作。至少按照目前的银行账户开户实践，多个受托人可以开设联名账户，成为信托财产的名义上的共同所有人，如此可以确保信托财产的安全和信托目的的实现。

3. 信托财产独立性问题

很多人关心的一个问题是：如果一个或者多个受托人固有财产对第三人有负债，如何确保信托财产不被强制执行？

遗嘱信托中关键的是信托财产和受托人的破产风险相隔离。如果综合分析《信托法》第 8 条和第 13 条，认为遗嘱信托在立遗嘱人死亡时生效(而非受托人承诺时生效)可能是合适的。立遗嘱人虽然已经死亡，信托财产还不一定转移到受托人名下，或者虽已经转移到受托人的名下，受托人还没有(或还没有来得及)采取必要的措施进行分别管理和信托登记。如本案的情形，假如多个受托人只把信托财产存入某一个受托人个人的银行账户，把信托资金和受托人自己的其他存款混同一起，没有开设独立的账户，若该受托人破产，受托人能否以该数额的资金属于信托财产对抗债权人呢？信托法原理上看，对于不需要登记的信托财产，采取合适的分别管理和公示手段即可，如金钱，原则上分别做账即可产生对抗第三人的效力(学理上无争论。另参见日本信托法 34 条 1 项 2 号)。不过，由于我国信托法对此没有明确的规定，法院和当事人对信托财产的独立性往往有误解，实践中有因信托财产没有在信托专户而被强制执行的案例。

在中国工商银行的个人联名账户开设提示中规定，“在开立联名账户及签订协议时，各联名账户所有人必须明确记载账户资金共有方式，即各联

名账户所有人对联名账户内资金的拥有形式及占有份额。账户资金共有方式是作为纠纷发生时联名账户资金的处理依据。”如果能在签订协议的时候明确标明：“该共有账户的财产属于信托财产，不属于各个受托人的固有财产”，应该能产生对抗第三人强制执行的功能。

本案也从一个侧面证明了，是否产生独立性并不是信托的生效要件。分别管理，进行适当的公示或者登记使信托财产产生独立于其固有财产的效力，是受托人应当履行的义务。

4. 受托人能否进行适当的投资运用？

对于本案中价值几百万的信托财产而言，按照普通活期存款或者定期存款来存储于银行，对于受益人而言不是最有利的。虽然本案是民事信托或者家族信托，在信托文件没有禁止的情况下，受托人也可以在确保流动性的前提下，利用信托资金配置一些安全性比较高的金融产品，让信托财产增值（现代信托法上的备用性规则是，受托人有权决定进行任何合适的投资）。当然，为了保险起见，受托人应取得全部受益人的同意。

法院的新角色

1. 申明受托人义务

二审法院在判决中特别向受托人申明：“三人均应当遵守信托文件的规定，为受益人的最大利益处理信托事务，而受托人管理信托财产，必须恪尽职守，认真履行诚实信用、谨慎有效管理的义务。受托人如若实施违反信托目的处分信托财产，或因受托人违背管理职责、处理信托事务不当，致使信托财产遭受损失，或者出现受托人将信托财产转为其自有财产等违法行径，受益人均可依法要求受托人承担恢复原状、赔偿损失等法律责任”。虽然以上均属于重复信托法对受托人的要求，但考虑到普通人对信托法和受托人义务陌生，法院对受托人重申其职责和义务殊为必要。

2. 督促遗嘱信托的执行

判决中最后指出，负有金钱给付义务的当事人，如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《民事诉讼法》第 253 条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。这是一个适用于所有民事纠纷的法条，法院重申该规定对于促使信托财产的顺利转移和信托事务的顺利开展，都非常重要。其实，负有将信托财产转移给受托人的当事人如果不及时履行义务，在占有信托财产期间给信托财产带来损害的，应予赔偿；利用该财产取得利益的，应归于信托财产。

在家族信托中，和在很多家事法律领域一样，法院可能会扮演一些新的角色和职责，这些都是未来需要进一步研究的。

（下，上见 5 月 12 日 9 版）

（作者系中国政法大学信托法研究中心主任、教授）

六、社会新闻

婚内与他人同居生子 男女双双领刑

2020-05-05 安徽高院

https://mp.weixin.qq.com/s/fd4GlV75niTaBhoM-VzWeA

近日，望江县人民法院对一起重婚案进行了审理并当庭宣判，被告人徐某（男）、陈某（女）因犯重婚罪被判处有期徒刑一年，缓刑一年六个月。

法院审理查明，1996 年 8 月 1 日，被告人徐某与曹某登记结婚，婚后育有二女。2005 年，被告人徐某在外务工期间认识了被告人陈某，陈某明知徐某已婚，但两人仍以夫妻名义共同生活至 2019 年 10 月 14 日，期间育有两子。2019 年 10 月 15 日，徐某与曹某登记离婚。

法院审理后认为，被告人徐某有配偶而与陈某以夫妻名义共同生活，被告人陈某明知徐某有配偶而与其以夫妻名义共同生活，此种行为是有意破坏他人婚姻的行为，徐某与陈某虽未办理结婚登记手续，但事实上两被告人的行为均已构成重婚罪，鉴于徐某、陈某均主动向公安机关投案，自愿认罪，依法可以从轻或者减轻处罚，遂作出上述判决。

法官提醒，重婚是违反婚姻法一夫一妻制原则的违法犯罪行为，构成重婚罪的，必须依法承担刑事责任。重婚行为不仅破坏了婚姻、家庭制度，还会影响子女的健康成长，本案的审理有效保护了受害人的合法权益，严厉制裁了重婚行为，维护了我国一夫一妻制的严肃性。

来源：望江县人民法院

编辑：王盈

离婚后孩子被藏匿，这些母亲像“鬼”一样游走着，寻找，蹲守，哭泣……

原创：2020-05-10 上海法治报 谢钱钱

https://mp.weixin.qq.com/s/HdCmczo1UKuDsN0yyKY1tQ

张岚终于摸索到孩子的学校，多日未见，人群中望去他好像拔高了一些，也瘦了。她却只是躲到大树后面看着，不敢向前，怕被孩子爷爷发现，也怕给孩子带来麻烦……

这是两年前发生的一幕！

张岚是一位被“藏匿”孩子的母亲，却并不是个例。她跟几位有相似遭遇的母亲一起参与了名为“紫丝带妈妈的爱”的社会组织。这些母亲有着破碎的婚姻，更是“丢”了自己的至亲骨肉。她们彼此诉说倾听，排解心事，互相出主意维护作为母亲的权利，她们在微博、抖音等各个互联网平台发声，“孩子，你在哪里？”

而在这些难以相见的母子背后，又有着怎样的法律问题？

破碎的家庭

张岚今年 41 岁，家住北京。她回忆，儿子被前夫抱走是在 2014 年年底。那时候儿子才五岁，张岚称自己当时被丈夫殴打，无力反击，只记得儿子说：“爸爸，你快给妈妈道歉”，接着孩子便被丈

夫抱走，消失在楼梯尽头。随后几年里，母子二人几乎没见过面。

丈夫的出走起源于一次争吵。由于丈夫工作调动，张岚放弃北京的工作，带着儿子来上海与丈夫一起生活。他们当时的生活并不宽裕，张岚苦笑着说，“用他的话讲，结婚后，我们的生活如同屁滚尿流。”

刚来上海，张岚人生地不熟，工作没有着落，二人经常因琐事吵架，尤其是钱的问题。“现在回想，离婚原因应该就是我俩对家庭的财务掌控权出现分歧。”张岚说，而这一次争吵，只是将长久以来的积怨“引爆”了。

孩子被抱走后，张岚求助过居委会，也打过电话报警，但都没能要回孩子。张岚焦急如焚地等待，可是孩子没等到，离婚通知书却来了。张岚觉得悲愤却又无奈。之后便是长达一年半的离婚诉讼。

与张岚的遭遇相似的，还有家在湖北 30 岁的李丽，她也是在“紫丝带 妈妈的爱”上求助的成员。

2019 年 4 月，是李丽印象中丈夫第一次“抢”孩子。当时二人感情破裂，已到了要离婚的地步。据李丽回忆，孩子是被婆婆抱走的，丈夫还阻止李丽追孩子。李丽称，为了留住孩子，她答应丈夫去向亲戚朋友借钱买房子，并签下合同。但是不久后，丈夫突然反悔，提出要 10 万元抚养费。于是一场离婚拉锯战便开始了。

有媒体报道，全国人大代表、广东省广州市中级人民法院少年家事审判庭庭长陈海仪在接受相关案件的采访时表示，起诉到法院的离婚纠纷，只要有孩子的，肯定涉及孩子的抚养权、探视权问题。其中，至少半数以上会由于各种原因发生藏匿孩子的行为。近些年来，“夺子大战”愈演愈烈，给家长和孩子都造成巨大伤害。

博弈的败者

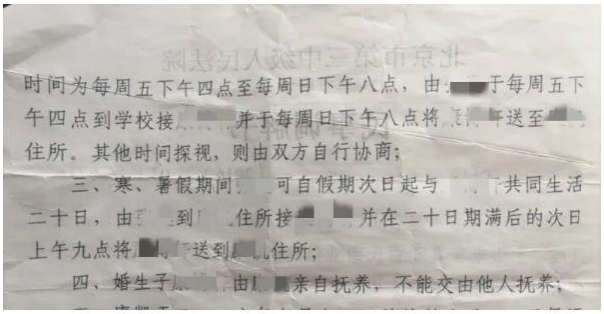
2015 年 1 月，张岚的离婚诉讼在北京市通州区张家湾法庭进行，一直到 2016 年 6 月北京市第三中级人民法院终审，张岚的离婚官司打了一年半，严重耗费她的精力和时间。

起诉前，为了尽可能争得抚养权，律师建议张岚将孩子留在身边。于是她去了河北，那是孩子的爷爷家，她希望博得老人的同情，争取将孩子留在身边。然而等待她的又是争吵和殴打。两次不愉快的经历让张岚产生了畏惧，她不愿与丈夫家产生冲突，她希望的是能坐下来好好谈谈离婚的条件，“不想撕扯，对孩子一点意义都没有”。但丈夫家冷硬的态度使她见到孩子的次数寥寥无几。

张岚四处托人寻找儿子下落，最后找到了孩子的小学。由于要工作维持家庭，还要照顾因为得知此事受不住打击而生病的父母，张岚只能每隔三四个月去一次上海。

“见面的时候，我只是远远站在学校门口的大树后面，偷偷地看，也不上前跟孩子聊天。”张岚说自己没有想好该以怎样的方式面对孩子，“学校管理严格，见面可能会给他造成负担。不能简单地把孩子抢回来，孩子户口、上学都是问题，抢走后也必须有足够的财力物力来支撑。一旦强行见面，孩子可能再次被转移。”这些现实的问题阻拦着母子的相见。

张岚承受不住长时间的拉锯，终于妥协，双方就离婚中涉及的财产及抚养权等问题达成了协议，孩子被判给了前夫。“当时，他说得挺好的，包括财产执行和探视的条款，我都接受了。”张岚拿出了当时签下的协议书，上面写着探视孩子的具体细节，但后来却成了一纸空文。


时间为每周五下午四点至每周日下午八点，由[redacted]于每周五下午四点到学校接[redacted]并于每周日下午八点将[redacted]送至[redacted]住所。其他时间探视，则由双方自行协商；

三、寒、暑假期间[redacted]可自假期次日起与[redacted]共同生活二十日，由[redacted]到[redacted]住所接[redacted]并在二十日期满后的次日上午九点将[redacted]送到[redacted]住所；

四、婚生子[redacted]由[redacted]亲自抚养，不能交由他人抚养；

两人协议上的探视时间

原来，张岚在上海人生地不熟，也找不到工作，就回到了北京。离婚诉讼时，前夫也声称即将回北京工作生活，张岚称他还在法庭上出示了向公司申请的工作调令。但是，后来前夫并未回北京，而是带着孩子继续留在上海生活。这对已经在北京生活的张岚来说，无疑是一种欺骗。

张岚称，她为了见孩子与前夫联系，却被拉黑。2017 年她向法院申请强制执行，被告知面临异地执行的困难。为了缓解二人之间的紧张氛围，在法院的建议下，张岚放弃了强制执行，但前夫还是没让张岚见到孩子。此后，张岚失去了儿子的任何消息。

和张岚一样，李丽同样是在这场离婚拉锯战中，投鼠忌器。

因为对离婚相关事宜未能达成一致，李丽和丈夫的关系变得越发僵硬。李丽称她不想让丈夫觉得拿小孩胁迫是有用的，因此即便想见孩子也不敢流露。后来，李丽咨询律师，律师建议她协商解决离婚事宜。然而，律师在联系李丽的丈夫时也碰了壁，李丽只好去法院起诉离婚。

漫长的等待让李丽焦躁难安，迟迟见不到未满周岁的孩子，李丽等不及了，她做出了一个大胆的决定：抢孩子。

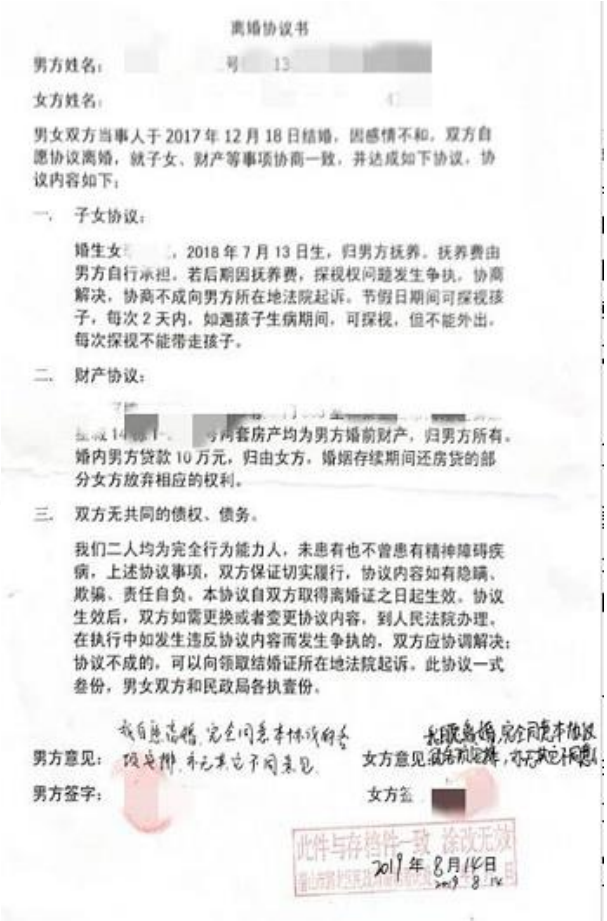
“只要帮我抢一次，抢不抢得回来我都跟你们回老家。”李丽的决定让家人震惊，他们起初拒绝，但经不住李丽极力劝说，还是答应了。

李丽感激家人的帮助，也开始了自己抢孩子的计划。李丽蹲守在丈夫一家附近，观察他们的生活，用李丽自己的话说，“我像个鬼一样在他们家楼梯口，一守就是一天。”经过近半个月的蹲守，李丽观察到丈夫的妹妹和婆婆会在晚饭后带着孩子在小区遛弯。反复商定实施步骤，李丽终于决定实施行动，准备等他们出来的时候把孩子抢走。

2019 年 7 月 24 日，就当李丽以为自己要和孩子团聚的时候，天却突然下起了雨，孩子迟迟没有出现。希望慢慢被雨浇灭，一群人回到了酒店。

失散的亲情

李丽说“抢孩子”失败让她精神崩溃，“我妈劝我说，连老天爷都不想我要这个孩子，让我该放下就放下。”万念俱灰的李丽答应跟家人回家。离开之前，她见了丈夫一面，做出让步。最终，二人协议离婚，孩子抚养权给了男方。



离婚协议书

男方姓名：

女方姓名：

男女双方当事人于 2017 年 12 月 18 日结婚，因感情不和，双方自愿协议离婚，就子女、财产等事项协商一致，并达成如下协议，协议内容如下：

一、子女协议：

婚生女，2018 年 7 月 13 日生，归男方抚养。抚养费由男方自行承担。若后期因抚养费，探视权问题发生争执，协商解决，协商不成向男方所在地法院起诉。节假日期间可探视孩子，每次 2 天内，如遇孩子生病期间，可探视，但不能外出。每次探视不能带走孩子。

二、财产协议：

两套房产均为男方婚前财产，归男方所有。婚内男方贷款 10 万元，归由女方，婚姻存续期间还房贷的部分女方放弃相应的权利。

三、双方无共同的债权、债务。

我们二人均为完全行为能力人，未患有也不曾患有精神障碍疾病，上述协议事项，双方保证切实履行，协议内容如有隐瞒、欺骗、责任自负。本协议自双方取得离婚证之日起生效。协议生效后，双方如需更换或者变更协议内容，到人民法院办理。在执行中如发生违反协议内容而发生争执的，双方应协调解决；协议不成的，可以向领取结婚证所在地法院起诉。此协议一式叁份，男女双方和民政局各执壹份。

男方意见：

女方意见：

男方签字：

女方签

此件与存档件一致 涂改无效

2019 年 8 月 16 日

李丽的离婚协议

离婚前，在李丽的哀求下，前夫让她见了孩子一面。“见到孩子的时候，我以为她会不记得我，没想到当我进屋的一瞬间，她就向我张开手，让我抱。”李丽将孩子抱怀里，询问着还记不记得妈妈，话没说完，自己早已泪流满面。现在回想，那次见面成了李丽和孩子的“告别”。

时过境迁，李丽放下了对这段失败婚姻的纠结，也开始了新的生活，但她放不下对孩子的牵挂。在要求探视孩子的时候，李丽总遭到前夫的无情拒绝。

为此，李丽联系了妇联、公益组织，甚至找了前夫公司领导，希望能尽快帮忙协调探视小孩的问题。

而张岚已经半年多没有见到孩子了。上一次偷偷看孩子还是在去年 10 月，孩子长高了，也瘦了，变沉闷了。

“我很佩服一些强势的妈妈，她们的职业、能量、家庭背景比较强大，能够跟男性‘刚’到底，而我真的很怂。”但张岚说自己没有放弃，她想要通过法律途径继续争取正常探视孩子的权利，“这两年我逐渐变得勇敢，我也希望孩子能见到一个善良勇敢的妈妈。”

藏匿背后的难题

对于张岚、李丽她们讲述的遭遇，由于缺乏另一方的“对质”，见孩子到底存在多少障碍难以确定，不过，上海埃孚欧律师事务所负责人 、全国律协婚姻家庭法委员会副主任谭芳表示，藏匿孩子的行为侵犯的是另一方的探视权。

“对于藏匿孩子，法律层面提供了救济手段。如果是在法院通过调解或者诉讼离婚的，在确认探视权的情况下，可以直接向法院申请执行。执行法官对抚养孩子的一方问话，如果确定是藏匿行为的，可以予以一定处罚。如果夫妻双方协议离婚，当事人要先起诉要求行使探视权，当法院判决对方的确有探视权的时候，才能进入到后期的执行阶段。”

但在现实生活中，探视权的执行比较困难，影响因素也是多方面的。

全国人大环境与资源保护委员会委员谭琳在接受相关媒体的采访时表示，目前的法律没有对抢夺、藏匿孩子一方应承担的法律责任作出规定，违法者得不到处罚，导致这类问题明显增多。

谭芳律师认为，对法院来讲，需要考虑到实际执行能力，因此不能把所有的都寄希望于法院的强制执行。“例如在孩子探视时间的频次上，第一周没探视向法院申请执行，下周没探视又向法院申请执行。这种情况下，可能不能够机械地去行使这样的权利，有的时候权利行使得太频繁了，造成法官也非常乏力。”

华东政法大学副教授吴一鸣认为，从制度构建的角度来讲，可以安排在某一个特定的场所，把孩子接过来，安排母亲或者父亲跟孩子会面，通过这样的方式实现对孩子的探望。其实法院是可以强制执行的，只不过要考虑到探望次数的问题，对法院来讲，实际执行能力会影响执行工作的开展。

藏匿，一方面可能是情感的一种宣泄，另一方面则可能涉及离婚财产分配问题。离婚时，夫妻双方可能因为财产或者其他一些问题，不能做到好离好散。这种情况下，其中一方常常把孩子当成达成目的的筹码。如果是这种情况，谭芳认为还是要从根源上寻找解决办法，看看有没有协调的可能性，双方是否有可能达到和解。例如通过长辈协调，从情感的源头上解决问题。重视思想教育工作，走人性化执行这条道路。

谭芳表示，通过完善法律来明确藏匿孩子应该承担的法律责任是有必要的。一些国家会通过公权力的介入，如判刑或其他处罚，形成更强的威慑力和执行力，减少藏匿孩子的事情发生。

离婚并不会影响亲情的延续。藏匿孩子或许是一场精神暴力，给孩子和家长都带来巨大伤害。希望在不远的将来，能看到美好的相遇。（文中张岚、李丽均为化名）

作者 | 谢钱钱
编辑 | 王　菁

八旬老人遭保姆虐待，家中监控视频拍下这一幕！法院判了

2020-05-11 中国妇女报

https://mp.weixin.qq.com/s/UOURCCI6htMisfho34zOBQ

日前，江苏海安法院审结一起虐待被看护人案件，判决被告人蒋某犯虐待被看护人罪，判处有期徒刑一年，缓刑二年，并被禁止从事看护工作三年。

案情回顾

2017 年，年近八十的顾奶奶突然中风。之后在朋友的介绍下，顾奶奶的儿子任先生雇佣了保姆蒋某至家中看护母亲，蒋某负责帮助顾奶奶日常擦洗、喂饭等工作。一段时间后，顾奶奶由于骨折只能卧床。

2019 年 9 月底，蒋某因家中有事请假，任先生的姐姐便过来接替看护。到家时，她发现母亲鼻子上有一块没皮了，问母亲怎么回事，母亲也只是一个劲儿地哭。

任先生的姐姐觉得事情不太正常，就把事情告诉了弟弟，才知道这段时间母亲见了弟弟也会哭。姐弟俩查看监控录像才发现，保姆蒋某伸手打了母亲，其中一天竟然有七次殴打行为。

第二天，任家姐弟找到蒋某对峙，蒋某一开始不承认，直到监控视频摆在面前，蒋某才推说只是吓吓顾奶奶，没有真打。

监控视频显示保姆打老人

任先生立即向公安机关报了案。案发后，蒋某女儿经社区民警通知，将蒋某送至公安机关。蒋某归案后，如实供述了事实。蒋某称，那段时间自己腰不好，心情比较烦躁，老人夜里又总是哭，她要楼上楼下来回跑，长时间照顾老人无法正常休息。

2019 年 8 月底开始，其因不耐烦顾奶奶吵扰，在帮助顾奶奶翻身时动作粗暴，并采取揪耳朵、打屁股、打耳光等方式，威吓顾奶奶不要吵扰。

海安法院经审理后认为，被告人蒋某对其负有看护职责的患病老人实施虐待行为，情节恶劣，其行为已构成虐待被看护人罪。被告人蒋某经其女儿陪同投案，归案后能够如实供述犯罪事实，视为自首，依法可从轻处罚。被告人蒋某认罪认罚，依法可从宽处罚。被告人蒋某在庭审中认罪态度较好，可酌情从轻处罚。综合考量被告人蒋某的犯罪情节、悔罪表现及监管条件，对其可适用缓刑。

最终，海安法院以虐待被看护人罪，判处被告人蒋某有期徒刑一年，缓刑二年。记者了解到，因为蒋某实施了违背职业要求的特定义务，根据犯罪情况，为预防其再犯罪，应对其适用从业禁止，法院同时判决禁止被告人蒋某从事看护工作三年。

相关案件

2018 年，沈阳一起保姆虐待 86 岁老人的案件同样引起关注。唐大娘患上脑萎缩，老伴虽有自理能力但年事已高、耳朵失聪，于是从 2016 年开始，儿女们为老人雇了保姆崔某，照顾 86 岁失去自理能力的母亲。

2018 年 8 月 5 日，唐大娘的小儿子刘先生随手打开了手机上的监控软件，它与家里的摄像头相连，没想到他竟亲眼目睹了视频中的一幕：保姆正在毒打自己 86 岁的老母亲！并且在短短的半个月里，殴打就发生过 7、8 回。

7 月 23 日早上 8:15，唐大娘被保姆一把推倒在沙发上

7 月 27 日早上 7:01，唐大娘梳头的时候，被保姆用梳子猛刮头部

7 月 29 日早上 6:22，唐大娘洗脸的时候，被保姆拍打头部

8 月 1 号早上 6:58，唐大娘吃早饭的时候，被

保姆拿钢勺抽脸

8 月 2 日早上 6:59，唐大娘吃早饭的时候，被保姆拍打头部

8 月 3 日晚上 18:16，唐大娘吃晚饭的时候，被保姆拍打头部

8 月 5 日晚上 18:30，唐大娘想要喝水，被保姆拽倒殴打，儿子通过监控视频发现……唐大娘这一天之内被保姆打了三次……

随后，刘先生和家人向沈阳市公安局铁西分局报警，崔某因涉嫌虐待被看护人罪被铁西分局依法予以刑事拘留。

什么是虐待被看护人罪？

《刑法》第二百六十条之一规定：对未成年人、老年人、患病的人、残疾人等负有监护、看护职责的人虐待被监护、看护的人，情节恶劣的，处三年以下有期徒刑或者拘役。单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。有第一款行为，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

来源/综合 江苏新闻 辽沈晚报等

编辑/侯晓然

代孕，游走在灰色地带

原创：2020-05-12 三联生活周刊 记者 | 王珊

https://mp.weixin.qq.com/s/3Kdjjb8OfXHyX3s5jxeNjQ

这几天，台湾关于修订“人工生殖法”、允许部分女性委托“代理孕母”进行生育的提议，使得代孕又成为人们讨论的热点话题。回想一下，上一次代孕引发人们大范围关注还是在 2017 年年初。

2017 年春节后，互联网的第一场论战就是关于代孕，有接近 300 万人在新浪微博上参与了“代孕是否应该合法化”的讨论。这场讨论源于《人民日报》刊发的一篇名为《生不出二孩真烦恼》的报道。在报道中，有些专家表示，“应适当放开代孕准入”“伦理不应该成为代孕技术的负担，而应成为促进技术有序发展的工具”。在当时，许多声音认为，这是代孕即将解禁的信号，不过后来这个声音不了了之。

这里来阐释一下代孕的概念。代孕，是指在体外受精的卵子形成胚胎后，将其植入代孕母亲子宫内，由代孕母亲替人完成怀胎和分娩的过程，属于人工辅助生殖技术的一种。1986 年，中国大陆诞生了第一名试管婴儿。10 年后，国内首例代孕母亲试管婴儿在北京出生。主持这项手术的是“中国试管婴儿之母”、北医三院妇产科教授张丽珠。她曾做过 6 例代孕母亲试管婴儿，成功了 5 例。这在当时被看作是一项医学技术革新。

当时，来寻求代孕的人士大都具有以下特点，即卵巢仍能排卵，但胎儿发育的土壤——子宫有问题，需要借别人的子宫。那时，人们对代孕的需求已经萌发，上世纪 90 年代的调查数据显示，育龄人群中的不孕不育率仅为 3%-5%，低于发达国家的 5%-8%的比例。许多医院看到了商机，一时间

许多医院出现了相应的业务。

相应的伦理讨论也因此而来。有人认为，“代孕”是以往“借腹生子”模式的变种，会将人类的生育活动推向市场，使女性的生殖器官变成制造和加工婴儿的机器，婴儿也变成产品。他们甚至担心这会形成一个新的阶层，部分人靠提供身体的部分和产物给经济上富裕的人生育为生。

关于医院是否能够继续从事代孕的事情，也困扰着政府相关部门。2001 年之前，政府曾组织伦理学家、法律界人士以及生殖专家等参与讨论是否应该放开代孕，甚至还向国际社会上的专家请教。与会学者权衡利弊，一致认为要全面禁止代孕。

需要注意的一个前提是，在需求不多的背景下，当时私人代孕的形式还未出现，大家的讨论的着眼点是禁止公立医院从事商业代孕。在这个讨论的支持下，2001 年，卫生部颁布的《人类辅助生殖技术管理办法》明确规定，医疗机构和医务人员不得实施任何形式的代孕技术。代孕成为医疗禁区。

这些年，随着人们生活环境和生活方式的变化，不孕不育人群的比例也在大幅增长。2009 年，由中国妇女儿童事业发展中心、中国人口协会共同发布的《中国不孕不育现状调研报告》称，中国育龄人群的不孕不育率已经攀升到 12.5%至 15%。2011 年，原中国计生委副主任吴景春在一次论坛上声称，不孕不育患者已超过 5000 万，并仍逐渐增加。她说，生育危机即将到来。

处在一线的生殖机构更能深刻感受到这种需求。我曾去北医三院生殖医学中心采访过。这家成立于 2001 年的生殖中心，在此之前，只是一个几十平米的试管婴儿室，隶属于生殖内分泌领域。2001 年成立时，面积也只有 2000 平米左右。2009 年，由于求诊人数的增加，生殖中心从医院内的两层小楼搬到了院外，占用了一栋椭圆形的 3 层楼房，总体规模达 7000 多平方米，相当于原中心的 3 倍。搬入新址第一年，中心门诊量就增加了近 50%。数据显示，2009 年，北医三院生殖中心年门诊量约 17 万人次；2011 年，接诊量达到 37 万人次；后来，又突破了 50 万人次。

试管婴儿手术是目前能够解决不孕不育问题最有效的助孕手术。2001 年，卫生部审核批准的可以操作人类辅助生殖技术机构只有 5 个，2004 年则增加为 37 个，2007 年为 102 个，如今已经有 432 个，可见需求之大。但是医生告诉我，试管婴儿的平均成功率也只有 30%-40%。许多人在多次尝试之后，最终不得不面临最后的现实——依然无法生育。

私人代孕机构的出现就是瞅准了这一人群。某种意义上来说，私人代孕机构的出现是一种钻空子的行为，“现在的法律条文还只有卫生部的规章制度，它只限于它管理的医疗机构，对于我们这样的代孕中介，没有特别的法律约束。”一名代孕中介的负责人曾如此坦白地告诉我。像这样的模式，中介会在国内寻找可以合作的医疗机构和代孕母亲，来完成婴儿生产的一系列工作。还有一种模式是去国外寻求代孕，这样可以更大程度地规避风险——中介机构帮助客户办理签证、寻找代孕母亲、月子中心预订、试管婴儿以及第三方辅助生殖（代孕）服务。这样的操作模式一般需要有足够的财力支撑。

来代孕的人群一般分为两种。一种是职业女性，多生活在大城市，年龄大多在 30 多岁，有的人曾经怀孕过但考虑到事业发展选择了流产，后来演变成习惯性流产，子宫也出现问题；有的则是年龄大了，卵巢功能不好，甚至出现早衰现象。另一种则是失独家庭。失独者多数已经丧失了生育能力，需要帮忙寻找捐卵者。

上述中介负责人告诉我，国内私人代孕行业从 2004 年开始兴起，到现在已经非常行业化，即巨大的婴儿生产王国已经被细化成一条分工明确的生产流水线：有中介负责寻找代孕母亲；捐卵市场也有专门的从业者，争相在互联网上发布招聘信息；还有人提供代孕手术所需的各种医用器械。换句话来说，这是一个庞大隐秘运转的行业。

私人代孕迅速崛起之后，原卫生部以及现在的国家卫计委又多次组织专家，希望对《人类辅助生

殖技术管理办法》进行修正、补充。有专家提出，是否可以相应地放开非商业代孕，一些医学指征的案例可以开放，这样可以相应规范目前的代孕行业，但是最终的结果还是决定不修改。理由是，代孕技术虽然很成熟，但对于技术实施过程中可能出现的问题，医疗管理的相关规定却相对落后，还是应该全面禁止。

没有充分约束的直接结果是，执法力度低。2013 年，原卫生部与总后勤部卫生部联合开展辅助生殖技术管理专项整治行动。整治中发现，由福臣集团主办的卓越医疗门诊部涉嫌违法违规开展辅助生殖技术和实施代孕，当原北京市卫生局打算对其查处时，对方以“非医疗机构，不属于卫生局管理”为由，拒绝开门接受检查。卫生局只得叫来工商和公安，并以“超范围经营”对其进行查处。更尴尬的是，按照《人类辅助生殖技术管理办法》，福臣集团仅被处以最高 3 万元的罚款。

一部国家层面的辅助生殖法在此刻显得非常必要。2015 年，相关部门也在此层面表现出了一定的决心。当时，《人口与计划生育法修正案(草案)》明确提出禁止代孕。国家卫生计生委法制司司长张春生对此的解释是，在代孕以及买卖精子、卵子这些方面，国内虽然有人类辅助生殖技术管理办法、人类精子库管理办法两部部门规章，但部门的规章位阶比较低，因此，“希望能够通过法律的修订，将十多年来我们一直在依据相关部门规章推动的这项工作上升到法律的层面。”

可惜的是，在十二届全国人大常委会第十八次会议表决时，删除了草案中关于“禁止代孕”的相关条款。理由是，修法应当围绕五中全会提出的“全面二孩”决策进行，而“禁止代孕”规定与“全面两孩”没有直接关系，且有些问题还需深入研究论证。

代孕因此一直处于灰色的地带中，代孕各方也只能仅靠彼此之间签订的一份协议来作为彼此的保障，这引发出来了后续各种各样的问题。比如说 2019 年中国首例代孕母亲争夺抚养权的案子就是典型代表——一位代孕妈妈在生完孩子后，因为对孩子的感情，要求拿回孩子的抚养权，双方最后诉诸于法律。

这个案例有点像英国的 Baby Cotton 案。1985 年，一位英国妇女通过美国一家商业中介机构，与一对美国夫妇约定，以自然代孕方式为其提供代孕服务，酬金 6500 美元。后来，因为争夺孩子抚养权，两对夫妇闹上了法庭。法官最终依据“子女最佳利益原则”判决提供精子的美国夫妇承担婴儿 Cotton 的照顾和监护责任，并允许其将孩子带出英国。

一个值得注意的事情是，就在 Baby Cotton 案发生的前一年，英国人类授精及胚胎研究调查委员会刚刚发表了《沃诺克报告》，报告分析了准入代孕的利弊，明确指出：禁止一切代孕活动，包括非商业性代孕，并对参与其中的医疗机构和个人科以重刑。

Baby Cotton 案促使英国不得不接受代孕已经是客观存在的并且不可能有效禁止的事实，他们意识到，如果鼓励或者任其发展，必然会对社会、伦理和法律秩序产生强烈震荡。为此，英国政府于 1985 年和 1990 年分别出台了《代孕协议法》和《人类授精与胚胎学法》，禁止商业性和营利性代孕，开放非商业性代孕，但要求委托夫妇在代孕实施前必须经人类授精与胚胎研究管理局许可。同时，确定代理孕母为代孕儿生母，委托夫妇需根据《收养法》办理相关转移手续获得亲权。

中国的现状，以及国外的前车之鉴，也让学者和法律专家们思考，国内的代孕是否应该从医学的指征上考虑适当地“开个口子”，即对于那些确实不能生育的夫妇，能否在保护有关方面利益和权利的情况下，允许妊娠代理孕母。前提是，必须像英国一样，要有一部国家层面的辅助生殖法的保障。

电视剧都不敢这么编！妻子生下一对双胞胎，竟有一个不是丈夫亲生的

2020-05-15 上海法治报

https://mp.weixin.qq.com/s/-OoHG1mqjceMEA65PTtHHA

一对双胞胎，竟然有两个爹？
这种概率比中彩票还低
但是电视剧都不敢这么编的狗血剧情
竟然真真切切地发生了

如果给孩子报户口时缺很多证件，户籍管理部门会要求他做一个亲子鉴定。近日，一名父亲准备给双胞胎孩子报户口做鉴定时才发现，虽然两个孩子的母亲是同一个人，但是只有一个是自己的亲生孩子。

“我做亲子鉴定十七年了，这是我碰到的第二起双胞胎不是同一个父亲的案例。”亲子鉴定师邓亚军说。

另外一起则是在几年前，父亲带着龙凤胎来找她做亲子鉴定，他怀疑两个孩子都不是自己的。结果出来之后，邓亚军安慰他：“很幸运，至少其中有一个孩子是你的。”

这种现象确实不多见，邓亚军解释说，一般情况下，成年女性每个月就只会排一个卵子，但是她恰巧就排了两个卵子。其次，母亲还必须在很短的时间内同时跟两个男人发生关系，才可能会生出同母不同父亲的双胞胎。“这几率大概是百万分之一，千万分之一。”

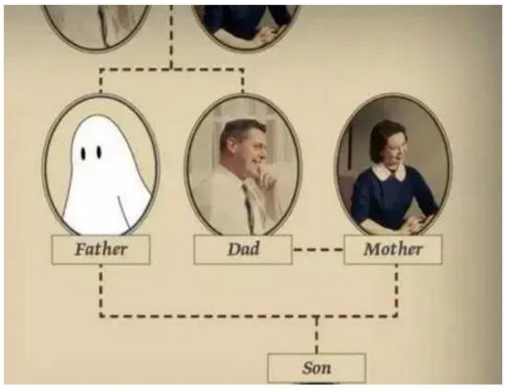
网友的讨论也十分火热：

不过在医学界，这种奇葩的事并不是个例，比如双胞胎有两个不同的父亲国内国外都有过类似新闻：

据外媒报道，在 2014 年，有一对小夫妻在一个生育诊所的帮助下做了试管婴儿，但小宝宝的血型，跟爸爸妈妈的血型对不上。亲子鉴定结果显示，这个爸爸并不是小宝宝的亲生父亲，但是妈妈是。

在精确度更高的测试中，他们发现这个宝宝不是爸爸的亲生孩子，而是叔叔的孩子。

诡异的是，爸爸一直都是独生子。也就是说，这个关系是这样的：



其实这是一种病症，叫做“双胎消失综合征”。

在双胎发育过程中，其中一个胎儿没有正常发育，两个胚胎相互竞争，优胜劣汰，较弱的胚胎竞争不过较强的那个，较弱的一个胎儿就死亡了。较强的胎儿仍正常发育且一天天长大，不断挤压已死亡胎儿的羊膜囊，且死胎的部分组织被吸收。

上文中的父亲本身是一个嵌合体婴儿，所以身上也就携带孩子生父“叔叔”的基因。

外媒还报道过一名叫做 Taylor Muhl 的模特。从出生时开始，Taylor 的左侧胸部和肚子上的皮肤，就是暗红色，右侧皮肤则是正常肤色。医生检查后发现，除了肤色之外，小 Taylor 的身体并无异常。等到长大之后，一次检查确定她身上红色的那部分，就是她的双胞胎妹妹。Taylor 拥有两套 DNA，两套免疫系统，一套属于她，另一套属于她妹妹。

绝大部分嵌合体人，身体外部都跟常人无异，或者只有小小的胎记。他们终其一生，可能都不知道自己身体里还藏着一个双胞胎兄弟姐妹。

综合自中国新闻周刊、潇湘晨报、封面新闻

编辑 | 谢钱钱

首富遗嘱谋杀案 | 庭前独角兽

原创：2020-05-27 庭前独角兽 赵 霏

https://mp.weixin.qq.com/s/6RaONIyNdEOpB-Ci5NyoHw

作者 | 赵霏（黄浦法院法官）

A 面

我是一个家事法官，我手里有数不清的继承案。但在我的职业生涯中，没有哪一个案件像今天这个一样迷雾重重。

被继承人约翰是本市首富，娶过三任妻子，生过四个子女，晚年患上帕金森。他名下有十九套房产，三家上市公司，两百亿的资产。约翰的死亡日期是 2019 年 12 月 31 日，死亡证明的死因载「各种疾病死亡」。

卷宗里有四份遗嘱，分别是约翰的四个子女：汤姆、杰瑞、哈利、玛丽提供的，内容大相径庭——当然，它们分别效劳于自己的主人。

我敲下法槌：现在开庭。

第一份遗嘱

大背头用摩丝喷的根根分明，目光闪烁着见风使舵的精明，这个叫做汤姆的中年男人，是约翰和第一任妻子的孩子。他号称自己曾是媒体界的一哥，一派五湖四海皆兄弟的社会气。

他提供的遗嘱简单明了：

> 我叫约翰，我有四个子女。我名下有三家上市公司、19 套房产和 200 亿的资产。汤姆是我的长子，我希望由他继承家业。我百年以后，我的遗产均由汤姆继承。

这份 2016 年的**手写遗嘱**一问世，立即遭到了众人的联袂攻击。

> 2016 年时，父亲右半边已经瘫痪，如何能够书写如此清晰的字迹？这份遗嘱显然是伪造的！

首先跳出来质疑的是哈利。

> 真是荒唐，你口口声声对父亲尽了最多赡养义务，居然不知道父亲是个左撇子？

汤姆反唇相讥，发出一串冷笑。

> 别笑的太早，汤姆，即便这份遗嘱是真的，它也已经被我手里这份新的遗嘱取代了。

杰瑞边为盟友哈利打圆场，边迫不及待的掏出了自己的遗嘱。

第二份遗嘱

虽然是个 80 后，浑身却散发着一股子 70 年代的夜店迪斯科风，这位充满百乐门气质的男子叫杰瑞，约翰与第二任的孩子。

他身边坐着他的第三任未婚妻，看上去却像他的情妇，满脸扑面而来的玻尿酸味。她很满意自己前有阳台后有花园的身材，用一条豹纹紧身裙将它们包裹得呼之欲出。

杰瑞提供的遗嘱充满了狗血剧情：

> 近年来我患上了帕金森，子女们整日惦记着我的财产：汤姆趁我不在公司时带着一行蠢货闯入我办公室抢夺公章，以为这样就能黄袍加身！玛丽在我刚查出帕金森时就急不可耐的向律师咨询继承事宜了，她休想分得一个子儿！一旦我有不测，我的遗产均由杰瑞继承。

这份 2017 年的遗嘱由一个叫做森的人**代写**，但据说森已经下落不明。原本与杰瑞穿一条裤子的哈利突然翻脸不认人：

> 谁能确定这就是父亲本人的意愿？任何人都能杜撰出这么一份遗嘱，哪怕立遗嘱人是个低能！

汤姆的律师看着两个前盟友战线崩盘，努力忍住微妙的笑容，不紧不慢的说：

> 作为一份他人代写的遗嘱，代书人不应该到庭作证么？请问这位神秘的代书人现在何处呢？

汤姆和哈利，这对十分钟前还剑拔弩张的兄弟突然变得亲密无间，一个捅刀一个补刀十分默契。

第三份遗嘱

下面这位是个非主流：耳环、鼻环、唇环、舌

环，你想象力所及之处几乎都上了环，宛若一辆灵魂出窍的奥迪。他叫哈利，约翰与第三任的孩子。

他提供的遗嘱是一本「忏悔录」：

> 哈利小时候我没给过他父爱，我老了他却不计前嫌的照顾我，我感到十分愧疚。近年我的疾病迅速恶化，如今连汤匙都拿不起来，恐怕日后没有机会弥补，唯有在遗产上对他加以照顾。在此我声明：百年后，我的遗产均由哈利继承。

这是一份由律师打印的遗嘱，但约翰本人并没有在立遗嘱人处签名，只是**摁捺手印**。

> 这死无对证的手印如何证明就是父亲的？您是打算把他的尸骨从坟墓里挖出来验明正身么？

汤姆的这句话轰的点燃了哈利：

> 盗墓挖尸这种事恐怕只有大哥您，这种善于抢公章的主儿才干的出来，我等鼠辈甘拜下风！

律师摁住几乎从椅子上弹起来的汤姆，依旧不紧不慢的说：

> 遗嘱里都写了，约翰连汤匙都拿不起来了，不能排除他人将其手指强行摁在遗嘱上的可能性，除非有录像，否则证明力实在不敢恭维！

听到这句，哈利迫不及待的解释：

> 法官大人，2018 年时，父亲四肢肌肉萎缩，无力签字只能摁手印。

第四份遗嘱

玛丽并非嫡子，而是约翰的私生女：江诗丹顿「Paris1784」的腕表，Christian Louboutin 的高定，全程冷眼旁观同父异母的兄弟狗咬狗，俨然自己才是根正苗红的正室千金。

她从印着 Gucci 的文件袋里掏出一份**公证遗嘱**，谈话笔录是这样记载的：

> 玛丽虽然是我的非婚生女，却比其他子女都省心。汤姆一直盼着我死夺权篡位，杰瑞是个不学无术的败家子，哈利吸毒嫖娼债台高筑，这三个儿子别提孝顺，不给我添乱就感恩戴德了。为避免我打拼多年的家业毁在他们手上，我全部的遗产都由玛丽继承。

和她缺乏依据的出身不同，这份遗嘱可以称得上「伟光正」，扉页是明晃晃的大红戳子，形成时间也具有一票否决权：2019 年 12 月 24 日。

所有人都坐不住了，法庭瞬间炸开了锅：

> 天底下还有更巧的事么？父亲 12 月 31 日死亡，12 月 24 日给这个十几年都不来看自己的野种立了一份遗嘱？

> 我从没见过她老娘，只听说过她老娘二十年前打官司讹了咱们父亲一票，天知道她老娘与哪个野男人生下了她！

> 玛丽和她老娘兴许就是我们的杀父仇人！她们这次突然「拜访」父亲，过了一周父亲就莫名其妙的死了！

三兄弟不谋而合的拧成一股绳，字里行间充满了对父亲去世的痛心疾首和对外来入侵者的同仇敌忾。

正当四个人为争夺王位吵得不可开交时，法庭的门开了，走进来一个黑衣女人，我看不清她帽檐下的面庞，她向我双手呈上一本黑色的文件夹，环顾了一圈法庭，大声宣布：

约翰并非正常死亡，四份遗嘱全部作废。

B 面

当你们看到这段视频时，我已经不在这个世上了，而我深信不疑你们此刻正坐在法庭，张大了嘴巴。现在请管理好你们的下巴，轮到我来讲故事了。

我叫约翰，我有过三段婚姻，我的第三任妻子在 2000 年去世，此后我未再娶。我知道你们都盯着我的遗产，当死亡证明出炉的那一刻，我在棺材里听到了你们开香槟的声音！

但你们都高兴的太早了，即便我已经死了，一切尽在我的掌控中。

王子复仇记

汤姆是我和原配的大儿子，我一直认为会将家业交由他继承，直到我移情别恋抛弃了他母亲。

从此汤姆对我怀恨在心，酝酿了十年的复仇计划。他是个左右逢源的家伙，用下三滥的手段获取了我挪用公款的证据，为此我差点身陷囹圄！

花钱消灾对我而言并非难事，但这小子也不是吃素的，他在媒体圈混的风生水起，我被他攥住的把柄足以让那些傻白甜的韭菜们吃到一颗大瓜！

为了息事宁人，我承诺将来公司交其掌管，他说这些本就属于他们母子，我要为我的风流债付出代价。为防止我变卦，他拷贝了所有证据。

但当他发现这些新遗嘱时，我已经进棺材了，而那些曾经让媒体垂涎的大瓜，如今一文不值！

扶不上墙的阿斗

作为一个残次品，杰瑞完美的继承了我的风流基因，不到三十已经迎娶第三任妻子，却丝毫没有继承到我的智商，他能花六年读完别人三年读完的学位，并在一周内出色的赔掉 100 万！

我时刻都在帮他付智商税，以及封住那些被他搞大肚子的女人的嘴。去年他在夜店认识了一个胸大无脑的脱衣舞娘，那个女人比他还蠢，以为嫁给了他就能分到一杯羹！

我被汤姆陷害时，他对我鞍前马后，他很清楚：一旦我进去了，今后就再没有人替他擦屁股了。我立了一份遗嘱给他，然而拿到遗嘱的他变本加厉，陷入不计其数的信用卡纠纷。

幸好我留了个心眼：我让老朋友森替我写的这份遗嘱。我虽然身体退化，但脑子比谁都清醒——**我知道森需要出庭作证这份遗嘱才能被认定，当然他能不能出庭取决于我临终前的心情。**

但，杰瑞并不知道啊！以他的智商，不被那些脱衣舞娘们卖到第三世界我就谢天谢地了！

父母双亡的孩子

哈利的母亲，也就是我最后一任妻子在分娩时羊水栓塞死亡，从此我对他一直很冷漠。

他结交了一帮父母和我一样有钱的公子哥，他们沉迷于聚众溜冰和多人游戏，我每个月都要派人保他出来，他因吸毒嫖娼欠下的债比一个死囚犯还多。

哈利成年的那天，对我说他是个**「有车有房父母双亡」**的孩子，这句话戳痛了我，我自责于对他的冷漠，我想对他有所补偿。怎么补偿？当然是钱！

然而事后的一切证明他只不过是想骗取我的遗嘱。他听医生说我时日不多，对我的态度一百八十度大转变，并且居然一年中连一次号子都没进过。

律师拟好遗嘱，他们教我只按手印不要签名。我的律师——我每小时付他们十万元——会不遗余力的保护我，他们在我的每份遗嘱中都留一手，以防某天我被那帮翻脸不认人的逆子们陷害。

拿到遗嘱后，这个家伙再也没来看过我。

蛇蝎心肠美杜莎

诚如我最后一份遗嘱所言，玛丽是我唯一没有名分的孩子，但至于省心？呵，她老娘可不是省油的灯！

玛丽的母亲与我只有一夜露水，却恨不得将我掏个精光！二十年前她突然把我告上法庭向我索要抚养费，从此一个「女儿」从天而降。

这个女儿并不那么可爱，她在我面前张口闭口就是「老娘」，我对她说我的老娘在我五岁那年就死了！我秉持**「能用钱解决的问题都不是问题」**的原则，付了一笔能让她们娘俩阶级跃层的巨额补偿，希望她们滚的越远越好。

然而今年，这两个贪得无厌的女人又出现了！玛丽的母亲在抚养费案中和她的律师勾搭在了一起，从此那个吃软饭的大状子就惦记上了我的家产。玛丽是个虚荣的女孩，她妒忌闺蜜们去迪拜度假时都住在私人别墅，而自己只能住帆船酒店的总统套房，她以公开私生女身份作为要挟，渴望从我的棺材里再捞上一票！

他们找来了公证员，在病房对我做了长达两小时的笔录。**他们前脚刚离开，我请的公证员后脚就进来了，我当场撤销了遗嘱！**

显然她们料到我会来这一手，为避免夜长梦多，她们娘俩策划了一场谋杀。玛丽是个护士，她利用职务之便买通了一个小护士在我的输液瓶中加入过量的胰岛素，这样我将死的不露痕迹，大家只会以为我是弥留之际的自然休克。

然而他们太天真了！我的所有药物在进入我身体之前，都要先由私人医生验明正身。我告诉小护士如果不想后半生在铁窗里度过，**就配合我演完这出反间计。**

和我斗？你们还嫩了点，没有过人的智商，我的 200 亿资产是从天上掉下来的？

我是怎么死的？

我的死因是胰岛素过量引起的**「各种疾病死亡」**，但这并非拜玛丽所赐。医生告诉我只有两个月了，这对我来说太长了！我受够了病痛折磨和骨肉相煎，我要在他们发现所有真相前，自导自演一场**「意外」**。

我录好最后一份遗嘱，交给我的遗产代管人，告诉她第一个看见它的人只能是法官。我让小护士通知玛丽我已经被干掉，然后给了她一笔钱去医治她的幼子——他患了全世界只有 500 例的血卟啉症。我吩咐管家一直带在身边的那个患有唐氏综合症的儿子，让他帮我换上那罐装有过量胰岛素的输液瓶——他的先天不足让他能够免于刑事追究。

最后，我把所有仆人都赶出家门，一个人坐在这套价值两亿的别墅中讲述我的故事，脑海中回放着我的一生。

这辈子我拥有数不清的仆人，却不曾拥有一个真正的朋友；我娶过三任妻子、生过四个孩子、与无数女人有过枕边细语，却没有一个真正的爱人；我在前半生呼风唤雨，却在最后的日子连一只匍匐在我手臂上吸血的蚊子都拍不死。

真是讽刺！我曾经是如何吸别人的血，最亲近的人如今就如何吸着我的血；我曾经是如何玩弄女人的感情，枕边之人如今就如何戏弄我的遗产；我曾经是如何在孩子的成长中缺位，不肖子孙如今就如何在我的葬礼上缺席。

这或许是老天对我的报应。

最后一份遗嘱

这就是将那群蠢货耍得团团转的四份遗嘱，现在你们一定很好奇：**我的最后一份遗嘱是怎样的？**

我给不学无术的杰瑞留了一笔钱，但这笔钱只够他挥霍三年；我帮哈利还清了他目前的债务，但从今以后他自生自灭；**剩余的遗产，我全部留给了那个患有唐氏综合症的孩子。**

事实上他与我同岁，我曾在智商和他一样的年

纪同母亲一起被父亲抛弃，母亲投河自尽，这个五岁的孩子在河边发现了我，他的父亲，也就是我的管家收留了我。

从此我变成一个「**父母双亡**」的孩子，我的生父成了我不共戴天的仇人。十五年后，我揭发了他挪用公款的劣迹，成功的将他送进了监狱！

我的生命是这孩子捡来的，也是由他终结的，这么多年来，我的智商一日千里，而他的智商一直停留在遇到我的那年。**在他的身上，我看到了人之初的样子。**

这份遗嘱的光盘，就在法官面前的黑色文件夹中，而送文件的这个女人，就是我的遗产代管人。五分钟后，见证人会带着我的管家到庭。至于玛丽——直到五分钟以前还以为我是被她干掉的——将丧失继承权并等待谋杀罪的指控。

再见了，我的子女们。今生我们互不相欠，但愿来世不再相见。

•••••

这场遗嘱继承谋杀案的真凶到底是谁？

有人说，是约翰的四个子女，他们共同杀死了他。

有人说，是约翰的生父生母，他们在他的命运转盘中注入了悲剧的轮回。

有人说，约翰本人才是真凶，他用自己的前半生杀死了自己的后半生，诚如他选择自杀的方式：

对他而言，活着是炼狱，死亡才是救赎。

The End

编辑 | 赵霏 | 图片 | 网络

七、媒体视点

上海首次披露 70 年婚姻数据，以后每年 4 月发布年度婚姻数据

2020-05-03 社会学吧 顾杰

https://mp.weixin.qq.com/s/jP3UcaUKHFeHYoLk-MuHew

来源：《解放日报》

1950 年 5 月 1 日，新中国第一部法律——《中华人民共和国婚姻法》正式颁布。为纪念该法颁布 70 周年，市民政局今天正式发布《2020 年上海市婚姻数据年度报告》，首次披露了 1950 年至 2019 年间的上海相关历史婚姻数据，其中 1950 年至 1979 年期间的上海婚姻数据，系民政部门近年来通过对本市婚姻登记历史档案数据进行补录获得。婚姻数据单独以《上海市婚姻数据年度报告》的形式发布，尚属首次。

2019 年结婚登记 9.87 万对

报告显示，2019 年本市民政部门办理结婚登记共有 9.87 万对，结婚率 6.78‰。其中，内地居民结婚登记 9.74 万对，涉外及涉港澳台居民、华侨结婚登记 0.13 万对。

2019 年本市办理离婚共有 6.17 万对，离婚率 4.24‰。其中，按解除婚姻关系途径分类，本市民政部门离婚登记 5.49 万对，法院生效判决或者调解离婚 0.68 万对（注 1）；在本市民政部门离婚登记的 5.49 万对中，按办理对象身份分类，内地居民离婚登记 5.44 万对，涉外及涉港澳台居民、华侨离婚登记 0.05 万对。

据了解，2019 年婚姻数据由三部分构成：一是 2019 年度全市婚姻数据，二是各区民政部门登记量分布，三是长三角异地结婚登记数据。其中，长三角异地结婚登记数据为首次披露，是指报告期内在本市民政部门结婚登记机关办理的当事人一方为上海户籍，另一方为江苏、浙江或安徽省户籍的内地居民结婚登记数据。

统计显示，2019 年全市办理异地结婚登记 39951 对。其中，当事人一方为长三角地区江苏省、浙江省、安徽省的登记数量共有 17456 对，占全部异地结婚登记总数的 43.69%，占本市内地居民结婚登记总数的 17.92%。在全市办理的异地结婚登记中，数量居前三位的依次是江苏省、安徽省、浙江省。相关专家表示，长三角三省异地结婚登记数始终排在上海与全国各省异地结婚登记数的前三位，佐证了长三角三省一市“地域相近、人文相亲”的家庭融合特征，是长三角一体化在婚姻家庭方面的反映。

70 年来共 1521.26 万人次办理婚姻登记

据统计，1950 年至 2019 年的 70 年间，民政部门累计为本市 760.63 万对当事人、1521.26 万人次办理了婚姻登记，显示婚姻登记该项基本公共服务与每个家庭都息息相关。统计还显示，过去 70 年来，上海每年办理 10 万对以上结婚登记的年份，分别出现在 1979 年至 1990 年和 2003 年至 2018 年两个期间，峰值出现在 1981 年，为 29.07 万对。

依据相关统计，2006 年以来，除 2016 年出现最高值为 5.71‰之外，本市的离婚率基本都保持在 3.32-4.87‰的区间内。相关专家认为，这表明过去近 14 年以来，本市的离婚率始终未曾出现大幅度的起伏波动。此外，统计还显示，从选择离婚办理途径上看，1985-1998 年期间，本市法院判决和调解离婚数大于民政部门登记离婚数，而 1999 年以后则正好相反，民政部门登记离婚数大于法院

判决和调解离婚数。

关于结婚率和离婚率如何计算的问题，市民政局表示，结婚率计算方式为年度结婚登记总数除以期中户籍人口数（当年期初户籍人口数与当年期末户籍人口数之和的一半）乘以 1000‰。离婚率计算方式为离婚总数除以期中户籍人口数（当年期初户籍人口数与当年期末户籍人口数之和的一半）乘以 1000‰。之前网上有人对结婚率和离婚率的概念不清楚，把民政部门办理结婚登记和离婚登记的数量之比，误以为是离婚率。

每年 4 月底发布婚姻数据年度报告

发布婚姻数据有何现实意义？市民政局表示，政府服务的透明度是影响营商环境的重要指标之一，发布婚姻数据体现了民政部门跨前一步主动为公众服务的意识。首先，婚姻数据对经济领域中生产和消费的细分行业研究和预测有重要的参考价值，例如，对家电、母婴消费品、食品餐饮、快递、家装、房地产等行业有直接影响，对上述行业的上下游产业链有间接影响。其次，婚姻数据对公共政策制定部门也具有重要的参考价值，例如，对教育、卫生健康、公安、规划土地、房屋、商务等部门在制定相关规划和出台公共政策之前的调研中，需要应用婚姻数据。第三，婚姻数据对研究公共管理、人口学、社会学、心理学等专家学者研究相关领域的学术问题具有参考价值。

相关专家表示，天下之本在国，国之本在家，家庭是社会的细胞，而婚姻是家庭的基础。《婚姻法》颁布 70 年来，不仅见证了上海乃至整个中国的时代变迁和社会的转型发展，更为促进国家法治、推进家庭和谐、弘扬孝亲敬老爱幼的中华传统文化，起到了积极作用。

记者了解到，为使婚姻大数据能够更好地为本市经济社会发展服务、为本市公共政策制定服务，进一步加强法治政府和服务政府建设，增强政府提供公共服务的透明度，自 2020 年起，上海市民政局将于每年 4 月底发布上海市婚姻数据年度报告。

回应时代需求与民众期盼！民法典草案婚姻家庭编凝聚智慧，婚姻家庭立法传承中完善

2020-05-24 中国妇女报 王春霞

https://mp.weixin.qq.com/s/W4k-DfGtA2qfJJ6TlQ4vJw

来自专辑

关注 2020 全国两会

5 月 22 日上午，十三届全国人大三次会议听取全国人大常委会副委员长王晨关于中华人民共和国民法典草案的说明。“增加规定民政部门应当依法进行收养评估”，草案说明中的这句话给全国人大代表、陕西省律师协会副会长、北京金诚同达律师事务所高级合伙人、西安分所主任方燕留下深刻印象。

方燕从 2018 年开始多次提交关于修改收养法的议案和建议，规定收养评估就是其中的一个内容。民法典草案第一千一百零五条第五款规定，“县级以上人民政府民政部门应当依法进行收养评估。”

“草案增加收养评估特别好，可以让收养行为从源头更有利于被收养孩子。”方燕在接受中国妇女报·中国妇女网记者采访时高兴地说，草案明确了收养评估机构，有利于收养评估落地。但是，收养评估制度的落实还需进一步完善，比如，可以根据试点经验出台全国范围内适用的收养评估标准、评估流程，从整体上规范收养评估制度。

方燕建议，民法典草案还应建立收养后跟踪监

督机制，加强对收养儿童的权益保障。“这是很有必要的。很多侵害被收养人权益的行为往往发生在收养关系成立之后。”方燕解释道，建立收养后的跟踪监督制度是当务之急。

方燕认为，建立收养关系后，应当由专门机构长期跟踪了解孩子的生活情况，定期到收养家庭了解收养孩童情况，询问孩子的意愿。村委会、居委会以及派出所可以承担最直接的监督职责。

借助大数据等技术优势，逐步建立全国联通的收养信息系统，确保收养家庭的动态能够随时被相关部门掌握，防止出现收养家庭失联失控的情况。

建立举报通道，一旦发现孩子遭虐待、侵害等不利于被收养人身心健康的情况，应由主管机关暂停收养，将被收养人与收养家庭隔离。

与此前的条文相比，方燕发现草案第一千零五十二条也采纳了自己的建议，将胁迫婚姻的撤销权归属人民法院。草案第一千零五十二条第一款规定，因胁迫结婚的，受胁迫的一方可以向人民法院请求撤销婚姻。而此前的规定是，因胁迫结婚的，受胁迫的一方可以向婚姻登记机关或者人民法院请求撤销婚姻。

方燕告诉记者，由婚姻登记机关行使撤销权存在问题，首先，对于当事人是否受胁迫需要进行调查、举证，而婚姻登记机关没有调查权，无法认定相关事实。该撤销权由人民法院行使，可以对胁迫的事实依法开展调查，有权力也有能力查清事实，依法作出判决。

民法典草案婚姻家庭编在此前就吸纳了全国人大代表、中华全国律师协会女律师协会会长李亚兰的议案。2018 年 8 月，民法典（草案）婚姻家庭编沿用了现行婚姻法的规定，没有具体规定婚姻关系存续期间有关夫妻共同债务的认定。

2019 年 3 月，十三届全国人大二次会议上，李亚兰提出“关于将夫妻共同债务纳入‘民法典婚姻家庭编’的议案”，建议“夫妻共债共签”能够写入民法典婚姻家庭编的法条当中。

2019 年 6 月，十三届全国人大常委会第十一次会议审议民法典婚姻家庭编（草案）（二次审议稿），二审稿对夫妻共同债务作出规定，确立了夫妻共债共签原则。

“民法典草案第一千零六十四条当中的内容就是我议案的原文。”李亚兰告诉记者，关于夫妻共债共签的议案广泛听取了社会各界的意见建议，为民法典婚姻家庭编民主立法、科学立法提供了理论与实践的支撑。

全国人大代表，安徽省残疾人联合会党组书记、理事长高莉曾在妇联工作，非常关注民法典（草案）婚姻家庭编的内容。高莉说，民法典（草案）婚姻家庭编针对当前婚姻家庭领域的新情况新问题，在现行婚姻法、收养法的基础上加以修改和完善，从注重“家风”建设，到加大权益保护力度，回应了时代需求与民众期盼，为塑造健康和睦的婚姻家庭关系提供了强大的法律保障。

“我国婚姻家庭立法已走过 70 年，在传承中不断发展完善。”高莉说，总体来看，草案更加强调家庭应当树立优良家风，弘扬家庭美德，重视家庭文明建设，并对维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系作出规定，体现了立法者对于婚姻家庭关系中道德伦理规则的尊重，有利于社会风气的整体提升；更加强调关注实质平等，关照弱势群体利益。

“民法典（草案）婚姻家庭编作为新时代的婚姻家庭制度，积极回应了婚姻家庭领域出现的突出问题，体现了新时代人民群众日益增长的对美满婚姻幸福家庭的新期待、新需求。”中华女子学院法学院教授、中国法学会婚姻家庭法学研究会副会长李明舜说。

侄甥可代位继承！施克强告诉你民法典扩大哪些法定继承人范围

原创：2020-05-30 上海法治报 谢钱钱
https://mp.weixin.qq.com/s/aeneXMlwtteQFnlMkirqOQ

民法典对继承编进行了修改。继承制度关乎自然人死后财产分配问题，从草案推出到民法典正式颁布，继承编成为人民热议的焦点话题。

上海市律师协会民事专业研究委员会主任、上海市尔立律师事务所主任、上海市法学会民法学研究会理事施克强认为，在法定继承人范围、公证遗嘱优先效力规则以及遗嘱形式的增加上，此次民法典所做出的修改都具有进步性的突破意义。

施克强认为，“第六编继承法修订得比较完善，回应社会生活的需求。有些条款的创设比较合理，解决现实生活中确实遇到的一些问题。”

改革开放 40 年来，国民财富迅速积累，老百姓的私有财产也在不断增加。国民的生活质量提高，对物质文明、精神文明建设均提供了帮助。与此同时，对于财富如何继承、传承，如何发挥效用，对继承制度的完善提出了现实的要求。过往规则已经无法适应时代的需要，司法实践越来越多棘手问题出现。

扩大法定继承人范围，侄甥可代位继承

“民法典兄弟姐妹之间代位继承权的确定，从立法角度考量，是比较高明的条款。”民法典提出，被继承人的兄弟姐妹先于被继承人死亡的，由被继承人的兄弟姐妹的子女代位继承。作为新增设的一项条款，它回应解决了过往继承法中存在的问题。

施克强讲述了他在从业生涯中遇到的类似案例。“有兄妹两个，哥哥是单身，自理能力与行为能力有轻微的障碍；妹妹有家庭，有丈夫和孩子。妹妹患病去世，去世之前立遗嘱，把自己的不小的一部分的财产指定让哥哥来继承。妹妹的丈夫历来也经常去照顾、接济妻子的哥哥。”那么哥哥将来去世之后，财产如何处理？

原先，兄弟姐妹之间只有转继承，也即兄弟姐妹间某一方去世，如果没有第一顺序的继承人的话，其兄弟姐妹作为第二顺序的继承人可以继承遗产。但如果其他兄弟姐妹在没有继承他们的兄弟姐妹遗产的时候也去世了，其子女可以转继承父母的兄弟姐妹的遗产。依据原来的继承法，在此案例中，没有人可以法定继承。现在，继承法进行了新的创设，兄弟姐妹之间也可以代位继承。“哥哥去世后，妹妹的孩子可以用代位继承的方式合法地继承舅舅的遗产。”

施克强认为，这样就使得百姓的财产能通过家族继承下去，给去世者安慰，在世者经济上得到获取。“非常人性化，尊重和保护财富创造者创造的财富，使其财产通过继承的方式让他的后人享受到他的努力成果。”这样的创设回应了现实生活中此类问题的发生。

取消公证遗嘱效力优先

继承编此次修改，废除公证遗嘱效力优先规则，规定“立有数份遗嘱，内容相抵触的，以最后的遗嘱为准”。不再以是否公证作为效力优先标准，而是以立遗嘱时间作为衡量准则，实际上尊重了遗嘱人的意思自治，也回应解决了社会实践中存在的问题，满足人民群众处理遗产的现实需要。

“立遗嘱往往年纪大，如果想变更遗嘱的话，还要去一次公证处，这过程中就有很多不便。”施克强分享了他在实践中遇到的案例。遗嘱人是生活在台湾的居民，他在祖国大陆有一栋房产，是其父亲多年前购置的。他打算将父亲的财产分享给其他兄弟姐妹。通过跟公证处协商之后，公证处建议立

遗赠协议，将财产遗赠给兄弟姐妹或者其子女、孙子女。但是其中当时一个支脉没有找到，后来找到了。他们就希望把遗赠协议重新做一遍。这是就面临一个问题，如果要改遗嘱，这位九十几岁且行动不方便的老人需要亲自到大陆公证处，显然不可实施。台湾公证处又要求，全部大陆的亲戚要提供合乎要求的所有身份资料、房产资料等。台湾法院的公证处认为，工作量庞大。台湾民间的公证处建议通过海基会传递，然后进行修订。但是这一方法也无法开展，公证文书确有通过海协会、海基会来传递获得后续修订便利的办法，但是不包括高度隐私的遗嘱，问题也就陷入了比较困难的境地。

放到现在，这些问题严格来讲将迎刃而解。施克强认为，“继承编类似的这些条款，确实给百姓的生活带来了很大的转变，也对大家如何处置财产起到了一个很好的指导作用。”

他还透露，上海市律师协会民事专业研究委员会目前正在修订律师参与遗嘱的起草、见证的工作指引，为群众提供好的服务，让遗嘱人能够安安心心地将他们的心愿通过法律合法的途径固定下来。

新增遗嘱形式，带来更多便利

继承编新增打印遗嘱和录像遗嘱这两种形式，受到人民的广泛关注。

继承编规定，打印遗嘱应当有两个以上见证人在场见证。遗嘱人和见证人应当在遗嘱每一页签名，注明年、月、日。以录音录像形式立的遗嘱，应当有两个以上见证人在场见证。遗嘱人和见证人应当在录音录像中记录其姓名或者肖像，以及年、月、日。新增两种形式，也是民法典服务于人民，最大限度地为人民提供便利的体现。

施克强认为：“打印遗嘱类似于代书遗嘱，考虑到防范拼接、伪造等违背当事人意愿等情况发生，继承编规定代书遗嘱要两人见证。而同样的，打印遗嘱也规定需要两个见证人。”

用录音录像手段辅助遗嘱订立，在公证处的工作流程中可以随时见到。“即使是自书遗嘱、代书遗嘱，也有录音录像的形式来作证明。”在特殊情况下，直接用录音录像的形式作证，给设立遗嘱的形式带来便利。

两种形式得以采纳，还有技术发展的原因在。现如今，录音录像的制作和保存形式已经比较先进，遗嘱形式的立法应当与时俱进，不断创新。“顺应科技发展带来的便利，充分尊重当事人的遗产分配意愿，用便捷的方法表达自己对遗嘱的安排，方便人们的需求。”

除此以外，继承编扩大了遗产范围，增添宽宥制度，增加遗产管理人制度。可以说，继承编与时俱进，更加充分尊重人民意愿，保护人民财产，积极回应实践中发生的问题，更好地保障了公民的权利和自由，点赞！

作者 | 谢钱钱
编辑 | 刘家杭

深圳假离婚买房夫妻：首付省了 70 万，值得

2020-05-30 新浪财经

https://mp.weixin.qq.com/s/KoOvP1DZZXO2cgir2te5bw

深圳离婚登记预约号“一票难求”在上个月登上热搜，当地民政局辟谣“深圳离婚率暴涨”，但根据深圳民政局公开数据，其 2018 年全年登记离婚 69958 对。以民政局此前公布的统计公式，以 2018 年深圳常住人口 1302.66 万人计算，深圳当年离婚率约 5.4‰，高于全国水平 3.2‰。

对于深圳这座城市来说，假离婚买房并不是传说。2018 年，赶在抑制“假离婚”等行为的深圳

楼市调控新政出台前，85 后深圳夫妻刘颖莉和马勇办理了离婚，为家庭置换了更大面积的房屋，首付节省了 70 万元。签完合同就复婚了。

这样“成功”的案例给了更多有改善需求的工薪家庭“信心”。即使有新政的阻力，和孩子的反对，中产家庭的女主人林怡仍在观望。同样是为了换一间大房子，改变 5 个家庭成员拥挤的居住环境。“以 800 万的房子计算，通过离婚，我计划能节约 160 万。”

对林怡来说，二次置业首付太高，无法负担。刘颖莉说起当初的选择，也感慨“深圳楼市规定对家庭置换不太友好，毕竟很多人不可能第一套就能一步到位。”他们的选择更多出于无奈。

在法律意义上，并没有“真离婚”或是“假离婚”的说法。律师提醒，在现行有效的法律体制下，婚姻登记机关一旦发放离婚证，双方就自然合法的解除了婚姻关系，不存在“假离婚”的说法。现实中夫妻为了获得二三套房或者降低首付而离婚，通常会约定房产在一人名下，对未来或埋下隐患。

假离婚气氛微妙
“幸运”卡在新政出台前省了 70 万

在这场离婚率暴涨的风波中，一种声音直指深圳离婚率高大多是“假离婚”造成的，目的是炒房。

85 后深圳夫妻刘颖莉和马勇的假离婚，不是为了炒房，而是为了置换房屋。

几年前，他们在深圳某区购买了一套 66 平米的小两间，女方为主贷人。考虑到以后养育孩子需要更大空间，而且想更靠近市区。2018 年，刘颖莉夫妇决定把手上的房子卖了，在另外区域购置一套 77 平米房屋。

按照当时规定，即便刘颖莉和马勇夫妇卖了现有住房，他们的情况也属于“已婚家庭有 1 套且房贷未还清”的情况，置换房需要付 5 成首付。

刘颖莉夫妇想要置换的房屋，售价约 360 万，五成首付需要 180 万元。现有住房购买时价格为 140 万，虽然经过几年后有所增值，但想要凑够首付还远远不够。

经过考虑，他们决定“假离婚”。

离婚过程没有波折，当时民政局核查资料是真的，就顺利通过。不过离婚过程气氛还是很微妙，“毕竟上一秒还在说离婚的事，下一秒就在商量中午午饭吃点什么好。”

签完合同就复婚了。

复婚的过程也没有什么波折。但刘颖莉和马勇夫妇还是曾经认真的考虑过风险问题，“因为办离婚后房子只写一方的名字，也有听说过那种离了婚就没复婚的。我觉得选择假离婚就需要很深的信任基础了。”

现在，这套 300 多万元的房屋属于丈夫马勇的婚前财产。

选择“假离婚”这样的方式买房，刘颖莉也很无奈。“深圳楼市规定对家庭置换不太友好，毕竟很多人不可能第一套就能一步到位。”

这次“冒险”为刘颖莉夫妇省了 70 万元首付。

他们的假离婚“卡在了一个比较好的时间点，就是在深圳新楼市政策出台前办的手续，离婚以后男方再以单身且无贷款记录的身份购买，首付就只需要给 3 成即 110 万，这样我们就相当于省了 70 万”。

2018 年 7 月，深圳出台楼市调控新政，四大调控重点之一就包括对“假离婚”等投机行为进行抑制。

新政规定，购房人离婚 2 年内申请住房商业贷款或公积金贷款的，各商业银行、市公积金中心按贷款首付款比例不低于 70%执行；若无房贷记录且能提供离婚前家庭无住房证明的按贷款首付款比例不低于 30%执行；若能提供离婚前家庭仅有 1 套住房证明的按贷款首付款比例不低于 50%执行。

新政以后，意味着类似刘颖莉夫妇这样的情况，即便选择“假离婚”再以单身名义买房，也要出 5 成首付了。

调控能阻止假离婚吗？
中产观望者：计划节约 160 万

新政没能杜绝假离婚买房行为，即便表面光鲜的中产家庭，也无法负担二次置业的成本。

林怡有两个孩子，一个正在读幼儿园，一个在读小学。除了夫妻二人和孩子们，她家里还有一位负责带孩子的保姆，一家五口人挤在 70 平左右的两房一厅里。因此她希望置换一套 100 平米以上的房子，最好有 3-4 间屋。800 万是她对置换大房的预估价格。

“以 800 万的房子计算，通过离婚，我计划能节约 160 万。因另外一方有贷款记录，所以只能把首付从 7 成降低到 5 成。”林怡和丈夫都有稳定的工作，属于工薪阶层，他们现在的住房房贷也并未还清，孩子的爷爷奶奶也都在帮助补贴夫妻二人的房贷。

林怡还在观望，但她确定的是，如果办理“假离婚”，会在房产手续办理完毕后便复婚，“因为我希望能保持法律上的婚姻关系”。

谈及为何还在观望，林怡对 8 号楼工作室表示，目前深圳对离婚买房的行为出台了一些管控措施，她担心离婚后并不能顺利买房。与她有相同想法的同事，也担心离婚会对夫妻关系产生负面影响。

此外，林怡的孩子们非常反对父母离婚，这也是她当前的主要顾虑。

实际上，法律意义上并无“假离婚”一说。

“那些办假离婚证的风险更大，像我们这样情况其实没有很大风险”，马勇说。

盈科全球合伙人律师郭韧律师对 8 号楼表示，在法律上其实并没有“真离婚”或是“假离婚”这一说法。当夫妻双方协商一致同意离婚并签署离婚协议，进行了离婚登记，则在法律上已经产生了解除婚姻关系的效果。现实中夫妻为了获得二三套房或者降低首付而离婚，通常会约定房产在一人名下。这种约定是有效力的，该房子就归协议约定的一人所有。”

同样，用自己名义再购房的一方在离婚后购买的房子也属于其个人财产。即便后来双人复婚，这两套房子也是分别属于两人的婚前财产。“万一以后真的发生离婚争议，该房产也很难作为夫妻共同财产进行分割，法院会要根据具体情况，双方居住及实际情况进行区分。”

对于上述提到的工薪族为了置换房屋的无奈之举，浙江晓德律师事务所创始合伙人、副主任许伊娜律师认为，要解决这个难题，首先还是从源头上希望政府相关部门可以修改购房政策，删除历史二套房记录对首付的限制。

她建议，对于有置换需求的普通工薪阶层，在已经卖掉首套房或者承诺购房后卖掉首套房，即当前手里只有一套的普通工薪阶层来说，不受首付的限制。

如果真的要通过“假离婚”的方式实现置换需求的，许伊娜律师表示，也一定要好好签订协议，最大程度的保障自己的财产权益。

诸葛找房数据研究中心数据显示，4 月深圳二手房已均价稳居全国第一，超过北京、上海和广州。4 月深圳均价 66582 元每平，环比增长 2.05%；同比增长 4.39%。

这样的房价对于不少工薪阶层而言是“可望不可及”。如果一套房首付能省 70 万、160 万，深圳人与房子的博弈故事，不会因为楼市调控政策就此停住。

“你们认为深圳房价还会上涨吗？是否值得长期持有？”

“会，值得”，刘颖莉夫妇和林怡给出了同样肯定的回答。

（应受访者要求，刘颖莉、马勇、林怡均为化名）

来源：8 号楼工作室

八、学者、法官、检察官、律师、公证专题

（一）大师风采

巫昌祯老师带我进入婚姻法的大门 | 李显冬

原创：2020-05-04 家事法苑 李显冬
https://mp.weixin.qq.com/s/swDgALZiOHMjSM6oKkDgdQ

作者：李显冬，中国政法大学退休教授，中国地

十年前巫昌祯老师八十寿辰的庆祝会上，安排了我代表她老人家的弟子做个发言。我没有准备讲稿，打算即席讲点什么，站上讲台之后，我记得当时投影上正播放巫老师大学毕业的照片，当时我才发现，巫老师的那张照片与我所保存的母亲年轻时的一张照片，不论是穿戴、发型、姿态都那么相像，我立刻就想起了自己的母亲，不禁泪如泉涌，夺眶而出、语音哽咽。当时我说了什么，现在已记不起来了，只记得我说过，“我一看到巫老师年轻的形象，就想起自己的母亲。”散会之后，我搭杨立新老师的车回家，杨老师说，显冬，我们都看到你真的动感情了。

大学本科时，巫昌祯老师给我们班上婚姻法课程。由于我是大学期间最早被批准合法结婚的大学本科生之一，对民法又特别热爱，婚姻法开课之际，同学们一致推选我做婚姻法的课代表，自然与巫昌祯老师接触的机会较多。巫老师精深的学问，精彩的演讲，特别是他对学生慈母的关怀，都使我们每一个学生感受颇深。记得快毕业前，北京政法学院民法教研室在高年级学生中，各科教师都开始组织兴趣小组，好像每个学科小组每班两人，我既参加了婚姻法小组，又被江平老师破例允许进了民法小组。转眼四年大学生活结束，毕业前夕，因为文革后政法师资短缺，政法大学各教研室开始考虑毕业生留校，同学们私下都在议论，哪一位同学被那位老师看中了，准备留哪个教研室啦。我是独子，已有老婆孩子，回家应不是什么坏事。但很快，有消息传来，说巫老师想留我当她老人家的助教。

那时政法的老师和学生都非常正统，很鄙视那些拉关系走后门的行为，怕老师们瞧不起。老师们见到了学生也都是鼓励我们先考研究生，争取留校。最后一个寒假自是研究考试复习的关键时刻，我本来不准备回家了，但是当时的年级辅导员，复员军人张老师觉得我父母在家等我，老婆孩子都在家，怎么能过年不回去呢？大年三十他替我买了火车票，亲自将我送上回山西的火车。也许是命运作怪吧，考研结果，我仅以 0.5 分落榜。事后，我记得在毕业分配方案公布后，我在教学楼里碰到了巫老师，巫老师深情地望着我，微笑着对我说：“我刚刚又去人事处跑你的留校问题了，人事处还是不同意，就是因为你已经结婚了，还有孩子。老师们也是为你好，如果你以本科生的身份留校，十年八年都不一定能解决两地分居；而如果你考上研究生，不会超过两年。”巫老师对我说的这席话，已为我后来的经历所证实，我因为小时候学俄语，后来又改英语，和我的同学甚至是我的学生同台竞技，自然没有优势，尽管专业课我可以比别人高几十分，但别人的英语分同样可以比我高一大截。我回山西之后，在山西大学法律系当了三年老师，我就是为了系领导能允许我报考研究生，三年开了四门课，学生评价还可以。直到 1986 年在我年龄限制的最后一年，才终于考上了政法大学的民法硕士研究生。

当时在正式通知拿到以前，张佩霖老师给我写了一封信，我现在只记得当时信中第一句了，“显

冬，四年努力，今日有成，你考上研究生啦！”当然，这也实现了我考上研究生的前一年，我父亲去世之前，回光返照之际，对我说的最后一个愿望。那一晚，父亲昏迷几天之后，突然非常清醒。和我聊到半夜，谈到他自己的一生。当我谈到有山西大学大专班的学生告诉我，他们已经向自己的领导推荐我到省委去工作时，父亲平静地对我说：刚解放时他就在省委工作过，“不要以为教师这个职业不好，教师这个职业，我一生体验过了，有人想做都做不了。”可以说，这是父亲去世前对我的最后一次教诲。

父亲参加革命之后，被中央派到新疆去给西路军航空队当文化教员，文革前后，父亲受错误对待时期曾一直在教育系统下放。1983 年我大学毕业后，陪伴父亲去新疆参加这样给他们所谓“新疆叛徒集团”平反的活动时，我看到那些空军的将军们，见到当时他们的老师的那样尊重，我也深深感了教师职业的伟大。我上研究生前一年，父亲去世前，这些老红军每每去山西出差，还亲自要到我们家里去拜见当年给他们上过课的老师，那种情景让我终身难忘，记忆颇深。

1986 年我考上研究生后仅一年，我母亲就故去了，她仅活了五十五岁。父亲去世后，就有大夫告诉我，凡夫妻俩人感情越好，一个走了，另一个一年时间是个坎。不幸言中，父亲去世一年，母亲偏瘫五年后也走了。我母亲她没有福气，没能够像巫老师这样的活到九十高龄！所以，我上学后一直有一种感觉，在巫老师身边就像在我的母亲身边一样。

我硕士研究生毕业留校后，到了民法教研室，鉴于《民法通则》颁行后，大民法格局形成，婚姻法教研室又回到了民法教研室。自然始终与巫老师一直共事。先在昌平新校呆了十年，中间又全家出国到加拿大两年，每次进城来去匆匆，只有有事才到家里去找巫老师。但随着婚姻法教研室原党支部书记王延平下海去了深圳，婚姻法几乎全是娘子军，我就似乎当了“娘子军党代表”。巫老师参加一些妇联或婚姻法的学术活动，有时候就会带着我。我觉得恩师看得起，追随老师左右，终于成了全国妇联正式授予的“妇女之友”。后来还担任了北京市妇女法学会的一些领导工作，我始终自己觉得，这都是巫老师认为自己还“孺子可教”而已，也是妇女法学界的众多红花需要有我这片绿叶罢了。

昌平新校住了十年之后，在西三旗育新小区又住了五年，十多年前终于挤进了学院路老校，和巫老师成为了邻居，住在同一幢宿舍楼，楼上楼下，来往自然密切。几乎每天目睹巫老师辛辛苦苦，为妇女权益保护奔走的身影。当然只要巫老师召唤，参与妇女权益保护的法律活动，我一直跟着夏吟兰诸多老同学，继续当我的绿叶。谈不上建树，仅仅是搞了几本婚姻继承的案例释解，仅为婚姻法的普法水平。

今年战疫期间，宅家苦读，不像平常总去巫老师家里请安问候。不日之前，惊闻老师仙逝，乘鹤西去，虽恩师安享天年，但心中依旧百味杂陈。巫老师为中国妇女事业奋斗一生，为婚姻法的研究做出了巨大的贡献。她老人家专业精深，默默奉献，不求名利，为人善良，气度高雅。先贤关汉卿曰：“一日为师，终身为父。”能在巫老师身边追随老师半生，此时自有堪比自己的亲生母亲去世一样的心情！

我虽已退休，但依然希望能像巫昌祯老师那样，和妇女法学界的各位同仁一起，为新中国妇女的权益保护工作至古稀之年。

学生李显冬

2020 年 4 月 10 日于政法大学老校

（二）理论学术动态、学者视点

朱广新：论监护人处分被监护人财产的法律效果 | 前沿

原创：2020-05-01 中国民商法律网 王红丽摘编
https://mp.weixin.qq.com/s/czKg2ay2BywzUKTuUXsgJQ

中国民商法律网

本文摘编自朱广新：《论监护人处分被监护人财产的法律效果》，载《当代法学》2020 年第 1 期。本文未经原文作者审核。

【作者简介】朱广新，中国社会科学院法学研究所研究员。

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，利益关系复杂，监护地位易于被滥用。以监护制度统合亲权的我国《民法总则》，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，尽管法院据此作出了许多观点不一的裁决，但与此相关的专题研究甚少，系统解释者更是罕见。对此，中国社会科学院法学研究所朱广新研究员在《论监护人处分被监护人财产的法律效果》一文中，以《民法总则》的规定为基础，从“除为维护被监护人利益外”之规定的规范功能、如何判定处分是“为维护被监护人利益”、非为维护被监护人利益的财产处分效果三个方面，对如何理解《民法总则》35 条第 1 款第二句作出了系统探究。

一、“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。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，应把“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。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）。

同时，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。首先，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。其次，当被监护人与监护人之间存在利益冲突而不利于保护被监护人时，应由具有监护人资格的其他人代为诉讼。最后，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。

二、如何判定处分是“为维护被监护人利益”

判定处分是否“为维护被监护人利益”，应依据第 35 条的三款规定予以系统理解。此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。第 2、3 款则在第 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。

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。监护人处分被监护人的财产没有听取或征求被监护人的意见，或没有与被监护人商议，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。

值得注意的是，根据《民法总则》第 23、34 条，监护人是被监护人的法定代理人和被监护人的权益保护人，在监护人处分被监护人的财产这一法律事实上，行为人与保护人身份混同。此时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。比较法上，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。《民法总则》第 35 条第 1 款第二句的规定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域外的有益立法经验。

三、非为维护被监护人利益的财产处分效果

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。因为其他监护人与被监护人的人情关系完全不能与亲子关系同日而语，因此当监护人事实上处分被监护人财产时，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，其他监护人则采取善良管理人的注意标准。以下重点分析监护人法律上处分被监护人财产的行为之效力。

（一）我国法院判决意见

处分行为效力	理由
无效	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无效。
	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。
有效	监护人出卖被监护人房屋的买卖合同有效。其论证方法为：《民法总则》35 条是关于监护人和被监护人之间关系的规定，未否定监护人与相对人成立的合同的效力。
	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，其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。
	认为监护人处分被监护人的财产有益于被监护人的生活保障，即使有损被监护人利益，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，不得以此否定抵押合同的法律效力。

表 1 法院关于监护人法律上处分被监护人财产的行为之效力判断

（二）《民法总则》35 条第 1 款第二句的规范属性

一方面，监护权是一种他益权，由民法的理性人假设看，应对监护权的行使或监护职责的执行给予必要的限制或监督。另一方面，不同于委托代理，法定代理权如何行使应依据法律的规定。而在专章规定代理时未对法定代理作出一般规定的立法状况下，《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权行使的特别法依据。而在仅有《民法总则》第 35 条第 1 款第二句直接涉及法定代理行为时，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，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，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。

（三）法定代理之独特性

首先，《民法总则》第 35 条第 1 款第二句规定不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。理由在于，在法定代理下，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，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。法定代理权的享有、权限及行使是依法律规定客观存在的，相对人应当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。这也并不意味着相对人的交易安全不值得保护。

其次，《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解释为有效，则明显存在两个问题：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。

（四）监护人法律上处分被监护人财产之效果

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”，且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；若法院裁定处分行为违背上述原则，则应当判定处分无效。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。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 款第二句在实质上，将具有监护监督属性的法院决定权（批准权）后置，并转换成了一种裁定处分行为有效或无效的司法裁判权。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。

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。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，也有可能为被监护人提供一个自己决定的机会，即如果其事后已成年或已恢复民事行为能力，则可以决定是否同意监护人作出的处分行为。

实务研究：论婚姻登记行政诉讼的判决方式

2020-05-04 鲁法行谈

https://mp.weixin.qq.com/s/j9PUxvL6VrDeySeX5eR8CQ

作者：田韶华（河北经贸大学法学院教授）

原载：《行政法学研究》2020 年 01 期

摘要：婚姻登记在法律效果上具有民行合一的特点，婚姻登记行政诉讼实乃“名行实民”的非典型行政诉讼，法院应结合此类诉讼的特殊性对行政诉讼法的相关规定予以妥当解释以期获得正当

的裁判结果。由于婚姻登记行政诉讼的裁判结果对当事人的实体关系具有直接和终局性的影响，故此类诉讼的行政裁判不应忽略对当事人实体关系的考察。稳定婚姻家庭关系的价值取向、婚姻法关于婚姻效力规定、登记行为的违法性对当事人的实体关系特别是真实意思表示的影响，以及违法行为的补正等应成为法院在选择判决方式时应予考量的重要因素。

近年来，因婚姻登记行为违法引发的行政诉讼在各地不断发生，由此产生的争论也从未停息，之所以此类诉讼的裁判会成为重大疑难问题，与婚姻登记处在公法与私法的交叉领域，并涉及关乎个人幸福与社会稳定的婚姻家庭有着密切的关系。近年来，有不少文献针对这一问题展开了广泛而深入的探讨，但从研究的重点来看，多侧重于对婚姻登记程序违法的救济途径以及诉讼模式等问题的分析，对于如何在现行行政诉讼法之下形成正当的行政裁判则缺乏更为深入、系统的思考。由此造成的结果是：尽管学界不遗余力地呼吁不应仅仅因为登记行为违法就判决撤销婚姻登记，但在司法实践中，撤销或无效判决方式的适用却有增无减。这促使我们有必要思考这样一个问题：即对于此类跨越公、私两大法域且存在重大争议的行政案件，法院应依何种规则“妥当”适用既定法并做出“正当”的纷争裁判？这无疑是突破目前司法实践困境的关键之所在。本文基于公、私法的双重视角，从解释论的角度对婚姻登记行政诉讼判决方式的适用问题展开了较为深入的思考，以期能够从理论上厘清相关争议，对司法实践的审慎成长有所助益。

一、婚姻登记行政诉讼的裁判现状及存在的问题

（一）婚姻登记行政诉讼的裁判现状

在无讼案例网上输入“婚姻登记”“行政诉讼”“民政”几个关键词，显示从 2006 年至今涉及婚姻登记行政诉讼的案件共有 2787 件。笔者随机选取了 2018 年的 119 件以及 2017 年的 200 件，从中剔除与本文不相关的案件后，得到案件 302 件，并以此为基础展开研究，得到如下数据：

在 302 件案件中，涉及结婚登记的有 265 件，占比 87%；涉及离婚登记的有 37 件，占比 13%。其中结婚登记违法的情形主要包括一方或双方未亲自办理结婚登记、当事人提供了虚假的身份证明、冒用或借用他人身份办理结婚登记、登记的信息与真实信息不符、存在导致婚姻无效的情形，以及重复登记、在非管辖地登记、在已经通过法院调解离婚的情形下又补办结婚登记等。离婚登记违法的情形则主要有为无民事行为能力人办理离婚登记、一方或双方未亲自办理登记、登记信息与真实信息不符，以及假离婚等。

在 302 件案件中，判决支持原告诉讼请求的有 232 件，占全部案件的 77%。而在支持原告的诉讼请求中，法院采取的判决方式主要是撤销判决和确认无效判决。其中适用撤销判决的有 196 件，占全部案件的 65%；适用确认无效判决的有 36 件，占全部案件的 20%。在适用撤销判决的案件中，法院确认婚姻登记机关存在过错的有 160 件，占撤销判决的 82%；认为婚姻登记机关无过错的有 36 件，占撤销判决的 18%。可见在此类案件中，以撤销判决方式结案的居多。而在撤销判决中，认为婚姻登记机关存在过错的又占了绝大多数。

法院未支持原告诉讼请求的案件有 70 件，除去因超过起诉时限和不具有原告主体资格而裁定驳回起诉的 30 件外，以判决方式驳回起诉的有 22 件，占全部案件的 7%；仅判决确认违法但未判决撤销登记的有 18 件（其中有 2 起案件法院同时责令登记机关对违法登记予以更正），占全部案件的 6%。可见驳回起诉以及确认违法的判决均占少数。这说明在此类诉讼中，婚姻登记机关败诉的比率较高。

（二）婚姻登记诉讼行政裁判面临的困境

与婚姻法的价值取向难衔接。婚姻法对瑕疵婚姻（即无效婚姻和可撤销婚姻）的类型作了严格的

限制，其目的在于不轻易否定婚姻关系的存在，以保障婚姻家庭的稳定。然而，依行政法的理念和规定审理婚姻登记纠纷，其结果却多是判决撤销婚姻登记。而且此类案件所涉违法登记绝大多数都不属于婚姻法所规定的无效或可撤销婚姻的情形(如当事人未亲自办理登记、在非管辖地登记等)。虽然法律对撤销判决之于当事人实体关系的影响未设明文，但婚姻登记的撤销却使得婚姻关系在逻辑上和事实上不复存在。因此，仅就判决结果而言，撤销判决的大量适用显然突破了现行婚姻法的规定，使得婚姻法试图限制瑕疵婚姻范围的目的落空。

与婚姻法的法律适用关系难厘清。婚姻登记行政审判应否适用婚姻法特别是后者关于婚姻效力的规定，这一问题困扰着不少法院。例如，在衢州市柯城区人民法院裁判的一起案件中，法院根据婚姻法的相关规定认为，虽然当事人在办理结婚登记时未达法定婚龄，但现在此情形已消失，双方间的婚姻有效。故仅确认登记行为违法但未判决撤销登记。但也有的法院对于婚姻法的规定未作考量。例如，在枣庄市薛城区人民法院裁判的一起案件中，法院在原告已达法定婚龄的情形下仍然以登记时行为违法为由判决撤销结婚登记。

裁判结果难获认同。一方面，婚姻登记机关对法院判决其败诉的结果并不认同。其认为此种裁判无异于要求登记机关对当事人的申请进行实质审查，而这超出了其职权范围和能力；而那些在认定登记机关无过错的同时又判决撤销登记的裁判结果，更是让婚姻登记机关难以接受。另一方面，此类诉讼有相当一部分是由提供虚假身份证明或隐瞒真实情况等欺诈手段骗取登记的当事人一方提起的，而对此类当事人诉讼请求的支持不仅会损害另一方行政相对人的利益，还在客观上鼓励了一些人将结婚登记作为谋取利益的工具，其社会妥当性遭到了质疑。

(三)婚姻登记行政诉讼裁判在法律适用上存在的问题

相似案件的裁判方式不一，同案不同判的现象突出。例如，在涉及一方提供虚假身份信息办理结婚登记的案件中，多数法院判决撤销婚姻登记；也有的法院判决确认登记行为无效(少数法院同时判决责令登记机构予以更正)；还有的法院认为在当事人存在共同生活事实的情形下，此种违法并未对当事人的实体权益产生影响，不足以影响婚姻登记行为的效力；再如，在涉及一方冒用他人身份办理结婚登记的案件中，多数法院判决撤销登记；也有的法院判决确认无效；还有的法院仅判决确认登记行为违法。

撤销判决中对登记行为合法性的司法审查标准认识不一。撤销判决的前提是登记行为不具有合法性，而对于合法性的司法审查标准在实践中则存在重大分歧。有的法院采取形式审查标准，认为登记机关对于当事人提交的材料和证件只有形式审查义务，对申请人提供的材料是否真实、有效并不具有实质审查义务；至于当事人是否具有民事行为能力、身份证是否真实等更不在审查的范围之内；有的法院则采取实质审查标准，认为婚姻登记机关应对申请材料所涉及的实质内容的真实性与合法性进行审查，未尽实质审查义务，即属于违反法定程序。；至于在登记机关已尽审查义务但登记仍存在违法性的情形下如何裁判，法院的理解也不一致。有的认为“在被告已尽审慎审查义务的前提下，登记行为不宜撤销”；有的则仍然以“缺乏依据”或“与事实不符”等理由作出了撤销或无效判决。

确认违法判决的法律依据不足。依《行政诉讼法》第 74 条的规定，在行政行为依法应当撤销，但撤销会给国家利益、社会公共利益造成重大损害；或者行政行为程序轻微违法，但对原告权利不产生实际影响的情形下，法院可以判决确认违法但不撤销行政行为。在违法行政行为已不具有可撤销内容而不需要撤销的情形下，法院可以仅作出确认违法的判决。但从婚姻登记行政诉讼确认违法判决书的内容来看，法院的理由则不一而足。有的认为是基于维护社会信赖利益的需要；有的认为是基于维护

