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/Do_index_gci_58.html 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

冷冻胚胎权属归谁？法院的判决来了！……原创：2020-10-07 法治周末报　方 古

100 份裁判文书分析：夫妻共同债务认定 规则的司法适用丨审判研究 ilawtalk ……原创：2020-10-10 法治周末报　张灿煌

类案裁判方法 ｜ 共有房屋买卖合同纠纷案件的审理思路和裁判要点……2020-10-12 上海一中法院

多份遗嘱引发遗产争夺，哪份遗嘱有效力？……原创：2020-10-12　北京三中法院风景线　北京三中院

渝中法院案例入选重庆法院参考性案例……2020-10-13 重庆市渝中区人民法院

婚内向第三者赠与的法律适用：纠偏与再探丨审判研究 ilawtalk……原创：2020-10-13 审判研究　猫鼠游戏

第 135 期丨权威发布：上海法院类案办案要件指南系列成果（六）……原创：2020-10-14　中国上海司法智库

【权威发布】借名买房，风险且掂量！……2020-10-15　北京市第二中级人民法院

《民法典》总则编之“监护人”相关案例裁判规则汇编 ｜ 法宝案例……原创：2020-10-16　北大法律信息网 北大法宝

北京法院：借名买房相关法律问题及风险防控丨审判研究 ilawtalk……2020-10-16 审判研究 北京通州法院

被丈夫泼硫酸严重伤残 司法救助金送来及时雨……2020-10-16 广西高院

长宁区人民法院课题组：少年审判的探索创新与工作展望……原创：2020-10-21　上海市法学会 长宁法院课题组

家务事，也能断！……2020-10-21　广西高院

涉老案件白皮书显示：民间借贷和离婚纠纷占比最高……2020-10-23 浦江天平

定居国外的子女请求生父支付抚养费应否一次性给付 ——米 X 诉裴 X 江抚养费纠纷案……原创：2020-10-24　法律家

101 岁老人和保姆结婚，不到一年坚决要离……2020-10-26 澎湃新闻　澎湃新闻记者 张刘涛

强强联手，巧断家务事！……原创：2020-10-27 广州市中级人民法院　广州中院

厦门一对父女因六万元购房款闹上法庭，法院判了… ……2020-10-30 厦门市海沧区人民法院

司法调研 ｜ 家事审判改革中未成年人权益保护的思考……2020-10-30 中国审判　倪建双 余藤爱

梦想城里有房，村里有地？城镇户籍子女 继承农村宅基地使用权，需要知道这些！……2020-10-30 北京市第一中级人民法院

二、立法动态……79

未成年人保护法即将进行第三次审议……2020-10-12　少年司法专业委员会 专委会

三、媒体典型案例……80

（一）婚姻效力案例……80

解放前娶了两位妻子，这段事实婚姻是否应予认可？……2020-10-10 人民法院报 王锦辉 古林

（二）赡养案例……82

父亲起诉“女儿”索要赡养费，法院为何不予支持？……2020-10-17 天津高法

老人状告女儿要求“常回家看看”，法院这样判……2020-10-22 新华社
84 岁父亲诉 60 岁儿子付赡养费 法院支持！……2020-10-23 京法网事 黄硕

（三）夫妻债务案例……86

用“净身出户”转移财产躲避债务 浙江一夫妻离婚协议财产分割约定被法院撤销 ……2020-10-01 人民法院报 第 03 版 记者 余建华 通讯员 蓝松娟 朱薇烨 毛诗涵
非用于共同生活的借款是否为夫妻共同债务 ——陆 X 诉张 X 芬、王 X 宝民间借贷纠纷案……原创：2020-10-07 法律家
夫妻一方以个人名义转让房屋所负债务债权人能否向夫妻双方主张 ——朱 X 东等诉陈 X 福、彭 X 芸房屋买卖合同纠纷案……原创：2020-10-08 法律家
夫妻一方欠款借据载明时间晚于登记离婚时间配偶方应否 承担连带清偿责任——姜 X 立诉庞 X、滕 X 伟民间借贷纠纷案 ……原创：2020-10-12 法律家
持有绿卡的丈夫对外欠债，不知情的妻子是否有义务偿还？ |广东省广州市中级人民法院……2017-5-26 2020-10-13 涉外家事法苑 家事法苑团队
最高院：夫妻一方以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务， 另一方的部分偿还行为是否可以认定为追认？……2020-10-15 法门囚徒
未用于家庭生活且非基于夫妻合意的借款是否属于夫妻共同债务 ——龚 X 娟诉严 X 娟等民间借贷纠纷案 ……原创：2020-10-15 法律家
婚姻关系存续期间一方以个人名义负担的债务应能否被 认定为夫妻共同债务——衷 X 诉郑 X 华民间借贷纠纷案……原创：2020-10-23 法律家

（四）离婚后财产纠纷案例……116

购置新房时父母的“赞助款”是赠与还是借贷？ 浙江舟山两夫妻离婚后岳母要求前女婿返还婚房装修赞助款获支持 ……2018-10-09 人民法院报 第 03 版 陆朦璐 陈倩琳

（五）同居析产纠纷案例……118

一别两宽，未生欢喜，反而因分手协议闹上法庭？……2020-10-12 广州市白云区人民法院
为维持恋爱关系出具欠条 分手后要求还钱 湖州吴兴法院：借贷关系因缺乏借贷合意不能成立……2020-10-30 人民法院报 第 03 版

（六）抚养案例……121

“已有家室还与我同居生女？！”她把 3 岁女儿丢下， 一年后想夺回抚养权却发现……2020-10-09 人民法院报 顾建兵 刘昌海
独生女儿溺亡后，一个失独者的“外孙争夺战”： 本已随他上户，却被女婿改名再上户……2020-10-12 红星新闻 记者 罗敏
父母离婚十多年后，女儿要求回来跟爸生活，法院这么判！……2020-10-15 江苏高院 高雁 苏露
“借精生子”诞下龙凤胎，夫妻离婚争夺“抚养权”，法院判决暖心！ ……2020-10-24 上海法治报

（七）亲子关系案例……132
一方单方委托鉴定机构得出的亲子鉴定结论可否直接认定亲子关系 ——中野 XX 诉王 X 离婚后损害责任纠纷案 ……原创：2020-10-26 法律家
夫妻一方抚养对方与第三人以代孕方式生育的子女的是否 获取该子女的监护权——罗 X 耕、谢 XX 诉陈 X 监护权纠纷案……2020-10-27 法律家
（八）赠与案例……147
夫妻一方在与异性无任何正当身份关系及衍生的法律关系前提下 大额且持续的赠与行为是否有效——林 X 英诉韦 X 芬赠与合同纠纷案……原创：2020-10-14 法律家
爷爷将房子 1 元钱卖给孙子，奶奶怒了，将老伴告上法院！……2020-10-28 广州普法
（九）执行案例……153
离婚协议约定房屋归女方所有但未过户，能否因男方的债务执行该房屋？……2020-10-09 江苏高院
最高院：夫妻一方能否基于对房产的共有而排除法院对房产的整体拍卖？……2020-10-20 法门囚徒
（十）人身安全保护令案例……156
子女不满老人购买保健品，可强行接管老人财产吗？……2020-10-25 香洲法院 代敏 郑若翀 苏倩雯 张梦颖
（十一）其它相关案例……158
称男方有“性功能障碍”，女子婚礼后不肯领证！男方在沪诉讨巨额礼金……原创：2020-10-10 上海法治报 陈颖婷
子女强行接管年迈父母财产构成侵犯老年人财产权 珠海香洲法院发出人身安全保护令 禁止女儿对母亲家庭暴力 ……2020-10-23 人民法院报 第 03 版 代 敏 郑若翀
四、继承……163
八旬养母遭虐待，起诉分割遗产获法院支持 法院在尊重遗嘱的前提下判赡养者多分……2020-10-13 北京海淀法院
答新京报智库丨城里人可继承农村房屋，能翻建继承的房屋吗……原创：2020-10-21 慕公法治论坛 刘昌松律师
“城镇户口子女可继承”为宅地确权解法律之困……2020-10-21 新京报 NO3：时事评论
家庭财产归儿子？一个农村女儿的房产官司……原创：2020-10-28 三联生活周刊 小笨王珊
不满父亲把房子留给继母，他一口吞掉遗嘱，没想到法院说..... ……2020-10-28 人民法院报
五、房产、股权、信托……174
（一）房产……174
婚没离成房被丈夫卖了，妻子起诉房屋买卖合同无效为何被驳回？……2020-10-10 北京海淀法院
（二）股权……175
上市公司股票期权在家庭财富中的分割规则……原创：2020-10-28 中伦视界 贾明军 等

六、社会新闻……182

湖北民警用公安系统帮丈夫开展找人、查婚外情业务，获刑 4 年 ……2020-10-05 澎湃新闻

上海一女子结婚 2 年不同房，丈夫强行之后被刑拘！真相不简单… ……2020-10-12 上海法治报

现实版“时间管理大师”：一夫“二妻”住同城互不知晓，直到…… ……2020-10-15 人民法院报 邢海云

一场离婚官司，丈夫迟到，妻子说谎，通通被罚！……2020-10-28 人民法院报

为了养老，八旬再婚夫妻无奈离婚……2020-10-27 澎湃新闻 澎湃新闻记者 张刘涛 通讯员 舒孟鸽 张晶

怕婚外恋败露，他俩决定卖掉亲生儿子！……2020-10-28 人民法院报 黄慧、孙事勇

八旬夫妻“手牵着手”去法院离婚：老年人的情感不应被漠视！……2020-10-30 中央政法委长安剑 平安鼎

安徽亳州一保姆虐待瘫痪老人获刑十个月……2020-10-31 人民法院报 第 03 版 记者 周瑞平 通讯员 郑文慧 蒋加磊

七、媒体视点……191

民法典彰显国家对婚姻家庭的坚定守护 访中国法学会婚姻家庭法学研究会秘书长林建军 ……

……2020-10-13 民主与法制时报 稿件来源：法治日报人大视窗 本报记者朱宁宁

“借精生子”离婚后抚养权归谁？ 非法定继承人能否继承……这场座谈会都说清楚了 ……2020-10-24 新民周刊 申晓莲

八、学者、法官、检察官、律师、公证专题……196

（一）理论学术动态、学者视点……196

刘俊海：网络虚拟财产可以依法流转与继承……2020-10-01 民事法律参考 来源：检察日报

被误读的（外）孙子女继承权|赵莉|学者视点……2020-10-01 继承法苑 赵莉

缪宇：遗赠扶养协议中的利益失衡及其矫治 | 前沿 ……原创：2020-10-05 中国民商法律网 鲍生慧摘编

朱晓峰：《民法典》中家庭概念的内涵与界定标准 ……2020-10-06 法学学术前沿 清华法学 朱晓峰

朱晓喆：意定监护与信托协同应用的法理基础——以受托人 的管理权限和义务为重点 |《环球法律评论》2020 年第 5 期 原创：…

……2020-10-12 环球法律评论 朱晓喆

《人权研究》季刊 |李洪祥 武慧星： 诉讼离婚女性权利立法和司法保护研究……原创：2020-10-14 IHRCUPL 法大人权研究院

缪 宇：遗赠扶养协议中的利益失衡及其矫治 | 《环球法律评论》2020 年第 5 期 ……原创：2020-10-14 环球法律评论 缪 宇

《人权研究》季刊 | 邓丽：《中华人民共和国 妇女权益保障法》与地方实施办法的互动 ……

……原创：2020-10-19 IHRCUPL 法大人权研究院

石冠彬：民法典姓名权制度的解释论 ……原创：2020-10-20 上海市法学会 石冠彬

选粹 | 阮莉莉：婚内夫妻个人债务的认定规则与清偿路径 ……原创：2020-10-22 法理杂志 阮莉莉

刘明：网络虚拟财产的价值单边性特征及其启示 | 前沿 ……2020-10-23 与民法典同行 刘明

论继承人的范围与顺序 ……2020-10-23 家事法研究中心

申晨：民法典婚姻家庭编的回归与革新 | 比较法研究 202005 ……2020-10-24 北大法律信息网

上海举办家事法学术研讨会 ……2020-10-24 来源：法治日报——法制网 法治日报全媒体记者 余东明 实习生 张海燕
民法典来了丨龙翼飞：婚姻家庭继承编的制度创新与法律适用 ……2020-10-27 京法网事 刘倩
上海财经大学第三届家事法学术研讨会议程 ……2020-10-22 上海财经大学法学院
上海财经大学第三届家事法学术研讨会成功举办 ……2020-10-27 上海财经大学法学院
探讨夫妻共同债务推定——从日常家事代理权谈起 ……2020-10-30 家事法研究中心

（二）法官视点……329

离婚分房，父亲 diss 孩子买房没贡献 | 至正 • 论案 ……2020-10-15 上海二中法院 张煜
女子病重留遗嘱，巨额遗产继承难？法院诉前解纠纷！ ……2020-10-20 东莞市第三人民法院 三院小编
滕威||关于受遗赠能否发生物权变动的若干问题 ——家事法讲坛与谈内容概要 ……2020-10-22 故乡老树
房产赠与子女，老年人需谨慎 ……原创：2020-10-25 北京三中法院风景线 北京三中院
离婚诉讼中的公司股权分割问题研究 ……原创：2020-10-26 丹棱论坛 秦纳杰
涉外继承难？法律实操指南来了！ ……2020-10-26 北京市第一中级人民法院
两次以相同事由提起离婚后财产纠纷诉讼，因重复起诉被裁定驳回 ……2020-10-27 北京海淀法院 黄杨、张慧
夫妻一方的侵权之债是否属于夫妻共同债务？ ……2020-10-28 江苏高院 高亚雷
论司法实践中指定监护人数量限制的合理性—— 兼论指家事案件中共同监护情况下被监护人的权益维护 ……原创：2020-10-28 丹棱论坛 汤思淼

（三）律师视点……349

婚前股权婚后增值离婚分割实务探析 | 杨晓林、段凤丽 | 家事律师视点 ……原创：2020-10-03 家事法苑 杨晓林、段凤丽
泰和泰研析丨遗嘱形式要件缺失对遗嘱信托的效力影响……2020-10-12 泰和泰律师 杨竹一 律师
房屋分割系列 | 离婚协议中把房产赠与子女但未过户，能否撤销？ ……原创：2020-10-15 家族律评 秦卓瑜
新修订《未成年人保护法》监护制度亮点解读……2020-10-19 北京市律师协会
亲子关系确认和否认之诉的实践初探——兼论《民法典 婚姻家庭编》第 1073 条、《婚姻法司法解释三》第 2 条 ……原创：2020-10-21 HOAM 陈贝贝
李莹律师：我们挑战的是社会性别文化丨儿童防性侵公益专访……原创：2020-10-22 律新社 王思雨
家事案例评论|第五案：两极化的法理与两极化的情理： 父母为子女出资购房是借贷还是赠与？ ……原创：2020-10-27 HOAM 陈贝贝
民法典解读：如何裁判离婚协议中约定将房产给子女的性质？ ……原创：2020-10-30 儒者如墨 文|赫少华 律师

（四）公证专题……390

浅析公证处参与遗嘱信托 ……2020-10-12 北京市长安公证处 符月娜
对夫妻财产约定协议及婚内财产分割制度的思考 ……2020-10-20 北京市长安公证处 于坤

九、异域资讯……395

日本法务大臣：正讨论废除结婚和离婚盖章手续 ……2020-10-0 天下快讯
日本为了节省经费再出奇招，推行结婚/离婚登记线上审批 ……2020-10-0 来自腾讯新闻 东京小关

十、书籍推荐……398

新书 ｜《家事法研究》(2020 年卷)总第 16 卷（社会科学文献出版社,2020 年 9 月第 1 版）……2020-10-08 家事法苑 夏吟兰 龙翼飞等
新书 ｜《藏族婚姻法律文化研究》 （李春斌著，商务印书馆，2020 年 8 月版） ……2020-10-18 家事法苑 李春斌
书 ｜《法院解决家事纠纷的机制研究》(任容庆著，对外经贸大学出版社，2020 年 10 月版）……2020-10-31 家事法苑 任容庆

十一、活动动态……414

家事法讲坛（网络）第六期预告丨公告……2020-10-18 中国民商法律网

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

冷冻胚胎权属归谁？法院的判决来了！

原创：2020-10-07 法治周末报　方 古
https://mp.weixin.qq.com/s/6KDd2O3eC2AjOTYQrmQzTA

冷冻胚胎是通过试管培育技术得到的胚胎，存置于零下 196℃的液氮环境中，得到长时间保存。

我国现行法律对胚胎的法律属性没有明确规定的情况下，确定涉案胚胎的相关权利归属，还应考虑伦理、情感、特殊利益保护等因素，胚胎具有孕育成生命的潜质，比非生命体具有更高的道德地位，应受到特殊尊重与保护。

文 | 方 古
责任编辑 | 刘希平

夫妇要求医院返还冷冻胚胎，医院称冷冻胚胎属于具有生命属性的特殊物，如果返还，可能出现违背社会伦理、道德、法律的情形，因此拒绝返还。

面对这类案件，法院又该如何判决？四川省成都市两家法院近日就判决了两起类似案件。

夫妇冷冻胚胎

梁某、高某于 1995 年 2 月 18 日登记结婚。因一直未生育，二人到成都西囡妇科医院进行辅助生殖治疗。2019 年 12 月 28 日，梁某、高某签署《成都西囡妇科医院胚胎冷冻保存知情同意书》。

主要内容为："我们在西囡妇科医院生殖中心实施 IVF/ICSI 助孕技术，通过超低温冷冻法保存辅助生殖技术所得到的胚胎，我们已经知情和充分了解：胚胎冷冻保存存在一定的风险；胚胎冷冻保存首次保存期为 1 年，胚胎保存费为 1,200 元/年，冷冻胚胎保存建议不超过 10 年，保存期内我们必须按时缴纳每年的冷冻胚胎保存费，如果过期 3 个月仍未缴费且未通过其它方式告知原因或继续保存意向，生殖中心按我们提供的通讯方式也未联系到我们，此时可视为我们放弃胚胎的继续冷冻保存和所有权，我们同意生殖中心用胚胎在体外退化方式代为处置；我们充分理解胚胎本身不能无限期保存，生殖中心也不可能将我们的胚胎无限期保存下去，鉴于下述事件之一，我们允许生殖中心终止胚胎冷冻保存：①从胚胎冻存即日起满 5 年；②我们夫妻双方书面申请终止胚胎冻存；③我们不支付或到期未缴纳后续冷冻费用；④我们夫妻一方或双方均死亡，没有留下有关冻存胚胎的处理遗嘱；⑤我们夫妻离异并未提出任何书面关于胚胎的处理意见；⑥我们双方关于胚胎问题给医院不一致的书面意见，且超过保存期 3 个月仍未提出续期申请；终止冻存的胚胎作体外退化处理。

之后梁某、高某在西囡妇科医院冷冻 4 枚胚胎，并支付了胚胎冷冻保存一年的费用。后来，梁某、高某认为西囡妇科医院治疗效果未达预期，于是要求西囡妇科医院返还冷冻的 4 枚胚胎。

医院拒绝返还

对于梁某、高某提出返还冷冻的 4 枚胚胎的要求，西囡妇科医院予以了拒绝。

西囡妇科医院称：1．梁某、高某在本院进行辅助生殖技术治疗，经过相关诊疗过程后，在本院有冷冻胚胎 4 枚，双方签订有胚胎保管合同，西囡妇科医院占有胚胎有法律上的理由，《冷冻胚胎知情同意书》中明确了终止保存的条件；2．冷冻胚胎属于民法中的物，但有其特殊之处，可称之为人格物，胚胎的处置受到法规和公序良俗的限制，《人类辅助生殖技术管理办法》及《人类辅助生殖技术伦理原则》禁止以任何形式买卖配子、合子、胚胎，不得实施代孕技术及胚胎赠送技术，梁某、高某极可能将胚胎用于上述行为，西囡妇科医院有权拒绝返还；3．胚胎贮运条件特殊，需贮存在低于零下 100℃的液氮罐内，转运过程中贮运条件不当极易损伤、污染、凋亡；4．国内尚无法律、法规、文件允许医疗机构自行向患者返还冷冻精子、卵子、胚胎，请法院判决。

梁某、高某在请求无果的情况下，将西囡妇科医院起诉至成都市锦江区人民法院，诉请法院判令西囡妇科医院返还梁某、高某存放在西囡妇科医院的 4 枚冷冻胚胎，并承担本案全部诉讼费用。

法院判决返还

成都市锦江区人民法院经审理后认为，梁某、高某到西囡妇科医院处接受助孕治疗，经辅助生殖技术提取胚胎 4 枚存于西囡妇科医院。对于梁某、高某而言，胚胎具有生命特质，比非生命体有更高的道德地位及伦理性，应受到特殊尊重和保护。胚胎承载了梁某、高某的遗传物质和情感寄托，梁某、高某与胚胎具有生命伦理的密切关联，所以梁某、高某应为胚胎的权利人。

梁某、高某在西囡妇科医院就胚胎的冷冻保存签订了《成都西囡妇科医院胚胎冷冻保存知情同意书》，由西囡妇科医院对梁某、高某经辅助生殖技术所得到的胚胎进行冷冻保存，梁某、高某支付了保存费用，双方形成了保管合同关系，故本案案由应变更为保管合同纠纷。依照《中华人民共和国合同法》第三百七十六条、第三百七十七条的规定，寄存人可以随时领取保管物，保管期间届满或者寄存人提前领取保管物的，保管人应当将原物归还寄存人。现梁某、高某作为胚胎的权利人，要求西囡妇科医院返还存放在西囡妇科医院处的 4 枚胚胎，符合法律规定，法院予以支持。

法院同时认为，因我国对辅助生殖技术的实施有严格的限制条件，所以梁某、高某取回胚胎后，对于胚胎的处置应当遵守我国相关法律法规的限制及公序良俗。

2020 年 8 月 18 日，成都市锦江区人民法院一审判决被告成都西囡妇科医院应于本判决发生法律效力之日起十日内向原告梁某、高某返还其代为保存的冷冻胚胎 4 枚。

类似案件

今年 6 月 23 日，四川省成都市中级人民法院也判决了一起类似案件。

成都市妇女儿童中心医院与徐某、马某因返还冷冻胚胎发生纠纷。成都市青羊区人民法院一审判决成都市妇女儿童中心医院将徐某、马某存放在其处的 2 枚冷冻胚胎返还给徐某、马某。

成都市妇女儿童中心医院不服一审判决，向成都市中级法院提起上诉。

成都市中级法院二审审理后认为，成都市妇女儿童中心医院与徐某、马某之间形成的是医疗服务合同关系。冷冻胚胎目前是唯一保存生育功能的成熟方法。作为提供胚胎必要要素的夫妻双方天然拥有对冷冻胚胎的权利。且由于胚胎具有孕育成生命的可能，即可能发育成夫妻双方的子女，夫妻双方对于胚胎其实并不仅仅是完全财产意义上的所有权，而是一种包含亲权在内的含有人身要素的权利，这使得胚胎的权利具有专属性。因此胚胎不具有赠与、买卖之权能。同样，医院作为协助夫妻双方生育权实现的医疗机构并不享有对胚胎的所有权。对此，我国卫生部于 2002 年制定并颁布了【2001】143 号文件，规定了我国实施人类辅助生殖技术的伦理原则，其中第（五）项严防商品化的原则指出，

“对实施辅助生殖术后剩余的胚胎，由胚胎所有者决定如何处理，但禁止买卖”。故一审法院裁判妇女儿童医院向徐某、马某返还冷冻胚胎并无不当。

关于妇女儿童医院提出的案涉胚胎返还后可能存在道德风险，故其不应返还的上诉意见，成都市中级法院认为，虽然胚胎不能买卖、赠予和禁止实施代孕，但该风险不能成为妇女儿童医院不予返还胚胎的理由，一审法院支持徐某、马某的诉讼请求，并无不当。需要再次特别指出的是，徐某、马某在利用案涉胚胎时应当遵守法律规定，且不得违背公序良俗，或者损害他人合法权益。

来源 | 法治周末

视觉编辑 | 王硕 马蓉蓉

100 份裁判文书分析：夫妻共同债务认定规则的司法适用丨审判研究 ilawtalk

原创：2020-10-10 法治周末报 张灿煌

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

张灿煌 福建瀛同律师事务所

夫妻共同债务的认定问题一直是《民法典》编纂过程中的热点，经过多次意见征集和修改之后，最终延续了 2018 年最高人民法院《关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》（以下简称《2018 夫妻共同债务解释》）的有关规则，旨在统一夫妻共同债务的认定标准。

从 2001 年《婚姻法》第 41 条采用的“共同生活认定标准”，到 2004 年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第 24 条采用的“夫妻共同债务推定”，再到《2018 夫妻共同债务解释》以及《民法典》的认定标准，相关立法、司法解释的演变显现夫妻共同债务司法判断方面显现的态度和调整，折射出在不同时间段，不同的经济及社会背景下，立法、司法机关根据不同语境，对相关权益给予的侧重保护，更折射出这一问题的复杂程度。

为此，依托无讼案例平台，本文以“民间借贷”及“夫妻共同债务”为关键词，时间设置在 2018—2020 年，挑选了 100 份在夫妻共同债务认定案件中较为典型的生效裁判文书作为样本，试着对《2018 夫妻共同债务解释》的司法实践运用进行分析总结，并待《民法典》施行之后，为第 1060 条及 1064 条的法律适用提供参考。

本文选取的样本案例，共涉及四川、江西、上海、云南、辽宁等 19 个省市，所涉地域范围较广，基本能够体现目前夫妻共同债务认定的司法实践情况。下面依照《民法典》第 1060 条及第 1064 条对于夫妻共同债务认定规则中的四个考量因素，对所收集到的司法案例分类如下：

类型	占比
夫妻一方因家庭日常生活需要而实施的民事法律行为。	8%
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。	27%
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。	28%
以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务，债权人能够证明该债务用于共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的。	37%

一、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

夫妻之间因法律赋予，形成特殊的亲权。若家庭生活中事无巨细，均由夫妻双方共同决定、处理，将会给日常生活带来诸多不便，严重阻滞社会领域中的民事行为活动。因此，对于夫妻一方出于家庭日常生活需要而实施的民事法律行为，如购买电器、支出装修费用等等，应当认定为夫妻共同债务。该规定妥善平衡了尊重意思自治原则与保护债权人合法利益的之间关系。

二、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

《民法典》坚持了“夫妻债务共债共签原则”，属夫妻合意之债，“共签”是合意之债的一种形式，若债务形成之后，另一方以追认等共同意思表示认可该债务的，也属于合意之债，也应当认定为夫妻共同债务。诉讼实践中的“追认”存在多种形式，本文认为可将之概括为明示追认及默示推定追认。

1．明示追认。明示追认是指夫妻一方在债务形成之后，通过电话、微信、或者庭审等载体，以直接表达的方式，确认该债务的行为。如（2020）云 0402 民初 308 号一案中，法院认为，涉案债务发生于二被告夫妻关系存续期间，被告张艳在庭审过程中，对涉案债务进行确认，应当视为对涉案债务的事后追认，涉案债务应认定为夫妻共同债务。

2．默示推定追认。默示推定追认是指，非举债方不认可该债务，但通过非举债方事后的行为，推定其对借贷具有共同的意思表示。默示推定追认在实践中主要存在以下几种情况：

1）共同偿还本金或利息。如（2019）浙 1024 民初 4699 号一案，法院认为，被告张海洪虽未在借条上签字确认，但借款后一直由其直接向原告支付利息并归还部分本金，表明其知晓并认同该笔借款，故应认定为夫妻共同债务；

2）非举债方提供账号接受相应款项的。如（2020）辽 0727 民初 923 号一案，法院认为，借款条虽无被告徐某琴签名，但借款转入被告徐某琴名下的银行账户，可认定被告徐某琴对借款知情；

3）非举债方在离婚协议中确认了共同债务。如（2020）沪 0113 民初 6136 号一案，法院认为，两被告均认可离婚时存在大额债务未偿还，并有被告谢林于离婚前后将大量钱款转账给被告李新利的事实，李新利也认可谢林转账给其的钱款用于归还房贷、车贷，故根据本案实际情况以及权利义务相一致的原则，可以认定本案借款系用于夫妻共同生活；

4）夫妻一方举债，另一方提供担保的。

三、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

《民法典》正式在立法层面确立了日常家事代理权和因日常家事代理权所负债务为夫妻共同债务的认定标准。因此，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。“日常生活需要”在实践中包罗万象，本文认为“日常生活需要”可概括分为两个方面。

1．日常生活需要。即指为日常生活所负担的债务，包括购置生活居住用房、家庭用车、以及结合一般的社会生活习惯，应认定为家庭日常生活需要而实施的小额借款等对外负债的行为。

如（2016）赣 0982 第 1106 号一案，法院认为，“借款时二被告系夫妻关系，被告石艳兵借款是为了购买私家车，属于用于夫妻共同生活支出，应认定为夫妻共同债务，故二被告应承担共同偿还责任”。又如（2020）川 1623 民初 31 号，原告述称被告周冰以家庭开支名义借走了 20000 元，法院结合借款的金额以及借款时二被告为夫妻关系的事实，认为诉争的借款符合家庭日常生活需要的范围，虽然被告刘强没有签名，也认定为夫妻共同债务。

2．履行法定义务的负债行为。履行法定义

务的负债行为，包括举债治病、举债就读等，将履行法定义务的负债行为纳入夫妻共同债务的范畴，有利于发挥法的指引作用。以（2020）苏 0413 民初 1309 号一案为例，法院认为，被告韦翔向原告尤三保借款的原因是用于其父亲治病，且被告韦翔在被告金文娟在场时向原告尤三保归还借款 4800 元。因此，该借款属被告韦翔、金文娟夫妻共同债务。

四、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

该条款是日常家事代理权的延伸，夫妻一方举债超出家庭日常生活需要所负的债务，但用于共同生活、共同从事生产经营的，非举债方在享受利益的同时，也应承担相关义务。因此，若举债超出家庭生活需要的，夫妻双方应承担共同还款的义务。

1．借款用于共同经营。如（2020）浙 0327 民初 1967 号一案，法院认为，涉案债务系出于举债的夫妻一方用于家庭共同生产经营需要而产生的，并结合庭审调查，被告林传阳参与公司经营管理，被告曾燕飞亦曾在公司工作，上述债务发生于被告林传阳、曾燕飞夫妻关系存续期间，被告曾燕飞未提供证据证明原告与被告林传阳明确约定涉案债务为被告林传阳的个人债务，因此法院认定案涉款项为夫妻共同债务。

在日常的生活实践中，尤其是受中国传统“男主外，女主内”观念影响，部分女性为相夫教子而放弃职业。因此一方没有经济来源，其经济收入完全取决于配偶，双方因此在经济层面形成紧密的依存关系。因此夫妻一方虽然没有共同经营的，其配偶对外因经营需要所负债务，也应认定为夫妻共同债务。

如（2020）桂 1002 民初 1195 号一案，法院认为，被告黄资认可借款用途系用于投资百色典辰商贸有限公司，邓子娟亦承认自身没有工作收入，家庭开支来自黄资的收入，黄资投资典辰商贸有限公司所获得的收益亦系其收入的一部分，应是用于家庭日常生活需要，且被告黄资与被告邓子娟办理离婚登记手续时，离婚协议书中亦确认双方有共同债务 35 万元，因此，本案借款应认定属于夫妻共同债务。

2．基于夫妻双方共同意思表示。夫妻双方之间存在大额经济往来，超过日常生活需要，但是可以证明系夫妻双方共同意思表示的，如（2019）津 0103 民初 590 号一案，原告张贺楠提交了二被告婚姻关系存续期间及离婚后相互间的大额银行转款记录、提供了被告刘婷的微信聊天记录，用以证明被告刘婷知晓上述债务。针对于此，被告刘婷虽进行了抗辩，但其提交的证据不足以支持其主张，故本院认定本案涉诉借款属于被告魏春辉、被告刘婷共同债务。

结语

法律是治国之重器，良法是善治之前提，公正是法治的生命线。法律要用自身的发展回应民心。夫妻共债认定是个法律问题，却也涵盖了道德因素，对于社会生活及商事交易均有着深刻的影响。因此，本文试图对《2018 夫妻共同债务解释》的运用情况进行总结，亦待《民法典》施行之后提供相关参考。

原创序号：案边手记 156

核校：简牍

类案裁判方法 | 共有房屋买卖合同纠纷案件的审理思路和裁判要点

2020-10-12 上海一中法院
https://mp.weixin.qq.com/s/8rQF18bSLNE0SSpYiTLLQA

编者按

为全面提升法官的司法能力和案件的裁判品质，进一步促进类案价值取向和适法统一，实现司法公正，上海一中院探索类案裁判方法总结工作机制，通过对各类案件中普遍性、趋势性的问题进行总结，将法官的优秀审判经验和裁判方法进行提炼，形成类案裁判的标准和方法。

本期刊发《共有房屋买卖合同纠纷案件的审理思路和裁判要点》，推荐阅读时间 23 分钟。

共有房屋买卖合同纠纷，是指部分共有人以全体共有人名义或以自己名义与买受人就共有房屋签订买卖合同后，合同当事人或其他共有人对合同效力及履行提出异议而引发的纠纷。共有房屋买卖既涉及共有人之间的内部关系，又涉及外部买卖双方的合同关系。该类纠纷的处理应当注意平衡保护静态的物权归属与动态的交易安全，维护诚实信用原则，避免违约方因违约行为而获益。现结合典型案例，对共有房屋买卖合同纠纷案件的审理思路和裁判要点进行梳理、提炼和总结。

一 典型案例

案例一：

涉及是否追加当事人的审查

石某为房屋 A 的登记产权人，与薛某签订房屋买卖合同，约定将房屋 A 售予薛某。后石某反悔拒不履约。薛某起诉请求判令继续履行合同。一审法院判决支持薛某的诉讼请求。石某不服提起上诉，诉称房屋 A 系其与案外人刘某的夫妻共同财产，一审未追加刘某为当事人参加诉讼属于严重违反法定程序。

案例二：

涉及房屋买卖合同是否有效的审查

张某为房屋 B 的登记产权人，与孙某系夫妻关系。张某因无力归还胡某借款而将房屋 B 售予胡某。房屋买卖合同除约定房屋坐落、转让价款、过户时间外，其余主要条款均未约定。后房屋 B 变更登记至胡某名下，但胡某未实际支付购房款。张某向胡某出具署名为孙某的承诺书对张某出售房屋 B 的行为予以追认。后孙某起诉胡某、张某，以二人签订房屋买卖合同构成通谋虚伪意思表示，且承诺书上孙某签名系伪造、张某构成无权处分为由，请求确认房屋买卖合同无效。

案例三：

涉及房屋买卖合同是否继续履行的审查

李甲为房屋 C 的登记产权人，与丁某系夫妻关系。李乙系二人之子。在李乙参与磋商的情况下，李甲与周某签订房屋买卖合同，约定将房屋 C 售予周某。在约定过户日前李甲死亡，丁某、李乙与周某就房屋 C 的转让价格重新磋商但未能达成一致。周某遂起诉丁某、李乙，要求二人继续履行房屋买卖合同。丁某则主张房屋 C 系夫妻共同财产，李甲构成无权处分，房屋买卖合同应予解除。

案例四：

涉及其他共有人是否承担合同责任的审查

郭某为房屋 D 的登记产权人，与林某系夫妻关系。郭某与徐某签订房屋买卖合同，约定将房屋 D 售予徐某。后因房价上涨，郭某拒绝履行合同。徐某遂起诉郭某、林某，请求判令二人继续履行合同，

办理过户及交房手续，并支付违约金。

二
共有房屋买卖合同纠纷案件的审理难点

（一）共有人的诉讼地位认定难

审判实践中，部分共有人出售房屋产生的纠纷，其他共有人存在不参加诉讼、作为被告参加诉讼和作为第三人参加诉讼三种情形。其他共有人参加诉讼的形式又存在原告起诉时已将其列为当事人、诉讼中法院依当事人申请或依职权追加其参加诉讼等情形。实践中，其他共有人的诉讼地位认定规则亟待明确。

（二）房屋买卖合同效力认定难

有效的民事法律行为要求意思表示真实，且无其他法定无效情形。当其他共有人以部分共有人构成无权代理或无权处分、与买受人通谋虚伪意思表示、与买受人恶意串通损害其权利为由，主张房屋买卖合同无效时，如何准确认定合同效力较难把握。

（三）部分共有人是否构成有权处分认定难

部分共有人以自己名义与买受人签订房屋买卖合同的，法院需审查该共有人的处分行为是否获得其他共有人的授权。由于处分行为的授权发生在共有人内部，买受人往往难以提供证据证明部分共有人构成有权处分。因此，法院通过审查哪些事实形成心证，从而推定部分共有人构成有权处分，是审理此类案件的难点。

（四）责任承担主体认定难

部分共有人以自己名义签订房屋买卖合同的，相关过户及交房义务、违约责任的承担主体如何认定？其他共有人应承担何种责任？如部分共有人以全体共有人名义签订房屋买卖合同，上述各项责任的承担主体又如何认定？审判实践中责任承担主体的认定存在较大争议。

三
共有房屋买卖合同纠纷案件的审理思路和裁判要点

在共有房屋买卖合同纠纷案件中，法院需结合证据并运用逻辑推理和经验法则，探究当事人在合同订立时及合同履行中的真实意思，从而在保护共有人对共有房屋享有物权权利的同时，维护交易秩序，保障交易安全。

审理此类案件时，法院首先需明确案件当事人的诉讼地位，其次需对合同效力作出认定。合同无效的，一般应对双方返还因合同履行而取得的财产、损失赔偿等无效后果一并予以处理；合同有效的，基于物债区分原则，还应审查是否存在无权处分等履行障碍；合同解除的，应正确认定守约方的实际损失，合理调整违约金，并注意对其他解除后果一并予以处理。

（一）程序性事项的审查

共有房屋买卖合同纠纷案件可能涉及共有人的内部代理和共有物处分，法院需根据个案中的不同情形准确认定当事人的诉讼地位。

1．共有人均系合同当事人

共有人均系合同当事人的情形包括：

一是全体共有人作为出卖人在房屋买卖合同中签字；

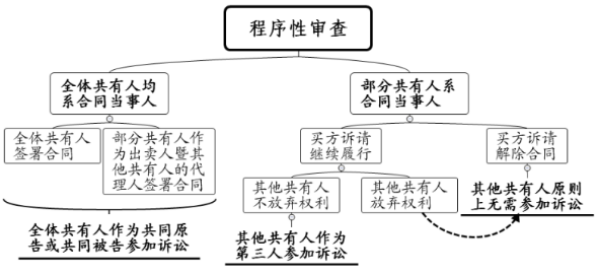
二是部分共有人作为出卖人暨其他共有人的代理人在房屋买卖合同中签字。上述两种情形中，全体共有人均系合同当事人，应当作为共同原告或共同被告参加诉讼。

审判实践中，部分共有人构成代理的情形主要包括：一是合同明确载明部分共有人代理全体共有人签订合同；二是部分共有人签订合同的同时出具承诺函，承诺其他共有人授权其代为签字；三是合同首部载明出卖人为全体共有人，但落款处仅部分共有人签字。

2．部分共有人系合同当事人

部分共有人以自己名义签订房屋买卖合同，买受人诉请解除合同的，案件处理结果一般与其他共有人无关，故其他共有人原则上无需参加诉讼。买受人诉请继续履行合同的，涉及房屋的物权变动，案件处理结果与其他共有人直接相关，故其他共有人应当作为第三人参加诉讼。

需要注意的是，房屋登记在夫妻一方名下但可能为夫妻共同财产的，法院应当听取配偶方的意见。如配偶方确认房屋为登记产权人的个人财产，或明确表示放弃对该房屋所享有权利的，则其无需作为第三人参加诉讼。



如案例一中，薛某诉请继续履行合同，虽然房屋 A 的登记产权人为石某一人，但法院应当主动审查房屋 A 是否为夫妻共同财产。二审法院查明房屋 A 确系石某与刘某婚姻关系存续期间购买并登记于石某名下，遂以一审判决遗漏诉讼当事人为由，裁定撤销一审判决，发回重审。

（二）当事人主张合同无效的审理思路和裁判要点

1．合同效力的审查

共有房屋买卖合同纠纷案件中，当事人常以出卖人无权代理、无权处分、合同双方通谋虚伪意思表示或存在恶意串通损害其他共有人权利等为由，要求确认房屋买卖合同无效。

（1）对当事人主张无权代理的审查

部分共有人以全体共有人名义签订房屋买卖合同的，法院应当审查部分共有人是否构成有权代理或表见代理。需要注意的是，《民法典》第 1060 条第 1 款规定，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。

一般情况下，房屋作为家庭重大财产，处分房屋不属于因家庭日常生活需要而实施的民事法律行为，因此不适用家事代理。

部分共有人无权代理且不构成表见代理的，如其他共有人对代理行为予以追认则合同有效，全体共有人承担合同项下权利义务。

如其他共有人对代理行为不予追认，因欠缺效果归属要件，代理效果不归属于其他共有人；又因部分共有人作出代理行为时未产生效果归属于自己的意思，代理效果亦不归属于该部分共有人。

需要注意的是，根据《民法典》第 171 条规定，部分共有人无权代理签订房屋买卖合同的，合同对其他共有人不发生效力；实施无权代理行为的部分共有人承担履行债务或赔偿损失的责任。鉴于房屋为特定物，且其他共有人不同意追认部分共有人的代理行为，通常也不会同意处分共有房屋。如买受人要求部分共有人履行债务，因存在履行不能的情况，法院需向其释明是否变更诉请为要求部分共有人赔偿损失。如买受人明知或应当知道部分共有人为无权代理，则双方按照各自过错承担责任。

对于部分共有人是否构成有权代理，在买受人无法提供授权委托书等直接证据的情况下，法院可综合以下几个方面进行审查：

一是共有人之间是否存在特殊身份关系；

二是其他共有人是否参与房屋出售过程，包括挂牌、与中介及买受人接洽谈判等；

三是房屋是否由共有人共同居住，其他共有人与买受人在看房时有无接触；

四是其他共有人是否收取过定金或房款；

五是部分共有人签订合同时，是否持有其他共有人的个人证件；

六是其他共有人是否作出过追认合同的意思

表示，或者在明知合同已经签订、买受人支付部分房款并实际占有使用房屋的情况下，是否在合理期限内提出异议等。

结合上述事实，如可认定其他共有人事先授权或事后追认部分共有人代签房屋买卖合同，则部分共有人构成有权代理。

对于部分共有人是否构成表见代理，法院需严格把握。如部分共有人持其他共有人出具的授权委托公证书，与买受人签订房屋买卖合同。后公证机构查明该授权委托并非其他共有人的真实意思表示，或授权委托公证书存在其他应予撤销的情形，而对授权委托公证书予以撤销的，因买受人基于对授权委托公证书的合理信赖而签订合同，故可认定部分共有人构成表见代理。其他共有人以订立合同的部分共有人构成无权代理为由请求确认房屋买卖合同无效的，法院一般不予支持。

（2）对当事人主张无权处分的审查

当事人订立房屋买卖合同的行为属于典型的债权行为。依据《民法典》第 597 条第 1 款规定，因出卖人未取得处分权致使标的物所有权不能转移的，买受人可以解除合同并请求出卖人承担违约责任。

由此可见，债权行为有效不以负担义务者享有处分权为必要。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 3 条第 1 款规定，部分共有人以自己名义与买受人就共有房屋签订房屋买卖合同，其他共有人以该共有人无权处分为由，主张房屋买卖合同无效的，法院不予支持。《民法典》实施后，法院可直接适用第 597 条第 1 款规定进行裁判。

（3）对当事人主张合同双方通谋虚伪意思表示的审查

当事人主张合同双方通谋虚伪意思表示往往存在于部分共有人与买受人为担保买受人债权而签订房屋买卖合同的情形。《民法典》第 146 条第 1 款规定，行为人与相对人以虚假意思表示实施的民事法律行为无效。买卖双方为担保债权而签订房屋买卖合同，其真实意思均为以债务人名下房屋为债权实现提供担保，而非债权人购买债务人名下房屋。因此，为担保债权而签订的房屋买卖合同因构成通谋虚伪意思表示而无效。

对于合同双方是否构成通谋虚伪意思表示，法院一般可从以下几个方面进行审查：

一是当事人之间是否存在民间借贷等债权债务关系；

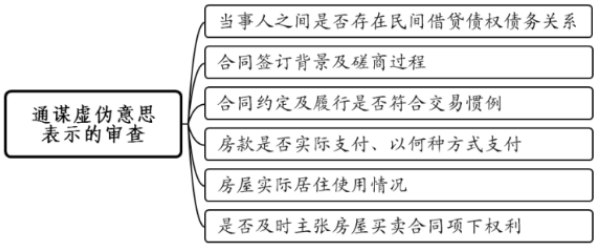
二是合同签订的背景及磋商过程；

三是合同约定及履行是否符合交易惯例。对与交易惯例不符的情况，当事人能否作出合理解释；

四是房款是否实际支付、以何种方式支付；

五是房屋实际居住使用情况；

六是当事人是否及时主张房屋买卖合同项下权利。



如案例二中，张某与胡某之间存在民间借贷关系，且房屋买卖合同的约定及双方履行行为等均不符合交易惯例，如房屋转让价格明显过低，胡某未实际支付房款，以及胡某拒绝提供承诺函原件以便对孙某签名的真伪进行鉴定等。结合上述事实，法院可认定张某与胡某签订房屋买卖合同实为胡某

债权提供担保，该合同因构成通谋虚伪意思表示而无效。

（4）对当事人主张合同双方恶意串通的审查

《民法典》第 154 条规定，行为人与相对人恶意串通，损害他人合法权益的民事行为无效。

部分共有人以房屋买卖合同双方恶意串通、损害其合法权益为由主张合同无效的，法院可从以下几个方面进行审查：

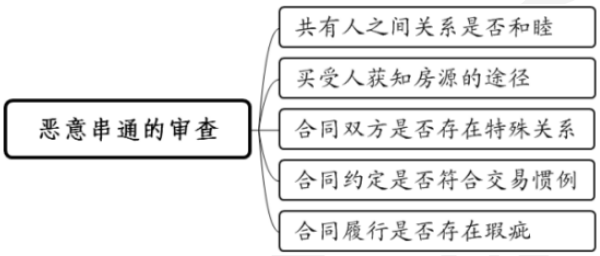
一是共有人之间关系是否和睦，如是否存在夫妻感情不睦、已长期分居、一方已提起离婚诉讼等情形；

二是买受人是否通过中介居间而获知房源；

三是合同双方是否存在特殊关系；

四是合同约定是否符合交易惯例，如房价是否明显低于市场价值等；

五是合同履行是否存在瑕疵，如房款是否实际支付等。



2. 合同无效后果的处理

房屋买卖合同无效的，法院应避免机械适用“不告不理”原则，仅就当事人的诉请进行审理，而是应当向双方释明合同无效的相关后果，尽可能一次性解决纠纷。此外，需要注意以下三种特殊情形：

（1）买受人取得产权后在房屋上设立抵押权

此种情形下，法院可通知抵押权人作为本案第三人参加诉讼。抵押权人善意取得抵押权的，原则上可判令债务人向债权人清偿债务后涤除抵押，将房屋恢复登记至出卖人名下。

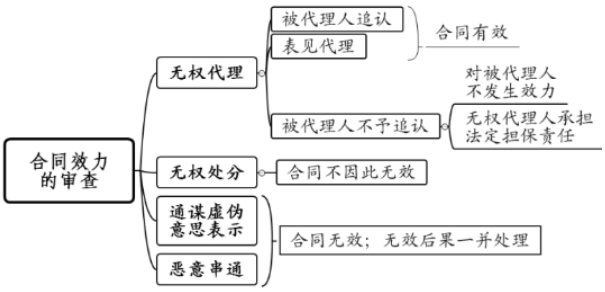
如债务人无清偿能力，根据《民法典》第 524 条规定，债务人不履行债务，第三人对履行该债务具有合法利益的，第三人有权向债权人代为履行。因此，法院可向共有人释明，共有人愿意代为清偿债务以涤除抵押的，法院可判令共有人代债务人向债权人清偿债务；涤除抵押后将房屋恢复登记至出卖人名下，同时判令债务人向共有人支付代其清偿的债务金额。

（2）买受人取得产权后房屋被司法查封

房屋在司法查封状态下不能恢复登记至出卖人名下。如作出该司法查封裁定的案件类型仅为金钱类债权债务纠纷，法院可向共有人释明是否愿意向买受人的债权人清偿债务或提供担保，以解除查封便于恢复产权登记。法院仅需根据司法查封是否解除的具体情况，作出确认合同无效或是一并处理房屋恢复登记等合同无效后果的判决。

（3）买受人未向出卖人实际支付房款

如买受人并未实际支付房款，或已支付房款但出卖人随即通过取现、转账等方式将房款全部返还或支付给买受人指定的案外人处，则案件一般不存在房款返还的问题。如买受人向出卖人的代理人或指定的案外人支付房款，则视为出卖人实际收取房款，待合同认定无效后，出卖人负有返还义务。如出卖人与买受人之间存在其他债权债务关系，法院应另行处理。



（三）对当事人主张继续履行合同的审查

对于合同有效买受人主张继续履行的，法院应

当审查合同是否存在履行障碍。共有房屋买卖合同纠纷案件中，关于合同能否继续履行的争议焦点，主要集中在出卖人是有权处分还是无权处分。当然，共有房屋买卖合同还可能存在其他履行障碍，如在出卖人“一房数卖”情形下本案买受人合同履行顺位在后；买受人属于限购对象；系争房屋上存在另案司法查封等。鉴于本文着重分析与房屋共有性质的相关问题，故对其他履行障碍的情况不予详述。

1．出卖人是否构成无权处分

部分共有人以自己名义签订房屋买卖合同的，合同不因此而无效，但合同能否继续履行即共有房屋的所有权能否转移，需考察其他共有人的意思表示。如其他共有人未事先授权亦未事后追认部分共有人出售房屋，则部分共有人构成无权处分，合同无法继续履行。如其他共有人事先授权或事后追认部分共有人出售房屋，则部分共有人构成有权处分，合同可以继续履行。

需要注意的是，实践中部分出卖人因房价上涨而反悔，遂以自己构成无权处分为由拒绝履行合同。对此，法院应查明其他共有人是否知晓并同意出售房屋。因该节事实与部分共有人是否构成有权代理，实际均需审查其他共有人就房屋出售事宜的真实意思，故该节事实的审查可参照是否构成有权代理的审查要点。出卖人或其他共有人主张出卖人构成无权处分的，应当具体陈述或解释出卖人擅自处分共有房屋的理由。

如共有人之间关系恶化、出卖人恶意转移财产等，并提供相应证据予以佐证。法院应当运用逻辑推理和经验法则，对当事人陈述及其他证据有无证明力及证明力大小进行判断，从而最终形成心证。

如案例三中，丁某与李甲并无夫妻不睦情形，李甲过世后丁某、李乙与周某曾就提高房屋转让价款进行磋商，结合二人之子李乙始终参与磋商的事实，丁某主张对李甲与周某签订房屋买卖合同事宜完全不知情有违常理。再结合丁某并未提交任何证据证明其在诉讼前曾向周某主张李甲构成无权处分。因此，法院可认定丁某授权李甲处分房屋 C，房屋买卖合同可以继续履行。

2．责任承担主体的认定

当部分共有人构成有权处分、合同应继续履行时，基于物债区分原则，买受人的诉请实则涉及不同性质的法律行为——买卖双方基于合同的负担行为，以及部分共有人的处分行为与其他共有人的授权处分行为。

首先，基于合同相对性，买受人有权要求出卖人承担合同责任，除要求出卖人继续履行合同外，还可要求出卖人承担支付违约金或赔偿损失等其他违约责任。

其次，买受人有权要求其他共有人协助转移买卖房屋所有权。

需要注意的是，其他共有人并非房屋买卖合同的当事人，除非其他共有人的意思表示构成债务加入，否则不承担房屋买卖合同项下的责任。

如案例四中，如经审理查明郭某构成有权处分，法院可作如下判决：

（1）房屋买卖合同继续履行；

（2）郭某将房屋 D 过户至徐某名下（明确税费负担），并向徐某交付房屋 D；

（3）徐某向郭某支付剩余购房款；

（4）郭某向徐某支付逾期过户及逾期交房违约金；

（5）林某协助办理房屋 D 的过户手续。

（四）合同解除责任的认定与解除后果的处理

1．合同解除责任的审理思路

出卖人无权处分致使房屋买卖合同无法继续履行的，买受人可以行使合同解除权，并基于合同相对性要求出卖人承担违约责任。需要注意的是，买受人是否清楚房屋的权属状况与出卖人因构成无权处分而应承担的违约责任无关。买受人疏于审查的，仅负担合同不能继续履行、无法转移房屋产

权的风险。

2．合同解除后的恢复原状

房屋买卖合同属于即时性合同，合同解除具有溯及力。合同解除后出卖人自始不享有收取房款的权利，买受人自始不享有占有使用房屋的权利。因此，出卖人应当向买受人返还房款及占有房款获得的利益，买受人应当向出卖人返还房屋及占有房屋获得的利益。依据《九民会纪要》第 34 条规定，可将该两笔占有费用相互抵销，即出卖人仅需返还房款本金，买受人仅需返还房屋。当然，如房屋尚未实际交付，则出卖人应当向买受人返还房款及相关占有利益。

3．房屋差价损失的认定

房屋差价损失属于买受人的可得利益损失。原则上应以合同解除时间或买受人知道或应当知道房屋买卖合同无法继续履行的时间作为房屋差价的计算节点。对于房屋差价的确定方式，双方当事人可以协商确定；无法达成一致的，可以通过司法鉴定的方式予以确定；双方争议不大或明确同意的，亦可通过询价方式确定。

对于房屋差价损失，法院应综合运用可预见规则、损益相抵规则、减损规则、过失相抵规则予以确定。

具体应注意以下几点：

（1）损失的可预见性应理解为订立合同时对损失类型的预见，而非损失大小的预见。

（2）适用损益相抵规则的同时应考虑不能使出卖人因违约行为而得益。

（3）合同履行程度通常仅与买受人的积极损失认定有关，而与买受人可得利益损失认定无关。

4．违约金调整的审理思路和裁判要点

出卖人主张违约金过高的，应当承担证明责任，且应当在一审法庭辩论终结前提出；二审期间提出的，法院原则上不予支持。出卖人提供初步证据后，买受人坚持认为违约金合理的，应当对其实际损失作出说明并提供相应证据。

具体而言，出卖人主张违约金过分高于实际损失的，应根据具体违约行为证明相应损失的大致金额；主张损益相抵的，应证明买受人因出卖人的违约行为而获益；主张过错相抵的，应证明买受人存在过错。如出卖人没有陈述具体理由并提供相应证据材料的，法院可不予调整。

出卖人陈述具体理由并提供证据材料后，买受人同意调低违约金的，应陈述调整幅度的理由和依据，如其主张大致合理不构成明显利益失衡，则法院不再继续调整。

买受人不同意调低的，需针对出卖人的调整幅度、理由及证据材料进行答辩；买受人能够举证证明出卖人的理由全部或部分不成立的，对违约金不予调整或对出卖人主张的幅度予以扣减。因出卖人恶意违约而买受人不同意调整违约金的，法院在认定违约金时应注意违约金的失信惩戒功能。

四、其他需要说明的问题

本文主要对共有房屋买卖合同纠纷中的相关问题进行梳理，其中也涉及部分房屋买卖合同纠纷中的共性问题。对于房屋买卖合同纠纷中涉及的“借名买房”“以房抵债”等问题不在本文讨论范围之内。

文：金绍奇、朱晨阳
文稿编校：郭　磊
编辑：李丹阳

多份遗嘱引发遗产争夺，哪份遗嘱有效力？

原创：2020-10-12 北京三中法院风景线 北京三中院
https://mp.weixin.qq.com/s/PqCF54DUqkuIw_E6GzNNKg

遗产如何分配是每一个家庭
都可能面临的问题
怎么立遗嘱
遗嘱立完之后
是否可以撤回等亦成为公众的关注点

案情回顾

于某与妻子崔某育有两名子女，儿子于某明，女儿于某丽。于某与崔某婚后购买 301 房屋一套，属夫妻二人共同财产。2000 年 4 月，崔某去世，生前未留有遗嘱。2014 年 7 月，于某丽以法定继承纠纷为由，将于某和于某明诉至法院。2014 年 9 月法院判决崔某的份额由三人均分。2014 年 12 月于某去世。2020 年 1 月，于某丽以遗嘱继承纠纷为由诉至法院，并提交两份于某自书遗嘱，日期分别为 2013 年 10 月和 2014 年 5 月，遗嘱内容均为："我在 301 号房屋中享有的份额由女儿于某丽继承所有"。2014 年 2 月，于某为于某明出具证明一份，上载："我给于某丽写的关于 301 号房屋的任何字据从今日起作废"。同日，于某与于某明签订赠与协议书，约定 301 号房屋属于于某的份额赠与于某明。2014 年 8 月 7 日，于某丽诉于某、于某明继承纠纷案庭审时，于某曾两次表示"这个房子我谁也不给"，并称："给于某丽也写过，时间记不清了，应该是给于某丽写的材料在于某明之前"。

裁判结果

一审法院认为，于某丽提交的 2013 年 10 月遗嘱和 2014 年 5 月遗嘱，内容均为于某确认涉案房屋归于某丽所有。但此两份遗嘱，与于某明提交的 2014 年 2 月证明及赠与协议内容不一致。但 2014 年 5 月遗嘱在后，根据继承法的规定，立有数份遗嘱，内容相抵触的，以最后遗嘱为准。故法院认可 2014 年 5 月遗嘱的效力。于某在 2014 年 8 月 7 日庭审中曾提到，给于某丽写的材料在于某明之前（即 2014 年 2 月之前），所指的应是 2013 年 10 月遗嘱，该陈述无法理解为撤销 2014 年 5 月遗嘱。故一审法院判决于某在 301 号房屋享有的份额均由于某丽继承。

于某明不服一审判决，提起上诉。二审法院认为，于某明提交的 2014 年 2 月证明（内容为给于某丽写的字据作废），应认定于某丽提交的 2013 年 10 月遗嘱已被撤销。2014 年 2 月赠与协议于某将其份额赠与于某明，但房屋未过户，赠与并未实际完成，且与于某丽提交的 2014 年 5 月遗嘱内容相矛盾。因 2014 年 5 月遗嘱在后，应以 2014 年 5 月遗嘱为准。但 2014 年 8 月 7 日庭审中，于某明确表示"现在这个房子我谁也不给"，故应认定于某对 2014 年 5 月遗嘱，亦作出了撤销的意思表示。正如于某所述对于具体所撤销遗嘱的形成时间记忆并不清晰，故不应将"在跟于某明写协议之前写的"解释为只包括撤销 2013 年 10 月遗嘱，应包括 2014 年 8 月 7 日之前所形成的所有遗嘱，一审法院有关认定有误，二审法院予以改判，对于于某在 301 号房屋中享有的份额按照法定继承由于某丽和于某明平均予以分割。

法官说法

本案中，于某关于财产的处理，先是给女儿立遗嘱将涉案房屋份额给女儿，又撤销遗嘱，将涉案房屋份额赠与儿子，接着又立遗嘱将房屋份额给女儿，后又在法院审理其妻子遗产案件庭审中表示房

子谁都不给。《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。依据该条规定，遗嘱人只要出于其本意，且符合法律规定，可以于遗嘱设立后的任何时间变更、撤销遗嘱，不需征得任何人的同意。本案中，于某于庭审中表示涉案房屋的份额谁都不给，可以视为其以明确的意思表示撤销庭审前所立遗嘱。

通常认为，变更、撤销遗嘱的方式分为明示和默示两种。明示方式，是指遗嘱人以明确的意思表示撤销遗嘱，依法律规定的设立遗嘱的方法去行使。具体可以通过自书、代书、录音、口头、公证等方式，对遗嘱的内容进行变更或撤销。但因遗嘱类相关纠纷系遗嘱人去世后，继承人之间就分割遗产问题而引发的争议，从继承人举证责任角度来考量，口头方式较难证明，故采取其他方式较为妥当。本案中，于某虽以口头形式作出撤销遗嘱的意思表示，但因有庭审笔录予以记载，足以推知撤销遗嘱系其真实意思表示。

默示方式，是指遗嘱人虽然未以明确的意思表示变更撤销遗嘱，但法律根据遗嘱人的行为推定遗嘱人变更撤销了遗嘱。从法律规定以及司法实践中具体案例来看，主要有以下三种途径：1. 立有数份遗嘱，前后遗嘱内容相抵触的，推定撤销前遗嘱。2. 遗嘱人可以通过自己与遗嘱相抵触的行为，变更、撤销原来所立遗嘱。例如生前将自己的财产予以处分。3. 遗嘱人故意损毁、涂销遗嘱的，视为变更、撤销遗嘱。

对于上述遗嘱的撤回、变更及效力冲突的问题，2020 年 5 月 28 日出台的《民法典》做了进一步的修订和完善。其中，第一千一百四十二条规定，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。该条相较于《继承法》第二十条，删除了公证遗嘱优先的规定，体现了《民法典》对公民意思自治的尊重。

法官寄语

本案中于某对涉案房屋分割的意见多次变化，体现了其在财产分割上左右为难，究其本意是希望子女能妥善解决房产问题，避免亲兄妹再次对簿公堂。继承类纠纷案件的当事人大多血脉相连，俗话说，打断骨头连着筋，因遗产问题争的头破血流实难告慰亡灵。无论是祖孙情、父母情还是手足情，平时都需要用心去经营和维护，常怀律己和感恩之心，才能建立起和谐文明的家庭关系。

文字：卢圆圆
编辑：张文雅
图片来自网络

渝中法院案例入选重庆法院参考性案例

2020-10-13 重庆市渝中区人民法院

https://mp.weixin.qq.com/s/_rGWDuvK-IPiQt5F3pcGWQ

今日热点：隔 代 探 望

什么是参考性案例？

最高人民法院规定，高级人民法院可以通过发布参考性案例，对辖区内各级人民法院和专门人民法院的审判业务工作进行指导。

裁判要点：祖父母、外祖父母请求定期探望父或母一方已死亡的未成年孙子女、外孙子女的，人民法院应予支持。祖父母、外祖父母的探望不得妨

碍序位在先的监护人履行监护职责，不能对未成年人正常生活和健康成长造成不良影响。

基本案情

原告董某与原告张某系夫妻，二人婚后育有一独生子董某 2。董某 2 与被告谭某于 2012 年登记结婚，婚后生育一子谭某 2（又名董某 3）。后董某 2 被确认死亡。谭某 2 自出生至董某 2 死亡前均由董某与张某帮助照顾抚养，董某 2 死亡后谭某 2 由谭某及其父母照顾抚养。董某、张某为孙子谭某 2 购置衣物、玩具等均遭到谭某拒绝，因长期无法探视孙子谭某 2，谭某 2 目前对董某、张某已较为陌生。董某、张某遂向法院提起诉讼，请求判令董某、张某对孙子谭某 2 享有探望权，具体探望方式为每月的第一周和第三周周六上午 9:00 接走探望，周日晚上 8:00 前将其送回，国家法定节假日及寒暑假期间也可探望，具体方式双方协商。

裁判结果

重庆市渝中区人民法院于 2018 年 7 月 2 日作出（2018） 渝 0103 民初 11722 号民事判决：

一、自本判决生效之日的次月起，原告董某、张某每月可在谭某 2 的经常居住地或与被告谭某商定的地点（本市市区范围内）探望谭某 2 两次，每次探望不超过三个小时，被告谭某负有协助配合义务。

二、驳回原告董某、张某的其他诉讼请求。宣判后，双方当事人均未提出上诉，判决已发生法律效力。

裁判理由

法院生效裁判认为，本案的争议焦点为董某、张某是否享有对孙子谭某 2 的探望权及探望的具体方式。对祖父母探望孙子女的诉讼请求，应根据未成年子女利益最大化原则，结合具体情形加以分析后确定是否支持。首先，探望权属于身份权范畴，祖父母、外祖父母与孙子女、外孙子女具有直系血亲关系，是父母子女亲权关系的直接延伸，允许祖父母、外祖父母代替已经死亡或者丧失行为能力的子女对孙子女或外孙子女进行探望，可弥补单亲家庭子女父爱或母爱的缺失，更好地满足未成年人的物质、精神及教育等方面的需求，有利于其健康成长尤其是健康人格的形成，符合未成年子女利益最大化原则。其次，《中华人民共和国老年人权益保障法》规定，家庭成员应关心老年人的精神需求，不得忽视、冷落老年人。探望孙辈是失独老人获得精神慰藉的重要途径之一，是老年人应享有的权益。在我国，祖父母、外祖父母帮助子女照顾抚养孙子女、外孙子女的情形十分普遍，尤其在父或母已死亡情况下，允许祖父母、外祖父母对孙子女、外孙子女的探望，有利于保护老年人合法权益。最后，探望权具有很强伦理性，在有利于未成年人健康成长、有利于亲属间感情融合的前提下允许老年人隔代探望，有利于弘扬社会主义核心价值观和中华民族传统美德。

本案中，董某、张某夫妇老年丧子，遭受巨大痛苦，对孙子谭某 2 的探望能够给予其精神上的慰藉，也可使谭某 2 得到来自父方的关爱。此外，自谭某 2 出生直至董某 2 去世，董某、张某一直在帮助照顾抚养谭某 2，对孙子产生深厚感情。董某 2 去世后，董某、张某有能力也有意愿照顾抚养孙子。因此，对于董某、张某要求探望谭某 2 的诉讼请求，依法予以支持。至于董某、张某行使探望权的具体方式，谭某是谭某 2 法定的第一顺位监护人，董某、张某探望权的行使应充分尊重谭某的监护权利，不得妨碍序位在先的监护人履行监护职责，否则谭某可依法要求中止探望。同时，探望权的行使要充分考虑未成年人生活习惯和接受程度，不能因探望对其正常生活和成长造成不良影响。谭某 2 尚未满六周岁，长达三年多的时间未与董某、张某共同生活交流，对他们已变得较陌生疏远，因此，目前不宜采取将其接走的方式探望。结合双方实际情况，法院酌情确定探望方式为到谭某 2 的经常居住地或与谭某商定的地点（本市市区范围内）进行探望，每月可探望两次，每次探望不超过三个小时。

来源：市高法院

编辑：审管办（研究室）

婚内向第三者赠与的法律适用：纠偏与再探丨审判研究 ilawtalk

原创：2020-10-13 审判研究 猫鼠游戏
https://mp.weixin.qq.com/s/_rGWDuvK-IPiQt5F3pcGWQ

时下，有配偶者以夫妻共同财产向第三者赠与的现象愈发常见。如果说（2001）泸民一终字第621 号“泸州遗赠纠纷案”是此类问题法律讨论第一次大规模进入公众视野，各路媒体持续跟进报道，引发公众广泛关注和讨论，那么，随着前一段时间电视剧《三十而已》的播出，婚内赠与相关的情感、道德、法律问题，再一次引起了吃瓜群众们的热议。

有感而发，本文尝试结合即将生效的《民法典》，对婚内赠与中几个被广泛讨论的财产法律适用问题作出评述。

1．婚内赠与是几个民事行为？

有配偶者向第三者赠与夫妻共同财产，这一客观事实究竟中包含了多少个民事法律行为？

对于在 2007 年后就读法学院或者参加司法考试的读者而言，相信这个基本算不上什么问题。毕竟在不少读者看来，解答类似于“四枚一元硬币买一份日报共计多少个法律行为”都已不在话下。

一般而言，《物权法》第 15 条大致可以被视为我国立法第一次对债权行为和物权行为作出的明确区分。随着《买卖合同司法解释》的出台，无论法律实务界对于我国的物权行为理论采取何种认识（或理解到何种程度），就“物权行为独立于债权行为而存在”这一点，已经形成初步共识，最高法院民二庭在关于买卖合同司法解释的理解与适用一书中有所言及；当然，此节也有不同认识，如崔建远老师在“无权处分再辨”（《中外法学》2020 年第 4 期）一文中，仍认为“中国现行法并无此区分”。

因此，有配偶者向第三者赠与夫妻共同财产包含多少民事行为的设问，实则是强调赠与合同行为，与所赠与货币、汽车、房产等相关的物权行为在法律适用上的不同。

2．婚内赠与的效力：无权处分与违背良俗的区别

司法实践中，赠与方配偶通常会以“无权处分”或“违背良俗”两个事由诉请确认婚内赠与无效；而无论诉请如何，殊途同归。

然而，这里需要注意，两种事由对于婚内赠与无效结果上的等同（甚至是混同），却并不代表着法律适用上的无暇。这又是为何？

1）无权处分是否属于合同无效事由

无权处分可谓我国民法理论界的敏感问题、法律实务界的头疼问题。

不得不承认的是，所谓“硬币换报纸”的梗，往往也只是在某些小众群体中流行，而决定一种观点能否“出圈”的，不仅是学者们如张谷老师所言关于立法建言的“屡败屡战”终至“屡战屡败”（“民法典合同编若干问题漫谈”，《法治研究》2019 年第 1 期），更在于每一次民事审判中的诉请或主文的精准说理。

在我国，对于这种争议较大的问题，立法或司法解释工作一般不予正面回应。

我们当然可以认为，《民法典》第 597 条关于无权处分买卖合同支持违约责任的规定，暗含着并未以无权处分事由否定合同效力的前提；但此种观点仍然属于文义解释的非排他结论，正如当初对《合同法》第 51 条作出反向解释，“未经追认或仍未取得处分权的合同无效”同样并非原条文的否命

题。

具体到婚内赠与，由于任何一方配偶对于夫妻共同所有的货币、汽车、房产等财产均享有处分的权利，未经配偶同意与第三者订立赠与合同，自然构成无权处分。如果说《买卖合同司法解释》的出台，基本为买卖合同无权处分的直接适用或有偿合同无权处分的参照适用提供了准确依据，那么，赠与合同是否亦应当参照适用该规定？

或许不能。

本文认为，无权处分问题更多地出现在市场交易中，背后反应的是交易安全与交易效率的价值判断取舍，在婚姻家庭领域亦是如此。例如《婚姻法》司法解释三第 11 条关于夫妻一方无权处分共有房屋的规定，仍然强调的是不动产物权变动善意取得的一般规则。

实际上，无论对婚内赠与是否采取物债二分的观点，赠与这种无关市场交易的民事行为，均不存在适用无权处分关于合同效力或是物权变动（善意取得）规定的空间，更不宜直接依据《合同法》第 51 条认定赠与合同无效，比较具有代表型的观点和法律人如最高法院吴晓芳法官和陈汉律师等（吴晓芳“婚姻法司法解释（三）适用中的疑难问题”，《法律适用》2014 年第 1 期；陈汉“婚内向第三者赠与的法律适用：乱象与梳理”，微信公众号高杉 LEGAL）。

当我们认为婚内赠与令人咬牙切齿的程度就和看到电视机中的许幻山一样时，本文更想强调的是：

婚内赠与的无效，并非在于“许幻山未经顾佳同意拿钱乱花”，而在于“许幻山把钱花在了林有有身上”。

2）婚内赠与在何种程度上违背了公序良俗

婚外情是不道德的，那么婚内赠与合同在何种程度上违背了公序良俗而无效？“这是一个非常困难的价值判断问题”（陈汉老师语）。

虽然《民法总则》的出台在技术上为婚内赠与提供了确认赠与合同无效的请求权基础，即第 153 条第 2 款（民法典条款相同），但是，对于经验老到的法律实务界人士而言，就算没有法律规则，直接适用法律原则依然不妨碍案结事了。

目前，无论是裁判文书还是诉讼文书，裁判说理与法律适用“向一般条款逃逸”仍属于较为普遍的现状。

由于“不让小三拿到一分钱”符合一般民众的正义观，所以适用背俗无效的民法规则与公序良俗的民法原则，在法律效果上没有本质区别；但是，这并不代表背俗无效的法律适用不需要裁判说理，《九民纪要》第 31 条关于商事交易背俗无效适用的规定亦属同理。

夫妻之间应当互相忠实、互相尊重，此忠诚义务在 2001 年《婚姻法》修订时首次以原则性规范或倡导性规范予以明确，《民法典》婚姻家庭编对此予以承继。对于忠诚义务的违反，根据过错方配偶违法行为的严重程度，大致可以分为婚外性行为或出轨、有配偶者与他人同居、重婚三种违法行为：

- 就重婚而言，该违法行为属于《婚姻法》第 3 条明确禁止的行为，并且属于婚姻无效及离婚的事由，同时也属于《刑法》第 258 条规定的犯罪行为；
- 同居而言，该违法行为属于《婚姻法》第 3 条明确禁止的行为，但仅属于离婚事由；
- 就出轨而言，该违法行为并非《婚姻法》第 3 条调整范围，全国人大法工委对于《婚姻法》第 3 条释义就认为，“由于情况比较复杂，还应当通过党纪、政纪、道德、教育等多种手段、多种渠道予以解决。”

众所周知的是，无论恋爱感情的培养抑或是婚外感情的滋生，均会伴随着一定数量的财产赠与，在并未明确以结婚为目的赠与财产（或被认定为赠送彩礼）的情况下，前者相关财产纠纷并不受民事法律的调整。

对比而言，后者以夫妻共同财产为标的物的赠

与，包含着维系婚外感情的合同目的，赠与财产累计金额越多，则应当推定出轨配偶对于忠诚义务违背的过错越大、后果越严重；鉴于婚内赠与和出轨在“事实上的相关性”，这两种行为均违反了《婚姻法》第 4 条或《民法典》第 1043 条所倡导的婚家良俗，因此属于无效行为。

3）背俗无效与无权处分的再区分

需要注意的是，有配偶者在未出轨之前，以夫妻共同财产通过直播平台向主播打赏，是否仍然属于背俗无效事由的调整范围？

所谓向主播打赏的行为，在较为主流观点看来属于“赠与合同”（程啸等“网络直播中未成年人充值打赏行为的法律分析”，《经贸法律评论》2019 年第 3 期）；亦有（2020）浙 0702 民初 3102 号判决书认为，此种赠与“系出于对不正当男女关系的追求，违反了公序良俗，应属无效”。

当然，本文认为上述无效认定说理有值得商榷的地方。如果说在出轨或同居是婚内赠与的动机或原因，那么在尚未出轨之前的婚内赠与尽管同样违背道德，但在类案中，裁判者并未充分说明此种赠与究竟只是在一般道德层面值得谴责，还是同样属于背俗无效的事由。

更为核心的问题是，通过直播平台向主播打赏并非赠与，我们就不能忽略了有配偶者所谓向主播打赏行为的对价，是所享受的直播平台与主播一同提供的网络服务。正如北京三中院审委会委员、民三庭庭长侯军法官的看法：“直播行为是作为思想服务、启发服务，从这个角度讲，将网络平台打赏归为服务合同更为适宜”（侯军“网络文化消费之困 “‘直播打赏’法律问题待解”，《民主与法制时报》2018 年 6 月 21 日；持同样观点还有潘红艳等“网络直播打赏的法律性质认定及撤销权行使”，《湖北警官学院学报》2018 年 04 期）。

如上文所述，对于此种服务合同交易行为，应当适用无权处分规则，而非将其道德化处理。有配偶方以夫妻共同财产打赏造成财产减少的，受损害一方应当参照适用《物权法》第 106 条第 2 款或《婚姻法司法解释三》第 11 条第 2 款，在离婚时请求另一方赔偿损失。

3．财产返还是种什么责任

如果说，婚内赠与民事行为性质的认定仍带有一定道德色彩或者感情色彩，那么，“要回财产”则是婚内赠与纠纷配偶方的核心诉求。然而关于夫妻共同财产的返还权利性质，却并不像其诉请那样清楚明晰，根据不同的学理观点，对财产返还的性质或请求权基础至少包括以下几种认识：

- 如果不承认物权行为独立于债权行为，那么财产返还的性质为物权请求权，返还的范围限于诉争财产本身；
- 如果承认物权行为独立于债权行为及其有因性，那么财产返还的性质仍为物权请求权，同时涉及合同双方缔约过失责任的处理；
- 如果承认物权行为独立于债权行为及其无因性，那么财产返还的性质则为不当得利请求权，同时亦涉及合同双方缔约过失责任的处理。

各地司法实践同样回避了过于理论化的探讨，仅概括地强调了配偶方可以要求返还财产的权利。例如，《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》第 48 条规定“另一方可主张请求确认该赠与行为无效，返还财物”；江苏省高级人民法院《家事纠纷案件审理指南（婚姻家庭部分）》第 10 条，“配偶一方以赠与夫妻共同财产的行为侵犯其夫妻共同财产权为由主张返还的，可以支持。”

《婚姻法司法解释三》（征求意见稿）曾在第 2 条规定，“合法婚姻当事人以侵犯夫妻共同财产权为由起诉主张返还的，人民法院应当受理并根据具体情况作出处理。”但或许出于对本条可能暗示法官过于宽泛的自由裁量权的考虑，该条并未见诸于正式稿。

1）缔约过失责任的适用

在司法实践中，上述笼统的规定在处理“被小三”问题时并不能提供明确指引，尽管主流观点均不赞同对于“被小三”一方利益的保护，但是并未给出充分的理由：

吴晓芳法官：“婚姻法司法解释（三）适用中的疑难问题”，《法律适用》2014 年第 1 期。	1. 审判实践中对一方是否属于“被小三”的事实，认定难度比较大。 2. 感情问题不是商业行为，有付出未必一定有收获，在当事人双方均为成年人的情况下，其应当明确预知自己行为的法律后果。
王忠博士、前法官：“将夫妻共同财产赠与‘第三者’的法律适用”。	1. 我国物权法第 106 条善意取得的构成要件是：1）受让人取得该财产时是善意的；2）受让人支付了合理的对价；3）受让人已经取得该财产。 2. 该种付出在法律上不能定义为付出，无法量化，情感姑且不能成为一个量化的标准，更不宜提肉体的付出了。

王文的观点未在合同无效层面进行讨论；而吴文的观点并未从实体法上给予回应，事实认定的困难不能作为法律适用是否合理的理由，至于其第二点，恰恰指出了缔约过失责任在婚内赠与合同无效之后的过错认定问题。如果认为“被小三”一方在知晓他人有家室之后仍不退出具有明显过错，那么其对于自己知情前受赠财产则不具备任何过错，过错方在于出轨配偶。

当然，缔约过失责任仍需要考虑“被小三”一方的信赖利益损失。对于纯粹的赠与合同而言，受赠方几乎不存在任何损失；不过，考虑到无过错“被小三”一方多为女性，参照江苏省高级人民法院《家事纠纷案件审理指南（婚姻家庭部分）》第 10 条，对于其在与出轨配偶“正常交往”期间，因怀孕中止妊娠支出的医疗费、营养费等合理费用，应当认定为缔约过失责任的赔偿范围。

也有律师同行认为，“善意婚外第三人可以向过错婚姻当事人主张精神损失赔偿”（杜铖浩“‘婚外情’中第三人接受无效赠与后的全额返还责任”，微信公众号审判研究），然而这里未厘清或者说混淆了精神损害赔偿的适用范围。诚然，无过错“被小三”一方得知对方婚内状态真相后，往往会面临排山倒海般的舆论压力，但是，该请求权基础在于其人格权益侵权请求权，而与受赠财产相关的合同请求权无关。

2）财产返还的范围

司法实践中，对于如何处理财产返还的范围问题也有不同观点：

吴晓芳法官：“婚姻法司法解释（三）适用中的疑难问题”，《法律适用》2014 年第 1 期。	1. 如果赠与人给受赠人钱款让其购房、购车等且登记在受赠人名下，赠与行为被确认无效后，受赠人应返还相应的钱款。 2. 如果赠与人是把原来登记在自己名下的房屋、车辆等变更登记为受赠人，受赠人应返还原房屋或车辆等。
王忠博士、前法官：“将夫妻共同财产赠与‘第三者’的法律适用”。	1. 若有证据证明受赠钱款直接用于购买不动产等财产形式，或者受赠人购买了与自身消费能力不相符的财产又无法举证其他财产来源的，那么通常法院通常会判决返还标的物不限于赠与的资金。 2. 如果赠与的财产发生贬值时，由于该赠与行为是无效的民事行为，从行为开始即没有法律效力。而非法占有他人合法财产的一方，未经财产所有人同意致使财产发生损失的，应承担补偿责任。故，如果发生财产贬值情形的，受赠人应返还全部赠与财产。

很显然，吴文的观点接近于“财产返还的性质为物权请求权”，即强调财产返还的范围仅限于处分时的价值或形态；而王文的观点则接近于“财产

返还的性质为不当得利请求权”，并且强调了恶意受领人的返还所得利益与善意受领人现存利益的差别，如果更进一步，结合“被小三”问题，可以对恶意受领人作出自始恶意和中途恶意两种区分（李宇《民法总则要义：规范释论与判解集注》，法律出版社 2017 年）。

4．结语：其他救济

鉴于有配偶者以夫妻共同财产向第三者赠与多发生于男性出轨的情况，以往，出于对《婚姻法》第 2 条关于妇女儿童合法权益着重保护的考虑，无论是女性当事人还是人民法院，均倾向于在维持原有家庭关系的基础上，保证夫妻共同财产的完整权益。

但是，随着女性创造财富能力的提升和舆论环境的变化，生活中越来越多的女性如同顾佳一般，在发现配偶背叛婚姻时，不再一味地迁就根基早已动摇的夫妻关系，而是在保护好自身（及子女）权益的情况下，重新选择一份更加值得珍重的婚姻。

对此，不幸面临婚姻变故的女性可以选择更加多元化的救济途径保障合法权益。例如针对出轨行为，尽管不能直接以此为由诉请离婚，但是却可以对伴随着出轨所带来的婚内赠与，以“严重损害夫妻共同财产”为由，诉请婚内分割共同财产以及时止损；或者在离婚诉讼中针对出轨方提出损害赔偿的请求。

原创序号律师视点 441 核校简牍

第 135 期丨权威发布：上海法院类案办案要件指南系列成果（六）

原创：2020-10-14 中国上海司法智库

https://mp.weixin.qq.com/s/o9F-k1o2HBF-QjVlhjOc3g

为全面落实中央政法工作会议的总体要求，深入贯彻学习最高人民法院《五五改革纲要》《关于进一步全面落实司法责任制的实施意见》等文件精神，加大审判执行规范化建设，促进法律适用统一工作，市高院于 2019 年 3 月制定了《类案办案要件指南编撰三年规划 2019—2021》，力争通过三年时间，计划编撰 50 个类案办案要件指南，实现常见类案问题全覆盖，形成一批实用性强、可操作的类案办案要件指南。

在高院研究室认真组织、高院相关业务部门悉心指导以及各撰写单位认真编写下，2019 年立项的类案办案要件指南编撰工作基本完成，正分批提交高院审委会审议，并将按照进度安排分批印发全市法院。同时，为方便一线干警办案、提高阅读体验感，高院研究室探索建立在线类案办案要件指南库，为类案和关联案件强制检索机制建设提供有力支撑。今后高院各相关业务部门将对类案内容适时更新，确保类案办案要件指南对审判工作指导的针对性、权威性、实效性，促进全市法院调研交流与审判业务指导的有序衔接。

现《民间借贷类案办案要件指南》和《房屋征收补偿决定类案办案要件指南》已经高院审委会审议通过，纸质版予以印发，电子版及典型案例全文均将嵌入“上海法院审判业务一体化支持平台”，供全市法院审判执行工作参考。全市法院在实践中遇到法律适用方面的新情况、新问题，请及时通过“上海法院法律适用疑难问题网上咨询系统”向高院反馈。下一步，市高院将集结出版上海法院类案办案要件指南系列成果。

民间借贷类案办案要件指南

目 录

第一部分 民间借贷类案总体情况概述

一、审理情况
二、案件特点
三、审判原则

第二部分 立案审查
一、对出借人的审查
二、对借款人的审查
三、对管辖权的审查

第三部分 原告诉请的审查
一、借款本金的审查
二、借款利息、逾期利息、违约金或者其他费用的审查
三、要求承担担保责任的审查
四、要求认定借款为夫妻共同债务的审查
五、虚假诉讼的审查
六、其他诉请的审查

第四部分 被告抗辩的审查
一、对借贷主体的抗辩审查
二、对借款合意的抗辩审查
三、对借款未有效交付的抗辩审查
四、对合同效力的抗辩审查
五、对实际借款本金的抗辩审查
六、对利息、逾期利息、违约金等的抗辩审查
七、对借款履行期限的抗辩审查
八、对借款债务已消灭的抗辩审查
九、对律师费的抗辩审查
十、对担保责任的抗辩审查
十一、对夫妻共同债务问题的抗辩审查
十二、对时效等问题的抗辩审查

第五部分 民间借贷案件的要件事实审查和审查要点
一、民间借贷关系的认定和审查要点
二、民间借贷金额的认定和审查要点
三、民间借贷履行问题的认定和审查要点
四、民间借贷中夫妻共同债务的认定和审查要点
五、民间借贷中担保的认定和审查要点
六、民间借贷合同解除的认定和审查要点
七、民间借贷合同无效或可撤销的认定和审查要点
第六部分 与民间借贷相关问题的认定和裁判规则
一、民间借贷刑民交叉的认定和裁判规则
二、虚假诉讼与“套路贷”的认定和裁判规则
三、名为其他法律关系，实为借贷的认定和裁判规则
四、其他相关问题的认定和裁判规则

房屋征收补偿决定类案办案要件指南

目 录

第一部分 房屋征收补偿决定类案总体情况概述
一、房屋征收补偿决定类案的审理情况
二、房屋征收补偿决定类案的审理特点
三、房屋征收补偿决定类案的审理难点

第二部分 立案阶段的审查
一、原告主体资格审查
二、未经复议的行政行为审查
三、经过复议的行政行为审查

第三部分 审理阶段的审查
一、追加必要当事人的审查
二、房屋征收补偿决定的审查
三、行政复议决定的审查

第四部分 房屋征收补偿决定类案要件审查和裁判规则
一、被征收对象的认定和裁判规则
二、房屋建筑面积的认定和裁判规则
三、评估被征收房屋的认定和裁判规则
四、安置房屋的认定和裁判规则
五、具体补偿方案的认定和裁判规则
六、其他事实的认定和裁判规则

责任编辑：顾全 陈树森 刘金妫 蔡一博

【权威发布】借名买房，风险且掂量！

2020-10-15 北京市第二中级人民法院

https://mp.weixin.qq.com/s/jSZWsX9jwtNrp0IDgPLssw

借名买房导致房屋产权登记不能反映房屋的真实权利状况，对财产安全会造成风险隐患，进而引发大量诉讼。为加强诉源治理，提高人民群众法律意识和风险意识，促进交易安全，10 月 15 日上午，北京二中院召开新闻通报会，对近年来审理的借名买房引发的民事纠纷案件进行通报。

1

据介绍，2016 年至 2020 年 8 月，北京二中院审理涉借名买房引发的民事纠纷案件 334 件。其中，所有权确认、物权保护等物权纠纷 82 件，房屋买卖合同纠纷 65 件，其他合同纠纷 139 件，涉继承、离婚、遗赠、赠与等家事纠纷 21 件，执行异议之诉、债权人撤销权之诉等涉债权人案件 11 件。

2

借名买房引发的民事纠纷案件特点有：一是涉及案由众多，法律关系复杂。案件类型涵盖婚姻家庭继承、物权、合同、侵权等纠纷项下 30 多个具体案由。二是八成以上纠纷为借名双方争议引起，且多为亲友。三是案件涉及的房屋种类多样，既有普通商品房，又有特殊类型房屋。四是起因不同、类型各异，包括规避政策、冒用身份、转移财产等，往往被法院认定为无效，即使部分借名买房合同被认定有效，也可能面临无法履行等障碍。五是多数案件无书面协议，查清事实较难。由于借名买房多发生在亲友之间，当事人往往不签订书面协议，并且房屋长期保持借名登记状态，导致案件事实难以查清。

3

北京二中院法官建议：

一是增强守法和风险意识。要严格遵守法律，切莫通过借名买房钻空子，规避国家房地产调控政策，或违规购买经济适用房、两限房等保障性住房。要充分认识借名买房的风险，防止贪图眼前利益，最终得不偿失。

二是践行诚实守信契约精神。要诚实守信，切莫背信弃义，试图侵占他人合法财产。要诚信诉讼，切莫虚假诉讼，采取恶意串通虚构借名买房的手段，转移财产逃避债务和法院执行，或者损害配偶等其他财产权利人合法利益。否则，不仅要承担败诉风险，还要承担相应法律责任。

三是依法合规行事。要不断提高法律素养，在社会经济活动中应重视签订书面合同，增强证据和法律意识，充分利用公证、律师咨询和见证等法律服务，在钱款经济往来中，采取银行转账等方式代替现金交易，并备注资金往来原因；在分配家庭财产、房屋买卖等经济活动中，要注意采取合法合规方式，避免以买卖之名行赠与之实、通过借名买房转售购房指标等名实不符的行为。

典型案例

01
案例一：兄弟之间借名买房未签订书面协议

肖某 1 与肖某 2 系兄弟关系。2007 年，肖某 2 与房地产开发企业签订《北京市商品房预售合同》购买涉案房屋，并办理购房贷款，后房屋所有权登记至肖某 2 名下。后肖某 1 起诉主张涉案房屋系其为降低购买商品房首付款比例借用肖某 2 名义购

买，购房款实际系其出资，以借名买房为由请求肖某 2 将房屋所有权转移登记至其名下。双方未签订书面借名买房协议，肖某 2 亦答辩否认双方存在借名买房约定。

法院审理认为，根据付款转账情况，有理由相信诉争房屋的首付款、贷款均由肖某 1 一方支付和偿还；诉争房屋的预售合同上预留了肖某 1 的电话，多份收房单据、票据上均由肖某 1 签署，且预售合同、房产证、票据原件均由肖某 1 一方持有，房屋亦由肖某 1 居住至今，而肖某 2 对上述情节未能提供合理解释。因此，法院认定诉争房屋为肖某 1 借肖某 2 名义所购买，故判决支持了肖某 1 的诉讼请求。

典型意义：本案为缺失书面协议情况下借名买房法律关系司法认定的典型案例。法院一般通过考察购房款由谁实际出资、房屋实际由谁占有使用和管理、购房合同及房产证等文件由谁持有以及双方对于借名买房动机等问题的合理解释等四方面因素，综合判断当事人之间是否存在借名买房约定。

02
案例二：兄妹之间主张借名买房，出名人配偶不予认可

宋女士、孙先生原为夫妻关系，宋某东与宋女士为兄妹关系。2008 年，宋女士与房地产开发公司签署《北京市商品房预售合同》，约定购买诉争房屋，买受人采取公积金贷款。2011 宋女士取得诉争房屋产权证。

2012 年，孙先生诉至法院起诉与宋女士离婚，案件审理中宋女士表示诉争房屋出资购房人是哥哥宋某东，法院鉴于双方就房屋权属存在争议未予离婚分割。后宋某东起诉宋女士、孙先生，要求判令宋女士协助宋某东办理房屋产权过户手续。诉讼中，宋某东主张诉争房屋系其为办理公积金贷款买房而借用妹妹名义购买，宋女士表示认可哥哥宋某东的全部诉讼事实及理由，但是孙先生则表示自己亦是涉案房屋的产权人之一，不知道也不认可宋某东与宋女士签署的借名购房协议，更不同意协助宋某东办理过户手续，要求认定该房产系自己与宋女士的共同财产。

法院经审理认为，涉案房屋的购买事实发生在宋女士与孙先生夫妻关系存续期间，房屋虽然登记在宋女士一人名下，但孙先生作为配偶为涉案房屋隐性共同共有人。而借名购房合同并没有孙先生的签字，孙先生明确表示对借名购买的合同不予认可。宋某东与宋女士之间的借名约定仅对合同相对方发生效力，而不能对抗合同约定之外的第三人即孙先生。从公积金贷款房贷政策来看，宋某东借用宋女士购房资格及公积金贷款资格购房，无疑已经涉及了出名人配偶孙先生的切身利益。孙先生坚决不认可涉案合同，且不同意履行上述合同，导致宋某东与宋女士无法如期办理房产过户，即物权无法产生变动。因此，法院未支持宋某东的诉讼请求。

典型意义：本案为借名买房涉及出名人配偶利益的典型案例。在审理该类案件时，为防止当事人双方恶意串通虚构借名买房事实转移房产，侵害配偶等财产共有人权益，法院往往采取更加严格标准。

《民法典》总则编之“监护人”相关案例裁判规则汇编 | 法宝案例

原创：2020-10-16 北大法律信息网 北大法宝
https://mp.weixin.qq.com/s/SMRkj4apaF1h0J1Md5m78A

【作者】北大法宝司法案例编辑组（高亚丽 常小乐）

【来源】北大法律信息网、北大法宝司法案例库

《民法典》总则编之“监护人”相关案例裁判规则汇编 | 法宝案例

（2020 年第 36 期，总第 68 期）

监护人，是指对无民事行为能力人和限制民事行为能力人的人身、财产和其他一切合法权益负有监护职责的人。《民法典》总则编对“监护人”的解读主要表现在四个方面：1. 成年人可事先协商确定自己的监护人；2. 保护无人照料的被监护人，民政局等机构享有监护权；3. 按照最有利于被监护人的原则履行监护职责；4. 监护人资格被撤销，负担义务照常。本期北大法宝汇编整理 7 例与“监护人”相关案例裁判规则，以供参考。

一、指导性案例

1. 抚养人侵害未成年人合法权益，未尽抚养义务的，未成年人可以提起变更抚养权诉讼

【关键词】虐待罪；告诉能力；支持变更抚养权

【裁判规则】

被虐待的未成年人，因年幼无法行使告诉权利的，属于刑法第二百六十条第三款规定的“被害人没有能力告诉”的情形，应当按照公诉案件处理，由检察机关提起公诉，并可以依法提出适用禁止令的建议。

抚养人对未成年人未尽抚养义务，实施虐待或者其他严重侵害未成年人合法权益的行为，不适宜继续担任抚养人的，检察机关可以支持未成年人或者其他监护人向人民法院提起变更抚养权诉讼。

【适用法律】

《中华人民共和国刑法（2017 修正）》

第二百六十条 虐待家庭成员，情节恶劣的，处二年以下有期徒刑、拘役或者管制。

犯前款罪，致使被害人重伤、死亡的，处二年以上七年以下有期徒刑。

第一款罪，告诉的才处理，但被害人没有能力告诉，或者因受到强制、威吓无法告诉的除外。

【案例索引】检例第 44 号：于某虐待案

【来源】《最高人民检察院公报》2019 年第 1 号（总第 168 号）第 20-21 页

【规则日期】2018.05.31

【法宝引证码】CLI.C.64454577

二、公报案例

1. 人民法院可以直接指定民政部门担任未成年人监护人

【关键词】未成年人；指定监护；有利于被监护人原则

【裁判规则】

认定监护人的监护能力，应当根据监护人的身体健康状况、经济条件，以及与被监护人在生活上的联系状况等综合因素确定。未成年人的近亲属没有监护能力，亦无关系密切的其他亲属、朋友愿意承担监护责任的，人民法院可以根据对被监护人有利的原则，直接指定具有承担社会救助和福利职能的民政部门担任未成年人的监护人，履行监护职责。

【适用法律】

《中华人民共和国民法通则（2009 修正）》

第十六条 未成年人的父母是未成年人的监护人。

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

（一）祖父母、外祖父母；

（二）兄、姐；

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

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

没有第一款、第二款规定的监护人的，由未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居

民委员会、村民委员会或者民政部门担任监护人。

【案例索引】张琴诉镇江市姚桥镇迎北村村民委员会撤销监护人资格纠纷案

【来源】《最高人民法院公报》2015 年第 8 期（总第 226 期）

【规则日期】2014.08.22

【法宝引证码】CLI.C.6995200

2. 未成年人在动物园喂食动物，被动物咬伤的，动物园和监护人应承担责任

【关键词】动物园；管理义务；监护责任

【裁判规则】

《侵权责任法》第八十一条就动物园无过错责任作出了明确规定，同时规定，如受害人或监护人确有过错，动物园可以减轻或者不承担责任。动物园作为饲养管理动物的专业机构，依法负有注意和管理义务，其安全设施应充分考虑到未成年人的特殊安全需要，最大限度杜绝危害后果发生。游客亦应当文明游园，监护人要尽到监护责任，否则亦要依法承担相应的责任。

【适用法律】

《中华人民共和国侵权责任法》

第八十一条 动物园的动物造成他人损害的，动物园应当承担侵权责任，但能够证明尽到管理职责的，不承担责任。

【案例索引】谢某某诉上海动物园饲养动物致人损害纠纷案

【来源】《最高人民法院公报》 2013 年第 8 期（总第 202 期）

【规则日期】2012.06.12

【法宝引证码】CLI.C.1764686

3. 监护人将对未成年学生的监护职责委托给学校的，应当达成明确的委托约定

【关键词】监护职责；未成年学生；委托约定

【裁判规则】

根据民法通则第十六条和最高人民法院《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 22 条的规定，监护人将未成年学生送至学校学习，其监护职责并未转移到学校；学校也不因接受未成年学生到校学习，自然而然地承担起对该学生的监护职责。监护人如果想将监护职责部分或者全部委托给学校，必须与学校达成明确的委托约定。没有明确的委托约定，不能推定学校接受监护人的委托，对到校学习的未成年学生承担起部分或全部监护职责。

根据最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第七条规定，对在校学习的未成年学生，学校虽然没有监护职责，但有教育、管理和保护的义务。学校履行教育、管理、保护义务不当，以至未成年学生在校园内加害其他未成年学生的，除加害人的监护人应当承担责任外，学校也应当承担与其过错相应的赔偿责任。

【适用法律】

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

第二十二条 监护人可以将监护职责部分或者全部委托给他人。因被监护人的侵权行为需要承担民事责任的，应当由监护人承担，但另有约定的除外；被委托人确有过错的，负连带责任。

【案例索引】吴凯诉朱超、曙光学校人身损害赔偿纠纷案

【来源】《最高人民法院公报》2006 年第 12 期（总：122 期）

【规则日期】2005.12.16

【法宝引证码】CLI.C.67466

三、典型案例

1. 监护人不履行抚养义务被撤销监护人资格后仍需支付抚养费

【关键词】监护权；抚养义务；撤销监护人资格；抚养费

【裁判规则】

并非只有虐待、遗弃未成年子女才会受到法律制裁，监护人拒不履行监护抚养义务，也会被剥夺监护权，由国家部门或者他人代为行使监护权。同时义务人不履行监护责任，仍然要履行支付抚养费的义务。

【适用法律】

《中华人民共和国民法总则》

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

【案例索引】全国妇联发布第三届“依法维护妇女儿童权益十大案例”之八：江苏撤销监护人资格后支付抚养费案——生而不养法不容，撤销资格尽义务

【规则日期】2017.12.07

【法宝引证码】CLI.C.89997298

2. 监护人不履行监护职责或侵害被监护人的，法院可撤销其监护资格

【关键词】监护职责；最有利于被监护人原则；撤销监护资格

【裁判规则】

监护人应当履行监护职责，保护被监护人的身体健康、照顾被监护人的生活，对被监护人进行管理和教育，履行相应的监护职责。当事人作为被监护人的监护人，未采取正确方法对其教育引导，而是采取打骂等手段长期虐待被监护人，经有关单位教育后仍拒不悔改，故其不宜再担任监护人。在没有其他近亲属和朋友担任监护人的情况下，按照最有利于被监护人成长的原则，撤销当事人的监护资格，指定当地村民委员会担任监护人，保护被监护人健康成长。

【适用法律】

《中华人民共和国未成年人保护法（2012 修正）》

第五十三条 父母或者其他监护人不履行监护职责或者侵害被监护的未成年人的合法权益，经教育不改的，人民法院可以根据有关人员或者有关单位的申请，撤销其监护人的资格，依法另行指定监护人。被撤销监护资格的父母应当依法继续负担抚养费用。

【案例索引】未成年人权益保护与少年司法制度创新典型案例之九：林某被撤销监护人资格案——指定村民委员会担任监护人 保护被监护人健康成长

【法宝引证码】CLI.C.83072377

3. 监护人未尽监护职责且侵犯被监护人财产权利的，法院可撤销其监护人资格

【关键词】监护职责；财产权利；监护人资格

【裁判规则】

父母作为未成年人的监护人，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，监护人不履行监护职责或侵害被监护人的合法权益的，应当承担责任。监护人长期未与被监护人共同生活，未对其尽到抚养、教育职责，且将属于被监护人的生活费等款项挪作他用，侵犯了被监护人的财产权利。法院从有利于被监护人原则考虑，判决撤销监护人资格。

【案例索引】最高人民法院发布 12 起侵害未成年人权益被撤销监护人资格典型案例之九：王某被撤销监护人资格案

【法宝引证码】CLI.C.8333589

责任编辑 | 吴珊

审核人员 | 张文硕

北京法院：借名买房相关法律问题及风险防控丨审判研究 ilawtalk

2020-10-16 审判研究 北京通州法院
https://mp.weixin.qq.com/s/IgNXDCU3Jn6lLyiQEuWL2A

导读：10 月 13 日，北京通州法院举办了“借名买房相关法律问题及风险防控”网络公开课堂，综合审判庭法官助理齐茜介绍了借名买房相关法律问题及风险防控建议。以下内容摘自公开课实录。

由于近年来北京房价上涨，借名买房案件屡见不鲜。借名买房的双方通常基于亲情、友情或爱情等基础感情信任达成合意，借名人选择承担将房屋产权证书暂时登记至他人名下的风险，在日益紧收紧的购房政策下出借人亦存在购房成本增加的风险。然而，借名买房中不确定的因素很多，双方或出于信任未签订借名买房合同，或在签订借名买房合同时未能对相关事宜作出详尽约定，最终面临更大的风险。

借名买房的法律规定

根据当前法律法规以及北京市高院的指导意见，借名购买经济适用房、两限房等政策性保障住房的，借名人依据双方之间约定要求出名人办理产权过户手续的，法院一般不予支持。

在借名购买普通商品房的情况下，如果之后借名人能够取得北京市购房资质，则可以以合同纠纷为由起诉出名人。值得注意的是，是以合同纠纷为由，而非确权纠纷，诉求只能是确认双方之间关于借名买房的合同有效，以及要求出名人协助办理产权过户手续，而非确权借名人享有房屋所有权。所以，虽然法律没有禁止该类行为，但法律对该类案件中借名人的保护是有限的。

借名买房的典型案例

1.借名人全款买房(好姐妹因借名买房反目)

王女士与李女士是大学室友，关系融洽、情同姐妹。大学毕业后王女士在北京工作生活，想在北京购房，但她是非京户籍，自身条件不符合北京市购房政策，而李女士是京籍，王女士想借李女士之名买房。

2015 年，经两人协商，李女士慷慨出借购房资质，同意王女士以她的名义购房。后经中介公司居间，王女士出资，以李女士的名义购得位于通州区某小区的二手房一套，双方约定，等王女士具备北京市购房资质后，将房屋过户至王女士名下。该房屋一直由王女士居住使用，房屋产权证书也由王女士保管。

后两人因琐事关系恶化，甚至删除了微信好友。2019 年 10 月，王女士取得北京市购房资质，请求李女士配合过户时，李女士置之不理。所以王女士诉至法院，请求法院判决李女士协助其办理房屋产权变更手续。

法院审理后发现，王女士提交的转账凭证、购房票据及证明等证据能够证明其系涉案房屋的实际出资人，且王女士与李女士曾于 2015 年就借名买房事宜签订《情况说明书》。庭审中，李女士表示其并非不愿协助过户，而是由于双方之间因其他事情产生误会导致心中难以释怀，故不予配合。经法官剖析法理、阐释人情，最终双方达成调解，李女士同意在三十天内协助王女士办理房屋权属转移登记手续，将涉案房屋转移登记至王女士名下。

2. 借名人贷款购房（曾经的恋人因借名买房反目）

李女士与王先生于 2008 年 5 月相识，后开始同居，并确立了恋爱关系，直至 2014 年 9 月分手，同居期间以王先生名义购买 601 号商品房，二人一直在该房屋中居住，同居关系结束后双方对 601

号房屋的所有权归属产生争议，601 号房屋现由王先生占有使用。

李女士认为其是借王先生名义买房，双方就此事签订过《协议书》，所以房屋应归其所有。王先生认为《协议书》系李女士伪造而成，并非其本人签字，双方亦未达成借名买房的合意，现 601 号房屋登记在其名下，所以应归其所有。

庭审中，李女士提交双方于 2009 年 9 月 22 日签订的《协议书》，《协议书》明确载明李女士以王先生名义购房，费用由李女士支付、房屋所有权归李女士所有，不允许王先生出租、出售或抵押，并有二人签字及日期。王先生对此不予认可，认为该《协议书》并非其本人签署，且指出纸张右下角所印制造公司的成立时间为 2010 年，因此双方不可能于 2009 年签订该份协议。

因双方对《协议书》上王先生签名的真实性存在争议，因此法院通过摇号的方式依法委托司法鉴定中心对王先生的签名进行鉴定，鉴定意见为：检材 2009 年 9 月 22 日《协议书》上的签名字迹“王先生”与样本上王先生的签名字迹是同一人所写。

法院经审理认为，结合双方的身份关系以及 601 号房屋实际出资购买的情况来看，李女士交纳了 601 号房屋的首付款、房屋面积差价款、公共维修基金等相关费用，并每月对房屋贷款进行了偿还，且 601 房屋的购房合同、贷款合同、相应的发票原件均由李女士持有，故关于李女士所持双方存在借名买房法律关系的主张，法院予以采信。对于李女士要求王先生协助解除房屋抵押、协助办理过户手续以及腾退房屋的诉讼请求，法院予以支持。

值得注意的是，该案件与上起案件的区别在于，该案件最初是贷款购买，上一个案件是全款购买，在贷款购买的情况下，一是需要在借名人同意一次性偿还剩余房屋贷款的情况下，法院才可以支持借名人要求出名人协助办理产权过户手续的诉讼请求，否则法院只能确认双方之间的借名买房合同有效。二是在贷款购房的情况下，即使出名人名下的房屋之后过户给了借名人，但在当前认房又认贷的政策下，出名人再次购房时仍会被认定为二套房屋，进而影响出名人购房的贷款比例与利率，增加其购房成本。

借名买房的风险

在借名购房法律关系中，借名人由于实际出资却不享有争议房屋所有权，通常比出名人要承担更高的风险，一旦双方关系交恶，借名人并非一定能够依据协议取得房屋所有权。在无法取得房屋所有权时，借名人将面临重大的经济损失，而出名人也并非只享受权利不承担风险。具体而言，对于借名人和出名人，借名购房的主要风险有以下几方面：

1．借名购房的事实认定困难

借名购房多发于具有亲属或朋友关系的双方之间，也正是由于双方关系密切，基于相互信任，签署书面协议的情况并不多见。当出名人不承认借名购房关系时，依据民事诉讼法的相关规定，借名人需要举证证明双方之间的借名购房关系存在。法院通常会综合房屋的出资情况，双方关于借名买房的约定，房屋的占有使用情况，购房票据、合同、房屋产权证的持有情况，物业管理费、水电费的缴纳情况以及对于借名购房的事实有无合理解释等因素综合判断。

对于借名人而言，其提交的证据必须能够形成一个完整的证据链，这对于欠缺自我保护意识的当事人而言并非易事。若借名人未能妥善保存相关的证据，无法完成举证责任，要回房屋的所有权将变得十分困难。

2．出名人恶意处分房屋，房屋无法追回

根据公示公信原则，出名人可以不经过借名人而直接处分诉争房屋。如果相对人基于对于房屋所有权登记的信任而与出名人发生了交易，支付对价从而导致房屋所有权的变动，或出名人在房屋上设立了抵押等他物权，或因为出名人的债务问题导致房屋被查封等情况，法律基于保护交易安全的价值

取向，会优先保护相对人的权利。即使借名人能够证明借名购房合同真实有效，仍然会造成借名人无法办理房屋所有权的转移登记，甚至房屋永远无法追回的结果。

3．出名人的购房资质受到影响

对于出名人而言，允许他人以自己名义购房，会在房屋产权登记部门及银行征信系统留下记录，即使网签已经撤销或房屋已经过户，自己在将来购房时也将无法享受相应的优惠政策。相比而言，全款购房对出名人的影响相对较小。

法官提示

借名购房纠纷中，借名人承担的风险明显高于出名人，因此提出以下建议：

1．了解准备购买房屋的性质，明晰借名购买是否违反政策性规定

借名买房之前，了解清楚欲购房屋的性质，房屋是否能够上市交易，借名购买是否违反国家政策性规定，对社会公共利益产生损害。以防将来因借名买房事宜产生纠纷，出现无法取得房屋所有权的情形。

2.签署借名买房协议，保留好借名买房协商、洽谈证据

与出名人签订借名买房协议，就借名买房的事实及房屋所有权的归属、房屋所有权证的交付、日后转移登记事宜进行明确约定。同时，保留好与出名人就借名买房之事的具体沟通记录，以备产生纠纷之需。

3．保存实际支付购房款的支付记录、款项收据等

妥善保存购房款支付凭证、购房款收据、发票、契税完税证、公共维修基金缴纳凭证等凭证，以证明实际交纳了购房款及契税、公共维修基金等。此外，建议借名人保留一切与借名买房相关的证据材料，比如物管缴费证据、房屋财产险保险合同、物业管理费、水电费、通信费等缴纳凭证、其他相关人员的证人证言，以便在纠纷所引发的案件审判中积极举证。

4．妥善保管房屋所有权证

房屋所有权证持有情况作为重要证据之一，在证明当事人之间存在借名买房关系中发挥着重要作用。故而，建议借名人在所购房屋的权属证明办理完毕后，及时与出名人沟通房屋所有权证交付事宜，自行保存并妥善保管。

5．关注购房政策，匹配购房资格

如前述分析，即便是法院认定借名买房合同成立，但若借名人未取得购房资格，仍可能会导致借名买房合同履行不能，无法办理房屋过户登记手续。因此，建议借名人关注购房政策动态，及时匹配购房资格，以获得权利之保障与充分救济。

内容序号：司法传真 277　核校简牍

被丈夫泼硫酸严重伤残 司法救助金送来及时雨

2020-10-16 广西高院

https://mp.weixin.qq.com/s/tvIzah025yUqUzuudIO3Rw

被丈夫泼硫酸严重伤残　司法救助金送来及时雨

——自治区高级人民法院集中给 7 名司法救助申请人发放司法救助金

“感谢法院！感谢曾经帮助过我的人，有了这笔钱以后的生活也会慢慢好起来的。”2020 年 10 月 16 日下午，自治区高级人民法院集中向 4 个案

件 7 名司法救助申请人发放司法救助金共计 58 万元，庞女士现场领到了 30 万元司法救助金后这样告诉记者。

2007 年，时年 20 岁的庞女士和李某结婚。婚后，因家庭及情感问题致双方关系恶化，但李某不同意离婚。2018 年 7 月，李某得知庞女士向人民法院起诉离婚后即产生用硫酸伤害庞女士的歹念，并事先购买一瓶作案用硫酸。

梁梅副院长将司法救助金交到庞女士手上，并鼓励她好好生活（图略）

2018 年 7 月 27 日 1 时许，李某携带硫酸来到南宁市江南区平西路某出租房找到庞女士，二人再次发生争吵并扭打在一起。扭打中，李某将庞女士摁倒在地，用硫酸往庞女士的脸部、颈部、胸部等部位泼洒，导致庞女士的脸部、颈部、前胸、背部及双上肢多处大面积烧伤，致容貌重度损毁。经法医鉴定，庞女士的人体损伤程度为重伤一级；上述损伤后遗症之残疾已构成人体损伤五级残疾、九级残疾（多等级伤残）。事发后，李某主动到公安机关投案。庞女士被硫酸泼洒受伤后经他人送医院抢救治疗，住院治疗 101 天，共花费抢救医疗费 226892.20 元；后因病情加重，庞女士又住院治疗花费 24961.26 元。此外，庞女士又花费其他辅助治疗费、护理费、误工费等，共合计 327230.92 元。

2019 年 11 月，南宁市中级人民法院一审作出判决：被告人李某犯故意伤害罪，判处有期徒刑十五年，剥夺政治权利三年；李某赔偿附带民事诉讼原告人庞女士经济损失 327230.92 元。

李某不服一审判决，向自治区高级人民法院提起上诉。2020 年 7 月，自治区高院审理后驳回上诉，维持原判。判决生效后，庞女士以其被泼硫酸烧伤导致毁容、肢体四级残疾，至今又未获得赔偿，无力负担巨额医疗费、生活极度困难为由，向自治区高院提交国家司法救助申请，要求法院给予司法救助 400000 元。

罗秀文主任宣读司法救助决定书（图略）

“我现在已经找不到工作也没有任何收入，只能在网上卖点小手工物品赚点生活费。”在司法救助金发放现场，庞女士全程戴着帽子和口罩，但眼睛和脖子部位的伤疤依旧触目惊心。她告诉记者自己被李某泼硫酸烧伤后没有得到任何赔偿，她现在已经严重残疾，两只眼睛目前敏感怕光怕风，一只耳朵失去听觉，嘴巴合不上鼻子烧毁，脖子无法扭动，一只手臂无法抬高。由于没有任何经济来源，前期治疗到处借了 38 万元尚未还清，预计还需要 40-60 万元治疗费，庞女士还要抚养两个上小学的儿子，生活十分拮据。

自治区高院党组成员、副院长、司法救助委员会主任梁梅，自治区财政厅国防政法处副处长邱辉耀出席发放现场，庞女士与另三起刑事案件的被害人家属乔某某兄弟、覃某某兄妹、石某某夫妇共四户 7 名司法救助申请人领取了司法救助金共计 58 万元。

“全区法院一直以来非常重视司法救助工作的开展，积极为涉诉生活困难申请人提供司法救助资金，特别是为刑事被害人或被害人家属解决面临的急迫困难，有效保障生存权利，真诚传递司法温暖。”自治区高院赔偿委员会办公室、司法救助委员会办公室主任罗秀文介绍，2016-2019 年，广西法院共办理国家司法救助案件 8853 件，向 12200 名司法救助对象发放救助资金 9132.51 万元；今年 1-9 月，全区法院共办理国家司法救助案件 886 件，向 1291 名司法救助对象发放救助资金 1348.5 万元，既彰显了党和国家的民生关怀，又传递了人民司法的温度。

自治区财政厅国防政法处副处长邱辉耀介绍，财政厅充分保障司法救助资金到位，这次给 7 名救助申请人集中发放司法救助资金，对缓解各位申请人的生活困难起到一定帮助，体现了党和政府的关心支持，希望 7 名司法救助申请人一定要树立信心，自立自强，遵守法律，好好生活，在社会各界的支

持下，创造更美好的明天。

来源：广西高院
作者：魏素娟

摄影：林艺
编辑：徐凤霞
审核：卢光艳

长宁区人民法院课题组：少年审判的探索创新与工作展望

原创：2020-10-21 上海市法学会 长宁法院课题组
https://mp.weixin.qq.com/s/MG41ScRZ6NUWVdSYL3CxFw

米振荣 上海市长宁区人民法院党组书记、院长；
孙海峰 上海市长宁区人民法院审监庭副庭长；
王建平 上海市长宁区人民法院 原少年家事综合审判庭庭长；
李旭颖 上海市长宁区人民法院审监庭法官助理。

内容摘要：结合当前“两法一专章”的最新修订动态和最高人民法院《关于加强新时代少年法庭工作的意见（征求意见稿）》提出的工作思路，对少年审判工作理念、工作模式、工作机制队伍进行系统而深入研讨。第一部分分析了少年法庭创设的理论基础、发展历程，并深入考察英国、美国、德国、日本等国家少年审判工作，在宏观层面更加清晰地认识少年审判的各项基本要素，为后续分析论证奠定扎实基础。第二部分以长宁法院少年法庭成立以来的制度和机制探索为基础样本，在分析上海和全国少年审判工作现状的基础上，剖析当前少年审判运行过程依然存在的突出问题，重点关注少年审判的工作理念、机构设置、工作机制、队伍建设中的独立性和专业化问题。第三部分对少年审判的未来发展进行了展望，对完善中国特色社会主义少年审判制度提出具体建议，包括以体系化为目标完善少年审判工作的专业理念，以法典化为目标完善少年审判的专业立法，以协同化为目标完善少年审判的专业机制，以专门化为目标完善少年审判的专业队伍等，以期为我国少年审判改革提出建设性建议，为打造少年司法的中国模式和中国方案进一步积累改革素材和改革经验。

关键词：司法改革　少年审判　国家亲权　儿童权利　少年审判

少年儿童是祖国的未来，是民族的希望。为此，习近平总书记强调，“全社会都要了解少年儿童、尊重少年儿童、关心少年儿童、服务少年儿童，为少年儿童提供良好社会环境”。周强院长也多次指出，“少年审判工作只能加强，不能削弱”。2019 年，是我国少年法庭成立 35 周年。自 1984 年，上海长宁区法院创立了我国大陆地区第一个专门审理未成年人刑事案件的合议庭以来，少年法庭经过 35 年的筚路蓝缕，取得了举世瞩目的成就，积累了不少宝贵经验，形成了相对独立的少年审判工作体系，建立了专业化的少年审判法官队伍，在预防和矫治未成年人犯罪、维护未成年人权益、保护未成年人健康成长等方面发挥了重要作用。

当前，少年审判工作“面临全面依法治国和全面深化司法体制改革浪潮的洗礼”，发展遇到新的情况，既有新机遇，更有新挑战。应当说，少年审判改革已经走到关键的十字路口，既要鼓励基层的探索创新，也要加强顶层设计，统筹立法、司法、行政及相关社会团体、机构的一体化发展；既要考虑少年审判的功能定位与未来发展模式，又要统筹与其他领域改革的协调推进。这些问题能否妥善解决，直接关系到我国少年司法制度改革的进程和进度。对此，本课题以我国大陆地区少年法庭三十五年发展历程为基础，对少年审判的理论基础、历史沿革及当前实践进行全面梳理、深入分析，并在此

基础上展望少年审判的未来发展路径。

一、理论、历史和比较：少年审判三个维度的考察及借鉴

少年审判工作具有重要且独特的司法价值，其发展蕴含了国家亲权论、少年无辜论、少年权和恢复性司法等深厚的理论基础。从国际视野来看，已有上百年的实践历史，已在世界范围广泛展开，法治发达国家和地区已经率先建构了全面的法律体系、完善的福利体系、独立的审判机构和多样的特色制度。这些理论基础、历史沿革、制度内涵需要进一步的系统梳理和认真借鉴。

（一）少年审判的理论视野考察

1. 国家承担最终监护责任———国家亲权论

“国家亲权”一词源自拉丁文“parents patriae”，也被译为“国家父母”“超级父母”“终极监护人”。国家亲权论最早可追溯到罗马法时期国家对公民所承担的保护义务。这一概念强调未成年人不是家长的私有财产，而是国家的未来资产，国家对其成长负有最终的责任。根据“国家亲权”法则，政府和国家对未成年人负有监护、教育的责任，并承担维护其最佳利益的使命，是未成年人的最终保护者。这一理论是创立少年司法制度的首要基础性理论。通常认为，国家亲权理论包括三方面的含义：首先，国家是未成年人的最终监护人，应当积极介入未成年人的照顾、教育、矫正等事务。其次，国家亲权超越父母的亲权，即便未成年人父母健在，但是如果未成年人的父母缺乏保护子女的能力或者不履行监护自己子女的义务，国家就可以超越父母的亲权，通过强制性替代承担起教育未成年人的责任。第三，强调未成年人的最佳利益，国家在充当未成年人的“父母”时，应该秉承未成年人利益最大化的原则。通过少年审判，承担“教育、挽救”责任，是国家亲权理论的重要体现之一。从国家的视角、站在国家的立场、代表国家的关怀，帮助偏离正常成长轨道的未成年人回归家庭、回归社会，健康成长，这是设立少年法庭和少年审判工作的初心，也是对“国家亲权”理论的最好诠释。

2. 少年特性宜教不宜罚———少年无辜论

少年无辜理论，也称为“少年宜教不宜罚”理论，在司法实践中演化为少年审判的寓教于审原则，强调在审理未成年人案件时，应该感化、教育、挽救未成年人。这一理念认为，由于未成年人同成年人相比，不论是心智的成熟度还是对事件的判断能力都有所欠缺，对于未成年人犯罪，在处理方式上宜教不宜罚。少年宜教不宜罚与我国传统文化中的体恤少年的思想相同，都体现了对未成年人的宽宥和保护。少年审判对未成年人不是一判了之，也不是重在体现对罪犯的惩罚，更不是一概不罚，而是根据不同未成年人心智特点和人格特性，为其制定符合具体情况的教育矫正措施，使其得以健康成长。少年法庭的工作重点是教育，而不是惩罚，“宜教不宜罚”的理念自少年法庭成立开始就贯彻少年法庭的发展始终。

3. 从一般预防到儿童福利政策———儿童权理念

20 世纪初，社会各界逐渐认识到：少年（包括儿童）应有其“本身”而且“优越”的“社会地位”，国家行政及立法均应当保护少年儿童的权利。这一认识形成了“儿童权”思想并进一步发展成为“少年权”。在司法领域预防主义的思想基本成型的基础上，少年立法与少年审判制度的基本思想逐渐成型：对少年犯罪的评价和衡量，要立足于少年的特殊的心理和生理特点，其与成人有着根本区别，不能以成人的标准去衡量少年犯罪行为及其行为产生的后果，不能仅仅以“减轻”原则为满足。并且，“防止少年之犯罪，除事后之处理及矫治工作之外，事先之防制工作亦属至要，以言少年犯罪之防制，少年儿童之福利问题，首应加以注意。”基于此，相关制度向前延伸，少年权益保护、少年福

利政策被纳入少年法的范围。

4. 从注重惩戒到强调回归———恢复性司法理念

恢复性司法理念认为，与传统刑事制度由国家代替受害人对犯罪行为人施以惩戒不同，在少年审判中，司法应当强调给予犯罪行为人弥补、悔过的机会，通过和解的方式，深层次化解原被告之间的矛盾，形成预防为主、恢复为辅的司法保护体系，最终达到恢复被扰乱的社会秩序，同时平衡国家、受害人、犯罪人三方的利益。在少年家事审判改革中，应以教育、引导代替刑罚、惩戒，减少司法给未成年人造成的二次伤害，帮助其修复受损的社会关系，重新回归正常的成长轨道，促进少年司法和社会稳定发展的良性互动，整合司法、行政与社会多个维度的资源，从而更有效地建立起保护未成年人利益的屏障。

（二）少年审判的历史视野考察

1. 少年法庭的起源

少年司法制度最早起源自美国，以 1899 年伊利诺伊州《少年法院法》和少年法院的出现为标志。在美国少年司法史上，少年司法从传统刑事司法中普遍分离的运动被称为“少年法院运动”。少年法院运动的特点是全美范围内少年法的制定和少年法院的设立。少年法院事业先驱们对于少年保护事业的热情、执着使得少年法院创立之初就得到了其他州以及美国以外其他国家的广泛关注和模仿。远在东亚的日本也受到这场运动的影响，主动谨慎地采纳了美国“国家亲权”理念。随着美国少年法院的影响席卷全球，开启了中国对少年法庭的认识序幕。

19 世纪末 20 世纪初，通过国际会议的影响、国际组织的推动，国外少年司法的最新理论传入中国，虽然其影响范围并不广泛，但当时清末修律的重要官员，如沈家本、许世英和董康等作为最早接触到国外少年司法制度的先进知识分子，已在积极倡导相关的司法实践。学者和官员们、留学生们由内往外的学习和发现，成为少年法庭创设的重要源泉。随着国外少年司法思想的引入，少年司法的实践尝试在中国迅速展开。

2. 少年法庭的创设

在南京国民政府成立之初，在少年犯罪激增的背景下，少年犯罪问题引起了法学界的关注。少年法庭的筹设中，得到来自司法系统内部的积极推动，早期对其进行研究论证的主要是具有官方背景的法学家。并且，这些法学家都认识到，少年司法作为一个整体，其中少年法庭的设立与少年感化院、少年监狱的设立是密不可分的，可见当时就树立了基本的少年儿童特殊保护和全面保护的原则。

1948 年，近代第一所少年法庭在南京地方法院试办。在当时，颁布了民国少年法庭最早的规范性文件《少年法庭设置计划大纲》及《少年法院组织计划大纲》，对少年案件的管辖、少年法院及法庭设置、法官选任、审判程序及方法、感化教育方法选择、监狱相对的禁止使用等内容进行的规定。以“设立少年法庭的目的，是要帮助这些不幸的，或犯罪的少年，取得适当的教养，改恶为善，有机会养成善良的公民，替国家服务”的先进理念为引导，近代少年司法事业正式开启序幕。

（三）少年审判的比较视野考察

20 世纪 80 年代后，英美等国的少年司法政策发生了重大的变化，许多学者在对少年司法的演变规律和理论基础进行思考之时，提出更深入的见解。“基于对矫正效果的失望，一些学者提出了预防性政策，即反社会人格在人生早期就开始形成，因此改善对儿童之教养和福利，是预防少年犯罪之根本。”由于各个国家少年法庭发展的不均衡，对于少年法庭的研究也是有所不同的侧重。例如美国主要是侧重于立法方面的研究，各个州通过不断探索新的立法机制来预防未成年人犯罪。而英国则是注

重扩大少年法庭审理案件的范围以及将惩罚和教育相结合，德国的学者则是通过设置福利机构和加强对少年福利机构方面的研究来预防未成年人犯罪，日本则是侧重于同家事审判相联系。

1. 各国（地区）少年审判特点

以“国家亲权”为少年司法主要理念的美国，早在 1899 年就通过并颁布了世界上第一部《少年法庭法》。1945 年，美国所有的州均通过了对未成年人进行保护的相关法律，少年法庭制度司法体系正式在全美形成。美国少年法庭的建立，开创了针对未成年人保护的司法先例，为更好的预防及治理未成年人犯罪提供了具体的实践经验。

美国少年审判机构大体可以分为独立建制的少年审判机构———少年法院，非独立建制的审判机构---少年审判庭两种类型。在少年审判机构组建过程中，吸纳了有助于少年法庭审判的法庭组成人员，除了固定的经过专门培训的法官以外，还有具备法律职业资格、受法官指派处理案件的仲裁员，以及负责庭前调查和儿童监管的少年服务官和缓刑官，还包括学生劝导员、警察以及普通市民的参与，通过多元化人员的吸纳，可以更有针对性的实施未成年人教育、矫正工作，使其更快地重新融入到社会生活中。

从收案范围来看，美国的少年审判机构所受理的案件类型可以分为少年越轨、少年身份犯和少年保护案件。少年越轨案件指构成刑事犯罪的少年案件，少年身份犯案件指逃学、不服父母管教等有陷入危险境地的犯法行为，少年保护案件指因父母虐待、无家可归等原因，而使少年儿童陷于危险境地的案件。美国并没有设立少年法院或者少年法庭的前置机构，所有涉少案件均可由执法机关、父母或者其他个人和机构向少年法院或者少年法庭提出诉请，由少年法院（法庭）根据具体情况予以适当的处遇措施，处遇措施尽可能符合少年的矫治、社会生活及康复的需要。英国的少年司法以“福利主义”思想为主要理念，以司法、政府和社会专业机构的共同协作为特点。

英国的少年审判体系除了独立的审判机构—少年法庭之外，还设置了青少年犯罪组织，青少年犯罪组织可以对一些有犯罪倾向的青少年，进行早期的观察与介入，更有针对性地进行教育、感化工作，减少和预防未成年人犯罪行为。这表明英国的少年司法除了有针对已经犯罪的未成年的教育、感化及惩罚措施以外，还有较为完善的预防措施的存在。

此外，就受案范围来看，英国的少年法庭除了对未成年人犯罪刑事案件进行管辖外，对于无家可归的乞讨儿童、受学校处罚以及缺乏父母管教等“处于危险中的儿童”也会进行管辖，管辖的依据为这些行为有可能会影响未成年人发展，可见英国的涉少审判具有一定的福利性。此外，英国涉少案件的审判人员除了具有一般的审判经验之外，还需要具有较强的未成年审判专业性，这是最全面保护原则的体现，其目的是最大限度的保护未成年人。

德国早在 1923 年就颁布了《少年法院法》，并于 2000 年修订，从审判组织、实体处理、程序规定各方面明确了少年案件处理流程，以此为基础在各州普通法院下设专门的青少年法庭，并形成具有特殊处理程序、以“教育和纪律性”制裁为主的少年审判制度。在德国，各州政府都必须建立以当地政府为中心的未成年人服务机构———未成年人福利所及青少年联合会。通过设立未成年人福利所，政府一方面可以对未成年人进行保护，另一方面还对一些关于未成年的轻微违法案件进行指导。通过设立青少年联合会，各州政府可以处理福利所无法解决的问题。青少年联合会由警察及司法体系人员等较为专业的人员组成。以未成年人福利所和青少年联合会为基石，德国的未成年人司法探索之路不仅保护了未成年人权益，更为德国少年法庭制度的发展奠定了理论与实践基石。由社会福利机构前置地处理未成年犯罪问题，体现了未成年司法保

护的特殊性和惩罚的教育性，更有助于帮助未成年罪犯认识到自己的错误以及认真地改正错误。

此外，德国政府制定了《青少年福利法》，将保护范围扩张到生活有困难的未成年人，并规定了儿童受教育的权利以及家庭教育在学前教育中的优先地位。该法案基本上定下了现代德国学前儿童教育的基调，即把学前儿童的教育视为青少年事业，并划归青少年部门管辖。即使生活困难的少年儿童也享有国家给予的受教育权利，通过教育来减少少年儿童的犯罪率。《青少年福利法》对战后联邦德国学前教育和少年司法的发展产生了重要影响。

日本现行少年审判制度以 1948 年全面修订的《少年法》为中心，以保护主义为基本理念。就受案范围来看，所有的未成年人违法犯罪案件、被害人为未成年的犯罪案件、未达到刑事责任年龄的触法行为和未达到犯罪构成要件的虞犯行为，婚姻家庭纠纷等民事案均由家庭裁判专属管辖。“家庭裁判所的法官对于未成年人犯罪案件的处理采用‘双轨制’模式：法官对于检察官移送起诉的案件，可以优先选择给予保护处分还是给予刑事处罚。保护处分包括保护观察、移送儿童自立支援机构或儿童养护机构、移送少年院等三种措施。保护处分相当于刑罚的一种替代，只有在万不得已的情况下，法官才会选择适用刑罚。”因为考虑到检察官的追溯性和未成年人司法的保护性，在案件移送制度方面，日本家庭裁判具有受理案件的优先权，被称之为先议权，由家庭裁判所主导的司法审判程序又被称为少年保护司法程序。

此外，日本少年司法的一个特点在于设立调查官制度。家庭裁判所受理少年案件后，对于是否需要对某一涉少案件进行庭审，法官都会要求调查人员对该未成年人的家庭状况、学习状况、成长、经济等情况进行调查。一般来说，法律调查由法官自己进行，社会调查则由专业的调查官进行，而身心鉴别调查则由少年鉴别所进行。通过三个机构的调查形成较为完整的调查报告。家庭裁判所根据调查报告，对涉案未成年人的犯罪危险性、矫正可能性以及保护相当性等方面进行综合考虑后做出是否需要庭审的判断。未成年人社会调查报告制度在日本少年司法制度中发挥的作用较大，法官甚至可以依调查报告内容来直接终结案件。调查制度体现了日本少年法“保护主义”的基本理念，有助于违法犯罪少年的教育和矫治。

2. 少年审判发展经验的分析和借鉴

不论是英国的“福利主义”思想、美国的“国家亲权理论”、还是德国的“以教代刑”理念、日本的“保护处分”理念，都是独立、特殊少年审判理念的体现。以美国为例，其就少年法庭制度设立了专门的《少年法院法》，明确少年法庭的组成、设置等方面以有别于普通法庭，不论是在审判阶段或者是前置阶段，均将独立、特殊的理念贯穿始终。在这些独立的审判理念引导下，少年审判的独立特殊价值才逐渐体现，有利于进一步促进少年审判的改革发展，更好的保护未成年人的权利。

不论是建立独立的少年法庭还是福利所，或者组建独立的涉少案件审理和未成年人犯罪预防、教育机构，都应当以独立的机构、程序、法律为基础，以对未成年福利、保护或触法事件的甄别、诊断、处置为独立的工作内容。如美国和日本，分别通过设立少年法院和家庭裁判所，使涉少案件审判相对独立于普通法院，通过一个全新的庭审机构、适用全新的一套规制办法，来凸显未成年人保护的特殊性和全面性。

基于未成年人心智不成熟、可塑性大的特点，国外少年审判机构在一定程度上扩大对其保护和干预的范围，将儿童抚养、教育过程中发生的儿童福利事件纳入少年司法保护范畴，同时加强儿童不良行为的前期甄别和后期矫正，这有利于未成年人权利保障、有利于脱离正常发展轨道的未成年人尽早回归家庭、回归社会，达到良好的法律效果和社会效果。在这方面，不同国家的做法各具特色，如德国将 14 周岁以下有不良行为的儿童交由社会管

理局处理。此外，日本将未满 14 周岁的触法少年和虞犯少年先通报至儿童商谈所或福祉事务所，已满 14 周岁的虞犯少年先由警察予以甄别，再选择性的移交法院。日本建立的对涉案少年的社会调查和身心鉴别调查制度，也充分体现了现代刑罚的个别化原则，凸显了少年司法保护的特殊性原则，更有利于保护少年和预防犯罪。另外，日本通过《少年院法》《少年院处遇规则》建立了专门收容被家庭裁判所予以保护处分、受刑并接受矫正教育的专门机构，对其种类、人员配置及职责、矫正教育、卫生及诊疗等做成具体规定。对于未成年人犯罪，要加大涉少案件延伸工作，对他们的生活、学习以及家庭情况都应当及时地予以了解，可以开展相应的一些心理辅导。相关机构要及时与少年法庭进行沟通，了解该未成年人的基本情况，与少年法庭做好衔接工作，处理好法庭之外的后续事务。

二、探索创新、工作成效、问题分析：我国少年审判工作的阶段性总结

自 1984 年 10 月至今，我国大陆少年法庭从创立到创新、发展，经历了 35 个不平凡的春秋，审判职能不断扩大、审判理念逐渐明晰、在刑事、家事审判方面积累了丰硕的经验和成果，相继产生了法庭教育、回访考察、圆桌审判、诉讼引导、合适成年人、社会调查等一系列制度创新，被誉为人民法院审判工作的“一块温馨的园地，一片希望的沃土，一面鲜艳的旗帜”。如今，走过而立之年的少年审判面临机遇和调整，已有的经验需要进一步全面总结，存在的问题需要进一步深入剖析。

（一）我国少年审判的整体发展历程和工作成效

1. 我国少年审判发展的五个阶段

党的十八大以来，以习近平同志为核心的党中央把促进少年儿童事业发展放在更突出的位置，不断推进理论创新、制度创新、实践创新。最高人民法院历来高度重视少年法庭工作，周强院长多次强调“少年法庭工作只能加强，不能削弱”，要求“加强少年司法，保护未成年人健康成长”，完善“圆桌审判”方式，挽救失足未成年人。

总体而言，我国少年审判工作遵循“儿童利益最大化”国际准则，秉承“特殊、优先”保护理念，确立“审判为主线、预防为重点、保护为目标”工作方法，从少年刑事审判向涉少刑事、家事综合审判方向发展，大致可分为五个阶段：

初创时期（1984—1988 年）：1984 年 10 月，上海长宁区人民法院成立我国大陆第一个少年法庭。1988 年 5 月，最高人民法院在上海召开全国法院审理未成年人刑事案件经验交流会，明确提出“成立少年法庭是刑事审判制度的一项改革，有条件的法院可以推广”。此后，少年法庭在全国各地纷纷建立。1988 年 10 月，全国第一个较为完整的《未成年人刑事审判工作细则（试行）》出台，对少年法庭受案范围、社会调查、庭审程序、法庭教育、回访考察等作出规定，努力促进少年审判创新工作规范化。

迅速发展阶段（1989—1994 年）：1991 年 1 月最高人民法院制定下发的《关于办理少年刑事案件的若干规定（试行）》，规范了全国法院审理未成年人刑事案件的办案程序，确立了少年刑事案件审判活动的基本原则，促进了未成年人保护工作的开展。截止 1994 年底，全国法院组建少年法庭 3300 多个，成立独立建制的少年审判庭 80 多个。

少年法庭撤并减少阶段（1995—2004）：由于最高人民法院关于少年法庭的发展思路发生变化及 1997 年刑事诉讼法的修订，少年法庭的审判机构和审判人员大幅度衰减。到 2004 年底，全国少年法庭机构数量进一步减少到 2400 个左右。

少年法庭重新发展阶段（2005—2009）：2006 年，全国法院第五次少年审判工作会议拉开了全国范围内少年审判改革的序幕，最高人民法院启动了首批部分中级人民法院设立未成年人案件综合审判庭试点工作，综合审判模式被重新纳入改革日程。

少年法庭全面深化改革时期（2010 年至今）：

最高人民法院对少年审判相关工作高度重视，2016 年，最高人民法院开展为期两年的少年家事审判改革试点工作，多个省份广泛建立起少年家事审判庭，少年审判工作开启新的改革历程。2018 年，最高院在北京召开全国法院少年法庭改革方向和路径研讨会，中央国家机关，全国各高院、部分中基层法院同志以及高校、科研机构的专家学者等近 200 人参加会议。全国法院在立足少年审判职能定位的基础上，推进少年法庭建设、加强少年审判工作，全面维护未成年人合法权益，依法审理各类涉未成年人案件，积极探索并拓展少年法庭受理案件范围。在总结理论和时间经验过程中，坚持少年审判专业化方向，巩固改革成果，积极探索能充分体现中国特色社会主义制度优越性的少年司法发展之路，不断加强少年审判机构和队伍建设的同时，进一步推进少年法庭队伍正规化、专业化、职业化建设。

在最高人民法院的总结和推广下，全国各地法院“自下而上”地进行了各具特色的探索，包括少年刑事审判庭、未成年人案件综合审判庭、少年家事审判庭、未成年人刑事案件专项合议庭等，为健全完善少年审判机构的设置做出了有益探索，有力推动了少年审判工作的创新发展。

2. 我国少年审判取得的工作成效

我国少年审判 35 年来，始终坚持“特殊、优先保护”司法理念，全面落实“教育、感化、挽救”方针、“教育为主、惩罚为辅”原则以及“寓教于审”工作方法，以促进未成年人健康成长为根本目的，全国法院依法公正高效审理了大量涉及未成年人的刑事、民事、行政案件，教育挽救了一大批失足未成年人，有力保障了涉诉未成年人的合法权益。同时，坚持立足司法职能和主动延伸服务并举，“探索出一条具有中国特色、法理与情理交融的少年审判之路，积累了一些可推广、可借鉴、可传播的宝贵经验”，取得了良好的法律效果和社会效果。目前，最高法院在研究室设立少年法庭工作办公室，高级法院层面北京、甘肃、河南等少数法院成立了少年审判庭，全国四级法院共设立少年法庭 2300 多个，其中包含合议庭 1000 多个。

其中，作为我国大陆地区未成年人司法的发源地，上海法院始终高度重视未成年人司法保护工作，为少年司法探索一条有上海特点、时代特征和中国特色的少年审判工作之路，积累了许多可复制、可借鉴的宝贵经验。具体而言，一是依法审慎审理未成年人犯罪的刑事案件和涉少民事案件，在高质量完成办案任务的基础上，形成了一批在全国有影响力、有参考价值的涉少典型案例。近几年来，全市未成年人犯罪案件逐年下降，2015 年至 2018 年，未成年罪犯人数分别为 572 人、353 人、349 人和 259 人，占全部罪犯总数的 1.55%、1.06%、0.957% 和 0.729%，防控未成年人犯罪取得初步成效。二是坚持改革创新，不断探索符合儿童身心发展特点的审理方式和工作机制，如社会调查、合适成年人参与刑事诉讼、社会观护、心理干预和轻罪犯罪记录封存等，或从上海孕育、诞生，或在上海规范、成熟，成为完善少年立法和制定少年司法解释的主要来源和素材。三是积极探索运用司法手段为未成年人营造良好环境，形成了少年司法一条龙和社会帮教一条龙的工作制度，为未成年人健康成长提供有力司法服务和保障。四是重视少年审判队伍的配备和培养工作，把一批审判业务能力较强、综合素质高、热爱少年审判工作的审判骨干充实进少年审判队伍，推进了少年审判机构和队伍专业化建设。

此外，上海法院系统在 2018 年少年家事审判工作调研座谈会上，就打造专业化团队，调动少年家事审判工作积极性，凸显少年家事审判特色亮点工作和加强少年家事审判研究和解决家事财产查证难题展开积极讨论。上海高院在《2019 年上海法院工作要点》中明确指出，要加强未成年人司法保护与犯罪预防，完善社会调查、法庭教育、轻罪犯罪记录封存、社会观护等少年审判工作机制，加强与共青团、妇联、司法局等单位以及群众组织的合作，加大教育帮扶力度，深入开展“困境儿童陪

伴计划”试点，保护未成年人合法权益。各基层法院积极探索特色制度，例如静安区人民法院积极探索家事审判机制创新，将家事审判与少年审判结合起来，从而推动家事审判与少年审判协同发展，切实发挥家事审判在维护婚姻家庭稳定、依法保护未成年人、老年人和妇女合法权益方面的作用，创立了综合庭家事调解工作室，并制定了《家事调解工作操作规程》。

（二）一个具体的切入进路——上海市长宁区人民法院少年法庭的探索和经验

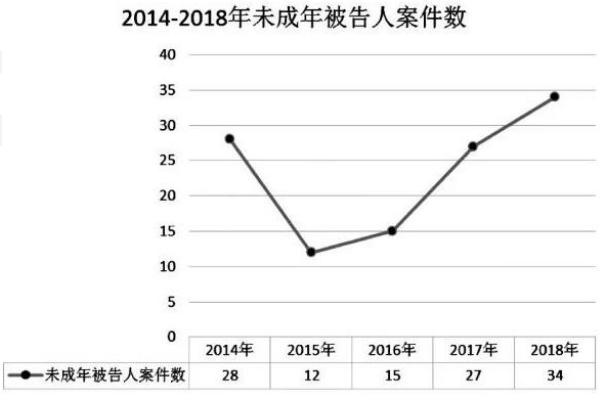
长宁法院涉少案件审理现状：

上海市长宁区人民法院未成年人与家事案件综合审判庭（以下简称“少年庭”）在涉少案件审判工作中，传承少年刑事审判改革经验，坚持家事审判改革创新，2015 年 10 月将涉及未成年人抚养的离婚案件纳入受案范围，走在了全国法院家事审判方式和工作机制改革试点工作的前列。

2016—2018 年，少年庭共审结涉未成年子女的家事案件 1312 件，其中 2016 年为 396 件，2017 年为 459 件，2018 年为 457 件，案件数量基本保持稳定。根据案由分类，排名前三位的分别为离婚纠纷、抚养费纠纷、变更抚养关系纠纷，其中离婚纠纷占比达 73.40%。2016—2018 年，涉未成年人家事案件中适用简易程序审理的为 1239 件，简易程序适用率高达 94.44%，平均审理周期为 32.63 天。适用普通程序审理的为 70 件，平均审理周期为 166.70 天。适用简易程序的案件审理效率较高。

2014 年至 2018 年，长宁区法院共审结未成年人刑事案件 135 件 16 人，其中未成年人被告人刑事案件 116 件 134 人，未成年被害人刑事案件 19 件 29 人。犯罪类型以侵害财产型犯罪为主，占未成年人被告人 65.67%，且未成年人网络犯罪初现端倪，具体表现为 2017 年至 2018 年长宁区法院受理利用网上金融交易平台漏洞实施盗窃案件及掩饰、隐瞒犯罪所得案件 22 件，占这两年审结的未成年被告人刑事案件总数的 36.1%。

近五年来，长宁区法院审结的未成年人犯罪案件数量先降后升。2014 年审结未成年人犯罪案件 28 件 30 人；2015 年案件数量下降为 12 件 13 人。2016 年起有所上升，审结未成年人犯罪案件 15 件 17 人；2017 年审结未成年人犯罪案件 27 件 32 人；2018 年审结未成年人犯罪案件 34 件 42 人。2018 年 7 月根据上海市高级人民法院关于未成年人刑事案件集中管辖规定，长宁区法院新增管辖闵行区和松江区的未成年人刑事案件。截止 12 月，审结闵行区、松江区未成年人刑事案件 17 件 21 人。除去收案范围扩大等因素外，长宁区法院五年未成年人被告人刑事案件的数量及涉案人数总体呈下降趋势。



（三）长宁法院少年审判探索历程

1. 审判职能逐步扩大

1984 年，长宁法院创建我国大陆地区第一个

少年刑事案件合议庭。三十多年来，长宁法院不断探索完善有利于未成年人教育、感化、挽救的审判方式、方法和工作机制，形成了未成年人审判的“圆桌会议”“一二三四五”工作机制和“二情三心四理”工作方法等可复制经验。近年来，长宁法院坚持“儿童利益最大化”工作理念，坚持发展未成年人刑事审判特色工作，积极探索未成年人民事审判创新工作，全面开展未成年人法治宣传教育工作，积极探索合适未成年人参与诉讼、未成年人刑事审判心理辅导、离婚案件中未成年人权益保护工作的制度建设，不断丰富少年审判的“长宁模式”，在 35 年发展历程中，少年法庭的审判职能逐步扩大：1984 年 10 月，在刑事审判庭内设立‘少年犯合议庭’，专门审理涉及未成年人犯罪的刑事案件。2006 年 9 月，长宁法院开展未成年人综合审判试点工作，审判职能开始逐渐扩大。2012 年 10 月，长宁法院扩大刑事案件受案范围，开始受理涉及被害人为未成年人的刑事案件。2015 年 10 月，长宁法院扩大民事案件受案范围，开始受理涉及未成年人抚养的离婚案件。2018 年 1 月，长宁法院按照上海高院《关于全面推进家事审判方式和工作机制改革工作的方案》要求，开始受理全部家事案件。

长宁法院自 1984 年 10 月成立了全国第一个“少年犯合议庭”。在司法实践中认真贯彻“双向保护、少年优先”的司法理念，这既体现在少年审判组织不断独立化、专业化进程中，也体现在“两简”程序、分案审理等改革创新中；既衍生出“寓教于审、注重感化”程序理念，也演化为“教育为主、惩罚为辅”的实体理念，还培育出了“司法一条龙、社会一条龙”的综治理念。在司法实践中，逐渐明晰了“儿童利益最大化”“特殊保护”“全面保护”原则。在办理未成年人案件中落实这一要求更为复杂，不仅要严格审查证据、准确适用法律，还要始终关注案件中的未成年人，做大量细致专业的工作，更好地保障涉案未成年人合法权益，更有效地教育感化挽救未成年犯罪嫌疑人，保护救助未成年被害人。在遇到疑难复杂问题时，也要以儿童利益最大化原则为指导妥善处理，确保办案质量和效果。

2. 长宁法院少年审判探索经验

1987 年 11 月长宁区法院创设羁押、预审、起诉、审判、辩护、改造的公检法司相配套“政法办案一条龙”机制和综治办、教育、民政、卫生、街镇、共青团、妇联、关工委等政府和社会相关部门相衔接的“社会支持一条龙”机制，探索建立集家庭保护、学校保护、政府保护、社会保护、司法保护和自我保护于一体的未成年人综合保护网络，形成“两条龙”双龙共舞的长效机制，从而带动了全国法院少年审判工作和延伸工作的有效开展，在党委领导、政府支持、院校指导、社会协同、各方参与的未成年人保护社会化工作体系建设中发挥了重要作用。

（1）少年刑事审判改革创新举措

法庭教育制度。在坚持把好事实关的同时，为了有效增强法治教育的针对性，在案件审理程序中增设根据社会调查情况进行法庭教育阶段。通过特定的法庭教育方式对未成年被告人进行认罪悔罪教育，增强法律意识和道德观念教育，接受处罚和劳动改造的心理承受力教育以及世界观、人生观、价值观教育，促其重新做人。

分案审理制度。对未成年人罪犯的处理应与成年人罪犯有所区别，为此采取两点做法：一是专人办理；二是分押分管。对未成年人的监禁是在与成年人分离的场所执行，案件审理与成年被告人分开进行，案件也由专门人员办理，避免交叉感染，避免未成年人犯罪信息外泄。

社会调查制度。在刑事审判中实行社会调查制度。对未成年被告人进行庭前社会调查，了解犯罪原因，把握其悔罪表现，使少年审判工作更具客观性、针对性和科学性，因而占据案件审判核心地位。坚持调查主体社会化、调查内容公开化、调查报告合法化。

法定代理人出庭制度。在审判区域内增设法定代理人席位，建立了对未成年人健康成长具有不可替代作用的家长即法定代理人出庭制度，发挥其帮助行使诉讼权利和共同开展帮教的积极作用，缓解犯罪未成年人紧张心理。同时注重对法定代理人进行教育，促其履行监护职责，帮助罪错子女重塑人生。

圆桌审判制度。为了营造富有人性化、亲和力的宽松刑事案件庭审环境，使未成年被告人更容易接受审判、接受教育和接受改造，提高庭审效果，2005 年 10 月少年法庭改造法台，重设席位，采取圆桌式审判方式，先后将未成年人被告人刑事案件、成年人侵犯未成年人人身权利的刑事案件从普通刑事案件中分离出来，对孩子加以特殊保护，实现了跨越式的新发展。

刑事和解制度。落实宽严相济刑事政策，试行司法处置前非羁押考察和心理评估，开展刑事附带民事诉讼调解，促进被告人积极赔偿，取得被害人谅解直至达成和解协议。总结出“从宽掌握适用范围，从紧掌握适用条件，从严掌握适用程序”的刑事和解“三从工作法”。与此同时，对本地和异地户籍未成年被告人平等适用非监禁刑，有效提高非监禁刑适用率，实现以监禁刑为主向非监禁刑为主的转变，以此探索恢复性司法在少年审判中的适用。

心理疏导制度。通过心理疏导制度，用科学的方法对其进行心理疏导，缓解对抗情绪或心理压力，减少诉讼可能给未成年人带来的心理阴影，使之今后更好地融入家庭和社会。2013 年 1 月起，从双向保护原则出发，对未成年被害人同等适用，给予心理疏导。尤其在少年家事案件中，可促其父母间矛盾化解或者缓解，理性处理涉及孩子的诉讼，避免孩子受到两次伤害，有效防止民转刑案件的发生，让该制度在司法实践中发挥最大效应。

国家救助制度。扩大刑事案件受理范围实现全覆盖。不仅受理未成年被告人刑事案件、未成年人与成年人共同犯罪案件，将成年人侵犯未成年人人身权利的刑事案件纳入少年法庭受案范围，给予同等保护。在被告人及其他赔偿义务人无力赔偿的情况下，及时、优先开展司法救助，帮助未成年被害人解决基本生活方面的突出困难，使其尽快回归正常学习和生活。

轻罪封存制度。一方面对正在审理的案件落实《刑法修正案（八）》有关未成年人轻罪免除报告义务，另一方面在轻罪案件判决生效后的卷宗上标注“封存”字样，限制公开，通过信息化管理手段，建立并严格执行封存档案查阅分级审批权限管理制度。

帮教矫治制度。协助未成年犯管教所和社区矫正部门做好帮教和矫治管理工作，促使未成年犯真诚接受教育改造，解决异地户籍未成年被告人不具备监管条件而难以宣告缓刑的问题，为其适用缓刑后落实帮教创造良好条件。在宣告缓刑时视情发出禁止令，细化操作规程做到准确和审慎适用，同时采取电子采集信息等措施，提高禁止令适用效果，实现判前各方帮教与判后社区矫治无缝衔接。

回访考察制度。针对判处监禁刑和非监禁刑不同情况，设置不同回访期限，联合未成年犯管教所和社区矫正机构等，采取不同方式，开展回访考察工作，了解判后服刑和改造情况，有针对性做好思想工作。与当地司法行政管理部门或社区矫治机构对接，实现跨部门、跨区域合作机制，为未成年罪犯顺利回归社会创造必要条件，实现一般回访与重点回访的有机结合。

（2）少年家事审判改革创新举措

绿色通道制度。针对未成年人在民事诉讼中处于相对弱势的普遍情况，2007 年 1 月设立未成年人民事案件立案、送达、审理、执行快速优先办理和相互衔接的绿色通道，努力让通道上每一个环节都有专人办理，帮助涉案未成年人尽快摆脱诉讼纷争，回归到正常生活和学习之中。

多元调解制度。探索少年家事法官主导下的家事调查员和家事调解员制度。除婚姻关系、收养关系认定等禁止调解或其他不适宜调解案件之外，少

年家事案件引入诉前调解程序，由家事调解员先行调解。调解不成，案件转入立案后诉讼程序，由少年家事法官进行调解，或者由少年家事法官交由家事调解员进行调解。

诉讼引导制度。在部分家事类案件中整合资源，建立诉讼教育引导制度。凡在开庭审理涉及未成年人民事案件时，针对个案具体情况，在法庭辩论结束后，对未成年人父母就法律规定、父母责任、社会道德、人间亲情等方面进行解释、教育、引导，缓解双方对立情绪，促使父母自觉履行法定义务，并对权益受到侵害的未成年人提供必要帮助。

不公开审理制度。长宁区法院单独制定“离婚案件申请不公开审理告知书”，与其他诉讼文书一并送达，由当事人选择。变“当事人申请”为“法官主动提示”，减少家庭成员对法院审理案件的干扰，保护当事人隐私。

社会观护制度。开展未成年人民事审判工作后，为避免未成年人因诉讼受到二次伤害，又便于未成年人能充分表达自己的意愿，我们借鉴社会调查制度引入第三方机构上海市阳光社区青少年事务中心长宁工作站参与诉讼，启动涉少民事诉讼社会观护工作并形成制度。审前社会观护员进社区调查，进学校听取未成年人意见，进家庭做调解工作。将社会观护报告在法庭上宣读，并被写入判决书中，这对作出符合儿童利益最大化的裁决创造了条件。审后适时进行回访，了解判决履行情况，逐步缓解或化解矛盾。

婚姻冷静期制度。凡婚姻存在危机并未死亡的，在诉讼期间或在判决不准离婚时设置一定期限，要求当事人冷静对待婚姻纠纷，真实反映自己的意愿，避免一时冲动而草率离婚，促使矛盾化解或者缓解。2018 年 1 月尝试在判决不准离婚案件设置冷静期后对双方当事人在六个月内没有新情况新问题均不得起诉同等适用。

亲职教育制度。联合区妇联等单位开办“为孩子父母学校”，每年举办两期，努力修复夫妻情感，挽救婚姻危机，救治问题家庭，促进社会和睦。同时强调父母监护责任，对失职家长开展监护教育，提高监护能力，让孩子免受伤害，避免当年未成年人犯罪与家庭监护责任缺失原因有关的情形再现，变“威严审判”为“柔和审判”，体现司法亲民。

夫妻共同财产申报制度。变“重财产审理”为“重孩子利益”，在送达案件受理通知书和应诉通知书时尝试发送“夫妻共同财产申报表”，书面告知当事人不如实申报将产生的财产少分甚至不分等法律后果。尝试将涉少离婚案件中涉及公司股权分割纠纷先行予以剥离。避免法官被财产调查等繁琐事务所困扰，将精力关注在孩子身上。

（3）法治宣传教育创新举措

在少年刑事、少年家事审判制度创新的同时，建立和完善了法治宣传教育制度，创出新品牌。一是法庭教育与普法宣传相结合。将法庭审理的每一个案件与普法教育、校园法治文化建设、公民道德建设工程紧密结合起来。二是基地建设与预防工作相结合。建立青少年法治教育基地，将成人意识教育活动引入对判处非监禁刑少年犯的预防犯罪工作之中。三是主题教育与安全防护相结合。开展法在身边主题公众开放日活动，组织引导学生开设模拟法庭，举办夏令营活动。四是回访考察与重塑人生相结合。对接未成年犯管教所和社区矫治机构。通过开展回访考察活动，对未成年服刑人员进行世界观、人生观、价值观教育，帮助其重塑人生，重返社会。五是线下交流与线上互动相结合。开通上海法院首个少年法庭微信公众号“菁菁法苑”，弘扬少年司法正能量。

（四）少年审判工作当前面临的主要问题

1. 观念层面的深刻认识还不到位

目前，在司法理论研究和司法实践中，轻视少年司法工作的思想认识仍然存在。具体表现未成年人法律研究还处于从属地位，不具有独立的学科地位，全国范围专门从事未成年人法律研究的专家学者不多，未成年法理的深厚内涵和独立性有待更深

入的研究。在司法实务领域，依旧存在“少年法庭审判的大多数是未成年人案件，和当前影响社会稳定、关系国计民生的大案、要案相比，对社会的影响较弱”的认识。少年审判的重要性，以及少年法庭开展的大量案外延伸工作及特色工作制度经验，没有得到应有的重视，影响了少年审判进一步深化改革。

少年法庭的主要工作主要是围绕未成年人这一特殊群体开展，以保护未成年人合法权益、促进未成年人身心健康发展为根本，应当立足于未成年人的年龄特点、心智特点，创造出符合未成年人审判要求的审理模式。而由于当前没有建立起自上而下的统一的组织机构，少年庭的职能定位存在左右摇摆的发展趋势，存在以量定去留的思维导向，存在家事审判覆盖少年审判的忧虑。

2. 立法层面的完整体系还不到位

纵观国外，很多国家早就建立了关于未成年人的法律体系。我国当前没有系统的《少年法》及《少年司法法》，而是将对未成年人的特殊保护方法及审理方式散落地规定在《刑事诉讼法》《未成年人保护法》以及《预防未成年人犯罪法》等法律当中。“没有少年的基本法，没有少年特殊的刑事司法刑事法，缺乏实体法、缺乏程序法、更缺乏执行法”。这样的立法现状，使得在实践中审理未成年人犯罪案件时，难以较为周全地考虑到未成年人这一群体的特殊性，不能更加全面地保护未成年人的合法权益。

当前少年审判改革的趋势主要是与审理涉少离婚案件接轨，将家事案件纳入受案范围。但把全部家事案件纳入少年审判范畴，则有违少年审判将关注的视角和落脚点聚焦未成年人这一初衷。少年案件和普通家事案件的审判原则、适用法律和侧重角度有所不同，工作重心不同，简单将少年案件和家事案件合并，违背了少年审判的特殊性原则，不利于少年审判的长远发展。另外，未成年人犯罪案件虽然呈不断下降趋势，但以同学间欺凌弱小和敲诈勒索为典型的校园暴力事件，不满 14 周岁未成年人实施杀人、强奸等恶性犯罪案件等新闻不时见诸媒体，引起社会强烈反响。目前，已满 18 周岁不满 22 周岁的青年人犯罪案件、不满 14 周岁的未成年人实施犯罪行为以及少年罪错行为并不在少年刑事审判的受案范围。

3. 机制层面的配套推进还不到位

各地区建设发展不平衡。目前我国少年审判机构设置模式多达 6 种，包括未成年人案件合议庭、未成年人刑事案件审判庭、青少年刑事案件审判庭、未成年人案件综合审判庭、少年家事审判庭（家事少年法庭）以及跨区域集中管辖的未成年人案件审判庭。全国四级法院中少年审判机构设置还很不健全，没有统一和自上而下的规划设计，最高人民法院负责指导全国少年审判工作的部门设置在研究室之下（最高人民法院少年法庭工作办公室），高级人民法院中仅有北京、上海、河南、甘肃四地曾建立独立建制的少年审判庭，各中院、基层法院的少年法庭设置情况不一而足。这不利于少年审判标准的树立和案件裁判的统一。

根据我国关于未成年人犯罪的“教育为主、惩罚为辅”的原则以及“教育、感化、挽救”的方针，少年审判工作除了传统的查明事实、审查证据和适用法律等程序，还要坚持维护未成年人合法权益，促进其尽快回归社会。这种特殊性决定了少年审判需要进行大量的案外延伸工作，如庭审前的社会调查、社会观护、法律咨询，庭审过程中的社会调查员或适合成年人出庭、法庭教育，庭审后的心理疏导、回访、救助帮扶等等。这些大量的案外延伸工作由于难以被科学量化而未被完全纳入少年庭法官的考核体系，造成了少年审判工作无法得到客观公正的评价，影响了少年庭法官工作的积极性。

少年审判工作离不开公安、检察、司法行政等部门的配合协作，也离不开社会力量的支持。目前我国已经初步形成以“政法一条龙”和“社会一条龙”为主要内容的少年司法配套协作体系，但各部

门之间的配套协作机制还不完善，社会支持力量薄弱，难以形成合力。例如公安部门内部还没有设立专门的少年警务机构、检察院的未检机构同少年审判机构一样在司法改革的冲击下面临被撤销合并的命运。一些社区建设相对薄弱，对于已被宣告非监禁刑的未成年人，矫正机构难以真正履行对他们的监管、帮教义务，缺乏必要的引导和帮扶救助措施。政法机关、妇联、团委、教育等相关单位和部门相互之间没有完全实现信息共享、资源共享。

美国、英国、德国等国均要求担当少年法庭法官除具备一般法官任职资格外，还需额外资格或接受特殊培训，熟悉未成年人保护相关理论。在我国，最高人民法院发布的相关规范性文件中，也要求少年法庭法官具有“熟悉未成年人特点，善于做未成年人思想教育工作”等特点，但这些规定还过于原则，没有统一的少年法庭法官的员额标准、任职资格，少年法庭法官任职条件和审查认定办法缺乏实施细则，各级法院在调配少年法官时还没有一个明确的选任标准可以参考。

由于缺少对少审法官任职资格的具体规定和详细要求，实践中大部分的少年庭法官并不长期从事少年审判业务，部分人员缺少涉少案件的审判经验及审判专业性培训，导致审判专业化程度不高。这会导致涉少案件审判工作及其一系列延伸工作开展受到影响，不利于将庭审以外的跟踪帮教、社会调查、社会观护以及参与社会治安综合治理等工作的开展。

三、理念、立法、制度、人员：我国少年审判一体化发展模式的展望

“少年司法工作由于承担着诸多的功能，因此从全社会范围里来看待少年司法，所涉及的方面十分繁杂，几乎所有与儿童和少年权益相关的活动、机构、组织、功能都与此相关，由此所提出的问题就是对相关知识、理论、机构、活动加以全面的‘整合’，我们把这种整合称为‘一体化’。’”运用一体化思维，在国家亲权和少年权的理念基础上，在儿童利益最大化、特殊保护的共同目标导向下，整合立法、司法、执法和社会资源，构建协同高效的工作机制，这应该成为少年司法的未来发展路径。

（一）以“体系化”为目标建构少年审判专业理念

1. 树立未成年人利益最大化原则

未成年人利益最大化原则指一切少年法律规范的制定、适用和执行，都要以未成年人的最佳利益获得为前提。基于少年身份的特殊性和社会价值的特殊性，和国家亲权相呼应，国家法律有必要将少年利益摆在第一位，应当奉行少年最佳利益原则。一般认为，少年最佳利益原则有两种表现形式，其一是国家对少年的福利、救济、扶助、保护、劝导和教育等，体现了国家的引导价值；其二为国家对少年行为的约束、惩戒、监禁，体现了国家的训导价值。无论是引导还是训导，都是少年最佳利益原则的体现。

2. 树立未成年人特别保护原则

少年特别保护原则，是立足少年身份的特殊性，以其是“国家和社会未来的希望”为基础，鉴于其突出的社会价值，国家法律应当给予其超乎一般社会群体的特别保护，以满足其健康成长的需要。审判机关要在充分遵循罪刑法定原则、罪责刑相适应原则和人人平等原则的前提下，克减不必要的犯罪认定或抑制不必要的重刑主义倾向，应该符合“仁义”“和谐”“宽缓”的价值蕴涵。少年特别保护原则是少年审判所遵守的根本性原则之一，是国家给予少年特殊保护的体现。

3. 树立未成年人全面保护原则

少年全面保护原则是来源于少年法律关系多面性和少年发展的过程性。就少年法律关系而言，围绕国家-少年-学校、家庭、社会这一横向法律关系，不论是家庭的教育、学校的监管和社会的引导，

都应当在未成年人保护层面体现相应价值，涉及家庭、学校、社会等三个基本领域的少年法皆应当对未成年人进行全面保护。从纵向而言，少年成长过程所涉及的问题层级主要可以分为少年刑事问题、少年治安问题和少年福利问题，即“福利-行政-司法”这一纵向关系将由不同的法律或社会规范进行调整，在预防少年犯罪的同时，理性地处理好少年治安案件和少年社会福利问题，利用刑事处罚进行惩戒、利用治安处罚进行训诫和预防、利用福利政策保护、促进少年健康成长。针对不同的问题采取不同的措施，本着“教育、感化、挽救”的理念，全面地保护、促进少年的健康成长。

（二）以“法典化”为目标建构少年审判专业立法

1. 从分散式立法走向系统的法典化立法

我国目前全国性涉少专门立法集中体现于“两法一专章”，即《中华人民共和国未成年人保护法》《中华人民共和国预防未成年人犯罪法》和《中华人民共和国刑事诉讼法》第五编第一章“未成年人刑事案件诉讼程序”专章。其他还有涉及未成人权益保障的法律则散见《婚姻法》《教育法》《收养法》等。此外，我国还签署了多项相关的国际法律规范性文件，如《北京规则》《利雅得准则》和《儿童权利公约》等。

目前，“两法”均已启动修订程序，修订草案已经提交全国人大常委会讨论。《未成年人保护法》（修订草案）条文从 72 条增加到 130 条，在家庭保护、学校保护、社会保护和司法保护的基础上，增加了“网络保护”和“政府保护”两章，力图实现对未成年人线上线下全方位保护，并明确政府在未成年人保护方面承担主体责任，细化政府及有关部门职责，并对国家监护制度作出详细规定。同时，草案增加了强制报告制度、从业人员准入资格制度、校园欺凌防控制度，细化司法保护专章相关内容。《预防未成年人犯罪法》修订草案，根据未成年人违法犯罪行为发生的规律，将未成年人的偏常行为分为不良行为、严重不良行为、犯罪行为等三个等级，采取相应措施应对，规定未成年人及其家庭、学校、政府、司法机关、社区各自预防职责和应采取的干预措施、矫治措施。在吸收国内外有效经验的基础上，规定了公安机关可以采取的八种过渡性教育矫治措施。另外，最高人民法院也就未成年人刑事诉讼专章司法解释的修订，积极开展调研，并已经拟定《关于加强新时代少年法庭工作的意见（征求意见稿）》。上述立法修订及规范性文件的制定，必将进一步推进少年审判工作进步。

从世界范围来看，各国的少年立法模式可以归纳为附属条文模式、半独立的立法模式和独立立法模式三种。整体而言，我国当前的立法还属于半独立的立法模式，还没有从根本上改变少年立法分散，缺乏系统性的现状。反观未成年人法治发达地区的立法，如日本和我国台湾地区，以《儿童及少年福利法》（《儿童福利法》）和《少年事件处理法》（《少年法》）为基本支柱，实现了少年立法的法典化、系统化和独立化。未来中国的少年立法，仍需以“少年福利与保护法+少年司法法（少年案件处置法）”为基本架构，推进少年立法的法典化和系统化。通过少年福利法的制定，形成儿童权益保障立法的法典化；通过少年司法法的制定，明确少年不良行为和犯罪行为的认定、处置程序、保护、矫治和处罚措施等程序性、实体性问题的法典化。

未成年人立法应当向着系统、全面、可操作发展。其中，系统性体现在结构统一、内容完整、机制协调，切实贯彻国家亲权理念、儿童利益最大化原则、特殊保护原则、全面保护原则；全面性体现在对未成年人的保护、帮助、监管是全面的、全程的，涵盖家庭、社区、学校和国家的保护职责，涵盖未成年人健康成长所需要的生理、心理需求，涵盖罪错未成年人的教育和矫治、司法处置机制；可操作性是指立法具有实效性，不能仅作为一种理性和理念存在于书面的立法条文，而是能够在实践中得以实际运行，这就需要清晰界定各相关主体的权

利、义务和责任，明确各项工作机制。

2. 从依附、比照成人立法到构建独立的少年立法

传统刑罚是以理性的成人为假设对象进行设计，并没有考虑少年及少年犯罪的特殊性，因此各国少年刑法大多在对传统刑罚种类进行“少年化”的改造后，才将之适用于犯罪少年。“以教代刑”，即以福利性干预措施（保护处分）替代刑罚，建立未成年人非刑罚处遇制度是现代少年立法的显著特点，刑罚是不得已的最后手段。除了刑罚的宽宥之外，设置专用于未成年人的处遇方式，是少年刑法基本理念的体现。

为此，我国刑事实体法应当加快从“少年比照成人酌减处罚”向“少年专门处罚”转变。对少年的处分应关注少年案件和少年的特殊性，采取教育、矫治、福利性为主的处遇手段，最大限度修复受损个人身心伤害以及社会关系，使其健康成长、最终回归社会，避免传统的、针对成人的刑事处罚手段对其造成不可弥补的终生伤害。具体而言，一是通过立法明确不适用或者严格限制适用的刑罚手段，如取消附加刑（罚金、没收财产、剥夺政治权利）和累犯，严格限制无期徒刑的适用。二是通过立法系统的构建适合少年特点的处遇手段，如增设犯罪记录限制公开及污点适时消除制度，增加强制接受心理治疗、由专门机构和人员予以保护观察、不得与特定人员交往或者进入特定场所的禁止令、参加义务劳动、责令监护人管教、入读工读学校等。三是要通过立法构建系统的执行机制。未成年人处遇手段需要特定的执行机构和执行机制，这需要立法的推进，需要和“政法一条龙”“社会一条龙”工作机制相衔接，需要有相关心理辅导机构、特殊教育机构、社工机构的辅助。

人性化的审理程序是少年程序规则的重要内容。考虑到少年特殊的心理、生理特性，各国均在审理程序上设置了区别与成人的规定，普遍建立了社会调查原则、不公开审判原则等。2012 年，第十一届全国人民代表大会第五次会议表决通过了关于修改刑事诉讼法的决定，其中一个重要内容是增设“未成年人刑事案件诉讼程序”专章，共十一个条文，初步构建了我国未成年人刑事诉讼程序基本框架，把在少年刑事审判中长期积累起来的、对犯罪未成年人给予特殊保护的做法，如社会调查制度、合适成年人参与制度、附条件不起诉制度、不公开审理制度、犯罪记录封存制度等写入立法。这是未成人立法里程碑式的重大进展，对推动少年司法具有重要意义。但应当认识到，未成年人刑事诉讼程序的建构还不完善，如法庭教育程序、圆桌审判制度、心理测试和心理干预机制、先议权制度等尚未进入立法条文，仍需要在积累实践探索经验的基础上，推进相关立法的完善。附条件不起诉制度也是如此，虽是一种创新，但仍有待完善。

另一方面，在涉少民事审判程序中，有别于普通民事案件的审理程序和工作机制仍然没有进入立法。在探望、监护、抚养、继承等案件中，未成年人处于弱势地位，审理中易出现顾及不到甚至漠视子女诉求的情况，应当顺应未成年人综合保护的发展趋势，探索第三方代为行使诉权等工作机制，构建符合涉少案件审判特点的审理程序，在《民事诉讼法》修改中设专章加以特别规定。

3. 科学确定少年法庭受案范围

1998 年起，江苏省连云港法院等全国部分法院开始对未成年被告人刑事案件实行指定管辖集中审理制度，将涉少刑事案件由犯罪地人民法院管辖改由上级法院指定某一法院审理。该制度后被《解释》第 465 条规定吸收。该条规定：“对未成年人刑事案件，必要时，上级人民法院可以根据刑事诉讼法第二十六条的规定，指定下级人民法院将案件移送其他人民法院审判”。但是，指定管辖集中审理制度至今尚未在全国直辖市、省会城市、副省级市（包括计划单列市）中级法院以及有条件的地级市中级法院下辖基层法院全面推行，这不利于实现未成年人司法保护工作的集约化和专业化，不利于推动未成年人司法保护综合体系建设。如果实

行指定管辖集中审理制度，可以将分散审理的未成年人犯罪案件集中分配给部分法院审理，向专门法院即少年法院的建立迈出探索步伐，同时可以摆脱受案法院收案数明显减少的困境。少年检察制度的产生晚于少年审判制度，但近几年检察机关一系列政策性、规范性文件陆续出台，推动了未检机构的独立、机制的创新和未检“捕、诉、监、防”一体化改革。为此，人民法院也应积极应对，推动未成年人刑事审判制度的发展，努力使未成年人保护工作向长久化和专业化的方向发展。

目前，除了上海法院已经实行指定管辖集中审理以外，海南省海口市、宁夏自治区银川市、山西省大同市等省会城市以及安徽省芜湖市、甘肃省庆阳市、吉林省辽源市等地级市也各建立了由一家基层检察院和基层法院对应的指定管辖集中起诉集中审理制度。在此基础上，应当进一步推进实施指定管辖制度，在地市一级普遍实行指定管辖、集中审理，便于各地合力开展以社会调查为主线的法庭审理、系列帮教和犯罪预防工作。

近年来，未成年人犯罪案件呈不断下降趋势，但以同学间欺凌弱小和敲诈勒索为典型的校园暴力事件，不满 14 周岁未成年人实施杀人、强奸等恶性犯罪案件不断发生，引发社会强烈反响。根据生物学、心理学、医学研究成果，人的大脑发育，情绪控制能力要到 24 周岁才完全成熟，行为控制能力要到二十六周岁才完全成熟。与公众呼吁降低刑事责任年龄相比，部分学者专家则指出犯罪低龄化是家庭监护、学校教育、社会治理等多种因素造成的，降低刑事责任年龄相当于把家庭和社会的责任转由未成年人自己来承担，并不能从根源上解决犯罪低龄化问题，反而有可能诱发更严重的犯罪行为。对于误入歧途甚至实施危害社会行为的未成年人，不是放任与纵容，更不是简单归入罪与罚，而是建立完备的教育矫治体系，实施有效矫治，助其迷途知返。

在少年审判改革中，稳步扩大少年刑事案件主体范围是改革趋势之一。一是向前端延伸，即将未达刑事责任年龄的未成年人保护处分案件纳入少年审判职责范围；二是向后延伸，将年满 18 周岁不满 22 周岁的青年人犯罪案件纳入少年审判职责范围。这更有利于对于这一部分被告人的改造和挽救，对充分发挥少年法庭职能、更好体现未成年人司法的教育、矫治功能都是有益的。

未成年人保护涉及少年福利保护、少年司法处置两个方面。以往，少年司法、少年审判的工作重心是涉少刑事审判，对未成年人进行特殊保护的范围和手段比较单一，缺少对未成年人民事权益的关注，缺少对涉少行政案件的关注。在司法体制综合配套改革的视野下，应在《最高人民法院关于进一步规范试点未成年人案件综合审判庭受理民事案件范围的通知》（法（2009）5 号）等改革性文件的基础上，以《最高人民法院关于加强新时代少年法庭工作的意见》的制定实施为契机，坚持少年综合审判庭改革的方向，进一步推动涉少刑事审判、涉少民事审判、涉少行政审判的融合发展，推动少年审判和家事审判工作的融合发展，同时保持少年审判和家事审判各自相对独立。具体而言，通过先议权的司法化改革逐步将当事人为未成年人的其他罪错案件纳入少年综合审判范围，将涉少离婚案件、离婚后涉及未成年人权益保护的案件包括抚养、收养、继承、探望权纠纷，以及涉及未成年人的侵权责任纠纷以及监护权等特别程序案件等纳入少年综合审判受案范围，将涉少行政案件纳入少年综合审判受案范围。同时，将不具有涉少因素的一般家庭纠纷排除少年综合审判受案范围在外。

（三）以“协同化”运行为目标建构少年审判专业机制

1. 在法院内部构建“四级一体”的涉少审判机构

独立建制的少年法院，是开展少年审判工作的基础和保障，直接决定未成年人司法保障的专业化、有效性，“是世界上少年司法制度成熟完善国家的普遍做法，也符合少年司法发展的趋势”。“少年犯

罪具有特殊性，少年司法也必须具有特殊性，只有建立符合未成年人特点的少年司法制度，才能更好地保护少年，预防少年犯罪。”这需要中央层面作出部署，牵头组织、财政、政法等部门予以统筹规划，因未成人保护立法体系尚不健全，少年保护、少年福利和少年罪错案件尚未完全纳入少年审判范围，少年法院成立的时机尚不成熟。当前，应坚持顶层设计、因地制宜，重点推动四级法院内设机构的独立建制工作。首先，最高人民法院、高级人民法院及中级人民法院设立未成人案件综合审判庭。（最高人民检察院已于 2015 年成立了独立的未成年人检察工作办公室，并以此为基础，推动了全国未成年人检察机构的发展。）在最高人民法院、高级人民法院及中级人民法院设立未成年人案件综合审判庭，有利于整合少年审判资源，促进未成年人案件审理的独立性和专业化。基层人民法院则可根据地区实际情况因地制宜设置少年审判机构，符合条件的地区应当推进涉少案件的指定管辖集中审理。在改革的过程中，既要坚持“自上而下”的“一元化”改革思路，也要坚持基层因地制宜的“多元化”设置模式。上一级法院可以根据本地区的案件数量，区域范围与交通条件，经济发展与领导条件，队伍素质与经验条件，社会文化背景与公众法律意识等条件设定。机构专门化是少年审判专业化的根本要求，也是少年法庭建设的主要改革方向，凡是条件成熟的地方，少年法庭都要向独立建制的未成年人案件审判庭的方向发展，为未来设立少年法院积累工作经验。

从少年司法全面保护未成年人合法权益出发，开展对未成年人综合审判和司法保护已是大势所趋。综合审判模式一方面有利于实现对未成年人的全面保护，另一方面可以细化少年审判的分工，使未成年人审判工作和延伸工作更加细致。现阶段，应当加紧对 2007 年初开始的未成年人案件综合审判试点改革进行评估，总结行之有效的工作制度和经验，坚持涉少民事审判践行“积极、优先、亲和、关怀”的司法理念，坚持“特殊、优先保护未成年人合法民事权益”的原则，在现阶段司法实践基础上，要将涉少民事案件的特色工作机制和诉讼程序探索列为少年审判改革重要内容，使少年家事审判改革服从或者融入到少年审判改革的大局之中，进一步探索并完善符合未成年人身心特点的特色综合审判机制。

2. 在法院之外推进两个“一条龙”的协作配套机制

“政法一条龙”是包括少年警察、少年检察、少年审判、少年教育矫治机构等一体化运行的司法工作体系，是预防未成年人犯罪的第一线，居于核心与指导地位。分工负责、相互配合、相互制约是“政法一条龙”的基本原则。上海作为新中国少年司法的发源地，少年司法机构专业化发展较好，跨部门合作开展较好，公检法司通过联席会议制度定期研讨少年司法热点难点问题，通过联合发文、内部纪要等方式规范案件审理、社会调查、社区矫治等各项工作，在案件办理、法制宣传、帮教回访等方面，实现了具体工作中的紧密配合，避免了对未成年犯罪嫌疑人、被告人、罪犯合法权益的侵犯，同时保护了未成年被害人、证人的合法权益。2010 年，中央综治委预防青少年违法犯罪工作领导小组、最高院、最高检、公安部、司法部、共青团联合发布《关于进一步建立和完善办理未成年人刑事案件配套工作体系的若干规定》，对“政法一条龙”工作机制作出明确规定。目前，“政法一条龙”机制仍需要在制度完善及工作实施细则层面予以完善，如合适成年人制度的实施细则、心理干预制度的实施细则、公检法司联席会议的实施细则，同时应当进一步强化案外工作，积极贯彻“双向保护”原则，在法制宣传、回访帮教、社区矫治等方面进一步形成工作合力。

另外，要通过先议权的权能配置改革，进一步发挥“政法工作一条龙”工作机制在涉少案件分流处置中的作用。国外，如美国和日本均赋予少年法院（家事法院）对少年案件的先议权，即由少年法

院对所有少年案件进行预先审查，适用保护处分的，少年法院径行审理，只有可能构成刑事犯罪的，才通过“弃权”程序逆送回检察机关审查起诉。当前，随着少年立法和少年综合审判改革的推进，可以考虑适当借鉴国外少年法院的先议权制度，按照“保护优先”原则，完善少年案件审前程序，将少年不良行为、严重不良行为、犯罪行为统一交由少年家事综合审判庭进行先议，不良行为、严重不良行为转至行政机关、专门学校进行保护处分，涉及刑事犯罪的逆转至检察机关审查起诉，从而将法治原则、国家亲权理念、儿童利益最大化和特殊保护原则真正贯彻其中。

