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 13 周年
（2008 年 2 月 15 日—2021 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（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 TM 婚姻家庭法律资讯简报》提出好的建议。

家事法苑™团队主办，顾问：郝惠珍，编委：杨晓林、段凤丽、陈贝贝、张海燕、邓雯芬、付鹏博、刘海娜、任小曼、李凤影

目　录

一、审判动态 …… 2

拆迁款起纠纷 法官解开多年结……2021-06-29 人民法院报 2

丈夫打赏主播 30 万，妻子要得回来吗？…… 原创：2021-07-06 民主与法制周刊 姚江 韩菲 3

民法典婚姻家庭编司法解释（一）对照学习 | 至正 • 论法…… 2021-07-07 上海二中院 7

父母给婚后子女转款购房，是赠与还是借款？ …… 2021-07-11 山东高法 40

父母离婚孩子由谁抚养？聆听未成年人的声音！…… 2021-07-13 温州市中级人民法院 44

以案释法 | 你的家务劳动有价值！ 长乐一女子离婚获 55 万元家务补偿…… 2021-07-12 福州市中级人民法院 长乐法院 45

暴力性侵未成年……法院：支持精神损害赔偿！…… 2021-07-15 人民法院报 46

少年家事审判改发分析&专题解读丨实务纪要…… 原创 :2021-07-16 上海一中法院 俞俊俊 47

第 158 期丨高额抚养费主张的司法认定…… 原创 :2021-07-19 中国上海司法智库 上海高院研究室 51

民事审判信箱|家事审判|最高人民法院民事审判第一庭…… 2021-07-22 家事法苑 最高民一庭 55

民事审判信箱|家事审判|最高人民法院民事审判第一庭…… 2021-07-23 家事法苑 最高民一庭 56

不服离婚判决扬言要杀害前妻，多部门出手了…… 2021-07-22 最高人民法院 57

民事审判信箱|家事审判|最高人民法院民事审判第一庭…… 2021-07-25 家事法苑 最高民一庭 58

破解“流浪母女”监护困境——《民法典》实施后全市首批为流浪失智人员子女确定监护人案…… 原创：2021-07-25 上海普陀法院 上海普陀法院 58

祖宅到底归谁管理？法院想到一个好办法…… 2021-07-22 最高人民法院 60

北京市首例涉遗产管理人被诉案今日开庭…… 2021-07-28 京法网事 黄硕 61

二、媒体典型案例 …… 63

（一）赡养案例 …… 63

签订断绝父母子女关系协议可以不赡养父母吗？法院：赡养父母是强制性法定义务，免赡养协议无效…… 2021-06-25 人民法院报 63

（二）恋爱同居析产纠纷案例 …… 64

恋爱期间共同购房，分手房子怎么分？…… 原创：2021-07-06 上海青浦法院 上海青浦法院 64

（三）抚养权案例 …… 65

两位母亲的夺子拉锯战…… 原创：2021-07-06 民主与法制周刊 易刚 韦林汕 65

爸爸离异后去世，亲妈想要回抚养权却遭孩子强烈反对！法院判了…… 2021-07-06 上海法治报 保护未成年人的 68

（四）离婚损害赔偿案例 70
郴州男子出轨写下 5 份保证书，妻子要求支付“保证”的 50 万元离婚补偿，法院支持吗？… 2021-07-09 湖南高院 70
丈夫常年不顾家，妻子提 2.5 万元家务补偿，柳州法院这样判！…… 2021-07-10 南国今报 71
（五）其它案例 74
男子花 14 万追求游戏陪玩对象未果，起诉对方欺诈！一审判了…… 2021-07-06 上海法治报 74
三、继承 76
未尽扶养义务的妻子上诉争遗产，判决结果令人舒适…… 2021-07-06 浙江法制报 76
遗产管理人制度相关案例之一继承纠纷案例…… 2021-07-09 家事法苑 家事法苑团队整理 77
遗产管理人制度相关案例之二被继承人债务清偿纠纷案例…… 2021-07-09 家事法苑 家事法苑团队整理 84
遗产管理人制度相关案例之三民间借贷纠纷案例…… 2021-07-09 家事法苑 家事法苑团队整理 88
遗产管理人制度相关案例之四执行类案例…… 2021-07-09 家事法苑 家事法苑团队整理 92
遗产管理人制度相关案例之五其他纠纷类案例…… 2021-07-09 家事法苑 家事法苑团队整理 100
遗产管理人制度相关案例之六特别程序类案例…… 2021-07-09 家事法苑 家事法苑团队整理 119
奶奶去世，天降小 13 岁的“未婚夫”与两孙儿抢遗产！遗产归谁？…… 2021-07-09 上海法治报 民庭 124
男子海外自杀，留下遗嘱将遗产都留给妻子，公婆不干了！ 法院这样判…… 2021-07-10 上海法治报 125
继承纠纷中对未办理产权证房屋的处理丨审判研究…… 原创：2021-07-20 审判研究 蒲毅 126
罗培新：老人立下遗嘱，将狗作为继承人，这该如何认定？…… 2021-07-22 上海法治报 129
养母在世不孝顺，看到遗产全都要 法院：按打印遗嘱来分！…… 2021-07-23 杭州市西湖区人民法院 131
独生子女继承遗产到底难不难？民法典规定是否影响继承权？专家：皆是伪命题…… 2021-07-26 法治日报 132
继父母与继子女之间是否拥有继承权问题的探讨丨审判研究…… 原创：2021-07-22 审判研究 李双庆 135
四、房产、信托 139
（一）房产 139
丈夫瞒着妻子卖房，因无法过户被买房人告上法庭！最终…… 2021-07-14 检察日报正义网 139
（二）信托 142
信托案例评析：继承的是信托财产还是信托受益权？…… 原创：2021-07-08 inlawwetrust InlawweTrust142
五、社会新闻 144
女儿欠 120 万，老父亲攒养老金一笔笔替她还！最终连债主也…… 2021-07-06 上海法治报 144
为争夺房产“上头”，亲兄弟把房顶掀了…… 2021-07-09 人民法院报 亭林法庭 145
被男友泄露隐私，改判了！…… 2021-07-08 上海一中法院 147

林生斌远走江湖，但这些法律问题正在靠近…… 原创 :2021-07-08 法治周末报 法治周末报 149
又一企业家夫妻打响股权大战，千亿房企何去何从？…… 2021-07-12 浑水报告 行研君 153
养了 7 年的儿子，竟然不是亲生的…… 2021-07-14 浙江法制报 156
85 岁老人年轻时被判重婚罪，与老伴一起申诉 36 年，法院检察院曾称判决“有问题”，现已进入评查程序…… 原创 : 2021-07-16 华商连线 159

六、媒体视点 …… 163

不止一例！老人起诉小两口讨“带孙费”，为何有支持有驳回？ 专家解析…… 原创 : 2021-07-09 上海法治报 关注热点的 163
“为了孩子”高考后扎堆离婚？ 婚姻破裂后到底该“为了孩子”怎么做…… 原创 : 2021-07-10 现代教育报 现代教育报 166
《中华人民共和国婚姻法》 —揭开中国婚姻法治的新篇章 | 奋斗百年路 启航新征程 • 法治足迹…… 2021-07-15 法治日报 169
一线调查：“孩子被他爸爸抢走了，我该怎么办”…… 2021-07-27 法治日报 张守坤 赵丽 171
《中华人民共和国婚姻法》——揭开中国婚姻法治的新篇章…… 2021-07-23 民主与法制周刊 174

七、学者、法官、检察官、律师、公证专题 …… 176

（一）理论学术动态、学者视点 …… 176

高其才：维系中国人有脸面生活的习惯法——以浙东蒋村婚姻成立习惯法为考察对象…… 2021-07-09 法治现代化研究 高其才 176
学术 | 吴国平：后位继承制度的立法立场比较与立法价值探析…… 2021-07-06 法学学术前沿 海峡法学 185
母亲遗产给舅舅，一分钱都没留给孩子！这份遗嘱有效吗？…… 2021-07-08 广西高院 192
亲子间赠与、债权人保护与未成年人名下房产所有权归属的认定 ——王雲轩、贺珠明执行异议之诉一案评析…… 2021-07-12 民事法律参考 194
贺欣、李洛云、冯煜清 | 家事审判中的调解式话语与审判式话语…… 2021-07-12 法律和社会科学 205
张剑源 | 法律如何回应家庭暴力？…… 2021-07-14 法律和社会科学 217
《法律和社会科学》（家事法的社会科学）目录与编辑手记…… 2021-07-13 法律和社会科学 229
翟远见：论宣告死亡及其撤销在婚姻上的效力…… 原创 :2021-07-22 中国民商法律网 张文摘编 231
韩世远：财产行为、人身行为与民法典适用 | 前沿…… 2021-07-23 与民法典同行 韩世远 233
刘征峰：结婚中的缔约过失责任 | 前沿…… 原创 : 2021-07-24 中国民商法律网 张文摘编 243
孟烨：生前特别赠与及遗产合算制度之构造 ——以民法典继承编为分析视角…… 原创 : 2021-07-29 上海市法学会 东方法学 孟烨 246

（二）法官视点 …… 255
经典红色司法案例 8： 封彦贵与张金才儿女婚姻纠纷案（妇女解放、“马锡五审判方式”）…… 2021-06-25 人民法院报 255
经典红色司法案例 4： 黄克功逼婚杀人案（法律面前人人平等、婚姻自由）…… 2021-06-25 人民法院报 257
经典红色司法案例 10： 宋成玉诉吴俊彦抚养案（民事调解）…… 2021-06-25 人民法院报 259
司 伟：借名买房排除强制执行的法律规则——基于学说与案例的分析与展开…… 2021-07-06 法治研究杂志社 260
离婚诉讼如何“书状先行”？法院版诉讼指引来了…… 2021-07-09 浦江天平 272
丈夫把家底打赏给主播，妻子还能要回来吗丨至正 • 论案…… 2021-07-08 上海二中院 275
判决每月支付 600 元抚养费，为什么上了热搜？…… 原创：2021-07-08 红发橙子 红发橙子 276
性骚扰侵权责任构成要件分析丨至正研究…… 原创：2021-07-12 至正研究 王蓉、姜英超 277
接触式婚恋诈骗中非法占有目的的审查…… 2021-07-13 人民司法 陈长福 284
对外国法院判决的承认与执行的非实质审查原则丨至正研究…… 原创 2021-07-19 至正研究 熊燕 287
浮出水面的录像|至正•法官札记 57…… 2021-07-26 上海二中院 291
子女代父母签名出售共有房屋会怎样|至正•论案…… 2021-07-28 上海二中院 292
（三）检察官视点 …… 295
全文丨《人民检察院民事诉讼监督规则》…… 2021-07-26 最高人民检察院 295
（四）律师视点 …… 308
“遗产管理人”司法裁判观点的六个问答…… 2021-07-08 中伦视界 贾明军 等 308
艳语评析|关于遗产管理人委托合同的解析…… 原创：2021-07-08 家族律评 蓝艳律师 313
收藏：居住权设立的落地与实操全解析 | iCourt…… 原创：2021-07-13 iCourt 法秀 徐军、王旖旎 321
家事代理制度下夫妻共同债务的判断丨审判研究…… 原创：2021-07-14 审判研究 李成 张文静 335
上市公司实控人离婚后控制权维系路径探析…… 原创：2021-07-20 中伦视界 贾明军 蓝艳 等 340
确定遗产范围时，夫妻共同财产分割规则重构——《民法典》第一千一百五十三条解释论|陈贝贝|律师视点…… 原创：2021-07-23 家事法苑 家事法苑陈贝贝 344
股权不是夫妻共同财产，为什么？怎么办？…… 2021-07-28 中国妇女网 355
（五）公证专题 …… 357
老有所居得保障 公证助力免烦忧——南京公证处出具我处首例居住权合同公证书…… 2021-07-06 南京公证处订阅号 357
虚拟财产遗嘱继承公证问题研究…… 2021-07-26 北京市长安公证处 郭岳萍 358
遗嘱检认制度初探…… 2021-07-27 北京市长安公证处 宫楠 363
八、异域资讯 …… 368
日本夫妇同姓制合宪性最高法院判决丨洪儒非译评…… 2021-07-14 明德公法 洪儒非 368

九、规范性文件 376

关于在办理涉未成年人案件中全面开展家庭教育指导工作的意见 ..... 2021-07-10 最高人民检察院 376

最高检全国妇联中国关工委联合印发《意见》 大力推动涉案未成年人家庭教育指导工作 四类案件必须进行家庭教育情况评估 ..... 2021-07-10 最高人民检察院 378

强化家庭教育指导和帮助 切实维护未成年人合法权益 最高检全国妇联中国关工委有关负责人就《关于在办理涉未成年人案件中全面开展家庭教育指导工作的意见》答记者问 ..... 2021-07-10 最高人民检察院 380

十、书籍推荐 383

书籍推荐｜《未成年人保护的民法问题研究》（朱广新，中国人民大学出版社，2021 年 06 月）..... 2021-07-06 家事法苑 朱广新 383

书｜《最高人民法院民法典婚姻家庭编司法解释（一）理解与适用》（最高人民法院民事审判第一庭，人民法院出版社，2021 年 08 月）..... 2021-07-07 家事法苑 最高院民一庭 385

书籍·推荐｜《夫妻债务制度》（李洪祥，社会科学文献出版社，2021 年 06 月 ）… 2021-07-17 家事法苑 李洪祥 386

十一、活动动态 393

家事法实务沙龙 2021 年第 2 期（总第 66 期）综述｜李卉：代孕子女抚养权纠纷裁判分析 ..... 原创：2021-07-08 家事法苑 家事法苑团队 393

附件一 410

“家事法苑”家事法实务交流系列微信群群规则 410

附件二 414

“家事法苑”家事法主题 QQ 群入群须知 414

【特别声明】

简报编辑：家事法苑™ 团队
顾问：郝惠珍　主编：杨晓林　执行主编：段凤丽
编委成员：陈贝贝、任小曼、邓雯芬、付鹏博、刘海娜、李凤影

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简报电子版下载：家事法苑™ 家事律师网http://www.famlaw.cn首页“资料下载”
❻家事法苑™ 系列交流微信群：家事法实务交流群、继承法实务交流群、涉外家事法实务交流群、法律人电影·音乐休闲主题群

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以及相关问题。

法律人电影·音乐休闲主题群，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。

群友入群由群管理员专人统一审查、邀请新人入群。
请拟申请入群者先添加以下任一群管理员个人好友：
杨晓林律师（微信号：Y13522380366）
段凤丽律师（微信号：D13552693593）
邓雯芬律师（微信号：13167578960）
陈贝贝助理（微信号：18817836410）

申请信息务必请注明：“城市+单位简称+姓名，家事法实务交流群/继承法实务交流群/涉外实务交流群/电影音乐群”。

严正声明：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

拆迁款起纠纷 法官解开多年结

2021-06-29 人民法院报

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2021-06/29/content_206842.htm?div=-1

本报记者 王 洪 本报通讯员 王韵洁

“我与王某丽共同生活近 30 年，辛苦养育王某丽的两个孩子，老了却净身出户，生活毫无保障，如果不能得到房屋我就和王某丽同归于尽！” 满头白发的刘某军激动地说。

“我们一家都把刘某军当作亲生父亲对待，刘某军自己不愿回家居住，执意要离婚，凭什么要求分得房屋？”刘某军的继女一肚子委屈。

近日，湖北省保康县人民法院城关人民法庭汇聚城关镇党委、政府、王湾社区、孙家湾村村委会四方力量，成功调解了一起长达 4 年，历经 7 次民事诉讼的婚姻、财产纠纷，解决了困扰这家人多年的难题。

1992 年，刘某军与丧偶的王某丽经人介绍相识，次年登记结婚。婚后，刘某军搬到妻子王某丽家中，与王某丽的二女儿、三女儿共同生活。

1994 年，夫妻二人将王某丽婚前旧房拆除，新建了一层房屋。2013 年，夫妻俩出资 5 万元，王某丽的二女儿谢某倩出资 1 万元，在原房屋上加盖了一层。同年，王某丽承包经营的土地因高速公路建设被征收，征收款 7 万多元，部分征收补偿被王某丽的二女儿领走后，夫妻双方因赔偿款产生矛盾。刘某军从家中搬出，独自租房居住。王某丽的女儿女婿多次劝其回家，均被刘某军拒绝。

2017 年 8 月开始，刘某军先后 4 次向保康县法院起诉请求与王某丽离婚，并要求分割双方婚后新盖的两层房屋。考虑到双方现已年迈，矛盾并不是很大，保康县法院驳回了刘某军的离婚诉讼请求。

2020 年 4 月，刘某军第 5 次起诉要求和王某丽离婚。城关法庭法官张骞多次调解无果，依法判决刘某军和王某丽离婚。因房屋建设涉及家庭其他成员共同出资，刘某军放弃了在此次诉讼中分割房屋的请求。

3 个月后，刘某军以离婚后夫妻共同财产未分割为由再次起诉至城关法庭，后因王某丽情绪不稳，为了避免激化矛盾，刘某军撤回了起诉。

2021 年 4 月，刘某军再次向城关法庭起诉要求对房屋进行分割。审理中，刘某军变更了诉讼请求，不再要求分割房屋，而是要求被告王某丽补偿其 5 万元。

考虑到该案情况复杂特殊，张骞协调城关镇党委、政府。4 月 21 日，在城关镇党委、政府、王湾社区、孙家湾村村委会及城关法庭四方共同努力下，刘某军、王某丽及其女儿均到场参加了调解。

在耐心听取完当事人的意见后，法官从房屋价值、实际困难出发，晓之以理，动之以情，并耐心解释相关法律法规条文，劝说双方放下成见，各自退让一步。经过半天的调解，最终双方达成调解协议：由二女儿谢某倩替母亲王某丽拿出 4 万元交给刘某军，刘某军放弃对房屋的分割请求。

第二天，谢某倩到城关法庭履行了支付义务，刘某军从法庭领回了其分得的房屋折价款，这起困扰一家人多年的纠纷圆满化解。

丈夫打赏主播 30 万，妻子要得回来吗？

原创：2021-07-06 民主与法制周刊 姚江 韩菲
https://mp.weixin.qq.com/s/oVr9Gz8tzWkJBAQx47hiWg

丈夫迷上直播并不断打赏主播，在不到一年半的时间内累计打赏近 30 万元，妻子向法院起诉要求直播平台返还。法院会支持妻子的诉讼请求吗？

丈夫迷上直播打赏 30 万

安徽省无为市的罗涌、彭田夫妇一直从事水上运输工作，工作收入一般由客户汇入罗涌名下账号为 62×××65 的农业银行储蓄卡内，该银行卡由罗涌保管。作为当家管钱的人，罗涌负责家中日常消费和大额支出，特别是替儿子还房贷，彭田一直很信任他，只是想起来的时候偶尔看看他的农业银行储蓄卡存款金额的短信通知，也不过就是想心中有个数，最近挣了多少钱，还有多少剩余。

日子如流水一样缓缓淌过，如果不是因为罗涌在 2018 年下半年邂逅了网络直播并逐渐沉迷其中，如果不是因为妻子彭田在 2020 年 3 月才忽然发现丈夫已经为直播打赏出近 30 万元，这个家庭表面还是蛮平静和幸福的。

据了解，罗涌迷上的视频直播平台 2018 年 1 月上线，直播内容发给开播作者的粉丝、潜在粉丝以及可能对直播内容感兴趣的用户。平台同样通过人工智能，计算出观看人喜欢什么类型和内容的直播，并精准地推送到观看者面前，让你越看越想看，越看越爱看，没有一定意志力的人很容易沉溺其中而不能自拔。

罗涌在平台注册账号“寻觅故人”，“故人”没有寻到，却迷上了许多“新人”。为了给主播打赏，2018 年 11 月至 2020 年 3 月，他分别通过微信、支付宝转账的方式，从其绑定的农行卡内划款至平台进行充值，以购买可以打赏的虚拟钻石。在 500 天左右的时间里，罗涌累计充值 1106 次，充值金额合计 294176 元。罗涌充值后，将所获得的虚拟钻石兑换虚拟礼物，分别在 372 名主播的直播间内进行打赏，平均一天打赏近 300 次，共计打赏 132202 次，支出金额 294156 元。

罗涌也感觉自己打赏的数额太大，害怕被妻子发现。从 2019 年 5 月起，他陆续编辑了 60 余条虚假银行余额短信欺骗妻子彭田。如银行卡交易明细记载 2019 年 5 月 27 日余额为 1482.28 元，但当日罗涌编辑的农行短信记载余额为 65050.00 元；交易明细记载 2020 年 1 月 23 日余额为 15350.38 元，但当日编辑的农行短信记载余额为 212259.90 元；交易明细记载 2020 年 3 月 19 日的余额为 3000 余元，但当日编辑的农行短信却记载转出一笔 15 万元款项（为儿子还房贷）后余额为 57501.90 元。

一审认定存在赠与行为

2020 年 3 月，彭田发现真相时简直要气疯过去，这一年多夫妻俩辛辛苦苦挣的 20 多万元，竟然被丈夫莫名其妙“无偿”送给了别人。她心疼得无与伦比，知道自己犯了大错的罗涌也后悔不迭。彭田向无为市人民法院（以下简称“无为法院”）起诉，请求依法确认罗涌的赠与行为无效；判令平台所属公司返还彭田 294156 元。

平台所属公司陈述，罗涌所打赏的 372 名主播中，一部分是直接与平台签约，另一部分是签约于经纪公司，由经纪公司与平台签约。这些主播获得打赏的虚拟礼物后，根据平台规则进行分成，前者是直接与直播平台按比例分成，后者是直播平台与经纪公司按比例分成后，主播再与经纪公司进行分成。

罗涌陈述，其与主播不存在线下见面或其他经济往来。

无为法院审理后认为：平台没有要求观看直播的人必须要付费或打赏，罗涌充值刷礼物打赏的行为属于自愿性的，是否打赏、打赏多少完全由其自身决定，也不需要直播平台或主播支付对价，这与赠与行为的法律构成要件相符合。

罗涌通过充值兑换虚拟钻石的方式将钱款直接支付给平台所属公司，虚拟钻石一经兑换不能退还。虽然罗涌将用虚拟钻石购买的虚拟礼物直接打赏给主播，但主播不能及时将虚拟礼物兑换成金钱，而是按照事先约定的程序和比例，与直播平台进行结算后才能兑现收益，故罗涌赠与的对象是平台所属公司。

综上，罗涌与平台所属公司之间存在网络服务合同关系与赠与合同关系这两种法律关系。

对于罗涌打赏的款项中，属于有偿支付的网络服务费用与无偿赠与的款项所占比例，综合案情，酌定按照 30%、70%的比例予以分配，即罗涌打赏金额 294156 元中 70%的份额属于无偿赠与的部分。

赠与人仅能将自己的财产无偿赠与他人，却不能处分他人的财产。彭田与罗涌系夫妻关系，目前尚无证据证实案涉款项属于罗涌一方的个人财产，应认定属于夫妻共同财产。罗涌在一年半的时间内频繁打赏，累计打赏数额较大，显然不属于家庭生活经营需要，其通过编辑虚假的银行短信的方式隐瞒其妻子，属于无权处分夫妻共同财产。根据《中华人民共和国合同法》第五十一条的规定精神，权利人事先不知情、事后未追认的情况下，无权处分行为无效，所有权人有权追回。罗涌无权处分夫妻共同财产中属于彭田的部分，因此，对于罗涌赠与平台所属公司打赏款项中 70%的部分，其中罗涌无权处分的部分为 35%。同时，考虑到在罗涌持续打赏的一年半的时间内，彭田作为共同生活的配偶未能及时发现问题，其自身也存在一定的过错，故无为法院在前述 35%的款项中再酌情扣减 5%的款项。综上，无为法院判决：罗涌将其打赏款中 30%的部分即 88246.8 元赠与平台所属公司的行为无效，该公司返还彭田 88246.8 元。

平台所属公司不服一审判决，提出上诉称：一审法院关于罗涌打赏系对平台的赠与的认定显属错误，罗涌是对平台主播的打赏，是对主播表演和互动等精神文化产品的消费行为，并非赠与。罗涌每次充值打赏行为均是独立的消费行为，不应累计计算，且其近两年每次充值打赏基本都是小额，并没有超出家事代理权的范畴。另外，一审法院没有考虑和评价平台所属公司网络平台作为善意第三人的主张，属于漏审和显著的法律适用错误。

本案应当适用共同共有财产的处分规则，适用善意取得制度，平台或者主播作为善意第三人，用户对主播进行小额打赏的精神文化消费行为真实有效，平台或主播不具有返还义务。

2020 年 3 月，彭田发现真相时简直要气疯过去，这一年多夫妻俩辛辛苦苦挣的 20 多万元，竟然被丈夫莫名其妙“无偿”送给了别人。她心疼得无与伦比，知道自己犯了大错的罗涌也后悔不迭。彭田向无为市人民法院（以下简称“无为法院”）起诉，请求依法确认罗涌的赠与行为无效；判令平台所属公司返还彭田 294156 元。

平台所属公司陈述，罗涌所打赏的 372 名主播中，一部分是直接与平台签约，另一部分是签约于经纪公司，由经纪公司与平台签约。这些主播获得打赏的虚拟礼物后，根据平台规则进行分成，前者是直接与直播平台按比例分成，后者是直播平台与经纪公司按比例分成后，主播再与经纪公司进行分成。

罗涌陈述，其与主播不存在线下见面或其他经济往来。

无为法院审理后认为：平台没有要求观看直播的人必须要付费或打赏，罗涌充值刷礼物打赏的行为属于自愿性的，是否打赏、打赏多少完全

由其自身决定，也不需要直播平台或主播支付对价，这与赠与行为的法律构成要件相符合。

罗涌通过充值兑换虚拟钻石的方式将钱款直接支付给平台所属公司，虚拟钻石一经兑换不能退还。虽然罗涌将用虚拟钻石购买的虚拟礼物直接打赏给主播，但主播不能及时将虚拟礼物兑换成金钱，而是按照事先约定的程序和比例，与直播平台进行结算后才能兑现收益，故罗涌赠与的对象是平台所属公司。

综上，罗涌与平台所属公司之间存在网络服务合同关系与赠与合同关系这两种法律关系。

对于罗涌打赏的款项中，属于有偿支付的网络服务费用与无偿赠与的款项所占比例，综合案情，酌定按照 30%、70%的比例予以分配，即罗涌打赏金额 294156 元中 70%的份额属于无偿赠与的部分。

赠与人仅能将自己的财产无偿赠与他人，却不能处分他人的财产。彭田与罗涌系夫妻关系，目前尚无证据证实案涉款项属于罗涌一方的个人财产，应认定属于夫妻共同财产。罗涌在一年半的时间内频繁打赏，累计打赏数额较大，显然不属于家庭生活经营需要，其通过编辑虚假的银行短信的方式隐瞒其妻子，属于无权处分夫妻共同财产。根据《中华人民共和国合同法》第五十一条的规定精神，权利人事先不知情、事后未追认的情况下，无权处分行为无效，所有权人有权追回。罗涌无权处分夫妻共同财产中属于彭田的部分，因此，对于罗涌赠与平台所属公司打赏款项中 70%的部分，其中罗涌无权处分的部分为 35%。同时，考虑到在罗涌持续打赏的一年半的时间内，彭田作为共同生活的配偶未能及时发现问题，其自身也存在一定的过错，故无为法院在前述 35%的款项中再酌情扣减 5%的款项。综上，无为法院判决：罗涌将其打赏款中 30%的部分即 88246.8 元赠与平台所属公司的行为无效，该公司返还彭田 88246.8 元。

平台所属公司不服一审判决，提出上诉称：一审法院关于罗涌打赏系对平台的赠与的认定显属错误，罗涌是对平台主播的打赏，是对主播表演和互动等精神文化产品的消费行为，并非赠与。罗涌每次充值打赏行为均是独立的消费行为，不应累计计算，且其近两年每次充值打赏基本都是小额，并没有超出家事代理权的范畴。另外，一审法院没有考虑和评价平台所属公司网络平台作为善意第三人的主张，属于漏审和显著的法律适用错误。

本案应当适用共同共有财产的处分规则，适用善意取得制度，平台或者主播作为善意第三人，用户对主播进行小额打赏的精神文化消费行为真实有效，平台或主播不具有返还义务。

终审判决妻子败诉

芜湖中级法院审理后认为，罗涌在平台注册账号并与平台所属公司签订《用户服务协议》《充值协议》系双方真实意思表示，且不违反法律法规禁止性规定，合法有效，受法律保护。根据双方协议，平台所属公司对包括罗涌在内的注册用户提供网络服务。罗涌每次的充值行为均在该平台获得虚拟钻石，而虚拟钻石仅可用于在该网络平台购买虚拟礼物等产品或服务，故罗涌充值行为的性质属于网络消费行为，且充值的目的是方便使用平台所属公司提供的虚拟社区币服务。因此，罗涌与平台所属公司之间构成网络服务合同法律关系。

需要明确的是，罗涌的充值行为是为了购买虚拟钻石，没有将自己的充值财产无偿给予平台所属公司的意思表示；其次，即便将虚拟钻石视为财产对待，罗涌打赏行为的对象为网络平台主播，并非平台所属公司；此外，更无证据证实平台所属公司曾有接受赠与的意思表示及行为。因此，罗涌的充值行为与罗涌对主播的打赏行为是两个各自独立的行为，一审法院在没有法律依据的情况下突破合同相对性的基本原则，将其理解为一

个行为，认定罗涌与平台所属公司之间除成立网络服务合同法律关系外还成立赠与合同法律关系，是错误的，罗涌与平台所属公司之间不构成赠与合同关系。

此外，本案罗涌处分的财产为夫妻共同共有财产，并未处分他人财产，而夫妻共同共有制度下的夫妻共同财产归夫妻不分份额地共同享有同一所有权，夫或妻均为夫妻共同财产的共有权利人，故一审判决适用法律不当。

罗涌每次充值行为均具有独立性，以累计金额评价是否构成擅自处分于法无据、于理不合。罗涌的充值行为属于网络消费行为，与其他消费者通过网络购买有物理形态的商品并无本质区别。罗涌每次的充值行为均包含其一次独立的网络消费意思表示，均需罗涌完成一次独立的充值行为，也均与平台所属公司构成一次独立的网络服务合同法律关系。罗涌自 2018 年 11 月至 2020 年 3 月，累计充值多达 1106 次，虽累计金额合计 294176 元，但充值金额以百元为主，呈现出小额、多次、长期的显著特征，一审法院以累计金额作为无权处分评价的基础无法律依据，酌定按照比例分配有偿支付与无偿赠与无事实依据，均应予以纠正。

家庭日常生活的范围不限于衣、食、住、行等基本生存需求，也包括文化和娱乐服务需求。通过手机观看网络直播表演以及充值使用虚拟社区币服务可纳入文化和娱乐服务消费类别，本身并未超出我国居民常见消费支出范围。夫妻一方代表家庭所为的行为，视为夫妻共同的意思表示，夫妻双方对该行为承担共同的连带责任。这种代理是基于法律的直接规定，而非当事人的约定，因而具有不同于一般委托代理的当然性和法律强制性。

基于罗涌、彭田双方长期从事水上运输工作的相对封闭性的职业特点及罗涌充值行为小额、多次、长期的显著特征，彭田陈述其自始至终完全不知情，本身不合常理，即便确实不知情也存在对于夫妻共同财产疏于管理的较大过失，且从其陈述该款项系为其夫妻二人婚生子偿还房贷的预备用途也可知该款项并非用于履行夫妻应承担的法定义务，更无证据证实该款项的处分足以影响其夫妻基本的日常生活，再结合罗涌、彭田所陈述的家庭收入情况，综合考虑罗涌的充值金额、充值次数、充值时间、持续周期、平台义务等多种因素，依据《中华人民共和国婚姻法》第十七条“夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权”的规定及相关司法解释，本院难以直接认定罗涌的充值行为显著超过了日常家事的范围且必然侵害夫妻共同财产处分权。

平台所属公司作为善意第三人的权益应依法得到保护。平台所属公司作为互联网服务提供者，不论技术还是人力，客观都难以就注册用户充值行为是否侵害其他共有人权益作出实质性的审查和判断。对于罗涌此种小额、多次、长期为显著特征类型的充值交易行为，无法推定平台所属公司对罗涌所处分的财产属于夫妻共同财产是知情或是恶意，更无依据苛求平台所属公司对具有完全民事行为能力的成年人与之签订合同额外附加是否具有处分权的审查义务，这不仅无形中增加了市场交易成本，更有违合同法诚实信用、意思自治的基本原则。

此外，网络服务消费具有即时履行性和不可逆转性的特点。本案中，平台所属公司实际已经按照其与罗涌签订的网络服务合同的约定，提供了网络直播及虚拟社区币的网络服务。罗涌也已长期享受并使用了约定的网络直播及虚拟社区币的网络服务。如今，无论是罗涌本人还是罗涌的妻子彭田再主张返还，不仅客观上不具有可操作性，更会造成前述合同项下当事人的权利义务显著不公，违背公平原则。再依据《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 89 条“共同共有人对共有财产享有共同的权利，承担共同义务。在共同共有关系存续期间，部分共有人擅自处分共有财产的，一般认定无效。但第三人善意、有偿取得该财产

的，应当维护第三人的合法权益；对其他共有人的损失，由擅自处分共有财产的人赔偿”的规定，即便存在罗涌采取编辑虚假短消息欺骗彭田处分共有财产的事实，该纠纷也属于夫妻共有财产处分的内部纠纷，不得对外对抗已提供完合同约定网络服务的平台所属公司作为善意第三人的合法权益，故本院对彭田主张平台所属公司返还案涉充值款项不予支持，若彭田执意追究责任，可另行向罗涌主张。

本案不存在足以影响合同效力的违背公序良俗的事实。平台所属公司利用信息网络开展相应经营活动已取得北京市文化和旅游局颁发的网络文化经营许可证，本案涉及的网络直播及虚拟社区币的网络服务本身并不违背公序良俗，彭田亦未提供证据证明平台所属公司经营活动存在违背公序良俗的情形，也未提供证据证明罗涌与平台所属公司之间的网络服务合同存在合同无效的事由，依法应承担举证不能的法律后果。

综上所述，平台所属公司的上诉请求成立。2020 年 12 月 2 日，芜湖中级法院终审判决驳回彭田的诉讼请求。

对于彭田来说，判决的结果是令她失望的，毕竟她的观念还不足以舍得把几十万元花在稍纵即逝的网络直播上，但是法律就是这样“无情”，只能怪自己丈夫了。罗涌采取编辑虚假短消息欺骗彭田的方式处分共有财产，该纠纷属于夫妻共有财产处分的内部纠纷，不得对外对抗已提供完整合同约定网络服务的平台所属公司作为善意第三人的合法权益。

（当事人系化名）

民法典婚姻家庭编司法解释（一）对照学习 | 至正 · 论法

2021-07-07 上海二中院

https://mp.weixin.qq.com/s/7TkcmvqGoaKDfJx_6H9mQ

本期主笔：熊燕
少年家事庭入额法官
武汉大学全日制
法学学士、硕士
青年审判业务带头人

本期主笔：石俏伟
少年家事庭法官助理
上海交通大学
全日制法学硕士

第一部分 基本情况

《婚姻家庭编司法解释一》于 2020 年 12 月 25 日由最高院审判委员会第 1825 次会议通过，自 2021 年 1 月 1 日起施行。该司法解释共有 91

条，参照《民法典》婚姻家庭编的体例，**主要分为一般规定（5 条）、结婚（17 条）、夫妻关系（16 条）、父母子女关系（23 条）、离婚（29 条）、附则（1 条）六个部分。**该司法解释并未涉及《民法典》婚姻家庭编中有关收养的规定。

《婚姻家庭编司法解释一》中完全不变化的条款有 17 条，无实质修订的有 57 条，有实质修改的 16 条，还有一条是附则的施行时间。

总体而言，《婚姻家庭编司法解释一》中大部分内容汇集自原《婚姻法司法解释一》、原《婚姻法司法解释二》、原《婚姻法司法解释三》、原《婚姻法司法解释二的补充规定》、原《子女抚养若干意见》、原《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》等内容。

第二部分 主要修改

（一）诉讼时效与除斥期间方面

1. 删除了多处“一年”期间的规定

（1）删除了夫妻一方或双方死亡后确认婚姻无效须在“一年”内提出申请的规定。

原《婚姻法司法解释二》第五条规定，夫妻一方或者双方死亡后一年内，生存一方或者利害关系人申请宣告婚姻无效的，人民法院应当受理。婚姻无效是当事人缔结婚姻违反法律强制性规定而导致的后果，是公权力对私法自治的评价，理应不受诉讼时效制度规制。因此，《婚姻家庭编司法解释一》第十四条删除了原《婚姻法司法解释二》的此一年期间规定。

（2）删除请求撤销离婚财产分割协议在离婚后“一年”内提出的规定。

原《婚姻法司法解释二》第九条规定，男女双方协议离婚后一年内就财产分割问题反悔，请求变更或者撤销财产分割协议的，人民法院应当受理。该规定是否意味着离婚超过一年再申请撤销离婚协议就不应受理呢？

实践中对此问题一直存在争议。虽然普遍认为，原《婚姻法司法解释二》的这一撤销权源于合同法，但此处“一年”期间的规定显然并不属于除斥期间的规定，而是一种特殊的不变期间的规定，不允许中止、中断和延长，且起算时间明确固定为登记离婚之日起。这种普遍的理解和适用，理由在于尽快消除婚姻关系变动对财产关系的影响。

但是这一理解也导致，实践中，离婚一年以后才发现签订离婚协议时被欺诈的情形可能缺乏救济途径。如签订离婚协议时明确基于子女原因而放弃部分财产权益，离婚一年后才发现子女非亲生的，实践中，部分案例认为这种情形超过了法律规定的一年期间，故要求撤销离婚财产分割协议的请求不能得到支持。

但另外一些案例则以离婚协议显失公平或存在重大误解为由对离婚协议财产分割部分予以撤销。这表明，实践中有部分观点认为，此不变期间的规定虽然能使离婚后财产关系尽快稳定，但却牺牲了撤销权人的重大权利。

《民法典》出台后，婚姻家庭编回归《民法典》大家庭，《民法典》第四百六十四条更是明确与身份有关的协议如无特别规定可参照适用合同编的有关规定。从《民法典》整个体系来看，离婚财产分割协议虽与当事人身份关系解除具有关联，但主要内容还是财产性的。因此，对该协议的撤销权，在没有特别规定的情况下，应参照适用总则编第一百五十二条关于撤销权行使除斥期间的有关规定。因此，《婚姻家庭编司法解释一》第七十条删除了撤销离婚财产分割协议在离婚后“一年”内提出的规定。

（3）删除了离婚损害赔偿请求权的“一年”期间规定。

原《婚姻法司法解释一》第三十条规定了在诉讼离婚的情况下，无过错方作为被告的离婚诉讼案件中，被告没有提出损害赔偿请求的，可以在离婚后一年内就此单独提起诉讼。原《婚姻法司法解释二》第二十七条规定了在协议离婚的情况

下，当事人在办理离婚登记手续一年后提出损害赔偿请求的，不予支持。

《婚姻家庭编司法解释一》第八十八条、第八十九条删除了该两处“一年”的规定，但并不意味着离婚损害赔偿请求权不受任何限制。从性质上而言，离婚损害赔偿请求权仍然属于债权请求权，应适用《民法典》第一百八十八条诉讼时效的规定。无过错方在婚姻关系存续期间知道其权利受损害的，由于离婚损害赔偿请求权是以离婚为前提，故以离婚之日作为起算点；无过错方在离婚之后才知道其权利受到损害的，则以其知道其权利受损害之日起算，更有利于保护无过错方的合法权益。

2. 增加了婚姻撤销权行使除斥期间的例外情形

《婚姻家庭编司法解释一》第十九条增加了第二款，即受胁迫或者被非法限制人身自由两种情形下请求撤销婚姻的，不适用关于撤销权行使除斥期间最长五年的规定，即撤销婚姻不适用《民法典》第一百五十二条第二款规定的，“当事人自民事法律行为发生之日起五年内没有行使撤销权的，撤销权消灭”。这一规定考虑胁迫或者非法限制人身自由可能处于持续状态，如果在这种情形下仍然规定自被胁迫或者非法限制人身自由之日起五年内没有行使婚姻撤销权，撤销权就消灭，则不利于保护当事人的婚姻自主权和妇女权益。

3. 修改了离婚后发现侵害夫妻共同财产权益行为而请求再次分割财产的诉讼时效期间

离婚后，一方发现另一方有隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产，或者伪造夫妻共同债务企图侵占另一方财产的，可以请求再次分割夫妻共同财产。原《婚姻法司法解释一》第三十一条规定此种请求权诉讼时效为两年，从当事人发现之次日起计算。由于本质上这种请求权属于债权请求权，为了兼顾《民法典》诉讼时效制度的体系完整性，《婚姻家庭编司法解释一》第八十四条将上述情形的诉讼时效改为三年，从当事人发现之日起计算。

（二）诉讼程序方面

1. 确认婚姻无效案件的诉讼程序

考虑到其他确认民事法律行为效力的案件在程序上均适用普通程序审理，确认婚姻效力的案件程序上可同等处理。且确认婚姻无效的诉讼并不属于《民事诉讼法》第一百七十七条规定的适用特别程序审理的案件类型，因此，确认婚姻无效之诉不再按照特别程序进行审理，相关条款在表述上将“申请宣告婚姻无效”改为“请求确认婚姻无效”。在此基础上，对确认婚姻无效案件的相关程序进行调整：

（1）有关婚姻效力的判决不再是一审终审。

《婚姻家庭编司法解释一》第十一条删除了原《婚姻法司法解释一》第九条“有关婚姻效力的判决一经作出，即发生法律效力”和“对财产分割和子女抚养问题的判决不服的，当事人可以上诉”，即对于确认婚姻效力的判决和对于财产分割和子女抚养问题的判决均可以提起上诉。

（2）对于婚姻效力的审理只能以判决形式作出。

婚姻效力问题涉及国家对婚姻的评价，不以当事人的意志为转移，既不适用调解，也不允许原告撤诉。《婚姻家庭编司法解释一》第十一条第二款吸收了原《婚姻法司法解释一》第九条第一款关于对婚姻效力的审理不适用调解的规定。但就撤诉而言，原《婚姻法司法解释二》第二条仅仅

规定，经审查确属无效婚姻的，应当依法作出宣告婚姻无效的判决，不准许原告申请撤诉。《婚姻家庭编司法解释一》第十一条第一款将上述规定修改为所有请求确认婚姻无效的案件，无论经审查婚姻是否无效，均不准许原告申请撤诉。

（3）涉及财产分割和子女抚养问题与婚姻效力问题不再分别制作裁判文书。

因婚姻效力问题的审理程序上不再区别于财产分割和子女抚养问题的审理，故《婚姻家庭编司法解释一》第十一条删除原《婚姻法司法解释二》第四条关于婚姻效力和其他纠纷处理分别制作裁判文书的规定。但由于婚姻效力问题不适用调解，而财产分割和子女抚养可以调解，故《婚姻家庭编司法解释一》仍保留了原来的对财产分割和子女抚养达成调解协议后，需要另行制作调解书的规定。如果不能达成调解协议，《婚姻家庭编司法解释一》增加规定："未达成调解协议的，应当一并作出判决。"

（4）就同一婚姻关系分别受理离婚和请求确认婚姻无效案件的，后者优先审理。

考虑到离婚案件的当事人只能是夫妻双方，而申请确认婚姻无效的当事人可能是婚姻关系当事人，也可能是利害关系人，合并审理存在一定的障碍，也不利于保护相关当事人合法权益，《婚姻家庭编司法解释一》第十三条保留原《婚姻法司法解释二》第七条第一款规定，对于离婚案件的审理，应当待请求确认婚姻无效案件作出判决后进行。但根据《婚姻家庭编司法解释一》第十一条规定，在婚姻关系被确认无效后，涉及财产分割和子女抚养问题应当与确认婚姻无效问题一并审理，而无需"继续审理"。

（5）确认婚姻无效案件中双方当事人的地位。

由于该类案件采用普通程序审理，故《婚姻家庭编司法解释一》第十五条将原《婚姻法司法解释二》第六条中的"申请人"、"被申请人"改为"原告"、"被告"。由于不能出现只有原告没有被告的情况，故删除了第三款"夫妻双方均已死亡的，不列被申请人"的规定。

（6）删除了因受胁迫而请求撤销婚姻案件的程序规定。

原《婚姻法司法解释一》第十一条为了区别婚姻无效案件适用特别程序，规定了人民法院审理婚姻当事人因受胁迫而请求撤销婚姻的案件，应当适用简易程序或者普通程序。在婚姻无效案件已经统一改为普通程序进行审理的情况下，本条无规定的意义，故予以删除。

2. 撤销无民事行为人的配偶监护资格案件的诉讼程序

原《民法通则意见》第二十条规定，变更监护关系的，按照特别程序审理。但《民事诉讼法》第一百七十七条规定的适用特别程序审理的案件并不包括此类案件，故《婚姻家庭编司法解释一》第六十二条删除了原《婚姻法司法解释三》第八条关于"依照特别程序"的规定。文意上解释，若无民事行为能力人的配偶存在侵害无民事行为能力人权益的行为的，其他有监护资格的人要求撤销其监护资格并指定新监护人的，不再有明确的诉讼程序即"特别程序"的指引。但根据《民法典》颁布后最高院于 2020 年 12 月 29 日发布的《民事案件案由规定》(法[2020]347 号文)显示，"申请撤销监护人资格"这个案由仍然在"监护人特别程序案件"项目下。

3. 解除同居关系可否受理问题

目前，由于法律并未明确规定同居关系，同居关系也不具有法律上的权利义务内容，故对于仅起诉请求解除同居关系的情形，不予受理，"有配偶者与他人同居"的情形也无例外的必要，故删除了原《婚姻法司法解释二》第一条关于"有配偶者与他人同居"的，人民法院应当受理并依法予以解除的规定。同时，《婚姻家庭编司法解释一》第七条也删除了原《婚姻法司法解释一》第五

条“按解除同居关系处理”的规定，转引至《婚姻家庭编司法解释一》第三条统一化处理。

（三）实体规定方面

1. 对家暴的定义

在《反家庭暴力法》对“家庭暴力”有了明确定义的基础上，《婚姻家庭编司法解释一》删除了原《婚姻法司法解释一》第一条中关于“家庭暴力”的定义，不再以“造成一定伤害后果”为要件，同时对于“持续性、经常性的家庭暴力”，从“构成虐待”改为“可以认定为虐待”，体现了司法裁判对家庭暴力说“不”的坚决态度。

2. 对婚姻无效的认定

《民法典》第一千零五十一条已经删除了“婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病，婚后尚未治愈”的婚姻无效的规定，《婚姻家庭编司法解释一》第九条删除了原《婚姻法司法解释一》第七条第四项关于有权以夫妻患有不应当结婚的疾病申请宣告婚姻无效的主体的规定。

3. 对父母为子女出资购房的认定

《婚姻家庭编司法解释一》第二十九条基本沿用了原《婚姻法司法解释二》第二十二条的规定，这是对法定夫妻财产制的坚守。但就婚后购房父母出资的认定《婚姻家庭编司法解释一》作了修改，立法精神上更尊重当事人的意思表示，倡导当事人在此情况下进行约定，以减少纷争。

没有约定或者约定不明确的，援引《民法典》第一千零六十二条第一款第四项的规定，即没有明确表示赠与一方的情况下，应当作为夫妻共同财产。同时，这一条也兼顾了物权编的规定，即根据《民法典》第三百零八条规定，共有人对共有财产没有约定为按份共有或者共同共有，或者约定不明确的，除共有人具有家庭关系等外，视为按份共有，可见，在没有明确约定的情况下，基于婚姻家庭的身份关系，婚后所得的共有房产不宜认定为按份共有。

整体而言，关于父母为子女出资购房的问题，《婚姻家庭编司法解释一》第二十九条的规定，整合了原《婚姻法司法解释二》和《婚姻法司法解释三》的规定，内容上更加精简，却与《民法典》更加融合。有观点认为，这样的《婚姻家庭编司法解释一》并不利于解决实践中当事人在个案中对此问题所存在的巨大争议。

必须承认，每一个家庭都有每个家庭的具体情况，资金实力、金钱观、对子女婚姻的期许以及与子女相处模式的不一样往往带来父母自身在出资之初对所出资资金的认识就有着不同的认识。这种不同加上家庭事务本身难以在事后用证据去证明，因此，当纠纷来临才会在多数家庭造成巨大的纷争。

《婚姻家庭编司法解释一》倡导约定优先，虽然短期内显得略有些不近人情，但长期而言却可能更有利于树立一种理性的亲情观念，从而减少纠纷。

4. 对亲子关系的确认或否认

根据《民法典》第一千零七十三条规定，《婚姻家庭编司法解释一》第三十九条增加了成年子女起诉请求确认亲子关系的权利，并将请求确认亲子关系的主体改为“父或母以及成年子女”。同时，将请求否认亲子关系的主体从“夫妻一方”改为“父或母”，且不要求其存在婚姻关系。

5. 降低了变更抚养关系时未成年人表达意见的年龄要求

《婚姻家庭编司法解释一》第五十六条根据《民法典》第一千零八十四条规定，将原《子女抚养若干规定》的第十六条关于父母一方要求变更子女抚养关系征询未成年子女意愿的年龄，从十周岁下调至八周岁，以贯彻最有利于未成年人子女的原则。

第三部分 条文对照

《民法典》婚姻家庭编司法解释（一）	旧司法解释
第一条 持续性、经常性的家庭暴力，可以认定为《民法典》第一千零四十二条、第一千零七十九条、第一千零九十一条所称的"虐待"。	**《婚姻法司法解释一》第一条：** ~~婚姻法第三条、第三十二条、第四十三条、第四十五条、第四十六条所称的"家庭暴力"，是指行为人以殴打、捆绑、残害、强行限制人身自由或者其他手段，给其家庭成员的身体、精神等方面造成一定伤害后果的行为。~~ 持续性、经常性的家庭暴力，构成虐待。
解读： 删除了原司法解释对"家庭暴力"的定义，对家庭暴力的认定援引《反家庭暴力法》的定义。	
第二条 《民法典》第一千零四十二条、第一千零七十九条、第一千零九十一条规定的"与他人同居"的情形，是指有配偶者与婚外异性，不以夫妻名义，持续、稳定地共同居住。	**《婚姻法司法解释一》第二条：** 婚姻法第三条、第三十二条、第四十六条规定的"~~有配偶者~~与他人同居"的情形，是指有配偶者与婚外异性，不以夫妻名义，持续、稳定地共同居住。
解读： 无实质修订，仅作文字精简	

第三条 当事人提起诉讼仅请求解除同居关系的，人民法院不予受理；已经受理的，裁定驳回起诉。 当事人因同居期间财产分割或者子女抚养纠纷提起诉讼的，人民法院应当受理。	**《婚姻法司法解释二》第一条：** 当事人起诉请求解除同居关系的，人民法院不予受理。~~但当事人请求解除的同居关系，属于婚姻法第三条、第三十二条、第四十六条规定的"有配偶者与他人同居"的，人民法院应当受理并依法予以解除。~~ 当事人因同居期间财产分割或者子女抚养纠纷提起诉讼的，人民法院应当受理。
解读： 删除了"有配偶者与他人同居"这一例外情形，增加了"已经受理的，裁定驳回起诉"，表明司法不再以裁判方式对任何类型的同居关系予以解除。	
第四条 当事人仅以《民法典》第一千零四十三条为依据提起诉讼的，人民法院不予受理；已经受理的，裁定驳回起诉。	**《婚姻法司法解释一》第三条：** 当事人仅以婚姻法第四条为依据提起诉讼的，人民法院不予受理;已经受理的，裁定驳回起诉。
解读： 无实质修订。实践中需要区别是否为"仅以《民法典》第一千零四十三条为依据提起诉讼"，还是存在一些确实的权利诉求尚未被明确表达。	

第五条 当事人请求返还按照习俗给付的彩礼的，如果查明属于以下情形，人民法院应当予以支持： （一）双方未办理结婚登记手续； （二）双方办理结婚登记手续但确未共同生活； （三）婚前给付并导致给付人生活困难。 适用前款第二项、第三项的规定，应当以双方离婚为条件。	**《婚姻法司法解释二》** **第十条：**当事人请求返还按照习俗给付的彩礼的，如果查明属于以下情形，人民法院应当予以支持： (一)双方未办理结婚登记手续的； (二)双方办理结婚登记手续但确未共同生活的； (三)婚前给付并导致给付人生活困难的。 适用前款第(二)、(三)项的规定，应当以双方离婚为条件。
解读：无实质修订。在司法解释清理征求意见时，对本条规定存在较大争议。实践中，出现女方收受彩礼后"闪离"而牟取财物的情况不在少数，此种情况因已登记结婚并共同生活往往会因不符合司法解释规定而致使男方人财两空。故有意见提出建议增加一款，规定在不符合本条规定的情形，当事人在离婚时请求返还彩礼的，人民法院可以根据双方共同生活的时间、男方给付彩礼数额、彩礼用途、是否生育子女，并结合当地风俗习惯等因素，酌情确定是否返还以及返还的具体数额。此种意见并未被采纳。《婚姻家庭编司法解释一》目前的表述是否表明一旦登记结婚并共同生活的，彩礼就无需返还？从目前的司法实践来看，也未必。彩礼本身是民间风俗习惯对传统婚姻程序的承袭，在法律没有规定的情况下，处理民事纠纷可结合善良风俗和传统习惯来权衡。	

第六条 男女双方依据《民法典》第一千零四十九条规定补办结婚登记的，婚姻关系的效力从双方均符合《民法典》所规定的结婚的实质要件时起算。	**《婚姻法司法解释一》** **第四条：**男女双方根据婚姻法第八条规定补办结婚登记的，婚姻关系的效力从双方均符合婚姻法所规定的结婚的实质要件时起算。
解读：无实质修订。	

第七条 未依据《民法典》第一千零四十九条规定办理结婚登记而以夫妻名义共同生活的男女，提起诉讼要求离婚的，应当区别对待： （一）1994年2月1日民政部《婚姻登记管理条例》公布实施以前，男女双方已经符合结婚实质要件的，按事实婚姻处理。 （二）1994年2月1日民政部《婚姻登记管理条例》公布实施以后，男女双方符合结婚实质要件的，人民法院应当告知其补办结婚登记。未补办结婚登记的，依据本解释第三条规定处理。	**《婚姻法司法解释一》** **第五条：**未按婚姻法第八条规定办理结婚登记而以夫妻名义共同生活的男女，起诉到人民法院要求离婚的，应当区别对待： (一)1994年2月1日民政部《婚姻登记管理条例》公布实施以前，男女双方已经符合结婚实质要件的，按事实婚姻处理； (二)1994年2月1日民政部《婚姻登记管理条例》公布实施以后，男女双方符合结婚实质要件的，人民法院应当告知其~~在案件受理前~~补办结婚登记;未补办结婚登记的，按解除同居关系处理。
解读：无实质修订，仅就1994年2月1日后未办理结婚登记的，明确不仅不能按事实婚姻处理，也不再以司法裁判就同居关系予以解除。	

第八条 未依据《民法典》第一千零四十九条规定办理结婚登记而以夫妻名义共同生活的男女，一方死亡，另一方以配偶身份主张享有继承权的，依据本解释第七条的原则处理。	**《婚姻法司法解释一》** **第六条：**未按婚姻法第八条规定办理结婚登记而以夫妻名义共同生活的男女，一方死亡，另一方以配偶身份主张享有继承权的，按照本解释第五条的原则处理。
解读：无实质修订，仅作指向条文的调整。	

第九条 有权依据《民法典》第一千零五十一条规定向人民法院就已办理结婚登记的婚姻请求确认婚姻无效的主体，包括婚姻当事人及利害关系人。其中，利害关系人包括： （一）以重婚为由的，为当事人的近亲属及基层组织； （二）以未到法定婚龄为由的，为未到法定婚龄者的近亲属； （三）以有禁止结婚的亲属关系为由的，为当事人的近亲属。	**《婚姻法司法解释一》** **第七条：** 有权依据婚姻法第十条规定向人民法院就已办理结婚登记的婚姻申请宣告婚姻无效的主体，包括婚姻当事人及利害关系人。利害关系人包括： (一)以重婚为由~~申请宣告婚姻无效~~的，为当事人的近亲属及基层组织。 (二)以未到法定婚龄为由~~申请宣告婚姻无效~~的，为未达法定婚龄者的近亲属。 (三)以有禁止结婚的亲属关系为由~~申请宣告婚姻无效~~的，为当事人的近亲属。 ~~(四)以婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病，婚后尚未治愈为由申请宣告婚姻无效的，为与患病者共同生活的近亲属。~~
解读： 删除原规定第四项。	

第十条 当事人依据《民法典》第一千零五十一条规定向人民法院请求确认婚姻无效，法定的无效婚姻情形在提起诉讼时已经消失的，人民法院不予支持。	**《婚姻法司法解释一》** **第八条：** 当事人依据婚姻法第十条规定向人民法院申请宣告婚姻无效的，申请时，法定的无效婚姻情形已经消失的，人民法院不予支持。
解读： 无实质修订，仅作表述统一。	

第十一条 人民法院受理请求确认婚姻无效案件后，原告申请撤诉的，不予准许。 对婚姻效力的审理不适用调解，应当依法作出判决。 涉及财产分割和子女抚养的，可以调解。调解达成协议的，另行制作调解书；未达成调解协议的，应当一并作出判决。	**《婚姻法司法解释一》** **第九条：** 人民法院审理宣告婚姻无效案件，对婚姻效力的审理不适用调解，应当依法作出判决;~~有关婚姻效力的判决一经作出，即发生法律效力。~~ 涉及财产分割和子女抚养的，可以调解。调解达成协议的，另行制作调解书。~~对财产分割和子女抚养问题的判决不服的，当事人可以上诉。~~ 《婚姻法司法解释二》 第二条：人民法院受理申请宣告婚姻无效案件后，~~经审查确属无效婚姻的，应当依法作出宣告婚姻无效的判决。~~原告申请撤诉的，不予准许。 《婚姻法司法解释二》 第四条：~~人民法院审理无效婚姻案件，涉及财产分割和子女抚养的，应当对婚姻效力的认定和其他纠纷的处理分别制作裁判文书。~~
解读： 整合了《婚姻法司法解释一》第九条和《婚姻法司法解释二》第二条，有关婚姻效力的判决只能由法院判决，删除“经审查确属婚姻无效”这一前置条件；删除了判决一经作出即发生法律效力的规定；删除了对婚姻效力认定和其他纠纷“分别制作裁判文书”的规定。	

第十二条 人民法院受理离婚案件后，经审理确属无效婚姻的，应当将婚姻无效的情形告知当事人，并依法作出确认婚姻无效的判决。	**《婚姻法司法解释二》** **第三条：** 人民法院受理离婚案件后，经审查确属无效婚姻的，应当将婚姻无效的情形告知当事人，并依法作出宣告婚姻无效的判决。
解读： 无实质修订，仅作表述统一。	
第十三条 人民法院就同一婚姻关系分别受理了离婚和请求确认婚姻无效案件的，对于离婚案件的审理，应当待请求确认婚姻无效案件作出判决后进行。	**《婚姻法司法解释二》** **第七条：** 人民法院就同一婚姻关系分别受理了离婚和申请宣告婚姻无效案件的，对于离婚案件的审理，应当待申请宣告婚姻无效案件作出判决后进行。 ~~前款所指的婚姻关系被宣告无效后，涉及财产分割和子女抚养的，应当继续审理。~~
解读： 删除原第二款规定，涉及财产分割和子女抚养，根据解释第11条规定应一并审理。	
第十四条 夫妻一方或者双方死亡后，生存一方或者利害关系人依据《民法典》第一千零五十一条的规定请求确认婚姻无效的，人民法院应当受理。	**《婚姻法司法解释二》** **第五条：** 夫妻一方或者双方死亡后~~一年内~~，生存一方或者利害关系人依据婚姻法第十条的规定申请宣告婚姻无效的，人民法院应当受理。
解读： 删除了原有"一年"期间的规定。	

第十五条 利害关系人依据《民法典》第一千零五十一条的规定，请求人民法院确认婚姻无效的，利害关系人为原告，婚姻关系当事人双方为被告。 夫妻一方死亡的，生存一方为被告。	**《婚姻法司法解释二》** **第六条：** 利害关系人依据婚姻法第十条的规定，申请人民法院宣告婚姻无效的，利害关系人为申请人，婚姻关系当事人双方为被申请人。 夫妻一方死亡的，生存一方为被申请人。 ~~夫妻双方均已死亡的，不列被申请人。~~
解读： 将"申请"改为"请求"，"申请人"、"被申请人"改为"原告"、"被告"，由于不能出现只有原告没有被告的情况，故删除了"夫妻双方均已死亡的，不列被申请人"的规定。	

第十六条 人民法院审理重婚导致的无效婚姻案件时，涉及财产处理的，应当准许合法婚姻当事人作为有独立请求权的第三人参加诉讼。	**《婚姻法司法解释一》第十六条：** 人民法院审理重婚导致的无效婚姻案件时，涉及财产处理的，应当准许合法婚姻当事人作为有独立请求权的第三人参加诉讼。
解读： 无变化。	
第十七条 当事人以《民法典》第一千零五十一条规定的三种无效婚姻以外的情形请求确认婚姻无效的，人民法院应当判决驳回当事人的诉讼请求。 当事人以结婚登记程序存在瑕疵为由提起民事诉讼，主张撤销结婚登记的，告知其可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。	**《婚姻法司法解释三》第一条：** 当事人以婚姻法第十条规定以外的情形申请宣告婚姻无效的，人民法院应当判决驳回当事人的申请。 当事人以结婚登记程序存在瑕疵为由提起民事诉讼，主张撤销结婚登记的，告知其可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。
解读： 无实质修订，仅作指向条文的调整，并将“申请”改为“请求”。	

第十八条 行为人以给另一方当事人或者其近亲属的生命、身体、健康、名誉、财产等方面造成损害为要挟，迫使另一方当事人违背真实意愿结婚的，可以认定为《民法典》第一千零五十二条所称的“胁迫”。 因受胁迫而请求撤销婚姻的，只能是受胁迫一方的婚姻关系当事人本人。	**《婚姻法司法解释一》第十条：** 婚姻法第十一条所称的“胁迫”，是指行为人以给另一方当事人或者其近亲属的生命、身体健康、名誉、财产等方面造成损害为要挟，迫使另一方当事人违背真实意愿结婚的情况。 因受胁迫而请求撤销婚姻的，只能是受胁迫一方的婚姻关系当事人本人。
解读： 无实质修订，仅作表述上的调整。	

第十九条 《民法典》第一千零五十二条规定的"一年"，不适用诉讼时效中止、中断或者延长的规定。受胁迫或者被非法限制人身自由的当事人请求撤销婚姻的，不适用《民法典》第一百五十二条第二款的规定。	**《婚姻法司法解释一》第十二条：**婚姻法第十一条规定的"一年"，不适用诉讼时效中止、中断或者延长的规定。
解读：增加了第二款，即受胁迫或者被非法限制人身自由两种情形下请求撤销婚姻的，不适用关于撤销权最长受5年期间保护的规定。	
第二十条 《民法典》第一千零五十四条所规定的"自始没有法律约束力"，是指无效婚姻或者可撤销婚姻在依法被确认无效或者被撤销时，才确定该婚姻自始不受法律保护。	**《婚姻法司法解释一》第十三条：**婚姻法第十二条所规定的自始无效，是指无效或者可撤销婚姻在依法被宣告无效或被撤销时，才确定该婚姻自始不受法律保护。
解读：无实质修订，仅作表述上的调整。	

第二十一条 人民法院根据当事人的请求，依法确认婚姻无效或者撤销婚姻的，应当收缴双方的结婚证书并将生效的判决书寄送当地婚姻登记管理机关。	**《婚姻法司法解释一》第十四条：**人民法院根据当事人的申请，依法宣告婚姻无效或者撤销婚姻的，应当收缴双方的结婚证书并将生效的判决书寄送当地婚姻登记管理机关。
解读：无实质修订，仅作表述上的调整。	
第二十二条 被确认无效或者被撤销的婚姻，当事人同居期间所得的财产，除有证据证明为当事人一方所有的以外，按共同共有处理。	**《婚姻法司法解释一》第十五条：**被宣告无效或被撤销的婚姻，当事人同居期间所得的财产，按共同共有处理。但有证据证明为当事人一方所有的除外。
解读：无实质修订，仅作表述上的调整，将除外条款提前，以示强调与合法婚姻关系的区别。	
第二十三条 夫以妻擅自中止妊娠侵犯其生育权为由请求损害赔偿的，人民法院不予支持；夫妻双方因是否生育发生纠纷，致使感情确已破裂，一方请求离婚的，人民法院经调解无效，应依照《民法典》第一千零七十九条第三款第五项的规定处理。	**《婚姻法司法解释三》第九条：**夫以妻擅自中止妊娠侵犯其生育权为由请求损害赔偿的，人民法院不予支持;夫妻双方因是否生育发生纠纷，致使感情确已破裂，一方请求离婚的，人民法院经调解无效，应依照婚姻法第三十二条第三款第(五)项的规定处理。
解读：无实质修订，仅作指向条文的调整。	

第二十四条 《民法典》第一千零六十二条第一款第三项规定的"知识产权的收益"，是指婚姻关系存续期间，实际取得或者已经明确可以取得的财产性收益。	**《婚姻法司法解释二》第十二条：** 婚姻法第十七条第三项规定的"知识产权的收益"，是指婚姻关系存续期间，实际取得或者已经明确可以取得的财产性收益。
解读： 无实质修订，仅作指向条文的调整。	

第二十五条 婚姻关系存续期间，下列财产属于《民法典》第一千零六十二条规定的"其他应当归共同所有的财产"： （一）一方以个人财产投资取得的收益； （二）男女双方实际取得或者应当取得的住房补贴、住房公积金； （三）男女双方实际取得或者应当取得的基本养老金、破产安置补偿费。	**《婚姻法司法解释二》第十一条：** 婚姻关系存续期间，下列财产属于婚姻法第十七条规定的"其他应当归共同所有的财产"： (一)一方以个人财产投资取得的收益; (二)男女双方实际取得或者应当取得的住房补贴、住房公积金; (三)男女双方实际取得或者应当取得的养老保险金、破产安置补偿费。
解读： 无实质修订，在表述上将"养老保险金"改为"基本养老金"。这主要是考虑到实际生活中除基本养老金外，许多老百姓可能还会为自己或企业为职工配置补充性的养老保险或类似产品，这类新型财产权益是否属于夫妻共同财产尚存在争议，实际案件中还有赖于相关补充性养老保险金的性质、获取条件等具体情况的分析。	

第二十六条 夫妻一方个人财产在婚后产生的收益，除孳息和自然增值外，应认定为夫妻共同财产。	**《婚姻法司法解释三》第五条：** 夫妻一方个人财产在婚后产生的收益，除孳息和自然增值外，应认定为夫妻共同财产。
解读：无变化。	
第二十七条 由一方婚前承租、婚后用共同财产购买的房屋，登记在一方名下的，应当认定为夫妻共同财产。	**《婚姻法司法解释二》第十九条：** 由一方婚前承租、婚后用共同财产购买的房屋，~~房屋权属证书~~登记在一方名下的，应当认定为夫妻共同财产。
解读： 无实质修订，仅在表述上删除了"房屋权属证书"，更加精炼。	

第二十八条 一方未经另一方同意出售夫妻共同所有的房屋，第三人善意购买、支付合理对价并已办理不动产登记，另一方主张追回该房屋的，人民法院不予支持。 夫妻一方擅自处分共同所有的房屋造成另一方损失，离婚时另一方请求赔偿损失的，人民法院应予支持。	**《婚姻法司法解释三》第十一条：** 一方未经另一方同意出售夫妻共同共有的房屋，第三人善意购买、支付合理对价并办理产权登记手续，另一方主张追回该房屋的，人民法院不予支持。 夫妻一方擅自处分共同共有的房屋造成另一方损失，离婚时另一方请求赔偿损失的，人民法院应予支持。
解读： 无实质修订，主要在表述上，将原"共同共有"修改为"共同所有"，将"产权登记手续"修改为"不动产登记"，与《民法典》相关表述作统一。	