离婚登记的公信力以及婚姻家庭与社会的和谐稳定的需要;有的认为行政机关的失误并不能从根本上影响双方的婚姻效力;有的认为民事婚姻关系的确实存在是撤销登记的阻碍事由。虽然判决书均表明其依据为《行政诉讼法》第 74 条，但上述理由与第 74 条的规定显然并不一致。

确认婚姻登记行为无效的司法审查标准不统一。依《行政诉讼法》第 75 条的规定，在行政行为存在实施主体不具有行政主体资格或者没有依据等重大且明显违法的情形,法院可依当事人的申请作出无效判决。而从婚姻登记行政诉讼的无效判决来看，虽然理由多是“没有依据”或“重大且明显违法”，但法院的认定标准显有不同。有的以涉案婚姻是否达到了无效婚姻的程度来予以认定,认为导致婚姻无效的违法结婚登记即为无效行政行为;有的以是否符合结婚实质要件为标准予以认定，认为在不符合婚姻法规定的结婚条件情形下办理的结婚登记属于无效行政行为。还有的以是否违反了审核义务来加以认定。而在不同的审查标准下，法院对于同类违法登记行为,或者认定为一般违法，或者认定为“重大且明显违法”，由此导致了判决方式的不同。

综上所述，在目前的司法实践中，婚姻登记行政诉讼的裁判结果不仅与婚姻法之间缺乏必要的衔接，其判决方式也极不统一，而且虽然判决书均表明判决的依据是《行政诉讼法》的相关条款，但其理由却各不相同，在法律适用上也极为牵强，由此反映出此类案件的司法审判乱象。之所以出现上述困境和问题，固然有现行立法不完善的因素，但司法实践对于此类诉讼的特殊性缺乏足够的认识，未能针对此类案件的法律适用形成有别于典型行政诉讼的系统的思考方法则是更为直接的原因。故有必要首先对此类行政诉讼的特殊性予以分析。

二、婚姻登记及婚姻登记行政诉讼的特殊性

(一)婚姻登记的特殊性:民行合一的非典型行政行为

婚姻登记行政诉讼是建立在将婚姻登记界定为行政行为这一理论判断的基础上的，然而，由于婚姻登记横跨公、私两大法域，对于其性质的界定始终存在争议。尽管行政法学者多对婚姻登记的行政行为属性持肯定态度,但一些民法学者则主张应将婚姻登记纳入民事法律行为的范畴，因为“结婚登记是以民事法律行为为理论基础的,当事人身份关系及财产关系的变动是意思自治的结果,并不为登记机关所左右。”由于这一问题关系到婚姻登记行政裁判的正当性，对此不可不辨。

笔者认为,将婚姻登记界定为民事法律行为的观点值得商榷。从民法的角度来看，无论是结婚还是协议离婚确属民事法律行为(具体来说即身份行为)，但这并不意味着登记也是民事法律行为。因为婚姻登记作为行政机关的职权行为,并不包含民事法律行为的核心构成要素——私法上的意思表示。即使认为登记申请包含了当事人的意思表示，但由于登记申请只是启动婚姻登记的必要程序而非登记本身,故也不能据此认为登记中存在上述意思表示。就此而言，婚姻登记并非民事法律行为。至于其是否属于行政行为,则应从行政行为的概念出发予以分析。一般认为，所谓行政行为，是指行政主体基于行政职权的行使而具有法律效果的行为。而婚姻登记是具有行政主体地位的婚姻登记机关依公法性质的《婚姻登记条例》所授予的职权，实施的对婚姻关系状态予以官方承认、确认和记载的行为，其目的在于为婚姻关系提供公共信用，并实现国家对婚姻行为的干预的控制;且婚姻登记的后果具有确定力和公定力。就此而言，婚姻登记完全符合行政行为的特征，应界定为行政行为。需要指出的是，尽管婚姻登记能够发生私法上的效果，但这并不能构成否定其行政行为属性的理由。因为登记的私法效果只是登记行为所产生的结果,而并非登记行为本身。

虽然婚姻登记属于行政行为,但与其他行政行

为相比，其具有一定的特殊性，这主要表现在以下几个方面：其一，婚姻登记是不存在登记机关法效意思的行政行为。这一特点实际上是行政登记区别于行政许可、行政裁决、行政处罚等典型行政行为的共同特征。具体而言，典型行政行为的目的在于通过行政权的行使产生使行政相对人的权利义务发生变动的行政法上的后果，且行政机关具有追求这一法律后果的法效意思。而对于行政登记而言，其目的只是对于相关权利或法律关系状态予以记载并予以信息公示，行政机关仅就是否符合法定登记条件予以单纯的认知、判断，并不具有产生行政法上权利义务变动的法效意思。具体到婚姻登记而言，登记机关只是依法律的规定作出登记与否的决定，并不存在旨在通过行政权的行使对当事人赋予权利或课加义务的意思表示。就此而言，婚姻登记不同于行政许可、行政裁决、行政处罚等典型的行政行为。

其二，婚姻登记是能够在双方行政相对人之间产生私法效果的行政行为。婚姻登记涉及双方行政相对人，并直接在当事人之间产生身份关系变动的私法后果，这与只涉及一方行政相对人的行政行为有所不同。而婚姻登记之所以能够产生上述私法效果，主要原因在于，从民法的角度来看，其是作为结婚以及协议离婚这类身份行为的成立要件而存在的：即若未经登记，则结婚、离婚行为不成立，也就谈不上婚姻关系的产生或消灭；而一经合法登记，则结婚、离婚行为成立，并发生婚姻关系产生或解消的法律后果。可以说，正是这一特点构成了婚姻登记行为特殊性的逻辑基础。

其三，婚姻登记是与基础法律关系不可分离的行政行为。在行政登记的类型中，能够产生私法效果的不独婚姻登记，不动产登记也具有此种特征。然而，婚姻登记区别于后者的重要之处在于，婚姻登记与基础法律关系的结合较不动产登记更为紧密。在不动产登记，其基础法律关系（如买卖合同）独立于登记之外。无论是基础法律关系的成立还是生效，一般来说均与登记无关。而在婚姻登记，由于登记本身即是结婚或离婚行为的成立要件，故婚姻登记的基础法律关系与登记实属不可分离。

基于上述认识，对于婚姻登记的特殊性可作如下概括：其一方面是一种非典型的行政行为；另一方面则是结婚、离婚这类身份行为的成立要件，登记的存在与否对于当事人的实体关系具有决定性的意义。就此而言，婚姻登记在法律效果上具有民行合一的特点。

（二）婚姻登记行政诉讼的特殊性：名“行”实“民”的非典型行政争议

婚姻登记的特殊性使得婚姻登记行政诉讼也具有一定的特殊性，这主要体现在以下几个方面：

首先，由于婚姻登记直接涉及双方行政相对人的民事法律关系，因此，虽然行政诉讼由一方行政相对人提起，但此类诉讼却不仅涉及原告与婚姻登记机关的行政法律关系，同时也涉及到原告与另一方行政相对人的民事法律关系，故裁判结果势必影响另一方行政相对人的民事利益。这使得此类诉讼与仅涉及到原告与行政机关之间的行政法律关系的典型行政争议有着明显的差异。

其次，婚姻登记行政诉讼的裁判结果对当事人婚姻关系的影响具有直接性和终局性。如果将婚姻登记行政诉讼与同样涉及当事人民事法律关系的不动产登记行政诉讼作一比较的话，可以发现二者的不同在于：由于不动产登记的基础法律关系独立于登记之外，这使得即使不动产登记被法院判决撤销，当事人依然可以基于基础法律关系提起民事诉讼寻求救济。然而，在婚姻登记行政诉讼，由于婚姻登记的基础法律关系与登记不可分离，婚姻登记一旦被法院撤销或宣告无效，对当事人的实体关系将产生直接的和终局的影响，即婚姻关系或者不复存在，或者未予解消。

再次，婚姻登记行政诉讼裁判结果对于婚姻关系的影响决定了当事人提起行政诉讼的真正目的并非是为了解决所谓的行政争议，而是想借撤销判决或无效判决实现解消或维持其婚姻关系的目的。

这意味着婚姻登记行政诉讼是一种表面上为行政争议，但实质上却体现了当事人之间民事权益冲突的名“行”实“民”的非典型行政争议。

三、婚姻登记行政裁判中相关私法因素的考量

婚姻登记行政诉讼的特殊性对于此类案件行政裁判的影响在于，虽然婚姻登记行政纠纷并非婚姻关系纠纷，但其裁判结果却会对婚姻关系产生直接且终极的影响，特别是否定结婚登记的效力将会直接导致婚姻不复存在，故此类诉讼的行政裁判不应忽略对原告和另一方行政相对人实体关系的考察和关照。而那些影响当事人实体关系的因素应成为行政裁判应予考量的重要因素。这主要包括以下几个方面：

稳定婚姻家庭秩序的价值取向。法官是针对具体的待判案件从事法解释工作，其任务在于就被托付的案件作出“正当的”裁判，而所谓“正当”意味着符合正义的理念。正义的理念常常蕴含在法的价值取向中。而基于婚姻家庭对于国家、社会以及个人所具有的重要意义，维护婚姻家庭的稳定始终是婚姻家庭法遵循的基本价值取向。有必要指出的是，这一导向定位不仅仅源于婚姻家庭的重要性，其同时也具有宪法上的依据。如我国《宪法》第 49 条规定，婚姻、家庭、母亲和儿童受国家的保护。就此而言，婚姻家庭实际上是受到宪法保护的社会关系。婚姻登记行政裁判虽然并不解决婚姻家庭纠纷，但其结果却直接影响到婚姻家庭关系的存续，故也应当遵循具有宪法位阶的上述原则。这使得分属不同法律部门的行政诉讼法和婚姻家庭法在宪法之下获得了规则体系的内在一致性。

《婚姻法》《民法总则》中相关民事法律规范的适用。虽然婚姻登记诉讼为行政诉讼，但也应考虑到相关民事法律规范的适用，在这一点上并不存在法理上的障碍。一方面，虽然行政法和民法分属公、私法两大领域，但进入 20 世纪后，公私法划分的严格对立局面逐渐消解，出现了日渐融合的趋势，行政法和民法在调整特定法律关系时，也常常会发生交错。另一方面，正如前文所述，婚姻登记具有民行合一的特点，对其应否撤销的判断不可避免地要涉及到婚姻法相关规定的考察。就此而言，在婚姻登记行政诉讼中，不仅可以，而且也有必要适用婚姻法的相关规定。

登记行为的违法性对于婚姻效力特别是当事人真实意思表示的影响。由于婚姻登记并不包含登记机关的法效意思，登记之所以能够产生私法效果，在本质上仍是基于当事人的自主安排，而非登记机关许可或赋权的结果，这就使得登记行为合法与否与婚姻的效力之间并不存在一一对应的关系，即使登记行为不合法，也不意味着婚姻就一定没有效力。而在婚姻有效的情形下，一般不能否定登记的效力。故登记行为的违法性是否影响到婚姻的实质要件特别是当事人的真实意思表示是行政裁判需要考虑的重要因素。这一点在最高人民法院行政审判庭对浙江省高级人民法院作出的［2005］行他字第 13 号的答复函中已有所体现，对此值得肯定。

违法情形的可补正性。行政行为的合法性审查一般不考虑违法情形的补正。基于行政行为违法性判断基准时的教义，行政行为作出后，作为其根据的事实状态或法律状态发生变化的，不影响其合法性或违法性。据此，只要登记行为在作出时存在违法性，即使起诉时该违法性已不复存在，该登记行为仍应被认定为欠缺合法性。但《婚姻法》基于稳定婚姻家庭关系的考虑，对于结婚登记时存在的效力瑕疵允许事后补正，从而使得当事人的婚姻关系尽可能得到维系。例如根据我国《婚姻法》司法解释一第 8 条的规定，无效的情形已经消失的，婚姻不再被宣告为无效。上述理论及规定应成为婚姻登记行政诉讼判决方式的选择应予考量的因素。

此外，在婚姻登记行政诉讼涉及第三人的身份利益时，例如，在离婚登记存在违法性，而其中一方当事人与第三人又另行结婚的情形下，婚姻登记行政审判亦应考虑善意第三人的身份利益。但正如《物权法》中的善意取得制度一样，此种保护也并

不是绝对的，也需要在利益衡量的基础上予以确定。

需要说明的是，虽然《行政诉讼法》关于行政判决方式的规定主要是针对典型行政争议而设，但是，由于法条语言表述的笼统性和模糊性，使得这些规定具有了一定的解释空间。例如《行政诉讼法》第 74 条第 1 款规定，行政行为程序轻微违法，但对原告权利不产生实际影响的，可以判决确认行政行为违法，但不予以撤销。其中“对原告权利不产生实际影响”这一表述就存在着较大的解释空间，在婚姻登记行政诉讼中，法官完全可以在对前文所述因素予以考量的基础上对上述规定作出合理的的解释，以求得妥当的裁判结果。对此，笔者将于下文详述。

四、婚姻登记行政诉讼判决方式的选择适用

《行政诉讼法》规定了七种判决方式，其中可以适用于婚姻登记行政诉讼的主要是驳回起诉判决、撤销判决、确认无效判决以及确认违法判决。此外，该法第 76 条规定，人民法院判决确认违法或者无效的，可以同时判决责令被告采取补救措施。由于该条并未对“补救措施”所指为何予以明示，这就为其在个案中的灵活适用提供了条件。有学者认为该条确立了“补正”的判决方式，即判决行政机关对于错误的登记予以更正。笔者对此表示赞同。这样，在婚姻登记虽然存在错误但可以更正的情形下，人民法院就可以对婚姻登记行政行为的违法性做出宣告，并责令婚姻登记机关对违法登记进行更正，以继续维持婚姻登记的法律效力。如此可以在一定程度上破解婚姻登记行政诉讼的困境，最大限度地实现婚姻登记行政诉讼中的利益平衡(当然，这一判决方式的落实还需要婚姻登记机关相关配套制度的完善)。据此，婚姻登记行政诉讼的判决方式可以包括撤销、确认违法、确认违法并责令更正、确认无效以及驳回五种方式。由于驳回判决的适用一般没有太大的问题，笔者在此不再赘述。下面只针对其他几种判决方式在婚姻登记行政诉讼中的适用问题予以论述。

(一)撤销判决

撤销判决是指法院作出的撤销行政行为的判决。由于撤销判决对婚姻关系的存在与否将产生直接的影响，故在婚姻登记行政诉讼中应当谨慎适用。笔者认为，对于此种判决方式的适用应分两步走：

首先，审查被诉登记行为是否具有合法性。如前所述，关于行政行为合法性的审查标准，在司法实践中存在“形式审查”和“实质审查”两种标准之争，而这一分歧在学界也同样存在。对此，笔者认为，上述争议标准并非行政行为合法性的审查标准，而是判断行政机关是否尽到审核义务的标准。此种判断的意义主要体现在行政赔偿诉讼中，即未尽到审核义务的，行政机关被认定为存在过错，并因此承担行政赔偿责任。而行政行为的合法性审查则有所不同，其是对行政行为是否符合行政诉讼法及相关理念、是否符合设定该行政行为的法律依据以及行政行为的基本准则等的审查。未通过这一审查的，其结果是被裁判撤销、确认无效或者违法。其标准应是《行政诉讼法》第 70 条的规定，即主要是看被诉行政行为在客观上是否存在主要证据不足，适用法律、法规错误，违反法定程序，超越职权、滥用职权，以及明显不当这几种情形;至于登记机关是否尽到审核义务则在所不问。据此，即使在登记机关被当事人欺骗以至于未能对虚假身份证明辨别真伪而办理婚姻登记的情形，也构成违法行政行为。

其次，审查登记行为的违法性是否足以影响到当事人的实体关系特别是对当事人真实意思表示的判断。依《行政诉讼法》第 70 条的规定，只要婚姻登记存在主要证据不足、违反法定程序等不当行为，均会被认定为违法行政行为。但并非所有的违法登记行为均应适用撤销判决。在排除后文所述适用确认违法或确认无效判决的前提下，笔者认为，撤销判决主要适用于登记行为的违法性足以影响到当事人的实体关系特别是对当事人是否存在真

实意思表示的判断的情形。这主要包括由于未严格履行询问、签字、审核等程序使得当事人是否存在结婚或离婚的真实意思表示不能被确定，以及为无民事行为能力人办理婚姻登记等情形。而对于那些不足以影响当事人真实意思表示判断的违法登记行为，则不宜适用撤销判决。

（二）确认违法判决

确认违法判决是撤销判决的变种，是指法院虽然对行政行为作出了否定性的评价，但在基于特殊原因不宜撤销的情形下，仍旧维持现有违法行政行为的效力。《行政诉讼法》第 74 条第 1 款规定了两种确认违法但不予以撤销判决适用的情形。一是撤销会给国家利益、社会公共利益造成重大损害的；二是行政行为程序轻微违法，但对原告权利不产生实际影响的。此种判决方式虽然能够使违法登记行为的效力得以维持，但应当看到的是，上述规定乃针对典型的行政争议而设，很难直接适用于婚姻登记行政诉讼，故有必要在充分考量前文所述特殊因素的基础上，对其予以妥当的解释。一方面，考虑到婚姻登记行政裁判对于另一方行政相对人民事实体利益的影响，应对上述第一种情形予以扩张解释，即将“撤销会对另一方行政相对人的利益造成重大损害的情形”亦纳入确认违法判决方式的适用范围。另一方面，针对第二种情形的适用，从立法目的以及婚姻登记的特殊性出发，应重点考察违法登记是否“对原告的权利产生了实际影响”，而不应将登记行为的违法性是否“轻微”作为主要判断标准。而所谓“对原告权利不产生实际影响”，应当理解为“对婚姻的实质要件尤其是原告意思表示的真实性不产生实际影响”。而即使违法登记产生了上述影响，在违法情形已经被补正的情况下，也应认为此种影响已不复存在。就此而言，确认违法但不予以撤销的判决方式主要适用于以下三种情形：一是登记程序轻微违法，不影响对婚姻实质要件特别是当事人意思表示真实性的判断。最为典型的如在非管辖地办理婚姻登记，或者未要求当事人提供户口簿等不影响结婚实质要件的材料等。二是登记时存在的违法情形已被补正。例如，虽然办理登记时存在婚姻无效的原因，但起诉时无效的原因已经消失。此外，在一方或双方未亲自办理婚姻登记的情形下，如有证据证明未到场的一方对登记的事实予以了追认并以夫妻名义共同生活的情形，则应当认为“合意欠缺”这一违法情形已被补正。三是离婚登记虽然应予撤销，但婚姻登记的另一方当事人已与第三人另行结婚的情形。

此外，《行政诉讼法》第 74 条还规定了三种不需要撤销而只做出确认违法判决的情形。其中“行政行为违法，但不具有可撤销内容的”，以及“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”这两种情形可适用于婚姻登记行政诉讼。就第一种情形而言，其主要包括虽然结婚登记程序存在违法性，但当事人已经办理离婚登记；或者虽然离婚登记程序存在违法性，但当事人已办理了复婚登记的情形等。

（三）确认违法并责令更正判决

在登记程序虽然违法，但并不影响对结婚实质要件特别是当事人真实意思表示的确认，且可以通过更正的方式予以补救的情形下，应当适用确认违法并责令更正的判决方式。这主要包括以下情形：一是因登记机构工作人员的原因发生姓名或身份证号码等记载错误；二是一方提供虚假身份证明但有证据证明当事人存在结婚的真实意愿；三是补发的婚姻登记证与原婚姻登记的实质内容不符；四是一方假冒或借用他人身份办理结婚登记，但有证据证明假冒方或借用方存在结婚的真实意思表示等。需要指出的是，在司法实践中，相当一部分法院认为，婚姻登记的事实依据是各种证明材料，当提供的证明材料虚假，或者当事人冒用他人身份进行登记时，则属于登记没有依据或者主要证据不足，应认定登记行为无效或者予以撤销。笔者对此不敢苟同。所谓婚姻当事人的认定，并非仅仅以其使用的姓名和身份为判断，结婚的意愿系由何人作出，婚

姻关系系由何人维系才是决定性因素，故不能因当事人一方或双方的姓名或身份出现错误就全盘否定客观存在的事实。因此，对最后一种情形而言，应当看到的是，虽然假冒方假冒了他人的身份，但其确实存在结婚的真实意思表示，而且在登记时明确表达了此种意思，故应当将办理结婚登记的当事人认定为假冒方而非被假冒方。于此情形，虽然被假冒方不存在结婚的意思表示，该登记应被撤销，但考虑到撤销判决无助于解决假冒方与登记另一方当事人的关系，故以更正判决予以处理更为妥当。

（四）确认无效判决

确认无效判决是针对存在重大、明显违法性的行政行为所作出的判决。而此种行为与一般违法行为的区别在于，其不能通过“确认违法”这一变通的方式予以维持且无更正的余地。确认无效判决是针对重大、明显违法行为所作出的判决。根据《行政诉讼法》第 75 条的规定，行政行为有实施主体不具有行政主体资格或者没有依据等重大且明显违法情形，法院可以作出无效判决。对于该条的理解，正如学者所言，其中“重大且明显违法”应属于行政行为无效审查标准的内涵，而“不具有行政主体资格”或者“没有依据”两者则系对其外延的例示性不完全列举。其中“没有依据”应当理解为行政行为没有法律、法规和其他规范性文件的依据，而并非没有事实根据。而从目前司法实践的情况来看，相当多的判决不仅将一方或双方未亲自到场、借用或假冒他人身份以及提供虚假证明等情形下没有“事实根据”的婚姻登记理解为“没有依据”，而且几乎所有的违法登记情形都在不同的判决书中被当作无效的理由出现过，这显然是对第 75 条作了过分扩张的解释。

在笔者看来，《行政诉讼法》第 75 条所规定的两种例示性情形在婚姻登记中都较少发生，故登记行为的无效性判断主要还是“重大且明显违法”这一抽象标准。由于在确定登记行为无效的情形下不能采用确认违法的判决方式且无更正的余地，故对于此种判决方式的适用应当格外慎重。笔者认为所谓“重大且明显违法”的婚姻登记主要指以下情形：一是登记违法的情形构成婚姻无效的事由且未被补正；二是婚姻登记严重违背当事人的意愿。这主要是指在当事人不知情的情况下“被结婚”（其中包括在已经法院调解离婚的情形下又“被”补办结婚登记的情形）或“被离婚”的情形。值得说明的是，在婚姻当事人一方“被”另一方离婚，而该另一方又与第三人结婚的情形，即使第三人善意不知情，由于“被”离婚方根本不存在离婚的意思表示且并无可责性，基于对该方当事人意思自治的尊重，应当对违法离婚登记作出无效判决。于此情形，另一方与第三人的婚姻应当被确认为无效。

结论

婚姻登记是具有民行合一的特点的非典型行政行为，由此产生的行政诉讼也区别于针对典型行政行为提起的行政诉讼。由于《行政诉讼法》关于行政判决方式的规定并不能完全适用于婚姻登记行政诉讼，法院在适用行政诉讼法的相关规定裁判婚姻登记行政争议时，应当充分考量婚姻家庭法的价值取向、婚姻法的相关规定、另一方行政相对人的利益、当事人的实体关系特别是真实意思表示，以及违法情形的补正等影响当事人实体关系的特殊因素，并在此基础上选择妥当的判决方式。当然，婚姻登记行政判决方式的妥当适用及改进也需要婚姻法及相关行政法规的完善，如婚姻法应增设婚姻的不成立、协议离婚的无效及可撤销，并完善婚姻行为的瑕疵补正制度；而《婚姻登记条例》则应对婚姻登记的更正问题予以明确的规定等。

注：本文仅供研究交流之用！

张海燕：家事诉讼证据规则的反思与重构 | 主题研讨

原创：2020-05-04 政治与法律编辑部 张海燕
https://mp.weixin.qq.com/s/P3_7itksEGjMN-Qc3QMU2w

【作者】张海燕（山东大学法学院教授、博士研究生导师）

【来源】《政治与法律》2018 年第 11 期“主题研讨”栏目。因篇幅较长，已略去原文注释。

内容提要：家事诉讼具有公益与私益、法律与伦理复合的特点，注重对于案件客观真实的追求，使其与以财产纠纷为主的普通民事诉讼具有不同的诉讼理念。家事诉讼应采纳限制的辩论主义审理原则，该原则支配下的证据规则亦应独立于普通民事诉讼。目前我国相关实践中两种证据规则在适用上并无二致，导致家事诉讼目的难以有效实现。限制的辩论主义原则在尊重当事人程序主体地位和处分权的基础上，强调法院的职权行使，认为法院在事实主张和证据收集方面可以不受当事人诉讼行为的限制，促使当事人和法院之间相互协力。除家事身份类案件无法适用主观证明责任分配规则外，证明责任分配原则在家事案件中亦可适用。有鉴于此，应当区分家事案件类型，建构以高度盖然性为基准、以排除合理怀疑标准和优势证据标准为辅助的多元化证明标准体系。

关键词：家事诉讼；证据规则；证明对象；证明责任；证明标准

家事案件是指以身份关系为基础，与婚姻家庭有关的民事案件，主要包括身份关系纠纷、与身份关系有关的财产纠纷和家事非讼案件。家事案件不同于以财产纠纷为主的普通民事案件，其涉及家庭成员之间的身份关系、财产关系、未成年子女保护以及情感道德、社会伦理等因素，是一种复合型的复杂纠纷。家事案件与普通民事案件的类型差异决定了两者诉讼目的之不同，家事诉讼对于案件客观真实的追求更为强烈，以真实发现主义为其基本原则。然而，我国司法实践中，这两类诉讼遵循相同程序法理和审理原则，“大一统”的局面掩盖了家事案件的特殊性和公益性，墨守成规的做法使得家事案件审判效率低下，法律效果和社会效果屡受诟病。在家事诉讼证据规则方面，其亦与普通民事诉讼相同，未进行案件类型的特殊考量。无论财产性案件还是人身性案件，无论纯粹当事人之间的私益案件还是涉及社会伦理道德的公益案件，均适用相同的诉讼理念及其支配下的证据规则。家事诉讼中统一证据规则的适用于实践层面表现出了与家事诉讼目的相背离的诸多困境。比如，法院依职权调取证据的情形较少，无法缓解和克服当事人的举证困难；高度盖然性的证明标准会使法官经常作出当事人所举证据难以证明待证事实的判断；等等。最高人民法院于 2016 年 5 月 11 日召开的家事审判方式和工作机制改革试点工作会议上指出，家事纠纷审判方式和工作机制改革主要具有两个特点，其中一个便是各试点法院以强化家事诉讼当事人的诉讼权利、调动诉讼双方的积极性为改革目标。然而，与之配套的证据制度改革未引起重视，就会导致进一步深化家事审判方式和工作机制改革步履的迟滞。鉴于此，有必要在家事审判方式和工作机制改革朝纵深发展的背景下，紧紧围绕证据规则这一诉讼程序中的关键因素进行深入探讨，以期有助于我国家事审判方式改革的顺利进行。

一、家事诉讼的审理原则

审理原则是程序法理的一个核心问题，其反映的是当事人与法院在事实主张和证据收集方面的

一种作用分担关系，是创设科学诉讼证据规则的基础。民事诉讼的审理原则主要有辩论主义和职权探知主义两种模式。辩论主义，指仅以当事人提出的事实证据，为裁判之基础，当事人所未提出的事实证据，均不得加以斟酌。职权探知主义，指法院应依职权收集诉讼资料以认定事实，不论当事人提出与否，均得作为裁判的基础。辩论主义划定了当事人的处分范围并排斥法院的职权干预，职权探知主义旨在发挥法院在诉讼资料收集上的主导作用，目前各国民事诉讼法制更为注重的不是其中单一原则的独立适用，而是两者的互补适用。

程序事件的类型化是不同程序法理得以适用的逻辑前提，程序事件类型与程序法理呈现基本匹配的对应性。不同的程序法理又会外化为不同的审理原则，故审理原则也会受制于案件类型。家事案件同样如此。笔者将我国家事案件区分为家事财产类诉讼案件、家事身份类诉讼案件以及家事非讼案件。笔者于本文中所讨论的家事案件仅指家事诉讼案件。论及家事案件的审理原则，在德国，婚姻案件适用有限的职权调查原则，非讼事件适用无限制的职权调查原则，家事诉讼事件适用辩论原则。我国台湾地区家事事件采行协同主义或限制的辩论主义。长期以来我国家事案件的审理一直遵循财产纠纷的诉讼理念，以辩论主义和处分原则为基本主线，诉讼中法官职权干预的程度较弱。这一问题其实已经引起司法实务界的重现。最高人民法院专职专审判委员会委员杜万华在论及家事审判理念时就曾指出，应当转变机械遵循辩论主义和处分原则的财产纠纷审判思路，根据家事诉讼对法官职权干预的特殊需求，强化法官的职权探知、自由裁量和对当事人处分权的适当干预。

家事财产类案件的诉讼标的多涉及私人之间的利益配置，当事人对于事实的主张以及证据的提供情况往往取决于其对于案件所涉利益的整体考量。然而，又因为该类案件的利益纠纷发生于具有特定身份关系的主体之间，诉讼过程以及裁判结果的影响可能会超出当事人之范围，一定程度上影响到社会公益。家事身份类诉讼案件的主要内容表现为实体法上当事人身份关系的变动，该变动不仅影响当事人之间的权利义务关系，判决的效力还广泛及于当事人之外的第三人，甚至还会影响到社会伦理道德和公共秩序。此外，家事案件中当事人之间的诉讼能力通常还不具有对称性。在这一意义上，为避免裁判违反客观真实，维护当事人、利害关系人之合法利益以及社会公益，法院应当有依职权自行调查探知案件真相的必要，对当事人辩论主义下的处分权予以限制，不能任由当事人为不实的事实主张或故意掩饰事实、拒绝提出证据，而使法院作出与真实不符的判断。“鉴于家事纠纷所涵盖的内设逻辑要求纠纷的解决应更具温情的偏向，以及满足血缘关系或生活上的紧密型与情感性所期盼的融洽关系，较宜在家事诉讼中实行有限的辩论主义。”所谓有限的辩论主义，又称为限制的辩论主义，是指对辩论主义三项命题的突破，即法院可依职权斟酌当事人未主张的事实，法院可以不受当事人自认事实的拘束，法院可依职权调取当事人未主张的证据。然而，限制的辩论主义又不同于职权探知主义，前者仍居于辩论主义理念下，法院职权探知功能的发挥仅处于一种补充性地位，后者却是法院完全不受当事人主张事实和提供证据的约束，其职权行使处于一种主导性地位。

家事案件采纳限制的辩论主义审理原则，主要由当事人进行事实的主张和证据的收集，特别是关于诉的利益的事实，应当首先由当事人主张并提出证据，而不应由法院依职权主动为之。然而，限制的辩论主义自然不同于以“尊重私权自治，而国家（法院）不能介入”作为理论依据的辩论主义，其“限制”性聚焦于法院可依职权调查当事人未主张的事实和证据上，表现为辩论主义三项命题实现的不彻底性和可被突破性。限制的辩论主义原则之精神实质是在尊重当事人程序主体地位和处分权的基础上，强调法院的职权行使，促使当事人和法院之间相互协力。具体而言，其包括以下两方面内容。第一，诉讼中法院在保障当事人辩论机会和尊重当

事人程序主体地位的前提下，可主动斟酌当事人未主张的事实和未提出的证据，以最大程度追求裁判的妥当性，达到当事人之间的实质公平。第二，强调和加大法院依职权介入的范围和力度，并不意味着当事人不需主张事实、不需提供证据，而是需要强调当事人的程序协助义务，即法院先要根据当事人提出的事实和证据展开裁判，当事人在事实主张和证据收集方面仍发挥基础性作用，与积极行使司法职权的法院共同推进诉讼的进行。

二、家事诉讼证明对象的确定

（一）家事诉讼证明对象的界定

证明对象，是指为了认定案件事实和正确适用法律的需要，应当由当事人举证证明或法院必须查明的对案件解决有法律意义的事实。证明对象范围如何划定以及作为裁判基础的事实证据如何收集，属家事诉讼上法院与当事人之间任务分担之基本构造上的课题。民事诉讼的证明对象既包括当事人之间所争议的要件事实等实体法事实，也包括法官应依职权查明的是否发生回避、追加当事人、诉讼中止、诉讼终结等程序法事实。基于论证需要，笔者于本文中研究的证明对象仅指前者，即那些能够引起当事人之间实体权利义务关系发生、变更或者终止的实体法事实。需要注意的是，这里所说的作为证明对象的实体法事实，已经不是当事人主张的生活意义上的具体纠纷事实，而是经过民事实体法律规范“格式化”之后的案件具体事实，是在实体法律规范要件事实涵摄下形成的当事人主张的案件相关事实的法律命题表现形式。家事诉讼中作为证明对象的实体法事实主要包括两部分：一是婚姻家庭法律关系发生、变更和消灭的事实，具体包括家事主体的事实、家事行为及其效果的事实、家事权利义务的成立、变更和消灭的事实等；二是家事争议发生过程的事实，主要是指当事人因家事权利义务的享有和履行而发生纠纷的事实。

（二）家事诉讼证明对象的主张

证明对象的主张责任一般在于当事人，由其提出支持诉讼请求的事实和理由。比如，在离婚案件中，原告会主张当事人之间存在婚姻关系以及感情确已破裂这两个要件事实来支持其提出的离婚请求。然而，实务中经常会出现当事人遗漏案件事实主张的情形。比如，在离婚案件中，原告为支持其提出的夫妻感情确已破裂这一事实主张，提出被告存在赌博的事实，但法院却发现当事人之间还存在家庭暴力，那么对于原告未主张的家庭暴力事实法院能否主动提出呢？换言之，法院对于证明对象的确定是否必须以当事人主张为前提呢？该问题的本质在于当事人和法院在证明对象主张问题上的权限分工。

回答该问题之前，不妨先考察一下域外的立法例。德国《家事事件与非讼事件程序法》第 127 条规定：“为确定对裁判重要的事实，法院可依职权进行必要的调查。在离婚或撤销婚姻程序中，仅当有助于维持婚姻或申请人未予反对时，才可以考虑参加人未提出的事实。在离婚程序中，对于《民法典》第 1568 条规定的特殊情况，仅当由拒绝离婚的夫妻一方提出时，才可以考虑。”日本《人事诉讼法》第 20 条规定，人事诉讼中，法院可斟酌当事人未主张的事实，并可依职权进行证据调查；这种情形时，法院应当就事实及证据调查的结果听取当事人的意见。

最高人民法院在总结试点法院实践基础上出台了《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）》（法发［2018］12 号）（以下简称：《改革意见》）。《改革意见》第 15 条规定，家事案件审理过程中，对于需要进一步查明的事项，法院可以自行调查取证，可以委托相关机构进行调查，也可以委托家事调查员对特定事实进行调查。

上述域外立法例以及我国试点法院家事审判方式和工作机制改革实践均允许法院可依职权调查案件事实，特定情形下可提出当事人未主张的事实。

再回到前述问题上。在采行限制的辩论主义审

理原则的家事案件中，原告于起诉状中应标明诉讼标的及其原因事实，以提示法院审判对象、预告判决效力之范围及对他造提示攻击防御之目标，防止突袭性裁判。家事诉讼中，法院不得逾越当事人主张的诉讼标的范围而为突袭性裁判，禁止法院就当事人未主张的诉讼标的进行审判，以保障诉讼制度之本质，平衡保护系争实体利益和程序利益。在事实方面，原告在提出诉讼请求时会一并主张支持其诉讼请求的具体事实，此为各国法规范之基本要求，也是诉讼当事人之基本责任。法院应尊重当事人的处分权，避免对当事人造成突袭。然而，因为家事案件涉及社会公益及未成年子女利益保护，所以对于案件裁判所需之重要事实，即使当事人未予主张，法院也可依职权斟酌适用。当然，法院不可能依职权收集所有当事人未主张的事实，并且最了解案件事实的人是当事人，对案件诉讼资料的把握离不开当事人的积极协助。因此，法院依职权斟酌当事人未主张的事实是需要条件的，这些条件主要包括以下三项：其一，有利于未成年子女利益或者婚姻中弱势一方当事人的利益；其二，有利于婚姻关系的维护；其三，有利于实现客观真实和当事人之间的实质公平。为保障当事人的程序主体地位，尊重其辩论机会，避免造成裁判突袭，对于符合上述条件且当事人未主张的事实，法院应先对当事人进行释明，促使其补充未主张的事实，法院行使释明权后若当事人仍未补充，法院才可依职权查明。法院在家事财产类案件和家事身份类案件中所需遵循的规则相同，只是依职权获取当事人未主张事实的范围有所差别，在更多涉及社会公益的家事身份类案件中法院的职权色彩会更浓厚一些。

（三）家事诉讼证明对象与当事人的自认

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称：《民诉法解释》）第 92 条第 2 款规定涉及身份关系、国家利益、社会公共利益等应当由法院依职权调查的事实不适用自认；该条第 3 款规定自认的事实与查明的事实不符的，法院不予确认。《改革意见》第 43 条第 2 款规定："当事人自认的涉及身份关系确认或社会公共利益的事实，在没有其他证据证明的情形下，一般不能单独作为定案证据。"

在家事身份类案件中，当事人对诉讼标的无处分权，法院对真实事实的追求被自然化，故当事人自认的事实不能直接被法院认定为裁判事实，而仍需通过证据予以证明。比如，亲子关系诉讼不适用自认，即使一方当事人承认或者否认亲子关系的存在，该事实仍属证明对象。故家事身份类案件中的证明对象包括当事人自认的事实。在家事财产类案件中的情况却与此不相同，自认的适用需要从两方面分析。其一，当事人包括自认在内的诉讼行为不能完全约束法院，法院为发现真实，维护当事人之间的实质公平，特定情形下可不受当事人自认的拘束，主动收集与案件相关的事实。其二，家事财产类案件并非纯粹的财产案件，其是以身份关系为基础的财产案件，因此，此类案件是否适用关于当事人自认的规定，应视情况而定：如果当事人的自认仅涉及当事人双方之间的财产问题，比如当事人的财产内容及其数额，可以适用关于自认的规定，该事实法院可以直接认定为裁判事实，这样不仅节省司法资源，还能避免当事人将隐私事实呈现于庭审；如果当事人的自认涉及《民诉法解释》第 91 条规定的事实，比如继承纠纷中关于继承人的范围，则不适用自认，该事实仍为本案的证明对象。

三、家事诉讼证据收集的方式

民事诉讼证据收集的方式有当事人提供和法院依职权调取两种。普通民事诉讼中，一般以当事人提供证据为主，特殊情形下法院可依职权调取证据。家事诉讼的目的在于最大程度追求案件客观真实，实现当事人之间的实质公平，故在证据收集方式上理应与普通民事诉讼存在差异，其更加注重法院的职权干预，更加强调法院依职权调取证据。当然，家事诉讼强调法院在证据收集方面的主动性，并非意味着当事人提供证据就不再重要。那么，法

院依职权调取证据的范围如何？两种证据收集方式之间的关系如何？这些问题在家事诉讼证据规则的建构中无法回避。

（一）法院依职权调取证据

家事案件中裁判者应尽可能发现案件客观真实，法院依职权调取证据的强化正是此种价值追求的体现。“法官权力的扩张并不一定与当事人的保障相冲突；相反，它将强化程序公正和判决的正确性。”日本《家事事件程序法》第 56 条第 1 款规定：“家事法庭应当依职权进行事实调查，并且依申请或者职权进行必要的证据调查。”《民诉法解释》第 96 条规定，法院依职权调取证据的范围是涉及损害国家、社会利益、身份关系、公益诉讼、当事人有恶意串通损害他人合法权益可能的案件以及其他程序性事项。家事案件亦受此约束。除此之外，对于家事案件的证明对象，法官能否依职权调取证据，我国法上无明文规定，完全取决于法官的主观判断，依赖于其自由裁量，随意性很大，容易导致结果层面“同案不同判”现象的出现。有鉴于此，有必要明确对于家事诉讼中的证明对象，即有必要明确提供证据仅属原告之责还是法官亦负有依职权调取证据之责。

在采纳限制的辩论主义审理原则的家事案件中，应当注重法院职权探知作用的发挥，并通过保障当事人的程序权利实现实质公平。职权探知的应有之义是法院可依职权调取当事人未主张的证据，而不受当事人是否主张的限制。然而，在家事案件中，法院依职权调取证据并非无需条件，否则其将被贬值为事实纠问。法院依职权调取证据的前提条件是，或者当事人之间存在证据收集能力上的差距或非对等性，或者存在需要保护的公益。比如，为实现未成年子女之最佳利益保护，法官于监护权确定或变更案件中自行对未成年子女进行询问，便是一种法官积极主动收集证据的表现。为避免法院的证据裁判突袭，如果当事人提供证据确实存在困难，法院应先对当事人进行补交证据的释明，经释明后若当事人仍未提交证据，法院才可依职权主动调取证据。法院依职权调取证据时应充分发挥释明权的作用，将释明权与调查取证权相结合，有效实现私权保护与公权介入之间的动态平衡。当然，法院依职权调取证据并非意味着法院取代当事人的位置，承担提出证据的责任。在法院依职权调取证据的过程中，有关程序同样具有当事人主义的性质，如果当事人不积极举证或不积极提供线索协助法院发现案件真实，则有可能承担举证不利的后果。

基于家事诉讼目的之考量，我国法规范对于法院依职权调取证据适用范围的规定在家事案件中显得狭隘，有必要予以扩展。笔者认为，家事诉讼中法院依职权调取证据的范围应当为所有与案件证明对象有关、能够影响案件裁判结果且涉及婚姻效力、身份关系、未成年子女利益以及社会公共利益的证据。上述证据不论当事人是否主张，法院均应依职权调取。法院依职权调取证据的范围还受制于家事案件的类型。比如，德国婚姻案件法院是有限的职权探知，人身类家事案件法院是无限的职权探知，财产类家事案件则采行辩论主义。我国实务中已有试点法院对家事案件中扩展法院依职权调取证据的范围进行了探索，比如，徐州市贾汪区人民法院就将法院依职权调查取证的范围扩展至未成年子女的证言以及不愿意出庭作证的证人证言。《改革意见》第 42 条将法院依职权调查取证的范围规定为监护权纠纷、探望权纠纷、抚养纠纷等涉及未成年人案件中与未成年人利益保护相关的事实。

（二）当事人提供证据

家事案件倡导法院职权探知，但并不代表司法能动的无度，司法裁判的克制与理性在家事案件中同样需要贯彻。日本学者谷口安平主张：“辩论原则与职权探知原则尽管不同，在后者的支配下当事者也不能完全免除在前一原则下所负担的责任。在当事者不积极地从事主张或举证等诉讼活动就可能招致不利后果这一意义上，家事审判等较特殊的

程序同样具有当事人主义的性质。”

辩论主义的题中之义是法院应依当事人提出的证据认定争议事实，不得依职权调取证据。家事案件采行的限制的辩论主义是对辩论主义刚性要求的一种缓和--主要由当事人负有证据提出责任，特定情形下法院方可依职权调取证据。“鉴于法院有限的人力、物力，为提高程序的效率，仍应将一定的证据收集、提出任务分配给当事人。”因为“只有当事人才是推动诉讼进行和案件真实发现的原动力”。比如，日本《人事诉讼法》第 20 条虽规定法院可以斟酌当事人所未主张的事实并依职权调查证据，但于实践中法院并未经常发动职权，职权调查证据的限度仍由法院依既得心证程度自由决定，终究系以当事人主义之下，当事人双方主体进行主张、举证活动为前提。正是在这一意义上，日本《家事事件程序法》第 56 条第 2 款规定“为实现恰当而且迅速的审理与审判，当事人要协助进行事实调查与证据调查”。

具体而言，在家事财产类案件中，原则上由当事人收集证据，但如果当事人的证据提供能力差异巨大或者系争案件涉及社会公共利益时，则需法院依职权调取证据，此时法院若单纯依照双方当事人提供的证据进行裁判，可能无法实现当事人之间的实质公平。在家事财产类案件中，当事人提供证据是证据收集的主要方式，法院依职权调取证据仅是一种补充。当然，在法院职权介入力度更大的家事身份类案件中，当事人提供证据也是法院认定案件事实的一种重要方式，只不过法院在此类案件中依职权调取证据的范围要大于家事财产类案件。总之，笔者主张，在家事案件中，应采用以当事人举证为主、法院依职权调取证据为补充的证据收集方式，强调在当事人举证问题上法院释明权的充分行使，并适当扩展法院依职权调取证据的范围。如此做法，既有利于实现家事案件所追求的客观真实，也有利于促进当事人与法院之间的相互协力，推动家事诉讼程序的顺畅进行。

四、家事诉讼证明责任的分配

（一）证明责任分配与法院职权探知的冲突

《民诉法解释》第 91 条规定了证明责任分配的一般原则，该原则建立于辩论主义基础之上，其本质是在待证事实真伪不明情形下如何在当事人之间合理分配败诉风险。限制的辩论主义的核心则是特定情形下法院可依职权调查事实和证据，不受当事人是否主张的限制。可见，证明责任分配与法院职权探知在适用基础和价值追求方面存在冲突。

在家事身份类案件中，法院依职权调取证据的范围较宽且力度较大，这在一定程度上使主观证明责任分配的适用空间受到挤压，故有学者主张主观举证责任理论在走向协同主义及加强法官诉讼指挥权之情形下，已失去意义。就理论上而言，主观证明责任仅存在于采取辩论主义的诉讼程序，其作用在于“使谁要得到有利益之判决，谁即须提出对自己有利益之证据。因此，此际之举证责任，即变成法院诉讼指挥之指标，亦成为当事人举证活动之方针”。在强调法院职权探知的背景下，当事人的证明责任作为一种不利后果被淡化了，也无法强化当事人对利己案件事实的揭示和证明的责任。虽然查明客观事实并作出公正裁判是家事身份类案件中法官追求的理想状态，但实践中必然存在待证事实真伪不明的情形，此时不利后果应如何承担？换言之，客观证明责任应如何分配呢？笔者认为，如果法院已履行法定依职权调取证据之责后案件仍处于真伪不明状态，则此时可以适用客观证明责任，由负有证明责任的当事人承担不利后果。因为客观证明责任功能是用以克服事实真伪不明情况，不只是对于采取辩论主义之诉讼程序而言有此种举证责任，即使在职权探知主义之诉讼程序中亦有这种举证责任。具体而言，在家事身份类案件中，客观证明责任的分配仍应适用《民诉法解释》第 91 条规定之基本理论，将待证事实根据法规范区分为权利发生事实、权利变更事实、权利消灭事实和权利受到妨碍事实，由主张上述事实的当事人对该事实

真伪不明承担败诉风险。

与家事身份类案件不尽相同，在家事财产类案件中，主要由当事人承担提供证据的责任，原则上法院不得依职权主动介入。若当事人在诉讼中未能就待证事实提供充分证据，且此时又不具备法院依职权调取证据的法定情形，那么，经法院行使释明权后如果当事人仍未补充提供证据，致使待证事实真伪不明，则法院可直接以其未尽到证明责任为由，而让其承担于己不利的裁判结果。从规范层面来看，最高人民法院为了依法妥善审理婚姻家庭、继承纠纷等家事案件，先后发布了三次司法解释及补充规定，明确了对涉及夫妻共同财产和夫妻债务、赠与等问题的证明责任分配。这从侧面印证了家事财产类案件可以适用普通民事诉讼的证明责任分配规则。

（二）证明责任分配与证明标准

既然证明责任分配原则在家事诉讼中仍有适用空间，那么该问题内含的证明标准问题便无法绕过。证明标准与民事诉讼目的观有关，且属自由心证制度之核心问题之一。对所有纠纷均采取同一个证明标准有可能导致裁判的非正当性—或者过于轻率，或者难以使实体权利得以实现。因此，理论上应在某些特殊情形下适当提高证明标准或降低证明标准。我国民事诉讼证明标准经历了一个从单一化到多元化的发展历程，《民诉法解释》第 108 条和第 109 条规定了民事诉讼的一般证明标准（高度盖然性）和特殊证明标准（排除合理怀疑）。家事诉讼中，法官就待证事实能够形成心证的程度于不同类型案件中会有所不同。因此，笔者建议，可将高度盖然性作为基准，在婚姻效力、婚姻关系和法定继承案件中提高证明标准，在家庭暴力、离婚损害赔偿、亲子关系案件中降低证明标准。

1. 证明标准的提高：排除合理怀疑标准的适用

《民诉法解释》第 109 条规定当事人对欺诈、胁迫、恶意串通，以及口头遗嘱或赠与事实的证明，适用高于高度盖然性的排除合理怀疑的证明标准。上述事实被适用更高的证明标准，是因为其于实体法律关系中的重要性。在家事领域，关于婚姻效力、婚姻关系的确认和解除、法定继承的分配原则等案件，因其证明对象涉及社会公益、安定秩序、伦理道德以及未成年子女利益保护等因素，亦需法官在确信其待证事实存在之可能性时能够排除合理怀疑，而不是仅达到高度盖然性的一般标准。

2. 证明标准的降低：优势证据标准的适用

优势证据标准是指要求审理案件事实的法官在负有证明责任的当事人所举证据，比对方当事人所举的证据更可能真实时，支持前一当事人。该标准对于法官心证程度的要求要比高度盖然性低一些，其要求证据所证明的事实原则上超过 50%可信即可肯定其真实性。对于家事案件中家庭暴力、亲子关系认定的案件，因涉及对妇女、未成年子女等家庭弱势群体的保护，笔者建议采用优势证据标准，只要现有证据能够使法官确信存在家庭暴力和亲子关系等事实的可能性时，即可认定该事实成立。然而，在目前我国涉家庭暴力的离婚诉讼中，法官关于家庭暴力事实的认定多采用较为严格的高度盖然性标准，而家庭暴力案件的一个重要特点是当事人举证困难。这就导致实践中法官往往以证据不足以证明存在家庭暴力事实而驳回当事人的离婚请求，此种结果显然不利于受害人合法权益的保护。并且，在家庭暴力事实的认定上采用较低证明标准在我国也有相关法规范或理论观点的支持。第一，《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》第 40 条第 2 款规定，“对于家庭暴力行为的事实认定，应当适用民事诉讼的优势证据标准，根据逻辑推理、经验法则做出判断，避免采用刑事诉讼的证明标准”。第二，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》第 2 条规定了亲子关系存在或者不存在的推定规则。该条规定：“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。”该条中“必要”一词的使用，实际上已经表达出主张亲子关系存在或者不存在一方当事人举证所需达到的证明程度是“必要”而非“充分”，即只要其能够提出使法官认为亲子关系存在（或不存在）具有可能性的证据即可。

五、结语

在我国家事审判方式和工作机制改革向着纵深发展的背景下，证据规则的科学建构是关乎家事审判专业化改革目标能否真正实现的关键，而证据规则的科学建构又离不开程序法理的有效指引和审理原则的正确选择。家事案件具有公益与私益、法律与伦理复合的特点，注重对于案件客观真实的追求。这决定了家事诉讼的审理原则应当采行限制的辩论主义，不同于以财产纠纷为主的普通民事诉讼所采行的辩论主义。限制的辩论主义原则一方面强调法院的职权行使，以弥补格式化的法条和程序对家事纠纷的破坏，彰显事实认定方面追求实体真实的价值导向，另一方面还要尊重当事人的程序保障权和程序主体地位，充分发挥当事人在事实主张和证据收集等方面的积极性和主动性，以提高法院最终裁判结果的正当性和可接受性。只有在此框架下科学界定当事人与法院在事实主张与证据收集方面的分工与权限，促进两者之间的相互协力，正确分配家事诉讼当事人的证明责任，建构多元化的证明标准体系，才有可能建构起科学、合理、系统的家事诉讼证据规则，也才有可能真正实现我国家事审判方式和工作机制改革迈向专业化、科学化和正当化的目标。

陈凌云：夫妻共债认定中，共同生产经营规则之证伪 | 前沿

原创：2020-05-12 中国民商法律网 李淑娟摘编
https://mp.weixin.qq.com/s/7oIzi_GtlzHrhDUWIKKzVA

中国民商法律网

本文摘编自陈凌云：《夫妻共同债务认定规则中的伪命题：共同生产经营》，载《当代法学》2020 年第 2 期。本文未经原文作者审核。

【作者简介】陈凌云，西北政法大学民商法学院副教授、法学博士。

《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》（以下称法释【2018】2 号）确定了夫妻共同债务认定规则：举债合意、共同生活、共同生产经营。此举有助于解决“一方名义所举经营之债”性质认定难的问题，但认定规则内部的关系，尤其是“共同生产经营”规则的独立性值得商榷。对此，西北政法大学民商法学院陈凌云副教授在《夫妻共同债务认定规则中的伪命题：共同生产经营》一文中以生效裁判文书为背景，对共同生产经营规则适用中的待证事实和逻辑结构进行了分析，以求证该规则在实践中的适用效果。

一、共同生产经营规则适用的裁判逻辑

（一）经营者身份=夫妻共同债务

法院在适用共同生产经营规则时的逻辑结构非常简单，部分案件仅需满足共同经营的身份就构成夫妻共同债务。法院在处理此类案件时，不受股东对公司债务承担有限责任的限制，只要夫妻身份和经营者身份重合，就当然成立夫妻共同债务。依

商法基本原理，股东等经营者与公司承担连带责任属例外情形，必须基于违法行为，且具有主观过错，然而在裁判文书中都没有体现上述违法事实。

（二）“经营者身份+举债合意/经营组织受益”=夫妻共同债务

大部分案件除了关注经营者身份外，还补充论证：以其经营者身份推定其知情，或推定经营组织受益。法院在对后者进行推定时，以夫妻积极财产和消极财产并存关系为基础，既然举债人的经营收益归入夫妻共同财产，则经营所负债务亦可认定为夫妻共同债务。法院的裁判逻辑：公司受益后必然产生股东分红或股权价值的增加，至于股东与公司为何承担连带责任并非需要认定的事项。

另外，法官在认定夫妻共债时，均排他性的适用法释【2018】2 号第 3 条规定，对于其他密切相关的法律规范避而不谈——法官更倾向于保护债权人的利益，以经营者身份推定举债合意的存在，或者股东受益，而不愿选择股东有限责任。此举简化了事实认定过程，规避了商事规则下复杂专业的事实认定，结果必然再次推高夫妻共债的成立几率。

二、经营者身份与夫妻共债的松散因果关系

（一）经营组织形式阻断了夫妻共债因果关系的成立

经营组织形式不同，经营风险亦不相同。公司模式中，股东原则上仅以其出资对公司债务承担有限责任，极少数情况下公司管理者承担连带责任。在私贷公用的场合，依《民间借贷若干问题的规定》，实际用款企业也需要承担共同责任。虽对“共同责任”的理解存在不同观点，但均认可责任主体仅限于企业和企业负责人，即便配偶为经营者，只要未作出举债合意，亦不受影响。在其他形式的经营组织中，组织性合伙具有相当的独立性，在某种程度上阻断了经营者连带责任；合同型合伙、两户兼具家庭人格属性和市场契约属性，既可适用共同生活规则，也可适用共同生产经营规则而成立夫妻共同债务。

（二）经营者身份虚化了夫妻共债认定中的因果关系

共同生产经营强调经营者对“生产经营事项”的决定权，而法释【2018】2 号强调用于共同生产经营，显然经营者身份与经营组织受益相比，更容易认定配偶的连带责任。经营行为的营利性决定经营者需作出意思表示，以影响经营决策的制定和执行，因此将参与者也定性为经营者的观点有待商榷。“夫妻共同经营”应以举债的意思表示为要素。

股东共同经营的意思表示首先表现为股东会决议。当然也存在夫妻对共同经营的公司债务承担连带责任的情形，但此时更强调夫妻经营者的共同过错。若夫妻无法形成共同的主观过错，则可能依照过错承担责任。民事合伙和两户更强调实施经营行为的成员责任，在我国现阶段“家户分离”的客观规律下，《民法总则》业已修正了农户责任主体的认定规则，不再以户籍推定责任的同一性，而是以“实际经营者”为责任主体。

三、共同生产经营认定规则适用中“推定”的滥用

（一）以经营者身份“推定”举债合意

1. 推定登记经营者之举债合意

我国司法实践中，裁判者通过登记和非登记两种方式认定经营身份。有些法院在夫妻公司模式下，不考虑举债合意而直接认定为夫妻共同债务，这种做法似乎违反了法律推定关于“高度猜测”的一般要求：在夫妻别体主义模式下，除能证明夫妻之间存在委托授权关系外，双方有权作出独立的意思表示。夫妻公司并不能说明二人就经营事项形成了彼此授权的事实，若给第三人以授权的表象，则应考虑是否成立表见代理。此种做法亦有违经营者和公司的意思自治。

2. 违反意思表示规则下举债合意的推定

由于工商登记并不载明经营者权限，加之实践中民事合伙仅有合伙协议而不进行登记，两户亦是如此。法官还需以具体经营行为判断配偶的经营者身份。依据配偶行为推定举债意思当无异议，但以经营者身份推定经营举债的意思表示，与法理不符。

（二）以“推定”其他经营者受益证成夫妻共同债务

法院对大额经营之债的认定，除借经营者身份推定举债合意外，还借助夫妻股东等经营者身份，认定经营组织或企业直接受益，必然使其他经营者间接受益。但此种间接受益的推定逻辑欠缺正当性：第一，间接受益违反夫妻共债认定规则的价值判断。法官只有在穷尽一切证明手段，事实仍处于真伪不明的状态时，才能适用推定。若法院已经掌握了款项具体使用事实，则不应一概认定为夫妻共债。第二，推定间接受益过分偏袒债权人。第三，企业资产的动态变化，难以证明其他经营者是否受益。此种推定方式，不仅是待证事实的认知错误，也反映了司法裁判者违背了“商行为为纯粹的财产法上的行为，而不包括身份法上行为”的要求。

四、共同经营规则独立性之证伪

“共同生活”与“共同生产经营”强调举债款项的实际使用情况，而“举债合意”强调双方所期待的举债法律效果。本质而言，举债目的与举债效果亦存在统一的情形。“共同生产经营”规则并不具有独立性，实践中共同生产经营规则认定的债务，部分为公司债务，部分因“共同生活”或“举债合意”而为夫妻共同债务。

（一）形为“共同生产经营规则”实为“共同生活”规则

类型	要点
公贷私用和私贷公用情形下的夫妻共债	在尊重公司主体资格的前提下，受益者为家庭而非经营组织，只能适用“共同生活”标准，以家庭受益为依据
合伙与两户中的夫妻“共同生活”之债	若夫妻一方为有限合伙人，不满足共同经营的要求
	配偶曾经参与经营或偶有实际经营行为，只能依举债合意或“家庭受益”规则成立夫妻共债

（二）为“举债合意”规则所化解的“共同生产经营”规则

不同类型的意思表示	要点
“利用配偶账户”	债务人混用公司、个人及配偶账户，可推定具有举债合意
配偶“知道”	补充解释必须依据商事交易惯例和诚实信用原则，结合多项因素综合判断
配偶沉默	依据连带责任不推测主义，不产生追认的法律效果

法学丨叶名怡：离婚房产权属约定对强制执行的排除力

原创：2020-05-16 华政法学 叶名怡
https://mp.weixin.qq.com/s/7oIzi_GtlzHrhDUWIKKzVA

作者：叶名怡
作者单位：上海财经大学法学院
责任编辑：洪 玉
全文已略去注释，如需查看，请订阅《法学》

【内容摘要】 离婚财产分割协议在性质上属于清算协议，离婚房产权属约定不具有物权效力，例外时案外人的债权亦可排除强制执行。基于对不动产买受人执行异议权的类推等理由，约定所有权人也应可排除名义登记人之债权人对系争房产申请的强制执行。不过其应满足如下要件：执行债权为无担保、无优先受偿地位的普通金钱债权或其他无偿债权；离婚协议债权在房产特定查封前产生并合法有效；案外人在房产特定查封前已占有房产；约定所有权人对未及时办理房屋产权变更登记无过错。“唯一家庭生活住房”与“无逃债恶意”不宜作为异议权成立的积极要件，但“有逃债恶意”可作为执行债权人的抗辩事由。

【关键词】 离婚协议 房产权属约定 强制执行 第三人异议之诉 债权顺位

离婚协议将登记在配偶一方（以下简称“名义登记人”）名下的夫妻共有房产约定归另一方（以下简称“约定所有权人”）所有，在离婚后、房产变更登记前，该约定能否排除名义登记人之债权人对该房产申请的强制执行？对此，立法无规定，审判实践立场不一，学界罕有讨论，但确有深入研究的必要。

一、离婚财产分割协议与物权变动

（一）离婚财产分割协议系“财产清算协议”

关于离婚财产分割协议对房产权属约定的法律性质，大体上有如下几种学说。（1）赠与说。该说认为，离婚协议中将一方所有或双方共有的房产归另一方所有的约定，在性质上属民法的赠与行为，应适用《合同法》有关赠与合同的规定，赠与方有任意撤销权。（2）具有道德义务性质的附条件特殊赠与说。该说认为，离婚房产归属约定是一种发生在特定身份关系当事人之间的有目的的赠与， 具有一定的道德义务性质，也属一项诺成性的约定，一旦离婚即应认为赠与房产的目的已经实现，该赠与不能随意撤销。（3）附条件法律行为说。该说认为，“离婚财产分割协议对共有不动产归属的约定是夫妻之间为了实现解除婚姻的目的而对共有财产所作的安排……离婚财产分割协议以双方离婚为条件，属于附条件的法律行为”。（4）附随身份行为说。该说认为，离婚房产归属约定不是赠与，因这种约定并不一定都是无偿行为，还可能涉及夫妻债务清偿、离婚经济帮助、经济补偿以及损害赔偿等内容，且该行为与离婚这一身份行为密切相关，属于附随的身份法律行为，赠与人无任意撤销权。（5）夫妻财产制契约说。该说认为，“离婚财产分割协议是夫妻双方对离婚后或者一方提起离婚诉讼时财产的归属和处置所达成的协议。它是夫妻约定财产制中的一种约定”。

上述各种赠与说仅关注夫妻一方对其共有房产份额的放弃和给予，忽略了此房产归属约定与其他合意（如他项财产分割、离婚及子女抚养等）的不可分割性。附条件法律行为说并未揭示协议的内容属性，也忽略了它与一般附条件法律行为的不同，即它在离婚登记之前对双方不具有任何约束力。附随身份行为说将财产分割协议误解为身份行为，但该协议解决的是财产关系，“（它）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……合同法的基本原理仍应是人民法院判决的主要依据”。夫妻财产制契约说则完全忽略了夫妻财产制的本质是夫妻对婚姻存续期间财产归属的自由安排，其与旨在解决离婚后财产归属的离婚财产分割协议有本质不同。

本文认为，离婚财产分割协议的法律属性应为财产清算协议，理由如下。首先，夫妻共同体既是一个社会单位，也是一个经济单位，这样一个团体或实体在解散时必然涉及财产分配、债务清偿等清算内容，离婚财产分割协议正是这种合意清算的体现。其次，比较法为清算说提供了充分理据。《德国民法典》第 1471-1482 条明文规定了共同财产制关系终结后的共有财产分割规则。分割包括对剩余财产的分配和对个别财物的取得，以离婚财产分割协议为准；夫妻共有关系在清算完成前不变，但其目的仅是为了适应清算关系（Liquidationsgemeinschaft）。日本法上关于离婚财产分割协议的性质也有多种学说，如清算说、抚养费说以及精神损害赔偿费说，但审判实务主要采取清算说，将离婚财产分割解释为对夫妻财产关系的清算。《法国民法典》第 265-2 条规定了夫妻财产制婚姻解体时的清算（liquidation）契约。清算并非共同财产制婚姻解体时所特有，它是对夫妻共同生活所生共同财产利益的分配。最后，我国也有学者将婚姻理解为身份法意义上的继续性合同，从而将离婚财产分割协议类比为继续性合同解除时的清算关系。此清算说固然值得肯定，但夫妻财产制或者家庭本身就有解体清算的法定制度内容，无需类比继续性合同；若一定要类比，则类比同样作为实体的合伙，也较继续性合同更恰当。

（二）离婚房产权属约定不具有物权效力

离婚财产分割协议中关于房产权属的约定不具有物权效力，理由如下。首先，因离婚财产分割协议而导致房产所有权移转的，属于基于法律行为引发的物权变动。根据《物权法》第 9 条的规定，离婚房产权属约定必须经不动产登记才发生物权效力。其次，离婚财产分割协议与夫妻财产制契约不同，因而它也不属于《物权法》第 9 条但书规定的例外情形。关于夫妻财产制契约能否不经登记而产生物权效力的问题，学界有分歧。肯定者认为，夫妻财产制契约直接发生夫妻财产法的效力，即当事人选定的财产制度替代法定财产制适用，无须再采取其他财产变动行为。否定者认为，“夫妻财产制契约之物权归属也属于基于法律行为的物权变动……仍然必须依据《物权法》第 9 条第 1 款、第 23 条的规定进行相应的不动产登记或交付”。立场折衷者认为，夫妻财产制契约一旦生效即可发生不动产物权的变动，但不得对抗善意第三人与配偶的继承人。与在此问题上的莫衷一是相反，在离婚财产分割协议能否产生物权效力的问题上，学界普遍持否定意见。再次，德国通说也认为，离婚清算协议与夫妻财产制契约（Ehevertrag）有本质区别，前者是夫妻财产制关系终结后进行的清算合意，遵循形式自由原则，后者则是为了调整夫妻财产制关系，属于要式行为。离婚清算协议仅有债权效力，不具有物权效力，只有在该协议约定的义务获得履行并完成各种必需程序后才会产生物权效力。最后，我国审判实务基本上也否定离婚财产分割协议具有物权效力。迄今为止，最高人民法院在其裁判的相关案件中，大多认可离婚财产分割协议之房产权属约定仅具有债权效力，例如“祖某与中国农业银行不当得利纠纷案”“钟某玉与王某、林某达案外人执行异议纠纷案”以及“张某英诉万某辉案外人执行异议纠纷案”。

二、债权排除强制执行的理论基础

（一）比较法上取得型债权请求权不可排除强制执行

以“离婚协议”“强制执行”“房屋”“案外人执行异议”为关键词，检索时间为 2010 年 1 月 1 日至 2018 年 12 月 31 日，在“中国裁判文书网”检索到民事裁判文书 736 份，驳回案外人执行异议诉请的有 469 份，支持案外人执行异议诉请的有 263 份。如表 1 所示，在驳回案外人执行异议诉请的裁判文书中，有 404 份明确称因案外人对被执行房产仅有债权，故不能排除强制执行。

表 1 驳回案外人执行异议诉请之裁判理由统计表（共 469 份裁判文书）

理由	仅有债权	系共有人	恶意逃债	查封后才离婚	共同债务	分割协议不成立或无效	案外人未占有	未登记可归因于或归咎于案外人
数量(份)	404	16	26	7	14	9	2	6
百分比	86.1%	3.4%	5.5%	1.5%	3.0%	1.9%	0.4%	1.3%

那么，案外人必须证明其对被执行房产享有物权才能排除强制执行吗？回答是否定的。一方面，依《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称《民诉法解释》）第 312 条，案外人执行异议之诉为形成之诉，该诉讼不解决当事人之间的民事实体权利纠纷，只解决案外人权利能否排除执行的问题。但权属问题是前提问题，故也应纳入执行异议之诉的审查范围。而且，从节约司法资源和避免矛盾判决的角度出发，若案外人另行提起确权之诉，则应与执行异议之诉强制合并审理。可见，案外人在执行异议之诉中必须主张并证明其对房产享有某种实体权利，但未必要证明该

权利是物权。另一方面，依《民诉法解释》第 312 条，“案外人就执行标的享有足以排除强制执行的民事权益的”，其异议成立。同时，《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《异议复议规定》）第 28 条与第 29 条规定，房产买受人的债权（交付请求权）亦可排除强制执行。

不过，将交付请求权这种债权纳入可排除强制执行的权益范围，从比较法角度来看，确属异类。首先，在德国，第三人可排除强制执行的“大多数是物权性的法律地位”。《德国民事诉讼法》第 771 条（第三人异议之诉）之“阻止让与的权利”主要包括所有权、某些定限物权、优先顺位、所有权保留、信托关系等，而不包括动产租赁权、对土地的占有。债权原则上不能排除强制执行，这主要是指取得请求权（Verschaffungsansprueche），如移转请求权（Ubereignungsansprueche），不论是履行请求权（买卖、互易、赠与、遗赠等）还是恢复原状请求权（合同解除、给付型不当得利返还等）均属此列。在例外情况下，当执行标的物为第三人所有，而案外人对该第三人的财产享有程序法意义上的返还请求权（例如作为非所有人的出租人对被强制执行的租赁物享有的返还请求权）时，案外人享有的第三人财产请求权（Drittvermoegensansprueche）此种债权请求权亦可排除强制执行，这是因为第三人异议之诉在本质上只是对两种权利优劣的比较，其成立仅需满足“执行标的不属于债务人的责任财产”与“执行行为侵害了原告的权利”这两项要件。

其次，执行异议之诉在法国法上对应的是第三人解除扣押之诉（action en distraction），能够提起该诉的主体只能是被扣押标的之权利人（titulaire du droit）。对于不动产来说，这种权利通常是所有权，同时为了避免对第三人异议过于宽松，法律特别要求第三人证明其诉请是基于不动产所有权的事实。不过，无担保债权人只能对债务人占有的不动产实施扣押，不能对第三人占有的不动产实施扣押。

再次，在日本，“通说认为，债权请求权（具体包括基于租赁、保管等产生的返还请求权）也可作为第三人异议的原因”。不过，当标的物属于债务人时，“此规则虽大体上妥当，但并非决定性的。关键要看第三人对于执行债权人在强制执行中对自己造成的侵害有无必须容忍的法律上理由”。

最后，我国台湾地区“强制执行法”第 15 条规定，提起第三人异议之诉，须第三人就执行标的享有“足以排除强制执行的权利”。它主要包括所有权、质权、留置权等。虽有学者认为，“无论是否物权，均可提起本诉”，但标的物的买受人、承租人、受赠人、借用人、受托人仅有请求债务人交付标的物之债权时，“当然不能排除强制执行程序”。对于不动产借名登记或信托登记而言，第三人仅能依据借名登记或信托登记关系，享有请求债务人返还该不动产所有权之债权而已，并无足以排除强制执行之权利。

由上可见，欲排除针对不动产的强制执行，案外人原则上须有物权性权利；在例外情况下，拥有基于租赁、借用、保管等合同而生的返还型债权请求权亦可。但当其基于买卖、互易、赠与等享有交付型债权请求权或基于合同解除、不当得利返还等享有恢复原状型债权请求权（合称取得型债权请求权） 时，则不可排除针对不动产的强制执行。事实上，我国法也区分交付型债权请求权和基于租赁、借用、保管合同而产生的返还型债权请求权，前者原则上不能排除强制执行（《异议复议规定》第 26 条第 1 款第 2 项）。因此，有学者对《异议复议规定》第 28 条提出强烈质疑，“（买受人的取得型债权请求权优先于申请执行人的债权）这一规定显然违背物权法的不动产变动规则，突破了物权变动的基本框架”。那么，上述规定究竟有无理论依据？

（二）我国法对取得型债权排除强制执行的正当化努力

1. 物权期待权理论

最高人民法院就取得型债权可排除强制执行给出的首要理据是“物权期待权理论”，物权期待权主要包括“登记财产的无过错买受人和商品房的消费者对购买标的物享有的物的登记请求权或者交付请求权”。然而，这种理解与德国法上的期待权（Anwartschaftsrecht）有本质差异。“不是所有的期待都是一个‘期待权’，对‘期待权’我们首先是指这种指望达到那样确定的程度，在交易中可以将之视为一种现成的财产，可以将之作为一种权利去转让、抵押和扣押。”“让与人不再能够阻止权利取得，且取得人所处地位已构成其财产价值。”有学者据此批评道：“《异议复议规定》第 28 条所谓的期待权……仅能发挥防御功能……买受人的法律地位因缺少直接支配性与排他性等物权特征，实有名不副实之感。”

不过，必须看到，最高人民法院创设的物权期待权理论已行之有年，形成了较为稳定的一贯立场。2002 年最高人民法院《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》第 2 条和《关于审理企业破产案件若干问题的规定》第 71 条第 6 项已分别确认作为消费者的房屋买受人与已占有房产的买受人具有准所有权人的地位。2004 年《最高人民法院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》（以下简称《协助执行通知》）第 15 条已将物权期待权主体扩大至与开发商交易的所有房屋买受人。2005 年《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《查封规定》）第 17 条再次将物权期待权主体扩大至所有登记财产的买受人。

不仅实务如此，学界对期待权也采广义的理解。早在 1996 年，王轶教授就主张尚未办理必要登记之不动产受让人处于期待权主体的法律地位。张俊浩教授认为，期待权还包括继承开始前的期待权等。申卫星教授主张期待权主体还应包括遗失物拾得人。可见，相对于德国法学理，我国学说上的期待权过于宽泛乃至于值得商榷，这对于最高人民法院创设上述物权期待权不能说没有重要影响。

最高人民法院的这种创设有一定合理性，理由如下。首先，对于期待权的定义和类型，德国法与中国法可以不一致，因为两国在不动产登记制度的完备程度和不动产登记程序方面有较大差异，不能奢求两者的期待权设计完全一致。更何况，对期待权的类型和性质德国学界也未取得共识，例如，期待权是否属于《德国民法典》第 823 条第 1 款所规定的“其他权利”，以及期待权仅为归属权还是可等同于支配权等。

其次，德国法上期待权赖以存在的五要素在特定的不动产买受人场合或多或少均具备。（1）期待包含财产价值。在我国，享有物权期待权的不动产买受人通常要支付全部购房款，从经济角度说，此房产确应被理解为购房人的财产。（2）“权利的取得在时间和范围上具有不同的程度。”最高人民法院引入不动产买卖合同的履行程度这样的概念，使得不动产买受人对房产的权利取得有了时间和范围上的区分度。（3）期待利益的可处分性。《协助执行通知》第 15 条规定，不动产买受人预购的商品房可以预查封。2008 年《北京市城市房地产转让管理办法》第 44 条规定预购商品房可转让。这些均为商品房买受人的期待利益具有可处分性的适例。（4）期待权向完整权转化过程中的相对方之不可挫败性。德国法理论认为，“对附条件之权利人提供（在此期间相害行为无效）保护，以免受第三人的损害，是期待权学说最重要的支柱”。就此而言，藉由广泛实行的网签制度，卖方在不动产买卖合同备案后不可能二次处分不动产，买受人的法律地位实已具备最重要的防御功能。（5）法律保护的必要性。“从实践来看，（卖方）故意拖延办证的问题比较严重。”此时，赋予不动产买受人物权期待权以强化保护十分必要。

2. 事实物权（准法律物权）理论

事实物权理论认为，物权可分为由法定公示方式表征的法律物权和真实权利人享有的事实物权；

若当事人的物权变动意思采取了不动产登记或动产交付之外的其他合法形式，则物权取得人可获得事实物权（准法律物权），如房屋买卖双方当事人虽因客观原因未办理所有权变动登记但转移了占有， 则买受人取得了事实上的房屋所有权。在案外人异议之诉的审判程序中，审判法官就执行标的权属所进行的判断，“是执行标的物的实质物权而非形式物权；在形式物权与实质物权、权利表象与真实权利不一致时，实质物权人或真实权利人通过提供证据证明实质权利的正当性，就能够以实质物权排斥形式物权，或以真实权利排斥权利表象”。另有学者主张，在传统的物权和债权二元结构中，存在中间型权利即准物权，它以“支付价款”与“交付占有”作为其成立要件，“交付占有”在某种程度上替代了“登记申请”，因为两者均能满足买受人准物权所要求的最低要件。最高人民法院也认为，“买受人物权期待权之所以要保护，就是因为买受人已经为取得物权履行了一定义务并以一定的方式对外进行了公示，尽管这种公示的方式较之法定的登记公示方式在效力上较弱”。

3. 债权物权化理论

针对某个特定人的相对权或多或少受到针对第三者的保护，从而在这一点上与绝对权类似，此种现象被称为“债权的物权化”。“在特殊情况下，相对性的债权也具有对抗一般人的效力，即债权的物权化……（案外人异议权）只要足以否定所涉标的物归属于债务人即可……（对于异议人的返还请求权）并不需要权利人同时也是物之所有权人。”

债权物权化的首要类型是预告登记之债权，该债权具有物权之对世性，但不具有其支配性。最高人民法院也认为，预告登记是“借助不动产登记的作用，以物权的法律效力来保障债权目的的实现”。事实上，依《异议复议规定》第 30 条，经预告登记之不动产的受让人无权提出查封异议，但有权提出处分异议。然而，德国法的情形有所不同，预告登记债权人并不享有《德国民事诉讼法》第 771 条意义上的任何阻止让与的权利，不能排除强制执行，但可享有《德国民法典》第 883 条和第 888 条的保护，在强制拍卖中其权利视为已登记权利，具有《德国强制拍卖与强制管理法》（ZVG）第 10 条第 1 款第 4 项所规定的权利顺位，即属于不因查封而无效的基于土地权利而享有的债权。可见，德国法上的预告登记不能阻碍标的物被查封，甚至不能阻止其被强制拍卖，其效力较中国法规定更弱。这种差异是制度设定所致，就此而言，尽管在德国预告登记可能不是债权物权化或者不具有准物权的效力（仅有追及效力和顺位效力），但在中国预告登记之债权具有准物权效力。

债权物权化的另一范例是不动产租赁权物权化。“房屋、基地及耕地承租人在上述特别立法保护下，已取得与不动产用益物权相类、甚或更优越之地位。”“就房屋或耕地租赁而言，房屋承租人与耕地租赁人（佃农）大多为社会经济弱者，其与出租人签订租赁契约时，往往居于劣势之地位。”从保护弱势群体利益、维护生存居住权以及提高物之利用效率角度而言，有必要使不动产租赁权物权化。债权物权化的本质是在绝对的物权法定主义和孱弱的债权保护之间取得平衡。依《异议复议规定》第 31 条，不动产承租人可以提出执行异议以阻止在租赁期内向受让人移交不动产。除预告登记和租赁权之外，债权物权化还可推广至“从债权债务关系发生的占有的权利”，“就其结构说，它也是一种支配权，而不是债权……如果权利人占有了这个物，权利就再次在一定程度上‘物权化’了”。

综上可知，以中国式物权期待权理论为主，以事实物权理论、债权物权化理论为辅，立基于占有之上的不动产取得型债权请求权获得了在特殊条件下具有对世性和排他力的法律地位。

（三）离婚清算债权可排除强制执行的理论证成

本文认为，约定所有权人的离婚清算债权在符合特定要件时也可排除针对房产的强制执行，理由如下。第一，作为第三人异议之诉根源的产权登记

与产权的真实归属不符，在我国当下仍是一种常态。一方面，不动产登记簿记载的准确性并不尽如人意。另一方面，“根据我国民间习惯，夫妻共有或家庭共有等场合，不动产登记簿记载的物权人往往只有部分成员”，我国的夫妻法定财产制使得不动产登记存在“公示失灵”的现象，此种常见的“名实不符”的不动产登记不会被视为错误。而在德国，真实物权与名义物权也会发生脱节，但法律对此采取压制立场。例如，若夫妻采约定共同财产制，则任何一方配偶取得的不动产均为共有财产；若取得方在土地登记簿上只将自己登记为所有权人，则该记载“只在逻辑上一秒是正确的，随后即属不正确（unrichtig）”。另一方配偶即便不是共同财产管理人，亦可单方行使土地簿更正权；如若放任这种不正确持续，则“不正确的土地登记簿，会损害该项不正确所涉及之真实权利人的利益”。例如，债权人在债务人土地上设定抵押，之后债务人结婚并采约定共同财产制，但并未进行土地登记簿更正，那么即使债权人明知该土地是债务人夫妻共同财产，也可单独起诉债务人并执行该土地。通过强制拍卖和强制管理而对土地进行强制执行，仅仅以执行债务人被登记为土地所有权人为要件。与之相反，我国允许夫妻共有房产登记在一方名下，且未规定不变更为共有登记会有不利后果。在构建我国案外人异议之诉规则时必须重视这种特殊国情。

第二，不动产权属名实不符不可归因于、归责于约定所有权人。此种名实不符的原因有很多，“权利人的懈怠（未办理登记）仅仅是一方面，更多的还是权利人之外的客观原因，如房产管理体制的原因”。如登记备案的手续繁琐、流程费时费力，有一定的时间、精力和费用支出，变更登记有滞后性等。在此背景下，一律追求公示标准，势必会导致对事实权利人保护不周，甚至会严重损害实质正义。在这一方面，我国台湾地区针对因夫妻房产登记制度变化而导致的房产权属名实不符为当事人设定了一年缓冲期，供当事人自由选择是否变更登记，这种做法值得借鉴。我国目前仍在施行夫妻共同财产制，房产权属的名实不符是现行法律制度（法定夫妻财产制与不动产登记制度）之间的不协调所造成的。离婚后未能及时变更房产登记未必可归责于、归因于约定所有权人，例如按揭贷款未还清前过户登记通常不被允许。

第三，约定所有权人与不动产买受人法律地位的类似性。如前所述，依《异议复议规定》第 28 条，当不动产买受人符合四项要件时，其就被认为享有物权期待权和事实物权，且被认为是不动产的“实际权利人”，从而可排除针对不动产的强制执行。在离婚清算债权场合，这四项要件也可以同时具备，如不动产未及时变更登记不可归责于案外人，房产分割协议可类比买卖合同，占有要件也较易满足；至于价款支付，离婚房产归属约定通常也包含了各种对价。就此而言，约定所有权人完全可类比不动产买受人。支撑不动产买受人之债权具有排除强制执行效力的各种正当化理论，如物权期待权、事实物权以及债权物权化理论，均可适用于约定所有权人。事实上，最高人民法院的执行法官持同样见解：

“从实际权利人的角度考量，如果其（约定所有权人）已经实际占有使用房屋，且房屋产权登记正在办理变更或者对于未办理房屋产权变更登记没有过错，则其距离完整的法律意义的所有权人仅仅有一步之遥，其享有的权利的性质为物权期待权，对其应当优先于普通金钱债权人予以保护。”

第四，约定所有权人法律地位的特殊性。房产买受人的债权是纯粹的合同履行请求权，而约定所有权人原本是系争房产的共同共有人，这部分所有权不因离婚而转变成债权，并非只是单纯的清算债权人。“从权利的取得来源看，涉案房屋在离婚前通常为夫妻共有，实际权利人与执行标的的关联程度更为密切。普通金钱债权的申请执行人和执行标的的关联程度明显要弱，其对于执行标的并不享有直接支配关系。”就此而言，约定所有权人的法律地位要优于房产买受人。

第五，系争房产不属于名义登记人的责任财产。在夫妻尚未离婚时，夫妻任何一方的个人债务只能

以其个人财产及其在夫妻共同财产中的份额清偿，其债权人不能执行夫妻另一方的份额；在夫妻离婚后，在离婚财产分割协议大致公平、合理的前提下，约定所有权人按约定取得系争房产的全部份额，但通常是通过在其他财产分割上的让步实现的。执行债权人不应指望将被执行人的全部婚前财产和婚后财产都当作其离婚后的责任财产，其中必然有一部分应属于被执行人前配偶所有，离婚房产归属约定不过是这种财产清算的具体体现而已。也就是说，名义登记人的责任财产总体上很可能并未减少。这与不动产买受人须支付全部房款从而并未在总体上减少卖方责任财产故可排除强制执行的原理是一样的。

第六，法政策的特殊考量。债权在理论上虽具有平等性，但完全可以基于特殊的法政策对债权进行等级划分，形成不同顺位的债权序列。对于第三人执行异议之诉而言，关键是比较申请执行人的变价权与第三人的实体权之间何者效力更强。有观点积极倡导所谓的“债权竞合方案”，这无非是在复数债权中人为地区分出优劣等级。这种区分经常依赖于法政策。“在同一执行标的物上存在的不同性质的权利发生冲突时……在兼顾经营者商业利益的同时向相对弱势方适度倾斜。”对相对弱势方倾斜保护的法政策诸如保障消费者及业主的居住权、遵循生存利益大于经营利益。法国法也有基于法政策的特别规定，例如属于未成年人的不动产不得强制执行，使用权和居住权（droits d’usage et d’habitation）不得强制执行。最高人民法院曾指出：“《查封规定》第 17 条适用的基本社会环境和制度基础并未得到根本改变，社会上仍然存在大量非买受人原因而未登记的不动产，如果不加分别一律准予强制执行，将会危及社会稳定。”此项法政策理由同样适用于离婚房产分割协议场合。

第七，比较法上的参考。若实行增益共同财产制的德国配偶共有一套不动产，且其中一方除了该不动产上的共有份额外几乎没有别的财产，则对该不动产提出的分割拍卖申请亦需另一方配偶的同意（《德国民法典》第 1365 条），这一点对于因为离婚或分居而进行财产分割的配偶尤为重要。倘若先有强制拍卖申请，后有离婚判决，则另一方配偶可通过第三人异议之诉对该强制拍卖行使否决权。可见，对于不属于自身所有的他方份额，为保护其在离婚不动产分割时的利益，德国法仍然对其提供保护。

第八，主流审判实践也认可离婚协议的排除力。在笔者统计的样本数据中，有 35.7% 的裁判文书支持离婚房产权属约定对强制执行的排除力。最高人民法院在 2014 年和 2017 年审理的两起案件中否定离婚协议可排除强制执行，理由是异议人仅享有债权。而其在另四起案件中却改变立场，主要理由是异议人的变更登记请求权优于执行申请人的一般金钱债权。

表 2 支持案外人执行异议诉请之裁判理由统计表（共 263 份裁判文书）

理由	执行债权为金钱债权	离婚协议在相关查封前生效	查封前已占有房产	对未变更登记无过错	财产分割公平、非逃债	房产系夫妻共同购买	原告是房产所有权人	原告是房产共有人	唯一家庭生活住房
数量（份）	145	163	107	80	118	79	10	5	44
百分比	55.1%	62.0%	40.7%	30.4%	44.9%	30.0%	3.8%	1.9%	16.7%

当然，并非一切离婚房产分割协议均可对抗针对房产的强制执行，因为无条件保障约定所有权人的期待权必然会严重损害债权人利益。因此，有必要探究离婚协议排除强制执行的要件。由表 2 可

知，审判实践在法无明文规定的情况下，通过类比不动产买受人的相关规定，为约定所有权人的执行异议权创设出若干理据。以下对这些说理分别予以检视。

三、执行债权为普通金钱债权或无偿取得之债权

（一）须为金钱债权

如表 2 所示，在 263 份支持执行异议诉请的裁判文书中，有 145 份明确提及申请执行债权为普通金钱债权。本文认为，这是约定所有权人排除针对房产的强制执行的首项要件，理由如下。

第一，类比不动产买受人之期待权的相关规定。依《异议复议规定》第 28 条，不动产买受人的期待权能够排除的只是“金钱债权执行”。因为倘若申请执行人和案外人享有的都是物之交付请求权，则可能都存在“同样的物权期待权等因素，恐不能简单得出案外人的物权期待权优先的结论”。该理由同样适用于离婚房产分割的场合。另外，依《异议复议规定》第 29 条，购房消费者之期待权仅优先于申请执行人的普通金钱债权，其理由亦同。

第二，离婚清算债权优先于普通金钱债权具有正当性。“夫妻共同财产分割协议不同于一般民事契约，属于《婚姻法》特别调整范畴，而申请执行人并不属于善意第三人，其所享有的债权是不具备排他性的种类物之债，不存在信赖利益之损害，故未登记方的合法权益应当得到优先保护。”

附带一提的是以物抵债协议的债权。名义登记人在离婚后、产权变更登记前，与其债权人签订以物抵债协议，将其名下的房产用于抵扣其金钱债务，在这种情形下，抵债协议的债权虽非金钱债权（而是登记请求权和交付请求权），但其源于金钱债权，“抵债协议的目的是消灭金钱债”，以物抵债协议的债权本质上还是金钱债权。“案外人异议之诉中的权益对抗，应为案外人对执行标的享有的民事权益能否对抗申请执行人执行债权发生的基础权利，而非能否对抗申请执行人的执行债权。”

（二）或为无偿取得的其他债权

债权不具有公示性，若赋予其排他性和对抗力，会损害善意第三人的信赖利益，进而破坏交易安全。不过也应注意的是，为了保护交易安全，登记簿公信力制度过分牺牲了真实权利人的利益，故在法律上须予以适当的平衡，例如在德国，通过非法律行为取得物上权益的人，以及通过无偿法律行为取得利益的第三人等并不属于市场交易的第三人，不享有特殊的信赖保护。正因为如此，我国善意取得制度要求第三人必须具备合理对价。“在有关未办理过户登记的房屋的执行异议之诉中，房屋登记权利人的其他债权人并没有与房屋登记权利人就该房屋发生物权交易，从而没有产生所谓的信赖利益，更谈不上信赖利益的丧失了。”

倘若名义登记人在离婚后、产权变更登记前，又将系争房产无偿赠与他人，后者基于赠与合同对系争房产享有合同履行请求权。在这种情况下，尽管申请执行人享有的并非金钱债权，但约定所有权人同样可基于离婚清算债权而提出执行异议。且不说约定所有权人对系争房产仍享有一半的所有权，单单就另一半清算债权而言，在其他条件相同时，也应遵循“有偿胜无偿”的规则。《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 9 条对于同一普通动产多重买卖情形下的复数交付请求权的优劣顺位作了规定，若均未受领交付，则“先行支付价款的买受人”之交付请求权具有优先效力。此原理同样适用于不动产场合，付款及付款数额也构成了债权之物权期待权进程中的重要步骤。

附带一提的是在遗赠、遗嘱继承以及法定继承等场合，相关受益人取得名义登记人的遗产均属于无偿取得。依《继承法》第 33 条、第 34 条，继承遗产、执行遗赠应先清偿被继承人的债务。据此，约定所有权人基于离婚协议的债权亦可对抗名义登记人的受遗赠人或继承人。

（三）执行债权无担保或无法定优先地位

对于不动产买受人的物权期待权能否对抗担保物权，最高人民法院近期有两个截然相反的裁决。在“安留军与马虎令、洛阳云外楼房地产开发有限公司案外人执行异议之诉”案中，法院认为：“本案因同时存在‘登记在被执行人名下的不动产’与‘登记在被执行的房地产开发企业名下的商品房’两种情形……原判决根据查明的事实认为本案符合第 28 条规定的条件，并据此认定马虎令享有的物权期待权可以排除安留军的担保物权，适用法律并无不当。”而在“李跃、衡阳农商行执行异议之诉”案中，最高人民法院却认为：“《异议复议规定》第 28 条仅能对抗对被执行人享有普通债权的债权人。衡阳农商行作为申请执行人对案涉房产享有担保物权，即便本案情形符合《异议复议规定》第 28 条的规定，李跃也不得请求排除担保物权人申请的执行。”

本文认为，在上述两案中，前者的错误十分明显。诚然，《异议复议规定》第 28 条和第 29 条可发生竞合，当事人可择一援引，但不可合并援引；第 28 条规定的不动产买受人不存在对抗优先债权的法律依据及其正当法理，而第 29 条规定的购房消费者物权期待权可对抗有担保的债权，其正当性在于业主作为消费者获得的特殊保护，其渊源是《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》（法释〔2002〕16 号）第 2 条，两者不能混用。

《异议复议规定》第 27 条规定，申请执行人对执行标的依法享有对抗案外人的担保物权等优先受偿权的，人民法院对案外人提出的排除执行异议不予支持，除非法律另有规定。主流观点认为，《异议复议规定》第 28 条不属于第 27 条但书条款规定的内容。如前所述，离婚协议债权更类似于《异议复议规定》第 28 条（而非第 29 条）规定的不动产买受人的债权，因此，离婚协议债权能对抗的只是无担保的普通金钱债权强制执行，对于有担保的或者其他优先受偿的金钱债权强制执行则不能对抗。例如，涉案房产上存在抵押权，名义登记人到期无力偿还债务，债权人作为抵押权人向法院申请拍卖房屋，约定所有权人不能作为异议人排除债权人的执行申请。此时，即便是所有权人也无法排除抵押权人的强制执行，更不要说约定所有权人之物权期待权。

四、案外人异议方之要件

（一）离婚协议债权须在房产特定查封前产生并合法有效

如表 1 所示，在 469 份驳回执行异议诉请的裁判文书中，有 7 份提及离婚发生在查封后；如表 2 所示，在 263 份支持执行异议诉请的裁判文书中，有 163 份提及离婚协议在查封前已生效，作为裁判理由出现频率最高。本文认为，离婚协议债权须在房产特定查封前产生并合法有效，此为排除强制执行的第二项要件。

《查封规定》第 26 条规定：“被执行人就已经查封、扣押、冻结的财产所作的移转、设定权利负担或者其他有碍执行的行为，不得对抗申请执行人。”可见，查封对被执行人的效力主要为对其所有权所具有的占有、使用、收益、处分权能的剥夺与限制。据此，在名义登记人之债权人申请法院对涉案房产查封之后，名义登记人设定的任何权利负担（包括通过离婚协议设定债务）均不得对抗申请执行人。而且，查封对于申请执行人的效力还体现在一定条件下的优先受偿的权利，就此而言，查封在先的执行债权也优先于生效在后的离婚债权。“债权的成立时间……在权利发生冲突时，其也是考量的因素。例如，当双方的约定早于法院采取查封扣押之前，且并不存在恶意逃债的故意，应当支持实际权利人阻却执行的主张，反之则不能。”

此项要件对应于《异议复议规定》第 28 条第 1 项所规定的“在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同”。最高人民法院认为，“对其（买

受人物权期待权)保护的前提和基础也是其未来将过渡为物权，因此，作为其基础权利的债权必须合法有效……（合法有效书面买卖合同）也为执行机构甄别真实的买受人提供证据”。这两项理由同样适用于本文论题。其一，离婚协议债权合法有效，即要求离婚协议债权须在房产特定查封前发生。其二，若允许被执行人在房产查封后再通过离婚协议予以分割，极易使离婚协议沦为逃避房产强制执行的工具。

审判实践对于该项要件基本上持肯定态度。在“钟永玉与王光、林荣达案外人执行异议纠纷案”中，最高人民法院认为，王光（执行债权人）与林荣达（名义登记人）的金钱债权，系后者与钟永玉（约定所有权人）离婚后发生的，属于名义登记人的个人债务，讼争房屋在执行债权发生时已不是名义登记人的责任财产，“在王光与林荣达交易时以及最终形成金钱债权的过程中，诉争房产都未影响到林荣达的责任财产。在此意义上，钟永玉的请求权即使排除王光债权的执行，也并未对王光债权的实现形成不利影响”。

对于本项要件，有三点需要澄清。第一，一处房产之上或有多个查封，离婚协议债权应于房产查封前产生，是指于执行申请人之申请查封之前，还是指在房产上的一切查封之前？答案应是前者。因为《查封规定》第 26 条规定，查封后被执行人设定负担行为或处分行为“不得对抗申请执行人”，而未规定对所有人“绝对无效”，也就是说，在查封的绝对效力和相对效力之间，现行法选择了后者，因为“采用查封效力的绝对性不利于促进交易和流转”。

第二，该项要件要求离婚协议债权早于申请执行人的查封时间，但并不要求早于执行债权的成立时间。江苏省高级人民法院 2019 年 3 月 9 日发布的《执行异议及执行异议之诉案件审理指南(二)》第 27 条第（2）项规定：“案涉房产仍在被执行人名下……被执行人原配偶以其为权利人为由……请求排除执行的，不予支持。但其提供的证据能够证明其对未办理房屋所有权转移登记没有过错，且离婚财产分割行为早于执行依据所确定的债务形成时间的，应予支持。”其将执行债权的形成时间与离婚财产分割时间作对比并不妥当。首先，无论是《查封规定》还是《异议复议规定》均无将执行债权形成时间作为裁判标准的先例，在不动产买受人和消费型购房者的执行异议权中均无类似规定。其次，债权具有平等性，复数债权发生时间的早晚不影响它们之间的平等性；查封则不然，查封具有冻结效力，因此查封时间才是决定性标准。最后，对于被执行人的个人债务发生时间，其配偶无法控制，甚至并不知情，因此，将这种具有隐蔽性的一方个人债务发生时间作为另一方配偶能否排除强制执行的决定性标准，显然对后者过于苛刻，这是一种不可测的风险。

第三，离婚协议债权合法有效意味着离婚协议本身并无违法或背俗的情形。“如果双方将夫妻共同入股公司的房屋约定为一方所有，还要考量双方是否有权作出该项约定，以及该约定是否对于公司外部债权人的利益会造成损害。”在实践中，离婚双方有时缔结多份离婚协议，若财产清算内容冲突，则应以民政局备案协议为有效协议，因为在逻辑上，备案的版本是离婚证颁发前最后的版本。另外，对于离婚房产归属附停止条件的，须查明该条件在执行异议之诉一审辩论终结前是否成就，未成就者不得排除强制执行。

（二）案外人在查封前合法占有不动产

如表 1 所示，在 469 份驳回执行异议诉请的裁判文书中，仅有 2 份提及约定所有权人未占有被执行房产；如表 2 所示，在 263 份支持执行异议诉请的裁判文书中，有 107 份提到约定所有权人已占有被执行房产。对此可以解读如下：其一，在本文论题场合下，约定所有权人在查封前已占有被执行房产是常态，故法院在驳回执行异议诉请时很少能着力于此；其二，法院只须认定约定所有权人对被执行房产仅享有债权即可认为其已充分说