上海对于“社会一条龙”工作启动早、重视程度高、工作成效好。当前加入其中的有上海市妇女儿童保护委员会及其下设办公室、上海市教委青少年保护委员会及其下设办公室、上海团市委社区青少年事务办公室、上海市司法局社区矫正办公室、上海市关心下一代工作委员会、上海市阳关青少年事务总社、上海市新航总社、上海市帮教志愿者协会等，各区也建立了相应机构，形成了较为完善的覆盖体系。但由于参加部门繁多、信息沟通不畅、工作存在交叉，加上随着社会的发展，还需要进一步拓展。如针对未成年人心理和生理尚未完全成熟，可塑性较强，采取心理疏导和心理干预可以缓解其紧张情绪，减少阻抗因素，为未成年人更好配合审判并在此后重新融入家庭和社会奠定基础。在推进完善心理疏导和干预工作上，还需要相关心理咨询机构的加入和配合，进一步发挥上海高院与华东师范大学共建“应用心理学专业硕士与未成年人心理援助实践基地”的作用，并通过政府购买服务方式合作开展心理疏导工作。在推进联合帮教上，还需要进一步加强社会联动，与教育、共青团、妇联、工会和关心青少年工作委员会等部门形成合力。在开展社会调查、合适成年人、社会观护等工作方面，还需要进一步加强与社区、社工、青保老师等社会资源的合作联动，争取资金和人员方面的更充分支持。

专门的教育矫治机构和矫正程序的确立更有利于教育、感化和挽救未成年犯，促使其回归正常成长轨道，最终正常回归社会。协作程序的开展是少年审判实现法律效果和社会效果有机统一、法律的教育功能完善的综合体现。应当进一步从立法和制度上，加强与教育、共青团、妇联、工会和关心青少年工作委员会等部门的联动，明确总的牵头部门和移送衔接机制，加强工读学校和专门的收容教养机构等建设，根据未成年人不良行为、严重不良行为、犯罪行为的程度，结合未成年人的心理特征、习性脾气、家庭情况，具体分析研究，分类采取措施，制定不同的帮教措施，并为其建立完善、规范的帮教档案，切实开展针对性的教育矫正工作，真正做到惩罚、挽救和帮教的有机结合和统一。

（四）以“专门化”为目标建构专业队伍

1. 组建专门的少年审判队伍

少年审判的特殊性需要匹配专业性比较强的法官队伍。因此，少年法庭法官除具备一般法官任职资格外，还需要额外资格或特殊的要求。例如我国台湾地区对少年法院法官的任职标准中明确“少年法院院长及法官须对少年保护具有较高学识、经验和热诚”。同时，少年法院法官在任职前后均需接受专业培训，研习青少年心理、教育、辅导咨商、精神医学、社会学及亲职教育等专业课程。目前，应在选拔制度上将少年审判人员的条件具体化，制定统一的少年法庭法官的员额标准、任职资格，细化任职条件和审查认定办法，从而真正组建起专门的少年审判队伍，推动少年审判专业化。要通过实质性的条件审查来避免任职条件的空泛化所带来的难以操作的消极后果，如将“知识面广”及“政治和业务素质好”“熟悉少年特点”和“善于做失足少年思想教育工作”用相关专业的证书及学习经历来替代，或者相关工作年限及工作成绩体现。此外，应当探索通过人员分类招录、引入社工、社会团体工作人员和政府向社会购买服务等方式充实

司法辅助人员，协助法官从事案件调查、社会观护、回访帮教等工作。

2. 加强专门的少年审判培训

少年案件的法官在审判中被赋予了更多的职责，少年案件的法官被认为需要具备特定的素质，需要达到特定的要求。对现已在少年审判机构任职的法官，应加强少年审判法官在职专门培训。一方面应当提升少年审判法官业务水平，进行相关刑事、民事、行政专业能力的培训；另一方面应当加强少年审判法官的综合素养，加强教育学、心理学、社会学等综合能力的培训。可以通过鼓励参加高校在职培训、庭审观摩、法官沙龙、专题研讨等方式加大对审判人员的教育培训力度，以切实提高法官的综合素质。同时，定期对从事家事少年审判的司法辅助人员进行包括社会调查、儿童心理学等针对性培训，确保家事少年审判团队整体的适岗性，提高少年法庭的专业化程度，更好地应对未成年人案件审判工作。

3. 构建专门的少年审判业绩评价体系

少年审判工作具有特殊性，在审判职能和社会工作职能还不能完全分离的情况下，法官还要承担大量的非审判业务工作，应该具有特殊的、独立于一般法官的考核评价体系。在少年审判法官业绩评价体系中，不能只考察案件数量和效率，更要注重少年权益保障、重新犯罪率等实际办案效果的评价，突出庭前调查、法庭教育、合适成年人参与诉讼、心理干预、庭后回访帮教等社会性及延伸性工作，配置合理案件权重，充分体现少年审判法官的实际工作量，充分调动少年审判法官的工作积极性，充分体现绩效考核的激励作用，引导和促进少年审判工作科学、全面发展。

-- 结 语 --

少年司法是衡量司法进步性、文明性的重要指标。“我国少年司法制度改革是司法改革中浓墨重彩的一笔，而少年法庭又是少年司法制度的核心内容。”国际人权报告、我国的司法文明状况报告以及国务院新闻办公室的白皮书，都重点关注未成年人保护。因此，“少年审判在司法改革中只能加强、不能削弱，只能前进、不能后退，这个总的方针不能动摇”，“少年法庭牌子不能丢、名片不能毁、方向不能乱”，“少年法庭工作卓有成效，这是中国司法领域一张光彩夺目的名片，要保护、发展好，创造少年司法的中国经验和中国方案”。应当看到，少年审判改革，功在当代，利在千秋。我国少年审判改革已经走到了关键的十字路口。为此，我们提出少年司法一体化的发展模式，期冀以更宽广的视野、更高超的智慧、更长远的眼光，站在更高的起点上统筹规划，推进少年审判工作改革，为少年的茁壮成长撑起一片蓝天，让少年的健康成长成就中华民族伟大复兴的光荣梦想。

家务事，也能断！

2020-10-21 广西高院

https://mp.weixin.qq.com/s/CMKxtaB6LmgqqMeZLD8DZw

柔性司法巧断家务事

——广西法院积极推进家事纠纷多元化解工作综述

家和万事兴，家固天下稳。

10 月 15-16 日，广西法院家事审判改革向人民法庭延伸现场推进会在玉林市召开。自 2015 年

我区启动家事审判改革试点以来，全区法院坚持以人民为中心，立足边疆民族地区实情，树理念、改方式、建机制、转作风，家事审判方式和工作机制改革蹄疾步稳，走出一条家事纠纷专业审判与多元化解并举的改革创新之路。2015-2020 年，全区法院年均受理一审家事案件近 5 万件，一审调撤结案率均达到 50%以上，4 个全国试点法院调撤率超过 70%。

政闻·法治 11

柔性司法巧断家务事

——广西法院积极推进家事纠纷多元化解工作综述

激战12昼夜拆除海上“印弹”

“公诉扶攻魔”在法庭上陡放

两官员充当涉黑“保护伞”受审

色岭区组织军人事务厅：开展需回诊疗 推进健康扶贫

以党建引领凤起重大项目建设的“坚强堡垒”

北海市海城区信访局创新工作方法提升质效

办案职能深度融入社会治理

1、先行先试——提前开展家事审判改革试点

走进北流市法院附城法庭，家事案件开庭现场不是庄严肃穆的审判大厅，而是温馨的会议间。庭审现场，原先的“原告”“被告”等台卡字眼被“男方”“女方”“长辈”等替代，房间墙壁上贴满“家和万事兴”等字样的标语和箴言，提醒当事人和谐解决纠纷。2018 年以来，该法庭共审理家事案件 2634 件，调撤结案 1681 件，调撤率达 63.8%。

“人民法庭作为基层法院派出机构，处在化解矛盾纠纷第一线，是人民法院服务基层百姓的重要窗口。”广西高院副院长林玉棠介绍，把家事审判改革成果延伸到人民法庭，提高家事案件审判质量和效果、效率，事关千家万户、意义重大。

2015 年 8 月，广西高院院党组下发《关于开展家事审判改革的试点意见》，成立全区法院家事审判改革工作领导小组，确定首批全区 10 家试点法院，先后两次召开试点法院工作推进会，距离全国法院部署开展家事审判改革试点工作提早了 10 个月。

2016 年 5 月，全国法院家事审判改革试点工作启动，柳州中级法院，南宁市良庆区法院、江南区法院，崇左市宁明县法院进入试点名单。我区法院主动融入全国改革试点工作大局，以全国试点为重点，以广西试点为补充，积极推进家事审判改革创新，积累了先行先试的宝贵经验。

在自治区党委政法委的统筹协调下，广西高院建立了自治区层面 15 个单位共同参与的家事审判改革联席会议制度，研究解决改革重大问题，推动形成党委领导政府支持法院牵头社会参与的广西家事审判改革新格局。

2、锐意创新——家事审判改革融入“广西特色”

2016 年 5 月，柳州市中级法院在柳北区法院成立了全国首个“家事少年案件审理中心”，集中受理 4 个城区基层法院一审家事案件以及未成年人刑事案件，打造案件管辖集中化、审判机构专门化、审判人员专业化、程序机制特别化、审判模式人性化的家事审判改革“柳州模式”。近年来，该中心又引入多职能部门介入家事解纷，开创了司法援助有律协、情感疏导有妇联、遭受家暴有公安、庇护求助有民政、回访帮教有社工、价格争议有认证的多元化解纷格局。

建立家事审判专业团队、设置家事审判专门场所、制定家事审判人性化制度、实行家事纠纷案件集中管辖……5 年来，广西家事审判改革因地制宜，着力做好特色文章。截至目前，全区法院共设立家

事法庭 112 个，家事巡回法庭 91 个，家事合议庭 196 个，调解室 192 个，从事家事审判员额法官 548 人。

各试点法院积极开展庭前评估和心理疏导，更好地保护弱势群体，化解矛盾纠纷；创设离婚冷静期制度，规劝当事人珍惜缘分、坦诚面对；推行离婚证明制度，尊重当事人的隐私权；实行判后回访帮扶，尽可能地帮助解决问题和困难。各试点法院家事审判环境布设融入家的元素，体现家的文化，突出家的亲情，彰显了家事审判以理劝导、以亲感化、以情疏解的改革理念。

创新调解工作方式，是广西法院家事审判改革的又一亮点。根据边疆少数民族特点，多数基层法院在乡村设立调解工作站，设置法官工作室，派驻驻村法官；东兴市法院以京族“哈节”为契机，耐心解答群众关心的婚姻家庭问题；马山县法院在矛盾纠纷较多、地理位置较偏远的少数民族聚居地设立“贝侬调解室”，有效化解婚姻家庭纠纷；融水苗族自治县法院采取邀请矛盾双方共同认识且在当地威望较高的“族老”参与调解的工作方式等等，助推家事纠纷和平解决。

3、部门联动——深化家事纠纷多元化解机制建设

近日，钦州市钦北区居民小美来到小董法庭提交诉状。小美称丈夫小叶常年在外工作，对家庭疏于照顾，她想起诉离婚。小董法庭黄法官了解情况后，马上联系了小美小叶所在乡镇的妇联干部，并邀请所在村委的家事调解员参与案件调解工作。妇联干部和家事调解员对小美小叶的家庭情况进行调查和调解时发现，小叶的姐姐在家庭中的话语权较高，较明事理，遂通过做小叶姐姐的工作的方式，让她出面参与调解。最终，案件以调解和好了结，小美也向法庭撤诉。

针对家事纠纷隐秘性、情感性强的特点，广西家事审判改革积极探索家事纠纷联动化解机制，并将其纳入平安广西建设工作中。广西高院出台《关于深化多元化纠纷解决机制建设的若干意见》，与妇联、民政、公安等部门联合制定婚姻家庭纠纷诉调对接及预防化解工作机制，共同创建广西反家暴联动机制，推行人身安全保护令制度，与共青团广西区委合作开展青少年事务社工参与未成年人案件纠纷化解试点工作，探索构建未成年人社会保护体系。

5 年间，全区 14 个设区市共设立婚姻家庭纠纷人民调解委员会 91 个，庇护中心 46 个，探视中心 23 个，聘任家事调查员 1202 人、人民调解员 1294 人、心理咨询专家 186 人，建成青少年法制教育基地 122 个，家事审判社会化、人性化水平提升到一个新高度。

广西家事审判改革还通过采取普法进社区、模拟法庭进校园、召开反家暴新闻发布会等多形式，创新普法新模式；通过发挥新媒体阵地优势，集中宣传一批真实案例改编的优秀作品，发布妇儿维权典型案例等，运用法治的声音讲好“家和万事兴”故事；推行“学生走进法院、走进青少年法治教育基地”活动，打造出一张广大青少年法治教育的闪亮名片。

最后

送上广西法院家事审判改革五年纪实片

@广西高院

来源：广西高院　广西日报

编辑：徐凤霞

审核：卢光艳

涉老案件白皮书显示：民间借贷和离婚纠纷占比最高

2020-10-23 浦江天平

https://mp.weixin.qq.com/s/nWRq1PN9kyMfchtKe6jGAQ

10 月 23 日上午，在重阳节前夕，上海市静安区人民法院（以下简称上海静安法院）发布 2019 年度涉老民事案件审判白皮书，通报 2019 年 9 月至 2020 年 8 月上海静安法院涉老民事案件审判情况。此次发布会也是上海法院推进司法高质量发展系列发布会的第二场。

据介绍，上海静安法院涉老审判团队秉承“司法护老”理念，在审判实践中，根据老年人特殊的生理、心理特点，不断拓展多元纠纷解决机制，积极探索涉老民事审判与老年维权工作的新途径、新方法，为维护老年人合法权益、预防和化解涉老民事纠纷提供坚实的司法保障，取得良好的社会效果。白皮书显示，2019 年 9 月 1 日至 2020 年 8 月 31 日，上海静安法院受理涉老民事案件 1244 件、审结 1244 件，其中民间借贷纠纷占比超过一半，达 647 件，是涉老民事诉讼的主要纠纷；此外，离婚纠纷、相邻关系纠纷也较为多发。据了解，审结的案件中，涉老民事案件的调撤率较高，达 58.8%。

发布会上，上海静安法院还分别通报了民间借贷、买卖合同、人身损害、赡养、监护等五类纠纷的典型案例，并对类案进行分析，提出相应的维权建议。案例显示，老年群体参与社会活动范围不断扩展，但遇到纠纷时往往取证或保留证据的意识较弱，举证维权诉讼能力不足。此外，赡养纠纷中老年父母往往会提出精神赡养的诉求，而在监护纠纷中“老养老”“老监老”不断凸显，多人争夺监护情况突出。

白皮书还对加强老年人权益保护提出建议：一是多方协力，完善社会养老体系建设。要推进现代化养老服务体系建设，提供符合老龄群体需求的公共服务产品，探索完善老年人监护制度。二是内外兼修，加强涉老维权法治宣传。要以思想建设为主导，弘扬敬老爱老助老的良好社会风尚；以民法典为依托，增强人民群众的遵法守法意识；以典型案例为抓手，增强老年群体的自我保护意识。三是法理交融，提升司法护老保障力度。要完善涉老纠纷多元化解决机制，健全涉老法律援助合作平台，优化涉老审判绿色便民工作。

多年来，上海静安法院始终坚持司法护老，积极探索社区开庭、线上庭审、判后回访、普法宣传等涉老审判特色工作机制。今年 9 月，上海静安法院涉老审判团队启动“重阳普法宣传月”系列活动，走进街道、社区为老年人讲解大家关注的财产保护、相邻关系、人身安全、继承赡养等方面的老年权益保护问题，取得了良好的社会效果。

文字：范婷婷

上海静安法院发布
2019 年度涉老民事案件审判白皮书

上海市静安区人民法院（以下简称静安法院）涉老审判团队秉承“司法护老”理念，在审判实践中，根据老年人特殊的生理、心理特点，不断拓展多元纠纷解决机制，积极探索涉老民事审判与老年维权工作的新途径、新方法，为维护老年人合法权益、预防和化解涉老民事纠纷提供坚实的司法保障，取得良好的社会效果。现将 2019 年 9 月 1 日至 2020 年 8 月 31 日静安法院涉老民事案件 1 审判情况通报如下。

注：

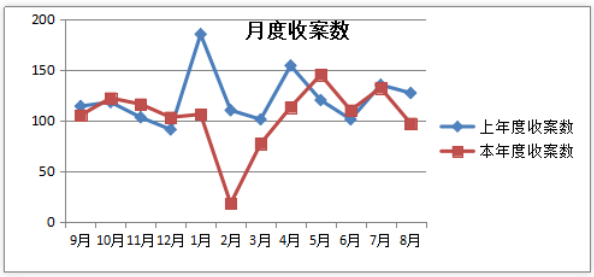
1. 指静安法院民事审判庭涉老审判团队（原老年庭）审理的一方当事人年龄为六十周岁以上老年人的普通民事

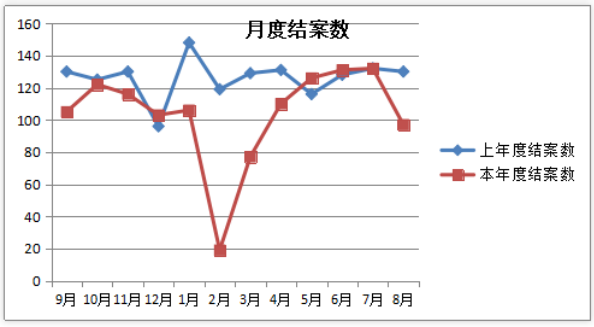
案件（房产案件、继承案件、劳动争议案件及特殊侵权案件除外）。

一、涉老民事案件的基本情况

（一）案件审理情况

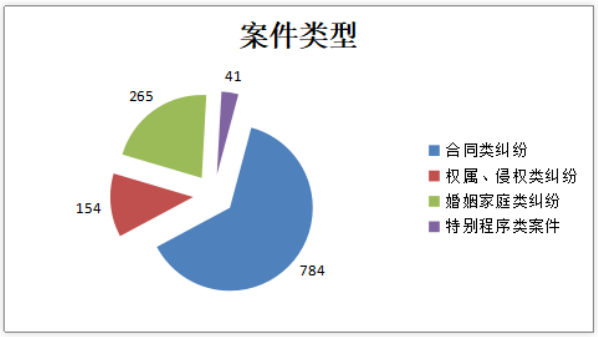
2019 年 9 月 1 日至 2020 年 8 月 31 日，静安法院受理涉老民事案件 1244 件、审结 1244 件，整体上同期结案率维持 100%。但是受新冠肺炎疫情影响，收案数量 1244 件较 2018 年 9 月 1 日至 2019 年 8 月 31 日的收案 1459 件减少 14.7%，结案数量 1244 件较 2018 年 9 月 1 日至 2019 年 8 月 31 日的结案 1514 件减少 17.8%。尤其在 2020 年 2 至 3 月，静安法院涉老民事案件收案与结案数量均下降明显，直至 4 月案件数量趋于稳定。总体上，涉老民事审判工作运行平稳有序、态势良好。





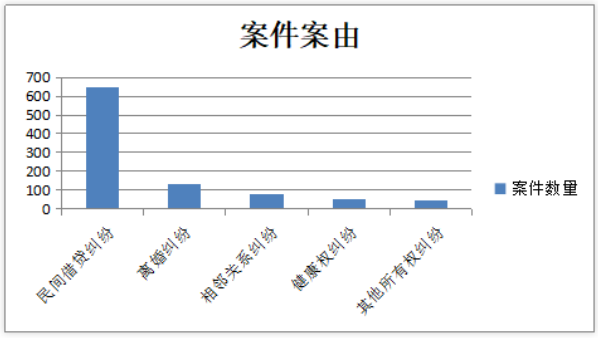
1、案件类型

案件类型体现了老年人涉诉的纠纷类型。该期间受理的涉老民事案件中，合同类纠纷为 784 件，占比 63.0% ；婚姻家庭类纠纷为 265 件，占比 21.3%；权属、侵权类纠纷为 154 件，占比 12.4%；特别程序类案件为 41 件，占比 3.3%。可见，老年人涉民事诉讼的纠纷集中于合同类与婚姻家庭类矛盾，该两类案件数量占涉老民事案件总数的 84%以上。



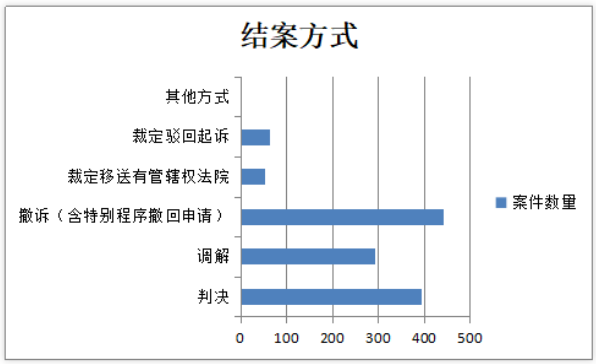
2、案件案由

案由反映当事人主张的民事法律关系的性质。该期间受理的案件中，数量排名前五位的案由分别是民间借贷纠纷、离婚纠纷、相邻关系纠纷、健康权纠纷、其他所有权纠纷，案件数量分别为 647 件、129 件、78 件、54 件、45 件。可见，民间借贷仍系老年人涉民事诉讼的主要纠纷，婚姻、相邻关系引发的纠纷也不容小觑。值得注意的是，上述统计期间内另有三起因当事人伪造证据等原因产生的司法罚款案件。



3、结案方式

结案方式一定程度上体现了当事人矛盾化解程度。该期间审结的案件中，判决结案 394 件、调解结案 291 件、撤诉结案（含特别程序撤回申请）441 件、裁定驳回起诉 62 件、裁定移送有管辖权法院结案 53 件、其他方式结案 3 件。涉老民事案件调撤率达 58.8%。



（二）老年人涉诉情况

1、涉诉地位

该期间受理的涉老民事案件中，老年人仅作为原告参加诉讼的案件为 552 件，占比 44.4%；老年人仅作为被告参加诉讼的案件为 302 件，占比 24.3%；涉案原、被告双方均有老年人的案件为 387 件，占比 31.1%；老年人作为第三人参加诉讼的案件为 3 件，占比 0.2%。

2、年龄层次

该期间受理的涉老民事案件中，涉及当事人年龄为 60-69 周岁的案件为 928 件，2 占比 74.6%；当事人年龄为 70-79 周岁的案件为 271 件，占比 21.8%；当事人年龄在 80 周岁以上的案件为 45 件，占比 3.6%；其中最高龄当事人为 99 周岁。

注：

2. 在一案涉多名老年人的情况下，统计的年龄为该案所有老年人的平均年龄。

二、典型案例及其类案分析

（一）民间借贷纠纷

1、典型案例

唐某今年 63 岁，经人介绍与开美容院的陆某相识。两人协商一起做生意，并于 2015 年签订一份《合作协议书》，约定陆某经营的美容院向唐某出让 43%的股份、唐某支付陆某 12 万元并提供 2 万元的产品在美容院出售。此后，双方经营产生矛盾。经协商，2016 年 2 月，陆某将唐某前期转入股份额及产品折价款合并转化为一张 14 万元的借条。2016 年 8 月，陆某再次书面确认欠款 14 万并承诺分期履行。后来，陆某下落不明，唐某起诉要求陆某履行还款义务。法院经审理确认双方借款事实及交付经过，判决陆某应归还唐某借款 14 万并支付相应利息。

2、类案分析

（1）老年群体举证能力薄弱。在大量民间借贷纠纷案件中，老年原告针对借贷关系，仅能提供借条却无法提供资金交付凭证、出借资金来源等证据，或者仅能提供转账凭证却无法提供借条等证明借贷合意的证据。因此，在借款人提出抗辩意见而出借人确实无力举证时，法院对借贷事实认定存在难度。

（2）借贷约定交付不尽规范。实践中经常出现“砍头息”、计算复利等问题，不乏借贷双方书面约定借款金额但在实际交付时出借人事先预扣利息，或者出借人往往将前期未归还的利息计入后期本金并要求借款人重新出具借条。在此种情况下，法院需要依法加大事实查明力度，以实际出借金额为准计算本金，并重新计算借款人归还的利息是否超过法律规定的范围。

（3）资金交还借助电子网络。随着互联网快速发展，老年人借助网络平台进行转账、确立借贷关系的情况越来越多。资金交付方式不再局限于现金及银行转账，通过支付宝、微信等第三方支付平台交付款项已经成为新常态。但是，转账时未注明钱款性质、微信转账对方未实名认证、仅以微信聊天记录作为借贷合意证据等情况时常发生，容易造成借贷关系认定模糊。

（4）牵涉法律关系错综复杂。实践中被告往往抗辩资金周转系双方基于赠与、投资、合伙、委托等其他民商事法律关系产生，因此认定借贷关系时往往要结合在案证据与各方陈述，并综合考量交

付事由与过程等相关因素。另外，民间借贷也可能涉嫌违法犯罪行为，例如涉嫌非法集资、套路贷等刑事犯罪行为，特别是在涉平台借贷案件中更加多发。

3、法官提示

民间借贷纠纷是涉老审判团队收案数最多一类纠纷，纠纷涉及老年人财产安全，团队历来高度重视。老年群体应提高风险防范意识、证据收集意识与依法维权意识，看好自己的“钱包”。

具体而言

一要重视借条内容的规范完整。签订的借条或书面协议应包括借款金额、利息、期限、借款用途等，确保在法律保护范围内进行；确实无法出具书面借条，以聊天记录为依据，当事人可选择对聊天记录进行公证，增强电子证据的证明力。

二要重视钱款交付的证据保留。无论是借款还是还款，相关的资金走向都应有所佐证，若大额现金交付应保留相关凭证或书面确认等，若线上转账应提供对方实名认证并明确款项性质等。

三要重视借款事项的合法合规。出借人有“砍头息”或“利滚利”的行为，或者借条系胁迫签订，都应该留存相关证据。若通过第三方借贷中介公司或网络借贷平台进行借贷，应仔细审核平台资质，严格审查合同约定内容，谨防套路贷等违法行为。

特别提醒：2020 年 8 月 20 日，最高人民法院正式发布新修订的《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》，以中国人民银行授权全国银行间同业拆借中心每月 20 日发布的一年期贷款市场报价利率（LPR）的 4 倍为标准确定民间借贷利率的司法保护上限。以 8 月 20 日发布的最新一年期贷款市场报价利率 3.85%的 4 倍计算，目前民间借贷利率的司法保护上限为 15.4%，相较于过去的 24%和 36%有较大幅度下降。当事人约定的逾期利率不得高于该司法保护上限，主张的逾期利率、违约金、其他费用之和也不得高于该司法保护上限。

（二）买卖合同纠纷

1、典型案例

78 岁的原告李某是一名收藏爱好者，在被告某购物平台看到正在销售“六十大庆国瓷特贡”花瓶，广告称该花瓶是八大博物馆珍藏版本，非常稀有，可以政府补贴价优惠购买，李某当即申请购买。但是，收到花瓶后李某发现缺乏相关特性的证书与标示等，认为花瓶属于假冒产品，被告行为构成欺诈，要求退一赔三。法院经审理认为被告虽在销售过程中存在夸大宣传的行为，但花瓶本身并非假冒伪劣产品，不构成欺诈，故判决被告退款并补偿原告等额货款。

2、类案分析

（1）引发纠纷事由多种多样。实践中老年消费者提起买卖合同纠纷诉讼的理由主要有以下几种：一是主张产品本身存在安全问题，如生虫、过保质期未标注产品慎用信息等；二是主张产品的标签标注不符合法律规定，如未标注或者错误标注产品名称、生产日期、保质期、没有配备相关资质证书等；三是主张产品的生产、销售行为不符合相关行政许可标准。

（2）食药领域案件相对多发。当前市场上有部分食品、药品、保健品的主要目标客户定位为老年消费者，往往会夸大、甚至不实宣传产品特点属性、使用效果、适用群体等，加之部分老年群体碍于身体状况、急求健康的心理特点，极易被误导而冲动消费，进而购买大量的产品。因此，在食药领域的买卖合同纠纷占比较大，案件多发。

（3）举证维权诉讼能力不足。网络线上购物

引发的买卖合同纠纷已经成为审判实践中主要纠纷，在该种情况下，线上购物的交易记录、沟通过程、快递信息等证据均为电子数据，部分老年消费者难以正确操作，或是网上支付货款后未能如期收货但难以找到卖家相关身份信息等，往往未能及时完整地留存相关证据，导致在维权时陷入被动，纠纷解决难度大。

（4）经营欺诈认定依法审慎。“假一赔三”的适用前提须为经营者的行为构成欺诈。欺诈是指行为人故意欺骗他人，使对方陷入错误判断，并基于此错误判断作出意思表示的行为。在此类诉讼中，法院依法审慎认定是否构成欺诈，需有足够证据证明经营者故意告知虚假情况或故意隐瞒真实情况，且消费者因前述行为诱导而作出错误意思表示。

3、法官提示

近年来，线上购物产业蓬勃发展，在疫情期间更是让出行不便的老年群体享受送货上门的便利，然而，由此产生的纠纷亦日益增多。老年消费者应加强甄别判断能力，保护自身合法权益。

具体而言

一要保持理性消费意识。优先选择有资质的平台或官方网站等进行选购，警惕对如食品、保健品等产品过分夸大的宣传，谨慎选购。

二要增强证据留存意识。注意保存与卖家的沟通记录、订单截图等电子证据，有备无患。

三要提高依法维权能力。权益遭受损害可以先与商家进行沟通，须经法律途径解决时，可以先通过法律咨询明确诉讼事项，并提供充分证据，避免增加不必要的维权成本。

（三）人身损害纠纷

1、典型案例

原告陈某系年逾八十的老人，在小区内正常行走时，一只狗突然迎面跑来，陈某因躲闪不及而摔倒受伤。陈某随后报警，办案民警联系到同小区的被告王某，王某承认自己长期喂养这只流浪狗，并表示该狗系其收养。后陈某被确诊为右侧股骨颈骨折，需接受手术治疗并卧床休养，要求王某赔偿全部的医疗费用，王某对此拒绝，故陈某诉讼来院。最终法官组织双方调解，王某同意赔偿医疗费等各项损失共计 2 万余元。

2、类案分析

（1）事发地点多为公共场所。随着社会进步发展，老年群体的精神需求日益增加，参与社会活动范围也不断扩展。但是，因年事已高或身体状况不佳，部分老年人对于周围环境的观察注意能力有所下降，加之部分公共场所的安全提示、事故防范措施有所欠缺，导致老年群体在公共场所受伤事故频发。

（2）事故过程取证存在困难。部分老年人或其亲属在事故发生后，缺乏取证或保留证据的意识。此外，个别公共场所的监控装置不够完善，摄像录制范围存在死角，或是监控视频保存时间较短等，导致证据材料收集不尽完整。

（3）责任划分往往争议较大。实践中人身损害赔偿纠纷案件往往情况较为复杂，尤其在部分案件缺乏事故发生过程的直接证据材料的情况下，加上双方当事人及相关证人对事故发生过程陈述不一，致使在责任划分、承担责任比例等方面争议较大。

（4）案件引发矛盾相对激烈。部分老年人因身体机能不佳，受伤后治理周期较长、恢复速度较慢，身体和心理上承受较大痛苦，伤者本人及其亲属情绪较为激动。同时，双方当事人对伤势情况认定及伤残等级鉴定有时意见不一，再加上部分案件的责任认定与责任分担等均存在争议，案件引发矛盾往往激化。

3、法官提示

随着老年人参与社会生活的程度不断加深，除

上述饲养动物致人身损害纠纷外，老年人在参加广场舞比赛中受伤、外出乘船乘车受伤、在旅游景点不慎摔伤等其他案件亦较为多发。老年群体应根据自身情况，适度合理参与社会活动，保障好自身人身安全。

具体而言

一要认真履行谨慎注意义务。仔细阅读公共场所的注意事项及安全提示，遵守规章制度，对于需要体力或对身体素质有一定要求的公共活动，应根据自己的身体情况，量力而行、适度参与。

二要全面履行安全保障义务。经营管理者应在经营场所或公共场所摆放安全提示牌，并加装扶手等助老设施，及时打扫清理地面等部位，消除安全隐患，在组织公共活动之时，应充分考虑该活动可能存在的风险，合理设置活动环节，安排充足的工作人员进行秩序维护，保障老年人的安全。

三要及时全面收集保存证据。事故发生后，老年人应采取有效措施取证，可拨打 110 报警电话，由民警就相关事实进行询问，对事发经过进行固定，如事发地点有摄像头，应及时通过经营管理者取得视频证据。

（四）赡养纠纷

1、典型案例

王某 83 岁，其子王某某 58 岁。双方之间因为如何安排王某及其再婚妻子的居住生活产生矛盾，加上双方思想观念差异与沟通交流方法欠缺，双方产生矛盾。王某认为儿子王某某在生活上对其缺乏照顾、在物质上缺少扶助、在精神上缺少慰藉，故诉至法院要求儿子支付赡养费，并进行定期探望。法院经审理认为子女对父母有赡养扶助义务，但子女支付赡养费的前提是老年人生活困难，本案中老人自身工资尚可以覆盖日常开销，故不存在需要给予赡养费的情况。但子女在物质供养外，还应给予父母精神关怀，故判令被告定期探望原告，并驳回原告主张赡养费的诉请。

2、类案分析

（1）主体之间关系相对复杂。赡养纠纷，不仅发生在生父母和生子女之间，也同样发生于形成抚养关系的继父母同继子女、养父母和养子女之间。同时，赡养纠纷案件多发生在多子女家庭中间，个别子女对于赡养义务的有无、具体赡养方式、赡养费的负担等方面出现相互推诿现象。

（2）诉讼请求内容多种多样。老年父母主张子女履行赡养义务，除了要求其支付赡养费外，也会提出对生活进行帮扶照顾的行为赡养，如要求子女负责将其送至养老院、要求子女陪同其外出游玩或就医治病、要求子女对其进行定期探望的精神赡养等诉请。而如何进行精神赡养，如何避免“案件胜诉、亲情败阵”，如何助力老年人安度晚年等问题值得进一步关注。

（3）矛盾激化现象较为突出。在大部分赡养费纠纷案件中，家庭矛盾激化现象较为突出。老人同子女之间，会因为各种家庭琐事，产生或大或小隔阂和间隙，甚至有些子女和父母之间会书写不被法律认可的断绝亲子关系声明，家庭关系断裂严重。家庭矛盾的日积月累造成各子女之间互相推诿赡养，甚至出现拒绝赡养。

（4）诉讼请求实现较为紧迫。父母同子女之间存在难以割裂的感情关系，老人多不愿和子女对簿公堂。大多数赡养费案件中，老人都是因为无力解决住房问题、无力负担养老院费用或保姆护理费用、无力承担医疗费等生活必需开支，才无奈将子女起诉来院。因此，就赡养费用的取得要求较为紧迫。

3、法官提示

赡养老人，不仅是道德义务，更是法定义务。《中华人民共和国老年人权益保障法》规定，负有

赡养义务的人应当履行对老年人经济上供养、生活上照料和精神上慰藉的义务。

具体而言

一要积极支付合理赡养费用。负有赡养义务的人，要对生活困难的老年人履行金钱给付义务，支付合理的赡养费，进行经济供养，还要对老年人履行照顾义务，进行生活赡养。

二要关注老年长辈精神需求。对于老年人的照顾，要时刻关心老年人的精神需求，对老人进行情感关怀与慰藉，做好精神赡养。

三要针对赡养问题增强沟通。建议各子女之间就老人的具体赡养多沟通，多协商，避免造成因子女就赡养问题无法达成一致而导致老人赡养缺失，产生不必要的纠纷。

（五）监护纠纷

1、典型案例

83 岁的孙某婚后与妻子没有生育子女，只有一个过继的养女，但养女和孙老伯感情基础一般。2019 年，孙某房子动迁了，本是一件好事，据孙老伯的侄女称，孙老伯的养女竟然在孙老伯毫不知情的情况下，以法定监护人的身份去征收事务所要求代领孙老伯 300 多万的动迁安置款。其实在此之前，孙老伯就在公证处办理了意定监护公证，委托侄女作为其意定监护人。于是孙老伯的侄女向法院申请变更监护人。法官经过多次实地走访并听取孙老伯的意见，依法判决将孙老伯的监护人变更为他的侄女。

2、类案分析

（1）申请指定监护原因不一。申请指定监护人的原因实践中多种多样，主要包括监护人丧失监护能力、老人不满意现有监护人、监护人侵犯老人的合法权益、监护人不履行或未尽到监护职责、子女之间的矛盾和不信任引发互相争夺监护权等。

（2）双方均为老人占比较多。子女申请作为父母监护人的案件占比最多，而在该类申请确定监护人的案件中，子女本身为 60 周岁以上老人申请确定监护人的案件也占一定比例。可见，随着社会生活水平提升与人口平均寿命提高，“老养老”“老监护老”的现象不断凸显。

（3）多人争夺监护情况突出。在涉及老人财产管理，尤其是涉及老人房产动迁后，各子女争夺监护资格的情况十分突出。各子女往往就监护事宜各执一词，就老人的日常生活情况、就医治疗情况、钱款花费管理等往往陈述不一。个别案件在法院确定监护人后，在监护人未出现侵害被监护人或其他不适宜做监护人的情况下，其他子女反复起诉要求变更监护人。

（4）案件事实查证难度较大。鉴于被监护人已部分或完全丧失行为能力，其对自身情况无法客观全面表述。加上，部分案件中子女因各自诉求不同对被监护人日常情况与钱款管理等事实陈述矛盾，给案件事实查证带来难度。为此，法院通常会加大外围调查力度，前往被监护人居住地的居委会及邻居、医疗护理的医院或养老院等调查相关情况。

3、法官提示

监护制度意在解决老年人的“后顾之忧”，也是保障“老有所依”的重要制度。老年群体应重视监护制度，维护好自身合法利益。

具体而言

一要全面了解监护制度职责。设立监护的方式除了申请法院确定监护人之外，还有协议监护、意定监护、指定监护等方式，了解确定监护的不同方式与监护职责，才能最大限度地保护自身合法权益。

二要充分发挥意思自治功能。具有完全民事行为能力的老人，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，待到老年人丧失或者部分

丧失民事行为能力时，履行监护职责。

三要强化监护人的监督管理。监护人应当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，否则可申请法院撤销现监护人资格或申请变更监护人。

三、加强老年人权益保护的建议

（一）多方协力，完善社会养老体系建设

01

推进现代化养老服务体系建设。我国传统的养老方式为家庭养老，但随着老龄化程度的加剧与人口流动性，家庭结构趋向小型化，家庭养老功能相对弱化，养老已成为社会共同的重大民生问题。政府和社会应推进建立以居家养老服务为基础、社区服务为依托、机构养老为补充的养老服务体系。在家庭层面提倡子女积极履行赡养义务，在社区层面建立居家养老服务机构，为社区老人提供生活照料、紧急救援、医疗护理、精神慰藉等服务，解决居家老人“吃饭难、看病难、家务难”等日常困难。完善医疗保障制度和长期护理制度，减轻受伤或患病老人的经济负担。通过财政补贴、减免税负等政策扶持，引导社会力量兴办养老服务机构，同时制订完善养老服务业的行业规范标准，加强专业护理人员的职业道德和专业技能培训。

02

提供符合老龄群体需求的公共服务产品。老年人因其生理因素制约，参与社会公共活动时较易发生意外。有关部门应加强公共场所和公用设施的日常管理维护，适时进行绿色便民化改造，确保老年人出行安全与使用方便，如本市近年来大力推行的老式多层房屋加装电梯项目，为老年人出行提供便利。另外，在如今的“互联网+”信息时代，手机智能支付、购物、预约等功能的普及极大提升了人民群众的生活体验和出行效率，但过于前沿的设计对老年群体造成诸多不便，有关部门应充分考虑到许多老年人不随身携带智能手机、不会使用移动支付功能、不具备在线操作技术的特点，在公共服务领域为老年人保留传统参与渠道，如商店购物支持传统货币支付模式，景点参观预约模式保留现场购票或电话预约通道等，同时加快开发适合老年人理解和运用的公共服务产品，尽快让老年群体跟上“互联网+”的前进速度。

03

探索完善老年人监护制度。《民法总则》在《老年人权益保障法》的基础上，确定了意定监护的原则，允许具有完全民事行为能力的成年人按照自己的意愿对自己将来的监护事务作出安排，以书面形式确定本人丧失或者部分丧失民事行为能力时的监护人。意定监护制度是自愿原则在监护领域的贯彻落实，充分保障了老年人的自主选择权。但该规则作为较新的制度，尚需社会各部门予以重视，在实践中逐步完善实施细则。针对目前失能失智老年人、空巢老人、失独老人增多的社会现状，建议有关部门加强对意定监护制度的宣传报道，公证机构设立相应的绿色通道，强化基层居民组织在监护履行职责方面的职能及监督作用，鼓励老年人以书面形式确定将来的监护人，同时借鉴其他发达国家在老年人公共监护方面的有益经验，探索政府部门、公益组织、非盈利机构等担任老年监护主体的可行性及制度设计，进一步完善我国老年监护制度，保障老年人权益实现。

（二）内外兼修，加强涉老维权法治宣传

01

以思想建设为主导，弘扬敬老爱老助老的良好社会风尚。在社会老龄化程度日益加深的当前，应当格外重视弘扬中华民族尊老敬老的传统美德。老年人需要的不仅是遭遇困难时的社会救助，更是源于日常的温暖和关切、社会普遍的尊重和爱护。故提倡在整个社会营造敬老爱老助老的良好氛围，保障老年人获得物质保障和精神尊严的全面满足。建

议开展形式多样的普法宣传和敬老活动，广泛深入宣传保障老年人权益的法律法规，增强社会成员维护老年人权益的意识，在广大群众尤其是年轻人中树立敬老爱老的责任意识，同时充分发挥民政部门、司法机关、妇联、基层居民组织等相关职能单位的联动作用，引导为人子女者孝顺长辈，涉老服务者爱岗敬业，减少和抵制有损老年人权益的行为。

02

以民法典为依托，增强人民群众的遵法守法意识。《中华人民共和国民法典》将于 2021 年 1 月 1 日起施行，这是新中国成立以来第一部以“法典”命名的法律，是新时代我国社会主义法治建设的重大成果，是一部体现我国社会主义性质、符合人民利益和愿望、顺应时代发展要求的民法典，体现了对生命健康、财产安全、交易便利、生活幸福、人格尊严等各方面权利平等保护。民法典被誉为“社会生活的百科全书”，尤其是婚姻家庭编、继承编、人格权编、物权编、合同编等涉及老年人切身权益。建议各单位办公场所、各居民家庭中常备一本民法典，在翻阅中学习法律知识，让民法典走到群众身边、走进群众心里。有关部门应引导群众认识到民法典既是保护自身权益的法典，也是全体社会成员都必须遵循的规范，养成自觉守法的意识，形成遇事找法的习惯，培养解决问题靠法的意识和能力。

03

以典型案例为抓手，增强老年群体的自我保护意识。司法实践中发现，老年人受人蒙蔽、权益受损的案例往往具有普遍性、群体性特征，例如居住同一社区的老年人听信附近不法商家的虚假宣传，高价购买所谓保健品；又例如一些老年人受到高额利息回报的诱惑，呼朋唤友一起将存款投入 P2P 或者小额贷款公司，最终因公司资金链断裂而血本无归。针对上述情况，应当强化以典型案例为抓手的法治宣传方法，以真实鲜活的案例为切入点，引导老年人吸取他人教训，警惕不法行为，提高自我保护的安全意识，从而实现维护人身安全、财产安全的目的。宣传方式形式多样，可以通过广播电视播出节目、平面媒体报道案例，也可以由政法单位开办讲座宣传活动，或由社区定期开展案例宣传与法律咨询，有针对性地普及涉老法律法规，运用典型案例帮助老年人学法、懂法，从根源上提升老年人保护自身权益的意识，帮助其掌握运用法律武器维权的方法。

（三）法理交融，提升司法护老保障力度

01

完善涉老纠纷多元化解决机制。涉老民事案件涉及家庭矛盾、邻里纠纷的比例较高，为最大程度维护老年人与亲属、邻居间的和睦关系，需完善涉老纠纷多元化解决机制，充分发挥调解灵活性强、人情味浓、涉及面广等优势，为老年人定分止争，化解矛盾。一要推进法院-社区联动调解机制。发挥街道、居委等基层组织的积极性和主动性，引导居民通过人民调解委员会化解纠纷，订立人民调解协议，并通过法院确认人民调解协议的效力。二要调解关口前移。涉老纠纷起诉至法院后，优先进入诉前调解程序，邀请援助律师、人民调解员等共同参与诉前调解，对于诉前达成调解协议的案件，依法免收或少收案件受理费。三要法官下地区联合调解。邀请老年人的亲友、街道、物业、房地局等相关单位工作人员共同参与调解过程，与老龄委、妇联等单位设立联席会议，维护老年人合法权益，助其修复亲友睦邻关系。

02

健全涉老法律援助合作平台。司法实践表明，老年人生理机能衰退、法律知识欠缺、经济状况较局促的特点，致使老年人举证能力较弱，通过法律程序维权仍有一定困难，需要法律援助介入协助。健全涉老法律援助机制，需法院与司法局、法律援助中心、律师协会等单位搭建合作平台，建立涉老民事案件信息沟通机制、定期会商研讨机制等。静安法院探索在法院立案大厅设立法律援助窗口，由

律师、司法工作者等担任志愿者，为诉讼有困难的老年当事人做好援助指引工作，指导或代写民事起诉状、证据目录等文件材料；对于符合法律援助标准的老年当事人，引导其至法律援助中心办理手续，依法指派援助律师提供代理服务；对于符合条件的经济困难老年人，告知并协助办理缓、减或免交诉讼费的手续，让老年人维权之路畅通无阻。

03

优化涉老审判绿色便民工作。针对老年当事人生理状况衰退、诉讼能力偏弱的特点，法院应将“司法护老”理念贯彻整个诉讼过程。在硬件方面，静安法院于 2020 年 10 月启用新审判大楼，设置绿色通道，引导腿脚不便的老人搭乘电梯，在法庭当事人席位设置话筒，让老年人安心走进法院，感受法庭审理过程，亲自表达诉讼意见。在软件方面，加强法官释明权的行使，立案阶段进行诉讼程序和诉讼风险的告知，审判阶段甄别老年人的真实意思表示，运用通俗易懂的语言指导老年人积极行使诉讼权利、履行诉讼义务，结案时在裁判文书中强化法官说理内容，明确论述心证过程和裁判依据，重视判后答疑。同时，做到审执兼顾，努力破解“执行难”问题，保障胜诉老年人的权益及时履行到位，实现审判工作的法律效果与社会效果相统一。

四、涉老审判特色工作机制

（一）社区开庭

2020 年 5 月 7 日，涉老审判团队在临汾路街道社区法庭开庭审理一起相邻关系纠纷案，亦是临汾路街道社区法庭首次启用。

被告长期捡拾垃圾堆放在家中以及平改坡阁楼等公共区域，房屋内散发难闻刺鼻的味道，影响相邻各方的通行与通风。为便利诉讼，涉老审判团队在社区法庭开庭并经审理认为被告在公共区域堆放杂物给相邻方造成妨碍，同时被告对自有房屋的使用超出正常生活与居住的范畴，影响他人正常的生活环境和居住安宁，最终判令被告清空其堆放在平改坡阁楼内的物品及其堆放在室内的超出日常生活与居住所需所用的杂物。人民日报客户端、上海电视台、上海法治天地频道、新民晚报、上海法治报等多家媒体对该案进行报道，社会反响强烈。

（二）线上庭审

2020 年 5 月 20 日，涉老审判团队通过远程视频方式顺利调处一起正服刑被告的民事案件。

鉴于疫情防控需要，各监狱均采取严格封闭管控措施。为及时解决涉诉纠纷，提高案件审理质效，涉老审判团队多次通过电话、函件等方式与相关单位协调联系，最终利用在线视频法庭与在监狱服刑的被告连线远程开庭。庭审过程中，经过法官直接沟通问询与细致释法明理，原被告双方当庭达成调解协议，纠纷得以实质性化解。

（三）判后回访

2020 年 10 月 13 日，静安法院涉老审判团队

继续开展判后回访工作，走访多名老年当事人住所。针对涉老民事案件涉及的孤寡老人、空巢老人、残疾老人等困顿老龄涉诉群体，积极开展涉民生类案件的判后跟踪与回访调查工作。回访中，团队成员详细询问当事人对案件处理的满意程度，关心审判后执行到位情况，听取对法院工作的意见与建议，取得了良好的社会效果。

（四）审判延伸

2019 年 12 月 5 日，正值国际志愿人员日，又逢宪法宣传周之际，涉老审判团队与共和新路“银发盾牌”项目举行共建签约仪式，共同助推静安区涉老公益司法工作规范有序运行。

涉老审判团队负责人与“银发盾牌”项目负责人签订老年维权项目合作协议书。该协议约定涉老审判团队积极参与和支持社区法律流动驿站、法律宣传活动、法律知识讲座，以及“银发盾牌”项目为法律服务工作所做的前期准备、宣传引导与跟踪回访等。此次签约仪式是涉老审判团队优化审判工作、延伸审判职能的重要探索，团队将以此为契机，积极履行协议内容、加强双方沟通交流，不断探索老年维权工作的新途径、新方法，共同推动涉老审判和老年维权工作再上新台阶。

（五）普法宣传

2019 年 11 月 26 日，在国家宪法日来临之际，涉老审判团队深入推进涉老民事纠纷的法律宣传，组织“银发盾牌”公益项目多名服务志愿者来院旁听一起电话购物引发纠纷的案件庭审。

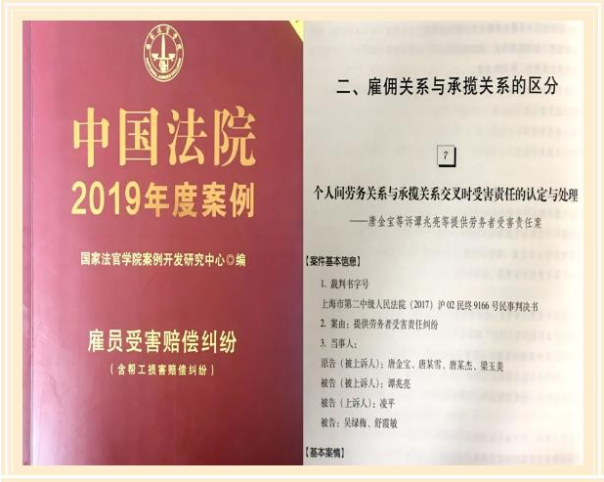
庭审结束后，承办法官围绕该起案件的庭审，介绍该案适用的庭审流程，以及各个环节的内容要求和相关注意事项，并简要分析该案的争议焦点，阐述电视电话购物、网络购物等所涉及的买卖合同以及《消费者权益保护法》的相关规定，并就如何避免“网络购”等线上购物引发纠纷提出针对性建议。志愿者对静安法院涉老民事审判工作予以高度评价，纷纷表示此次观摩庭审不仅是一次法治宣传活动，更是一堂生动实在的法律教育课，有利于在今后的涉老志愿服务中更有针对性、更有效地开展工作。

二〇二〇年十月

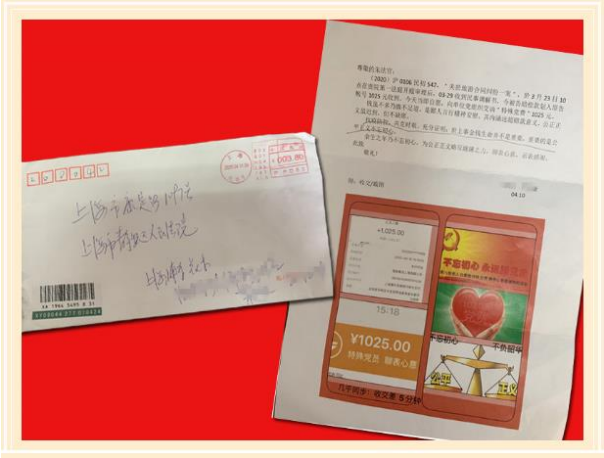
工作掠影

（一）2018 年度涉老审判白皮书获评优秀，社会反响强烈

涉老审判团队撰写的《2018 年度涉老民事案件审判白皮书》被评为 2019 年度上海法院优秀审判白皮书。该白皮书从案件类型、结案方式、涉诉情况等方面具体分析 2018 年度涉老民事案件，并从宏观探究整体案件特点，指出“带孙费”等新型案件，着重分析了涉老纠纷多发的离婚、赡养、人身损害赔偿、涉平台借贷等典型案件，并据此针对性地提出加强老年人权益保护的建议。该白皮书逻辑清晰、实用性强，取得了良好的社会效果。



（二） 团队审理的一起案件入选中国法院年度案例



涉老审判团队朱睢洁法官审理的一起提供劳务者受害责任纠纷一案，被告雇佣受害人到房屋装修工地负责墙体拆迁与建筑垃圾清运工作，在工作过程中，墙体忽然倒塌致使受害人死亡，后受害人家属起诉要求赔偿相关费用。该案件对个人间劳务关系与承揽关系交叉时受害责任的认定与处理作了详尽的分析说理，入选《中国法院 2019 年度案例》。

（三） 团队收到特殊感谢信，当事人用调解获赔款项交纳党费

涉老审判团队收到当事人茅某某寄来的感谢信。年逾七旬的原告茅某某等与被告上海某旅游公司旅游合同纠纷一案，经朱睢洁法官主持调解，巧妙地化解矛盾，促成双方于 2020 年 3 月 23 日达成调解协议。原告茅某某对本案的处理结果表示认可，认为充分体现了公平正义，同时对朱法官表示感谢。据悉，茅某某已将自己收到的被告依照调解协议支付的赔偿款全部交纳特殊党费，其在感谢信中写到：“抗疫防控，共克时艰。充分证明：世上事金钱生命并不重要，重要的是公平正义不忘初心。”

（四）团队召开会议全力做好疫情防控期间涉老审判工作

涉老审判团队召开团队会议，集中研讨如何提升新冠肺炎疫情防控期间的涉老民事案件的审判质效，并认真学习疫情防控期间民事案件纠纷调处的相关法律政策与宣传口径。会上，各承办法官就疫情防控期间审理的涉老离婚、借贷、相邻关系等各类纠纷案件的特点展开交流，并针对如何做好疫

情防控期间案件传票与诉状副本送达、庭审要求、延期开庭、简易程序审限延长等具体办案环节互相交流。团队全体干警还集中学习了民事诉讼程序繁简分流改革试点工作提示、关于严格执行民商事案件延期开庭规定及规范开庭信息录入的工作提示，努力做好疫情防控期间的涉老民事纠纷审判工作。

（五）团队开启 2020 年“重阳普法宣传月”系列活动

2020 年 9 月，涉老审判团队正式启动“重阳普法宣传月”系列活动。涉老审判团队法官赴街道党建服务中心为街道的失独老人进行普法宣讲、参与上海老龄委主办的“银龄法宝”老年普法进社区等，以系列普法宣讲讲座开启“重阳普法宣传月”活动，并将持续推进志愿咨询、判后回访、上门慰问、发布白皮书等系列活动。

来源丨上海市静安区人民法院

责任编辑 丨 邱悦

定居国外的子女请求生父支付抚养费应否一次性给付
——米 X 诉裴 X 江抚养费纠纷案

原创：2020-10-24 法律家

https://mp.weixin.qq.com/s/X9e3ByG6Qs9zBIFOc04N9w

【中 法 码】婚姻家庭法学·父母子女关系·抚养义务·抚养费承担（106010314）

【关 键 词】民事 抚养费 非婚生子 给付方式 给付能力 必要性 房产 机动车 财产 一次性给付 定期给付

【学科课程】婚姻家庭法学

【知 识 点】抚养费 支付方式

【教学目标】掌握抚养费的支付方式，了解生父对非婚生子女支付抚养费时应考虑的因素。

【裁判机关】北京市第二中级人民法院

【程序类型】民事二审

【案例效力】被国家法官学院《中国审判案例要览》（2011 年民事审判案例卷）收录

【案例信息】

【案　　由】抚养费纠纷

【案　　号】(2010)二中少民终字第 02782 号

【判决日期】2010 年 06 月 18 日

【审理法官】艾明 邢述华 张春燕

【上 诉 人】米 X（sebaochzhay mikhail）（原审原告）

【被上诉人】裴 X 江（原审被告）

【上诉人代理人】魏飞 苏宏鑫（北京市盈科律师事务所）

【被上诉人代理人】朱战芳（北京市达奥律师事务所）

【争议焦点】

非婚生子女长期定居国外，且生父具有一次性支付抚养费的能力，此时，非婚生子女可否要求其生父一次性支付抚养费至十八周岁止。

【裁判结果】

一审法院认定：原告米 X 与被告裴 X 江具有亲子关系，被告裴 X 江应当支付米 X 自出生之日到十八周岁止的抚育费。由于被告裴 X 江提供的证据足以证明其有固定收入，但原告米 X 所提交的证据不

能证明被告裴 X 江有一次性给付抚育费的能力，故依据我国关于“当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。”的规定，在被告裴 X 江表示愿意按月支付抚养费的情况下，应当判令被告裴 X 江按月支付抚养费，具体数额根据相关证据酌定。又因被告裴 X 江未提供证据证明其主张曾支付过的部分抚育费，故该主张不予支持。

一审法院判决：被告裴 X 江给付原告米 X2005 年 1 月 27 日至 2009 年 10 月的抚育费 34 200 元；被告裴 X 江于 2009 年 11 月起，每月给付原告米 X 抚育费 600 元，至原告米 X 十八周岁时止；驳回原告米 X 的其他诉讼请求。

原告米 X 不服一审判决，提出上诉称：首先，一审法院不应当根据北京市朝阳区社会保险基金管理中心出具的北京市 2009 年社会保险缴费基数采集表认定被上诉人裴 X 江具有固定收入。从百花园公司的工商档案及该公司同行业平均收入中可以看出，被上诉人裴 X 江并无固定收入；其次，被上诉人裴 X 江名下有机动车、房屋等财产，其本人亦开办公司，因此被上诉人裴 X 江具有一次性向本人支付抚养费的能力。而且，根据最高人民法院针对此问题作出的批复，被上诉人裴 X 江亦应当一次性向本人支付抚养费。最后，被上诉人裴 X 江系在一审法院庭审结束后提交的参加社会保险的证明，一审法院不应采信该证据。综上，请求撤销原判，依法改判支持本人的全部诉讼请求。

被上诉人裴 X 江辩称：百花园公司同行业的收入情况不能作为认定本人收入情况的依据。由于本人已经提供证据证明本人有固定收入且无力一次性支付抚养费，因而应当由本人分期支付抚养费。此外，一审法院审理程序合法，应当予以维持。

二审法院判决：撤销一审民事判决；被上诉人裴 X 江一次性给付米 X 自 2005 年 1 月 27 日起至其十八周岁时止的抚养费十五万元；驳回上诉人米 X 的其他诉讼请求。

【裁判要旨】

男女双方未经办理结婚登记生育的子女属于非婚生子女，在该子女长期由女方单独抚养的情况下，男方应当向该子女支付抚养费。至于抚养费是定期支付抑或一次性支付，则应当综合考虑男方的支付能力以及是否具有一次性支付的必要来确定。如果男方名下登记有房产与机动车，其本人亦经营公司，且非婚生子与女方定居国外，那么可以认定男方具有一次性支付的能力和必要，此时男方应当一次性给付非婚生子抚养费至十八周岁止。

【法理评析】

根据《中华人民共和国婚姻法》的规定，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。并且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。同时，最高人民法院《关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题若干具体意见》规定：“抚育费应定期给付，有条件的可一次性给付。”从上述规定中可以看出，非婚生子女有权要求生父或者生母给付抚养费，且抚养费既可以定期给付，也可以一次性给付。至于是否应该一次性支付抚养费，需要考虑生父或者生母的负担能力及一次性给付是否确有必要。其中，生父或者生母的负担能力是决定一次性给付抚养费的重要因素。故此，主张应一次性给付抚养费的非婚生子女应举证证明生父或者生母具有一次性给付的能力。如果生父或者生母确实具有一次性给付能力，那么法院可以在综合考虑子女与生父或者生母的居住地、定期给付是否可能出现收取困难以及执行程序繁琐等因素，进而确定是否具有一次性给付必要性后，酌情判决生父或者生母给付抚养费的方式。

男女双方在未办理结婚登记的情况下生育子女的，该子女虽为非婚生子，但仍应享有和婚生子

女同样的权利。因而，在该非婚生子女始终由女方单独抚养的情况下，其有权要求男方承担非婚生子女直至十八周岁的抚养费。非婚生子女与男方就应当定期支付抚养费还是一次性支付抚养费存有争议时，应当根据男方是否具有一次性支付能力以及是否具有一次性支付的必要来判断支付方式。如果男方名下登记有房产与机动车，且男方系公司的大股东及法定代理人，那么应认定其具有一次性给付抚养费的能力。在此情况下，如果非婚生子女与女方将定居国外，那么分期支付抚养费可能导致抚养费收取困难、执行程序繁琐等情形，故一次性支付抚养费确有必要。综上分析，男方应一次性给付非婚生子女的抚养费直至十八周岁止。

【适用法律】

《中华人民共和国婚姻法》第二十一条 父母对子女有抚养教育的义务；子女对父母有赡养扶助的义务。

父母不履行抚养义务时，未成年的或不能独立生活的子女，有要求父母付给抚养费的权利。

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。

禁止溺婴、弃婴和其他残害婴儿的行为。

第二十五条 非婚生子女享有与婚生子女同等的权利，任何人不得加以危害和歧视。

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

最高人民法院《关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》第七条 子女抚育费的数额，可根据子女的实际需要、父母双方的负担能力和当地的实际生活水平确定。

有固定收入的，抚育费一般可按其月总收入的百分之二十至三十的比例给付。负担两个以上子女抚育费的，比例可适当提高，但一般不得超过月总收入的百分之五十。

无固定收入的，抚育费的数额可依据当年总收入或同行业平均收入，参照上述比例确定。

有特殊情况的，可适当提高或降低上述比例。

第八条 抚育费应定期给付，有条件的可一次性给付。

最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第二条 当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。

没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。

《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十九条 被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行给付金钱义务的，应当加倍支付迟延履行期间的债务利息。被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行其他义务的，应当支付迟延履行金。

【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. 子女的抚养费包括哪些内容，可否一次性支付。

2. 生父一次性支付子女抚养费后，可否依据生活水平的变化适当增加抚养费。

【裁判文书原文】(如使用请核对裁判文书原件内容)

《民事判决书》

上诉人（原审原告）：米 X（sebaochzhay mikhail）。

法定代理人：卡 X(sebaochzhay ekaterina)，俄罗斯籍，无业。系米 X 的母亲。

委托代理人：魏飞，北京市盈科律师事务所律师。

委托代理人：苏宏鑫，北京市盈科律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）：裴 X 江。

委托代理人：朱战芳，北京市达奥律师事务所

律师。

二审委托代理人：李健。

上诉人米X因与被上诉人裴X江抚养费纠纷一案，不服北京市朝阳区人民法院(2009)朝民初字第21807号民事判决，向本院提起上诉。本院依法组成由审判员艾明担任审判长，代理审判员邢述华、张春燕参加的合议庭进行了审理。本案现已审理终结。

原告米X（sebaochzhay mikhail）诉称：卡X系在中国的留学生，俄罗斯籍，2002 年在天津大学读书期间，经同学介绍与被告裴X江相识。裴X江自称单身和卡X建立恋爱关系。双方于2003年开始同居。2005年1月27日卡X在北京中日友好医院非婚生有一子，即米X。米X出生后，裴X江将米X和卡X安置在通州区其妹妹家中，一直不管不问、避而不见，更没有给过任何经济上的帮助。在此期间，卡X得知裴X江已经有家庭。为了抚养米X及追讨抚养费，卡X独自在中国打工，经济上十分拮据。故诉至法院，要求裴X江一次性给付原告抚育费66.59万元。

被告裴X江辩称：2002年出国时，裴X江通过翻译和米X的法定代理人卡X相识。回国后，通过接触，双方有好感。之后裴X江知道卡X怀孕，其曾经让卡X做流产手术，卡X不同意。在米X出生后，裴X江给过米X五万元到十万元的补偿或者说是抚育费，并表示，如果米X确实是自己的孩子，则同意给付抚育费，但关于抚育费支付的方式和数额，同意以月或季度的方式，按照每个月500元至600元的标准支付。

原审法院经公开审理查明：裴X江与卡X于2002年相识。2005年1月27日，卡X非婚生一子即米X。现米X诉至本院，要求裴X江一次性给付抚育费至十八周岁止。

庭审中，经裴X江申请，一审法院委托北京明正司法鉴定中心对原告和被告之间的亲权关系进行鉴定。北京明正司法鉴定中心于2009年10月12日出具《鉴定书》，检验结果为："在不考虑多胞胎、近亲与外源干扰的前提下，支持裴X江是米X的生物学父亲。"裴X江为此支出鉴定费用三千元。

米X及卡X向本院提交如下证据：（1）北京百花园科技应用有限责任公司的营业执照，证明裴X江自1995年8月至今经营有自己的公司。裴X江对此份证据真实性表示认可，但认为营业执照的年检是2005年，该公司现已经被吊销。（2）北京百花园科技应用有限责任公司章程，证明裴X江在该公司占有80%的股份。裴X江对此份证据真实性无异议，但认为应当按照各个公司的具体情况来看收入情况。（3）北京市统计局数据及北京市营业性文化娱乐服务场所登记表，证明文化娱乐机构收入情况。裴X江认为此份证据和本案无关，行业的收入并不能代表个人的收入。

裴X江向本院提交如下证据：（1）收入证明，其内容为"裴X江。落款处有北京百花园科技应用有限责任公司的公章。米X认为：裴X江系北京百花园科技应用有限责任公司的大股东且是法人代表，不能证明其收入；且裴X江陈述说该公司已经被吊销，不可能为其出具证明。（2）北京市2009年社会保险缴费基数采集表、社会保险缴费基数汇总表、基本医疗保险缴费工资基数核定表，其中，裴X江上年月均工资为1 500元。该表上有北京市朝阳区社会保险基金管理中心的公章。米X对此证据不予认可。

原审法院经审理认为：父母对子女有抚养教育的义务。非婚生子女享有与婚生子女同等的权利，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，直至子女独立生活为止。子女抚育费的数额，可根据子女的实际需要、父母双方的负担能力和当地的实际生活水平确定。抚育费应定期给付，有条件的可一次性给付。当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。

本案中，米 X 系卡 X 与裴 X 江非婚所生，裴 X 江应当负担米 X 自出生之日起的抚育费。关于抚育费的数额，因裴 X 江提交证据证明其有固定收入，而米 X 所提交的证据不能够证明裴 X 江的收入情况，亦不能证明裴 X 江具有一次性给付抚育费的能力。现裴 X 江同意按照每月 500 元至 600 元的标准、按月或按季度支付，米 X 对此不同意，表示坚决要求被告一次性给付。故判决裴 X 江按月支付抚养费，具体数额根据相关证据酌定。裴 X 江虽辩解已经为米 X 支付过部分抚育费，但未提交相应证据，故裴 X 江该辩解不被采信。

原审法院依照《中华人民共和国婚姻法》第二十一条、第二十五条，《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题若干具体意见》第七条、第八条，《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条之规定，作出如下判决：

（1）裴 X 江于本判决生效后 7 日内给付米 X2005 年 1 月 27 日至 2009 年 10 月的抚育费三万四千二百元。

（2）裴 X 江于 2009 年 11 月起，每月给付米 X 抚育费 600 元，至米 X 十八周岁时止。

（3）驳回米 X 的其他诉讼请求。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十九条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

宣判后，米 X 不服，提出上诉称：（1）原判以北京市朝阳区社会保险基金管理中心出具的北京市 2009 年社会保险缴费基数采集表为依据，认定裴 X 江有固定收入是错误的，根据北京百花园科技应用有限责任公司（以下简称百花园公司）的工商档案显示，裴 X 江系该公司的法定代表人，且在该公司占有 80%的股份，因该公司行业特点，决定了我方不能准确地核算出该公司的收入情况，只能参照同行业平均收入，故裴 X 江应认定为无固定收入。（2）米 X 作为一名俄罗斯籍公民，其日后的经常居住地也将在俄罗斯，原判按月支付抚养费不适当且不具有可行性。裴 X 江有自己的公司，名下有个人的房产及汽车，完全可以认定其具有一次性给付抚养费的能力。（3）原审中存在违反法定程序的情形，裴 X 江在原审两次庭审中均没有对其收入提交证据，但在庭审程序结束后，裴 X 江超过举证时限向法院补交了参加社会保险的证明，对此逾期证据原审法院依法不应组织质证，但仍不顾我方的强烈反对以所谓的谈话形式组织质证，明显偏袒裴 X 江，并偏听偏信，违法采信失权证据。（4）在新中国成立初期，最高人民法院针对中国公民与外国人离婚后子女抚养费制度问题有批复，原则上应一次性支付。故要求二审法院撤销原判，依法改判支持米 X 全部诉讼请求。

被上诉人裴 X 江辩称：（1）裴 X 江提供了充分证据，证明本人有固定收入；（2）认定裴 X 江的收入情况，不能依据公司的行业收入，更不能按照文化娱乐业的行业收入认定；（3）裴 X 江不具备一次性支付抚养费的能力和条件；（4）一审法院审判没有程序不当的问题。

本院经审理查明：裴 X 江与米 X 之母卡 X 于 2002 年相识。2005 年 1 月 27 日，卡 X 非婚生一子米 X。

在原审法院审理过程中，经裴 X 江申请，原审法院委托北京明正司法鉴定中心对米 X 和裴 X 江之间的亲权关系进行鉴定。北京明正司法鉴定中心于 2009 年 10 月 12 日出具《鉴定书》，检验结果为：“在不考虑多胞胎、近亲与外源干扰的前提下，支持裴 X 江是米 X 的生物学父亲。”裴 X 江支付鉴定费用 3 000 元。

另查，裴 X 江系百花园公司法定代表人，其在该公司占有 80%的股份。该公司营业期限为 1995 年 8 月 17 日至 2025 年 8 月 17 日，并于 2009 年 4 月 17 日办理 2008 年度年检。

裴 X 江在原审法院审理过程中提交北京市朝阳区社会保险基金管理中心出具的北京市 2009 年社会保险缴费基数采集表，证明其社会保险缴费基数为 1 500 元，另提交百花园公司出具的收入证明，

内容为“裴 X 江。”米 X 及其法定代理人认为裴 X 江系百花园公司的大股东及法人代表，该公司出具的证明不具有真实性。

本案在本院审理过程中，米 X 及其法定代理人申请本院调查裴 X 江的财产情况，裴 X 江认可北京市朝阳区管庄乡管庄村 314 号内房产系其在宅基地内建造，但未向本院提交宅基地使用权证明；车号为京 k81085 的白色丰田车虽登记在其个人名下，但应属夫妻共同财产。经本院向北京市昌平区建设委员会调查，裴 X 江于 2000 年 7 月 17 日购置位于北京市昌平区东小口镇天通苑小区 509 号楼 6 单元 4/5 层 1 号住房一套，建筑面积 186.72 平方米，总价人民币 494 808 元，并于 2006 年 7 月 21 日领取房屋所有权证书。

再查，米 X 现随其母卡 X 未在京生活。

本院经审理认为：父母对子女有抚养教育的义务。非婚生子女享有与婚生子女同等的权利，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时止。子女抚育费的数额，可根据子女的实际需要、父母双方的负担能力和当地的实际生活水平确定。抚养费一般应定期给付，有条件的可一次性给付。根据查明的事实，米 X 系裴 X 江与卡 X 非婚生之子，裴 X 江对米 X 有抚养教育的义务。米 X 及其母卡 X 均非中国籍，现亦未在京生活，而裴 X 江名下有购置的房产和汽车，其具有一次性给付抚养费的能力，故原判确定由裴 X 江按月给付米 X 抚养费的方式不妥，不利于米 X 的成长需要，本院对裴 X 江给付抚养费的方式予以变更。关于裴 X 江应负担米 X 的抚养费数额，因裴 X 江系百花园公司的法定代表人，故由百花园公司出具的收入证明可信度较低；对于北京市 2009 年社会保险缴费基数采集表中显示百花园公司向社保机构缴纳的裴 X 江社会保险缴费基数为 1 500 元，因该缴费基数不能完全确定裴 X 江的收入情况，故对于裴 X 江应给付米 X 抚养费的数额，本院考虑米 X 的实际需要、裴 X 江的给付能力及今后物价变动的情况，综合确定。米 X 及其法定代理人对于抚养费过高部分的主张，本院不予支持。

本院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第（二）项之规定，作出如下判决：

1. 撤销北京市朝阳区人民法院(2009)朝民初字第 21807 号民事判决。

2. 裴 X 江于本判决生效后 7 日内一次性给付米 X 自 2005 年 1 月 27 日起至其十八周岁时止的抚养费 15 万元。

3. 驳回米 X 其他诉讼请求。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十九条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

101 岁老人和保姆结婚，不到一年坚决要离

2020-10-26 澎湃新闻　澎湃新闻记者 张刘涛

https://mp.weixin.qq.com/s/DOAydrVjOHDtg3DIrz8-YA

百岁老人与照顾自己十余年的保姆结婚不到一年就向法院诉请离婚，经浙江绍兴市中级法院日前二审调解，双方协议离婚并协商处理共同财产。

当事人李大爷今年 101 岁，老伴早已去世，2006 年，子女请了保姆张某照料其起居。据了解，张某多次说起自家经济困难，没有劳保待遇，对每月有 7000 元退休金的李大爷很羡慕。2019 年 2 月，子女突然得到父亲已与 53 岁的张某结婚的消息。但不到一年，李大爷提出离婚，表示自己与张某结婚是因为好心，让她在自己去世后能享受一些福利，但婚后张某不仅收了他的工资卡、医保卡、房产证，代领政府、社会机构补助，还多次要求将房产过户

给她，逼他写遗嘱，生活照顾不尽心。而张某表示，结婚是因为相处十多年有感情，李大爷提出离婚是受了子女的蛊惑，自己绝不同意。后来，李大爷到法院起诉离婚，起诉前双方已分居，李大爷由子女照顾。

一审法院审理认为：双方结婚时李大爷已到百岁，子女未在场，也没有证据证明李大爷系经慎重考虑作出结婚的决定；婚后不久，双方又产生矛盾并已分居。为尊重百岁老人意愿，利于他安享晚年，判决双方离婚并分割共同财产。张某上诉后，二审经调解，双方同意离婚，协商处理了共同财产。

法官表示，目前独居老人与保姆结婚屡见不鲜，也引发不少纠纷，特别是财产的处置往往成为老人子女与保姆间的矛盾漩涡。婚姻应以感情为基础，慎重考虑，希望老人再婚时多听取亲属特别是子女的意见，获得支持，让配偶真正成为共度晚年的伴侣。子女也应多关心父母，不仅在物质上，更要给予精神慰藉，不要让孤独影响了老人的选择。

本期编辑 周玉华

强强联手，巧断家务事！

原创：2020-10-27 广州市中级人民法院 广州中院

https://mp.weixin.qq.com/s/JXur1RompnQGy6gbmCnWiw

一张小小的会议桌，
法官、家事调解员、当事人
围坐一起，
没有紧张严肃的气氛，
一件件家事纠纷案就是这样完成了调解。
10 月 26 日，
一桩离婚纠纷案
在法官、家事调解员的共同调解下，
最终握手言和！
当事人表示调解结案更暖人心！

女方因抚养及探视方案提起上诉

李某（男）因与黄某（女）就家庭琐事产生矛盾，起诉离婚。黄某同意离婚，但对女儿小可的抚养及探视问题产生争议。因小可不满两周岁，其出生满月后一直由黄某及其父母照顾，一审法院判决：准予李某与黄某离婚；女儿小可由黄某抚养，李某每月支付抚养费 1000 元;李某于每月第一、第三周的周日 8 时到黄某住所接走女儿进行探视，当天 20 时送回。

黄某对抚养费及探视方案不服，上诉至广州市中级人民法院。理由是抚养费过低且小可还不满两岁，探视地点应当在熟悉的环境进行，等其有独立判断能力后再接走探望。

“法官+家事调解员”联动调解

案件上诉后，广州中院由副院长陈淡卿担任本案主审法官。陈淡卿经过庭前详细阅卷，了解到本案系涉及未成年子女抚养问题的离婚纠纷，依照“调解为先，贯彻全程”原则，第一时间委派了家事调解员、广州市中南公证处主任崔栋进行调解。

调解之前，陈淡卿与崔栋进行了多次细致沟通，针对案件当事人的实际情况，拟定了调解思路和方案。为方便当事人，崔栋在线上分别和两位当事人单独进行沟通，先将黄某的意思转达给李某，并进行了大量沟通调解工作，最终说服李某同意调解。随后，经过多次“背对背调解”，初步缓和了双方矛盾。在双方矛盾趋于缓和之后，法官和家事调解员趁热打铁，和双方当事人约定时间，进行了一场“面对面调解”。

10 月 26 日，在公证处，一张小小的会议桌，双方当事人以及法官、家事调解员围坐在一起，没有法庭的严肃和紧张气氛，联动调解就此开始。调解过程中，陈淡卿和崔栋均从未成年子女的角度出发，着力缓和双方矛盾，希望双方当事人能为孩子着想，达成调解协议，为未来的顺利探视和孩子健康成长打好基础。

经过多轮调解，李某对黄某作为母亲的心情和想法表示理解，并同意黄某提出的探视方案。双方当事人终于达成一致、握手言和，并在陈淡卿法官的主持下签订了调解协议。双方对调解结果表示满意，并感谢法官和家事调解员的辛劳付出。

“三个原则”服务家事审判

◆ **“调解为先”原则。**本案贯彻《广州市中级人民法院家事案件审理规程（试行）》“调解为先，贯彻全程调解”的要求，委派家事调解员先行进行调解。尤其是涉及子女抚养问题的离婚案件，通过调解方式化解纠纷能够缓和双方关系，为未来子女抚养、探视问题建立良好的合作基础。

◆ **“人民需求为导向”原则。**在进行调解工作时，调解地点、人员、时间的确定均以人民需求为导向，本案就采取了线上沟通等便利当事人的方式进行。约定线下调解时，法院坚持司法为民，认可多元化解纠纷成果，为当事人提供更便利的司法服务。考虑到法院氛围相对严肃，而当事人在更为轻松宽和的调解室中更能达成调解意向，因此，法官选择前往公证处开展线下调解工作。

◆ **最有利于未成年子女原则。**对于涉及未成年子女抚养问题的纠纷，在开展调解工作时以最有利于未成年子女的原则作为出发点。本案黄某上诉是希望探视地点能在小可熟悉的环境下进行，对此，法官和调解员将黄某意见转达给李某，并进行了大量的沟通调解工作，最终使得李某对黄某作为母亲的心情和想法表示理解，并从最有利于未成年子女的角度出发同意调解。

陈淡卿表示，在进行调解时，要以人民群众需求为导向，为双方提供了一个平等协商的平台，既要维护双方当事人合法权益，又要保证未成年人子女利益最大化。从 2017 年建立“广州万事兴”家事司法品牌开始，广州中院不断推进多元化纠纷解决机制探索，建立家事审判程序与特色机制，发挥法院对家事纠纷的诊断、治疗、修复作用，建立起在家事纠纷解决中发挥良好成效的“广州模式”。

延伸阅读：“三员”队伍

家事调解员、家事调查员、心理疏导员“三员”队伍建设是“广州万事兴”家事司法品牌建立以来构建两级法院一体化家事纠纷多元化解决机制的重要举措。2018 年，广州中院少年家事庭与南方公证处、广州市法律援助处、广州市青年文化宫签署合作协议，随后不断壮大并且优化“三员”队伍建设，先后与妇联、公证、社会服务机构、社区等合作，目前已有家事调解员、家事调查员、心理疏导员共计 650 人，通过法院的引导，他们积极参与纠纷调解、反家庭暴力、女童保护、案后回访帮扶等工作，取得了良好的法律效果与社会效果。

来源 | 广州中院新媒体工作室
通讯员 | 张雅慧 翁双杭
责　编 | 谢君源
编　辑 | 沙茵萍

厦门一对父女因六万元购房款闹上法庭，法院判了…

2020-10-30 厦门市海沧区人民法院
https://mp.weixin.qq.com/s/q_pmIY2aSKbINnWazu4l2w

在普遍高房价的社会背景下
成年子女需要购置房屋但经济能力有限
父母给予资助的情形较常见
但此举源于父母关爱子女之心
而非父母应尽之义务
亦非法律所倡导
近日
厦门一对父女
因购房时父亲出的 6 万元款项性质发生争议
还因此闹上了法庭

案情回顾

李某桂与李某系父女关系。2007 年，李某桂将老家宅基地和虾池转让后获得一笔现金款项，后李某桂携现金到厦门投奔子女，并告知其子、女李某元、李某，若需用钱可先拿去用。

2008 年，女儿李某将 6 万元用于支付其第一套房的购房分期款及第二套房的购房订金。

之后，李某桂、李某就 6 万元款项的性质产生争议，李某桂以民间借贷为由将女儿李某诉至海沧法院，请求李某偿还借款本金 6 万元及利息。

李某桂

6 万元并非是赠与，若是赠与，会平分给姐弟俩！

李某

我和父亲之间并非借贷关系，6 万元应视为父亲的赠与！

法院认为

本案系民间借贷纠纷。

李某无充分证据证明其父亲李某桂给予其帮助的真实意思表示为赠与而非借贷的情况下，应认定李某桂与李某之间成立借贷关系，女儿李某负有偿还借款的义务。

法院判决

被告李某于判决生效之日起十日内偿还原告李某桂借款本金 6 万元及利息。

----------法官说法----------

在当前房价高企的背景下，父母给子女出资购房的现象虽然十分普遍，但子女不能抱着父母给其出资购房就是赠与的态度心安理得“啃老”。在父母出资时未明确表示系赠与的情况下，应认定为对子女的临时性资金出借。至于事后父母是否主张子女偿还，应属于父母自主行使债权的范畴，与债权是否客观成立无关。子女应当理性、妥善接受父母的帮助，在父母要求归还时予以返还，避免讼争。

从公序良俗和保护老年人权益的角度看，本案中李某系具有一定经济基础的成年子女，不能苛求李某桂在已将李某养育成人后还为其出资购房，相反李某桂还需要李某的赡养。何况，在李某名下已有产权房的情况下购置换房，李某桂更无出资的必要性。

从社会常识的角度看，家庭成员间的借款往往不会出具借条，或明确借款的利息、期限，在子女有经济困难时，父母通常也会主动延长还款期限，故只要子女一方不能证明是赠与的，父母有相关的出资凭证，借贷关系即成立。

司法调研 | 家事审判改革中未成年人权益保护的思考

2020-10-30 中国审判 倪建双 余藤爱

https://mp.weixin.qq.com/s/-jUDoqQ1-F9am6GHpl1gWw

文 | 浙江省乐清市人民法院 倪建双 余藤爱

家事纠纷案件中，未成年人因受到自身行为能力及诉讼地位的限制，无法在家事纠纷中全面表达自己的意愿，存在其合法权益被忽略或侵害的情况，带来一些社会问题。2017 年至 2020 年 8 月，浙江省乐清市人民法院根据最高人民法院第八次全国法院民商事审判工作会议关于推动家事审判改革的精神，在上级法院的指导下，遵循家事审判工作规律，转变家事审判理念，探索家事审判诉讼制度。通过开展未成年人权益保护普法宣传、对所有家事案件涉及的未成年人进行生存状态调查、为权益可能受到侵害的未成年人指派权益代理人、对存在风险的未成年人生存状态进行回访、对存在被家暴的未成年人裁定人身保护令等举措，切实保障未成年人的权益。截至目前，乐清法院已建立离异家庭未成年人子女成长档案 418 份，启动调查与回访 415 例，发布人身保护令 2 例，检察院支持起诉 6 例，联系社会爱心团体资助 2 人，出具监护权证明书 2 份，力求全方位保障未成年人权益，修复家庭和社会机能。

家事纠纷中的未成年人权益保护现状

《中华人民共和国未成年人保护法》第三条规定，未成年人享有生存权、发展权、受保护权、参与权等权利，国家根据未成年人身心发展特点给予特殊、优先保护，保障未成年人的合法权益不受侵犯。这一规定充分体现了立法对未成年人特殊优先保护的精神。但是，在对未成年人影响重大的家事审判实践中却仍存在一些亟待解决的问题。

一是处理涉抚养纠纷案件时，未成年人的参与权易被忽视。在离婚纠纷、抚养权纠纷等案件中，未成年人的父母作为案件当事人，可以通过各种诉讼方式主张自己的抚养意见。但是，只有在未成年人满十周岁且父母对于抚养权有争议的情况下（《中华人民共和国民法典》修改为八周岁），法院才征询未成年子女的意见。此外，未成年子女因受年龄及社会经验等因素限制，无独立判断能力，其意见主要依附于父母中的一方，这可能导致未成年的被抚养人自主选择等权利容易被忽视，抚养权或抚养费等内容成为父母离婚诉讼的焦点，使得未成年人往往不能正当行使参与权。

二是未成年人财产利益被忽略。未成年人的财产存在所有权与管理权分离的情况，其财产权益的保障主要由其监护人进行。但在继承纠纷等涉及未成年子女财产的家事案件中，其与其监护人很可能会存在利益的冲突。监护人出于自身利益的考量，可能出现财产混淆、不合理使用或放弃其财产等情况。例如，离婚纠纷中存在某些当事人为了争夺抚养权而选择放弃或降低对方支付抚养费数额的情况。而未成年子女在面对监护人对其的财产管理失职时，因为亲权及自身行为能力的原因，难以主动维权。

三是面对家庭暴力，未成年人权益难以救济。在面对家庭暴力时，成年人能独立判断是否遭到家暴，并继而通过法律或社会救助组织取得救济。但未成年人若遭受家人的暴力对待，其基于对家人的信任和依赖，基本不会产生维权意识，也无权益救济的能力。而且，因未成年人不具备相应的诉讼能力，且法定单位监护人的规定不易操作，若监护人存在缺位情况时，将导致相应诉讼程序也无法启动。即使进入诉讼等维权程序，也会因未成年人的特殊身份，对家庭暴力的取证难度更大。且一般未成年人的施暴者即是监护人，若对其主张权益，可能会面临失去原有监护人的可能，反而增加抚养缺位的可能性。

四是行使探望权时，未成年人处于被动地位。法律规定父母离婚后，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。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。实践中，未成年人本人难以主动提出中止探望或要求探望的要求，其可能受限于

直接监护人的意愿。且《中华人民共和国婚姻法》规定行使探望权利的方式、时间，由当事人协议或依法判决，并未从被探望的未成年人本位出发，本人意愿无实现途径。探望权是行使亲权的方式之一，若不顾未成年子女的意愿，仅从父母的角度商议探望权如何行使，并不能真正实现探望的目的。

五是家事纠纷可能会造成未成年人心理伤害。未成年人处于成长过程中，心理承受能力较低。父母离婚纠纷及亲子关系纠纷等案件，会给未成年人的生活环境带来改变，且对于未成年人心理影响巨大。当存在父母均不愿抚养未成年子女等特殊情况时，就需要家人或专业人员对其进行心理疏导和开解，以避免对其造成心理伤害。

保护制度建设面临的困难

针对家事纠纷中未成年人权益保护面临的现状，乐清法院进行了有益的探索，但在探索的过程中发现面临诸多困难。

一是各方人员对于参与各项未成年人权益保护制度的积极性不高。在传统的审判实践中，以当事人举证为主，法院调查取证为辅。而目前家事审判改革中的未成年人权益保护机制，需要法院积极组织，并主动引导家事辅助团队等加入家事调查、回访等，开展过程中各方参与者都将付出很多时间及精力。因而，在案多人少的背景下，参与者可能会出现积极性不高的情况，使制度不能有效地落实。

二是家事审判辅助人员团队建设还需加强。未成年人权益保护制度的实施，需要一支专业性强且热心公益的家事辅助团队，但目前团队的人员选任、业务培训及工作管理制度还未尽完善。如何聘请各界优秀人士加入到家事社工团队中检验家事调查、回访、观察团、心理咨询及调解等工作成果，以及如何进行工作能力评判等问题都需进一步完善解决。

三是未成年人代理人参与诉讼较为被动，且代理人的选择范围过于狭窄。目前，法院未成年人代理人制度、家事观察团机制等探索均没有现成的法律依据，当前主要采用法院指派、聘请第三方作为未成年人的代理人参与案件审理。在这种模式中，法院占据主导地位，未成年人代理人参与诉讼较为被动。且因为该工作法律专业性强，不同于普通的妇女儿童工作维权，故存在代理人选择范围狭窄的问题。笔者认为，可以首先在一定范围统一做法，落实改革成果。将家事调查结果、家事观察团意见等作为裁判的参考资料，让各项家事制度经过案件的检验，为以后的未成年人权益保护立法体系建立提供实践基础。

四是未成年人权益保护难以延续到诉讼之后。在审理相关的家事纠纷时，若发现未成年人权益受到侵害，法院可根据实际情况，启动一种或多种保护机制。法院作为审理机关，在诉讼阶段使用相应的保护制度能产生较好效果。但是，在诉讼完结后对未成年人的权益救助或保护，虽也能通过家事回访等方式延续，但难以主动对于未成年人权益进行实质保护。

五是相关保障的经费不足。上述工作的开展，需要大量的人力、物力和财力，特别是一些专业性强的工作，如心理辅导等，都需要持续较长的时间。但是，家事审判中并无该专项经费。目前，依靠的都是社工义工的力量，具有不稳定性，工作延续性差。另外，未成年人因为不是案件当事人，在需要援助律师的时候，无法申请司法局法律援助，援助经费亦无着落。

权益保护的机制创新及完善

针对家事纠纷中未成年人权益易受侵害的现状及权益保护制度的薄弱环节，乐清法院进行了一系列的探索与创新。

一是建立调解、调查、回访、观察团、心理介入和疏导机制。乐清法院充分利用家事改革契

机，逐步推行家事审判大陪审机制，出台《关于聘任家事调解员、家事调查员、心理咨询师、家事回访员、家事观察团的通知》，从人大代表、政协委员、情感专家、心理咨询师、当地知名人士、爱心志愿者中，聘任了一支百余人的家事社工队伍。家事纠纷案件经办法官可以根据案件审理需要，针对审判中涉及未成年人权益保护事项，委托家事社工进行调解或对孩子生活情况进行调查、观察、回访。

二是建立未成年人权益代理人制度。乐清法院制定了《关于建立未成年人权益代理人制度的意见》，主要针对经过初步调查，可能存在双方当事人侵害未成年人权益的情况，在限定需指派、聘请代理人情形的同时，明确规定案件当事人、存在利益冲突等人员不宜作为未成年人的代理人，并给出了具体的代理人选任方式。代理人的主要职责是通过与未成年人沟通及家事调查等方式，客观地收集未成年人真实意愿、生活环境、学习状况等信息，并在诉讼过程中对之进行陈述，让审判人员对于抚养权等认定有更全面的依据。

三是建立人民检察院支持起诉制度。乐清法院与乐清市人民检察院联合建立了检察院支持起诉制度。对未成年人的权益受到监护人的直接侵害并造成一定后果的抚养纠纷、监护权纠纷等家事案件，检察院作为国家法律监督机关指派检察员出庭支持起诉。该制度弥补了民事审判对当事人威摄力不足的问题，对于案件事实的查明及未成年人权益的保护都有重要意义。

四是建立子女抚养探望承诺书制度。在家事案件中，认为确有必要需要当事人就抚养探望事项作出承诺的，可以要求当事人出具子女抚养探望承诺书。该制度从抚养及探望角度，督促抚养人健康抚养未成年子女、保护未成年人合法权益，并使不直接抚养一方与子女维系亲权关系，进而实现探望权，并且能在一定程度上对抚养权及探望权的履行提供保障，也为后续抚养权变更等纠纷提供书面依据。

五是建立离异家庭子女成长档案制度。在立案时即要求当事人真实提供未成年子女的相关信息，从而使未成年人在受诉讼影响之始就受到保护。离异家庭子女成长档案的内容包括基础信息、生活现状、心理评估情况、子女生活意向等，以确保及时、全面地对未成年子女进行保护。通过同步建立离异家庭子女成长档案信息化系统，形成“一案一档”管理制度，并指派家事社工负责后续情况的跟进及入档工作。针对有特殊情况的未成年人，在诉讼结束后通过电话、实地回访等方式，及时跟进了解未成年子女的生活现状、抚养权及抚养费履行情况等，并据此形成三色预警反馈表。若出现侵害未成年人权益的情况，法院可通过对侵害人进行口头教育、告诫及对未成年人介入帮扶等措施，及时保护未成年人权益。

上述各项机制的建立和推行，对于推动未成年人利益最大化的作用逐步显现。但随着家事纠纷的复杂化，未成年人权益保护也面临更多的挑战，需要我们不断完善制度，推陈出新。对此，笔者提出如下建议：

从未成年人最佳利益原则出发，继续深化家事审判体制机制创新。对于未成年人权益的保护，要从未成年人本位出发，建立更多的保护制度，包括对父母离婚后未成年子女财产的性质界定和保护，抚养费的合理使用、监督与救济等方面进行制度创新。及时总结家事审判实证经验，深入落实未成年人保障机制。同时，跳出传统思维，将原本用于保护其他权益的制度，试行于保护未成年人权益。例如，在未成年人遭受家庭暴力时，通过相关诉讼主体申请人身保护令制度等。通过不断引进先进的保护制度，形成完整的未成年人保护体系，从各角度、各阶段保护未成年人的权益。

构建多部门联动机制，全面、持续保护未成年人的合法权益。法院主导的未成年人权益保护制度，在诉讼阶段能发挥有效作用，但难以延伸到诉讼以

外。为此，建议法院可以联合关心下一代工作委员会、残疾人联合会、教育机关、未成年人心理健康教育指导中心、律师协会等部门和相关单位组成联席会议。各成员单位互通信息，相互配合，相互支持，形成合力，充分发挥联席会议的作用，共同做好关爱家事审判中未成年子女有关工作。

加强对家事审判辅助人员严格选任和业务培训。成熟的制度需要配备优秀的团队才能发挥作用，因此必须建立一支专业、责任心强的审判辅助队伍，使各项制度得到落实。为此，要多渠道从各行业吸引人才加入到家事审判辅助团队，并定期进行专业培训、廉洁教育及考核评价，建立起一支专业、规范的团队，灵活运用各项家事制度，全面保护未成年人权益。

构建未成年人权益保护的救助体系。从未成年人各类权益的性质出发，积极联合相应职能部门或社会团体等，建立种类齐全的未成年人救助体系。首先是法律上的救助，即与律师协会、司法局打通法律援助绿色通道，在未成年人涉及诉讼但无合适成年家属代理诉讼的情况下，及时为其指派专业律师，助其维护自己的合法权益；其次是心理上的救助，在聘请专业心理咨询师的同时，与教育局、未成年人心理健康教育指导中心进行合作，对于家事纠纷中受到心理创伤的未成年人，及时进行心理疏导和关爱；再次是经济上的救助，在未成年人的经济权益无法通过审判或执行实现时，可以为其寻找公益团体或爱心人士的帮助。例如，乐清法院于 2018 年成立“豸爱”基金，该基金通过民间资本捐赠和资助，对于抚养费、抚育费等执行不能的案件，通过基金的经济救助降低未成年人的权益受损程度。

在青少年犯罪中，离异家庭未成年子女占比较高，且问题相对较为严重。通过诉讼解决的离婚案件，因为家庭矛盾更为激烈，给子女带来的伤害或侵害程度更为严重，故法院要解决的不仅是个体问题，也是社会问题。审判中离异家庭未成年子女权益保护体系的建立和完善显得尤为重要。

梦想城里有房，村里有地？城镇户籍子女继承农村宅基地使用权，需要知道这些！

2020-10-30 北京市第一中级人民法院

https://mp.weixin.qq.com/s/k76k29_29bclXe7dPzBCZg

近日，自然资源部官网发布《对十三届全国人大三次会议第 3226 号建议的答复》，关于农村宅基地使用权登记问题，答复指出“农民的宅基地使用权可以依法由城镇户籍的子女继承并办理不动产登记。”此答复一出，引起了网友的广泛关注与讨论，部分网友认为现今农村宅基地使用权可以由城镇户籍子女无条件继承了，从此便可过上城里有房、村里有地的幸福生活了。但是此种理解过于片面，农村宅基地使用权的继承并不完全等同于其他财产类型的继承，其需要符合一定的条件才可合法继承并办理登记。

01 城镇户籍子女继承宅基地使用权的前提是“地上有房”

案例一

王某早年因读书和工作，户口迁出农村并取得了城镇户籍。王某父母为农业户口，并在村里有宅基地一处。王某成家后，便把父母从农村老家接到城里一起生活。十几年过去了，老家宅基地上的房子因建盖久远，再加上长期无人居住、年久失修，均已倒塌灭失。如果王某父母去世，王某可否继承

老家的宅基地使用权？

案例二

李某离开农村进城打工并在城镇就业，取得了城镇户籍。李某的父母为农业户口，在村里有宅基地一处。时间一长，李某父母在老家的房子也因建盖久远，存在倒塌隐患。为此，李某父母和李某共同出资，并经相关部门审批，将老家房屋重新进行了翻扩建。如果李某父母去世，李某可否继承老家的宅基地使用权？

《民法典》第三百六十二条规定："宅基地使用权人依法对集体所有的土地享有占有和使用的权利，有权依法利用该土地建造住宅及其附属设施。"第三百六十三条规定："宅基地使用权的取得、行使和转让，适用土地管理的法律和国家有关规定。"《中华人民共和国土地管理法》第二条规定："中华人民共和国实行土地的社会主义公有制，即全民所有制和劳动群众集体所有制。任何单位和个人不得侵占、买卖或者以其他形式非法转让土地。土地使用权可以依法转让。"第十一条规定："农民集体所有的土地依法属于村农民集体所有的，由村集体经济组织或者村民委员会经营、管理。"由此可见，根据我国的土地管理制度，农村宅基地是不能被单独继承的。虽然宅基地不能被单独继承，但是地上的房屋可依据继承法和物权法的相关规定予以合法继承。

自然资源部在上述答复中其实亦明确说明："根据《继承法》规定，被继承人的房屋作为其遗产由继承人继承，按照房地一体原则，继承人继承取得房屋所有权和宅基地使用权，农村宅基地不能被单独继承。"因此，在上面提到的两个案例中，王某因老家宅基地上的房屋均已灭失，故其不能单独就宅基地予以继承。而李某老家的宅基地上仍有房屋，故其可根据相关法律规定继承该房屋的所有权和宅基地使用权。

02
农村宅基地上的房屋不适用遗赠

案例

王老伯为某村村民，在村里有宅基地一处，地上有北房三间。王老伯有一好友李某（城镇户籍），常到村里看望王老伯，并对王老伯在乡间的田园生活表示十分向往。多年后，王老伯订立遗嘱，将其在村里的宅院和北房三间在其去世后赠与给李某。那么，李某可否依据遗赠继承宅基地上的房屋和宅基地使用权呢？

《民法典》第一千一百三十三条第三款规定："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组织、个人。"此条规定了遗赠制度。简单说，遗赠就是被继承人采用订立遗嘱的方式，将其个人合法财产于死后赠送法定继承人以外的人。所谓法定继承人的范围是指根据《民法典》第一千一百二十七条规定所列的继承人，即"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。上面我们了解到，城镇户籍子女可以继承取得房屋所有权和宅基地使用权，那么城镇户籍的非亲缘关系人，是否能依据遗赠取得宅基地使用权呢？答案是否定的。

虽然宅基地上房屋可以进行继承，但这只是对基于亲缘关系的宅基地上房屋流转的特殊认可，并不意味着在没有亲缘身份关系的人之间可以通过遗赠形式合法取得宅基地上房屋。宅基地使用权具有强烈的人身依附性，其设定是为了给农民基本的生活资料和生活保障，实现居者有其屋的目的。因此，为了避免农村房地资源的流失，不具有本村集体组织成员身份的非亲缘关系人，不得通过遗赠的方式取得农村房屋的所有权和宅基地使用权。

03
多子女中，部分子女仍与父母为同一农户家庭，且未另行分得新宅基地城镇户籍子女不得主张继承宅基地使用权

案例

王老伯有两个儿子，王大力和王小强。王大力早年进城工作取得了城镇户籍。王小强一直在家务农，系农业户口，并与王老伯夫妇共为一户，且长期共同居住生活，未在村里分得新宅基地。王老伯去世后，王大力能否继承老家的宅基地使用权？

《中华人民共和国土地管理法》第六十二条规定："农村村民一户只能拥有一处宅基地，其宅基地的面积不得超过省、自治区、直辖市规定的标准。"该规定即我们常说的"一户一宅"。由于宅基地使用权的主体资格是以户为单位的家庭，而户内人口由于生老病死、婚丧嫁娶等情况，往往处于流变之中。在部分年长家庭成员死亡后，由于该户尚存，宅基地使用权应当由剩余户内成员继续享有，原则上此时并不存在宅基地的继承问题。因此，在上述案例中，王小强是农业户籍，与父母共同居住在该宅院，且未另分得新的宅基地，故其作为该院落宅基地剩余的户内成员，有权继续享有该宅基地的使用权，此时宅基地使用权并不发生继承的问题。对于地上房屋的继承，由于房地一体原则，在宅基地使用权继续由户内成员享有的情况下，其他城镇户籍继承人只能就地上房屋的折算价值主张继承。故王大力可对王老伯遗留的房屋折算价值予以继承。

供稿：北京一中院团河法庭

作者：吴扬新

编辑：张倩

二、立法动态

未成年人保护法即将进行第三次审议

2020-10-12 少年司法专业委员会 专委会

https://mp.weixin.qq.com/s/fBFSCDxc1LtpC_Hl1AIkVw

2020 年 10 月 12 日，全国人大常委会法工委发言人记者会召开，全国人大常委会法工委发言人臧铁伟介绍常委会立法工作情况。臧铁伟介绍了未成年人保护法修订草案三次审议稿的相关情况。2019 年 10 月常委会第十四次会议和 2020 年 6 月第二十次会议对未成年人保护法修订草案进行了两次审议。根据各方意见，提请本次常委会会议审议的草案三次审议稿主要作了以下修改完善：

一是进一步加强父母或者其他监护人在保障未成年人安全等方面的监护职责；

二是进一步加强对未成年人个人信息的保护，强化网络产品和服务提供者的保护责任；

三是明确人民检察院的监督职责，强化司法机关开展法治宣传教育的职责；

四是对监护人不依法履行监护职责的法律责任等作出完善。

三、媒体典型案例

（一）婚姻效力案例

解放前娶了两位妻子，这段事实婚姻是否应予认可？

2020-10-10 人民法院报 王锦辉 古林

https://mp.weixin.qq.com/s/fotJkS5P0lD7mT7u47bBow

近日，江苏省南通经济技术开发区人民法院发布实质性化解行政争议十大典型案例，其中，“宗某氏诉某市人力资源和社会保障局不履行法定职责案”在列。

这是一个怎样的案件呢？
为什么具有典型性？

宗某解放前娶了宗崔氏及宗章氏两位妻子，三人一直共同生活至宗某去世。宗某死亡后遗属生活补助费一直由妻子宗崔氏（大妻）领取。宗崔氏死亡后，宗章氏认为其可以领取遗属生活补助费，但当地人社部门认为宗章氏是解放前的妾，没有婚姻证明而拒绝支付。宗章氏遂一纸诉状将如皋市人力资源和社会保障局告上了法庭。

因无结婚证无法申领遗属补助

宗某生前是如皋黄市乡卫生院的工作人员。1947 年，他与女子宗崔氏按照农村风俗成婚。1949 年前，宗某娶了宗章氏为二妻，两人婚后育有一子。2013 年 7 月，宗某去世，两名遗孀宗崔氏、宗章氏继续在一起生活。宗某的子女向当地人社部门递交了《如皋市干部、职工遗属补助申请表》，经审核，由宗某的合法妻子宗崔氏每月领取一定的遗属生活困难补助。

2019 年 2 月，宗崔氏也去世了。作为宗某唯一在世的遗孀，宗章氏要求人社部门为自己办理遗属补助，没想到却被一纸“结婚证”拒之门外。

如皋市人社局表示，由于宗章氏无法提供民政部门出具的婚姻关系证明，按照规定不能为其办理遗属补助。

无奈之下，宗章氏将如皋市人社局诉至南通经济技术开发区法院。

60 多年前的一份文件解了难题

“就因为没有结婚证，我母亲就无法作为遗属领取补助吗？”法庭上，宗章氏的儿子认为，虽然没有结婚证，但宗章氏在常住人口登记表上与宗某的关系为“二妻”，宗崔氏大儿子的户口本上也载明“大母宗崔氏，二母宗章氏”，这些都是父母事实婚姻的佐证。

作为南通市行政诉讼集中管辖法院，南通经济技术开发区法院在受理该案后积极调查，最终在外地一所大学的资源库里找到一份 1953 年 3 月 19 日中央人民政府法制委员会颁布的《有关婚姻问题的若干解答》，其中明确：“依婚姻法规定，婚姻是一夫一妻制的。至于婚姻法施行前的重婚、纳妾，是旧社会遗留下来的问题，是否离婚，要看女方要求来决定。如女方提出离婚，人民法院应依法准许其请求。如果女方没有这样的要求，就仍应让他们保持原来共同生活的关系。”

人社局当庭为老人办妥申领手续

为了减少 92 岁高龄的宗章氏舟车劳顿，南通经济技术开发区法院把开庭地点放在老人所在的江安镇。

法院经审理认为，根据这份文件，基于对妇女

权利的尊重和保护，当时的法律根据客观情况可有条件地认可解放前所形成的事实婚姻。本案中，宗某与宗崔氏、宗章氏的婚姻关系是解放前历史遗留的产物，宗章氏与宗某、宗崔氏一直保持共同生活的关系，在尊重历史和社会习俗的前提下，对已形成事实婚姻关系应予认可。

同时，根据南通市劳动局、南通市总工会《关于供养直系亲属范围答复口径的函》规定，职工有两个配偶（婚姻法以前），只能选择一个列为供养直系亲属，列为供养对象的一方死亡后，可将另一方列为职工的供养直系亲属。也就是说，宗崔氏去世后，宗章氏就成为宗某的供养直系亲属，依法依规应领取宗某的遗属生活补助费。

经法院协调，如皋市人社局当庭明确，宗章氏可从 2019 年 3 月起享受遗属生活困难补助，同时工作人员当庭为宗章氏办好遗属生活补助费的各项申领手续。至此，这桩特殊的行政诉讼案件最终双方达成一致意见、原告撤诉。

来源：人民法院新闻传媒总社

作者：王锦辉 古林 | 图片：王志彬 | 编辑：赵利丽

（二）赡养案例

父亲起诉“女儿”索要赡养费，法院为何不予支持？

2020-10-17 天津高法

https://mp.weixin.qq.com/s/UFf4mqPHpfml6o-r7Ktv4Q

案情再现

原告李四(化名)诉称，1991 年 12 月，被告李红(化名)刚出生一个月，自己就将李红收养为自己的女儿，并将其户口落到了自己的户口处。现李四年事已高，身体多病，没有劳动能力而且没有生活来源，急需要有人照顾。李红已成年，而且有固定的工作和收入，但从未对原告进行赡养，故原告李四提起诉讼。

被告李红委托自己的亲生父亲即案外人赵三(化名)到庭参加诉讼。赵三辩称，李红是自己与妻子小玉(化名)所生育的子女，其于 1991 年 12 月出生后不久，因家中特殊原因，原告李四与赵三夫妻二人协商后，将被告李红的户口以父女的名义落户在原告李四处。但被告李红一直随其生父母赵三夫妻二人共同生活至今。

这起关于父亲起诉
户口簿上女儿的赡养纠纷
法院会如何判决?

裁判结果

宁河法院经审理认为：被告李红与原告李四之间既无血缘关系，又从未在一起共同生活，双方之间未形成事实上的收养或抚养关系，因此，原、被告之间不具有亲生父女或养父女关系的存在，原告要求被告对其尽赡养义务的请求，于法无据，本院不予支持。据此，依照《中华人民共和国婚姻法》第二十一条的规定，依法驳回李四的诉讼请求。

以案说法

收养关系是一种法律拟制的亲属关系，国家保护合法的收养关系，子女对父母有赡养扶助的义务，不因其是养子女而与亲生子女有所区别。百善孝为先，赡养老人回报养育之恩是中华民族的传统美德，更是子女应尽的法定义务，但是在本案中，被告李红并未受到原告李四的抚养和教育，双方之间没有形成事实上的收养和抚养关系，所以在法律上，不具有养父母和养子女间的权利义务关系，被告李红对原告李四的赡养义务也就无从谈起。因此，法院对原告的诉讼请求不予支持。

法条链接

《中华人民共和国婚姻法》第二十一条 父母对子女有抚养教育的义务；子女对父母有赡养扶助的义务。父母不履行抚养义务时，未成年的或不能独立生活的子女，有要求父母付给抚养费的权利。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。禁止溺婴、弃婴和其他残害婴儿的行为。

《中华人民共和国收养法》第二十三条 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。

敲黑板·民法典来喽

婚姻家庭编 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子女，

有要求父母给付抚养费的权利。

成年子女不履行赡养义务的，缺乏劳动能力或者生活困难的父母，有要求成年子女给付赡养费的权利。

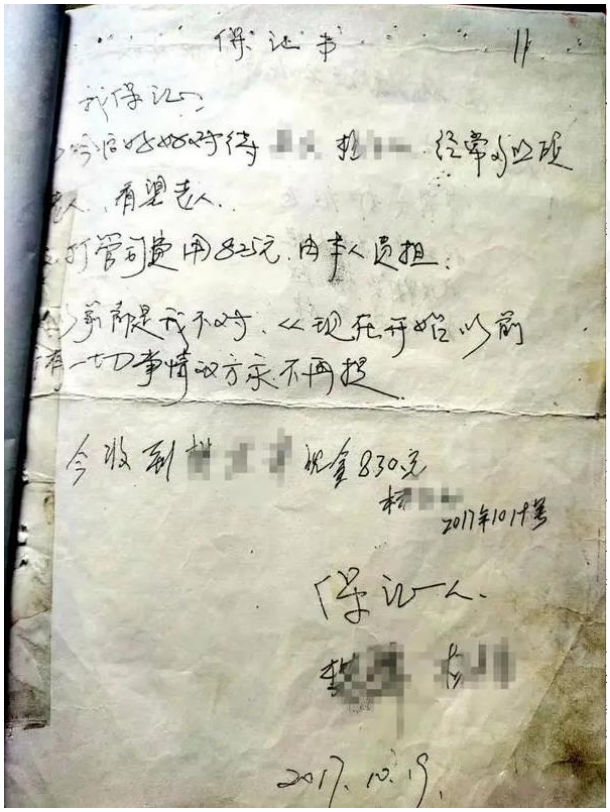
第一千一百一十一条 自收养关系成立之日起，养父母与养子女间的权利义务关系，适用法律关于父母子女关系的规定；养子女与养父母的近亲属间的权利义务关系，适用本法关于子女与父母的近亲属关系的规定。养子女与生父母及其他近亲属间的权利义务关系，因收养关系的成立而消除。

老人状告女儿要求“常回家看看”，法院这样判

2020-10-22 新华社

https://mp.weixin.qq.com/s/Fegv20igLSveBTgAhzbusw

近日，河南省卢氏县人民法院审理了一起八旬老人状告女儿、要求判决女儿“常回家看看”的赡养纠纷案，法院经审理后，依法判决女儿每两个月至少回家探望父亲一次。


保证书

我保证：

今后好好对待[redacted]经常的照顾

看望老人。

不管可使用830元内事人负担。

今后再提不了的，以现在开始以前

有一切事情双方永不再提

今收到[redacted]现金830元

杨[redacted]

2017年10月29号

保证人：

[redacted]

2017.10.29

现年 87 岁的杨大爷育有 3 个子女，其中现年 56 岁的杨某系其长女。近年来，老人年事已高，身患残疾。2017 年 10 月，经人调解，杨某及其女婿樊某写下保证书，保证今后好好对待杨大爷，经常照顾、看望父亲，但未履行保证书内容。

杨大爷认为，自己辛辛苦苦将女儿杨某抚养成人，然而女儿却未尽到做女儿的责任，一直未履行保证书内容，遂将女儿杨某告上法庭，请求法院判决其履行与自己签订的保证书，保证在生活中看望并照顾自己。

一审判决宣判后，原、被告均未提出上诉。

我国婚姻法规定，子女对父母有赡养扶助的义务，子女不履行赡养义务时，无劳动能力的或生活困难的父母，有要求子女付给赡养费的权利。但赡养问题绝不仅仅局限于赡养费的给付，老年人更需要得到的是精神上的慰藉。法院在相关赡养纠纷案中判决子女“常回家看看”有法可依，子女也应当及时履行相关义务。

子女赡养父母，不应以忙碌为借口，简单给钱了事，更不应以财产分配为理由，带着目的和企图。赡养，除给予老人一定物质上的帮助、生活上的照料外，还应对老人予以精神上的慰藉。无论是否繁忙，无论同城还是异地，都应当常回家看看。

来源：潇湘晨报

监制：于卫亚、安涛
编辑：陈子夏、李永锡、雷雯雯
实习：关天玥、郭晓龙

84 岁父亲诉 60 岁儿子付赡养费 法院支持！

2020-10-23 京法网事 黄硕
https://mp.weixin.qq.com/s/VrYqjazIeSmKTijGgcFbyg

因家庭纠纷儿子将父亲打伤，儿子出狱后不履行赡养义务。84 岁的李先生将 60 岁的儿子李殊（化名）诉至法院要求其每月支付 1000 元赡养费，重阳节前夕，朝阳法院一审判决支持李先生的诉求。

图丨庭审现场（略）

案情介绍

李先生夫妇育有四个子女，李殊是大儿子。2016 年李先生夫妇将西城区某房屋出售得房款 400 万元，考虑到之前已经给了二儿子一套房，跟大儿子的关系又一直不好，于是分给三儿子和小女儿各 135 万元，剩余 130 万元作为二老日后租房、雇保姆及医药费。

但是一想毕竟是手足兄妹，也希望能借此机会缓和一下家庭矛盾，三儿子和女儿商量后私下与大哥签署了一份《关于父母财产分配方案及赡养父母承诺书》，表示二人自愿各拿出 45 万元给大哥李殊，也就是三人各得 90 万元，并约定今后共同赡养父母，不再为父母房产、财产以及历史性的家庭矛盾与陈年误会与父母讨要说法。李殊对此欣然接受。承诺书签署的第三天，三儿子和女儿就将各自的 45 万元转给了李殊。

可谁知道，就在两个多月之后，李殊与父亲李先生发生冲突将李先生打伤，经鉴定为轻伤一级，李殊因犯故意伤害罪，被法院判处有期徒刑十个月，现已刑满释放。

目前李先生一个人由保姆照料生活，房子已经出售给子女们分了售房款，每月房租 6400 元、保姆费 5000 元，个人退休工资每月 6000 余元。故诉至法院要求李殊支付每月 1000 元赡养费。

到庭后，李殊表示自己没钱，并提交其单位出具的书面情况说明一份，证明判处有期徒刑以上刑罚的，从人民法院判决生效之日起，取消原退休费待遇。李殊认为，其在经济上不具备出钱赡养老人的能力，其他子女可以出钱，自己可以出力为父亲提供服务，比如做饭。至于分得的售房款，李殊表示是三弟和妹妹私自把父母的房子变卖之后才找其协商的，他只看了协议，被迫签字的。

裁判结果

法院经审理认为，子女对父母有赡养扶助的义务；子女不履行赡养义务时，无劳动能力的或生活困难的父母，有要求子女付给赡养费的权利。赡养人应当履行对老年人经济上供养、生活上照料和精神上慰藉的义务，照顾老年人的特殊需要。

本案中，李先生与李殊系父子关系，李先生已是耄耋老人，包括李殊在内的子女应对李先生尽到赡养义务。从李先生提交的证据看，李先生主张的每月租房、家政费用远非其退休工资可以负担，故李先生向李殊主张赡养费法院予以支持。

关于李殊的经济能力，法院认为，一方面李殊因伤害父亲获刑，不应成为其免于赡养义务的理由；另一方面李殊所获钱款并非继承遗产，而是来源于父母健在时出售名下房产所得资金，李殊作为子女理应负担维系父母居住条件和生活水平的义务。故根据李先生实际生活所需费用以及李殊所获资金数额，法院认定，李先生主张李殊每月支付赡养费 1000 元未超过合理限度，法院予以支持。

法官提示

赡养父母是子女法定的义务，不得随意减低或

免除。赡养人应当履行对老年人经济上供养、生活上照料和精神上慰藉的义务，照顾老年人的特殊需要。法院在确定赡养费具体数额时会酌情考量被赡养人的身体情况、日常基本生活需求、赡养人经济条件等因素。在成年子女经济条件有限的情况下，法院也会首先考虑其基本生活所需金额。但子女因遗弃、虐待父母涉及刑事犯罪的特殊情形，导致自身工资待遇等收入被取消，不应成为免于其赡养义务的事由。子女获取父母财产或相应财产转化形式后，从维护社会公序良俗，法律财产权利义务对等的角度，也理应对父母尽到更多的赡养义务，给父母的基本生活条件以更多保障。

供稿：朝阳法院

编辑：刘佳宝　汪希

（三）夫妻债务案例

用“净身出户”转移财产躲避债务

浙江一夫妻离婚协议财产分割约定被法院撤销

2020-10-01 人民法院报 第 03 版 记者 余建华 通讯员 蓝松娟 朱薇烨 毛诗涵
http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2020-10/01/content_172627.htm?div=-1

本报讯 （记者 余建华 通讯员 蓝松娟 朱薇烨 毛诗涵）债务人在与债权人达成调解协议后，速与妻子协议离婚，自愿“净身出户”，债权人认为该行为损害其合法权益，遂将二人诉至法院，主张行使撤销权。日前，浙江省缙云县人民法院审结一起债权人撤销权纠纷案，依法撤销了债务人在《离婚协议书》中对财产分割的约定。被告不服判决提起上诉，丽水市中级人民法院经审理后，依法判决驳回上诉，维持原判。

法院经审理查明，2018 年，债权人丁某因债务人陈某拖欠货款不还，将陈某诉至法院。经法院调解，双方达成协议，约定陈某分期支付丁某货款 110 余万元。但到期后陈某仍未按约履行。案件进入执行程序后，经查发现陈某早在达成调解协议后不久便与其妻子胡某办理了离婚手续，并作了财产分割约定：两套房产、一间店面全部归女方所有，而男方除一处宅基地使用权外，还承担夫妻婚姻存续期间的所有债务。

因调解协议未就该笔债务是否属于夫妻共同债务进行认定，现陈某名下可供执行的财产无几，胡某也并非执行案件中的被执行人，案件执行难以推进。

债权人丁某认为陈某和胡某离婚是假，逃避债务是真，遂将陈某与其妻子胡某一同告上法庭，要求法院判令撤销两被告《离婚协议书》中关于财产分割的约定。

庭审中，被告陈某辩称，与胡某离婚并非为了逃避债务，仅因与胡某性格不合无法继续生活才协议离婚。关于两处房产及一处店面的分配问题，是其与胡某夫妻之间的协议约定，其他人无权干涉。被告胡某辩称，与陈某协议离婚是因为性格不合，并且双方已办理了离婚手续，两处房产也已经登记到自己名下。况且，陈某也分到了宅基地使用权，故丁某无权撤销自己与陈某的离婚协议约定。

法院审理后认为，根据《中华人民共和国合同法》第七十四条规定：“因债务人放弃其到期债权或者无偿转让财产，对债权人造成损害的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。”本案中，陈某将其应享有的份额以离婚协议书的形式无偿转让给胡某，该无偿转让行为造成了陈某偿债能力下降甚至丧失，损害了债权人丁某的合法权益，故丁某可在债权范围内行使撤销权。撤销权也适用于离婚协议中对于财产不合理的约定。关于胡某答辩称陈某也分到了一处宅基地的使用权，但是该宅基地使用权较女方分得的财产价值而言明显偏小。故原告诉请撤销离婚协议书中财产分割的约定，符合法律规定。法院遂依法判决撤销了陈某与胡某《离婚协议书》中对财产分割的约定。

胡某不服判决提起上诉，丽水中院经审理后认为，陈某与胡某的离婚协议中财产分割行为确实造成了丁某对陈某所享有的债权向法院申请强制执行时未能全部履行，侵害了丁某的合法权益。且在丁某与陈某达成调解协议后，陈某便与胡某协议离婚并分割财产，该行为明显具有转移财产逃避债务的目的。故丁某行使债权人撤销权于法有据，应予支持。据此，依法判决驳回上诉，维持原判。

非用于共同生活的借款是否为夫妻共同债务
——陆 X 诉张 X 芬、王 X 宝民间借贷纠纷案

原创：2020-10-07 法律家
https://mp.weixin.qq.com/s/yn2AqSFms_-syndz0n0UDw

【中 法 码】婚姻家庭法学·离婚制度·离婚效力·财产效力·债务清偿·共同债务(104040203011)

【关 键 词】民事 婚姻家庭法学 民间借贷 夫妻共同债务 转借 共同生活 举债合意 共同还款义务

【学科课程】婚姻家庭法学

【知 识 点】夫妻共同债务 家庭共同生活

【教学目标】掌握夫妻共同债务的认定条件，熟悉用于夫妻家庭共同生活债务的判定依据。

【裁判机关】浙江省宁波市中级人民法院

【程序类型】民事二审

【案例效力】被法律出版社《银行法律实务丛书：民间借贷纠纷案件裁判文书精选》（下册）收录

【案例信息】

【案　　由】民间借贷纠纷

【案　　号】（2011）浙甬商终字第 150 号

【判决日期】2011 年 04 月 19 日

【审理法官】赵文君 徐梦梦 毛姣

【上 诉 人】陆 X（原审原告）

【被上诉人】张 X 芬 王 X 宝(均为原审被告）

【上诉人代理人】沈玲彩（上海市南星律师事务所）

【被上诉人代理人】陈巍 曹小明（浙江金汉律师事务所）；李筱敏（浙江明州律师事务所）

【争议焦点】

借款人在夫妻关系存续期间对外借款，并将该笔借款转借给他人，其配偶对此并不知情，双方离婚时，并未约定该笔借款的还款事宜。该借款是否为夫妻共同债务，借款人的配偶应否承担共同还款的责任。

【裁判结果】

一审法院判决：被告张 X 芬支付原告陆 X 借款 100 万元；驳回原告陆 X 的其他诉讼请求。

原告陆 X 不服一审判决，提起上诉称：涉案款项应认定为夫妻共同债务，其举证责任由被上诉人张 X 芬、被上诉人王 X 宝承担；被上诉人张 X 芬与被上诉人王 X 宝的离婚协议隐瞒遗漏了涉案债务的分配，属于对财产处理不当，应重新确认；夫妻离婚的财产分割只能内部有效，不能对抗其他债权人。因此，被上诉人张 X 芬、被上诉人王 X 宝应承担连带清偿责任，请求二审法院撤销原判，依法改判。

被上诉人张 X 芬辩称：涉案款项是本人代陆君所借；离婚协议符合规定，不存在逃避债务的情况。

被上诉人王 X 宝辩称：该款项往来涉及被上诉人张 X 芬的上家陆君及陆君的上家陆丰；被上诉人张 X 芬向上诉人陆 X 借款达 200 万元，房子已经抵押给上诉人陆 X。请求二审法院驳回上诉，维持原判。

二审法院判决：驳回上诉，维持原判。

【裁判要旨】

借款人单方对外举债并转借给他人，后出借人要求借款人及其配偶还款，其配偶对该借款并不知情，认为不应属于夫妻共同债务，拒绝还款。因该债务为夫妻一方对外举债行为，双方对该债务不形成举债合意，且该债务系用于转借他人，其配偶也未共享该债务带来的利益，同时，双方在离婚协议

中也未对该债务作明确说明。因此，该项债务不符合夫妻共同债务的认定条件，不属于夫妻共同债务，其配偶不应承担连带清偿责任。

【法理评析】

夫妻共同债务是指在婚姻关系存续期间，夫妻双方或者一方为维持共同生活需要，或出于共同生活从事经营活动所引起的债务。夫妻共同债务的特征为：(一)夫妻共同债务应发生在婚姻存续期间，即双方结婚之日到离婚之日期间；（二）夫妻共同债务产生原因应基于维持共同生活需要或为共同生活而从事经营活动；（三）夫妻共同债务应由双方共同承担，由于夫妻财产是一种共同共有财产，夫妻共享该债务带来的利益，应共同承担连带责任。当夫妻一方对外举债，该债务系夫妻共同债务的认定，根据其特征应考虑以下几个方面的内容：(一)双方应存在举债合意。当夫妻举债系双方共同表示意思，则无论之后双方是否共享债务所带的利益，应认定该债务系夫妻共同债务。（二）夫妻应共享债务所带来的利益。尽管夫妻双方没有共同举债的合意，但之后双方共享了债务所带来的利益，仍应视为夫妻共同债务。（三）夫妻双方的约定。当夫妻双方对该债务的承担有明确约定时，则应根据双方意思自治确定债务的责任承担。综上，对于夫妻一方对外举债的，需根据上述条件进行判断，不符合上述夫妻共同债务条件的，应认定系个人债务，夫妻另一方不承担连带清偿责任。

借款人在婚姻存续期间对外借款又转借给他人，后出借人要求借款人及其配偶还款，借款人的配偶以对该债务不知情且在离婚协议中也未约定为由拒绝承担连带责任。因依据上文分析，夫妻一方对外举债，对夫妻共同债务的认定，应满足双方有举债合意、共享债务所带来的利益或双方对该债务有明确约定。而本案中，借款人的配偶对其代借代还的过程并不知情，应认为双方不存在举债合意；借款人将借款转借他人，并未用于家庭共同生活；双方在离婚协议中也未明确约定对该笔债务的责任承担。综上，该借款不满足夫妻共同债务的条件，应认定为借款人的个人债务，其配偶不应承担共同还款义务。

【适用法律】

《中华人民共和国合同法》第二百零六条 借款人应当按照约定的期限返还借款。对借款期限没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，借款人可以随时返还；贷款人可以催告借款人在合理期限内返还。

第二百一十条 自然人之间的借款合同，自贷款人提供借款时生效。

第二百一十一条 自然人之间的借款合同对支付利息没有约定或者约定不明确的，视为不支付利息。

最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第二条 当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。

没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。

《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第(一)项 第二审人民法院对上诉案件，经过审理，按照下列情形，分别处理：

(一)原判决认定事实清楚，适用法律正确的，判决驳回上诉，维持原判决；

第二百二十九条 被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行给付金钱义务的，应当加倍支付迟延履行期间的债务利息。被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行其他义务的，应当支付迟延履行金。

【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 民事上诉状 民事上诉答辩状 民事二审判决书

【思考题和试题】

1. 如何认定夫妻共同债务。

2. 债权人如何举证债务用于债务人夫妻共同生活。

3. 夫妻共同债务如何偿还。

【裁判文书原文】(如使用请核对裁判文书原件内容)

《民事判决书》

上诉人（原审原告）：陆 X。

委托代理人：沈玲彩，上海市南星律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）：张 X 芬。

委托代理人：陈巍，浙江金汉律师事务所律师。

委托代理人：曹小明，浙江金汉律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）：王 X 宝。

委托代理人：李筱敏，浙江明州律师事务所律师。

上诉人陆 X 为与被上诉人张 X 芬、王 X 宝民间借贷纠纷一案，不服宁波市海曙区人民法院(2010)甬海商初字第 1483 号民事判决，向本院提起上诉。本院于 2011 年 2 月 10 日受理后，依法组成合议庭进行了审理。本案现已审理终结。

原审法院审理认定：2010 年 3 月 17 日，陆 X 通过宁波银行网上银行借款给张 X 芬 1 000 000 元，同日，张 X 芬通过宁波银行网上银行支付给陆君 1 000 000 元。此后，张 X 芬未还款。

另查明，张 X 芬与陆 X 之母周 X 君素有资金往来，2010 年 3 月 26 日、2010 年 4 月 7 日、2010 年 4 月 19 日张 X 芬各支付给周 X 君 6 000 元，合计 18 000 元。

张 X 芬与王 X 宝原系夫妻关系，于 1985 年 9 月 29 日登记结婚，2010 年 5 月 7 日，张 X 芬、王 X 宝在海曙区婚姻登记处协议离婚。离婚协议书约定："……三、双方有夫妻共同财产坐落在海曙区青林湾东区 60 幢 502 室商品房一套及地下室停车位一个，现协商归男方王 X 宝所有，购房所有欠款 500 000 元(其中王 X 英 400 000 元、张 X 勋 100 000 元）由男方王 X 宝承担，女方须协助男方办理房地产权证等的业主姓名变更手续，过户费用由男方负责；而女方名下的位于海曙区环城西路南段 285 弄 17 号 501 室商品房一套，现协商归女方张 X 芬所有。两处房屋内的家用电器及家具等，各归各所有。四、夫妻无其他共同债权及债务，若有其他债权及债务，在谁的名下则由谁来承担和享有。五、有家用别克凯越小轿车一辆归男方王 X 宝所有"。

陆 X 于 2010 年 6 月 11 日向原审法院提起诉讼称：2010 年 3 月，张 X 芬因家里急用，向陆 X 借款 1 000 000 元。张 X 芬分别于 2010 年 3 月 26 日、4 月 7 日、4 月 19 日支付利息共计 18 000 元整。后张 X 芬却一直拒绝归还本金，亦未再支付利息。另王 X 宝与张 X 芬系夫妻关系，两人于 2010 年 5 月 7 日以协议离婚的方式闪电离婚，而且两人在分割共同财产时，故意将房产中最大的一套位于宁波市青林湾东首 60 幢 1 单元 502 室（含地下车库一个）的房产转移至王 X 宝个人名下。目的就是转移财产，恶意逃避债务。王 X 宝作为张 X 芬的配偶，依法理应承担连带清偿责任。请求原审法院判令：一、张 X 芬立即归还陆 X 借款本金 1 000 000 元、利息 30 000 元（暂按月息 1. 8%自 2010 年 4 月 8 日计算至 6 月 7 日，实际应计算至判决生效日止)；二、王 X 宝对上述债务承担连带清偿责任。

张 X 芬在原审中答辩称：2010 年 3 月 17 日陆 X 向张 X 芬汇入 1 000 000 元系事实，此汇款是张 X 芬代陆君向陆 X 借款，陆 X、张 X 芬之间不存在借贷关系，请求法院驳回陆 X 的诉讼请求。

王 X 宝在原审法院答辩称：张 X 芬的债务不属于家庭共同开支的必要财产，陆 X 借给张 X 芬钱以后，张 X 芬是如数转给了上家，没有进入家庭开支，完全是属于转借转付的行为，不应当由夫妻另一方承担共同还款责任。关于夫妻之间的感情是否破裂，是否属于逃避债务的离婚。张 X 芬和王 X 宝多年来已经夫妻感情淡薄，经常吵架，而且经济上早就互相独立，在离婚协议中也可以看出，家庭财产的分割作为王 X 宝是吃亏的，其并不知道张 X 芬外面还有许多债权，所以在离婚协议的财产分割上，王 X 宝承受了 500 000 元的巨额债务，没有分到任何外

界的债权，并不是像陆 X 所说为了逃避债务和恶意转移财产，仓促离婚，综上，请求法院驳回陆 X 对王 X 宝的诉讼请求。

原审法院审理认为：陆 X 与张 X 芬间虽无书面借贷合同，但张 X 芬收到该款项，其仅认为系代陆君向陆 X 借款并将该款支付给陆君。因张 X 芬未提供该款系他人向陆 X 借款的证据，故应认定陆 X 与张 X 芬之间存在借贷关系。陆 X 借款给张 X 芬时，虽为张 X 芬与王 X 宝夫妻关系存续期间，但庭审调查表明张 X 芬向陆 X 借入款项即出借给他人，并非用于陆 X 与王 X 宝共同生活，且无证据表明王 X 宝参与或明知张 X 芬的借款，也无证据证明张 X 芬、王 X 宝的离婚行为有逃避共同债务、转移财产的目的，故张 X 芬的借款属其个人债务，王 X 宝不应承担还款责任，陆 X 要求王 X 宝承担连带清偿责任的诉请不予支持。因陆 X 与张 X 芬间无书面借款合同，张 X 芬也未确认约定过借款期限及借款利息，故陆 X 要求从 2010 年 4 月 8 日结算利息的请求不予支持，但张 X 芬应从陆 X 起诉之日起按银行同期贷款逾期利息利率支付利息。根据《中华人民共和国合同法》第二百零六条、第二百一十条、第二百一十一条，最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第二条之规定，原审法院于 2010 年 12 月 7 日作出判决：一、张 X 芬支付陆 X 借款 1 000 000 元，该款张 X 芬应于判决生效之日起三日内付清；二、驳回陆 X 的其他诉讼请求。如果未按判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十九条之规定，加倍支付延迟履行期间的债务利息。案件受理费 14 070 元，财产保全费 5000 元，公告费 300 元，合计 19 370 元，由张 X 芬负担 19 100 元，陆 X 负担 270 元。

陆 X 不服原审法院上述民事判决，向本院提起上诉称：根据最高人民法院司法解释，本案所涉借款应认定为夫妻共同债务，而且是否为夫妻共同债务的举证责任在于张 X 芬、王 X 宝。张 X 芬、王 X 宝协议离婚，逃避债务，隐瞒、遗漏了本案所涉债务的分配，在离婚协议中并未体现清偿责任，属于财产处理不当，应重新确认该债务。夫妻之间离婚时对财产的分割，只能内部有效，不能对抗其他债权人。本案债务应由张 X 芬、王 X 宝连带清偿。请求二审法院撤销原判，依法改判。

张 X 芬答辩称：原审法院判决张 X 芬也需要承担责任，张 X 芬没有上诉，算是服判，但原审法院判决是有问题的，张 X 芬是代陆君借款。离婚协议分配也是非常合理的，不存在逃避债务的情况。

王 X 宝答辩称：本案款项往来涉及张 X 芬的上家陆君及陆君的上家陆丰。在张 X 芬代借代还过程中，王 X 宝是不知道的。款项未用于家庭生活，王 X 宝不应承担共同还款责任。王 X 宝与张 X 芬离婚时，并不知道张 X 芬对外有债权，财产分割时王 X 宝不仅没有多分，而且是吃亏的。张 X 芬向陆 X 借款有 2 000 000 元，其房子也抵押给了陆 X。请求二审法院驳回上诉，维持原判。

二审期间，陆 X 向本院提供了购房发票及房款交款单复印件，欲证明青林湾房屋系张 X 芬与王 X 宝共同财产的事实。张 X 芬经质证，对该证据的形式真实性，没有异议，购房发票名字是张 X 芬、王 X 宝两人，房款是王 X 宝交的，房屋确系夫妻共同财产。王 X 宝经质证，对证据真实性没有异议，但认为房款是王 X 宝交的。本院认为，该购房发票及 2007 年 5 月房款交款单，可以证明该房屋系张 X 芬、王 X 宝夫妻共同财产，但与本案讼争借款是否系夫妻共同债务没有直接关联性，不能证明陆 X 待证事实，不予采纳。

张 X 芬、王 X 宝未向本院提供新的证据。

本院经审理后对原审法院认定的事实予以确认。

本院认为：本案争议焦点为张 X 芬于 2010 年 3 月 17 日向陆 X 所借的 1 000 000 元借款，是否系张 X 芬与王 X 宝夫妻共同债务。根据已查明的事实，张 X 芬向陆 X 借得该 1 000 000 元款项后，于同日即交付给了陆君，而此前的 2 月 20 日，张 X 芬同样从陆 X 处取得借款 1 000 000 元后又于同日

交付给了陆君。没有证据表明王 X 宝对此知情，也没有证据证明本案所涉借款用于张 X 芬与王 X 宝夫妻共同生活，故本案债务不符合夫妻共同债务的本质属性，难以认定为张 X 芬与王 X 宝夫妻共同债务。陆 X 诉请，理由不能成立，难以支持。原审判决认定事实清楚，适用法律正确，判决并无不当。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费 14 070 元，由上诉人陆 X 负担。

本判决为终审判决。

夫妻一方以个人名义转让房屋所负债务债权人能否向夫妻双方主张——朱 X 东等诉陈 X 福、彭 X 芸房屋买卖合同纠纷案

原创：2020-10-08 法律家
https://mp.weixin.qq.com/s/sdlJ9_jq2KNZCqS8BIPEiA

【中 法 码】婚姻家庭法学·离婚制度·离婚的法律后果·财产问题·债务清偿·债权人的权利(104050104022)

【关 键 词】民事 房屋买卖合同 夫妻一方 婚姻关系 存续期间 夫妻共同财产 返还债务 赔偿债务 共同债务 夫妻财产分割 生效判决

【学科课程】婚姻家庭法学

【知 识 点】债务清偿 夫妻共同债务 共同财产分割

【教学目标】掌握夫妻共同债务的概念，明确夫妻共同债务的清偿。

【裁判机关】上海市徐汇区人民法院

【程序类型】民事一审

【案例效力】被中国法制出版社《中国法院 2012 年度案例：房屋买卖合同纠纷》收录

【案例信息】

【案　　由】房屋买卖合同纠纷

【案　　号】(2010)徐民三(民)初字第 202 号

【判决日期】2010 年 10 月 21 日

【审理法官】徐磊 晏莹 傅荣

【原　　告】朱 X 东 王 X 珠 朱 X 凡

【被　　告】陈 X 福 彭 X 芸

【原告代理人】方 x（上海 xx 律师事务所）

【被告代理人】毛 xx 卞 x（上海 xxxx 律师事务所）；陆 xx（上海 xx 律师事务所）

【争议焦点】

在婚姻关系存续期间，夫妻一方以个人名义转让夫妻共有房产所产生的债务，债权人能否按夫妻共同债务向夫妻双方主张权利。

【裁判结果】

一审法院判决：陈 X 福、彭 X 芸赔偿朱 X 东三人房屋增值损失人民币 105 万元；陈 X 福、彭 X 芸赔偿朱 X 东三人装潢损失人民币二万元；陈 X 福、彭 X 芸赔偿朱 X 东三人居间报酬损失人民币二万元；驳回朱 X 东、王 X 珠、朱 X 凡的其余诉讼请求。

宣判后，双方当事人均未提起上诉。

【裁判要旨】

夫妻一方在婚姻关系存续期间转让夫妻共有房产，由此而引发相关返还、赔偿等债务，该债务属于婚姻关系存续期间的共同债务。虽生效的判决书已经对夫妻财产分割问题作出处理，债权人仍有权就夫妻共同债务向男女双方主张权利。

【法理评析】

根据相关法律规定，对于夫妻共同财产，共有

人在享有共同权利的同时，亦应承担共同的义务，除非双方事前对此进行过明确的约定且他人明知此约定。本案中，虽诉争房屋原登记于陈 X 福名下，但其性质应属陈 X 福、彭 X 芸夫妻共同财产。而陈 X 福与朱 X 东三人之间签订的房屋买卖合同发生于陈 X 福、彭 X 芸婚姻关系存续期间。根据《关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释(二)》的规定，债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。由此，因处分夫妻共同财产而引发的相关返还、赔偿等债务，理应属于陈 X 福、彭 X 芸婚姻关系存续期间的共同债务。根据《婚姻法解释(二)》的规定，人民法院的判决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。故对于该笔债务，应由陈 X 福、彭 X 芸共同承担清偿责任。

对于诉争房屋增值部分的损失金额，应以 2009 年 7 月 7 日即朱 X 东三人以陈 X 福、彭 X 芸为被告提起诉讼时的市场价值作为基准。朱 X 东三人不能提供确实而充分的证据证明其所主张的装潢的具体内容及金额。虽然经过专业单位的鉴定，明确了装潢的现值，但同样因为朱 X 东三人的举证不能，造成无法区分原有装潢与现有装潢的情况，而且鉴定报告的结论与朱 X 东三人所主张的金额差距较大。应参考鉴定报告的内容，酌情确定装潢损失的金额。

【适用法律】

《中华人民共和国合同法》第九十七条 合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施，并有权要求赔偿损失。

第一百零七条 当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。

第一百一十三条 当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。

经营者对消费者提供商品或者服务有欺诈行为的，依照《中华人民共和国消费者权益保护法》的规定承担损害赔偿责任。

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 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。

最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第二条 当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。

没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。

【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. 简述夫妻共同债务的清偿制度。
2. 评析夫妻共同债务的清偿原则。
3. 试论夫妻共同债务的认定标准。

【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：朱 X 东，男。

原告：王 X 珠，女。

原告：朱 X 凡，男。

法定代理人：朱 X 东、王 X 珠（系朱 X 凡父母）。

三原告委托代理人：方 x，上海 xx 律师事务所律师。

被告：陈 X 福，男。

委托代理人：毛 xx，上海 xxxx 律师事务所律师。

委托代理人：卞 x，上海 xxxx 律师事务所律师。

被告：彭 X 芸，女。

委托代理人：陆 xx，上海 xx 律师事务所律师。

原告朱 X 东、王 X 珠、朱 X 凡诉被告陈 X 福、彭 X 芸房屋买卖合同纠纷一案，本院于 2010 年 1 月 14 日受理后，依法组成合议庭，于 2010 年 4 月 21 日公开开庭进行了审理。审理中原告申请对涉讼房屋的市场价值以及室内装潢现值予以鉴定。依据原告申请，在听取双方当事人意见的基础上，本院依照相关规定委托有关专业单位对涉讼房屋的市场价值以及室内装潢现值进行了鉴定。之后，于 2010 年 9 月 26 日再次公开开庭进行了审理。原告朱 X 东及三原告委托代理人方 x、被告陈 X 福委托代理人毛 xx、被告彭 X 芸及其委托代理人陆 xx 到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告诉称，被告陈 X 福系本市徐汇区 xxx 路 xxx 弄 x 号 xxxx 室房屋（以下简称“涉讼房屋”）的原产权人，其原配偶被告彭 X 芸系云南 xxxx 人。2007 年 10 月 31 日，经上海 xx 房地产经纪有限公司居间介绍，由被告陈 X 福将该房屋以人民币 300 万元的价格转让给三原告。双方为此于 2007 年 11 月 2 日签订《上海市房地产买卖合同》，合同签订后，三原告按约支付了全部购房款，陈 X 福也按约交付了房屋。双方于 2007 年 11 月 16 日向上海市徐汇区房地产交易中心申请办理房屋过户登记手续，该中心出具了《收件收据》。原告向 xx 公司支付了两笔佣金 2 万元。2007 年 11 月 29 日，xx 省 xxx 市 xx 区人民法院在审理两被告离婚案件中，依据被告彭 X 芸的申请对该房屋进行了查封，致使交易过户手续中止办理。xx 省 xx 市 xx 区人民法院随后对离婚案件作出判决：准予两被告离婚，涉讼房屋归彭 X 芸所有。该判决经二审维持。之后，彭 X 芸向 xx 省 xx 市 xx 区人民法院申请强制执行，将该房屋强制转移至彭 X 芸名下。为此，原告认为陈 X 福已无法按约履行之前签订的《上海市房地产买卖合同》，于 2009 年 7 月 7 日向上海市徐汇区人民法院提起诉讼，要求解除原、被告间的买卖合同，要求两被告返还房价款、赔偿原告向银行借款产生的利息损失及为房屋过户交易而产生的成本，并按照合同第十条支付违约金。因上述债务产生于两被告婚姻关系存续期间，故本案所列诉讼请求应被视为夫妻共同债务，由两被告共同偿还。诉讼过程中，原告曾要求两被告承担增值部分的差价损失、契税损失、中介费损失等实际损失，但徐汇区人民法院告知另行起诉处理。2010 年 1 月 7 日，徐汇区人民法院就上述解除合同案件作出判决，解除双方买卖合同，并由两被告共同返还原告购房款 300 万元及相关利息损失。因被告的违约行为导致买卖合同解除并造成原告房屋增值部分的差价、契税、中介费等实际损失，两被告同样应依法承担相应责任。故再次起诉要求判令：1. 两被告赔偿原告因其违约而导致的涉讼房屋增值部分的损失 1 170 400 元及由此还导致的重购房产税费损失人民币 35 112 元；2. 两被告赔偿原告装修损失 150 000 元；3. 两被告赔偿原告因其违约而导致的房地产买卖居间中介服务费损失人民币 20 000 元。

被告陈 X 福辩称，不同意原告全部诉讼请求。被告陈 X 福在买卖合同的签订及履行过程中没有任何过错，不应承担违约责任。原告之所以没有取得房屋产权，是因为被告彭 X 芸在事先同意并明知房屋已合法出售给原告的情况下，为了恶意阻止交易，向 xx 市 xx 区人民法院申请司法查封所致。被告彭 X 芸主张涉讼房屋为两被告的夫妻共同财产，xx 法院也对此予以认定，那么因处分该共同财产而产生的返还、赔偿等债务也应为夫妻共同债务。

因此，如果要承担责任，也应由两被告共同承担。原告诉请的具体金额系自行估算，没有依据，被告陈 X 福不予认可。

被告彭 X 芸辩称，不同意原告诉讼请求。被告彭 X 芸在本案中没有任何过错，也没有签订过买卖合同，不应承担责任，原告提出的诉请没有事实和法律依据。原告在过户过程中收到不予登记的通知后没有及时提出解除合同，也没有将被告彭 X 芸作为第三人或被告，是原告诉请不当，由此造成的损失应由原告及被告陈 X 福承担，被告彭 X 芸不应承担原告的损失。原告在解除合同的诉讼中没有就赔偿损失提出独立的诉请，导致损失扩大，扩大的损失应由原告承担。原告主张的重购房屋税费损失并不存在，没有依据。对原告主张的装修损失不予认可，涉讼房屋原来是有装修的，原告入住后虽然对房屋重新进行过一些装修，但原告没有任何证据证明其装修的内容及金额，故对原告主张的装修金额不予认可。中介费损失与被告彭 X 芸无关，不应由被告彭 X 芸承担。根据婚姻法的相关规定，原告的损失应由被告陈 X 福承担，故应当驳回原告要求被告彭 X 芸共同承担责任的诉讼请求。

经审理查明，本市徐汇区 xxx 路 xxx 弄 x 号 xxxx 室房屋（即涉讼房屋）权利人原登记为陈 X 福。2007 年 11 月 2 日，三原告（乙方）与陈 X 福（甲方）通过上海 xx 房地产经纪有限公司居间介绍签订《上海市房地产买卖合同》，约定：乙方向甲方购买系争房屋，房价款为 300 万元；甲方同意乙方通过向贷款银行申请 150 万元贷款的形式支付第三期房价款，该期房价款由贷款银行代为乙方支付；在 2007 年 11 月 30 日之前，甲乙双方共同向房地产交易中心申请办理转让过户手续。合同第四条约定，甲方于 2007 年 12 月 31 日前腾出该房屋并通知乙方进行验收交接。合同第十条约定：甲方未按本合同第四条约定期限交接房地产的，甲、乙双方同意按下列第（一）款内容处理；（一）每逾期一日，甲方应向乙方支付已收款 0.05%的违约金，合同继续履行。上述合同办理了公证，甲方陈 X 福由具有代理权限的代理人陆 x 代为签订。

合同签订后，原告按约向陈 X 福支付了房价款 300 万元，其中 150 万元以银行贷款方式支付（贷款银行为上海浦东发展银行徐汇支行）。2007 年 11 月 14 日，陈 X 福向原告交付了房屋，原告缴纳契税 9 万元，之后又支付上海 xx 房地产经纪有限公司佣金合计 2 万元。原告入住后，对涉讼房屋进行了装修，但仍保留了部分原有装潢。2007 年 11 月 16 日，双方向上海市徐汇区房地产交易中心申请办理房屋转让过户手续。2007 年 11 月 29 日，xx 市 xx 区人民法院在审理彭 X 芸与陈 X 福的离婚案件中查封了涉讼房屋。2007 年 12 月 3 日，上海市徐汇区房地产登记处发出《不予登记告知书》。

2007 年 12 月，三原告起诉陈 X 福至本院，要求继续履行合同，陈 X 福将涉讼房屋产权过户给原告等。2008 年 5 月，本院作出（2007）徐民三（民）初字第 xxxx 号民事判决，支持原告继续履行合同的诉请等。该判决生效后，三原告向本院申请执行，因该案无继续执行的条件而被中止执行。

2009 年 7 月 7 日，原告再次起诉两被告至本院，要求解除买卖合同，两被告共同返还原告购房款 300 万元及贷款的利息损失等。2010 年 1 月 7 日，本院作出（2009）徐民三（民）初字第 xxxx 号民事判决（以下简称“xxxx 号案件”），支持了原告解除合同并要求两被告共同返还购房款及利息损失等诉请，同时判令原告向两被告返还涉讼房屋。该案审理过程中，原告曾提请法院考虑房价上涨情况给原告造成的实际损失，但因原告未能就此及时提出独立的诉讼请求，该案对此未予处理。一审判决后，被告彭 X 芸提起上诉。上海市第一中级人民法院于 2010 年 4 月 2 日作出（2010）沪一中民二（民）终字第 xxxx 号民事判决，除变更了由原告将涉讼房屋返还给被告彭 X 芸而非两被告的事项外，维持了一审其余判决内容。

2009 年 7 月 8 日，被告彭 X 芸起诉三原告至本院，要求原告迁出涉讼房屋并支付租金等。2010 年 1 月 7 日，本院作出（2009）徐民三（民）初字

第 xxxx 号民事判决，驳回了被告彭 X 芸的诉讼请求。被告彭 X 芸提起上诉，上海市第一中级人民法院驳回其上诉，维持原判。

另查明，两被告原为夫妻。2007 年 11 月 13 日，两被告签订分居协议。2007 年 11 月 26 日，xx 市 xx 区人民法院受理彭 X 芸诉陈 X 福离婚纠纷案。2008 年 6 月，一审判决准予彭 X 芸与陈 X 福离婚、上海市 xxx 路 xxx 弄 x 号 xxxx 室房屋归彭 X 芸所有等。2008 年 12 月，xx 省 xx 市中级人民法院作出维持原判的二审判决。2009 年 6 月 30 日，涉讼房屋被转移登记至彭 X 芸名下。

审理中，原告申请对涉讼房屋目前的市场价值及装潢现值进行鉴定，本院就鉴定的具体事宜征询了双方意见。对于房屋市场价值的鉴定问题，原告认为应以 1982 号案件的判决生效日期 2010 年 4 月 2 日作为房屋价值的评估基准日，两被告则认为应以 xxxx 号案件的起诉日期 2009 年 7 月 7 日作为基准日。最终，原告明确申请对涉讼房屋在上述两个日期的市场价值同时进行鉴定。对于装潢现值的鉴定问题，原告称是找朋友自行装修的，没有聘请专业的装潢公司，并无装修合同及支付装修款的凭证，装修日期大约在 2008 年的 1、2 月份。被告对此表示异议，认为涉讼房屋内原来已有装修。

本院依据原告申请，按照相关程序，委托上海 xx 房地产估价有限公司对涉讼房屋在 2009 年 7 月 7 日及 2010 年 4 月 2 日的市场价格进行评估，结论为：涉讼房屋在 2009 年 7 月 7 日为估价时点的市场价值（不含装潢）为 405 万元，在 2010 年 4 月 2 日为估价时点的市场价值（不含装潢）为 430 万元。对此鉴定结论双方均无异议。本院同时委托上海 xx 建设咨询有限公司对涉讼房屋内的装潢现值进行审价，结论为：涉讼房屋内的装修工程投入费用应为 82 329 元，以 2008 年 1、2 月份为施工时间，残值以 5 年折旧，涉讼房屋内的装潢现值为 46 653 元。对此鉴定结论，原告及被告陈 X 福并无异议，但被告彭 X 芸认为以 2008 年 1、2 月份为施工时间并无依据，而且应当扣除房屋内原有装潢的价值。

以上事实，除原、被告庭审陈述一致外，另有双方提供的买卖合同、收款收据、民事判决书、鉴定报告等证据证实，并经庭审质证无异，本院予以确认。

本院认为，根据相关法律规定，当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益。本案中，涉案的房屋买卖合同因被告陈 X 福的违约行为已经予以解除，被告陈 X 福应当承担由此给原告造成的相关损失。原告主张的房屋增值差价、装潢残值及中介费等，应属法律规定的直接损失或可得利益范畴，依法应当予以支持。但原告主张的所谓“重购房产税费损失”一项，并未实际发生，不属直接损失或可得利益范畴，故本院对原告该项诉讼请求不予支持。

本案中，双方的争议焦点主要集中在对原告所主张的房屋增值损失及装潢损失的金额认定及赔偿主体等三个方面：一、在确定涉讼房屋增值损失具体金额问题上，应当采用 2009 年 7 月 7 日或 2010 年 4 月 2 日中的哪一个时间节点的市场价值作为计算差价的基准；二、原告主张的装潢损失如何确定；三、被告彭 X 芸是否应承担共同责任。

对于第一个争议焦点，原告认为应以 xxxx 号案件的判决生效日期 2010 年 4 月 2 日的市场价值作为基准，两被告则认为应以 xxxx 号案件的起诉日期 2009 年 7 月 7 日的市场价值作为基准。对此，本院认为，因违约或侵权而导致的损失赔偿，确定损失的时间节点通常应当是违约行为或侵权行为的发生时间，或者说是守约方或权利人的合法权益明确受到侵害的时间，而且该时间节点应当是一个对双方来讲都相对固定、明确，而且不受人为因素、市场因素影响的时间，否则对任何一方而言都会有失公平。本案中，原、被告围绕涉讼房屋发生的一系列纠纷由来已久，而涉讼房屋最终在 2009 年 6

月 30 日被转移登记至被告彭 X 芸名下之后，双方对于原告已经无法继续按照买卖合同的约定获得涉讼房屋产权的事实都已明确，被告的违约行为也就此确定。为此，原告遂于 2009 年 7 月 7 日提起了以解除合同、赔偿损失为目的的 1982 号案件的诉讼，说明原告此时对被告违约行为的发生也已明知且确定。而法院对双方纠纷的判决，主要是在对事实及行为性质的认定基础上，最终对相关行为后果的强制性裁决。因此，法院判决生效的时间并非违约行为或侵权行为的发生及确定的时间，而且判决生效的时间也并非一个固定、明确而且不受人为因素影响的时间，具有不确定性。此外，本案实际上应系 xxxx 号案件的延续，原告在本案中的主张应当在 xxxx 号案件中一并提出并处理，但由于原告行使诉讼权利的不恰当，未能及时提出明确的独立的诉讼请求，才造成本案诉讼的发生。原告诉请如在 xxxx 号案件中一并予以处理，则不存在其所主张的以 2010 年 4 月 2 日作为损失节点的情况。综上，两被告主张的 2009 年 7 月 7 日相对于原告主张的 2010 年 4 月 2 日而言，被告的主张更为合理、有据，且相对公平，本院予以采纳。故本院认定涉讼房屋增值部分的损失金额为：405 万元-300 万元＝105 万元。

对于第二个争议焦点，根据法律规定，当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明，没有证据或证据不足以证明其事实主张的，则由负有举证责任的当事人承担不利后果。本案中，原告虽提出装潢损失 15 万元的主张，但却未能提供确实而充分的证据证明其所主张的装潢的具体内容及金额。虽然经过专业单位的鉴定，明确了装潢的现值，但同样因为原告的举证不能，造成无法区分原有装潢与现有装潢的情况，而且鉴定报告的结论与原告所主张的金额差距较大。故对原告的主张，本院无法采信，并应由原告承担举证不能的不利后果。但基于双方在审理过程中均确认原告入住涉讼房屋后确实重新进行了一定的装修，故本院将参考鉴定报告的内容，酌情确定装潢损失的金额。

对于第三个争议焦点，根据相关法律规定，对于夫妻共同财产，共有人在享有共同权利的同时，也应承担共同的义务，除非双方事前对此进行过明确的约定且他人明知此约定。本案中，涉讼房屋原来虽登记于被告陈 X 福名下，但其性质应属两被告夫妻关系存续期间的共同财产，被告彭 X 芸对此应无异议，而且这也是被告彭 X 芸之所以能够通过离婚诉讼而取得涉讼房屋产权的基础。而被告陈 X 福与原告之间就涉讼房屋所实施的交易行为均发生于两被告婚姻关系存续期间。因此，因处分涉讼房屋这一夫妻共同财产而引发的相关返还、赔偿等债务，理应属于两被告婚姻关系存续期间的共同债务，应由两被告承担共同的清偿责任。被告彭 X 芸辩称应适用婚姻法中有关“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。”的相关规定处理本案，但被告彭 X 芸对其主张却未能提供相应的证据予以证明，且与其之前的相关主张存有矛盾，故本院不予采信。如果被告彭 X 芸认为此非正常的夫妻共同债务，其可在向原告承担相关责任后另行向被告陈 X 福主张权利，但不能以此对抗原告的诉讼请求。

综上所述，依照《中华人民共和国合同法》第九十七条、第一百零七条、第一百一十三条、《最高人民法院关于适用＜中华人民共和国婚姻法＞若干问题的解释（二）》第二十四条、第二十五条、《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条之规定，判决如下：

一、被告陈 X 福、彭 X 芸于本判决生效之日起十日内赔偿原告朱 X 东、王 X 珠、朱 X 凡房屋增值损失人民币 105 万元；

二、被告陈 X 福、彭 X 芸于本判决生效之日起十日内赔偿原告朱 X 东、王 X 珠、朱 X 凡装潢损失人民币 2 万元；

三、被告陈 X 福、彭 X 芸于本判决生效之日起十日内赔偿原告朱 X 东、王 X 珠、朱 X 凡居间报酬

损失人民币 2 万元；

四、驳回原告朱 X 东、王 X 珠、朱 X 凡的其余诉讼请求。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十九条之规定，加倍支付延迟履行期间的债务利息。

案件受理费人民币 17 179.60 元，财产保全费 5 000 元，鉴定费用 15 500 元，合计 37 679.60 元（均由原告预付），由三原告负担 7 821.10 元，由被告陈 X 福、彭 X 芸负担 29 858.50 元。

如不服本判决，三原告及被告彭 X 芸可在判决书送达之日起十五日内，被告陈 X 福可在判决书送达之日起三十日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于上海市第一中级人民法院。

夫妻一方欠款借据载明时间晚于登记离婚时间配偶方应否承担连带清偿责任——姜 X 立诉庞 X、滕 X 伟民间借贷纠纷案

原创：2020-10-12 法律家
https://mp.weixin.qq.com/s/aDi5EAkkG7dV-KS_UqzgeQ

【中 法 码】婚姻家庭法学·离婚制度·离婚的法律后果·财产问题·债务清偿·清偿责任承担(104050104031)

【关 键 词】民事 民间借贷 债务人 借据 借款时间 配偶 离婚手续 婚姻关系 存续期间 证据 夫妻共同债务 连带清偿责任

【学科课程】婚姻家庭法学

【知 识 点】债务清偿 连带清偿责任

【教学目标】掌握债务清偿的方式，明确连带清偿责任的含义。

【裁判机关】山东省临沂市兰山区人民法院

【程序类型】民事再审

【案例效力】被国家法官学院《中国审判案例要览》(2012 年民事审判案例卷)收录

【案例信息】

【案　　由】民间借贷纠纷

【案　　号】(2009)民再初字第 13 号

【判决日期】2010 年 05 月 18 日

【审理法官】田艳梅 刘子瑜 李向欣

【申 诉 人】滕 X 伟（原审被告）

【被申诉人】姜 X 立（原审原告）

【争议焦点】

夫妻一方因生意需要在婚姻关系存续期间向债权人借款，借据载明借款时间为夫妻二人办理离婚手续之后，夫妻另一方应否对该笔债务承担连带清偿责任。

【裁判结果】

一审法院认定：被告庞 X 欠原告姜 X 立六十五万元，事实清楚、应予偿还。被告滕 X 伟、庞 X 系夫妻关系，应对婚姻关系存续期间对外所负债务，承担共同偿还的民事责任。本院按照自原告起诉之日起保护其利息损失。

一审法院判决：被告庞 X、滕 X 伟偿还原告姜 X 立借款六十五万元及利息（利息按中国人民银行同期贷款利率计算，自 2008 年 10 月 27 日起至实际履行之日止）。

抗诉机关认为：根据已经查明的事实认定，一审被告庞 X 与一审被告滕 X 伟于 2005 年已经离婚，一审民事判决认定一审被告庞 X 系在与一审被告滕 X 伟婚姻存续期间借款，属认定事实依据证据不足。据此，该笔债务并不属于婚姻存续期间的夫妻共同债务，一审被告滕 X 伟不应对该笔债务承担连带清偿责任。故本院依法提出抗诉，申请再审。

被告滕 X 伟申诉称：本人与原审被告庞 X 于 2005 年年末已办理离婚手续，而原审被告庞 X 与被申诉人姜 X 立的借款发生于 2008 年，未发生于本人与原审被告庞 X 的婚姻存续期间内，且本人对该借款事项并不知情。被申诉人姜 X 立在一审起诉书中不应将本人列为被告，本人对离婚后的债务不应承担连带责任。

被申诉人姜 X 立辩称：本人与原审被告庞 X 签订的欠条时间虽为 2008 年，但实际借款发生于再审申请人滕 X 伟与原审被告庞 X 离婚之前。因本人考虑诉讼时效等因素而要求原审被告庞 X 于 2008 年重新签写欠条，并有录音作为证据证明该事实。一审法院作出的民事判决事实认定清楚，适用法律正确。

原审被告庞 X 辩称：本案所涉及的债务实际发生于 2001 年，而被申诉人并未 2008 年没有向本人出借借款，请求法庭驳回原审原告的诉讼请求。

再审法院判决：撤销一审民事判决；改判原审被告庞 X 偿还被申诉人姜 X 立 65 万元及利息（利息按中国人民银行同期贷款利率计算，自 2008 年 10 月 27 日起至实际履行之日止）；驳回被申诉人姜 X 立要求申诉人滕 X 伟承担责任的诉讼请求。

【裁判要旨】

债务人因生意需要向债权人借款并出具借据，借据载明的时间在债务人与其配偶办理离婚手续之后。虽然债务人与债权人主张借款发生时间是在债务人与其配偶婚姻关系存续期间，但债权人未能提供有效证据证明该主张，此时应当依据借据日期认定借款发生时间。综上，上述债务不属于债务人与其配偶的夫妻共同债务，债权人无权要求债务人配偶承担债务连带清偿责任。

【法理评析】

夫妻共同债务是指夫妻一方或双方在婚姻关系存续期间，为满足夫妻共同家庭生活的需要，或者为夫妻双方共同经营等事宜，向出借人借款产生的债务。在夫妻双方离婚时，对于夫妻共同债务应当共同偿还，并承担连带清偿责任。根据我国相关司法解释规定，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。据此，能够认定系夫妻共同债务的前提条件为：第一，债务发生时间必须在婚姻存续期间，即在离婚后一方所负的债务，另一方无需担责；第二，债务的用途必须是用于夫妻共同家庭生活或者夫妻双方共同经营，即夫妻双方共同享有了举债后所产生的利益。债权人如果在债务人与配偶离婚后主张债权的，如果不能证明债务发生在债务人与其配偶婚姻存续期间，亦不能证明债务人将借款用于夫妻共同生活的，则无权要求债务人配偶共同偿还债务。

债务人为经营生意向债权人借款并出具欠条，在借款到期时未予偿还，债权人主张债务人及其配偶共同履行还款义务。而债务人实际与其配偶已经离婚，虽然债务人与债权人均主张借款发生时间是在债务人与其配偶婚姻存续期间，但是欠条所载明的时间在债务人与配偶办理离婚手续之后，债务人的配偶对该笔债务并不知情。且债权人未能提供有效证据证明债务发生时间是在债务人离婚前，应认定该笔债务属于债务人的个人债务，债务人的配偶无需对该笔债务承担连带清偿责任。

【适用法律】

《中华人民共和国民法通则》第八十四条 债是按照合同的约定或者依照法律的规定，在当事人之间产生的特定的权利和义务关系，享有权利的人是债权人，负有义务的人是债务人。

债权人有权要求债务人按照合同的约定或者依照法律的规定履行义务。

第九十条 合法的借贷关系受法律保护。

第一百零六条 公民、法人违反合同或者不履行其他义务的，应当承担民事责任。

第一百三十四条 承担民事责任的方式主要有：

（一）停止侵害；

（二）排除妨碍；

（三）消除危险；

（四）返还财产；

（五）恢复原状；

（六）修理、重作、更换；

（七）赔偿损失；

（八）支付违约金；

（九）消除影响、恢复名誉；

（十）赔礼道歉。

以上承担民事责任的方式，可以单独适用，也可以合并适用。

人民法院审理民事案件，除适用上述规定外，还可以予以训诫、责令具结悔过、收缴进行非法活动的财物和非法所得，并可以依照法律规定处以罚款、拘留。第七章诉讼时效

《中华人民共和国合同法》第六十条 当事人应当按照约定全面履行自己的义务。

当事人应当遵循诚实信用原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。

第一百零七条 借款人未按照约定的期限返还借款的，应当按照约定或者国家有关规定支付逾期利息。

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 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。

最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉审判监督程序若干问题的解释》第三十三条 人民法院应当在具体的再审请求范围内或在抗诉支持当事人请求的范围内审理再审案件。当事人超出原审范围增加、变更诉讼请求的，不属于再审审理范围。但涉及国家利益、社会公共利益，或者当事人在原审诉讼中已经依法要求增加、变更诉讼请求，原审未予审理且客观上不能形成其他诉讼的除外。

经再审裁定撤销原判决，发回重审后，当事人增加诉讼请求的，人民法院依照民事诉讼法第一百二十六条的规定处理。

《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十条 被告经传票传唤，无正当理由拒不到庭的，或者未经法庭许可中途退庭的，可以缺席判决。

第一百八十六条 人民法院按照审判监督程序再审的案件，发生法律效力的判决、裁定是由第一审法院作出的，按照第一审程序审理，所作的判决、裁定，当事人可以上诉；发生法律效力的判决、裁定是由第二审法院作出的，按照第二审程序审理，所作的判决、裁定，是发生法律效力的判决、裁定；上级人民法院按照审判监督程序提审的，按照第二审程序审理，所作的判决、裁定是发生法律效力的判决、裁定。

人民法院审理再审案件，应当另行组成合议庭。

【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 民事申诉状 律师代理意见书 民事一审判决书 民事二审判决书 民事再审判决书

【思考题和试题】

1. 债务清偿需要遵循何种原则。

2. 在何种情况下夫妻一方需要对夫妻另一方所负债务承担连带赔偿责任。

【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》

抗诉机关：山东省临沂市人民检察院。

申诉人（原审被告）：滕 X 伟。

被申诉人（原审原告）：姜 X 立。

原审被告：庞 X。

申诉人滕 X 伟因与被申诉人姜 X 立、原审被告庞 X 民间借贷纠纷一案，不服山东省临沂市兰山区人民法院人民法院(2008)民初字第 5214 号民事判决，提起再审申请。本院依法组成由审判员田艳梅担任审判长，审判员刘子瑜、李向欣参加的合议庭进行了审理。本案现已审理终结。

原审法院经审理查明：2008 年 4 月 6 日，被

告庞 X 向原告姜 X 立借款 65 万元，并为原告出具欠条一份，内容为："欠条借姜 X 立人民币陆拾伍万元整（￥650 000 元整）。欠款人：庞 X2008 年 4 月 6 日"。后原告多次催要欠款，被告至今未付。另查明，被告庞 X、滕 X 伟系夫妻关系。

原审原告姜 X 立诉称：原、被告具有亲戚关系，2008 年 4 月 6 日，被告庞 X 以做生意缺少资金为由向原告借款 65 万元。之后该款经原告多次催要，被告均以无款为由拒付。故诉至法院，请求法院依法判令二被告偿还原告欠款 65 万元及利息。

原审被告庞 X、滕 X 伟均未出庭，亦未提交答辩状。

上述事实有下列证据证明：借条一份，证明被告庞 X 欠原告姜 X 立 65 万元。

原审法院经审理认为，被告庞 X 欠原告姜 X 立借款 65 万元，有其为原告出具的欠条予以证明，本院予以认定。被告庞 X、滕 X 伟经本院传票传唤无正当理由未到庭，应视为放弃答辩及质证权利，不影响本案事实的认定。

被告庞 X 欠原告姜 X 立 65 万元，事实清楚、应予偿还。被告滕 X 伟、庞 X 系夫妻关系，应对婚姻关系存续期间对外所负债务，承担共同偿还的民事责任。本院按照自原告起诉之日起保护其利息损失。综上，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十条、《中华人民共和国民法通则》第九十条、第一百零六条、第一百三十四条一款（七）项、参照最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第二十四条的规定，作出如下判决：

被告庞 X、滕 X 伟于本判决发生法律效力后 10 日内偿还原告姜 X 立借款 65 万元及利息（利息按中国人民银行同期贷款利率计算，自 2008 年 10 月 27 日起至实际履行之日止）。

临沂市人民检察院抗诉认为，兰山区人民法院（2008）临兰民初字第 5214 号民事判决认定的基本事实缺乏证据且适用法律错误。首先，临沂市兰山区人民法院（2008）临兰民初字第 5214 号民事判决书认定庞 X 向姜 X 立借款时，滕 X 伟和庞 X 系夫妻关系，该事实缺乏证据证明。经查，庞 X 与滕 X 伟原系夫妻关系，但二人 2005 年 12 月 29 日已在民政局办理了离婚登记，有（2005）临兰离字第 001057 号离婚证为证。故原审法院认定 2008 年 4 月 6 日庞 X 向姜 X 立借款 65 万元并写借条时，庞 X、滕 X 伟系夫妻关系，显系认定事实的主要证据不足。其次，兰山区人民法院（2008）临兰民初字第 5214 号民事判决认定，庞 X 向姜 X 立所借 65 万元系庞 X 和滕 X 伟夫妻关系存续期间的共同债务，从而判令滕 X 伟和庞 X 共同偿还该笔借款，系适用法律错误。庞 X 向姜 X 立借款时，滕 X 伟和庞 X 已解除婚姻关系二年有余，该笔债务不是二人夫妻关系存续期间的共同债务，故滕 X 伟无须对本案该笔借款负还款义务。综上，依照民事诉讼法的有关规定提出抗诉，请依法再审。

滕 X 伟申诉称：（1）一审法院认定事实不清楚。一审法院认定的 2008 年 4 月 6 日庞 X 写的欠条一份，申诉人并不知情。（2）原审法院程序不合法。原审开庭前并没有向申诉人送达传票，也没有公告送达，剥夺了申诉人参加诉讼的权利，违反了诉讼法的规定，属于程序不合法，应予撤销，重新审理。（3）原审原告姜 X 立在起诉书中将申诉人列为被告（并标明申诉人与庞 X 为夫妻关系）严重错误，事实上，申诉人与庞 X 于 2005 年 12 月 29 日已经离婚，根据婚姻法，夫妻只对婚姻存续期间的债务承担连带责任，对离婚后的债务不需要承担责任，在本案中申诉人与庞 X 于 2005 年离婚，而欠条时间为 2008 年，法院判决申诉人对此欠条承担连带责任是严重错误的。

被申诉人姜 X 立辩称，兰山区人民法院 2008 临兰民初字第 5214 号民事判决并无不妥，事实上这笔债务是庞 X 和滕 X 伟夫妻存续期间的借款，用于做生意。本案的欠条落款时间虽然为 2008 年 4 月 6 日，是姜 X 立怕超过诉讼时效让庞 X 给换的借条，有录音为证。原审的判决是正确的，适用的法律并没有错误。况且在审理本案时法庭依法传唤了

申诉人和庞 X，其二人未到庭参加诉讼，放弃了答辩和质证的权利，申诉人于 2005 年 12 月 29 日办理了离婚手续，实际上也是为逃避该笔债务。

原审被告庞 X 称本案所涉及的债务是由其与姜 X 立 2001 年合伙做生意时产生的，他 2008 年没有借姜 X 立的钱，请求法庭驳回原审原告的诉讼请求。

再审法院经审理，确定原审认定的事实和证据。

另查明，申诉人滕 X 伟与被申诉人庞 X 于 2005 年 12 月 29 日协议离婚，双方在离婚协议中并未涉及该笔债务，腾建伟辩称离婚时她不知道庞 X 与姜 X 立合伙做生意的事。

另，庞 X 在再审庭审中承认欠姜 X 立 65 万元钱。

上述事实有下列证据证明：

1．借条一份，证明庞 X 欠姜 X 立 65 万元。

2．离婚协议书一份，证明申诉人滕 X 伟与被申诉人庞 X 于 2005 年 12 月 29 日协议离婚，双方在离婚协议中并未涉及对姜 X 立的该笔债务。

本院经审理认为，本案争议焦点是：涉案债务是否属于滕 X 伟和庞 X 的夫妻共同债务，申诉人滕 X 伟是否应对涉案债务承担偿还责任。

本案原审被告庞 X 与被申诉人姜 X 立虽然均承认涉案 65 万元系双方 2001 年做生意时产生的，但原审原告姜 X 立所提供的欠条系 2008 年 4 月 6 日庞 X 个人所写，该债务应为原审被告庞 X 个人债务，姜 X 立要求庞 X 变更欠条行为应视为双方于 2008 年 4 月 6 日重新设立的债权债务关系。而滕 X 伟与庞 X 已于 2005 年 12 月 29 日离婚，故该笔债务应系庞 X 个人债务，应由庞 X 个人偿还，申诉人滕 X 伟不应承担还款责任。

关于原审被告庞 X 的辩解意见，最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉审判监督程序若干问题的解释》第三十三条规定：人民法院应当在具体的再审请求范围内或在抗诉支持当事人请求的范围内审理再审案件。其辩解意见不属于检察院抗诉支持的范围，本院在本案中对其辩解意见不予支持。

本院认为，该涉案债务不属于申诉人滕 X 伟与原审被告庞 X 的夫妻共同债务，申诉人滕 X 伟不应承担还款责任。原审认定事实错误、适用法律不当，再审应予纠正。临沂市人民检察院的抗诉理由成立，再审应予支持。本案经本院审判委员会讨论决定，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百八十六条，《中华人民共和国民法通则》第八十四条、第一百零六条、第一百三十四条第一款四项，《中华人民共和国合同法》第六十条、第一百零七条，作出如下判决：

1.撤销本院(2008)临兰民初字第 5214 号民事判决。

2．原审被告庞 X 于本判决发生法律效力后 10 日内偿还被申诉人姜 X 立 65 万元及利息（利息按中国人民银行同期贷款利率计算，自 2008 年 10 月 27 日起至实际履行之日止）。

3．驳回被申诉人姜 X 立要求申诉人滕 X 伟承担责任的诉讼请求。

持有绿卡的丈夫对外欠债，不知情的妻子是否有义务偿还？|广东省广州市中级人民法院 2017-5-26

2020-10-13 涉外家事法苑 家事法苑团队

https://mp.weixin.qq.com/s/ctISACw_uhZ2wbIiBfUL_Q

本案例来源于“威科先行”。

审理法院：广东省广州市中级人民法院

案号：(2015)穗中法民四初字第 90 号

裁判日期：2017.05.26

合议庭组成：罗毅、王汇文、姚冬湖

案情简介

刘沃升(英文名：LIU,WOS)（美国永久居民）与林欣系夫妻。由于做生意需要资金周转，刘沃升、林欣常向黄万军提出借款用于短期周转，黄万军借给刘沃升、林欣的钱均通过转账的方式将钱转入了刘沃升、林欣所指定的陈某乙、刘某甲两人的帐户。后刘沃升因刑事犯罪入狱服刑。在还款期限过后，债权人起诉刘沃升、林欣还清借款。

裁判要旨

本案属涉外商事纠纷。涉外主体间签订民间借贷关系合同，签订、履行均在我国，根据《中华人民共和国合同法》第一百二十六条、《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第四十一条规定，适用中华人民共和国内地法律作为解决本案争议的准据法。

关于夫妻人身关系及财产关系，虽然夫妻一方属于涉外主体，但夫妻双方共同居住于我国内地，均具有中国国籍，故应适用中华人民共和国内地法律

婚姻关系存续期间，一方 A 对外举债，另一方 B 并未举证证明债务形成时，一方 A 与出借人明确约定为个人债务，依法应当对一方 A 的债务承担连带清偿责任。

法条

《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第二十三条规定："夫妻人身关系，适用共同经常居所地法律；没有共同经常居所地的，适用共同国籍国法律"。

第二十四条规定："夫妻财产关系，当事人可以协议选择适用一方当事人经常居所地法律、国籍国法律或者主要财产所在地法律。当事人没有选择的，适用共同经常居所地法律；没有共同经常居所地的，适用共同国籍国法律。"

最高人民法院《关于适用若干问题的解释(二)》第二十四条规定："债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务，或者能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定情形的除外。"。

文书正文

原告黄万军与被告刘沃升、林欣民间借贷纠纷一案，本院于 2015 年 6 月 9 日立案受理后，依法组成合议庭，公开开庭进行了审理。原告黄万军的诉讼代理人刘紫波、被告林欣的委托代理人周宁宇均到庭参加诉讼。被告刘沃升经本院送达开庭传票，无正当理由拒不到庭参加诉讼，本院依法缺席审理。本案现已审理终结。

原告黄万军诉称：刘沃升和林欣系夫妻关系，自 2012 年起，刘沃升、林欣由于做生意需要资金周转，常向黄万军提出借款用于短期周转，黄万军借给刘沃升、林欣的钱均通过转账的方式将钱转入了刘沃升、林欣所指定的陈某乙、刘某甲两人的帐户中，双方有借有还，资金正常往来较频密。至 2014 年 1 月 15 日止，刘沃升、林欣累计向黄万军借款 2000 万元，于是双方于 2014 年 1 月 15 日以刘沃升名义与黄万军签订了《借款及担保合同》，对之前的累计欠款进行了总结，约定于 2014 年 2 月 14 日归还，同时约定如借款方不能按合同约定方式、期限、金额向出借方还款的，出借方有权终止合同提前收回本金，借款人每逾期一天，应按逾期部分的 1%向出借方支付违约金，直到清偿之日止。但约定的还款期限届满后，刘沃升、林欣却违背信用，并未按合同约定及时还款，经黄万军给予了长达近一年的还款宽缓期限都没能将款还给黄万军。基于上述事实与理由，黄万军认为刘沃升、林欣的行为已经构成了违约，虽《借款及担保合同》是以刘沃升名义与黄万军签订，而林欣作为刘沃升的配偶，对其丈夫刘沃升的欠款依法应承担连带清

偿责任。鉴于刘沃升、林欣经黄万军多次催收，均拒绝履行还款义务，确实已无主动履行债务的可能。

综上，黄万军于 2015 年 6 月 9 日起诉时的诉讼请求为：1. 判令刘沃升立即向黄万军归还欠款人民币 2000 万元，违约金 480 万元，利息从 2014 年 2 月 15 日起按人民银行同期贷款利率计至履行完毕之日止，在判决指定履行现金给付义务之日未履行债务给付的，利息双倍计算，总计 2480 万元人民币；2、判令林欣对刘沃升所拖欠黄万军的所有债务(含本金、利息、违约金等)承担连带清偿责任。3、本案的诉讼费、保全费等由刘沃升、林欣承担。

2016 年 4 月 15 日，黄万军在开庭时明确其诉讼请求为：1. 判令刘沃升偿还人民币本金 2000 万元及违约金（违约金以 2000 万元为基数，年利率 24%，自 2014 年 2 月 15 日计算至款项实际支付之日止）；2. 判令刘沃升的配偶林欣对刘沃升所负债务承担连带清偿责任；3. 本案诉讼费用、保全费用均由刘沃升、林欣负担。

原告黄万军为支持其主张，向本院提交以下证据：

1. 2014 年 1 月 15 日《借款及担保合同》，拟证明黄万军与刘沃升对过去所形成的借款数额的确认及还款日期的约定。

2. 黄万军银行帐户明细单，拟证明黄万军按刘沃升指定的帐号依约履行了借款义务。

3. 林欣、刘沃升的夫妻关系证明及身份信息，拟证明林欣与刘沃升的夫妻关系。

4. 2012 年 2 月 29 日《借款及担保合同》、2013 年 2 月 1 日《借款及担保合同》，拟证明黄万军与刘沃升除本案借款外，还曾签署多分借款协议。

5. 张某出具的《证明》、游某出具的《证明》、张灶云出具的《证明》及张某、游某、张灶云的身份证复印件，拟证明黄万军曾通过亲戚张某、游某、张灶云向刘沃升转出其指定收款的陈某乙帐户。