第二十九条 当事人结婚前，父母为双方购置房屋出资的，该出资应当认定为对自己子女个人的赠与，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，依照约定处理；没有约定或者约定不明确的，按照《民法典》第一千零六十二条第一款第四项规定的原则处理。	**《婚姻法司法解释二》** **第二十二条：**当事人结婚前，父母为双方购置房屋出资的，该出资应当认定为对自己子女的个人赠与，但父母明确表示赠与双方的除外。 当事人结婚后，父母为双方购置房屋出资的，该出资应当认定为对夫妻双方的赠与，但父母明确表示赠与一方的除外。 **《婚姻法司法解释三》** **第七条：**~~婚后由一方父母出资为子女购买的不动产，产权登记在出资人子女名下的，可按照婚姻法第十八条第(三)项的规定，视为只对自己子女一方的赠与，该不动产应认定为夫妻一方的个人财产。~~ ~~由双方父母出资购买的不动产，产权登记在一方子女名下的，该不动产可认定为双方按照各自父母的出资份额按份共有，但当事人另有约定的除外。~~
解读：沿用《婚姻法司法解释二》第22条第1款的规定，但第2款体现了家务事交由当事人意思自治的主导思想。即，婚后购房时父母出资的，首先依照约定处理；在没有约定或者约定不明确的，根据《民法典》第一千零六十二条第一款第四项规定，应认定为对夫妻双方的赠与，归夫妻共同所有，但"赠与合同"中确定只归一方的财产，应认定为夫妻一方的个人财产。同时，本条删除了《婚姻法司法解释三》第七条的规定，将购房出资与产权登记作分离，不再强调房屋产权登记在一方子女名下就视为对自己子女的赠与，对双方父母出资的情形也不再认定为按份共有。	
第三十条 军人的伤亡保险金、伤残补助金、医药生活补助费属于个人财产。	**《婚姻法司法解释二》** **第十三条：**军人的伤亡保险金、伤残补助金、医药生活补助费属于个人财产。
解读：无变化。	
第三十一条 《民法典》第一千零六十三条规定为夫妻一方的个人财产，不因婚姻关系的延续而转化为夫妻共同财产。但当事人另有约定的除外。	**《婚姻法司法解释一》** **第十九条：**婚姻法第十八条规定为夫妻一方所有的财产，不因婚姻关系的延续而转化为夫妻共同财产。但当事人另有约定的除外。
解读：无实质修订，仅作指向条文的调整。	

第三十二条 婚前或者婚姻关系存续期间，当事人约定将一方所有的房产赠与另一方或者共有，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《民法典》第六百五十八条的规定处理。	**《婚姻法司法解释三》第六条：** 婚前或者婚姻关系存续期间，当事人约定将一方所有的房产赠与另一方，赠与方在赠与房产变更登记之前撤销赠与，另一方请求判令继续履行的，人民法院可以按照合同法第一百八十六条的规定处理。
解读： 在"赠与另一方"之后增加了"或者共有"的表述，结束了实践中对夫妻将一方婚前房产约定为共有但未变更产权登记处理方式的分歧：部分案例认为，夫妻共同所有的房产并不要求登记双方名字，更何况不动产登记主要产生对外物权的公示效力，不应影响婚内财产协议约定的效力，因此，即便夫妻约定一方婚前财产属于夫妻共同财产未进行产权变更登记也不影响该婚内约定对双方的效力；另一些案例则认为，一方婚前房产约定为夫妻共同所有，实质上等同于一方将房屋产权份额赠与给另一方，另一方请求继续履行赠与协议的，人民法院可以按照赠与合同赠与人有任意撤销权的规定，在房屋产权未变更前赠与人均可以撤销赠与。《婚姻家庭编司法解释一》统一了上述分歧，强调了房屋作为不动产，其物权仍以登记为准，夫妻虽然具有亲密关系且多数实行法定财产制但部分相互间的房产物权转移仍然应当遵循物权法的规定。	

第三十三条 债权人就一方婚前所负个人债务向债务人的配偶主张权利的，人民法院不予支持。但债权人能够证明所负债务用于婚后家庭共同生活的除外。	**《婚姻司法解释二》第二十三条：** 债权人就一方婚前所负个人债务向债务人的配偶主张权利的，人民法院不予支持。但债权人能够证明所负债务用于婚后家庭共同生活的除外。
解读： 无变化。	

第三十四条 夫妻一方与第三人串通，虚构债务，第三人主张该债务为夫妻共同债务的，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，第三人主张该债务为夫妻共同债务的，人民法院不予支持。	**《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)的补充规定》：**在《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第二十四条的基础上增加两款，分别作为该条第二款和第三款： 夫妻一方与第三人串通，虚构债务，第三人主张权利的，人民法院不予支持。 夫妻一方在从事赌博、吸毒等违法犯罪活动中所负债务，第三人主张权利的，人民法院不予支持。
解读：无实质修订，但将第三人"主张权利"修改为"主张该债务为夫妻共同债务"。实际上，第三人能否向债务人主张权利不应由婚姻家庭法予以调整，婚姻家庭编需要解决的是债务是否属于夫妻共同债务的问题。至于基础债务是否真实、是否能予以支持，由其他法律规定予以调整。因此，《婚姻家庭编司法解释一》表述更为准确。	

第三十五条 当事人的离婚协议或者人民法院生效判决、裁定、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。 一方就夫妻共同债务承担清偿责任后，主张由另一方按照离婚协议或者人民法院的法律文书承担相应债务的，人民法院应予支持。	**《婚姻法司法解释二》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。
解读：无实质修订，只作表述上的调整。第二款删除了"连带"二字，并将"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"改为"主张由另一方按照离婚协议或者人民法院的法律文书承担相应债务的"，这一变化可能主要是注意到夫妻共同债务虽然在效力上类似于连带债务，但又区别于后者，因此，《婚姻家庭编司法解释一》将相关表述作了调整，更为准确。	

第三十六条 夫或者妻一方死亡的，生存一方应当对婚姻关系存续期间的夫妻共同债务承担清偿责任。	**《婚姻法司法解释二》第二十六条：** 夫或妻一方死亡的，生存一方应当对婚姻关系存续期间的共同债务承担~~连带~~清偿责任。
解读： 删除了"连带"二字。	
第三十七条 《民法典》第一千零六十五条第三款所称"相对人知道该约定的"，夫妻一方对此负有举证责任。	**《婚姻法司法解释一》第十八条：** 婚姻法第十九条所称"第三人知道该约定的"，夫妻一方对此负有举证责任。
解读： 无实质变化，仅作表述上的统一、准确。	
第三十八条 婚姻关系存续期间，除《民法典》第一千零六十六条规定情形以外，夫妻一方请求分割共同财产的，人民法院不予支持。	**《婚姻法司法解释三》第四条：** 婚姻关系存续期间，夫妻一方请求分割共同财产的，人民法院不予支持，但有下列重大理由且不损害债权人利益的除外： ~~（一）一方有隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或者伪造夫妻共同债务等严重损害夫妻共同财产利益行为的；~~ ~~（二）一方负有法定扶养义务的人患重大疾病需要医治，另一方不同意支付相关医疗费用的。~~
解读： 无实质修订，本条删除了《婚姻法司法解释三》第四条第一、二项内容，该内容已被《民法典》第一千零六十六条吸收。	

第三十九条父或者母向人民法院起诉请求否认亲子关系，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，人民法院可以认定否认亲子关系一方的主张成立。 父或者母以及成年子女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，人民法院可以认定确认亲子关系一方的主张成立。	**《婚姻法司法解释三》第二条：**夫妻一方向人民法院起诉请求确认亲子关系不存在，并已提供必要证据予以证明，另一方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定的，人民法院可以推定请求确认亲子关系不存在一方的主张成立。 当事人一方起诉请求确认亲子关系，并提供必要证据予以证明，另一方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定的，人民法院可以推定请求确认亲子关系一方的主张成立。
解读：本条主要修订了亲子关系否认之诉和确认之诉的主体，否认之诉的主体从“夫妻一方”改为“父或者母”，确认之诉的主体从“当事人一方”改为“父或者母以及成年子女”。但由于《民法典》并没有对“父”、“母”作出定义，因此，本条在理解上会存在许多逻辑障碍，特别是对确认亲子关系诉讼中提起主体“父”的理解——尚未确认亲子关系，该“父”之称谓从何而来。另外，本条将“确认亲子关系不存在”修改为“否认亲子关系”，与《民法典》第一千零七十三条保持一致。	

第四十条 婚姻关系存续期间，夫妻双方一致同意进行人工授精，所生子女应视为婚生子女，父母子女间的权利义务关系适用《民法典》的有关规定。	**《最高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》：**在夫妻关系存续期间，双方一致同意进行人工授精所生子女应视为~~夫妻双方的~~婚生子女，父母子女之间权利义务关系适用《婚姻法》的有关规定。
解读：无实质修订，仅作表述上微调。	

第四十一条 尚在校接受高中及其以下学历教育，或者丧失、部分丧失劳动能力等非因主观原因而无法维持正常生活的成年子女，可以认定为《民法典》第一千零六十七条规定的“不能独立生活的成年子女”。	**《婚姻法司法解释一》第二十条：**婚姻法第二十一条规定的“不能独立生活的子女”，是指尚在校接受高中及其以下学历教育，或者丧失或未完全丧失劳动能力等非因主观原因而无法维持正常生活的成年子女。
解读：无实质修订，仅将“未完全丧失劳动能力”修改为“部分丧失劳动能力”。	

第四十二条 《民法典》第一千零六十七条所称“抚养费”，包括子女生活费、教育费、医疗费等费用。	**《婚姻法司法解释一》第二十一条：** 婚姻法第二十一条所称"抚养费"，包括子女生活费、教育费、医疗费等费用。
解读： 无实质修订，将援引条文作了调整同时与《民法典》保持一致即统一了“抚养费”的称谓。	
第四十三条 婚姻关系存续期间，父母双方或者一方拒不履行抚养子女义务，未成年子女或者不能独立生活的成年子女请求支付抚养费的，人民法院应予支持。	**《婚姻法司法解释三》第三条：** 婚姻关系存续期间，父母双方或者一方拒不履行抚养子女义务，未成年或者不能独立生活的子女请求支付抚养费的，人民法院应予支持。
解读： 无实质修订，仅作将“未成年或者不能独立生活的子女”改为“未成年子女或者不能独立生活的成年子女”，表述上与《民法典》保持一致。	

第四十四条 离婚案件涉及未成年子女抚养的，对不满两周岁的子女，按照《民法典》第一千零八十四条第三款规定的原则处理。母亲有下列情形之一，父亲请求直接抚养的，人民法院应予支持： （一）患有久治不愈的传染性疾病或者其他严重疾病，子女不宜与其共同生活； （二）有抚养条件不尽抚养义务，而父亲要求子女随其生活； （三）因其他原因，子女确不宜随母亲生活。	**《子女抚养若干意见》第一条：** 两周岁以下的子女，一般随母方生活。母方有下列情形之一的，可随父方生活： （1）患有久治不愈的传染性疾病或其他严重疾病，子女不宜与其共同生活的； （2）有抚养条件不尽抚养义务，而父方要求子女随其生活的； （3）因其他原因，子女确无法随母方生活的。
解读： 无实质修订，但考虑到前半段已经被《民法典》第一千零八十四条第三款吸纳，故作转引条文，同时将“两周岁以下”改为“不满两周岁”，与民法典相关规定相一致。	

第四十五条 父母双方协议不满两周岁子女由父亲直接抚养，并对子女健康成长无不利影响的，人民法院应予支持。	《子女抚养若干意见》第二条：父母双方协议两周岁以下子女随父方生活，并对子女健康成长无不利影响的，可予准许。
解读：无实质修订，按照民法典第一千零八十四条的表述作文字修改，其中将"随父方生活"改为"由父亲直接抚养"是统一化处理。因为《民法典》在原婚姻法基础上，为了强调离婚后父母仍然都负有抚养子女的义务，将原法条中的确认由谁抚养均修订为确认由谁直接抚养。《子女抚养若干意见》则多表述为子女随谁共同生活。《婚姻家庭编司法解释一》与《民法典》保持一致。实践中，立法用语带来的观念偏差，如"抚养权归谁，另一方只有探望权"、"直接抚养高于间接抚养"这一类阻碍离婚夫妻与子女关系健康发展的错误观念，是需要婚姻家庭类案件中需要警惕的地方。另外，此条还将"可予准许"改为"应予支持"，体现了立法者在保护未成年子女利益的前提下，	

第四十六条 对已满两周岁的未成年子女，父母均要求直接抚养，一方有下列情形之一的，可予优先考虑： （一）已做绝育手术或者因其他原因丧失生育能力； （二）子女随其生活时间较长，改变生活环境对子女健康成长明显不利； （三）无其他子女，而另一方有其他子女； （四）子女随其生活，对子女成长有利，而另一方患有久治不愈的传染性疾病或者其他严重疾病，或者有其他不利于子女身心健康的情形，不宜与子女共同生活。	《子女抚养若干意见》第三条：对两周岁以上未成年的子女，父方和母方均要求随其生活，一方有下列情形之一的，可予优先考虑： （1）已做绝育手术或因其他原因丧失生育能力的； （2）子女随其生活时间较长，改变生活环境对子女健康成长明显不利的； （3）无其他子女，而另一方有其他子女的； （4）子女随其生活，对子女成长有利，而另一方患有久治不愈的传染性疾病或其他严重疾病，或者有其他不利于子女身心健康的情形，不宜与子女共同生活的。
解读：无实质修订，仅按照《民法典》第一千零八十四条的表述作文字修改。	

第四十七条 父母抚养子女的条件基本相同，双方均要求直接抚养子女，但子女单独随祖父母或者外祖父母共同生活多年，且祖父母或者外祖父母要求并且有能力帮助子女照顾孙子女或者外孙子女的，可以作为父或者母直接抚养子女的优先条件予以考虑。	**《子女抚养若干意见》第四条：** 父方与母方抚养子女的条件基本相同，双方均要求子女与其共同生活，但子女单独随祖父母或外祖父母共同生活多年，且祖父母或外祖父母要求并且有能力帮助子女照顾孙子女或外孙子女的，可作为子女随父或母生活的优先条件予以考虑。
解读： 无实质修订，仅按照《民法典》第一千零八十四条的表述作文字修改。	
第四十八条 在有利于保护子女利益的前提下，父母双方协议轮流直接抚养子女的，人民法院应予支持。	**《子女抚养若干意见》第六条：** 在有利于保护子女利益的前提下，父母双方协议轮流抚养子女的，可予准许。
解读： 无实质修订，但将"可予准许"改为"应予支持"，体现了在保护未成年利益的前提下对轮流抚养这一模式的支持。	

第四十九条 抚养费的数额，可以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，抚养费一般可以按其月总收入的百分之二十至三十的比例给付。负担两个以上子女抚养费的，比例可以适当提高，但一般不得超过月总收入的百分之五十。 无固定收入的，抚养费的数额可以依据当年总收入或者同行业平均收入，参照上述比例确定。 有特殊情况的，可以适当提高或者降低上述比例。	**《子女抚养若干意见》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。
解读： 无实质修订，但在表述上作统一处理。	

第五十条 抚养费应当定期给付，有条件的可以一次性给付。	**《子女抚养若干意见》第八条：** 抚育费应定期给付，有条件的可一次性给付。
解读： 无实质修订，仅作文字修改。	

第五十一条 父母一方无经济收入或者下落不明的，可以用其财物折抵抚养费。	**《子女抚养若干意见》第九条：**对一方无经济收入或者下落不明的，可用其财物折抵子女抚育费。
解读：无实质修订，仅作文字修改。	
第五十二条 父母双方可以协议由一方直接抚养子女并由直接抚养方负担子女全部抚养费。但是，直接抚养方的抚养能力明显不能保障子女所需费用，影响子女健康成长的，人民法院不予支持。	**《子女抚养若干意见》第十条：**父母双方可以协议子女随一方生活并由抚养方负担子女全部抚育费。但经查实，抚养方的抚养能力明显不能保障子女所需费用，影响子女健康成长的，不予准许。
解读：无实质修订，仅按照《民法典》第一千零八十五条的表述作文字修改。	

第五十三条 抚养费的给付期限，一般至子女十八周岁为止。十六周岁以上不满十八周岁，以其劳动收入为主要生活来源，并能维持当地一般生活水平的，父母可以停止给付抚养费。	**《子女抚养若干意见》第十一条：**抚育费的给付期限，一般至子女十八周岁为止。十六周岁以上不满十八周岁，以其劳动收入为主要生活来源，并能维持当地一般生活水平的，父母可停止给付抚育费。
解读：无实质修订，仅作文字修改。	

第五十四条 生父与继母离婚或者生母与继父离婚时，对曾受其抚养教育的继子女，继父或者继母不同意继续抚养的，仍应由生父或者生母抚养。	**《子女抚养若干意见》第十三条：**生父与继母或生母与继父离婚时，对曾受其抚养教育的继子女，继父或继母不同意继续抚养的，仍应由生父母抚养。
解读：无变化。	
第五十五条 离婚后，父母一方要求变更子女抚养关系的，或者子女要求增加抚养费的，应当另行提起诉讼。	**《子女抚养若干意见》第十五条：**离婚后，一方要求变更子女抚养关系的，或者子女要求增加抚育费的，应另行起诉。
解读：无实质修订，仅作文字修改。	

第五十六条 具有下列情形之一，父母一方要求变更子女抚养关系的，人民法院应予支持： （一）与子女共同生活的一方因患严重疾病或者因伤残无力继续抚养子女； （二）与子女共同生活的一方不尽抚养义务或有虐待子女行为，或者其与子女共同生活对子女身心健康确有不利影响； （三）已满八周岁的子女，愿随另一方生活，该方又有抚养能力； （四）有其他正当理由需要变更。	**《子女抚养若干意见》第十六条：** 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。
解读： 第三项将"十周岁"修改为"八周岁"，系根据《民法典》第一千零八十四条规定，确定八周岁以上的未成年子女应听取其个人意愿。	

第五十七条 父母双方协议变更子女抚养关系的，人民法院应予支持。	**《子女抚养若干意见》第十七条：** 父母双方协议变更子女抚养关系的，应予准许。
解读： 无实质修订。	
第五十八条 具有下列情形之一，子女要求有负担能力的父或者母增加抚养费的，人民法院应予支持： （一）原定抚养费数额不足以维持当地实际生活水平； （二）因子女患病、上学，实际需要已超过原定数额； （三）有其他正当理由应当增加。	**《子女抚养若干意见》第十八条：** 子女要求增加抚育费有下列情形之一，父或母有给付能力的，应予支持。 (1)原定抚育费数额不足以维持当地实际生活水平的； (2)因子女患病、上学，实际需要已超过原定数额的； (3)有其他正当理由应当增加的。
解读： 无实质修订。	

第五十九条 父母不得因子女变更姓氏而拒付子女抚养费。父或者母擅自将子女姓氏改为继母或继父姓氏而引起纠纷的，应当责令恢复原姓氏。	**《子女抚养若干意见》第十九条：** 父母不得因子女变更姓氏而拒付子女抚育费。父或母~~一方~~擅自将子女姓氏改为继母或继父姓氏而引起纠纷的，应责令恢复原姓氏。
解读： 无实质修订，仅作文字调整。	
第六十条 在离婚诉讼期间，双方均拒绝抚养子女的，可以先行裁定暂由一方抚养。	**《子女抚养若干意见》第二十条：** 在离婚诉讼期间，双方均拒绝抚养子女的，可先行裁定暂由一方抚养。
解读： 无变化。	

第六十一条 对拒不履行或者妨害他人履行生效判决、裁定、调解书中有关子女抚养义务的当事人或者其他人，人民法院可依照民事诉讼法第一百一十一条的规定采取强制措施。	**《子女抚养若干意见》第二十一条：** 对拒不履行或妨害他人履行生效判决、裁定、调解中有关子女抚养义务的当事人或者其他人，人民法院可依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百零二条的规定采取强制措施。
解读： 无实质修订，仅作指向条文调整。	

第六十二条 无民事行为能力人的配偶有《民法典》第三十六条第一款规定行为，其他有监护资格的人可以要求撤销其监护资格，并依法指定新的监护人；变更后的监护人代理无民事行为能力一方提起离婚诉讼的，人民法院应予受理。	**《婚姻法司法解释三》第八条：** 无民事行为能力人的配偶有虐待、遗弃等严重损害无民事行为能力一方的人身权利或者财产权益行为，其他有监护资格的人可以~~依照特别程序~~要求变更监护关系；变更后的监护人代理无民事行为能力一方提起离婚诉讼的，人民法院应予受理。
解读： 《民法典》第三十六条第一款规定了撤销监护资格的情形，故本条解释在表述上作了调整，指引至《民法典》第三十六条第一款。原民通意见第二十条规定，变更监护关系的，按照特别程序审理。但民事诉讼法第一百七十七条规定的适用特别程序审理的案件并不包括此类案件，故删除了“依照特别程序”的规定。	

第六十三条 人民法院审理离婚案件，符合《民法典》第一千零七十九条第三款规定"应当准予离婚"情形的，不应当因当事人有过错而判决不准离婚。	**《婚姻法司法解释一》第二十二条：** 人民法院审理离婚案件，符合第三十二条第二款规定"应准予离婚"情形的，不应当因当事人有过错而判决不准离婚。
解读： 无实质修订，因婚姻法第三十二条第二款规定已经被《民法典》第一千零七十九条第三款吸收，故作文字修改。	
第六十四条 《民法典》第一千零八十一条所称的"军人一方有重大过错"，可以依据《民法典》第一千零七十九条第三款前三项规定及军人有其他重大过错导致夫妻感情破裂的情形予以判断。	**《婚姻法司法解释一》第二十三条：** 婚姻法第三十三条所称的"军人一方有重大过错"，可以依据婚姻法第三十二条第二款前三项规定及军人有其他重大过错导致夫妻感情破裂的情形予以判断。
解读： 无实质修订，仅作文字调整。	

第六十五条 人民法院作出的生效的离婚判决中未涉及探望权，当事人就探望权问题单独提起诉讼的，人民法院应予受理。	**《婚姻法司法解释一》第二十四条：** 人民法院作出的生效的离婚判决中未涉及探望权，当事人就探望权问题单独提起诉讼的，人民法院应予受理。
解读： 无变化。值得一提的是，在最高院关于婚姻法相关司法解释的清理意见（征求意见稿）中，曾提出增加祖父母"隔代探望权"的规定，但最终没有增加。法律未规定不代表对隔代探望的一概否定。在八民纪要第三条规定，祖父母、外祖父母对父母已经死亡或父母无力抚养的未成年孙子女、外孙子女尽了抚养义务，其定期探望孙子女、外孙子女的权利应当得到尊重，并有权通过诉讼方式获得司法保护。当然八民纪要中，祖父母有权申请司法对其探望孙子女的权利予以保护尚需要一定前提。所以，目前在法律与司法解释没有明确规定的前提下，对待祖父母、外祖父母探望孙子女、外孙子女的意愿，宜个案处理。毕竟探望事宜并不仅仅是成人权利和感情的衡量，也涉及未成年人利益的保护，一刀切地准予或不准予祖父母、外祖父母探望难以实现对未成年人的保护。	

第六十六条 当事人在履行生效判决、裁定或者调解书的过程中，一方请求中止探望的，人民法院在征询双方当事人意见后，认为需要中止探望的，依法作出裁定；中止探望的情形消失后，人民法院应当根据当事人的请求书面通知其恢复探望。	**《婚姻法司法解释一》第二十五条：**当事人在履行生效判决、裁定或者调解书的过程中，请求中止行使探望权的，人民法院在征询双方当事人意见后，认为需要中止行使探望权的，依法作出裁定。中止探望的情形消失后，人民法院应当根据当事人的申请通知其恢复探望权的行使。
解读：无实质修订，在表述上将"行使探望权"简化为"探望"，将"申请"改为"请求"，并明确恢复探望需要"书面通知"。需要注意，文字上的修订能传达一些观念导向。《婚姻家庭编司法解释一》尽可能避免使用"探望权"，而更多地使用"探望"，特别是涉及探望的实际执行。这可能并不仅仅是表述的简化。尽管《民法典》规定父母有探望子女的权利，但对子女而言也不仅仅只有被探望的义务。如果实际的探望只考虑父母的权利，子女利益可能被忽视，因此，法律用语上尽可能避免这种观念不失为一种进步。	

第六十七条 未成年子女、直接抚养子女的父或者母以及其他对未成年子女负担抚养、教育、保护义务的法定监护人，有权向人民法院提出中止探望的请求。	**《婚姻法司法解释一》第二十六条：**未成年子女、直接抚养子女的父或母及其他对未成年子女负担抚养、教育义务的法定监护人，有权向人民法院提出中止探望权的请求。
解读：无实质修订，根据《民法典》第一千零五十八条，将"抚养、教育义务"增加为"抚养、教育、保护义务"，并根据《民法典》第一千零八十六条，将"中止探望权"修改为"中止探望"。	

第六十八条 对于拒不协助另一方行使探望权的有关个人或者组织，可以由人民法院依法采取拘留、罚款等强制措施，但是不能对子女的人身、探望行为进行强制执行。	**《婚姻法司法解释一》第三十二条：**~~婚姻法第四十八条关于对拒不执行有关探望子女等判决和裁定的，由人民法院依法强制执行的规定，是指~~对拒不~~履行~~协助另一方行使探望权的有关个人和单位采取拘留、罚款等强制措施，不能对子女的人身、探望行为进行强制执行。
解读：无实质修订。由于婚姻法第四十八条已经删除，故本条表述上未作条文指向，将"单位"改为"组织"，与《民法典》表述保持统一。	

第六十九条 当事人达成的以协议离婚或者到人民法院调解离婚为条件的财产以及债务处理协议，如果双方离婚未成，一方在离婚诉讼中反悔的，人民法院应当认定该财产以及债务处理协议没有生效，并根据实际情况依照《民法典》第一千零八十七条和第一千零八十九条的规定判决。 当事人依照《民法典》第一千零七十六条签订的离婚协议中关于财产以及债务处理的条款，对男女双方具有法律约束力。登记离婚后当事人因履行上述协议发生纠纷提起诉讼的，人民法院应当受理。	**《婚姻法司法解释三》** **第十四条：** 当事人达成的以登记离婚或者到人民法院协议离婚为条件的财产分割协议，如果双方~~协议~~离婚未成，一方在离婚诉讼中反悔的，人民法院应当认定该财产分割协议没有生效，并根据实际情况依法对夫妻共同财产进行分割。 **《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。
解读： 无实质修订，整合了《婚姻法司法解释三》第十四条和《婚姻法司法解释二》第八条的规定，并作文字修改：根据《民法典》第一千零七十六条将"登记离婚"改为"协议离婚"，将"法院协议离婚"改为"调解离婚"，将"财产分割协议"改为"财产以及债务处理协议"，并在第二款对《民法典》第一千零七十六条作了指向性表述；对履行协议发生纠纷提起诉讼的情形，增加了"登记离婚后"的条件。	

第七十条 夫妻双方协议离婚后就财产分割问题反悔，请求撤销财产分割协议的，人民法院应当受理。 人民法院审理后，未发现订立财产分割协议时存在欺诈、胁迫等情形的，应当依法驳回当事人的诉讼请求。	**《婚姻法司法解释二》** **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。
解读： 删除了"协议离婚后一年"的期间限制，并删除了"变更或者"。根据《民法典》第一百五十二条的规定，《婚姻法司法解释二》第九条中"协议离婚后一年"的规定缺乏法律依据，故予以删除；根据《民法典》第一百四十八和一百五十条的规定，欺诈、胁迫为可撤销民事法律行为，故删除了"变更"的规定。	

第七十一条 人民法院审理离婚案件，涉及分割发放到军人名下的复员费、自主择业费等一次性费用的，以夫妻婚姻关系存续年限乘以年平均值，所得数额为夫妻共同财产。 前款所称年平均值，是指将发放到军人名下的上述费用总额按具体年限均分得出的数额。其具体年限为人均寿命七十岁与军人入伍时实际年龄的差额。	**《婚姻法司法解释二》第十四条：** 人民法院审理离婚案件，涉及分割发放到军人名下的复员费、自主择业费等一次性费用的，以夫妻婚姻关系存续年限乘以年平均值，所得数额为夫妻共同财产。 前款所称年平均值，是指将发放到军人名下的上述费用总额按具体年限均分得出的数额。其具体年限为人均寿命七十岁与军人入伍时实际年龄的差额。
解读： 无变化。	

第七十二条 夫妻双方分割共同财产中的股票、债券、投资基金份额等有价证券以及未上市股份有限公司股份时，协商不成或者按市价分配有困难的，人民法院可以根据数量按比例分配。	《婚姻法司法解释二》第十五条：夫妻双方分割共同财产中的股票、债券、投资基金份额等有价证券以及未上市股份有限公司股份时，协商不成或者按市价分配有困难的，人民法院可以根据数量按比例分配。
解读： 无变化。	

第七十三条 人民法院审理离婚案件，涉及分割夫妻共同财产中以一方名义在有限责任公司的出资额，另一方不是该公司股东的，按以下情形分别处理： （一）夫妻双方协商一致将出资额部分或者全部转让给该股东的配偶，其他股东过半数同意，并且其他股东均明确表示放弃优先购买权的，该股东的配偶可以成为该公司股东； （二）夫妻双方就出资额转让份额和转让价格等事项协商一致后，其他股东半数以上不同意转让，但愿意以同等条件购买该出资额的，人民法院可以对转让出资所得财产进行分割。其他股东半数以上不同意转让，也不愿意以同等条件购买该出资额的，视为其同意转让，该股东的配偶可以成为该公司股东。 用于证明前款规定的股东同意的证据，可以是股东会议材料，也可以是当事人通过其他合法途径取得的股东的书面声明材料。	**《婚姻法司法解释二》第十六条：** 人民法院审理离婚案件，涉及分割夫妻共同财产中以一方名义在有限责任公司的出资额，另一方不是该公司股东的，按以下情形分别处理： (一)夫妻双方协商一致将出资额部分或者全部转让给该股东的配偶，过半数股东同意、其他股东明确表示放弃优先购买权的，该股东的配偶可以成为该公司股东； (二)夫妻双方就出资额转让份额和转让价格等事项协商一致后，过半数股东不同意转让，但愿意以同等价格购买该出资额的，人民法院可以对转让出资所得财产进行分割。过半数股东不同意转让，也不愿意以同等价格购买该出资额的，视为其同意转让，该股东的配偶可以成为该公司股东。 用于证明前款规定的~~过半数~~股东同意的证据，可以是股东会决议，也可以是当事人通过其他合法途径取得的股东的书面声明材料。

解读：无实质修订，仅作个别文字修改，与公司法第七十一条的表述保持一致。	

| **第七十四条** 人民法院审理离婚案件，涉及分割夫妻共同财产中以一方名义在合伙企业中的出资,另一方不是该企业合伙人的，当夫妻双方协商一致，将其合伙企业中的财产份额全部或者部分转让给对方时，按以下情形分别处理：
（一）其他合伙人一致同意的，该配偶依法取得合伙人地位；
（二）其他合伙人不同意转让，在同等条件下行使优先购买权的，可以对转让所得的财产进行分割；
（三）其他合伙人不同意转让，也不行使优先购买权，但同意该合伙人退伙或者削减部分财产份额的，可以对结算后的财产进行分割；
（四）其他合伙人既不同意转让，也不行使优先购买权，又不同意该合伙人退伙或者削减部分财产份额的，视为全体合伙人同意转让，该配偶依法取得合伙人地位。 | **《婚姻法司法解释二》第十七条：**人民法院审理离婚案件，涉及分割夫妻共同财产中以一方名义在合伙企业中的出资，另一方不是该企业合伙人的，当夫妻双方协商一致，将其合伙企业中的财产份额全部或者部分转让给对方时，按以下情形分别处理：
(一)其他合伙人一致同意的，该配偶依法取得合伙人地位；
(二)其他合伙人不同意转让，在同等条件下行使优先受让权的，可以对转让所得的财产进行分割；
(三)其他合伙人不同意转让，也不行使优先受让权，但同意该合伙人退伙或者退还部分财产份额的，可以对退还的财产进行分割；
(四)其他合伙人既不同意转让，也不行使优先受让权，又不同意该合伙人退伙或者退还部分财产份额的，视为全体合伙人同意转让，该配偶依法取得合伙人地位。 |
| **解读：**无实质修订，仅作个别文字调整，将"优先受让权"改为"优先购买权"，将"退还"改为"削减"。 | |

| **第七十五条** 夫妻以一方名义投资设立个人独资企业的，人民法院分割夫妻在该个人独资企业中的共同财产时，应当按照以下情形分别处理：
（一）一方主张经营该企业的，对企业资产进行评估后，由取得企业资产所有权一方给予另一方相应的补偿；
（二）双方均主张经营该企业的，在双方竞价基础上，由取得企业资产所有权的一方给予另一方相应的补偿；
（三）双方均不愿意经营该企业的，按照《中华人民共和国个人独资企业法》等有关规定办理。 | **《婚姻法司法解释二》第十八条：**夫妻以一方名义投资设立独资企业的，人民法院分割夫妻在该独资企业中的共同财产时，应当按照以下情形分别处理：
(一)一方主张经营该企业的，对企业资产进行评估后，由取得企业一方给予另一方相应的补偿；
(二)双方均主张经营该企业的，在双方竞价基础上，由取得企业的一方给予另一方相应的补偿；
(三)双方均不愿意经营该企业的，按照《中华人民共和国个人独资企业法》等有关规定办理。 |
| **解读：**无实质修订，仅作个别文字调整，将"独资企业"改为"个人独资企业"，将"取得企业"改为"取得企业资产所有权"。 | |

第七十六条 双方对夫妻共同财产中的房屋价值及归属无法达成协议时，人民法院按以下情形分别处理： （一）双方均主张房屋所有权并且同意竞价取得的，应当准许； （二）一方主张房屋所有权的，由评估机构按市场价格对房屋作出评估，取得房屋所有权的一方应当给予另一方相应的补偿； （三）双方均不主张房屋所有权的，根据当事人的申请拍卖、变卖房屋，就所得价款进行分割。	**《婚姻法司法解释二》第二十条：** 双方对夫妻共同财产中的房屋价值及归属无法达成协议时，人民法院按以下情形分别处理： (一)双方均主张房屋所有权并且同意竞价取得的，应当准许； (二)一方主张房屋所有权的，由评估机构按市场价格对房屋作出评估，取得房屋所有权的一方应当给予另一方相应的补偿； (三)双方均不主张房屋所有权的，根据当事人的申请拍卖房屋，就所得价款进行分割。
解读： 无实质修订，在第三项增加了“变卖”。	

第七十七条 离婚时双方对尚未取得所有权或者尚未取得完全所有权的房屋有争议且协商不成的，人民法院不宜判决房屋所有权的归属，应当根据实际情况判决由当事人使用。 当事人就前款规定的房屋取得完全所有权后，有争议的，可以另行向人民法院提起诉讼。	**《婚姻法司法解释二》第二十一条：** 离婚时双方对尚未取得所有权或者尚未取得完全所有权的房屋有争议且协商不成的，人民法院不宜判决房屋所有权的归属，应当根据实际情况判决由当事人使用。 当事人就前款规定的房屋取得完全所有权后，有争议的，可以另行向人民法院提起诉讼。
解读： 无变化。	

第七十八条 夫妻一方婚前签订不动产买卖合同，以个人财产支付首付款并在银行贷款，婚后用夫妻共同财产还贷，不动产登记于首付款支付方名下的，离婚时该不动产由双方协议处理。 依前款规定不能达成协议的，人民法院可以判决该不动产归登记一方，尚未归还的贷款为不动产登记一方的个人债务。双方婚后共同还贷支付的款项及其相对应财产增值部分，离婚时应根据《民法典》第一千零八十七条第一款规定的原则，由不动产登记一方对另一方进行补偿。	**《婚姻法司法解释三》第十条：** 夫妻一方婚前签订不动产买卖合同，以个人财产支付首付款并在银行贷款，婚后用夫妻共同财产还贷，不动产登记于首付款支付方名下的，离婚时该不动产由双方协议处理。 依前款规定不能达成协议的，人民法院可以判决该不动产归~~产权~~登记一方，尚未归还的贷款为产权登记一方的个人债务。双方婚后共同还贷支付的款项及其相对应财产增值部分，离婚时应根据婚姻法第三十九条第一款规定的原则，由产权登记一方对另一方进行补偿。
解读： 无实质修订，仅作指向条文调整。	

第七十九条 婚姻关系存续期间，双方用夫妻共同财产出资购买以一方父母名义参加房改的房屋，登记在一方父母名下，离婚时另一方主张按照夫妻共同财产对该房屋进行分割的，人民法院不予支持。购买该房屋时的出资，可以作为债权处理。	**《婚姻法司法解释三》第十二条：** 婚姻关系存续期间，双方用夫妻共同财产出资购买以一方父母名义参加房改的房屋，产权登记在一方父母名下，离婚时另一方主张按照夫妻共同财产对该房屋进行分割的，人民法院不予支持。购买该房屋时的出资，可以作为债权处理。
解读： 无变化。	

第八十条 离婚时夫妻一方尚未退休、不符合领取基本养老金条件，另一方请求按照夫妻共同财产分割基本养老金的，人民法院不予支持；婚后以夫妻共同财产缴纳基本养老保险费，离婚时一方主张将养老金账户中婚姻关系存续期间个人实际缴纳部分及利息作为夫妻共同财产分割的，人民法院应予支持。	**《婚姻法司法解释三》第十三条：** 离婚时夫妻一方尚未退休、不符合领取养老保险金条件，另一方请求按照夫妻共同财产分割养老保险金的，人民法院不予支持；婚后以夫妻共同财产缴付养老保险费，离婚时一方主张将养老金账户中婚姻关系存续期间个人实际缴付部分作为夫妻共同财产分割的，人民法院应予支持。
解读： 无实质修订。第一，按照本解释第二十五条的表述，将"养老保险金"改为"基本养老金"；第二，在后半句增加"利息"作为夫妻共同财产进行分割，符合通行做法。	

第八十一条 婚姻关系存续期间，夫妻一方作为继承人依法可以继承的遗产，在继承人之间尚未实际分割，起诉离婚时另一方请求分割的，人民法院应当告知当事人在继承人之间实际分割遗产后另行起诉。	**《婚姻法司法解释三》第十五条：** 婚姻关系存续期间，夫妻一方作为继承人依法可以继承的遗产，在继承人之间尚未实际分割，起诉离婚时另一方请求分割的，人民法院应当告知当事人在继承人之间实际分割遗产后另行起诉。
解读： 无变化。	
第八十二条 夫妻之间订立借款协议，以夫妻共同财产出借给一方从事个人经营活动或者用于其他个人事务的，应视为双方约定处分夫妻共同财产的行为，离婚时可以按照借款协议的约定处理。	**《婚姻法司法解释三》第十六条：** 夫妻之间订立借款协议，以夫妻共同财产出借给一方从事个人经营活动或用于其他个人事务的，应视为双方约定处分夫妻共同财产的行为，离婚时可按照借款协议的约定处理。
解读： 无变化。	

第八十三条 离婚后，一方以尚有夫妻共同财产未处理为由向人民法院起诉请求分割的，经审查该财产确属离婚时未涉及的夫妻共同财产，人民法院应当依法予以分割。	**《婚姻法司法解释三》第十八条：** 离婚后，一方以尚有夫妻共同财产未处理为由向人民法院起诉请求分割的，经审查该财产确属离婚时未涉及的夫妻共同财产，人民法院应当依法予以分割。
解读： 无变化。	
第八十四条 当事人依据《民法典》第一千零九十二条的规定向人民法院提起诉讼，请求再次分割夫妻共同财产的诉讼时效期间为三年，从当事人发现之日起计算。	**《婚姻法司法解释一》第三十一条：** 当事人依据婚姻法第四十七条的规定向人民法院提起诉讼，请求再次分割夫妻共同财产的诉讼时效为两年，从当事人发现之次日起计算。
解读： 将"婚姻法第四十七条"改为"《民法典》第一千零九十二条"，并根据《民法典》第一百八十八条的规定，将诉讼时效改为三年，并且是从发现之日起算，并非从次日起算。	

第八十五条 夫妻一方申请对配偶的个人财产或者夫妻共同财产采取保全措施的，人民法院可以在采取保全措施可能造成损失的范围内，根据实际情况，确定合理的财产担保数额。	**《婚姻法司法解释二》第二十八条：** 夫妻一方申请对配偶的个人财产或者夫妻共同财产采取保全措施的，人民法院可以在采取保全措施可能造成损失的范围内，根据实际情况，确定合理的财产担保数额。
解读： 无变化。	

第八十六条 《民法典》第一千零九十一条规定的"损害赔偿"，包括物质损害赔偿和精神损害赔偿。涉及精神损害赔偿的，适用《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》的有关规定。	《婚姻法司法解释一》第二十八条：婚姻法第四十六条规定的"损害赔偿"，包括物质损害赔偿和精神损害赔偿。涉及精神损害赔偿的，适用最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》的有关规定。
解读： 无实质修订，仅作指向条文调整。	

第八十七条 承担《民法典》第一千零九十一条规定的损害赔偿责任的主体，为离婚诉讼当事人中无过错方的配偶。 人民法院判决不准离婚的案件，对于当事人基于《民法典》第一千零九十一条提出的损害赔偿请求，不予支持。 在婚姻关系存续期间，当事人不起诉离婚而单独依据《民法典》第一千零九十一条提起损害赔偿请求的，人民法院不予受理。	**《婚姻法司法解释一》第二十九条：** 承担婚姻法第四十六条规定的损害赔偿责任的主体，为离婚诉讼当事人中无过错方的配偶。 人民法院判决不准离婚的案件，对于当事人基于婚姻法第四十六条提出的损害赔偿请求，不予支持。 在婚姻关系存续期间，当事人不起诉离婚而单独依据该条规定提起损害赔偿请求的，人民法院不予受理。
解读： 无实质修订，仅作指向条文调整。	

第八十八条 人民法院受理离婚案件时，应当将《民法典》第一千零九十一条等规定中当事人的有关权利义务，书面告知当事人。在适用《民法典》第一千零九十一条时，应当区分以下不同情况： （一）符合《民法典》第一千零九十一条规定的无过错方作为原告基于该条规定向人民法院提起损害赔偿请求的，必须在离婚诉讼的同时提出。 （二）符合《民法典》第一千零九十一条规定的无过错方作为被告的离婚诉讼案件，如果被告不同意离婚也不基于该条规定提起损害赔偿请求的，可以就此单独提起诉讼。 （三）无过错方作为被告的离婚诉讼案件，一审时被告未基于《民法典》第一千零九十一条规定提出损害赔偿请求，二审期间提出的，人民法院应当进行调解；调解不成的，告知当事人另行起诉。双方当事人同意由第二审人民法院一并审理的，第二审人民法院可以一并裁判。	**《婚姻法司法解释一》** **第三十条：** 人民法院受理离婚案件时，应当将婚姻法第四十六条等规定中当事人的有关权利义务，书面告知当事人。在适用婚姻法第四十六条时，应当区分以下不同情况： (一)符合婚姻法第四十六条规定的无过错方作为原告基于该条规定向人民法院提起损害赔偿请求的，必须在离婚诉讼的同时提出。 (二)符合婚姻法第四十六条规定的无过错方作为被告的离婚诉讼案件，如果被告不同意离婚也不基于该条规定提起损害赔偿请求的，可以~~在离婚后一年内~~就此单独提起诉讼。 (三)无过错方作为被告的离婚诉讼案件，一审时被告未基于婚姻法第四十六条规定提出损害赔偿请求，二审期间提出的，人民法院应当进行调解，调解不成的，告知当事人~~在离婚后一年内~~另行起诉。
解读： 删除“离婚后一年内”，无过错方作为被告的离婚诉讼案件，若被告不同意离婚也不提出损害赔偿请求，其另行起诉不受一年的时效限制，但仍适用《民法典》普通诉讼时效的规定。新增“双方当事人同意由第二审人民法院一并审理的，第二审人民法院可以一并裁判”，与民诉法解释第三百二十八条统一。	
第八十九条 当事人在婚姻登记机关办理离婚登记手续后，以《民法典》第一千零九十一条规定为由向人民法院提出损害赔偿请求的，人民法院应当受理。但当事人在协议离婚时已经明确表示放弃该项请求的，人民法院不予支持。	**《婚姻法司法解释二》** **第二十七条：** 当事人在婚姻登记机关办理离婚登记手续后，以婚姻法第四十六条规定为由向人民法院提出损害赔偿请求的，人民法院应当受理。但当事人在协议离婚时已经明确表示放弃该项请求，~~或者在办理离婚登记手续一年后提出的，~~不予支持。
解读： 删除了“或者在办理离婚登记手续一年后提出的”。	
第九十条 夫妻双方均有《民法典》第一千零九十一条规定的过错情形，一方或者双方向对方提出离婚损害赔偿请求的，人民法院不予支持。	**《婚姻法司法解释三》** **第十七条：** 夫妻双方均有婚姻法第四十六条规定的过错情形，一方或者双方向对方提出离婚损害赔偿请求的，人民法院不予支持。
解读： 无实质修订，仅作指向条文调整。	
第九十一条 本解释自2021年1月1日起施行。	

父母给婚后子女转款购房，是赠与还是借款？

2021-07-11 山东高法
https://mp.weixin.qq.com/s/r45z5sR0ZUeuTLYMjh6ifg

父母给婚后子女转款买房到底属于赠与还是借款？

在实践中，一种观点认为子女婚后买房时父母出资，除书面明确表示赠与外，应视为以帮助为目的的临时性资金出借，子女负有偿还义务。（【(2019)京民申 2635 号】、【(2017)川民申 4120 号】）

另一种观点认为夫妻关系存续期间，对于父母为子女出资购买房屋所给付的首付款的性质，一方主张系夫妻共同借款，一方主张系父母对于自己一方的赠与，在双方均未提供充分有效证据时，应依据《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)》[以下简称《婚姻法解释(二)》]第二十二条第二款之规定，将该出资认定为父母对夫妻双方的赠与。（【(2015)京一中民再终字第 07430 号】）

但是，在《民法典》施行之后，对于此类案件的判决倾向，有了清晰的认识。

在《关于适用民法典婚姻家庭编的解释(一)》若干重点问题的理解与适用(本文刊登于《人民司法》2021 年第 13 期，作者：郑学林 刘敏 王丹，作者单位：最高人民法院)一文指出：

在理解时需要注意以下问题：

1. 严格遵守法律的规定

根据民法典第一千零六十二条第一款第(四)项和第一千零六十三条第(三)项规定，夫妻在婚姻关系存续期间继承或受赠的财产原则上为夫妻共同所有，除非遗嘱或者赠与合同中确定财产只归一方。也即，在我国法定夫妻财产制为婚后所得共同制的前提下，夫妻一方婚后所得的财产原则上均为夫妻共同所有，除非赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产。因此，总体上，婚姻法解释二第 22 条第 2 款是符合立法精神的。但考虑到实践中的情形非常复杂，有借款的情形，也有赠与的情形;有只赠与一方的，也有愿意赠与双方的，如果当事人愿意通过事先协议的方式明确出资性质以及房屋产权归属，则能够最大限度减少纠纷的发生。为此，我们对婚姻法解释二第 22 条第 2 款进行了重新表述。**首先规定当事人结婚后，父母为双方购置房屋出资的，依照约定处理;对于没有约定或者约定不明的，严格按照法律规定的精神，直接转引至民法典第一千零六十二条第一款第(四)项的规定，即如果没有明确表示是赠与一方的，则按照夫妻共同财产处理。**

2. 要明确法律关系的性质

实践中，对父母为子女购房出资的性质是借贷还是赠与，各方可能存在争议，在此情况下，应当将法律关系的性质作为争议焦点进行审理，根据查明的案件事实，准确认定双方的法律关系是借款还是赠与，**不能仅依据《解释(一)》第 29 条当然地认为是赠与法律关系。**要特别强调的是，在相关证据的认定和采信上，注意适用《关于适用民事诉讼法的解释》第 105 条的规定，**运用逻辑推理和日常生活经验法则，对证据有无证明力和证明力大小进行判断，从而准确认定法律关系的性质。**从中国现实国情看，子女刚参加工作缺乏经济能力，无力独自负担买房费用，而父母基于对子女的亲情，往往自愿出资为子女购置房屋。**大多数父母出资的目的是要解决或改善子女的居住条件，希望让子女生活更加幸福，而不是日后要回这笔出资，因此，在父母一方主张为借款的**

情况下，应当由父母来承担证明责任，这也与一般人的日常生活经验感知一致。

看一则最新案例：裁判观点：

《最高人民法院关于适用若干问题的解释(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。"第二十九条第二款规定："本解释施行后，人民法院新受理的一审婚姻家庭纠纷案件，适用本解释。"《最高人民法院关于适用若干问题的解释(三)》第七条第一款规定："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。"依据上述司法解释的规定可知：本案纠纷属于婚姻家庭纠纷案件，应当适用婚姻法司法解释的相关规定审理；**张全恩、王妙林向史晓丽转账 338 万元用于购买美立方房屋的出资，应当认定为对夫妻双方的赠与，除非父母有证据证明该出资系借贷。**

王妙林等与张瑞等民间借贷纠纷二审民事判决书

北京市第一中级人民法院
民事判决书
(2021)京 01 民终 941 号

上诉人(原审原告)：张全恩，男，1957 年 6 月 18 日出生，汉族，无业，住山西省代县。上诉人(原审原告)：王妙林，女，1961 年 8 月 12 日出生，汉族，无业，住山西省代县。委托诉讼代理人：李玲玉，北京银雷律师事务所律师。委托诉讼代理人：朱屯粟，北京银雷律师事务所实习律师。被上诉人(原审被告)：史晓丽，女，1985 年 12 月 21 日出生，汉族，北京市园林绿化局后勤服务中心员工，住北京市昌平区。委托诉讼代理人：王娇艳，北京市营建律师事务所律师。委托诉讼代理人：郭惟亭，北京市营建律师事务所实习律师。被上诉人(原审被告)：张瑞，男，1982 年 9 月 4 日出生，汉族，北京科税配电自动化股份有限公司员工，现住北京市顺义区。上诉人张全恩、王妙林因与被上诉人史晓丽、张瑞民间借贷纠纷一案，不服北京市昌平区人民法院(2019)京 0114 民初 17127 号民事判决，向本院提起上诉。本院于 2021 年 1 月 18 日立案后，依法组成合议庭进行了审理。本案现已审理终结。张全恩、王妙林上诉请求：1. 撤销一审判决；2. 改判张瑞、史晓丽返还张全恩、王妙林借款本金 338 万元并支付相应利息(自 2013 年 12 月 24 日起，按照年利率 6%的标准支付至上述借款实际偿还之日止)；3. 一、二审诉讼费由张瑞、史晓丽负担。事实和理由：1. 在张全恩、王妙林提交的微信聊天记录中及一审的庭审中，张瑞、史晓丽均承认并愿意卖房还债。认可张全恩、王妙林有外债需要卖房还债的事实，该事实系认可买房资金来源自外债，已构成自认。张瑞还出具借据，对上述借款的事实予以承认。涉案房屋为借款所购，史晓丽、张瑞对此知情，并且涉案房屋也一直由史晓丽、张瑞占有、使用、收益。因此该债务是用于家庭生活和经营所形成的债务，属于夫妻共同债务。基于夫妻共同债务而形成的欠款，另外一方有偿还的义务。所以，该借条对张瑞和史晓丽均有效力。该自认系对购房资金系外部借款的自认，既然购房资金来自于借款，在道义上说，史晓丽、张瑞均有还款义务。2. 一审适用法律错误。排除适用婚姻法的司法解释卖房还债，系对适用婚姻法的司法解释的排除，双方认可本案纠纷的本质是借贷问题的处理，并非是对张瑞、史晓丽婚姻关系的处理。张瑞、史晓丽之间并不需要离婚，二人有义务及责任参与处理对案外人借款的偿还。本案纠纷的核心是借贷的处理，并非是婚姻关系的处理。张全恩、王妙林主张民间借贷在先，史晓丽离婚诉讼在后，排除张瑞蓄意转移夫妻共同财产，补签借条的可能性。且离婚是在张瑞不知情下，史晓丽直接起诉离婚的。本诉发生在离婚诉讼之后，因此并不存在史晓丽所称的，张瑞、张全恩、王妙林集体蓄谋离婚，意图通过转移财产达到离婚多分财产的目的。本案借贷的事实清晰，不需要推定汇款的法律属性。张

全恩、王妙林已提供主要证据借条，本案在汇款上，事前及事后，已经有共识或自认，故此不需要在本案中去推定双方的真实意思表示。3.根据最高人民法院(2017)最高法民申 4942 号民事裁定书中的观点，子女认为父母的汇款系赠与，应提供充分证据佐证，否则应认定为借款。史晓丽辩称，同意一审判决，不同意张全恩、王妙林的上诉请求和事实理由。史晓丽从未对本案的民间借贷关系认可，张瑞是张全恩、王妙林之子，与史晓丽正处于离婚状态，其出具的借条史晓丽并不知情，且该借条是恶意串通不具有真实性。在张全恩、王妙林提交的微信聊天记录中的对话中可以看出，史晓丽所谓的卖房子还债解决的是张全恩、王妙林做生意的欠款，而不是买房，否则就不存在凑钱解决的说法，该微信记录是截选，上下对话不完整不能反映事情全貌，该证据不具有真实性。史晓丽与张全恩、王妙林之间并不存在借贷关系，对外举债并不成立，所以不存在还债的说法，其一审的证据不但不能证明其主张，反而说明其伪造证据。一审法院认定事实清楚，适用法律正确，虽然一审中张全恩、王妙林提供了证据，但是其所谓的外债证据完全是伪造，本案系婚姻存续期间购房的问题，应当适用《最高人民法院关于适用若干问题的解释(二)》，一审法院根据相关司法解释认定是赠与，系认定事实清楚，适用法律正确，请求维持一审判决。张瑞辩称，同意张全恩、王妙林的上诉请求，不同意史晓丽的答辩意见。其与史晓丽之间产生矛盾很大一部分是因为要归还借款产生的，对于父母的财产不应该无理由侵占，不存在史晓丽所说的转移财产。张全恩、王妙林向一审法院起诉请求：1. 史晓丽、张瑞偿还借款本金 338 万元并支付相应利息(自 2013 年 12 月 24 日起，按照年利率 6%的标准支付至上述借款实际偿还之日止)；2. 本案诉讼费用由史晓丽、张瑞承担。一审法院认定事实：张瑞系王妙林、张全恩之子。张瑞与史晓丽于 2013 年 3 月 29 日登记结婚。2013 年 12 月 17 日，王妙林向史晓丽账户汇入 93 万元；2013 年 12 月 23 日，张全恩向史晓丽账户汇入 245 万元。史晓丽认可收到上述两笔款项，亦认可上述款项系用于购买涉案房屋，但不认可系借款，主张系王妙林、张全恩赠与史晓丽、张瑞。2014 年 1 月 6 日，张瑞、史晓丽购买案外人朱琳、李微位于北京市朝阳区双营路 XX 的房屋一套，登记在张瑞和史晓丽名下，为共同共有。2018 年 2 月 18 日，张瑞分别出具借条载明：“2013 年 12 月 16 日借到张全恩人民币 2450000 元(贰佰肆拾伍万圆整)，用于购买朝阳美立方小区的房子”“2013 年 12 月 16 日借到王妙林人民币 930000 元(玖拾叁万圆整)，用于购买朝阳美立方小区的房子”。王妙林、张全恩及张瑞均认可借条载明的时间即借条形成的时间。张瑞称，出具借条前与史晓丽说过，史晓丽同意，但是当天没在家所以史晓丽没有签字；史晓丽不认可其知晓张瑞向王妙林、张全恩出具借条，称其一直不知道此事。一审法院认为，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。双方对于史晓丽收到王妙林、张全恩转账 338 万元无异议，但王妙林、张全恩主张系借款，史晓丽认为系赠与，故本案的争议焦点为争议款项究竟属于借款还是赠与。对此，一审法院认为，本案系婚姻存续期间，一方父母出资购房的资金性质判定问题。《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(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，在张瑞与史晓丽的婚姻存续期间，王妙林、张全恩向史晓丽账户转账 338 万元用于购买涉案房屋，涉案房屋登记在张瑞、史晓丽名下。在王妙林、张全恩未能举证证明涉案两笔款项系出借给张瑞、史晓丽的情况下，依据上述司法解释应将涉案款项认定为王妙林、张全恩对张瑞、史晓丽的赠与。故一审法院对于王妙林、张全恩的诉讼请求不予支持。综上，依据《最高人民法院关于适用若干问题的解释(二)》第二十二条第二款及《中华人民共和

国民事诉讼法》第六十四条，判决：驳回王妙林、张全恩的诉讼请求。本院二审期间，当事人围绕上诉请求依法提交了证据。张全恩、王妙林提供一份新证据，张全恩、王妙林的诊断证明和病例，证明张全恩、王妙林生活困难，并患有疾病，日常生活中会产生大量医疗费用，张瑞、史晓丽应尽快还款，以减少老人的生活压力。本院组织当事人进行了证据交换和质证，史晓丽发表质证意见，对该证据的真实性认可，但关联性、证明目的不认可，认为王妙林、张全恩的诊断结果全都属于老年性常见病，而并不是重特大疾病，不符合需要巨额费用的疾病，不能证明对方的证明目的。张瑞发表质证意见，对该证据的真实性、关联性、证明目的均认可。本院认为，鉴于各方当事人对上述证据的真实性均予以认可，本院对此不持异议，但上述证据与本案争议焦点并无关联，因此，本院对张全恩、王妙林提交的上述证据不予采信。二审中，本院依法补充查明以下事实：2010 年 12 月，王妙林、张全恩出资为张瑞购买位于昌平望都新地小区的房屋一套，登记在张瑞名下。2017 年年底，在与史晓丽沟通卖房还债事宜期间，张瑞将昌平房屋过户到史晓丽的名下。2018 年 1 月底，该房又过户回张瑞名下。2019 年 5 月份史晓丽提出离婚申请，张瑞搬出该房屋，现在史晓丽和孩子在该房屋内居住。目前，张全恩、王妙林居住于美立方小区的房屋中。本院对一审法院查明的其他事实予以确认。本院认为，本案争议焦点为案涉张全恩、王妙林向史晓丽账户转账资金的性质应为借贷还是赠与。《最高人民法院关于适用若干问题的解释(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。"第二十九条第二款规定："本解释施行后，人民法院新受理的一审婚姻家庭纠纷案件，适用本解释。"《最高人民法院关于适用若干问题的解释(三)》第七条第一款规定："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。"依据上述司法解释的规定可知：本案纠纷属于婚姻家庭纠纷案件，应当适用婚姻法司法解释的相关规定审理；张全恩、王妙林向史晓丽转账 338 万元用于购买美立方房屋的出资，应当认定为对夫妻双方的赠与，除非父母有证据证明该出资系借贷。庭审中，张全恩、王妙林主张史晓丽曾在微信聊天中有"给爸爸还债肯定是第一位的"的表示，且有张瑞书写的借条，上述证据可证明史晓丽认可该资金性质系借贷，双方就此达成合意。对此，本院认为，首先，"卖房还债"和"借钱买房"并非相同含义，即使 338 万元购房资金系张全恩、王妙林向他人借贷获得，亦不影响其可以作出将该资金赠与张瑞、史晓丽用于购买房屋的意思表示。史晓丽此后具有"卖房还债"的意思表示并不能等同于其认可曾向张全恩、王妙林"借钱买房"。其次，张瑞书写借条的时间为 2018 年 2 月 18 日，此时双方已因卖房事宜矛盾激化，结合张瑞系张全恩、王妙林之子的身份关系，故难以认定该借条系史晓丽真实意思表示。据此，张全恩、王妙林提举的现有证据不足以证明其事实主张，应承担不利后果。一审法院据此将涉案款项认定为王妙林、张全恩对张瑞、史晓丽的赠与，并无不当，本院予以认可。综上所述，张全恩、王妙林的上诉请求不能成立，应予驳回；一审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一项规定，判决如下：驳回上诉，维持原判。二审案件受理费 33840 元，由张全恩、王妙林负担。本判决为终审判决。

审 判长　李 利
审 判员　陈 实
审 判员　杨 力
二〇二一年四月十六日
法官助理　李晓桐
书 记员　李连漪

父母离婚孩子由谁抚养？聆听未成年人的声音！

2021-07-13 温州市中级人民法院

https://mp.weixin.qq.com/s/nXErcf_1yHPwDga7Sb9EKw

“我想和妈妈一起生活。”

面对未成年人权益代表人叶律师、丁律师的询问，小女孩犹豫了很久，说出了自己的内心想法。

在随后开展的该起变更抚养关系案件庭前调解过程中，未成年人权益代表人将前期调查梳理的孩子**意愿需求、学习生活现状、父母双方抚养条件等**情况提交给法庭。家事法官以调查结果为依据，动之以情、晓之以理，劝说父亲尊重孩子的意愿，以孩子健康成长为首要考虑因素。经过一个下午的调解，这个离婚后独自抚养女儿的父亲终于答应让孩子小学毕业后跟随母亲去外地学习生活，案件得以圆满解决。

这是未成年人权益代表人制度在永嘉法院家事案件中首次适用。为贯彻落实上级法院关于家事审判方式和工作机制改革部署要求，切实保障未成年子女合法权益，妥善化解家事矛盾纠纷，**永嘉法院联合永嘉关工委建立了未成年人权益代表人制度。**

在法院审理的家事纠纷中，如发现符合“父母遗弃、虐待未成年子女”“父母双方均放弃子女抚养权，也无法落实子女抚养费”等不利于未成年子女成长的情形，由永嘉关工委选派符合一定条件的人员，作为未成年人权益代表人参与案件调查、调解和庭审全过程，以帮助未成年子女发声，维护其合法权益。

据了解，为保障更好履职，未成年人权益代表人具有严格的选聘条件，如需具有婚姻经历并育有子女、具有基本的法律常识和相关知识、具备一定的工作经历和社会阅历等。今年 4 月，永嘉法院联合永嘉关工委成立了志愿者队伍并建立未成年人权益代表人名册。在开展工作前，**法院向他们介绍案件基本情况、提供案卷材料等，并在法庭中设置专门席位供其参与庭审、发表意见，他们同时也被要求做好案情信息保密与利害关系回避等工作。**

家庭环境对未成年人健康成长起着至关重要的作用，婚姻关系、监护关系又直接决定了未成年人的成长环境，永嘉法院在家事案件审理过程中高度重视对未成年人权益的保护，强化内外联动，建立多项机制，全力推进涉未成年人家事案件稳妥高效化解，把家庭矛盾对未成年人的影响降到最低。

除了未成年人权益代表制度外，**永嘉法院还联合永嘉妇联组建“为爱加油”婚姻家庭服务志愿者**，聘任来自律师、婚姻调解员、心理咨询师、社工及热心人士组成的 15 位志愿者，免费为家事案件当事人提供情感危机处理、家庭关系修复、心理干预等服务。近日，法院在一起申请撤销监护人资格案件中，指派了团队的心理咨询师对遭遇猥亵的未成年人进行心理干预及疏导，其母亲表示在接受心理干预后，孩子心理精神状况已有所改善，愿意继续接受心理治疗。

“尊重子女意愿”是永嘉法院家事案件审理中一大重要原则。根据民法典的规定，在抚养权确定过程中，子女已满 8 周岁的，应当尊重其真实意愿。今年上半年，永嘉法院已在 10 件家事纠纷案件中征求并支持了未成年人意见。

为构建家事案件未成年人司法保护长效机制，**永嘉法院还联合永嘉检察院出台《关于联合开展涉未家事案件未成年人权益司法保护工作实施意见》，并设立全市首个涉未家事案件联络站。**如涉未家事案件中当事人系刑事案件犯罪嫌疑人、被告人、被害人等情形的，法院主动告知检察院。同时，两家单位根据案件情况联合开展未成年人心理评估、心理疏导、案件回访工作，关注未成年人心理健康，保障未成年人合法权益。今年以来法院已收到 4 份检察机关支持起诉书，共同为未成年人撑起司法保护的蓝天。

以案释法 | 你的家务劳动有价值！长乐一女子离婚获 55 万元家务补偿

2021-07-12 福州市中级人民法院 长乐法院

https://mp.weixin.qq.com/s/Itqrdz6lnBUDuWqiYMBrGw

近日，长乐法院适用民法典新规定首次成功调解一起特殊的离婚纠纷案件，由男方自愿支付 55 万元作为女方多年来全职为家庭付出的经济补偿。

案情回顾

案件审理过程中

案件审理过程中，被告（女方）同意离婚，但主张其多年为家庭付出的劳动应当得到补偿。

案件承办法官对原告（男方）进行耐心细致的释法说理，阐明家务补偿金的本质并非用金钱取代一方的家务劳动，而是女方作为“全职太太”难免会因为抚育子女、照料老人、协助配偶工作等失去事业发展机会，因此，在离婚时给予女方适当补偿是合情合理合法的。

男方在明晰相关法律关系和法律责任后，同意支付女方 55 万元作为其多年来全职为家庭付出的补偿。

暴力性侵未成年……法院：支持精神损害赔偿！

2021-07-15 人民法院报

https://mp.weixin.qq.com/s/o_jxJsuOocaf90WIz3ydng

近日，上海二中院判决维持了一起在刑事附带民事诉讼中支持精神损害赔偿请求的一审判决。

该案中，牛某利用**暴力手段，对智力残障的未成年人多次实施奸淫。**受害人提起刑事附带民事诉讼，要求精神损害赔偿，公诉机关依据法律规定支持起诉，最终牛某被判处有期徒刑 10 年，并向被害人一次性赔偿精神抚慰金 3 万元。

2021 年 3 月 1 日，《最高人民法院关于适用＜中华人民共和国刑事诉讼法＞的解释》正式施行，规定“因受到犯罪侵犯，提起附带民事诉讼或者单独提起民事诉讼要求赔偿精神损失的，人民法院一般不予受理。”。**与 2012 年刑诉法解释规定的“不予受理”相比，增加了“一般”二字，为精神损害赔偿开辟了空间。**

本案成为新刑诉法解释实施后，上海法院**首个**在刑事附带民事案件中支持精神损害赔偿请求的案例，亦作为典型案例入选最高检《未成年人检察工作白皮书（2020）》。

一审法官评析

一审审判长：丁德宏

静安法院副院长

三级高级法官

在此类案件中，受害的未成年人是否可以得到精神抚慰金，一直是司法实践中很受困扰的问题。以往的案件中，受害未成年人提出精神损害赔偿后，往往是以和解的方式解决，而被告人就会要求被害人出具谅解书。这个和解的过程对受害人来说无疑是二次伤害。

我们认为，除了给予受性侵害未成年人人身损害和心理康复治疗等直接物质损失的赔偿外，**给予一定的精神损害赔偿，更能体现对未成年人优先、特殊保护的原则。**此次新的刑诉法司法解释对刑事诉讼中的精神抚慰金的赔偿问题，并未规定一概不予以受理。本案中，受害人提出精神损害的赔偿要求，公诉机关作为刑事附带民事诉讼的支持起诉人，完全有法律依据。

二审法官评析

二审审判长：张华

少年家事庭入额法官

三级高级法官

本案中，牛某的行为除导致被害人身体损害外，造成的更多是精神痛苦及名誉受损。且由于被害人防卫能力弱，自我修复和调节能力不足，**多种因素使其所受的伤害较一般刑事案件更为强烈。**

犯罪行为虽与民事侵权行为竞合，但其导致的刑事责任和民事责任依法可以包容并存。故牛某在承担刑事责任外，还应承担填补受害人精神损害的民事责任。且新的刑诉法司法解释并未排

除个别特殊情况，本案可以认为属于符合情形的特殊情形。

此外，**《民法典》规定，侵害自然人人身权益造成严重精神损害的，被侵权人有权请求精神损害赔偿。**本案中，被害人被性侵后脾气暴躁、害怕与陌生人接触、不敢一人睡觉，严重影响日常生活，可以认定牛某的犯罪行为对其造成了“严重精神损害”。检察机关秉持对未成年人的优先保护原则，根据《民法典》规定，支持被害人的民事诉讼请求于法不悖。综上，法院支持了刑事附带民事案件原告人的精神损害赔偿请求。

近几年内，理论界与实务界一直呼吁被性侵未成年被害人应当获得精神损害赔偿。这类案件中精神损害客观存在，而且较之成年人更甚。《民法典》第一百九十一条规定：未成年人遭受性侵害的损害赔偿请求权的诉讼时效期间，自受害人年满 18 周岁之日起计算。这意味着未成年人遭受性侵害，一直到其成年后都可以主张权利。

一个社会文明程度越高，对此类犯罪的容忍度就越低，对受害未成年人给予民事救济的方式就越充分。基于此，新的刑诉法司法解释把对刑事附带民事案件精神损害赔偿请求的“不予受理”改为“一般不予受理”，为实务中解决这一问题预留出了合理的空间。

来源：上海二中院

编辑：何雨潇

少年家事审判改发分析&专题解读丨实务纪要

原创：2021-07-16　上海一中法院　俞俊俊

https://mp.weixin.qq.com/s/X_N4g-VSli0CyBzzzDx4DA

编者按：为促进上海一中院及辖区基层法院审判质量、审判能力共同提升，自去年开始，上海一中院以共性法律适用难题和新法学习、实务研讨等为主要内容，先后组织召开多场辖区审判指导与交流片会、新法学习会和实务研讨会。在此基础上，2021 年，上海一中院将进一步深化上述重点工作，现官微推出《实务纪要》专栏，陆续推送此类会议实务干货，以供参考。