理，不必再论其他；其三，在支持约定所有权人执行异议诉请的场合，裁判说理义务更重，故有必要在裁判中强调占有这一表征物权的事实。

本文认为，约定所有权人在特定查封前已占有涉案房产是其异议权的第三项构成要件。此项要件对应于《异议复议规定》第 28 条第 2 项所规定的“在人民法院查封之前已合法占有该不动产”。该要件的正当性在于以下三个方面。其一，依《查封规定》第 26 条，在不动产查封后，被执行人不得擅自转移房产的占有，否则即属无效，不得对抗申请执行人。其二，“要求在查封前已经占有不动产，也是为了减少被执行人与第三人恶意串通的可能性”。其三，占有不动产非法定的、但具有一定效力的公示方法，因而也成为物权期待权或债权物权化的重要考量因素。尚未完成房产占有的债权人很难称得上对特定房产享有一种物权期待权，从而令其债权可排除强制执行的正当性也大为削弱。

不过考虑到现实情况的复杂性，此处的占有要件不宜过严。它既包括约定所有权人单独地占有涉案房屋，也包括约定所有权人和名义登记人或其子女共同占有该房屋，还包括其间接占有该房屋（如将房屋出租给他人）等情形。它不仅包括现实交付，也包括观念交付，如指示交付。

（三）案外人对未办理房屋产权变更登记无过错

如表 1 所示，在驳回执行异议诉请的 469 份裁判文书中，有 6 份提及约定所有权人对未及时办理房产过户登记有过错或构成主要原因；如表 2 所示，在支持执行异议诉请的 263 份裁判文书中，有 80 份提及约定所有权人对未及时办理房产过户登记无过错或并非主要原因。

本文认为，离婚协议债权可排除强制执行的第四项要件是约定所有权人对于涉案房产未及时办理产权变更登记无过错。此项要件对应于《异议复议规定》第 28 条第 4 项所规定的“非因买受人自身原因未办理过户登记”。须强调的是，该表述不如《查封规定》第 17 条（“第三人对此没有过错”）准确。从文义上看，《查封规定》强调的是“无可归责性”，而《异议复议规定》强调的是“无可归因性”，两者显有区别，后者门槛更高。不过，最高人民法院编写的释义书仍将“并非买受人的原因”解释为“并非买受人的过错”。如此解释是恰当的，因“无可归因性”要件过于严格，完全符合者极少，对保护无过错的约定所有权人不利。

在离婚后未办理房屋产权变更登记的原因有很多，在以下情形中约定所有权人均无过错。首先，夫妻共有房产只登记在一方名下的情形在我国极其普遍。在离婚后，即使双方立即着手办理产权移转手续，也需要一定的过程和时间（至少应给予三个月期限）。其次，倘若房屋按揭贷款在离婚时尚未还清，则在房屋有抵押时，在很多地方无从办理过户登记。有的法院甚至将案外人无过错放宽到无重大过错，“何芬芬与陈东未及时办理讼争房产变更登记的原因是离婚约定由陈东将讼争房产上的按揭贷款还清后再过户……何芬芬主观上不属于故意拖延、拒绝配合办理讼争房产产权变更登记等有重大过失的情况，过错程度不足以排除其对讼争房产的物权期待权”。再次，还有其他一些客观限制导致无法办理产权变更登记，例如非按揭的其他抵押权登记、经济适用房出售年限未满。最后，由于名义登记人的不配合，导致未能办理产权变更登记。未通过提起诉讼行使物权登记请求权并通过法院强制执行完成物权变动的，能否视为约定所有权人具有过错？有学者认为：“在出卖人不予协助的情况下，买受人可以通过诉讼方式请求对方过户登记。若其未积极行使权利，其不作为应具有可归责性……买受人若在可行使权利主张救济时长期不作为，他将因自己的过错不能获得救济。”但最高人民法院认为：“对于普通的民事主体，不可将其都视为法律专家，此种情况，不能视为买受人有过错。何况，诉讼和执行本身也有一定时间要求，不能满足对买受人物权期待权的保护要求。”

在实践中，未及时办理房屋产权变更登记也存在可归责于约定所有权人的情形。例如，在离婚后，

名义登记人擅自在涉案房产上设定抵押权，约定所有权人明知而未提出异议，导致后来长期未能办理产权变更登记；为了避税而故意不办理产权变更登记；离婚一方为了避免对方再婚而由双方约定不办理产权变更登记。对于最后一种情形，有观点认为，“双方离婚，往往约定将房屋归属于负责抚养子女的一方，为防止其再婚，通常不办理房屋所有权转移登记。在实际权利人已经长期居住的情况下……应奉行生存利益优先原则”。本文认为，离婚双方在客观上可办理产权变更登记的情况下却约定不办理，应当被认定为有过错。因为这种约定本质上属于不动产借名登记，对于这种人为造成的名义权属与真实权属不一致的情形，自不应超越债权平等性原则给予特殊保护。“从利益衡量的角度来看，借名人应受的保护不应较形式上有权处分下的相对人更多”，故应透过“出名人擅自处分系有权处分说”“否定借名人的第三人执行异议权”等法律技术手段抑制借名登记。我国学者也认为，原则上应驳回借名人的案外人执行异议诉讼请求。

综上，客观上可办理房屋产权变更登记但约定所有权人主观上有意不办理者，皆为有过错，从而无权排除执行债权人对系争房产的强制执行。

五、不应作为异议权成立要件的其他因素

（一）“唯一家庭生活住房”不宜作为异议权成立要件

由表 2 可知，在 263 份支持执行异议诉请的裁判文书中，有 44 份将“执行标的是案外人唯一家庭生活住房”作为裁判理由。例如，有法院指出：“何芬芬名下除讼争房产外无其他房产，对其主张的对讼争房产的生存权益及支配利益的保护应优先于陈东的普通债权人对讼争房产的信赖利益的保护。”也有学者主张：“生存权属于基本人权的重要内容之一，（案外人生存权）在价值位阶上高于申请执行人的财产权，优先于财产权保护具有正当性。”不过，本文认为，“唯一家庭生活住房”不宜作为离婚协议债权排除强制执行的要件，理由如下。

首先，现行法对婚姻家庭住房并没有给予特殊优待。相关讨论早先主要集中于夫妻一方擅自处分共同房产时第三人可否善意取得的问题。肯定方认为，“如果善意第三人付出全家全部积蓄购买的房屋也是其家庭唯一生活住房，此时保障了夫妻另一方的居住权益则可能使得第三人的居住利益落空”。“解决夫妻与第三人之间即婚姻外部的财产关系，婚姻法应当让位于财产法，纵然该房屋属于家庭共同生活居住，也要适用善意取得制度。”否定方认为“：法律保护婚姻家庭住房权……以维持家庭成员的基本生存需要；法律保护善意当事人的受让物之所有权，是为了维护交易安全……生存权应当优先于发展权。”有学者引用《德国民法典》第 1365 条认为：“将婚姻生活的唯一不动产转让给第三人，必须要经过配偶的同意或者追认，否则第三人不能取得不动产所有权……无论第三人是善意还是恶意，前述结论都不改变。此时在利益衡量上，维持家庭生活需要相较于交易安全居于更优越的地位。”

对婚姻家庭住房并无给予特别优待的理由，因为一方面，绝大多数民用住房都是婚姻家庭住房，都要给予优待将会使得善意取得制度实质上被架空；另一方面，令单身居住用房劣于婚姻家庭住房，这是对未婚者的歧视。至于《德国民法典》第 1365 条，以下几点需澄清。其一，本条限制的是配偶对其个人财产的处分自由，而不是对“婚姻生活的唯一不动产”之处分。其二，本条立法目的不是为了捍卫家庭成员的生存权，而是一方面为维持婚姻家庭的经济基础（不限于住房），另一方面在离婚清算场合确保另一方的增益补偿债权获得实现。其三，关于本条的实际运用，一方面，即使家庭生计基础没有遭遇到任何危险时本条亦可适用（比如另一方名下亦有婚姻住房）；另一方面，当家庭生计基础遭遇到危险时本条未必能适用，因为本条虽无善意取得制度之适用，但实务通说认为，非处分方须证明第三人为恶意（明知交易标的构成处分方财产之大部），否则不能援用本条。

其次，现行法对唯一生活住房的执行已有特别保护的规定。《异议复议规定》第 20 条规定，只要被执行人的扶养义务人名下有住房的，或者申请执行人按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，或者按当地租金标准为被执行人提供 5-8 年租金的，被执行人的唯一生活住房原则上亦可执行。在本条之外，不宜再考量唯一生活住房因素。

最后，约定所有权人的法律地位更类似于《异议复议规定》第 28 条规定的不动产买受人，而非同法第 29 条规定的商品房消费者。该第 29 条是基于生存权至上考虑设置的特别规定，但约定所有权人基于离婚清算关系而分得房产，不同于消费者从房地产公司购买一手商品房，因而前者的法律地位更接近于一般的不动产买受人，而非商品房消费者。因此，该第 28 条未规定但该第 29 条所规定“所购商品房系用于居住且买受人名下无其他用于居住的房屋”这项要件，不应出现在约定所有权人排除强制执行的场合。亦即既不应该要求涉案房产是约定所有权人的“唯一房产”，也不应要求是其“生活住房”。

进言之，在《异议复议规定》第 29 条的适用中，也要注意“这里的‘无其他用于居住的房屋’，是指买受人在被执行房屋所在地名下无其他能用于居住的房屋”。最高人民法院还曾指出，“（执行申请人提出）该条规定的‘其名下’无其他用于居住的房屋，不仅包括购房者本人，还应包括购房者的配偶、子女名下也都没有其他用于居住的房屋。该理由没有法律依据，本院不予支持”。

另外，讼争房屋是生活用房还是商业用房也不应是关键因素。《异议复议规定》第 28 条并不要求不动产买受人必须“满足自住需求”。“就不动产性质而言，并没有特殊的要求。也就是说如果不动产为房屋的话，不管是商业用房，还是居住用房，均应一体保护。”《异议复议规定》第 29 条的确要求“所购商品房系用于居住”，不过，“这里的‘用于居住’应当做宽泛理解，不管是单纯的居住房还是商住两用住房，都应视为用于居住的房屋”。

综上所述，唯一家庭生活住房既不是离婚协议债权排除强制执行的必要条件，也不是其充分条件。

（二）“无逃债恶意”不宜作为异议权成立的积极要件但相反事实可作为执行债权人的抗辩事由

如表 1 所示，在驳回执行异议诉请的 469 份裁判文书中，有 26 份的裁判理由是离异双方有逃债恶意；如表 2 所示，在支持执行异议诉请的 263 份裁判文书中，有 118 份的裁判理由是离异双方无逃债恶意。然而，本文认为，“离婚财产分割协议公平合理、离异双方无逃债恶意”之事实不宜作为异议权的成立要件，但相反事实可作为执行债权人的抗辩事由，具体说明如下。首先，约定所有权人负有提供离婚财产分割协议的责任，这是证明其享有离婚协议债权的核心证据。

其次，应推定离婚财产分割协议双方为善意行为，无逃债恶意，亦即执行债权人对恶意负证明责任。交易人在财产法上的善意（不知情或不应知情）通常是推定的，如无权处分和无权代理场合，至于交易人在责任法上的善意（无有害于他人的动机或目的）更是默认的，这在离婚财产分割协议的场合也不应例外。从证明责任一般原理来说，被告（申请执行人）主张作为交易人的原告（执行异议人）为恶意，从而构成权利妨碍的前提条件（法律事实），应由提出抗辩的被告方来证明。〔135〕江苏省高级人民法院《执行异议及执行异议之诉案件审理指南（二）》第 27 条规定：“申请执行人有证据证明被执行人系与案外人虚假离婚放弃财产或无偿转让财产的，可根据《合同法》第 52 条、第 74 条规定另行起诉，请求确认夫妻财产分割协议无效或撤销该协议。”该规定对证明责任的分配无疑是正确的。最高人民法院 2018 年在“刘会艳执行异议之诉案”中也是如此分配证明责任的。

第三，若夫妻双方在执行债权查封前已离婚，很难推定离婚双方恶意逃债。在“林荣达案”中，

最高人民法院指出："由于该《离婚协议书》签订时间（1996 年 7 月）在先，法院对讼争房产的执行查封（2013 年 6 月）在后，时间上前后相隔长达十几年之久，林荣达与钟永玉不存在借离婚协议处分财产逃避债务的主观恶意。"若离婚早于执行债权的发生，则可彻底排除夫妻通过离婚恶意逃避执行之债的可能。

第四，离婚财产分割的公允性问题有其特殊性。离婚财产分割是隐形的，有的体现为双方财产的互易，有的体现为对对方债务的承担，因此在对价要件上不宜过于苛刻，"不能轻易将协议中一方放弃主要或大部分财产的约定认定为'显失公平'或'重大误解'而予以撤销或变更"。但根据协议， 案外人对被执行人应当履行的给付义务亦应向执行法院履行。

最后，不排除离婚财产分割协议显失公平、损害债权人的可能。在诸如无理由的"净身出户"或双方财产分割比例显著失衡（多者超出 70%，少者低于 30%）的场合，法官可依债权人之另案申请撤销离婚财产分割协议；或者在执行异议之诉中，赋予作为被告的申请执行人以可撤销之抗辩权（Einrede der Anfechtbarkeit），以挫败原告的诉请，或判定离婚财产分割协议显失公平，并推定离异双方存在恶意逃债的事实，从而驳回原告的诉请。

六、结论

离婚房产权属约定与第三方申请强制执行的冲突在实践中十分常见，相关问题不仅具有迫切的实践意义，而且横跨物权法、合同法、婚姻家庭法、民事诉讼法以及强制执行法等诸多法领域，理论价值巨大。本文经分析得出如下结论。

第一，离婚财产分割协议在性质上系夫妻财产制终结后的清算协议，离婚房产权属约定不具有物权效力，约定所有权人对原属于名义登记人的房产的一半价值仅享有债权。

第二，在比较法上，取得型债权请求权原则上不能排除针对不动产的强制执行。我国法允许不动产买受人和商品房消费者在特定条件下排除强制执行，属于突破常例。国内理论界对此进行了诸多正当化的努力，如物权期待权理论、事实物权理论以及债权物权化理论等。

第三，约定所有权人基于离婚协议取得的清算债权在特定条件下应可排除对房产的强制执行。因为不动产登记名实不符在我国当下仍属常见现象，而这种名实不符有时并不能归咎于约定所有权人；从约定所有权人与不动产买受人法律地位的相似性亦可支持该结论。

第四，约定所有权人之债权排除强制执行应满足如下要件：申请执行的债权为无担保、非优先的普通金钱债权或其他无偿取得的债权；离婚协议债权在房产特定查封前产生并合法有效；约定所有权人在房产特定查封前已取得占有；约定所有权人对房产未及时办理变更登记无过错。另外，"唯一家庭生活住房"与"无逃债恶意"不宜作为异议权的成立要件，但"有逃债恶意"可作为执行债权人的抗辩事由。

在约定所有权人执行异议之诉的要件审查中，应注意松紧适度，维持各方利益平衡。要件把控过松，容易引发夫妻"假离婚、真逃债"的道德风险；要件把控过紧则易侵害约定所有权人对系争房产的真实财产权。因当前对此问题司法裁判尺度不一的情形十分突出，本文建议最高人民法院尽快出台相关司法解释或由全国人大制订强制执行法对此专门立法。当然，现实情况纷繁复杂，本文仅讨论离婚房产分割协议对强制执行的排除力问题，还有很多相关问题并未涉及，诸如离婚双方对未登记的小产权房或违章建筑的权属约定、离婚双方将一方所有的房产约定给另一方单独所有的协议、离婚双方将夫妻共有房产约定给婚生子女所有的协议能否排除强制执行，以及约定所有权人的债权人针对系争房产申请强制执行，名义登记人能否排除强制执行等问题有待于另文分析。

婚姻法与婚姻登记条例的前世今生丨婚姻法实施 70 周年

2020-05-17 中国家事审判改革与探索
https://mp.weixin.qq.com/s/_r4o08EIG0Hrh-ejZP-X4A

法者，天下之程式，万世之仪表。1950 年 5 月 1 日实施的《中华人民共和国婚姻法》，是新中国第一部法律。她确立了婚姻自由、一夫一妻、男女平等的新型婚姻制度，为婚姻登记机关依法行政提供有力法律保障，更是为之后经济社会健康发展奠定了坚强的法治基础。

70 年，民政部门在婚姻法和婚姻登记条例的制度框架下，为婚姻当事人双方提供着越来越规范、越来越人性化的婚姻登记服务。在服务国家发展、保障民生、便民利民的进程中，婚姻法和婚姻登记条例是怎样发展变化并逐步完善的，这 70 年间两者有着怎样的发展逻辑，它们之间又是如何互动发挥作用的呢？法律领域专家学者为您答疑解惑，我们一同走近婚姻法，走近婚姻登记条例。

婚姻法与婚姻登记条例一路相伴 保障并服务民生

林艳琴 北京师范大学法学院教授、博士生导师

婚姻制度是一个国家重要的法律制度，婚姻法和婚姻登记条例是婚姻制度的主要组成部分。合法有效的婚姻一定是符合婚姻法的规定，依照婚姻登记条例办理了婚姻登记的婚姻。

新中国成立后颁布的第一部法律是 1950 年 5 月 1 日施行的《中华人民共和国婚姻法》。70 年来，这部法律分别在 1980 年和 2001 年进行了修订、修正，最高人民法院也先后颁布了若干司法解释。其中 1980 年 9 月 10 日第五届全国人民代表大会第三次会议通过《中华人民共和国婚姻法》，废止了 1950 年 5 月 1 日施行的《中华人民共和国婚姻法》。2001 年 4 月 28 日第九届全国人民代表大会常务委员会第二十一次会议通过了《关于修改〈中华人民共和国婚姻法〉的决定》修正，对 1980 年婚姻法进行了修正。婚姻法的每一次调整都折射出时代的变迁，也对婚姻登记工作提出了新的要求。

为更好实施 1950 年婚姻法，原内务部 1955 年 6 月 1 日发布了经国务院批准的《婚姻登记管理办法》，对促进婚姻法的实施起到了积极的作用。随着社会的发展，中国社会的婚姻状况发生了较大的变化，1980 年婚姻法颁布后，经国务院批准，民政部于 1980 年 11 月 11 日发布施行《婚姻登记办法》。之后为适应改革开放以来婚姻登记工作出现的新情况和新问题，经国务院批准，民政部于 1986 年 3 月 15 日颁布新修订的《婚姻登记办法》。8 年之后，再经国务院批准，民政部于 1994 年 2 月 1 日颁布《婚姻登记管理条例》。随着 2001 年婚姻法的修正，2003 年 8 月 8 日国务院公布了《婚姻登记条例》（2003 年 7 月 30 日国务院第 16 次常务会议通过），自 2003 年 10 月 1 日起施行。2003 年《婚姻登记条例》由国务院公布，不仅反映了国家对婚姻登记工作的重视，也体现了依法治国方略的实施。为做好贯彻落实，民政部 2003 年 9 月 25 日出台了《婚姻登记工作暂行规范》，2015 年 12 月 8 日又修订出台了《婚姻登记工作规范》。可以说，2003 年《婚姻登记条例》是我国婚姻登记历程中的重要里程碑。

婚姻法是保护婚姻关系双方当事人的法律制度，而婚姻登记是对当事人婚姻关系依法予以确认的唯一方式。两者在对婚姻行为和婚姻关系确认上目标一致，相辅相成。

合法婚姻关系的确立与解除需要完成法定程序。现行《婚姻法》第 1 条明确规定："婚姻法是婚姻家庭关系的基本准则。"第 8 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。未办理结婚登记的，应当补办登记。"第 31 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。婚姻登记机关查明双方确实是自愿并对子女和财产问题已有适当处理时，发给离婚证。"第 35 条规定："离婚后，男女双方自愿恢复夫妻关系的，必须到婚姻登记机关进行复婚登记。"可见，合法婚姻关系的确立与解除需要完成登记行为。

婚姻登记条例的设置是为了保护婚姻关系当事人的合法权益。现行《婚姻登记条例》规范婚姻登记行为，具体规定了办理婚姻登记的条件以及办理的具体机关、程序等等，将婚姻关系当事人婚姻自由与维护社会秩序稳定相结合，目的是为了保护婚姻关系当事人的合法权益，落实婚姻法的规定。如《婚姻登记条例》第 6 条规定："办理结婚登记的当事人有下列情形之一的，婚姻登记机关不予登记：（一）未到法定结婚年龄的；（二）非双方自愿的；（三）一方或者双方已有配偶的；（四）属于直系血亲或者三代以内旁系血亲的；（五）患有医学上认为不应当结婚的疾病的。"第 14 条规定："离婚的男女双方自愿恢复夫妻关系的，应当到婚姻登记机关办理复婚登记。复婚登记适用本条例结婚登记的规定。"这些规定与婚姻法的规定一致。

综上，婚姻法与婚姻登记条例亦步亦趋的修订完善不仅体现了社会关系发展变化的过程，也体现了立法理念的变迁。在尊重婚姻关系当事人意思自治的同时，逐渐淡化行政机关的管理色彩，保护当事人的婚姻自由。

法律是实现婚姻社会治理的制度保障

薛宁兰　中国社会科学院法学研究所研究员

当今社会，婚姻是一男一女合意组成家庭、以夫妻身份共同生活的结合。作为私人生活共同体的家庭，亦构成社会基本单元，受到社会和国家保护。具体而言，宪法将婚姻家庭置于国家秩序的特别保护之下；民法则通过赋予当事人权利义务、设定必要条件与程序等，在个人自治与国家干预之间保持适度平衡。新中国成立以来，我国经济快速发展，社会长期稳定。这得益于在国家制度和治理体系中，构建起符合社会主义核心价值观要求的婚姻制度。这一新型制度由 1950 年婚姻法孕育而成。

从 1980 年婚姻法，到 2001 年婚姻法修正案，再到起草中的民法典婚姻家庭编（草案），无不传承着 1950 年婚姻法确立的婚姻制度精髓，同时也结合时代发展与社会变迁的制度供给需求，适时做出修改和增删。此外，国家还通过发布婚姻登记的行政法规，细化立法规定，保障我国婚姻制度实施。具体而言，在结婚制度与离婚制度中，上述法律法规的变迁轨迹可描述为个人自由与国家干预的不断调适。

首先，关于禁止结婚疾病的规定，经历了从 1950 年婚姻法详细列举、1980 年婚姻法例示相结合、2001 年婚姻法修正案抽象概括到民法典婚姻家庭编（草案）不再禁止。这一立法变迁与新中国成立以来医学进步和人民健康水平提高不无关系，然其根本则是人权保障与社会治理理念的转变。其次，在协议离婚方面，近年来由于群众观念的改变，造成我国协议离婚数量连续攀升的局面。因此，民法典婚姻家庭编（草案）设立三十日离婚冷静期限。我国协议离婚程序从政府适度监管到当事人自负责任，再到法律设立离婚冷静期的调整模式变化，再次表明法律中的个人权利与自由并非绝对，从国家和社会利益出发，依法对个人自由予以适度限制，是实现婚姻社会治理的必要举措。

婚姻登记制度与中国特色社会主义法治建设同向同行

李明舜 中国婚姻家庭研究会副会长、中国法学会婚姻法学研究会副会长

新中国的婚姻登记制度随着 1950 年婚姻法的颁布而确立。1950 年《婚姻法》第 6 条明确规定："结婚应男女双方亲到所在地（区、乡）人民政府登记。凡合于本法规定的结婚，所在地人民政府应即发给结婚证。凡不合于本法规定的结婚，不予登记。"70 年来，我国的婚姻登记制度始终与我国的婚姻家庭法律制度建设同向同行，成为了中国特色社会主义法治体系的重要组成部分，为建设平等和睦文明婚姻家庭关系提供了有力保障。

我国婚姻登记制度的发展体现了与时俱进品质，为不同时期的婚姻法实施提供了有力保障

婚姻登记制度作为婚姻成立或解除的程序性规范，是为婚姻法等实体法规范的实施而服务的。新中国成立后，我国先后于 1950 年、1980 年颁布实施了两部婚姻法，并在 2001 年对后一部予以修正。为了适应婚姻法的制定、修改以及立法理念的变革，婚姻登记条例历经多次调整，婚姻登记制度在逐步的改进中不断前行。

新中国的婚姻登记制度既是我国婚姻家庭法律制度的重要组成部分，又是婚姻家庭法律制度实施的重要保障措施，在不同的历史阶段，我国的婚姻登记制度都为我国新民主主义婚姻家庭制度和社会主义婚姻家庭制度的确立、发展、实施发挥了不可替代的保障作用。正是因为有了婚姻登记制度，而且这一制度与相应的司法制度相配合，才确保了我国婚姻法全面贯彻实施，确保了婚姻法立法目的的充分实现。因此，我国的婚姻登记制度，是坚持和发展中国特色社会主义婚姻家庭制度的重要保障。

我国婚姻登记制度的内容贯穿了为民服务的理念，充分体现了以人民为中心的思想

以人民为中心的思想，体现了我们党全心全意为人民服务的根本宗旨，体现了人民是推动发展的根本力量的唯物史观。我国婚姻登记制度的内容贯穿了以人民为中心的思想。1950 年婚姻法确立婚姻登记制度时，立法者解释了婚姻需要采用登记的理由："苏维埃政府是人民的政府，人民政府唯一的任务就是为人民服务，因而人民政府对于人民的婚姻问题要表现的比婚姻当事人及亲属们更为广泛的关心和更认真的负责"。我国婚姻登记制度的这一立法初心，一直体现在不同时期的婚姻登记条例之中，特别是现行的 2003 年颁布的《婚姻登记条例》，不仅去掉了原《婚姻登记管理条例》中的"管理"二字，取消了内地居民办理结婚、离婚登记需要由单位或村(居)民委员会出具证明的规定，强调婚姻登记机关应及时为当事人提供服务，符合条件的应予以及时办理。这些改革都充分体现了政府转变职能，弱化对结婚、离婚这类民事行为的行政管理色彩，强化服务意识、坚持执政为民的宗旨，是民政部门努力践行以人民为中心的思想、搞好公共服务的具体体现。

我国婚姻登记制度的实施最大限度减少了婚姻家庭领域的不法行为，为中国特色社会主义法治建设做出了特殊贡献

全面推进依法治国，必须依法加强和规范公共服务。同我国其他婚姻家庭制度一样，我国婚姻登记制度是为老百姓服务的法律制度，也是离老百姓最近、和老百姓终身大事紧密相连的法律制度。这一制度的实施，让老百姓亲身体验了法律的权威：履行婚姻登记的，不仅结婚、离婚行为得到了国家的认可和保护，而且能够充分体会婚姻的庄严与神圣；反之，没有履行婚姻登记的，其结婚和离异不受国家认可，其合法权益不受法律保护。我国婚姻登记制度的确立，把公民结婚离婚行为纳入了法制轨道，经过 70 年的坚持与发展，我国的婚姻登记制度的实施最大限度减少了非法婚姻，形成了履行登记手续守法光荣、不履行登记手续违法可耻的社会氛围。这对于弘扬社会主义法治精神，建设社会

主义法治文化，增强全民法治观念，推进法治社会建设，发挥了重要作用。

此外，我国婚姻登记制度实施过程中，婚姻登记机关及其工作人员积极践行“民政为民、民政爱民”的服务宗旨，以群众满意为目标，以亲情服务为手段，以人性化服务为根本，用实际行动让老百姓感受到了婚姻法律制度的温度，为中国特色社会主义法治建设作出了特殊贡献。

来源：《中国社会报》

编辑：祖振

张海燕 | 执行程序中被执行人配偶追加问题研究

2020-05-20 纠纷解决与民事司法 张海燕

https://mp.weixin.qq.com/s/YZg1R5EGE4GXdi52zhKGZw

作者：张海燕，山东大学法学院教授、博士生导师。

本文来源：《当代法学》2019 年第 1 期。感谢张海燕教授、《当代法学》编辑部授权。

摘要：执行程序中能否追加被执行人配偶为被执行人，该问题在我国长期争论不休。《变更追加当事人规定》的出台在实践层面结束了各法院的差异化做法而代之以不能追加的统一规定，但实践中除“不予追加+另行起诉”模式外，还存在“不予追加+直接执行”这种异化适用模式。法实践对于法规范的逃离使得继续研究该问题成为必要。另行起诉模式会增加了债权人的权利实现成本，直接执行模式则以“推定”替代对于被执行债务性质的“认定”，不当省却了审查程序且与判决主文内容不符。因此，为平衡债权人、债务人及其配偶的实体与程序利益，确有必要肯认执行程序中法院有权追加被执行人配偶。该方案的核心在于执行阶段法院有权对被执行债务的性质进行认定，其正当性可从执行权属性、法规范内容以及法实践支持等方面证成；此外，法院还应通过追加前的审查程序和追加后的救济程序，来保障被执行人配偶的程序参与权和异议权。

关键词：被执行人配偶；追加；夫妻共同债

目录

引言
一、《变更追加当事人规定》施行前的法院实践
二、《变更追加当事人规定》施行后的法院实践
三、执行程序中法院追加被执行人配偶的正当性分析
结语

引言

我国民事执行实务中经常会出现执行依据中确定的被执行人为夫或妻一方且其个人财产不足以清偿全部债务但其配偶名下却有财产的情形。[1]此时，如果被执行债务形成于被执行人婚姻关系存续期间，债权人多会申请法院追加被执行人配偶（下称配偶）为被执行人，进而执行其名下财产。但问题是，执行阶段法院能否追加配偶为被执行人？该问题长期以来在我国理论界和实务界争论不止。归纳来看，主要有三种观点：一是法院可以裁定追加配偶；二是法院无需裁定追加配偶而可以直接执行配偶名下财产；三是法院不能裁定追加配偶，债权人只能另行起诉。在我国“执行难”大背景下，第一种观点曾占据主流。但 2016 年 11 月最高法院发布的《关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》（下称《变更追加当事人规定》）第 1

条确立的变更追加被执行人法定主义原则[2]终结了实务中的差异化做法，代之以不能在执行阶段追加配偶的统一化要求。2017 年 2 月最高法院发布的《关于依法妥善审理涉及夫妻债务案件有关问题的通知》2 条更是明确规定“未经审判程序，不得要求未举债的夫妻一方承担民事责任。”最高法院的两个规范性文件似乎给该问题的讨论划上了一个休止符。然而，观察当下司法实践，各法院表现出了两种运行模式：一是法院不能裁定追加配偶，债权人只能通过另行起诉维护其权益；二是法院虽不裁定追加配偶但直接执行其名下财产。一个前提，两种截然不同的做法，说明实践中已然出现了对于最高法院不予追加配偶规定的逃离式做法。鉴于此，有必要继续思考执行阶段法院究竟能否追加配偶作为被执行人这一问题。本文首先对近年来法院处理该问题的情况进行全景展示，然后评析当下法院应对最高法院不予追加规定的两种运行模式，最后认为执行阶段法院裁定追加配偶具有实体正当性和程序正当性。

一、《变更追加当事人规定》施行前的法院实践

执行阶段能否追加配偶为被执行人一直是理论界和实务界争论的一个问题。本文对于《变更追加当事人规定》出台前法院实践中该问题的考察从三方面展开：一是观察 2012-2016 年最高法院在具体案件中的态度；二是汇集《变更追加当事人规定》施行前部分地方法院对该问题的指导性意见；三是对裁判文书网案例进行统计分析，总结实务中各级法院的具体做法。

（一）最高法院的态度

从 2012-2016 年最高法院处理的案件来看，主要有三种态度：

1. 可以追加配偶为被执行人

该观点中最高法院认为法院在执行阶段有权依据《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）》（下称《婚姻法解释（二）》）第 24 条认定被执行债务是否属于夫妻共同债务，据此可以追加配偶为被执行人。该观点内涵两层意思：一是追加配偶的前提是被执行债务属于夫妻共同债务；二是执行法院有权对被执行债务是否属于夫妻共同债务这一实体问题进行认定。该观点的代表案例是最高法院（2015）执复字第 3 号民事执行裁定书。支持该观点的主要理由有三：（1）执行阶段法院享有执行裁判权，有权依据实体法规范对被执行债务的性质进行认定，然后据此追加配偶为被执行人。（2）追加配偶可以弥补诉讼阶段未将配偶作为共同被告时债权人权利实现之不足。（3）追加配偶可以省去债权人另行起诉取得执行依据的过程，减少当事人诉累。

2. 不可追加配偶为被执行人

该观点中最高法院认为执行阶段追加配偶不属法定追加情形，如果允许追加，意味着通过执行程序让被执行人以外的人承担实体责任，对当事人的实体权利和程序权利产生极大影响。该观点的代表案例是最高法院（2015）执申字第 111 号执行裁定书。该观点雏形见于最高法院关于能否在执行程序中确定夫妻共同债务的（2012）执他字第 8 号答复中。[3]支持该观点的主要理由有三：（1）被执行债务是否属于夫妻共同债务是一个实体判断问题，执行阶段认定有违审执分立原则。（2）不足以保障被追加配偶的程序权利。任何执行依据确定的责任主体的责任承担均需经过审判程序，责任主体在审判程序中享有的举证、质证、上诉、申请再审等程序权利在执行期间难以得到有效保障。[4]（3）债权人本应在诉讼阶段将配偶追加为共同被告，对于懒惰或天真的债权人，不值得法律保护。[5]

3. 视具体情况确定能否追加配偶为被执行人

如果案件事实比较清楚、争议不大，法院可在执行程序中直接推定被执行债务为夫妻共同债务；

事实较为复杂，争议较大的，则不应直接推定，宜通过审判程序审查确定。该观点的代表案例是最高法院（2014）执监字第 106 号民事执行裁定书。

（二）部分地方法院发布的指导性意见

由于最高法院观点不尽一致，各地法院在处理此类问题时倍感困惑。鉴于此，一些地方法院为统一辖区内做法便出台了指导性意见。笔者收集到的资料见表 1：

表 1　部分地方法院发布的指导性意见

时间	各地法院	执行阶段能否认定夫妻共同债务	执行阶段能否追加配偶为被执行人	指导性意见
2005	上海高院	可以认定	可以追加	《关于执行夫妻个人债务及共同债务案件法律适用若干问题的解答》第 2 条[6]
2010	北京高院	不能认定	不能追加	《北京市法院执行工作规范》第 539 条第 1 款[7]
2014	江苏高院	可以认定	可以追加	《关于执行疑难问题的解答》第 7 条[8]
2014	浙江高院	可以认定	无需追加，直接执行	《关于执行生效法律文书确定夫妻一方为债务人案件的相关法律问题解答》第 3、4 条[9]
2014	深圳中院	可以认定	可以追加	《关于执行程序中追加、变更被执行人的裁判指引》第 1 条[10]

表 1 中所列法院对能否追加配偶有三种处理方案：1. 允许执行阶段认定被执行债务为夫妻共同债务，允许追加配偶并执行其名下财产，如上海高院、江苏高院和深圳中院；2. 允许执行阶段认定被执行债务为夫妻共同债务，但不用追加配偶便可直接执行其名下财产，如浙江高院；3. 反对执行阶段认定被执行债务为夫妻共同债务，主张债权人只能通过另行起诉来实现债权，如北京高院。《变更追加当事人规定》确立的变更追加当事人法定主义原则否定了第一种方案，却未回应实践中存在的其他两种情形，这可能会导致即使有了最高法院的统一规定，实践中的具体做法亦难以趋同。

（三）各级法院实务中的具体做法

笔者 2017 年 1 月 4 日在裁判文书网上以“执行、追加、配偶、夫妻关系”为条件检索，共得到执行裁定书 378 份，进行有效性核验后，得到有效裁定书 345 份，其中涉及是否追加配偶为被执行人的追加裁定 163 份，相关主体提出的异议裁定 118 份，复议裁定 64 份。执行裁定书的分布情况见表 2。

表 2　执行裁定书的分布情况

执行裁定书的类别[11]	数量
追加裁定	155
异议裁定	104
复议裁定	49
追加+异议裁定	1
追加+异议+复议裁定	5
异议+复议裁定	8
追加+复议裁定	2

在统计的 163 份涉及追加的裁定中，123 份支持在执行阶段追加配偶，占比 75.46%；40 份裁定反对，占比 24.54%。在 118 份异议裁定中，80 份支持追加，占比 67.8%；38 份反对，占比 32.2%。在 64 份复议裁定中，41 份支持追加，占比 64.06%；23 份反对，占比 35.94%。具体内容见表 3。换言之，在全部 345 份有效样本中，244 份裁定支持追加配偶，占比 70.72%；101 份反对，占比 29.28%。

表 3　三类裁定对追加配偶的态度情况

是否追加 \ 裁定种类	追加裁定（占比）	异议裁定（占比）	复议裁定（占比）
支持追加	123（75.46%）	80（67.8%）	41（64.06%）
反对追加	40（24.54%）	38（32.2%）	23（35.94%）

在 163 份涉及追加的裁定中，123 份支持追加配偶，追加理由主要有两种：其一，被执行债务属于夫妻共同债务，具体又区分为三种情形：（1）夫妻间约定不得对抗第三人，5 份裁定，占比 4.07%；（2）追加可减少当事人诉累，28 份裁定，占比 22.76%；（3）根据相关司法解释或指导案例的要求，93 份裁定，占比 75.61%。其二，配偶一方为担保人，此种情形很少，仅 2 份裁定，占比 1.63%。在 40 份不予追加的裁定中，不予追加的理由有 6 种：（1）缺乏法律依据，不属法定追加情形，16 份裁定，占比 40%；（2）涉及实体问题，须先行审判，10 份裁定，占比 25%；（3）非夫妻共同债务，7 份裁定，占比 17.5%；（4）无足够证据证明属于共同债务，5 份裁定，占比 12.5%；（5）所负债务是否

产生于夫妻关系存续期间且用于夫妻共同生活在执行依据中未涉及和认定，4 份裁定，占比 10%；（6）可直接在执行程序中执行共同财产，无需追加配偶，1 份裁定，占比 2.5%。以上数据见表 4。

表 4　涉及是否追加裁定中法院的裁定依据[12]

是否追加	裁定依据	数量
追加（123）	属夫妻共同债务，夫妻间的约定不得对抗第三人	5
	属夫妻共同债务，追加可减少当事人诉累	28
	根据相关司法解释或指导案例属于夫妻共同债务	93
	配偶一方为担保人	2
不追加（40）	缺乏法律依据，不属法定追加情形	16
	涉及实体问题，须先行审判	10
	查明非夫妻共同债务	7
	无足够证据证明属于共同债务	5
	所负债务是否产生于夫妻关系存续期间且用于夫妻共同生活，在执行依据中未涉及	4
	可直接在执行程序中执行共同财产，无需追加被执行人配偶	1

综上，《变更追加当事人规定》施行前，实务中各级法院在执行阶段能否追加配偶问题上做法各异。总体观之，各法院多持肯定态度，数据支撑是：在作为全部统计样本的 345 份有效裁定中，244 份裁定支持追加配偶，占比 70.72%。法院支持追加裁定的理由绝大多数（占比 98.37%）是被执行债务属于夫妻共同债务。然而，实务中多数法院的做法未被写入《变更追加当事人规定》，该司法解释的出台，从形式上结束了各法院的主流做法而代之以不予追加配偶的统一规定。

二、《变更追加当事人规定》施行后的法院实践

《变更追加当事人规定》施行后，各地法院在不予追加配偶为被执行人的统一规定框架下，操作层面表现出两种不同样态的运作模式：一是“不予追加+另行起诉”模式，二是“不予追加+直接执行”模式。这两种模式形式上均符合《变更追加当事人规定》的要求，但实效却大相径庭。

（一）“不予追加+另行起诉”模式

该模式的核心是执行阶段法院不能对被执行债务是否属于夫妻共同债务进行判断，此为最高法院不予追加统一规定的精准适用样态。如果执行依据未涉及配偶，执行阶段便不可将其追加为被执行人，债权人只能另行起诉。该模式在实践中的适用表现是：执行程序中追加被执行人应当遵循法定主义原则，《变更追加当事人规定》并无关于在执行程序中可以追加配偶或者原配偶为被执行人的规定，故应驳回债权人追加配偶为被执行人的请求，但驳回债权人的追加请求并非是对债务人所负债务是否属于夫妻共同债务或者其配偶是否应承担该项债务进行认定。法院应当告知债权人另行起诉，取得针对配偶的执行依据后合并执行。[13]该模式下，债权人另行起诉的形态主要有两种：

1. 债权人提起一个确认之诉，请求法院确认被执行债务属于夫妻共同债务。[14]该诉的被告为被执行人及其配偶，实践中此种情形比较普遍。该确认之诉多从执行程序导入，是执行过程中因执行依据未涉及配偶而衍生出来的诉讼。浙江高院《关于执行生效法律文书确定夫妻一方为债务人案件的相关法律问题解答》第 4 条明确规定该另行起诉的案由为夫妻共同债务确认纠纷。[15]

2. 债权人代位提起析产诉讼。该诉的被告为被执行人及其配偶，依据是《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》（下称《查封、扣押、冻结规定》）第 14 条第 3 款。[16]该析产之诉的性质为确认之诉，目的是将被执行人享有的财产份额从其配偶名下的共同共有财产中分离出来以供执行。实践中代位析产之诉亦多从执行程序导入，也是执行过程中衍生出来的诉讼。江西高院执行局 2017 年发布的《民事执行实务疑难问题解答》第 4 条认为最高法院作出不予追加被执行人配偶规定后一般都应当按代位权诉讼程序处理。此处的代位权诉讼程序便是本文所述的债权人代位提起的析产诉讼。执行程序中债权人所提代位析产之诉的法律后果是中止而非终结执行程序。

从债权人另行起诉的两种形态来看，第一种是确认之诉，该形态下两诉的诉讼标的和目的均不同，前诉为给付之诉，目的在于使债务人对债权人作出给付；后诉为确认之诉，目的是通过判断被执行债务性质来确定配偶是否属于被执行债务的责任主

体。第二种形态中存在两个推定：一是推定被执行债务为被执行人个人债务，需要由其个人财产来承担；二是推定夫妻财产为共同财产，唯如此，才会有将被执行人一半财产从其配偶名下的夫妻共同财产中分离的必要性。该形态规避了被执行债务性质认定问题，直接将其推定为被执行人个人债务，会遭受正当性质疑。总之，另行起诉的不足显而易见，会极大增加债权人的权利实现成本。

（二）“不予追加+直接执行”模式

该模式跳过执行阶段能否认定被执行债务性质这一棘手问题，直接对配偶名下财产进行执行其于实践中有两种做法：

1. 推定被执行债务为个人债务，推定配偶名下财产为夫妻共同财产，在不追加配偶前提下，直接执行其名下一半财产。如果配偶有异议，可依据《民事诉讼法》227 条提出案外人执行异议，也可依据《查封、扣押、冻结规定》第 14 条第 3 款单独提起析产诉讼。浙江高院《关于执行生效法律文书确定夫妻一方为债务人案件的相关法律问题解答》第 3、4 条曾规定该做法。[17]该做法的实质是法院在执行阶段进行了两个推定：一是推定夫妻关系存续期间产生的被执行债务为个人债务，二是推定配偶名下财产为夫妻共同财产。该模式中直接执行配偶名下一半财产的理由何在？其是建立在第一个推定基础上，如果该推定成立，那么将被执行人财产从其配偶名下的共同财产中析出就具有法律依据，符合《物权法》99 条关于分割共同共有财产的条件。[18]依据该条，夫妻共同共有财产的分割需要具备夫妻关系丧失或者有需要分割的重大理由这两个条件之一。本文所述显然与第一个条件无涉，那么是否符合第二个条件呢？这涉及到“重大理由”的界定。笔者认为“重大理由”包括两个方面：一是《婚姻法解释（三）》第 4 条规定的夫妻可在婚姻关系存续期间分割共同财产的两种情形；二是实践层面凝结出来的经验做法，将被执行人无法清偿执行依据确定的债务作为可以分割夫妻共同财产的一项“重大理由”，比如在（2016）粤 0604 民初 5326 号民事判决书（被执行人配偶提起的析产诉讼）中，法院认为：原告与冯 XX 仍处于夫妻关系存续期间，涉案房产不宜实物分割，基于冯 XX 无力履行已为生效法律文书所确定的金钱给付义务已构成《物权法》99 条所规定的可请求分割共有物的“重大理由”……[19]尽管如此，但在未追加配偶情形下，法院直接执行其名下一半财产有违《查封、扣押、冻结规定》第 14 条第 1 款之规定，[20]因为法院在执行程序中对属于共同共有性质的夫妻共同财产只能采取查封、扣押、冻结等控制性措施，而不能直接处分配偶的夫妻共同财产。

对于该做法，笔者认为关键在于观察作为其前提的两个推定是否成立。第一个推定的逻辑进路是因执行依据仅涉及被执行人个人故推定该债务为个人债务，该思维不符实体法规范之内容。[21]婚姻关系存续期间，夫妻一方以个人名义与外部债权人形成的合法债务既可能是夫妻共同债务也可能是举债一方个人债务。第二个推定符合经验法则，其逻辑前提是我国以共同财产制为原则以约定财产制为例外的夫妻财产制度。既然第一个推定不合规范，这无异于釜底抽薪，从根本上动摇了其合法性基础。

2. 推定被执行债务为夫妻共同债务，推定配偶名下财产为夫妻共同财产，进而执行该共同财产，在共同财产不足以清偿时还可以执行配偶个人财产。最高法院 2017 年 2 月 14 日作出的（2016）最高法民申 2908 号民事裁定书便是对该规则的具体适用。此外，2017 年江西高院发布的《民事执行实务疑难问题解答》第 4 条亦认可了该做法，其内容是执行阶段可推定发生在夫妻关系存续期间的债务为夫妻共同债务，然后执行夫妻共同财产，夫妻共同财产经执行仍不足清偿的，可以执行债务人配偶的个人财产；如果被执行人配偶有异议，则根据《民事诉讼法》227 条处理。该做法与第一种做法实质相同，亦是法院在执行阶段进行了两个推定：一是推定夫妻关系存续期间产生的被执行债务为

夫妻共同债务，二是推定配偶名下财产为夫妻共同财产。对于第一个推定，其逻辑进路是根据被执行债务形成于夫妻关系存续期间推出其属于夫妻共同债务，这有违实体法规范之内容。以此为前提进而执行配偶名下全部财产也缺失合法性基础。此外，如同第一种做法，其亦违反《查封、扣押、冻结规定》关于法院在执行程序中对夫妻共同财产只能采取查封、扣押、冻结等控制性措施而不能直接处分的规定。

在该做法下，配偶多会提出执行异议并进而提出案外人执行异议之诉，主张被执行债务为个人债务，法院不应执行其名下全部财产，最多只能执行其中属于被执行人的一半份额。实务中不乏支持该异议的法院。[22]此外，被执行人配偶还会根据《查封、扣押、冻结规定》第 14 条第 3 款在案外人执行异议之诉中提出析产请求，主张其名下财产属于夫妻共同财产，请求将被执行人的财产份额分离出来以对抗法院对其名下全部财产的强制执行，对此，法院在执行异议之诉中一般不予处理。

可见，“不予追加+直接执行”模式在实践层面对于债权人利益的保护效果明显，但在理论层面却容易遭受正当性基础缺失之诘问。此外，还需注意，本文所述“不予追加+直接执行”模式不同于《变更追加当事人规定》中规定的四种法院不需追加直接执行的情形，[23]两者存在本质区别：前者因涉及被执行债务性质问题的判断，法院需要进行实质审查；后者尽管形式上属于“不予追加+直接执行”模式，但其不涉及主体实体权利义务的认定，且责任主体明确，执行依据中的被执行人与其责任承继主体之间的法律关系简单，法院仅需进行形式审查。

三、执行程序中法院追加被执行人配偶的正当性分析

《变更追加当事人规定》施行后法院的两种运行模式均不利于债权人执行债权的有效实现，且第二种模式还存在逃离法规范之嫌。鉴于此，确有必要再次思考执行阶段法院能否追加配偶为被执行人这一问题。对此，笔者持肯定观点，主张法院可应债权人申请，于执行程序中通过召开听证会确定被执行债务属于夫妻共同债务后，以执行裁定书追加配偶为被执行人，并在执行裁定书中写明配偶的责任内容。该方案虽未被《变更追加当事人规定》采纳，但并不意味着其必然不具正当性。该方案于实践层面的适用情况，前文实证分析已足以说明实务界之态度，甚至有些法院在《变更追加当事人规定》施行后依然坚持认为执行阶段可以追加配偶。[24]关于该方案的质疑目前主要来自理论界，反对论点集中于两个方面：一是执行阶段追加配偶，因涉及配偶实体权利，需经审判程序确认，否则有损配偶程序权利；二是追加配偶的前提是确认被执行债务属于夫妻共同债务这一实体问题，也需经审判程序确认，否则有违审执分立原则。可见，反对论点集中于拷问执行阶段追加配偶的实体正当性和程序正当性。

（一）实体正当性

执行阶段追加配偶为被执行人是一种执行力主观范围的扩张。关于执行力主观范围扩张的实体正当性，学者多有论述，有学者认为是实体权利义务关系的依存性、实体利益归属的一致性以及权利人对特定债务人享有权利的高度盖然性。[25]有学者认为是实体权利义务关系存在高度的盖然性且实现之实体利益类同，以及对于债权人不能期待其就新给付请求权一并或另行取得执行名义。[26]执行阶段追加配偶的实体正当性在于债权人对配偶享有实体请求权，其核心要件是债权人对配偶的实体请求权具有高度盖然性，且该实体请求权使得被执行人与配偶在实体利益的归属上具有一致性。高度盖然性要件指的是在执行程序中，债权人通过略式权益判定程序（听证程序）能够确认债权人对配偶高度盖然性地享有给付请求权；[27]对于被执行人与配偶实体利益归属的一致性可以从夫妻共同债务为连带债务的责任属性出发理解，即“追加被执行人配偶是基于连带责任不可分性的必然结

果”。[28]因为被执行债务属于夫妻共同债务，夫妻双方应对夫妻共同债务承担连带责任，则债权人对配偶享有债务清偿之实体请求权，执行阶段便可申请追加配偶为被执行人。经常被用来支持该论点的一个理由是《变更追加当事人规定》明确了法院因主体之间存在连带责任而裁定追加执行依据未涉及的连带责任主体为被执行人的四种情形。[29]

执行阶段追加配偶还有一个难以绕开的前提问题——法院需要在执行阶段确认被执行债务为夫妻共同债务。[30]那么，问题接踵而至，执行阶段法院能否对实体问题审查判断？台湾学者吴光陆教授主张：事实上，执行法院审查者，亦有涉及实体法律关系，例如除去租赁权，仍可适用诉讼法理，给当事人充分陈述，类似言辞辩论即可，毋庸如此规定须诉讼。[31]笔者亦赞同执行法院对实体问题享有判断权。理由有三：

1. 在法规范层面，我国执行权本身就包括对于实体问题的审查权。最高法院在《关于执行权合理配置和科学运行的若干意见》中明确规定了执行权包括执行实施权和执行审查权，执行审查权由执行法官行使。执行法官与审判法官的审查判断权本质无异，包括对于实体事项的判断权，其审查判断对象往往是执行依据所未明确列出的实体问题（比如，被申请追加为被执行人的股东是否足额缴纳出资、股东个人财产是否独立于公司财产等）。

2. 现行某些法规范的内容已暗含执行法院有权对实体问题进行审查判断。比如，根据《民事诉讼法》227 条，案外人或申请执行人提起执行异议之诉的前提是案外人向执行法院提出执行异议，异议内容是案外人主张其对执行标的享有足以排除法院强制执行的实体权利，执行法院对该异议审查后会作出相应裁定。该规定本质上已肯认法院对执行标的实体权属这一实体问题的判断权。[32]再如，《变更追加当事人规定》规定的被追加人可以提起执行异议之诉的六种情形[33]均涉及法院对实体问题的判断和认定，如是否足额缴纳、是否未按期出资、是否属于公司财产不能独立于自己财产、是否未尽到清算义务等。上述六种情形中，法院裁定追加执行当事人的前提是在执行阶段审查判断是否存在相关实体情形。

3. 执行法院对被执行债务性质的认定具有实践基础。《变更追加当事人规定》出台前，江苏高院《关于执行疑难问题的解答》第 6 条、上海高院《关于执行夫妻个人债务及共同债务案件法律适用若干问题的解答》2 条以及浙江高院《关于执行生效法律文书确定夫妻一方为债务人案件的相关法律问题解答》第 1 条均规定执行阶段法院可根据相关证据审查判断被执行债务是否属于夫妻共同债务。尽管上述规定属于地方性司法文件，效力不高，却可以反映一定范围内的实践操作情况。

（二）程序正当性

执行阶段追加配偶可使债权人无需另行起诉即取得执行依据，能够尽快实现权利。但配偶毕竟是未经执行依据确认的责任主体，在执行阶段将其纳入责任主体并追加为被执行人，是以牺牲其程序权利作为代价的，因此，要保证追加方案的正当性，还需要充分保障配偶的程序权利，实现债权人实体权利救济与配偶程序权利保障之间的一种动态均衡。“针对法人人格否认和夫妻共同债务追加第三人情形时，更需要保障第三人的程序权利，避免损害其实体权利，这也是执行程序中公正的要求。”[34]执行阶段配偶的程序权利保障主要包括两方面：一是追加前的审查程序，二是追加后的救济程序。

1. 追加前的审查程序

根据《变更追加当事人规定》第 28 条，对于申请人申请变更、追加执行当事人的案件，除事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的案件外，执行法院应当组成合议庭审查并公开听证。之于债权人申请追加配偶的案件，因关乎被执行债务性质认定这一实体问题，执行法院亦应组成合议庭进行审查并举行公开听证。在听证程序中，执行法院的审

查是实质审查，[35]由法院根据债权人申请以及提供的相关证据，在通知配偶参与的情况下，经由一定的言词辩论和举证质证，最后做出裁定。执行法院通过公开听证程序对被执行债务是否属于夫妻共同债务进行实质审查的过程在某种程度上同质于法院的审判程序，[36]应当对当事人尤其是配偶参与听证的程序权利进行充分保障。需要注意：法院对于追加配偶与追加合伙人、股东、出资人或者法人分支机构等为被执行人的审查程度不同。对于前者，因涉及夫妻共同债务认定这一实体问题，执行法院不仅要进行形式审查，还要通过有当事人参与的公开听证程序进行实质审查，给予配偶以充分参与和辩论的程序权利；对于后者，执行法院在判断是否应当追加相关连带责任主体时比较容易，其只需向登记机关对其合伙人、股东、出资人或者法人分支机构等主体身份进行核实即可，仅需进行形式而非实质层面的审查。

2. 追加后的救济程序

《变更追加当事人规定》明确了四种因连带责任被追加为被执行人的情形，被追加人可依据《民事诉讼法》227 条提出异议。该解释未涉及追加配偶问题。那么，如果配偶被追加为被执行人，应通过何种程序予以救济呢？

执行法院追加配偶的前提是认定被执行债务为夫妻共同债务，故配偶提出执行异议的理由便会是法院对于被执行债务的性质认定错误。因该异议涉及实体问题，配偶可依据《民事诉讼法》227 条提出执行异议和案外人执行异议之诉。通过案外人执行异议之诉对配偶进行救济，不仅是因为配偶可能享有足以排除法院强制执行的实体权利，更是因为其被法院追加为被执行人，被动成为实体责任主体却未得到充分程序保障。[37]在理论层面，执行力扩张被区分为因既判力扩张而发生的执行力扩张和执行力的自行扩张，前者第三人程序保障因前诉当事人的参与而视为得到实现，但后者因第三人固有的抗辩未在前诉中进行审理，在执行程序中直接扩张执行力，对其程序权保障不充分，[38]故应允许受执行力自行扩张所及的第三人通过诉讼方式获得程序救济。比如，德国的反对发放执行条款之诉、日本的请求异议之诉以及我国台湾地区的执行当事人不适格异议之诉等。我国实践中对此也有相应探索和固定化成果，如 2014 年江苏高院《关于执行疑难问题的解答》第 6 条就明确规定“被追加为被执行人的配偶认为债务不属于夫妻共同债务而提出执行异议的，应按照民诉法第二百二十七条进行审查，最终通过异议之诉解决债务性质问题。”《民诉法解释》第 312 条第 2 款规定：案外人在执行异议之诉中同时请求确认其权利的，法院可在判决中一并作出裁判，[39]此时执行异议之诉便成为形成之诉与确认之诉的合并。两诉诉讼请求之间的关系为后者是前者的前提，如果被执行债务为个人债务则法院不可强制执行作为共同财产或者配偶个人财产的执行标的，案外人执行异议之诉将当事人之间的实体法律关系与阻却法院执行问题一并处理，通过确认之诉对被执行债务的性质进行判断，实现纠纷的一次性解决。

关于配偶的救济权，还有一种观点主张配偶依据《民事诉讼法》227 条提出执行异议被法院驳回后，可以原执行依据错误为由提起案外人申请再审之诉，法院可以原审诉讼遗漏必须参加诉讼的当事人为由，依法撤销原审判决发回重审。[40]该思路无疑是关于配偶依据《民事诉讼法》227 条进行权利救济的另外一个视角的解读，但笔者认为不妥：（1）有违诉讼经济原则，会极大提高债权人权利实现成本。因执行依据错误进入再审之诉，再审程序以原审诉讼遗漏当事人为由撤销原判发回重审，会使之前诉讼成果归零，客观上提高了债权人权利实现的成本。（2）将配偶作为原诉中必须参加诉讼的当事人有违共同诉讼基本原理。诉讼中必须参加诉讼的当事人范围，应由该诉之诉讼标的决定。我国必须参加诉讼的当事人范围仅限于固有的必要共同诉讼人。而在债权人与对外举债的夫妻一方之诉讼中，其诉讼标的为债权人依据债之法律关系对

于债务人之给付请求权，此时举债之债务人是适格被告，而未举债之配偶不是原诉诉讼标的下必须参加诉讼的当事人。若其参与到原诉中，则为给付之诉与确认之诉的合并。

结论

《变更追加当事人规定》的施行，在实践层面结束了各法院在执行程序中能否追加配偶为被执行人问题上的差异化做法，而代之以不予追加的统一化要求。即便如此，实践中一些法院依然采行“不予追加+直接执行”这一法规范的异化适用模式。很明显，最高法院的统一化要求在法院适用过程中被打了折扣，法规范不予追加的科学性遭到了法实践的挑战。对此，笔者认为法院可以在执行阶段追加被执行人配偶，该方案的关键是保证其实体上的正当性以及程序保障上的充分性，具体路径是法院有权于执行阶段对被执行债务的性质进行认定，若为夫妻共同债务，则据此追加配偶为被执行人。执行法院追加配偶时应通过公开听证程序进行，对实体事项进行实质审查，赋予相关主体以参与权及辩论权，还应充分保障配偶的异议权，赋予其提出案外人执行异议之诉的权利。

注释

[1]参见汤海庆等：《执行程序中追加配偶为被执行人情况研究——以 J 法院执行实践为样本》，载《深化司法改革与行政审判实践研究（下）——全国法院第 28 届学术讨论会获奖论文集》，人民法院出版社 2017 年版，第 906 页。

[2]该原则在我国司法实践中早已存在，比如，最高法院（2014）执复字第 22 号执行裁定书明确法人人格混同不能作为追加被执行人的理由；最高法院（2015）执申字第 90 号执行裁定书明确法人财产混同不属于可以追加的情形；北京高院（2014）高执复字第 3 号执行裁定书明确不应在执行程序中追加清算义务人为被执行人；等等。

[3]该答复的核心观点是：夫妻共同债务的认定属于实体问题，在涉案生效判决并未明确的情况下，不应通过执行程序直接确定为夫妻共同债务，而应告知当事人另行起诉。

[4]参见刘保玉、于海燕、邸天利：《试论变更与追加被执行人的法理基础》，载江必新主编：《执行工作指导》2012 年第 3 辑，人民法院出版社 2012 年版，第 152 页。

[5]参见贺剑：《论婚姻法回归民法的基本思路》，《中外法学》2014 年第 6 期，第 1519-1520 页。

[6]内容为“问题 2：执行机构如何判断债务性质？答：……执行依据中没有对债务性质作出明确认定，申请执行人未申请追加被执行人配偶（包括原配偶，下同）为被执行人的，按被执行人个人债务处理。执行依据中没有对债务性质作出明确认定，申请执行人主张按被执行人夫妻共同债务处理，并申请追加被执行人配偶为被执行人的，执行机构应当进行听证审查，并根据下列情形分别作出处理：（一）应当认定为被执行人个人债务的，作出不予追加决定；（二）须另行诉讼确定债务性质的，作出不予处理决定；（三）除应当认定为个人债务和执行中不直接判断债务性质的情形外，可以认定为夫妻共同债务，裁定追加被执行人配偶为被执行人。”

[7]内容为“执行依据确定的债务人为夫妻一方的，根据现行法律和司法解释的规定，不得裁定追加被执行人的配偶为被执行人。申请执行人主张执行依据确定的债务为夫妻共同债务，申请追加被执行人的配偶为被执行人的，告知其通过其他程序另行主张。”

[8]内容为“7. 是否必须先追加配偶为被执行人，然后才能采取执行措施？答：原则上应先追加被执行人的配偶（或原配偶）为被执行人，再执行其名下的财产。但紧急情况下，为了防止其转移财产，可以在追加的同时采取控制性执行措施。”

[9]内容为“三、债务性质经判断为夫妻共同债务的，执行程序应当如何进行？答：执行机构可直接作出裁定查封、扣押、冻结、变价夫妻共同财产或者非被执行人的夫妻另一方名下的财产，而无需裁定追加夫妻另一方为被执行人。四、债务性质经判断为个人债务，申请执行人对此有异议，应当如何处理？答：债务性质经判断为夫妻一方个人债务的，执行机构不得对夫妻另一方个人所有的财产采取执行措施，申请执行人对判断为个人债务有异议，执行机构应当告知其另行诉讼解决。申请执行人提起诉讼的，

立案部门应当受理，案由为夫妻共同债务确认纠纷。”

[10]内容为“1.执行程序终结前，申请人以下列事由提出追加、变更被执行人申请的，执行法院应当受理：……（11）因债务人个人财产不足清偿债务，申请追加其家庭成员、原配偶为被执行人的。”

[11]需要说明的是，由于裁判文书上传不规范，案件的裁判文书未能呈现追加+异议+复议裁定的完整裁判路径。

[12]在涉及追加的裁定中明确指出组成合议庭的有 96 份裁定，明确说明举行听证的有 26 份裁定。

[13]比如，安徽省定远县人民法院（2017）皖 1125 执异 6 号执行裁定书；辽宁省沈阳市中级人民法院（2017）辽 01 执复 139 号执行裁定书。

[14]夫妻共同债务的性质一般被认为是连带责任，但也有观点认为是不真正连带责任，债权人有权先后起诉夫妻各方。参见刘干：《不真正连带债务理论在执行中的应用——以解决追加被执行人配偶之争议为例》，《人民司法》2015 年第 21 期，第 105 页。

[15]内容为“债务性质经判断为夫妻一方个人债务的，执行机构不得对夫妻另一方个人所有的财产采取执行措施，申请执行人对判断为个人债务有异议，执行机构应当告知其另行诉讼解决。申请执行人提起诉讼的，立案部门应当受理，案由为夫妻共同债务确认纠纷。”

[16]内容为“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。”

[17]该观点还可参见张伟：《个人债务中对债务人配偶名下财产的执行》，载江必新、刘贵祥主编：《执行工作指导》2014 年第 4 辑，人民法院出版社 2015 年版，第 173 页。

[18]该条内容为“共有人关于共有物的分割有约定从约定，无约定或约定不明确的，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。”

[19]广东省佛山市禅城区人民法院（2016）粤 0604 民初 5326 号民事判决书。

[20]具体内容为“对于被执行人与他人共有的共同财产，人民法院可以查封、扣押、冻结，并及时通知债务人。”

[21]此处的实体法规范目前是指 2018 年 1 月 18 日施行的《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》第 1-3 条，之前是指《婚姻法解释（二）》第 24 条。

[22]山东省梁山县人民法院（2017）鲁 0832 民初 2371 号民事判决书。

[23]这四种情形分别是：（1）个人独资企业投资人作为被执行人的，法院可以直接执行该个人独资企业的财产；（2）个体工商户的字号为被执行人的，法院可以直接执行该字号经营者的财产；（3）作为被执行人的法人分支机构，不能清偿生效法律文书确定的债务，申请执行人申请变更、追加该法人为被执行人的，法院应予支持。法人直接管理的责任财产仍不能清偿债务的，法院可以直接执行该法人其他分支机构的财产；（4）作为被执行人的法人，直接管理的责任财产不能清偿生效法律文书确定债务的，法院可以直接执行该法人分支机构的财产。

[24]江西省武宁县人民法院（2017）赣 0423 执异 8 号民事判决书。

[25]参见肖建国、刘文勇：《论执行力主观范围的扩张及其正当性基础》，《法学论坛》2016 年第 4 期，第 19 页；肖建国：《执行当事人及其变更和追加》，载江必新、贺容主编：《强制执行法的起草与论证》，中国法制出版社 2014 年版，第 228 页。

[26]参见许士宦：《执行力客观范围扩张之法律构造——兼论其与既判力客观范围理论的异同》，《台大法学论丛》2009 年第 1 期，第 61-62 页。

[27]参见黄忠顺：《论执行当事人变更与追加的理论基础》，《北京科技大学学报（社会科学版）》2013 年第 2 期，第 100 页。

[28]参见韩红俊、赵培：《论民事执行中被执行人配偶的追加》，张卫平主编：《民事程序法研究》第 16 辑，厦门大学出版社 2016 年版，第 121 页。

[29]这四种情形是第 17、19、20 和 21 条规定的相关主体因承担连带责任而被法院变更、追加为被执行人。

[30]肖建国教授主编的《民事执行法》也持此观点，主张对于夫妻共同债务的执行，可以追加夫或妻为适格执行债务人，其核心是首先认定某债务为夫妻共同债务。具体内容参见肖建国主编：《民事执行法》，中国人民大学出

版社 2014 年版，第 88-89 页。

[31]吴光陆:《强制执行法》(第 2 版)，三民书局 2013 年版，第 129 页。需要注意，作者在 2007 年的第一版中无此观点。

[32]参见丁俊峰、张媛媛:《公司案件执行裁判权行使的相关问题——以变更、追加被执行人为研究重点》，《人民司法》2012 年第 23 期，第 99 页。

[33]这六种情形分别见于第 14 条第 2 款、第 17-21 条。

[34]参见前引[25]，肖建国、刘文勇文，第 19 页。

[35]有学者从执行机关对权利义务关系判断的权威性、强化执行行为的正当性、侧重于对案外人合法权益保护三方面论证了执行法院在变更追加前进行实质审查的优越性。参见肖建国:《执行当事人变更与追加的程序研究——基于德、日、韩执行文制度的比较研究》，《法律适用》2011 年第 9 期，第 12-13 页。

[36]以广东、北京、海南三省（市）的执行听证规定为例，从调查到质证，从证据资格的认定到证明力的规定都明显参照审判程序建构。

[37]尽管执行法院裁定追加配偶前经过了公开听证程序，但该听证程序毕竟不同于完整的审判程序。

[38]向国慧:《论执行力主观范围的扩张》，西南政法大学 2014 年博士学位论文，第 137 页。

[39]参见沈德咏主编:《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用》(下)，人民法院出版社 2015 年版，第 839 页。

[40]参见杜万华:《家事审判改革为相关立法提供实践依据——专访最高人民法院审判委员会专职委员杜万华》，《人民法院报》2016 年 3 月 3 日，第 4 版。

《民法典·继承编》：制度补益与规范精进

2020-05-21 求是学刊 王歌雅
https://mp.weixin.qq.com/s/TWreaD0eDbAa_10Lv3En4w

作者简介

王歌雅，黑龙江大学法学院教授、博士生导师、《求是学刊》副主编。国家“万人计划”教学名师，教育部法学专业教育指导委员会委员，中国婚姻家庭法学研究会副会长，中国比较法学研究会理事。

摘要

《民法典·继承编（草案）》既有立法理念更新、制度规范完善的优势，也有立法思路积习、立法欠缺依然的遗憾。为完善《民法典·继承编（草案）》，应注重制度补益与规范精进。前者在于弥补立法盲点——增加遗嘱执行人及遗产清单制度，强化配套措施——规定遗产的临时保管、遗产管理人的辞任与解任、共同遗产管理人及禁止遗产分割的保全请求权；后者在于秉持立法传统——完善遗产范围及法定继承顺序，澄清立法歧义——规定口头遗嘱的形式要件及继承扶养协议。技术理 性与价值理性的统一、权益保障与秩序稳定的实现、继承观念与继承文化的引领，应成为《民法典·继承编》编纂的价值追求。

《民法典·继承编》的编纂，令人瞩目与期待。瞩目的意义在于其编纂应体现科学性与严谨性的统一、规范性与适用性的融贯，以回应民众的继承诉求与司法实践的迫切需要；期待的意义在于其编纂应 体现技术理性与价值理性的统一，以实现继承规范的伦理性与法理性的价值融通与人文观照，进而引 导和规范民众的继承观念与继承行为、引领和塑造社会的继承风气与继承文化，为创建公平、和谐、关爱、民主的继承秩序发挥制度保障与路径支持的功能。“人心惟危，道心惟微，惟精惟

一，允执厥中。”

一、既有立法评价

为编纂高质量的《民法典·继承编》，自《民法典·继承编（草案）》于 2018 年 9 月 5 日向社会公布后， 全国人大法工委即通过调研征询立法建议；法学界也通过多种渠道研讨继承立法的制度走向与规范完 善，发出了制度补益与规范精进的呼吁。2019 年 7 月 5 日，全国人大发布《民法典·继承编（草案）》二审稿。2019 年 12 月 16 日，全国人大发布《民法典·继承编（草案）》。如何评价与补益《民法典·继承编 （草案）》，已成为《民法典·继承编》编纂的价值选择与精进目标。俗语云：国无良法，无以善治。

（一）《民法典·继承编（草案）》的优势

《民法典·继承编（草案）》现为《民法典》中的第六编，共计四章，即一般规定、法定继承、遗嘱继承和 遗赠、遗产的处理等共 45 条。与现行《继承法》五章 37 条相比，除第一章总则改为一般规定、删除第五 章附则、增加 8 条继承规范外，其余的章名设计、逻辑体例均沿袭现行《继承法》的规范用语与逻辑排 序，体现出在现行《继承法》的立法体例、继承规范的基础上予以修改、完善的立法思路与编纂策略。该 立法思路与编纂策略，既可实现对《继承法》的体例传承与规范延续，也可实现对《继承法》的理念超越 与制度完善；既可节约立法资源与立法成本，也可实现继承立法的效果控制与风险防范。正所谓： “万物之本在身，天下之本在家。治乱之本在左右，内正立而四表定矣。”

1. 立法理念更新

《民法典·继承编（草案）》相较于《继承法》而言，显现出立法理念更新：一是开宗明义地重申了“国家保护自然人的继承权”。该重申既是对我国《宪法》原则的践履，即对公民的基本财产权、继承权的尊重与保障，也是对《民法总则》第 124 条的具体落实与规范展开，更是对《继承法》第 1 条 ——“保护公民的私有财产的继承权”的规范更新与价值诠释。同时，也形成了《民法典》总则与分则在继承权保护上的结构衔接与规范衔接，便于民众在树立了“国家保护自然人的继承权”的法律理念基础上，顺畅援引《民法典》总则与继承编分编的具体规范维护继承权益。二是确立了种类多样且效力平行的遗嘱形式。即“遗嘱人可以撤回、变更自己所立的遗嘱。立遗嘱后，遗嘱人实施与遗嘱内容相反的民事法律行

为的，视为对遗嘱相关内容的撤回。立有数份遗嘱，内容相抵触的，以最后的遗嘱为准”。该规定既是对《继承法》第 20 条规范的立法突破，也是对公证遗嘱效力优于其他遗嘱形式的否定与矫正。而“改变公证遗嘱的最高效力位阶，构建多种遗嘱形式效力平行的格局……有助于促进遗嘱继承制度的发展，保障民众利用遗嘱形式处分财产的权利，实现意思自治”。三是明确了“双无遗产”的财产归属与使用目的。即“无人继承又无人受遗赠的遗产，归国家所有，用于公益事业；死者生前是集体所有制组织成员的，归所在集体所有制组织所有”。该规定弥补了《继承法》第 32 条有关“双无遗产”的用途欠缺，强化了“双无遗产”的公益用途与分类所有；明晰了国家财产的来源与去向；建构了国家利益、集体利益与个人利益三位一体的融合机制与互益格局；在推进国家公益事业发展的同时，可实现个人利益的最大化与最佳化，进而增进社会繁荣与民众福祉。古语云：“将欲安民，必须一意，故以戒。精心一意，又当信执其中，然后可得明道以安民耳。”

2. 制度规范完善

《民法典·继承编（草案）》相较于《继承法》而言，具有制度完善的特色：一是完善了继承权丧失制度。首先，增补了丧失继承权的法定情形。即在《继承法》第 7 条规定的基础上，于第（四）项

增加了“隐匿”遗嘱的情形；增加了第（五）项情形，即“以欺诈、胁迫手段迫使或者妨碍被继承人设立、变更或者撤回遗嘱，情节严重”。其次，明确了丧失继承权的绝对事由与相对事由。即“（一）故意杀害被继承人；（二）为争夺遗产而杀害其他继承人”为绝对丧失继承权的事由；其余（三）（四）（五）项，则为相对丧失继承权的事由。即在被继承人表示宽恕或者在事后将其指定为遗嘱继承人的，不丧失继承权。再次，规定了丧失受遗赠权的法定情形。继承权丧失制度的完善与拓展，有助于整肃继承秩序、维护公平正义；有助于维护被继承人、继承人的人身权益和财产权益，彰显人伦风范与诚信理念。《论语》载：“富与贵，是人之所欲也，不以其道得之，不处也。贫与贱，是人之所恶也，不以其道得之，不去也。”二是完善了代位继承制度。即在《继承法》第 11 条规定的基础上，增加了旁系血亲的代位继承权 ——“被继承人的兄弟姐妹先于被继承人死亡的，由被继承人的兄弟姐妹的子女代位继承。”且进一步明确了代位继承的遗产份额——“代位继承人一般只能继承被代位继承人有权继承的遗产份额。”该规定拓宽了代位继承制度的适用范围，弥补了代位继承仅发生于直系血亲间的制度遗憾，有助于保障旁系血亲间的遗产继承权，维护了代位继承权在直系、旁系血亲间的递次、分别实现。综观各国继承立法，有关被代位人范围的立法例有宽窄之分。窄者仅限于被继承人的直系卑亲属；宽者可包括被继承人的兄弟姐妹及其直系卑亲属，甚至还可以包括父母及其直系卑亲属、祖父母及其直系卑亲属。三是完善了遗嘱形式制度。即在《继承法》第 17 条规定的五种遗嘱形式的基础上，增加了打印遗嘱，完善了口头遗嘱的效力界定。顺应了社会发展趋势，回应了民众的遗嘱诉求，有助于解决司法实践纠纷。四是增设了遗产管理制度。第一，规定了遗产管理人的产生程序。即遗嘱执行人、继承人推选的人、共同继承人、被继承人生前住所地的民政部门或者村民委员会，可以依次担任遗产管理人。第二，规定了遗产管理人争议的解决。即“对遗产管理人的确定有争议的，利害关系人可以向人民法院申请指定遗产管理人。”第三，规定了遗产管理人的职责。第四，规定了遗产管理人应承担的民事责任。第五，规定了遗产管理人的报酬请求权。上述规定，填补了《继承法》未确立遗产管理制度的立法欠缺，明确了遗产管理人的产生路径、争议解决程序、职责内涵、过错责任的承担以及报酬请求权，实现了遗产管理的制度化、规范化，在避免遗产毁损、保证遗产安全的同时，贯彻了权利与义务相统一的原则。

（二）《民法典·继承编（草案）》的不足

《民法典·继承编（草案）》呈现出的立法理念更新、制度完善优势令人欣喜，但其依然存在制度欠缺与规范不足。对制度欠缺与规范不足的审视，源于对《民法典·继承编》的终极期待。即其编纂应实现“六个统一”——科学性与严谨性的统一，全面性与适用性的统一，规范性与人文性的统一，价值性与塑造性的统一，理论性与实践性的统一，宣示性与保护性的统一。

1. 立法思路积习

《民法典·继承编（草案）》显现出对以往立法思路的延续。即囿于“宜粗不宜细”立法原则的影响，《民法典·继承编（草案）》的拟定，仅对民众反映强烈的继承诉求予以部分回应 — —结合司法实践经验，对《继承法》进行适当的修改与完善，以达到对《继承法》 “不大变、不大改、维护原有立法现状”的目的。而“宜粗不宜细”立法原则的影响与适用，将导致《民法典》以及《民法典·继承编》编纂的局限与欠缺。即《民法典》内在体系与外在联系的逻辑冲突、制度欠缺、规范遗漏、表述牵强。例如， 《民法典（草案）》的立法体例表现出“重财产、轻人身”的特点；《民法典·继承编（草案）》在经过一审稿、二审稿的拟定、修改后，依然存在制度、规范的欠缺，无以形成科学、严谨、全面、系统的继承法律制度体系。即《民法

典·继承编（草案）》对二审稿和一审稿的修改与完善仅为规范表述严谨性、逻辑关系统一性、法律术语同一性的改观，至于制度补益与规范完善、体系调整与结构修复依然没有实现。具体言之，《民法典·继承编（草案）》与一审稿、二审稿的变化、差异、沿袭主要体现在以下方面：一是规范表述严谨性的变化。《民法典·继承编（草案）》第 1119 条关于继承编适用的规定，由“因继承产生的民事关系，适用本编。”修改为“本编调整因继承产生的民事关系”。该规定可与《民法总则》第 1 条和第 11 条相衔接。二是逻辑关系统一性的变化。《民法典·继承编（草案）》第 1139 条关于公证遗嘱仅保留了第 1 款规定 ——“公证遗嘱由遗嘱人经公证机构办理。”删除了一审稿中的第 2 款规定 ——“公证机关办理遗嘱公证，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。”因为，订立公证遗嘱应遵循《遗嘱公证条例》的有关规定，《民法典·继承编》对其订立的要件与程序无须重复规定。而《民法典·继承编（草案）》第 1147 条有关遗产管理人职责的规定，则由原来一审稿中的四项规范增加为六项规范，补充、完善了遗产管理人的职责要求。三是法律术语同一性的改观。《民法典·继承编（草案）》第 1142 条第 2 款关于撤回遗嘱，由其一审稿中的原规定“立遗嘱后，遗嘱人实施与遗嘱内容相反行为的，视为对遗嘱相关内容的撤回”，修改为“立遗嘱后，遗嘱人实施与遗嘱内容相反的民事法律行为的，视为对遗嘱相关内容的撤回”。体现出与《民法总则》“民事法律行为”术语使用的同一性。

2. 立法欠缺依然

《民法典·继承编（草案）》的发布，意味着《民法典》编纂进程的推进，但其立法欠缺尚需关注。一是存在立法盲点。《民法典·继承编（草案）》依然欠缺如下制度：法定继承一章欠缺第三顺序继承人、特留份等规定；遗嘱继承和遗赠一章欠缺共同遗嘱、后位继承、补充继承、继承扶养协议等规定；遗产的处理一章欠缺遗嘱执行人、归扣等规定。二是存在立法反弹。《民法典·继承编（草案）》第 1138 条有关口头遗嘱的规定存在立法技术倒退。即由一审稿中的“危机情况解除后，遗嘱人能够用书面或者录音录像形式立遗嘱的，所立口头遗嘱经过三个月无效”，倒退为“……，……，所立口头遗嘱无效。”其删除了“三个月”的规定，丧失了制度规范的完善性。至于“有的常委提出，三个月期限的起算点不明确，且口头遗嘱仅在危机情况下才适用，危机情况消除后，遗嘱人已能够用其他形式立遗嘱，所立口头遗嘱即应无效，不必规定三个月的期限”的观点，需要分析与商榷。三是存在立法重复。《民法典·继承编（草案）》第 1127 条关于继承人范围及继承顺序的规定，重又增加了对子女、父母、兄弟姐妹的种类解释。而该解释实际上是对《继承法》第 10 条第 3、4、5 款的沿用与修改，不仅与《民法典·婚姻家庭编》有关亲属关系种类的界定重复，而且画蛇添足、越俎代庖。至于“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”的理由，不能成立。因为，《民法典》编纂的科学性、系统性、协调性，在于其各编的制度衔接与规范统一。《民法典·婚姻家庭编》中有关亲属的分类与界定，应成为《民法典·继承编》中有关亲属的分类与界定的前提与基础。

二、制度补益路径

2019 年 12 月 16 日，《民法典（草案）》已提交全国人大常委会审议。其《民法典·继承编（草案）》与《民法典·继承编（草案）》二审稿基本同一。基于《民法典》科学化、系统化的编纂追求，《民法典·继承编（草案）》仍须在客观斟酌各方意见的基础上，实现其编纂的严谨、规范、科学与系统。

（一）弥补立法盲点

《民法典·继承编（草案）》在“遗产的处理”一章，规定了遗产管理制度，实现了遗产管理制度的基本框架设计——遗产管理人的产生路径与推选程序、争议的解决路径与程序方法、职责、民事责任承担、报酬请求权，填补了我国《继承法》的制度空白，但其尚有立法盲点需要完善。

1. 增加遗嘱执行人制度

《民法典·继承编（草案）》第 1145 条规定了遗产管理人的产生路径及推选程序。该规定既体现出对遗嘱人的意思自治、继承人意愿的高度尊重，也体现出对继承人权益的充分保障及对遗产管理的职责担当。然而，“遗嘱执行人”这一规范用语，仅在第 1133、1145、1150 条规范中有所提及，寻遍《民法典·继承编（草案）》全文尚无遗嘱执行人的制度建构，难以形成遗嘱执行人与遗产管理人的制度衔接与规范互补。如此立法，或许是无须赘述，或者仅为原则规定，但遗嘱执行人是否适格，法律地位如何，任命、就任、辞任、解任、职责、共同执行、报酬等如何处理，尚需明确。故《民法典·继承编（草案）》应增加有关遗嘱执行人的相关规定。

首先，应明确遗嘱执行人的产生路径与资格要件。即“遗嘱人可以在遗嘱中指定遗嘱执行人，也可以委托他人指定。受托人应当在遗嘱开启后十日内指定遗嘱执行人，并通知已知的遗产承受权利人和其他利害关系人。遗嘱未指定遗嘱执行人，又未委托他人指定的，由继承人协商选定。不能达成一致意见时，由全体完全民事行为能力继承人担任遗嘱执行人。无民事行为能力人、限制民事行为能力人不得担任遗嘱执行人”。上述规定的意义有二：一是弥补立法盲点。即遗嘱执行人是遗嘱执行中的重要主体。明确遗嘱执行人的产生路径与资格要件，有助于指定、选任适格的遗嘱执行人履行遗嘱执行职责。如《巴西新民法典》第 1976 条规定：“遗嘱人可任命一个或数个共同或单独履职的遗嘱执行人，托付他们执行遗嘱条款。”《葡萄牙民法典》第 2320 条规定：“遗嘱人得指定一人或多人负责监督其遗嘱之履行，或负责执行遗嘱之全部或部分内容；此即为遗嘱之执行。”其第 2321 规定：“一、在法律上具有完全民事行为能力之人方得被指定为遗嘱执行人。二、被指定之人得为继承人或受遗赠之人。”此外，《日本民法典》第 1006 条、第 1009 条、第 1010 条，我国台湾地区“民法·继承编”第 1209 条、第 1210 条、第 1211 条，也有类似规定。二是节约继承成本。围绕遗嘱执行人的产生、选任、资格等，各国继承立法的规定有所不同。如德国，由遗产法院来任命；日本，由家庭法院根据利害关系人的请求来选任遗嘱执行人。在我国，通过遗嘱人指定或由继承人协商确定遗嘱执行人，既可尊重遗嘱人的意愿，又可保障继承人的继承权益；同时，可以节省司法资源、继承成本。三是明确资格要件。围绕遗嘱执行人的资格，即遗嘱执行人应当具备的条件，各国继承立法均有限制性规定。《意大利民法典》第 701 条规定：“不得任命不具备完全民事行为能力之人为遗嘱执行人。可以任命某一继承人或者某一受遗赠人为遗嘱执行人。”《韩国民法典》第 1098 条规定：“无行为能力人及破产人不能成为遗嘱执行人。”《德国民法典》第 2201 条规定：“遗嘱执行人在须就职时系无行为能力人或限制行为能力人，或已依第 1986 条为处理其财产事务而获得一个照管人的，遗嘱执行人的任命不生效力。”《日本民法典》第 1009 条规定：“未成年人及破产人，不得担任遗嘱执行人。”《法国民法典》第 1025 条也有相关规定。除对无民事行为能力人、破产人等做出限制性规定外，继承人、受遗赠人等均可以担任遗嘱执行人。我国《继承法》第 16 条、《民法典·继承编（草案）》均未规定遗嘱执行人的资格要件，依据《民法总则》的相关规定，遗嘱执行人应为完全民事行为能力人。

其次，应明确遗嘱执行人的职责、地位及准用规范。即“遗嘱执行人应当严格依照遗嘱人的意愿，

忠实勤勉地执行遗嘱，使遗嘱内容得以实现。遗嘱执行人在执行遗嘱的职责范围内，视为继承人的代理人。遗嘱执行人的职责内容、辞任、解任、共同执行，准用遗产管理人的规定”。该规定的目的有二：一是明确遗嘱执行人的职责，即忠实勤勉地执行遗嘱。如《日本民法典》第 1012 条规定：“遗嘱执行人，在管理继承财产及其他执行遗嘱时，有为一切必要行为的权利义务。”《德国民法典》第 2203 条规定：“遗嘱执行人必须将被继承人的终意处分付诸实施。”二是明确遗嘱执行人的地位与性质。关于遗嘱执行人，我国《继承法》第 16 条第 1 款、《民法典·继承编（草案）》第 1133 条第 1 款仅规定：“自然人可以依照本法规定立遗嘱处分个人财产，并可以指定遗嘱执行人。”至于遗嘱执行人的地位与性质，并未明确。关于遗嘱执行人的地位与性质，各国(地区)继承立法的规定存在差异，学界争议的观点主要有两种：代理说和固有权说。代理说又分为三种观点：第一，被继承人代理说。即遗嘱执行人是遗嘱人的代表或代理人，其着重强调遗嘱执行人是依照遗嘱并以实现遗嘱的内容为目的而执行遗嘱的。故遗嘱执行人须忠实地执行遗嘱，受遗嘱人意思的约束。英、美、法等国是此种立法和学说的代表。如《法国民法典》第 1033 条第 3 款规定：“遗嘱执行人承担一个无报酬的委托代理人应付的责任。”第二，继承人代理说。即遗嘱执行人是继承人的代理人，其着重强调遗嘱人死亡后不再是民事权利主体，代理关系不能发生，遗嘱执行人不能成为遗嘱人的代理人。若继承开始时，遗产已归属继承人所有，遗嘱执行人则实际上是代理继承人处分遗产、执行遗嘱。日本、韩国、我国台湾地区等采此种立法例和学说。如《韩国民法典》第 1103 条第 1 款规定：“被指定或选任的遗嘱执行人，视为继承人的代理人。”我国台湾地区“民法·继承编”第 1215 条规定：“遗嘱执行人有管理遗产，并为执行上必要行为之职务。遗嘱执行人因前项职务所为之行为，视为继承人之代理。”第三，遗产代理说。即遗嘱执行人是遗产的代理人，其着重强调将遗产视为特别财产，遗产的地位与法人相同，属于无权利能力的财团。固有权说认为，遗嘱执行人执行遗嘱的权利，是其固有的。具体又分三种观点：第一，机关说。即遗嘱执行人是维护遗嘱人利益和实现遗嘱人意思的机关。第二，限制物权说。即遗嘱执行人是遗嘱人的限制的承继人或受托人，其在遗产上享有限制物权。第三，任务说。即遗嘱执行人如同破产管理人，在任务上具有独立的法律地位。德国判例采此观点，日本也有此主张。上述观点各有优势与不足。而将其视为继承人的代理人，有助于遗嘱执行人享有权利、承担义务，并在遗嘱人指定的遗产范围内，以自己的名义独立地为法律行为或为诉讼行为；并有权在执行遗嘱时，排除包括继承人在内的其他人的妨碍和干涉，以便遗嘱的顺利执行。因为，继承开始后，遗嘱人的主体资格已经消灭，遗嘱执行人的行为后果由继承人承担，故将其视为继承人的代理人较为妥当。三是明确遗嘱执行人的准用规范。由于遗嘱执行人的职责、职责的产生、辞任、解任、共同执行、报酬等，均与遗产管理人相同或相似，为避免规范重复，可准用遗产管理人的有关规定。该规定可与《民法典·继承编（草案）》第 1146 条至第 1149 条有关遗产管理人的指定、职责、责任承担、报酬的请求等规范相衔接。如《意大利民法典》在遗嘱继承一章以专节的形式规定了遗嘱执行人，即其第 700 条至第 712 条集中规定了遗嘱执行人的任命权和替补权、任职资格、就任与辞任、职责、报酬等。《韩国民法典》第 1104 条规定：“遗嘱人未于遗嘱中规定该执行人的报酬时，法院可斟酌遗产的状况及其他情况做出裁定，确定被指定或选任遗嘱执行人的报酬。遗嘱执行人有报酬的，准用第 686 条第 2 款、第 3 款的规定。”其第 1107 条规定：“遗嘱执行相关费用，从继承财产中支付。”《意大利民法典》第 711 条规定：“遗嘱执行人的职务是无偿的。然而，遗嘱人可以为遗嘱执行人确定报酬，该项酬金由遗产承担。”

再次，应明确遗嘱执行人职责履行的妨碍排除。

即“遗嘱执行人执行遗嘱期间，继承人不得处分与遗嘱有关的遗产，不得妨碍遗嘱执行人执行职务”。上述规定的动议有二：一是明确继承人处分遗产的限制。即遗嘱执行人执行遗嘱期间，对与遗嘱有关的遗产的处分权转由遗嘱执行人享有，故继承人无权做出遗产处分的妨碍行为。二是明确遗嘱执行人职责履行的妨碍排除。为保障遗嘱执行人如期、顺利地履行职责，应赋予其遗嘱执行的妨碍排除请求权，以实现遗嘱人的意志、维护继承人及利害关系人的权益。如我国台湾地区“民法·继承编”第 1216 条规定：“继承人于遗嘱执行职务中，不得处分与遗嘱有关之遗产，并不得妨碍其职务之履行。”《日本民法典》第 1013 条规定：“有遗嘱执行人时，继承人不得为妨碍继承财产的处分及其他遗嘱之执行的行为。”《德国民法典》第 2211 条规定：“（1）继承人不得处分遗嘱执行人所管理的遗产标的。（2）准用对从无权利人处取得权利的人有利的规定。”这些规定，对于增补、完善遗嘱执行人制度，具有立法意义与司法功效。诚如《墨子·天志上》载：“天下有义则生，无义则死；有义则富，无义则贫；有义则治，无义则乱。”

2. 规定遗产清单制度

《民法典·继承编（草案）》第 1147 条第 1 项规定，遗产管理人应当履行“清理遗产并制作遗产清单”的职责。但有关遗产清单的制作规范，《民法典·继承编（草案）》尚未规定。遗产清单制度的规范欠缺，既不利于实现遗嘱人的意思表示，也不利于保障继承人及利害关系人的相关权益，更不利于实现《民法典·继承编》编纂的科学性、严谨性和完备性。因为，制作遗产清单是遗产管理人的重要职责之一。通过遗产清单的制作，可以查清遗产的范围与负债状况，为遗产债务的清偿与遗产的分割提供财产的边界与保障。故《民法典·继承编（草案）》应增加遗产清单的规范制度，以弥补现有立法盲点。

首先，应明确制作遗产清单的主体与程序。即“遗产管理人应当在就任后六个月内编制遗产清单并进行公证。没有遗产管理人的，继承人应当在知道继承开始后六个月内编制遗产清单并进行公证”。该规定的意义在于：一是界定遗产清单的制作主体，即遗产管理人。若无遗产管理人，则由继承人制作遗产清单。明确遗产清单的制作主体，吻合遗产管理人的职责要求，也便于确定遗产管理人并督促其履行职责，避免遗产清单制作主体的缺位。《阿根廷民法典》第 3366 条规定：“自利害关系人在裁判上进行催告之时起，继承人如果未在 3 个月的期限内制作遗产清单，则丧失清单利益。清单被制作后，继承人可在 30 天的期限内抛弃遗产；此项犹豫期限届满后，则视之为附清单利益的继承人。”二是界定遗产清单的制作程序。制作遗产清单，应在遗产管理人就任或继承人知道继承后的六个月内并经公证程序完成。该时间限制与公证程序要求，可保障遗产清单制作得及时、真实、全面，也便于继承人及利害关系人对遗产清单制作过程进行客观性、公正性的关注与监督；既可满足遗产债权人对遗产范围的了解与掌握，保障遗产与继承人的财产相分离，也可以有效避免继承人或存有遗产的人对遗产的隐匿与侵吞，维护继承人、遗产债权人及其他利害关系人的权益。《埃塞俄比亚民法典》第 1005 条关于遗产的组成明确规定：“（1）清算人得在死者死亡之日起 40 天内，通过编制财产清单确定遗产的组成。（2）一经发现其他财产，必要时，得在发现后的 15 天内编制补充说明。”其第 1006 条则规定了财产的估价：“（1）遗产的每个组成部分，无论是资产还是负债，都得由清算人在上述期间初步估价。（2）必要时，估价得在专家的协助下进行。”《阿根廷民法典》第 3370 条规定：“财产清单的制作，应在公证人和两名证人面前，对到场的受遗赠人和债权人进行听证后为之。”上述规定在明晰遗产的范围与边界、种类与价值等方面具有积极意义。正如哲人所述：“实于为善，实于不为恶，便是诚。”

其次，应明确遗产清单异议的处理程序。即“对

遗产清单有合理异议的利害关系人可以要求由专业机构对遗产清单进行复核。异议不成立的，由该利害关系人承担复核费用”。该规定的目的有二：一是回应有关遗产清单的异议。尽管遗产清单担负着明晰遗产的边界、锁定继承人清偿遗产债务范围的功能，但由于其是由遗产管理人或继承人单方面制作的，易于引发继承人、债权人及其他利害关系人的关注、审视与异议——针对遗产清单制作的准确性、完整性、客观性、充分性的质疑。故确立遗产清单异议制度，允许相关利害关系人对遗产清单提出异议，才能及时发现遗产清单制作的瑕疵并予以纠正，才能保障各方当事人的利益公平。二是明确遗产清单异议的复核。遗产清单制作得准确、公正，是公平保障各方当事人利益的前提与基础。允许利害关系人或由有关机构对遗产清单进行复核，才能明晰遗产的范围、种类、性质、状况与价值，便于继承人、债权人及利害关系人主张权益、承担责任。《阿根廷民法典》第 3371 条规定：“继承人附带清单利益而承认遗产后，对于遗产债务和遗产负担，仅在已受领的财产的价值范围内负有义务。其财产不和死者的财产发生混同，并且该继承人可以作为其他任何债权人而对遗产主张自己的债权。”其第 3381 条规定：“债权人和受遗赠人获得清偿后，所余的财产应被返还给附清单利益的继承人。”《埃塞俄比亚民法典》第 1009 条规定：“（1）在完成对遗产的最终分割前，第 1008 条规定的人可要求修改清算人对财产做出的初步估价。（2）如果发现初步估价有错误，专家估价的费用得由遗产承担。（3）在其他情形，有关费用得由导致该费用发生的人承担。”上述有关遗产清单制作的程序规定，因国度不同其制度设计也有所不同，但其立法目的具有同一性。即程序正义意在保障实质正义；他律意在实现自律。即“道之以德，齐之以礼，有耻且格”。

（二）增加配套措施

《民法典·继承编（草案）》在对遗产管理制度进行补益规定后，虽初步实现了立法盲点的弥补，但依然欠缺相关配套措施。为构建严谨、系统、适用的遗产管理制度，《民法典·继承编（草案）》尚需增加相关配套措施，以丰富、完善遗产管理的制度架构。

1. 规定遗产的临时保管

自继承开始至遗产管理人就任前，遗产处于无遗产管理人占有、管控的状态。为确保遗产的安全与稳定，填充无遗产管理人的时态与空间，须建立遗产的临时保管制度，以明确遗产临时保管人的确定、职责与义务。即“继承开始后，遗产的占有人应当妥善保管遗产，任何人不得侵吞或者争抢。财产由被继承人生前自己占有的，继承开始后，知道被继承人死亡的继承人或无因管理人可以对遗产进行临时保管。临时保管人负有向遗嘱执行人、遗产管理人报告和应遗嘱执行人、遗产管理人的要求移交遗产的义务。遗产占有人在紧急情况下，为保存遗产价值而进行处分的，事后应当及时通知继承人和遗产管理人，并将所得价款移交遗产管理人”。该规定的价值在于：一是延续并完善遗产妥善保管规范。我国《继承法》第 24 条规定：“存有遗产的人，应当妥善保管遗产，任何人不得侵吞或者争抢。”《民法典·继承编（草案）》第 1151 条则基本沿袭了《继承法》第 24 条规范。依该规范，存有遗产的人，既可以是继承人、受遗赠人，也可以是遗产的临时管理人或管理人。而明确遗产的临时管理人或管理人的职责，才能督促存有遗产之人自觉履行遗产保管职责，避免侵吞或争抢遗产，维护遗产的管理秩序。二是明确遗产占有人向遗产管理人履行报告、移交遗产的义务。该义务的履行，既有助于遗产管理人清晰、明确地掌握遗产状况；也有助于遗产管理人及时履行遗产管理职责。《韩国民法典》第 1022 条规定：“继承人应以对其固有财产的相同注意，管理遗产。但单纯承认或放弃时，不在此限。”《日本民法典》第 918 条也有类似规定。三是赋予遗产占有人为保存遗产价值而为临时处分遗产的权利。即遗产占有人在紧急情况下对遗产进行相应