6. 黄万军、蒋某银行帐户明细表，拟证明黄万军曾通过自己的帐户及妻子蒋某的账户向刘沃升指定的帐号依约履行借款义务。

7. 黄万军与蒋某的结婚证及情况说明，拟证明黄万军与蒋某是夫妻，蒋某代黄万军向刘沃升支付借款人民币 500 万元。

被告林欣答辩称：一、本案不应当对刘沃升作缺席审理及判决。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第八条的规定，民事诉讼当事人有平等的诉讼权利。人民法院审理民事案件，应当保障和便利当事人行使诉讼权利，对当事人在适用法律上一律平等。本案刘沃升虽羁押于看守所，但其作为完全民事行为能力人，在民事法律关系上与其他自然人一样享有诉讼权利。其因被羁押而不能出席庭审的情况，也不属于《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十三条所规定的“无正当理由拒不到庭”且可以缺席判决的情形。因此本案不应当对刘沃升作缺席审理及判决。

从事实查清角度而言，刘沃升作为本案借款合同法律关系的主债务人，对本案的借款事实、还款情况最为清楚，是查清本案事实的关键所在。而林欣对于本案的借款合同法律关系一无所知。可以认为，缺乏刘沃升的抗辩，本案的事实将无法查清，对林欣于不公正、不平等的境地。恳请法院让刘沃升参与本案庭审，以保障双方当事人的合法权益。

二、黄万军所主张的借款已经清偿完毕，其与刘沃升之间不存在任何未了事项。林欣经过刘沃升的刑事辩护律师口头询问得知，刘沃升已经通过陈某乙、刘某甲等案外第三人的帐户及其他帐户将本案借款清偿完毕，双方之间不存在其他未了事项，黄万军对刘沃升的债权已经灭失，其无权再就同样的事实向刘沃升及林欣主张任何权利。

三、林欣不应当就本案的债务承担任何责任。根据司法实践，并非所有发生于夫妻关系存续期间的债务都可以认定为夫妻共同债务，夫妻共同债务有其本质特征，即夫妻一方只有为夫妻共同生活需要或共同利益所负的债务，才属于夫妻共同债务。在认定夫妻共同债务时，应当着重考虑夫妻双方是否具有共同借款的意愿或夫妻双方是否共同享受

了借款所带来的利益。

本案中，林欣与刘沃升已经没有共同生活多年，刘沃升经常不返家。即使偶尔回家看望孩子也只是逗留极其短暂的时间就匆忙离去，跟林欣毫无语言交流。多年来林欣均是依靠自身力量支撑家庭生活。林欣自己具有稳定的工作和经济来源，其也没有特别支出需要如此庞大的现金流。直至收到法院所寄送的本案材料前，林欣都不知道本案借款的存在，因此林欣不可能和刘沃升存在共同借款的意愿。同时刘沃升也从来没有将款项用于夫妻共同生活。因此本案债务不应当被认定为夫妻共同债务，林欣也不应当就本案的债务承担任何责任。

四、黄万军既主张违约金又主张利息的行为属于对主债务人的双重惩罚，不应当予以支持。且黄万军没有举证证明其实际损失，其所主张的违约金明显过高。法院如最终认定主债务人即本案刘沃升存在借款事实以及应当承担违约责任，也不应同时支持利息及违约金，并应当对违约金依法予以调低。综上，请求法院依法驳回原告黄万军的全部诉讼请求。

被告林欣为支持其抗辩，向本院提交证据如下：

1. 中国工商银行出具的刘某乙、刘某甲、陈某乙《明细信息打印》、《理财金帐户历史明细清单》、《个人业务凭证》，2. 陈某乙、刘某乙、刘某甲的证明，拟证明刘沃升已经清偿涉案借款。本案借款均未用于刘沃升、林欣的家庭生活，林欣对本案借款毫不知情，不应当就此承担责任。2016 年 4 月 10 日，林欣向本院申请调取陈某乙名下，开户行为中国工商银行广州星汇园支行，帐号为 62×××08，时间起止点为 2012 年 2 月 28 日至 2014 年 7 月 31 日的交易明细。拟证明刘沃升已通过陈某乙、刘某甲等案外人偿还了黄万军的全部借款。

对于黄万军提交的上述证据，林欣的质证意见如下：对证据 1、证据 2 的真实性、合法性无异议，对关联性有异议。对证据 3 的真实性、合法性由法院依法认定，对关联性有异议。对证据 4 的真实性、合法性、关联性不予确认。对证据 5 的真实性、合法性、关联性不予确认。对证据 6 的真实性、合法性无异议，对关联性有异议。对证据 7 中的结婚证的真实性、合法性、关联性由法院予以认定。对《情况说明》的真实性、合法性、关联性均不予确认。

对于林欣提交的上述证据，黄万军的质证意见如下：对证据 1、证据 2 的真实性、合法性、关联性均不予确认。

被告刘沃升经本院依法传唤无正当理由未到庭应诉，未提交证据，也未对黄万军、林欣提交的证据发表质证意见。

为查明案件事实，经林欣申请，本院通知证人陈某乙、刘某甲、刘某乙三人出庭作证。

1、证人陈某乙的证言如下：陈某乙曾是刘沃升的司机，其以本人名义开银行卡，刘沃升将钱某在其银行卡内，用其银行卡向别人还款，其根据刘沃升的交代和刘沃升给的帐号将钱款从银行卡里汇出去，其不清楚向某万军、蒋某还款的具体数额，刘沃升发给其手机短信指示其向某万军、蒋某汇款，其已经删除这些短信。其不清楚从其银行卡帐户汇出款项的收款对象，也不记得具体的汇款时间，其自 2012 年开始用银行卡替刘沃升对外汇款至 2014 年 6 月结束。其于 2014 年 7 月份左右自行注销了该银行卡。其不认识黄万军，其并不清楚该卡中每一笔收款和取款对应黄万军和刘沃升的哪一笔经济往来，其只负责汇款并不知晓每一笔汇款偿还的是哪一位债权人的借款。其不认识张某、张灶云、游某，与这三人没有经济往来，刘沃升收取了这三人的钱款。刘沃升与林欣的夫妻关系一般，基本上不在一起，刘沃升一般很晚才回家，经常不在家。

2、证人刘某甲的证言如下：其与刘沃升同村，其银行卡里的钱都是刘沃升的，其不清楚刘沃升是否于 2013 年 5 月 23 日至 2013 年 10 月 24 日之间收取了黄万军和蒋某的 860 万元。其名下的银行卡由刘沃升实际持有，其并不清楚银行卡中款项的收入情况，刘沃升通过手机短信告诉其收款人帐号和名字，其根据刘沃升的指示汇款，其并不知晓汇款的用途，刘沃升也没有告知其每一笔汇款是偿还哪

一个债权人的借款。其不清楚黄万军与刘沃升之间有多少笔借款，其曾用银行卡向黄万军汇过款。其不清楚刘沃升的行踪，不清楚刘沃升与林欣的关系，只知道刘沃升很少回家。

3、证人刘某乙的证言如下：刘沃升以刘某乙的名义开立一个银行帐号，刘沃升发短信告知其收款人帐号、帐户名和收款行，由其汇出款项。其不清楚刘沃升与黄万军之间有多少借款及已经偿还的金额。自 2013 年 4、5 月份开立银行卡至 2014 年左右汇款，除黄万军之外还向其他人汇过款，但不记得其他人的名字。

经审理查明：2012 年 11 月 7 日，黄万军通过其在中国工商银行股份有限公司广州新塘凤凰城支行开立的帐户（帐户名：黄万军，帐号：62×××28。）向帐号 62×××08 汇入人民币 300 万元。

2012 年 12 月 10 日，黄万军通过其在中国工商银行股份有限公司广州新塘凤凰城支行开立的帐户（帐户名：黄万军，帐号：62×××11。）向帐号 62×××08 汇入人民币 50 万元。

2013 年 3 月 22 日，黄万军通过其在中国工商银行股份有限公司广州新塘凤凰城支行开立的帐户（帐户名：黄万军，帐号：62×××11。）向帐号 62×××08 汇入人民币 200 万元。

2013 年 4 月 27 日、2013 年 4 月 28 日，黄万军通过其在中国工商银行股份有限公司广州新塘凤凰城支行开立的帐户（帐户名：黄万军，帐号：62×××82。)分别向帐号 62×××08 汇入人民币 100 万元、300 万元。

2013 年 4 月 27 日，黄万军通过其在中国工商银行股份有限公司广州新塘凤凰城支行开立的帐户（帐户名：黄万军，帐号：62×××11。）向帐号 62×××08 汇入人民币 300 万元。

2013 年 5 月 2 日，黄万军通过其在中国工商银行股份有限公司广州新塘凤凰城支行开立的帐户（帐户名：黄万军，帐号：62×××82。）向帐号 62×××08 汇入人民币 50 万元。

2013 年 5 月 23 日、5 月 28 日，案外人蒋某通过其在中国工商银行股份有限公司广州新塘凤凰城支行开立的帐户（帐户名：蒋某，帐号：62×××19。）分别向帐号 62×××61 汇入人民币 150 万元、350 万元。

2013 年 6 月 20 日，黄万军通过其在中国工商银行股份有限公司广州新塘凤凰城支行开立的帐户（帐户名：黄万军，帐号：62×××82。）向帐号 62×××61 汇入人民币 150 万元。

2013 年 8 月 14 日，黄万军通过其在中国工商银行股份有限公司广州新塘凤凰城支行开立的帐户（帐户名：黄万军，帐号：62×××11。）向帐号 62×××61 汇入人民币 50 万元。

2014 年 1 月 15 日，黄万军作为出借人（甲方），刘沃升作为借款人（乙方），签订《借款及担保合同》一份。该合同约定：刘沃升向黄万军借款人民币贰仟万元（20000000）元。该借款由黄万军通过银行转账的方式向刘沃升支付 20000000 元。借款人刘沃升指定的帐号为：1. 户名：陈某乙，开户行：广州工行星汇园支行，帐号：62×××08。2. 户名：刘某甲，开户行：广州工行，帐号：62×××61、62×××94。借款期限从 2014 年 1 月 15 日起至 2014 年 2 月 14 日止。还款方式：刘沃升应当在借款期满之日向黄万军归还本金。违约责任：刘沃升不能按本合同约定方式、期限、金额向黄万军还款的，黄万军有权终止本合同提前收回本金，刘沃升每逾期一天，应按逾期部分的 1%向黄万军支付违约金，直到清偿之日止。刘沃升违约还应承担黄万军因此支付的诉讼费、执行费、律师费、评估费等实现债权的费用和其他从属费用。刘沃升确认在本合同签订时已收到黄万军提供的借款人民币贰仟万元（￥20000000 元。）

另查明，黄万军与案外人蒋某是夫妻关系。蒋某出具《情况说明》，其向 62×××61 汇入人民币 500 万元是其代黄万军向刘沃升支付的借款。

诉讼中，黄万军表示其出借的借款来源其亲友，其通过银行汇款的方式支付借款本金 20000 万元。借款合同对应的借款发生在合同签订之前，借款合

同是对双方历年发生借款的核算之一，除本案借款合同之外两人还存在其他借款合同。刘沃升所借款项用于投资或公司生意周转，刘沃升以经商为业，涉及房地产和投资。刘沃升至今未偿还借款本金及利息。林欣表示，其不清楚涉案款项的收支情况，其在 2010 年前在广播电视台任职，2010 年辞职在广告公司出任总监，月收入约一万五千元左右，全部收入用于子女教育、赡养老人。其同刘沃升均在广州居住。

本院认为，刘沃升是美国居民，本案属涉外商事纠纷。本案的法律适用：1. 民间借贷关系，由于各方当事人没有约定处理争议所适用的法律，黄万军与刘沃升存在民间借贷关系，合同的签订、履行均在我国，根据《中华人民共和国合同法》第一百二十六条、《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第四十一条规定，适用与合同有最密切联系的法律，故本院确认中华人民共和国内地法律作为解决本案争议的准据法。2. 刘沃升、林欣的夫妻人身关系及夫妻财产关系。《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第二十三条规定："夫妻人身关系，适用共同经常居所地法律；没有共同经常居所地的，适用共同国籍国法律"。该法第二十四条规定："夫妻财产关系，当事人可以协议选择适用一方当事人经常居所地法律、国籍国法律或者主要财产所在地法律。当事人没有选择的，适用共同经常居所地法律；没有共同经常居所地的，适用共同国籍国法律。"因刘沃升、林欣共同居住于我国内地，均具有中国国籍，故应适用中华人民共和国内地法律。

黄万军与刘沃升于 2014 年 1 月 15 日签订的《借款及担保合同》是双方当事人的真实意思表示，内容合法，应为有效。双方均应依约履行各自的义务。

关于《借款及担保合同》的借款本金及利息。黄万军主张涉案《借款及担保合同》是对合同签订前借款情况的结算，2000 万元的借款发生在合同签订前，该主张与黄万军提交的银行汇款凭证发生的时间、金额能够相互印证，本院予以采信。黄万军向刘沃升出借的借款本金应为 2000 万元。黄万军与刘沃升在该合同中约定刘沃升逾期还款，应按逾期部分每日 1%向其支付违约金。《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》第 6 条规定："民间借贷的利率可以适当高于银行的利率，各地人民法院可根据本地区的实际情况具体掌握，但最高不得超过银行同类贷款利率的四倍（包含利率本数）。超出此限度的，超出部分的利息不予保护。"、《中华人民共和国合同法》第二百零七条规定："借款人未按照约定的期限返还借款的，应当按照约定或者国家有关规定支付逾期利息。"，根据上述法律规定，刘沃升未依照合同约定返还借款，其应当依法支付逾期利息即逾期违约金，但上述法定最高利率不得超过银行同类贷款利率的四倍（包含利率本数）。黄万军主张按年利率 24%计算逾期利息，中国人民银行人民币贷款基准利率处于不断变化之中，综合上述法律规定及黄万军的主张，应按照中国人民银行同期同类人民币贷款基准利率的四倍，最高不超过年利率 24%计算逾期违约金。合同约定的还款期限为 2014 年 2 月 14 日，2014 年 2 月 15 日应作为计算逾期违约金的起算点。

对于涉案借款是否偿还的问题，林欣答辩称，据刘沃升称，涉案借款本金及利息已经偿还，并申请证人出庭作证。刘沃升即使处于羁押状态，仍可委托其近亲属或代理人应诉答辩，其经本院依法传唤，未到庭应诉亦未提交书面答辩意见，依法视为放弃答辩权。证人陈某乙、刘某甲、刘某乙出庭作证，但均陈述不清楚黄万军与刘沃升借款的款项往来情况，林欣提交的银行账户还款流水均发生在 2014 年 1 月 15 日之前，早于黄万军与刘沃升约定的借款期限和《借款及担保合同》的签订时间。如林欣所述涉案借款已经偿还，则刘沃升对已偿还的借款以签定书面借款合同的方式再次予以确认并承诺再次偿还显然不符合常理常识。林欣的答辩意见缺乏证据支持，本院依法不予支持。

对于林欣调查取证的申请，林欣已提交待调查

的陈某乙名下账户的部分银行流水，且陈某乙表示其并不清楚其名下银行卡中每一笔款项的性质以及是否为偿还黄万军所主张的借款本金、利息，故该账户流水并非陈某乙本人无法取得，需由法院依法进行调取的证据，也无法证明涉案借款本息的清偿情况，本院依法不予接纳。

关于涉案借款是否构成夫妻共同债务的问题。最高人民法院《关于适用若干问题的解释（二）》第二十四条规定："债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务，或者能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定情形的除外。"刘沃升在其与林欣关系存续期间对外举债，林欣并未举证证明债务形成时，刘沃升与黄万军明确约定为个人债务，依法应当对刘沃升的债务承担连带清偿责任。

综上，依照《中华人民共和国合同法》第八条、第四十四条、第六十条第一款、第一百零七条、第一百二十六条、第一百九十六条、第二百零六条、第二百零七条，《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第二十三条、第四十一条，《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》第 6 条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款、第一百四十四条、第二百五十三条，最高人民法院《关于适用若干问题的解释（二）》第二十四条的规定，判决如下：

一、被告刘沃升于本判决发生法律效力之日起 10 日内向原告黄万军偿还借款本金人民币 2000 万元及逾期违约金（以人民币 2000 万元为基数，按照中国人民银行同期同类人民币贷款基准利率的四倍，最高不超过年利率 24%，从 2014 年 2 月 15 日至款项实际支付之日计付）；

二、被告林欣对本判决第一项确定的被告刘沃升对原告黄万军的债务承担连带清偿责任；

三、驳回原告黄万军的其他诉讼请求。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

案件受理费人民币 165800 元、诉讼保全费人民币 5000 元，均由被告刘沃升、林欣共同负担。

如不服本判决，原告黄万军、被告林欣可在判决书送达之日起 15 日内，被告刘沃升可在判决书送达之日起 30 日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于广东省高级人民法院。

当事人上诉的，应在递交上诉状次日起 7 日内按不服一审判决部分的上诉请求数额向广东省高级人民法院预交上诉案件受理费。逾期不交的，按自动撤回上诉处理。

最高院：夫妻一方以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务，另一方的部分偿还行为是否可以认定为追认？

2020-10-15 法门囚徒

https://mp.weixin.qq.com/s/PWHfLPiGsKGjqVU6rKoqrw

裁判要旨

案涉借款明显超出家庭日常生活所需，配偶一方并未在案涉借条上签字，债权人亦未提供充分证据证明其曾就案涉借款所涉债务明确作出追认的意思表示。虽然该配偶一方曾向债权人转款，但仅通过这一笔银行转款的行为，即认定其有对配偶所借全部债务务追认的意思表示，依据不足。

案例索引

《王少星、姚洁民间借贷纠纷再审案》【（2020）最高法民申 3577 号】

争议焦点

夫妻一方以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务，另一方的部分偿还行为是否可以认定为追认？

裁判意见

最高院认为：根据查明的事实，2010 年 10 月 29 日，杜旭强向王少星借款 1500 万元并出具《借条》，王少星通过中国建设银行西安友谊东路支行分两笔向杜旭强账户转款合计 1500 万元。借款期间，杜旭强并未付息还本，于 2013 年 6 月 18 日向王少星重新出具了《借条》1 份，该《借条》载明，“本人借王少星本金 1500 万元，从 2010 年 10 月 30 日到 2012 年 10 月 30 日 2 年共计利息 720 万元。本金大写:壹仟伍佰万元，利息柒百贰拾万元整。利息没付，息不生息。借款延期到 2013 年 12 月 30 日，本金 1500 万元，大写:壹仟伍佰万元，月息贰分。2013 年 12 月 30 日还款，连本带息全部结清。公司第二次王少星融资款需承担的 3 分息中 1.5 分息由我承担。借款人:杜旭强 2013 年 6 月 18 日”。根据以上事实，杜旭强系以其个人名义向王少星借款，姚洁并非借款人。《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。”姚洁并未在案涉借条上签字，王少星亦未提供充分证据证明姚洁曾就案涉借款所涉债务明确作出追认的意思表示。虽然姚洁曾于 2014 年 1 月 29 日向王少星转款 80 万元，但原审判决认为仅通过这一笔银行转款的行为，即认定姚洁有对杜旭强所借 1500 万元债务追认的意思表示，依据不足，并无不当。原审判决认为案涉借款 1500 万元，明显超出家庭日常生活所需，王少星负有举证证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的证明责任，亦无不当。王少星向本院申请再审时提交了佳诚公司财务账照片、佳诚公司网页截图，拟证明姚洁、杜旭强对佳诚公司共同投资，共同经营，本案所涉债务应为共同债务。但从其提交的上述照片、网页截图载明的内容看，不能达到其证明目的。且王少星在其再审申请书中，仅主张根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条第二项、第六项的规定申请再审，并未明确主张根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条第一项即有新的证据，足以推翻原审判决为由申请再审。

未用于家庭生活且非基于夫妻合意的借款是否属于夫妻共同债务
——龚 X 娟诉严 X 娟等民间借贷纠纷案

原创：2020-10-15 法律家
https://mp.weixin.qq.com/s/c7ehpt25ZVFRQf9D6vS8yA

【中 法 码】婚姻家庭法学·离婚制度·离婚的法律后果·财产问题·债务清偿·清偿责任承担(104050104036)

【关 键 词】民事 民间借贷 婚姻关系 存续期间 个人名义 离婚手续 家庭生活 利益 合意 夫妻共同债务 清偿责任

【学科课程】婚姻家庭法学

【知 识 点】夫妻共同债务 清偿义务

【教学目标】掌握对夫妻共同债务的认定，了解夫妻共同债务的偿还义务。

【裁判机关】浙江省衢州市中级人民法院

【程序类型】民事二审

【案例效力】被《人民法院报》2011 年 7 月 21 日刊载

【案例信息】

【案　　由】民间借贷纠纷

【案　　号】(2010)浙衢商再终字第 2 号

【判决日期】2011 年 05 月 17 日

【上 诉 人】严 X 君（原审被告）

【被上诉人】龚 X 娟（原审原告）

【争议焦点】

夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义向他人借款，借款后并未将钱款用于家庭共同生活，其配偶亦未从中分享举债后所产生的利益，该借款是否属于夫妻共同债务，借款方配偶应否共同承担清偿义务。

【裁判结果】

一审法院认定：原告龚 X 娟以其持有的借条为证据主张被告叶 X 曾向其借款，被告严 X 娟对原告龚 X 娟主张的事实即证据存在异议，故原告龚 X 娟应当对借贷关系的成立及履行等事宜承担举证责任。而原告龚 X 娟在经本院多次释明后拒绝对证据申请鉴定，又未提供相应证据，故对原告龚 X 娟所提供的借条是否具有真实性无法确认。原告龚 X 娟的主张因证据不足，本院不予支持。

一审法院判决：驳回原告龚 X 娟的诉讼请求。

检察机关审查认定：一审法院举证责任分配错误，一审判决错误。

一、原审被告严 X 君主张借据不真实，则应当由原审被告严 X 君提交有效证据证明原审原告龚 X 娟所提供的借条是否具有真实性。

二、本案出现新的证据。经鉴定部门对原审被告叶 X 的签名笔迹及本案证据进行鉴定，得出的鉴定结论为原审原告龚 X 娟所提供借条中原审原告叶 X 的签名与其他样本中原审原告叶 X 的签名是同一人的笔迹。

检察机关依法向一审法院的上级法院提起抗诉。

原审被告严 X 君辩称：本人现认可该借条上原审被告叶 X 的签名系真实。但是原审被告叶 X 并未经本人同意即向原审原告龚 X 娟借款，本人并未与原审被告叶 X 夫妻达成借款合意，故该借款不属夫妻共同债务，本人不应承担清偿责任。

再审法院认定：原审原告主张原审被告曾向其借款并提供了原审被告叶 X 签写的借条，其已对其主张完成举证责任。原审被告严 X 君主张的借据不真实，应当由原审被告严 X 君提交有效证据证明原审原告龚 X 娟所提供的借条是否具有真实性。再审中，原审被告严 X 君对借条上原审被告叶 X 的签名真实予以认可，但其辩称该借款不属于夫妻共同债务，则其应当承担举证责任，而原审被告严 X 君未提供有效证据证明其主张，该笔借款应认定为夫妻共同债务。

再审法院判决：撤销一审判决；原审被告叶 X、严 X 君归还原审原告龚 X 娟借款六十五万元。

原审被告严 X 君不服再审判决，提起上诉。

二审法院判决：维持再审判决中撤销一审判决的内容；将再审判决上诉人严 X 君、原审被告叶 X 归还被上诉人龚 X 娟借款六十五万元的内容变更为：原审被告叶 X 归还被上诉人龚 X 娟借款六十五万元，并按年利率 2%计付自 2006 年 12 月 31 日至本判决确定还款之日的利息；驳回被上诉人龚 X 娟的其他诉讼请求。

【裁判要旨】

借款人在婚姻关系存续期间以其个人名义借款，借款后与其配偶办理离婚手续。因借款人未将借款用在其与配偶的共同家庭生活中，其配偶未分享借款人举债后所产生的利益，且无证据能够证明借款人系基于借款人与其配偶借款合意而借款，故

应认定该笔债务不属于夫妻共同债务，出借人无权要求借款人的配偶清偿债务。

【法理评析】

根据我国相关法律规定，离婚时，原为夫妻共同生活所负的债务，应当共同偿还。夫妻共同债务是指夫妻在婚姻关系存续期间为解决共同生活需要或者为夫妻双方共同经营、共同生产等事宜所负的债务。夫妻共同债务应当以下列两点为认定标准：第一，借款事实发生在婚姻关系存续期间；第二，借款的用途必须是用于夫妻共同家庭生活或者夫妻双方共同经营，即夫妻双方共同享有了举债后所产生的利益。据此，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，一般应当按夫妻共同债务处理，但未用于夫妻共同生活的，则不能认定为夫妻共同债务。

借款人在婚姻关系存续期间以个人名义向出借人借款，借款后借款人与配偶离婚。虽然借款事实发生在借款人婚姻关系存续期间，但是借款人并非因家庭日常生活需要而举债，举债后未将借款用在与其配偶的家庭共同生活中，其配偶并未分享借款人举债后所产生的利益。同时，借款人在借款前，亦未经过其配偶的同意，故应认定借款人向出借人借款并非出于其与其配偶共同的意思表示。因此，此笔债务不属于夫妻共同债务，出借人无权要求借款人的配偶承担清偿责任。

【适用法律】

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）》的第二十四条 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。

【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. 夫妻一方以个人名义向他人借款，该借款在何种情形下属于夫妻共同债务。

2. 哪些债务属于夫妻共同债务，婚内债务应如何偿还。

3. 简述夫妻一方对另一方的债务不承担清偿义务的情形。

【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）：严 X 君。

被上诉人（原审原告）：龚 X 娟。

原审被告：叶 X。

原审原告龚 X 娟与严 X 君、叶 X 民间借贷纠纷一案，衢州市柯城区人民法院作出（2009）衢柯民再字第 6 号，已经发生法律效力。严 X 君不服，提出上诉。本院依法组成合议庭，开庭审理了本案。本案现已审理终结。

龚 X 娟与叶 X 系朋友关系。叶 X、严 X 君原系夫妻（再婚）。2006 年 9 月至 10 月，叶 X 分三次向龚 X 娟借取现金共计人民币 65 万元，并于 2006 年 10 月 24 日向龚 X 娟出具借条一张，约定利息按年息 2 分利计，借期到 2006 年 12 月 30 日。2006 年 11 月 8 日，叶 X 与严 X 君经协议离婚。现龚 X 娟以叶 X 向其借款 65 万元逾期未归还，诉至浙江省衢州市柯城区法院，要求叶 X、严 X 娟归还借款 65 万元并承担利息。叶 X 现下落不明。

衢州市柯城区人民法院经审理认为，龚 X 娟主张叶 X 向其借款、并为此提交了借条以证明其主张事实，但严 X 娟对叶 X 出具借条的真实性提出异议，则龚 X 娟作为主张合同成立的一方当事人应对合同成立、履行等事实提交证据，经法院多次向龚 X 娟释明，龚 X 娟明确拒绝申请鉴定，又不提交其他证据予以佐证，对该借条的真实性无法认定，龚 X 娟应该继续举证予以证明，故其诉讼请求缺乏证据支持，难以支持。遂判决：驳回龚 X 娟的诉讼请求。

检察机关抗诉认为：一、按照法律规定，应当

由严 X 君提供证据证明龚 X 娟提交的借条是不真实；二、有新证据证明原审判决错误，根据对借条上叶 X 的签名笔迹进行鉴定，证实“送检落款时间为 2006 年 10 月 24 日的借条中叶 X 签名与其他样本中叶 X 之签名是同一人所写”。

柯城区人民法院再审认为，龚 X 娟对其主张借款的事实提供了叶 X 出具的欠条，已完成举证责任。严 X 君对叶 X 出具借条的具体情况并不知情而对借条中叶 X 的签名的真实性提出异议，应承担举证责任。再审中，严 X 君认可叶 X 签名的真实性，严 X 君提出其不存在与叶 X 共同借款的合意，该借款不属于夫妻共同债务之抗辩，未能提供证据。故该债务属于叶 X 与严 X 君的夫妻共同债务。遂作出判决：（一）撤销本院（2008）柯民花初字第 401 号民事判决；（二）叶 X、严 X 君于本判决生效之日起三个月内归还龚 X 娟借款 65 万元。

严 X 君不服，向衢州市中级人民法院提起上诉。

衢州市中级人民法院认为，龚 X 娟主张叶 X 向其借款 65 万元并提供借条予以证实，叶 X 未到庭参与诉讼，视为放弃了抗辩权。可以认定龚 X 娟主张叶 X 向其借款 65 万元的事实成立。该笔借款时间虽在严 X 君与叶 X 夫妻关系存续期间，但在其后的半个月内严 X 君即与叶 X 离婚，没有证据证明该笔借款系基于叶 X、严 X 君夫妻共同的举债合意，亦没有证据表明该笔借款用于夫妻共同生活，且龚 X 娟在再审一、二审庭审陈述中也承认叶 X 借该笔款项用于还高利贷。因此，不能认定该笔债务为叶 X 与严 X 君的夫妻共同债务，该笔债务应由叶 X 向龚 X 娟偿还。

2011 年 5 月 17 日，衢州市中级人民法院判决如下：一、维持衢州市柯城区人民法院（2009）衢柯民再字第 6 号民事判决第一项；二、变更衢州市柯城区人民法院（2009）衢柯民再字第 6 号民事判决第二项为：叶 X 于本判决生效之日起三个月内归还龚 X 娟借款 65 万元，并按年利率 2%计付自 2006 年 12 月 31 日至本判决确定还款之日的利息。三、驳回龚 X 娟的其他诉讼请求。

婚姻关系存续期间一方以个人名义负担的债务应能否被认定为夫妻共同债务——衷 X 诉郑 X 华民间借贷纠纷案

原创：2020-10-23 法律家
https://mp.weixin.qq.com/s/2SLTWyU2AqY8zpScPOW6Sw

【中 法 码】婚姻家庭法学·夫妻关系·财产债务关系·共同债务（10503041）

【关 键 词】民事 民间借贷 夫妻共同债务 连带赔偿责任 个人债务 利息 调解协议 强制执行

【学科课程】婚姻家庭法学

【知 识 点】夫妻共同债务 民间借贷 个人债务

【教学目标】明确夫妻共同债务的含义，理解夫妻共同债务的特征，了解民间借贷的含义。

【裁判机关】福建省南平市中级人民法院

【程序类型】民事二审

【案例效力】被最高人民法院《人民司法·案例》2017 年第 26 期(总第 793 期)收录

【案例信息】

【案　　由】民间借贷纠纷

【案　　号】（2016）闽 07 民终 811 号

【判决日期】2016 年 08 月 15 日

【审理法官】陈志勇 乐芳 邱方平

【上 诉 人】衷 X（原审原告）

【被上诉人】郑 X 华（原审被告）

【争议焦点】

在婚姻关系存续期间，夫妻一方以自己的名义借款后直接出借给第三人，该转借过程中，夫妻一方并未从中获利的，该债务是否属于夫妻共同债务。此后，因夫妻一方无法偿还该债务，债权人要求其配偶承担偿还责任，应否支持。

【裁判结果】

一审法院判决：驳回原告衷 X 的诉讼请求。

原告衷 X 不服一审判决，提起上诉。

在审理过程中，上诉人衷 X 以债务已经履行为由，申请撤回上诉。

二审法院裁定：准许上诉人衷 X 撤回上诉。

【裁判要旨】

夫妻关系存续期间，债务人以个人名义向债权人借款，用于向企业第三人放贷，由于该企业既与双方夫妻共同生活无关，也没有因放贷获利用于夫妻共同生活，则该债务不属于夫妻共同债务，是债务人的个人债务，由债务人个人负责债务清偿。

【法理评析】

依照《婚姻法》的规定，夫妻共同债务，是指在夫妻双方婚姻关系存续期间，出于维持共同生活需要或者出于共同生活目的从事经营活动，夫妻双方或一方因此所负的债务。用于夫妻共同生活是区分夫妻共同债务与夫妻个人债务的根本区别，是认定夫妻共同债务的法定标准。夫妻共同债务的性质决定了夫妻一方举债借款必须为夫妻共同生活所需，且只被限定在日常家事代理所负债务范围内。根据债务的性质、形式、范围及负债的原因、去向等因素判断，如果是因日常生活需要或者为履行扶养、赡养义务等所负的债务，即使是夫妻一方以个人名义进行的举债，都应认定为属于夫妻共同债务，除了出借人能够证明负债所得的财产是被用于家庭共同生活、经营所需或夫妻另一方事后对债务予以追认之外的，超出日常生活需要范围所负的债务，应认定为个人债务。

债务人在婚姻存续期间，以个人名义向债权人借款，此后又以相同利息将借款转借给企业第三人使用。因第三人迟延履行还款义务导致，债务人不能按约向债权人履行还款义务，致债权人请求债务人与其配偶按夫妻共同债务连带承担清偿责任。但由于企业第三人不是债务人夫妻家庭生产经营企业，债务人也并没有因向企业第三人借款盈利，足以表明债务人的借款行为并非用于夫妻共同生活的目的，不属于夫妻共同债务。人民法院不应支持债权人提出的债务人夫妻连带清偿请求。

【适用法律】

《中华人民共和国婚姻法》第四十一条 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。

《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条 当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。

第一百七十三条 第二审人民法院判决宣告前，上诉人申请撤回上诉的，是否准许，由第二审人民法院裁定。

【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. 简述夫妻共同债务的范围。
2. 简析夫妻共同债务的认定标准。
3. 论述民间借贷的种类。

【裁判文书原文】(如使用请核对裁判文书原件内容)

《民事裁定书》

上诉人（原审原告）：衷 X，女，1967 年 12 月 2 日出生，汉族，住福建省武夷山市。

被上诉人（原审被告）：郑 X 华，男，1957 年 3 月 10 日出生，汉族，住福建省武夷山市。

上诉人衷 X 因与被上诉人郑 X 华民间借贷纠纷一案，不服武夷山市人民法院（2015）武民初字第 2166 号民事判决，向本院提起上诉。本院依法组成合议庭对本案进行了审理。

本院审理过程中，上诉人衷 X 以上诉期间债务人已经履行债务为由，于 2016 年 7 月 26 日向本院撤回其上诉。

本院认为，上诉人衷 X 在本案审理期间提出撤回上诉的请求，不违反法律规定，本院予以准许。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十三条规定，裁定如下：

准许上诉人衷 X 撤回上诉。原审判决自本裁定书送达之日起发生法律效力。

二审案件受理费 5950 元，减半收取 2975 元，由上诉人衷 X 负担。

本裁定为终审裁定。

【附：一审判决书】

原告：衷 X，女，出生，汉族，住武夷山市。

被告：郑 X 华，男，汉族，住武夷山市。

原告衷 X 与被告郑 X 华民间借贷纠纷一案，于 2015 年 5 月 21 日向本院起诉。本院受理后，于 2015 年 7 月 30 日作出（2015）武民初字第 984 号民事裁定，宣判后原告衷 X 不服提出上诉。2015 年 10 月 20 日，南平市中级人民法院作出（2015）南民终字第 995 号民事裁定，撤销本院驳回起诉的民事裁定，指令本院进行审理。2015 年 11 月 23 日，本院重新立案受理后，依法另行组成合议庭，于 2016 年 1 月 6 日公开开庭进行了审理。原告衷 X，被告郑 X 华到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告衷 X 诉称，2011 年 11 月 25 日被告郑 X 华及其配偶梁 X 美以急需资金为由，向原告借款 310000 元，并约定相关利息。后经原告多次催告，被告在 2012 年 6 月分两次偿还本金 80000 元，剩余借款 230000 元及利息被告至今一直拖欠不还。为此，原告于 2013 年 8 月 26 日起诉借款人梁 X 美偿还债务，2013 年 9 月 2 日经法院组织调解，双方达成调解协议，并由法院制作（2013）武民初字第 1369 号民事调解书确认债权债务，但到履行期后梁 X 美仍未还款。因上述借款发生在被告郑 X 华与梁 X 美的婚姻关系存续期间，属于夫妻共同债务，故请求郑 X 华对（2013）武民初字第 1369 号民事调解书中梁 X 美所应负担的债务，即梁 X 美应偿还的 230000 元借款本金，以及自 2011 年 11 月 25 日起至借款还清之日止按银行同期贷款利率 4 倍计算的利息，承担连带清偿责任。

被告郑 X 华辩称，梁 X 美向原告衷 X 借款，被告并不知情；梁 X 美在 2011 年 11 月 25 日所借的 310000 元款，当天就转入了福建省武夷山兰缘茶业有限公司（以下简称兰缘茶业）的账户，并未用于家庭共同生活，对此原告衷 X 是很清楚的；梁 X 美与兰缘茶业的民间借贷纠纷已经向法院起诉，并申请执行。综上，原告衷 X 所诉该笔借款的去向很清晰，不属于夫妻共同债务，被告不承担连带清偿责任，请驳回原告诉讼请求。

经审理查明，原告衷 X 为证明其主张提供了以下证据：

证据 1、借条。证明 2011 年 11 月 25 日，梁 X 美出具借条确认向原告衷 X 借款 31 万元，约定期限二个月，月息 3 分。

证据 2、转账凭证。证明原告在当天支付了借款。

被告郑 X 华经质证认为，证据 1 是梁 X 美所写，但借款一事我不知情；证据 2 经事后得知，原告将款付给梁 X 美后，梁 X 美当天就转给兰缘茶业。

对原告衷 X 提供的证据，本院分析认证如下：被告郑 X 华对证据 1、2 的真实性无异议，本院予以确认。

被告郑 X 华为证明其主张提供了以下证据：

证据 1、汇款单。证明梁 X 美于 2011 年 11 月 25 日向原告衷 X 借款的 31 万元，当天就支付给兰缘茶业的法定代表人吴 X 财，其中汇款 26 万元，另现金支付 5 万元。

证据 2、借条、证明、兰缘茶业债务明细。共同证明款项的去处，2011 年 11 月 25 日梁 X 美向衷 X 借款 31 万元，同日还向孙省借款 8 万元，两笔合计 39 万元，全部由梁 X 美在当天借给兰缘茶业的法定代表人吴 X 财，吴 X 财亦在当天出具借条确认。

证据 3、（2012）武民初字第 393 号民事调解书。证明梁 X 美总共借款给兰缘茶业公司 130 万元，已经法院调解确认。

证据 4、（2012）武执行字第 280 号执行裁定书。证明梁 X 美已经申请执行兰缘茶业公司。

证据 5、梁 X 美的申请报告。证明包含原告衷 X 的 31 万元借款在内，梁 X 美将总共 130 万元借给了兰缘茶业公司。

原告衷 X 经质证认为，证据 1、3、4 的真实性无异议，证据 2、5 的真实性无法确认。

对被告郑 X 华提供的证据，本院分析认证如下：原告衷 X 对证据 1、3、4 的真实性无异议，本院予以确认；证据 2 能与其他证据相互印证，本院予以采信；证据 5 系电脑打字，没有当事人签名，不予采信。

在原审期间，本院调取了梁 X 美与郑 X 华的结婚证、省内婚姻历史查询，以及（2013）武民初字第 1369 号民事调解书；在本案审理期间，本院调取了兰缘茶业的企业公示登记信息，以及（2012）武民初字第 393 号案卷中兰缘茶业的营业执照、组织机构代码证、向梁 X 美借款 39 万元的借条。经质证，原、被告双方均无异议，本院予以确认。

上述证据结合庭审中原、被告双方的陈述，本案事实可作如下认定：

被告郑 X 华与梁 X 美原系夫妻，二人于 1986 年 2 月 5 日登记结婚，于 2014 年 3 月 24 日登记离婚。

2011 年 11 月 25 日，梁 X 美因兰缘茶业经营需要资金，遂帮忙借款。当日，梁 X 美向原告衷 X 借款 310000 元，衷 X 通过转账 260000 元、现金支付 50000 元给梁 X 美，梁 X 美收款后向衷 X 出具借条，载明”今向衷 X 借到人民币叁拾壹万元整，月息叁分，使用期限二个月（即 11 月 25 日—2012 年元月 24 日止）”。亦在当日，梁 X 美还向孙省借款 80000 元，双方约定”期限贰个半月（即 2011 年 11 月 25 日至 2012 年 2 月 9 日止），月息按叁分计，到期本息一次性还清”。以上两笔借款共计 390000 元，梁 X 美在当日即全部出借给兰缘茶业，兰缘茶业收款后由其法定代表人吴 X 财向梁 X 美出具借条并加盖公司财务专用章，载明”兹向梁 X 美借人民币叁拾玖万元整（390000 元），月息按 3% 计算，本息到 2012 年 2 月 8 日一次还清”。

2012 年 5 月 23 日，梁 X 美向本院起诉兰缘茶业及吴 X 财民间借贷纠纷一案，2012 年 5 月 25 日本院作出（2012）武民初字第 393 号民事调解书，确认兰缘茶业欠梁 X 美借款本金 1300000 元及利息（按人民银行同期贷款利率的四倍自 2011 年 11 月 24 日计算至还清欠款之日止），吴 X 财对该款承担连带担保责任等。该 1300000 元中即包含 2011 年 11 月 25 日兰缘茶业向梁 X 美借款的 390000 元。因兰缘茶业及吴 X 财未能依约履行民事调解书确定的还款义务，梁 X 美遂于 2012 年 7 月 5 日向本院申请强制执行。

2012 年 6 月，梁 X 美向原告衷 X 偿还借款本金 80000 元，余款 230000 元及利息未能清偿。2013 年 8 月 26 日，原告衷 X 向本院起诉梁 X 美民间借贷纠纷一案，2013 年 9 月 2 日本院作出（2013）武民初字第 1369 号民事调解书，确认梁 X 美欠原告衷 X 借款 230000 元，此款定于 2013 年 12 月 31 日前还清，并按银行同期贷款利率的四倍计算利息（自 2011 年 11 月 25 日起计算至借款还清之日止）；原告衷 X 自愿放弃其他诉讼请求等。因梁 X 美亦未能依约履行民事调解书确定的还款义务，原告衷 X 遂于 2014 年 1 月 24 日向本院申请强制执行，并于 2015 年 5 月 21 日向本院起诉被告郑 X 华，要求其对梁 X 美的债务承担连带清偿责任。

另查明，福建省武夷山兰缘茶业有限公司成立于 2007 年 8 月 24 日，法定代表人为吴 X 财，股东为吴 X 财和福建省海外环球国际旅行社股份有限公司。

本案双方争议的焦点在于梁 X 美所欠原告衷 X 的债务是否属于夫妻共同债务，被告郑 X 华是否承担连带清偿责任。

本院认为，根据《中华人民共和国婚姻法》第

四十一条的规定，认定夫妻共同债务应具备两个条件：一是该债务系婚姻关系存续期间所发生；二是该借款系用于夫妻共同生活。因此，”为夫妻共同生活”所负债务，是构成夫妻共同债务的本质特征，即在婚姻关系存续期间，夫妻双方或一方为维持共同生活的需要，或出于为共同生活的目的从事经营活动引起的债务，应为夫妻共同债务。而债务人的配偶，对该债务是否为家庭共同利益所负享有抗辩权。

本案中，梁 X 美于 2011 年 11 月 25 日向原告衷 X 所借的 310000 元，当日梁 X 美即全部出借给兰缘茶业，而兰缘茶业并不是其家庭生产经营的企业，且向原告衷 X 所借款项的利息为月息 3 分，再借给兰缘茶业的利息也还是月息 3 分，借进与借出之间不存在利息差，显然其借款目的不是经营和牟利。因此，可以认定讼争借款并非用于梁 X 美与郑 X 华夫妻关系存续期间的日常生活开支、履行抚养和赡养义务等家庭共同生活或者家庭生产经营，被告郑 X 华提出该借款应为借款人梁 X 美个人债务的抗辩，可以成立。故原告衷 X 起诉被告郑 X 华要求其对梁 X 美所欠该笔债务承担连带清偿责任，于法不符，本院难以支持。据此，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款，《中华人民共和国婚姻法》第四十一条之规定，判决如下：

驳回原告衷 X 的诉讼请求。

本案受理费 5950 元，由原告衷 X 负担。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于福建省南平市中级人民法院。

（四）离婚后财产纠纷案例

购置新房时父母的“赞助款”是赠与还是借贷？

浙江舟山两夫妻离婚后岳母要求前女婿返还婚房装修赞助款获支持

2018-10-09 人民法院报 第 03 版 陆朦璐 陈倩琳
http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2020-10/09/content_172664.htm?div=-1

现如今，子女买房结婚、父母出钱资助越来越成为常见现象。女婿在婚前求得丈母娘“赞助”的一笔装修款，究竟是赠与还是借款？近日，浙江省舟山市中级人民法院二审审结了一起丈母娘要求女婿还款的案件，最终判决女婿返还丈母娘装修款 8 万元及相应银行利息。

2008 年，章阿姨的女儿小雨和准女婿阿森到了谈婚论嫁的阶段。小两口登记结婚前，阿森的母亲从老家来到章阿姨家里，向未来亲家哭诉，称家境困难，为买房已经掏空了全部家底，儿子和准媳妇的婚房装修需要借钱。出于为小两口减轻负担的考量，章阿姨从银行取出 8 万元交给阿森，阿森将该笔钱存入了自己账户。不久，阿森便和小雨登记结婚。

2013 年，阿森和小雨协议离婚，离婚协议中并未对婚房进行分割。离婚后，小雨带着婚生女儿及章阿姨与婆婆搬离了婚房，但仍像一家人一样共同生活。章阿姨和婆婆都对小雨和阿森的离婚感到可惜，一直希望两人可以破镜重圆。然而，直到 2018 年 7 月，婆婆以婚房需要重新装修为借口搬离了小雨的住所，章阿姨才知道，阿森早已再婚并生育了一子，女儿和阿森重归于好的美梦彻底破灭。一气之下，章阿姨便将前女婿阿森告上了法庭，要求其返还 8 万元的装修借款及同期银行利息。

庭审中，阿森认为该款项为章阿姨对其的赠与，相当于聘礼，主张不予归还。一审法院以章阿姨与阿森存在民间借贷合意证据不足为由，驳回了章阿姨的诉讼请求。

二审法院审理认为，双方对于阿森收到章阿姨转账的 8 万元无异议，但关于交付理由各执一词，章阿姨认为是借款，阿森认为是赠与，故本案争议焦点为系争款项究竟属于借款还是赠与。在出借人一方没有明确表示出资系赠与的情况下，借款人应承担款项系赠与的举证责任。款项交付时小雨与阿森处于谈婚论嫁阶段，未出具借条，也符合一般生活常理，再结合婚房产权登记在阿森个人名下，离婚协议中也未对该房产进行分割等事实，认定章阿姨已就款项性质为借款完成初步举证责任。现阿森抗辩认为系争款项为章阿姨对其的赠与，相当于聘礼，但未能提供证据证明章阿姨具有赠与的意思表示，该抗辩不能成立。因此，阿森应承担举证不能的法律后果，归还章阿姨本金 8 万元及相应利息。

■法官说法■

父母资助买房不应必然认定为赠与

在父母资助案件中，考虑到双方关系特殊及中国的人情常理，父母未要求子女出具借条为常理所默认，父母方提供了转账凭证证明款项交付，且其子女一方认可借款，则父母一方已完成了初步的证明责任。非己方子女主张系赠与的，应当提供证据证明，无法举证的，则应承担举证不利后果。

本案中，章阿姨在女儿婚前转账大笔钱款给阿森，阿森的婚房登记在自己个人名下，属其婚前财产。已退休的章阿姨将自己本应用于养老的有限金钱，赠送给当时尚与其没有亲缘关系的阿森而非自己女儿的可能性微乎其微，反而是考虑到年轻人结

婚压力给予准女婿临时性资金出借，助其度过经济困窘期更符合社会常理。从社会公序良俗的角度来讲，虽然子女购房、成家，父母给予资助也属正常，但不能将父母的资助理所当然的认定为赠与，这种坐享其成的想法，亦为法律所不能支持。

基于双方当事人的特殊关系，在涉家事纠纷借贷案件中应当考虑司法活动的社会引导功能，即通过司法活动对社会价值进行选择，引导社会公众合理行为，实现社会的有效控制。体现在个案定性中，应当考虑婚嫁习俗，权衡双方利弊，准确理解法律规定，避免机械化分配举证责任。

首先，在社会价值引导方面，在当前社会离婚率不断攀升，“啃老”现象大量存在的前提下，司法不宜鼓励“啃老”行为以及“骗婚”行为，应当鼓励年轻夫妇自行积累财富，不因子女婚姻关系的不稳定而导致父母财产的大量流失，致使父母老年生活陷入困顿。

其次，从情理平衡的角度出发，父母对子女夫妻的资助并非追求还本付息；从法理上，父母对子女并无法定资助义务。除有证据证明父母已作出明确的赠与意思表示，否则父母可以要求子女返还给付财产。故在审理中，要充分考虑情感因素，将子女夫妻财产分割情况、权利与义务相当等作为重要考虑因素，以缓解双方之间的矛盾冲突。

最后，从利益平衡角度出发，父母给付相应财产，其目的是帮助夫妻二人减轻生活负担，受益的是夫妻二人。在子女夫妻离婚后，父母的权益应受到保护，同时非己方子女的权利亦应受到重视，若将父母给付的财产归为个人债务，则对非己方子女不甚公平。故应当平衡利益，对非己方子女的救济途径予以充分释明。原告仅起诉非己方子女的，应释明其追加己方子女为共同被告；若原告不同意追加的，则应在支持其诉讼主张后，向被告释明可以通过夫妻共同债务确认之诉来保障其自身权益。

（五）同居析产纠纷案例

一别两宽，未生欢喜，反而因分手协议闹上法庭？

2020-10-12 广州市白云区人民法院

https://mp.weixin.qq.com/s/YQWZs5vOV9WRssQ8U_RAaQ

现实生活中，男女在恋爱期间可能会为将来的婚姻做一系列铺垫，比如共同买房、共同投资等。可惜的是，有些恋人未走入婚姻殿堂，甚至因分割财产闹得不可开交。

那么，对情侣在恋爱期间共同经营的公司，分手后是否可以主张分割?下面以现实中发生的案例进行解答。

基本案情

阿全、阿娇原为情侣关系，于 2013 年即同居生活在一起，双方育有一子，一起经营服装生意。

2015 年 5 月 30 日，阿全、阿娇因感情破裂签订《分手协议》，约定儿子由阿娇抚养，阿全放弃抚养权且无需负责抚养金，二人所经营的公司及公司盈利、债务、奔驰车均由阿全接手。事后，阿娇既不转让公司股份，也不配合过户奔驰车，导致阿全事实上无法取得汽车所有权及公司经营权。

阿全认为，无论是阿娇拒不履行《分手协议》，还是分得的共同财产有瑕疵，都客观上导致了其分得的财产远少于阿娇，其有权要求重新分割同居共同财产或要求阿娇承担损失，故诉至法院要求阿娇支付损失 50 万元。

阿娇辩称，不同意阿全的诉讼请求。双方同居时间较短，即使同居期间，阿全也没有对其取得的财产有辅助性劳动及提供生活帮助，因此二人没有共同财产。阿全并未出资及实际参与公司经营，公司亦未做相应的财务报表及资产结算，公司的利润及债务不清晰，且也不属于双方的共同财产和共同债务，阿全无权处分。阿全主张的 50 万元的损失没有计算标准也没有法律依据，其诉讼请求已经超过法定诉讼时效，请求予以驳回。

法院认为

法院认为，根据阿全的诉讼请求及阿娇的答辩意见，本案争议焦点如下：

1.《分手协议》是否有效。《分手协议》中涉及对乾某公司财产、经营权、盈利、债务均进行了分配，但未能取得乾某公司的同意，侵害了乾某公司的合法权益，属于无效条款。部分条款无效并不导致《分手协议》当然无效，阿娇仅以部分条款无效否认《分手协议》的效力缺乏依据，依法不予支持。因此，《分手协议》为有效协议，但其中涉及乾某公司的条款为无效条款，依法对双方当事人不产生法律约束力。

2.阿娇是否应当向阿全支付 50 万元。阿娇是乾某公司的法定代表人、控股股东及实际经营者，阿全亦参与了公司的实际经营，双方在未能征得乾某公司另一股东同意的情况下分配公司的资产，双方对《分手协议》中部分条款的无效均存有过错。在《分手协议》签订时，乾某公司的资产价值约 300 万元，负债为 30 万元，阿娇的股权价值约 148.5 万元。股权的取得时间在双方共同生活期间，阿全实际参与了公司经营运作且未领取劳动报酬，故阿全依法有权参与上述股权价值的分配。同时，阿娇代为清偿的 30 万元债务，应当予以扣除。

因此，综合考虑双方的过错程度、乾某公司的资产价值及《分手协议》的履行情况，法院判决阿娇向阿全支付 50 万元。

一审宣判后，阿娇不服提起上诉。广州中院在一审法院查明认定的事实基础上，认为：从分手协

议的签订背景及约定内容分析，阿全请求阿娇赔偿其 50 万元并不违反公平原则。因为签订分手协议时乾某公司的经营状况良好，阿娇持股 55%，并全面负责公司的各项事务，使阿全有理由相信阿娇能处理好有关乾某公司的条款。虽然分手协议中关于乾某公司的条款依法被认定为无效，但上述约定仍是阿全、阿娇真实的共同意思，体现了阿娇愿意向阿全让渡其关于乾某公司相关权益的意思表示，与阿全是否参与乾某公司的经营并无关联。因此，综合考虑分手协议的背景因素、签约双方的特殊身份关系、双方的过错程度、乾某公司的资产价值以及合同其他条款的履行情况等因素，探求当事人本意，一审法院支持阿全要求阿娇支付 50 万元的诉讼请求并无不当。

综上所述，广州中院判决维持原判，驳回上诉。

法官说法

非婚同居关系，是指均无配偶的男女双方，在不违反法律禁止性规定的前提下，长期共同生活而形成的关系。同居关系不同于婚姻关系，同居男女之间并没有相互的继承权，同居的时间越长财产混同程度越高，析产就越困难。

实践中，男女双方在解除同居关系时，往往会签订协议书，就解除同居关系及子女、财产处理等问题予以约定。如果一方不履行协议书，另一方可以就履行协议诉至法院。

需要强调的是，《民法典》第一百四十三条规定："具备下列条件的民事法律行为有效：（一）行为人具有相应的民事行为能力；（二）意思表示真实；（三）不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗。"这是对民事法律行为生效要件的规定。民事法律行为成立之后，具备生效的要件才能使民事法律行为发生法律上的效力，发生设立、变更或者消灭的民事法律关系的法律后果。民事法律行为生效要件为：1. 行为人具有相应的民事行为能力；2. 意思表示真实；3. 不违反法律、行政法规的效力性强制规定；4. 不违背公序良俗。即要求民事主体从事民事活动，不得违反效力性强制性的法律和行政法规，不得违背公序良俗，否则该民事法律行为无效。

所谓的"分手协议"实质上是男女对共同生活期间产生的共同财产所做出的处理协议。因此，对此类财产处理协议需要从主观和客观两方面进行把握，结合双方真实意思表示，在不违反法律禁止性规定、社会公序良俗的前提下协商一致，以作出合法有效的协议。

撰稿及编辑：廖燕珊

总第<949>期、[2020]第<190>期

为维持恋爱关系出具欠条 分手后要求还钱

湖州吴兴法院：借贷关系因缺乏借贷合意不能成立

2020-10-30 人民法院报 第 03 版

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2020-10/30/content_173324.htm?div=-1

本报讯 （记者 余建华 通讯员 何姣 袁乐）为维持恋爱关系要求对方出具欠条，分手后应该还钱吗？近日，浙江省湖州市吴兴区人民法院审理了一起民间借贷纠纷案件，法院最终认定双方借贷关系不成立，驳回原告要求被告返还借款并支付利息的诉请。

王丽和张强是男女朋友关系，恋爱期间，两人之间资金往来频繁，其中张强交付给王丽钱款较多。后来两人因为感情纠纷产生矛盾，张强怎么想都不甘心，便要求王丽给他出具一张欠条。

欠条内容为“今借到张强人民币 10 万元整。归还日三年后 7 月 2 日。中间如发生意外，张强随时可以将钱拿回。买车四万，买房四万，借两万。如三年不乖随时将钱拿回”。

但好景不长，没过多久王丽就新交了男朋友，张强认为王丽违背了承诺，一气之下将王丽告上了法院，要求她归还借款。

法庭上张强表示，在王丽出具欠条时，他想的是如果王丽能够一直和他在一起，三年之后可以不用还这 10 万元。但是三年没到王丽就新交了男朋友，并且借条上白纸黑字写了如三年不乖随时将钱拿回，所以他认为王丽应该还钱。

法院审理后认为，原、被告之间关于该欠条所涉借款缺乏借款合意，且以人身关系作为还款条件亦违背了公序良俗，故原、被告之间的借贷关系不成立，判决驳回原告张强的全部诉讼请求。原告不服上诉，二审法院判决驳回上诉，维持原判。

■法官说法■

本案争议焦点为：原、被告之间的民间借贷关系是否成立。而借款合同的生效需要满足两个条件，即借贷双方的合意、借款的交付。

其一，借贷合意。从欠条的内容看，确实对借款数额、用途、还款期限约定明确，但约定的提前还款条件却明显违背法律。

原告张强在庭审中表达了“如果被告与其继续保持恋爱关系满三年的，被告无须归还该 10 万元”的意思，因此，维持恋爱关系才是出具欠条时的真实意思表示，所有欠条上记载的内容都足以被张强的这一意思表示所否定。由此，原、被告之间在出具欠条时根本没有借贷的合意。

其二，借款的交付。原告张强主张被告王丽所欠的 10 万元借款系双方保持男女朋友关系期间陆续出借，欠条上也明确记载了该 10 万元的组成为：买房 4 万元，买车 4 万元，借款 2 万元，但原告张强并未就这三笔款项的交付举证予以证明。

即使双方在维持男女朋友关系期间，原告张强向被告王丽真实交付了相应的款项，由于双方缺乏借贷合意，该款亦无法认定为借款。

综上，原、被告之间的借贷关系缺乏借贷合意，不能成立。

男女在恋爱中，为维持恋爱关系，互相赠送财物或者借款非常正常。但作为有理性的成年人，面对感情应当保持理性态度，不应当以人身关系作为还款条件。同时，为避免纠纷，恋人之间的借贷，也应出具借款凭证，保留好取款、转款等依据，以证明借贷事实。

（六）抚养案例

“已有家室还与我同居生女？！”她把 3 岁女儿丢下，一年后想夺回抚养权却发现……

2020-10-09 人民法院报 顾建兵 刘昌海

https://mp.weixin.qq.com/s/B5YDTdinVIYefjF1PMvBuA

夫妻离婚时，孩子往往成为争夺的焦点。如何化解抚养权纷争，为孩子创造和谐的成长环境，考验着家事法官的智慧。

两人未婚同居，还生了一个女儿，却因争夺抚养权形同陌路。近日，随着江苏省南通市中级人民法院终审判决书的送达，这起非婚生子女抚养纠纷案落下了帷幕。

草率同居 未婚生女

2012 年初，姚梅从云南来到江苏省南通市，她租了房子，凭着之前在家乡学的手艺做起了裁缝生意，专门接成衣定制和修改的活。因为干活细心、手艺好，收费合理，她的“改衣小店”很快就吸引了许多顾客，生意渐渐红火起来。

“改衣小店”的旁边有一个小超市，姚梅经常去买东西，认识了老板于小海。他给姚梅介绍了不少生意，两人一来二去便熟悉起来。于小海有时会到姚梅店里喝茶闲聊。姚梅因此得知，于小海平日里都是一个人生活。

想到男人料理家务不在行，姚梅平时做什么好吃的，总不忘给于小海带一份。那些缝缝补补的活，她也是能帮就帮。感情就这样在两个人日复一日的交往中逐渐萌生。2013 年 10 月两人开始同居。

2014 年 6 月，姚梅怀孕，她将这个好消息告诉了于小海，并希望两人能尽快登记结婚。可于小海并没有露出喜悦的表情，反而面露难色。随着肚子越来越大，姚梅的担忧与日俱增，但直到女儿小圆出生，于小海也没答应去办理结婚登记。

随后，姚梅开始给于小海施压。于小海招架不住只能摊牌，直言他在江苏省海安市老家有老婆、儿子，不可能与姚梅重组家庭。姚梅一气之下，带着女儿回了云南老家。

姚梅以为于小海会过来找自己，觉得他不会不管亲生女儿。谁知，于小海真的对她和女儿不闻不问，两人从此断了联系。

后来，姚梅在老家也交了新男友。2017 年春节过后，两人带着小圆再次来到南通创业。回到伤心地，姚梅又想到自己之前的同居生活，想到于小海如此不负责任，不禁心生怨恨。姚梅向之前的朋友打听，得知于小海将超市盘了出去，回老家生活了。

为报复于小海，姚梅带着女儿来到海安市。看到姚梅，于小海愣住了。姚梅告诉于小海的家人，两人曾经同居过，小圆是于小海的女儿，他应该承担起当爸爸的责任。

婚外情东窗事发，于小海的家里顿时乱成一片。妻子和父母都指责他，更让他不知所措的是，姚梅趁乱把女儿留在他的家中，独自离开了。

争夺女儿 各执一词

小圆刚刚满三岁，母亲离开后，她害怕陌生的环境，开始大哭。孩子的哭声让于小海一家人冷静下来。他向妻子保证，以后决不再和姚梅联系。一家人也达成了共识，孩子是无辜的，不能不管这个孩子。

从那时起，小圆开始跟随父亲生活。

如果不是姚梅的身体出现问题，或许抚养权纷争也不会出现。2018 年秋天，姚梅和男友准备登记结婚。然而，结婚前姚梅却因为妇科疾病需要住院手术。手术之后，医生告诉姚梅，她的子宫环境不好，以后受孕的几率比较小。得知这样的结果，姚梅感到很伤心，她也开始想念女儿小圆。

于是，姚梅再次来到海安市，想接走小圆。可这一次，于小海不同意，以前他和女儿没相处过，还可以不闻不问。如今共同生活了一年，他和女儿的感情越来越深，已经离不开女儿了。

双方为了小圆的抚养权争执不下，姚梅只好告到江苏省海安市人民法院。

法庭上，姚梅哭着告诉法官，她曾经被于小海欺骗，未婚生下女儿。如今，她的身体不适，以后受孕的几率很低，小圆或许是她这辈子唯一的孩子，而于小海家中还有个儿子，姚梅希望法官能将女儿的抚养权判给自己。

在姚梅看来，自己的诉求合情合理，她很有信心得到法官的支持。然而，姚梅没想到，于小海竟然在法庭上据理力争。于小海承认自己的婚外情不对，可姚梅当初把女儿扔下不管，不计后果地离开，极其不负责任。如今女儿在海安市生活得很好，也开始上幼儿园，随意改变孩子的生活环境，不利于孩子成长。

负责审理这个案子的法官表示，小圆虽然是非婚生子女，但她和婚生子女享有同等的权利。父母争夺非婚生子女抚养权时，法官同样要秉持着儿童利益最大化原则做出裁判。姚梅出具的医院证明，只是诊断她受孕几率低，并不是不能生育，因而她的理由并不能成为判决抚养权归属的主要因素。

如今，姚梅和于小海都有抚养孩子的意愿，两人经济条件相当，也都无不良嗜好。另外，姚梅的男友和于小海的妻子也都表示，愿意配合伴侣共同抚养孩子。在这种情况下该如何做出判断呢？

负责这个案子的法官综合各方因素之后，决定让姚梅和于小海依照自己现有情况，各自写一份抚养规划。法官提醒说，抚养规划中要包含以下四点：未成年子女的生活地点、受教育规划、成长规划、实现规划的经济保障。法院会依据抚养规划来判定孩子归谁抚养。

抚养规划 化解难题

按照法官的要求，于小海和家人共同制定了小圆的抚养规划。在规划中，于小海写到了小圆目前就读的幼儿园，并请幼儿园老师写了评语；另外他还拿出了房产证，依照学区划片，小圆可以在房子对应的学校就读小学和中学。于小海和家人还特别强调，每年的寒暑假，姚梅可以接走孩子共住一个月，让母女团聚。

姚梅的抚养规划，也表达出了母亲对孩子的爱，比如，定期带孩子去游乐场，保证一日三餐照顾孩子的生活。以后如果生意不好，她和男友回到云南生活，也会带孩子一同返回。但两相比较，于小海的规划更明确，更有利于孩子的成长。

海安法院审理后认为，小圆已经快 5 岁了，目前跟随父亲生活，于小海的家人也接纳孩子融入家庭，且于小海已妥善安排其进入本地幼儿园，小圆比较适应目前的生活。而按照于小海的抚养规划，小圆继续随父亲生活，有利于形成较为稳定的生活环境，培养良好的学习习惯。

最终，法院判决小圆由于小海抚养，每年的寒暑假期间，姚梅可以将孩子接去同住，实现探望权。法官表示，于小海列出的抚养规划会连同判决一同放入卷宗，姚梅也会留存复印件，日后如果于小海没有按照抚养规划履行抚养义务，姚梅可以凭此要求变更孩子的抚养权。接到法院的判决，姚梅不服，上诉到江苏省南通市中级人民法院。

这一次，姚梅辩解说，她当初将孩子留给于小海，是因为她被欺骗了。于小海说自己得了绝症，想在生命的最后一段时间与女儿团聚，不是她不负责任。可遗憾的是，姚梅无法提供相关证据证明自己的说法。

经审理，南通中院驳回姚梅的上诉，维持了原

判。

连线法官：由谁抚养主要看父母的抚养能力和条件

该案二审合议庭审判长曹璐介绍说，法院审理离婚案件，对子女由哪一方抚养一定要从有利于孩子成长考虑：一是看谁抚养更有利于孩子的身心健康，更能保障孩子的合法权益；二是看父母双方的抚养能力和抚养条件。

这个案子中，于小海在女儿刚出生时不闻不问，姚梅后期将女儿留在海安市独自离开，可以说两人都有不负责任的一面。如今两人均有抚养的意愿，且双方各方面条件相当。在这种前提下，一审法官创新审判方式，引入“抚养规划”进行判定。而从“抚养规划”来看于小海的抚养能力优于姚梅。姚梅也可以凭此“抚养规划”监督于小海的抚养行为，这样更利于孩子的成长。

曹璐提醒，《中华人民共和国婚姻法》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。在分手过程中，父母要为孩子保留一份亲情，切莫因为追求自己的幸福，给孩子留下心理的阴影。不论子女由哪一方抚养，直接抚养的一方应从有利于子女身心健康的角度出发，努力为子女创造稳定的生活环境。

（涉案人物系化名）

来源：江苏省南通市中级人民法院

编辑：杨钧博

独生女儿溺亡后，一个失独者的“外孙争夺战”：本已随他上户，却被女婿改名再上户

2020-10-12 红星新闻 记者 罗敏

https://mp.weixin.qq.com/s/B5YDTdinVIYefjF1PMvBuA

10 月 9 日下午，寒露刚过，52 岁的四川泸县太伏镇张枣村村民刘平捂了捂夹克领子，用以抵挡寒意侵袭。手捧着外孙刘某涛的照片，刘平眼睛有点湿润。

7 年前，刘平唯一的独生女刘永斯在广东小榄镇跳河溺水身亡，留下 1 岁的儿子。刘家与“女婿”（刘永斯不到法定结婚年龄，未办理结婚证）王某权约定，外孙落户到刘家并随母姓刘，父亲王某权支付生活费至孩子长大。

今年 4 月，刘平意外得知王某权在宜宾江安县五矿镇派出所给外孙上户，并将刘某涛姓名变更为“王某涛”，出生日期由 2012 年 6 月 8 日变更为 2012 年 6 月 7 日。刘平既震惊又愤怒：“害得我一无所有！”

宜宾市江安县公安局称，王某权隐瞒了孩子已在泸县太伏镇上户的情况，提供了亲子鉴定结论和不实的询问材料及证人证言等材料，孩子得以在宜宾江安县公安局“补录入户”。江安警方表示，目前已经启动核查，将根据核查结果依法作出处理。

“最孤独”村民：
失独的他，没有妻子、子女、孙辈陪伴

泸州市泸县太伏镇张枣村，村民刘平的家坐落在 3133 县道一个巨大弯道边上。10 月 9 日下午，红星新闻记者抵达张枣村时，刘平正在家门口卖柚子。但一个下午过去，刘平家的柚子几乎无人问津。

刘平在家门口卖柚子（图略）

刘平居住的是一栋三间正房的一层平房，墙外涂刷灰色的水泥砂浆，有个石板铺地的小院子，院子尽头是养兔的圈舍。和当地随处可见的乡间别墅相比，刘平的房子显得十分简陋。

“就目前这样子，外墙还是政府出钱帮我粉刷的，自己没钱搞。”刘平告诉红星新闻记者，他患有高血压、痛风导致腿疾，干不得重活。腿疾发作时，走路一瘸一拐，因此当地人都叫他“刘墉”（即刘罗锅）。

跟川南农村普遍情况一样，太伏镇张枣村大部分青壮年劳动力都外出务工，留守的都是老人孩子。但刘平却跟其他留守老人不同，他家只有他一个人，既没有老伴，也没有子女、孙辈陪伴。在当地村民的眼里，刘平无疑是“最孤独”的村民。

为了打发时间、排挤孤独，刘平在去年收养了一条狗，取名叫“小黑”。忙完工作和农活回家，逗一逗小黑，就成了刘平唯一的乐趣。小黑也显得非常稀罕它的主人，经常跳起来咬住刘平的手，却舍不得哪怕留下一个牙印。

刘平逗小黑玩（图略）

刘平是低保户，墙上张贴的《贫困户帮扶明白卡》显示：当地政府给予了刘平本人“失独特别扶助”，刘平享受了低保，同时刘平被安排到公益性岗位就业，负责打扫道路卫生，每月都有稳定的经济收入 1600 余元。

刘平展示低保证（图略）

此外，刘平勤劳而且爱卫生，家里虽然简陋，但是打扫得干干净净。刘平种了几亩柚子，每年成熟时，就在家门口摆个小推车卖柚子。刘平还养着几只鹅，院子里不时传来鹅叫声……看得出来，刘平虽然历经坎坷，依然热爱生活。

张枣村第一书记肖智勇告诉红星新闻记者，刘平是个勤快而又爱干净的人，工作之余种了果树、养殖家禽，大家对他的评价不错。

突如其来的打击：
女儿跳河溺亡 留下未满 1 岁的外孙

本来，刘平有妻子、有女儿，并不像今天这样孤独寂寞。刘平的妻子姓斯，独生女儿出世后取名刘永斯，这个名字寄托了刘平对妻子和女儿的爱和祝福。

据当地村民介绍，刘平本来是砖匠，如果不是因为病痛的折磨和影响，他家的经济条件应该很不错。但是刘平很早就不能干重活，只好放下砖刀。刘永斯十多岁，就和母亲一起前往广东，在中山一家制衣厂打工。

守在泸县太伏镇看家的刘平不知道，女儿刘永斯在工厂里认识了宜宾市江安县五矿镇青年王某权，两人从相识相爱，发展到同居生活。

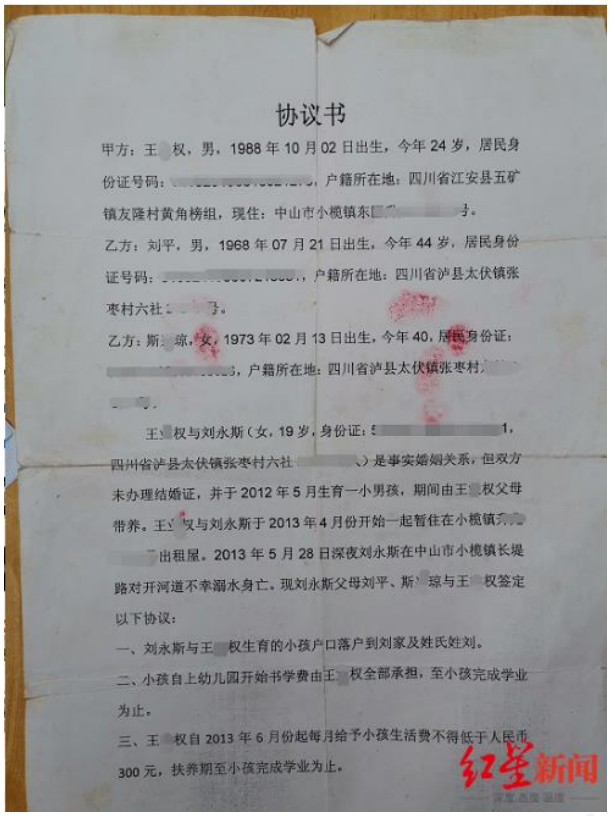
2012 年 6 月 8 日，尚未年满十八周岁的刘永斯生下一名男婴。直到此时，刘平才知道女儿与王某权的“婚事”。虽然不愿意，但木已成舟，刘平只能祝福女儿女婿的小家庭幸福美满。

当了外公的刘平还是喜悦的，他非常喜爱自己的小外孙。然而好景不长噩耗传来，“女婿在外面打牌，女儿一气之下跳河自杀。”刘平告诉红星新闻记者，刘永斯跳河那天，刚好快到外孙 1 周岁生日，而此时的刘永斯未满 19 周岁。

得到消息的刘平悲痛欲绝，赶到广东省中山市小榄镇处理善后。对于女儿之死，刘平迁怒于女婿。但当他看到襁褓中的外孙时，刘平又不得不压制自己的怒火。

“翁婿”签订协议：
约定外孙落户他家 “女婿”承担学费生活费

刘平回忆，2013 年 6 月 3 日，在小榄镇派出所的调解下，他夫妻二人与女婿王某权签订书面协议，约定外孙户口落户刘家并姓刘；王某权承担孩子学费和生活费；孩子超 300 元以上医疗费由王某权承担；王某权支付刘平夫妻生活安抚费 5 万元。



协议书

甲方：王[redacted]权，男，1988 年 10 月 02 日出生，今年 24 岁，居民身份证号码：[redacted]，户籍所在地：四川省江安县五矿镇友隆村黄角榜组，现住：中山市小榄镇东[redacted]子。

乙方：刘平，男，1968 年 07 月 21 日出生，今年 44 岁，居民身份证号码：[redacted]，户籍所在地：四川省泸县太伏镇张枣村六社[redacted]子。

乙方：斯[redacted]琼，女，1973 年 02 月 13 日出生，今年 40，居民身份证：[redacted]，户籍所在地：四川省泸县太伏镇张枣村[redacted]。

王[redacted]权与刘永斯（女，19 岁，身份证：[redacted]1，四川省泸县太伏镇张枣村六社[redacted]）是事实婚姻关系，但双方未办理结婚证，并于 2012 年 5 月生育一小男孩，期间由王[redacted]权父母带养。王[redacted]权与刘永斯于 2013 年 4 月份开始一起暂住在小榄镇[redacted]出租屋。2013 年 5 月 28 日深夜刘永斯在中山市小榄镇长堤路对开河道不幸溺水身亡。现刘永斯父母刘平、斯[redacted]琼与王[redacted]权签定以下协议：

一、刘永斯与王[redacted]权生育的小孩户口落户到刘家及姓氏姓刘。

二、小孩自上幼儿园开始书学费由王[redacted]权全部承担，至小孩完成学业为止。

三、王[redacted]权自 2013 年 6 月份起每月给予小孩生活费不得低于人民币 300 元，扶养期至小孩完成学业为止。

刘平和女婿签订的“君子协议”

刘平告诉红星新闻记者，处理完女儿的后事，他和妻子斯某琼带外孙回泸县太伏镇生活，并给外孙取名为刘某涛。2015 年 3 月 13 日，刘平提交了外孙的《出生医学证明》《协议书》等文件，三岁的刘某涛在泸县公安局太伏镇派出所取得户籍。

常住人口登记卡

姓名	刘涛	户主或与户主关系	外孙子
曾用名		性别	男
出生地	四川省江安县	民族	汉
籍贯	四川省泸县	出生日期	2012年06月08日
本市(县)其他住址		宗教信仰	
公民身份证件编号	[redacted]	身高	血型
文化程度		婚姻状况	兵役状况
何时由何地迁来本市（县）	2015年03月13日		
何时由何地迁来本址	2015年03月13日		

承办人签章：太伏派出所　　登记日期：2015 年 月 日

刘某涛 2015 年已经在泸县公安局上户入籍

刘平说，此后刘某涛在泸县太伏镇上幼儿园、在太伏镇枣子小学上一年级，并取得学籍。刘平告诉红星新闻记者，王某权实际支付了孩子生活费一年左右，而对于两位老人的生活安抚费，实际也只付了签协议时的 16900 元，尚欠 33100 元。

刘平说，考虑到两家人因为外孙刘某涛还要长久往来，刘平并没有在经济上和王某权较真。而且不管寒暑假，刘平都同意王某权把孩子带回老家宜宾江安，与爷爷奶奶生活一段时间。

“只要外孙健康平安，我就能看到希望，我老了就有人照顾。”刘平告诉红星新闻记者，女儿去世后，王某权来过刘家几次，但都是空手而来。这让他感觉王某权并不尊敬他，不过考虑到外孙，他也没计较。

接连而来的打击：
相依为命的孙子 被“女婿”接走改名上户

女儿的突然离世，让刘平夫妻度过了无数个以泪洗面的日子。为了重振生活，刘平向妻子提出“再生一个孩子”的想法。

“那时妻子才 40 岁，我才 45 岁。”刘平认为夫妻俩都符合再生育的条件，没想到他的想法被妻子拒绝，此后两人为此产生不睦，最终在外孙两岁多时夫妻离婚。斯某琼随后离开刘家，已经重新开启生活。

接连遭受女儿死亡、婚姻破裂打击的刘平把所有心思都花在了外孙身上。两三岁的孩子，每天要睡很久，但是刘平得早起奔波生活。外孙醒来他不在家，肯定会到处找他，而刘家门口就是公路，孩子独自出门不安全。

为了解决这个问题，刘平就告诉外孙：如果醒来想尿尿，外公又不在，你就尿在床下地上，然后继续睡觉。果然以后，年幼的刘某涛早起都尿在地板上，刘平回来后打水把地面拖干净。

今年 4 月，刘平在外孙学校拍摄的照片（图略）

多位村民向红星新闻记者证实，刘平一个人带外孙期间异常辛苦，把屎把尿不说，出门干活都会

把外孙背在身上。“家门口车多，屋后又有大水塘。外孙就是我的命根子，不能让他有任何闪失。”刘平说，为了外孙，他可以牺牲一切。

刘平说，刘某涛上幼儿园后，他每天接送外孙上学、放学。回到家里，外孙可以帮着外公烧火，刘平则在灶后做饭；到了晚上，外孙和外公在床上摆龙门阵，要聊到很晚才睡觉，“一家人”倒也是其乐融融。

2019 年春节前，王某权照例来接儿子回江安过年。刘平没多想，给外孙收拾好衣服、玩具、零食，目送外孙离开。没想到此一别，刘平再见外孙是在 2020 年 4 月，他“闯”进外孙就读的江安某小学。

“今年 4 月，太伏枣子小学清理学生入学情况，追问刘某涛去向，我才发现王某权在江安又给外孙上了户口。”刘平说，当他得知外孙被接走在江安五矿镇上学后感到很困惑：没有户籍、没有学籍，外孙怎么能在五矿上学？

刘某涛在太伏枣子小学的学生证（图略）

为了弄清楚原因，刘平在今年 4 月份找到外孙读书的学校，才知道外孙刘某涛已经被改名为“王某涛”，且家长提交了“王某涛”的户籍册，“王某涛”属于“正常入学”。刘平进一步追查发现，“王某涛”的入户时间为 2019 年 4 月 1 日，属于“补录入户”。

“既没征得我同意，也没跟我商量，《出生医学证明》我未提供的情况下，王某权给外孙重新上户口，就是要把外孙从我身边抢走。”刘平很愤怒，他认为王某权先是祸害了他女儿，现在又抢夺他唯一的亲人，这是他绝对无法接受的。

刘平告诉红星新闻记者，目前他找不到王某权，也没“女婿”电话。跟亲家母沟通过几次，对方告诉他“反正户口已经上了，爱咋地咋地”。

“女婿”家回应：
确实签过协议 “他索要 5 万元否则不接收外孙”

针对刘平对女婿王某权的指责，王某权的母亲姚兴莲作出了回应。姚兴莲说，孙子王某涛的名字，是出生时其母亲刘永斯取的。只是孩子还没来得及上户口，刘永斯就溺水死亡。

此后，双方确实在小榄镇派出所的调解下签订了协议，孙子以“刘某涛”为名在太伏镇入户。但是刘某涛不到三岁时，就到了宜宾江安五矿镇，跟爷爷奶奶一起生活，直到六岁多才回到外公身边，在太伏镇枣子小学读一年级。

姚兴莲说，2019 年过完春节后，王家本打算将孙子送回外公身边，让孩子继续上学。“但是刘平索要 5 万块钱，否则不接收外孙。”姚兴莲说，家里这几年接连经历“儿媳”刘永斯车祸住院、“儿媳”刘永斯死亡、儿子赌博被抓等变故，家里根本拿不出钱。

姚兴莲告诉红星新闻记者，因为经济纠纷，刘平既不接收外孙，又不愿提供户籍资料让外孙在江安入学，耽误了孩子一学期没读书。在万不得已的情况下，王家才做了亲子鉴定，从而在江安县五矿镇派出所为孙子重新上户口。

刘平外孙在江安再次上户入籍

姚兴莲为此专门回家查阅了自己保管的那份协议，确认还欠刘平三万多元。姚兴莲表示，欠刘平的钱，一定会给付。只不过目前实在拿不出钱，条件好转就会清偿刘平的债务。姚兴莲说，目前王

某权已外出打工，但工作、收入都不稳定。

刘平则告诉红星新闻记者，他当时提出的不是要 5 万块钱，而是向王某权提出“一年给五六千块钱”，但被王某权断然拒绝。翁婿由此产生不睦，孩子也没有被送回太伏，并在他不知情的情况下，再次取得户籍。

“根据当年的协议，王某权本身就欠我三万多元。”刘平认为，即使自己让“女婿”王某权还钱，也是天经地义的事情。

10 月 11 日下午，已经年满八周岁的刘某涛（王某涛）在电话中告诉红星新闻记者，他愿意跟爷爷奶奶一起生活，暂时不愿回外公家。姚兴莲则表示，不会同意注销王某涛在江安的户籍。

宜宾江安警方：
“女婿”隐瞒信息给孩子上户 启动核查程序

据宜宾江安警方相关负责人介绍，2019 年 4 月份，五矿镇村民王某权到派出所为儿子王某涛上户口。王某权无法提供儿子的出生医学证明，但提供了亲子鉴定结论报告，可以确认王某权是王某涛的亲生父亲。

但是，王某权在接受警方询问笔录时，隐瞒了儿子已经在泸州泸县太伏镇上户并上学取得学籍的关键信息，并虚假提供了儿子的出生日期，导致户籍数据录入时未出现异常，资料审核显示其提供的材料符合“补录入户”的要求，从而取得户籍。

江安警方表示，目前江安县公安局治安大队和户籍管理部门已经就刘平所反映的情况展开核查，如果核查确认同一居民在泸县和江安再次上户取得户籍，将依法作出处理。

律师分析事件三大焦点：

> 孩子补录入户是否合规？
> 双方协议是否有效？
> 孩子到底该由谁抚养？

孩子补录入户是否合规？

双方协议是否有效？

孩子到底该由谁抚养？

四川凡高律师事务所林小明律师表示，此事涉及三方面的问题需要厘清：这个被“争夺”的非婚生子应不应该改姓？这个小孩应该由谁抚养？“翁婿”之间的经济纠纷该如何处理？

孩子被改名是否符合法律规定？林小明律师认为，被“争夺”的小孩改名并不符合法律规定，目前不应当“被改名”。首先，非婚生子与婚生子享有同等的权利，因此，这个小孩姓刘符合法律规定，既属于“随母姓”也属于随外公的“其他直系长辈血亲的姓氏”。

其次，既然“翁婿”之间对于小孩的姓氏签订有“君子协议”，而该“姓氏”约定并没有违反法律强制性规定，各方应当信守并按此执行；再次，小孩在改名过程中违反了相关程序规定，警方将根据查明的情况依法处置，也就是说大概率会撤销更名的决定；最后，各方应当保持现状，待小孩年满十八周岁后再由其自行确定姓氏。

至于孩子该由谁直接抚养？毫无疑问，孩子应当由作为其法定监护人的父亲抚养。至于“翁婿”之间此前或以后可以达成由刘平直接抚养，由小孩父亲支付相应生活费的约定。如果双方经协商达不成一致意见，则小孩理应由父亲抚养，“翁婿”之间最初关于小孩抚养权的“君子协议”因违反人身权利方面的法律强制性规定，是对涉及法定权利和身份权益进行的处置，属于无效约定。

至于“翁婿”之间的经济纠纷如何解决？林小明律师认为：如果双方达不成一致解决方案，那么应该严格按照双方最初所签的“君子协议”的约定进行处置，也就是说，双方之间关于支付生活安抚费的约定合法有效，刘平可以通过法律途径追讨属于自己的相应份额。

四川鸿章律师事务所赵光华律师认为，根据《户籍登记条例》第六条，公民应当在经常居住的地方登记为常住人口，一个公民只能在一个地方登记为常住人口。刘某涛只能在一个地方登记，既然

已在泸县登记，而且泸县的登记也是符合法律规定的，那么其生父在江安登记就是错误的，应当由江安公安机关予以纠正。

赵光华律师认为，对于王某权按照协议差欠刘平的安抚费、抚养费等也应当由王某权进行支付，如果王某权拒绝支付可以向人民法院提起诉讼。

另外，关于刘某涛的抚养权问题，双方应当本着有利于孩子成长的角度友好协商处理，不应该把大人的矛盾带入到孩子成长中去，毕竟对于刘某涛的处境，其父母乃至爷爷奶奶外公外婆都是存在责任的。

红星新闻首席记者 罗敏

编辑 成序

父母离婚十多年后，女儿要求回来跟爸生活，法院这么判！

2020-10-15 江苏高院 高雁 苏露

https://mp.weixin.qq.com/s/dQEF0a6vnb4SDEurfKtbbw

父母离婚十多年后，一直跟母亲生活的 14 岁的女儿小雨提出要跟父亲生活，但父亲因为组建了新家庭断然拒绝了女儿的这一请求，为此小雨的母亲一纸诉状把前夫告上了法庭，请求变更女儿的抚养权。近日，南通市中级人民法院对这起变更抚养权纠纷作出维持一审的终审判决，小雨变更由父亲张大志抚养。

基本案情

2005 年，张大志与葛莉在启东相识并登记结婚，第二年生下女儿小雨。后双方感情不和，于 2007 年 10 月经法院调解离婚，约定小雨跟随母亲葛莉生活，抚养费由葛莉自理。2009 年 11 月张大志与杨雪再婚，并育有一名男孩。葛莉离婚后一直没有再婚，并常年在淮安等地打工，小雨跟随葛莉的父母在启东一起生活至今。

2011 年 6 月，小雨为主张抚养费向法院提起诉讼，经调解张大志每月负担小雨生活费 400 元，并承担教育费、抚养费的 1/2。后小雨以生活开支较大为由，诉至法院提高了抚养费。2019 年年初，小雨提出要跟父亲一起生活，但遭到父亲断然拒绝。

同年 8 月，葛莉以小雨坚持要与父亲共同生活为由，到启东市人民法院起诉要求变更女儿的抚养权。

但此举遭到了张大志的强烈反对。法庭上，他向法官陈述，当初是葛莉坚持要离婚并承诺自行抚养小雨，后又反悔主张抚养费，言而无信。而且，他已经重新组建了家庭，并且又生了个儿子。现在为了孩子上学，负债购买了学区房，无力维持两个小孩共同生活。同时，自离婚后小雨从未与他共同生活，双方感情基础薄弱，小雨贸然进入他的家庭并不利于孩子的健康成长。

案件审理过程中，承办法官当面向小雨进行了问询。小雨表示，父母离婚后，她一直跟随外公外婆生活，母亲常年在外地工作，对她照顾很少，所以想跟随父亲一起生活。

法院另查明，张大志再婚后全款购买了启东市区一处房产。

启东法院经审理认为，夫妻离婚后，均有抚养孩子的权利和义务。本案中，小雨一直跟随外公外婆生活，葛莉长期在外地工作，未直接尽抚养义务。现小雨已年满十四周岁，具备一定的辨识能力和责任能力，其根据父母现状和自身意愿，明确要求跟随父亲生活。其次，相比于葛莉，张大志居住生活在启东市区，有稳定收入和固定住所，具备抚养子女的能力和条件。最终，法院判决小雨变更由张大志抚养。

张大志不服，向二审法院提起上诉。南通中院

经审理维持了原判。

法官说法：

今后，已满八周岁的子女对抚养权纠纷即有话语权

“抚养、教育子女不仅是父母的权利亦是义务，且不以夫妻婚姻关系的状态而改变。”法官介绍说，《最高人民法院<关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见>》第 16 条规定：一方要求变更子女抚养关系有下列情形之一的，应予支持：（1）与子女共同生活的一方因患严重疾病或因伤残无力继续抚养子女的；（2）与子女共同生活的一方不尽抚养义务或有虐待子女行为，或其与子女共同生活对子女身心健康确有不利影响的；（3）十周岁以上未成年子女，愿随另一方生活，该方又有抚养能力的；（4）有其他正当理由需要变更的。

本案中，葛莉和张大志均放弃女儿小雨的抚养权，要求小雨跟随对方生活。法院对子女抚养权的认定从子女利益角度出发，基于小雨目前的生活状态、实际需要，并在征求其本人意见的基础上，认定其跟随父亲生活更利于孩子的成长。

“子女抚养关系的认定遵循最有利于未成年子女的原则，对于子女抚养归属的变更，父母离婚后，在一定条件下，可以根据父母双方或子女的实际情况的变化，依法予以变更。”法官指出，将于 2021 年 1 月 1 日施行的《民法典》1084 条第三款规定，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。

法官提醒，父母是孩子最信赖的人，夫妻感情破裂后，双方在追求自身幸福的同时，应把对孩子的伤害降到最低，把对孩子的抚养、教育和保护作为优先考虑的事项，这是每一位父母应当承担的法律责任和伦理责任。

来源：南通市中级人民法院

“借精生子”诞下龙凤胎，夫妻离婚争夺“抚养权”，法院判决暖心！

2020-10-24 上海法治报

https://mp.weixin.qq.com/s/-UhtTZ3nvLS23jEkJkYpFA

借精生子后，夫妻感情破裂，双胞胎兄妹又该何去何从？闪婚闪孕后，夫妻分居，患上抑郁症的母亲能否得到孩子的抚养权？近年来，新型婚姻家庭纠纷，层出不穷……

今年是《中华人民共和国婚姻法》颁布 70 周年，也是《中华人民共和国民法典》通过之年，亦是上海市妇女联合会建立 70 周年。10 月 23 日，市妇联、市法学会、市婚姻家庭研究会主办“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”，在上海市妇女儿童服务指导中心举行。

“借精生子”后夫妻离婚双胞胎兄妹何去何从？

2005 年，董女士与先生登记结婚，婚后却发现丈夫的精子基本无存活率。经夫妻共同决定，董女士通过“借精生子”的方式在 2013 年诞下了一对可爱的龙凤胎。

然而，随着子女的出生，家庭开支日益增加，双方老人的介入、男方长期在外工作等综合因素，夫妻双方的矛盾逐渐升级。

2018 年，丈夫第二次向法院提起离婚诉讼。

至此，董女士深知这段婚姻已无法挽回，但希望能够争取到两个子女的抚养权，同时分割夫妻共同财产。

本案耗时一年，经过数次庭审与证据交换，通过本次案件审理，不仅女方争取到两个子女的抚养权，同时将男方隐藏、转移的夫妻共同财产予以追回并依法分割。当收到判决后，董女士变得轻松了，双胞胎兄妹也再也不会分开了。

专家点评：

“借精生子”属于比较新的婚姻家庭类纠纷。本案中的男女双方具有合法的婚姻关系，且系双方共同商议，采用人工方式生育双胞胎。所以，双方系涉案未成年人的法定父母，享有相应的亲权。

法院也充分考虑了双方的抚养环境和条件，以未成年人利益保护最大化原则为指导，着重考虑双胞胎子女的特殊性，一事一议，没有过于教条主义地按平均原则安排直接抚养人，这也是司法为民的最本真体现。

此外，在本案中，男方在离婚过程中还有隐藏转移夫妻共同财产的不诚信行为。

明年起实施的《民法典》第 1092 条规定：“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。”

这从立法角度给出了一个更为明确的法律指引，相信对有这类非法企图的当事人会起到震慑作用，也会将妇女权益保护力度提高一个层级。

闪婚后感情破裂
抑郁症母亲能否争到抚养权？

2018 年 1 月，王红（化名）和刘明（化名）在网络游戏中相识，不久后两人开始约会。同年 4 月份，王红意外发现自己怀孕了，二人迅速登记结婚，并举办了婚礼。

然而，在游戏世界里情投意合的两人，在现实生活中却问题百出。婚后不久，王红发现刘明脾气非常暴躁，心情不好时还会对怀孕的自己实施家暴，甚至还言语威胁自己及胎儿的生命安全。同年 9 月，双方因性格不合以及没有感情基础而分居。

分居后，刘明依旧对怀孕的王红不闻不问，孕期的种种艰难也只能由王红一个人独自承担。

2019 年 1 月，儿子小凯出生了。谁料，孩子出生后仅 20 天，刘明就带着家人冲到月子中心，抢走了孩子，并拒绝让王红探视。还没来得及享受初为人母的喜悦，王红就再一次遭受了严重的打击。

短短的一年，王红经历了怀孕、结婚、分居、产子以及被夺子的变故，她患上了严重的抑郁症。无奈之下，她只能向法院提出离婚诉讼，来结束这段名存实亡的婚姻关系。

整个诉讼过程耗时近一年，双方为争夺孩子的抚养权针锋相对。但通过各方努力，双方最终达成和解。考虑到王红有严重抑郁症，且孩子又一直由刘明及其父母在抚养的实际情况。法院最终调解孩子的抚养权归刘明所有，王红支付每月 1000 元抚养费，并且每周可探视儿子。

专家点评：

从结果来看，小红因一时冲动付出了惨痛的代价。相关专家表示，法院在处理争夺孩子的直接抚养权的问题时，首先考虑的是未成年人利益保护最大化原则，主要察看的依据是直接抚养一方是否对未成年人的健康成长，包括生活和学习等各方面的考量。

本案中，由于女方患有严重抑郁症，客观上对孩子的抚养能力稍有欠缺。法院通过调解，让双方达成和解，由男方来直接抚养孩子，是较为合适的选择。

我国现行婚姻法也规定：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。因此女方也应承担一部分抚养费，并通过定期探视，尽到母亲的职责。

明年起实施的《民法典》，将未成年人利益保护最大化原则明确写入第 1084 条的规定中："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。"

以上这些新型婚姻家庭纠纷的案例，都体现了立法的调整和社会的进步。而《民法典》中婚姻家庭编，更是对婚姻家庭法律制度的完善。

家庭是社会的细胞，
婚育不是两个人的儿戏，
需要以更为审慎的态度对待和处理，
同时更不应以未成年人为砝码！

见习记者 | 谢钱钱
编辑 | 刘家杭

（七）亲子关系案例

一方单方委托鉴定机构得出的亲子鉴定结论可否直接认定亲子关系——中野 XX 诉王 X 离婚后损害责任纠纷案

原创：2020-10-26 法律家
https://mp.weixin.qq.com/s/pTCvjvE_pABbxqIt_tLaCg

【中 法 码】婚姻家庭法学·父母子女关系·抚养义务·亲子关系（10601016）

【关 键 词】民事 离婚后损害责任 单方委托 鉴定机构 检验报告 亲子关系鉴定结论 重新鉴定 举证原则 推定

【学科课程】婚姻家庭法学

【知 识 点】亲子关系 鉴定结论

【教学目标】掌握亲子鉴定结论的效力认定，了解一方否认亲子鉴定结论有效时应承担的举证责任。

【裁判机关】上海市第一中级人民法院

【程序类型】民事二审

【案例效力】被《人民法院报》2010 年 6 月 3 日刊载

【案例信息】

【案　　由】离婚后损害责任纠纷

【案　　号】(2009)沪一中民一(民)终字第 1944 号

【判决日期】2010 年 01 月 06 日

【上 诉 人】王 X（原审被告）

【被上诉人】中野 XX（原审原告）

【争议焦点】

夫妻双方离婚后，男方单方委托鉴定机构作出的亲子鉴定结论显示其与婚生子女不存在亲子关系，且女方虽否认亲子鉴定结论的效力，但未申请重新鉴定，此时，能否依据上述亲子鉴定结论认定男方与子女不存在亲子关系。

【裁判结果】

一审法院判决：被告王 X 返还原告中野 XX 抚养费三万六千元；被告王 X 支付原告中野 XX 鉴定费两千元；被告王 X 赔偿原告中野 XX 精神抚慰金两万元。

被告王 X 不服一审判决，提出上诉称：本人与被上诉人中野 XX 结婚登记一年半后生育了王 X 甲，当时医院出具的出生证明中已认定被上诉人中野 XX 是王 X 甲的生父，而被上诉人中野 XX 所提交的亲子鉴定检验报告是其单方委托鉴定机构作出的，且为检验报告，仅是一种咨询报告而非法定鉴定报告，不应采信。而对于检验报告是否合法，应当由提供鉴定结论的被上诉人中野 XX 承担举证责任，不应由本人举证。综上，请求撤销原判，驳回被上诉人中野 XX 的诉讼请求。

被上诉人中野 XX 辩称：若上诉人认为检验报告不真实、不合法，本人同意重新进行鉴定。

二审法院判决：驳回上诉，维持原判。

【裁判要旨】

夫妻双方离婚后，男方单方委托鉴定机构作出的亲子关系检验报告，证明其与婚生子女不存在血缘上的亲子关系，而女方对亲子关系检验报告的效力持否认态度。在认定亲子关系时，虽然不能直接依据男方单方委托鉴定机构作出的鉴定结论，但鉴于女方在完全具备申请重新鉴定条件的情况下拒绝重新鉴定，则可依据证据举证原则推定提供亲子鉴定结论的男方与子女不存在亲子关系。

【法理评析】

亲子鉴定是指应用医学、生物学和遗传学方

法，从人类子代和亲代的形态构造或生理机能方面的相似特点，分析人类遗传标记，判断父母与子女是否存在亲生关系的鉴定。根据我国司法解释规定，亲子鉴定结论仅作为鉴别亲子关系的证据之一，需要与其他证据相互印证，综合分析，作出正确的判断。即亲子鉴定结论需要在有其他证据相佐证的情形下才可用以认定亲子关系。同时，亲子鉴定结论在诉讼中属于鉴定结论证据的一种，故对于父母一方单方委托相关机构作出的亲子鉴定结论，如果另一方有证据足以反驳并申请重新鉴定的，人民法院应予准许。但父母一方单方委托鉴定机构作出的亲子鉴定结论不利于另一方，另一方对鉴定结论存有异议却拒绝重新鉴定的，可依法推定该鉴定结论成立。

夫妻双方离婚时女方获得了子女的抚养权，男方因此向女方支付抚养费。而后，在未征得女方同意的情况下，男方带领子女单方委托鉴定机构做亲子鉴定，结论表明男方与子女不存在血缘上的亲子关系。女方对鉴定结论的真实性和合法性持有异议的，有权申请重新鉴定。虽然男方单方委托所做的亲子鉴定结论仅系鉴定亲子关系的证据之一，不能单独以此认定男方并非该子女生父，但女方在具备重新申请鉴定条件的情况下拒绝重新鉴定的，可依法推定鉴定结论成立，即男方与该子女不存在亲子关系。据此，男方有权要求女方返还其已支付的抚养费，并要求女方支付精神损失费。

【适用法律】

最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第二十五条 当事人申请鉴定，应当在举证期限内提出。符合本规定第二十七条规定的情形，当事人申请重新鉴定的除外。

对需要鉴定的事项负有举证责任的当事人，在人民法院指定的期限内无正当理由不提出鉴定申请或者不预交鉴定费用或者拒不提供相关材料，致使对案件争议的事实无法通过鉴定结论予以认定的，应当对该事实承担举证不能的法律后果。

第七十五条 有证据证明一方当事人持有证据无正当理由拒不提供，如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人，可以推定该主张成立。

【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. 简述夫妻单方委托鉴定机构作出的亲子鉴定结论可直接作为定案依据的前提条件。

2. 浅析男方与婚生子女无亲子关系时，离婚后其应否承担抚养义务。

【裁判文书原文】（如使用请核对裁判文书原件内容）

《民事判决书》

上诉人（原审被告）：王 X。

委托代理人徐 X，上海市建纬律师事务所律师。

被上诉人（原审原告）：中野 XX。

委托代理人裴 X、施 X 平，上海城开律师事务所律师。

上诉人王 X 因其他人身损害赔偿纠纷一案，不服上海市松江区人民法院（2008）松民一（民）初字第 4678 号民事判决，向本院提起上诉。本院于 2009 年 4 月 16 日受理后，依法组成合议庭，于 2009 年 5 月 20 日公开开庭审理了本案。上诉人王 X 的委托代理人和被上诉人中野 XX 的委托代理人均到庭参加了诉讼。本案现已审理终结。

原审法院认定，中野 XX 与王 X 原系夫妻关系，王 X 于 2003 年 11 月 13 日生育一女王 X 甲。2007 年 3 月 5 日，中野 XX 委托复旦大学上海医学院法医学鉴定中心对其与王 X 甲做亲子鉴定，检验结论为“排除中野 XX 与王 X 甲的父女关系”。中野 XX 遂以其与王 X 甲之间不存在亲子关系为由诉至法院，要求王 X 返还抚养费、赔偿其精神损害抚慰金等。原审庭审中，中野 XX 确认在携带王 X 甲

去做亲子关系鉴定时未告知王 X 并征得其同意，在鉴定报告出来后也未告知王 X。

原审法院审理后认为，中野 XX 向法院提供了亲子关系检验报告，王 X 虽对检验报告就血样的采取手续是否合法而无法核实其真实性提出异议，但未提供其他推翻该结论的证据，也不同意中野 XX 提出的再次进行亲子鉴定的请求，故其应当承担举证不能的法律后果，原审法院依据该鉴定结论排除了中野 XX 与王 X 甲之间的父女关系。另，中野 XX 的诉讼请求并未超过诉讼时效。综合本案相关证据，原审法院判决如下：一、王 X 于判决生效后十日内返还中野 XX 抚养费 36,000 元；二、王 X 于判决生效后十日内支付中野 XX 鉴定费 2,000 元；三、王 X 于判决生效后十日内赔偿中野 XX 精神抚慰金 20,000 元。王 X 如果未按判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十九条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。案件受理费 3,934 元，由中野 XX 负担 2,684 元，由王 X 负担 1,250 元。

判决后，王 X 不服，向本院提起上诉，要求撤销原判，驳回被上诉人原审时所有诉讼请求。其上诉称：首先，被上诉人提交的检验报告，系其自己委托鉴定机构鉴定的，其合法性和真实性无法确认，且该鉴定仅仅是一种咨询报告，不具有法律效力，更何况王 X 甲系上诉人与被上诉人结婚一年半后所生，医学出生证明已经认定王 X 甲系被上诉人所生，故该检验报告不能被采信。其次，被上诉人提出否定其与王 X 甲亲子关系存在的事实，应该由其举证证明其证据合法，而非由上诉人举证证明其不合法。另，因为王 X 甲是一个独立的自然人，上诉人事实上无法配合被上诉人进行鉴定，上诉人并不存在妨害举证的情形。

被上诉人则不同意上诉人的上诉请求。其辩称：原审认定事实清楚，适用法律正确。如果上诉人不认可检验报告，则可以重新进行鉴定。

本院经审理查明，原审查明事实无误。

本院经审理认为，首先，对于检验报告能否被采信的问题。根据法律规定，在婚姻关系存续期间怀孕或出生的子女，应以其母亲的丈夫为父亲。但该亲子关系仅仅是一种法律上的推定，其可能与客观事实不符而被客观事实所推翻。被上诉人为否认其与王 X 甲之间的亲子关系，提供了亲子关系检验报告。上诉人虽然对该检验报告的真实性和合法性予以否认，但却无法提供证据予以证明，故该检验报告可以作为证据被法院采信。原审法院认定该检验报告的证明效力并无不当，本院予以维持。其次，对于能否推定亲子关系不成立的问题。被上诉人提供的检验报告仅仅是作为一种咨询报告而非法定鉴定报告，因而在没有其他证据相佐证的情形下，该咨询报告不能作为司法鉴定结论从而直接认定亲子关系不成立。但即便如此，该检验报告也足以使本院对被上诉人与王 X 甲之间是否存在亲子关系产生疑义。而现有证据表明，上诉人对被上诉人提供的检验报告并不认可，故本案要确定被上诉人与王 X 甲之间是否存在亲子关系，在无其他证据可以证明的情形下，重新进行鉴定是查明被上诉人与王 X 甲之间是否存在亲子关系的唯一证明方式。如果鉴定结论显示被上诉人与王 X 甲之间不存在亲子关系，而被上诉人对孩子精心的呵护和付出了大量的关爱，被上诉人不仅要承担本来不应该由其负担的孩子的抚养费，而且在精神上必然遭受巨大痛苦，这对被上诉人来说极不公平。现查明王 X 甲已经离开被上诉人，与上诉人共同生活，被上诉人已经不具备进行重新鉴定的条件。虽然上诉人对被上诉人与王 X 甲之间不存在亲子关系并不负有举证责任，但因为上诉人在可以进行重新鉴定的情形下拒绝鉴定，使得负有举证责任的被上诉人不可能再提供证据，使得被上诉人与王 X 甲之间是否存在亲子关系无证据可资证明。故根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第七十五条规定：“有证据证明一方当事人持有证据无正当理由拒不提供，如果对方当事人主张该证据的

内容不利于证据持有人，可以推定该主张成立”，本案重新鉴定所要证明的内容明显不利于上诉人一方，而上诉人却在具备重新鉴定条件的情形下，拒绝重新鉴定，故本院可以推定被上诉人与王 X 甲之间不存在亲子关系的主张成立。

综上所述，原审法院判决尚属合理，并无不当，本院予以维持。据此，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

上诉案件受理费 1 250 元，由上诉人王 X 承担。

本判决为终审判决。

夫妻一方抚养对方与第三人以代孕方式生育的子女的是否获取该子女的监护权——罗 X 耕、谢 XX 诉陈 X 监护权纠纷案

2020-10-27 法律家
https://mp.weixin.qq.com/s/5tir_wn2fVPqT2JUO2qpqw

【中 法 码】婚姻家庭法学·监护关系·监护权认定 (108012)

【关 键 词】民事 婚姻家庭法学 监护权 夫妻 抚养 女方 男方 婚生子女非婚生子女 非法代孕 血缘关系 继父母子女关系 保护未成年人 抚养意愿 抚养事实

【学科课程】婚姻家庭法学

【知 识 点】继父母子女关系 拟制血亲 监护权

【教学目标】掌握继父母子女关系的概念，明确拟制血亲的定义。

【裁判机关】上海市第一中级人民法院

【程序类型】民事二审

【案例效力】被最高人民法院中国应用法学研究所《人民法院案例选》2017 年第 3 辑(总第 109 辑)收录

【案例信息】

【案　　由】监护权纠纷

【案　　号】（2015）沪一中少民终字第 56 号

【判决日期】2016 年 06 月 17 日

【审理法官】侯卫清 胡天和 潘兵

【上 诉 人】陈 X（原审被告）

【被上诉人】罗 X 耕 谢 XX（原审原告）

【上诉人代理人】方洁(上海瀛东律师事务所) 谭芳（上海市华诚律师事务所）

【被上诉人代理人】乐佳 李辽祺（上海合勤律师事务所）

【争议焦点】

夫妻双方进行再婚登记后因女方患有不孕不育，故男女双方经商定通过代孕方式生育子女，并将该子女交由女方抚养，而后男方因病去世。此种情况下，男方父母是否可以女方与该代孕子女之间不存在血亲关系为由，取得该代孕子女的监护权？

【裁判结果】

一审法院认定：1. 依据两份涉案司法鉴定，被告陈 X 与罗某丁、罗某戊不存在自然血亲关系。2. 因罗乙与被告陈 X 通过买卖卵子、委托代孕的方式生育罗某丁、罗某戊，依据最高人民法院《关于夫妻关系存续期间以人工授精所生子女的法律地位的函》及《人类辅助生殖技术管理办法》第三条规定，罗某丁、罗某戊不能认定为婚生子女。3. 被告陈 X 与罗某丁、罗某戊之间因欠缺办理收养登记手续等必要条件而不能成立合法的收养关系，同时罗

某丁、罗某戊系非法代孕所生，法律既未规定“养育母亲”是否构成拟制血亲，又明确规定代孕具有非法性，如将抚养非法代孕所生子女认定为合法的拟制血亲关系，则有违禁止代孕的立法精神。综上，被告陈 X 与罗某丁、罗某戊既不存在自然血亲关系，亦不存在拟制血亲关系。

一审法院判决：罗某丁、罗某戊由原告罗 X 耕、谢 XX 监护；被告陈 X 将罗某丁、罗某戊交由原告罗 X 耕、谢 XX 抚养。

被告陈 X 不服一审法院判决，提起上诉称：一、一审法院判决认定事实及适用法律严重错误。1. 本案审理范围应为本人对孩子是否享有监护权，但一审法院判决对本人与孩子之间是否具有亲子关系进行认定，属超越诉请范围。且依据最高人民法院颁布的《〈中华人民共和国婚姻法〉司法解释三》第二条第二款之规定，除孩子父母以外的第三人无权提起否认亲自关系之诉。2. 被上诉人罗 X 耕、谢 XX 无法亲自抚养孩子，并明确表示孩子交由在美国的女儿代为抚养，故被上诉人罗 X 耕、谢 XX 不具有监护能力，由其抚养孩子不利于孩子的成长。3. 涉案两名孩子的生母不明，无据确定生母已经死亡或者无监护能力，而被上诉人罗 X 耕、谢 XX 又不具有监护能力，故不能适用《民法通则》第十六条将孩子判归被上诉人罗 X 耕、谢 XX 抚养。4. 一审判决以代孕违法为由，否定孩子为婚生子女，亦否定与本人形成拟制血缘关系，该逻辑同样否定了罗乙与被上诉人罗 X 耕、谢 XX 的生父及祖父母身份，后者据此亦无权获取监护权。5.《人类辅助生殖技术管理办法》属于部门规章，而确定亲子关系属民事基本制度，依法只能由法律规定，而代孕所生子女的法律地位在法律尚属空白时，部门规章不能成为判定亲子关系及监护权的法律依据。二、对代孕子女的立法空白，法院裁决应考虑如下合理因素：1.《婚姻法》赋予非婚生子女与婚生子女同等法律地位，据此代孕行为的违法性并不导致孩子丧失被抚养的权利，也不一定要导致本人丧失监护权。2. 应当遵循未成年人利益最大化原则。第一，被上诉人人罗 X 耕、谢 XX 行动、照料等监护能力有限，而本人的年龄、收入、工作、教育等监护能力明显更优越。第二，孩子自出生起至今一直由本人抚养，而被上诉人人罗 X 耕、谢 XX 要将孩子交给美国的女儿代为抚养，改变生活环境明显不利于孩子成长。第三，本人虽与孩子无血缘关系，但已抚养照顾多年，感情深厚，被上诉人人罗 X 耕、谢 XX 虽有血缘关系却无抚养照料和感情培养，监护孩子明显不利于孩子成长。第四，孩子年幼，更需要父母的照顾与教育，祖父母抚养易产生隔代教育的弊端。3. 为保护孩子的遗产利益，将监护权判归祖父母，则无人监督监护权的行使情况及孩子财产权益的保护；将孩子判归本人抚养及监护，祖父母仍可通过法律途径进行监督和保护。4. 最高法院 1991 年函规定，如人工授精获得夫妻一致同意，所生子女应视为双方的婚生子女。依据类推原则，本案中非法代孕亦获得夫妻一致同意，根据该函的精神，应认定孩子系婚生子女。综上，一审判决认定事实和适用法律严重错误，请求撤销原判，依法改判驳回诉请。

被上诉人罗 X 耕、谢 XX 辩称：一、上诉人陈 X 认为原判超越诉请范围的，应请求撤销原判、发回重审，而非请求改判。二、一审法院判决认定事实清楚，不应撤销。要判定监护权，应先判定上诉人陈 X 和本人分别与孩子之间的身份关系，即判定双方是否具有监护权的资格，然后才能考虑监护能力的问题，故法院对上诉人陈 X 与孩子之间的亲子关系进行判定，不属超越诉请。三、一审判决适用法律正确。本案系非法代孕情形，不能适用最高法院 1991 年函的婚生子之规定。上诉人陈 X 既非基因母亲，亦非代孕母亲，且不符合拟制血亲关系的法定情形，其与孩子不具有亲子关系，理应适用《民法通则》第十六条。四、《民法通则》第十六条对于监护权的顺位规定正体现了未成年人利益最大化原则，即来自于血亲的监护和抚养更有利于未成年人，而监护能力、生活环境、感情建立、隔代教育的利弊只能在有监护资格的同顺位人员之间才

有比较的余地。综上，一审判决认定事实清楚，适用法律正确，故请求驳回上诉，维持原判。

二审另查明，1.陈 X 患有不孕不育症。2.罗某丁、罗某戊的出生医学证明和户籍记载的父母均为罗乙、陈 X。3. 陈 X 工作系幼儿园教师，其收入证明记载年收入 20 万元，本人陈述每月实际净收入不低于 1 万元；同时，陈 X 表示，其如获得孩子的监护权，同意冻结两名孩子继承所得的财产，等孩子年满十八周岁之后交付给孩子，并同意罗 X 耕、谢 XX 探望孩子。4.罗 X 耕、谢 XX 均已退休，退休金各为 3 400 元/月左右，二人称名下两套房屋房租收入 56 400 元/年；同时二人表示将委托在美国的女儿罗丙夫妇代为抚养，并出具罗丙夫妇同意代为抚养孩子的承诺书。

二审法院判决：撤销上海市闵行区人民法院（2015）闵少民初字第 2 号民事判决；驳回被上诉人罗 X 耕、谢 XX 的一审诉讼请求。

【裁判要旨】

夫妻再婚后采用购买卵子、委托代孕的方式生育具有男方血缘的子女，女方自孩子出生抚养至今。夫妻双方为合法再婚登记，依据《婚姻法》第二十七条规定，女方具有成为男方携带子女继母的资格。而孩子虽系通过购买卵子、委托第三人代孕所生，但因具有男方血脉，应属男方的非婚生子女。依据《婚姻法》保护未成年人的立法精神，婚生子女与非婚生子女都应属于继子女范畴。最后，女方从孩子出生抚养至今，一方面表明女方具有抚养意愿，另一方面表明孩子与女方已经建立起事实的继父母子女关系。故此女方再婚后抚养男方与第三人非法代孕生育的非婚生子女的，应认定其构成继父母子女关系。

【法理评析】

依据《中华人民共和国婚姻法》（《婚姻法》）父母子女之间的血亲关系有两种，一种为自然血亲关系；一种为拟制血亲关系。拟制血亲关系是指父母子女之间没有直接的血缘关系，系依据法律设定的“准血亲”或“法定血亲”。《婚姻法》确定的拟制血亲有两种，一种是《婚姻法》第二十六条规定的养父母子女关系；一种是《婚姻法》第二十七条规定的继父母子女关系，且拟制血亲的养父母子女关系和继父母子女关系与亲生父母子女关系具有同等的权利和义务。依据《婚姻法》第二十七条规定可知，构成继父母子女关系的拟制血亲应符合如下条件：一、夫妻双方合法结婚登记。男女双方各带子女共同生活，共同抚养，如男女双方未进行合法结婚登记，男女双方即使对对方子女有抚养之事实，亦无法构成继父母子女关系。二、继子女为夫妻一方的子女。鉴于婚姻法及相关法律并未对“继子女”的范围进行明确规定，依据婚姻法之非婚生子女与婚生子女具有同等权利的规定，以及亲生子女与拟制血亲的非亲生子女具有同等权利之规定可知：夫妻一方携带的婚生子女和非婚生子女、亲生子女和非亲生子女均可以成为继父母一方的继子女。另法律规定拟制血亲关系，是为了解决未成年子女的抚养问题，保护未成年人的顺利成长，故只要继父母愿意对继子女的出生来源不应进行限定，除了合法的婚生子女具有成为继子女的资格，非法代孕、未婚生育等非婚生子女亦具有成为继子女的资格，不能因非婚生子女的生育方式不具有合法性而剥夺其成为继子女，进而获得继父母抚养的资格。因此夫妻一方携带的继子女范围应包括婚生子女和非婚生子女。三、继父母一方有抚养意愿。为了防止出现虐待和歧视未成年的继子女，不能违背继父母的意愿认定继父母子女关系。继父母没有抚养意愿的，即使夫妻再婚，一方与另一方携带的子女亦不构成继父母子女关系。四、继父母一方有抚养事实。抚养事实是认定继父母子女关系的客观要件，继父母对继子女有抚养教育事实的，一方面体现了继父母对继子女的抚养意愿，另一方面则表明其具有抚养能力，且已与继子女一起共同生活，并建立起一定的感情，从有利于未成年人成长的角度，应对其继父母子女关系予以认定和保护。综上，夫妻双方结婚后，一方对另一方携带的子女，无论是婚生子女还是非婚生子女，既有抚养意愿，又有

抚养事实的，应认定构成继父母子女关系。

本案中，夫妻再婚登记后共同委托第三人非法代孕生育具有男方血缘的子女，女方从出生抚养至今。依据上文论述，无论是男方的婚生子女还是非婚生子女，女方具有抚养意愿和抚养事实的，应认定构成继父母子女关系。具体到本案中，首先，男女双方系合法再婚登记，女方具有成为男方携带子女继母的资格；其次，本案中的子女系男方与婚外第三人通过非法代孕方式所生育，属男方的非婚生子女，依据《婚姻法》第二十七条规定及保护未成年人的立法精神，男方的非婚生子女属于可携带的“继子女”范畴；此外，女方从孩子出生抚养教育至今，一方面表明女方具有明确的抚养男方非婚生子女的意愿，另一方面表明孩子与女方一直生活至今，从生活环境、感情建立等角度，已与女方建立起事实的继父母子女关系。综上，女方再婚后抚养男方与第三人非法代孕生育的非婚生子女的，应认定构成继父母子女关系。

【适用法律】

《中华人民共和国民法通则》第十六条 未成年人的父母是未成年人的监护人。

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

（一）祖父母、外祖父母；

（二）兄、姐；

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

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

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

《中华人民共和国婚姻法》第二十七条第二款 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。

【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. 简述继父母子女关系的类型。

2. 论述继父母子女关系的认定。

3. 试述拟制血亲。

【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）：陈 X，xx 年 xx 月 xx 日出生，汉族。

委托代理人：方洁，上海瀛东律师事务所律师。

委托代理人：谭芳，上海市华诚律师事务所律师。

被上诉人（原审原告）：罗 X 耕，xx 年 xx 月 xx 日出生，汉族。

被上诉人（原审原告）：谢 XX，xx 年 xx 月 xx 日出生，汉族。

上述两名被上诉人的共同委托代理人：乐佳，上海合勤律师事务所律师。

上述两名被上诉人的共同委托代理人：李辽祺，上海合勤律师事务所律师。

上诉人陈 X 因监护权纠纷一案，不服上海市闵行区人民法院(2015)闵少民初字第 2 号民事判决，向本院提起上诉。本院于 2015 年 9 月 17 日受理后，依法组成合议庭，于 2015 年 11 月 16 日公开开庭进行了审理，上诉人陈 X 及其委托代理人方洁、谭芳，被上诉人罗 X 耕、谢 XX 及其共同委托代理人乐佳、李辽祺到庭参加了诉讼。经本院院长批准，本案审理期限延长至 2016 年 6 月 17 日。现已审理终结。

原审法院查明，罗 X 耕、谢 XX 系夫妻，婚生二女一子，长女罗 a、次女罗丙、儿子罗乙。罗乙与陈 X 于 2007 年 4 月 28 日登记结婚，双方均系再

婚，再婚前，罗乙已育有一子一女，陈 X 未曾生育。婚后，罗乙与陈 X 通过购买他人卵子，并由罗乙提供精子，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 xx 年 xx 月 xx 日生育一对异卵双胞胎即罗某丁（男）、罗某戊（女），两名孩子出生后随罗乙、陈 X 共同生活。2014 年 2 月 7 日罗乙因病经抢救无效死亡，嗣后，陈 X 携罗某丁、罗某戊共同生活至今。2014 年 12 月 29 日，罗 X 耕、谢 XX 提起本案监护权之诉。原审另查明，2014 年 3 月 31 日及同年 6 月 10 日，罗 X 耕、谢 XX 及陈 X 先后向原审法院提起法定继承诉讼，后均因故撤回起诉。在法定继承案件中，双方主张继承罗乙的遗产范围包括：上海 xx 有限公司 80%的股权份额、上海市闵行区 xx 路 xx 弄 xx 号 xx 室产权房、上海市闵行区 xx 街 x 弄 xx 支弄 x 号 xx 室产权房等财产。在上述案件审理过程中，法院曾委托司法鉴定科学技术研究所司法鉴定中心对罗 X 耕、谢 XX 与罗某丁、罗某戊之间是否存在祖孙亲缘关系进行鉴定，鉴定意见为：依据现有资料和 dna 分析结果，不排除罗 X 耕、谢 XX 与罗某丁、罗某戊之间存在祖孙亲缘关系。双方当事人对该鉴定意见均无异议。本案审理过程中，原审法院于 2015 年 3 月 30 日委托司法鉴定科学技术研究所司法鉴定中心对陈 X 与罗某丁、罗某戊之间有无亲生血缘关系进行鉴定，上述鉴定机构于 2015 年 4 月 9 日出具的鉴定意见为：依据现有资料和 dna 分析结果，排除陈 X 为罗某丁、罗某戊的生物学母亲。陈 X 为此垫付司法鉴定费人民币（以下币种均为人民币）5,000 元。双方当事人对于该鉴定意见均无异议。原审过程中，双方当事人均明确表示，不知卵子提供者及代孕者的任何身份信息。罗 X 耕、谢 XX 诉称，其子罗乙与陈 X 均系再婚，婚后未生育。陈 X 以其患有不孕不育疾病为由，建议罗乙通过体外授精及代孕方式生育子女。在取得罗乙同意后，陈 X 全权安排代孕事宜，采用非法购买卵子、进行体外授精形成受精卵后再非法代孕的方式生育了异卵双胞胎罗某丁、罗某戊，卵子提供方与代孕方非同一人。两名孩子于 xx 年 xx 月 xx 日出生后与罗乙、陈 X 共同生活，陈 X 办理了孩子的出生医学证明，登记生父为罗乙、生母为陈 X，并据此申报户籍。罗 X 耕、谢 XX 认为，罗乙为罗某丁、罗某戊的生物学父亲，陈 X 并非生物学母亲；以非法代孕方式生育子女违反国家现行法律法规，陈 X 与罗某丁、罗某戊之间未形成法律规定的拟制血亲关系；罗 X 耕、谢 XX 系罗乙之父母，即罗某丁、罗某戊之祖父母，在罗乙去世而孩子生母不明的情况下，应由其作为法定监护人并抚养两名孩子。

故诉请判决：1. 罗 X 耕、谢 XX 为罗某丁、罗某戊的监护人；2. 陈 X 将罗某丁、罗某戊交由罗 X 耕、谢 XX 抚养。陈 X 辩称，不同意罗 X 耕、谢 XX 之诉请。其与罗乙登记结婚后，因患有不孕不育疾病，故向罗乙表示希望抚养与罗乙有血缘关系的子女。嗣后，其夫妻就购买卵子及委托代孕事宜协商一致，由罗乙一手操办并支付了包括购买卵子、体外授精及胚胎移植、代孕分娩的全部费用。两名孩子出生后即随罗乙、陈 X 共同生活，2014 年 2 月 7 日罗乙因病去世后，孩子随陈 X 共同生活至今。陈 X 认为，采用代孕方式生育子女系经夫妻双方同意，孩子出生后亦由其夫妻实际抚养，故应推定为罗乙与陈 X 的婚生子女，陈 X 为孩子的法定监护人；如无法认定罗某丁、罗某戊为罗乙与陈 X 的婚生子女，则基于两名孩子自出生之日起由其夫妻共同抚养的事实，应认定陈 X 与之形成了事实收养关系；如无法作出上述认定，则应在卵子提供人或代孕人两者中确定孩子的生母，即法定监护人，在不能确定生母是否死亡或丧失监护能力的情况下，应驳回罗 X 耕、谢 XX 要求作为监护人的诉讼请求。

原审法院审理后，依照《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）第十六条之规定，于二〇一五年七月二十九日作出判决：

1. 罗某丁、罗某戊由罗 X 耕、谢 XX 监护；

2. 陈 X 于判决生效之日将罗某丁、罗某戊交由罗 X 耕、谢 XX 抚养。案件受理费 80 元，由陈 X 负担，司法鉴定费 5,000 元，由陈 X 负担。

原审判决后，上诉人陈 X 不服，向本院提起上诉称：一、原审判决在认定事实及适用法律上存在严重错误。1. 原审判决认定上诉人与两名孩子之间不存在亲子关系，系超越当事人的诉请范围作出裁判。根据被上诉人的诉请，本案的审理范围和争议焦点应为被上诉人对孩子是否享有监护权，而原审判决却将争议焦点确定为上诉人与孩子是否具有亲子关系，并作出了否定亲子关系的认定，此超越了本案的诉请范围。而最高人民法院颁布的《〈中华人民共和国婚姻法〉司法解释三》（以下简称《〈婚姻法〉司法解释三》）第二条对否定亲子关系之诉的诉讼主体有严格限制，仅限于夫或妻一方，孩子父母以外的第三人无权提起。上诉人丈夫罗乙生前已确认上诉人与孩子的亲子关系，在罗乙去世后，被上诉人不具有提起亲子关系否认之诉的主体资格。2. 原审判决未查明被上诉人是否具有监护能力等事实，属认定事实错误。原审中被上诉人多次提及其年事已高，行动不便，并表示将委托其在美国的女儿抚养两名孩子，而原审判决中对被上诉人的监护能力均未提及，完全置未成年人的利益于不顾，将孩子判给无法确定监护能力的被上诉人，欠负责任。3.《民法通则》第十六条不能成为被上诉人取得监护权的法律依据。根据该条款规定，未成年人的祖父母、外祖父母只有在未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力而其本身又具备监护能力的情形下才可以担任监护人。本案中两名孩子的父亲死亡，生母虽不明，但不等于死亡或丧失监护能力，而被上诉人的自述及其证据显示其不具备监护能力，故不能依据上述规定取得监护权。4. 原审判决将婚生子女定义为亲生子女缺乏法律依据。原审判决认为，由于代孕行为违法，孩子与上诉人又无血缘关系，故并非婚生子女，也未形成拟制血亲关系。如按此逻辑，上诉人丈夫全程参与委托代孕事宜且支付巨款，其行为同样违法，不能因其提供了精子而当然获得父亲身份，进而被上诉人亦不能成为孩子的祖父母，更不能取得监护权。5.《人类辅助生殖技术管理办法》不能成为否认亲子关系以及剥夺上诉人监护权的法律依据。该管理办法系原卫生部颁布，属于部门规章，其颁布目的是为了规范医疗机构以及医务人员的行为，而根据《中华人民共和国立法法》的规定，民事基本制度只能由法律规定，亲子关系确定是婚姻家庭法的重要组成部分，理应由法律规定。目前，有关代孕所生子女的法律地位问题在立法上仍属空白，无论上述管理办法的规定如何，都无法作为否认上诉人与孩子的亲子关系和剥夺上诉人监护权的法律依据。二、原审判决忽略了应该考虑的其他合理因素。在法律出现空白，情与法有一定冲突的情形下，选择何种价值取向作出裁判，需要法院正确行使自由裁量权。

上诉人认为，本案判决应当考虑如下几方面因素：1. 代孕行为的违法性并不导致孩子丧失应有的法律权利，也不导致上诉人必然丧失监护权。《中华人民共和国婚姻法》（以下简称《婚姻法》）赋予了非婚生子女与婚生子女同等的法律地位，代孕所生子女亦不应受到歧视。本案需要解决的是孩子的监护权问题，并非讨伐上诉人委托代孕的行为，故法院判决驳回被上诉人的诉请并非是对代孕行为的肯定，而支持被上诉人的诉请也不可能消除代孕现象。本案中上诉人虽非生育母亲，亦未办理收养手续，但事实上已抚养了罗乙与案外人所生子女，根据最相近似原则，可推定为有抚养关系的继父母子女关系。2. 法院判决应当秉承未成年人利益最大化原则。首先，从双方的监护能力来看，被上诉人已是耄耋老人，监护能力有限，甚至自己亦行动不便，难以照顾两名四岁儿童；相反，上诉人年轻有正当工作，收入亦足以保障孩子的生活，监护能力明显优于被上诉人。其次，从孩子已形成的生活环境来看，孩子自出生起就由上诉人及其父母抚养照顾，被上诉人从未抚养过，其现强行要求两名孩子离开已经熟悉的生活环境，明显不利于孩子成长。被上诉人亦一再表示能力不够，希望交由孩子的姑母抚养，而孩子姑母远在美国，故监护权判归被上诉人无疑是一纸空文。再者，从与孩子建立的感情来看，上诉人虽与孩子无血缘关系但已抚养照顾孩

子四年多，而被上诉人未曾抚养过孩子，亦未建立起深厚的祖孙感情，血缘关系并不当然成为监护孩子的有利条件。最后，从教育孩子的角度来看，年幼的孩子更需要父母的照顾与教育，法律对于祖父母和外祖父母取得抚养权和监护权的情形予以严格限制就是考虑到隔代教育的弊端。原审法院未考虑上述因素，草率作出监护权归被上诉人的判决，背离了未成年人利益最大化原则。3. 法院判决应当发挥监护权制度的法律作用，保护未成年人的利益不受侵犯。本案缘于双方的遗产纠纷，法庭应充分注意及考虑到，孩子并非也不应成为争夺财产的砝码。若按原审判决，监护权归被上诉人，则在孩子生母不明的情形下，如被上诉人侵犯孩子权益，将无人监督被上诉人监护权的行使情况；若孩子继续由上诉人抚养及监护，如上诉人侵犯孩子利益，则被上诉人作为祖父母仍可通过法律途径寻求保护。4. 法院判决应当正确适用司法解释的规定。最高法院 1991 年函规定，如人工授精获得夫妻一致同意，所生子女应视为双方的婚生子女。推及本案，买卖卵子及代孕行为虽被禁止，但因此所生子女的法律地位并无法律规定，原审判决据该函认定两名孩子并非婚生子女，系适用法律错误。相反，根据该函的精神，血缘关系并非判断亲子关系的唯一标准，故不能排除非卵子方或非孕育方的妻子能够成为孩子母亲、从而认定孩子系婚生子女的可能性。

综上所述，上诉人认为，原审判决在事实认定和法律适用方面存在严重错误，故提起上诉，请求撤销原审判决，依法改判驳回被上诉人罗 X 耕、谢 XX 的原审诉请。

被上诉人罗 X 耕、谢 XX 辩称：一、上诉人的上诉请求与其理由不符，如果认为原判违反法定程序，则应请求裁定撤销原判、发回重审，而非请求二审直接改判。二、原审判决认定事实基本清楚，不存在应予撤销之情形。就监护权的确定而言，首先应追溯至其源头，查明孩子是如何孕育的，而上述情况原审中已经查明，且亦未抹煞孩子出生后随上诉人共同生活的事实。关于原审判决是否超越诉请范围的问题。被上诉人是否享有监护权与上诉人是否有权监护孩子，是一个问题的两个方面，理当同时裁断。如果讨论监护权的归属却不认定各方的身份关系，法院判决则缺乏事实基础。而要判定是否可以取得监护权，首先应判定有无权利主体资格，其次方可在有资格的人中考虑谁更有监护能力，故原审判决并未超越诉请范围。三、原审判决适用法律正确。《民法通则》是处理监护权、抚养纠纷案件的基本法律，被上诉人作为孩子的祖父母有权主张监护权，原审判决据此支持被上诉人的诉请，当属正确。上诉人主张监护权的身份基础为其系孩子母亲，但上诉人既非基因母亲，亦非代孕母亲，且不符合任何一种拟制血亲关系之法定情形。上诉人援引的最高法院 1991 年函所针对的情形与本案并不相同，不能适用于本案。据此，两名孩子并非该函中所指的人工授精所生子女，不能认定为罗乙与上诉人的婚生子女，仅能视为罗乙的非婚生子女，作为生父的罗乙享有抚养权，而上诉人则无母亲身份。四、上诉人认为原审判决一味批判代孕违法，此是对原判的过度解读。原审判决用语客观公正，未见任何过分强调代孕违法之内容。至于未成年人利益最大化原则，则是以严格执行现行法律法规为前提的，《民法通则》第十六条对于监护权的顺位规定正体现了未成年人利益最大化原则，即来自于血亲的监护和抚养更有利于未成年人，而监护能力、生活环境、感情建立、隔代教育的利弊只能在有监护资格的同顺位人员之间才有比较的余地，原审判决正是通过严格适用上述规定而使未成年人利益最大化原则得以体现。综上所述，被上诉人认为，原审判决认定事实清楚，适用法律正确，故请求驳回上诉，维持原判。

本院经审理查明，原审认定的事实无误，本院依法予以确认。

本院另查明，根据陈 X 提供的病历，其患有不孕不育症。在罗某丁、罗某戊出生后，罗乙与陈 X 将两名孩子接回家中抚养，并为孩子申办了户籍登

记，孩子的出生医学证明上所记载的父母为罗乙、陈 X。陈 X 系上海杨浦区 xx 幼儿园在职教师，其一审中提交的单位收入证明记载年收入 20 万元，二审庭审中其陈述每月实际净收入不低于 1 万元。罗 X 耕、谢 XX 均已退休，根据一审中提供的证据，两人每月退休金各自为 3,400 元左右。另罗 X 耕、谢 XX 名下还有两套房屋，并称每年房租收入 56,400 元。罗 X 耕、谢 XX 一审中还表示，可以委托在美国的女儿帮其抚养照顾两名孩子，并提交了女儿罗丙夫妇出具的同意代为抚养孩子的承诺书。一审庭审中陈 X 表示，其未曾阻止罗 X 耕、谢 XX 探望孩子，如果获得孩子的监护权，其将以自己的能力抚养，并同意法院将两名孩子继承所得的财产冻结，等孩子年满十八周岁之后交付给孩子。二审中陈 X 仍表示，如其取得两名孩子的监护权，其同意罗 X 耕、谢 XX 探望孩子。关于本案之监护权纠纷，本院裁判意见如下：本案程序方面的争议为原审判决是否超越诉请范围以及罗 X 耕、谢 XX 是否具有提起亲子关系否认之诉的主体资格。对此，本院认为，本案中作为祖父母的罗 X 耕、谢 XX 主张监护权的前提条件是两名孩子的父母已经死亡或者没有监护能力。由于罗某丁、罗某戊的生父罗乙已经死亡，生母情况不明，均无可能对其进行监护，而两名孩子出生后一直由罗乙、陈 X 夫妇作为父母共同抚养，罗乙去世后陈 X 仍以母亲身份抚养照顾，故对陈 X 之法律上身份地位的认定便成为判定监护权归属的前提。因此，本案并非属于《民法通则》第十六条第二款规定的未成年人父母死亡或丧失监护能力之后的指定监护纠纷，而是包括亲子关系确认（否认）之诉在内的监护权纠纷，原审判决先对当事人的身份关系作出认定，并在此基础上判定监护权归属，不属于超越诉请范围。关于罗 X 耕、谢 XX 的诉讼主体资格，本院认为，作为祖父母，其取得监护权的前提条件必须是首先否定陈 X 与两名孩子之间存在法律上的父母子女关系，包括自然血亲关系和拟制血亲关系，故法律上父母子女关系的确认与否与其具有直接利害关系，其符合《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十九条规定的起诉主体资格。

另，本案中罗 X 耕、谢 XX 对陈 X 之法律上母亲身份的否认并非单纯的婚生否认之诉，而是亲子关系确认中的消极否认之诉，根据《〈婚姻法〉司法解释三》第二条第二款之规定，亲子关系确认之诉的诉讼主体不限于夫或妻，罗 X 耕、谢 XX 作为主张监护权的祖父母亦具有诉讼主体资格。关于案由问题，原审法院将本案确定为监护权、抚养关系纠纷，本院认为，因罗 X 耕、谢 XX 主张的是监护权，至于要求将两名孩子交付其抚养，则是附随于监护权主张中的具体请求，不构成独立的抚养关系纠纷之诉，故案由应确定为监护权纠纷。本案实体方面的争议为代孕所生子女的法律地位及其监护权之确定。对此问题，目前我国法律没有明确规定，尽管如此，法院基于不得拒绝裁判之原则，对于当事人提起的相关诉讼并不因此而可回避，仍得依据民法等法律的基本原则及其内在精神，结合社会道德和伦理作出裁判。据此，本院就本案中涉及的代孕所生子女的法律地位、陈 X 与罗某丁及罗某戊是否成立拟制血亲关系、罗某丁及罗某戊的监护权归属问题逐一评述如下。一、关于代孕所生子女的法律地位之认定。对于代孕问题，世界各国的立法各有不同，即使在允许代孕的国家，其开放程度亦有不同，我国目前尚属禁止，体现于原卫生部的《人类辅助生殖技术管理办法》，其中第三条明确规定，“禁止以任何形式买卖配子、合子和胚胎；医疗机构和医务人员不得实施任何形式的代孕技术”。此虽为部门规章，不能作为确认代孕子女法律地位及监护权的法律依据，但国家对于代孕之禁止立场已为明确。私权领域虽有“法无禁止即可为”之原则，却并不代表私权主体的任何权利义务都可通过民事协议来处分，代孕行为涉及婚姻家庭关系、伦理道德等人类社会之基本问题，不同于一般民事行为，故不适用契约自由原则。尽管代孕行为在我国尚不合法，但由于潜在的社会需求，且人工生殖技术已发展至可实现代孕的程度，代孕情况在现实中依然

存在。法律可以对违法行为本身进行制裁，但因此出生的孩子并不经由制裁而消失，无论代孕这一社会现象合法与否，都必然涉及到因代孕而出生之子女的法律地位认定，而对其法律地位作出认定，进而解决代孕子女的监护、抚养、财产继承等问题，是保护代孕所生子女合法权益之必须。关于代孕子女法律地位的认定，首先涉及亲子关系的认定原则。我国《婚姻法》对于亲子关系的认定未作出具体规定，司法实践中，对于生母的认定，根据出生事实遵循“分娩者为母”原则；对于生父的认定，则根据血缘关系而作确定。随着人工生殖技术的发展，人类得以利用人工方法达到使人怀孕生育之目的。现有的人工生殖技术包括人工体内授精、人工体外授精—胚胎移植（俗称试管婴儿）、代孕三种，其中前两种已为大多数国家包括我国所认可。针对人工授精的情形，最高法院 1991 年函中明确规定，“夫妻双方一致同意进行人工授精的，所生子女视为夫妻双方的婚生子女。”人工体外授精—胚胎移植的情形与此类似，应亦可适用上述之规定。由此可见，经夫妻双方一致同意以合法的人工生殖方式所生育的子女，其亲子关系的认定，生母根据“分娩者为母”原则，生父则以婚生推定方式确定。上述两种人工生殖方式，生育过程中怀孕分娩的主体均是不孕夫妻中的妻子一方，而代孕与之不同的是，怀孕分娩这一环节从不孕夫妻中的妻子一方转移给了其他女性，从而背离了“分娩者为母”的原则及由此建立的法律制度，故不为我国法律所认可。陈 X 上诉认为，根据最高法院 1991 年函之精神，血缘关系并非判断亲子关系的唯一标准，故本案可类推适用该函。

对此，本院认为，该函所针对的是以合法的人工生殖方式所生育子女的法律地位之认定，而代孕行为本身不具有合法性，故不符合类推适用之情形。代孕所生子女的亲子关系认定具有一定的复杂性，关系到代孕目的的实现、各方当事人的利益、代孕所生子女的权益保护等，更需考虑到公众基于传统的伦理观念、文化背景等的接受程度。目前，我国法律对此缺乏相关规定，理论上主要有血缘说、分娩说、契约说（或称人工生殖目的说）、子女利益最佳说之四种学说。本院认为，“契约说”体现的是私法自治的法律精神，但在身份法中私法自治有严格的限制，即便在代孕合法化的国家，亦须专门立法予以规制。“子女利益最佳说”以子女最佳利益作为认定亲子关系的依据，此与我国传统的伦理原则及价值观念不相符合，缺乏社会文化基础。“血缘说”虽然有着天然的生物学基础，但在民众朴素的伦理观念中，香火延续、传宗接代主要是指父系而言，母子关系的确立更多在于十月怀胎的孕育过程和分娩艰辛所带来的情感联系，在于母亲对孩子在精力、心血、感情上的巨大投入和无形付出，单纯以生物学上的基因来认定母子关系，将缺乏社会学和心理学层面的支撑。何况，最高法院 1991 年函已经突破了纯粹的血缘主义，而在我国尽管合法的卵子捐献渠道极为有限，但亦不能否认存在合法捐卵的情形，故“血缘说”亦不可取。“分娩说”符合传统民法中“分娩者为母”的认定原则，亦与其他两种人工生殖方式中的亲子关系认定标准相同，且符合我国传统的伦理原则及价值观念。另外，“分娩者为母”的认定原则亦与我国目前对代孕行为的禁止立场相一致。综上所述，本院认为，本案中作为代孕所生子女的罗某丁、罗某戊，其法律上的亲生母亲应根据“分娩者为母”原则认定为代孕者；关于生父的认定，罗乙与两名孩子之间具有血缘关系，故法律上的亲生父亲应为罗乙。由于罗乙与代孕者之间不具有合法的婚姻关系，故所生子女当属非婚生子女。原审判决否定了陈 X 提出的两名孩子系其夫妻之婚生子女的主张，本院予以认同。罗某丁、罗某戊的出生证明及户籍登记已记载罗乙、陈 X 为父母，且亦被罗乙、陈 X 实际抚养，表明罗乙作为生父已作出实际的自愿认领行为。罗 X 耕、谢 XX 系罗乙的父母，故为罗某丁、罗某戊的祖父母。二、陈 X 与罗某丁、罗某戊是否成立拟制血亲关系。我国法律规定的父母子女关系包括自然血亲关系和拟制血亲关系，后者是指本无血缘关系或无

直接血缘关系，但从法律上确认其与自然血亲具有同等权利义务的父母子女关系，包括养父母子女关系和有抚养关系的继父母子女关系。陈 X 提出，其作为罗乙的妻子，基于和罗乙共同抚养教育两名孩子的事实，应认定形成事实收养关系或有抚养关系的继父母子女关系，对此，本院评判如下：（一）是否形成事实收养关系。首先，我国《收养法》对收养应履行的法定手续作出了明确规定，即收养必须向民政部门登记方始成立，而《司法部关于办理收养法实施前建立的事实收养关系公证的通知》，系针对《收养法》实施之前已建立事实收养的情形，本案中陈 X 与代孕所生的两名孩子之间显然欠缺收养成立的法定条件。其次，如按事实收养关系认定，实际上是认可了代孕所生子女的亲权由代孕母亲转移至抚养母亲，这将产生对代孕行为予以默认的不良效果，此种消极认可态度与我国目前对代孕行为的积极禁止立场不相符合。再次，如果按事实收养关系认定，对我国现行的计划生育政策亦可能造成一定冲击。综合上述因素，本院认同原审判决关于陈 X 与罗某丁、罗某戊之间不成立事实收养关系的认定意见。（二）是否形成有抚养关系的继父母子女关系。继父母子女关系，通常理解是指生父或生母一方死亡，另一方带子女再婚，或生父母离婚，抚养子女的一方再婚，由此形成的前婚子女与再婚配偶之间的关系。这一概念的形成基础为传统的社会结构。然而，随着人们传统的家庭伦理观念不断受到科技发展的影响及新的价值理念的冲击，稳固的婚姻家庭模式发生动摇，试婚、非婚同居、婚外情等现象日益增多，非婚生子女的数量不断增加，已经成为现实生活中不容回避的社会问题，其权益理应纳入法律保护范围。《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。”此为非婚生子女的权益保护提供了法律依据。关于拟制血亲的继父母子女关系，其子女范围理应包括婚生子女与非婚生子女。《婚姻法》第二十七条第二款规定，“继父或继母和受其抚养教育的继子女间的权利和义务，适用本法对父母子女关系的有关规定。”由此可见，《婚姻法》在区分直系姻亲和拟制血亲的继父母子女关系时，系以是否存在抚养教育之事实作为衡量标准。根据上述规定，有抚养关系的继父母子女关系的成立应具备两个条件：一是主观意愿，即非生父母一方具有将配偶一方的未成年子女视为自己子女的主观意愿，双方以父母子女身份相待；二是事实行为，即非生父母一方对配偶一方的未成年子女有抚养教育之事实行为。上述两个条件同时具备，方可成立有抚养关系的继父母子女关系。据此，缔结婚姻之前一方的非婚生子女，因在双方结婚之前孩子已经存在，作为非生父母一方，接受孩子并与之共同生活，是其与孩子生父母一方结婚时的自愿选择，若同时有抚养教育之事实的，则形成有抚养关系的继父母子女关系。本案中需要进一步探讨的是，缔结婚姻之后一方的非婚生子女与其配偶之间是否亦可形成拟制血亲的继父母子女关系 本院认为，缔结婚姻之后一方的非婚生子女，如果作为非生父母的夫或妻一方知晓并接受该子女为其子女，同时与该子女共同生活达相当期限，并对该子女履行了抚养教育之义务的，则具备了上述主观意愿和事实行为两个条件，亦可形成有抚养关系的继父母子女关系。至于子女的出生时间在缔结婚姻之前还是之后，并非《婚姻法》规定的认定形成有抚养关系的继父母子女关系的实质要件。本案中，罗某丁、罗某戊是陈 X 与罗乙结婚后，由罗乙与其他女性以代孕方式生育之子女，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，一直随罗乙、陈 X 夫妇共同生活近三年之久，罗乙去世后又随陈 X 共同生活达两年，迄今为止陈 X 与孩子共同生活已有五年，其间，陈 X 已完全将两名孩子视为自己的子女，并履行了作为一名母亲对孩子的抚养、保护、教育、照顾等诸项义务，故应认定双方之间已形成有抚养关系的继父母子女关系，其权利义务关系应当适用父母子女关系的有关规定。该拟制血亲的继父母子女关系一旦形成，并不因夫妻中生父母一方的死亡而解除，亦不容继父母随意放弃监护权，

仅在生父母与继父母离婚时，继父母不同意抚养的，方仍由生父母抚养，故罗乙的死亡并不能使陈 X 与两名孩子之间已存在的有抚养关系的继父母子女关系自然终止。罗 X 耕、谢 XX 认为，罗乙与陈 X 以非法代孕方式生育子女，违反了国家现行的法律法规，故陈 X 与两名孩子之间未形成法律规定的拟制血亲关系。对此，本院需要阐明的是，将陈 X 与两名孩子之间认定为有抚养关系的继父母子女关系，并不表明法院对非法代孕行为予以认可。首先，之所以作出这一认定，是基于陈 X 抚养了其丈夫罗乙的非婚生子女这一事实行为，至于该非婚生子女是否代孕所生对此并无影响。如果否定代孕行为并进而否定代孕所生子女的身份及法律地位，则罗乙亦不能成为两名孩子的生父，这显然不符合民法的基本原则。其次，本案审理的并非代孕协议纠纷，而是代孕所生子女的监护权纠纷，故法院所面临的首要任务是如何保护未成年子女的合法权益，而非仅着眼于对代孕行为的合法与否进行司法裁判。就本案而言，无论对非法代孕行为如何否定与谴责，代孕所生子女当属无辜，其合法权益理应得到法律保护。因此，不管是婚生子女还是非婚生子女，是自然生育子女抑或是以人工生殖方式包括代孕方式所生子女，均应给予一体同等保护。三、本案中罗某丁、罗某戊的监护权归属问题。联合国《儿童权利公约》第三条确立了儿童最大利益原则，我国作为该公约的起草参与国和缔约国，亦应在立法和司法中体现这一原则，法院在确定子女监护权归属时，理应尽可能最大化地保护子女利益。就本案而言，无论是从双方的监护能力，还是从孩子对生活环境及情感的需求，以及家庭结构完整性对孩子的影响等各方面考虑，将监护权判归陈 X 更符合儿童最大利益原则。首先，从纠纷双方的年龄及监护能力考虑，陈 X 正值盛年，有正当工作和稳定收入，亦有足够的精力和能力抚养照顾好两名孩子；而罗 X 耕、谢 XX 分别已至耄耋、古稀之年，身体状况及精力均不足以抚养照顾两名年幼的孩子，一审中其表示将委托远在美国的女儿帮助抚养照顾，表明其亦意识到自身监护能力之不足。其次，从生活环境的稳定性、与孩子的亲密程度及孩子的情感需求考虑，罗某丁、罗某戊出生后一直随罗乙、陈 X 夫妻共同生活，罗乙去世后由陈 X 抚养照顾，已与陈 X 形成了难以割舍的母子感情，而与罗 X 耕、谢 XX 并未共同生活过，能否适应环境的改变以及与老人共同生活的状态尚属未知。更何况，对于幼儿来说，母爱是无法替代的，孩子的这一情感需求不能不予考虑。最后，从家庭结构关系的完整性考虑，认定陈 X 与两名孩子为有抚养关系的继父母子女关系，则对罗某丁、罗某戊来说，其家庭结构关系仍是完整的，不因其是代孕所生而有异于常人。人皆有父母，父母子女之情是人类最基本的情感元素，维护正常的亲子关系和家庭内部结构，对幼儿人格的形成具有重要意义。故此，关于罗某丁、罗某戊的监护权归属，本院认为，首先，根据《民法通则》第十六条的规定，未成年人的父母是未成年人的监护人，其监护顺序处于第一顺位。本案中陈 X 虽非罗某丁、罗某戊的生母，但已与两名孩子形成了有抚养关系的继父母子女关系，根据《婚姻法》第二十七条第二款，应适用父母子女关系的规定，从监护顺序而言，陈 X 优先于作为祖父母的罗 X 耕、谢 XX。其次，根据儿童最大利益原则，从双方的监护能力、孩子对生活环境及情感的需求、家庭结构完整性对孩子的影响等各方面考虑，监护权归陈 X 更有利于孩子的健康成长。据此，本院认定，罗某丁、罗某戊的监护权应归于陈 X。罗乙的去世，无论是对罗 X 耕、谢 XX 及陈 X，还是对两名孩子，都是一个巨大的伤痛，而罗 X 耕、谢 XX 与陈 X 此后又因争夺两名孩子的监护权而发生诉讼，无疑更增彼此的伤害。本院需要指出的是，虽然《婚姻法》规定的探望权主体为离婚后不直接抚养子女的父母一方，祖父母通常只随同父母探望，不单独享有探望权。但考虑到探望权的设置目的在于满足亲情需要和保护未成年子女的最大利益，而亲情不应局限在父母子女之间，也包括其他和子女关系密切的近亲属，故本院认为，基于本案的特殊情况以及陈

X 在诉讼过程中的承诺，应给予作为祖父母的罗 X 耕、谢 XX 以探望权，此一方面可使罗某丁、罗某戊感受到来自祖父母的关爱，另一方面亦可令罗 X 耕、谢 XX 知悉陈 X 对两名孩子的抚养监护情况，既慰其思孙之情，又有监督保护之效。关于具体的探望方式，双方可自行协商，若协商不成，亦可通过其他合法途径解决。至于两名孩子将来可通过继承获得罗乙遗产一节，与本案监护权的归属并无关联，实不应成为双方争夺监护权的动因，且法律对于监护人的职责权利与民事责任均有明确规定，成为未成年人的监护人并不意味着可因此自由控制处分其财产，更不意味着可获得其财产。裁判虽然是理性而坚硬的，但亲情却是温暖而柔软的，在家庭关系引发的矛盾纠纷中，更需要的是亲情的温和化解，而非裁判的冷硬切割。希望双方能够多以孩子为念，化解不必要的矛盾和摩擦，置怨结欢，处理好今后的探望及遗产继承等事宜，给孩子们营建一个亲睦、和谐的家庭环境，使其能够健康、快乐地成长。

综上所述，本院认为，陈 X 与罗某丁、罗某戊已形成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。罗 X 耕、谢 XX 作为祖父母，监护顺序在陈 X 之后，其提起的监护权主张不符合法律规定的条件，同时，从儿童最大利益原则考虑，由陈 X 取得监护权亦更有利于罗某丁、罗某戊的健康成长，故对陈 X 的上诉请求，本院予以支持。

据此，依照《中华人民共和国民法通则》第十六条第一款及第二款、《中华人民共和国婚姻法》第二十七条第二款、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（二）项之规定，判决如下：

1. 撤销上海市闵行区人民法院（2015）闵少民初字第 2 号民事判决；

2. 驳回被上诉人罗 X 耕、谢 XX 的原审诉讼请求。一审案件受理费人民币 80 元，二审案件受理费人民币 80 元，共计人民币 160 元，由被上诉人罗 X 耕、谢 XX 负担。司法鉴定费人民币 5,000 元，由上诉人陈 X 负担。

3. 本判决为终审判决。

（八）赠与案例

夫妻一方在与异性无任何正当身份关系及衍生的法律关系前提下大额且持续的赠与行为是否有效——林 X 英诉韦 X 芬赠与合同纠纷案

原创：2020-10-14 法律家
https://mp.weixin.qq.com/s/mTn1jaLk6WcWDuSnAy2BSw

【中 法 码】民法总论·民事法律行为·无效法律行为·分类·标的违法·损害公共利益(t04050202011)

【关 键 词】民事 民法总论 附义务赠与合同 不正当关系 公序良俗 行为无效 返还原物

【学科课程】民法总论

【知 识 点】赠与 不正当关系 民事法律行为

【教学目标】掌握赠与的概念，明确不正当关系的概念。

【裁判机关】福建省高级人民法院

【程序类型】民事一审

【案例效力】被最高人民法院中国应用法学研究所《人民法院案例选》2016 年第 10 辑(总第 104 辑)收录

【案例信息】

【案　　由】附义务赠与合同纠纷

【案　　号】(2015)闵民终字第 587 号

【判决日期】2015 年 01 月 29 日

【上 诉 人】韦 X 芬（原审被告）

【被上诉人】林 X 英（原审原告）

【第 三 人】李 X 德

【争议焦点】

赠与人在与其配偶夫妻关系存续期间，未经其配偶同意，为其他异性购买房产并转入大量现金至该异性的账户。此种情况下，赠与人的行为是否构成赠与，该赠与是否有效。

【裁判结果】

一审法院判决：确认第三人李 X 德对被告韦 X 芬就位于福建省厦门市海沧区滨湖二里 2 号 xxxx 室房产及位于福建省厦门市海沧区滨湖二里 xx 号地下一层第 xx、xx 号车位的赠与行为无效；被告韦 X 芬向原告林 X 英返还位于福建省厦门市海沧区滨湖二里 2 号 xxxx 室房产及位于福建省厦门市海沧区滨湖二里 xx 号地下一层第 xx、xx 号车位；被告韦 X 芬协助原告林 X 英办理福建省厦门市海沧区滨湖二里 2 号 xxxx 室房产及位于福建省厦门市海沧区滨湖二里 xx 号地下一层第 xx、xx 号车位的过户登记手续，相关过户费用由第三人李 X 德、被告韦 X 芬负担。

被告韦 X 芬不服一审法院判决，提起上诉。

二审法院判决：驳回上诉，维持原判。

【裁判要旨】

赠与人在与其配偶夫妻关系存续期间，未经其配偶同意，为其他异性购买房产并转入大量现金至该异性的账户。因赠与系属民事法律行为的一种，其生效条件之一即是不违背包含社会公共道德，即公序良俗在内的社会公共利益。而赠与人在与异性无任何基于正当身份关系及其衍生法律关系，其持续大额赠与异性现金和房产，应认定二者之间存在不正当关系。基于不正当关系设立的赠与行为损害了正常的家庭秩序，造成夫妻一方的合法权益损害，该行为违背了社会公序良俗，因此赠与人基于不正当关系设立的赠与行为应认定违反社会公共利益而无效。

【法理评析】

民事法律行为，是指民事主体通过意思表示设立、变更、终止民事法律关系的行为。赠与即是一

种民事法律行为，其行为生效理应符合民事法律行为的生效条件。赠与行为是指赠与人把自己的财产无偿地送给受赠人，受赠人同意接受的行为。根据《中华人民共和国民法通则》第五十五条规定“民事法律行为应当具备下列条件：（一）行为人具有相应的民事行为能力；（二）意思表示真实；（三）不违反法律或者社会公共利益。”由此可知，民事法律行为生效，须符合以下条件：一、行为人具有相应的民事行为能力。民事行为能力，是民事主体独立行使民事权利与承担民事义务的资格，其以年龄来认定，年满十八周岁为完全民事行为能力人，可以实施法律规定的范围内的民事法律行为。二、意思表示真实。即表意人表示于外部的意思与其内心真实意思一致。三、不违反法律或者社会公共利益。社会公共利益即为广大公民所能享有的利益，主要包括社会公共秩序与社会公共道德两方面内容。其中社会公共道德也即公序良俗，是指国家社会的存在及其发展所必需的一般秩序和国家社会的存在及其发展所必需的一般道德。而不正当关系，是指双方的关系不符合社会大众最低的道德要求，违反社会行为规范的要求，其存在损害了正常的家庭秩序，违背了家庭伦理道德。即不正当关系的存在违背了公序良俗，也即违反了社会公共秩序。因此在赠与人无任何基于身份关系及其衍生法律关系的前提下，持续赠与受益人大量现金及其房产时，可认定二人构成不正当关系，此时赠与人作出的赠与行为应认定违背公序良俗而无效。

本案中，赠与人与其配偶的婚姻关系存续期间，在未征得其配偶的同意之下，将其购买的房屋以及部分大额现金赠与、转入其他异性即受赠人账户。首先，赠与人在无任何基于身份关系及其衍生法律关系的前提下赠与受赠任大量的现金以及房产，可认定为二者之间存在不正当关系；其次，赠与人与受赠人的行为严重损害了赠与人配偶的合法权益，而赠与行为作为一种民事法律行为，必须同时符合：行为人具有相应的民事行为能力、意思表示真实以及不违反法律或者社会公共利益的三个要件；最后，赠与人与受赠人的行为损害了正常的家庭关系秩序和社会伦理秩序，违背了社会公序良俗，即赠与人的赠与行为违反了社会公共利益。因此，认定赠与人的赠与行为无效。

【适用法律】

《中华人民共和国民法总则》第一百五十三条违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效，但是该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。

违背公序良俗的民事法律行为无效。

【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. 简述赠与合同的性质。

2. 论述赠与的法律后果。

3. 试述不正当关系的认定以及基于该关系产生的赠与行为的效力。

【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)：韦 X 芬。

被上诉人（原审原告）：林 X 英。

林 X 英诉称：李 X 德因与韦 X 芬存在不正当关系，导致其与李 X 德离婚；并且李 X 德在与其婚姻关系存续期间在未告知并征得其同意的情况下，擅自动用巨额夫妻共有财产购买位于福建省厦门市海沧区滨湖二里 2 号× × × ×室房产及位于福建省厦门市海沧区滨湖二里× ×号地下一层第× ×、× ×号车位，并将上述房产及车位赠与韦 X 芬，并将前述房产及车位均登记在韦 X 芬名下。李 X 德的前述赠与行为有悖于公序良俗，并侵害了其作为共有权人的合法权益，该赠与行为应属于无效行为。据此，请求：（1）确认李 X 德向韦 X 芬赠与位于福建省厦门市海沧区滨湖二里 2 号× × × ×室房产及位于福建省厦门市海沧区滨湖二里× ×号地下一层第× ×、 × ×号车位的行为无效；

（2）判令韦 X 芬立即向林 X 英返还位于福建省厦门市海沧区滨湖二里 2 号× × × ×室房产及位于福建省厦门市海沧区滨湖二里× ×号地下一层第× ×、× ×号车位；（3）判令韦 X 芬立即将位于福建省厦门市海沧区滨湖二里 2 号× × × ×室房产及位于福建省厦门市海沧区滨湖二里× ×号地下一层第× ×、× ×号车位的权属变更登记至林 X 英名下并承担由此产生的全部费用。

被告韦 X 芬答辩称：林 X 英与李 X 德在《离婚协议书》中约定韦 X 芬合法拥有的房产属于林 X 英所有是违法的，侵害了韦 X 芬的合法权益；该约定因严重侵害到第三人的利益而无效。《离婚协议书》不能认定两年前李 X 德处分的是夫妻共有财产，林 X 英的证据是事后证据，不应采信。林 X 英没有证据证明李 X 德曾经赠与过韦 X 芬钱款用于买房；林 X 英所提交的证据不能证明购房款项是李 X 德的，且相关的转账事由已间隔较长，未能明确其转账缘由。如果林 X 英认为厦门市政府房产主管部门发错了《厦门市土地房屋权证》，林 X 英应起诉厦门市政府房产主管部门，而不是起诉韦 X 芬。林 X 英在没有证据的情况下，不能随意说李 X 德与韦 X 芬具有不正当关系。更何况，即使案外人林永流对于其转款行为有不同于韦 X 芬的表述，提起诉讼的人应是林永流而不是林 X 英。综上，韦 X 芬认为林 X 英的诉讼请求无事实和法律依据，请求人民法院驳回林 X 英对韦 X 芬的全部诉讼请求。

被告李 X 德答辩称：李 X 德认为林 X 英诉状所说与事实相符，李 X 德确实未告知林 X 英并征得林 X 英同意便用夫妻共同财产购买位于厦门市海沧区滨湖二里 2 号× × × ×室房产及位于厦门市海沧区滨湖二里× ×号地下一层第××、× ×号车位，并将上述房产及车位赠与韦 X 芬。李 X 德因与韦 X 芬共同生活而伤害了林 X 英，所以在与林 X 英的离婚协议书上约定将位于厦门市海沧区滨湖二里 2 号楼× × × ×室及地下××、××号车位价值约为 800 万人民币归林 X 英所有。综上，李 X 德同意林 X 英的全部诉讼请求。

法院经审理查明：2014 年 6 月 3 日，李 X 德与林 X 英达成离婚协议，约定，李 X 德用夫妻共同财产出资为韦 X 芬购买的讼争房产及车位归林 X 英所有。李 X 德负责要回归还给林 X 英。2012 年 11 月-12 月间，韦 X 芬与厦门中骏天峰房地产有限公司签订房屋买卖合同，购买讼争房产及车位，总价共计 6858949 元。厦门中骏天峰房地产有限公司为其开具了购房发票，并于 2014 年 1 月 7 日取得讼争房产及车位的权属证书。案外人李志皇于 2012 年 10 月 20 日通过工商银行信用卡向厦门中骏天峰房地产有限公司支付 25 万元。李 X 德和案外人林永流分别于 2012 年 11 月 14 和 2013 年 5 月 27 日，合计向韦 X 芬转账 544 万元；韦 X 芬于 2013 年 5 月 27 日向厦门中骏天峰房地产有限公司转账 3405000 元。李 X 德于 2014 年 1 月 2 日向陈平新借款，其中 38 万元转到李 X 德指定的韦 X 芬账户。

2014 年 3 月 9 日，韦 X 芬在厦门日报上刊登遗失声明，声明本案讼争房产及车位的土地房屋权证遗失。对此林 X 英认为讼争房产及车位的产权证一直在李 X 德手中，并未遗失，并在庭审时当庭提交产权证原件。对此韦 X 芬不认可产权证由李 X 德保管，认为产权证系因为保管不慎而丢失。

庭审中，韦 X 芬原提供了其建行交易明细复印件，后当庭撤回该证据。林 X 英不同意韦 X 芬撤回该证据，认为该证据可以明显证明韦 X 芬缴纳的房款是。韦 X 芬原提供其建设银行交易明细复印件，其中显示 2012 年 11 月 14 日林永流转入韦 X 芬账户 1835000 元；李 X 德于同日转入两笔款项共计 165100 元；2012 年 11 月 15 日，韦 X 芬消费 1988949 元；2013 年 5 月 27 日，李 X 德转账存入 345 万元，同日韦 X 芬消费 3405000 元；此外李 X 德还有多次转入韦 X 芬账户款项，数额均在 1 万元以上。韦 X 芬提交给本院的证据清单中显示，从韦 X 芬银行账户转给开发商 544 万元。

厦门中骏天峰房地产有限公司出具两份情况说明，证明讼争房产的款项是通过案外人李志皇、

李 X 德和韦 X 芬共同支付的，车位是由李 X 德购买的，上述房产在看房、洽谈、协商，签约过程均由李 X 德与我公司联系，我公司也一直是与李 X 德联系该房产的销售事宜。在签约时，我公司根据李 X 德的指示与其指定的韦 X 芬签署合同”。

庭审中，韦 X 芬述称，其现在系自由职业，从事融资及房贷等工作，之前李 X 德转账给韦 X 芬的钱款是李 X 德向韦 X 芬的借款，借款均是现金支付。李 X 德对此不予认可，并称韦 X 芬只有在毕业之后工作了一段时间，并没有钱款可以出借给李 X 德，韦 X 芬所有的费用都是李 X 德提供的。

福建省厦门市中级人民法院于 2015 年 1 月 29 日作出（2014）厦民初字第 1434 号民事判决：一、确认李 X 德对韦 X 芬就位于福建省厦门市海沧区滨湖二里 2 号× × × ×室房产及位于福建省厦门市海沧区滨湖二里× ×号地下一层第××、××号车位的赠与行为无效；二、韦 X 芬应于本判决生效之日起 3 日内向林 X 英返还位于福建省厦门市海沧区滨湖二里 2 号× × × ×室房产及位于福建省厦门市海沧区滨湖二里× ×号地下一层第××、× ×号车位；三、韦 X 芬应于本判决生效之日起 3 日内协助林 X 英办理福建省厦门市海沧区滨湖二里 2 号× × × ×室房产及位于福建省厦门市海沧区滨湖二里× ×号地下一层第××、××号车位的过户登记手续，相关过户费用由李 X 德、韦 X 芬负担。宣判后，韦 X 芬提起上诉。福建省高级人民法院于 2015 年 7 月 20 日作出（2015）闽民终字第 587 号民事判决：维持原判。

生效判决认为：本案的焦点为讼争房产及车位是否系李 X 德赠与韦 X 芬和李 X 德赠与讼争房产及车位给韦 X 芬是否有效两个问题。

（1）讼争房产及车位是否系李 X 德赠与韦 X 芬。本案李 X 德出资给韦 X 芬购买讼争房产及车位，又持有讼争房产及车位的产权证，讼争房产及车位的开发商又出具证明写明讼争房产及车位的交易、洽谈均是由李 X 德与开发商进行，韦 X 芬仅是李 X 德指定的购房人；据此，李 X 德的行为符合赠与合同的特征，讼争房产及车位系李 X 德出资并赠与给韦 X 芬的。

（2）李 X 德赠与讼争房产及车位给韦 X 芬是否有效。本案中李 X 德在夫妻关系存续期间，擅自将价值数百万的讼争房产及车位无偿赠与韦 X 芬，该赠与显然非因夫妻双方日常生活需要所需，该行为严重损害了林 X 英的财产权益，有违民法上的公平原则。而韦 X 芬对李 X 德在夫妻关系存续期间赠与其大额财产也属明知，仍接受该赠与，加之李 X 德一直持有本案讼争房产及车位的产权证，可知韦 X 芬与李 X 德之间存在特殊关系，此种赠与亦与常理相悖，违反社会基本道德准则。因此，李 X 德赠与讼争房产及车位给韦 X 芬的行为无效。

爷爷将房子 1 元钱卖给孙子，奶奶怒了，将老伴告上法院！

2020-10-28 广州普法

https://mp.weixin.qq.com/s/1UTOrVvYJhU4hPyXgINVWQ

爷爷将名下房产
以一元钱的价格出售给了孙子
并将房产登记在孙子名下
奶奶知道后怒了

奶奶认为老伴没有经过她的允许

擅自处分夫妻共有财产
这是对她合法权益的侵犯
于是一怒之下
将老伴告上了法院
那么
法院会如何判决这起家事纠纷呢？

普法君从广州市越秀区法院获悉，
本案历经一审、二审，
均判决爷爷和孙子签订的
房屋买卖合同无效，
孙子需将房屋恢复登记到爷爷名下。

爷爷将房卖给孙子 被老伴告上法院

梁老太和蔡老伯系夫妻，蔡小东是他们的孙子。2002 年，蔡老伯购买了荔湾区芳村大道西某房并将房屋登记至蔡老伯个人名下。

2017 年 9 月，蔡老伯与孙子蔡小东签订《广州市存量房买卖合同》，约定将上址房屋按整套出售并计价，房款总额为 1 元，随后将该房屋登记至蔡小东名下。

梁老太得知此事后认为，当初购买的房屋是夫妻共同财产，蔡老伯未经其同意擅自处分该房屋，侵犯了其合法权益，故起诉至广州市越秀区人民法院，要求确认蔡老伯和蔡小东签订的《广州市存量房买卖合同》无效，蔡小东将涉案房屋的产权恢复登记至蔡老伯名下。

面对控诉，蔡老伯和蔡小东认为，蔡老伯是通过名为买卖、实为赠与的方式将房屋过户给蔡小东，且蔡老伯在赠与房屋之前已同梁老太商量过。

法院认定买卖合同无效

越秀区法院经审理认为，该房屋虽登记在蔡老伯个人名下，但该房屋购于梁老太和蔡老伯的夫妻关系存续期间，故属于夫妻共同财产。在梁老太和蔡老伯明确未选择其他财产制的情况下，双方对涉讼房屋应视为共同共有，即夫妻双方对共同财产不分份额地共同享有所有权，“夫或妻非因日常生活需要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”。现蔡老伯并无证据证明梁老太对其转让行为曾表示同意或作出追认，且蔡老伯将涉讼房屋仅以 1 元的交易价格转让给蔡小东，其行为显然不是因日常生活需要而处理夫妻共同财产。

同时，蔡小东与蔡老伯均确认涉讼房屋的转让名为买卖、实为赠与，蔡老伯未经梁老太的同意将涉讼房屋赠与蔡小东并转移过户登记至蔡小东名下的行为，依法应属无效。

最终，越秀法院一审判决确认蔡老伯与蔡小东签订的《广州市存量房买卖合同》无效，蔡小东需将涉案房屋恢复登记到蔡老伯名下。判后，蔡小东不服提出上诉，广州市中级人民法院二审判决驳回上诉，维持原判。目前，该判决已发生法律效力。

民法典小课堂

经办法官指出，随着社会主义市场经济的发展，社会的经济、文化和人的思想、生活方式都发生了深刻的变化，夫妻财产日益多样、丰厚，财产关系日趋复杂，家庭成员间对于家庭共同财产如何分配、如何使用，常常成为热议的话题。对此，即将实施的、被誉为“生活百科全书”的《中华人民共和国民法典》是这样规定的：

一、什么是夫妻共同财产？

民法典第一千零六十二条：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。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。

上述法条通过正向列举和反向排除的方式，概括了夫妻共同财产的范畴，表明夫妻在婚姻关系存续期间所得的财产基本上都归夫妻共同所有，除非夫妻双方对婚后财产作出特别约定，或者属于第一

千零六十三条规定的情形。

二、夫妻对共同财产是否可以自由处分？

根据民法典第一千零六十条规定，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。第一千零六十二条第二款规定，夫妻对共同财产，有平等的处理权。

上述规定表明，除非另有约定，夫妻双方基于家庭日常生活需要而实施处分夫妻共同财产的行为合法有效，双方均可平等处分夫妻共同财产，比如日常支出生活水电费、购买生活用品等，可自行决定；但对于处分家庭重大财产，譬如巨额存款、房屋等，则需经过平等协商后再确定。本案中，蔡老伯未经老伴梁老太同意，私自处分属于二人共有的房产，损害了梁老太的合法权益，根据法律规定，非基于日常生活需要、未经夫妻另一方同意而处分夫妻共同财产，属无效行为。

来源：广州日报

（九）执行案例

离婚协议约定房屋归女方所有但未过户，能否因男方的债务执行该房屋？

2020-10-09 江苏高院
https://mp.weixin.qq.com/s/nOYwaag1o_htMlsE6BqYPw

基本案情

2019 年 2 月 2 日，根据申请执行人 A 公司的申请，姜堰法院裁定：冻结被申请人 B 公司、母某、魏某、姚某、李某银行存款 3400 万元或查封、扣押其等额财产。执行过程中，该院于 2019 年 3 月 6 日向唐山市不动产登记中心发送协助执行通知书，要求协助事项为：预查封被申请人母某所有的案涉房屋。

另查明，2010 年 2 月 27 日，张某、母某与唐山某房地产公司（出卖人）签订商品房买卖合同，同年 3 月 31 日，唐山市房地产交易中心对上述合同登记备案。2012 年 12 月 31 日，母某与张某登记离婚。当日双方签订的离婚协议约定：案涉房屋归女方（张某）所有，另两处房产全部归男方所有，双方互相配合办理房地产权的业主姓名变更手续，过户费用由所有权归属方承担；任何一方如对外负有债务的，由负债方自行承担。协议约定归母某的房屋已变更登记在母某的名下。

2010 年 11 月 6 日，母某、张某将应缴纳的契税 48156 元缴纳至房屋开发商唐山某房地产公司。2017 年 7 月 19 日，唐山市路北区人民政府（甲方）、唐山市路北区地方税务局（乙方）、唐山市某房地产开发有限公司（丙方）签订案涉房屋小区“代收”契税缴纳协议书，协议书中载明鉴于以下事实：丙方开发案涉房屋小区，并向该小区业主“代收”契税，“代收”数额共计 4933 万元（以最终核定金额为准）。因丙方自身原因，丙方未将已“代收”的款项缴纳至税务部门。经乙、丙双方核对丙方现尚有代收契税 4933 万元未缴纳，涉及房屋 2303 套，导致相关业主至今不能办理房屋产权登记手续。

在与丙方充分协商的基础上就上述“代收”契税缴纳和房屋产权登记手续办理的相关事宜达成如下协议：1、丙方承诺于 2017 年 12 月 25 日之前将已“代收”但未缴纳的契税的 50%（2466.5 万元）缴纳到乙方，于 2018 年 4 月 30 日之前将已“代收”但未缴纳的契税剩余的 50%（2466.5 万元）缴纳到乙方，并在该期间内将多收部分款项退还小区业主。3、本协议签订后丙方应及时通知小区相关业主办理房屋产权登记手续，并向业主提供相关材料，全力配合业主办理。

裁判结果

一审法院认为

案涉房产虽然预登记在母某、张某名下，但该登记具有公示和对抗效力，依照《物权法》第九条“不动产的设立、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。”的规定，张某与母某离婚协议书中虽然约定案涉房产归张某所有，该约定仅是双方对共有财产的处分，仅凭该约定不能发生物权变动的效力，故对张某请求确认案涉房产属其所有的诉讼请求不予支持。

案涉房屋至今未能办理初始不动产登记的原因系开发公司向母某、张某“代收”的契税未向税务部门交纳，但开发公司并无权“代收”契税，在此期间，张某已配合母某将离婚协议约定归母某所有的房屋变更登记至母某名下，张某也应当采取自行向税务部门缴纳契税办理案涉房屋不动产初始

登记的措施，然后再变更登记至其名下，但张某怠于行使自己的权利，导致案涉房屋在长达八年左右的时间仍预登记在母某、张某名下，张某对未能对办理案涉房屋产权变更登记至其名下是有过错的。故张某要求人民法院停止对案涉预登记在母某、张某名下的房产执行的诉讼请求不予支持。据此，一审法院判决：驳回张某的诉讼请求。

二审法院认为

上诉人张某与母某于 2012 年 12 月 31 日签订《离婚协议书》，约定案涉房产归上诉人所有，另案房产归母某所有，该约定是婚姻关系解除时财产分配的约定，在案涉房产办理过户登记之前，上诉人享有的是将该房屋的所有权变更登记至其名下的请求权。

从成立时间上看

该请求权要远远早于 A 公司与母某之间债权转让纠纷所形成的金钱债权。

从内容上看

上诉人的请求权系针对案涉房产的请求权，而 A 公司的债权为金钱债权，并未指向特定的财产。上诉人在一审中已经提供《小区入住缴费清单》、电费收据证明其已经占有案涉房产，其要求将案涉房产的所有权变更登记至其名下的请求权，应当优于 A 公司的金钱债权。

从功能上看

诉争房产系上诉人与被执行人母某婚姻关系存续期间产生的夫妻共同财产，在上诉人与被执行人母某婚姻关系解除之时约定案涉房产归上诉人所有，该房产具有为上诉人及其所生子女提供生活保障的功能。与 A 公司的金钱债权相比，上诉人享有的请求权在伦理上具有一定的优先性。

从案涉房屋未能办理所有权转移登记的原因来看

案涉房屋的产权尚登记在开发商名下，上诉人亦提交了开发商出具的证明，开发商与唐山市路北区政府、路北区税务局的协议，证明其已将房屋契税交至开发商，系因开发商的原因未能办理产权转移登记手续。一审法院将未能办理产权转移登记的原因归结于上诉人，认为上诉人应再行缴纳税费，办理相关产权变更手续系对上诉人的苛求。

综上，上诉人享有排除对案涉房产执行的实体权益。据此，二审判决如下：一、撤销姜堰法院（2019）苏 1204 民初 4355 号民事判决；二、不得执行姜堰法院（2019）苏 1204 民初 1152 号民事裁定中查封的案涉房产；三、驳回张某的其他上诉请求。

法官说法

首先

张某与母某离婚协议约定在先，A 公司与母某之间因债权转让纠纷所形成的金钱债权在后，法院对于案涉房屋的查封也在后，时间长达六七年之久，张某与母某不存在借离婚协议处分财产故意逃避债务的主观恶意；

其次

在离婚协议签订后张某及其子女已经占有使用案涉房产，其要求将案涉房产的所有权变更登记至其名下的请求权也在前，应当优于 A 公司的金钱债权；

再次

从功能上看，诉争房产具有为上诉人及其所生子女提供生活保障的功能，与 A 公司的金钱债权相比，在伦理上具有一定的优先性；

最后

案涉房屋未变更产权登记至张某名下是因开发商的原因，张某并未怠于行使自己的权利。基于权利产生的时间、内容、性质以及根源等方面来看，张某享有足以排除执行的民事权益。

来源：泰州市中级人民法院

最高院：夫妻一方能否基于对房产的共有而排除法院对房产的整体拍卖？

2020-10-20 法门囚徒

https://mp.weixin.qq.com/s/WIB2z-9dzxeIX8AQZ-1uAA

裁判要旨

案涉房屋为共同共有，对案涉房产的查封和强制拍卖，不宜直接区分空间、分开处置，从各方当事人权益均衡保护考虑，人民法院继续执行涉案房产，案外人将会从执行款中获得其应有的共有财产份额，其权益不会受到损害。因案外人只是享有案涉房产共有的部分份额的民事权益，客观上不宜认定为其享有足以排除对整个案涉房产予以强制拍卖执行的民事权益。

案例索引

《周胜、沈芳景执行异议之诉再审案》【（2020）最高法民申 1543 号】

争议焦点

夫妻一方能否基于对房产的共有而排除法院对房产的整体拍卖？

裁判意见

最高院认为：当事人协议离婚，协议分割房产属于因法律行为发生的物权变动，依照《中华人民共和国物权法》第十四条关于“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，依照法律规定应当登记的，自记载于不动产登记簿时发生效力”的规定，房屋没有办理变更登记的不发生分割的效力。本案中，双方当事人在《离婚协议书》中约定将案涉房产归其子周子博所有，但未办理过户变更登记，故案涉房产的物权所有权人仍属于房产证书上登记权利人周胜和沈芳景。基于案涉房产为夫妻存续期间所取得，诉讼中，双方也认可案涉房产为共有，原一审、二审法院认定该房产为周胜与沈芳景共同共有的财产并无不当。作为被执行人沈芳景的原配偶周胜，其以案外人身份主张该财产属于共同财产，要求执行法院停止执行，实质上是要求法院不执行自己在该房产中所享有的份额。实际执行中，执行效力只及于被执行人占有房屋的份额，对案外人享有的房屋份额应当裁定解除查封、停止执行。但是，鉴于案涉房屋为共同共有，对案涉房产的查封和强制拍卖，不宜直接区分空间、分开处置，从各方当事人权益均衡保护考虑，原二审法院认为“人民法院继续执行涉案房产，案外人周胜将会从执行款中获得其应有的共有财产份额，其权益不会受到损害”，理由并无不当。因案外人周胜只是享有案涉房产共有的部分份额的民事权益，客观上不宜认定为其享有足以排除对整个案涉房产予以强制拍卖执行的民事权益。《查扣冻规定》第十四条规定：“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。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。”本案中，案外人周胜及被执行人沈芳景没有提起析产诉讼，申请执行人也没有代位提起析产诉讼，法院在确认被执行人享有案涉房产份额产权的前提下，可以对案涉房产采取查封、扣押、冻结，以及所延伸出的强制拍卖等执行行为，但必须及时通知共有人即本案的案外人周胜，且从强制拍卖所获得的执行款中保留案外人周胜的共有财产份额。因此，原二审法院判决继续执行案涉房产并无明显不当。