近日，上海一中院举行辖区 2021 年上半年少年家事审判工作指导与交流片会。本次片会立足于审判实践，通过加强新法新规学习，提高少年家事法官审判业务能力，促进适法统一，提升辖区少年家事整体审判质量。

上海一中院副院长孙军，上海高院刑事庭（未成年人案件综合审判庭）副庭长周欣、民事庭审判团队负责人洪波、张洁，上海一中院研究室主任郑天衣及辖区两级法院分管少年家事条线的领导和法官 50 余人参加了会议。辖区法院少年家事条线干警在各院分会场通过视频方式参加会议。会议由上海一中院少年家事庭郭海云庭长主持。

郭海云 上海一中院 少年家事庭庭长

目录

01 改发分析
02 答疑解惑
03 业务学习
04 会议总结

01 改发分析

黄蓓 上海一中院 少年家事庭审判长

少年家事庭黄蓓审判长对 2021 年上半年家事审判二审案件改发情况进行了通报、交流，并对以下几点问题作了重要提示：

一、特殊财产的性质认定。夫妻一方的工伤赔偿金系《民法典》明确规定的属于个人的财产，劳动关系补偿金由于其并非法律意义上的、类似人身损害赔偿金这类具有特殊的人身属性的费用，一般应属夫妻共同财产（还需考虑结婚年限和工作年限的重合问题）。而一方所有的房产在婚内取得的租金，应属于投资收益而并非法定或自然孳息，应认定为夫妻共同财产。

二、夫妻共同房产的分割。离婚时，夫妻的共同财产由双方协议处理，协议不成的，由人民法院根据财产的具体情况，按照顾子女和女方权益的原则判决。在处理房产时，应当询问双方当事人的意见。对夫妻共同财产中的房屋价值及归属无法达成协议时，有以下几种处理方式：1. 双方均主张房屋所有权并且同意竞价取得的，予以准许；2. 一方主张房屋所有权的，由评估机构按市场价格对房屋作出评估，取得房屋所有权的一方应当给予另一方相应的补偿；3. 双方均不主张房屋所有权的，可根据当事人的申请拍卖、变卖房屋，就所得价款进行分割。

三、约定按份共有的房屋应按照约定比例分割。婚后夫妻双方将房屋产权登记为按份共有，不仅意味着两人作出了相关约定的意思表示，在事实上双方也已将协议履行完毕，形成了按份共有的产权状态已经确定的法律后果，应当具有法律效力。此时，不应再考虑贡献等相关因素，可径行按照约定处理房产。

四、接受遗赠的意思表示认定。由于被继承人所立遗嘱在被继承人去世后才发生效力，其生前所立的遗嘱，也有可能会被撤销、重新订立等，所以接受或放弃遗赠的意思表示应当在被继承人去世后作出，且其意思表示必须向利害关系人提出。

02 答疑解惑

王列宾 上海一中院 少年家事庭副庭长

少年家事庭王列宾副庭长聚焦各辖区法院关心的审判疑难问题，在经过专家法官会议研讨形成较为统一的意见的基础上，进行了针对性的解答。主要回应了被拆迁安置房屋的分割问题、孙子女的继承地位问题、代书遗嘱见证人的利害关系认定等问题，增强了中级法院对辖区法院业务指导的及时性和有效性。

03 业务学习

潘静波 上海一中院 少年家事庭审判长

少年家事庭潘静波审判长结合《民法典》，对《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民法典>婚姻家庭编的解释(一)》【以下简称解释(一)】进行了解读，认为《民法典》婚姻家庭编司法解释的溯及力应当同《民法典》保持一致。他还结合立法技术、立法过程，向大家分析了解释（一）中的重要条文。

一、解释（一）第三条相比较原来的规定，不再规定“有配偶者与他人同居”要求解除同居关系的，应受理并予以解除。因为同居关系本身不具有法律上的权利义务内容，故没有必要由人民法院通过判决的方式予以解除。且虽然单身适婚男女同居不再被认定为违法行为，但法律对该种行为仍然是持否定态度。

二、解释（一）中有多处删除时间规定，例如：1. 原解释（二）第九条、现解释第七十条，原解释（一）第三十条、现解释第八十八条，“离婚后一年内”的时间限制予以删除；2. 原解释（二）第二十七条、现解释第八十九条，规定了离婚损害赔偿请求，“在办理离婚登记手续一年后提出”也予以删除。3. 原解释（二）第五条，现解释第十四条，删除了“死亡后一年内”请求确认无效的时间要求。

至于上述四个期间删除后，是否还受到其他时间的限制，可以这样理解：1. 关于第十四条中的婚姻无效，因为涉及到国家公权力的评判和限制，与合同无效确认不受诉讼时效限制一样，不适用诉讼时效；2. 关于第七十条的撤销财产分割协议，系行使撤销权，可以按照《民法典》总则编

中撤销权的相关规定处理；3. 关于第八十八条的无过错方起诉损害赔偿，由于其原则上是一个侵权之诉，可以适用侵权纠纷诉讼时效的规定；4. 关于第八十九条的离婚损害赔偿，也是适用侵权纠纷诉讼时效的规定。

三、解释（一）第十九条规定受胁迫或者被非法限制人身自由的当事人请求撤销婚姻的，**不受 5 年时效的限制。该条规定，突破了对撤销权行使期限 5 年的限制，**最大限度保护当事人婚姻自主权和妇女权益，体现了婚姻家庭编保护当事人婚姻自主权的基本价值取向。

四、解释（一）第四十九条规定了法院确定抚养费数额时应参考的各方面因素，但实践中，很多都是当事人离婚时自行约定抚养费金额。**此时如不直接抚养一方提出降低约定的抚养费金额，应审慎把握，注意以下几点：**1. 由于离婚协议一般是包含身份、财产、子女抚养等复合性内容的一揽子协议，很多约定都是基于长期的协商、妥协而得来，因此应尽量予以尊重；2. 对于具备工作能力，但以辞职为由要求降低抚养费的，要审慎审查；3. 对于没有工作，但有其他大额资产的，要综合评判其负担能力。

此外，潘静波法官还从立法协调性等角度对解释（一）中新修改的诸如家庭暴力的认定、彩礼的返还、请求确认婚姻无效等条文的理解与适用进行了深入分析。

洪波 上海高院 民事庭审判团队 负责人

上海高院民事庭审判团队负责人洪波就房屋征收补偿利益分割案件审判实务问题进行梳理和阐述，认为此类案件的审理应当在依法依规的前提下按照协议优先以及补偿与安置兼顾的原则处理，确保产权人的房屋价值得以相应补偿以及安置对象（实际居住人）所获得的安置房屋面积或补偿款也不少于最低居住保障标准。就不同种类房屋征收补偿款的分割，洪波法官也提供了相应的审理思路。

一、公有承租房。一般征收补偿利益归承租人和同住人所有，进行均等分割，其中同住人的确定是审理难点。按照相关规定，同住人是指作出房屋征收决定时，在被拆迁处有常住户口，实际居住一年以上，且本市无其他住房或虽有住房但居住困难的人。**但对于以下几点，应当综合全案进行考量：**1. 当事人虽有住房，但该房屋并非因福利性质取得的。2. 当事人将他处公有住房已经处分、获得购房补贴有能力购房而不购房以及在他处拆迁获得过补偿款的。3. 因结婚等原因导致居住时限不足、因家庭矛盾未实际居住或服兵役、就学等导致户籍迁出等特殊情形的。

二、私房。私房征收补偿案件的审理难点则在于非居住产权人、非产权实际居住人的利益保护和生活保障的冲突。洪波法官认为，此类案件应当注意补偿模式的差异，要区分有无托底保障。

三、宅基地房屋。此类案件应当重点关注宅基地使用权证的核定人员以及新建、翻建、改扩建等审批文件，还要注意对未成年人权利的保障。

04 会议总结

周欣 上海高院 刑事庭（未成年人案件综合审判庭）副庭长

上海高院刑事庭（未成年人案件综合审判庭）周欣副庭长对上海一中院少年家事庭的工作给予肯定，并传达了最高法院和上海高院对未成年人综合审判及少年法庭各项工作的要求精神及工作提示，介绍了少年法庭工作办公室的成立背景以及定位职能。

上海一中院孙军副院长在总结讲话中指出，少年家事案件是社会关注的热点，在司法理论研究、审判实务研究、法治宣传等方面都大有可为。就辖区少年家事审判工作，孙军副院长提出三点意见。

一是转变理念方法，提高办案质效

通过加强管理、落实各项制度、开展审判延伸工作，根据实际情况提高执法办案质效水平，积极回应当事人对公平正义的期待。

二是加强条线意识，推进层级沟通

就辖区适法统一问题，基层法院要注重疑难问题收集，畅通沟通途径，协同中级法院共同探讨研究。

三是注重人才培养，建设专业团队

在少年法庭工作办公室成立之际，要注重培养具备扎实基本功、擅长审理少年家事案件的法官，走专业化的道路。

文：俞俊俊
图：苏弋
编辑：李丹阳

第 158 期丨高额抚养费主张的司法认定

原创：2021-07-19 中国上海司法智库 上海高院研究室
https://mp.weixin.qq.com/s/-JYyR2zJ5GT8lu5X8Azsvw

编者按：司法实践中，高额抚养费的司法认定一直存在争议。本期案例争议焦点集中于未成人教育培训方面的高额开支是否合理以及义务方有无履行必要。本案认为，未成年人主张高额抚养费案件，具有未成年人既有生活消费水平居于高位的事实基础，当地一般生活水平不宜作为参照标准。本案审理法院主要从抚养人之间关于抚养费约定的具体内容、被抚养的未成年人实际生活和教育需要、以及支付抚养费一方的实际负担能力这三方面入手进行审查，对高额抚养费的主张进行认定，具有一定可借鉴性。

高额抚养费主张的司法认定

——李某甲诉李某乙抚养费纠纷案

裁判要旨

父母双方就子女抚养费的支付标准、支付条件以及支付方式存在明确约定的，即便该约定明显高于当地一般生活水平，原则上不应予以推翻。

对于争议较大的教育培训支出，抚养人之间未约定或约定不明的，对既已参加的培训，应考虑到保障未成年人接受教育之连贯性，原则上予以支持；对超既有范围的培训，实际抚养一方未能与对方协商一致的非必要支出，应视为其自愿为子女负担的部分，不宜作为未实际抚养一方的抚养费分担范围。

对于实际负担能力的标准，应从义务人的收入水平和财产状况两方面作出整体性的判断。对

于一方暂时处于失业状态的，不能机械地以当前的收入情况作为确定抚养费的标准，应结合其失业原因、个人创收能力以及所从事行业的收入水平加以判断。

基本案情

被告李某乙系原告李某甲的父亲，被告与原告母亲肖某原系夫妻关系，双方于 2010 年 12 月 17 日生育原告，后于 2018 年 11 月 27 日办理离婚登记，并签订离婚协议书。该离婚协议书中双方约定李某甲抚养权归肖某，随肖某共同生活，李某乙支付抚养费方式如下：对于李某甲的教育费用，包括学费、学杂费、校服费、校车费及保险费、医疗费等合理费用，李某乙按照 50%的比例承担；对于其它经李某乙认可的李某甲参加的兴趣班、夏令营等活动（目前李某甲在学的兴趣班李某乙均认可，新增课程需额外征求李某乙意见），李某乙按照 50%的比例承担费用，肖某须提供相关活动费用证明；李某乙抚养费按月支付，每月不晚于第 5 个自然日前将当月抚养费支付给肖某，并一直支付到李某甲大学毕业独立工作生活为止；如有任意一期李某乙未按约足额支付抚养费，则李某乙同意变卖山东省招远市某 101 室的房产用以偿付，此偿付在售出后 7 个自然日内一次性支付所有欠款，并自愿承担违约责任，违约金按照中国人民银行同期逾期贷款利息标准计算，肖某可以就全部未付金额即时向法院起诉，并有权参照上一年度抚养费金额要求李某乙一次性预付剩余年度抚养费。李某乙同意单独支付李某甲 2019 年上半学期的学校收取的学费，共计人民币陆万元（￥60,000），此费用将在入学前直接转入学校账号。离婚协议书另对其他事项进行了约定。

2018 年 12 月至 2019 年 7 月期间，被告已按照 50%的比例向原告支付以下项目费用，共计支付 71,807 元：钢琴课及相关费用、英语阅读课、生日蛋糕及送礼、班费及学校学杂费、学校早点费、书籍、春夏校服费、芭蕾课及考级标准服装费、2019 年年度校车费用、羽毛球课及集训、旱地冰球课程及相关费用、牙医相关费用、美术课、街舞课、年度商业保险、轮滑球课程及相关费用、游美夏令营、泉州古建筑游学团及机票、机器人学校集训、暑期机票及高铁费、室内滑雪兴趣班及集训、千岛湖夏令营交通费、玛蒂尔达音乐剧、2018 年 12 月、2019 年 1 月及 2019 年 7 月的餐费。

除上述费用外，2018 年 12 月至 2019 年 7 月期间，原告还发生如下费用：书籍 62 元、电动牙刷牙膏 276 元、衣服 777 元、零食 165 元、芭蕾考级费用 495 元、机票（长春）1,460 元、钙铁锌口服液 184 元、摇滚学校音乐剧 780 元、展览 300 元。

2019 年 8 月至 2019 年 11 月期间，原告发生如下费用：旱地冰球相关费用 4,740 元、牙医费 1,200 元、钢琴课 6,828 元、学校学费及学杂费 62,500 元、班费 500 元、书包文具及服装 2,749 元，羽毛球课程费用 4,500 元，护眼灯 1,999 元，芭蕾学费及鞋子费用 3,203 元、舞台剧 560 元、艺术展 320 元。

另查明，被告已支付原告 2019 年上半年的学费 6 万元。2019 年 8 月至 2019 年 11 月期间，被告每月向原告支付抚养费 8,333 元，共计 33,332 元。

2018 年 11 月至 2019 年 7 月，被告的工资收入情况为 20,580.11 元至 48,728.56 元不等。

2020 年 4 月 30 日，被告与案外人某科技公司解除劳动合同，并办理退工手续。该公司向被告支付服务年限经济补偿 52,588 元以及额外经济补偿 120,333.33 元。

李某甲认为，李某乙拒绝履行离婚协议的约定，无故少给、拖欠抚养费，故诉至法院，要求被告支付 2018 年 12 月 1 日至 2019 年 11 月 30 日欠付的抚养费 42,168.50 元及违约金 1,054 元；被告自 2019 年 12 月 1 日起至 2033 年 7 月 1 日止，每年 6 月 1 日前向原告支付每年的抚养费 177,000 元。

被告李某乙辩称，不能以原告母亲肖某决定的标准要求被告支付抚养费。首先，原告提出的费用部分不合理，其中保姆费、兴趣班的衍生费用（如装备费、比赛费），被告不同意承担；看牙的医疗费，可以选择去公立医院治疗；早地冰球课，学校也开设了课程，无需再重复报班；钢琴课，上课时长和授课老师的不同，收取的费用也不同；街舞课、暑期班是离婚后增加的课程，虽然肖某确实让原告打电话给被告，说要上街舞课，被告也同意了，但被告是认为没有报班的必要；校车费用，建议改乘公交车，原告已经到了可以乘坐公交车的年纪，而且因为要上兴趣班，很多时候无法搭乘校车。肖某都是等原告的花销实际发生后才告知被告，违背了离婚协议中的约定。被告亦不认同肖某给原告报太多兴趣班的做法，被告更愿意花时间陪伴原告，而不是只是负责送原告去上兴趣班。过多的兴趣班，也影响原告的正常休息，有害无利。原告升学后，不会再有现在这么多兴趣班，按照现在的标准支付之后的抚养费，是不合理的。其次，被告无力承担高额抚养费。虽然被告的入职信中预期年薪 88 万元，但被告实际收入为平均每月 27,000 元。现在被告在外租房，每月房租需支出 7,000 至 8,000 元，被告还需赡养母亲，以及归还车贷。另因疫情原因，被告已被公司裁员，暂时无法回国，预计 6 月至 7 月回国后，才能再找工作。最后，原告的年花销最多 20 万元，被告同意每年承担 10 万元抚养费，从 2019 年 12 月起至 2033 年 7 月止，被告每月月底前支付抚养费 8,333 元。2018 年 12 月 1 日至 2019 年 11 月 30 日期间的抚养费，原告提供的清单上列明被告已实际支付 105,139 元，且被告在照顾原告期间，还为原告支付过其他费用，故被告不同意再额外支付该期间内的抚养费以及违约金。

裁判结果

上海市闵行区人民法院于 2020 年 5 月 26 日作出（2020）沪 0112 民初 7424 号民事判决：一、被告李某乙于本判决生效之日起十日内向原告李某甲支付截至 2019 年 11 月底的抚养费 24,381 元；二、被告李某乙自 2019 年 12 月起至 2033 年 6 月止，于每月 5 号前向原告李某甲支付当月抚养费 1 万元；三、驳回原告李某甲的其余诉讼请求。

宣判后，李某甲不服，提起上诉。上海市第一中级人民法院于 2020 年 10 月 23 日作出（2020）沪 01 民终 8640 号民事判决：驳回上诉，维持原判。

裁判理由

法院生效判决认为：本案中，原告主张的抚养费金额虽高至本市月最低工资标准的五倍，但该主张具有未成年人既有生活消费水平居于高位、抚养人具有负担能力和负担意愿的事实基础，故在抚养费金额的认定上应依次进行如下审查。

一、审查抚养人之间就子女抚养费约定的具体内容

原告母亲肖某与被告李某乙签订的离婚协议书就原告应支付的抚养费进行了约定，协议真实有效，对双方具有约束力。对于原、被告发生分歧的各项费用，应根据离婚协议书中的约定，结合费用的性质以及合理性等实际情况予以不同处理。

1. 存在明确约定的情形

父母双方就子女抚养费的支付标准、支付条件以及支付方式存在明确约定的，即便该约定明显高于当地一般生活水平，原则上不应予以推翻。

本案中，对于原告 2019 年 8 月至 2019 年 11 月期间因就学、医疗发生的牙医费用、学费、班费合计 64,200 元，因双方对该费用的负担具有明确约定，根据离婚协议书之约定，应当由被告按照 50%的比例承担，故原告所提主张，符合双方约定，本院予以支持。对于被告支付的 2019 年上半年的

学费 6 万元，根据离婚协议书之约定，应当由被告承担，故本院予以确认。

对于 2019 年 12 月起被告应承担的抚养费，现原告要求被告按年支付固定金额的抚养费，被告虽就抚养费金额及付款方式提出异议，但亦认可按固定金额支付，系双方变更离婚协议书载明的按 50%比例结算各笔费用的支付方式的合意，本院予以采纳。

2. 未作约定或约定不明的情形

对于抚养费的支付标准、支付条件、支付方式等没有约定或存在理解歧义的情形下，则应从文义解释的角度结合抚养人的实际生活、教育、医疗等需要，就其主张的合理性与否进行严格审查。

二、审查被抚养的未成年人实际生活和教育需要

在抚养人之间未约定或约定不明的情形下，高额抚养费的争议焦点集中于未成年人教育培训方面的高频开支是否合理以及实际抚养一方有无履行必要的告知义务。本案中，原告作为在读小学生，其参加的兴趣班、培训班、夏令营活动十余项之多，可谓“精英化教育”，在费用认定时应根据培训费的参与情况予以区分。

1. 对约定时既已参加的培训费用

对于既已参加的培训项目支出，应考虑到该费用支出并未超出抚养人的合理预期，为保证未成年人接受教育的持续性和连贯性，将父母婚姻关系的解除对未成年人的生活影响降到最低，原则上该部分费用主张的合理性应予以支持。

本案中，对于原告 2019 年 8 月至 2019 年 11 月期间，因早地冰球、钢琴、羽毛球、芭蕾兴趣班发生的相关费用以及 2019 年 1 月原告支出的芭蕾考级费、冬令营（长春）机票合计 21,226 元，上述课外活动系肖某与被告离婚前，原告已确认参加的，且因兴趣班衍生的比赛费用、交通费用、护具等配套用具的费用，确系原告因参加兴趣班所实际产生的费用，金额及用途尚属合理，亦未超出合理预期。故根据离婚协议书之约定，上述费用应当由被告按照 50%的比例承担。

2. 对约定时尚未参加的培训费用

对于约定时尚未参加的培训费用，则应以抚养人之间充分协商为前提，这既保障了抚养费支付一方享有与支付义务相关的知情权，又尊重了未实际抚养的一方父母参与子女教育的权利。此情形下，实际抚养一方负有当然的告知义务，其主张费用时应就向对方履行了告知义务，且征得了对方同意进行举证，并承担举证不能的责任。

如抚养人之间未协商或协商不成，实际抚养一方仍坚持支出的费用，应视为其自愿为子女负担的部分，不宜作为未实际抚养一方的抚养费分担范围。

本案中，在被告不同意为原告安排太多课外兴趣班的情形下，要求被告分担现有全部课外兴趣培训班费用不尽合理。故对于 2018 年 12 月至 2019 年 11 月期间，原告因购买书籍、电动牙刷、服装、零食、钙铁锌口服液、护眼灯、书包文具以及观看舞台剧、艺术展所产生的费用，以及原告主张的保姆费、餐饮费，离婚协议书对此并未作明确约定，且相关费用的支出亦未事前征得被告的同意，故原告要求被告按照 50%的比例支付上述费用的主张，本院难以支持。

当然，对于兴趣培训班投报较多的情形，必要时，可结合未成年人所处的年龄层次、教育阶段，做出是否征询未成年人意见的选择。同时针对该征询意见，就费用主张的合理性进行判断。

三、审查支付抚养费一方的实际负担能力。

对于实际负担能力的标准判断，应从义务人的收入水平和财产状况两方面予以考察。其中，义务人的实际收入水平客观上可能存在浮动性和不确定性，但合理范围内的波动不应对抚养费的支付标准产生影响，有无负担能力不能单纯考察

某一时间结点的收入水平，而应对支付义务人的整体收入能力进行判断，短暂性的工作调整而收入减少并非必然导致抚养费标准的调低。支付义务人存在固定资产或存在其他财产性收益的情形下，也应视为具有负担能力。

本案中，对于被告的负担能力，不能单纯地以其当前失业的状态加以判断，应结合其失业原因以及所从事行业收入水平等因素予以认定，且被告现亦同意支付每年 10 万元的抚养费。本案的特殊性在于原告的教育费所需较高，但其父母一定程度上具有相应的负担能力，且系其父母离婚前已形成的费用水平，根据原告现有的教育费用，并结合一般生活水平所需的生活费及医疗费，本院酌定被告每年应承担原告抚养费 12 万元，由被告于每月 5 号前向原告支付当月抚养费 1 万元。

【相关法条】

《中华人民共和国民法典》第 1085 条（原《中华人民共和国婚姻法》第 37 条）《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民法典>婚姻家庭编的解释（一）》第 42 条（原《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 21 条）

【案例索引】

一审案号：上海市闵行区人民法院（2020）沪 0112 民初 7424 号民事判决书

一审独任法官：上海市闵行区人民法院 陈献茗

二审案号：上海市第一中级人民法院（2020）沪 01 民终 8640 号民事判决书

二审合议庭组成人员：上海市第一中级人民法院 潘静波、俞敏、许洁

编写人：

上海市闵行区人民法院　陈献茗、黄湛

责任编辑：牛晨光

执行编辑：吴涛　范雨萱

民事审判信箱|家事审判|最高人民法院民事审判第一庭

2021-07-22　家事法苑　最高民一庭

https://mp.weixin.qq.com/s/WEG7MIOHEq7dLyzcKQwqHQ

民事审判信箱

时间：2021 年 06 月

作者：最高人民法院民事审判第一庭

来源：《民事审判指导与参考》总第 82 期（2020.2）

参考链接：

http://product.dangdang.com/679596145.html

问：婚姻法第四十七条规定，离婚时，一方隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产，或伪造债务企图侵占另一方财产的，分割夫妻共同财产时，对隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产或伪造债务的一方，可以少分或不分。实践中，在确定少分或不分的数额时，是针对夫妻财产总额，还是仅针对隐藏、转移、变卖、毁损的部分财产？

答：法律规定的在隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产或伪造债务情形下，对该方可以少分或不分，针对的是夫妻共同财产总额，不限于隐藏、转移、变卖、毁损的财产。少分或不分把握的标准根据损害的财产数额、总财产的数额、各方的过错等案件具体情况酌情处理。具体处理时，应把隐藏、转移、变卖、毁损的财产作为隐藏、转移、变卖、毁损财产的一方分得的财产份额，对另一方的应得份额应以其他夫妻共同财产折抵，不足折抵的，差额部分由隐藏、转移、变卖、毁损财产的一方折价补偿对方。要特别注意的是，民法典第一千零九十二条在承继婚姻法第四十七条规定的基础上，删去了“离婚时”的表述，也即上述行为不限于离婚时，也包括离婚之前的整个婚姻关系存续期间。同时，增加了“挥霍”夫妻共同财产的情形。

（本书研究组）

民事审判信箱|家事审判|最高人民法院民事审判第一庭

2021-07-23 家事法苑 最高民一庭

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

【民事审判信箱】

民法典第一千一百五十三条第一款

详见：《民事审判指导与参考》总第 82 期（2020.2），最高人民法院民事审判第一庭编，2021 年 6 月第 1 版

01 问题意识

民法典第一千一百五十三条第一款规定："夫妻共同所有的财产，除有约定的外，遗产分割时，应当先将共同所有的财产的一半分出为配偶所有，其余的为被继承人的遗产。"但在继承案件中析出配偶遗产时，是否可以不采取一人一半的方式，而是生存配偶基于去世配偶的过错行为（婚姻关系存续期间与他人同居等，假设事实无争议），请求多分财产？

02 最高院解读

答：目前存在两种不同的观点：一是认为生存配偶不能在继承案件中以被继承人有过错为由请求多分财产，因为过错是在离婚案件中主张的，以婚姻关系解除为前提，在继承案件中不能主张；二是认为无论继承还是离婚，分割夫妻共同财产都是基于共同关系不存在时的清算，清算规则应当一样，不能机械地采取一人一半的方式，而应当考虑财产来源、婚姻过错等因素，在继承案件中综合认定生存配偶一方应当获得的夫妻共同财产份额。

我们认为，离婚和配偶死亡是完全不同的语境，离婚和继承是两个不同的法律关系，不能把处理离婚纠纷的规则适用于继承纠纷。遗产分割时对夫妻共同财产一人一半的原则是继承法的规定，民法典继承编沿用了这个规则，不可以从财产来源、一方存在过错等方面进行突破。配偶已经去世，不能再要求一个去世的人承担责任，过错问题只能在离婚诉讼中进行判断，一方死亡则丧失了探究的基础。民法典婚姻家庭编中的第一千零八十七条规定了离婚时分割夫妻共同财产应按照照顾子女、女方和无过错方权益的原则判决，这是处理离婚案件的实体规定，即夫妻双方均生存情况下解除婚姻关系的处理规则；而继承编规定的是配偶一方死亡情形下遗产分割的处理规则，两者不能混淆。死亡和离婚是导致婚姻关系解除的两个不同原因，在遗产分割时不存在考虑配偶过错的适用空间。

（本书研究组）

本期小编：家事法苑团队陈贝贝律师

不服离婚判决扬言要杀害前妻，多部门出手了……

2021-07-22 最高人民法院

https://mp.weixin.qq.com/s/HCPO2moRPRQDgSK-0jQDyQ

“对于贵院的司法建议，我县高度重视，迅速研究部署并抓好贯彻落实，圆满化解了矛盾……”近日，某县政府在致四川省南充市中级人民法院复函中表示。一起因男子不服离婚判决可能引发的人身伤害隐患就此解决。

到底是什么司法建议

引起该县政府高度重视和快速回应？

判决离婚

男子扬言打击报复

羊某与程某是一对夫妻，因感情破裂，女方三次向法院提起离婚诉讼。一审法院判决两人离婚后，男方程某不服，向南充中院上诉。

南充中院经审理后认为，一审法院判决原告羊某与程某离婚并无不当，在调解无效的情况下，作出维持原判的判决。判决作出后，**程某拒不接受判决结果，也不允许其诉讼代理人代领判决书。**随后，南充中院向其邮寄送达二审判决书，再次被程某**拒绝签收**。

但是，判决不是当事人拒签就可以的，它依然有效。判决作出后不久，承办法官接到原告羊某的电话，称遭到前夫程某的蹲守堵截，并扬言如果羊某不回家就杀死她。

羊某想要向法院申请人身保护令。法官立即电话联系程某，对其进行普法教育，程某仍然表示不解，还通过发短信、打电话的方式**威胁法官，扬言要实施暴力行为。**

发出司法建议

多部门联动合力化解纠纷

南充中院研判后认为，程某的行为已严重威胁到了羊某和他人的人身安全，影响社会稳定，遂**向当地政府作出司法建议**，希望政府相关部门及所在地基层组织加强监督，将此婚恋纠纷纳入该县矛盾多元化解协调中心疏导化解，防止“民转刑”案件发生。

接到该建议后，该县政府高度重视，成立了由副县长、公安局长为组长的工作小组，邀请相关机构做好程某的心理疏导工作，并与程某的亲友沟通利用亲情感化教育。

目前，**羊某及家人的生活已恢复正常**，大家对法院及政府的工作表示非常满意。一起人身伤害隐患就此化解。

对审判中发现的问题，延伸审判职能主动发出司法建议积极参与社会治理，**以司法建议的“小切口”，做好推动南充法治建设的“大文章”，给承办法官点赞！**

来源：南充市中级人民法院

编辑：张瑾

民事审判信箱|家事审判|最高人民法院民事审判第一庭

2021-07-25 家事法苑 最高民一庭

https://mp.weixin.qq.com/s/pGMg3fH15WSgHnm51_30aQ

时间：2021 年 06 月

作者：最高人民法院民事审判第一庭

来源：《民事审判指导与参考》总第 82 期（2020.2）

参考链接：

http://product.dangdang.com/679596145.html

问：婚姻法第四十七条规定，离婚时，一方隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产，或伪造债务企图侵占另一方财产的，分割夫妻共同财产时，对隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产或伪造债务的一方，可以少分或不分。民法典对上述规定进行了修改，删除了“离婚时”的时间限定条件。民法典施行后正在审理的一、二审离婚案件如何适用上述规定？

答：法不溯及既往虽为法律适用的基本原则，但也存在有利溯及的例外。根据《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民法典>时间效力的若干规定》第二条的规定，民法典施行前的法律事实引起的民事纠纷案件，当时的法律、司法解释有规定，适用当时的法律、司法解释的规定，但是适用民法典的规定更有利于保护民事主体合法权益，更有利于维护社会和经济秩序，更有利于弘扬社会主义核心价值观的除外。夫妻一方在婚姻关系存续期间隐藏、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，虽然该行为发生在民法典施行之前，但是民法典新的规定对于树立优良家风、弘扬家庭美德，对于保护无过错方的合法权益，制裁违法方的非法行为更有利。因此，可以适用民法典的规定。

（本书研究组）

破解“流浪母女”监护困境——《民法典》实施后全市首批为流浪失智人员子女确定监护人案

原创：2021-07-25 上海普陀法院 上海普陀法院

https://mp.weixin.qq.com/s/Uv3q4wdafK5kZYrVS_cNdg

流浪的失智孕妇被救助后，身份不明，寻亲无果，生下孩子谁来抚养？孩子户口、就学难题又该如何解决？

近日，上海普陀法院开庭审理了《民法典》实施后全市首批为流浪失智人员子女确定监护人案。

案 情 回 顾

2010 年 10 月，一名流浪女子在街头被闵行救助站救助， 后转入上海市救助管理二站(以下简称“救助二站”)，入站时被发现已怀有身孕，2011 年 6 月产下女儿刘某某。该流浪女子经诊断为待分类的精神病性障碍，后经鉴定为无民事行为能力人，自己女儿都无法辨认，更无能力照顾。刘某某出生后一直由上海市儿童福利院照料至今。多年来，救助二站通过登报寻亲、失踪人口数据库 DNA 比对、人脸识别技术等为母女二人寻亲均无果。现刘某某已到入学年龄，但因生父母身份不明，无法办理户口登记，影响其健康成长及正常入学，无奈之下，上海市救助管理二站向普陀法院申请确认上海市儿童福利院为刘某某的监护人。

普陀法院经审理认为

被申请人刘某某为无民事行为能力的未成年人，需要确定监护人对其生活、学习进行照料、管理。而刘某某母亲亦为被救助对象，患有待分类的精神病性障碍症为无民事行为能力人，不具备监护能力。申请人通过登报寻亲、失踪人口数据库 DNA 比对、人脸识别技术等穷尽手段为刘某某及其母亲二人寻亲均无果。现无其他近亲属可以作为刘某某的监护人。上海市儿童福利院作为隶属上海民政局的事业单位，为收容收养孤、弃儿童的机构，具有监护资格及能力，可以作为刘某某的监护人；故指定上海市儿童福利院为刘某某的监护人。

当日，另一例为流浪失智人员子女确定监护人案也落下法槌。6 岁女孩刘某同样面临母亲失智、监护缺失困境，法院指定上海市儿童福利院为刘某的监护人。

典型意义

1. 从慎从快，高效审理，避免监护权真空。立案后，未成年人与家事案件综合审判庭立即组织召开专业法官会议，确保案件慎重处理；及时排期，快速审理，当庭宣判，确保第一时间为未成年人安全、健康成长保驾护航。

2. 互联互通，多方合力，深化综合化解协调机制。立案后立即进行庭前社会调查，联系上海市救助管理二站、上海市儿童福利院去了解刘某某目前的生活情况，与检察院、民政部门、法律援助律师等多方召开联席会议，寻找法律协作，反馈立案事项、文书送达、开庭排期等情况，为及时解决流浪失智人员的子女正常生活与学习等问题。引入更多社会力量形成保护未成年人工作合力，做到全方位保护妇女儿童利益。

3. 贯彻儿童权益最大化原则，夯实国家监护权职责。穷尽所有手段为困境儿童寻找亲属未果后，通过法院判决确定儿童福利机构为监护人，及时填补监护人的空缺，提供妥善安置方案，解决儿童监护困境。

据未成年人与家事案件综合审判庭张骏晔庭长介绍，下一步，法院将深化落实与检察院、民政部门、法律援助机构等多方的联席会议机制，持续推进庭前社会调查机制，发挥此类案件处置长效机制，引入更多社会力量形成未成年人保护合力，全方位保障妇女儿童合法权益。

《中华人民共和国民法典》第二十八条　无民事行为能力或者限制民事行为能力的成年人，由下列有监护能力的人按顺序担任监护人：(一)配偶；(二)父母、子女；(三)其他近亲属；(四)其他愿意担任监护人的个人或者组织，但是须经被监护人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门同意。　第三十一条　对监护人的确定有争议的，由被监护人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门指定监护人，有关当事人对指定不服的，可以向人民法院申请指定监护人；有关当事人也可以直接向人民法院申请指定监护人。居民委员会、村民委员会、民政部门或者人民法院应当尊重被监护人的真实意愿，按照最有利于被监护人的原则在依法具有监护资格的人中指定监护人。依照本条第一款规定指定监护人前，

被监护人的人身权利、财产权利以及其他合法权益处于无人保护状态的，由被监护人住所地的居民委员会、村民委员会、法律规定的有关组织或者民政部门担任临时监护人。监护人被指定后，不得擅自变更；擅自变更的，不免除被指定的监护人的责任。第三十二条　没有依法具有监护资格的人的，监护人由民政部门担任，也可以由具备履行监护职责条件的被监护人住所地的居民委员会、村民委员会担任。

编辑：陈慧、李剑平

祖宅到底归谁管理？法院想到一个好办法

2021-07-22 最高人民法院

https://mp.weixin.qq.com/s/tHhLPZvyE6SzMURPBtHA2A

老人去世后，遗留一处祖宅，因为这处祖宅的使用维护问题，老人的多名后人起诉到法院争管理权。近日，福建省厦门市思明区人民法院依法适用特别程序，审结一起涉侨房产申请指定遗产管理人案件。**这也是《民法典》实施后，福建法院审结的首起指定遗产管理人案。**快跟小编一起来看看。

老人过世遗祖宅

管理权归谁纷争不断

已故的魏姜氏遗有祖宅一处，魏姜氏生前**未留有遗嘱，未指定其遗嘱执行人或遗产管理人。**魏姜氏育有三女一子，大女儿、二女儿均已去世，儿子和三女儿早年迁居境外，现生死情况及子孙沿嗣情况均不明。**长女魏某甲照料晚年魏姜氏，**这处遗留祖宅**曾由魏某甲夫妻二人管理，目前居住这处遗留祖宅的是魏某甲的后辈。**

因魏姜氏继承人众多，且多人散落海外情况不明，魏姜氏身后遗留祖宅的析产确权困难重重，继承纠纷已历经两代人均未能妥善解决。

目前遗产房屋已经日渐旧损，家族各支继承人就祖宅的管养维护问题纷争不断，实际居住在内的魏某甲后人也因无法定身份，而在维护祖宅时处处受到制约。

《民法典》新增了遗产管理人制度后，魏氏家族在国内的继承人提起申请，**请求尽快确定祖宅的遗产管理人，**以避免祖宅年久失修，大部分继承人的利益遭受侵害。

引入“竞标”机制

法院确定遗产管理人

思明法院受理案件后，充分调查了魏姜氏的后人谱系，尽最大努力联系了尚在大陆境内的继承人参与遗产管理人协商，并追本溯源，详尽调查了魏姜氏的生前居住地、主要赡养人、祖宅历代翻迁管业情况和当前状态等案件事实。

法院审理认为，本案中魏姜氏于《民法典》施行前过世，当时的法律、司法解释对于遗产管理人制度并无规定，而《民法典》增设了该制度，但魏姜氏的遗产始终未析产分割持续至今，适用遗产管理人制度能够更加妥善地处理遗产、解决遗产争议、维护继承人合法权益。

法院在魏姜氏后人争当遗产管理人的情况下，创造性地引入“竞标”机制

令争当遗产管理人的各支继承人分别阐述管理遗产的有利条件、能力水平和具体方案。

由法院根据最大限度尊重被继承人遗愿、最大限度发挥遗产效用的基本原则，**最终判决与魏**

姜氏较为亲近、对祖宅感情较为深厚、对祖宅及周边环境较为熟悉的魏某甲一支后人担任遗产管理人。

法官说法

《民法典》实施后，新创设的遗产管理人制度，为诸如魏氏祖宅的管养维护问题提供了新的解决路径。闽南侨乡不少涉侨房产都存在因析产确权困难而长期处于管养维护的搁置或争议状态的窘境。思明法院巧用《民法典》全新创设的遗产管理人法律制度，创新具体适用机制，妥善解决了涉侨祖宅的管养维护问题，充分彰显了《民法典》以人为本、物尽其用的价值追求，也为侨乡历史建筑的司法保护树立了“思明样本”。

来源：厦门市思明区人民法院

编辑：张瑾

北京市首例涉遗产管理人被诉案今日开庭

2021-07-28 京法网事 黄硕

https://mp.weixin.qq.com/s/ZWkTtv6iqbvKUhVio8ty1A

居住在朝阳区的赵某雄因病于 2019 年 3 月去世，因其无其他法定继承人，其姑母赵女士以北京市朝阳区民政局为遗产管理人诉至北京市朝阳区法院。

今天上午九点，朝阳法院公开开庭审理原告赵女士诉北京市朝阳区民政局继承纠纷一案。此案是民法典施行后，北京市首例涉遗产管理人被诉案。

赵女士诉称：

弟媳和弟弟先后去世，将患病的侄子赵某雄托付给赵女士抚养，赵某雄患糖尿病及并发症，每天需要打 4 次胰岛素，成年后无法独立生活和工作，一直和姑姑一家居住在朝阳区。赵女士为侄子成家做准备，出资以他的名字在香河购买了一套房屋，并持续偿还贷款、管理房屋。2019 年 3 月赵某雄因病死亡。

赵女士认为，根据民法典规定，朝阳区民政局是遗产管理人，而其作为继承人以外的对被继承人扶养较多的人，可以主张继承遗产。故诉至法院要求判决由其继承赵某雄名下的涉案房产。

朝阳区民政局代理人表示

被继承人生前未接受我局救助或管理，在其去世之后其居住地街道也并未向我局告知被继承人死亡的有关情况，因此我方对于被继承人的债权、债务及继承人情况均不知情，我局对于何时成为赵某雄的遗产管理人身份亦不知情，所以我方认为在未经法定程序指定我方作为遗产管理人的情况下，原告就此起诉我方没有相应依据。另外，我方亦无法确认被继承人赵某雄生前遗愿。

赵女士的代理人表示

赵某雄已无法定继承人，而且未立遗嘱，也无受遗赠人。赵某雄生前居住在朝阳区某小区，其户籍也在该地址。根据民法典第一千一百三十一条：对继承人以外的依靠被继承人扶养的人，或者继承人以外的对被继承人扶养较多的人，可以

分给适当的遗产。本案中，原告属于继承人之外对于被继承人扶养较多的人，故按照法定继承主张。

法官归纳

根据双方诉辩意见及陈述，法官归纳如下调查重点：1. 被告主体是否适格，即被告是否系赵某雄的遗产管理人；2. 原告是否属于继承人以外的对被继承人赵某雄扶养较多的人；3. 原告要求继承涉案房屋全部份额是否有依据。

双方表示对法官归纳的调查重点无异议，并进行举证。由于涉案房屋相关情况需进一步核实，赵女士当庭提交了证人出庭申请，法官为双方确定了举证期限。案件将择期继续开庭审理。

供稿：朝阳法院

摄影：黄硕

编辑：刘佳宝　汪希

家事法苑

二、媒体典型案例

（一）赡养案例

签订断绝父母子女关系协议可以不赡养父母吗？法院：赡养父母是强制性法定义务，免赡养协议无效

2021-06-25 人民法院报

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2021-06/25/content_206028.htm?div=-1

本报讯　成年子女与父母闹矛盾后，签订了断绝父母子女关系的协议，协议约定子女对父母生不养、死不葬。多年后，父母起诉子女，要求子女履行赡养义务。近日，四川省米易县人民法院审结了这起赡养纠纷，对子女提出的“父母已协议免除了自己的赡养义务”的辩解理由未采纳，依法判决子女对父母履行赡养义务。

现年均已八十多岁的邓大爷、张大妈夫妇共生育三个子女，均已成家。2003 年 8 月 22 日，次子邓老二与邓大爷、张大妈发生纠纷，双方签订了“断绝父母子女关系、不要求邓老二赡养”的协议。近年来，邓大爷、张大妈一直租房居住，加上年老多病，夫妻俩生活捉襟见肘。为此，原告邓大爷、张大妈向法院提起诉讼，要求被告邓老二每月给付两原告生活费 600 元；两原告产生的医疗费，按政策报销以外的，由邓老二承担三分之一的部分。被告邓老二辩称，其与两原告自愿签订了免除赡养协议，是双方的真实意思表示，具有法律约束力，故请求驳回两原告的诉讼请求。

法院审理后认为，父母子女之间的权利义务具有人身专属性，不以对方的付出为前提，而是基于双方特殊的身份关系。赡养父母是子女强制性的法定义务，不得附加任何条件，不得任意放弃，非因法定事由不能随意免除。父母与子女之间的血缘关系在法律上是无法断绝的，除收养关系外不能解除。断绝父母子女关系、人为排除子女对父母赡养义务的协议有违公序良俗和法律的强制性规定，属无效民事行为，不具有法律约束力。被告据以抗辩的免除赡养的协议违反了法律的强制性规定，违背了社会公德以及伦理道德，损害了老年人的合法权益，属于无效协议，因此作为子女的被告，仍然具有赡养父母的法定义务。

（王锡怀）

（二）恋爱同居析产纠纷案例

恋爱期间共同购房，分手房子怎么分？

原创：2021-07-06 上海青浦法院 上海青浦法院
https://mp.weixin.qq.com/s/6Ie6WmW9k5alrc9adWknWA

很多情侣在婚前着手共同购置房产，作为将来结婚的婚房。购房时，双方都考虑到即将结婚，所以对房产证上产权人是谁的名字并不重视，分手了就会对购买的房屋产权发生争议。今天分享的案例就是**一起所有权确认纠纷。**

80 后王先生与 70 后赵女士于 2013 年 10 月相识，2014 年 1 月确定为男女朋友关系，相恋期间二人共同出资购买青浦区赵巷镇一套房屋，合同总价款 117 万元。

原本日子过得和和美美，哪知天有不测风云，感情说变就变。2018 年 5 月两人和平分手。

王先生已倍感疲倦，但是想到自己曾对房屋也有出资，心有不甘，遂诉至法院，要求分得房屋一半的份额。

王先生诉称

虽然房屋的买卖合同以及不动产权证均系以赵女士的名义对外签订及登记，但是双方在买卖房屋过程中，其出资了一半首付款，剩余 51 万元房款系以赵女士为名办理了银行商业贷款，该部分贷款也由两人共同偿还。

对此，王先生提供了一系列转账支付“爱的凭证”。

赵女士辩称

两人并未合意购买房屋，也不认可王先生出资首付款及银行贷款。王先生所谓的“爱的凭证”，均是用以支付给女方的生活支出以及赠与。

凭证中未明确钱款性质，两人也未签订代持协议，或共同购买房屋协议

，王先生的诉求能否得到法院支持？

法院认为，不动产登记对外具有公示公信效力。

案件中，赵女士以个人名义与开发商签订了房屋买卖合同，且房屋办理了不动产权登记，权利人登记为赵女士。因房屋登记在赵女士名下，王先生非房屋买卖合同签订相对方，也未提供与赵女士共同合意购买房屋相关证据，故对于王先生的相关主张，难以得到法院的支持，关于双方之间钱款纠纷，可通过其他途径予以解决。

最终，在法院主持调解下，两人达成和解协议，以赵女士补偿王先生 10 万元为案件画上句号。

不动产的价值往往较高，且维系着一个家庭的生活，为了保护物权的存在，维护交易安全，法律采取了登记生效主义，将物权变动明确清晰地记载于登记簿上，以此进行公示。

实践中，往往也有不少热恋中的男女为了共筑爱巢共同出资购房，在享受爱情甜蜜的同时，尽量通过签订书面的协议以维护自身合法权益。

撰稿 | 周磊杰

编辑 | 朱晶晶

（三）抚养权案例

两位母亲的夺子拉锯战

原创：2021-07-06 民主与法制周刊 易刚 韦林汕
https://mp.weixin.qq.com/s/8D25xJFqKqD8XTeNZ7tD_g

2014 年 9 月中旬，居住在广西壮族自治区柳州市的方女士与丈夫邓先生协议离婚，两个儿子由邓先生抚养。可时隔半年，邓先生被查出癌症！万念俱灰的他，想把儿子托付给前妻。但是，因抚养费问题未能谈拢。无奈之下，只好将儿子托付给生意伙伴凡女士照顾，为了合法，还特意跟她办理了结婚登记。不久，邓先生离世。

方女士获悉此事后异常气愤，于是起诉至法院，向凡女士追讨孩子的抚养权……案件经过一波三折，近日有了最终结果。

生父病危 临终托孤

2015 年 3 月的一天，躺在病床上的邓先生拨打了前妻方女士的电话，称自己命在旦夕，希望对方能够回来协商儿子的抚养问题。方女士此时正在海南省务工，听闻此事不由得一惊，毕竟夫妻一场……

当方女士在医院看到邓先生那一刻，不禁眼圈泛红……邓先生望着前妻说：我死之后，希望你来抚养儿子。毕竟，我父母年事已高……

方女士双眸含泪，面露难色，称自己不敢自作主张。

翌日，方女士带着父母见了邓先生的父亲（下称邓父）。方母对邓父说，因为我女儿在弟弟的信用卡上透支了 8 万元钱，至今未还。所以，弟弟不让她进家门。

邓父听罢，虽感不爽，但犹豫片刻，还是答应了。

岂料，时隔几天，方女士又变卦了，说可以抚养两个儿子，但必须拿出足够的抚养费。邓父则认为，儿子住院花费不少，根本就没留什么钱。可方女士并不相信。之后又协商过几次，终因费用悬殊而未能谈拢。此时正遇方女士单位有事，就匆忙离开了柳州。

对方女士的此举，邓父颇有微词：就算你和前夫有意见，难道对亲生儿子也毫无感情吗？大儿子才 4 岁，小儿子还不满 2 岁呀，你怎能忍心一走了之呢……

由于方女士工作性质的原因，她时常往返于柳州。可当她再次回来时，得知前夫已于 5 月下旬就去世了。让她更感惊讶的是，自己的两个儿子也不知所终！方女士心急如焚，报警求助……

后来，方女士才得知，就在前夫弥留之际，认识他多年的生意伙伴凡女士前来探病，这不禁让前夫眼前一亮。因为凡女士离婚多年，单身无孩儿，一直为没有能做妈妈而感到遗憾。现在，何不把儿子托付给她呢？

面对邓先生的哀求，凡女士也许是不忍心伤害一个即将谢世的朋友，抑或是可怜两个幼小的孩子，她动容了。但转念一想：这样贸然接受他人的儿子，符合法律规定吗？万一生母来争夺抚养权咋办？

为名正言顺，邓先生和凡女士选择了登记结婚。一个月后，邓先生离世。凡女士把两个儿子接回家。本来在生意场上打拼的她，为照顾儿子，只能把重心转移到家里来……

当方女士得知实情后，她要求凡女士归还儿子，但遭拒。于是，矛盾渐起：和一个黄泉路近的人结婚，到底是图财还是真心为孩子？方女士疑窦重重。

对此问题，邓父说：我儿子并没留下什么钱，唯一的财产就是一套 90 多平米的房子。这套房与凡女士的房子相比，差距甚远。当初，是你不愿带儿子，人家凡女士才带的。加之你经济条件……那你说我该咋办？为了孙子的成长、教育，给他们创造一个良好的环境，我当然选择把孙子交给凡女士抚养。

在教育儿子的理念上，方女士和凡女士各有想法；在探视儿子的问题上，两个母亲也各执己见。

于是，夺子之战拉开序幕——方女士将凡女士告上柳北区人民法院。2016 年 10 月 26 日上午，法院开庭审理此案。方女士没有到庭，而是委托了代理人（下称方代理）。

凡女士认为，丈夫去世后，我作为继母，有权抚养儿子，且已尽职尽责，跟儿子建立了深厚的感情，我不同意交出抚养权。

方代理则辩称，我国法律规定，如果是因为血缘关系产生的亲权，那么这个亲权是可以对抗其他权利的。像现在，凡女士想收留或抚养方女士的两个儿子，应该经过方女士本人同意。即使方女士有某些不良嗜好，但也不能因此而丧失她抚养和教育亲生儿子的权利。

一边是生母，拥有法定的抚养权；一边是继母，通过法律手段获取了孩子的抚养权。一个有生育之情，一个有养育之恩，孩子判给谁都可以。在这种情况下，法官该如何评判呢？年幼的亲兄弟，在遭遇生父不幸病故后，又将面临着不知何去何从的尴尬。现在，官司打到了法院，法官接到这样一起有着复杂背景的抚养权纠纷，必须非常慎重。因而，承办人不仅做了大量的走访工作，还进行了针对性的安排。

法官认为，在审理未成年人抚养权纠纷时，会以未成年人身心健康为优先保护原则，全面来考察衡量各方面因素，做出对未成年人成长最有利的裁判。本案既然必须在两位母亲中选一个，那不光要看家庭和经济条件，还要看谁更适合抚养孩子，更会抚养孩子。

因此，庭审中，法官还给未到庭的方女士打去电话，询问一些相关情况……庭审结束后，法官确定了日期，并通知方女士届时到法院来一趟，其想做一个试验，即分别让生母和继母单独与儿子在一起，看看儿子与两位母亲中的哪一位有距离感。

生母不服 提起诉讼

法院设有一间观察室，主要是用于离异夫妻想争夺年幼的孩子，而孩子又不能清楚表达自身意愿的时候，法官可以通过孩子与父母的接触来推测彼此的亲疏，作为日后判决抚养权纠纷的参考要素。

方女士首先走进儿童观察室。她进去后抱着大儿子，说自己如何想念他。大儿子虽然跟她有互动，但表现不出非常强烈的意愿。方女士对小儿子的关注不多，小儿子欲上卫生间，想穿鞋子时，方女士都没有注意到。

接下来，轮到凡女士走进儿童观察室，在进去之前，她就对法官说：小儿子今天有点不舒服，希望能尽快结束，好带小儿子回去休息。凡女士进去之后，把两个儿子带到一边，跟他们讲一些平等的话语、相互交流，感觉比较像妈妈……

关于目前谁更合适携带抚养两个儿子的问题，法官认为，方女士与邓先生已于 2014 年 9 月协议离婚，约定两个儿子由邓先生携带抚养，方女士不需要对两个儿子的抚养费负责。2015 年 3 月，邓先生病重时方女士仍是单身，但其明知邓先生不久将离开人世，却仍因为钱款支付的问题没有主动担当起母亲的责任来，导致邓先生在临终前以与凡女士结婚的形式，将两个儿子托付给对方抚养。凡女士接受邓先生的托付后与两个儿子建立了较好的家庭情感联系，并得到了儿子的爷爷认可。她和儿子以及邓家人都相处的不错，母子之间更是建立起了深厚的感情。且凡女士的居住

环境和经济收入较为稳定，可以为两个儿子提供较好的学习、生活环境。而方女士目前也只是挂靠在某单位的非正式员工，收入并非长期稳定。此外，根据儿童观察室内的观察，凡女士与两个儿子相处和谐，故为保证稳定的家庭和生活、学习状态，目前由凡女士携带抚养两个儿子更为合适。

综上，法院依照《中华人民共和国婚姻法》相关条款之规定，于 2016 年 11 月 9 日，判决驳回了方女士的诉讼请求……

方女士不服，上诉至柳州市中级人民法院。

为处理好这起案件，中级法院的法官亲自到方女士家里走访，了解她的生活条件和抚养能力。同时，又邀请心理咨询师对两位妈妈做了心理辅导，让双方更好地为儿子着想，帮她们化解恩怨。

经过反复权衡综合分析，中级法院认为，两个孩子由凡女士抚养对他们的成长更为有利。于是，2017 年 4 月，二审法院维持了一审判决。

波澜再起 儿归生母

原以为判决下达后会归于平静，哪承想，方女士的内心却翻江倒海般难受：身为人母，儿子却被判给了继母！为何？她开始反思自己，也担心从未做过母亲的凡女士一下子要照顾两个儿子会力不从心。于是，同年 7 月，方女士找到凡女士，恳请对方能将儿子还回给她……

刚才始，凡女士并不答应，但禁不住方女士的苦口婆心以及愿意辞去海南那边的工作回来带儿子的承诺。想想彼此都是女人，何必为难对方？于是，经过协商，大儿子跟随方女士生活……

本应皆大欢喜，岂料 2019 年，凡女士因经济案件而有可能在一定时间内难以和儿子相处……此时的方女士觉得，凡女士的行为已不再适合再带儿子了。于是，就将对方告上柳北区法院，要求变更小儿子的抚养权。2020 年 6 月底，其诉请获得了支持。

孩子都回到了自己身边，方女士的经济压力陡增。这时，她想起了前夫赠与凡女士的那套房屋，认为该行为发生在她与邓先生婚内期间。于是，便以两个儿子的名义将凡女士诉至柳北区法院，要求继承那套房屋。

2020 年 10 月底，法院进行审理。经审查认定：邓先生与方女士于 2014 年 9 月离婚。而邓先生与凡女士于 2015 年 4 月下旬再婚，次月，邓先生去世，两个儿子由凡女士抚养……法官为了查明购房款的交付情况，于同年 11 月 25 日到售房单位取证，得知该单位于 2006 年 9 月 14 日与邓先生签订的《商品房买卖合同》，并于当天一次性付清房款……

法官认为，邓先生于 2015 年 5 月 28 日死亡，继承从此开始，涉案房屋至今登记在邓先生名下，各继承人的继承权利不存在被侵犯的情形。邓先生死亡后，房屋属于其遗产。方女士主张涉案房屋系其与邓先生的夫妻共同财产，缺乏事实及法律依据。邓先生立下《自书遗嘱》一份，符合法律规定的形式要件，其死亡后按照遗嘱由凡女士继承。但他两个儿子尚未成年，属于法律规定的特留份权人，应由凡女士按照必要的遗产份额向两个儿子进行补偿。因为两个儿子的实际抚养情况又发生了变更，即分别于 2017 年 12 月 23 日起、2019 年 9 月起跟随生母方女士共同生活，所以结合柳州市的实际生活水平及消费情况，综合考虑特留份权人的年龄及实际抚养情况，法院酌情确认由凡女士向大儿子、小儿子支付补偿费……现双方均认可涉案房屋价值 75 万元，故应为两个儿子保留必要的份额。涉案房屋尚有剩余价值，凡女士继承邓先生的上述遗产后，应在遗产继承的范围内清偿被继承人邓先生的债务。

2020 年 12 月，柳北区法院依照相关法条之规定，判决涉案房屋由凡女士继承；凡女士于本案判决生效之日起十日内向大儿子支付 12 万元、小儿子支付 13 万元，该款由原告方女士代收；驳回方女士其他诉请。

由于双方在法定时限内均未提出上诉，故该判决已于 2021 年 1 月生效。两个月之后的 3 月 13 日，央视法制频道（CCTV-12）对这起特殊的案例进行了报道……

编后语

这的确是一起让人非常纠结的案子：两位母亲都想抚养孩子，无论判给谁，另一位心里肯定不会情愿。法官能做的，就是进行对孩子最有利的裁判。婚姻法第二十一条规定，父母对子女有抚养教育的义务；第二十七条规定，继母和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。本案中，凡女士作为两个儿子的继母，与方女士均有保护和教育儿子的权利和义务，并在两个儿子对国家、集体或他人造成伤害时，有承担民事责任的义务。

而法院的第一次判决，恰恰体现了法律对孩子的保护。因为除了考虑生母和继母的抚养能力与孩子的感情等因素，法院的判决甚至周全到留了一条“后路”。即：如果把孩子判给生母，从法律程序上讲，继母的抚养权就彻底丧失；倘若生母照顾孩子不周，再想交给继母也不可能了。但是，如果继母得到抚养权却照顾不好孩子，那么生母不仅可以监督，还可以向法院要求变更抚养权。对于孩子而言，等于又多了一层保护。

事实也证明了这一点，后来的凡女士不知是出于什么原因，做了违法的事情。方女士觉得，此时的凡女士已不再适合抚养教育她的儿子了，于是诉至法院，要求夺回儿子的抚养权。法院也认为，凡女士的行为已经触犯了法律，短时间内不能再照顾儿子了。因此，支持了方女士的诉讼请求——将儿子判归生母抚养，这场旷日持久的夺子之战终于落幕。

所以说，遵纪守法者，才能获得法律的支持。

爸爸离异后去世，亲妈想要回抚养权却遭孩子强烈反对！法院判了

2021-07-06 上海法治报 保护未成年人的

https://mp.weixin.qq.com/s/6m2mJ20I9_vw9FS-1VC5HQ

父母离异后，**小俊被判归爸爸抚养。**不料，一年后，爸爸因病去世。妈妈将祖父母起诉到法院，**要求小俊由自己抚养，**年满 8 周岁的小俊强烈反对。

日前，上海市松江区人民法院审理了这起案件，**判决不改变小俊的抚养、监护状态。**

吴先生与金女士结婚并生下儿子小俊。由于吴先生常年在外地工作，小俊出生才两年夫妻便感情破裂分居，**从此小俊跟随祖父母一起生活。**几年后金女士起诉与吴先生离婚，小俊被判归吴先生抚养。

一年后，吴先生因重病不幸去世。8 岁的小俊还未从失去父亲的悲痛中走出来，一场新的诉讼又开始了。**金女士将祖父母老吴夫妇诉至法院，要求小俊由自己抚养。**

作为一名母亲，金女士身体健康、收入稳定，**在孩子父亲去世的情况下，金女士要求抚养孩子，本无可厚非。**况且老吴夫妇确实年事已高，身体欠佳，并不适合照顾小俊。但老吴夫妇辩称，**因小俊自己不愿与金女士共同生活，他们才无法同意金女士的诉请。**在金女士起诉前，他们曾将小俊交由金女士带回家，才三天，小俊就逃了回来。

由于小俊已满 8 周岁，负责本案的蔡法官多次找小俊本人谈话，发现小俊态度一直非常坚决，**拒绝和母亲一起生活，**也拒绝接受蔡法官提出的调解方案。小俊说，金女士从小对自己疏于关心，

与父亲分居后也极少来看望他，一来就吵架。小俊那次跟金女士回去后被反锁在家无法上学，导致他情绪激动，差点轻生，这才逃回祖父母家。

为有效保护未成年人权益，蔡法官来到小俊学校、居委会及心理医生处调查走访。班主任表示平时与小俊父亲、祖母、姑妈联系较多，**母亲难得来校，小俊明确表达过要跟祖父母一起生活的意愿**。心理医生则表示小俊父亲去世后，小俊情绪很差，由于母亲的起诉，小俊的心理状况更加不理想，已进行多次心理疏导。他们从专业角度出发，建议不要轻易改变抚养现状。

在深入了解小俊的真实意愿和抚养现状等事实后，法院认为：其一，小俊自幼随父亲、祖父母共同生活，感情深厚、生活稳定，姑母一家也对他疼爱有加。其二，在离婚和抚养权两次诉讼中，小俊多次表示希望与父亲、祖父母，而非母亲共同生活的意愿。其三，小俊由于丧父、诉讼等原因情绪状态不稳定。因此**不改变抚养、监护状态，延续生活环境，既有利于他的生活和学习，也有利于他情绪的稳定，**目前的生活状态更有利于小俊成长。

最终，从最有利于未成年子女的原则出发，同时也考虑到已年满 8 周岁子女的真实意愿，**法院驳回了金女士的诉讼请求**。

在判决书中，法官语重心长地写道：金女士作为孩子的母亲，平时应积极、主动关心孩子，多沟通，培养与孩子间的感情，待今后建立起一定的感情基础，金女士仍可直接抚养孩子。

判决后，双方均未上诉。该判决已生效。（文中均为化名）

作者 | 翟梦丽 蔡譽 王艳萍

编辑 | 张旭凡

家事法苑

（四）离婚损害赔偿案例

郴州男子出轨写下 5 份保证书，妻子要求支付“保证”的 50 万元离婚补偿，法院支持吗？

2021-07-09 湖南高院

https://mp.weixin.qq.com/s/JIA6_iLBfvFY0scZhIlOhA

以下文章来源于郴州市中级人民法院 ，作者史娟

五份保证书还是没能挽回破裂的婚姻……两人最终离婚。于是，妻子向法院起诉要求丈夫支付保证书提及的 50 万元离婚费用。请看本期案例！

案情简介

小渣与小美系夫妻，双方育有三个子女。2008 年某日发生的事，打乱了小美原本幸福美好的生活，小美的闺蜜向小美哭诉，称小渣酒后对她动手动脚。小美质问小渣后，小渣请求小美的原谅，并立下**第一份保证书**。

但是这份保证书没有能阻止小渣的放浪形骸，2016 年，小渣直接出轨了，小美发现后，小渣再次“痛哭流涕”，向小美立下了**第二份保证书**，其中有一条明确写着“**以后不可以再出轨，如有出轨行为向小美支付 50 万离婚费用。**”

小美以为 50 万的出轨代价应该能阻止小渣对婚姻的背叛，但在 2019 年，小美再次发现小渣出轨，小渣因此又出具了**第三、四份保证书**，插足婚姻的**第三者**小李也向小美**立下了保证书**，表示与小渣从此断绝来往。

争议焦点

五份保证书还是没能挽回已经破裂的婚姻，最后小渣和小美还是离婚了，小美要求小渣支付保证书提及的 50 万元离婚费用，小渣拒绝了，小美将五份保证书作为证据提交给了法院，那么法院会支持吗？

法官说法

法官认为，小渣与小李的微信聊天记录、小美与小吕（小李丈夫）的聊天记录，以及小渣和小李分别出具给小美的保证书等证据**足以证明小渣出轨的事实**，小渣为婚姻中的过错方。在法庭辩论终结前，小美依据该保证书和相关法律规定提出要求小渣支付损害赔偿金 500000 元。法院根据小渣的过错事实和民事侵权损害赔偿金的确定原则，以及当地社会经济水平、对方当事人的承受能力等，酌情确定小渣支付小美**损害赔偿金 200000 元。**

相关法条

《中华人民共和国民法典》

第一千零九十一条： 有下列情形之一，导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿：

（一）重婚；

（二）与他人同居；

（三）实施家庭暴力；

（四）虐待、遗弃家庭成员；

（五）有其他重大过错。

作者：郴州中院 史娟

丈夫常年不顾家，妻子提 2.5 万元家务补偿，柳州法院这样判！

2021-07-10 南国今报
https://mp.weixin.qq.com/s/V8NTy6vKia-uC2MZtZ9G2Q

“全职太太”或“家庭煮夫”在离婚时，要求另一方给付家务补偿，能否获得法律支持？

2021 年 1 月 1 日实施的《民法典》在以法律条文（第一千零八十八条）“唤醒”家务补偿制度的同时，越来越多的法院也在审判实践中，用鲜活判例使这条无声的法律变得掷地有声。

2021 年 6 月，柳州市柳北区人民法院依法审理的一起离婚纠纷案，依法维护了离婚时妻子理应获得的家务补偿权益。

目前，双方服判息诉，该案判决已发生法律效力。

丈夫常年在外不顾家 起诉离婚还自认婚内出轨

男方马某与女方钟某相识恋爱 6 年后，二人于 2013 年登记结婚，2014 年二人婚生小孩出生。2016 年，钟某以夫妻双方感情不和为由，曾向法院起诉，要求与马某离婚。法院经审理，依法判决二人不准离婚。

2021 年，马某以夫妻双方已分居 6 年，感情已完全破裂为由，将钟某诉至法院，请求法院依法判决二人离婚，二人婚生小孩归被告钟某抚养。

柳州市柳北区人民法院家事和少年审判庭如期对案件进行了审理。庭审中，**马某自认与钟某分居 6 年期间有出轨行为**，面对其与钟某名存实亡的夫妻关系，希望法院判决离婚，婚生小孩由钟某抚养。

钟某认为，马某已自认出轨，其同意离婚，愿意独自携带抚养婚生小孩。但因双方婚生小孩天生患疾，这些年来自己照顾小孩、操持家务付出太多，而马某不仅长期对家里的事不闻不顾，6 年中也仅向小孩支付了 5000 多元抚养费。为此，希望法院在准予二人离婚的基础上，支持**钟某要求马某支付精神损失费 2.5 万、家务劳动补偿 2.5 万的诉请。**

法院经审理认为，**马某自认存在婚内出轨行为，违背了夫妻间的忠诚义务，**亦是导致双方离婚的主要原因，故法院酌情确定由马某向钟某支付精神损害赔偿 10000 元。庭审时，马某认可钟某在照顾小孩方面承担了较多义务，故法院对钟某要求马某支付 25000 元补偿的请求予以支持。

综上所述，法院依法判决，准予马某、钟某二人离婚，**二人的婚生子由钟某抚养，马某每月按时支付抚养费，并向钟某支付精神损害赔偿 10000 元、家务补偿款 25000 元。**案件宣判后，马某、钟某二人均表示服判息诉，均不上诉，现判决已发生法律效力。

家务劳动虽有价 提请补偿应合理

法官介绍，2021 年 1 月 1 日新实施的《民法典》完善了离婚救济制度，**《民法典》第一千零八十八条修改了原《婚姻法》第四十条中**，关于离婚经济补偿只在约定财产制下使用的规定，从而使得婚姻中多付出的一方，在离婚时能够获得一定的经济补偿。但是家务劳动经济补偿实际上仍属于给付金钱的补偿行为，所以一方在提出家务劳动经济补偿时，不仅需要对照家务劳动时间、投入家务劳动精力、家务劳动效益、负担较多义务一方的信赖利益等综合因素合理提出，而且需要符合一定的条件才能适用：

一是不区分夫妻财产所有制类型一律适用，如果一方在婚姻中相比另一方对家庭负担了更多的义务，均有权利在离婚时请求补偿。

二是经济补偿请求以负担了较多家庭义务为提前，这里的家务劳动，除了《民法典》规定列举

的抚育子女、照料老年人、协助另一方工作三种情形外，还应包括为自己和家人最终消费所进行的准备食物、清理住所环境、整理衣物、购物等无酬家务劳动以及对家庭成员和家庭以外人员提供的无酬照料与帮助活动。