处分，须以保存遗产价值为必要。在为必要处分后，应及时通知继承人和遗产管理人，并移交相关款项。《韩国民法典》第 1023 条规定："1. 法院可根据利害关系人或检察官的请求，命令实施为保存遗产所必要的处分。2. 由法院选任遗产管理人时，准用第 204 条至 206 条的规定。"《德国民法典》第 1959 条，《俄罗斯联邦民法典》第 1172 条第 4 款、第 5 款及第 1173 条也有相关规定。四是可实现遗产的临时管理人与管理人之间的制度衔接与规范衔接，避免出现制度真空或规范空白，以充分维护继承人和利害关系人的利益。制度的完善是权益保障的基础。

2. 规定遗产管理人的辞任与解任

《民法典·继承编（草案）》在遗产的管理一章，虽规定了遗产管理人的选任、争议的解决、职责及责任的承担，但却未规定遗产管理人的辞任与解任。为实现遗产管理制度设计的系统性与闭合性，应明确规定遗产管理人的辞任与解任。即"继承人以外的人不愿意担任遗产管理人的，可以辞任。辞任的意思表示应当向继承人做出。指定的遗产管理人不得辞任。遗产管理人怠于履行职责或不当履行职责的，继承人可以解任或者请求人民法院解任遗产管理人。受遗赠人、遗产债权人或其他利害关系人可以请求继承人或人民法院解任遗产管理人"。该规定的意义在于：一是规范遗产管理人的辞任及其程序。《民法典·继承编（草案）》第 1147 条规定了遗产管理人所担负的遗产管理职责，其第 1149 条规定了"遗产管理人可以依照法律规定或者按照约定获得报酬"。基于意思自治、职责履行和报酬确定等原因，遗产管理人享有辞任的权利。由于遗产管理人被视为继承人的代理人，故其辞任的意思表示应向继承人做出。《葡萄牙民法典》第 2085 条规定："一、在下列任一情况下，待分割财产管理人得随时推辞其职务：a）年满 70 岁；b）因患病而不能适当履行职务；c）其居住在对财产清册程序有管辖权之法院所在地以外之区域；d）履行待分割财产管理人之职务与其担任之公职有抵触。二、本条规定，不影响当事人接受遗嘱执行人一职并因而担任待分割财产管理人之职务之自由。"《法国民法典》第 812-6 条（2006 年 6 月 23 日第 2006-728 号法律第 1 条）规定："受托人只有事先向有利益关系的继承人或者他们的代理人通知其决定，才能放弃继承履行其接受的委托。除受托人与有利益关系的继承人之间另有协议之外，受托人所表示的放弃委托在上述通知之后 3 个月生效。受托人的报酬采用本金形式支付时，得返还其受领的全部或部分款项之义务，且不影响损害赔偿。"二是规范遗产管理人的解任及其程序。遗产管理人应忠实勤勉地履行职责，怠于或不当履行职责，将损害继承人及利害关系人的利益，影响继承秩序的稳定。为此，应明确界定遗产管理人解任的法定情形。《葡萄牙民法典》第 2086 条规定："一、在下列任一情况下，得将待分割财产管理人撤职，且不影响按有关情况可能适用之其他制裁：a）故意隐瞒遗产中之财产或死者所作赠与之存在，又或故意指出不存在之赠与或负担；b）未以谨慎及认真之态度管理遗产中之财产；c）在财产清册程序中，不履行诉讼法对其规定之义务；d）表现出不能胜任该职务。二、任何利害关系人，又或主参与之检察院，均有正当性请求将待分割财产管理人撤职。"《法国民法典》第 812-7 条、813-7 条（2006 年 6 月 23 日第 2006-728 号法律第 1 条）也有相关规定。

3. 规定共同遗产管理人

共同遗产管理人，是遗产管理制度中的重要组成部分。为协调遗产的共同管理行为，《民法典·继承编（草案）》应增加遗产共同管理规范。即"数个遗产管理人共同管理遗产的，对遗产通常管理所采取的必要措施，各遗产管理人负有协助义务。对遗产管理行为有分歧的，应当经半数以上继承人同意。但遗嘱执行人担任遗产管理人而遗嘱另有指示的，或为保护遗产采取必要措施的除外。" 该规定

的目的在于：一是协调遗产共同管理行为。即遗产的共同管理人在履行管理职责时应负相互协助的义务，以确保遗产共同管理职责的顺畅履行。二是规范遗产共同管理行为分歧的处理。在遗产管理中，共同管理人除应负相互协助义务外，尚需明晰管理分歧的处理办法与解决程序，并明确遗产保护的除外规定。《日本民法典》第 1017 条规定："（一）遗嘱执行人有数人的情形，其任务的执行以过半数决定。但是，遗嘱人在其遗嘱中表示特别意思时，从其意思。（二）虽有前款规定，各遗嘱执行人也可以进行保存行为。"《巴西新民法典》第 1986 条规定："如同时有一个以上的都接受了职务的遗嘱执行人，在他们中的一些人阙如时，其他每个都可以执行遗嘱；但所有的人连带地对托付给他们的财产负责，每个人根据遗嘱履行不同职能的，仅对自己职责范围内的事负责的，除外。"《意大利民法典》第 708 条规定："在数名应当共同执行职务（参阅第 700 条）的遗嘱执行人就某项职务行为意见不一致的情况下，由司法机关做出决定，必要时，可以听取继承人的意见。"其第 709 条第 3 款规定："在有数名遗嘱执行人的情况下，他们就共同管理行为（参阅第 1292 条、第 2055 条）承担连带责任。"遗产的共同管理，在于各遗产管理人自觉地履行遗产管理义务并自发地遵循遗产共同管理的意志。而共同管理遗产的意志，既是每个遗产管理人的内在意志，也是遗产共同管理行为得以实施的前提和基础。

4. 规定禁止分割遗产的保全请求权

为弥补我国《继承法》欠缺禁止分割遗产的保全请求权的缺憾，更充分地保护遗产债权人的利益，《民法典·继承编（草案）》应补充规定："遗产债权人在债权没有得到清偿或继承人没有提供担保的情况下，可以向继承人、遗产管理人或人民法院请求禁止分割遗产而首先用于清偿遗产债权。"该规定的价值在于：一是保障遗产债权的实现。遗产债务的清偿，关涉遗产债权人的权益。《巴西新民法典》第 1821 条规定："应在遗产的价值范围内担保债权人请求清偿已得到承认的债权的权利。"《意大利民法典》第 530 条规定："保佐人在获得初审法院法官的准许之后，可以开始对遗产债务和遗赠进行清偿。如果债权人或受遗赠人对遗产清单主张异议（参阅第 2906 条），则保佐人不得进行清偿，而应当根据本法第 498 条及后条的规定对遗产进行清算。"二是界定遗产债务清偿与遗产分割的先后顺序。遗产的处理，应首先偿还遗产债务。而遗产债务清偿的先后顺序，对遗产债权人的保护意义不同。《阿根廷民法典》第 3474 条规定："不管是裁判上的分割还是裁判外的分割，均应分离足够的财产，以清偿遗产债务和负担。"《巴西新民法典》第 1997 条规定："遗产对死者的债务承担责任；但在进行分割后，每个继承人都按自己从遗产中获得的份额的比例对此承担责任。"当遗产不足以清偿全部遗产债务时，赋予遗产债权人禁止遗产分割的保全请求权，以确定先清偿遗产债务再分割遗产的程序规则，有助于保障并实现。《埃塞俄比亚民法典》第 1019 条规定："（1）清算人得偿付遗产的可要求之债，对此等偿付已提出反对，或遗产的资产明显不足以满足所有的债权人的，除外。（2）在这两种情形，他应遵守民事诉讼法典就债务人破产制定的规则。"其第 1022 条规定："为了支付遗产债务，清算人得首先使用他在遗产中发现的留存现金。"三是实现其与偿债规范的有机协调。《民法典·继承编（草案）》第 1159 条规定："分割遗产，应当清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务。但是，应当为缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留适当的遗产。"若遗产债权没有得到清偿，遗产债权人有权行使禁止分割遗产的保全请求权。

三、规范精进表达

《民法典·继承编（草案）》在进行立法盲点补益的同时，尚需实现规范的精进表达。规范精进表达，是实现继承立法严谨性、科学性、系统性的基础和前提。因为，"一个概念的技术含量越高，

它就越远离日常生活而成为高度专门化的法律概念”。而民法典则“是实现法治追求的主要途径。现代民法以形式合理性作为贯穿民法制度设计始终的基本宗旨”。

（一）秉持立法传统

《民法典·继承编》在编纂进程中，应追求并实现继承立法的公开性、自治性、普遍性、层次性或道德性、确定性、可诉性、合理性和权威性，这是继承立法现代化的基本要求。

1. 完善遗产范围

现行《继承法》第 3 条以例示制的形式规定了遗产范围，从而明确了遗产的界定及其种类。此种立法方式在体现遗产的财产性、特定性、合法性和时间性的同时，也展现了 20 世纪 80 年代我国民众在改革开放之初所拥有的财产类型。司法实践表明，例示制的遗产范围界定，体现了立法的明确性与司法的适用性的有机统一；在传播保护公民私有财产继承权理念的同时，明确了遗产继承的范围，便于被继承人生前处分财产、继承人依法继承遗产。伴随时代变迁、经济发展、财富积聚、文化多元，自然人的财产种类、继承观念、法律意识、维权路径等日益丰富、更新、提升、拓展。如何完善、规范遗产范围，成为《民法典·继承编》“一般规定”中的重要内容之一。然而，《民法典·继承编（草案）》第 1122 条仅对遗产进行了原则界定：“遗产是自然人死亡时遗留的个人合法财产，但是依照法律规定或者根据其性质不得继承的除外。”其概括式的立法模式，无以明晰遗产的具体范围。为发扬《继承法》有关遗产范围界定的立法传统，应对遗产范围进行例示制的规定：“遗产是被继承人死亡时遗留的个人财产，包括：（一）被继承人享有的财产所有权、用益物权、担保物权和占有；（二）被继承人享有的债权、债务；（三）被继承人享有的知识产权、股权、合伙权益中的财产权益；（四）因自然人死亡而获得的补偿金、赔偿金等，法律另有规定者除外；（五）非专属于被继承人的其他财产权益。”上述规定的功能在于：一是明确遗产的含义。即法律未禁止继承的，即可作为遗产继承。二是明晰遗产的种类。通过对《继承法》第 3 条规定的拓展与增补，界定可继承遗产的种类与范围，可顺应民众的思维习惯，丰富和完善我国的遗产范围立法。三是秉持我国的遗产立法传统。以例示制确定遗产的范围与种类，并非我国独创，《俄罗斯联邦民法典》第 1112 条，《埃塞俄比亚民法典》第 827、828 条也采用此种立法模式。《葡萄牙民法典》第 2069 条规定：“遗产包括：a）以直接交换方式取代遗产中某些财产之财产；b）转让遗产中之财产所得之价金；c）以遗产中之金钱或有价物取得之财产，且相关金钱或有价物在取得文件中有所提及者；d）分割遗产前所收到之孳息。”《越南民法典》第 634 条规定：“遗产包括被继承人个人所有的财产，共有财产中属于被继承人的部分。”

2. 完善法定继承顺序

《民法典·继承编（草案）》第 1127 条关于法定继承顺序的规定，延续了我国《继承法》第 10 条规范。虽秉持了继承立法理念，但其应在顺应人口结构变化的同时，实现继承立法主义——“亲属继承限制主义”的缓解。即由继承人范围较窄、继承顺序较少向继承人范围适度拓展、继承顺序适当拓宽转变。伴随“二孩政策”的实施、旁系血亲关系的多元、人口寿命的增长、家庭扶养义务的履行，应当在第二顺序继承人中增加孙子女和外孙子女。同时，增加第三继承顺序，即将“四代以内的其他直系或者旁系血亲增加为第三顺序继承人，以发挥遗产的扶弱济困功能。”第三顺序继承人包括如下亲属：曾祖父母、外曾祖父母、伯、叔、姑、舅、姨、堂兄弟姐妹、表兄弟姐妹、侄子女、甥子女、曾孙子女、外曾孙子女。该规定的初衷在于：一是赋予孙子女、外孙子女以法定继承人的地位。依我国《继承法》第 10 条及《民法典·继承编（草案）》第 1127 条规定，孙子女、外孙子女并未规定在法

定继承顺序之中；另据我国《继承法》第 11 条及《民法典·继承编（草案）》第 1128 条第 1 款规定，孙子女、外孙子女为代位继承人。如果孙子女、外孙子女欠缺成为法定继承人的条件，则其不能成为代位继承人；如果代位继承的法定事由仅限于“被继承人的子女先于被继承人死亡”，那么，当被代位人放弃或被剥夺继承权且或其尚生存时，其子女即孙子女、外孙子女则不能成为代位继承人或法定继承人。若在继承开始时无第一及第二顺序的法定继承人，遗产将成为“双无”遗产。而将其增补为第二顺序法定继承人，既可赋予其独立的法定继承人地位，也可避免遗产成为“双无”遗产。同时，还可兼顾我国《婚姻法》第 28 条及《民法典·婚姻家庭编（草案）》第 1074 条有关祖孙之间抚养和赡养的有关规定，体现权利与义务相一致的原则。如《越南民法典》第 676 条规定：“1. 法定继承人依继承顺序规定如下：（1）第一继承顺序包括：夫妻、生父母、养父母、生子女、养子女；（2）第二继承顺序包括：祖父母、外祖父母、同胞兄弟姐妹、孙子女、外孙子女；（3）第三继承顺序包括：曾祖父母、外曾祖父母、亲伯叔姑舅姨、亲侄子女、亲外甥子女、亲曾孙子女。2. 同一顺序之继承人享有平等的继承权。3. 后一顺序继承人只有在前一顺序继承人因死亡、丧失继承权、被剥夺继承权或抛弃继承权而不存在时，才享有继承权。”二是确保遗产在一定范围的亲属之间移转。增加第三顺序继承人，既符合我国的继承传统，也可避免遗产成为无人继承又无人受遗赠的财产。从继承立法例看，多数国家规定了三个以上的法定继承顺序。如《韩国继承法》第 1000 条明确规定：被继承人的直系卑亲属、直系尊亲属、兄弟姐妹、四亲等以内的旁系血亲，分别是第一至第四顺序的法定继承人。三是调动赡老扶幼的积极性。直系血亲间的抚养与赡养，符合代际伦理，也符合基于扶养而引发的继承关系的确定依据。至于兄弟姐妹以外的旁系血亲间的继承关系的确定，则可通过遗产继承实现赡老扶幼的目的，弥补社会救助体系不健全的缺憾。《葡萄牙民法典》第 2133 条规定：“一、可继承遗产之人依下列顺序而被赋权继承：a）配偶及直系血亲卑亲属；b）配偶及直系血亲尊亲属；c）兄弟姐妹及其直系血亲卑亲属；d）四亲等内之其他旁系血亲；e）国家。”《埃塞俄比亚民法典》第 842—848 条也有相似规定。法定继承顺序，既是遗产继承的先后次序，也是法定继承人亲疏远近的伦理顺序。该伦理顺序，彰显亲属之间的道德地位、生活价值、行为判断、代际关系及规范选择。

（二）澄清立法歧义

《民法典·继承编》在编纂进程中，基于立法公开性、自治性的要求，广泛吸纳了社会各界尤其是全国人大代表的立法建议，有关建议对于进一步完善继承制度、丰富继承规范、实现立法目的、凝练立法价值具有积极意义。然而，如何在《民法典·继承编》编纂进程中甄别观点建议，去粗取精、去伪存真，则是继承立法必须面对的问题与挑战。

1. 规定口头遗嘱的形式要件

我国《继承法》第 17 条第 5 款规定了口头遗嘱。其在丰富我国法定遗嘱形式的同时，也为自然人在危急情况下订立遗嘱提供了便利。然而，何谓“危急情况”，如何界定“危急情况解除后”，《继承法》以及《继承法》司法解释均未予以明示。而该问题则成为法学界、实务界多年来充满疑虑且持续探讨的焦点。如有观点认为，“危急情况”，“一般是指遗嘱人生命垂危、参加前线作战、围剿罪犯、从事排险工作、或者发生意外灾害等紧急情况”。至于“危急情况解除后”的多长时间内口头遗嘱失效或口头遗嘱的有效期如何确定，观点纷纭。

及至《民法典·继承编》的编纂，围绕口头遗嘱形式要件的立法完善，法学界、实务界纷纷献计献策。然而，仅就《民法典·继承编（草案）》一审稿第 917 条与《民法典·继承编（草案）》第 1138 条规定比较而言，其口头遗嘱形式要件的立法则发生了较大变化，即由最初的“……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”转变为“……所立的口头遗嘱无效”。该转变除增加了录像形式之外，又回复至《继承法》第 17 条的原规定。尽管全国人大法工委就上述立法的转变阐明了观点和理由，但其不足以回应遗嘱形式立法完善的质询以及解决遗嘱纠纷的司法实践需要。为此，《民法典·继承编（草案）》应保留或回归一审稿第 917 条的原规定。理由如下：一是弥补《继承法》有关口头遗嘱有效期的原则规定。由于《继承法》未明确规定口头遗嘱的有效期，司法实践对其争议较大，不利于遗嘱纠纷的顺畅解决。二是明确赋予口头遗嘱 3 个月的有效期。关于口头遗嘱的有效期，有关国家规定的期间有所不同。如《越南民法典》第 651 条规定：“1. 因疾病或其他原因导致生命濒临死亡，不能书写遗嘱的人，可以立口头遗嘱。2. 口头遗嘱自立成之日起满 3 个月，若立遗嘱人仍活着且神志清醒，则口头遗嘱自动失效。”其第 652 条第 5 款规定：“口头遗嘱应当是立遗嘱人最后的意思表示，并且至少有 2 人在场作证，证人随即笔录遗嘱内容并全体签名或盖指印，至此口头遗嘱方为合法。口头遗嘱立成之后 5 天内，应当办理公证或鉴证。”上述规定，既明确了口头遗嘱的有效期，也确立了口头遗嘱成立的形式要件，便于遗嘱人制作合法有效的遗嘱。《埃塞俄比亚民法典》第 892 至 894 条规定了口头遗嘱的形式、内容及制裁，并在第 902 条规定了口头遗嘱的失效。即“自订立口头遗嘱后 3 个月届满之日遗嘱人仍生存的，口头遗嘱失效。”《瑞士民法典》第 506—507 条规定了口述遗嘱的处分与记录，并在第 508 条规定了口头遗嘱的失效。即“被继承人事后得再采用其他方式订立遗嘱的，在新遗嘱订立二周后，口授遗嘱失效”。我国台湾地区“民法·继承编”第 1195—1197 条、《俄罗斯联邦民法典》第 1129 条、《德国民法典》第 2252 条也有相关规定。

2. 规定继承扶养协议的效力

《民法典·继承编（草案）》第 1158 条规定了遗赠扶养协议，即“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”。该规定与《继承法》第 31 条相比而言，不仅明确了扶养人的范围——继承人以外的组织或个人，也简化了遗赠扶养协议的规范表达。扶养人主体的确定性，将继承人与被继承人签订的继承扶养协议排除在外，也使其协议效力难以确定。为发扬赡老、扶老、助老、慰老的传统美德，调动继承人赡养扶助被继承人的积极性，明晰继承人与被继承人之间的权利与义务的内容与范围，界分各赡养人即各继承人之间的权利与义务的边界与范畴，应允许继承人与被继承人签订继承扶养协议。即被继承人可以与继承人订立继承扶养协议，由继承人承担比法定扶养义务更高的义务，并继承约定的遗产。违反继承扶养协议的继承人，除符合丧失继承权的条件外，仍享有继承权。该规定的立法动议在于：一是拓展和创新了遗赠扶养协议的立法传统，即围绕遗赠人或被继承人的扶养，建构了遗赠扶养协议与继承扶养协议并行不悖的双轨式的制度保障模式，有助于实现遗赠人或被继承人生养死葬的目的。二是明确了遗赠扶养协议与继承扶养协议的主要区别。就协议主体的身份而言，前者主体是遗赠人与继承人以外的扶养人或组织，后者主体是被继承人与继承人；就协议的权利与义务内涵而言，前者履行的是约定的生养死葬的义务，后者履行的是法定扶养义务以外的约定的生养死葬及其他义务；就协议的适用情形而言，前者适用于遗赠人欠缺扶养人的情形；后者适用于扶养人较多或推诿扶养义务的情形。三是实现了继承立法的本土超越。我国《继承法》及《民法典·继承编（草案）》均未规定继承契约，基于人口老龄化的发展趋势，在结合中华民族赡老扶弱传统的基础上规定继承扶养协议，有助于老年人的老有所养。尽管国外继承立法有关于继承契约的规定，但其内涵并不相同。例如，《瑞士民法典》第 494 条规定了指定继承人

契约及遗赠契约。即“（一）被继承人得以继承契约，承担使对方或第三人取得其遗产或遗赠之义务。（二）被继承人得自由处分其财产。（三）遗嘱或赠与，如与继承契约中被继承人所承担的义务不一致，得撤销之。”《德国民法典》第 1941 条也有相关规定。

《民法典·继承编》的编纂质量，关涉《民法典》的编纂质量。《民法典·继承编》的规范表达与制度设计，关涉继承诉求的实现、继承习惯的更新、继承观念的修正与继承文化的改革。只有矫正并弥补《民法典·继承编（草案）》与其一审稿和二审稿存在的立法反复、规范疏漏与制度欠缺，才能实现《民法典·继承编》编纂的科学化与系统化。而要实现《民法典·继承编》编纂的质量定位与价值目标，尚需制度补益与规范精进。古人云：“惟以改过为能，不以无过为贵。”

相关文章：

《民法典·继承编》的编纂理念与制度构想

原文刊发于《求是学刊》2020 年第 1 期第 88-103 页。为了阅读方便，省略了注释和参考文献。

“设置离婚冷静期是善意的提醒”，夏吟兰谈民法典婚姻家庭编草案

原创：2020-05-23 澎湃新闻　澎湃新闻记者 林平

https://mp.weixin.qq.com/s/RCRqQEqers8-pmuFbQJbBQ

历时五年编纂，中国即将迈入民法典时代。

编纂民法典是中共十八届四中全会提出的立法任务，这部被喻为社会生活百科全书的法典，影响着百姓生活的方方面面，事关私权保障和社会责任实现，备受瞩目。

民法典草案将提请十三届全国人大三次会议审议，新中国首部民法典呼之欲出，中国民法制度也将迎来民法典时代。民法典即将问世之际，澎湃新闻专访了中国政法大学教授、中国婚姻家庭研究会副会长夏吟兰，详析民法典婚姻家庭编草案的立法精神和特色。

据她观察，民法典编纂工作启动后，婚姻家庭编草案有关内容备受社会关注。在多次审议、征求意见上，这一草案就有关条款不断进行修改、完善，积极回应了时代需求与民众期盼。

比如，明确夫妻共同债务范围、完善婚姻撤销有关情形的规定、确立收养应当遵循最有利于被收养人的原则。夏吟兰指出，草案始终保持着对正确婚恋家庭观的引领，体现了立法的与时俱进、问题导向和对民意的尊重。

注重中国婚姻家庭文化特色和理念，强化未成年人等弱者利益保护

澎湃新闻：我国婚姻家庭立法迄今已走过整整 70 年。据您观察，婚姻家庭立法有何历程？

夏吟兰：1950 年，我国颁布的首部婚姻法确立“婚姻自由”“一夫一妻”“男女权利平等”等原则，奠定了我国婚姻家庭立法的基础；1980 年通过的新婚姻法将“感情确已破裂”作为离婚的条件，进一步明晰了“婚姻自由”概念和内涵；2001 年婚姻法大修，“禁止家庭暴力”“离婚救济制度”等内容，强化了对婚姻家庭中弱势群体的保护，是“男女权利平等”理念的继续发展。

从强调形式平等到关注实质平等，再到关照弱势群体利益，我国婚姻家庭立法不仅体现了社会发展进步，还始终保持着对正确婚恋家庭观念的引领。

自婚姻法颁布以来，我国婚姻家庭关系一直由多部法律调整，造成了婚姻家庭法律规范长期处于体系不完整、结构不统一、内容不协调的状态，而

2001 年修订婚姻法时遗留的问题及缺漏造成司法困惑与执法不一。因此，亟需在民法法典化进程中制定一部结构统一、体系完整、逻辑严密的婚姻家庭法。

澎湃新闻：此次民法典婚姻家庭编草案有何亮点和进步？

夏吟兰：2017 年开始编纂的《民法典婚姻家庭编（草案）》是民法典中的重要组成部分，是社会生活百科全书中的重要一编。此次编纂是在 2001 年《婚姻法（修正案）》以及 1998 年修订的《收养法》的基础上修改完善的，在体例上将收养法纳入婚姻家庭编，完成了婚姻家庭编内部体系的完整统一。

此次编纂在立法价值上特别注重体现具有中国婚姻家庭文化的特色和理念，重视婚姻家庭关系的人伦本质与人文关怀，维护婚姻家庭的伦理属性及团体价值，坚持将尊老爱幼，维护婚姻家庭关系的平等、互爱、和睦、诚信作为婚姻家庭立法的宗旨。同时，在具体规定中进一步强化对未成年人、老年人等弱者利益的保护，实现法律的实质正义。

民法典婚姻家庭编在一般规定中增设了“树立优良家风、弘扬家庭美德、重视家庭文明建设”的规定，强化社会主义核心价值观在婚姻家庭中的引领导向作用。增加了亲属、近亲属与家庭成员的概括性规定，划定了具有法律上权利义务关系的亲属的边界。在具体规定中修改禁止结婚条件，完善婚姻无效与可撤销制度；增加日常家事代理、婚内析产、夫妻共同债务的认定、登记离婚冷静期、亲子关系的确认与否认、离婚损害赔偿的兜底性规定；取消家务劳动经济补偿制度的适用前提、修改和完善了收养条件等社会上有需求、有呼声，司法实践中有判例、有解释的规定，有多项创新和亮点。

夫妻共同债务认定规则基本解决“被负债”问题，债务范围待厘清

澎湃新闻：民法典婚姻家庭编草案在征求意见过程中，有关夫妻共同债务问题最受关注。您怎么看？

夏吟兰：随着经济社会的进步，夫或妻与外部的财产联系变得日益频繁，夫妻财产的类型趋于多样与复杂化，夫妻财产法遂成为亲属财产法乃至婚姻家庭法的主要内容。然而，从修改的内容来看，涉及夫妻财产法的内容并不多，仅规定其他劳务报酬及投资收益属于夫妻共同财产、夫妻婚内分割共同财产的情形以及扩大离婚家务补偿的范围。

澎湃新闻：您此前曾建议民法典婚姻家庭编草案应明确规定哪些是夫妻共同债务，哪些是个人债务。目前，有关夫妻共同债务的规制是否已经得到厘清？

夏吟兰：近年来，夫妻债务如何认定一直是热点话题。夫妻共同债务的认定是此次婚姻家庭编立法过程中的热点、难点问题。2018 年 1 月最高人民法院在充分调研的基础上，根据婚姻法的相关规定，颁布了《关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》：夫妻双方共同签字或者夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的债务，应当认定为夫妻共同债务。夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务，债权人以属于夫妻共同债务为由主张权利的，人民法院应予支持。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。

经过反复讨论，婚姻家庭编草案最终将司法解释上升为法律，对如何认定夫妻共同债务作出了明确规定：“夫妻双方共同签字或者夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的债务，以及夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务，应当认定为夫妻共同债务；夫妻一方

在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务，不属于夫妻共同债务，但是债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外”。这一规定平衡了夫妻双方与债权人各方的利益，特别注意保护未举债一方（主要是女方）的权益，基本解决了司法实践中一方“被负债”的问题。

当然，我们也应当看到这一规定只是确立了对夫妻共同债务的认定规则，并没有真正解决夫妻共同债务的范围问题。对于认定为夫妻共同债务的清偿规则，仅规定了夫妻共同债务，应当共同偿还。对于共同财产不足清偿的，双方协议清偿，协议不成的，由人民法院判决。问题是人民法院依据什么判决，是由有清偿能力的一方承担清偿责任，还是由双方平均承担清偿责任？或者由以个人名义举债的一方承担清偿责任，未举债一方仅以夫妻共同财产承担清偿责任？这些问题仍然有待进一步深化研究，并在立法解释或司法解释中作出相应规定。

保障患有疾病的人结婚权利，明确赋予无过错方索赔权

澎湃新闻：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。一方患有重大疾病是否必然成为结婚的阻碍？

夏吟兰：在这一问题上，民法典婚姻家庭编草案作出了修改：尊重当事人的婚姻自主权。所谓疾病婚指的是患有医学上认为不应当结婚的疾病的人不能结婚。这在现行婚姻法中指的是禁止结婚的条件，此次修改时改为一方患有重大疾病的，应当在办理结婚登记之前告知对方。

根据新的规定，患有重大疾病的一方的告知义务非常重要，在其明知自己患有重大疾病，结婚登记前则应当履行告知义务。如果没有如实告知的，对方有请求人民法院撤销婚姻的权利。

换句话说，就是一方有重大疾病，对方又知情，其婚姻自由是受到保护的，如果一方患有重大疾病，但对方仍旧愿意与之结婚，这样的婚姻也是受法律保护的。所以，将疾病婚从禁止结婚改为可撤销婚姻，是为了保障那些患有疾病的人的结婚权利，保障他们的结婚自由。

澎湃新闻：此次婚姻家庭编还新增一款规定：婚姻无效或者被撤销的，无过错方有权请求损害赔偿。这意味着什么？

夏吟兰：如果有重大疾病没有告知对方，对方可以到法院请求撤销该婚姻，而且同时无过错方可以要求隐匿病情的一方损害赔偿。因为患病的一方明知自己有病而故意隐瞒，欺骗了对方，违反了民法的诚信原则，应当承担损害赔偿的民事责任。

根据现行法律，同居期间所得的财产，由当事人协议处理，协议不成的，由人民法院根据照顾无过错方的原则判决。对于无过错一方，除了可以适当多分财产外，婚姻家庭编草案还明确赋予了婚姻无效或者被撤销的无过错一方索赔权，无过错方有权要求过错方对其精神损害和财产损害予以赔偿。

规制婚内出轨等离婚损害赔偿纠纷，建议增设婚姻住所商定权

澎湃新闻：现实中，也有涉及到婚内出轨导致离婚的现象，受害方能否获得赔偿？如何处理婚内出轨引发的离婚损害赔偿请求？

夏吟兰：现行婚姻法规定，“有下列情形之一，导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿：（一）重婚的；（二）有配偶者与他人同居的；（三）实施家庭暴力的；（四）虐待、遗弃家庭成员的。”其中“有配偶者与他人同居的”，司法解释的判定标准是有配偶者与婚外异性，不以夫妻名义，持续、稳定地共同居住。也就是说，婚内出轨并不等同于同居，构不成同居的不包括在离婚损害赔偿范围内。

不过，在司法实践中，有的法院就对不构成同居的婚内出轨行为认定为过错，判决过错方给予损害赔偿。可类似情形下，也有不少法院依据现行婚

姻法的规定，驳回了无过错方的损害赔偿的请求。

对此，婚姻家庭编草案扩大了离婚损害赔偿范围，在现行法律“与他人同居”等四种情形基础上，增加了“有其他重大过错”的兜底性规定。所谓其他重大过错，可以包括婚内出轨，情节严重的情况。这有利于解决婚内出轨等离婚损害赔偿纠纷，法院基于自由裁量权判决支持无过错方损害赔偿的情况将会有所增加。

澎湃新闻：我们注意到，民法典婚姻家庭编草案最终删除了“以伪造、变造、冒用证件等方式骗取结婚登记的婚姻无效”的规定，由此引发较大争议。您如何看待这一立法考量？

夏吟兰：以伪造、变造、冒用证件等方式骗取结婚登记的不属于婚姻无效的独立情形。以伪造、变造、冒用证件等方式骗取结婚登记的往往是为了掩盖重婚、疾病婚、近亲属通婚、未到法定婚龄等法律禁止结婚的情形，达到办理结婚登记的目的。因此，规定此类情形作为无效婚的情形之一，会出现实际上与婚姻无效其他情形交叉重复的情况，我个人认为，对于此类情形应当单独设立一条，由婚姻登记机关撤销该婚姻登记。

澎湃新闻：在您看来，当前婚姻家庭中还有哪些现实问题需要立法进一步细化？

夏吟兰：针对当前婚姻家庭中的一些现实问题，民法典婚姻家庭编草案还应继续细化，进一步维护家庭成员合法权益。比如，当一方要隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产，造成夫妻共同财产严重损失的，另一方应有权要求赔偿；再如，应增加对配偶共同居住权的保护，限制对共同住所的处分权，以防婚姻弱势一方因离婚而无家可归。

建议增设“夫妻应当互相忠实，共同生活，有互相扶养的义务。”首先，《草案》第 821 条中的“夫妻应当互相忠实”是倡导性规定，不能直接作为人民法院的裁判依据，有必要在夫妻人身关系中将其具体化。其次，夫妻在一起共同生活的重要性大大高于“抚养”，婚姻共同生活是男女结婚追求的共同目标。强调夫妻应共同生活有利于促进家庭和睦，也有利于引导人们履行婚姻责任，共同抚养子女，防范过度自私自利的行为。

此外，“因感情不和分居满二年”是人民法院准予离婚的一种法定情形，但分居的前提是夫妻双方具有共同生活的法定义务，惟其如此，双方无正当理由不共同生活才构成分居。

增设夫妻之间的知情权。知情权是夫妻关系中重要内容，知情权事关婚姻或家庭重大利益的信息或决定，关系着夫妻任何一方的重大切身利益。在婚姻关系存续期间，夫妻应当享有知悉、了解涉及本人、婚姻利益及家庭利益的各种信息的权利，它是公民知情权在婚姻关系中的具体表现。夫妻知情权是夫妻之间相互忠实、相互尊重的延伸。督促夫妻相互关心、照顾，防止夫妻一方向另一方隐匿重大事务或事项。夫妻间知情权基于夫妻这一特殊身份关系而产生。婚内配偶间知情权是基于夫妻忠实义务而产生。在可能涉及配偶利益的情况下，知情权不得滥用。在所承认的配偶间知情权范围中，知情权亦有所限制，受行使权利的条件是否具备、法律的限制等等方面的制约。

建议增设婚姻住所商定权。首先，婚姻住所是夫妻履行法定义务、行使配偶权利的特定场所，也事关诉讼、继承、遗弃等行为的认定，在农村还事关土地利益的分配，非常重要。为维持家庭生活安定，促进男女平等，有必要明确规定婚姻住所商定权。其次，我国社会保障水平较低，为保护婚姻中弱势方（通常是已婚妇女）的权利，对婚姻住所的处分应作特别限制。第三，民法典物权编中有关居住权的规定没有考虑到婚姻家庭领域的特殊问题，没有规定法定居住权，应当在婚姻家庭编中对家庭居住权加以规定，才能使二者相互衔接。

离婚冷静期不是限制离婚自由，家暴等情形可通过诉讼离婚

澎湃新闻：在立法过程中，离婚冷静期制度也引

发了热烈讨论。30 天的冷静期是否有必要性？它有何价值？

夏吟兰：现在增加了一个 30 天的冷静期，也就是在这 30 天内，双方任何一方都有权利反悔，都可以到婚姻登记机关要求撤回离婚的申请。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。

澎湃新闻：有观点认为这是在干涉离婚自由。您怎么看？

夏吟兰：我是觉得离婚冷静期规定的目的不是限制离婚自由，实际上是保障离婚当事人对离婚问题的意思表示是真实自愿的。也就是说，我们规定了一个离婚的冷静期，你在冷静期内再认真地慎重地考虑，你要不要离婚？离婚是不是你的真实意思表示？这是为了防止当事人因一时冲动草率离婚，或是为了防止当事人规避政策而草率离婚，所以我觉得离婚冷静期的规定是非常有必要的。

与此同时，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。

澎湃新闻：还有人担忧，在一方有家暴、虐待、遗弃等行为，甚至严重威胁到另一方生命安全时，离婚冷静期的存在增加了离婚成本，给在婚姻中处于弱势的人带来巨大隐患。有没有这种可能？如何解决？

夏吟兰：对于一方存在家暴、虐待、遗弃等情形的，可以通过诉讼程序离婚。在处理离婚问题之前，根据反家庭暴力法的规定：当事人遭受家庭暴力或者面临家庭暴力现实危险的，可以依法向人民法院申请人身安全保护令，人民法院应当受理。协议离婚并不能真正解决家庭暴力问题，离婚后遭受家庭暴力的情形并不鲜见。公安、法院等公权力的介入与干预，才可以真正保护受害者的人身权利不受损害。

专章规定未成年人监护制度是最优选择，建议构建儿童最大利益制度

澎湃新闻：司法实践中，涉及监护的案件占比逐渐增加，您如何评价婚姻家庭编草案中设专章规定监护制度？

夏吟兰：尽管民法总则已经对监护制度做出了明确规定，但监护制度内容日趋繁杂、精细，与民法总则日益体系化、逻辑化、高度抽象化的发展趋势不相适应。且现代监护制度中的具体权利与主体制度中的一般性、原则性的权利无法共同规定，监护制度已不能被主体制度所覆盖和吸收。为系统完整地实现监护制度的价值，更好地保障特定群体的权利，统一协调民法典总分立法架构，由民法总则总括式规定监护制度，并在婚姻家庭编中设专章规定监护制度具体内容，实为最优选择。

不过，在相关制度完善上，我建议将父母对未成年子女的照护从监护制度中分离出来，规定于“父母子女的权利义务”一节，将非在父母照护下的未成年人监护规定在监护专章中。父母对子女的照护制度与监护制度在功能、渊源上存在相似之处，但两者法律基础不同，不能相互包含。有必要区分二者，并将监护制度置于父母照护之后，作为对父母照护的补充和延伸。

此外，还应区分“未成年人监护”与“成年人监护”，扩充监护种类，对监护制度进行系统性重构。未成年人监护制度的设定，应以保障被监护的未成年人的最大利益为目的；成年人监护制度，则应包括支持决策——尊重本人的自我决定权，与替代决策并行，通过协助决定与监护制度共同保障老年人及成年被监护人的权益。

澎湃新闻：在未成年人保护上，目前是否还有完善空间？

夏吟兰：民法典婚姻家庭编草案针对“亲子关系诉讼”、“收养原则”、“收养条件”等内容作出了重要调整，彰显了保护未成年人的理念和担当。但从充分有效保护未成年人的视角审视，回应未成年人保护新理念新问题不足，法律规范的科学性、系统性、逻辑性、先进性尚存提升空间，应继续强化对未成年人的保护。

此外，目前章节体例的问题在于，重婚姻，轻家庭。相比婚姻的可离异性、流动性，亲子关系乃自然发生，具有安定性、永续性，已然成为现代家庭立法的重心，且各国基于儿童最大利益原则日益强化对儿童的法律保护，建议构建以儿童最大利益为核心价值的家庭关系制度体系。

本期编辑 常琛

婚姻法与婚姻登记条例的同生共恋

2020-05-25 家事法研究中心 作者：林艳琴
https://mp.weixin.qq.com/s/89f4Piy0vCpTc_1PrFA0zQ

本文作者：林艳琴，北京师范大学法学院教授、博士生导师。

一、婚姻法与婚姻登记条例相伴同行的前世今生

婚姻制度是一个国家重要的法律制度，婚姻法和婚姻登记条例是婚姻制度的主要组成部分。合法有效的婚姻一定是符合婚姻法的规定，依照婚姻登记条例办理了婚姻登记的婚姻。新中国成立后颁布的第一部法律是 1950 年 5 月 1 日施行的《中华人民共和国婚姻法》（1950 年 4 月 16 日公布）。70 年来，这部法律分别在 1980 年和 2001 年进行了两次修订，最高人民法院也先后颁布了若干司法解释。其中 1980 年 9 月 10 日第五届全国人民代表大会第三次会议通过《中华人民共和国婚姻法》（1981 年 1 月 1 日起施行），废止了 1950 年 5 月 1 日施行的《中华人民共和国婚姻法》。2001 年 4 月 28 日第九届全国人民代表大会常务委员会第二十一次会议通过了《关于修改〈中华人民共和国婚姻法〉的决定》修正，对 1980 年颁布的婚姻法进行了修正。婚姻法的每一次修正及伴随公布的司法解释，几乎都打上时代的烙印，折射出时代的变迁。当然，它的每一次修订，也对婚姻登记机关的登记工作产生了影响，对婚姻登记工作提出了新的要求。

婚姻的形成关乎家庭的和谐、社会的稳定与民族的发展。婚姻登记既是自然人为缔结婚姻而进行的民事法律行为，也是公权力机关对这种行为的确认，其目的是为了维护社会的秩序。我国有关婚姻登记单行法规的颁布或修订都与婚姻法的制定、修改及我国婚姻关系、社会关系状况的发展变化密切相关，在一定程度上反映了我国婚姻立法理念的不断变革。

为贯彻婚姻法的实施，确保婚姻登记工作更好地依法开展，经国务院批准，民政部先后于 1955 年、1980 年、1986 年、1994 年、2003 年出台了五部婚姻登记工作的行政法规。其中，为更好的实施 1950 年颁布的婚姻法，1955 年 6 月 1 日内务部发布了经国务院于 1955 年 5 月 20 日批准的《婚姻登记办法》，对促进婚姻法的实施起到了积极的作用。随着社会的发展，中国社会的婚姻状况发生了较大的变化，1980 年新婚姻法颁布后，同年 10 月 23 日经国务院批准，民政部于 1980 年 11 月 11 日发布施行《婚姻登记办法》，废止了前述 1955 年 6 月 1 日内务部公布的《婚姻登记办法》；之后为适应改革开放以来婚姻登记工作出现的新情况和新问题，1985 年 12 月 31 日经国务院批准，1986 年 3

月 15 日民政部颁布新修订的《婚姻登记办法》，废止了前述 1980 年的《婚姻登记办法》；8 年之后的 1994 年 1 月 12 日经国务院批准，1994 年 2 月 1 日民政部颁布新修订的《婚姻登记管理条例》，废止了前述 1986 年的《婚姻登记办法》；随着 2001 年婚姻法的修订，2003 年 8 月 8 日国务院公布了《婚姻登记条例》（2003 年 7 月 30 日国务院第 16 次常务会议通过），自 2003 年 10 月 1 日起施行，废止了 1994 年的《婚姻登记管理条例》。2003 年《婚姻登记条例》由国务院发布，不仅反映了国家对婚姻登记工作的重视，也体现了依法治国方略的实施。为更好地规范婚姻登记管理，实施婚姻法和婚姻登记条例，2003 年 9 月 24 日民政部出台了《婚姻登记工作暂行规范》，并于 2015 年 12 月 8 日对其进行了修订。可以说 2003 年《婚姻登记条例》的颁布是我国婚姻登记历程中的重要里程碑。

二．婚姻法与婚姻登记条例唇齿相依的精彩配合

婚姻法是保护婚姻关系双方当事人的法律制度，而婚姻登记是对当事人婚姻关系依法予以确认的唯一方式。两者在对婚姻行为和婚姻关系确认上目标一致，相辅相成。

（一）合法婚姻关系的确立与解除需要完成登记行为

现行婚姻法在第 1 条明确规定：“本法是婚姻家庭关系的基本准则”；第 8 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。未办理结婚登记的，应当补办登记。”第 31 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。婚姻登记机关查明双方确实是自愿并对子女和财产问题已有适当处理时，发给离婚证。”第 35 条规定：“离婚后，男女双方自愿恢复夫妻关系的，必须到婚姻登记机关进行复婚登记。”可见，合法婚姻关系的确立与解除需要完成登记行为。

除了婚姻法对婚姻登记行为的后果进行确认外，最高人民法院的相关司法解释也对婚姻登记行为的作用在实践中的应用做出了认可。如 2001 年 12 月 25 日最高人民法院发布的《关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释（一）》第 5 条规定：“未按婚姻法第八条规定办理结婚登记而以夫妻名义共同生活的男女，起诉到人民法院要求离婚的，应当区别对待：（一）1994 年 2 月 1 日民政部《婚姻登记管理条例》公布实施以前，男女双方已经符合结婚实质要件的，按事实婚姻处理；（二）1994 年 2 月 1 日民政部《婚姻登记管理条例》公布实施以后，男女双方符合结婚实质要件的，人民法院应当告知其在案件受理前补办结婚登记；未补办结婚登记的，按解除同居关系处理。”2004 年 4 月 1 日起施行的最高人民法院《关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释（二）》第 27 条规定：“当事人在婚姻登记机关办理离婚登记手续后，以婚姻法第四十六条规定为由向人民法院提出损害赔偿请求的，人民法院应当受理。但当事人在协议离婚时已经明确表示放弃该项请求，或者在办理离婚登记手续一年后提出的，不予支持。”2011 年 8 月 13 日起施行的最高人民法院《关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释（三）》第 1 条第 2 款规定：“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。”

（二）婚姻登记条例的设置是为了保护婚姻关系当事人的合法权益

现行《婚姻登记条例》规范婚姻登记行为，具体规定了办理婚姻登记的条件以及办理的具体机关、程序等等，将婚姻关系当事人意思自治与维护社会秩序稳定相结合，目的是为了保护婚姻关系当事人的合法权益，落实婚姻法的规定。如《婚姻登记条例》第 6 条规定：“办理结婚登记的当事人有下列情形之一的，婚姻登记机关不予登记：（一）

未到法定结婚年龄的；（二）非双方自愿的；（三）一方或者双方已有配偶的；（四）属于直系血亲或者三代以内旁系血亲的；（五）患有医学上认为不应当结婚的疾病的。”第 14 条规定：“离婚的男女双方自愿恢复夫妻关系的，应当到婚姻登记机关办理复婚登记。复婚登记适用本条例结婚登记的规定。”这些规定与婚姻法的规定一致。

综上，婚姻法与婚姻登记条例亦步亦趋的修订完善不仅体现了社会关系发展变化的过程，也体现了立法理念的变迁。在尊重婚姻关系当事人意思自治的同时，逐渐淡化行政机关的管理色彩，保护当事人的婚姻自由。

三．婚姻法与婚姻登记条例的未来展望

改革开放四十年来，中国社会发生了翻天覆地的变化，婚姻关系与家庭关系也发生着变化，婚姻家庭中的新问题不断出现，如非婚同居、草率离婚等等问题都亟需进一步完善。为此，《中华人民共和国民法典（草案）》对这些问题进行了一定程度的修订，如对禁止结婚的条件、婚姻无效的情形、结婚登记与离婚登记的后果等进行了修订，其第 1049 条规定：“要求结婚的男女双方应当亲自到婚姻登记机关申请结婚登记。符合本法规定的，予以登记，发给结婚证。完成结婚登记，即确立婚姻关系。未办理结婚登记的，应当补办登记。”第 1077 条规定：“自婚姻登记机关收到离婚登记申请之日起三十日内，任何一方不愿意离婚的，可以向婚姻登记机关撤回离婚登记申请。前款规定期间届满后三十日内，双方应当亲自到婚姻登记机关申请发给离婚证；未申请的，视为撤回离婚登记申请。”第 1080 条：“完成离婚登记、或者离婚判决书、调解书生效，即解除婚姻关系。”从这些修订可以看出，婚姻家庭关系的立法理念既体现了私人自治，尊重个体意思表示，也体现了国家为维护社会公益对婚姻关系的适度干预。有鉴于此，我们建议，将来在修订婚姻登记条例时，以社会主义核心价值观作为修订婚姻登记条例的指导思想，“社会主义核心价值观是当代中国精神的集中体现，凝结着全体人民共同的价值追求。”对婚姻关系进行适度干预，可以考虑将干预的范围控制在对公共利益保护和公共秩序维持的限度内。

2019 年 10 月 31 日党的十九届四中全会提出，推进国家治理体系和治理能力现代化。作为婚姻登记机关，如何更好地参与到治理现代化体系当中，加强婚姻家庭建设、承担相应的法律责任，促进家庭与社会的和谐发展，是需要回应的问题。总之，我们希望在社会转型期的大背景下，能够形成家庭治理的观念，以人文本质和人文关怀为本位，守护家庭的温暖。“天下之本在家”、“千家万户都好、国家才能好，民族才能好”！

排版丨郝增丽

杨立新：民法典继承编草案最大亮点是尊重被继承人的意志

2020-05-28 来源：新华网

http://www.xinhuanet.com/politics/2020lh/2020-05/28/c_1210636974.htm

新华网北京 5 月 28 日电（记者于子茹 卢俊宇）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。民法典继承编草案有哪些创新、最大亮点是什么？近日，新华网专访了参与民法典草案专家建议稿起草的中国人民大学法学院教授杨立新进行权威解读。

民法典继承编草案从 7 方面完善我国继承制

度

新华网：民法典继承编草案对我国的继承制度做了哪些完善？

杨立新：主要有 7 个方面：

一是对遗产范围的界定做了规定。过去主要采取列举式，这次采取概括式。列举式需要一项一项去定性什么样的财产是遗产，概括式就是所有自然人死亡后遗留的合法财产都是遗产，这样就容易判断究竟什么是遗产。

二是完善继承人丧失继承权的事由。继承编草案把欺诈胁迫被继承人设立、变更或者撤回遗嘱，情节严重的，也作为丧失继承权的事由。

三是在扩大法定继承人方面有一定进展。民法典继承编草案规定兄弟姐妹的子女，可以代位继承应当继承的遗产。

四是在遗嘱形式方面有很大变化。对于打印遗嘱，认为是有效的遗嘱方式。

五是当一个人立有数份遗嘱时，如果这些遗嘱内容相互冲突，最后以哪个遗嘱为准？原来继承法虽然也有规定，按照最后一份遗嘱为准，但又有特别的规定，即：公证遗嘱不能撤销，其他遗嘱只能用公证遗嘱来撤销来改变。会存在一个人原来立了公证遗嘱，在他死亡之前，突然要修改遗嘱，且公证遗嘱又来不及做，他就没办法按照自己的意愿去处分遗产。民法典继承编草案把公证遗嘱效力优先规则彻底删除，就解决了这一问题。

六是在民法典继承编草案当中，规定了遗产管理人制度。过去继承法对于遗产管理人制度没有很好地规定，仅仅是规定谁占有遗产，谁就是遗产管理人。这次用五个条文规定遗产管理人制度，包括遗产管理人的选任、遗产管理人的指定、遗产管理人的职责范围，以及遗产管理人没有尽职尽责造成损害的赔偿责任。

最后一个重要的变化就是民法典继承编草案规定转继承。过去现实生活中也有转继承，但因为继承法没有写入转继承，致使现实生活中的转继承没有法律依据，这次把转继承写入，这一问题就解决了。

民法典继承编草案最大的亮点是尊重被继承人的意志

新华网：民法典继承编草案最大的亮点是什么？

杨立新：民法典继承编草案最大的亮点是尊重被继承人的意志。关于遗嘱形式的完善、遗产管理人制度，都体现了这种精神。

从遗嘱这个角度上来说，只要被继承人的遗嘱内容是真实的，是他真实意思的表示，遗嘱又在外观形式上符合法律要求，就可以按照他的遗嘱去处分其遗产。

民法典继承编草案的这些规定，可以说是尊重被继承人的合法权益，来保障被继承人支配合法遗产的一个决定权。

［责任编辑：冯文雅 ］

纪念《婚姻法》颁布 70 周年暨《民法典》婚姻家庭权益保护研讨会征文通知

原创：2020-05-30 上海市法学会
https://mp.weixin.qq.com/s/AriunIerL59kY0YSjFr-cA

今年是新中国成立后第一部法律《中华人民共和国婚姻法》颁布 70 周年，也是上海市妇女联合

会建会 70 周年。2020 年 5 月 28 日，十三届全国人大三次会议审议通过了《中华人民共和国民法典》。为全面回顾总结婚姻法保护妇女儿童权益、促进和谐家庭建设的历史成就，展望民法典时代中国婚姻家庭法律制度的发展前景，为《民法典》婚姻家庭编的准确适用和相关配套司法解释的出台提供理论支持，由上海市妇女联合会、上海市法学会、上海市婚姻家庭研究会主办，上海市女法官协会、上海市女检察官协会、上海市女律师联谊会协办的纪念《婚姻法》颁布 70 周年暨《民法典》婚姻家庭权益保护研讨会将于2020年10月下旬召开。邀请相关领域的专家学者及实务工作者围绕婚姻家庭权益保护主题，探讨交流相关研究成果。

现在全国范围发起论文征集，聚焦婚姻家庭权益保护的主题，诚邀广大学者以及实务界人士积极参与。本次征文将通过专家评选出优秀论文，收录《上海法学研究》集刊“婚姻家庭专卷”，由上海市法学会与中国知网《中国学术期刊（光盘版）》电子杂志社有限公司联合出版（投稿时，出版授权书请一并发送）；优秀论文作者将有机会获邀参加 2020 年 10 月下旬举办的专题研讨会；特别优秀的论文推荐在《东方法学》上发表。

征文专题

1. 从《婚姻法》到《民法典》——中国特色婚姻家庭法律体系建设研究；

2.《婚姻法》在推动妇女解放、维护家庭稳定、保护妇女儿童权益、促进社会文明等方面的积极作用；

3.《民法典·婚姻家庭编》在司法实践中面临的重难点问题和解决路径。

申报人可在上述选题范围内自行确定具体题目。

征文要求

1. 内容须为原创首发；
2. 字数为 6000 字以上；
3. 属学术研究成果；
4. 来稿时须附出版授权书（见附件 1）；
5. 投稿者须注明姓名、年龄、通信地址、联络方式；
6. 须严格按照《上海法学研究》集刊注释格式体例（见附件 2）。

投稿邮箱

投稿信箱：fxhbjb@vip.163.com
邮件主题请注明：“婚姻家庭专卷”

投稿截止日期

2020 年 7 月 20 日

上海市妇女联合会
上海市法学会
上海市婚姻家庭研究会
2020 年 5 月 28 日

夫妻共同债务，《民法典》有什么亮点？

原创：2020-05-30 咸鱼法学　朱诗睿

https://mp.weixin.qq.com/s/aAl0k_xEeWtdBNytySwX7g

《民法典》 背后所透视的日常家事代理权为核心的夫妻共同债务承担认定规则体系
——以第 1060 条和第 1064 条为例

作者：朱诗睿

法典问世不久，研读需要时间，这两天不少同行和朋友咨询我相关的法律问题，且说一点我目前的研究心得：《中华人民共和国民法典》（下称《民法典》）背后所透视的以日常家事代理权为核心的夫妻共同债务承担认定规则体系问题。

因为任何的法律研究不能脱离法律条文而存在，就法律条文而言，向内读涉及法理，向外读则涉及具体案例的展开。我所要提及的“日常夫妻家事代理权和共同债务承担范围”亦不能脱离此规律。

关联法条

《民法典》第 1060 条和第 1064 条分别规定：

第 1060 条【日常家事代理权】夫妻一方因家庭日常生活需要而实施的民事法律行为，对夫妻双方发生效力，但是夫妻一方与相对人另有约定的除外。

夫妻之间对一方可以实施的民事法律行为范围的限制，不得对抗善意相对人。

第 1064 条【夫妻共同债务】夫妻双方共同签名或者夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的债务，以及夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务，属于夫妻共同债务。

夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务，不属于夫妻共同债务；但是，债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。

这两条所说的实际上是以日常家事代理权为核心的夫妻共同债务认定规则体系问题。

在《民法典》颁布之前，相应的夫妻共同债务的认定标准和具体规则散见于婚姻法、有关的司法解释乃至于具体案件中（譬如（2017）苏 1283 民初 5366 号一审民事判决书就颇为典型）。

然而由于经济发展的原因和共同债务的认定标准和具体规则的理解不一致，实际上，近年来围绕日常家事代理权相关的夫妻共同债务纠纷问题层出不穷，笔者简略检索之后发现，自裁判文书上网至今，相应的纠纷裁判文书大约有 3021 篇，夫妻共同债务涉诉之繁，可见一斑。

基于裁判文书的第一手资料，可以看出几个无法绕过去的争议焦点。

其一是日常家事代理权的主体范围问题。

由于在《民法典》制定之前，“家事代理权”的概念源于《中华人民共和国婚姻法》第十七条及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第十七条等规定，但并无明文规定。之前通常的理解是：家事代理权是夫妻因日常家庭事务与第三人为一定法律行为时互相代理的权利；家事代理权的对象是夫妻共同财产。然而与此同时的争议是，事实婚姻、非法同居者是否享有家事代理权？

自然，除了上文所说的通常理解之外，有少数观点认为，除合法配偶外，日常家事代理行为的主体还应包括事实婚姻当事人、同居关系的男女甚至共同生活的家庭成员等，由此产生的争议使得大家莫衷一是。

本次《民法典》第 1060 条实际上厘清了享有日常家事代理权的主体范围，即日常家事代理权的行使主体只能为合法婚姻关系中的夫妻配偶双方，实际上这也跟传统民法理论的通说相符合。至于在司法实务角度，其实际应用其实就是诉讼主体资格适格，就类似于（2019）辽 02 民终 7311 号裁判文书所释明的那样（具体可参见文书，在此不再展开）。

其二是日常家事代理权的行使范围问题。

本次《民法典》第 1060 条所规定的“夫妻一方因家庭日常生活需要而实施的民事法律行为，对夫妻双方发生效力，但是夫妻一方与相对人另有约定的除外”从字面理解为仅限于“日常家庭生活需要”，这应无异议。

然而就“日常家庭生活需要”而言，由于不同夫妻的生活习惯、社会地位、经济状况等都有所不同，所以大家对于“日常家庭生活需要”的范围实则依旧有着不同的理解，比如知名法律学者史尚宽先生就认为：

日常家事之范围，依各夫妻共同生活之情事及因为其行为之目的而有不同，由外部正确判定，甚为困难。然如依内部情事而定其范围，不独有害于第三人，结果反有碍夫妻共同生活之经营，故应就家事之规模及其外部的生活样式，以定其范围。其生活状态之外表，虽与其收入之现实不符，第三人应就此外观而受庇护。

本次《民法典》立法虽然在本条第二款规定了“日常家庭生活需要”可就一方可以实施的民事法律行为范围进行约定限制（比如丈夫妻管严，不允许丈夫进行某些日常需要的愉悦家庭生活行为——如买 PlayStation 或者 Switch），但是从根本上而言，日常家庭生活需要的具体范围和认定标准还是没有给出。这势必给实际裁判依旧会带来困难——法官对此的自由裁量权是否过大？

举个小例子，夫妻一方因家庭日常生活需要而实施的民事法律行为，那么这里的民事法律行为包含人身属性的行为的法律行为么？比如订立遗嘱、收养或其他具有较强人身性的财产交易行为。以（2019）粤 0106 民初 10026 号裁判文书为例，“棠东五社的半年结算和年终分红”这样的分红款权基于廖润元作为集体经济组织成员这一特殊身份而享有的很强人身性质的财产性权利，那么夫妻一方委托给第三方领取，是否属于日常家事代理权的范畴？这系列的问题给司法实务提出了要求，即实际纠纷中如何判定日常家事代理行为的客观标准和主观标准。

当然，“夫妻之间对一方可以实施的民事法律行为范围的限制，不得对抗善意相对人”是对之前司法解释的继承和升级，即夫妻一方因家庭日常生活需要与善意第三人所为的法律行为，另一方应对此承担连带责任，不能以不知道或不同意为由拒绝承担。这种情况下，夫妻之间对一方可以实施的民事法律行为范围的限制很可能会导致日常家事代理成为了无权代理，但为了维护交易安全秩序，保护善意第三人的利益，则属于表见代理，应把代理责任直接归于被代理人。自然地，此处强调的是善意相对人，如果第三人为恶意，则不能主张夫妻承担连带责任。

其三，根据日常家事代理权合理判定夫妻共同债务问题。

《民法典》第 1064 条对于夫妻共同债务认定规则实际上是建立在日常家事代理权之上的。依据家事代理权的构成特征，判断能否成立夫妻关系的共同债务主要区别是使用于家庭日常生活与教育子女的费用，还是用于经营活动及其他方面的费用。由此性质不同的债务，是否一方举债，另一方也应承担责任，举证责任的分配应有所区别。

因为家庭日常生活需要，夫妻一方与第三人为一定法律行为时具有当然代理权，另一方对由此产生的债务承担连带责任。实则笔者前文对《民法典》第 1060 条的解读已然涉及，不再特别展开。

由于超出了因家庭日常生活需要，“夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务，不属于夫妻共同债务”，这意味着婚姻存续期间，夫妻一方借款推定系夫妻共同债务应严格限定在日常家事代理权的范围内。此时，假如债权人要求夫妻另外一方承担共同责任，自己却不承担证明该债务系夫妻共同债务的责任，显然是加重了夫妻非借款方的举证责任，这就有债权人和举债的夫妻一方合伙坑夫妻另一方的嫌疑。当然，事有两面，此时债权人为防止夫妻串通欺骗自己，就有义务举证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。试想，以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务数额必然远超寻常，由此债权人应当基于对交易标的金额或价值等客观要素的判断，进行必要的询证、确认，以此保护自身的权益。

在日常家事代理权之外，《民法典》第 1064 条夫妻双方共同签名或者夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的债务属于夫妻共同债务，实则是适用夫妻双方都为合同相对人的意思表示合意标准，此时夫妻作为债务人皆对债权人负有偿还义务，自不待言。

从立法的角度值得一提的是，本次关于夫妻家事代理权和共同债务承担范围的规定并非创新，而是将之前司法解释《最高人民法院关于〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》和《最高院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件使用法律问题的解释》中的有关规定吸纳到本次《民法典》立法中了。就立法体系来说自是完善，由此提高了立法层级；而对于实务而言亦是利好，使法律规定更加切合实际。

《民法典》与未成年人保护新时代研讨会成功举办

2020-05-31 上海市法学会未成年人法研究会　李姝瑶、柳箫等

https://mp.weixin.qq.com/s/U9edgiAUGtbxbVQL_fZbsw

2020 年 5 月 28 日，《中华人民共和国民法典》获通过。中共中央政治局 5 月 29 日下午就“切实实施民法典”举行第二十次集体学习。中共中央总书记习近平在主持学习时强调：“要加强民法典重大意义的宣传教育，讲清楚实施好民法典，是坚持以人民为中心、保障人民权益实现和发展的必然要求，是发展社会主义市场经济、巩固社会主义基本经济制度的必然要求，是提高我们党治国理政水平的必然要求。”

为了讲清楚《民法典》，推动《民法典》涉未成年人保护规定条款的理解和实施，更好地保护未成年人的权益。2020 年 5 月 30 日，由上海市法学会未成年人法研究会、上海社会科学院法学研究所主办的“《民法典》与未成年人保护新时代”研讨会通过腾讯会议在线上成功举办。来自上海市法学会、华东政法大学、上海外国语大学、上海政法学院、上海社科院、上海市人民检察院、上海市律协、宝山区法院等部门的专家学者与实务部门代表围绕《民法典》与未成年人行为能力、《民法典》与未成年人监护、《民法典》与未成年人的个人隐私权、《民法典》与胎儿利益保护、《民法典》与未成年人收养、《民法典》与未成年人抚养权和探望权、《民法典》与未成年人继承、《民法典》与未成年人教育培训和《民法典》与性侵追诉时效等具体议题展开了精彩研讨，全国各地、各行业近 200 人参与了本次线上会议。

研讨会由上海市法学会未成年人法研究会会长、上海社科院法学所所长姚建龙研究员主持，上海市法学会专职副会长施伟东为本次研讨会致辞。施伟东在致辞中高度评价了未成年人法研究会联

合上海社科院法学所积极响应《民法典》颁布，及时、迅速反应组织本次研讨会的意义和价值。施会长强调，作为影响深远的一部法律，《民法典》对我国公民生活的方方面面都有根基性影响。如何学习好、贯彻好、宣传好《民法典》是当前的重要议题。上海市法学会也会配合各研究会对《民法典》的解读、实施与贯彻强化宣传。同时上海市法学会也会积极利用期刊、集刊等出版物强化会议成果的转化，将二级研究会的研究成果予以出版资助。

在特别分享阶段，全国政协委员黄绮做了题为《民法典》涉未成年人保护条款与“两会”讨论的报告。作为政协委员，黄绮委员参加了今年的“两会”，现场参与了《民法典》立法过程中的讨论，听取了最高人民法院和最高人民检察院的工作报告。作为法律工作者，黄绮委员也提出了“性侵犯罪人员从业限制制度的构建和完善”的提案，同时，黄绮委员还对《民法典》总则、人格权编、婚姻家庭编、侵权责任编等部分中与未成年人相关的条款进行了特别的关注与解读。黄绮认为，总则部分第 16 条赋予了胎儿以独立的民事权利能力即其拥有可以独立地接受遗产继承，接受赠予等权利；第 34 条明确了因发生突发事件等紧急情况被监护人临时生活照料措施的相关内容，较好地回应了本次疫情中遇到的因监护人隔离而产生的如何保护无人照料未成年人等相关问题；而第 190 条规定的受性侵未成年人赔偿请求权的诉讼时效的相关规定则被认为是《民法典》的一大亮点。人格权编部分，黄绮委员重点提到了第 1010 条不仅界定了性骚扰的方式和行为同时也明确了旧法中此处的“用人单位”所指应为“机关、企业、学校等单位”，其对此表示赞成并认为这一条款是对民法典草案的一个创新和完善。对于婚姻家庭编部分，其注意到了第 1040 条“最有利于被收养人的原则”、第 1068 条关于父母教育、保护未成年子女的权利义务以及第 1105“收养评估制度”等方面的内容，指出这些条款适时地回应了社会关切，确有必要。最后，侵权责任编部分，黄绮委员认为第 1189 条体现了我国的委托监护制度，强调了委托监护的受托人的责任，进一步加强了受托人的责任感。

在主旨发言阶段的理论环节，华东政法大学教授许莉对《民法典》与未成年人抚养权、探望权问题进行了分享。她认为，在婚姻家庭编的修订中，一是涉及到父母抚养权利义务方面，强化了父母责任，并且明示了子女最大利益原则；二是探望权问题，许莉教授认为之所以没有将外祖父母的探望权放在法律之中，是对成人利益与未成年人利益的一种权衡与取舍，更多是考虑到过多给予近亲属探望权，可能会对未成年子女的正常学习生活造成困扰。

上海社会科学院法学研究所民商法室副主任、副研究员孙大伟做了题为“从收养关系主体变化透视未成年人的保护问题”的报告。孙大伟认为，首先，《民法典》将被收养人年龄限制放宽至 18 周岁以下，解决了依照旧法 14 至 18 周岁的未成年人不符合被收养条件的问题，有利于该段的未成年人遭遇家庭变故等后身心的健康发展；其次，去除收养人无子女的前提条件，并将收养人年龄限制放宽至 30 周岁以上，适应了人民生活富足、追求精神生活、为社会做贡献等新需要；最后，将收养关系规定为隐私信息，有利于营造被收养人的健康成长环境，增强收养关系的稳定性。

上海市预防青少年犯罪研究会副秘书长郗培植结合《民法典》第 16 条对胎儿的利益保护进行了解读，他认为胎儿的民事权利能力始于出生，基于权利保护视角下的胎儿的民事权利能力应该是一种“预备性的资格或能力”；同时，他还认为胎儿对于一切纯受益的民事行为都享有权利能力；最后，其就胎儿利益保护的诉讼时效问题进行了分析，指出胎儿的权利受到损害后，其诉讼时效的计算应当在胎儿出生之后。

上海市法学会未成年人法研究会副秘书长、华东政法大学《青少年犯罪问题》编务主任田相夏从司法实践出发，对《民法典》与未成年人临时监护进行了分享。田相夏认为，《民法典》用 14 个条文对监护制度进行了规定，如监护顺位、监护职责、遗嘱监护、协议监护、监护撤销、监护终止、临时监护，体现了监护制度体系的完整性。同时，增加了公职监护及修改了部分表述，对疫情期间未成年人权益保护的经验进行了提炼和总结，表明国家对未成年人监护制度的重视，充分保障未成年人权益。他认为，当前临时监护制度在监护对象、监护责任主体、监护时限等具体制度设计上应该更加明确与细化，强化民政部门、检察部门与家长的责任，并做好临时监护制度与监护转移、监护终止与监护恢复制度之间的衔接，从而形成监护制度的闭环体系。

上海市社科院法学所民商法室主任、研究员孟祥沛就“不同年龄段未成年人的行为能力”从四个方面做了发言。其首先指出我国民事行为能力有两个分界点、三个阶段。其次表明法律对不同年龄段未成年人规定不同的民事行为能力是在谋求多种法益保护的一个平衡。孟祥沛指出，完全民事行为能力人与限制民事行为能力人的界限虽然各个国家不尽相同但整体来说呈下降趋势。最后，他提出了赞同将无民事行为能力人与限制民事行为能力人的年龄界限调整到 7 岁而不是这次民法典调整的 8 岁的观点。

实践探讨部分，上海市人民检察院第九检察部主任吴燕结合多年办案经验，从“两个特点，两个问题，两个建议”角度解读了《民法典》第 191 条关于未成年人性侵案件追诉时效的相关问题。吴燕主任认为，当前，性侵案件在侵犯未成年人人身权利案件中占比较高，达 60%左右，同时由于涉及私密性且从作案到案发间隔较久，亦具有办案难度高的特点。当前，司法机关办理未成年人性侵案件存在“举证难、保护难”的两个问题。针对性侵害未成年人案件特点以及问题，吴燕主任提出以下两项建议：一是性侵害未成年人的案件附带民事诉讼的范围应扩展到精神损害赔偿，且精神损害赔偿的数额应当突破五万元限额的规定，二是可酌情借鉴韩国相关立法经验，延长或取消刑事诉讼时效。

上海市宝山区人民法院法官周羚敏根据家事审判活动中抚养权、探望权纠纷案件存在的裁执困境对《民法典》中的相关法条进行评析。他认为，关于未成年子女抚养权纠纷案件，《民法典》第

1084 条规定的最有利于未成年人子女原则在裁判中争议很大，相较而言，儿童最大利益原则更容易把握。周法官对上海长宁法院引入未成年人财产监管人制度的有益探索进行了介绍。关于未成年人探望权纠纷案件，周羚敏法官认为《民法典》第 1086 条较原《婚姻法》修改不大，仅调整了表述，但探望权应是一项具有双向性的权利，故法院可考虑从父母的抚养教育义务角度，支持子女对不直接抚养子女向父或母一方探望的诉请。

上海市律协社会公益法律业务研究委员会副主任张玉霞律师认为《民法典》中的临时监护是一大亮点，此外希望民政部门的救护机构可以尽早落地，在收养和监护人方面存在的问题能够在《未成年人保护法》里得到完善。

上海市律协未成年人权益保护业务委员会主任计时俊提出，16 岁以上但是靠自己收入生活的这部分人在教育机构受到损害的问题如何解决没有规定清楚，并且指出未成年人在教育机构的知识产权、名誉权等应该得到保障，并对民法典关于第三人侵权与教育机构相关问题的法条表示赞同。

主旨发言结束后，上海社会科学院法学所民商法室主任孟祥沛研究员主持了自由讨论和学术总结环节。在自由讨论阶段，上海财经大学法学院教授麻国安与本次研讨会主持人姚建龙会长针对《民法典》与《未成年人保护法》的衔接问题展开了探讨。

在学术总结阶段，姚建龙会长对本次会议进行了总结。姚建龙对利用周末时间晚上参加本次研讨会的各位与会人员表达了诚挚感谢。本次研讨会的议题几乎覆盖了《民法典》中所有涉及未成年人保护的条款，对于理解宣传、贯彻实施《民法典》会有很大的促进作用。姚建龙认为，未成年人法研究是以“未成年人”这一特殊主体划分的独特法律门类，是对传统部门法分类的超越。这意味着研究未成年人法和从事未成年人法律实务，需要兼具多学科知识背景。推动部门法的立法进步和切实实施是增强未成年人保护力度和提高未成年人法律保护水平非常重要的路径，也是未成年人法理论和实务工作者的使命和担当。研讨会从理论和实践两个层面解读了《民法典》涉未成年人的条款，深刻诠释了《民法典》的颁布和实施对于推动我国开启未成年人保护新时代的意义。

至此，本次研讨会圆满结束。

文章已于 2020-05-31 修改

杨立新：民法典婚姻家庭编完善我国亲属制度的成果与司法操作 ｜ 清华法学 202003

2020-05-31 北大法律信息网
https://mp.weixin.qq.com/s/mck5JFufFHsZPqnlCYUDfg

【作者】杨立新（中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员、法学院教授，中国民法学研究会副会长）

【来源】北大法宝法学期刊库《清华法学》2020 年第 3 期（文末附本期期刊要目）。因篇幅较长，已略去原文注释。

内容提要：民法典婚姻家庭编对我国亲属法律制度进行了重要修改，具有十大亮点：一是规定了亲属的基本制度，二是强调家庭优良家风、家庭美德和家庭文明建设，三是确认亲属法律行为，四是确认身份权及身份权体系，五是规定共同亲权原则，六是规定家事代理权，七是规范夫妻共同债务规则，八是规定亲子关系确认和否认规则，九是规定离婚冷静期，十是确立身份权请求权为身份权保护方法。民法典婚姻家庭编的这些立法进展，使我国的亲属法律制度进一步完善。这些都对我国的婚姻家庭关系的法律调整具有重要价值。婚姻家庭编完善我国亲属法律规则取得进展的原因是，立法关注民生，婚姻法回归民法，完善亲属法律制度，追求亲属关系稳定。在司法操作层面，应当统一法律适用的指导思想，对具体的规则采取不同的方法进行补充，保障婚姻家庭编规定的亲属法律制度和规则的正确实施，保护好亲属关系当事人的身份权。

关键词：民法典婚姻家庭编；身份权；完善；检视；司法操作

《中华人民共和国民法典》颁布实施，将原《婚姻法》和《收养法》编纂成为民法典婚姻家庭编，使婚姻家庭法终于回归民法，以新的面貌出现在我国的社会生活中。经过三年的修改，我国的亲属法律制度究竟发生了哪些变化，在亲属制度上有哪些创新和发展，应当进行检视。这不仅对民法典亲属法的司法操作具有重要意义，更重要的是对社会以及婚姻家庭生活的引导具有更大价值。本文以笔者参加立法的视角，对婚姻家庭编进行全面检视，揭示我国亲属制度的进展和完善的亮点，对我国婚姻家庭制度基本法理进行简要阐释，提出司法操作的指导思想和具体做法。

一

完善：婚姻家庭编对我国亲属制度的主要修改

（一）婚姻家庭编“一般规定”对亲属法制度的修改

1. 删除实行计划生育的基本原则

《婚姻家庭编》第 1041 条在婚姻家庭法的基本原则中，删除了“实行计划生育”的内容。这是因为，国家长时间实行独生子女的计划生育政策，限制了人口增长，使后备劳动力大大减少，出现较大的社会问题，需要适当调整计划生育政策，以改变目前的状况，故删除了“实行计划生育”的规定，不再将其作为婚姻家庭编的基本原则。

2. 规定家庭和家风建设

民法典重视家庭建设。《婚姻家庭编》第 1043 条规定，家庭应当树立优良家风，弘扬家庭美德，重视家庭文明建设，把家庭建设好，使之成为社会和谐稳定的基础。

3. 规定亲属、近亲属和家庭成员的概念

《婚姻家庭编》第 1043 条规定："亲属包括配偶、血亲和姻亲。""配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女为近亲属。""配偶、父母、子女和其他共同生活的近亲属为家庭成员。"这是自 1949 年以来，我国婚姻家庭立法第一次规定亲属的概念和种类，同时还规定了近亲属和家庭成员的概念，具有重要价值。

民法典第一次规定"亲属包括配偶、血亲和姻亲"，不仅规定了亲属的概念，而且还规定了亲属的种类。亲属是指因婚姻、血缘和法律拟制而产生的人与人之间的特定身份关系，以及具有这种特定身份关系的人相互之间的称谓。亲属的含义是：第一，亲属是一种人与人之间的社会关系，这种社会关系因婚姻、血缘和拟制血缘而产生。在这个意义上使用亲属概念，实际上是指"亲属身份关系"，是亲属之间的权利义务构成的法律关系。第二，亲属标志着具有亲属身份关系的人的特定身份。亲属身份是固定的，只要亲属身份关系存在，这种特定身份就不会改变，亲属之间不能相互更换位置而改变身份。在这个意义上的亲属概念，标志着亲属之间的不同身份地位及亲属身份关系的远近亲疏。第三，亲属也是具有亲属身份关系的人相互之间的称谓。在这个意义上使用的亲属概念，实际指的是亲属之间的特定称谓。其中：配偶是关系最密切的、是因男女双方结婚而发生的亲属，是血亲的源泉、姻亲的基础；血亲是指有血缘联系的亲属，是亲属的主要部分；姻亲是以婚姻为中介而产生的亲属，配偶一方与另一方的血亲之间为姻亲关系，包括血亲的配偶、配偶的血亲和配偶的血亲的配偶。

亲属之间的亲疏远近之别通常用亲等表示，婚姻家庭编仍然使用"近亲属"概念，确认配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女为近亲属，在他们之间发生亲属的权利义务关系，非近亲属不发生亲属的权利义务关系，不受婚姻家庭编的调整。近亲属的概念，相当于"配偶+三代以内的血亲"。

婚姻家庭编没有规定家或者家制，而有家庭的概念，但是没有对其作出界定，仅规定了"家庭成员"的概念，配偶、父母、子女和其他共同生活的近亲属是家庭成员，是组成家庭并共同生活的近亲属。

4. 规定收养应当保障被收养人和收养人合法权益的原则

《婚姻家庭编》第 1044 条规定了收养的基本原则，即："收养应当遵循最有利于被收养人的原则，保障被收养人和收养人的合法权益。""禁止借收养名义买卖未成年人。"这是由于将原《婚姻法》《收养法》统一编纂为"婚姻家庭编"，因而规定了收养子女的基本原则。任何被收养人都是独立的个体，都是具有人格尊严的民事主体，应当受到尊重；由于被收养人基本上是未成年人，是祖国的未来和民族的希望，因而送养、收养都必须以最有利于他们的健康成长为原则，使他们的合法权益得到保障。

5. 规定身份权请求权

《民法典人格权编》第 1001 条规定了身份权请求权，以保护身份权，救济身份权人受到的身份权益损害。这一条文虽然规定在人格权编，但是其性质属于婚姻家庭编"一般规定"的内容。当亲属之间的身份权受到侵害后，可以行使身份权请求权予以救济，当然也可以选择侵权请求权救济身份权的损害。

（二）对结婚规则的创新性规定

1. 将禁婚疾病改为可撤销婚姻的事由

《婚姻家庭编》第 1048 条只对"直系血亲或者三代以内的旁系血亲禁止结婚"作了规定，删除了原《婚姻法》第 7 条关于禁婚疾病的内容，即"患有医学上认为不应当结婚的疾病"即为禁婚疾病而"禁止结婚"。将疾病作为禁婚事由，过于严厉，限制了当事人的婚姻自由权利，故婚姻家庭编增设

第 1053 条，把一方患有重大疾病作为可撤销婚姻的事由，把是否认可婚姻效力的权利交给对方当事人自我决定。

2. 规定完成结婚登记时确立婚姻关系

《婚姻家庭编》第 1049 条规定，男女双方应当亲自到婚姻登记机关申请结婚登记，“完成结婚登记，即确立婚姻关系”，改变了原《婚姻法》第 8 条关于“取得结婚证，即确立夫妻关系”的规定。颁证是基于登记行为，在登记之后才能颁证。结婚的效力始于登记行为，而不是颁证行为。这与物权变动登记的情形相似，亲属法律行为与物权法律行为的效力都应当如此。

3. 规定胁迫婚姻应当自胁迫行为终止之日起一年内向人民法院提出撤销请求

《婚姻家庭编》第 1052 条规定，：“因胁迫结婚是可撤销的婚姻关系，的，受胁迫的一方可以向人民法院请求撤销婚姻请求权的除斥期间是一年，。请求撤销婚姻的，应当自胁迫行为终止之日起一年内提出。被非法限制人身自由的当事人请求撤销婚姻的，应当自恢复人身自由之日起一年内提出，。”该条文是关于胁迫结婚为可撤销婚姻的规定。与原《婚姻法》第 11 条规定相比，本条规定进行了两方面的改变。一是删除了原《婚姻法》第 11 条规定的“可以向婚姻登记机关请求撤销”内容，统一由法院行使撤销权；二是将原《婚姻法》第 11 条关于“撤销权的除斥期间自结婚登记之日起一年内”修改为“自胁迫行为终止之日起一年内提出”，以更好地保护被胁迫一方当事人的合法权益。

（三）对亲属身份关系规则进行的新修改

1. 确认夫妻双方对未成年子女享有共同亲权

《婚姻家庭编》第 1058 条规定了共同亲权原则，确认夫妻双方平等享有对未成年子女抚养、教育和保护的权利，共同承担对未成年子女抚养、教育和保护的义务。亲权，是指父母对未成年子女在人身和财产方面的管教和保护的权利和义务。共同亲权原则之前的亲权原则是父亲专权原则。直至近代，因男女平等观念的兴起，各国立法才以共同亲权原则取代了父亲专权原则，在亲权领域中实现了男女平等。共同亲权是指亲权的共同行使，即亲权内容的行使均应由父母共同的意思决定，并对外共同代理子女。父母共同行使亲权，以父母间有婚姻关系存在为前提。在父母离婚后，亲权由与未成年子女共同生活的一方行使；对非婚生子女，亲权由母亲行使，当其被认领后，亲权才为其父母共同行使。

2. 规定夫妻享有日常事务代理权

《婚姻家庭编》第 1060 条规定了家事代理权，认可夫妻一方因家庭日常生活需要而实施的民事法律行为，对夫妻双方发生效力，但是夫妻一方与相对人另有约定的除外。夫妻之间对一方可以实施的民事法律行为范围的限制，不得对抗善意相对人。日常事务代理权，亦称家事代理权，是指配偶一方在与第三人就家庭日常事务为一定法律行为时，享有代理对方权利行使的权利。日常事务代理权行使的法律后果是，配偶一方代表家庭所为的行为，对方配偶须承担后果责任，配偶双方对其行为应当承担连带责任。家事代理权与表见代理相似，适用表见代理的原理，其目的在于保护无过失第三人的利益，有利于保障交易的动态安全。日常家务的范围，包括夫妻、家庭共同生活中的一切必要事项，家庭对外经营活动不包括在内。配偶一方超越日常事务代理权的范围，或者滥用该代理权，另一方可以因违背其意思表示而予以撤销，但是，行为的相对人如为善意且无过失的，则不得撤销。

3. 夫妻一方因受到人身损害获得的赔偿和补偿为个人财产

法律保护夫妻个人财产，配偶一方所有的财产属于个人财产，不认为是夫妻共同财产。《婚姻家

庭编》第 1063 条规定，一方的婚前财产、一方因受到人身损害获得的赔偿或者补偿、遗嘱或者赠与合同中确定只归一方的财产、一方专用的生活用品、其他应当归一方所有的财产，属于夫妻一方的个人财产。与原《婚姻法》第 18 条相比，其中增加的内容是，一方因受到人身损害获得的赔偿和补偿属于夫妻个人财产，因为这种获得的人身损害赔偿具有人身性，是救济个人的人身损害赔偿款，不能作为夫妻共同财产。

4. 明确夫妻共同债务的认定规则

对于夫妻共同债务，《婚姻家庭编》第 1064 条采用了最高人民法院司法解释的规则，认为夫妻双方共同签名或者夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的债务，以及夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务，属于夫妻共同债务。夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务，不属于夫妻共同债务；但是，债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。夫妻共同债务，是以夫妻共同财产作为一般财产担保，在夫妻共有财产的基础上设定的债务。包括夫妻在婚姻关系存续期间为解决共同生活所需的衣、食、住、行、医、履行法定扶养义务、必要的交往应酬，因共同生产经营活动等所负之债，以及为抚育子女、赡养老人，夫妻双方同意而资助亲朋所负债务。夫妻共同债务与夫妻个人债务相对应。

5. 夫妻享有婚内分割共同财产请求权

夫妻共同财产是共同共有财产，在共同共有关系发生的原因没有消灭前，共同共有财产一般不能分割，目的在于保持共有关系的基础和稳定性，保护共有人的合法权益。但是，在实践中存在婚内分割夫妻共同财产的需求。《婚姻家庭编》第 1066 条借鉴司法解释的规则，规定在婚姻关系存续期间，一是一方有隐藏、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的行为，二是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，夫妻一方可以向人民法院请求分割共同财产。这符合《物权编》第 303 条关于“共有人有重大理由需要分割的，可以请求分割”的规定。在坚持夫妻共同财产原则上不能分割，婚姻关系存续期间一方请求分割共同财产不予支持的基础上，对特别情形作为例外，准许在婚姻关系存续期间分割夫妻共同财产，以保护婚姻当事人的合法权益。

6. 规定亲子关系确认与亲子关系否认的一般规则

原《婚姻法》没有规定亲子关系确认和亲子关系否认制度，是立法的漏洞。《婚姻家庭编》第 1073 条规定：“对亲子关系有异议且有正当理由的，父或者母可以向人民法院提起诉讼，请求确认或者否认亲子关系。”“对亲子关系有异议且有正当理由的，成年子女可以向人民法院提起诉讼，请求确认亲子关系。”这一条文包括的内容，一是确认亲子关系，也称为非婚生子女认领，是指生父对于非婚生子女承认为其父而领为自己子女的行为。其中任意认领，也称为自愿认领，是生父的单独行为，无须非婚生子女或母之同意，以父的意思表示为已足；强制认领，也叫亲之寻认，是指因被认领人对于应认领而不为认领的生父，向法院请求确定生父关系存在的行为。强制认领适用于生父逃避认领责任而母及子女要求认领的场合，以国家进行干预，体现了国家的强制力。父不为任意认领时，非婚生子女及其他法定代理人得据事实，诉请其父认领。二是亲子关系否认，也叫婚生子女否认，是父或者母对推定为婚生子女的婚生性提供否定性证据推翻该推定的证明，否定其为婚生子女的制度。否认亲子关系的前提是婚生子女推定，即子女系生母在婚姻关系存续期间受胎或出生，该子女被法律推定为生母和生母之夫的子女。即凡是在婚姻关系存续期间女方分娩的子女，就直接认定为婚生子女。确定婚生子女

身份不是靠血缘关系，因此有可能出现错误，可以被客观事实所推翻。法律允许利害关系人提出婚生子女否认之诉，推翻婚生子女推定。父或者母如果确有证据证明婚生子女的非婚生性，即可提出证据，向法院主张否定亲子关系。法院审查确认该子女的非婚生性的，即可否定亲子关系，父亲与该子女的权利义务关系不复存在。

（四）有关离婚规定的新规则

1. 规定离婚协议是双方离婚法律行为的书面依据

《婚姻家庭编》第 1076 条在规定离婚条件时，强调离婚双方应当签订书面离婚协议，离婚协议应当载明双方自愿离婚的意思表示以及对子女抚养、财产及债务处理等事项协商一致的意见。这一规定在学理上具有重要意义，意味着民法典承认身份法律行为。身份法律行为又称亲属法律行为，是指民事主体实施的对亲属身份关系的发生、变更、消灭产生法律后果的民事法律行为。换言之，亲属身份行为就是自然人有意识地追求亲属身份法律后果的行为。从原《婚姻法》不认可身份法律行为到婚姻家庭编确认身份法律行为，标志着我国亲属法律制度的进步。

2. 登记离婚的夫妻双方有 30 天冷静期

我国当前的离婚率偏高，对登记离婚的限制较少是原因之一。宽松的离婚政策给草率离婚创造了机会，对维护家庭稳定，保护好子女利益不利。因而，很多人建议规定离婚冷静期，立法予以采纳。《婚姻家庭编》第 1077 条规定，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。期限届满后三十日内，双方应当亲自到婚姻登记机关申请发给离婚证；未申请的，视为撤回离婚登记申请。登记离婚冷静期，是指婚姻双方当事人协议离婚，依照法律规定，在登记离婚时留出给当事人冷静思考，确定是否必须离婚，以减少冲动离婚、草率离婚的必要期限。实行登记离婚冷静期制度，有利于防止冲动离婚、草率离婚，保障婚姻关系稳定，维护当事人和子女的合法权益，对社会的良性运转起着重要作用：一是符合婚姻家庭制度的价值取向和基本原则，完善了我国的离婚制度；二是为行政主管部门在登记离婚中适用冷静期提供了法律依据；三是防止冲动离婚，保障婚姻的稳定，改善社会的不良风气；四是协调当事人和未成年子女的利益，追求实质正义。

有人认为，对离婚自由不得加以任何限制，以冷静期限制离婚自由，违背婚姻自由原则。离婚自由是离婚权利不受干涉、不受拘束、不受限制的状态。但是，离婚不仅是婚姻双方当事人的事，还涉及子女、亲属、家庭以及社会问题。设立登记离婚冷静期的目的，针对的是那些冲动离婚、草率离婚特别是“闪离”的当事人，倡导考虑清楚之后再下决心离婚。所以，规定登记离婚冷静期并不是限制离婚自由，而是保障离婚自由的必要措施。

3. 经人民法院判决不准离婚后再起诉期间为分居满一年

对于诉讼离婚，《婚姻家庭编》第 1079 条在有关离婚理由的规定中，增加了“人民法院判决不准离婚后，又分居满一年，一方再次提起离婚诉讼的，应当准予离婚”的规定。原来在司法实践中通行的规则是，经人民法院判决不准离婚后，又分居满六个月，一方再次提起离婚诉讼的，应当准予离婚。本条对这一时间增加了一倍，为一年。立法者有意增加离婚诉讼的难度，促使冲动离婚、草率离婚的人有更多的时间冷静下来，使离婚率有所下降，有利于稳定婚姻关系，可以认为是诉讼离婚的冷静期。

4. 离婚后自愿恢复婚姻关系应当进行结婚登记

《婚姻家庭编》第 1083 条规定：“离婚后，男女双方自愿恢复婚姻关系的，应当到婚姻登记机关重新进行结婚登记。”对此，原《婚姻法》第 35

条规定:“离婚后,男女双方自愿恢复夫妻关系的,必须到婚姻登记机关进行复婚登记。”从恢复婚姻关系的“结婚登记”与“复婚登记”,虽然只有一字之差,却体现了一个重要的理念,即复婚也是结婚,应当按照结婚登记的实质要件与形式要件的要求,确认双方是否可以结婚。不符合结婚法律要求的,也不能恢复婚姻关系。

5. 对离婚后未成年子女的抚养遵循最有利于未成年子女以及尊重未成年子女真实意愿的原则

《婚姻家庭编》第 1084 条特别强调,夫妻离婚后对未成年子女的抚养必须遵循最有利于未成年子女以及尊重未成年子女真实意愿的原则,确认父母与子女间的关系,不因父母离婚而消除,子女无论由父母哪一方直接抚养,仍是父母双方的子女。离婚后,父母对于子女仍有抚养、教育和保护的权利和义务。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。子女已满八周岁,应当尊重其真实意愿。离婚的直接法律后果之一,是父母亲权的变更,而不是亲权消灭,只是没有直接抚养未成年子女的一方当事人行使亲权受到一定的限制。未成年子女随哪一方共同生活,谁是直接抚养人,谁就是亲权人(监护人)。即使如此,父母对未成年子女仍有抚养、教育和保护的义务,享有亲权的权利,负有亲权的义务。

6. 离婚夫妻共同财产分割要考虑照顾无过错方

《婚姻家庭编》第 1087 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。这与原《婚姻法》第 39 条规定的主要内容相同,增加的规则是,夫妻离婚时对共同财产的分割应当考虑照顾无过错方,对无过错方适当多分,对有过错方适当少分。

7. 离婚时付出较多义务一方对对方享有补偿请求权

《婚姻家庭编》第 1088 条规定,夫妻一方因抚育子女、照料老年人、协助另一方工作等付出较多义务的,离婚时有权向另一方请求补偿,另一方应当予以补偿。相比较,原《婚姻法》第 40 条规定的离婚财产补偿请求权仅限于“夫妻书面约定婚姻关系存续期间所得的财产归各自所有”的情形,本条删除这一限制条件,将离婚财产补偿请求权扩展为一般性规则,使其适用范围扩大。

8. 离婚过错损害赔偿理由增加兜底条款

《婚姻家庭编》第 1091 条扩大了离婚过错损害赔偿的适用范围,增加规定“有其他重大过错”的,无过错方有权请求损害赔偿,增加了适用的弹性,有利于救济受到损害一方的合法权益。这种行为,首先是在主观上要有重大过错,应当理解为主观上的故意或者重大过失。其次,在客观上行为人实施了损害对方当事人合法权益的行为,使其造成了损害。符合这样的要求,就可以请求对方当事人承担离婚过错损害赔偿责任。

(五)有关收养的新规则

1. 收养人须无不利于被收养人健康成长的违法犯罪记录

《婚姻家庭编》第 1098 条规定,在收养人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 30 岁的条件之上,增加了一个新条件,即无不利于被收养人健康成长的违法犯罪记录,是为保障被收养人合法权益的重要措施。

2. 放宽收养三代以内旁系同辈血亲子女的条件

《婚姻家庭编》第 1099 条对收养三代以内同辈旁系同辈血亲子女的条件予以放宽。收养三代以内同辈旁系同辈血亲的子女称为“过继”,多是本

家族内的近亲属照顾无子女的近亲属，将一方的子女送养给对方作为子女。对此不必限制过多，可以不受生父母有特殊困难无力抚养子女、送养人为有特殊困难无力抚养子女的生父母，以及无配偶者收养异性子女或者有配偶者违法单方收养异性子女，收养人与被收养人的年龄应当相差 40 周岁以上的限制。本条改变的是，收养三代以内同辈旁系血亲的子女，不再要求被收养人不满 14 周岁的条件，超过 14 周岁也可以收养。如果是华侨收养三代以内同辈旁系血亲的子女，除此之外，还可以不受该条第 1 项关于收养人“无子女或者只有一名子女”规定的限制。

3. 放宽收养人收养子女的数额

根据计划生育政策的变化，《婚姻家庭编》第 1100 条规定，由收养人只能收养一名子女修改为无子女的收养人可以收养两名子女，有子女的收养人只能收养一名子女。对收养人收养子女数量的限制，是防止收养人收养子女过多无照顾能力而损害被收养人的利益，同时也防止出现借收养拐卖人口的情况出现。

4. 收养异性子女的年龄差距应为 40 周岁以上

《婚姻家庭编》第 1102 条规定，无配偶者收养异性子女，收养人与被收养人的年龄应当相差 40 周岁以上。原《收养法》第 9 条只限制男性无配偶者收养女性子女的年龄差应当在 40 岁以上，忽略女性无配偶者收养男性子女存在的同样问题，有男女不平等之嫌。第 1102 条规定体现了男女平等的原则，也防止女性收养人对异性被收养人的不法行为，保护被收养人的合法权益。

5. 县级以上人民政府民政部门应当对收养依法进行评估

《婚姻家庭编》第 1105 条规定：“收养应当向县级以上人民政府民政部门登记。收养关系自登记之日起成立。未办理收养登记的，应当补办登记。”“收养查找不到生父母的未成年人的，办理登记的民政部门应当在登记前予以公告。”“收养关系当事人愿意订立收养协议的，可以订立收养协议。”“收养关系当事人各方或者一方要求办理收养公证的，应当办理收养公证。”“县级以上人民政府民政部门应当依法进行收养评估。”这一条文是对收养关系成立形式要件的规定，与原《收养法》第 15 条规定相比，增加了县级以上人民政府民政部门应当对收养依法进行评估的新规则。

民政部门进行收养登记，应当对要登记的收养关系进行收养评估，这是为了最大限度地保护被收养人合法权益所需要。收养评估包括收养关系当事人的收养能力评估、融合期调查和收养后回访。收养评估的对象，是收养申请人及其共同生活的家庭成员。收养申请人应当配合收养评估开展。收养评估工作可以由收养登记机关委托的第三方机构或者收养登记机关开展。民政部门优先采取委托第三方方式开展收养能力评估。

二
检视：婚姻家庭编的立法亮点与规则完善的原因

（一）婚姻家庭编立法的十大亮点

在婚姻家庭编上述 24 个方面修改和完善的内容中，突出的亮点有以下十个方面。

1. 第一次规定亲属的基本制度

婚姻家庭编的突出亮点之一，是第一次在第 1045 条规定了亲属的基本法律制度。在 1950 年以来的《婚姻法》《收养法》中，都只规定结婚和离婚以及家庭成员之间的权利义务关系，从来没有规定亲属制度。这与该法命名为《婚姻法》的名称有关，原因是婚姻法并不特别关心亲属法律制度。婚姻家庭编虽然没有对亲属制度进行详细规定，但是，确认了亲属的概念和基本类型，确认配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母外祖父母、孙子女、外孙子女为近亲属，构建了以配偶、血亲、姻亲构成的

基本亲属体系，分为近亲属和“远亲属”，在近亲属之间发生法定的权利义务关系的基本亲属法律制度。这是在以往的婚姻家庭法律中从来没有明确规定的，标志着我国民法典婚姻家庭编就是民法的亲属编。