（十）人身安全保护令案例

子女不满老人购买保健品，可强行接管老人财产吗？

2020-10-25 香洲法院 代敏 郑若翀 苏倩雯 张梦颖

https://mp.weixin.qq.com/s/z5xCl4S7MwK_6fE3MhgKAQ

秋高气爽、丹桂飘香，我们迎来了一年一度的重阳佳节。“九九重阳节，浓浓敬老情”，重阳节俗称“老人节”，在人口老龄化的现今社会，老年人权益保护问题也日显突出。香洲法院在家事审判中，注重弘扬中华民族传统价值观，妥善化解涉老纠纷，依法维护老年人的合法权益。

一起来看看下面这则案例

近日，香洲法院发出了一份特殊的人身安全保护令：禁止被申请人王女士对其 70 岁的母亲林阿姨实施殴打、威胁等家庭暴力行为；裁定有效期内，禁止王女士骚扰、跟踪、接触林阿姨，禁止王女士进入林阿姨住所。这是香洲法院首份为老年人发出的人身安全保护令。

七旬老人不堪女儿家暴 向法院申请保护令

林阿姨多年前与丈夫离异，独自将女儿王女士抚养长大。王女士结婚成家后，林阿姨一直独居在自己名下位于珠海市香洲区的 A 房屋内，每月有退休金 8000 余元。近年，王女士也离异并带着两个年幼的孩子生活。

2020 年春节，王女士将母亲接到自己家。之后，王女士提出让母亲将银行存款交给其保管，还要求母亲搬到自己家中常住，把 A 房屋用于出租。林阿姨不同意，母女两人发生争吵。亲属前去看望林阿姨，也被王女士赶走。5 月 7 日，林阿姨要求回自己家，王女士不同意并抢走了母亲的手机。后林阿姨趁王女士不注意偷偷离开。当晚，王女士怒气冲冲地去到母亲家，对母亲大声谩骂，还砍断固定电话线，持铁锤砸屋内东西，用菜刀大力剁砧板，威逼林阿姨同意搬出 A 房屋。5 月 13 日，王女士请搬家公司强行搬走了 A 房屋内家具电器、按摩椅、保健床垫等林阿姨常用物品，还更换了 A 房屋门锁。林阿姨向公安机关报案，王女士对民警称家庭纠纷不需要警察处理。

6 月 8 日，无家可归、多方求助无果的林阿姨向香洲法院申请人身安全保护令并以物权保护纠纷起诉王女士，要求王女士不得对其施暴及骚扰，归还强行拿走的手机、房产证、家具电器等财物，停止侵占 A 房屋。

女儿不服申请复议 母女各执一词

经审查，香洲法院于 2020 年 6 月 9 日为林阿姨发出了人身安全保护令。王女士不服申请复议要求撤销保护令。香洲法院依法举行了听证。听证过程中，王女士称其要求母亲一起居住、代管母亲财产是为了保障母亲的财产安全，以免她被保健品推销人员欺骗，拿走房产证是为了不让母亲被骗将房屋拿去抵押借款搞传销。但是母亲不听劝告，自己不得不“教育”母亲，搬走家具等。林阿姨则称自己并没有买巨额的保健品，更没有抵押借款搞传销的打算。她只是偶尔购买一些正规的保健品，最贵的是买过一张一万余元的保健床垫。平时女儿只要发现自己购买了她不同意买的东西，都会去商家吵闹强行要求退货，让她既无消费自由，也颜面尽失。

法官辨法析理

女儿当庭认错

针对王女士提出是因林阿姨不理性购买保健品才要求代管其财产的问题，承办法官对王女士释明了《中华人民共和国老年人权益保障法》的相关规定，明确指出王女士强行要求母亲搬到自己家中居住、侵占母亲房屋是侵犯老年人财产权的违法行为。而其谩骂、恐吓、打砸物品、抢走手机等“教育”母亲的行为已经构成家庭暴力，如果违反保护令再犯，法院将依法对其处以罚款、拘留措施。构成犯罪的，还将追究刑事责任。王女士称自己不懂法律，出发点是为了保护母亲的财产安全，并不是真心想对母亲施暴。经过法官的严肃教育，她已经认识到错误，今后保证尊重母亲，绝不再犯。承办法官适时又对林阿姨进行劝解，倡导其理性消费，在合理限度内购买保健品。林阿姨表示接受，十分感谢法官教育女儿知法守法。

最终，香洲法院裁定驳回王女士的撤销保护令申请。对于林阿姨起诉的物权保护纠纷，经法官主持，双方最终达成调解协议，即王女士三日内返还林阿姨被强行拿走的物品，一年内不干涉林阿姨生活，不进入 A 房屋。经法院多次回访，王女士未再有违反保护令的行为，也已自觉履行调解协议约定事项。

百善孝为先。孝敬父母首先应当尊重父母，这既是做人的道德底线，也是法律对每一位公民的基本要求。老年人对自己的财产有独立支配权，成年子女不得以任何理由侵犯父母的财产权。即使老人用自己的财产不理性消费，子女也只能好言劝说，或者对不法分子进行举报。任何情况下，都不可以为父母好为由对老人实施谩骂、威胁、殴打、限制人身自由、暴力夺取财产等家庭暴力行为。当子女侵犯自己合法权益时，老年人也有权拿起法律武器自我保护，捍卫自己的权利。

法条链接

《中华人民共和国老年人权益保障法》第十六条第一款、第二款：赡养人应当妥善安排老年人的住房，不得强迫老年人居住或者迁居条件低劣的房屋。老年人自有的或者承租的住房，子女或者其他亲属不得侵占，不得擅自改变产权关系或者租赁关系。

《中华人民共和国老年人权益保障法》第二十二条第一款：老年人对个人的财产，依法享有占有、使用、收益处分的权利，子女或者其他亲属不得干涉，不得以窃取、骗取、强行索取等方式侵犯老年人的财产权益。

《中华人民共和国老年人权益保障法》第二十五条：禁止对老年人实施家庭暴力。

敬老爱老是中华民族的传统美德，
希望我们每个人都能尊重身边的老人，
别让这样的事件再次发生！

撰稿：代敏 郑若翀 苏倩雯 张梦颖

（十一）其它相关案例

称男方有“性功能障碍”，女子婚礼后不肯领证！男方在沪诉讨巨额礼金

原创：2020-10-10 上海法治报 陈颖婷
https://mp.weixin.qq.com/s/nAaIWdPSnwRBr0s0m3SkXQ

家住浦东的小郭与他的新娘小梁在办了隆重的婚礼后，小梁却以各种理由不愿去民政局领证，并在不久后带着彩礼、婚礼礼金、金器等回了娘家。

小郭与小梁有夫妻之名，却始终没有夫妻之实，无奈之下，小郭将小梁告上法庭，请求追回自己为这段婚姻所付出的高昂礼金和财物。日前，浦东新区人民法院开庭审理了此案。

女方屡屡拒婚

小郭与小梁是经过相亲认识，双方相处了一段时间后，便打算步入婚姻殿堂。小郭说，在双方父母及媒人共同商量下，约定于 2018 年 2 月订婚，并于 2018 年 5 月 20 日登记结婚领证。订婚前，小郭由媒人经手给予小梁彩礼 68,000 元，小梁家返还 1 万元。

之后双方如期举行订婚仪式。但当 5 月 20 日，小郭提出去民政部门登记结婚时，小梁却以外出旅游为由未按约去登记领证。小郭说，他与家人非常重视这场婚礼，为准备婚礼，他支付了婚庆婚车以及婚纱照等费用 2 万余元，同时又为新娘小郭购买价值近 5000 元的婚纱，小郭的父母还将一只价值 2000 余元的金貔貅作为新婚礼物送给小梁。同年 6 月底，小郭再次给了小梁 3.9 万元用于购买结婚钻戒。同年 10 月，双方举办结婚酒席，小郭前往小梁家中迎亲时按照农村风俗给付小梁 8800 元及小梁外甥女红包 3000 元。

婚礼后，小郭与小梁共同生活，但生活费用却由小郭承担。“我每个月给她 3000 元作为个人生活费，她不接受转账。”尽管在一个屋檐下生活，但两人却始终没能领取“红本本”，小郭说，他多次向小梁提出办理结婚登记，但小梁屡次以和朋友出去旅游为由拒绝和其领证。

2019 年 2 月，小梁提出要蜜月旅行。“我为促进双方感情，在网上购买了 3 万多元的马尔代夫双人游。”然后蜜月结束后，双方因小事发生争执，小梁一气之下回了娘家，一同带走的还有各色财物。

男方欲索回礼金

小郭表示，到此双方未曾有过夫妻生活。“我与她的交往始终抱着以结婚为目的的心态，对她真心付出，大小节日都会有红包转账。我的父母也将她当作儿媳对待。”

小梁搬回娘家居住后，小郭也曾与她协商归还钱款、礼金、戒指等事宜，但遭到了小梁的拒绝。为此，小郭起诉要求小梁返还彩礼、男方婚礼红包、订婚戒指、结婚钻戒等各种财物，同时支付婚庆、婚车、婚纱照、婚纱费用及蜜月旅行费用中的一半，合计 25 万余元。

而小梁却表示，双方从未说过 5 月 20 日登记领证。蜜月旅行也是小郭主动提出的，两人一起去的。她同意返还婚礼礼金的 50%、订婚戒指、金貔貅。其他财物则不同意返还。小梁还告诉法官，小郭因性功能障碍而吃药，他曾向其认错，同时小郭有翻墙偷盗行为，并主动提出分手。

对此小郭表示，自己无性功能障碍；所谓认错是想挽回双方的关系。

法院：
爱情不在友情在，何必空欢喜

法院审理后，从小郭和小梁微信往来显示，小郭多次提请去登记领证，但小梁未予协同小郭前去办理，过错在小梁。结婚应该双方自愿，如果小梁

看不上小郭，应明确拒绝。俗话说爱情不在友情在，可以做普通朋友，何必让男方空欢喜一场，并浪费大量精力财力。如此对双方均造成一定伤害。

虽然小梁认为双方在蜜月旅行时发现小郭存在性功能障碍，但双方举办婚礼后未曾发生性生活，小梁对此不闻不问，显然她对此漠不关心。

法院结合双方的过错程度，确定小梁应返还彩礼、结婚礼金、收取男方亲友的礼金、一半蜜月旅行费用及订婚戒指和结婚钻戒、金貔貅。婚纱因根据小梁的身材定购，故婚纱归小梁所有，由小梁返还一半的婚纱价款。

而双方举办婚礼时所支付的婚庆费用、婚纱照费用、婚车费用，法院认为因婚礼举办的隆重是小郭的面子，故其要求小梁支付相应费用法院不予支持。小郭转账的红包、生活费因无证据证明为 2.5 万余元，且即便一般的朋友之间转发微信红包，也无要求返还之理，更何况两人曾在一个屋檐下生活过几个月，法院不予支持。（文中均系化名）

阅读延伸

究竟哪些情况下可以要求返还彩礼？

司法解释从切实解决实际问题入手，对彩礼应否返还问题作了较为明确的规定。

《最高人民法院关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释(二)》第十条规定：“当事人请求返还按照习俗给付的彩礼的，如果查明属于以下情形，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”

在理解该条文内容时，应当把握以下几个方面的要点：

1

要注意把握司法解释解决此类纠纷时所坚持的基本原则。本解释在决定彩礼是否返还时，是以当事人是否缔结婚姻关系为主要判断依据的。

2

结婚前给付彩礼的，必须以离婚为前提，人民法院才能考虑支持给付人的返还请求。如果给付彩礼之后，给付人反悔，提出要求返还的，人民法院将不予支持。

3

必须是本地区确实存在这种结婚前给付彩礼的习俗。如果当地没有此种风气存在，就谈不上给付彩礼的问题。对于不能认定为彩礼的、属于男女交往间所为的给付财物。

4

要区别彩礼给付时当事人的主观意愿。一般来讲，彩礼的给付，往往迫于当地行情及社会压力。完全自愿给付且无任何附加条件的，属于一般赠与行为。

5

给付彩礼后，虽然办理了结婚登记，但双方并未真正在一起共同生活的，对于当事人的合法权益要进行保护。如果双方尚未共同生活，也没有过多把双方共同联系在一起的纽带；或有人以结婚为诱饵要求对方给付价值不菲的彩礼，但登记后并不与其共同生活或者一走了之，这种为达到占有对方财物目的的骗婚行为，极大损害了给付人的合法权益。

6

对于彩礼的给付、接受主体，应当正确理解。实践中，给付彩礼问题，涉及两个家庭之间的往来。考虑到具体情况，如果将给付的主体和收受的主体都作限制性解释的话，则不利于这类纠纷的妥善解决。

7

婚前给付导致给付人生活困难的。对于彩礼是否返还，原则上要以双方是否缔结婚姻关系作为判断标准。没有特殊规定的话，已经结婚的，彩礼将

不用返还。而因给付导致给付人一家生活困难的，虽然已经结婚，也应当返还。

典型案例裁判规则：

01
未办理结婚登记手续的

案例来源：最高人民法院公布 10 起婚姻家庭纠纷典型案例（山东）之一：张某某、赵某婚约财产纠纷案

审理法院：山东省济宁市高新技术产业开发区人民法院

裁判观点：原告与被告经人介绍认识，原告按照当地风俗习惯给予被告彩礼，但原告与被告之后未能登记结婚。彩礼虽具有赠与的外观，但法律后果与普通的赠与却大相径庭。被告关于原告给予其彩礼的行为为赠与的抗辩，法院不予支持。

02
未办理结婚登记手续但同居的

案例来源：中国裁判文书网

审理法院：浙江省嘉兴市秀洲区人民法院

案号：（2014）嘉秀民初字第 173 号

裁判观点：被告黄某甲进行人工流产手术花费相应医疗费，在手术后需休息并补充营养，造成一定期限内误工费及营养费损失应属合理，该部分物质性损失原告理应给予一定补偿。另，鉴于被告黄某甲作为女性在怀孕及订婚后未能顺利结婚，且进行了人工流产手术，必然对其精神带来巨大痛苦，且对今后生活会有一定影响，原告需给予精神抚慰。综上，被告黄某甲全额将彩礼返还原告有失公平，酌定被告黄某甲返还原告 40000 元及所有金饰。

03
办理结婚登记手续但未共同生活的

案例来源：最高人民法院公布 49 起婚姻家庭纠纷典型案例之十三：郭某诉吕某离婚案

审理法院：河南省嵩县人民法院

案号：（2014）嵩民五初字第 22 号

裁判观点：原告郭某与被告吕某于 2009 年 8 月经人介绍相识，2011 年 3 月 7 日登记结婚、12 日举行结婚仪式。从双方相识到结婚这段时间内，被告吕某共接收原告郭某彩礼金 21200 元。双方相识四年来，确实未共同生活。根据婚姻持续时间以及双方过错，判决被告返还彩礼 14840 元等。

04
办理结婚登记手续并共同生活的

案例来源：最高人民法院公布 10 起婚姻家庭纠纷典型案例（山东）之二：刘某、冯某婚姻财产纠纷案

审理法院：山东省茌平县人民法院

裁判观点：关于冯某所述婚前的聘礼，属于以结婚为目的的有条件赠与，双方已结婚，条件已成就，应按赠与处理。关于刘某婚后住院的花费，冯某要求刘某返还，因当时处于共同生活期间，冯某有义务给作为其妻子的刘某看病。尽管双方共同生活时间不长，但毕竟已经结婚并共同生活，被告非因给付彩礼而导致非常困难，所以其要求返还彩礼的主张，法院不予支持。

05
婚前给付并导致给付人生活困难的

案例来源：最高人民法院公布 49 起婚姻家庭纠纷典型案例之二十七：王某、徐某某彩礼返还案

审理法院：辽宁省西丰县人民法院

裁判观点：原、被告订婚时被告向原告索要彩礼的行为，已违反婚姻法关于禁止借婚姻索取财物的规定，且造成原告家庭生活困难。因此对被告索要的彩礼款 10 万元应酌情予以返还。

记者 | 陈颖婷

部分内容综合自最高人民法院司法案例研究院

编辑 | 张旭凡

子女强行接管年迈父母财产构成侵犯老年人财产权

珠海香洲法院发出人身安全保护令 禁止女儿对母亲家庭暴力

2020-10-23 人民法院报 第 03 版 代 敏 郑若翀
http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2020-10/23/content_173098.htm?div=-1

老人居住在自己名下的房屋，每月拥有固定收入，却被女儿限制消费、暴力对待甚至强行接管财产失去自由。近日，广东省珠海市香洲区人民法院对这起案件的当事人——年已 70 岁的林某发出了一份人身安全保护令：禁止被申请人王某对其实施殴打、威胁等家庭暴力行为；裁定有效期内，禁止王某骚扰、跟踪、接触林某，禁止王某进入林某住所。

母亲不堪家暴申请保护令

林某多年前与丈夫离异，独自将女儿王某抚养长大。王某结婚成家后，林某一直独居在自己名下位于珠海市香洲区的 A 房屋内，每月有退休金 8000 余元。近年，王某也离异并带着两个年幼的孩子生活。

2020 年春节，王某将母亲接到自己家。之后，王某提出让母亲将银行存款交给其保管，还要求母亲搬到自己家中常住，把 A 房屋用于出租。林某不同意，母女两人发生争吵，亲属前去看望林某，也被王某赶走。2020 年 5 月 7 日，林某要求回自己家，王某不同意并抢走了母亲的手机，后林某趁王某不注意偷偷离开。当晚，王某怒气冲冲地来到母亲家，对母亲大声谩骂，砍断固定电话线，持铁锤砸屋内东西，用菜刀大力剁砧板，威逼林某同意搬出 A 房屋。5 月 13 日，王某请搬家公司强行搬走了 A 房屋内家具电器、按摩椅、保健床垫等林某常用物品，还更换了 A 房屋门锁。林某向公安机关报案，王某对民警称母亲有精神病，家庭纠纷不需要警察处理。

2020 年 6 月 8 日，无家可归、多方求助无果的林某向香洲区法院申请人身安全保护令并起诉王某物权保护纠纷，要求王某不得对其施暴及骚扰，归还强行拿走的手机、房产证、家具电器等财物，停止侵占 A 房屋。

女儿申请复议母女各执一词

经审查，香洲区法院于 2020 年 6 月 9 日为林某发出了人身安全保护令。王某不服，申请复议，要求撤销保护令。王某称其要求母亲一起居住、代管母亲财产是为了保障母亲的财产安全，以免母亲被保健品推销人员欺骗，拿走房产证是为了不让母亲被骗将房屋拿去抵押借款搞传销。但是母亲不听劝告，自己不得不“教育”母亲，搬走家具等。林某则称自己并没有购买巨额的保健品，更没有抵押借款搞传销的打算。她只是偶尔购买一些正规的保健品，最贵的是购买过一张 1 万余元的保健床垫。平时女儿只要发现她购买了女儿不同意买的东西，都会去商家吵闹强行要求退货，让她既无消费自由，又颜面尽失。

法官辨法析理女儿当庭认错

针对王某提出是因林某不理性购买保健品才要求代管其财产的问题，承办法官对王某释明了《中华人民共和国老年人权益保障法》的相关规定，明确指出王某强行要求母亲搬到自己家中居住、侵占母亲房屋是侵犯老年人财产权的违法行为。而其谩骂、恐吓、打砸物品、抢走手机等“教育”母亲的行为已经构成家庭暴力。如果违反保护令再犯，法院将依法对其处以罚款、拘留措施。构成犯罪的，还将追究刑事责任。王某称自己不懂法律，出发点

是为了保护母亲的财产安全，并非真心想对母亲施暴。经过法官的教育，已经认识到错误，今后保证尊重母亲，绝不再犯。承办法官又对林某进行了劝说，倡导其理性消费，在合理限度内购买保健品。

最终，香洲区法院裁定驳回了王某的撤销保护令申请。对于林某起诉的物权保护纠纷，经法官主持调解双方达成调解协议：王某三日内返还强行拿走的林某的物品，一年内不干涉林某生活，不进入 A 房屋。经香洲区法院多次回访，王某未有违反保护令的行为，也已自觉履行调解协议约定事项。

■法官说法■

老年人对自己的财产享有独立支配权

《中华人民共和国老年人权益保障法》第十六条第二款规定："老年人自有的或者承租的住房，子女或者其他亲属不得侵占，不得擅自改变产权关系或者租赁关系。"第二十二条第一款规定："老年人对个人的财产，依法享有占有、使用、收益和处分的权利，子女或者其他亲属不得干涉，不得以窃取、骗取、强行索取等方式侵犯老年人的财产权益。"百善孝为先。孝敬父母首先应当尊重父母，这既是做人的道德底线，也是法律对每一位公民的基本要求。老年人对自己的财产有独立支配权，成年子女不得以任何理由侵犯父母的财产权。如果老人确实存在用自己的财产不理性消费的，子女应当好言劝说，或者对不法分子进行举报。任何情况下，都不能以为父母好为由对老人实施谩骂、威胁、殴打、限制人身自由、暴力夺取财产等家庭暴力行为。当子女侵犯自己合法权益时，老年人也应及时拿起法律武器保护自己的权益。

四、继承

八旬养母遭虐待，起诉分割遗产获法院支持

法院在尊重遗嘱的前提下判赡养者多分

2020-10-13 北京海淀法院

https://mp.weixin.qq.com/s/7PhYL6Re4HZ5YxI4vdbCZQ

尊老爱幼是中华民族的传统美德，为人子女更应遵守孝道、赡养父母，以报答父母的养育之恩。然而，王女士在其丈夫去世后，却遭养子遗弃和冷眼相待，有家不能回。无奈之下，王女士将其养子丁小甲诉至法院，要求继承分割位于海淀区的房产一套。海淀法院经审理后，判决涉案房屋由王女士继承所有。

☆ 案情简介 ☆

原告王女士诉称，自己与老伴丁先生三十年前收养了刚出生两天的丁小甲（化名），夫妇二人含辛茹苦将丁小甲抚养成人，娶妻生子。然而，老伴三年前去世后，丁小甲一家一直住在涉案房屋内，对王女士未尽任何赡养义务，而且对王女士态度恶劣，多次恶语相向，迫使她在外租房居住。王女士几次要求丁小甲搬离涉案房屋，均遭拒绝，无奈之下诉至法院。

丁小甲辩称，自己除了这套住房外没有其他住房，不同意王女士的诉讼请求。

☆ 法院判决 ☆

法院经审理后查明，王女士与丁先生系夫妻，二人于 1968 年 11 月收养了刚出生两天的丁小甲，后丁先生于 2017 年去世。二人夫妻关系存续期间，共同购买位于海淀区的房产一套，该房屋登记在丁先生名下。丁先生去世前，留有书面遗嘱，确定将其对涉案房屋所有的份额留给王女士。现丁小甲一家住在涉案房屋内。庭审中，丁小甲表示，自己没有收入和工作，没钱买房，并认为王女士应当出资为其买房。

法院经审理后认为，涉案房屋系王女士与丁先生于夫妻关系存续期间共同购买，系二人夫妻共同财产，双方各占一半份额。丁先生生前立有合法有效的遗嘱，要求将其享有的房产份额留给王女士，故对于房产的分割应当遵从遗嘱处理。

此外，从公序良俗的角度来讲，王女士和丁先生夫妇自丁小甲刚出生第二天便对其收养，丁小甲理当感恩，孝顺辛苦抚育和培养自己的养父母。加之王女士现年岁已高，丁小甲更应承担起作为子女的责任，善待老人，让老人安享晚年。最终，法院判决涉案房屋由王女士继承所有。

宣判后，双方当事人均未上诉。

答新京报智库丨城里人可继承农村房屋，能翻建继承的房屋吗

原创：2020-10-21 慕公法治论坛 刘昌松律师

https://mp.weixin.qq.com/s/wUULB5Q_oOnXSM66Pw73KA

自然资源部，经商住房城乡建设部、民政部、国家保密局、最高人民法院、农业农村部、国家税

务总局，近日对“十三届全国人大三次会议第 3226 号建议”作出答复。就该建议中提到的“关于农村宅基地使用权登记问题”，答复明确：农民的宅基地使用权可以依法由城镇户籍的子女继承并办理不动产登记。登记时在不动产登记簿及证书的附记栏注记“该权利人为本农民集体经济组织原成员住宅的合法继承人”

针对上述报道，新京报智库的记者向刘昌松律师咨询了几个相关问题，刘律师给予了详细解答。

【新京报智库】答复称，城里人可继承农村房屋并宅基地使用权，但答复不是国家法律，它符合现行的法律制度吗？

【刘昌松律师】符合。根据《物权法》和明年 1 月 1 日生效的《民法典》之规定，房屋所有权，无论农村房屋所有权还是城镇房屋所有权，都没有期限的限制，理论上称为无期物权。其实，自古至今哪个国家的所有权制度都是这样。我国一向奉行“房地一体主义”，房随地走，地随房移，城镇居民可继承农村房屋，当然要一同继承承载房屋的宅基地使用权。可以说，该答复乃依法解答，没有信息增量，当然明确一下或许更好。

【新京报智库】城里人继承了农村房屋后，能否翻新重建继承的房屋？

【刘昌松律师】这个确实没有规定，这次答复中也未回应这个问题。有这种想法的人应该还不少，我今天就接到老家一位公务员朋友的咨询，马上要退休了，打算回乡把过世父母留下的农村房屋好好翻新一下，再建个院墙，前面挖口鱼塘，后面种点果树，在那里颐养天年，问我是否行得通。我对他说，理论上讲翻建农村房屋可能有障碍，因为农村建房包括翻新重建，都是要报经批准才能建设，但城里人的这个翻建申请很可能得不到批准。也就是说，现有的存量房屋可以继承，一直使用；小的维修或内部装修都没有问题，但翻建属于推倒重来，而一旦推倒，原来的房屋就不复存在了，房屋所有权自然消灭了，而宅基地不得继承是明确的。当然，国家通过立法允许城里人翻新重建，就没有任何问题了。期待国家进一步明确，并给予这种红利。

【新京报智库】城里人继承了农村房屋，对其他村民公平吗？

【刘昌松律师】对其他村民也不存在不公平的问题，因为房屋所有权连同相应的宅基地使用权，除孤寡老人死亡完全无人继承，集体经济组织会收回另行分配以外，一般村民的房屋和宅基地都不存在收回和重新分配的问题。别人的财产，你没有利益在里面，对你有什么公平不公平！

【新京报智库】有无可能推广到，城里人也能到农村继承农地使用权？

【刘昌松律师】根据我国的现行法律制度，短期内不存在这种可能。因为城里人能继承农村房屋，顺便也继承了宅基地使用权，这是落实继承制度而伴随的一个问题，而农地使用权即土地承包经营权，根本不属于遗产范围。而且，土地承包经营权一般以户为单位，现在农村一般实行“增人不增地、减人不减地”的原则，老人去世、女孩嫁到外村，承包地都不收回，除了全家进城主动交回土地等特殊情况需要微调以外，一般不进行承包地的调整。

【新京报智库】城里人继承农村房屋并办理登记后，能否转让他人或进行抵押？

【刘昌松律师】我国农村房屋交易并未放开，城里人到农村购买房屋，仍然是无效法律行为，得不到法律保护，当然本村组的村民购买不违法。由于农村房屋不能自由流转，抵押自然也成问题，因为到期还不了债时无法将房屋出售变现用来还债。也就是说，城里人继承了农村房屋之遗产，在行使财产权利方面还是受到诸多限制。总体来说，农村房屋还不是完善的物权。期待国家对农村房屋包括农地承包经营权的流转政策完全放开，这是大趋势，我想这一天终究会来到。

“城镇户口子女可继承”为宅地确权解法律之困

2020-10-21 新京报 NO3：时事评论
http://epaper.bjnews.com.cn/html/2020-10/21/content_791340.htm?div=-1

专栏

此次法规解释蕴含重大的改革机变，但未来它究竟能带来多大的实际功效，还仰赖今后如何解决更多相关具体问题。

近日，自然资源部经商住房城乡建设部、民政部、国家保密局、最高人民法院、农业农村部、国家税务总局对“十三届全国人大三次会议第 3226 号建议”作出答复。就该建议中提到的“关于农村宅基地使用权登记问题”，明确答复：农民的宅基地使用权可以依法由城镇户籍的子女继承并办理不动产登记。这一答复引发广泛关注。

以往农村宅地权属保护并不充分

依据近年新颁布法规，农村住房及其承载住房的土地属于权利人的不动产，且房地一体，权属不可分离；不动产的权利主体不单单与其是否为集体经济组织成员建立联系，也与继承法所承认的法定继承权有关。而有关继承的法律事务已由《不动产登记操作规范（试行）》做了明确规定，足以保护非集体经济组织成员作为农村不动产（宅地）合法继承人的基本权利。

实际上，以往有关农村宅地权属的很多问题，法规本身有不够清楚的地方，且不同法规的条款不尽一致，实践中引起保护农村宅地权利的诸多司法困扰。

近年随着民法典及相关法规的颁布，农村宅地权利的法律保障得到强化，但在具体操作中仍广泛存在权利受侵犯的情形。一些地方因村庄环境整治而涉及房屋拆迁时，并没有尊重非集体经济组织成员在农村的宅地权利。

而作为离开农村并在城市注册户籍的城市居民，其成分比较复杂，其中那些本人在农村没有宅地而长辈有宅地的人员，其宅地继承权、使用权在不同地方受到不同程度的限制。当他们的长辈去世后，他们有可能在修缮房屋时，或者以旧宅置换新的宅基地建房时，权利遭遇不确定性的对待。

农村宅地权利的法律保障程度与“集体经济组织成员”这个很难得到严谨界定的概念有关。此次自然资源部法规解释的深层意义也与这个有关。

宅地确权，符合经济健康发展要求

我国农村集体经济组织成立与上世纪农村合作化运动有关。后来一系列社会演变与政策调整，使农村集体经济组织成员的界定逐步模糊。现在能够获得土地承包权并享有集体收入分配权的村庄居民（包括外出务工人员），大体上被看做集体经济组织成员。当年通过国企招工、参军、升学及其他国家行为而脱离农村的人口，因没有承包地，也不参加集体经济组织分配，不再被看做是集体经济组织成员。这些人的长辈一般在农村拥有宅地，因此也就有了他们的农村宅地继承权问题。

按照自然资源部此次的法规解释，今后与农村宅地继承及权属登记的法律事务由自然资源部负责，而不是由主管农村集体经济组织的农业农村部负责，这意味着涉及农村宅地法律事务转变成了国家一般的不动产管理事务，而不再是集体经济组织管理工作内含的一个方面。

这其中的权利界定包含了农村的不动产管理与集体经济组织管理之间的某种分离。事实上，当年农村合作化运动中，包含宅基地在内的农户宅地并没有加入合作社，即当时它不是集体资产。后来农村出现的多种农村宅地管理困扰，均与这方面的权属关系逐渐模糊有关。

通过法规建设逐步使这方面的关系合理化，形成更具有激励作用的产权关系，符合经济健康发展的要求，显然也会增进国民福祉。

不能低估“解释”的意义

也许有人以为此项法规解释只涉及农村宅地（特别是宅基地）的使用权，而不是所有权，故低估这个解释的意义。这种想法流于肤浅。历史上，所有权制度问题的解决，很多都是从使用权层面操作完成的。时间足够长的、有强度的不动产使用权的确立与保护，同样会带来积极的社会效果。

权威的法规解释，对社会进步的意义有时胜于法规订立本身。自然资源部此次所做的法规解释蕴含重大的改革机变，但未来它究竟能带来多大的实际功效，还仰赖今后如何解决更多相关具体问题。

作为非集体经济组织成员的农村宅地的继承人怎么适应“一户一宅”原则的限制？他们有权利购买农村邻居同样属性的宅地吗？他们能将自己的宅地使用权出售给其他非集体经济组织成员吗？如果现在不行，以后可以吗？一系列新问题的回答与改革红利大小有关。我们期待农村改革循序渐进地深入下去。

□党国英（社科院农业农村所研究员）

家庭财产归儿子？一个农村女儿的房产官司

原创：2020-10-28 三联生活周刊 小笨王珊

https://mp.weixin.qq.com/s/kRrC0EXcF3KXXSCUWVYPqQ

李丽将她的父亲、哥哥告上了法庭，她认为家里拆迁所分四套房子中里有自己和母亲的部分，父亲和哥哥应该还给她。这个诉求的背后，是一个受过教育的农村女孩对“家庭财产归儿子”的村庄传统的抗争，也是为另一位家庭女性——李丽的母亲长年的隐忍、痛苦和挣扎寻一个说法。

记者丨王珊

摄影丨吴皓

母亲的遗嘱

如果不是因为李丽和父亲李铭、哥哥李飞打官司的事闹得人尽皆知，河北省石家庄市裕华区贾村的村民可能早就忘了张秀菊这个人，她是李铭的老婆、李飞的继母、李丽的母亲。对于生活在贾村这片快速变迁土地上的人来说，生活里有太多的变化需要迎接、适应、对待，这个时候再去谈论一个已经去世两年多的逝者，不论是谁，总是有些不合时宜的。

用“翻天覆地”来形容贾村的变化并不为过。眼前的这个地方已经很难用“村庄”二字来形容。李丽告诉我，原来的贾村根据姓氏分为李家街、崔家街、张家街、赵家街四片区域。每条街都有一条主要的干道，两边则是纵横的小道，延伸到每一户人家。他们家在村子的东北角，二层小楼带一个院子，典型的农村小院。院子里有母亲张秀菊种的一棵石榴树，树长得弱小，直到房子拆了也没吃上石榴。村里则有学校、馍房、自来水塔，还有信用社、卫生院，村民的日常所需都能在村庄里解决。如今这些都没了踪影。

拆迁重建后的贾村已经没有了村庄的模样，并有了一个新的名字：贾村新村（图略）。

眼前的贾村已经是城市小区的模样，有 A、B 两个小区，A 区在 2016 年建成，B 区去年 7 月才交房。小区累计 15 栋楼，每栋楼有 33 层高，楼与楼之间的地面上是错落有致的景观树，因为移栽日子短，树木还不够茂盛。如果家里的关系没有闹掰，如果张秀菊还未去世，按照生活最正常的步调，去年她会跟丈夫、儿子一家搬进 B 区，每日从立着“贾

村新村”的小区大门进进出出，出了小区大门、过了马路就是菜市场，还有个小超市，买些日常所需物品也算方便。

这些都只是如果。事实是，自从 2017 年 12 月张秀菊去世后，李丽已经很难在原来生活的这片土地上找到母亲生活的痕迹，它们都随着拆迁和新生活的到来消失不见了。张秀菊 1987 年嫁到贾村，在这里生活了 30 年，但现在，跟李丽聊到母亲的人越来越少，“好像这个人从来没有存在过，从生命里消失了”。李丽伤感中夹杂着怨念。她的五官和脸形长得像父亲，身形却随母亲，上半身偏瘦，下半身细细长长，以前她经常跟母亲比身高，“其实我们一样高，都是 1.65 米”。

李丽试图通过回忆、聊天让母亲的形象更加清晰一些。她告诉我，张秀菊喜欢拍照，喜欢旅游，最喜欢种菜——2012 年之前村里的土地就被征走了，每家每户只剩几分自留地，这是张秀菊的宝贝，她种茄子、豆角、西红柿、黄瓜、小油菜、油麦菜，还有芸豆、葱、蒜，冬天吃的大白菜也是她种的。家里饭桌上的菜品几乎都来自张秀菊的勤劳：谁家菜地里多了新品种，她就去移一些过来。这些菜，她从来不上化肥、农药，早上晚上下地捉虫，还去村里的养殖场拉鸵鸟粪，给菜地增肥。

李丽在家里翻看与官司相关的材料（图略）

张秀菊去世后，李丽很少回贾村，上一次来还是过年到村里为逝者设置的纪念堂里祭拜母亲，她没有进家门。她已经和这个家庭决裂，双方之间唯一的联系是一场官司。2019 年 4 月，李丽到法院起诉了父亲和哥哥，诉求是获得家里拆迁所分四套房子中自己和母亲的部分。李丽起诉的依据是自己作为家庭中的一员，户口没有迁走，应该享有拆迁协议中的补偿安置。

另外，她还有母亲留下的一份遗嘱：我去世后，我的全部遗产，包括属于我个人的所有的、共同财产中我个人应享有的份额、未分割财产中我应享有的份额，以及我应享有的其他权益，均由女儿李丽一人继承。立遗嘱的日期是 2017 年 10 月。在这份遗嘱上，张秀菊给出了立遗嘱的原因：重病后，丈夫及养子（继子）对她不管不问，全靠女儿一人照顾。

对拆迁的渴盼

张秀菊是在 2017 年 4 月查出患胰腺癌中末期的。那时她已由于跟丈夫、继子意见不合离家出走，借住在亲戚的房子里。不合是因为对拆迁安置房的分配意见不一致。贾村位于石家庄市的东南角，靠近南二环，是石家庄有名的城中村。从 2008 年开始，石家庄市政府提出“三年大变样”的城中村拆迁改造计划：3 年内旧城改造拆除建筑 230 万平方米，城中村改造拆除建筑 334 万平方米。城市格局往外扩张，当时甚至有一个说法：石家庄要变成“石家城”。有着 1800 多户、人口 8000 多人的贾村的改造得益于这一政策的延续。

贾村的改造计划直到 2014 年才启动。当年，贾村村委会公布了《贾村城中村改造拆迁补偿安置协议书》。按照协议，贾村每家以户为单位补偿 360 平方米的房屋。除此之外，村民还会获得地上房屋的补偿款、搬迁费和村民租房时的过渡费。对于贾村的村民来说，这是盼望已久的事情。

贾村的周围还在继续建设，最终这里将是现代化的小区和商区（图略）。

一位贾村村民告诉我，2012 年以前因为城市道路和公共设施建设的需要，村里的耕地被征走，之后村里人多靠外出打工或者去周边的工厂干活为生，收入并不多。好在贾村离市区近，只有 8 公里，又紧挨着客运站，许多人务工或者做生意会在贾村租房子。一份当时印发的《贾村城中村改造专刊》里提到，当时贾村人口有 4000 人左右，流动人口却有 1 万多人，人车拥挤、街道狭窄，居住环境脏乱差。

李丽记得，2009 年她读大学以后，家里的二

楼就被隔成了四个房间，租给了别人，每间每月 200 元，可以贴补家用。除此之外，家里能数得着的收入就是母亲的工资了。她在村里上班，当时一个月的工资只有 450 元。父亲李铭原来是瓦工，每天的工资是 30 元。2008 年之后，因为胃穿孔，他很少出去干活了。

李丽说家里的日子一直过得很紧巴，自己小时候的衣服都是亲戚家的姐姐穿剩下的。母亲也很俭省，她有一条半袖连衣裙，上半身有黑色的蕾丝花，有内衬，下面则是白色的裙子，价格 100 元出头，她只有在见人或者上班时才穿。“那件裙子她很爱惜，每次脱下来，都要用衣架撑好，再挂起来。”李丽说。

无论是从改善居住环境，还是生活困窘的角度来看，张秀菊一家对拆迁的渴望都是更加强烈的。尤其是张秀菊，她儿时的发小住在别的村，2011 年就搬进了宽敞明亮的回迁楼。张秀菊去串过门，回来给李丽描述过她看到的景象，言语中充满了羡慕。“我们村没拆迁前一直是自采暖，就是自己烧锅炉，有时候为了省煤，还会往里面塞柴火。房间的密封性不够好，即使暖气很热了，家里也要穿棉袄。母亲说拆迁之后就能住进暖和的屋子。而且家里的底子在这里，怎么收拾也不会干净，等搬进了高层，就能丢掉一些乱七八糟的东西。”李丽说。

从 2014 年开始，对于这些即将到手的房产和钱款，张秀菊的意见是将这些东西放在她跟丈夫李铭的名下，等他们百年后再给儿子。除此之外，因为家里的宅基地比别人家的多出两间房，她希望村里能够多补给她一套房子，给已经出嫁的李丽。

这些做法，都是出于对自己日后养老的考虑：儿子毕竟不是亲生的，万一哪天李铭先离世，她该怎么办？同村和周边村又不是没有先例——有一对父母，将四套房子全给了两个儿子，还出钱帮他们装修。房子装好后，大儿子家以父母偏心弟弟为由，不愿意他们搬进来；小儿子因意外去世，儿媳妇则认为不应该自己管他们。最后，两个老人只能寄住在亲戚的房子里，老无所依。

为了避免这样的情况出现，和张秀菊同年龄段的为人父母者，大都将拆迁所得掌握在自己的手里。贾村一位村民告诉我，对于像张秀菊这样只有一个儿子的家庭，村里大多数人的做法是，老两口将房子留下两套，另外两套给儿子和媳妇。家庭成员彼此之间默认的是，等老人百年之后，剩下的财产再归儿子所有。“儿子是亲生的，但媳妇不是，以后的变化谁都说不清楚。”这样看来，张秀菊的要求也不为过。

李铭和儿子却不同意。2016 年，在张秀菊不知情的状况下，李铭将家里的户主变更为儿子李飞的名字，并由他代替这个家庭签署了拆迁协议。在农村的乡俗民规里，户主由老子变成儿子，这意味着李铭让出了一家之主的地位，这个家任何独立的权益，以后都由儿子做主，他将一手决定村里拆迁分配的四套房子，累计 360 平方米的使用权。

求助

哥哥李飞签署拆迁协议后，李丽觉得母亲变得情绪化了。她在李丽面前一次次表达为整个家庭的付出和所受到的不公平待遇。李丽说，结婚后，自己周末下班都会回父母家，每次晚上吃完饭她都会和母亲去遛弯，那时候只要一走出家里的大门，母亲就会变得激动，她的两只手在空中比画着，被委屈和愤怒所包裹。“她一遍一遍重复地讲着这些事情，像洪水倾泻一样，根本控制不了自己的情绪。”

李丽能够理解母亲的心情。“她觉得自己尽力想为家里多争点东西，却被家里人背叛了。”李丽说，在村里拆迁政策下来后，作为村干部的母亲和其他人一起在第一时间就被组织起来开会，要求他们起到积极带头作用。不过，因为对房屋分配面积的不满，张秀菊一家的拆迁一直拖到 2016 年，成了“钉子户”。家里后来养了两条大狗，又凶又大，就是为了防止有人闯进家里强拆。张秀菊在村里做了 20 多年的工作，村里传话说，如果再不签字，工作就不能干了。李丽记得母亲的决心，“工作不

要了也行，干一天算一天”。

但这些都只能算是催化剂，李丽知道，母亲这些情绪激动的表达背后，是长年压抑、痛苦的最终爆发，它源于父亲对她的暴力。李丽说，从小她就知道父亲打母亲。出手很多时候是没有原因的。他喜欢喝酒，一天两顿，只要喝醉了，就会叫母亲过去。李丽的卧室跟父母就隔了一道门，里面随后就会传来摔东西、吵架、碰撞的声音。李丽对此最深的记忆是上小学时，父母打架之后，母亲半夜出去了。她爬到二楼往外面望，但看不到母亲的身影，就等了一夜。第二天早上，母亲回来了，给她带了一个煎饼。

李丽现在租住的小区也是回迁小区，跟贾村一样，它们都是石家庄城中村改造政策的结果（图略）。

那时，作为一个小孩，李丽一方面觉得自己不应该去管父母的事情；另一方面，她怕父亲。一直到现在李丽都记得，小时候哥哥李飞因为偷了家里的 20 块钱，被李铭吊起来打。当时她只有几岁。父亲倒是没打过她，但给她立的规矩却不少。比如用筷子的方式不对，父亲会用筷子敲她；逢年过节待客，李丽夹菜只能夹面前的菜，够不着不能站起来；给别人倒酒要倒满，倒茶要倒八分满，壶嘴不能朝向人，做错了则会被当场数落。

“小时候一到过节，父亲这边的大家庭就会组织聚会，大人们在一起喝酒，喝多时，别家的女儿都敢教训自己的老爸少喝点，我就没有这个胆子。我在家里不是有什么想说的就能说的。我说什么话都会斟酌着说。”李丽告诉我，父亲的眼睛就是她的信号塔。“一旦我做错了什么事，父亲就会瞪眼，眼睛又凶又大。只要他一瞪眼，你就会制止自己的行为，这好像变成了一种默认行为，什么都不敢说，什么也不敢做。你会觉得这个人是暴力的代表。我爸是家里氛围的主导者，他开心，全家就开心，他不高兴，全家就冷了。”

母亲张秀菊开始跟李丽提起丈夫李铭的家暴是在 2009 年之后。李丽那一年读大学，闲暇的时候，她已经能够做兼职打工赚钱了。李丽发现她和母亲的关系发生了转变。最早时母亲做一些简单的事情会寻求她的意见，比如买东西会让她把把关，她手上的镯子就是她们一起挑的。母亲种花，想要弄些新的品种，也会让李丽先看看哪些好看。赚钱多一点后，李丽还给母亲买了手机，给家里换了电视。李丽猜，这些在张秀菊看来，或许都是她自立和可依赖的表现。

对丈夫常年的家暴，张秀菊之前也求助过。她找过娘家的兄弟。起初，李丽的几个舅舅也很气愤，有几次他们还带着人到家里来警告父亲李铭。然而，家暴的次数多了以后，不知道是疲了，还是觉得爱莫能助，舅舅们不再愿意掺和进来。“劝这个不听，劝那个也不听，不管了。”李丽的一个舅舅告诉我。

偶尔，张秀菊也跟关系好的同事讲，但无一例外，大家都劝她再忍忍，有的人还会说：“毕竟已经忍了这么多年。”所以，当母亲跟李丽开启关于家暴的话题时，李丽明白，母亲是没有人可以诉说了。

李丽现在租住的小区附近（图略）

李丽读大二时，母亲又挨了打，寒假时李丽回到家还能看到母亲脸上的青色伤痕。在听了母亲的倾诉后，李丽决定为母亲主持公道，她下了很大的决心。晚饭后，她要求父亲、哥哥、母亲留下来。李丽并没有觉得发言很难，她只是在母亲以往陈述的基础上整理了思路。她记得有一句话是对父亲说的：“以后，不能这样了。”话音刚落，哥哥就接过了话头，开始谈家里财权的问题，话题就这么转移了。

对于这次不成功的谈话，李丽印象最深的是，那天母亲和李丽坐在一起，哥哥和父亲坐在对面的沙发上。后来李丽想，她的这次行为不仅没有解救母亲，而且还将她公开放到了哥哥和父亲的对立面，反而将这个家庭的内部矛盾激化了。张秀菊后来的痛苦从她留下的照片上都能看出来。年轻的张秀菊是爱笑的，她长着一张多肉的脸，笑起来眼睛会眯

成一条缝，脸上的表情轻松自在。这样的笑脸出现在城墙边、动物园里、盛开的花朵前。但随着年龄的增长，会发现后来的照片上，尤其是 50 岁以后，她的额头、眉梢，甚至眼睛里都是长年结成的苦闷。

起诉

贾村有个规矩，当去世的人被抬进殡仪馆时，遇到门槛，亲人们就要高喊逝者名字，提醒逝者“看着点，别撞到了”。李丽说，当耳边此起彼伏的声音响起时，她依然觉得母亲还在，只是躺在那里，“你们当她是小孩吗？怎么可能被绊到”。但当母亲被推进火化炉的那一刻，李丽放声大哭：“我才知道我妈要走了，不在了。我才意识到自己没有妈妈了。”

母亲去世后，李丽收拾她的遗物，翻到了很多有着母亲字迹的 A4 纸，上面全是母亲抄录的与离婚和家庭暴力有关的法律条文。李丽将这些拿给我看。其中一条写着：“家庭暴力，包括身体暴力、性暴力、精神暴力……众多受害人生活在痛苦、愤怒和恐惧之中。”这些纸张中，还有张秀菊草拟的离婚起诉状，在离婚理由一项中，张秀菊写道：婚后发现家庭暴力，多次打骂，因是村里人怕被嘲笑，一忍再忍实在忍不下去了。

李丽居住的小区（图略）

这些内容写于 2016 年下半年。李丽说，在跟父亲又一次发生冲突后，母亲张秀菊离家去了北京。她找了一份保洁的工作，清闲时就去图书馆查文献，满心都是离婚的想法。收拾母亲的遗物时，李丽的内心充满了自责。这种自责源于她和母亲的比较。

李丽说，她发现自己其实一直在试图逃离这个家庭留给她的印记。比如谈恋爱，父亲沉默、脾气拧，她喜欢开朗一点、善于沟通、不钻牛角尖的性格；母亲出去玩，父亲阻止，她希望另一半给她足够的自由，她想出去玩就能出去玩；她交往的男性，首先要看的就是家庭是否和睦……她发现她选择对象的标准几乎是这个家庭的对立面。在同前夫结婚前，她给他约定了两件事情，放在第一位的就是不能家暴，一旦动手，立刻离婚。

“我能够选择，母亲却退无可退。”不管是亲人、朋友乃至她自己，从来没有人跟母亲张秀菊提过“离婚”这样的字眼。虽然他们的身边，离婚已经是很常见的事情，很多年轻人结了离，离了又结。

几乎所有人都认为，对于 50 多岁的张秀菊来说，忍耐是比离开更好的选择，不管是为了孩子，还是为了自己日后的养老。张秀菊却是不愿意的，她说“自己一直过不了这个坎”。“如果当时我已经独立有工作，能多赚点钱，能够支撑她，她的心情能好点，也许就不会生病了。”李丽想到小时候母亲的那次离家出走。后来她曾问过母亲那晚去了哪里，张秀菊回答：“我在村头坐了一晚上，觉得自己没处可去，就回来了。娘家已经不是我的家了。”

李丽最初将父亲和哥哥告上法庭，争一套房子，是为母亲感到愤慨，也是完成母亲想要拥有一个“小窝”的遗愿。然而一审败诉了，二审也败诉了。法院的两次判决都说应该尊重乡俗民约。法院认为，回迁房属于福利补偿措施，张秀菊已经去世，不能享受这种福利，而李丽婚后另居，回迁安置房也不涉及她的利益。李丽觉得这个结果不公平：拆迁协议是在母亲去世前签的，拆迁所得按户下发，每个家庭成员都应该享有权益，凭什么母亲为这个家庭付出一辈子，却得不到房子。

二审结束后，她又提起上诉，2020 年的一审、二审重审的开庭结果还是判她败诉。她觉得在农村，如果她作为一个女性，和男性一样能够单独立户，那么她就能申请宅基地，这样拆迁的权益就该有她的份额。而如果母亲在年轻时享有这样的权益，她就不会在跟父亲争吵后无家可归。在李丽看来，打官司就有了更大的意义，即为农村女性争取权益。

李丽不断地阐释她的这个逻辑。她在讲话时经常将“女性”“权利”“不平等”这样的字眼挂在嘴边，她太需要获得自我认同了。自从她将父亲和哥哥告上法庭后，有人支持他，但更多的人反对。反

对的人认为她作为一个女儿，去跟父亲和哥哥争家里的财产，是没见过的事情，不应该。

2019 年年中，李丽抑郁了。一部分原因是官司进展不顺，另一部分原因则来自她对自己婚姻的审视。丈夫张宁结婚后很少做家务。李丽跟他吵，她担心，如果这样下去，自己就会变成母亲的样子，什么都得干，一辈子辛苦劳累；张宁则会变成李铭，对她指手画脚。

那一段时间，她觉得自己被放在火架上烤，生活里的一点细枝末节都能在她这里迅速生根发芽，长成巨大的恐惧。两人最终于 2019 年办理了离婚。状态不好时，李丽写过很多次遗嘱，就在手机上，按着当时母亲写给她的格式。刚开始，遗嘱里会详细说明遗产对于丈夫和孩子怎么分配，后来离了婚，她就更新，将自己的财产全部留给女儿。这其中，也包括那套她还没有从父亲、哥哥那里争到的房子。

李丽总会想到母亲离家出走去北京打工时，她去看母亲的那几天。母亲住的是集体宿舍，上下铺，母亲住下铺。李丽觉得母亲的状态比以前好了许多，最明显的变化是母亲的聊天话题已经不再是控诉父亲的暴力。她会带李丽去买栗子，会讲稻香村的糕点太甜了，会讲自己每天就是擦擦楼梯扶手，干活不累。张秀菊还买了一件轻薄的羽绒服，两三百块钱，她夸赞衣服“又轻又薄又暖和”，这是以前她不舍得买的。“我当时觉得母亲之前是被困在了原来的环境里，所以走不出去，现在环境改变了，不被有父亲、哥哥的生活包围着，她的状态也好了。”

这是李丽的记忆中，母亲张秀菊为数不多的开心的日子。

（文中李铭、李飞为化名）

不满父亲把房子留给继母，他一口吞掉遗嘱，没想到法院说.....

2020-10-28 人民法院报

https://mp.weixin.qq.com/s/e0knnAlKRZJTVK_366B5Uw

因对亡父立下的遗嘱内容不满，在和继母争遗产时，男子一口吞掉了遗嘱原件，没想到继母拿着遗嘱复印件诉到法院。近日，浙江省德清县人民法院审结了这起特殊的继承权纠纷案，认定遗嘱复印件有效。

2019 年 10 月，老陈因病去世，儿子小陈在继母刘某不知情的情况下，擅自领取了老陈的死亡丧葬补助金、一次性抚恤金及账户余款，并扣押了老陈全部的身份及死亡证明材料。

老陈的后事料理完后，有关老陈遗产的继承问题摆上了台面，尤其是老陈生前居住房屋的份额分割问题，小陈与刘某争议很大。

那套房是 1995 年时老陈、前妻和儿子小陈申报登记一起建的。2007 年，老陈与前妻在办理离婚登记手续时签订了《离婚协议书》，约定离婚后房屋归老陈所有，前妻自行解决住房问题。2 年后，老陈和刘某走到一起。

当小陈带着亲戚找刘某争遗产时，刘某拿出了 2019 年老陈在重病之际立下的一份自书遗嘱，白纸黑字写着“所有的财产归刘某所有”。

小陈对这份遗嘱并不认可，令众人意想不到的是，他竟然一把夺过遗嘱，塞进嘴里三两下给吃掉了。这个举动让本就剑拔弩张的双方矛盾瞬间激化，刘某随后一纸诉状将小陈诉至法院，要求继承老陈留下的这套房子。

案件审理过程中，刘某向法院出具了遗嘱的复印件，“遗嘱是老陈亲自书写的，还有 2 名见证人的签名。但是遗嘱原件被小陈吞了”。小陈也当庭承认遗嘱原件确实被他吞掉了，出庭的 2 名证人对遗嘱被小陈吞食的事实也予以了佐证。

法院审理认为

刘某提交的老陈自书遗嘱虽是复印件，但小陈在庭审中承认其吞食了原件，且有 2 个证人对这一事实予以佐证。因此，法院对该遗嘱的真实性予以确认。

不过，老陈与前妻离婚时虽约定房屋归老陈所有，但未征得小陈同意，该分割约定仅对老陈和前妻享有的房屋份额有效。而且在案件审理过程中，老陈前妻以案外人身份确认“对其享有的房屋份额归老陈所有无异议”，并表示不再参加诉讼。因此，法院依法确认老陈享有房屋三分之二的份额，小陈拥有三分之一的份额。也就是说，该房屋仅有三分之二的份额属于遗产范围。

另外，因为老陈的丧葬费是小陈出的，而且款项比死亡丧葬补助金、一次性抚恤金及账户余款加起来还多，所以刘某应补偿小陈一部分钱。

德清法院最终判决，双方应按照遗嘱内容进行财产分割，老陈生前所有的三分之二房屋份额应由遗嘱继承人刘某继承；双方将在房屋出售后对钱款依照继承份额进行分割。

宣判后，双方当事人均服判，未提起上诉。

法官解读

遗嘱是被继承人生前按照自己的意愿作出，在其死亡后发生法律效力的法律行为，是其生前处置自身合法财产的法律形式。伪造、篡改或者销毁遗嘱，都是违法的行为。法定继承人或其他利害相关人以焚毁、撕毁甚至是直接吃掉遗嘱的方式销毁遗嘱，属于故意行为，目的往往是为了使继承变得对自己有利。这类行为严重违反社会道德，严重侵犯了被继承人的遗嘱自由权，使遗产的归属违背遗嘱人的真实意愿。因此，法律规定，伪造、篡改、销毁遗嘱，情节严重的，丧失继承权。

本案中，老陈去世前为防止家庭矛盾产生，在亲友的见证下自书遗嘱，小陈便应该尊重老人生前的意愿。他为了争夺遗产直接吞食遗嘱的做法不可取。案件审理过程中，由于感受到法律的权威，他承认了自己的错误。最终，法院依据相关证据认定小陈继母刘某提供的遗嘱复印件有效，在被继承人老陈去世后按照其自书遗嘱的内容对房屋进行分割，判决支持了刘某的诉请。

亲情无价，不能用金钱衡量。一旦发生了纠纷和争执，应通过法律途径合理维护自己的权益，避免冲动行事，得不偿失。

法条链接

《中华人民共和国继承法》规定：

第二条 继承从被继承人死亡时开始。

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。

第五条 继承开始后，按照法定继承办理；有遗嘱的，按照遗嘱继承或者遗赠办理；有遗赠扶养协议的，按照协议办理。

第十六条 第一款、第二款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。

第二十六条 第二款 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。

即将于 2021 年 1 月 1 日施行的《中华人民共和国民法典》规定：

第一千一百二十一条 第一款继承从被继承人死亡时开始。

第一千一百二十二条 第一款遗产是自然人死亡时遗留的个人合法财产。

第一千一百二十二条 第一款、第二款 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。

来源：湖州市中级人民法院、德清县人民法院

编辑：张孟

五、房产、股权、信托

（一）房产

婚没离成房被丈夫卖了，妻子起诉房屋买卖合同无效为何被驳回？

2020-10-10 北京海淀法院

https://mp.weixin.qq.com/s/-CZbVtRp4osF0jfZggyRdQ

婚没离成，房子还被丈夫卖了，张女士愤而诉至法院，要求确认房屋买卖合同无效。可是，海淀法院近日判决驳回了张女士的诉讼请求，这是为什么？

张女士称，自己与王先生于 2006 年结婚，婚后共同出资购买房屋一套。2017 年，因双方感情不合，张女士提出离婚，后被法院驳回。2018 年 8 月，张女士发现王先生在其不知情的情况下，把房屋出售给刘先生，故诉至法院，要求确认二人签订的房屋买卖合同无效。

王先生表示，案涉房屋是其单独所有的个人财产，其有权自行对外处置，因此，卖房交易合法有效。

刘先生说，自己是在网上找到的房源，和王先生本人之前不认识，是以善意购房为主观条件进行房屋买卖。房屋交易之前，二人在房管局核实过，房主登记确实是王先生本人，双方交易符合法律规定。

法院审理查明，张女士与王先生系夫妻，婚后购买了涉案房屋，该房屋登记在王先生名下，房屋所有权证“共有情况”一栏显示“房屋单独所有”。2018 年 8 月，王先生与刘先生通过房屋中介公司签订《北京市存量房屋买卖合同》，约定王先生出售房屋，刘先生支付价款 300 万元。后刘先生付清购房款项，并取得房产证书。

法院判决

法院审理认为，从房屋所有权证来看，该房屋登记在王先生名下，且“共有情况”一栏显示“房屋单独所有”；刘先生通过中介机构获知房源并与王先生订立房屋买卖合同，且双方房屋成交价格合理，并未存在明显低于市场价格的情况。因此，可以认定刘先生属于善意购房人，理应得到法律保护。现涉案房屋已完成过户，刘先生已取得房屋所有权证。

因此，对于张女士要求确认合同无效的主张，法院不予支持。

文章原载于北京日报 APP

（二）股权

上市公司股票期权在家庭财富中的分割规则

原创：2020-10-28 中伦视界 贾明军 等
https://mp.weixin.qq.com/s/L0jMPAJkBySesvpa70LKfQ

作者：贾明军 袁芳 秦卓瑜

引言

随着经济的发展和就业的多元化，人们获得报酬的方式也越来越多样化。在现实生活中，公司为了激励员工与公司一同成长，常常会设立员工激励制度，给予员工股权或者期权奖励，其中，上市公司的股票期权激励机制是目前十分常见的一种方式。

本文旨在《民法典》出台背景下，讨论上市公司股票期权在家庭财富中的财产性质，并分析其在离婚和继承时的分割规则。

一、股票期权的概念和特点

期权是一种能在未来特定时间以特定价格买进或卖出一定数量的特定资产的权利。股票期权作为企业管理中的一种激励手段，最早产生于 19 世纪 50 年代的美国。据研究，20 世纪 50 年代美国公司为了避免当时高额的个人所得税对公司经理人员薪酬的侵蚀，影响员工的工作积极性[1]，发明了股票期权激励制度。

我国的股票期权制度亦从 2005 年中国证监会颁布的《上市公司股权激励管理办法》（试行）就正式建立了。《上市公司股权激励管理办法》（2018 年修正版）第 28 条规定：股票期权是指上市公司授予激励对象在未来一定期限内以预先确定的条件购买本公司一定数量股份的权利，激励对象获授的股票期权不得转让、用于担保或偿还债务。

从上述股票期权的定义，结合司法实践来看，股票期权具有以下特点[2]：

1. 期权具有人身属性

授予股票期权是一种针对企业员工的特定激励行为，授予的对象一般具有严格限制。受激励的员工往往需要在工作岗位上投入大量的时间和精力，为企业的发展做出贡献，公司授予的股票期权是对特定员工的激励，具有明显的人身属性。《上市公司股权激励管理办法》第 28 条亦明文规定：激励对象获授的股票期权不得转让、用于担保或偿还债务。

2. 期权是附条件的契约权利

员工获得股票期权激励仅仅是获得了持有股票的可能性，仅是一种“持股资格”，而非实际持有。只有达到合同约定条件后方能行权，转成实实在在的股票。而行权的条件通常是和员工的服务年限、业绩的考核、经营目标、股票价值的上升等情况挂钩，是企业经过精密计算之后的结果。这些行权条件能够实现，一方面和员工本人的努力相关，另一方面也和企业的盈利相关，因此才能达到激励员工的目的。而期权行权条件无法成就的可能性也是存在的，并非一定能够达成。值得注意的是，几乎所有的股票期权都和员工的服务年限有一定的挂钩关系。

3. 期权实现具有不确定性

期权存在不确定性，即使达到行权条件，但授权方基于各种原因不履行约定，导致权利无法实现的可能性也是存在的。同时，员工还有选择的权利。期权是一种双向选择，如果员工认为行权并不“划

算”，比如行权时的股票价值在低位，则员工也拥有拒绝行权或暂缓行权的权利。

因此，基于股票期权的上述特点，股票期权在婚姻家庭领域的性质为何、离婚时如何分割、继承时有无特殊规则，具有特别研究的意义。股票期权本身并非是一种可分割的有形财产，离婚或继承的当事人即使知悉股票期权的存在，如果不了解其性质和分割规则，往往是“可望不可及”，给维权带来难度。

二、股票期权的财产性质分析

我国目前的《婚姻法》第 17 条并未以明文方式将股票期权规定为夫妻共同财产的类型之一，那么，股票期权是否属于夫妻共同财产呢？这首先要从股票期权的性质说起。

从法理上来说，股票期权具有人身依赖性和人身专属性，且人身性与收益的不确定性紧密联系。受激励员工从获得股票期权，到行权后获得股票这一实际的财产性收益，往往需要在工作中投入大量的时间和精力，为企业发展做出贡献，这也是企业实施股权激励的初衷。在这一过程中，在受激励的员工一方为企业发展辛勤工作的同时，夫妻一方负担大部分或全部的家务而另一方接受教育、培训或专心工作，却在毕业、获得学位或事业有成之时提出离婚的，付出较少家务劳动的一方的所得虽然并未转化为实在的有形财产，但是已经转化为获得更高收入的能力、机会或资格。[3]这是法定夫妻财产共同所有制的内在本质，股票期权也符合这种本质。

另外，无论从立法规定角度，还是司法实践的角度，股票期权属于财产性权益是毫无疑问的。早在 2011 年、2012 年，上海地区便有相关的案例认定股票期权属于夫妻共同财产[4]。而《民法典》出台后，在婚姻家庭编第一千零六十二条新增加了“劳务报酬”“投资的收益”这两项夫妻共同财产类型，更是为股票期权在夫妻共同财产类型中的归类进一步提供了法律依据，这一修订顺应了时代的发展和进步，符合目前经济社会中人民日益多元化的财产形式。

三、股票期权在离婚时的分割

股票期权往往与股票期权授予对象的身份、工作能力、工作年限、工作业绩等密切相关，在离婚分割时，首先要判断股票期权属于夫妻共同财产还是个人财产，然后才能根据不同的情形来分割。

一般来说，司法实践中的股票期权根据婚姻存续时间的不同，主要有以下几种情形，笔者总结的倾向性意见如下：

不同情形	倾向性意见[5]
婚前获得、婚前行权	已行权部分属于婚前个人财产
婚前获得、婚内行权	根据具体行权条件计算共同财产比例
婚内获得、婚内行权	属于夫妻共同财产
婚内获得、离婚后行权	根据实际行权条件计算共同财产比例

1．婚前行权，属于婚前个人财产

如果股票期权是在婚前获得、也在婚前行权，司法实践中的倾向性意见是属于一方的个人财产。

在浙江省杭州市西湖区人民法院审理的(2015)杭西民初字第 2460 号离婚纠纷案件中，法院查明：2006 年 2 月 7 日开始，A 集团控股有限公司分每个月归属 1 / 48 股，分四年归属，共给予被告该集团控股有限公司的股票期权共 1600 股，双方结婚登记时被告已取得公司股票期权 1100 股。2011 年 10 月 31 日，该公司收回 560 股，至 2014 年 9 月该公司上市时，被告持有该公司股票计 1040 股，此后，被告减持 416 股，现被告持有该集团控股有限公司股票 624 股。法院认为：A 集团在股票归属后并由员工缴纳相关税款后，员工即取得该集团股票，因此，此笔财产是否认定为夫妻共同财产的起算点应为归属取得日期，故涉案的被告在双方结婚登记前归属取得的该集团公司的股票 1100 股应认定为被

告的个人财产。

2．婚前获得、婚内行权要个案分析

对于夫妻一方在婚前获得的股票期权，如果是在婚内行权，如上文所述，根据我国夫妻共同财产制的原则规定和内在本质，由于股票期权的行权条件通常是以一方的辛勤工作和贡献为要求，往往需要夫妻一方在婚内投入大量的时间和精力，因此应当进一步分析行权条件是否与婚内投入的工作时间和精力相关联，由此来计算是否有共同财产份额、认定共同财产的比例。但是司法实践中也存在一则特殊的案例，法院认为一方婚前获得的股票期权在婚后行权获得的利益，属于一方的婚前财产。

在江苏省南京市鼓楼区人民法院审理的(2015)鼓民初字第 1348 号离婚纠纷案件中，原、被告于 2007 年 12 月 28 日登记结婚，2015 年起诉至法院要求离婚。其中涉及到期权的分割。根据法院查明：被告 2001 年 8 月 10 日获得的公司股票期权 2010 年的出售款为 131772.12 元、2003 年 4 月 10 日获得的公司股票期权 2012 年的出售款为 14031.15 元、2004 年 8 月 23 日获得的公司股票期权 2013 年的出售款为 124263.29 元、2005 年 9 月 29 日获得的公司股票期权 2014 年的出售款为 77952.89 元、2006 年 9 月 21 日获得的公司股票期权 2015 年的出售款为 89137.59 元、2009 年获得的公司股票期权 2009 年的出售款为 5330.07 元，总款为 442487.1 元（税前）。（注：本案中法院只查明了获得股票期权的时间和出售股票的时间。）法院认为：关于被告的股票期权出售款，2009 年取得的期权系婚后获得，出售款 5330.07 元属于夫妻共同财产；而被告其他婚前获得的股票期权其实质是一种受益权即享受期权项下的股票因价格上涨而带来的利益的权利，而并非义务也并非实际拥有这些股票，婚后被告在公司股票价格高于当时授予期权时的价格时行权获得的利益应属于被告婚前财产，故扣除 25%的税率后的股票期权出售款 327867.8 元属于被告个人财产。

法院在上述案例中并未进一步查明行权的时间和行权条件就认定出售款属于一方婚前财产，导致裁判思路在一定程度上不够明确。

3．婚内获得、婚内行权，属于夫妻共同财产

而对于在婚内获得的股票期权，法院倾向于认定为夫妻共同财产。

在北京市朝阳区人民法院审理的(2018)京 0105 民初 81177 号继承纠纷案件中，法院查明：刘某与李某原系夫妻关系，育有一女刘某某，刘某某与汪某于 2012 年 11 月 23 日登记结婚，婚后无子女，被继承人刘某某于 2018 年 4 月 5 日去世。2017 年 5 月 22 日，A 公司授予汪某 RSU（限制性股份单位）1100 股，并约定只要汪某是服务提供方，RSU 相关股份的 25%应于首个行权日期兑现，且 RSU 相关股份的 25%应于首个行权日期每个周年日兑现。2018 年 5 月 14 日，汪某首次行权 275 股。截至开庭之日，该股票市值为 174．82 美元/股，美元对人民币汇率为 6．87。法院认为，关于汪某名下本公司股票，其中 275 股虽然于刘某某去世后行权，但该公司授予汪某股票的时间为 2017 年 5 月 22 日，发生于二人婚姻关系存续期间，应属夫妻共同财产，故应当按照法定继承原则进行分割，汪某继承后支付原告和李某折价款。剩余 825 股尚未行权，且最终利益是否完全获得与汪某是否在职、工作年限、工作业绩等密切相关，故本院对该剩余部分股票不予处理，原告可待条件成就时另行主张。

在上海市徐汇区人民法院审理的(2015)徐民一(民)初字第 4474 号离婚后财产纠纷案件中，法院认为，T 公司授予被告的限制性股票 3,500 股的时间为双方婚姻关系存续期间，故该 3,500 股限制性股票为双方原夫妻共同财产。被告认为该股票具有特定的人身性质，为被告的个人财产，因于法无据，本院不予采纳。该股票授予的方式为分批计入被告名下，被告取得相应的股票权益与其是否被该公司所聘用及其他事宜等相关，原告能主张的权益也仅仅是已计入被告名下的股票数额。

从这两则案例可以看出，如果是婚内获得股票期权或限制性股票，已经行权部分的股票法院认为属于夫妻共同财产。而对于未行权部分的股票，由于是否行权、何时行权具有不确定性，法院一般认为可以待条件成熟后另行主张。

4. 婚内获得、离婚后行权要个案分析

在北京市海淀区人民法院审理的(2016)京0108民初34393号离婚后财产纠纷案件中，双方就刘某二审期间取得的股票期权是否是夫妻共同财产发生争议。对此，本院认为，首先，股票期权是刘某公司作为激励机制而赋予员工有条件地购买本企业股票的资格，是一种期待权，并不具有确定价值的财产性权益。因此，股票期权因其期待权的特性，而不能确定将来是否获得财产权利，及获得财产权利的多少；其次，刘某持有的期权转化为可实际取得财产权益的股票，必须以员工在公司工作时间的积累为前提条件，具有一定的人身特性。刘某要将其期权行权需要考核 2012、2013、2014年的业绩，并支付一定的对价；最后，刘某所持有的期权分别三次行权，其中2012年，即婚姻存续期间，因考核不合法而被注销。此后次行权资格考核的是双方离婚后刘某的业绩，且行权的出资亦由刘某婚后个人财产予以支付。综上，刘某现持有的本公司的股票不属于夫妻共同财产，高某主张分割上述财产，于法无据，本院不予支持。

在上述案例中，由于行权条件考核的是夫妻一方在离婚后的业绩，并且出资也是来源于个人财产，因此法院最终判定不属于夫妻共同财产。

而在上海市浦东新区人民法院审理的(2012)浦民一(民)初字第17439号离婚后财产纠纷案件中，同样也是涉及到婚内获得、离婚后行权的情形。该案中某公司的股票期权行权条件表明，公司希望被告在行权等待期（股票期权授予日到可行权日）内为公司作出有价值的贡献，但并不以贡献的大小为行权的条件，而仅要求在行权等待期内继续为公司工作，没有也即业绩考核等要求。故法院最终认为，忠诚工作价值中夫妻共同财产的析出应以授权日至婚姻关系存续日在授权日至可行权日中所占的时间比例为依据。第一批忠诚工作价值 37,938美元中属原、被告夫妻共同财产部分可酌定为35,159美元，第二批忠诚工作价值30,750美元中属原、被告夫妻共同财产部分可酌定为24,848美元。

由以上案例可以看出，对于婚内获得、但离婚后行权的股票期权，是否属于夫妻共同财产、属于夫妻共同财产的比例是多少，要根据行权条件、出资来源、婚姻存续期间等多个因素，结合具体的案件情况综合分析。

四、股票期权的继承规则

除了离婚分割，股票期权的继承也是实践中需要重点关注的问题。根据股票期权的特点，主要可以分成生前已行权、生前未行权等两种情形。

1. 已行权部分股票期权的继承

对于股票期权，如果被继承人在生前已经行权，并获得了收益（常见的有股票、存款等），法院一般会在继承案件中予以分割。

在天津市第一中级人民法院审理的(2013)一中民一终字第1325号法定继承纠纷案件中，法院认为，关于原告主张的被告孙一某名下Z银行（香港）有限公司账户内期权行权后的港币存款及港币工资余额，共计港币3886006.33元问题，被告孙一某虽提出缴纳税款，但其并未提交充分证据证明已经缴纳了税款，故其主张原审人民法院不予支持，上述款项应当予以析产继承。由原告及被告孙二某每人继承港币647667.72元，被告孙一某析产继承港币2590670.89元。

2. 未行权部分股票期权的继承

对于被继承人在生前未行权的股票期权，法院一般在继承案件中不予处理，继承人可另行主张。

在北京市朝阳区人民法院审理的(2018)京

0105 民初 81177 号继承纠纷案件中，法院认为，关于汪某名下本公司股票，其中 275 股于刘 xx 去世后行权，但该公司授予汪某股票的时间为 2017 年 5 月 22 日，发生于二人婚姻关系存续期间，应属夫妻共同财产，故应当按照法定继承原则进行分割，汪某继承后支付原告和李某折价款。剩余 825 股尚未行权，且最终利益是否完全获得与汪某是否在职、工作年限、工作业绩等密切相关，故本院对该剩余部分股票不予处理，原告可待条件成就时另行主张。

但问题是，员工本人都过世了，事实上已不可能行权，法院虽然判决继承人可另行主张，但事实上继承人如何通过另案诉讼主张权利仍然存在很大的不确定性。这种情况下，我们建议继承人应当积极主动和获得期权一方生前的单位协商股票期权的行权问题。

五、股票期权在家庭财富分割中的实践难点

无论是离婚还是继承，对于主张股票期权分割的一方来说，论证股票期权的财产属性和可分割性仅仅是第一步，分割股票期权在司法实践中可能还面临着诸多困难。

1. 当事人不能举证已行权

如果当事人仅提供某一批股票期权的总数，无法证明配偶个人可获得的期权数额，或者当事人不能证明已经实际行权，则法院很有可能不予处理。我们检索到多则此类案例。

审理法院与案号	法院观点
上海市黄浦区人民法院 (2016)沪0101民初12448号	原告提供了某A股股票期权激励计划(2015年度)授予对象名单，公告日期为2015年12月30日，根据该计划，公司将对包括被告在内的"其他核心岗位员工"462人，合计拟授予股票期权1295.806万份。法院认为：原告提供的公告名单仅载明合计授予股票期权数，未明确被告个人可获得的期权数额，而且股权激励计划与员工绩效考核相挂钩，公告本身不能证明被告已经获得股权，法院对此不予采信。因此，对于该股票期权，由于原告对此无证据证明已经实际发放以及发放的具体金额，法院无法处理该请求。
上海市浦东新区人民法院 (2016)沪0115民初14217号	法院认为：本案中，被告未有在行权日实际购买股票，即未有行权，故原告主张的股票并不存在，原告要求分割，不予支持。
浙江省杭州市西湖区人民法院 (2014)杭西民初字第1929号	根据原告的申请，法院依法向H公司调查被告在该公司的收入及持股情况。该公司函复法院：被告作为该公司员工持有公司股票期权数为16000股，该部分股票为限制性股票，需符合解锁条件才可行权流通。目前被告尚未获得可流通股权。法院认为，根据该公司的函件内容可以证实，目前被告持有的该部分股票属于限制性股票，尚不符合解锁条件，不能行权流通，故法院对该部分股票暂不处理，原告此后可就股票另行主张权利。
上海市徐汇区人民法院 (2014)徐民一(民)初字第7286号	关于原告持有的本公司的员工股，虽然被告提供证据证明了原告持有股票的总份额，但根据原告提供的《股票相关流程》看，该公司股票操作存在特殊性，仅55%的股票可以自由操作，另45%的股票需要纳税，且抛售股票后的资金需要3-5个月才能到原告的中国账户，而目前在案证据无法确定原告目前的股票余额及实际获得的资金余额，故本案不予处理，被告可以在原告股票份额及资金确定后另行主张权利。
上海市第二中级人民法院 (2012)沪二中民一(民)终字第696号	关于瞿某某要求分割的姚甲名下某公司期权，因瞿某某未能提供证据证实姚甲就上述期权进行行权，故法院对瞿某某的该项主张不予支持。
北京市朝阳区人民法院 (2012)朝民初字第04632号	原告要求分割被告名下期权，鉴于期权具有不确定性，仅凭持有期权不能确认此系双方实有财产，故对于原告的主张本院不予支持，原告可于被告实际行权后另行提起请求。

2．境外的股票期权法院可能不处理

实践中，如果被授予的股票期权位于境外，则我国法院有可能不做处理。一方面是由于即使处理可能也无法强制执行，另一方面是由于境外财产信息的真实性无法核实。这对于主张分割的一方来说，无疑又增加了一重困难。

在上海市第二中级人民法院审理的(2010)沪二中民一(民)终字第 1804 号离婚纠纷案件中，法院认为，张甲持有单位授予在美国证券市场交易的期权股票，由于这些股票系境外上市，相关事实无法查明，且秦某未举证证明上述股票已变现，故对该股票，法院不作处理。

在浙江省杭州市西湖区人民法院审理的(2015)杭西民初字第 4094 号之一法定继承纠纷案件中，法院认为：A 上市公司主体的住所地不在本院辖区内、其股票并非在我国境内上市交易，人民法院分割或折价处理 A 公司股票须符合我国民事诉讼法的特别规定，否则法院裁定驳回起诉。……原告郭某 1、黄某要求继承的主要遗产中包括有 A 公司股票，该公司的住所地不在本院辖区内；……另一方面，原告郭某 1、黄某在审理中表示不同意就郭某 2 遗产中的汽车、存款等部分财产先行处理，要求就全部遗产包括 A 公司股票、402 室房屋一并同时处理。而该公司股票并非在我国境内上市交易，人民法院分割或折价处理该公司股票须符合我国民事诉讼法的特别规定。原告郭某 1、黄某以普通民事纠纷向本院起诉不符合该规定，其起诉应予裁定驳回。

3．股票期权无法直接分割股票

在司法实践中，由于股票期权具有人身属性，一般法院不支持直接分割股票，而是通常采取折价分割的方式。

在河北省迁西县人民法院审理的(2018)冀 0227 民初 617 号离婚后财产纠纷案件中，法院认为，被告侯某在与原告李某 1 婚姻关系存续期间即 2009 年 12 月获得的 D 集团授予的购股权共 130000 股，其性质为股票期权，属于夫妻共同财产。因股票期权具有人身性，由公司授予特定范围内员工，对原告要求分割被告获得股权期权 130000 股中 78000 股的诉讼请求不予支持。被告应按照取得股票期权的实际收益款，向原告支付相应价款。

在上海市徐汇区人民法院审理的(2013)徐民一(民)初字第 3657 号离婚纠纷案件中，法院认为，目前 T 公司授予原告的 1,171 股限制性股票，已可以按现时股价行权，该部分财产应当予以分割，鉴于原告以该公司员工身份取得上述股权，本院无法对上述股权份额予以分割，故本院参考该股现行市值，判令原告一次性支付被告股权折价款 20 万元。

4．无正当理由放弃行权可主张赔偿

在上海市浦东新区人民法院审理的(2012)浦民一(民)初字第 17439 号离婚后财产纠纷案件中，法院认为，在离婚判决已明确认定第一、二批股票期权的情况下，被告未经原告同意，将取得的股票期权以“个人原因”申请全部撤销，是故意损害原告利益的行为，对此，被告有过错，故无论某公司作出何种“依规处理”，被告均应赔偿原告的损失。

可见，夫妻一方想通过放弃行权的方式来逃避夫妻共同财产的分割是不现实的。如果无正当理由放弃行权，配偶一方可主张损害赔偿。

结语

股票期权作为一种财产性权益，在夫妻离婚或是继承发生时如何处理，是实务中非常复杂的问题，受激励对象的配偶和继承人维权不易。《民法典》在第一千零六十二条增加了“劳务报酬”“投资的收益”这两类夫妻共同财产形式，虽然为当事人主张分割股票期权这一财产性权益进一步提供了法律依据，但司法实践中关于股票期权在离婚和继承中的分割规则还有待进一步的发展和细化。

[注]

[1] 张佩钰:《我国股票期权激励制度的法律问题研究》,载《法学杂志》2012 年第 2 期,第 142 页。

[2] 关于期权的特点,请参见张根旺、李旭:《期权争议请求权的选择》。

[3] 高留志:《家务补偿制度的立法完善》,载《河北法学》2004 年第 2 期,第 48 页;康娜:《我国离婚财产分割规则之法经济学反思》,载《社会科学家》2009 年第 6 期,第 72 页。

[4] 参见(2011)黄民一(民)初字第 1260 号、(2012)浦民一(民)初字第 17439 号民事判决书。

[5] 笔者经过案例检索发现,司法实践中对于股票期权在离婚时的分割并未形成完全统一的裁判规则,上述图表中总结的裁判规则仅为倾向性意见,可能存在相反的判例。

六、社会新闻

湖北民警用公安系统帮丈夫开展找人、查婚外情业务，获刑 4 年

2020-10-05 澎湃新闻

https://m.sohu.com/a/422711298_260616/?pvid=000115_3w_a&spm=smpc.home.top-news4.2.1601871961148MhY27Wi&_f=index_news_13

丈夫利用妻子的民警身份，通过公安机关信息查询系统获取所需的车辆行动轨迹、航班信息，开展找人、找车、婚外情调查等业务获利，最终两人因侵犯公民个人信息罪双双获刑。

近日，湖北宜昌市夷陵区法院公布的一份一审刑事判决书披露了这起侵犯公民个人信息案的详细案情。宜昌市公安局在 2019 年 9 月 30 日依法逮捕 10 名犯罪嫌疑人，今年 9 月 23 日，该案在宜昌市夷陵区人民法院一审判决。

其中，被告人潘某群与被告人殷某为夫妻关系，案发前，殷某系武汉市公安局经侦支队七大队二级警长。

公诉机关指控，潘某群以商务咨询公司的名义，通过网站、微信、QQ 等途径招揽客户开展找人、找车、婚外情调查等业务。接到客户委托后，殷某根据丈夫潘某群要求，通过公安机关信息查询系统获取所需的公民个人信息提供给潘某群。

潘某群手下两人利用潘某群提供的信息，找到目标对象后采取安装 GPS 定位设备、蹲守、跟踪、跟拍等手段获得他人实时行踪轨迹等个人信息提供给客户。两名手下与潘某群约定报酬每月底薪 4000 元，每笔业务再给提成 10%。

而潘某群既单独开展业务，也与本案另一被告人许某进合作，报酬平分。除了通过殷某获取公民个人信息，潘某群、许某进等人也通过购买、跟踪等其他途径获取公民个人信息，用于完成委托业务获取利益。

根据检方指控，2017 年至 2019 年期间，潘某群、殷某、许某进等被告人单独或共同实施犯罪共 27 起。其中，潘某群参与实施 21 起，与他人共同获取违法所得 31.57 万元；殷某参与实施 19 起，与他人共同获取违法所得 29.07 万元；许某进参与实施 12 起，与他人共同获取违法所得 43.5 万元。

庭审中，控辩双方就指控内容分别发表了意见。

法院审理后查明，检方指控的潘某群和许某进分别参与实施的 21 起、12 起犯罪及违法所得金额无误，但殷某参与实施 16 起犯罪，而非检方指控的 19 起，违法所得为 23.1 万元。

记者梳理发现，法院查明，殷某参与的犯罪中，多为她查询目标车辆行动轨迹后告知潘某群，潘某群与许某进安排他人采取安装 GPS、跟拍的方式获取该车的实时位置并提供给委托人，获取酬金。

此外，2018 年 11 月 22 日，殷某还将查询到的韩国人姜某（音译）的航班信息提供给丈夫，本案其他被告人也通过蹲守、跟拍的方式获取姜某的行踪情况。他们将这些信息提供给委托人，共获得报酬 2 万元。

法院一审判决，潘某群犯侵犯公民个人信息罪，判处有期徒刑五年，并处罚金人民币十二万元；殷某犯侵犯公民个人信息罪，判处有期徒刑四年，并处罚金人民币六万元；许某进犯侵犯公民个人信息罪，判处有期徒刑四年十个月，并处罚金人民币十万元。

“内鬼”不仅仅是殷某。

记者注意到，此案中，另一名被告人潘某文出生于 1995 年，案发前系武汉市公安局江汉区分局水塔街派出所辅警。

潘某文和其校友柳某涛商议后，潘某文利用可

接触公安内网的便利，查询他人包含户籍信息、住宿信息、车辆档案信息及乘坐飞机、火车的轨迹信息出售给柳某涛，获利 8755 元。后柳某涛将从潘某文处购买的信息通过网络转手出卖，获利 7355 元。

最终，潘某文也因犯侵犯公民个人信息罪，被判处有期徒刑一年，缓刑二年，并处罚金人民币一万元；柳某涛犯侵犯公民个人信息罪，被判处有期徒刑一年三个月，并处罚金人民币二万元。

上海一女子结婚 2 年不同房，丈夫强行之后被刑拘！真相不简单…

2020-10-12 上海法治报

https://mp.weixin.qq.com/s/GZN5vQCuGh8o9SkNF1rYBg

一直关注“上海法治报”公众号的朋友们
应该见识过了不少奇葩案件
今天，小编就再来说一桩
离奇的强奸案……

事情大致是这样的。登记结婚后，上海一女子坚决不让丈夫碰自己的“处女身”。此后，二人关系恶化，分居长达一年多时间。婚姻存续期间，丈夫酒后施暴，强迫妻子“尽了义务”。次日，不堪凌辱的妻子逃离魔爪，随即报警，丈夫被警方刑拘。

丈夫酒后强迫妻子“尽义务”

2006 年 10 月，被告人孙建军（化名）经人介绍与被害人金某某（化名）相识。2008 年 9 月，金某某父亲为获得动拆迁利益，逼迫其与孙建军结婚。领取结婚证书的当晚，孙建军就提出要与金某某发生性关系，遭到金某某的拒绝。之后，双方从未共同生活，财产也各归自己所有。

2010 年 3 月，金某某向上海市浦东新区人民法院起诉离婚。同年 5 月 18 日，上海市浦东新区人民法院认为双方感情尚未达到破裂程度，驳回了金某某的诉求，双方均未上诉。金某某称，当时她想的是 6 个月后，再去起诉离婚。

2010 年 6 月 14 日，被告人孙建军来到金某某单位门口，强行将金某某拉上出租车，把她带到了自己位于浦东某小区的暂住处。趁着酒劲，孙建军采用言语威胁、殴打等手段，强行与金某某发生了关系。

被告人不服：两口子的事，凭什么抓我？

2010 年 6 月 15 日凌晨，公安机关接群众报警后至现场将被害人金某某解救，同时将被告人孙建军抓获。

被抓后，孙建军的表情十分惊讶，还问民警：是不是抓错人了？当他听说是妻子报的案时，很不以为然，认为这是夫妻之间的事，警察管得着吗？

2010 年 6 月 21 日，被害人金某某再次向上海市浦东新区人民法院起诉孙建军，要求离婚。同年 7 月 28 日，上海市浦东新区人民法院作出准予离婚的判决。

在婚姻存续期间，
丈夫强迫妻子“尽义务”，
到底是不是强奸？

法院：本案中，被告人的行为构成强奸罪

我国《刑法》规定了强奸罪。强奸，是指违背妇女意志，使用暴力、胁迫或者其他手段强行与妇女发生性关系或者奸淫不满 14 周岁的幼女的行为。

上海市浦东新区人民法院经审理认为，本案中，

被告人孙建军违背妇女意志，采用暴力、威胁手段，强行与妇女发生性关系，其行为已构成强奸罪。公诉机关指控的罪名成立，应予支持。孙建军自愿认罪，酌情从轻处罚。

依照《中华人民共和国刑法》第二百三十六条、第七十二条、第七十三条之规定，被告人孙建军最终因犯强奸罪，被判处有期徒刑三年，缓刑三年。

虽然案子已审结
但还是有网友提出了
不一样的意见

婚后女方拒绝同房
丈夫强行算强奸
难道女方就不构成诈骗罪？

李桐样律师：你嫁给我却又拒绝性生活，这是典型的伤害了我却一笑而过，也违背了夫妻的互相忠实义务。所以对方如果一直拒绝同房，另一方可以以感情破裂为由起诉离婚。

这段因利益开启的婚姻
最终如此收场
你对此怎么看？
欢迎留言探讨

综合自新闻坊、广州市广播电视台-法拉理、广州市司法局-广州普法

编辑 | 王菁

现实版“时间管理大师”：一夫“二妻”住同城互不知晓，直到……

2020-10-15 人民法院报 邢海云

https://mp.weixin.qq.com/s/Z4wNnEr_-hPe-5jNOBKrAA

刘某长相帅气，有房有车有老婆，用一张“离婚证”，取得同班女同学信任，同学母亲大摆筵席将女儿托付。不料，这竟是刘某制造的爱情陷阱.....

刘某家庭条件优越、长相帅气、收入稳定，2010年与钱某经人介绍结婚，产下一女。两人婚后生活虽经常发生纠纷，但未曾离婚。

2017 年 4 月，李某出差来到同学刘某工作的城市，两人在异乡重逢相聊甚欢。刘某向李某倾诉自己不幸福的婚姻生活，同时给李某出示了自己的

“离婚证”，取得了李某的信任。随后两人感情迅速升温，以夫妻名义共同生活。

当李某母亲提及尽快办理结婚手续时，刘某称因为自己父母还未同意这门婚事，暂时无法办理结婚证。同居后，刘某一方面以李某的名义在老家某小区购买了一套住房，支付三十万元的首付，另一方面还在自己工作的城市为李某和孩子租了房子。同时，刘某母亲、妻子钱某也带着大女儿来到刘某工作的城市一起生活。此时，由刘某组建的“两个家庭”共同生活在了一个城市，双方对此并不知情，刘某成为了网络经常提到的“高级时间管理大师”。

2018 年国庆，李某与其母亲返回老家，刘某从 2019 年 1 月份开始拒绝支付抚养孩子的费用，同年 7 月，李某收到刘某妻子钱某的一纸诉状，要求李某返还被侵占的夫妻共同财产。李某方才大梦初醒，遂向公安局报案。

在公安机关的侦查讯问中，刘某说明了与被害人李某的关系，并自愿签署了认罪认罚具结书。在审查起诉环节，公诉机关以刘某涉嫌重婚罪为由向法院提起公诉。

河南省罗山县人民法院经审理认为，被告人刘某无视国家法律，有配偶而与他人以夫妻关系同居生活，并生育一女，其行为构成重婚罪，依法应予以惩处，公诉机关指控罪名成立。但案发后，刘某自动投案，到案后如实供述自己的犯罪事实，系自首，依法可从轻减轻处罚，且被告人自愿认罪认罚，与被害人达成和解协议，取得了谅解，依法可从宽处罚。

结合被告人的犯罪性质、情节以及悔罪表现，从有利于其家庭、子女角度出发，以及被告人居住地社区矫正的调查评估意见，法院决定对刘某从轻处罚，依法判处被告人刘某拘役三个月缓刑六个月。

法官提醒

“一夫一妻”制度是我国婚姻法规定的婚姻制度，任何人都不能凌驾于法律之上。实行“一夫一妻”制度，符合婚姻的本质和规律，有利于建立稳定的婚姻关系与和睦的家庭关系，有利于子女健康成长和社会进步，也是男女平等的要求，对保障自然人在婚姻、家庭中的合法权益具有重要的意义。

来源：信阳中院

作者：邢海云 | 编辑：冼小堤

一场离婚官司，丈夫迟到，妻子说谎，通通被罚！

2020-10-28 人民法院报

https://mp.weixin.qq.com/s/Nt6m7gC1r-NVOBDmN1c7bQ

来法院打离婚官司
婚还没离明白
夫妻俩都受到法院处罚
因为他们——
一个迟到！一个说谎！

近日，浙江省温州市鹿城区人民法院对一起离婚诉讼中迟到的被告进行了口头训诫，对虚假陈述的原告作出 500 元处罚的决定。

被告丈夫迟到，口头训诫！

10 月 15 日下午，鹿城法院开庭审理原告姜女士诉被告洪先生离婚纠纷一案。

庭审开始 15 分钟后，被告洪先生才出现在法庭。“路太堵了，所以才会迟到……”洪先生以堵车、找不到停车位为自己开脱。

“法庭是悬挂国徽，庄严神圣的正义之所，任何组织和公民都应自觉维护法庭的纪律，不得扰乱

法庭秩序，破坏庭审的严肃性。”法官对被告洪先生进行了口头训诫。

对于口头训诫，被告洪先生表示吸取教训，一定会认真对待庭审。

铮铮训诫尤在耳。谁料，在法庭调查过程中，原告姜女士对于案件事实作出了虚假陈述……

原告妻子作虚假陈述，罚款 500 元！

原告姜女士与被告洪先生于 2014 年登记结婚，婚后收入归各自所有和使用，无子女。

姜女士称两人因为情感淡薄，婚后聚少离多，感情已经彻底破裂，故而向法院提出离婚，要求法院判决二人共有的房产归其所有。

与此同时，姜女士向法院提供了一份承诺书。该承诺书由洪先生书写，载明洪先生自 2020 年 1 月起每个月向姜女士支付 2800 元，如果没有支付，其愿意净身出户。

被告洪先生称，为了让姜女士安心、同时挽回婚姻，所以才向姜女士出具这纸承诺书。对于每月支付的 2800 元，其称自己已经付了 3 个月，后来因为双方吵架，4 月份开始就没有支付。

“他都没有付过。”原告姜女士坚称洪先生从未支付承诺书中的款项。

“原、被告有如实陈述的义务，如果违反，将承担法律责任，请原、被告重新回答。”对于原、被告不同的说法，经办法官再三强调了如实陈述的义务。

“被告付了一个月。”原告姜女士这下改了口。

“我付了三个月。”被告洪先生坚持自己已经付了三个月。

法官现场核实了洪先生的微信转账记录。转账记录显示，洪先生在 2020 年 1 月 1 日、14 日、24 日，多次转账给原告姜女士，被告洪先生所称属实。

面对当庭质证，姜女士无法自圆其说，承认上述转账情况属实。

法院审理认为，针对案情焦点，原告姜女士未如实陈述案件事实，经法官多次明确提醒其需对陈述真实性负责后，仍作虚假陈述，有违诚信诉讼原则，遂对原告姜女士作出罚款 500 元的处罚。

近日，原告姜女士缴纳了罚款。目前两人的离婚案还在进一步审理中。

法官说法

同一起诉讼，原、被告都被罚，归根到底，还是缺乏对法律的敬畏。法官提醒，诚实信用是民事诉讼的基本原则。当事人在诉讼中应当诚实、善意行使自身权利，履行相应义务，如实陈述案件事实。

修改后的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》自 2020 年 5 月 1 日起施行，第六十三条明确规定：当事人应当就案件事实作真实、完整的陈述。当事人故意作虚假陈述妨碍人民法院审理的，人民法院应当根据情节，依照民事诉讼法第一百一十一条的规定进行处罚。

来源：温州中院、鹿城法院

编辑：冼小堤

为了养老，八旬再婚夫妻无奈离婚

2020-10-27 澎湃新闻 澎湃新闻记者 张刘涛 通讯员 舒孟鸽 张晶

https://mp.weixin.qq.com/s/TTpMZdQqDyp6VgM_dlamvg

日前，浙江衢州市衢江区法院披露了一起老年离婚诉讼案，重组家庭老人的晚年遭遇令人唏嘘。

这对夫妻男的 89 岁，女的 84 岁，1 个多月前，他们到衢江区法院说要离婚，两人身体都不太好，

是相互搀扶着走进法院的。

负责接待二老的法官柴宏玮说："第一次接触就觉得他们不应该离婚。"他们不仅没有相互抱怨，反而处处替对方着想。多年办离婚案的直觉让柴宏玮觉得，有必要请两位老人到调解室谈一谈。

两位老人进调解室的场景让柴宏玮坚信自己的直觉："调解室门外有台阶，上台阶时，他们几乎同时伸出手去搀对方。这虽然只是小细节，但看得出他们感情很好。"

聊天中，两位老人渐渐向柴宏玮敞开心扉。他们是中年再婚的，老奶奶早年和上一任离婚，老爷爷中年丧偶。两人之前在一个单位上班，平时相谈甚欢，拥有相同的兴趣爱好及共同语言，久而久之就走到了一起，带着各自的子女重新组成了家庭。3 个子女成年后，各自有了小家。

随着年岁增长，两位老人的身体越来越差，他们无力再照顾对方，甚至连照顾自己都成了难题。两人去养老院住了一段时间，但看着曾经相伴聊天的好友相继去世难免伤心，又搬了出来。就两位老人的养老问题，双方子女曾多次协商，但子女们都不愿同时照顾两位老人，为此还产生了财产纠纷。

为分割好财产，同时也为了养老，虽然经柴宏玮和人民调解员多次调解，但两位老人最后还是决定离婚。

那天庭审结束，双方子女退出法庭后，老爷爷来到柴宏玮跟前，从随身带的一个黑色旧皮包里，摸出一叠厚厚的钱，请求法官将他们夫妻双方所剩不多的 3 万元存款全部交给老伴，并叮嘱法官，不要让子女们知道。

原来，两人退休后，退休工资大部分都接济给了子女，加上看病和日常开销，已没有多少存款。

老奶奶当庭拒绝了，并且坚持一定要全部留给老爷爷。看着两位临别的老人，最后柴宏玮做主：一人一半。

柴宏玮说，当二老手拉手走出法院，又默默地去往各自子女家中，他想起老奶奶在庭上跟老爷爷说的那句话——"与你共度的朝朝暮暮永留心底，让我们一起回味走过的人生岁月"，心中不禁五味杂陈。

办理该案后，柴宏玮有感而发，写下了一则手记：

> "我不羡慕那些在朋友圈秀恩爱的情侣，我羡慕那些白发苍苍还能手牵着手过马路的老人。"俗话说"少年夫妻老来伴"，近年老年人离婚案件渐渐多了，这其中，再婚老年人离婚的尤甚。在人生的后半程，当子女展翅离巢，老人会变得比年轻人更需要情感的慰藉，尤其是丧偶或离婚的老人。但现实中，子女们不仅很少考虑父母的情感需求，更不能接受他们的"夕阳情"，相比于父母的无私付出，子女们想到的却都是自己：担心父母再婚后影响自己的继承权，害怕增加赡养负担，由此对父母的婚姻横加干涉，给老人们造成痛苦。作为子女，应该多花些时间与父母沟通，真正从内心深处给予关爱，让他们拥有健康快乐的情感世界，安度晚年时光。

本期编辑 常琛

怕婚外恋败露，他俩决定卖掉亲生儿子！

2020-10-28 人民法院报 黄慧、孙事勇

https://mp.weixin.qq.com/s/a7VbLmwQhG1ssP3ERUiawQ

已婚男女发生婚外恋，为隐瞒婚外关系，竟将刚出生的亲生儿子以 4 万元的价格出卖给他人。近日，福建省大田县人民法院审结了这起案件，以拐卖儿童罪判处马某有期徒刑三年七个月，并处罚金

人民币 5000 元。

法院审理查明

2017 年 5 月，马某与沙某（已判决）想处理两人因婚外关系而怀孕的孩子，遂通过联系王某、郑某（均已判决）与买家陈某（已判决）取得联系，郑某与陈某商定男婴价格为 13.35 万元。2017 年 5 月下旬，马某和沙某从四川省抵达福建省大田县，沙某于 5 月 28 日顺产男婴。次日，沙某、马某同郑某、王某前往陈某租住处将该男婴交给陈某并收取现金 13.35 万元，马某和沙某共得赃款 4 万元。

经鉴定，马某和沙某是男婴所属男性个体的生物学父亲、母亲的亲权指数为 1.31×1012。

2019 年 12 月 24 日，马某到公安机关投案，并如实供述了自己的罪行。

法院审理认为

马某以出卖为目的，伙同他人贩卖儿童一名，其行为已构成拐卖儿童罪。公诉机关的指控成立。本案系共同犯罪，马某在案发后自动向公安机关投案并如实供述自己的罪行，系自首，可以从轻或减轻处罚；马某自愿如实供述自己的罪行，承认指控的犯罪事实，愿意接受处罚，可以从宽处罚。综上，根据马某的犯罪情节，法院依法作出如上判决。

来源：福建省大田县人民法院

作者：黄慧、孙事勇丨编辑：张孟

八旬夫妻“手牵着手”去法院离婚：老年人的情感不应被漠视！

2020-10-30 中央政法委长安剑　平安鼎

https://mp.weixin.qq.com/s/15u5JI3EfMSww3xTuJB2yQ

“夕阳是迟来的爱，夕阳是未了的情……”人到晚年，除了健康长寿，最大的幸福莫过于子女孝顺、爱人常伴左右。

日前，浙江衢州市衢江区法院披露了一起老年离婚诉讼案，重组家庭老人的晚年遭遇令人唏嘘。

年逾八旬，老夫妻执意要离婚

1 个多月前，一对老人相互搀扶着来到衢江区法院的调解室。他们是一起离婚案中的原、被告。老爷爷 89 岁，老奶奶 84 岁，两人身体都不太好，走路很慢。

“第一次接触，就觉得他们不应该离婚。”柴法官说，老年人离婚虽不像小年轻一样大吵大闹，但也少不了互相埋怨指责。但这两位老人不一样，他们不仅没有相互抱怨，反而处处替对方着想。

那为什么还要离婚呢？柴法官想不明白，多次尝试调解，两人也一度动摇，但最终还是坚持离婚。不过，多年办理离婚案的直觉，让柴法官觉得，有必要请两位老人来调解室当面谈一谈。

柴法官说，那天两位老人来调解室时的场景，让他进一步坚信自己的直觉，“调解室门外有层不高的台阶。上台阶时，他们几乎同时伸出手去搀对方。这虽然只是小细节，但看得出他们感情很好。”

思来想去，最后还是决定离婚

聊天中，两位老人才渐渐向他敞开心扉。原来，他们是一对半路夫妻。老奶奶早年和上一任离婚，老爷爷中年丧偶。两人之前在一个单位上班，平时相谈甚欢，拥有相同的兴趣爱好及共同语言，久而久之就走到了一起。他们带着各自的子女重新组成了幸福的家庭。三个子女成年后，又各自有了小家。

原本幸福的日子可以一天天延续下去，但可惜的是，随着年岁增长，两位老人的身体越来越差，他们悲伤地发现，不仅无力再照顾对方，甚至连照

顾自己都成了难题。后来，两人去养老院住了一段时间，但看着曾经相伴聊天的好友相继去世，难免伤心，只能搬离。

从养老院回来后，就两位老人的养老问题，双方子女曾多次协商，但子女们都不愿同时照顾两位老人，为此还产生了财产纠纷。

为了分割好财产，同时也为了养老，虽然柴法官和人民调解员多次调解，但两位老人想来想去，最后还是决定离婚。

钱全给她，别让子女知道

柴法官记得，那天庭审结束，双方子女退出法庭后，老爷爷来到柴法官跟前，从随身带的一个黑色旧皮包里，摸出一叠厚厚的纸币，请求法官将他们夫妻双方所剩不多的 3 万元存款全部交给老伴，并叮嘱法官，不要让子女们知道。

原来，两人退休后，退休工资大部分都接济给了子女，加上看病和日常开销，此时已没有多少存款。这仅有的 3 万元存款，承载的是老爷爷对老奶奶深深的爱！

可想而知，老奶奶怎么会接受呢，当庭拒绝了这 3 万元，并且坚持一定要留给老爷爷。看着这两位临别的老人，柴法官最后只好替他们做主，两人一人一半。

老人的情感，需要被关注

当老夫妻俩手拉手走出法院，又神色黯然地去往各自子女家中，柴法官记起老奶奶在庭上跟老爷爷说的那句话，一阵心酸：“与你共度的朝朝暮暮永留心底，让我们一起回味走过的人生岁月……”

“我不羡慕那些在朋友圈秀恩爱的情侣，我羡慕那些白发苍苍还能手牵着手过马路的老人。”办理过大量婚姻家庭案件之后，很多法官和书记员都会发出这样的感慨。

长安君短评

一对恩爱的老夫妻，最终选择通过司法程序离婚，是自愿，但却是无奈的自愿——如果不离婚，他们可能面对无尽的家庭纠纷和无人养老的窘境。

老年人的情感需求不应被漠视，更不应被至亲之人粗暴对待。他们的子女也许谈不上“干涉”老两口的婚姻，但实际所作所为却直接拆散了这个原本幸福的家。老人自己也应看到，自己的“核心利益”是幸福美满的晚年，是吃不愁、病不忧、孤不独、乐有伴，绝不是儿女孙辈的“面子”和能留给他们多少财产。

幸福从来不是只有冰冷的物质，还有足以温暖世界的感情。老年人追求幸福生活的权利理应得到充分的尊重和保护，包括这来之不易的“黄昏恋”。最美不过夕阳红，所有美好都值得付出至诚去呵护，而不是以自私和薄凉对待生我养我的父母，以种种借口将他们的感情“逼上”一条无奈的路。

截至 2019 年底，中国每 6 个人中就有一个老年人。“让所有老年人都能有一个幸福美满的晚年”，这是全面建成小康社会的一项重要内容，也关系到我们每个人。

毕竟，他们和我们一样，也曾年轻过；我们和他们一样，也终会老去。

推荐：平安浙江网

安徽亳州一保姆虐待瘫痪老人获刑十个月

2020-10-31 人民法院报 第 03 版 记者 周瑞平 通讯员 郑文慧 蒋加磊

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2020-10/31/content_173363.htm?div=-1

本报讯 （记者 周瑞平 通讯员 郑文慧 蒋加磊）子女高价雇请保姆照料残疾母亲，不料保

姆不但没有精心照料老人的生活起居，反而多次采用扇耳光、用脚踩脸、棍子敲腿等方式虐待老人。近日，安徽省亳州市谯城区人民法院对此案作出一审判决，被告人冯某犯虐待被看护人罪，判处有期徒刑十个月。

今年 70 岁的刘某肢体残疾，瘫痪在床。在外地工作的子女考虑到刘某独自生活不方便，于 2019 年 2 月以每月 3200 元的价格雇请保姆冯某照顾刘某的生活起居。

2020 年初，刘某的子女回家看望母亲，有邻居告诉他们，保姆有虐待刘某的迹象。由于刘某无法清晰地表达，直接询问冯某也不会有什么结果。为查证传言真伪，刘某的子女遂购置了一个摄像头，装在刘某卧室中隐蔽的角落里。

通过视频监控，刘某的子女发现冯某的确有虐待母亲的行为。4 月 24 日晚上，冯某朝刘某脸上扇耳光，并用脚踩刘某面部，同时用布条击打。4 月 27 日上午，冯某又用鞋底殴打刘某面部。

气愤之下，刘某的子女报了警。冯某被公安机关拘留后，承认在看护期间多次以殴打、辱骂方式虐待刘某。在 2019 年夏季的一天，她就曾用小棍敲打刘某的腿，不让刘某睡觉。

冯某在法庭上辩称，因要长期照顾生活不能自理的老人，每天需要干的活比较琐碎，报酬相对来说也不算高，导致其心理比较压抑，遇到刘某不按照她的要求吃饭、睡觉等情况，其就容易暴躁，实在忍不住就会通过扇老人耳光等方式对老人进行虐待。

法院审理后认为，被告人冯某对刘某负有看护责任，多次虐待刘某，情节恶劣，其行为已构成虐待被看护人罪。冯某到案后如实供述犯罪事实，有坦白情节，自愿认罪认罚，依法可从轻处罚，法院遂作出上述判决。

七、媒体视点

民法典彰显国家对婚姻家庭的坚定守护

访中国法学会婚姻家庭法学研究会秘书长林建军

2020-10-13 民主与法制时报 稿件来源：法治日报人大视窗 本报记者朱宁宁
http://appdzb.legaldaily.com.cn:8081/nz/62233.jhtml

婚姻家庭关乎着每个人的幸福，有多重要不言而喻。

即将于明年 1 月 1 日起施行的民法典，将全方位地影响着每个人的生活。回顾整个民法典的编纂过程，婚姻家庭编一直都是最受关注的部分。尽管条文数量并不多、此次改动也不是很大，但在民法典草案向社会公开征求意见的过程中，婚姻家庭编集中了最多的修改意见，意见总数甚至比其他各分编加起来还要多。

婚姻家庭制度是国家制度的根本内容，保护婚姻家庭具有深远意义。民法典第一千零四十一条第一款明确规定，“婚姻、家庭受国家保护”。这一规定不但凸显了婚姻家庭在国家的独特价值与地位，也彰显出国家对婚姻家庭的坚定守护。

那么，国家保护婚姻家庭保护的是什么？民法典又是如何有效保护家庭成员的权利的？该如何准确把握“婚姻、家庭受国家保护”这一婚姻家庭编基本原则的规范内涵？又该如何推动其有效地贯彻实施？围绕这些焦点问题，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秘书长林建军近日接受《法治日报》记者采访。

记者：在很多人看来，婚姻家庭是自己的私事。那么，民法典婚姻家庭编为何确立“婚姻、家庭受国家保护”这一基本原则呢？确立“国家保护婚姻家庭”这一基本原则有着怎样的重要含义？

林建军：对个人而言，家庭是维系肉体生命、涵养精神生命的基本实现方式，是人类种族繁衍的天然载体。对社会和国家而言，家庭是社会形成发展和良性运行的基石，是国家治理体系的基本单元，承担着国家初级治理整合的重要功能。

目前，世界上多数国家都将婚姻家庭制度作为根本制度纳入到作为法秩序价值基石和规范基础的宪法之中，将“婚姻家庭受国家保护”上升为宪法原则，例如，《德意志联邦共和国基本法》第六条规定：“婚姻和家庭受国家的特别保护”。此外，“婚姻、家庭受国家保护”的理念和内容也被国际人权公约一再重申。1948 年《世界人权宣言》第十六条宣明：“家庭是天然的和基本的社会单元，并应受社会和国家的保护。”之后，这一内容在《公民权利及政治权利国际公约》《经济社会文化权利国际公约》等系列国际人权公约的“家庭条款”中得到进一步强化，彰显了婚姻家庭在国际人权立法上的重要价值和地位，并强调缔约国应积极致力于对婚姻家庭的支持与保护，最大限度地采取一切立法、行政或其他措施承担对家庭的保障义务，以确保婚姻家庭圆满维持幸福和谐，免遭破坏和瓦解。

新中国成立后的四部宪法均将“婚姻家庭受国家保护”入宪。现行宪法第四十九条明确规定：“婚姻、家庭、母亲和儿童受国家的保护。”可以说，国家保护婚姻家庭，已经成为我国宪法的核心意旨。

此次民法典将“婚姻、家庭受国家保护”明确为婚姻家庭编的基本原则，既承载着我国宪法的核心意旨，也是对国际人权公约“家庭条款”的一种中国表达，表明了我国对婚姻家庭关系的全面关照和倾力守护，并在婚姻家庭编对婚姻家庭关系进行了体系化科学建构，完备了婚姻和家庭制度，使婚

姻家庭身份关系与人格关系、财产关系三足鼎力，共同建构起民法典制度大厦。

记者：那么，该如何理解民法典国家保护婚姻家庭的这一规范内涵呢？换言之，国家是如何保护婚姻家庭的？

林建军：国家保护婚姻家庭，一方面是保障婚姻家庭制度，另一方面是保障婚姻家庭领域的基本权利。

首先，国家对婚姻家庭提供制度性保障，即保障婚姻家庭制度的最内核部分不被破坏。

国家对婚姻家庭的保护，最初被认为是对婚姻家庭制度的保障，即“制度性保障”。此观点出自德国著名公法学家卡尔·施米特于 1928 年出版的《宪法学说》。施米特主张，“家庭只能作为一种制度而受到宪法律保护”。家庭是对个人、国家承载着重要功能的古老制度安排，满足着个人的基本生存和成长，奠基着社会的形成与发展，实现着国家的初级治理整合。这种古老的制度在宪法出现之前早已既存，国家应予保障，以确保制度的最核心最基本内容不被立法所废改，此为“制度性保障”。至于婚姻家庭制度的核心内容，是指植根于一国悠久历史传统的最本质最基础部分，即家庭以合法婚姻为基础、婚姻以异性结合为本质。

其次，国家保护婚姻家庭领域的基本权利。

婚姻家庭领域的基本权利是人之为人所固有的婚姻家庭方面基本权利的总称。具体指个人享有的自主选择家庭生活方式成立婚姻家庭的权利，包括缔婚自由权、生育自由权等，以及个人享有的与家庭成员营生互助维系婚姻家庭的权利，包括家庭生活权、交往权、抚育子女等权利。民法典载入宪法原则承载宪法意旨，将缔婚自由、家庭教育子女等婚姻家庭领域的基本权利载入，并体系化地确认了身份权，将身份权纳入国家保护的视野。

需要强调的是，作为基本权利的婚姻家庭权利与作为身份权的婚姻家庭权利并不相同，这种区别主要体现在两个方面：一是两者拘束对象和性质不同。婚姻家庭基本权利的法律关系双方是个人与国家，拘束的义务主体是国家，主要防止国家公权力的侵害，是公法上的权利；作为婚姻家庭身份权的法律关系主体双方是家庭成员，是私法上的权利。二是两者的法律功能不同。婚姻家庭领域的基本权利是人的权利中最核心、最重要的权利，是人的第一需要，生而享有死而消灭，旨在实现人之为人的法效目标，满足人的基本生存发展；婚姻家庭身份权以基本权利存在为前提，可以消灭，旨在确定个人在亲属团体中的特定地位及相互权利义务关系，维护个人对具有身份关系的利益的支配关系。

记者：“婚姻家庭受国家保护”该如何实现呢？国家需要提供哪些保障？

林建军：婚姻、家庭受国家保护，意味着国家应提供对婚姻家庭制度和婚姻家庭权利的双重性保障。

首先，国家应保护民法典所确立的婚姻家庭私法制度。当然，这种保护不意味对制度核心内容之外如同居等关系不予保护，只是不赋予其婚姻的法律效力，可以设计与婚姻并行的制度架构。

其次，国家对婚姻家庭领域的基本权利承担着多重保障义务。只有最大限度地采取一切措施，忠实履行所有义务，个人的婚姻家庭基本权利才能得以充分实现。具体来说，国家保障婚姻家庭基本权利的义务结构体系包括尊重义务、保护和实现义务。尊重义务是指国家不得任意干涉婚姻家庭领域的基本权利，有意为“无为”；保护义务是指国家应防止以及终止私人对婚姻家庭领域基本权利侵犯的义务；实现义务是指国家应最大限度地采取立法、行政、司法等积极措施，保障婚姻家庭基本权利实现的义务。

而对作为身份权的婚姻家庭权利，国家虽然不是私主体之间身份权的直接义务主体，但国家应善尽保护义务，应积极预防侵害发生和及时采取有效补救措施，保护身份权的实现。

“借精生子”离婚后抚养权归谁？非法定继承人能否继承……这场座谈会都说清楚了

2020-10-24 新民周刊 申晓莲
https://mp.weixin.qq.com/s/XCp1BPHh63-arnXD6M2gOw

70 年来，在市妇联的组织和带领下，上海市婚姻家庭发展与妇女儿童权益保护行动取得了较大成效。

记者|应琛

今年是《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立 70 周年。10 月 23 日，市妇联、市法学会、市婚姻家庭研究会举办了“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”，多位法学专家就明年起实施的《民法典》，以及一些婚姻家庭中出现的新纠纷展开热烈讨论。

案例一：当“借精生子”的夫妻离婚了

2005 年董女士与先生登记结婚，婚后发现丈夫的精子基本无存活率，经夫妻共同决定，董女士通过借精生子的方式在 2013 年诞下了一对可爱的龙凤胎。

然而当初所有美好的誓言终未能抵过现实生活的骨感，随着子女的出生、家庭日益增加的开支、双方老人的介入、两代人不同的生活方式，以及男方长期在外工作的性质等综合因素，夫妻双方的矛盾也逐渐升级。

2018 年，丈夫第二次向法院提起离婚诉讼。至此，董女士深知这段婚姻已无法挽回，但希望能够争取到两个子女的抚养权，同时分割夫妻共同财产。

本案耗时一年，经过数次庭审与证据交换，通过本次案件审理，不仅女方争取到两个子女的抚养权，同时将男方隐藏、转移的夫妻共同财产予以追回并依法分割。当收到判决后，董女士变得轻松了，双胞胎兄妹也再也不会分开了。

专家解读——

“借精生子”属于比较新颖的婚姻家庭类纠纷。

案例中男女双方具有合法的婚姻关系，且系双方共同商议，采用人工方式生育双胞胎，所以，法律身份明确，双方系涉案未成年人的法定父母，享有相应的亲权。

法院也充分考虑了双方的抚养环境和条件，以未成年人利益保护最大化原则为指导，着重考虑双胞胎子女的特殊性，一事一议，没有过于教条主义地按平均原则安排直接抚养人，这是司法为民的最本真体现。

本案中男方在离婚过程中有隐藏转移夫妻共同财产的不诚信行为。

明年起实施的民法典第 1092 条规定：“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。”这从立法角度给出了一个更为明确的法律指引，相信对有这类非法企图的当事人会起到震慑作用，也会将妇女权益保护力度提高一个层级。

案例二：非法定继承人就不能继承了吗？

顾某玲与丈夫李某由于关系不和，从 1996 年起就长期分居，李某在外居住，全无音讯，对患病在身的顾某玲不闻不问。由于两人未生育子女，独居期间，顾某玲的日常生活一直由侄子顾某照顾。

2019 年，顾某玲因病去世。侄子顾某为其养老送终，办理好丧事。

顾某玲留下了 2 套老式售后公房，为处理遗产问题，侄子顾某千方百计，终于寻找到李某。感念侄子对妻子的长期照顾，李某与顾某在咨询律师后，共同签订了遗产分配协议，同意将其中部分遗产分配给顾某。

然而在双方为变更房产登记而向法院提起诉讼进行确认的过程中，李某反悔了，导致诉讼中双方反目。李某借口自己年事已高，对原分配协议不予认可。

最后经法院判决，直接认可双方的遗产分配协议有效，从而最大限度地保护了对被继承人尽到生养死葬赡养义务的侄子顾某的合法权益。

专家解读——

本案例涉及到侄子的继承问题，非常具有典型性。侄子虽非法定继承人，但根据我国现有继承法规定，其作为对被继承人扶养较多的人，可以分给适当的遗产。

2021 年 1 月 1 日实施的民法典对继承人的范围进行了扩充，主要是代位继承人范围扩大到侄子、外甥。这样的立法调整，一方面是避免无人继承遗产的情况出现，另一方面是鼓励侄子、外甥来出面承担赡养扶助义务。

案例三：闪婚闪孕闪离后，还遭遇夺子

2018 年 1 月，小红（化名）和小明（化名）在玩网络游戏时相识，双方在网络游戏中相谈甚欢，并相约见面，开始约会。

2018 年 4 月，小红发现意外怀上了孩子，基于意外怀孕的情况，两人在 2018 年 5 月登记结婚，6 月举办了婚礼。

看似情投意合的两人，在现实生活中却是问题百出。

由于是闪婚，两人没有任何感情基础，也并不真正了解对方。婚后不久，小红发现小明脾气非常暴躁，心情不好时还会对怀孕的小红实施家暴，甚至还言语威胁小红及胎儿的生命安全。

没有感情维系的婚姻是十分脆弱的，2018 年 9 月，双方终因性格不合以及没有感情基础而分居。

分居后，小明对怀孕的小红依旧不闻不问，小红只能独自承受怀孕期间的种种艰难。

2019 年 1 月，儿子小凯出生了，谁料孩子出生后的第 20 天，小明就带着家人冲到月子中心，抢走了孩子，并且拒绝小红探视。还没来得及享受初为人母的喜悦，小红再一次遭受了严重的打击。

短短的一年，经历了怀孕、结婚、分居、产子，最后被夺子，整个过程对小红来说就像晴天霹雳，导致小红患上了严重的抑郁症。无奈之下，小红只能向法院提出离婚诉讼来结束这段名存实亡的婚姻关系。

本案的诉讼过程耗时近一年，男女双方为了争夺孩子的抚养权针锋相对。通过各方努力最终双方达成和解，考虑到小红有严重抑郁症，而且孩子一直由小明及其父母在抚养的实际情况，最终调解孩子的抚养权归小明所有，小红支付每月 1000 元抚养费并且每周可探视儿子。

对于小红来讲，一时冲动所付出的代价太过惨痛。

专家解读——

法院在处理争夺孩子的直接抚养权的问题时，首先考虑的是未成年人利益保护最大化原则，主要是察看直接抚养一方是否对未成年人的健康成长，包括生活和学习等各方面更为有利。

本案提到女方患有严重抑郁症，客观上对孩子的抚养能力稍有欠缺。法院通过调解，双方达成和解，由男方来直接抚养孩子，这是一种最佳选择。

同时根据我国现行婚姻法规定：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。因此女方也应承担一部分抚养费，并通过定期探视尽到母亲的职责，更有利于未成年人的健康成长。

明年起实施的《民法典》将未成年人利益保护最大化原则明确写入第 1084 条的规定中:“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。”

家庭是社会的细胞，婚育不只是两个人的儿戏，需要我们以更为审慎的态度对待和处理，同时也不应以未成年人为砝码。需要补充指出的是，本案中男方抢夺未成年人的行为在纠纷处理过程中理应给予否定评价，需要给予批评与教育。

事实上，70 年来，在市妇联的组织和带领下，上海市婚姻家庭发展与妇女儿童权益保护行动取得了较大成效：

落实凡涉及妇女儿童的法律法规事先听取妇联意见的制度和妇联民主参与、民主监督的机制；

组建上海市法规政策性别平等咨询评估委员会；

成立上海市妇女法律援助中心，形成集信访接待、法律援助、心理疏导和人民调解“四位一体”的维权受理处置体系；

推出“白玉兰开心家园”项目，提高妇联心理服务的覆盖面和有效性；

建立人民调解委员会，创新设立“上海市妇联人民调解委员会二中院调解工作室”；

联手十家单位共同建立上海反家暴工作社区协同机制；

分别与市高院、市检察院发布《关于进一步加强合作建立健全妇女、儿童权益保护工作机制的意见》；

在家事审判改革中推行家事调解员、调查员、心理咨询员的“三员”机制等，形成对妇女儿童合法权益的保护合力。

《民法典》颁布以来，上海市妇联加大普法宣传工作力度，与市女律师联谊会共同主办“以案述‘典’，守护 TA 权利”巾帼律师民法典宣讲行动。与上海市法学会、文汇报社共同主办“‘她权益’70 年变革:从《婚姻法》到《民法典》讲堂，聚焦法典的进步、社会的前进和人性的保障。

八、学者、法官、检察官、律师、公证专题

（一）理论学术动态、学者视点

刘俊海：网络虚拟财产可以依法流转与继承

2020-10-01 民事法律参考 来源：检察日报
https://mp.weixin.qq.com/s/jIkVcdl7RmTLCfWdBB3nIQ

当代法律已从马车时代进入互联网时代。现代民法与《拿破仑民法典》相比，面临的调整对象的复杂性与技术性已今非昔比。互联网发展迅猛，已经进入千家万户的日常生活，网络虚拟财产应运而生。但互联网再大，也大不过法网。虚拟财产作为网络社会新型财产类型仍受继承法等法律的调整与保护。

道理很简单，网络民事关系的主体（自然人、法人或其他组织）、客体（投资者与消费者交付的真金白银、平台提供的网络服务、电商提供的商品或者服务）与内容（当事人之间权利义务责任与风险的配置）既不虚拟也不虚幻，都存在于现实世界之中。互联网上民事活动与互联网下开展的民事活动既有个性，也有共性，而且共性大于个性。互联网的主要作用仅仅是扩大了缔约伙伴范围，提高了作出与接受意思表示的效率而已。网络世界中的各类经济活动都要纳入法律轨道。

基于这一学术共识，民法总则第 127 条所说的“法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的，依照其规定”就应当被解释为，特别法对数据、网络虚拟财产的保护另有规定的，从其规定；若特别法未对数据、网络虚拟财产的保护另有规定，则补充使用民法总则及其他民事法律的规定。这种解释有助于造福广大消费者，打造诚实信用、公平公正、各得其所、多赢共享的互联网市场生态环境，促进互联网产业的可持续健康发展。

就网络虚拟财产继承而言，继承法第 1 条开宗明义规定，“为保护公民的私有财产的继承权，制定本法”。该法第 3 条提供的“遗产”定义内涵非常精炼：“遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产”，列举的 7 类遗产也具有开放性：公民的收入；公民的房屋、储蓄和生活用品；公民的林木、牲畜和家禽；公民的文物、图书资料；法律允许公民所有的生产资料；公民的著作权、专利权中的财产权利；公民的其他合法财产。

鉴于我国改革开放以来吸引了来自世界各地的游客、投资者、管理经营与技术骨干来华旅游、工作与生活；鉴于自然人的外延广于“公民”，足以囊括外国人与无国籍人；民法总则第 124 条在重申保护继承权时用“自然人”取代了“公民”：“自然人依法享有继承权。自然人合法的私有财产，可以依法继承”。

鉴于财产收入包括数字钱包内的资金（如微信红包）；鉴于图书资料包括网络作品（如微博评论、有偿下载或因打赏而获得的公众号文章）；鉴于商自然人的生产资料包括市场营销与广告网络（如网店、直播网站、微商公众号）；鉴于著作权包括网络作品（如微信或微博中的文字、图片、视频或音频等作品）；鉴于继承法第 3 条第 7 项兜底条款能将各类网络虚拟财产一网打尽，确切地说，不违法的网络虚拟财产皆可依法流转与继承。

同时，鉴于虚拟财产继承有其特殊性，为统一裁判思维，提高虚拟财产继承的稳定性、透明性与可预期性，避免同案不同判现象，建议继承法与时俱进，明文将网络虚拟财产列举为法定遗产类型。在修法之前，建议出台针对网络虚拟财产继承的司

法解释。

即使在继承法未修改、虚拟财产继承司法解释也未出台的情况下，法院对网络虚拟财产继承案件也应采取开门立案、凡诉必理的服务型态度，旗帜鲜明地保护继承人对被继承人虚拟财产的继承权。当然，针对网络虚拟财产的特殊性，裁判者应当格外关注网络虚拟财产继承的技术性对裁判活动的司法服务需求。

依法继承的网络虚拟财产应限定于合法财产。倘若被继承人名下的网络虚拟财产是非法财产或违法所得，则不受法律保护，亦不得由继承人继承。例如，有些不法分子以网络虚拟投资项目为道具，实施了组织或领导传销活动罪，则虚拟投资项目下的虚拟财产不得被继承。但刑事案件中受害者对犯罪主体享有的财产损害赔偿请求权作为债权可依法由继承人继承。

（作者系中国人民大学法学院教授）

被误读的（外）孙子女继承权|赵莉|学者视点

2020-10-01 继承法苑 赵莉
https://mp.weixin.qq.com/s/jIkVcdl7RmTLCfWdBB3nIQ

作者：赵莉（南京师范大学法学院副教授 ）

（外）孙子女是不是法定继承人？一个于民众来说，非常容易给出肯定回答的问题，然于法律专业人员，却成了一个争议的问题。这究竟是立法语焉不详，还是执法者误读？

一、我国的法定继承像

1985 年 10 月 1 日起实施的我国现行《继承法》在第二章自第九至十五条用七条规定，构建了我国的法定继承像，即在明确了继承权男女平等（第九条）、遗产分割（第十三条）、纠纷解决（第十五条）的原则后，遵循血缘、配偶、扶养因素确定了法定继承人的范围，即以血缘、配偶为核心的法定本位继承人（第十条）、法定代位继承人（第十一条），以扶养关系为补充的尽到主要赡养义务的丧偶女婿、儿媳作为第一顺序继承人（第十二条）以及“对继承人以外的依靠被继承人扶养的缺乏劳动能力又没有生活来源的人，或者继承人以外的对被继承人扶养较多的人”可以分得适当遗产的酌定继承人（第十四条），从而勾画出一个完整的法定继承像。不过，将酌定继承人与法定本位和代位继承人并列规定在法定继承一章值得商榷，但这并非本文想探讨的问题，故不赘述。

2020 年 5 月 28 日第十三届全国人民代表大会第三次会议通过、2021 年 1 月 1 日起实施的《中华人民共和国民法典》之第六编继承编，也在第二章法定继承中同样用七个条文规定了与现行《继承法》第二章相同的内容，但是，在有关法定代位继承的第一千一百二十八条第一款规定“被继承人的子女先于被继承人死亡的，由被继承人的子女的直系晚辈血亲代位继承”之后，增加第二款规定“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”，从而在法定代位继承中构建出两个顺序。对于法定继承部分的变化，全国人民代表大会常务委员会王晨副委员长在 2020 年 5 月 22 日第十三届全国人民代表大会第三次会议上作的《关于<中华人民共和国民法典（草案）>的说明》中阐述如下：“关于法定继承。法定继承是在被继承人没有对其遗产的处理立有遗嘱的情况下，继承人的范围、继承顺序等均按照法律规定确定的继承方式。第六编第二章规定了法定继承制度，明确了继承权男女平等原则，规定了法定继承人的顺序和范围，以及遗产分配的基本制度。

同时，在现行继承法的基础上，完善代位继承制度，增加规定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（草案第一千一百二十八条第二款）”显然，对于我国现行《继承法》法定继承人范围狭窄的问题，《民法典》没有通过扩大法定本位继承人的方法，而是通过扩大法定代位继承人的方法，来实现扩大法定继承人范围之目的，盖因法定本位继承和法定代位继承如同一个硬币的两面，是相辅相成，不可分割的整体。

另一方面，我国现行《继承法》在第十六条第二款规定“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”，即遗嘱继承；在第三款规定“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”，即遗赠继承。《民法典》在第一千一百三十三条保留了该规定，将受赠人扩大到组织，在文字上将“公民”修改为“自然人”、“赠给”修改为“赠与”。遗嘱继承的，则为强制继承，除非遗嘱继承人表示放弃继承；遗赠继承的，受遗赠人应当在知道受遗赠后两个月（《民法典》修改为六十天）内，作出接受或者放弃受遗赠的表示。“到期没有表示的，视为放弃受遗赠”（《继承法》第二十五条第二款、《民法典》第一千一百二十四条第二款）。因此，区分法定继承人的范围有着重要的意义。

二、执法者何以误读

执法者是如何划定法定继承人范围的？如国家税务总局在 2004 年颁发的《关于继承土地、房屋权属有关契税问题的批复》（国税函〔2004〕1036 号）中批复称：“一、对于《中华人民共和国继承法》规定的法定继承人（包括配偶、子女、父母、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母）继承土地、房屋权属，不征契税。二、按照《中华人民共和国继承法》规定，非法定继承人根据遗嘱承受死者生前的土地、房屋权属，属于赠与行为，应征收契税。”显然，国家税务总局的上述批复中划定的法定继承人的范围仅限于我国《继承法》第十条规定的法定本位继承人的范围。

无独有偶，上海市高级人民法院在 2016 年颁布的《关于继承纠纷案件若干争议问题处理意见》（上海高院民一庭调研与参考[2016]3 号）中，对于祖父母立“公证遗嘱”将财产给孙子女，其性质为遗嘱继承还是遗嘱赠与这一问题，作出“倾向意见认为，法定继承人是指依照法律规定的范围和顺序直接承受被继承人遗产的继承人。根据继承法第十条关于法定继承人范围及继承顺序的明确规定，孙子女、外孙子女并不在法定继承人之列，其继承祖父母或外祖母遗产的方式是代位继承或转继承。因此，祖父母、外祖父母即使通过‘公证遗嘱’的形式将遗产留给孙子女、外孙子女，其性质仍属于遗赠，而不是遗嘱。同时，根据继承法规定，受遗赠人应当在知道受遗赠后两个月内，作出接受或者放弃接受遗赠的表示，到期没有表示的，视为放弃受遗赠”的解读。显然，长期以来，不论是法院还是行政部门，都将法定继承人的范围限定于我国《继承法》第十条规定的法定本位继承人，而将作为代位继承人的孙子女、外孙子女排除在法定继承人的范围内，从而导致代位继承人在以遗嘱方式实现其继承权时遭遇失权或被课以不必缴纳的契税。其根本原因在于将法定本位继承和法定代位继承割裂理解和解读，将立法构建的法定继承人之群体图像简化成单一图像。而孙子女、外孙子女一旦被排除在法定继承人的范围内，则常常会因“到期没有表示”，而被“视为放弃受遗赠”，遭遇失权，结果未能继承祖辈的遗产，实现被继承人之遗愿。值得玩味的是，毫无争议的法定继承人以外的人，如钟点工，则会在被继承人去世后抓紧去公证机构办理接受遗赠的声明公证；而自认为是当然的法定继承人的孙子女、外孙子女反而不会去办理声明。

另一方面，即使法院认定孙子女、外孙子女接受了遗赠，鉴于上述国家税务局的批复未将代位继承人的孙子女、外孙子女列入法定继承人的范围，实践中，孙子女、外孙子女的继承均被作为“非法

定继承人”对待，根据《契税暂行条例》的规定被征收 3%的契税。

三、正确解读，以保障（外）孙子女的法定继承权

将孙辈作为代位继承人乃自然法之要求，考察立法例可见，如日本将本位继承和代位继承分两项规定在其民法第八百八十七条一个条文中，即被继承人的子女为继承人；被继承人子女先于继承前死亡的，其子女代位其成为继承人。又另用一条（第八百八十九条）规定，在没有第八百八十七条规定的继承人时，直系尊亲属和兄弟姐妹按顺序继承。可见，被继承人的子女及（外）孙子女的继承顺序优先于被继承人的父母、(外)祖父母和兄弟姐妹。再用一条(第八百九十条)规定配偶为恒定继承人，即有子女或子女先死亡但有孙辈时和子女或者孙辈共同继承；没有子女时，配偶和父母共同成为第二顺序继承人；没有父母时，配偶和兄弟姐妹共同成为第三顺序继承人。不过，配偶的继承顺序越低，继承份额越多。我国台湾地区或许认为日本的立法结构过于散乱，因此在其“民法”第一千一百三十八条将法定继承人范围进行了归纳性的规定，即“直系血亲卑亲属”为第一顺序继承人，父母、兄弟姐妹、外祖父母依次为第二、三、四顺序继承人。接着规定“前条所定第一顺序之继承人，以亲等近者为先”(第一千一百三十九条)，即被继承人子女优先孙辈继承；再在第一千一百四十条规定了代位继承，即“第一千一百三十八条所定第一顺序之继承人，有于继承开始前死亡或丧失继承权者，由其直系血亲卑亲属代位继承其应继分”。和日本一样，配偶为恒定继承人（第一千一百四十四条）。

可见，日本民法和我国台湾地区“民法”不仅用多个条文勾画出法定继承之群体像，更是将本位、代位继承放在一条或者直接规定直系血亲卑亲属为第一顺序继承人。这样的立法例可谓更加清晰明了，不易导致实务部门之误读。但是，无论立法例如何迥异，制度之解读都不能仅看一个条文，而应进行体系性解读。

2021 年 1 月 1 日实施的《中华人民共和国民法典》在第一千零四十五条新增规定了“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”，值我国《民法典》即将实施之际，呼吁实务部门勿再碎片化地解读法典的规定，从而将近亲属的孙子女、外孙子女排除在法定继承人范围内。试想，祖父母、外祖父母是法定继承人，而同为近亲属的孙子女、外孙子女却不是法定继承人，于情于理也是不符合常识和自然规律的。因此，是时候正确解读，以保障孙子女、外孙子女之合法的继承权了。

缪宇：遗赠扶养协议中的利益失衡及其矫治 ｜ 前沿

原创：2020-10-05 中国民商法律网 鲍生慧摘编

https://mp.weixin.qq.com/s/AeSs72vLN5AVDNXeKdKAfQ

中国民商法律网

本文摘编自缪宇：《遗赠扶养协议中的利益失衡及其矫治》，载《环球法律评论》2020 年第 5 期。本文未经原文作者审核。

【作者简介】缪宇，中国政法大学民商经济法学院讲师，中国民商法律网授权学者。

《民法典》就遗赠扶养协议的规定有所创新，但创新有限。由于遗赠抚养协议属于生前行为与死因行为的结合，扶养人和遗赠人双方的权利在发生上具有异时性，先履行扶养义务的扶养人可能无法依约获得遗赠财产，从而导致扶养人和遗赠人的利益严重失衡。对此，中国政法大学民商经济法学院

缪宇讲师在《遗赠扶养协议中的利益失衡及其矫治》一文中，揭示了遗赠扶养协议中的利益失衡现象，结合司法实践和学界的既有分析，借鉴比较法的经验，为矫治利益失衡提供了建议。

一、扶养人和遗赠人利益关系的失衡及其根源

（一）遗赠人的权利

扶养人对遗赠人负有生前扶养义务及依约安葬义务，遗赠人在生前对扶养人享有扶养请求权，具体内容由当事人约定。扶养人期前拒绝履行的，遗赠人可以按照《民法典》第 563 条的有关规定解除协议。由于生养死葬具有受委托处理事务的性质，扶养条款和安葬条款可以适用合同编的委托合同规则，遗赠人和扶养人的地位类似于委托人和受托人。

（二）扶养人的权利

按照遗赠扶养协议，扶养人享有受遗赠的权利。受遗赠的权利如何产生，学界存在“生前债务说”和“死后发生说”两种立场。“死后发生说”又可分为“代物清偿预约说”和“死因行为说”。上述观点的分歧在于，遗赠条款在遗赠人生前是否生效，扶养人基于遗赠扶养协议享有的遗赠请求权何时产生，以及哪一方主体是义务人。“生前债务说”认为，遗赠条款在遗赠人生前生效，遗赠请求权于遗赠人生前产生，义务人是遗赠人。“代物清偿预约说”认为，在遗赠人生前，扶养人基于预约享有将预约推进至本约的权利。“死因行为说”认为，遗赠条款于遗赠人死亡时生效，扶养人只能在遗赠人死后取得遗赠请求权。但不论采何种学说，扶养人受遗赠的权利均属于债权。

（三）“死因行为说”下的扶养人权利

应认为“生前债务说”和“代物清偿预约说”均不足取，“死因行为说”更具妥当性。若采“生前债务说”，遗赠扶养协议便是遗赠人转让生前财产的生前行为，与其生前订立的其他合同一样，并无特殊之处。如此一来，《民法典》继承编既无必要规定遗赠扶养协议，也不应规定其优先性。可见，“生前债务说”与继承编内在逻辑不符。而“代物清偿预约说”不仅在理论上存在分歧，还会导致实践复杂，不利于保护扶养人。故采“死因行为说”更具合理性。

根据“死因行为说”，遗赠扶养协议是生前有效行为和死后生效行为的结合。扶养人的义务自遗赠扶养协议成立时产生，遗赠人死亡时遗赠条款生效，而遗赠请求权的产生时点或在遗赠人死亡时，或在扶养人依约尽到生养死葬义务时，取决于遗赠扶养协议的具体约定。一旦遗赠请求权成立，遗赠债务就已到期，扶养人须及时向遗产管理人申报债权并请求履行。遗产管理人未依约履行债务的，由此产生的债务不履行属于遗产债务，有故意或重大过失的遗产管理人对扶养人负损害赔偿责任。

由此观之，遗赠扶养协议的特殊性在于扶养人和遗赠人权利产生的异时性，先履行的扶养人面临无法获得遗赠财产的风险。为了平衡扶养人和遗赠人之间的利益关系，有必要根据遗赠扶养协议的性质探索矫治双方当事人利益失衡的策略。

二、扶养人对遗赠人的抗辩权

为了保护抚养人，有观点主张当遗赠人毁损或转让遗赠财产时，抚养人可以行使不安抗辩权，中止履行。对此，应认为先履行的扶养人没有不安抗辩权，因为不安抗辩权的适用，以遗赠扶养协议是双务合同为前提。双务合同的特色在于，两项给付义务之间存在牵连性，而遗赠扶养协议不符合该特征。

首先，扶养和遗赠之间不存在条件上的牵连性。一方面，在遗赠人生前，无论哪一方解除协议，遗赠义务均非因解除而消灭，而是自始未产生。另一方面，遗赠人生前将遗赠财产转让给第三人的，扶养人解除协议并非因为遗赠人的履行障碍，因为遗赠义务尚未产生。因此，扶养义务和遗赠义务之间

并无存续上的相互依赖。

其次，扶养义务与遗赠义务之间不存在功能上的牵连性。第一，基于遗赠扶养协议，扶养人先履行自己的扶养义务，待遗赠人死后依约取得遗赠请求权，遗赠人和扶养人之间没有同时履行抗辩权的适用余地。第二，在遗赠人生前，扶养人请求遗赠人履行遗赠义务的，遗赠人不能援引先履行抗辩权，而应主张权利未产生的抗辩。第三，遗赠人并非后履行义务的一方，因为遗赠义务的主体是遗赠人的继承人。

总之，遗赠扶养协议并非双务合同，遗赠和生养死葬之间不具有牵连性，扶养人不享有不安抗辩权，因此，平衡遗赠人与扶养人的利益关系只能另寻他法。不过，遗赠和生养死葬之间具有依存关系或交换关系。对于扶养人而言，可以将遗赠扶养协议界定为有偿合同。进而，扶养人可以基于显失公平撤销遗赠扶养协议。遗赠标的物存在瑕疵的，扶养人可以准用买卖规则向继承人主张债务不履行责任。

三、遗赠人处分权限的限制

有学者主张限制遗赠人对遗赠财产的处分权限，以保证扶养人在履行扶养义务后获得遗赠财产。但遗赠财产的处分涉及多方利益，是否限制需要区分死因处分和生前处分，结合财产处分涉及的多方当事人利益来综合判断。

（一）死因处分

对于遗嘱等死因处分，按照《继承法意见》第 5 条，遗赠人所立遗嘱不得与遗赠扶养协议抵触。所谓抵触，是指从法律角度来看，在继承开始时，若遗嘱生效，扶养人将来的遗赠请求权会受到损害，即权利内容减少或受到限制。如果遗赠人在订立遗赠扶养协议后设置了内容冲突的遗嘱，但遗赠请求权并未受到损害，扶养人法律地位得到强化的，遗嘱相关内容即不会因为抵触遗赠扶养协议而不生效力。

（二）生前处分

对于在遗赠扶养协议订立后，是否应当限制遗赠人生前处分权限的问题，须考虑多种因素。有“限制说”和“不限制说”两种模式。两种模式的区别，集中在遗赠标的物被赠与且仍然存在的场合：采限制说，扶养人通过继承人的原物返还请求权获得遗赠标的物；采不限制说，扶养人只有在遗产实际价值不足以填补其损害时才能通过受赠人的返还获得遗赠标的物。因此，在受赠人破产时，采限制说可能对扶养人更有利。

总之，在遗赠扶养协议成立以后，遗赠人对遗赠标的物的死因处分受到限制。是否限制遗赠人对特定遗赠标的物的生前处分权限，最高人民法院应当通过司法解释予以明确，若最高人民法院无意限制，那么在立法论上确立受赠人的返还义务实有必要。

四、遗赠扶养协议解除权的配置

恢复失衡的遗赠人和扶养人利益关系，还可以从遗赠扶养协议的解除权配置入手。具体须结合三种情形展开：扶养人未依约履行扶养义务；遗赠人无正当理由拒绝接受扶养人的扶养；遗赠人擅自转让遗赠财产。

（一）一般法定解除权

在扶养人未依约履行扶养义务的情形，遗赠人可以请求扶养人承担违约责任。不仅如此，遗赠扶养协议中基于扶养条款而发生的债权债务关系，可适用《民法典》合同编的解除规则。在下列情形，遗赠人或其继承人可解除协议：（1）扶养人拒绝履行扶养义务、扶养人迟延履行扶养义务且经催告后在合理期限内仍未履行；（2）扶养人不完全履行扶养、照顾义务导致遗赠人走失或遭遇意外身故；（3）扶养人遗弃、虐待遗赠人。当然，为了避免解除权是否成立的争议，遗赠人也可以用与扶养人在协议中约定解除协议的事由。

（二）任意解除权

债权人受领债务人提出的给付是不真正义务。因此，针对遗赠人无正当理由拒绝接受扶养，扶养人既不能请求违约损害赔偿，也不能行使一般法定解除权。对此，应认为，遗赠扶养协议属于以当事人之间特别信任关系为基础的合同，如果当事人之间的信任关系已经丧失，应当允许任何一方解除协议，即双方当事人享有任意解除权。但无论哪一方行使任意解除权，依约履行的扶养人均可依据《民法典》第 566 条第 1 款后半句请求返还扶养费用。不仅如此，由于扶养人提供的劳务在性质上无法返还，遗赠人应当依不当得利规则承担客观价额的返还义务。

在此论证基础上，遗赠人生前处分遗赠财产的行为妨碍了扶养人遗赠请求权的实现，破坏了遗赠人和扶养人之间的特殊信任关系，此时扶养人可行使任意解除权解除协议。不仅如此，依约履行的扶养人还可以请求遗赠人返还扶养费用。

五、结论

遗赠抚养协议属于生前行为与死因行为的结合，遗赠人生前对扶养人享有扶养请求权，扶养人在遗赠人死后对其继承人享有遗赠请求权。这种权利发生的异时性和义务主体的错位性，使扶养人面临在遗赠人去世后无法取得遗赠财产的风险。但是遗赠抚养协议并非双务合同，扶养人不享有不安抗辩权。为了保护扶养人，一方面应当规定无偿取得遗赠财产的第三人负有补充性的返还义务，另一方面可参照委托合同规则，承认遗赠扶养协议双方当事人享有任意解除权，此外，扶养人还可以通过协议条款的设计来平衡双方当事人的利益关系。

责任编辑：鲍生慧、曾瑶

朱晓峰：《民法典》中家庭概念的内涵与界定标准

2020-10-06 法学学术前沿　清华法学 朱晓峰

https://mp.weixin.qq.com/s/oJ6zWlUJlfpjNL73xt-Tow

作者：朱晓峰，中央财经大学法学院副教授，法学博士。

来源：《清华法学》2020 年第 5 期。本文已获得刊物授权，注释已略，建议阅读原刊。

责任编辑：瀚文

摘要：

我国现行法中家庭概念的界定存在着诸如户籍、亲属关系、亲属关系＋共同生活、亲属关系＋共同生活＋户籍等标准，围绕这些标准确立的家庭概念及以此为基础形成的具体法律规则，在法秩序的外在体系中彼此冲突，影响法的权威性。对此，应以《民法典》强调的科学性、体系性为解释依据，在厘清导致家庭概念界定标准不一的事实与规范基础上，以《民法典》第 1045 条第 3 款规定的限定的亲属关系＋共同生活作为家庭概念的一般标准；同时理性认识家庭功能的多样性特征，在不违反一般标准遵循的一般法律思想的前提下，承认其他法律规则如《民法典》第 330 条、第 1050 条等可以基于特别立法目的而另外规定家庭概念的界定标准，以支持家庭担负的其他社会功能的实现。由此在抽象概念和以此为基石构造起来的法律规则中显现法秩序内外在体系上的融贯性，缓和法律规则的确定性与开放性之间的紧张关系。

关键词：

家庭概念　户籍　亲属关系　共同生活　民法典

一、问题的提出

家庭具有社会学和人类学两个维度，同时家庭的法律维度亦不能被忽视，因为家庭的基础在于人

际关系。法律承认家庭是为了管理人际关系，因为在存在人际关系的地方就存在冲突。事实上，长久以来，家庭即因为是伦理性社会生活的基石和国家生活的最小细胞而理所当然地被各时期的法律所关注。以我国现行法律体系中的制定法为例，在作为根本法的《宪法》中，家庭概念共出现了 5 次，尤其是第 4 9 条第 1 款将家庭与婚姻、母亲和儿童置于同等受国家保护的位置，彰显了家庭的地位。《民法典》颁布前，《民法总则》《物权法》《合同法》《婚姻法》《继承法》《保险法》《刑法》《农村土地承包法》《反家庭暴力法》《妇女权益保障法》《人口与计划生育法》等制定法中，作为语义学意义上的单纯词的家庭概念亦不鲜见。另外，在这些制定法中，出现频次较高的与家庭相关的概念还包括家庭经营、家庭财产、家庭所有、家庭关系、家庭生活、家庭承包、家庭暴力、家庭共有财产、家庭成员、家庭权益、家庭出身、婚姻家庭等。事实上，若将相关行政法规、规章、司法解释等其他规范性法律文件考虑进来，那么家庭概念在现行法秩序中的重要地位可能给人更深刻的印象。在《民法典》制定过程中，如何规范统一现行法律体系中的家庭概念问题未得到立法的充分关注，导致《民法典》未能有意识地对家庭概念作出科学、体系的安排。由此，《民法典》颁布之前既已存在的现行法中各规范性法律文件在频繁使用家庭概念并以其为基础构建各种具体规则而未体系考虑家庭概念彼此之间的规范衔接所导致的家庭概念在实践中呈现来的五花八门的界定标准和样态，以至于严重滞碍具体规则适用时的体系协调性、威胁法秩序的权威性问题，依然存在。在《民法典》已被颁布的大背景下，有必要进一步厘清当前法律实践中家庭概念的界定标准及其导致的问题，并在此基础上确定《民法典》家庭概念应内涵的一般法律思想及与之相适应的具体界定标准，从而为正确规范现行法秩序中的不同家庭概念提供砖石支持。

二、现行法中家庭概念的界定标准

何谓家庭，我国现行制定法并未提供明确答案，对此只能通过法律解释方法的运用，在内含家庭概念的具体规则中厘定家庭概念的内涵外延。由于现行法相关法律规则在使用家庭概念时基于不同立法目的而未采取统一标准，导致家庭概念的内涵并不完全一致。对此主要表现为如下四种类型：

（一）户籍标准

在我国，将户籍与家庭概念联系起来并作为界定法律上家庭概念的核心标准，具有极其悠久的历史。当代法律实践亦继承了该传统。民法领域内的《物权法》《农村土地承包法》等，行政法领域内的《土地管理法》《户口登记条例》及社会法领域内的《廉租住房保障办法》等，均采此标准。《民法典》第 330 条继续维持了《物权法》第 124 条的作法。于此需要厘清的问题有二：法律上户的内涵为何？现行法中的家庭与户的规范关系为何？

对于第一个问题，依据《户口登记条例》第 5 条规定的“户口登记以户为单位。同主管人共同居住一处的立为一户，以主管人为户主。单身居住的自立一户，以本人为户主。居住在机关、团体、学校、企业、事业等单位内部和公共宿舍的户口共立一户或者分别立户。户主负责按照本条例的规定申报户口登记”，可以确定，作为属概念的户包括家庭户、单身户和集体户三项。其中作为种概念的家庭户的规范内涵应为：同主管人共同居住一处的为一户，以主管人为户主，并在户口登记机关办理户籍登记。

对于第二个问题，我国当代社会背景下的农村与城市的二元结构依然普遍存在，与此相一致，法律上的户与家庭也因此而被规定在不同的规范性法律文件中。在农村，依据《民法典》第 330 条、《农村土地承包法》第 3 条第 2 款规定，农村土地承包经营权的取得以家庭承包为基础；同时，《农村土地承包法》第 16 条规定，采取家庭承包方式的承包方是本集体经济组织的农户。依据文义解释、体系解释方法，“以家庭承包为基础”和“承包方

是本集体经济组织的农户”的规范表述，表明在该法中的家庭概念与户的概念在内涵外延上完全一致。依据相同解释方法，《民法典》第 55 条、第 56 条第 2 款所使用的“家庭”与“户”的内涵外延亦属完全相同的概念。

在城镇，也有规范性法律文件将城镇家庭概念与户的概念同等对待。如《廉租住房保障办法》第 2 条规定，该办法适用于“城市低收入住房困难家庭的廉租住房保障及其监督管理”；第 6 条规定，“根据当地家庭平均住房水平、财政承受能力以及城市低收入住房困难家庭的人口数量、结构等因素，以户为单位确定廉租住房保障面积标准”；在第 17 条第 1 款第 1 项又规定“申请廉租住房保障的家庭，应当由户主向户口所在地街道办事处或者镇人民政府提出书面申请”等，依文义、体系解释方法，这里的家庭与户的概念的内涵外延完全相同。

基于家庭概念在现行法中时而称家时而称户的现实，学理上有时亦将二者统称“家户”。有分歧的是，学理上一种观点认为，家庭包含了农户、个体工商户和农村承包经营户等，反映了我国现行法上仍留有以家庭（户）为计算单元的历史遗迹，该观点实质上承认家庭为户之属概念，家庭的外延广于户而内涵较窄；另一种观点则认为，二者均为由亲缘关系成员或以亲缘关系成员为主所形成的组织，内涵外延存在重合之处，家庭将非同居共爨但收支基本一体的亲、子等近亲视为其成员，而户仅包括共同生活且共同登记于同一户主之下的户口登记簿中的人。此种观点实质上承认家庭是与户存在交集但内涵外延并非完全一致的并列概念。事实上，尽管对家庭与户的内涵外延在规范理解上仍有分歧，但这些分歧并不影响现行法律实践将家庭与户联系起来，并依据户在现行法中的界定标准来确定家庭概念的内涵外延。例如，各地的《〈农村土地承包法〉实施办法》普遍规定，制定法中“家庭承包”的承包方，是指户籍在当地公安机关登记在册的本集体经济组织的农户，于此的具体“登记在册”事宜则以《户口登记条例》的规定为准。

（二）亲属关系标准

与《民法典》物权编、《土地管理法》《农村土地承包法》等围绕土地这一财产内容来确定人与人之间的权利义务关系不同，《婚姻法》等则主要是围绕亲属关系标准来确定人与人之间的权利义务关系。《婚姻法》中的家庭概念的界定亦是如此。《民法典》婚姻家庭编完全维持了《婚姻法》的立场。

在《民法典》婚姻家庭编中，“家庭关系”（第三章章标题）包括了“夫妻关系”（第三章第一节节标题）与“父母子女关系和其他近亲属关系”（第三章第二节节标题）。在司法实践中，夫妻关系主要是指通过有效的婚姻登记而形成的男女之间的权利义务关系，在例外情形下也包括事实婚姻中男女双方之间形成的权利义务关系；父母子女关系和其他近亲属关系包括父母子女关系、祖父母 / 外祖父母与孙子女 / 外孙子女关系、兄弟姐妹关系等，而父母子女关系又可以区分为自然血亲与拟制血亲两种，前者包括婚生子女、非婚生子女与生父母的关系，后者则包括通过收养而形成的养父母子女关系、通过事实抚养关系而形成的继父母子女关系等。

依据《民法典》婚姻家庭编第三章“家庭关系”及其项下规定的具体内容来看，该章规定的各种亲属关系构成该编家庭关系的核心，该编承认的法律上的亲属之间形成的法律关系即为该编调整的家庭关系。换言之，《民法典》婚姻家庭编中家庭概念的核心在于成员之间是否存在该法承认的近亲属关系。依据《民法典》婚姻家庭编第 1045 条第 2 款，该编调整的家庭关系涵盖了法律上具有权利义务关系的近亲属。这一立场与我国婚姻法学理论上的主流观点相一致。

事实上，除了《民法典》婚姻家庭编之外，我国现行法律体系下通过亲属关系标准来界定家庭概念的规范性法律文件并不鲜见。例如，《唐山市农村居民最低生活保障暂行办法》第 9 条第 1 款即

通过种加属差定义法规定："家庭是指基于婚姻、血缘或收养的法律事实而产生的具有法定赡养、扶养、抚养关系的亲属间的社会生活组织。"以此为基础，该办法还规定"家庭包括下列成员：夫妻；共同生活的父母或成年子女；未成年子女或在外地院校学习无工资收入需要父母供养的成年子女；法律规定的具有赡养、扶养、抚养关系的其他人员"。另外，《保险法》事实上也通过亲属关系标准来确定投保人的家庭成员。

学理上有观点认为，现行法中的家庭应采广义概念，不仅限于夫、妻与子女组成的小家庭，也包括由祖父母、外祖父母、子女、孙子女、外孙子女等组成的大家庭。该观点实质上支持《民法典》婚姻家庭编依据亲属关系标准来界定家庭概念的作法。对此的反对观点则认为，现代社会中的家庭应当是以虚拟的亲密团体面貌出现的市民私人生活单位，家庭成员范围不应当仅局限于以婚姻、血缘和法律拟制为内容的亲属，其既可以是异性非婚同居者，也可以是同性恋者，甚至可以是遗赠扶养协议的参与方。当然，该观点在我国现阶段并未获得法律实践的支持。例如，依据《反家庭暴力法》第2、37 条规定，单纯的生活共同体并不会被法律承认为属于具有规范意义的家庭，同居伴侣关系在该法中并不被承认为家庭关系，同居伴侣之间实施的暴力行为，仅可参照适用《反家庭暴力法》的相关规定；而为西方社会所普遍承认的同性伴侣关系，在我国当前的法律实践中则完全不被承认，于此背景下同性伴侣的生活共同体被承认为家庭更无从谈起。

（三）亲属关系＋共同生活标准

社会学领域的研究通常以同居之亲属标准界定家庭概念。对于同居，存在不同理解，一种认为同居即共同生活，强调同居共爨，强调亲属团体属于同一经济单位；另一种则认为，共同生活，也包括两地分居的配偶，以及因上学而离家但仍受家庭供养的子女，同居共爨并非必须，强调代际关系。这两种社会学意义上的家庭概念界定标准皆对现行法中家庭概念的界定产生了影响。

在当前的法律实践中，有规范性法律文件采纳了通过亲属关系加共同生活的二元界定标准来定义法律上的家庭概念。例如，《城市居民最低生活保障条例》第 8 条规定，应区分不同情况而对符合享受城市居民最低生活保障待遇条件的家庭，给予全额或差额最低生活保障待遇，于此判断的核心要素是家庭人均收入。该条例第 2 条第 1 款规定，持有非农业户口的城市居民，凡共同生活的家庭成员人均收入低于当地城市居民最低生活保障标准的，均有从当地政府获得基本生活物质帮助的权利。依据文义解释、体系解释方法，家庭成员及家庭平均收入等以家庭概念之厘定为前提的类概念，实质上要求必须同时满足两项界定标准：存在特定亲属关系加共同生活的事实。至于是否需要在同一户籍中，实践中则存在不同做法：一种是必须具备同一户籍，否则即使存在亲属关系加共同生活的事实，也不得依据该条例而享有相应的被救济权；另一种并不要求共同生活的具有特定亲属关系的自然人必须具备同一户籍。亦即言，非属于同一户的数个自然人也可能形成为该条例所承认的家庭，但该家庭内的成员是否皆可享有该条例所规定的被救济权，则会因是否具备同一户籍而在不同地方有不同做法。例如，《吉林省实施〈城市居民最低生活保障条例〉办法》第 9 条规定，家庭成员中既有非农业户口又有农业户口的，仅保障非农业户口家庭成员的最低生活。但在计算家庭收入时，农业户口中有劳动能力的家庭成员的收入，要计入家庭收入，由此以确定该家庭人均收入是否低于当地城市居民最低生活保障标准。与此不同，《厦门市最低生活保障办法》第 2 条规定，只要具备本市户籍的，则不再进一步区分农业户口和非农业户口而一体承认其均享有从户籍所在地政府获得基本生活物质帮助的权利，于此的家庭成员例外情况下甚至还包括户籍迁出本市的在校学生。

依据逻辑解释方法，于此家庭概念的界定显然

未以户为单位，否则同一家庭内就不会同时存在具有非农业户和农业户两种法律属性的家庭成员。另外《民法典》婚姻家庭编所采取的亲属关系标准于此也未被采纳，因为不具备该法所承认的亲属关系的自然人如公婆 / 岳父母与儿媳 / 女婿之间，只要存在为本条例所承认的“共同生活”关系，亦属于同一家庭；而《民法典》婚姻家庭编依据亲属关系标准所确定的家庭关系，于此也并不当然属于本条例所承认的家庭关系，如已成年的兄弟姐妹之间。这一推论在刑事法领域内尤其明显，例如，法释〔2013〕8 号第 8 条即规定，“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”，依据文义解释方法，于此行为人的近亲属显然并非当然与行为人存在家庭关系，亦即家庭关系显然并非单纯的通过亲属关系来界定。另结合法发〔2013〕12 号第 25 条第 1 项、第 26 条第 1 项所使用的“共同家庭生活关系”等概念，可以推论出刑事法领域的家庭概念界定标准实际上要严格于《民法典》婚姻家庭编中的单纯亲属关系标准，其在亲属关系标准上还强调共同生活标准。该标准显然与社会学领域的观察结果更相吻合。

（四）亲属关系＋共同生活＋户籍标准

当代社会生活中，家庭的主要社会功能包括通过婚姻生活满足生理与心理需要的功能，生育功能，生产、分配以及消费的经济功能，教育功能，供养功能，护卫功能，情感交流功能，娱乐功能，满足归属需要功能，先赋性资源功能，政治功能，宗教功能等。基于此，国家出于社会治理的需要，在制定相关规范性法律文件或出台政策性文件时，往往通过扩大或限缩家庭概念内涵的方式来强化家庭特定功能的保障和落实。

限缩家庭概念内涵的，如《民法典》物权编、《农村土地承包法》以及《土地管理法》等规定，农村土地承包经营权以及宅基地使用权等用益物权只能以家庭为单位取得。这些制定法将家庭概念与户等同起来实行包产到户，“是急于摆脱财政危机的政府在农业相对于城市工业而言日益显得‘不经济’的条件下，通过向村社集体和农民在土地和其他生产资料所有权上的让步，甩出农村集体管理和农民福利保障、积极公共积累的一项制度交易”。因此，在当前城乡二元结构的基本社会现状未完全改变，并且在农村土地依然担负着实质性的社会保障功能的社会背景下，国家将相关的用益物权人即家庭与内涵着浓重行政管理意味的户等同起来对待而忽略二者的显著差异，从而达到限制和控制家庭的社会治理目的。

扩大家庭概念内涵的，如《老年人权益保障法》等社会法，即对家庭概念的界定采取了相当宽松的标准。依据该法第 18 条第 2 款等规定，负有义务的家庭成员范围并不限于共同生活且同属一户的亲属。之所以如此，主要是考虑到当前社会经济发展水平参差不齐且社会养老水平较低，国家需要通过尽可能扩展家庭概念内涵从而达到减少公共资源支出并分担社会养老负担的目的。

但如果涉及共同体无法回避的社会保障问题且共同体必须支出必要的共同资源以解决相应主体的迫切需求时，那么共同体则可能会再次严格限缩家庭概念内涵以减少公共性财政支出。例如，依据《哈尔滨市城市居民最低生活保障办法》第 7 条：“持有非农业户口的城市居民，凡共同生活的家庭成员人均月收入低于城市低保标准的，可以申请享受城市低保待遇。前款所称家庭成员，是指同一户口并依法形成赡养、抚养或者扶养关系的人员。”另外，结合《城市居民最低生活保障条例》第 8 条等规定，于此家庭概念的界定标准实质上是结合了户籍、亲属关系和共同生活三项标准的综合体。这意味着，判断相关自然人是否在同一家庭，必须同时满足同一户口、存在特定亲属关系并且存在共同生活事实这三项标准。需要注意的是，这里的家庭成员之间要求亲属关系的存在，但并不一定彼此之间要存在近亲属关系，如儿媳或女婿与岳父母并不属于近亲属关系，但可能彼此之间存在家庭

关系。当然，存在近亲属关系的自然人之间也并不一定存在家庭关系，如已另立门户且未与父母共同生活的成年已婚子女，与父母之间即不再存在家庭关系，但近亲属关系依然存在。

三、现行法中家庭概念界定标准与具体法律规则的适用

事实上，基于家庭生活不断变化的本质，家庭必然是混乱的，但这种混乱本身并不意味着法律本身内部体系的混乱。法律的目的与体系必须清晰，即规范个人生活中产生的个人之间的权利义务关系。而我国当代法律体系的诸规范性法律文件中的家庭概念界定标准的不统一，可能导致以家庭概念为基础的具体规则在适用时无所适从，影响法秩序外在体系形式逻辑上的严谨性，有损社会主义法治本身的威严。

（一）具体法律规则适用标准混乱

在演绎式推理主导的规则适用过程中，作为大前提的具体规则必须是由内涵外延相对比较清晰的基础概念构成。若基础概念本身模糊不清，则可能会导致相关规则适用的复杂化和无序化，以此探寻“唯一正确答案”在实然世界中亦会导致诸多尴尬处境的发生。因此，即使实践中因人之理性的有限性以及语言文字自身的局限性等，导致法律文本中存在大量的不确定概念，但为了法的确定性，也应努力探寻使不确定概念相对确定化的方法与路径。对于法律上的家庭概念而言，探寻界定其内涵外延的统一界定标准也刻不容缓。

这种迫切性在涉及家庭概念的刑法领域表现得尤为突出。因为刑法文本尤为强调法律规则的确定性，从而“使得人们对刑法禁止的行为的法律后果可以预测”，而作为法律规则之砖石基础的家庭概念的界定标准于此是否明晰，直接关涉罪责刑是否相适应的问题。《刑法》中涉及家庭概念的法律规则主要表现在两个方面：一是家庭与第三人之间形成的法律关系，如《刑法》第 262 条规定的拐骗儿童罪；二是家庭成员之间形成的法律关系，包括因人身、财产犯罪而在家庭成员彼此之间形成的罪与罚的关系。就人身犯罪而言，《刑法》规定了虐待罪、遗弃罪和其他一般侵犯人身权利的犯罪。其中，第 260 条规定的虐待罪专门调整家庭成员之间因积极侵害行为形成的法律关系；第 261 条规定的遗弃罪专门调整扶养义务人因消极的拒不抚养形成的法律关系；其他涉及一般人身犯罪的法律条款则调整包括家庭成员在内的所有社会成员彼此之间因人身伤害所形成的法律关系。就财产犯罪而言，虽然《刑法》本身没有关于家庭成员之间犯罪的专门规定，但相关司法解释如法释〔2013〕8 号第 8 条、法发〔2005〕8 号第 7 条 3 款、法释〔2006〕1 号第 9 条第 3 款等，都明确规定了家庭成员彼此之间所为特定侵害财产行为的定罪量刑问题。

在当前的刑事法律实践中，若行为人与受害人之间存在家庭关系，那么这种家庭关系既可能构成其行为自由的严格限制，特定场合引起加重刑事制裁的法律效果，也可能会产生行为人不因特定行为而定罪，甚至使其减轻或者免于刑事制裁的法律效果。例如，依据法发〔2010〕9 号第 22 条，对于普通的不涉及严重家庭伦理道德判断的因家庭矛盾激化引发的家庭成员彼此间的人身伤害行为，定罪量刑上应酌情从宽处罚；依据法发〔2013〕12 号第 25 条第 1 款的规定，对严重违反家庭伦理道德底线的人身伤害行为，例如，与未成年人有共同家庭生活关系的家庭成员实施强奸、猥亵犯罪的，则应从重处罚。但对于较少涉及家庭伦理道德判断的财产犯罪，家庭关系的存在会构成行为人无罪或者免责的重要依据。例如，依据法释〔2013〕8 号第 8 条规定，行为人盗窃家庭成员的财物，获得谅解的，一般可不认为是犯罪；追究刑事责任的，应当酌情从宽。依据法发〔2005〕8 号第 7 条 3 款规定，为个人使用而抢劫、抢夺家庭成员财产的，一般不以抢劫罪定罪处罚；教唆或者伙同他人劫取家庭成员财产的，可以抢劫罪定罪处罚。依据法释〔2006〕1 号第 9 条第 3 款规定，已满十六周岁不

满十八周岁的人盗窃自己家庭财物的，可以不按犯罪处理等。

可以发现，于此涉及定罪量刑之具体规则的准确适用与家庭概念本身的内涵关系密切。只有明确家庭概念，才能确定家庭结构、家庭成员范围、成员之间的规范关系等概念，并确定相应具体规则的解释适用。由于刑法领域的规范性法律文件并未就家庭概念予以清晰界定，于此势必要回到民法领域并使用相关规则与界定标准来确定家庭概念的内涵。但现行民事制定法中因存在多种不同的家庭概念界定标准而无法为刑事法领域相关规则的准确适用提供确定统一的技术支持，导致前述相关法律规则在实践中往往面临具体规则理解适用不统一的问题，引发对罪责刑是否相一致的普遍质疑。

（二）法律外在体系构成部分彼此冲突

法律体系由内在体系和外在体系构成，前者主要指贯穿于具体概念与制度之间的法律思想体系，构成法律体系的灵魂；后者则指法律概念、规范和制度体系，构成法律体系的骨骼与肌肉。在理想状态下，法律体系应当是完整且和谐的统一体，所以法律体系化、科学化一直以来都是理论界和实务部门所共同追求的目标。要实现法律体系科学化，势必要求构成法律体系的基础概念、规则以及相应的制度，应以明确、清晰、严谨的语言表达，概念、规则以及制度要明确显现出彼此的同异来，从而清晰展现彼此之间的逻辑关系，最终使包含这些要素的法律条文形成具体的各司其职、彼此协调的法律部门。因此，微观意义上的各种规范性法律文件中频频出现的内涵外延差异显著的家庭概念，显然影响宏观意义上的法律体系化。对此，具体表现为两个方面：

1．规范性法律文件内部的概念协调

如前所述，《民法典》婚姻家庭编以亲属关系标准来界定家庭概念，这可以从该编第三章的章标题“家庭关系”的表述及该章的具体规定反映出来。依据该法得出的较为典型和直观的结论是，夫妻之间必然存在家庭关系，父母子女之间必然存在家庭关系。但该章所持的亲属关系标准界定家庭概念的立场并未在该法中贯彻始终。如依据该编第 1050 条规定的“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”，可以推论出：结婚的男女双方经约定，女方加入男方家庭成为该家庭成员，此为传统婚姻家庭中的主流婚姻形式；男方加入女方家庭成为该家庭成员，此为传统婚姻家庭中的非主流婚姻形式即入赘；已婚男女既不加入男方原来家庭，也不加入女方原来家庭，而是双方从原来各自的家庭中独立出来形成新的独立家庭，这是现代我国社会主流的家庭形式，其以夫妻轴为主的家庭关系取代了之前以亲子轴为主的家庭关系；已婚的女方不加入男方家庭，男方也不加入女方家庭，而是各自留在原家庭，这是当前户籍管理与教育、社会保险、社会福利等其他社会资源绑定后出现的新常态。《民法典》第 1050 条的推论表明，婚姻并不必然在男女之间建立家庭关系，已婚男女是否存在家庭关系以及以何种形式存在，取决于当事人的约定以及是否登记在同一户籍之下等，这实际上就违背了以亲属关系作为家庭概念这一界定标准。

同样的问题在《老年人权益保障法》中也存在。依据该法第 13 条规定，老年人养老以居家为基础，家庭成员应尊重、关心和照料老年人。依据文义解释方法，既然养老以“居家”为基础，那么共同生活自应是界定家庭概念的核心标准。但从该法第 14 条及第 18 条第 2 来看，这一标准亦未贯彻始终。因为第 14 条又依据亲属关系标准而将第 13 条的家庭成员区分为赡养人和赡养人之外的其他家庭成员如赡养人的配偶等，而第 18 条第 2 款又强调，即使不存在共同生活关系的人，也可能属于和老年人同处一个家庭的家庭成员。这种罔顾家庭概念严谨性的现象，实质上反映了立法者因经济社会发展水平无法满足社会养老而希冀通过家庭这一社会组织实现社会保障目标的迫切心理。这种通过不同

标准而在制定法中随意限缩或扩大家庭概念内涵的做法，实质上将法律上的家庭概念置于一种不稳定的状态当中，加重了作为实体而存在的家庭以及家庭内部成员的法律义务，有顾此失彼之嫌。

2．规范性法律文件彼此之间的概念冲突

规范性法律文件彼此之间的分歧冲突，既存在于同一部门法领域内，也存在于不同部门法之间。这种冲突凸显了当前法秩序中法律逻辑体系存在的不严谨、不协调现象，不利于相关法律规则的准确适用。例如，民法领域内调整人身财产关系的《民法典》婚姻家庭编强调亲属关系在家庭概念界定以及家庭成员之间权利义务分配时的基础地位，而调整财产关系的《民法典》物权编则强调户籍与家庭概念之间的规范关系，由此导致《民法典》中的家庭概念界定标准并不统一，影响法律规则的协调适用，并可能导致与民法基本概念存在牵连关系的其他部门法规则在解释适用时的困惑。例如，刑法领域规定的行为人与受害人之间基于特定家庭关系，可能导致定罪量刑上出现无罪、免于、减轻或加重刑事制裁的法律效果，而于此的家庭关系在回溯至民事一般法层面进行界定时，就会产生究竟依据何种界定标准展开的疑问。

在不同部门法之间，如民法与社会保障法之间，则会因对家庭概念的不同功能定位而在规则设计上存在显著分歧：前者强调民事主体基于平等原则而发生的财产、人身关系，以此为前提确定的家庭概念更多强调平等的家庭成员之间的权利义务的分配与确定，因此家庭概念相对比较确定，即使规范性法律文件之间彼此存在分歧，但依据各自标准所确定的规则是明确清晰的；而后者则强调共同体对于社会成员基本生活需要和经济发展享受权的保障，以此为前提所确定的家庭概念则更多的是强调家庭成员承担共同体无法负担或者不愿负担的社会保障职能，共同体希冀家庭承担更多的理应由共同体履行的职能。因此其尽可能的模糊家庭概念的清晰界定标准而依据立法目的扩大或者限缩家庭的内涵，冀以实现分担社会保障功能的目的。于此情形下的家庭概念界定标准就显得尤其混乱，导致家庭成员所负担的义务界限亦不明晰。

四、域外法视阈下的家庭概念及学理上的争论

现实生活中主客观情况的错综复杂和家庭变动不居的特性，使得在法律上创建完全统一的家庭概念没有现实可能性。但这并不影响在现行法框架下通过确立家庭概念的核心标准并在此基础上厘清不同家庭概念彼此之间的规范关系，从而为相应规则的解释适用提供便利的努力。对此，法学研究应在结合现实需求的基础上展开比较研究，并提出妥适的应对方案。

（一）域外法视阈下家庭概念的界定标准

在面对同样错综复杂的现实问题时，不同国家或地区提供的应对方案之间也存在显著的分歧。主要存在着三种：

1．主客观双重标准论

该概念界定标准既强调团体成员主观方面的共同生活意愿，也强调客观方面的同居、亲属关系等客观事实的存在。例如，我国台湾地区“民法”即持此立场。该法第 1122 条规定：“称家者，谓以永久共同生活为目的而同居之亲属团体。”第 1123 条规定：“家置家长（第 1 款）。同家之人，除家长外，均为家属（第 2 款）。虽非亲属而以永久共同生活为目的同居一家者，视为家属（第 3 款）。”可以发现，于此家庭的概念需要满足主、客观两方面的要求：前者要求永久共同生活的目的，后者要求同居的客观事实和亲属关系。其中，欠缺亲属关系要素但具备其他两项要素的，亦被视为家属，这实质上是对严格概念论的一种缓和立场，也使家庭概念更具有开放性，能够及时适应并涵摄急遽变化的社会现实生活。由此亦可发现，这里的共同生活要素构成双重标准当中的核心。而在另一方面，虽然我国台湾地区“民法”上的家以共同生活为目的，

但有家而无家产，实践中同居者实际上亦多为父母子女两代，所以学理上亦有观点认为我国台湾地区“民法”中的家制已经丧失其存在的基础和价值了。

2．客观标准论

该标准不强调家庭概念的主观要件，仅强调某一或某些客观事实是否存在或被满足。在域外法上，《菲律宾民法典》中家庭概念的界定即采此标准。该法第 216 条规定：“家庭是公共政策珍爱和保护的基本社会组织。”第 217 条规定“家庭关系包括：丈夫与妻子之间的关系；父母与子女之间的关系；其他尊亲属和他们的卑亲属之间的关系；兄弟和姐妹之间的关系”。亦即言，于此的家庭以客观存在的亲属关系为判定要件，囊括婚姻、姻亲和血亲在内的所有亲属关系。与此种立场相近，《奥地利民法典》亦以亲属关系为唯一标准来界定家庭。该法第 40 条规定：“家庭，包括历代祖先及其所有后裔。其相互之间的关系，称为血亲；夫妻一方与他方的血亲之间的关系，称为姻亲。”第 44 条规定：“家庭关系因婚姻契约而成立。”以亲属关系为标准确定家庭的优点在于标准清晰、明确，易于操作，并且与一直以来人类社会关于家庭的普遍认知密切相关。缺点在于，客观标准过于僵化，在急遽变化的现代社会可能无法灵活应对现实需求对制定法提出的挑战。

3．限制的亲属关系论

该标准将家庭的界定标准限制在一定范围内的亲属关系内，采狭义的亲属关系标准，而非菲律宾和奥地利民法那样对亲属关系采广义标准。当然，这实质上也是客观标准。从域外法上观察，《意大利民法典》即采此标准。该法第 230 条第 3 款第 1 分句规定：“家庭成员，系指配偶、三亲等以内的血亲、二亲等以内的姻亲。”第 75 条规定：“直系血亲是那些生育自己的和自己所生育的上下各代人们之间的关系；旁系血亲是那些既非生育自己也非自己所生育的有同一祖先的人们之间的关系。”第 77 条规定：“法律不承认超出六亲等以上的血亲关系，特别法的规定不在此限。”第 78 条规定“姻亲是配偶一方与配偶他方的血亲之间的关系。配偶一方的亲系亲等的血亲，是配偶他方的该亲系亲等的姻亲。”亦即言，该法中家庭系以特定的亲属关系存在为前提，并非存在亲属关系即有被民法承认的家庭关系。与此类似，英国法上的家庭通常亦指核心家庭或直系血亲家庭。当然，虽然英国的大部分家庭法判例都是关于核心家庭（父亲、母亲和孩子）的，而非大家庭（祖父母、外祖父母、姨婶、叔舅和外甥、侄子女），但核心家庭以外的其他家庭成员也可以向法院提出申请。以限定的亲属关系标准确定家庭概念的优点在于，可以进一步清晰界定家庭并使与家庭相关的权利、义务配置更准确，富有可操作性，缺点在于其进一步限缩了家庭的外延，使时代发展所导致的新型关系如同居关系、同性伴侣关系等无法通过对家庭概念的扩大解释而纳入到法律的调整范畴。

事实上还有不少国家基于对当事人自主选择生活方式这一基本人权的尊重及“功能主义家庭观”而将非婚同居和同性伴侣关系等纳入到家庭范畴并受家庭法调整。亦即言，域外法中的家庭概念已呈现不再局限于传统的理解范畴内，而是向着“包括各种类型的家庭，包括双亲家庭、单亲家庭、无子女的配偶家庭……及事实伴侣关系和成年人的同居关系”的方向上前进的时代趋势。