三是经济补偿需一方主动提出，法院不得主动适用，但人民法院可以向当事人释明其家务劳动补偿请求权，是否行使由当事人自行决定。

四是经济补偿请求须在离婚时提出，如果双方协议或判决离婚后，一方提出经济补偿请求的，人民法院不予受理。

本案中，丈夫 6 年来不顾家，妻子独自照顾小孩、操持家务的实际情况，属于婚姻期间负担较多义务一方的利益主体，故妻子在离婚时提出的家务劳动补偿诉求获得了法院的支持。

在此，法官提醒大家，虽然法律将家务劳动由“无偿”变成了“有偿”，但并非是赞成将夫妻关系物质化，也非支持付出家务劳动过多一方在离婚时可以“漫天要价”，所以家务补偿的诉求，仍需有理有据，合理要求，否则将很难得到法院支持。

（文中人物均为化名）

普法小贴士

《中华人民共和国民法典》

第一千零七十九条，夫妻一方要求离婚的，可以由有关组织进行调解或者直接向人民法院提起离婚诉讼。人民法院审理离婚案件，应当进行调解；如果感情确已破裂，调解无效的，应当准予离婚。

有下列情形之一，调解无效的，应当准予离婚：

（一）重婚或者与他人同居；

（二）实施家庭暴力或者虐待、遗弃家庭成员；

（三）有赌博、吸毒等恶习屡教不改；

（四）因感情不和分居满二年；

（五）其他导致夫妻感情破裂的情形。

一方被宣告失踪，另一方提起离婚诉讼的，应当准予离婚。经人民法院判决不准离婚后，双方又分居满一年，一方再次提起离婚诉讼的，应当准予离婚。

第一千零八十四条，父母与子女间的关系，不因父母离婚而消除。离婚后，子女无论由父或者母直接抚养，仍是父母双方的子女。离婚后，父母对于子女仍有抚养、教育、保护的权利和义务。离婚后，不满两周岁的子女，以由母亲直接抚养为原则。已满两周岁的子女，父母双方对抚养问题协议不成的，由人民法院根据双方的具体情况，按照最有利于未成年子女的原则判决。子女已满八周岁的，应当尊重其真实意愿。

第一千零八十五条，离婚后，子女由一方直接抚养的，另一方应当负担部分或者全部抚养费。负担费用的多少和期限的长短，由双方协议；协议不成的，由人民法院判决。前款规定的协议或者判决，不妨碍子女在必要时向父母任何一方提出超过协议或者判决原定数额的合理要求。

第一千零八十八条，夫妻一方因抚育子女、照料老年人、协助另一方工作等负担较多义务的，离婚时有权向另一方请求补偿，另一方应当给予补偿。具体办法由双方协议；协议不成的，由人民法院判决。

第一千零九十一条，有下列情形之一，导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿：

（一）重婚；

（二）与他人同居；

（三）实施家庭暴力；

（四）虐待、遗弃家庭成员；

（五）有其他重大过错。《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民法典>婚姻家庭编的解释（一）》

第四十三条，婚姻关系存续期间，父母双方或者一方拒不履行抚养子女义务，未成年子女或

者不能独立生活的成年子女请求支付抚养费的，人民法院应予支持。

《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。当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集。人民法院应当按照法定程序，全面地、客观地审查核实证据。

《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》

第九十条，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。

来源 | 柳北区人民法院、广西高院

值班编辑丨邓闯

值班主任丨刘山

值班总编丨陶海华

出品 | 南国今报全媒体产品传播中心

家事法苑

（五）其它案例

男子花 14 万追求游戏陪玩对象未果，起诉对方欺诈！一审判了

2021-07-06 上海法治报

https://mp.weixin.qq.com/s/VJ4oa3gQ4Z15ntAJiiC5CQ

广东一男子何某超通过陪玩平台下单认识了女陪玩马某，后对其产生好感并进行追求。在马某**明确表示不网恋**的情况下，何某超仍向马某支付**高于市价的陪玩服务费和购买礼物**。在追求未果后，何某超将马某告上法庭，以对方存在**欺诈行为**为由，要求马某返还 14 万余元。7 月 2 日，记者从该案一审判决书中了解到，法院认为何某超的主张缺乏事实和法律依据，**一审驳回其诉讼请求**。

男子追求女陪玩未果

起诉对方要求返还 14 万余元

据该案判决书显示，家住广州市的何某超于 2019 年 10 月通过某陪玩平台向被告马某订购竞技游戏陪玩服务，两人由此成为微信好友。起初何某超通过平台下单由马某陪其一起玩游戏，双方熟悉后，何某超主动提出通过平台下单比较麻烦，其按每月 6000 元通过微信直接支付给马某陪玩服务费。但之后何某超未按每月 6000 元实际支付，而是不定期陆续向马某支付。

自 2020 年 2 月开始，何某超对马某产生好感并开始进行追求，在微信聊天中多次向马某表白。但马某明确表示自己不愿意网恋，不接受何某超。

为追求马某，何某超在网购平台为其购买了手表、化妆品、手袋等作为礼物送给被告，共花费 73766 元。何某超向马某表示要为其购买礼物时，马某都明确拒绝，但何某超仍下单购买并由网购平台直接快递至马某住所地。马某称赠与的物品其均已签收，并已经使用。

根据双方的微信转账记录显示，2019 年 11 月至 2020 年 4 月期间，何某超通过微信转账向马某陆续支付了 72400 元，其中包含了部分何某超赠与马某购买化妆品的费用。后马某返还给其 15000 元，另有 6000 元未收取。

马某陈述，在陪何某超玩游戏时，其称呼自己“老婆”，马某当即表示不能接受，并提出如果何某超坚持要与其网恋，其将终止与何某超之间的陪玩游戏服务，双方因此产生矛盾，关系日渐恶化。后何某超认为马某存在欺诈行为，将马某告上法庭，要求马某退还不当得利 143526 元。

何某超诉称，马某多次强调自己年龄是 22 岁，并在其可见的朋友圈发送年轻貌美的照片，但马某实际年龄为 30 岁，真实模样与照片相差巨大。其向马某支付高于市场收费标准的游戏陪玩款项以及购买昂贵礼物，马某并未提供等价的陪玩服务，仅提供了 170 盘的游戏陪玩服务。

马某辩称，在网友关系存续期间，何某超对其进行追求，其始终都表示双方只是普通朋友关系。何某超购买礼物时都明确表示是自愿赠送，而其

收取红包、接受转账及其他财物的行为，表明接受赠与，赠与行为不违反法律和行政法规的禁止性规定，合法有效。

法院认为该案不是不当得利关系 一审驳回该男子诉讼请求

法院认为，被告马某为原告何某超提供了陪玩游戏服务，何某超通过微信转账向马某支付陪玩服务费，系基于原、被告之间陪玩游戏的服务合同关系。期间，何某超通过微信转账赠与马某相应款项用于购买化妆品作为礼物，并在网购平台购买物品赠与马某，马某接受了其赠与的物品，双方之间形成赠与合同关系。因此该案不是不当得利关系。

对于马某是否应当返还相关款项，法院认为，何某超通过微信转账向马某支付的相应款项，系基于双方之间陪玩游戏的服务合同关系，具有合法依据，何某超无权要求马某返还。

何某超以马某存在欺诈行为，致使其违背真实意思与马某订立服务合同，并诱导其为马某购买物品为由，主张不当得利予以返还。根据双方微信聊天记录显示，马某并不存在诱导或主动要求何某超为其购买物品的情况，且何某超主动提出为马某购买物品时，马某都明确拒绝，故何某超的主张无事实依据。

何某超向马某表白时，马某均明确拒绝与其网恋，双方之间并不建立起网恋关系。何某超在马某表明不同意网恋，不要何某超为其购买物品时仍赠与物品。且何某超在微信聊天中明确表示其微信转账所送物品及网购赠与的物品均系自愿行为，不追究马某的任何责任，可以看出何某超赠与马某物品时，并没有向马某表明是以双方建立恋爱关系为条件。因此，何某超对马某的赠与属于一般赠与，无撤销事由，何某超无权要求返还。

综上，法院一审判决，驳回原告何某超的诉讼请求。

来源 | 南方都市报

编辑 | 张旭凡

三、继承

未尽扶养义务的妻子上诉争遗产，判决结果令人舒适

2021-07-06 浙江法制报

https://mp.weixin.qq.com/s/4vPqikX5hcFnCBGPMbOFUA

昔日对年迈的婆婆和重病的丈夫未尽扶养义务，甚至因漠不关心不知道丈夫离世，在丈夫过世后还起诉离婚，如今却想参与遗产分割。近日，宁波市鄞州区人民法院判决了这样一起继承权纠纷案，判决结果令人极度舒适。

刘大爷和老伴王老太过世后，在农村留下一套房屋，一直由孙子刘小刚（化名）管理。2015 年房子被收购后，刘小刚在收购款基础上又买了一套新房，登记在自己名下。

近期，王老太的儿媳张某将刘小刚起诉到鄞州法院，要求确认张某对该套新房享有 20%的继承份额。

法院审理后发现，王老太的儿子刘大林（化名）与原告张某上世纪 80 年代结婚，刘大林此前还有一段婚姻，与前妻曾生育一子即本案被告刘小刚。2011 年，刘大林去世。而王老太另外还有三个女儿——刘二花、刘三翠、刘四美，法院依法追加这三人作为共同原告，参加此次继承纠纷诉讼。

张某认为，丈夫刘大林对这套本来属于王老太两老的房屋是享有继承权的，刘大林可继承的遗产份额，属于夫妻共同财产。刘大林去世后，属于刘大林部分的遗产，她也应该有继承权。

庭审中，王老太的小女儿即原告刘四美，控诉张某及刘大林既不履行赡养老人的义务，也不抚养儿子刘小刚。原告刘二花和刘三翠陈述，老人的赡养主要依靠妹妹刘四美，她们两个姐姐参与不多，刘大林和张某更是没有赡养过老人。

被告刘小刚则表示，父亲刘大林去世前瘫痪住院，继母张某照顾了三天，给了 3000 余元医药费，之后就出去打工了。他说，父亲住院费用大部分由他负担，出院后也是由他负责照顾直至去世。在刘大林去世一个月后，对丈夫病情发展毫不知情的张某起诉要求离婚，得知丈夫去世才申请撤诉。刘小刚认为，张某没有继承遗产的资格，且本案已过诉讼时效。

庭审中，原告刘二花、刘三翠、刘四美一致表示，如三原告有继承权，愿意将继承份额全部赠与被告刘小刚。

法院查明，原告张某和丈夫刘大林长期外出，刘大林还曾打伤王老太，夫妻俩与王老太关系淡漠，交往不多，没有证据证明曾尽到了赡养义务。王老太生前与小女儿刘四美共同生活，由刘四美照顾十余年，去世后的丧葬事宜也由刘四美负责办理，张某作为媳妇甚至未参加王老太的葬礼。

法院审理认为，涉案老屋是王老太和刘大爷共有的老房子，刘大爷过世后，属于刘大爷的 50%份额由王老太和四个子女法定继承，即王老太享有 60%份额，四个子女各享有 10%。其中刘大林的 10%份额系在其与原告张某婚前继承，属于婚前财产。

原告张某和其丈夫未对王老太尽到赡养义务，大女儿刘二花、二女儿刘三翠自认未参与对母亲的赡养，故王老太对老房子享有的 60%份额，应全部由承担了赡养义务的小女儿刘四美继承。

关于刘大林 10%的继承份额，在刘大林去世后应按法定继承在刘小刚和张某之间进行分割。张

某在刘大林住院后期及出院后未进行照顾，甚至在刘大林去世后还向法院起诉要求离婚，显然对丈夫病后的情况漠不关心。结合被告刘小刚支付大部分住院费、对刘大林履行赡养义务、办理丧葬事宜等事实，法院认定被告应多分刘大林的遗产，由原告张某继承 3%的份额，被告刘小刚继承 7%的份额。

由于除张某外其他各原告均明确继承份额赠与被告，故原告张某继承份额 3%，被告刘小刚继承份额 97%。

但最后的结果是，张某的继承份额是“零”。原来，审理中，原告承认其在五年前已知道房屋被收购事宜，因其他原因未起诉。本案应适用三年诉讼时效期间，法院按照有利于原告张某的原则从最后一次开庭时间 2021 年 5 月进行推算，确认其至少在 2016 年 5 月就已知晓上述事实，知道自己的继承权益被侵害，原告于 2021 年 3 月向法院起诉，已过诉讼时效，原告也未举证证明存在诉讼时效中止或中断的情形。综上，法院依法判决驳回原告张某的诉讼请求。

该案一审判决后，原、被告均未提起上诉。

法官提醒，根据民法典规定，若想要在遗产继承这场“KPI”考试中胜出，必须持有足够份额的“爱心指数”，对亲人付出的关爱越多，法律能够保护的份额就越大。

来源：浙江法制报（记者 高敏 通讯员 徐旭霞 邵珊珊）

遗产管理人制度相关案例之一继承纠纷案例

2021-07-09 家事法苑 家事法苑团队整理

https://mp.weixin.qq.com/s/c1gDCTwBZqOkPDWprmWaiA

前言

本期小编为大家搜索到遗产管理人相关的典型判决，供各位读者参考。以案由、事项综合分类，小编将为大家找到的案例分类如下图，裁判文书原文将在一至六图文中逐一推送。

01 方某 1 与方某 2 方某 3 法定继承纠纷一审民事判决书

（2018）沪 0110 民初 4682 号

上海市杨浦区人民法院

民 事 判 决 书

（2018）沪 0110 民初 4682 号

原告：方某 1，男，1954 年 5 月 29 日出生，汉族，住上海市杨浦区。

委托诉讼代理人：杨舒婷，上海市申房律师事务所律师。

被告：方某 2，女，1949 年 12 月 30 日出生，汉族，住上海市杨浦区。

委托诉讼代理人：肖希平(系被告方某 2 的配偶)，男，1946 年 10 月 9 日出生，汉族，住上海市杨浦区。

被告：方某 3，男，1956 年 7 月 2 日出生，汉族，住上海市杨浦区。

原告方某 1 与被告方某 2、被告方某 3 遗嘱继承纠纷一案，本院于 2018 年 3 月 1 日立案后，依法适用简易程序，公开开庭进行了审理。原告方某 1 及其委托诉讼代理人杨舒婷、被告方某 2 及其委托诉讼代理人肖希平、被告方某 3 到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告方某 1 向本院提出诉讼请求：判令原告按照遗嘱继承李世淑存于中国银行的定期存款人民币 1,000,000 元。事实及理由：被继承人李世淑系原被告的母亲，原被告系姐弟关系。李世淑于 2017 年 12 月 19 日因病去世，其丈夫、父母均早于其去世。李世淑在 2015 年 3 月 3 日与 3 月 4 日在其家中写下两份遗嘱(以下简称“3 月 3 日遗嘱”与“3 月 4 日遗嘱”)，并交与其丈夫的学生陈玉林保管。“3 月 3 日遗嘱”写明被继承人李世淑名下的上海市杨浦区双阳北路 XXX 弄 XXX 号房屋及涉案存款的处理方式：将涉案存款作为礼品分别装入三个小信封，再装入一个大信封内，密封后存于银行保险柜内，待其去世后由原告取回，按照信封中所载姓名分配，另载明，若还有其他存款，归原告一人所有。“3 月 4 日遗嘱”对李世淑名下上述房产全部由原告一人继承。上海市宝山公证处派员于同年 3 月 31 日到李世淑家中对“3 月 4 日遗嘱”进行了公证，该双阳北路房产系军产，本案不要求处理。2017 年 12 月 19 日李世淑去世后，原告从银行保险柜取回大信封，同月 21 日，将其送于被继承人李世淑生前所在上海市杨浦区军队离休退休干部服务管理中心第五休养所(以下简称第五干休所)会议室，原被告和遗嘱见证人陈玉林都在场的情况下拆开信封交与原被告签收，两被告均已取回存款。原告因为存单金额较大，需要被继承人李世淑本人到场而无法取出，故诉至法院，请求确权。

两被告辩称，其母亲李世淑多年来由两被告共同照顾，母亲从 2013 年 7 月骨折后，更是悉心照顾，原告从深圳回沪后，原被告一起轮流照看母亲。由于母亲年事已高，加上体弱多病，故怀疑母亲在晚年所作遗嘱内容可能不是其真实意思表示。其理由如下：1. 无法确认涉案存单是原告从小信封中取出，应作为家庭共同财产处理；2. 被告方某 3 在涉案存单复印件上签字认可的行为，系自己出于无奈而违心签字，应属于无效民事行为；3. 陈玉林作为遗嘱执行人因母亲在遗嘱中未予明确而对其身份存有质疑；4. 母亲遗嘱内容所涉及部分遗产系父亲的个人遗产，母亲处分不当；5. 原告作为母亲遗产管理人未尽到妥善的注意义务，在其至银行取款受阻后并未找被告协商解决，故本案诉讼费应由其自行负担。

本院经审理查明事实如下：原被告系姐弟与兄弟关系，被继承人李世淑系原被告的母亲。李世淑的丈夫方之扬、父母均早于其去世。2010 年 12 月 30 日，被继承人李世淑将自己书写的一份委托书交给已故丈夫的学生陈玉林，委托其作为遗嘱见证人及执行人，载明陈玉林有权监督遗嘱的执行情况。

2015 年 3 月 3 日与 3 月 4 日，李世淑在其家中先后写下“3 月 3 日遗嘱”与“3 月 4 日遗嘱”，并交与遗嘱见证人陈玉林保管。“3 月 3 日遗嘱”载明李世淑名下房屋的出售与房款分割及存款处理方式，其中，涉及存款处理的内容为“定期存款的存单分别放在写有你们名字的信封里，为防止失窃存放于银行保险柜里，我去世后由方某 1 取回，收到后在大信封上签收。此外，我名下的存款如有结余，全部给方某 1。”“3 月 4 日遗嘱”对李世淑名下房屋进行分配，明确坐落于上海市杨浦区双阳北路 XXX 弄 XXX 号双阳北路房屋产权全部由原告继承。上海市宝山公证处派员于同年 3 月 31 日到李世淑家中对“3 月 4 日遗嘱”进行了公证，将李世淑名下上述房产明确归原告继承。因该房产权涉及军产，原告不要求本案一并处理。

在遗嘱形成之前，被继承人李世淑曾于农业银行上海市五角场支行考察选定保险柜，并将该

保险柜钥匙及密码交于原告保存。两份遗嘱写作后，李世淑在一个大信封上写到：“赠方某 2 方某 1 方某 3 母李世淑赠”，将写有原被告三人姓名并装有存折的三个小信封密封好，再装入大信封密封完毕后，安排原告到农业银行存放于选定的保险柜里；并告诉原告待其去世后取回，由遗嘱见证人陈玉林监督执行，让每个人确认密封完好后再按照信封上姓名进行分发。

2017 年 12 月 19 日，李世淑因病去世。原告从银行保险柜取回装有存款的大信封后，在同月 21 日，陈玉林召集原被告三人至第五干休所会议室，确认大信封密封完整，并由陈玉林与原被告三人签字确认“密封完好”后当场拆封，打开大信封，把三个小信封按姓名分发给原被告三人，并让其三人在大信封上签收。同月 22 日下午，原告方某 1 与被告方某 3 一起到中国银行上海市杨浦区包头路支行营业部取款。原告因为存单金额较大需要被继承人本人到场而未取出，被告方某 3 在原告的两张涉案存单号分别为 HXXXXXXX 与 HXXXXXXX 的复印件上写明“以上存单是母亲李世淑赠与方某 1 的”。之后，两被告至银行均已取回母亲李世淑赠与的存款。同月 25 日，举行李世淑遗体告别仪式。同月 26 日，陈玉林召集原被告至第五干休所，说明自己受师母李世淑委托处理有关遗嘱事宜，并将两份遗嘱及一份公证遗嘱各复印三份分发给原被告，遗嘱原件仍由陈玉林保存。

另查明，涉案两张存单 1,000,000 元款项的来源，系被继承人李世淑在 2008 年获得的房屋动迁款。该动迁房屋系被继承人李世淑与其丈夫方之扬在静安区吴江路 XXX 弄 XXX 号的房产，在 2008 年被动迁，原被告认可动迁补偿款为 4,200,000 元。

陈玉林作为证人到庭陈述，在 2015 年 3 月 3 日与 4 日，自己两次应邀至其师母李世淑家中，目睹了师母李世淑书写遗嘱的全过程。师母李世淑 3 月 4 日写完遗嘱后，将两份遗嘱装入信封交于其保管并告诉其称，这不是在分遗产，而是给孩子们赠送礼品，待其去世后让其监督分发信封内礼品。陈玉林还证实其师母虽然年老体弱，但精神状态很好。

本案有被继承人李世淑书写遗嘱复印件、存单复印件、委托书复印件、公证书、证人证言、当某某陈述等在卷为凭。

本院认为，合法有效的民事行为受法律保护。本案原被告的母亲李世淑在其晚年，虽然年老体弱加上骨折需要住院医疗，但头脑清晰、精神正常，具有完全民事行为能力，给原被告亲笔书写的两份遗嘱以及给陈玉林的委托书，就本案涉及其将自己存款作为礼物赠与给原被告的内容，没有违背法律的强制性规定，属于合法有效的遗嘱继承行为。

就被告辩称理由，分析如下：其一，关于涉案存单来历及其财产属性问题。两被告认为，原告不能证明涉案存单是从被继承人赠与小信封中取出，被告方某 3 在涉案存单复印件上签字认可出于被迫而无法律效力，应作为家庭共同财产处理。本院认为，涉案两存单存于 2010 年 12 月 27 日，户名均为李世淑，原被告均认可该款源于被继承人李世淑与其已故丈夫共有房产的动迁补偿款，被继承人李世淑在 2008 年对该款进行了处分，其个人应得补偿款至少 2,000,000 余元，被继承人去世后，该动迁补偿款依法应作为其个人遗产组成部分，原告按照被继承人的遗嘱继承，应予支持。被告方某 3 与原告一起至银行取款，当原告取款受限后，应原告要求在原告所持存单复印件上签字认可“以上存单是母亲李世淑赠与方某 1 的”，在当时其母亲去世后第三天原被告均急于取款情形下，可以认定其真实意思表示，并不存在无奈或者胁迫的可能或事实，何况，被告方某 3 并未提供涉案存单来自其他途径和自己受到胁迫签字认可的证据，故涉案存单能够认定是被继承人李世淑的个人遗产，而非家庭共同财产。

其二，关于陈玉林作为遗嘱执行人身份的确认。被告对陈玉林作为遗嘱执行人身份存疑，理由是其母亲在遗嘱中未予明确而对其身份。本院认为，陈玉林经常看望关心师母，而且与原被告均比较熟悉，被继承人李世淑出于对陈玉林的信任，所写遗嘱中虽未明确陈玉林系遗嘱执行人，但在其给陈玉林出具委托书中，明确让其受托作为遗嘱执行人，并让其保管遗嘱，是合乎情理的。况且，陈玉林在执行遗嘱继承过程中，被告陈玉林均未提出异议，在本院庭审中，被告亦提不出合理怀疑的理由，所以，陈玉林作为遗嘱执行人身份，是可以认可的，也是适格的。

其三，关于被继承人李世淑遗嘱内容的效力。被告认为，其母亲遗嘱内容所涉及部分遗产系父亲的个人遗产，母亲处分不当。本院认为，如前述分析，就本案所涉存单属于被继承人李世淑的个人遗产，其该部分遗嘱内容合法有效。至于其他内容，因不属于本案处理范围，故不作分析与认定。

其四，关于原告遗产管理人是否尽到注意义务以及导致本次诉讼的原因。被告认为，原告作为其母亲遗产管理人未尽到妥善的注意义务，其母亲可能还有其他存单造成损失；另外，其在银行取款受限后并未找被告协商解决，故本案诉讼费应由其自行负担。本院认为，原告作为被继承人李世淑遗产管理人，在被继承人李世淑去世后，及时联系陈玉林，及时处理遗嘱事务等，被告亦无证据证明有关遗产受到了损失，应认定其尽到了妥善的注意与管理义务。就本案诉讼费用负担问题，原告表示该费用还是由其自己负担，避免兄弟姐妹再伤和气，本院尊重原告意思表示。

综上，依照《中华人民共和国继承法》第二条、第五条、第十条、第二十六条、《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》第九十条之规定，判决如下：

确认原告方某 1 继承被继承人李世淑在中国银行上海市包头路支行两张定期存款单号分别为 HXXXXXXX 与 HXXXXXXX 的存款。

案件受理费 6,900 元，由原告方某 1 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，并按对方当某某的人数提出副本，上诉于上海市第二中级人民法院。

审判员　　曹书瑜

二〇一八年五月三十日

书记员　　李　智

02 郭某李某与张某遗嘱继承纠纷

二审民事判决书

（2019）冀 02 民终 4344 号

河北省唐山市中级人民法院

民事判决书

（2019）冀 02 民终 4344 号

上诉人（原审原告）：郭某，女，1984 年 3 月 21 日生，汉族，唐山市协和医院职工，现住唐山市。

上诉人（原审原告）：李某，女，1988 年 10 月 2 日生，汉族，唐山市自来水公司职工，现住唐山市。

二上诉人委托诉讼代理人：颜春明，河北中宜律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）：张某，女，1990 年 1 月 1 日生，汉族，现住唐山市。

委托诉讼代理人：陈化文，河北德硕律师事务所律师。

委托诉讼代理人：赵磊，河北德硕律师事务所律师。

上诉人郭某、李某因与被上诉人张某遗嘱继承纠纷一案，不服河北省唐山市路南区人民法院（2018）冀 0202 民初 2917 号民事判决，向本院提起上诉。本院于 2019 年 5 月 13 日立案后，依法组成合议庭，公开进行了审理。上诉人郭某、李

某及其委托诉讼代理人颜春明、被上诉人张某及其委托诉讼代理人陈化文、赵磊到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

郭某、李某上诉请求：依法撤销唐山市路南区人民法院作出的(2018)冀 0202 民初 2917 号民事判决书，按照一审诉讼请求改判，判决位于××区房产归二上诉人所有(各占 50%份额，现房产价值约 20 万元)，并由被上诉人承担一、二审诉讼费。上诉理由：一审判决因本案证人张丽华与二上诉人具有利害关系，故张丽华的证人证言不予采纳。上诉人认为该认定出现了严重错误，从而导致判决错误。首先，张丽华是“遗嘱”中指定的遗嘱执行人。《中华人民共和国继承法》第十六条“公民可以依照本法规定立遗嘱处分个人财产，并可以指定遗嘱执行人”。该规定并没有限制立遗嘱人的继承人(包括第一、第二顺序继承人)或近亲属被指定为遗嘱执行人，故立遗嘱人指定的遗嘱执行人合法、有效。从法理上分析，遗嘱执行人是执行遗嘱内容，将遗嘱付诸实施的人。遗嘱执行人可使遗嘱人的遗嘱依法得以完全实现，同时可以使遗产的分割得以顺利进行，避免纷争。遗嘱执行人执行遗嘱时，应当按照遗嘱人的意愿忠实地履行自己的职责【遗嘱执行人的主要职责：(一)查明遗嘱是否合法、真实；(二)清理遗产，将遗嘱人的遗产清理登记并造册；(三)管理各类遗产；(四)召集全体遗嘱继承人和受遗赠人，公开遗嘱内容，并征询遗嘱继承人和受遗赠人的意见；(五)依遗嘱的指定对遗产进行分割，将遗产最终转移给遗嘱继承人和受遗赠人；(六)发生纠纷时可以诉讼当事人的身份参与诉讼；(七)排除各种执行遗嘱的妨碍；(八)请求继承人赔偿因执行遗嘱受到的意外损害】。鉴于张丽华的特殊重要的身份为遗嘱执行人，二上诉人在知道遗嘱内容后随即向遗嘱执行人张丽华明确表达了同意接收遗赠的意思表示。既然遗嘱指定了遗嘱执行人，而作为受遗赠人二上诉人也只能向遗嘱执行人表达同意接受遗赠的意思表示，没有向其他人表达意思的选择。本案遗嘱执行人张丽华出庭作证正是向法庭阐述其完成上述职责中第(四)项职责任务的过程。一审法官仅仅把张丽华作为一般证人，而没有考虑到张丽华作为遗嘱执行人的特殊身份，轻率的作出不予采纳该证据的错误认定。“最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的解释”第一百零四条第二款“能够反映案件真实情况、与待证事实相关联、来源和形式符合法律规定的证据，应当作为认定案件事实的根据”。本案张丽华的证言完全符合上述规定。当立遗嘱人指定其继承人或近亲属为遗嘱执行人时，遗嘱执行人必定会与继承纠纷的当事人具有亲属关系和利害关系。如遗嘱执行人就执行遗嘱的行为、过程向法庭出具的证言均不被法庭采纳的话，遗嘱执行人将无法依法执行遗嘱。如是这样，遗嘱执行人就应当是继承纠纷诉讼中作为被告的当事人。照此，本案一审程序就存在问题了。其次，证人张丽华与双方当事人均具有亲属关系(张丽华系郭某母亲、李某的姨妈、张某的姑妈)，均具有利害关系，而不是与一方当事人具有利害关系。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第六十九条(二)中规定的是“与一方当事人或其代理人有利害关系的证人出具的证言”，而没有规定与双方当事人均具有利害关系的证人出具的证言不能单独作为认定案件事实的依据。再有，一审中被上诉人在庭前会议时对此没有作出任何抗辩，仅是认为遗嘱不是真实的(被上诉人一审开庭时未到庭)。综上所述，一审判决错误，望二审人民法院依法予以纠正。

张某答辩称，一审路南区人民法院做出的(2018)冀 0202 民初 2917 号民事判决认定事实清楚、程序合法、适用法律正确，二审法院应当依法维持并驳回上诉人的上诉请求。现针对上诉人的上诉内容提出以下答辩意见：1、无法证实被继承人张印江在自书遗嘱时的行为能力和精神状况，是否为完全民事行为能力人，是否是其真实意思表达，被上诉人做为张印江的唯一法定第一顺序

继承人是有权力对张印江的遗产进行继承的。2、即使张印江所自书的遗嘱具有法律效力，但其遗嘱实质为遗赠，根据《继承法》第 25 条规定，受遗赠人应当在知道受遗赠后两个月内，作出接受或放弃受遗赠的表示，到期没有表示的，视为放弃受遗赠。二上诉人在一审中主张其二人在张印江去世的当天(2017 年 4 月 21)就知晓了遗赠的内容，但始终没有在法定期限内向法定继承人即被上诉人明确表示要接受遗赠，也没有进行公证接受或是进行诉讼，所以根据法律规定应视为二上诉人是对受遗赠的放弃。3、一审法院鉴于张丽华与上诉人郭某为母女关系，与二上诉人具有利害关系而未采信其证人证言是正确的，是合理合法的，上诉人在上诉状中提到证人张丽华与双方当事人均具有亲属关系和利害关系，但其与上诉人郭某的利害关系、利益程度要远大于其与被上诉人，并且上诉人也无法提供其他证据加以佐证，合理的排除怀疑。4、上诉人称张丽华为遗嘱执行人，但张印江所自书的是遗赠，遗嘱的形式中不包含遗赠，法律上也只有遗嘱执行人而并无遗赠执行人，况且张丽华也并没有履行上诉状中所谓的遗嘱执行人的主要职责。假设二上诉人真的向其表示了接受遗赠，而为何张丽华未履行职责将此表示通知被上诉人。综上，一审法院判决认定事实清楚、程序合法、适用法律正确，二审法院应依法维持原判，驳回上诉人的上诉请求，维护被上诉人的合法权益。

郭某、李某向一审法院起诉请求：1. 判令位于××区房产归二原告所有（各占 50%份额，现房产价值约 200000 元），并由被告协助办理过户手续；2. 被告承担本案诉讼费。

一审法院认定事实：二原告均系张印江外甥女，原告郭某系张印江之姐张丽华的女儿，原告李某系张印江之姐张素华的女儿，被告张某系张印江之女。张印江于 2017 年 4 月 21 日去世，其父母张玉潘、姜淑芝均先于其去世。坐落于××区的房产于 1999 年 11 月 22 日登记于张印江名下，张印江与芦素平于 2005 年经本院（2005）南民初字第 971 号案件调解离婚，民事调解书中约定婚生女张某随母亲芦素平生活，涉案房产所有权归张印江所有，离婚后张印江未再婚。张印江于 2015 年 9 月 8 日书写“自书遗嘱”，写明：“我逝后将唐山市路南区文南楼 23 楼 2 门 201 室住宅由三姐张丽华代替我卖了，所得分予郭某和李某二位外甥女，其它一切由三姐张丽华处理。立遗嘱人：张印江”。二原于 2017 年 4 月 21 日张印江去世当日知晓涉案“自书遗嘱”内容。

一审法院认为，涉案房产于 1999 年登记在张印江名下，经 2005 年本院民事调解书调解确认涉案房产经张印江和芦素平约定离婚后归张印江个人所有，故张印江书写的“自书遗嘱”应当认定为对其个人财产进行的遗赠处分。被告在庭前会议中对“自书遗嘱”的真实性提出异议并申请笔迹鉴定，但之后本院多次通过电话通知、送达到庭传票等方式与被告联系，被告均未到庭履行相关鉴定手续，故本院决定终结该鉴定程序。根据《中华人民共和国继承法》第二十五条的规定：“受遗赠人应当在知道受遗赠后两个月内，作出接受或者放弃受遗赠的表示。到期没有表示的，视为放弃受遗赠”。二原告作为涉案遗产的受遗赠人，主张其二人于 2017 年 4 月 21 日张印江去世当日知晓涉案“自书遗嘱”内容，根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第七十四条的规定，对原告该主张予以采纳，但二原告未能充分举证证实其在知晓后两个月的法定期限内作出接受遗赠表示，应当视为二原告放弃受遗赠。故二原告根据涉案“自书遗嘱”内容要求对涉案房产由其二人受遗赠所有的诉讼请求，理据不足，本院不予支持。综上所述，对原告的诉讼请求，依法不予支持。依据《中华人民共和国继承法》第五条、第十六条、第二十五条，《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，判决如下：驳回原告郭某、李某的诉讼请求。案件受理费 4300 元，由原告郭某、李某负担。

本院二审期间，上诉人郭某、李某提交了唐山市路北区天意达房屋信息服务部工作人员段丽君书面证明一份，证明张丽华根据张印江生前的遗嘱出售的此房。并申请证人张建伟、张敬华出庭作证。

被上诉人张某对段丽君书面证明质证意见：对该证明关联性、合法性、真实性均不予认可。此证明无法证实遗赠的存在，并且通过此证明可以反映出的问题是张丽华在未通知张印江的法定继承人的情况下私自出售案涉房产是非法行为。

证人张建伟作证称：张印江是我兄弟，二上诉人是我两个妹妹的闺女，我是她俩亲舅舅。被上诉人是我亲兄弟闺女，是我侄女。当初我兄弟没的那天，我在现场看到他的遗嘱，他的遗嘱上写的是把房子赠给这两个外甥女，刑警队也有底，她俩也同意了。让我大妹妹委托把这事给办了，把房子卖掉，她俩一分就完事了。

张敬华作证称：我是郭某、李某的二姨，我是张某的二姑。我弟弟张印江 2017 年 4 月 21 日死了以后，找他的东西的时候找到了他的自书遗嘱，是张丽华拿起来的，我们大家都看见了，我弟弟张印江写的是房产他死了以后给郭某、李某，由张丽华卖了以后给她俩分了，我们都看见了，当时她俩也都同意了。

被上诉人张某质证意见：不予认可，证人证言具有可变性，存在因为利益、利害关系程度而变化，两证人与二上诉人的利益程度要远大于与被上诉人的利益程度。

对证据的分析认定：段丽君书面证明加盖有唐山市路北区天意达房屋信息服务部的公章，实际上是单位证明，且有段丽君签字，对真实性予以确认。虽然被上诉人对张建伟、张敬华的证言有异议，但是未提交相反的证据，且二证人与双方当事人的亲属关系并无远近差别，二证人陈述的内容与一审中当事人提供的公安机关的调查情况能够相互印证，故对证言的真实性予以确认。

二审查明的事实：对一审判决认定的事实予以确认。另查明，张印江去世后，二上诉人在得知遗嘱人的安排后，已经当时向遗嘱执行人明确表示同意接受遗赠。

本院认为，本案争议的焦点如下：二上诉人在一审的诉讼请求是否应当支持。

根据《中华人民共和国继承法》的相关规定，公民有权利立遗嘱对自己的财产进行处分。张印江所立自书遗嘱符合法定的形式要件，应当认定合法有效。二位上诉人作为遗嘱确定的受遗赠人已经在法律规定的期限内明确表示接受遗赠，故应当按照遗嘱的内容执行。被上诉人质疑立遗嘱人张印江在自书遗嘱时的行为能力和精神状况、是否是其真实意思表达，但未提交相应的证据证实，其主张不能成立。

综上所述，郭某、李某的上诉请求成立，予以支持。本院依照《中华人民共和国继承法》第五条、第十六条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（二）项的规定，判决如下：

一、撤销河北省唐山市路南区人民法院（2018）冀 0202 民初 2917 号民事判决；

二、坐落于××区的房产归上诉人郭某、李某所有，被上诉人张某协助办理过户手续。

一审案件受理费 4300 元，由被上诉人张某负担。二审案件受理费 4300 元，由被上诉人张某负担。

本判决为终审判决。

审判长　　周　文
审判员　　赵　阳
审判员　　李　健
二〇一九年六月二十八日
书记员　　王启霞

遗产管理人制度相关案例之二被继承人债务清偿纠纷案例

2021-07-09 家事法苑 家事法苑团队整理
https://mp.weixin.qq.com/s/MRbZjBUmOzw8E_VJ5ZJrgg

前言

本期小编为大家搜索到遗产管理人相关的典型判决，供各位读者参考。以案由、事项综合分类，小编将为大家找到的案例分类如下图，裁判文书原文将在一至六图文中逐一推送。

特别提示：因此类案件数量较多，本公众号仅收录 2021 年的两个案件，其余案件裁判文书，请各位读者根据上述图片指引，自行至裁判文书网下载。

01 田某与赵某被继承人债务清偿纠纷一审民事判决书

（2021）黑 1222 民初 585 号

黑龙江省兰西县人民法院

民 事 判 决 书

（2021）黑 1222 民初 585 号

原告：田某，男，1955 年 10 月 28 日出生，住兰西县。

被告：赵某，男，1965 年 4 月 29 日出生，汉族，住兰西县。

原告田某与被告赵某被继承人债务清偿纠纷一案，本院受理后依法适用简易程序公开开庭进行了审理，原告田某、被告赵某到庭参加了诉讼，本案依法进行审理，现已审理终结。

田某向本院提出诉讼请求：一、请求确认赵某为遗产管理人；二、请求赵某在被继承人存款中支取 10,000.00 偿还原告；三、赵某承担诉讼费用。事实和理由：2015 年 5 月 4 日，谢树珍因治病向原告借 10,000.00 元，约定在其儿子赵某打工回来就偿还原告，原告给打电话赵某问询是否同意借钱给谢树珍，赵某说可以借，并称其母亲谢树珍有存款在赵某处保管，等赵某打工回来就能支取并偿还。2015 年 8 月谢树珍因病去世，原告找赵某要钱，赵某将谢树珍农村信用社存折交给原告，告诉存折有密码，密码他也不知道，因没有密码原告就没有收，后被赵某一直以此借口推脱至今未还。

赵某辩称，对谢树珍在原告处借款的事实无异议，在谢树珍去世后，赵某曾将谢树珍存款折交给原告支取，但原告拒绝领取，且赵某未继承其他遗产，故不同意承担偿还的责任。

原告为证实其主张向本院提交如下证据：一、2015 年 5 月 4 日借据一张，证实谢树珍借款的事实；二、兰西兰西镇林盛村村委员会证明一份，证实赵某与谢树珍是母子关系，谢树珍于 2015 年 8 月 8 日去世，赵某是谢树珍法定继承人之一，其他继承人具体地址不详；三、黑龙江省农村信用社存折一张，证实谢树珍遗留存款。被告对原告举示的上述证据的真实性无异议，本院予以采信。据此本院认定事实如下：原告与谢树珍系同村村

民，谢树珍与赵某系母子关系，2015 年 5 月 4 日，赵某外出打工期间，谢树珍因生病治疗向原告借 10,000.00 元，原告用电话征求赵某的意见后，将 10,000.00 元交给谢树珍，谢树珍给原告出具借据一张。2015 年 8 月谢树珍因病去世，后原告向赵某索要借款，赵某将谢树珍在农村信用社存折交给原告，未告诉存折密码，原告拒收。

另查明，谢树珍与赵义曾是夫妻关系，婚姻存续期间生育五名子女，长子赵长友、二子赵某、三子赵长发、四女赵长荣、五女赵长凤，现均已成年。1987 年间赵义去世，2010 年间谢树珍与郭永清同居生活，未生育子女，郭永清于 2014 年间去世，在郭永清去世后谢树珍随赵某生活，由赵某赡养，谢树珍所生育的其他四名子女的户籍不在当地，具体地址不详。

本院认为，合法的借贷关系受法律保护，本案中，赵某对谢树珍在原告处借款的事实无异议，本院予以确认。赵某作为谢树珍的法定继承人之一，在其他继承人无法联系的情况下，应认定赵某为遗产管理人，根据《中华人民共和国民法典》第一千一百四十七条规定，遗产管理人应当履行职责是处理被继承人的债权、债务，第一千一百五十九条规定，分割遗产，应当清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务。本院认为，赵某作为谢树珍的遗产管理人，应积极支取被继承人谢树珍的合法存款用以偿还合法的债务，如有剩余存款，由遗产管理人进行管理并通知其他法定继承人依法分割。依照《中华人民共和国民法典》第一千一百四十六条、第一千一百四十七条、第一千一百五十九条、第一千一百六十一条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条，判决如下：

一、赵某在本判决生效后，五日内到兰西县农村信用社支取谢树珍（账号为 82×××07）的存款，用以偿还田某 10,000.00 元的借款，兰西县农村信用社应当依法予以协助办理；

二、如果该账号内存有余额，由赵某予以管理，并及时通知其他合法继承人依法分割。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当按照《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 25.00 元由被告承担。

如不服本判决，可在本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，上诉于绥化市中级人民法院。逾期，本判决则发生法律效力。

审判员　　刘伟辉

二〇二一年四月九日

书记员　　孙洪亮

02 刘某与王某 1 王某 2 被继承人债务清偿纠纷一审民事判决书

（2021）豫 0103 民初 404 号

河南省郑州市二七区人民法院

民 事 判 决 书

（2021）豫 0103 民初 404 号

原告：刘某，男，汉族，1963 年 4 月 20 日出生，住郑州市。

委托诉讼代理人：王春丽、穆英琦，河南明天律师事务所律师。

被告：王某 1，男，汉族，1965 年 9 月 1 日出生，住郑州市中原区。

被告：王某 2，男，汉族，1996 年 8 月 6 日出生，住郑州市中原区。

被告：朱某，男，汉族，1949 年 1 月 24 日出生，住郑州市经济技术开发区。

委托诉讼代理人：朱建岭，男，汉族，1980 年 10 月 24 日出生，住郑州市经济技术开发区。系被告儿子。

被告：郁某，女，汉族，1949 年 2 月 18 日出生，住郑州市经济技术开发区。

委托诉讼代理人：朱建岭，男，汉族，1980 年 10 月 24 日出生，住郑州市经济技术开发区。系被告儿子。

原告刘某与被告王某 1、王某 2、朱某、郁某被继承人债务清偿纠纷一案，本院于 2021 年 1 月 7 日立案后，依法适用简易程序，公开开庭进行了审理。原告刘某的委托诉讼代理人王春丽，被告王某 1、王某 2，被告朱某、郁某的共同委托诉讼代理人朱建岭到庭参加了诉讼，本案现已审理终结。

原告刘某向本院提出诉讼请求：请求法院依法判令被告王某 1、王某 2 在继承朱建华的遗产范围内共同偿还原告借款本金 330 万元，并按照年利率 15.4%的标准(即合同成立时一年期贷款市场报价利率四倍）向原告支付自起诉之日起至借款实际还清之日止的逾期利息；本案诉讼费用全部由被告承担。事实与理由：2017 年，原告经朋友介绍与朱建华（已故）相识，后逐步交往得知朱建华从事公路工程，并且双方相互帮忙。如朱建华提出工程急需用款，原告就出手相助，但朱建华每次都能及时偿还。2020 年，朱建华又提出做工程资金紧张，原告分别在 2020 年 5 月 29 日、6 月 20 日、8 月 6 日、9 月 30 日向其出借了 200 万元、60 万元、40 万元、30 万元，共计 330 万元。朱建华每次都承诺原告自通知还款之日起十五日内偿还。后在借款合同履行过程中，朱建华于 2020 年 12 月 3 日死亡。被告王某 1 是朱建华的丈夫，被告王某 2 是朱建华的儿子，系朱建华的法定继承人，在继承朱建华遗产的范围内依法应当对朱建华生前所负债务承担偿还责任。现原告为维护自身合法权益，向贵院提起诉讼，望判如所请。后原告提交了追加被告申请书和变更诉讼请求申请书，将诉讼请求变更为：一、请求法院依法判令被告王某 1 向原告偿还借款本金 330 万元，并按照年利率 15.4%的标准（即合同成立时一年期贷款市场报价利率四倍）向原告支付自起诉之日起至借款实际还清之日止的逾期利息；二、请求法院依法判令被告王某 2、朱某、郁某在依法继承朱建华的遗产范围内对上述债务承担清偿责任；三、本案诉讼费用全部由被告承担。事实与理由：刘某诉王某 1、王某 2、朱某、郁某被继承人债务清偿纠纷一案，贵院业已受理，案号：（2021）豫 0103 民初 404 号。本案系因债务人朱建华去世后的债务清偿问题引发纠纷。首先，王某 1 系朱建华的丈夫，该债务发生在朱建华、王某 1 夫妻婚姻关系存续期间，依照《民法典》第 1064 条之规定：“夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务，不属于夫妻共同债务；但是，债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。”以及《最高人民法院关于适用《中华人民共和国民法典》婚姻家庭编的解释（一）（法释[2020]22 号）》第 36 条之规定：“夫或者妻一方死亡的，生存一方应当对婚姻关系存续期间的夫妻共同债务承担清偿责任。”该借款用于朱建华夫妻共同生产经营（朱建华以公路工程用款为由向原告借款），王某 1 应当对该债务承担清偿责任。其次，被告王某 2 系借款人朱建华的儿子，朱某系朱建华的父亲，郁某系朱建华的母亲，三人均属于朱建华的法定继承人。依照《民法典》1161 条：“继承人以所得遗产实际价值为限清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务。超过遗产实际价值部分，继承人自愿偿还的不在此限。”三被告应当在依法继承朱建华遗产范围内对涉案债务承担清偿责任。

被告王某 1 辩称，原告的借款我不知道。然后也没见着这个钱，对借款也不清楚，自愿放弃对朱建华遗产的继承。

被王某 2 辩称，不清楚借款的由来，也不清楚借款的去向，不知情，自愿放弃对朱建华遗产的继承。

被朱某、郁某辩称：二被告年龄已大，对这个事不知道。对朱建华财产放弃继承，也没有义务清偿其债务，提交书面的放弃继承书。

经审理查明：1.朱建华（身份证号：）于 2020 年 12 月 3 日去世。被告王某 1 系朱建华的丈夫，被告王某 2 系朱建华的儿子，被告朱某系朱建华的父亲，被告郁某系朱建华的母亲。

2.2020 年 5 月 29 日，朱建华向原告出具借条一份显示：“今借到刘某身份证号（41×××30）以交通银行转账方式向我出借本金贰佰万元整（2000000）并承诺自收到刘某还款通知之日起 15 日还清本息，逾期未还自愿按月利率 2%向刘某支付逾期利息。借款人：朱建华 2020 年 5 月 29 号身份证号：”。同日，原告通过交通银行向朱建华转账 2000000 元。

2020 年 6 月 20 日，朱建华向原告出具借条一份显示：“今借到刘某身份证号（41×××30）以交通银行转账方式向我出借本金陆拾万元整（600000）并承诺自收到刘某还款通知之日起 15 日还清本息，逾期未还自愿按月利率 2%向刘某支付逾期利息。借款人：朱建华 2020 年 6 月 20 号身份证号：”。同日，原告通过交通银行向朱建华转账 600000 元。

2020 年 8 月 6 日，朱建华向原告出具借条一份显示：“今借到刘某身份证号（41×××30）以交通银行转账方式向我出借本金叁拾柒万陆，另外现金贰万肆仟元整，二项共计肆拾万元整，并承诺自收到刘某还款通知之日起 15 日还清本息，逾期未还自愿按月利率 2%向刘某支付逾期利息。借款人：朱建华 2020 年 8 月 6 号身份证号：”。同日，原告通过交通银行向朱建华转账 376000 元。

2020 年 9 月 30 日，朱建华向原告出具借条一份显示：“今借到刘某身份证号（41×××30）以交通银行转账方式向我出借本金叁拾万元整（300000）并承诺自收到刘某还款通知之日起 15 日还清本息，逾期未还自愿按月利率 2%向刘某支付逾期利息。借款人：朱建华 2020 年 9 月 30 号身份证号：”。同日，原告通过交通银行向朱建华转账 300000 元。

3.位于郑州市中原区航海西路 25 号 5 号楼 2 单元 3 层 304 号房屋登记在朱建华名下。朱建华生前未归还原告上述借款，朱建华去世后，被告朱某、郁某向本院提交了《放弃继承书》，声明本人放弃继承女儿朱建华的一切财产，同时也没有义务偿还她所有债务。被告王某 1、王某 2 在庭审中明确表示放弃继承朱建华的财产。庭审中，四被告推选被告王某 1 为遗产管理人。

本院认为，合法的债权债务应当清偿。继承开始后，遗嘱执行人为遗产管理人；没有遗嘱执行人的，继承人应当及时推选遗产管理人。遗产管理人应当处理被继承人的债权债务。本案原告向朱建华转款 3276000 元事实清楚，原告称其中 400000 元中的 24000 元是以现金方式支付，证据不足，且不符合双方交易习惯，依法不予支持，故原告对朱建华的债权数额本院认定为 3276000 元。朱建华去世，四被告系朱建华的法定继承人，四被告均表示放弃继承遗产，推选被告王某 1 为遗产管理人，被告王某 1 应以遗产管理人的身份处理被继承人朱建华的债权债务，故被告王某 1 在朱建华的遗产范围内为限辅助清偿原告的借款本金 3276000 元及利息。关于利息部分，原告要求自起诉之日即 2021 年 1 月 7 日按照年利率 15.4%的标准计算至实际清偿之日的利息的诉讼请求，不违反法律规定，依法予以支持。关于该债务是否系夫妻共同债务的问题，本案借款数额巨大，超过了家庭日常生活所需范畴，且从原告提供的证据及双方的陈述，被告王某 1 未在原告的借据上签字，也未对该笔债务进行追认，且原告亦不能证明借款用于家庭共同生活或生产经营，故对该主张本院不予支持。依据《中华人民共和国民法典》第一千一百四十五条、第一千一百四十七条、《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条之规定，判决如下：

一、被告王某 1 于本判决生效之日起十日内以朱建华遗产范围为限辅助清偿原告刘某借款本金 3276000 元及利息（以 3276000 元为基数，自

起诉之日即 2021 年 1 月 7 日按照年利率 15.4%的标准计算至实际清偿之日）；

二、驳回原告刘某的其他诉讼请求。

案件受理费减半收取 16600 元，以朱建华遗产范围为限支付。

如未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当按照《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。

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一式十二份，上诉于河南省郑州市中级人民法院。

审判员　　李国宁

二〇二一年三月十八日

书记员　　王语鹤

遗产管理人制度相关案例之三民间借贷纠纷案例

2021-07-09　家事法苑　家事法苑团队整理

https://mp.weixin.qq.com/s/2doVJP0sdLy5aiJLr7Mruw

前言

本期小编为大家搜索到遗产管理人相关的典型判决，供各位读者参考。以案由、事项综合分类，小编将为大家找到的案例分类如下图，裁判文书原文将在一至六图文中逐一推送。

特别提示：因此类案件数量较多，本公众号仅收录 2021 年的两个案件，其余案件裁判文书，请各位读者根据上述图片指引，自行至裁判文书网下载。

01 赖志金周昌明民间借贷纠纷二审民事裁定书

(2021)川 04 民终 591 号

四川省攀枝花市中级人民法院

民 事 裁 定 书

(2021)川 04 民终 591 号

上诉人（原审原告）：赖志金，女，1936 年 6 月 8 日出生，汉族，住四川省盐边县。

委托诉讼代理人：杜龙碧，四川晓明维序律师事务所律师。

上诉人（原审原告）：周昌明，男，1963 年 8 月 11 日出生，汉族，住四川省盐边县。

委托诉讼代理人：杜龙碧，四川晓明维序律师事务所律师。

上诉人（原审原告）：周昌莲，女，1967 年 1 月 20 日出生，汉族，住四川省盐边县。

委托诉讼代理人：杜龙碧，四川晓明维序律师事务所律师。

上诉人（原审原告）：周昌先，女，1969 年 7 月 17 日出生，汉族，住四川省盐边县。

委托诉讼代理人：杜龙碧，四川晓明维序律师事务所律师。

上诉人（原审原告）：周昌虎，男，1974 年 11 月 9 日出生，汉族，住四川省盐边县。

委托诉讼代理人：杜龙碧，四川晓明维序律师事务所律师。

上诉人（原审原告）：任某，男，2003 年 11 月 17 日出生，汉族，住四川省攀枝花市东区。

法定代理人：黄某，男，1975 年 11 月 10 日出生，汉族，住四川省攀枝花市东区。

委托诉讼代理人：杜龙碧，四川晓明维序律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）：刘云海，男，1981 年 10 月 30 日出生，汉族，住四川省盐边县。

被上诉人（原审被告）：罗斌，男，1970 年 2 月 16 日出生，汉族，住四川省盐边县。

原审第三人：周昌文，男，1959 年 10 月 21 日出生，汉族，住四川省盐边县。

原审第三人：周明刚，男，1986 年 8 月 26 日出生，汉族，住四川省盐边县。

上诉人赖志金、周昌明、周昌莲、周昌先、周昌虎、任某因与被上诉人刘云海、罗斌，原审第三人周昌文、周明刚民间借贷纠纷一案，不服攀四川省盐边县人民法院（2021）川 0422 民初 61 号民事裁定，向本院提起上诉。本院依法组成合议庭审理了本案，现已审理终结。

上诉人赖志金、周昌明、周昌莲、周昌先、周昌虎、任某上诉请求：依法撤销（2021）川 0422 民初 61 号民事裁定，依法改判支持原审原告的诉讼请求。事实和理由：根据《中华人民共和国民法典》第一千一百四十五条“继承开始后，遗嘱执行人为遗产管理人；没有遗嘱执行人的，继承人应当及时推选遗产管理人；继承人未推选的，由继承人共同担任遗产管理人；没有继承人或者继承人均放弃继承的，由被继承人生前住所地的民政部门或者村民委员会担任遗产管理人”的规定，案涉款项应由赖志金、周昌明、周昌莲、周昌先、周昌虎、任某及周昌文共同作为遗产管理人向刘云海、罗斌提出主张，或由周开元的继承人推选遗产管理人向刘云海、罗斌提出主张。而事实上作为法定继承人之一的周昌文对其他继承人不管采取哪种方式向被上诉人主张权利的行为都不予配合，甚至置之不理。这一行为严重损害了其他继承人的合法权益。鉴于继承人周昌文的这一行为，上诉人维护自己的合法权益时将继承人之一的周昌文列为了原审第三人参加诉讼。虽然周开元已故，但其所有继承人均列为本案原审原告及第三人。原审法院理应针对这一客观事实对本案的借贷关系进行审理并支持诉请。

一审法院认为，已故自然人周开元的亲属赖志金、周昌明、周昌莲、周昌先、周昌虎、任某，以刘云海、罗斌尚欠周开元借款本息为归还为由提起该案诉求，系对被继承人周开元的债权债务进行处理。根据《中华人民共和国民法典》第一千一百四十七条四项“遗产管理人应当履行下列职责：…（四）处理被继承人的债权债务；…”的规定，处理周开元的债权债务的法律主体是周开元的遗产管理人。根据《中华人民共和国民法典》第一千一百四十五条“继承开始后，遗嘱执行人为遗产管理人；没有遗嘱执行人的，继承人应当及时推选遗产管理人；继承人未推选的，由继承人共同担任遗产管理人；没有继承人或者继承人均放弃继承的，由被继承人生前住所地的民政部门或者村民委员会担任遗产管理人”和《中华人民共和国民法典》第一千一百四十六条“对遗产管理人的确定有争议的，利害关系人可以向人民法院申请指定遗产管理人”的规定，本案纠纷应由周开元的继承人共同作为遗产管理人向刘云海、罗斌提出主张，或由周开元的继承人推选遗产管理人向刘云海、罗斌提出主张，或由经申请人民法院指定的周开元遗产管理人向刘云海、罗斌提出主张。本案周开元的另一继承人周昌文未共同作为遗产管理人提出主张，而赖志金、周昌明、周昌莲、周昌先、周昌虎、任某不能证明是经周开元继承人推选或经申请人民法院指定的周开元的遗产管理人；因此赖志金、周昌明、周昌莲、周昌先、周昌虎、任某的起诉不符合《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十九条一项“起诉必须符合

下列条件：（一）原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织；…”规定的条件，依法应当驳回原告的起诉。本案相关当事人可依《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第二百一十二条“裁定不予受理、驳回起诉的案件，原告再次起诉，符合起诉条件且不属于民事诉讼法第一百二十四条规定情形的，人民法院应予受理”等规定另行主张权利。依照《中华人民共和国民法典》第一千一百四十五条、第一千一百四十六条、第一千一百四十七条，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第二百一十二条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十九条、第一百五十四条第一款第三项，裁定：驳回赖志金、周昌明、周昌莲、周昌先、周昌虎、任某的起诉。

本院认为，根据《中华人民共和国民法典》第一千一百四十五条“继承开始后，遗嘱执行人为遗产管理人；没有遗嘱执行人的，继承人应当及时推选遗产管理人；继承人未推选的，由继承人共同担任遗产管理人；没有继承人或者继承人均放弃继承的，由被继承人生前住所地的民政部门或者村民委员会担任遗产管理人”、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第七十四条“人民法院追加共同诉讼的当事人时，应当通知其他当事人。应当追加的原告，已明确表示放弃实体权利的，可不予追加；既不愿意参加诉讼，又不放弃实体权利的，仍应追加共同原告，其不参加诉讼，不影响人民法院对案件的审理和依法作出判决”的规定，本案中，作为原审原告的赖志金、周昌明、周昌莲、周昌先、周昌虎、任某没有证据证明系周开元继承人共同推选或经申请人民法院指定的周开元的遗产管理人，一审法院也未按法律规定将周开元的继承人周昌文作为共同原告追加参加诉讼，因此，原审裁定处理不当，本院不予支持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十一条、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第三百三十二条规定，裁定如下：

一、撤销四川省盐边县人民法院（2021）川0422民初61号民事裁定；

二、本案指令四川省盐边县人民法院审理。

本裁定为终审裁定。

审 判 长　戴洪斌
审 判 员　龚卫东
审 判 员　刘文玲
二〇二一年五月十七日
法官助理　朱　莹
书 记 员　曾　菲

02 黄月芳与陈玉美林嘉伟民间借贷纠纷一案民事一审判决书

（2021）粤0705民初725号

广东省江门市新会区人民法院
民 事 判 决 书
（2021）粤0705民初725号

原告：黄月芳，女，1965年1月1日出生，汉族，住广东省江门市新会区××××××××××××××××。公民身份号码440××××××××××××020。

被告：陈玉美，女，1966年3月20日出生，汉族，住广东省江门市新会区××××××××××××××××。公民身份号码440××××××××××××840。

被告：林嘉伟，男，1992年7月13日出生，汉族，住广东省江门市新会区××××××××××××××××。公民身份号码440××××××××××××618。

原告黄月芳诉被告陈玉美、林嘉伟民间借贷纠纷一案中，本院于2021年1月19日受理后，依法适用简易程序公开开庭进行审理。原告黄月芳、被告林嘉伟到庭参加诉讼，被告陈玉美经本

院合法传唤后没有到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告黄月芳向本院提出诉讼请求：1.判令被告陈玉美、林嘉伟共同承担清算林英池遗产义务，并在清算后遗产额范围内向原告黄月芳偿还借款50000元和利息(从2019年10月18日起以50000元为本金按银行贷款月利率0.6%向原告支付利息直至还清之日止，暂计至2020年10月13日止利息为1500元)；2.诉讼费由被告陈玉美、林嘉伟在清算林英池遗产范围内负担。

审理查明，林英池2019年6月19日向原告出具借条，约定林英池向黄月芳借款50000元，借款于2019年10月18日前偿还，利息按银行计算。黄月芳当天到银行提款并支付给林英池，后林英池于2020年3月30日死亡。

另查，林英池与陈玉美结婚，婚后于1992年7月13日生育儿子林嘉伟。

本院认为，本案案由是民间借贷纠纷。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》第一条“民法典施行后的法律事实引起的民事纠纷案件，适用民法典的规定。民法典施行前的法律事实引起的民事纠纷案件，适用当时的法律、司法解释的规定，但是法律、司法解释另有规定的除外。”的规定，本案法律事实引起的民事纠纷发生在2021年1月1日前，本案适用当时的法律、司法解释的规定。

林嘉伟提供《微信支付交易明细证明》证明林英池还款情况，黄月芳无异议。经本院核算如下：

（略）

暂计至2021年2月9日，还欠本金8350.31元，利息341.75元

林英池的合法继承人分别是陈玉美、林嘉伟，林嘉伟、陈玉美向本院明确表示放弃继承林英池的遗产。根据《中华人民共和国继承法》第三十三条第二款“继承人放弃继承的，对被继承人依法应当缴纳的税款和债务可以不负偿还责任。”的规定，陈玉美、林嘉伟对林英池所负的债务不用承担清偿责任。

关于清算遗产和处理被继承人债务的问题。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》第三条“民法典施行前的法律事实引起的民事纠纷案件，当时的法律、司法解释没有规定而民法典有规定的，可以适用民法典的规定，但是明显减损当事人合法权益、增加当事人法定义务或者背离当事人合理预期的除外。”的规定，原《中华人民共和国继承法》等相关法律没有规定完备的遗产管理人制度，也没有关于清算被继承人的遗产、处理被继承人的债权债务的规定，而民法典有规定的，本院适用民法典的规定进行调整。

根据《中华人民共和国民法典》第一千一百四十五条“继承开始后，遗嘱执行人为遗产管理人；没有遗嘱执行人的，继承人应当及时推选遗产管理人；继承人未推选的，由继承人共同担任遗产管理人；没有继承人或者继承人均放弃继承的，由被继承人生前住所地的民政部门或者村民委员会担任遗产管理人。”、第一千一百四十七条“遗产管理人应当履行下列职责：（一）清理遗产并制作遗产清单；（二）向继承人报告遗产情况；（三）采取必要措施防止遗产毁损、灭失；（四）处理被继承人的债权债务；（五）按照遗嘱或者依照法律规定分割遗产；（六）实施与管理遗产有关的其他必要行为。”、第一千一百六十一条“继承人以所得遗产实际价值为限清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务。超过遗产实际价值部分，继承人自愿偿还的不在此限。继承人放弃继承的，对被继承人依法应当缴纳的税款和债务可以不负清偿责任。”的规定，继承开始后，没有遗嘱执行人的，继承人应当及时推选遗产管理人，继承人未推选的，由继承人共同担任遗产管理人，陈玉美、林嘉伟是林英池的合法继承人，并且双方均向本院表示同意共同担任遗产管理人，故本院确认陈玉美、林嘉伟共同担任遗产管理人。遗产管理人

应当履行清理遗产、制作遗产清单、处理被继承人的债权债务等义务，故陈玉美、林嘉伟应当清理林英池的遗产并以遗产或其处置款项偿还林英池欠黄月芳的债务。

综上，根据《中华人民共和国合同法》第二百零五条、第二百零六条，《中华人民共和国继承法》第三十三条第二款，《中华人民共和国民法典》第一千一百四十五条、第一千一百四十七条、第一千一百六十一条，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》第一条、第三条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十四条的规定，缺席判决如下：

一、被告陈玉美、林嘉伟应于本判决发生法律效力之日起七日内清理林英池的遗产并以遗产或其处置款项偿还林英池欠黄月芳的借款 8350.31 元和利息(暂计至 2021 年 2 月 9 日利息为 341.75 元，余下利息以 8350.31 元为基数，按全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率自 2021 年 2 月 9 日起计至实际清偿之日止）；

二、驳回原告黄月芳的其他诉讼请求。

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。

本案案件受理费 543.75 元（已由原告黄月芳预交），由原告负担 482.63 元，由被告陈玉美、林嘉伟以林英池遗产所得款项的范围内负担 61.12 元。原告黄月芳多预交的案件受理费 61.12 元，由本院予以退回；被告陈玉美、林嘉伟应于本判决发生法律效力之日起七日内清理林英池的遗产并以遗产或其处置款项的范围内向本院补缴案件受理费 61.12 元。

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，上诉于广东省江门市中级人民法院。

审 判 员　聂武鹏

二〇二一年二月十日

法官助理　李雯婷

书 记 员　冼金芬

遗产管理人制度相关案例之四执行类案例

2021-07-09　家事法苑　家事法苑团队整理

https://mp.weixin.qq.com/s/dBvdwEPOim3a_yeKAh8J5g

前言

本期小编为大家搜索到遗产管理人相关的典型判决，供各位读者参考。以案由、事项综合分类，小编将为大家找到的案例分类如下图，裁判文书原文将在一至六图文中逐一推送。

01 寇长义寇清松租赁合同纠纷执行审查类执行裁定书

（2020）鲁 01 执复 363 号

山东省济南市中级人民法院

执 行 裁 定 书

（2020）鲁 01 执复 363 号

复议申请人（异议人、被执行人）：寇长义，男，1946 年 2 月 15 日出生，汉族，住济南市济阳区。

复议申请人（异议人、被执行人）：王某，女，1970 年 6 月 11 日出生，汉族，住济南市济阳区济阳街道办事处徐家湾村 162 号。

复议申请人（异议人、被执行人）：寇清松，男，1994 年 9 月 27 日出生，汉族，住济南市济阳区。

复议申请人（异议人、被执行人）：寇某，女，2010 年 4 月 27 日出生，汉族，住济南市济阳区。

法定代理人：王某（系寇某之母），女，住济南市济阳区济阳街道办事处徐家湾村 162 号。

申请执行人：胡德平，男，1962 年 4 月 26 日出生，汉族，住济南市济阳区。

复议申请人寇长义、王某、寇清松、寇某不服济南市济阳区人民法院（以下简称济阳法院）(2020)鲁 0115 执异 81 号执行裁定，向本院申请复议。本院受理后，依法组成合议庭进行了审查，现已审查终结。

济阳法院在执行胡德平与寇西周租赁合同纠纷一案中，寇长义、王某、寇清松、寇某对该院(2020)鲁 0115 执 2163 号执行裁定提出书面异议。

异议人寇长义、王某、寇清松、寇某称，一、胡德平申请执行的依据即（2018）鲁 0125 民初 2195 号不具有可执行的条件。胡德平与寇西周租赁合同纠纷一案，法院于 2019 年 5 月 7 日作出（2018）鲁 0125 民初 2195 号民事判决，确认寇西周给付胡德平 2017 年 10 月 27 日至 2030 年 7 月 12 日的租赁费 71 万元及相应利息。后寇西周于 2019 年 5 月 23 日因病去世，其继承人为四异议人，胡德平向法院申请对四异议人的财产强制执行，法院对四异议人名下财产采取强制执行措施。2020 年 5 月 9 日四异议人向法院提起诉讼，请求解除寇西周与胡德平签订的租赁合同，法院于 2020 年 6 月 28 日作出（2020）鲁 0125 民初 1666 号民事裁定，现该裁定已生效。裁定确认因合同相对方寇西周已死亡，胡德平与寇西周签订的《经营权转让协议》因此而自然终止。自 2019 年 5 月 23 日起寇西周的继承人也不再有权占有或使用该场地。法院于 2019 年 5 月 7 日作出的(2018)鲁 0125 民初 2195 号民事判决，已失去履行的客观事实，已没有执行的事实根据，胡德平再依据该判决要求执行寇西周的遗产或要求寇西周的继承人履行合同并支付 2019 年 5 月 23 日之后的租金至 2030 年 7 月 12 日无事实根据及法律依据。二、法院在收到胡德平的执行申请后，未对相关事实核实，径直查封四异议人的财产，属于认定基本事实不清。根据我国继承法第三十三条、《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》第十条规定，法院在收到申请执行人的执行申请后，应当查明被继承人的遗产继承情况，继承人明确放弃继承的，则继承人对被继承人生前债务不负清偿责任。继承人实际继承遗产的，法院应当明确偿还的债务在所继承的遗产实际价值限额内。本案中，法院未查明有关事实，即查封四异议人的相关财产，对异议人下达限制消费令，属于认定事实不清。为维护异议人合法权益，特提出异议，请求终止对异议人的执行并依法解除对异议人财产的查封。