2. 第一次规定家庭成员和家庭关系建设

婚姻家庭编特别重视家庭成员的规定和家风建设，是其突出的亮点之一。婚姻家庭编不仅明确规定配偶、父母、子女和其他共同生活的近亲属为家庭成员，而且在第 1043 条专门规定树立优良家风、弘扬家庭美德和重视家庭文明建设。家庭是亲属的基本单位，是家庭成员共同生活的团体。无论是社会的发展还是民族的进步，以及社会的安宁和秩序的稳定，都必须有稳固的家庭关系提供保障。婚姻家庭编通过规定家庭成员和家风建设，实现家庭关系的稳定，为社会进步和社会发展提供保障，让人民安居乐业，享受幸福安康的生活。

3. 第一次规定亲属法律行为为民事法律行为

亲属法律行为也是民事法律行为。由于原《婚姻法》不强调亲属制度和亲属身份权的取得、变更、消灭的原因，因而对亲属法律行为从来没有规定过。事实上，婚姻的缔结和解除，子女的送养和收养，无一不是民事法律行为中的亲属法律行为，都须当事人意思表示一致而达成合意，才能发生或者解除配偶之间和养父母与养子女之间的身份关系。《婚姻家庭编》第 1046 条规定“结婚应当男女双方完全自愿”，就是结婚当事人的合意；第 1049 条虽然没有规定结婚的行为就是亲属法律行为，却规定了“完成结婚登记，即确立婚姻关系”的规则，当事人的结婚合意须经登记方发生配偶权的法律关系。在离婚问题上，则第 1076 条更进一步明确规定，离婚登记“应当签订离婚协议”，“离婚协议应当载明双方自愿离婚的意思表示以及对子女抚养、财产及债务处理等事项协商一致的意见”。这正是说明，离婚的行为是解除婚姻关系的亲属法律行为。第 1104 条规定收养须有收养人与送养人的自愿，第 1114 条规定解除收养关系应当协议解除，说明在收养关系中，送养方和收养方必须通过协议的方式才能够建立起收养关系，产生养父母与养子女的身份权，解除收养关系同样如此。这些规定在亲属法律关系中具有特别重要的意义，并且是民法典总则编关于通过民事法律行为确立和解除民事法律关系规定的具体体现。

4. 第一次确认身份权及身份权体系

在以往的婚姻法律制度中，从来没有强调过亲属法律关系中的身份权，都是在民法理论中强调人身权中包含人格权和身份权，认为人格权与身份权共同构成人身权利体系。但是，原《婚姻法》并不强调甚至完全不提身份权。随着民法典把婚姻家庭法纳入其中，成为民法的组成部分，就必须确认身份权为民事权利的类型之一。民法典确认身份权的过程是：第一，2017 年《民法总则》通过第 112 条关于“自然人因婚姻、家庭关系等产生的人身权利受法律保护”的规定，虽然没有明确提到身份权的概念，但是，确认亲属法律关系当事人享有的权利是人身权利，而人身权利除了人格权，就是身份权，等于宣告了我国身份权的概念。第二，《民法典人格权编》第 1001 条第一次明确使用“身份权利”的概念，开启了我国民法使用身份权的先河。第三，在婚姻家庭编，虽然没有明确使用身份权以及配偶权、亲权和亲属权的具体身份权概念，但是，在该编第三章“家庭关系”的第一节规定“夫妻关系”，规定的就是配偶权，第二节规定的“父母子女关系和其他近亲属关系”就是规定的亲权和亲属权。民法典通过以上这些方法，完整地规定了亲属关系的身份权制度，以及由配偶权、亲权和亲属权构成的身份权体系。

5. 第一次规定夫妻共同亲权原则

共同亲权原则是亲权的基本规则，父母对未成年子女享有亲权，行使亲权必须由夫妻共同行使。

即使离婚后父母一方不能直接行使亲权，也仍然享有亲权，仍然须由夫妻共同行使亲权。原《婚姻法》对共同亲权原则没有明确规定。民法典规定夫妻共同亲权，首先是《总则编》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”，表达了共同亲权原则的基本要求；其次是《婚姻家庭编》第 1058 条进一步规定这一原则，确立了共同亲权原则的具体规则。

6. 第一次规定家事代理权

我国《婚姻法》70 年来没有规定家事代理权，没有明确在夫妻之间因家事方面有代理对方行使权利的权利。这是立法疏漏，会使夫妻一方因家事实施的民事法律行为可能由于另一方表示不同意，而使该民事法律行为无效或者被撤销，对该民事法律行为相对人的权益受到损害。一些法院在司法实践依据法理逐步承认家事代理权，以解决这种纠纷，取得了很好的效果，司法解释予以确认。《婚姻家庭编》第 1060 条规定了家事代理权，弥补了这一立法疏漏，完善了配偶权的支分身份权内容，是立法的一大亮点。

7. 第一次规范夫妻共同债务

在夫妻财产关系中，最难处理的是夫妻共同债务问题。1980 年《婚姻法》对夫妻共同债务作了一般性规定，没有规定具体规则，在实践中存在较多的问题。最高人民法院在司法解释中规定了夫妻共同债务的处理规则，引起社会的普遍关注，妇女界的反对声音比较强烈，甚至组织团体，反对“婚姻法司法解释（二）”第 24 条。最高人民法院两次进行补充解释，才基本平息了反对意见。在编纂民法典中，各界也普遍要求婚姻家庭编规定夫妻共同债务的规则，故在婚姻家庭编草案二次审议稿中加进了现在的第 1064 条，借鉴司法解释的有关规则，基本上解决了这个问题，也成为婚姻家庭编立法的一大亮点。

8. 第一次规定亲子关系确认和否认

原《婚姻法》专注于对夫妻关系的调整而忽视对其他亲属法律关系的调整，因而在亲子关系中出现较多的立法缺漏，不能满足实际生活的需要。例如，对婚生子女推定、婚生子女否认、非婚生子女认领和非婚生子女准正等亲子关系规则，都没有规定，当出现这些纠纷时缺少解决的规则，司法解释也没有相应规定，直至今日，这些规则仍然在我国民法领域中显得很陌生。《婚姻家庭编》第 1073 条规定了确认或者否认亲子关系的规则，弥补了亲子关系中的制度缺漏，是婚姻家庭编的一大立法亮点。

9. 第一次规定离婚冷静期

鉴于我国离婚数量和离婚率不断增高，影响家庭关系稳定，婚姻家庭编采取冷静期的立法措施进行适当限制。《婚姻家庭编》第 1077 条规定了登记离婚的冷静期制度。第 1079 条规定，在诉讼离婚中，法院判决不准离婚的，将原来在实践中掌握的又分居 6 个月后再次提出离婚诉讼一般判决离婚的做法，明确规定“双方又分居满一年的，一方再次提出离婚诉讼的”，才准予离婚。由登记离婚和诉讼离婚的两个冷静期构成的离婚冷静期制度，将会比较有效地控制离婚数量和离婚率的不断攀高，也是婚姻家庭编的立法亮点之一。

10. 第一次规定身份权请求权为身份权保护方法

婚姻家庭编规定了身份权，包括配偶权、亲权和亲属权。身份权是具有对内和对外两种不同内容的民事权利，对内是相对的亲属之间的权利义务关系，表现为身份权的相对性；对外是其他任何民事主体对身份权负有的不可侵义务，表现为身份权的绝对性。无论是身份权的对内关系的义务人，还是对外关系的义务人，违反法定义务，使权利人的权利受到侵害，都产生身份权请求权，使权利人依据

该请求权保护自己的权利。原《婚姻法》没有规定过身份权请求权，形成立法缺漏。当身份关系的义务人不履行义务时，缺少明确的救济方法，只能依靠侵权法的救济，形成了对身份权保护不周的问题。民法典第 1001 条确立了身份权请求权的救济方法，只是没有规定在婚姻家庭编中，而是规定在人格权编中，即："对自然人因婚姻家庭关系等产生的身份权利的保护，适用本法第一编、第五编和其他法律的相关规定，没有规定的，可以根据其性质参照适用本编人格权保护的有关规定。"据此，在身份权义务人不履行义务时，权利人可以依照这一规定，行使身份权请求权保护自己的权益，同时，也使我国民事权利保护请求权的体系得以完善。

（二）婚姻家庭编完善亲属规则成功的主要原因

编纂民法典婚姻家庭编，对亲属规则进行了较大规模的修改和完善，是比较成功的。归纳起来，主要原因是：

第一，立法关注民生。我国民法典突出人文主义立法思想，突出人性化的私法规则，最重要的就是要关注民生，规定好广大人民群众急需解决的亲属法律制度，使亲属之间的权利义务明确，身份地位分明，婚姻家庭关系和睦，更好地进行生活和建设。婚姻家庭编就是直接关系民生的亲属关系法，更要突出人文主义立法思想。立法者通过对我国亲属法律制度的修改和完善，体现的正是关注民生，保证人民幸福、和谐生活的立法意旨。

第二，婚姻法回归民法。我国的婚姻法脱离民法而自立门户已经 70 年了，存在的最大问题，就在于使亲属法脱离了民法规则的约束，愈加突出其社会性而消减其私法性，以社会法的面貌向脱离私法轨道的方向发展。事实上，婚姻家庭法就是亲属法，就是民法的身份权法，调整的是自然人之间的身份关系，当然是民法典的组成部分。通过编纂民法典，实现了婚姻法回归民法的立法目的，使婚姻家庭法归位于民法典的亲属法。正是在民法亲属法的基本属性的确认下，婚姻家庭编的规则才更加私法化，突出了私法自治的原则，着重于亲属法规则的建设，强调了对身份权保护的基本方法，实现了婚姻家庭法的私法化。

第三，完善亲属法律制度。自 1950 年以来，《婚姻法》突出的是对婚姻制度的规范，并非全面规范亲属关系的法律，因而亲属制度的残缺是不可避免、且不可否认的客观现实。诚然，婚姻制度是亲属制度的重要部分，但却不是亲属制度的全部。婚姻家庭法即亲属法所要规范的，是基于婚姻制度而产生的全部亲属法律关系。婚姻家庭编在编纂过程中，比较突出了完善制度的要求，在尽可能的情况下，补充亲属制度的立法不足，例如亲属概念、婚生子女确认和否认、家事代理权等，使我国亲属制度有了较大程度的完善，取得了亲属法立法的重要进展。

第四，追求亲属关系稳定。亲属法律制度关乎所有的家庭和人口的现在和将来的生活秩序，因而对制度稳定的要求是必须的。所以，对亲属法律制度的改变须取谨慎、稳妥的态度。婚姻家庭编的编纂遵循这一要求，谨慎从事，没有贸然作出过大的改动，维持基本制度的稳定性。

三
适用：婚姻家庭编规定的亲属法规则的司法操作

婚姻家庭编对完善我国亲属法规则有了重大进展，应当予以充分肯定；不过，也存在规定比较原则、缺少具体规范、欠缺一些亲属法律制度的不足。因此，在司法操作中适用婚姻家庭编的时候，应当准确理解法律规定，正确调整婚姻家庭关系即亲属关系。

（一）适用婚姻家庭编亲属法规则的司法操作指导思想

在司法操作中适用婚姻家庭编的规定，应当遵守以下指导思想：

第一，明确调整婚姻家庭关系的亲属法的基本属性是私法。婚姻家庭法就是亲属法，不论是配偶，

还是其他家庭成员以及近亲属的相互之间，法律要确定的是他们相互之间的身份地位以及权利义务关系。配偶和其他家庭成员的身份地位要规范，其他近亲属之间的身份地位和权利义务关系也要明确，接受法律规范的规制。在司法操作中，必须明确婚姻家庭编的亲属法基本属性是私法，而不是社会法。由于婚姻法长期脱离民法而作为法律的独立部门，逐渐形成了社会法的偏向，是应当纠正的。这一点，在司法实践中似乎问题不大，因为婚姻家庭纠纷案件一直是由民事审判庭主管，法官受理论上的影响并不大。在理论上和对法官的培养上，应当加强这一指导思想的养成，坚定亲属法的私法信念，摆脱社会法的影响。

第二，明确亲属法律规则的核心是身份权。婚姻家庭法就是亲属法，民法典婚姻家庭编的基本内容就是规定亲属的身份地位和权利义务关系，规定身份权，规定身份权的内容，规定身份权的保护方法。身份权概括的是特定亲属之间的身份地位和权利义务关系，是贯穿亲属法的核心概念，也是婚姻家庭法的全部内容。《民法典总则编》第 122 条关于“自然人因婚姻家庭关系等产生的人身权利受法律保护”的规定，说的就是身份权。《人格权编》第 1001 条规定：“对自然人因婚姻家庭关系等产生的身份权利的保护，适用本法第一编、第五编和其他法律的相关规定；没有规定的，可以根据其性质参照适用本编人格权保护的有关规定。”这一条文明确使用了身份权利的概念。长期以来，婚姻法学界通常不使用身份权的概念，只是近年来才逐渐使用，且不普遍。应当看到的是，民法典是以民事权利为核心的法律，人格权、物权、债权、继承权分别是人格权编、物权编、合同编、继承编的核心，尽管婚姻家庭编没有以身份权为编名，但是，在实际上就是身份权编，调整的就是亲属身份关系。在司法操作中，适用婚姻家庭编规定的亲属法规则，应当突出身份权的概念，以身份权为核心，贯穿法律适用的过程，保护好亲属之间的身份权。

第三，明确婚姻家庭编原则规定的具体适用办法。在司法操作中必须看到，婚姻家庭编规定的一些亲属法规则都比较原则，需要有具体的操作规则。例如第 1045 条第 1 款规定的亲属类型，第 1060 条规定的家事代理权，第 1073 条规定的亲子关系确认否认规则等，都只作了原则性规定，缺少具体的操作规则。对于类似的规定，在司法操作中，一是对起诉到法院的案件应当勇于应对，以习惯或者法理为基础，作出判决；二是积累审判经验，及时总结；三是在成熟时由最高人民法院作出司法解释，统一适用法律的尺度和规则。对于这些问题，应当特别重视法理的支持，在原《民法通则》实施以来的 30 多年里，如果没有法理的支持，仅仅靠其 156 个条文，如何能够实现对所有的民事法律关系的调整呢？对此，各级法院都应当特别在意。

第四，明确规范亲属法律关系须顺应时代发展要求。亲属法律制度必须顺应时代的发展，解决好时代发展带来的亲属关系问题，不能躲避和拒绝新出现的亲属法律问题。对于时代发展和科学技术发展带来的亲属法的新问题，应当依据亲属法的原理和基本规则，作出科学的认定，解决实际问题，对自然人的身份地位和权利义务依据法律作出判定，防止侵害自然人身份利益的问题。例如，对人工生殖医学技术发展带来的人工生殖子女的法律地位问题，也是时代发展的产物，也应由法律予以确定。最高人民法院对人工授精所生子女的身份地位，有过明确的司法解释，正确认定其身份地位，保护了这些子女的合法权益。不过，在有的法院的判决中，对通过代孕的人工生殖技术所生子女的身份地位，却违反司法解释的精神，作出了“属于继父母子女关系”的判定，损害了当事人的合法权益。这是违反亲属法基本原理的。在适用婚姻家庭编的亲属法规则时，应当顺应发展需求，避免出现这样的问题。

第五，明确适用亲属法律规则须满足亲属关系的需求。私法规则是对社会生活规则的概括，主要不是统治阶级意志的体现。亲属法更是如此，是把社会生活中亲属生活关系的规则加以概括，上升为亲属法律制度和具体规则，而不是想当然或者按照

一个预设的框架进行编造。立法的要求科学立法、民主立法和依法立法，司法也应当如此，将法律规定的原则贯彻在司法实践之中。在婚姻家庭编的法律适用中，对同居等社会实际问题，尽管立法没有规定，但是司法不能不管，应当有解决实际纠纷的具体办法，而不是放任纠纷发展，酿成严重后果。

（二）适用婚姻家庭编亲属法规则的司法操作具体问题

在司法实践中适用婚姻家庭编规定的亲属法规则，应当说明的问题很多，本文仅就以下 8 个问题提出具体看法。

1. 正确理解家庭的民法地位

在亲属法律关系中，家庭具有非常重要的地位，在社会生活中也是如此。民法典突出家庭的地位，把规定亲属法规则的这一编称为“婚姻家庭”编；在总则编和人格权编、婚姻家庭编的条文中，都规定“因婚姻家庭关系产生的人身权利”“因婚姻家庭关系等产生的身份权利的保护”和“调整因婚姻家庭产生的民事关系”；在婚姻家庭编的“一般规定”中，特别规定第 1043 条第 1 款，强调树立优良家风、弘扬家庭美德、重视家庭文明建设；第 1045 条规定家庭成员的概念。有欠缺的是，在婚姻家庭编的规范中，没有规定“家庭”和“家”的概念，使民法典有关家庭的规范没有准确的概念依附，缺少有关家庭的法律规则，例如家庭成员之间的权利义务关系，家庭议事、分家等规则。在司法实践中，一方面，应当特别看到家庭在婚姻家庭领域中的重要地位，是近亲属共同生活的亲属单位，在司法操作中维护家庭的地位和稳定；另一方面，则是对家庭关系出现的问题，采用习惯和法理，用民主的方法处理家庭纠纷，使家庭的地位更稳固，家庭成员之间的关系更和睦，使树立优良家风、弘扬家庭美德、重视家庭文明建设的要求落到实处。

2. 正确适用亲属基本制度的具体应用规则

婚姻家庭编规定了亲属的基本制度，确定亲属包括配偶、血亲和姻亲，固然是我国婚姻家庭编的立法亮点，具有重大意义，但是，没有对基本的亲属制度作出具体规定，在应对亲属关系出现的具体问题上，需要具体规则作为补充。在司法操作中，一方面应当看到，我国近亲属制实行的世代亲不能准确反映亲属关系的远近亲疏，局限了亲属之间产生权利义务的范围，使超出三代的直系血亲都不具有法定的亲属权利义务关系，如四世同堂的曾祖父母、曾外祖父母与曾孙子女、曾外孙子女之间竟然不是近亲属，不存在亲属的权利义务关系，与人民群众对亲属关系的认知大相径庭；另一方面，应当对亲属制度用习惯和法理作为补充，特别是关于亲等、亲系等亲属基本规则应当掌握好，完善亲属基本制度的知识储备，为准确适用婚姻家庭编规定的亲属规则打牢执法基础。例如，对于四世同堂的曾祖父母、曾外祖父母与曾孙子女、曾外孙子女之间，虽然不是法律上的近亲属，但却是关系最密切的亲属。当他们之间因权利义务发生纠纷时，应当比照近亲属和家庭成员的规定，确定他们之间的权利义务关系，而不是因为法律没有规定而无法处理，推出门不管。

3. 认定夫妻共同债务规则须妥善保护债权人的债权

对夫妻共同债务，婚姻家庭编借鉴司法解释的内容，在第 1064 条规定了对婚姻当事人有利的认定规则，只有夫妻双方共同签字或者夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的债务，以及夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务，属于夫妻共同债务。对于超出家庭日常生活需要所负的债务，认定为不属于夫妻共同债务，将否定这一认定的举证责任加给债权人，不能承担举证责任的，不认定为夫妻共同债务。这对保护夫妻未共同举债主张的一方显然十分有利，而对债权人的债权保护明显不利。在立法过程中，笔者和其他部分立法专家都不建议在民法典中对此

作出规定，将其放在司法实践中解决比较稳妥。不过，婚姻家庭编既然已经作出了这样的规范，当然应当适用，只是在司法操作中应当注意这个问题，保护好夫妻债务的债权人的合法权益，不能有太大的偏差，否则，不仅对私人借贷会造成影响，也会对金融机构的借贷增加压力，造成融资困难，影响社会经济的发展。

4. 确认亲子关系或者否认亲子关系的具体规则适用

原《婚姻法》从来没有规定过亲子关系认定和否认规则，似乎我国亲子关系不存在这些问题而无须规定，司法解释也仅仅规定了一些程序问题，没有规定实体上的规则。在实际生活中，这样的问题大量存在，需要法律调整。婚姻家庭编增加规定了亲子关系的确认和否认的一般规则，是很大的进步，只是这个规则是一个体系，是以婚生子女推定为前提，需要构建一个完整的系统，包括非婚生子女认领、婚生子女否认、非婚生子女准正等规范，才能够解决好这些纠纷。

第一，应当确立亲子关系确认和否认的必要前提，即“夫妻在婚姻关系存续期间出生的子女，则推定丈夫为其父亲”的规则，母亲与子女的亲子关系依据出生的事实证明；父亲与子女的亲子关系只能推定，当提出否认亲子关系的时候，才需要举证证明，例如用 DNA 方法鉴定。没有父之推定的规则，无法建立亲子关系确认和否认规则。

第二，亲子关系确认，是指传统民法的非婚生子女认领制度；亲子关系否认，是指传统民法的婚生子女否认制度。这些情形在传统民法中都有成熟的规则。《婚姻家庭编》第 1073 条的规定，父或者母以及成年子女的确认或者否认的权利，只是一般性规定，需要具体规则才能操作。这些应当通过实践，借鉴习惯和法理，积累经验，形成具体的操作规范，补充立法规定的规则不足。

第三，对于非婚生子女准正的制度，第 1073 条内容无法涵盖，但也是确实存在的。例如，在男女双方未建立婚姻关系时怀孕生育的子女，为非婚生子女，当双方缔结婚姻关系后，该非婚生子女成为婚生子女，即为准正。我国事实婚姻关系存在较多，事实婚姻关系当事人生育的子女，由于不承认事实婚姻而被认定为非婚生子女，当双方进行了婚姻登记之后，该子女即准正为婚生子女。好在我国亲属法并不认真区分非婚生子女和婚生子女的界限，其亲子关系的内容也没有原则的区别，因此，在司法操作上，没有特别的要求，但是，需要建立这种观念，不得歧视非婚生子女的身份地位。

5. 正确认定人工生殖技术生育子女的法定地位

如前所述，在亲子关系中，特别值得重视的是利用人工辅助生殖技术生育子女的法律地位问题。这关系到这些子女的法律地位和权利义务关系问题。在司法实践中，最高人民法院通过司法解释，规定夫妻共同决定通过人工授精技术生育的子女为婚生子女，是正确的，在实践中产生了良好的社会效果。目前急需解决的问题是，通过代孕方法生育的子女究竟是何种法律地位，司法解释没有规定，立法也没有规定。在这个问题上，对于司法操作而言，最大的障碍是行政规章中规定的禁止代孕的规定，有的法院对此受到限制，作出认定代孕所生子女为继父母子女关系的判决，损害了代孕所生子女的身份地位；也有的法院认为这一行政规章是对医疗机构的规范，法院裁判不受其拘束。既然婚姻家庭编对此没有规定，法院应当依照司法解释的规定精神，认定通过代孕已经出生的子女为婚生子女。理由是，既然妻子通过人工授精技术接受他人的精子怀孕所生子女为婚生子女，那么，利用他人的卵子和身体所生的子女，当然也应当认定为婚生子女。否则，将会出现亲属关系混乱的后果。

6. 适用登记离婚冷静期规则的特别要求

婚姻家庭编规定的登记离婚冷静期制度，是一个新规则，主要是对登记离婚的要求，针对的是婚姻登记机构的法律适用，原则上不涉及法院的司法

问题。

婚姻家庭编规定的登记离婚冷静期，规则比较简单、单一，虽然容易操作，但是存在特殊情况，需要处理。主要的表现是，只规定了冷静期的两个 30 天，即申请登记之日起 30 天，以及前一个 30 天即规定期间届满后的 30 天。前一个 30 天是冷静期，后一个 30 天是亲自领取离婚证的期间。存在的特殊情况是，对特殊的不能适用冷静期的情形应当不受冷静期的限制，否则，会导致不利后果出现。例如，夫妻一方实施家庭暴力，好容易达成离婚协议，由于存在冷静期而不能马上登记离婚，在冷静期中一方继续实施家庭暴力，或者反悔而不同意离婚，使弱势一方当事人继续遭受侵害而不能解脱。对此，应当借鉴韩国的做法，对特殊情形，即“因暴力将会对当事人一方造成无法忍受的痛苦等应予离婚的紧急情形”的时候，可以缩短或者免除冷静期（熟虑期）的期间。

7. 对同居关系的法律调整

在当前的社会生活中，男女之间的同居已经形成比较普遍的两性结合方式，既包括青年男女之间的未婚同居，也包括丧偶老年人之间的同居，并不只是在个别地区和为个别人所接受，也不是在整个社会还远未形成共识，反而是社会基本接受的两性结合状态。社会生活的现状就在客观上存在，法律承认与不承认都不能改变这一现实。认为法律上对同居制度予以认可的话，将会对现行的婚姻登记制度形成较大的冲击，且考虑未婚同居涉及诸多法律问题，比如财产分割、抚养权等，对大多数的问题现在有不同意见，还没有达成共识。所以从目前情况看，法律上明确规定同居这个问题的时机还不成熟，理由都不充分。《婚姻家庭编》第 1042 条第 2 款规定“禁止有配偶者与他人同居”，但是，并没有禁止无配偶者与他人同居，因而，同居是不违反法律的行为。问题在于，法律应当对同居者发生的权利义务关系、所生子女、财产纠纷等如何处理作出规范，使这些纠纷出现时，能够有法律规则进行调整，而不是一律推给法院自己去处理，而法院又推脱不管，就使这些青年同居者和老年同居者的合法权益无法得到保障。

在司法实践中，对同居问题虽然无法依据婚姻家庭编的规定确认他们之间的权利义务关系，但是，应当解决的问题是：第一，他们同居期间所生子女的法律地位应当受到尊重，尽管为非婚生子女，根据《婚姻家庭编》第 1071 条关于“非婚生子女享有与婚生子女同等的权利，任何组织或者个人不得加以危害和歧视”的规定，应当尊重和保障他们的权利。第二，虽然同居男女之间没有身份权，但是，非婚生子女对父和对母均享有亲权，且对父和母的近亲属产生身份权，有确定的权利义务关系。在解除同居关系后，子女的身份权不消灭，双方都对子女负有抚养义务。第三，同居男女在同居期间的财产不能适用共同共有的夫妻共有财产制，在没有约定的情况下，应当为按份共有，当解除同居关系时发生财产纠纷时，有约定的应当按照约定处理，没有约定的应当界定为按份共有，无法确定具体份额的，为各占一半的份额。

8. 如何对待同性性伴侣发生的问题

在当前的社会生活中，同性恋者绝不在少数。尽管婚姻家庭编没有对同性性伴侣或者同性婚姻作出规定，不承认同性性结合的法律地位，但是，在司法操作上，依照法律不能认定同性恋者的同居具有法律上的效力，能够做到的是：第一，不能侵害同性恋者的权利，例如不能认为他们或者她们的结合是非法结合；第二，一旦他们或者她们领养了或者自己通过人工生殖技术生育了孩子，应当认为是非婚生子女，适用《婚姻家庭编》第 1071 条规定，保障这些子女的地位和权利；第三，对于同性恋者的正当权利诉求，应当予以保障。例如，世界卫生组织和我国原卫生部都确认同性恋不是病，不得对同性恋者实施治疗行为。北京市海淀区法院受理原告关于为同性恋者进行治疗的歧视案件，依法予以处理，保护了同性恋者的合法权益，就是一个

比较好的案例，值得肯定。

四 结 语

婚姻家庭编在规定亲属法律制度上有了很大的进展，有很多重要的修改，使我国的亲属法律制度有了相当程度的完善。这对于加强家庭家风建设，确认和保护身份权利，依法调整亲属法律关系，维护我国的亲属法律制度，建立和谐的亲属法律关系，推动我国社会的不断进步和发展，具有重要的意义。在法律适用中，应当统一司法操作的指导思想，坚持亲属法的私法属性，完善亲属法律制度，对法律的原则性规定依照习惯和法理予以补充，顺应社会和时代的发展，满足社会和当事人的实际需求，保障婚姻家庭编的正确实施，稳定婚姻家庭关系，维护我国的亲属法律秩序。

责任编辑 | 郇雯倩
审核人员 | 张文硕

（三）法官视点

实务研究：“外嫁女”纠纷：面对治理难题的司法避让

2020-04-28 鲁法行谈

https://mp.weixin.qq.com/s/iyYsFZQ4tMqDGVAA1_GYrA

作者：赵贵龙（山东省济宁市中级人民法院副院长）

原载：《法律适用》2020 年 07 期

摘要：“外嫁女”纠纷是发生于我国改革开放时期、具有浓厚本土特色的治理难题。在处理这一治理难题过程中，我国地方法院在现有司法资源与司法环境下选择了司法避让策略，最高法院的司法政策也以司法避让为基调，典型案例在司法规则创制领域同样显现出浓厚的司法避让色彩。破解治理难题的有效路径包括立法规范的具体化、行政行为的法治化和司法治理的能动性，而司法政策和司法案例已经隐含着现阶段处理“外嫁女”纠纷的倾向性答案：村民自治应当在法律框架内行动；当“外嫁女”的合法权益受到侵害时，政府具有干预和解决的法定职责与义务。至于如何全面做到公平、理性、稳妥地解决“外嫁女”纠纷问题，则在我国社会转型的较长时期内，仍将是立法、执法和司法需要共同面对的时代难题。

关键词：外嫁女纠纷 治理难题 司法避让 破解路径

一、“外嫁女”纠纷何以成为治理难题

“所谓‘外嫁女’（或‘出嫁女’）主要指与村外人结婚、但户口仍留在本村的妇女。”“一般而言，外嫁女纠纷的焦点是，外嫁女能否仍然享有她们出嫁前或出嫁后，所在村庄的土地征收补偿、分红以及其他利益。”“外嫁女”纠纷是中国改革开放以来发生在农村城市化背景下的一类特殊纠纷，由此牵涉出了一道至今没有标准答案的中国农村治理难题。“外嫁女”纠纷经历了一个从上访到诉讼的过程。“外嫁女”上访是最先在中国东部沿海地区出现的一类社会矛盾，核心是“外嫁女”这个特定群体能否作为集体成员而享受集体利益分配。上访达不到目的，“外嫁女”则纷纷向法院提起诉讼。以农村城市化起步较早的广州地区为例，仅 2002 年，广州市“外嫁女”到省、市、区(县级市)、镇四级妇联上访、去信、去电的就有 245 宗，两级法院受理的案件则达 159 件。

“外嫁女”纠纷成为治理难题有着深远的历史和社会原因。从历史原因看，我国传统社会存在着“男尊女卑”“嫁出去的女儿，泼出去的水”等旧观念，其长久形成的历史惯性有意无意地与各种制度安排形成侵害妇女土地权利的“合谋”结构，压抑了“外嫁女”的生存空间。从社会原因看，一是社会继替单系偏重规律要求“重男轻女”。村规民约限制、剥夺“出嫁女”的土地权益，其根源在于费孝通先生在《乡土中国生育制度》中揭示的“社会继替单系偏重规律”，即作为社会继替原则的亲属体系只能是单系偏重而不能是双系的。现在的中国农村，仍旧以父系继替方式实现社会继替单系偏重规律，这是“男婚女嫁”习俗形成的根源，而由“男婚女嫁”习俗决定，“出嫁女”当然不再享有本村的土地权益，而应在丈夫家享有这些权益。二是村落宗族单一性的要求自然拒绝保护“外嫁女”。部分坚决要求保持单一、纯洁性的村落宗族认为，“外嫁女”及其子女已是外家人，如果容许他们继续留在本村，获得与本村家族其他人同样的

地位，长此以往将不利于本家族地位的稳固，甚至导致本族的生活习惯、传统文化和权力结构发生改变。同时，本族长老坚持“土地家族内转”的民间法则，以维护家族土地的完整，守住祖宗基业。因此，对于相对闭塞、传统的村落社会来说，“外嫁女”一直都被视为外村人，没有资格参与本族土地财产的分配。值得注意的是，自 1987 年颁布《中华人民共和国村民委员会组织法(试行)》、1998 年修订为《中华人民共和国村民委员会组织法》以来，村民自治成为一项重要法律制度。而对“外嫁女”财产权益的限制与排斥，往往是以村规民约的形式出现，表面看来具备村民自治的合法性。

但是，建国以来，男女平等已经成为一项宪法原则。1992 年颁布的《中华人民共和国妇女权益保障法》第 30 条规定：“农村划分责任田、口粮田等，以及批准宅基地，妇女与男子享有平等权利，不得侵害妇女的合法权益。”“妇女结婚、离婚后，其责任田、口粮田和宅基地等，应当受到保障。”2005 年修正后将其分为两条，第 32 条规定：“妇女在农村土地承包经营、集体经济组织收益分配、土地征收或者征用补偿费使用以及宅基地使用等方面，享有与男子平等的权利。”第 33 条规定：“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。”“因结婚男方到女方住所落户的，男方和子女享有与所在地农村集体经济组织成员平等的权益。”此外，2002 年颁布、2009 年修正的《中华人民共和国农村土地承包法》第 30 条规定：“承包期内，妇女结婚，在新居住地未取得承包地的，发包方不得收回其原承包地；妇女离婚或者丧偶，仍在原居住地生活或者不在原居住地生活但在新居住地未取得承包地的，发包方不得收回其原承包地。”

一方面是承载历史传统的村民自治，另一方面是保障男女平等的法治原则，“外嫁女”纠纷在特定历史时期激起了法律与传统的碰撞。村规民约以“多数人暴政”的形式限制和剥夺着“外嫁女”的权益，“外嫁女”作为一类群体纷纷走上上访维权之路，当地政府在上层和舆论的双重压力下强力维护“外嫁女”的权益，进而又引起村社的反击。以珠三角地区为例，“‘外嫁女’原是珠三角地区上访的主角，但自政府正面介入后，抗争的主角换成了反弹的村民……相比于‘外嫁女’细水长流的抗争模式，村民的聚众抗议声势惊人，更易酿成群体事件，在维稳的大旗下让地方政府胆战心惊。”而“‘外嫁女’在权益被剥夺的同时，也因为争取权利而成为一股特殊的社会力量，挑战中国的乡村社会。”“外嫁女”纠纷，日益酿成一场典型的“妇女农民运动”，演化为独具中国特色的乡村治理难题。

二、地方法院的司法避让策略

“外嫁女”纠纷成为地方治理难题之初，“当地的主要政治权威——地方党委和政府——为了减轻他们维持社会稳定的压力，已经反复要求法院来处理和平息这些‘重大疑难’案件，因为纠纷解决的职责属于法院。但真实的情况是，法院一直抵制来自这些主要政治权威的压力而拒绝接受这些纠纷。”因为，“如果法院接受这些纠纷，其将陷入复杂的泥沼中，并且无法作出能够被执行的判决；纠纷将最终回到法院而阴魂不散。”法院面对“外嫁女”纠纷蜂拥而至的局面，陷入一种两难境地：不受理或不保护有违法治精神；受理并保护经常骑虎难下：一是村规民约的司法审查难以拿捏，二是执行难的现实困境客观存在。于是，“为了妥善运用和保存在执行判决上有限的合法性和能力，法院极具策略性地认为，由法院处理此类纠纷存在法律上的障碍，从而将纠纷推给当地政府部门解决，然后法院通过行政诉讼来审查政府的决定。”

全国各地法院在探索“外嫁女”纠纷案件的处理过程中，所产生的具有代表性的处理模式主要有：(1)广东模式。广东高院于 2004 年即提出了解决外嫁女纠纷的试行方案。2007 年 11 月 13 日，广东高院发出粤高法[2007]303 号通知，最终确定“外嫁女”案件处理的“广东模式”。该模式下，“外

嫁女”认为农村集体经济组织侵害其权益的，可以向镇政府(街道办) 申请行政处理；对处理决定不服的，可以向区政府提起行政复议；对复议结果不服的，可以向法院提起行政诉讼。也就是说，广东实行的是“政府处理—行政复议—行政诉讼”三步走模式。(2)浙江丽水模式。浙江省丽水中院于2006 年 3 月通过了《关于审理农村土地承包纠纷案件有关问题的指导意见》，确定了“丽水模式”。该模式下， “外嫁女”认为农村集体经济组织侵害了自己权益的，可以向乡(镇) 人民政府或县(市、区) 人民政府农业行政主管部门申请行政处理(仅限于调解)。行政调解未果或对其不服的，才能向人民法院提起民事诉讼。同时，如“外嫁女”提起的民事诉讼涉及成员资格的确认，应先申请乡(镇)人民政府或县(市、区) 人民政府农业行政主管部门确认，之后才能提起民事诉讼。也就是说，“丽水模式”是实行“政府调解—资格行政确认—民事诉讼”的程序。(3)海南模式。为解决“外嫁女”案件的审理问题，海南省高院先后制订两个参考意见，分别是 2008 年《关于处理“外嫁女”请求分配农村集体经济组织征地补偿款纠纷案件若干问题的意见》和 2012 年《海南省高级人民法院关于审理农村集体经济组织土地补偿费分配纠纷案件若干问题的意见(试行)》。按照海南模式，当事人以农村集体经济组织成员权益受到侵害为由起诉农村集体经济组织，请求分配集体经济组织土地补偿费，符合《民事诉讼法》所规定的起诉条件的，法院予以受理；当事人就农村集体经济组织收到的土地补偿费应否分配以及用于分配的土地补偿费数额提起民事诉讼的，人民法院不予受理。

在以上三种司法避让模式中，与司法审查规则创制关系密切的是广东模式。这里便以广东模式为例，剖析面对治理难题的司法避让策略。

广东模式的形式特征是行政处理前置原则，即“乡镇政府干预、行政复议和行政诉讼三步走”方案；实质要害则在于实体认定上的“两地原则”。

1992 年《中华人民共和国妇女权益保障法》第 30 条规定的对妇女权利的平等保障，并未设定附加条件。而广东省第八届人民代表大会常务委员会第九次会议于 1994 年 7 月 6 日通过、自 1994 年 9 月 1 日起施行的《广东省实施〈中华人民共和国妇女权益保障法〉规定》第 12 条则规定：“结婚后户口和居住地仍在原村的农村妇女及其按计划生育的子女，其居住、户籍、生产劳动和计划生育等权利受法律保护。在责任田和宅基地划分、股权分配等方面与当地其他村民享有同等权利。“违反前款规定的，由镇(乡)人民政府责令改正；造成当事人损失的，侵害人应当予以赔偿。”按照这一规定，“外嫁女”除了要有户口之外，还必须在原村居住才能享有同等村民待遇——此即后来被法院广泛采用的“两地原则”。

最早创制“两地原则”的地区之一是广东省佛山市南海区。1992 年至 1994 年，南海区农村先后实行股份制，成立股份合作社。生产队将农民责任田收回，建成仓库厂房出租。村民不再耕种，而享有股份分红。但同时，许多“外嫁女”被取消股份分红的权利。据有关机构调查，至 1998 年，南海区被取消股份分红的“外嫁女”共约 23600 人，受牵连的“外嫁女”子女约 4165 人。从此，“外嫁女”走上了维权之路，到各级政府上访。1997 年，南海区 6 名“外嫁女”代表开启了上访北京的先例，促使中央各单位发文要求南海解决问题。为了平息争议，南海区政府在 1998 年发布了《关于保障我市农村“外嫁女”合法权益问题的通知》(简称“133 号文”)，其第 3 条规定：“‘外嫁女’本人及其子女的户口虽然仍在原村，但居住地不在原村，又没有承担村民义务的，其股权和福利待遇由股东代表大会确定。”区政府的红头文件，虽是以村民自治为基础设计的，却成为合理化村集体以多数决剥夺“少数” “外嫁女”权益的根源，也激发越来越多的“外嫁女”持续上访。

从法理上分析，“两地原则”这个狭窄的认定标准只是针对“外嫁女”而制定的，同村的男性村民，无论是流动的农民工，还是因拆迁而散居的村

民，都无人会质疑其村民资格。而一部分没有居住在原村的“外嫁女”却被取消了村民待遇。

地方法院——除了要求受理“外嫁女”纠纷须以乡镇政府先行介入为前提条件之外，对待“两地原则”是何态度呢?

有学者通过对广州市某区人民法院 2005 年受理的 88 件“外嫁女”案件进行分析，发现就这个问题的实体法律，法院一致适用了“两地原则”——户口地和实际居住地作为获得相关利益的前提条件。即便是在全国妇联支持“外嫁女”成功地于 2005 年推动了《中华人民共和国妇女权益保障法》的修改，广东省也在 2007 年将《实施〈中华人民共和国妇女权益保障法〉规定》修订为《实施〈中华人民共和国妇女权益保障法〉办法》，立法在某种程度上否认了“两地原则”之后，法院解决外嫁女纠纷的方式也没有受到影响。那么，既然地方性法规存在与上位法的不协调现象，为何法院与地方政府都心照不宣地适用“两地原则”呢? 有理由认为，“它的适用将会防止大部分外嫁女诉诸法院。此外，按照这个原则作出的判决将遇到大部分村民最少的抵制。通过适用这一原则，法院解决了最容易解决的那部分纠纷，却将所有的其他纠纷排除在外。”

可见，无论是创设行政处理前置条件，还是默契地认可“两地原则”，都是地方法院面对不能承受之重的治理难题而采取的一种司法避让策略。

三、最高法院的司法避让政策

面对“外嫁女”纠纷这类集体利益分配所引发的矛盾，最高法院的态度经历了循序渐进的变化过程，总体上采取了司法避让政策。

1. 2001 年 7 月 9 日，最高人民法院研究室对广东省高级人民法院《关于人民法院对农村集体经济所得收益分配纠纷是否受理问题的答复》提出：“农村集体经济组织与其成员之间因收益分配产生的纠纷，属平等民事主体之间的纠纷。当事人就该纠纷起诉到人民法院，只要符合《中华人民共和国民事诉讼法》第 108 条的规定，人民法院应当受理。”

2. 2001 年 11 月 27 日，最高人民法院行政审判庭《关于杨红艳、宋竟媛及宁多莲诉宝鸡市渭滨区神镇人民政府有关村民待遇案适用法律的请示的答复》（[2001] 行他字第 6 号）指出：“陕西省高级人民法院：你院《关于杨红艳、宋竟媛及宁多莲诉宝鸡市渭滨区神镇人民政府有关村民待遇案适用法律的请示》收悉。经研究，原则同意你院审判委员会第一种意见，即：根据《中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第 61 条和《中华人民共和国妇女权益保障法》第 30 条规定，以及《陕西省实施〈中华人民共和国妇女权益保障法〉办法》第 35 条的规定，乡(镇)人民政府负有保障公民的人身权利、民主权利和其他权利及妇女合法权益的职责。杨红艳、宋竟媛、宁多莲等认为其合法权益受到侵犯，请求镇政府予以处理，符合上述规定的精神。请示所涉及的具体案件，请你院依法处理。”

3. 2002 年 8 月 19 日，最高人民法院立案庭对浙江省高级人民法院《关于徐志君等十一人诉龙泉市龙渊镇第八村村委会土地征用补偿费分配纠纷一案的请示的答复》([2002]民立他字第 4 号）指出：“根据《中华人民共和国土地管理法》第 47 条第 2 款，《中华人民共和国土地管理法实施条例》第 25 条、第 26 条及我院有关司法解释的规定，国家征用农民耕地的补偿费包括土地补偿费、安置补助费以及地上附着物和青苗的补偿费。土地补偿费归农村集体经济组织所有，只能用于发展生产和安排就业，不能挪用和私分。农村集体经济组织成员与农村集体经济组织因土地补偿费发生的争议，不属于平等主体之间的民事法律关系，不属于人民法院受理民事诉讼的范围。对此类争议，人民法院依法不予受理，应由有关行政部门协调解决。”

4. 2005 年 7 月 29 日公布的《最高人民法院关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》（法释 [2005] 6 号）规定：“集体经济

组织成员因未实际取得土地承包经营权提起民事诉讼的，人民法院应当告知其向有关行政主管部门申请解决。”“集体经济组织成员就用于分配的土地补偿费数额提起民事诉讼的，人民法院不予受理。”

从以上最高法院三个答复和一个司法解释可以看出，对待“外嫁女”纠纷，最高司法机关的态度经历了这样一个变化过程：先是认可作为民事案件受理；继而将其拒之于民事诉讼受案范围之外，认为这类争议不属于平等主体之间的民事法律关系，基层政府负有处理和保护的职责，法院只能对政府的行政行为进行司法审查，从而肯定了地方法院创制的“行政处理前置原则”。但最高法院对这一司法审查规则的创设，从司法政策制定角度来看，是间接的、含蓄的甚至带有浓厚的回避色彩。因此，有必要结合最高法院推出的相关司法案例，对这一问题作进一步诠释。

四、典型案例的司法避让规则创制

笔者对最高人民法院发布或出版的以下案例文献(限行政审判类) 进行了检索:1. 指导性案例(2011 年 12 月 20 日发布第一批以来)；2.《最高人民法院公报》案例(1985 年创刊以来)；3.《人民法院案例选》(1992 年创刊，以 2017 年版分类重排本为样本)；4.《中国行政审判(指导) 案例》(2010 年至 2013 年共 4 卷)。从这四类具有代表意义的案例文献中，共检索出“外嫁女”行政审判案例三起，均集中在《人民法院案例选》中。现对三起案例逐一评析。

案例一：刘海红等诉唐河县城关镇人民政府不履行法定职责案

原告刘海红(女) 原系唐河县城关镇常花园村常花园西组人，1991 年 1 月与唐河县棉织厂职工张合坡结婚，同年 9 月生一女孩张芸。母女户口均落在常花园西组，并分得责任田。1993 年 11 月常花园西组以“本组已嫁出的妇女及其子女不得承包本村责任田”为由，强行将两原告的责任田收回。后经镇政府处理，认定常花园村委常花园西组应按政府规定分给刘海红母女两人责任田。但镇政府决定一直未得以执行。两原告于 1996 年 12 月就责任田和村民集体投入的分配事项向唐河县法院提起民事诉讼，唐河县法院以其提起的民事诉讼不属民法调整范畴，裁定驳回起诉。1998 年 11 月 13 日两原告以被告不履行法定职责为由向唐河县人民法院提起行政诉讼。

唐河县人民法院经审理认为：两原告的户籍在城关镇常花园村委常花园西组，即为该组村民，应享有同组村民同等的权利。常花园西组的规定违反《中华人民共和国妇女权益保障法》和《中华人民共和国未成年人保护法》的有关规定，不受法律保护。保障农村妇女同男子享有平等的权利是法律赋予镇政府的职权，被告城关镇政府有责任对侵害两原告权利的行为采取措施予以制止。被告虽对此作出了处理决定，但未能认真落实，属拖延履行法定职责。该院于 1999 年 1 月 4 日判决：被告城关镇政府自判决生效后三个月内对原告刘海红、张芸的申请事项作出相应的具体行政行为。双方当事人均未上诉。

在本案中，法院判决申明了以下规则：第一，两原告的户籍在城关镇常花园村委常花园西组，即为该组村民，应享有同组村民同等的权利。第二，村民委员会作为基层性自治组织，可以通过村民会议形式就重大问题作出决定，但必须在法律规定的范围内进行。村民会议作出“本组已婚妇女及其子女不得承包本村责任田”的规定违反有关法律，当属无效。第三，镇政府虽于 1995 年 2 月作出了处理决定，但历时三年未督办执行，该行政行为实质上并未完成，这种消极的行政行为属典型的不积极履行的不作为，因而判决被告限期履行法定职责。

案例二：曾菊英等诉长沙市雨花区黎托乡人民政府不履行法定职责案

曾菊英(女)、李娜、李红系长沙市雨花区黎托乡大桥村大同组村民。1986 年曾菊英与城市居民

李××结婚后，其户口未能迁入市区，但其原分责任田于 1987 年被村组收回。女儿李娜、儿子李红出生后户口也随母落在黎托乡大桥村大同组。但一直没有分到责任田。1991 年李××死于车祸，曾菊英母子即回户籍所在地居住，并多次向村委会要求分配责任田，遭到拒绝。村委会拒绝的理由是：女人既已嫁出去了，就不是我们的村民了，按照“土政策”，责任田和村组待遇是绝对不能享有的。1986 年 8 月 16 日，大同组与曾菊英签订的一份建房协议约定：乙方一家不得享受村组一切待遇(如不分田、土，不分村组征收费等)。自 1997 年以来，曾菊英多次要求黎托乡人民政府对其纠纷进行处理。黎托乡人民政府认为，乡政府不得干预依法属于村民自治范围内的事项，既然曾菊英在同村组签订的协议中明示放弃责任田和村组有关待遇，乡政府无权就曾菊英与大桥村委会之间的土地使用权纠纷进行裁决。因此，曾菊英母子三人向长沙市雨花区人民法院提起行政诉讼。

湖南省长沙市雨花区人民法院经审理认为：原告曾菊英、李娜、李红系大桥村大同组村民，依法应享有责任田、口粮田和宅基地的使用权。按照《中华人民共和国土地管理法》第 16 条之规定，三原告与大桥村大同组的土地使用权争议，应由乡政府或县级以上人民政府处理。因此，原告要求被告黎托乡政府作出裁决是合法的，被告对该争议进行处理，不属于干预村民自治事项；被告不予处理是不履行法定职责。该院于 1999 年 10 月 11 日判决：限被告长沙市雨花区黎托乡人民政府自本判决生效后六十日内，就原告曾菊英、李娜、李红与大桥村委会、大同组的土地使用权纠纷作出处理决定。双方当事人未上诉。

本案中，被告依据 1998 年修订的《中华人民共和国村民委员会组织法》第 4 条，认为乡政府“不得干预依法属于村民自治范围内的事项。”也就是说，被告认为农民集体所有的土地依法由村集体经济组织、村民委员会或者村民小组经营管理，既然原告同村组签订了明确的协议，实现了村民自治，乡政府就无权处理了。但法院认为，《中华人民共和国土地管理法》第 16 条规定：“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；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……。”因此原告与村组之间的争议应该由乡政府处理，这是乡政府的法定职责，不属于干预村民自治事项，被告不予处理是不履行法定职责，因此判决乡政府在一定期限内就该土地使用权纠纷作出处理。

以上两个案例，均强调基层人民政府负有督办和干预不合法村民自治事项的法定职责，这是实践中借助权力运行弹性机制实现司法避让的典型做法。

案例三：刘易云等不服新化县上梅镇人民政府土地承包行政批示案

刘易云(女，新化县上梅镇远大村九组村民)于 1983 年 5 月与新化县维山乡黄石村村民吴瑞书结婚，婚后刘的户口仍在娘家，原承包的 0.7 亩责任田也未退出。其子吴杰、吴超相继出生后，户口也随母刘易云落在上梅镇远大村九组。后该组一户村民农转非后退出责任田，刘易云即以吴杰的名义从中强行耕种了 0.5 亩田。1999 年 5 月 1 日，上梅镇远大村第九组在重新调整责任田承包时与刘易云发生了争议，该组便书面请示上梅镇人民政府。5 月 3 日，该镇农业办批示：“刘易云同志因其夫虽在燎原水泥厂工作，但户口在维山乡四都管区，属农业户口，本人的户口虽然未迁入其夫户口所在地，但根据政策，外嫁农村户口，理应在男方户口地承包责任田”。远大村第九组参照此批示，收回了刘易云承包的 0.7 亩责任田和以吴杰名义耕种的 0.5 亩田，并拒绝安排吴超承包责任田。刘易云、吴杰、吴超不服，向新化县人民法院提起行政诉讼。

新化县人民法院一审认为：根据被告提供的新化县人民政府新发(1984)31 号文件《关于延长土地承包期有关具体问题的处理意见》第 1 条第 4 项规定：“婆家在农村的，原则上应迁往婆家承包。”

原告刘易云婆家在农村，理应与其长子吴杰共同迁往婆家承包，次子吴超系超生子女，按政策不承包。因此，上梅镇人民政府的批示符合政策规定，其行政行为应予以维持。该院于 1999 年 12 月 14 日判决维持被告 1999 年 5 月 3 日对第三人的书面请示所作出的行政批示。三原告不服，向湖南省娄底市中级人民法院提起上诉。

娄底市中级人民法院经审理认为：新化县上梅镇人民政府在其所辖的远大村第九组就责任田承包问题的书面请示上所作的批示是其内部的一种行政指导行为，对远大村第九组及刘易云等三上诉人的权利义务并不具有拘束力。原告对此提起行政诉讼不属于人民法院行政诉讼的受案范围，原审作为行政案件立案审理不当。该院于 2000 年 3 月 20 日裁定：撤销新化县人民法院（1999）新行初字第 07 号行政判决；驳回原告刘易云、吴杰、吴超的起诉。

本案二审撤销一审关于维持被告行政批示的判决，裁定驳回原告起诉，判决理由在于被告的行政批示属于不具有强制性的行政指导行为。本案二审期间，适逢《若干解释》（2000）于 2000 年 3 月 8 日公告、3 月 10 日施行，其第 1 条第 2 款第 4 项已明确将不具有强制力的行政指导行为排除在人民法院行政诉讼的受案范围之外。这样，二审适时裁定撤销一审判决、驳回原告起诉，规避了一起很可能要打持久战的“外嫁女”信访案件的产生。司法解释与司法判例相得益彰，共同谱写出了面对治理难题而合理进行司法避让的协奏曲。

另外，检索中国裁判文书网“最高法院”之“行政案件”，以“外嫁女”和“出嫁女”为关键词可搜索出 13 篇裁判文书，去除 5 篇非“外嫁女”案件，实际检索到此类案件 8 起。最高法院对这 8 起案件的裁判结果均为裁定驳回再审申请。进一步分析，最高法院支持的原审裁判结果，有 4 起是裁定驳回“外嫁女”的起诉（其中 2 起不属于行政诉讼受案范围、2 起超过起诉期限）；另外 4 起是判决驳回“外嫁女”诉讼请求（理由分别为：上诉请求超出一审诉讼请求范围、需要行政裁决前置、属于重复申请行为、没有事实和法律依据）。上述 8 起案件中，司法避让色彩浓厚。例如，在“巩茂秀等诉山东省济宁市人民政府拆迁安置补偿答复案”中，最高法院在认为被诉答复意见对巩茂秀的权利义务不产生实际影响的同时，又认为：“至于巩茂秀、刘双春、刘壮志主张的其三人应当具有济宁北湖度假区许庄街道李王庄村农村集体经济组织成员资格，应与本村其他村民享有同等民事权利的问题不属于本案审查范围。”从而规避了对“外嫁女”纠纷的实质审查。又如，在“范玉凤等诉河南省郑州市惠济区人民政府履行拆迁安置职责案”中，郑州市惠济区新城街道联合村委会等作出的城中村改造《拆迁补偿安置实施方案》规定：不符合招婿条件的，户口在本村的姑娘本人及所生子女（仅限本人所生的 1 个子女）通过置换仅享受 70 ㎡/人居住用房安置，其配偶不享受安置。二审法院认为出嫁女及其配偶、子女落户本村后的村民待遇问题，属于村民自治事项。最高法院再审认为：“再审申请人范玉凤系贾河村的出嫁姑娘，不符合招婿条件。其本人及其配偶李金印（已故）、女儿范聪聪、李楠虽户口在贾河村，但范玉凤等 4 人没有登记在自己名下的宅基地，而郑州市惠济区的城中村改造安置补偿政策中的安置对象是以合法拥有宅基地使用权为基础的。范玉凤等 4 人提出履行职责之诉，要求郑州市惠济区人民政府按照贾河村拆迁方案中 130 ㎡/人的标准对其进行安置，没有事实和法律依据；一、二审法院不予支持，并无不当。”这里事实上认可了村规民约对“出嫁姑娘”村民待遇的界定，或者说以“没有事实和法律依据”为由规避了对这一问题的实质审查。

五、治理难题的破解路径

党的十九届四中全会《决定》指出：“我国国家治理体系和治理能力是中国特色社会主义制度及其执行能力的集中体现。”“外嫁女”纠纷作为治理难题由来已久，如果长期缺乏治理良策，则影

响国家治理体系和治理能力现代化的实现。因此，要从立法、执法和司法领域全方位探寻“外嫁女”纠纷治理难题的破解路径。

（一）立法规范的具体化

关于妇女合法权益保障问题，我国宪法、法律和政策规定是明确的。《中华人民共和国妇女权益保障法》《中华人民共和国农村土地承包法》的规定已如前述。《中华人民共和国村民委员会组织法》亦规定，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。保障妇女儿童合法权益、实行男女平等早已成为我国的基本国策。但是，当法律与习俗发生碰撞的时候，宏观的法律规定往往被虚置和架空。面对“外嫁女”纠纷治理难题，处于种种考虑，立法领域一直缺乏有针对性的具体化规范。最高法院的司法解释也尽量采取司法避让策略。因此，只有从专门立法、立法解释抑或司法解释等多方面着手，实现“外嫁女”权益保障立法规范的具体化，才是破解“外嫁女”纠纷治理难题的治本之策。

（二）行政行为的法治化

实践中，地方政府为了规避矛盾，对“外嫁女”纠纷往往绕道而行，要么以“村民自治”为由不予干预，要么从社会稳定考虑委曲求全，要么将传统习俗嵌入执法行为。如 S 省 J 市经济技术开发区管委会 2016 年公告的本开发区《房屋征收补偿安置方案》规定，不参与分房人员包括：“出嫁外村（外地）在本村未销户的出嫁女及其子女”；“出嫁女离婚后已与非本村人结婚的，不论户口是否迁出，其本人及法院判给本人的子女一律不分房，离婚后户口迁入本村的视为空挂户”。G 省 Z 市人民政府 2013 年发布的《挂绿湖水利工程核心区房屋征收拆迁补偿安置办法》规定：“外嫁女不享受安置”，并排除女孩分户安置。党的十八届四中全会通过的《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》指出：“深入推进依法行政，加快建设法治政府”。党的十九届四中全会通过的《关于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若干重大问题的决定》进一步指出：“坚持有法必依、执法必严、违法必究，严格规范公正文明执法，规范执法自由裁量权，加大关系群众切身利益的重点领域执法力度。”这就要求各级政府必须始终坚持法治思维，用法治方法处理问题，努力实现行政行为的法治化，借以全面提升政府的治理能力。

（三）司法治理的能动性

推进国家治理体系和治理能力现代化，必须深化司法体制综合配套改革，完善审判制度，增强司法治理的能动性。面对“外嫁女”纠纷这一治理难题，司法能动主义价值更加凸显。其实，透过现象看本质，在“外嫁女”纠纷领域，司法避让行为与司法能动主义是交织共生的：最高法院的司法政策及其倡导的司法案例已经隐含着现阶段处理“外嫁女”纠纷的倾向性答案：其一，村民自治应当在法律框架内行动；其二，当“外嫁女”的合法权益受到侵害时，政府具有干预和解决的法定职责与义务。

从近几年的“外嫁女”纠纷案例来看，司法能动性色彩在逐步显现。

1. 最高法院的两个案例

在“杨小丽等诉增城市人民政府《挂绿湖水利工程核心区房屋征收拆迁补偿安置办法》纠纷案”（以下简称“杨小丽案”）中，最高法院再审认为：“《安置办法》第 7 条第（4）项‘外嫁女不享受安置’、第 8 条第（2）项排除女孩分户安置的规定，未能保障杨小丽、杨容花、杨燕群三人作为女性与男性村民享有平等的财产权利，与《中华人民共和国妇女权益保障法》第 30 条、第 32 条之保障妇女与男子平等的财产权利的规定相抵触。”该案虽以再审请求超出一审诉讼请求范围为由驳回了“外嫁女”的再审申请，但却申明了“‘外嫁女’安置方案不得

与法律相抵触”的司法态度。

在“赵星、程雨嘉诉湘潭县人民政府、湘潭县国土局房屋征收补偿安置案”(以下简称“赵星案”)中,最高法院虽以超过起诉期限为由驳回再审申请,但同时认为:“应当指出的是,《中华人民共和国妇女权益保障法》第 33 条规定,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。也就是说,结婚出嫁并非已婚妇女丧失其原先所在农村集体经济组织成员资格的法定条件。只要出嫁女的户籍未迁出,并继续尽村民的义务,就应当享有与原村村民同等的权利。赵星系出嫁女,程雨嘉系出嫁女的孩子,两人户籍一直在被征地村组,没有充分证据否定两人已经尽到村民义务的,征收补偿中应当认可其村民资格,给予其安置补偿,充分保护妇女、儿童的合法权益。本着有错必纠的原则,湘潭县政府、湘潭县国土局应当在查清事实的基础上,依法妥善处理好本案争议问题,维护社会和谐稳定。”该案确立了这样一项“外嫁女”纠纷的司法审查规则:出嫁女只要户籍未迁出、并继续履行村民义务,则享有与原村村民同等权利。

2. 山东高院的两个案例

在“汤孟孟诉济宁经济技术开发区管理委员会补偿安置案”(以下简称“汤孟孟案”)中,山东高院二审认为:“目前,我国对于农村集体经济组织成员的界定,尚未有明确统一的法律规定,实践中特别是对外嫁女及其子女的身份认定争议较大、较为复杂。一般讲,外嫁女的集体组织成员资格的判断,以及能否因此享受与其他村民同等待遇,获得安置补偿……从以下几方面综合考虑:一是外嫁女的户籍在征地补偿方案确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等……原审法院没有综合考虑上述因素,仅以‘村民自治’为由,把村民代表大会决定的意见作为不予安置外嫁女住房的唯一依据,属于认定事实不清,证据不足。”裁定发回重审。

在“王小红诉商河县政府不履行拆迁安置补偿职责案”(以下简称“王小红案”)中,山东高院二审将“外嫁女”能否享受与普通村民同等获得安置补偿待遇的综合考量因素扩充为六项:“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。”认为“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。”判决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。

3. 规则如何创制?

上述两组案例对司法审查标准的规则创制,体现为两种风格:最高法院的两个案例削繁就简,“杨小丽案”体现了“不得与法律相抵触”的法治原则,“赵星案”则确立了“外嫁女”享有与原村村民同等权利的两项司法审查标准———户籍未迁出、继续履行村民义务;山东高院的两个案例翔实规范,从“汤孟孟案”的四项标准到“王小红案”的六项标准,试图在“外嫁女”集体组织成员资格判断、村民同等待遇享受领域创制一套较成体系的司法审查规则,具有较强的操作性,可以说是现阶段司法治理能动性的代表作。

就具体操作层面而言,“赵星案”的“两项标准”即“户籍未迁出、继续履行村民义务”应是判

断外嫁女”能否享有与原村村民同等权利的基本要件，“王小红案”的“六项标准”则为处理“外嫁女”纠纷提供了较为完整的司法审查标准体系。但是，对“六项标准”不可机械套用，应因案而异、灵活适用。如“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”标准，显然是借鉴了广东省“两地原则”的做法。但“两地原则”当时就因性别歧视而引起较大争议。正如“汤孟孟案”二审裁定所言：“需要注意的是部分外嫁女长期在外务工，对于户口仍在原籍的农村外出务工人员，各级党委、政府一直以来都高度重视，制定了一系列保障农民工权益和改善农民工就业环境的政策措施……政府在进行补偿安置时，对此也应予以充分考量。”所以适用该项标准时就要注意区分部分“外嫁女”长期在外务工和实际在婆家生产、生活之间的区别。

截至目前，尚缺乏“外嫁女”纠纷领域的指导性案例和《最高人民法院公报》案例。而这两类案例是司法审查规则创制的主载体。因此，建议在“刘海红案”“曾菊英案”“汤孟孟案”“王小红案”等司法能动性色彩较浓的案例基础上，借鉴“杨小丽案”“赵星案”等合理性因素，尽快出台相关的指导性案例和公报案例，以填补“外嫁女”纠纷领域的立法和政策空白。

结语

“外嫁女”纠纷是发生于我国改革开放时期、具有浓厚本土特色的治理难题。面对治理难题，当司法与行政均欲绕道而行时，其实司法是没有退路的，因为法院的职责就是定分止争。但是，对于“既无军权、又无财权”的司法部门来讲，司法谦抑是其原生的姿态，司法尊让是其固有的理念，更重要的是司法机关拥有诠释法律这一强大武器。作为奠定美国司法审查制度理论基础的“马伯里诉麦迪逊案”，其原初动机也不过是为了避免法院下达强制执行令状后遭遇抵制而导致宪法危机、不得已采取的以退为进策略，是一次典型的司法避让行动。在处理“外嫁女”纠纷这一治理难题过程中，我国地方法院在现有司法资源与司法环境下，选择了司法避让策略，最高法院的司法政策也以司法避让为基调，典型案例在司法规则创制领域同样显现出浓厚的司法避让色彩。这不单单是对社会矛盾的回避，而是一种夹缝中求生存的司法智慧，一场司法权威的自我保卫战。

理论往往充满理想化色彩，现实却总是纷繁芜杂。“外嫁女”纠纷在司法和信访实践中有着各种各样的表现样态，各地农村又有着不同的风土民情和乡规民约。因此，如何全面做到公平、理性、稳妥地解决中国的“外嫁女”纠纷问题，在我国社会转型的较长时期内，将是政府和法院需要共同面对的时代难题。

当然，历史的车轮总在前行。随着国家治理体系和治理能力现代化的提倡，通过立法、执法和司法全方位努力，必然能够找寻出一条适合中国国情的“外嫁女”纠纷治理难题破解之路。尤其值得关注的是指导性案例的规则创制功能，因为从司法解释规则创制为主体走向指导性案例规则创制为主体，进而逐步建立起具有中国特色的判例制度，必将是我国司法审查制度迈向司法结构主义的最佳路径选择。

【法官说法】两名律师见证遗嘱被认定无效，怎么回事？

2020-05-06 新城区法院

https://mp.weixin.qq.com/s/WSjWfoO9G57EThaBQ6tnww

案情再现

家庭会议中…

三姐：哥哥妹妹还有大侄子，老母亲留有遗嘱，说百年以后把她名下的房屋留给我。

大哥：不可能。我也照顾过母亲，母亲还说把房子留给我，我没要。我们兄弟姐妹都照顾母亲了，怎么就留给你一人。

二哥：母亲生前说不会留遗嘱。母亲八十多岁了，一直在养老院，神志都不太清醒，怎么可能留遗嘱，我不相信。

四妹：我不参与母亲遗产继承，以后我不参与这样的家庭会议。

大侄子：奶奶不可能留遗嘱，我同意大伯和二伯说的。

三姐：不相信你们就看看母亲生前的遗嘱吧。

遗嘱核对中…

大哥：遗嘱是律师写的，只有母亲的签字，母亲的签字也不靠谱，老二你觉得呢。

二哥：神志不清怎么可能请律师写遗嘱。

大侄子：我怀疑这个遗嘱的真实性，我不相信这是奶奶的真实意思。

三姐：母亲的遗嘱在这你们还不相信，这是母亲的意思，既然你们都不相信，那咱们只能去法院了。

二哥：那就法院见吧，相信法官会给我们个说法。

裁判要点

遗嘱继承案件中认定律师见证遗嘱效力问题，需从两方面考虑：一是遗嘱形式、内容是否符合法律规定；二是遗嘱内容是否为遗嘱人真实意思表示。

证据瑕疵

1. 本案中遗嘱是由两名律师见证并由其中一人代书，该律师称当事人的母亲生前留有一份关于遗嘱内容的手稿，两位律师根据该手稿及其口述誊写了一下，形成打印版遗嘱，该打印遗嘱有遗嘱人签名。但三姐及其律师均称遗嘱人原有手稿未留存，无法向法庭提交。

2. 制作遗嘱过程中亦未录音录像。

3. 本案中几名被告（大哥、二哥、侄子）未委托律师，未向本庭提交任何证据，亦未向本庭提交调取证据申请书，在事实主张和证据收集方面存在局限。原告三姐与几被告在诉讼能力方面存在极大的不对称性。

裁判结果

呼和浩特市新城区人民法院一审判决：驳回三姐提出的继承其母名下房屋的诉讼请求。

呼和浩特市中级人民法院二审判决：驳回三姐上诉，维持原判。

呼和浩特市中级人民法院再审判决：维持本院二审判决，本判决为终审判决。

法官说法

就本案相关问题
赵婧法官进行了解答
我们一起来学习一下吧~

01

本案系继承纠纷，有专业的律师见证并代书遗嘱，为什么该遗嘱会被认定无效呢？

赵法官：律师见证遗嘱属于代书遗嘱的一种形式，三姐提交的律师见证遗嘱虽然符合继承法对于代书遗嘱形式、内容的规定，但本案有三个疑点，无法确认遗嘱内容是否为遗嘱人真实意思表示。

一是，在办理该案过程中，我去到当事人母亲

生前居住的养老院，向养老院工作人员了解到，遗嘱人八十多岁了，在养老院居住两年多，生活不能自理，老人有时清醒，有时糊涂。在不能确定立遗嘱时老人意识是否清醒的情况下，按照现在的通讯手段及有专业律师见证的情况下，为什么在立遗嘱时没有录音录像。三姐和律师均称老人有个遗嘱手稿，却无法向本庭提交。

二是，遗嘱人是老干部遗属，我从干休所工作人员处了解到，老人每月有 6500 元遗属补贴，干休所工作人员每月固定时间会把这笔遗属补贴送到养老院老人手中。我想和负责给老人送遗属补贴的干事了解更多的情况，但是该干事不愿多说，只说既然案件到了法院，应该由法官裁判。从干休所回来的路上，我在想老人每月遗属补贴如此高，为什么仅住在荒凉的、条件较差的养老院。

三是，我去到两名见证律师所在的律所查看当时委托律师办理遗嘱的手续，发现两名律师是由三姐聘请，委托事项是去老人所在的养老院制作遗嘱，并由三姐支付两名律师的所有费用，在这样的情况下，这两位律师就与继承人之一的三姐是存在经济利益关系。我还了解到，三姐一直在外地生活工作，未对遗嘱人履行赡养义务，其他兄弟姐妹都在呼和浩特市生活工作，却对此完全不知情。

综上所述，三姐只有母亲签名的一份打印版遗嘱，在无法确认老人意识是否清醒情况下，无遗嘱人原手稿、录音录像等证据佐证，并不符合时空一致性的要求，无法证明遗嘱系遗嘱人的真实意思表示，故本院认定该遗嘱无效。

02

在案件审理过程中，我们发现赵法官不仅仅局限于当事人提交的证据，还依职权进行了调查取证，这是否有悖于法院中立的地位呢？

赵法官：家事案件与其他民事案件不同的是，证据具有私密性且难以固定。但家事诉讼对于案件事实真相的追求更为强烈，而在证据存疑的情况下，不能任由当事人为不实的事实主张。所以部分案件中家事法官要对辩论主义加以限制，依职权主动调取证据，发挥职权探知主义的优势，这有助于缓解和克服当事人的举证困难，助力于案件客观事实的发现。

家事案件中法院依职权介入，并不意味着当事人不需主张事实、不需要提供证。法院还是先要根据当事人提出的事实和证据展开判断，当事人在事实主张和证据收集方面仍需发挥基础性的作用，与积极行使司法职权的法院共同推进诉讼的进行。

有鉴于此，应当区分家事案件类型，建构以高度盖然性为基准、以排除合理怀疑标准和优势证据标准为辅助的多元化证明标准体系。

03

在律师作为遗嘱见证人的情况下，应注意哪些问题呢？

赵法官：主要有三方面：

一是，律师要审查遗嘱人是否具有完全民事行为能力，意思表示是否真实。即要求律师对遗嘱人进行意思能力以及表达能力的审查，律师要按照《律师见证业务工作细则》的规定制作见证笔录、全程录音录像。

二是，审查遗嘱人是否具有完全民事权利能力。即要求律师对遗嘱人的财产进行实质审查，确保遗嘱人对所处分的财产拥有合法的权利外观。

三是，律师要符合见证人资格。作为律师见证人不得与继承人有利害关系（如本案中的经济利益关系）。

当事人委托律师进行遗嘱见证，其目的是通过律师提供的专业法律服务确保所立遗嘱的合法、有效性。律师在收取报酬的同时，亦应当提供专业的法律服务和相应的高度注意义务。

法条链接

《中华人民共和国继承法》第十七条第三款

代书遗嘱应当有两个以上见证人在场见证，由其中一人代书，注明年、月、日，并由代书人、其他见证人和遗嘱人签名。

《中华人民共和国继承法》第十八条　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。

供稿：家事审判团队

编辑：萨茹拉

域外收养制度的基本框架

2020-05-01 中国法院网 来源：人民法院报　作者：杨国强

https://www.chinacourt.org/article/detail/2020/05/id/5171681.shtml

为避免收养人对被收养人基于支配地位和优势地位而造成的侵害及后续引发的救济困难，域外一些国家普遍对收养的立法理念、审查程序、试养期以及对收养人监督四方面作了严格规定。

收养制度的立法理念

收养作为一种特殊的婚姻家庭制度，一直受到了许多国家的高度重视。在实践中，由于收养存在主体关系构建性和行为模式风险性两大特征，因而相关的制度也对此作出了特殊规定。所谓主体关系构建性，是指收养所建立的人身关系并非基于先天的血缘，而是经由行为人主观的选择，具有人为的拟制性和构建性。而行为模式风险性是指在收养人和被收养人的日常相处模式上，一方面，基于收养关系形成了相对支配和比较优势关系，但这种支配关系和优势地位又由于是系后天建构而缺乏血缘伦理的制约。所以，在收养关系中，很容易存在收养人对被收养人利益的侵害风险。再者，这种特殊风险由于双方相处空间的长期重合性、封闭性，以至于被收养人极为容易面临现实化的危险，而且这种风险一旦现实化，由于侵害事实的证明困难，也就很难通过事后的救济进行保护。因此，许多国家均在立法上通过对收养人的条件、资格进行严格的事前审查，以避免儿童利益受损风险的现实化和事后的救济困难。

域外的收养制度立法的主要目的是最大限度地保障被收养人尤其是儿童的利益，使其免于再次遭受心理和生理创伤。域外收养制度的基本框架包括对收养人的资格审查，以及后续对收养人的监督等。这些制度共同构成了对被收养儿童利益的严密保护网。关于收养制度，许多国家和地区都遵循了“儿童利益最大原则”。在“儿童利益最大原则”这个总原则的指导下，以德国为代表的大陆法系国家和地区主要是将该原则通过立法的方式体现在收养制度中，以美国为例的英美法系国家和地区主要通过判例的方式，在收养制度中体现了该原则的具体标准和考虑因素。

收养人的审查程序

收养人的合格与否不仅直接影响收养关系的稳定，也影响着被收养人的成长和未来发展，可见收养人在整个收养关系中发挥着至关重要的作用。目前许多国家和地区都规定了对收养人资格的审查制度。

英国主要采取法院对收养人审查的模式，由此可以确保以严格的程序规避收养可能引发的风险。管辖法院在受理收养人提出的收养申请后，会对收养人的身体健康状况、家庭关系、收入情况、社会关系等等进行一系列的调查，良好的经济条件或家庭关系会成为收养人的加分项。只有当管辖法院认

为你符合收养人的一系列要求，法院才会作出裁定，准许成立该收养关系。

美国在涉及儿童利益的收养制度上十分谨慎。但与英国有所不同的是，其审查主体并非法院，而是社会福利机构。这是因为，立法者认为社会福利机构对儿童收养审查更加专业，更能有效实现儿童利益最大化。在美国，社会福利机构是对儿童收养审查的主要机构。当收养人提出收养申请后，社会福利机构就会对其经济状况、家庭关系状况等信息进行调查，还会对收养人是否曾经是虐待儿童案件的被告人进行调查。由于美国实行“公开收养”制度，也就是说即使儿童的亲生父母健在，他们的孩子仍然可以被收养，并且孩子的亲生父母还可以参与到收养的全过程中。所以，收养人除了要接受社会福利机构对自己的调查，在一定程度上还要接受孩子的亲生父母对他的调查。

试养期的规定

为了更好地磨合收养人与被收养的关系，一些国家的法律都规定了一个试收养期。在试养期内，前述负责儿童收养审查的机构会实时跟踪、动态掌握并评估收养人的表现，以作出其后续是否还适合收养的决定。在试养期内，收养人的行为将会受到特定标准的严格限制。同时，就收养关系而言，试养期也是收养人与被收养人之间磨合关系、彼此建立情感和信任的时期。因此，试养期具有监督和培育双方感情的双重作用。

在加拿大，被收养人在收养关系成立之前会提前熟悉收养家庭的环境，熟悉后，收养关系的双方需要一起生活少则半年，多则一年的时间，具体时间由代理机构特派的社工视情况决定，这段时间就是法律规定的试养期。只有经历过试养期后，法院才会以法律文件的形式宣告这段关系予以成立。

瑞士的试养期比较长，瑞士民法典规定，收养人对被收养人至少需抚养两年，在不损害被收养人合法利益的前提下，才能推定其具备收养人的资格。虽然法律没有明确说明两年即为试养期，但是通过对法条进行文义解释，也能判断出这两年的意义与试养期相同。在此两年之内，收养人与被收养人之间可以发现彼此需要磨合的地方并尽快解决，最大程度上保护了被收养人的利益。

收养人的监督

对收养人的监督必不可少，这里的监督并不包括试养期的特殊监督，而是收养全程的常态化监督。因为在确定收养关系期间，收养人作为强势的一方，可能会发生侵犯被收养人合法权益的情形，为了避免侵害被收养人的后果发生，对其养父母的监督不可或缺。

域外许多国家和地区都对收养人的监督作出了具体规定，对收养人的监督一般分为行政监督和司法监督两种模式，有的国家则将两种模式并用。以法国为例，其对收养人监督的主要方式为法院监督，由法院对涉及侵犯未成年人合法权益的行为进行实质审查，主要审查涉及与被收养人的人身和财产权益相关的行为，目的是对可能侵犯被收养人合法权益的行为进行干预，防止被收养人受到收养人伤害、虐待等不利于被收养人的行为发生。

综上，在保护儿童利益的主流趋势主导下，世界上许多国家和地区都体现了保护“儿童利益最大原则”的内涵。对收养人审查制度的规定，从源头上阻断了不符合收养条件的收养人；对试养期的规定，进一步考察收养人条件是否合格；对收养人监督的规定，可以很大程度上避免收养动机不纯的人对被收养人造成不可弥补的伤害。这些规定有利于被收养人更快更好地融入收养家庭。以上各方面规定共同构筑了严密的收养保护体系，切实维护了被收养儿童的最大利益。

（作者单位：贵州财经大学文法学院）

关于“植物人”离婚诉讼法律程序问题的思考

原创：2020-05-08 南湖法者
https://mp.weixin.qq.com/s/2XpGXwcsT-1jjVWKOzu3wQ

案情介绍

AB 系夫妻关系，婚后育有一女 C，现已成年。A 因重度脑溢血突然陷于无力表达状态，经医院确认，未来极有可能长期处于植物人状态。现 B 不愿花钱为 A 看病，C 欲代理 A 与 B 离婚，将二人共同财产依法分割后用于为 A 看病。

提起离婚诉讼的前提是确认民事行为能力并变更监护关系

目前可以肯定的是，A 已无表达能力，也丧失了基本的行为能力，不具备完全的民事行为能力，但经验社会中的“植物人”并不直接导致其成为法律意义上的无民事行为能力人或限制民事行为能力人，宣告某人成为无民事行为能力或者限制民事行为能力尚需民事诉讼特别程序进行确认。在医学概念上，“植物人”（PVS）是与植物生存状态相似的特殊的人体状态，除保留一些本能性的神经反射和进行物质及能量的代谢能力外，认知能力（包括对自己存在的认知力）已完全丧失，无任何主动活动能力。尽管植物人显已丧失了民事行为能力，但为无民事行为能力人还是限制民事行为能力人需要进行专业的判断和认定。根据《民法通则》第十二条、第十三条关于限制民事行为能力和无民事行为能力的规定，除年龄因素外，从文义上看，着重将“不能辨认自己的行为”和精神病人联系在一起，精神健康状况成为重要的参考因素。《民法总则》二十一条对该内容进行了调整，规定“不能辨认自己行为的成年人为无民事行为能力人。由其法定代理人实施民事法律行为”。可以看出，该条文对民事行为能力制度采取了“年龄主义”和“有条件的个案审查”原则。实践中，确认无行为能力或限制行为能力需要鉴定机构鉴定后，由法院予以确认。

本案中，因 A 已无表达能力，无法辨认自身行为，若要离婚，只能由其监护人通过代理行为实施。从逻辑上，首先需要确认 A 为无民事行为能力人，进而变更监护人，再起诉离婚。根据《民事诉讼法》第一百八十七条的规定：“申请认定公民无民事行为能力或者限制民事行为能力，由其近亲属或者其他利害关系人向该公民住所地基层人民法院提出。”确认无民事行为能力的情形下，第一顺序监护人系配偶，但因 B 有遗弃 A 的行为，故 C 意欲代理 A 与 B 之离婚，则 A 的监护人应为其女儿 C 而不是配偶 B，法律依据为《婚姻法》解释（三）第八条，“无民事行为能力人的配偶有虐待、遗弃等严重损害无民事行为能力一方的人身权利或者财产权益行为，其他有监护资格的人可以依照特别程序要求变更监护关系；变更后的监护人代理无民事行为能力一方提起离婚诉讼的，人民法院应予受理。”

至此，可以明确的是，本案中 C 可以作为 A 的监护人，并代理 A 起诉离婚。进一步延伸，无民事行为能力人欲起诉离婚，须在离婚诉讼前或诉讼中提出确认行为能力特别程序的申请。据《民事诉讼法》第三百四十九条规定：“在诉讼中，当事人的利害关系人提出该当事人患有精神病，要求宣告该当事人无民事行为能力或者限制民事行为能力的，应由利害关系人向人民法院提出申请，由受诉人民法院按照特别程序立案审理，原诉讼中止。”该特别程序应解决两个问题，一个是确认行为能力，一个是监护人即法定代理人的变更或指定。如果是在离婚本诉中提出，本诉应当中止，待特别程序完成后，恢复本诉的审理。

确认行为能力、变更监护关系程序适用的指向和逻辑

问题在于，该特别程序指向的两个问题，分别规定在《民事诉讼法》第三百四十九条和《婚姻法》解释（三）第八条。《民事诉讼法》对特别程序一章进行了专门的规定，“人民法院审理选民资格案件、宣告失踪或者宣告死亡案件、认定财产无主案件、确认调解协议案件和实现担保物权案件，适用本章规定”。《民事诉讼法》第三百四十九条对认定公民无民事行为能力或者限制民事行为能力人案件作进一步解释和说明，并未超出特别程序的范畴。而《婚姻法》解释（三）第八条中规定的变更监护人的特别程序，即配偶以外的“其他亲属要代理其提起离婚诉讼，只有经过变更监护权的特别程序，变更监护权，才有可能在程序上代理无民事行为能力人提起离婚诉讼”，民诉法和民诉法解释中均为空白，如此便构成了法律适用上的冲突。显然，司法解释作为国家最高司法机关在适用法律过程中对具体应用法律问题所作的解释，尽管可以作为办案依据，但其效力低于立法，尽管《民诉法》第一百七十七条规定了六大类特别程序的案件，也明确了“本章没有规定的，适用本法和其他法律的有关规定”，但司法解释并非法律，不适用本条。另外，实体法有自己的边界，不能跨越到程序法的领地上“圈地造法”，然而所谓的“其他法律的有关规定”具体指向，并不明确，此处的“其他法律的有关规定”应包括实体法和程序法。毕竟，在民事案件领域，程序法上，除了民诉法别无他法，若排除其他实体法规定的适用，则该兜底条款形同虚设。事实上，《民法总则》第二十四条第一款确实指向了民诉法中的特别程序，“不能辨认或者不能完全辨认自己行为的成年人，其利害关系人或者有关组织，可以向人民法院申请认定该成年人为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人。”“申请认定”的意思显指依照特别程序进行。此外，根据《民通意见》第十九条，可以同时另行指定监护人。此类案件，比照民事诉讼法（试行）规定的特别程序进行审理。第二十条还规定：监护人不履行监护职责，或者侵害了被监护人的合法权益，《民法通则》第十六条、第十七条规定的其他有监护资格的人或者单位向人民法院起诉，要求监护人承担民事责任的，按照普通程序审理；要求变更监护关系的，按照特别程序审理；既要求承担民事责任，又要求变更监护关系的，分别审理。由此可见，《民通意见》表明了监护权纠纷案件应适用特别程序来处理。另外，特别程序相对于民事诉讼程序而言，是对某些民事权利或法律事实加以确认、不解决民事权利义务纠纷的一种程序，监护权纠纷案件也符合其存在的目的和针对对象。

实践中的做法及其价值取向

实践中，法院在处理申请确认无民事行为能力案件时，根据个案情形决定是否要求申请人一并变更监护人。若申请人申请确认无民事行为能力的目的为代理无民事行为能力人起诉离婚，则法院会要求申请人一并变更监护人。而在无民事行为能力人作为原告起诉离婚的案件，或者作为被告的离婚之诉中，法院的通常做法是中止离婚本诉，待确认无民和变更监护人的特别程序完成后，再恢复本诉的审理。从行为逻辑上看，在离婚诉讼中，二者合并处理有一定道理。一般情形下，确认公民无民事行为能力的目的在于确认监护人，且配偶是第一顺位监护人，根据《民法总则》第二十八条的规定：“无民事行为能力或者限制民事行为能力的成年人，由下列有监护能力的人按顺序担任监护人：（一）配偶；（二）父母、子女；（三）其他近亲属；（四）其他愿意担任监护人的个人或者组织，但是须经被监护人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门同意。”但离婚之诉中首先要排除配偶的监护，确认其他监护人，而这也将反过来确定申请无民事行为能力的主体。即使确认无民事行为能力且变更监护人后，监护人不提起离婚之诉，合并处理也较为妥当，更有利于保护行为能力丧失者的权益。

回到本案，变更监护关系旨在提起离婚诉讼，变更婚姻关系。关于植物人能否当原告，一种观点认为监护人代为提起离婚诉讼超过了法定监护的范围，属于无权代理，加之离婚诉讼涉及身份关系，需要本人真实的意思表达，而植物人无法表达也就无法作为原告提起离婚诉讼；另一种观点认为配偶对无民事行为能力人实施虐待、遗弃等行为，继续存续婚姻关系已经没有意义，也符合法定离婚的情形。笔者更赞同第二种观点，出于对无民事行为能力人的权益考虑，应当允许监护人代为提起离婚诉讼。权利保护的追求在此时更为重要。2017 年《民法总则》第三十三条、第三十四条专门规定了成年人监护制度，设定意定监护这一新的监护方式，允许有完全民事行为能力的成年人根据本人意愿确定自己的监护人，赋予当事人更充分的选择权利，既尊重和保护了当事人，也便于维护社会秩序。

总结

对于“植物人”离婚诉讼的法律程序，大体可以总结为以下两种路径：一种路径是通过特别程序向人民法院申请宣告当事人为无民事行为能力人，向法院说明情形的同时，申请变更监护关系，而后监护人代理被监护人提起离婚诉讼。另一种途径是先由近亲属或其他利害关系人提起离婚诉讼，而后中止本诉，待确认无民事行为能力和变更监护人的特别程序完成后，再恢复本诉的审理。

值得进一步思考的是，在确认无民事行为能力人以及变更监护人时，若是为了更好地照顾被监护人，则另当别论。若是变更监护人后意欲诉讼离婚，二者在事实认定上可能构成一定的重复，当然，《婚姻法》第三十二条规定的“遗弃家庭成员的”的情形尚需法官在离婚之诉中去查明和判定。

感谢铜山法院少年家事庭高晶法官和泉山区人民法院少年家事庭张楠法官为本文写作提供的专业意见和建议。

加强家事诉讼中未成年子女司法保护

2020-05-08 人民法院报 第 02 版 党振兴
http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2020-05/16/content_168071.htm?div=-1&from=singlemessage&isappinstalled=0

家事矛盾纠纷的调和关系着家庭的和睦及社会的稳定，未成年子女权利保护是家事纠纷审判的焦点。司法实践中要注重做好家事矛盾化解及矛盾处理过程中弱势群体利益的保障，既为他们创造健康成长必备的物质生活条件，又要及时疏导情绪、矫正不良行为，保障其身心健康发展。

家和万事兴，几千年来流传下来的儒家文化，使家庭成为国人情感依托的屏障，每个中国人都有着浓厚的家国情怀，家事纠纷也因此而成为最纷繁复杂、对各方影响深远的社会矛盾。家事矛盾纠纷的调和关系着家庭的和睦及社会的稳定，而在家事案件的处理过程中，未成年子女权利的保护一直是其中的焦点，但作为弱势第三人，他们的权利往往不被成人世界的纷争所重视，成为家事矛盾激化的最大牺牲者。司法在调处矛盾纠纷、进行居中裁判、维护社会稳定的过程中，对未成年人的权利要特别予以重视，关注他们的健康发展，维护好他们的人身财产权利。

在家事案件处理过程中，要重视对未成年人情感引导，将对他们的心理疏导贯穿到庭前调查、诉前、诉中调解、庭后释法明理、案件回访等各个环节，如有必要可以聘请专业机构的心理咨询人员进行专业化的情感疏导。同时要鼓励全社会共同参与，学校应将学生心理健康教育贯穿在养成教育之中，制订教学计划，开设心理健康课程，在学校教育机构设置中设立心理健康咨询室，特别关注单亲家庭

孩子的心理健康。社区及妇联等群团组织也应通过邀请专业人员举办心理健康讲座，开通心理健康咨询热线，建立心理健康辅导工作站等，填补未成年人心理阴影，纠正行为偏差，改正不良品行，筑牢守护未成年人心理健康的防护线。

建立未妥善处理未成年子女抚养问题，不得判决双方离婚的衡平机制。未成年心智尚未发展健全，在生活、情感等诸多方面需要父母亲的教育引导和认真呵护，要鼓励当事人双方勇于承担家庭责任和社会义务，在双方因婚姻危机无法继续共同生活时，要确保未成年子女利益最大化原则的保障，对未考虑周全孩子的抚养问题，或双方都逃避抚养责任的离婚案件应强化法律规制，有条件的限制离婚自由，判决双方暂时不准离婚，通过法律规则强制其认真思考未成年孩子健康成长的问题。

保障未成年人的参与权，准确倾听他们的真实意愿。父母的离异和生活环境的改变，往往会严重影响未成年人的健康成长，尤其是处于叛逆期和可塑性极强阶段的未成年人，父母亲每一个轻率的选择都可能会给他们一生的成长产生决定性的作用。在处理婚姻家事案件中，办案法官要俯下身子，耐心细致的倾听未成年子女的想法，尊重他们独立陈述事实和发表意见的权利，认真了解他们的真实意愿，最大程度保障他们的合法权利。

强化不公开审理原则，注意保护未成年人隐私不受侵犯。对于家事案件，尤其是有未成年子女需要抚养的案件，在案件的审理过程中，要注意他们隐私权的保护，以不公开开庭审理为原则，公开开庭为例外，并进行相应信息封存，尽量将未成年人父母婚姻的矛盾控制在最小知悉范围内，降低父母离异对他们身心造成的不良影响，避免未成年人的同学、玩伴之间形成歧视、嘲笑和猜疑等给未成年人心理造成过大的伤害。

建立社会调查员制度，客观、全面地维护未成年人权益。借鉴国外独立于审判的社会调查员制度，筛选熟悉社情民意、乐于做群众工作的有威望的普通民众、村干部、教师、妇联等群团组织人员担任社会调查员，让他们充当办案法官的手眼，准确、全面、及时了解矛盾纠纷根源，弥补办案法官时间和精力上的不足。通过社会调查员的实地走访、调查了解，综合考虑分析矛盾形成的各方面因素，促使纠纷的快速化解。充分了解未成年人的真实心理状态、生活意愿和情感归属，并提出专业的处理意见，供办案法官裁判时予以参考，准确科学的处理未成年人抚养问题。

运用好离婚冷静期制度，促使离婚双方深思熟虑未成年子女的健康成长。民法典草案规定的离婚冷静期制度通过以法律强制手段给予双方当事人一定的时间，创建一个交流沟通的平台，让其冷静地充分思考婚姻、子女抚养、财产分割等相关问题，防止因一时的草率冲动离婚给双方当事人、未成年子女和社会造成的巨大影响和创伤，尽可能的保障未成年人的合法权益。

做好未成年人财产权利的保障，满足他们基本的物质生活条件。婚姻的离散定将涉及家庭共有财产的分割，在分割家庭共有财产时要充分照顾到未成年子女的合法权利，给其分配一定数额的财产，并适当予以倾斜，以保障将来未成年人的健康成长及完成学业所必要的物质生活来源。同时，通过学校助学金、社会低保等建立健全困难未成年人生活资助机制，保障他们基本的生活和学习所需，使其健康成长。

加强探视权的保障，让父母的关爱均不缺席。探视权是一个双向的权利，对于父母来说，探视不仅仅是一种权利，同时也是义务。通过不定期的探视、交流，能减少父母和子女之间的隔阂，疏导情绪，缓解父母离婚给子女带来的负面影响，保障未成年人健康成长，增进子女和父母之间的情感沟通，是维系亲情的有效纽带。在社区、村委会可尝试设立“子女探望室”，作为离婚后双方矛盾冲突仍相对尖锐、积怨较深，一方拒绝未抚养孩子的另一方探视，或为避免一方有可能对未成年子女造成侵害行为发生的，由法官、社区工作人员或妇女儿童组织人员负责管理“子女探望室”和协调在子女探望

过程中产生的矛盾纠纷。

建立健全法律援助制度，全面保障未成年人权利。在处理家事矛盾纠纷中，如果有可能发生损害未成年子女合法权利的现象，法院应以职权及时指定法律援助中心提供法律帮助，通过社会专业力量的介入，帮助在父母离婚过程中未成年子女的合法权益不受侵害。同时，学校作为未成年人在校管理主体，可建立学校教师、班主任授权出庭辅助制度，对未成年学生健康成长、受教育的权利保护等方面向法庭和其父母恰当阐述，充分运用未成年人保护法等法律法规来维护未成年人的合法权利。

建立专门家事案件审理法庭，对未成年人的权利保障更加专业化。通过设立专门的圆桌法庭，让原、被告及孩子坐在一起探讨心声，交流所思所想，能够减少家事纠纷的双方当事人及未成年子女之间的对立情绪，缓解诉讼造成的心理焦虑，化解矛盾纠纷。通过圆桌法庭进行情感教育，引导双方当事人首先考虑子女的健康成长。同时，通过邀请未成年人熟悉和信任的长辈、学校老师、社区工作者共同参与矛盾调解，减小未成年人的戒备心理和抵触情绪，疏导情绪，为他们争取最大化的利益，增强司法保障未成年人权利实效。

加大诉前调解，减少矛盾激化，让家事案件双方当事人理性对待未成年人的健康成长。诉前调解是修复家庭关系，减少矛盾冲突的稳定剂，有利于矛盾纠纷从源头得以化解。要加强人民调解委员会调解、行政调解、行业调解、司法调解机制建设，完善多元解纷协作机制，通过各部门共同努力，引导矛盾双方互谅互让，消除敌视情绪，将家事矛盾消灭在萌芽之中，防止矛盾激化，保障双方当事人及未成年人的利益，维护社会稳定。

做好案后回访，及时关注未成年人的发展和身心变化。对于家事纠纷，通过案后回访，积极协调社区组织、学校、医疗机构、妇女儿童权利保护组织，共同解决未成年人面临的实际生活困难和学习问题，给他们一份司法的温暖，彰显司法人文关怀。通过案后回访能够减少未成年人的心理压力和对社会的抵触情绪，让他们健康成长，并在成长道路上也能心存感激，关心和帮助其他身边的人，形成积极向上、阳光健康的良好心态。

未成年人是社会发展的未来。未成年子女权利保护是家事纠纷审判的焦点，也是大众普遍关注的热点话题，司法实践中要注重加强制度创新，多措并举，努力推动职能部门的互相配合协作，共同做好家事矛盾化解及矛盾处理过程中弱势群体利益的保障，既为他们创造健康成长必备的物质生活条件，又要及时疏导情绪、矫正不良行为，保障其身心健康发展，让全社会共同关注未成年人的健康成长。

疫情防控期探望权的实现

2020-05-08 人民法院报 第 02 版 袁志雄
http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2020-05/15/content_168045.htm?div=-1&from=singlemessage

探望权通过探望子女、与其交流短暂生活等多种形式继续教育子女，受新冠肺炎疫情防控影响，人员流动受到一定限制，探望权也需要拓宽渠道，更积极合理的实现。

探望权是离婚后未直接抚养子女的父亲或母亲一方与未成年子女探望、联系、会面、交往、短期共同生活的权利。探望权的目的主要在于离婚后不直接抚养子女一方，通过探望子女，与子女交流，和子女短暂生活等多种形式，继续教育子女，从而对子女价值观的形成起到积极作用。

从青少年健康成长的角度出发，探望权的实现，应由离婚双方协商对具体探望方式和合适的探望

时间做出明确约定，离婚纠纷及离婚后探望权纠纷中，司法权介入对探望的具体设置往往需要践行柔性司法原则，综合考虑地域、生活方式、未成年子女学业等多种因素，一方面应尽可能弥合家庭破裂对亲权造成的减损，修复和维系未直接抚养子女一方与子女间的亲情关系；另一方面，也要维护未成年子女成长环境的相对稳定性，最大程度保护其利益。裁判中，因对探望时间的设置更大程度关系到事后执行的可行性问题而受到充分关注，对具体探望方式却很少在裁判中明确规定。实践中探望的具体方式主要有两种：一是见面，以见面时间的长短为标准可分为短期探望和长期探望两种。短期探望又称暂时性探望，指不直接抚养子女方到对方家中或指定的地点，定期看望子女，这种探望方式时间较短；长期探望又称逗留性探望，指享有探望权的父母将子女带走，与自己共同生活一段时间，并按时送回。二是交往，指享有探望权的一方有权以电话、书信等方式与子女进行交流、保持联络。这种探望方式一方面增进了父母与子女的亲情培养，另一方面也体现了不直接抚养一方对子女生活学习的持续性关注。