当然，尽管域外法上普遍存在着如前述国家或地区一样明确在制定法或判例法上界定家庭概念的做法，但学理上亦有观点认为，与个人体验相联系的家庭处于永恒的流变状态，因此制定法上的家庭存在不同的表述方式，并且需要不同的法律机制对此来提供适当的权利和规范。法律上的家庭和通常生活中所说的家庭在概念上有重合之处，但又不完全相同。因此家庭在作为法律概念使用时，特别要注意此种区分。在解释有关条文时，不能将其中的家庭做通常意义上的理解；需要根据条文的目的对其进行解释。但在特定场合，家庭概念又应当按

照其通常意义理解，也应当结合宪法保护的目的及其历史背景来理解家庭概念。于此所谓的通常意义即在日常语言的意义上来理解家庭，这种理解具有正当性基础。在法治国家，在对存有疑义的概念进行解释时日常语言也同样具有优先性。

这里的解释上的优先性问题，实质上涉及如何理解立法者和解释者二者的关系问题。一般而言，当立法者特意选择使用日常语言作为法律概念时，即可推论其具有让相关规范之对象在日常语言的通常意义上来理解或解释该概念的目的。立法者在制定法中使用日常语言中通用的概念本身即表明其认同该概念在日常生活中的通常意义，解释者对此应予尊重。此亦表明，在制定法中确定性地给予家庭概念以清晰界定标准，并不排除具体的法律实践中亦需依具体场景来理解家庭概念。

（二）学说理论中关于家庭概念的界定标准

与域外法经验上界定家庭概念所使用的基本标准相若，当前我国学说理论中关于家庭概念的界定标准主要表现为如下二种：

1．亲属关系论

该立场仅强调亲属关系，对其他要素不做要求。相关表述主要有两种：一种认为，我国“现行法当中的家庭应当采取广义的概念，不仅限于夫、妻与子女组成的小家庭，也包括由祖父母、外祖父母、子女、孙子女、外孙子女等组成的大家庭”；另一种认为“法律上所称家庭成员通常是指法律上具有权利义务关系的亲属，包括夫妻、父母、子女、兄弟姐妹、祖孙关系”。尽管这两种并未直接表明家庭概念界定标准的学理定义所列举的类型并不完全相同，但从具体列举的家庭成员类型看，核心都是客观标准论中的亲属关系，二者的区别在于，前者的亲属关系具有开放性，而后者仅限于有权利义务关系的亲属之间。

2．限制的客观标准论

该立场既强调亲属关系，又强调共同生活。持此立场的学者普遍认为，我国法上的“家庭是共同生活的，其成员间互享法定权利、互负法定义务的亲属团体”。依据该观点，为法所承认的家庭具备两个基本客观要件：一是存在同居或者共同生活的客观事实，该观点强调家庭是一个社会生活单位；二是由相互间具有权利义务关系的一定范围的亲属构成的亲属团体。易言之，只有亲属关系中那些相互之间具有权利义务关系的人才可能形成被法所承认的家庭，而具有权利义务关系的家庭成员包括夫妻，父母子女，兄弟姐妹，祖父母、外祖父母与孙子女、外孙子女。亦即言，只有婚姻法上承认的这些相互之间具有权利义务关系的亲属之间共同生活，才能够组成法律上的家庭。当然，学理上对于亲属关系应否限定为法律上具有权利义务关系的近亲属关系，仍然存在较大争议。有观点即认为“家庭是指在亲属间以共同生活为基础形成的共同体。该共同体不依赖户籍登记，具有自治性，以亲情伦理为维系纽带，具有民事法意义”。

整体而言，与实践中家庭概念界定标准极混乱的现状略有不同，民法学理上对家庭概念的界定标准相对比较统一。这种统一的现实基础在于：

第一，民法学理围绕婚姻法讨论家庭概念，对于婚姻法外的其他部门法领域中的家庭类型及特质未予充分考量；

第二，民法学理关注的重点是家庭概念内部的家庭成员彼此之间的权利义务构造关系，对于家庭概念外部关系所涉及的公共管理、社会保障等未予关注；

第三，民法学理中的家庭概念本质上仍是传统家庭观念的反映，对于 20 世纪 60 年代以来基于对个人自主选择生活方式之基本人权的尊重而生的不同家庭结构，尤其是当代我国家庭功能的持续演进未能充分体现。

五、家庭概念界定应遵循的法律思想与具体解释路径

传统主义者认为：家庭反映的是一种个人之间的道德关系，法律虽然可能提供家庭一词的定义并界定和执行父母和子女之间的义务，但这些定义和义务在逻辑上与家庭的道德观念和家庭生活的道德责任相分离并独立存在；家庭不仅可以独立于规范它们的法律而存在，而且在有法律制度之前很久就存在着家庭内部的人类家庭和道德关系。该观点可能反映了家庭与法律二者关系的本质，但不容否认的是，在当代实证法律体系中，家庭这种个人之间的人际关系完全无法摆脱法律的介入和影响。因此，换个角度来看，在制定法中适当地规定家庭，可能为这种个人关系的实现提供更为充分的保障。并且，如果法律体系中的不同家庭彼此之间能够彼此和谐共存，而非各行其是，那么家庭这种个人关系在法律上的规范处理亦会更妥适。以此为目标来解释围绕《民法典》展开的现行法秩序下各种家庭彼此之间的规范关系，恰是解决前述实践中因家庭概念界定标准不一所导致的法律问题的关键。

（一）家庭概念界定遵循的一般法律思想

从《民法典》内部体系和外部体系融贯的角度出发，结合我国当前法律实践中涉及家庭概念的具体法律规则在解释适用中存在的问题以及现实生活的实践需求，比较借鉴域外法上的相关经验，对于作为外部体系砖石基础的家庭概念的理解与界定应在遵循如下一般法律思想的前提下展开：

1．家庭概念应与主流社会倡导的一般生活方式相一致

我国《民法典》中的家庭概念，反映的应当是共同体成员对于人之基本生活方式的一般选择与价值坚守。诚然，在当代社会背景下，对人之基本权利的尊重尤其是对个体自由选择生活方式的尊重，“充分尊重个体的生存事实本身所具有的伦理价值”越来越多的获得了认可，越来越多的国家通过修改法律承认同居、同性伴侣生活等而将之纳入家庭范畴。在我国，虽然现实生活中亦有同性恋人主张法律上的平等对待并取得了学说理论及部分社会力量的支持，但即使是法律承认同性伴侣以及社会生活中广泛存在的同居、独居等生活方式的法律地位，亦不能表明传统主流的家庭观念在共同体生活和法律上之地位的必然削弱。事实上，“家庭这个父母子的三角结构是人类社会生活中一个极重要的创造。这个社会的基本结构在人类历史上曾长期地维持着人类种族和文化的绵续，它现在不但存在于任何地方的社区里，而且至今还没有发现根本的改变”。甚至可以说，家庭是独立于国家而存在的社会实体，立法仅能在尊重现实中既有的家庭结构的基础上对其予以规制。所以，对于规范民事基本生活的民法典的准确理解与适用而言，亦应以此作为家庭概念的精神内核来展开。

2．家庭概念的内部构造应与通过家庭实现的立法目的相统一

《民法典》中规定家庭概念的核心目的在于使共同体中主流观念所坚守的家庭生活方式能够以足够清晰的样态呈现，并以此作用于通过此种生活方式所欲完成的社会功能。在现实生活当中，家庭事实上承担着丰富多样的社会功能。但对制定法而言，其所关注并作为助益于自己所欲之目的达致的家庭功能，会在社会学观察视阈下的家庭功能项上做出适当的调整。对当代我国的制定法而言，在其关注的家庭功能范围内，对那些不适于由国家、社会来承担或者其暂时尚无力承担的功能，应交由家庭承担，如生育功能；对那些适于由国家、社会来承担且其有能力承担的功能应由其独立承担，如护卫功能；对于介乎于家庭、社会、国家之间的功能，应依三者之间的力量对比而在制定法中分情况并区分处理，如经济功能、教育功能、供养功能。对《民法典》中家庭概念的具体构造的理解首先应注意排除那些由社会、国家承担的功能，合理界定并承担相应的处于三者之间的功能，着力于应当由其承担的功能。在解释论的视角下看，《民法典》中规定家庭概念的目的应当是通过对家庭概念内部

构造的清晰划分来实现家庭功能的合理分担，最终助益于立法目的的实现。

3．家庭概念的具体构造应分层处理

家庭实际具备的功能并非都是制定法所关注的，对后者而言，其仅关注那些与法的作用对象相符合而有调整可能且有必要调整的内容。相应地，纳入制定法关注范畴的家庭功能亦不会被置于同等重要的位置而在法律上获得完全一体化的对待。制定法一般会依据家庭功能之于社会共同体存续的重要程度及共同体所欲实现的理想目的而区分处理。对于家庭而言，因为“人类创制这家庭的基本结构，目的是在解决孩子的抚育问题，使每个孩子能靠着这个社会结构长大，成为可以在社会中生活的分子”。保存和繁衍问题关系到共同体存续本身，因此它长久以来都是制定法所关注的头等重要的大事，当然居于法律上家庭概念构造的核心。在当代社会背景下，尽管传统的养家糊口型的家庭模式已受到实践的冲击，其他非传统型的家庭模式亦越来越多的被法律所关注。但围绕家庭的生育功能发达起来的经济功能、教育功能以及供养功能等亦在法律的关注视野之内，而这些功能被制定法重视的程度取决于共同体本身的发展程度及其希冀透过家庭而实现的目的本身。

4．家庭概念应体现安定与开放结合的特点

现实生活中的家庭既内涵了父母子这种相对稳定的三角结构，亦会因厕身其间的具体人的现实需求及时代背景的转换而在父母子三角结构的基础上相应地进行增减。事实上，“社会事业的发达，集体责任的加强，私有财产制度的消蚀，很可能改变抚育的有效方式。那时候婚姻是否需要也成了问题，至少它的性质会发生极大的变化”。而在今天，愈来愈多地人选择婚姻之外的生活方式，即使选择婚姻的，其中有相当一部分人选择少生甚至不生，而选择生育的人群中的相当一部分，又因工作以及生活等原因而导致参与抚育的时间、精力等亦愈来愈少。在此背景下，传统的围绕抚育而构筑起来的家庭以及以此为基础反映在制定法中的抽象家庭概念，既要重视一直以来人类社会对于家庭的基本认识，也不能完全囿于传统而墨受成规，置已经发生了变化的现实生活与具体人的现实需求于不顾。亦即言，法律体系中的家庭概念既要满足法的确定性和可预见性要求，也要向丰富的现实生活开放，保持制定法的适当灵活性，从而能随着时代的发展和现实生活中具体人的需求的变化而得随时将新事物纳入家庭概念的涵摄范围。

（二）家庭概念具体构造的解释进路

以构造家庭概念应遵循的一般法律思想为出发点，结合域外法上界定家庭概念的普遍经验及当前我国社会生活的现实需求，《民法典》家庭概念的具体构造的解释应通过表达开放与标准明确两方面来确定：

1．家庭概念的具体表达

从域外法经验来看，家庭概念的具体表达主要存在三种方式：

第一种是我国台湾地区“民法”第 1122 条采用的种加属差法或者说实质定义法，即通过被定义项即家庭概念这一种概念 / 下位概念的属概念 / 上位概念以及家庭概念与其属概念之下的其他种概念在内涵上的差别，来确定民法典中的家庭概念，这种表达的公示是：被定义项＝种差＋邻近的属概念。依此，第 1122 条的“家庭”＝“以永久共同生活为目的而同居之亲属”＋“团体”。在认识论上，由于此种表达强调被定义项与其他种概念在内涵上的本质差别，若能准确把握被定义项的本质，就能将概念彼此间的内涵清晰地展现出来，我国民法学理上的家庭概念亦多运用这种方式来界定。但在本体论上，类似家庭概念这样的被定义项在现实生活中通常变动不居而呈现多义性的特征，这就导致其本质很难被揭示。考虑到法律上的概念通常都是单义的，若像第 1122 条一般将“以永久共同生

活为目的而同居”作为家庭与相邻种概念的属差，可能更会导致法典中的抽象概念难以涵摄现实生活中那些亟需调整的情形，进一步加剧制定法规则的确定性与向现实生活开放二者之间的紧张关系。或正是基于此种考虑，第 1123 条第 3 款另规定了准用条款即“虽非亲属而以永久共同生活为目的同居一家者，视为家属”，来缓和第 1122 条所导致的问题。

第二种是《菲律宾民法典》第 216 条采取的语词定义法，即通过揭示标志概念的词语意义来进行定义。从第 216 条的具体表述来看，其自始即回避了通过家庭性质进行定义所可能陷入的窠臼，而是通过对家庭进行说明性的解释来界定家庭概念，即“家庭是公共政策珍爱和保护的基本社会组织”。由于说明性解释或者描述并不揭示被定义项的本质，因此可以极大提高抽象概念的涵摄能力，解决种加属差法定义家庭所可能导致的难题。问题是，该定义法确定的概念的具体表述实质上并未清晰界定家庭概念的内涵，在法律涵摄时可能会将并非家庭的事项不恰当地纳入其中，既不符合民法典外在体系关于基础概念之逻辑周延性的要求，亦无助益于制定法关于家庭之特定立法目的的实现。或正是基于此种考虑，《菲律宾民法典》第 217 条通过家庭关系的明确规定，明确限定了通过第 216 条家庭概念涵摄的范围，从而实现对制定法的安定性和向现实生活适当开放之间的紧张关系的缓和。

第三种是回避直接定义家庭概念，仅规定家庭内的权利义务关系，如《瑞士民法典》在第二编“亲属法”内第二分编“亲属关系”的第九章以“家庭共同体”为题，详细规定了该共同体内的帮助义务、家长权和家庭财产，但是何为家庭共同体，该法并未规定；或仅规定家庭成员的范围而不定义家庭概念本身，如《奥地利民法典》第 40 条和《意大利民法典》第 230 条第 3 款第 1 句结合第 75、77、78 条。回避得最为彻底的是法典中仅有家庭概念在某些具体规则中出现，至于其内涵的权利义务关系、成员范围等，法典不再统一规定，如《德国民法典》《法国民法典》等。这些法典之所以采取此种立场的核心理由在于，家庭概念随社会的发展而不断变化，此种发展有时会造成概念内涵的缩小，有时又会导致概念内涵的扩展，因此法典上的家庭概念不宜固化，在解释有关制定法条文时，应根据条文的目的对其进行解释而不能依其在生活中的通常意义进行理解。有例外的是，德国《基本法》中使用的家庭概念应当按照其通常意义理解，也应当结合宪法保护的目的及其历史背景来理解。家庭概念的该种表达方式能最大程度地保证制定法规则向社会生活开放，但若如德国法一样完全将家庭概念交给法官依据法律目的解释规则予以确定，则可能无益于制定法规则的安定性的实现。相比较而言，瑞士、意大利的立法模式在平衡处理制定法的安定性和向社会生活开放性二者之间的关系时可能更为稳妥。

我国《民法典》婚姻家庭编并未直接定义家庭概念，该编中与家庭概念内涵的确定密切关联的条款是第 1045 条。该条规定：“亲属包括配偶、血亲和姻亲（第 1 款）。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（第 2 款）。配偶、父母、子女和其他共同生活的近亲属为家庭成员（第 3 款）。”另外，该编第三章与现行《婚姻法》一致，以“家庭关系”为题，具体规定了夫妻关系、父母子女关系以及祖父母 / 外祖父母与孙子女 / 外孙子女 / 兄弟姐妹关系中的权利义务。比较分析，《民法典》中家庭概念的具体表述方式与域外法上的经验皆不尽相同，主要表现为：

第一，《民法典》未采取种加属差法或语词定义法直接定义家庭概念，而是如瑞士法等一样回避了这个问题；

第二，《民法典》第 1045 条第 3 款规定了家庭成员的二元界定标准：一种是配偶、父母、子女，这部分人以单纯的亲属关系标准来界定是否属于家庭成员；另一种是其他近亲属，其要成为家庭成员则需同时具备共同生活要素＋近亲属关系要素，这里的亲属关系未采取域外法上通常采用的亲等

进行限制，而是保持了我国《婚姻法》等一直坚持的近亲属标准。这种表述方式与我国台湾地区“民法”第 1122 条家庭概念在实质定义法中所选取的种差本质上是相同的。

第三，《民法典》保持了《婚姻法》的作法而在第三章“家庭关系”内具体规定了家庭成员彼此之间的权利义务关系，这实质上是对家庭概念内部结构的规范处理，与瑞士法的基本立场一致。

整体来看，《民法典》虽然没有采取下定义的方式来界定家庭概念，但其通过对家庭成员设置清晰的界定标准并明确规定主要家庭关系类型的权利义务，实质上实现了对家庭概念的定义。并且此种处理方案，既有对域外法经验的借鉴，也有对我国现实生活需求以及相应法律实践的理性回应，为学理所肯认。问题是，以共同生活＋近亲属关系标准界定家庭成员，并且坚持家庭关系类型法定的立场，可能会导致以此为基础推论出来的家庭概念内涵有限，无法充分实现对现实生活的涵摄。

2．家庭概念内涵界定的核心标准

前已述及，我国当前法律实践中的作法及域外法上的经验表明，法律上家庭概念的核心要素包括主、客观两方面。其中，主观要素强调行为人永久共同生活的目的；客观要素相对比较复杂，主要集中在判断亲属关系、同居、户籍等要素上。不同的制定法基于不同的立法目的而在界定家庭概念时通过控制这些要素的增减以及各要素内涵的扩展或限缩，来确定家庭概念的具体构造，以强化家庭特定功能的发挥，助益于立法目的的实现。

（1）主观要素

关于主观要素，对民法典而言，其一，厕身其间的自然人之间的联合体，不管是法人、非法人组织这种法律明确规定主体地位的实体，还是像婚姻、家庭这样法律并未明确规定其主体地位的实体，当然应当以有完全行为能力的自然人的自愿联合为基础，制定法的具体规则重复强调此种联合的主观意志显非必要；其二，即使制定法中明确规定家庭以永久共同生活为目的，但是具有自由意志的家庭成员随时可以从特定家庭的束缚中退出而另建家庭或选择其他生活方式；其三，西方观念中通常认为家庭始于婚姻合意的理论，但这并不能完全准确解释我国当代的家庭生活实践。对后者来讲，“恰当的家观念应在于，人从家而生，自由对应的只是成年阶段，而家涵盖了人生命的完整阶段，是对自由否定之否定的扬弃”。就此而言，我国《民法典》并未像我国台湾地区“民法”一样将主观要素明确规定为家庭的一般界定标准，仅是在第 1050 条规定“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”，为将第 1045 条确定的封闭且狭窄的家庭概念的界定标准予以扩展提供了解释空间，值得肯定。

（2）客观要素

关于客观要素，相对而言，其以固有的确定性、可预见性与可操作性，更能清晰界定家庭概念的内涵，有助于民法典所追求的立法目的的实现。前已述及，《民法典》婚姻家庭编第 1045 条采夫妻、父母、子女关系和近亲属关系＋共同生活二元标准，而《民法典》物权编第 330 条仍采户籍标准来界定家庭概念。对此，究应以何种客观要素作为一般性规定来认定？

首先应予排除的是户籍要素，学理对此普遍予以认同，并且域外法上的经验亦表明了同样的立场。对此的核心理由是：户为公法概念，强调管控，在民事立法中强调户籍管理，会导致私法公法化，不利于家庭自治，无法回应实践中频繁发生的一家多户与多家一户的家户不一问题，亦会因户籍登记的法定性因素等导致家庭概念的僵化、封闭而不能及时回应社会变革对于家庭提出的涵摄要求。本文亦认同此种立场。尽管《民法典》第 330 条仍采户籍标准来界定家庭概念，但在解释论上，应将《民法典》物权编的规定与《民法典》婚姻家庭编的规定理解为特别与一般的关系。《民法典》物权编关于家庭概念的特别规定并不影响《民法典》婚姻家庭编规定作为一般规定对于家庭所采取的一般立场。

关于共同生活，由于在我国当代社会背景下，“共同生活的维持，依然是家庭最高的目标，而这个目标则是由人类繁衍、幼童抚养的客观规律以及男女间彼此扶持、长相厮守的心理要求所决定的。”因此《民法典》第 1045 条第 3 款规定的“配偶、父母、子女和其他共同生活的近亲属为家庭成员”，事实上反映的是现实生活对于民法典家庭概念关于共同生活的要求。只是对于该条的“共同生活”的理解，应在同居共爨的经济属性与伦理道德的代际关系中综合把握。这是因为，我国当代社会中立基于非契约关系上的家庭正处于变革时期，共同生活要素既要理性对待以西方理想家庭生活为模板形成的强调婚姻合意基础上的家庭成员的个人独立、自由的平权关系，审慎对待因此而生的家庭生活中的经济理性、商业算计、个人自我中心主义等，亦要合理继承传统家制中的忠诚、奉献、义务等亲情伦理要求。

关于亲属关系，学说理论上普遍承认，家庭的核心在于成员之间的身份关系，而家庭身份关系的基础在于家庭承担人类繁衍、子女抚养的使命及男女间的差异事实。前述域外法上的经验普遍支持以亲属关系为核心来构造民法上的家庭也是因为，“父亲、子女、兄弟、姊妹等称谓，并不是简单的荣誉称号，而是一种负有完全确定的、异常郑重的相互义务的称呼，这些义务的总和便构成这些民族的社会制度的实质部分”。另外，从我国当代社会的现实需求看，尽管对家庭的理解仍因错综复杂的主客观因素的影响而存在分歧，但以亲属关系作为家庭概念的核心标准，仍能取得实践与理论上最广泛的共识和支持。问题是，作为家庭概念界定标准的亲属关系应否限定？如何限定？

对于应否限定，我国一直以来的现实需求以及相应的生活经验，甚至域外法上的经验，都无一例外地表明应予适当限定的立场，这种限定本质上与家庭承担的社会功能相适应。至于如何限定，则存在着共同生活、亲等、血亲、近亲以及服制等标准的分歧。对于《民法典》中的家庭概念而言，于此应以形塑我国家庭生活为目标，通过共同生活要素确定并正当化亲属彼此之间的权利义务关系。以此为基点，《民法典》第 1045 条第 3 款规定了家庭成员的界定标准为近亲属＋共同生活标准，第 2 款规定配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女为近亲属，这实质上是将家庭概念的亲属关系限制在近亲属关系的范围内。《民法典》的这种作法这更符合当代我国社会生活实践，亦与现行法中的既有规定最大程度的保持一致，符合立法者民法典编纂的基本设想。

3．家庭概念外延的适当扩展

由于家庭本身是能动的要素，它从来不是静止不变的，而是随着社会背景的变化不断发展的，通过封闭且限定家庭概念界定标准的方式在民法典中表达家庭概念，会导致家庭概念内涵极为狭窄，难以适应纷繁复杂的现实生活的需要。因此，应通过对《民法典》第 1045、1050 条以及第 330 条等的体系性解释，实现民法家庭概念对于现实生活的适当开放。此种解释合法性基础与具体路径是：

第一，尽管《民法典》第 1045 条第 3 款通过配偶、父母、子女以及其他近亲属关系＋共同生活的二元标准规定了家庭成员的范围，属于典型的确定性法律规则，但从文义及逻辑解释的角度理解，该款并未将家庭的内涵完全等同于“配偶、父母、子女和其他共同生活的近亲属”，亦即言，配偶、父母、子女和其他共同生活的近亲属是家庭成员，但家庭成员并不限于配偶、父母、子女和其他共同生活的近亲属。事实上，第 1050 条规定的家庭成员如女婿或儿媳即不在第 1045 条第 2 款规定的家庭成员范围之内。这表明，《民法典》第 1045 条第 3 款确定的家庭概念并不是完全封闭的，而是存在着扩展的规范空间。

第二，《民法典》第 1045 条第 3 款确立的关于家庭概念的内涵尽管是开放的，但这种开放并非没有限制。如前所述，我国立法者基于特定的立法目的而在《民法典》婚姻家庭编将当代社会中居于主

流地位的生活方式明确规定下来受法律保护，这一规定构成我国现行法律体系中家庭概念的一般性内涵；立法者同时也充分考虑到了家庭概念内涵的丰富性以及家庭实际具备的功能的多样性，因此也承认在婚姻家庭编规定的家庭的一般形象之外，法律也可以基于其他的立法目的而规定特别的家庭形象，如《民法典》物权编第 330 条通过户籍标准来界定家庭概念并因此确定的家庭形象，即属于通过第 1045 条第 3 款确定的家庭形象的例外。《民法典》第 1045 条第 3 款内部构造的特点及其与第 330、1050 条所体现出来的一般与特别的规范关系，实质上表明了立法者意欲在家庭概念的开放性与确定性之间实现平衡的基本立场：一方面，家庭的一般形象与核心内涵经由第 1045 条第 3 款得以确立，这表明家庭概念的确定性；另一方面，家庭的内涵并不限于第 1045 条第 3 款所规定的范围，其他法律规则如第 330 条、第 1050 条可以基于特别立法目的而在不违反第 1045 条第 3 款所确立的家庭概念的一般法律思想的基础上对家庭概念的内涵予以适当变化，这表明了家庭概念的开放性。

当然，从《民法典》第 1045 条第 3 款与第 330、1050 条等的规范关系来看，对于第 1045 条第 3 款所确立的家庭概念内涵的扩展是受到限制的，这种限制既包括来自第 1045 条第 3 款得以确立的一般法律思想对于特别规定在内在价值体系上的限定，也包括了只能通过法律、行政法规等效力位阶较高的立法形式对家庭概念内涵予以扩展的外在规范形式上的限定。这实质上就排除了实践中通过五花八门的法律效力位阶极低的规范性法律文件界定家庭概念内涵的作法。当其他法律如《刑法》未就家庭概念的内涵作出特别规定时，原则上应依据作为一般规定的《民法典》第 1045 条第 3 款来确定相应的家庭概念的内涵。借此，围绕《民法典》第 1045 条 3 款所确立起来的关于家庭概念的一般与特殊的界定标准之间所形成的规范适用关系即可形成，这样既保障了抽象概念既能适应变化了的社会现实，亦能保证法秩序内的体系和谐，避免了概念、规则彼此之间的矛盾冲突。

六、结 论

整体而言，家庭是一种高度个人化的体验，它永远处于无限可变且不断变化的状态，法律必须适应这种可变性。为了避免直接定义法所可能导致的谬误，我国《民法典》在借鉴域外法上的成熟作法并合理吸收我国既有法律实践中的有益经验的基础上，通过规定家庭成员的界定标准与家庭关系具体类型中的权利义务，来调适《民法典》家庭概念界定中法典安定性和向现实生活适度开放之间的矛盾，整体上来说值得肯定。对于其中存在的问题，亦应围绕立法者在家庭领域所欲实现的立法目的，交由该编确定的家庭概念所构筑起来的规则体系一并涵摄解决，从而保障《民法典》所欲之目的的实现。对于不宜通过《民法典》婚姻家庭编调整保障的家庭所负担的功能，应在将之交由特别法处理的同时，保持《民法典》与特别法的沟通协调，避免不同标准的家庭概念以及因此构筑起来的具体规则在适用上的冲突龃龉，实现法秩序内在体系与外在体系的融贯性，最终助益于法秩序内规范性的家庭概念与现实生活中的事实上的家庭概念的有序对接，以期最大程度地缓和制定法的安定性和向社会生活保持开放性彼此之间的紧张关系。

朱晓喆：意定监护与信托协同应用的法理基础——以受托人的管理权限和义务为重点 ｜《环球法律评论》2020 年第 5 期

原创：2020-10-12 环球法律评论 朱晓喆

https://mp.weixin.qq.com/s/f0sLoS4nQDjet40dB5uzzQ

朱晓喆，上海财经大学法学院教授。

本文系《意定监护与信托协同应用的法理基础——以受托人的管理权限和义务为重点》一文的正文，注释从略，全文发表于《环球法律评论》2020 年第 5 期，原文请参见环球法律评论网站：http://www.globallawreview.org，或点击文末左下角“阅读原文”。

内容提要：我国《民法典》第 33 条确立了成年人的意定监护制度，贯彻成年人监护事务的自决权。我国意定监护应采取“委托+代理授权”的法律构造，意定监护人在执行监护时享有事务管理权限，应尽到谨慎义务，并避免利益冲突，但若无约定，并无将监护财产进行投资的义务。尽管意定监护是被监护人的自愿选择，但仍有可能出现监护人侵害被监护人利益的现象。鉴于此，国内外的法律实践纷纷将信托机制引入意定监护之中，利用信托的风险隔离功能和目的意思冻结功能，实现被监护人的人身照管和财产管理的分离，形成一种协同与制衡机制，解决监护人的道德风险问题。信托的受托人比意定监护人享有更大的财产管理权限，相应地也承担较重的忠诚义务，并且营业信托受托人还负有投资增值的义务。厘清意定监护与信托的法教义学原理，有利于实践中正确地组合运用“监护+信托”制度工具，有利于司法实践解决此类法律纠纷。

关键词：意定监护　委托合同　信托　协同应用

一、问题的提出

现代社会中，成年人因各种身体健康或精神智力方面的问题，而不能表达自己意思或处理自身事务者（身心障碍者）日益增多，他们需要别人替代或协助管理事务。此类问题在老年人群体中更易频发。2019 年 2 月全国老龄办发布的《中国人口老龄化发展趋势预测研究报告》显示，到 2020 年我国老年人口将达到 2.48 亿，老龄化水平将达到 17.17%。这其中，失能失智、孤老残障等无法生活自理的老年人占有一定比例。成年的身心障碍者给家庭和社会带来沉重的扶养照顾负担，解决这一社会问题是法治建设的重要任务。就民法而言，我国 2017 年《民法总则》确立了成年人监护的基础性制度框架，包括法定监护人范围和顺序（第 28 条），“最大程度地尊重被监护人的真实意愿”、不得干涉“被监护人有能力独立处理的事务”监护原则（第 35 条第 3 款规定）。其中，第 33 条规定的意定监护制度充分尊重成年人的意思自治，使其可以对于未来自己可能出现需要监护的情形，提前自愿地做出协议安排。自《民法总则》生效以来，在我国公证机关的推动下，成年人意定监护已在全国各地落实和展开。

我国民法上的监护是一种概括性的照管、保护被监护人的制度，监护人的职责包括对于被监护人的人身照顾和财产保护两个方面。但是，这两种职责集于监护人一身，不可避免存在监护人利用监护地位侵害被监护人的可能性，尤其是被监护人财产置于监护人的管理之下，极容易发生这种道德风险。对于意定监护而言，也不例外。即使被监护人事先自愿选定其认为可靠的监护人，仍有可能出现上述问题。因此，法律理论界和实务界人士积极探索，以信托对于被监护人的财产进行安排管理，以避免或减少上述道德风险的发生。而且，利用信托的优势，可以使被监护人的财产得到专业的投资管理和增值保障。诚如王志诚教授所言：“若事先利用信托制度，将信托财产交由值得信赖的信托业管理，冻结委托人自由处分财产的意思，不仅可协助判断能力检索或丧失的高龄者保全财产的安全，亦可防止高龄者从事不利益的法律行为。”

监护与信托本来即有一定的联系。在普通法系国家，被监护人与监护人之间类似于信托的委托人和受托人之间的关系，法律要求监护人对于被监护人承担信义义务和责任，以抑制监护人滥用权利和机会主义的行为。但比较而言，信托比监护在财产管理方面具有多元的功能，主要包括：风险隔离，

即信托受托人管理的信托财产独立于委托人、受托人和受益人的固有财产；意思冻结，即信托设立后，如果委托人意思能力丧失或死亡，受托人仍可继续依信托设立目的继续管理和处分信托财产，以实现信托财产长期管理的目的，这一功能尤其适用于被监护人的财产管理领域；受益人连续（分层功能），即委托人可以设立信托将信托受益权连续地归属于多个受益人；投资增值，设立营业信托的目的就是追求财产增值。鉴于信托在财产管理方面的优越性，法律实践中创造性地将监护与信托结合起来，一方面将人身照顾留给监护人以及家事法院或政府的监督，另一方面将财产交给信托受托人（信托公司等）进行管理、投资和分配，从而发挥两个制度协同应用的优势，更好地实现被监护人的福祉。

监护与信托的组合运用已有成熟先例。从比较法上看，日本早在 1999 年通过修改法律确立了成年意定监护制度（成年后见法），但仍发生大量监护人滥用权利、侵占被监护人财产的现象，鉴于此，2011 年后家事裁判所、信托银行等实务部门将信托引入监护制度，由信托银行管理被监护人的大额财产，从而确立了“成年监护支援信托”，并取得了良好的社会效果。

意定监护与财产信托的协同应用，逐渐被实践部门推广开来，也被社会公众关注和接受。但关于这两种制度的内涵机理以及二者为何协同应用，在我国民法和信托法理论上都缺乏较为深入的研究。鉴于此，本文将对于意定监护和信托中受托人的管理权限、义务及其后果，进行全面的分析和比较，厘清其相应的法教义学原理，以有助于我国实务部门搭建“监护+信托”的业务结构，以及司法机关解决相关纠纷时，提供理论上的依据和参考。

二、意定监护人之财产管理

关于意定监护法律构造，从比较法上看，有代理权授予和委托合同两种进路。前者以美国的《持续性代理权授予法》（Durable Power of Attorney）和英国《持续性代理权授予法》（Enduring Power of Attorney）为代表，确立了本人可授予意定监护人在财产管理、人身照顾、医疗处分等方面的代理权。《德国民法典》第 1896 条第 2 款规定成年人如已经选任了意定代理人照顾自己事务的，则不必为其设定照管人（Betreuer），也即“代理取代照管”。后者以日本民法为代表。在日本民法上，意定监护契约被认为是委托契约，但同时也须授予受托人以代理权。我国通说认为意定监护是委托合同的性。据此，意定监护人管理监护事务不限于法律行为，也包括与照顾、管理人身和财产权益有关的事实行为。本文首先在法教义学上分析作为受托人的意定监护人的具体权利和义务。

（一）意定监护人的事务管理权、代理权与处分权

《民法典》第 34 条第 2 款规定监护人履行监护职责产生的权利受法律保护。根据立法目的，此处监护人履行职责所产生的权利，目的是为了保护被监护人的人身、财产权益。就财产方面而言，监护人“享有财产的管理和支配权。”因此，这一款可作为监护人享有被监护人事务管理权（Geschäftsführungsmacht）的依据。

意定监护作为一种协议安排，较监护人职责的法定规则，更细化了事务管理的事项和权限。从目前我国意定监护协议公证的实践看，通常在意定监护协议中确定的监护人职责有人身和财产两个方面。前者包括：照管被监护人的日常生活，包括决定和选择居住场所、护理机构、养老机构、护理人员等；保护被监护人的身体健康，包括决定和选择医疗机构、治疗或康复方案、药物类型、医疗费用支出、签署医疗风险告知书、查阅领取病例档案、办理入出医院手续等。从限制性方面可以约定：监护人不得对被监护人的身体实施变性手术、器官移植、遗体捐赠等。就财产管理方面，可以约定监护人有权管理和保护被监护人的财产，包括照管财产、办理银行存款和账户方面事宜、保管财产权利凭证及合同、维修不动产、缴纳税款、收取财产收益等；

代理被监护人从事财产方面的民事活动包括诉讼。从限制性方面可以约定：监护人不得以被监护人名义对外借贷、担保、购置或处分不动产等重大资产等。下文主要关注意定监护人的财产管理方面。

既然将意定监护协议界定为委托合同，关于委托合同的原理以及这一典型合同规则，原则上均可适用。但同时也须考虑意定监护的特别之处。首先，委托合同作为一种债务合同，在委托人与受托人的内部关系中，给予受托人处理他人事务的“事务管理权”，据此确定受托人可以做哪些对于委托人能够发生效力的行为。这一事务管理权，使受托人有权利也有义务介入委托人的“法律领域”（Rechtskreis）。需要澄清的是，意定监护能否适用上述委托合同基础关系+授权的模式。从法定监护看，法定监护人直接根据《民法典》第 34 条，享有事务管理权和法定代理权。从第 34 条文义看，“监护人”并未限于法定监护人，因此，似乎意定监护人，也可直接依据第 34 条而享有事务管理权和法定代理权。但是，若回到意定监护的委托合同构造上看，委托合同并非一定包括代理权授予，且委托合同可能是部分事项委托。因此，从逻辑上说，意定监护可能不包含代理权授予。但是若意定监护人无代理授权，而只限于事实行为，则其能够从事的活动范围极为狭窄，意定监护将失去意义。因此，无论英美法系抑或大陆法系立法上在确立意定监护或类似制度时，都明确要求对意定监护人有持续性的代理权授予。可见，意定监护是通过意思自治，使监护人获得对于被监护人的事务管理权和代理权。关于被监护人财产的处分权亦可作相同解释。

《民法典》第 35 条第 1 款规定“监护人应当按照最有利于被监护人的原则履行监护职责。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”。该款规定构成监护人处分被监护人财产的限制，但它究竟是处分权限制抑或是代理权限制，存在争议。“处分权限制说”认为若非为被监护人利益擅自处分财产，该法律行为无效。而“代理权限制说”认为，在监护人以法律行为处分被监护人之财产，此处之“处分”应理解为“代理处分”，相应地，监护人在为被监护人利益的情形下对其财产享有“代理处分权”，而并非监护人对财产享有“处分权”，因为被监护人对其财产拥有独立的所有权和处分权。因此，《民法典》第 35 条第 1 款的旨趣在于避免监护人藉由管理财产之便，不当处分财产，对被监护人造成损害，因而该条限制了法定监护人的代理权，即：监护人行使法定代理权必须在为被监护人利益的范围内进行，逾越这一边界，非为被监护人利益处分财产，将构成无权代理。笔者赞同将第 35 条第 1 款理解为监护人代理权的限制，那么意定监护人的代理权来自被监护人的授权，更应适用这一规则。

综上，意定监护人的事务管理权和代理权、处分权来自于与被监护人事先的约定和授权，这与一般的委托合同和代理授权行为保持一致。意定监护人的代理权源于意定授权，其行使须遵守《民法典》第 35 条第 1 款的限制。

（二）意定监护人的注意义务

意定监护协议作为一种委托合同，原则上适用《民法典》合同编关于委托合同的权利义务规则。就委托人方面而言，其负有偿还费用义务（第 921 条）、支付报酬义务（第 928 条）和赔偿责任（第 930 条）等。就受托人方面而言，其负有服从指示义务（第 922 条）、亲自处理义务（第 923 条）、报告义务（第 924 条）、交还取得财产义务（第 027 条）、损害赔偿责任（第 929 条）、继续处理事务义务（第 935 条）。

意定监护人作为受托人若未履行上述义务，应承担违约责任。但其承担责任尤其是损害赔偿是否须以过失为前提，需要澄清。民法上通常将过失界定为“未尽到交往中的必要注意义务”，因此下文讨论的过失问题也是意定监护人在事务管理中应尽到何种程度的注意义务问题。

我国民法上的违约责任自《合同法》以来即采无过错归责原则。《合同法》第 107 条没有要求“过

错”作为违约责任的要件，违约责任的承担仅以不履行义务为其前提，与过错无关。但《合同法》第 406 条特别规定了有偿和无偿委托情形下的不同归责原则，即对于前者采无过错责任；对于后者，则规定受托人有“故意或者重大过失”才承担赔偿责任。换言之，无偿的受托人有责任的优待。这也符合我国民法上对于法律行为或事实行为中无偿的一方通常都给予优待的原则。《民法典》929 条继受了上述规则。

但从比较法上看，无偿的委托合同受托人是否仅就故意或重大过失负责，是有疑问的。在罗马法上无偿的受托人并不当然享有责任优待。《德国民法典》虽然对于其他无偿合同都规定了责任优待（第 521、599、690 条）。但委托合同中的受托人对于一般过失（einfache Fahrlässigkeit）也要负责。其理由在于：受托人接管他人之事务，是基于委托人对受托人的信赖，所以受托人应小心谨慎地（sorgsam）执行委托事务。而且，其也不能类推适用其他无偿合同的责任优待规则。尽管《法国民法典》第 1992 条规定的无偿受托人责任要轻于有偿受托人，但实践中对于受托人不论其有偿无偿，均因其不履行义务而应承担赔偿责任，义务不履行即推定受托人有过错。

回到国内法上看，关于意定监护人的注意义务标准，如按委托合同的进路，似乎应适用《民法典》第 929 条的规则。但是，笔者认为，如果意定监护协议中包含报酬约定，为有偿委托，监护人当然要对一般过失负责；但即使在无偿的意定监护中，基于委托合同的人身信赖，以及受托人在其他方面获得利益的综合考虑，意定监护人也应对于一般过失承担赔偿责任。再者，意定监护人也是监护人。民法学理认为，监护人履行监护职责，应尽善良管理人之注意。也即，监护人对于一般过失也应负责，意定监护人也不例外。

（三）意定监护人的利益冲突禁止

《民法典》总则第 168 条第 1 款和第 2 款分别规定委托代理人“禁止自己代理”和“禁止双方代理”。其体现了避免代理人从事利益冲突行为的法律思想。民法理论上认为，监护人在履行监护职责过程中，不得从事自我交易或者为自己谋取利益，这是一种忠诚义务的表现。落实在法律规则上，就是监护人行使代理权应适用《民法典》第 168 条的利益冲突禁止规则，对此可作如下详细解释：

1. 法定监护

从体系位置看，《民法典》第 168 条位于第七章“代理”第二节“委托代理”之下，似乎意味着只适用于基于委托或类似合同关系所产生的意定代理权。但显然法定代理人也可能发生各种利益冲突的行为，没有理由将其排除在适用之外。从比较法上看，有的国家明文规定父母或者监护人不得从事利益冲突的法定代理，学理上也认为代理制度中的禁止自我行为（Insichgeschäft）规则应适用于亲权人、监护人。再者，根据我国《民法典》第 35 条第 1 款第 1 句，所谓监护人应当“按照最有利于被监护人的原则履行监护职责”，这一原则性规定包含着监护人不得从事利益冲突的代理行为。因此，《民法典》第 168 条应类推适用于法定代理。

2. 意定监护

因为对于意定监护协议采取委托合同的解释，而协议中通常包含着被监护人的代理授权，因此《民法典》第 168 条可以直接适用于意定监护。再者，意定监护也适用《民法典》关于监护人的规定，根据第 35 条第 1 款第 1 句的原则性规定，意定监护人应禁止从事利益冲突的代理行为。

根据《民法典》第 168 条两款但书的规则，如果出现代理人利益冲突的代理行为，其法律效果并非当然无效。而是尊重当事人的意思及其自我的利益判断，在被代理人同意或追认的情形下，自己代理或双方代理的行为有效。在未被同意或追认之前，代理行为是效力待定的法律行为。但上述规则，适用于法定代理尚有困难。因为被代理人的同意或追

认均以完全行为能力人为前提，而处于法定监护（及意定监护）之下的被监护人，恰好属于行为能力欠缺者。有学者指出，这里的同意或追认的规则不适用于法定代理。

笔者认为，对此问题不宜一概而论，应根据不同情况作出分析：（1）如果法定代理人实施的自我行为给被监护人带来的是纯获法律上的利益，民法学理上认为此时不必适用禁止自我行为的代理限制规则。由此，监护人这种自我行为是有效的。（2）未成年的被监护人在成年以后，或者成年的被监护人有可能恢复行为能力后，可以对于自我代理行为作出追认。（3）意定监护在设立时，通常会安排共同监护人或预备监护人，如果先顺序的监护人不能履行监护职责或侵害被监护人的利益，则其他监护人在符合一定条件下，可以作为监护人同意或追认之前的代理行为。（4）从立法论或制度构建的角度说，我国缺乏监护之外的保佐、辅助制度。若能够通过立法完善，创设保佐人、辅助人制度，则这类主体可以根据保护被监护人利益的职责，追认代理人利益冲突的代理行为。或者采我国台湾地区“民法”第 1086 条第 2 款规定此种情况下的“特别代理人”，以解决问题。总之，监护人从事利益冲突的代理行为，并非没有同意或追认的空间，《民法典》第 168 条两款但书仍有适用的可能。

（四）意定监护人的财产管理与投资

就监护人如何管理被监护人的财产，我国《民法典》仅有原则性规定（第 34 条第 1 款、第 35 条第 1 款）。在现代社会各类资产的市场价值波动较大，尤其是金融资产价格瞬息万变，而且通货膨胀严重的背景下，需要讨论的问题是监护人只要保管（保全）财产就已足够，还是有义务要促进财产的增值？

我国民法学理上对此问题鲜有讨论。有学者认为：所谓监护人应“保管”被监护人的财产，应作广义解释，“包括保护、管理财产的行为，还包括必要的经营行为和处分行为。”但未明确监护人是否应进行必要的投资活动，以使财产增值。也有学者认为，监护人一方面应当保证监护财产价值的稳定性，即财产保值，另一方面还应当保证监护财产的增值，但究竟如何增值则语焉不详。司法实务中也缺少相关裁判。

对此问题，可以通过德国民法获得可供参考的原理。德国民法上对于父母作为亲权人和其他人担任未成年人的监护人、成年人的照管人、保佐人等，区别对待他们在管理被监护人金钱资产方面的义务。

《德国民法典》第 1642 条规定父母作为亲权人，有义务将子女的金钱进行投资。其规范目的在于，父母不能仅仅保管子女的财产，而必须以能够生息的方式或其他能够带来收益的方式进行投资。具体要求是父母进行投资，须符合一个经济上有思考的市民（wirtschaftlich denkenden Bürger）看来是有利可图的、但也是安全的投资，同时也能顾及资产的流动性。只要是父母尽到谨慎管理义务，对于正常的投资风险，是可以免责的。但如果父母从事风险过高的投资，尤其是投机性交易，则不能援引《德国民法典》第 1664 条主张仅负有自己事务同一之注意义务而免责。

由上可见，德国民法上父母作为亲权人管理子女享有较大的自由。与此不同的是，根据《德国民法典》第 1806 条以下以及相关条文援引，监护人、照管人、保佐人在进行金钱投资时，应将防止被监护人的财产流失放在首位。从第 1807 条详细列举监护人可以投资的目录可以看出，监护人的投资对象主要限于安全性较高的债券类资产。可见监护人的投资首先是确保安全性。其他类型的投资还需要得家事法院的许可（《德国民法典》第 1811 条）。当然，确保安全性也不意味着监护人不必投资。如果监护人根本没有投资、迟延投资、或投资回报太少，应承担因此发生损害的赔偿义务。总之，亲权人享有较大的投资自由，而监护人则受到较多限制。

中国民法上的监护人是否有义务对于被监护人的财产投资使其增值，首先要从经济理由上进行

说明。相关研究报告显示，近年来我国城市家庭资产规模快速增长，家庭户均资产规模从 2011 年的 97.0 万元，增加到 2017 年的 150.3 万元，2017 年中国个人可投资资产总规模达到 185 万亿，并预计 2018 年户均可投资资产为 55.7 万元。而且，在我国居民总资产中，金融资产的占比逐年提升，从 2004 年的 34%提升至 2016 年的 44%。此外，从居民消费价格指数看，2018 年全年 CPI 上涨 2.1%，创五年高点。而 2018 年活期存款基准利率为 0.35%，一年期的定期存款利息是 1.50%。我国未成年人、成年的身心障碍者拥有的可投资资产不在少数，由上述数据可以推知，如果监护人仅采取“保全”资产的管理方式，特别是储蓄存款，其结果并不能符合“最有利于被监护人的原则”（《民法典》第 35 条第 1 款）。因此，笔者认为我国民法虽然没有明确规定监护人的投资义务，但在解释论上，可以从第 34 条第 1 款中“保护”、第 35 条第 1 款“最有利于被监护人的原则”解释出包括监护人有义务使被监护人的财产投资增值。

以上结论，当然适用于法定监护人。因为法定监护人主要是近亲属，近亲属管理和投资被监护人的财产，通常会考虑被监护人的最大利益，道德风险较低。至于意定监护人是否承担财产投资增值的义务，首先要看意定监护协议的约定。从目前意定监护的实践看，意定监护协议一般只约定监护人有义务管理和保护被监护人的财产，而对于一些处分财产的投资，例如抵押房屋进行借贷，则约定限制。归根到底，从目前中国社会现状看，意定监护的需求者通常是缺乏关系最密切的近亲属，因而才去寻求其他人或社会组织的帮助。而意定监护人承担监护事务，往往是一项负担。因此，对于意定监护人，还是要注重防范其侵害被监护人利益的可能性。而且，若被监护人尚有其他亲属，意定监护人在执行监护事务时进行财产处分和投资，一旦发生投资风险，监护人可能面临被监护人亲属的诸多责难。因此，在中国目前社会环境下，如果意定监护协议中约定监护人可进行财产的投资和处分，监护人的投资行为须符合委托合同的受托人服从指示的义务（《民法典》第 922 条）；如果没有约定，或约定不明，应认为意定监护人没有超出财产保管以外的投资或处分的权利和义务。

综上所述，我国民法上的意定监护应采“委托+代理”的法律构造，监护人的权限和义务可归纳如下：首先，意定监护人作为委托合同的受托人享有处理委托人事务的管理权。与法定监护不同，意定监护人的代理权和处分权来自于委托人的授权，也应当遵守《民法典》第 35 条第 1 款关于代理权限制的规定。其次，无论意定监护协议有偿或无偿，意定监护人作为受托人从事事务管理应尽到一般理性人的注意义务，若有过失应对其造成的损害承担赔偿责任。再次，意定监护人作为被监护人的代理人，适用《民法典》第 168 条的禁止利益冲突代理的规则，若意定监护人从事此类行为，其法律效果是效力待定。最后，意定监护人通常仅负有妥当保管被监护人财产的义务，若无明确约定，没有对于财产投资增值的义务。

三、信托与意定监护的制度比较和协同应用

信托是一种管理他人财产并使特定人受益的法律制度，意定监护是监护人基于委托合同为了被监护人的利益而管理财产。如前所述，我国民法上意定监护应解释为“委托合同+代理授权”，而根据《信托法》第 2 条，“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”，为受益人的利益或特定目的进行管理或处分的行为。因此，信托与意定监护都采取“委托—受托”的法律关系结构，都是建立在委托人对受托人信任的基础上，因此受托人都承担信义义务（fiduciary duty）。就制度功能而言，二者都是通过意思自治实现财产管理的法律工具，意定监护与信托都是基于法律行为产生，贯彻了委托人自主决定财产管理的权利。可见，信托与意定监护在法律构造、受托人义务等方面具有近缘相似性，在功能上具有可替代性。而实践中将信托引入成年监护之中，主要是考虑到信

托在财产管理方面具有比较优势。于此，有必要在理论上厘清信托在管理权限、财产投资、受托人义务等方面的特点和优点，从而为二者的协同应用奠定法理基础。

（一）信托受托人的管理权限

信托受托人与意定监护人都有管理他人财产的权限和义务。对于信托而言，受托人通常是取得委托人的财产权利，有更加自由地管理财产的权限。在英美法中，信托建立在普通法与衡平法的双重所有权结构基础上，受托人取得普通法上的法定所有权，但从衡平法上看，受托人系替他人持有财产，后者为受益人，是真正的权利人。因此，为了完成信托设立，必须确保财产权利转让给受托人，并使其基于信托为他人持有财产。反观我国《信托法》第 2 条第 1 款“将其财产权委托给受托人”，并没有明确受托人是否取得财产权利。实际上，考察《中华人民共和国信托法（前稿草案）》第 3 条第 1 款规定“本法所称信托，是指委托人基于对受托人的信任，将其财产权转移给受托人，受托人按委托人的意愿以自己的名义，为受益人的利益或特定目的，管理或处分财产的行为。”这里表述为委托人“财产权转移给受托人”。按参与《信托法》起草的江平教授的解释，这是因为立法通过前，究竟信托财产是谁的有不同看法，结果就采取模糊“将财产权委托给受托人”的表述。但学理通说将其理解为财产权转移给受托人才能设立信托。司法实践中也采此观点。至于如何转移财产权给受托人，则按照物权、债权、股权、知识产权等权利的变动要件对待即可。

将信托与意定监护比较，可知信托具有如下优势：

第一，信托受托人既然已经取得了财产权，只要是符合信托目的，他可以自己的名义，而非以代理人的名义，与第三人进行任何涉及信托财产管理方面的法律行为，也即无需取得代理授权。与此不同，意定监护人管理被监护人的财产，仅得在取得代理权或处分权的前提下才能处分被监护人的财产。

第二，信托受托人享有宽松的裁量权限，同时与委托人的关系也存在经济学意义上的“代理成本”问题，即受托人若不受控制，极容易造成受益人或信托财产的损害，因此须以更强的规制措施控制受托人机会主义行为。首先，《信托法》第 14 条第 2 款规定，受托人因对信托财产管理运用、处分或其他方式取得的财产，都属于信托财产，这被称为“信托财产的物上代位”原理。而在意定监护委托合同的架构下，如监护人未以被监护人的利益为目的或超越授权范围而进行财产处分，第三人可能取得权利（如善意取得），被监护人不可要求第三人返还；处分人（监护人）即使取得相应的对价金钱，若未归入被监护人的财产（例如价金未转入其账户），而是处分人先取得，归入其责任财产，被监护人对此不享有物上代位权或优先权。

第三，信托受托人如果违背信托目的处分财产或违背管理职责处分信托财产，造成信托财产损失的，委托人可以申请法院撤销该处分行为，并要求受托人恢复财产或予以赔偿（《信托法》第 22 条第 1 款前句）。这是维持信托财产独立性而规定的特别手段。而意定监护的委托人则无此类撤销权，若因处分而致被监护人财产损失，只能在内部关系中根据违约或《民法典》第 34 条第 3 款，追究监护人的损害赔偿责任。

总之，信托受托人比意定监护人享有较大处分财产的权限，为维持信托财产的独立性和保护受益人，信托法对于受托人设置了较为严格的规则。

（二）受托人忠诚义务之比较

信托受托人接受处理信托事务，应承担“信义义务”（或受信义务，duties of fiduciaries），为受益人的最大利益处理信托事务（《信托法》第 25 条第 1 款）。从体系上看，信义义务主要包括忠诚义务（duty of loyalty）和谨慎义务（duty of prudence，或注意义务 duty of care）两类。正

因为信托给予受托人较大的自由裁量权，才应当以忠实义务控制裁量权的风险。而谨慎义务是防止受托人的过失行为，其实与是否接受信托没有本质的联系。因此，忠实义务才是信义义务核心的、不可或缺的内涵。我国《信托法》第 25 条第 2 款规定：受托人管理信托财产，必须恪尽职守，履行诚实、信用、谨慎、有效管理的义务。此处的诚实、信用属于忠诚义务范畴；恪尽职守、谨慎、有效管理，属于注意义务范畴。

从我国《信托法》相关规定的结构和内容看，第 25 条第 1 款“为受益人的最大利益处理信托事务”是忠诚义务的一般性规定，第 2 款“诚实、信用”进一步强调了忠诚义务的要求。第 26 条规定受托人不得利用信托财产为自己谋利、第 27 条规定不得将信托财产转为固有财产，这些构成“不得谋利”规则。但《信托法》第 26 条的文义过窄，理论上应将不得谋利解释为，受托人不得利用其地位（不限于利用信托财产），为了本人以外的其他人（包括自己和第三人）谋取利益。《信托法》第 28 条规定受托人不得将固有财产与信托财产交易、不得将不同委托人的财产进行相互交易；第 29 条规定受托人应将信托财产与固有财产分别管理、将不同委托人的信托财产分别管理，这些构成“避免利益冲突”规则。英国判例认为“如果有人负有受信义务，他就不得被允许参与他具有或者可能具有个人利益冲突的事项中，或者那些可能和他应当保护的人的利益相冲突的事项中。”由此引申避免利益冲突包括：受托人不得从事与自己利益冲突的行为（禁止自我交易）；以及不得同时代表两个以上的、有利益冲突的委托人行为（禁止双方行为）。

违反忠实义务的责任后果是严格的、多重的。首先，根据《信托法》第 22 条第 1 款，受托人违反信托目的处分信托财产或者因违背管理职责、处理信托事务不当致使信托财产受到损失的，委托人或受益人（第 49 条）可以请求撤销该处分行为，取回财产；或者要求受托人将信托财产恢复原状或者损害赔偿；信托财产的受让人如果明知违反信托目的而接受该财产，应予返还或赔偿。反之，如果受让人为善意且支付对价的，则不可请求其返还。此外，还须指出，受益人向信托财产受让人主张的返还请求权具有强大的追及效力。英国信托法赋予受益人“跟踪和追及”的权利。跟踪意味着第三人取得财产可识别时，应予返还；但如果财产丢失或毁损，则无法再对之进行跟踪。追及意味着初始财产无法被跟踪（如耗尽或混同）时，还可以追及到受让人现在持有的、由初始财产转化后的代位财产上。例如受托人违反信托将股份无偿赠与第三人，继而该第三人出售该股份，并用所得资金购买了汽车，则受益人的权利可按顺序追及至股份、资金以及汽车。

其次，受托人违反忠诚义务所获得的利益，都归入信托财产，这是受益人的归入权。归入的情形不限于《信托法》第 26 条第 1 款规定的利用信托财产为自己谋利，还包括侵吞受托财产（《信托法》第 27 条）、将固有财产与信托财产交易，或就不同信托财产之间进行交易（《信托法》第 28 条）所取得的利益等。归入权的特点有二：其一，不以受益人或委托人的损害为必要，即使没有发生损失，也可主张归入；其二，归入是一种严格的责任，只要受托人利用信托地位为自己或他人谋取利益，无需考虑过错，即可产生归入权。这种严格责任的根本原因是因为受托人享有较大的自由裁量权，因而违反忠实义务的后果比较严厉。

就监护而言，如前所述，监护人对于被监护人也承担一定程度的忠诚义务，监护人不得从事自我交易，不得为自己谋取利益。尤其是在意定监护情形，基于“委托+代理”的法律结构，也适用《民法典》第 168 条代理法上的“利益冲突禁止”规则。

事实上，从意定监护协议的委托合同性质看，受托人承担的忠诚义务接近于信托的受托人。虽然大陆法系国家民法典上没有明确委托合同受托人是否承担忠诚义务，但民法学理上对此是认可的。拉伦茨指出：委托人就其自身之事务托付给受托人，受托人对于委托人负有诚信义务（Treupflicht），

这构成了委托关系的人格法因素。委托与一种信托地位（treuhänderische Stellung）紧密联系在一起，受托人要把委托人的事情当作自己的一样对待，理解委托人的需求，为委托人的利益着想。”埃塞尔也认为委托合同的受托人如同处于信托的法律地位，信任关系（Treuhandbindung）构成了作为事务处理合同的委托合同在实体上或内容上的特征。与承揽、雇佣合同相比，委托合同的债务人“为了维护事务本人之利益而负担的特殊的诚信义务。这一义务构成受托人(在其整体地位上)的主义务，因为维护他人之利益构成了委托的本质。”

委托合同受托人具体义务包括事务处理、服从指示、结算和报告、以及交还财产等义务。尤其是交还财产的范围最能说明受托人适用利益冲突禁止规则。《民法典》第 927 条规定“受托人处理委托事务取得的财产，应当转交给委托人。”此处转交的财产包括受托人以自己名义或以委托人的名义取得的金钱、物品及其孳息、所取得之物权或其他支配性权利、以及债权。交还财产的范围包括受托人执行事务或与执行事务有关而获得的全部利益。但受托人因处理事务中而碰巧（bei Gelegenheit）获得之利益，例如小费、纯粹个人性礼物，这些与管理事务没有实质上联系的利益，不属于交还之列。但如果受托人取得利益，存在使委托人遭受不利的危险时，即应肯定存在实质上的联系。总之，受托人在处理事务中不能为自己谋利，如果利用处理事务之机获得利益，应归属于委托人。

由上可见，委托合同的受托人也负有忠诚义务，违反禁止利益冲突规则的后果是交还所取得利益，这类似信托中的归入权。但信托中的归入是归入到信托财产，具有财产的独立性，可以对抗受托人的强制执行或破产程序。而委托合同中的受托人若尚未将取得的财产权利转交给委托人之前，恰好被强制执行或进入破产程序，则委托人对于应交还的财产，并无支配性权利，不能对抗强制执行或在破产程序中享有取回权或优先权。因此，从意定监护人与信托受托人违反忠诚义务的法律效果看，后者对于受益人更强的保障作用。

（三）受托人谨慎义务和投资义务之比较

《信托法》第 25 条第 2 款规定受托人管理信托财产，履行谨慎、有效管理的义务。此处规定的谨慎义务，是指受托人应尽到合理谨慎人处置自己财产时一样的注意（care）、技能（skill）和谨慎（caution）的义务。比较而言，忠诚义务更侧重于控制受托人的裁量权，禁止受托人滥用受托人的地位，而谨慎义务则着重于受托人有无过失、是否缺乏专业、注意力。

信托法上受托人的谨慎义务有多层涵义。首先，在信托法的发展早期，受托人的义务侧重保守地管理财产，而非考虑如何使其增值。若仅就财产的“保全—管理”而言，受托人按照一个客观理性人的注意标准，对待和管理的他人财产，避免发生风险和损失，就算是尽到了谨慎义务。在这个意义上，信托受托人这类义务，与民法上的“善良管理人”或“理性人”注意义务标准没有本质区别。例如委托合同中，受托人负有小心谨慎地处理其所承担之事务之义务。其他类似的管理人，例如财产代管人、监护人、无因管理人、保管人、承运人等均负有此类注意义务。因此，在现代英国信托法上，注意义务与侵权法上的过失注意标准逐渐趋同。

其次，现代信托法中的谨慎义务转向注重受托人将信托财产进行合理的投资并使其增值的义务，这种“投资—管理”义务成为信托的应有之义。美国信托法上要求信托受托人应尽到合理的注意，运用其能力管理信托财产，并提供合理利率的收益。具体言之，如果涉及不动产，受托人有义务为创造收益而出租、经营、使用或出售。如果涉及资金，受托人可根据信托合同条款进行投资；如果没有明确的投资义务，受托人负有保持信托资金安全并赚取合理利息的义务，例如存入信誉良好的银行。若将信托资金超额存入或长时间不合理地存入无息活期存款，都属于违反信托义务。

就受托人的投资义务而言，现代信托法经历了

从谨慎人规则（prudent man rule）到谨慎投资人规则（prudent investor rule）的发展转变。受现代投资组合理论影响，1992 年美国《信托法第三次重述》转向“谨慎投资人规则”，随后各州都纷纷制定《谨慎投资人法》贯彻这一理念。简言之，这一规则强调不能单独认定每一投资类型或投资行为的不谨慎，每个投资决定都不是单独的，而是应当将其放在投资组合的背景下，作为整体投资策略的一部分看待。因此，受托人的投资应综合考虑信托合同的目的、条款、分配要求和其他情况（Rest. 3d § 90）。

我国《信托法》第 25 条第 2 款关于谨慎义务有原则性规定。《证券投资基金法》第 9 条第 1 款、《慈善法》第 48 条第 1 款、《信托公司管理办法》第 24 条、《信托公司集合资金信托计划管理办法》第 4 条、《私募投资基金监督管理暂行办法》第 4 条第 1 款都有规定信托财产的受托人负有“谨慎勤勉的义务”“谨慎管理的义务”。关于受托人“谨慎投资人”的义务，例如《证券投资基金法》第 9 条第 2 款基金管理人进行证券投资“应当遵守审慎经营规则，制定科学合理的投资策略和风险管理制度，有效防范和控制风险。”《信托公司集合资金信托计划管理办法》第 25 条规定“信托资金可以进行组合运用”“信托资金进行证券投资，应当采用资产组合的方式，事先制定投资比例和投资策略，采取有效措施防范风险。”《保险资金运用管理办法》第 27 条第 3 款受托人“根据保险资金特性构建投资组合。”可见，我国在营业信托领域实质上已经引入了“谨慎投资人”规则。

就法律效果而言，违反谨慎义务，根据《信托法》第 22 条第 1 款，委托人或受益人可请求撤销其处分行为、要求受托人恢复信托财产原状以及损害赔偿。受托人有重大过失的，可以根据《信托法》第 23 条解任受托人。

综上可知，受托人的谨慎义务区分为普通的谨慎管理义务和较高的谨慎投资义务两类。将意定监护与信托中的注意义务比较：

第一，就普通的管理义务而言，二者没有本质区别，意定监护协议中的注意义务与信托中的注意义务都应以理性第三人的注意标准确定，实际上就是过失的判断标准。意定监护或信托中的受托人未尽注意义务，应对自己的过失负责。

第二，就财产的投资义务而言，意定监护人只能根据意定监护协议才能取得投资权；如果没有约定或约定不明，意定监护人没有超出财产保管以外的投资或处分财产的权利和义务。至于信托的受托人，如果是普通的民事信托，受托人是否享有投资管理权限和义务，须根据信托文件来确定；如果是专业的信托机构，则受托人负有投资的义务，且享有较大的裁量权，受托人只要审慎考虑投资组合策略后，即使出现投资风险，也不必负责。

（四）意定监护与信托的协同应用

归纳上文所述，信托与意定监护（委托）相比，在财产管理方面具有较明显的优势，主要体现在：其一，信托受托人管理他人财产，取得该财产的权利归属，并享有较大的裁量权和处分权，只要是为了受益人的目的，处分财产一般不受限制；其二，受托人就受托管理财产与他人从事法律行为，以自己的名义即可，无需代理或处分授权，但所获之对价和收益，都属于信托财产；其三，信托受托人承担较重的忠诚义务，因违反忠诚义务所获利益，受益人可主张归入信托财产中；其四，营业信托受托人有义务进行投资经营，以确保信托财产增值。总之，信托财产管理具有灵活、安全、高效的优点。

鉴于信托的优势和功能替代，法律实践部门通过交易设计安排，将信托引入监护之中，将二者组合运用。以万向信托公司成功办理我国第一单“监护支援信托”为例，信托公司在接受委托人的财产管理事务的同时联合公证机构，对老年委托人的人身照管通过意定监护方式也做出安排。具体言之，一方面，完全行为能力的委托人与信托公司签订以自己为受益人的资金信托合同（自益信托），委托人将资金转入信托账户，信托公司有义务按照“组

合投资策略”使受托资金增值，并将信托收益逐步分配给委托人。另一方面，委托人选定意定监护人，在公证机构办理意定监护协议公证，以明确其行为能力欠缺后意定监护人履行监护职责的起始时点和具体事项范围等。当委托人失去行为能力后，由公证处确认意定监护人开始履职，但他并不直接掌管被监护人的财产，被监护人日常生活需要的开支，须由信托公司根据信托合同定期向被监护人账户转账；如果被监护人出现重大疾病或特殊需要时，信托公司根据意定监护人提供的医疗证明等文件，进行大额转账。通常委托人在办理信托和意定监护的同时，以公证形式向意定监护人进行医疗处分授权，并设立公证遗嘱确定遗产如何分配，或进行慈善捐赠，由此形成一个人身、财产事务自我管理安排的闭环。

通过这样的交易结构安排，委托人实现了多重的人身和财产事务安排目的：第一，委托人将财产设立信托，而信托财产不受委托人或受托人破产或被强制执行的影响，由此实现了风险隔离，加之受托人承担较重的忠诚义务，并受到国家严格的金融政策监管，从而确保了资产的安全性；第二，委托人指定信托财产用于自己生活保障（或其他近亲属生活、或慈善捐赠等），从而将目的意思“冻结”在信托财产上，即使其失去行为能力，该目的也不受影响，从而确保了财产使用目的稳定性；第三，信托受托人通常为专业机构，对信托财产有投资增值的义务，从而确保了资产的可持续性；第四，也是最为重要的，将财产管理事务从监护中剥离出来，围绕着被监护人，形成监护人与信托受托人相互制衡的关系格局，有利于防范单一监护人或信托受托人的道德风险。

从目前我国的意定监护+信托的业务实践来看，其局限性主要在于：从委托人角度看，办理和持续进行该业务的管理费用较高，若不具备一定的资产规模，普通的民众难以承受其交易成本；从信托受托人角度看，限于我国信托公司的经营范围以及金融监管规则的要求，目前信托公司仅接受资金信托，而房产、股权、债权、知识产权等财产无法直接设立信托，须将此类财产处分转为资金再设立信托。

最后应予说明，监护与信托组合应用不限于成年意定监护的场合。智障、自闭症等病患成年人及其近亲属也是一种有特殊需要的社会群体。例如，自闭症成年人的父母已步入老年阶段，在身体自顾不暇或行将去世的前提下，通过委托监护协议将子女的人身照管委托他人进行监护，同时将财产设立以子女为受益人的他益信托，以信托收益供养其生活，使其善终。信托公司和公证处在办理此类业务中也利用监护+信托的交易结构设计，其原理相同。

四、结论

为他人进行事务管理体现了人类社会成员之间的互助精神以及专业合作的理念，是社会分工发展趋势的必然结果，它广泛反映在民商法的诸多制度中。从民法上看，首先是以意思自治创设的各种以管理他人财物或事务为内容的合同，例如委托、保管、仓储，意定监护亦属此类。其次，民法上还有大量法定的事务管理规则，例如失踪人的财产代管、无因管理、拾得人保管遗失物、法定监护属于此类。从商法上看，公司董事和高管、破产管理人、信托受托人广义上都是从事管理他人财产的专业人士。这些以管理他人事务为内容的私法关系，都建立在信任的基础之上，管理人被期待要为本人的利益最大化而行事。“受人之托，忠人之事”，意定监护人与信托受托人都是受信之人，都承担着信义义务，只是程度有别，这是融贯地理解和运用二者的理论前提。

意定监护与信托都是根据委托人的自由意思确立的事务管理法律关系，二者在法律结构上具有同源性、在功能上具有替代性。相比而言，信托作为一种专业的财产管理工具，具有较多优点。将意定监护与信托组合运用时，委托人在具有完全行为能力状态下，订立意定监护协议，并以自己为受益人将财产转移给受托人设立信托，从而利用意定监护实现人身照顾，利用信托实现财产高效管理。这

种制度工具组合，一方面发挥信托的财产管理优势，弥补监护人的财产管理能力不足；另一方面，使监护人与财产管理脱钩，而更关注被监护人的人身照管。由此，二者各司其职，协同合作，形成一种制衡机制，妥当地解决了意定监护人的道德风险问题。

《人权研究》季刊 |李洪祥 武慧星：诉讼离婚女性权利立法和司法保护研究

原创：2020-10-14 IHRCUPL 法大人权研究院
https://mp.weixin.qq.com/s/AlR9-Zv9s2oKbCmr8LN8tg

作者 |
李洪祥，吉林大学法学院教授
武慧星，吉林大学法学院民商法学研究生

摘要与关键词

摘要：诉讼离婚女性权利保护立法、司法有一个不断完善的过程。在此过程中，诉讼离婚女性权利保护仍然存在着立法与司法层面的问题，影响着离婚女性在人身方面与财产方面的权利实现。这与传统观念、国家立法和司法实践直接相关。因此，应当从立法、司法等方面入手，解决诉讼离婚女性权利保护存在的诸多问题，切实保护诉讼离婚女性权利。

关键词：诉讼离婚 女性权利 特殊群体 制度保障

正文内容

女性权利保护一直是社会现实问题，也是社会的焦点问题。随着经济社会发展以及人们思想观念的进步，女性的社会地位不断提高。我国法律从来没有间断重视对女性权利的保护，《中华人民共和国宪法》（以下简称“《宪法》”）作为国家的根本大法，强调男女地位平等，以保护一直被视为弱势群体的女性的权利，由此形成了以《宪法》为根据，以《中华人民共和国民法典》（以下简称“《民法典》”）、《中华人民共和国妇女权益保障法》（以下简称“《妇女权益保障法》”）等法律为主体的女性权利保障的法律体系。在男女平等的社会中，女性作为独立的个体，是婚姻家庭关系的主体， 也是各种社会关系的积极参与者，其家庭地位和社会地位不断提高，女性权利的保护受到广泛关注。同时也要承认，女性作为权利主体，在婚姻家庭领域甚至在离婚问题上，其权利并没有完全得到实质保护。离婚包括协议离婚和诉讼离婚两种方式。协议离婚是婚姻当事人协议的结果，重点在于协议。这个协议可以在婚姻登记机关进行离婚登记而生效，也可以在人民法院达成并通过离婚调解协议书而生效。无论如何都是婚姻当事人自己意思自治的结果，我们尊重并认可当事人的意思自治。诉讼离婚则是通过向人民法院提起离婚诉讼，由人民法院依照法律规定通过判决而发生效力。其中，立法、司法都会影响女性权利的保护。因此，从诉讼离婚女性的权利保护入手，研究诉讼离婚女性权利保护存在的问题及原因，并在此基础上提出完善的建议，具有理论和实践意义。

一、诉讼离婚女性权利保护的立法与司法现状梳理

诉讼离婚女性一般面对两个问题，即离与不离问题以及子女抚养与共同财产分割问题，这些均由人民法院依法判决确定。其中涉及到离婚女性的人身权利与财产权利，人身权利包括离婚自由、子女抚养与探望、离婚损害赔偿，财产权利包括离婚财产分割、离婚经济帮助与离婚经济补偿等。

（一）诉讼离婚女性权利保护的立法现状梳理

《民法典》颁布之前，1980 年颁布、2001 年修改的《中华人民共和国婚姻法》（以下简称“《婚姻法》”）和《妇女权益保障法》这两部法律对离婚女性的人身权利和财产权利的保护作出了较为具体的规定。针对女性独特的生理特征、在婚姻家庭中角色定 位而对诉讼离婚女性权利保护的规定，旨在保护处于弱势地位的女性，实现男女实质平等。《民法典》在前面立法的基础上对有关制度进行了进一步的完善，以适应当前离婚女性面对问题较多的现实。

1.《婚姻法》对诉讼离婚女性权利保护现状

我国建国以后颁布的第一部重要法律就是 1950 年《婚姻法》，此后于 1980 年颁布的新《婚姻法》反映出我国立法对女性婚姻家庭权利保护的与时俱进和创新。

1950 年《婚姻法》对于后续的婚姻法立法具有重要影响，其对保护女性在婚姻家庭中平等独立的地位、保护离婚女性权利具有划时代的意义。关于诉讼离婚女性的权利保护，该法在人身权和财产权两个方面都有规定：对人身权的保护主要体现在第 17 条， 赋予了女性离婚自由，使得女性摆脱了历史上对离婚缺乏自主权的命运，享有与男性同样的应对婚姻问题的权利；此外，第 18 条还基于女性独特的生理特征，规定了女方怀孕期间和分娩一年内男方不得提出离婚，但女方提出离婚的不受此限制。对于离婚后的子女抚养问题，立法规定“离婚后，女方抚养的子女，男方应负担必须的生活费和教育费的全部或一部”，这可以视为是对离婚女性抚养子女权利的保护。对财产权的保护主要体现为对于离婚时家庭财产的分割，立法规定了法院应当将照顾女方列入考量范围，作为判决的依据之一；对于共同债务，在无共同财产或财产不足以清偿时，由男方清偿；对于离婚后因未再婚而生活困难的一方，另一方应帮助维持生活，这是离婚经济帮助制度的起源。这些是立法针对诉讼离婚女性的特殊规定。

1980 年《婚姻法》继承了 1950 年《婚姻法》保护女性、实现男女平等的基本原则，仍将女性作为弱势群体进行保护，同时删除了对女性不平等的字眼。对于离婚女性权利保护保留了离婚自由、共同财产分割时照顾女方以及离婚救济制度。立法对离婚经济帮 助制度作了稍微变动，取消了受帮助方“未再婚”这一条件，即只要一方生活困难，另一方就应给予适当帮助。关于子女抚养的问题，规定了非抚养一方应负担子女必须的生活费与教育费，相较于此前该费用由男方负担的情形，这一规定凸显了男女平等和保护女性权利的特征。

在社会不断发展的背景之下，针对婚姻家庭领域出现的一些新情况、新问题，如重婚、婚外情、家庭暴力等，立法机关在 2001 年对《婚姻法》进行了修订，确立了离婚损害赔偿制度，以保护当事人的合法权益并维护婚姻家庭的稳定。对于离婚时共同财产的处理，除了秉持一贯的照顾女方的原则之外，还新增了离婚经济补偿制度。由此，我国确立了包含离婚经济帮助、离婚经济补偿和离婚损害赔偿三个具体制度的离婚救济制度，其立法规定虽然不具有性别色彩，只要是有困难一方或受害一方都可根据这些制度保护自己的权利，但是由于婚姻家庭中男女地位的差异以及在家庭中角色分工的不同，需要帮助或受害的一方往往是女性，所以这些制度大多数情况下成为保护诉讼离婚女性权利的武器。

2.《妇女权益保障法》对诉讼离婚女性权利的特殊保护

《妇女权益保障法》明确保护妇女的政治、文化教育、婚姻家庭等各方面的权利，以充分实现男女平等。对于诉讼离婚女性权利保护，主要表现为：第 47 条规定了离婚经济补偿制度，与《婚姻法》的规定内容一致；第 48 条规定了离婚分割共有房屋时 法院应考虑照顾女方的原则；第 32 条规定了

“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”；第 50 条规定离婚时子女的抚养，如女方丧失生育能力，应照顾其合理要求。

3.《民法典》对诉讼离婚女性权利保护规定

《民法典》对于诉讼离婚女性权利的保护在离婚自由、夫妻共同财产分割方面的变化不大：离婚自由方面，《民法典》规定女性与男性享有同等的离婚自由权，对于判决离婚的理由仍然是“感情确已破裂”，应当准予离婚的情形同《婚姻法》的规定一样；共同财产的分割方面，《民法典》同《婚姻法》一样，规定了人民法院在判决时要考虑照顾女方，但是，对于夫妻共同财产分割的前提，即对夫妻共同财产范围的认定，将劳务报酬、投资收益纳入夫妻共同财产的范围，一定程度上适应了人们收入渠道多样化的现实。对于婚后从事更多家务劳动、丧失一定机会利益的女性而言，或许夫妻共同财产的范围有所扩展。除此之外，《民法典》对诉讼离婚女性在子女抚养以及离婚救济制度方面的权利作出了一定改动：关于子女的抚养，将离婚时哺乳期的子女随哺乳的母亲抚养的原则改为不满两周岁的子女由母亲直接抚养的原则；对于离婚后非抚养子女一方负担的费用，将负担部分或全部必要的生活费和教育费改为负担部分或全部的抚养费；对于离婚救济制度，取消了作为离婚经济补偿适用前提条件的“分别财产制”，增加了离婚损害赔偿的事由，这在一定程度上扩大了离婚救济制度的适用范围。

（二）诉讼离婚女性权利保护的司法现状梳理

实践中，诉讼离婚女性无非面临的是离与不离、子女抚养与离婚财产分割的问题，可将其概括为离婚自由、子女抚养与探望、共同财产分割及离婚救济等方面。截至 2020 年 5 月 25 日，我们在“聚法案例”中以“离婚纠纷”为案由共检索到 1,714,181 份判决，可见我国诉讼离婚案件数量之庞大。下文将从实践的角度对诉讼离婚女性权利保护的现状进行梳理。

首先，关于离婚自由，实践中判决是否准予离婚依据的是《婚姻法》第 32 条的规定。从“聚法案例”所显示的数据来看，该条在离婚纠纷类案件中被引用高达 920,020 次，其适用情况与女性离婚自由的保护有密切关系。在以女方作为原告的离婚纠纷案件中， 女方所提出的离婚理由包括性格不和经常吵架、缺乏交流感情淡薄、因感情问题分居、家庭暴力、婚外情等，对此，男方一般会辩称双方感情尚未破裂，不同意离婚，而法官判决准予离婚的理由主要是“感情确已破裂”。大多数情况下，法官不会轻易判离，一般是以双方感情还有挽回的余地、为了子女利益、感情破裂的证据不足等理由判决不准离婚，这是否损害女性的离婚自由值得深思与警惕。

其次，关于子女抚养与探望权。我们在“聚法案例”中的“本院认为”部分以“子女抚养”为关键词，以“离婚纠纷”为案由共检索到 68,449 份判决，以“探望权纠纷”为案由共检索到 6,627 份判决，可见子女抚养与探望存在的纠纷较多。在诉讼离婚的过程中，男女双方对子女抚养权的归属问题一般不太容易达成共识，尤其是独生子女抚养权的归属。司法实践中，判决子女抚养权归属以子女利益最大化为基本原则，在此基础之上还要综合考虑男女双方各自的经济状况、心理状况等多种因素。虽然立法对女性作出照顾性的规定也只是在其丧失生育能力或子女不满 2 周岁的情况之下，但不得不承认由于家庭角色分工的不同，女性在生育子女后往往没有收入或收入来源容易受影响，在争夺子女抚养权时与男性相比处于劣势。

再次，关于共同财产分割。在“聚法案例”的“本院认为”部分，以“财产分割” 为关键词，以“离婚纠纷”为案由，共检索到 25,974 份判决。

法院判决夫妻共同财产分割除依据平等原则之外，还考虑照顾子女及女方、照顾无过错方、有利于生产与生活、不损害集体与第三人利益等因素。大部分情况下法官会按照平等原则进行分割，对于照顾女性的原则一般是在女性无工作、无经济来源或承担大部分家务的情况下才适用。此外，离婚财产分割是以共同财产的范围认定为前提的。在这个财产类型逐渐多样化的时代，一个家庭的财产除了工资、奖金等有形收入外，还有学位、资格证等无形财产，而实践中往往容易忽视无形财产，这对于需要被照顾的女性而言是不公的。

最后，关于离婚救济制度。实践中女性提出离婚救济的情况较少，获得离婚救济的情况也较少。我们在“聚法案例”数据库中的“本院认为”部分，以“《婚姻法》第四十二条”（离婚经济帮助）为关键词，以“离婚纠纷”为案由，共检索到 1,818 份判决；置换其中一个检索条件即关键词，以“《婚姻法》第四十条”（离婚经济补偿）为关键词，共检索到 223 份判决；以“《婚姻法》第四十六条”（离婚损害赔偿）为关键词，共检索到 3,095 份判决。这与数量庞大的离婚案件形成鲜明对比。理论上，离婚救济制度大多数情况下是女性权利保护的武器，但该制度在实践中对女性权利保护的作用并不大。

二、诉讼离婚女性权利保护存在的问题

受各种因素的影响，近年来离婚率持续走高。据民政部门的统计数据显示，从 2014 年到 2018 年，离婚率从 2.7‰上升到了 3.2‰。由于生理、社会分工的不同，女性一直处于弱势地位，立法确立的婚姻自由、共同财产分割、子女抚养、监护、探望权、离婚 经济帮助、离婚经济补偿、离婚损害赔偿等制度对离婚女性权利进行保护仍存在不足。受传统因素的影响，多数情况下女性在婚姻关系存续过程中承担着照顾家庭的大部分责任，离婚后的女性不仅面临着就业方面可能的性别歧视，有的还承担着抚养孩子的压力，其生活标准往往会有所下降。以下从立法和司法实践两个角度审视诉讼离婚女性权利保护存在的问题。

（一）诉讼离婚女性权利保护在立法方面存在的问题

经济社会的发展带来的离婚问题日益增加。考虑到立法的滞后性，现在的婚姻家庭制度还存在着一些问题，导致诉讼离婚女性权利不能受到全面周到的保护。当前我国立法对诉讼离婚女性权利保护存在的问题主要有：

1. 性在行使离婚自由权上存在的问题

立法赋予女性与男性相同的离婚自由权，这在《民法典》《妇女权益保障法》中均有规定。虽然立法对于离婚自由一直较为重视，但实际上立法所规定的离婚自由是原则性的，可操作性不足。在诉讼离婚的过程中，法院判决离婚的依据是“感情确已破裂”“感情不和”或者“婚姻关系能否维持”，而“感情不和”或者“婚姻关系能否维持”的概念内涵和外延较为模糊，过分依赖或者机械适用这一依据，不利于保障女性行使离婚自由权。

2. 子女抚养与探望权方面存在的问题

关于子女的抚养，《妇女权益保障法》明确规定在女性丧失生育能力的情况下，处理子女抚养问题时应照顾女方的合理要求；《民法典》则规定了不满两周岁的子女在离婚后由母亲直接抚养的原则，这对于那些将子女视为精神支柱的离婚女性来说未尝不是一件好事。男女双方享有平等的对子女的抚养权，这是立法规定的原则，但事实上，子女抚养权的获得，不仅要考虑子女的年龄，还要考虑男女双方的经济状况、精神状态等诸多因素，也即立法规定的原则实际上并不一定使诉讼离婚女性能够直接依此条文就获得抚养权。对于探望权，立法规定了非抚养子女的一方享有探望权，另一方有协助的义务。然而，这种规定在实践中面临执行困难。

3. 夫妻共同财产分割存在的问题

诉讼离婚涉及到共同财产分割问题。《婚姻法》第 39 条规定了夫妻共同财产分割的方法，即夫妻双方有协议的按照协议办理，无协议或者协议不成的，由法院根据财产的具体情况以及照顾子女和女方权益的原则判决。《民法典》同样秉持了分割共同财产时照顾女方权益的原则。夫妻共同财产分割的前提是对共同财产范围的认定，这直接影响到女性权利是否得到切实的保护。《婚姻法》第 17 条以列举加兜底的方式规定了夫妻共同财产的范围，但随着经济发展的多样化和人们收入渠道的增多，立法所列举的夫妻共同财产的范围并不能包含所有的收入来源。此外，即使有兜底条款，其规定的模糊性与不确定性使得法律条文的可操作性并不强，很容易导致司法实践中的认定困难，进而导致一些财产不能被纳入夫妻共同财产的范围进行分割。而受传统因素影响，目前仍有很多家庭是“男主外、女主内”的模式，家庭收入主要来源于男方。受立法局限，一些财产并不能被认定为夫妻共同财产，这就影响了女性在共同财产分割方面权利的落实。《民法典》增加了“劳务报酬”“投资收益”这两种可被认定为共同财产的财产类型，是适应人们收入渠道多样化这一现状的结果。但事实上，随着经济发展的多样化，人们的收入类型不会局限在立法所列举的情形中，需要立法细化或补充说明，以增强其可操作性，尽可能使法官在裁判时有具体法律条款可以依据，对自由裁量权有所限缩。

4. 离婚救济制度存在的问题

《婚姻法》将离婚救济的理念植入离婚制度，在原有离婚经济帮助细化的基础上，增设了离婚损害赔偿制度和离婚经济补偿制度，确立了较为完整的离婚救济制度。离 救济制度是为离婚时处于弱势地位或权利受到损害的一方提供的权利救济手段，男女平等地享有此种权利。“但自该法实施以来，各项离婚救济措施基本处于搁置的状态，多项调查表明，救济功能未能得到很好发挥，没有达到预期的立法效果。”现实生活中，由于诸多因素影响，女性往往是需要被救济的一方，离婚救济制度的实施效果关乎离婚女性权利保护，但由于制度的局限，一些问题仍然存在。

（1）离婚经济帮助制度存在的问题

离婚经济帮助制度是我国传统的离婚救济方式，在 1950 年《婚姻法》中就有规定，要求对离婚后未再婚而生活困难的一方给予帮助。此后的《婚姻法》一直延续该项制度，规定离婚时一方有生活困难，另一方应当给予适当的经济帮助。此项从 1950 年实施至今的制度仍然存在着一些问题：第一，该制度采用了绝对“生活困难”这一标准，导致其适用条件过于苛刻。《婚姻法解释（一）》第 27 条第 1 款、第 2 款规定：“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。”立法将“生活困难”界定为生活绝对困难，而随着社会经济的不断发展，人们的生活水平不断提高，不再是之前只追求基本生活得到满足即可。正如王歌雅教授所言：“该解释忽略了女性离婚前后生活落差导致的相对生活困难”，生活绝对困难的适用条件使得该救济制度的适用范围过于狭窄，使得部分离婚女性的权利得不到应有的救济。第二，离婚经济帮助制度的规定较为抽象，对帮助的财产来源、帮助的形式以及帮助的程度都没有具体规定，可操作性不强。尽管《婚姻法解释（一）》第 27 条第 3 款规定可以用房屋的居住权或所有权对生活困难的一方给予帮助，但在现实生活中，这样的帮助程度明显超出了帮助的范围，较难实现。《民法典》对离婚经济帮助的规定为：“离婚时，如一方生活困难，有负担能力的另一方应当给予适当帮助。具体办法由双方协议；协议不成的，由人民法院判决。”该规定并未能解决上述两个问题，既未对“生活困难”的具体内涵及界定作出正面回应，也未对帮助的财产

来源、形式以及程度作出具体化的规定，对于需要帮助的诉讼离婚女性权利的保护没有大的改进。

（2）离婚经济补偿制度存在的问题

《婚姻法》第 40 条规定了离婚经济补偿制度，该制度有两个适用的前提条件："其一，请求离婚的夫妻必须实行分别财产制；其二，夫妻一方对婚姻家庭须有特别的贡献。"这一制度设立的初衷是为了保护在分别财产制下对家庭作出较多贡献的夫或妻一方的权 利，因为采用分别财产制的夫妻各自的收入及财产归各自所有，一旦离婚，对于对家庭付出较多的一方有所不公。而受传统因素的影响，传统的家庭分工模式仍然是主流， 使是双薪家庭，也未能改变女性从事较多家务劳动的事实，以及女性把更多机会让给男性的情形，所以需要从立法上平衡夫妻双方的利益。但事实上该制度并未得到很好的实施，因为其适用的前提条件需要夫妻双方采用分别财产制，而在我国，人们历来比较偏向采用共同财产制，采用分别财产制的人较少，使得其适用范围较窄。《民法典》取消了分别财产制这一适用前提，规定只要是对家庭或另一方工作付出较多的一方即可向另一方请求补偿。这是立法的进步，一定程度上扩宽了这一制度的适用范围，使得付出较多的、丧失机会利益的女性不因财产制度而受限，这对于诉讼离婚女性权利保护是有利的。立法将"一方因抚养子女、照料老人、协助另一方工作等付出较多义务的"作为请求补偿的条件，忽视了付出较多一方所作出的"隐形牺牲"。正如夏吟兰教授所言："承担家务较多的一方，或作出牺牲的一方，往往其职业发展和其他方面受到了较大的牵制，社会地位与谋生能力相对较弱。"现实生活中，主要是女性承担着抚养子女、照顾老人、协助另一方工作的责任，女性丧失了更多的机会利益，但立法所列举的这些事项并不能涵盖女性对家庭作出的全部贡献，且立法规定的"较多"仍然是模糊概念，很难具体衡量，使得该制度的适用变得十分困难。

（3）离婚损害赔偿制度存在的问题

《婚姻法》第 46 条规定了离婚损害赔偿制度："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。"该规定是基于公平正义理念与维护离婚当事人合法权益的需要新增设的制度，赋予婚姻权益受损害一方明确的寻求救济的依据。但该制度存在着三个方面的问题：第一是请求赔偿的法定事由过于狭窄。立法采用了完全列举的形式，将请求赔偿的事由局限在四个方面，但侵害婚姻关系的行为不止于此，如"婚外情"这种对婚姻不忠的行为也侵害了婚姻关系，完全列举式的立法使得受到侵害的一方得不到应有的赔偿。《民法典》在上述四种情形的基础上增加了"其他重大过错"这一兜底条款，是对原先封闭列举式立法的改进，但兜底条款的适用情况如何还有待实践的证明。第二是举证困难。立法所列举的四种情形具有较强的隐秘性，往往较难收集证据，受损害一方可能因举证不能而得不到赔偿，而且这些情形往往涉及到对 方的隐私权，这就导致了保护隐私权与调查取证的矛盾。第三是损害赔偿的数额较难确定，尤其是精神损害赔偿，往往需要法官的自由裁量，容易导致同案不同判，影响当事人权利保护。

（二）诉讼离婚女性权利保护在司法方面存在的问题

我国立法逐渐重视对诉讼离婚女性权利保护，但仍存在着制度缺陷，立法的不完善带来的是司法方面的种种问题。

1. 离婚自由的问题

法律赋予女性与男性平等的离婚自由权，但实践中女性的离婚自由受到诸多限制。关于诉讼离婚的依据应当是"夫妻感情确已破裂"，但司法实践中有很大一部分人是因"感情不和"或者"婚姻关系能否维持"提出离婚，法院要认定是夫妻感情确

已破裂还是夫妻感情已有裂痕，这在一定程度上属于主观范畴，法官行使自由裁量权，这就使得实践中这类案件处理结果存在差异性。有时法官对感情是否破裂的判断又较为片面，可能因当事人没有提交充分的证据证明双方夫妻感情确已破裂而判决不准离婚，即使有证据表明当事人缺乏沟通出现感情问题，或者当事人已多次起诉离婚。这些现象的存在表明我国的离婚自由还存在着一些阻碍。除了制度原因导致女性的离婚自由受限以外，还存在着一些其他因素，如女性提出离婚便会遭受暴力、因为子女不离婚等，不管当事人是基于怎样的考量，在保障女性离婚自由上还是存在障碍的。

2. 子女抚养与探望权的问题

对女性而言，大部分情况下她们希望获得对子女的抚养权，她们往往将子女视为自己的精神支柱，但获得抚养权需要考虑当事人的经济状况、心理状况以及与子女的关系等诸多因素。而女性由于家庭分工可能没有工作，即使有工作也会因生育子女、操持家务而受到影响，其再就业面临着诸多困难，经济状况总体上不如男性，所以较难获得对子女的抚养权。即使获得，对子女的抚养也需要付出较多的金钱与精力，虽然立法规定了另一方应支付抚养费，但实践中另一方以各种借口拖欠抚养费的情况并不少见。于是，诉讼离婚女性争夺子女抚养权面临着两难的境地。当女性未获得子女抚养权而仅享有对子女的探望权时，在实际的执行过程中，如果男方坚决拒绝女方的探望，女方也只能通过司法程序解决，这实际上已经给离婚妇女的探望权造成了损害。

3. 共同财产分割问题

诉讼离婚中一般都会遇到共同财产分割的问题，这往往是夫妻双方离婚的焦点。离婚女性一般希望通过共同财产分割就自己为家庭的付出得到补偿，而男性则出于自身利益的考虑在财产分割时不愿意照顾女性。我国立法规定在分割共同财产时应当遵循照顾女方和儿童利益的原则，然而在司法实践中，照顾女方的原则适用比例相较于其他原则如男女平等原则、照顾无过错一方原则较小，加上上文阐述的在夫妻共同财产认定及分割方面存在的制度问题，诉讼离婚女性的财产权益没有受到应有的保护。

4. 离婚救济制度适用的问题

司法实践中，离婚救济制度存在着低适用、低救济、低功效的问题。基于上文数据，与数量庞大的离婚纠纷案件相比，涉及到离婚救济的案件数量较少，且由于制度本身的局限，使得该制度在实践中容易被虚化。

首先是离婚经济帮助。实践中，女性提出离婚救济的原因主要有患有疾病需长期治疗、无固定工作、有子女需要抚养、无住所。法院判决支持女方请求，除了要考虑女方的困难程度，还要考虑男方的经济状况。判决帮助一般也是金钱帮助的形式，住房帮助的形式较少，且判决帮助的金额较小，多为一次性帮助，甚至会酌情减少帮助金额。

其次是离婚经济补偿。实践中，女性提出离婚经济补偿的理由有付出较多家务劳动、协议约定等。但在《民法典》颁布之前的很长一段时间内，该制度都以“分别财产制” 为前提，极大限制了该制度在保护女性权利方面的作用。此外，由于立法的模糊性，对于家务劳动的价值衡量、“付出较多”的标准以及补偿标准都没有作出明确规定，使得司法实践中较多依赖法官的自由裁量，且实践中该制度容易与离婚财产分割问题混在一起，较大限缩了该制度作用的发挥。

最后是离婚损害赔偿。对于提出赔偿请求的事由，《民法典》颁布之前，女性都是基于四项事由提出请求，除却封闭列举的形式忽视了其他损害女性权利的事由，举证难的问题就已经使得提出请求的女性获得赔偿的几率大打折扣。实践中，女性提出请求的 理由除重婚较少外，其他三种都较为常见，但这些事项隐秘性较强，尤其是家庭暴力，女

性在遭受暴力后如果不及时报案或去医院诊断，日后很难举证，使女性获得损害赔偿受到证据的掣肘。

三、诉讼离婚女性权利保护存在问题的原因

诉讼离婚女性权利保护存在立法层面和司法层面的问题，使得离婚女性权利保护未得到全面真正的落实。以下从立法和司法两个方面分析存在问题的可能原因。

（一）诉讼离婚女性权利保护在立法方面存在问题的可能原因

对于诉讼离婚女性权利保护，《民法典》及《妇女权益保障法》有所涉及，体现在人身权以及财产权两个方面，这是立法逐渐重视女性权利保护的结果。但立法的滞后以及不完备影响着女性权利的保护，其本身缺乏可操作性、强制性，缺乏相应的救济和惩罚措施等，导致法律的实施效果与立法初衷存在距离。

1. 立法可操作性不强

立法本身缺乏可操作性导致法律实施效果不如人意。首先是立法含义不清导致操作难。对于离婚的条件，立法规定了“感情确已破裂”标准，司法实践中，如果不属于立法所列举的几种应当准予离婚的情形，就需要法官通过自由裁量来判断当事人的感情是否破裂。很多时候法官根据“感情不和”“婚姻关系能否维持”以及当事人起诉离婚的次数来进行判定，这实际上不利于离婚自由的保护。其次是立法设立条件苛刻、违背立法初衷。这主要体现在离婚救济制度方面：一方面，关于作为适用离婚经济帮助条件之一的“生活困难”，司法解释将“困难”的标准解释为“绝对困难”，这一解释“忽略了女性就业能力与收入水平弱于男性的社会现实，也忽略了女性离婚前后生活落差导致的相对生活困难，致使离婚后女性寻求经济帮助的路径过于狭窄，得到经济帮助的比例较低”。《民法典》对该制度中的“生活困难”并未作出具体规定，如果继续沿用“绝对困难”标准，该制度适用比例较低的问题仍然不会有大的改变。另一方面，《民法典》规定，适用离婚损害赔偿需满足法律规定的五种情形之一，第五项的兜底条款在司法实践中的适用效果如何，哪些行为可被归为重大过错要求赔偿，是否会如其他兜底条款一样被搁置，这些都有待实践检验。最后是立法缺失或立法不周延、实践效果不好。如关于离婚经济帮助，立法明确了帮助的条件，但对于帮助的方式、程度等未作规定；再如离婚损害赔偿，对赔偿的范围、数额及是否要求过错等均未规定；还有对于共同财产分割，立法规定较为笼统，当事人诉诸法律后，由于缺乏具体明确的条款，较大程度依赖法官的自由裁量，这不利于依法判案，容易导致同案不同判。立法的缺失使得立法确立的制度没有得到较好的实施，诉讼离婚女性权利保护容易落空。

2. 立法强制性较弱

立法中所体现的对女性权利的“照顾”，诸如分割离婚财产时将照顾女方权益作为判决考虑的因素、判决子女抚养权归属时对丧失生育能力女性的照顾等，都是原则性规定，并非判决考虑的唯一因素，所以事实上这种缺乏强制性的规定未见得能够保护女性的权利。此外，对于离婚救济制度，在女性作为救济请求主体且其请求得到支持的情况下， 如果男方没有积极履行，此时立法缺乏一定的强制措施或者惩治措施，离婚救济制度很可能成为空谈。

3. 立法没有设立专门的证据制度

在婚姻家庭领域，举证难的问题普遍存在且非常明显，一方面婚姻家庭内在的伦理性、私密性不利于证据的收集，另一方面离婚女性权利救济又与举证责任存在着较为紧密的联系。比如在主张离婚损害赔偿时，请求赔偿的事由诸如重婚、家庭暴力等，因其隐私性较强而较难举证，女性容易因不能举证或举证不足而使得请求落空。婚姻家庭中女性

处于弱势地位，给受害女性加诸严格的举证责任不利于女性权利的保护。

（二）诉讼离婚女性权利保护在司法方面存在问题的可能原因

好的法律还需要有效的实施，而对于离婚女性权利保护，司法适用存在着诸多难度。

1. 司法机关的作用发挥不充分

（1）法院缺乏一定的积极性。在诉讼离婚的过程中，法院充当着根据事实证据依法裁判的重要角色，也是立法对女性权利保护有关规定的落实者。但事实上，法院对保护女性权利缺乏一定的积极性。由于案件数量一般比较大，法官必须考虑办案效率的问题。长期处于弱势地位的女性，尤其是农村女性，由于法律意识薄弱，不善于运用法律维护自己权利，甚至一味退让；“而法院在（当事人诉讼）离婚过程中，对于妇女的应有权利缺乏必要的释明，单纯的按照法律程序推动离婚案件，过分的重视了形式正义，对相对处于弱者地位的妇女权益的保障是不利的”。比如，对于诉讼过程中举证难的问题，由于婚姻家庭领域的事项具有一定的隐秘性，较难取得证据。以请求离婚损害赔偿事由之一“家庭暴力”为例，如果在事情发生后没有及时报告有关机构，随着时间推移就很难证明家庭暴力的发生，遭受暴力的女性的权利保护很可能落空。

（2）法院缺乏专门处理女性权利保护事项的部门或人员。离婚诉讼虽然是一般的民事案件，但牵涉到婚姻家庭领域的事项，具有伦理性、情感性等特殊性质，在涉及到女性权利保护时更是区别于一般的民事案件，所以有必要交由专门部门及人员处理。但实践中法院并未设立专门处理此类案件的部门，也未对审判人员有专门的培训，忽略了涉及离婚女性权利保护案件的特殊性。

（3）法院普法宣传教育力度不足。诉讼离婚女性权利保护不足还有一个原因是女性自身的权利意识不强，尤其是在落后的农村地区，很多女性不知道如何运用法律维护自己的权利，甚至不知道自己的哪些权利受到了侵害，这与普法宣传力度不够相关。因此， 法院作为司法机关也应当进行普法宣传，提高女性的法律意识及权利意识。

2. 法律服务者的缺位

法律的落实不只依赖司法者，还需要依靠法律服务者。如对于离婚救济制度在司法实践中适用比例较低的问题，其中一个原因就是部分女性因经济问题或自身意识问题未能寻求专业机构或专业人士的帮助，没有提起相关请求；即使提起相关请求，也可能因缺乏专业者的帮助使得权利未得到救济，相关法律制度也就没有得到很好的落实。所以法律服务者在救济女性权利方面的缺位是导致女性权利保护不到位的原因之一。

四、诉讼离婚女性权利保护的立法、司法完善的思考

在这个呼吁男女平等、保护女性权利的时代，诉讼离婚女性作为女性中的特殊群体，其权利保护自然值得我们关注。基于诉讼离婚女性权利保护存在的问题以及对存在问题的原因分析，我们认为可以从以下两个方面提出对诉讼离婚女性权利保护完善的思考。

（一）诉讼离婚女性权利保护立法完善的思考

1. 增强立法的可操作性

首先，要尽量明晰概念的内涵与外延。针对立法中一些概念模糊的问题，应明确相关概念，使其更具可操作性，以指导司法实践，更好地保护诉讼离婚女性权利。司法实践中对“感情确已破裂”的机械判定，影响了女性的离婚自由权。《婚姻法》第 32 条第 3 款关于“感情确已破裂”所列举的理由较少，且多侧重于一些比较严重的过错行为，忽略了其他导致感情破裂事由等，这事实上使得部分女性诉讼离婚的请求得不到法院的支持。《民法典》

对此变动不大。因此，立法应当在明确“感情确已破裂”具体含义、增加其可操作性的基础上，适当拓宽可以认定为感情确已破裂的具体事由，充分保护女性的离婚自由。此外，对于离婚经济帮助，应当明确帮助的数额、确定标准、考量因素。立法规定对于有困难的一方给予“适当”帮助，但“适当”一词较为模糊，很难拿捏，如果由法院判决，立法规定的模糊就使得法官没有可依据的标准、可供考量的因素，完全依据法官的自由裁量，这不利于女性在诉讼离婚时依据法律制度救济自己的权利。所以，立法应当规定帮助数额的参考标准、衡量因素，如受帮助一方的年龄、健康状况，未成年子女的年龄，婚姻关系存续的时间等，为法官提供裁判依据。

其次，可适当放宽有些法律制度的条件。立法设立条件苛刻主要体现在离婚救济制度方面，对此应当适当放宽适用条件，提高救济制度的适用比例。对于离婚救济制度，《民法典》已经进行了一定的修改与完善，主要体现在以下几个方面：第一，离婚经济帮助增加了一方给予另一方帮助时应当“有负担能力”的规定，考虑到了给予帮助方的经济状况；第二，离婚经济补偿不再受限于“分别财产制”的前提，扩大了适用范围，明确规定“夫妻一方因抚养子女、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，另一方应当给予补偿”。由此可见，立法已针对制度所存在的局限性作出了相应的完善，拓宽了救济制度的适用范围，这在一定程度上会解决救济制度适用条件苛刻的问题。但如果止步于此，对于女性权利的救济还是会面临一些问题：如离婚经济帮助“绝对困难”的适用标准大大限缩了其适用范围，应当适当拓宽帮助的范围；对于困难的定义不应当局限在难以维持基本生活上，对于离婚后引起的生活水平下降也应当包含进去，这能够适应当今社会经济不断发展、维持基本生活已经不成问题的局面，有利于保护因离婚而导致生活水平下降的女性群体。

最后，要对立法缺失与不周延的部分进行填补，主要是对离婚救济制度的完善。“制度完善，是离婚救济制度功能建构的前提和基础。”完善离婚救济制度包括以下几个方面：第一，离婚时夫妻共同财产分割应当在完善共同财产的认定的基础上，进一步明确共同财产分割的相关制度。对于共同财产范围的认定，我国现行立法存在一定的滞后性，不能囊括所有的财产类型。有学者提出可将文凭、执照、资格等无形财产纳入夫妻共同财产范围，我们认同这种对丧失的机会利益进行补偿的观点。在家庭生活中，女性往往为另一方的事业以及家庭作出较大的贡献，在对方取得各种文凭、执照或资格期间，往往不仅提供经济支持，还要承担照顾家庭的责任，牺牲自己的机会利益。但是男方取得的这些资格具有人身性质，不能被认定为共同财产，也不能在离婚时进行分割，这就忽视了女方所作出的贡献与牺牲，使女性丧失了更多的适应社会的机会利益。将无形财产纳入共同财产的范围，重视女性为另一方和家庭作出的隐形贡献，有助于实现实质平等、实现法律的公平正义。同样的，对于共同财产的分割，立法规定了按照照顾女方的原则进行判决，这是立法维护女性权利的体现，但这一原则并未得到很好的贯彻。法院判决分割财产重视效率，但是却没有很好地落实对诉讼离婚女性的权利保护，过分追求形式的平等和效率，失于对性别差异的现实考量，并不利于保护女性权利。所以应当在现行立法的基础上，进一步规定照顾女方应考虑的具体因素，如将婚姻关系存续期间、离婚的原因、女性对家庭的隐形贡献或牺牲等因素列入考量范围。第二，对于离婚经济补偿，《民法典》取消了“分别财产制”这一适用前提，能够扩大该制度的适用范围，但是还存在着需要完善的地方，如对于补偿的范围如何衡量，需要在立法中进行明确，以提高该制度的可操作性。对此，可借鉴《瑞士民法典》第 165 条的规定，对超出法定义务的付出、因付出时间、经历而受的损失、因帮助一方而超出法定义务付出的财产等列入补偿的范围。第三，对于离婚损害赔偿制度，《民法典》通过兜底条款扩宽了损害赔偿的范围，但是对于赔偿事由举证难以及赔偿数额难

以确定的问题还没有得到解决。一方面，对于举证难的问题，应当适当放宽无过错方的举证责任，根据具体情况作出适当变通， 例如在证据具有隐私性难以取得或因证据不足而使得无过错方的赔偿请求得不到支持的场合，在具备一定条件的前提下，由加害方承担证明自己不存在过错的责任，贯彻优势证据原则。另一方面，对于赔偿数额的确定，虽因当事人具体情况以及各地经济发展的差异不能作出统一规定，但可以规定一些参考标准。

2. 增强立法的强制性

针对上文提到的立法缺乏足够的强制性的问题，可以制定一些制裁或惩罚措施以督促义务方履行自己的义务。比如在女方胜诉的情况之下，男方负有按时给付抚养费、协助女方行使探视权或者按判决给予女方相应的帮助、补偿或赔偿的义务。如果男方不履行或拒绝履行，那么执行难的问题将使得判决成为一纸空文，因此立法机关应当制定相应的制裁或惩罚措施，增强立法的强制性，以更好地将女性权利保护落到实处。

3. 设立专门的证据制度

婚姻家庭领域的事项隐秘性较强，在女方权利遭到损害并请求救济的情况下，举证存在一定的难度，再加上家庭中男女角色分工以及地位差异，女方获取证据难度更大。如果坚持“谁主张、谁举证”的一般举证原则，很多情况下女性的权利容易因举证原因得不到保护。所以立法应当针对女性权利保护制定专门的证据制度，对于那些隐秘性较强难以取得的证据，可以适当降低证明标准或者由法官视双方举证情况分配举证责任。

（二）诉讼离婚女性权利保护司法完善的思考

1. 充分发挥司法机关的作用

（1）提高司法机关的积极性。好的法律需要有效实施，才不至于成为停留在书面上的设想。我们需要完善司法层面的有关制度，比如在离婚案件审理中，司法必须坚持婚姻自由，充分保障诉讼离婚当事人的离婚自由权；再如，针对离婚救济制度在实践中适用比例较低的问题，可以确立法官对此种权利的释明义务，告知当事人享有救济的权利，避免当事人因知识水平和经济状况的局限，对涉及到自身利益的法律条文缺乏了解，而影响到救济权利的行使；针对实践中法官容易忽视女性的弱势地位、对女性的权利考虑不到位的问题，可以加强对审判人员的培训，在判决时对保护女性权利予以充分考虑；针对女性在抚养或探望子女方面存在的问题，法院应当加大执行力度，保证男方按时支付抚养费，或者保证男方在女方行使探望权时给予协助，切实保障离婚女性对子女应当享有的权利。

（2）建立专门部门、设立专门人员处理涉及女性权利保护的案件。比如可以在法院设立家事法庭，由熟知家事案件的、经验丰富的、有爱心责任心的人员组成，处理一些纠纷较大或较为复杂的涉及到女性权利保护的案件，这能够合理、充分地照顾到女性权利；也可以由专业、经验丰富的、有爱心责任心的处理家事案件的人员或女性权益保护人员担任人民陪审员参与离婚案件的审判，由此不至于忽略此类案件中女性权利的保护。

（3）加强普法宣传教育。在我国，广大农村地区女性的权利保护最容易被忽视。对此，法院应大力加强普法宣传教育，深入基层、深入农村，通过制作小手册、张贴海报等形式普及女性权利保护的法律知识，提高女性的权利意识和法律意识。

2. 充分发挥法律服务者的作用

对于诉讼离婚女性的权利保护首先需要完善相关的法律制度，在此基础上，需要相关的配套制度来保证法律的实施效果。要健全相关的社会救助制度，如可通过基层自治组织或妇女组织来为需要保护的女性提供相应的救助，以起到缓和矛盾的作用，或为女性提供咨询服务，告知女性如何更好地保护自己的权利。此外，对于因经济状况不好而不

能请求专业者帮助的女性，可以为其提供法律援助，使其能够充分知晓自己享有的权利，不至于因法律知识的欠缺而放弃获得救济的机会，同时也可使其在庭审过程中获得专业者的帮助，更好地维护自己的权利。

法治社会提倡以人为本，法律越来越重视人权的保护，女性的地位也随之提高。针对诉讼离婚女性这一特殊群体，《民法典》及《妇女权益保障法》作出有关规定，对其人身权和财产权进行保护。但受传统因素影响，性别偏见仍然存在，这些保障、保护条款并未达到对女性权利保护的理想效果。加之法律的局限性、滞后性，保护诉讼离婚女性权利的有关规定存在着诸多缺陷。我们应当进一步完善相关法律制度，同时从司法适用、人们的法律意识等方面着手，加强对诉讼离婚女性的权利保护，切实提供法律救济手段和相应的保障机制，确保法律实施的效果，实现法律的公平正义。

缪　宇：遗赠扶养协议中的利益失衡及其矫治 | 《环球法律评论》2020 年第 5 期

原创：2020-10-14 环球法律评论　缪　宇
https://mp.weixin.qq.com/s/GahPll-Upb7Yxcnq3urHyQ

作者：缪宇，中国政法大学民商经济法学院讲师。

本文系《遗赠扶养协议中的利益失衡及其矫治》一文的正文，注释从略，全文发表于《环球法律评论》2020 年第 5 期，原文请参见环球法律评论网站：http://www.globallawreview.org，或点击文末左下角“阅读原文”。

内容提要：遗赠扶养协议的生养死葬条款自协议成立时生效，遗赠条款自遗赠人死亡时生效。遗赠人生前对扶养人享有扶养请求权，扶养人在遗赠人死后对继承人享有遗赠请求权。这种权利产生的异时性和义务主体的错位性，导致扶养人可能无法在遗赠人死后取得遗赠财产。由于扶养与遗赠之间并无牵连性，遗赠扶养协议并非双务合同，因此扶养人不享有不安抗辩权。虽然遗赠人对遗赠财产的死因处分受到限制，但现行法并没有限制遗赠人的生前处分权限。为了保护扶养人，应当规定无偿取得遗赠财产的第三人负有补充性的返还义务。此外，遗赠扶养协议是以遗赠人和扶养人的信任关系为基础的合同。在信任关系遭到破坏时，双方享有任意解除权，但依约履行的扶养人可请求返还扶养费用。当然，关于协议条款的设计，如引入禁止处分条款、违约金条款、约定解除权，也有助于平衡双方当事人的利益。

关键词：遗赠扶养协议　遗赠请求权　双务合同　处分权　解除权

遗赠扶养协议一直是我国学界研究的冷门。与《继承法》第 31 条相比，《民法典》第 1158 条遗赠扶养协议规则的最大创新在于，明确扶养人必须是“继承人以外的组织或者个人”。虽然《民法典》就遗赠扶养协议规则的创新有限，但在《民法典》整合既有民法规则、塑造民法规则体系的时代背景下，对遗赠扶养协议规则的分析和检讨实有必要。学界和司法实践既有研究所忽略的一点是，由于遗赠扶养协议属于生前行为和死因行为的结合，扶养人和遗赠人双方的权利在发生上具有异时性，因此，先履行义务的扶养人可能无法依约获得遗赠财产，从而导致扶养人和遗赠人的利益严重失衡。对此，《民法典》继承编并无相应规定予以规制。有鉴于此，本文拟运用法教义学方法，结合司法实践和学

界的既有分析，借鉴比较法经验，提供矫治利益失衡的建议，以填补和完善既有的遗赠扶养协议规则。本文将首先揭示遗赠扶养协议中的利益失衡现象，然后指明遗赠扶养协议并非双务合同，遗赠人生前处分遗赠财产的，扶养人不享有不安抗辩权。在类型化分析的基础上，本文主张，为了保护扶养人，在承认遗赠人对遗赠财产的生前处分权限不受限制的背景下，应当规定无偿取得遗赠财产的第三人对扶养人负有返还义务。事实上，合理配置遗赠扶养协议的解除权，引导当事人合理设计协议条款，是平衡扶养人和遗赠人双方利益关系的可行之道。

一、扶养人和遗赠人利益关系的失衡及其根源

扶养人和遗赠人利益关系的失衡，源于扶养人和遗赠人权利产生的异时性：遗赠人在生前即对扶养人享有扶养请求权，扶养人在遗赠人死后才取得受遗赠的权利。在遗赠人生前，扶养人对遗赠财产并无权利。如果遗赠人生前处分、毁损遗赠财产，扶养人面临在遗赠人死后无法获得遗赠财产的风险。

（一）遗赠人的权利

遗赠扶养协议属于双方法律行为，包括生养死葬和遗赠两个部分。扶养条款自遗赠扶养协议成立时起生效，扶养人在遗赠人生前负有扶养义务，遗赠人在生前对扶养人享有扶养请求权。扶养的具体内容由当事人约定，一般包括扶养费的给付、对遗赠人在生活上的照料和精神上的慰藉，与委托相近。除了扶养义务，扶养人对遗赠人尚负有依约安葬的义务。安葬义务以遗赠人死亡为履行期限届至，扶养人须在履行期限届至后的合理期限内依约履行安葬义务。扶养人期前拒绝履行的，遗赠人可以按照《民法典》第 563 条第 1 款第 2 项的规定解除协议。

据此，扶养条款和安葬条款在遗赠扶养协议成立时生效，扶养人按照约定在遗赠人生前负有义务，遗赠人在生前对扶养人享有权利。由于生养死葬具有受委托处理事务的性质，扶养条款和安葬条款可以适用合同编的委托合同规则，遗赠人和扶养人的地位类似于委托人和受托人。

（二）扶养人的权利

按照遗赠扶养协议，扶养人对遗赠人负有依约生养死葬的义务，享有受遗赠的权利。不过，受遗赠的权利如何产生，学界存在“生前债务说”和“死后发生说”两种立场。按照“生前债务说”，遗赠条款自遗赠扶养协议成立时生效，扶养人在遗赠人生前享有受遗赠的权利，遗赠人生前负有依约将财产遗赠给扶养人的义务。遗赠与生养死葬互为对价，遗赠人死亡是遗赠义务的履行期限届至。

按照“死后发生说”，遗赠人生前对扶养人不负遗赠义务，扶养人在遗赠人生前没有受遗赠的权利。不过，基于对遗赠条款性质的不同认识，这一立场又可分为“代物清偿预约说”和“死因行为说”。持“代物清偿预约说”的学者认为，遗赠扶养协议是生前行为，是扶养协议和代物清偿预约的结合。而代物清偿系要物合同，在遗赠人生前，该代物清偿只是预约，遗赠人为义务人。一旦遗赠人死亡，代物清偿预约由遗产管理人履行，从而使预约转化为本约，遗产管理人交付遗赠财产。与此相对，按照“死因行为说”，遗赠条款自遗赠人死亡时生效，属于死因行为。因此，持该说的学者认为，扶养人受遗赠的权利自遗赠人死亡时产生，以履行扶养义务为条件。准此，受遗赠权利的义务人为遗赠人的继承人。

不论采何种学说，扶养人受遗赠的权利均属于债权。按照“生前债务说”和“代物清偿预约说”，扶养人受遗赠的权利属于债权，自无疑义。采“死因行为说”，遗赠条款的生效也不会导致遗赠财产的权属直接发生变动，扶养人受遗赠的权利仍为债权。其理由在于，《民法典》第 230 条不再承认普通遗赠能够产生物权变动，因此，普通遗赠仅发生债权效力。这也得到了学界的支持。基于同样的逻

辑，在“死因行为说”模式下，遗赠人死亡导致继承开始，遗赠人的遗产由继承人当然继承、概括继承，遗赠财产即归属于继承人。同时，扶养人受遗赠的权利因遗赠条款生效而依约产生。由于遗赠人已经死亡，受遗赠权利的义务人只能是继承人，从而扶养人可以请求继承人转移遗赠财产。继承人的遗赠义务属于遗产债务，但不属于被继承人生前债务，而是继承开始时发生的债务。基于限定继承原则，继承人以遗产实际价值为限对扶养人履行遗赠义务。

上述观点的分歧在于，遗赠条款在遗赠人生前是否生效、扶养人基于遗赠扶养协议享有的遗赠请求权何时产生以及哪一主体是义务人。按照“生前债务说”，遗赠条款在遗赠人生前已经生效，遗赠请求权于遗赠人生前产生，义务人是遗赠人。按照“代物清偿预约说”，在遗赠人生前，扶养人基于预约享有将预约推进至本约的权利。按照“死因行为说”，遗赠条款于遗赠人死亡时生效，扶养人在遗赠人生前并无遗赠请求权，只能在遗赠人死后取得遗赠请求权。

这一分歧会导致产生法律适用上的区别。作为《民法典》继承编规定的民事法律行为，遗赠扶养协议不会导致当事人身份法律关系的变动，并非“有关身份关系的协议”，而是财产行为。进而，采“生前债务说”“代物清偿预约说”，遗赠扶养协议就是普通的合同关系，应当直接适用合同编的相关规定。采纳“死因行为说”，遗赠扶养协议属于生前行为和死因行为的结合，属于继承法上的合同。就死因行为所生的债权债务关系，依据《民法典》第 468 条，只有在继承编不存在特别规则，且适用合同编的相关规定不会与遗赠扶养协议的性质发生冲突时，合同编的规定才可以适用。

（三）“死因行为说”下的扶养人权利

从上述几种学说来看，虽然各有道理，但有的学说也存在一定缺陷与不足。本文认为，“生前债务说”并不妥当。由于生养死葬接近于委托，遗赠是永久转移财产权，按照“生前债务说”认为两者互为对价的逻辑，遗赠扶养协议实际上是有偿永久转移财产权的合同，即委托和买卖的混合合同。如果遗赠财产为特定物，这一立场有助于保护扶养人的利益。比如，遗赠人生前出卖、转让遗赠标的物的，扶养人可以行使债权人撤销权、不安抗辩权，并依据《民法典》第 578 条主张违约责任。问题在于，按照“生前债务说”，遗赠扶养协议不再是处理“遗产”的法律行为，而是转让生前财产的生前行为。在继承开始时，遗赠人生前负担的遗赠义务转化为被继承人的生前债务，是继承人以遗产实际价值为限负责的遗产债务，从而，遗赠扶养协议不是与法定继承、遗嘱继承并列的遗产转移方式，而是遗产债务的发生原因。因此，采“生前债务说”，遗赠扶养协议与遗赠人生前订立的其他合同一样，并无特殊之处，进而，《民法典》继承编既无必要规定遗赠扶养协议，也不应在第 1123 条规定遗赠扶养协议的优先性。可见，“生前债务说”与继承编内在逻辑不符。何况，在实践中，扶养人依约履行义务与取得遗赠请求权之间存在先后顺序。这并不符合“生前债务说”的构造。

“代物清偿预约说”也不足取。该说不仅存在理论上的争议，实践价值也比较有限。一方面，代物清偿是否为要物合同，学界存在分歧。另一方面，该说会导致实践更加复杂，不利于保护扶养人。如果遗赠人有继承人，继承人于遗赠人死亡时概括承受预约合同，扶养人得请求继承人履行订立本约的义务，即交付遗赠财产。继承人不履行的，本约不成立，继承人仅承担预约的违约责任。如果遗赠人没有继承人，遗产管理人负有将预约推进到本约的义务。然而，按照《民法典》第 1148 条，不履行上述义务的遗产管理人仅对故意或重大过失负责。因此，在继承开始后，扶养人可能因预约无法转化为本约难以获得充分保护。

相较之下，“死因行为说”具有更高的妥当性，根据该说，遗赠条款依法在遗赠人死亡时生效，遗赠扶养协议是生前生效行为与死后生效行为的结

合。扶养人的义务自遗赠扶养协议成立时产生，遗赠人死亡时遗赠条款生效，扶养人的遗赠请求权才能产生。遗赠请求权的义务人不可能是丧失民事权利能力的遗赠人，而是其继承人。尽管遗赠条款在遗赠人死亡时生效，但是，根据遗赠人和扶养人的约定，遗赠请求权可能不会在遗赠人死亡时立即产生。在实践中，遗赠请求权产生的模式有两种：其一，当事人约定，扶养人对遗赠人负有生养死葬的义务，并在遗赠人死后取得遗赠财产；其二，当事人约定，扶养人在依约履行生养死葬义务后才能取得赠与财产。在第一种模式下，遗赠条款因遗赠人死亡而生效，扶养人的遗赠请求权无须等待安葬义务履行完毕即已产生。遗赠请求权对应的债务，属于继承开始时产生的遗产债务。在第二种模式下，遗赠条款因遗赠人死亡而生效，遗赠请求权的产生以扶养人尽到生养死葬义务为延缓条件，在遗赠人死后、扶养人依约履行安葬义务前，扶养人享有期待权。如果继承人为了自己的利益不正当地阻止条件成就，如妨碍扶养人依约履行安葬义务，应当类推适用《民法典》第 159 条，视为延缓条件已成就，从而扶养人的遗赠请求权产生。此外，继承人在延缓条件成就之前转让遗赠财产的，在条件成就后对扶养人承担债务不履行的赔偿责任。准此，根据遗赠扶养协议的具体约定，扶养人的遗赠请求权或者在遗赠人死亡时产生，或者在扶养人依约尽到生养死葬义务时产生。

遗赠扶养协议中的遗赠系双方法律行为的内容，不同于以遗嘱这一单方法律行为设定的遗赠。取得遗赠财产，是扶养人订立遗赠扶养协议、承担生养死葬义务的目的。因此，遗赠人死后，扶养人自然无须按照《民法典》第 1124 条第 2 款作出接受遗赠的表示。一旦遗赠请求权成立，遗赠债务就已到期。由于《民法典》引入了遗产管理人制度，依据《民法典》第 1147 条，扶养人须及时向遗产管理人申报债权并请求履行，但应当给予遗产管理人必要的准备时间。因此，虽然遗赠债务的债务人是继承人，但负责清偿的是遗产管理人。遗赠人没有继承人的，由担任遗产管理人的民政部门或村民委员会履行遗赠债务。遗产管理人未依约履行遗赠债务的，由此产生的债务不履行责任仍属于遗产债务。有故意或重大过失的遗产管理人依据《民法典》第 1148 条对扶养人负损害赔偿责任。

由是观之，遗赠扶养协议的特殊性在于扶养人和遗赠人权利产生的异时性：遗赠人在生前享有接受扶养的权利，但不负担义务；扶养人须先依约履行扶养义务甚至安葬义务，才能在遗赠人死后取得对其继承人的遗赠请求权。在遗赠人生前，遗赠条款没有生效、遗赠请求权尚未产生，因此，先履行的扶养人面临无法获得遗赠财产的风险。比如，倘若遗赠人生前将遗赠财产转让给第三人，扶养人不能依据《民法典》第 577 条、第 578 条主张违约责任，不能以债权人身份行使撤销权。如果遗赠标的物为遗赠人名下房屋，在遗赠人生前，扶养人针对遗赠房屋的请求权尚未产生，也无法借助预告登记制度获得保护。因此，为了平衡扶养人和遗赠人之间的利益关系，有必要根据遗赠扶养协议的性质探索矫治双方当事人利益失衡的策略。

二、扶养人对遗赠人的抗辩权

由于扶养人须先履行扶养义务，才能取得遗赠请求权，因此，为了保护扶养人、避免扶养人履行扶养义务后无法获得遗赠财产，有观点认为，当遗赠人毁损或转让遗赠财产时，扶养人可以行使不安抗辩权，中止履行。不安抗辩权的适用，以遗赠扶养协议是双务合同为前提。对此，我国学界通说、司法实践主流观点，都认为遗赠扶养协议是双务有偿合同。然而，双务合同的特色在于，两项给付义务之间存在牵连性，包括发生上的牵连性、条件上的牵连性和功能上的牵连性。遗赠扶养协议不符合双务合同的牵连性特征，不属于双务合同，从而先履行的扶养人没有不安抗辩权。由于发生上的牵连性意义有限，无法说明双务合同的特殊性，本文仅就遗赠扶养协议中的给付义务，从条件上的牵连性和功能上的牵连性两方面展开论证。

所谓条件上的牵连性，是指给付义务与对待给付义务之间在存续上彼此依赖，给付义务消灭或被排除，对待给付义务原则上也消灭。条件上的牵连性是合同法定解除的理论基础。然而，扶养和遗赠之间并不存在条件上的牵连性。首先，扶养义务因扶养人嗣后丧失民事行为能力等原因发生履行不能导致不能实现协议目的的，即使遗赠人依据《民法典》第 563 条第 1 款解除遗赠扶养协议，遗赠义务也是自始未产生，而非随扶养义务的消灭而消灭。事实上，在遗赠人生前，不论哪一方解除协议，遗赠义务均非因解除而消灭，而是自始未产生。其次，遗赠人生前将遗赠财产转让给第三人的，即使承认扶养人可以解除遗赠扶养协议，这种解除也不同于双务合同的法定解除。此时，扶养人解除协议的原因，并非遗赠人的履行障碍。因为遗赠义务在遗赠人生前尚未产生，不存在履行障碍。实际上，继承人对扶养人负担遗赠义务以遗赠人死亡为前提，因此，只有在扶养义务因遗赠人死亡而消灭后，遗赠义务才产生。因此，扶养义务和遗赠义务之间并无存续上的相互依赖。

所谓功能上的牵连性，是指给付义务、对待给付义务对应的请求权在实行和主张上彼此依赖。据此，双务合同中双方当事人的履行顺序和抗辩权，以功能上的牵连性为基础。准此以解，扶养义务和遗赠义务之间并不存在功能上的牵连性。基于遗赠扶养协议，扶养人先履行自己的扶养义务，待遗赠人死后依约取得遗赠请求权。于是，遗赠人和扶养人之间并没有同时履行抗辩权的适用余地。不仅如此，在遗赠人生前，遗赠请求权尚未产生。遗赠人在请求扶养人履行扶养义务时，并不负有遗赠义务。扶养人请求遗赠人履行遗赠义务的，遗赠人不能援引先履行抗辩权，而是主张权利未产生的抗辩。同样地，扶养人虽然是应当先履行债务的一方，但遗赠人并非后履行债务的一方，因为遗赠义务的主体是遗赠人的继承人。因此，即使遗赠人擅自处分遗赠财产，扶养人也不能行使不安抗辩权。

一言以蔽之，由于遗赠条款于遗赠人死亡时生效，遗赠和生养死葬两项给付义务产生的时间不同、义务主体不同，因此，遗赠和生养死葬之间并无牵连性，遗赠扶养协议并非双务合同。不过，遗赠和生养死葬之间具有依存关系或交换关系：扶养人和遗赠人订立遗赠扶养协议，旨在以“生养死葬”交换“遗赠”。因此，出于法律适用的考量，对于扶养人而言，可以将遗赠扶养协议界定为有偿合同。进而，扶养人可以基于显失公平撤销遗赠扶养协议。扶养人履行生养死葬义务时须尽到理性人的注意。遗赠标的物存在瑕疵的，扶养人可以准用买卖合同规则向继承人主张债务不履行责任。

如前所述，遗赠扶养协议并非双务合同，遗赠与生养死葬之间不具有牵连性关联。不过，对扶养人而言，生养死葬与遗赠之间具有条件性关联。就遗赠扶养协议而言，如果当事人约定，扶养人在遗赠人去世时取得遗赠财产，那么，基于遗赠和生养死葬之间的交换关系，遗赠人通常具有“扶养人依约尽到扶养义务才能获得遗赠”的意思，且扶养人通常也知晓并接受这一意思。换言之，即使扶养人和遗赠人没有明示约定，双方仍对“扶养人依约尽到扶养义务才能获得遗赠”存在合意。因此，遗赠请求权的产生，以扶养人在继承开始前依约履行扶养义务为条件。一旦遗赠人死亡，遗赠条款生效，依约履行扶养义务的扶养人即取得遗赠请求权。反之，如果当事人约定，扶养人尽到生养死葬义务才能取得遗赠财产，那么，遗赠请求权的产生，以扶养人依约履行生养死葬义务为条件。因此，根据当事人的具体约定，扶养人未依约履行扶养义务或生养死葬义务的，不能取得遗赠请求权。于是，遗赠扶养协议中的给付义务具有条件性关联。

总之，遗赠扶养协议并非双务合同。遗赠人在生前转让遗赠财产的，先履行的扶养人不享有不安抗辩权。因此，平衡遗赠人和扶养人的利益关系，只能另寻他法。

三、遗赠人处分权限的限制

为了确保扶养人在履行扶养义务后获得遗赠

财产，还有学者主张限制遗赠人对遗赠财产的处分权限，从而遗赠人负有不得处分遗赠财产的不作为义务。然而，遗赠财产的处分，不仅涉及扶养人的利益，还涉及遗赠人、继承人、取得遗赠财产的第三人的利益。因此，是否应当限制遗赠人对遗赠财产的处分权限，需要区分死因处分和生前处分、结合财产处分涉及的多方当事人利益来综合判断。

（一）死因处分

死因处分，是指被继承人安排遗产归属并于被继承人死后生效的法律行为，以遗嘱为典型。死因处分名为处分，但并非处分行为，而是一种基于法律行为的安排、指示，即对被继承人的财产在其死后的安排、处理。

按照《继承法意见》第 5 条，遗赠人所立遗嘱，不论在遗赠扶养协议成立之前还是之后，都不得与遗赠扶养协议抵触。这是遗赠条款拘束力的体现。在遗赠人生前，遗赠条款虽然未生效，但对遗赠人具有一定拘束力。强调遗嘱不得与遗赠扶养协议中的遗赠条款相抵触，实际上限制了遗赠人的死因处分权限。此外，作为双方法律行为的内容，依据《民法典》第 136 条第 2 款，遗赠条款在生效前，其拘束力还体现在任何一方当事人不能擅自变更或解除遗赠条款。因而遗赠扶养协议中的遗赠条款与遗嘱不同，不得由遗赠人单方任意变更或撤回。所谓抵触，是指从法律而非经济的角度来看，在继承开始时，若遗嘱生效，扶养人未来的遗赠请求权会受到损害，即权利内容减少或受到限制。如果遗赠人在订立遗赠扶养协议后设立了内容冲突的遗嘱，但遗赠请求权并未受到损害，扶养人法律地位得到强化的，遗嘱相关内容即不会因抵触遗赠扶养协议而不生效力。

在先遗嘱不得与遗赠扶养协议抵触的理由在于，遗赠扶养协议构成对遗嘱的撤回。依据《民法典》第 1142 条第 2 款，遗赠人以遗嘱设定遗赠后又针对同一财产订立遗赠扶养协议的，即实施了与遗嘱内容相反的民事法律行为，则构成对遗嘱相关内容的撤回。在先遗嘱与遗赠扶养协议相抵触的内容，即不生效力。

在后遗嘱不得与遗赠扶养协议抵触的理由在于，扶养人作为有偿法律行为的债权人，应当优先获得保护。比如，在遗赠扶养协议成立后，遗赠人就同一财产以遗嘱设定遗赠的，扶养人的遗赠请求权优先。一方面，遗赠是单方、无偿法律行为的内容。遗赠无法实现的结果，只是受遗赠人的财产应增加而未增加，受遗赠人的法律地位不会恶化。另一方面，扶养人的遗赠请求权是双方、有偿法律行为的效果，系生养死葬义务的对价。倘若扶养人的遗赠请求权因遗嘱所设遗赠无法实现，在限定继承的背景下，扶养人的履约成本可能无法从剩余遗产得到补偿，从而，扶养人的法律地位可能弱于遗赠扶养协议订立前的法律地位。因此，在后遗赠与遗赠扶养协议的内容发生抵触的，遗赠扶养协议效力优先，在后遗赠在与遗赠扶养协议抵触的范围内不生效力。

（二）生前处分

生前处分，即遗赠人生前实施的处分行为。按照《遗赠扶养协议公证细则》第 14 条，遗赠扶养协议公证后，未征得扶养人同意，遗赠人不得另行处分遗赠的财产。对于未办理公证的遗赠扶养协议，现行法并未限制遗赠人的生前处分权限，因此，遗赠人对遗赠财产当然享有处分权。在比较法上，依据《德国民法典》第 2286 条、《瑞士民法典》第 494 条第 2 款，被继承人订立继承合同后，对继承合同所涉财产的生前处分权限不受影响。准此，继承合同仅具有继承法上的拘束力，它限制的是遗嘱自由而非生前处分自由。

本文认为，在遗赠扶养协议订立后，是否应当限制遗赠人生前处分权限，须借助类型化思维，考虑遗赠财产是否特定化、生前处分是否有偿、第三人是否善意等多种因素而论。如果遗赠财产不特定，即遗赠人在遗赠扶养协议中表示将去世时的全部财产遗赠给扶养人，遗赠人对遗赠财产的生前处分

当然不受限制，遗赠人为了满足生活需要可以自由处分其个人财产。反之，倘若遗赠财产并非金钱债权且已特定化，如遗赠人名下的不动产或古玩字画，是否应当限制遗赠人的处分权限，值得探讨。因此，本文将以遗赠标的物所有权转移为例，分析遗赠人生前处分权限是否应当受限。这涉及两个问题：遗赠人的生前处分权限受限与否，在法律效果上有何不同？如果不限制遗赠人生前处分权限，应当采取哪些配套规则以保护扶养人？为行文方便，本文将两种模式称为“限制说”“不限制说”。

1 限制说

采限制说，遗赠人只有在取得扶养人同意时才能处分遗赠标的物。未经扶养人同意，遗赠人对遗赠标的物的生前处分效力待定。然而，对遗赠人生前处分权限的限制，缺乏公开性。因此，在这一模式下，第三人依据《民法典》第 311 条善意取得遗赠标的物所有权的，一旦遗赠人死亡，遗产管理人如果无法履行遗赠债务，应以遗产实际价值为限对扶养人承担遗产债务不履行的责任。

第三人不满足善意取得要件的，如遗赠人将遗赠标的物赠送给第三人，第三人因扶养人拒绝追认而无法取得遗赠标的物所有权。此时，遗产管理人可以行使原物返还请求权，也可以依据《民法典》第 658 条第 1 款撤销赠与，请求第三人返还遗赠标的物并将其所有权转移给扶养人。由于物权请求权可以代位行使，因此，遗赠请求权产生后，遗产管理人怠于向第三人主张权利的，扶养人既可以向第三人代位行使原物返还请求权，也可以直接向遗产管理人主张债务不履行责任。如果第三人已将遗赠标的物转让给他人，满足善意取得要件的转得人取得标的物所有权，无法满足善意取得要件的转得人仍须向遗产管理人返还原物。

2 不限制说

（1）扶养人对遗赠人的请求权

采不限制说，遗赠人通过生前处分将遗赠标的物转让给第三人的，第三人取得遗赠标的物的所有权。扶养人能否在遗赠人死后取得遗赠标的物所有权，因遗赠人生前处分权限不受限制而缺乏确定性，从而，扶养人对遗赠标的物仅具有单纯的期待而非期待权。

（2）扶养人对继承人的请求权

采不限制说，在遗赠人生前，遗赠标的物所有权已经由第三人取得的，继承人对扶养人的遗赠义务，实际上是将第三人的财产转移给扶养人的义务。

对此，德国通过强化继承人的义务来保护扶养人。根据《德国民法典》第 2286 条，被继承人生前处分不受限制。但是，根据第 2288 条第 2 款，基于故意侵害受遗赠人的目的，被继承人将遗赠标的物转让给他人的，继承人负有义务使受遗赠人取得该标的物。倘若继承人陷入履行不能或履行费用过高，如第三人毁损标的物、拒绝转让标的物或设置的价格过高，继承人免给付义务。由于继承人履行义务系实现被继承人的意思，继承人也没有因给付义务免除而受有利益，因此，继承人无须承担债务不履行的损害赔偿责任，而是准用《德国民法典》2170 条第 2 款向受遗赠人补偿该标的物的客观价值。一般来说，被继承人不得滥用生前处分的权限，因此，判断被继承人是否具有侵害受遗赠人的目的，需要分析被继承人对该生前处分是否具有个人利益。联邦法院认为，仅在被继承人的利益恰恰指向遗赠标的物的转让，且无法通过其他经济措施（如转让其他财产）来达到目的时，该生前处分才满足个人利益要件，此时不认为被继承人具有侵害目的。反过来，只要被继承人在实施处分时意识到，该处分会导致受遗赠人无法获得遗赠标的物，受遗赠人无法通过处分的对待给付获得补偿，那么，被继承人就具有故意侵害受遗赠人的目的。

《民法典》继承编没有明确规定遗赠扶养协议中的权利义务关系。在遗赠标的物所有权已经为第三人取得时，继承人对扶养人负有遗赠债务，判断继承人和扶养人的关系，应当适用《民法典》合同

编的一般规定。实际上，遗赠债务并不一定成立法律上不能或事实上不能。为了清偿遗赠债务，遗产管理人应当从第三人处回购遗赠标的物，并将其所有权转移给扶养人。倘若第三人拒绝出售遗赠标的物、已将遗赠标的物毁损或设置的价格远远高于市价，依据《民法典》第 580 条第 1 款，遗赠债务因履行不能、履行费用过高而无须履行。此时，依据《民法典》第 577 条，扶养人得请求继承人以遗产实际价值为限负替代给付的金钱赔偿。虽然继承人对履行不能没有可归责性，但在限定继承的背景下，要求继承人以遗产实际价值为限承担损害赔偿，对继承人并不苛刻。与此相对，遗产管理人不履行遗赠债务的，尤其是遗产管理人没有尝试回购遗赠标的物的，扶养人可依据《民法典》第 577 条主张债务不履行的损害赔偿责任。

（3）扶养人对第三人的请求权

第三人因遗赠人生前处分取得遗赠标的物的，为了保护扶养人，还可以从立法论的角度要求第三人对扶养人负返还义务。第三人是否负返还义务，取决于生前处分系有偿还是无偿。首先，遗赠人将遗赠标的物有偿转让给第三人的，第三人在不限制说下受到的保护，至少不能比在限制说下受到的保护更弱。采限制说，已支付合理对价的第三人能通过善意取得获得标的物所有权，因此，采不限制说，已支付合理对价的第三人也无须向扶养人返还标的物。此时，继承人以遗产实际价值为限为扶养人提供兜底保护，扶养人自担无法取得标的物所有权的风险。

其次，采不限制说，在遗赠协议成立后，遗赠人又将遗赠标的物赠与第三人的，第三人也能取得遗赠标的物的所有权。在这种情况下，遗赠人的积极财产因遗赠人未获对价而减少，因此，扶养人可能无法就遗产实际价值获得充分赔偿。考虑到受赠人系无偿取得财产，在价值判断上，应当从立法论的角度确立受赠人对扶养人的返还义务。德国法和瑞士法即采这一立场，不过两者对扶养人保护强度存在区别：遗赠标的物的原物仍然存在时，按照德国法，受遗赠人可以请求受赠人依据不当得利规则返还原物的所有权；按照瑞士法，受遗赠人仅能请求受赠人依据扣减之诉规则返还标的物的价额。

在不限制说的模式下，保护扶养人的程度，取决于立法者的政策判断。针对遗赠人已将遗赠标的物赠与他人的情形，考虑到扶养人的弱势地位以及受赠人系无偿取得遗赠人的财产，为了确保扶养人取得遗赠财产，本文倾向于借鉴德国法以强化对扶养人的保护。准此，在法律效果上，受赠人应当参照不当得利规定对扶养人负担返还义务。为了避免苛责受赠人，在受赠人和继承人的对外关系上，应当先由继承人以遗产实际价值为限负责；不足部分，由受赠人负返还义务。进而，继承人未取得遗赠标的物并转移给扶养人的，对扶养人承担金钱赔偿。仅在遗产实际价值无法填补扶养人所受损害的范围内，受赠人对扶养人负返还义务。返还义务的内容和范围参照不当得利规则确定。

要言之，遗赠人生前将遗赠标的物所有权转移给第三人的，不论让与行为有偿还是无偿，继承人均负有取得遗赠标的物所有权并转移给扶养人的义务。在限定继承的背景下，继承人不履行的，对扶养人负债务不履行责任；遗赠义务履行不能或履行费用过高的，继承人得拒绝履行遗赠义务，并对扶养人承担替代给付的金钱赔偿。在立法论上，为了保护扶养人，在遗产实际价值不足以填补扶养人所受损害范围内，无偿取得遗赠标的物的受赠人参照不当得利规则负返还义务。

3 两种立场的对比

就扶养人与继承人之间的法律关系而言，不论采限制说还是不限制说，继承人都对扶养人负遗赠义务。继承人不履行遗赠义务的，以遗产实际价值为限对扶养人负损害赔偿责任。

就扶养人与第三人的关系而言，善意第三人支付合理对价的，不论采限制说还是不限制说，第三人均可取得遗赠标的物的所有权。然而，第三人无

偿取得遗赠标的物的，在法律效果上，限制说、不限制说两种立场存在差别。首先，在遗赠标的物原物仍然存在时，采限制说，扶养人拒绝追认无权处分的，通过继承人的原物返还请求权获得遗赠标的物；采不限制说，倘若遗产实际价值不足以填补扶养人所受损害，扶养人通过第三人返还义务获得遗赠标的物。第三人将遗赠标的物再次无偿转让的，采限制说，转得人仍然无法取得所有权，扶养人通过继承人的原物返还请求权获得遗赠标的物；采不限制说，遗产实际价值不足以填补扶养人损害的，扶养人得参照《民法典》第 988 条请求转得人返还。其次，在第三人造成遗赠标的物灭失且不知赠与物为遗赠标的物时，采限制说，由于继承人很难证明善意第三人对遗赠标的物的灭失存在过错，第三人的损害赔偿责任难以成立，继承人只能以遗产实际价值为限对扶养人负责；采不限制说，继承人以遗产实际价值为限对扶养人负债务不履行责任，善意第三人因所受利益不复存在而免返还义务。最后，在第三人造成遗赠标的物灭失且知道赠与物为遗赠标的物时，采限制说，继承人依《民法典》第 459 条对第三人的损害赔偿请求权属于遗产，继承人怠于主张权利的，扶养人可行使代位权请求第三人赔偿，第三人依《民法典》第 537 条向扶养人履行赔偿义务；采不限制说，倘若遗产实际价值不足以填补扶养人所受损害，扶养人得参照《民法典》第 987 条请求恶意第三人返还。

由此可见，限制说和不限制说的区别，集中在遗赠标的物被赠与且仍然存在的场合：采限制说，扶养人通过继承人的原物返还请求权获得遗赠标的物；采不限制说，扶养人只有在遗产实际价值不足以填补其损害时才能通过受赠人的返还获得遗赠标的物。因此，在受赠人破产时，采限制说可能对扶养人更有利。

总之，在遗赠扶养协议成立后，遗赠人对遗赠标的物的死因处分权限受到限制。是否限制遗赠人对特定遗赠标的物的生前处分权限，最高人民法院应当通过司法解释予以明确。这涉及对扶养人的保护程度，取决于法政策层面的抉择。如果最高人民法院无意限制遗赠人的生前处分权限，那么在立法论上确立受赠人的返还义务实有必要。在遗赠人已将遗赠标的物赠与第三人时，继承人未能履行遗赠义务的，以遗产实际价值为限对扶养人负责；在遗产实际价值不足以填补扶养人所受损害的范围内，第三人对扶养人参照不当得利规则负返还义务。

四、遗赠扶养协议解除权的配置

遗赠扶养协议中请求权产生的异时性、义务主体的错位性，导致扶养人可能在遗赠人死后无法获得遗赠财产。这意味着，遗赠扶养协议的订立与履行，高度依赖双方当事人之间的信赖关系。因此，恢复失衡的遗赠人和扶养人利益关系，可以从遗赠扶养协议的解除权配置入手。在实践中，遗赠扶养协议的解除纠纷主要发生在三种情形下：扶养人未依约履行扶养义务；遗赠人无正当理由拒绝接受扶养人的扶养；遗赠人擅自转让遗赠财产。因此，遗赠扶养协议的解除权配置，须结合上述三种情形展开。

（一）一般法定解除权

在扶养人未依约履行扶养义务的情形，遗赠人可以请求扶养人承担违约责任。扶养义务是遗赠扶养协议中扶养人的主给付义务，可能包括扶养费的给付、劳务的投入、食宿的供给甚至精神上的慰藉，因此，针对扶养人拒绝履行、迟延履行、不完全履行，遗赠人可以根据不履行的具体内容依据《民法典》第 577 条以下请求扶养人继续履行、采取补救措施、承担损害赔偿和负担第三人替代履行的费用。

不仅如此，虽然遗赠扶养协议是继承法上的法律行为，但《民法典》继承编并未规定遗赠扶养协议的解除，因此，遗赠扶养协议中基于扶养条款而发生的债权债务关系，仍应适用《民法典》合同编的解除规则。扶养债务具有继续性，在《民法典》第 563 条第 1 款未区分终止和解除的背景下，扶养债务的不履行，亦有《民法典》第 563 条第 1 款法

定解除权的适用余地。遗赠扶养协议系生养死葬与遗赠结合的双方法律行为，基于扶养与遗赠之间的关联性，衡诸当事人的意思，当事人不可能会在扶养债务解除后期待遗赠单独发生效力，因此，遗赠人因扶养债务不履行而解除遗赠扶养协议的，解除效力及于遗赠扶养协议的全部。遗赠人欲实现遗赠法律效果的，可另行订立遗嘱为扶养人设定遗赠。

据此，如果扶养人拒绝履行扶养义务、扶养人迟延履行扶养义务且经催告后在合理期限内仍未履行，遗赠人可依据《民法典》第 563 条第 1 款第 2 项、第 3 项解除协议。扶养人不完全履行扶养、照顾义务导致遗赠人走失或者遭遇意外身故的，遗赠扶养协议目的即不能实现，遗赠人的监护人、继承人可依据《民法典》第 563 条第 1 款第 4 项解除协议。与此类似，扶养人遗弃、虐待遗赠人的，亦构成不履行扶养义务，遗赠人可以解除协议。当然，为了避免解除权是否成立的争议，遗赠人也可以与扶养人在协议中约定解除协议的事由，尤其是就迟延履行和不完全履行设置解除权条款，如扶养人无理由三个月未支付扶养费，遗赠人可解除协议。继承开始时，继承人成为依约安葬义务的债权人。扶养人不完全履行安葬义务的，一般没有补救的可能，继承人亦可解除协议。

（二）任意解除权

遗赠人无正当理由拒绝接受扶养人依约提供的扶养，已经构成受领迟延。不过，债权人受领债务人提出的给付并非债权人的义务，而是不真正义务。因此，债权人受领迟延并非违约行为，债务人既不能依据《民法典》577 条主张违约责任，也不能依据《民法典》563 条第 1 款解除合同，只能依据《民法典》第 589 条请求遗赠人赔偿增加的费用。于是，针对遗赠人受领迟延，扶养人既不能请求违约损害赔偿，也不能依据《民法典》563 条第 1 款解除协议。

对此，司法实践中认为，由于扶养的内容包括扶养人对遗赠人在精神上的照顾、扶养人和遗赠人在感情上的沟通，且遗赠扶养协议的订立以遗赠人与扶养人特别的信任关系为基础，因此，遗赠扶养协议具有一定人身性。进而，即使遗赠人拒绝受领扶养人依约提出的扶养，也不能强制遗赠人接受扶养，只能解除遗赠扶养协议。

本文认为，在遗赠人拒绝接受扶养时，扶养人可以行使任意解除权解除遗赠扶养协议。我国学界认为，以当事人之间的特别信任关系为基础的合同，如委托，在双方当事人信任基础丧失时，应当突破合同必须严守原则，允许当事人行使任意解除权来解除合同。实际上，遗赠扶养协议的订立和履行高度依赖于双方当事人的特别信任关系。与买卖这种一次性给付不同，扶养具有长期性和反复性，扶养人和遗赠人之间的信任是扶养人愿意承担扶养义务的原因之一。由于丧葬在我国文化中具有重要意义，遗赠人指定扶养人处理自己的身后事务，体现了遗赠人对扶养人的信任。因此，遗赠扶养协议属于以当事人之间特别信任关系为基础的合同。准此，如果遗赠扶养协议双方当事人之间的信任关系已经丧失，应当允许任何一方解除协议，即双方当事人享有任意解除权。这一任意解除权不同于因违约产生的法定解除权，不要求一方当事人具有违约行为。在法律适用上，由于生养死葬接近于委托，因此，在扶养人和遗赠人之间的信任关系遭到破坏时，可参照适用《民法典》第 933 条第 1 句，承认双方当事人享有任意解除权。

遗赠人无正当理由拒绝接受扶养人依约提供的扶养的，表明遗赠人对扶养人失去了信任，遗赠人可以行使任意解除权；扶养人因此对遗赠人失去信任的，也可以行使任意解除权。扶养人行使任意解除权造成遗赠人损失的，因遗赠人的损失不可归责于扶养人，遗赠人无法参照《民法典》第 933 条第 2 句请求扶养人赔偿。不过，虽然扶养人负担的扶养义务是继续性债务，但不论哪一方行使任意解除权，依约履行的扶养人均可依据《民法典》第 566 条第 1 款后半句请求返还扶养费用。这一立场旨在保护依约履行的扶养人：其一，虽然继续性债

务的解除原则上向未来发生效力，但在遗赠人生前，依约履行的扶养人并未获得扶养的对价，倘若坚持解除向未来发生效力，遗赠人就会无偿获得扶养，这对依约履行的扶养人并不公平；其二，如果行使任意解除权的遗赠人无须返还所受扶养费用，在法律地位上，依约履行扶养义务的扶养人就会与无正当理由不履行的扶养人无异，后者依据《继承法意见》第 56 条无法就已支付的扶养费用获得补偿，这对依约履行的扶养人也不公平。不仅如此，由于扶养人提供的劳务在性质上无法返还，遗赠人应当依不当得利规则承担客观价额的返还义务。

在遗赠人擅自处分遗赠财产的情形下，虽然扶养人在遗赠人生前对遗赠财产并无权利，但是，遗赠人的行为破坏了扶养人基于遗赠扶养协议所生的合理期待：遗赠人应当为了扶养人的利益妥善维持遗赠财产的现状，以便依约履行义务的扶养人能在遗赠人死后获得遗赠财产。因此，遗赠人生前处分遗赠财产的行为，妨碍了扶养人遗赠请求权的实现，破坏了遗赠人和扶养人之间的特殊信任关系，此时扶养人可以行使任意解除权解除协议。不仅如此，依约履行的扶养人还可以请求遗赠人返还扶养费用。遗赠人隐藏、转移、毁损遗赠财产的，扶养人亦可行使任意解除权。

五、结　论

从《民法典》第 1123 条的规范目的来看，作为继承法上的双方法律行为，遗赠扶养协议系基于当事人约定处理遗产的方式。然而，我国法院对遗赠扶养协议的结构缺乏统一认识。尽管不少法院能够认识到，生养死葬条款自协议成立时生效，遗赠条款自遗赠人死亡时生效，但大多数法院没有意识到，遗赠扶养协议的特色在于权利发生的异时性和义务主体的错位性，即遗赠人在生前对扶养人享有扶养请求权，扶养人在遗赠人死后才取得对继承人的遗赠请求权。这导致扶养人在遗赠人生前处于弱势地位，面临在遗赠人去世后无法取得遗赠财产的风险。由于现行法没有规定保护扶养人的配套措施，我国法院虽然承认遗赠扶养协议可以单方解除，但无力对先履行义务的扶养人提供充分保护。

为了保护扶养人，在《民法典》的体系框架内，通过参照委托合同规则，承认遗赠扶养协议双方当事人享有任意解除权，可能是更现实的选择。据此，双方当事人在信任关系丧失时可行使任意解除权、摆脱协议的束缚，但依约履行的扶养人可请求返还扶养费用。当然，扶养人还可以通过协议条款的设计来平衡双方当事人的利益关系。针对遗赠人擅自处分遗赠标的物的风险，扶养人可以要求在协议中加入“遗赠人不得擅自处分遗赠标的物”的条款，使遗赠人负有不得处分遗赠标的物的义务。这一不作为义务仅针对房屋之类的特定标的物，而非遗赠人的全部财产，但仅具有债的效力。进而，遗赠人违反该不作为义务的，尽管善意第三人仍能取得遗赠标的物的权属，但扶养人可请求遗赠人承担违约损害赔偿责任。在遗赠人死亡时，该违约损害赔偿属于被继承人生前债务，由继承人负责。

《人权研究》季刊 | 邓丽：《中华人民共和国妇女权益保障法》与地方实施办法的互动

原创：2020-10-19 IHRCUPL 法大人权研究院
https://mp.weixin.qq.com/s/-2fv_Q1VrGRT25JcN7vuXA

作者：
邓丽，中国社会科学院法学研究所副研究员

摘要与关键词

摘要：《中华人民共和国妇女权益保障法》是我国保护妇女权益的基本法，其上接《中华人民共和国宪法》规定的保障人权、男女平等、保护妇女等宪法理念，下启各省、自治区和直辖市的《中华人民共和国妇女权益保障法》实施办法，形成国家法律→地方法规→妇女权益保障实践的适法链条。近年来，地方立法积极创新，表现出鲜明的综合性、操作性、本土性和前瞻性，但囿于上位法固有的历史局限，在框架结构和规则机制方面受到一定的辖制，渐已形成倒逼国家法省思和完善的态势。于此之际，反向梳理妇女权益保障实践→地方法规→国家法律的传导链条，将实践中产生的制度需求精准反馈至国家立法层面，将地方立法经验及时转化为国家法律修改的经验借鉴，对《中华人民共和国妇女权益保障法》的价值理念、篇章架构和法律规范进行体系化重构和优化，是完善妇女人权法治的重要路径。

关键词：妇女人权《妇女权益保障法》地方实施办法互动

正文内容

法律是人权保障制度体系的重要组成部分，妇女权益保障专项立法是推动妇女人权法治的关键举措。1992 年，我国出台《中华人民共和国妇女权益保障法》（以下简称“《妇女权益保障法》”），其时国内对人权这一概念的肯认和阐释才刚刚起步。1995 年联合国第四次世界妇女大会（以下简称“95 世妇会”）在北京召开，女性主义研究者提出的“社会性别”视角和联合国人权框架下实现性别平等和性别公正的主要战略与手段“社会性别主流化”，极大地促进和深化了我国学术界对妇女问题的认知，从而推动我国妇女权益保障事业的发展迅速与国际人权保护框架接轨。同年，我国发布第一部促进社会性别平等、保障妇女人权实现的国家行动计划《中国妇女发展纲要（1995—2000 年）》，宣告以《中华人民共和国宪法》（以下简称“《宪法》”）为根据，以《妇女权益保障法》为主体，包括相关法律、行政法规和地方性法规在内的保障妇女权益和促进妇女发展的法律体系基本形成。其中，《妇女权益保障法》及其地方实施性法规一并构成纵向的、系统的妇女权益保障专项立法体系。

《妇女权益保障法》出台后，全国各省、自治区、直辖市纷纷制定“《妇女权益保障法》实施办法”，并在 2005 年《妇女权益保障法》修改和完善后与时俱进，陆续对地方立法作出相应的修订和调整。这些地方性法规以《妇女权益保障法》的理念、架构、制度为范式，承上启下，结合当地妇女权益保障的现实需求和实践经验，因地制宜、综合保护本辖区妇女权益，从而形成国家法律→地方法规→妇女权益保障实践的适法链条。近年来，随着地方立法自主性的增强和立法资源的丰富，深圳、河北、江苏、宁夏等地在《妇女权益保障法》实施办法的修订工作中积极吸纳实务界最新探索和理论界最新研究，在立法模式、章节架构、制度创新方面都进行了拓展性的尝试。但囿于上位法固有的局限和辖制，上述立法实践在局部多有突破的同时不免又陷入整体优化乏力的困境，在一定程度上对《妇女权益保障法》的省思和完善形成倒逼态势。

一、《妇女权益保障法》是妇女人权保护的国家基准

《妇女权益保障法》是由全国人民代表大会通过的基本法，该法承接国家根本大法《宪法》关于保障人权、男女平等、保护妇女等理念，确立起妇女权益保障的全面性、系统性、针对性、导向性的国家法律基准。综合而言，《妇女权益保障法》在三个层面奠定了妇女权益保障事业的基本格局和地方实施性立法的主体框架。

（一）理念与原则

平等，是女性作为人类社会“第二性”的主要诉求。女性主义经典作家波伏瓦（SimonedeBeauvoir）提出，现代社会男女不平等的根源在于女性的社会参与不直接、不广泛、不深入，“女人要成

为一个完整的个体，与男人平起平坐，必须要有进入男人的世界的途径，就像男人要有进入女人的世界的途径一样”。当代女性主义研究者发展出社会性别的视角，明确提出“平等作为一种变革，其目标不在性别中立的未来，而是一个社会性别得到适当考虑的未来”，不再满足于“简单地允许妇女进入男性定义的世界”，而是要求“重新分配权力和资源，并改变使压迫妇女永久化的制度结构”。

平等的对立面是歧视，两者乃是一体两面。较之尚存于理想层面有待构建的平等，反歧视更具现实观照和实践意义。由此，国际人权体系在宣示平等的基础上复又发展出反歧视的路径，并肯认通过暂行特别措施和保护措施矫正歧视、型塑平等的制度建构：在《世界人权宣言》《公民权利和政治权利国际公约》《经济、社会和文化权利国际公约》之外，被视为“国际妇女权利宪章”的《消除对妇女一切形式歧视公约》全部内容皆致力于谴责、消除对妇女一切形式的歧视，同时在第 4 条明确“为加速实现男女事实平等而采取的暂行特别措施”和“为保护母性而采取的特别措施”不得视为歧视，亦即肯认对妇女的特别保护。

从形式平等走向实质平等，是当前妇女人权事业的核心主张。《妇女权益保障法》第 1 条立足于我国妇女权益保障的社会认知和实践需求，提出三重立法旨意：一者，保障妇女权益；二者，促进男女平等；三者，发挥妇女作用。保护妇女权益是本法题中本义，促进男女平等和发挥妇女作用实则是本法精神内核和价值理念的表达，亦即性别平等和妇女参与。在平等的诸多丰富内涵中凸显和强调“参与”之要素，是我国妇女解放史的显著特点，一定程度上具有动员妇女参与革命、服务于国家建设的政治意义。这也直接导出新时代中国性别平等事业的内在逻辑：通过保障妇女参与、促进妇女发展达致性别平等。性别平等的立法目标和妇女参与的实现路径之间是相辅相成的关系：在诉求层面，妇女不仅要求平等，也同时要求参与，在平等的基础上参与社会发展；在价值层面，平等是为了实现参与，参与有助于实现平等，两者互为支撑而免于虚空。两大理念通过基本原则达致“内在体系的外显”。《妇女权益保障法》的基本原则集中表述于第 2 条，起草小组代表将其概括为三项：（1）男女权利平等的原则；（2）对妇女权益实行特殊保护，逐步建立对妇女的社会保障制度的原则；（3）禁止歧视、虐待、残害妇女的原则。这里的“对妇女权益实行特殊保护”与条文中“保护妇女特殊权益”的表述尚有细微差异，需要辨明。笔者认为后者更为准确，强调并非基于性别的特殊保护，而是基于权益的特殊保护，但为行文简洁起见只笼统概括为“特殊保护”。

（二）领域与架构

《妇女权益保障法》确立的平等和参与理念，通过反歧视和特殊保护原则得以外显，进而辐射到社会生活各个领域。《妇女权益保障法》第二章至第七章将妇女权益分为政治权利、文化教育权益、劳动和社会保障权益、财产权益、人身权利和婚姻家庭权益。

这里首先呈现出来的一个问题是：法律文本的篇章是以何种标准来建构的，是否周延一致？《妇女权益保障法》的主体部分虽皆以“权利”或“权益”冠名，然就限定语词而言，政治、文化教育、劳动和社会保障以及婚姻家庭皆可归于领域，或曰妇女参与社会生活和家庭生活的抽象场域，而财产权益和人身权利则为典型之法律权利类别。领域与权利两个标准的杂糅使得各章的界别难以澄清：妇女之财产权益在其参与的各领域都可能存在并体现，无论是公共的劳动和社会保障领域还是私密的婚姻家庭领域；人身权利更是妇女作为人的主体要素，与其主体人格须臾不可分离，自法理言之，整部法律对性别平等的推崇与维护正是建基于对妇女人格尊严的尊重和保护。由是观之，现行《妇女权益保障法》的架构存在明显的瑕疵：区分章节的标准不统一，同时章节分布的顺位亦可斟酌，财产权益在前、人身权利在后既不利于彰显对妇女主体

地位的关切，亦不利于强调保护妇女免于暴力侵害的制度目标。

篇章布局直接关系到内容编排，界别不清会产生诸多困扰："财产权益"章共计 6 条，除 1 条概括性规定、2 条关于农村妇女集体经济权益的规定外，其他 3 条均为婚姻家庭中妇女的共有财产权益、继承权益，剥离婚姻家庭权益之后此部分内容几乎无法成章；"婚姻家庭权益"章规定保护妇女的婚姻自主权、生育自主权等，并明确反对家庭暴力，实则这些内容亦可归入对妇女人身权益的保护。

第二个问题是："权利"与"权益"又如何界分？《妇女权益保障法》有政治权利、人身权利，亦有文化教育权益、劳动和社会保障权益、财产权益、婚姻家庭权益，作此区分须有法理依据。因"权利"与"权益"虽仅一字之别，意蕴和语境却有不同：《妇女权益保障法》出台之时，我国法学界对二者之别的认知或仅限于文辞，辨其有无涵盖（物质）利益；然今日对二者关系的认识趋于深远，通论将权利视为受法律保护的利益，又鉴于受保护的前提是被识别，未来基于社会生活的不断演进、个体需求的日益丰富必有突破现有法律之必要识别、肯认和保护更多的个体利益，而以"权益"之称为权利的发展和充实预留空间。隐私权、精神损害赔偿等规则和制度无不由此生发。

此一立法技术在《民法典·人格权编》中亦有体现：该编以"人格权"概念涵摄生命权、身体权、健康权、姓名权和名称权、肖像权、名誉权和荣誉权、隐私权及个人信息保护，犹恐不周，遂于其后引入更上一级的概念"人格权益"，规定自然人除享有上述人格权外，还享有基于人身自由、人格尊严产生的其他人格权益。可见，权益比权利要更为宽泛和开放。这就带来使用语境的不同：需要赋权方可参与的领域使用"权利"更为严谨，无需赋权而经参与创设利益的领域使用"权益"更为准确。于此而论，除政治领域使用权利之外，其他方面宜使用"权益"为妥。再者，人身包括人格和身份两个方面，《民法典·人格权编》既已明确使用"人格权益"，《妇女权益保障法》所保护之"人身"亦不可自限于权利而必延伸至权益方谓周全。

（三）制度与规范

《妇女权益保障法》基于妇女保护基本法的定位，力图全面和系统，采用总则—分则—附则的结构：总则中规定妇女发展纲要、各方主体责任、妇女自身义务、政府职责、专门机构（妇联、工会、共青团）职责、表彰与奖励这些全局性问题，分则覆盖到妇女社会参与的各个方面。在分则制度安排中，《妇女权益保障法》针对妇女权益保障的现实需求，对各领域涉及妇女权益保护出问题予以明确，有力地推动妇女权益保障事业的发展。《妇女权益保障法》所特别关注的问题不仅在地方实施性立法中加以延续，甚至超越妇女保护范畴引领法治发展全局，试举例示之：

《妇女权益保障法》关于妇女平等就业、特殊劳动保护、生育保险等相关权益的规定，可谓 2007 年出台的《中华人民共和国就业促进法》和《中华人民共和国劳动合同法》、2010 年出台的《中华人民共和国社会保险法》、2012 年出台的行政法规《女职工劳动保护特别规定》相关内容的先声。

《妇女权益保障法》所关切的妇女在农村集体经济组织中的各项权益直到今日仍是农村妇女权益保护的重大突出问题，2002 年出台《中华人民共和国农村土地承包法》、2004 年及其后修订《中华人民共和国土地管理法》、2007 年出台《中华人民共和国物权法》、2017 年颁布《中华人民共和国民法总则》均持续将妇女权益保护纳入立法或修法考量。

《妇女权益保障法》关于禁止家庭暴力和性骚扰的规定，一度是反家暴和反性骚扰的重要法律依据，直至推动《中华人民共和国反家庭暴力法》（以下简称"《反家庭暴力法》"）于 2015 年出台、"性骚扰损害责任纠纷"于 2018 年列入民事案由 1 以及反性骚扰条款纳入 2020 年新近颁布的《民法典·人格权编》。

《妇女权益保障法》关于妇女人格尊严和妇女人格保护的规定富有前瞻性，对于抵制当前消费主义背景下物化女性仍具有重要指引意义。

《妇女权益保障法》在具体制度和法律规范上还表现出鲜明的导向性：从积极的方面来说，该法以正面宣导或反面禁止的规范性条文示明立场，起到法治倡导和宣传普及的教育效用，如该法第 2 条宣明“实行男女平等是国家的基本国策”“国家保护妇女依法享有的特殊权益”“禁止歧视、虐待、遗弃、残害妇女”。从消极的方面来说，囿于当时的国家法治进程和社会治理现状，该法规定的反性骚扰和反家暴条款并无具体、有效、充足的配套制度和机制举措，更多是停留在宣导层面。

但综合而言，《妇女权益保障法》自颁布以来高举妇女权益保护大旗，从理念到架构再到制度都对地方实施性立法和妇女权益保障实践起到深刻的引领和推动作用，形成有中国特色的社会主义妇女权益保障法治体系。根据法律构造及解释理论，法律制度内含的基础价值和法律理念构成其内在体系，依形式逻辑规则而确立的篇章架构和制度规范构成其外在体系。内在体系通过原则性规定得以外显，外在体系则通过法律规则的逻辑推演运用基础价值来处理生活事实。运用该理论，可将现行《妇女权益保障法》的内在价值体系和外在规范体系图示如下。

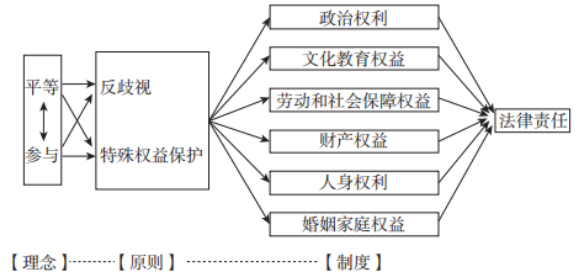


图 1 《妇女权益保障法》当前逻辑架构

二、地方实施办法是《妇女权益保障法》的具象与延展

《妇女权益保障法》实施后，各地纷纷出台地方实施办法。多年来，这些实施办法大都冠名以“XX 省/自治区/（直辖）市实施《中华人民共和国妇女权益保障法》办法”，也有地级市出台相应实施办法，在内容上也都坚守《妇女权益保障法》边界，规范表达相似。但是近三年来，随着地方治理的复杂性和立法的自主性增强，立法资源和立法模式不断丰富，吸收专业资源立法甚至委托专业团队立法成为新的趋势和潮流。有些地方在《妇女权益保障法》实施办法的修订中大力创新，注重综合性、操作性、本土性和前瞻性，取得较大的立法创新成果。成果之最为显著而规整的体现是相关省、市、自治区的实施性立法不再沿用“实施办法”的名称而是冠名以“条例”，意在综合实施包括《妇女权益保障法》《反家庭暴力法》《中华人民共和国未成年人保护法》《女职工劳动保护特别规定》等在内的各项有关妇女权益保障的法律法规，全面规范和促进地区妇女权益保障事业的发展。笔者撷取其中有代表性的深圳（2012）、河北（2017）、江苏（2018）、宁夏（2019）立法文本对地方实施性立法的成就与困境进行分析，以此管窥成就卓著但于今已显滞后的《妇女权益保障法》在引领之外带来的障碍、在推动之外引发的辖制。

（一）理念与原则

地方实施性立法文本秉承《妇女权益保障法》的基本理念，普遍在法律条文中明确规定男女平等，保护妇女合法权益。但是“平等”理念之外的“参与”，“保护合法权益”之外的“反歧视”和“特殊保护”，地方文本全面提及的不多，只有《江苏省妇女权益保障条例》（以下简称“《江苏条例》”）较完整保留《妇女权益保障法》相关表述。这其中的重要原因或在于，地方立法力求简省，将此部分内容视为《中华人民共和国立法法》第 73 条第 4 款规定的“上位法已经明确规定的内容”，力避重复而略去。但从法律内在体系构造来说，《妇女权益保障法》的两大理念、两大原则均有其不可替代的

独特内涵，地方立法于此不应简省而作删减，这表明社会各界对《妇女权益保障法》理念与原则的阐释与解读尚不充分、不深入，导致理念传递有欠完整。于此之外，地方立法亦表现出鲜明的时代感，如 2019 年 9 月出台的《宁夏回族自治区妇女权益保障条例》（以下简称“《宁夏条例》”）在首条立法依据中加入“社会主义核心价值观”，而新的时代精神如何实质性地丰富妇女权益保护理念殊值期待和探讨。

深圳在理念上走得更远一些，完全超越《妇女权益保障法》的框架，将妇女保护发展至性别平等，同时提出消除性别歧视，并在 2012 年出台的《深圳经济特区性别平等促进条例》中构建起由性别平等促进工作机构组织实施的性别影响分析及评估机制、行业性别平衡制度、社会性别预算制度、社会性别统计制度等，形成初具雏形的性别平等建构体系，具有深远的前瞻意义和探索价值。与之相应的是，原来的《深圳经济特区实施<中华人民共和国妇女权益保障法>若干规定》已被废止。

（二）结构与篇章

在妇女保护框架内，河北、江苏、宁夏地方实施性立法一致沿袭《妇女权益保障法》之总则—分则—附则的架构，其中江苏、宁夏两地完全依循《妇女权益保障法》的篇章名称和顺位，而河北则试图对立法文本的篇章结构进行优化，两种布局之不同对照如下。

表 1　《妇女权益保障法》与河北、江苏、宁夏地方实施性立法结构与篇章比较

《妇女权益保障法》（《江苏省妇女权益保障条例》《宁夏回族自治区妇女权益保障条例》沿袭）	**《河北省妇女权益保障条例》**
第一章 总则	第一章 总则
第二章 政治权利	第二章 政治权利
第三章 文化教育权益	**第三章 经济权益**
第四章 劳动和社会保障权益	**第四章 文化教育权益**
第五章 财产权益	**第五章 人身权利**
第六章 人身权利	**第六章 婚姻家庭权益**
第七章 婚姻家庭权益	第七章 法律责任
第八章 法律责任	第八章 附则
第九章 附则	

由上表可知，《妇女权益保障法》中第三章至第七章之文化教育权益、劳动和社会保障权益、财产权益、人身权利、婚姻家庭权益，在《河北省妇女权益保障条例》（以下简称“《河北条例》”）中经整合并调整顺位形成第三章至第六章经济权益、文化教育权益、人身权利、婚姻家庭权益的格局。其创新点在于：将劳动和社会保障权益、财产权益合并为经济权益，内容主要由平等就业、劳动保护权益（第 15—21 条）和农村集体财产权益（第 22—24 条）构成，此外也包含第 25 条关于继承权的规

定，但仍然没有厘清妇女财产权益与婚姻家庭权益的关系。在河北模式中，夫妻共有财产权益规定于“婚姻家庭权益”章（第 41 条），本章其他内容均围绕离婚中的权益需求进行规范（第 42—44 条）。

《江苏条例》和《宁夏条例》均保持与《妇女权益保障法》一致的篇章结构，但在“财产权益”与“婚姻家庭权益”的界别上略有调整：《江苏条例》将婚姻家庭共有财产权益放在“财产权益”中（第 32、33 条），遗产继承权则移至“婚姻家庭权益”（第 49 条）；《宁夏条例》并未改变婚姻家庭共有财产权益、遗产继承权在“财产权益”章的格局，但是通过做加法的立法技术充实“财产权益”的内容，如增加妇女平等参与经济发展、平等获得经济资源和经济收益的规定（第 33 条），再如增加农村妇女平等享受优惠政策和补贴的规定（第 36 条）。在“人身权利”与“婚姻家庭权益”的界别上，《河北条例》的特别之处在于将《妇女权益保障法》规定于“婚姻家庭权益”中的家庭暴力问题调整至“人身权利”章（第 33—36 条）。江苏和宁夏仍然在“婚姻家庭权益”章中规定反家庭暴力的内容。

以上对地方实施性立法文本的分析表明，《妇女权益保障法》在篇章结构上的逻辑不周和界别不清直接影响到地方法规的整体格局，即使地方在立法过程中试图进行调整和优化，亦难以创新出兼具科学性和系统化的模式。在总体格局上，上位法的框架结构对本领域自上而下的法治体系具有决定性、持久性影响。

（三）制度与规范

在制度和规范领域，地方立法活动的创新力表现得最为充分。地方实施性立法对上位法进行可操作性的细化，不仅凸显出独特的本土化特点，也充分实现了妇女权益保障法律规范的与时俱进。以各领域妇女权益的拓展为线索，可依时序将河北、江苏、宁夏三地条例在《妇女权益保障法》的基础上增加的重要内容简述如下。

表 2　《妇女权益保障法》与河北、江苏、宁夏地方实施性立法制度与规范比较

《妇女权益保障法》	《河北条例》拓展内容	《江苏条例》拓展内容	《宁夏条例》拓展内容
总则	妇女权益保障工作经费；**政府购买服务；政策法规性别平等评估机制**；维护妇女合法权益宣传周	妇儿工委具体职责；**社会性别平等教育**	妇女权益保障工作经费；妇儿工委具体职责；妇联具体职责；基层两委妇女权益保护职责
政治权利	妇女人大代表候选人**比例**；基层妇女代表比例；女性领导成员数量	妇女人大代表候选人**比例**；基层两委会成员妇女数量；基层妇女代表比例；女性领导成员数量；女工会代表比例；**妇女议事会制度；社会性别平等评估**	妇女人大代表、常委**比例要求**；女性领导成员及正职领导数量要求；基层政府及两委会成员妇女数量要求；女职工代表及女职工委员要求；**基层妇女议事制度**；依法任命妇女陪审员
文化教育权益	女学生及妇女生理、心理卫生宣传教育；**女学生性别及预防性侵教育；家庭教育**	**学前教育、高中教育和高等教育权益；女学生性别及自我保护教育**；特殊困难群体的职业和技能培训保障	**女性各阶段教育权益**；职业和技能培训向特殊困难群体倾斜；**家庭教育**

劳动和社会保障权益	促进妇女就业；对性别歧视的**劳动保障监察和妇联监督约谈机制**；**劳动保障守法诚信档案**；职场**反性骚扰**	应聘环节反歧视；女职工特殊权益保护专项合同；女职工孕期休息权益及薪酬；设立**女职工卫生室**、哺乳室等，鼓励用人单位提供**婴幼儿托管**服务；鼓励用人单位给予男职工在配偶产假期间**休共同育儿假**；农村妇女**住院分娩补助**；两癌筛查机制；特殊困难群体救助	促进妇女就业；针对性别歧视或侵害妇女劳动权利现象的**联合约谈**机制；为经期、孕期、哺乳期女职工提供**设施便利**；鼓励用人单位提供**婴幼儿照护服务**；鼓励用人单位给予婴幼儿父母**共同育儿假**；经济困难妇女**住院分娩救助**制度；两癌筛查及妇科保健；**妇女精神卫生防治和康复服务**；**流动妇女卫生保健**；特殊困难群体救助；**母婴室及女厕比例**
财产权益	详细规定**妇女农村集体成员权益**；明确规定**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损害妇女合法权益**	**妇女对婚姻家庭共有财产的知情权、查询权和登记权**；**农村妇女承包权益和宅基地权益的登载**；**村民自治机制不得损害妇女合法权益**	妇女财产权益概括规定；**妇女对婚姻家庭共有财产的知情权、处理权和查询权**；妇女享有优惠政策、补贴和金融扶持的权益；**系统规定农村妇女的集体经济组织成员权益及确认**；**禁止村民自治机制限制、剥夺妇女合法权益**
人身权利	**多部门反家暴协调机制**；公共设施中的**母婴室、女厕位配备**，**工作场所的孕妇休息室、哺乳室**；公共场所防范**性骚扰**；妇科疾病普查保健；特殊困难群体救助	禁止蒙骗妇女；**女性未成年人人身保护**；禁止熟人侵害；**一般及特殊性骚扰的规制**；公共设施中的**母婴室及女厕配建比例**	侵害妇女生命权、身体权、健康权的具体情形列举；**一般性骚扰和职场性骚扰条款**；**女性未成年人人身保护**
婚姻家庭权益	**妇女对共有财产的知情权、处分权、查询权**；行为能力受限妇女离婚权益照护；家务劳动补偿；经济帮助；离婚妇女户籍迁移	家庭关系倡导；家庭美德和反家暴教育；**多机构、多方位的反家暴及受害人救助机制**	侵害婚姻自主权情形列示；遏制、抵制高额彩礼；家暴受害妇女婚姻家庭权益系统宣示；**反家暴庇护、救助、协助机制**；离婚期间女方及其近亲属权益保护；**政府购买服务**；**婚姻家庭咨询、心理咨询专业力量的引介**
法律责任	妇女权益保障违法情形列举；**约谈不改法律责任**；**村民自治机制侵害妇女合法权益的法律责任及救济**；**家庭暴力告诫制度及治安责任、刑事责任**	妇儿工委协调督促责任；**侵犯女职工劳动权益责任**；**传媒广告宣传行为歧视或侮辱妇女责任**；**有关主体违反家暴报告义务责任**	向家暴受害妇女及经济困难妇女提供**司法救助或法律援助**；**侵害女童受教育权法律责任**；**针对权益条款分别规定各界主体违法行政责任、治安责任和刑事责任**