济阳法院查明，胡德平与寇西周租赁合同纠纷一案，该院作出（2018）鲁 0125 民初 2195 号民事判决，该院于 2020 年 9 月 22 日作出(2020)鲁 0115 执 2163 号执行裁定，查封王某名下所有的位于济阳区××海路××街北侧××商城××号房屋（不动产权证书号：城区 003859）一套；查封王某、寇西周名下共有的位于济阳区××海

路××街北侧××商城××号房屋（不动产权证书号：城区 XXX）一套；查封王某名下所有的位于永安路××城市广场 B 06 地下人防商城（不动产权证书号：济阳 XXX）一套；于 2020 年 6 月 8 日作出（2020）鲁 0115 执 2163 号执行裁定，查封被执行人寇清松之父寇西周持有的济南昌泽精密机械有限公司价值 80 万元股权。

另查明，寇长义系寇西周之父，王某系寇西周之妻，寇清松系寇西周之子，寇某系寇西周之女。

济阳法院认为，根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十五条规定，“当事人、利害关系人认为执行行为违反法律规定的，可以向负责执行的人民法院提出书面异议……”本案中，寇长义、王某、寇清松、寇某提出的（2018）鲁 0125 民初 2195 号民事判决已失去履行的客观事实，已没有执行的事实依据等事由，并非针对本院的执行行为，依法不属于执行异议案件审查范围；寇长义、王某、寇清松、寇某作为寇西周的继承人，至今均未明确表示放弃继承，因此，本院作出的上述执行裁定并无不当。2020 年 10 月 27 日，该院作出(2020)鲁 0115 执异 81 号执行裁定，驳回寇长义、王某、寇清松、寇某的申请。

寇长义、王某、寇清松、寇某不服，向本院申请复议，请求撤销(2020)鲁 0115 执异 81 号执行裁定，撤销(2020)鲁 0115 执 2163 号执行裁定，并依法解除对复议申请人所有的财产的查封、冻结及限制消费等强制性措施。事实与理由：1、（2018）鲁 0125 民初 2195 号民事判决不具有可执行的条件。2、济阳法院在收到胡德平的执行申请后，未对相关事实进行调查，径直查封复议申请人的财产，属认定基本事实不清。3、济阳法院超标的查封复议申请人的财产，对复议申请人下达限制消费令的执行行为严重侵害复议申请人合法权益，济阳法院共查封复议申请人的财产总额约 300 余万元，本案的执行标的额才 70 余万元。

本院查明，胡德平与寇西周租赁合同纠纷一案，济阳法院于 2019 年 5 月 7 日作出（2018）鲁 0125 民初 2195 号民事判决，判决：寇西周于判决生效之日起十日内给付胡德平尚欠的租赁费 71 万元及相应利息。判决生效后，寇西周于 2019 年 5 月 23 日因病去世，其继承人为寇西周之父寇长义，寇西周之妻王某，寇西周之子寇清松，寇西周之女寇某。2020 年 4 月，寇长义、王某、寇清松、寇某作为原告向济阳法院提起诉讼，请求解除 2017 年 10 月 27 日寇西周与胡德平签订的《经营权转让协议》，胡德平承担诉讼费用。2020 年 6 月 28 日，济阳法院作出（2020）鲁 0125 民初 1666 号民事裁定，驳回寇长义、王某、寇清松、寇某的起诉。该民事裁定载明：“……本院经审查认为，2017 年 10 月 27 日寇西周与胡德平签订《经营权转让协议》，寇西周租赁济阳县粮食购销有限公司庙廊粮所南院。寇西周支付部分租赁费后，双方因租赁费发生纠纷，2019 年本院作出（2018）鲁 0125 民初 2195 号民事判决，判决寇西周支付胡德平租赁费 71 万元及利息。2019 年 5 月寇西周死亡。寇西周死亡后，四原告并未就该协议的履行、终止清算等与胡德平达成协议。现涉案场所由原告方准许的案外人占有使用。本院认为，2017 年 10 月 27 日《经营权转让协议》的合同主体为寇西周与胡德平，在寇西周死亡后，除法律规定及胡德平同意外，其法定继承人并不必然成为合同一方主体，在原、被告未达成协议的情况下，本院认为四原告以合同一方主体的身份而主张解除合同，没有法律依据。综上，本院认为四原告的诉讼主体不适格，应当驳回其起诉。……”

2020 年 8 月 31 日，申请执行人胡德平向济阳法院申请执行，被执行人为寇长义、王某、寇清松、寇某。2020 年 9 月 22 日，济阳法院作出（2020）鲁 0115 执 2163 号执行裁定，查封王某名下所有的位于济阳区××海路××街北侧××商城××号房屋（不动产权证书号：城区 XXX）一套；查封王某、寇西周名下共有的位于济南市××区××海××街北侧××商城××号房屋（不动产权证书号：城区 XXX）一套；查封王某名下所有的位于

永安路××城市广场 XX 地下人防商城（不动产权证书号：济阳 XXX）一套。2020 年 9 月 22 日，济阳法院作出（2020）鲁 0115 执 2163 号执行裁定，查封被执行人寇清松之父寇西周持有的济南昌泽精密机械有限公司价值 80 万元股权。

本院认为，本案的争议焦点有三：一是执行依据确定的债务人死亡后，能否列其继承人为被执行人；二是执行程序中能否直接执行继承人名下的财产，并对继承人采取限制消费等措施；三是债务人的继承人能否在执行程序中主张债权人与债务人的合同终止并要求排除执行。

第一，关于债务人的继承人能否作为被执行人。《中华人民共和国民法典》第一千一百四十五条规定，继承开始后，遗嘱执行人为遗产管理人；没有遗嘱执行人的，继承人应当及时推选遗产管理人；继承人未推选的，由继承人共同担任遗产管理人；没有继承人或者继承人均放弃继承的，由被继承人生前住所地的民政部门或者村民委员会担任遗产管理人。2020 年 12 月 29 日修正的《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》（以下简称《变更追加规定》）第十条第一款规定，作为被执行人的自然人死亡或被宣告死亡，申请执行人申请变更、追加该自然人的遗产管理人、继承人、受遗赠人或其他因该自然人死亡或被宣告死亡取得遗产的主体为被执行人，在遗产范围内承担责任的，人民法院应予支持。依据上述规定，被继承人死亡后，继承人未推选遗产管理人的，由继承人共同担任遗产管理人，在执行程序中，可以变更、追加遗产管理人为被执行人，在遗产范围内承担责任。本案中，执行依据确定的债务人寇西周在判决生效后死亡，其继承人尚未继承遗产，该遗产应由遗产管理人负责管理。寇西周的继承人未推选遗产管理人，根据民法典的规定，其继承人寇长义、王某、寇清松、寇某共同担任遗产管理人。因债务人寇西周死亡时本案尚未进入执行程序，济阳法院立案执行时将寇西周的继承人列为被执行人，可视为在立案时对被执行主体的直接变更，寇长义、王某、寇清松、寇某作为寇西周的遗产管理人成为被执行人，符合民法典和《变更追加规定》的相关规定。

第二，关于能否直接执行继承人名下的财产，并对继承人采取限制消费措施。《中华人民共和国民法典》第一千一百四十七条规定，遗产管理人应当履行下列职责：（一）清理遗产并制作遗产清单；（二）向继承人报告遗产情况；（三）采取必要措施防止遗产毁损、灭失；（四）处理被继承人的债权债务；（五）按照遗嘱或者依照法律规定分割遗产；（六）实施与管理遗产有关的其他必要行为。根据上述规定，遗产管理人虽然可以成为被执行人，但其并非责任承担主体，其主要职责为处理被继承人的债权债务和分割遗产，因此不能直接执行遗产管理人的自有财产清偿债务，亦不能对遗产管理人采取限制消费措施。2020 年 12 月 29 日修正的《变更追加规定》第十条第一款亦规定，变更、追加遗产管理人为被执行人后，也是在遗产范围内承担责任的。本案中，济阳法院查封被继承人寇西周持有的济南昌泽精密机械有限公司价值 80 万元的股权，以及其与王某共有的鑫达商城 X 座 X 号房屋（不动产权证书号：城区 XXX），系对被继承人遗产的查封，并无不当。对于遗产管理人王某名下鑫达商城 X 座 X 号房屋（不动产权证书号：城区 XXX）和安大城市广场 X 地下人防商城（不动产权证书号：济阳 XXX），在无证据证实上述财产为寇西周遗产的情况下，济阳法院对其进行查封无事实及法律依据，应予纠正。对寇长义、王某、寇清松、寇某采取限制消费措施，亦无事实及法律依据，亦予一并撤销。

第三，关于债务人的继承人能否在执行程序中要求解除债权人与债务人签订的租赁合同并要求排除执行。《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第七条第二款规定，“被执行人以债权消灭、丧失强制执行效力等执行依据生效之后的实体事由提出排除执行异议的，人民法院应当参照民事诉讼法第二

百二十五条规定进行审查。”本案中，寇长义、王某、寇清松、寇某主张胡德平与寇西周签订的经营权转让协议自然终止，(2018)鲁 0125 民初 2195 号民事判决已失去履行的客观事实，胡德平要求支付 2019 年 5 月 23 日之后的租金无事实根据，系以执行依据生效之后的实体事由提出的排除执行异议，并非针对执行行为所提异议，不宜在本案中一并审查，对该异议请求，济阳法院应参照民事诉讼法第二百二十五条规定另行审查。

综上，济阳法院（2020）鲁 0115 执异 81 号执行裁定认定事实不清，适用法律错误，应予撤销。寇长义、王某、寇清松、寇某所提异议部分成立，本院予以支持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十五条、《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第二十三条第一款第二项、第二款规定，裁定如下：

一、撤销济南市济阳区人民法院(2020)鲁 0115 执异 81 号执行裁定；

二、撤销济南市济阳区人民法院对王某名下所有的位于济阳区济北龙海路私营园海尔街北侧鑫达商城 X 座 X 号房屋（不动产权证书号：城区 XXX）的查封；

三、撤销济南市济阳区人民法院对王某名下所有的位于永安路 16 号安大城市广场 XXX 地下人防商城（不动产权证书号：济阳 XXX）的查封；

四、撤销济南市济阳区人民法院对寇长义、王某、寇清松、寇某采取的限制消费措施；

五、驳回寇长义、王某、寇清松、寇某的其他异议请求。本裁定为终审裁定。

审判长　周　宏
审判员　王齐亮
审判员　郑凤云
二〇二一年一月四日
法官助理李洋洋
书记员魏煜圻

02 沙作清、杨军民间借贷纠纷执行审查类执行裁定书

（2021）津 0114 执异 125 号

天津市武清区人民法院
执 行 裁 定 书
（2021）津 0114 执异 125 号

案外人：果红斌。

案外人：沙某。

法定代理人：果红斌，沙某之母。

申请执行人：沙作清。（已故）

被执行人：杨军。

被执行人：薛凤学。

在本院执行申请执行人沙作清与被执行人杨军、薛凤学民间借贷纠纷一案中，申请人于 2021 年 5 月 6 日向本院申请变更为申请执行人，并提供了相应证据。本院受理后，依法组成合议庭进行了审查，现已审查终结。

案外人称，请求贵院将(2021)津 0114 执 1876 号案件的申请执行人变更为案外人果红斌、沙某，该案件执行依据为（2020）津 0114 民初 12417 号民事判决书。申请执行人沙作清与被执行人杨军、薛凤学民间借贷纠纷一案，贵院作出（2020）津 0114 民初 12417 号民事判决书已生效，因被执行人未在规定期限内履行生效法律文书确定的义务，案件进入执行阶段，执行案号为（2021）津 0114 执 1876 号。现因申请执行人沙作清已经死亡，请求贵院依法将案件的申请执行人变更为沙作清的妻子果红斌、儿子沙某。申请人提交四份证据如下：

证据一：户口本、结婚证，证明沙作清、果红斌、沙某之间的家庭成员关系。

证据二：居民死亡医学证明、户口注销证明，证明沙作清已经死亡并将户口注销。

证据三：武清区石各庄镇敖北村民委员会证明，证明沙作清父母均已死亡。

本院查明，一、本院作出（2020）津 0114 民初 12417 号民事判决书，已经发生法律效力；二、因被执行人未履行生效法律文书确定的义务，申请执行人申请法院强制执行，本院于 2021 年 4 月 12 日立案执行，执行案号（2021）津 0114 执 1876 号。

本院认为，根据《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》第二条规定，作为申请执行人的自然人死亡或被宣告死亡，该自然人的遗产管理人、继承人、受遗赠人或其他因该自然人死亡或被宣告死亡依法承受生效法律文书确定权利的主体，申请变更、追加其为申请执行人的，人民法院应予支持。根据上述规定，因申请执行人已经自然死亡，案外人果红斌、沙某作为申请执行人的法定继承人，要求变更为申请执行人，符合上述规定的情形，本院应予支持，变更果红斌、沙某为（2021）津 0114 执 1876 号案件申请执行人。依照《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》第二条、第三十条规定，裁定如下：

变更果红斌、沙某为（2021）津 0114 执 1876 号案件申请执行人。

被申请人、申请人或其他执行当事人对执行法院作出的变更、追加裁定或驳回申请裁定不服的，可以自裁定书送达之日起十日内向天津市第一中级人民法院申请复议。

审判长　　牟泽良
审判员　　张石岩
审判员　　李存乡
二〇二一年六月十六日
书记员　　牛淑芸

03 牛福莲牛立卫执行审查类执行裁定书

（2021）辽 0211 执异 221 号

大连市甘井子区人民法院
执 行 裁 定 书

（2021）辽 0211 执异 221 号

异议申请人：牛福莲，男，汉族，1963 年 7 月 28 日生，住址大连市甘井子区。

异议人：牛立卫，男，汉族，1987 年 10 月 7 日生，住址大连市甘井子区。

原申请执行人：于霞（已死亡），女，1965 年 2 月 28 日生，住址大连市甘井子区。

被执行人：都兴海，男，1965 年 12 月 16 日生，住址大连市甘井子区。

被执行人：都群群，女，1988 年 10 月 21 日生，住址大连市甘井子区。

被执行人：王秀珍，女，1966 年 3 月 31 日生，住址大连市甘井子区。

异议人牛福莲、牛立卫与原申请执行人于霞、被执行人王秀珍、都兴海、都群群执行异议一案，异议人于 2021 年 6 月 8 日向本院提出执行异议。本院受理后，依法组成合议庭对本案进行了审查。现已审查终结。

异议人称，于霞于 2021 年 5 月 30 日去世，现甘井子区人民法院（2016）辽 0211 民初 8439 号民事判决和大连市中级人民法院（2018）辽 02 民终 3758 号判决已生效；于霞的继承人牛福莲是其丈夫、牛立卫是其儿子，二申请人是于霞的法定继承人。故异议申请人请求将（2018）辽 0211 执 2891 号执行案件的原申请执行人于霞变更为异议申请人牛福莲、牛立卫。

本院查明，2016 年 3 月 23 日本院作出（2015）甘民初字第 8957 号民事判决，内容为：被告都兴海、都群群支付原告于霞借款 91.252 万元及利息等内容；后都兴海、都群群不服一审判决提出上诉，2016 年 7 月 27 日大连市中级人民法院作出（2016）辽 02 民终 3208 号民事裁定，内容为：撤销（2015）甘民初字第 8957 号民事判决、发回重审。

2018 年 2 月 27 日本院作出（2016）辽 0211 民初 8439 号民事判决，内容为：被告都兴海、都群群、王秀珍共同偿还于霞借款 91.252 万元及利

息等；后都兴海、都群群、王秀珍不服一审判决提出上诉，2018 年 6 月 25 日大连市中级人民法院作出（2018）辽 02 民终 3758 号民事判决，内容为：驳回上诉、维持原判。

2019 年 3 月 18 日本院作出（2018）辽 0211 执 2891 号执行裁定书，内容为：终结（2018）辽 02 民终 3758 号民事判决书的本次执行程序。

1986 年 12 月 15 日牛福莲和于霞结婚，双方于 1987 年 10 月 7 日婚生一子牛立卫；于霞于 2021 年 5 月 30 日死亡。

异议人称："都兴海、都群群、王秀珍一家人现在河北养海参，他们都不在大连甘井子区大连湾住了，他们的房门是锁着的，他们的电话也打不通"。

本院认为，《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》第二条规定，作为申请执行人的自然人死亡或被宣告死亡，该自然人的遗产管理人、继承人、受遗增人或其他因该自然人死亡或被宣告死亡依法承受生效法律文书确定权利的主体，申请变更、追加其为申请执行人的，人民法院应予支持。现异议人牛福莲、牛立卫作为于霞的法定继承人申请变更其为案涉执行案件的申请执行人，具有相应的法律依据，故异议申请人牛福莲、牛立卫在本案中提出的该节异议请求，本院依法予以支持。

综上所述，依据《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》第二条第一款之规定，裁定如下：

变更牛福莲、牛立卫为(2018)辽 0211 执 2891 号执行案件的申请执行人。

如不服本裁定，可以自本裁定书送达之日起十日内，向辽宁省大连市中级人民法院申请复议。

审　判　长　　董允瑞
人民陪审员　　王连英
人民陪审员　　周宏伟
二〇二一年六月十七日
书　记　员　　钱佳玉

04 陈金凤、马冲机动车交通事故责任纠纷执行审查类执行裁定书

（2021）辽 0214 执异 264 号

大连市普兰店区人民法院
执 行 裁 定 书
（2021）辽 0214 执异 264 号

申请人：陈金凤，女，1951 年 1 月 20 日出生，汉族，住辽宁省大连市普兰店区。

申请人：马冲，女，1978 年 11 月 25 日出生，汉族，住辽宁省大连市中山区。

上述申请人共同委托诉讼代理人：崔升鑫、姜风宇，均系辽宁声声玉律师事务所律师。

申请执行人：马延广（已死亡）。

被执行人：于景泉，男，1985 年 3 月 1 日出生，汉族，户籍地内蒙古通辽市，现住辽宁省大连市普兰店区。

本院在执行申请执行人马延广与被执行人于景泉机动车交通事故责任纠纷一案中，申请人陈金凤、马冲向本院申请变更其二人为大连市普兰店区人民法院（2019）辽 0214 民初 4177 号民事判决执行案件的申请执行人。本院受理后，依法组成合议庭进行审查，现已审查终结。

申请人陈金凤、马冲称，请求变更申请人陈金凤、马冲为大连市普兰店区人民法院（2019）辽 0214 民初 4177 号民事判决执行案件的申请执行人。事实与理由：申请执行人马延广与被执行人于景泉机动车交通事故责任纠纷一案，贵院作出（2019）辽 0214 民初 4177 号民事判决，判令被执行人于景泉向马延广给付欠款 394123.66 元，并经二审维持原判。因被执行人没有按期履行生效法律义务，马延广于 2020 年 1 月 14 日向贵院申请执行。现申请执行人马延广已经死亡，申请人陈金凤、马冲系马延广的法定继承人，故请求贵院依法变更陈金凤、马冲为本案的申请执行人。

申请人向本院提供证据如下：1、大连市普兰店区人民法院（2019）辽 0214 民初 4177 号民事

判决书及大连市中级人民法院（2019）辽 02 民终 7875 号民事判决书各一份，证明被执行人于景泉应向马延广履行生效判决义务。2、居民死亡医学证明（推断）书一份，证明申请执行人马延广于 2020 年 7 月 14 日死亡。3、户籍证明二份，证明申请执行人马延广的父亲为马儒风、母亲为原淑华、妻子为陈金凤、女儿为马冲。4、死亡注销人员详细信息二张，证明马延广的父亲马儒风及母亲原淑华已经死亡。

被执行人于景泉称，对申请人陈金凤、马冲的请求事项及事实与理由没有异议。

本院查明，申请执行人马延广与被执行人于景泉机动车交通事故责任纠纷一案，本院于 2019 年 7 月 17 日作出（2019）辽 0214 民初 4177 号民事判决，判令于景泉于本判决生效之日起十日内赔偿马延广 386692.26 元。一审案件受理费减半收取 7431.4 元，由于景泉负担。于景泉不服该判决，提出上诉。大连市中级人民法院作出（2019）辽 02 民终 7875 号民事判决，驳回上诉，维持原判。上述判决发生法律效力后，马延广已经向本院申请执行，并于 2020 年 1 月 14 日向本院申请恢复执行，同日本院立案执行，案号为（2020）辽 0214 执恢 34 号。本次执行过程中，被执行人于景泉于 2020 年 3 月 6 日向申请执行人马延广给付现金 20000 元，通过微信转账 20000 元。2020 年 3 月 10 日，本院从被执行人于景泉公积金账户扣划款项 11500 元。2020 年 3 月 10 日，本院以申请执行人与被执行人达成执行和解为由，作出（2020）辽 0214 执恢 34 号执行裁定，终结执行。2020 年 5 月 19 日，本院立案恢复执行，案号为（2020）辽 0214 执恢 672 号。本次执行过程中，本院于 2020 年 5 月 22 日作出（2020）辽 0214 执恢 672 号之一执行裁定，裁定冻结被执行人于景泉在财付通支付科技有限公司 085e9858ea802eed408a85827@wx.tenpay.com 账户内存款人民币 2195.31 元。同日，本院作出（2020）辽 0214 执恢 672 号之二执行裁定，冻结被执行人于景泉在中国工商银行 34×××86 账户内存款人民币 349200 元。因该账户内余额不足，实际冻结金额为 5829.66 元。2020 年 6 月 1 日，本院作出（2020）辽 0214 执恢 672 号执行裁定，查封被执行人于景泉所有的汽车一辆，车牌号为辽 B×××××。2020 年 6 月 11 日，本院从上述账户内扣划款项 7977.97 元，向申请执行人支付 7977.97 元。2020 年 7 月 23 日，本院作出（2020）辽 0214 执恢 672 号执行裁定，终结本次执行程序。

另查，申请执行人马延广于 2020 年 7 月 14 日死亡，马延广的父亲马儒风、母亲原淑华均已经死亡。陈金凤为马延广的妻子，马冲为马延广的女儿。

本院认为，根据《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》第二条第一款规定，作为申请执行人的自然人死亡或被宣告死亡，该自然人的遗产管理人、继承人、受遗赠人或其他因该自然人死亡或被宣告死亡依法承受生效法律文书确定权利的主体，申请变更、追加其为申请执行人的，人民法院应予支持。本案申请执行人马延广死亡后，其继承人陈金凤、马冲依法继承了马延广在本院（2019）辽 0214 民初 4177 号民事判决书中享有的权利。现申请人陈金凤、马冲向本院申请变更其二人为本院（2019）辽 0214 民初 4177 号民事判决执行案件的申请执行人，符合法律规定，本院予以支持。依据《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》第二条第一款、第二十八条之规定，裁定如下：

变更陈金凤、马冲为大连市普兰店区人民法院（2019）辽 0214 民初 4177 号民事判决执行案件的申请执行人。

如不服本裁定，可以自裁定书送达之日起十日内，向辽宁省大连市中级人民法院申请复议。

审 判 长　　韩 玮
人民陪审员　　张美萍
人民陪审员　　赵宏岩
二〇二一年六月十五日
书 记 员　　王 琦

遗产管理人制度相关案例之五其他纠纷类案例

2021-07-09 家事法苑 家事法苑团队整理
https://mp.weixin.qq.com/s/je_6H3afsNHMIdvWd667yA

前言

本期小编为大家搜索到遗产管理人相关的典型判决，供各位读者参考。以案由、事项综合分类，小编将为大家找到的案例分类如下图，裁判文书原文将在一至六图文中逐一推送。

特别提示：因此类案件数量较多，本公众号仅收录 2020 年、2021 年的案件，其余案件裁判文书，请各位读者根据上述图片指引，自行至裁判文书网下载。

01 翁诗雅、吕绮雯第三人撤销之诉再审民事判决书

（2020）最高法民再 111 号

中华人民共和国最高人民法院

民 事 判 决 书

（2020）最高法民再 111 号

再审申请人（一审原告、二审上诉人）：翁诗雅（YUNG, CLAUDIANATALIE，又名CLAUDIANATALIEYUNG），女，1991 年 4 月 15 日出生，香港特别行政区居民。

委托诉讼代理人：赵鹏，北京市汉坤律师事务所律师。

委托诉讼代理人：陈玉坤，北京市汉坤律师事务所律师。

被申请人（一审被告，二审被上诉人）：翁少芳（YUNG, SIUFONGGRACE），女，1951 年 9 月 3 日出生，香港特别行政区居民。

被申请人（一审被告，二审被上诉人）：杨翁少琼（YANGYUNG, SUIKINGWINNIE），女，1955 年 1 月 17 日出生，香港特别行政区居民。

被申请人（一审被告，二审被上诉人）：翁少芝（YUNG，SIUCHEEMARGARET），女，1959 年 12 月 2 日出生，香港特别行政区居民。

被申请人（一审被告，二审被上诉人）：蔡清华（CHOY，CHINGWAFIONNE），女，1962 年 12 月 2 日出生，香港特别行政区居民。

上述四被申请人共同委托诉讼代理人：侯陆军，广东华商律师事务所律师。

上述四被申请人共同委托诉讼代理人：杜兴，广东华商律师事务所律师。

被申请人（一审被告，二审被上诉人）：佛山市顺德区有利投资服务有限公司，住所地广东省佛山市顺德区北滘镇北滘工业园三乐东路 18 号。

法定代表人：翁祐。

第三人：吕绮雯，女，1975 年 7 月 22 日出生，香港特别行政区居民。

第三人：帕特里克•考利（C O W L E Y，P a t r i c k），男，1969 年 5 月 5 日出生，香港特别行政区居民。

上述两第三人共同委托诉讼代理人：张愉庆，北京市环球（深圳）律师事务所律师。

上述两第三人共同委托诉讼代理人：徐亦骏，北京市环球（深圳）律师事务所律师。

再审申请人翁诗雅因与被申请人翁少芳、杨翁少琼、翁少芝、蔡清华（以下简称翁少芳等四人）、佛山市顺德区有利投资服务有限公司（以下简称有利公司）、第三人吕绮雯、帕特里克•考利（COWLEY，Patrick）第三人撤销之诉一案，不服广东省高级人民法院（2016）粤民终 261 号民事判决，向本院申请再审。本院于 2017 年 12 月 22 日作出（2017）最高法民申 5065 号民事裁定，提审本案。本院依法组成合议庭，开庭审理了本案。再审申请人翁诗雅委托诉讼代理人赵鹏、陈玉坤，被申请人翁少芳等四人委托诉讼代理人侯陆军、杜兴，第三人吕绮雯、帕特里克•考利（COWLEY，Patrick）委托诉讼代理人张愉庆、徐亦骏到庭参加诉讼。被申请人有利公司经本院依法传唤，未到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

翁诗雅申请再审请求：1.撤销（2016）粤民终 261 号民事判决以及（2014）佛中法审监民撤初字第 3 号民事判决；2.改判撤销（2013）佛中法民二初字第 11 号民事判决（以下简称 11 号判决）的第一项、第二项，确认翁诗雅有权持有原登记在翁祐名下的有利公司 80%股权中应持有的份额 2.79%，并判令有利公司将上述股权变更记载在翁诗雅名下，并向公司登记机关办理相应的股权变更手续；3.翁少芳等四人、有利公司承担本案全部诉讼费用。事实和理由：1.原审判决生效后，香港高等法院原讼法庭于 2019 年 7 月作出裁判撤销了翁少芳等四人信托受托人、遗产管理人的身份，故翁少芳等四人继续持有案涉股权并将其登记在名下已无任何法律依据和权利来源。考虑到除案涉股份外翁祐遗产已基本收集、分配完毕，案涉股份应由翁祐继承人按遗嘱规定的份额各自持有并完成相应的变更登记。2.本案应适用我国大陆地区法律而非香港特别行政区法律，11 号判决及原审判决适用准据法错误。翁少芳等四人自认本案争议属于遗产管理事项。根据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第三十四条，遗产管理事项适用遗产所在地法律。有利公司位于我国大陆地区，因此案涉股权的处置应适用我国大陆地区法律。而原审判决采纳香港特别行政区法律下“信托受益人在遗嘱执行人将全部遗产处置完毕前无权直接持有股权”的观点，应予纠正。3.11 号判决径直裁判将案涉股权登记在翁少芳等四人名下，不符合《中华人民共和国继承法》、《中华人民共和国公司法》、《中华人民共和国信托法》、当时有效的《中华人民共和国外资企业法实施细则》的规定，明显缺乏法律依据，应予纠正。第一，11 号判决不符合《中华人民共和国公司法》规定。翁少芳等四人以遗嘱执行人而非继承人的身份提出该案诉请，因此，11 号判决中所引用的《中华人民共和国公司法》第七十五条及《中华人民共和国公司登记管理条例》第三十四条第二款均不适用于该案。此外，由于有限责任公司具有高度的人合性和封闭性，其股东变更须严格遵守《中华人民共和国公司法》第七十一、七十二条的规定，履行相应的通知程序。但 11 号判决认定争议股份直接由翁少芳等四人共同持有(所有)，导致该判决在工商登记机构面临执行障碍，进一步反证 11 号判决是错误的。第二，11 号判决不符合《中华人民共和国继承法》规定。该法第十六条虽然规定公民可以立遗嘱处分个人财产并可以指定遗嘱执行人，但未规定遗嘱执行人的具体权责，更无规定遗嘱执行人有权将被继承人的财产登记至自己名下。事实上，翁少芳等四人提起 11 号案诉讼的依据是遗嘱执行和遗嘱管理，而遗嘱执行、遗嘱管理均不等同于遗产继承；在我国大陆地区法律下，也不存在将遗产继承的法律规定参照适用于遗嘱执行或遗嘱管理的法律依据和解释空间。

第三，11 号判决不符合《中华人民共和国信托法》规定。翁少芳等四人是信托受托人，争议股份的性质为信托财产，因此应当根据《中华人民共和国信托法》相关规定予以审查。根据该法第十条，信托财产应当依法办理信托登记，否则该信托不产生效力。鉴于我国大陆地区至今尚未建立信托登记制度，实践中，以股权作为信托财产设立的信托在我国大陆地区根本无法办理信托登记，因此案涉遗嘱以争议股份设立的信托在我国大陆地区法律项下并不产生效力。11 号判决结果未体现出争议股份是信托财产这一根本法律属性。第四，11 号判决不符合《中华人民共和国外资企业法实施细则》规定。有利公司的性质应为外商投资企业，根据该判决作出时有效的《中华人民共和国外资企业法实施细则》第二十二条，其注册资本转让须经审批机关批准，而 11 号判决径直裁判将案涉股权直接登记在翁少芳等四人名下，明显违反法律规定。

翁少芳等四人辩称：1. 香港高等法院判决撤销翁少芳等四人遗嘱执行人身份不构成翁诗雅主张撤销本案一、二审判决的依据。因为香港高等法院 2019 年 7 月 23 日的判决系判令由毕马威咨询（香港）有限公司的两位总监吕绮雯和帕特里克•考利作为新的遗产管理人代替翁少芳等四人的遗嘱执行人身份，并非仅是撤销原遗嘱执行人的身份。因此一、二审判决所涉有利公司 80%股权应由新的遗产管理人来继承持有并管理，翁诗雅主张撤销一、二审判决的诉讼请求应予驳回。2. 本案的准据法应为香港特别行政区法律，而不是我国大陆地区法律。本案实质争议是关于翁少芳等四人作为香港特别行政区法律下遗嘱执行人是否有权基于遗嘱执行之目的持有有利公司股权并被登记为有利公司股东这一问题，实质上是判断翁少芳等四人是否具有持有遗产相关公司股权的权利能力和行为能力的问题。根据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第十一条、第十二条的规定，“自然人的民事权利能力”和“民事行为能力”，适用经常居所地法律。因此，判断翁少芳等四人是否具有持有遗产相关公司股权的权利能力和行为能力的这一问题，应当依据翁少芳等四人经常居住地即香港特别行政区的法律作为准据法，而不是依据我国大陆地区法律。3. 根据香港特别行政区法律的规定，未经遗嘱执行人分配决定，翁诗雅作为遗嘱受益人无权要求持有其股权份额并将股权份额直接登记于自身名下。根据香港特别行政区法律规定，由遗嘱代理人(即遗嘱执行人或当其时的遗产管理人)执行遗产的程序分为遗产管理和遗产分配两个阶段。遗产管理包括:动产的收回、出售及转换为金钱、并须支付遗产管理开支、债项与其他法律责任等。由于目前案涉股权(即动产)尚处于收集管理阶段，还未进入遗产分配阶段，因此翁诗雅无权要求将案涉股权径直登记于自身名下。同时，根据香港特别行政区法律的规定，对于分配的形式，即是否直接分配股权还是将股权变卖处置后分配现款，亦需由遗嘱代理人(即遗嘱执行人或当其时的遗产管理人)基于自身判断决定。因此，翁诗雅无权要求持有案涉股权的份额并直接登记于其自身名下，其要求改判 11 号判决的第一项和第二项，并确认其有权持有案涉股权的相应份额的诉讼请求应予以驳回。4. 将案涉股权登记于遗嘱执行人(或新遗产管理人)名下不违反翁祐的遗嘱，也不违反我国大陆地区法律的规定。翁诗雅声称将案涉有利公司股权登记于遗嘱执行人(或新遗产管理人)名下与“被继承人遗嘱内容不符”，且“严重侵害了翁诗雅作为继承人的财产权利”是没有事实和法律依据的。翁祐的遗嘱明确了遗产须由遗嘱执行人进行管理和分配，而根据香港特别行政区法律的规定，管理包括为收集遗产而将遗产登记于其名下的行为。因此，翁少芳等四人将案涉股权登记于自身名下的行为不违反翁祐的遗嘱，也不会损害翁诗雅的财产权益或继承权益。同时，将案涉股权登记于翁少芳等四人名下并不违反我国大陆地区法律的任何禁止性规定或公序良俗。

因此，翁诗雅的各项诉讼请求，均缺乏事实和法律依据，应全部予以驳回。同时，鉴于香港高等法院已判决由毕马威公司两位总监吕绮雯和帕特里克•考利替代翁少芳等四人作为新的遗产管理人，为更有效地推进案涉遗产管理，请求将案涉股权径直判决由新的遗产管理人持有并办理变更登记。

吕绮雯、帕特里克•考利述称：1.翁诗雅系依据香港特别行政区法律和适用香港特别行政区法律的翁祐遗嘱而取得遗嘱受益人或继承人身份，故其针对遗产的权利义务应依据香港特别行政区法律来判定。根据翁祐的遗嘱和香港特别行政区法律及判例，翁诗雅作为遗嘱受益人或继承人，在遗嘱执行人或遗产管理人收集和管理遗产期间，只享有要求妥为管理遗产的权利，无权直接对遗产主张任何权益，无权直接领取、收集和分配遗产或对遗产提出直接的权利要求。翁祐的案涉遗产即有利公司的 80%股权尚处于遗产收集和接下来的管理阶段，尚未进入遗产分配的阶段，因此翁诗雅关于确认其有权持有并将争议股权变更登记到其名下的诉讼请求缺乏法律依据，也与遗嘱内容不符，不应获得支持。2.基于上述原因，翁诗雅对争议股权并无独立请求权，与案件处理结果也无直接的法律上的利害关系，因此不具有第三人撤销之诉的原告主体资格。此外，翁诗雅的起诉超过了六个月的法定期限，并且 11 号判决旨在保障遗嘱执行人履行遗产收集和管理职责，进而实现遗嘱受益人的权益，未损害翁诗雅的民事权益，故翁诗雅的起诉不符合第三人撤销之诉的程序要件和实体要件。据此，吕绮雯、帕特里克•考利恳请法院依法驳回翁诗雅的起诉。3.11 号判决的核心争议在于争议股权应当登记在谁的名义之下，实质是谁有法律资格持有和登记为争议股权的名义股东，该争议属于民事权利能力和民事行为能力的范畴，依据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第十一条和第十二条等规定，该争议的处理应适用自然人经常居所地法律。由于翁诗雅、翁少芳等四人及吕绮雯、帕特里克•考利均为香港居民，故应适用香港特别行政区法律。而依据香港特别行政区法律和遗嘱内容，遗嘱执行人或遗产管理人在受托期间可以成为遗产关联公司的名义股东并以股东名义管理相应遗产。此外，我国大陆地区法律并不禁止名义股东的存在，也无规定禁止遗嘱执行人或遗产管理人以股东名义管理遗产关联公司，且争议股权的变更登记也不违反有关公司登记和外商投资管理的相关规定，因此，11 号判决结果及其执行不违反我国大陆地区法律规定。考虑到有利公司目前无法被管理、被继承人已故及遗嘱受益人无权直接持有争议股权之实际情况，11 号判决是必要、合理的，不应予以撤销。4.依据香港特别行政区法律，遗嘱执行人和遗产管理人的权力、权利、义务及职责相统一，特别是在收集、管理及处置遗产等职能方面高度一致。因香港高等法院已命令吕绮雯、帕特里克•考利替代翁少芳等四人作为新的遗产管理人和受托人，翁少芳等四人在 11 号判决及本案中的权利义务据此发生转移，故依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第二百四十九条和第二百五十条之规定，吕绮雯、帕特里克•考利有权参加本案诉讼且应当替代翁少芳等四人在 11 号判决及本案中的诉讼地位。吕绮雯、帕特里克•考利恳请法院判令争议股权由吕绮雯、帕特里克•考利持有并登记在其名下(吕绮雯和帕特里克•考利各登记持有有利公司 40%股权)，以保障吕绮雯、帕特里克•考利依法履行遗产管理人和受托人职责，维护全体遗嘱受益人的合法权益。

翁诗雅向一审法院起诉请求：1.撤销 11 号判决第一项，并改判确认翁诗雅有权持有有利公司登记在翁祐名下的 80%股份中的 2.79%;2.撤销 11 号判决第二项，并改判有利公司将股东名册上记载的翁祐名下的 80%股份中 2.79%的股份变更记载在翁诗雅名下，并向公司登记机关办理相应的股权变更手续；3.本案的诉讼费用由翁少芳等四人、有利公司共同承担。

一审法院认定事实：有利公司于 1998 年 4 月 20 日在广东省佛山市顺德区设立，由香港居民翁祐及其儿子翁国基分别持股 80%和 20%。有利公司的章程未对股东股权继承作任何规定。2012 年 5 月 3 日，因逾期未年检，有利公司被广东省佛山市顺德区市场安全监管局吊销了营业执照。翁祐至今被登记为有利公司的法定代表人。2004 年 5 月 2 日，翁祐在香港去世。其曾于 2001 年 11 月 6 日立下遗嘱。遗嘱注明委任翁少芳等四人为遗嘱执行人及信托受托人。由全部四名信托受托人共同管理其遗产；信托受托人有权依信托将其遗产出售变为现款。只要信托受托人使用绝对酌情权认为恰当，可拥有充分的权利延期出售上述财产，并无需承担损失；信托受托人从其现金及上述出售所得的现款中支出预留款项用于缴付相关债务和费用以及由其缴纳的遗产税后，由信托受托人持有余款和尚未出售的财产分为 17.2 份，分配给十三名受益人以信托方式持有；本遗嘱根据香港特别行政区法律解释及生效。2006 年 1 月 11 日，香港高等法院出具了上述遗嘱的《遗嘱认证书》，明确对该遗嘱进行了认证及登记。将遗嘱项下的全部及个别遗产及财物的管理权授予翁少芳等四人，翁少芳等四人已充分并如实确认，将会支付在上述遗嘱中所载的由于死者死亡及遗产而欠下的合理债务，并会根据法律的要求，出示相关真确、完整的财产清单和账目。

2010 年 12 月 30 日，翁少芳等四人以翁国基为被告、有利公司为第三人，向广东省佛山市顺德区人民法院提起诉讼，认为翁国基在翁祐去世后，没有主动邀请其进入有利公司董事会工作，并拒绝配合其继承翁祐所有的有利公司 80%的股份，请求实现该遗产继承。经审理，广东省佛山市顺德区人民法院裁定驳回翁少芳等四人起诉。翁少芳等四人不服该民事裁定，向佛山市中级人民法院提起上诉。佛山市中级人民法院审理后作出（2013）佛中法民四终字第 213 号民事裁定，撤销上述一审裁定，指令广东省佛山市顺德区人民法院对案件进行审理。后来，翁少芳等四人撤回该案起诉，另行向佛山市中级人民法院提起（2013）佛中法民二初字第 11 号案，请求变更公司登记的诉讼，佛山市中级人民法院于 2014 年 1 月 22 日作出该案民事判决：一、确认翁少芳等四人有权持有有利公司目前登记于翁祐名下的 80%股份；二、有利公司应于判决发生法律效力之日起五日内将公司股东名册上记载于翁祐名下的 80%股份变更记载于翁少芳等四人名下，并于判决发生法律效力之日起三十五日内向公司登记机关办理相应的股权变更登记手续；三、驳回翁少芳等四人的其他诉讼请求。翁诗雅向佛山市中级人民法院提起本案诉讼，以其已年满 18 周岁，有权自行持有案涉股份为理由，认为已经发生法律效力的 11 号判决损害其合法权益，请求撤销 11 号判决。

诉讼中，翁少芳等四人向佛山市中级人民法院提交香港律师黄得胜出具的法律意见书，说明根据香港特别行政区法律例第 10 章《遗嘱认证及遗产管理条例》规定及香港现行处理遗产继承方面的法例及案例，在立遗嘱人死亡后，先由在遗嘱内指定的遗嘱执行人向香港高等法院申请遗嘱认证，高等法院颁发《遗嘱认证授予书》后，由遗嘱执行人收集遗产中的资产及管理收集了的资产，然后再由遗嘱执行人根据遗嘱的要求分配遗产，而继承人即遗嘱受益人是无权直接收集及分配遗产的。

一审法院认为，翁诗雅属于香港特别行政区居民，其申请撤销一审法院作出的 11 号判决，依据《中华人民共和国民事诉讼法》第五十六条的规定，本案应该由作出生效判决的人民法院管辖，故一审法院对本案具有管辖权。

翁诗雅申请撤销 11 号判决的理由是否成立，关键在于审查翁少芳等四人作为遗嘱执行人是否享有以自己名义对案涉股权主张权利的资格。而翁诗雅认为，根据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第三十四条的规定，遗产管理等事项，适用遗产所在地法律，因此，翁少芳等四人

的遗产管理诉讼案件应当适用我国大陆地区法律，而我国大陆地区法律规定中，管理人的权限仅仅是对遗产的善意保管义务，其无权以自己名义行使相应的诉权，诉权应当属于众继承人，因此 11 号判决在未通知翁诗雅参加诉讼的情况下作出，属于程序不当，依法应当撤销。针对翁诗雅的上述理由，一审法院作如下分析：在遗产管理法律关系中，存在起诉主体是否适格及管理行为是否有相应法律依据的两个问题。由于本案遗产的处理涉及遗嘱，因此，起诉主体不再单纯依照遗产所在地相关法律规定进行确定，本案涉及到立嘱能力、遗嘱方式、遗嘱效力等问题的认定，翁少芳等四人是否具有主张股权变更的主体资格，应从以下方面分析：第一，关于遗嘱效力的认定及内容解释的问题。翁祐是香港特别行政区居民，本案遗嘱是翁祐于 2004 年所立，该行为发生在《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》实施之前，因此对遗嘱效力的认定不适用该法律。而关于继承法律关系方面的立法，《中华人民共和国继承法》第三十六条明确规定了外国人继承在中华人民共和国境内的遗产，动产适用被继承人住所地法律，参照适用该法律条文的相关规定，可确定关于遗嘱问题认定的准据法为香港特别行政区法律。该遗嘱已经香港高等法院进行认证，并且并不违反我国大陆地区法律、行政法规禁止性规定，也不违反我国公序良俗及公共利益原则，因此该遗嘱合法有效，该遗嘱赋予了翁少芳等四人遗产管理人的身份及相应的权利义务。根据香港特别行政区法律规定，遗产管理人享有收集、管理及分配遗产的权利，且享有以自己的名义行使相关遗产管理的诉权，反而是遗产受益人在遗产管理结束前并不享有直接继受该权益的权利，因此，作为遗产共同管理人的翁少芳等四人有权直接以自己的名义起诉有利公司，将案涉股权变更登记在翁少芳等四人名下。第二，关于遗产管理的问题。其注重的是管理行为本身，由于管理行为必然与遗产所在地的管理部门等发生联系，而遗产受遗产所在地实际管控，适用遗产所在地法律可谓有助于遗产管理活动的有效操作，在翁少芳等四人有合法依据作为诉讼主体时，法院应当依照相应法律审查有关管理行为的诉讼请求是否符合法律规定，在（2013）佛中法民二初字第 11 号案中，翁少芳等四人起诉时间为 2013 年 7 月，此时《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》已施行，该法明确规定遗产管理适用遗产所在地法律，因此，生效判决适用我国大陆地区法律对翁少芳等四人提出股权过户登记等诉讼请求进行审查，并判令有利公司协助翁少芳等四人履行股权的过户变更登记手续并无不当。11 号判决认定事实清楚，适用法律正确，不存在全部或者部分内容错误的问题。另外，11 号判决虽然判令有利公司将 80%过户到翁少芳等四人名下，但根据遗嘱内容及香港特别行政区法律，翁少芳等四人并非独自享有该股权的全部实体权利，其请求股权变更登记仅在于收集变现财产的需要，变现后的有关收益翁少芳等四人仍应按照遗嘱的内容分配给各继承人，故 11 号判决亦不存在损害翁诗雅权益的问题，该判决不应被撤销。

综上所述，翁诗雅请求撤销 11 号判决的理由不成立，对其诉讼请求予以驳回。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第五十六条的规定，判决如下：驳回翁诗雅的诉讼请求。相应的案件受理费及财产保全费由翁诗雅负担。

翁诗雅不服一审判决，上诉请求：1. 撤销 11 号判决第一项，依法改判确认翁诗雅有权持有有利公司登记在翁祐名下的 80%股份中的 2.79%；2. 撤销 11 号判决第二项，依法改判有利公司将争议股份中的 2.79%股份变更记载在翁诗雅名下，并向公司登记机关办理相应的股权变更手续；3. 本案一、二审诉讼费用由翁少芳等四人、有利公司共同承担。

二审法院认为，本案为第三人撤销之诉。根据翁诗雅的诉求以及《中华人民共和国民事诉讼法》第五十六条关于“对当事人双方的诉讼标的，第

三人认为有独立请求权的，有权提起诉讼。对当事人双方的诉讼标的，第三人虽然没有独立请求权，但案件处理结果同他有法律上的利害关系的，可以申请参加诉讼，或者由人民法院通知其参加诉讼。人民法院判决承担民事责任的第三人，有当事人的诉讼权利义务。前两款规定的第三人，因不能归责于本人的事由未参加诉讼，但有证据证明发生法律效力的判决、裁定、调解书的部分或者全部内容错误，损害其民事权益的，可以自知道或者应当知道其民事权益受到损害之曰起六个月内，向作出该判决、裁定、调解书的人民法院提起诉讼。人民法院经审理,诉讼请求成立的，应当改变或者撤销原判决、裁定、调解书；诉讼请求不成立的，驳回诉讼请求”的规定，本案争议的焦点确定为：（一）翁少芳等四人是否有权持有有利公司登记于翁祐名下的 80%股份。（二）翁少芳等四人是否有权将有利公司登记于翁祐名下的 80%的股份变更记载于其四人名下。（三）翁诗雅作为翁祐的遗嘱继承人，是否有权直接依照我国大陆地区法律享有案涉股份中 2.79%的股份。

关于第一个争议焦点，该争议焦点涉及遗嘱继承的准据法选择问题。二审法院认为，翁祐在 2001 年 11 月 6 日立下遗嘱，遗嘱注明委任翁少芳等四人为遗嘱执行人及信托受托人，由全部四名信托受托人共同管理其遗产;信托受托人有权依信托将其遗产出售变为现款。2004 年 5 月 2 日，翁祐在香港去世。2006 年 1 月 11 日，香港高等法院出具了上述遗嘱的《遗嘱认证书》明确对该遗嘱进行了认证及登记。因为本案遗嘱为翁祐在 2001 年所立，翁祐在 2004 年去世，上述行为均发生在 2011 年 4 月 1 日生效的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》实施之前，而根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》第二条的规定，涉外民事关系法律适用法实施以前发生的涉外民事关系，人民法院应当根据该涉外民事关系发生时的有关法律规定确定应当适用的法律；当时法律没有规定的，可以参照涉外民事关系法律适用法的规定确定。经查，《中华人民共和国继承法》第三十六条第二款对涉外继承的问题作了相关规定，即外国人继承在中华人民共和国境内的遗产，动产适用被继承人住所地法律，不动产适用不动产所在地法律。本案遗产为股权，仅涉及动产继承，被继承人翁祐的住所地为香港特别行政区，参照该法律条文的规定，本案遗嘱继承的准据法应为香港特别行政区法律。本案遗嘱已经香港高等法院进行认证，并不违反我国大陆地区法律、行政法规禁止性规定，也不违反我国公序良俗及公共利益原则，因此，本案遗嘱合法有效。本案遗嘱赋予了翁少芳等四人遗产管理人的身份及相应的权利义务，根据香港特别行政区法律规定，遗产管理人享有收集、管理及分配遗产的权利，且享有以自己的名义行使相关遗产管理的诉权，故作为遗产共同管理人的翁少芳等四人有权持有有利公司登记于翁祐名下的 80%股份。因此，翁诗雅请求撤销 11 号判决第一项的上诉请求不能成立，二审法院不予采纳。

关于第二个争议焦点，该争议焦点涉及遗产管理的准据法选择问题。二审法院认为，翁少芳等四人请求将案涉 80%的股份变更记载于其四人名下，实质上涉及对该遗产的管理问题，翁少芳等四人在 2013 年 7 月提起（2013）佛中法民二初字第 11 号案时，《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》已经生效，根据该法第三十四条的规定，遗产管理等事项，适用遗产所在地法律，有利公司是依据我国大陆地区法律设立的有限责任公司，因此，关于案涉遗产管理的准据法应确定为我国大陆地区法律。根据《中华人民共和国公司法》第七十五条的规定，自然人股东死亡后，其合法继承人可以继承股东资格；但是，公司章程另有规定的除外。翁祐生前是持有有利公司 80%股权的股东，有利公司章程对自然人股东的股权继承亦无特殊规定，故翁少芳等四人作为遗嘱执行人和信托受托人，有权向有利公司主张该股权的

继承事宜。再根据《中华人民共和国公司登记管理条例》第三十四条第二款的规定，有限责任公司的自然人股东死亡后，其合法继承人继承股东资格的，公司应当自股权变更之日起三十日内申请变更登记，故有利公司应当在该期限内履行其办理变更股东登记手续的义务。因此，翁诗雅请求撤销 11 号判决第二项的上诉请求不能成立，二审法院不予采纳。

关于第三个争议焦点，该争议焦点所涉及的问题实际与第一个争议焦点所涉及的问题相同，即关于本案遗嘱继承的准据法的选择问题，如前所述，本案遗嘱继承的准据法应为香港特别行政区法律，不再赘述。根据香港特别行政区法律，遗产管理人享有收集、管理及分配遗产的权利，而翁诗雅作为翁祐的遗嘱继承人，并不直接享有上述权利，故翁诗雅无权直接依照我国大陆地区法律享有争议股份中 2.79%的股份，并无权请求有利公司将争议股份中的 2.79%股份变更记载在其名下。因此，翁诗雅请求确认其有权持有争议股份中的 2.79%股份，及改判有利公司将争议股份中的 2.79%股份变更记载在其名下的上诉请求不能成立，二审法院不予采纳。

综上所述，翁诗雅的上诉请求不能成立，应予驳回；一审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一项规定，判决：驳回上诉，维持原判。案件受理费 7326.2 元由翁诗雅负担。

本案再审期间，翁诗雅提交 2 份证据。证据 1 香港高等法院对案件编号 HCMP1682/2016 及 HCMP1568/2017 作出的判决，拟证明香港高等法院已经委任新的遗产管理人及信托受托人，翁少芳等四人已丧失翁祐遗嘱执行人的资格，一、二审判决及 11 号判决应当撤销。证据 2 有利公司《企业机读档案登记资料》，拟证明佛山市顺德区市场监督管理局依据 11 号判决将有利公司 80%股权变更至翁少芳等四人名下，翁少芳等四人实际成为有利公司股东，违反了《中华人民共和国公司法》关于股东资格的基本规定，也与遗产管理人及信托受托人地位不符。翁少芳等四人质证认为，认可证据 1 真实性，不认可关联性和证明目的，该判决系 2019 年 7 月作出，即使根据该判决翁少芳等四人丧失遗嘱执行人资格，新的遗嘱执行人也有权继承翁少芳等四人的权利义务，该判决不导致 11 号判决撤销；认可证据 2 真实性，不认可关联性和证明目的，11 号判决确认翁少芳等四人登记为公司股东，行使管理遗产的职责，并无不当。吕绮雯、帕特里克•考利质证认为，认可证据 1 真实性、合法性，不认可关联性，该证据并非 11 号判决作出依据，不属于新证据；认可证据 2 真实性、合法性，不认可关联性，该变更登记为名义股东在法律上并不等同于实际股东。本院分析认证如下，对证据 1、证据 2 的真实性予以认可。证据 1 作出前翁少芳等四人具有遗产管理的权利，证据 1 作出时间在 11 号判决之后，不能作为撤销 11 号判决的依据；证据 1 实际上进一步证明吕绮雯、帕特里克•考利作为新的遗产管理人及信托受托人已经取代原遗产管理人及信托受托人，11 号判决同样对其具有拘束力。11 号判决明确翁少芳等四人所享有的是遗产管理的权利，而非公司股权的所有人。故翁诗雅根据证据 1、证据 2 提出的主张不能成立。

吕绮雯、帕特里克•考利提交 2 份证据。证据 1 香港律师法律意见书，拟证明香港高等法院已委任新的遗产管理人及信托受托人，遗产管理人及信托受托人有权持有有利公司 80%股权。由于遗产管理尚未完成，翁诗雅无权以遗嘱受益人的身份直接领取、收集及分配遗产。证据 2 香港高等法院 2019 年 10 月 2 日命令，拟证明指定吕绮雯代替 WingSzeTiffanyWong 为遗产管理人及信托受托人。翁诗雅质证认为，认可证据 1 的真实性，但不认可关联性和证明目的，本案应适用我国大陆地区法律，香港特别行政区律师的法律意见书与本案无关联性；认可证据 2 的真实性、合法性、关联性。翁少芳等四人质证认为，对证据 1、2 的

真实性、合法性、关联性予以确认。本院分析认证如下，证据 1 所载内容可以作为参考资料，证据 2 的真实性、关联性予以确认。

本院对一、二审查明的事实予以确认。

本院再审查明，翁祐先生遗嘱的第 7 条规定，翁祐逝世时拥有的或有资格拥有的不论为何物及坐落何处的全部不动产及动产（包括翁祐有权以遗嘱支配之财产），予信托受托人依信托将财产出售变为现款，只要信托受托人使用绝对酌情权认为恰当，可拥有充分的权利延期出售上述财产，并无需承担损失。第 8 条规定，信托受托人应从本人的现金及上述出售所得的现款中支出预留款项缴付本人的欠债、殡殓费、遗嘱检定费、本遗嘱第 5 条所给予之遗赠与该项遗赠应缴的遗产税如上述的蔡清华遵照本遗嘱第 5 条所载之条件、本遗嘱第 6 条所给予之遗赠应缴的遗产税如上述的谭翠蕾遵照本遗嘱第 6 条所载之条件，由信托受托人持有余款与届时未曾出售之财产，依信托把翁祐的剩余遗产分为 17.2 份，以信托方式持有。其中，受托为翁博文、翁卓文、翁凯文、翁硕文、翁慧雅、翁诗雅而持有各自份额至其年满 18 岁。第 10 条规定，信托受托人有绝对酌情决定权在认为合适的情况下，将信托基金投资于购买、收受利息、投资在证券、股份或任何其他类别及在任何地方的投资，如同享有信托基金绝对的受益权一样，信托受托人在各方面拥有相同充分且不受限制的权利，作出投资及转换投资。第 11 条规定，本人声明信托受托人可为上述本人的孙子及女孙的进步或利益考虑，在本遗嘱为本人的孙子及女孙各人所设之信托中提取其推定的、待确定的、预期的、或既得份数的部分以至全部之款项，支付或运用该等款项。上述本人的孙子及女孙有未成年者，则其合法监护人所给予之凭证将为信托受托人履行其职责之有效证明。

2014 年 10 月 9 日，广东省佛山市中级人民法院向佛山市顺德区市场安全监督管理局发出（2014）佛中法执字第 395 号函，提出关于本案股权分配事项，依据生效法律文书，翁祐名下 80%股份变更记载于翁少芳、杨翁少琼、翁少芝、蔡清华名下。具体股权分配比例，经翁少芳等四人协商，达成一致意见，即翁少芳、杨翁少琼、翁少芝、蔡清华各占 20%。请佛山市顺德区市场安全监督管理局依据送达的（2014）佛中法执字第 395 号协助执行通知书，协助将佛山市顺德区有利投资服务有限公司股东名册上记载于翁祐名下 80%的股份变更记载于翁少芳、杨翁少琼、翁少芝、蔡清华名下（翁少芳、杨翁少琼、翁少芝、蔡清华名下各占 20%）。之后，佛山市顺德区市场监督管理局将翁祐名下 80%的股权分别各划转 20%至翁少芳、杨翁少琼、翁少芝、蔡清华名下。

2019 年 7 月 23 日，香港高等法院原讼法庭作出（杂项程序编号：1682/2016、1568/2017）判决并于其后命令：1. 将根据死者 2001 年 11 月 6 日遗嘱获委任为死者的遗嘱执行人和受托人之翁少芳等四人撤职；2. 毕马威咨询（香港）有限公司总监吕绮雯及帕特里克•考利获委任为死者遗产的遗产管理人及受托人以代替被告人。即以毕马威咨询（香港）有限公司总监吕绮雯及帕特里克•考利为翁祐遗产的遗产管理人及受托人，以代替原遗产管理人及受托人翁少芬、杨翁少琼、翁少芝、蔡清华。

吕绮雯、帕特里克•考利于 2020 年 11 月 3 日向本院提出参加本案诉讼申请。本院于 2020 年 11 月 11 日组织庭前会议，听取了翁诗雅，翁少芳等四人以及吕绮雯、帕特里克•考利的意见。因本案涉及遗产管理人及受托人变更，新遗产管理人及受托人与本案的诉讼标的物有利害关系，且将涉及本案裁判的执行和遗产管理与信托事宜，本院根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第二百四十九条的规定，决定准许新遗产管理人及受托人吕绮雯、帕特里克•考利作为第三人参与本案诉讼。

本院再审认为，根据翁诗雅的再审请求和理由以及各方当事人意见，本案再审审理的范围和

争议的焦点问题为：1.翁诗雅在本案诉讼中主体资格和诉讼地位;2.吕绮雯、帕特里克•考利在本案诉讼中主体资格和诉讼地位;3.遗产管理人及受托人在受托期间能否将遗产关联公司股权登记在自身名下，从而以名义股东身份管理相应遗产;4.翁诗雅能否请求将股权按照遗产继承份额直接登记到自身名下。

（一）关于翁诗雅在本案诉讼中主体资格和诉讼地位的问题。

《中华人民共和国民事诉讼法》第五十六条规定："对当事人双方的诉讼标的，第三人认为有独立请求权的，有权提起诉讼。对当事人双方的诉讼标的，第三人虽然没有独立请求权，但案件处理结果同他有法律上的利害关系的，可以申请参加诉讼，或者由人民法院通知他参加诉讼。人民法院判决承担民事责任的第三人，有当事人的诉讼权利义务。前两款规定的第三人，因不能归责于本人的事由未参加诉讼，但有证据证明发生法律效力的判决、裁定、调解书的部分或者全部内容错误，损害其民事权益的，可以自知道或者应当知道其民事权益受到损害之日起六个月内，向作出该判决、裁定、调解书的人民法院提起诉讼。人民法院经审理，诉讼请求成立的，应当改变或者撤销原判决、裁定、调解书；诉讼请求不成立的，驳回诉讼请求。"一般情况下，遗产管理人及受托人进行遗产收集，为遗产管理、分配创造条件，有利于遗嘱受益人权利的实现，也有利于及时按照遗嘱分配遗产。因此，遗产管理人及受托人在收集遗产过程中遇到障碍，无法及时收集并有效管理遗产时，有权以自己名义对相关民事主体提起民事诉讼以保证遗产安全。在此类诉讼中，遗嘱所确定的遗嘱受益人尤其是个别遗嘱受益人可以不作为第三人参加。相应地，遗嘱受益人也无需就遗产管理人及受托人已经胜诉的遗产收集和管理诉讼在事后提起第三人撤销之诉。否则，既有违遗产管理人制度，也不符合遗嘱信托制度，还可能损害其他不参加诉讼的遗嘱受益人权益，也让遗产管理人及受托人针对其他民事主体提起的遗产收集和管理诉讼难以进行。当然，遗嘱受益人如认为遗产管理人及受托人行为失当或者不胜任，可通过法定程序解决。但鉴于本案遗嘱受益人与遗产管理人及受托人之间对遗产管理确有争议且另案诉讼已更换遗产管理人及受托人、案涉股权管理及登记的法律规定存在一定模糊性等因素，翁少芳等四名遗产管理人及受托人如何收集、管理、处置翁祐的遗产，与作为遗嘱受益人的翁诗雅存在一定法律上的利害关系，在一、二审判决均认可翁诗雅的原告主体资格并已作出实体裁判的情况下，本案可以认定翁诗雅具有提起第三人撤销之诉的主体资格和诉讼地位。

（二）关于新的遗产管理人及受托人吕绮雯、帕特里克•考利在本案诉讼中主体资格和诉讼地位的问题。

《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》第二百四十九条规定："在诉讼中，争议的民事权利义务转移的，不影响当事人的诉讼主体资格和诉讼地位。人民法院作出的发生法律效力的判决、裁定对受让人具有拘束力。受让人申请以无独立请求权的第三人身份参加诉讼的，人民法院可予准许。受让人申请替代当事人承担诉讼的，人民法院可以根据案件的具体情况决定是否准许；不予准许的，可以追加其为无独立请求权的第三人。"本案中，各方当事人均认可案涉遗产管理人及受托人已由翁少芳等四人变更为吕绮雯、帕特里克•考利。遗产管理及信托方面的权利义务已由原遗产管理人及受托人翁少芳等四人转移至新遗产管理人及受托人吕绮雯、帕特里克•考利。而 11 号判决已经生效并得到执行，在此情形下案涉股权的收集、管理和协助执行尚需原遗产管理人及受托人协助配合，因此在承认原遗产管理人及受托人诉讼主体资格和诉讼地位同时，新遗产管理人及受托人申请以第

三人身份而不是替代原遗产管理人及受托人参加本案诉讼，符合前述法律规定。本案及相关联案件的裁判，对新遗产管理人及受托人具有拘束力。新遗产管理人及受托人与原遗产管理人及受托人可以根据身份变化情况，依照法律程序办理相关的权利义务承接手续。翁诗雅关于吕绮雯、帕特里克•考利不具有参加本案诉讼主体资格的主张，不符合法律规定，本院不予支持。

（三）关于遗产管理人及受托人在受托期间能否将遗产关联公司股权登记在自身名下，从而以名义股东身份管理相应遗产的问题。

《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第三十四条规定："遗产管理等事项，适用遗产所在地法律。"本案争议遗产为有利公司 80%股权，有利公司系依据我国大陆地区法律设立于佛山市顺德区的有限责任公司，故有关遗产管理的准据法应选择我国大陆地区法律。11 号判决本身并不违法，不应撤销，具体分述如下：

首先，案涉遗嘱规定，翁少芳等四人作为信托受托人共同管理翁祐的遗产，信托受托人依信托将财产出售变为现款，只要信托受托人使用绝对酌情权认为恰当，可拥有充分的权利延期出售上述财产，并无需承担损失。遗嘱还规定，翁少芳等四人有绝对酌情决定权，如同享有信托基金绝对受益权一样，作出投资及转换投资。翁祐现已过世，有利公司 80%股权继续登记在翁祐名下，无法进行遗产管理、处理。且由于种种原因，至今此 80%股权未能得到有效管理。因此，翁少芳等四人申请将有利公司 80%股权登记在自身名下，有利于实现对遗产的管理与分配。

其次，11 号判决基于翁少芳等四人的遗嘱执行人和信托受托人身份，认定翁少芳等四人接管有利公司 80%股权并将其纳入翁祐的遗产组成部分，该股权最终归于包括翁诗雅及翁少芳等四人在内的全部遗嘱受益人。可见，11 号判决仅系出于遗产管理和股权管理的需要，由翁少芳等四人持有有利公司 80%股权。此种裁判在现行遗产管理人制度以及遗嘱信托制度不完善情况下，并不违反法律规定，且更有利于遗嘱的执行以及遗产的收集和管理，也最终有利于全体遗嘱受益人。

第三，本案一审判决已指出："翁少芳等四人并非独自享有该股权的全部实体权利，其请求股权变更登记仅在于收集变现财产的需要，变现后的有关收益翁少芳等四人仍应按照遗嘱的内容分配给各继承人。故 11 号判决亦不存在损害翁诗雅权益的问题。"本案二审判决还指出，本案遗嘱赋予了翁少芳等四人遗产管理人的身份及相应的权利义务，作为遗产管理人的翁少芳等四人有权持有有利公司登记于翁祐名下的 80%股权。由此可见，一、二审判决所确认翁少芳等四人享有的是遗产管理人及受托人权利，并非是对有利公司 80%股权的所有权。翁诗雅关于公司股权变更登记将导致翁少芳等四人实际成为有利公司股东的主张，本院不予支持。

最后，翁少芳等四人既是遗嘱执行人，也是遗产管理人，还是信托受托人。对此三种身份，各方当事人在庭审中均一致认可。现有法律并未明确禁止翁少芳等四人成为遗产关联公司的股东，并办理股权登记。尤其在法律已对遗嘱信托、遗嘱执行人、遗产管理人制度作出规定的情况下，11 号判决基于翁少芳等四人的遗嘱执行人、遗产管理人及信托受托人地位，允许将案涉股权登记在翁少芳等四人名下，并不违反法律规定。如果不按照 11 号判决的方式处理，案涉遗产将难以管理、难以确保遗嘱的执行和信托财产的收集与分配。翁诗雅关于公司法对此类行为未作明确列举，案涉登记行为不符合公司法及公司登记管理条例规定的主张，本院不予支持。

（四）关于翁诗雅能否请求将股权按照遗产继承份额直接登记到自身名下的问题。

本案中，遗嘱规定，翁少芳等四人作为遗产管理人及信托受托人，具有绝对酌情权，为遗嘱受

益人的利益考虑，进行遗产管理及分配。目前遗产尚处于收集、管理阶段，并未全部进入分配阶段。根据遗嘱，本案遗产由信托受托人从其现金及出售所得的现款中支出预留款项用于缴付相关债务和费用以及由其缴纳的遗产税后，由信托受托人持有余款和尚未出售的财产分为 17.2 份，分配给十三名受益人以信托方式持有。目前，翁祐的全部遗产尚处于收集和管理阶段，有利公司 80%股权仅系部分遗产，而需要“缴付相关债务和费用以及由其缴纳的遗产税”总额并不确定，因此翁诗雅虽对遗产整体享有一定的份额，但并不代表翁诗雅对有利公司 80%股权享有的继承份额已经确定。翁诗雅主张将前述 80%股权按照遗嘱分配份额的 2.79%登记在自己名下，既无法律依据，亦不符合遗嘱，也有违遗产管理和信托制度，实践中难以执行。

需要指出的是，不论是翁少芳等四人作为原遗产管理人及受托人，还是吕绮雯、帕特里克•考利作为新遗产管理人及受托人，均应当审慎尽责，根据翁祐先生遗嘱，履行好遗产管理人、信托受托人的职责，加快遗产收集、处理、变现进度，尽快在合理期限内完成遗产分配，让全体遗嘱受益人权益尽快得以实现。翁诗雅作为遗嘱受益人如认为遗产管理人及受托人不适任或者存在侵犯遗嘱受益人权益的行为，可以另行通过诉讼等方式解决。同时，翁祐先生 2004 年去世至今，由于种种原因，相关遗产继承事宜一直未能处理完毕。翁诗雅，翁少芳等四人以及有利公司另外 20%股权持有人翁国基均系翁祐先生信任和关爱之人，各方均有义务配合而非拖延遗产的收集、处理和分配工作，并尽可能通过家庭协商、互谅互让的方式解决遗产继承和分配问题，确保翁祐先生遗嘱尽快得以实现。

综上所述，翁诗雅的再审请求不能成立，本院不予支持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百零七条第一款、第一百七十条第一款第一项规定，判决如下：