当前，受新冠肺炎疫情防控影响，人员流动受到一定限制，享有探望权的一方因服从疫情防控管理不能如期探望子女，有条件的可采用电话、网络视频等方式与子女进行交流、联络，以行使部分探望权利、履行探望义务，直接抚养子女一方也应予以配合。但采取电话、网络视频等非直接探望方式时应注意以下几点：一是应考虑直接抚养子女一方是否具备电话、网络视频的客观条件；二是应考虑电话、网络视频探望时子女是否有充裕时间，特别注意避开网课时间；三是应注意电话、网络视频的具体时间和频率，不对子女及直接抚养子女一方日常生活造成不必要的影响；四是电话、网络视频探望前，应与直接抚养子女一方进行必要沟通。如双方无法就防疫期间探望权的行使达成一致意见，享有探望权一方也可向人民法院请求变更探望方式、时间。

宋代女子离婚与再嫁法律

——以电视剧《清平乐》为例

2020-05-15 人民法院报 第 06 版 吴 鹏
http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2020-05/15/content_168055.htm?div=-1&from=singlemessage

电视剧《清平乐》中有两场离婚大戏，直接推动了剧情的发展。

一场是曹皇后在嫁给宋仁宗之前与前夫李植的离婚。曹皇后不仅和李植立下过婚约，而且已经过门。但因擅长山水画的李植好神仙事，早已看破红尘，不乐婚宦，一心想着修道升仙，在拜堂后就翻墙逃婚而去。曹皇后遂主动要求与李植解除婚姻关系，当天便返回娘家。如果曹皇后不与李植离婚，那就不会有后来入宫再嫁仁宗进而封后之事了。

另一场是福康公主赵徽柔与驸马李玮的恩怨。赵徽柔下嫁李玮后，因两人身份差异过大导致感情不和，加上婆媳矛盾严重，甚至大打出手。赵徽柔深夜硬闯宫门，返回皇宫娘家找父皇哭诉，要求与驸马离婚。

这些情节不仅剧中有，也是历史的真实。曹皇后的离婚和再嫁，赵徽柔的主动离婚申请，都可以得到宋代法律的支持。

两宋时期，由于商品经济的发展，女子的经济地位和社会地位较高，她们主动申请离婚和再嫁在法律上都是允许的，当时社会对此也比较宽容。根据宋史研究专家张邦炜先生在《宋代婚姻家族史论》中的统计，仅洪迈《夷坚志》一书中，就记载了

61 例妇女改嫁之事，其中再嫁 55 人，三嫁 6 人。时人甚至感叹，“为妇人者，视夫家如过传舍，偶然而和，忽尔而离”，指责女子太把婚姻当儿戏，视丈夫家如旅馆一般。这一观点虽颇以卫道士自居，不足为训，却也反映了北宋女子离婚和再嫁的确较为常见。

宋代法律虽全盘继承了唐律关于男子“七出”，即可以“无子、淫佚、不事姑舅、口舌、盗窃、妒忌、恶疾”七条理由正当休妻的法律规定，但也赋予了女子主动离婚的权利，甚至扩大了女子的离婚自由权。只要婚姻关系中存在以下几种情形，女子均可主动申请离婚然后改嫁。

一是夫妻感情不和。《宋刑统》规定：“夫妻关系不相安谐而和离者，不坐。”如果夫妻感情出现问题甚至破裂，女子可主动提出协议离婚，不受法律惩处。“和离”之后，女子可以要求取回嫁妆，甚至可以得到一定数量的赔偿费，以保障其财产权。

二是三年不娶。“诸定婚无故三年不成婚者，听离。”按照宋代法律，男女双方定下婚书，收下聘礼，婚姻关系即宣告成立，男子有三年时间筹办婚礼。如果定婚三年内，男子没有充分理由却迟迟不去迎娶，女子可以要求离婚。

三是丈夫长期外出不归。“夫出外三年不归者，其妻听改嫁。”丈夫外出常年没有消息的，女子可以向官府提出离婚改嫁申请，官府一般会予以批准。此外，丈夫亡故 27 个月后，妻子可以要求另行改嫁。在实际执行过程中，如果妻子在丈夫亡故后因经济困难无法独自维系生活，可将 27 个月缩短为 100 天，也即夫亡百日后便可改嫁。

四是丈夫移乡编管。《名公书判清明集》中有引用法令：“已成婚而夫离乡编管者，听离。”所谓“离乡编管”即丈夫因犯罪而被流放他乡，致使妻子陷入孤寡无助的境地，妻子可以提出离婚。

五是丈夫将妻子转卖他人。《宋刑统》规定：“若其卖妻为婢，原情即和离异，夫自嫁者，依律两离；卖之充贱，更合此条。”如果丈夫罔顾夫妻恩情，为贪图钱财将妻子卖与他人，甚至卖作奴婢，妻子可以要求离婚，并以再嫁的方式维护自己的合法权利。

六是妻子的人身权受到侵犯。《庆元条法事类》规定：“妻被夫同居亲强奸，虽未成，而其愿离者亦听。”妻子被丈夫同族亲戚侵犯，或者“诸令妻及子孙妇若女使为倡，并媒合与人好者，虽未成，并离之（虽非媒合，知而受财者，同），女使放从便。”丈夫逼迫妻子出卖身体换取财物，妻子均可主动要求离婚，以维护人身权利。

除了上述法条规定外，宋代法律还在离婚上赋予女子很多自由裁量权。《名公书判清明集》中记载，丈夫江滨诬告妻子虞氏与他人暧昧，还有偷窃行为，官府查明真相还妻子清白后，不但支持妻子离婚请求，还将江滨杖打八十。

对公主等宗室女子的离婚，宋代礼制和法律则规定较为严格，“宗室离婚，委宗正司审察，于律有可出之实，或不相安，方听。”宗室女子离婚，要由负责宗室事务的宗正司详加查核，经审查后确实有根据法律可以离婚的事实存在，或者夫妻感情实在无法挽回，才可允许离婚。如经查实是夫妻无故闹离婚，即使宗正司先前已经批准二人离婚，也要撤销原决定，让二人重新恢复夫妻关系。

尽管宋律对宗室女子离婚实行严格审查制度，但根据赵徽柔与李玮婚姻实情，可知二人早已经感情不和，无法继续共同生活下去。尽管赵徽柔身为公主，但无论是根据宗室特殊法律还是一般民事法律，她都享有离婚自主权，拥有与驸马和离的权利。但迫于皇家颜面和各种政治因素，赵徽柔离婚不成，反倒精神失常，最终孤苦一生，成就剧中的苦情大戏。

（作者单位：最高人民法院）

人民司法刊文：欺诈性抚养中的生父责任

2020-05-21 小军家事 姚佳林
https://mp.weixin.qq.com/s/ToNChTjfx57LwRH5XETGDQ

>>编者说：

贾某与刘某（女）是夫妻关系，刘某因病于 2019 年死亡，死前告诉贾某，在婚姻存续期间所生的第二个孩子刘某某是张某的孩子。2019 年 5 月，张某出具收条一张，内容为刘某与张某之子刘某某让张某领回。贾某与张某多次协商抚养费，张某均不同意给付，贾某遂诉至法院，要求张某赔偿其抚养非亲生孩子的抚养费以及精神损失费。庭审中，张某对于刘某某是否为亲生子问题一直采取回避态度，并未明确认可刘某为其亲生子，同时拒绝进行亲子鉴定。对此，法院如何处理？本案收录于最高人民法院官刊《人民司法（案例）》2020 年第 02 期，具体内容推送如下：

作者 | 姚佳林，辽宁省沈阳市沈河区人民法院

来源 | 《人民司法（案例）》 2020 年第 02 期

裁判要旨

欺诈性抚养案件中，养父申请对生父进行亲子关系鉴定，适用最高人民法院《关于适用婚姻法的司法解释（三）》[以下简称《婚姻法解释（三）》]第 2 条第 2 款规定，但其它案件中不宜扩大对条文中“当事人”一词的解释范围。当生父构成侵权行为时，养父可以依据侵权行为理论主张抚养费和精神损失。当生父不构成侵权行为时，养父可以依据不当得利主张抚养费。

案号

一审：（2019）辽 0103 民初 9124 号

案情

原告：贾某。

被告：张某。

原告贾某诉称：原告与死者刘某（女）是夫妻关系，刘某因病于 2019 年 4 月 30 日死亡。刘某死亡之前告诉原告，在与刘某婚姻存续期间所生的第二个孩子刘某某（2017 年 5 月出生，男）不是原告的孩子，是被告张某的孩子。后原告找到被告，被告承认这孩子是自己亲生的，但与被告协商抚养费时，被告不同意给付，只是说孩子抱走自己抚养。死者刘某与原告是再婚，结婚时带来一个孩子，与原告婚内生一个孩子贾某某，与被告生一个孩子刘某某。刘某已经去世，被告与刘某生的孩子应由被告抚养。原告为抚养 3 个孩子，在外面拼命赚钱，发现孩子不是自己的，给自身造成巨大伤害。诉讼请求：1. 要求被告赔偿原告抚养不属于自己亲生孩子的抚养费 3 万元；2. 赔偿原告的精神损失费 3 万元；3，诉讼费由被告承担。

被告张某辩称：我和刘某是 2016 年春天在彩票站认识的，当时需要找一位给工人做饭的人，刚好她没有事就来了。我不否认曾与刘某发生过性关系，但没有同居。原告说孩子是我的应该有依据，如果一定说孩子是我的，我也不否认，可以承担相应的责任及义务，但不同意做亲子鉴定。

法院审理查明，原告贾某与死者刘某均为 1978 年出生，二人于 2011 年 12 月结婚，死者刘某为再婚。医院出具的出生医学证明表明，刘某某，男，2017 年 5 月出生，母亲为刘某，父亲为原告贾某。2019 年 5 月 23 日，被告张某出具收条一张，内容为刘某与张某之子刘某某让张某领回，被告张某在收条上签字按手印。庭审中，原告提供死者刘某生前与被告张某的微信聊天记录，但被告张某并不认可，原告亦没有证据证明聊天记录的双方身份、

内容的真实性。

经辽宁省沈阳市沈河区法院主持调解，原、被告自愿达成调解协议。

沈河区法院于 2019 年 8 月 15 日作出（2019）辽 0103 民初 9124 号民事调解书：一、被告张某于 2019 年 9 月 30 日前给付原告贾某已支付的对刘某某的抚养费 1.5 万元；二、双方就本案无其他争议。

评析

法官面对很多法律没有规定的事项是必然的，这就要求审判者在现有法律框架内灵活运用法律规定去解决现实问题。本案最终采取调解方式处理，一方面是因为该案诉求标的为财产，且原、被告双方均有调解意向，另一方面是因为现行法律对于欺诈性抚养案件规定很少，给审判工作造成了困难。此外，婚姻家庭类案件不同于一般民事案件，采取调解方式处理更有利于化解社会矛盾。

一、欺诈性抚养中生父的证明妨碍问题

欺诈性抚养案件中，欺骗方一般为孩子的亲生母亲和亲生父亲，被欺骗方一般为丈夫即事实上的养父。本案审理中的难点是，被告与刘某某是否具有血缘上的亲生父子关系。对于刘某某是否为亲生子问题，被告张某一直采取回避态度，回答模棱两可，并未明确认可刘某某为其亲生子。虽然张某在带走刘某某时签字认可“刘某与张某之子刘某某让张某领回”，但根据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《民事诉讼证据规定》）第 8 条第 1 款规定，身份关系不适用自认。现行成熟的亲子鉴定技术本来足以解决这一问题，但被告明确拒绝进行亲子鉴定，给法院查清案件事实造成了困难。

关于亲子鉴定中的证明妨碍问题。在当前技术条件下，亲子关系否认鉴定的准确率为 100%，亲子关系确认鉴定的准确率为 99.99%，从查清事实角度看，亲子鉴定是最好的办法，但这涉及是否会侵犯被鉴定人人身权的问题。目前，国外立法模式有德国的直接强制鉴定、美国的间接强制鉴定、日本的自由心证、加拿大的不利推定。我国在亲子鉴定问题上尚无明确法律规定，从《婚姻法解释（三）》第 2 条的规定来看，最高人民法院对于亲子鉴定问题，显然采取的是不利推定的立法模式。不得不指出的是，推定不利原则更多是为了平衡法律真实与事实真实之间的关系，以解决法院在事实难以查清的情况下不得拒绝裁判的困境。

学术界对于证明妨碍尚没有统一的概念，但《民事诉讼证据规定》第 75 条对于证明妨碍理论已有明确规定。在本案中，被告张某拒绝进行亲子鉴定的行为，已经明显构成了证明妨碍，但是否可以适用《婚姻法解释三》第 2 条规定的推定，需要从适用范围和条件两方面分析。从适用范围讲，《婚姻法解释三》第 2 条第 1 款将否认亲子关系申请的请求权人规定为“夫妻一方”，而第 2 款将确认亲子关系申请的请求权人规定为“当事人一方”，从字面解释的角度来说，立法显然放宽了确认亲子关系申请的请求权人范围，但并没有明确规定具体何人可以申请确认亲子关系鉴定。有观点认为，与亲子确认问题存在利害关系的人均有权申请亲子鉴定，实务中曾出现用人单位申请对工亡员工子女进行亲子鉴定，以明确工亡待遇的分配问题。司法实践中更常见的是继承案件中兄弟姐妹之间，类推适用本法条申请对其他继承人进行亲子鉴定或半同胞血缘鉴定，以明确继承权问题。身份关系不仅涉及亲情关系、家庭稳定，还会导致财产关系、抚养关系、赡养关系、继承关系等一系列社会关系的变动，不能允许他人随意质疑，因此不宜无限扩大亲子鉴定申请人的范围。在家庭成员内部，父母、子女申请进行确认亲子关系鉴定并无问题，但养父是否有权申请对生父进行亲子关系鉴定，则有待讨论。从保护养父合法利益的角度来说，应当允许养父对生父申请确认亲子关系鉴定，否则养父对生父主张权利将存在证明障碍。从适用条件讲，无论是何人对于原有家庭组成人员以外的人申请确认亲子关系鉴定，都必须符合《婚姻法解释三》第 2 条第 2

款的提供必要证据条件，但立法上尚无必要证据标准的规定。本案的重点就在于必要证据的标准。鉴于性关系一般具有隐秘性，原告很难取得相关证据。虽说中国自古有“人之将死，其言也善”的说法，但原告基于死者遗言产生的怀疑并不构成法律上的证据。根据《民事诉讼证据规定》第 73 条规定，虽然原告无法证明死者刘某与被告聊天记录的真实性，但被告出具的带走刘某某的收条真实有效，根据证据规则，原告的证据证明力明显高于被告的单纯否认。问题在于，身份关系不适用自认原则，而建立在证明力比较优势上确认的证据，是否能够达到必要证据的条件？笔者认为，鉴于性关系的隐秘性，可以降低证明标准，一方的自认行为可以认定达到了必要证据的标准，且证据形成距诉讼越久，证明效力越高。至于利用规则进行虚假诉讼的行为，在各类型案件中均有可能发生，这有赖于社会诚信制度、法官审判经验、司法惩戒措施，非本案讨论的问题，故不予展开论述。从本案以调解方式结案看，法官在采用《婚姻法解释（三）》第 2 条第 2 款不利推定规定上，是持谨慎态度的，毕竟本案的结果同时也关系到案外人刘某某作为未成年人的合法权益。需要指出的是，根据民事诉讼法的调解原则规定，法院没有驳回原告诉求而是作出民事调解书，表明法官基于自由心证，事实上是认可了被告为刘某某的亲生父亲。

二、欺诈性抚养中的请求权基础及赔偿事项

目前学术上对于欺诈性抚养请求权基础问题存在无因管理说、违约行为说、无效行为说、不当得利说、侵权行为说，在长期的司法实践中，各种学说都曾被各地法院采用过。现在通说认为欺诈性抚养属于侵权行为，本案在立案时，立案庭法官也将其划分为侵权责任纠纷。从生理上讲，生母一般对于孩子的生父存在明知和应知，故生母作为侵权人不存在问题。至于生父是否构成法律上的侵权人，目前婚姻法对于夫妻间的忠诚义务规定仅约束夫妻之间，除军婚外，对于婚外第三人并无规定。法理上认为婚外性行为属于道德范畴问题，非法律问题，故曾有法院据此判决驳回了养父对于生父的赔偿请求。事实上，这是混淆了出轨行为与欺诈性抚养之间的关系。二者虽然都是由于妻子违反忠实义务导致，但前者侵犯的是丈夫的配偶权，而后者是用欺骗隐瞒手段使丈夫陷于错误认识而抚养非亲生子女，两者侵犯的法益并不相同，故生父可以成为欺诈性抚养的侵权人。

侵权行为的构成要件包括侵害行为、侵害结果、二者因果关系和侵权人主观恶意。将欺诈性抚养认定为侵权行为，最大的好处在于为被欺诈方一并请求物质损失和精神损失提供了法律依据，但缺点在于生父作为侵权人时，养父对于生父的主观恶意存在证明困难，这包括性关系的证据，生父是否知道生母的婚姻状况，是否知道孩子是自己的等等。有法院鉴于养父实实在在付出了抚养费，考虑公平原则，降低了对生父过失的认定标准。学术上，有学者则主张实行过错推定和无过错责任原则，但这些都需要立法予以明确，目前不具有普遍适用的可能性。将欺诈性抚养认定为侵权行为的另一缺点在于，欺诈隐瞒行为与抚养事实要存在因果关系。如果养父存在主观上被骗的情况，则有权主张损害赔偿。如果养父主观上并未被骗，即便存在欺骗隐瞒的事实，也无权主张损害赔偿。本案中，被告张某自认与死者刘某发生性关系时是同事，故应当了解刘某婚姻情况，又自认曾支付过刘某某的出生费和抚养费，可以推定张某存在侵权的主观恶意。然而，原告是否被骗，认定上却存在疑问。在传统男权社会下，原告为何允许儿子李某某出生就随母姓？原告对被告支付孩子出生费是否知情？为何会允许外人支付自己孩子的出生费？由此原告是否尽到了全部抚养义务？现生母刘某已经死亡，这些问题均不容易查清。

事实上，无论生父是否构成侵权，都应当考虑养父所付出的抚养辛劳，明知非自己孩子而自愿抚养的行为，则更显人性光辉。鉴于目前立法现状，在生父不构成侵权的情况下，可以考虑基于不当得

利，支持养父的抚养费赔偿请求。有学者认为，不当得利适用于欺诈性抚养的问题在于，得利人恶意时应当返回全部得利，得利人善意时却只需返回现存得利部分即可。对此，一方面我国民法总则第一百二十二条对于不当得利规定并没有区分善意恶意情况，另一方面由于抚养导致孩子生理与智力的成熟，完全可以视为现存利益。

执行夫妻共同财产的几个问题丨审判研究 ilawtalk

原创：2020-05-23 审判研究　王雷
https://mp.weixin.qq.com/s/wTmEAScC1TG-hzftNw-5UQ

王雷　江苏省徐州市贾汪区人民法院

高效便捷实现债权人利益是民事执行工作的本质特征。实践中，被执行人夫妻双方利用“假离婚”、变更所有权登记等行为逃避执行的情况时有发生，往往是被执行人个人名下无任何财产，但其配偶名下房子、车子、票子样样不缺，从法院工作职责和社会良知的角度出发都应该予以规制。当债务人个人财产不足且其配偶一方不是被执行人的情况下，对夫妻共同财产的执行就显得尤为重要。如果一味推脱对夫妻共同财产的执行，或会给一部分人规避执行提供可乘之机，无以维护权利人的合法权益。完善夫妻共同财产执行，实现对夫妻共同财产规范、高效、合理执行，可以大大提高执行效率，实现良好执行效果。

何为夫妻共同财产

夫妻关系不仅仅是人身关系上的相互依托，更是财产关系上的共同共有。首先应该明确哪些财产属于夫妻共同财产，哪些属于夫妻一方个人财产。

根据 2001 年 4 月 28 日第九届全国人民代表大会常务委员会第二十一次会议《关于修改〈中华人民共和国婚姻法〉的决定》第十七条，夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，归夫妻共同所有：（一）工资、奖金；（二）生产、经营的收益；（三）知识产权的收益；（四）继承或赠与所得的财产，但本法第十八条第三项规定的除外；（五）其他应当归共同所有的财产。夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权。（包括：1．一方以个人财产投资取得的收益；2．男女双方实际取得或者应当取得的住房补贴、住房公积金；3．男女双方实际取得或者应当取得的养老保险金、破产安置补偿费）

《婚姻法》第十八条亦明确了夫妻个人财产的范围：1．一方的婚前财产；2．一方因身体受到伤害获得的医疗费、残疾人生活补助费等费用；3．遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产；4．一方专用的生活用品；5．其他应当归一方的财产。除当事人约定外，夫妻婚前的个人财产不再随着婚姻关系的延续而自动转为夫妻共同财产。

依据《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。夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有的，夫或妻一方对外所欠的债务，第三人知道该约定的，以夫或妻一方所有的财产清偿。

夫妻共同财产是指在夫妻关系存续前夫妻所共同拥有的财产。根据法律规定，上述财产包含工资、奖金、收益、继承或赠与获得财产等。

执行夫妻共同财产的法律依据

实务操作中，被执行人为逃避债务，故意将财产转移至其配偶名下或故意假离婚都属于常规操作，给执行工作制造了很大的困难与不便。但是不谈共同债务的问题，直接执行登记在夫妻双方或未

具名举债一方配偶名下共同财产中被执行人所有的部分是不违反法律规定的(此处包含显明登记及隐名登记的夫妻共同财产)。

根据最高人民法院《关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第十四条的规定，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。

考察上述规定可知，夫妻一方对外负有个人债务时，人民法院有权查封、扣押、冻结夫妻双方共有财产。共有人可以和债权人协议分割共有财产。但如果共有人没有与债权人协商一致对共有财产进行分割，人民法院可以继续查封、扣押、冻结共有财产。在查封、扣押、冻结夫妻双方共有财产之后，法院可以对之进行拍卖，但需要在夫妻共有财产范围内对举债方所享有的财产份额进行处分，不得损害另一方的财产份额。

以浙江法院为例，浙江省高级人民法院为规范执行生效法律文书确定夫妻一方为被执行人的案件，平等保护当事人和案外人的合法权益，下发了《关于执行生效法律文书确定夫妻一方为债务人案件的相关问题解答》(浙高法(2014)38 号)，明确了执行依据确定夫妻一方为债务人(指夫妻一方参加诉讼、仲裁或者公证)，且未明确债务性质的，可以执行该债务人个人名下的财产或者夫妻共同财产中属于债务人的份额。

江苏高院关于执行疑难问题的解答中明确：生效法律文书载明被执行人个人为债务人，对于下列财产，执行法院可以执行。“(一)被执行人配偶名下的存款、股权（股份)、金融理财产品等，婚后登记在被执行人和其配偶单方名下的房产、车辆以及婚后登记在被执行人和其配偶双方名下的房产、车辆等财产”。

执行夫妻共同财产的一般程序

夫妻共有财产的执行程序一般包括：

1．**共同财产查询及确认。**对被执行人及其配偶夫妻关系存续情况进行调查，然后对双方名下财产情况进行查询，确认夫妻共同财产范围。

2．**采取必要的执行措施。**对共有财产先行采取扣押、查封、冻结等控制性措施，同时将查控情况以书面或者其他确认知悉的方式告知其他共有人。

3．**确定被执行人在共有财产中所占的份额，对共有份额进行强制分割变价。**按照《物权法》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。”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。”因此，确定被执行人在共有财产中所占的份额，有登记公示的以登记记载为准;未登记但有书面约定的，依其约定；没有约定或约定不明的，按照出资额确定；不能确定出资额的，视为等额享有（对于被执行人配偶单方名下以及被执行人与其配偶双方名下的夫妻共同财产，原则上以 1/2 份额为限执行)。

4．**确定分割和变价方案。**在份额已经确定的情况下，共有财产可以分割，并且分割不会减损共有财产价值的，人民法院可以先行实物分割后再予变现。如不能进行实物分割，或分割后会导致共有财产价值明显减损的，应当整体变价后执行相应的价款。

5．**案款处理方案及实施。**对变现案款进行分配并制作分配方案告知双方当事人及共有人，如在期限内未提出异议再发放案款。

具体执行中应注意的几点问题

1．**是否要求先析产后执行**

根据最高法院《关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第十四条之规定，共有人协议分割共有财产并经债权人认可的，法院可以认定有效；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，法院应当准许。因此，执行法院在告知共有人有权协议分割共有财产或者提出析产诉讼后，共有人没有协议分割或者诉讼，则执行法院可以继续执行。

2．共有人权益如何救济

共有人提出异议认为法院查控财产非属其与被执行人共有，或者对法院确定的份额提出异议，法院可以依照《民事诉讼法》第二百二十七条的规定进行审查；共有人就法院对公有财产的查封、扣押、变价等执行行为提出与实体权利无关的执行行为异议的，法院可以按照《民事诉讼法》第二百二十五条的规定进行审查；共有人认为法院分割行为侵害其合法权益的，法院可以按照《民事诉讼法》第二百二十五条的规定进行审查。

3．应当保护其他共有人的优先购买权

共有财产处置过程中，其他共有人依法享有优先购买权。法院在拍卖、变卖前，应当以书面或可以确认知悉的方式，通知共有人，并发布公告。采取网络司法拍卖的，应按照最高法院《关于网络司法拍卖若干问题的规定》对优先购买权进行确认，在公告中载明有优先购买权人的情况。其他共有人认为法院拍卖、变卖，以物抵债行为侵害其优先购买权的，法院可以按照最高法院《关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第五条之规定进行审查。

结语

“法无授权即禁止”是现代法治社会的特征，司法权的运行也应遵循。法院在执行过程中，一般应当执行被执行人个人名下的财产，被执行人个人名下无财产或者难以处分的的，可以依法处分被执行人与他人的共有的财产。在执行局工作多年，品尝过解决疑难案件后的喜悦，也体会过面对难题找不到法律依据而捉襟见肘时的困惑，深感在执行的路上任重而道远。望将来能够继续完善相关法律规定，共同推动打赢“基本解决执行难这场硬仗”。

原创序号：案边手记 117
核校：简牍

周末选读：肖峰原创《婚姻家庭编条文一表通》（新旧对照、增减细节、关联司法解释）

2020-05-29 法语峰言　肖峰博士

https://mp.weixin.qq.com/s/gG_TLUcpsFiOW43UTqMKWQ

【编者按】本周期盼已久的民法典终于通过。肖峰博士第一时间学习相关内容，并就其中大家最关注的婚姻家庭编制作了一表通（包括新旧条文对比、增删修变内容标注、相关司法解释列举等），一表在手，婚姻尽有。欢迎各位：

收藏之余，记得转发朋友圈分享，让有爱的人更懂爱！

注：条文中红色、紫色是增减细节

2001 年修正婚姻法	婚姻法司法解释	婚姻家庭编
第一章　总则		第一章　一般规定
第一条　【立法目的】本法是婚姻家庭关系的基本准则。		第一千零四十条　本编调整因婚姻家庭产生的民事关系。
第二条　【婚姻制度】实行婚姻自由、一夫一妻、男女平等的婚姻制度。 保护妇女、儿童和老人的合法权益。 实行计划生育。		第一千零四十一条　婚姻家庭受国家保护。 实行婚姻自由、一夫一妻、男女平等的婚姻制度。 保护妇女、未成年人、老年人、残疾人的合法权益。
第三条　【禁止的婚姻行为】禁止包办、买卖婚姻和其他干涉婚姻自由的行为。禁止借婚姻索取财物。 禁止重婚。禁止有配偶者与他人同居。禁止家庭暴力。禁止家庭成员间的虐待和遗弃。		第一千零四十二条　禁止包办、买卖婚姻和其他干涉婚姻自由的行为。禁止借婚姻索取财物。 禁止重婚。禁止有配偶者与他人同居。 禁止家庭暴力。禁止家庭成员间的虐待和遗弃。
《婚一》：第一条　婚姻法第三条、第三十二条、第四十三条、第四十五条、第四十六条所称的“家庭暴力”，是指行为人以殴打、捆绑、残害、强行限制人身自由或者其他手段，给其家庭成员的身体、精神等方面造成一定伤害后果的行为。持续性、经常性的家庭暴力，构成虐待。第二条　婚姻法第三条、第三十二条、第四十六条规定的“有配偶者与他人同居”的情形，是指有配偶者与婚外异性，不以夫妻名义，持续、稳定地共同居住。 《婚二》：第一条　当事人起诉请求解除同居关系的，人民法院不予受理。但当事人请求解除的同居关系，属于婚姻法第三条、第三十二条、第四十六条规定的"有配偶者与他人同居"的，人民法院应当受理并依法予以解除。 当事人因同居期间财产分割或者子女抚养纠纷提起诉讼的，人民法院应当受理。 第十条　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，人民法院应当予以支持： （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。		
第四条　【家庭关系】夫妻应当互相忠实，互相尊重；家庭成员间应当敬老爱幼，互相帮助，维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系。		第一千零四十三条　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。

《婚一》：第三条　当事人仅以婚姻法第四条为依据提起诉讼的，人民法院不予受理；已经受理的，裁定驳回起诉。		
《收养法》第二条　【基本原则】收养应当有利于被收养的未成年人的抚养、成长，保障被收养人和收养人的合法权益，遵循平等自愿的原则，并不得违背社会公德。 第二十条　【禁止买卖儿童】严禁买卖儿童或者借收养名义买卖儿童。		第一千零四十四条　收养应当遵循最有利于被收养人的原则，保障被收养人和收养人的合法权益。 禁止借收养名义买卖未成年人。
		第一千零四十五条　亲属包括配偶、血亲和姻亲。 配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女为近亲属。 配偶、父母、子女和其他共同生活的近亲属为家庭成员。
第二章　结婚		第二章　结　婚
第五条　【结婚自愿】结婚必须男女双方完全自愿，不许任何一方对他方加以强迫或任何第三者加以干涉。		第一千零四十六条　结婚应当男女双方完全自愿，禁止任何一方对另一方加以强迫禁止任何组织或者个人加以干涉。
第六条　【法定婚龄】结婚年龄，男不得早于二十二周岁，女不得早于二十周岁。晚婚晚育应予鼓励。		第一千零四十七条　结婚年龄，男不得早于二十二周岁，女不得早于二十周岁。
第七条　【禁止结婚】有下列情形之一的，禁止结婚：（一）直系血亲和三代以内的旁系血亲；（二）患有医学上认为不应当结婚的疾病。		第一千零四十八条　直系血亲或者三代以内的旁系血亲禁止结婚。
第八条　【结婚登记】要求结婚的男女双方必须亲自到婚姻登记机关进行结婚登记。符合本法规定的，予以登记，发给结婚证。取得结婚证，即确立夫妻关系。未办理结婚登记的，应当补办登记。		第一千零四十九条　要求结婚的男女双方应当亲自到婚姻登记机关申请结婚登记。符合本法规定的，予以登记，发给结婚证。完成结婚登记，即确立婚姻关系。未办理结婚登记的，应当补办登记。

《婚一》：第四条　男女双方根据婚姻法第八条规定补办结婚登记的，婚姻关系的效力从双方均符合婚姻法所规定的结婚的实质要件时起算。 第五条　未按婚姻法第八条规定办理结婚登记而以夫妻名义共同生活的男女，起诉到人民法院要求离婚的，应当区别对待： （一）1 9 9 4 年 2 月 1 日民政部《婚姻登记管理条例》公布实施以前，男女双方已经符合结婚实质要件的，按事实婚姻处理。 （二）1 9 9 4 年 2 月 1 日民政部《婚姻登记管理条例》公布实施以后，男女双方符合结婚实质要件的，人民法院应当告知其在案件受理前补办结婚登记；未补办结婚登记的，按解除同居关系处理。 第六条　未按婚姻法第八条规定办理结婚登记而以夫妻名义共同生活的男女，一方死亡，另一方以配偶身份主张享有继承权的，按照本解释第五条的原则处理。		
第九条　【互为家庭成员】登记结婚后，根据男女双方约定，女方可以成为男方家庭的成员，男方可以成为女方家庭的成员。		第一千零五十条　登记结婚后，按照男女双方约定，女方可以成为男方家庭的成员，男方可以成为女方家庭的成员。
第十条　【婚姻无效】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。		第一千零五十一条　有下列情形之一的，婚姻无效： （一）重婚； （二）有禁止结婚的亲属关系； （三）未到法定婚龄。
《婚一》：　第七条　有权依据婚姻法第十条规定向人民法院就已办理结婚登记的婚姻申请宣告婚姻无效的主体，包括婚姻当事人及利害关系人。利害关系人包括： （一）以重婚为由申请宣告婚姻无效的，为当事人的近亲属及基层组织。 （二）以未到法定婚龄为由申请宣告婚姻无效的，为未达法定婚龄者的近亲属。 （三）以有禁止结婚的亲属关系为由申请宣告婚姻无效的，为当事人的近亲属。 （四）以婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病，婚后尚未治愈为由申请宣告婚姻无效的，为与患病者共同生活的近亲属。 第八条　当事人依据婚姻法第十条规定向人民法院申请宣告婚姻无效的，申请时，法定的无效婚姻情形已经消失的，人民法院不予支持。 第九条　人民法院审理宣告婚姻无效案件，对婚姻效力的审理不适用调解，应当依法作出判决；有关婚姻效力的判决一经作出，即发生法律效力。 涉及财产分割和子女抚养的，可以调解。调解达成协议的，另行制作调解书。对财产分割和子女抚养问题的判决不服的，当事人可以上诉。 《婚二》：第二条　人民法院受理申请宣告婚姻无效案件后，经审查确属无效婚姻的，应当依法作出宣告婚姻无效的判决。原告申请撤诉的，不予准许。		

<table>
<tr><td colspan="3">第三条　人民法院受理离婚案件后，经审查确属无效婚姻的，应当将婚姻无效的情形告知当事人，并依法作出宣告婚姻无效的判决。
第四条　人民法院审理无效婚姻案件，涉及财产分割和子女抚养的，应当对婚姻效力的认定和其他纠纷的处理分别制作裁判文书。
第五条　夫妻一方或者双方死亡后一年内，生存一方或者利害关系人依据婚姻法第十条的规定申请宣告婚姻无效的，人民法院应当受理。
第六条　利害关系人依据婚姻法第十条的规定，申请人民法院宣告婚姻无效的，利害关系人为申请人，婚姻关系当事人双方为被申请人。
夫妻一方死亡的，生存一方为被申请人。
夫妻双方均已死亡的，不列被申请人。
第七条　人民法院就同一婚姻关系分别受理了离婚和申请宣告婚姻无效案件的，对于离婚案件的审理，应当待申请宣告婚姻无效案件作出判决后进行。
前款所指的婚姻关系被宣告无效后，涉及财产分割和子女抚养的，应当继续审理。
《婚三》　第一条　当事人以婚姻法第十条规定以外的情形申请宣告婚姻无效的，人民法院应当判决驳回当事人的申请。
当事人以结婚登记程序存在瑕疵为由提起民事诉讼，主张撤销结婚登记的，告知其可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。</td></tr>
<tr><td>第十一条　【胁迫结婚】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一年内提出。被非法限制人身自由的当事人请求撤销婚姻的，应当自恢复人身自由之日起一年内提出。</td><td></td><td>第一千零五十二条　因胁迫结婚的，受胁迫的一方可以向人民法院请求撤销婚姻。
请求撤销婚姻的，应当自胁迫行为终止之日起一年内提出。
被非法限制人身自由的当事人请求撤销婚姻的，应当自恢复人身自由之日起一年内提出。</td></tr>
<tr><td colspan="3">《婚一》：第十条　婚姻法第十一条所称的“胁迫”，是指行为人以给另一方当事人或者其近亲属的生命、身体健康、名誉、财产等方面造成损害为要挟，迫使另一方当事人违背真实意愿结婚的情况。
因受胁迫而请求撤销婚姻的，只能是受胁迫一方的婚姻关系当事人本人。
第十一条　人民法院审理婚姻当事人因受胁迫而请求撤销婚姻的案件，应当适用简易程序或者普通程序。
第十二条　婚姻法第十一条规定的“一年”，不适用诉讼时效中止、中断或者延长的规定。</td></tr>
<tr><td></td><td></td><td>第一千零五十三条　一方患有重大疾病的，应当在结婚登记前如实告知另一方；不如实告知的，另一方可以向人民法院请求撤销婚姻。
请求撤销婚姻的，应当自知</td></tr>
</table>

		道或者应当知道撤销事由之日起一年内提出。
第十二条　【婚姻的无效】无效或被撤销的婚姻，自始无效。当事人不具有夫妻的权利和义务。同居期间所得的财产，由当事人协议处理；协议不成时，由人民法院根据照顾无过错方的原则判决。对重婚导致的婚姻无效的财产处理，不得侵害合法婚姻当事人的财产权益。当事人所生的子女，适用本法有关父母子女的规定。		第一千零五十四条　无效的或者被撤销的婚姻自始没有法律约束力，当事人不具有夫妻的权利和义务。同居期间所得的财产，由当事人协议处理；协议不成的，由人民法院根据照顾无过错方的原则判决。对重婚导致的无效婚姻的财产处理，不得侵害合法婚姻当事人的财产权益。当事人所生的子女，适用本法关于父母子女的规定。 婚姻无效或者被撤销的，无过错方有权请求损害赔偿。
《婚一》：第十三条　婚姻法第十二条所规定的自始无效，是指无效或者可撤销婚姻在依法被宣告无效或被撤销时，才确定该婚姻自始不受法律保护。 第十四条　人民法院根据当事人的申请，依法宣告婚姻无效或者撤销婚姻的，应当收缴双方的结婚证书并将生效的判决书寄送当地婚姻登记管理机关。 第十五条　被宣告无效或被撤销的婚姻，当事人同居期间所得的财产，按共同共有处理。但有证据证明为当事人一方所有的除外。 第十六条　人民法院审理重婚导致的无效婚姻案件时，涉及财产处理的，应当准许合法婚姻当事人作为有独立请求权的第三人参加诉讼。		
第三章　家庭关系		第三章　家庭关系
		第一节　夫妻关系
第十三条　【夫妻平等】夫妻在家庭中地位平等。		第一千零五十五条　夫妻在婚姻家庭中地位平等。
第十四条　【夫妻姓名权】夫妻双方都有各用自己姓名的权利。		第一千零五十六条　夫妻双方都有各自使用自己姓名的权利。
第十五条　【夫妻的自由】夫妻双方都有参加生产、工作、学习和社会活动的自由，一方不得对他方加以限制或干涉。		第一千零五十七条　夫妻双方都有参加生产、工作、学习和社会活动的自由，一方不得对另一方加以限制或者干涉。
第二十一条第一款　【父母与子女】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。		第一千零五十八条　夫妻双方平等享有对未成年子女抚养、教育和保护的权利，共同承担对未成年子女抚养、教育和保护的义务。
第二十条　【夫妻扶养义务】		第一千零五十九条　夫妻有相

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。		互扶养的义务。 需要扶养的一方，在另一方不履行扶养义务时，有要求其给付扶养费的权利。
《婚三》第八条　无民事行为能力人的配偶有虐待、遗弃等严重损害无民事行为能力一方的人身权利或者财产权益行为，其他有监护资格的人可以依照特别程序要求变更监护关系；变更后的监护人代理无民事行为能力一方提起离婚诉讼的，人民法院应予受理。		
		第一千零六十条　夫妻一方因家庭日常生活需要而实施的民事法律行为，对夫妻双方发生效力，但是夫妻一方与相对人另有约定的除外。 夫妻之间对一方可以实施的民事法律行为范围的限制，不得对抗善意相对人。
第二十四条第一款　【继承遗产】夫妻有相互继承遗产的权利。		第一千零六十一条　夫妻有相互继承遗产的权利。
第十七条　【夫妻共有财产】夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，归夫妻共同所有： （一）工资、奖金； （二）生产、经营的收益； （三）知识产权的收益； （四）继承或赠与所得的财产，但本法第十八条第三项规定的除外； （五）其他应当归共同所有的财产。 夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权。		第一千零六十二条　夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，为夫妻的共同财产，归夫妻共同所有： （一）工资、奖金、劳务报酬； （二）生产、经营、投资的收益； （三）知识产权的收益； （四）继承或者受赠的财产，但是本法第一千零六十三条第三项规定的除外； （五）其他应当归共同所有的财产。 夫妻对共同财产，有平等的处理权。
《婚一》：第十七条　婚姻法第十七条关于“夫或妻对夫妻共同所有的财产，有平等的处理权”的规定，应当理解为： （一）夫或妻在处理夫妻共同财产上的权利是平等的。因日常生活需要而处理夫妻共同财产的，任何一方均有权决定。 （二）夫或妻非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定，夫妻双方应当平等协商，取得一致意见。他人有理由相信其为夫妻双方共同意思表示的，另一方不得以不同意或不知道为由对抗善意第三人。		

<table>
<tr><td colspan="3">《婚二》：第十一条　婚姻关系存续期间，下列财产属于婚姻法第十七条规定的“其他应当归共同所有的财产”：
（一）一方以个人财产投资取得的收益；
（二）男女双方实际取得或者应当取得的住房补贴、住房公积金；
（三）男女双方实际取得或者应当取得的养老保险金、破产安置补偿费。
第十二条　婚姻法第十七条第三项规定的″知识产权的收益″，是指婚姻关系存续期间，实际取得或者已经明确可以取得的财产性收益。
第十四条　人民法院审理离婚案件，涉及分割发放到军人名下的复员费、自主择业费等一次性费用的，以夫妻婚姻关系存续年限乘以年平均值，所得数额为夫妻共同财产。
前款所称年平均值，是指将发放到军人名下的上述费用总额按具体年限均分得出的数额。其具体年限为人均寿命七十岁与军人入伍时实际年龄的差额。
第二十二条　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。
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。
《婚三》：第五条　夫妻一方个人财产在婚后产生的收益，除孳息和自然增值外，应认定为夫妻共同财产。
第十一条　一方未经另一方同意出售夫妻共同共有的房屋，第三人善意购买、支付合理对价并办理产权登记手续，另一方主张追回该房屋的，人民法院不予支持。
夫妻一方擅自处分共同共有的房屋造成另一方损失，离婚时另一方请求赔偿损失的，人民法院应予支持。</td></tr>
<tr><td>第十八条　【夫妻一方的财产】有下列情形之一的，为夫妻一方的财产：
（一）一方的婚前财产；
（二）一方因身体受到伤害获得的医疗费、残疾人生活补助费等费用；
（三）遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产；
（四）一方专用的生活用品；
（五）其他应当归一方的财产。</td><td></td><td>第一千零六十三条　下列财产为夫妻一方的个人财产：
（一）一方的婚前财产；
（二）一方因受到人身损害获得的赔偿或者补偿；
（三）遗嘱或者赠与合同中确定只归一方的财产；
（四）一方专用的生活用品；
（五）其他应当归一方的财产。</td></tr>
<tr><td colspan="3">《婚一》：第十九条　婚姻法第十八条规定为夫妻一方的所有的财产，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。
《婚二》：第十三条　军人的伤亡保险金、伤残补助金、医药生活补助费属于个人财产。
《婚三》：第七条　婚后由一方父母出资为子女购买的不动产，产权登记在出资人子女名下的，可按照婚姻法第十八条第（三）项的规定，视为只对自己子女一方的赠与，该不动产应认定为夫妻一方的个人财产。
由双方父母出资购买的不动产，产权登记在一方子女名下的，该不动产可认定为双方按照各自</td></tr>
</table>

父母的出资份额按份共有，但当事人另有约定的除外。

第十条　夫妻一方婚前签订不动产买卖合同，以个人财产支付首付款并在银行贷款，婚后用夫妻共同财产还贷，不动产登记于首付款支付方名下的，离婚时该不动产由双方协议处理。

依前款规定不能达成协议的，人民法院可以判决该不动产归产权登记一方，尚未归还的贷款为产权登记一方的个人债务。双方婚后共同还贷支付的款项及其相对应财产增值部分，离婚时应根据婚姻法第三十九条第一款规定的原则，由产权登记一方对另一方进行补偿。

		第一千零六十四条　夫妻双方共同签名或者夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的债务，以及夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务，属于夫妻共同债务。 夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务，不属于夫妻共同债务；但是，债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。

《婚二》：第二十三条　债权人就一方婚前所负个人债务向债务人的配偶主张权利的，人民法院不予支持。但债权人能够证明所负债务用于婚后家庭共同生活的除外。

第二十四条　债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务，或者能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定情形的除外。

第二十五条　当事人的离婚协议或者人民法院的判决书、裁定书、调解书已经对夫妻财产分割问题作出处理的，债权人仍有权就夫妻共同债务向男女双方主张权利。

一方就共同债务承担连带清偿责任后，基于离婚协议或者人民法院的法律文书向另一方主张追偿的，人民法院应当支持。

第二十六条　夫或妻一方死亡的，生存一方应当对婚姻关系存续期间的共同债务承担连带清偿责任。

2017.3《婚二补充规定》

在《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）》第二十四条的基础上增加两款，分别作为该条第二款和第三款：

夫妻一方与第三人串通，虚构债务，第三人主张权利的，人民法院不予支持。

夫妻一方在从事赌博、吸毒等违法犯罪活动中所负债务，第三人主张权利的，人民法院不予支持。

2018．1.18《夫妻债务解释》

第一条　夫妻双方共同签字或者夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的债务，应当认定为夫

妻共同债务。 第二条　夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务，债权人以属于夫妻共同债务为由主张权利的，人民法院应予支持。 第三条　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。		
第十九条　【夫妻财产约定】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。		第一千零六十五条　男女双方可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或者部分各自所有、部分共同所有。约定应当采用书面形式。没有约定或者约定不明确的，适用本法第一千零六十二条、第一千零六十三条的规定。 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，对双方具有法律约束力。 夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有，夫或者妻一方对外所负的债务，相对人知道该约定的，以夫或者妻一方的个人财产清偿。
《婚一》：第十八条　婚姻法第十九条所称“第三人知道该约定的”，夫妻一方对此负有举证责任。 《婚三》：第六条　婚前或者婚姻关系存续期间，当事人约定将一方所有的房产赠与另一方，赠与方在赠与房产变更登记之前撤销赠与，另一方请求判令继续履行的，人民法院可以按照合同法第一百八十六条的规定处理。		
		第一千零六十六条　婚姻关系存续期间，有下列情形之一的，夫妻一方可以向人民法院请求分割共同财产： （一）一方有隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或者伪造夫妻共同债务等严重损害夫妻共同财产利益的行为； （二）一方负有法定扶养义务的人患重大疾病需要医治，另一方不同意支付相关医疗费用。

		第二节　父母子女关系和其他
第二十一条第二款、第三款【父母与子女】 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。 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。		第一千零六十七条　父母不履行抚养义务的，未成年子女或者不能独立生活的成年子女，有要求父母给付抚养费的权利。 成年子女不履行赡养义务的，缺乏劳动能力或者生活困难的父母，有要求成年子女给付赡养费的权利。
《婚一》：第二十条　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其以下学历教育，或者丧失或未完全丧失劳动能力等非因主观原因而无法维持正常生活的成年子女。 第二十一条　婚姻法第二十一条所称“抚养费”，包括子女生活费、教育费、医疗费等费用。 《婚三》：第三条　婚姻关系存续期间，父母双方或者一方拒不履行抚养子女义务，未成年或者不能独立生活的子女请求支付抚养费的，人民法院应予支持。 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。		
第二十三条　【父母对子女的保护和教育】父母有保护和教育未成年子女的权利和义务。在未成年子女对国家、集体或他人造成损害时，父母有承担民事责任的义务。		第一千零六十八条　父母有教育、保护未成年子女的权利和义务。未成年子女造成他人损害的，父母应当依法承担民事责任。
第三十条　【尊重父母婚姻】子女应当尊重父母的婚姻权利，不得干涉父母再婚以及婚后的生活。子女对父母的赡养义务，不因父母的婚姻关系变化而终止。		第一千零六十九条　子女应当尊重父母的婚姻权利，不得干涉父母离婚、再婚以及婚后的生活。子女对父母的赡养义务，不因父母的婚姻关系变化而终止。
第二十四条第二款　【继承遗产】父母和子女有相互继承遗产的权利。		第一千零七十条　父母和子女有相互继承遗产的权利。
第二十五条　【非婚生子女】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		第一千零七十一条　非婚生子女享有与婚生子女同等的权利，任何组织或者个人不得加以危害和歧视。 不直接抚养非婚生子女的

生父或生母，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。		生父或者生母，应当负担未成年子女或者不能独立生活的成年子女的抚养费。
第二十七条　【继父母与继子女】继父母与继子女间，不得虐待或歧视。 继父或继母和受其抚养教育的继子女间的权利和义务，适用本法对父母子女关系的有关规定。		第一千零七十二条　继父母与继子女间，不得虐待或者歧视。 继父或者继母和受其抚养教育的继子女间的权利义务关系，适用本法关于父母子女关系的规定。
		第一千零七十三条　对亲子关系有异议且有正当理由的，父或者母可以向人民法院提起诉讼，请求确认或者否认亲子关系。 对亲子关系有异议且有正当理由的，成年子女可以向人民法院提起诉讼，请求确认亲子关系。
第二十八条　【祖与孙】有负担能力的祖父母、外祖父母，对于父母已经死亡或父母无力抚养的未成年的孙子女、外孙子女，有抚养的义务。有负担能力的孙子女、外孙子女，对于子女已经死亡或子女无力赡养的祖父母、外祖父母，有赡养的义务。		第一千零七十四条　有负担能力的祖父母、外祖父母，对于父母已经死亡或者父母无力抚养的未成年孙子女、外孙子女，有抚养的义务。 有负担能力的孙子女、外孙子女，对于子女已经死亡或者子女无力赡养的祖父母、外祖父母，有赡养的义务。
第二十九条　【兄姐与弟妹】有负担能力的兄、姐，对于父母已经死亡或父母无力抚养的未成年的弟、妹，有扶养的义务。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。		第一千零七十五条　有负担能力的兄、姐，对于父母已经死亡或者父母无力抚养的未成年弟、妹，有扶养的义务。 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。
第四章　离婚		第四章　离　婚
第三十一条　【自愿离婚】男女双方自愿离婚的，准予离婚。双		第一千零七十六条　夫妻双方自愿离婚的，应当签订书面离婚

方必须到婚姻登记机关申请离婚。婚姻登记机关查明双方确实是自愿并对子女和财产问题已有适当处理时，发给离婚证。		协议，并亲自到婚姻登记机关申请离婚登记。 离婚协议应当载明双方自愿离婚的意思表示和对子女抚养、财产以及债务处理等事项协商一致的意见。 第一千零七十七条　自婚姻登记机关收到离婚登记申请之日起三十日内，任何一方不愿意离婚的，可以向婚姻登记机关撤回离婚登记申请。 前款规定期间届满后三十日内，双方应当亲自到婚姻登记机关申请发给离婚证；未申请的，视为撤回离婚登记申请。
		第一千零七十八条　婚姻登记机关查明双方确实是自愿离婚，并已经对子女抚养、财产及债务处理等事项协商一致的，予以登记，发给离婚证。
《婚二》：第八条　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。 第九条　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。 《婚三》：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。		
第三十二条　【离婚诉讼】男女一方要求离婚的，可由有关部门进行调解或直接向人民法院提出离婚诉讼。 人民法院审理离婚案件，应当进行调解；如感情确已破裂，调解无效，应准予离婚。 有下列情形之一，调解无效的，应准予离婚：		第一千零七十九条　夫妻一方要求离婚的，可以由有关组织进行调解或者直接向人民法院提起离婚诉讼。 人民法院审理离婚案件，应当进行调解；如果感情确已破裂，调解无效的，应当准予离婚。 有下列情形之一，调解无效的，应当准予离婚：

（一）重婚或有配偶者与他人同居的； （二）实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员的； （三）有赌博、吸毒等恶习屡教不改的； （四）因感情不和分居满二年的； （五）其他导致夫妻感情破裂的情形。 一方被宣告失踪，另一方提出离婚诉讼的，应准予离婚。		（一）重婚或者与他人同居； （二）实施家庭暴力或者虐待、遗弃家庭成员； （三）有赌博、吸毒等恶习屡教不改； （四）因感情不和分居满二年； （五）其他导致夫妻感情破裂的情形。 一方被宣告失踪，另一方提起离婚诉讼的，应当准予离婚。 经人民法院判决不准离婚后，双方又分居满一年，一方再次提起离婚诉讼的，应当准予离婚。
《婚一》第二十二条　人民法院审理离婚案件，符合第三十二条第二款规定“应准予离婚”情形的，不应当因当事人有过错而判决不准离婚。 《婚三》：第九条　夫以妻擅自中止妊娠侵犯其生育权为由请求损害赔偿的，人民法院不予支持；夫妻双方因是否生育发生纠纷，致使感情确已破裂，一方请求离婚的，人民法院经调解无效，应依照婚姻法第三十二条第三款第（五）项的规定处理。		
		第一千零八十条　完成离婚登记，或者离婚判决书、调解书生效，即解除婚姻关系。
第三十三条　【军人配偶要求离婚】现役军人的配偶要求离婚，须得军人同意，但军人一方有重大过错的除外。		第一千零八十一条　现役军人的配偶要求离婚，应当征得军人同意，但是军人一方有重大过错的除外。
《婚一》：第二十三条　婚姻法第三十三条所称的“军人一方有重大过错”，可以依据婚姻法第三十二条第二款前三项规定及军人有其他重大过错导致夫妻感情破裂的情形予以判断。		
第三十四条　【不得提出离婚】女方在怀孕期间、分娩后一年内或中止妊娠后六个月内，男方不得提出离婚。女方提出离婚的，或人民法院认为确有必要受理男方离婚请求的，不在此限。		第一千零八十二条　女方在怀孕期间、分娩后一年内或者终止妊娠后六个月内，男方不得提出离婚；但是，女方提出离婚或者人民法院认为确有必要受理男方离婚请求的除外。
第三十五条　【复婚】离婚后，男女双方自愿恢复夫妻关系的，必须到婚姻登记机关进行复婚登记。		第一千零八十三条　离婚后，男女双方自愿恢复婚姻关系的，应当到婚姻登记机关重新进行结婚登记。
第三十六条　【离婚与子女】父		第一千零八十四条　父母与子

母与子女间的关系，不因父母离婚而消除。离婚后，子女无论由父或母直接抚养，仍是父母双方的子女。 离婚后，父母对于子女仍有抚养和教育的权利和义务。 离婚后，哺乳期内的子女，以随哺乳的母亲抚养为原则。哺乳期后的子女，如双方因抚养问题发生争执不能达成协议时，由人民法院根据子女的权益和双方的具体情况判决。		女间的关系，不因父母离婚而消除。离婚后，子女无论由父或者母直接抚养，仍是父母双方的子女。 离婚后，父母对于子女仍有抚养、教育、保护的权利和义务。 离婚后，不满两周岁的子女，以由母亲直接抚养为原则。已满两周岁的子女，父母双方对抚养问题协议不成的，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。**子女已满八周岁的，应当尊重其真实意愿。**
第三十七条　【离婚后的子女抚养】离婚后，一方抚养的子女，另一方应负担必要的生活费和教育费的一部或全部，负担费用的多少和期限的长短，由双方协议；协议不成时，由人民法院判决。 关于子女生活费和教育费的协议或判决，不妨碍子女在必要时向父母任何一方提出超过协议或判决原定数额的合理要求。		第一千零八十五条　离婚后，子女由一方直接抚养的，另一方应当负担部分或者全部抚养费，负担费用的多少和期限的长短，由双方协议；协议不成的，由人民法院判决。 前款规定的协议或者判决，不妨碍子女在必要时向父母任何一方提出超过协议或者判决原定数额的合理要求。
第三十八条　【离婚后的子女探望】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。 行使探望权利的方式、时间由当事人协议；协议不成时，由人民法院判决。 父或母探望子女，不利于子女身心健康的，由人民法院依法中止探望的权利；中止的事由消失后，应当恢复探望的权利。		第一千零八十六条　离婚后，不直接抚养子女的父或者母，有探望子女的权利，另一方有协助的义务。 行使探望权利的方式、时间由当事人协议；协议不成的，由人民法院判决。 父或者母探望子女，不利于子女身心健康的，由人民法院依法中止探望；中止的事由消失后，应当恢复探望。
《婚一》：第二十四条　人民法院作出的生效的离婚判决中未涉及探望权，当事人就探望权问题单独提起诉讼的，人民法院应予受理。 第二十五条　当事人在履行生效判决、裁定或者调解书的过程中，请求中止行使探望权的，人		

民法院在征询双方当事人意见后，认为需要中止行使探望权的，依法作出裁定。中止探望的情形消失后，人民法院应当根据当事人的申请通知其恢复探望权的行使。

第二十六条　未成年子女、直接抚养子女的父或母及其他对未成年子女负担抚养、教育义务的法定监护人，有权向人民法院提出中止探望权的请求。

第三十二条　婚姻法第四十八条关于对拒不执行有关探望子女等判决和裁定的，由人民法院依法强制执行的规定，是指对拒不履行协助另一方行使探望权的有关个人和单位采取拘留、罚款等强制措施，不能对子女的人身、探望行为进行强制执行。

第三十九条　【夫妻共同财产的离婚处理】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。 夫或妻在家庭土地承包经营中享有的权益等，应当依法予以保护。		第一千零八十七条　离婚时，夫妻的共同财产由双方协议处理；协议不成的，由人民法院根据财产的具体情况，按照照顾子女、女方和无过错方权益的原则判决。 对夫或者妻在家庭土地承包经营中享有的权益等，应当依法予以保护。

《婚二》：第十五条　夫妻双方分割共同财产中的股票、债券、投资基金份额等有价证券以及未上市股份有限公司股份时，协商不成或者按市价分配有困难的，人民法院可以根据数量按比例分配。

第十六条　人民法院审理离婚案件，涉及分割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，按以下情形分别处理：

（一）夫妻双方协商一致将出资额部分或者全部转让给该股东的配偶，过半数股东同意、其他股东明确表示放弃优先购买权的，该股东的配偶可以成为该公司股东；

（二）夫妻双方就出资额转让份额和转让价格等事项协商一致后，过半数股东不同意转让，但愿意以同等价格购买该出资额的，人民法院可以对转让出资所得财产进行分割。过半数股东不同意转让，也不愿意以同等价格购买该出资额的，视为其同意转让，该股东的配偶可以成为该公司股东。

用于证明前款规定的过半数股东同意的证据，可以是股东会决议，也可以是当事人通过其他合法途径取得的股东的书面声明材料。

第十七条　人民法院审理离婚案件，涉及分割夫妻共同财产中以一方名义在合伙企业中的出资，另一方不是该企业合伙人的，当夫妻双方协商一致，将其合伙企业中的财产份额全部或者部分转让给对方时，按以下情形分别处理：

（一）其他合伙人一致同意的，该配偶依法取得合伙人地位；

（二）其他合伙人不同意转让，在同等条件下行使优先受让权的，可以对转让所得的财产进行分割；

（三）其他合伙人不同意转让，也不行使优先受让权，但同意该合伙人退伙或者退还部分财产份额的，可以对退还的财产进行分割；

（四）其他合伙人既不同意转让，也不行使优先受让权，又不同意该合伙人退伙或者退还部分财产份额的，视为全体合伙人同意转让，该配偶依法取得合伙人地位。

第十八条　夫妻以一方名义投资设立独资企业的，人民法院分割夫妻在该独资企业中的共同财产时，应当按照以下情形分别处理：

（一）一方主张经营该企业的，对企业资产进行评估后，由取得企业一方给予另一方相应的补偿；

（二）双方均主张经营该企业的，在双方竞价基础上，由取得企业的一方给予另一方相应的补偿；

（三）双方均不愿意经营该企业的，按照《中华人民共和国个人独资企业法》等有关规定办理。

第十九条　由一方婚前承租、婚后用共同财产购买的房屋，房屋权属证书登记在一方名下的，应当认定为夫妻共同财产。

第二十条　双方对夫妻共同财产中的房屋价值及归属无法达成协议时，人民法院按以下情形分别处理：

（一）双方均主张房屋所有权并且同意竞价取得的，应当准许；

（二）一方主张房屋所有权的，由评估机构按市场价格对房屋作出评估，取得房屋所有权的一方应当给予另一方相应的补偿；

（三）双方均不主张房屋所有权的，根据当事人的申请拍卖房屋，就所得价款进行分割。

第二十一条　离婚时双方对尚未取得所有权或者尚未取得完全所有权的房屋有争议且协商不成的，人民法院不宜判决房屋所有权的归属，应当根据实际情况判决由当事人使用。

当事人就前款规定的房屋取得完全所有权后，有争议的，可以另行向人民法院提起诉讼。

《婚三》：第四条　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：

（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的；

（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。

第十二条　婚姻关系存续期间，双方用夫妻共同财产出资购买以一方父母名义参加房改的房屋，产权登记在一方父母名下，离婚时另一方主张按照夫妻共同财产对该房屋进行分割的，人民法院不予支持。购买该房屋时的出资，可以作为债权处理。

第十三条　离婚时夫妻一方尚未退休、不符合领取养老保险金条件，另一方请求按照夫妻共同财产分割养老保险金的，人民法院不予支持；婚后以夫妻共同财产缴付养老保险费，离婚时一方主张将养老金账户中婚姻关系存续期间个人实际缴付部分作为夫妻共同财产分割的，人民法院应予支持。

第十五条　婚姻关系存续期间，夫妻一方作为继承人依法可以继承的遗产，在继承人之间尚未实际分割，起诉离婚时另一方请求分割的，人民法院应当告知当事人在继承人之间实际分割遗产后另行起诉。

第十六条　夫妻之间订立借款协议，以夫妻共同财产出借给一方从事个人经营活动或用于其他个人事务的，应视为双方约定处分夫妻共同财产的行为，离婚时可按照借款协议的约定处理。

第十八条　离婚后，一方以尚有夫妻共同财产未处理为由向人民法院起诉请求分割的，经审查该财产确属离婚时未涉及的夫妻共同财产，人民法院应当依法予以分割。

第四十条　【补偿】夫妻书面约定婚姻关系存续期间所得的财产归各自所有，一方因抚育子女、照料老人、协助另一方工作		第一千零八十八条　夫妻一方因抚育子女、照料老年人、协助另一方工作等负担较多义务的，离婚时有权向另一方请求补偿，

等付出较多义务的，离婚时有权向另一方请求补偿，另一方应当予以补偿。		另一方应当给予补偿。具体办法由双方协议；协议不成的，由人民法院判决。
第四十一条　【共同债务】离婚时，原为夫妻共同生活所负的债务，应当共同偿还。共同财产不足清偿的，或财产归各自所有的，由双方协议清偿；协议不成时，由人民法院判决。		第一千零八十九条　离婚时，夫妻共同债务，应当共同偿还。共同财产不足清偿或者财产归各自所有的，由双方协议清偿；协议不成的，由人民法院判决。
第四十二条　【适当帮助】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；协议不成时，由人民法院判决。		第一千零九十条　离婚时，如果一方生活困难，有负担能力的另一方应当给予适当帮助。具体办法由双方协议；协议不成的，由人民法院判决。
《婚一》：第二十七条　婚姻法第四十二条所称“一方生活困难”，是指依靠个人财产和离婚时分得的财产无法维持当地基本生活水平。 一方离婚后没有住处的，属于生活困难。 离婚时，一方以个人财产中的住房对生活困难者进行帮助的形式，可以是房屋的居住权或者房屋的所有权。		
第五章　救助措施与法律责任 第四十六条　【损害赔偿】有下列情形之一，导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿： （一）重婚的； （二）有配偶者与他人同居的； （三）实施家庭暴力的； （四）虐待、遗弃家庭成员的。		第一千零九十一条　有下列情形之一，导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿： （一）重婚； （二）与他人同居； （三）实施家庭暴力； （四）虐待、遗弃家庭成员； （五）有其他重大过错。
《婚一》：第二十八条　婚姻法第四十六条规定的“损害赔偿”，包括物质损害赔偿和精神损害赔偿。涉及精神损害赔偿的，适用最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》的有关规定。 第二十九条　承担婚姻法第四十六条规定的损害赔偿责任的主体，为离婚诉讼当事人中无过错方的配偶。 人民法院判决不准离婚的案件，对于当事人基于婚姻法第四十六条提出的损害赔偿请求，不予支持。 在婚姻关系存续期间，当事人不起诉离婚而单独依据该条规定提起损害赔偿请求的，人民法院不予受理。 第三十条　人民法院受理离婚案件时，应当将婚姻法第四十六条等规定中当事人的有关权利义务，书面告知当事人。在适用婚姻法第四十六条时，应当区分以下不同情况：		

（一）符合婚姻法第四十六条规定的无过错方作为原告基于该条规定向人民法院提起损害赔偿请求的，必须在离婚诉讼的同时提出。 （二）符合婚姻法第四十六条规定的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基于该条规定提起损害赔偿请求的，可以在离婚后一年内就此单独提起诉讼。 （三）无过错方作为被告的离婚诉讼案件，一审时被告未基于婚姻法第四十六条规定提出损害赔偿请求，二审期间提出的，人民法院应当进行调解，调解不成的，告知当事人在离婚后一年内另行起诉。 《婚二》：第二十七条　当事人在婚姻登记机关办理离婚登记手续后，以婚姻法第四十六条规定为由向人民法院提出损害赔偿请求的，人民法院应当受理。但当事人在协议离婚时已经明确表示放弃该项请求，或者在办理离婚登记手续一年后提出的，不予支持。 《婚三》：第十七条　夫妻双方均有婚姻法第四十六条规定的过错情形，一方或者双方向对方提出离婚损害赔偿请求的，人民法院不予支持。		
第四十七条　【隐藏、转移共同财产等】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。 人民法院对前款规定的妨害民事诉讼的行为，依照民事诉讼法的规定予以制裁。		第一千零九十二条　夫妻一方隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产，或者伪造夫妻共同债务企图侵占另一方财产的，在离婚分割夫妻共同财产时，对该方可以少分或者不分。离婚后，另一方发现有上述行为的，可以向人民法院提起诉讼，请求再次分割夫妻共同财产。
《婚一》：第三十一条　当事人依据婚姻法第四十七条的规定向人民法院提起诉讼，请求再次分割夫妻共同财产的诉讼时效为两年，从当事人发现之次日起计算。		
第二十六条　【收养关系】国家保护合法的收养关系。养父母和养子女间的权利和义务，适用本法对父母子女关系的有关规定。 养子女和生父母间的权利和义务，因收养关系的成立而消除。 ——以下见 1999 年 4 月实施修改《收养法》		第五章　收　养
第二章　收养关系的成立		第一节　收养关系的成立

第四条 【被收养人的条件】下列不满十四周岁的未成年人可以被收养： （一）丧失父母的孤儿； （二）查找不到生父母的弃婴和儿童； （三）生父母有特殊困难无力抚养的子女。		第一千零九十三条 下列未成年人，可以被收养： （一）丧失父母的孤儿； （二）查找不到生父母的未成年人； （三）生父母有特殊困难无力抚养的子女。
第五条 【送养人的条件】下列公民、组织可以作送养人： （一）孤儿的监护人； （二）社会福利机构； （三）有特殊困难无力抚养子女的生父母。		第一千零九十四条 下列个人、组织可以作送养人： （一）孤儿的监护人； （二）儿童福利机构； （三）有特殊困难无力抚养子女的生父母。
第十二条 【监护人送养的限制】未成年人的父母均不具备完全民事行为能力的，该未成年人的监护人不得将其送养，但父母对该未成年人有严重危害可能的除外。		第一千零九十五条 未成年人的父母均不具备完全民事行为能力且可能严重危害该未成年人的，该未成年人的监护人可以将其送养。
第十三条 【送养未成年孤儿的限制】监护人送养未成年孤儿的，须征得有抚养义务的人同意。有抚养义务的人不同意送养、监护人不愿意继续履行监护职责的，应当依照《中华人民共和国民法通则》的规定变更监护人。		第一千零九十六条 监护人送养孤儿的，应当征得有抚养义务的人同意。有抚养义务的人不同意送养、监护人不愿意继续履行监护职责的，应当依照本法总则编的规定另行确定监护人。
第十条第一款 【共同送养与共同收养】生父母送养子女，须双方共同送养。生父母一方不明或者查找不到的可以单方送养。		第一千零九十七条 生父母送养子女，应当双方共同送养。生父母一方不明或者查找不到的，可以单方送养。
第六条 【收养人的条件】收养人应当同时具备下列条件： （一）无子女； （二）有抚养教育被收养人的能力； （三）未患有在医学上认为不应当收养子女的疾病； （四）年满三十周岁。		第一千零九十八条 收养人应当同时具备下列条件： （一）无子女或者只有一名子女； （二）有抚养、教育和保护被收养人的能力； （三）未患有在医学上认为不应当收养子女的疾病；

		（四）无不利于被收养人健康成长的违法犯罪记录； （五）年满三十周岁。
第七条 【收养人条件的特别规定】收养三代以内同辈旁系血亲的子女，可以不受本法第四条第三项、第五条第三项、第九条和被收养人不满十四周岁的限制。 华侨收养三代以内同辈旁系血亲的子女，还可以不受收养人无子女的限制。		第一千零九十九条 收养三代以内旁系同辈血亲的子女，可以不受本法第一千零九十三条第三项、第一千零九十四条第三项和第一千一百零二条规定的限制。 华侨收养三代以内旁系同辈血亲的子女，还可以不受本法第一千零九十八条第一项规定的限制。
第八条 【收养人数】收养人只能收养一名子女。 收养孤儿、残疾儿童或者社会福利机构抚养的查找不到生父母的弃婴和儿童，可以不受收养人无子女和收养一名的限制。		第一千一百条 无子女的收养人可以收养两名子女；有子女的收养人只能收养一名子女。 收养孤儿、残疾未成年人或者儿童福利机构抚养的查找不到生父母的未成年人，可以不受前款和本法第一千零九十八条第一项规定的限制。
第十条第二款 有配偶者收养子女，须夫妻共同收养。		第一千一百零一条 有配偶者收养子女，应当夫妻共同收养。
第九条 【无配偶男性收养女性的年龄限制】无配偶的男性收养女性的，收养人与被收养人的年龄应当相差四十周岁以上。		第一千一百零二条 无配偶者收养异性子女的，收养人与被收养人的年龄应当相差四十周岁以上。
第十四条 【收养继子女的特别规定】继父或者继母经继子女的生父母同意，可以收养继子女，并可以不受本法第四条第三项、第五条第三项、第六条和被收养人不满十四周岁以及收养一名的限制。		第一千一百零三条 继父或者继母经继子女的生父母同意，可以收养继子女，并可以不受本法第一千零九十三条第三项、第一千零九十四条第三项、第一千零九十八条和第一千一百条第一款规定的限制。
第十一条 【当事人自愿】收养人收养与送养人送养，须双方自愿。收养年满十周岁以上未成年人的，应当征得被收养人的同意。		第一千一百零四条 收养人收养与送养人送养，应当双方自愿。收养八周岁以上未成年人的，应当征得被收养人的同意。

第十五条 【收养的形式要件】收养应当向县级以上人民政府民政部门登记。收养关系自登记之日起成立。 收养查找不到生父母的弃婴和儿童的，办理登记的民政部门应当在登记前予以公告。 收养关系当事人愿意订立收养协议的，可以订立收养协议。 收养关系当事人各方或者一方要求办理收养公证的，应当办理收养公证。		第一千一百零五条 收养应当向县级以上人民政府民政部门登记。收养关系自登记之日起成立。 收养查找不到生父母的未成年人的，办理登记的民政部门应当在登记前予以公告。 收养关系当事人愿意签订收养协议的，可以签订收养协议。 收养关系当事人各方或者一方要求办理收养公证的，应当办理收养公证。 **县级以上人民政府民政部门应当依法进行收养评估。**
第十六条 【户口登记】收养关系成立后，公安部门应当依照国家有关规定为被收养人办理户口登记。		第一千一百零六条 收养关系成立后，公安机关应当按照国家有关规定为被收养人办理户口登记。
第十七条 【亲朋抚养例外】孤儿或者生父母无力抚养的子女，可以由生父母的亲属、朋友抚养。 抚养人与被抚养人的关系不适用收养关系。		第一千一百零七条 孤儿或者生父母无力抚养的子女，可以由生父母的亲属、朋友抚养；抚养人与被抚养人的关系不适用本章规定。
第十八条 【优先抚养权】配偶一方死亡，另一方送养未成年子女的，死亡一方的父母有优先抚养的权利。		第一千一百零八条 配偶一方死亡，另一方送养未成年子女的，死亡一方的父母有优先抚养的权利。
第二十一条 【涉外收养】外国人依照本法可以在中华人民共和国收养子女。 外国人在中华人民共和国收养子女，应当经其所在国主管机关依照该国法律审查同意。收养人应当提供由其所在国有权机构出具的有关收养人的年龄、婚姻、职业、财产、健康、有无受过刑事处罚等状况的证明材		第一千一百零九条 外国人依法可以在中华人民共和国收养子女。 外国人在中华人民共和国收养子女，应当经其所在国主管机关依照该国法律审查同意。收养人应当提供由其所在国有权机构出具的有关其年龄、婚姻、职业、财产、健康、有无受过刑事处罚等状况的证明材料，并与

料，该证明材料应当经其所在国外交机关或者外交机关授权的机构认证，并经中华人民共和国驻该国使领馆认证。该收养人应当与送养人订立书面协议，亲自向省级人民政府民政部门登记。 收养关系当事人各方或者一方要求办理收养公证的，应当到国务院司法行政部门认定的具有办理涉外公证资格的公证机构办理收养公证。		送养人签订书面协议，亲自向省、自治区、直辖市人民政府民政部门登记。 前款规定的证明材料应当经收养人所在国外交机关或者外交机关授权的机构认证，并经中华人民共和国驻该国使领馆认证，但是国家另有规定的除外。
第二十二条　【保守收养秘密】收养人、送养人要求保守收养秘密的，其他人应当尊重其意愿，不得泄露。		第一千一百一十条　收养人、送养人要求保守收养秘密的，其他人应当尊重其意愿，不得泄露。
第三章　收养的效力		第二节　收养的效力
第二十三条　【收养的效力】自收养关系成立之日起，养父母与养子女间的权利义务关系，适用法律关于父母子女关系的规定；养子女与养父母的近亲属间的权利义务关系，适用法律关于子女与父母的近亲属关系的规定。 养子女与生父母及其他近亲属间的权利义务关系，因收养关系的成立而消除。		第一千一百一十一条　自收养关系成立之日起，养父母与养子女间的权利义务关系，适用本法关于父母子女关系的规定；养子女与养父母的近亲属间的权利义务关系，适用本法关于子女与父母的近亲属关系的规定。 养子女与生父母及其他近亲属间的权利义务关系，因收养关系的成立而消除。
第二十四条　【养子女的姓氏】养子女可以随养父或者养母的姓，经当事人协商一致，也可以保留原姓。		第一千一百一十二条　养子女可以随养父或者养母的姓氏，经当事人协商一致，也可以保留原姓氏。

2014.11 全国人民代表大会常务委员会关于《中华人民共和国民法通则》第九十九条第一款、《中华人民共和国婚姻法》第二十二条的解释

最高人民法院向全国人民代表大会常务委员会提出，为使人民法院正确理解和适用法律，请求对民法通则第九十九条第一款“公民享有姓名权，有权决定、使用和依照规定改变自己的姓名”和婚姻法第二十二条“子女可以随父姓，可以随母姓”的规定作法律解释，明确公民在父姓和母姓之外选取姓氏如何适用法律。

全国人民代表大会常务委员会讨论了上述规定的含义，认为：公民依法享有姓名权。公民行使姓名权属于民事活动，既应当依照民法通则第九十九条第一款和婚姻法第二十二条的规定，还应当遵守民法通则第七条的规定，即应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益。在中华传统文化中，

“姓名”中的“姓”，即姓氏，体现着血缘传承、伦理秩序和文化传统，公民选取姓氏涉及公序良俗。公民原则上随父姓或者母姓符合中华传统文化和伦理观念，符合绝大多数公民的意愿和实际做法。同时，考虑到社会实际情况，公民有正当理由的也可以选取其他姓氏。基于此，对民法通则第九十九条第一款、婚姻法第二十二条解释如下： 公民依法享有姓名权。公民行使姓名权，还应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益。 公民原则上应当随父姓或者母姓。有下列情形之一的，可以在父姓和母姓之外选取姓氏： （一）选取其他直系长辈血亲的姓氏；（二）因由法定扶养人以外的人扶养而选取扶养人姓氏；（三）有不违反公序良俗的其他正当理由。 少数民族公民的姓氏可以从本民族的文化传统和风俗习惯。		
第二十五条　【收养的无效】违反《中华人民共和国民法通则》第五十五条和本法规定的收养行为无法律效力。 收养行为被人民法院确认无效的，从行为开始时起就没有法律效力。		第一千一百一十三条　有本法总则编关于民事法律行为无效规定情形或者违反本编规定的收养行为无效。 无效的收养行为自始没有法律约束力。
第四章　收养关系的解除		第三节　收养关系的解除
第二十六条　【收养解除】收养人在被收养人成年以前，不得解除收养关系，但收养人、送养人双方协议解除的除外，养子女年满十周岁以上的，应当征得本人同意。 收养人不履行抚养义务，有虐待、遗弃等侵害未成年养子女合法权益行为的，送养人有权要求解除养父母与养子女间的收养关系。送养人、收养人不能达成解除收养关系协议的，可以向人民法院起诉。		第一千一百一十四条　收养人在被收养人成年以前，不得解除收养关系，但是收养人、送养人双方协议解除的除外。养子女八周岁以上的，应当征得本人同意。 收养人不履行抚养义务，有虐待、遗弃等侵害未成年养子女合法权益行为的，送养人有权要求解除养父母与养子女间的收养关系。送养人、收养人不能达成解除收养关系协议的，可以向人民法院提起诉讼。
第二十七条　【协议收养解除】养父母与成年养子女关系恶化、无法共同生活的，可以协议解除收养关系。不能达成协议的，可以向人民法院起诉。		第一千一百一十五条　养父母与成年养子女关系恶化、无法共同生活的，可以协议解除收养关系。不能达成协议的，可以向人民法院提起诉讼。
第二十八条　【解除的程序】当事人协议解除收养关系的，应当		第一千一百一十六条　当事人协议解除收养关系的，应当到民

到民政部门办理解除收养关系的登记。		政部门办理解除收养关系登记。
第二十九条 【解除的法律后果】收养关系解除后，养子女与养父母及其他近亲属间的权利义务关系即行消除，与生父母及其他近亲属间的权利义务关系自行恢复，但成年养子女与生父母及其他近亲属间的权利义务关系是否恢复，可以协商确定.		第一千一百一十七条 收养关系解除后，养子女与养父母及其他近亲属间的权利义务关系即行消除，与生父母及其他近亲属间的权利义务关系自行恢复。但是，成年养子女与生父母以及其他近亲属间的权利义务关系是否恢复，可以协商确定。
第三十条 【解除后的抚养费给付】收养关系解除后，经养父母抚养的成年养子女，对缺乏劳动能力又缺乏生活来源的养父母，应当给付生活费。因养子女成年后虐待、遗弃养父母而解除收养关系的，养父母可以要求养子女补偿收养期间支出的生活费和教育费。 生父母要求解除收养关系的，养父母可以要求生父母适当补偿收养期间支出的生活费和教育费，但因养父母虐待、遗弃养子女而解除收养关系的除外。		第一千一百一十八条 收养关系解除后，经养父母抚养的成年养子女，对缺乏劳动能力又缺乏生活来源的养父母，应当给付生活费。因养子女成年后虐待、遗弃养父母而解除收养关系的，养父母可以要求养子女补偿收养期间支出的抚养费。 生父母要求解除收养关系的，养父母可以要求生父母适当补偿收养期间支出的抚养费，但是，因养父母虐待、遗弃养子女而解除收养关系的除外。

借问民法典，离婚自由有多远？

2020-05-30 人民法院报

https://mp.weixin.qq.com/s/VMCvos1732RFfC1Mo10xcA

在民法典刷屏朋友圈的同时，「离婚自由」这个词也成功地出了圈，成为继「财务自由」、「情绪自由」后，让成年人觉得「太难了」的一件事。

婚姻是什么？

自由是什么？

离婚自由，离我们到底有多远？

◆……三十日内可撤销离婚申请……◆

离婚冷静 or 结婚冷静？

吃了秤砣要离婚的网友对三十天的「不定时炸弹」感到无比憋屈：

「离婚冷静期就像你妈妈让你穿的秋裤」

「有一种不冷静叫做法律觉得你不冷静」

我给你讲一个更「憋屈」的故事。

在爱尔兰，男女结婚时会在教堂发誓：只有死亡让我们分开。因此无论何种原因的离婚都被视作

违背誓言，把人逼疯的四年分居，裹脚布般的离婚手续，令人咋舌的巨额费用让离婚比登天还难。

但是，双方在结婚时可以协商婚姻的期限：从 1 年到 100 年不等，结婚登记的费用因此不同：1 年需要 2000 英镑，100 年只需要 0.5 英镑；结婚证书的内容也不同：1 年是一本「百科全书」，逐条列举了双方的权利义务，100 年只有一张纸条，上面写着首席法官的祝福——

> 尊敬的先生、太太，我不知道我的左手对右手，右腿对左腿，左眼对右眼，右脑对左脑究竟应该承担起怎样的责任和义务？其实他们本就是一个整体，只因彼此的存在而存在，只因彼此的快乐而快乐。

看到这些，你会觉得憋屈还是有一丝感动？
我们不禁问自己：婚姻是什么？

恩格斯说：婚姻是一纸「私有化」的契约。但在历史的前半场，它不是男女之间的爱情契约，而是男男之间对女人「先占权」的契约。工业革命让女性拥有了经济和话语权，从「我养你」到「我要你养？」，婚姻结构从「圈养」走向「合伙」，但与此同时，婚姻的不稳定因子呼之欲出，一言不合就离婚成为一种时代标签。

男女平等的觉醒，让每个人都拥有了离婚自由。
但是，自由是否等同于随心所欲？

去过民政局你会知道，结婚登记和离婚登记是在同一个大厅，登记大厅的墙上印着一排粉红色的标语：我们约好了携手走完一辈子，亲爱的你忘了吗？别小看这行标语，它在结婚礼堂里有多感人肺腑，在离婚大厅里就有多杀人诛心。

如果来法院你会看到，离婚的理由五花八门：性格不合、生活琐事、经济问题、婆媳矛盾…法官在大开眼界的同时，也不免向当事人发出灵魂拷问：为何结婚之前没考虑过这些问题？而听到的答案如出一辙：热恋期间被冲昏了头脑。

为什么离婚的成本越来越大？
因为结婚的成本小得可怜

许多悔不当初的离婚背后
都是不够慎重地草率结婚

再看看爱尔兰的「百年约定」，说的高雅一点，它响在结婚教堂的回音壁，写在结婚证书的誓言里；说的庸俗一点，它嵌在四位数的英镑里，印在四年期的分居中。这或许是「谈钱伤感情」最栩栩如生的现实白描：金钱成本让想结婚的人不敢头脑发热，时间成本让想离婚人们不敢意气用事。

在这两项成本面前，如果你义无反顾，那么恭喜你：你大可自由选择承担责任；而如果你举棋不定，那么对不起：你的感情既然都经不起金钱和时间的考验，又如何负担得婚姻登记大厅墙上的那句「携手走完一辈子」？

离婚冷静期的法律效应是让那些意气用事的离婚且行且珍惜，社会余音却是让那些头脑发热的结婚三思而后行。

法律并非将人民设想成「你妈觉得你需要一条秋裤」的巨婴，只是希望人们对婚姻的态度自始至终都能践行萨特的那句「自由即责任」。

◆……撤销申请后的家暴变本加厉……◆
救人水火 or 助纣为虐？

众多口诛笔伐中，最响亮的质疑声莫过于认为离婚冷静期助攻了家庭暴力：

「离婚冷静期让施暴者逍遥法外」
「离婚冷静期让受害者雪上加霜」

其实，这番质疑声的前提本身就是不存在的。

因为冷静期是为民政局离婚设置的一剂「后悔药」
但没有任何家暴案例的受害者会选择去民政局离婚

何种情况上民政局离婚——
双方都同意离婚，且财产和抚养问题达成一致。

何种情况上法院离婚——
一方不同意离婚，或者财产和抚养问题未达成一致。

家暴诉讼中有一条「潜规则」：同意离婚的施暴者不是「专业」的施暴者，所有施暴者都有一个共性，在施暴时对对方有多丧心病狂，在法庭上对婚姻就有多矢志不移，因为一旦被认定家暴，他将面临少分财产甚至离婚损害赔偿的后果。所以，施暴者往往是不会同意离婚的。

然而，所有的受害者都希望用最快的速度止损，如果用经济学来计算离婚成本，他们最高效的离婚方式应该是：

收集家暴证据
↓
向法院起诉离婚、
↓
争取一次判离

而绝非：
希望对方同意离婚
↓
向民政局递交申请
↓
变本加厉的家暴

你看，对于受害者而言，去民政局离婚除了曲线救国外毫无意义：既然对方明摆着不会同意离婚，哪个受害者会傻到明知山有虎偏向虎山行？在趋利避害的驱使下，遭遇了恶性事件的受害人会选择破釜沉舟直接起诉。

所以，离婚冷静期仅对协议离婚发力，而对于家暴这类恶性事件，冷静期却是鞭长莫及，因为受害人从来都是走诉讼离婚这条路，无论是根据现行的婚姻法（32 条）、即将实施的民法典婚姻家庭编（1079 条），家暴都是直接判离的法定事由。

诉讼中不存在冷静期，只有对家暴的认定与否。虽然并非所有声称家暴的最后都能被认定为家暴，但冷静期并不会使这一情况变得更好或更糟。

因为冷静期和家庭暴力本就是两条永不相交的平行线：一个是协议离婚的后悔药，一个是诉讼离婚的奈何桥，明明井水不犯河水，「冷静期助攻了家庭暴力」又从何谈起？

即便没有冷静期，民政局也不会成为受害者的庇护所；即使有了冷静期，三十天也不会成为家暴者的保护伞。

冷静期只是让那些冲动的选择变得更理性，却不会让那些挥舞的拳头变得更嚣张。

◆……第一次判不离后分居一年可判离……◆

一拖再拖 or 及时止损？

民法典后，想离婚又多了一条新途径：第一次起诉后分居满一年。

本是一道福音，不想也引来了一番误读：

原本第一次起诉后六个月再起诉就可以判离的现在怎么增长到了一年？

我想负责任的告诉你：从来没有哪一条规定过第一次起诉不判离后，六个月再起诉就一定判离。

在夫妻双方均不愿履行子女抚养义务的情况下，即便到了第三次第四次都不会判离，而另一些情况下，如法院通过事实调查，认为双方尚未达到感情破裂的严重程度，也并不因是第几次起诉而增大判离的概率。

在这个前提下，我们再来看看民法典：

第一次判不离后分居满一年的
第二次起诉应该判离

什么意思呢——我已经起诉过一次了，法院没给判离，但之后我们又分居长达一年了，意味着这一年来感情并无改善，继续拖延只会彼此消耗。这一规定，并非增大了判离的难度，而恰恰是缩短了判不离的周期。

从前的婚姻法规定分居满两年可以判离，也就

是假如第一次起诉时刚刚开始分居，那么下一次起诉至少要等到两年后（不包括家暴等恶性事件）才有可能判离；而如今，不管第一次起诉时有没有开始分居，只要嗣后分居满一年就可以判离，实则是将「两年期」缩短为「一年期」。

为什么会有这样的规定？它其实是实现了从传统婚姻「宁拆一座庙不毁一桩婚」到现代婚姻「挥别错的才能与对的相逢」的理念进化。

在从前的离婚诉讼中，一些当事人深谙「六个月」之道，为了尽快离婚不惜起诉后马上撤诉，以争取尽早走完程序再次起诉，为之后的每一次起诉摁下快进键。

「半年半年又半年」的无休无止让多少离婚心切的当事人尝尽黄连苦，「分居两年」的金规铁律又让多少貌合神离的夫妻望断天涯路，而如今「分居一年」的规定则为那些心如磐石的起诉者开辟了一片后花园。

毕竟，法院作为民政局的「兜底部门」，走上法庭对簿公堂者大多义无反顾。这就是为什么，柔性的「冷静期」止于协议离婚，而刚性的「分居期」设置于诉讼离婚。

对于家暴受害者而言，他们不需要冷静；对于分居一年者而言，他们已经足够冷静了；对于吸毒复吸者而言，他们冷静的令人害怕，「离婚冷静期」和「分居一年期」是民法典中小荷才露尖尖角的一对双生花——

如果说前者是让感情尚未破裂的重归于好，那么后者则是让感情确已破裂的及时止损。

◆……结语……◆

在「离婚自由」这个词发酵网络的同时，与其跟风讨伐，不如静心思考。

自由这个词，从来不是诗人笔下的脱缰野马，它写在辞典中有多飘逸，放在现实里就有多厚重。

萨特说，自由即选择，选择即责任。

卢梭说，人生而自由，却无往不在枷锁中。

康德说，自由意味着责任，这就是为何人们都畏惧它的缘故。

婚姻自由，不是「想结就结想离就离」，而是谁选择谁负责，谁行为谁买单， 谁种下因谁收获果，谁享受权利谁承担义务。

让冲动的离婚冷静，让冷静的离婚止损，让感情尚未破裂的重归于好，让感情确已破裂的好合好散，这或许是民法典在「婚姻自由」这片土壤上开出的花朵。

来源：人民法院新闻传媒总社

作者：赵霏 编辑：程国维

法官说丨未成年人财产代管如何监督？

2020-05-31 法制日报

https://mp.weixin.qq.com/s/gp6QmzBj7xFHYH4qfc0BSg

法制日报全媒体记者 战海峰 通讯员 杨建明

指定监护人在代管被监护人财产时，未尊重被监护人的真实意愿，把部分赔偿款出借给了他人，存在可能损害被监护人利益的风险；但如果交由法定监护人代管后，谁又能保证法定监护人不会损害被监护人的利益？近日，重庆市垫江县人民法院就审理了这样一起案件，围绕被监护人赔偿款由谁代管，指定监护人与法定监护人产生纠纷。

案件回顾

2003 年，肖某与黄某结婚，婚后生育子女肖甲、肖乙。2013 年双方离婚，协议肖甲、肖乙由肖某抚养。离婚后，黄某遂离开垫江，从此与肖某以及子女肖甲、肖乙失去联系。2014 年，肖某不幸在一起交通事故中死亡。此时，肖甲、肖乙均未成年，其所在的村委会遂依法指定肖某的兄弟肖某某为肖甲、肖乙的监护人。通过诉讼，两个孩子获得赔偿，由肖某某代为管理赔偿款项。

2018 年，肖甲、肖乙终于联系上母亲黄某，并自愿随黄某生活。黄某以自己是肖甲、肖乙的母亲、法定监护人为由，要求肖某某返还代管的赔偿款；肖某某以黄某已再婚生育子女，可能损害肖甲、肖乙的合法权益为由，不愿返还，双方由此发生纠纷。

在诉讼中，承办法官分别听取了双方的意见。作为指定监护人的肖某某，愿意将自己代管的赔偿款返还，但不放心由黄某保管，而是希望由人民法院或者第三方监管。作为法定监护人的黄某也表示，肖某某在代管期间将赔偿款部分借给了他人，明显损害了肖甲、肖乙的财产权利；若肖某某不同意自己保管，也希望将赔偿款交给人民法院或者第三方监管。

法院认为，未成年人的法定监护人一方死亡、另一方音讯不明无法履行监护职责的，基层组织可以指定监护人维护被监护人的合法权益；但指定监护关系因另一方具有监护能力且重新出现后终止，同时，指定监护关系人应当向法定监护人交还代管的被监护人的财产。从法律意义上讲，这意味着肖某某向黄某返还代管的赔偿款不是问题。

以案说法

那么，此案的问题在哪里呢？如果调解无果，判决由监护人代管在法理之中，但同时判决由第三方监督却于法无据。我国民法总则规定，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。但是，谁来监督监护人？特别是在父母一方死亡情形下，如何让代管未成年人财产的另一方不做损害未成年人合法权益的事、如何让未担任监护人一方的近亲属安心，法律规定是空白。

虽然民法总则确定了监护人应当按照最有利于被监护人的原则履行监护职责，但由于缺乏外部监督，仍然可能导致监护人在管理被监护人的财产时，事实上仅凭监护人单方意愿便可作出处分行为，可能使被监护人的合法权益受到损害。

本案中，双方当事人彼此不信任对方，内心都强烈希望由第三方对未成年人肖甲、肖乙的财产进行监管，在没有第三方代管机构可以代管的情形下，承办法官从最有利于被监护人的原则出发，创新引入金融机构对被监护人财产进行监管。承办法官多次主持双方协商调解，最终双方达成调解协议：将赔偿款存入某金融机构，并将最早支取日期约定为肖甲、肖乙成年日，并同意由金融机构对提前支取进行限制；已出借的赔偿款按期偿还并存入肖甲、肖乙的银行账户。

至此，这起未成年人财产代管纠纷案得到妥善处理，双方当事人均对本案处理结果表示满意。

承办法官认为，不受监督的责任不会成为真正的责任。为最大限度维护被监护人的合法权益，在进行相关立法时，建议考虑增加有监护资格的其他监护人、被监护人的单位、基层组织或者民政部门对监护人履行职责进行监督的相关规定，以回应未成年人监护监督的现实需要，让法律确立的最有利于被监护人的原则真正落地生根。

来源：法制日报·社区版

编辑：渠洋 常煜 杜洋

（四）检察官视点

当当夺权事件：从公司法思维审视家族企业控制权之争

2020-05-06 检察日报正义网
https://mp.weixin.qq.com/s/zMzqo6OIr1pkdAuWrapw3Q

近日，当当网的创始股东夫妻二人李国庆与俞渝争夺公司公章的新闻上了热搜榜，引起了无数网友的围观点评与扼腕叹息。

类似戏码在现实生活中并不罕见。人们不禁要问：相同或者近似的剧情（夫妻创业寻梦）、同样的主角（夫妻同时出演公司的股东、董事与控制权人）、同样的结局（公司内安外顺局面的终结）在循环上演后，如何才能找到走出这一周期律迷宫的金钥匙？

要治企，先齐家。家族企业是民营经济的压舱石，是最活跃的企业形态。但不少企业的命运取决于家族命运，尤其是企业家的个人命运。企业与企业家互为一体，婚姻家庭与公司命运紧密捆绑。一旦婚姻家庭有变，家族企业就危在旦夕。家族公司治理现代化离不开家庭治理现代化。为促进企业基业长青，提升家族企业治理水平，必须把完善家庭治理放到首位。人类与生俱来的爱情、亲情与血缘的天然纽带固然宝贵，但很容易被利益之火烧断。毕竟，趋利避害是人性的弱点。

要运用婚姻家庭法思维理顺股权结构。股权的混沌不分威胁着股权结构的稳定性。亲兄弟明算账，夫妻之间也要明算账。夫妻股权归属必须清晰无误。根据婚姻法，虽然夫妻在婚姻关系存续期间所得的股权归夫妻共有，一方婚前持有的股权为夫妻一方财产，但夫妻可自由约定婚姻关系存续期间所得的股权及婚前股权归各自所有、共有或部分各自所有、部分共有。当然，子女也在家庭共有股权中有份。家庭成员共有或各有的股权都要靠白纸黑字固定下来。有特别约定的，从约定；无特别约定的，按照法定规则办。为免嗣后空口无凭，携手办理公证手续应成为标配动作。

公司法思维更重要。夫妻或子女行使股东权利、参与公司治理时必须遵循公开透明、诚实信用、平等自由、多赢共享、民主决策的公司治理思维。夫妻股东参与公司经营管理、问鼎控制权时，要光明磊落，摒弃厚黑之术。夫妻一方要当选为董事或监事，必须闯过股东会选举关。股东会决议认股不认人，奉行一股一票、资本多数决定的规则。当选为董事后，若想当选董事长、受聘总经理，还要履行董事会决议程序。与股东会决议不同，董事会决议遵循一人一票、人头多数决的规矩。若股东会与董事会决议的召集表决程序合法，内容亦无违法之处，则在野方有权基于公司决议与公司治理规则取得董事长、总经理或法定代表人的法律地位。痛失经营宝座的一方要有愿赌服输的契约精神，不能靠拳头与隔空互撕夺回控制权。若夺印之争实在不能握手言和，也可诉诸法院。若该决议存有瑕疵，适格股东均可诉请法院确认无效或予以撤销。

欲戴王冠，必承其重。控制权乃公司之重器。无论谁取得控制权，都要尊重与敬畏公司及其他股东权益，既不得侵害其合法权益，更要诚实守信、勤勉尽责地促进公司发展，善待公司职工与消费者，积极增进公司及其他股东福祉。控制权与信托义务如影随形，须臾不分。若夫妻一方或家庭成员滥用控制权、掏空公司财产，公司有权启动问责程序，其他股东也有权依法通过公司治理程序与司法救济程序罢免滥权谋私者。

来源：检察日报
文字：刘俊海（作者系中国人民大学法学院教授）
编辑：潘　伟
监制：宿广田

九部门印发《关于建立侵害未成年人案件强制报告制度的意见（试行）》

2020-05-29 最高人民检察院
https://mp.weixin.qq.com/s/vFlI4aNM8819iFlzG_BQ3Q

关于印发《关于建立侵害未成年人案件强制报告制度的意见（试行）》的通知

各省、自治区、直辖市，新疆生产建设兵团人民检察院、监察委员会、教育厅（教委）、公安厅（局）、民政厅（局）、司法厅（局）、卫生健康委、团委、妇联：

为切实加强对未成年人的全面综合司法保护，及时有效惩治侵害未成年人违法犯罪，现将《最高人民检察院、国家监察委员会、教育部、公安部、民政部、司法部、国家卫生健康委员会、中国共产主义青年团中央委员会、中华全国妇女联合会关于建立侵害未成年人案件强制报告制度的意见（试行）》印发给你们，请认真贯彻执行。