（注：表中地方实施性立法文件在特定历史阶段的主要创新发展以**加粗字体**标注）

经由上表，可知有些制度和规范是地方法规共同采用的。这些内容体现出妇女权益保障事业的新发展和新动向，大体包括：政策法规性别平等评估机制、基层妇女议事制度、女学生性别及防性侵教育、家庭教育、针对性别歧视和损害女职工权益的劳动监察与联合约谈机制、反性骚扰与反家暴的深化、妇女专用设施配建、婴幼儿托管与照护、共同育儿假、农村妇女财产权益确权、妇女共有财产知情查询与登载权益、政府购买服务等。这些新发展和新动向是将来《妇女权益保障法》修改内容的重要考量对象：是否纳入修改范畴以及应当纳入何种权益保护。

但不同地区的妇女权益保障立法仍存在显著的不同，其原因主要可归结为两点：1. 地域性差异，各地省情、区情不同，现实问题和制度基础也不同。如《河北条例》设立维护妇女合法权益宣传周、为企业建立劳动保障守法诚信档案、规范离婚妇女户籍迁移等，因河北地区经济文化持中，很多基础性问题仍现实存在；《江苏条例》首倡妇女议事会制度、共同育儿假、住院分娩补助等，尽显江苏地区常开风气之先，又得财政富庶之便；《宁夏条例》遏制抵制高额彩礼、大幅拓展共同育儿假、积极引介婚姻家庭咨询和心理咨询专业资源等，则是因为宁夏地处西北，又是少数民族聚居区，宗教和经济发展都对该地区婚姻家庭影响显著。2. 时序性差异，立法在后的地区明显具有后发优势。这种后发优势主要来自两个因素：时势发展和交流借鉴。以《宁夏条例》为例，其酝酿修改时期正逢国家立法和社会治理飞速发展，《民法典》的编纂在反性骚扰、妇女财产权益保护等方面都有极大推动，劳动就业领域大力引入联合约谈机制，国家政府大力倡导婴幼儿照护服务，同时宁夏地区修订、立法之际已有以河北、江苏等地立法经验和立法成果为借鉴，因此其得以相对集大成，广泛吸纳新经验、新机制。此外，宁夏地区自身的独创性亦应获得肯定。《宁夏条例》不仅着力在具体机制和规范上有所突破，也表现出地方立法在科学性和体系性方面的努力，典型如“劳动与社会保障权益”章将妇女精神卫生和康复服务纳入，深刻体现以人为本的现代法治精神，“财产权益”章通过概括规定和优惠政策、补贴及金融权益等得以大大充实，“人身权利”章对侵害妇女生命权、身体权和健康权情形加以列举，“婚姻家庭权益”章对侵害婚姻自主权情形进行列举，并全面宣示家暴受害妇女的婚姻家庭权益，无不表现出新时期地方立法的新要求和新水准。

三、地方立法经验对国家法律修改的启示

2020 年两会期间，全国人大代表、全国妇联副主席、书记处书记谭琳联名其他代表提出修改《妇女权益保障法》的议案，其可行性基础之一即在于“有大量地方立法实践可供借鉴”。作为联接地方实践与国家法律的法规文件，以深圳、河北、江苏、宁夏为代表的新时期地方妇女权益保障立法的蓬勃发展和瓶颈之憾皆通过反向的传导链条即妇女权益保障实践→地方法规→国家法律将实践中产生的制度需求反馈至国家立法层面，为校正《妇女权益保障法》的历史局限、明晰该法修改方向提供了宝贵的研究文本和厚重的立法经验。

（一）理念与原则

如前所述，地方实施性立法对《妇女权益保障法》理念与原则的不当简省实则是一种警醒：《妇女权益保障法》本身对妇女保护和妇女发展的深层理念探索、阐释不够。随着我国妇女权益保障事业愈益与国际人权保护发展融合，未来《妇女权益保障法》的内在价值体系有待在本土性和国际性两个维度上进一步提升和融通：在国际人权公约体系下，平等和非歧视是一体两面的价值内涵，当前人权保护主要通过反歧视机制识别问题并寻求改善，缔约国须采取一切适当措施——尤其是针对性别弱势群体的暂行特别措施和针对母职角色的保护性特别措施——保护国民处于平等地位而免于被歧视；我国《妇女权益保障法》在长期的妇女工作政策和实践中提炼和发展出“妇女参与”理念，正与国际

人权公约鼓励暂行特别措施、保护性特别措施的路径相合，与非歧视一起构成对性别平等内涵的充实与发展。

完备的内在价值体系，将有助于充分发挥立法的科学性和系统性效应，从而在新的历史条件下运用新的理论工具校验各领域妇女权益保障之行与止，例如女性车厢、女性车位等是否属于过度保护、是否真正符合性别平等理念，这些新问题均需放长眼量方可看清其利弊得失。在新的价值体系下，以《深圳性别平等条例》为先导，“妇女权益保障”的定位更可提升至“性别平等”层面，辅之以“性别友好”基调，从而开启我国性别平等法治建设的新纪元。

（二）领域与架构

如前所述，《妇女权益保障法》的篇章结构明显不够严谨、不够周延，给地方实施性立法带来很大困扰：一方面是“权利”与“权益”的轻率区分，另一方面是不同的领域和篇章之间的交叉和无序，尤其是“劳动与社会保障权益”与“财产权益”的界别不清，“婚姻家庭权益”与“人身权利”“财产权益”的混杂。

笔者认为，首先要将“人身权利”的认知修正为“人身权益”概念，如此不仅通过对人的主体性要素持开放立场来彰显以人为本、权利本位之法治理念，亦可与我国即将生效的《民法典》规范条文保持一致。

其次要整体规划篇章格局。兹有两种思路供参考：一者，依据权利性质划分章节。首先分出公领域的政治权利、劳动/社会参与和社会保障权益，然后在私领域按照民事权利分类体系分出人格权益、身份权益、财产权益。如此则现行《妇女权益保障法》的分章需重新定性、归并，如“人身权利”归入“人格权益”，“婚姻家庭权益”归入“身份权益”。二者，依据领域划分章节。在国际公约体系中，《公民权利和政治权利国际公约》和《经济、社会和文化权利国际公约》均以具体权利的形式列举现代国民的权利，如属于公民权利的生命权、人身自由权、人格尊严等；政治领域的选举权、参与公共事务的权利、国籍权等；经济、社会和文化领域的劳动权、健康权、金融信贷的权利、受教育权等；两公约均涉及对婚姻家庭的保护。《消除对妇女一切形式歧视公约》第 1 条即明确指出公约旨在消除基于性别而对妇女所作的任何区别、排除和限制其作用，保障妇女在政治、经济、社会、文化、公民或任何其他方面的人权和基本自由。这一规定实际上是从妇女权益保护的视角出发对前述两公约所涉领域的总结和概括，对于我们制定保护妇女权益的国内法具有重要的参考意义。

以上两种路径各有优势，以权利性质划分章节更易与法学理论相观照，但仍不可避免公领域、私领域各占半壁江山的格局；以领域划分章节更易与国际人权体系相关联，但在具体权利的保护上仍难免牵连。比较起来，以领域划分篇章或是我国妇女权益保障立法的更优选择，因为妇女权益保障立法本身不是传统法教义学发展出来的体系，而是性别平等思潮、人权保护体系发展的产物，其未来的发展亦势必以国际人权框架为引领和驱动。择定领域路径，辄可结合我国现有立法基础，将妇女权益保障划分为基本人权、政治权利、教育和文化权益、经济社会参与和财产权益、婚姻家庭权益。现行《妇女权益保障法》规定的各项权益可分别归入上述各相关领域，惟妇女基本人权须在人身权益的基础上予以提炼和规划。

（三）制度与规范

前文在比较地方法规文本时已提取出制度与规范层面的“公因式”，这些共通的制度反映出妇女权益保障的新发展和新趋势，需要在《妇女权益保障法》修订过程中加以细致斟酌。在此，择其要者加以深入阐述。

第一，在促进男女平等的宏观框架下，应着力推动政策法规性别平等评估机制。值得注意的是，国际人权领域性别主流化的最新发展要求对所有

法规政策进行性别平等评估，因为无论是性别中立还是性别区分的法律都可能造成性别歧视，只有经过性别平等评估才能鉴别有关法规政策会否造成性别歧视。这一立场已超出当前地方立法在性别平等评估机制问题上的认知和能力所及，在国家立法层面推行和示范科学的、具有操作性的性别平等评估机制将是突破相关实践困境的关键举措。

第二，对妇女基于性别所处的生理弱势地位进行保护和干预。这主要体现为对妇女人身权益的保护，尤其是惩治性犯罪、反家暴和反性骚扰的深化。在国际人权体系下，对女性的暴力被认为是歧视的一种形式。我国《妇女权益保障法》自出台以来，一直在保护妇女人身权益方面坚持敏锐和先进的立场，禁止各种针对妇女的暴力犯罪、性犯罪，率先规定“禁止对妇女实施家庭暴力”“禁止对妇女实施性骚扰”。经此努力，2015 年以来，我国不仅通过了《反家庭暴力法》，还在《中华人民共和国刑法修正案（九）》中规定，取消嫖宿幼女罪，增设收买被拐卖妇女、儿童罪和监护、看护主体虐待罪等，我国《民法典》亦通过肯认和保护民事权利尤其是禁止性骚扰等有关法律规范为妇女权益保障提供更加有效和有力的法律机制。未来《妇女权益保障法》的修订应当进一步对散布于不同领域的立法成果和规范资源予以整合，继续推进妇女人身权益的保护。

第三，对妇女基于母职身份所处的生理、社会弱势地位进行扶助和分担。这主要体现在两个方面：一是扶助，即公共设施和工作场所对妇女需求的充分考量，如在公共场所设置母婴室、加配女厕位，在工作场所设置孕妇休息室、哺乳室等便利妇女承担母职角色，尽可能平衡职业角色与母亲身份。二是分担，即育儿负担的分散。江苏、宁夏等地的共同育儿假即是典型机制，江苏规定在母亲产假期间父亲可享有育儿假，宁夏则是鼓励单位支持父母在孩子 0—3 岁期间休育儿假以更好地照护幼儿。

其中，落实共同育儿假殊值肯定和推广：（1）理论层面，教育科学研究已经明确证实，在婴幼儿时期父母的陪伴和抚育对于孩子的心智发展和精神健康都是特别重要的。（2）现实层面，留守、流动、流浪儿童表现出来的一些成长障碍和这些年出现的青少年恶性犯罪都表明，牺牲幼儿教育会让我们的家庭和社会付出难以承受并且无法弥补的代价。（3）政策层面，国务院办公厅专门下发《关于促进 3 岁以下婴幼儿照护服务发展的指导意见》，要求重视 0—3 岁婴幼儿时期的照护，明确鼓励探索共同育儿假。该制度引领共同育儿的家庭风尚和社会风潮，并终将证明这样的付出对于儿童、家庭和社会都是值得的，对于增强家庭成员的幸福感是大有裨益的。

第四，对妇女权益保障热点问题的回应，如在教育领域推动性别与防性侵教育、（以教育机构为联结点的）家庭教育等，在就业领域继续推动反就业歧视及妇女劳动权益损害救济，关切农村妇女参政议政机制，以及妇女对农村集体经济组织财产和家庭共有财产权益的确认和保护等。

第五，创新维权机制，大力推动和倡导符合现代社会治理的干预模式，如政府购买专业服务等。随着我国政社合作框架的成熟，在家事诉讼、反家暴、反性骚扰等类型的个案中引入法律、心理、社会工作等专业服务将极大地提升妇女权益保障的专业性和有效性。

最后，结合以上启示，再次运用内外体系理论，将《妇女权益保障法》应然逻辑架构绘制如下图所示。

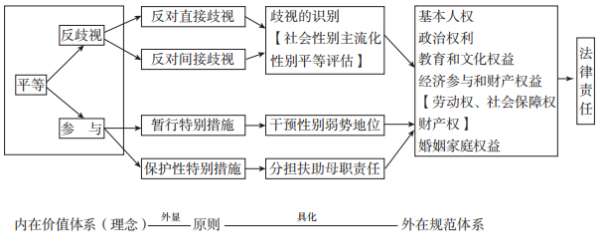


图 2 《妇女权益保障法》应然逻辑架构

四、结语

妇女人权是妇女作为人所有的和应当享有的

权利，是基于妇女群体固有的人的资格和身份所应当享有的不可分割、不可剥夺和不可侵犯的权利。妇女人权事业的目标是致力于让妇女成为完整的、独立的、被充分尊重的人：不是被男权社会所定义、所宰制的女性，也不是变得和男性相同的女性，而是作为平等人类的女性。这对于我国妇女权益保障法治尤其具有启示意义。时至今日，我国法学界主流观点仍将平等理念自限于“机会的平等和法律主体资格的平等”，认为“结果意义上的平等难以做到”，故而应坚持机会平等的理念。这无疑会在一定程度上阻碍从社会性别的角度深化对妇女人权的认识和保护。

《妇女权益保障法》是我国在妇女权益保障领域立起的大旗，兼具国内人权法和社会保护法的性质。这部法律甫一面世，即欣逢’95 世妇会带来的思想激荡和权利启蒙，又在’95 世妇会召开十周年之后迎来全面修订，遂得以在其施行的二三十年间始终秉持先进的性别平等理念，以其旗帜鲜明的立场和全面系统的机制引领全国妇女权益保障事业的发展。《妇女权益保障法》的落实有赖于地方实施性立法活动的细化和深化，地方实施性立法是有效沟通国家基本法和地区妇女权益保障实践的媒介，是国家法律规范进一步趋向操作性和实践性的载体。值此’95 世妇会二十五周年纪念之际，与其有着不解之缘的《妇女权益保障法》或又迎来更加深刻和深远的发展契机：地方实施性立法的丰富经验和丰硕成果为国家修订法律提供了笃实的基础，同时地方实施性立法难以突破的瓶颈和局限则映照出国家法律在新时代新时期的滞后效应，为修订法律提供了独特的视角。以此为基础，《妇女权益保障法》的修订应可稳步向前，趋于完善，继续引领和型塑我国妇女人权事业的科学发展和宏大前景。

石冠彬：民法典姓名权制度的解释论

原创：2020-10-20 上海市法学会 石冠彬
https://mp.weixin.qq.com/s/iHXop-QVRlHqzjPyB8zo0g

石冠彬　海南大学法学院教授、博士生导师，中国人民大学民商事法律科学研究中心研究人员。

《东方法学》2020 年第 6 期——石冠彬
来自上海市法学会

内容摘要：姓名具有符号特征，自然人本名以及本名之外与自身存在稳定对应关系的称呼都属姓名权这一基本人格权的保护范畴；“具有一定社会知名度”是判断“存在稳定对应关系”的标准，其包含了“为相关公众所知悉”的内涵。姓名兼具经济权益和精神性利益，故自然人死后其姓名利益仍应受法律保护。自然人行使姓名权，行政机关原则上应尊重自然人的选择权，并以社会公共利益、社会公序良俗作为考量标准，对此予以个案把握。其中，姓氏选择应当尊重家族意志，但在存在民间习惯的情况下宜允许成年人自行更换姓氏，从而回应随夫姓等实践情况；未成年子女的姓名变更应当遵循未成年人利益最大化原则，不宜恪守离异夫妻必须经双方同意才能变更未成年子女姓氏的立场；特别法或未来的司法解释宜就姓名长度、变更次数等加以明确规定，并完善人格权的侵权规范，从而形成人格权保护的完整规范体系，进一步实现体系化。

关键词：姓名权　私法自治　监护权　未成年人利益最大化　人格权　请求权

一、问题之说明

在民法典编纂过程中，学界曾就人格权制度的立法模式发生较为激烈的争论，直到十三届全国人大常委会第五次会议（2018 年 8 月 27 日至 8 月 31 日召开）正式审议《民法典各分编（草案）》（为便于表述，该草案中人格权部分内容以下统称民法典人格权编草案（一审稿）），我国民法典将采取人格权独立成编的立法方案才最终确定。此后，2019 年 4 月 20 日，民法典人格权编草案提交第十三届全国人大常委会第十次会议进行二审，并于全国人大官网公开征求社会各界意见（该草案本文以下统称为民法典人格权编草案（二审稿））；2019 年 8 月 22 日，民法典人格权编草案提交十三届全国人大常委会第十二次会议三次审议（该草案本文以下统称为民法典人格权编草案（三审稿））；2019 年 12 月 28 日，中华人民共和国民法典（草案）首次整体亮相，其中人格权编的相关内容被第四次审议（为便于表述，该草案中人格权部分内容以下统称民法典人格权编草案（四审稿））。概言之，在 2020 年 5 月 28 日《中华人民共和国民法典》（以下简称民法典）通过之前，民法典人格权制度相关的立法草案共计 6 个，除民法典人格权编草案（室内稿）和民法典人格权编草案（委内稿）外，其余 4 个草案均在全国人大官网公开征求意见。

虽然民法典人格权编的出台先后历经 6 个草案，加上最终颁布的民法典，人格权编共计 7 个版本，但就姓名权制度而言，立法始终围绕“什么是姓名”和“什么是姓名权（姓名权应当如何行使、姓名权不得受到侵犯）”两方面来对具体规则加以构建：以民法典为例，人格权编第三章“姓名权和名称权”除第 1013 条是关于法人、非法人组织名称权权能的规定外，其余几条均涉及自然人的姓名权保护问题，具体而言，第 1012 条就姓名权的权能、第 1014 条就姓名权的侵权方式、第 1015 条就姓氏的选择、第 1016 条就姓名的决定和变更、第 1017 条就姓名权的保护对象（什么是姓名）分别作出了规定。考察数个草案及民法典的前述规定，可知民法典姓名权制度的立法演变主要可概括为如下两方面：其一，对于自然人姓名权命名权能中的姓氏选择问题，民法典人格权编草案（室内稿）、民法典人格权编草案（委内稿）与后面公开征求意见的四个草案及民法典的最终立场不一致，因为后者吸收了立法解释的规定，明确了对姓氏选择的限制；其二，对于父母离异时，未成年子女姓名的变更问题，民法典人格权编草案（室内稿）要求“双方同意”，只有民法典人格权编草案（委内稿）和民法典人格权编草案（一审稿）赋予了“与未成年人子女共同生活方的单方决定变更权”，最后的三个立法草案和民法典则对这一争议极大且司法实务频发的问题采取了回避立场。

那么，应当如何评价民法典的上述立法演变和民法典姓名权制度的相关规定呢？就此，笔者拟结合司法实务的立场，围绕“姓名权的保护范围”“姓名权应当如何行使”以及“如何认定侵犯姓名权”三个问题从解释论的视角予以解读，并就未来民法典司法解释如何完善姓名权规范提供些许建议，以期能为理论界与实务界理解姓名权的相关规定提供一个观察视角。

二、姓名权保护范围的规范解读

从宏观层面而言，现行民法典姓名权制度的任何一个条文都属于对姓名权进行保护的法律规范，均应当纳入“姓名权保护范围”之中。但是，笔者此处所言的“姓名权保护范围”，主要涉及对姓名内涵的理解（何为“姓名”）、姓名权与其他权利的区分、姓名权产生的经济利益在自然人死后仍能受到保护这三个问题。

（一）姓名的内涵界定

就姓名的内涵，也即何为自然人姓名权所保护的“姓名”而言，民法典第 1017 条明文规定，具有一定社会知名度，被他人使用足以造成公众混淆的笔名、艺名、网名、译名、字号、姓名的简称等，均属于自然人受保护的“姓名”。对此，笔者持如下立场：

一方面，该条款意在表明自然人姓名权的保护对象不限于“本名”，而在于保护能与特定人建立稳定对应关系的称呼（或者说符号），民法典用“具有一定社会知名度”来确立得到姓名权保护所需达到的“稳定的对应关系”。民法典的这一立场值得肯定，因为现实生活中，诸如笔名、艺名比本名更为公众所熟知的例子比比皆是。举例而言，人们可能不知道陈平是谁但很少有人没听说过小说家三毛，周树人先生的笔名鲁迅比本名更广为人知，艺人杨颖的艺名 Angelababy 在各类娱乐新闻早已代替其本名使用。准确而言，姓名本身就是一个符号、属于个人人格的基本特征，且这种符号特征的形成是需要社会公众所认可的，要求符号与特定人之间能够形成稳定的对应关系，即能体现人格标识与主体稳定联系的特征，从而达到“姓名”能够与他人区分的目的。对此，最高人民法院在相关判例中曾予以明确肯定。由此可知，将姓名权保护对象认定为不限于“本名”，符合姓名权的基本特征，值得肯定。换言之，如果存在干涉、盗用、假冒上述“特定符号”的情形，则应当认定为属于侵犯姓名权的行为。如果将该特定姓名注册为与其紧密相关领域的商标，则将违背商标权人所承担的混淆避免义务，会构成姓名权侵权。

另一方面，考察民法典第 1017 条这一规范的立法演变，可知自民法典人格权编草案（二审稿）开始，立法机关就已经删除民法典人格权编草案（一审稿）第 797 条中紧接着“具有一定社会知名度”出现的“为相关公众所知悉”这一立法表述。从立法技术来看，前述立法表述的演变，意在删除重复表达。也就是说，立法者认为“具有一定社会知名度”已经包含“为相关公众所知悉”的内涵，至少在未来司法实务中应当对“具有一定社会知名度”做上述解释。根据笔者立场，“具有一定社会知名度”可以作为绝大多数本名之外的称号是否属于“姓名权所保护的姓名”的判断标准，但恐怕很难成为唯一标准。举例而言，对于影视明星杨颖，其艺名 Angelababy 固然具有一定社会知名度；但对于一个特定小圈子内的人，其姓名恐怕很难通过“具有一定社会知名度”来认定“稳定的对应关系”，而宜采纳“为相关公众所知悉”这一标准，比如张三的绰号叫作“二娃子”这一点在村里为众人所知，但外界对此并不知晓，在此种情形下如果他人擅自“二娃子”的称呼，仍有可能侵犯张三的姓名权。换言之，即使认定“具有一定社会知名度”包含“为相关公众所知悉”的内涵，立法表述同时采纳两者也可视为从不同层面进行的强调，并不能被评价为立法错误。就此，我国其他部门法存在立法先例，比如，就侵占他人委托保管的财产这一类型的侵占罪而言，我国刑法第 270 条在“非法占有目的”之后，规定了“拒不返还”，两者内涵相同，是对同一构成要件的表述，均是为了表明将他人财产变为自己财产的意思。但是，在我国民法典第 1017 条已经采纳“具有一定社会知名度”的立法表述来认定符号与特定自然人的稳定对应关系的前提下，宜从解释论角度明确此处的“具有一定社会知名度”所需要表达的着重点其实在于“为相关公众所知悉”，唯有如此，才能更好地实现保护自然人姓名权的初衷。

综上所述，民法典第 1017 条就姓名内涵所采取的扩张列举，是值得肯定的。与此同时，虽然该条文未继续采纳民法典人格权编草案（一审稿）第 797 条的立法表述，但“具有一定社会知名度”仍宜认定包含了“为相关公众所知悉”的内涵，是笔名、艺名、网名、译名、字号、姓名的简称等作为姓名保护的前提。

（二）姓名权的内涵界定

就姓名权的内涵而言，民法典第 1012 条规定：“自然人享有姓名权，有权依法决定、使用、变更或者许可他人使用自己的姓名，但是不得违背公序良俗。”同时，民法典第 1014 条规定，任何组织或者个人不得以干涉、盗用、假冒等方式侵害他人的姓名权，上述两个条文均属于对 1986 年施行的民法通则第 99 条立场的延续。概言之，姓名权包含

了姓名命名权、姓名使用权、姓名变更权以及姓名权不受侵犯的权利。对此，前民法典时代的司法裁判也遵循这一立场，并不存在争议。

从司法实务来看，对姓名权内涵界定的分歧主要围绕其与署名权的区分而展开。署名权属于著作权的范畴，是著作权人所享有的人身权，一般认为其指著作权人有权决定在自己享有著作权的作品上“署名或不署名”，以及“署什么名”。由此可知，著作权中的署名权与人格权中的姓名权本身并无直接关联。之所以出现署名权与姓名权保护范围的混淆，原因在于现行著作权法第 48 条第 8 项将“制作、出售假冒他人署名的作品”这一行为界定为著作权侵权行为(本质上在于认定该行为侵犯了著作权人的署名权)，这一规定导致有法院直接将“侵权人在自己的作品上突出使用他人艺名字眼的行为”也认定为对他人署名权的侵犯。但是，这一裁判立场显然是错误的，因为只要没有法律的例外规定（诸如职务作品等），作者对自己的作品享有著作权，不论其如何署名，均不会侵犯到自己的署名权，作者擅自将他人艺名用于自己的作品之上，只涉及侵犯他人姓名权的问题，与署名权毫无关系。与此同时，有法院则在裁判中明确，虽然著作权法将“制作、出售假冒他人署名的作品”列为侵权行为，但这并不意味上述行为系侵犯著作权的行为。笔者认为，上述两种立场均值商榷，因为“制作、出售假冒他人署名的作品”的行为有可能同时侵犯著作权人的署名权和被冒用姓名之人的姓名权。举例而言，如果侵权人在他人作品上假冒艺术家署名，则该行为同时侵犯该艺术家所享有的姓名权与该作品著作权人所享有的署名权，侵权人需要对上述权利人分别承担侵权责任。概言之，“侵权人冒用著作权人之外的人在他人作品上擅自署名”的行为才属于著作权法第 48 条第 8 项所调整的情形。

笔者认为，虽然民法典作为基本法不宜将此予以细化规定，但在未来相关的司法解释或指导案例之中，宜明确“侵权人冒用著作权人之外的人在他人作品上擅自署名”的行为才属于著作权法第 48 条第 8 项“制作、出售假冒他人署名的作品”所调整的情形予以明确，以避免司法实务在这一基本问题上产生常识性的认识错误。

（三）姓名权的经济利益在姓名权消失后仍受保护

一般认为，除了法律另有规定，公民的权利能力皆始于出生、终于死亡，所以只有生者才能享有姓名权。值得讨论的是，在侵犯死者姓名的情形中，是否存在侵犯姓名权的问题。就此，有法院曾指出，虽然继承人不能继承被继承人的姓名权，但是被继承人姓名所延伸出的精神性利益和财产性利益是可以被继承的。在“朱新荣与朱其增姓名权纠纷案”中，河南省周口市中级人民法院则更为详细地指出，死者姓名在特定领域内具有一定的商业价值，其继承人可以享受这一财产性利益，所以他人擅自使用“姓名”在包装袋上并从事相应营利行为，可认定为侵犯死者姓名权所延伸出的财产权。概言之，如果自然人的姓名权已经延伸出一定的精神性利益和财产性利益，则在该自然人的姓名权伴随着其死亡而消灭后，上述利益仍能得到法律的保护。

就此，笔者认为，“姓名权是一种人格权，属于精神权利的范畴，其始于出生，终于死亡，但当某一自然人的姓名被应用到财产领域之后，由于一般人都能够区别出姓名，财产领域的姓名通过使用已经由伦理符号变成消费符号，在这一点上财产性姓名和商标类似，都发挥认知、品质保证和广告的功能。”所以，前述裁判立场值得肯定。未来民法典人格权编的相关司法解释宜吸纳这一裁判经验，表明这一立场，明确“自然人死亡后，其姓名权延伸出的精神性利益和财产性利益，由继承人享受，他人不得侵犯”。

三、姓名权行使的规范解读

民法典关于姓名权的行使规则大致可概括如下：第 1012 条属于对自然人姓名权行使的确权性规定、第 1015 条属于对自然人姓名命名权中的姓

氏选择的具体规定、第 1016 条属于对自然人姓名命名权和变更权的原则性规定。从立法进程来看，民法典人格权编草案（一审稿）第 795 条关于未成年人在父母离异时姓氏应当如何变更的规定，从民法典人格权编草案（二审稿）开始就被删除，且“不予规定”的立场最终为民法典所采纳。就自然人应当如何行使姓名权的问题而言，民法典第 1015 条就“姓名命名权”中“姓氏选择”的规定，以及民法典最终并未规定的“如何取名”以及“父母离异时未成年子女姓名变更”等问题均存在私法自治的限度问题，值得深入讨论。

（一）姓名命名权中的私法自治限度

在司法实务中，自然人的姓名命名权纠纷主要围绕“选择姓氏”与“选择具体名字”展开，其根本原因在于理论与实务对于命名权的私法自治限度存在相当的分歧。

1. 自然人姓氏选择规范的法理反思与解释路径

就自然人姓氏选择的问题，我国早在 1980 年版的婚姻法第 16 条（2001 年版婚姻法则规定在第 22 条）就明确规定“子女可以随父姓，可以随母姓”。从立法目的来看，该规定意在强调男女平等，并未对子女姓氏的选择做出其他限制。但根据民法典第 1015 条的规定，未来我国公民的姓氏选择将遵循如下立场：第一，原则上应当随父或随母姓；第二，基于特殊情况可以在父姓和母性之外选取姓氏，但以不违背公序良俗为底线；其三，少数民族自然人的姓氏可遵从本民族的文化传统和风俗习惯。这一立法条文大致延续了 2014 年全国人大常委会立法解释的立场，不同之处在于草案不再使用“公民”这一政治术语，而改为法定的民事主体用语“自然人”。此外，立法解释未使用“公序良俗”的用语，而是强调姓名权的行使“应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益”。就民法典是否应当吸收这一立法解释，民法典人格权编的数个草案就此存在不同的立场：起初，上述立法解释的立场为法工委人格权编草案（室内稿）第 23 条所采纳，即确立了“原则上只能跟随父母选择姓氏”的立场；而后，民法典分编草案（委内稿）在人格权编姓名权部分删除了上述规定，对此采取了回避态度；但是，自民法典人格权编草案（一审稿）又开始从总体上恢复了室内稿的规定，直至最终法律文本的通过，都遵循了立法解释的立场。那么，应该如何评价这一规定，自然人究竟应否具有自选姓氏，乃至自创姓氏的权利（自由）呢？

对此，笔者认为应当从如下两个层面来把握：一方面，姓氏的选择一定程度上属于私法自治的事项。也就是说，姓名作为一个人对外的区分符号，在不影响公共价值取向的情况下，公法本即不宜干涉自然人姓氏选择权的行使。而且，就现实生活而言，事实上确实也存在明明有本名却以别名对外自称的人群，公众也有可能只熟悉特定人的别名而不知其本名。从这个层面来说，自然人有权选择姓氏乃应然之意。另一方面，中华民族的文化渊源以及家庭伦理观念浓重这一历史传统都赋予了姓氏以特定内涵，即姓氏在中国传统文化中具有特定的亲缘价值，这一传统宜加以尊重，民间颇受重视的家谱就是这一传统的体现。而且，从政治层面来看，家庭作为社会的基本组成细胞，其稳定有利于社会的稳定，而姓氏一定程度上承载了家族血脉认同的功能，理应加以维护。从司法实务来看，夫妻离异情形下孩子姓氏变更的纠纷足以证明，中国社会目前仍非常看重姓氏这一亲缘象征符号。此外，就未成年人姓氏的选择而言，其本身尚就不具备完全民事行为能力，所以在其成年之前，由监护人为其选择姓氏自然是没有问题的，这是父母监护权的当然之意，也是亲权的具体体现。

值得研究的是，民法典施行后，父母以及长辈能否在前述民法典第 1015 条的范围之外自创姓氏，这一做法是否有违公序良俗？对此，在前民法典时代，被最高人民法院作为第 89 号指导案例发布的“北雁云依案”中，审理法院认为姓氏承载着对先祖的敬重、对家庭的热爱，体现着血缘传承、伦理

秩序和文化传统。所以基于社会管理与发展的考量，应当将公民随意选取姓氏、自创姓氏的做法认定为有违社会公序良俗。应该说，这一裁判立场对于“姓氏本身承载的特殊内涵”的理解是颇值肯定的，但在父母以及其他直系亲属均未反对的情况下，法律仍然强行干涉公民选择姓氏的自由，就值得商榷。从根源上而言，诚如前述，姓氏的选择本宜更多地理解为一个私权，即使认定其承载着亲缘，也应当认定属于家族的私事，当长辈直系血亲对于创造一个新姓氏或者选择其他姓氏达成一致意思时，这就是家庭伦理的另一种延伸，是一种家族意志的集中体现，法律没有任何理由加以禁止，此时宜认定公民选择姓氏的权利应当得到尊重。此外，当自然人成年后，如果其自愿更改姓氏的，只要其本身不会影响到社会公共利益，法律宜对此持开明立场。举例而言，现实生活中，有些地方保持着女子嫁人后随夫姓的习俗，各地对此也多持肯定立场，当然，在这种情况下，在其离异之时也应允许其经申请恢复本姓。

综上所述，在民法典第 1015 条的规定宜被视为倡导性条款，宜肯定如下“可在父姓和母性之外选取姓氏”的情形：其一，在未成年人的父母及其他长辈直系血亲均同意的情形下，未成年人父母可以在自己的姓氏之外选取姓氏，也可以自创姓氏；其二，成年人更名时，有权自由选择姓氏。

2. 自然人取名规范实务乱象与应然立场

纵观本次民法典人格权编的相关规定，并无直接针对自然人选择名字的规定，唯一相关的是民法典第 1016 条第 1 款，即“自然人决定、变更姓名，……应当依法向有关机关办理登记手续，但是法律另有规定的除外。”从字面上来看，这意味着自然人原则上可以任意决定自己的姓名，因为法无禁止即可行。与此同时，民法典相当于将这一问题留给诸如居民身份证法等法律来加以规范，具有授权性规范的性质。

从前民法典时代的司法实务来看，除了前述对姓氏的选择有所约束外，自然人取名时名字的选择也受到相当的约束，至少可以说有不少取名规范的难题值得探讨。在曾经受到社会广泛关注的“赵 C 案”中，原告虽然出生时以“赵 C”这一名字进行了户籍登记并取得居民身份证，但在第二代身份证换取时，公安机关以“赵 C”的姓名不符合法律规定为由，拒绝为其换发第二代居民身份证。就此，赵 C 起诉公安机关，该案一审法院认为“赵 C”的名字符合《居民身份证法》第 4 条第 1 款的规定，因为名“C”既是英文字母，又是汉语拼音字母，也是一种符合国家标准的数字符号，即公安机关所不同意的名“C”属于法律所规定的“汉字、数字、符号三种元素”这一取名范围，且事实证明赵 C 这一名字在实际使用中并未产生负面影响，从而判定户籍登记机关应当保留赵 C 原名的同时换发第二代居民身份证件。后在该案二审期间，双方达成调解协议，赵 C 自愿改名。2017 年，还有人以游戏“王者荣耀”为自己的女儿命名并被允许登记。此外，实务中还存在着取名能否包含“繁体字”和生僻字、取名能否与不雅之词相谐音（比如取名“杨伟”）、取名能否与历史人物重名（比如取名孙中山）、取名能否包含较为俗气的愿望（比如取名“许多金子”“徐好帅”等）、取名能否将超生罚款等包含在内（比如“刘十万”）、取名有无长度限制等问题。就此，根据网传的公安部姓名登记条例（初稿）第 13 条的规定，自然人不得使用汉语拼音字母作为自己名字的组成部分，此外诸如已经简化的繁体字、淘汰的异体字、字造字、阿拉伯数字、符号等等也不得作为名字的组成部分，而且姓名不得少于 2 个汉字不得多余 6 个汉字。

显然，民法典人格权编不宜也不可能穷尽所有情形进行列举，况且每一种情形的内部也需要加以区分。但是，民法典之外的特别法不宜回避自然人应当如何取名这一问题，除了姓名长度之外，其他均可通过明确授权公安机关以行政自由裁量权的方式来加以决定。公安机关从事的是行政登记行为，其本身就具有对姓名是否准许登记的审查权，民法

典之外的特别法可通过如下两方面加以完善：其一，明确规定自然人取名的最长限度，前述姓名登记条例（初稿）规定的不能超过 6 个字，这一规范比较符合现实生活中取名一般不超过 4 个汉字的习惯，值得肯定；其二，对于其他命名问题均可交由公安机关加以把握，诚如审理前述“北雁云依案”的法院所言，相对于姓氏的传承而言，“‘名’则源于主观创造，为父母所授，承载了个人喜好、人格特征、长辈愿望等”。所以，立法应当持原则上较为宽松的立场，即认可这是公民自治的事项。具体而言，未来居民身份证法等法律就这一制度的相关内容可规定如下：其一，规定“自然人取名姓氏加上名字不能超过六个汉字”。其二，规定“自然人所取名字户籍登记管理部门应当予以准许，除非有损社会公共利益，有违社会公序良俗”。

（二）姓名变更权中的私法自治限度：未成年子女利益最大化的价值衡量

与前述自然人选择名字的规范一样，民法典中关于姓名变更权的规定，只有前述第 1015 条第 1 款。与自然人取名规范一样，从字面上来看，这也意味着自然人可以任意变更自己的姓名。现行户口簿上“曾用名”一栏也意味着对公民姓名变更权的肯定，但从实践来看，公安部门对于自然人变更姓名整体上持较为排斥的立场：一方面，各地公安在相关的规范性文件中就姓名变更事由也限定得非常严格，基本持“没有正当理由不得变更姓名”的立场，前述姓名登记条例（初稿）第 16 条也确立了这一立场，而且明确规定刑满释放人员、失信人员等不得变更姓名；另一方面，各地公安机关普遍形成了限制自然人更名次数的惯例，前述姓名登记条例（初稿）第 21 条也明确成年人的姓名只能更改一次。从司法裁判来看，公安部门严格限制公民行使姓名变更权的立场得到了司法机关的支持。例如，有判例曾明确指出，虽然公民变更姓名乃是私权的行使，但公民变更姓名容易对今后工作生活等造成不便，基于社会关系稳定性的考量，对于成年人变更姓名原则上应持不轻易批准的立场，应当肯定公安户籍管理部门审慎地行使这一管理和批准职权。

对此，笔者认为，与自然人选择姓氏一样，自然人变更姓名权也属于私权，原则上应当尊重其意思自治。而且，自然人对于“名”的自由选择应当比姓氏的选择更为宽松，因为姓氏承载着亲缘效应。但是，立法也应当就变更设定一个上限次数，因为姓名变更权虽然是私权，但从实务来看，自然人确实不太可能存在需要频繁更名的理由，也必须考虑到社会正常管理的需要，对他人生活的安宁肩负一定的公民责任。笔者建议原则上以 2-3 次为限，同时有特别情况的再予以个案衡量。未来的相关配套法律应当规定“自然人变更姓名的，公安户籍管理部门原则上应当准许，自然人申请变更的姓名有损社会公共利益、有违社会善良风俗的除外。自然人申请变更姓名的，原则上不得超过两（或三）次，除非户籍登记机关认为确有非改不可的正当理由”。

从司法裁判来看，在姓名变更权的问题上，最具争议的当属未成年子女的姓名变更问题，尤其是夫妻离异后如何变更子女姓名的问题。就这一问题而言，最高人民法院曾先后在《关于子女姓氏问题的批复》（1951）、《关于变更子女姓氏问题的复函》（1981）和《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》（1993）中做过相关表态，其核心意思即未成年子女姓名的命名和变更都应当经过父母协商一致，一方不得擅自申请变更孩子姓名。同样，公安部就此也曾多次出台文件加以规范，其先后在《关于扶养人申请变更子女姓名问题的批复》（1995）、《关于父母离婚后子女姓名变更有关问题的批复》（2002）和《关于父母一方亡故另一方再婚后未成年子女姓名变更有关问题处理意见的通知》（2006）中给出相关意见，除了 1995 年的批复肯定抚养子女的一方有权申请为子女变更姓名外，后面两个规范性文件均要求未成年子女的父母（包括一方为继父/母）之间达成一致意见。由此可知，我国最高司法机关以及公安部门意见较

为一致，即变更未成年子女的姓名应当经过父母双方同意，即使父母离异也应如此。基于此，有判例明确“即使是离婚后抚养子女的一方，亦不能擅自更改子女的姓名”。有法院则在判决中进一步指出，只要父母双方没有协商一致，当父母一方想变更未成年人姓名时，即使未成年人自己同意变更姓名的，该父母单方面的变更申请也不应当得到支持。概言之，在我国现行法律体系之中，父母双方同意是未成年人变更姓名的前提条件，未成年人自己同意更改姓名的，只要父母中有一人不同意，则未成年人也无权申请变更姓名。对此，有论者认为，要求未成年子女变更姓名时经过父母双方一致同意的规定，过于“一刀切”，不利于部分未成年子女的健康成长。

值得注意的是，我国司法机关并未受限于上述规定来处理父母离异情形下未成年人子女的姓名变更问题，部分法院以“未成年子女利益最大化”（未成年人利益优先）为原则，对该类纠纷确立了较为多元的裁判规则。也就是说，司法实务中，基于未成年人利益最大化的考虑，离异夫妻一方擅自更改未成年子女姓名的行为也有可能被法院认定为合法有效，具体而言：一方面，有的法院根据未成年人实际使用的姓名与户籍登记姓名不一致的事实，指出未成年人实际使用的姓名为相关公众所熟悉，申请将登记的姓名改为实际使用的姓名，有利于其学习、生活和身心健康，且并不会有损父母的合法权益，从而批准了单方变更子女姓名的申请。另一方面，有的法院考虑到未成年人与共同生活监护人关系极为紧密，如果不同意变更未成年人子女的姓名，将有损其合法权益，从而批准了父母单方申请变更姓名的申请。例如，在“常某与常琳姓名权纠纷案”中，法院就认为，在未成年人父母离异时，一方自愿放弃抚养权、监护权和探视权，可知与未成年人共同生活的一方与未成年人关系极其密切，在此情况下，共同生活的监护人再婚，如果不允许变更未成年人的姓名，重组后的一家人出现三个姓氏，往往会受到来自外界的异样目光和非议，有悖于保护未成年人的合法权益，故变更姓名有利于未成年人的学习、生活和身心健康，亦符合相关法律规定，故应当予以准许。此外，基于同样的考量，有法院指出，根据公安部《关于父母离婚后子女姓名变更有关问题的批复》规定，对于离婚双方夫妻有一方擅自变更子女姓名的，另一方有权要求恢复其子女原姓名。但也有法院根据未成年人利益最大化的原则，对该立场予以了突破，比如有法院就曾在认定某离异母亲单方变更未成年人子女姓名行为不当的同时，指出未成年子女已经从幼儿园开始使用变更后的姓名，故该姓名已经成为其学习生活环境的一个重要组成部分，若再变更为原先的姓名则会对其造成不利影响，将影响其健康成长，从而判决不恢复未成年人的原姓名。

考察民法典人格权编各个草案就未成年人子女姓名变更的相关规定，可知这其中出现了较大的立场转变：起初，民法典人格权编草案（室内稿）第 25 条延续了现行最高人民法院和公安部的立场，要求“双方同意才能变更子女姓名”；而后，民法典人格权编草案（委内稿）改变了前述前述立场，确立了“原则上单方可以变更”的规则，该条文规定“与未成年人共同生活的一方可以请求将该未成年人的姓氏变更为自己的姓氏”，同时规定另一方可以基于正当理由进行反对；民法典人格权编草案（一审稿）就此在延续委内稿“原则上可以更改”立场的同时做了相应完善，增加了应当尊重未成年子女意愿的规定。但自民法典人格权编草案（二审稿）开始，前述“未成年人父母离婚的，与未成年人共同生活的一方原则上有权变更未成年人姓氏”的规定就被删除，这一回避立场最终被民法典所接受。综上所述，在父母离异未成年人姓名更改问题上，立法机关的立场曾处于摇摆状态，在“未成年人利益最大化”和“父母同为监护人”这一监护权基础理论之间，民法典最终选择了沉默。

对此，笔者更为认同民法典人格权编草案（委内稿）和民法典人格权编草案（一审稿）在这一问题上的立场，在民法典施行后，相关行政管理部门

及司法机关秉承“未成年人利益最大化”这一立场理应成为处理一切有关父母监护权问题的出发点，且在相关立法明确要求离异父母应当共同更改未成年人姓氏的背景下，司法实务做出此种突破，就足以说明这种突破的现实必要性。如果未来立法难以明确规定一方有权变更，则可以结合裁判的经验在立法表述或未来司法实务中做如下变通：一方面，离异夫妻一方若要更改未成年子女姓名，原则上应征得另一方同意，但如果姓名登记管理部门基于更有利于未成年人子女利益的考量，从而认为确有必要变更未成年子女姓名的，则可直接决定变更，另一方认为侵犯自己监护权的可依法通过行政复议、行政诉讼等争端解决方式寻求救济。也就是说，“经离异夫妻双方同意才能变更未成年子女姓名”的规则应当让位于“未成年子女利益”的保护。另一方面，如果改名的事实已经发生，则需要综合考虑未成年子女的意愿、是否存在新家庭的组合、变更后的姓名在现实生活中使用的程度与时间等等因素，基于“如何才更有利于未成年子女利益保护”的角度来决定是否恢复原名。一言以蔽之，“未成年人利益的保护”才是父母离异情形下未成年子女姓名变更纠纷首先需要考虑的因素，其应当优先于夫妻离异后仍然均为未成年子女监护人这一监护权因素加以考量。所以说，未来民法典人格权编的相关司法解释或者其他特别法，在父母单方能否变更未成年子女姓氏的问题上，应当直接确立以“未成年人利益最大化”作为判断原则。

四、姓名权不受侵犯的规范解读

诚如前述，民法典第 1014 条就姓名权不受侵犯进行了规定，由于我国民法典采取的是“七编制结构”的立法体例，其通过“人格权请求权”和“侵权损害赔偿请求权”两条路径，来对人格权加以保护。基于此，笔者认为，当行为人的行为客观上确实妨害了权利人的人格权益，但行为人对其行为并不具有主观过错。或者说，该行为并未导致实际损害后果发生的，此时并不符合侵权构成要件，权利人应当通过主张人格权请求权要求行为人停止相关行为。就侵权损害赔偿请求权而言，侵权人只要实施了盗用或冒用的行为就可以认定其具主观有过错，并不要求其还应当具有其他不正当目的。同时，姓名权侵权中的精神损害赔偿、律师费及行为责任相适应原则与一般侵权无异，宜肯定律师费也属于损失的范畴，且行政行为、司法行为侵犯姓名权不能通过民事诉讼加以解决。

此外，在侵犯姓名权所引起的侵权情形中，特别需要注意的是“非基于共同意思联络侵权责任应当如何分担”这一问题。就此，“冒名贷款不还案”应当是最为典型的情形。就该类案件，首先需要确认的就是应当如何认定银行的主观过错。对此，司法实务基本存在共识，诚如有裁判所言：“上诉人中国农业银行安阳县支行在审查时存在审查瑕疵，应承担审查不严的责任。”换言之，这种行为属于办理贷款过程中信贷员疏于管理、审查不严，其行为逻辑结构一般就是“贷款工作人员疏忽错误输入贷款人信息，最终导致他人最终出现不良信用记录”。此外，即使是假冒他人身份证办理手机业务，也存在移动营业厅存在主观过错侵犯公民姓名权的问题，并不要求一定要出现经济损失。当然，在冒用人是职工的情况下，也可通过认定单位“管理存在疏漏，未能合理防范该侵权行为的发生”来认定银行等单位存在过错并需要承担侵权责任。

在认定此种情况下银行肯定存在主观过错之后，需要讨论的就是银行与冒用人之间的责任应当如何分配。对此，司法实务之中存在三种立场：其一，按份责任说。最高人民法院发布的公报判例认为信用卡中心与冒用人之间并不存在主观共同侵权的故意，也不存在其他共同意思联络，所以双方应当按照各自过错程度的大小，分别承担相应的责任。其二，连带责任说。从笔者所搜集的判例来看，该立场在司法实务之中占主导地位。持该立场的法院认为在银行没有共同故意意思联络的情况下，银行在审核贷款人身份上所存在的（重大）过失行为与冒用人的故意侵权行为不可分割，两者直接结合

并共同导致了侵权后果的发生，所以银行应当与冒用人对被侵权人承担连带责任。其三，银行不担责说。有法院认为银行并未侵犯自然人姓名权："在现有证据不能证明中信银行深圳分行与假冒行为人之间存在串通共谋的情况下，中信银行深圳分行虽未尽核发信用卡的谨慎审核义务，但并未盗用或假冒张山峰的姓名，亦未干涉张山峰本人正常使用其姓名，故张山峰关于中信银行深圳分行侵害其姓名权的诉讼主张，缺乏法律和事实依据，本院不予支持。"

笔者认为，冒用人与银行之间属于故意与过失相结合的、缺乏主观意思联络且独立实施的共同侵权行为，且必须两者相结合才能发生具体的后果。根据民法典第 1172 条的规定，应当认定银行与冒用人的行为属于"分别实施侵权行为造成同一损害"的情形，需要对被侵权人承担按份责任。就该类行为，未来针对民法典人格权编该部分的司法解释，宜明确规定："冒用他人姓名实行开设信用卡或者贷款等行为，从而侵犯名誉的，应当认定同时侵犯了姓名权和名誉权。"此外，还应当明确将行使侵权损害赔偿请求权产生的律师费等维权成本纳入侵权赔偿范围之内，并明确侵权人主观过错的认定不要求主观上"具有非法目的"，因为这些规则与一般的侵权并无区别，宜在侵权的一般规则中予以一体化规定，以更好地实现法典编纂的体系化目标。

结　语

综上所述，民法典就姓名权制度的立法主要从"何为姓名权""如何行使姓名权"两方面展开，未来配套立法及司法解释则应当从姓名权的保护范围、姓名权行使制度、姓名权侵权制度等方面来加以制度的完善：其一，就姓名权保护范围而言，首先需要明确的就是姓名是对应的、稳定的个人符号，同时包含了对精神性利益和经济性利益的保护；其二，就姓名权行使而言，关键在于"姓氏的选择"和"名字的选择"，立法对此宜采纳开明立场，应当在原则上允许私法自治的同时，通过授权姓名登记管理机关审查的方式，来对其加以必要的管理，对于姓氏选择的自由空间相对名字而言应当更为宽广；其三，就姓名权侵权制度而言，应借助未来司法解释来统一裁判立场，明确人格权侵权竞合的具体情形，并规定侵犯姓名权主观上不要求有非法目的、人格权损害赔偿的范围包含律师费等在内。

选粹 ｜ 阮莉莉：婚内夫妻个人债务的认定规则与清偿路径

原创：2020-10-22　法理杂志　阮莉莉
https://mp.weixin.qq.com/s/gaAUvVrntG-M5Y5FZfC7JQ

来源：《法理》杂志 2019 年第 5 卷第 2 辑

导　读

基于夫妻团体之特殊性，理论及实务界对夫妻共同债务的研究颇多，然而，对夫妻个人债务的关注明显不够，没有形成关于夫妻个人债务性质认定的有效规则，特别是对夫妻共同债务推定规则的责任承担问题存在争论，且夫妻个人债务不断增加这一现象业已造成了一定的执行疑难，鉴于此，笔者将基于婚姻法及相关司法解释的基本架构，适当运用法律解释之技巧，完善我国夫妻个人债务的清偿路径以合乎于司法实务的内在需求。同时参酌理论学说及域外立法例，辅之以我国司法实践中的典型案型，探索实定法秩序下夫妻个人债务的认定标准，并在此基础上对夫妻个人债务的认定标准进行方法论上的思考，进一步抽离出夫妻个人财产和夫妻共同财产方法论意义上的区分标准，基于此，再着眼于我国夫妻个人债务的清偿问题，对现有的观点

进行批判性思考，从而合理界定夫妻个人债务的清偿路径，以期对我国司法实务有所裨益。

一、问题的提出

“婚姻”一词在社会学意义上具有浓厚的伦理性，其本质在于夫妻双方心灵和精神上的高度契合。冉克平教授即持如是观点，其认为夫妻团体具有不可分割的情感、伦理要素，成员之间的联系表现为一种不可计算的结合。这种思想极为深刻地影响了我国婚姻法的价值取向，从我国婚姻法的历史变迁中得以窥见这一点，最为重要的一点是，“同居共财”的理念在我国具备了深厚的社会基础。相应地，我国长期以来一直实行婚后所得共同制的夫妻财产制，具体而言，夫妻双方对夫妻财产形成共同共有关系，就夫妻共同债务一致对外承担连带清偿责任。由此可知，夫妻作为一种身份及财产之特殊结合，夫妻团体中任何一方的个人行为在通常情形下都要归属于共同体，只有在例外情形下由夫妻一方自行担责。

正如前述，夫妻通常作为一个整体出现于民事活动中，但是，夫妻一方的独立人格并不因此而完全消灭，除了明文规定直接推定为夫妻共同债务外，根据自己责任原则，夫妻个人债务应当由举债一方独自进行清偿。尽管我国理论及实务界对夫妻共同债务的研究颇多，但较少关注夫妻个人债务的清偿问题，且我国对婚内夫妻个人债务的清偿未作特殊规定，考虑到夫妻个人债务的固有特性，将其视为普通债务进行一般化处理也不尽妥当。因此，我国夫妻个人债务的清偿着实面临着现实困境，囿于夫妻共同财产制的束缚，夫妻个人财产范围十分的有限，多数情形并不足以完全清偿夫妻个人债务，且我国对婚内析产持消极、否定的立法态度，导致债权人就夫妻共同财产进行清偿的主张通常不被认可，故夫妻个人债务的清偿问题成为了我国执行程序的症结所在。

不过，对于夫妻个人债务的清偿问题，我国司法实践亦未曾停下探索的脚步。2017 年最高人民法院在其审理的“张静与高天云、张佳勋案外人执行异议之诉一案”中就夫妻个人债务的清偿提出的裁判观点引起了笔者的思考，最高人民法院在裁判要旨中指出，夫或妻一方承担责任，查封扣押冻结共有财产，配偶提出执行异议，以先析产再执行为由请求停止执行的，不予支持。其后，最高人民法院在另案再次重申了这一观点，即使夫妻双方未就执行标的进行析产分割，非举债方配偶也不得仅以难以明确各自的财产份额为由排除强制执行。就上述裁判观点进行简要概括，亦即，非举债方配偶不能通过主张“先析产再执行”排除强制执行程序，人民法院可在夫妻共有财产范围内对举债方配偶的财产份额进行处分，但不得损害非举债方配偶的合法权益。不难发现，前述裁判观点明显倾向于保护债权人的利益，而对非举债方配偶的利益保护欠缺必要的考量，且对婚内析产问题的态度模棱两可。不过，亦有实务学者对此持有不同观点，其认为如果举债方配偶没有其他履行能力清偿其个人债务，应先就夫妻共同财产进行析产，将应归于其所有的财产份额用于偿还债务，但财产分割不得损害非举债方配偶的合法权益，即使财产不足以偿还债务，也不能以配偶另一方的财产还债。

由此不妨说，由于我国实行婚后所得共同制的夫妻财产制，夫妻个人财产实际上被限制在很狭小的范围内，按照夫妻个人财产是夫妻个人债务的责任财产，夫妻共同财产是夫妻共同债务的责任财产的基本范围，造成我国夫妻个人债务的清偿面临着执行疑难。正如上揭案例所示明，当夫妻个人财产不足以清偿其个人债务时，债权人能否对夫妻共同财产提出析产分割的请求？遗憾的是，我国并未对此进行明文规定，且关于婚内析产分割的规定也相当简略，极易造成我国裁判规则的不统一。综上，我国关于夫妻个人债务的清偿规则依然付之阙如，退一步而言，司法实践中的实务观点亦欠缺必要的理论支撑。因此，笔者将对夫妻个人债务的性质问题展开探讨，且进一步将其认定标准上升至方法论层面，紧接着，基于我国现有的婚姻法体系，且结

合相关理论学说，进而阐述夫妻个人债务的清偿问题，对我国司法实践中现有做法进行回应，同时对相关规范设计在理论层面加以证成，以期对我国今后完善夫妻个人债务的立法规则提供有益参考。

二、婚内夫妻个人债务的认定规则及其方法论思考

诚如学者所言，夫妻共同财产制下产生的共同债务推定规则具有普遍适用性，比较法甚至将其视为夫妻财产制的直接产物。史尚宽先生亦认为，夫妻财产制实际上是作为夫妻团体行为的基础。因此，夫妻双方就共同债务承担连带清偿责任，实乃理所当然。前文已述及，夫妻个体的独立人格并未完全被夫妻共同体所吸收，否则有违于个人主义的价值理念，亦与世界各国的立法通例相背离。由是可知，在婚姻关系存续期间，夫或妻一方以个人名义进行民事活动所产生的法律后果只能由其个人独自承担，除非法律有例外规定。

鉴于债权人主张夫妻一方清偿其个人债务属于给付之诉的范畴，而给付之诉通常以确认之诉为基本前提，因此，厘清夫妻个人债务的基本范围实属有必要，笔者将在本部分运用法律解释学就婚内夫妻个人债务的认定规则展开探讨，且上升至方法论的层面对夫妻个人债务的认定规则作进一步思考。

（一）根据“用途论”划定夫妻个人债务的基本范围

《婚姻法》第四十一条明确以“夫妻共同生活”作为界分夫妻个人债务与夫妻共同债务的标准，这在我国学说上得到了广泛认可，被概括为“用途论”。值得注意的是，前述“用途论”的适用范围仅限于夫妻对内关系上，与本文所探讨的涉及第三方的夫妻个人债务问题并不一致，但笔者以为，“用途论”仍可有限地用于理解夫妻债务对外关系。1993 年发布的《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》（以下简称“《离婚财产分割意见》”）第十七条对夫妻个人债务进行了规定，其具体情形如下：夫妻双方约定为个人债务；未经夫妻另一方同意，承担非法定抚养义务所负的债务；独自进行其他活动所负的经营性债务，并且未使另一方配偶分享由此带来的利益。从立法技术来看，我国婚姻立法对夫妻个人债务采取了不完全列举式，且夫妻个人债务的性质认定严格遵循“用途论”，即在未有事先协议或征得同意的情形下，并且事后未使另一方配偶受益的债务将被划归为夫妻个人债务。

前揭立法考虑了夫妻系特殊目的之共同体这一本质，正如夏吟兰教授所言，所欠债务其目的在于维续夫妻之共同生活，即可推定为夫妻共同债务。2018 年最高人民法院发布的《关于审判涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》（以下简称“《夫妻债务审判司法解释》”）也承认了根据“用途论”从大体上区分夫妻个人债务与夫妻共同债务具有一定的合理性。由此可知，如果排除夫妻双方存在合意情形，举债一方若非出于夫妻共同生活之目的，很难将其对外所负个人债务认定为夫妻共同债务，其原因可能是夫妻债务性质和债务承担责任存在对应关系。因此，如果夫妻一方举债目的不在于满足共同生活需要，俨然已超出了“用途论”的适用范围，不应当一概推定为夫妻共同债务，否则有悖于民法的公平原则。

（二）夫妻个人债务的范围可能因共同生活的事实发生转变

夫妻一方婚前所负的个人债务属于其个人债务，但是，我国夫妻财产制通常适用婚后所得共同制，意味着夫妻双方除了产生身份上的权利义务关系外，财产关系上亦存在共同共有关系。不存疑义的是，由于夫妻共同生活的紧密联系，夫妻个人财产与夫妻共同财产在某些程度上相互融合在一起，着实难以清晰辨明夫妻个人财产与夫妻共同财产。因此，随着夫妻个人财产形态发生变化，夫妻个人债务亦随之转化为夫妻共同债务，即要遵循实质重于形式的基本原则，不能仅以时间为主线进行简单

区分。

根据债法的一般原理，债之关系存在于特定的当事人之间，债权人得基于债之关系向债务人请求给付，但不能通过债之关系减损第三人的法律地位。从成立时间来看，夫妻一方婚前所负的个人债务产生于婚姻关系缔结之前，债务人的履约能力应当仅以举债方配偶为限，不能及于成立在后的夫妻共同体，因此，夫妻一方婚前所负的个人债务由其独自清偿符合债之本质特征。不过，婚姻作为一种法律事实能够产生特定的财产关系，且这种财产关系具备了共同经营、共担风险的“合伙”属性，加之，婚姻关系天然带有情感、伦理因素，因此，夫妻之间成立共同共有关系并不要求双方付出同等的劳动与智力。综上所述，夫妻一方的婚前财产可能由于婚后共同生活这一事实融合为夫妻共同财产的组成部分，相应地，夫妻个人债务就转化为了夫妻共同债务，具体可按照婚前个人债务与婚后共同生活之间的联系紧密程度予以酌情认定，例如结合举债目的、实际用途、是否满足共同生活的需要等进行自由裁量。

最高人民法院关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释（二）（以下简称“《婚姻法司法解释二》”）第二十三条规定了债权人需对所负债务用于婚后共同生活的事实承担证明责任。基于利益平衡的原理，由债权人承担此种情形下的证明责任是妥适的。但是，由非举债方配偶就一方婚前所负全部债务承担连带清偿责任，显然有失公允，因此，我国司法实务中亦明确了，夫妻一方的婚前个人债务转化为夫妻共同债务后，从责任形态上来看，非举债方配偶承担的清偿责任类似于“限定责任”，其债务清偿以其实际接受财产或受益范围为限。当然，除了夫妻一方婚前所负个人债务，司法实践中夫妻个人债务往往形态各异，诸如，分居期间夫妻一方对外所负债务，我国司法实践对此也并未形成统一认识。

（三）合理运用推定规则界定夫妻个人债务的范围

《婚姻法司法解释二》第二十四条规定了夫妻债务推定规则，简言之，婚姻关系存续期间夫妻一方所负债务以推定为夫妻共同债务为原则，以夫妻个人债务为例外，可简要概括为“时间标准”，且由非举债方配偶承担除外情形的证明责任。从立法技术上来说，夫妻债务推定规则是根据夫妻共同生活这一事实推演而得，但其并不具有充分必要性，其立法理由谓，打击夫妻之间非法转移债务损害债权人利益的不法现象。事与愿违的是，《婚姻法司法解释二》第二十四条在司法实践中过于偏袒债权人一方，严重损害了非举债方配偶的合法权益。因此，如何完善夫妻债务推定规则，准确地区分夫妻共同债务和夫妻个人债务，从而正确界定夫妻个人债务的基本范围，是一直以来困扰我国司法实务的棘手问题。

我国理论界对夫妻债务推定规则也颇有疑义，有学者认为，在处理夫妻债务的对外关系时，主要以债务产生的时间为标准，但还需兼顾债务的用途。这一观点殊值赞同，由于夫妻共同生活的私密性，对外关系和对内关系得适用不同的规则，但二者之间并非泾渭分明，形式主义的“时间标准”应当趋同于夫妻债务对内关系“用途论”，以弥合两者之间的过大悬殊。有学者则进一步提出了，主张夫妻一方个人债务系夫妻共同债务的一方应作出合理的解释，而另一方对此享有抗辩权。同时，我国司法实务的观点也发生了转变，此前，最高人民法院坚持认为，“没有用于夫妻共同生活”不能作为抗辩理由，于此情形，应当适用夫妻债务推定规则。但福建省高级人民法院持不同观点，即债务人的配偶对债务是否为家庭共同利益享有一定的抗辩权。令人欣喜的是，最高人民法院在 2018 年出台的《夫妻债务审判司法解释》，明确了若要将夫妻个人债务认定为夫妻共同债务，除了债务产生于婚姻关系存续期间，还要求举债目的出于“家庭日常生活需要”，同时规定由债权人对例外情形承担举证责任。

由此可知，我国理论及实务界都认识到了夫妻债务推定规则存在固有缺陷，且逐步认可将“共同利益标准”作为其之必要补充。但是，我国关于“共同利益标准”的认识仍然较为粗疏，其实际作用尚未完全得以显现出来，因此，有必要将婚姻家事代理权、传统民法上的代理制度有机统一于夫妻共同生活这一事实，从而不断完善夫妻债务推定规则。

我国《婚姻法司法解释一》第十七条规定了因日常生活需要夫妻双方互为家事代理人。不由分说，基于共同生活的需要，夫妻团体亦有进行社会行动的现实需要，家事代理权正符合婚姻作为身份及财产之特殊结合的本质。但从条文表述来看，婚姻家事代理权严格限制于日常生活需要，域外立法例对此亦予以认可，德国法上的日常家事代理权需符合“交易为满足生活需要、交易服务于特定家庭以及需要必须适当。日本法上将财产投资、不动产交易与大额消费借贷行为排除于日常家事代理权的范围。法国相关立法规定了分期付款买卖、借贷、购置不动产、投资活动等不适用家事代理权。我国司法实务也逐步认可了这一惯行做法，根据家事代理行为与夫妻日常生活的紧密程度，将那些超出夫妻日常生活需要的事项排除在外。更有甚者，湖南省高级人民法院认为，债权人一方得尽到必要的注意义务，明显超出夫妻日常生活需要的债务宜认定为个人债务。

不过，需要进一步探讨的是，婚姻家事代理权尚不足以作为“共同利益标准”的唯一理论基础，仍需辅之以表见代理制度。其原因在于，夫妻团体具有天然的私密性，外界第三人往往难以知悉其真实的计划安排，是否满足“家庭日常生活需要”在很大程度上取决于夫妻团体的主观感受。且表见代理制度的适用条件包括第三人主观上必须是“善意且无过失的”，这实际上对债权人苛以了一定程度的注意义务，有利于实现债权人与非举债方配偶之间的利益平衡，并将推定规则发展成为一项综合性的认定标准，广东省高级人民法院即认为，债权人若没有尽到审慎的注意义务，需要承担债务人的潜在信用风险，而不能据此直接认定为夫妻共同债务。反之，债权人善意且无过失地相信举债行为出于满足家庭日常生活需要，即使实际上超出日常家事代理权的范围，仍然可以适用表见代理。此外，还值得注意的是，不同于“谁主张，谁举证”的一般证明规则，《婚姻法司法解释二》第二十四条通过转移证明责任间接改变事实认定，换言之，夫妻债务推定规则主要适用于事实认定不清的情形，将某些夫妻个人债务直接拟制为夫妻共同债务。不过，《夫妻债务审判司法解释》对此予以了重新规定，由债权人对用于夫妻共同生活的事实承担举证责任，既符合证明责任的一般规则，亦与实体层面的具体规定保持自洽，有利于实现各方当事人之间的利益平衡。

（四）由夫妻个人债务认定规则引申的方法论思考

笔者在本部分着重探讨了夫妻个人债务的认定规则，主要从一般情形和特殊情形两个方面展开论述。由于夫妻作为一个共同体，其财产总和包括夫妻个人财产和夫妻共同财产，相应地，其债务总和包括夫妻个人债务和夫妻共同债务，二者之间非此即彼，这为笔者探索夫妻个人债务的认定规则提供了有益思路，即可从反面对夫妻个人债务予以规定，在排除了不构成夫妻共同债务的情形，通常要将其归为夫妻个人债务。基于上述的分析逻辑，笔者就夫妻个人债务的认定规则进行了一番探讨，且试图在方法论层面对其进行必要总结。

由于婚内夫妻个人债务的产生时点较为特殊，必然涉及到夫妻个人债务和夫妻共同债务的区分问题，因此，确立夫妻个人债务的认定规则离不开对夫妻共同债务推定规则的正确认识。基于此，笔者首先提出了夫妻个人债务的认定标准应当遵循“用途论”，且将“用途论”用于认定夫妻个人债务不完全等同于对内关系的处理思路，紧接着，笔者对夫妻个人债务因夫妻共同生活的事实转化为夫妻共同债务的情形予以了特别明示，表明夫妻个

人债务的范围并非一成不变，其可能随着夫妻共同生活的事实而产生相应的变化。其后，笔者重点研究了夫妻共同债务推定规则，且结合相关制度，对其提出了一定的完善建议。实务中对于夫妻一方以个人名义所负债务的性质认定存在认识分歧，因此，对于我国现有的夫妻债务推定规则进行批判性反思，并结合我国最新的制度规定，得出“共同利益标准”运用于夫妻共同债务的认定具有合理性，且完善夫妻个人债务的认定规则需要形成一套联动机制，将婚姻法的家事代理权同传统民法上的代理制度巧妙结合起来，将形式主义的认定标准逐步发展为一项综合性的判断规定，以实现非举债方配偶与债权人之间的利益平衡。

总而言之，关于夫妻个人债务的认定规则自始至终都严格遵循了利益平衡的理论，不仅从实体层面将实体规则逐一进行分解，从一般情形和特殊情形两个角度展开，且从反向进行推论，从而正确界定夫妻共同债务推定规则的适用范围，明确区分夫妻个人债务和夫妻共同债务，另外，客观事实不明确的情形通过证明责任合理分配风险，妥当地平衡债权人和非举债方配偶之间的利益状况。行文至此，笔略为感慨，夫妻个人债务的认定规则其实涉及非举债方配偶与债权人之间的利益博弈，形式主义的认定标准过于单一，往往导致夫妻个人债务的范围并不全面，因此，正确路径应当是不断增加一些实质性的内容，将“共同利益标准”附加于“时间标准”，使得夫妻个人债务的认定规则成为一项具有综合性的判断标准，真正实现各方当事人之间的利益平衡。

三、婚内清偿夫妻个人债务面临的法律困境

（一）我国实行婚后所得共同制的夫妻财产制

婚后所得共同制是指除夫妻个人特有财产以外，夫妻一方或双方财产部分或全部合并为共同共有财产，双方平等享有占有、使用、收益和处分权利的制度。。在婚后所得共同制的婚姻财产制下，夫妻双方不仅在人身上结合，而且对婚后所得的财产共同分享所有权，只有部分范围有限的财产归个人所有。且上文也论及，婚后所得共同制在我国具有深厚的社会根源，不仅与保护妇女、儿童权益的基本原则相适应，也有利于家庭发挥养老育幼的社会职能，在我国婚姻立法的历史变迁中亦有迹可循，所以，婚后所得共同制作为我国夫妻法定财产制将持续一段时间。

由前文可知，夫妻团体与经济团体存在相似性，比如夫妻团体与“准合伙”的经济目的存在交叉，但由于夫妻团体格外注重身份关系，更确切地说，夫妻团体是一种身份及财产的特殊结合，具有了其他团体所不具备的伦理性、情感性，并不要求双方对共同财产的增益付出同等的努力程度，即使实行分别财产制，也存在相应的补偿机制，需要对夫妻一方从事家务劳动作出适当的评价。因此，夫妻团体通常不可采用可计算的、易于识别的经济指标进行量化处理。与此相适应，婚姻关系存续期间“同居共财”是最一般的财产形态，尽管在理论上划分夫妻共同财产与个人财产存在可行性，但由于夫妻共同生活的长期性、私密性，夫妻共同财产与夫妻个人财产极易发生混同，而且夫妻之间一向秉承着礼尚往来、互帮互助的传统，导致更加难以准确区分团体债务与个人债务的责任财产范围。因此，如何划分夫妻共同财产与夫妻个人财产，明确夫妻个人债务的责任财产范围，存在着一定的不可操作性，易言之，在婚后所得共同制下，是不可精确地计算出自己的份额或者回报的，这着实给夫妻个人债务的清偿造成了不小的难度。

（二）婚内析产缺乏法理依据

正如前述，婚后所得共同制产生的直接法律效果是，“同居共财”作为婚姻关系存续期间财产关系的一般形态，因此，婚内析产通常不被认可。长期以来，我国婚姻立法并未认可婚内析产，因为夫妻共同财产作为维持夫妻共同生活的物质基础，一旦打开立法的闸口，对婚内析产不加以任何限制，

可能会危及婚姻关系的信任基础，从而阻碍家庭社会职能的良性发挥。因此，我国立法上对婚内析产一直持较为谨慎的态度，但是，不可否认的是，某些情形下存在婚内析产的紧迫现实需求。最高人民法院关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释（三）（以下简称《婚姻法司法解释三》）第四条规定了婚内分割夫妻共同财产的两种情形，即夫妻一方存在严重损害夫妻共同财产利益以及影响到夫妻另一履行法定扶养义务的行为。显而易见，前述条文对婚内析产的情形只作了封闭式列举，似乎难以涵盖其他情形。由此笔者不禁思考，如果举债方配偶其个人财产不足以完全清偿其个人债务时，能否提出婚内析产的请求呢？

单从文义解释来看，夫妻一方个人财产不足以清偿其个人债务不属于法律明文规定的两种情形，但是，法律解释活动并非一以贯之的，需要通盘考虑各个因素，才能取得较为妥当的解释效果。婚后所得共同制实质上是共同共有的表现形式之一，婚姻法作为特殊法，具有优先于一般法适用的法律效力，但是，对于婚姻法未予规定的一些事项，仍可在一般法内寻求法理依据。我国《物权法》第九十九条明确了，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。就此而言，共有的基础指的是婚姻关系，“共有的基础丧失”意味着婚姻关系的终止，“重大理由”则可以按照同类解释规则确定其具体含义。按照《物权法》第九十九条的规范意蕴，夫妻一方个人财产不足以清偿其个人债务，显然不属于共有基础的丧失，那么可否解释为“重大理由”？其实，这就涉及利益平衡的考量，即夫妻关系的基础稳定与债权人的利益保护孰为优先，不过，笔者觉得，此种情形属于《物权法》第九十九条中的“重大理由”，其原因在于，基于婚后所得共同制的财产形态，夫妻个人财产的范围十分狭隘，如果不对此种情形下分割夫妻共同财产的必要性加以承认，那么债权人只能待夫妻双方终止其间的婚姻关系时，才能就债务人分得的财产份额进行清偿，这显然不利于保护债权人的时效利益。

进一步而言，《婚姻法司法解释三》第四条规定的两种婚内析产情形，均在一定程度上破坏了夫妻之间的信任基础，即使尚未造成共有基础的丧失，也可能对其产生严重的不利影响，笔者不昧揣测，其立法理由可能谓，将现存纠纷的不利影响降到最低限度，从而保持夫妻共同生活的稳定基础。同理，夫妻一方个人财产不足以完全清偿其个人债务在一定程度上将对举债方配偶的生存境况造成不利影响，反之也会影响到夫妻共同生活的稳定基础。存有疑问的还有，《物权法》第九十九条与《婚姻法司法解释三》第四条之间的适用关系亟待立法作出规定，换言之，我国婚姻法现有条文对婚姻析产的其他情形未予规定时，能否直接适用民法的一般规定处理婚内析产问题？且进一步追问，直接略过《婚姻法司法解释三》第四条的封闭性规定转而适用《物权法》第九十九条，是否属于超越法律之外的法律续造，其解释结论能否具有可接受性？这亟待我国今后立法进行回应。

四、婚内夫妻个人债务清偿之路径评析

（一）通过婚内析产诉讼清偿夫妻个人债务

前文已述及，夫妻个人债务的范围认定略显困难，造成其清偿路径在我国司法实务中尚未统一。考察域外关于夫妻个人债务清偿的立法经验，笔者发现，个别国家立法上规定了，在夫妻一方无个人财产时，得以夫妻共同财产进行清偿，如《菲律宾家庭法》第 122 条第 3 款、《埃塞尔比亚民法典》，不过，多数国家还是坚持夫妻个人债务的清偿责任仅在于夫妻一方的基本立场，而不能无限地扩及于夫妻共同财产中另一方配偶的财产份额，具体而言，可能以共同财产中债务人所占份额为限、一半财产份额为限，还有的立法例明确了，债权人有权就负债一方配偶从共同财产中所获利益获得清偿。我国现行实践做法是，在执行程序中赋予非举债方配偶提出执行异议的权利，债权人只能就举债方配偶的

财产份额申请人民法院强制执行，且主要考察非举债方对执行标的是否享有足以排除强制执行的民事权益。

前述做法认可对夫妻共同财产采取控制性措施，但仅能对举债方配偶的财产份额采取强制性执行措施，在一定程度上有利于保障非举债方配偶对夫妻共同财产的应有份额。但是，在执行程序中对执行标的进行权属确认，明显有违于执行程序的设立目的，且可能涉及夫妻个人财产和共同财产的辨认区分，亦超出了执行机构的职权范围，可能造成执行程序过于拖沓、低效。因此，在执行程序的具体安排上，当被执行人配偶以执行标的为其单独所有提出异议的，执行机构应当进行异议听证审查，对财产的权属作出初步判断，并且在确权诉讼终结前，应当暂缓执行程序。不过，须注意的是，被执行人配偶得就执行标的提出执行异议实际上是基于利益平衡的考量，亦与第三人执行异议之诉的具体安排存在差异，后者在于保护那些未能及时参与到已经发生的诉讼活动中的第三人，而非举债方配偶作为被执行人的配偶，对于已经产生的债务纠纷通常有所知晓。论及至此，笔者以为婚内析产诉讼作为一项可终局解决实体纠纷的程序设计，能够避免被执行人配偶在执行阶段再行提出执行异议，不至于造成执行程序过分拖沓，且婚内析产诉讼兼具确认之诉和形成之诉的特征，可以大致划定夫妻个人财产的基本界限，明确夫妻个人债务的责任财产，可就诉请的权属纠纷进行终局裁判，最大限度地保障司法的既判力与效益性，更无需在执行程序与诉讼程序之间多次重复，因此，可以通过婚内析产诉讼对夫妻共同财产进行分割，将非举债方配偶的财产份额从夫妻共同财产中剥离出来，然后债权人只能就举债方配偶的财产份额要求进行清偿。

但令人遗憾的是，婚内析产诉讼在我国仍然没有形成一套完备的运作体系，关于婚内析产的明文规定也仅有《婚姻法司法解释三》第四条，仍有待于我国司法实务的进一步探索。我国现阶段执行夫妻个人债务面临的主要疑问是，法院能否主动分割夫妻共同财产。倘若将婚内析产诉讼运用于夫妻个人债务清偿，则无需考虑这些派生问题，因为婚内析产诉讼作为一种特殊的诉讼程序，其目的在于分割夫妻共同财产，且婚内析产诉讼并不会直接导致婚姻关系的终止，但由于婚内析产诉讼的异质性，仍有必要对其另作规定。其间最值得探讨的是，婚内析产诉讼确定夫妻各方财产份额的具体规则，虽然理论及实务界对此存在纷争，但笔者觉得，由于婚内析产并不消灭既有的夫妻关系，其仅作为一种暂行性的财产处理方式，且不存在应予差别对待的情形，所以，应当暂时忽略夫妻一方的过错，实行均等分割的原则，且所涉及的财产仅限于积极财产，否则可能存在与离婚时夫妻财产分割重复适用的法律问题。

（二）清偿夫妻个人债务可参酌适用非常财产制

由于婚姻关系存续期间亦存在某些情形需要对夫妻共同财产予以分割，且超出了《婚姻法司法解释三》第四条的适用范围，因此，我国理论及实务界趋于认可婚内析产的合理性与可行性，藉以缓和婚内分割夫妻共同财产的紧迫需求。不同于离婚时夫妻共同财产分割，婚内析产这一法律事实产生于婚姻关系存续期间，因此，二者在具体规则的设置上应当有所不同，具体而言，婚内析产使得夫妻共同生活的基础得以继续延续下去，亦可及时对夫妻个人债务的清偿要求作出回应，同时兼顾婚姻关系的既有稳定与债权人的利益保护，但是，婚内析产一般通过诉讼方式进行，既不必要地占用了司法资源，亦使得夫妻双方苦于讼累。

论及至此，笔者认为，得在借鉴域外相关立法例的基础上，适当调整我国夫妻财产制的具体内容，将非常财产制作为通常财产制的补充规定。非常财产制本质上是一项变更规则，即在发生法定情形时，得终止夫妻共同财产制改为夫妻分别财产制，更确切地说，非常财产制在某种意义上直接替代了夫妻之间的合意过程，表现为一种法律拟制的意思表示，换言之，法律预先规定了在某些情形下夫妻共同财

产制和夫妻分别财产制能够实现相互转化。进一步而言，非常财产制有且仅作为一项变更规则，即使后续进入诉讼阶段，法院也只作形式审查，直接宣告强制适用分别财产制，因此，非常财产制并未完全否定我国现有的夫妻财产制，亦无需创设全新的其他规则，其俨然不属于立法论的范畴，能够与我国婚姻法的现有体系保持一致性。

纵观域外立法例，德国、法国、瑞士等明确规定了非常财产制，我国台湾地区虽未冠之以非常财产制的称谓，而是在亲属法中规定了特别财产制，但二者在适用情形上并无二致。《法国民法典》在“夫妻财产契约与夫妻财产制”一编对非常财产制进行了简略规定，因夫妻一方理财混乱、管理不善或行为不正可能危及夫妻另一方的利益时，得将原夫妻财产制改为分别财产制提前对共同财产进行清算。德国法上的婚姻财产共有制下的非常财产制较为类似，且明确规定了夫或妻一方举债过多有可能导致另一方的利益受损，则可以通过法院宣告适用分别财产制。瑞士法对于非常财产制的规定可谓相当完备，当夫妻一方财产不足以清偿个人债务或者共有财产中的应有部分已被执行扣押，继续维持共同财产制将危害到夫妻另一方的合法利益，于此情形非常财产制可以直接适用，且瑞士法明确规定了宣告适用和当然适用两种方式并存于非常财产制下。由此观之，域外立法例一般以共同财产制为基本财产形态，但亦承认某些情形下可以改为适用分别财产制，其主要理由包括，坚持原有的夫妻共同财产制对于夫妻另一方而言极为不公平，虽然各个立法体例并未穷尽列举非常财产制的适用情形，但清偿夫妻一方的个人债务归类于此，在理论上完全行得通，因此，我国可参酌适用非常财产制对夫妻个人债务的清偿予以必要回应。

值得注意的还有，我国夫妻财产制是一种“选择式”的立法模式，夫妻可以结合实际情况选择适用夫妻共同财产制或者夫妻分别财产制，前述表明，财产清算行为并不完全以赖于婚姻关系的终止情形，夫妻财产制的实际变更也可能引起财产清算行为。进而可推知，非常财产制通常涉及共同财产制和分别财产制两者之间的相互转化，不可避免将涉及到夫妻共同财产的清算问题，反观之，婚内析产作为一种财产处理的特殊方式，并不直接影响夫妻共同财产制的变更与终止，因而二者在申请主体的设置上应当有所差别。由于婚内析产只是一种临时性的财产处理方式，其并未改变婚内继续沿用夫妻共同财产制，故其申请主体一般仅限于夫妻双方即可。而非常财产制类似于财产清算，具有终局确定夫妻一方各自财产范围的效力，可能会对外部利害关系第三人造成影响，因此，在申请主体上可以将具有利害关系的第三人也纳入其中。我国台湾地区即对非常财产制则进行了突破性规定，债权人亦可直接申请适用非常财产制。

（三）以共同财产清偿夫妻个人债务可产生追偿权

我国《婚姻法》第十七条规定了，夫妻对共同所有的财产，享有平等的处理权，《婚姻法司法解释一》第十七条对此予以了进一步明晰，指出了平等的处理权主要指共同财产的处分情形。由此可知，我国婚姻法着重强调夫妻间财产关系具有一定的平等性，但是，鉴于夫妻作为一种身份及财产相结合的特殊共同体，其间财产关系俨然不同于纯粹的经济性组织，尤其不能僵化地理解夫妻间财产关系的平等原则，即使是实行夫妻增益财产制的立法体例亦承认存在相应的补偿规则，夫妻双方在婚内单独享有所有权、独自承担责任，但在婚姻关系终止之际，各自的增益应当作为夫妻共同财产原则上予以平均分配。但是，这种平等原则还是存在一定的适用前提，需考虑夫妻一方的行为对于夫妻共同体是否有所增益，况且我国婚姻法中明文规定的平等处理权，其适用范围仅限于积极财产，不能扩及至消极财产，否则将减损夫妻另一方对共同财产的应有份额。因此，笔者殊以为，夫妻作为一个共同体，多数情形由共同体直接对外担责，但夫妻对共同财产享有平等处理权不意味着对一方的个人债务亦

要承担责任，否则有悖于自己责任的基本法理，基于此，以夫妻共同财产清偿一方个人债务将产生追偿权的适用空间，合乎于夫妻财产关系的基本特征。

承前所述，基于不同的立法考量，夫妻间亦可因个人债务的清偿产生一定追偿权，但与夫妻共同债务的清偿规则有所区别。细究而言，夫妻共同债务实际上是夫妻双方对外承担连带清偿责任，基于连带责任的一般法理，连带债务通常内含同一经济目的，各债务均为实现这一目的的手段。在外部关系上，债权人有权要求夫妻双方或一方就全部或者部分债务进行清偿，在对内关系上，夫妻一方对其各自的份额承担终局责任，对于超出其份额的部分则有权要求夫妻另一方予以清偿，因此，夫妻共同债务清偿情形下亦存在追偿权的适用余地。但是，由于夫妻个人债务的责任财产应当以个人财产为限，不应当累及非举债方配偶对夫妻共同财产的应有份额，债权人也不得据此提出相应的清偿请求，不过，如果夫妻双方一致同意将共同财产用于清偿夫妻一方的个人债务，在债权人获得相应通知的情形下，因债务清偿将消灭举债方配偶与债权人之间的原有的债权债务关系，由此可见，夫妻间共同债务与个人债务关于追偿权的具体构造存在差异，前者基于夫妻共同债务的法定性质当然产生，后者因夫妻之间的另行合意存在于特定情形，但毋庸置疑的是，以夫妻共同财产清偿夫妻一方个人债务后，非举债方配偶有权向另一方追偿相应的财产价值或数额，此即为夫妻间因个人债务而产生的追偿权。

通常而言，追偿权属于债权请求权，需要受到诉讼时效的限制。但是，因夫妻个人债务产生的追偿权发生于婚姻关系存续期间，此时夫妻关系尚且继续存在，非举债方配偶出于共同生活的考虑，其行使追偿权时可能有所顾虑，因此，于此情形下产生的追偿权不应直接沿用一般规定，有必要对其进行特殊安排，冉克平教授也考虑到了这一点，其认为婚姻关系存续期间，出于维持夫妻共同生活的需要，夫妻之间的内部追偿权可以不受诉讼时效的影响。 进一步而言，婚姻关系的存续本身可以构成追偿权诉讼时效中止的法定情形，我国《民法总则》第一百九十四条规定的诉讼时效中止情形包括不可抗力、欠缺民事行为能力、权利人被控制等。就立法技术来说，我国对诉讼时效中止情形采用兜底式立法，使得权利人不能行使请求权的客观障碍可构成诉讼时效中止的法定理由，反观之，婚姻关系之存续在理论上似乎并不构成追偿权之客观障碍，其更类似于情感、伦理所滋生的一种道德束缚。但不可否认的是，其造成的不利影响与前述条款所示明的客观障碍在法律效果上可能是等同的，因此，笔者认为，宜对《民法总则》第一百九十四条中的“其他障碍”进行扩张解释，亦即，“其他障碍”通常指向的是客观障碍，但特定情形下的主观障碍得援引同类解释规则进行一番解释，从而适用诉讼时效中止的有关规定。综上，出于维续夫妻共同生活之需要，可将追偿权制度用于清偿夫妻个人债务，既可以减少各方磋商的成本，亦可有效实现保护债权人的目标，但其适用仍需以夫妻双方达成合意为前提。

五、结语

综上，在我国夫妻法定财产制实行婚后所得共同制的情形下，夫妻个人债务在司法实践中面临着清偿障碍。笔者为了探究夫妻个人债务的清偿路径，首先对夫妻个人债务的认定规则展开了论述，通过评析我国《婚姻法司法解释二》第二十四条确立的夫妻共同债务推定规则的立法不足，同时结合我国婚姻法的既有框架体系，论证了以共同利益标准认定夫妻共同债务的适当性，巧妙地将家事代理权、表见代理、证明规则融合在一起，且笔者在本部分就夫妻个人债务的认定规则引申出了方法论上的思考，对区分夫妻个人债务与夫妻共同债务的基本思路进行了一般性总结。紧接着，笔者进一步明晰了我国夫妻个人债务清偿面临的制度障碍，既囿于婚姻关系存续期间同居共财的一般理念，同时又受限于我国婚姻法对婚内财产持消极态度。本文的最后，笔者对我国理论及实务中存在的夫妻个人债务

的清偿路径加以评析，明确了婚内析产诉讼、非常财产制度、夫妻之间的追偿权等具体规则还有待完善。综上，我国并未形成体系化的夫妻个人债务认定规则，而且我国夫妻个人债务的清偿规则存在严重缺位，因此，我国未来婚姻立法仍需在这些方面予以强化规定。

刘明：网络虚拟财产的价值单边性特征及其启示 | 前沿

2020-10-23 与民法典同行 刘明
https://mp.weixin.qq.com/s/R6PI6hZalAiVCdXwk9n9DA

作者简介：刘明，法学博士，阿里巴巴集团政策法规研究室专家。

文章来源：《经贸法律评论》2019 年第 6 期“学科前沿”栏目，本文转载自“经贸法律评论”公众号。为方便阅读，注释从略，建议阅读原文。

摘要：网络虚拟财产在面对网络用户和网络服务提供者时，呈现出两种完全不同的价值形态：前者具有独立的财产价值，后者则无。此种价值单边性特征是由网络虚拟财产使用价值的形成机制决定的，其本质上来自对网络服务提供者拥有之一系列软硬件资源的使用，而网络虚拟财产权则是这些使用权的集合。网络虚拟财产权虽然在法律性质上属于债权，但其特殊性使其更类似于票据权利。一方面，在权利形成后即可脱离原因关系获得一定的独立性；另一方面，网络虚拟财产权的让与应符合必要的形式要件，还可借助于具有公示性的权利凭证在网络用户群体中获得对世性效力。

关键词：网络虚拟财产；网络虚拟财产权；票据权利

引言

在《中华人民共和国民法总则》（下称《民法总则》）第 127 条中，立法者将网络虚拟财产纳入了民事权利客体范畴，从而在民事法律领域中，基本终结了网络虚拟财产是否具有法律意义上的价值的争论，为网络虚拟财产权人合法权益的保护奠定了制度基础。然而，此次立法对于学界长期存在的网络虚拟财产法律属性之争并未作出明确表态，而是选择将其交由学界继续讨论。事实上，过往十几年的研究与争论过程已经表明，仅从理论层面入手，通过将网络虚拟财产的法律特征与物权或债权的既有规则进行对比，来对其法律属性进行论证，是很难在学界形成有效共识的。有鉴于此，笔者拟重新回归现实视角，以网络虚拟财产在现实生活中所表现出的价值单边性特征为切入点，通过对此种现象背后的技术和法律成因进行考察和分析，提出网络虚拟财产权是一项“类票据权”的主张，并以此为基础构建网络虚拟财产权法律规范体系。

一、网络虚拟财产的价值单边性特征及其成因分析

（一）网络虚拟财产的价值单边性特征

1. 网络虚拟财产仅对网络用户具有独立的财产价值

随着互联网普及程度的不断提高，网络虚拟财产的价值性已经在社会生活和司法实践中获得了愈发广泛的认同，《民法总则》第 127 条将网络虚拟财产纳入民事权利客体范畴，更是对此问题的最终定论，笔者对此并无疑义。然而值得注意的是，与物、智力成果、股票等对于所有民事主体而言，均具有独立价值的财产类型不同，网络虚拟财产在面对网络用户和网络服务提供者这两类不同的民事主体时，却呈现出了截然不同的价值形态，其仅对网络用户具有独立的财产价值，而对于网络服务提供者却并非如此。

以网游道具这一最为典型的网络虚拟财产为例。对于网游玩家来说，网游道具的财产价值可谓不言而喻，尽管不同的网游道具在使用价值和交换价值上可能存在较大差异，但都具有自己独立的财产价值，任何一项网络虚拟财产的取得或丧失，都会使网络用户的私有财产总量（包括数量或数额）发生相应改变，当网络用户不幸离世时，网络虚拟财产也将构成其遗产的组成部分。然而，对于网游运营商来说，无论网游道具在游戏中的数量如何稀有、功能如何强大，也无论其在二级市场中的交易价格几何，网游运营商资产负债表左侧的数字，都不会因其是否持有网游道具而发生任何改变。换言之，网游运营商不会将网游道具视为其公司资产的组成部分，网游道具对其而言并无独立的财产价值。

需要说明的是，虽然网游运营商可以通过销售网游道具获得经济利益，但这并不足以证明网络虚拟财产对其具有独立的财产价值。首先，真正使网游运营商资产总量获得增长的，并非是网游道具本身，而是销售网游道具所获得的对价（通常为金钱）。这与普通商品生产者的资产总量，不仅会因商品的销售额获得增加，也会随着商品存货数量的增长而随之增加，显然是存在本质区别的。其次，在不对网络虚拟财产的法律属性作任何预设的情况下，所谓“销售”，只不过是对“网络服务提供者从网络用户处获得对价”这一交易过程的描述，而其法律性质既可能是网络服务提供者让与自有财产的处分行为，也可能是其承诺对网络用户负担特定债务的负担行为，而对于债务人来说，通常不会将债权视为一项独立的财产。

总而言之，网游道具在面对网游玩家和网游运营商时，呈现出了两种完全不同的价值形态，对于玩家而言价值不菲的网络虚拟财产，网络服务提供者却不可能通过对其持有使公司资产价值获得任何提升。事实上，除了网游道具以外，此种现象对于其他网络虚拟财产类型也同样适用，如腾讯公司不可能通过持有 Q 币使其公司资产获得增长，阿里巴巴公司亦不可能如现实世界中的房屋出租者那样，将淘宝网店视作其固定资产。诸如此类，可谓不胜枚举。为便于表述，本文拟将此种现象统称为网络虚拟财产的价值单边性特征。

2. 网络虚拟财产价值单边性特征在司法实践中的体现

网络虚拟财产的价值单边性特征，除了在网络服务提供者的资产统计中有所体现外，在司法实践中亦有较为明显的例证，主要表现为在争议发生时，网络用户和网络服务提供者对于网络虚拟财产具有完全不同的利益诉求。

以实践中较为常见的网游封号法律纠纷为例。在此类纠纷中，由于玩家在账号被封后将无法登录游戏，从而实质性丧失账号内所有人物和道具的控制权，因此从玩家的角度看，运营商此举无异于对其网络虚拟财产的直接剥夺。基于此种认识，许多被封号玩家会选择以网游运营商侵犯财产权为由提起诉讼，要求其承担返还财产的法律责任，而此种诉讼策略的选择，与有体物财产遭受侵害时的受害人是十分类似的，其背后反映出的是权利人有效支配财产价值的利益诉求。

然而，从网游运营商普遍提出的答辩理由中可以看出，与以欺诈、窃取、篡改数据等方式实施侵权行为的第三人不同，网游运营商采取封号措施的目的，并不是为了将玩家的网络虚拟财产据为己有或将其故意毁损，而是为了阻止玩家继续以有损网络游戏运营秩序、破坏其他玩家游玩体验的方式进行游戏。例如，在徐某某与广州网易计算机系统有限公司财产损害赔偿纠纷案中，被告网易公司答辩称，其之所以封禁原告名下的 10 个账户，主要是因为原告完全以营利为目的获取和交易游戏道具的行为，不仅破坏了其他游戏玩家正常的交易秩序，同时还加重了网游运营商后台服务器的负担，从而影响了整个游戏的正常运营。

事实上，我国法院对于网游运营商的此种利益需求也已经形成了较为清晰的认识，因此在审理该类案件时，即使网游玩家选择的请求权基础是侵权

请求权，法官还是会首先对网游运营商在用户协议中设置的惩罚规则进行考察，如果此类规则的设置系网游运营商维护自身经营秩序之必要，则法官大多倾向于认可其法律效力，并以该规则为依据对网游运营商采取的封号措施是否具有合理性进行判断。例如，在邹某某诉广州网易计算机系统有限公司侵权责任纠纷案中，法院就首先考察了网易公司与原告之间订立的各项服务协议的内容，并据此认为原告通过买卖游戏币和游戏装备进行商业牟利的行为，已经构成对相关协议内容的违约，故认定被告有权依约定封停其账号。

综上所述，在司法实践中，网络用户和网络服务提供者对于网络虚拟财产表现出了完全不同的利益诉求，前者关注的是对特定网络虚拟财产价值的有效支配，而后者则根本不会对此种价值有所觊觎，其真正在意的是网络服务的整体运营秩序，不会因个别网络用户的违规行为而遭到破坏。笔者认为，这两种明显分属不同维度的利益诉求，正是网络虚拟财产价值单边性特征产生的直接影响。

（二）网络虚拟财产价值单边性的成因分析

在网络虚拟财产的价值性已经得到普遍认可的大背景下，网络虚拟财产的价值单边性特征颇为值得关注，而对此种经济现象的成因进行剖析，将有助于我们更为透彻地了解网络虚拟财产的内部构造，从而为其法律属性的界定提供理论依据。

1. 研究视角的转变：从网络用户到网络服务提供者

统观学界既有研究成果可以发现，研究者往往会自觉或不自觉地选择从网络用户的视角出发，对网络虚拟财产法律特征进行考察，并将得出的结论推而广之。然而，此种视角的选择具有较为明显的局限性，可能导致研究者忽略网络虚拟财产对于网络服务提供者呈现出的不同形态。

例如，在对网络虚拟财产的价值性进行论证时，其在市场中表现出的交换价值时常被论者引为主要论据，特别是当某些网络虚拟财产因具有显著的稀缺性而形成了较为稳定的二级交易市场，且交易价格和规模呈现不断上涨趋势时，此种论据的证明力更显得无可辩驳。然而值得注意的是，此种作为论据的交换价值，主要是体现在网络用户群体的交易之中的，当其面对网络服务提供者时，情况就将有所不同。详言之，在网络用户群体中，网络虚拟财产的交换价值对于买卖双方来说是双向存在的，因此二者的身份在理论上是具有可互换性的；但对于网络服务提供者来说，网络虚拟财产的交换价值却是单向的，只有在其实际出售网络虚拟财产后，此种交换价值才能通过网络用户支付的对价得到体现，而当网络服务提供者持有网络虚拟财产时，其仅具有潜在的交换价值。换言之，网络服务提供者在任何时候都不会也不可能成为网络虚拟财产的买方。

需要说明的是，造成此种现象的原因，并非是因为网络服务提供者能够通过程序代码的调整，以近乎为零的成本大量生成网络虚拟财产，从而使之对其无稀缺性可言。事实上，只要某项财产能够在特定主体范围内保持稳定的稀缺性，那么即使对于生产者来说，其交换价值也不可能只等于生产成本。然而对于网络虚拟财产来说，即使在网络用户群体中具有稳定的稀缺性（如稀有网游道具），其交换价值依然无法在网络服务提供者对其持有过程中得到体现。事实上，即使是那些对于网络服务提供者同样具有稀缺性的网络虚拟财产，此种现象依然存在。例如，数字排列组合的有限性决定了，位数较少或带有特定数字组合的 QQ 号，对于腾讯公司亦属稀缺资源，但只要 QQ 号尚未出售，腾讯公司的资产总量就不会发生任何变动。

笔者认为，网络用户研究视角之所以存在其局限性，主要原因在于，对于网络用户来说，网络虚拟财产总是以各类具象化形态（如网游道具、Q 币、网络店铺等）呈现的，这可能使其倾向于将此种具象化形态等同于网络虚拟财产，进而通过对其法律特征的分析，论证网络虚拟财产的法律定位。然而，

这些具象化形态并非是网络虚拟财产本身，至多只是网络虚拟财产权的权利凭证，因此，一旦将对权利凭证享有的权利与权利凭证表征的权利相互混淆，必将导致考察结果发生偏差。有鉴于此，为了突破网络用户研究视角的局限，深入探寻网络虚拟财产价值单边性特征的形成原因，有必要转变研究视角，以网络服务提供者为出发点，对具象外观所表征的权利本身进行直接观察。

2. 价值单边性特征的根源：网络虚拟财产的使用价值形成机制

鉴于财产之所以能够成为财产，与其自身具有使用价值密不可分，因此，笔者拟以网络虚拟财产使用价值的形成机制为切入点，对其价值单边性特征的成因进行分析。为便于理解，笔者拟以实体店铺与网络店铺之间的对比为例进行说明。

实体店铺作为一间房屋，其效用主要来源于对特定物理空间的占有和使用，而在此种物理空间的形成过程中，存在着一个物权变动的过程，即建造者对于建筑材料的所有权，将随着其成为房屋不可分离的组成部分而逐步丧失，并转化成为对于房屋的所有权。当房屋建造完成后，其将成为一个全新的物权客体，而建造者也将获得一个全新的房屋所有权。

与此不同，在网络店铺效用形成的过程中，并不存在着一个类似于物权变动的过程，因为据以形成网络虚拟财产的“建材”，是一系列对于网络服务提供者软硬件资源的使用权，而对于使用权的设置，并不会导致软硬件资源本身的权属发生变动。从某种程度上说，网络用户和网络服务提供者之间类似于许可使用关系(licensor-licensee)。例如，为了使网络店铺具备商品展示功能，网络服务提供者需要提供一定容量的信息存储空间，但由于所谓信息存储空间，实际上是对网络服务器计算、存储和传输等功能进行调用的权限，因而此种权限的设置，不会导致网络服务器的所有权归属发生改变。再如，为了使网络店铺具有即时通讯功能，网络服务提供者会授权店铺经营者使用其拥有版权的即时通讯软件，并允许其通过该软件调用网络服务器的信息存储与传输功能，以保障该软件能够正常运转。然而，无论是对软件的使用许可，还是对服务器功能的调用权限，均不会使网络服务提供者原本享有的版权和服务器所有权发生改变。

俗话说“一叶知秋”，通过上述对于网络店铺的分析可以合理推知，其他网络虚拟财产的效用，同样来自一系列软硬件资源使用权的有机结合，而对于作为这些软硬件资源所有者的网络服务提供者来说，对其的使用权只不过是所有权中的一项权能，这正是网络虚拟财产价值单边性的形成根源。事实上，我国学界对于此种效用形成机制的外部表象早已具有了相当清晰的认识，只不过由于多数论者并未对其背后的形成原因作进一步探索，从而忽略了网络虚拟财产的价值单边性特征，此种表象即为网络虚拟财产的技术依赖性特征。通过上述分析可知，网络虚拟财产之所以无法摆脱网络服务提供者的技术支撑而独立存在，正是因为其自身所具有的效用，并非来自网络服务提供者对其既有财产的让渡，而是在其上设置的各类使用权。换言之，网络服务提供者向网络用户“交付”网络虚拟财产的结果，不是财产权利的移转，而是行为义务的设定。

二、价值单边性特征对于网络虚拟财产法律属性的启示

(一)网络虚拟财产价值单边性特征对于物权说的挑战

1. 理论上的瑕疵：客观价值的例外

通过上述论述可知，网络虚拟财产的价值单边性特征是一种基于其效用形成机制而产生的经济现象，而当此种现象映射到法律规范层面上时，其产生的结果将对网络虚拟财产物权说观点形成直接挑战。根据物权说观点，网络虚拟财产是一种客观存在的特殊物，是基础法律关系当事人行为支配的对象而非行为本身。为了论证这一观点，物权说

论者提出了一系列令人信服的论据，然而无论是对传统物权理论的逻辑演绎，还是以后果为导向的法经济学分析，都很难在以物债二分为基础的物权理论体系中，为网络虚拟财产的价值单边性特征提供一个合理的解释。

具体来说，虽然随着社会生活的不断发展，物权客体的范围已不再拘泥于物理属性，而更多以价值上的独立性作为划定依据；物权与债权的区分标准，也从对象标准（对物权或对人权）转向了效力标准（对世权或相对权）。但是，无论物权的核心特征如何改变、物权客体范围如何扩张，作为权利客体的物，永远都应该是外在于一切主体而存在的。而所谓外在于一切主体，意味着以下两方面特性。

第一，物的使用价值来自其自身的物理属性，对于一切民事主体都是客观存在的，差别仅存在于主观层面，因此不存在仅在特定主体范围内具有价值性的物。即使如骨灰这种具有高度人格价值的特殊物，其特殊性也来自亲属主观上的感受，而非客观上的物理解构。一言以蔽之，至少在理论上，任何民事主体在获得任何物的所有权后，其个人财产的总量（金额或数量）都应随之增长。

第二，所有民事主体针对物所形成的利益诉求，应该是处于同一维度且大体相同的。事实上，经过立法者和法学家的归纳总结和理论演绎，此种共通性的利益诉求反映到法律规范层面，正是占有、使用、处分、收益这四项物权基本权能。

然而如前文所述，网络虚拟财产的价值单边性特征，使其在面对网络服务提供者和网络用户这两类不同的民事主体时，表现出了完全不同的价值形态，网络服务提供者永远不可能如网络用户那般，将网络虚拟财产视为一项具有独立价值的财产，这也直接导致二者围绕网络虚拟财产形成的利益诉求存在着维度上的差异。在此种情况下，将网络虚拟财产纳入物权客体范畴，恐有以偏概全之嫌，尽管在“偏”与“全”之间，仅存在一个网络服务提供者的差距。更为重要的是，由于网络虚拟财产的价值单边性特征来源于其自身效用的形成机制，而非制度选择的结果，因此，即使立法者强行规定网络虚拟财产属于物权客体，也仍然不能改变价值单边性特征在实践层面的体现。

2. 实践中的局限：不必要的零和博弈

除了在理论上存在瑕疵外，物权说对于网络虚拟财产价值单边性特征的忽略，还可能在实践中造成不利影响。具体来说，物权支配性和排他性的法律效力决定了，无论是网络服务提供者还是网络用户，都必须通过主张网络虚拟财产所有权的方式，来确保其围绕网络虚拟财产形成的利益诉求能够得到实现。这意味着，两方主体不得不面临一场零和博弈，而这也是实践中很多网络服务提供者会在用户协议中加入“所有权保留”条款的主要原因。

然而如前所述，网络服务提供者和网络用户对于网络虚拟财产的利益诉求并不处于同一维度，因此，前者设置“所有权保留”条款的目的，与一般买卖合同中的所有权保留条款是存在本质区别的。这主要体现在，网络服务提供者设置此类条款，并非是为了降低卖方滞后收取价金的交易风险，而是为了确保网络服务提供者对于网络服务运营环境的控制力，不会因为网络用户对网络虚拟财产享有所有权而受到妨碍。例如，为了保持游戏的整体平衡性，网游运营商往往需要在游戏运营过程中对某些装备的数值进行调整，此时，如果网游玩家享有对该装备的所有权，那么其就有可能拒绝此种调整，从而使网游运营商的经营行为受到限制。再如，为了维护网店平台信用评价体系的正常运转，平台经营者有必要对实名制网店的转让进行限制，而一旦店主享有网络店铺所有权，此种限制性规定就可能与店主对其网店的处分权发生冲突。由此可见，对于网络服务提供者来说，“所有权保留”条款是其在现行法对于网络虚拟财产法律属性缺乏明确界定的情况下，为了最大限度维护自身利益而采取的防御性手段，其并不留恋网络虚拟财产的经济价值，而是惧怕丧失对于经营环境的控制和管理能力。事实上，如果能够通过合理的制度安排，确保网络用

户对于网络虚拟财产享有的权利，不会妨碍网络服务提供者为了维护正常运营秩序而对网络虚拟财产采取必要措施，那么网络虚拟财产归用户所有，对于网络服务提供者来说并不是什么问题。

综上所述，网络服务提供者与网络用户围绕网络虚拟财产形成的利益诉求，在很多方面都不存在非此即彼的矛盾，是可以通过合同约定这种较为灵活的方式使各方权利义务得到平衡兼顾的。然而，物权客体的法律定位却极大地挤压了此种利益平衡的空间，“全有或全无”的博弈结果，更可能使利益的分配发生一方供给过剩而另一方供给不足的失衡局面，并扼杀网络虚拟财产权权利内容的多样性，而此种局面在物权法定的大背景下是很难被有效突破的。

（二）网络虚拟财产权是一项“类票据权”

基于前文对于网络虚拟财产效用形成机制的分析，笔者认为，应坚持在债权理论框架内对网络虚拟财产的法律属性进行界定。所谓网络虚拟财产，在本质上是网络服务提供者通过预设程序，对其软硬件资源进行有机整合而形成的具有特定使用功能的产物；而网络虚拟财产权，则是权利人根据合同约定使用这些软硬件资源的一束权利。在此种界定之下，网络虚拟财产权对于网络服务提供者来说并非是一项积极财产，而是其根据合同约定向网络用户承担的义务。因此，即使网络服务提供者通过受让或其他方式取得了网络虚拟财产，其资产总额也不会随之增长，而只可能使其负债数额因为债权和债务的混同而相应减少，这恰恰是网络虚拟财产价值具有单边性特征在理论层面的原因。

需要说明的是，虽然网络虚拟财产在法律性质上属于债权范畴，但其在以下几个方面展现出的技术和法律特征，却使其与一般合同债权具有明显差异，而与票据权利颇有几分类似。

1. 标准化的权利内容和抽象化的用户身份

由于受到时间和空间的阻隔，网络服务提供者与网络用户之间通常无法展开个别磋商，因此为了提高交易效率，以格式合同和预设程序等方式统一设定网络用户的筛选标准以及合同双方的权利义务内容，就成了网络服务提供者与网络用户建立法律关系的主要方式。在此种交往模式下，网络虚拟财产权的内容普遍呈现出了高度标准化的特点，所有网络用户都需依循相同的规则，取得同质化的网络虚拟财产，并以相同的方式对其进行使用；与此同时，网络用户身份也将呈现出抽象化特征，网络服务提供者需要以不特定多数网络用户为相对方，对其负担相同种类和内容的债务。事实上，即使网络服务提供者对网络用户采取了实名制措施，通常也不会因为网络用户的具体身份而给予其特殊待遇，实名制更多是为了方便管理，而与权利义务内容无关。当然，为了向网络用户提供差异化的消费体验，网络服务提供者往往会增加标准的层级（如区分免费用户和付费用户），但这并不改变处于同一标准内的不同网络用户仍将获得同质化的网络虚拟财产的现实。

2. 自动化的权利实现机制

以标准化的权利内容为基础，绝大多数网络服务提供者都会通过预设程序，对网络用户使用网络虚拟财产的指令进行自动反馈。在此种自动化反馈机制下，网络服务提供者作为合同一方主体，通常不会对发出指令者的真实身份进行核查，只要其对网络虚拟财产的权利表征具有实际管领力，就会根据预设程序自动向其履行约定的合同义务。需要说明的是，有学者将此种自动化的权利实现效果，当作是权利人对其网络虚拟财产具有支配力的论据，这其实是一种误解。诚然，权利人在实际使用网络虚拟财产时，通常不会感受到向网络服务提供者发出请求并等待回应的过程，但此种类似于“支配”的主观感受只不过是请求权自动得到实现造成的“假象”，与对物权客体的支配力是有本质差别的，实际上，在电脑程序自动即时作出的回应中是包含有网络服务提供者的意思表示的，只不过因为是以

代码方式呈现而不易被网络用户察觉罢了。

3. 具有公示性的权利凭证

由于网络用户的身份普遍具有抽象性，因此在实践中，网络服务提供者需要对网络用户的权利人身份进行验证，而这就造就了网络虚拟财产权具有公示性的权利凭证。其中，适用最广泛、公示效果也最为直观的便是账号和密码。由于在大多数情况下，网络用户只有在正确输入账号密码后才能实际使用网络虚拟财产，因此有学者也将其形象地比喻为“虚拟入口”。正是这道“虚拟入口”，使得网络虚拟财产权与其权利凭证之间具有高度的依附性，也使得权利人以外的第三人能够以合理的成本，准确、便利、快捷地了解到特定网络虚拟财产系归属于他人，从而对自己行为自由的范围产生合理预期。事实上，除了账号密码这类外向型的权利凭证以外，网络服务提供者通常也会在其系统内部以代码形式对所有网络用户的网络虚拟财产持有情况进行记录，这使得网络虚拟财产的归属在服务器端也能得到有效公示。从某种程度上说，此种记录与登记机关用于记载各项不动产权利归属的登记簿具有异曲同工之处。

综上所述，标准化的权利内容、抽象化的网络用户身份以及自动化的权利实现机制，使得网络虚拟财产权表现出了较为明显的非人格化特征；而借助于各类具有公示性的权利凭证，网络虚拟财产权成为一项独立且可为不特定人（网络服务提供者除外）行使的权利，并为某些具有稀缺性的网络虚拟财产在市场中获得高流通性奠定了基础。笔者认为，这些特征的存在，使得网络虚拟财产权与票据权利颇有几分类似，其中，网络服务提供者类似于“出票人”，网络用户类似于“持票人”，而双方之间以网络服务协议为依托合同关系，则是网络虚拟财产权据以形成的原因关系。

三、网络虚拟财产权的法律构造及实践效果

在本部分中，笔者拟以票据权利为参照，从网络虚拟财产权的形成基础、无因性原则、对第三人的法律效力以及权利变动规则等四个方面入手，对网络虚拟财产权的法律构造进行分析，并结合司法实践中存在的争议问题对制度构建的效果进行验证，以期实现理论与实践的有机结合。

（一）合意是网络虚拟财产权形成的基础

网络虚拟财产的效用形成机制决定了，网络虚拟财产并非是网络服务提供者通过对既有财产进行组合并让渡其所有权形成的新的权利客体，而是向网络用户承担合同义务的结果。因此，任何一项网络虚拟财产的产生，都需要以网络服务提供者与网络用户之间的合意为基础；而基于此种合意形成的持续性合同关系，则是网络虚拟财产得以存续的必要条件，双方当事人之间的合同关系并不会随着网络虚拟财产的取得而终结。根据上述结论，当网络服务提供者与网络用户发生法律纠纷时，应首先在合同法律关系框架内寻求纠纷解决的制度依据。限于篇幅，本文仅以下列两类典型纠纷为例进行说明。

1. 因网络服务提供者删除或封存网络虚拟财产引发的纠纷

在实践中，某些网络服务提供者可能会以维护正常运营秩序为由，对特定网络用户的网络虚拟财产采取删除措施。然而，维护运营秩序这一目的本身，并不能为删除或封存措施提供合法性基础，笔者认为，此类措施真正的合法性基础在于，网络服务提供者与网络用户之间对于特定网络虚拟财产的形成或存续，从未或不再具有合意基础。例如，网游玩家通过使用外挂修改游戏程序获得的游戏虚拟货币，虽然在外观上与其他通过正当手段获得的游戏虚拟货币并无差异，但由于其取得方法有损于网络游戏的运营秩序，从而违反了用户协议中规定的相关义务，因此双方对此等游戏虚拟货币的形成并无合意，网络服务提供者理应有权对其采取删除措施。事实上，所谓删除措施，更为准确的表述

应该是，网络服务提供者拒绝网络用户再基于此等网络虚拟财产对其软硬件资源进行调用。有鉴于此，在司法机关判断网络服务提供者采取的删除或封存措施是否正当时，应主要以其与网络用户之间的约定为基础，对该网络虚拟财产的形成是否存在合意基础进行考察。

2. 因网络服务提供者停止运营引发的纠纷

出于成本收益或经营策略的考量，网络服务提供者可能会停止网络服务的运营，而在服务停止运营后，网络用户的网络虚拟财产也将随之消失。根据上述分析，在此种情况下，网络虚拟财产的消失，并非是网络服务提供者对其实施毁损行为所致，而是其与网络用户解除合同关系的必然结果。这意味着，只有当网络服务提供者根据法律规定或合同约定享有解除权，且根据法定或约定的程序向网络用户发出解除通知后，才能合法地停止网络服务，否则将构成对合同义务的违反，网络用户有权要求网络服务提供者继续履行合同或承担违约责任。需要注意的是，当网络服务提供者通过行使解除权停止网络服务时，应根据《中华人民共和国合同法》第 97 条之规定，向网络用户返还尚未履行义务的对价。在实践中，这主要表现为网络用户以法定货币购买的用于兑换其他网络虚拟财产的通用型网络虚拟财产，如以 Q 币为代表的虚拟货币。

客观来说，在特定情形下停止运营网络服务，对于网络服务提供者来说是正常、必要且无法避免的。此时，将网络虚拟财产的消失界定为合同解除的后果，从而允许网络服务提供者以约定解除权的方式，在合同中预先设置停止服务的条件，以及因停止服务导致网络虚拟财产消失时网络用户享有的权利，无疑更有利于平衡兼顾网络服务提供者与网络用户之间的利益关系。相较之下，如果采取物权说观点，那么即使停止运营具有经济上的合理性，网络服务提供者停止运营的行为，依然可能构成对于网络用户的侵权，而想要通过事后约定免除侵权责任，其难度明显较高且具有很大的不确定性，这对于网络服务提供者并不公平。

总而言之，以合同为基础的制度安排，为网络服务提供者和网络用户之间的权利义务关系提供了更多的可能性，而激烈的市场竞争以及以消费者权益保护法为代表的适度的外部干预，也可以督促网络服务提供者在订约时，更为平衡地对待其与网络用户的权利义务关系。

（二）网络虚拟财产权的无因性

虽然在理论上，网络虚拟财产形成于网络用户与网络服务提供者之间的合意，但是，考虑到现实生活中网络虚拟财产的交易已经十分频繁，且网络虚拟财产同质化的具象外观和标准化的权利内容，使得网络用户很难从形式上判断特定网络虚拟财产是否系基于合意而形成，因此为了维护交易安全，平衡保护网络服务提供者和受让人的利益，可借鉴票据权利的相关规则，承认网络虚拟财产权具有相对无因性。

此种无因性主要体现在，如果某项网络虚拟财产已经具备与其同类相同的权利外观和使用功能，那么即使作为其形成基础的合意最终归于无效或自始不存在，网络服务提供者也不能以此为由，拒绝向该网络虚拟财产的善意受让人继续提供服务。从某种程度上来说，网络虚拟财产的形成类似于票据的作成，只要符合一定的形式要件，网络虚拟财产权就将与原因关系相分离，获得一定的独立性。例如，某未成年玩家 A 向网游运营商购买了一定数额的虚拟货币，A 的监护人发现后随即向网游运营商主张合同无效，但在此之前 A 已将部分虚拟货币支付给了其他玩家。此时，虽然 A 与网游运营商之间的合同因其法定代理人拒绝追认而归于无效，但 A 已经支付给其他玩家的虚拟货币并不会因此消失，善意的受让方依然可以对其享有网络虚拟财产权。当然，对于 A 仍持有的那部分虚拟货币，网游运营商可不受网络虚拟财产权无因性的限制，直接对其采取删除措施，并向 A 返还相应的对价。

不容否认，无因性规则的设置，可能会使网络

服务提供者遭受损失，特别是当网络用户通过不法或违反合同约定的方式（如使用外挂或以营利为目获取游戏道具）取得网络虚拟财产并将其让与他人时，对这些网络虚拟财产权有效性的认可，无异于让网络服务提供者在没有合意的情况下对他人负担债务。但是，考虑到网络服务提供者对于网络虚拟财产的形成具有技术上的控制力，且网络用户不法行为的实施，大多利用了网络服务提供者在设备安全或管理机制上的漏洞，因此，相较于善意的网络虚拟财产权受让人，由网络服务提供者承担向不法行为人追偿不能的风险，并非不可接受。

（三）网络虚拟财产权的对世性效力

如上所述，用以表征网络虚拟财产权的各类权利凭证，大多对于权利归属具有较强的公示性，而一项权利之所以能够具有涉他性的绝对效力，其道德、伦理依据和正当性基础在于该权利能够被他人知晓或进行了有效的公示。换言之，了解权利内容和归属所需耗费的信息成本，是平衡权利保护与第三人行为自由之间关系的关键要素，而对权利内容和归属的公示，正是规避权利冲突并内化交易成本的基础保障。因此，虽然网络虚拟财产权产生于网络服务提供者与网络用户之间的相对性法律关系，但却可以借助于其权利凭证的公示性效果，在不特定多数的主体范围内获得对抗效力。从某种程度上来说，账号密码等可由网络用户直接控制的权利凭证之于网络虚拟财产权，与票据那张纸之于票据权利的作用颇为类似。事实上，票据的形态是有体的纸还是无体的数据（无纸化票据）其实也并不重要，真正重要的是其作为权利凭证为权利归属带来的公示效果。

总而言之，网络虚拟财产权是法律制度赋予权利人的一种可能性、一种自由空间，而一旦其确定了某种法律秩序，就与其他第三人发生了联系，任何人都必须尊重这种秩序，不得随意破坏。因此，当权利人的网络虚拟财产被第三人以欺诈、窃取、篡改数据等方式剥夺、损毁或擅自更改时，其应有权根据《中华人民共和国侵权责任法》第 2 条和第 6 条之规定，向侵权人提起侵权责任之诉。

（四）形式主义的网络虚拟财产权变动规则

具有高度公示性的权利凭证，在使网络虚拟财产权于网络用户群体中获得对世性效力的同时，也深刻改变了债权传统的意思主义变动模式。具体来说，为了保障交易安全，避免同一网络虚拟财产权被重复转让，有必要借鉴票据权利的让与模式，规定在网络虚拟财产权让与时，除了需要让与双方达成合意外，还必须符合一定的形式要件，在实践中主要表现为对于网络虚拟财产权利凭证的管领力（下称管领力）的移转。在管领力实际移转前，受让人既不能根据让与合同向网络服务提供者主张权利，也不能以其对抗取得权利凭证管领力的第三人，而只能根据让与合同要求出让人移交管领力。

何谓管领力的有效移转？笔者认为至少应该达到如下效果，即受让人可对权利凭证实现排他性控制，以致网络服务提供者不会善意地相信其他第三人是该权利凭证对应之网络虚拟财产的权利人。例如，对于网络游戏中的道具，买卖双方可以通过游戏中人物（avatar）的交付和接受行为，实现对其“管领力”的变动；而对于账号管领力的变动，则需要受让方对原密码及密码找回方式完成修改后方可实现，如果该账号采取了实名制，受让方还需要进一步对实名登记信息进行修改。

在权利凭证的管领力发生有效移转后，网络服务提供者将有理由相信新的权利凭证控制者就是真正的权利人，从而根据其指令履行相应的合同义务，即使事后发现此种变动并非权利人的本意，网络服务提供者也不会因此构成错误履行，并承担违约责任。

四、结　论

“一个民族的生活创造了它的法制，而法学家创造的仅仅是关于法制的理论。”网络虚拟财产进入法学研究视野，来自司法实践的启示，因此，当

理论界经过了十余载研究，对于网络虚拟财产的法律属性依然争执不下时，不妨将视线再次投向实践，从现实的市场经营行为和司法判决中寻找问题的解决之道。

在实践中，网络虚拟财产的价值单边性特征客观存在，在面对网络服务提供者和网络用户时，分别呈现出了两种完全不同的价值形态，而导致此种价值差异的根源，正是网络虚拟财产的效用形成机制，以及由此种机制所决定的法律属性。对于网络用户而言，网络虚拟财产固然具有独立的价值性，但对于网络服务提供者却是一项消极财产，即对网络用户所负担的合同义务，而网络服务提供者的商业模式，正是通过负担这些合同义务从网络用户处获得对价的。

在司法审判中，网络虚拟财产的此种“两面性”特征也得到了较为清晰的体现。总结我国法院近年来有关网络虚拟财产的司法判决可以发现，当网络用户发现其网络虚拟财产受到损害时，往往会以侵权为由提起诉讼，在案件审理过程中也大多将自己置于被侵权人的地位。然而即便法院确实以侵权为由受理案件，如果诉讼相对方是网络服务提供者，那么在审理过程中法官大多会对网络服务协议的内容进行考察，并以此为依据对双方的权利义务作出判断。

综合上述分析，笔者认为将网络虚拟财产权界定为债权更为恰当，不仅可以合理解释其在实践中展现出的价值单边性特征，而且也与司法实践长期总结的经验更为契合。然而与普通合同债权不同，网络虚拟财产权自身的特殊性使其在法律形态上与票据权利更为类似，在不同的主体法律关系中，分别呈现出物权和债权的特性，具体表现在制度规范中，主要体现在三个方面：其一，网络虚拟财产权虽然产生于网络服务提供者与特定网络用户之间的合意，但一旦形成就将在相当程度上脱离基础法律关系，成为一项相对独立的权利；其二，在权利变动规则上，需要满足特定的形式要件方可完成权利归属的移转；其三，网络虚拟财产权在网络用户群体中具有对世性效力，可以成为侵权责任法的保护对象。

编辑：许阿慧
初审：赵时雨
审核：黄勇华

论继承人的范围与顺序

2020-10-23 家事法研究中心
https://mp.weixin.qq.com/s/1sboExjtwBjBeYUEtS10Qw

一、法定继承之概述

法定继承，也称无遗嘱继承，指的是当被继承人没有订立遗嘱或虽有遗嘱但该遗嘱无效，不能依遗嘱确定继承人时，根据法律规定的范围和顺序确定继承人。[1]法定继承人是法律规定的可以依法继承被继承人遗产的人。[2]法定继承人的继承范围，是指在适用法定继承的方式时，哪些人能够作为被继承人遗产的继承人。确定继承人范围的主要因素有血缘关系、婚姻关系、扶养关系和民族传统和继承习惯。[3]法定继承人的继承顺序，又称为法定继承人的顺位，是法律直接规定的法定继承人参加继承的先后次序。[4]

法定继承应当遵循继承法基本原则：保护公民继承权原则，《民法通则》第 76 条规定“公民依法享有财产继承权”；公序良俗原则，继承活动不得违背公序良俗；继承权平等原则，继承权男女平等，非婚生子女与婚生子女继承权平等，养子女与亲生子女继承权平等，儿媳与女婿继承权平等，同一顺位继承人继承权平等；权利义务相一致原则，丧偶儿媳与女婿权利义务一致，同一顺位继承人尽了主

要抚养义务的权利义务一致，继父母、继子女、继兄弟姐妹的权利义务一致。[5]法定继承的范围和顺序的完善和优化应当以遵循基本原则为基础。

根据我国《继承法》第 10、11、12 条的规定，我国目前法定继承人的范围与顺序是 :第一顺位：配偶、子女、父母，对公、婆尽了主要赡养义务的丧偶儿媳和对岳父、岳母尽了主要赡养义务的丧偶女婿；第二顺位：兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。子女包括婚生子女、非婚生子女、养子女和有抚养关系的继子女。父母包括生父母、养父母和有抚养关系的继父母。兄弟姐妹包括同父母的兄弟姐妹、同母异父或者同父异母的兄弟姐妹、养兄弟姐妹、有抚养关系的继兄弟姐妹。第一顺位有优先继承权。同一顺位的各法定继承人的继承权平等。

二、我国法定继承人的范围和顺序与他国之比较

以下是笔者整理的部分国家及我国大陆地区的法定继承人的范围和顺序(其他地区无法展示)：

	第一顺位	第二顺位	第三顺位	第四顺位	第五顺位	第六顺位	第七顺位	备注
德国	直系晚辈血亲	父母及其直系晚辈血亲	祖父母、外祖父及其直系晚辈血亲	曾祖父母及其直系晚辈血亲	辈分更大的祖先及其直系晚辈血亲			配偶无固定继承顺序，可参与第一、二、三顺序继承人[6]
法国	子女及其直系卑血亲	父母、兄弟姐妹及其直系卑血亲	父母之外的直系卑血亲	除兄弟姐妹及其直系卑血亲以外的其他六亲等内的旁系血亲				配偶无固定的继承顺序，其与被继承人的祖女及其直系卑血亲或父母共同继承[7]
俄罗斯	子女、配偶和父母	兄弟姐妹、祖父母和外祖父母	伯、叔、姑、舅、姨及其子女（堂、表兄弟姐妹）					以后的顺序为不属于前几各顺序继承人的第三、第四、第五等的亲属[8]
英国	直系晚辈血亲	父母	全血缘的兄弟姐妹及其直系晚辈血亲	半血缘的兄弟姐妹及其直系晚辈血亲	父系祖父母、母系祖父母	父母全血缘的兄弟姐妹及其直系晚辈血亲	父母半血缘的兄弟姐妹及其直系晚辈血亲	配偶可以与第一、二、三顺序的血亲继承人共同继承，其继承无固定顺序[9]
美国	直系晚辈血亲	父母	父母的直系晚辈血亲	父（母）系祖父母及其直系晚辈血亲				配偶可以与第一、二顺序的血亲继承人共同继承，其继承无固定顺序[10]

三、我国当前继承的范围和顺序存在的争议及分析

随着社会文化的发展，现有继承法规定的法定继承的范围和顺序已经不能满足司法实践的需要，以下是我国当前继承的范围和顺序存在的争议及分析：

（一）配偶是否应当作为继承人？

配偶，又称夫妻，是指因婚姻而确立夫妻身份的男女双方，在婚姻关系存续期间夫妻互为配偶。而配偶法定继承是指夫妻基于婚姻关系依照法律规定取得的法定继承权。[12]我国实行“一夫一妻”制，婚姻将一对夫妻融为了一体，这是一种特殊的结合，是对抗夫妻双方的个体存在的一种法定形式。夫妻双方互相扶持、同甘共苦、一起为了家庭奋斗，他们理应平等地享有对彼此遗产的继承权。另外，夫妻是一个家庭的支架，而每一个家庭都是社会的细胞，夫妻的团结关系着家庭的稳固，家庭的和谐关系着社会的安定，因而为了社会整体的稳定和谐考虑，配偶也应当享有对彼此的继承权。

依据目前我国婚姻法和继承法的规定，作为继承人的配偶须于被继承人死亡时与被继承人之间存在有效的婚姻关系；原与被继承人有婚姻关系，但在被继承人死亡时已经解除婚姻关系的，不为被继承人的配偶；如果夫妻双方已达成离婚协议但尚未办理离婚登记，或者一方已经向法院起诉离婚，在离婚诉讼过程中或者在法院已经做出准予双方离婚的判决但判决尚未发生效力时一方死亡的，在这些情形下，双方的婚姻关系并未解除，如果在此期间一方死亡，另一方仍为配偶，享有继承对方遗产的权利。这些规定基本涵盖了配偶继承所能够出现的各种情况，然而，在司法实践中，仍存在着一些不违背法律但是也难以令社会群众认同的情况。例如，结婚不久后一方死亡，二人还没来得及积累婚姻共同财产，另一方是否有权继承死亡一方的遗产？依照法律规定是有的，不过从公序良俗和社会伦理来说，未免觉得不公平，尤其是当死亡一方年龄较大财产较多时。民主的法律存在的意义就是让大多数人感到合理公平，故而笔者认为配偶应当作为继承人，但一些违背公序良俗和社会伦理的除外。

（二）父母是否应当作为继承人？（外）祖父母是否应当作为继承人？

按照我国现有继承法的规定，子女有权继承父母的遗产，父母也有权继承子女的遗产；（外）祖父母有权继承（外）孙子女的遗产，但（外）孙子女无权继承（外）祖父母的遗产。父母与子女之间的继承基于血缘、扶养关系具有双向继承权，但是大部分（外）祖父母和（外）孙子女之间的单向继承权仅是基于血缘关系。父母继承子女的遗产，有顺应“养儿防老”之意，也可以保证被继承人的遗产在较近的血亲、姻亲之人间流转；子女继承父母的遗产，有顺应“子承父业”之意，有利于充分实现被继承人的意愿。但是（外）祖父母继承（外）孙子女的遗产，一部分是出于对老年人的照顾，因为被继承人没有父母来继承遗产就说明被继承人的（外）祖父母已经失去了被继承人的父母的赡养可能性；但是这也可能造成被继承人的遗产流至较疏的亲属手中。再者，有的继承本是遗产由尊至卑的流转，但我国目前祖辈可以继承孙辈遗产，孙辈却不可以继承祖辈遗产未免有些违背了继承的本意。的确存在一些个别情况，孙辈主要由祖辈扶养长大，祖辈没有得到子女的赡养却得到了孙辈充分的赡养，这种情况应当予以特殊规定。故而，笔者认为，父母应当作为子女的继承人，但是对（外）孙子女承担了主要扶养责任的（外）祖父母才可以作为继承人，同时，对（外）祖父母承担了主要赡养义务的（外）孙子女也可以成为（外）祖父母的法定继承人。

（三） 配偶、父母、子女是否应当共同作为第一顺位继承人？

目前配偶、被继承人的子女、父母、对公婆尽了主要赡养义务的丧偶儿媳以及对岳父、岳母尽了

主要赡养义务的丧偶女婿共同处于第一顺位，除了最后者，前三者无疑是被继承人最亲的人，也是大多数被继承人生前奋斗的动力和意义。对于普遍的被继承人来说，此规定解释起来大概是，回报配偶的陪伴之恩、报答父母的养育之恩以及给子女最后的爱。不过，只有在配偶曾与被继承人同甘共苦或需要继承遗产以满足基本生活、子女未成年仍需要继承遗产以满足成长需要、父母曾给予被继承人抚养和关爱或者需要继承遗产以满足基本生活的前提之下，这一规定才能不违背被继承人的意愿。每个人都将成为被继承人，试想一下，如果你的配偶未曾与你同甘共苦或者你的配偶在你生前就已经出轨他人，你是否还愿意让你的配偶和你的父母子女一同继承你的遗产？如果你的子女已经安家立业但在你生前从未对你尽过赡养义务，你是否还愿意让你的子女和你的配偶和父母一同继承遗产？如果你的父母并未对你的成长做出应有的付出或者有其他的并非你直系血亲的人觊觎你父母的财产，你是否还愿意让你的父母与你的配偶子女一同继承你的遗产？答案未必都是肯定的。毕竟被继承的遗产是被继承人生前的血汗甚至一生所求，应当将被继承人的意愿放于第一位，因此，笔者认为配偶、父母、子女可以作为第一顺位继承人，但不同时作为第一顺位继承人的同时也应当有所限定。

（四）对公婆尽了主要赡养义务的丧偶儿媳和对岳父岳母尽了主要赡养义务的丧偶女婿是否应当作为继承人？是否应当作为第一顺位继承人？

法律上，丧偶儿媳和丧偶女婿与其配偶的婚姻关系随着其配偶的死亡而终结，他们与其死亡配偶的父母的姻亲关系也随之终结。但由于现实中，不少丧偶者因为孩子或者其他原因继续与已故配偶的父母继续生活并赡养了老人。如此一来，便给予了失去子女的老人很好的精神慰藉和物质供养，同时，也一定程度地减轻了人口众多的我国的社会福利保障的压力，践行了尊老敬老的传统美德。因而将对公婆尽了主要赡养义务的丧偶儿媳和对岳父岳母尽了主要赡养义务的丧偶女婿加入法定继承人之列，是对他们的奖励和回报，也是对美好品德和风气的弘扬。有学者对于此提出反对意见，并提出了种种理论或实践上的矛盾之处，但笔者认为，若是剥夺对公婆尽了主要赡养义务的丧偶儿媳和对岳父岳母尽了主要赡养义务的丧偶女婿的法定继承权，不能说赡养老人的丧偶儿媳和丧偶女婿会消失，但一定会减少。的确，这一规定也有其弊端，例如容易引起丧偶儿媳女婿与老人其他子女的纠纷，但是自从计划生育之后，又有多少家庭是兄弟姐妹众多的呢？又如这样限制了丧偶儿媳女婿的再婚和寻找幸福，不过要注意的是这不是硬性规定，这只是适格条件。再如，这样做会阻碍现代福利养老制度的发展，但是将心比心和自己熟悉的人在自己的家生活与再养老院颐养天年的感觉一定是不同的，更何况依据我国现在的人均生活水平，又有多少老人能有条件去养老机构呢？综上，笔者认为对公婆尽了主要赡养义务的丧偶儿媳和对岳父岳母尽了主要赡养义务的丧偶女婿应当作为继承人，但不一定要作为第一顺位继承人。

（五）兄弟姐妹的子女是否应当纳入法定继承人的范围？

现代社会日益开放和发达，丁克家庭和同性家庭越来越多。这样的家庭面临的问题就是没有子女。但对于大部分这两类家庭的主体来说，他们不具有很强的传统观念，兄弟姐妹的子女对于他们来说与自己的孩子的差别并不大。出于对被继承人生前劳动的尊重，笔者认为应当将被继承人的兄弟姐妹的子女加入继承人的范围，以便最大程度实现被继承人的意愿。

（六）是否应当缩小继承人局部范围，扩大继承人整体范围？

从上文的表格中可以发现，我国大陆之继承人的范围与外国的相比，过于集中，顺位过少，同一顺位内主体过多。缩小继承人的局部范围，即减少

每一顺位内的继承人种类，有利于充分保障部分继承人的权利；扩大继承人的整体范围，即增加顺位，有利于给予被继承人的遗产更充分的保障，不至于轻易收归国家。两者都是为了使被继承人的遗产更合理的在被继承人的家族内有亲至疏、有尊至卑的流转，从而进一步实现被继承人的意愿。

四、继承的范围和顺序的法律构想

以下是笔者通过借鉴外国的规定并结合我国的社会文化现状对继承人的范围与顺序做出的构想（点击查看大图）：

	第一顺位	第二顺位	第三顺位	第四顺位	第五顺位	第六顺位	备注
构想	子女	父母	对自己尽了主要扶养义务的（外）祖父母、对自己尽了主要赡养义务的（外）孙子女、对公婆尽了主要赡养义务的丧偶儿媳和对岳父岳母尽了主要赡养义务的丧偶女婿	全血缘兄弟姐妹及其子女	半血缘兄弟姐妹及其子女	堂、表兄弟姐妹及其子女	配偶作为不固定顺序继承人参加到第一、第二、第三、第四、第五或第六顺序的继承中。

注释

[1]史尚宽. 继承法论[M]. 北京：中国政法大学出版社，2000：7.

[2]孟令志、曹诗权、麻昌华. 婚姻家庭与继承法[M]. 北京：北京大学出版社，2012.

[3]杨立新. 婚姻家庭继承法[M]. 北京：北京师范大学出版社. 2010.

[4]杨立新. 婚姻家庭继承法[M]. 北京：北京师范大学出版社. 2010.

[5]杨立新. 婚姻家庭继承法[M]. 北京：北京师范大学出版社. 2010.

[6]参见《德国民法典》第 1924-1932 条.

[7]参见《法国民法典》第 734、752、756、757 条.

[8]参见《俄罗斯联邦民法典》第 1142-1145、1148 条.

[9]参见英国《遗产管理法》第 46 条.

[10]参见美国《统一遗嘱检验法典》第 2-103 条、2-106 条.

[11]参见《中华人民共和继承法》第 10、11、12 条.

[12]陈苇，宋豫主编. 继承法比较研究[M]. 北京：群众出版社，2007：228.

撰稿丨李竹琳
排版丨黄陈凤

申晨：民法典婚姻家庭编的回归与革新 ｜ 比较法研究 202005

2020-10-24 北大法律信息网

https://mp.weixin.qq.com/s/Fuk9TeQhf_XYcqOsF1z9PQ

【作者】申晨（中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员，法学博士）

【来源】北大法宝法学期刊库《比较法研究》2020 年第 5 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：民法典婚姻家庭编兼顾了回归与革新的立法理念。基于婚姻家庭法对民事法律体系的重新融入，婚姻家庭编明确了其基本原则体系相对于民法典总则的独立性，并对身份法律行为建立起三层次的规则适用体系。立法者重新重视家庭法律结构，提出了家庭法律关系的倡导价值，明确了近亲属和家庭成员的范围，强化了家庭关系的“国家认可”标准。夫妻财产规则基于家庭财产结构的变迁发生了与时俱进的革新，新增了夫妻债务认定规则、婚内夫妻财产分割规则、日常家事代理权规则、家务劳动补偿规则等内容。在“疏堵平衡”的指导思想下，婚姻退出机制得到了人性化的完善，如疾病婚姻被调整为可撤销婚姻，登记离婚适用“冷静期”制度等。

关键词：民法典；婚姻家庭编；家庭法律结构；夫妻财产规则

随着《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）的颁布，作为其中一编的婚姻家庭编亦随之面世。在民法典编纂中，婚姻家庭编一方面总体整合了《中华人民共和国婚姻法》（以下简称《婚姻法》）和《中华人民共和国收养法》（以下简称《收养法》），另一方面吸收了 2001 年以来最高人民法院发布的多个《婚姻法》司法解释的部分内容；并在上述规范汇编的基础上，对一些条文进行了重新增补和修订。在“以人为本”、“符合国情”、“践行社会主义核心价值观”的立法思想指导下，《民法典》婚姻家庭编立法遵循“体例科学、结构严谨、规范合理、内容协调一致”的法典化要求，兼顾法律规范的稳定性和法律调整的变迁性，既完成了对体系和传统的合理回归，又展现了与时俱进的革新理念。本文拟从四个核心视角出发，对婚姻家庭编的编纂思路进行分析考察，并通过具体的条文修订内容以及立法过程中的争议变动，展示婚姻家庭编的立法进步与特色。

一 体系回归带来的法律适用改进

《民法典》婚姻家庭编编纂最显著的特征，无疑是完成了婚姻家庭法对民事法律体系的“回归”。我国《婚姻法》的立法发展经历了一个较为特殊的过程。1950 年，基于社会生活和废除封建婚姻的迫切需要，《婚姻法》被作为优先的立法任务，得以先于其他民事立法而制定完成。但到 50 年代末，政治路线变化引发了民事立法的难产，加之有苏联《婚姻、家庭和监护法典》独立成典的立法先例，《婚姻法》脱离民事法律体系独立运行的状态遂成为既定事实。在 1978 年后，《婚姻法》率先于 1980 年完成了修订，且多年实践经验表明其立法效果良好，故在 1986 年制定的《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）中，立法者仅在“民事权利”一章笼统规定了“婚姻自主权”和“婚姻、家庭利益”，并未整合《婚姻法》的内容，从而造成《婚姻法》与民法体系的形式割裂。此后，虽然学者在民法典的建议稿中始终为婚姻家庭法预留了席位，但亦有声音认为，婚姻家庭法基于其独立的法理基础，并不适宜被归入民法典。

事实上，婚姻家庭法律关系一方面属于民法所要调整的平等主体间的人身和财产关系，另一方面又确实存在诸如伦理化、团体本位化等独特的法理特征，因此无论是“回归论”还是“分立论”，均有一定的合理性，故上述争议涉及的实质是体例选择的立法技术问题。但我国过往的分立式立法还存在一个明显的弊端，即由于立法衔接的不完善，其可能导致法律适用的矛盾、漏洞或重复状态。故我国民法典编纂采纳了“回归论”的思路，除反映了立法者的体例偏好外，其实践意义更在于解决分立式立法下的法律适用疑难与冗杂。

（一）基本原则体系的重构

基本原则是法律适用体系的重要一环，起到填补规则漏洞、解决疑难问题以及构建法律内在体系的关键作用。我国民事立法有明示基本原则的传统，这进一步增强了其在立法技术层面的重要性。在既往《民法通则》与《婚姻法》的分立中，法律适用面临的一个重要困惑在于，二者所列的基本原则具有重合和冲突的意味，关系纠缠不清。例如，《婚姻法》中的“婚姻自由”原则是否是《民法通则》中的“自愿”原则的投射？“男女平等”原则是否是“平等”原则的下位概念？“平等、公平、等价有偿”等原则是否与“保护妇女、儿童和老人合法权益”原则存在一定冲突？虽然总体上看，《民法通则》与《婚姻法》的基本原则没有明显矛盾，但在司法实践中，一旦规则适用出现空白，这种原则层面的纠缠关系仍可能导致价值判断的难产。例如，当事人是否得以“婚姻自由”为由，主张夫妻间订立的“协议”因意思自治而有效，实践中的分歧意见很大。又如，在没有明确规则依据的夫妻离婚财产分割中，如何权衡“公平”与“保护妇女权益”，亦不无争议。

在我国民法典编纂中，学者对婚姻家庭编基本原则的立法提出了数种方案，其中包括了全面取消婚姻家庭编基本原则、将其完全由总则编基本原则吸收的方案。但从最后的编纂结果看，立法者选择的恰恰是几乎完整保留《婚姻法》基本原则的方案。考虑到民法典编纂明显采用了“提取公因式”技术——总则编中出现过的基本原则，在分则中不再予以表述。由此可以认为，立法者所采纳的思路，是确认婚姻家庭编基本原则相对于总则编基本原则的独立性。应当认为，这一立法选择有其合理性：一方面，婚姻家庭法律关系的调整确有其不同于市场法制的特色，例如意思自治、等价有偿的受限，故其难以被总则的基本原则体系统领；另一方面，原《婚姻法》的基本原则体系，在司法实践中明显有着填补漏洞、提供价值衡量依据的作用，也不应该被放弃。而这种立法选择，在法律适用层面带来了两个重要影响：

第一，明确了婚姻家庭编基本原则的内涵和适用范围。具体而言，“婚姻自由”原则不等同于“自愿”原则，其仅指结婚和离婚行为需双方真实自愿，不受第三人的强迫和干涉。因此，任何超出上述内涵范围的法律纠纷，例如夫妻间财产关系的意思自治，结婚行为自由选择的对象类型（如同性婚姻）等，不能抽象引用“婚姻自由”原则进行解决。“男女平等”原则也不等同于“平等”原则，其内涵仅指婚姻家庭法律关系中民事主体不因性别差异而被区别对待，而并不是指婚姻家庭关系中一切民事主体均具有平等地位——事实上，在婚姻家庭关系中，儿童、部分老年人明显具有与一般民事主体不同的法律地位，扩大化的平等原则只会带来法律适用的矛盾。

第二，排除了部分总则基本原则对婚姻家庭关系的适用。基于特别法优于一般法，以及反面解释，当总则基本原则的内涵与分则基本原则的调整范围产生重叠时，后者应能排除前者的适用。例如，如前所述，由于“婚姻自由”原则的内涵小于“自愿”原则，故在婚姻家庭关系中，意思自治的效力不具有普遍性，仅能依特别规定的具体法律规则实现。同理，总则中的“公平”原则往往指向民事主体间财产互动的等价有偿，但这一点在婚姻家庭关系中不仅不具有当然性，而且应时常让位于“保护妇女、儿童和老人合法权益”原则。

（二）身份法律行为规则的整合

婚姻家庭编的体系效应也体现在具体的法律规则适用中，最主要的表现就是婚姻家庭关系中身份法律行为的规则适用。在原先的分立式立法中，由于《民法通则》对婚姻家庭法不具有统领性，因此除类似《收养法》第 25 条那样的明确规定外，将《民法通则》关于民事法律行为的规定适用于《婚姻法》和《收养法》，其途径只能是类推适用。同

时，由于《合同法》第 2 条明确排除了其对婚姻、收养、监护等身份协议的适用，这就进一步限缩了身份法律行为的规则依据范围。在婚姻家庭法中，结婚行为、离婚行为、夫妻财产协议、收养协议等均是典型的民事法律行为，但由于《婚姻法》和《收养法》并没有针对性的全面规定，上述民事法律行为的成立、生效、履行、变更、终止、解释等即可能存在法律适用依据的疑问。

我国民法典编纂适时回应了上述问题：一方面，总则编对民事法律行为进行了较为全面的一般性法律规定；另一方面，合同编明确了“婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议……没有规定的，可以根据其性质参照适用本编规定”。由此，婚姻家庭编虽然没有大量扩充关于身份法律行为的规则，但其法律适用状况得到了极大改善。

根据当前的立法思路，婚姻家庭编中身份法律行为的规则适用体系将可分为三个层次：首先，婚姻家庭编中明确规定的规则，如结婚行为的无效和可撤销、夫妻财产协议的形式、登记离婚的生效等规则，是相关身份法律行为的当然依据。其次，总则编基于其统领性，其关于民事法律行为的意思表示、效力、条件期限、代理等的一般规定，在不与前述婚姻家庭编规定冲突的前提下，基于体系解释应当适用于身份法律行为。最后，由于身份法律行为的复杂性，总则的一般性规定仍可能无法全面涵盖法律适用需求，此时基于应然要件和后果的一致性，身份法律行为可以参照适用合同编的规定。例如合同编中关于合同的变更、终止、违约责任等的规定，均有适用于身份法律行为的可能。但需要注意的是，上述三层规则体系并不能完全解决身份法律行为的法律适用问题，因为一方面，总则中一些关于民事法律行为的规定，如第 158、160、161 条，均有“性质恰当”的适用前提，而身份性往往是“性质恰当”的阻碍；另一方面，合同编的相关表述是“可以参照适用”而非“应当参照适用”，故其适用仍具有不确定性，且需要负担额外的论证义务。但即便如此，民法典编纂带来的体系效应，还是大大填补了身份法律行为的规则适用漏洞。

（三）非民事法律规则的删减

我国《婚姻法》是以调整婚姻关系而非调整婚姻中的民事关系为其制定视角的，因此在《婚姻法》中，存在部分非民事法律规则。这一现象的形成有其历史原因：其一是原立法技术未有明确的公私法划分意识；其二是部分立法，如《中华人民共和国反家庭暴力法》等尚未完成，需要《婚姻法》提供相应的法律依据。但这种现象也造成了法律适用层面的一些缺陷，典型的就是在处理诸如重婚、遗弃、家庭暴力等案件时，法官或执法者为了法律适用的“严谨”，常常不必要地引用《婚姻法》的条文。在民法典编纂中，借助对民事法律体系的回归，婚姻家庭编删除了如原《婚姻法》第 21 条的“禁止溺婴”、第 43 条至第 45 条对家庭暴力、遗弃、重婚的公法救济等内容，进一步完成了法律体系的科学化，客观上也减轻了法官和执法者的找法负担。

《民法典》婚姻家庭编的上述修改，其反映的主要立法理念，一方面是完成婚姻家庭法对民法体系的回归，确保立法的科学性和自洽性，例如处理基本原则、法律行为的体系协调性，删除非民事规则，均体现这一宗旨；另一方面则是保留婚姻家庭关系调整的例外规范，防止体系强制对家事法理的潜在破坏，例如维持独立的婚姻家庭编原则体系、设置多层次的家事法律行为适用规则，均是出于这一考量。

二
重新受到重视的家庭法律结构

从《婚姻法》到《民法典》“婚姻家庭编”，“家庭”二字的增加同样是我国民法典编纂中的显著变化。但这一变化的意义并不仅在于法律名称的称谓改变，还暗含了立法者对家庭法律结构重新予以重视的思路。

在我国社会，家庭自古以来就是社会财富的承载体和社会秩序的奠基石，具有浓厚的法律意义。

因此，“家制”在我国最早的民事法典化探索《大清民律草案》中即已出现，并至今仍存在于我国台湾地区“民法典”中。但 1950 年《婚姻法》的制定并没有采纳家庭的立法视角。这一方面是由于婚姻法律关系和亲子法律关系的内容，已经基本可以涵盖家庭法律关系；另一方面是由于前述法典化中的“家制”，主要承载的是半封建式的家庭法律制度，应当予以摒弃。但纯粹以婚姻视角代替家庭视角的立法体例也带来了一些问题，这些问题包括：第一，婚姻关系和亲子关系无法涵盖隔代直系血亲和兄弟姐妹等其他可能的家庭成员，将造成相应主体间权利义务的不确定性。第二，我国的社会关系结构客观存在着“家人—陌生人”的差序格局，且这种格局在实践中可能具有法律意义，刻意回避家庭法律结构必然导致立法与社会意识的隔阂。第三，在婚姻逐步“契约化”的背景下，家庭已成为民事社会生活中团体主义坚守的最后“堡垒”，忽视家庭法律结构可能导致社会生活的彻底个人化和原子化。有鉴于此，《婚姻法》只论“婚姻”不论“家庭”的做法颇受学者诟病。

党的十八大报告明确提出“三个倡导”的社会主义核心价值观以来，习近平总书记在多个场合强调了家庭、家风、家教在践行社会主义核心价值观中的重要性。家庭承载法治和道德观念的社会作用重新得到凸显，重视家庭在组织社会秩序中的作用亦成为民法学者的共识。应当认为，《民法典》婚姻家庭编的下述修订，将有利于以家庭结构为依托展开法律关系调整，且体现了立法者尊重我国社会现实、同时保持法律灵活性的立法思想。

（一）提出了家庭法律关系的倡导价值

《民法典》婚姻家庭编第 1043 条新增了“家庭应当树立优良家风，弘扬家庭美德，重视家庭文明建设”的规定。该条位于婚姻家庭编的“一般规定”中，与原《婚姻法》对夫妻、家庭成员关系提出的价值规范并列，构成了涵盖整个婚姻家庭编的统领性规范。

所谓“家风”，是指家庭的风尚、风习、作风与气质，反映为家庭的教化伦理、道德规范、行为准则和生活作风。“树立优良家风，弘扬家庭美德，重视家庭文明建设”，就是指以社会主义核心价值观为依据，在家庭关系中践行文明、和谐、公正、法治等价值理念。“家风”条款意味着在家庭内部鼓励相互谦让、相互扶助，发扬同舟共济的团体主义精神，以更高的道德标准处理家庭事务。从规范性质上看，该条兼具宣示性规范与倡导性规范的属性，其定位与《民法典》总则编第 9 条的“节约资源、保护生态环境”规范相近。其规范意义在于：第一，与其他婚姻家庭编基本原则一道，完善该编的内在价值体系，弥补原立法对家庭的价值构建不足；第二，在社会实践中，提倡和引导当事人按照该条的规范内容从事行为，促进家庭法律关系的稳定与和谐；第三，在法律适用中，虽然不能直接以法律原则的形态对具体价值判断进行衡量适用，但可以作为对部分法律要件，如“赡养义务”、“协助另一方工作”等实施判断的参考标准，间接起到填补法律漏洞的作用。应当认为，“优良家风”条款的入典，是《民法典》婚姻家庭编编纂践行社会主义核心价值观的最典型体现。

（二）明确了近亲属和家庭成员的范围

基于家庭的伦理属性，亲属或家庭成员之间享有特殊的权利义务。在我国法上，这主要表现为近亲属的各种特殊法律待遇：在民法中，涉及监护、赠与撤销、出租房屋优先购买权、死者侵权请求权的行使、医疗活动知情同意权等；在刑法中，涉及特定的犯罪构成、告诉权资格等；在诉讼法中，涉及回避、辩护人资格、代为行使诉讼权利等；在劳动法、国籍法等中亦有涉及近亲属的规定。《中华人民共和国刑事诉讼法》第 108 条规定了“近亲属包括夫、妻、父、母、子、女、同胞兄弟姊妹”。但在民法典编纂前，民事法律中并未明确近亲属的范围，相关规定仅见于司法解释等位阶不高的规范性文件中。学者指出，我国民事立法对亲属的规定

存在明显缺陷。

相比于《婚姻法》,《民法典》婚姻家庭编第 1045 条新增了三款内容，首先明确了亲属的范围，即“包括配偶、血亲和姻亲”，为民法典中出现的“亲属”概念提供了定义；同时，规定了近亲属包括“配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女”，即将近亲属的范围限定在配偶、三代直系血亲和二代旁系血亲的范围；在此基础上,第三款进一步明确了共同生活的近亲属为家庭成员。值得注意的是，第 1045 条同时出现了“近亲属”和“家庭成员”两个概念，解释上如何理解？应当认为，只有“近亲属”享有前述诸多的基于家庭伦理产生的特殊法律地位。而“家庭成员”的意义体现在：第一，其统摄于第 1043 条的家庭价值倡导规范；第二，其是“家庭暴力”、“虐待、遗弃家庭成员”的认定标准——由于近亲属未必处于共同生活状态，因此其并不能取代“家庭成员”的概念。

《民法典》婚姻家庭编第 1045 条在立法中较受争议的问题是，公婆与儿媳、岳父母与女婿间，是否存在近亲属或家庭成员关系。截止 2019 年 10 月 31 日公布的民法典婚姻家庭编草案征求意见稿，“共同生活的公婆、岳父母、儿媳、女婿，视为近亲属”这一条款仍存在于该条中。但 2019 年 12 月 16 日公布的《中华人民共和国民法典》（草案）最终删去了该条款。虽然这一条款的删除不无争议，但立法者的理由在于“共同生活”标准认定模糊，一并默认为近亲属关系并不符合我国社会现实。而该条立法的实质理由，还在于对家庭核心化、家庭成员范围限缩化趋势的认可，即本着“如无必要勿增实体”的考量，以近亲属范围的限缩，简化家庭法律关系。由此，公婆与儿媳、岳父母与女婿间并不存在近亲属关系，但其可以依据第 1050 条，通过约定成为彼此的家庭成员；如果尚有赡养关系存在，还可依据继承编第 1129、1158 条处理继承法律关系。

与《民法典》婚姻家庭编第 1045 条修改有实质相关性的立法争议是祖父母、外祖父母的隔代探望权，其涉及的是将探望权这一家庭特殊权利扩张至何种亲属范围的问题。截至 2019 年 7 月 5 日的数稿婚姻家庭编（草案）中，隔代探望权条款被添加到了原《婚姻法》第 38 条的探望权条文之后。但该条款在 2019 年 10 月 31 日的婚姻家庭编（草案）中被删除。立法意见认为，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。而从学者的论证来看，对隔代探望权的支持理由也存在前提性、个案性的特点。因此，不规定法定的隔代探望权，将其交由个案裁量，也是一种合理的立法选择。

总体上看，对近亲属和家庭成员的立法选择，涉及一个基本的理念平衡：一方面，家庭伦理需要通过相应的亲属权利义务得以实现；另一方面，亲属权利义务涉及的主体越多，则相应的法律关系复杂性和处理法律纠纷的成本就越高。因此，立法者需要兼顾考虑将近亲属、家庭成员、特定家庭权利主体的范围设置在合理的区间。婚姻家庭编的立法思路，是尊重了我国当前的家庭核心化趋势，即在家庭关系构建中，将父母子女关系作为中心，再按亲等关系逐步向外围成员灵活扩散。这一点一定程度上改变了我国传统社会的大家族家庭模式，但却更符合我国当前的社会现实。

（三）强化了家庭关系的“国家认可”标准

如前所述，家庭法律结构暗含了“家人—陌生人”的社会关系差序分类的意义。因此，家庭法必须解决何为“家庭”、“家人”的问题，以达成对不同类型社会关系的调整指导。本质上看，家庭是建立在婚姻和血缘关系基础之上，即以两性结合和生殖关系为其依据。但社会生活纷繁复杂，民事主体间关系时常落在表象与实质之间的模糊地带，令人无从判断。因此，在传统社会，“共同生活”这一事实遂成为判断家庭关系存在的间接标准，“同居共财”是家庭的基本特征。

以“共同生活”作为家庭的认定标准，一方面

可以在生产力低下的社会中，扩张家庭成员的范围，提高家人社会关系的存在比重，有利于家庭的生存发展；另一方面也是在法律公示和医疗技术低下的环境下，当事人只能采用间接事实推定法律关系的无奈之举。在现代社会，“共同生活”标准的弊端逐渐体现：其一，“共同生活”的认定模糊，可能导致成员内部关系的不稳定；其二，“共同生活”状态的公示性差，不利于外部的识别；其三，“共同生活”标准可能未必与真实的血缘、婚姻关系一致，有违社会伦理。有鉴于此，在现代社会，“共同生活”标准逐步让位于“国家认可”标准，即家庭关系的认定由国家公权力完成。例如，我国自 1994 年颁布《婚姻登记管理条例》起，不再承认之后发生的事实婚姻，即为著例。

《民法典》婚姻家庭编的编纂思路，进一步体现了对家庭关系的“国家认可”标准的强化。这具体表现在：

第一，相比于《婚姻法》，《民法典》婚姻家庭编第 1073 条增加规定了亲子关系的确认否认之诉。该条系整合《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》（以下简称《婚姻法解释三》）第 2 条的规定。传统法上对亲子关系的认定，主要采用婚生推定的技术，但这可能导致其与真实血缘关系的不一致，也无法解决非婚生子女的亲子认定。基于当代医疗技术的发展，民事主体检测亲子关系真实性已经成为可能，但相应法律关系的确认，却必须由国家公权力的介入，否则难以完成亲子关系的稳定和公示。赋予民事主体通过诉讼方式确认或否认亲子关系的权利，填补了上述法律漏洞，也使“国家认可”标准进一步落实到亲子一系的家庭关系认定中。

第二，未规定类婚姻关系的法律调整。在婚姻家庭编立法过程中，对于非婚同居、同性伴侣等关系是否适用婚姻家庭编调整的争议十分巨大。支持观点认为，同居关系在我国社会存在的数量巨大，应当纳入家事法调整范畴；且承认非婚同居、同性伴侣的民事法律地位已经是世界主流。但从最终的立法结果看，立法者仍坚定认为上述类婚姻关系不受国家认可，进而不能按照家庭法律关系调整。事实上，非婚同居、同性伴侣等制度在比较法上存在的理由，有其相应的社会文化背景，其是否适用于我国，尚需经过进一步论证。对非婚同居的类婚化确认，也有可能进一步导致类婚关系向个人化、非严肃化的方向发展，进而造成婚姻制度中团体主义价值的流失。此外，非婚同居在我国法上也并非脱法行为，民法至少为其提供了两种获得家庭法调整的途径：其一，按《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》（以下简称《婚姻法解释一》）第 4 条，若双方愿接受国家认可而获得配偶权利，则可补办婚姻登记，婚姻效力具有溯及力；其二，双方可通过自治契约的方式，比照家庭关系处理人身财产权利义务。

第三，未承认事实收养。在民法典编纂中，有意见提出，对于虽不符合法律规定但具有收养事实的行为，应适当承认其具有收养的法律效力。事实收养大量存在于我国社会生活中；对事实收养的肯定，也确有鼓励收养、保护儿童利益的效果。但事实收养的问题在于，其脱离国家监管，可能姑息恶意收养的情形；而对于善意的事实收养，鼓励其办理收养手续，或仅凭道德对其予以调整，也是可以接受的方案。因此，从收养关系的“国家认可”标准考虑，立法者并未采纳这一意见。

对家庭法律结构的重新重视，反映了立法者对家事法律关系中传统要素与现代要素、市民社会要素与政治国家要素的把控和平衡。家庭是社会与国家的基本细胞，其一方面随时代变迁，另一方面又“惯性地”受传统道德和习俗的影响。我国传统的家庭结构暗含集体主义的价值理念，同时构成政治国家的意识形态载体之一；但现代社会的家庭核心化趋势，不可避免地缩小着家庭集体的范围，使家事关系受到个人主义理念的不断渗透；而当今时代家庭所承载的社会功能，以及我国政治制度的顶层

设计，又决定了家事关系尚不能向原子化的方向发展。由此，立法者一方面通过对核心化家庭现状的肯认，使家庭法律结构更符合当代社会实践；另一方面又通过强调家风建设和家庭关系的“国家认可”标准，维系家庭的团体属性，防止家事关系走向极端个人化。这最终反映为上述条文修改中看似分裂实则辩证的立法思路。

三 与时俱进的夫妻财产规则革新

夫妻财产规则是我国历次《婚姻法》修订和解释中的核心内容，本次民法典编纂亦不例外。及至 2001 年《婚姻法》修订，我国夫妻财产法的规则都是建立在夫妻婚后财产所得共有制的基本框架下。学者认为，这一格局系基于我国“同居共财”的社会传统和对妇女财产权益的额外保障。但是，近 20 年来，我国家庭的财富总量和财产结构已经发生了重大变化；商业逻辑对家庭的渗透以及社会成员对风险容忍的偏好改变，也已在一定程度上重塑了家庭所应具备的“财产保障”功能的内涵。

详言之，传统社会中的“同居共财”式保障，是通过丈夫对妻子人格的吸收，使妻子依附于具有更强经济能力的丈夫，进而保障基本的生活需求。1950 年《婚姻法》以来，虽然我国确立了夫妻在人格和财产地位上的平等，但基于社会财富的相对贫乏，以及“男强女弱”的社会现实，这种通过夫妻间的相互依附实现家庭保障的思路，总体上并没有发生变化。近年来，我国家庭财产领域发生几项结构性的变化：其一是财富杠杆化，负债和风险成为评价家庭财产状况的重要考量因素；其二是支出需求多元化，家庭财产不仅用于日常生活消费，更需涉及投资、教育、医疗、养老等；其三是子辈与父辈家庭财产的混同化，即基于少子化趋势，夫妻一方与己方父母的财产联系更加紧密。这些变化，改变了传统家庭财产框架下越“合”越“保障”的逻辑，夫妻双方有了进一步明确各自的权利义务和风险负担范围的需求。换言之，特定情形下的“分”，反而更加有利于对夫妻特定方的财产保障。由此，我国民法典编纂对夫妻财产规则的革新思路，就在于与时俱进，通过对夫妻财产关系更加灵活细致的调整，平衡上述“合”与“分”的关系。

相比于《婚姻法》，《民法典》婚姻家庭编对于夫妻财产制度增加了如下规则：

（一）夫妻债务认定规则

夫妻债务的认定标准是我国司法实践长期面临的一个疑难问题。《婚姻法》第 41 条似以“用于共同生活”确立了“用途论”的夫妻共同债务认定标准；而《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第 24 条的规定，又采用了一种“推定论”，将夫妻关系存续期间产生的一切债务推定为夫妻共同债务。两条规范的差异性，不仅造成裁判的严重不统一，且依后者判决所造成的负债方配偶恶意举债、使弱势非负债方配偶离婚后背负巨额债务的情况，形成了现象级的社会关注。鉴于“推定论”的诸多不合理性，2018 年发布的《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》彻底修改了夫妻债务的认定规则。《民法典》婚姻家庭编第 1064 条增加的夫妻债务认定规则，即是对上述司法解释规则的重述。

夫妻债务的性质认定问题，突出反映的是商业社会背景下，夫妻双方已不能被视为单纯的生活共同体，而是各自具有相对独立性的消费和经营主体。由此，“推定论”按照传统的夫妻关系架构，默认夫妻以“命运一体”的基础承担债务，实则违背了自己责任的基本法理。但夫妻债务认定规则构建的难点在于：一方面，夫妻双方之间有必要进行一定的风险隔离，以贯彻自己责任；另一方面，夫妻关系的私密性决定了其难以从外部洞悉，故债权人的信赖利益也需要得到额外保护。《民法典》婚姻家庭编第 1064 条确立的夫妻债务认定规则，即是两厢平衡的结果。

《民法典》婚姻家庭编第 1064 条实际确立了

三条夫妻债务认定规则。第一款前段规定，“共同签字或一方事后追认”的债务为夫妻共同债务。该规则是意思自治法理的基本体现。由于夫妻非负债方也对债务承担给予了明确的意思表示，其自然应当依照自己责任承担偿债责任。第一款后半段规定，一方以个人名义为家庭日常生活需要所负债务，为夫妻共同债务。该规则是日常家事代理权法理的延伸，具体的说明可参见下文对《民法典》第 1060 条的评述。第 1064 条第二款规定，一方以个人名义所负超出日常家庭生活需要，且债权人能够证明用于夫妻共同生活、共同经营的债务，为夫妻共同债务。对于该规则的法理理解，学术上存在争议。但总体上看，该规则可以视为原“用途论”规则的延伸，是通过债务用途的结果性质，部分扩大了债务人的自己责任范围，以平衡债权人对夫妻内部关系的获悉障碍，适当保障债权人的信赖利益。

总的来看，新的夫妻债务认定规则，跳出了传统观念中简单的夫妻一体理念，引入了“自由意志—自己责任”的民事法律关系基本法理，同时关注和平衡了夫妻关系的特殊性质。与原规则相比，调整后的规则显然更加适应时代和社会背景。不过，也应当看到，上述规则并未完全解决复杂的夫妻债务性质认定问题，其在未来仍有进一步调整的余地。

（二）婚内夫妻财产分割规则

在共同财产制下，婚姻存续期间，夫妻一方一般无权要求分割夫妻共同财产。但在婚姻存续期间的特定情形下，夫妻双方的财产利益可能并不一致，此时赋予一方法定的财产分割请求权就显得十分必要。在比较法上，这类规则被称为非常法定财产制。我国原《婚姻法》未规定相应规则，实际构成了法律漏洞。

婚内夫妻财产分割规则是夫妻财产利益不一致时保障一方财产利益的必要规则。但是，过分扩张的婚内财产分割规则，又会导致家庭财产共同体趋向于解体，并动摇我国法定的夫妻财产共同制存续的基础。因此，婚内财产分割规则构成夫妻财产制中的一项“题眼”，是平衡夫妻财产规则的个人性与团体性的关键。我国原《婚姻法》过分强调了夫妻财产的一体观念，这是导致婚内财产分割规则缺失的主要原因。

《婚姻法解释三》第 4 条根据司法实践经验，规定了两种夫妻一方可以在婚内请求分割共同财产的情形，其一是“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”，其二是“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”。就前者情形，夫妻的共同财产利益基础已经丧失，一方迫切需要隔离财产以保障自身合法权益；就后者情形，反映的则是家庭核心化后，夫妻对于各自负担的养老义务可能存在利益不一致，赋予法定的财产分割请求权是维护家庭伦理的必然要求。《民法典》婚姻家庭编第 1066 条将上述规则予以吸收，从而弥补了既存的法律漏洞。当然，上述两种情形是否完全涵盖了现实中婚内夫妻财产分割的需求，似有疑问。总的来看，本条立法以守成为主，未来仍有可扩展的空间。

（三）日常家事代理权规则

日常家事代理权，是指夫妻一方因家庭日常事务与第三人实施民事法律行为时，得享有代理另一方的权利，从而使行为效力及于夫妻双方。我国的日常家事代理权立法最早可追溯至《大清民律草案》第 1355 条，学界亦普遍承认该制度，但我国《婚姻法》却对其没有明文规定。究其原因，可能是因为该制度起源于家庭主妇式的婚姻模式，与男女平等的立法理念有所抵牾。然而，日常家事代理权的立法目的在于降低交易成本，使日常消费交易中债权人无需查明交易人配偶的意志，并保障该情境下的债权人信赖利益。如果缺失该制度，实则会使立法脱离社会现实，造成法律解释的诸多不通。因此，在《婚姻法解释一》第 17 条中已有“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”的规定。《民法典》婚姻家庭编第 1060 条对该规则

进行了进一步完善，明确规定一方实施的日常家事行为“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”，同时规定“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”。由此，夫妻一方从事日常家事行为，将具有默示代理另一方的效果，且可以产生表见代理的效果。

（四）家务劳动补偿规则

家庭事务性劳动在夫妻财产框架内具有抽象性的财产价值，这在学界已经形成了一定的共识。但是，我国《婚姻法》规定的夫妻共同财产范围中并不包含家务劳动要素，因此在离婚财产分割中，直接主张由家务劳动获得额外补偿，于法无据：尽管《婚姻法》第 40 条规定了家务劳动补偿条款，但该条设置了夫妻事先约定财产归各自所有的前提，而实践中这种情况极为少见。由此，在司法实践中，法官往往只能抽象引用《婚姻法》第 39 条的“照顾女方权益”原则，适当考虑对从事家务劳动的妻子给予额外补偿。但这种法律适用，显然已经偏离了立法宗旨，对于裁判的一致性也不利。

事实上，在当今人力资源市场化的背景下，照顾子女老人、协助工作等劳务完全可以换算成相应的替代成本，其财产价值不仅不容置疑，而且可以有一定的量化指标。因此，家务劳动补偿的法理基础在于其替代成本已经构成了劳动方对夫妻共同财产的贡献，其在离婚财产分割中获得相应补偿也是理所应当的。同时，考虑到我国社会现状，女性群体往往较多地承担家务劳动，其在经济和社会地位上也处于相对弱势状态，从对该群体利益的倾斜保护角度，也理应承认家务补偿的普适性。据此，《民法典》婚姻家庭编第 1088 条没有规定家务劳动补偿的适用前提，而是规定了夫妻一方只要“因抚育子女、照料老年人、协助另一方工作等负担较多义务”，即可向对方请求补偿。

（五）夫妻财产类型的扩充

《民法典》婚姻家庭编第 1062 条对夫妻财产的类型进行了扩充，增加了“其他劳务报酬”和“投资收益”的规定。在当前社会分工进一步细化、资本性收入扩充的背景下，劳务报酬和投资收益已经成为部分群体主要的收入来源。尤其就后者而言，有价证券、股权期权、投资性信托、保险金、虚拟财产、网店等财产形式层出不穷，构成夫妻财产的重要类型。上述规则修订也是为了让立法更贴近社会现实，防止出现夫妻财产法调整范围的解释困境。

总的来看，《民法典》婚姻家庭编对夫妻财产规则的修订，打破了原有立法在财产关系中将夫妻笼统视为一体的观念，重视了夫妻财产关系中个体权利义务的分配，并尤其关注了经济弱势一方的权益保障。在平衡夫妻财产关系的“合”与“分”的基础上，立法体现了如下特色：第一，尊重商业社会的发展规律，这在夫妻债务中的交易安全保障、夫妻财产类型的扩充中均有体现；第二，兼顾了立法的守成性和延展性，对夫妻债务规则、婚内财产分割规则，既根据司法实践作出了创新，又未使原有的规则完全解体，并为后续的修法预留了“接口”；第三，加强夫妻财产规则与一般财产规则的衔接性，这体现在夫妻债务、日常家事代理规则对意思自治和信赖保护法理的吸收上。

四
完善以人为本的婚姻退出机制

正常运行的婚姻，是民事主体社会关系的压舱石，是社会秩序的稳定器。但同时，存续基础被破坏的婚姻，又会反过来束缚个体的正常社会生活，乃至形成对社会和谐的潜在威胁。我国传统文化中有“宁拆十座庙，不拆一桩婚”的俗语，体现了对婚姻退出的慎重；但在当今社会，个体价值观的多元化，使得部分婚姻的解体已然不可避免。由此，立法者对于婚姻退出机制的立法思路，关键在于平衡好“堵”与“疏”的关系，一方面尽量维系可持续运行的正常婚姻，另一方面对已经“死亡”的婚姻保持畅通的退出渠道，以实现婚姻制度对民事主

体利益的正面作用。

立法对婚姻退出机制的调控，必然涉及公权力对个体自由在一定程度上的干涉。因此，上述“疏堵平衡”中的核心矛盾，在于贯彻“以人为本”的立法指导思想，把握国家意志的介入程度，做到既尊重当事人的单方、即时意志，又合理兼顾当事人的集体性、长远性利益。在我国民法典编纂中，立法者以一种尊重实践智慧的态度，对原有的婚姻退出规则作了下述修改和补充，以使相应规则更加人性化。

（一）婚姻无效和可撤销规则

在过往研究中，由于存在将婚姻关系对标合同关系的视角，婚姻的无效和可撤销规则一度被比照合同法规则予以设计。但在现实生活中，合同无效或撤销的效果侧重于使财产关系恢复到合同未发生的状态，这对于婚姻中无法恢复原状的人身性关系，是没有意义的。因此，婚姻无效或撤销的实际效果往往与离婚较为接近，表现为当事人对一项长期性、非偶发性人身关系的退出。而当事人单方发动的婚姻撤销，更是可以与离婚并列，共同构成自主意义上的婚姻退出机制。相较于《婚姻法》，《民法典》婚姻家庭编对婚姻无效和可撤销规则进行了如下调整：

第一，将疾病婚姻由无效婚姻调整为可撤销婚姻。原《婚姻法》第 10 条规定，“患有医学上认为不应当结婚的疾病”，则当事人缔结的婚姻无效。这里所称的疾病，包括传染病、严重遗传疾病、精神病等。由于患有这些疾病的当事人，可能危害家人和后代的身体健康和人身安全，造成人口素质的下降，因此立法一度以国家意志干预的方式，排除了其缔结婚姻的权利。但是，这种激烈的法定干预模式，对于民事主体而言显然非常不利：一方面，缔结婚姻、组建家庭的权利，毕竟属于公民的基本权利，其所带来的精神慰藉、社会评价、伦理价值，对于公民的社会生存具有根本性的意义；另一方面，宣告无效的调整方式将使婚姻自始、确定、当然地不发生效力，完全没有考虑相对方基于特定原因可能产生的相反意愿。因此，在人权保障、人文关怀日益受到重视的今天，从尊重当事人意志、审慎把握国家权力的角度出发，该规则应当予以修改。

《民法典》婚姻家庭编将疾病婚姻由无效婚姻调整为可撤销婚姻，具有如下立法效果：首先，重大疾病患者的婚姻缔结权利不再被剥夺，其具有了享受法律认可的夫妻关系的可能，其基本权利获得了更好的保障；其次，疾病婚姻相对方的个人意志获得了尊重，其既可以基于嫌恶、安全、生活质量等原因选择退出婚姻，也可以基于情感、经济、道德等原因选择继续维持婚姻；再次，通过从无效婚姻到可撤销婚姻的“降格”，国家干预的手段与防治疾病婚姻危害的目的更加符合了比例原则，法律规则的正当性得到了提高；最后，从无效婚姻的刚性干预到可撤销婚姻的柔性干预，立法达成了婚姻退出机制的“疏堵平衡”，既扩大了家庭关系被维系的可能，又为丧失存在基础的婚姻关系预留了退出通道。

第二，增加了重大疾病婚前告知义务。也即，缔结婚姻的一方应在婚前告知对方自身的重大疾病状况，否则对方可请求撤销婚姻。该规则位于《民法典》婚姻家庭编第 1053 条，系与前述将疾病婚姻调整为可撤销婚姻的联动修改。疾病婚姻的事后撤销，将带来无法恢复的人身关系变动成本和相应的社会纠纷解决成本，因此，事前“防患于未然”显然是更好的选择；并且，考虑到缔结婚姻对当事人人身、财产关系的重大影响，赋予当事人有关重大疾病的告知义务及相应的不利法律后果，也具有法律上的正当性。在解释上，该规则还应作如下理解：其一，疾病婚姻的撤销，以疾病发生在婚前为前提，婚后发生的疾病不属于婚姻可撤销事由。其二，当事人履行或不履行告知义务，相对方均享有撤销权，只不过撤销权期间的起算点不同：若履行告知义务，则一年期间立即起算；若不履行告知义

务，一年期间自相对方知道或应当知道之日起算。

《民法典》婚姻家庭编第 1053 条解释上的疑点在于，“重大疾病”应作何理解？从历史解释的视角看，该条应与原《婚姻法》第 10 条第 3 款有承继关系，故“重大疾病”理解应与《母婴保健法》一致，仍指传染病、严重遗传疾病、精神病等破坏家庭生活基础的疾病。但在法律审议中，也有人大代表采文义解释，认为其是指对身体健康有重大影响的疾病——若作此理解，则该条的法理基础将有所改变。此点亟待后续解释予以回应。

第三，调整了胁迫婚姻撤销期间的起算点。《婚姻法》第 11 条对胁迫婚姻撤销期间的规定，是结婚登记之日起一年。但社会生活中，胁迫行为往往具有持续性，结婚后一年并不足以保证胁迫行为和当事人恐惧心理的消失。有鉴于此，《民法典》婚姻家庭编第 1052 条将撤销期间的起算点改为了“胁迫行为终止之日”，这无疑更符合社会现实。

第四，增加了婚姻无效或撤销的损害赔偿。作为一项婚姻退出机制，婚姻无效或撤销理应与离婚类似，可以产生财产分割以外的损害赔偿。因此，相比于《婚姻法》，《民法典》婚姻家庭编第 1054 条增加一款规定：“婚姻无效或者被撤销的，无过错方有权请求损害赔偿。”在解释上，该损害赔偿应当既包含无效婚姻对无过错方造成的财产损失的赔偿，也包含过错方对无过错方造成的精神损害的赔偿。

（二）离婚登记冷静期规则

《民法典》婚姻家庭编对登记离婚制度作出了一项重大修改：《民法典》第 1077 条规定，婚姻双方向登记机关提交离婚申请后，并不直接发生离婚效力，而是需 30 日后再次亲自到登记机关申请，方能实现离婚。该规定被称为“离婚登记冷静期”制度，与 1994 年颁布的《婚姻登记管理条例》第 16 条规定的“审查期”较为类似，而与现行《婚姻登记条例》第 13 条“应当当场予以登记，发给离婚证”的规定并不一致。在立法过程中，上述规则受到了社会舆论的极大关注。一方面，从婚姻登记机关的反映来看，“冷静期”的设置有利于防止冲动离婚，挽救尚未破裂的家庭关系；另一方面，年轻群体和女性群体却担忧“冷静期”破坏离婚自由，造成国家权力对婚姻关系的过分干涉。在比较法上，类似制度仅见于《韩国民法典》。总的来看，该规则并非法理推导的结果，而是实践经验的产物。

理解离婚登记冷静期的正当性，必须从个体意志的理性程度角度入手。婚姻关系对个体的人身、财产权利义务有着重大影响；但是，婚姻的情绪性、长期性，以及年轻群体对离婚后果的认知缺乏，决定了个体很难满足“经济人”假设，能够即时对离婚行为作出符合自身利益最大化的选择。因此，离婚决策的理性化有赖于一定的外部干预，以避免轻率、冲动的离婚行为，保障决策的信息依据充分，维护当事人的长远利益和社会关系的稳定。在传统社会，上述外部干预往往来源于伦理权威和社会舆论。但在当代社会，随着威权式家庭关系的瓦解和个人主义价值观的勃兴，这些因素对离婚行为非理性的约束已经逐渐式微。此时，由国家机关一定程度上扮演这样的约束角色，是一个相对合理的选择。因此，离婚登记冷静期的正当性在于，通过国家公权力的适当干预，为当事人在离婚决策中实现实质理性层面的利益最大化，提供相应的条件。