维持广东省高级人民法院（2016）粤民终 261 号民事判决。

本判决为终审判决。

审判长　　耿宝建

审判员　　张颖新

审判员　　杨　蕾

二〇二〇年十二月三十日

法官助理梁滨

书记员崔佳宁

02 桂世清与重庆市江津区德感街道草坝社区居民委员会遗产管理纠纷(9885)一审民事判决书

（2021）渝 0116 民初 3943 号

重庆市江津区人民法院

民 事 判 决 书

(2021)渝 0116 民初 3943 号

原告：桂某某，女，1953 年 12 月 10 日出生，汉族，住重庆市江津区。

委托诉讼代理人：刁高敏，重庆市江津区德感法律服务所法律服务工作者。

被告：重庆市江津区德感街道草坝社区居民委员会，住重庆市江津区德感园区杨林**还房**楼，统一社会信用代码 55500116339518722N。

法定代表人：温怀伦，主任。

第三人：重庆市江津区德感街道草坝社区第一居民小组。

法定代表人：吴琼，组长。

原告桂某某与被告重庆市江津区德感街道草坝社区居民委员会（以下简称草坝居委会）、第三人重庆市江津区德感街道草坝社区第一居民小组（以下简称草坝社区第一居民小组）遗产管理纠纷一案，本院于 2021 年 3 月 2 日立案后，依法适用简易程序，于 2021 年 3 月 8 日公开开庭进行了审理。原告桂某某及其委托诉讼代理人刁高敏、被告草坝居委会的法定代表人温怀伦，第三人草

坝社区第一居民小组的法定代表人吴琼到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告桂某某向本院提出诉讼请求：1.请求确认原告与况某某于 2017 年 1 月 5 日所签订的《房屋买卖协议书》有效；2.被告履行协助原告办理完善房屋变更过户登记手续。事实和理由：况某某于 2012 年 10 月 29 日与重庆市江津区德感工业园区管理委员会签订《房屋拆迁补偿安置协议书》，并自愿选择以产权面积货币安置并定向购买还房一套，合同载明为江津区德感工业园前进小区三期还房 4 号楼 7 单元负一层 1 号房。2017 年 1 月 5 日，况某某与原告签订《房屋买卖协议》，约定将上述房屋卖给原告，原告按照协议支付了房款 58842 元，并一直居住至今。但况某某于 2017 年 1 月 7 日去世，未能协助原告办理过户手续。

被告草坝居委会辩称：原告陈述属实，被告愿意协助原告办理过户手续。况某某系重庆市江津区德感街道草坝社区第一居民小组（原染坊 6 社）成员，于 2017 年 1 月 7 日去世，其父母先于其去世，生前未婚、未生育、收养子女，无其他继承人。

第三人草坝社区第一居民小组：同意被告草坝居委会的意见。

本院经审理认定事实如下：2012 年 10 月 29 日，况某某与重庆市江津区德感工业园区管理委员会签订《房屋拆迁补偿安置协议书》，并自愿选择以产权面积货币安置并定向购买还房一套，合同载明房屋地址为江津区德感工业园前进小区三期还房 4 号楼 7 单元负一层 1 号房，面积为 32.69 平方米，产权办理中。

2017 年 1 月 5 日，况某某（甲方）与原告（乙方）签订《房屋买卖协议》，载明：“一、甲方卖给乙方的房屋系步行房屋，位于江津区德感工业园前进小区**还房**楼**负****房，面积为 32.69 平方米（此面积系房屋结算清单面积），具体以该房地产权登记证面积、地址（房号）为准；二、甲乙双方约定：甲方卖给乙方的房屋按照每平方米 1800 元计算，合计房款为伍万捌仟捌佰肆拾贰元整（58842 元），因该房屋产权证尚未办理，其实际房屋面积以房屋产权登记面积为准，如面积有误差，双方互不找补；三、付款方式及时间：乙方在签订本协议时一次性支付甲方购房款伍万捌仟捌佰肆拾贰元整（58842 元）；四、房屋过户：甲方在园区领取房地产权证后 5 日通知乙方，乙方必须在甲方通知后 10 日内完善房屋过户手续，在办理完善房屋过户手续时所需要的一切税、费全部由乙方承担……”况某某与原告在协议上签字捺印。随后原告按照协议支付了房款 58842 元，况某某出具收条。现该房屋一直由原告居住使用。

2017 年 1 月 7 日，况某某去世，其生前系重庆市江津区德感街道草坝村染坊 6 社成员，后由于建制调整，重庆市江津区德感街道草坝村染坊 6 社变更为重庆市江津区德感街道草坝社区第一居民小组。况某某父母先于其去世，其生前未婚、未生育、收养子女，无其他继承人。

2021 年 2 月 4 日，重庆市江津区德感街道办事处民政和社区事务办公室与被告草坝居委会（原德感街道草坝村委会）协商一致，由被告草坝居委会担任况某某遗产管理人。

本院认为，依法成立的合同，受法律保护。况某某与原告签订的《房屋买卖协议》，系双方真实意思表示，不违反国家法律、法规的禁止性规定，协议有效，对双方当事人均有法律约束力。原告按照协议约定支付房屋价款，并入住使用至今，况某某或其继承人也应按照协议协助原告办理房屋过户手续。

由于况某某没有继承人，其生前住所地的民政部门或村民委员会可担任其遗产管理人。被告草坝居委会系况某某生前所在村委会建制调整而成，经协商一致自愿担任况某某遗产管理人，其作为基层组织兼具社区服务职能，又对况某某生前联系密切、关怀照料，同时对本案事实较为清楚，能更好地履行遗产管理人职责，故本院对被告草坝居委会担任况某某遗产管理人予以确认。被告草坝居委会作为况某某遗产管理人，应履行

处理况某某的债权债务，并实施与管理遗产有关的其他必要行为。本案中，由于况某某去世，原告未能办理房屋过户手续，而协助原告办理房屋过户手续属于处理与管理遗产有关的必要性行为，故对于原告请求被告协助办理房屋过户手续的诉讼请求，本院予以支持。

综上所述，依照《中华人民共和国民法典》第四百六十五条条、第一千一百四十五条、第一千一百四十七条规定，判决如下：

一、2017 年 1 月 5 日，况某某（甲方）与原告桂某某（乙方）签订的《房屋买卖协议》有效；

二、被告重庆市江津区德感街道草坝社区居民委员会于本判决生效后十日内协助原告桂某某办理完善况某某与原告桂某某于 2017 年 1 月 5 日签订《房屋买卖协议》中所买卖的房屋（（坐落于江津区德感工业园前进小区**还房**楼**负****房过户登记手续。

案件受理费 80 元，减半收取 40 元，由原告桂某某负担。

如不服本判决，可以在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于重庆市第五中级人民法院。

审 判 员　樊小平

二〇二一年三月八日

法官助理　汪鸿鹏

书 记 员

03 周顺与克山县河北乡新成村民委员会孙学艳债权转让合同纠纷一审民事判决书

（2020）黑 0229 民初 937 号

黑龙江省克山县人民法院

民 事 判 决 书

（2020）黑 0229 民初 937 号

原告：周顺，男，1947 年 11 月 24 日出生，汉族，农民，住黑龙江省克山县。

委托诉讼代理人：王淼昕，克山镇法律服务所法律工作者。

被告：克山县河北乡新成村民委员会，住所地黑龙江省克山县河北乡新成村。

法定代表人：娄仁，职务：该村委会主任。

被告：孙学艳，女，1963 年 4 月 7 日出生，汉族，农民，住黑龙江省克山县。

被告：孙成双，男，1985 年 5 月 9 日出生，汉族，农民，住黑龙江省克山县。

被告：孙成全，男，1985 年 5 月 9 日出生，汉族，农民，住黑龙江省克山县。

被告：王旭，男，1968 年 1 月 3 日出生，汉族，公务员，户籍地黑龙江省克山县。现住黑龙江省克山县。

原告周顺与被告克山县河北乡新成村民委员会、孙学艳、孙成双、孙成全、王旭债权转让纠纷一案，本院于 2020 年 8 月 13 日立案后，依法适用普通程序，公开开庭进行了审理。原告周顺的委托诉讼代理人王淼昕、被告孙学艳、孙成双、孙成全到庭参加诉讼，被告克山县河北乡新成村民委员会、王旭经传票传唤无正当理由未到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告周顺向本院提出诉讼请求：1. 请求法院判令被告立即支付欠款 131,200.00 元，并自起诉之日按照同期银行贷款利率承担利息至全部款项偿还完毕时止；2. 诉讼费用由被告承担。事实与理由：2015 年克山××河北乡新启村村民刘庆义在河北乡××村承包土地，当时负责办理土地承包及收款的是被告孙洪发。2015 年秋季刘庆义发现所承包的土地亩数与实际耕种亩数不一致，就找到被告克山××××村民委员会及被告孙洪发重新核实土地亩数。经重新核查，二被告承认多收取了刘庆义 131,200.00 元的土地承包费，并由二被告共同给刘庆义出具了欠据。在出具欠据后，因刘庆义与本案原告有经济往来就将该笔债权转让给原告周顺。后原告持欠据多次找二被告索要款项，但二被告推诿偿还，原告就委托亲属找时

任克山××河北乡党委书记王旭反映欠款问题，并将欠据原件交付给王旭，但是王旭却将该欠据原件遗失，但是王旭在复印件上签字并盖章用以证明欠款事实。但是在原告起诉被告克山××××村民委员会和孙洪发时，被告王旭拒绝向法院核实证据的真实性。因王旭遗失欠据原据导致原告面临财产损失，故原告起诉至法院，望法院依法判决。

在诉讼过程中，被告孙洪发于 2020 年 9 月 13 日因病去世。本院追加其继承人孙学艳、孙成双、孙成全为本案共同被告。

被告克山××××村民委员会辩称：经我村查询，从 2015 年至今，我村往来账目没有与克山××河北乡新启村刘庆义关于土地承包款 131,200.00 元该笔账目，在孙洪发的账目中也没有体现出此笔账目。

被告孙成双辩称：原告起诉这件事我们是在接到起诉状之后才知道的，我父亲生前我不知道这个事，这个事是发生在 2015 年怎么才起诉，跟我们没有关系，对原告的请求我们不同意。

被告孙学艳、孙成全辩称：与孙成全的意见一致。

当事人围绕诉讼请求依法提交了证据，本院组织当事人进行了证据交换和质证。对当事人无异议的证据，本院予以确认并在卷佐证。对当事人双方有异议的证据本院认定如下：对原告提交的证据 1（欠据复印件），被告孙学艳、孙成双、孙成全辩称欠据为复印件，其上的字不是孙洪发写的。被告王旭时任克山××河北乡乡长职务，原告称其提供的欠据原件在被告王旭处遗失，被告王旭在欠据复印件上写明“此原据在我处不慎丢失，此复印件与原据一致”并加盖了王旭的名章，被告王旭未到庭对该证据予以证实，是对其质辩权利的放弃，故本院认定此复印件与原件一致；对原告提交的证据 2（债权转移声明原件），被告孙学艳、孙成双、孙成全辩称其不知道此事，此事也与自己无关。通过本院对原债权人刘庆义调查，刘庆义称转让该笔债权已经通知了孙洪发，故本院对该证据予以认定；关于 2020 年 8 月 17 日克山××××村民委员会出具的证明，因孙洪发在世时系被告克山××××村民委员会的书记，其作为法人对外出具欠据应加盖被告克山××××村民委员会公章，未加盖公章应视为孙洪发的个人行为，故对原告抗辩其具有表见代理的抗辩理由，本院不予认定；且被告王旭在欠据上的签名也只能证明该份欠据与原件一致，并不能证明被告克山新成新民委员会对原告周顺负有履行债务的义务。

本院经审理认定事实如下：2015 年克山××河北乡新启村村民刘庆义在克山××××村承包土地，当时负责办理土地承包及收款的是孙洪发（已故）。2015 年秋季刘庆义发现所承包的土地亩数与实际耕种亩数不一致，找到孙洪发重新核实土地亩数。经重新核查，孙洪发承认多收取了刘庆义 131,200.00 元的土地承包费。2015 年 9 月 22 日，孙洪发向刘庆义出具欠据，孙洪发在欠款人处签名，但未盖有克山××××村民委员会公章。经核实，克山××××村民委员会从 2015 年至今在往来账目中没有与刘庆义关于土地承包款 131,200.00 元的账目，在孙洪发的账目中也没有体现此笔账目。之后刘庆义将该笔债权转让于原告周顺且通知了孙洪发。周顺取得该债权后多次主张权利未果，同时周顺到克山××河北乡人民政府主张该债权，时任乡长王旭将周顺提交的孙洪发出具的欠据原件丢失，王旭在该欠据复印件上证实“此原据在我处不慎丢失，此复印件与原据一致”并加盖了王旭的名章。后周顺索要欠款未果，故起诉。

另查明，孙洪发有下列遗产：一、在克山××××村民委员会有应付款 18,680.00 元（已被原告周顺申请冻结）；二、产权人为孙洪发，坐落于克山亚麻厂家属楼—030502，不动产权证号：黑（2017）克山不动产权第××号房产（有房屋贷款，已被原告周顺申请轮侯查封）。

本院认为，合法的债权关系受法律保护，债务人负有清偿债务的义务。本案中，原告周顺通过债权转让的方式取得刘庆义 131,200.00 元债权，且通知了孙洪发。孙洪发为刘庆义出具欠据后并未加盖克山××××村民委员会公章且也未将该笔欠款入账到被告克山××××村民委员会的账目中，故本院认定该 131,200.00 元欠款系孙洪发的个人债务，原告周顺要求被告克山××××村民委员会、王旭偿还欠款于法无据，本院不予支持；在诉讼中，被告孙洪发因病去世，作为孙洪发的法定继承人，即本案被告孙学艳、孙成双、孙成全应在继承遗产范围内承担偿还欠款的义务，但孙学艳、孙成双、孙成全在庭审中已明确表示放弃对孙洪发所有遗产的继承，故被告孙学艳、孙成双、孙成全在本案中不承担对原告周顺的给付义务。根据相关法律规定，继承开始后，遗嘱执行人为遗产管理人；没有遗嘱执行人的，继承人应当及时推选遗产管理人；继承人未推选的，由继承人共同担任遗产管理人；没有继承人或者继承人均放弃继承的，由被继承人生前住所地的民政部门或者村民委员会担任遗产管理人。因孙洪发的继承人均放弃继承，且孙洪发生前住所地在克山××××村民委员会，故本案中本院指定被告克山××××村民委员会担任孙洪发的遗产管理人，该遗产管理人即克山××××村民委员会应在孙洪发的遗产范围内对原告 131,200.00 元欠款及相应利息承担给付责任。又，既未约定借期内利率，也未约定逾期利率，克山××××村民委员会应在孙洪发的遗产范围内自逾期还款之日起参照当时一年期贷款市场报价利率标准计算的利息承担逾期还款违约责任。

被告克山××××村民委员会、王旭经传票传唤，无正当理由拒不到庭参加诉讼，是对其质辩权利的放弃，不影响本案的审理。

综上，依据《中华人民共和国民法典》第六百七十五条、第一千一百四十五条、第一千一百六十一条第二款、《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第二十八条第二款第（一）项、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十二条、第一百四十四条、《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》第七十三条之规定，判决如下：

指定被告克山县河北乡新成村民委员会担任孙洪发（已故）的遗产管理人；

二、被告克山县河北乡新成村民委员会在本判决生效后十日内，在孙洪发的遗产范围内[克山县河北乡新成村民委员会应付款 18,680.00 元，坐落于克山县亚麻厂家属楼—030502，不动产权证号：黑（2017）克山县不动产权第××号房产（扣除房屋贷款及相应贷款利息后）]，对原告周顺 131,200.00 元欠款及自 2020 年 8 月 13 日起参照当时一年期贷款市场报价利率标准计算的利息承担给付责任；

三、被告孙学艳、孙成双、孙成全对以上欠款及利息不负清偿责任；

四、驳回原告周顺的其他诉讼请求。

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 2,924.00 元，保全费 707.00 元，由被告克山县河北乡新成村民委员会在孙洪发的遗产范围内[克山县河北乡新成村民委员会应付款 18,680.00 元，坐落于克山县亚麻厂家属楼—030502，不动产权证号：黑（2017）克山县不动产权第××号房产（扣除房屋贷款及相应贷款利息后）]负担。

如不服本判决，可在判决书送达次日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于齐齐哈尔市中级人民法院。

审判长　　周挺进
审判员　　王学军
审判员　　李　莹
二〇二一年四月十二日

书记员　　邓银双

04 沈阳房地产置业融资担保集团有限公司与张淑兰追偿权纠纷一审民事判决书

（2020）辽 0104 民初 5156 号

沈阳市大东区人民法院

民 事 判 决 书

（2020）辽 0104 民初 5156 号

原告：沈阳房地产置业融资担保集团有限公司，住所地：沈阳市沈河区大西路 187 号，统一社会信用代码：91210100715702698F。

法定代表人：蔡汉锡。

委托诉讼代理人：岳国庆，系辽宁盛典律师事务所律师。

委托诉讼代理人：张涵俊，系辽宁盛典律师事务所律师。

被告：张淑兰，女，1971 年 2 月 6 日出生，汉族，住沈阳市大东区。

原告沈阳房地产置业融资担保集团有限公司与被告张淑兰追偿权纠纷一案，本院于 2020 年 5 月 27 日立案后，依法适用普通程序，公开开庭进行了审理开庭进行了审理。原告沈阳房地产置业融资担保集团有限公司委托诉讼代理人岳国庆、张涵俊，被告张淑兰到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

沈阳房地产置业融资担保集团有限公司诉称：2014 年 11 月 20 日，被告的儿子李志强与沈阳华润置地紫云府房地产有限公司签订房屋买卖合同，购买位于沈阳市皇姑区的房屋建筑面积为 80.04 平方米，房屋性质为单独所有，总房款 539379 元，首付 189379 元，剩余房款 350000 元采用公积金贷款方式支付，2014 年 12 月 12 日，李志强与沈阳往房公积金管理中心、中国工商银行股份有限公司沈阳和平支行、原告签订沈阳往房公积金管理中心个人贷款借款合同，贷款金额 35 万元，同时原告为李志强提供担保。李志强与柴浓于 2017 年 1 月 6 日结婚，李志强于 2017 年 10 月 9 日自杀，柴浓于 2017 年 10 月 17 日自杀，双方无子女。因二人自杀，无法向沈阳往房公积金管理中心还款。原告承担担保责任为李志强向沈阳往房公积金管理中心垫付 345251.64 元，利息 38594.44 元，合计 383746.08 元。现查明被告为李志强的母亲为唯一继承人，原告多次向被告要求偿还店付款，被告拒不偿还，故诉至贵院，恳请贵院依法裁判维护当事人的合法权益。向本院提出诉讼请求：1.请求判令被告偿还原告垫付款 345251.64 元，利息 38594.44 元，合计 383746.08 元;2.请求判令被告承担全部诉讼费用。

庭审中，原告变更诉讼请求为：一、请求判令被告偿还原告垫付款 345251.64 元，利息加罚息，以 345251.64 元为基数，按月利率千分之 3.542/30*130%，实际日利率为万分之 1.53，暂计至 2021 年 1 月 26 日，暂计金额为 36082.63 元，合计 381334.27 元，具体金额以实际给付之日为准；二、请求判令被告承担本案全部诉讼费。

张淑兰辩称：2017 年 10 月 18 日孩子去世后我就已经告知原告单位窦经理孩子死亡情况了，我也偿还 3000 多元欠款了，后来我跑法院说不能继承我就停止了，我可以偿还本金，但是不能接受罚息和利息，房屋判给我，我就还。

原告围绕诉讼请求依法提交了住房公积金个人住房借款合同、垫还通知书、结婚证、非正常死亡证明等证据，本院予以确认并在卷佐证。根据当事人的陈述和质证，本院认定事实如下：

被告张淑兰的儿子李志强于 2014 年 11 月 20 日与沈阳华润置地紫云府房地产有限公司签订房屋买卖合同，购买位于沈阳市皇姑区房屋，合同中约定房款为 539379 元，首付 189379 元，剩余房款 350000 元采用公积金贷款方式支付。2014 年 12 月 12 日，李志强与沈阳住房公积金管理中心、中国工商银行股份有限公司沈阳和平支行及原告签订《沈阳住房公积金管理中心个人贷款借款合同》。合同中约定，沈阳住房公积金管理中心委托

中国工商银行股份有限公司沈阳和平支行向李志强发放借款 35 万元，借款期限从 2014 年 12 月 12 日起至 2044 年 12 月 11 日止，利率为月利率千分之 3.542，还款采用等额本息方式，借款人每月偿还本息 1721.87 元。约定原告沈阳房地产置业融资担保集团有限公司做为担保人为借款人李志强提供担保，担保为不可撤销的连带责任担保，担保范围为借款人应承担的债务，担保期限为借款人不履行最后期限债务之日起两年，如果借款人逾期欠款超过 3 期的，担保人应在出借人通知的 30 日内垫付借款人拖欠的款项。当日，李志强与沈阳住房公积金管理中心签订《住房公积金个人贷款抵押合同》，将欲购买的沈阳市皇姑区鸭绿江东街 7-2 号 2-8-3 室房屋抵押，抵押权人为沈阳住房公积金管理中心。该房屋办理抵押登记后，2015 年 1 月 15 日沈阳住房公积金管理中心将贷款 35 万元出借给李志强。

被告张淑兰之子李志强于 2017 年 10 月 9 日自杀，被告张淑兰为李志强偿还部分公积金贷款，后发生还款逾期。沈阳住房公积金管理中心向原告主张担保责任，要求原告偿还逾期贷款。原告于 2018 年 3 月 29 日向沈阳住房公积金管理中心偿还贷款本金 1903 元、利息 2679.95 元、罚息 39.26 元。2018 年 6 月 29 日原告向沈阳住房公积金管理中心偿还贷款本金 1918.5 元、利息 2664.45 元、罚息 40.51 元。2018 年 9 月 30 日原告向沈阳住房公积金管理中心偿还贷款本金 1934.14 元、利息 2648.81 元、罚息 41.23 元。2019 年 3 月 28 日，原告向沈阳住房公积金管理中心偿还全部剩余贷款，其中本金 324757.64 元、利息 6495.06 元、罚息 129.09 元。

另查，李志强出生于 1994 年 6 月 11 日，与柴浓于 2017 年 1 月 6 日结婚。李志强于 2017 年 10 月 9 日自杀，柴浓于 2017 年 10 月 17 日自杀。李志强与柴浓生前无子女。李志强生父为李友，李友与被告张淑兰于 1994 年 5 月 7 日离婚。被告张淑兰于 2004 年 2 月 25 日与马进再婚。柴浓年幼时父母早亡，祖父母与外祖父母姓名、住址不详。

再查，李志强去世时未留有遗嘱。柴浓去世时留有遗书。遗书主要内容为：“妈妈我卡里有 8628.24 元，有 6000 是强子卡里的，剩下的是我偷偷攒存的，拿这笔钱用做我的费用吧，如果不够，妈妈你就添我点吧。我骨灰上的照片就用那张结婚照的照片吧。手机和家里的东西都留给欣欣做纪念吧。……，妈妈我有的包包秀秀姐也许会用上，你问问她要用哪个就送给她吧”。庭审中，被告张淑兰根据柴浓的遗嘱，同意做为李志强与柴浓的遗产管理人处理二人的遗产债务。

又查，李志强名下的沈阳市皇姑区鸭绿江东街 7-2 号 2-8-3 室房屋现由被告张淑兰出租，租金由其收取。

本院认为，《民法典》第 1159 条规定，分割遗产，应当清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务。《民法典》第 1145 条规定，继承开始后，遗嘱执行人为遗产管理人。《民法典》第 1147 条规定，遗产管理人应当履行下列职责：（一）清理遗产并制作遗产清单；（二）向继承人报告遗产情况；（三）采取必要措施防止遗产毁损、灭失；（四）处理被继承人的债权债务；（五）按照遗嘱或者依照法律规定分割遗产；（六）实施与管理遗产有关的其它必要行为。《民法典》第 1161 条规定，继承人以所得遗产实际价值为限清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务。通过上述法律规定可以看出，现代继承法倡导同时保护继承人及遗产债权人的合法权益，在分割遗产前，应当清偿被继承人应当缴纳的税款和债务。设立遗产管理人制度可以有效清偿遗产债务，避免因继承人数众多或争议较大形成拖沓，致使遗产价值贬损，影响继承人的权益，同时亦使债权人的债权无法尽快实现。本案中，李志强与柴浓先后去世，因李志强第一顺位继承人和柴浓第二顺位继承人迟迟难以确定和通知，致使继承活动三年之久无法顺利开始，这样的局面，不但影响了继承人的合法权益，

同时影响本案原告的追偿权的行使。为保障遗产债权人利益不受侵害，避免遗产因不必要的债务利息进一步贬损，造成继承人可继承遗产减少，本院决定适用遗产管理人制度，解决目前继承上的困境。根据被继承人柴浓的遗嘱，遗嘱执行人为被告张淑兰，经征询被告张淑兰本人意愿，本院认可被告张淑兰为遗产管理人。

关于原告主张被告张淑兰偿还其垫付款 345251.64 元，支付罚息 36082.63 元的诉讼请求。关于垫付款。合同法第 94 条第 2 项规定“在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务”的合同解除。在本案的《沈阳住房公积金管理中心个人贷款借款合同》中，出借人为沈阳住房公积金管理中心，借款人为李志强，担保人为本案原告。借款人李志强自杀后，其住房贷款还款逾期。出借人沈阳住房公积金管理中心要求原告履行担保责任，原告于 2018 年 3 月 29 日向沈阳住房公积金管理中心偿还贷款本金 1903 元、利息 2679.95 元、罚息 39.26 元。2018 年 6 月 29 日原告又偿还贷款本金 1918.5 元、利息 2664.45 元、罚息 40.51 元。2018 年 9 月 30 日原告再偿还贷款本金 1934.14 元、利息 2648.81 元、罚息 41.23 元。2019 年 3 月 28 日，原告偿还全部剩余贷款，其中本金 324757.64 元、利息 6495.06 元、罚息 129.09 元。以上本金合计 330513.28 元（1903+1918.5+1934.14+324757.64）元，利息合计 14488.27 元（2679.95+2664.45+2648.81+6495.06），罚息合计 250.09 元（39.26+40.51+41.23+129.09）。《中华人民共和国民法典》第 700 条规定，保证人承担保证责任后，除当事人另有约定外，有权在其承担保证责任的范围内向债务人追偿，享有债权人对债务人的权利，但是不得损害债权人的利益。本案中，借款人李志强及其配偶柴浓先后自杀，且生前无子女，二人公积金贷款购房的合同已无继续履行的必要，合同法定解除情形出现，其生前债务和房贷逾期的借款本金、利息转化为遗产债务，应在遗产继承中处理。故原告为李志强垫付的逾期借款本金 330513.28 元、利息 14488.27 元，本院依法保护。罚息是出借人对借款人发生逾期履行还款行为的惩罚措施，其目的是敦促借款人避免解除合同情形发生进而按时、足额履行还款义务的警告行为。本案中，借款人去世后，担保人未能积极履行保证义务，致使房贷还款逾期，出借人按合同约定处罚的罚息是对担保人的惩戒，不能因记账在借款人名下而指向已去世的借款人。故原告要求遗产管理人张淑兰偿还罚息 250.09 元的诉讼请求，本院不予支持。关于原告主张垫付款从垫付之日到庭审之日的罚息 36082.63 元。庭审中，原告依据《沈阳住房公积金管理中心个人贷款借款合同》中利率、罚则的约定，将 2018 年 3 月 29 日向沈阳住房公积金管理中心垫还的 4622.21 元做为本金，按月利率千分之 3.542 上浮 30%计算，从垫还之日计算到庭审当日，即 2021 年 1 月 26 日，产生罚息 733.57 元；将 2018 年 6 月 29 日向沈阳住房公积金管理中心垫还的 4623.46 元做为本金，按月利率千分之 3.542 上浮 30%计算，从垫还之日计算到 2021 年 1 月 26 日，产生罚息 668.48 元；将 2018 年 9 月 30 日向沈阳住房公积金管理中心垫还的 4624.18 元做为本金，按月利率千分之 3.542 上浮 30%计算，从垫还之日计算到 2021 年 1 月 26 日，产生罚息 602.58 元；将 2019 年 3 月 28 日向沈阳住房公积金管理中心垫还的 331381.79 元做为本金，按月利率千分之 3.542 上浮 30%计算，从垫还之日计算到 2021 年 1 月 26 日，产生罚息 34078 元。本院认为，合同法第 97 条规定，合同解除后，尚未履行的，终止履行。本案中，沈阳住房公积金管理中心向原告发出通知，要求原告承担保证责任偿还全部剩余贷款，通知送达之日合同解除。合同解除后，保证人仅对垫付款项范围内享有追偿权，并不当然取得出借人全部合同权利，更不能行使金融机构的权力对借款人处以罚息。故原告要求遗产管理

人在遗产中支付罚息没有法律依据和合同约定，本院不予支持。

综上所述，本院认可被告张淑兰做为被继承人李志强、柴浓的遗产管理人。遗产管理人张淑兰应履行以下职责，（一）清理遗产并制作遗产清单；（二）向继承人报告遗产情况；（三）采取必要措施防止遗产毁损、灭失；（四）处理被继承人的债权债务；（五）按照遗嘱或者依照法律规定分割遗产；（六）实施与管理遗产有关的其它必要行为。遗产管理人张淑兰有权处理被继承人李志强、柴浓的遗产，同时偿还本案原告垫付的本金 330513.28 元、利息 14488.27 元，剩余财产由其保管，等待其他继承人出现开始继承。依照《中华人民共和国民法典》第六百八十一条、六百八十五条第一款、第七百条、第一千一百四十五条、第一千一百四十七条、第一千一百五十九条、第一千一百六十一条之规定，判决如下：

一、被告张淑兰做为被继承人李志强、柴浓的遗产管理人，于本判决生效后 60 日内处理二被继承人的遗产并偿还原告沈阳房地产置业融资担保集团有限公司本金 330513.28 元、利息 14488.27 元；

二、驳回原、被告其他诉讼请求。

如果遗产管理人张淑兰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》第二百五十三条规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

案件受理费 7056 元，由遗产管理人张淑兰承担。

如不服本判决，可以在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按照对方当事人或者代表人的人数提出副本，上诉于辽宁省沈阳市中级人民法院。

审判长　　李广顺
审判员　　郑显波
审判员　　王智宇
二〇二一年四月五日
书记员　　王诗萌

遗产管理人制度相关案例之六特别程序类案例

2021-07-09　家事法苑　家事法苑团队整理

https://mp.weixin.qq.com/s/vu742PeW0qRziWQbU2TeWw

前言

本期小编为大家搜索到遗产管理人相关的典型判决，供各位读者参考。以案由、事项综合分类，小编将为大家找到的案例分类如下图，裁判文书原文将在一至六图文中逐一推送。

01 李昌兴遗产管理人破产民事裁定书

（2019）浙 1023 破 22 号之二

浙江省天台县人民法院

民 事 裁 定 书

（2019）浙 1023 破 22 号之二

申请人：李昌兴遗产管理人。

本院于 2019 年 9 月 24 日受理李昌兴遗产个人债务清算，并于 2019 年 10 月 11 日指定浙江众安律师事务所担任债务人李昌兴的遗产管理人。2019 年 12 月 12 日，李昌兴遗产管理人向本院提交终结债务清理程序的报告。

本院查明，管理人接受本院指定后，依法发出公告，仅有陆玉芹申报债权 28000 元，本院予以确认。管理人已对李昌兴的遗产进行了全面清查，仅有 927.91 元银行存款及两处已倒塌一处部分倒塌的农村集体土地使用权房屋。因农村集体土地使用权流转受限，处置难度大，管理人组织债权人陆玉芹和李昌兴的法定继承人进行调解，已自愿达成协议，由李昌兴的法定继承人在签订协议之日一次性支付人民币 15000 元，余欠款项债权人放弃追偿权利。

本院认为，法院受理李昌兴的债务清理申请后，依法指定管理人对李昌兴的遗产状况进行了全面调查，现根据管理人查明的情况，李昌兴的遗产不足以清偿全部债务，且法定继承人与债权人已自愿达成协议并履行完毕，本院可终结债务清理程序。综上所述，参照《中华人民共和国企业破产法》第一百二十条之规定，裁定如下：

终结李昌兴的个人遗产债务清理程序。

本裁定自即日起生效。

审 判 员　施林鸟

二〇一九年十二月二十五日

代书记员　王韵雯

02 刘俊杰天津市河北区民政局民事判决书

（2021）津 0105 民特 9 号

天津市河北区人民法院

民 事 判 决 书

（2021）津 0105 民特 9 号

申请人：刘俊杰，男，1989 年 12 月 11 日出生，汉族，住天津市东丽区。

委托代理人：刘钢，天津洲易律师事务所律师。

被申请人：天津市河北区民政局，住所地河北区增产道 7 号隆源家园小区三号楼三层。

法定代表人：吴俊雅，局长。

委托代理人：张振元，天津孚惠律师事务所律师。

委托代理人：陈晖，天津孚惠律师事务所律师。

申请人刘俊杰申请指定被申请人天津市河北区民政局为徐东遗产管理人一案，本院于 2021 年 1 月 6 日立案后，依法适用特别程序进行了审理。现已审理终结。

申请人刘俊杰称，申请人与徐东系朋友关系，2020 年 4 月 2 日，徐东因资金周转困难，向申请人借款 200 万元，到期未还。徐东与其母亲吴清霞于 2020 年 4 月 5 日同日同时跳楼自杀死亡。2020 年 7 月 2 日申请人向天津市东丽区人民法院提起民间借贷纠纷诉讼，因徐东无其他继承人，东丽区人民法院作出（2020）津 0110 民初 3674 号之四民事裁定书，驳回申请人的起诉。现民间借贷之诉须确定遗产管理人后方可重新启动，根据《民法典》规定应由徐东生前住所地的民政部门担任遗产管理人。2020 年 12 月 30 日申请人通过电话、函件的形式与被申请人天津市河北区民政局沟通，但被申请人以无法确定徐东是否存在其他继承人为由，建议通过诉讼解决。综上，申请人作为利害关系人，向贵院提出申请，判决指定被申请人天津市河北区民政局作为徐东遗产的管理人。

被申请人天津市河北区民政局称，不同意作为徐东的遗产管理人，本案申请人主体不适格，依据民法典对遗产管理人有争议的由利害关系人申请，申请人是否是利害关系人并没有生效文书明确身份，主体是否适格请法庭查明。本案作为非诉讼程序被继承人是否有其他继承人存在，在

没有继承人的情况下才会指定民政局为其遗产管理人。本案中应先确认徐东与其母是否有其他继承人，如本案有其他继承人存在，即便继承人放弃继承权，法庭仍可指定其继承遗产履行义务。另外由河北区法院管辖不正确，公民经常住所与住所地不一致的，经常住所地优先登记为住所地，申请人应证明徐东生前经常住所地在河北区，对此应当举证。

经审理查明：徐东于 2020 年 4 月 5 日死亡，生前未婚、未生育子女。第一顺序继承人中，徐东父亲徐世江于 2015 年 11 月 1 日死亡，母亲吴清霞与徐东于 2020 年 4 月 5 日坠楼死亡。第二顺序继承人中，徐东祖父徐桂元于 2004 年 2 月 26 日死亡，祖母王惠凤于 1999 年 9 月 20 日死亡，外祖父吴树权于 2019 年 3 月 18 日死亡，外祖母杨连华于 2010 年 12 月 24 日死亡。

徐东的户籍地为天津市河北区××村××号，本人系非农业户口。

申请人刘俊杰于 2020 年 7 月 2 日以徐东为被告向天津市东丽区人民法院提起民间借贷纠纷诉讼，2020 年 12 月 9 日天津市东丽区人民法院出具(2020)津 0110 民初 3674 号之四民事裁定书，认为原告起诉时被告已死亡，裁定驳回原告的起诉。

本院认为，申请人以徐东无继承人为由，要求指定天津市河北区民政局作为徐东的遗产管理人。根据本院查明的事实，徐东于 2020 年 4 月 5 日死亡，依照当时有效的《中华人民共和国继承法》第十条的规定，徐东第一顺位的继承人为其配偶、子女、父母，第二顺位继承人为兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。因徐东母亲与徐东同日死亡，徐东并无《中华人民共和国继承法》第十条规定的其他继承人，致其遗产处于无人管理的状态。《中华人民共和国民法典》第一千一百四十五条、第一千一百四十六条对于没有继承人时遗产管理人的选任问题作出了新的规定。依照《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民法典>时间效力的若干规定》第三条，民法典施行前的法律事实引起的民事纠纷案件，当时的法律、司法解释没有规定而民法典有规定的，可以适用民法典的规定，但是明显减损当事人合法权益、增加当事人法定义务或者背离当事人合理预期的除外。本案中，在徐东没有继承人的情况下，以法院指定的方式确定遗产管理人，解决各权利人针对徐东遗产的争议，更有利于管理和维护徐东的遗产，确保各权利人利益得以顺利实现。因此，本案可以适用《中华人民共和国民法典》第一千一百四十五条、第一千一百四十六条的规定。

《中华人民共和国民法典》第一千一百四十五条规定，继承开始后，遗嘱执行人为遗产管理人；没有遗嘱执行人的，继承人应当及时推选遗产管理人；继承人未推选的，由继承人共同担任遗产管理人；没有继承人或者继承人均放弃继承的，由被继承人生前住所地的民政部门或者村民委员会担任遗产管理人。徐东系城市居民，其于 2020 年 4 月 5 日死亡，现无《中华人民共和国继承法》第十条规定的继承人。在此情况下，依照《中华人民共和国民法典》第一千一百四十五条的规定，应由其居住地的天津市河北区民政局作为徐东的遗产管理人。

被申请人提出申请人主体不适格问题，因申请人已向法院提起债权之诉，法院以原告起诉时被告已死亡为由，裁定驳回起诉，应视为申请人刘俊杰与徐东存在利害关系。且选定天津市河北区民政局作为遗产管理人能够充分体现妥善管理、维护徐东财产的职责作用，因此对被申请人的主张不予支持。

依照《中华人民共和国民法典》第一千一百四十五条、第一千一百四十六条，《中华人民共和国继承法》第十条，《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民法典>时间效力的若干规定》第三条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十七条的规定，判决如下：

指定天津市河北区民政局为徐东的遗产管理人。

本判决为终审判决。

审判员　　佟剑

二〇二一年二月四日

书记员　　孟帅

附：本裁判文书适用法律条文

一、《中华人民共和国民法典》

第一千一百四十五条【遗产管理人的选任】继承开始后，遗嘱执行人为遗产管理人；没有遗嘱执行人的，继承人应当及时推选遗产管理人；继承人未推选的，由继承人共同担任遗产管理人；没有继承人或者继承人均放弃继承的，由被继承人生前住所地的民政部门或者村民委员会担任遗产管理人。

第一千一百四十六条【遗产管理人的指定】对遗产管理人的确定有争议的，利害关系人可以向人民法院申请指定遗产管理人。

二、《中华人民共和国继承法》

第十条遗产按照下列顺序继承：

第一顺序：配偶、子女、父母。

第二顺序：兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。

继承开始后，由第一顺序继承人继承，第二顺序继承人不继承。没有第一顺序继承人继承的，由第二顺序继承人继承。

本法所说的子女，包括婚生子女、非婚生子女、养子女和有扶养关系的继子女。

本法所说的父母，包括生父母、养父母和有扶养关系的继父母。

本法所说的兄弟姐妹，包括同父母的兄弟姐妹、同父异母或者同母异父的兄弟姐妹、养兄弟姐妹、有扶养关系的继兄弟姐妹。

三、《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民法典>时间效力的若干规定》

第三条民法典施行前的法律事实引起的民事纠纷案件，当时的法律、司法解释没有规定而民法典有规定的，可以适用民法典的规定，但是明显减损当事人合法权益、增加当事人法定义务或者背离当事人合理预期的除外。

四、《中华人民共和国民事诉讼法》

第一百七十七条人民法院审理选民资格案件、宣告失踪或者宣告死亡案件、认定公民无民事行为能力或者限制民事行为能力案件、认定财产无主案件、确认调解协议案件和实现担保物权案件，适用本章规定。本章没有规定的，适用本法和其他法律的有关规定。

03 吴清风刘俊杰特别程序民事裁定书

（2021）津 0105 民特监 1 号

天津市河北区人民法院

民 事 裁 定 书

（2021）津 0105 民特监 1 号

异议申请人：吴清风，女，1960 年 3 月 24 日出生，汉族，住天津市北辰区。

委托诉讼代理人：温军旗，北京道可特（天津）律师事务所律师。

委托诉讼代理人：韩璐，北京道可特（天津）律师事务所律师。

被申请人（原审申请人）：刘俊杰，男，1989 年 12 月 11 日出生，汉族，住天津市东丽区。

被申请人（原审被申请人）：天津市河北区民政局，住所地天津市河北区增产道 7 号隆源家园小区三号楼三层。

负责人：吴俊雅，局长。

委托诉讼代理人：陈晖，天津孚惠律师事务所律师。

异议申请人吴清风因与被申请人刘俊杰、天津市河北区民政局指定遗产管理人一案，向本院提出书面异议，请求撤销（2021）津 0105 民特 9 号指定天津市河北区民政局为徐东遗产管理人一案判决。本院依法组成合议庭进行了审查，现已审查终结。

异议申请人吴清风称，吴清风系被继承人徐东母亲吴清霞的姐姐，虽徐东与吴清霞于 2020 年 4 月 5 日同日死亡，但徐东的死亡时间先于吴清霞，且其生前未婚无子女，其父徐世江先于其死亡，故依据《中华人民共和国民法典》的相关规定，应由吴清霞继承徐东的相关遗产。鉴于吴清霞在徐东去世后遗产分割前死亡，且吴清霞死亡时无第一顺序继承人，故其继承徐东遗产的权利应转给吴清风。吴清风系被继承人徐东的合法继承人，并已办理了相应的继承公证。但利害关系人刘俊

杰以被继承人徐东无继承人为由向贵院申请指定遗产管理人后，贵院作出的（2021）津 0105 民特 9 号指定天津市河北区民政局为徐东的遗产管理人的判决存在事实认定不清，适用法律错误的情形，严重损害了吴清风作为继承人的合法权益。现依据《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》第三百七十四条之规定提出异议申请，请求贵院依法进行审查，撤销（2021）津 0105 民特 9 号指定天津市河北区民政局为徐东遗产管理人一案民事判决。

经审查查明，徐东于 2020 年 4 月 5 日坠楼死亡。徐东生前未婚，无子女。第一顺序继承人中，徐东父亲徐世江于 2015 年 11 月 1 日死亡；母亲吴清霞与徐东同日坠楼死亡。第二顺序继承人中徐东祖父徐桂元于 2004 年 2 月 26 日死亡，祖母王惠凤于 1999 年 9 月 20 日死亡；外祖父吴树权于 2019 年 3 月 18 日死亡，外祖母杨连毕于 2010 年 12 月 24 日死亡。异议申请人吴清风与吴清霞系姐妹关系。

2021 年 1 月 6 日，被申请人刘俊杰以与徐东存在民间借贷关系，作为利害关系人，向本院提出申请，请求指定天津市河北区民政局作为徐东遗产的管理人。

本院于 2021 年 2 月 4 日下达（2021）津 0105 民特 9 号民事判决书，认为：徐东系城市居民，其于 2020 年 4 月 5 日死亡，并无《中华人民共和国婚姻法》第十条规定的继承人。在此情况下，依照《中华人民共和国民法典》第一千一百四十五条的规定，应由其居住地天津市河北区民政局作为徐东的遗产管理人，判决指定天津市河北区民政局为徐东的遗产管理人。

在本院指定天津市河北区民政局为徐东的遗产管理人后，异议申请人吴清风以其在异议中提出的事实及理由，对此判决提出异议，并提交徐东、吴清霞二人的居民死亡医学证明（推断）书及（2020）津河西证字第 3548 号公证书等材料进行佐证。

本院审查后认为，依照徐东死亡时有效的《中华人民共和国继承法》第十条的规定，继承人的范围和继承顺序为，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。虽然异议申请人吴清风提交的证明材料表明吴清霞后于徐东死亡，但异议申请人吴清风相对于被继承人徐东而言，显然不在上述规定的继承人范围之内，并非徐东的继承人。根据《中华人民共和国民法典》第一千一百四十五条的规定，继承开始后，遗嘱执行人为遗产管理人；没有遗嘱执行人的，继承人应当及时推选遗产管理人；继承人未推选的，由继承人共同担任遗产管理人；没有继承人或者继承人均放弃继承的，由被继承人生前住所地的民政部门或者村民委员会担任遗产管理人。因此本院在他人在徐东遗产的处理已起争议的情况下，从有利于管理和维护徐东的遗产，确保各方利益得以顺利实现，而指定天津市河北区民政局为徐东的遗产管理人并无不当。异议申请人吴清风提出的继承公证问题，该指定也未直接排除异议申请人吴清风的权利，故异议申请人吴清风提出的异议不成立。综上所述，依照《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》第三百七十四条之规定，裁定如下：

驳回异议申请人吴清风撤销（2021）津 0105 民特 9 号指定天津市河北区民政局为徐东遗产管理人一案民事判决的请求。

审判长　　全水
审判员　　苏毅
审判员　　宋敬
二〇二一年五月十一日
书记员　　王婷

附：本裁判文书所适用法律条文

一、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》

第三百七十四条适用特别程序作出的判决、裁定，当事人、利害关系人认为有错误的，可以向作出该判决、裁定的人民法院提出异议。人民法院经审查，异议成立或者部分成立的，作出新的判决、裁定撤销或者改变原判决、裁定；异议不成立的，裁定驳回。

对人民法院作出的确认调解协议、准许实现担保物权的裁定，当事人有异议的，应当自收到裁定之日起十五日内提出；利害关系人有异议的，自知道或者应当知道其民事权益受到侵害之日起六个月内提出。

奶奶去世，天降小 13 岁的“未婚夫”与两孙儿抢遗产！遗产归谁？

2021-07-09 上海法治报 民庭

https://mp.weixin.qq.com/s/VN_gYYn5h12pat54Gtc5hw

奶奶去世，遗产却被转移，**此人声称是奶奶未婚夫，曾有一段忘年恋**。这究竟是怎么回事呢？

上海市金山区人民法院受理了这起继承案。

丈夫婆婆撒手人间 遗留孤儿寡母

李先生和刘女士是一对恩爱夫妻，婚后生育了两个可爱的宝宝，小琪和小喜，小日子过得让人羡慕。但天有不测风云，2017 年李先生因脑出血不幸离世，留下了深爱他的妻子和两个儿子。李先生去世后，刘女士一人艰难带着两个儿子共同生活，经济上较为拮据。

2020 年李先生的母亲张女士因胰腺恶性肿瘤去世，小琪和小喜作为张女士的孙子理应代位继承张女士的遗产，但**刘女士发现张女士的财产都已经被一名自称是张女士未婚夫的杨先生，转移进了自身银行卡内**。刘女士多次要求杨先生返还张女士的遗产，但杨先生均以上述钱款系张女士生前自愿赠与自己为由拒绝归还。

多次协商未果后，刘女士作为小琪和小喜的法定代理人，将杨先生起诉至法院，**要求继承两个孩子奶奶张女士的遗产。**

“未婚夫”转走遗产，是赠与还是侵占？

鉴于本案处理结果直接关系到两名未成年人的切身利益，为了更详细地查明案情，**法官开辟“绿色通道”**，协助原告方律师赴派出所、银行等部门调查被继承人张女士生前的财产状况，杨先生和张女士的交往情况等，为后续妥善化解纠纷打好基础。

案件审理过程中，被告杨先生承认张女士的钱款均在自身处，但杨先生拒绝归还，理由是张女士给自己写了多张字条，均写明自愿将钱款赠与杨先生用于理财，并且为了照顾张女士看病，张女士自愿将银行卡密码告诉了自己，故自己将张女士卡上的钱转走于法有据。

原告方法定代理人则认为，杨先生拿出的几张纸条，**张女士的多个签名存在不一致的情形，并且书写的内容和签名的字迹也不一致**，加之没有旁人的见证，**难以证明上述字条上的内容和签名是张女士的真实意思表示**。

此外，张女士告诉杨先生银行卡密码只是用于自身看病，并没有同意其转走银行卡上的钱款。目前钱款虽然在杨先生处，但**杨先生只是张女士遗产的保管人**，且**杨先生和张女士并未登记结婚，并非张女士的遗产继承人**，理应将遗产分配给张女士的法定继承人，即小琪和小喜。

法官调解结案，双方握手言和

法官在审理过程中注意到本案的多个细节。

其一，张女士和杨先生之间的年龄差距较大。张女士大杨先生 13 岁。从杨先生自己提交的载有张女士签名的纸条上看，张女士对杨先生的称呼从“干儿子”、“未婚夫”变化成“老公”。

其二，刘女士提交了一份被告杨先生于开庭前亲手书写的“还款计划”，自称归还刘女士 30

万元。在法庭审理阶段，杨先生对该“还款计划”的真实性无异议，但表示上述内容是在张女士的哥哥和妹妹的威胁下书写，非真实意思。法官进一步询问其事后有无报警，遭到了何种威胁。杨先生语焉不详，难以自圆其说。

其三，刘女士曾因杨先生私自转走张女士钱款前往公安机关报案。根据公安机关的询问笔录，杨先生在张女士去世后，冒用张女士的名义与张女士哥哥聊天，告知其“病情还好”，杨先生在公安机关承认“有私心，脑中有了坏的思想，害怕他们来争夺遗产”。

经过现场庭审和对卷宗材料的仔细研究，法官晓之以理，动之以情。

对于刘女士，法官希望她能考虑到**杨先生确实在张女士重病期间照顾有加**，使张女士在人生临终阶段得到了抚慰，并且杨先生参与了张女士后事的筹办，做出了一定贡献。

对于杨先生，法官对其在公安机关的询问笔录中体现的道德风险进行了善意的提醒，并告知目前原告方具有一定的证据优势，且**虽然张女士称杨先生为“老公”，但实际二人并未办理结婚登记，杨先生并非法定继承人。**

最终在法官的主持下，双方达成调解协议，**以杨先生自愿书写的还款计划为基础，扣除杨先生为张女士看病花费的 5 万元，杨先生支付原告小琪和小喜共 25 万元。张女士在杨先生处的其他财产，归杨先生所有。**另外，法官特别考虑到，为缓解两名未成年人及刘女士生活上的燃眉之急，建立双方的互信，**建议杨先生在调解后一周内先行履行其中的 10 万元**，该方案得到了双方的一致认可。

近日，法官李江和法官助理唐若愚获赠刘女士赠送的锦旗和感谢信，称赞其“保护未成年人利益，尽职尽责心系百姓”。（文中当事人均为化名）

作者 | 翟梦丽 唐若愚

编辑 | 谢钱钱

男子海外自杀，留下遗嘱将遗产都留给妻子，公婆不干了！法院这样判

2021-07-10 上海法治报

https://mp.weixin.qq.com/s/qYUt0kAtnTjkYpczuSBHFQ

“遗书是在国外写的，我们不能确认其真假。”吴强的父母至今也不愿相信儿子自杀身亡的消息。对于儿子在遗书中将名下所有财产都留给妻子，他们也表示不理解，拒绝协助儿媳张小北办理房屋所有权变更登记。

日前，上海浦东新区人民法院开庭审理了此案。

吴强与张小北于 2009 年结婚，感情不错。婚后两人购买了位于浦东的一套房屋，房屋所有权人登记为吴强与张小北共同共有。2012 年年初，吴强因工作关系到新加坡工作。2017 年下半年，吴强在从事的期货交易工作中遭遇巨大亏损，终不堪重负于同年 11 月 2 日在新加坡当地跳楼自杀死亡。

张小北表示，丈夫在自杀前遗留遗书两份。其中一份写着：本人吴强自愿结束生命，家中一切财产均归张小北，本人承担一切后果，均与张小北无关。同月他的另一份遗书则载明：本人吴强自愿结束生命，所有后果均由本人承担，所有家庭财产均留给妻子张小北！这一生，我对不起她，辜负她的一片深情厚意，希望来生能报答她。

据张小北说，吴强去世后，婆婆和小姑赴新加坡办理后事时均确认了两份遗书。此后，她与婆婆李阿姨及小姑吴霞(代公公老吴)签订协议书，承诺无条件配合她办理涉案房屋所有权变更登记手续。

但最近张小北在办理涉案房屋所有权变更登记手续时遭到了公婆的拒绝，致使她无法办理涉案房屋所有权变更登记手续，为此，她诉讼至法院请求确认房屋所有权。

对此，老吴夫妇坚持认为儿子生前并未订立遗嘱，张小北提供的署名为吴强的遗书是在境外形成，无法确认是其本人书写，况且，两份遗书的内容通篇是负面情绪，死者当时的精神状态存疑。

至于协议，老吴夫妇则表示是儿媳乘他们回国时间仓促之际，将事先准备好的遗产放弃继承协议让婆婆李阿姨签名，该协议内容并非李阿姨的真实意思表示。另外，老吴表示，妻子与女儿赴新加坡办理吴强后事时，他并未授权委托吴霞与张小北签订任何协议书，因此不认可吴霞作为他的代理人在该协议书上签名，因此不同意张小北之诉请。基于被继承人吴强生前对涉案房屋之处分未订立遗嘱，要求按法定顺序继承在涉案房屋中属于吴强遗留的遗产份额。

法院审理后认为，涉案房屋是张小北与吴强在婚姻关系存续期间所得，故涉案房屋为两人的夫妻共同财产，在分割遗产时，应先析出一半财产归张小北所有，剩余财产为吴强遗留的遗产，由其继承人予以继承。

吴强生前书写的遗书明确表明其遗留的遗产由妻子张小北予以继承，故属于吴强遗留的遗产应由张小北继承所有，现张小北据此要求按照丈夫遗留的遗嘱内容继承他遗留的遗产之请求，于法有据，法院应予支持。

吴强父母虽称张小北提供的遗书并非吴强书写，但两人的上述主张不仅遭张小北所否认，且两人也未能提供任何证据予以佐证，因此法院对吴强父母的上述答辩意见不予采信。另外，吴强父母称儿子在深圳市尚有房产的问题，由于该主张不仅遭张小北所否认，两人也未能提供相关之证据予以佐证，因此法院对该主张也不予采信。

最终法院判决老吴夫妇协助张小北办理房屋所有权变更登记手续。（文中均系化名）

记者 | 陈颖婷

编辑 | 张旭凡

继承纠纷中对未办理产权证房屋的处理丨审判研究

原创：2021-07-20 审判研究 蒲毅

https://mp.weixin.qq.com/s/OPSTsQjancTIhX5EW1RvNg

蒲毅 四川韬世律师事务所

《民法典》第 1122 条规定，“遗产是自然人死亡时遗留的个人合法财产。依照法律规定或者根据其性质不得继承的遗产，不得继承。”据此，“被继承人死亡后的所有个人财产都成为遗产，无论财产的形态，只要属于其个人所有的财产都转为遗产。”显然，未办理产权证房屋［1］作为一种财产形态，可以作为遗产继承。

虽然未办理产权证房屋可以作为遗产继承，但在进行遗产分割（分配）时如何具体适用仍然存在较大分歧，为此有必要对实务情形进行类型化分析。需要说明的是，本文所讨论的未办理产权证房屋主要包括以合法建造、房屋买卖、拆迁安置等方式取得的宅基地上房屋、商品房、二手房、安置房、职工解危解困房（经济适用房）等房

屋，而不包括“小产权房”等不具有合法性的房屋以及“公租房”等仅有使用权的房屋。

一、基于合法建造取得的房屋

基于合法建造取得的房屋主要指农村宅基地上房屋。根据《民法典》第 231 条规定，“因合法建造、拆除房屋等事实行为设立或者消灭物权的，自事实行为成就时发生效力。”这类房屋虽然未办理产权证，但被继承人已于房屋合法建造完成后取得房屋所有权。因此，“非经登记而取得的不动产物权的享有人在登记之前死亡，其继承人仍有权继承该项不动产”。[2]

登记实务中也有观点认为，“合法修建并竣工的房屋，也可以由继承人继承并直接申请首次登记。……此首次登记是一种含有继承转移登记元素的复合登记”。[3]

典型案例：（2019）鲁 01 民终 4101 号

裁判要旨：涉案房产虽未办理产权登记，但系取得建设规划部门许可后合法建造，故该房产中席某应得的份额可以依法被继承。马某某与席某于 1995 年 2 月结婚，同年 11 月镇人民政府建设办公室颁发村镇选址意见书和建筑工程许可，后涉案房产于 1997 年建成。考虑到马某某在涉案房产中所占份额较大及今后方便居住等因素，一审法院采取了将涉案房产判归马某某所有，由马某某给予其他继承人相应房产份额折价补偿的遗产分配方式并无不当。

二、基于合同关系取得的房屋

基于合同关系取得的房屋主要为商品房、二手房、安置房、职工解危解困房（经济适用房）等，这类房屋的继承分割个案情形差异较大，各地法院处理方式也不尽相同。归纳起来，这类房屋的继承分割大致存在如下三种处理方式：

（一）对房屋分割请求不予处理

典型案例：（2016）京 02 民终 4116 号

裁判要旨：因现安置房屋套数及补偿款数额高×1、高×2、高×3 与拆迁单位尚存在争议，且房屋入住时应补缴的相关费用尚未到位，同时安置房屋尚未办理产权证件，故现有情况尚不具备在各继承人之间对产权进行实际分割的条件，故原审法院判决各继承人均对安置房屋享有使用权，待具备财产分割条件后另行解决是正确的。

分析评论：遗产的继承分割应以财产明确、合法，权属清晰为前提。因此，在基本情况无法查明，房屋权属不清的情况下，对房屋继承分割请求暂不处理的做法具有其合理性。

但是，尚未办理产权证也不能简单等同于房屋权属不清，在已有房屋买卖合同等证据证实房屋基本情况时，虽不宜直接对房屋本身进行分割，但仍可对房屋所对应的财产权益进行分割。否则，一方面可能加剧当事人之间的矛盾，不利于定分止争；另一方面可能导致当事人陷入法院以房屋未办理产权证而不予分割处理，而不动产登记部门又以没有继承法律文书而拒绝办理不动产登记的困境。

（二）对财产权益进行分割

典型案例：（2017）京 02 民终 5459 号

裁判要旨：涉案房屋为拆迁安置房屋，生效判决已经确认刘某于《危旧房改造拆迁就地房屋安置协议书》中约定的权利义务，由张×兰享有六分之四份额，由路×英享有六分之一份额，由刘×慧享有六分之一份额。故张×兰应享有涉案房屋的六分之四产权份额，路×英与刘×慧各享有涉案房屋的六分之一产权份额。路×英与刘×慧作为涉案房屋的共有权人，宣福房地产公司作为拆迁方，均有义务协助张×兰办理涉案房屋不动产权属登记手续。

分析评论：上述案例中，法院虽不对房屋本身进行继承分割，但对房屋所对应的财产权益进行分割。这在继承公证实务中也有类似观点，“回迁安置房建成交付并将要办理房产证，所以被继承

人尚未取得该回迁安置房的所有权，房屋所有权不能作为被继承人的遗产。被继承人的遗产应为其根据《拆迁安置协议》所享有与的一切财产权利（债权）”。[4]

不动产登记实务中，也有相一致的观点认为，“以取得房屋所有权为目的的房屋买卖合同债权是可以继承的遗产”，“丙（继承人）继承取得原由甲（被继承人、买受人）享有的合同债权份额后，乙（共同购买人）、丙成为基于此合同将要取得的房屋所有权的共有人”。[5]

这种对财产权益进行继承分割的处理方式较为符合法理与逻辑，但可能存在手续繁琐、成本较高的问题。实践中，当出卖人、共有权人或不动产登记机构不协助办理不动产登记手续时，继承人则需另行起诉出卖人等协助其办理不动产转移登记手续。

（三）对房屋本身进行分割

典型案例 1：（2018）川民申 2380 号

裁判要旨：二审法院认为，四川省攀枝花市仁和区的住房系陈×弟婚前住房 38.61 ㎡与穆×坤夫妻共同财产置换而成，一审法院依法按照陈×弟的婚前财产和与穆×坤的夫妻共同财产按份分割，确定继承人的份额正确。虽然该房屋未办理产权证书，但不影响其作为遗产进行分割。上诉人提出该房屋未取得产权证进行分配不符合法律规定的上诉理由不能成立，本院不予采纳。

再审法院认为，虽然该房屋未办理产权证书，但不影响其作为遗产进行分割。穆×坤、胡某、陈某提出该房屋未取得产权证进行分配不符合法律规定的再审申请理由不能成立，本院不予采纳。

典型案例 2：（2020）黑 06 民终 769 号

裁判要旨：本案诉争房屋虽然尚未办理不动产权属登记，但是商品房买卖合同项下的合同权利具有财产属性，应当依法进行继承，通过原告提交的商品房买卖合同中买受人记载为陈×珍、张某，故该房屋应当为二人共有，未记载各自占有的份额，那么二人应为各占 50%的份额。该房屋 50%的份额应当作为被继承人陈×珍的遗产进行分割。法院判决被继承人陈×珍所有的位于大庆市×室房屋 50%产权，由原告王某继承 25%，被告冯某继承 25%。

分析评论：上述案例中，法院以确认各继承人对房屋享有（继承）的份额方式对房屋本身进行了分割处理。从笔者所检索到的四川地区相关生效裁判来看，绝大多数法院也采用该种处理方式。这种处理方式的优点在于能避免当事人诉累，但也存在值得思考之处：虽然从普通人角度看，遗产就是房屋本身；但从法律角度看，在尚未办理产权证情况下，被继承人对房屋也仅享有债权，因此遗产应当是房屋所对应的财产权益。该种财产权益在实务中具体表现为房屋买卖合同权利、拆迁利益等，其虽与房屋密切相关并最终转化为房屋所有权，但在完成不动产登记前只能是一种债权。

尽管被继承人对未办理产权证房屋所享有的债权可能已经高度“成熟”，在法定情形下还具有对抗其他债权人（买受人[6]）、抵押权人[7]，乃至排除强制执行[8]的强大效力。但其优先效力、排除执行效力等仍需具备严格的适用条件，其债权本质并未改变。因此，对未办理产权证房屋本身（所有权）进行分割的做法，是否兼顾上述考虑因素是个需要思考的问题。

当然，这种处理方式的优点在于，当事人可以直接依据裁判文书办理不动产登记手续，但依据裁判直接让房屋的债权人变成物权人，继承人的法律地位（物权人）反而优于被继承人的法律地位（债权人），客观上存在着损害第三人利益的可能性。另外，如在一审法庭辩论终结前办妥房屋产权证的，此时房屋相应债权已转化为房屋所有权，从提高效率、避免诉累的角度考虑，笔者也倾向于可以直接对房屋进行继承分割。

[1] 根据《民法典》第 217 条等相关规定，不动产物权以登记簿为准，因此未办理产权证（不动产权证书）房屋实质上应指尚未办理相应不动产登记的房屋。

[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物权编理解与适用》，人民法院出版社 2020 年版，第 178 页。

[3] 刘守君编著：《不动产登记典型案例剖析》，西南交通大学出版社 2019 年版，第 3-4 页。

[4] 段伟、文树荣主编：《疑难公证问题咨询答复汇编》，法律出版社 2020 年版，第 150 页。

[5] 刘守君编著：《不动产登记典型案例剖析》，西南交通大学出版社 2019 年版，第 73-74 页。

[6] 如《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2003〕7 号）（已废止）第 7 条第 1 款规定："拆迁人与被拆迁人按照所有权调换形式订立拆迁补偿安置协议，明确约定拆迁人以位置、用途特定的房屋对被拆迁人予以补偿安置，如果拆迁人将该补偿安置房屋另行出卖给第三人，被拆迁人请求优先取得补偿安置房屋的，应予支持。"

[7] 最高人民法院民一庭："被拆迁人对拆迁安置房产的优先取得权能够阻却其后设定抵押权的强制执行"，载《民事审判指导与参考》第 74 辑，人民法院出版社 2018 年版，第 161-164 页。

[8] 参见《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》（2020 年修订）第 28 条、29 条。

罗培新：老人立下遗嘱，将狗作为继承人，这该如何认定？

2021-07-22 上海法治报

https://mp.weixin.qq.com/s/eXi6wffzwAioDtzDXPhnjQ

生活的丰富，经常超出你的想象。如果有老人立下遗嘱，将狗作为继承人，应当作何认定？认定遗嘱无效，将狗与老人身后财产都作为无主财产收归国有，还是认定为遗嘱信托？

2019 年 5 月，湖北宜昌，58 岁的赵太太长期独居，父母已逝，没有血缘至亲。她平日与两只爱犬相依为命。**年事已高的赵太太，欲将名下市价 60 万元的房产卖掉，把钱留给狗狗继承。**没有人会否认，爱是跨越种群的，通人性的爱犬融入了老人生活，已然成为老人至"亲"。但问题在于，狗如何能够受理并处分遗产？

根据报道，当时有人劝说赵太太：其一，根据中国的法律，不允许狗继承遗产。如果遗嘱中将遗产留给狗，属于无效遗嘱。其二，根据中国的法律，继承权属于身份权，而狗属于"物"，故不享有继承权。其三，如果遗嘱中规定继承人在继承遗产的同时，必须继续照顾被继承人的狗，则属于附条件的遗嘱，遗嘱有效。

然而，问题在于，老人没有继承人，无法做出附条件的遗嘱。如果老人立下遗嘱，自己的财产由狗狗继承。老人去世之后，人们发现了这份遗嘱，又当如何处理？

有观点认为，老人留下的财产，包括狗狗本身，均属于无主财产，应收归国家所有或者归集体所有。法律依据是我国《民法典》第 1160 条规定：无人继承又无人受遗赠的遗产，归国家所有，用于公益事业；死者生前是集体所有制组织成员的，归所在集体所有制组织所有。

此种观点，看起来似乎没有问题，因为狗作为动物，通常是权利的客体，而不是权利主体，不具有接受财产的权利能力。例如，我国《民法典》第 13 条规定，自然人从出生时起到死亡时止，具有民事权利能力，依法享有民事权利，承担民事义务。人是万物之灵，被赋予权利能力，天经地义；而狗，不属于自然人，当然无法拥有类似于人的权利能力。

然而，以上处理，**既欠缺温度，适用法律也难谓准确**。本质上，这是一个正确识别及尊重老人意志的问题，以法律语言来说，是正确解释老人的意思表示的问题。

老人设立遗嘱，这是一个民事法律行为，意思表示是第一要素。根据我国《民法典》第 133 条规定，民事法律行为是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。

意思表示，包括内心意思与外在表示两项要素。依德国通说，意思表示的内部主观要素包括三项：行为意思、表示意识与法效意思。行为意思是指有意实施行为之意识，即用以表明外在行动乃是行动人自主意思支配的结果。表示意识，是对行为具有某种法律意义所具有的意识。法效意思是行为人欲依其表示发生特定法律效果的意思。

说得直白一些，**“意思”是指当事人的内心欲求，而单纯的内心意思不会产生规范效力，还要关注内心意思外化之后的情形，即“表示”**。而对于“表示”，法律规范创造了一个不同于日常世界的规范体系，也为它配备了相应的规范概念，例如，自然人、行为能力、继承、法定继承、遗嘱继承、遗赠、无效、可撤销等等。

然而，能够准确理解并运用法律术语的，往往并不多，但法律从来不为难普通人。

民众并无义务使用规范术语来表达意志，当老百姓运用生活语言来做出意思表示时，法律人必须做出解释，并将其翻译成规范概念，以便确定法律效果。

解释意思表示的目的，是探知表意人的真意。诚如《德国民法典》第 133 条规定，“对意思表示的解释，应探究真意，而不能拘泥于词句的字面含义”。德国著名法学家萨维尼称，“内心意志应被视为唯一真正重要而有效之事物，唯其藏于内心而不可见，故需以某种标记使之可被认知，此种标记，正是外部表示。”

因而，意思表示的解释，必须直指表意人内心，重建已成历史的“心理事实”。

对于已经逝去的老人，其“财产由狗继承”的内心意思，究意是什么呢？难道是将狗和其他财产一样，作为无主财产，交由国家去处理吗？

让我们从我国《民法典》第 1133 条中，找到最为切近的条款，该条是关于自然人通过遗嘱处分个人财产的规定，一共有三种方式：其一，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，此为遗嘱继承。其二，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，此为遗赠。其三，自然人可以依法设立遗嘱信托。

据此，老人“财产由狗继承”的意思表示，**最为理想的解释是，老人由此设立了遗嘱信托，即寻找一位爱狗人士，好好照顾狗狗，同时为了狗的利益，拥有处分老人财产的权利**，例如，变卖财产以善尽伺养之责。