最高人民检察院
国家监察委员会
教育部
公安部
民政部
司法部
国家卫生健康委员会
中国共产主义青年团中央委员会
中华全国妇女联合会
2020 年 5 月 7 日

关于建立侵害未成年人案件强制报告制度的意见（试行）

第一条 为切实加强对未成年人的全面综合司法保护，及时有效惩治侵害未成年人违法犯罪，根据《中华人民共和国刑事诉讼法》《中华人民共和国未成年人保护法》《中华人民共和国反家庭暴力法》《中华人民共和国执业医师法》及相关法律法规，结合未成年人保护工作实际，制定本意见。

第二条 侵害未成年人案件强制报告，是指国家机关、法律法规授权行使公权力的各类组织及法律规定的公职人员，密切接触未成年人行业的各类组织及其从业人员，在工作中发现未成年人遭受或者疑似遭受不法侵害以及面临不法侵害危险的，应当立即向公安机关报案或举报。

第三条 本意见所称密切接触未成年人行业的各类组织，是指依法对未成年人负有教育、看护、医疗、救助、监护等特殊职责，或者虽不负有特殊职责但具有密切接触未成年人条件的企事业单位、基层群众自治组织、社会组织。主要包括：居（村）民委员会；中小学校、幼儿园、校外培训机构、未成年人校外活动场所等教育机构及校车服务提供者；托儿所等托育服务机构；医院、妇幼保健院、急救中心、诊所等医疗机构；儿童福利机构、救助管理机构、未成年人救助保护机构、社会工作服务机构；旅店、宾馆等。

第四条 本意见所称在工作中发现未成年人遭受或者疑似遭受不法侵害以及面临不法侵害危险的情况包括：

（一）未成年人的生殖器官或隐私部位遭受或疑似遭受非正常损伤的；

（二）不满十四周岁的女性未成年人遭受或疑似遭受性侵害、怀孕、流产的；

（三）十四周岁以上女性未成年人遭受或疑似

遭受性侵害所致怀孕、流产的；

（四）未成年人身体存在多处损伤、严重营养不良、意识不清，存在或疑似存在受到家庭暴力、欺凌、虐待、殴打或者被人麻醉等情形的；

（五）未成年人因自杀、自残、工伤、中毒、被人麻醉、殴打等非正常原因导致伤残、死亡情形的；

（六）未成年人被遗弃或长期处于无人照料状态的；

（七）发现未成年人来源不明、失踪或者被拐卖、收买的；

（八）发现未成年人被组织乞讨的；

（九）其他严重侵害未成年人身心健康的情形或未成年人正在面临不法侵害危险的。

第五条 根据本意见规定情形向公安机关报案或举报的，应按照主管行政机关要求报告备案。

第六条 具备先期核实条件的相关单位、机构、组织及人员，可以对未成年人疑似遭受不法侵害的情况进行初步核实，并在报案或举报时将相关材料一并提交公安机关。

第七条 医疗机构及其从业人员在收治遭受或疑似遭受人身、精神损害的未成年人时，应当保持高度警惕，按规定书写、记录和保存相关病历资料。

第八条 公安机关接到疑似侵害未成年人权益的报案或举报后，应当立即接受，问明案件初步情况，并制作笔录。根据案件的具体情况，涉嫌违反治安管理的，依法受案审查；涉嫌犯罪的，依法立案侦查。对不属于自己管辖的，及时移送有管辖权的公安机关。

第九条 公安机关侦查未成年人被侵害案件，应当依照法定程序，及时、全面收集固定证据。对于严重侵害未成年人的暴力犯罪案件、社会高度关注的重大、敏感案件，公安机关、人民检察院应当加强办案中的协商、沟通与配合。

公安机关、人民检察院依法向报案人员或者单位调取指控犯罪所需要的处理记录、监控资料、证人证言等证据时，相关单位及其工作人员应当积极予以协助配合，并按照有关规定全面提供。

第十条 公安机关应当在受案或者立案后三日内向报案单位反馈案件进展，并在移送审查起诉前告知报案单位。

第十一条 人民检察院应当切实加强对侵害未成年人案件的立案监督。认为公安机关应当立案而不立案的，应当要求公安机关说明不立案的理由。认为不立案理由不能成立的，应当通知公安机关立案，公安机关接到通知后应当立即立案。

第十二条 公安机关、人民检察院发现未成年人需要保护救助的，应当委托或者联合民政部门或共青团、妇联等群团组织，对未成年人及其家庭实施必要的经济救助、医疗救治、心理干预、调查评估等保护措施。未成年被害人生活特别困难的，司法机关应当及时启动司法救助。

公安机关、人民检察院发现未成年人父母或者其他监护人不依法履行监护职责，或者侵害未成年人合法权益的，应当予以训诫或者责令其接受家庭教育指导。经教育仍不改正，情节严重的，应当依法依规予以惩处。

公安机关、妇联、居民委员会、村民委员会、救助管理机构、未成年人救助保护机构发现未成年人遭受家庭暴力或面临家庭暴力的现实危险，可以依法向人民法院代为申请人身安全保护令。

第十三条 公安机关、人民检察院和司法行政机关及教育、民政、卫生健康等主管行政机关应当对报案人的信息予以保密。违法窃取、泄露报告事项、报告受理情况以及报告人信息的，依法依规予以严惩。

第十四条 相关单位、组织及其工作人员应

当注意保护未成年人隐私，对于涉案未成年人身份、案情等信息资料予以严格保密，严禁通过互联网或者以其他方式进行传播。私自传播的，依法给予治安处罚或追究其刑事责任。

第十五条 依法保障相关单位及其工作人员履行强制报告责任，对根据规定报告侵害未成年人案件而引发的纠纷，报告人不予承担相应法律责任；对于干扰、阻碍报告的组织或个人，依法追究法律责任。

第十六条 负有报告义务的单位及其工作人员未履行报告职责，造成严重后果的，由其主管行政机关或者本单位依法对直接负责的主管人员或者其他直接责任人员给予相应处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。相关单位或者单位主管人员阻止工作人员报告的，予以从重处罚。

第十七条 对于行使公权力的公职人员长期不重视强制报告工作，不按规定落实强制报告制度要求的，根据其情节、后果等情况，监察委员会应当依法对相关单位和失职失责人员进行问责，对涉嫌职务违法犯罪的依法调查处理。

第十八条 人民检察院依法对本意见的执行情况进行法律监督。对于工作中发现相关单位对本意见执行、监管不力的，可以通过发出检察建议书等方式进行监督纠正。

第十九条 对于因及时报案使遭受侵害未成年人得到妥善保护、犯罪分子受到依法惩处的，公安机关、人民检察院、民政部门应及时向其主管部门反馈相关情况，单独或联合给予相关机构、人员奖励、表彰。

第二十条 强制报告责任单位的主管部门应当在本部门职能范围内指导、督促责任单位严格落实本意见，并通过年度报告、不定期巡查等方式，对本意见执行情况进行检查。注重加强指导和培训，切实提高相关单位和人员的未成年人保护意识和能力水平。

第二十一条 各级监察委员会、人民检察院、公安机关、司法行政机关、教育、民政、卫生健康部门和妇联、共青团组织应当加强沟通交流，定期通报工作情况，及时研究实践中出现的新情况、新问题。

各部门建立联席会议制度，明确强制报告工作联系人，畅通联系渠道，加强工作衔接和信息共享。人民检察院负责联席会议制度日常工作安排。

第二十二条 相关单位应加强对侵害未成年人案件强制报告的政策和法治宣传，强化全社会保护未成年人、与侵害未成年人违法犯罪行为作斗争的意识，争取理解与支持，营造良好社会氛围。

第二十三条 本意见自印发之日起试行。

编辑：罗丽丽

（五）律师视点

【律师视点】高丽姣、易燕：论使用已故配偶工龄购买的房改房权属认定

2020-05-15 德衡律师集团 高丽姣、易燕
https://mp.weixin.qq.com/s/dS80NlfG1L1DbddsCfuFaw

高丽姣：北京德和衡律师事务所律师
易　燕：北京德和衡律师事务所联席合伙人

摘要：房改房是我国推进城镇住房制度改革背景下的过渡性产物，因房改房发生的争议在房产纠纷中占据不小的比例，使用已故配偶工龄购买的房改房权属如何认定一直以来在实践中存在较多争议，经常发生同案不同判的现象。通过分析房改房在司法实践中不同的认定标准并分析其原因，笔者认为确认此类房屋的权属，还应从根本上正确理解房改房的特殊性，遵循房改房的政策制度以及福利补偿等特殊属性，认定此类房改房为夫妻共同财产更为合适。

关键词：已故配偶　工龄　房改房　权属认定

近几年，在畸高房价的背景下，各类房屋争议越来越多，婚姻家事类纠纷案件中大多也都与房产有关，主要涉及房屋权属的认定、对房屋的分割以及与房屋相关的其他问题。其中房改房作为房屋的一个类型，近年出现争议的案件也日渐增多。使用已故配偶工龄购买房改房便是其中一个类型，而关于房改房的权属认定问题在实践中一直存在争议。2018 年北京市高院发布的《关于审理继承纠纷案件若干疑难问题的解答》第六条对已故配偶的权利进行了规定，却引发了实务中对此类案件的更大争议。本文从房改房本身的特殊性进行分析和探讨，结合此类案件中出现的同案不同判现象进行分析，结合本人办理过的案例，认为使用已故配偶工龄购买的房改房应当认定为夫妻共同财产，希望在司法裁判中各级法院能够就此类案件统一认识、统一裁判。

一、相关案例及存在的问题

本人承办的一起继承案件于 2018 年在北京市朝阳区人民法院奥运村法庭进行审理。由于该案涉及使用已故配偶工龄购买房改房的继承问题以及当事人有涉外因素导致案件更换审判法官至今未能结案。但前后法官的不同观点让本案的判决结果无法预料，而本案的核心问题便是关于使用已故配偶工龄购买房改房的权属到底如何认定的问题。

（一）案例基本情况介绍

该案基本情况如下：“男方张某在妻子李某去世一年后于 1999 年购买了以妻子李某名义承租的单位公房，并使用了双方的工龄。但购买此房屋有一个特殊之处，女方是因工殉职，去世时年仅 40 岁，基于女方的领导职务和高级职称，单位研究决定将涉案房屋出售给男方张某。现在男方张某不让李某与前夫所生的女儿居住，女儿起诉张某要求继承分割该房产”。本案事实并不复杂，但此案由于涉外送达问题造成时间过长而更换了一次法官，本案虽未判决，但是在和法官的沟通中出现了两种截然不同的观点。与第一任法官沟通时，法官传递的信息是基于上述房屋的来源以及房改房的特殊性质应当属于夫妻共同财产。但更换后的法官却认为已故配偶对房改房不享有物权权利，本质上还是一种政策性补贴而非财产性权利，认为根据北京市高院发布的《关于审理继承纠纷案件若干疑难问题的解答》（以下简称“解答“），已故配偶只就工龄对

应的财产性价值享有利益而已，与房改房的来源是已故配偶单位的福利房以及因已故配偶的职务才有购买的资格等因素无任何关系。该案如果按照更换前法官的裁判思路，该房屋就有可能认定为张某和李某的夫妻共同财产，其女儿则有权按照法定继承来分割属于李某一半的房产份额。而按照更换后法官的裁判思路将导致不同的后果，如果该房产被认定为男方张某个人财产，则李某女儿无权分割该房产。如果该房产被认定为张某和李某按份共有，则女儿只能从母亲工龄对应的财产价值即该房产的四分之一份额中按照继承法再进行分割。因此，本案关于使用李某工龄所购房改房到底按照夫妻共同财产来认定直接影响当事人物权权利的实现。

（二）目前司法审判实践中存在的问题

就本案涉及的此类问题，笔者专门查询搜索了各级法院的相关判决，结果发现，此类案件即使在北京的各级法院中存在同案不同判现象都非常严重。离婚继承诉讼中，对于房改房的处理，核心问题是房屋权属的认定及分割。而不管是理论界中还是实务界，对使用已故配偶工龄购买房改房的权属认定还存在严重分歧。

二、关于房改房权属认定的现有不同标准及原因分析

使用已故配偶工龄购买的房改房权属如何认定目前主要有以下三种观点，之所以会出现如此截然不同的观点，主要原因是没有统一的立法标准。在司法审判实践中，由于不同法院援引不同的复函和规定等从而导致产生同案不同判现象，由此产生了不同的认定标准。

（一）认定为一方个人财产

1. 持有此观点者认为房改房在购买时使用已故配偶的工龄优惠，是赋予健在者的专属政策性补贴而非财产性利益（如同笔者承办案件的第二任法官的观点），去世一方不享有房改房的物权。此观点主要依据的是《最高人民法院关于在享受本人工龄和已死亡配偶生前工龄优惠后所购公房是否属夫妻共同财产的函的复函》（ [2000]法民字第 4 号）（以下简称“最高院复函”），其内容为：“司法部律师公证工作指导司：你司《关于在享受本人工龄和已死亡配偶生前工龄优惠后所购公房是否属夫妻共同财产的函》收悉。经研究认为，夫妻一方死亡后，如果遗产已经继承完毕，健在一方用自己的积蓄购买的公有住房应视为个人财产，购买该房时所享受的已死亡配偶的工龄优惠只是属于一种政策性补贴，而非财产或财产权益。夫妻一方死亡后，如果遗产没有分割，应予查明购房款是夫妻双方的共同积蓄，还是配偶一方的个人所得，以此确认所购房屋是夫妻共同财产还是个人财产；如果购房款是夫妻双方的共同积蓄，所购房屋应视为夫妻共同财产。以上意见，供参考。”

2. 然而“最高院复函”已于 2013 年 2 月 18 日被废止，《关于废止 1997 年 7 月 1 日至 2011 年 12 月 31 日期间发布的部分司法解释和司法解释性质文件（第十批）的决定 》的内容为：为适应形势发展变化，保证国家法律统一正确适用，根据有关法律规定和审判实际，最高人民法院会同有关部门，对 1997 年 7 月 1 日至 2011 年 12 月 31 日期间发布的司法解释和司法解释性质文件进行了集中清理。现决定废止 1997 年 7 月 1 日至 2011 年 12 月 31 日期间发布的 81 件司法解释和司法解释性质文件。废止的司法解释和司法解释性质文件从本决定施行之日起不再适用，但过去依据下列司法解释、司法解释性质文件对有关案件作出的判决、裁定仍然有效。其中废止的 23 号文件便是 2000 年 2 月 17 日“最高院复函”，废止的理由是与现行房改政策不一致。

3. 尽管最高院的复函已经被废止，但是仍然有很多法院在审判时受到此观点的影响，其裁判时仍然参考该复函的规定，认为：第一，使用已故配偶工龄购置房改房只是一种政策性补贴，而非财产性利益；第二，虽然使用已故配偶身份购置房改房，

但是民事权利能力终于死亡，已故配偶已经不具有购房的主体资格；第三，工龄优惠只是国家特殊时期的一种特殊的福利，而不是真正的物权。持有此观点者尤其坚持已故配偶民事权利能力已经消灭、不具备包括取得房屋所有权在内的主体资格，主张房产权属只能归夫妻中健在的一方。这一观点在北京地区具有相当的代表性。笔者查阅涉及到房改房权属案件中，以此作为否定已故配偶权利的判例大量存在。我国民法上本来关于死者是否一概不享有民事主体的一切权利，历来就存有争议而且至今仍争执不休，因此在涉及已故配偶的物权权利时同样存在类似问题的争议，本人承办的几个案件中对方代理人也都从此角度否定房改房权属属于夫妻共同财产，而主张为一方个人财产。

（二）认定为夫妻共有财产

1. 认定该类房屋权属为夫妻共有财产主要是从房改房的特殊性进行分析。房改政策的特殊性决定了房改房区别于其他商品性房屋。房改房本质是给予职工政策性的优惠福利，已故配偶享有房改房福利待遇是由特定时期国家房改政策的福利性、补偿性、身份性等特殊性决定的。持有此观点者主要依据的是住建部《关于唐民悦房改房产权认定问题的复函》（建住房市函[1999]005 号）（以下简称“住建部复函”），其内容为：“你司（98）司公函 018 号函和（99）司公民便字 027 号收悉。经研究，答复如下：按照目前我国城镇住房制度改革的有关政策，按成本价或标准价购买公有住房以城镇职工家庭（夫妇双方）为购房主体，且每个家庭只能享受一次。本案中，唐民悦按房改政策购买住房时享受了其配偶的工龄优惠，该住房应当视为其夫妇双方共同购买。因此，我司认为，该住房应视为唐民悦与其配偶共有财产。”显然原住建部认为使用配偶工龄优惠即获得了购买资格，其获得的利益为财产利益可以视为夫妻共同财产。

2. 该认定标准之所以把使用已故配偶工龄购买房改房权认定为夫妻共同财产主要有以下几条理由：首先，已故配偶工龄属于财产型权益，所以可作为夫妻共同财产加以分割；其次，购买房改房是使用已故配偶工龄，具有人身属性；再次，该类“房改房”本身作为特定历史时期产物的特点，不能简单依据购房合同签订、房产证的取得时间，也不能仅仅根据出资来源来作为判断权属的依据。而要根据特殊时期的特殊政策，这是给与以家庭为单位的一种福利，该类福利带有财产性和人身性。最高人民法院吴晓芳法官也持此观点，她认为在认定房改房的权属时，不能简单粗暴地割裂历史。完全忽略房改房从承租权转化为所有权的承继事实。既不能简单依据出资来源，也不能仅以购房合同的签订时间及房产证取得时间来判断房屋产权归属，而应从特定历史时期的特定国情出发，充分考量国家政策制定的初衷和现实国情，作出公平合理的判断。

（三）认定为按份共有该财产

1. 此观点主要依据的是 2018 年 6 月 20 日《北京市高级人民法院关于审理继承纠纷案件若干疑难问题的解答》（以下简称“解答”）。该解答第 6 条规定：“被继承人购买公房时根据工龄政策福利，使用已死亡配偶工龄折抵房款的，所获工龄政策福利能否折算后作为遗产分割？按成本价或标准价购买公房时，依国家有关政策折算已死亡配偶一方工龄而获得政策性福利的，该政策性福利所对应财产价值的个人部分应作为已死亡配偶的遗产予以继承。该政策性福利所对应的财产价值计算参考公式：（已死亡配偶工龄对应财产价值的个人部分÷购买公房时房屋市值）×房屋现值。” 显而易见，该“解答”是将已故配偶工龄对应的财产价值与剩余房屋价值做了区分，等同于确认已故配偶和健在配偶按份享有房产物权。

2. 该类认定标准主要有以下几点理由：首先，已故配偶工龄可以折算成财产价值，并且根据该折算金额在购房中所占据的比例来确定夫妻双方享有的比例；其次，该类标准不仅考虑了工龄的特殊政策的特殊补贴性，还强调夫妻共同财产中关于出

资比例的分摊。该类标准不仅公平考虑了夫妻双方的共同财产制，也为继承人的继承权提供了请求权基础。

三、使用已故配偶工龄所购房改房权属从多维度考量应认定为夫妻共有财产

关于使用已故配偶工龄购买房改房到底如何认定仁者见仁智者见智，从法律法规、历史传统、政策沿革及有关部门的相关规定或复函，笔者倾向于上述第二种观点，认为使用已故配偶工龄购买的房改房权属认定为已故配偶与健在一方的夫妻共同财产为宜，更符合房改房本身的特性，有利于平衡各方利益，真正实现房改房福利优惠政策的原本价值，其理由如下：

（一）从房改房和普通商品房相区别的维度

房改房系 1994 年国务院发文实行的城镇住房制度改革的产物，是中国城镇住房由从前的单位分配转化为市场经济的一项过渡政策，现如今又可以称为已购公有住房。“房改房”的产权性质一般有两种：完全产权和部分产权。形成这两种“房改房”的原因，要追溯至当年的房改政策，当年职工参加房改购买房屋时，有市场价、成本价和标准价购房三种选择。

而商品房是在市场经济条件下，具有资格的房地产开发商取得相应的证照建成以后，向市场主体出售或出租的行为，包括住宅、商业用房和其他建筑物。商品房除了特殊地区有“限购”政策以外，很少有能使用工龄作为财产折算而冲抵一部分购房款的，或通过已故配偶而享受购房资格或者通过工龄折算享受巨大优惠的。因此，认定“房改房”的权属性质要和商品房相区别，不能简单以商品房属性来对房改房权属进行认定。

房改房不同于普通商品房，有着福利补偿的特殊性，夫妻健在一方使用已故配偶工龄优惠购买的房改房，是从承租权到所有权的转化。房屋的特性和两种权利之间的承继，是认定此类房改房的依据，应从特定历史时期的特定国情出发，充分考量国家政策制定的初衷和现实国情，作出公平合理的判断。

（二）从房改房的购买权属来源维度

公有住房的承租与房改具有极强的福利属性，其福利属性表现为由夫妻一方名义承租、只交纳少许的费用即可以长期居住、使用，作为原承租人的父母去世后，其子女一般均可以继续承租并参加房改，但同时也排除了其他人购买的权利。这与商品房的承租和买卖具有明显的区别。比如前面笔者提到的承办案件，如果不是因为女方享有承租权且女方的职位和职称，在女方已经去世的情形下，健在一方又哪来的购买女方单位房改房的资格呢？因此，享受房屋成本价并通过折算工龄获得优惠价格购买房改房的权利实际上是对原有公房承租权的承袭和转化。因此，享受房屋成本价并通过折算工龄获得优惠价格购买房改房的权利主要来源于原有的以家庭为单位的承租权。

房改房在出售前一般为单位的公有住房，由本单位职工家庭承租，承租人对其承租的公房享有居住和使用的权利。同时，承租人也享有房屋在出卖时的优先购买权。房改政策为承租单位公有住房的职工购买公有住房提供了依据，房改房才应运而生。因此，房改房原则上仅仅针对本单位的职工，在出售对象上具有直接的限制，并且直接和夫妻身份关系直接发生联系。

（三）从购买房改房的价格因素维度

房改房属于计划经济时期国家政策性福利分房，具有补偿性、社会保障性、国家统筹性等特点。计划经济时期的住房实行福利性实物分配制度，而房改政策就是针对职工优惠购房的福利政策，房改房的价格低廉，也是基于国家多年实行的低工资制。因此，职工购买房改房的价格是国家根据职工工龄、职务、工资、家庭人口等多种因素综合考虑后的价格，相当于在房屋价值计算上给予职工相应的政策性优惠福利。按成本价售房给职工，意味着将多年

积累的工资差额，一次性补发给职工，房改房本质就是国家给予职工的一种福利。

“房改房”本身带有一定的国家政策属性，其出售和价格的计算均受到国家政策的调整。与普通商品房不同的是其房屋价格不是单纯的市场价格，而是综合了包括夫妻双方的工龄、职级等因素后确定的，相对于市场价有很大的优惠。政府在售房时照顾了已去世配偶的权益，承认他们对社会、对家庭所做出的贡献。

（四）从房改房购买主体维度

《国务院关于深化城镇住房制度改革的决定》第十八条规定，以成本价或标准价购房的，每个家庭只能享受一次。可见，享受住房福利待遇仅限一次，每个家庭成员也仅有一次享受的机会，不可能重复使用，如果一个家庭中男方享受了一次购买机会，女方则不再享有。由此决定购买主体是家庭即为夫妻双方，而非职工一方。这也是由房改房沿袭承租权和国家统筹性所决定的。因此，一方主体一旦购买了房改房，另外一方便丧失了购买房改房的权利，可以看出，购买房改房的主体资格是严格的和婚姻关系挂钩的，一方一旦享有该权利即视为夫妻已经共同获得了该权益。

本人所利用的已死亡配偶生前工龄优惠所购公房中包含了已死亡一方的财产权益，尽管该财产权益其生前并未能实际取得，但由于这种权益是其生前且在婚姻关系存续期间应享受和取得的财产或财产性权益，故其也应视为是夫妻在婚姻关系存续期间的所得财产而认定为夫妻共同财产。

（五）从夫妻共有财产制维度

婚姻家庭财产关系是以人身关系为前提，直接体现一定经济内容或者以一定的财产为媒介所形成的社会关系，在法律性质上即为财产性质的权利义务关系。根据《婚姻法司法解释三》第十二条的规定，房改房的权属由购买资格而非出资款来源决定，售房款支付在房改房购买中不具有决定物权属性的意义。购房资格决定产权归属，出资作为对以购房款为限的夫妻共同债务的清偿，不具有物权的意义，仅在特定情况下认定为债权。此条规定将出资方享有的权利归类于债权，而并非对房屋享有的物权，真正还原了房改房的本质。从这个层面讲，此条规定符合房改房福利政策的规定，同时也与住建部复函的精神保持了一致，在一定程度上将仅从出资确定权属的观点予以调整，给予方向上的指引。

关于房改房权属的财产关系是由人身关系所引起的法律后果，是直接反映以财产为媒介的一种经济关系，但又与主体所具有的特定身份不可分割，所以是附属于人身关系的一种财产关系。婚姻家庭法调整的财产关系具有上述特点，与其他民事法律调整的财产关系必然有不同的处理原则。夫妻共同财产的认定不应拘泥于意思表示及权利能力等限制，而应体现出家庭财产制的特点。工龄优惠具有财产性权益，购买公房时使用工龄优惠折抵了购房款，可以视为在购房时转化为出资，所购房屋含有死亡配偶一方的贡献，因此所购公房应认定为夫妻共同财产。

综上所述，从上述房改房特殊性以及婚姻家庭财产共有制等多维度分析，房改房的购买权利是给予夫妻双方的，已故配偶应当享有房改房购买后的物权权利，已故配偶的工龄优惠体现的是享有物权的资格身份，而非仅仅是一种政策性补贴，这类性质的房改房权属应当认定为属于夫妻双方共有。

（六）其他相关维度

“解答”发布后，导致部分法官不再考虑其他购房因素，仅仅就已故配偶工龄对应的财产价值进行继承分割，其余房屋权利全部归健在方所有，或者对房屋权属不做认定，机械适用“解答”，完全不考虑其他因素，严重侵害已故配偶的物权权利。虽然摒弃了之前“高院复函”的指引，不再仅仅从出资对房改房的权属做出定性，但还是会将已故配偶工龄对应财产价值以外的部分确认为健在方所有，仍然没有改变思路，考虑房改房的特殊性。针

对该类房屋权属不同的认识以及司法实践中不同的判决，笔者认为在当前法律依据不足的情形下，应当尽快在确认房改房权属为共同共有的前提下，再参考购房中所涉及的出资、职务、职称、工龄优惠等因素给与贡献较大一方适当补偿。因为房改房的购买资格、房改房的面积大小是与职工的职务、职称等有着直接因果关系的。因此参考上述因素以及对房改房的贡献确定房改房的分割原则遵循公平公正的原则，有利于更好的平衡当事人之间的利益，保障已故配偶、健在方以及已故配偶继承人的合法权益，避免今后出现更多同案不同判的后果。

四、关于使用已故配偶购买房改房权属认定的立法和司法建议

由于使用已故配偶购买房改房的权属长期没有法律依据，即使北京市高院发布了“解答”第六条，但依然有各种不同的司法观点以及同案不同判的情况，针对这一现象笔者提出以下立法和司法建议：

（一）完善民法典中相关内容的立法

民法典草案虽然颁布但还没有生效，在婚姻法及继承法中均未涉及到使用已故配偶购买房改房权属认定问题和其他相关概念的确定。在民法典草案第十六条关于民事权利能力的特殊规定中，应当增加例外情形，比如已故配偶一方虽然已经去世，但是健在一方使用该已故配偶工龄购买房改房时视为该已故配偶此时具有权利能力。另外，在第一千零六十二条条关于夫妻共同财产的规定中，如果能明确规定，使用已故配偶工龄所购买的房改房应当认定为夫妻共同财产，便可以彻底解决此类争议无法可依的问题。如果民法典中能增加和完善相关内容，会给司法审判机关解决有法可依的问题。

（二）出台相关司法解释，统一裁判规则

虽然目前有 “住建部复函”认为使用已故配偶购买房改房应当认定为夫妻共有财产，但是该复函效力既不属于法律法规，也不属于规范性法律文件，不具有统一适用性。如果要各级法院都遵循统一的裁判规则，如果民法典中不能增加和完善相关内容，需要最高院出台相应的司法解释，就该问题作出明确的司法解释，而不是通过“复函”或者“解答”的形式对该问题予以回应。

就房改房权属在离婚时应如何分割问题，目前婚姻法解释二第十九条规定：“由一方婚前承租、婚后用共同财产购买的房屋，房屋权属证书登记在一方名下的，应当认定为夫妻共同财产。”该条款应该适用于房改房的处理，但是据此认定为共同财产后，是原则上均等分割，还是应考虑承租方的贡献较大等因素而多分没有规定。解释三第十二条，也只是规定夫妻用共同财产出资购买以一方父母名义参加房改的房屋，产权登记在一方父母名下，离婚时对该出资的性质按照债务处理。因此，最高院应就此问题出台相应的司法解释以统一裁判规则。

（三）做好法律适用和地方政策的衔接

由于房改房政策的多样性和复杂性，导致法律适用与政策的衔接存在难度。全国各地关于房改房的各种地方性法规、规章和政策等各种文件繁多，多带有浓重的行政色彩，且规定不一、具有极强的地域性。这就造成法院在处理相关案件时，法官在适用法律的同时，更要熟悉相关的政策，无疑对法官提出了更高的要求和挑战。对于政策的熟悉、理解程度以及与法律一般规定衔接能力的差异，会造成案件的判决尺度不一。因此，除了需要最高院出台统一的司法解释对该问题进行指导外，各级法院在裁判时如遇当地政策和法律法规相冲突时，应以相应的法律法规或规范性法律文件为准，实在拿不准的疑难复杂案件可以报最高院请求“复函”或者“解答”以解决少数特殊问题的争议。

五、结语

房改房作为特定历史条件下的一种房屋形式，

将会逐渐退出历史舞台，但目前，面对纷繁复杂的房改房争议越来越多，应当把握对于此类房屋权属的认定与当时的房改政策相一致。笔者认为，将使用已故配偶工龄所购房改房确认为健在一方与已故配偶的夫妻共同财产，符合我国夫妻共同财产制的立法原则。在司法实践中，处理这类案件也应遵循房改房的特殊性，将历史与事实结合，作出公平合理的判决。

参考文献：

1、《最高人民法院婚姻法司法解释三理解与适用》，第 191 页。

2、《民事审判指导与参考》总第 74 期，2018 年第 2 期，吴晓芳法官。

3、杨晓林、段凤丽：《享用死亡配偶工龄优惠所购“房改房”的权属探析》，家事法苑 2017-06-07。

4、杨晓林、段凤丽：《再论享用已故配偶工龄优惠所购房改房的权属》，家事法苑 2018-06-25。

5、李雯. 用已故配偶工龄优惠购买房改房的产权归属[J]. 中国公证. 2015(04)。

6、陈豪彬. “死者所购”房产是否属于遗产之法律分析[J]. 中国公证. 2014(09)。

7、邵云龙. 关于使用已故配偶遗产所购房改房公证的思考[J]. 中国公证. 2014(04)。

8、韩延斌《离婚财产分割中“房改房”的分配原则》，《民事审判指导与参考》，法律出版社，2004 年第 1 辑。

9、《婚姻关系存续期间，取得一方父母单位房改房所有权，离婚时该如何处理？》，载于《人民司法·应用》，2014 年第 3 期（总第 686 期）。

东方大律师 | 谭芳：专注婚姻家事领域的守护者

原创：2020-05-30 上海律协 作者：沈栖
https://mp.weixin.qq.com/s/5KAqx-oGch7MpYMzML8R-A

编者按

2019 年上海律师行业评选出第四届“东方大律师”10 名，他们是（按姓氏笔画为序）：

马晨光（女）、王荣、陈峰、林东品、季诺、周知明、陶鑫良、黄荣楠、曹志龙、谭芳（女）。

谭芳

历年所获荣誉：

2008 年被评为“上海市律师行业优秀党员律师”、2011 年被评为“上海市优秀女律师”、2016 年被评为“上海市‘两新组织’优秀共产党员”、2016 年获得中国法学会全国优秀法律文书一等奖、2017 年获得“上海市三八红旗手标兵”称号、2018 年获得“全国三八红旗手”称号、2019 年被评为“上海市第四届‘东方大律师’”。

大凡美誉度高、影响力大的律师，都有自己的主攻方向和专业特长，并且在这一领域颇有建树。谭芳就是这样一位专注婚姻家事领域且取得赫然实绩的优秀律师。

2017 年，谭芳获得“上海市三八红旗手标兵”殊荣，组委会对她的颁奖词是：“她执着而真诚，

温和而坚定。仁者的责任让她不停地奔走，为梦前行，为爱发声，捍卫着‘法律’这个庄严的名词。她将温暖传递，她让正义汇聚，直到更多的人向弱者张开双臂。”这不止是对她执业成就的高度褒奖，更是对这一成就所蕴含的价值取向和伦理特质给予的充分肯定。

法治专版　上海法治报　2020年5月27日

上海市第四届“东方大律师”风采录(5)

专注婚姻家事领域的守护者

——记上海埃孚欧律师事务所主任谭芳律师

从离婚律师到家事律师

2004 年，做了多年法官的谭芳来了个“华丽转身”：辞职做了一名律师。

初涉律师界，面对多元化的律师业务，谭芳选择了“离婚律师”的定位。虽说它不及金融业、房地产业等高端，但更显得“平民化”，关涉寻常百家。她的选择基于三方面的考量：一是当时我国还没有“离婚律师”的专业人才，而离婚诉讼的案件则是与日俱增；二是离婚涉及财产分割、抚养子女等问题，能否依法妥善处置直接关系到家庭和谐、社会稳定；三是她具有 10 多年的审判调解经验，有助于化解家庭矛盾，最大化地体现自身价值。2008 年，谭芳将“离婚律师”又改为“家事律师”，从代理单纯的离婚诉讼扩大到家庭纠纷的多元化解决方式，其定位显得更全面、更准确、更丰实。

十多年以来，谭芳带领团队代理了 2000 多起婚姻家庭案件，同时坚持公益事业，免费接待妇女、儿童、老人 1.5 万人次、代写法律文书 3000 多份、办理 100 多起法律援助案件。她为维护妇女合法权益付出了几多汗水，几多心血，几多智慧。

办案实践让谭芳看到一个不容轻忽的事实：妇女都有强烈的维权动机和愿望，但往往缺失应有的法律意识，常陷于“心有余力不足”的窘境。谭芳通过建立“家事法律网站”、微信微博、App 等自媒体，为 60 余万女性网友免费咨询，答疑解惑，指导维权路径。作为上海市妇女干部学校兼职讲师，谭芳除了为本市妇联干部举办法律讲座，还为外省市培训授课 100 多场，传授妇女维权法律技巧和化解矛盾操作经验。

早在《反家庭暴力法》出台前，谭芳就多次参与妇联、人大、法学会的立法调研，并以徐汇区政协委员的名义提出立法建议。该法颁布后，她以上海市女律师联谊会副会长兼巾帼律师志愿团团长的身份，组建 230 人的“反家暴法”讲师团，带领团队研发了 16 套标准化培训课件，在本埠各区妇联及五大条线举办 170 场讲座。

以理论指导实务，在实践中提升理论水准。谭芳笔耕不辍，撰写过多篇婚姻家事论文，出版了《婚姻三重门》《智慧女人的法律学堂》《家庭维权与司法》等 8 部著作，由她主编的《民事诉讼律师实务》成为了新执业律师培训的固定教材。谭芳的人品、学识、素养受到了社会各界的青睐，其兼职多多：中华全国律师协会婚姻家庭法专业委员会副主任、中国法学会婚姻家庭法研究会理事、中国人民大学律师学院兼职教授和华东政法大学律师学院特聘教授、上海市律师协会律师学院讲师、电视台等多家媒体特邀嘉宾。

以个案推动法治进步

改革开放促使我国律师制度的恢复重建。四十多年的实践足以证明：作为“法律共同体”之一的律师，在司法改革中有着不可小觑的地位，对我国民主法制建设起着不可替代的作用。我们正是站在这一立论高度，审视谭芳所办理的一些婚姻家事案件，窥见其时代特色和法理含量。

由谭芳代理的我国首例代孕龙凤胎子女监护权纠纷案，值得“回放”。

罗某与陈某于 2007 年登记结婚。婚后未曾生育，于是购买他人卵子，并由罗提供精子，通过体外授精联合胚胎移植技术，出资委托其他女性代孕，于 2011 年 2 月 13 日生育一对异卵双胞胎子女。双胞胎出生后随罗、陈共同生活。三年后，罗某病逝，陈某继续抚养着双胞胎。不料，罗某父母提起了监护权之诉。

一审法院经审理认定：陈某与双胞胎不存在自然血亲关系，也不存在拟制血亲关系，陈某辩称其为双胞胎的法定监护人理由不予采信。在生父死亡、生母不明的情况下，祖父母要求抚养并作为其法定监护人之诉，合法有效，予以支持。

陈某不服一审判决而上诉。谭芳作为二审的代理律师，在没有明确的法律规定可以适用的情形下，其代理词以现行婚姻法、民法通则为基础，结合代孕、人工生育子女等问题，抽丝剥茧，层层推进：双胞胎是陈某与罗某结婚后，由罗某与其他女性以代孕方式生育的子女，属于缔结婚姻关系后夫妻一方的非婚生子女。两名孩子出生后，一直随罗、陈夫妇共同生活近三年之久，罗去世后又随陈某共同生活达两年，陈某与双胞胎已形成了有抚养关系的继父母子女关系，其权利义务适用《婚姻法》关于父母子女关系的规定。而作为祖父母的监护顺序在陈某之后，故其提起监护权主张不符合法律规定的条件。更为有力的是，谭芳在《联合国儿童权利公约》中找到了法源，从保护儿童最大利益原则考虑，由陈某取得监护权更有利于双胞胎的成长。二审法院全然接受了谭芳的代理意见，驳回了被上诉人的原审诉讼请求。

此案具有颇高的社会关注度。2016 年，中国法学会法律文书学研究会举办的第二届全国优秀法律文书评选中，谭芳的代理词获得一等奖；此案被最高人民法院评为 2016 年度十大影响力案件，翌年“两会”上，又被写入最高人民法院工作报告。

你也许难以想象，谭芳曾经为一起旷日持久的离婚纠纷案，花了四年半时间，打了 15 场官司。一名企业家拥有数千万的家产，贤惠的全职太太持家，过着幸福美满的生活。可后来，她屡遭家庭暴力，隐忍了几年后，无奈提起诉讼。这才发现丈夫早有预谋，大部分房产、股票、存款已悄然转移，唯有一套房屋在丈夫名下，还是银行贷款。虽然这套房屋法院判决给了太太，但贷款何时了？更痛苦的是，她无法获得应得的那份财产。谭芳在四年半时间里，锲而不舍地通过诉讼和执行的方式，替她取回了近 800 万的财产，并且帮助她开了一家小型印刷厂，使之重拾生活的自信和希望。

65%以和解或调解结案

谭芳曾任法官 11 年，有着丰富的诉讼实战经验和高超的谈判调解技巧。在她代理的婚姻家庭诸多案件中，65%是以和解或调解结案。虽然为此增加了更多的工作量，失去了收取更多律师费的机会，但当一度剑拔弩张的双方当事人握手言和时所获得的尊重、信任、感激，陡然令她无比喜悦。谭芳有一个执业理念：“律师的价值不是表现在庭审时的咄咄逼人、辩论时的滔滔不绝，不顾一切地追求胜诉的结果，而是审时度势，立足全局，以实现当事人的长远利益为最高目标。”当事人根本利益的实现，才是谭芳内心最看重的结果，她会劝解当事人放下执念，把矛盾缩小再缩小，让争议淡化，让怨恨冰释，实现双赢乃至多赢的结局。

限于篇幅，本文只能简述两个案例“窥一斑而见全豹”——

案例一：2008 年，一起财产标的过亿、法律

关系复杂的离婚案件，由于被 70 多家媒体跟踪报道，双方当事人积怨愈加深重，矛盾渐趋恶化，均表示不同意调解。谭芳所代理的徐某是原告，虽说经过详尽的调查取证及充分的庭前准备，胜诉把握较大。但考虑到判决后难以执行，尤其是两家经营状况良好的公司可能因结怨而导致恶意竞争造成巨大的经济损失，因此，庭审后，谭芳权衡利弊，耐心做通了当事人的思想工作，主动向法院提出调解意向并准备了多份调解方案，还积极与对方代理律师沟通协商。谭芳的诚意打动了合议庭，审判长亲自主持多次调解，双方最终达成调解协议。一起沸沸扬扬的离婚案件，以几页调解书平静地宣告结束。

此案的成功调解使得双方好聚好散，及时制止了一系列商业复仇计划，而且为已离异的双方日后的商业合作留下了空间。三年后，谭芳再次作为徐某的谈判代表与当年的被告方共商并签订了两家公司的合作协议。

案例二：杭州女子周某，热恋时冲昏头脑，竟然把自己名下的所有股权、房产转给了男朋友，还将银行卡交给他保管。男朋友一转手又将股权、房产等变成了他母亲的财产，还以其母亲的名义开设了一家公司。殊不料，男朋友有了新欢，卷走了全部资产，公司又面临正在诉讼和执行中的一笔款项，她被法院拘留了 15 天。出来后找男朋友商谈又遭暴打。人去楼空，债台高筑，周某于心不甘，慕名来上海找到谭芳。谭芳明确告诉周某，这是一个完全不可能打赢的官司。

两个月后的一个深夜，刚入睡的谭芳接到周某电话，情绪低沉的周某说是在西湖边徘徊，准备与世决绝。“因为你最能理解和安慰我，所以给你打个告别电话。”谭芳约了助理，连夜赶往杭州，在西湖边与周某彻夜交谈。倾听，规劝，分析，引导，终于缓和了周某的情绪，摈弃了绝望的念头。

之后，谭芳鼓励周某回归正常生活，重整旗鼓，再度经商。经过近 10 年的打拼，周某又成为了一位成功商人。如今两人姐妹相称，宛如家人。

创新财富管理业务

作为婚姻家事领域的合理延伸和递次提升，谭芳将律师业务的触角伸向了私人财富管理。谭芳在积累了 15 年从业经验后，于 2018 年成立了埃孚欧律师事务所。这是我国首家专注于为家族（家庭）提供法律服务的律师事务所。

“埃孚欧”的冠名似乎有些别致，谭芳解释说：“埃孚欧是 FO 的中文谐音，是 Family Office 的缩写，意即家族（家庭）办公室。”该所不仅汇聚了一批专业律师，还聘请了银行、信托、保险、财税、移民等领域的专家顾问，打造了一支强大的专业财富管理专家团队。

随着私人财富的增加，家庭内部争产纠纷日渐增多。作为社会细胞，家庭引发财产纠纷且得不到律师介入予以依法处置，将会对社会和谐稳定造成严重危机。她逐步将工作重心从事后的诉讼救济转移到事前的风险防范，在财富管理界创新性提出运用法商智慧提前规划财富、倡导家庭无诉讼的和谐

观念，获得社会各界高度认可，成为中国律师界在私人财富管理领域的行业标杆。

相较一般婚姻家庭案件，私人财富管理的服务层面更高（为高净值客户如家庭企业家、名人明星）、业务范围更广（涉及银行、信托、保险、财务、税务等）。目前，谭芳被 30 余家私人银行、金融机构聘为法律顾问和授课讲师，为高净值客户提供私人财富管理多维度服务，如：婚姻及赠予协议、财富传承规划、全球资产配置与税务筹划、慈善事业规划、职业经理人培养等方案，被“钱伯斯”机构评为“私人财富管理领域顶级律师”，而埃孚欧律师事务所被Legal band评为私人财富管理顶级律所，荣登第一梯队。

值得一提的是，谭芳首次在财富管理界提出了“法商”概念，从三个维度诠释了“法商”：法商思维（对法律的信仰和意识程度）、法商智慧（对法律的认知和理解层次）、法商技巧（对法律的评价和运用能力）。她那句经典名言——“如果没有法商思维作为底层知识结构，任何财富管理都将是一场灾难；如果没有法商思维对于财富规则界定，任何财富管理都将是一场幻灭”——受到普遍认同和赞誉。

2020 年，由上海市律师协会主办的“大咖云客厅”，谭芳以《第二曲线：一名律师的万人“演唱会”》为题，向 1.1 万来自社会各界的听众作了线上演讲。她激赏英国管理大师查尔斯•汉迪关于“第二曲线”的论述：“任何一条增长曲线都会滑过抛物线的顶点（增长的极限），持续增长的秘密是在第一条曲线消失之前开始一条新的 S 曲线。”谭芳的个人执业生涯及其律师事务所的发展愿景，创新财富管理业务堪为“一条新的 S 曲线”的启端。继埃孚欧学院后，FO 实训基地、FO 律师联盟、FO 生态圈、法商文化产业等，都将迎来“持续增长”，她的梦想就是希望在财富管理领域构建新的法律服务体系。

无论是深耕传统家事领域，还是创新财富管理业务，谭芳无愧为妇女权益的守护者、反对家庭暴力的呐喊者、法律信仰的布道者。

（六）公证专题

公证案例丨王某为保障自己养老无忧办理遗赠扶养协议公证及意定监护协议公证案

2020-05-07 达比伦制度 兰州恒信公证处
https://mp.weixin.qq.com/s/n5gDaqyFDHty-FUIAeY94Q

案例内容 【案情简介】

王某年逾七旬，与前夫在上世纪七十年代因感情不合离异，其离婚后也未再婚，一直一个人生活，独生女跟随前夫生活。两年前王某因病卧床至今，生活随时需要人照料，其与亲戚多次打电话让女儿过来照顾自己，女儿总是以各种理由推脱不来照顾。在此期间自己多年的朋友李某及李某的儿子张某对自己悉心照顾。王某自知依靠女儿养老无望，自己的兄弟姐妹也均已年老，照顾自己力不从心。

其经多日观察、考虑并与亲戚们商议，决定将属于自己的房产遗赠给李某及张某，由李某和张某照顾自己的后半生，李某及张某也愿意承担扶养自己的义务并愿意接受其遗赠的房产。对此，王某向公证处电话求助，希望公证处能提供服务。

公证员与助理根据王某所留地址，来到王某的住处。公证员与王某进行单独谈话发现王某吐字清晰、头脑清楚，所述情况与电话中所说一致，李某负责王某的每日饮食、穿衣、吃药、房间打扫，无论在生活、精神方面李某都对王某照顾有加，对此自己倍感幸福与温暖。王某又补充到：李某一家人都很朴实，李某的儿子张某时常和他的妈妈李某一起或单独到家里照顾自己，让自己对他们母子有种亲人的感觉。公证员又单独与李某及张某进行了谈话，李某及张某表示他（她）们在王某卧床期间对其悉心照顾，彼此已建立起了信任，他（她）们有时间、有能力扶养好王某。

公证员在了解了上述情况后，告知王某应办理遗赠扶养协议公证，约定如下内容：

1、扶养人对被扶养人的扶养义务约定（包括衣、食、住、行、病、葬）；

2、遗赠房产的约定（包括遗赠房产的位置及权属、遗赠房产的管理、遗赠房产的产权转移）；

3、遗赠扶养协议的监督；

4、遗赠扶养协议的解除；

5、违约责任。

但是、因王某无配偶，父母均已去世，其女儿对其又不管不顾，当王某出现全部丧失或部分丧失民事行为能力的情形下，如何保障其在世时的生活质量、医疗救治、人格尊严、财产安全、权益维护？因此公证员建议王某在意识清楚的情况下，可指定其信任的李某、张某作为其监护人，在监护情形出现时履行对自己的监护职责，对此可与李某、张某签署《意定监护协议》。同时，李某、张某是否履行《意定监护协议》中约定的监护职责也可作为遗赠人王某去世后，扶养人李某、张某能否取得遗赠房产的重要依据，因此，《意定监护协议》是对《遗赠扶养协议》的一个补充和完善。

为保证《遗赠扶养协议》与《意定监护协议》的顺利履行，公证员建议王某可指定监督人进行监督，并由监督人定期向公证处以信函、短信、电话的形式提交监督报告。除此之外，公证处也会定期主动向协议各方了解协议履行情况，并在协议履行不顺时出面调解或催告，保障协议的顺利履行。

最终，王某接受了公证员的建议，并在三天后与李某、张某及监督人共同来到公证处，当着公证员的面签署了由公证员代书的《遗赠扶养协议》与

《意定监护协议》。公证员在办完公证后，分别于××××年××月、××月拨打了王某的电话，对《遗赠扶养协议》的履行情况进行了电话询问，王某称其与李某及张某相处融洽，李某及张某也按照协议中约定的内容积极履行自己的扶养义务，让自己感觉到了养老无忧，对此，自己很感谢公证处的帮忙。

《遗赠扶养协议》+《意定监护协议》公证完整地解决了独居老人在签署协议后的生、养、死、葬问题，使独居老人对养老再没有后顾之忧，也使得独居老人能够老有所养、老有所终。同时，公证处在《遗赠扶养协议》+《意定监护协议》履行过程中充分担当了监督人的职责，有效保障了协议的顺利履行，充分维护了广大独居老人的利益。总之，独居老人办了《遗赠扶养协议》+《意定监护协议》公证，等于为自己的养老买了一份保障。

公 证 书 【公证书格式】

公　证　书

(2019)甘兰恒信公内字第 XX 号

甲方：王某，女，××××年××月××日出生，公民身份号码：××××。

乙方：李某，女，××××年××月××日出生，公民身份号码：××××。

张某，男，××××年××月××日出生，公民身份号码：××××。

公证事项：遗赠扶养协议

一、协议公证背景

××××年××月××日下午××时许，受甲方的电话公证申请，本公证员及助理×××来到兰州市×××，本公证员与甲方进行了单独的谈话；××××年××月××日下午××时许，甲方、乙方及监督人来到本处，本公证员与甲方、乙方及监督人进行了谈话(以上谈话均由公证员助理×××进行了摄像)：

（一）甲方称：其与前夫于××××年××月××日自愿登记结婚，婚后感情一般，生育一女：×××。××××年，其与前夫因夫妻感情破裂，经兰州市××××人民法院调解离婚，女儿×××跟随前夫生活。离婚后，其至今未再婚。

女儿成年后，与其感情淡薄，很少来看望自己，其自觉后半生指望女儿照顾无望，对女儿已彻底死心，又因为其父母亲均已去世，其兄弟姐妹也已年老，无力照顾自己，所以，考虑到其后半生的生活，也考虑到乙方李某系其世交，乙方在其卧病在床近两年期间对其生活、精神方面照顾有加，让其倍感温暖与欣慰。其经多日观察、考虑，并与乙方商议，决定由乙方母子照顾自己的后半生。其愿意将名下个人所有的位于兰州市×××房产遗赠给乙方，由乙方承担其扶养义务。乙方愿意承担扶养义务，并愿意接受遗赠的财产。为此，其希望与乙方签订《遗赠扶养协议》，并申请本处对该协议进行公证。

（二）乙方李某称：其与甲方系朋友关系，属于世交，感情非常深，彼此也非常信任。自甲方于××××年春节期间生病卧床期间，都是其与儿子张某照顾。其与儿子张某均愿意接受甲方遗赠的房产，并愿意承担扶养甲方的义务。同时，其配偶×××也表示同意乙方对甲方承担扶养义务。

（三）乙方张某称：其与李某系母子关系，其愿意与母亲李某一同扶养甲方，且其有时间、有能力把甲方扶养好。

（四）监督人×××、×××称：甲方的女儿与甲方感情淡薄，自甲方生病卧床期间，其女儿不尽赡养义务，甲方及亲戚多次给其女儿打电话，其女儿总以各种理由推脱不来照顾。反而是乙方在此期间，对甲方不管是从生活上，还是从精神上都照顾的非常周到，为了让甲方接受治疗和亲戚们照顾方便，乙方更是出钱为甲方租赁了医院附近的房屋。现考虑到甲方年老且生病住院需要人照顾，而甲方的兄弟姐妹均已年老，无力照顾到甲方，又考虑到乙方对甲方近两年来认真、细致的照料表现，甲方及其兄弟姐妹均同意甲方将其名下房产遗赠给乙

方，由乙方扶养甲方。

二、通过与甲方、乙方、监督人的谈话，本公证员认为甲乙双方均具有完全民事行为能力，双方当事人签订《遗赠扶养协议》意思表示真实。双方当事人在《遗赠扶养协议》中约定了以下内容：

（一）甲方遗赠给乙方的财产：

位于兰州市×××房产一套，建筑面积：×××平方米，不动产权证号：××××，该房屋是甲方的个人财产。

（二）乙方扶养义务的约定

乙方负责照顾甲方的衣、食、住、行、病、葬，具体为：

1、生活安排：根据四季温度变化，为甲方添置衣物。定期负责甲方所穿衣物及所用被褥的清洗、更换。

2、住房安排：甲方为养病及亲属照料方便，现租住在医院附近，租房的费用均由乙方负责。待甲方病情好转，乙方可根据甲方的要求更换租住房屋或搬至遗赠房屋内居住，居住的房屋面积不低于 20 平方米，居住条件以甲方感觉舒适为宜。

3、饮食安排：乙方负责甲方一日三餐，饮食上应照顾甲方年纪和习惯。

4、医疗安排：

（1）甲方的医疗、住院均由乙方负责，医药费、住院费用也均由乙方承担。

（2）甲方卧病在床期间，乙方应根据医生的医嘱或甲方的要求为其购买治疗药品。若甲方要求住院治疗且经医生诊断也需要住院治疗的，乙方应在医生建议住院两日内将甲方送往医院进行住院治疗，医药费、住院费均由乙方承担。

（3）甲方若发生昏迷、认知能力衰退、身体障碍等丧失或部分丧失民事行为能力的情形下，乙方作为甲方的监护人，履行监护职责，保障甲方在世时的生活质量、医疗救治、人格尊严、财产安全、权益维护。具体按甲乙双方签署的《意定监护协议》履行监护职责。

5、丧葬事务安排：甲方去世后，乙方根据当地政策和风俗办妥甲方丧葬事务，办理甲方丧葬事务的费用首先由甲方去世后留下丧葬费支付，不足部分由乙方承担，丧葬费若有剩余，由乙方领取支配。

以上义务，由乙方李某、张某共同履行或由乙方李某、张某任何一方履行均可，即乙方任何一方履行义务也视为乙方履行义务。

（三） 遗赠房屋所有权的转移

乙方在甲方生前不得转移、处置甲方个人财产，乙方应在甲方去世之后向兰州恒信公证处申请接受遗赠房屋，经兰州恒信公证处调查乙方已尽到本协议约定义务的，可办理遗赠房屋产权变更确认相关事宜。遗赠房屋的产权可以办理在李某个人名下，也可以办理在张某个人名下，亦可办理在李某、张某两人名下，具体由乙方李某、张某协商确定。

（四） 乙方是否尽到本协议约定义务的判断依据

1、甲方向兰州恒信公证处提供的乙方是否履行义务的材料；

2、乙方李某、张某任何一方向兰州恒信公证处的报告（包括电话、微信或书面报告）；

3、监督人的报告（包括电话、微信或书面报告）；

4、甲方亲属的报告（包括电话、微信或书面报告）。

（五） 遗赠房屋的管理和维护责任

1、乙方应负责对遗赠房屋的管理和维护责任；

2、本协议生效后，甲方不得以赠与、买卖、设置抵押等形式单方处置上述遗赠房屋。甲方单方处置遗赠房屋的（包括赠与、买卖、设置抵押），乙方有权要求甲方立即停止处置遗赠房屋或恢复原始权属状态，否则有权终止本协议。

3、遗赠房屋现处于空置状态，本协议生效后，乙方不得以赠与、买卖、设置抵押等形式单方处置上述遗赠房屋，但可以代为出租遗赠的房屋，该遗赠房屋是否出租最终由乙方决定，出租房屋所得租金用于甲方的日常费用。

（六） 遗赠扶养协议的监督

1、甲乙双方一致同意本协议的履行由兰州恒信公证处全面监督，由×××、×××具体监督，监督的形式为任一监督人每两个月向兰州恒信公证处提交一次监督报告，报告形式可为电话报告或微信报告或书面报告，报告内容为乙方履行职责的具体情况，包括看护的次数、时间、甲方的医疗、饮食、身体状况、甲方各种费用的支出、用途等。

若监督人在履行监督职责过程中发现乙方未按约定履行职责的，经监督人以公证形式催告（包括电话、微信或书面催告）乙方履行扶养义务，乙方仍拒绝履行的，视为乙方未履行本协议项下义务。

2、监督人不得与乙方恶意串通损害甲方利益，若出现此种情况应承担刑事或民事责任。

3、甲方的其他亲属若发现乙方未按约定履行职责的，可向兰州恒信公证处反映，由公证处指派专人调查核实，公证处核实后属实的，由公证处督促乙方继续履行义务，若经公证处督促后，乙方仍不履行义务的，视为乙方未履行本协议项下义务。

（七） 本协议的解除

1、双方协商一致可以解除本协议；

2、一方当事人无正当理由拒绝履行协议内容，另一方可以解除本协议。

3、如果乙方在甲方生前未经其同意处置(包括但不限于赠与、买卖、设置抵押等)甲方的个人财产，甲方有权解除该协议。

4、在甲方出现监护情形时，乙方未按《意定监护协议》约定履行监护职责的，具体参照甲乙双方签署并经公证的《意定监护协议》。

（八）违约责任

1、甲方单方处置遗赠的财产导致本协议解除，乙方有权要求甲方退还已支付的扶养费；

2、乙方无故不履行扶养义务导致本协议解除，不得享有受遗赠的财产，已支付的扶养费也不予退回。

（九）协议双方及监督人、执行人共同确认的通信方式

1、王某，住址：××××，手机号码：××××，微信同手机号。

2、李某，住址：××××，手机号码：××××，微信同手机号。

3、张某，住址：××××，手机号码：××××，微信同手机号。

4、×××（监督人），住址：××××，手机号码：××××，微信同手机号。

5、×××（监督人），住址：××××，手机号码：××××，微信同手机号。

6、兰州恒信公证处，地址：兰州市安宁区金牛街南端西侧中国铝业大厦四楼，联系人：×××（公证员），手机号码：×××，微信同手机号码。

与本协议履行相关的一切法律文书和监督报告均通过以上方式送达。各方承诺若上述送达方式或送达地址发生变更，自变更之日起三日内通知公证处和受送达人，否则，送达人按以上约定通讯地址和联络方式送达文书的即视为有效送达。

上述协议各项条款内容均系甲乙双方平等协商一致达成，双方在缔约过程中不存在任何欺诈、胁迫或其他限制真实意思表示的情形；双方对各自的权利义务均已清楚、明确，愿意恪守协议约定，确保各项条款的充分履行。

三、本公证员在办理公证过程中告知双方当事人：

（一）遗赠扶养协议是遗赠人和扶养人明确相互间遗赠和扶养的权利义务关系所订立的协议；

（二）遗赠人享有让扶养人扶养的权利和将自己的财产遗赠给扶养人的义务；扶养人享有接受遗赠人遗赠财产的权利和对遗赠人扶养的义务；

（三）遗赠人在其生前仍享有对遗赠财产的所有权，扶养人不得要求遗赠人生前将遗赠房产的所有权让渡；

（四）《遗赠扶养协议》经公证后，未征得扶养人同意，遗赠人不得处分遗赠的财产；

（五）扶养人已尽扶养义务的，其对该遗赠财产享有优先权，优先于遗嘱继承、法定继承；

（六）扶养人未履行扶养义务的，不得接受遗赠财产；

（七）订立遗赠扶养协议和接受遗赠财产实现财产权利，是具有关联性的两个不同法律关系，订立了遗赠扶养协议并不自然获得遗赠财产，遗赠人死亡后，扶养人还需要到公证处或法院依据法律程序确认其权利；

（八）根据《遗赠扶养协议》约定，在遗赠人去世后，遗赠房屋的所有权可归乙方共同所有，也可归乙方任何一方所有，具体由乙方母子在公证处以公证协议的形式确定；

（九）《遗赠扶养协议》可由甲乙双方协商解除，也可以在出现协议约定情形时，由另一方单方解除；

（十）协议的履行由监督人×××（公民身份号码：××××××）、×××（公民身份号码：××××××）进行监督，监督人负责向本处报告监督情况。

双方当事人对以上公证员的告知表示清楚知悉。

依据上述事实，兹证明甲方王某与乙方李某、张某于×××年××月××日来到我处，在本公证员面前签订了前面的《遗赠扶养协议》，×××与×××作为监督人一并在《遗赠扶养协议》签字。甲乙双方当事人的签约行为符合《中华人民共和国民法总则》第一百四十三条的规定，协议内容符合《中华人民共和国继承法》及《遗赠扶养协议公证细则》的规定，协议上甲方的右手食指指印、乙方的签字和右手食指指印及监督人×××与×××的签字和右手食指指印均属实。

该协议自甲方与乙方签名或捺指印之日起成立，自公证之日起生效。

中华人民共和国甘肃省兰州恒信公证处
公证员
××××年××月××日

公　证　书

(2019)甘兰恒信公内字第 XX 号

甲方：王某，女，××××年××月××日出生，公民身份号码：××××。

乙方：李某，女，××××年××月××日出生，公民身份号码：××××。

张某，男，××××年××月××日出生，公民身份号码：××××。

公证事项：意定监护协议

甲、乙双方于××××年××月××日向本处申请办理前面的《意定监护协议》公证。

经查，甲、乙双方经协商一致订立了前面的《意定监护协议》（以下称“该协议”）。甲、乙双方在订立协议时具有法律规定的民事权利能力和民事行为能力。

甲乙双方当事人签订《意定监护协议》意思表示真实。双方在协议中约定：甲方在发生昏迷、认知能力衰退、身体障碍等丧失或部分丧失民事行为能力的情形下，由乙方作为甲方的委任监护人，保障甲方在世时的生活质量、医疗救治、人格尊严、财产安全、权益维护。

双方当事人在协议中约定了委任监护的条件、监护人的选择、乙方的监护职责及事务、监护费用支出、监督人、协议的生效和终止等条款，协议各项条款内容均系双方平等协商一致达成，双方在缔约过程中不存在任何欺诈、胁迫或其他限制真实意思表示的情形；双方对各自的权利义务均已清楚、明确，愿意恪守协议约定，确保各项条款的充分履行。

本公证员在办理公证过程中告知双方当事人：一、乙方应在甲方丧失或者部分丧失民事行为能力时，履行监护职责。二、乙方对甲方的监护是为了弥补甲方行为能力的欠缺，保护甲方的人身权益，管理甲方的财产，代理甲方进行民事活动，承担甲方致人损害的民事法律后果，帮助和辅助甲方形成意思决定或者实现意思决定，从而最终实现民事权

利。三、乙方在履行监护职责期间，除为维护甲方利益或依生效扶养协议约定外，不得处分甲方的财产。四、乙方在履行监护职责期间，接受监督人×××（系甲方的哥哥，公民身份号码：×××）、×××（系甲方的妹妹，公民身份号码：×××）的监督，监督人负责向本处报告监督情况。双方当事人对此表示清楚知悉。

依据上述事实，兹证明甲方王某与乙方李某、张某于××××年××月××日来到我处，在本公证员面前签订了前面的《意定监护协议》，×××与×××作为监督人一并在《意定监护协议》签字。协议上双方当事人的签约行为符合《中华人民共和国民法总则》第一百四十三条的规定，协议内容符合《中华人民共和国民法总则》第三十三条的规定，协议上甲方的右手食指指印与乙方的签字及右手食指指印均属实。

该协议自甲方与乙方签名或捺指印之日起成立并生效。

中华人民共和国甘肃省兰州恒信公证处
公证员
××××年××月××日

公证案例丨房屋搬迁协议权利继承公证案

2020-05-07 达比伦制度

https://mp.weixin.qq.com/s/lLjgtW_XitD70RXigsN3Uw

案例内容 【案情简介】

2010 年 11 月，陈某某与泰州市海陵区 XX 街道办事处签订《XX 路西段南侧低洼地居民搬迁安置协议》，选择产权调换一套坐落在泰州市海陵区 XX 小区 X 幢 X 室的安置房。

2018 年 1 月陈某某因病在泰州市死亡，后其妻丁某某在办理该房屋的《不动产权证书》时，被不动产登记中心的工作人员告知要办理继承公证后，才可办理上述房屋的《不动产权证书》，为此丁某某来到泰州市海成公证处咨询。

经过详细了解，公证员认为依据《婚姻法》第 17 条的规定，上述《XX 路西段南侧低洼地居民搬迁安置协议》协议项下所涉权利是陈某某和丁某某于婚姻存续期间取得的，故该协议项下权利为陈某某和丁某某的夫妻共同财产，其中的一半为陈某某的遗产，故可以对陈某某生前所签署的《XX 路西段南侧低洼地居民搬迁安置协议》协议项下权利办理继承公证。

房屋被搬迁人与房屋搬迁人签订的房屋搬迁安置协议产生了债权债务，房屋被搬迁人享有的债权是财产权的一种。最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国继承法》若干问题的意见中规定：公民可继承的其他合法财产包括有价证券和履行标的为财物的债权等。

因此根据《继承法》的房屋被搬迁人的继承人对此权利进行继承并无不当。本案中房屋被搬迁人陈 XX 是基于《XX 路西段南侧低洼地居民搬迁安置协议》取得了协议项下房屋的，其债权的性质毋庸置疑。继承人本不是协议的当事人，由于房屋被搬迁人死亡，导致债权发生移转（基于法律规定，并非协议转让或债权让与），使继承人成为新的债权人，从而享有债权请求权。

按照民法总则的规定，“债权人有权要求债务人按照合同的约定或依照法律的规定履行义务”。

另外，从保护房屋被搬迁人利益的角度看，房屋被搬迁人的继承人可以申请办理《XX 路西段南侧低洼地居民搬迁安置协议》项下权利继承公证也是保护房屋被搬迁人及其继承人利益的需要。

公 证 书 【公证书格式】

公 证 书

（2018）黑 X 证字第 XXX 号

申请人：丁某某，女，一九 XX 年 XX 月 XX 日出生，住址：江苏省泰州市海陵区 XX 小区 XX 幢 XX 室。公民身份号码：XXXX。

被继承人：陈某某，男，一九 XX 年 XX 月 XX 日出生，生前住江苏省泰州市海陵区 XX 小区 XX 幢 XX 室。生前公民身份号码：XXXX。

公证事项：继承

申请人丁某某因继承被继承人陈某某的遗产，于二〇一九年XX月XX日向本处申请办理继承公证，并提供了以下证明材料：

1、丁某某的居民身份证；

2、丁某某的户口簿；

3、泰州市公安局 XX 派出所复印的陈某某的《常住人口登记表》；

4、泰州市公安局 XX 派出所复印的户籍资料；

5、泰州市公安局 XX 派出所复印的户籍资料；

6、泰州市海陵区 XX 社区居民委员会出具的《证明》；

7、《XX 路西段南侧低洼地居民搬迁安置协议》一份；

8、《泰州市不动产产权情况表》；

9、（2019）泰海证民内字第 XX 号《公证书》。

本处认为申请人丁某某的公证申请具备了受理条件，于公证申请当日受理了上述公证申请，并向丁某某告知了继承公证的法律意义、法定继承人的范围和继承人申办公证的权利义务。申请人丁某某承诺所提供的上述材料真实无误，并承诺所提供的上述材料如有虚假或有重大遗漏，对他人造成损失的，依法返还继承的财产，愿承担法律责任。

根据《中华人民共和国公证法》的规定，本处对申请人丁某某提交的权利证明及相关证据材料进行了审查核实，对丁某某及有关人员进行了询问、核实，并查询中国公证协会综合信息平台备案信息。现查明如下事实：

一、被继承人陈某某于二〇一八年 XX 月 XX 日因病在泰州市死亡。

二、被继承人陈某某的配偶：丁某某；被继承人陈某某生前无子女；被继承人陈某某的父亲陈某于二〇一一年死亡；被继承人陈某某的母亲为路某某。

三、被继承人陈某某于二〇一〇年 XX 月 XX 日与泰州市海陵区 XX 街道办事处签订《XX 路西段南侧低洼地居民搬迁安置协议》一份，该协议项下属于被继承人陈某某的权利为被继承人陈某某与其配偶丁某某的夫妻共同财产。

四、据丁某某称，被继承人陈某某生前无遗嘱，亦未与他人签订遗赠扶养协议。丁 XX 对被继承人陈某某生前无遗嘱及遗赠扶养协议无争议，本处亦未发现中国公证协会综合信息平台备案信息内陈某某立有公证遗嘱的记录，截至本公证书出具之日亦未有他人向本处提出异议。

五、现丁某某表示要求继承上述夫妻共同财产中属于被继承人陈某某的遗产份额，依据（2019）泰海证民内字第 XX 号《公证书》，路某某表示放弃继承上述夫妻共同财产中属于被继承人陈 X 某某的遗产份额。

根据上述事实并依据《中华人民共和国继承法》第三条和第二十六条的规定，上述夫妻共同财产的一半为被继承人陈某某的遗产。依据《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。因被继承人陈某某的父亲先于其死亡，被继承人陈某某生前无子女，被继承人陈某某的母亲路某某表示放弃继承被继承人陈某某的上述遗产，故被继承人陈某某的上述遗产由其妻子丁某某继承。

综上，兹证明被继承人陈某某的上述遗产由其妻子丁某某继承。

中华人民共和国江苏省泰州市海成公证处

公证员

二〇一九年六月二十一日

司法部公共法律服务管理局 中国公证协会关于规范涉外公证业务管理有关工作的通知

2020-05-12 来源：司法部政府网
http://www.moj.gov.cn/government_public/content/2020-05/12/tzwj_3248482.html?from=timeline

通知文件

司法部公共法律服务管理局 中国公证协会关于规范涉外公证业务管理有关工作的通知

司公通〔2020〕7 号

各省、自治区、直辖市司法厅（局）公共法律服务管理处（局）、公证管理处，新疆生产建设兵团司法局公共法律服务管理处，各地方公证协会、新疆生产建设兵团公证协会：

涉外公证管理工作是公证管理工作的重要组成部分，涉外公证书是服务我国对外民商事交往的重要内容。加强和规范涉外公证管理，对提高涉外公证服务质量，保障我国公民和法人的合法权益、维护我国公证工作形象具有重要意义。为进一步规范涉外公证管理工作，明确责任、严明纪律，确保涉外公证执业秩序，现就有关工作通知如下。

一、强化公证机构对涉外业务的管理。各地公证管理部门要支持公证机构强化涉外业务管理，依法依规对公证员办理涉外业务进行具体监管。公证机构要建立完善涉外业务管理制度，加强内部质量控制管理，培养具备相应外语水平、具有一定工作经验的公证员办理涉外业务，杜绝因业务不熟或低级错误，导致涉外公证书被拒绝认证或被外方退回等情况的发生。

二、及时完成印章电子化备案。自 2020 年 6 月 1 日起，新增的公证机构以及公证员印章涉外备案，应通过全国公证管理系统办理，各地司法行政机关不再接受纸质印章备案。各公证机构、公证员应自开始办理涉外业务前 5 个工作日，将公证机构以及公证员印章上传管理系统进行备案；印章更换的，应当在更换当日上传备案。备案印章（签名章）的图形应与实物印章一致。备案完成后，方可用于办理涉外公证业务。10 月 1 日前，全国已完成备案的公证机构、公证员，应当在全国公证管理系统逐步完成电子印章（签名章）录入。

三、依法规范开展公证书查核。有关单位、个人向司法行政机关提出涉及公证书内容的查核，符合复查情形的，应告知其依照《公证法》第三十九条规定的公证机构复查程序办理。司法行政机关转递有关部门、单位查核文书的，应通过全国公证管理系统向公证机构递交。

四、抓好专用水印纸管理和涉外业务培训。各地公证管理部门要依托全国公证管理系统，做好公证专用水印纸的申领、使用和检查监督工作，制定完善并严格执行公证专用水印纸管理规范，确保责任明确、使用留痕、可溯可查，切实防止遗失、被盗情况的发生。要加强涉外公证业务培训，加强与外事部门的联系，根据日常自查检查和领事认证等用证部门的反馈情况，针对性地开展涉外业务技能培训，切实提高涉外公证业务质量。

五、落实涉外公证质量监管责任。公证机构对办理涉外公证连续出现错误、导致不良影响的公证员，要依法依规进行警示教育和离岗培训。公证协会按照《公证程序规则》第六十四条、六十七条的规定，对公证机构复查处理工作进行监督管理，对日常发现的违法违规线索及时调查处理。公证机

构、公证协会在涉外业务方面的自律管理情况应及时向司法行政机关报告；司法行政机关发现违法违规行为的，要及时立案调查、依法严肃处理。

六、加强公证机构与涉外中介往来管理。各公证机构应规范与翻译代办、涉外劳务、旅游留学等中介机构往来，加强业务、收费、人员管理，不得委托中介人员代办公证业务，不得转嫁审查核实责任，严禁不经审查核实、不经立卷归档、不经受案登记，违规批量办理涉外公证业务。违反上述规定的，司法行政机关、公证协会要及时查处，依法依规严肃追究公证机构负责人的管理责任。

公证案例丨刘某声明公证案

2020-05-16 达比伦制度

https://mp.weixin.qq.com/s/XDr1dw-xBibZ8TbObA_Csg

案 例 内 容 【案 情 简 介】

2019 年 12 月 25 日，刘某来到湖南省怀化市天桥公证处寻求帮助。通过询问，公证员得知，刘某的配偶彭某因身患高血压、主动脉粥样硬化等多种重大疾病现在湖南省怀化市中医院住院治疗，刘某提供的湖南省怀化市中医院疫病诊断说明书标明彭某现为神志植物生存状态，神志不清，完全不能生活自理，病重，仍需住院治疗。

因彭某急需资金继续住院治疗，刘某持有一张彭某名下的不知取款密码的银行存折（账户内存有壹万伍仟元人民币）来我处咨询，寻求为彭某继续住院治疗所需能方便快捷取出彭某名下存款的办法。

公证员在与刘某的询问交谈中，公证员得知刘某与彭某于1992年4月在怀化市鹤城区登记结婚，无再婚，婚后育有一子，彭某的父亲已去世，母亲尚健在。彭某自在医院住院治疗以后，彭某家人尽全力积极为彭某筹措资金缴纳医疗费，无奈高昂的医疗费几近耗尽彭某家人可动用的存款，然而彭某仍处于植物生存状态并无好转。

无奈之下，刘某抱着试试看的心态，在家中翻出了一张不知道取款密码的彭某名下的银行存折先行到银行网点要求办理取款。刘某向银行工作人员提供了相关证明资料和详细说明了情况，银行工作人员表示对于这种情况，他们也非常理解和同情。

只是根据银行业的相关法律法规，即使刘某作为配偶代取彭某名下的存款也需提供密码才能取出，没有密码无法办理取款。刘某表示只有彭某才知道密码，而彭某可能长期神志不清处于植物生存状态无法告诉其密码，难道这种情况下为彭某取救命钱也没有任何办法了吗？银行工作人员只得告诉彭某可以到公证处寻求一些帮助。

公证员通过向刘某询问和向医院电话核实，了解和核实了情况，初始也感到颇为棘手。根据法律法规，公证处通常可以为已死亡的被继承人的继承人办理银行查询和继承继承公证事项，继承人凭公证处出具的存款查询函可以查询被继承人名下的存款或凭继承公证书到银行顺利取出被继承人名下的存款。

但是面对这种要求取出虽处于植物状态（尚未被法院判决为无民事行为能力）但尚健在的公民名下存款的情况，公证处也没办法施以援手。于是公证员告知作为彭某的配偶刘某，其有权可以根据《民事诉讼法》的相关规定，先向有管辖权的法院申请认定彭某为无民事行为能力人，法院受理后，会在立案之日起三十日内根据事实根据判决彭某为无民事行为能力人。

法院判决后，根据《民法总则》的相关规定，刘某基于其为彭某配偶的身份，取得了担任彭某监

护人的资格，就能为维护被监护人彭某的利益，取出被监护人彭某的存款继续为彭某缴纳住院医疗费用。刘某听完后，表示医院为了医疗费用催促再三，事态已异常紧急，走法院认定无民事行为能力人程序的话，手续繁琐，程序复杂，救济时间太长。

公证员听罢，向刘某提出了另一套解决方案。根据《婚姻法》规定，彭某名下该存款不是《婚姻法》第十八条规定的专属于彭某一人的个人财产，而是彭某彭某和刘某的夫妻共同财产。

又根据《婚姻法》第十七条规定和《婚姻法》相关司法解释，夫妻对共同财产有平等处理权；因日常生活需要而处理共同财产，任何一方有权决定。该规定虽未直接写明夫妻任何一方有权因对方的重大医疗需要而决定处理夫妻共同财产，但根据民法当然解释理论（举轻以明重），婚姻法既已明文规定夫妻任何一方能因日常生活需要而处理共同财产，那么当为夫妻任何一方更为紧急重大的医疗需要和生命安全，夫妻任何一方理应亦有权决定处分共同财产。

公证员将该法律规定和法理依据向刘某作了详细说理和解释，刘某听后则立即拨打电话，将公证员的上述详细说理和解释一五一十告知给了银行方面工作人员。银行工作人员经向上级领导请示汇报后，不久回复刘某说上述详细说理和解释于法有据，言之成理，可以为其特办该取款事宜，不过刘某还是得在公证处办理内容为刘某保证取出款项后专用于彭某治疗的声明书公证。

刘某听后由忧转喜，即向我处申请办理声明书公证。公证员根据刘某的申请，即刻为其草拟了声明书，指导其快速按照程序办结声明书公证，为其出具了公证书。刘某拿到公证书后，满心欢喜的前往银行网点取款。

公证员通过回访得知，刘某凭公证书顺利在银行取出了存款，及时为彭某续交了住院医疗费用，解决了燃眉之急和实际难题。同时公证员再次建议刘某得为彭某长远的人身权利、财产权利和其他合法权益着想，赶紧向法院申请启动无民事行为能力人认定程序，明确取得彭某监护人资格。刘某再次感谢后，表示会立马行动。

公 证 书 【公证书格式】

声　明　书

声明人：刘某，女，公民身份号码：XXX。

声明人刘某与彭某（公民身份号码：XXX）于一九九二年四月二十日结婚系夫妻，无再婚。彭某因身患重疾神志不清处于植物生存状态，现在怀化市中医院住院治疗。在彭某名下的一张中国工商银行储蓄卡（账号：XXX），账户内有 15，000 多元人民币存款。彭某亟需取出该存款缴纳医疗费以便继续完成治疗，而彭某处于植物生存状态无法亲自取钱或告知声明人刘某该储蓄卡的密码。

声明人刘某作为彭某的配偶，现声明如下：本人刘某保证在取出彭某名下的上述银行存款后，全部专项用于彭某的医疗费，绝不另做他用；如有违背，一切后果由本人自己承担。

声明人

二〇一九年十二月二十五日

公　证　书

(2019)湘怀天证字第 4766 号

申请人：刘某，女，公民身份号码：XXX。

公证事项：声明

兹证明刘某于二 0 一九年十二月二十五日来到我处，在本公证员及本处公证人员龚 x 的面前，在前面的《声明书》上签名和捺右拇指印，并表示知悉声明的法律意义和法律后果。

刘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。

中华人民共和国湖南省怀化市天桥公证处

公证员

二 0 一九年十二月二十五日

公证案例丨关于非婚生子女抚养权归属协议的公证案

2020-05-21 达比伦制度
https://mp.weixin.qq.com/s/87o2Br9S7QqJXwa3qDSTtQ

案例内容 【案情简介】

男方张某某与女方陈某某于 2012 年登记结婚，2016 年协议离婚。离婚后二人同居生活，期间陈某某怀孕，于 2017 年生育一女张某宏，张某宏《出生医学证明》上载明母亲为陈某某，父亲姓名为张某某。

后张某某、陈某某二人未能复婚，不再一起生活，就未成年女儿张某宏的抚养问题协商达成一致，张某宏的抚养权归男方张某某，男方张某某不要求女方陈某某承担抚养费，双方就此向石家庄市某公证处申请办理抚养权归属协议公证。

公证处经研究认为，按照《婚姻登记管理条例》第 19 条规定："离婚的当事人恢复夫妻关系的，必须亲自到一方户口所在地的婚姻登记管理机关申请复婚登记"。

男女双方办理了离婚手续后，原夫妻关系已不复存在，如果男女双方重归于好，必须按照规定到婚姻登记管理机关办理婚姻登记手续，领取结婚证。本案中男方张某某与女方陈某某离婚后未按规定办理复婚手续即同居生活，双方所生育子女属于非婚生子女。

按照婚姻法的规定，非婚生子女享有与婚生子女同等的权利，父母对未成年子女有抚养教育的义务，父母不履行抚养义务时，未成年的或不能独立生活的子女，有要求父母支付抚养费的权利。

抚养未成年的子女是父母的法定义务，对于男女双方所约定的，非婚生女的抚养权归男方，男方不要求女方支付抚养费问题，该约定是否违反法律规定？

《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》规定："父母双方可以协议子女随一方生活并由抚养方负担子女全部抚育费。但经查实，抚养方的抚养能力明显不能保障子女所需费用，影响子女健康成长的，不予准许"。

协议中约定了非婚生女张某宏由男方张某某抚养，抚养费由男方独自承担，女方不承担抚养费。该约定是男女双方之间的内部约定，属于其意思自治的范围，只要男方有负担能力，且男方愿意独自承担，该约定就对男女双方具有约束力。

《婚姻法司法解释（三）》第三条规定："婚姻关系存续期间，父母双方或者一方拒不履行抚养子女义务，未成年或者不能独立生活的子女请求支付抚养费的，人民法院应予支持"。本案中如果男方无法独自承担对张某宏的抚养费时，张某宏有权主张未尽抚养义务的母亲支付抚养费。因此，上述约定并不损害未成年人的利益。

公证处的公证员马某某承办该公证事项，将相关法律规定对男女双方进行了告知，并为当事人双方起草了协议书，当事人双方表示协议的内容符合其内心的真实意思，公证处为申请人办理了抚养权归属协议公证。

公证书 【公证书格式】

公　证　书

2020）冀石太证民字第××号

申请人：张某某，男，一九八一年十月四日出生，公民身份号码：××××。

陈某某，女，一九八三年四月十五日出生，公民身份号码：××××。

公证事项：协议书

申请人张某某与陈某某于二〇二〇年三月十八日向本处申请办理前面的《协议书》公证。

经查，张某某与陈某某经协商一致订立了前面的《协议书》。张某某与陈某某在订立该协议时都具有法律规定的民事权利能力和民事行为能力，当事人签订《协议书》意思表示真实，协议内容具体、明确，符合法律规定。

依据上述事实，兹证明张某某与陈某某于二〇二〇年三月十八日来到我处，在本公证员面前签订了前面的《协议书》。双方当事人的签约行为符合《中华人民共和国民法总则》第一百四十三条的规定，协议内容符合《中华人民共和国婚姻法》的规定，协议上张某某与陈某某的签名、手印均属实。

中华人民共和国河北省石家庄市××公证处
公证员
二〇××年×月×日

协　议　书

甲方：张某某，男，一九××年×月×日出生，公民身份号码：××××。

乙方：陈某某，女，一九××年××月××日出生，公民身份号码：××××。

一、甲乙双方共同陈述的事实：

甲方与乙方于二〇一二年××月××日登记结婚，二〇一六年×月××日登记离婚。在二人离婚后同居期间，陈某某于二〇一七年××月××日生育一女张某宏（《出生医学证明》载明母亲为陈某某，公民身份号码：××××，父亲姓名为张某某，公民身份号码：××××）现甲乙双方经过充分协商，就非婚生子女张某宏的抚养问题达成本协议。

二、甲乙双方知悉非婚生子女享有如下法定的权利

婚姻法第二十五条规定：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；婚姻法第二十一条规定：父母对子女有抚养教育的义务；子女对父母有赡养扶助的义务。父母不履行抚养义务时，未成年的或不能独立生活的子女，有要求父母付给抚养费的权利。婚姻法司法解释一规定：婚姻法第二十一条所称“抚养费”，包括子女生活费、教育费、医疗费等费用。甲乙双方均知悉非婚生子女所享有的上述权利。

三、非婚生子女抚养权的归属

非婚生子女张某宏由甲方抚养，抚养费用由甲方独自承担；对张某宏的抚养权归甲方，甲方不要求乙方承担抚养费。

四、探视权的约定

原则上乙方可每周日探视孩子，有突发状况经甲乙双方协商而定。

五、监护权的行使

甲方与乙方在非婚生子女张某宏未成年之前，都是其法定监护人，甲方保证尽职尽责地履行抚养、照顾、教育非婚生子女张某宏的责任。如果甲方不能很好地履行抚养、照顾、教育非婚生子女张某宏的责任，则乙方有权依照法律程序要求变更对非婚生子女张某宏的抚养权。

六、本协议自甲乙双方签订之日起对甲乙双方具有法律约束力。

七、本协议未尽事宜，双方经协商一致后可另签补充协议；甲乙双方经过协商一致，可以修改变更本协议；因本协议的履行及非婚生子女的抚养问题发生争议，双方协商解决，协商不成，任何一方有权起诉。

八、本协议一式三份，甲乙双方各执一份，公证处存档一份。

甲方：　　乙方：
二〇××年×月××日

稿件来源：中国法律服务网

公证资讯丨儿子在国外寄来的英文公证书出错咋办？远程视频公证解难题

2020-05-27 达比伦制度
https://mp.weixin.qq.com/s/37BadxuxFE-GUnpaXF08zw

5 月 8 日，市民赵阿姨想以儿子的名义在南京购买一套房产。因儿子在美国留学，没有时间专程回国办理，于是就让儿子在美国当地办理了一份委托购房的公证书，寄回到国内。

因为公证书是英文，为了方便使用，赵阿姨就带着公证书来到了南京公证处，申请办理一份译文与原文相符公证。

然而，公证员检查英文公证书原件，在跟赵阿姨核对材料时发现了一个问题，赵阿姨的儿子在办理公证书时一时粗心将受托人赵阿姨的证件号码写错了一个数字。

远程视频公证情景

楼盘摇号在即，英文委托书出错咋办

公证员告诉赵阿姨，文字错误很可能会导致这份委托书无法使用。“能不能请你们帮忙改一下，就改一个数字，不会有问题的。”赵阿姨急切地说。

公证员向赵阿姨解释，公证处办理译文与原文相符公证，必须忠实于原文，无法修改这样的错误，赵阿姨理解了其中原委。

译文与原文相符公证是公证机构根据当事人的申请，依照法定程序证明有法律意义的文书的其他文本与原文内容相互一致的活动。

办理该公证，公证机构须忠实于原件原文，确保译本与原件保持一致。

那该怎么办呢？赵阿姨更加焦急了。原来，赵阿姨儿子想购买的房子近期就要开盘摇号了，现在国外的疫情严峻，出门办事很不方便，就算重新办理一份新的公证委托书，再等寄回来，早错过摇号时间了。

远程视频重新办理委托书公证

根据江苏省远程视频公证规程，南京公证处于今年 2 月份开始试行江苏省远程视频公证平台。

公证员建议赵阿姨儿子通过该平台，以“远程视频”的方式，与公证员“面对面”交流，重新办理委托书公证。

在交谈中，公证员还了解到，赵阿姨的儿子是单身，尚未开具购房证明。根据南京市房产部门目前的要求，购房者如为单身，开具购房证明时须本人当场填写《单身具结书》。

鉴于赵阿姨的儿子在国外无法到场的情况，公证员建议赵阿姨在江苏省远程视频公证平台申请办理委托购房公证书时一并办理《单身具结书》的公证，以免因为“手续”不全影响购房。

据介绍，单身具结书：

具结书是指对自己的行为意愿承担法律责任的表示，可通俗理解为保证书。

按照南京市房产部门的有关要求，购房者如为单身，开具购房证明时须本人当场填写《单身具结书》，本人不能到场的，应当提供经过公证的《单身具结书》。

最终，在公证员的指导下，赵阿姨的儿子通过远程视频公证平台预约，与公证员充分沟通、交流，确认办理公证事项的真实意图，在公证员的“注视下”，在文件上进行电子签名，办理了一份新的购房委托书和《单身具结书》。

赵阿姨拿到公证书后，心里的一块石头也落了地。

哪些公证可以通过远程视频办理

据介绍，江苏省远程视频公证平台目前处于试点运行阶段，公证事项须公证员结合实际情况判断是否符合受理条件，具体以公证员答复为准。

以下几种情形可以通过远程视频办理：

1、不涉及处分财产的委托；

2、夫妻之间或父母与子女间处分财产的委托；

3、不涉及转移、放弃权利的声明；

4、不涉及处分财产、转移或者放弃权利等文书上的签名；

5、经江苏省公证协会认可的其他公证事项。

本文摘扬子晚报/紫牛新闻。

【东方之声】《民法典》时代，遗嘱是否还需要公证？

2020-05-30 上海市东方公证处

https://mp.weixin.qq.com/s/VuMqVdiuoZAOB4Swncqe_Q

《民法典》时代，遗嘱是否还需要公证？

上海市东方公证处公证员　张宇衡

2020 年 5 月 28 日，第十三届全国人民代表大会第三次全体会议通过了《民法典》，宣告我国迈入了《民法典》时代。值得注意的是，在《民法典》继承编中，对于我国现有的继承法体系做了较大的改动，而最为突出的一个改动就是删除了公证遗嘱效力优先的规定。很多人或许就会有所疑惑：《民法典》颁布后，公证遗嘱还可靠吗？

一、为什么《民法典》会取消公证遗嘱的优先效力？

我们首先需要澄清一点：此次《民法典》对遗嘱效力规定的调整，并不是为了降低当事人所立的公证遗嘱的效力，而是为了更好地保障立遗嘱人的权利。根据现行《继承法》的规定，公证遗嘱的效力优于未经公证的遗嘱，这就导致部分立遗嘱人在订立公证遗嘱后一旦想要变更遗嘱内容，就必须再度前往公证机构办理遗嘱公证。而一旦因立遗嘱人年老体弱、患病或者受到他人的干扰，致使立遗嘱人无法前往公证机构变更遗嘱时，立遗嘱人的真实意愿就得不到保护。因此，《民法典》一方面取消了公证遗嘱所具有的优先效力，另一方面《民法典》同时新增了打印、录像等新的遗嘱形式，这些立法调整共同指向的是对立遗嘱人自身意思更妥善的保护。

二、《民法典》实施后，已有的公证遗嘱效力会受到影响吗？

值得注意的是，《民法典》虽然调整了公证遗嘱的效力位阶，但依然明确规定立有数份遗嘱且内容相互抵触的，以所立最后一份遗嘱的内容为准。因此，只要立遗嘱人在订立公证遗嘱后没有重新订立过遗嘱，变更遗嘱的内容，则公证遗嘱的效力依然能够得到切实保障。《民法典》制定的初衷即是为了更好地保障公民处分财产的权利，因此已经立有公证遗嘱的当事人，完全不必担心自己所立的公证遗嘱的效力会因为《民法典》的实施而受到任何的影响。

三、《民法典》实施后，还有必要办理公证遗嘱吗？

《民法典》继承编颁布后，或许很多人就会抱有这样一个疑问：既然《民法典》继承编新增了打印遗嘱、录像遗嘱的形式，又取消了公证遗嘱的优先效力，那是不是就意味着办理公证遗嘱没有任何意义？答案是否定的。虽然公证遗嘱不再具有排他

的法律效力，但对于普通自然人而言，公证遗嘱依然在以下几个方面具有无可比拟的优势：

（一）公证遗嘱的真实性保障

《民事诉讼法》第六十九条明确规定，经过法定程序公证证明的法律事实和文书，人民法院应当作为认定事实的根据。尽管目前公证遗嘱不再具有排除其他遗嘱形式的优先效力，但经公证的遗嘱依然能够直接作为人民法院认定事实的依据。对于公证遗嘱的受益人而言，一旦因遗嘱内容发生纠纷，持有公证遗嘱的一方无需举证证明公证遗嘱的真实性，在没有相反事实证明的情况下，公证遗嘱的真实性可以直接得到确认。因此，在证明遗嘱真实性层面，公证遗嘱依然享有独特的优势。

（二）公证遗嘱的合法性保障

尽管《民法典》继承编规定了多种遗嘱形式，但对于立遗嘱人而言，在不具备专业法律知识或者没有法律专家协助的情况下，所订立的遗嘱往往会存在各种合法性瑕疵。而一旦遗嘱内容涉及遗赠抚养、遗产信托或者意定监护、居住权等更为复杂的法律关系时，立遗嘱人往往更加力不从心。此时公证遗嘱的专业优势就能凸显出来。在办理遗嘱公证的过程中，公证员会对立遗嘱人提供详尽的法律咨询，审核立遗嘱人提供的遗嘱草稿，甄别其中可能存在的合法性风险，并协助立遗嘱人订立合法、有效、可执行的遗嘱文本。对于立遗嘱人确有需要的，公证员可以为立遗嘱人代书遗嘱。在遗嘱涉及遗赠抚养、意定监护等事项时，公证员更可以自身的专业法律判断为立遗嘱人排除可能的法律风险及合法性瑕疵。通过办理遗嘱公证，立遗嘱人可以最大限度地保证遗嘱内容的合法，有效。

（三）公证遗嘱的服务性保障

遗嘱公证并不是简单的对立遗嘱人意思的简单记录，也不仅仅是对立遗嘱人签署遗嘱行为的简单证明，而是基于立遗嘱人订立遗嘱行为，为确保立遗嘱人的意思能够得到切实实现而衍生的一整套综合性的法律服务。除了为当事人提供遗嘱公证服务外，公证机构也能根据当事人的申请提供遗嘱保管服务。此外，公证机构更可以依托继承公证，通过非诉讼的方式实现立遗嘱人公证遗嘱的执行，确保立遗嘱人的遗嘱安排能够全面、切实地得到实现。

综上所述，随着社会法治环境改善，公民订立遗嘱的环境和能力都得到了提升，公证遗嘱的特定效力与民法上的意思自治出现了一定的冲突，此次《民法典》继承编的变更适逢其时。但不能因此否定公证机构在指导立遗嘱人订立合法有效的遗嘱上的作用。公证机构也不会因为民法典没有规定公证遗嘱的特定效力而不再办理公证遗嘱。公证始终将是民众订立遗嘱的一个合法有效的保证，我们也期待放开特定效力的公证遗嘱，能更加满足民众的个性化需求。

《民法典》实施后，还有必要去公证处立遗嘱吗？

原创：2020-05-31 上海市张江公证处　石叔

https://mp.weixin.qq.com/s/HAzEidNGCdd_NTikr8sH3A

5 月 28 日，全国人大会议表决通过了《中华人民共和国民法典》，自 2021 年 1 月 1 日起施行。其中所谓取消“公证遗嘱效力优先”的有关规定引起了坊间热议。其实，现行《继承法》（将在民法典施行后废止）也并没有规定立遗嘱一定要去公证处，只是规定自书、代书等遗嘱不能修改和撤销公

证遗嘱。《民法典》则仅明确“立有数份遗嘱，内容相抵触的，以最后的遗嘱为准。”这一修改意味着遗嘱人可以更为便捷地修改遗嘱，避免了因身体原因、他人干扰或其他紧急情况下无法去公证处修改或撤销遗嘱导致的本人真实意愿不能得到实现的情况，是《民法典》切实尊重遗嘱人真实意愿的体现。

但是

为什么我们还是认为公证遗嘱相较于其他形式的遗嘱

仍然具有无可比拟的优势呢？

石叔不禁想和大家说说这两天遇到的一个真实案例。

前天周五晚上，已经连续加班了四天的石叔正在家快乐地吃着火锅唱着歌，突然接到一个电话，求助的当事人正躺在医院里，自觉时日无多，想让公证员周末就上医院办理遗嘱公证。说心里话石叔是真的不想去，好不容易一个周末才有时间在家遛遛娃享享天伦之乐，而且现在疫情尚未结束，虽然抗疫已经取得或者说即将取得伟大胜利，但医院毕竟还是风险较高的地方不是？可是谁让咱是个在不以营利为目的公益属性的公证处执业的一脸正气的公证猿呢？

石叔第二天就带着笔记本电脑、便携式打印机、摄像机和助理去了医院。到了医院问起找公证员立遗嘱的原因，当事人也挺实在，说虽然本人文化程度也挺高的，但遗嘱咋写还是心里没底，毕竟涉及一大套房子，一旦自己写个遗嘱是无效的那真的对不起后人，现在癌症晚期拿笔亲自写完整的一份遗嘱身体也吃不消；而且等自己去世后，要拿房子的受益人还要证明这个自书遗嘱确实是立遗嘱人本人写的，写的时候是神志清醒的，还没被欺骗胁迫，想想也挺难的。如果找人代书遗嘱、打印遗嘱或者录音录像遗嘱吧，按照法律规定必须找两名无利害关系的见证人在场见证，现在大家自我保护意识都比较强，真的不愿意掺合别人的家务事。即使当时有人愿意做见证人，等遗嘱执行时候，见证人是否届时愿意出庭作证还是个未知数，甚至见证人走在立遗嘱人前面也不无可能。