离婚登记冷静期通过婚姻登记机关对离婚行为效力的强制延迟，为当事人提供了情绪缓冲，使之能够冷静思考，并提前感受离婚生活，从而更为理性地评估离婚后果。同时，一个月的冷静期间，也并未过分限制当事人的离婚意愿，具有手段和目的间的合比例性。在婚姻退出的“疏堵平衡”上，其可以挽救那些仅因临时的情绪冲突而濒临破裂的婚姻，而代价是短期延长确已丧失存续基础的婚姻，在价值权衡上是可以被接受的。

（三）二次离婚诉讼规则

《民法典》婚姻家庭编在原《婚姻法》第 32

条的基础上，于第 1079 条增加一款："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。"由于我国司法实践同样遵循对婚姻退出的审慎态度，因此在首次离婚诉讼中，若一方坚决不同意解除婚姻关系，那么除非存在法定事由，法官一般遵循"一审不判离"的原则。但由此带来的问题是，如果首次诉讼后当事人的情感基础并未恢复，二次诉讼中法官仍过分审慎，则这不仅已不能实现婚姻关系维系的正面效益，还会带来司法资源的极大浪费。因此，《民法典》婚姻家庭编明确以"分居一年"作为二次诉讼中夫妻感情破裂的标准，疏通了此类婚姻的退出渠道，也避免了诉讼程序的冗余。

在个人的基本权利日益受到重视的今天，公权力对结婚和离婚自由的介入，需要细致的价值衡量；而在离婚率逐年攀升，婚姻的长期性、稳定性逐渐被动摇的社会背景下，固守传统观念中对婚姻的坚定维持，也已经不符合时代潮流。在民法典编纂中，立法者以"疏堵结合"的方式调整婚姻退出机制，恰恰是敏感地把握了上述历史趋势：通过将部分无效婚姻调整为可撤销婚姻，民法典保障了弱势群体的结婚自由，扩大了婚姻关系的社会覆盖面；而通过离婚冷静期、二次离婚诉讼规则，立法者一方面尊重了当事人的离婚自由，另一方面也防止了离婚行为的过度草率。应当认为，上述调整对于更为健康的婚姻家庭关系的构建，具有积极意义。

五 结 语

除了上述内容外，《民法典》婚姻家庭编相较于原《婚姻法》、《收养法》的条文变动还包括对计划生育相关条款、子女姓氏条款等的删除。由于这些变动并非纯粹私法领域的内容，故不再深入探讨。总体上看，《民法典》婚姻家庭编的编纂思路可以概括为：以兼顾回归与革新为立法目标，以审慎与平衡为方法论指导——在完成法典化的重大体例变化任务的同时，立法者为《民法典》婚姻家庭编注入了"重家风"、"固人本"的精神内核，并在制度构建上体现了立法的科学性、民族性和时代性。在具体内容层面，婚姻家庭编对家庭结构、夫妻财产关系等内容进行了与时俱进的反映，理顺了部分法律关系中国家、家庭、个人之间的联系与界限，并在局部采纳了实践经验的有益总结，形成了一些具有特色的规范和制度。可以预见，《民法典》婚姻家庭编必然会在未来的社会实践中，为婚姻家庭法律关系的调整，以及中国特色社会主义法治事业的发展，提供良好的助力。

责任编辑 | 李妍靓
审核人员 | 张文硕

上海举办家事法学术研讨会

2020-10-24 来源：法治日报——法制网 法治日报全媒体记者 余东明 实习生 张海燕
http://www.legaldaily.com.cn/index/content/2020-10/24/content_8336827.htm

民法典时代"打印遗嘱"效力几何?夫妻一方侵权之债如何认定?成年人意定监护公证有哪些法律问题?10 月 24 日，由中国法学会婚姻家庭法学研究会、中国法学会民法学研究会、上海财经大学法学院联合主办的第三届家事法学术研讨会在上海召开，探讨民法典时代家事法的发展与实践。

开幕式上，中国政法大学教授、中国婚姻家庭法学研究会会长夏吟兰，中国人民大学副校长、法学院院长、中国民法学研究会副会长王轶分别发表在线致辞。

研讨会分为五个单元，分别为婚姻瑕疵及其后果、婚姻中的财产与契约、夫妻债务与侵权责任、

遗嘱与继承、家事法学科与实务。

来自清华大学、中国人民大学、复旦大学、上海交通大学、华东政法大学等高校专家学者，和最高人民法院、上海市高级人民法院、上海市张江公证处、北京中伦(上海)律师事务所、北京盈科(上海)律师事务所等的实务专家参加了此次研讨会。

与会专家表示，随着《中华人民共和国民法典》正式颁布，婚姻家庭编成为民法典的第五编，完成了婚姻法从独立的单行立法重新回归民法典之路。同时，这也会对家事法法学研究的逻辑思维及技术方法带来变革，在审判实践中，应当体系化地理解和运用民法典总则及各编法律规范，而不是单纯地适用婚姻家庭编规范，全面保障婚姻家庭当事人的合法权益。

上海财经大学法学院教授、家事法研究中心主任叶名怡教授对各位与会专家学者表示衷心感谢，随着越来越多的学者加入家事法的研究，为家事法理论研究的纵深发展助力，他期待明年有更多的学界和实务界的人士能够参与到家事法研讨会中来。

上海财经大学法学院党委书记杨乐致闭幕辞，他表示将以家事法学术研讨会为契机，团结引领全国婚姻家庭法学理论与实务工作者，进一步加大宣传研究民法典婚姻家庭编、继承编的广度与深度，为构建具有中国特色的社会主义婚姻家庭法治理论体系作出贡献。

责任编辑：冀春雨

民法典来了丨龙翼飞：婚姻家庭继承编的制度创新与法律适用

2020-10-27 京法网事 刘倩

https://mp.weixin.qq.com/s/CXAW2z9JD2PdPBIpyuat9A

近日，北京三中院“司睿讲坛”之民法典培训在三中院大法庭举行。

本次活动由中国人民大学法学院教授、博士生导师龙翼飞就《民法典》婚姻家庭继承编的制度创新与法律适用进行解读。

龙教授是最高人民法院下发的《民法典首批学习培训师资库》中指定的专家教授、中国法学会民法学婚姻家庭法学研究会常务副会长。

在讲座过程中，龙翼飞教授总结了《民法典》婚姻家庭编所贯穿的人权平等、人格尊严、人身自由、人亲和谐、人际诚信、人性友善、人财共济、人伦正义、人本秩序、人文关怀等社会主义法理思想，并逐一进行解读。作为《民法典》编纂工作的参与人，龙教授还对婚姻家庭编及继承编中的创新制度进行细致地阐述，包括法条由来和法条的理解与适用，既有对立法原意的探究，又讲述了审判实务中的具体应用。龙教授的解读视角新颖、独特，内容详实、丰富，让参会干警对《民法典》婚姻家庭编和继承编有了更深入的理解和认识。

本次培训采取“现场授课+视频直播”的方式，由审判委员会专职委员次仁卓嘎担任活动主持，机关党委专职副书记、二级巡视员田强、各部门负责人、民商庭全体干警和其他部门干警代表现场参会，其他干警通过视频链接参会。同时，通过视频直播，邀请部分人大代表和全市各级法院干警在线观看。

一、《民法典》婚姻家庭编所贯穿的社会主义法理思想

《民法典》婚姻家庭编所贯穿的社会主义法理思想包括核心法理思想、基本法理思想和具体法理思想，核心法理思想体现为人权平等、人格尊严、人身自由、人亲和谐、人际诚信、人性友善、人财共济、人伦正义、人本秩序、人文关怀；基本法理思想体现为婚姻自由、一夫一妻、男女平等、保护妇女、未成年人、老年人、残疾人的合法权益；具体法理思想体现为权利法定契约维护、行为公示、

效力公信、人身利益优先、财产权利公平、平等、文明、和谐。

其中核心法理思想具体如下：

人权平等是现代婚姻家庭制度的社会基础和宪法原则，体现了社会主义核心价值观。

在民法典婚姻家庭编中，人权平等的法理体现为以下几个方面：第一，婚姻家庭受国家特别保护；第二，婚姻家庭成员的法律地位一律平等；第三，自然人的婚姻家庭权利不受侵害；第四，实行一夫一妻制，禁止重婚，禁止有配偶者与他人非法同居；第五，夫妻平等享有生育权利；第六，民族婚姻家庭受法律保护；第七，涉外婚姻家庭受法律保护。

人格尊严体现了自然人尊重自己和被他人尊重的有机统一性和伦理品格性，在法律上被确认为人格权。

在婚姻家庭编中，该法理体现为以下几个方面：第一，确认夫妻独立享有姓名权；第二，子女可以随父姓，也可以随母姓，成年子女享有依法决定自己姓名的权利；第三，婚姻家庭成员应当互相尊重；第四，禁止家庭暴力，禁止家庭成员间的虐待和遗弃；第五，保护婚姻家庭成员的隐私权；第六，婚姻家庭成员个人享有名誉权，家庭集体享有名誉权。

人身自由是宪法赋予自然人的在法律允许的范围内维护其行动自主和思想自主的权利。

人身自由权是自然人享有所有民事权利的法律前提和基本保障。在婚姻家庭编中，该法理体现为以下几个方面：第一，保护自然人的婚姻自由权，包括结婚、离婚、再婚自由。第二，夫妻双方都有参加生产、工作、学习和社会活动的自由。第三，所有家庭成员的人身自由均受法律保护。

人亲和谐是指亲属之间应当和睦相容，互爱互助，这是婚姻家庭关系有别于其他法律关系的本质属性。

在婚姻家庭编中，该法理体现为：第一，夫妻应当互相忠实、互相尊重、互相关爱；第二，家庭成员间应当敬老爱幼、互相帮助，维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系。

人际诚信是指人与人之间相处，应当诚实待人、恪守信用。

在婚姻家庭编中，人际诚信的法理体现为：第一，婚姻家庭成员在从事婚姻家庭领域的民事活动时，应当遵循诚信原则，秉持诚实，恪守承诺；第二，一方患有重大疾病的，在结婚登记前应当如实告知另一方，不如实告知的，另一方可以请求撤销该婚姻；第三，夫妻之间互负忠实义务；第四，夫妻在对外民事活动中互享家事代理权；第五，家庭成员应当互信互助；第六，对违反夫妻忠实义务，隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产，或者伪造夫妻共同债务，企图侵占另一方财产的夫或妻，在离婚分割夫妻共同财产时，可以少分或不分。

人性友善是人与人和谐相处、互爱互助的基石，是法律精神和伦理道德的源泉。

在婚姻家庭编中，该法理体现为：第一，婚姻家庭成员应当互爱、互助、平等、和睦、文明、宽容、仁爱、慈孝；第二，禁止家庭成员间的虐待和遗弃，禁止家庭暴力；第三，按照有利于被收养人健康成长的原则，保障收养人和被收养人双方的合法权益；第四，鼓励亲属间的团结和睦；第五，发挥监护制度对婚姻家庭成员的人身利益与财产利益的保护功能；第六，父母与子女间的关系不因父母离婚而消除，父母对子女仍有教育、扶养、保护的权利和义务；第七，父母离婚后，不直接扶养子女的父或母有探望子女的权利，另一方有协助的义务。

人财共济是指民法所调整的人身关系和财产关系在实现自然人的人身利益和财产利益过程中相辅相成、互相促进的机制。

在婚姻家庭编中，人财共济的法理体现为以下五个方面：第一，夫妻财产制的三种制度安排，即法定共有、分别所有、约定所有，都应当服从于维护夫妻人身关系的立法目的；第二，夫妻对共同财产享有平等的处理权；第三，鼓励通过劳动创造家庭财富；第四，夫妻之间应当平等承担夫妻共同债务；第五，保护夫妻共有财产权和家庭成员的共有财产权，实现婚姻家庭成员“有恒产者有恒心”的立法宗旨。

人伦正义是调整人们的家庭关系和社会关系的道德体系，是民法的人文精神和公平正义的体现，是社会主义核心价值观的重要内容。

在婚姻家庭编中，该法理体现为：第一，在结婚制度中规定禁止直系血亲间结婚；第二，亲子关系的确认、否认和认领制度；第三，无效婚姻和可撤销婚姻的人身关系后果与财产处理；第四，离婚冷静期的制度设计；第五，对家庭暴力受害人予以特别保护；第六，对男方行使离婚请求权进行合理限制；第七，就婚姻关系存续期间因特殊情形而发生的共有财产分割问题进行规定；第八，收养子女应遵循公序良俗。

人本秩序是以人为本的社会治理体系。

在婚姻家庭编中，该法理体现为：第一，婚姻家庭成员在行使婚姻家庭权利时，应当履行相应的法律义务；第二，赋予婚姻家庭成员对婚姻家庭事务的契约自由权利，但禁止权利滥用；第三，对家庭财产的处理应当服务于维系婚姻家庭成员的人身关系这一目的；第四，婚姻家庭成员的行为应当遵循公序良俗。

人文关怀是指国家和社会对自然人在社会生活中的各项正当合理需求给予的关注和关心。

人文关怀是指国家和社会对自然人在社会生活中的各项正当合理需求给予的关注和关心。在婚姻家庭编中，该法理体现为：第一，婚姻家庭成员的人格利益至上；第二，依法采取各种法律救济措施，以保障婚姻家庭成员实现其婚姻家庭权利；第三，在处理婚姻家庭纠纷时，应当引入情感修复机制；第四，对婚姻家庭案件的审理和裁判，以定分止争、促进和谐为要旨。这四点集中体现了追求以人为本、弘扬人文关怀的精神，强调以人为本与婚姻家庭法的身份法属性完全契合。

二、《民法典》婚姻家庭编中创新制度的理解与适用

在离婚制度中

《民法典》婚姻家庭编在现行婚姻法的基础上，作了进一步完善：

1. 增加离婚冷静期制度。实践中，轻率离婚的现象增多，不利于婚姻家庭的稳定。为此，民法典规定了提交离婚登记申请后三十日的离婚冷静期，在此期间，任何一方可以向登记机关撤回离婚申请。2. 针对离婚诉讼中出现的“久调不判”问题增加规定，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。3. 关于离婚后子女的抚养，将现行婚姻法规定的“哺乳期内的子女，以随哺乳的母亲抚养为原则”修改为“不满两周岁的子女，以由母亲直接抚养为原则”，以增强可操作性。4. 将夫妻采用法定共同财产制的，纳入适用离婚经济补偿的范围，以加强对家庭负担较多义务一方权益的保护。5. 将“有其他重大过错”增加规定为离婚损害赔偿的适用情形。

在收养制度中

《民法典》婚姻家庭编对收养关系的成立、收养的效力、收养关系的解除作了规定，并在现行收养法的基础上，进一步完善了有关制度：1. 扩大被收养人的范围，删除被收养的未成年人仅限于不满十四周岁的限制，修改为符合条件的未成年人均可被收养。2. 与国家计划生育政策的调整相协调，将收养人须无子女的要求修改为收养人无子女或者

只有一名子女。3. 为进一步强化对被收养人利益的保护，在收养人的条件中增加规定“无不利于被收养人健康成长的违法犯罪记录”，并增加规定民政部门应当依法进行收养评估。

三、《民法典》继承编中创新制度的理解与适用

继承制度是关于自然人死亡后财富传承的基本制度。《民法典》继承编在现行继承法的基础上，从以下三个方面修改完善了继承制度：

1. 关于法定继承

在现行继承法的基础上，继承编完善了代位继承制度，增加规定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。

2. 关于遗嘱继承

《民法典》继承编在现行继承法的基础上，进一步修改完善了遗嘱继承制度：一是新增设了“自然人可以依法设立遗嘱信托”的规则；二是增加了打印、录像等新的遗嘱形式；三是修改了遗嘱效力规则，删除了现行继承法关于公证遗嘱效力优先的规定，切实尊重遗嘱人的真实意愿。

3. 关于遗产处理的程序和规则

《民法典》继承编在现行继承法的基础上，进一步完善了有关遗产处理的制度：一是增加遗产管理人制度，明确了遗产管理人的产生方式、职责和权利等内容；二是完善遗赠扶养协议制度，适当扩大扶养人的范围，明确继承人以外的组织或者个人均可以成为扶养人，以满足养老形式多样化需求；三是完善无人继承遗产的归属制度，明确归国家所有的无人继承遗产应当用于公益事业。

供稿：北京三中院

编辑：张文雅汪希

上海财经大学第三届家事法学术研讨会议程

2020-10-22 上海财经大学法学院

https://mp.weixin.qq.com/s/H81-b1EBbZO-GFlQcH6qVg

上海财经大学第三届家事法学术研讨会

会议议程

主办单位

中国法学会婚姻家庭法学研究会
中国法学会民法学研究会
上海财经大学法学院

承办单位

上海财经大学家事法研究中心

协办单位

上海市张江公证处
中伦律师事务所

时间：2020 年 10 月 24 日

地点：上海财经大学豪生大酒店二楼大会议室（杨浦区武东路 188 号）

开幕式（上午 08:30-08:55）

主持人：朱晓喆　上海财经大学法学院教授

致辞人：（每人 5 分钟）

1. 夏吟兰　中国政法大学教授、中国婚姻家庭法学研究会会长（在线致辞）
2. 王轶　中国人民大学副校长、法学院院长、中国民法学研究会副会长（在线致辞）
3. 郑少华　上海财经大学校长助理、教授
4. 张磊　上海市张江公证处主任
5. 叶名怡　上海财经大学法学院教授、家事法研究中心主任

第一单元 婚姻瑕疵及其后果（08:55-10:00）

主持人：蒋月
厦门大学法学院教授
中国婚姻家庭法学研究会副会长
（报告人每人 10 分钟，与谈人每人 5 分钟，下同）

报告一：《民法典》婚姻无效和婚姻可撤销规则的解释与适用
报告人：李昊　北京航天航空大学法学院副教授

报告二：结婚中的缔约过失责任
报告人：刘征峰　中南财经政法大学法学院副教授

与谈人：
1. 孙维飞　华东政法大学法律学院副教授
2. 万挺　最高人民法院民一庭法官

自由讨论（09:25-09:35）

合影+休息（09:35-10:00）

第二单元 婚姻中的财产与契约（10:00-11:10）

主持人：王歌雅
黑龙江大学法学院教授
中国婚姻家庭法学研究会副会长

报告一：家庭住房适用善意取得吗？——以居住权为重点
报告人：贺剑　北京大学法学院助理教授

报告二：离婚财产分割协议中的物权变动
报告人：夏江皓　中国政法大学民商经济法学院师资博士后

报告三：家事法视野下的赠与合同
报告人：陈汉　中国政法大学民商经济法学院副教授

报告四：民法典视野下的婚内协议效力认定
报告人：申晨　中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员

与谈人：
1. 许莉　华东政法大学法律学院教授
2. 陆青　浙江大学法学院副教授
3. 班天可　复旦大学法学院副教授
4. 赵超　上海市高级人民法院民一庭法官

自由讨论（11:00-11:10）

第三单元 夫妻债务与侵权责任（11:10-12:20）

主持人：金可可
华东政法大学法律学院院长、教授

报告一：《民法典》夫妻债务认定规则中的‘合意型共债’——兼论《民法典》第 1064 条的体系解读
报告人：李贝　上海交通大学法学院副教授

报告二：夫妻一方侵权之债的认定与清偿
报告人：叶名怡　上海财经大学法学院教授

报告三：论第三人侵害夫妻身份权的民事责任
报告人：冉克平　武汉大学法学院教授

报告四：夫妻财产和债务关系的解构与重构
报告人：薛启明　山东师范大学法学院讲师

与谈人：
1. 纪海龙　华东师范大学法学院教授
2. 缪宇　中国政法大学民商经济法学院讲师
3. 申晨　中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员
4. 李兴　上海市第一中级人民法院民一庭法官

自由讨论　（12:10-12:20）

午餐（12:20-14:00）

第四单元 遗嘱与继承（14:00-15:30）

主持人：彭诚信
上海交通大学法学院副院长、教授
（报告人每人 10 分钟，评议人每人 5 分钟，下同）

报告一：民法典时代共同遗嘱的理论构造
报告人：汪洋　清华大学法学院副教授

报告二：《民法典》遗产管理人制度适用问题研究
报告人：王葆莳　湖南师范大学法学院教授

报告三：遗赠抚养协议中利益失衡及其矫治
报告人：缪宇　中国政法大学民商经济法学院讲师

报告四：后《民法典》时代‘打印遗嘱’效力的司法审查
报告人：熊燕 上海市第二中级人民法院青年家事审判团队负责人

与谈人：
1. 袁发强　华东政法大学法律学院教授
2. 肖俊　上海交通大学法学院副教授
3. 姚明斌　华东政法大学法学院副教授
4. 娄爱华　苏州大学法律学院副教授
5. 李宇　上海财经大学法学院副教授
6. 潘静波　上海市第一中级人民法院家事庭法官

自由讨论（15:10-15:20）

休息（15:20-15:40）

第五单元 家事法学科与实务 （15:40-17:10）

主持人：李世刚
复旦大学法学院副院长、教授

报告一：民法典时代我国家事程序法的意义
报告人：郝振江　上海财经大学法学院教授

报告二：家事法学科的构建与发展——基于比较法视角的反思
报告人：赵璐　北京师范大学法学院教授

报告三：民法典与婚姻家事律师业务的创新
报告人：贾明军　中伦律师事务所高级合伙人

报告四：成年人意定监护公证法律问题与实践
报告人：张磊　上海市张江公证处主任

报告五：在情与法之间：法解释学视域下的离婚冷静期
报告人：周雅婷　云南大学法学院博士研究生

与谈人：
1. 庄加园　上海交通大学法学院教授
2. 孟祥沛　上海市社科院法学所研究员
3. 王蒙　华东政法大学法律学院副教授
4. 李建星　华东师范大学法学院副教授
5. 荣学磊　上海市第二中级人民法院研究室法官

自由讨论（17:00-17:10）

闭幕式 （17:10-17:30）

主持人：叶名怡　上海财经大学法学院教授

总评人：
1. 张谷　浙江大学法学院教授
2. 杨乐　上海财经大学法学院党委书记

上海财经大学第三届家事法学术研讨会成功举办

2020-10-27 上海财经大学法学院

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

2020 年 10 月 24 日，由中国法学会婚姻家庭法学研究会、中国法学会民法学研究会、上海财经大学法学院主办，上海财经大学家事法研究中心承办，上海市张江公证处、中伦律师事务所协办的上海财经大学第三届家事法学术研讨会顺利召开。

本次研讨会以“《民法典》婚姻家庭编、继承

编之适用”为主题，来自清华大学、中国人民大学、中国政法大学、北京航空航天大学、北京师范大学、武汉大学、中南财经政法大学、浙江大学、复旦大学、上海交通大学、华东师范大学、同济大学、华东政法大学、上海市社科院法学研究所、厦门大学、黑龙江大学、苏州大学、湖南师范大学、山东师范大学、昆明医科大学、上海财经大学的理论学者，以及来自最高人民法院、上海市高级人民法院、上海市第一中级人民法院、上海市第二中级人民法院、上海市闵行区人民法院、上海市张江公证处、中伦律师事务所、北京天驰君泰律师事务所、湖北山河律师事务所、北京盈科（上海）律师事务所、上海瀛东律师事务所、上海其新律师事务所、邦信阳中建中汇律师事务所、万向信托股份有限公司、上海外服集团、沙钢集团的实务专家，共计六十余人参加了此次研讨会。法制日报、上海热线、上海法治报、中新社上海分社等媒体对会议进行了跟踪报道。

开幕式

本次会议开幕式由上海财经大学法学院朱晓喆教授主持，中国政法大学法学院、中国婚姻家庭法学研究会会长夏吟兰教授，中国人民大学副校长、法学院院长、中国民法学研究会副会长王轶教授，上海财经大学校长助理郑少华教授，上海市张江公证处张磊主任，上海财经大学法学院教授、家事法研究中心主任叶名怡教授在开幕式上致辞。

中国政法大学法学院、中国婚姻家庭法学研究会会长夏吟兰教授通过视频会议进行了致辞。她在致辞中指出，民法典颁布以后，掀起了对民法典的宣传、解读的高潮，如何更好的宣传、理解民法典的条文，使之能够得到切实的贯彻实施，是我们目前最重要的工作。对民法典的宣传工作只是贯彻民法典的一部分，更重要的是深度研究、体系化的解释民法典。民法典的颁布开启了家事法研究的新时代，上海财经大学家事法研究学会已经召开了三届研讨会，作为一个关注家事法的学术研究平台，团结和吸引了一大批中青年学者，影响力也越来越大。预祝研讨会圆满成功！

中国人民大学副校长、法学院院长、中国民法学研究会副会长王轶教授在视频致辞中指出，《民法典》第 464 条第 2 款确立了这样一个规则：有关婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用有关该身份关系的法律规定；没有规定的，可以根据其性质参照适用本编规定。那么，如何在解释论上妥当地确定民法典第 464 条第 2 款的涵义，是一个值得深入思考的问题，他期待家事法研究者能够对此展开研究，并预祝本次会议圆满成功！

上海财经大学校长助理郑少华教授在致辞中认为民法学科无论是对法学学科建设还是对学校的“双一流”学科建设来说，都具有基础性作用。而家事法是民法的重要内容，家事法的持续研究，有助于民法学科的发展。所以，衷心感谢各位同仁对家事法研讨会与民法学科的支持！最后，他预祝论坛顺利进行。

张磊主任在致辞中指出，现代公证制度起源于古罗马时期，在婚姻契约、遗嘱、继承等家事法律领域具有不可替代的职能，大陆法系国家的公证人是当之无愧的“非诉法官”。上海目前虽然只有四百多名公证员，平均每名公证员服务近六万名市民，但上海公证人为市民提供了大量基础公共法律服务，在家事领域通过办理遗嘱、继承、委托、声明、婚前和婚后财产约定协议、意定监护等公证事项，利用公证特有的证明、沟通、监督效力，在预防和化解家庭纠纷、维护市民合法权益等方面发挥了重要作用。最后，他预祝本次会议研讨取得丰硕的成果。

上海财经大学法学院、家事法研究中心主任叶名怡教授首先对各位与会嘉宾能够积极提交参会论文表示感谢。叶教授首先指出，一个高质量的学术会议离不开各位参会嘉宾提交的高质量的参会论文。其次，叶教授对前来参会的学界的前辈、新

投入家事法研究的青年学者们以及实务界专家的莅临表示欢迎和感谢。再次，叶教授对协办单位上海市张江公证处以及中伦律师事务所为本次会议的举办所提供的大力支持表示感谢。最后，叶教授表示，家事法论坛能够持续举办，离不开上海财经大学法学院的支持，对此表示由衷感谢。

会议主要分为五个单元。

婚姻瑕疵及其后果

第一单元的议题为“婚姻瑕疵及其后果”，由厦门大学法学院、中国婚姻家庭法学研究会副会长蒋月教授主持。

第一位报告人为北京航天航空大学法学院李昊副教授，他报告的题目为“《民法典》婚姻无效和婚姻可撤销规则的解释与适用”。李老师认为，《民法典》第 1054 条应被解释为，原则上，婚姻被宣告无效或被撤销后，无效效力溯及既往地发生，例外情形下，即在当事人间的财产关系和父母子女关系问题上，无效效力仅面向将来发生。

第二位报告人为中南财经政法大学法学院刘征峰副教授，其报告的题目为“结婚中的缔约过失责任”。刘老师认为，在婚姻因效力瑕疵而被否定情形中，当事人不仅可选择主张信赖利益中的所受损害赔偿，亦可选择主张特定的履行利益赔偿。但在婚姻不成立时，当事人仅能主张信赖利益赔偿。

在两位发言人的精彩报告结束后，进入与谈环节。

第一位与谈人为华东政法大学法律学院孙维飞副教授。孙老师对李昊副教授的观点表示赞同，但同时他指出，李昊副教授的论证应侧重形式上和体系上的关系。同时，他指出，民法典中的重婚是否必须为两个登记婚，不能一概而论。针对刘征峰副教授的报告，文章观点他都赞同，但是缔约过失责任的创设有其特殊的历史背景，有无必要引入家事法领域不无疑问。

第二位与谈人为最高人民法院民一庭的万挺法官。针对刘征峰副教授的报告，他认为，财产法规则套用至家事法领域还需更强理由，但文章所体现出来的动态体系论的研究方法值得司法实践借鉴。此外，针对目前的家事法的研究，他认为大部分文章在分析问题时的方法和逻辑使用了较多外源性的东西，缺乏民族传统理念，我们应当建立起本民族的理论和制度自信。此外，他还期待法官和学者之间能够多对话，将理论和实际结合起来。

婚姻中的财产与契约

第二单元围绕“婚姻中的财产与契约”展开，由黑龙江大学法学院、中国婚姻家庭法学研究会副会长王歌雅教授主持。

第一位报告人为北京大学法学院贺剑助理教授，由张丽诗同学代为宣读论文要点。贺老师论文认为，对于家庭住房之保护，德国法采处分限制模式，名义上保护家庭，实则青睐交易安全；英国法采权益保障模式，虽不否认家庭住房之善意取得，但其以居住权或财产权为基础，以登记或实际占有为公示，在直接或间接保护家庭住房之余，亦兼顾交易安全。显然英国法以居住权为核心的权益保障模式更胜一筹，在解释论及立法论上更值采纳。

第二位报告人为中国政法大学民商经济法学院师资博士后夏江皓博士，其报告的题目为“离婚财产分割协议中的物权变动”。夏博士认为，离婚财产分割协议系婚姻关系当事人双方通过意思自治达到调整当事人离婚后财产关系的效果，其中的物权变动属于基于法律行为发生的物权变动，应当遵循《民法典》物权编的一般物权变动规则。

第三位报告人为中国政法大学民商经济法学院陈汉副教授，其报告的题目为“家事法视野下的赠与合同”。陈老师认为，近亲属或者准家庭成员之间的赠与，在很大程度上是基于身份关系或者基

于对缔结或者解除身份关系的动机而发生，但从内容上来看，还是以财产属性，即一方无直接的对价或者条件给予另一方财产。对于此类赠与无法完全适用《民法典》关于赠与合同的规则。对其法律构造，还有待进一步研究与关注。

第四位报告人为中国人民大学民商事法律科学研究中心申晨研究员，其主要对民法典视野下的婚内协议效力认定进行了汇报。申老师指出，婚内协议的效力认定进路为，依次判断是否有特别规定、是否属于可自治范围、是否具有特殊自治法理。婚内协议可自治范围需重点考察是否限制人格权益、违反婚姻法定内容、破坏婚姻存续基础。婚内协议的特殊自治法理表现为非利己要素对意思表示的渗透和利益博弈的结构化，最终体现为意思表示的偏差性。

在四位报告人的精彩汇报结束之后，进入与谈环节。

第一位与谈人为华东政法大学法律学院的许莉教授。她表示贺剑助理教授论文当中的观点基本值得赞同，其本人亦主张不用但书规定来保护婚姻共同住所。对于夏江皓博士的论文，她认为夫妻财产约定能够产生物权变动仅限于夫妻约定财产制，而非所有的夫妻财产约定。对于陈汉副教授的报告，她认为，家事法中是否存在真正的赠与还有待进一步探讨。对于申晨研究员报告中所提及的夫妻赠与协议，她指出，当事人处于亲密关系中，是不具备磋商基础的，故是否确为赠与意思不无疑问。

第二位与谈人为浙江大学法学院陆青副教授，针对夏江皓博士的报告，他认为《民法典》第 1065 条的夫妻财产约定制是有明确所指的。夫妻财产制是对夫妻财产进行一个概括性的安排，个别的财产变动应该遵循物权法的规则。针对陈汉副教授的报告，他认为，夫妻表面上的赠与协议实际上可能是和解协议。

第三位与谈人为复旦大学法学院班天可副教授，其主要针对贺剑老师的报告发表了自己的观点。其指出，对于该问题能否寻求一个折中的做法，比如将居住权从所有权中拆分出来，设置单独居住权，从而保护老年人的权益。

第四位与谈人为上海市高级人民法院民一庭的赵超法官，她认为家事法视野下的财产赠与合同可能并非纯粹赠与协议，要区分其与其他合同之间的关系。

夫妻债务与侵权责任

第三单元的议题为“夫妻债务与侵权责任”，由华东政法大学法律学院院长金可可教授主持。

第一位报告人为上海交通大学法学院李贝副教授，其围绕《民法典》夫妻债务认定规则中的‘合意型共债’的问题进行了汇报。李贝老师指出，我国“合意型共债”司法困境的根源在于，并未意识到配偶一方同意内涵的多元性，没有对“授权型合意”与“负债型合意”作出区分。未来在对《民法典》第 1064 条进行适用时，应当对其作进一步解释。

第二位报告人为上海财经大学法学院叶名怡教授，其针对夫妻一方侵权之债的认定与清偿的问题进行了汇报。叶名怡教授认为，夫妻一方侵权之债原则上应认定为夫妻共同债务，但非侵权方配偶的清偿责任限于夫妻共同财产范围。我国民法典对该问题并无专门规定，就解释论而言，应对“（债务）用于夫妻共同生活”作目的性扩张解释，将“侵权行为之基础活动是否有利于夫妻共同生活”作为该侵权之债是否为夫妻共同债务的判断标准；就立法论而言，对于夫妻一方侵权之债的清偿，我国法应构建“共债认定＋有限责任＋追偿权”的规则体系。

第三位报告人为武汉大学法学院冉克平教授，他报告的题目为“第三人侵害夫妻身份权的民事责

任”。冉克平教授认为，侵害他人婚姻关系的第三人并非侵害身份权的责任主体，除非该第三人的行为严重侵害无过错配偶的一般人格利益。无过错方配偶不能通过侵权法获得救济，而是可以通过离婚损害赔偿获得相应的财产损害与精神损害赔偿。婚姻家庭编具有封闭性，夫妻身份权不应参照人格权的保护方式予以救济。

第四位报告人为山东师范大学法学院讲师薛启明，他针对夫妻财产和债务关系的解构与重构进行了汇报。薛老师指出，《民法典》第 1064 条第 2 款的解释论应当严格区分作为夫妻内部财产关系的“抽象财产价值”划分问题与作为夫妻外部财产关系的民商财产权归属问题，并以“财产权表面归属原则”所认可的公示和类公示规则充任后一问题的解决指南。唯有首先满足这些前提，并辅之以债权人撤销权等配套制度，夫妻之间方有可能最终达致“共债共签、各债各偿”的理想状态。

随后，进入与谈环节。

第一位与谈人为华东师范大学法学院的纪海龙教授。纪教授指出，对夫妻共债应当进行准确界定及进一步的细分，区分夫妻双方共同缔结的共债以及夫妻一方缔结的共债。此外，《民法典》第 1064 条第 2 款与第 1 款中的“共同意思表示”内涵是否相同有待进一步思考。另外，民法典下夫妻共同之债与传统连带之债如何区分也是一个值得探讨的问题。

第二位与谈人为中国政法大学民商经济法学院讲师缪宇老师，他对叶教授的文章的观点总体表示赞同，但其建议，应当将夫妻共同生活标准与共债认定的平衡机制结合起来探讨。

第三位与谈人为中国人民大学民商事法律科学研究中心申晨研究员，他认为，冉克平教授文章中所涉及的配偶权是相对权抑或是绝对权，在实证法上尚找不到依据。

第四位与谈人为上海市第一中级人民法院民一庭的李兴法官，他认为，夫妻共同债务混合了民法一般问题和婚姻法特别问题，既然是有明确共同意思表示，民法的一般规定即可解决。对于如何认定所欠债务用于“夫妻共同生活”，还需进一步探讨。

遗嘱与继承

第四单元的议题为“遗嘱与继承”，由上海交通大学法学院副院长彭诚信教授主持。

本单元共有四位报告人。

第一位报告人为清华大学法学院汪洋副教授，其报告的题目为“民法典时代共同遗嘱的理论构造”。汪老师认为，共同遗嘱是夫妻分别针对自己财产所作的死因处分，性质上属于两个独立的单方法律行为，死因处分之间通过条件而具备关联性。柏林式共同遗嘱中后位继承的功能可通过“生存配偶享有居住权+后位继承人享有所有权”的路径得以实现。

第二位报告人为湖南师范大学法学院王葆莳副教授，他报告的题目为“《民法典》遗产管理人制度适用问题研究”。他认为，遗产管理人具有独立于被继承人和继承人的法律地位，其职责包括清理遗产、管理遗产、清偿债务、分割遗产和诉讼担当。《民法典》第 1147 条对遗产管理人的授权应解释为排他性授权。遗产管理人违反职责造成利害关系人损失的，应承担侵权责任。

第三位报告人为中国政法大学民商经济法学院讲师缪宇，其报告的题目为“遗赠抚养协议中利益失衡及其矫治”。缪老师认为，遗赠扶养协议非双务合同，扶养人不享有不安抗辩权。为了保护扶养人，在承认遗赠人对遗赠财产的生前处分权限不受限制的背景下，应当规定无偿取得遗赠财产的第三人对扶养人负有返还义务。此外，合理配置遗赠扶养协议的解除权，引导当事人合理设计协议条款，

是平衡扶养人和遗赠人双方利益关系的可行之道。

第四位报告人为上海市第二中级人民法院青年家事审判业务带头人熊燕法官，其报告的题目为“后《民法典》时代‘打印遗嘱’效力的司法审查”。熊法官认为，在后《民法典》时代，打印遗嘱效力的司法审查应从理念上采纳意思表示主义，但在审判实践中仍然应当坚持对遗嘱形式要件的严格要求，并通过“在场见证”中“在场”的规范解释和“见证”的规范审查来把控遗嘱形式缓和的合理限度。

在四位报告人的精彩发言后，六位与谈人就前述报告表达了自己的想法

第一位与谈人为华东政法大学法律学院袁发强教授。他首先对汪洋副教授的报告进行了点评，其认为，“生存配偶继承权+后位继承”的路径是否能够解决所有柏林式共同遗嘱的问题还有待思考。其次，针对王葆莳教授的报告，他提出，在遗产管理人制度中借鉴破产管理人的思路，是否有合理性以及适用限制？针对熊燕法官的报告，袁教授认为，民法典将打印遗嘱单独规定是否利大于弊值得深思。

第二位与谈人为上海交通大学法学院肖俊副教授。肖老师主要对缪老师的报告进行了点评。他认为，遗赠扶养协议定性为双务合同更为妥当。对于其中的利益失衡，回归生因行为，用合同的救济方式会更为合理公平。

第三位与谈人为华东政法大学法学院姚明斌副教授。首先，对汪洋副教授的报告，他提出一个疑问，在柏林式遗嘱中，如果立遗嘱人先后死亡，那么在第二次遗嘱继承中是否还存在死亡处分？其次，对于王葆莳副教授的报告，他提出了一个疑问，倘若存在多个遗产管理人，该如何处理？其次，对于缪宇老师的文章，他认为其中体现出来的体系化及教义学的思考方式值得学习。最后，针对熊燕法官的报告，他认为，对遗嘱形式的遵从建立在规则是合理及可预期的基础上，否则过分强调形式会限制当事人意思自治。

第四位与谈人为苏州大学法律学院娄爱华副教授。娄老师主要对汪洋老师的报告进行了点评。他认为，用条件理论来处理共同遗嘱的撤回，存在商榷之处。

第五位与谈人为上海财经大学法学院李宇副教授。他首先就汪洋老师的报告作了点评。他认为，将录音录像遗嘱排除于共同遗嘱之外，是否有正当理由不无疑问。针对王葆莳老师的发言，他提出两个争议问题：其一，遗产债务清偿的程序发起主体如何确定？其二，民政部门、村委会担任管理人时，能不能索要报酬？对于缪宇老师的发言，他认为将遗赠扶养协议定性为死因行为，实际上限制了对其救济的路径。对于熊燕法官的报告，他认为，遗嘱中的形式主义应该得到一定的尊重，追究当事人真实意思的成本过高，而形式主义可以将审查责任限制在一定的范围内，有利于节约成本，是民法上效率导向的体现。

第六位与谈人为上海市第一中级人民法院家事庭潘静波法官。他认为，缪老师所讨论的扶养人利益的保护是实务中值得关注的问题。此外，针对熊法官的报告，他认为，遗嘱应当遵守形式主义抑或是当事人意思自治涉及价值评判的选择。

家事法学科与实务

第五单元围绕“家事法学科与实务”这一议题展开，由复旦大学法学院副院长李世刚教授担任主持人。

本单元共四位报告人。

第一位报告人为上海财经大学法学院郝振江教授，其报告的题目为“民法典时代我国家事程序法的意义”。他认为，民法典虽系以权利为中心的

体系，但是婚姻家庭法却充满了以公益性为主要特点的权利。维持公益性的手段之一是国家权力的介入，而司法权的介入是最重要的方式。基于家事法的特殊性，对其很多问题的解决，可能会催生家事程序法的诞生。

第二位报告人为中伦律师事务所高级合伙人贾明军律师，其报告的题目为“民法典与婚姻家事律师业务的创新”。贾律师首先介绍了民法典家事法相关规定中的一些亮点，如家风建设与家族宪章、家族信托的建立、离婚救济、遗嘱形式等，在此基础上，分析了这些亮点对非诉业务的影响。

第三位报告人为上海市张江公证处张磊主任，其报告的题目为“成年人意定监护公证法律问题与实践”。他认为，从比较法来看，均认可公证有介入意定监护的必要性。在中国法下，公证制度对于成年人意定监护的特殊价值体现为两点：其一，经公证的意定监护协议具有最强证据效力；其二，公证机构可为成年人提供全流程、多维度的风险防范方案。

第四位报告人为昆明医科大学法学系讲师、云南大学法学院博士研究生周雅婷，她报告的题目为“在情与法之间：法解释学视域下的离婚冷静期”。周老师认为，离婚冷静期应当定位于阻滞当事人离婚登记申请，而非约束、限制行政机关离婚登记的规范结构中。其实质是通过为离婚协议的生效设置时间障碍，进而产生阻滞离婚的法律效果，促使当事人审慎对待婚姻。在适用中，还应重视这一制度在具体文义解释、恶意阻挠离婚证申领与重复离婚申请的处理，以及离婚冷静期的期间性质上的具体问题解决。

在四位报告人发言结束后，共四位与谈人就其报告发表了意见。

第一位与谈人为上海市社科院法学所孟祥沛研究员。针对周雅婷老师的报告，孟研究员认为，为与文章内容更契合，有必要对题目作一定调整。其次，他指出，离婚冷静期实际上是一个不理性的立法立场，对其负面作用不应忽视。

第二位与谈人为华东政法大学法律学院王蒙副教授。王老师围绕周雅婷老师的文章，提出了一些自己的建议。其一，文章题目的关键词落在了法解释学视阈下的离婚冷静期，但是文章较大篇幅在论证现行法下的离婚冷静期的正当性，似有不妥。其二，文章得出《民法典》第 1077 条中的两个期间均为除斥期间的结论，过于草率。

第三位与谈人为华东师范大学法学院李建星副教授。首先其针对贾明军律师的报告提出了一些自己的看法。他认为，夫妻共同财产的认定是一个难题，特别是民法典新增的一些夫妻共同财产类型。其次，对于张磊主任的报告，他认为，在监护权中，基础关系与授权行为应当分开看待。

第四位与谈人为上海市第二中级人民法院研究室荣学磊法官。荣法官认为，从程序法角度来切入家事审判，有助于将家事审判改革引入一个更加理性的方向。同时他还期待，各位专家学者能够提供更具操作性的理论来作用于司法实践。

闭幕式

在各个单元的研讨结束后，进入会议的闭幕式。

闭幕式由上海财经大学家事法研究中心主任叶名怡教授主持，浙江大学法学院张谷教授和上海财经大学法学院杨乐书记分别作为总评人发表讲话。

张教授指出，我国的民法典编纂分两步走的方式，导致中国民法典的自主创新之路被堵塞。但是，如今一些研究财产法的学者转向家事法研究，使得家事法中的问题、制度以及一些理论研究在向纵深发展，这会持续推动婚姻家庭法体系的融贯。但与此同时，民法基本理论中的薄弱问题也暴露出来。因此，用民法原理解决婚姻家庭法中的问题，首先

应加强民法基本原理的建构。最后，他强调，对家事法的研究，应注重实体法和程序法相辅相成的关系。

杨乐书记首先代表上海财经大学法学院对各位与会嘉宾的到来表示诚挚的感谢。其次，她指出，后疫情时期与新民法典时代两大背景，对家事法领域定会产生极大的影响。最后，杨书记表示，此次研讨会的圆满召开，亦会对上海财经大学法学院家事法的教学科研产生极大的促进意义。

上海财经大学“第三届家事法学术研讨会”在热烈的气氛中圆满闭幕！

探讨夫妻共同债务推定——从日常家事代理权谈起

2020-10-30 家事法研究中心
https://mp.weixin.qq.com/s/pKOYpZHHIpE7ECdxMh41Ug

前言

波澜壮阔七十载，随着我国经济建设蓬勃发展，社会已发生了翻天覆地的变化。一个个微观家庭组成整体的宏观社会，家事法律作为调节家庭关系的规范，近年来不断发展完善，对社会发展起到了积极作用。家事无小事，家和万事兴，夫妻共同债务问题作为家事法的重要实务问题，伴随着社会财产制度的变化，不断呈现着新的情况。夫妻共同债务推定是婚姻家庭法学界讨论的经典话题之一，并且，《民法典》重点明晰了夫妻财产关系，夫妻财产问题解决将得到进一步明确。

《民法典》确立日常家事代理权，使其成为夫妻共同债务的推定规则之一。日常家事代理权入法有利于推动婚姻家庭法回归民法典，使得民法体系更加完整，法制建设更加完善。本文以日常家事代理权为论证基础，结合比较法，对学界的观点进行总结分析，深刻探讨夫妻共同债务的推定模式与规则，并从现实问题中挖掘出日常家事代理权在夫妻共同债务问题纠纷解决中的价值。

一、日常家事代理权概述

日常家事代理权是配偶权制度的重要内容之一，其不同于一般代理权，其建立的基础是家庭关系[1]。日常家事代理权制度并没有在我国现行的《婚姻法》等法律中有直接的明文规定，仅仅只能从各条款中提炼出日常家事代理权的影子。通说认为，最高人民法院于 2001 年出台的《关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释（一）》第 17 条[2]被视为我国婚姻法对家事代理权的规定，但该定义较为模糊，也并未对日常家事作出诠释。

（一）概念阐释

家事代理、日常家事代理都是学界讨论的热门词汇，显而易见，此二者有着明显的区别。顾名思义，日常家事代理的范围更小，其属于家事代理的一部分。日常家事代理关系基于夫妻之间的婚姻关系而产生，该代理成立的基础是法定夫妻婚姻关系，因此，日常家事代理是家庭内部的代理，与一般的民事代理有着很大区别。此外，有部分学者将日常家事代理的定义广义化，将日常家事代理定义为：在一个家庭共同生活中，家庭内的成员可以代理其他成员，与第三人为一定的法律行为，范围限于日

常家庭生活消费。但该观点并未得到广泛认可，因此，在这里我们仅讨论由法定夫妻关系而产生的，调整夫妻日常家事代理的法律权限——日常家事代理权。

日常家事代理权是规范日常家事代理的权限，是家事代理权的一部分。如前所述，“作为配偶权中的一项重要构成部分，它是指夫妻一方在因家庭日常生活事务，与第三人为一定的法律行为时，可以代理配偶他方。”[3]故而，日常家事代理权的权限行使逻辑为：夫妻一方与第三人为一定的民事行为，并且该行为的范围仅限于日常家庭事务，那么该行为被认定为夫妻双方共同的意思表示。在法律责任承担上，另一方必须承担由此产生的法律后果，需要承担连带法律责任。

1. 性质

（1）以身份关系为前提

双方享有日常家事代理权的前提必须是法定夫妻关系，也即，只有当夫妻身份关系确定时，配偶一方才可以代理另一方，双方才可以互为代理人。

需要注意的是，日常家事代理权不是身份行为的代理权，其行使不会使身份关系发生变动。身份行为是基于意思表示而发生身份关系变动效果的民事法律行为，例如结婚、离婚等。日常家事代理权的行使基础是以身份关系为前提的，即夫妻关系，双方才具有日常家事代理权，并且一方可以代理另一方与第三人为一定的法律行为，例如交易、娱乐等有关日常家事的行为，但其不能够代理另一方使身份关系发生变动。因此，日常家事代理权是可以被理解为其属于身份权的范畴，但该权限并不能代理另一方的身份行为。

（2）代理权法定且具有特殊性

首先，日常家事代理权是法定代理权。日常家事代理权的前提和基础是法定夫妻关系，法定夫妻关系基于法定婚姻产生，在日常家事上，互为配偶的一方代理另方是法定婚姻当然的效力。非由法定，自然不存在日常家事代理，更不可能有该权限。

其次，日常家事代理不同于一般的民事代理，二者具有明显的区别，正是基于这种区别，日常家事代理权具有特殊性。设立日常家事代理是为了实现夫妻间日常便捷，家庭生活便利。在法定夫妻身份关系成立后，日常家事代理权得以确立，配偶一方可以代理另一方为法律行为。代理人与被代理人的身份可以相互灵活转换，夫妻双方互相代理对方，互为代理人和被代理人，这与一般的民事代理具有明显的区别。

此外，日常家事代理权的代理范围仅局限于“日常家事”，其范围较普通民事代理更为狭窄。

（3）法律责任

夫妻一方在行使日常家事代理权时，只要与第三人在日常家事的范围内，不需要征得另一方的同意与许可，即不需要另一方的授权就可以使该法律行为成立。从法律责任的角度上分析，该行为成立后所产生法律责任，另一方需对其承担连带责任。尽管日常家事代理具有特殊性，但其仍是代理的一种，权限行使也需要符合代理权行使的逻辑。在代理关系中，代理人在以被代理人的名义实施民事法律行为时，被代理人需承担连带责任。

2. 范围

日常家事代理权的行使范围仅仅局限于日常家事。我国目前的家事法律并没有直接规定夫妻日常家事的具体范围，但根据学界对于日常家事的理解，争议并不大，主要是以下几个方面：

①家庭必要日用品的购买；②家庭所需的医疗服务购买；③家庭的文体娱乐支出；④子女的教育支出和家庭成员的个人发展支出；⑤限于家庭的雇工决定，如家政等；⑥必要的人情往来，如红包、接受别人馈赠等。

3. 价值

（1）内部：夫妻双方利益的平衡

婚姻造就家庭，双方基于法定婚姻形成法定夫妻关系，夫妻关系包括夫妻身份关系与夫妻财产关系。日常家事代理权从夫妻关系中来，又调整夫妻关系。它规定了在日常家事上，夫妻一方与第三人为一定法律行为时可以代理另一方。从人格权角度看，过去的婚姻法立法主要从家庭本位主义出发，随着社会的不断变化，家庭中的个人利益均衡化逐渐被关注。日常家事代理权实际上是一种赋权，它赋予夫妻双方可以在日常家庭事务范围内代理另一方的权限，促进了家庭生活的便捷，亦是对夫妻双方的利益进行平衡。

（2）外部：具有促进交易顺畅又保护交易安全功能

日常家事代理权制度在提高交易效率与维护财产交易安全方面发挥了重要的作用。日常家事代理权会涉及与第三人进行财产交易，而正是有了该权限的赋权与法律责任承担划分，交易变得便捷。同时，在追究法律责任时，夫妻另一方，即非行为人也需要承担相应的连带责任，有利于保障第三人的利益。

此外，日常家事代理权还有利于保护善意第三人的利益。随着夫妻财产关系日渐多样化，家庭交易方式日趋复杂。在这种情况下，任何交易中的善意第三人的利益必须依法受到保护。这是现代民法精神的必然要求，亦是对有序的现代社会经济秩序作出的法律规制。

（二）法史视角与比较视角

从历史视角和比较法视角看我国日常家事代理权发展，有利于构建我国现代日常家事代理权制度。然而，我国古代的婚姻立法更多的关注点在男女平等上，逐步实现男女身份平等到男女财产平等，对于日常家事代理权此类现代民法权限，在我国古代立法史上并不常见。因此，在我国古代法制中并没有日常家事代理权的特别的影子。

日常家事代理权制度是大陆法系国家的家事法传统制度之一，起源于古罗马。如今，大陆法系各国的民事立法借鉴罗马法，在罗马法所规定的日常家事代理权制度的法律规范基础上进行继承与发展。

1. 日常家事代理权在我国历史上的演进

我国立法上最早的日常家事代理权制度可以追溯到清末，1911 年“大清民律草案”第 1355 条规定，“妻于寻常家事，视为夫之代理人。”[4]

南京国民政府制定的《民法亲属编》将夫妻财产制一分为二：法定财产制与约定财产制。在法定财产制方面对日常家事代理权有所规定，“联合财产之管理权，‘由夫管理’。妻对于夫之原有财产，于日常家务所定代理权限内，得处分之。”[5]

解放前，家庭财产的管理权在夫方，尽管法律在努力尝试，意图直接确立日常家事代理权制度，但并未成功，根本原因在于当时的夫妻关系是不平等的，因而，当时的日常家事代理权并不能做到男女双方权限平等：妻只能在日常家事上可以代理夫，并且在当时的环境下，妻的权限实际上并不存在。此外，夫能直接处分家庭财产，无论是否属于日常家事范畴。因此，当时的夫妻之间并不存在互为代理关系，日常家事代理权无法成功确立。

解放后，新中国完全实现了男女平等、夫妻平等，婚姻法明确规定了在共同财产方面，夫妻享有平等的财产处分权，这可以视为日常家事代理权写入《婚姻法》的萌芽。

随着法律的不断完善与发展，《婚姻法解释（一）》第 17 条基本被公认为是日常家事代理权的司法规定，明确了夫妻间的平等财产处理权的内涵。此外，《婚姻法》第 41 条中对夫妻共同债务的责任承担亦折射出日常家事代理权的影子——以“共同生活”为依据推定共同债务。后来，《婚姻法解释（二）》第 24 条[6]补充了夫妻共同债务推定的一个标准——以“婚内标准”作为推定依据，即在婚姻关系存续期间，夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，该债务应被认为共同债务。该解释实际

上与《婚姻法》第 41 条所确立的“共同生活标准”相矛盾的，是一种推翻，因而引起了学界与实务界的广泛讨论。2017 年，最高法发布《婚姻法解释二的补充规定》，对恶意情形进行补充，即夫妻一方与第三人恶意串通，损害夫妻另一方。2018 年 1 月，最高法发布的《夫妻共同债务司法解释》意味着日常家事代理权的最终明确。解释规定，基于日常家事代理产生的债务被推定为夫妻共同债务，超出日常生活所需或非因日常家事的债务不予推定为夫妻共同债务。

2. 比较法视角考量日常家事代理权

日常家事代理权制度起源于古罗马。随着时代的发展，各大法系对罗马法上的日常家事代理权规定进行了吸收与继承。《德国民法典》第 1357 条规定了婚姻一方均平等处理使家庭生活需求得到满足的事务[7]；《法国民法典》第 220 条规定，夫妻都有权单独订立合同来维持家庭日常生活，包括子女教育。在法律责任上，另一方要承担连带责任[8]。《瑞士民法典》第 166 条、《日本民法典》第 761 条等条款均是相应国家对日常家事代理权做出的法律规制。

值得一提的是，在英美法系中，同居关系亦适用家事代理，并不以法定夫妻关系为限定条件来限制日常家事代理权的身份适用。

二、夫妻共同债务之推定规则阐述

随着我国社会经济的发展，家庭结构、家庭状态、家庭观念以及家庭理财方式都出现了显著变化，夫妻共同债务的表现形式愈发多元化，这给夫妻共同债务的认定带来了更多的挑战。

（一）夫妻共同债务的概念简述

依据我国现行的法律制度，夫妻间的财产制度主要是夫妻共同财产制、约定财产制、夫妻法定个人特有财产制，其中，夫妻共同财产制是我国的法定财产制[9]。因而，夫妻共同债务要求双方承担清偿责任。

结合日常家事代理权看，我国目前主流观点认为，在婚姻关系存续期间内，因日常家事所负的债务，夫妻双方承担连带清偿责任。但也有学者认为，夫妻共同债务不是连带债务，其是建立在在夫妻财产共同共有关系下所产生的共同共有之债。

共同共有之债区别于连带债务和按份债务，其最大的特点就是债权人只能由全部债务人共同提出给付，每个共同共有债务人不需要单独向债权人给付，不需要单独承担全部债务再内部追偿，或按某一份额对债权人清偿。但从保护债权人的角度看，将夫妻共同债务的性质认定为此类共同共有之债不太妥当，容易造成债务人的推委和拖延，极易导致债权人的利益遭到损害，无法及时有效地获得保护。

（二）夫妻共同债务具体类型

夫妻共同债务的类型较为广泛，以生活和生产为划分方式对夫妻共同债务进行类型划分，主要可以分为因家庭日常生活而产生的债务、超出家庭日常生活范围而所负的但用于夫妻共同生活的债务、夫妻共同生产经营所负的债务。

（三）夫妻共同债务的推定模式[10]

夫妻共同财产既包括积极财产，亦包括消极财产，共同债务即属于消极财产的一种。《婚姻法》及其司法解释先后确立了三项夫妻共同债务的推定规则，又称推定模式。在三项推定模式下，我国夫妻共同债务推定趋于完善，但这三项模式又各有不足，需要进行一定程度上的改进。

1. 债务目的推定制

我国现行的《婚姻法》第 41 条对夫妻共同债务推定的债务目的推送规则做出了规定，“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。”根

据该条款，夫妻共同生活所负债务成为推定夫妻共同债务的依据之一，并且该条款还规定了夫妻需要承担共同债务的连带责任。以债务的使用目的为判断标准，是我国《婚姻法》一直以来坚持的标准。早在 1950 年，第一部《婚姻法》颁布时就体现了以目的推定夫妻共同债务的精神，1950 年版的《婚姻法》第 24 条对其做出了相关规定，“离婚时原为夫妻共同生活所负担的债务，以共同生活时所得财产偿还”。

2. 夫妻双方合意推定制

意思表示作为民事法律行为的核心要素，是私法自治的重要手段，婚姻尊重双方意思表示，因而我国夫妻财产制也十分重视夫妻双方的合意。1993 年，最高人民法院发布《关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》（以下简称《意见》），《意见》第 17 条[11]中明确提出了共同债务夫妻双方合意推定制。

在坚持债务目的推定制的基础上，第 17 条建设性地提出了双方合意推定制，是司法实践的客观需要，其中明确规定，“夫妻为共同生活或为履行抚养、赡养义务等所负债务，应认定为夫妻共同债务”，而在条款中亦明确规定了不能认定为夫妻共同债务的情形，就包括了：“①夫妻双方约定由个人负担的债务，但以逃避债务为目的的除外；②一方未经对方同意，擅自资助与其没有抚养义务的亲朋所负的债务；③一方未经对方同意，独自筹资从事经营活动，其收入确未用于共同生活所负的债务。”通过上述条款，不难看出夫妻共同债务认定依赖于双方合意。据此，在婚姻关系存续期间，即使不是为日常生活，在不逃避债务的基础上，夫妻双方达成合意所负担的债务，均可推定为夫妻共同债务。因而，夫妻共同债务的推定模式采用双重模式，也即债务目的推定制与夫妻双方合意推定制。

3. 财产利益分享推定制[12]

《婚姻法解释（二）》对财产利益分享推定制做出了相关规定。只要夫妻一方在举债后，债务带来了利益且夫妻双方共享了该利益，无论双方就举债上是否达成了合意，该债务仍可以被推定为夫妻共同债务。根据婚姻关系节点，该类债务可以分为婚前债务和婚姻存续期间债务。

婚前，夫妻一方以个人名义举债，但在婚后，该债务被用于双方共同生活，则该债务被推定为夫妻共同债务。婚后，夫妻一方以个人名义或者夫妻双方的共同名义举债，如果另一方从该笔债务中分享了债务所带来的利益，也应当被推定为夫妻共同债务。当然，夫妻一方可以就以下理由提出抗辩：①若夫妻财产制是约定财产制，对于婚姻存续期间的财产，按照双方约定履行，第三人明确知道该约定；②夫妻中举债方与债权人借债时，明确约定该笔债务为个人债务，与非举债方无关，并且非举债方有明确的证据证明。财产利益分享推定制的基础实际上是夫妻日常家事代理权，并将该权利扩大化，扩大至家事代理的范畴。但是，家事代理并未直接写入法律，该模式的法律基础并不恰当。此外，该推定模式一定程度上过分地保护了债权人的利益，而忽略了夫妻非举债一方的利益，因此饱受争议。

2018 年，最高人民法院出台《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》，该解释是对财产利益分享推定制的完善，是对原有标准的细化，为解决实务问题起到了较为有效的作用。但学者认为，该解释并未根本解决推定模式的基础适用问题。

三、基于日常家事代理权的夫妻共同债务推定的困境

日常家事代理权作为大陆法系古老的制度之一，延续至今得到完善。由于我国民法体系仍在建设，在日常家事代理权制度上还有很长一段路要走。尽管《婚姻法解释（一）》第 17 条被认为是日常家事代理权制度的规定，但模糊不明确的立法，给当下基于日常家事代理权制度的夫妻共同债务推定

带来了一定程度上的困难，下面将以《婚姻法解释（二）》第 24 条为例进行阐述。

《婚姻法解释（二）》第 24 条规定了婚姻关系存续期间一方以个人名义所负债务应当属于夫妻共同债务。其基础是日常家事代理权制度，并且是推定夫妻共同债务的重要条款。《婚姻法解释(二)》第 24 条的立法侧重于对债权人的保护，是为了避免债权人的利益遭到损害。本条款的内涵是：在婚姻关系存续期间，只要是夫妻一方所负债务，即使与夫妻非举债方无关，那么该债务也应当推定为夫妻共同债务。条款规定了除外情况，例如虚假债务、非法债务、非举债方能够证明举债方与债权人明确约定为个人所负的债务等。但无论在理论研究领域还是实务领域，该条款争议较大。由于本条款过度保护债权人，忽略了非举债方的利益，导致夫妻债务过多，可能破坏交易安全。有学者就解释颁布后的案件情况进行研究，从实务角度对第 24 条的价值进行分析。

学者进行研究发现，自解释颁布后，适用该条款的案件数量呈现爆炸性增长。

年度	共同债务（份）	百分比	个人债务（份）	百分比	共同债务 / 个人债务（份）	百分比	总数（份）
2004～2011	68	87.18%	9	11.54%	1	1.28%	78
2012	83	90.22%	5	5.43%	4	4.35%	92
2013	344	87.31%	48	12.18%	2	0.51%	394
2014	1 310	91.10%	113	7.86%	15	1.04%	1 438
2015	1 215	88.56%	135	9.84%	22	1.60%	1 372
2016	1 398	87.10%	189	11.78%	18	1.12%	1 605
共计	4 418	88.73%	499	10.02%	62	1.25%	4 979

年度判决书数量变化表[13]

观察上表不难发现，每年判决将债务认定为个人债务的比例持续位于低位，而下表对于判决书的来源法院与结案审级更是印证了上诉率与再审率的增长，或能佐证非举债方对于此类判决是持不满态度的。

法院层级	数量(份)	审判程序	数量(份)
基层法院	3 715	一审	3 762
中级法院	1 240	二审	1 158
高级法院	24	再审	59
中院、高院判决百分比	25.39%	二审、再审结案率	24.44%

判决书的来源法院与结案审级[14]

基于学者对于数据的统计，我们不难提出疑问：《婚姻法解释（二）》第 24 条是否真的能够有效解决夫妻共同债务问题？由该条款引发的日常家事代理权的定位又是怎样的？不得不说，当前我国夫妻债务推定规则的确具有一定的困境。

（一）举债方：恶意举债

第 24 条颁布后，债权人的权益保障可谓是得到了前所未有的加强，夫妻一方依法承担连带责任向债权人清偿债务，看似有力地保护了债权人的利益，避免举债人逃避债务而造成债权人利益受损，维护了交易安全。实际上，此规定最终反而不利于债务清偿，破坏了交易秩序。

日常家事代理权理论首先需要界定代理范围，而第 24 条虽依托该理论基础，却并未注意该理论的内涵，直接一刀切，将夫妻婚姻关系存续期间一方所借债务推定为夫妻共同债务(特殊情况除外)，这是违背了日常家事代理范围的。

故而，由于该规定的一刀切，夫妻间虚假债务反而增多。夫妻一方恶意举债，债权人借债前根本无法查清事实，非举债方亦无从得知，并且无法有充分证据证明本债为举债方个人私债，反倒无辜承担了不必要的债务，实是冤枉。

（二）非举债方：法律上的捆绑与证明极限的困难

通过司法解释，举债方与非举债方形成了一种捆绑关系，即一方举债，另一方亦对该债务负连带清偿义务。由于日常家事代理权与夫妻共同债务推定规则适用关系本就具有较大争议，再加上司法实践中，夫妻共同债务推定规则被广泛地适用于在婚姻关系存续期间，夫妻一方以个人名义所负担的债务，另一方亦需承担责任。这对非举债方无疑是不公平的，给其造成了巨大的债务风险，即便举债方与非举债方是法定夫妻，但倘若举债方恶意与债权人串通，这对非举债方是非常不利的，给本与债务毫无关联的非举债方形成桎梏。

第 24 条规定的除外情形中包含了一项证明责

任，只要非举债方有证据能够证明债权人与举债方明确约定为个人债务，与其无关，或者能够证明第三人债权人知道该夫妻双方实行约定财产制。这几乎是非举债方无法完成证明的情形。试想，在举债时，尽管举债方以个人名义负债，但其本就有家庭为隐性依靠，又岂会去重点强调所借的债务性质为个人债务。

同时，债权人在借债时，家庭情况本就是其借债考量因素之一，举债方家庭完整，债权人自然减少了一分借债的顾虑。债权人借债前无权调查他人家庭，从伦理性看，过多地了解家庭隐私并不是我国社会认可的做法，因而，举债方往往是债权人的信息来源。所以，即便夫妻间实行约定财产制，若举债方恶意隐瞒真相，债权人自然无从得知，非举债方无法完成证明。

因此，不合理的证明只会导致非举债方陷入无尽的困扰之中。近乎不可能的证明极限，形成了对债权人的强力保护网，却忽略了善意非举债方的权益，这显然容易造成非举债方的不满，法律反而使得公民怨声载道，是对公平公正的破坏，是民法保护精神的违背。

（三）第三人：难以实现的“注意义务”

注意义务是债权人在借债前必须履行的谨慎义务，它包括对举债方日常支出的注意、对举债方债务用途的注意、对举债方债务承担能力的注意等等。在现行法律体系下，并没有任何一项规则明确第三人的注意义务的内容。因而，如何判定第三人是否履行注意义务？其履行义务的过程是否符合要求？都无法从任何一项规则中得以确定，发生纠纷时，注意义务的履行亦是争议焦点。

对于家事债务而言，第三人承担的注意义务其实是远比其他类型债务要重的。公司债务尚且有公示信息可查，家庭信息又何从查询？如前所述，债权人了解他人家庭关系，往往来源还是举债方。例如，债权人会要求举债方出示结婚证、银行存款证明等来对举债方的债务负担能力进行评价，但这些信息或者证明均要经由举债方告知债权人，这其中很有可能出现举债方恶意的情况，第三人真的很难实现注意义务。

中国社会本就讲究伦理良俗，且近年来我国公民的隐私权得到了较强的保护，第三人在履行注意义务时很难把握住了解举债方相关信息的尺度。尺度大了，抑或会受到人情谴责或逾越隐私权的红线；尺度小了，难以尽到注意义务，一旦借债，对方无法清偿，本人利益受损。尽管第 24 条过分偏爱债权人，但债权人在当前的社会背景下，依然处于一个较难的处境。即使法院依法最终做出正确的裁判，将该笔债务性质认定为夫妻共同债务，但非举债方坚持自我的正义性，债权人讨要无果甚至遭受人情谴责，或者强制执行困难，最终债务清偿依旧无果。

（四）审判实务部门：审判难与执行难

当下，对于夫妻共同债务举证责任分配中，既有债权人承担举证责任的情况，也有夫妻一方承担举证责任的情况[15]。在第 24 条的规则下，对于非举债方而言，如前文所述，证明责任是相当困难的；对于债权人而言，其承担的举证责任又较为轻松。2018 年，最高法颁布《夫妻共同债务司法解释》后，一部分的证明责任匀至债权人处，并且明确了日常家事这一范围。该解释第二条规定夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务被推定为夫妻共同债务，第三条都规定债权人能够证明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用于夫妻共同生活的，仍可推定为夫妻共同债务。可以说，《夫妻共同债务司法解释》真正从日常家事代理权入手，对夫妻共同债务进行了一定考量，避免了以前一刀切的局面。但是，对于审判实务部门而言，坚持夫妻共同债务的推定规则，则会倾向于由非举债方承担举证责任，审判实务部门只能根据非举债方的证据进行审判，这也从某种程度上说明，现阶段较为不合理的证明责任，极易导致非举债方的不满，亦不利于法律的公平。

对于法院而言，执行难有两难，一是执行标准不确定从而不好执行，二是被执行人始终不配合不便执行。首先，关于执行标准的问题。实践中，债权人会以法院判决直接向法院申请强制执行，部分法院直接引用《婚姻法解释（二）》第 24 条作为执行标准，把未参加诉讼的非举债方直接追加为被执行人，这显然是不合适的。“当时制定这个司法解释本身就是司法审判的裁判标准，夫妻共同债务的认定只能在审判阶段不能在执行阶段。”[16]其次，关于被执行人不配合的问题。尽管被执行人不配合应当依据法律要求其履行义务，但法律的温度应该倒逼我们思考是否因为法律本身的缺陷导致被执行人不配合。由于第 24 条的一刀切，许多非举债方无辜“被负债”，尽管判决依法有效，但非举债方始终不配合，反而降低了司法公信力。

四、从日常家事代理权角度重构夫妻共同债务的推定

如前文所述，当下夫妻共同债务推定模式有着不同程度上的缺陷，但笔者认为，推定模式的缺陷根本在于当前我国日常家事代理权的制度规定不成熟。可以说，要想优化我国夫妻共同债务的推定模式，完善日常家事代理权制度是弥补现有缺陷的一剂良药，确定具体的日常家事代理权，可以直接从性质上确定夫妻共同债务。《民法典》已将日常家事代理权载入，这是我国法律在解决夫妻财产问题上的一大进步。对于在法律中明确日常家事代理权早已广泛地为学界与实务界所讨论，但要想实现日常家事代理权发挥有效作用，必须紧紧围绕其内涵出发，充分考虑适用与超出适用的各种情形。

（一）日常家事代理权入法，充分肯定其性质

日常家事代理权是基于日常家事代理而产生的权限，其基础是日常家事代理。在法律上明确规定该权限，就务必确定该代理是法定代理且是一种特殊代理，这在前文已经阐述。坚持法定代理原则与特殊代理原则，才能有效地发挥日常家事代理权的作用。

此外，日常家事代理权的设立初衷是便于整个家庭的生活，维持夫妻的共同生活，便于夫妻履行抚养或赡养义务等，其并不是以保护债权人为目的，因此，在立法时，更需要避免出现如《婚姻法解释（二）》第 24 条——过分保护债权人利益的问题。明确日常家事代理权的定位：日常家事代理权服务家庭生活，是为家事而设，这也是其重要的内涵。

立法时，需要对代理人、生活状态、限制性、除外情况等因素进行充分考量。

（二）界定日常家事的范围

日常家事代理权制度最重要的是需要界定日常家事这一范围，即日常家庭生活事务。什么样的事务可以满足日常家事的定义？在域外立法中，法国将日常家事的范围限定于“旨在维持家庭生活与教育子女”的事项，德国立法限定其为“与家庭的消费行为密切相关的行为”，包括了子女教育、为家庭成员购买生活用品、休闲娱乐等于家庭生活有关的费用。可以看出，相较于我国，域外立法较为详细地规定了日常家事的事项。我国目前仅有相关条文，即《夫妻共同债务司法解释》第二条、第三条，却并没有界定标准，这导致实务中对是否超出日常生活标准的认定较为困难。

如果不将日常家事的范围明晰，靠边缘化、模糊化的定义来解决夫妻共同债务问题，完全不符合法律定分止争的功能，背离了法律实行的初衷。因此，细化日常家事范围是立法的重要抓手。

值得讨论的是，用于家庭日常生产、经营的债务是否属于因日常家事所负债务的范畴？是否可以被推定为夫妻共同债务？根据目前的夫妻共同债务推定规则，利益分享推定制显然突出了，如果夫妻分享了该债务所带来的利益，其必须承担清偿责任，也即该债务属于夫妻共同债务。在立法中，界定清楚日常家事的范围，包括日常生活与家庭日常的生产、经营等事项，有利于厘清范围，解决争议。

（三）证明责任

1．谁举证

对于非举债方而言，承担一定的证明义务是必须的。但在《婚姻法解释（二）》的规则下，对非举债方的证明要求过高，往往不能实现其证明结果。《夫妻共同债务司法解释》出台后，实质上还是没有改变非举债方的证明责任。其实，在民间借贷中，夫妻双方的财产确实足以清偿债务，也就是说，一般的借贷很少会极不合理地超过日常生活的标准。因而，证明责任还是落在了非举债方，证明事项也并未发生变更，这对于非举债方的证明要求真的过高了。但如果适用举证倒置规则，即举债方证明该债务是夫妻共同债务，对非举债方无异于是雪上加霜。

对于债权人而言，《婚姻法解释（二）》第 24 条为债权人创造了极舒适的证明责任，但随后的《夫妻共同债务司法解释》虽然一定程度上改变了过去偏爱债权人的状况，却也并未对债权人的举证责任发生特别大的实质变化，仅仅是在超出日常生活部分增加了一项证明责任。归根结底来看，还是需要对于双方的举证责任进行调整。

2．对非举债方和第三人利益平衡

证明责任是协调非举债方和第三人利益的关键一环。从某种程度上说，非举债方和第三人都是“善良的无辜者”，非举债方不能无缘无故被负债，第三人不能讨不回债。因此，法律不能偏爱哪一方，应当在双方之间做出利益协调。对于非举债方而言，界定日常家事代理权的范围，重构其不可能实现的证明事项是改良出路。对于第三人而言，第三人前提是善意的，需要履行一定的注意义务，遵守交易规则，我国法律当规定注意义务包括哪些，赋予债权人证明自己已履行注意义务的责任。

五、情与法的思考

（一）伦理思考

从伦理角度与社会人情上看，任何人都不愿意承担不属于自己的责任。在夫妻共同债务的认定中，夫妻任何一方都不愿意承担超出自己责任的债务，甚至有一方恶意举债，让另一方清偿的行为出现。

夫妻作为家庭关系的一个整体，必然负担着家庭责任。我国自古以来重视家庭观念，只要是家庭一份子，都应当对家庭负责。因而，夫妻共同债务是夫妻共同体的一项重要内容。夫妻间容易发生债务纠纷往往处在离婚时的财产分割，夫妻一方根本不知道另一方举债，却无缘无故负债，这对于一个普通人而言往往是想不通的，仅仅只是因为原来的配偶负债，就要使整个家庭成员承担无辜的责任，这在现代立法中是不值得肯定的。但对于债权人而言，借债时凭借对举债方本人与其家庭的信任借债，最后也只能向其家庭成员主张权利，导致非举债方和债权人都陷入无奈的境地。权衡人情与利益后，最初的法律选择了偏爱债权人，于是便有了《婚姻法解释（二）》第 24 条的诞生。

随着我国社会的发展，个人观念越来越强，传统的家庭一体化观念正被打破，法律不断关注个人利益。《夫妻共同债务司法解释》颁布后，债权人负担了一定的证明责任。法律的发展必然是朝着日常家事代理权规则推定夫妻共同债务的方向发展，因而，在制定与修改的过程中，在强调我国传统家庭一体观时，也要关注个人利益。

（二）社会交易秩序思考

任何无辜的人都不希望自己被冠以不必要的恶名，例如欠债、杀人等，自古以来，我国就有“欠债还钱，天经地义”的说法。可以说，欠债是一种极不符合公序良俗，又严重违背诚信原则的行为。但实际生活中，欠债者比比皆是，逃避债务或者恶意举债案件频发，债权人的利益往往很难得到保护。

夫妻日常家事代理权的设立，在便捷夫妻生活的同时，也赋予了夫妻一定的责任，即连带责任。且“夫妻之间关于日常家事代理权的限制性约定不能对抗善意第三人”，[17]这是对交易便捷的考量，

也是对交易秩序的有力维护。

注释

[1]张盛世，舒雯："日常家事代理权及其相关法律问题探微"，《法律适用》2009 年第 7 期，第 48-50 页。

[2]《最高人民法院关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释（一）》第十七条规定，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。

[3]史浩明："论夫妻日常家事代理权"，《政治与法律》2005 年第 3 期，第 47-52 页。

[4]王战涛："日常家事代理之批判"，《法学家》2019 年第 3 期，第 138-153+195 页。

[5]张希坡：中国婚姻立法史，第 89-90+448-450 页。

[6]《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 24 条规定，债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务，或者能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定情形的除外。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。

[7]杨振宏："《民法典》总则增加家事代理制度的立法建议"，《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2016 年第 37 卷第 6 期，第 87-96 页。

[8]同上。

[9]夏吟兰主编：《婚姻家庭继承法》，中国政法大学出版社 2012 年版，第 102 页。

[10]夏吟兰："我国夫妻共同债务推定规则之检讨"，《西南政法大学学报》2011 年第 13 卷第 1 期，第 30-34 页。

[11]《关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》第十七条规定，夫妻为共同生活或为履行抚养、赡养义务等所负债务，应认定为夫妻共同债务，离婚时应当以夫妻共同财产清偿。下列债务不能认定为夫妻共同债务，应由一方以个人财产清偿：

（1）夫妻双方约定由个人负担的债务，但以逃避债务为目的的除外。

（2）一方未经对方同意，擅自资助与其没有抚养义务的亲朋所负的债务。

（3）一方未经对方同意，独自筹资从事经营活动，其收入确未用于共同生活所负的债务。

（4）其他应由个人承担的债务。

[12]《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)》第二十三条规定，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。同本解释第二十四条一道共同确立了利益分享推定制。

[13]叶名怡："《婚姻法解释(二)》第 24 条废除论——基于相关统计数据的实证分析"，《法学》2017 年第 6 期，第 28-44 页。本文所依据的样本数据来源于"中国裁判文书网"，以关键词"关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释(二)二十四条"＋"《婚姻法》第四十一条"进行"全文检索"，以"2004 年 1 月 1 日至 2016 年 12 月 31 日"为检索期间，共获得 4979 份民事判决书，其中认定为共同债务的判决共 4418 份，认定为个人债务的判决共 499 份，认定部分为共同债务、部分为个人债务的判决共 62 份。

[14]同上。

[15]吴经纬："家事审判中夫妻共同债务清偿理论与举证责任辨析——兼议《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》"，载陈苇、王中伟主编：《中国民法典编撰视野下家事审判改革暨家事法修改研究》，中国人民公安大学出版社 2019 年版，第 144-149 页。

[16]全国政协委员杜万华：今年百家法院试点家事审判改革。http://news.cctv.com/2016/03/04/ARTIP2tuzWh91vqoU45M3XZ1160304.shtml.

[17]熊玉梅："论交易安全视野下的夫妻日常家事代理权"，《法学杂志》2011 年第 32 卷第 3 卷，第 90-93 页。

撰稿丨桂飞翔

排版丨黄陈凤

（二）法官视点

离婚分房，父亲 diss 孩子买房没贡献 | 至正 • 论案

2020-10-15 上海二中法院 张煜
https://mp.weixin.qq.com/s/wRtiia-i1qV84-FgOJzBhA

本期执笔：张煜
民庭法官助理
同济大学法律硕士

房价高启的今天，父母为年幼的子女早早购置房产以备将来早已不是新鲜事了，但父母的感情破裂后，这套曾经充满爱意的房子又如何为子女遮风挡雨呢？

夫妻关系存续期间购置不动产，将未成年子女登记为共同产权人，夫妻离婚时，子女的份额应如何认定？

案 情

姚某与胡某原为夫妻，育有一子。夫妻二人及儿子名下有一套共有房屋，购买时儿子尚未成年。后二人经法院判决离婚。

姚某向一审法院起诉，认为儿子对购买房屋没有贡献，要求确认儿子应享有涉案房屋不超过 10% 的份额。

一审裁判

一审法院认为，涉案房屋产权登记信息中明确产权系三人共同共有，在各权利人就房屋产权份额未做其他约定的情形下，应依法认定三位权利人对涉案房屋依法享有之产权份额均为三分之一。故判决姚某对房屋享有三分之一产权份额。

姚某对一审判决不服，上诉于上海二中院。

二审裁判

上海二中院认为，本案争议焦点主要在于如何确定儿子享有的产权份额。涉案房屋虽登记于三人名下，但其时儿子尚未成年，亦无任何经济来源，未对涉案房屋实际出资，购房款均由姚某、胡某负担，而共有财产在分割时应充分考虑各共有人的贡献大小，故儿子应适当少分。

考虑到姚某在婚姻中存在过错，胡某应当适当多分。鉴于胡某与儿子明确表示两人共同份额不做分割，故法院认为，姚某享有涉案房屋三分之一产权份额，另三分之二份额由胡某、儿子共同共有。

综上，上海二中院判决驳回上诉，维持原判。

评 析

1 无约定即共同共有

《上海市高级人民法院关于审理婚姻家庭纠纷若干问题的意见》第十二条规定，夫妻双方婚后共同出资购买的产权房，无论登记为夫妻双方或一方，均为夫妻共同财产。若产权登记中有子女，则为夫妻双方与子女共同所有。在户权登记中未约定按份共有的，应认定共同共有。

本案中，涉案房屋未约定按份共有，故应认定为共同共有，且不以物权登记时子女是否成年为衡量标准。

2 未成年子女应适当少分

既然认定为共同共有，未成年子女是否与父母享有相同的产权份额呢？答案是否定的。

在审判实务中，一般法院考虑到未成年子女无经济来源，未实际出资，也不承担还贷义务，对不动产的取得缺乏贡献，故在分割时会按实际情况酌

情调整未成年子女所得的比例。

本案中，儿子为无经济来源的未成年人，其份额应适当减少，而鉴于姚某在婚姻中存在过错，胡某作为婚姻中的无过错方应当多分，故法院酌情认定姚某享有三分之一产权份额。这也符合保护妇女、儿童权益的立法原意。

3 按份共有约定要明确

夫妻关系存续期间，父母购房时产权登记加上未成年子女名字，是父母对子女的拳拳爱意，通常视为对子女的赠与。

为避免夫妻感情破裂时对未成年子女产权份额产生争议，在产权登记时可采取按份共有的方式明确未成年子女享有的产权份额，此时需注意的是，按份共有时未成年子女享有的产权份额不得低于共同共有下可获得的份额。

法理易断，亲缘难舍。别为了房子，舍了与子女的情分。

女子病重留遗嘱，巨额遗产继承难？法院诉前解纠纷！

2020-10-20 东莞市第三人民法院 三院小编

https://mp.weixin.qq.com/s/oNsoDzidfq3Bg9IMkKdL6w

导 读

当事人向法官赠送锦旗▲

今年年初，居住在横沥镇的郭女士病重过世，留下巨额财产待处理，虽其生前已自书遗嘱，但由于病情原因未能进行公证，而继承人又分散在香港和内地各地，让本来简单的遗产分配困难重重，最后只好通过法律途径解决。

对此，我院灵活运用诉调对接机制，引导各方当事人通过诉前调解解决，并采取线上调解的方式，为香港籍当事人提供便利，在当事人只跑一趟的情况下圆满化解纠纷。

重病过世留遗产分配过户继承难

今年 2 月，郭女士因病在东莞市横沥镇去世，身后留下房产 10 处、汽车 2 辆、保单 2 份、股权 5 处、珠宝玉器 72 件、数十万银行存款及对外债权近两百万待处理。

郭女士的第一顺位继承人有其一子两女(均未成年）及其母亲。去年病中，郭女士就已自书三份遗嘱，对上述大部分财产进行了分配，但由于去年年底病情急转直下，在香港接受治疗的她无法处理公证事宜，因此并未进行遗嘱公证。

因其遗产多为房产，又分布在河北、江苏、广东等多地，根据各地房管部门的规定，需要所有第一顺位继承人到当地公证部门进行公证才能办理过户手续，而郭女士的子女和母亲分别居住在香港、湖北、江苏等地，其中其母亲年迈，无法随同各继承人奔波各地办理公证手续。无奈之下，郭女士其中两名子女的父亲于今年 5 月将其他继承人起诉至法院，以期通过法律途径解决问题。

线上线下齐商议法院诉前解纠纷

基于本案的特殊性，我院民四庭柯金玲法官收案后，第一时间联系各方当事人详细了解案件情况。在沟通过程中，各继承人均表态愿意按照遗嘱内容执行。

考虑到该继承纠纷涉及遗产数额较大、种类繁多，当事人又分散各地，其中郭女士的大儿子、大女儿及两孩子生父身处香港，疫情期间往来内地不便，且各方当事人对遗嘱中的遗产分配并不存在太大争议，柯金玲法官积极引导各方当事人通过诉前调解解决纠纷，并采取线上调解的方式，指导各方当事人敲定调解方案。

针对郭女士担心三个小孩继承巨额财产时尚未成年，恐两生父对财产做出不利处分，故在遗嘱中指定自己的两个姐姐作为“指定监护人”这一情况，虽据法律规定，三小孩的两生父均为法定监护人可行使监护权，无法再行指定监护人，但为了尊重被继承人的意愿及满足当事人的调解需求，柯金玲法官和调解员在耐心释法的同时，还提议可分别将郭女士的大姐、二姐列为第一、第二顺位财产监管人，凡是基于三孩子的教育、医疗等利益，需处置其名下遗产时，两法定监护人均需向财产监管人提交书面申请，并将此写进调解协议，既与原定法定监护人权利不产生冲突，又能消除各方顾虑，得到了当事人的一致认同，使调解得以顺利推进。

各方在核对证据原件▲（图略）

上月底，各方当事人及其委托诉讼代理人一齐来到我院调解室，在认真核对 21 份证据原件后，共同签署了调解协议。困扰各继承人多时的问题终于得以解决，这宗继承纠纷在当事人只跑一趟的情况下便得到圆满化解。

“调处得当，维护未成年人权益，解疑周到，化解纠纷于未然时。”调解成功后，各继承人对柯金玲法官赠送锦旗，表示衷心感谢。

来源|东莞市第三人民法院

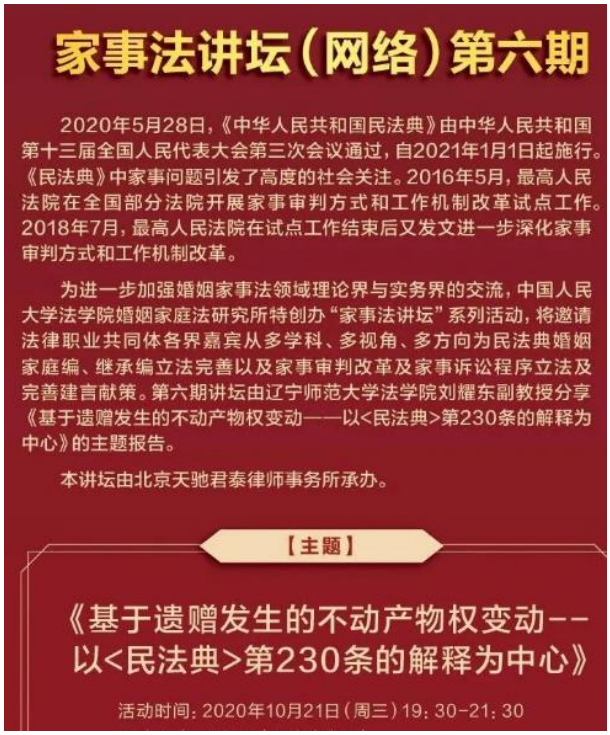
通讯员|钟紫薇

责编|李奕缘

滕威||关于受遗赠能否发生物权变动的若干问题——家事法讲坛与谈内容概要

2020-10-22 故乡老树

https://mp.weixin.qq.com/s/TCGgvjnncmY40ehIfe-7Wg



各位学者、各位法律实务工作者：

大家晚上好！首先感谢家事法讲坛的邀请！我发现“基于遗赠发生的不动产物权变动”这个问题，非常有意思。原本在条文字面理解或司法实务层面上并没有较大波动的问题，一旦回归到法学理论层面，竟然出现了各种各样的解读或解释。在今天这个有限的时间内，我想与大家交流以下四个问题：

一、遗嘱继承与受遗赠的不动产物权变动。

按照我们对遗赠概念的朴素理解，就是被继承人用遗嘱方式将自己的财产赠给法定继承人以外的人（包括公民与法人），在遗赠人死亡后发生法律效力的行为。有学者提出：这个“死亡后生效”，并不完全适合于遗赠，这个效力只具有使受遗赠人取得了受遗赠权，只是具有债权请求权效力，遗赠物的所有权仍须办理登记，才能发生物权转移。

我也曾抱着学习的态度，试图对这个观点进行理解接受，但我还是没能做到，觉得这样的解读会在实践中产生一些问题。我仍然认为，遗赠虽然是遗赠人生前作出的意思表示，但遗赠人死亡事件一旦发生，则遗赠标的物即发生物权变动，并不需要依赖于登记，只不过这种变动后的物权在遗产未清算、未分割之前还处于一种继承人、遗嘱继承人、受遗赠人共有的状态而已。我坚持认为，因遗赠取得物权的，并不适用物权变动的一般原则，并不以登记为变动生效要件，它与法律文书、征收决定、合法建筑等一样，都是可以直接取得物权的，其取得方式，属于《民法典》物权编第一分编的“通则”里的“物权设立的其他方式”。

那么进一步的问题就来了，如果遗赠与继承同样可以发生物权变动，那《民法典》第 230 条为何要删除《物权法》第 29 条中的“受遗赠”呢？我也发现一些学者对这个问题特感兴趣，并寻找出许多国家与地区的立法例，试图将这个立法变化归置到不同的立法模式中。但在我看来，《民法典》第 230 条中的“继承”二字，就包括法定继承、遗嘱继承、遗赠扶养协议（第 1123 条），只要对其进行广义理解或作扩大解释就可以了。

作为法官，我还关注到这样解释的社会效应，就是可以避免出现遗产在遗赠人死亡到登记期间的无主现象，避免不必要的物权纠纷。有人可能会说不存在无主的情形，因为这段时间是暂归继承人或遗嘱继承人所有的呀，一旦受遗赠人接受了遗赠，其接受的效力是具有溯及力的呀。其实这个时候已经出现矛盾了：如果被继承人死亡时，受遗赠人不享有物权，那他就连共有人都不是，那么他将来接受遗赠后的物权，就得从继承人或遗嘱继承人处变动取得，这也意味着，承诺接受遗赠的效力并不溯及到遗赠人死亡时，不仅有违法理，而且在实践中也容易引发纠纷。比如在这段时间内，继承人、遗嘱继承人处分了遗赠物怎么办？因继承人自己的债务被法院查封了遗赠财产怎么办？这都是很容易引发与受遗赠人之间物权纠纷的。所以说，将受遗赠权定性为债权请求权是不合适的，应当对受遗赠人采取物权上的保护而不是债权保护，才可能会减少纠纷。我赞同最高法院对《民法典》第 230 条的解读，删除《物权法》第 29 条中的“受遗赠”，

就是因为“继承开始”与“受遗赠开始”的内容有所重复，并不是什么法定继承、遗嘱继承与遗赠在许多方面存有不同。遗赠与遗嘱继承，除了主体身份不同外，没什么不同的。

二、我国《民法典》中是否存在概括遗赠

有学者基于遗赠只具有债权效力的观点，认为我国继承法律制度中是不承认概括遗赠的，遗赠人仅享有权利而不负担义务，并认为遗赠不能产生物权变动效果，否则就可能发生遗赠人用受遗赠物清偿遗赠人所欠债务与税款的问题，与遗赠的性质不符。如果按照这个逻辑，遗嘱继承也会出现这样的情况。事实上，我国的遗嘱继承与遗赠只是以接受遗产的主体是否为法定继承人为标准进行划分的，这样划分本身与用死者遗产清偿死者遗留债务，并无本质不同。无论是继承人、遗嘱继承人，还是受遗赠人都负有用死者遗产清偿死者生前债务的义务，只不过在清偿的阶段性或顺序比例方面，要有所规制。

我本人并不赞同那种否定概括遗赠的观点，因为一味强调所遗赠的必须是积极的财产利益而非权利义务的混合，其实是一种很不现实的。表面上看，接受遗赠人必须要获得财产利益才能属于遗赠，而实际上，如果所接受的遗产权利大于财产义务，为什么不可以？我国《合同法》历来都有债权债务的概括转移制度，那么遗产与债务怎么就不能概括转移呢？相比之下应当是更加可以。司法实践中，就有遗赠企业的，所遗赠者，不仅有企业固定资产（包括不动产），也有债权，也有债务，受遗赠人都接受了，因为结算下来，资产与债权明显大于债务，怎么就不可以呢？不先清偿债务就一定会损害遗产债权人利益吗？为何一定要坚持受遗赠人必须只能接受积极遗产利益呢？如果受遗赠人单纯地只接受积极遗产利益，当然是最好了，而且还是遗赠制度所要的一种理想状态，但问题是，把这种理想状态作为必须要遵循的规则，就显得不接地气了，因为它违反了普通公民的一般认知和处事原则，实践中也很难做到。

三、受遗赠人接受遗赠却未能清偿债务的责任性质

在概括遗赠当中，还存在一个问题，就是一旦受遗赠人接受了遗赠而未能清偿债务，将承担什么性质的责任？有学者基于自己理论逻辑，将受遗赠人清偿遗产债务的性质，解释为“不当受领返还义务”，我觉得过于牵强。对于遗产债务，受遗赠人可能在受领遗产之前就已知道，会意识到自己在受领遗产后需代为清偿遗产债务。既然接受包括未偿付的遗赠财产，并不属于不当得利，那么“不当受领”行为的结果，还是返还责任，所返还的标的还是不当得利。所以，区分“不当得利”与“不当领取”在本质上没有什么实际意义（可能具有理论研究的价值）。在这个问题上，我个人觉得，这种对《民法典》第 230 条与第 1163 条衔接的解释，太过牵强。原来是什么性质的债务（无论侵权债还是合同债），受遗赠人就代偿什么性质的债务，其所承担的，相当于一种替代责任，没必要再去找其他的解释或理论。

四、遗嘱继承人与受遗赠人在遗产债务清偿中的地位问题

这个问题其实与上一个问题紧密相连，也与遗赠发生的不动产物权变动问题有密切关系。有学者认为，《民法典》继承编第 1163 条的规定中，删除了原来《继承法实施意见》第 62 条中的“遗产已被分割而未清偿债务”，原因在于“无论是遗产分割前还是分割后，被继承人所欠税款和债务都首先由遗产清偿”，就是承认了“遗赠仅具有债权效力，且受偿顺序居于遗产债权之后”。

个人认为，《民法典》第 1162 条中规定的内在含义，确实有受遗赠人接受遗赠的权利要稍后于遗产债务和税款的要求，但其规定的重点应在“不得妨碍清偿”，即使在遗产分割前的共有阶段，在遗产范围内，受遗赠人也应当承担与遗嘱继承人相同

的清偿义务。《民法典》第 1163 条只是规定了在存在混合继承情况下，各继承主体之间对债务的分担安排，本身并没有排除受遗赠人为遗产债务的主体。而且，也并不涉及学者所提到的优先权问题（关于优先权与优先受偿权的异同，我就省略了）。法律之所以给出混合继承情况下的清偿顺序，更多的是在规范意义上为统一法律适用所需。事实上，即使继承人、遗嘱继承人、受遗赠人接受了取得的遗产，也不影响债权人实现债权的路径，而且所承担的替代清偿责任，也都是以遗产为限的有限责任。所以遗嘱继承人与受遗赠人在债务清偿中，就应处于相同地位，而不需要“严格加以区别对待”，否则就是一种“立法缺陷”。其实，《民法典》第 1163 条给出的规则，就是给出了混合继承情况下发生纠纷的裁判标准，在《民法典》继承编增设遗产管理人制度，且尽快出台具体实施意见后，这个问题将更加有章可循。

简单总结一下。我国立法并未从遗产债务承担的角度区分遗嘱继承与遗赠，从来都是以遗产接受人的身份进行划分的，所以，并没有必要去扩大遗嘱继承与遗赠在其他方面的区别，甚至不惜否定遗赠不动产取得效力、否定概括遗赠制度，去构建并不完全自洽、不符合实际情况的理论逻辑，恐怕会扰乱既有的、已被社会公众普遍认同的继承制度。

以上是我的一些粗浅观点，不当之处，还请多提宝贵意见，谢谢！

作者简介：滕威，淮安市淮阴区人民法院审判委员会专职委员，首批“全省审判业务专家”，高级法官，南京师范大学法学院兼职教授、江苏财经学院客座教授，国家法官学院江苏分院初任法官辅导员，淮阴师范学院法政学院兼职教师，中国法学会会员、江苏省法学会民事诉讼法学研究会常务理事、江苏省法学会审判理论研究会理事、江苏省法官权益保障委员会委员、淮安市淮阴区政府法律专家库首席专家、淮安市淮阴区法学会副会长。独著《合伙法理论研究》、合著《要素式审判法：庭审方式与裁判文书的创新》、主编《金融纠纷裁判依据新释新解》《最高人民法院买卖合同司法解释精释精解》《商事法律运用》《民事取证方略》等，参编《民事再审理论与实务研究》《婚姻家庭纠纷裁判规范标准》《民商案件裁判标准、法律精要及疑难阐释》等多部著作。曾在《现代法学》《法商研究》《法律适用》《人民司法》《判解研究》《民事审判指导与参考》等刊物发表学术论文和案例评析 200 余篇。

房产赠与子女，老年人需谨慎

原创：2020-10-25 北京三中法院风景线 北京三中院
https://mp.weixin.qq.com/s/pIfRJqMer_RK7uX8prUyoA

随着社会老龄化的加剧，老年人赡养问题日渐突出。其中，老人为了养老需求将自己名下房产赠与子女，由受赠子女为其养老的情况屡见不鲜。但由于其他子女知晓后强烈反对，或受赠子女不履行赡养义务，多会引发老人要求撤销赠与、拿回房产的诉讼。司法实践中，主要涉及到以下几个法律问题：

1. 赠与合同成立后子女不履行赡养义务，老人如何行使撤销权？

案例

2017 年李某作为被拆迁人与拆迁公司签订《房屋拆迁补偿协议》，协议写明被安置人为李某与两个儿子，2018 年李某与两个儿子签订《家庭

房屋分配协议》，内容为拆迁所得五套安置房屋全部归两个儿子所有，并由两个儿子赡养李某。此后李某诉至法院，以儿子均未尽赡养义务，且赠与房产未进行权利移转登记为由要求撤销《家庭房屋分配协议》。法院生效判决认为该协议写明李某由两个儿子共同赡养，应包含照顾老人生活起居、提供经济帮助等在内的所有赡养义务，而根据庭审查明的情况，李某目前并未与两个儿子共同居住生活，李某亦坚决表示两个儿子从未进行赡养，今后亦不同意与二人共同生活，在此情况下，考虑到李某已经九十岁，赡养问题与其将来的生活质量息息相关，应尊重老人的个人意愿，因此，该分配协议中关于赠与部分所涉及的赡养条件难以实现。法院最终撤销了该《家庭房屋分配协议》。

法官说法

老人在作出赠与房产的行为后，如受赠子女不履行赡养义务，老人可根据房产所有权的转移情况行使任意撤销权或法定撤销权。当房屋所有权未移转至子女名下时，根据《民法典》第 658 条之规定，赋予了赠与人在财产转移之前的任意撤销权，老人可以依据该条规定撤销赠与行为；当房屋所有权已经转移，如老人与受赠子女已经进行了产权移转登记，根据《民法典》第 663 条之规定，受赠人对赠与人有扶养义务而不履行，赠与人可以撤销赠与，即老人可因子女未履行赡养义务而行使法定撤销权。但需要注意的是，赠与人行使法定撤销权的期间为 1 年，是除斥期间，自知道或应当知道撤销事由之日起计算，不存在中止、中断和延长。

2. 老人能否以签订赠与合同时被欺诈、胁迫为由撤销合同？

案例

王某与马某系夫妻关系，有一套共有房产，登记在王某名下，2018 年初王某与女儿签订赠与合同，将该房产过户至女儿名下。此后马某书写《说明》一份，内容为其陪王某到过户大厅，知道是去办理赠与手续，同意将房屋赠与女儿。后马某否认赠与房产是其真实意思表示，以存在重大误解、显失公平为由起诉要求撤销《赠与合同》及《说明》。法院经审理认为，《赠与合同》是王某本人签署，且王某与女儿共同前往房产交易大厅，马某亦认可其本人当日在过户现场，与马某事后出具的《说明》相互印证，能够证明王某与马某签订文件时的真实状态，现马某主张签订《说明》时不知情、被欺诈，并无相应证据证明，因此驳回了马某的诉讼请求。

法官说法

根据《民法典》第 143 条的规定，对民事法律行为的一般有效要件进行了规定，一是行为人具有相应的民事行为能力，二是意思表示真实，三是不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗。实践中，老人在赠与房产并过户登记给子女后，按照法律规定无法行使赠与合同的任意撤销权，或者已经超过行使法定撤销权的除斥期间，因此往往提出赠与时意思表示存在重大误解、不知情被欺诈、胁迫等理由要求撤销赠与合同。在此情况下，法院要对老人作出赠与意思表示时是否存在外在干扰、蒙蔽、胁迫等表意障碍进行查明。本案中，夫妻一方将自己名下房产赠与子女并进行了权属转移登记，另一方配偶亦出具同意赠与的说明，并配合前往房产交易机构进行过户，可以认定老人将房产赠与子女的意思表示成立。

3. 当老人将房屋以低价出售给一方子女时，是否可以推定其具有赠与的意思表示

薛某与张某系夫妻，二人婚后育有三子，薛甲、薛乙与薛丙。张某于 1997 年去世，当年薛某使用自己与张某的工龄购买房改房一套，产权人登记为薛某。2008 年薛某因病手术，此后一直与儿子薛甲共同生活。2014 年薛某与薛甲签订房屋买卖合同，作价 10 万元，将房屋卖给薛甲。2016 年薛某去世。2017 年薛乙、薛丙将哥哥薛甲诉至法庭，

主张房屋是福利分房，涉及母亲张某的工龄，属于张某与薛某共同财产，父亲薛某不能单独处分，因而要求确认上述房屋买卖合同无效。法院生效判决认定薛某生前将涉案房屋以签订买卖合同的形式过户至其子薛甲名下，作价 10 万元。该 10 万元的真实给付情况无法确定，买卖合同因涉及其他继承人权益而认定无效。但薛某希望儿子薛甲继承房屋的意愿是明确的，即便其低价处分房屋的行为不能认定为赠与，在法定继承分割财产时亦应当考虑薛某的生前意愿。且薛某夫妇长期与薛甲共同生活并由其照料起居，可以认定薛甲尽到较多赡养义务，在分配遗产时应对薛甲适当予以多分。最终判决涉案房屋归薛甲所有，由薛甲适当给付薛乙、薛丙相应折价款，具体数额根据评估价值、被继承人所尽赡养义务情况等酌予确定。

法官说法

老人需要子女照顾，几个子女赡养情况不一，老人一般想把房产赠与尽赡养义务较多的子女，也是情理之中的决定，但为避免子女之间产生纠纷，以及降低过户缴税额度的考虑，便采取签订房屋买卖合同的形式以较低价格将房屋过户至多尽赡养义务的子女名下，意在通过买卖的形式实现赠与。上述案例中，存在两个问题，一是诉争房屋是按照国家政策折算了张某工龄而获得的政策性福利房，张某利益对应的遗产未分割，故各继承人对该部分构成共同共有。薛某与薛甲在未经张某其他法定继承人同意的情况下，将诉争房屋过户，亦无真实房款的给付情况，难以认定为善意买受人，该行为侵犯了继承人和房屋共有权人的合法权益，故房屋买卖合同无效；二是薛某对自己的房产份额以买卖的形式予以处分，并无明确的赠与意思表示，在老人已经去世的情况下，法院难以直接推断出该买卖即为赠与，因此应当按照法定继承处理。但老人希望薛甲获取房产的意思表示是存在的，对于薛某的遗产份额，法院会结合赡养老人情况、老人生前意愿等酌情考虑对薛甲予以多分。

法官提示

由于房产价值较大，对名下房屋的处分密切关乎老人晚年的生活质量，一定要谨慎考虑。当老人决定处分房产时，应以自身经济条件、身体状况、养老条件等为前提，慎重作出赠与或低价出售给子女的决定，以免出现受赠人不尽赡养义务、子女之间产生矛盾等情况引发讼累，既伤了家庭和气，也使老人后续养老的物质保障难以为继。

文字：杨夏、李宝霞
编辑：新闻办

离婚诉讼中的公司股权分割问题研究

原创：2020-10-26 丹棱论坛 秦纳杰
https://mp.weixin.qq.com/s/DunNIQyg-IgcET2uuNuheg

编者按：一方婚前持有的公司股权，在婚姻关系存续期间公司上市后通过资本公积金转增形成的股份，属于夫妻共同财产，在离婚时应当予以分割。

一、基本案情

彭某与董某于 2008 年 3 月 17 日登记结婚，婚后未生育子女。2015 年 7 月，彭某起诉至法院要求与董某离婚，后法院于 2015 年 7 月 1 日作出民事调解书，其中主文表述为：一、彭某与董某离婚。二、董某给付彭某公证费 420 元。庭审中，双方均认可在上述诉讼中，双方均未就夫妻共同财产分割进行主张，仅是处理了离婚。

2007 年 6 月，北京某科技公司成立。董某持有该公司股数为 605000 股，占总股本比例为 0.55%。2010 年 4 月，该公司上市，发行价格为 69 元每股。2011 年至 2014 年，该公司分四次通过资本公积转增注册资本金。截止 2015 年 8 月，董某共持有该公司股数为 2681552 股。庭审中，彭某主张董某持股数为 4344384 股，未向法院充分举证。彭某主张上述股票为夫妻共同财产。董某对上述主张不予认可，称该公司原始股份为其婚前持有，婚后该公司上市并经资本公积金转增并非其婚后的经营行为，上述股票属于其婚前财产的自然增值，故不同意进行分割。董某另表示即便分割，其仅同意给付对方相应股票，其无力支付相应折价款。

二、案件焦点

一 、董某持有的北京某科技公司股份是否属于夫妻共同财产；二、如果属于夫妻共同财产，应当如何分割。

三、裁判要旨

法院经审理认为:《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）》第五条明确规定，夫妻一方个人财产在婚后产生的收益，除孳息和自然增值外，应认定为夫妻共同财产。依据上述法律规定，夫妻一方个人财产在婚后产生的投资收益以及主动增值部分为夫妻共同财产。投资收益即通过经营性投资行为所获取的相应收益。主动增值即该财产增值发生的原因系基于夫妻一方对该财产投入物资、劳动、管理等行为。

本案中，董某于婚前持有北京某科技公司的股份 605000 股，后该公司在双方婚后进行上市并进行四次资本公积金转增，现董某共持有该公司股数为 2681552 股，董某于双方婚姻关系存续期间取得的该公司股份 2076552 股应属于董某与彭某的夫妻共同财产。董某辩称上述股份的增加属于资本公积金转增，故为其婚前持有股份的自然增值。法院认为，自然增值是指该财产增值的原因是通货膨胀或市场行情变化而致。而本案中，董某作为该公司股东，实际参与公司的经营管理，该公司在双方婚姻关系存续期间上市并进行资本公积金转增之行为与董某投入的劳动、管理等经营行为密不可分，该财产的增值原因并非通货膨胀或市场行情变化，上述股权应属于董某在从事生产经营活动中的一种收益形式载体，故法院对董某之上述主张不予采信。董某持有的北京某科技公司股份应当作为夫妻共同财产依法予以分割。

关于分割方式，依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第十五条规定，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。庭审中，关于上述股份之分割方案，双方未能达成一致意见，故法院依法根据相应数量按比例进行分配，判决董某于判决生效后 30 日内将其持有的北京某科技公司股份 1038276 股过户至彭某名下。宣判后，双方当事人均未上诉。

四、法官后语

离婚诉讼中的股权分割问题涉及不同的法律关系，包括夫妻之间的共有财产分割关系，夫妻与公司之间的法律关系等。从法律适用层面看，离婚中的股权分割既要适用《婚姻法》的相关规定，还要适用《公司法》、《证券法》的相关法律规定。最终股权分割的结果是在一系列矛盾中寻求利益平衡的结果。

一、夫妻一方婚前财产在婚后产生收益归属的认定

《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）》第五条明确规定，夫妻一方个人财产在婚后产生的收益，除孳息和自然增值外，应认定为夫妻共同财产。

1、一般原则：夫妻一方婚前财产在婚后产生的收益归属的认定，一般原则应认定为夫妻共同财产。投资收益是指通过经营性投资行为所获取的相应收益。这一原则既符合我国现行婚姻法所确认的夫妻共有财产制度，亦适应我国传统婚姻家庭理念和文化。

2、除外情形：即认定为个人财产。

（1）孳息。孳息的产生依附于原物，原物属于一方个人财产，其产生的孳息亦应当归个人所有。孳息一般分为天然孳息与法定孳息两种，其中依照物的自然性质而产生的收益物称之为天然孳息，依照法律规定产生的收益物称之为法定孳息。

（2）自然增值。增值根据发生原因的不同分为自然增值和主动增值。其中，夫妻一方财产在婚后产生的自然增值通常是因通货膨胀或市场行情的变化而产生，与夫妻双方或一方是否投入物资、劳动以及管理行为并无关联。主动增值则是指因夫妻双方或一方的投资、劳动、努力以及管理行为所产生的增值。

二、关于婚姻关系存续期间因资本公积金转增所形成的股份是否属于夫妻共同财产之认定

如前所述，一方婚前取得的股权，婚后所获得的收益（包括现金分红、股份等各种形式）应当属于夫妻共同财产，在离婚时应当予以分割。本案的特殊之处在于，董某婚后取得的股份系通过公司四次资本公积金转增所获得，关于婚后获得的股份性质系本案的争议焦点。

股份公司的资本公积金，主要来源于股票发行的溢价收入、接受的赠与、资产增值、因合并而接受其他公司资产净额等。资本公积金转增股本应当视为一种股东权益收入形式，而这种权益收入形式与公司的经营、管理以及决策有着密切联系。董某作为公司股东，实际参与公司的经营管理，该公司在彭某与董某婚姻关系存续期间上市并进行资本公积金转增之行为与董某投入的劳动、管理等经营行为密不可分，该财产的增值原因并非通货膨胀或市场行情变化，上述股份应属于董某在从事生产经营活动中的一种收益形式载体，故董某于婚后通过公司四次资本公积金转增所获得的股份应当属于夫妻共同财产。

三、关于离婚诉讼中上市公司股份的分割方式

（1）经双方协商一致，可以由持有股票一方给付对方相应折价款。需要确定股票价值的，当事人对确定股票价值时间点可以协商一致，如无法达成一致的，可以法庭辩论终结日的股票价值为准。

（2）如双方无法就分割方式达成一致，或按照股票价值分配有困难的，则人民法院可以根据数量按比例进行分配。因上市公司股份具有流通性和可分割性，故在双方无法达成一致时，人民法院可以按照数量比例直接进行分配。本案中，双方就争议的股份之分割方案未能达成一致意见，故法院依法根据相应数量按比例进行分配，由彭某持有股份 1038276 股。

秦纳杰
北京海淀法院民事审判二庭（劳动争议审判庭）审判员

涉外继承难？法律实操指南来了！

2020-10-26 北京市第一中级人民法院
https://mp.weixin.qq.com/s/P1DJPjg90110yZS9QoJkig

随着经济全球化的发展和国际人口的迁移融合，公民财富的配置与代际传承日趋国际化。境外

置业和配置资产的同时，离不开日后合法有效的资产传承。实践中，涉外籍继承人、跨境遗产以及境外遗嘱等因素的继承纠纷案件呈逐年上升趋势。与普通继承案件不同的是，涉外继承案件还涉及案件争议问题的识别、冲突规范指引、准据法适用以及外国法的查明等诸多法律问题，涉外继承已成为继承纠纷中一类较为特殊的类型案件。

案例

王某夫妇均系中国国籍，婚内共育有三个子女，即王大力、王小力和王美美（均系化名）。由于王某常年从事跨境金融工作，其在资产配置上投资了部分海外资产，如美国房产、美国理财型保险等。王某的三个子女陆续成年后，王大力前往澳大利亚工作生活，并加入了澳洲籍。王小力则在美国取得了绿卡，并在当地定居生活，但未加入美籍，仍为中国国籍。王美美一直在国内随父母共同居住生活。后，王某夫妇相继在中国去世并留有两份共同遗嘱，其中遗嘱 1 为王某夫妇在澳大利亚探亲时所订立，遗嘱内容为王某夫妇名下位于北京市海淀区的某房屋归王大力、王小力共同继承。遗嘱 2 为王某夫妇在国内订立，内容为王某夫妇在美国的理财型保险和某房屋均归王美美继承。

上述案例中涉及了诸多涉外因素
如外国人或华侨如何继承中国境内遗产
中国公民如何继承境外遗产
被继承人于境外订立遗嘱，继承人如何继承等
下面我们就来一起聊聊涉外继承的那些事儿

01
什么是涉外继承？

最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释第五百二十二条规定：“有下列情形之一，人民法院可以认定为涉外民事案件：（一）当事人一方或者双方是外国人、无国籍人、外国企业或者组织的；（二）当事人一方或者双方的经常居所地在中华人民共和国领域外的；（三）标的物在中华人民共和国领域外的；（四）产生、变更或者消灭民事关系的法律事实发生在中华人民共和国领域外的；（五）可以认定为涉外民事案件的其他情形。”

由此可见，在继承法律关系中只要包含涉外因素，如主体涉外、客体涉外或继承有关的法律事实涉外等，即是涉外继承案件。

02
涉外因素之主体涉外
华侨或外国人如何继承中国境内的遗产

1. 华侨与外国人的含义不同

华侨是指定居在国外的中国公民，其中“定居”是指中国公民已经取得住在国长期或者永久居留权，并已在住在国连续居留两年，两年内累计居留不少于 18 个月；中国公民虽然未取得住在国长期或者永久居留权，但已取得住在国连续 5 年以上合法居留资格，5 年内在住在国累计居留不少于 30 个月，视为华侨；中国公民出国留学在外学习期间，或因公务在外工作期间等均不视为华侨。外国人则是指依照《中华人民共和国国籍法》不具有中国国籍的人。虽然华侨具有中国国籍，但因其定居在国外，故亦属于涉外案件。

2. 涉外主体继承中国境内遗产的途径

华侨或外国人继承中国境内遗产的途径一般有两种，即公证继承和诉讼继承。

（1）公证继承

涉外主体继承中国境内遗产，继承人可通过办理涉外继承公证予以继承。此时，华侨或外国人需向居住国的公证机关申请办理公证书。一般而言，涉外继承公证需要提供如下材料：（1）申请人为法定继承人的，须提交申请人的身份证明、亲属关系证明、被继承人的死亡证明、遗产房屋的产权证明、被继承人的婚姻状况、父母、子女情况及有关亲属

关系情况证明等。（2）申请人为遗嘱继承人的，除了上述证明材料外，还须提交被继承人生前所立的有效遗嘱。该公证书还须经过中国驻该国的使领馆认证。公证书经过认证后，继承人可持公证书到遗产房屋所在地的公证机关申请办理房屋继承权证明书，取得证明书后即可到房屋所在地的房管部门办理房屋继承及权属转移等相关事项。

（2）诉讼继承

若华侨或外国人因继承中国境内遗产发生纠纷，可通过人民法院诉讼予以解决。关于管辖法院，我国《民事诉讼法》第三十三条第一款第一项、第三项规定："（一）因不动产纠纷提起的诉讼，由不动产所在地人民法院管辖；……（三）因继承遗产纠纷提起的诉讼，由被继承人死亡时住所地或者主要遗产所在地人民法院管辖。"由此，继承的遗产系不动产的，例如房屋，由不动产住所地人民法院管辖。继承的遗产系动产的，例如存款、汽车、贵重物品等，由被继承人死亡时住所地或者主要遗产所在地人民法院管辖。确定了管辖法院后，还需通过冲突规范指引确定适用的法律。我国继承纠纷诉讼中依据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》来确定涉外继承应适用的法律。

上述案例中，作为外国人的王大力和华侨王小力若因继承位于中国境内的房屋产生纠纷，其有权向房屋所在地的人民法院起诉，并适用中国法律。与境外个人在中国买房的政策限制不同，虽然二人主体涉外，但均不会由于身份问题丧失在中国继承不动产的权利，我国法律充分保护了其继承权和财产权。

03
涉外因素之客体涉外
中国公民如何继承境外遗产

中国公民继承境外遗产，若采非诉途径，需遵守遗产所在国的相关法律规定。如果遗产位于与我国订立有相关国际条约的国家，可类比参照上述公证继承程序，在我国公证机关申请办理涉外继承公证，并经遗产所在国的驻华使领馆办理认证。如果遗产所在国需征收遗产税，还应先申报缴纳相关的遗产税。

如果继承人对于境外遗产继承产生纠纷并选择诉讼程序的，需区分不动产和动产区别处理。依据我国民诉法的规定，因不动产纠纷提起的诉讼，由不动产所在地人民法院管辖。《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第三十一条规定："法定继承，适用被继承人死亡时经常居所地法律，但不动产法定继承，适用不动产所在地法律。"由于不动产具有专属管辖和法律适用，当遗产为境外不动产时，应由不动产所在地法院管辖，并适用不动产所在地法律。但是对于境外的动产继承，依据上述规定，如果被继承人死亡时经常居所地在中国，则对其在境外的动产遗产，我国法院具有管辖权并适用中国法律。

上述案例中，遗嘱 2 中涉及的遗产为王某夫妇在美国的理财型保险和某房屋，就房屋的继承需以不动产所在地法律为准，而对于理财型保险，由于被继承人王某夫妇死亡时经常居住地在中国，故我国法院对该财产具有管辖权并适用中国法律。

04
涉外因素之继承有关的法律事实涉外
被继承人于境外订立遗嘱，继承人如何继承？

对于境外订立的遗嘱，如果经当地法定机关检验认定有效，并经当地公证和我国使领馆认证的，我国可依据相关国际条约承认该遗嘱效力，但遗嘱内容违反我国法律的除外。

如果对于境外订立的遗嘱产生纠纷并在我国法院诉讼，应首先对涉案遗嘱争议的问题进行"识别"，即确定案件争议的有关事实的性质是什么，从而确定援引何种冲突规范确定准据法。如上述案例中，王某夫妇于澳大利亚订立遗嘱 1，如果继承人之间对于遗嘱 1 的方式和效力提出异议，则对于该案事实的识别问题应为遗嘱方式和遗嘱效力。其

后依据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第三十二条、第三十三条“遗嘱方式，符合遗嘱人立遗嘱时或者死亡时经常居所地法律、国籍国法律或者遗嘱行为地法律的，遗嘱均为成立。遗嘱效力，适用遗嘱人立遗嘱时或者死亡时经常居所地法律或者国籍国法律”之规定来确定所应适用的准据法。上述案例中，王某夫妇系中国国籍，死亡时经常居所地亦在中国，故关于遗嘱 1 的方式和效力问题适用中国法律。

05
我国对于涉外继承中域外证据的证明要求

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定（2019 年修正）》第十六条规定：“当事人提供的公文书证系在中华人民共和国领域外形成的，该证据应当经所在国公证机关证明，或者履行中华人民共和国与该所在国订立的有关条约中规定的证明手续。中华人民共和国领域外形成的涉及身份关系的证据，应当经所在国公证机关证明并经中华人民共和国驻该国使领馆认证，或者履行中华人民共和国与该所在国订立的有关条约中规定的证明手续。当事人向人民法院提供的证据是在香港、澳门、台湾地区形成的，应当履行相关的证明手续。”

上述新证据规定的第16条，较之2001年的《证据规定》进行了相应的修改。新证据规定实施之前，审判实践中所有域外形成的证据均须由所在国公证机关予以公证证明，并经我国驻该国使领馆予以认证或履行条约规定手续。此做法虽然避免了法院对于域外形成证据真实性的认定风险，但可能给当事人带来诸多手续上的繁琐与不便。因此，2019 年修订的新证据规定对此进行了相应的修改。

1. 域外形成的公文书证需经公证

虽然域外形成的公文书证仍需经所在国公证机关证明或者履行条约手续，但相比于 2001 年的《证据规定》变化的是，该公文书证无需再经我国驻该国使领馆认证，即公证后即可作为证据使用。

需要注意的是，域外形成的“授权委托书”，必须符合我国《民事诉讼法》第二百六十三、二百六十四条的相关规定，即外国人在人民法院起诉、应诉，需要委托律师代理诉讼的，必须委托中华人民共和国的律师。从中华人民共和国领域外寄交或者托交的授权委托书，应当经所在国公证机关证明，并经中华人民共和国驻该国使领馆认证，或者履行中华人民共和国与该所在国订立的有关条约中规定的证明手续后，才具有效力。

2. 域外形成的涉及身份关系的证据需经公证、认证

由于身份关系不适用于自认，不能依赖于当事人的举证、质证，故涉及身份关系的域外证据应严格审查，审慎认定。因此域外形成的涉及身份关系的证据仍需同时履行两个程序，即经所在国公证机关证明或者履行条约手续，同时还需经我国驻该国使领馆认证。

3. 域外形成的普通的民商事法律关系的证据，无需经公证、认证

由于域外形成的普通的民商事法律关系的证据原则上仅涉及当事人之间的权利义务的确定，证据的真实性依托诉讼中的举证、质证程序即可认定，无需再经过公证、认证程序增加当事人的诉累和程序的繁琐性。

供稿：北京一中院团河法庭
作者：吴扬新
编辑：马相桐

两次以相同事由提起离婚后财产纠纷诉讼，因重复起诉被裁定驳回

2020-10-27 北京海淀法院 黄杨、张慧

https://mp.weixin.qq.com/s/Dck3eiM4SY43YpoUgAx1Rg

李女士以离婚后财产纠纷为由，将前夫王先生诉至法院，要求王先生返还离婚时，李女士存放在王先生处、由王先生代其保管的人民币 90700 元。海淀法院经审理，以构成重复起诉为由，裁定驳回李女士的起诉。

案情简介

原告李女士诉称，她与王先生原是夫妻关系，后来王先生有了婚外情，2001 年双方签订了财产分配协议，并于签订次日到公证处办理了经公证的离婚协议。离婚协议约定，李女士应分得的款项暂时存放在王先生处，待需要时随时可向王先生主张返还。李女士现请求法院判决王先生返还离婚时她存放在王先生处、由王先生代为保管的 90700 元，并支付利息。

被告王先生辩称，李女士曾在 2011 年提起离婚后财产纠纷诉讼，请求判决王先生返还其存放在王先生处的 75000 元，当时法院未支持其诉讼请求。不论是李女士在之前案件中提出的 75000 元，还是本案中提出的 90700 元，均系离婚时分割房屋产生的差价，李女士两次诉讼请求的依据相同，而且自己已经全部支付，故不同意李女士的诉讼请求。

法院审理

法院经审理认为，李女士于 2011 年 6 月在起诉王先生离婚后财产纠纷一案中，提出请求要求王先生返还其存放在王先生处的 75000 元。法院于 2011 年 8 月作出的民事判决书认定：生效判决书已确认了保证书的真实性，且该判决已生效。李女士虽主张其当时身体不好，保证书上的签字系其受胁迫所签，但其提交的病历材料仅能表明其于 2002 年期间情绪不稳，有抑郁性精神症史，并未证明其已丧失或部分丧失民事行为能力。鉴于此，李女士应就其在该保证书上签字的行为承担相应的法律后果。因保证书载明“按离婚协议书上的约定，分配给李女士的财产已全部支付给李女士。今后不得再以任何理由向王先生索取钱或财物”，故法院对李女士所主张的其尚有 75000 元存款由王先生保管，王先生拒绝返还的主张不予采信，对其要求王先生返还该款项的诉讼请求，不予支持。

本案中，李女士的诉讼请求数额虽与已生效的案件不同，但实质上均为要求王先生返还其未取走的财产分配协议中约定的款项。故在生效判决已就此进行裁判的情况下，李女士再次提出相关诉请，属于重复起诉，应当予以驳回。

最终，法院裁定驳回了李女士的起诉。

法官释法

“一事不再理”是民事诉讼的基本原则之一，作为该原则的具体体现，《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 247 条对禁止重复起诉问题作出了明确的规定，应当说，禁止重复起诉在防止当事人滥用诉权、避免司法资源浪费以及维护司法权威等方面都发挥着至关重要的作用。

结合本案的具体情况来看，虽然李女士在前诉和后诉中要求王先生返还款项的数额不同，但可以识别出两项诉请均是基于离婚财产分配这一基础法律关系以及《财产分配协议》的约定而产生，均为分割夫妻共同财产请求权下的主张。故，后诉与前诉诉讼请求本质上是一致的，应认定为诉讼标的相同，即本案中李女士构成重复起诉。

夫妻一方的侵权之债是否属于夫妻共同债务？

2020-10-28 江苏高院 高亚雷

https://mp.weixin.qq.com/s/Fqx8-xWLr0dpuaUtzO99BQ

基本案情

金某受雇于周某从事某工程的外墙涂料粉刷工作，在施工过程中，金某不慎从高处跌落地面受伤，花去医疗费数万元。金某要求周某及其配偶秦某一起承担赔偿责任。

法院审理后认为，《中华人民共和国婚姻法》第四十一条规定，离婚时，原为夫妻共同生活所负的债务，应当共同偿还。可见，判断是否属于夫妻共同债务的实质要件应为“为夫妻共同生活所负债务”。根据婚姻法的规定，我国实行婚后夫妻共同财产制，除非法律有特别规定或者夫妻有特别约定，夫妻一方婚后所得的财产推定为夫妻共同财产。与之相适应，夫妻一方婚后所负的债务作为消极财产，也应推定为夫妻共同债务。

本案中，被告周某从事油漆工作，其收入作为夫妻共同财产，根据日常生活经验可知，夫妻作为一个共同体，被告秦某应分享了周某在工作中的收益，对于此，被告秦某也未提出相反的意见。同时，作为配偶的被告秦某既没有证据证明原告金某与被告周某明确约定该债务为周某的个人债务，也没有证据证明他们婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有，并且原告知道该约定的情形。因此被告周某在工作中因雇员受到伤害所产生的侵权之债应为夫妻共同债务。

法官说法

关于夫妻共同债务，根据现行法律规定主要有三种类型，即夫妻合意之债、家事代理之债和债权人善意之债。夫妻共同债务的本质要素与核心判断标准是该债务是否“用于夫妻共同生活”，因夫妻一方的侵权行为所生之债为法定之债，有别于日常生活中常见的由民事法律行为引起的合同之债，判断夫妻一方的侵权行为所产生的债务是否为夫妻共同债务，关键在于审查债务人配偶是否分享了利益。如果配偶从债务人的活动中受益，那么该债务就属于夫妻共同债务。

例如本案中，周某在从事油漆工作的过程中雇佣金某进行涂料粉刷而导致金某受到伤害，从表面上看此事与秦某无关，但是秦某分享了周某从事此项工作的收益，基于利益共享，责任共担的原则，该项债务应认定为夫妻共同债务，从而实现了实现债权人与侵权人配偶之间的利益平衡。

来源：如东县人民法院

论司法实践中指定监护人数量限制的合理性——兼论指家事案件中共同监护情况下被监护人的权益维护

原创：2020-10-28 丹棱论坛 汤思淼

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

根据《民法总则》第三十一条的规定，对监护人的确定有争议的，有监护资格的人可以直接向人

民法院申请指定监护人。司法实践中，申请确定监护人案件是常见的一类特别程序案件，因被监护人与具有监护资格的人之间一般都有亲属关系，这类案件也属于家事案件的范畴。在这类案件中，指定一个监护人单独监护或数个监护人共同监护对于被监护人的权益影响重大。

一、现行法律对指定监护人数量的规定

关于指定监护人的数量，《民法总则》没有做出直接规定，但《民法总则》第二十七条、第二十八条规定了具有监护资格的人及担任监护人的顺序，其中规定“父母”、“祖父母”、“子女”等复数人员可以按照顺序担任监护人，由此可以认为《民法总则》原则上认可被监护人可以同时存在二个以上的监护人，由他们共同监护。《民法总则》对这一原则的适用情形并未做出限制，因此可以认为该原则适用于法定监护、约定监护、指定监护等所有设立监护方式。另外在《民法总则》之前，《最高人民法院关于贯彻执行<中华人民共和国民法通则>若干问题的意见（试行）》第十四条对于监护人的数量已有明确规定，该条的第一款规定了指定监护人的顺序要求，第二款规定监护人可以是一人，也可以是同一顺序中的数人。民法总则草案通过后《民法通则》暂未废止，该意见的上述规定应作为《民法总则》的补充。由此可见，与《民法通则》一致，《民法总则》对指定监护人的数量也并未做出限制。

二、指定监护人共同监护时可能存在的突出问题

根据《民法总则》第三十一条的规定，最有利于被监护人的原则应当是人民法院确定监护人时的基本原则。但在申请确定监护人的案件中，多个具有监护资格的人如果具有类似的监护条件，法官的裁判就会存在一定困难。如果实在无法认定由何人更适合作为监护人，人民法院通常会指定多人共同监护。问题在于，这类案件的监护人之间大多存在矛盾，无法自行协议确定监护人。此类矛盾如果激化，可能阻碍监护人正常监护职责的履行，甚至枉顾被监护人的合法权益。审判实践中，就出现了二个以上的指定监护人就被监护人的权利行使发生争议的情形。

例如，在吕某诉吴某排除妨害纠纷一案中，吕某的女儿聂某 1 作为其法定代理人起诉，要求与吕某共同居住的儿媳吴某从吕某所有的房屋中搬离。但在本案诉讼中，吕某经鉴定为无民事行为能力人。后聂某 1 另案申请确认其为吕某的监护人，而吕某的另一子女聂某 2 得知聂某 1 代理吕某起诉吴某后，亦要求作为吕某的监护人，双方争执不下。后法院判决确定聂某 1 与聂某 2 均为吕某的监护人，共同监护。聂某 1 作为吕某的法定代理人出庭，以吕某系房屋所有权人，吴某与吕某共同居住在该房屋可能损害吕某的人身及财产权益为由，要求吴某搬离，但聂某 2 却表示吴某长期照料吕某的生活，与吕某关系融洽，不存在妨害行为，不同意聂某 1 代理吕某起诉，亦不同意其诉讼请求及主张。法院根据聂某 2 的陈述及双方提交的证据，认定吴某不存在妨害行为，驳回了吕某的诉讼请求。

再如，在一起不当得利纠纷一案中，被监护人的父母因意外事故去世，被监护人的外祖父母与祖父母就所得的赔偿款分配问题发生纠纷，祖父母遂代理被监护人起诉了外祖父母。在诉讼中，双方又就监护权发生纠纷，四人均向法院表示要求作为监护人。此外，双方还就父母去世后被监护人的户口迁移问题发生纠纷，外祖父母另案以祖父母为第三人提起行政诉讼，认为祖父母未经其同意提交虚假材料转移被监护人的户口，要求依法确认户口转移行为违法，并撤销转移户口的登记行为，后法院判决驳回了其诉讼请求。被监护人与祖父母的户口登记在一处，祖父母的身体及家庭状况也较外祖父母为好，且被监护人的妹妹由祖父母负责监护，被监护人已超过 10 周岁，亦希望与其妹妹在一起，愿意随祖父母生活。但法院认为被监护人仅满 12 周岁，尚在上小学，不能充分认识到由谁作为其监护人对其更为合适，且双方的住所距离较近，经过综

合考虑，最终判决确定由外祖父母与祖父母四人共同监护。据此，对于不当得利纠纷，法院认为被监护人应得的赔偿款在其成年前由外祖父母与祖父母双方各自保管一半，并做出了相应判决。

上述案件中直接存在两个争议问题：第一，具有监护资格的人之间存在矛盾时，法院判决指定由他们共同监护是否合理？第二，因监护人之间就本案是否应当起诉及诉讼请求未达成一致意见，是否应当直接驳回被监护人的起诉？

三、司法实践中限制指定监护人数量的理论及现实依据

上述第一个争议问题其实关系到另一个更为宽泛的问题，即指定监护人的数量是否应有所限制。通常观点认为不应限制，理由如下：1、监护人由于各种原因而无法履行监护职责的情形在实践中并不少见，此时指定其他具有监护资格的人共同监护对于被监护人的权益而言是一种重要的补充或救济手段；2、监护人基于与被监护人之间的密切联系，更有可能发现监护中的瑕疵问题，因此是监督其他监护人履行监护职责的最佳人选，指定数人共同监护可以使监护人之间互相监督，防止部分监护人滥用监护权，尤其是在被监护人具有较大财产的情况下；3、指定数人共同监护能够分化监护职能，多个监护人的优势互补可以更好地维护被监护人的合法权益；4、根据《民法总则》的规定，监护人的指定需要尊重被监护人的真实意愿，而现实中，被监护人完全可能希望由数人共同监护。

然而司法实践中的情况是复杂的，对这一问题不应一概而论。一般认为，指定监护是指没有法定监护人或者法定监护人对担任监护人有争议的，由有关单位或人民法院依法指定监护人的监护。但在实践中，经常出现具有监护资格的人之间对于监护权并无争议，仍向法院申请确定监护人的情形。而按照立法原意，这类情况本应适用《民法总则》第三十条，以约定监护的方式直接确定监护人。出现这类情况的直接原因是部分机关单位并不信赖当事人之间就确定监护人达成的协议，或对该协议的效力不予认可，要求必须由有权机关如法院出具有效法律文书；或要求所有具有监护资格的人到场亲自陈述意见，但有监护资格的人可能因路途遥远或病行动不便而无法到场。例如，在林某与林某某申请确定监护人一案中，当地社区居委会已经指定林某为林某某监护人，但其他地区的法院认为居委会出具的证明效力低，无法由林某作为监护人为林某某办理交通事故案件，故林某才提起本案诉讼。另外，间接原因是有部分当事人认为由法院指定监护人更具权威性，更能防止将来可能就监护权发生的纠纷。

如果具有监护资格的人之间并无矛盾，对由何人担任监护人也不存在争议，仅仅出于上述原因，为了更好地维护被监护人的人身、财产权益而申请确定监护人，当然可以根据被监护人的实际情况指定多人共同监护。该情形在申请确定监护人案件中占有一定比重。这种情况下，上述四个支持共同监护的理由均可以成立。但如果具有监护资格的人之间存在纠纷，尤其是对监护权的确定存在争议，再由互有矛盾的监护人共同监护，上述理由就会难以成立。具体理由如下：

第一，指定监护与法定监护不同，指定监护人之间的矛盾通常是客观存在的，这就决定了他们在履行监护职责时存在一定的合作障碍。在很多申请确定监护人的案件中，具有监护资格的人之间的关系或紧张或疏远，平时就缺乏有效的沟通，在共同作为监护人时更是难以通力合作，反而可能会给对方行使监护权制造各种障碍。例如，在父母离婚后对子女的共同监护问题上，双方合作需要住所不存在地域障碍，都有协力监护的共同愿望，更需要双方在抚养教育子女时将离婚的恩怨排除在外。在指定监护的场合，监护人的之间的通力协作也需要满足类似的条件。如果指定一人单独监护，即使该监护人出现了无法履行监护职责的情形，也可采取委托监护的方式由他人代为履行部分或全部监护职责。

第二，被监护人作为无民事行为能力或者限制民事行为能力人，通常只能与其中一方监护人共同生活，而不与之共同生活的另一方监护人在日常生活中履行监护及监督职责则较为困难。这一点也与父母离婚后对子女的监护类似：一方享有子女抚养权，而不与子女共同生活的另一方，对子女日常生活的照顾基本处于停止状态，因此对大多数父母而言，离婚后仍能共同行使监护权过于理想化。现实中，被监护人的人身、财产权益及由此产生的利益大多由与之共同生活的监护人控制，客观来说这本身就是一种事实利益。而其他监护人则对被监护人的人身、财产权益难以管理处分，这就为双方矛盾的激化埋下了隐患。如果监护人之间的矛盾激化，不能排除一方监护人以监督为名故意阻挠另一方行使监护权的情形出现。例如，在前述聂某 1 申请确定监护人一案中，监护人的确定对吕某诉吴某排除妨害纠纷一案的裁判影响重大。聂某 1 与聂某 2 之间的矛盾激烈，均认为对方成为吕某的监护人有自身目的。聂某 2 表示其成为监护人主要是为了制约监督聂某 1，而聂某 1 称聂某 2 与吕某的关系并不好，甚至认为聂某 2 成为监护人是为了报复吕某，对此还提交了证据。此时，确定吕某由聂某 1 与聂某 2 共同监护产生的效果可能已经超出了相互制约的范畴而演变为相互倾轧。就财产权益而言，如部分指定监护人意图侵害被监护人的财产权益，该监护人多会对其他监护人刻意隐瞒事实，而且只有实际掌控被监护人财产的监护人才能及时了解其财产的情况及动向，才能对其他监护人产生实际的监督效果。即使其他具有监护资格的人不是监护人，基于亲属关系等基础关系也有权对监护人行使监护职责进行监督。发现监护人侵害被监护人合法权益的，也可以向人民法院申请撤销其监护人资格并保全被监护人的相应财产。

第三，在申请确定监护人的案件中，被监护人是无民事行为能力人或者限制民事行为能力人，其中尤其以患有精神类疾病或存在智力障碍者居多，审理时难以判断其意愿的真实性。特别是在被监护人患有精神类疾病的情况下，被监护人完全可能做出完全相反的意思表示。再如吕某诉吴某排除妨害纠纷一案中，吕某在鉴定人对其民事行为能力进行鉴定时称吴某对其很好，但在与聂某 1 的谈话中却做出相反的意思表示。

综上可见，在具有监护资格的人存在矛盾的案件中，法官应当慎重地把握裁判尺度，依照最有利于被监护人的原则限制指定监护人的数量，防止监护人之间因矛盾损害被监护人的权益。

四、司法实践中限制指定监护人数量的具体裁判思路

如前所述，指定监护人数量应当有所限制，但这种限制如何体现在家事审判中，则需要按照从一般至特殊的顺序细致研讨。一般情况下，若有监护资格的人存在矛盾，法官则应当指定一人单独监护或者指定无矛盾纠纷的部分具有监护资格的人共同监护。按照最有利于被监护人的原则，如果具有监护资格的人有损害被监护人的行为，自然不应指定其作为监护人。反之，被监护人已有监护人的，如果该监护人没有不当行为出现，也不应再追加指定其他监护人。具有监护资格的人中，由何人作为监护人更为适宜，应当依据证据认定案件事实，进行综合判断。例如，在杨某 1 与杨某 2、顾某继承纠纷一案中，杨某 1 的父亲金某作为监护人，代理杨某起诉杨某 1 的外祖父母杨某 2、顾某，要求继承杨某 1 母亲的遗产。诉讼中，杨某 2 以被继承人的遗产可能被他人侵害为由，主张作为杨某 1 的监护人共同监护。对此，法院认为杨某 1“目前的生活平稳有序，杨某 2 亦无证据证明金某有不适合担任监护人的情形，故对其要求参加共同监护不予采纳”。再如，在薛某 1、薛某 2 申请确定监护人二案中，二人具有监护资格，均单独起诉要求作为监护人。根据法院认定的事实，薛某 1 保管被监护人的财物，家住被监护人居住的护理院附近，且据护理院人员的陈述，薛某 1 每周至少探望被监护人一到两次，被监护人出现突发情况护理院也是首先联

系薛某 1；薛某 2 担心由薛某 1 单独监护可能侵吞被监护人的财产，对此未提供任何证据。据此，法院认为薛某 1 与被监护人的生活联系更为紧密，薛某 2 至护理院探望被监护人的频率不高，护理院对薛某 1 更加信任，而薛某 2 称由薛某 1 单独监护可能侵吞被监护人的财产，因未提供证据而未被采信。最终，法院认定现阶段薛某 1 更适合担任监护人，确定其作为监护人单独监护。

另外，法官在裁判时可以积极向被监护人住所地居委会、村委会等基层组织了解情况，并充分考虑它们的意见。对于个案而言，判断由何人作为监护人更为适当，更多涉及生活常识而非法律知识。法官在裁判时大多只能依靠具有监护资格的人的陈述进行判断，难以从日常生活的侧面进行了解，因此法院在审查监护人资格时并不比上述基层组织更具优势。被监护人有工作单位的，也可考虑其单位的意见。例如武 x1 与武 x2、武 x3 申请确定监护人一案中，申请人武 x1 与被申请人武 x2、武 x3 之间存在矛盾，三方就雇佣保姆及被监护人入住养老院等事宜发生多次纠纷。本案诉讼之前，武 x1 与武 x2、武 x3 曾诉诸居委会要求指定监护人。居委会对被监护人的邻里进行调研，据此对三人进行了调解，但仍未能达成一致监护意见，居委会遂出具指定监护人决定书指定三人共同监护。后武 x1 向法院申请自己作为监护人单独监护，武 x2、武 x3 则对此均不认可。法院经审理，最终仍确定三人作为监护人共同监护。

五、指定监护人之间产生纠纷时的裁判思路

但在指定监护人之间已经产生纠纷的情况下，指定监护人履行监护职责的行为出现矛盾冲突时又该如何处理？这就涉及到前述第二个争议问题，在被监护人作为原告起诉的家事案件中，指定监护人之间不光对于诉讼请求，而且对于应否起诉本身也产生了争议。这种情况下，一种观点认为因监护人对被监护人应否起诉及诉讼请求无法达成一致，故应当裁定驳回被监护人的起诉；另一种观点认为应根据原被告双方的陈述及证据综合认定案件事实，依法做出判决。

其实这一现实问题的本质在于：无论是在指定监护还是法定监护中，一方监护人对被监护人人身、财产权益的管理处分是否需要其他监护人的同意。诚然，监护人之间也可以协议对各自的监护职责进行约定，但监护人之间存在矛盾的场合达成这种约定显然是不现实的。司法实践中有观点认为在共同监护的场合，监护权如何行使应当由监护人共同协商确定而不能由部分监护人单独决定。例如，在肖某申请撤销监护人资格一案中，村委会指定肖某与王某为共同监护人，但王某领取被监护人的低保金等财产并自行保管处置，未与肖某协商。法院认为，现有证据不足以证明王某侵吞被监护人的财产，但肖某与王某共同作为监护人，监护权不能由一名监护人单独行使，被监护人的财产保管使用、生活起居等各方面均应当由二人共同协商处理，如有必要应当签订书面监护协议。最终法院判决给予双方一定期限进行协商并签订书面监护协议，如未在规定的期限内达成协议则撤销王某的监护人资格。

对这一问题，《民法总则》及其他现行法律均未做出明确规定，但根据《婚姻法》第三十六条及前述民法通则意见第二十一条的规定，父母与子女间的关系不因父母离婚而消除，即使是在离婚后，父母中与子女共同生活的一方亦无权取消对方对该子女的监护权。同理，指定监护人与被监护人之间的基础关系一般也不会发生变化，因此一方监护人通常也无权取消对方对被监护人的监护权。据此从法律层面进行理解，在不损害被监护人权益的前提下，任何一方监护人都可以对被监护人行使监护权而不受其他监护人的意思限制，亦无须与其他监护人协商。此时，一方监护人履行监护职责的行为不因另一方监护人的意思而直接在法律效力上发生变化，实施这一行为是否合法合理，应当根据最有利于被监护人的原则从实体上进行判断。至于前述肖某申请撤销监护人资格一案，根据现有证据不足以证明王某损害被监护人的财产权益，很难认定

王某符合《民法总则》第三十六条规定的撤销监护人资格的法定情形。但在法理上，一方监护人行使监护权不得妨碍另一方监护人行使监护权，以此作为本案的裁判依据似乎更为恰当。

由此可见，第二种观点较为合理。首先如前所述，现行法律并未要求一方监护人行使监护权利、履行监护职责需要经过另一方监护人的同意。其次，如果监护人之间就应否起诉及诉讼请求发生争议就裁定驳回被监护人的起诉，被监护人的合法权益就可能无法得到有效的保护。一方监护人反对被监护人起诉完全可能出于恶意，被监护人的权益是否受到侵害，应当根据证据认定事实进行综合判断，而不应当仅仅根据另一方监护人的陈述就剥夺其救济权利。未代理被监护人起诉的一方监护人，其就被监护人的情况所做出的陈述的性质应当属于证据，因出自监护人，故具有相对较强的证明力，但也仅此而已。所以如无其他特殊情况，法院应对案件的实体进行审理并做出判决。例如，在刘某 1 与刘某 2 返还原物纠纷一案中，刘某 1、刘某 2、刘某 3 三人系兄妹关系，社区居委会指定刘某 2 与刘某 3 为刘某 1 的共同监护人。后刘某 2 与刘某 3 对刘某 1 的证件管理发生纠纷，刘某 2 遂代理刘某 1 起诉要求刘某 3 返还户口本、身份证、残疾证、低保证等证件。法院经实体审理，认为刘某 3 自其母（即刘某 1 的原监护人）生前一直保管刘某 1 的证件，现仍为共同监护人之一，其保管刘某 1 的证件于法有据，且现有状态并未影响刘某 1 的生活，故未支持原告的诉讼请求。

综上所述，在申请确定监护人案等家事案件中，应当根据最有利于被监护人的原则，在有监护资格的人之间存在矛盾时指定一个监护人单独监护或者指定无矛盾纠纷的监护人共同监护。在监护人之间已经存在矛盾的家事案件中，为维护被监护人的合法权益，应当综合认定案件事实，依法做出裁判。

汤思淼
北京海淀法院复兴路法庭法官助理

编辑：郭昕怡

（三）律师视点

婚前股权婚后增值离婚分割实务探析 | 杨晓林、段凤丽 | 家事律师视点

原创：2020-10-03 家事法苑 杨晓林、段凤丽
https://mp.weixin.qq.com/s/AO7KjCbzMqm69-2mr6ZE2g

婚前股权婚后增值离婚分割实务探析

作者简介：杨晓林，北京天驰君泰律师事务所高级合伙人，中国婚姻家庭法方向专业律师；段凤丽，北京天驰君泰律师事务所合伙人，中国婚姻家庭法方向专业律师。

本文系家事法苑团队原创，如欲转推，请务必征得作者及本公众号同意。

[内容摘要]各种财产均会面临保值、增值及产生孳息之可能，作为纯投资性财产的公司股权尤其如此。从广义上来说，股权属于直接投资，股权增值属于投资收益。在夫妻双方没有特别约定的前提下，将一方婚前股权的婚后增值认定为夫妻共同财产，既符合我国婚后所得共同制的立法本意，也符合我国文化传统和当前绝大多数人对夫妻财产制的要求。符合夫妻作为生活共同体、命运共同体的要求，有利于维系更加平等、和睦的家庭关系。

[关键词]婚前股权 增值 收益 离婚分割

一、前言

随着市场经济的迅猛发展，公民所拥有的私人财产无论从数量、规模，抑或从范围、类型而言，都日益增加。家庭财产范围已从传统意义上的储蓄存款、房产、家电等实物性财产发展到有价证券、知识产权、在企业中出资及股权等更加多样化之财产形式。这使得中国夫妻财产制度面临前所未有之挑战。如随着夫妻一方个人财产的数量种类的增加，其在婚姻存续期间所带来的收益的归属就成为一个棘手的难题。是认定为夫妻一方的个人财产，还是夫妻共同财产，抑或是区分不同情况认定，不仅是审判实践中的难题，同时对夫妻一方或双方在婚姻存续期间如何处分这类收益及如何处理市场经济条件下的交易安全问题，亦具有重要的现实指导意义。

二、个案切入【1】

【案情】小王与小兰经人介绍相识、恋爱，2013 年年底登记结婚。2016 年小王诉至法院要求离婚，后撤回起诉。2017 年，小王再次诉至法院要求离婚。庭审中，小兰表示同意离婚，双方关于子女抚养及对夫妻之间的大部分财产分割也达成一致，只有一项，就是小王名下上市公司的股权无法达成一致。

原来，在小王与小兰结婚前，小王于 2011 通过父母向其转让股权，获得占公司出资比例近 5% 的股份，并担任 A 公司总经理助理一职。到 2016 年年底，A 公司登陆上海证券交易所，小王作为股东，直接持有公司近 600 万股，持股比例接近 4%。2017 年年中，A 公司发布公告显示，小王分得 2016 年度的现金红利 110 万元。

关于小王所持有 A 公司股权在双方婚后增值和收益部分能否作为共同财产予以分割。小兰认为，2014 年以来，丈夫小王作为股东参与公司上市进程，并实际担任总经理助理职务。其还在公司上市所需的相关文件上签字。因此，他所持有股权在双方婚后增值和收益部分应当作为共同财产予以分割。小王则表示，公司从 2008 年就开始进行上市辅导，历经八年上市成功。自己持有公司股份时还

在国外读书，完全是父母的安排。他在法庭上回顾，自回国后，一直在从事自己的事情，与公司上市并无紧密联系也无实际参与管理，对公司上市没有贡献，仅仅是由于身份原因才获得了相应的股权。其所持有的股份上市后的增值部分应为自然孳息。

【法院审理】法院认为，婚姻关系存续期间，一方以个人财产投资取得的收益，属于夫妻共同财产。一方个人财产婚后取得的孳息和自然增值归一方所有。本案中，由于原告在 A 公司持有的股份系其婚前取得，属于原告婚前个人财产；考虑到原告在庭审中主张未参与公司实际经营，公司所担任职务仅为挂名，结合公司招股说明书中对持股情况的说明，其所持上述股份的增值部分及分红，可能属于其个人财产的孳息或自然增值，而被告又未能提供证据证明上述股份增值部分及分红属于原告小王以个人财产投资并通过劳动付出所取得的收益，且公司股权的增值主要取决于市场因素。因此，小兰认为小王持有的 A 公司股份婚后增值部分及分红属于夫妻共同财产，依据不足，故一审、二审均不予支持。

【法官说法】

一方当事人婚前取得的上市公司股份属于婚前个人财产。“本案中，小王婚后在公司上市所需的相关文件上签字行为是履行公司股东的一般配合义务，小兰提供的证据尚不足以证明小王实际参与公司的经营管理。”承办法官指出，公司股权的增值也主要取决于市场因素，如果另一方当事人提供的证据不足以证明对方实际参与公司的经营管理以及对公司上市进程起着积极推动，并付出其在婚姻存续期间主要时间和精力，那么主张将公司股份婚后增值部分及公司分红作为夫妻共同财产予以分割的，法院不予支持。

法官对该案例的审理思路具有相当的代表性，即一方婚前股权的婚后增值为一方的个人财产。笔者认为，该观点值得商榷。本文也正是围绕对该裁判观点的批判而展开。

三、股权增值的法律性质为投资收益

夫妻一方个人财产婚后所生收益如何分类，目前来看，学界较为普遍采用的是以夫妻一方个人财产婚后所产生收益的形式进行研究，通说认为应包括孳息、投资收益和增值三种类型。【2】

关于孳息、自然增值及投资收益的概念和关系，通常认为：

孳息（Fruechte，fruits），谓由母物所生之收益，在民法包括天然孳息与法定孳息而言。【3】

原物与孳息，这是以产生收益的物与所生收益之间的关系为标准而对物作的区分。原物是指依自然属性或法律规定能够产生收益的物。由原物产生的收益，则为孳息。基于自然属性产生的孳息称天然孳息或自然孳息，如苹果树长出的苹果、母畜生出的幼畜等；基于法律规定产生的孳息称法定孳息，如出租房屋收取的租金、本金出借后获得的利息等。【4】

法定孳息，即因法律关系所得之收益。此处法律关系指一切法律关系，包括法律行为及法律规定，收益则指以原本（物或权利）供他人利用而得之对价，以利息与租金最为常见。【5】

自然增值。夫妻一方个人财产在婚姻存续期间的自然增值，是该增值的发生是因为通货膨胀或市场行情的变化所致，与夫妻一方或双方是否为该财产投入物资、劳动、努力、投资、管理等无关。【6】

主动增值。夫妻一方个人财产在婚姻存续期间的主动增值，该增值的发生原因上与上述自然增值刚好相反，它与通货膨胀或市场行情变化无关，而是因夫妻一方或双方对该财产所付出的劳务扶持、投资、管理等相关。【7】

投资收益。按照《辞海》上的解释，投资即为企业或个人以获得未来收益为目的，投放一定量的货币或实物，以经营某项事业的行为。投资亦有广义和狭义之分，狭义上的投资是指将货币和实物投放于企业以获得利润；广义上的投资除包括狭义上的投资含义外，还包括将货币投放于某些产品上以

获得增值，如房地产投资、黄金投资等。由此可见，广义上的投资在本质上为投资产品的增值收益。【8】

对投资，还有一种是根据是否直接投资于企业经营活动区分直接投资或间接投资。直接投资是指将货币或实物直接投资于企业生产经营活动，投资者对企业具有经营决策的权利，其投资收益通常与投资者的经营活动相伴相随，表现为投资经营实体活动的利润以及转让实体资产转让款扣除投资额或者企业终止清算时剩余财产扣除出资额的余额。【9】

作为纯投资性财产，股权只能属于直接投资。从广义上来说，股权的增值收益属于投资收益。

四、婚前股权婚后增值在夫妻财产中的性质之争议

（一）现行法律及其司法解释的规定及其相互之间的关系

夫妻一方财产在婚后产生收益主要包括孳息、投资经营收益及自然增值。【10】现行法律及其司法解释涉及孳息、投资收益及自然增值的规定主要包括：

《婚姻法》第十七条规定："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。"

《婚姻法司法解释（二）》第十一条第一项明确："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"。其理由在于：这是一方在婚姻关系存续期间从事经营活动所得的收益，依《婚姻法》第 17 条第 1 款第 2 项的规定，其应当为夫妻共同财产。

《婚姻法司法解释（三）》第五条规定，夫妻一方个人财产在婚后产生的收益，除孳息和自然增值外，应认定为夫妻共同财产。"【11】

本条规定采用的上述模式（注：一般原则加例外的模式），并未直接涉及夫妻一方财产在婚后产生的收益中投资收益这种类型，但根据条文结构及逻辑还是可以判断对此类型应以夫妻共同财产加以认定。【12】

（二）地方法院的相关审判意见

1.《广东省高级人民法院关于婚姻纠纷案件若干问题的指导意见》【13】中将下列四类收益纳入个人财产投资收益范围：（1）一方用婚前财产投资而成为有限责任公司股东或持有股票、债券、证券投资基金份额等有价证券，在婚姻关系存续期间取得的红利或利息；（2）一方将婚前财产存入金融机构或出租给他人，在婚姻存续期间因转让其个人所有的股份、有价证券等投资性资产而取得的增值部分；（4）一方用婚前财产在婚姻关系存续期间进行其他生产、经营活动而取得的增值部分。

即广东高院明确一方婚前投资性财产的婚后增值、利息和红利均为夫妻共同财产。

2.《上海市高级人民法院关于适用最高人民法院婚姻法司法解释（二）若干问题的解答（一）》【14】

"一、夫妻一方个人财产在婚姻关系存续期间所取得的收益中，哪些属于司法解释（二）第十一条（一）项规定的"应当归夫妻双方共同所有的投资收益"？

答：由于司法解释（二）对"投资收益"的概念并无明确界定，在诉讼中，对于当事人主张的所谓"投资收益"，应根据不同财产形态的性质区别认定：

1、当事人以个人财产投资于公司或企业，若基于该投资所享有的收益是在婚姻关系存续期间取得的，则对该公司或企业生产经营产生的利润分配部分如股权分红等，依照《婚姻法》第十七条第（二）项的规定，应为夫妻双方共同所有；

具体实践中，判断个人财产在婚姻关系存续期

间所取得的收益是否属于夫妻共同所有时，人民法院可根据案件实际情况，对各种形式的个人财产的婚后收益，从是基于原个人财产的自然增值还是基于夫妻共同经营行为所产生来判断，前者原则为个人所有，后者原则为共同所有。此外，若收益是基于个人财产与共同财产混同后进行投资行为所产生，证据证明具体比例的，推定为共同财产投资收益，归夫妻共同所有。”

上海高院的基本意见是，对当事人主张的“投资收益”以财产形态性质来加以区别认定。对于以个人财产购买房产、股票、债券、基金、黄金或古董等财产，在婚姻关系存续期间，因市场行情变化抛售后产生之增值部分，由于这些财产本身仅是个人财产之形态变化，性质上仍为个人所有之财产，抛售后之增值是基于原物交换价值上升所致，仍应依原物所有权归属为个人所有。【15】

3. 江苏高院民一庭印发《家事纠纷案件审理指南（婚姻家庭部分）》【16】

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

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

32、夫妻一方婚前购买的股票在婚后的增值收益的性质应当如何认定？

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

江苏高院将一方婚前财产婚后是否投入劳动，是否有投资意图，作为区分增值是属于主动增值还是被动增值，并认为主动增值为夫妻共同财产，被动增值为持有婚前财产一方的个人财产。

4. 北京市高级人民法院《关于审理婚姻纠纷案件若干疑难问题的参考意见》（北京审判公号 2016.8.8 版）【17】

十三、【“孳息”、“自然增值”范围的界定】《婚姻法司法解释三》第五条中的“孳息”、“自然增值”一般应理解为未经经营或投资行为所得之“孳息”、“自然增值”。

个人所有的古董、黄金、股票、债券、房屋等财产婚后自然增值部分应为个人财产，但上述财产婚后因经营或投资行为而产生的升值增值利益部分，应认为属于《婚姻法》第十七条和《最高人民法院关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释（二）》（以下简称《婚姻法司法解释二》）第十一条规定，一方经营或以个人财产投资取得的收益，应为共同财产。

北京高院将一方婚前财产婚后是否投入劳动作为区分所得增值和孳息是否属于夫妻共同财产的标准。

5. 浙江省高级人民法院民一庭关于审理婚姻家庭案件若干问题的解答（高法民一〔2016〕2 号）

十四、夫妻一方个人所有的房屋在婚后出租，相关经营管理由该房产所有人一方进行，所得租金性质如何认定?如相关经营管理由该房产所有人委托他人进行，所得租金性质如何认定?