实施老人此项遗嘱信托的机构，可以是老人生前所在地的民政部门。

或许有人会问，为一条狗，如此大费周章，有必要吗？对此的最好回应，可以是：**私法自治是基本原则，民事主体本不必向任何人宣示理由**。强作追问，老人做此安排的动机，或许是其一念之仁。在老人心中，大自然的一草一木都有其存在意义，人们应该充分尊重宇宙万物的尊严和生存权利……

一切爱和生命都值得敬畏，何况是与其朝夕相伴多年的爱犬！

达成这份所欲所愿，法律不仅展现着高超的技术，而且闪耀着温暖的光辉！

来源 | 上观新闻

作者 | 罗培新

编辑 | 王菁

养母在世不孝顺，看到遗产全都要 法院：按打印遗嘱来分！

2021-07-23 杭州市西湖区人民法院

https://mp.weixin.qq.com/s/xerV2J4aekbhfJWxG5lavw

老人留下以房养老的打印遗嘱是否有效？

西湖法院判决适用民法典后浙江首例打印遗嘱纠纷案。

老太觉得养子不孝顺 遗嘱细定养老及遗产分配

杭州的郑老太和丈夫婚后，共同领养了儿子司先生。郑老太的丈夫去世时，没有留下遗嘱，遗产也一直没被继承分割。

2016 年，83 岁的郑老太在一场大病后开始担忧自己的养老，想到自己年纪大了，一直独居，养子也不来照顾自己，她决定通过立遗嘱来保障养老。同年 6 月，家人帮她去找律师写遗嘱。律师将郑老太关于遗嘱内容的具体意见记录下来，形成遗嘱初稿，郑老太看过后提出带回去再推敲下。在对遗嘱初稿修改并打印好之后，在护工、妹妹的陪伴下，郑老太拿着打印好的遗嘱最终版去了律所。

郑老太在遗嘱中说：“根据以往的经历和司先生的实际情况，我决定全权委托弟弟和妹妹来照顾安排我的生活起居，直到我去世。”

同时，郑老太在遗嘱中对财产做了分配：原本她和丈夫名下共有两套房产，其中一套早已给儿子，儿子自行处置卖了此房。现在她有的主要财产，是和丈夫共同拥有的一套房子，属于丈夫的那一半产权份额，自己与儿子按照法定继承的方式各继承一半。对于属于她的产权份额，她决定将一半留给儿子，一半留给自己养老用，存款、股票、工资均留作养老。

郑老太还在遗嘱中说，留给自己养老用的财产中，如存款、股票、工资等不够用，就变卖她留下养老的那部分房子，如还不够，就由她弟弟负责解决；如有结余，她离世后留作养老的房产份额就归弟弟所有。

即便生前立下遗嘱 家属还是为继承闹翻

立遗嘱时，律师向郑老太宣读了遗嘱的内容，郑老太对遗嘱内容进行了确认，并在上述打印遗嘱的落款处签名捺印并标注日期。两个无利害关系的见证人全程见证了律师宣读遗嘱以及郑老太确认并签署遗嘱的过程，两见证人、律师均在遗嘱上签名捺印。

之后，就主要由弟弟郑老先生在照顾和安排郑老太的生活起居。2019 年，郑老太去世，其后事也是郑老先生操办的。

因司先生与郑老先生对如何继承郑老太的遗产一直争执不下，郑老先生将司先生起诉到西湖法院。

郑老先生认为，姐姐留下的遗嘱合法有效，他可以按照遗嘱继承姐姐留给他的房产份额。

但是司先生认为，这份打印遗嘱不符合代书遗嘱的法定形式要件，案涉遗嘱是由郑老太自行将打印好的遗嘱带至律所，而非由代书人亲手书写和打印，因此是无效的，应该按法定继承办理母亲的遗产，即由他继承房产的全部份额。

庭审争议焦点：该份遗嘱是否有效？

法院审理认为，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》第十五条规定：民法典施行前，遗嘱人以打印方式立的遗嘱，当事人对该遗嘱效力发生争议的，适用民法典第一千一百三十六条的规定，即“打印遗嘱应当有两个以上见证人在场见证。遗嘱人和见证人应当在遗嘱每一页签名，注明年、月、日”，但是遗产已经在民法典施行前处理完毕的除外。

本案中，郑老太所立遗嘱从形式上看属于打印遗嘱，虽然遗嘱订立于民法典施行之前，但其中所涉及的遗产至今尚未处理完毕，现当事人对

该遗嘱效力发生争议，依法应当适用民法典第一千一百三十六条规定。

案涉遗嘱系根据郑老太的要求打印而成，在遗嘱订立时，有两名无利害关系的见证人全程在场，同步见证了律师向郑老太宣读遗嘱以及郑老太确认并签署遗嘱的全过程。该打印遗嘱全文仅一页，内容完整，郑老太、律师以及两名见证人均签字捺印，落款处注明日期，并有郑老太当日手持该份遗嘱的照片予以佐证。

因此法院认为，该份遗嘱符合民法典有关打印遗嘱的规定，为立遗嘱人郑老太的真实意思表示，应认定合法有效。

2021 年 3 月 8 日，西湖法院一审判决，郑老太所立遗嘱合法有效，涉案房产由郑老先生和司先生根据遗嘱继承相应的份额。

后司先生不服一审判决，提起上诉。近日，二审维持原判，目前判决已生效。

（文中当事人均为化名）

法官说法

此前，我国继承法及司法解释并没有将打印遗嘱作为法定的遗嘱形式，这与制定法律的时间——上世纪八十年代打印技术尚未普及有关。但随着社会的发展，打印遗嘱已十分普遍。

民法典就明确认可打印遗嘱的形式，并对打印遗嘱的形式进行了具体的规定。其中第一千一百三十六条规定：“打印遗嘱应当有两个以上见证人在场见证。遗嘱人和见证人应当在遗嘱每一页签名，注明年、月、日。”需要注意的是，见证人不得是与继承人、受遗赠人有利害关系的人。

在民法典施行前订立的打印遗嘱可以适用民法典吗？

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》第十五条规定：民法典施行前，遗嘱人以打印方式立的遗嘱，当事人对该遗嘱效力发生争议的，适用民法典第一千一百三十六条的规定，但是遗产已经在民法典施行前处理完毕的除外。

换句话说，无论是何时订立的打印遗嘱，只要遗产在民法典施行前尚未处理完毕的，均应当适用民法典的新规定来审查打印遗嘱的效力。但遗产已处理完毕，则不会因为民法典的实施发生改变。

案件意义

遗产如何继承，不仅体现当事人之间的财产关系处理，更能反映家庭伦理和社会道德风尚。

本案中，郑老先生虽没有扶养姐姐的法定义务，但其一直照顾姐姐多年并为姐姐养老送终，郑老太留下的遗嘱就是对“谁负责养老谁受益”的明确肯定，这是良好社会道德风尚的体现，应当予以鼓励。

本案裁判结合民法典的规定，让立遗嘱人的意志在其去世后得到法律保护，同时对郑老先生扶养姐姐的行为给与肯定，实现了情理法的有机融合。

独生子女继承遗产到底难不难？民法典规定是否影响继承权？专家：皆是伪命题

2021-07-26 法治日报

https://mp.weixin.qq.com/s/aTUStHVVFn-Zsx-8din9Ow

细心观察不难发现，在网络上总有一些话题会被不定期反复提及，每次出现都会引发不少关注，比如，继承这件事：

《未来独生子女无法继承父母房产》

《独生子女继承房产还要跟七大姑八大姨分》

《独生子女继承遗产有多难，80%的人想象不到》

……

诸如此类的文章一直是网络“常客”。只是看标题，就会让不少人心生焦虑。记者从上海市某公证机构了解到，实践中，也确实有人因为在网上看到这些帖子被“吓得”专门跑到公证处进行咨询，寻求解决办法。

值得一提的是，2021 年 1 月 1 日起，民法典施行。为了更好地保护广大人民群众的财产权，民法典继承编采用 4 章共 45 条，对法定继承、遗嘱继承和遗赠、遗产的处理等制度作出详细规定。其中，有关遗嘱部分有了新的变化，包括删除了公证遗嘱效力优先的规定，增加了打印遗嘱、录音录像遗嘱等新的遗嘱形式，新增了遗产管理人制度等。

那么，民法典的这些规定会带来哪些现实影响？目前实践中，继承权的实现是不是很麻烦？独生子女继承父母房产到底存不存在难题？该如何打消公众的这种顾虑？一些业内人士接受了《法治日报》记者的采访。

“独生子女继承难”是个别现象

“我的东西将来都是你的。”这句话可以说是很多独生子女父母的口头禅。而独生子女往往也认为，自己是父母唯一的孩子，继承父母的遗产理所应当，毫无异议。但似乎独生子女想顺利继承父母的遗产也并非那么“理所当然”，尤其是继承父母房产的时候，往往会遇到问题。记者在网上搜索后发现，很多有关“独生子女继承难”的文章都会提及这样一个典型案例：

小丽是父母的独生女，父亲 10 年前去世，母亲刚过世，父母亲生前留下一套 127 平方米的房子。房子原来登记在父亲名下，父亲去世的时候，小丽没有成家，便没有办理过户手续。父母都去世之后，小丽想把房子过户到自己名下。但是，当她拿着房产证和父母的死亡证明来到房管局要求过户时却遭到拒绝，房管局要求其提供公证处出具的继承公证书或法院的判决书，才能办理过户。

小丽不想去法院，决定去进行公证。可是，公证处要求小丽把爸妈的亲戚全部带到公证处才能给办公证。小丽爸妈的亲戚全国各地都有，有的还不在国内，因此对她来说，这个要求很难达到。虽然该案例中没有复杂纠纷，但作为独生女的小丽，却无法顺利获取父母去世后留下的房产。想要一个人继承这套房子，除非其他有继承权的人到公证处或者法院明确表示放弃。

“这个案子之所以复杂，是因为小丽作为独生子女，并不是其父母财产的唯一继承人。按照法律规定，法定第一顺位继承人，除了子女之外，还有配偶和父母。小丽的父亲去世的时候，没有留有遗嘱，并且其祖父母还都在世，因此其他人对小丽父亲的房产也有继承的份额。但是，这种情况跟‘独生子女无法继承父母房产’完全是两码事。不应混为一谈。”一位不愿意透露姓名的上海某公证处负责人告诉记者，结合以往的工作实践，“独生子女继承难”是个别特殊现象。产生这一现象的原因往往是由于发生意外事件。比如，独生子女的父母在没有留遗嘱的情况下突然去世，而（外）祖父母还尚在人世。那么，此种情况之下，如果老人家没有明确表态放弃继承，根据法律规定，独生子女就无法独自继承父母的遗产，尤其是房产。此外，发生极端情况还有一种原因，就是去世的独生子女父母的房产当中有（外）祖父母出资的份额。虽然房产证上没有写名字，但其他家庭成员，即死者的兄弟姐妹，都有法律上继承权，那么这个时候就要进行析产，即把长辈隐藏在死者财产中的财产份额进行分割。

“可以说，从现行法律制度来看，独生子女继承权的实现没有什么法律壁垒，只是说在实操中可能会有一些个别情况发生。”这位负责人说，“从中国传统来说，情、理、法中，民众一般都是将情、理先放在前面。从公证实践来看，绝大多数

的家庭都是讲究和睦传统的，长辈和晚辈之间，尤其是隔代之间不太会发生争抢遗产的现象。因此拉着家里七大姑八大姨亲戚一块儿到公证处的情况有，但超过九成的亲属来公证处后也都是明确表示放弃继承，以便让独生子女顺利继承自己父母的遗产。网上有关‘独生子女继承难’的文章确实给一些独生子女父母带来了焦虑，而极个别案件的发生更是放大了这种焦虑，因此导致有独生子女父母专门来公证处进行咨询。如果担心，那么父母早立遗嘱是解决此类问题的一个有效方法。”

民法典不会造成继承权难以实现

继承，事关千家万户。

2021 年 1 月 1 日起，民法典实施。对于继承制度，民法典继承编删除了公证遗嘱效力优先的规定，增加了打印遗嘱、录音录像遗嘱等新的遗嘱形式。由此，也有观点认为，民法典有关遗嘱的一些新规定虽然增加了处分遗产的自由，更加高效便捷，但也会增加遗嘱检认环节的司法成本，会影响继承权的实现。

“所谓民法典关于继承的规定会带来继承难的问题，是不存在的。这是对民法典的误读误解。”清华大学法学院副院长、教授程啸指出，事实上，相比于以往的继承法（已废止），民法典的很多规定，比如增加打印遗嘱以及录像遗嘱等，会更有利于便捷高效地实现继承权。此外，民法典之所以删除了公证遗嘱效力优先的规定，目的也是为了保障被继承人遗嘱自由，并降低立遗嘱的成本。

对于实践中出现的极个别的独生子女继承房产难的问题，程啸认为，主要是因为在办理继承遗产相关登记等手续时需出具一些证明文件，这一点在房产继承中尤为突出。

据程啸介绍，以往，有关部门曾规定房产继承时必须办理公证，但该规定目前已经被废止。依据《不动产登记暂行条例实施细则》的有关规定，不动产登记机构在办理登记时不能强制要求必须公证，但申请房产继承登记的继承人必须要证明自己是合法的继承人。因此独生子女继承父母房产时就需要提交相关证明材料，如继承人或受遗赠人的身份证明、被继承人或遗赠人的死亡证明、继承人或受遗赠人与被继承人或遗赠人之间的亲属关系证明等。而依据自然资源部（原国土资源部）颁布的《不动产登记操作规范（试行）》（2016 年 5 月 30 日印发）的规定，亲属关系证明材料包括：户口簿、婚姻证明、收养证明、出生医学证明，公安机关以及村委会、居委会、被继承人或继承人单位出具的证明材料，其他能够证明相关亲属关系的材料等。但是在实践中，一些地方的相关机关却对此进行了僵化理解，违反便民利民原则，强制要求当事人提供某些证明材料。此外，一些本应出具相关证明的单位如村委会、居委会等不愿意出具亲属关系的证明材料等，也会造成所谓“独生子女继承难”。

“总的来说，这些做法都是不符合国家有关规定的，给人民群众带来了极大的不便。有关部门应当严格依法办事，履行应尽职责，充分贯彻落实便民利民原则，不能为了自己省事而折腾群众。”程啸说。

继承权实现需实体程序配套保障体系

据了解，近年来，为了方便继承人实现继承权，有关部门相继出台了规定。2016 年 7 月，司法部下发了《司法部关于废止〈司法部 建设部关于房产登记管理中加强公证的联合通知〉的通知》，规定继承不动产不必须办理继承权公证，给了继承人选择的权利，也降低了继承人实现不动产继承权的费用。2021 年 1 月，中国银保监会、中国人民银行联合发布了《关于简化提取已故存款人小额存款相关事宜的通知》，简化了已故存款人 1 万元至 5 万元人民币小额存款的提取手续。

此外，地方上也在开始积极尝试各种举措。2021 年 4 月，广东省广州市公证协会印发了《办理不能提供被继承人父母死亡证明的法定继承公证的指导意见》。2021 年 5 月，云南省昆明市明信公证处成立了“遗嘱检认中心”。

但在南京师范大学法学院副教授赵莉看来，继承权实现难依然是现实存在的问题。

“继承人有纠纷时可以诉至法院通过诉讼程序实现继承权，但是，当继承人之间并无纠纷，需要实现继承权时则缺少保障继承权实现的规定。”赵莉具体指出，民法典规定的法定第一顺序继承人为父母、配偶、子女。如果独生子女在其父母、（外）祖父母死亡后单独办理继承且材料不齐需要通过诉讼实现其继承权时，会因为其没有可诉的相对方，只能诉不动产登记部门或者银行等需要配合其实现继承权的部门。原本是没有纠纷的单独继承，却需要通过繁琐的诉讼程序来实现继承权，显然徒增讼累。

鉴于此，赵莉认为，目前我国继承权的顺利实现仍需要从立法上完善实体和程序的配套保障体系。因此，亟需建立与民法典规定的实体权利相配套的、包含单独继承的非讼继承程序以及遗嘱保管、遗嘱检认制度等，来保障民众继承权的实现。

“民法典对继承制度的问题主要侧重于实体法的规定，相关的权利义务的内容必须要有配套的程序法的保障。比如，对于不动产的继承问题，就涉及到不动产登记法等程序性法律规定。”程啸说。

据悉，我国有关部门当前正在起草不动产登记法，在不动产登记法中就不动产的继承登记程序问题会作出更加科学合理的规定。

“作为不动产的房屋往往是被继承人的遗产中价值最大的部分，因此，不动产登记法关于继承登记的规定对于落实民法典继承编的规定是非常必要的。”程啸说。

作者丨法治日报全媒体记者　朱宁宁

来源丨法治日报

编辑丨韩玉婷　李金凤　岳铼

继父母与继子女之间是否拥有继承权问题的探讨丨审判研究

原创：2021-07-22　审判研究　李双庆

https://mp.weixin.qq.com/s/83JBRIZk6nDiL4qxtZ4Q_g

李双庆　北京大成律师事务所

一、基本事实

被继承人宋某某与宋一妻于 1974 年 3 月登记结婚，1974 年 12 月生育一女名宋一女。宋某某与宋一妻于 1981 年 9 月经法院调解离婚。

宋某某与宋二妻于 1984 年 12 月结婚，婚后宋二妻与其前夫所生之子陈某随宋二妻、宋某某共同生活，1991 年 10 月宋某某与宋二妻协议离婚。

后宋某某与宋三妻结婚，婚后未生育子女，并于 2000 年 11 月协议离婚。

2002 年 5 月宋某某与宋四妻登记结婚，婚后生育一女名宋二女。

宋某某于 2016 年 5 月死亡，宋某某父母均先于其死亡。宋某某名下有争议房屋一套，2000 年办理产权登记（案件未明确房屋是否涉及夫妻共有问题，本文也以该房屋宋某某个人财产为前提讨论）。

宋某某死亡后，宋四妻、宋二女向上海市闸北公证处申请办理宋某某的继承公证，确定系争房屋由宋四妻、宋二女共同继承。2016 年 9 月系争房屋经核准变更登记权利人为宋四妻、宋二女各享有二分之一产权份额。

宋一女向人民法院起诉，诉请分割涉案房屋。

二、一审情况

审理中，被继承人宋某某的哥哥到庭陈述宋一女是宋某某与宋一妻所生女儿。宋某某与宋二妻再婚后，宋某某、宋二妻及宋二妻与前夫所生之子陈某共同生活。宋某某与宋二妻离婚后，宋二妻与陈某均迁走。宋某某与宋三妻再婚后，未生育子女，也没有子女与宋某某共同生活。

一审法院认为，诉争房屋系原登记在被继承人宋某某个人名下的产权房屋，被继承人宋某某生前并未立有遗嘱，其遗产应由宋某某的法定继承人共同继承。宋一女作为宋某某与前妻宋一妻所生女儿，陈某作为与宋某某有抚养关系的继子女，宋四妻作为宋某某的配偶，宋二女作为宋某某的婚生女儿，均可作为宋某某的第一顺位法定继承人继承系争房屋的产权。判决：登记在宋四妻、宋二女名下属于被继承人宋某某遗产房屋产权由宋一女、宋四妻、宋二女、陈某按份共有，各享有四分之一产权份额。

三、上诉意见及二审情况

宋四妻、宋二女提起上诉，主要理由包括三点：

1. 本案没有证据证明宋一女是合法的继承人，且证人宋兄长到庭作证程序违法，其没有经过书面申请和传唤作证，实际上宋兄长与被继承人宋某某无往来，关系破裂，无法认定其证言内容的效力，不应作为诉讼证据。

2. 陈某是否与宋某某构成扶养关系的认定不清，实际上陈某未成年时，其母亲宋二妻与宋某某离婚，且宋某某明确表示不再抚养陈某，之后陈某也随母亲宋二妻共同生活，并在国外居住，与宋某某再无往来，不能认定陈某为与被继承人宋某某有扶养关系的继子女，不应再享有继子女的继承权利。

3. 一审判决在遗产分配上也未考虑宋二女系未成年人，生活有特殊困难且缺乏劳动能力，以及宋四妻长期照料被继承人宋某某，未适当为其多分遗产也有不妥。

二审中，法院调取了陈某自 1998 年出国后至 2018 年 8 的出入境记录：陈某于 2003 年 1 月入境，3 月出境；2007 年 2 月入境、出境；2009 年 5 月入境、出境。另查明，被继承人宋某某与陈某母亲宋二妻于 1991 年在民政局登记备案的《自愿离婚协议书》约定：女方同前夫所生男孩陈某，仍由女方抚养直至工作，男方不承担其他费用，女方和子(陈某)仍迁回原户口所在地居住，男方住户口所在地。

二审法院认为，继承开始后，没有遗嘱的，按照法定继承办理。

一审判决根据在案证据以及一审庭审中证人宋兄长当庭作证的证人证言，认定宋一女为被继承人宋某某与前妻宋一妻所生之女，将其列为法定继承人，并无不妥，予以确认。

陈某与被继承人宋某某之间虽存在过抚养事实，但因宋某某与陈某生母宋二妻离婚后不再抚养陈某，以及陈某成年后未履行赡养义务。本案继承发生时，陈某与被继承人宋某某之间继父子关系已解除，双方的权利义务不复存在，陈某不符合继承法规定的有扶养关系的继子女。综上，陈某对被继承人宋某某的遗产不享有继承权。

本案中，系争房屋系原登记在被继承人宋某某个人名下的产权房屋，被继承人宋某某生前未立遗嘱，其遗产应按法定继承处理。宋一女作为宋某某与前妻宋一妻所生女儿，宋四妻作为宋某某的配偶，宋二女作为宋某某与宋四妻的婚生女儿，依法均应作为宋某某的第一顺位法定继承人继承系争房屋产权。同时，宋四妻长期与宋某某共同生活，对被继承人尽了主要的扶养义务，故在分配遗产时，可以适当多分。一审判决认定陈某为法定继承人不当，予以纠正。判决撤销一审判决，登记在宋四妻、宋二女名下属于被继承人宋某某遗产的房屋产权由宋一女、宋四妻、宋二女按份共有，其中，宋一女享有 30%产权份额，宋四妻享有 40%产权份额，宋二女享有 30%产权份额。

四、继子女与继父母之间是否有继承关系的认定

我国《民法典》第 1127 条规定，遗产按照下列顺序继承：（一）第一顺序：配偶、子女、父母；（二）第二顺序：兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。本编所称子女，包括婚生子女、非婚生子女、养子女和有扶养关系的继子女。本编所称父母，包括生父母、养父母和有扶养关系的继父母。本编所称兄弟姐妹，包括同父母的兄弟姐妹、同父异母或者同母异父的兄弟姐妹、养兄弟姐妹、有扶养关系的继兄弟姐妹。

对继子女、继父母、继兄弟姐妹之间有无继承权，我们可以看到非常关键的一点：**“有扶养关系”**。

1. 继父母子女、继兄弟姐妹间只是法律对特定事实的认定，双方因为婚姻的姻亲关系产生法律拟制的父母子女、兄弟姐妹关系。但是必须明确的是，即使双方有继父母子女、继兄弟姐妹的拟制血亲关系，但未必产生血亲之间的继承权，只有存在继父母子女、继兄弟姐妹关系，且存在扶养关系时，才可能因为法律的规定产生法律认可的继承权。

2. 扶养不是“抚养”，有扶养关系应当包括抚养、扶养、赡养关系，即包括长辈对晚辈的抚养、晚辈对长辈的赡养以及平辈亲属间的扶养。具体的说就是继父母对继子女的抚养、继子女对继父母的赡养，以及继兄弟姐妹之间的扶养。

3. 怎么认定扶养关系的内容，笔者认为可以参考《民法典继承编解释》第 13 条的规定，对被继承人生活提供了主要经济来源，或者在劳务等方面给予了主要扶助的，应当认定其尽了主要赡养义务或主要扶养义务。无论是继父母子女间还是继兄弟姐妹间，**有较为长期的、稳定性的、具有特定需要的情况下提供生活费、日常生活照顾、经常性的探望、共同生活等均可以视情况的作为“有抚养关系”的认定。**

4. 继父母子女、继兄弟姐妹之间的拟制血亲关系是因为姻亲关系产生，同时也会因为姻亲关系解除。《民法典继承编解释》第 54 条规定，生父与继母离婚或者生母与继父离婚时，对曾受其抚养教育的继子女，继父或者继母不同意继续抚养的，仍应由生父或者生母抚养。而且在司法实践中，如果生父与继母结婚或者生母与继父结婚后死亡的，其生母、生父一般会将孩子索回抚养，这种情况下，继父母子女的关系解除。如果继父母子女关系不存在，则继承权丧失。

5. 当然，如果生父与继母离婚或者生母与继父离婚时，继子女仍由继父母抚养，或者生父与继母结婚或者生母与继父结婚后死亡的，仍跟随继父母生活的，继父母子女关系继续。如果符合“有抚养关系”条件，仍享有继承权。

6. 对于**是否属于有抚养关系的继父母子女、继兄弟姐妹关系，应当以继承发生时，也就是被继承人死亡时作为判断节点**。在之前是否为曾经为继父母子女关系、继兄弟姐妹关系，是否曾经有抚养关系，不能作为最终判断的依据。比如在本案中，陈某两岁时，因生母宋二妻与被继承人宋某某结婚，形成事实上的继父子关系，宋某某抚养教育过陈某。后宋二妻与宋某某协议离婚，陈某九岁还尚未成年，宋某某、宋二妻在离婚协议中明确约定陈某由宋二妻继续抚养，宋某某不再承担抚养费用，应当认定宋某某不再继续抚养是对原已形成的抚养事实的终止，宋某某与陈某之间的继父子关系视为解除。虽然陈某与宋某某曾为继父子关系，宋某某与陈某也有抚养关系，但在宋某某死亡时，继父母子女关系已不存在，陈某不具有继承权。

7. **是否需要履行抚养义务才能享有继承权？**单纯从字面上理解，有抚养关系应当包括两个层面，一个是“被被继承人扶养”，一个是“扶养被继承人”，这两种情况都应当被认定为“有扶养关系”。但是只享有了被被继承人扶养的利益、未曾扶养过被继承人者，是否享有对被继承人遗产的继承权呢？笔者认为应当根据权利义务一致、当事人不同阶段的不同需求以及社会常识区别对待。

首先，对于未成年继子女的继承权而言，由于未成年继子女不具备“扶养”他人的能力，继父母去世时，只要未成年子女“被继父母扶养”的状态持续的话，可以认定为“有扶养关系的继子女”享有继承权。出于对未成年人的保护，被被继承人扶养也应当认定为有抚养关系。

其次，如果继子女已经被扶养成年，在成年后仍然与继父母一起生活，或者虽然成家另过，但是仍在继续来往，看望继父母，从情感上并未损

害继父母关系，也不存在不履行赡养义务情况的，原则上也应认定为有抚养关系的继父母子女。

在以上两种情况中，不仅继子女可以继承继父母的遗产，继父母也可以继承继子女的遗产。

再次，如果建立继父母子女关系时已经成年，继子女与继父母之间能否继承彼此的遗产，应当看双方是否履行对对方的扶养、赡养义务。而且只有履行义务的一方有权继承对方的遗产。比如，成年继子女对继父母尽赡养义务的，有权继承继父母的遗产，但是继父母不能因为子女尽赡养义务，而自己并未对成年继子女履行扶养义务而有权继承继子女的遗产，反之亦然。

最后，对于继兄弟姐妹关系，也应当参照成年继父母子女的关系确定抚养关系的有无和继承权的有无。继兄弟姐妹关系一直持续，且一方对另一方履行了扶养义务的，才可以继承对方的遗产。

五、案例解读

本案的争议焦点是陈某是否有权继承曾经的继父宋某某的遗产？或者说陈某是否是被继承人宋某某有扶养关系的继子女？

1984 年，陈某两岁时，因生母宋二妻与被继承人宋某某结婚，并与宋某某共同生活。在此期间，宋某某与宋二妻共同抚养教育陈某，陈某因为宋二妻与宋某某的姻亲成立继父子关系，如果宋某某在此期间去世，尽管不存在陈某“扶养”宋某某的事实，但是有宋某某抚养陈某的事实，即可认定宋某某与陈某之间有抚养关系，陈某有权继承宋某某的遗产。

但是 1991 年，宋某某与宋二妻离婚，离婚协议书约定：宋二妻同前夫所生男孩陈某由宋二妻抚养直至工作，宋某某男方不承担其他费用，宋二妻和陈某迁回原户口所在地居住。在宋某某与宋二妻离婚时，姻亲关系结束，而陈某和宋二妻一起生活，由宋二妻抚养。陈某与宋某某的继父子关系是基于其生母宋二妻的婚姻而发生的一种法律拟制关系，这种关系一般而言是生于结婚、亡于离婚，在其生母宋二妻与继父宋某某离婚，且继父宋某某不再继续履行抚养义务的情况下，继父母子女关系的解除。也就是说，在宋二妻与宋某某离婚之时，陈某与宋某某之间的继父母子女关系就不复存在。故而，宋某某 2016 年 5 月死亡时，宋某某与陈某已不再是继父母子女关系，而是两个没有法律上任何亲属关系的人，不能依据继父母子女关系主张继承权。

本案中另一个问题需要考虑，如果宋某某与陈某的继父母子女关系解除后，陈某确实对宋某某履行赡养义务的，陈某是否可以以继子女的身份继承宋某某的遗产呢？

二审法院除了调取宋某某与宋二妻在民政局登记备案的《自愿离婚协议书》，还调取了陈某的出入境记录，审查了陈某在成年后有无对宋某某履行赡养义务的事实。并最终认定陈某与宋某某的继父子关系解除至宋某某病故，长达二十余年的时间里，双方再无来往，陈某不存在赡养宋某某的事实。也就是说，陈某成年后未履行赡养义务也是其没有继承权的原因。那么，如果陈某成年后，有赡养宋某某行为的话，能否认定为“有扶养关系的继子女”，从而继承宋某某的遗产呢？

笔者认为也不可以。1991 年，宋某某与宋二妻离婚， 宋某某不再继续履行抚养义务的情况下，陈某与宋某某之间就只存在曾经的继父子关系，但这种关系已经解除，自离婚之日起，不复存在。当然如果宋某某与宋二妻复婚，陈某继续和二人共同生活的除外。所以即使陈某在成年后念及当年宋某某的照顾或者其他原因，赡养宋某某的，尽管有赡养关系，但是没有继父子关系，自然无法适用“有扶养关系的继子女”来主张继承权。

当然，是不是因为陈某不是继子女就不用审查其是否尽赡养义务一节的事实呢？

对此，笔者认为应该认真审查。依据我国《民法典》第 1131 条规定，继承人以外的对被继承人扶养较多的人，可以分给适当的遗产。如果陈某对宋某某进了较多的扶养、赡养义务的，即使不是继子女，不能依据《民法典》第 1127 条主张权利，也可以依据第 1131 条要求分割遗产。二审法院的细致审查，排除了当事人合法权益受损的可能，非常值得肯定。

四、房产、信托

（一）房产

丈夫瞒着妻子卖房，因无法过户被买房人告上法庭！最终……

2021-07-14 检察日报正义网

https://mp.weixin.qq.com/s/FZcxx6S1UmUPdopXpxocdQ

夫妻共有房产是夫妻共同财产中重要的组成部分。现实生活中，夫妻一方擅自出售共有房产的行为屡见不鲜，也引发了很多社会矛盾。

在江苏省淮安市淮安区，丈夫许某瞒着妻子丁某卖掉夫妻共有房屋后，因不能履行过户手续导致夫妻二人被买房人告上法庭，法院一审判决夫妻二人败诉。对丈夫卖房一事始终不知情的妻子向检察机关申请监督。承办检察官经过细致的调查核实，终于还原事实真相，向法院发出再审检察建议。最终，法院撤销原判决。

妻子申请监督

房子被卖自己并不知情

“我的房子让我丈夫卖了，我的银行卡也被冻结了，这让我怎么活啊！”2020 年 8 月的一天，26 岁的年轻女子丁某走进淮安区检察院 12309 检察服务大厅向检察官诉说自己的委屈——

2016 年，丁某和丈夫许某在许某老家修建的房子被拆迁，分得了一套安置房。因为这套房子是许、丁共同修建，村委会认定该安置房的产权归夫妻二人共同所有。

本以为从此过上幸福的生活，然而房屋拆迁带来的巨大利益让两人的婚姻也生出了嫌隙，两人因为房产分配的事经常争吵不休。2017 年初，两人开始分居，孩子跟着丁某一起生活。这期间，许某也曾多次跟丁某提出自己生意上需要资金，要把两人共有的这套房子卖掉筹钱，可是丁某坚决不同意。

2018 年 4 月，许某打电话给丁某，告知其可以拿到安置房了。满心欢喜的丁某与许某来到拆迁办签署了《安置房结算表》。丁某一签完字，许某就让其离开，说剩下的事交给他来处理。信以为真的丁某离开了审批大厅，等着收房的好消息。

然而等了两年，不仅房子没有拿到，还等来一个坏消息。2020 年 7 月，丁某突然发现自己的银行卡和微信账户被法院冻结了。丁某急忙去法院咨询，这时才知道，她与丈夫共有的那套安置房已经卖了，因为买家付了钱后一直不能过户，她和丈夫许某已被买家诉至法庭。淮安区法院一审判决许某、丁某协助原告办理房产过户登记手续，同时赔偿原告 3.87 万元。

心急如焚的丁某找了一名律师向法院申请再审，可法院告知她案件已经过了再审申请期限。走投无路的丁某赶紧来到淮安区检察院申诉。

丈夫吐露实情

生意亏本卖房抵亏空

淮安区检察院受理案件后，民事检察官咸建友详细询问了丁某事情的经过。丁某表示自己根本不知道安置房屋已经出售给他人，也没有接到诉讼通知书，直到发现银行卡和微信账户被法院冻结才知道本案情况。

丁某所说的情况是否属实呢？为查明事实真相，检察官到法院调取了民事案件卷宗，仔细审查许某、丁某夫妻二人与拆迁办签署的《安置房结算表》和房屋买卖双方签订的《拆迁安置转让协议》和《房屋买卖合同》。

在《安置房结算表》中有许某和丁某双方的签字、手印，丁某本人也对此表示认可，但在涉及房产转让的《拆迁安置转让协议》和《房屋买卖合同》中，却只有许某的签名，丁某的签名处写着“许某代笔”。丁某表示《拆迁安置转让协议》和《房屋买卖合同》自己根本不知情，签字更无从谈起。

检察官找来许某，经过多次沟通，他最终吐露了实情——

原来，因为做生意亏了本，许某一直琢磨着把和丁某共有的这套房子卖了，填补生意上的亏空。许某曾多次和丁某提出卖房子，都被丁某拒绝，许某最终决定背着妻子先将房子卖了筹钱。

在他人介绍下，同村村民华某夫妇找到了许某，提出要买这套房子。2017 年 10 月 3 日，双方很快达成两份协议——《拆迁安置转让协议》和《房屋买卖合同》，约定许某和丁某将拆迁安置权利转让给华某夫妇，房产为安置小区面积 120 平方米的房子，总价 30 万元，如果房屋面积不足 120 平方米，卖方需退还买方房屋差价款。

2018 年 4 月 4 日，许某以收房为由，让丁某和自己一起到拆迁部门进行了结算，签署了《安置房结算表》。之后，华某夫妇付清了房款，许某则通过代签妻子的姓名配合对方进行了安置权利交接。

2018 年 4 月 17 日，华某夫妇持《拆迁安置权利转让协议》、结算表及补差款票据和许某一起到拆迁部门办理了拿房证明。

在拿房过程中，华某夫妇发现协议中约定的安置小区并没有竣工，为了早日拿到新房入住，华某夫妇和拆迁部门申请了调配，从已经竣工的一处安置小区置换了一套 104.4 平方米的现房。

拿到房子后，华某夫妇立即进行了装修并入住。可是当华某夫妇找到许某要求办理过户手续时，许某却百般推脱，后来干脆不见了踪影。华某夫妇于是一纸诉状将许某、丁某告上了法庭，要求对方配合过户，同时退还房屋差价款。

2019 年 7 月 18 日，因许某、丁某未到庭，法院进行了缺席宣判，判决原、被告之间的买卖合同有效，并要求被告协助原告办理涉案房屋产权过户手续，共同返还原告房屋差价款 3.87 万元。判决生效后，华某夫妇申请了强制执行。很快，许某和丁某的银行账户、微信账户被冻结。

检察院发再审检察建议 法院撤销原审判决

检察官咸建友随后至拆迁办和安置小区进行了现场查看，进一步夯实了在案证据，厘清了房屋买卖双方争议的焦点：一是许某和买房人华某夫妇签订的《房屋买卖合同》是否有效；二是妻子丁某是否有义务配合买房人办理涉案房屋的产权过户；三是判令许某、丁某共同返还房屋差价款 3.87 万元是否有法律依据。

一审判决认为，丁某虽然是丈夫代为签字，但是事后对房屋买卖合同进行了追认，因此房屋买卖合同有效，许某、丁某应当履行自己的义务，配合买房人华某夫妇办理过户手续。同时，《拆迁安置权利转让协议》约定，许某、丁某将面积为 120 平方米的拆迁安置房的安置权利转让给华某夫妇，协议转让总价为 30 万元。如果房屋面积不足 120 平方米，卖方需退还买方房屋差价款，所以许某、丁某应当退还房屋差价款 3.87 万元。

对此，检察官认为，2018 年 4 月，许某和丁某到拆迁部门签署《安置房结算表》后，许某并没有告知丁某该房屋的交易情况。买方华某也称，虽然在现场看到了丁某，但是其当时没有向丁某提及安置房的交易，且华某在领房时对安置房申请了调配，丁某对案涉房屋后来置换的状况并不知情。所以，一审判决中认定丁某事后对合同进行了追认不符合实际情况。许某代替丁某在《拆

迁安置权利转让协议》上签字、按手印，系其单方行为，许某对房屋的处分应当认定为无权处分。但是根据民法典的规定，买方属于善意购买，且支付了合理价格，所以即使丁某对该合同的签订并不知情，亦未予以追认，但并不影响合同本身的效力，故此《房屋买卖合同》合法有效。

虽然合同有效，购房者华某夫妇可基于《房屋买卖合同》，提出解除合同并要求卖房者许某承担违约责任的诉讼请求，但并不能基于此强制要求未签订《房屋买卖合同》的丁某配合办理产权登记手续。

此后，华某夫妇为早日拿到现房，单方至拆迁部门，将安置地点进行了变更，拿了面积为 104.4 平方米的现房。华某更换安置房屋的行为既变更了原差价条款的适用标的，也单方面放弃了领取 120 平方米房屋的权利，排除了许某的权益，原合同中按平方补差价的条款已被实质消灭，若要实施，须双方重新约定。可许某并未同意就置换后房屋按 120 平方米为标准进行补差，原审判决判令许某、丁某返还华某夫妇购房差价 3.87 万元无事实和法律依据。

今年 1 月 6 日，经淮安区检察院检察委员会研究认为，该案民事判决认定的基本事实缺乏证据证明，存在法定监督情形，后依法向法院发出再审检察建议书。

2 月 25 日，法院审判委员会认为该案判决确有错误，遂依法作出民事裁定书，决定对该案再审。3 月 31 日，原告方华某夫妇申请撤诉，法院最终撤销原判决。

记者了解到，由于房价的攀升，涉案房屋价格已由 30 万元增长至 70 余万元，买方现在除了要求卖方许某退还房款外，还要求其补偿房屋价格上涨给自己带来的损失。目前，买卖双方对退还房款没有异议，但违约金这一部分无法达成一致意见。为了化解当事人之间的矛盾，目前在法院、检察院的主持下，三方当事人正在进行积极沟通，希望通过民事调解能取得三方都满意的结果。

检察官说法

如何规避夫妻共有房产的交易风险

夫妻共有房产是家庭财产的重要组成部分，也是房地产交易市场上常见的买卖标的。由于该类房产的卖方存在特殊的身份关系，买房人在该类房产的交易过程中，很容易忽视对卖方交易资格的谨慎审查，从而为争议的发生埋下隐患。一旦发生争议，不仅会让自己遭受损失，也影响正常的房产交易市场秩序。因此，买房人尤其应当了解以下三方面问题，以及民法典相关规定，以有效规避夫妻共有房产的交易风险。

一、无权处分不等于合同无效。根据民法典第 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。本案中，丈夫未经妻子同意，擅自将夫妻共同房产出售，系无权处分，但买方属于善意购买，且支付了合理价格，因此《房屋买卖合同》有效，丈夫应向买方承担不能过户的违约责任。

二、合同有效不等于物权变动。根据民法典第 311 条规定，购房者善意购买、支付合理对价并已办理不动产登记，才能取得该房屋的所有权。否则，虽然《房屋买卖合同》有效，合同双方也只是债权行为，并不能基于此强制要求未签订合同的其他房屋共有权人办理产权登记手续。本案中，丈夫擅自签订了《房产买卖合同》，但妻子不配合过户，买方依然无法获得房屋产权，合同虽然有效，但只在卖方（丈夫）和买方之间有约束力，妻子并无配合过户的合同义务。

三、私自变更合同无效。根据民法典第 543 条规定，当事人协商一致，可以变更合同。本案中，买房人单方与拆迁办进行了安置房的置换，买卖双方并没有就合同变更内容进行重新约定，因此买房人主张退还房屋差价款不能获支持。

（江苏省淮安市淮安区检察院咸建友　杨光）

来源：检察日报文字：卢志坚 张珍 朱亮

编辑：潘伟

（二）信托

信托案例评析：继承的是信托财产还是信托受益权？

原创：2021-07-08 inlawwetrust InlawweTrust
https://mp.weixin.qq.com/s/uvdkrH9iYbJ1BI-DKe6N_g

案例 15-1 原告马某与被告张某甲、张某乙、张某丙继承纠纷一审民事判决书，南京市建邺区人民法院

（2014）建南民初字第 178 号

法院查明，张某某与金某某共同生育有张某甲、张某乙、张某丙三个女儿，张某某于 2003 年 9 月 15 日去世，原告马某与金某某于××××年××月××日登记结婚，金某某于 2013 年 3 月 1 日去世。金某某在南京彤天科技实业有限责任公司（以下简称彤天公司）投资了 46739 元的信托财产，其中 17639 元于 2004 年 7 月 9 日从张某某处转入，29100 元于 2006 年 2 月 24 日又从被告张某乙处受让。根据金某某与 38 名共同受托人（似应为“共同委托人”）签订的《信托协议》，金某某将 46739 元的信托财产委托给共同委托人，以共同委托人的名义向彤天公司投资，金某某作为唯一的受益人获得彤天公司相应的利润分红或其他投资收益。……

本院认为，遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产。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。遗产继承的第一顺序包括配偶、子女、父母。本案中，被继承人金某某去世时，并未立遗嘱，也无遗赠抚养协议，因此应该按照法定继承办理遗产继承，依法应由其丈夫即原告马某，以及其子女即被告张某甲、张某乙和张某丙继承其遗产。本院认为，根据《中华人民共和国信托法》第十五条的规定：“信托财产与委托人未设立信托的其他财产相区别。设立信托后，委托人死亡或者依法解散、被依法撤销、被宣告破产时，委托人是唯一受益人的，信托终止，信托财产作为其遗产或者清算财产；委托人不是唯一受益人的，信托存续，信托财产不作为其遗产或者清算财产；但作为共同受益人的委托人死亡或者依法解散、被依法撤销、被宣告破产时，其信托受益权作为其遗产或者清算财产。”因此，对于金某某在彤天公司投资的 46739 元信托财产，构成金某某遗产的应为 46739 元的信托受益权，而该信托受益权应由原告及三被告依法分割，每人应分得其中四分之一，即原告及三被告各分得 11684.75 元的信托受益权。对于三被告认为其中 17639 元信托财产应属于张某某与金某某的共同财产，张某某去世后，三被告以及金某某并未对张某某的遗产进行分割，故该 17639 元的八分之三，应属于张某某留给三被告的遗产的意见，本院认为，由于该 17639 元信托财产转入金某某名下的时间，发生于张某某去世之后，被告张某乙转让给金某某之前，即对于该 17639 元由张某某转入金某某名下，视为张某某的该部分遗产已完全由金某某继承，而在张某乙于 2006 年 2 月 24 日向金某某转让信托财产时，对于上述 17639 元的转入情况应该知道，而三被告现主张分割张某某上述遗产，已超过二年的诉讼时效，故本院对于三被告的意见不予采纳。

……

综上，依照《中华人民共和国继承法》第三条、第五条、第八条、第十条、第十三条第一款、第二

十六条第一款、第二十九条，《中华人民共和国婚姻法》第十七条，《中华人民共和国信托法》第十五条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款、第一百四十四条之规定，判决如下：

法院判决：一、对于金某某在彤天公司投资的 46739 元信托财产，由原告马某和被告张某甲、张某乙、张某丙分别继承其中的 11684.75 元的信托受益权。……

案例评析：

1.

在本案中，法院引用第 15 条做出判决是不恰当的，应直接适用信托法第 48 条之规定：“受益人的信托受益权可以依法转让和继承，但信托文件有限制性规定的除外”。

之所以产生这种适用不当的情形，是因为审理法院对信托财产及受益权的概念有不当的理解。而相当数量的司法判决说理中都可以看到这种误解。

信托财产在信托存续期间只能是信托债权人可以追索的责任财产，其他主体如委托人、受托人和受益人（受益人在信托存续期间主张信托利益分配请求权的除外）及其各自债权人原则上均不能对信托财产提出请求。根据《信托法》第 15 条，只有在信托终止之后，信托财产才成为自益信托中受益人=委托人的遗产，才可由受益人=委托人的继承人取得。

2.

在本案的情形，信托已经生效，并没有终止，似亦无必要和可能终止。该信托的受益权属于受益人的责任财产，在信托存续期间，受益权被受益人用来清偿债务，或者作为受益人的遗产被其继承人继承，都是很自然的事情。

但在本案中，法院很明显没有区分信托财产和受益权。法院判决四个继承人分别继承信托财产的四分之一，是错误的。这还不仅仅是一个词语上的错误。由于本案中被继承人=委托人=受益人参与的是集合信托投资，是多个委托人兼受益人之一，原来的信托似乎并没有因为本案的审理而终止，此时，受益人之继承人对信托财产本身是没有权利的。本案中，恰当的判决应当是：“对于金某某在彤天公司投资的 46739 元所代表的投资权益（受益权），由原告马某和被告张某甲、张某乙、张某丙分别继承其中四分之一”。

3.

本案衍生出的一个问题是，信托受益权如何被继承？或者，转换成一个更具一般性的问题：如何强制执行受益权？

强制执行信托财产是直接把约束施加于信托财产之上，信托财产的运用、管理、处分等都会因之受到限制，最终会把信托财产分配给信托财产债权人。而对受益权的强制执行主要是针对受托人发出指令，要求其完成（强制变更）受益人变更程序，这种约束并非直接施加于信托财产之上的。

五、社会新闻

女儿欠 120 万，老父亲攒养老金一笔笔替她还！最终连债主也…

2021-07-06 上海法治报

https://mp.weixin.qq.com/s/xUg-77Gt5pMpObUXuTsR1A

对浙江衢州龙游的李女士来说，丈夫刘某曾是生命中重要的人。直到 2014 年，两人离了婚。没有固定工作的李女士不仅要独自拉扯孩子，还背上了此前为刘某担保欠下的巨额债务。

看到女儿过得如此窘迫，父亲李大伯心疼不已，于是他攒下一笔一笔退休金，开始替女儿还债……

法官在执行路上

她替前夫担保欠下 120 多万元债务

66 岁的李大伯是一名退休教师，妻子也已经退休，女儿乖巧孝顺，外孙女活泼可爱。

当初女儿李女士经人介绍与刘某结婚。婚后，刘某多次以投资为由向他人借款，作为妻子的李女士也在担保合同上签了字，事发时，两人已深陷债务泥潭。

2014 年底，李女士与刘某离婚，独自抚养女儿。2014 年至 2015 年间，有 7 名出借人向法院起诉李女士与前夫，要求归还欠款，涉及案件 10 起。

2015 年 1 月起，有 7 起案件依照债权人的申请，进入强制执行程序，涉及金额 120 余万元。作为多起案件的被执行人，李女士因未申报财产等原因被依法限制高消费并纳入失信被执行人名单。

靠着打零工，李女士勉强维持着自己和年幼女儿的生活，根本无力偿还百万债务，前夫更是债台高筑，自身难保，在李女士眼中，天空仿佛罩着一个巨大的罩子，已经快要喘不过气。

退休夫妇用养老金替女儿还债

上百万的债务对李大伯家来说是个天文数字，依靠养老金过日子的李大伯，看着银行卡里不多的积蓄，仍然作出了一个重大决定：“必须帮助女儿恢复信用，让她恢复正常的生活！”

李大伯用来为女儿还债的现金

2015 年以来，李大伯便经常出现在龙游法院，承办法官对他留下了深刻印象。虽然已从教师岗位退休多年，但李大伯仍然保持着严谨、细致的习惯。对于女儿的每个案件，他都要自己来法院，

与承办法官认真沟通，然后有针对性地拿出解决方案，而他给出的方案往往兼顾到申请执行人与女儿李女士双方的利益，多数能被申请执行人接受。

但再好的方案

也需要实实在在的钱款“付出”

积蓄花完了，李大伯就

一笔一笔攒退休金，攒够一笔

再与申请执行人进行协商

在法院的居中协调下，李大伯说服了一位又一位申请执行人，申请执行人也纷纷被李大伯的爱女之情以及真诚和决心所打动，不仅表示谅解，还同意减免部分债务。

就这样，6 年过去了，女儿李女士已从 6 起案件中解脱出来。“女儿还年轻，一切可以从头再来！”李大伯说。

债务已经进入扫尾阶段

经过这些年的努力，女儿只剩两笔债务需要处理。

在承办法官的主持下，李大伯代表女儿与申请执行人进行了协商，申请执行人了解了李大伯的情况后，也深受感动，同意了和解方案，并在和解协议上签字纳印。李大伯拿出 90000 元，整整齐齐地排在桌子上，在法官的见证下，申请执行人清点了欠款，把收条交给了李大伯。

处理完这起案件，李大伯对承办法官表达了感谢，并认真询问了最后一个案件的最新进展。“真佩服李大伯！”承办法官表示，自己被李大伯多年来“水滴石穿”的精神感动，而多位经手这些案件的执行法官，也都如此感慨。

可怜天下父母心

愿李大伯一家今后的生活

苦尽甘来，顺顺利利！

综合自钱江晚报、新闻坊

编辑 | 刘家杭

为争夺房产“上头”，亲兄弟把房顶掀了……

2021-07-09 人民法院报 亭林法庭

https://mp.weixin.qq.com/s/GpSnoE1TCoYkWNxXDSQn-w

“上头”了！血脉相连的兄弟二人为争房屋弟弟不顾一切掀房顶哥哥不顾安危去入住如此过激，究竟为哪般？

01 火烧眉毛 谁能给焦灼的亲情降个温？

XX 分家析产案 原告律师：“请问是亭林法庭吗？我是 XX 分家析产案的原告律师，虽然案子还在诉前调解当中，但是情况紧急我冒昧打扰一下。**被告已经开着推土机把房顶掀了，现在房子里断水断电还没有屋顶，原告怕被告继续拆房就住了进去，**法庭要是不能尽快处理的话这矛盾一旦激化后果不堪设想啊！”

十万火急，挂了电话亭林法庭的庭长就推开了隔壁办公室的门，表情严肃道：“干法官，诉前调解中这个案子不同以往，当事人情绪一上来，现场不好控制，会变成治安事件……”

没等庭长话说完，亭林法庭审判长干华丽迅速答道：“我现场经验相对丰富，矛盾激化的案子处理的多，案子放心交给我吧。”

02 矛盾缘起 一人一座的宅基房竟成兄弟反目成仇的导火索

“知源头”方能“化纠纷”，干华丽多方了解到这起矛盾埋线已久……几十年前这户人家建造了两座房屋，一座由哥哥全额出资，**另一座双**

方均认可父母出资为主，各自主张自己亦有部分出资。现父亲已经去世，母亲脑萎缩，房屋具体出资情况难以考据。

随着房屋平移政策的出台，原有房屋出资不明的情况直接导致矛盾的产生：

哥哥认为：“涉案房屋我出资了，父亲出资份额我也有权继承，房屋平移利益应当分 30 万元给我。”

弟弟则认为：“另一套房屋平移利益已经由哥哥享有，从常理而言应兄弟各自一套，涉案房屋平移利益应该由我完全享有，即便哥哥有出资也以补偿 3 万元为限。”

涉及利益金额差距较大，双方情绪均非常激动。考虑到弟弟已采用过激行为，继续平移必然会让双方矛盾进一步激化，**干法官第一时间联系村委会与城建办沟通暂停涉案房屋平移，防止矛盾升级。**

03 借力聚力 “法官消防员”巧妙给矛盾降温

兄弟阋墙，矛盾急速升温。怎样给“上头”的亲情降降温几乎成了干华丽法官的心病。

弟弟情绪激动，警惕性强，对谁人都不信任，一来二去进展几乎没有。干法官急得直上火，掀掉房顶的推土机就好比是一个“定时炸弹”，她生怕一眼没关注到，推土机又开进房子，让守在房子里的哥哥有了闪失。定不能让民事纠纷升级为治安事件，那样亲情破裂就实打实的无法修复了。

干华丽向联合调解条线的“战友们”寻求帮助。当地派出所干警有些无奈：“干法官，这个案子早就在我们所里‘挂上号’了，光我们所长都亲自上门做了无数次工作，能说的都说了，能做的都做了，调解是没调成，不过我们一定会尽力配合。”

村委会那边也无奈的反馈，做了无数次工作，但当事人情绪激动，好的听得进，坏的就拒绝沟通，根本没有办法推进调解工作。

干法官发了愁：**此前纠纷调解一直走“法院牵头、调解员助力、基层组织协同”的路子，难道这次真的走不通，要放弃了吗？**弟弟本人不好沟通，但是他的儿子似乎不想让矛盾升级，可以作为纠纷化解的切口。“算了，不成就不成，试试总比不试强，咱们‘围魏救赵’从他儿子着手。”干华丽决定另辟蹊径，拨通了被告儿子的电话……经过了解，被告儿子是一个明事理、好沟通的对象。干法官从情、理、法多方面向他分析了本案事实、后果，其儿子答应帮忙做说客协助调解进行。

同时，干华丽对严重抵触法院的弟弟说道：“你对法院不信任，总可以信任与本案全无关的律师。要不你找个律师，看看你提的要求在他们眼中可不可行。”

多名律师对弟弟的回复基本相同：“根据你的要求，我代理不了你这案子，判决下来不一定有调解结果好。”

多方劝说，借力聚力，加上干法官的耐心斡旋，这个棘手的案子终于被解决了。**考虑到房屋损毁过程中物损情况、原建房出资情况以及平移后利益分割，最终双方以 10 万元金额调解成功。**

没有了推土机再来拆房子的“威胁”，干法官终于睡了一个好觉。

第二天，干华丽告知城建办的办公人员：“房屋可以继续进行平移了，这段时间耽误你们工作了，不好意思。”对方震惊道：“干法官你也太厉害了！这个案子我们也关注了很久，调解到凌晨三点都没达成一致意见，你们是咋成功的，有啥秘诀么？”

干法官笑着说：“因为我是消防员，专给矛盾灭火啊。”

双方达成调解协议后，为了确保涉案房屋平移能够顺利推进，干华丽法官携双方当事人共同登门城建办沟通相关手续办理情况。

经过法院、城建办、村委会多方共同努力，排除涉案房屋平移阻碍。

来源：上海金山法院作者：李晓婷 | 摄影：亭林法庭 | 编辑：何雨潇

被男友泄露隐私，改判了！

2021-07-08 上海一中法院

https://mp.weixin.qq.com/s/_w3H6EjCWXJOz4PPLtUmWA

“再不还钱我就要去坐牢了”，面对陷入窘境的男友，女大学生毅然决定帮忙，不料男友拿了钱就跑路，事后还辱骂、宣扬双方之间的性隐私……女大学生崩溃退学，曾经恩爱的男友竟是如此“渣男”……

近日，上海市第一中级人民法院（以下简称上海一中院）审结了这起名誉权、隐私权纠纷上诉案，二审认定前男友的行为侵犯了女大学生的隐私权，依法改判前男友赔礼道歉并赔偿女大学生精神损害抚慰金 3 千元。

女大学生索要欠款不得反被前男友泄露性隐私

2018 年 2 月，大一女生王敏在校外找了一份兼职，期间认识了比自己大三岁的社会人士陈真，两人互生情愫，不久便谈起了恋爱。一天，陈真向王敏寻求帮助，说自己欠了钱，再不还就要坐牢，于是借了王敏的身份证去信贷公司借来两万余元。可让王敏没想到的是，男友拿到钱后就跑路了。

索要欠款过程中，两人发生矛盾继而分手。陈真不仅不还钱，还在电话、微信朋友圈、QQ 中辱骂王敏是“心机婊，特别坏，不是什么好人”，并将双方的性隐私向其亲属朋友宣扬。

王敏很受伤，精神一度濒临崩溃，经医院诊断为重度焦虑、中度抑郁。**2019 年 6 月 6 日**，无心向学的王敏从学校退学。

陈真却依旧以各种理由推脱不还款。面对如此“渣”的前男友，悲愤的王敏向派出所报了案，陈真这才约了王敏来上海见面调解。在派出所的主持下，陈真归还了一部分欠款，余 2500 元未还。然而他并未因此收敛言行，仍继续发朋友圈辱骂王敏。

2019 年 8 月 16 日，王敏再次报警，经协调双方达成协议：“陈真必须在 9 月 5 日前全部还完（欠款）……在派出所陈真不仅谩骂了王敏性生活方面隐私，同样也曾为了炫耀跟他同学、老乡以及他同事谩骂了王敏性生活方面隐私，陈真故意把王敏性生活隐私公之于众……**2019 年 8 月 16 日起**，陈真不得再四处造谣，如此事协商不成，则当事人可以向法院起诉。”

一审 支持赔礼道歉 不支持精神损害赔偿

然而，签完协议之后，陈真又“消失”了，不仅不还钱，还继续向亲朋说王敏的坏话……忍无可忍的王敏将陈真告上了法庭，请求法院判决陈真停止侵害、赔礼道歉并赔偿精神损害抚慰金 10 万元等。

一审法院审理后认为，陈真将其与王敏之间的性隐私公之于众，显然侵犯了王敏的隐私权。但对于王敏名誉权的侵害，现有证据尚不足以证实。

一审法院遂支持了王敏要求陈真书面赔礼道歉的诉讼请求；以伤害尚不致于造成精神痛苦的严重后果为由，驳回了其主张精神损害抚慰金的诉请。而辱骂或宣扬隐私的行为往往只是发生在一瞬间，因王敏无法明确上述侵权行为是否还在继续，故一审法院对停止侵权请求难以支持。

王敏不服，认为一审法院认定事实及适用法律错误，向上海一中院提起上诉。

王敏认为，因陈真散布性隐私，导致其受到严重的创伤，精神濒临崩溃，才被迫退学，而陈真的侵权行为导致自己精神崩溃，一审法院认定未达到严重后果属于认定事实错误。由此，王敏请求上海一中院改判陈真赔偿精神损害抚慰金 5 万元等。

二审 隐私权受到侵害 改判赔偿精神损害 3 千元

上海一中院经审理后认为，本案主要的争议焦点为：**一是**陈真的行为侵犯了王敏的名誉权还

是隐私权；**二是**陈真是否应赔偿王敏精神损害抚慰金。

关于第一个争议焦点

首先，自然人享有隐私权。而性隐私是自然人最核心的隐私之一。根据双方当事人签订的协议书等证据，足以证明陈真未经王敏的同意，擅自将双方之间的性隐私向他人公开宣扬，**侵犯了王敏的隐私权**。

其次，从在案证据看，王敏在遇到纠纷和问题时，也容易情绪激动，并存在过激言辞。陈真的不当言辞，属于在特定情境下的应激反应，法院对陈真的不当言论予以批评。陈真的不当言辞起因于双方当事人之间的情感及经济纠纷，在案证据尚不足以证明陈真具有贬损王敏名誉的恶意，也不足以证明陈真的言辞造成王敏的社会评价降低。同时，陈真向他人披露王敏性隐私的行为，不属于侮辱、诽谤，即便确实对王敏造成影响，**也不构成对王敏名誉权的侵犯**。

关于第二个争议焦点

即王敏主张精神损害抚慰金问题。

自然人的隐私权受到严重侵害的，可要求侵权人赔偿损失。本案中，陈真出于炫耀等个人目的，擅自将王敏性生活隐私向陈真的同学、老乡以及同事等人公开披露，该侵权行为不仅损害了王敏的羞耻感、自尊心，而且对王敏未来的生活亦会产生一定的负面影响，陈真的侵权行为必然会给王敏带来一定的精神痛苦和损害。根据相关司法解释之规定，结合本案实际情况，考虑陈真的过错程度、侵权行为的情节等因素，酌定精神损害抚慰金数额为 3 千元。

上海一中院遂作出上述改判。

（本文所用皆为化名）

刘江

民事庭 四级高级法官 法学硕士

法 官 寄 语

本案主审法官刘江指出，**名誉权**是自然人和法人就其自身属性和价值所获得的社会评价，享有的保护和维护的人格权。而**隐私权**是指自然人享有的私人生活安宁与私人信息秘密依法受到保护，不被他人非法侵扰、知悉、收集、利用和公开的一种人格权。侵害名誉权与侵害隐私权**最大的差别在于**，前者主要表现为侮辱、诽谤，后者多为未经权利人同意公开披露事实。

刘江法官提醒，恋人之间要注意保护自身隐私，处理经济纠纷亦要守法。即便感情难以为继，也倡导和平理性分手，不应通过泄露对方隐私等方式进行恐吓、威胁，更不得藉此寻求炫耀或者刺激。如果协商不成，当事人可以依法维权，因侵权受到精神损害，导致严重后果的，除责令侵权人停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉等民事责任外，可要求侵权人赔偿相应的精神损害抚慰金。

文：李丹阳 邱诗韵

编辑：姚卫华

林生斌远走江湖，但这些法律问题正在靠近

原创：2021-07-08 法治周末报 法治周末报
https://mp.weixin.qq.com/s/pAVa1aEqyDxvpgfVuQjntQ

林生斌。 图 / 网络

文丨法治周末记者 尹丽 郑超

责任编辑丨马金顺

“我现在有了新的生活 ……也有了可爱的小公主……她终于又回来了……“杭州保姆纵火案”受害者家属、“潼臻一生”品牌创始人林生斌于 6 月 30 日晚发布上述微博，称想“把这份喜悦和大家一起分享”。

林生斌微博截图

正是这条官宣“再婚生女”的消息，引发了舆论持续关注。一夜之间，已是网红的林生斌被指“人设崩塌”。

中国政法大学传播法研究中心副主任朱巍在接受法治周末记者采访时表示，依靠人设产生流量，再通过流量完成商业上的转换，几乎成了约定俗成的规律。但是，“流量和人设之间有很多微妙的关系”“人设既能带来流量，也能毁掉流量”。

“此次事件中，林生斌作为公众人物，其承受的评价如果是真实的，哪怕再苛刻他也应当承担。但是，如果歪曲了事实，侵害了他的名誉权，林生斌可以提起法律诉讼维护自己的权利。那些造成严重影响的造谣者，可能要承担刑事责任。”朱巍说。

受害者家属财产争议或因这些问题产生

在诸多与林生斌相关的争议中，和解款、遗产分配是一些网友的主要质疑点所在。他们认为，林生斌利用了人们对其逝世妻儿的同情，利用大众情绪和舆论引导获得巨额赔偿，且在分配这些赔偿金及相关遗产过程中存在不公正的情况。

而据媒体消息，死者朱小贞的哥哥也于近日在微博发文，称曾经的妹夫没有把妹妹“留给二老的”做个了结，且让老人找律师与他对峙。

死者朱小贞的哥哥在微博发文。网络截图

针对事件可能涉及的死亡赔偿金、遗产分配等法律问题，法治周末记者近日采访了上海财经大学法学院教授、博士生导师，上海财经大学法学院家事法研究中心主任叶名怡。

2019 年 4 月，“林生斌等三原告诉绿城物业服务集团有限公司等八被告生命权纠纷案”已于尘埃落定，最终林生斌、朱恒仁（死者朱小贞之父）、徐枚枝（死者朱小贞之母）申请撤回对中建三局等被告的起诉获得准许，与绿城物业等也达成调解协议。

面对网友对和解款分配不公的质疑，相关代理律师称达成和解后，三原告均已获得和解款，且“当地法院对此案高度重视，如果未得到全面实际履行，官微是不会发通告的”。不过，律师因为受保守秘密承诺约束，不便说明细节。

有网友猜测，朱小贞的哥哥在微博中所指“留给二老的”是指和解款。部分网友还将和解款与死者遗产等同，进而认为林有霸占前妻遗产之嫌。

全程参与诉讼过程的案件亲历者北京德恒律师事务所律师林杰则告诉法治周末记者：“和解方案内容确认后，3 个原告都签字作了认可……我了解到的情况是，各原告都拿到了赔偿金。”

对此，叶名怡解释：“死亡赔偿金与死者遗产不是一回事，两者是并列关系。从法理上说，死亡赔偿金通常由近亲属获得。近亲属有多名的，通常在他们之间平均分配。

广义的死亡赔偿金包括“对生命的赔偿”也即狭义的死亡赔偿金、死者生前负有扶养义务的人的生活费以及近亲属的精神损害赔偿等。其中，被扶养人生活费是被扶养人专有的。”

叶名怡还指出，“在调解或和解结案的场合，赔偿款或补偿款（或者直接叫和解款）可能只是一笔笼统的钱，具体有哪些项款项可能不会说得那么清楚，近亲属之间通常会订立相关协议进行具体分配”。

叶名怡强调，由于和解款分配方案没有向公众披露，讨论这个问题实际上是在基本事实并不清楚的情况下进行，因此，只能说是作一些假设性的探讨。

他说：“由于法院之前已经发出原被告（近亲属一方与绿城、物业一方）达成调解协议的通告，我估计，死者近亲属内部倘若有财产方面的争议，既有可能是围绕死亡赔偿金的具体分配而产生的（包括分配方案是否公平、分配方案实际履行情况等等），也可能是因为遗产继承而产生的。倘若是前者，可能由于死亡赔偿金全部打到某一个近亲属的账户，收款人如果没有及时将相应款项按照协议打给其他近亲属，那么后者是有权通过法律手段主张自己的权利的，比如与对方律师协商、提起诉讼等。”

北京市京师律师事务所家事顾问法律事务部主任许秋莉在接受法治周末记者采访时表示，如果赔偿款已经得到三方认可，并且分配完毕，那么在遗产处理中，赔偿款就不能再按照遗产进行分配。遗产的范围应该是双方的夫妻共同财产，比如被烧毁的房子和共同经营的公司等，但具体还要看双方是否有夫妻财产约定等来明确夫妻财产的范围。女方的父母可以通过诉讼方式主张继承，因为父母、配偶都属于第一顺位的法定继承人，但也不排除朱小贞在生前留有遗嘱，如果有遗嘱的话，要看她遗嘱上对于遗产的约定。

朱女士和三个孩子的死亡时间会影响到遗产的分配情况

除了上述和解款，林生斌与前妻朱小贞的夫妻共同财产分配也因为此次风波，而再次被人们推到了聚光灯下。

据媒体报道，“杭州保姆纵火案”发生在 2017 年 6 月 22 日，着火的房产价值不菲。

而林生斌和朱小贞还曾共同持股杭州着笔服饰设计有限公司。2018 年 1 月 17 日，这家公司产生了清算信息，清算组组长为林生斌。

朱小贞父母如今健在，但林生斌与前妻朱小贞的三个孩子均在火灾中不幸夭折。

叶名怡介绍，根据我国继承法规定，遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产。其包括死者名下

的动产、不动产、有价证券等等。在死者无遗嘱的情况下，法定继承首先由第一顺序继承人（配偶、子女、父母）继承。只有在没有第一顺序继承人的时候，才由第二顺序继承人（兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女继承）。

他指出：要注意的一点是，朱女士和三个孩子的死亡时间会影响到遗产的分配情况。

“首先，要确定是否有关于死亡时间的确凿证据。如果有，就按照证据指明的时间来分配遗产。如果没有确凿的证据，那就按照民法典第一千一百二十一条来确定。”

该条规定：“继承从被继承人死亡时开始。相互有继承关系的数人在同一事件中死亡，难以确定死亡时间的，推定没有其他继承人的人先死亡。都有其他继承人，辈份不同的，推定长辈先死亡；辈份相同的，推定同时死亡，相互不发生继承。”