人生自古谁无死，每个人来到世界都是偶然的，离开却是必然的，石叔从业多年以来已经不记得帮别人立了多少份遗嘱了，悲欢离合爱恨情仇电视剧里都拍不出的狗血剧情也见了听了不少。所以石叔一直认为对财产早作安排，不避讳死亡，不但是对自己负责也是对自己爱的关心的人最大的帮助。遗嘱公证办了一个多小时，望着当事人如释重负的微笑，离开医院的时候石叔觉得胸前那枚有着国徽和天平的公证员徽章越发的鲜红了。

从这件事我们不难看出，公证遗嘱具有最强证据效力。公证机构作为被国家赋予公信力的证明机构，其公证书具有证明被公证对象真实、合法的证明力，可被直接作为认定事实的依据。

公证遗嘱相较自书、代书、打印及录音录像遗嘱而言，第一个优势是遗嘱会由经验丰富的公证人员起草、审查，最大程度保证了遗嘱在形式和内容上的合法性；第二个优势是在继承开始（也就是立遗嘱人死亡时）后，公证遗嘱不需要再次证明其真实性。其实，公证遗嘱还有个优势是会被永久保存，不会丢失。公证处的案卷有司法部规定的完备的档案保管办法，公证行业协会也建立了档案保管库房。即使公证处不存在了也会将档案移交给国家档案局。公证处会将纸质遗嘱和当事人提供的各项材料、申请表、谈话笔录、同步录音录像资料作为密卷（立遗嘱人死亡后才能公开）永久保存，同时将该等遗嘱电子信息录入全国公证遗嘱备案查询平台。

全国公证遗嘱备案查询平台是我国第一个全国范围的官方遗嘱信息库，自 2014 年运行以来，现已收录数百万条遗嘱公证信息。而其他非公证形式的遗嘱一旦丢失原件或者未被发现，遗嘱受益人真的就欲哭无泪了。

现在社会上也有一些成功运营的民间遗嘱库

办理遗嘱保管业务，石叔也不否认民间遗嘱库是在公证公共法律服务目前暂时供给不足的情况下的一种有益的补充，但是民间遗嘱库的运营主体在法律上是否适格？而且一份遗嘱的保管可能是三五年也可能是三五十年，商业性的主体总有经营时间结束清算的时候，五花八门的民间库经营结束后，保管的遗嘱谁来接手？后续保管费用谁来承担？这些问题目前都未解决。石叔 diss 这些，并不是为公证处办遗嘱拉生意，和大家说个数据就明白了。近五年多时间，上海公证行业共办理遗嘱 5 万 4 千多件，其中完全免费的遗嘱有 19103 件，占比 35%。

另外，为了更加方便的为当事人提供遗嘱订立服务，石叔所在的上海市张江公证处还推出了自主开发的在线存储自书遗嘱或代书遗嘱、打印遗嘱的“云遗嘱”公证存证系统。

当事人在张江公证处公众号上的小程序线上申请、随时安排，无需再进行线下预约排队及线下接触，为可能没有条件或者时间现场办理遗嘱公证当事人提供在线遗嘱订立和存证服务。

这个月就有一位当事人因为疫情困在了澳洲无法回国，我们通过张江“云遗嘱”公证存证系统远程在线存证了他的亲笔自书遗嘱。当事人通过“云遗嘱”公证存证系统存证遗嘱虽然不能拿到遗嘱公证书，但可以拿到公证处出具的遗嘱存证证明，并能得到公证员起草、修改遗嘱的专业法律服务。存证的遗嘱同样被公证处永久保管并录入到全国公证遗嘱备案查询平台可供查询，具有可最大限度保证遗嘱真实性、不会灭失及有效降低遗嘱无效风险等优点。

时代在进步，法律科技也在发展。虽然有人说法律科技化、互联网化是双刃剑，但是石叔一直认为不拥抱时代就会被时代抛弃，行业坚守为民服务的底线不忘初心的同时，也要紧随时代发展步伐，拥抱科技拥抱互联网。

九、异域资讯

英国裁判文书公开的坚持与限制

——迪拜酋长家事纠纷案透析

原创：2020-05-16 人民法院报 第 08 版 王 涛
http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2020-05/15/content_168062.htm?div=-1&from=groupmessage

案件背景

2020 年 3 月 5 日，英格兰和威尔士高等法院在获得上诉法院的判决支持后，就 Re Al M 一案公布了三份针对阿拉伯联合酋长国副总统兼总理、迪拜酋长——谢赫·穆罕默德·本·拉希德·阿勒马克图姆的判决书。其中，第一份是针对谢赫是否实施不当行为的事实裁断判决(以下简称事实判决)；第二份是有关谢赫放弃在英国享有的外交豁免，不会绑架两名未成年子女——12 岁的贾里拉和 8 岁的扎耶德回迪拜，以及阿联酋和迪拜政府保证协助执行法庭命令的承诺，是否足以确保谢赫前妻——王妃哈雅和两名孩子在英国的安全所作的判决(以下简称承诺判决)；第三份是针对是否公开前述两份判决所作的判决（以下简称公开判决）。

在事实判决听证中，尽管谢赫本人及其律师未出席聆讯，但高等法院家事分庭庭长麦克法兰爵士经过细致缜密的审理认定，哈雅的以下三项指控满足了民事证据的证明标准：1.2000 年 8 月，谢赫曾下令将其另一个女儿——公主沙姆萨从英国绑架回迪拜。2.2002 年 6 月，谢赫命人将其另一个女儿——公主拉提法从迪拜与阿曼交界处强制带回家；2018 年 2 月，谢赫命令一支武装突击队在靠近印度的海面上将再次逃跑的拉提法强行抓回；沙姆萨和拉提法回家后，一直处于失去人身自由的状态。3.谢赫采取一系列方法对身在迪拜的哈雅进行骚扰、威胁和恐吓，迫使哈雅决定携两名子女逃亡英国，但谢赫仍通过各种媒体对哈雅进行抹黑，继续对其威吓与羞辱，破坏其生活处境。

在承诺判决听证中，尽管谢赫本人以及阿联酋和迪拜政府都向英国高等法院和英国外交部出具了放弃外交豁免以及保证执行法庭命令的书面承诺，以争取法院相信：谢赫不会通过绑架方式将两名子女从英国带回迪拜，从而为之后的监护问题寻求司法上的合理安排。然而，麦克法兰认为，尽管阿联酋和迪拜政府承诺，在谢赫违背承诺时会协助执行法庭命令，但英国政府对此态度并不明确，故该保证的效力不明；而谢赫仅承诺其本人放弃外交豁免，该权利放弃并不延伸至其他迪拜和阿联酋官员，故其对豁免的放弃并不能排除绑架发生的可能。

在前述判决作出后，旁听庭审的多家媒体联合向高等法院申请取消对于案件报道的自动限制，允许媒体就前述判决和庭审过程进行公开报道。哈雅一方出于自身的安危和声誉的考虑，也向法院动议要求公开前述两份判决和相关材料，并允许媒体报道庭审过程。两名幼童的独立监护方仅支持公开事实判决。而谢赫一方则反对该案判决的公开和媒体对庭审的报道。

基于相关法律的平衡

普通法中，法官可以针对不同情况作出不同目的的判决。如为解决若干法律争点而作出的官方但非强制性的文告被称为“宣布性判决”；为确认某些事实发生的裁断被称为“事实裁断判决”。此类判决具有宣布、确认法律和事实的作用，但不对当事人的权利义务产生影响。对于前述两个判决是否

需要公开，麦克法兰继续进行听证，并作出了一个“决定公开前述判决的判决”。

根据英国司法传统，涉及儿童福利的案件审理一般不公开进行。尽管经认证的英国媒体代表可进入法庭旁听审理，但对于庭审的报道受到严格的限制。英国《司法实施法》第 12 条第 1 款 a 项规定：“公布不公开审理案件信息的行为在以下情形下构成藐视法庭罪：(1)高等法院行使固有管辖权审理涉及未成年人的案件；(2)根据《儿童法》或《领养和儿童法》的规定提起的诉讼；(3)主要与抚养未成年人有关的诉讼。”《儿童法》第 97 条第 2 款规定，“任何人不得向社会公众或部分公众公布任何材料，从而泄露(a)高等法院或家事法院依据本法或《领养和儿童法》审理涉及的任何儿童的身份；(b)相关诉讼涉及的儿童的住址或学校。”

不过，《儿童法》第 97 条第 4 款规定：“出于增进儿童福利的考量，法院可以决定排除适用第 2 款的规定。”对此，英国《人权法》第 12 条规定，“（1）本条适用于法院审查司法救济是否影响《欧洲人权公约》确定的自由表达权；……（4）当诉讼涉及当事人宣称或法院认定的具有新闻、文学或艺术性质的材料或与之有关的行为时，法院必须对《欧洲人权公约》确定的自由表达权给予特别重视……”

那么，此种特别重视应以何种形式体现？英国普通法对此作了规定，要求法院在考虑对一起案件取消或延伸报道限制时，必须对《欧洲人权公约》第 6 条、第 8 条和第 10 条分别规定的司法公开、家庭和个人隐私权、自由表达权进行权衡。

英国最高法院在 ZH (Tanzania) v. Secretary of State for the Home Department [2011] UKSC 4 一案中指出：“孩子的福利一定是一个主要的考量因素，即孩子的福利应被首先考虑，但若其他考量因素叠加后的重要性超越它，孩子的福利也并非首要的” 。不过，最高法院在 PJS v. News Group Newspaper [2016] UKSC 26 一案中强调，“孩子的利益虽然不是一张‘王牌’，但并不意味他们的利益应被驳回。”

那么，英国普通法是如何对这种考量加以规范的？英国上议院在 In Re S (Identification: Restriction on Publication)[2004] UKHL 47 一案中指出：“法院必须特别关注每一起个案中不同特定权利间重要性的比较……衡量对孩子未来所产生影响的性质。”大法官斯特恩勋爵认为：首先，《欧洲人权公约》中的权利条款之间并不存在优先性上的差异；其次，在每一起个案中对公约权利进行重要性权衡是法院必须做的工作；再次，干预或限制任何一项公约权利的理由必须得到严格审查；最后，对于公约权利的限制必须符合比例原则。

各方对于公开的意见

英国媒体的代表律师请求法院允许媒体对该案诉讼过程进行报道，包括公开该案相关判决。媒体方的具体理由是：第一，该案涉及绑架、监禁、酷刑等严重侵犯人权的行为，存在两国政府干预刑事案件调查、潜在强迫婚姻等情形。社会公众通过之前有关的报道，对此案十分关注。第二，酋长谢赫具有很高的国际地位，他之前发表了多份个人申明，为防止被误导，公众有权获知谢赫在该案中败诉。由于那两位成年公主的下落至今不明，公众有必要了解该案案情，以期揭露犯罪或其他严重不当行为。第三，公布该案判决能使公众了解该案的诉讼过程及法庭让两名儿童留在英国的理由，这有助于提升公众对于司法系统的信心。

哈雅的律师主张，哈雅及其两名未成年子女的私人生活不受侵犯的权利同媒体主张的自由表达的权利并不矛盾。哈雅本人认为，公布该案相关判决，可以纠正谢赫通过舆论向孩子传递的有关他们家世的错误信息，并挽回他们的名誉；越早公布越能有效保护哈雅及两名孩子在英国的人身安全。

酋长谢赫一方则坚决反对即时公开有关该案的任何信息。

法院的决定

高等法院家事庭庭长麦克法兰爵士认同媒体的意见。他指出，该案事实判决确定的事实具有真实的公众关切性，这一重要关切性已超越涉案的四名家庭成员的私人生活领域。

麦克法兰认为，哈雅和两名孩子在英国并非隐姓埋名地生活，他们的情况已被社会公众所了解，但公众所了解的多数情况已被法院的事实判决所推翻。当前的问题不是将母亲和孩子从阴影里推向媒体报道的泛光灯下，而是重新调整媒体报道的焦点，以利用法院认定的事实澄清社会上流传的错误信息。这些错误信息已经影响哈雅的生活和她与其家族成员的关系。因此，公共舆论应基于法院的事实判决，调整对这一事件的叙述，这有利于母亲和她所照看的孩子。尽管对于谢赫而言，公开前述判决将影响到其私人和家庭生活，但公开该案裁判文书符合重大国际公共利益，足以超越谢赫本人的隐私权主张。这一重大国际公共利益又关乎如何保障哈雅及其未成年子女家庭生活的安全，故公开该案裁判文书符合《欧洲人权公约》的规定。

对于公开该案裁判文书的时机，麦克法兰认同媒体方越早越好的意见，因为对失去人身自由的沙姆萨和拉提法而言，每一天都至关重要。同时，哈雅和她的两个未成年孩子也需要尽早通过公开真相，获得声誉上的平反。

由于该案的巨大影响，涉案儿童的姓名、年龄和性别早已在互联网上广泛传播，法院对这些信息进行限制已无意义，故麦克法兰允许在判决书中公开两名儿童的姓名、年龄和性别。但他警告，对儿童信息的公开不得涉及《儿童法》第 97 条第 2 款规定的其他内容，特别是任何有关孩子的静止或移动的影像，以及两名儿童的住所或他们就读学校的信息。

对于公开判决，谢赫立即提起了上诉。他认为，高等法院在有关孩子最终福利安排的听证前公开前述判决，时机并不成熟，因其尚未全面审查儿童福利相关的所有材料。

对此，英格兰和威尔士上诉法院认为，高等法院已获得了作出公开判决所需的全部信息，且高等法院认定的事实是客观真实的，不可能在之后的儿童福利听证中被修正或证伪。尽管谢赫本人的隐私权受到一定程度的限制，但上诉法院认为，在这类事实裁断判决中，任何当事人的待遇都应相同，无论他是国王还是贫民。最终，上诉法院驳回了谢赫的上诉。

（作者单位：华东政法大学刑事法学院）

十、规范性文件

司法部关于进一步规范和完善司法鉴定人出庭作证活动的指导意见

2020-05-29 中国上海司法智库 上海高院研究室
https://mp.weixin.qq.com/s/2ww10RcljsRmECdFFSNzWA

司法部关于进一步规范和完善司法鉴定人出庭作证活动的指导意见

（司规【2020】2 号）

为了规范和指导司法行政机关登记管理的司法鉴定人出庭作证活动，保障诉讼活动的顺利进行，根据《全国人民代表大会常 务委员会关于司法鉴定管理问题的决定》和有关法律、法规的规定，制定本指导意见。

一、 本指导意见所称的司法鉴定人出庭作证是指经司法行政机关审核登记，取得《司法鉴定人执业证》的司法鉴定人经人民法院依法通知，在法庭上对自己作出的鉴定意见，从鉴定依据、 鉴定步骤、鉴定方法、可靠程度等方面进行解释和说明，并在法 庭上当面回答质询和提问的行为。

二、 人民法院出庭通知已指定出庭作证鉴定人的，要由被指定的鉴定人出庭作证；未指定出庭作证的鉴定人时，由鉴定机构指定一名或多名在司法鉴定意见书上签名的鉴定人出庭作证。

司法鉴定机构要为鉴定人出庭提供必要条件。

三、 人民法院通知鉴定人到庭作证后，有下列情形之一的，鉴定人可以向人民法院提出不到庭书面申请：

（一） 未按照法定时限通知到庭的；

（二） 因健康原因不能到庭的；

（三）路途特别遥远，交通不便难以到庭的；

（四） 因自然灾害等不可抗力不能到庭的；

（五） 有其他正当理由不能到庭的。

经人民法院同意，未到庭的鉴定人可以提交书面答复或者说明，或者使用视频传输等技术作证。

四、鉴定人出庭前，要做好如下准备工作：

（一）了解、查阅与鉴定事项有关的情况和资料；

（二）了解出庭的相关信息和质证的争议焦点；

（三）准备需要携带的有助于说明鉴定的辅助器材和设备；

（四）其他需要准备的工作。

五、鉴定人出庭要做到：

（一）遵守法律、法规，恪守职业道德，实事求是，尊重科学，尊重事实；

（二）按时出庭，举止文明，遵守法庭纪律；

（三）配合法庭质证，如实回答与鉴定有关的问题；

（四）妥善保管出庭所需的鉴定材料、样本和鉴定档案资料；

（五）所回答问题涉及执业活动中知悉的国家秘密、商业秘密和个人隐私的，应当向人民法院阐明；经人民法院许可的，应当如实回答；

（六）依法应当做到的其他事项。

六、鉴定人到庭作证时，要按照人民法院的要求，携带本人身份证件、司法鉴定人执业证和人民法院出庭通知等材料，并在法庭指定的鉴定人席就座。

七、在出庭过程中，鉴定人遇有下列情形的，可以及时向人民法院提出请求：

（一）认为本人或者其近亲属的人身安全面临危险，需要请求保护的；

（二）受到诉讼参与人或者其他人以言语或者行为进行侮辱、诽谤，需要予以制止的。

八、鉴定人出庭作证时，要如实回答涉及下列内容的问题：

（一）与本人及其所执业鉴定机构执业资格和执业范围有关的问题；

（二）与鉴定活动及其鉴定意见有关的问题；

（三）其他依法应当回答的问题。

九、法庭质证中，鉴定人无法当庭回答质询或者提问的，经法庭同意，可以在庭后提交书面意见。

十、鉴定人退庭后，要对法庭笔录中鉴定意见的质证内容进行确认。

经确认无误的，应当签名；发现记录有差错的，可以要求补充或者改正。

十一、出庭结束后，鉴定机构要将鉴定人出庭作证相关材料归档。

十二、司法行政机关要监督、指导鉴定人依法履行出庭作证义务，定期或者不定期了解掌握鉴定人履行出庭作证义务情况。

十三、司法行政机关要健全完善与人民法院的衔接机制，加强鉴定人出庭作证信息共享，及时研究解决鉴定人出庭作证中的相关问题，保障鉴定人依法履行出庭作证义务。

十四、司法行政机关接到人民法院有关鉴定人无正当理由拒不出庭的通报、司法建议，或公民、法人和其他组织有关投诉、举报的，要依法进行调查处理。

在调查中发现鉴定人存在经人民法院依法通知，拒绝出庭作证情形的，要依法给予其停止从事司法鉴定业务三个月以上一年以下的处罚；情节严重的，撤销登记。

十五、司法鉴定行业协会要根据本指导意见，制定鉴定人出庭作证的行业规范，加强鉴定人出庭作证行业自律管理。

十六、本指导意见自公布之日起实施。

司法部

2020 年 5 月 14 日

责任编辑/蔡一博
执行编辑/胡逸娴

十一、书籍推荐

新书|《功能主义视角下外国代孕制度研究》（石雷著，华中科技大学出版社，2020 年 1 月第 1 版）

2020-05-17 家事法苑石雷

https://mp.weixin.qq.com/s/KYmRgr_12WHW1YjpkIRBWw

《功能主义视角下外国代孕制度研究》

本书内容简介：

本书主要运用功能结构理论，通过分析禁止代孕、允许利他代孕、允许商业代孕等不同代孕制度的产生背景、制度框架内容及其司法实践，论证不同代孕制度样本在各自法域最终的社会效果。在比较分析不同代孕制度后，本书试图找出不同代孕制度在各国经济全球化的大背景下所面临的挑战及其应对的办法。在评价分析不同代孕制度的各自特点基础上，结合我国文化社会背景以及长期实行计划生育、人口老龄化的社会现实，本书进一步对代孕议题进行伦理分析，并在此基础上讨论我国立法者可能面临的选择。

作者简介：

石雷，西南政法大学民商法学院讲师，法学博士，英国牛津大学访问学者，加拿大英属哥伦比亚大学访问学者，美国伊利诺伊大学香槟分校博士后（在研），重庆市 2019 年来华留学全英文授课品牌课程建设项目负责人。

主要研究方向为婚姻家庭法、弱势群体权益保障。在《社会科学辑刊》《甘肃社会科学》《月旦医事法报告》《InternationalJournalofLaw,PolicyandtheFamily》《InternationalSurveyofFamilyLaw》等国内外核心期刊发表论文多篇，出版专著《功能主义视角下外国代孕制度研究》《英国现代离婚制度研究》，译著《家庭法和私生活》《法国家庭法精要（第十七版）》；主持完成省部级课题 2 项，参研国家社科基金项目 1 项，省部级项目 2 项。

目录

前言

第一章代孕制度概述

一、代孕的概念及其分类
二、我国代孕制度现状
三、功能主义视角下代孕制度分析
(一)民法视野下代孕当事人的“预期”
(二)社会对代孕的“预期”
(三)对不同预期的整合

第二章发生学视野下的不同代孕制度

第一节禁止代孕制度：以法、德为例
一、法国法上的代孕制度
(一)法国代孕制度概述
(二)法国代孕制度现状
(三)法国代孕制度的司法实践
(四)法国代孕制度的社会背景分析
二、德国法上的代孕制度
(一)德国代孕制度概述
(二)德国代孕制度现状
(三)德国法上涉及代孕的司法实践
(四)德国代孕制度的社会背景分析

第二节简单立法的允许利他代孕制度：以英、澳为例
一、英国法上的代孕制度
(一)英国代孕制度沿革
(二)英国代孕制度现状
(三)英国代孕制度的司法实践
(四)英国代孕制度的社会背景分析
二、澳大利亚代孕制度
(一)澳大利亚代孕制度的历史沿革
(二)澳大利亚代孕制度的现状
(三)澳大利亚代孕制度的司法实践
(四)澳大利亚代孕制度的社会背景分析

第三节严格限制的允许利他代孕制度：以南非、以色列、印度为例
一、南非代孕制度
(一)南非代孕制度沿革
(二)南非代孕制度现状
(三)南非代孕制度的司法实践
(四)南非代孕制度的社会背景分析
二、以色列代孕制度
(一)以色列代孕制度发展沿革
(二)以色列代孕制度现状
(三)以色列代孕制度的实践
(四)以色列代孕制度的社会背景分析
三、印度代孕制度
(一)印度代孕制度发展沿革
(二)2016 年《代孕(规范)草案》的主要内容
(三)印度现行代孕制度的司法实践
(四)印度代孕制度的社会背景分析

第四节允许商业代孕的制度：以美国加州、俄罗斯为例
一、美国加州代孕制度
(一)美国加州代孕制度历史沿革
(二)美国加州现行代孕制度的具体内容
(三)美国加州代孕制度的司法实践
(四)美国加州代孕制度的社会背景分析
二、俄罗斯代孕制度
(一)俄罗斯代孕制度历史沿革
(二)俄罗斯现行代孕制度的具体内容
(三)俄罗斯代孕制度的司法实践
(四)俄罗斯代孕制度的社会背景分析

第三章法社会学视角下不同代孕制度的比较评析

第一节不同代孕制度之立法表达及功能分析
一、禁止代孕制度：维护公共秩序为主
二、简单立法的允许利他代孕制度：强调自由的社会秩序和个体权利平衡术
三、严格限定的允许利他代孕制度：强调管理的社

会秩序和个体权利平衡术
四、允许商业代孕制度：不同社会下的偶合
(一)自由、重商主义下的允许商业代孕制度
(二)人口负增长背景下的允许商业代孕制度
(三)小结

第二节采用不同代孕制度整合预期之法效果评析
一、禁止代孕制度：维护社会秩序的美好愿望
二、简单立法的允许利他代孕制度：权利及其限制
三、严格限定的允许利他代孕制度：监管下的权利保障
四、允许商业代孕制度：对传统伦理观念的绝对挑战
(一)不同理念下的立法选择
(二)允许商业代孕制度对社会伦理秩序的冲击
五、小结

第四章构建适合我国国情的代孕制度
一、我国应当建立利他代孕制度的适切性证成
(一)禁止代孕制度不能回应我国社会对代孕的现实需求
(二)我国建立利他代孕制度的合理性分析
二、对建构我国代孕制度的立法建议
(一)我国代孕制度的功能定位
(二)构建我国允许利他代孕制度的具体内容

自序

对代孕问题的关注始于笔者在媒体看到的涉代孕问题的相关报道。地下非法代孕市场的乱象需要对代孕制度展开进一步的讨论和研究。但代孕问题本质上属于一个跨学科的议题。对代孕问题的讨论已远远超越了笔者自身研究的领域，它涉及法哲学、伦理学、医学、社会学、政治学、经济学等多个学科。这对一个普通的民法议题的研究者而言，难度之大不言而喻。在进行代孕研究前，笔者也曾一度犹豫、徘徊，是否要选择这一选题。

这让我想起早些年个人所做的选择。之所以选择目前的这份工作，一个很重要的原因是对学术研究工作的喜爱。通过学术研究，启迪学界同仁对这一问题的思考，如果可能的话，为解决现实问题提供一些合理化的建议。这大概是每一位学人心中的梦想吧。面对我国地下非法代孕所引发的系列问题，笔者也希望能通过对代孕的讨论进一步丰富我们对代孕问题在社会中展现出的不同面向的认识，进而保护在代孕行为中最容易被忽略的弱势群体，尤其是代孕儿童的合法权益。一个人格平等、精神自由、道德自律、行动自主的理想社会既不应允许部分人因权势和地位获得更高一级地对待，也不应对部分人因为身体的弱小或心智尚不成熟致使权利被践踏坐视不管。因此，在查阅相关资料后，笔者最终决定选择这一议题进行研究。

认识法律，需要先认识法律所在的社会，“法之理在法外”[1]说的就是这个道理。基于此，笔者试图在现有研究基础上，从法律与社会的关系角度入手，对代孕问题展开分析。对法律与社会的关系开展研究，这是法律社会学研究的一个重要问题。法律社会学的首要功能就是在不涉及到支配它们的实证法的情形下，对法律关系中的共同要素给予解释，并研究每一种关系关于其原因和结果的独特要素。[2]由于法律社会学的理论和研究方法较多，在考虑选择何种方法时，笔者认为卢曼的系统理论在解释西方法律形式的变迁时颇有说服力。按照系统理论的分析框架，现代社会的组成与秩序的形成依赖于社会系统理论的自我观察与自我指涉。法律对“社会事实”的呈现是通过已有的系统，也即法律规范、理论与程序去处理社会现象，使得其呈现系统特性与逻辑。[3]法律的功能就在于协调人们的规范性行为的预期，在此过程中，法律也发挥着协调社会秩序的作用。[4]简言之，法律承担着整合集体生活不同要素的特殊使命。[5]法律子系统作为社会系统的一部分，和一个社会的政治系统、经济系统、文化系统有着千丝万缕的联系。同时，

法律子系统又在自己的系统中不断发展，以一种系统自有的独特的逻辑方式化约社会的复杂性，在调整社会预期过程中，通过整合作用，实现协调社会秩序的功能。笔者试图借用这一理论，通过功能主义的分析方法，分析不同法域代孕制度的发生学机理及其背后的逻辑，进而在我国的社会国情基础上推演立法者可能的选择及这一选择可能遇到的问题。

在研究过程中，笔者选择了不同的法域样本作为研究对象，既有法治昌明的欧美发达国家，比如：法国、德国、英国、美国，也有发展迅猛的金砖国家，比如：印度、南非、俄罗斯，既有对一国内不同制度的全面剖析，比如：澳大利亚，也有仅一国某一特殊法域进行分析，比如：美国加州。此外，还有对受宗教影响的国家代孕制度的分析，比如：以色列。所调研的样本法域来自亚洲、欧洲、非洲、美洲、大洋洲，具有一定的广泛性和代表性。笔者在对样本国家进行分类的基础上，结合功能主义分析方法，重点分析了这些样本法域不同代孕制度各自的实施效果，司法实践中涉代孕案件的处理带来的相关问题，以及这些法域中代孕制度是如何发展变化的，不同代孕制度背后有哪些重要的影响因素。

比较不同的代孕制度及其各自的司法实践、社会文化背景，旨在从一个相对客观的立场观察同一主题的不同法律制度在一个相对封闭的系统内处理各自不同但持续变化的社会。也即研究法律在社会系统中运行的一般规律：法律系统在面对环境变化的开放性时，如何通过考虑新问题中的合理因素，对法律进行价值补充或者漏洞填补，从而实现系统自洽。[6]又或者通过修订完善现有法律，增加法律子系统本身的复杂性，来应对不断变化的社会现实。

在比较分析不同代孕制度后，笔者试图找出不同代孕制度在各国经济全球化的大背景下所面临的挑战及其应对的办法。在评价分析不同代孕制度的各自特点基础上，笔者尝试结合我国文化社会背景以及长期实行计划生育、人口老龄化的社会现实，对代孕议题进行伦理分析，并在此基础上讨论我国立法者可能面临的选择。

在经济全球化不断深化的背景下，代孕早已不是各国自有的一个问题。对跨国生殖旅游的管控还存在较大困难。因此，对代孕议题的讨论不能回避和忽视经济全球化的社会背景。本书在分析不同法域代孕制度时，同时也讨论到了这些代孕制度在应对跨国代孕问题上所做的努力及其效果。

此外，代孕制度作为一种特殊的生育制度，我们无法回避的另一个问题是代孕子女的问题。因此，本书在对不同法域的样本制度的分析讨论中，始终将代孕后父母子女关系作为代孕制度的一个重要组成部分，在讨论代孕协议制度或其它形式的代孕制度后予以一并讨论。保护代孕子女的人权是一个法治社会本应肩负的责任和使命。

当然，希望在价值中立的立场上对样本法域的代孕制度及其司法实践、社会背景进行讨论，这是一种奢望。笔者在全文分析过程中，势必也带有对我国特殊国情文化等背景的考量，难以做到绝对的价值中立。但尽可能减少背景文化的影响，避免先入为主，以一种局外人的视角冷静观察不同代孕制度的发生、实践及变革，这才更有助于我们以一种尽可能理性的态度讨论代孕问题，进而为我国未来的制度建构以及司法实践找到合理的路径和方法。希望笔者的这一学术上的努力能为我国代孕问题的最终解决提供一些智识上的贡献。

石雷

二〇一九年四月二十一日于重庆宝圣湖畔

注释：

【1】付子堂主编：《法理学进阶》（第三版），法律出版社 2009 年版，第 222 页。

【2】[奥]尤根·埃利希著，叶名怡、袁震译，中国社会科学出版社 2009 年版，第 358 页。

【3】刘涛：《互联网时代的社会治理——以社会系统理论为分析框架》，载《社会学评论》2017 年第 4 期，第 18 页。

【4】NiklasLuhman,ASociologyTheoryofLaw,Boston:Routeledge&KeganPaul,1985,p.82.

【5】[英]罗杰·科特威尔著，彭小龙译，《法律社会学导论》（第二版），中国政法大学出版社 2015 年版，第 95 页。

【6】宾凯：《社会系统论对法律论证的二阶观察》，载《华东政法大学学报》2011 年第 6 期，第 3 页。

图书在版编目（CIP）数据
功能主义视角下外国代孕制度研究 / 石雷著. – 武汉：华中科技大学出版社，2020.1
（华中元照中青年法律科学文库）
ISBN 978-7-5680-5862-9
Ⅰ.①功… Ⅱ.①石… Ⅲ.①卫生法—研究—中国 Ⅳ.①D922.164
中国版本图书馆CIP数据核字（2019）第259228号

功能主义视角下外国代孕制度研究 石 雷 著
Gongneng Zhuyi Shijiaoxia Waiguo Daiyun Zhidu Yanjiu
策划编辑：王京图
责任编辑：李 静
封面设计：傅瑞学
责任校对：梁大钧
责任监印：徐 露
出版发行：华中科技大学出版社（中国·武汉） 电话：（027）81321913
武汉市东湖新技术开发区华工科技园 邮编：430223
录 排：北京欣怡文化有限公司
印 刷：北京富泰印刷有限责任公司
开 本：710mm×1000mm 1/16
印 张：13.25
字 数：158 千字
版 次：2020年1月第1版 2020年1月第1次印刷
定 价：65.00元
本书若有印装质量问题，请向出版社营销中心调换
全国免费服务热线：400-6679-118，竭诚为您服务
版权所有 侵权必究
家事法苑

十二、沙龙活动

家事法讲坛综述|李拥军：《家事审判的中国模式》

2020-05-18 家事法苑家事法苑团队

https://mp.weixin.qq.com/s/Ln1ab-1DYyv2eHnLQIvGVQ

家事法讲坛第一期
《家事审判的中国模式》

讲坛主题：《家事审判的中国模式》
主讲嘉宾：李拥军（吉林大学法学院教授、博士生导师）
与谈嘉宾：
1. 鞠伟，吉林省辽源市西安区人民法院副院长，四级高级法官，中国法学会婚姻家庭法学研究会理事
2. 任容庆，法学博士，北京市安理律师事务所顾问，原某高级法院法官，原中国应用法学研究所博士后
点评嘉宾：
1. 龙翼飞，中国人民大学法学院教授、中国法学会婚姻家庭法学研究会常务副会长
2. 孙若军，中国人民大学法学院教授、中国法学会婚姻家庭法学研究会常务理事
活动时间：2020 年 5 月 7 日（周四）19：30—21：30
活动方式：小鹅通线上直播

主讲内容提纲：
（一）家事司法的“政治动力学”
（二）致力于情感修复和心灵征服技术的司法
（三）服务于“自我技术”的司法
（四）作为一种“仿古”技术的司法
（五）对当下中国家事司法改革路径的评析与思考

《家事审判的中国模式》简讯

2016 年 5 月，最高人民法院在全国部分法院开展家事审判方式和工作机制改革试点工作。2018 年 7 月，最高人民法院在试点工作结束后又发文进一步深化家事审判方式和工作机制改革。同时，《民法典》婚姻家庭编、继承编草案已在征求意见之中。根据国家立法计划，民法典各分编即将于 2020 年 5 月 22 日召开的十三届全国人大三次会议上被提交审议并出台。

为进一步加强婚姻家事法领域理论界与实务界的交流，中国人民大学法学院婚姻家庭法研究所特创办“家事法讲坛”系列活动，将邀请法律职业共同体各界嘉宾从多学科、多视角、多方向为民法典婚姻家庭编、继承编立法完善以及家事审判改革及家事诉讼程序立法及完善建言献策。

本讲坛由北京天驰君泰律师事务所承办，家事法苑团队协办。

家事法讲坛（网络）第一期于 5 月 7 日晚成功举办。本次讲坛分享的主题为《家事审判的中国模式》，由家事法苑团队李凯文担任主持人，吉林大学法学院教授李拥军主讲。吉林省辽源市西安区人民法院副院长鞠伟，北京市安理律师事务所任容庆与谈。中国人民大学法学院教授龙翼飞，中国人民大学法学院教授孙若军点评。讲坛以小鹅通平台搭载腾讯会议的方式实现，观看人次超 2600 人。

本次讲坛中，李拥军老师通过家事司法的“政治动力学”、致力于情感修复和心灵征服技术的司法、服务于“自我技术”的司法、作为一种“仿古”技术的司法、对当下中国家事司法改革路径的评析与思考四个模块，从法学理论角度去剖析我国家事审判改革。鞠伟副院长和任容庆老师作为点评嘉宾，从法院和律师实务角度评价我国家事审判改革。最后，由中国法学会婚姻家庭法学研究会的两位重量级领导，我们尊敬的龙翼飞老师和孙若军老师作为点评嘉宾，从家事法研究角度去评论我国家事审判改革。

《家事审判的中国模式》综述

李拥军老师：

李拥军教授首先表明，这个讲座的内容基础，是李拥军教授在法学评论上 2019 年第 6 期发表的一篇论文，题目叫做《作为治理技术的司法：家事审判的中国模式》。

李拥军教授认为，家无论对于传统中国还当代中国都具有特殊的意义，而当下家庭正遭遇着前所未有的危机，已经严重地威胁到社会的稳定。家事审判改革是国家为克服这种家庭危机所做出的司法应对，具有社会治理的意义。正因如此，在这个意义上的司法并不纯粹是一套裁判技术，而是一套治理技术。具体说，这是一套致力于情感修复和心灵征服的技术，是一套旨在别人帮助下实现自我转变的“自我技术”，是一套是“仿古”技术。作为致力于情感修复和心灵征服的技术，不是只追求“一判了之”或履行了规定性的程序而是强调要从终极上解决矛盾、彻底化解家庭危机的司法也要走“攻心为上”的路径。它要通过“场景营造”“情绪舒缓”“心理疏导”“亲情感化”等机制组成的技术系统来其实现其功能。作为社会治理术的家事司法所包含的技术显然更多的不是带有支配性的“权力技术”，而是在别人帮助下实现自我转变的“自我技术”。正因为它更多的是一种“自我技术”，因此它不是完全去情感的、被动性的、独白式的，而是情法交融的、服务式的、恢复性的、社会联动型的。将司法纳入到社会治理的范畴这对于中国人并

不陌生。在旧传统中“息讼”“无讼”一直是传统儒家士人心中理想社会的重要标准以及政府考核官员政绩的重要指标。在革命传统中，“思想政治工作”被视为“经济工作和其他一切工作的生命线”。因此，当下家事司法改革走的是一种“仿古”的路径。李拥军教授认为，如果用韦伯的标准分析，当下的家事司法模式无疑又是实质-非理性的，进而当下的家事审判改革是一场逆现代法律发展方向的降理性化的运动。即使如此，这并不意味着它是反规律的，反而这正是其合理性的精髓所在。之所以如此，是因为家事案件具有特殊性，家事案件之所以特殊，是因为家是个特殊的地方。正因如此，在家事案件中往往严格地区分对错与胜负，清晰地认定权利和义务，仅仅追求依法裁判，一判了之，并不能真正地解决纠纷，而需要更多的心理技术、情感手段、调解方法，所以纯粹去情感的理性主义的技术路线并不能满足家事司法的内在要求。但是，当下中国家事司法模式要取得预期效果是有条件的：其一，必须要突破目前司法中普遍存在的“案多人少”的瓶颈，即适当要增加家事司法的办案力量；其二，法官的业务素质必须跟进；其三，法官的职业伦理必须提升。就家事审判改革来说，完善上述条件应该是今后改革的重点。

鞠伟老师：

鞠伟院长认为，李教授的文章立意新颖，主题直接凸显于内容之中。文章通过对家事审判改革的背景、改革的目的、改革的方式方法、改革的意义几个方面，论述了家事审判改革的必要性。通过对加审判改革特殊性分析，结合我国现在改革中存在的问题和困境，提出建设性意见，从而引发读者对将什么改革进一步深入的思考。

该论文将家事审判的中国模式提升到治理技术的层面上来，家事审判改革的背景决定了中国家事审判的特殊性，决定了家事审判不单纯是一种运用证据规则的裁判技术，而是治理技术。

改革以来各试点法院有序推进，确实取得了相应的成绩。在此，重点说明一下我院在转变理念、创新机制方面取得的一些成绩，以供参考。

一、创新司法为民新模式，提升智能服务高标准

由于西安区法院是集中管辖审理辽源地区所有一审家事案件，为了方便当事人诉讼，解决便民利民问题，我院家事案件推行“立案到家”的立案模式，积极探索适应改革需要的跨区域立案、巡回立案等互联网立案方式。

二、提炼要素“瘦身”审判，智慧法庭便民公开

针对家事案件的特殊性，亦为有效解决案多人少的矛盾，减轻家事法官的工作压力，我院与华宇公司共同研发建立了家事案件精细化审判平台。

三、聚焦家事审判机制建立，推动智慧型多元化解纠纷平台构建

目前辽源市已建立由市综治办、法院、检察院、司法、公安等部门共同组成的诉调对接机构。下一步，西安区法院将与全市各乡镇、社区、村委会、司法所建立对接，合力构建家事案件跨区域立案、调解、调查工作机制，借助信息化手段、依托智慧法院建设共享平台。

从我国各试点法院家事改革的基本情况来看，司法实践中仍然存在着不少的问题亟待解决。最突出的问题集中在家事审判的专业化上，专业化的家事诉讼程序、专业化的家事审判机构以及专业化的

审判人员对家事审判改革具有重大的意义。

最后鞠伟院长诚挚的邀请各位老师有机会能到吉林临安新法院参观指导工作，谢谢大家。

任容庆老师：

任容庆老师结合李教授的分享和当前形势，简要谈了三点心得：第一，中国家事审判改革在社会主义核心价值观的主导下获得各方支持。最高法院 2016 年启动家事审判改革时，就提出培育和践行社会主义核心价值观的改革目标，社会主义核心价值观中的和谐、平等、诚信、友善与个人品德、家庭美德、社会公德密不可分，弘扬社会主义核心价值观既是家事审判改革目标，也是家事审判改革源动力。当下中国所遭遇的家庭危机正逐步威胁着社会稳定。只有在社会治理的视野下来审视这场改革，才能真正把握其中的逻辑，即将家事审判作为社会治理手段之一，引领社会各方共同参与家事司法。第二，新冠疫情下家事审判改革必须应对新的挑战。上月北京一中院发布《家事审判改革白皮书》，介绍了家事审判“云立案、云审判、云调解、云质证、云查询、云保全”的“云模式”，保障了法院审判工作不因疫情而中断，但法官与当事人隔着屏幕交流，难以发挥家事审判的情景主义和机制优势。疫情过后，对于双方矛盾较为激化的案件，立案、查询、保全可在网上进行，而审判、调解、质证则最好选择线下。第三，家事律师能在家事审判改革中提升自我价值。此前律师代理家事案件时，更多关注于案件本身，而对当事人情感安抚则有所忽略，家事审判改革为律师与当事人相处提供了更多机会。正所谓“渡人如渡己”，每个律师在陪伴当事人解决纠纷时，也在潜移默化之中向当事人传递着和谐、平等、诚信、友善的价值观，最终收获的不只是来自当事人的一份信任和未来的合作机会，通过对自我和他人言行的检视和修正，为社会家庭美德建设贡献一己之力。

龙翼飞老师与孙若军老师在最后的环节作出点评。

龙翼飞老师：

龙翼飞老师认为：李拥军教授这篇文章可以从以下 5 个方面来进行细致的解读。第一，这篇文章

显示了李拥军教授的思想格局。这篇文章从法理学的角度去分析理论法学和应用法学的问题，研究这样关乎到中国司法审判改革的题目，涉及到亿万人民群众的切身利益，需要有从法理学的角度进行分析功力。基于这一点，龙老师向李拥军教授表示钦佩和敬意。第二，从丰富的司法审判实践的经验总结的角度出发，以司法审判在家事改革中间的问题为导向，以家事改革的现实需要为切入点，提升了我们对于家事审判改革规律性的认识。第三，从多学科、多角度、多方向研究了中国价值审判改革的这些现实的问题。他对于实践中出现的问题所给予的理论分析，展示拥军教授具有学贯中西的理论功底。第四，充满了对亿万人民群众的切身利益的人文关怀。今后在涉及到家事审判方式改革的领域中，应当以人民的利益作为关切重点。第五，李教授对于家事审判改革的路径分析非常有针对性，对于立法层面政策建议也具有可操作性。

在审议中的民法典婚姻家庭编中，也应当贯穿人文关怀的法律思想。同时也向从事家事审判的实务工作的各位同志们请教，也期待从你们的工作中汲取更多的学术营养。

孙若军老师：

首先，孙若军老师先对鞠伟院长的与谈发表观点。孙若军老师认为鞠院长介绍的两项措施：一是便民措施，二是智慧平台都值得推广。其次，孙老师非常欣赏鞠院长发言时展现出来的自信，不仅感受到了来自一线法官的力量，而且给我们带来了国家事改革的信心和希望。最后，认为鞠院长在发言中提出的很多问题，需要高度关注，这是今后学者和实务工作者需要进一步研究的问题。

孙若军老师认为，李老师对这次改革的目的、方向和策略的定位非常准确，对此次家事改革走“仿古”路线、采“攻心式”的情感修复思路总结得十分到位。可以肯定的是，这次家事审判改革主要是在效仿“过去”的经验，但也不尽然，包括“背对背”的审理程序、专业心理人员的介入、财产申报措施等也借鉴了很多西方经验。有些创新点，如北京一中院团河法庭、深圳法院的家事改革措施和办案理念没有被高度关注，从这个角度讲，我们对这次家事改革的总结还需要更加全面和深入，如此才能真正反映出这个时代的国情、家文化和家事纠纷特点。最后，孙老师对李老师提出的“家是一个讲伦理的地方，法律不是唯一的评判依据”的观点提出不同意见，她更赞同宋鱼水法官在负责家事审判工作时确立的办案理念，即法官应当牢记自己的身份和职责，“法理情”和“情理法”的顺序不应被颠倒，法官最终还是应当依法办案，不能忽略当事人法律上的权利和义务。孙老师希望以后有机会和李老师深入探讨。正是因为大家在很多问题上尚不能形成共识，才需要交流、探讨，这是我们举办家事法讲坛的初衷，今天李老师给我们开了一个好头，未来我们还会请更多的学者和实务工作者到讲坛来与大家分享智慧和经验，共同为国家的家事审判立法和司法发展助力，敬请期待。谢谢大家！

本期讲坛的综述到此结束，欢迎关注家事法讲坛第二期！

沙龙综述：《家事律师专业化的五个进阶》——徐文丽律师

2020-05-20 家事法苑家事法苑团队
https://mp.weixin.qq.com/s/6ULUetAZ5zoDGRgpnPa7uA

沙龙综述：徐文丽律师
《家事律师专业化的五个进阶》

律师专业化已经成为律师行业的大趋势，如何做好自身职业的专业化，对每个律师而言都是一个重要的课题。律师专业化不是一蹴而就的，要在迷茫中摸索，在启蒙中觉悟，在成长中积累，在成熟中坚守，在坚守中寻乐。本期请到山东建仑律师事务所合伙人、山东省律师协会家事法律委员会委员、淄博市律师协会婚姻家庭委员会副主任徐文丽律师讲述她的家事律师专业化之路，希望给更众多处于专业化不同阶段的律师提供启发和帮助。

沙龙简讯

2020 年 5 月 7 日下午家事法苑实务沙龙 2020 年第 6 期《家事律师专业化的五个进阶》主题沙龙通过小鹅通平台线上成功举办，本次沙龙由徐文丽律师作为主讲嘉宾，毫无保留地为我们分享了她专业化道路上的迷茫期、启蒙期、成长期、成熟期、坚守期不同阶段的探索和经验。与谈嘉宾李琳律师和杨竹一律师分享了自身在家事律师专业化道路上的亲身经历和体会，家事法苑团队段凤丽律师也从她自身多年专业化的历程谈了她的感悟与理解。在互动环节，很多律师纷纷就自己执业中遇到的困惑以及关于专业化道路的探索和坚守等相关问题与各位嘉宾进行了交流和互动。

本次沙龙观看人次达 1253 人，家事律师的专业化道路不易，在律师探索专业化的道路上，希望各位嘉宾的分享和经历能够给予年轻律师更多的鼓舞和支持。

沙龙综述

徐文丽律师分享

大家下午好！非常感谢杨晓林律师以及他的团队提供今天的平台，由我来给大家分享下我执业近 20 年来，对于家事专业化之路的一点思考。今天这个话题，对于我来说有点诚惶诚恐，因为我与家事律师大咖相比差的很多很多。每个人的成长道路不同，也有很多像我一样来自于三线城市的律师在坚持专业化的道路，所以我就把我自己成长过程中的五个阶段总结了一下，希望对于年轻律师一些启迪和帮助，少走弯路，也希望同行多提意见，大家一起在这个家事领域里有更好的发展。

一、专业化之路的迷茫期

两幅图片，揭开第一段迷茫期。第一张是港剧

里的律师，好多人都熟悉吧，是不是也是曾经受过电视剧的蛊惑迷上了律师这个行业。我是看过了大量的律政剧，喜欢上了律师这个行业。

第二张图片大家也不陌生吧，网上有，虽带有调侃意味，但刚入行的律师应该深有感触。执业之初的迷茫期，一方面是案源拓展和专业定位问题，另一方面还是办案要求与能力不足的问题。

我想每一位同行可能都要经历这么一个迷茫期，历经千辛万苦通过了司法资格考试，终于可以做律师了，但是发现并非电视剧中那么威风。没有人找你代理案子怎么办？怎么生存？若有朋友介绍案子来了，突然发现现实中的奇葩案例远远比书本上的复杂很多很多，一下子不知所措，当事人看你不懂不够专业跑了，怎么办？

我是 2000 年取得的律师资格，2001 年从原国有企业辞职，2003 年 10 月份拿到的执业证，前三年我基本是荒废的，没有正儿八经的实习过，也没有明确的指导老师带我，出庭次数也很少。拿到执业证后，2004 年我从淄博市下面的一个区到了淄博市的市辖区，才开始了我的律师生涯。忽略掉之前的几年，我的迷茫期就从 2004 年开始直到 2008 年 4 年多的时间，因为自己不努力，所以走的弯路更长了一些。

我的迷茫期是怎么走过来的呢，我自己认为主要从以下三个方面：第一是与律所同事搭档共同进步；第二是通过广播电台宣传自己；第三是有了要走专走业的想法。

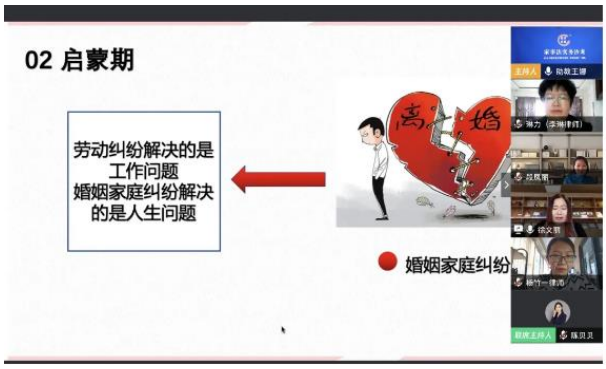
第一与律所同事搭档共同进步：10 几年前，根本没有什么团队的概念，在我到了新的律所后，发现老律师其实并不多，而且也都很忙碌，基本没有时间带我们这种刚执业的律师。那时候也没有微信，网络资源也很少，裁判文书网不公开，学习的主要途径就是靠买书，还有同事之间的交流。只要同事有案子叫我，不管有没有钱，我都积极参与，因为觉得多了一个学习的机会。那时候啥案子也接，不管民事刑事案件，不懂的几个同事之间就互相讨论，最后确定一个思路。每个人遇到的案子不同，讨论的同时我就对我没有接触过的案子有了很深的印象，这样也积累了很多实践经验，在业务领域不至于那么迷茫。

第二通过广播电台宣传自己：2004 年到 2008 年期间，我在淄博广播电台《法在身边》和淄博经济广播电台《法眼看天下》做了好多次节目。那时候的《法在身边》是每晚 8 点到 9 点，每个律所一周，有 5 个律所轮流做节目。周一到周三是案例，周四到周日是接听咨询。《法眼看天下》每周一次，是在周日的早上 7 点半到 8 点半。免费的普法节目，其实也是一个免费的推广自己的机会，同时也是一个学习的机会。案例要自己准备，就从书上找，编辑一遍后自己记忆更深刻，直播现场接听咨询电话很锻炼人，一是知识点掌握的要全面，二是反应要快，三是不能回答错误。我一开始很紧张，对于很多问题不敢回答，都是搭档的同事在说，下了节目回去我就把今天遇到的问题整理出来，再去找法律依据，直到自己弄懂为止。这样无形中又让我提升了自己的业务水平。因为电台节目是一早一晚，很多同事嫌辛苦不做了，只有我们几个人坚持了下来。如今的《法在身边》为每周日下午 5 点到 6 点，《法眼看天下》仍是每周日早上 7 点半到 8 点半，节目内容大改版，我依然是嘉宾，我的粉丝已经很多很多，我的很多案源也来自于电台的粉丝，而且一直源源不断，10 几年前的粉丝也保留着我的电话，遇到法律问题也会想到我。有了案子有了收费，心里踏实了很多。

第三有了要走专走业的想法：随着案子越来越多，还有每天的咨询电话，突然感觉自己很累，简单的案子好说，而复杂的案子还是会陷入迷茫，同事之间的交流也不能给我新的思路，2008 年开始，网络咨询和推广也开始发展起来，我也开始在网上搜索案例，搜做一些同行的文章。也看到大城市的律师在做专业化。我印象比较深的是柯直律师的中国离婚网。我当时的想法是，选择做专业，能更好的研究这一专业的案子，那以后找我代理这类型的当事人不就越来越多吗。但是选择什么专业呢，定

不住，因为啥案子也做过，不知道自己哪一方面更擅长一些，但想法有了，这就要进入第二阶段了。

总结第一阶段，我觉得是一个奠定基础的阶段，专业化并非只做一个专业，法律的基本功要有，在迷茫期代理了各类案件，才让我有了敢于选择专业化的勇气和底气。



二、专业化之路的启蒙期

我的第二阶段是从 2009 年到 2011 年，有一个案子让我特别深刻，由这个案子我感觉到不专业的律师对于当事人的误导是相当严重的。

这是一个离婚纠纷的案子，女方是被告，男方已经是第二次起诉离婚了，在一审中女方没有出庭以为法院就不敢判决离婚，没想到法院真就缺席判决了，她想要上诉找到我代理。我问她，一审为啥不去开庭应诉呢，她说她咨询了一位老律师，老律师告诉她，只要不出庭法院就不敢判的，结果她就相信了，没想到法语啊直接给判了。法院缺席判决离婚一般有两种情形，第一是因被告下落不明采用公告送达方式而缺席的。法院可根据失踪的时间、夫妻感情是否彻底破裂等情形进行判决。第二是被告经传票传唤无正当理由拒不到庭而缺席，她就是这种情形。虽未失踪，但出于不同意离婚或者为达到其他目的，故意不到庭参加诉讼。民诉法第 144 条规定："被告经传票传唤，无正当理由拒不到庭的，或者未经法庭许可中途退庭的，可以缺席判决。"此条并未对离婚案件做禁止性规定，因此离婚案件被告不出庭的，法院可以缺席判决离婚。这个案子还有后续，我代理的二审给她争取了发回重审的机会，但法院明确只是对于财产部分，离婚是无法改变了。老律师不懂专业真的很可怕。

在这期间我开始倾向于民事案件，而民事案件中咨询最多的有两类案件，一是劳动争议纠纷，二是婚姻家庭纠纷。这两类案件也是最麻烦的。劳动争议纠纷中，我代理劳动者比较多，在劳动法规还不完善的初期，劳动者真的属于弱势群体，想要维权很难，如果没有专业律师代理会难上加难。就拿工伤案件来说，我代理过各种疑难案件，曾经遇到一个农民工工伤住院，单位为了省钱用别人的名字给他办理的住院手续，导致后面认定工伤比较难，因为病例和自己的真实名字不相符。我当时就找了很多网上的报道案例，给他想了一个解决办法，去法院诉讼侵犯姓名权，虽然案子败诉，但法院认定了他受伤以及冒用他人名字住院的基本事实，工伤认定部门就可以认定工伤了，也拿到了工伤赔偿款。我那几年经常收到土特产，地瓜啊板栗啊小米啊，都是我那些淳朴的委托人送来的。还有很多锦旗，代理劳动争议案件，除了代理费之外，收获更多的是感动，开始感觉到做律师的价值，不仅是为了谋生，还要有责任感。

同样，我开始代理大量的婚姻家庭纠纷，除了离婚纠纷，还有赡养、继承、抚养等等案件。这些案件看似简单，但真做起来，比劳动纠纷案件还要痛苦。当听我自己一方委托人陈述理由时，我甚至要陪她掉眼泪，在法庭上也是为她据理力争，甚至带入自己的感情因素，后来感觉到自己不应该这样，律师要给自己定好位，委托人因为感情破裂要解决的问题，更需要的是律师用专业的法律知识去帮助她。随着遇到的案子越来越多，疑难复杂问题就来了，比如父母出资买房、婚前买房婚后贷款、一方有过错能不能少分财产等等，随着婚姻法司法解释三的出台，实践中类似的案子也开始多起来。

因为代理的婚姻开庭案件多了，也开始积累了一些诉讼及实务经验，同时代理婚姻家庭案件带来的成就感也高于劳动纠纷案件，劳动纠纷案件解决

的是工作问题，而婚姻家庭案件解决的是人生问题，尤其是处在离婚纠纷中的孩子，一想到他们就特别难受，很希望能让他们的父母能以一种和平的方式分手，不要成为仇人。就在 2012 年初，一位母亲的咨询，也让我进入了第三阶段。

总结第二阶段，当不再为案源发愁时，就想到了专业定位，而且也要考虑律师的价值关和社会责任感。

三、专业化之路的成长期

我的成长期就从这位母亲咨询开始，大概在 2012 年至 2016 期间，因为代理的婚姻家庭案件较多，有了稳定的客户，也有很多推荐过来的。这位母亲是我的听众，她咨询的问题是“抢孩子”，她与前夫通过法院起诉离婚，经调解离婚，孩子由她抚养，男方可以探望孩子。离婚 1 年多，男方突然带人闯到家里将孩子抢走。她去男方老家找过也找到了，但没法带走。她报警，公安认为父亲将孩子带走不构成违法犯罪不予处理。我当时也建议她可以孩子交付为由起诉立案，但立案庭意见没有这个案由，人也找不到也法处理。最后只有一条路，去立案执行，以要求支付抚养费和交付孩子的请求，好再法院没有审查执行案由给立上了。我与她跑了好多趟法院，本地法院将案子委托男方老家法院执行，过了好久给回复了，说没有找到。至此救济途径没有了。

2012 年大概 3 月份，我想从网上看能不能搜到相关案例，能不能帮这位母亲。这时候我做了一个决定，就是从之前就浏览过多次的“家事法苑家事律师网”上找到了一个 qq 群号码，然后申请加入，进群验证时群主杨晓林律师问我如何找到的群号，我就照实说了，然后群主通过，我就这样加入了家事法苑的 qq 群，也开启了我家事专业化的成长期。一入群，我就开始咨询迫不及待的咨询我的“抢孩子”问题，我发现这不仅是我的难题，也是我们众多同行的难题。于是就有了进一步的研讨，我在群里看到了段凤丽律师分享的江苏省无锡市南长区法院“抢孩子做惩罚性判决“的案例，受到了很大的启发。之后，我也经常在群里分享我的实务经验，认识了很多外地的同行，有了婚姻家事案件交流的平台，如鱼得水，我的个人业务能力也提升的很快。因为乐于分享，我被杨律师任命为 qq 群管理员，一直延续现在的微信群。

2013 年，又一位母亲找到我，她是一起离婚案件，一审结束判决离婚，但 7 岁的儿子判给了男方，原因是男方父母出庭作证说孩子跟随他们生活时间较长，而且在起诉离婚后男方就把儿子接去不让女方见到，后又将孩子带回老家。一审判决后她们不服，也咨询了很多律师，都说没有办法了，按照 1993 年的司法解释就是这么处理。找到我之后，她咨询上诉是否有可能改判孩子的抚养权。当我看着她作为母亲无助的眼神，同样作为母亲的我非常能理解她此时此刻的心情。我告诉她，如果你不上诉，那结果就这样了，如果你上诉，或许会有转机。因为我看到过惩罚性的案例，可以试试。为了孩子，哪怕有一丁点的希望她也要争取，因此她决定委托我代理二审。二审中我们提供了新的证据，包括孩子的作业本、微博、照片，这些证据都能证实孩子一直随妈妈生活的点点滴滴，也能证实孩子的成长是离不开妈妈的关爱。最终，二审法院将抚养权改判给了她。当拿到判决书的那一刻，我很欣慰，但是我也知道，即使拿到判决书，怎样让孩子回到她的身边，仍然是当前的一个难题。就这样为了解决这一个一个的难题，也让我在家事专业的路上一步步成长。

2014 年，我将二审改判的案子总结了一下，写了一个篇“在离婚案件中，夫妻一方抢走孩子，孩子的抚养权该如何判决？-吴某与张某离婚纠纷案”的案例分析，有幸被推荐为“中国民商案例精选 2012-2014 卷”。2015 年 5 月我参加了第二届中国婚姻家事法实务论坛，以后每年都会积极报名参加撰写论文，并作为论坛志愿者为论坛做一点力所能及的事情。2016 年参加第三届中国婚姻家事论坛时，我的抢孩子案被选为论坛研讨案例，还作为

案例提供者上台讲了 2 分钟。

这一些，对于大律师来讲可能是很平常的小事情，但对于来自于三线城市的我来说就意义非同一般。第一，因为能把婚姻家事作为专业的并不多，尤其是小城市，我做到了；第二，因为能交流婚姻家事专业的群体也不多，但我通过自己偶然的机会加入了这样一个优秀的平台，对我的成长有很大的帮助；第三，我走出了小城市，走到了北京全国婚姻家事的论坛，认识了不仅是同行大咖，还有很多的专家教授法官，让我的视野更为广阔；第四，专业的成长，让我坚定了婚姻家事专业的信念。这个阶段，我基本 60%的业务来自于婚姻家事案件。

总结我的第三阶段，专业的成长期需要有更好的引导者和好的平台，走出去，学到的更多。

四、专业化之路的成熟期

2017 至 2019 年我迎来了专业化的成熟期，这期间我的婚姻家事业务已经达到 80%，而且我开启了我的“丽姐说法”案例分享之路。“丽姐说法”是我 2016 年注册的，但之前更新的很少，粉丝也很少。2018 年 7 月 2 日，我与《法眼看天下》主播刘玲达成了合作，即把我的“丽姐说法”作为一档普法栏目在广播电台每周一期，形式是录音加文字同步推出。自那天起，每一天我都会更新案例和内容。最近一年，基本以家事案例为主，有时偶尔会有与家事有关的劳动、行政、刑事等领域的案例。现在只要一张口叫丽姐的，都是我公号的粉丝。我的家事专业化品牌也树立起来，文章已经有 800 多篇，有同行说，只要遇到家事案件就去我公号搜，基本能搜到。

既然已经定位家事专业而且基本以家事案件为主，我的专业化之路算是成熟期了。但我感觉，遇到的案子越多看到的案子越多，却发现各种同案不同判的问题，很困扰。比如婚后父母为子女买房出资如何认定的问题，我整理过的案例中有北京、上海、内蒙古、江苏、浙江、辽宁、山东、河北、天津等地的高院、中院，对于出资性质是赠与还是借贷，举证责任如何分配，一直不能统一，有的同一省内的各中院意见都不一致。

比如最近看到的上海一中院和二中院对于此问题的意见，一中院认为即使儿子的借条是事后补签，仍不影响借贷关系的成立。理由是：虽然配偶一方在借条上没有作为借款人共同签名，但该借款用于夫妻购买房屋等重大家庭事务，应认定为夫妻共同债务。从公序良俗的角度，在倡导敬老慈幼之时，亦应提倡子女一旦成年，应当自立生活。父母体恤子女，帮助子女改善生活境遇、渡过经济窘期、稳定家庭和谐而提供的经济帮助，非父母法律义务，而是父母慈幼的一种体现，不应理解为理所当然的赠与，子女理应负有偿还义务，此亦是子女敬老应有的道义。

二中院则认为，只有一方子女签字不存在借贷合意的不构成夫妻夫妻共同债务。理由是：现实社会中，父母基于亲情考虑，出资为子女购置房屋的情况并不罕见。在婚姻遭遇解体危机时，出资的父母与自己子女补签借据，或者是子女确认借贷关系，均非难事。由于在婚姻关系缔结之际，出资一方父母及子女并未披露相应出资为借款，相对方的配偶从社会风俗及自身阅历考量，会产生所获利益来源于对方父母赠与的认识，无从知晓相应债务的存在，更不能从源头上防范该类债务风险。一旦遭遇婚姻解体危机，自身认识中的对方父母赠与可能演变为债务。因此，父母买房出资是否构成共同债务，需要考虑夫妻双方是否均具有向出借人借款的合意。

之所以分享这么多案例，就是想让更多的人看

到实践中的问题，也为专家学者提供案例素材，希望一起研究推动早日统一观点。还有对于抢孩子案件，我一直关注。之前的两位母亲的案例，一位离婚后被抢走孩子的，后续是孩子满了 10 岁后，男方来起诉变更抚养关系，孩子也到庭了，对于母亲非常陌生，判决结果没有悬念，法院支持了男方的诉求。女方在法庭失控，她认为孩子被抢走时法律不能制裁，而通过抢的方式改变了孩子的生活轨迹，让一个母亲 6 年见不到孩子，法院还会支持男方的诉求，她认为法律太不公平。另一位母亲同样面临如此困境，虽然她通过法院执行了，但孩子带去后根本不认他，法院也没法强求，孩子满了 10 岁男方提出变更，法院也支持了。两个孩子的生活都被抢改变了，仇恨的种子在孩子心里生根发芽，势必会影响他们今后的人生。类似的案例在我们身边也较为普遍。为了离婚为了争夺抚养权，当事人将孩子当做物品一样抢来抢去，严重侵害了未成年人的身心健康。但是因为抢孩子的都是自己的亲爹亲妈，一方抢走或者控制不让对方见面时，竟没有任何司法救济途径。司法实践中，对于“抢孩子”行为在判归抚养权时该如何考量，存在两种观点：第一种观点：离婚案件中在一方不同意离婚的前提下，案件周期基本上都会在一年到一年半左右的时间，有的案件甚至通过诉讼策略可以延长至两年或三年之久。那么一方如果不“抢孩子”，必定在将来争取子女抚养方面存在诸多不利因素，同时在离婚诉讼期间的探望问题也成为障碍。基于此，就不应该归罪父母一方当初“抢孩子”的动机。故离婚案件中仍然要根据子女利益最大化原则作出判断，而不应该问责于父母“抢孩子”的手段。第二种观点：为了获得抚养权在双方分居后将孩子“抢”到自己这边来或者控制孩子不让另一方相见，会对子女的身心造成重大影响。基于此，应做出惩罚性判决，不能将子女判归“抢孩子”这一方，否则这种做法很有可能引发更多的道德风险，还有可能起到负面的引导作用。夫妻双方不应当将争夺抚养权作为感情破裂的宣泄口，更不应该限制另一方对子女进行探望达到内心愤怒的平衡。只有这样才能在未成年子女成长的道路上极大降低父母对子女的伤害。我搜索了很多案例，也是为了呼吁“在判决抚养权时，应优先判给未抢孩子一方”的原则，从法律的源头杜绝抢孩子事件。

总结我的第四阶段，成熟期的专业律师，看到的不仅是个案，应是多了一份责任心，希望通过个案推动统一裁判意见尽一份力量。

五、专业化之路的坚守期

2017 年，我离开原来的律所与其他合伙人成立了现在的所，而我们新所主要以建筑房地产为主，家事业务就成了小众，但是我依然选择了家事这个专业。选择的原因是因为喜欢，很多人说不愿意代理家事案件，要离婚的人心态都有问题，负能量太强了，代理的离婚案件多了会影响自己的心情和家庭。10 几年走过来，代理了近千件婚姻家事案件了，反而让我感觉到更珍惜自己当下的幸福。看到委托人最后释然，我觉得很欣慰很有成就感。律师专业化，我个人觉得不仅考虑能赚多少钱，还要看自己是否喜欢，如果不喜欢最好不要选择这个专业，否则接受到的就是满满的负能量，甚至会打垮你。

如何坚守下去，我觉得需要一群人一起走。大家应该都知道，杨晓林律师除了家事法苑业务群，还有法律人电影音乐群，家事法苑微信公众号也经常推荐一些电影，杨律师也经常直播电影原声音乐，我想作为家事专业律师，首先要有情怀，而不是法律机器，只有爱生活有温度的律师，才能将接收到的负能量化解掉。一个人可能很孤单，但有了一群家事律师在一起，你就有了坚守的力量。自从加入到家事法苑 qq 群和微信群，除了家事法苑团队外，还有一群志同道合的家事律师以及专家教授学者法官，给了我专业的支持与帮助。我没有显赫的成绩，也不能算成功的家事律师，只希望我的经历给正在选择家事专业的律师同行们有一些启发和帮助。

李琳律师分享

各位大家下午好，首先感谢杨晓林律师率领的“家事法苑”团队给我这次机会，使我有机会谈谈自己做律师的一点儿感受。其次感谢各位能够耐心听我谈一下自己的体会。

第一，做律师就要做专业律师，做婚姻家事律师就更需要专业化。

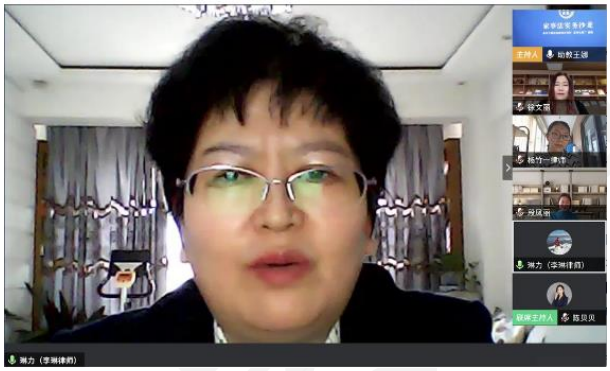
我是 1993 年 4 月开始做律师工作的，至今已二十七年了。我是从国办所律师改制为现在称呼的“社会律师”的。做律师之初，就经常在报纸杂志上看到“做专业化律师、做专业化律师所”。但一方面是地域限制、经济环境问题，一方面是谋生问题，所以我做律师的前二十年只能是认真办好每个案件，做好自己。

2015 年，偶然看到网友转发的家事法苑团队发出召唤网友加入 QQ 群的信息，我就抱着看看再说的心理，先申请加入了家事法苑团队的 QQ 群。因为之前我一直想参加一个能够探讨案件的法律专业 QQ 群，这样在办案时遇到难题可以请教一下，但加入了两次 QQ 群，一次是因为他们在群里的观点不对，我纠正了一下被踢出来了，还有一个群根本没人讨论案件，净说与法律无关的话题，我就自动退出了。在家事法苑团队的 QQ 群里，看到各位律师进行专业化的探讨和交流，我真是有一种找到组织的感觉。虽然我不够专业，但每天能接触到这么专业的婚姻家事问题和信息，我感到了强烈的归属感，我把那些文章都打印出来订成册，列上题目有空就看一看、学习一下。之前，我经常搜集人民法院报上刊登的案例，并做成剪报，但后来我发现光看法院报已不能满足我的求知欲。所以，杨律师的团队推送的各类信息，让我感觉应接不暇、收获多多。在具体办案时遇到类似案件，我就拿出来去说服法官采纳我的意见。因为杨律师团队每天转发的都是当今国内最新的法律信息，所以逐渐地法官也乐于接受了。对我来说，真是受益匪浅。当初加入 QQ 群，我是抱着学习的态度申请的，后来在群里积极参与、遵守群规，得到杨律师的认可，我由普通群友变成了微信群管理员。在这里，我认识了好学的天津的王志锋律师和山东的徐文丽律师，后来慢慢地和团队的其他律师也逐渐熟悉起来，他们的勤奋、敬业、专业精神影响着我。2017 年开始杨律师又邀请我参加全国的婚姻家事论坛，接触了很多婚姻家事专业律师和专家、学者、法官，在他们那里学到了很多家事律师的专业精神和专业知识，感觉自己有了成长。

这几年通过学习研究和办理案件，我深深体会到，一个律师在具体办理婚姻家事案件时，如果不具备专业的水准是无法把案件做成专业化的。例如 2016 年我代理的一个继承案件，涉及到一份打印遗嘱的效力问题，如果这份遗嘱有效，我的当事人就没有分割遗产的权利了，因为打印遗嘱中我当事人的父亲把所有财产都赠给了他再婚后所生的小儿子的孩子了。王志锋律师向我推送了最高院给北京高院关于代书遗嘱的答复（2011 年 12 月 6 日）。因为被告方提举的两位证人证明被继承人是当着证人的面在事先准备好的打印遗嘱上签的名，法官认可打印遗嘱是代书遗嘱的一种形式，但他坚持认为虽然是打印遗嘱，有些地方不符合继承法关于代书遗嘱的形式要件规定，但是只要是被继承人真实意思表示，就应当认定遗嘱的效力。而最高院给北京高院的答复明确说明了，代书遗嘱必须符合继承法及司法解释规定的法定形式要件。这份代书遗嘱的打印人没有在场也没有签名，因此不符合代书遗嘱的法定形式要件规定，应为无效。最后，法官认同了我的观点，此案在法官的主持下调解结案，我的当事人继承了遗产。

还有一个案例就是我的一个女当事人在 2014 年因为遭受家庭暴力要离婚，其丈夫承诺将婚内购买的住宅楼约定为女当事人的个人财产，双方到律所书写了婚内财产约定的协议书。2017 年，男方有了外遇，但女方无证据，女方提出离婚后，男方要求将住宅楼作为共同财产予以分割。我作为女方的代理人，向法官提出婚姻法第 19 条关于夫妻财产约定制的规定，并将在家事法苑团队搜集的相关案例交给法官作参考，最终法官采纳了我的意见，认定夫妻婚内财产约定协议有效，住宅楼归女方所有。

我代理的这两个案件在我们县法院震动很大，由此也改变了法官的判案理念，令我感觉自己向专业律师的队伍又进了一步。我的体会是，平时多学习、多搜集案例，勤于思考，掌握婚姻家事最先进的理念，才能将代理的每一件案件办成专业化的案件。



第二，做家事律师要懂得生活常识和人情世故

律师只有专业的知识，不懂得人情世故也不能做好家事律师。我们常说，家长里短。在我们办案过程中，家事律师不光要讲法律，也要讲人情道理。

前几天代理一个再婚老年人离婚案件。两位老人在 2014 年相识后同居，2017 年登记结婚，婚后共同购买了一套住宅楼。2019 年 5 月男方患病瘫痪在床，因护理问题，男方子女与女方产生矛盾。双方发生争执后，女方离家在外租房居住。在 2019 年 10 月女方也患了严重的疾病（胰腺肿瘤）需要手术治疗。因为女方女儿也是打工刚刚能维持生活，所以只能承担老人前期医疗费。女方的女儿通过多方打听带着老人找到了我，我了解到案件的基本情况后，跟她们讲了两种解决方案：一种是离婚的同时要求分割财产，一种是不离婚以扶养义务为由要求分割财产。并给他们讲解了两种处理方法的诉讼风险。考虑到不离婚分割财产不能一次性彻底解决问题，女方决定离婚，分割共有房屋，以解决医疗费问题。男方的儿女们认为自己的父亲在两位老人婚姻关系存续期间付出较多，不想给付女方财产分割费，就以老人不同意离婚为由拒绝男方参与诉讼。我代理的女方急需财产分割款治疗疾病，为了快速解决问题，我在征得我的当事人同意的前提下，和男方的儿女们讲解法律规定，夫妻的扶养义务，如果老人因病不能到庭，子女又不接受委托，两位老人无法离婚和分割财产，那么，女方可以撤回离婚诉讼，单独起诉要求分割共同财产以治疗疾病。当然，期间我也给他们讲了两位老人再婚还能共同购买房屋，可见二老的感情是多么好，现在谁也照顾不了谁了也是现实问题，应尽快解决，不要让老人上火加重病情。同时，徐律师和王律师各给我提供了一份案例，我也做好了再进行下一个诉讼的准备。非常高兴地是，我和男方子女恳谈后的第二天，法官通知我，男方儿子接受了老人的委托，可以调解离婚。最后，通过协商，解决了老人离婚及财产分割问题。双方均对我表示感谢。这时候，我的成就感真是油然而生。

我记得我刚刚做律师时，看到老律师在劝来离婚的女当事人，常说的一句话就是“出一家进一家不容易”，就这样把女当事人劝走了，实际矛盾根本未解决。现在人讲究不将就，我觉得这才是活出了真实。而且这句话适用任何家事问题。我很赞同深圳锦天城律所的郭璇玲律师的一句话，我们要做解决问题的律师。是的，无论生活中发生了什么问题都需要解决。我们律师为当事人提供法律服务，就是帮助他们解决问题的，所以不要在乎人家说你把婚姻给拆散了，把家庭关系变得没有亲情了，实

际你是把问题给解决了。

可能讲人情道理对于年轻律师很难，因为它是靠一点一滴生活的积累而来的，但只要我们平时多学习，做个有心人，凭我们做律师的口才讲讲人情道理还是很容易让人信服的。

虽然我作为中国最基层的县域律所律师，无法像杨律师一样做婚姻家事专业律师，但我在做每一个婚姻家事案件时，我可以努力做到专业化，把它做成专业的案件。

列夫.托尔斯泰《安娜.卡列尼娜》开篇语：幸福的家庭是相同的，不幸的家庭各有各的不幸。我想说，律师的成功道路是相同的，但律师成长的艰辛路程也是各有各的不同，但唯有一点是相同的，那就是坚持！

最后，还是要感谢杨律师，让我在人到中年后还一直在成长、进步！再次感谢大家！

杨竹一律师分享

徐文丽律师和李律师两位都讲得非常好，尤其是两位来自比较小城市的律师，能坚守一个专业化，是让我们非常敬佩的，专业化的道路不好走，无论是在一线城市还是二线城市，或者是其他的小城市，家事律师的个人经历都是大同小异的，他们经历过的困惑，我们也同样经历过他们那样的困惑，我们也遇到过包括两位律师提到的，对杨晓林律师所创立的家事法苑的品牌，为家事律师营造了一个很好的平台，让我们所有的专业家事律师找到归属感，这个也是我特别赞同的，所以在这里我也非常感谢这个平台，我们也尽力维护好这个平台，我们今天分享的三位嘉宾，包括徐律师、李律师，包括我本人都是家事法苑的群管理员，其实我们也在用自己的一份心力回报杨律师。

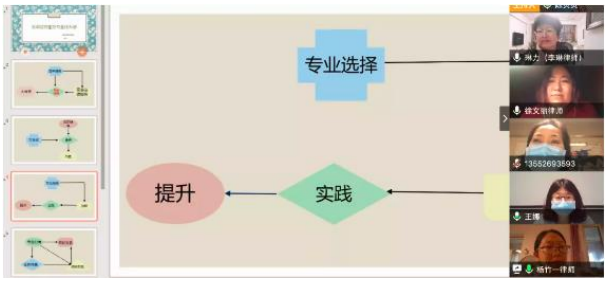
首先专业化的道路一定是年轻律师的一条路，因为我个人经验而言，我刚来在律师事务所的时候，我的背景是做金融的，我在香港恒生银行工作了两年，回来以后我认为我自己很有金融工作的背景，我回到成都以后可以做金融业务，但是事实上泰和泰律师事务所的金融业务早就被几个高伙包了，我们成都大部分的银行都已经是他的客户，我们年轻的根本就进不去，那这个时候怎么办？我回来的时候，2011 年，正好赶上了家族财富管理，很多的家事律师也都想去做。

可是我发现谈家族财富管理的时候，大部分家事律师是不懂金融常识的，是看不懂财务报表的。这个时候我也有自己的经验、工作背景，但是我没有资源，我没有资源怎么办？那就选择做婚姻家事案件。做婚姻家事案件不是一个资源型业务，任何一个律师，我觉得他可能他从一开始执业，或多或少都会遇到婚姻家事案件，在一个律师的职业生涯里面，可能都会遇到一两个案子，所以家事是最不需要资源也能做到的案件，也是最好切入的一个专业领域，所以我就选择了，其实我刚开始对家事律师也是有偏见的，我刚做律师的时候，给自己默默地树立了两条规则，一个不做家事案子，第二个不做刑事案子。

在做家事案件中，我发现其实我们不是在破坏别人的婚姻，他们的婚姻如何，他们的感情如何，跟我们没有关系，我们捍卫的是当事人的权利，包括财产权利、人身权利，所以青年律师选择一个专业，家事是最广的，可以不靠资源就可以得到一些案源，所以从这个角度进入，然后成为一个专业的律师。

因为之前在金融行业的背景，专业化对我来说不是要不要选择的问题，我没有太多的选择的迷茫期，选择专业化是很自然的。就只是需要选择走哪

个方向，不管是家事还是金融或者选择其他的。



专业化怎么走？

首先要训练你的专业思路，你要储备你的知识，对于律师来说就三个途径，案例、论文，还有法条，储备你的知识各方面，不光是你所从事的家事这些知识，就婚姻业务来说知识储备量是极大的。不仅是要熟读一个结婚、继承、抚养、遗嘱等等这些链上的法律知识，还要去熟悉外国的风土人情，因为你有可能也会触及到涉外婚姻领域。

做一个诉讼律师，不仅要懂得律师的思维，也要懂得法官的思维，也同样要懂得当事人是怎么想。当事人在跟你讲他所遭遇的问题时，你要清楚他所遇到的问题的关键节点在哪里。比如说经常遇到有当事人来跟你说他想离婚，然后你听半天，结果你发现都是一些琐碎的问题，这个时候你是顺着他的意见来说，帮他办离婚？诉讼策略如何进行？还是说我发现你的婚姻其实只是遇到婚姻危机，而不是遇到感情破裂，进而再告诉他如何化解婚姻危机。

第二，说一定要说到点上，我们开庭的时候，法官也喜欢能说到点上的律师，而不是哇哇的讲一堆？我们跟同行交流，同样也是在说，我们就讨论案例，不对同行是否专业去进行评判，这是基本的尊重，这是我认为的。

第三，我们所在的行业是否认为你专业，其实往往都是从形象上体现的。刚开始，同行间其实是不了解的，是不是专业我们也是不知道的，有可能是他在说。但是我们看他写的文章，我们看他写的东西，我们自己都会有一个评价，他到底专不专业，所以写对于律师来说不仅是基本功，也是体现职业素养的一个能力。

我们面对法官会写代理词、答辩状，在法官没有见到你之前，你写的东西就是第一张名片，法官会根据你写的东西判断你是否专业，能否和你沟通。

在整个职业生涯当中体现的都是听、说、读、写，读更要读文章，大量的杂志、论文，还有书籍，还有法学研究，还有很多我们家事法苑平台向大家推荐过一篇论文，包括一些基础的书籍，王芳律师的、谭芳律师的、杨晓林律师的、贾明军律师的等等，我们同行写的书籍也有面对的读者群，有面对普通读者的，也有面对同行写的，都去看一下，至少是年轻律师踏入专业领域里面，应该必须要具备的一些普及性的东西。

我记得我当时开始选择做家事律师的时候，我基本上把市面上所出现的婚姻家事方面的书籍全部买了个遍，然后拿回来一个一个的看，慢慢的形成自己的思维方式，最终在知识储备、形成的专业素养和思维能力之后，你必然呈现出一个专业律师的形象。这个形象有可能是温文尔雅，也有可能是和蔼可敬，也有可能是独树一帜，也有可能是职业精英现象。但是无论是怎样的形象，你必须以一个专业律师的形象站立在客户面前，站立在法官面前，站立在同行的面前。因为如果你是一个没有显著形象的人，可能同行不认为你够专业，今天的客户也是非常挑剔的。我不知道其他城市，但至少在成都，我们的客户找来的话，第一个都问你专不专业，先打听你，然后再跟你见面，然后再听你说话，然后再看你的形象，他才决定要不要委托你。所以面对客户、面对法官、面对同行，我们都需要给自己一个完整、专业的形象矗立在大家的面前，而这一形象的形成，跟你的知识储备、跟你的职业素养是息息相关的。

我们再来看，在完成了这些专业化的初级阶段，表面的这些专业化的项目准备以后，我们在做专业化选择的时候，就应该开始扎扎实实的注重它的内涵了。内涵，首先要深耕，我们所说的深耕不是说你只懂一个内容，比如说我们不应该说只懂离婚，只懂结婚。我们应该说专业已经不是一个链条状态，

而是一个网状的分散的状态。只要跟婚姻家事有关的，无论是民事，还是执行的，还是刑事的，甚至行政的，我们都可以做，而不拘泥说民事律师、刑事律师，或者是说劳动律师或者行政律师，不这么分，而是说你的专业，比如说在家事领域里面，家庭暴力引发的刑事案件，你能不能做？对吧？加上财产分割当中衍生的股权分割、股权转让，你能不能做？既然是离婚案件当中，因为争抢抚养权导致的未成年人权益保护的案件，涉及到的民事、涉及到的刑事案件，你能不能做？

这类的书籍不要去看？我们要不要去看案例？在做完所有的这些理论准备以后，在实践当中只要是跟家事有关的，跟个人业务有关的，都可以来做。你做好了理论准备，实践中一下子你拿来就能做，通过实践又在提升自己的思维能力，像刚才我们的两位律师都提到他们所办案例同案不同判太多，但是其实慢慢的发现不是同案不同判的问题，而是说家事领域里面，你除了要懂法理之外，就像李律师说的，还要有其他的人情世故。

前天吉林大学的李拥军教授也做了一个沙龙讲座，我觉得是非常值得我们家事律师去学习的一个思维，他讲得非常好，今天的家事审判改革不是在创新，而是在仿古。所以我们如果熟读中国传统文化，读中国传统古典文学，你都可以从中国所有的古典文学当中找出中国古代的家庭模式。这个时候你再来看你今天所承办的案件，如果你认为你跟法官讲法理讲不通的时候，你试着从这些传统的人文理念去考虑，去看法官的裁判到底有没有道理？我们举一个简单的例子，我当时做一个抚养权的纠纷，这个案子是什么呢？

现在可能大家也会经常注意到，我们在争夺抚养权的时候，其实大部分的父母其实都不是，尤其是男方不是在为自己去争夺孩子的抚养权，而是在为父母去争夺抚养权，因为他的父母喜欢孩子，而他的父母可能也帮着他带了孙子很长时间，跟孙子很有感情。然后男方在法律上为了要得到抚养权可以说不择任何的手段，甚至不惜任何的代价，其实他要回来孩子可能也不是自己养，他可能在另外一个城市工作，而把自己的孩子放在爷爷奶奶身边。这个时候女方有可能就提出变更抚养权，而变更的理由，就是父亲没有实际抚养孩子。面对这样的问题，我们可以说以这种没有尽到抚养义务的理由来请求变更的，几乎法院全都没有改判，全部都是维持原来的抚养方式。可是我们当时为什么要接这个案子？其实我们接下来希望通过对儿童进行心理评估，这样的一个儿童，他是不是合适在没有父母的家庭里成长，在这样的环境里成长，对于儿童的生长发育有没有影响？我们试图通过这样的一个报告来说服法官，做出改变，但是很遗憾，这样的尝试都没有得到满意的回应。

但是我又想，其实我们回顾中国法制历史，很多的案件都是律师一步一步打出来的，刚开始都是输的，最典型的就是夫妻债务纠纷。刚开始我们接的每一个案子，几乎法院都没有判定是个人债务的，全是夫妻共同债务，都是我们这些律师争取了 10 年，然后在今天才有的规定，其实律师就是用我们每一个案例去推动审判的，你只能一步一步地去推动法制的进程。

就像建造楼宇一样，你必须要去做，因为我们其实是中国法制建设的最基础的基石，你不做的话，很多案子依然会是存在问题的。我记得我在 2013 年的时候，承办过夫妻一方擅自处分房屋的纠纷，然后我们力主合同有效，一审法院判决合同无效，我们上诉到二审法院，认可合同有效。当时拿到一审判决以后，我跟当事人发了二审的上诉状，将代理词一起发过去，然后我给他附了一句话，给他说 10 年前我也曾代理过夫妻单方处分共有产权房屋的案子，当时我力主合同有效，所有的法院没有支持我们，当事人也没和我们走到二审，但是 10 年后的今天，最高人民法院终于出台了相关规定，无论判决最终结果会怎么样，请相信法律终究会回到正义的轨道上。后来见了当事人，他说：“”我看了这句话以后，心里很温暖。”所以这也是刚才李律师说的，作为一个家事律师，你一定要有一颗温

暖的心去足够温暖当事人，因为你要知道他们在婚姻当中过的日子已经七零八落了，如果这个时候你仅仅给他讲法律，还不讲人性的话，他在律师这里也得不到很强大的精神力量。而这些来找到你的那些家事案件的当事人，他们是需要精神的支持的。

所以除了提升你的专业能力，除了提升你的专业知识，你必须还要提升你的思想境界，你还要提升你的思维广度，还要提升你的一些情怀。

我说完了专业的选择以后，我们来看专业的归属，我为什么要说选择专业化的归属？我在我们律所 2018 年的年会上说过专业的归属是生态链，专业化是一个网状的发展，不是链状的，家事案件引发了财富管理，触及到了区块链和互联网经济中涉及到的家庭财产。当年区块链兴起的时候跟家事有什么关系，好像没有什么关系，那是一个技术，可是它跟家事就有关系，就是遗嘱的管理、遗嘱的见证，家事案件的办理与新兴技术的交互越来越紧密。互联网金融兴起的时候，它跟家事有什么关系？看似没有关系，但是互联网金融当中的债务，各种 P2P 引发了后面的夫妻共同债务纠纷。个人从离婚的财产分割发展到现在的个人法律顾问、私人法律业务，都是专业化，最终走向了一个网状的发展，形成一个生态链，这也是我说我们律师也应当进行交流。我很赞同律师之间广泛的交流，跨行业的跨界的交流，这样不仅有助于我们对专业知识的一个展示，也有助于我们更多的去拓宽自己的专业视野，能够清楚和敏锐地发现自己的专业与其他行业之间的交汇。在面临今天新技术、面临新兴金融、新兴经济、新兴资本的时候，家事法律服务应该立足于哪里？

我们家事法律服务还能拓展到哪里？最后实现的是合作共赢，也就是专业化最终的方向，实现的是你做到精准的法律服务。我 100%的业务是个人业务，而这些个人业务里面，当然也包括婚姻家事，也包括个人财务管理，也包括个人股权管理，其实都是婚姻家事延伸出来的业务，每一个业务都跟婚姻家事休戚相关的。

合作共赢，我们所说的合作共赢是什么？最典型的就是发展到企业家们的个人事务当中去，这就是我们不可能像做企业法律顾问那样，劳动的、股权的、贸易的、投资的都在做，我们只需要个人业务把它做精，这些企业家们的法律部或者是项目，他自然会来找你处理这些企业家的个人事务，最终大家都实现了合作共赢。

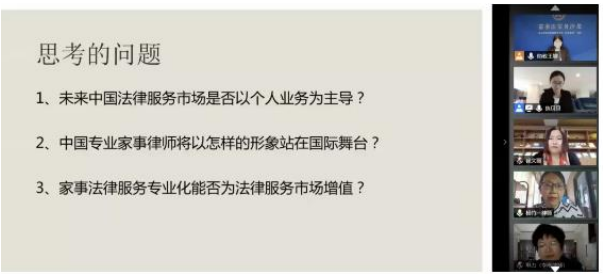
所以这也是值得我们思考的问题。未来中国法律服务市场，我一直在想，未来的中国法律服务市场是否以个人业务为主导，今天我们看到法律服务业务实际上大部分是法律顾问等。个人业务能否成为法律服务的主导，因为我通过个人业务，我能向其他律师推荐业务，我能向其他律师推荐做网络安全与数据，我能向其他律师推荐跨境投融资，实际上我受益于泰和泰律师事务所的跨专业合作。

我的案源 100%来自同事、同行，就是因为在婚姻家事领域，我做到了让大家熟知和认可的程度，所以这家律所的婚姻家事业务基本上都会交给我来做。同样我也回报给整个律所以广泛的合作，有客户来找我做企业法律顾问，或者是来让我做投融资业务的时候，我会把这些业务相应的推荐给专做投资业务的律师，专做企业法律顾问的律师，不是我不会做，而是我认为他们可能做的比我更专业。实际上这样的联合，我们的费用收得更高，我们赚到的钱可能比你只做你这个专业更高。

中国专业家事律师将以怎样形象站在国际舞台上，大家可能都觉得太远，实际上一点都不远，因为今天国际化的交流越来越多，无论是山东、黑龙江还是成都，都会有很多的外国人和中国人在一起生活、共事，未来是一个大融合的时代。

今天中国的家事律师，像我们的杨晓林律师、王芳律师、吴卫义律师等，都为海外很多的家事案件服务，其实他们已经站在了国际舞台上了。那么我们还有多少律师会站在这个舞台上，我们应该思考为什么要做专业？家事律师最后发展，走到哪里都不是局限于国内，还有涉外案件，包括我们的李律师、徐文丽律师，他们总说他们是二三线律师，

其实他们也遇到涉外家事业务，所以这块业务你一定需要去注重的，需要去积极地拓展运营。



家事法律服务能否为法律服务市场增值？我们看我们所说的法律服务，今天中国法律服务成为新型生产力的因素非常小，它不是一个生产力的东西，它甚至没有构成生产力。但是我们所有的法律从业人员都会看到，法律服务应当成为一个新兴生产力。在法律服务当中，家事法律服务大家都说挣钱少，但是事情这么多，可是未来家事法律服务，能否为市场增值？我个人是抱着乐观的态度，因为无论时代是否变化，无论技术怎么更新，家事总是需要人去思考，总是需要人去解决的，它始终都离不开人的。

而这并非人工智能所能取代的，所以家事法律服务，做到最终的归宿的时候，能否成为一个新兴生产力？所以大家一定要对家事法律服务抱有信心，它一定是一个大有可为的业务，它绝对不是我们大家所想的，琐碎、零碎、繁琐的一个业务，以上这就是我对家事法律服务的专业化的一点点思考，说的不对的地方欢迎大家指正，谢谢大家。

段凤丽律师分享

大家好！我是段凤丽律师，是一名执业 9 年的一线家事律师。感谢三位嘉宾的精彩分享。点评谈不上，我就谈一点自己的感想吧。

今年我们家事法苑团队成立十周年。在进行十周年回顾的时候，猛然发现，我加入家事法苑团队的时候，正是年轻的家事法苑团队成立一周年的时候。因此，我基本上是和年轻、初创的家事法苑团队一起成长起来的，也因此参与见证了家事法苑团队从三人（当然我加入时的三个人也只剩下杨晓林律和我了）到十人的规模、从稚嫩到成熟大大小小几乎所有的事件，包括我们 2011 年 4 月 23 日因台湾著名家事律师赖芳玉的到访而促成的、主题为“台湾与内地家事法之异同”第一期家事法沙龙，是非常有仪式感、非常隆重的一期沙龙。执业 9 年中，经历和见证了包括我们家事法苑家事法实务 QQ 群从无到有，QQ 群从 200 人小群到 2000 人大群，目前 2000 人大群是两个。经历了家事法微信群的从无到有，从一个群到两个群，再到目前的 9 个群。在家事法苑 QQ 群、微信群的平台上结识了很多志趣相投的朋友，徐文丽律师、李琳律师都是从 QQ 群这个平台上相识，大家一路同行，一起成长进步。杨竹一律师是因为在我们微信群里交流时的出色表现被群主杨晓林律师发现的，在第 2 期中国家事法实务论坛的案例研讨板块中邀请杨竹一律师代表律师界别发言。总之，我们见证了各位律师的成长。

徐律师向我们分享了她执业 20 年经历了专业化之路的迷茫期、启蒙期、成长期、成熟期、坚守期。徐律师非常真实、真诚地展示了家事律师成长的徐律模式。从徐律的模式中，我们既有感动也有感慨，感动徐律师家事法专业道路的选择虽然曲折，但一直不放弃成长，终于摸索出一条适合自己，也可以为众多处于迷茫期的年轻律师所借鉴或受到启发道路。感动于我们家事法苑的平台能为大家所认同，能为家事律师的成长、行业的进步献出一点力量，这是对我们的鼓励和鞭策。希望我们大家继续同行。

是的，正如徐律师所说，家事律师这条路不好

走。所以才会经常有同行、亲友甚至是客户问我：整天面对这些家长里短、鸡零狗碎，会不会怀疑人生？

是的，家事律师这条路不好走。就像家事律师与家事法官异曲同工之处在于均是：最富有挑战性的职业，要求超强的综合素质。既要有法治思维，又要有人文情怀，还要有社会阅历。

是的，家事律师这条路不好走。就像我们在对外公开招聘助理时对应聘者提醒的那样：婚姻家事业务有其本身的繁琐性，需要付出极大的耐心和爱心，请应聘者慎重考虑自己是否真正对婚姻家庭法感兴趣，唯此才可能有坚持和坚守的前提，才可能有吃苦耐劳的身心准备！

说了这么多，那我们为什么还在坚守做一名家事律师呢，当然首先还是热爱。同时，我一直非常赞成，台湾邓学仁教授的一个著名论断：“家事处理不好就变成少事，然后是刑事，最后是丧事。”孩子们的未来就是我们整个社会的未来。作为一名家事律师，我们从处理好每一个家事案件做起，成为增进社会福祉的坚定力量。

这就是我们工作的价值，坚守的意义。

最后，我还是想用下面的话与大家共勉：

“任何事情：
没有坚持 3 个月以上，就没有发言权！
没有坚持 3 年以上，就不能说自己懂！
没有坚持 7 年以上，就不可能是专家！
没有坚持 10 年以上，就不会拥有权威！没有坚持一辈子，就不可能有所成就！

所以：
选择自己真正想做的事情，每天重复做，能坚持下来的人，定会成为某一领域的领航者！

“成功没有捷径，坚持到底才能成功！”

谢谢大家。

附：沙龙基本信息

沙龙主题 Subject

《家事律师专业化的五个进阶》

- 一、专业化之路的迷茫期
- 二、专业化之路的启蒙期
- 三、专业化之路的成长期
- 四、专业化之路的成熟期
- 五、专业化之路的坚守期

参与人员 Guest

主讲人：

徐文丽律师，山东建仑律师事务所合伙人、山东省律师协会家事法律委员会委员、淄博市律师协会婚姻家庭委员会副主任、“丽姐说法”微信公号主编

与谈人：

李琳律师，黑龙江启明律师事务所主任、黑龙江省律师协会婚姻家庭法专业委员会副主任

杨竹一律师，泰和泰(成都)律师事务所律师、成都市律师协会婚姻家事专业委员会副主任

点评人：

段凤丽律师，北京天驰君泰律师事务所合伙人、家事法苑团队主管

主持人：

陈贝贝，家事法苑团队成员、北京天驰君泰律师事务所实习律师

沙龙时间 Time

2020 年 5 月 9 日（星期六）

下午 14：00-16：00

- 14:00-15:00 主题分享环节
- 15:00-15:30 与谈环节
- 15:30-15:45 点评环节
- 15:45-16:00 互动交流环节

附：本次沙龙参与嘉宾和幕后工作的小伙伴们

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