答：房屋租金的获取与房屋的管理维护状况密切相关，需要投入相应的劳动，属于经营性收益。根据《婚姻法》第十七条的规定，夫妻在婚姻关系存续期间所得的生产经营收益归夫妻双方共同所有，故夫妻一方个人所有房屋婚后所得租金归夫妻共同所有。在房屋出租过程中，由夫或妻一方经营管理或委托他人经营管理的，所得租金仍为夫妻共同所有。

浙江高院认为一方婚前财产婚后取得的收益，

包括法定孳息，无论是否投入夫妻双方或一方的劳动，均为夫妻共同财产。

因此，就婚前财产婚后获得增值、孳息及收益的法律属性问题，各地法院之解读与处理方式显然存在一定分歧。

（三）学界的争议

1. 共同财产说

该说认为，夫妻共同财产制是夫妻双方财产的一部或全部依法合并为夫妻共同财产，夫妻双方按共有原则共享权利，共担义务，婚姻关系终止时按共有制度加以分割。因为夫妻共同财产制承认家务劳动的价值，肯定夫妻协力，既符合婚姻的家庭伦理本质，又符合各民族的传统文化和习俗，具有无可比拟的优越性，越来越成为世界各国的普遍共识，亦为我国婚姻法所接受。因此，将夫妻一方个人所有在婚后所产生的收益亦归为夫妻共同财产，符合夫妻婚后所得共同制的要求，理当遵从。【18】

“但对于没有类似历史羁绊的中国法而言，较之极有可能不受欢迎的婚姻

劳动共同体理念，婚姻命运共同体理念及其推论——夫妻共同财产的婚后增值一律是夫妻共同财产，未尝不是一个更好的选择。”【19】

2. 个人财产说

该学说认为，依据民法原理，孳息的归属权归原物所有人，夫妻一方的个人财产及该财产在婚后所得的收益，均为一方的个人财产，符合民法所有权取得的原理。【20】

3. 部分共同财产，部分个人财产说

该学说认为，对于夫妻一方婚前个人财产在婚后所得收益的归属并不能一概而论，统一对待，而应根据收益的不同类型加以区分，分别认定。但不同学者在对具体如何划分的标准上又各有不同，标准的不一致，自然带来认定结果的不同。【21】

笔者赞同第一种观点即一方婚前财产婚后收益为夫妻共同财产。这是由我国婚后所得共同制的立法本意决定的。坚持婚后所得共同制是由我国婚姻传统和婚姻的伦理本性以下方面决定的，具体包括：其一，由我国家庭成员共同生活的习俗决定。其二，符合婚姻共同生活体的本质要求，由夫妻关系的亲密属性决定。较能符合婚姻的伦理机能。其三，“同居共财”是当前中国人对婚姻普遍持有的观念，婚后所得共同制符合绝大多数夫妻婚姻生活的实际。同居共财更符合中国现实国情。【22】

因此婚后所得共同制既是我国婚姻法的立法选择，也是由我国婚姻传统和婚姻的伦理本性决定的。

五、我国夫妻法定财产制下婚前股权婚后增值的权属性质应为夫妻共同财产

（一）婚前股权婚后增值的权属性质，首先需要厘清我国现行婚姻法采取何种夫妻财产制及该种财产制的特征。

1. 我国的夫妻财产制

所谓夫妻财产制，又称婚姻财产制，是指规范夫妻相互间财产关系的法律制度，即规范夫妻婚前财产和婚后所得财产的归属、管理、收益、使用和处分，婚姻的对外财产责任，以及婚姻终止时财产分割与清算等的法律制度。【23】

我国《婚姻法》第十七条规定：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。”

第十八条规定：“有下列情形之一的，为夫妻一方的财产：（一）一方的婚前财产；（二）一方因身体受到伤害获得的医疗费、残疾人生活补助费等费用；（三）遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产；（四）一方专用的生活用品；（五）其他应当归一方的财产。”

第十九条规定：“夫妻可以约定婚姻关系存续

期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。约定应当采用书面形式。没有约定或约定不明确的，适用本法第十七条、第十八条的规定……”

综上，《婚姻法》第十七条、第十八条、第十九条共同构成我国夫妻财产制的规定。婚姻法修正案延续了 1980 年婚姻法对夫妻财产制的规定，仍然以共同财产制作为法定财产制，同时对约定财产制作出规定。【24】

“婚姻法几经修改，基本上确立了以婚后所得共同制为基础的夫妻财产制度，但同时引入约定财产制，注重对个人财产的保护。”【25】

2. 根据婚姻法的规定，我国的夫妻共同财产具有以下特征：

（1）夫妻共同财产的主体，是具有婚姻关系的夫妻，未形成婚姻关系的男女两性，如未婚同居、婚外同居等，以及无效或被撤销婚姻的男女双方，不能成为夫妻共同财产的主体。

（2）夫妻共同财产，是在婚姻关系存续期间取得的财产，婚前财产不属于夫妻共同财产。婚姻关系存续期间，自合法婚姻缔结之日起，至夫妻一方死亡或离婚生效之日止。

（3）夫妻共同财产的来源，为夫妻双方或一方所得的财产，既包括夫妻通过劳动所得的财产，也包括其他非劳动所得的合法财产，当然，法律直接规定为个人特有财产的和夫妻约定为个人财产的除外。……

（4）夫妻对共同财产享有平等的所有权，双方享有同等的权利，承担同等的义务。夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权。特别是夫妻一方对共同财产的处分，除另有约定外，应当取得对方的同意。

（5）不能证明属于夫妻一方的财产，推定为夫妻共同财产。【26】

最高人民法院《关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》的通知 7、对个人财产还是夫妻共同财产难以确定的，主张权利的一方有责任举证。当事人举不出有力证据，人民法院又无法查实的，按夫妻共同财产处理。

从上述由主张个人财产一方承担证明责任的举证责任分配制度也诠释了我国婚后所得共同制的夫妻财产制度。

从以上规定尤其是婚姻法第十七条第一款第四项可以清晰地看出，我国在立法层面上明确夫妻法定财产制是婚后所得共同制而非婚后劳动所得共同制。

（二）在婚后所得共同制下，婚前股权婚后增值应为夫妻共同财产

在法定夫妻财产制下，决定婚姻关系存续期间取得财产权属的仍是基于夫妻双方采取何种夫妻财产制。在婚后所得共同制下，婚前股权婚后增值应为夫妻共同财产。

“如果说工资、奖金属于夫妻的劳动所得，那么，从事生产、经营的收益，既包括劳动所得，也包括大量的资本性收入。这里的“生产、经营收益”，既包括农民的生产劳动收入，也包括工业、服务业、信息业等行业的生产、经营收益。随着市场经济的发展，有越来越多的人买卖股票和债券，投资于公司、企业经营，还有不少人依靠自己的资本或筹资兴办公司、企业，这些人成为大量资本的拥有者，经营收益丰厚。这些经营收益也属于夫妻共同财产。在婚姻法修改过程中，有人提出，为保护个人财产权，防止有些人不劳而获、借婚姻取得大量财产，应当将个人的经营收益作为个人特有财产而不是夫妻共同财产。这种意见虽有一定的道理，但是应当看到，经营收益与工资、奖金一样，都是个人的收入，二者没有本质的区别，在共同财产制下都应当属于夫妻的共同财产，否则与法理相悖。如果从事经营的一方怕对方利用婚姻关系侵吞自己的财产，可以通过约定财产制来保护自己的权益。”【27】从《婚姻法》的立法解释来看，生产、经营收益，并未排除一方婚前财产的收益，应属于夫妻共同财产。

（三）不能证明属于夫妻一方的财产，应推定为夫妻共同财产。这一举证规则，也支持婚前股权婚后增值属于夫妻共同财产。

最高人民法院 1993 年 11 月的《关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》（以下简称《意见》）中规定："对个人财产还是夫妻共同财产难以确定的，主张权利的一方有责任举证。当事人举不出有力证据，人民法院又无法查实的，按夫妻共同财产处理。"此规定即是这一原则在法律上的体现。国外也有类似的规定，瑞士民法典第 226 条规定："凡无证据证明属于夫妻一方个人财产的财物均视为夫妻共同财产。"【28】

股权不同于房产，是一种单纯的投资行为，股权本身是个人财产，但对于收益，婚姻法司法解释二有规定是属于夫妻共同财产的。【29】而且，股权作为一种纯投资性财产，经营行为的复杂性，股权的增值是否因一方或双方的经营行为所致，通常难以判断。甚至表面上的不经营、对市场行情的预测和利用是否正是一种经营策略，更是难以判断。因此，将婚前股权的婚后增值从股权收益中切割出来，认定为个人财产，违反了我国法定夫妻财产制及公司经营的客观规律，不可避免会侵犯了另一方配偶的合法财产权益。

（四）《婚姻法司法解释（三）》第五条所表述的"自然增值"和"孳息"排除了作为投资性收益的股权的增值。

根据《最高人民法院婚姻法司法解释（三）理解与适用》（见第 98 页）

"二、本条规定关于夫妻一方财产在婚后产生的收益归属的认定

关于夫妻一方财产在婚后产生的收益如何处理，本条规定借鉴了其他国家的立法经验与模式，采用的是一般原则加例外的模式，按照不同类型分别加以认定。具体而言：

1. 本条关于夫妻一方财产在婚后产生的收益归属的认定，一般原则应认定为夫妻共同财产。这一原则规定符合我国现行婚姻法婚后所得共同制为基本形态的夫妻财产制度，也适应我国传统的婚姻家庭伦理观念和传统文化。

2. 本条除了规定上述一般原则外，还规定了两种除外类型：（1）孳息。（2）自然增值。……

3. 本条规定采用的上述模式，并未直接涉及夫妻一方财产在婚后产生的收益中投资收益这种类型，但根据条文结构及逻辑还是可以判断对此类型应以夫妻共同财产加以认定。"

从以上婚姻法司法解释(三)起草者的解读中，可以明确的是，即使认为婚姻法司法解释（三）第 5 条是对婚姻法司法解释（二）第 11 条的进一步明确，前者所涉及的自然增值和孳息均不包括股权在内的投资性收益在内。

将婚前股权的婚后增值认定为夫妻共同财产，这既符合我国法定夫妻财产制的规定，也符合我国文化传统和当前绝大多数人对夫妻财产制的要求。共同财产制虽然在尊重个人意愿、保护个人权利上显得不足，但更符合夫妻作为生活共同体、命运共同体的要求，有利于维系更加平等、和睦的家庭关系。

六、结语

各种财产均会面临保值、增值及产生孳息之可能，作为纯投资性财产的公司股权尤其如此。从广义上来说，股权属于直接投资，股权增值属于投资收益。将一方婚前股权的婚后增值认定为夫妻共同财产，既符合我国婚后所得共同制的立法本意，也符合我国文化传统和当前绝大多数人对夫妻财产制的要求。符合夫妻作为生活共同体、命运共同体的要求，有利于维系更加平等、和睦的家庭关系。

回头再看文中引用的江苏高院发布的案例。一二审法院以一方婚前股权婚后增值为自然增值，并据此认定为该方的个人财产，违背了我国婚姻法确立的法定夫妻财产制度，也与相关司法解释的精神相违背。值得商榷。

注释：

【1】该案例源自江苏高院微信公众号，《“富二代”婚前拿股权婚后企业上市 增值及分红是否属于夫妻共同财产？》发布日期：2018-11-01，链接：https://mp.weixin.qq.com/s/bCBbvXLkcqpo-oIplkYnHA

【2】奚晓明主编：《婚姻法司法解释（三）理解与适用》，人民法院出版社，2011 年第 1 版，第 96 页。

【3】史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社，2000 年 3 月第 1 版，第 272 页。

【4】王卫国主编：《民法》，中国政法大学出版社，2007 年 11 月第 1 版，第 187-188 页。

【5】王泽鉴：《民法总则》，北京大学出版社 2009 年版，第 185 页。

【6】奚晓明主编：《婚姻法司法解释（三）理解与适用》，人民法院出版社，2011 年第 1 版，第 97 页。

【7】奚晓明主编：《婚姻法司法解释（三）理解与适用》，人民法院出版社，2011 年第 1 版，第 98 页。

【8】奚晓明主编：《婚姻法司法解释（三）理解与适用》，人民法院出版社，2011 年第 1 版，第 97 页。

【9】奚晓明主编：《婚姻法司法解释（三）理解与适用》，人民法院出版社，2011 年第 1 版，第 97 页。

【10】虞政平：《公司法案例教学》第二版，人民法院出版社，第 571 页。

【11】余延满：《亲属法原论》，法律出版社 2007 年版，第 272 页。

【12】奚晓明主编：《婚姻法司法解释（三）理解与适用》，人民法院出版社，2011 年第 1 版，第 98 页。

【13】《上海市高级人民法院关于适用最高人民法院婚姻法司法解释(二)若干问题的解答(一)》（2006 年 11 月 6 日） 粤高法发[2006]39 号

【14】发文单位：上海市高级人民法院；文号：沪高法民一[2004]25 号；发布日期：2004-9-7，执行日期：2004-9-7

【15】虞政平：《公司法案例教学》第二版，人民法院出版社，第 571 页。

【16】来源：江苏高院微信公号，原文链接：https://mp.weixin.qq.com/s/WR_C1Mef5WH7AN7BhViw7A

【17】来源：北京审判微信公号，作者：北京高院民一庭，原文链接：http://mp.weixin.qq.com/s?__biz=MzA3MTc3NjI2MQ==&mid=2651801835&idx=1&sn=e9d1de977142628be13f557331105733&scene=0#rd

【18】蔡月：《夫妻的权利与义务》，法律出版社 2001 年版，第 146-147 页。转引自奚晓明主编：《婚姻法司法解释（三）理解与适用》，人民法院出版社，2011 年第 1 版，第 91 页。

【19】贺剑：《离婚时按揭房屋的增值分配：以瑞士法为中心》载于《家事法研究》2015 年卷|总第 11 卷，第 388 页。

【20】全国人大常委会法工委研究室编：《中华人民共和国婚姻法实用问答》，中国物价出版社 2001 版，第 69 页。

【21】奚晓明主编：《婚姻法司法解释（三）理解与适用》，人民法院出版社，2011 年第 1 版，第 94 页。

【22】夏吟兰、薛宁兰主编《民法典之婚姻家庭编立法研究》，北京大学出版社 2016 年版，第 190 页。

【23】余延满：《亲属法原论》，法律出版社 2007 年版，第 253 页。

【24】胡康生：《中华人民共和国婚姻法释义》，法律出版社 2001 年版，第 61 页。

【25】奚晓明主编：《最高人民法院婚姻法司法解释（三）理解与适用》，人民法院出版社，2011 年第 1 版，第 91 页。

【26】胡康生:《中华人民共和国婚姻法释义》，法律出版社 2001 年版，第 63 页。

【27】胡康生:《中华人民共和国婚姻法释义》，法律出版社 2001 年版，第 65 页。

【28】胡康生:《中华人民共和国婚姻法释义》，法律出版社 2001 年版，第 64 页。

【29】肖峰:《离婚纠纷中涉及有限公司股权的司法处理》，源自“法语峰言”微信公众号，2015-10-28 发布。链接：https://mp.weixin.qq.com/s/hM3u8lokLK8EMrP2XiaVgQ

泰和泰研析丨遗嘱形式要件缺失对遗嘱信托的效力影响

2020-10-12 泰和泰律师 杨竹一 律师

https://mp.weixin.qq.com/s/K-fJFcFg3LQ1a3PBANOUCw

内容摘要：2021 年正式实施的《民法典》第 1133 条第 4 款规定：自然人可以依法设立遗嘱信托。但是设立遗嘱信托的相关配套规定目前尚未出台。遗嘱信托的种类很多、形式也有不同。本文仅讨论遗嘱信托中生前订立遗嘱，并交付财产的遗嘱信托形式。设立遗嘱信托的遗嘱形式必须是自书遗嘱、见证遗嘱。其中的基础文件-自书遗嘱，在订立时候的瑕疵问题，和见证遗嘱时见证人资格欠缺的瑕疵问题。本文试图通过案例举例、比较的方法式从法律规定、证明责任角度来探讨以上问题。以期在《民法典》实施以后对遗嘱信托的相关配套司法解释能有明确规定。

关键词：遗嘱、信托、效力

案例一：杨男，76 岁，生前立下自书遗嘱将其存款、房产分配给其配偶及两个子女，但申明其配偶在世时遗产由配偶管理，子女不能取得遗产，待其配偶过世后，子女才能取得遗产。但该份遗嘱落款没有杨男的签名，没有日期。杨男去世后五年，其配偶患老年认知障碍，儿子乘机侵占家产，女儿在法国，欲回国就剩余遗产设立信托。

案例二：李男，80 岁，生前将自己的画作赠与给某画廊，并约定待他去世后这些画作需要送至美国以他的名字命名的基金会。但画廊收下画作后，因税收问题想退回画作，由李男直接捐赠给基金会。李男无奈立下遗嘱声明将自己的画作设立信托留给画廊，并转赠给基金会。该遗嘱经公证处现场公证，但在出具公证书之前，画作尚未清点前去世。

一、问题的提出

1、设立遗嘱信托的立遗嘱人所立遗嘱没有落款签字和日期的，该份遗嘱是否有效，如何能体现其真实意思表示。

2、设立遗嘱信托的立遗嘱人在设立遗嘱信托时，对受托人的指示不明确时，该份遗嘱是否有效。

3、对特定物设立遗嘱信托，在特定物未清点完毕前去世，该遗嘱是否有效，该遗嘱信托是否成立。

二、解决问题的观点及理由

（一）普通自书遗嘱可以通过证据链弥补形式要件的瑕疵，但遗嘱信托只能严格遵守遗嘱形式要件。否则无法保证遗嘱信托的有效执行，也不利于法院查明。

自书遗嘱的立遗嘱人应当亲笔书写，签名，注明年、月、日。这是《民法典》第 1134 条的明确规定。从形式上讲，缺乏亲笔签名和没有注明年、月、日的遗嘱不是一份完整的遗嘱，法律效力即是法律约束力，如果该份遗嘱需要受到法律保护，则必须符合法律规定的程序及要件。显然，没有亲笔

签名没有标注时间的自书遗嘱是不符合法律规定的自书遗嘱要件的。

但，在《民法典》的当事人意思自治的总原则下，法律是否保护遗嘱受到执行还应当考量遗嘱是否体现当事人意思自治，具体的考量因素有：是否有其他证据体现遗嘱由当事人亲笔书写、是否有其他证明能够证明书写时间。

对于自书遗嘱是否其本人亲自书写的举证责任应由援引这份文书的当事人举证，可以有立遗嘱人生前所写文件做笔迹鉴定予以佐证。立遗嘱时间可以有立遗嘱人的行为、行动能力予以佐证。如果没有证据链能够证明自书遗嘱系立遗嘱人生前亲笔所写，则该份遗嘱可以判定为无效，基于遗嘱所设立的遗嘱信托也视为没有设立。应当恢复原状，遗产按法定继承分配。

而对于遗嘱信托而言，没有注明立遗嘱的年、月、日无论是否有证据证明立遗嘱时间，都不应作为遗嘱信托成立的要件。因为没有注明年、月、日的遗嘱无法查明信托时的财产状态，无法明确遗嘱信托的执行情况，故而法律无法为其做出保障。

所以，在遗嘱信托中，如果是自书遗嘱，没有签名、没有注明年、月、日的遗嘱应为无效遗嘱。没有设立遗嘱信托的普通自书遗嘱，在形式要件存有瑕疵的，可以通过事后证明来弥补。经法院查明后可归为有效。

我国《信托法》第 13 条规定“设立遗嘱信托，应当遵守继承关于遗嘱的规定”，所以，遗嘱信托必须符合遗嘱的有效性和信托的有效性要求。

（二）基于遗嘱信托的特殊性，其形式要件要求需比普通遗嘱更严格。

如果设立遗嘱信托的遗嘱是自书遗嘱的，没有落款签字和注明年、月、日的不能成为遗嘱信托设立的基础文件。如果是代书遗嘱，则遗嘱信托受托人或执行人或监察人出于利益回避的需要不能成为遗嘱见证人。

在遗嘱信托中，如果设立遗嘱信托由信托机构作为受托人的，需要信托机构的资质证明。没有资质证明的也应视为要件瑕疵。而这种要件瑕疵如果信托机构能在事后补交信托资质，且资质取得时间是立遗嘱之前的，可以视为受托人合格，否则，因受托人资格原因可以导致遗嘱信托不成立。

遗嘱信托中立遗嘱人在遗嘱中对受托人指示不明确的也应视为遗嘱信托的形式要件不足。具体而言，对受托人指示不明确包括：设立遗嘱信托时，遗嘱附件没有受托人身份信息，没有受托人能力保障条款，没有明确受托人权限的，都应属于形式要件瑕疵，而这类要件瑕疵无法通过事后弥补。

基于上述原因案例一中杨男的遗嘱存在瑕疵，信托的基础文件不存在，信托无从谈起。并且杨男的遗嘱中没有对保管遗产义务的配偶如遇特殊情况该如何行使管理职责有所描述。故该份遗嘱应为无效遗嘱。

（三）对特定物设立遗嘱信托，在立遗嘱人完成自书遗嘱，特定物尚未清点前去世的，遗嘱有效但信托未成立。

如案例二中李男对自己画作的处分，属于有权处分，该遗嘱虽经公证处公证，但没有清点完毕画作，也没有出具公证书。但遗嘱有其签名，注明了年、月、日。具备自书遗嘱的形式要件，可视为一份有效的自书遗嘱。但是基于要设立信托的画作没有清点完毕，属于信托财产不明状态，故遗嘱信托不成立。遗嘱虽然有效，但财产不明确的也无法得到法律的保障。

2015 年 11 月 23 日江西省抚州地区中级人民法院就曾某甲与李某遗嘱纠纷做出判决[案号：（2015）抚民一终字第 266 号]，在该案中，被继承人曾某生前立下遗嘱，将“剩余财产成立曾氏基金，由侄子曾某甲、曾某丙管理使用”但因对财产分配使用等执行内容没有明确指示，而被法院驳回诉讼请求。但法院没有对遗嘱是否有效做出认定。

遗嘱信托除了有人身关系外，还有财产关系需要调整，根据《民法典》第 464 条的规定：“合同

是民事主体之间设立、变更、终止民事法律关系的协议。婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用有关该身份关系的法律规定；没有规定的，可以根据其性质参照适用本编规定。”所以，一个遗嘱信托除了基础的遗嘱文件，还应当有合同的属性，时间、落款、受托人资格、受托人权限、执行内容都必须清楚明白。即要符合信托合同的要件要求。否则很难得到法律保护。

三、结　论

综上所述，尽管《民法典》规定了自然人可以设立遗嘱信托，但目前对于遗嘱信托的相关配套细则规定尚未出台，有待于法庭检验的遗嘱信托还需要在形式要件、设立过程、执行规则等方面与法理紧密联系。本文所述案例及观点系遗嘱信托在实践中比较常见的问题，借此提出意在期待《民法典》后对遗嘱信托建立规范性指引，并对以上问题有明确规定。

房屋分割系列 | 离婚协议中把房产赠与子女但未过户，能否撤销？

原创：2020-10-15 家族律评　秦卓瑜
https://mp.weixin.qq.com/s/fzRkHIDj9ifeYMvvFqCUHQ

作者 | 贾明军律师团队 秦卓瑜

夫妻双方如果采用协议方式离婚，财产的分割往往是其中的重点。实践中，考虑到促进两代人的相互理解、妥善解决婚姻纠纷，同时也为了做到财富的有序传承，男女双方在离婚协议中约定将共有的房产给子女的现象并不罕见。但是，在事后未办理房产过户手续的情况下，如果男女一方或双方反悔，能否撤销赠与？作为子女来说，又该如何主张权利？

针对这一问题，笔者对于司法实践中的判例进行了检索，结合立法规定以及最高院法官的观点进行介绍分析，以期为司法实践中这一问题的处理提供有益的参考。

01 立法规定

《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。

《婚姻法司法解释（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。

《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。

02 司法实践中的裁判规则

笔者进行了案例检索，发现司法实践中存在截然不同的两种裁判观点，主流裁判观点认为离婚协

议中的房产赠与不可撤销，但也存在相反的案例，法院认为离婚协议中的房产赠与在过户前可以撤销。

主流裁判观点
离婚协议中的房产赠与不可撤销

司法实践中，多数法院所持的观点认为离婚房产赠与不可撤销，不同法院在法律适用和说理的侧重点不同，笔者选取了其中四个地区的 6 个典型案例进行介绍。

北京地区典型案例之一
离婚协议是一个“一揽子”的解决方案
如果允许部分撤销将破坏协议的“整体性”

在北京市东城区人民法院一审的（2013）东民初字第 02551 号、北京市第二中级人民法院二审的（2013）二中民终字第 09734 号婚后财产纠纷中，夫妻双方离婚时对于共同共有的位于北京市崇文区××路××号院××小区××号楼××单元 59 号房屋（以下简称 59 号房屋）并未予以分割，而是通过协议约定该房屋所有权在王某某付清贷款后归双方之子王某所有。2013 年 1 月，李某某起诉称：59 号房屋贷款尚未还清，房屋产权亦未变更至王某名下，即还未实际赠与给王某，目前还处于李某某、王某某共有财产状态，故不计划再将该房屋属于自己的部分赠给王某，主张撤销之前的赠与行为，由法院依法分割 59 号房屋。

法院认为，在离婚协议中双方将共同财产赠与未成年子女的约定与解除婚姻关系、子女抚养、共同财产分割、共同债务清偿、离婚损害赔偿等内容构成了一个整体。通常情况下，当事人是在综合考虑上述因素基础上，对于人身问题和财产问题制定一个概括的“一揽子”的解决方案。在处理财产时，往往经过不断地博弈和协商，通过某一个处分行为来解决多项财产分割问题。所以双方约定将共同财产赠与未成年子女是一个概括的合意，该合意中任何一项财产的处分都与其它财产的处分互为前提、互为结果。如果允许一方反悔，那么男女双方离婚协议的“整体性”将被破坏。同时，离婚协议各个条款的订立都是为了解除婚姻关系这一目的，具有目的上的统一性。在婚姻关系已经解除且不可逆的情况下如果允许当事人对于财产部分反悔将助长先离婚再恶意占有财产之有违诚实信用的行为，诱发道德风险。

值得注意的是，上述案例是最高人民法院公布 10 起婚姻家庭纠纷典型案例（北京）之一、最高人民法院 2015 年发布 30 例婚姻家庭纠纷典型案例之北京案例一、最高人民法院 2015 年度公布弘扬社会主义核心价值观典型案例之婚姻家庭纠纷典型案例，也是北京法院参阅案例第 16 号。由此可见，北京法院在该案中的裁判规则已经在一定程度上得到了较为广泛的认可。

北京地区典型案例之二
离婚协议中将房产赠与子女系附条件的赠与

在北京市丰台区人民法院一审的(2017)京 0106 民初 15850 号、北京市第二中级人民法院二审的(2017)京 02 民终 11547 号赠与合同纠纷中，李某某与陈某原系夫妻，二人于 2003 年 10 月 13 日登记结婚，育有一子李某强。2004 年 10 月 5 日，李某某购买 1203 号房屋。二人于 2011 年 8 月 12 日协议离婚并领取离婚证，双方在离婚协议中约定：……住房问题：北京市×××1203 号房屋产权归陈某与儿子李某强所有，不得出售抵押。2010 年 12 月 14 日，1203 号房屋所有权转移登记至陈某名下。李某某另出具承诺书一份，该承诺书显示落款日期为 2011 年 8 月 12 日，李某某称该承诺书签订时间为 2011 年，后一直存放于陈某处，其于 2015 年取得该承诺。载明：李某某与陈某于 2011 年 8 月 12 日自愿达成离婚协议，位于北京市×××1203 号房屋产权归陈某与儿子李某强共同所有，不准出售与抵押，违反协议，陈某必须无条件归还

李某某房屋产权并和儿子李某强共同拥有。李某某现以其在离婚时与陈某有过约定房屋不得抵押且李某强对其有打骂行为为由，要求撤销在离婚协议中归李某强对 1203 号房屋所有权份额的赠与。

法院认为，本案的争议焦点是李某某能否撤销对李某强的赠与合同。本案中，李某某与陈某签订的离婚协议系双方当事人真实意思表示，且不违反相关法律规定，故应当认定该协议合法有效，双方当事人均应依照协议内容履行。协议中明确将 1203 号房屋产权归陈某与李某强所有，并约定不得出售或抵押。该协议系李某某与陈某离婚时签订，是双方共同对李某强作出的赠与，是一种附协议离婚条件的赠与；现双方已经协议离婚，李某某以其没有收入、生活困难，且陈某与李某强并未在 1203 号房屋居住为由请求撤销对李某强的赠与缺乏事实和法律依据，本院不予支持。

北京地区典型案例之三

天津地区典型案例

离婚协议无欺诈、胁迫的，一方反悔的诉请无效

在北京市高级人民法院再审的(2017)京民申 583 号离婚后财产纠纷案件中，张×与崇×于 1967 年 10 月 26 日登记结婚，婚后双方购买单位福利房一套，产权人登记为张×。2006 年 5 月 25 日，该房过户至其配偶崇×名下。2006 年 5 月 26 日，双方办理离婚登记手续，同时签署离婚协议书一份。协议第三条约定："夫妻双方唯一共同财产为坐落在北京市海淀区马连洼北路百草园×楼×门×号单元房一套(原为北京市海淀区东北旺药植所东宿舍×楼×号)。经双方协商此单元房所有权及房内所有家用电器及家具等等物品（见清单）归女方崇×及两个女儿所有。若女方再婚，则女方自动放弃房屋所有权，其所有权归两个女儿平均所有，但女方在世时，此套房屋使用权归女方所有"。该房于 2006 年 5 月 25 日过户至崇×名下，此时间节点在婚姻存续期间。

法院认为，离婚协议中关于财产分割的条款或者当事人因离婚就财产分割达成的协议，对男、女双方具有法律约束力。本案中，张×与崇×于 2006 年 5 月 26 日达成的离婚协议书，系双方真实意思表示，内容合法。张×在没有提供证据证实双方在订立财产分割协议时存在欺诈、胁迫等情形，故其要求解除双方对协议第三条约定，缺乏事实、法律依据。

在天津二中院 2017 年发布的家事审判十大典型案例之案例四中，原告徐 X、被告张 X 原系夫妻关系，2013 年 4 月 24 日，双方经法院调解离婚，离婚协议中约定夫妻共同所有的诉争房屋所有权归儿子徐 XX 所有。协议订立后，该房产并未过户至双方之子徐 XX 名下。现徐 X 起诉，请求依法分割该诉争房屋。最终，法院驳回原告徐 X 的诉讼请求。

法院认为，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 8 条第一款规定"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"，协议离婚时夫妻双方达成的将房产赠与子女的条款，如果没有欺诈、胁迫的情形，一方反悔请求撤销赠与条款的，应当判决驳回其诉讼请求。法院的判决结果体现了上述法律规定精神，维护了民法的诚实信用的基本原则，同时也保护了未成年人的合法权益。

上海地区典型案例

《婚姻法司法解释（二）》属于特别法

应当优先适用

在上海市宝山区人民法院一审的(2016)沪 0113 民初 697 号、上海市第二中级人民法院二审的(2017)沪 02 民终 4967 号离婚后财产纠纷案件中，陈某某、罗某 1 原系夫妻关系，双方于 1982 年登记结婚，2000 年 12 月于民政机关协议登记离婚。罗某 2 系陈某某与罗某 1 婚生之子。1995 年 2 月，

罗某 1 登记为系争房屋产权人。2000 年 12 月 27 日，陈某某、罗某 1 在上海市宝山区民政局签署自愿离婚协议书，其中共同财产分割项下载明：“产权房归儿子”。

一审法院认为，现在该协议书中第二部分“共同财产分割”项目下，载明了男方：“产权房归儿子”，而系争房屋之产权确登记于罗某 1 名下，可以反映罗某 1 在离婚协议书中所表述之意思应为其自愿将系争房屋赠送给儿子，即本案罗某 2 所有。自愿离婚协议系双方经协商一致达成的处理了包括身份关系、子女抚养及共同财产处理等一系列问题的整体性协议，现陈某某以赠与的住房尚未实际过户，要求予以撤销为由要求解除该条款，然陈某某、罗某 1 双方已离婚多年，涉及身份关系的协议书显然无法随意撤销，故对于陈某某的该主张，法院亦不予采信。

二审法院认为，本案争议二，上诉人是否可行使撤销权问题。《合同法》第一百八十六条规定：“赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。”陈某某主张即使被理解为其在签署离婚协议时将属于其 50%房产份额赠与罗某 2，但在系争房屋尚未实际过户时，上诉人可行使撤销权。本院认为，以婚姻法司法解释关于离婚协议中赠与条款的法律约束力对抗合同法任意撤销权的任意性，根据特别法优于一般法的原则，本案应当优先适用婚姻法司法解释的规定。即，涉及身份关系的协议内容不得随意撤销。故对上诉人该项主张，本院亦难认同。综上，陈某某之诉请，缺乏事实证据及法律依据，本院难以支持。

甘肃地区典型案例

离婚协议涉及人身财产事项
并不等同于一般意义上的赠与合同

在张掖市甘州区人民法院发布关于婚姻家事的 9 类经典案例之七号案例中，汪某（男）与朱某（女）原系夫妻关系，双方育有一女汪某某，后汪某与朱某协议离婚，约定女儿由汪某抚养，双方共有的一套房产归双方之女汪某某所有，贷款由汪某承担。后汪某某诉至法院，要求确认该房产归其所有。在审理中朱某认为，虽然在离婚协议中约定该房产归双方之女汪某某所有，但房屋属于不动产，不动产权属变更应以登记才能有效，现该赠与行为尚未发生，要求撤销赠与。最终，法院判决确认朱某与汪某离婚协议中约定的房产赠与行为有效。

法院认为，首先，离婚协议是夫妻双方对婚姻关系的解除、财产分割、子女抚育以及债务承担等涉及人身财产事项协商一致的协议，并不等同于一般意义上的赠与合同，并不因赠与财产的权利尚未转移，赠与人就当然有权撤销赠与，故朱某认为赠与行为尚未发生，要求撤销赠与的请求，没有相关法律依据，法院不予支持。

第二，离婚协议对男女双方具有法律约束力。离婚协议掺杂了复杂的感情因素，人民法院对协议的审查不能简单适用《合同法》等价有偿的原则，而应着重从是否有违当事人真意、是否侵害子女和女方利益等角度进行考量，并且根据规定，该请求须在法定时间内提出，即在协议离婚后一年内提出，超出此限人民法院不予支持。

特别裁判观点
离婚协议中的房产赠与在过户前可以撤销

上海地区典型案例

不属于法律规定的不可撤销的赠与
因此可以撤销

在上海市浦东新区人民法院审理的(2016)沪 0115 民初 19767 号赠与合同纠纷中，原告陈某传与被告原系夫妻关系，原告陈某昊系双方婚生子。2014 年 2 月 7 日，原告陈某传与被告协议离婚，双方在离婚协议书中约定：“双方婚后住上海市浦东新区川沙硕川路 XXX 弄 XXX 号 XXX 室(双方确认房屋住址与房产证无误)，房屋产权是夫妻共同财

产。离婚后，房屋产权归儿子陈某昊所有，此房贷款归男方偿还，男、女双方自行解决住房”。此后，因原告陈某传要求被告办理产权变更登记手续未果，故二原告提起诉讼。

审理中，二原告明确本案系赠与合同之诉，要求被告按离婚协议书中的上述赠与约定履行。被告则明确要求撤销赠与。

法院认为，赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与的合同。除具有救灾、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外，赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。本案系争房屋系原、被告三人共有，原告陈某传与被告在离婚协议书中关于系争房屋赠与原告陈某昊的约定，实际为双方将其在系争房屋中各自享有的房产份额赠与原告陈某昊。该赠与约定虽系双方的真实意思表示，但依法应在所赠房产的房产权利转移（即产权变更登记）后才能生效，且该赠与并不属法律规定的不可撤销的赠与。现被告在其房产权利转移前明确表示撤销赠与，系其依法行使权利，本院自予准许。而被告撤销赠与的行为也导致本案赠与约定无法生效，故二原告现要求被告履行赠与约定，协助办理产权变更登记手续的主张，本院难以支持。

上海地区参考案例

分手协议中的赠与可以撤销

在上海市闵行区人民法院一审的（2016）沪0112 民初 6900 号、上海市第一中级人民法院二审的(2016)沪 01 民申 322 号合同纠纷案件中，两被告系夫妻关系，原告与两被告之女唐某某(即本案被告张某某的委托代理人)原系同居关系，双方于2009 年左右相识并确立恋爱关系，后开始同居生活。2010 年 2 月 5 日举行结婚仪式，但未办理结婚登记手续。原告与唐某某于 2011 年 4 月 29 日生育一女唐某某。2012 年 9 月 16 日双方签订《分手协议书》一份，分手协议第四条内容为：乙方父母看在甲方没有功劳也有苦劳的份上，诺甲方做乙方相同的生意，在不影响乙方的情况下，帮助甲方肆拾万元正货物，从甲方做生意起第一年二十万第二年二十万元正，分二年付清，若不做生意 2014 年之前付清。

法院认为，首先，原告与唐某某签订的《分手协议书》有别于传统民事合同，系兼具人身属性及财产属性的复合合同，协议中解除双方的同居关系、子女抚养、给付行为是一个整体问题，这些内容互为前提、互为结果，构成了一个整体，是一揽子解决方案。如果允许一方反悔，那么协议的整体性将遭到破坏。原告在与唐某某一方签订《分手协议书》时，双方最后协议确定女儿抚养权归属等问题的时候，是进行过一番协商、妥协和让步的，双方都是在综合考虑同居关系是否解除、子女如何抚养等情况下达成了本案《分手协议书》。现原告将唐某某带回淮阴共同生活，已更改了双方的《分手协议书》对子女抚养的约定，故两被告无需就《分手协议书》继续履行。

其次，原告与唐某某签署的《分手协议书》第四条的性质问题。两被告作为《分手协议书》之外的第三方，本无需对原告与唐某某之间的关系如何处理承担任何责任，但两被告作为唐某某的父母，出于善意，认可给予原告一定的货物或者钱款，是出于赠与的角度考虑的，故双方《分手协议书》第四条的性质应认定为赠与为宜，也更符合当时双方订立协议的目的和初衷。根据法律规定，赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。

江西地区典型案例

不动产赠与应当以办理过户登记方才发生法律效力

在江西省赣州市南康区人民法院（原江西省南康市人民法院）审理的(2018)赣 0703 民初 1028 号离婚后财产纠纷案件中，经审理查明，原、被告曾系夫妻关系，双方于××××年××月××日登记离婚，并签订《离婚协议书》一份，协议约定原、

被告将位于南康市泰康路汽车东站对面五层半的房屋（房权证：康房字第××号；该房屋登记的产权人为被告赖某）赠予给儿子赖某鹏所有。现原告以被告拒绝配合将该房屋过户给赖某鹏为由，诉至本院要求对该房屋的产权依法平均分割。

法院认为，房屋赠予合同系实践性合同，且不动产赠予也应当以办理过户登记方才发生法律效力，原、被告在办理离婚时约定共同将讼争房屋赠予给其子赖某鹏，但至今未办理过户，故该房屋产权仍属原、被告所共有。现原告主张对讼争房屋产权进行平均分割，于法有据，本院予以支持。据此，依照《中华人民共和国物权法》第九条、《中华人民共和国合同法》第一百八十七条及最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国民法通则》若干问题的意见第 128 条之规定，判决如下：位于南康区泰康路汽车东站对面五层半的房屋（房权证：康房字第××号、建筑面积 492.50 ㎡）由原告廖某、被告赖某各享有二分之一的份额。

03 最高院法官观点

对于离婚协议中房产赠与条款的处理，最高人民法院吴晓芳法官曾撰文进行分析。

吴晓芳法官指出，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。

吴晓芳法官认为，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，在登记离婚后一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，最高人民法院婚姻法司法解释（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一百八十六条的规定处理。”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。

合同法第一百八十六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。

04 结语

对于大多数人来说，房产是奋斗一生所积累的主要财产，也是婚姻生活中绕不开的话题。当缘分走到尽头，男女双方在房产分割时，有时会考虑将夫妻共有的房产过户到子女名下，这样分配主要是考虑到协调两代人的关系、促进婚姻纠纷的妥善和谐解决，也有助于实现财富的传承。

对于离婚房产赠与在过户前能否撤销的问题，司法实践中尚未形成完全一致的裁判观点，目前仍然存在争议。因此，对于获得房屋的子女来说，应当及时办理房屋的过户手续，依法维护自己的合法权益；对于离婚的双方当事人来说，也应当了解离婚协议背后的法律意义，对于自己的财产权利进行妥善处分。

新修订《未成年人保护法》监护制度亮点解读

2020-10-19 北京市律师协会

https://mp.weixin.qq.com/s/5w2WfsQsWrAUu-qiWVCXrA

作者：北京律协婚姻与家庭法律专业委员会
副主任 张雪梅

导 语

2020 年 10 月 17 日，十三届全国人大常委会第二十二次会议审议通过修订后的《未成年人保护法》。修订后的《未成年人保护法》将于 2021 年 6 月 1 日起施行。

《未成年人保护法》自 2018 年全国人大常委会启动修订工作，历经全国人大常委会 2019 年 10 月第一次审议、2020 年 6 月第二次审议、2020 年 10 月第三次审议，并三次公开征求社会意见。《未成年人保护法》的此次修订，具有很强的实践特点和时代特点，着力回应了社会关切和未成年人保护工作的迫切需求，与《民法典》、《刑法》、《刑事诉讼法》、《反家庭暴力法》《预防未成年人犯罪法》等法律的修订制定做了很紧密的衔接，吸纳了近年来国家发布的一系列未成年人保护司法新规的理念与探索。修订过程中，全国人大社会建设委员会和法制工作委员会吸收了多方意见，法律条款更加完善、充实，尤其是在监护制度方面，做出了很多创新、细化、操作性强的规定，亮点颇多。修订后的法律严格了父母或者其他监护人的各项监护责任，明确了国家对家庭监护进行指导、支持、帮助和监督的责任，完善了委托照护和临时监护、长期监护制度，拓展充实了监护支持、监督、干预的具体规定，构建了"以家庭监护为主，以监护支持、监督和干预为保障，以国家监护为兜底"的未成年

人监护制度体系。我全程参与了《未成年人保护法》的修订工作，尤其关注未成年人监护制度，本文主要就《未成年人保护法》对未成年人监护制度的发展完善进行解读。

一、强化父母的第一监护责任，发展完善家庭监护制度

修订后的《未成年人保护法》在总则、家庭保护、司法保护、法律责任各章中，用多个条款对父母的第一监护责任和家庭成员的协助义务进行强化、细化，突出了家庭监护主责，细化了监护职责和委托照护等制度，强化了家庭监护责任。修订后的《未成年人保护法》相关条款与《民法典》总则的监护制度以及婚姻家庭编的相关规定在立法方面相呼应并紧密衔接。

1. 将未成年人父母或者其他监护人依法对未成年人承担监护职责作为总则的一个条款进行规定，突出体现父母或者其他监护人的第一责任。（第七条第一款）

2. 家庭保护中明确规定监护人和其他家庭成员的义务。修订后的法律在家庭保护一章中进一步规定，未成年人父母或者其他监护人应当学习家庭教育知识，接受家庭教育指导，创造良好、和睦、文明的家庭环境，并规定了共同生活的其他成年家庭成员应当协助未成年人的父母或其他监护人抚养、教育和保护未成年人。（第二章家庭保护第十五条）

3. 确立和细化委托照护制度。修订后的法律第二十二条规定，父母或者其他监护人因外出务工等原因在一定期限内不能完全履行监护职责的，应当委托具有照护能力的完全民事行为能力人代为照护，并强调无正当理由不得委托他人代为照护。该条同时规定了被委托人的条件。第二十三条进一步明确了委托照护后父母或者其他监护人的责任，要求父母及时将委托照护情况书面告知未成年人所在学校、幼儿园和实际居住地的居（村）委会，与未成年人、被委托人至少每周联系和交流一次，了解未成年人的生活、学习、心理等情况，给予未成年人亲情关爱，在接到被委托人、居（村）委会、学校、幼儿园等关于未成年人心理、行为异常的通知后，应当及时采取干预措施。

4. 明确父母或其他监护人不得在安全方面对未成年人疏忽照料。规定父母或其他监护人不得使未满十六周岁的未成年人脱离监护单独生活，不得使未满八周岁或者由于身体、心理原因需要特别照顾的未成年人处于无人看护状态，或者将其交由无民事行为能力、限制民事行为能力、患有严重传染性疾病或者其他不适宜的人员临时照护。（第二十一条）

5. 规定父母或者其他监护人保障未成年人家庭生活环境、交通和户外安全的责任。规定父母或其他监护人应当为未成年人提供安全的家庭生活环境，及时排除引发触电、烫伤、跌落等伤害的安全隐患；采取配备儿童安全座椅、教育未成年人遵守交通规则等措施，防止未成年人受到交通事故的伤害；提高户外安全保护意识，避免未成年人发生溺水、动物伤害等事故。（第十八条）

6. 细化具体监护职责和监护禁止行为。《未成年人保护法》对《民法典》第三十四条规定的监护职责进行细化，从监护人应当履行的职责和不得实施的行为两个方面分别进行了列举加概括式的规定，明确了未成年人人身、财产监护及抚养、教育、保护等方面的具体内容，以未成年人的生存权、发展权、参与权和受保护权为出发点，确定了与此相关的各方面职责。其中第十六条细化规定了未成年人父母或者其他监护人应当履行的十项具体监护职责，第十七条细化规定了未成年人父母或者其他监护人不得实施的十一项行为。（第十六条、第十七条）

第十六条　未成年人的父母或者其他监护人

应当履行下列监护职责：

（一）为未成年人提供生活、健康、安全等方面的保障；

（二）关注未成年人的生理、心理状况和情感需求；

（三）教育和引导未成年人遵纪守法、勤俭节约，养成良好的思想品德和行为习惯；

（四）对未成年人进行安全教育，提高未成年人自我保护意识和能力；

（五）尊重未成年人受教育的权利，保障适龄未成年人依法接受并完成义务教育；

（六）保障未成年人休息、娱乐和体育锻炼的时间，引导未成年人进行有益身心健康的活动；

（七）妥善管理和保护未成年人的财产；

（八）依法代理未成年人实施民事法律行为；

（九）预防和制止未成年人的不良行为和违法犯罪行为，并进行合理管教；

（十）其他应当履行的监护职责。

第十七条　未成年人的父母或者其他监护人不得实施下列行为：

（一）虐待、遗弃、非法送养未成年人或者对未成年人实施家庭暴力；

（二）放任、教唆或者利用未成年人实施违法犯罪行为；

（三）放任、唆使未成年人参与邪教、迷信活动或者接受恐怖主义、分裂主义、极端主义等侵害；

（四）放任、唆使未成年人吸烟（含电子烟，下同）、饮酒、赌博、流浪乞讨或者欺凌他人；

（五）放任或者迫使应当接受义务教育的未成年人失学、辍学；

（六）放任未成年人沉迷网络，接触危害或者可能影响其身心健康的图书、报刊、电影、广播电视节目、音像制品、电子出版物和网络信息等；

（七）放任未成年人进入营业性娱乐场所、酒吧、互联网上网服务营业场所等不适宜未成年人活动的场所；

（八）允许或者迫使未成年人从事国家规定以外的劳动；

（九）允许、迫使未成年人结婚或者为未成年人订立婚约；

（十）违法处分、侵吞未成年人的财产或者利用未成年人牟取不正当利益；

（十一）其他侵犯未成年人身心健康、财产权益或者不依法履行未成年人保护义务的行为。

7. 明确监护侵害的处置，丰富处罚措施。法律责任一章中规定，父母或者其他监护人不依法履行监护职责或者侵犯未成年人合法权益的，由其居住地的居民委员会、村民委员会予以劝诫、制止；情节严重的，居民委员会、村民委员会应当及时向公安机关报告。公安机关接到报告或者公安机关、人民检察院、人民法院在办理案件过程中发现未成年人的父母或者其他监护人存在上述情形的，应当予以训诫，并可以责令其接受家庭教育指导。（第一百一十八条）

二、明确国家支持与监督责任，规定国家对家庭监护进行指导、支持、帮助和监督

修订后的法律在规定父母或其他监护人的第一责任的同时，针对现实中家庭监护的支持和监督措施缺乏的现状，明确了国家对家庭监护支持、指导、帮助与监督方面的责任。

1. 在总则中规定国家采取措施监督、指导和帮助未成年人的父母或者其他监护人履行监护职责。（第七条第二款）

2. 在社会保护一章中规定具体的监护支持与监督措施，居民委员会、村民委员会应当指导、帮助和监督未成年人的父母或者其他监护人依法履行监护职责，应当协助政府有关部门监督未成年人委托照护情况，发现被委托人缺乏照护能力、怠于履行照护职责等情况，应当及时向政府有关部门报告，并告知未成年人的父母或者其他监护人，帮助、督促被委托人履行照护职责。（第四十三条）

三、完善国家监护兜底责任，扩大民政部门临

时监护与长期监护的范围

修订后的法律除了规定未成年人由谁来监护、怎么监护的问题，对于监护不好该怎么办也进行了更为细致的规定。对于实践中出现的监护人缺位、监护侵害紧急安置、监护缺失等问题，《未成年人保护法》规定了由民政部门进行临时监护或长期监护，填补了现实中存在的监护空白，有助于民政部门在实际工作中推动落实，确保未成年人及时获得有效的监护。

1. 明确民政部门临时监护情形和生活安置措施

临时监护是对父母或其他监护人监护的临时补充，确保父母或其他监护人缺位时未成年人能够获得有效监护，是在未成年人监护人缺位、监护不当时对其家庭监护进行行政干预和司法干预工作中的关键环节，具有承上启下的作用。《民法典》只规定了两种情形的临时监护，规定尚不完善。实践中，需要国家临时监护的对象还有很多具体情况，《未成年人保护法》第九十二条规定了七种临时监护情形。该条对临时监护的对象范围进行了扩大是非常必要的，更好的保障了未成年人的生存权、受保护权和发展权。民政部门应当依法对未成年人进行临时监护的七种情形是：（一）未成年人流浪乞讨或者身份不明，暂时查找不到父母或者其他监护人；（二）监护人下落不明且无其他人可以担任监护人；（三）监护人因自身客观原因或者因发生自然灾害、事故灾难、公共卫生事件等突发事件不能履行监护职责，导致未成年人监护缺失；（四）监护人拒绝或者怠于履行监护职责，导致未成年人处于无人照料的状态；（五）监护人教唆、利用未成年人实施违法犯罪行为，未成年人需要被带离安置；（六）未成年人遭受监护人严重伤害或者面临人身安全威胁，需要被紧急安置；（七）法律规定的其他情形。

针对民政部门承担临时监护的未成年人如何进行生活安置的问题， 第九十三条、第九十六条进一步规定了临时监护期间的生活安置措施和送回监护人抚养的条件，规定县级以上人民政府及其民政部门应当根据需要设立未成年人救助保护机构、儿童福利机构，负责收留、抚养由民政部门监护的未成年人。对临时监护的未成年人，民政部门可以采取委托亲属抚养、家庭寄养等方式进行安置，也可以交由未成年人救助保护机构或者儿童福利机构进行收留、抚养。经民政部门评估，监护人重新具备履行监护职责条件的，民政部门可以将未成年人送回监护人抚养。

2. 明确国家是未成年人的最终监护人，扩大民政部门进行长期监护的范围

临时监护是一种临时性、过渡性的安置措施，不是未成年人的最终生活安置。修订后的《未成年人保护法》明确民政部门作为未成年人的最终监护人，实现临时监护与长期监护无缝对接。第九十四条规定了查找不到未成年人的父母或者其他监护人、监护人死亡或者被宣告死亡且无其他人可以担任监护人、监护人丧失监护能力且无其他人可以担任监护人、法院判决撤销监护人资格并指定由民政部门担任监护人以及法律规定其他情形的未成年人由民政部门进行长期监护。

对于国家长期监护的未成年人的最终生活安置，《未成年人保护法》进一步规定了民政部门进行收养评估后，可以依法将其长期监护的未成年人交由符合条件的申请人收养。该规定使未成年人能够尽快实现回归家庭的生活安置方式，解决了实践中长期滞留在机构中抚养的问题。

四、规定离婚时不得抢夺、藏匿孩子，不当争夺抚养权首次入法

《未成年人保护法》第二十四条规定：未成年人的父母离婚时，应当妥善处理未成年子女的抚养、教育、探望、财产等事宜，听取有表达意愿能力未成年人的意见。不得以抢夺、藏匿未成年子女等方式争夺抚养权。

离婚纠纷基本都涉及孩子的抚养权、探望权问

题，抢夺、藏匿孩子现象比较普遍，但在司法实践中缺少救济途径，助使这种不当争夺抚养权的行为愈演愈烈。当事人为了获得孩子抚养权不惜牺牲孩子的亲情，采取这种过激的方式争夺抚养权，既激化矛盾更不利于孩子的身心健康，是对孩子权益的侵害和对另一方当事人监护权的侵害。在《民法典》编纂过程中，这个问题备受关注，但最终没能写入法律。《未成年人保护法》修订中对此高度关注并做出规定，体现了总则中确立的“最有利于未成年人”的原则。

值得注意的是，该条在全国人大常委会二审后，将“不得以抢夺、藏匿未成年子女等方式争夺抚养权”前的逗号改成了句号，这一修改，为解决婚姻存续期间抢夺、藏匿孩子的问题留下空间。“不得以抢夺、藏匿孩子等方式争夺抚养权”的入法，为解决婚内分居期间和离婚后抢夺、藏匿孩子的司法实践难题的解决提供了法律依据，人民法院在审理离婚案件时，可以据此将抢夺、藏匿孩子的行为作为其不利于抚养未成年子女的后果予以处理。

五、规定检察院督促、支持起诉和公益诉讼职责，完善监护利益冲突的处理途径

我国法定代理人制度的规定限制了未成年人独立诉权的行使，如果侵害人是法定代理人那么诉讼将面临法定代理人缺位的问题，导致未成年人与监护人存在利益冲突的案件很难依靠未成年人自己进入司法程序。《民法典》、《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》等规定了有关组织和人员代为起诉的司法干预制度。修订后的《未成年人保护法》第一百零八条进一步规定了未成年人的父母或者其他监护人不依法履行监护职责或者严重侵犯被监护的未成年人合法权益的，人民法院可以根据有关人员或者单位的申请，依法作出人身安全保护令或者撤销监护人资格。被撤销监护人资格的父母或者其他监护人应当依法继续负担抚养费用。

为了督促有关组织和人员积极履行代为提起诉讼的职责，《未成年人保护法》第一百零六条规定了检察院的督促、支持相关组织和个人起诉的职责，即未成年人合法权益受到侵犯，相关组织和个人未代为提起诉讼的，人民检察院可以督促、支持其提起诉讼；涉及公共利益的，人民检察院有权提起公益诉讼。在未成年人保护法二审后又增加了检察院监督权的规定，即第一百零五条规定人民检察院通过行使检察权，对涉及未成年人的诉讼活动等依法进行监督。

上述规定为法定代理人缺位或监护人侵害未成年人权益的案件提供了解决途径，并通过检察院的督促、支持起诉和诉讼监督确保案件及时进入司法程序，补足了未成年人在诉讼中的力量。对我国司法实践关于“诉讼监护人”、“儿童权益代表人”、“支持起诉人”的一些司法探索进行了立法回应。

六、规定法律援助指派要求，确保法律援助专业化

法律援助服务在未成年人保护体系中至关重要，不论是在司法程序中，还是在案件发现后的应急处置与多专业帮扶中都是必不可少的，是未成年人权益获得有效保护的重要制度保障。修订后的法律提出了指派未成年人法律援助应当指派熟悉未成年人身心特点的律师办理的基本要求，并规定法律援助机构和律师协会应当对办理未成年人法律援助案件的律师进行指导和培训（第一百零四条）。该规定有利于确保未成年人法律援助工作专业化开展，提升未成年人案件法律援助质量，确保未成年人权益得到有效保护。

在《未成年人保护法》修订过程中，我接受司法部公共法律服务管理局委托，起草了《未成年人法律援助服务指引（试行）》建议稿，该指引已于 2020 年 9 月由司法部公共法律服务管理局和全国律协联合发布。指引细化规定了包括监护侵害案件等三类未成年人法律援案件助的办理要求，在《未成年人保护法》规定的指派法律援助基本要求外，还提出了应当优先指派熟悉未成年人身心特点、熟

悉未成年人法律业务的承办人员，未成年人为女性的性侵害案件应当优先指派女性承办人员办理，对于重大社会影响或疑难复杂案件法律援助机构可以指导、协助法律援助承办人员向办案机关寻求必要支持，有条件的地区法律援助机构可以建立未成年人法律援助律师团队等内容。指引有利于促进《未成年人保护法》的贯彻落实和切实保护未成年人的合法权益。

亲子关系确认和否认之诉的实践初探——兼论《民法典婚姻家庭编》第 1073 条、《婚姻法司法解释三》第 2 条

原创：2020-10-21 HOAM　陈贝贝
https://mp.weixin.qq.com/s/oddj7biR_2E-tezCU-jPpQ

亲子关系确认和否认之诉的实践初探——兼论《民法典婚姻家庭编》第 1073 条、《婚姻法司法解释三》第 2 条

【内容摘要】《民法典》吸纳了《婚姻法司法解释三》第二条的经验，立足于当事人诉求，在第一千零七十三条规定了亲子关系确认和否认之诉，但是这一规定缺乏理论根基，尤其是缺少亲子关系推定制度，是不周延的。这一规定平息了实践中继承人能否以否认之诉否认婚生子女的继承权的争议，也明确了确认之诉可以确认非婚生子女的继承权。法院受理亲子关系确认和否认之诉需要举证证明“有正当理由”，而这一限制有可能导致当事人的立案难，也容易导致法院违背立案登记制的基本原则。这一规定还有很多未决的问题期待司法实践的进一步探索，如法律拟制的亲子关系是否包括在本条之中；亲子关系确认和否认之诉是否有诉讼时效；亲子关系确认和否认之后，其他关系如何矫正和理顺等。

【关键词】亲子关系；确认；否认；实践；问题

《最高人民法院关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释（三）》(以下简称“《婚姻法司法解释三》”)第二条规定了亲子关系确认和否认之诉中，一方当事人拒绝进行亲子鉴定的处理：“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。”《中华人民共和国民法典》（以下简称“《民法典》”）在充分吸纳《婚姻法司法解释三》第二条的基础上，在第一千零七十三条规定“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。”正式在国家立法层面规定了亲子关系确认和否认之诉，但是这一规定还较为粗糙，只回应了实践中的部分问题，对于一些前沿的婚姻家庭法律问题并没有做出回应。

一、立法初衷：回应实践需求>回应理论需求

（一）明确以当事人诉求为导向，未搭建相应的理论制度

传统的亲子关系确立制度包括亲子关系的推定、否定、认领和非婚生子女的准正等子制度，每个子制度在各个国家的规定都各有不同。[1]我国《民法典》并未立足于理论构建一套完整的亲子关系确认制度，没有采用认领的概念，也没有采用婚

生子女否认的概念，而是明确“直接从当事人的诉求出发”[2]在法条的构建上，也是立足民事诉讼实践，以“起诉主体的不同”分为两款[3]，不同的起诉主体可以提出不同的诉讼请求，父或母作为原告可以请求确认或否认亲子关系，成年子女只能请求确认亲子关系。《中华人民共和国民法典婚姻家庭编释义》（“以下简称《婚姻家庭编释义》”）以起诉主体展开解释，《中华人民共和国民法典婚姻家庭编继承编理解与适用》（“以下简称《婚姻家庭编继承编理解与适用》”）以诉讼请求展开解释，均进一步明确了《民法典》第一千零七十三条强烈的实践色彩。

（二）亲子关系推定制度应为亲子关系确认和否认之诉的前提

我国是成文法的国家，以实践倒推立法固然是一种立法方式，回应社会需求，但是也会使成文法本来的不周延性、模糊性、滞后性等特征更加凸显出来，使得新法一开始就跟不上社会实践，只能回应实践中的部分问题，不能引领实践的发展。

亲子关系的确认和否认必须要以亲子关系的推定规则为前提，亲子关系的推定规则是亲属法的起点。从理论上讲，没有亲子关系的推定规则，意味着所有的亲子关系都需要经确认才能成立，也意味着没有否认的基础，亲子关系的确认和否认之诉就是空中楼阁。最高人民法院先后在 2015 年的《婚姻法司法解释三》以及 2020 年的《婚姻家庭编继承编理解与适用》中以“婚姻关系存续期间出生的子女一般应认定为婚生子女是人民法院在审判实践中掌握的一项不成文的办案规则”（以下简称“办案规则”）为由，试图填补我国没有亲子关系推定制度的漏洞。[4]从实践来看，这一规则确实能够解决大部分问题。但是无法适用在通过人工生殖技术代孕生育的子女、非婚同居期间生育的子女等前沿问题中，最高人民法院自身也认为这一办案规则存在不科学性，如怀他人之胎结婚后所生子女的亲子关系认定，容易带来负面效果。[5]

亲子关系推定制度主要涉及父和母的确立规则。传统罗马法上“婚姻示父”的规则在我国需要进一步明确。在代孕生育子女的背景下，传统罗马法上分娩者为母的“母亲恒定”原则也受到挑战，这都是未来司法实践需要回应的问题。亲子关系有法律拟制和自然血亲两种形成方式，符合法律规定的成立要件则法律拟制亲子关系成立，存在血缘关系则自然血亲亲子关系成立。所谓亲子关系推定是立足于自然血亲层面的，并不在于研究符合哪些要件可以拟制成法律亲子关系。而受到人工生殖技术和代孕技术的挑战，某些自然血亲可能成为亲子关系推定规则的例外，并受到法律拟制血亲的矫正。

首先，在父的推定的一般规则上，应当借鉴域外国家的规定，“在婚姻关系存续期间受胎的子女一般应认定为婚生子女”，而不能把“出生”当成推定条件。其次，在母的推定的一般规则上，一般采用分娩者为母的规则。最后，人工生殖和代孕技术生育的子女为上述推定规则的例外。关于人工生殖和代孕技术生育子女的父和母的认定，实践中有诸多争议，关于父的认定的争议稍少，基于《最高人民法院关于夫妻离婚后人工授精所生子女的法律地位如何确定的复函》（1991 年 7 月 8 日（91）民他字第 12 号），较为普遍地认为捐精者非父，委托人为父。关于母的认定的争议较大，有代孕者为母、分娩者为母、供卵者为母、委托人为收养人、委托人是继母、委托人为母、递进关系（孕母不主张权利时则委托人为母）等多种观点。本文无意就人工生殖和代孕技术生育子女的推定规则展开讨论，究各种理论来看，委托人双方基于生子合意而通过人工生殖和代孕技术生育子女的，笔者更加赞同委托人双方为父母的观点，即便供卵者、供精者有亲子鉴定意见也不能否认委托人与子女的亲子关系。

二、法条之内：《民法典》第一千零七十三条平息和带来的实践问题

（一）继承人不能以否认之诉否认婚生子女的

继承权，确认之诉可以确认非婚生子女的继承权

《民法典》第一千零七十三条承继和发展了《婚姻法司法解释三》第二条，《婚姻法司法解释三》第二条确立的亲子鉴定的规则与《民法典》第一千零七十三条不存在冲突，将继续服务于《民法典》第一千零七十三条的实施。可以说《民法典》第一千零七十三条明确了一个诉的请求权基础，而《婚姻法司法解释三》第二条则是在具体诉中适用的证据规则。诉讼请求能否成立依赖于请求权基础能否成立，更依赖于能否举出充分的证据，更依赖于证据不足时的推定规则。两个条文互相配合能解决很多涉及亲子关系确认和否认的继承案件的问题。

1. 继承人不能提起否认亲子关系之诉来否认婚生子女的继承权，即便经鉴定不存在亲子关系亦不能否认。

姑且以上述不周延的办案规则看实践中否认亲子关系的两种情形：一种为父或母通过否认与婚生子女的亲子关系拒绝履行抚养义务的情形，一种继承人通过否认与婚生子女的亲子关系否认某当事人的继承权。对于第一种情形，立法争议较小，明确了父或母享有否认权。对于第二种情形，立法过程中争议很大，域外法上也各有不同，如法国、日本等国家肯定继承人的否认权，德国等国家则否定继承人的否认权，我国立法者最终没有赋予继承人否认权，这样选择的初衷是“兼顾亲子关系的安定性，在当事人之间已发生了亲情和亲子关系的社会事实的情况下，从保护儿童利益最大化原则出发，应限制当事人以外的人否认亲子关系。”[6]也就是说，即便继承人有充足的证据证明被继承人的婚生子女不是被继承人血缘意义上的亲生子女，在该被继承人生前没有亲自否认与该婚生子女的亲子关系的情况下，该婚生子女依旧享有继承权。

既然继承人不具备诉讼原告资格，那么实践中可能产生的问题有两个：一是，继承人能否以被继承人法定代理人的身份，以被继承人的名义对某一子女提起亲子关系否认之诉？二是，假如被继承人在对某一子女提起否认亲子关系的诉讼中死亡，被告之外的继承人能否继续诉讼，否认该子女的亲子关系后，否认其继承权？

对于上述两个问题，司法实践已早见端倪，《人民司法·案例》2017 年第 14 期“藏某某与姚某某继承纠纷再审案”进行了详细的阐释，笔者深以为然。一来，亲子关系否认权是父或母独享的身份权，而身份权的具有专属性和排他性，只能由特定的民事主体自己享有和行使，不能转让，更不能继承。也就意味着行使否认权的主体需要为有完全民事行为能力的人，才能以自己的名义主张权利。继承人不能以被继承人法定代理人的名义，在“挟持”被继承人的情况下提起诉讼。被继承人一旦成为限制民事行为能力人或无民事行为能力人就丧失了行使否认权的权利能力。二来，从公平原则上讲，被继承人已经在主张自己的实体权利，仅仅是因为寿命长短，没有等到结果，从情理上讲可以由其他继承人继续进行诉讼。但是从法理上讲，法定继承人承继诉讼的逻辑基础是：“诉讼权利义务的承担是以民事实体权利义务的继承为前提，被继承人生前提起否认亲子关系的诉讼，实体权利是基于不可继承的身份权，自然不发生诉讼权利义务继承的问题，被告之外的继承人无权请求继续诉讼，亲子关系鉴定尚未启动或尚未形成鉴定意见的，鉴定程序应当立即停止；如果鉴定机构已经形成鉴定意见，不论鉴定意见是否认定具有亲子关系，均不予评价。只要该案尚未审结，人民法院应当一律依民事诉讼法第一百五十一条第（一）项之规定，裁定终结诉讼。”[7]从立法目的的角度看，继承人无法继续正在进行的否认之诉。

2. 亲子鉴定技术+举证规则可在确认之诉中确认非婚生子女的继承权。

被继承人去世后，非婚生子女主张继承被继承人的遗产，往往需要经过亲子关系确认，在诉的构

造上，亲子关系确认可以在继承纠纷中一并解决，也可以中止继承诉讼，另行提起亲子关系确认之诉。

实践中的难题经常是：被继承人已经去世，直接亲子鉴定不能时，如何确认非婚生子女的继承权？

毋庸置疑，主张亲子关系成立的一方需要提供必要的证据证明存在亲子关系，才会进入到亲子鉴定和举证规则的层面。《婚姻法司法解释三》第二条以“拒绝”进行亲子鉴定作为举证责任分配的前提，并将“另一方没有相反证据”和“拒绝做亲子鉴定”作为并列条件。但实际上这条的司法供给是不全面的，因为亲子鉴定的技术是有限的，在被继承人已经去世的情况下，通过间接鉴定不一定能得出具有或不具有亲子关系的结论，故在“另一方没有相反证据”但是“同意”做亲子鉴定时，仍面临举证责任分配的问题。因此，综合考虑实践中其他继承人“同意”、“拒绝”进行亲子鉴定的情形，也考虑亲子鉴定技术本身给司法实践的支持程度。由此排列下来，实践中可能出现四种情形：

（1）其他继承人拒绝进行间接亲子鉴定，但有得出亲子鉴定结论的技术可行性。

此种情况下，起诉请求确认亲子关系的一方提供必要证据后，可以适用《婚姻法司法解释三》第二条的规定，推定存在亲子关系。[8]但是有无得出亲子鉴定结论的技术可行性可能需要与鉴定部门沟通确定，必要时需要出具专门的专家意见阐明此事。

（2）其他继承人拒绝进行间接亲子鉴定，且实际上没有得出亲子鉴定结论的技术可行性。

从一个理性人的角度讲，若事先知道即便亲子鉴定也无法得出结论，则不必要拒绝亲子鉴定，所以此种情形在实践中更多的体现为下述（3）的情形。当然，也不排除有当事人出于置气，坚持拒绝亲子鉴定，此种情况下，可以根据《婚姻法司法解释三》第二条的规定，认定另一方没有相反证据且拒绝进行亲子鉴定，应承担举证不利的后果，肯定亲子关系的存在。

（3）其他继承人同意进行间接亲子鉴定，但实际上没有得出亲子鉴定结论的技术可行性。

各个地方的鉴定技术发展水平不同，可能在某些地方能鉴定出结果，在另一些地方就不能，而部分地方法院都有专门的鉴定机构名录。即便“没有得出亲子鉴定结论的技术可行性”，也可能得出一些间接的结论辅助法官进行自由心证。

实践中虽对于“半同胞的血缘关系鉴定尚无统一的标准”，无法鉴定继承人之间是否为同父异母的关系，但因为同一父系的所有男性个体的 Y 染色体是相同的，男性情况下可采用“父系家族鉴定”的方式间接鉴定亲子关系，先证明是否来源于同一父系家族，再排除与活着的人之间的亲子关系。至此，主张亲子关系成立的一方已经穷尽亲子鉴定之举证方式。根据《民事诉讼法司法解释》第九十条的规定：“当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实，应当提供证据加以证明，但法律另有规定的除外。在作出判决前，当事人未能提供证据或者证据不足以证明其事实主张的，由负有举证证明责任的当事人承担不利的后果。”此种情况下举证责任可以分配给主张亲子关系不存在的一方，认定存在亲子关系。[9]

（4）其他继承人同意进行间接亲子鉴定，也有得出亲子鉴定结论的技术可行性。

此种情况争议较小，直接根据亲子鉴定的结果认定有无亲子关系即可，不涉及《婚姻法司法解释三》第二条与《民事诉讼法司法解释》第九十条的适用。

（二）起诉的门槛：举证证明“有正当理由”

并非所有对亲子关系有异议的当事人都能提起亲子关系确认和否认之诉，还必须满足“有正当理由”的条件，法院才能受理异议案件。关于何种证据能够认定“有正当理由”，法律没有明文规定，《婚姻家庭编释义》和《婚姻家庭编继承编理解与

适用》列举了几种情形“1、夫有生理缺陷或没有生育能力，包括时间不能、空间不能、生理不能等，可以是丈夫提供的医院开具的其无生殖能力的证明；2、有资质机构开具的其与某人不存在亲子关系的亲子鉴定书；3、夫妻在妻受胎期间没有同居的事实；4、子女和其他人存在血缘关系；”[10]可见，立法者对亲子关系确认和否认之诉的立案门槛要求是非常高的，基本上立案时就达到了《婚姻法司法解释三》第二条“提供必要证据”的标准，司法实践也会是谦抑的态度。

但是，很多时候上述证据是很难获取的，当事人可能需要申请法院调查取证来实现，而我国的诉前调查取证制度并不完善，这样的立案标准固然会起到稳定亲子关系的作用，但也会使得一部分当事人立案难，未来司法实践中对“有正当理由”的证明标准要求过于严格，也有可能与登记立案制相冲突。

三、法条之外：《民法典》第一千零七十三条的未决问题

（一）法律拟制的亲子关系是否包括在本条之中？

《民法典》第一千零七十三条称“亲子关系”，但是并没有界定亲子关系的范围仅包含“自然血亲”，还是也包含“拟制血亲”。《民法典》第一千零七十二条规定“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”，“自然血亲”和“拟制血亲”在法律地位上并无二致，从文义解释的角度讲，《民法典》第一千零七十三条称“亲子关系”，应当包含“自然血亲”和“拟制血亲”。《婚姻家庭编释义》中称“这里的‘子女’仅指生子女，即不包括养自己和继子女”[11]而《婚姻家庭编继承编理解与适用》没有明确说明本条的“亲子关系”是否包含“拟制血亲”，但开篇就明确亲子关系根据产生依据的不同，分为自然血亲和法律拟制的亲子关系。[12]从这个角度理解，《婚姻家庭编继承编理解与适用》似乎是肯定拟制血亲的适用的。

那么，实践中，对于是否形成继父母子女关系、养父母子女关系能否进行诉讼呢？即对亲子关系有异议且有正当理由的，继父或者继母是否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，成年继子女、养子女是否可以向人民法院提起诉讼，请求确认亲子关系呢？当然，此种情况下肯定涉及不到《婚姻法司法解释三》第二条的亲子关系鉴定问题，但是涉及另外的重大争议：何种条件下的抚养教育能形成继父母子女关系？继父母离婚后继父母子女关系是否解除、如何解除？何种条件下能形成事实抚养关系？在这些重大争议没有定论以前，最高人民法院很难直接肯定或否定本条是否适用拟制血亲关系。

从立法的目的出发，《民法典》第一千零七十三条系以当事人诉求为导向设立的亲子关系的确认和否认制度，相比于继承人提起否认亲子关系之诉来否认婚生子女的继承权，继父母或继子女间要求继承财产或养父母与养子女间要求继承财产的情形更为普遍。并且从文义上讲，本条是一个概括性的条文，将继父母、养父母子女关系纳入其中没有法律上的障碍。因此，实践可以借助本条的契机，通过司法实践对上述重大争议有所解释，并以期形成进一步的规则。“让子弹飞一会儿”也一直是我国的立法、司法采取的态度。

（二）亲子关系确认和否认之诉是否有诉讼时效？

《婚姻法司法解释三》第二条在征求意见的过程中有过否认之诉是否适用 2 年诉讼时效的争议，行文为“但夫妻一方在知道子女出生后超过两年提起诉讼的，人民法院应当驳回其诉讼请求”，最高人民法院结合中国国情，并认为如果以孩子出生的事实为确认婚生子女否认的起点，将带来很多问题，最终删去了有关时效的规定。[13]以孩子出生的时点作为诉讼时效起算点确实有其不科学性，很多情况下都是在子女出生很长之间后不经意间发现的。

但是，完全不规定亲子关系否认之诉的诉讼时效可能有悖于《民法典》第一千零七十三条维护亲子关系稳定的初衷，也会使得孩子和另外一方处于不安定的状态，更容易导致以是否承认孩子为条件限制另外一方离婚自由的道德风险。可以不以“孩子出生的事实”作为诉讼时效的起算点，以另外一方“知道或应当知道”孩子非属于亲生作为起算点，结合《民法总则》三年诉讼时效的规定，超过三年的，不再享有否认之诉的胜诉权。父母有抚养子女的义务，子女也有赡养父母的义务，即便丧失否认之诉的胜诉权，未来子女也需要尽到赡养的义务，对于否认权人的实体权利没有大的影响，反而更有利于儿童利益最大化。未来的司法实践中，法院如何对待否认之诉的诉讼时效，值得期待。

否认之诉的诉讼时效较易理解，但是很少有探讨确认之诉的诉讼时效。亲子关系确认之诉是否应当设置诉讼时效呢？知道或应当知道某当事人为自己的亲生子女之后，超过三年没有确认亲子关系，还能否通过诉讼确认亲子关系？“寻亲”一直是中国的一种情结和文化，当孩子走失、抱错后，多数家庭都陷入“寻亲”的噩梦中，不仅是找寻人的一方处于煎熬中，被找寻的一方发现自己的亲生父母是他人，也大多会开启找寻之路，通常相遇的“寻亲”大多能够相认，但是不排除一些当事人找寻到亲人后不愿意破坏亲人已经形成的环境，而选择不认亲，但是中国人的血缘观念是十分强烈的，认祖归宗的观念也是很强烈的，若通过法律的方式明确禁止当事人确认亲子关系，恐不适应中国的文化土壤。遇到此类案件，尤其是养父母含辛茹苦养大子女，亲生父母请求确认亲子关系的情形，更考验实践中法官的调解功力，如何安抚好养父母的情绪、理解养父母的期待，对于个案的公平来说尤为重要。

（三）亲子关系确认和否认之后，其他关系如何矫正和理顺？

亲子关系的变动意味着其他已经形成的关系亦被动发生变动，血缘可以借助科学技术理顺，但是基于抚养教育等社会生活形成的拟制法律关系难以理顺。对于亲子关系确认和否认之后的其他关系，本文仅列举两例：

（1）否认亲子关系之后，双方是否还互相享有继承权，没有血缘关系，能否给予长期的抚养教育形成继父母子女关系，进而仍有继承权？

显然，根据《继承法》第十条，继承人中的“子女”，可以是有血缘的亲生子女，也可以是拟制血亲的继子女和养子女。上文提及“藏某某与姚某某继承纠纷再审案”中一段论述如下也许可以借鉴：“假如被继承人对其亲生子女关系产生怀疑，并在生前提起了否定亲生子女关系的诉讼，即使人民法院作出了确认否定亲子关系的判决，如果没有排除该子女继承权的遗嘱，则该子女仍享有继承权。理由是，被继承人提起否认亲子关系的诉讼，仅解决其亲权知情权的问题，不能必然推导出被继承人排除该子女继承权的意志。因为人的感情具有复杂性，虽然被继承人与该子女无自然血亲关系，鉴于多年的抚养关系，被继承人与该子女之间仍可能存在深厚的感情，怨恨于配偶的不忠并不一定迁怒于子女，再根据亲属法中的儿童最优原则，可参照拟制血亲关系，认定该子女仍享有继承权。”[14]

（2）请求确认被抱错或走失的孩子为自己的亲生子女后，该子女与原来养父母之间是否还存在父母子女关系（假定没有办理收养手续）？是否还具有抚养与赡养关系？

若认可子女与两方父母都具有亲子关系，则双方父母对该子女都有抚养的法定义务，该子女对双方父母都具有赡养的法定义务。在原来的养父母不愿意再履行抚养义务时，该子女可以通过起诉的方式要求养父母支付抚养费，这对养父母施加的义务过于苛刻，实践中继父母离婚，已经形成抚养教育关系的继父母尚且可以选择是否履行抚养义务。并且也会给该子女施加过重的养老义务。但是，若不认定该子女与原来养父母之间有父母子女关系，养父母付出的心血将付之东流，顶多只能向亲生父母主张孩子的抚养费，但是投入的感情却没有办法估

量。如何处理好双重父母的关系，不仅依赖于日常生活，更依赖于司法实践的妥善处理。

结语

亲子关系确认和否认之诉作为千呼万唤始出来的制度，吸纳了司法解释的规定，将其上升为法律，但是该制度在自身的理论构造及配套法律规定上是十分不全面的，体现出很强的实践意味，能解决实践中的部分问题，但仍有大部分实践问题没有解决，并且有可能带来新的适用难。该制度的完善有赖于司法实践的进一步探索，并总结出一套经验。

[1] 黄薇主编，《中华人民共和国民法典婚姻家庭编释义》，法律出版社，2020 年 7 月版，第 123 页。

[2] 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编，《中华人民共和国民法典婚姻家庭编继承编理解与适用》，人民法院出版社，2020 年 7 月版，第 222-223 页。

[3] 黄薇主编，《中华人民共和国民法典婚姻家庭编释义》，法律出版社，2020 年 7 月版，第 124 页。

[4] 最高人民法院民事审判第一庭编著，《最高人民法院婚姻法司法解释（三）理解与适用》，人民法院出版社，2015 年 11 版，第 58 页。最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编，《中华人民共和国民法典婚姻家庭编继承编理解与适用》，人民法院出版社，2020 年 7 月版，第 223 页。

[5] 详见最高人民法院民事审判第一庭编著，《最高人民法院婚姻法司法解释(三)理解与适用》，人民法院出版社，2015 年 11 版，第 54-55 页，本文不再赘述。

[6] 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编，《中华人民共和国民法典婚姻家庭编继承编理解与适用》，人民法院出版社，2020 年 7 月版，第 223 页。

[7] 参考案例：代贞奎，向蕻，《裁判继承权纠纷不以亲子关系鉴定为依据》，《人民司法 •案例》2017 年第 14 期，第 54-56 页。

[8] 参考案例：国家法官学院案例开发研究中心著，《婚生子女亲子关系确认是否可以适用<婚姻法解释(三)>第二条——王某某诉佟某某等法定继承案》，《中国法院 2018 年度案例 • 婚姻家庭与继承纠纷》，中国法制出版社，2018 年 3 月版。

[9] 参考案例：国家法官学院，中国人民大学法学院编，《金吉等诉金一满等婚姻家庭纠纷案》，《中国审判案例要览(2015 年民事审判案例卷)》，中国人民大学出版社，2017 年 12 月版。

[10] 黄薇主编，《中华人民共和国民法典婚姻家庭编释义》，法律出版社，2020 年 7 月版，第 125 页。最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编，《中华人民共和国民法典婚姻家庭编继承编理解与适用》，人民法院出版社，2020 年 7 月版，第 224 页。

[11] 黄薇主编，《中华人民共和国民法典婚姻家庭编释义》，法律出版社，2020 年 7 月版，第 126 页。

[12] 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编，《中华人民共和国民法典婚姻家庭编继承编理解与适用》，人民法院出版社，2020 年 7 月版，第 220 页。

[13] 最高人民法院民事审判第一庭编著，《最高人民法院婚姻法司法解释（三）理解与适用》，人民法院出版社，2015 年 11 版，第 55 页。

[14] 参考案例：代贞奎，向蕻，《裁判继承权纠纷不以亲子关系鉴定为依据》，《人民司法 •案例》2017 年第 14 期，第 54-56 页。

陈贝贝
北京天驰君泰律师事务所律师助理
18817836410
Chenbeibei2019@163.Com
北京朝阳区北辰东路汇宾大厦

李莹律师：我们挑战的是社会性别文化丨儿童防性侵公益专访

原创：2020-10-22 律新社 王思雨
https://mp.weixin.qq.com/s/wVQQ-qUllhTOOjIS8kkMMQ

近日，经过三次审议，第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十二次会议正式表决通过修订后的《未成年人保护法》，修改后的未成年保护法从原来的 72 条增加为 132 条，文字从 6000 字增加到 17000 字。新修订的未成年保护法增加、完善多项规定，着力解决校园欺凌、性侵未成年等问题。

其中，第十四条中明确指出："学校、幼儿园应当对未成年人开展适合其年龄的性教育，提高未成年人防范性侵害、性骚扰的自我保护意识和能力"。据悉，这是首次在国家正式立法层面直接提到"性教育"。

危险从未消失，但有效的预警和教育能保护孩子度过纯真的童年。律新社特推出"心光"系列公益专访报道，记录各界爱心人士在性侵儿童保护领域的实践和思考。这些报道和援助信息也将被收录进上海宋庆龄基金会与律新社联合出版的《中国儿童防性侵指南》一书，该书将于 2020 年内出版，敬请关注！

律新社丨王思雨

"没有哪个人能像她这样拼命！"

志愿代理被百色助学网创始人王杰性侵的贫困女童时，她刚做完手术不到二十天。数小时的山路颠簸令她备受折磨，坐在车里疼得直猫着腰、紧紧捂住肚子。

这只是她为维护妇女儿童权益奔走四方的一小个片段。甘肃坠楼女生被教师猥亵案、满洲里原人大代表性侵女生案、广西大化虐童案.....近些年来广受关注的未成年性侵害案件中，都有一位女性的身影——李莹律师。

18 年来，李莹律师致力于维护中国妇女儿童权益、推动性别平等。2015 年，李莹创办了公益机构北京市东城区源众家庭与社区发展服务中心，关注受暴力的妇女儿童，开展反性别暴力的倡导、研究、法律援助与法律服务、公众教育。

"只有完善的法律以及有效地执行才能根本性阻止悲剧的发生。"这是李莹所坚信的一点。但对于防治未成年人性侵，李莹认为最重要的不仅是完善法律制度，落实执行，还需要改变观念，构建新的性别文化。采访中，律新社深深感受到了李莹律师对维护妇女儿童权益一如既往的执着与信念。

01 辞职成为律师 关注妇女儿童权益

女权主义、性别平等、社会性别文化、受害者有罪论、性侵预防.....这些频频出现在性侵、家暴新闻与社交软件中的词汇，代表了当代人对社会中权力关系的反思与批判，也标志着女性权利意识的逐渐觉醒。

将时间拉回到二十多年前中国社会，这些词汇还仅仅存活于极少数学术论文与文章中。无数受害者噤声隐匿在被性侵、被家暴的深渊中，他们的权利得不到关注与承认，更无处维权。

1995 年，时年 27 岁的李莹是北京某政府部门的一名公务员，每天按部就班的工作令她日渐茫然。正是这一年，联合国第四次世界妇女大会在北京举行，"男女平等""妇女的权利就是人权""将实现性别平等当作社会政策的目标"等理念被传达出来。

这些新时代的理念击中了李莹，她想起童年记忆里那些辛勤劳作却因地位低下而常被丈夫殴打的家乡妇女，也忆起自己曾经想改变这一切的渴望。

李莹逐渐下定决心，要做自己喜欢的事情。1998 年，李莹通过了司法考试，2 年后，她辞去稳定的工作，攻读北大民商法硕士学位。期间，李莹的法律实践跟研究生课程一同展开，她先是以志愿者身份进入北大法学院妇女法律研究与服务中心，之后成为中心的兼职人员和专职人员，从 2004 年起，李莹正式成为一名专职律师，开始这段长达 18 年的维护妇女儿童权益的奋战。

在北大妇女法律中心，李莹接触到的头几个案子都是家庭暴力案件。这些受暴力妇女的境遇，让李莹震惊，也更坚定了她致力于反家暴事业的信念。在帮助这些饱受家暴摧残的群体过程中，李莹逐渐关注到性侵儿童这一隐蔽且伤害极大的犯罪行为。性侵同样是一种暴力，认知系统尚未成熟的儿童在遭受性暴力之后，很难主动向外界求助，陈腐的性观念也使得诸多家长不愿声张，以免“败坏名声”。

多年的学术研究与司法实践使得李莹意识到，防治性侵儿童犯罪，完善法律制度并强化执行固然重要，但改变观念、构建新的性别文化也同样需要得到重视。性侵害未成年人议题，绝不只是单纯的法律或心理问题，它涉及到法律、心理、儿童保护等多方面的完善、配合。

02
创立源众
以爱援众

2011 年，时任中心副主任的李莹离开北大妇女援助中心，开始对公益法律服务职业化、专门化的探索，关注受暴的妇女儿童，开展反性别暴力的倡导、研究、法律援助与法律服务、公众教育。彼时，各种 NGO 在社会上涌现，但唯独专注于妇女儿童维权的 NGO 很少。李莹深知需要帮助的人有很多，因此公益法律服务的职业化、专业化道路的探索就此开始。2015 年 7 月 1 日，北京市东城区源众家庭与社区发展服务中心正式注册成立。至今已经开展三十多个涉及妇女儿童权益保护项目。

初期，李莹的关注重点落在为遭受家暴的妇女维权上，后来，儿童也逐渐成为她的工作重心。讲座、电影放映、皮影戏、儿童联欢晚会、儿童课堂与家长课堂.....源众通过多种形式对儿童进行安全教育，希望增强儿童的安全意识与自我保护意识。另一方面，对家长的教育也至关重要，源众不断地传递给家长们正确教育儿童的观念，同时通过在流动社区开展相关宣传活动，发放反家暴绘本、防性侵绘本与文具，增强社区与公众保护儿童的观念。

通过妇女儿童法律帮助热线（17701242202），源众为儿童提供法律咨询与个案帮助。源众的志愿律师、心理咨询师与社工一起为儿童及家长提供全方位的反暴力服务。2015 年至今，源众深度介入了百色助学网创始人王杰性侵女童案、满洲里原人大代表性侵女生案等案件，并为许多恶性儿童伤害案件的家长提供法律咨询。

“只有完善的法律和有效地执行才能根本性阻止悲剧的发生”，这是李莹所坚信的一点。源众与李莹也一直在奋力助推法律的制定与修改。在《刑法修正案（九）》征求意见时，源众联合多家妇女儿童保护机构发起修改意见联署，三天内有近两千人联署支持废除嫖宿幼女罪。《民法典》草案制定期间，李莹曾多次提交民法典草案修改建议，有多条意见最终得以体现。特别是性骚扰定义，在最后时刻得以完善。

和大多数公益机构的命运类似，源众经历了很多次的生存困境。源众刚成立的几个月，没有基金支持，只能以单个项目化的方式存在。机构只有李莹和兼职助理两人，有时甚至还发不出工资，李莹不得不同时扮演很多角色——既是机构负责人、又是办公室主任，还兼任项目官员，律师，打杂人员。

工作强度大、薪资低是当前公益行业工作的常态，很多年轻人抱着满腔热情进入公益行业，却因为残酷的现实生活压力，只做了一两年就离开。巅峰时期，源众有近 10 个全职员工，但现在，加上李莹一共 4 名专职人员。

今年，李莹进入了一家新的律所。她想尝试转

型，以律师业务反哺公益。兜底方案是，自己多接一些商业的案子，来支撑这个小小的公益机构。同时，她也做了最坏的打算——回到最初，以项目的方式让它存续下来。

尽管为妇女、儿童权益奔波给李莹的精神世界带来不竭动力，她的身体却早已透支。2011 年李莹离开北大妇女援助中心，最大的原因也是因为身体，突发性甲亢、亚健康的状态让她连说话都吃力。那时，医生建议她回家静养几个月，避免高强度工作与舟车劳顿，可直到现在李莹也没能遵医嘱，每年几乎三分之一的时间都在出差。

03
改变观念
构建新的性别文化

“你这么脏，还有男人要就不错了！”
“你让整个家族蒙羞，有多远滚多远！”
“你为什么没有拼死反抗？”

一个女孩被性侵后，她的母亲心急如焚。然而，母亲并不是为女儿遭受伤害而痛心，她只是担心“脏”了的女儿会没有人要。很快，母亲便着急地将女儿送到偏远山区，嫁给了一个老光棍。

这是李莹代理的一个真实案件。她告诉律新社，对于儿童保护，最重要有两件事：一是改变观念，构建新的性别文化；二是完善法律制度，落实执行。

首先传统的贞操观、物化女性的观念亟待改变。很多人认为女孩被性侵之后，就“脏”了，也失去了价值。

李莹曾接手了轰动社会的百色助学网创始人王杰性侵贫困女童的案件。期间，起诉王杰的女孩被认为给家族丢人了，甚至被要求“滚出去，有多远滚多远”。

陈腐的性观念造成的二次伤害，像沉重却隐形的枷锁，让受害者在诉诸法律后，却不得不“负重前行”。更多的受害者被家人捂住呐喊的口，被观念的枷锁牢牢捆在黑暗之中，独自面对被侵害的痛苦。

其次警惕幽灵般的“受害者有罪论”。

“受侵害往往成为了孩子的过错，”李莹痛心地说道，社会舆论对受害儿童的“污名化”，给孩子造成了难以估量的精神伤害，“为什么很多受害者选择沉默？因为传统舆论会谴责她们，舆论也许会把报警、起诉的人淹死。家庭和社会无法给她们保护，所以她们没有勇气站出来。”

你怎么那么笨？怎么就欺负你？你是不是就是自己发骚？这样的指责与周围人异样的眼光，使得很多受害者不敢维权，也让施暴人变本加厉。为什么将黑手伸向儿童的人反而不是众矢之的？为什么实施犯罪行为的人犯下的错要由受害者来承受？

第三完美受害者并不存在。不一定要拼死反抗，才能证明这是强奸。

从过去办理的多起性侵案件中，李莹发现，在传统文化、男权性别文化的影响之下，未成年人被性侵以后，很多时候会产生自责的情绪，也会有强烈的羞辱感。

“之前办理的案件中，有一个女孩被性侵后，就强迫自己爱上对方。因为只有这样，她才能够合理化自己遭受的一切苦难，这并不是真实的爱，而是她的一种自洽行为，或者是一种心理上的自我保护。”李莹解释道，“警方可能获得一些不利于这个孩子的证据，无非就是可能并没有明显的反抗，他们之间是不是有所谓的亲密关系。即使是有这种不利的证据，警方也要进行甄别和考量。”

身处控制关系、孤立无援的环境中，很多受害者自身都不能理解、解释自己的行为。已故的著名民法学家杨大文教授曾提到，温柔的反抗也是反抗，我们不能拿古代贞节烈女的标准去要求现代女子，一定要求她拼死反抗，才表示违背自己的意志。在性侵未成年人案件中，尤其在明显权力不对等的关系中，不能简单地认为只有遭受胁迫、暴力对待的受害者，才算是违背其意志。

04
完善法律
更要保证制度落实

只有法律的完善才能根本性阻止悲剧的发生，这是李莹一直坚持的观点。在立法方面，她认为应秉承未成年人利益最大化和从严保护的原则，进一步完善法律制度。“近年发生的多起未成年人性侵案件让公众认识到 14 岁的性同意年龄偏低，对困境未成年人的支持不足；在王振华案中，我们看到的是猥亵儿童的量刑偏低，从重情节规定不清晰。”

李莹谈起自己代理过的一个案件，几位未成年人都遭遇了同一个成年人的性侵，同样的案情，只有与案发时未满 14 周岁的当事人发生的性关系被认定为强奸，其他几个超过 14 岁的受害者却因证据不足，无法被认定为遭遇强奸犯罪。

“16 周岁在法律上是一个分水岭，比如年满 16 周岁未满 18 周岁的劳动者，可以视为完全民事行为能力人。16 周岁也是承担刑事责任的年龄。如果从对未成年人严格保护的原则来说，性同意年龄提高到 18 周岁也是可以的，世界上绝大部分国家的性同意年龄都在 16-18 周岁这个年龄区间内。”李莹一直主张将现行法律规定的性同意年龄提高。

目前的性侵犯罪者从业禁止年限也应当延长。李莹曾代理甘肃坠楼女生被教师猥亵案，施暴者最终被认定为构成猥亵罪，被判处 2 年有期徒刑，在刑罚执行完毕之日起 3 年内，禁止从事教育培训等与未成年人有密切接触的职业。“我认为实施过性侵未成年人犯罪的人，应该终生不得从事与未成年人教育密切相关的工作，这应该是一种严格性的法律责任。”李莹坚定地向律新社表达了自己的观点。

有人提出，施暴者只是犯了一次错，有必要承受一辈子的惩罚与限制吗？李莹认为这样的想法是来源于对性侵未成年人犯罪严重性的低估。性侵犯罪者的再犯率非常高，并不是限制人身自由就能够改善或者治愈的。国外相关研究也表明，此类犯罪的再犯率很高，因此很多国家的从业禁止时限是终生。

目前中国对于性侵犯罪者从业禁止的探索之路才刚刚开始，浙江慈溪、江苏淮安、广州花都、上海等多地开展了公开性侵犯罪者身份信息、建立性侵害违法犯罪人员的信息库、推广从业禁止制度的探索。相信在不久的将来，从法律层面规定性侵犯罪者终生从业禁止制度将成为现实，但多地的探索经验也表明，一些看起来理想的制度设计在落实层面会遭遇多重阻力，如对侵犯隐私权的质疑、多部门协调上的难题、人力物力的匮乏等。

据李莹多年的经验，面临不同形式困境的儿童更容易成为性侵受害人，如父母因贫困无法照顾孩子、父母因吸毒赌博而疏于照看孩子、父母重男轻女、多子女、发生变故的家庭，还有那些本身处于困境状态残障儿童.....

在很多案例中，甚至出现了监护人性侵被监护人、失职致使被监护人遭受性侵、要求被监护人写谅解书谅解性侵嫌疑人等情况。对于“不合格”的监护人，法律规定了“剥夺监护人资格”制度，但目前只有监护人直接性侵被监护人的情况下，才有可能被剥夺监护资格。

“一是如何发现监护人没有履行监护责任，二是谁来提起诉讼。现实中剥夺监护人资格制度很难激活，制度真正被有效使用的数量是不足的。”李莹总结道，“相比于不断呼吁完善制度，更重要的是执行好现有的制度，让现有的制度发挥有效作用。”

此外，对于遭遇家暴、家庭成员性侵的儿童来说，民政部门、社会组织的救助也是至关重要的。民政部门下设专门的未成年人救助中心，但数量不足，且接待管理人员的专业度不够高。大多数情况下，中心救助的是找不到父母、父母没有能力抚养的孩子。对于有监护人，但监护人不负责任甚至侵害被监护人权益的情况，这类儿童往往得不到救助。

李莹曾遇到过一个案例，一个孩子饱受家暴的折磨，不得已躲在麦当劳，不敢回家。报警后，儿童救助机构却告知志愿者，这个孩子有家长，家长

也能找得到，所以无法救助这个孩子。李莹认为，这是一个系统性问题，需要各方面力量支持，全方位提升救助中心的管理理念，并扩大救助对象的范围。

05 结语

接受律新社的采访时，李莹正身处藏区。历经前一天十余个小时奔波，李莹还是在第二天一早语音回复了采访问题。背景音中，除了来自遥远高原的鸟啼，还夹杂着她时断时续的咳嗽声。

自从 2002 年进入北大妇女法律援助中心后，李莹的生活重心便发生了巨大的转变，全部投入了维护妇女儿童权益、推动性别平等的事业中。近二十年来，她在一个个黑暗噤声的空间里奔走，不断为遭遇暴力伤害的群体带去一道光和热，总有温暖的力量在支持抚慰着那些受伤的心灵，告诉她们总有人为她们拔出正义之剑……

家事案例评论|第五案：两极化的法理与两极化的情理：父母为子女出资购房是借贷还是赠与？

原创：2020-10-27 HOAM 陈贝贝

https://mp.weixin.qq.com/s/YWOJcV5FgAslCMlZtBAntw

卷首语

感谢师傅杨晓林律师推荐《杨立新品百案》一书，这种案例分析方式着实有趣，不具备太多的法条教条主义，但却将法律规定以一种自然法的韵味娓娓道来。于是，我也尝试着自己“品一品”案件，落笔才发现，不管是在案情的精炼程度上，还是在评论的遣词造句上，自己还差很远，希望通过不断的思考与锻炼，自己有朝一日也能信手拈来。

说在前面的话

如果您想寻求一个答案，很抱歉，为免浪费您的宝贵时间，我必须在开篇就诚实地告诉您，本篇评论没有答案，更像是对司法实践的一篇牢骚文。我深深地陷在一般民商法与《婚姻法》两极法律的泥沼里，也深深地陷在“要维护老年人权益”与“父母常无私支持子女”两极情感的泥沼里。年轻且家庭经验不足的我，实难做出判断，实际上，不管我基于什么原因做出何种判断，最终可能只会落得个“瞎说风凉话”的下场，毕竟出钱的不是我，肉疼的也不是我。只是学了点法律的黄毛丫头，估计是吐不出象牙的。

但是，我还是想和大家聊一聊这个炙手可热的话题，至少我们可以一起讨论一下，难道这个问题就真的无解了吗？一定是要所有的本金都拿回去吗？又一定要一点都不还吗？

若干年后，等我们老了，婚姻成为过往，再回首时，钱真的重要吗？还是给自己留一份坦荡更重要？

《后来的我们》中有句话说的很对，与君共勉：缘分这事，能不负对方就好，想不负此生真的很难。

案情

原告高爱华系被告孙丽丽的母亲。被告孙丽丽与被告林志良曾系夫妻关系，双方于 2012 年 9 月 25 日登记结婚，后因感情破裂，于 2019 年 11 月 21 日经一审法院调解离婚。2012 年 11 月 14 日，案外人高静（原告妹妹）向大连盛邦发展有限公司转账 85000 元，原告高爱华向大连盛邦发展有限公司转账 115000 元，合计 200000 元，用以缴纳位于大连市房屋首付款。该房屋登记时间为 2014 年 11

月 12 日，曾系被告孙丽丽及被告林志良共有。2013 年 12 月 6 日，原告高爱华名下的中信银行信用卡（卡号：62×××09）支出 30000 元。

2018 年 5 月 3 日，法院曾开庭审理孙丽丽与林志良离婚纠纷一案，庭审过程中，被告林志良曾认可原告高爱华在被告孙丽丽与林志良装修房屋时出资 30000 元。

高爱华向一审法院起诉请求：1. 二被告共同偿还上述借款 230000 元；2. 二被告按银行贷款市场报价利率支付从起诉之日起至实际给付之日止的利息。

一审法院认为，本案争议焦点为原告高爱华的出资，在法律性质上是否为借贷行为。因本案当事人之间存在特殊的身份关系，主张自己为出借人的高爱华系被告孙丽丽母亲，且被告孙丽丽及被告林志良因夫妻感情破裂已经一审法院调解离婚，基于该情形，对原告高爱华主张的借款事实应从严审查。根据《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第二条第一款规定，出借人向人民法院起诉时，应当提供借据、收据、欠条等债权凭证以及其他能够证明借贷法律关系存在的证据。本案中，原告诉请的借款包括房屋首付款 200000 元、房屋装修款 30000 元均未提交借据、欠条等债权凭证，仅提供转账凭证或电话录音，不能证明原告与二被告之间具有借贷法律关系的借贷合意。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第二十二条第二款规定，当事人结婚后，父母为双方购置房屋出资的，该出资应当认定为对夫妻双方的赠与，但父母明确表示赠与一方的除外。本案中，二被告于 2012 年 9 月 25 日登记结婚，房屋登记时间为 2014 年 11 月 12 日，所有权人登记为林志良，孙丽丽为共有人。故原告高爱华主张的于 2012 年 11 月 14 日其缴付的房屋首付款 200000 元及后续出资 30000 元用于房屋装修，应视为原告高爱华对被告孙丽丽及被告林志良的赠与。综上，结合本案的庭审情况及双方提供的证据，无法认定原告为二被告购置房屋出资 200000 元、房屋装修出资 30000 元的行为在法律性质上为借贷行为，故一审法院对原告高爱华要求被告孙丽丽和林志良共同偿还借款 230000 元及利息的诉讼请求不予支持。

依照《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第二条，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第二十二条第二款，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款之规定，一审法院判决：驳回原告高爱华的诉讼请求。案件受理费 5050 元，由原告高爱华负担。

本院二审期间，当事人未提供新证据。对当事人二审争议的事实，二审认定如下：原判认定事实属实，本院予以确认。

二审法院认为：

一、赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与的合同，属于单务合同，应谨慎使用。《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》第一百零九条规定，“当事人对欺诈、胁迫、恶意串通事实的证明，以及对口头遗嘱或者赠与事实的证明，人民法院确信该待证事实存在的可能性能够排除合理怀疑的，应当认定该事实存在”，表明对赠与事实的认定的证明标准应高于一般事实“具有高度可能性的”证明标准。

根据《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第十七条：“原告仅依据金融机构的转账凭证提起民间借贷诉讼，被告抗辩转账系偿还双方之前借款或其他债务，被告应当对其主张提供证据证明。被告提供相应证据证明其主张后，原告仍应就借贷关系的成立承担举证证明责任”的规定，将案涉款项系赠与的举证责任应分配给主张赠与的一方。在双方对上诉人高爱华在二被上诉人婚后购房及装修时已经支付款项 23 万元的事实均予以认可的情况下，被上诉人林志良认为该款项是对于双方的赠与应提供相应证据予以证实，且应达到“排除合理怀疑”的证明标准。在被上诉

人林志良不能举证证明上诉人高爱华案涉出资具有明确赠与意思表示，且不能排除案涉款项存在借款情形的合理怀疑情况下，应认定上诉人高爱华案涉 23 万元购房及装修出资款系临时性借贷。

民事主体从事民事活动，不得违背公序良俗。子女成家立业已经不属于父母履行抚养义务阶段，子女成年后应当自立生活。在当今普遍高房价的社会背景下，成年子女因结婚等需要购置房屋，但经济能力有限，父母给予资助的情形较常见，但此举源于父母关爱子女之心，而非父母应尽之义务，亦非法律所倡导。故在子女婚后购房时父母给予一定的资助，在未明确表示为赠与的情况下，应认定为对子女的临时性出借，子女仍负有偿还的义务，至于事后父母是否主张子女偿还，属于父母自主行使债权的范畴。

民事主体从事民事活动，亦应当遵循公平原则，合理确定各方的权利和义务。在购房及装修款非常巨大，甚至要集“六个钱包”之力才能购买一套相对理想房屋的情况下，有的父母为了自己一方子女的幸福，甚至期待自己老后子女夫妻能够共同履行赡养义务，将自己毕生积蓄都用于了子女婚内购房和装修。但子女发生婚变后，将父母毕生积蓄分配给离婚后已经不具有照顾自己一方子女及赡养自己义务的另一方，对出资方的父母显失公平。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第二十二条第二款的规定，适用于夫妻离婚分割共同财产之时，基于父母有赠与意思表示的前提下，赠与对象不明确时的认定依据，解决的是赠与夫妻一方还是双方的问题，而非对父母出资款性质进行的认定。依据《中华人民共和国民事总则》第五条：“民事主体从事民事活动，应当遵循自愿原则，按照自己的意思设立、变更、终止民事法律关系”的规定，父母的出资并非必然认定或推定为赠与，只有在父母明确表示出资是赠与的情况下，才能进一步确认是对一方的赠与还是对双方的赠与，否则应依父母的主张认定为对子女的临时性资金出借。

本院对上诉人高爱华主张案涉购房及装修款 23 万元系借款予以支持，对上诉人高爱华主张二被上诉人按银行贷款市场报价利率支付从其起诉之日起至实际给付之日止计算的该款利息亦予以支持。

综上所述，上诉人高爱华的上诉请求部分成立，对成立的部分予以支持。依照《中华人民共和国民法总则》第五条、第六条、第八条，《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》第一百零九条，《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第十七条，《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、撤销大连高新技术产业园区人民法院（2020）辽 0293 民初 213 号民事判决；

二、被上诉人孙丽丽、林志良于本判决生效之日起十日内共同偿还上诉人高爱华借款人民币 230000 元及利息（利息自 2000 年 1 月 15 日起至实际偿还之日止，按银行贷款市场报价利率 LPR 计算）；

如未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付延迟履行期间的债务利息。

三、驳回上诉人高爱华其他诉讼请求。

案例索引：(2020)辽 02 民终 5788 号

评论

（一）两极化的法理：借贷合意的举证责任承担

1、有转账凭证即认定为借贷，未举债配偶需证明为赠与

《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》（以下简称“民间借贷规定”）第十七条规定“原告仅依据金融机构的转账凭证提起民间借贷诉讼，被告抗辩转账系偿还双方之前借款或其他债务，被告应当对其主张提供证据证明。被告提供相应证据证明其主张后，原告仍应就借贷

关系的成立承担举证证明责任。”有法院认为，根据本条的规定，父母起诉双方返还借款只需要有金融机构的转账凭证即完成了举证责任，不一定需要有借条。只要父母拿出了金融机构的转账凭证，子辈抗辩转账是赠与的，应当承担证明为赠与的举证责任。否则，就应当承担举证不能的不利后果。

2、父母出资推定为赠与，父母方需证明四方有借贷合意

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》（以下简称“婚姻法司法解释二”）第二十二条规定“当事人结婚前，父母为双方购置房屋出资的，该出资应当认定为对自己子女的个人赠与，但父母明确表示赠与双方的除外。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。”本条涉及两个层面的问题，一为父母为双方购置房屋的出资在没有明确意思表示的情况下是否为赠与，一为若父母为双方购置房屋的出资是赠与，那么是对一方的赠与还是对双方的赠与。与此对应，实践中对此条的解读也出现了两种思路，一种是父母为双方出资购房，在没有明确意思表示的情况下应当推定为赠与，除非有证据证明父母有其他的意思表示。一种是此条适用于夫妻离婚分割共同财产之时，解决的是赠与夫妻一方还是双方的问题，但是前提是父母的出资已经被认定为赠与，本条并不适用于确定父母出资是否为赠与。因此在父母没有明确意思表示为赠与的情况下应当将该出资款认定为对子女的临时性资金出借。最高人民法院没有明确说明订立这一司法解释的初衷，仅仅是最高人民法院民事审判第一庭在《关于适用＜中华人民共和国婚姻法＞若干问题的解释（二）》的起草说明中对此条仅有一个简短的描述“本次解释围绕着审判实践中较为突出且难以解决的一些问题作出相关规定。主要包括以下几方面内容：……父母为子女购房提供的出资如何认定，是对夫妻双方所为的赠与还是只对自己子女一方所为的赠与”，这一描述似乎直接将父母为子女购房提供的出资认定为赠与，也可以解释成在出资为赠与的前提下解决赠与一方还是双方的问题，对于实践中两种思路的辨析没有指导意义。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》（以下简称“婚姻法司法解释三”）第七条规定“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父母的出资份额按份共有，但当事人另有约定的除外。”本条出现的争议与婚姻法司法解释二第二十二条的争议大致相同，一种观点认为，本条中父母出资推定为对子女的赠与，并且根据出资情况和产权登记情况确定是对一方的赠与还是对双方的赠与。一种观点认为，根据本条的原意，对父母的出资要综合考虑父母出资的初衷、意愿以及是否会侵害父母的利益，在没有其他证据相印证的情况下，另一方主张赠与没有依据。对于本条规定的两种情形，父母全款购房时，即便将出资款认定为赠与，也应当是对单方的赠与而非对双方的赠与。

从体系解释的角度讲，上述两条文都不能解决父母为子女出资购房没有明确意思表示时，应当推定为赠与还是借贷的问题。

但是司法实践中，采用此条的观点大多认为根据该条的规定，父母给子女的款项应当推定为赠与的性质。

3、小结

综上所述，没有借条或赠与协议的情况下，上述两种情况中，未举债配偶和父母方往往很难证明转款当时的真实意思，将举证责任分配给哪一方，则意味着哪一方要承担败诉的后果。到底应当优先适用《民间借贷解释》还是应当优先适用《婚姻法》

及其司法解释，实践中并没有定论，没有家事审判思维的法官往往会适用前者，而家事思维较浓厚的法官则可能会适用后者，结果是，此类案件的举证责任承担完全是靠运气的，就看法官持有的是哪种观点。

我个人看来，《民间借贷解释》属于《合同法》的范畴，调整的是一般人之间的关系，根据《合同法》第二条的规定“本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用其他法律的规定。”，身份关系应当优先适用《婚姻法》及其司法解释，调整的是夫妻之间、父母子女之间的人身和财产关系。若认识不到此特别法和一般法的关系，则两条思维打架的方式就难以避免。进一步讲，两个条文都是无法举证的情况下的举证责任负担规则，但是却根据身份关系的不同，推定出不同的结论，当事人之间的身份关系在性质认定上是至关重要的。

（二）两极化的情理

1、维护老年人权益，资金为临时性出借

《中华人民共和国老年人权益保障法》第十四条规定“赡养人应当履行对老年人经济上供养、生活上照料和精神上慰藉的义务，照顾老年人的特殊需要。赡养人是指老年人的子女以及其他依法负有赡养义务的人。赡养人的配偶应当协助赡养人履行赡养义务。”从此条可以看出，法律鼓励年轻人赡养老人，从年迈的父母处获赠大额钱款用于夫妻生活与赡养老人的立法原意背道而驰，年轻人不能将老人对年轻人的付出当成理所当然，正因为这样的“道德选择”，诸多案件中将父母的款项认定为临时性出借，子女有偿还的义务。

2、根据中华民族的传统，父母常无私支持子女，并且财富本就往下传承

生活中，无论子女多大，父母对子女的支持往往是被认为无私的、不要求回报的。并且，财富往下传承不仅是中华民族的传统，更是全球都普遍认可的财富传承规则。在房价畸高的现在，不靠父母的支持，子女基本上是没有希望买房子的，而子女结婚时，帮助子女购买婚房又是中国社会存在的普遍“彩礼性”规则，这就导致结婚买房时父母出钱成为必然，当然大多数情况下，只要子女不发生婚变，父母通常不会想要把钱要回去的，通常是一种“去世以后给了是给，现在给了也是给”的观念，提前实现“继承”。

3、小结

综上，两种情理，无关对错。站在出资父母的角度上，不管转款当时有没有明确的借贷的意思，肯定不希望自己辛苦奋斗一辈子的财产被要离婚的儿媳/女婿白白分走大半，想通过法律途径要回来是人之常情，所以转款当时是不是有借贷的意思并不重要，只要结果正义，能够保护好自己权益的法律就是良法，否则就是侵吞老年人毕生心血的恶法。站在儿媳/女婿的角度上，则会对原本从未说过“借”，且“已经花掉”的钱突然变成要全部返还的借款感到恼火、感到亚历山大，会觉得老人为了钱编瞎话、利用法律、虚假诉讼，更无端端给自己扣了啃老、占便宜的屎盆子，多半会气嗷嗷地说“当时要是说借的，就不嫁给你们家了/就不娶你们家姑娘了，就不要你们家的钱了”。

我相信大部分人都是有还回去一些财产的本意的，只不过被扣上了借贷这个莫须有的屎盆子，就不得不将正义的诉讼进行到底，最后钱就成了非黑即白的性质，要么全赢要么全输。但实际上，诉讼无论如何判决在我看来都不一定是正义的。

（三）第三种路：破局

1、婚内受赠的财产归受赠人个人所有

此种思路与现行婚姻法和《民法典》中规定的“婚内受赠的财产属于共同财产”的立法精神相违

背，不符合夫妻婚内法定财产制的内涵，但是确实实务中解决此类问题呼声较高的一种思路，认定为赠与自己一方的子女个人，离婚时已经由子女配偶在生活中消耗掉的财产不能再追回，但是剩余的部分仍旧归子女个人所有，如果款项已经用于购房的，父母出资的本金仍旧归该方个人所有，父母出资本金对应的房屋增值归双方共有。这种情况下，父母不至于亏损太大，另一方配偶也不至于离婚后还要背负巨额债务。

2、认定为赠与夫妻双方，分割房产或者夫妻共同财产时，基于贡献大而多分

实际上，因“贡献大而多分”并没有明确的法律依据，只能是站在结果正义的基础上，通过法律解释的方式完成：

（1）无论《物权法》还是《婚姻法》及相关解释中，都在共有财产分割时对财产的来源有所考虑，对财产来源（即购买出资）贡献大的，应当予以多分。

1）最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国民法通则》若干问题的意见中确立了共有物分割时应当考虑贡献大小的原则。根据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 90 条“在共同共有关系终止时，对共有财产的分割，有协议的，按协议处理；没有协议的，应当根据等分原则处理，并且考虑共有人对共有财产的贡献大小，适当照顾共有人生产、生活的实际需要等情况。但分割夫妻共有财产，应当根据婚姻法的有关规定处理。”

2）婚姻法的有关规定在处理共有财产时亦体现出考虑贡献大小的立法原意。《关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》第八条规定“夫妻共同财产，原则上均等分割。根据生产、生活的实际需要和财产的来源等情况，具体处理时也可以有所差别。属于个人专用的物品，一般归个人所有。”因此，均等分割只是原则，应该根据个案情况，区分对待。

3）《婚姻法》第十七条关于夫妻共同财产规定的释义中也明确表示要考虑出资来源、财产具体情况。婚姻法第十七条释义中明确表明“我国的夫妻共同财产具有以下特征：……6. 分割夫妻共同财产，原则上应当均等分割。根据生产、生活的实际需要、财产的来源等情况，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。（见胡康生主编：《中华人民共和国婚姻法释义》，法律出版社，第 64 页。）此处财产的来源即对房屋的出资贡献，属于财产的具体情况。

4）《婚姻法》第三十九条关于离婚时分割夫妻共同财产规定的释义中也考虑财产具体情况，强调公平公正的原则。婚姻法第三十九条释义中明确表明“在分清个人财产、夫妻共同财产的前提下，法院应根据财产的具体情况，照顾子女和女方权益的原则，公平公正地分割共同财产”。

也就是说，财产的具体情况是离婚时分割共同财产的一个基本的考量因素，否则人民法院不用顾及财产的情况，将财产都按照各 50%的原则分割即可。夫妻共同财产的认定是基于双方对于财产的贡献率，在房产上，对房产的贡献率来源于出资贡献，出资多的应当多分。不然无法体现出公平公正的原则。

5）婚姻法上的“均等分割”不同于“一人一半”。

上述《关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》第八条及《婚姻法》第七条多次提到“均等分割”的原则。但是婚姻法中的均等分割，不是不考虑其他因素的完全对半分割，应权衡诸多因素加以综合考量，从而实现两者间的实质平等。婚姻法及其司法解释中所说的考虑财产来源等情况正是调整实质不平等的一种手段。

（2）民法总则规定的公平原则

《民法总则》第六条规定“民事主体从事民事活动，应当遵循公平原则，合理确定各方的权利和义务。”公平原则要求民事主体从事民事活动时要

秉持公平理念，公正、平允、合理地确定各方的权利和义务，并依法承担相应的民事责任。公平原则体现了民法促进社会公平正义的基本价值，对规范民事主体的行为发挥着重要作用。在婚姻家庭中，也应当注重男女权利义务的公平，《婚姻法》中的家务劳动补偿制度正是贯彻公平原则的体现，婚姻家庭中的财产并非要均等分割。实质的平等更能起到教化百姓，引导正向婚姻家庭观的作用。

家事法规则

《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第十七条：原告仅依据金融机构的转账凭证提起民间借贷诉讼，被告抗辩转账系偿还双方之前借款或其他债务，被告应当对其主张提供证据证明。被告提供相应证据证明其主张后，原告仍应就借贷关系的成立承担举证证明责任。

最高人民法院关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释（二）第二十二条：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。

《关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干意见》第七条：对个人财产还是夫妻共同财产难以确定的，主张权利的一方有责任举证。当事人举不出有力证据，人民法院又无法查实的，按夫妻共同财产处理。

《中华人民共和国老年人权益保障法》第十四条：赡养人应当履行对老年人经济上供养、生活上照料和精神上慰藉的义务，照顾老年人的特殊需要。赡养人是指老年人的子女以及其他依法负有赡养义务的人。赡养人的配偶应当协助赡养人履行赡养义务。

《民法总则》第六条：民事主体从事民事活动，应当遵循公平原则，合理确定各方的权利和义务。

陈贝贝
北京天驰君泰律师事务所律师助理
18817836410
chenbeibei2019@163.com
北京朝阳区北辰东路汇宾大厦

民法典解读：如何裁判离婚协议中约定将房产给子女的性质？

原创：2020-10-30 儒者如墨 文|赫少华 律师
https://mp.weixin.qq.com/s/g2xNFodJp_TQDBoKJC4d5g

民法典解读：离婚协议中约定将房产给子女的性质如何认定？

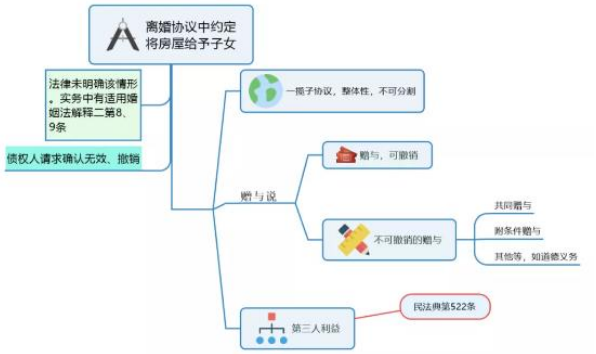
文|赫少华 律师

离婚时将房产等财产约定给予子女，是协商中常见的方式。白纸黑字形成契约，并不算“落袋为安”。办完离婚手续，一方不愿意配合将房屋过户给子女的现象并不少见，那此类约定将如何救济？有必要对该现象进行梳理了解。

需明确的是，此类约定并不直接发生物权变动的效果。并不是说约定给子女，就是子女的，从约定到归属，可能隔着一个给付之诉，即诉请其履行离婚协议的约定。

但，婚姻法及司法解释就离婚协议中约定将房

产（财产）给子女的情形并无明确约定。而面对此类争议，法院在司法实务中一般是如何处理呢？



观点一:离婚协议中将共有房产约定给子女，该约定与解除婚姻关系、子女抚养、共同财产分割、共同债务清偿等内容互为前提，构成了一个整体，人身关系与财产关系形成“一揽子”协议。

观点二：是否为不可撤销的赠予？关于离婚协议中将房产约定给子女，若被认定系赠与，则面对能否撤销的问题。

转移登记前可以撤销的案例并不少，（2018）最高法民申 6053 号，另如(2016)沪 0115 民初 19767 号，该赠与约定虽系双方的真实意思表示，但依法应在所赠房产的房产权利转移(即产权变更登记）后才能生效，且该赠与并不属法律规定的不可撤销的赠与。

也有观点认为该赠予不可撤销，如夫妻共同的处分行为，单方不能行使撤销（若子女成年后要求变更，双方均要求撤销呢？），也有认为该赠予系附条件（离婚）的赠与【如（2020）浙 0109 民初 7493 号】、该赠予具有道德义务等等，具体的案例并不再罗列。

观点三：系向第三人履行合同

该观点认为将房产约定给子女，涉及向离婚以外的第三人履行的问题，实为夫妻之间关于履行方式的约定。

讨论中，有提到上海法院（2018）沪 01 民终*号案例持此观点，但具体的文书一时未查询到。

关于系赠予合同与利他合同在此类纠纷中如何区分，可从以下几则案例中略为了解。

如(2018)京 03 民终 6512 号，法院认为，陈**、谢**在离婚协议中对陈*的赠与属于利他性合同，要求受赠主体必须存在，现因陈*去世，该合同已不具备履行的可能。

另如(2018)苏 0302 民初 5022 号案，法院认为，离婚协议约定夫妻一方财产归属子女，探究其本意，是夫妻一方就离婚时财产归属向对方所作之允诺，属“经由指令而为给付合同”，而非利他合同，如一方不为给付，一方构成违约，另一方有权请求其向子女给付，但子女并无独立请求权，否则基于利他合同第三人独立请求权的存在，一旦第三人明确表示接受其利益，合同当事人则不能随意变更或撤销合同，此与实践中允许夫妻离婚后协商变更离婚协议的做法相悖。

再如(2020)冀 0225 民初 322 号《变更抚养权协议书》中吴*将房屋赠与吴某的条款，不是单纯的赠与合同，并非是在吴*与吴某之间形成的赠与合同关系，而是属于利他合同的范畴。

民法典施行后，该约定的法律适用问题会出现变化吗？

既然将民法典与该问题进行关联，那么在民法典施行后，该问题会发生什么变化吗？

《民法典》第五百二十二条：

当事人约定由债务人向第三人履行债务，债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定的，应当向债权人承担违约责任。

法律规定或者当事人约定第三人可以直接请求债务人向其履行债务，第三人未在合理期限内明确拒绝，债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定的，第三人可以请求债务人承担违约责任；债务人对债权人的抗辨，可以向第三人主张。

实务中有观点认为，离婚协议中将房产约定给予子女，实质上是第三人利益条款，而非父母与子女之间的赠与关系，可适用第三人利益合同制度。现民法典第 522 条已明确及完善第三人利益合同制度。

《民法典》施行后，离婚协议一方或子女有权依据该条款直接请求另一方履行合同约定或承担相应违约责任。

需要留意的是，该条款适用前提中“当事人约定第三人可以直接请求债务人向其履行债务”，有观点认为，应从宽处理，若未限制履行义务的请求权人明确为夫妻一方，则子女对于向其交付财产的内容直接请求。但具体的操作及细则，只能留待实务中进一步观察。

（四）公证专题

浅析公证处参与遗嘱信托

2020-10-12 北京市长安公证处 符月娜

https://mp.weixin.qq.com/s/qT9Cw5kveZW6HhV4NkQfhw

随着我国经济社会的快速发展，人们的财产数量在不断累积，财产种类日益丰富，人们在越来越注重生前的财产管理的同时，也更加重视身后财产的传承。而根据我国的《继承法》，不论是法定继承还是遗嘱继承，其能实现的仅是财产所有权人的变更，至于财产管理、传承的目的并不能完全得到实现。为了能更好的满足人们对于财产管理、家族财富传承的需求，遗嘱信托逐渐走进人们的视野。

一、遗嘱信托的必要性及优势

遗嘱信托是指委托人生前通过遗嘱的形式，待遗嘱生效时成立信托计划，由受托人遵照遗嘱对委托人的财产进行管理、分配收益等。人们的财富增加，高净值群体数量增多，家族企业崛起，家族财富不仅包括传统的动产、不动产、资金，还包括家族企业的资产、股权等。家族财产平稳长久的传承成为人们的需求。数目庞大财产该如何传承避免家族纠纷，如何避免因受益人的能力不足而被挥霍一空，受益人为无民事行为能力人或限制行为能力人该如何管控家族财产，如何使尚未出生的亲属也成为受益人等，这些问题是传统遗嘱或法定继承制度所不能解决的，而信托遗嘱均能解决。

遗嘱委托人生前在遗嘱中详细写明在其死后财产的交付、管理、受益人的范围、财产收益的分配、受托人的权利义务等内容。遗嘱生效后，受托人按照遗嘱内容执行信托计划，确定受益人，按照遗嘱中规定的收益分配原则、条件、比例进行财产收益的分配，可以有效防止家族成员因为继承而产生纠纷，也可以避免一次性把所有财产交付于继承人，因为继承人能力不足或行为能力问题而导致家族财产被挥霍或灭失，实现家族财富的平稳传承。信托财产具有独立性，独立于委托人、受益人的个人财产，能够阻隔除法定情形外的强制执行。

尽管我国现行的《信托法》中规定信托的形式包括遗嘱，设立遗嘱信托，应当遵守继承法关于遗嘱的规定。但是《信托法》和《继承法》并未有其他具体的规定或细则明确遗嘱信托的设立、受托人、执行等问题。这导致了实践中的遗嘱信托案例寥寥无几。2020 年 5 月 28 日通过的《民法典》继承编第一千一百三十三条明确规定了自然人可以依法设立遗嘱信托。由此可见遗嘱信托之重要性，其越来越受到人们的关注。而公证处以遗嘱信托受托人的身份参与到遗嘱信托中，能够在目前遗嘱信托制度不完善的情况下解决遗嘱信托在设立和执行过程中的许多问题，能更好的发挥遗嘱信托应有的功能。

二、公证处参与遗嘱信托的合法性

《信托法》第二十四条规定受托人应当是具有完全民事行为能力的自然人、法人。法律、行政法规对受托人的条件另有规定的，从其规定。公证处作为依法设立的，不以营利为目的，依法独立行使公证职能、承担民事责任的证明机构，其性质是具有民事权利能力和民事行为能力的非营利法人，因此完全符合《信托法》规定的受托人的资格，可作为信托的受托人。此外，其他法律、行政法规也并未对公证处担任信托的受托人作出禁止性规定。

根据《公证法》第十二条规定，公证处可以根

据自然人的申请，办理保管遗嘱、遗产或其他与公证事项有关的财产、物品、文书；代写与公证事项有关的法律事务文书。参与制定信托计划、代为起草信托文件、保管遗产也是信托受托人的职能之一。由此可见，公证处作为遗嘱信托的受托人也是有《公证法》做为法律依据的。

三、公证处参与遗嘱信托的合理性

一是公证处的性质。我国的公证处是依法设立的，不以营利为目的，依法独立行使公证职能的证明机构。而信托机构是以营利为目的从事信托活动的，因此信托机构在执行信托计划的过程中可能会为追求自身利益最大化，而与委托人或受益人产生利益冲突，损害委托人或受益人的合法权益。而公证处是非营利法人，这使得公证处与委托人或受益人不存在利益冲突，也不会为追求自身利益而去损害委托人、受益人的合法权益。

二是公证处的专业性。我国的公证机构需由所在地的司法行政部门报省级人民政府司法行政部门按照规定程序批准后才能设立。公证机构的负责人应当在有三年以上执业经历的公证员中推选产生。公证员的选拔条件也非常严格。《公证法》规定担任公证员，应当具备下列条件：(一)具有中华人民共和国国籍；(二)年龄二十五周岁以上六十五周岁以下；(三)公道正派，遵纪守法，品行良好；(四)通过国家统一法律职业资格考试取得法律职业资格；(五)在公证机构实习二年以上或者具有三年以上其他法律职业经历并在公证机构实习一年以上，经考核合格。以上条件不仅要求公证员需要具备扎实的专业知识基础，而且要有一定年限的从业经历，具有丰富的工作和生活经验。此外，公证遗嘱、继承等业务是公证的传统业务，公证处每年承办大量的公证遗嘱、继承等家事公证业务。公证员长期直接面对当事人及其家庭成员，更了解当事人的心理和需求。公证员可以利用其专业的法律知识、丰富的家事法律服务经验，参与到遗嘱委托人设立遗嘱信托的过程中，为遗嘱委托人设计合理的信托方案，为信托计划的执行保驾护航。

三是公证的公信力。公证的公信力与其本质属性有直接的关系。公证是对事实的证实，公证象征着公正。正因为如此，公证取得了大众的认可和信任。遗嘱委托人可以放心的选任公证处担任遗嘱信托的受托人，不必担心公证处会损害受益人的利益。而经过公证的信托遗嘱也更能取得遗嘱委托人的家庭成员、有关部门的认可和配合，减少因质疑遗嘱信托的效力而产生的纠纷，在遗嘱信托生效时更顺畅的执行信托计划。

四是公证参与遗嘱信托的必要性。在遗嘱信托的设立阶段，公证员可以利用其专业的知识、丰富的经验以及对当事人的了解，结合当事人的真实意愿，为当事人设计合理的信托计划，防止日后产生纠纷，防范法律风险，满足当事人的需要。而在遗嘱信托的执行阶段，作为受托人，公证处可以利用其在家事法律公证中的权力及优势，保管信托财产、协助交付信托财产、办理信托登记等，解决遗嘱委托人去世后信托财产交付难的问题，防止财产灭失或被转移。

公证处还可以与其他受托人形成相互监督、相互制约的模式，监督信托机构执行信托计划。在民事信托中，对于受托人的监督主要是依靠委托人的监督，另外便是靠受托人的自律。但遗嘱信托是在遗嘱委托人死亡之后才生效，没有了来自遗嘱委托人的监督，仅仅依靠受托人的自律约束来保证信托计划得以完全按照遗嘱委托人的意愿来执行是远远不够的。而我国现行的《信托法》仅规定了公益信托应当设置信托监察人，而未规定民事信托的保护人制度。在民事信托保护人制度缺位的情形下，公证处作为共同受托人参与遗嘱信托非常有必要。公证处可以监督其他受托人，在信托计划或受益人的利益受到损害时行使损害救济权利，维护受益人的合法权益、保护信托目的得以有序实现。

四、公证处作为共同受托人参与遗嘱信托

遗嘱信托的设立只是开始，遗嘱信托的有效执

行才是遗嘱委托人所追求的目的，而这是一个复杂、长期的过程。为了更好的实现遗嘱委托人的设立遗嘱信托的目的，使得受益人的利益最大化，笔者认为将公证处和信托机构作为遗嘱信托的共同受托人是最合适的。因为遗嘱信托中不仅涉及家族法律事务的处理，而且更重要的是涉及信托财产的管理。只有信托财产管理得当，才能使受益人获益，信托目的才能实现。公证处在设计信托框架、制作信托文件、处理遗嘱信托相关法律事务方面更具优势，而信托机构拥有信托执照和资产管理技能及经验，能够更好的管理信托资产，将两者结合作为遗嘱信托的共同受托人能够发挥两者的优势，实现受益人的利益最大化。此外，正如前文所述，公证处作为遗嘱信托的受托人之一，可以与信托机构形成相互监督、相互制衡的关系，以弥补我国民事信托中信托监察人制度的空白。

我国的《信托法》中规定了共同受托人制度。《信托法》第三十一条规定同一信托的受托人有两个以上的，为共同受托人。共同受托人应当共同处理信托事务，但信托文件规定对某些具体事务由受托人分别处理的，从其规定。共同受托人共同处理信托事务，意见不一致时，按信托文件规定处理；信托文件未规定的，由委托人、受益人或者其利害关系人决定。遗嘱委托人可以在遗嘱信托中将信托机构设置为第一受托人，公证处为第二受托人。第一受托人主要负责信托财产的管理等相关事宜，第二受托人主要负责处理遗嘱信托相关法律事务等事宜，而在涉及受益人的确定、向受益人分配收益等事宜时，由第一、第二受托人共同处理，二者意见不一致时，以第二受托人的意见为准。据此，公证处在遗嘱信托中也能充当信托保护人的角色，监督信托机构，保护受益人的合法权益。

五、结语

随着人们的财富不断增长，信托逐渐成为人们理财的首选。遗嘱信托被喻为“遗产委托人从坟墓中伸出来的手”，将遗嘱与信托相结合，满足遗产委托人对于家族财富传承和死后财产管理的需求，也将成为越来越多人的选择。而公证处无论是从其性质，还是从其本质属性来看，均与遗嘱信托具有天然的关联性，而且公证处参与遗嘱信托在我国既有法律依据又有现实的必要性。《民法典》继承编中也新增了关于遗嘱信托的规定。公证处应借着《民法典》的春风，积极参与遗嘱信托，探索合适的介入方式，这不仅能为我国民事信托制度的发展提供新思路，也能为公证行业的发展注入新活力，创新法律服务产品，促进公证行业向更广的领域、更与时俱进的方向发展，为当事人提供更好的法律服务。

参考文献：

[1] 韩良主编：《家族信托法理与案例精析》，中国法制出版社 2015 年版；

[2] 薛凡著：《公证改革的逻辑——基于公证属性、全球和中国语境展开， 厦门大学出版社 2018 年版；

[3] 段伟、张春良：《公证介入信托遗嘱探讨》，载《中国公证》2015 年第 11 期。

对夫妻财产约定协议及婚内财产分割制度的思考

2020-10-20 北京市长安公证处 于坤

https://mp.weixin.qq.com/s/OPL9glfCHGufUh5YeGZKmg

夫妻财产约定制度是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、部分共同所有的书面协议制度。夫妻财产约定协议是约定财产制的

体现，是以约定的形式排除法定财产制，体现了当事人个性化的需求。我国在 2001 年对《婚姻法》进行修改时，增加了夫妻财产约定的具体规定，民法典对此项制度进行了延续和完善。

婚内财产分割制度是夫妻双方对婚姻关系存续期间所取得的共同财产进行分割的制度。我国实行的是法定共同财产制，基于婚姻关系在财产上所建立的是共同共有关系，而不是按份共有。根据民法典物权编的相关规定，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才可以请求分割财产。

如果仅以结果论，即对夫妻所共有的财产进行权属划分的角度讲，上述两种制度的功能似乎没有太大区别，但是从制定两种制度的出发点、适用情形、法律效力等方面，这两种制度既有区别又有联系。

一、夫妻财产约定制度强调约定，婚内财产分割制度强调法定

夫妻财产约定制度和婚内财产分割制度都是婚姻法所创设的财产制度，都是法定共同财产制的例外规定，其创设的初衷都是为了迎合或解决婚姻中的特殊财产问题，既给予当事人一定的选择权，又给予特定的法律保障。夫妻财产约定制度是夫妻双方在自愿协商的基础上对财产进行的书面协议制度，以意思自治为宗旨，给予双方更多的自由空间，主要体现在：双方可以在婚前约定，也可以在婚后约定，在婚前约定的以结婚登记为生效要件；在协议中约定的财产，可以是婚后共同取得的财产，也可以是双方婚前取得的财产，既可以约定婚后归各自所有、共同所有，也可以约定部分各自所有、部分共同所有。而婚内财产分割制度则不同，婚内财产分割制度侧重保护的是弱势方的财产权益，不需要夫妻双方合意，夫妻一方在符合法定情形时即可单方启动该程序，民法典第 1066 条规定，“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。”也就是说，婚内财产分割制度只有在符合上述两种情况下才可以适用，且必须通过法院诉讼分割，且只能分割夫妻共有财产，这一规定是与民法典物权编关于共同共有财产分割的规定相呼应的。

二、夫妻财产约定是夫妻双方的协议行为，产生合同法上的效力；婚内财产分割是人民法院的裁判行为，产生物权变动的效力

夫妻财产约定虽然是婚姻法创设的制度，但归根结底仍是一种协议行为，也要符合合同法的相关规定，民法典第 464 条规定，“合同是民事主体之间设立、变更、终止民事法律关系的协议。婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用有关该身份关系的法律规定；没有规定的，可以根据其性质参照适用本编规定。”基于夫妻财产约定协议的婚姻法、合同法双重特点，会派生如下问题：第一，对内效力和对外效力。根据合同相对性的原则，夫妻财产约定的内容对夫妻双方具有约束力，夫妻双方都要遵守协议有关财产、债务等约定，这是指的对内效力。但是在对外方面，因为夫妻共同财产制以及家事代理、表见代理制度的存在，第三方有可能在不知晓夫妻财产约定协议的情况下与夫或妻从事民事法律行为，这就产生了夫妻财产约定的对外效力问题，根据民法典婚姻家庭编第 1060 条规定，“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 1065 条第 3 款的规定，“夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有，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。”因夫妻财产约定是夫妻双方的内部协议，具有不公开、不登记、不公示

的特点，法律上更侧重保护善意第三人的权益，与第三人从事交易的夫妻一方有义务向第三人告知协议内容，并对告知行为承担举证责任。第二，夫妻财产约定协议与物权变动的联系。正因为夫妻财产约定协议只是一种合同行为，并不必然产生物权变动的法律效果，因此协议内容如果涉及不动产物权，夫妻双方在签署协议后要尽快办理不动产更名手续，才能产生物权法上公示公信的法律效力。第三，夫妻财产约定协议可以变更。根据民法典合同编第 543 条的规定，“当事人协商一致，可以变更合同。”婚姻法并未规定夫妻财产约定协议不可以变更，因此按照合同法的规定，只要夫妻双方协商一致，是可以变更夫妻财产约定协议的，出现多份内容相抵触的夫妻财产约定协议，应以最后一份为准。

婚内财产分割制度则是夫妻一方在法定情形下申请人民法院对夫妻婚后共同财产进行分割，是在不解除婚姻关系的前提下借助司法手段所采取的强制性、保护性措施，一经人民法院出具法律文书，即产生物权变动的效力，不以是否变更物权登记为准。民法典物权编第 229 条规定，“因人民法院、仲裁机构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，自法律文书或者征收决定等生效时发生效力。”那么人民法院通过裁判方式对夫妻共有财产进行分割后，夫妻双方是否还可以通过协议方式对财产归属进行约定？笔者认为，基于法院裁决的既判力，裁判文书中对夫妻共同财产的分割结果对夫妻双方都有约束力，都要执行，即女方有哪些财产男方有哪些财产，但是毕竟夫妻二人的婚姻关系没有解除，婚内财产分割不同于离婚财产分割，在婚姻关系这个大的框架内，如果夫妻二人在法院裁判分割财产后的共同生活中各种因素发生变化，夫妻二人愿意对法院分割的财产内容进行重新约定，应本着尊重当事人意愿、有利于家庭生活的原则，并无不可，只是重新签订协议也要注意对内对外效力，尽快办理物权变动手续。

三、夫妻财产约定制度和婚内财产分割制度在离婚时所面临的处境不同

在夫妻双方自愿离婚的情况下，因为能够对离婚财产分割达成一致，所以无论是按照夫妻财产约定协议或法院婚内财产分割法律文书来订立离婚协议书，还是变更上述内容达成离婚协议，应尊重当事人的意思自治，均无不可。但是在夫妻双方无法达成一致的情况下，一方起诉另一方要求离婚并分割财产时，如果之前在婚姻关系存续期间法院已经就共有财产进行了分割，则根据一事不再理的原则，仍应执行之前生效裁决所确定的财产分割方案；如果之前曾签署夫妻财产约定协议，一方对协议内容提出异议的话，法院则要对夫妻财产约定协议内容进行审查，看协议是否存在无效、可撤销等情形，不是当然就适用协议裁判。需要注意的是，根据目前婚姻法解释三第 14 条的规定，“当事人达成的以登记离婚或者到人民法院协议离婚为条件的财产分割协议，如果双方协议离婚未成，一方在离婚诉讼中反悔的，人民法院应当认定该财产分割协议没有生效，并根据实际情况依法对夫妻共同财产进行分割。”所以如果夫妻财产约定协议中涉及以登记或协议离婚为条件进行的财产分割，在诉讼离婚时并不被法院认定生效，要对夫妻共同财产进行分割。

因此，夫妻财产约定制度和婚内财产分割制度虽然都是在婚姻关系存续期间对夫妻财产进行分配的制度，但是夫妻财产约定协议并不是严格意义上的财产分割，更侧重夫妻之间的内部约定性质，更体现合同法上的特性，而婚内财产分割则是严格意义上的物权分割行为。因此在我们办理婚前财产约定协议、夫妻财产约定协议和离婚协议公证时，不仅要对当事人的真实意愿、期待达到的公证效果进行深入询问，还要有针对性地对当事人进行告知，使其明确所公证协议的效力。

九、异域资讯

日本法务大臣：正讨论废除结婚和离婚盖章手续

2020-10-0 天下快讯

https://m.jiemian.com/article/5087680.html

日经新闻 10 月 9 日消息，日本法务大臣上川阳子在 10 月 9 日召开的记者会上表示，正在讨论废除结婚登记和离婚登记的盖章手续。上川阳子称“包括结婚登记和离婚登记盖章在内，日本有多种行政手续，将推进这些手续的网线上化”，并表示会将努力推动线上化普及。

上川表示，“数字化是菅内阁的重要政策，目前正以提高国民的便利性或者提升总体效率的方式来推进。整个政府正大力推进以修改制度为目标的相关措施，打算进行认真讨论”。

来源：界面新闻

日本为了节省经费再出奇招，推行结婚/离婚登记线上审批

2020-10-0 来自腾讯新闻 东京小关

https://search.weixin.qq.com/k/Q1xUX1dEaV9cQFdRR1ZZaUZcSO5eakdWVF5tR1dSb1ZZVSRHICw_VURv?scene=3#wechat_redirect

9 日上午，结束内阁会议结束后，上川法务大臣在记者招待会上表示，将取消婚姻登记和离婚登记的盖章形式，推进在线电子审批化。

“我们正在研究废除婚姻登记和离婚登记盖章的方案。同时将尽快推进各种行政手续的在线审批化方案。”

目前虽然在制度上已经可以进行在线户籍的相关申报手续，但是因为还没有彻底废除旧版本，所以到目前为止暂时还没有市区町村导入该方案。

不得不提的「在线审批」的四大好处

1）便于保存以往的电子审批文件，遇到相同情况的审批，可以不用重新起草审批文件。

2）不用再担心审批文件的增加，电子化后可以有效利用快速搜索功能。

3 便于进行远程办公或出差时的线上审批，即使大家处在不同的工作环境里，也可以快速有效的进行审批。

4）没有了纸质文件传递慢的烦恼，审批速度大大提升。

今年因为疫情的影响，大部分人开始了远程办公的模式，老方法的文件审批的确很大程度上让人感到头疼，印章的必要性开始被质疑，为了使工作快速回归正轨，日本一些大企业也开始倾向于“脱离印章”模式。

FUJI XEROX 率先引入电子签名化系统

出处：FUJI XEROX 官网

FUJI XEROX 于 9 月 23 日宣布，一年内将在与客户签订的合同中引入 50 万份电子签名。

该公司已经从今年 1 月开始销售美国的“电子签名云服务(DocuSign)”，该服务可以在云端完成合同的签名、盖章、交接、保管等事项。据悉，目前该公司的电子签名使用规模也是日本现在所有公司中最大的。

FUJI XEROX 表示：以往的情况下，使用纸质契约书，花费了很长时间进行文件保存，同时，纸张的成本也很高，不容易管理不说，还有被篡改的风险。

相反，引入“电子签名云服务”之后，省去了印刷、装订、签名、盖章、邮寄、归档、保管等多重手续之后，工作速度提高 25 倍，同时每一份文件可节省约 4000 日元的成本。

不止是经费减少，提升效率也可以推动经济发展

纸张电子化的好处除了可以缩减相关费用以外，对人力成本来说也有相应的好处，工作人员可以拥有更多的时间处理其他业务，而不是一直埋头在一堆纸张中进行核算。

现在我们将日本的企业按规模分成大中小，以各种数据为基础来看看每年各种企业到底要在纸质文件上花费多少钱。

大企业 1 万 1157 家×约 1984 张×126 日元×12 个月=约 334 亿 6884 万日元

中型企业 52 万 9786 家×约 660 张×126 日元×12 个月=约 5286 亿 8400 万日元

小规模企业 304 万 8390 家×约 73 张×126 日元×12 个月=约 3364 亿 6908 万日元

合计下来，日本所有企业每年发送文件的总额约为 8986 亿 2192 万日元。

我们再来看看人工费。

“
・大企業　（時給）2307円×（4分÷60分）×約1984枚×12カ月×1万1157社＝約408億5323万円
・中規模企業　（時給）1849円×（4分÷60分）×約660枚×12カ月×52万9786社＝約5172億1524万円
・小規模企業　（時給）1570円×（4分÷60分）×約73枚×12カ月×304万8390社＝約2795億1298万円
（出典：「請求書の電子化による経済効果」より）
”

大企业（时薪）2307 日元×(4 分÷60 分)×约 1984 张×12 个月×1 万 1157 家=约 408 亿 5323 万日元

中型企业（时薪）1849 日元×(4 分÷60 分)×约 660 张×12 个月×52 万 9786 家=约 5172 亿 1524 万日元

小规模企业（时薪）1570 日元×(4 分÷60 分)×约 73 张×12 个月×304 万 8390 家=约 2795 亿 1298 万日元

合计约为 8375 亿 8145 万日元。

那么这是我们经过一系列的相关计算可以得出，如果各大企业正式导入纸质文件电子化之后，每年的利润可较大程度的增长。

“
1．大企業1社平均の年間の利益は約666万円となる。
2．大企業全体の年間の利益は約489億392万円となる。
3．中規模企業1社平均年間の利益は約198万円となる。
4．中規模企業全体の年間の利益は約6,882億170万円 となる。
5．小規模企業の1社平均の年間の利益は約20万円となる。
6．小規模企業全体の年間の利益は約4053億1620万円となる。
7．日本の企業全体の年間の利益は約1兆1424億2182万円となる。
（出典：「請求書の電子化による経済効果」より）
”

日本国内，共计整体年利润可达到约为 1 兆 1424 亿 2182 万日元！

数字看上去相当的诱人，但是对于习惯墨守成规的日本人来说，接受起新东西似乎不是想象中的那么快。

纸质到电子，转变困难的原因是？

新的体系就需要新的学习，疫情之前可能还好说，当下社会情况，本来很多企业已经因为亏损而自顾不暇，更别说让他们抽出一定的时间来学习如何引进新的体系了。

就算很费事费力，但是继续纸质版的模式也不是不可以维持现在的工作状态。

电子化的绝对条件是系统化，需要学习，也需要成本。

但是，电子化相对于纸质文件拥有更加灵活、更加省力的优势，日本政府如果肯继续费心从各方面着手，大力推行电子化的话，相信不久之后，一定会有更多的企业体会到电子化的便利。节省不必要的开销，提升工作效率才是解决现下经济瓶颈的王道！

本文来自腾讯新闻

十、书籍推荐

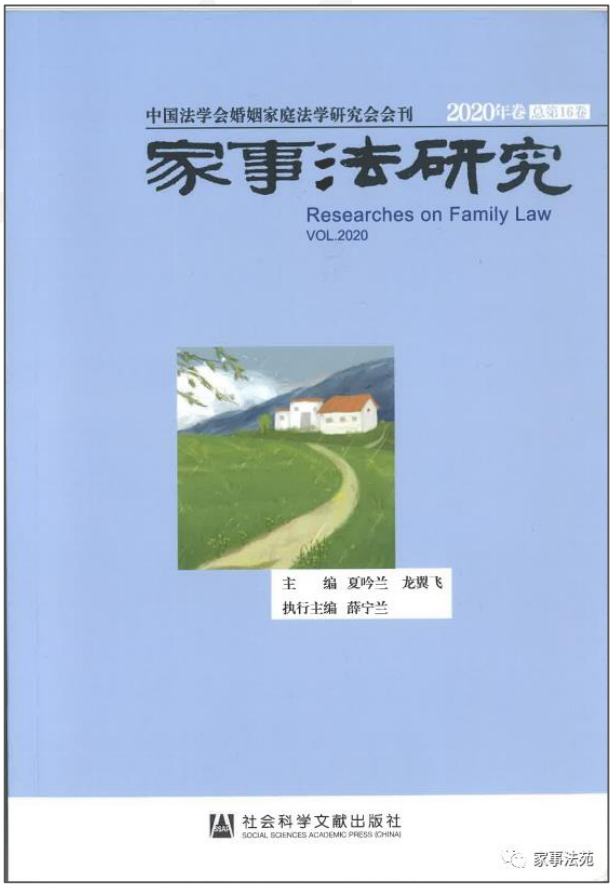
新书 | 《家事法研究》（2020 年卷）总第 16 卷（社会科学文献出版社，2020 年 9 月第 1 版）

2020-10-08 家事法苑 夏吟兰 龙翼飞等

https://mp.weixin.qq.com/s/Q1EiFgUcXW2PJLuYebxIvQ

《家事法研究》（2020 年卷）总第 16 卷

主编:夏吟兰 龙翼飞
执行主编：薛宁兰
出版社:社会科学文献出版社
出版时间:2020 年 9 月



内容简介

《家事法研究》为中国婚姻家庭法学会会刊，一年一卷，已连续出版 15 卷，内容涵盖婚姻家庭法、继承法、妇女法等，间或旁及法理学等学科领域，集中讨论中国当代婚姻家庭制度的理论与实践问题。本卷为第 16 卷，涵盖的是“中国法学会婚姻家庭法学研究会 2019 年会暨民法典婚姻家庭编、继承编立法完善研讨会”的相关议题，设“婚姻家庭编立法研究”“继承编立法研究”“理论前沿”“实务探讨”“青年论坛”“域外法治”“咨政建言”“年会综述”八个栏目，共收录 24 篇文章。

卷首语

《家事法研究》自 2011 年第 7 卷始，成为中国法学会婚姻家庭法学研究会会刊。至 2020 年卷（总第 16 卷），已走过十年历程。其间承蒙学会各位副会长轮流担纲主编、会长及常务副会长一贯督导定夺，《家事法研究》羽翼日渐丰满，引领国内家事法研究。目前，本刊编辑风格基本定型，主要栏目持续稳定，选题紧贴法治建设需求，搭建起国内学术界及实务界交流观点、展示论说的平台。

2019 年，几代民法学人期盼已久的民法典分则各编编纂进入倒计时。由全国人大法工委负责起草的婚姻家庭编（草案），继室内稿（2017 年 9 月）、征求意见稿（2018 年 4 月）、一审稿（2018 年 9 月）后，于 2019 年 6 月、10 月，由全国人大常委会进行第二次、第三次审议，并于当年 12 月与民法典总则及分则其他各编汇总形成《中华人民共和国民法典（草案）》。对民法典婚姻家庭编、继承编的立法研究自然成为本年度的学术热点，亦为 2019 年中国法学会婚姻家庭法学研究会年会的核心议题。本次年会于 10 月 26 ~ 27 日在福建省福州市召开，来自全国立法机关、高等院校、科研机构及法律实务部门的 220 余位代表与会，提交论文共 84 篇，会议规模空前。

2020 年 5 月 28 日，《中华人民共和国民法典》终获通过，将于 2021 年 1 月 1 日起施行。编纂具有中国特色的民法典，是几代中国人的夙愿。我们深信：民法典对于坚持和完善中国特色社会主义制度，推进全面依法治国、推进国家治理体系和治理能力现代化具有重大意义。民法典的颁行对于包

括家事法学研究在内的民法学研究，同样意义深远。为立法提供理论支持和对策建议，是新中国家事法学研究的突出特色，本卷《家事法研究》就是明证。进入民法典时代的家事法学研究将继续秉持这一学术传统，以立法为蓝本，不断拓展研究的宽度，深化研究的高度，继续为国家法制建设贡献智识。

《家事法研究》2020 年卷收录论文、立法建议、译文及综述等共 24 篇。稿件来源以年会论文为主，同时接受论文投稿，并根据栏目需要约稿。本卷设九个栏目，其中，专题研究、理论前沿、实务探讨、青年论坛、域外法治、年会综述为固定栏目。鉴于近年来本会会员学术视野从婚姻家庭法拓展至继承法领域，同时虑及“家事法”范围，本卷将“专题研究”栏目细分为二：“婚姻家庭编立法研究”和“继承编立法研究”，以明示家事法范围及其区别。在本卷编辑期间，中国法学会婚姻家庭法学研究会首任会长、现名誉会长巫昌祯教授驾鹤西去，永远离开了我们。本卷增设“特别纪念”栏目，力邀现任会长夏吟兰教授倾心打造回顾文章，缅怀中国婚姻法学界领军人物巫昌祯教授的法学春秋，表达学界同人的无尽哀思与深切怀念！

“婚姻家庭编立法研究”栏目收录年会论文 3 篇。龙翼飞教授的《编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议》一文，提出编纂民法典婚姻家庭编的十大法理思想。许莉教授的《约定夫妻财产制的地位及立法模式》一文，主张将“一般共有制”“分别财产制”作为供当事人选择的财产制类型。杨晋玲教授的《婚姻家庭编立法中的程序性要件设置问题探析——以婚姻家庭编（草案）关于无效婚姻的规定为例》一文，探讨了设置程序性要件对于增强实体规定操作性的重要意义。

“继承编立法研究”栏目收录论文 3 篇。王歌雅教授的《（民法典·继承编）：制度补益与规范精进》一文主张，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，是民法典继承编的价值追求。陈苇教授与白玉博士的《遗产中家庭住房的先取权和终生使用权立法研究》一文，提出增设作为遗产的家庭住房先取权和终生使用权的立法建议。曹贤信副教授的《我国遗产管理人权责立法的类型化逻辑及其展开》一文，主张补全从继承开始至遗产分割完毕期间遗产管理人的各

项职责，规定不同类型遗产管理人的损害赔偿责任。

“理论前沿”栏目收录论文 4 篇。林建军教授的《国家介入儿童监护的生成机理与生成条件》一文，主张家庭对儿童负首要责任，国家在家庭监护出现“缺乏性”“违法性”等情形时才予介入。高云鹏副教授的《法定婚龄及其性别平等思考》一文，认为应将性别平等作为法律界定男女结婚年龄的重要依据。陈凌云副教授在《生育权的三维解读》一文中提出，生育权具有权利性、责任性和福利性三个维度。三者有着内在的逻辑结构和不可分割的关系。张伟教授与王隆璋硕士的《代孕合法化及相关问题研究》一文指出，应尊重代孕母亲身体权，保障不孕夫妻生育权。

“实务探讨”栏目收录年会论文 2 篇。陈颖副教授在《诉讼离婚案件中“家庭暴力”情节认定的实证研究——以福州市基层法院 90 份民事判决书为样本》一文中针对离婚诉讼中家庭暴力认定难的现象，建议调整涉及家庭暴力离婚案件的证据认证规则，对受害人不同的诉讼请求，适用不同的证明标准。黄思逸律师的《遗嘱自由及其限制——以遗嘱形式瑕疵为视角》一文认为，遗嘱的形式既是法律对立遗嘱人遗嘱自由的限制，也是对其自由的重要保障，通过法律解释、民事诉讼证据规则方法，可缓和严格法定形式主义的矛盾。

“青年论坛”栏目收录论文 3 篇。王雯雯博士的《儿童监护人资格撤销与恢复事由的比较研究》一文，建议将监护人侵犯儿童财产权利与客观事实阻碍，纳入监护人资格撤销的法定情形，并增设监护人资格恢复的实质条件。陈迪博士的《论成年监护的司法干预原则》一文提出，成年监护的司法干预原则包括监护启动的司法唯一原则、监护评价的司法终决原则以及监护过程的司法监督原则。除了在婚姻家庭编确立成年监护的司法唯一原则，还应在程序法中确立司法终决原则。陈贝贝律师的《离婚救济制度的构建》一文认为，广义的离婚救济制度由离婚财产分割请求权、家务劳动补偿请求权、离婚经济帮助请求权、离婚损害赔偿请求权组成，构建不同请求权各司其职的综合权利保障体系。

“域外法治”栏目收录论文 2 篇、译文 1 篇。何丽新教授与陈昊泽硕士的《走出日本意定监护的困境》一文，基于对日本意定监护制度运行的反思，建议我国立法明文禁止转移型意定监护合同，强化意定监护运行的配

目　录

婚姻家庭编立法研究

编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议　龙翼飞

约定夫妻财产制的地位及立法模式　许莉

婚姻家庭编立法中的程序性要件设置问题探析

——以婚姻家庭编(草案)关于无效婚姻的规定为例　杨晋玲

继承编立法研究

《民法典·继承编》：制度补益与规范精进　王歌雅

遗产中家庭住房的先取权和终生使用权立法研究　陈苇　白玉

我国遗产管理人权责立法的类型化逻辑及其展开　曹贤信

理论前沿

国家介入儿童监护的生成机理与生成条件　林建军

法定婚龄及其性别平等思考　高云鹏

生育权的三维解读　陈凌云

代孕合法化及相关问题研究　张伟　王隆璋

实务探讨

诉讼离婚案件中“家庭暴力”情节认定的实证研究

——以福州市基层法院 90 份民事判决书为样本　陈颖

遗嘱自由及其限制——以遗嘱形式瑕疵为视角　黄思逸

青年论坛

儿童监护人资格撤销与恢复事由的比较研究　王雯雯

论成年监护的司法干预原则　陈迪

离婚救济制度的构建　陈贝贝

域外法治

走出日本意定监护的困境　何丽新　陈昊泽

被收养人成年后是否可以解除收养关系？

——德国联邦最高法院 2014 年 3 月 12 日裁定之评析　王葆莳

澳大利亚北部地区《2016 年成年人监护法》　陈苇　郭庆敏　译

特别纪念

鸿儒硕学法学春秋——巫昌祯教授学术人生　夏吟兰

咨政建言

对《民法典·婚姻家庭编（草案）》的修改建议　夏吟兰

对民法典婚姻家庭编编名与体例的修改建议　薛宁兰

民法典婚姻家庭编应当对同居关系做适度调整　马忆南

对《民法典·继承编（草案）》的修改建议　夏吟兰　李丹龙

年会综述

中国法学会婚姻家庭法学研究会 2019 年年会理论观点综述　吴才毓

2020年卷 总第16卷

目 录
CONTENTS

婚姻家庭编立法研究

编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议 …… 龙翼飞 / 003
约定夫妻财产制的地位及立法模式 …… 许 莉 / 024
婚姻家庭编立法中的程序性要件设置问题探析
——以婚姻家庭编（草案）关于无效婚姻的规定为例 …… 杨晋玲 / 041

继承编立法研究

《民法典·继承编》：制度补益与规范精进 …… 王歌雅 / 055
遗产中家庭住房的先取权和终生使用权立法研究 … 陈 苇 白 玉 / 083
我国遗产管理人权责立法的类型化逻辑及其展开 …… 曹贤信 / 101

理论前沿

国家介入儿童监护的生成机理与生成条件 …… 林建军 / 121
法定婚龄及其性别平等思考 …… 高云鹏 / 137
生育权的三维解读 …… 陈凌云 / 149
代孕合法化及相关问题研究 …… 张 伟 王隆埼 / 168

实务探讨

诉讼离婚案件中“家庭暴力”情节认定的实证研究
——以福州市基层法院 90 份民事判决书为样本 …… 陈 颖 / 187

家事法苑

图书在版编目（CIP）数据

家事法研究. 2020 年卷：总第 16 卷 / 夏吟兰，龙翼飞主编. -- 北京：社会科学文献出版社，2020.9
ISBN 978-7-5201-6847-2

Ⅰ.①家… Ⅱ.①夏… ②龙… Ⅲ.①婚姻法-研究-世界-丛刊②家庭-法律关系-研究-中国-丛刊
Ⅳ.①D913.904-55

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2020）第 116003 号

家事法研究 2020 年卷（总第 16 卷）

主 编 / 夏吟兰 龙翼飞
执行主编 / 薛宁兰

出 版 人 / 谢寿光
组稿编辑 / 刘骁军
责任编辑 / 易 卉

出 版 / 社会科学文献出版社 · 集刊分社（010）59367161
地址：北京市北三环中路甲 29 号院华龙大厦 邮编：100029
网址：www.ssap.com.cn
发 行 / 市场营销中心（010）59367081 59367083
印 装 / 三河市尚艺印装有限公司

规 格 / 开 本：787mm × 1092mm 1/16
印 张：25.5 字 数：393 千字
版 次 / 2020 年 9 月第 1 版 2020 年 9 月第 1 次印刷
书 号 / ISBN 978-7-5201-6847-2
定 价 / 138.00 元

本书如有印装质量问题，请与读者服务中心（010-59367028）联系

版权所有 翻印必究

遗嘱自由及其限制
——以遗嘱形式瑕疵为视角 …… 黄恩逸 / 197

青年论坛

儿童监护人资格撤销与恢复事由的比较研究 …… 王雯雯 / 211
论成年监护的司法干预原则 …… 陈 迪 / 226
离婚救济制度的构建 …… 陈贝贝 / 242

域外法治

走出日本意定监护的困境 …… 何丽新 陈昊泽 / 259
被收养人成年后是否可以解除收养关系？
——德国联邦最高法院 2014 年 3 月 12 日裁定之评析 …… 王葆莳 / 281
澳大利亚北部地区《2016 年成年人监护法》…… 陈 苇 郭庆敏 译 / 290

特别纪念

鸿儒硕学 法学春秋
——巫昌祯教授学术人生 …… 夏吟兰 / 343

咨政建言

对《民法典·婚姻家庭编（草案）》的修改建议 …… 夏吟兰 / 365
对民法典婚姻家庭编编名与体例的修改建议 …… 薛宁兰 / 369
民法典婚姻家庭编应当对同居关系做适度调整 …… 马忆南 / 375
对《民法典·继承编（草案）》的修改建议 …… 夏吟兰 李丹龙 / 380

年会综述

中国法学会婚姻家庭法学研究会 2019 年年会理论观点综述 …… 吴才毓 / 387

家事法研究
Researches on Family Law
VOL.2020

《家事法研究》是中国法学会婚姻家庭法学研究会主办的专业学术集刊，每年出版一卷，内容涵盖婚姻家庭法学、继承法学、妇女法学等，间或旁及法理学、哲学、经济学、历史学、人类学、社会学、民族学等与家事法相互交叉的学科领域。《家事法研究》秉承“百花齐放、百家争鸣”的宗旨，不论资排辈，仅以质取文，好中取优，精选精编，是广大理论研究人员和法律实务工作者展示最新研究成果的重要平台。

为立法提供理论支持和对策建议，是新中国家事法学研究的突出特色，《家事法研究》2020年卷继续聚焦民法典婚姻家庭编、继承编立法中的难点和热点问题。稿件来源以年会论文为主，同时接受论文投稿，并根据栏目需要约稿。本卷设九个栏目，其中，专题研究、理论前沿、实务探讨、青年论坛、域外法治、年会综述为固定栏目。“婚姻家庭编立法研究”和“继承编立法研究”是“专题研究”栏目的细化。本卷增设“特别纪念”栏目，缅怀新中国婚姻法学界领军人物巫昌祯教授的法学春秋，表达学界同人对先生的无尽哀思与深切怀念！

上架建议：婚姻家庭法

ISBN 978-7-5201-6847-2
9 787520 168472 >

http://www.ssap.com.cn

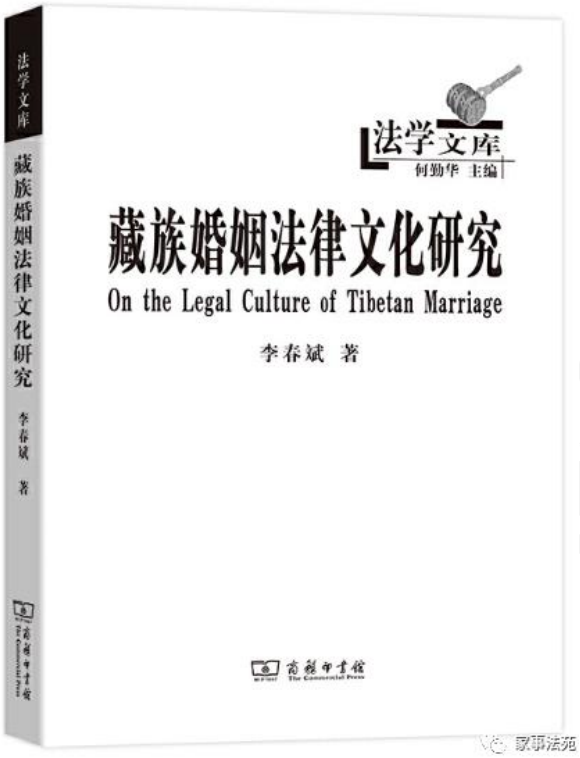
定价：138.00元

家事法苑

新书 ｜《藏族婚姻法律文化研究》（李春斌著，商务印书馆，2020 年 8 月版）

2020-10-18 家事法苑 李春斌
https://mp.weixin.qq.com/s/oYtfVf0JcueC05d0q4Ji4g

《藏族婚姻法律文化研究》



作者:李春斌
出版社:商务印书馆
出版时间:2020 年 08 月

编辑推荐

作为一个汉族学者，潜心该领域十年，深入藏区腹地调研三次，收集实证资料，完成书稿，可见作者具有相当的学术勇气。作者受婚姻法学者杨怀英先生民族婚姻法理的启示，选择藏族婚姻法律为研究课题，书稿成果填补空白。

内容简介

《藏族婚姻法律文化研究》是国内首部以西藏及相关藏区的地方婚姻法律文化为研究对象的专题著作。全书以藏族婚姻法律文化为主线，以田野调查、访谈考察所获第一手资料为基本素材，将实地考察与婚姻法学、法文化学、法人类学、法俗学等理论交织互证，着力探求如下五个问题：其一，藏族婚姻法律文化的形态；其二，藏族婚姻法律文化的内容；其三，藏族婚姻纠纷解决机制；其四，藏族婚姻法律文化的动因；其五，藏族婚姻法律文化与国家法的关系。本书对这些问题的分析，揭示了西藏及相关藏区地方婚姻法律文化的基本样态，对理解西藏地方婚姻法文化、法俗及丰富我国法文化、法俗主体内涵均有着重要意义。

本书是作者潜心西藏及相关藏区婚姻法文化与法俗研究十余年的成果，通过细致梳理分析，揭示了国家婚姻制定法与民间藏族婚姻法文化、法俗之间的互动关系，反映了我国统一多民族国家“多元一体”的法律文化特色，揭示出在我国统一多民族国家的框架下，国家婚姻制定法对藏族婚姻法俗多元并包、尊重差异的特质，蕴含着我国《宪法》规定的民族区域自治制度的内在机理。

作者简介

李春斌，1979 年生，甘肃永昌人，厦门大学民商法学博士、兰州大学民商法学硕士、甘肃政法大学法学学士。现任职于辽宁师范大学法学院，副教授，硕士生导师。获首届“大连市优秀青年法学法律专家”荣誉称号。发表文章 60 多篇，出版《藏族婚姻法律文化研究》（商务印书馆 2020 年版）、参编《简明中国法治文化词典》（商务印书馆 2017 年版）等书。主持 2012 年度国家社会科学基金青年项目“西藏藏族婚姻法律文化研究”，2011 年度教育部人文社会科学研究项目“西藏农牧区社会保障现状调查及法制建设研究”等。任中国法学会婚姻法学研究会理事，曾在西藏民族大学工作 10 年。河西学院“祁连学者”特聘教授、甘肃政法大学特聘教授、法治甘肃建设理论研究中心特邀研究员。主要研究领域：国学、绿洲学、河西学、女性学与法学交叉研究等。

目　录

导论
第一章　藏族婚姻法律文化的形态
第二章　藏族婚姻法律文化的内容
第三章　藏族婚姻法律文化的婚姻纠纷解决机制
第四章　藏族婚姻法律文化的动因
第五章　藏族婚姻法律文化与国家法的关系
结语
附录
参考文献
后记

序

李春斌博士的大作《藏族婚姻法律文化研究》以婚姻习惯法为中心，对藏族传统中的婚姻规则进行了由表及里的深入考察分析。考察藏族文化中的婚姻形态，得出其“婚姻形态是多元的”判断。解释传统婚姻规则的内容构成，从结婚规则到离婚规则、从婚姻习惯本身到适用该类习惯法解决纷争的规则。阐述了藏族婚姻习惯法形成的动因，不仅回答该地区婚姻习惯法是什么，而且从地理、伦理、经济等方面，解释了该地区的婚姻习惯为什么如此。以西藏及其他藏区为例，考证、讨论了国家制定法与习惯法之间的关系，提出了地方立法宜通过民族区域自治权下的“变通”管道，以国家法定基本权利为标准依据，甄别藏族婚姻法律文化，通过“认可吸纳、否定摒弃、尊重维持、改革变通”这四种途径，消解少数民族婚姻法律文化与国家法之间可能存在的不一致乃至冲突。这对正确认识、把握其他类型的婚姻习惯法与国家制定法之关系，亦颇有启发。

该著是研究我国藏族婚姻习惯法及法律文化的一项原创性成果，值得肯定。迄今为止，已公开发表的藏族婚姻习惯法及法律文化的研究成果屈指可数，法学界对藏族婚姻习惯法和传统婚姻文化的认识是有限的。该著在全面梳理、借鉴涉及论题的国内外既有研究成果基础上，利用亲身实地调研获得大量资讯，遵循论题的内在逻辑，层层深入地讨论、说理，言之有据，说服力强；论辩合理，结论客观。该著立足于藏族同胞世代居住生活的环境和传统，探讨婚姻习惯法及法律文化之形成、演变、发展，对其未来有一定预测，其基本立场适当，具有重要的参考价值。

这部大作是李春斌博士以其获授厦门大学法学博士学位的论文《西藏藏族婚姻习惯法研究》及其主持并完成的 2012 年国家社会科学基金青年项目《西藏藏族婚姻法律文化研究》（项目编号：12CFX058）为基础大幅度修改而成的。作者于 2010

年 9 月进入厦门大学法学院做博士阶段研究时，就确定以藏族婚姻家庭法为其主攻专业领域。经过近一年的初步研究之后，缩小研究范围，将论题确定为“西藏地区婚姻习惯法”。执行这项研究是艰辛的。为了能直接查阅和利用藏文文献，作者曾自学藏语。虽然因自学“太难”而未达到预期水平，其做该学问的诚恳态度是实实在在的。作者利用暑假进入西藏地区调研，收集到丰富的资料和信息，详细考察了西藏藏族婚姻习惯法的生成、存续和发展的环境，与藏族牧民同胞同吃同住，对西藏婚姻习惯法的鲜活状态，有直观的体察和感受，为完成该项研究提供了扎实的基础支撑。

作为作者博士生阶段的指导教师，我是该作品的第二个读者。数年间，有幸与作者一起体味这项研究的不易，享受收获的喜悦，感受到诸多阅读的乐趣。在此著作出版之机，应作者邀约，欣然作序。与读者诸君分享我的阅读体会，介绍作者写作此书时的若干细节，愿有助于诸君阅读此书。

蒋月
厦门大学法学院教授
中国法学会婚姻法学研究会副会长
2017 年 1 月 22 日

自序：兄弟，走，晒太阳去

藏地的早晨总是从一碗热腾腾的酥油茶开始。天还没亮，阿佳啦就要去背水。阿妈啦开始了一天的劳作，捣酥油、生火、坨牛粪饼、给在家的小牛犊添饲料……，阿爸啦则早早起来准备去青稞地的器具、照料生病的小牛犊、打扫院落里牛羊的粪便……喝过了酥油茶，在家的男主人便要背着糌粑、酥油茶，或者还有自酿的上好青稞酒，上地了。

藏地的天气就像雷公的脸，说变就变。早晨出门时还碧空万里，到下午三四点左右忽然雷声大作、狂风四起，冰雹加暴雨，突然从天而降，没等我们跑回家，身上已经全部浇透了。七八月份，几乎每天都这样。

为了解更为真实的藏族婚姻法律文化，我利用 2010 年、2012 年、2013 年的暑假，三次深入西藏腹地，与藏族同胞同吃同住、同劳动共生活，体验和感受西藏腹地的真实生活。需要提醒读者诸君的是，我所体验的是西藏最好的季节，含氧量可达内地的 60%。若是在冬季，含氧量只有内地的 50%。那时的西藏，极端天气如暴雪、暴风会更加频繁。如果不是亲自体验过这种极端天气，就永远难以体会人在大自然面前的渺小！就永远不会懂得神山圣水的庄严悲悯！就永远无法感受什么叫做高原反应、什么叫做头疼欲裂、什么叫做呼吸急促、什么叫做“肺水肿”！

在藏族同胞的心目中，天神的每次发怒都是自己不敬重“佛法僧”三宝的缘故，都是自己不虔诚、不恭敬的缘故。他们从自己身上找原因，不怨天，不尤人，欢喜接受命运的种种波澜。

也正是因为有了这样的亲身体验，我才越来越坚信藏族婚姻法律文化尤其是一夫多妻、一妻多夫等特殊婚姻形态法律文化的存在，绝非书斋中所想象的那样，一定有其更为深刻的背景和原因。也正是因为有了这样的体验，我才发现法律的形成不可能不受到地理空间的影响。从这种体验出发，本书详细考证了藏族婚姻法律文化与地理空间之间的关联，发现藏族这种特殊形态婚姻法律文化肇始于生存需要，是一种“本土性适应”。

每种制度文化不仅有其产生的不同地理背景，也有其不同的经济背景、伦理背景。正是基于这些

原因，本书也详细考证了藏族婚姻法律文化的伦理动因和经济解释，以期从这几个方面探寻藏族婚姻法律文化的起源密码。实际上，非但藏族婚姻法律文化如是，一切文化莫不如是。

学界公认，器物、制度、精神是文化的三个层次。其中物质层面的器物位于最外层，而特有的制度、规范、准则等作为制度层属于中层，最里面的思想、意识、认知等领域的精神文化属于核心层。人是文化的主体。器物文化的存在、制度文化的提出最终都是为了最核心的人的精神文化的提升和完善，从而真正实现人的大自由、大自在与大解脱。人的精神文化的提升和完善又进一步推动器物文化的进步及制度文化的完善，二者形成良性互动。

弘一法师李叔同身体力行人生三境：物质境、精神境和灵性境。冯友兰先生认为人生有四境：自然境、功利境、道德境及最后的天地境界。印度古典文化认为每个人的人生都应该经过梵行期（学生期）、家居期（家长期）、林栖期（林住期）以及最后的托钵游历期（遁世期）。无论怎样理解人生，文化的最终目的和功用是人化，即达到“天人合一”、“我与宇宙同在”的大化之境。

藏地农牧区的生活条件在我们看来是艰苦的，但在藏族同胞看来则是美好的、舒适的、安然的。这里的每一座山、每一泓水、每一座雪峰、每一颗大树都有神的故事。这里是一片史诗的圣地，这里是一方人间的净土，这里是喜马拉雅山麓永恒、宁静、欢喜、慈悲的“香格里拉”，这里是真正“宇宙与我同在”、“天人合一”的梵天秘境！

鉴于跨学科研究将成为所有学科研究的必然趋势，本书在研究的取材上，不限于法学的素材。敦煌出土的系列吐蕃古藏文文献、藏区摩崖石刻、藏区考古资料等“静态”历史和《贤者喜宴》、《西藏王臣记》、《西藏王统记》、《汉藏史记》、《西藏通史——松石宝串》、《柱间史》、《红史》、《白史》、《青史》、《萨迦世系史》、《土观宗派源流》、《布敦佛教史》等在藏族史学界具有较高可信度的史料，加之二十四史中有关“羌”、“党项”、“吐蕃”等内容记载的史料，以及英雄史诗（如《格萨尔》）、人物传记（如《米拉日巴传》）、寓言故事、民间传说、民俗、格言、文学、诗歌等资料，都是本书进行跨学科研究的素材。

当然，读者诸君如果对严肃的学术研究没有兴趣，也完全可以先看看附录部分的访谈资料、民间故事、调研图片以及每章前的“题记”甚至是文中注释中的小故事。无论怎样，当您心中向往着西藏圣地或者您在去拉萨的火车上、藏区的飞机上，手中拿着一本商务印书馆的“藏族婚姻法律文化研究”的时候，您的内心一定是欢喜的。

释尊在入灭时曾说：“以己为岛，以己为归，舍己而外，他无所归；以法为岛，以法为归，舍法而外，他无所归”。特蕾莎修女与世长辞时说：“耶稣，我爱你。”佛陀和耶稣教导世人的，不是别的，正是从爱和慈悲中爆发的智慧，正是自己的“自性”，正是那个原本的清清白白的“真我”。祝愿读者诸君都能在自己的机缘中找到“真我”、欢喜一生！

此时滨城大连太阳正好！

写到这里，脑海中突然涌现出一个藏族朋友的声音：兄弟，走，晒太阳去！

是为序。

李春斌 于滨城大连

其时也，离爱女八岁生日还差五天矣

西元 2016 年 12 月 16 日

后 记

顶礼释迦牟尼佛，顶礼莲花生大师，顶礼班智达吞米·桑布扎，顶礼班智达隆钦饶降巴，顶礼班智达宗喀巴大师，顶礼十方诸佛。

这本书是在本人的博士论文“西藏藏族婚姻习惯法研究”及 2012 年度主持并完成的国家社科基金青年项目“西藏藏族婚姻法律文化研究”（项目号：12CFX058）的基础上，历经多次修订而最终完成的。首先要真诚地感谢我的恩师蒋月先生。没有恩师的指导就没有这本书。某种程度而言，当年的博士论文是恩师给的一篇“命题作文”。也正因为如此，我至少在博士生入学考试复试期间就有了非常明确的命题和问题意识，这对本人后期搜集资料及进行田野调查都非常重要。在后来跟随恩师朝暮闻道期间，恩师在民族婚姻法学领域中的高屋建瓴及宏大视野无疑给了我醍醐灌顶的震撼。恩师认为，当下中国社会最大的问题之一是民族问题，而与民族婚姻有关的法律问题的研究是认识并解决民族问题的一个非常重要的路径。研习这个问题，需要合适的人选和机缘。我有着天然地研究“与西藏婚姻有关的法律问题”的优势。加之，师祖杨怀英先生也以研习民族婚姻法为鹄的，从师承而言，也有薪火相传之义。自此之后的三年中，恩师在该命题上的指导、点拨常使我有豁然开朗之感、茅塞顿开之叹，迷雾散尽，满目祥瑞。逮之博士论文初稿、二稿、三稿，恩师更是不遗余力详加点拨。尤其是在一稿之后，恩师的点拨和指导使本文的思路更为清晰。恩师修改过的一稿、二稿、三稿吾人要永久保存，以此纪念恩师对弟子之恩泽。

人生就是不断的修行。恩师不仅予吾以学问上之指导点拨，其品德修为、人格魅力，更是影响吾人至深矣。恩师教导弟子广结善缘、宽以待人、言必信、行必果、诚信于行，如此方能自立立人、自强强人。能伴先生左右闻道三年，天之厚我，可谓至矣。然以弟子之愚鲁，何能报答师恩于万一也。唯不断前行，砥砺养成，方不负恩师之洪恩矣。

校主嘉庚先生及先贤，润吾以德，滋吾以养，诲吾以学，景吾以行。在厦大母爱般的怀抱里，宽容、自强、理性、平等，成为她永不褪色的底蕴。吾将循此道，“自强不息，止于至善”。

人世间所有的修行是心的修行。人世间所有的成就是认识自我、找到自我，从而成就自我、圆满自我。儒家追求人生三不朽：立德、立言、立功，道家渴慕逍遥物外、羽化成仙，佛家证悟不生不灭、生死解脱。儒、释、道三家所共同追求的是实现精神和灵魂的不朽。在写作本书时，我力争做到——佛入、禅定、道观、儒行，不做无病呻吟之态，不写寻章摘句之篇。一切应出本心、源自天然、见素抱朴、去障明性、朗照乾坤，不自欺亦不欺人。以无我之精神、勇猛精进，力争接近丰子恺先生所说的“天上的神明与星辰、地上的艺术与儿童”。

实际上，修行不在深林，而在红尘。只有在红尘中才能检验是否真的在修行。正是这些红尘中的智者，给了我成长的无限动力与勇气。我要感谢无私地提供吾智识支持的师长。他们是厦门大学徐国栋教授、刘连泰教授、齐树洁教授、林秀芹教授、丁丽瑛教授、李琦教授、蔡从燕教授、周昌乐教授、陈喜峰博士、周赟博士、刘巧英老师，中南大学周刚志教授、谢晖教授，西藏民族大学乔根锁教授、狄方耀教授、朱普选教授、毛阳海教授、陈立明教授、马宁博士，兰州大学汪振江教授，甘肃政法学院冯乐坤教授、王存河教授，江苏师范大学南杰·隆英强教授，西北师范大学王勇教授，山东大学李霞教授，中国政法大学金眉教授、张中秋教授，杭州师范大学范忠信教授，台湾中正大学施慧玲教授、谢哲胜教授，台湾政治大学黄源盛教授。

我要真诚地感谢我博士论文答辩期间给我指导的学界前辈，他们是北京大学法学院马忆南教授、山东大学法学院王丽萍教授、西南政法大学民商法学院谭启平教授、厦门大学法学院朱炎生教授。

生活在“蒋门”大家庭中是一件非常幸福的事。我要诚挚的感谢我的同门师兄师姐、师弟师妹，他

们让我感受到了“蒋门”爱的无私和情的真挚。他们是何丽新教授、熊金才教授、胡玉浪教授、冯祥武教授、王占明博士、薛夷凤博士、潘峰博士、韩荣和博士、林志强博士、雷春红博士、鲍红香博士、郑净方博士、彭亮万博士、林荣泉博士、张建平博士、张旭博士、王铀镱博士、冯源博士、陈霖博士、方维忠师兄、黄金乾师兄，等等。

我要感谢我的学生，是他们最无私的帮助使得我在任何时候的调研、求助、咨询，都会得到及时且富有效率的回应。他（她）们是：张作江、安紫娟、钱立坤、白玛旦琼、多布杰、扎西巴珍、扎西拉姆、陈华派财仁、李闯、董云峰、何坤、游磊、柳明渠、吴信峰。他（她）们用自己的热血和青春为西藏和其他藏区的发展做出了自己的贡献，向他（她）们致敬！

我要感谢原单位西藏民族大学的领导、同事们，他们在我工作、调研和读博期间给予的各种帮助。他们是扎西次仁校长、刘凯副校长、徐继增教授、侯明教授、杨维周教授、姚俊开教授、黄军峰教授、陈敦山教授、李红教授、胡晓琴副教授、王亚妮副教授、王玉青副教授、陈烨博士、旦增罗桑、扎桑、乔德吉、李文峰。

我要感谢现在单位的领导和同事们在工作及拙著修订期间给予的各种帮助，他们是于沛霖教授、丁慧教授、韩秀义教授、夏红教授、梁剑兵教授、艾尔肯教授、顾瑞副教授、刘传刚副教授、姜俊山博士、赵春博士、于少乾老师、高雪辉老师、董慧霞老师、董迎春老师、刘杰老师、杜朝阳老师。

我要感谢我博士期间的同学黄为之博士、陆以全博士、叶文庆博士、王彬博士、肖振国博士、蒋凌申博士、李店标博士、李任远博士、邹郁卓博士、郭清艳博士，还有四川师范大学的苏镜祥博士。

我要诚挚的感谢中国法学会婚姻法学研究会的各位前辈给予我的各种形式的关爱与指导，他们是王歌雅教授、薛宁兰教授、夏吟兰教授、陈苇教授、李霞教授、吴国平教授、李洪祥教授、张伟教授、李秀华教授、裴桦教授、李明舜教授、林建军教授、张学军教授、龙翼飞教授、雷明光教授、叶英萍教授、王立仁法官、杨晓林律师。学界同道郝佳、司丹、邓丽、王葆莳、吕春娟、刘军君、魏小军、吴才毓，对他（她）们的请益使我受益匪浅。

我要感谢厦门大学图书馆、厦门大学法学院图书馆、西藏民族大学图书馆、西藏民族大学藏学研究资料中心、中央民族大学图书馆、中国人民大学图书馆、中国国家图书馆、中山大学图书馆、辽宁师范大学图书馆、台湾“国立”中正大学图书馆、台湾“国立”政治大学图书馆、台湾“国立”台北大学图书馆、台湾东吴大学图书馆等。本书的诸多重要文献，得益于这些图书馆提供的慷慨查阅。需要说明的是，本书中台湾地区的文献，主要来自 2011 年我以厦大博士生的身份去台湾交流访学时的搜集。在此，要特别感谢恩师和徐国栋教授，正是她（他）们的引荐，使本人有机会亲眼目睹宝岛之法学学术研习现状，并有机会拜访学界先进。

我的硕导兰州大学汪振江教授，兰州大学刘光华教授、大连理工大学刘艺工教授、甘肃政法学院赵蓉教授、吉敏丽教授、甘肃警察学院任尔昕教授经常关心我的学业进展和生活工作情况，感恩在心。

我要感谢我原单位的好朋友朱玉福教授、伍淑花副教授、刘凤强博士、刘小三博士、陈荣泽博士、脱慧洁博士、王丹屏副教授、仁却，和他们在咸阳的日子，永远难以忘记。

我的好朋友马建兵博士、于晶翠、谢静翀师姐、丁琳师姐、邓江凌博士、张瑞萍博士、王柏荣博士、王慧博士、师弟刘顺峰博士、郝登荣经常通过各种方式关心和支持我，对此心存感激。

我的结拜兄弟老大乔永峰及大嫂金凤、老二王树龙及二嫂王秀、老三杨志云及三嫂孔彩玲时常关心和支持我，常常心存感恩。

我要特别感谢永昌一中我的高中班主任孙正庆老师，学生今天的点滴成就都凝结着您当时教导我们“做人、做事、做学问”的用心。我的好朋友朱发福、韩小红、石丽华、何金玉、焦玉红、董开霞、韩长生、韩兴江、张桂玉、肖伯锋在我回老家

时经常给予各种关心，感恩在怀。

特别感谢西藏民族大学孔繁翠老师在我工作调动期间给予的各种帮助和关怀。西藏民族大学徐琴博士和中国社会科学院方斯远博士后我要特别感谢，他们二人在中山大学图书馆为我影印了非常重要的文献资料。李金旺博士我要特别感谢，他不辞辛苦助我校对当年博士论文“摘要”及“目录”部分之英文翻译。

特别感谢商务印书馆的王兰萍编审，正是王老师的慧眼才使得拙著在学人心目中的圣殿——商务印书馆得以顺利出版。

笔者在两次进藏期间，所有我访谈及帮助过我的人，我要特别感谢。由于西藏始终站在国家反分裂斗争的前沿，很多问题非常敏感，故而这些人不能一一具名。但在内心，我会终身铭记斯人恩德。

我要对那些从事藏汉互译的学界前辈和先进致以深深地谢意。虽然我付出了相当精力，努力学习藏语，但由于种种原因，藏语学习的进度和状态始终不太理想，致使对浩如烟海的藏语文献无法直接阅读，从而使本文在藏语文献的引证上存有不小的缺憾。好在诸多有重要影响的藏语文献已经翻译成汉文，或许能小小地弥补笔者的上述缺憾。

对于我的家人，已不能以感谢二字表达心情。爱人于杰兰贞静柔顺、事亲至孝、持家有方，爱女李笑渔聪慧可人、活泼伶俐。吾之父母、岳父母，任劳任怨，劳苦功高。兄慈姊孝。天地国亲师，亲道若斯，上天于我何其厚哉！

西元 2012 年 3 月 2 日，吾人兴起，感言于博文述考，其辞曰：晨钟暮鼓，“痘”起“痘”落。冬去春来，云起雨骤。腰椎劳损几根，华发平添几许。朝朝暮暮，暮暮朝朝。同居数载，共榻寒暑。穷首皓经，按图索籍。惟愿与汝共担风雨，比翼双飞。嗟夫，我注斯文乎？斯文注我矣！

是为记。

博士论文定稿于西元 2013 年 4 月 6 日鹭岛福建厦门南普陀之侧五老峰之下，其时也，恰是厦门大学她 92 岁生日。

修稿于西元 2014 年 8 月 10 日陇上甘肃永昌古丝绸之路玄奘取经必经之道，骊靬古城永昌故土。

修稿于西元 2015 年 2 月 18 日帝都陕西咸阳渭水之滨古渡夕照之侧，西藏民族学院。

最终定稿于西元 2017 年 2 月 21 日滨城辽宁大连渤海之滨，黄河路主校，辽宁师范大学。

【京东购书链接】

https://item.jd.com/12975102.html#none

书 | 《法院解决家事纠纷的机制研究》（任容庆著，对外经贸大学出版社，2020 年 10 月版）

2020-10-31 家事法苑 任容庆

https://mp.weixin.qq.com/s/oThCPbE9vto58ErZ-GXKmA

《法院解决家事纠纷的机制研究》

作者:任容庆 著
出版社:对外经贸大学出版社
出版时间:2020 年 10 月
开 本：16 开
纸 张：胶版纸
包 装：平装-胶订
是否套装：否
国际标准书号 ISBN：9787566321909

内容简介

家事诉讼机制是指家事纠纷当事人通过向法院诉讼的形式来解决双方矛盾，运用诉讼手段抑制家庭冲突、排解家事纠纷所需程序保障。家事调解机制是指家事纠纷当事人通过法院搭建的解纷平台，以调解的方式促成纠纷的解决。家事福利机制涉及家事调查、心理咨询和治疗等多项功能，旨在让当事人感受到司法的国家福利性及社会服务性，并为诉讼与调解机制的有效运行提供指引。家事辐射机制通过家事纠纷解决过程中的教育、引导、宣讲活动，发挥纠纷解决机制的预防功能，避免家庭纠纷的产生。

作为家事纠纷解决的上述四项机制，除了诉讼机制是由法院来完成外，其他三项机制均涉及法院之外的多个机构和组织。而作为法院，只是调解机制、福利机制和辐射机制的其中一个实施主体，它在这三项机制中的作用体现在调解机制中的法院调解，特别是法院附设调解功能的发挥；福利机制中的司法服务功能的发挥；辐射机制中的司法培育功能的发挥。同时，在诉讼机制中要侧重作为法院本质属性的司法裁判功能的发挥。

作者简介

任容庆，云南玉溪人，法学博士、博士后。原云南高院民二庭法官、最高法院中国应用法学研究所博士后研究人员。现北京市安理律师事务所执业律师，中国行为法学会理事，南开大学房地产法和破产法研究中心兼职研究员。主要研究方向为物权法、家事法、司法制度。在《法学杂志》《法律适用》《人民司法》《人民法院报》《法制日报》等报刊上发表学术论文四十余篇。独著学术专著一部，参著《民法典合同编条文理解与适用》等多部。

目 录

第一章 绪论
第一节 选题意义
一、理论意义
二、现实意义
第二节 研究状况与文献综述
一、国内研究综述
二、国外研究综述
第三节 研究方法与研究内容
一、研究方法
二、研究内容
第四节 研究思路与研究架构
一、研究思路
二、研究架构
第五节 研究创新与研究难点
一、研究创新
二、研究难点

第二章 我国家事审判改革的宏观视野
第一节 我国启动家事审判改革的背景
一、外部因素：家事审判改革的国际趋势
二、内部因素：家事审判改革的现实之需
三、我国家事审判改革进程概况
第二节 对我国家事审判改革目标的考量
一、对建立解决家事纠纷协同机制的考量
二、对建立家事案件特别诉讼程序的考量
三、对建立家事审判专业机构人员的考量
第三节 司法改革背景下家事审判改革的未来走向
一、立案登记制后家事案件先行调解的出路
二、法官员额制后家事法官业绩评价的着眼点
三、以审判为中心的诉讼制度改革对家事诉讼程序的影响
四、法院内设机构改革对家事审判专业化的影响

第三章 法院解决家事纠纷的机制
第一节 法院在家事纠纷解决中的角色定位
一、游走于规则之治与纠纷解决之间的家事审判
二、延伸于社会福利与司法辐射之上的家事司法
三、家事法官角色定位——专业性抑或复合性的选择
第二节 法院解决家事纠纷的机制分层
一、法院解决家事纠纷的四项机制
二、以司法裁判为主的家事诉讼机制
三、以附设调解为主的家事调解机制
四、以司法服务为主的家事福利机制
五、以司法培育为主的家事辐射机制
……

第四章 家事司法裁判机制
第五章 家事附设调解机制
第六章 法院解决家事纠纷的辅助机制
第七章 我国家事法院体系的构建
第八章 结语

致谢
参考文献

前 言

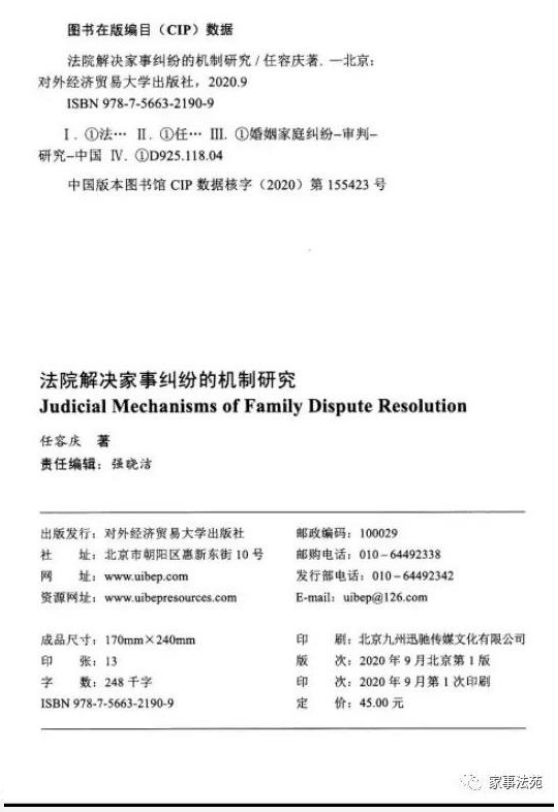
2016 年最高人民法院启动家事审判改革，从完善家事案件多元化纠纷解决机制，家事诉讼程序建立，以及家事审判机构和人员构建三方面探索新型家事纠纷解决路径。两年试点改革取得了显著的成效，但尚缺乏一整套科学理论体系的指导，同时，司法功能的延伸无形中增加了法官的办案压力。因此，有必要研究法院解决家事纠纷的理论体系，确立以调解为中心的四层联动模式，即家事诉讼机制、家事调解机制、家事福利机制、家事辐射机制。

家事诉讼机制是指家事纠纷当事人通过向法院诉讼的形式来解决双方矛盾，运用诉讼手段抑制家庭冲突、排解家事纠纷所需程序保障。家事调解机制是指家事纠纷当事人通过法院搭建的解纷平台，以调解的方式促成纠纷的解决。家事福利机制涉及家事调查、心理咨询和治疗等多项功能，旨在让当事人感受到司法的国家福利性及社会服务性，并为诉讼与调解机制的有效运行提供指引。家事辐

射机制通过家事纠纷解决过程中的教育、引导、宣讲活动，发挥纠纷解决机制的预防功能，避免家庭纠纷的产生。

作为家事纠纷解决的上述四项机制，除了诉讼机制是由法院来完成外，其他三项机制均涉及法院之外的多个机构和组织。而作为法院，只是调解机制、福利机制和辐射机制的其中一个实施主体，它在这三项机制中的作用体现在调解机制中的法院调解，特别是法院附设调解功能的发挥；福利机制中的司法服务功能的发挥；辐射机制中的司法培育功能的发挥。同时，在诉讼机制中要侧重作为法院本质属性的司法裁判功能的发挥。

但是，鉴于现有家事审判机构在外部功能上的局限性，为了更好地发挥以上四项机制的作用，实现功能互补、彼此促进，需要构建我国本土化的家事法院体系，即在大、中型城市的城区法院可逐步探索建立统一的家事法院；在小城市、城镇及乡村，应将家事审判机构与人民法庭建设相结合，实现家事法庭创建的制度机制、整合的各类资源与人民法庭共享。


图书在版编目（CIP）数据

法院解决家事纠纷的机制研究 / 任容庆著. —北京：对外经济贸易大学出版社，2020.9
ISBN 978-7-5663-2190-9

Ⅰ. ①法… Ⅱ. ①任… Ⅲ. ①婚姻家庭纠纷–审判–研究–中国 Ⅳ. ①D925.118.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2020）第 155423 号

法院解决家事纠纷的机制研究
Judicial Mechanisms of Family Dispute Resolution

任容庆 著
责任编辑：张晓洁

出版发行：对外经济贸易大学出版社　邮政编码：100029
社　　址：北京市朝阳区惠新东街 10 号　邮购电话：010－64492338
网　　址：www.uibep.com　发行部电话：010－64492342
资源网址：www.uibepresources.com　E-mail：uibep@126.com

成品尺寸：170mm×240mm　印　　刷：北京九州迅驰传媒文化有限公司
印　　张：13　版　　次：2020 年 9 月北京第 1 版
字　　数：248 千字　印　　次：2020 年 9 月第 1 次印刷
ISBN 978-7-5663-2190-9　定　　价：45.00 元

家事法苑

以上信息资料、图片来自当当网，如若购买请直接登录该网站。

十一、活动动态

家事法讲坛（网络）第六期预告丨公告

2020-10-18 中国民商法律网

https://mp.weixin.qq.com/s/_w-Q3wDZkGtq4ERRRpHIXg

2020 年 5 月 28 日,《中华人民共和国民法典》由中华人民共和国第十三届全国人民代表大会第三次会议通过，自 2021 年 1 月 1 日起施行。《民法典》中的家事问题引发社会高度关注；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。

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。

一、主题

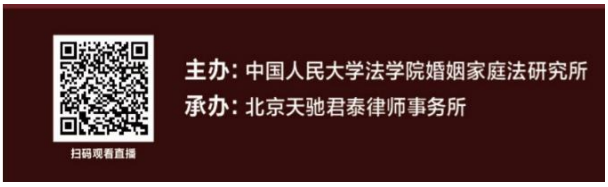
《基于遗赠发生的不动产物权变动——以<民法典>第 230 条的解释为中心》

二、活动时间

2020 年 10 月 21 日（周三）19：30-21：30

三、活动方式

小鹅通（开放式直播）



四、主讲嘉宾

刘耀东

刘耀东，辽宁师范大学法学院副教授，中国法学会婚姻家庭法学研究会理事。

【简介】法学博士，四级特聘教授，硕士研究生导师。首届大连市优秀青年法学法律专家，兼任中国法学会婚姻家庭法学研究会理事、辽宁省法学会民法学研究会理事等。主持国家社科基金一般项目、教育部人文社科青年基金项目等 4 项。出版与参编学术著作《继承法修改中的疑难问题研究》、《<中华人民共和国民法典·继承编>释义》、《民法典婚姻家庭编条文理解与适用》等 7 部。在《法学论坛》、《民商法论丛》等核心期刊发表学术论文 60 余篇。

五、与谈嘉宾

赵莉

1. 赵莉，南京师范大学法学院副教授，中国法学会婚姻家庭法学研究会理事、硕士生导师。曾在南京市秦淮区人民法院工作八年。1995 赴日本，在日本横滨国立大学获得经济关系法硕士学位、修完国际经济法博士课程。在中日期刊发表多篇论文。具体有：《论我国遗嘱形式要件的认定及完善---中日比较法的视野》、《日本特留份制度的修改及其启示》、《我国遗嘱见证制度之重构》、《论确立夫妻日常家事代表权制度之必要》、《离婚案件中涉未成年子女抚养权归属存在的问题及对策》等。

李岩

2. 李岩，辽宁大学法学院教授、中国法学会民法学研究会理事、中国法学会民事诉讼法研究会理事。法学博士、博士后，博士生导师（民商法方向）、民法教研室主任、知识产权与人工智能法方向负责人。辽宁省民法学研究会副会长、辽宁省第三届杰出中青年十大法学家。主持国家社科基金、司法部项目、中国法学会、最高人民法院、国家市场管理总局重大课题等多个项目。在《光明日报》理论版、《法学》、《法制与社会发展》等核心期刊发表论文 40 多篇。

滕威

3. 滕威，江苏省淮安市淮阴区人民法院审判委员会专职委员，四级高级法官。首批“全省审判业务专家”，曾任淮阴法院研究室主任。南京师范大学法学院兼职教授、江苏财经学院客座教授、江苏省法学会民事诉讼法学研究会常务理事、江苏省法学会审判理论研究会理事等。独著、主编包括《合伙法理论研究》等在内的多部专业著作；在《人民司法》、《法律适用》、《民事审判指导与参考》等刊物发表学术论文及案例评析 200 多篇，有 40 多篇论文在全国或省级学术会议上获奖。

李炜

4. 李炜，福建省武夷山市住建局住房管理股负责人。中国房地产杂志特约专家、住建部《房屋产权产籍》杂志编委会成员。拥有房地产经济师、注册房地产估价师、统一司法资格等专业资格。独著《不动产登记实务入门》一书，在《中国房地产》、《中国不动产》、《房屋产权产籍》等杂志上发表数十篇学术文章。并在各专业公众号发表《夫妻房屋登记类型简析》、《继承公证与不动产继承登记之异同》等百篇专业文章。

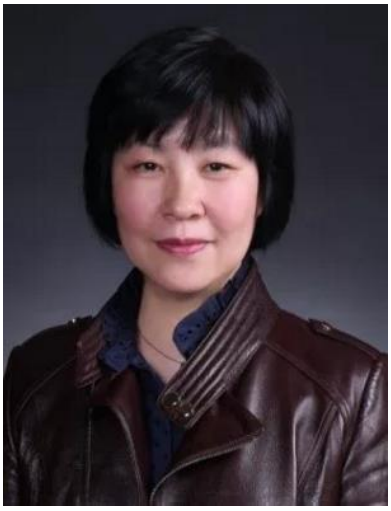
谭芳

5. 谭芳，上海埃孚欧律师事务所主任、全国律师协会民事法律专业委员会副主任、中国法学会婚姻法学研究会理事。上海市妇联执委、全国妇女第十二次妇女代表大会代表；徐汇区妇联兼职副主席，徐汇区律师界妇联主席；中国人民大学律师学院兼职教授、华东政法大学律师学院特聘教授、上海外国语大学法学院兼职硕士生导师；荣获全国三八红旗手、第四届东方大律师；上海市民法典宣讲团成员。

六、点评嘉宾

龙翼飞

1. 龙翼飞，中国人民大学法学院教授、博士研究生导师；中国法学会婚姻家庭法学研究会常务副会长。



孙若军

2. 孙若军，中国人民大学法学院教授、博士研究生导师；中国法学会婚姻家庭法学研究会常务理事。

七、举办单位

主办：中国人民大学法学院婚姻家庭法研究所

承办：北京天驰君泰律师事务所

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/Do_index_gci_58.html）!

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/Do_index_gci_58.html）！

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