叶名怡分析：上述案件中，朱女士和她三个孩子，都有继承人，因此可以排除第一个推定。朱女士和她三个孩子是直系尊卑亲属，所以推定朱女士先死亡。那么，朱女士遗产由三个孩子、林生斌以及朱父母继承，总共六份。接下来，三个孩子的遗产由孩子的继承人也就是林生斌一人继承。

此外，还有一些网友质疑：林生斌有立深情人设博取网友同情进而开设公司谋取利益之嫌，且其只顾着自己展开新生活，而置前妻年迈父母而不顾。

对于网友这样的声音，叶名怡说：“这是一个道德问题而非法律问题。在法律上，女婿对于岳父母没有赡养义务，只有协助赡养义务人（其妻子）履行赡养义务的义务。也就是说，即使婚姻关系存在，也只是其妻子作为女儿对其父母有赡养义务，女婿只负有对妻子的赡养行为提供协助的义务。比如说，他不能阻拦妻子动用夫妻共同财产赡养父母。”

林生斌的公益营销是否涉嫌违法募捐、骗取钱财

法治周末记者发现，目前，林生斌创立的“潼臻一生”已经将全部商品下架，店内公益页面也没有显示任何内容。

但平台上，一家名为“新品潼臻一生官方店”的童装店仍在经营。

在一期视频节目中，林生斌曾公开承诺会设立非公募的慈善基金——“潼臻一生”，并称将把基金用于帮助全国火灾受灾的人。

法治周末记者在中国社会组织政务服务平台上进行查询，但并未找到名为“潼臻一生”的慈善基金。

一些网友认为：林生斌承诺设立的慈善基金久久未见动静；通过销售童装的网店募集善款，但并未行公益之举，涉嫌违反慈善法。

林生斌捐建的水井引发了一些人颇为荒谬的解读。 网络截图

就林生斌设立慈善基金的承诺等问题，法治周末记者采访了北京师范大学副教授、公益慈善与非营利法治研究中心主任马剑银。

“如果在中国社会组织政务服务平台、慈善中国——也就是全国慈善信息公开平台等处无法获得林当初所说的基金会名称，这表明林生斌很可能并未正式设立所称的基金会。设立正式的基金会需要按照慈善法和基金会管理条例的要求。

当然，是否在申请进程中，这个不得而知。此外，他也可以在某一个社会组织内设立一个专项公益基金，这个也需要调查。”

那么，从法律角度，如何看待林生斌之前成立慈善基金会的承诺？

马剑银认为：“这个承诺如果没有兑现，当然可以在道德上进行谴责——谴责他说话不算数，谴责他没有诚信，谴责他欺骗公众感情。但单就这一行为很难在法律上进行定性，也就是说，这不构成法律意义上的“诺而不捐”。

法律上的“诺而不捐”指的是慈善法第 41 条规定，如果捐赠人通过广播、电视、报刊、互联网等媒体公开承诺捐赠的，捐赠人违反捐赠协议逾期未交付捐赠财产，那么慈善组织或者其他接受捐赠的人可以要求交付；捐赠人拒不交付的，慈善组织和其他接受捐赠的人可以依法向人民法院申请支付令或者提起诉讼。

“在这一条中，‘诺捐’首先要有捐赠协议，也就是存在具体接受捐赠的慈善组织或者其他接受捐赠的人，也只有他们才有权利在出现‘诺而不捐’情形时要求交付或者依法向人民法院申请支付令或者提起诉讼。”

根据网友截图，林生斌曾在淘宝、抖音开设童装店，名字也是“潼臻一生”。一些网友称：“潼臻一生”网店上还曾设置了公益栏目，称每成交一笔，会以购买者的名义捐赠 10%，作为公益计划的善款。并且，还有网友贴出订单截图称，“潼臻一生”去年“双十一”曾在淘宝上架单价 10 元的“公益专用链接”。

林生斌名下童装网店开设不久时的截图。

马剑银指出，网友所说的上述营销方式，属于公益营销。

慈善法第 37 条规定：自然人、法人和其他组织开展演出、比赛、销售、拍卖等经营性活动，承诺将全部或者部分所得用于慈善目的的，应当在举办活动前与慈善组织或者其他接受捐赠的人签订捐赠协议，活动结束后按照捐赠协议履行捐赠义务，并将捐赠情况向社会公开。

“也就是说，这些淘宝、抖音的网点如果真的宣称他们所卖的货物其中 10%捐赠给公益项目，那么首先要有真实具体合法的公益项目存在，否则就可能涉嫌违法募捐甚至假借慈善名义骗取钱财的违法行为。然而，目前这一事实并不清楚，需要有关部门开展进一步调查。”

马剑银在接受法治周末记者采访时说，即使林生斌没有涉嫌违法，如果借助网店开展公益营销，也应在活动结束后按照捐赠协议履行捐赠义务，并将捐赠情况向社会公开。

视觉编辑 | 朱雨晨 王硕

又一企业家夫妻打响股权大战，千亿房企何去何从？

2021-07-12 浑水报告 行研君

https://mp.weixin.qq.com/s/nyFXc_AJu52XnXI6q8FypA

来源：华尔街见闻、经济观察报、AI 财经社、雷达财经

又一对企业家夫妻在公众面前开撕了，这回不是当当网创始人李国庆、俞渝夫妇，而是金科创始人黄红云，和他的前妻陶虹遐。

因为不满在金科的胞弟被辞退，陶虹遐发了函，要和黄红云解除一致行动人协议。

就在去年，俩人刚刚联手斗走了“野蛮人”孙宏斌，保住了公司控制权，如今却要翻脸了。究其原因，仍不过是一个字，钱。

夫妻俩上演的这场闹剧，让金科的小股东们烦不胜烦；而这家西南龙头、千亿房企何去何从，也蒙上了一层阴影。

前妻要求解除一致行动人关系

7 月 8 日，网传黄红云前妻陶虹遐的公开信控诉称，2017 年 3 月与黄红云离婚以来，黄百般拖延办理金科金控的股权拆分，直至 2021 年 6 月 28 日上午才完成相关股权拆分过户。

没想到过完户的那天下午，黄红云就直接免除了陶建和陶国林（两人系陶虹遐胞弟）的总裁助理、监察委员会主任等所有职务，黄已单方面违背俩人的一致行动人协议了。

这让陶虹遐不满，所以她要解除一致行动人协议，独立行使金科大股东的权益。

当日，金科股份回复媒体采访时称，公开信严重失实，实际控制人黄红云没有在公司担任职务，也不参与公司的日常经营管理，不存在操纵公司的情形。

7 月 8 日深夜，金科股份在其官网和微信公众号发布《声明》，其中提到：

1、公司免除陶国林和陶建职务并解除劳动关系，系基于上述两人多次旷工，且长期在外兼职、与他人合伙或入股办公司并担任法定代表人、董事、经理等重要职务，公司依据劳动法律法规及公司制度对其严重违反公司制度的行为作出的决定。

2、公开信中提及的“对金科部分员工进行威逼利诱，意图对陶建和陶国林进行栽赃陷害，目前已有大量员工因此被逼离职”与事实情况完全不符。经核实，公司根据收到的举报线索，依据法律法规以及公司制度，对个别员工的违规违纪行为进行调查访谈，既不存在威逼利诱、栽赃陷害的行为，也不存在大量员工因此离职的情形。

3、公司作为一家治理体系健全、内部控制规范，并建立了完善三会治理的上市公司，日常经营管理行为均独立于公司控股股东、实际控制人，不存在被操纵的情形，等等。

7 月 9 日清晨，金科股份发布股东权益变动提示性公告称，黄红云与陶虹遐解除一致行动关系不会导致公司控股股东及实际控制人发生变化，不涉及公司控制权变更，不会对公司生产经营造成重大不利影响，不会损害公司及中小股东利益。

离婚往事

2017 年 3 月 31 日，金科股份发布了关于共同控制关系解除暨签署一致行动协议的公告。当日，黄红云和陶虹遐已办理离婚手续、解除婚姻关系，同时二人签署了《一致行动协议》。

彼时，黄红云持有金科股份 9.55%的股份，陶虹遐持有公司 4.29%的股份。此外，二者还通过重庆市金科科技投资控股（集团）有限责任公司（下称“金科控股”）持有公司 14.20%的股份，其中黄红云持股 51%，陶虹遐持股 49%。双方相互约定，双方解除婚姻关系后，其各自持有本公司股份、金科控股股权归各自所有。

二者解除婚姻关系后，公司实际控制人由黄红云、陶虹遐变为黄红云。本次共同控制关系解

除以及上述《一致行动协议》签署，不会对公司产生重大影响。

黄红云与陶虹遐离婚，此后双方陷入财产分割胶着战中。

今年 5 月，黄红云突然成为被执行人。

该月下旬，金科股份发布了《关于媒体报道的说明公告》。公告称，经与公司实际控制人黄红云核实，媒体报道“黄红云被执行超 3.7 亿元”系其 2017 年与前妻陶虹遐女士离婚涉及的部分财产分割未完成而引起的分歧。

据天眼查资料显示，5 月 20 日黄红云新增一条被执行人记录，执行标的为 3.72 亿，执行法院为重庆市高级人民法院，案号为（2021）渝执 10 号。

5 月底，金科股份发布了《关于媒体报道说明的进展》。

2018 年 7 月黄红云和陶虹遐经法院调解并达成一致，将上述所提及陶虹遐持有的金科控股 49%股权所对应的股份过户至陶虹遐母亲名下。2018 年 7 月对应股份已质押至其母亲名下，但此前考虑公司实际情况，为维持公司稳定，截止本公告日，涉及相关股票分拆、过户手续尚未办理完成。

黄红云表示：本人有能力且有意愿积极、快速推动金科控股将已经质押至陶虹遐女士指定人名下的股票（即 37167 万股）完成分拆、过户及相关手续。

今年 6 月 28 日，按照离婚后财产分割协议，上市公司大股东金科控股将持有 6.96%股权转让给法定代表人为陶虹遐的重庆虹淘文化传媒有限公司（以下简称“虹淘公司”），这场持续近 4 年的离婚财产股权分拆告一段落。

在 6 月 28 日的股权分割之后，陶虹遐直接持有金科股份 2.49%的股权，其在虹淘公司持有 49%股权，对应间接持有金科股份 3.41%的股权，陶虹遐合计持有 5.9%金科股份的股权。

离婚期间公司险遭融创“夺权”

在二人离婚期间，金科股份险遭融创中国“夺权”。

金科股份是在 2011 年借壳上市的，彼时恩爱的黄红云夫妇身价仅次于龙湖地产吴亚军夫妇，位列重庆富豪榜第二。

上市初期，58.96%的股本掌握在夫妻俩手中。等到解禁期过后，他们便开始大规模减持。

从 2014 年底开始至 2015 年中，黄氏家族密集减持套现，最高峰时，一周之内，黄红云夫妇套现超过 28 亿。

巧合的是，在减持过程中，卖方营业部出现了徐翔的“御用席位”。当时市场人士认为，徐翔是为了帮助黄红云家族套现，让游资接盘。

在徐翔被抓后，黄红云被要求协助调查，2016 年 8 月 11 日，他辞去了金科股份董事长之职；2016 年 12 月 21 日，黄红云被撤销全国政协委员资格。

这时，另一位大佬出现了。

在黄红云家族的疯狂减持后，他们的股份持续下降，到了 2016 年 11 月，黄红云夫妇持有的金科股份也就大概 26%。

便在此时，早就觊觎西南市场的孙宏斌出手了。当年 9 月，融创花 40 亿买入金科 16.96%股份，“野蛮人”突袭成为第二大股东。

2018 年 10 月，融创中国通过旗下子公司持股上升至 27.67%，首超黄红云家族，成为金科股份第一大股东。

难道就这样让公司控制权旁落？黄红云并不甘心。

2018 年 11 月，金科利用回购注销股权的方式，使得黄红云的持股比例被动增持到 30%，在获得控制权的同时，豁免了要约收购义务。

虽然当时融创派驻金科董事会的两个董事提了反对意见，但与黄红云一方的 7 人一比还是势单力薄，7:2，回购注销的方案被通过了。

面对野蛮人敲门的时候，这对貌合神离的夫妻，还是结盟成一致行动人，将孙宏斌挡在了墙外。

去年，车建新家族控制的红星美凯龙接盘了融创持有的金科股份，这场持续了四年的股权争夺战才落下帷幕。

黄红云仍手握实控权？

在黄红云与陶虹遐一致行动人解除之前，黄红云总计持有金科股份 29.99%的股权，为金科股份实际控制人。**黄红云与陶虹遐解除一致行动人关系之后，黄红云仍然拥有 27.50%的股份表决权，为金科股份的第一大股东。**

同时，黄红云在金科股份的 9 人董事席位中，除去第二大股东红星家具集团的一个董事席位，陶虹遐的一个董事席位，仍然对半数以上董事席位拥有任命权。

按照证监会《上市公司收购管理办法》关于“上市公司控制权”的认定规则，黄红云仍然是金科股份的实际控制人，他对金科股份的实际控制权，未因陶虹遐的解除一致行动人关系而发生改变。

目前金科股份持股位居第二的是红星美凯龙实际控制人车建兴家族。

车建兴通过红星家具集团旗下子公司广东弘敏企业管理咨询有限公司持有金科股份 11%的股权。车建兴从融创受让金科 11%股权之后，曾公开表示，红星家具集团对金科股份是战略投资者的定位。

一般而言，战略投资者的身份意味着不谋求公司控制权。

金科股份在 7 月 9 日的公告中称，公司股东陶虹遐以 EMS 邮政快递的方式给公司董事会秘书张强发来《关于限期发布解除<一致行动协议>的函》。公司根据来函要求，向实际控制人黄红云进行了核实。

公司于 2021 年 7 月 8 日收到黄红云回函，黄红云表示：其本人并没有与陶虹遐解除一致行动关系的主观意愿，但其充分尊重陶虹遐的意见。

若双方就陶虹遐直接持有的股份（即占公司总股本 2.49%的股份）解除一致行动关系，黄红云实际可支配公司表决权的股份比例为 27.50%。黄红云与陶虹遐需按照相关法律法规的规定履行解除一致行动人的手续。

如果虹淘公司持有的 6.96%金科股份，也与黄红云解除一致行动人关系的话，黄红云对金科的股份表决权将降低至 20.54%。

不过，按照上市公司规则，虹淘公司如果要解除一致行动人的关系，需要在发布解除公告之日起的十二个月内继续遵守一致行动等义务和承诺。

金科股份公告中还称，2021 年 7 月 8 日，公司收到主要股东的书面文件，为保障和巩固黄红云对金科股份的实际控制地位，确保金科股份安全稳定发展，当黄红云对金科股份实际可支配表决权的股份比例小于等于 20.5425%的情况下，**该主要股东将其持有公司 6%股份比例的表决权委托给黄红云行使，有效期为五年。**

从股东持股分析，能拿出 6%股权委托给黄红云的主要股东只有红星家具集团。

离婚风波演变至此，黄红云对金科股份的实际控制权短时间内难以撼动。金科也不会因此变为一家无实际控制人的上市公司。

黄红云对经济观察报记者表示，作为金科股份实际控制人，其个人及其投资的其他公司与金科股份在经营上完全独立，从未占用金科股份的资金及资产。此事为离婚后涉及股权分割事项，与上市公司经营无关。

何去何从？

作为重庆本土最大的地产企业，金科股份 2021 年一季度取得了 123.98 亿元的营业收入，同比增长 62.56%；净利润 4.59 亿元，同比增长 15.57%。

金科股份没有触及“三道红线”，在 2020 年业绩说明会上，金科股份董事长周达表示，“三条红线”金科股份全部达标：净负债率同比降 45 个百分点至 75.07%，扣除预收款后的资产负债率降至 69.85%，现金短债比 1.34 倍。

不过，大股东卷入离婚风波的金科股份，目前存在诸多隐忧，高负债便是其中一个。2016 年，金科股份负债合计 867.2 亿元；到了 2020 年末，公司负债飙升至 3076.59 亿元。

截至 2020 年末，金科股份的有息负债达 837.7 亿元，短期借款直接从 2019 年的 30.6 亿元飙升至 2020 年的 104.7 亿元。

此外，金科股份 2020 年新增土储减少，土地购置金额却大幅增加，显示出土地成本上升。数据显示，2020 年公司新增土地储备面积 2364 万平方米，低于 2019 年新增土储积 3323 万平方米；2020 年土地购置合同金额 892 亿元，却较 2019 年公司土地购置合同金额 888 亿元，高出 0.45%。

不仅如此，金科股份的盈利能力也出现下降。财报显示，其 2020 年毛利率为 23.16%，同比下降 5.68 个百分点。相比之下，其 2017 年、2018 年的毛利率分别为 21.32%、28.57%。

不过，昔日共同套现、一起抗敌的夫妻，今日反目成仇，直接开撕，令人惊讶之余，不禁要担忧金科怎么办？

过去三天，金科股份已经下跌了近 8%。7 月 9 日的收盘为 5.08 元，金科股份目前总市值为 271.3 亿元。

不少投资者表示非常失望。有小股东就说，正是看到黄红云与陶虹遐在对抗野蛮人时，一致对外，自己才一直持有金科股份的股票，如今双方矛盾激化，这不是他想看到的。

目前来看，黄红云似乎居于上风。

陶虹遐直接持有的股份仅为 2.49%，如果仅解除这部分，黄红云实际可支配股权为 27.50%，接近 30%的实际控制人之位，仍可无忧。

但如果虹淘公司也解除一致行动人，黄红云实际可支配表决权的股份只剩 20.54%。

想当年，夫妇俩手里有 26%股份，都引得野蛮人上门了。

不过，虹淘是以存续分立方式设立的。而且双方有约定，虹淘在发布解除公告之日起的 12 个月内，需要继续遵守一致行动等义务和承诺。

黄红云还不忘补了个补丁。金科主要股东也表示，在一定条件下，其持有的 6%股份的表决权将委托给黄红云行使，有效期为五年。

有如此股权实力的股东，也只有红星美凯龙的车建兴了。去年，车建新从孙宏斌手里接了 11%的金科股份。

在他的支持下，金科短期内控股权似乎无虞。

但黄红云、陶虹遐这对一度共抗“野蛮人“的前夫妻，共同持有的上市公司，还有在香港上市的金科服务，**据说陶虹遐对金科服务的股权分配也提出了要求，后续显然又少不了一场争斗。**

这场昔日枕边人之间的战争，尚有下半场。

目前不知道陶虹遐方面还有什么后手。她已放话，将择机召开媒体沟通会，对事件的始末及后续进展进行披露。

养了 7 年的儿子，竟然不是亲生的

2021-07-14 浙江法制报

https://mp.weixin.qq.com/s/C3oflWrbJ6KmLCHMRkBjbw

“都说三十而立，我这三十岁，却活成了个笑话……”云南小伙子阿良点上一支烟，自嘲又无奈地摇了摇头。

过去的 7 年里，他一直是个单亲爸爸，靠着打工赚钱把儿子带大。儿子小奇因为各种原因没上户口，眼看到了上小学的年纪。阿良经人指点，和小奇做了一个亲子关系鉴定。本以为拿到鉴定结果，小奇就能顺顺利利上学。

谁知道鉴定结果一出，给了阿良重重一击：养了 7 年的儿子，竟然和自己毫无血缘关系！

父子俩的平静生活，就此打破。又气又恼的阿良，只好带着小奇，开始了跨越 2000 多公里的寻母之旅……

事件聚焦

不长的恋情 带来了一个新生命

事情要从 8 年前说起。

当时 22 岁的阿良在杭州市萧山区打工，结识了小自己几岁的萧山本地姑娘瑛子。两人有过一段不长的恋情，分手后，阿良便辞职回了云南老家。

之后没过多久，阿良接到了瑛子打来的电话。

“我怀孕了，孩子是你的。可是我年龄还小，不想让父母知道这件事……我想把孩子生下来，你能把孩子带回老家去抚养吗？”

阿良虽然没读过很多书，但是个有担当的男人。他想着毕竟是自己的孩子，由自己来养也是合情合理，就答应了下来。

瑛子这边，终究纸是包不住火的。肚子一天天大起来，父母发现了女儿的秘密。连番盘问之下，瑛子只好将自己和阿良的事情和盘托出。

父母又惊又气，可此时女儿的肚子已经大到无法打胎。考虑到瑛子未来还有很长的路要走，既然阿良愿意把孩子带走，他们也就默许了。

瑛子生下儿子后，阿良如约来到萧山。没有提任何要求，将孩子带回了云南老家独自抚养。

转眼间，小奇已经 7 岁了，到了该上小学的年纪。但由于无法提供出生证明，所以小奇一直没上户口。想要他顺利入学，阿良需要提供他是小奇生物学父亲的亲子关系鉴定报告。

本以为这就是再简单不过地走个流程，可不曾想，亲子鉴定的结果让阿良措手不及：抚养了 7 年的小奇，竟不是他的亲生儿子。阿良不信，又带着小奇去省城的鉴定机构再做了一次鉴定，可结果依然如此。

这么多年来的精心养育，竟白白给他人做了嫁衣，阿良简直气炸了。他认为，这是瑛子对自己的蓄意欺骗，怒不可遏的阿良想要找瑛子理论。可是，两人早已互删了联系方式。无奈之下，阿良带着小奇再次来到萧山。

凭着当年打工时的记忆，他找到了当地的镇人民调解委员会寻求帮助。

和事佬上阵

找到亲生母亲 判定事实真相

在镇矛调中心的调解室里，人民调解员小孙耐心听完阿良的叙述后，根据他提供的碎片信息，判断出瑛子户籍所在地的村，并与村里的治保主任取得了联系。

好在几年来，瑛子一直住在原先的地方。在镇村两级的协助下，阿良带着小奇，出现在了瑛子的面前。

前男友和亲生儿子在时隔多年后突然出现，瑛子也是一头雾水，十分吃惊。

“当初不是说好了不要再见面了吗？你怎么还来我这里？你为什么又来打扰我的生活？”

面对瑛子的质问，阿良更是气不打一处来。“你还有脸问我？你当初做了什么事情你不清楚吗？让我这么多年戴了绿帽子，还给你们白养儿子，你真当我是傻瓜？！”

阿良的情绪异常激动，仿佛要将这 7 年的委屈在此刻倾倒出来。人民调解员见状赶紧上前拉开二人。妥善安顿好了小奇后，调解员将二人带到调解室，再进行沟通交流。

听到亲子鉴定报告显示，小奇并非阿良的亲生骨肉时，瑛子也是十分惊讶。

“这怎么可能呢？亲子关系鉴定真的准确吗？”

“你还好意思问我可不可能？！在不同的地方做了两次，都显示我不是他生物学父亲！”

白纸黑字的事实摆在眼前，瑛子陷入了对往事的回忆。片刻后，她猛地抬起头，吐出了真相：“对不起，我真不是有意要欺骗你的。我也不知道他不是你的亲生儿子。在和你谈恋爱之前，我还有一个男朋友，分手之后我就很快和你在一起了。所以怀孕后，我就自然而然地以为肯定是你的孩子……”

情理法兼顾 化解 7 年积怨

“你现在和我说对不起还有什么用？我这么多年对小奇付出的抚养费还有我所遭受的精神损失，今天我们就算算清楚！”

瑛子表示愿意对阿良进行一定的补偿，但她表示自己的经济条件也不宽裕，无法满足阿良提出的金额。

于是调解员小孙分别和二人单独沟通。

“调解员同志，我这些年既当爹又当妈的，这中间的辛苦不说你也能感受到。本来想着是我自己的儿子，咬咬牙也就挺过去了。现在白给他人养了这么多年的儿子，传出去我在老家可就真成了个笑话了……”阿良一边说着，一边默默拭去眼角的泪水。

“你所说的我全都认同。抚养费这方面是没有异议的，数额一般是按照你抚养小奇的地方的全体居民人均生活消费支出，按照年份计算的。至于精神损害赔偿，这个数额很难有一个定量。”小孙拍了拍阿良的肩膀，继续说，“我知道这件事给你的打击很大，但刚才我也注意观察了瑛子的表情，她不知情的表现不像是装出来的，她认错的态度也是十分诚恳的。刚刚你也了解过她的经济情况了，一次性要拿出个好几十万困难很大。再说，她后面还得独自抚养小奇也是需要钱的啊。”

虽然小奇不是亲生骨肉，但毕竟朝夕相处了 7 年时间，多少也是有感情的。在调解员的耐心劝导下，阿良表示愿意与瑛子在数额和履行方式上再做进一步的协商。

随后，在调解员小孙的主持下，二人就赔偿的数额和履行方式再次进行了讨论。

瑛子表示，自己之前真的不知道小奇不是阿良的骨肉，但毕竟对阿良造成了无法挽回的伤害。她愿意向阿良道歉，并让小奇留在萧山，自己来抚养。

为了便于计算也出于对阿良的愧疚，瑛子提议对小奇的抚养费用的估算，采取浙江本省的居民人均消费标准来计算，并且 7 年均按照 2021 年度的 31295 元进行计算。

最终，瑛子承诺总共赔偿阿良 25 万元，先行支付 15 万元，剩下 10 万元两年内还清。阿良也表示愿意接受这个方案，二人在人民调解员的主持下签署了人民调解协议书。

和事佬有话说

成人的感情变化更应照顾孩子的感受

随着时代的发展，现阶段的男女关系相较从前也是复杂了许多。时常会有与本案类似的情况见诸媒体，其实这些行为，已经违反了民法典第八条“民事主体从事民事活动，不得违反法律，不得违背公序良俗”的相关规定。

这其中必然会涉及抚养费、精神损害赔偿的数额计算问题。对此，调解员需要对各方当事人的具体情况，和相关的法律法规进行综合考量，从而促成纠纷的化解。这个案例的赔偿计算中，灵活变通地采用浙江最新的标准来替代云南的标准，也让双方更容易接受。

协议签订后，调解员再三叮嘱瑛子，要好好照顾小奇。尽可能减轻这次变故，对他造成的伤害。毕竟孩子不是大人的附属物，他们的情感世界更需要被关注。

（文中当事人均为化名）

来源：浙江法制报（记者 陈岚 通讯员 孙超 顾康康）

85 岁老人年轻时被判重婚罪，与老伴一起申诉 36 年，法院检察院曾称判决“有问题”，现已进入评查程序

原创：2021-07-16 华商连线

https://www.toutiao.com/i6985403861888401923/?tt_from=weixin&utm_campaign=client_share&wxshare_count=3&timestamp=1626517480&app=news_article&utm_source=weixin&utm_medium=toutiao_android&use_new_style=1&req_id=202107171824400102120380850419FE24&share_token=ea7fc9f6-7af2-4e44-b4b8-28c15133cf6c&group_id=6985403861888401923

36 年前，女子张华（化名）向检察院自首，称她与熊某以夫妻名义同居数年，犯了重婚罪。之后，熊某被检察院提起公诉，最终判刑一年半。案发后，熊某和妻子坚决不认罪，36 年来一直申诉。贵州省高院和当年提起公诉的检察院曾称，原判确实“有问题”。2021 年 7 月 15 日，贵州省六盘水市中院相关负责人称，该案已交评查组专家评查，如有问题一定会改。

当选劳模不久，男子被控犯重婚罪

桂女士今年 79 岁，祖籍贵州省纳雍县，现在六盘水市生活，退休前在当地邮电部门工作。7 月 15 日上午，提起老伴因“重婚罪”被判刑的事，桂女士情绪激动，一直为老伴叫冤。

“案发前，老伴先后在纳雍县、六盘水市供销社工作。”桂女士介绍，老伴生于 1936 年，为人正直善良，工作踏实认真，多次被单位评为先进个人、劳动模范。“如果不是耳朵太背，他也能接受采访。”

1961 年，桂女士和老伴结婚，领有结婚证。“婚后感情很好，尤其是三个儿子降生后，一家人很幸福。” 1980 年，桂女士的丈夫从纳雍县调到六盘水市供销社工作，不久，桂女士也调到六盘水市，一家人从此在六盘水市生活。

桂女士和老伴 1961 年领取了结婚证

“我们在六盘水开了一家小商店，聘请我侄女等 3 位亲戚在店里帮工，张华是其中之一。”桂女士说，张华当时离婚，正和他人谈对象，店里的人都知道。

1984 年，熊某主动要求到基层承包亏损企业。通过一年努力，亏损的基层供销社扭亏为盈。1985 年 3 月，熊某被贵州省商业厅评为“1984 年度全省商业、供销系统先进工作者”。两个月后，熊某又被推选为“商业部表彰的劳动模范”。就在熊某准备去北京开表彰会时，祸从天降。

桂女士称，老伴为人正直，在供销社任职时，检举揭发一些人贪污。就在检察院介入调查时，张华突然向检察院“自首”：称她和熊某以夫妻名义同居了好几年，犯了重婚罪。

1985 年 7 月 8 日，因涉嫌重婚罪，熊某被逮捕。同年 9 月 18 日，六盘水市水城特区（1987 年 12 月撤销，分设六盘水市钟山区和水城县）人民检察院以重婚罪对熊某提起公诉。

桂女士和老伴年轻时

男子始终不认罪，最终被判刑

“丈夫被指控重婚罪，我们都蒙了。”桂女士说，她和丈夫感情很好，丈夫在家关爱家人，教育孩子，是个好丈夫、好父亲；在单位工作踏实，积极上进，是个好干部。“没听说他在外面有不良行为，更没听说他和张华有不正当关系。说他重婚，我坚决不信，否则，我早和他离婚了。”桂女士坚持，有人在陷害丈夫。

桂女士说，她和老伴感情一直很好，很幸福

熊某被公诉后，六盘水市水城特区人民法院开庭审理了此案。法院审理查明：被告人熊某和妻子桂女士结婚后感情尚好。1971 年，熊某与张华发生不正当关系后长期姘居。1976 年，张华离婚后，生活由熊某支助。1980 年，熊某由纳雍调到六盘水后，张华也来到六盘水市，与熊某以夫妻身份同居。熊某开办商店后，张华搬到店内，掌管店内事务。1984 年 12 月，张华投案自首。上述事实，有证人证言等证据在案，被告人张华亦供认不讳。

水城特区法院认为，被告人熊某、张华的行为已触犯刑律，构成重婚罪。在证据面前，熊某拒不认罪，应视为抗拒行为。1985 年 12 月，水城特区法院以重婚罪判处熊某有期徒刑一年零六个月，从轻判处张华有期徒刑一年，缓刑一年；依法废除熊某与张华的非法婚姻关系，维护熊某与桂女士的合法婚姻关系。

桂女士和丈夫对一审判决均不认可，以“从未重婚，纯属蒙冤受害”为由，向六盘水市中级人民法院提出上诉。六盘水市中院不开庭审理了此案。六盘水市中院认为，原审法院认定事实清楚，定罪准确，上诉人上诉理由不成立。鉴于上诉人熊某病重，刚刚做了脾脏切除手术，故应暂予监外执行。

1986 年 4 月，六盘水市中院判决：判处熊某有期徒刑一年零六个月，暂予监外执行；判处张华有期徒刑一年，缓刑一年。

“老伴的脾脏肿大完全是在监狱气出的病，之前他身体很好。”桂女士说。

坚持申诉 36 年

检察院、法院曾称原判“有问题”

“父亲的案子给一家人造成了重大影响。”7 月 15 日，接受华商报记者采访时，熊某的大儿子熊先生几次不能自已，放声痛哭。

熊先生说，他和弟弟都不相信父亲有罪，“自始至终，父亲都不承认他犯有重婚罪，我们也坚信，父亲是被冤枉的。”熊先生说，父亲被判刑后，工作被开除，从此走上了漫长的申诉之路。“为了申诉，多年来，父亲和母亲相互支持，一起到各级

司法机关反映，区上、市里、省里、北京，该去的地方都去了。”

熊先生称，1987 年，六盘水市水城特区检察院受理申诉后，曾给他们了一份处理结果通知书。通知书称：经我院复查认为，熊某与张华之间暗中发生不正当关系可以认定，但无证据证实两人公开以夫妻关系共同生活在一起。其行为是通奸行为，不构成重婚罪。故请市检察院对此案进行审查，按照法律程序提请审判机关予以纠正。

“老伴和我都不认可通知书中的通奸说法，他和张华没有任何不正当关系。”桂女士说，不认可归不认可，在当时的情况下，检察院能松口“不构成重婚罪”，已相当不易。为了顺利再审，他们只能走一步看一步。“一家人都以为会有转机，很快能再审，没想到之后却是石沉大海。”

在熊某和桂女士的多次反映下，2001 年 11 月，贵州省高院就熊某的申诉向六盘水市中院发函，指出判决存在的问题。

贵州省高院称：我院经调卷审查讨论后认为，你院认定熊某犯重婚罪存在以下问题：

终审判决认定熊某与张华以夫妻名义公开同居的主要证据是几个证人证言，但这些证词只能证明熊某与张华交往密切，尚不能证实二人以夫妻名义公开同居，且张华的控告与供述亦有矛盾之处，前后均不一致；

该案检察院在办理过程中，部分证据的取证程序不合法，水城特区检察院在《关于熊某张华重婚一案的复查报告》中亦肯定了这一事实，而一、二审法院在认定熊某重婚时，并未充分注意这一程序问题。

以上问题，你院 1990 年 7 月受理熊某的申诉及通知书中均未解决。现指令你院对该案进行认真审查，依法作出处理，并在三个月内将审理结果报本院。

法官：评查组专家正评查，如有问题一定会改

桂女士说，退一万步讲，老伴就是涉嫌重婚，也是自诉案件。就是控告，也应该由她这个“受害人”控告。“如果老伴和张华真的有问题，在别人不知情的情况下，张华作为‘破坏他人家庭的嫌疑人’主动自首又控告，难道不反常吗？事实上，老伴被逮捕后，张华以商店所有人的名义，将商店财物及经营钱款据为己有，合计 3 万余元。”

桂女士说，贵州高院指令六盘水市中院的审查函发出后，他和老伴一直在等六盘水市中院的审查结果。“等了 20 年，一直没有结果。2021 年 7 月 13 日下午，六盘水市中院立案庭负责人接待了我们，称近期将对我们的案件展开评查。”

7 月 15 日上午，六盘水市中院立案庭负责人告诉华商报记者，事实并不像桂女士所说那样。“我们有 2008 年熊某签订的息诉罢访承诺书，相关部门当年应该是给了他一笔钱他才签字的，不知道他现在为什么又反悔？”

对此，桂女士及其儿子称，2008 年，有关负责人拿着一张白纸找到熊某，让熊某和家人承诺当年不去北京。“社区负责人还拿来了 5 万元让我父亲收下。我父亲承诺不去北京，也在白纸上签了名字，但并没有收下 5 万元。没想到今年 4 月，相关部门突然拿出一份‘息诉罢访承诺书’，说是我父亲签的字。我们一看，签名确实是父亲的，但承诺书的笔迹不是我父亲的，我们已向法院提出笔迹鉴定申请，要求对承诺书的笔迹进行鉴定。”

六盘水市中院立案庭负责人称，2001 年贵州高院发出审查函后，六盘水市中院进行了认真审查，没有任何问题，当时就将结果上报给了上级法院。这些年来，熊某和老伴一直申诉，贵州省高院、六盘水市中院非常重视，又对熊某的案件进行了多次复查，依然没发现问题。

“近日，熊某及老伴再次向六盘水市中院申诉。当前正值教育整顿回头看，法院决定将他的案件调出来，交给评查组专家评查。如果有问题，法院一定会改。”六盘水市中院立案庭负责人说。

7 月 15 日下午，张华的一位亲属告诉华商报记者，张华已于几年前离世。在他们眼里，熊某是一个正派善良的人，他们不相信熊某和张华有不正当关系。

“希望评查组公正评查，给我们一个客观公正的结果。”桂女士说，老伴 85 岁了，希望有生之年能洗刷冤屈，不要把遗憾带进棺材里。

桂女士的老伴今年 85 岁，希望有生之年能洗涮冤屈

律师：重婚罪既可自诉，也可公诉

北京市尚权律师事务所刘祚良介绍，1980 年施行的《刑事诉讼法》第十三条规定，自诉案件包括告诉才处理和其他不需要进行侦查的轻微的刑事案件。1980 施行的《关于执行刑事诉讼法规定的案件管辖范围的通知》规定，重婚案件被列为不需要进行侦查的轻微的刑事案件。“这就意味着，自 1980 年 1 月 1 日起，重婚案件只能直接向人民法院提起自诉，不存在通过检察机关提起公诉来追究刑事责任的可能。”

刘祚良称，上述法律规定施行了几年后，各地不断发现有些重婚案件的被害人（指犯重婚罪者的配偶）由于各种原因不提出控告。对于这种没有原告的重婚案件，法院没办法直接受理，也没办法审判，致使这些犯重婚罪者逃脱了法律的制裁。1983 年 7 月 26 日，最高法、最高检、公安部专门针对这个问题联合颁行了《关于重婚案件管辖问题的通知》。根据该通知，对于被害人不控告，而由人民群众、社会团体或有关单位提出控告的重婚案件，由检察院来决定应否对案件提起公诉或者免于起诉。“这就意味着，自 1983 年 7 月 26 日之后，重婚案件不再实行单纯的自诉模式，而是在被害人不控告但人民群众、社会团体或有关单位提出控告的情况下，也可以由检察院来提起公诉。”

当前的《刑事诉讼法》等规定，重婚案件原则上应当由检察院提起公诉，但在检察院没有提起公诉，而被害人有证据证明的情况下，被害人（犯重婚罪者的配偶）也可以直接向法院提起自诉。

刘祚良指出，原审判决已生效并执行，熊某要申诉，只能依法向法院或者检察院提出申诉，请求法院启动再审或者申请检察院向法院提出抗诉，通过审判监督程序改变原有判决。

华商报记者 陈有谋 编辑 董琳

六、媒体视点

不止一例！老人起诉小两口讨“带孙费”，为何有支持有驳回？专家解析

原创：2021-07-09 上海法治报 关注热点的
https://mp.weixin.qq.com/s/szYEHiL2wY6OyyqimsBy5A

“含饴弄孙”是很多老年人退休后“理想生活”的重要组成部分而老人帮忙带孩子更被很多儿女认为是“天经地义”的事情。但是“带孩子”可不是件“轻松活”！无论是在孙辈身上投入的情感还是金钱真的都是“理所当然”吗？

我们先来看看下面这个案例

老人起诉索要“带孙费”，法院：支持

案情

2018 年，老李夫妻将儿子小李和前儿媳小孙告上法庭，索要“带孙费”10000 元。据悉，小两口在 2014 年 2 月 4 日生育婚生女小溪。2016 年 7 月份，被告小李曾向淄博市博山区法院提起离婚诉讼。二老主张，自 2016 年 7 月份至 2017 年 6 月份，孙女小溪一直由其二人抚养，两被告未恰当履行抚养义务。原告主张，在其照料孙女小溪期间，小溪在本村幼儿园花费为冬天 350 元每月，平时 260 元每月，除幼儿园费用外，日常开支每月需三四百元。原告自认在这期间，儿子小孙曾四次支付小溪的生活费，总共在三四千元左右。

判决

山东省淄博市博山区法院认为，根据法律规定，抚养未成年的孙子女并非祖父母的法定义务。《中华人民共和国民法通则》第九十三条规定，没有法定的或者约定的义务，为避免他人利益受损失进行管理或者服务的，有权要求受益人偿付由此而支付的必要费用。

因原告未能提供支出费用的具体证据，综合考虑小溪的实际需要、本地生活水平，结合原告陈述，博山区法院酌情确定两原告抚养小溪期间的花费为每月 600 元。扣除被告方此前已经支付过的钱款（按 4000 元确定），两被告仍应支付两原告垫付的抚养费数额为 2600 元（600 元×11 个月—4000.00 元）。（文中人物均为化名）

但是是所有的“带孙费”都会获得支持吗？其实不尽然我们再看下面这个案例

小夫妻离婚后，老两口起诉索要“带孙费”被驳回

案情

2021 年 4 月 8 日，陕西省商洛市丹凤县人民法院开庭审理了这样一场案件。原告方老两口称，在小两口外出打工的四年间，孙子小强一直由老两口照顾。但在 2020 年 9 月，前儿媳王红和儿子张山协议离婚，王红一次性支付孩子的抚养费 68000 元，其中包括王红外出打工四年期间的抚养费。孩子跟随父亲生活，王红享有探望权。

眼看小两口复婚无望，老两口遂决定将儿子和前儿媳告上法院，要求他们共同支付给自己“带孙费”96000 元（2000 元 x48 个月）。

判决

法院经审理认为，本案中，二原告所主张的“带孙费”，实际是**指老人代替其子女花费在孩子身上的费用，并不是老人所主张的劳务工资**。在二被告离婚时，王红已经一次性支付了孩子 18 周岁前的全部抚养费，其中包含被告其外出打工四年期间应负担的孩子抚养费。故对二原告的诉讼请求实难支持，因此，法院驳回二原告的诉讼请求。（文中人物均为化名）

那么，**老人帮子女照顾孩子是义务吗？老人有权索要“带孙费”吗？**

中国法学会民法学研究会副会长、复旦大学法学院教授刘士国表示，自己平时就在帮子女们照顾孙辈。他认为，在我国传统观念中，老人“有义务”帮子女带孩子。既然是“义务”，又何谈“带孙费”？**我国法律对于“带孙费”的相关问题并没有明确规定。**

具体而言，**每家的情况都有所不同，要结合具体的实际去做考虑**。“比如说老人自己有稳定的收入、生活有所保障，你给他（带孙费）他或许都不要；相反，有的老人退休后没有收入、生活窘迫，如果小夫妻俩和老两口之间有过协商，愿意给‘带孙费’法律同样也不会禁止。”

同样，刘士国也认为，如果老人能够经济自立，通常情况下不应该问儿女索要“带孙费”。如果确实经济困难，且“带孙”也付出了自己的劳动，是可以问子女索要“带孙费”的。

北京盈科（上海）律师事务所杨阳律师则认为，依照民法典规定，首先父母是未成年子女的抚养义务人，如果父母死亡或者父母没有抚养能力，这时候有负担能力的祖父母、外祖父母才有抚养义务。否则，**祖父母、外祖父母没有抚养孙子女、外孙子女的义务**，因此对于老人在帮助子女带孙辈时支出的生活费等费用，老人是可以向儿女索要的，但是如果老人索要的是带孙辈的劳务费、辛苦费那是没有法律根据的，但老人与子女之间有“带孙”付酬的约定除外。

上海市德尚律师事务所主任王凡律师认为，当今社会年轻人大多忙于事业、工作，没有时间和精力去照顾子女，如果家中老人的身体尚且硬朗，一部分的年轻人就会把子女交给老人照顾，而大部分老人也会出于对孩子的喜爱进行“无偿”照顾。

但根据《民法典》第二十六条，父母对未成年子女负有抚养、教育和保护的义务；

第一千零七十四条，有负担能力的祖父母、外祖父母，对于父母已经死亡或者父母无力抚养的未成年孙子女、外孙子女，有抚养的义务。

所以**通常情况下未成年子女的监护、抚养义务人是父母，老人是没有义务照顾、抚养孩子的。**

“当然如果父母与祖父母、外祖父母**事先谈好要支付‘带孙费’**，或父母明明有抚养能力却怠于履行抚养义务，甚至是弃养，此时老人代替了父母对孩子进行了必要的抚养、教育义务，**那么老人主张‘带孙费’是有一定依据的**。”王凡律师进一步表示，如果父母和祖父母之间协商一致支付“带孙费”的情况下，这个“带孙费”就属于**协议性质**。如果不是属于协议“带孙费”的，法院大多认定为**无因管理之债**。

所谓无因管理之债即《民法典》第九百七十九条：管理人没有法定的或者约定的义务，为避免他人利益受损失而管理他人事务的，可以请求受益人偿还因管理事务而支出的必要费用；管理人因管理事务受到损失的，可以请求受益人给予适当补偿。

同时，她强调，“根据该定义，**将带孙费认定为无因管理之债并不完全准确**。”因为祖辈带孙的目的可能纯粹是出于对孙子辈的喜爱，为他们提供更好的生活而非“避免他人利益受损”，还可能出于对孩子的喜爱而进行赠与，所以“带孙费”是带有明显的家庭伦理色彩的，具有复杂性和多样性。“由于目前法律并没有对‘带孙费’进行明确的定义，所以司法实践中，如果双方没有谈过‘带孙费’，法院又认为应该支付‘带孙

费’的，法院更多的还是会将‘带孙费’认定为无因管理之债”。

对于“将带孙费认定为无因管理之债”的这一问题，刘士国同样表示，“这样说是不完全准确的。**因为不能完全说老人帮忙照顾孩子属于‘无义务’**，老人出于喜欢或者出于帮儿女减轻负担而帮忙照顾孩子，是‘有因’。”

记者检索相关判例后发现有些老人索要“带孙费”获支持而有些则被驳回那么通常情况下**法院作出相关判断的依据又有哪些呢？**

刘士国解释说，“主要是依据家庭成员的情况决定，并没有明确的‘判断依据’。”同样，他也认为，对于这一问题，也很难给出统一而明确的规定。

王凡律师同样认为，是否应向老人支付“带孙费”不能一概而论。如果儿女与老人协商，由老人带孩子，儿女给老人一定数额的“带孙费”，在这种情况下双方协商一致，儿女就应当向老人支付该笔费用。如果儿女未与老人未协商一致，是否支付“带孙费”重点要看老人是否代替了父母对孩子进行了必要的抚养、教育，比如如果由儿女对孩子进行抚养教育，老人只是“锦上添花”为孩子提供更好的、非必要的条件，或是儿女离婚后，未被分配抚养权的一方已足额支付抚养费尽到了抚养义务，此时再让其支付“带孙费”可能就不太妥当了。

杨阳律师认为**应该从两方面来讨论这一问题**。一方面，在家庭和睦的氛围中，老人一般都是基于亲情而带孙，这属于无偿提供劳务，具有义务帮工性质，如果老人索要的是带孙辈的劳务费、辛苦费那是没有法律根据的，但对于老人在帮助子女带孙辈时支出的生活费等费用，老人是可以向儿女索要的。另一方面，**如果老人与子女之间有“带孙”付酬的约定，则双方形成劳务关系，子女自然要按约定支付给老人报酬**。但是**老人要提供相应的证据**，如劳务合同，薪酬支付记录等来证明劳务关系的存在。

当然，如果确实需要支付“带孙费”，王凡律师认为，**具体支付金额应着重考虑老人对孩子的抚养教育等必要项目所付出的成本**。对于“锦上添花”的非必要支出，或是出于对孩子的喜爱所进行的赠与，则不应作为计算“带孙费”的重点。同时，她也强调“我们也应考虑到，老人带孙进行隔代抚养不仅仅是单方面付出，与孩子的朝夕相处显然也会给老人带来天伦之乐，所以，在计算“带孙费”时，也应考虑到老人从中收获的感情回报。”

同样，杨阳律师也提出，“在计算‘带孙费’时，应当同样考虑老人的感情付出，并酌情放宽对抚养教育等“必要性开销”的认定标准。因此在计算其具体费用时，**不能仅仅依据“必要性”的限度，还应当考虑到老人尽心尽力抚养孙子、孙女所付出的感情因素来商定。**

对于“‘带孙费’怎么计算才更合理”的问题，刘士国也认为，**由当事人之间商定即可**，因为这毕竟不是雇佣保姆，没必要严格计算。

看过了专家和律师的观点各位朋友**你认为到底该不该支付“带孙费”呢？欢迎留言参与讨论哦！**

整理 | 刘家杭

部分新闻素材综合自澎湃新闻、大河看法

编辑 | 谢钱钱

“为了孩子”高考后扎堆离婚？婚姻破裂后到底该“为了孩子”怎么做

原创：2021-07-10 现代教育报 现代教育报
https://mp.weixin.qq.com/s/OZkxIOXxaqik-T04ekvXIQ

高考是孩子们的成人礼，也成为了部分家庭的告别式。很多家长都为了子女的未来，强行维持已经破碎的婚姻。

脱口秀演员节目中的调侃映射出了很多家长的心态

那些孩子还在上初中高中的家长，为了不影响孩子学习，一直等到孩子考上大学、成年后，才选择分开。

有人说这样的父母太伟大，一直在婚姻中隐忍，牺牲自己的幸福来成全孩子。也有人质疑，不幸福的婚姻，每天打闹争吵的家庭，这样的环境下能培养出人格健全的孩子吗？

主持人蔡康永在网综《奇葩说》中也对此表达了自己的观点

当婚姻破裂，为了子女的未来，父母有必要拖到孩子高考后离婚吗？到底如何做，才能将离婚对孩子的伤害降到最低？

案例

无论何时 家庭温暖不能缺失

特邀观察员：桂芳芳

上海市律协婚姻家事业务研究委员会副主任

上海家与家律师事务所副主任

高考后民政局受理的离婚申请以及法院受理的离婚立案登记数量都会大幅度上升。我最近也接到一些个案，大多是女方以孩子高考结束为由，向男方提起了离婚诉讼。

相较于年轻夫妻离婚，一直等待孩子高考结束后才去办理离婚登记的夫妻很难在民政局劝和，他们对离婚这件事早已达成一致，只是将离婚时间放在高考之后。离婚过程夫妻双方也会更加从容，基本上都能配合办理离婚登记，协商离婚不成的话，则由一方向法院提起诉讼离婚。

选在孩子高考后才离婚，既是为了不影响孩子进行高考，也因孩子形成了一定的婚恋观，对于父母之间的情感也能够表示理解。这种出发点是好的，但是从实际来看，如果父母不恩爱，孩子也是能察觉到的，可能不会过问，却会成为他的困惑。另外，孩子高考才仅仅是个开始，孩子初次离开家门，面对错综繁杂的社会生活，更需要父母时刻给予指引和照顾，家庭温暖的缺失会使孩子对社会生活产生一些负面的认知，例如，身边的同学过年回家都可以一家人团圆，自己却再也感受不到一家人其乐融融的氛围。

建议这些家长，如果婚姻不能继续下去，可以尽早跟子女做好沟通，帮助子女适应离异家庭的生活、调整好心态。

分析

婚姻教育 家庭的一种责任

特邀观察员：洪明

中国青少年研究中心科管部副主任

中国青少年研究会副秘书长

首先，这些家长推迟离婚，是对孩子的本能保护。结婚，因爱而产生的生命组合。一旦结婚，意味着夫妻法律关系的建立，意味着这是婚姻双方当事人的私事，更意味着会将更多人纳入到因婚姻而产生的社会关系之中。所以，离婚是一件严肃的事情，会牵涉到许多的切身利益，离婚当事双方不仅需要从自身利益考虑，还要充分考虑到相关者。

高考是一个人一生重要的选择，需要一个良好的家庭环境，在这个关键期，作为孩子的父母推迟离婚，“假装”无事地陪伴孩子度过高考，然后在高考结束后再离婚并且告诉孩子，这是夫妻本能而负责任的表现。

其次，是否应该推迟，还要灵活考虑。其一，要基于夫妻双方共同的意愿。民主法治社会中，人有结婚的自由，也有离婚的自由。离婚固然要考虑到孩子，但关键还是夫妻当事人，当这种“存续”严重影响到当事人中的任何一方，会带来进一步伤害，那么这种推迟离婚就会变成另一种伤害，是不值得提倡的。其二，最好要达成契约。对于已经不可挽回、只是因孩子高考（中考）而存续婚姻关系，夫妻双方要达成某种契约，规定双方的义务，相互尊重。

最后，**婚姻教育是家庭教育的重要内容。**无论是高考前离婚，还是高考后离婚，夫妻双方都有责任对孩子尽到父母应该尽到的义务。尤其重要的是，要围绕父母婚姻关系的变化，对破裂的婚姻进行反思性教育，告诉孩子为什么必须要离婚，离婚之后如何处理好三者关系。要让孩子能够接受这种现实，适应今后的生活。

同时，夫妻双方要有责任、有意识对孩子进行必要的婚姻教育。孩子进入青春期之后，要围绕异性关系、恋爱、婚姻等问题进行婚姻家庭教育，让孩子学会正确对待异性情感关系，树立正确的恋爱、婚姻观念。

支招

孩子对爱的需求高于对父母婚姻关系的需求

特邀观察员：蓝玫
中国教育学会家庭教育专业委员会副秘书长
新家庭教育研究院常务副院长

近年来，离婚率呈现出的上升趋势需要引起全社会的重视，因为婚姻问题作为一种社会问题，常常会出现牵一发动全身的效应。其中较为典型的表现之一，就是以孩子高考为分水岭的“离婚潮”现象。其实，夫妻离婚给孩子带来的冲击和伤害，既不会随着孩子上大学就必然降低，也不会因为夫妻勉强维持而必然降低，往往是由夫妻双方冲突的激烈程度和不同孩子的感受力和承受力的不同所决定。

其实，当婚姻出现问题，是否要等到孩子高考后办理离婚，需要视具体的情况而定，并不是所有父母以为的“等待”都是对孩子最好的选择。

在婚姻当中，夫妻感情破裂的表现方式是千差万别的：有的是“冷战”，彼此漠视对方的存在，冲突的表现都是“内心戏”；而有的则是“热战”，一言不和就“互怼”或直接爆发激烈的争吵；还有一类则比较擅长掩饰，会在孩子面前表现出“恩爱”的样子迷惑孩子，营造家庭的和谐假象，让孩子完全不知道父母婚姻早已经“暗伏危机”。现实当中，无论是哪一种状态，只要是让孩子感受到了不安和焦虑，就是需要父母警惕并慎重处理的。而对孩子来说，他们在家庭当中获得安全感和自信心的重要来源，往往首先是父母之间的稳定情感、和谐关系。而他们除了用眼睛看，还会用心体会。

夫妻感情确实彻底破裂，冲突表现又激烈的家庭中，如果让孩子感受到了不安和焦虑，这种婚姻是相对不具备维系价值的。因为孩子对来自父母的爱的需求要高于对父母婚姻关系的需求。爱的表现有很多种方式表达，用孩子乐于接受且能感受到的方式，好过维系一段假象的婚姻，以至于给孩子做出错误的婚恋示范。

如果双方虽然感情出了问题，但能以相对成熟的方式处理彼此的关系，那夫妻就可以考虑可否以孩子为纽带修复关系，实在不能修复的话，等一个最恰当的时机和孩子“摊牌”，比如高考结束或其他时间节点。但要注意的是，**要循序渐进，让孩子有一个接受的过程，孩子不会在高考结束后就成熟到能坦然面对一切的。父母除了让孩子感受到爱之外，还要让他们能够感受到尊重。**

支招

单亲家庭也应创设良好的家庭氛围

特邀观察员：果静雅

北京市东城区文汇中学心理老师

家庭的结构形态会对孩子的成长产生一定影响，但并不是决定他们健康成长的唯一因素。研究表明，父母之间的关系、教养孩子的方式以及创设良好家庭氛围的能力可能比他们的婚姻状况更能影响到孩子的发展。如果孩子生活在稳定的单亲家庭或继父母家庭中，往往能比和爸爸妈妈生活在一起，但家庭里“硝烟弥漫”的孩子获得更好的发展。此外，和年幼的儿童相比，青少年能够更好地理解父母离婚的原因，知道自己并不需要对父母离婚负责。

父母双方如果在离婚后能做到如下几点，将降低家庭结构变化对孩子带来的影响，促进孩子的健康成长。

创设良好的家庭环境。离婚家庭的父母双方都要保持对孩子温暖、支持的态度，避免在孩子面前发生冲突，不相互指责，保持良性沟通，发展有效的共同抚养关系。离家的父母一方，要与孩子保持持续的亲密联系，高质量地参与到孩子成长的重要事件中来，并给予积极支持。

父母注重自身成长，发挥榜样作用。单亲家庭的父母，特别是抚养人一方，要通过自身的成长来为孩子的成长树立榜样。抚养人自身的情绪状况、受教育水平、能力以及经济收入都会影响到孩子的成长与发展，因此单亲家庭的父母们可以通过多方面、多途径的自我提升，来为孩子的成长提供更优质的支持。

积极寻求社会支持。与核心家庭中父母合作共同抚养孩子相比，单亲家庭中的抚养人一方要更多地承担养育孩子的责任，会更辛苦。因此，适时适当地寻求其他家人、社区、机构等社会支持来协助自己养育孩子，既可以分担压力，也可以促进孩子的社会性成长。孩子在与不同年龄和社会背景的人们交往的过程中，会变得更加开放和成熟，积极的社会支持也让他们对社会有更多正向理解，并提升他们的社会功能。

策划：王小艾
编辑：张秋颖
美编：郁美静
编审：郝彬
终审：王宇　苏金柱　鲍丹禾

《中华人民共和国婚姻法》
—揭开中国婚姻法治的新篇章丨奋斗百年路 启航新征程·法治足迹

2021-07-15 法治日报
https://mp.weixin.qq.com/s/JGau2ODNkjLwfmdc39Dmkg

1950 年 5 月 1 日,《中华人民共和国婚姻法》（以下简称 1950 年婚姻法）开始施行。这是新中国成立后颁布的第一部具有基本法律性质的法律，颁布时间比 1954 年宪法还要早 4 年。

这部只有 8 章 27 条的新中国首部法律，彻底颠覆了“父母之命，媒妁之言”的传统婚姻，废除了包办买卖婚姻、纳妾、男人随意停妻休妻等封建婚姻制度的糟粕，其确立的“婚姻自由、一夫一妻、男女平等、保护妇女儿童合法权益”四大基本原则也一直沿用至今，成为中国婚姻家庭立法的基本旋律。

1950 年婚姻法不仅体现出党对妇女儿童的特殊关爱，也是党用法律手段保护妇女权益、推动男女平等的伟大创举，揭开了中国婚姻法治的新篇章，扛起了“破旧立新”的新中国法律拓荒者的重任。

一部历经 41 次修改的法律草案

中国共产党对婚姻家庭法律的重视可以追溯到革命年代。从延安到西柏坡，中国共产党历来重视婚姻家庭立法。早在 1931 年，毛泽东亲自签发《中华苏维埃共和国婚姻条例》，明确提出婚姻自由、男女平等、一夫一妻等原则，这些都成为新中国制定婚姻法的重要参考。后历经修改，于 1934 年正式颁布了《中华苏维埃共和国婚姻法》。

实际上，新中国第一部婚姻法的起草工作从 1948 年就已经开始了。

1948 年 9 月，解放战争进入全面战略反攻阶段。9 月 20 日，中共中央在西柏坡召开了解放区妇女工作会议，会议探讨了如何建立一套新民主主义的婚姻家庭制度。

会议期间的一个傍晚，时任中央妇委会副书记（代理书记）邓颖超对妇委会的同志们说：“少奇同志让咱们过去一趟，要布置新的任务。”

在住处，刘少奇对大家说：“新中国成立后，不能没有一部婚姻法，我们这么个五亿多人口的大国，没有一部婚姻法岂不乱套了？这个任务交给你们中央妇委会，你们马上着手，先做些准备工作。”他还嘱咐大家，要深入调查研究解放区的婚姻状况，总结解放区这些年来执行婚姻条例的经验教训，反复讨论，再动手起草。

1948 年 10 月 5 日，会议闭幕前一天，刘少奇到会作重要报告，他专门在报告的最后部分讲到婚姻法问题：“婚姻问题是妇女工作的重要组成部分。现在时机已经成熟了，你们现在就要组织力量起草新婚姻法，建立新民主主义的婚姻制度。”

解放区妇女工作会议结束后，中央妇委会立即成立了婚姻法起草小组。由邓颖超主持，成员有帅孟奇、杨之华、康克清、李培之、罗琼、王汝琪。

党史资料显示，1950 年婚姻法从起草到结稿的一年半中，历经 41 次修改，每章每条都是字斟句酌。据中央妇委会委员、曾参与起草 1950 年婚姻法的罗琼生前回忆：“讨论问题时，大家开诚布公，畅所欲言。因为这是为新中国和五万万同胞起草的婚姻法，大家都意识到它的分量。”

一次自上而下彻底的大解放

经过多次专题调研和反复修改，草案于 1950 年 1 月呈送党中央，之后还被分送给各民主党派、中央人民政府、全国政协以及各司法机关、群众团体征求意见，反复讨论和修改。1950 年 4 月 13 日，中央人民政府委员会第七次会议审议通过婚姻法草案，于 1950 年 5 月 1 日正式实施。由此，中国民主法治建设翻开了第一页。

1950 年婚姻法共 8 章 27 条。该法第一章第一条便开宗明义：“废除包办强迫、男尊女卑、漠视子女利益的封建主义婚姻制度。实行男女婚姻

自由、一夫一妻、男女权利平等、保护妇女和子女合法权益的新民主主义婚姻制度。”此外，1950 年婚姻法还让妇女有了姓名权，并规定婚后实行夫妻共同财产制。

很多人都会发出一个疑问，为什么新中国颁布的第一部法律会是婚姻法？

“这就必须要提及当时一个重要的历史背景——土地革命已开始，而这场变革最重要的内容之一就是解放生产力。”中国政法大学教授、中国法学会婚姻家庭法学研究会会长夏吟兰说，妇女是推动生产力发展的另一半力量，而要想把妇女从家庭当中解放出来，首先就要推翻封建婚姻家庭制度，解除包办买卖婚姻的束缚，对建设新国家尤其重要，这是制定 1950 年婚姻法的一个重要动因。通过颁布婚姻法，国家用立法的方式把妇女从家庭当中解放出来，实现了自上而下的彻底的大解放。

随着 1950 年婚姻法的实施，妇女地位有了飞跃式的提高，很多妇女走上了工作岗位，有了劳动的权利，实现了经济独立，从而获得了独立的社会地位，这对妇女来说是极其重要的变革。

一场声势浩大的普法教育

解放初期，评剧《刘巧儿》风靡全国。该剧讲述了农村姑娘刘巧儿爱上了劳动模范赵振华，在妇女主任和马专员的帮助下，打破父母包办婚姻，奋起抗争，终于获得自主自由、美满幸福婚姻的故事。剧中有这样一段家喻户晓、广为传唱的唱段：“我的爹在区上已经把亲退，这一回我可要自己找婆家。”

“自己找婆家”的这种婚姻自由，在今天看起来再正常不过，但在当时可以说是石破天惊。

1950 年婚姻法打破了存在几千年的封建婚姻家庭制度，但真正实现婚姻自由显然不可能一蹴而就。尽管在 1950 年婚姻法正式实施的前一天，即 1950 年 4 月 30 日，中共中央就专门下发《关于保证执行婚姻法给全党的通知》，但这部法律在颁布实施后仍然遭受了巨大的阻力，甚至出现了种种问题。

1951 年 9 月，中央人民政府政务院在《关于检查婚姻法执行情况的指示》中指出，包办、强迫与买卖婚姻，在许多地方，特别是在农村中，仍然大量存在。干涉婚姻自由与侵害妇女人权的罪行时有发生，甚至严重到迫害妇女的生命，致使全国各地有不少妇女因婚姻问题而被杀或自杀。

伴随土地改革基本完成，抗美援朝战争即将结束，婚姻法的宣传贯彻工作被提上了日程。

1953 年 2 月，中央人民政府政务院发布《关于贯彻婚姻法的指示》，明确 1953 年 3 月作为宣传贯彻婚姻法的运动月。在这个月内，必须充分发动男女群众，特别是妇女群众，展开一场声势浩大、规模壮阔的群众运动，务使婚姻法家喻户晓，深入人心，发生移风易俗的伟大作用。

就这样，一场声势浩大的宣传贯彻婚姻法的群众运动在全国城乡轰轰烈烈地展开。据统计，全国 70%以上的地区都开展了婚姻法的宣传贯彻运动，受到教育的成年人口达 1.4 亿人，占全国成年人口的 42.2%。通过运动月的宣传，广大群众特别是青年男女，对于婚姻法的内容有了比较全面正确的了解，结婚登记也逐渐被群众所接受。

值得一提的是，运动月后我国还出现了第一次离婚高潮。有数据显示，1953 年法院受理的离婚案件高达 117 万件。对此，有专家指出：“20 世纪 50 年代初形成的第一次离婚高潮，标志着我国封建主义婚姻家庭制度的崩溃，是我国妇女解放的重要步骤之一，符合当时历史要解放生产力的要求，推动了社会主义革命和建设的发展。”

“回顾历史，可以说，1950 年婚姻法具有里程碑意义。”夏吟兰称，这部法律所带来的影响不仅在中国，而且在世界范围内都是标志性的，向全世界庄严宣布中国婚姻家庭制度的新时代已经来临。

作者丨法治日报全媒体记者 朱宁宁

来源丨法治日报

编辑丨宋胜男 张博 范琳松

一线调查：“孩子被他爸爸抢走了，我该怎么办”

2021-07-27 法治日报 张守坤 赵丽

https://mp.weixin.qq.com/s/aae5e-R1zCM-nDIS76BHDg

04 法治经纬

争夺子女抚养权孩子变棋子 记者调查

“孩子被他爸爸抢走了，我该怎么办”

争夺子女抚养权孩子变棋子 记者调查

“孩子被他爸爸抢走了，我该怎么办”

孩子被人抢了！

6 月 1 日，朵朵一大早就换上演出服装，拉着妈妈的手一蹦一跳地走向幼儿园。突然，一群人冲出来，将朵朵抢走了。抢孩子的不是别人，正是朵朵的亲生父亲。

朵朵妈妈潘妍敏告诉《法治日报》记者，她和丈夫因感情不和长期分居，曾起诉离婚未果，自己带着孩子住在外面，万万没想到丈夫会抢走孩子。前段时间，身心俱疲的潘妍敏同意法院调解离婚，朵朵的抚养权归男方。

“孩子被抢时一直在喊‘救命救命’，那声音一直萦绕在我的心头。”潘妍敏说，时至今日，她再未见过孩子。

放眼全国，与潘妍敏有过类似遭遇的人不在少数。他们是孩子的亲生父母，却因对方抢夺、藏匿子女而长期无法与孩子相见。他们中有的正在离婚，有的已经离婚。

北京市律师协会婚姻家庭专业委员会副主任、北京两高律师事务所婚姻家庭部主任张荆及其团队曾发表《“抢夺藏匿孩子”蓝皮书》（以下简称蓝皮书）。蓝皮书显示，涉及孩子抚养权和探望权起诉到法院的诉讼中，12%左右的案件都伴有抢夺、藏匿孩子的行为。其中，抢夺、藏匿孩子的一方多数为男方。

“孩子被他爸爸抢走了，我该怎么办？”这是不少妈妈的心声。

抢夺藏匿孩子时有发生

多数由祖父母协助完成

王建娜一直计算着时间：现在距离孩子被抢走已经过去四年半了。

她清晰记得当时的画面——在小区里，刘某带着一帮人冲上来，抢走了仅 6 个月大的孩子，抢人者迅速离开，刘某还殴打了王建娜及其母亲。

王建娜给记者展示的监控视频完整记录了当时的事发经过。刘某正是孩子的父亲，他和王建娜举办了结婚仪式，但未领证。

“我已经 1600 多天没见过女儿了，无法想象她现在的样子。”王建娜说，她通过微博、微信等平台寻找女儿，没有一天停下来过。

类似的遭遇也发生在万腊梅身上。万腊梅起诉离婚，想争取两个孩子的抚养权。2020 年 9 月，法院判决离婚，儿子的抚养权归其前夫，女儿的抚养权归自己。然而，在判决结果出来前，两个孩子却已经被男方带走，并且不允许她接触孩子。2021 年 3 月 1 日，万腊梅的抚养权强制执行案在法院立案，目前尚无结果。

共同的难题让这群女性走到了一起，她们于 2019 年 10 月创建了“紫丝带妈妈”群。近两年来，她们努力通过微信、微博、抖音等平台，拍视频、写联名信，反对抢夺、藏匿孩子的行为。

据“紫丝带妈妈”群负责人朱莉介绍，目前群里有 200 多人，来自全国 27 个省（市、自治区）。她们遭遇的抢夺、藏匿孩子的行为，九成以上由孩子的爷爷奶奶协助完成。

这个数字并不是全部。仅以广东省广州市为例，公开资料显示，2020 年广州法院审结 5142 件离婚纠纷案件，933 件涉及抚养权、探视权纠纷。在涉及未成年子女抚养、探视问题的案件中，超过八成都存在父母一方或双方将未成年子女私自带走不让对方行使监护权等情况。

四川省矩衡律师事务所律师郭小明长期为“紫丝带妈妈”群体做法律顾问。据他介绍，除了喜欢孩子之外，一些男性抢孩子的目的，是为了和孩子形成一种稳定的生活关系，以此获得子女抚养权，占据财产分割上的优势地位；或通过“掌握”孩子，让女方答应自己的一些不合理要求。

这意味着，在一些父母的战争中，无辜的孩子成了棋子。

抢夺之后无心照顾孩子 容易造成巨大身心伤害

2017 年 6 月，王建娜等来了法院的判决，孩子的抚养权归男方所有。记者在判决书上看到，判决理由之一为原被告分居后女儿一直和被告生活，“因孩子尚年幼，不应轻易改变其生活环境”。二审维持原判。

虽然王建娜有女儿的探视权，但男方却好像人间蒸发了一样，不见踪影。经王建娜申请，法院于今年 4 月 26 日发布公告，依法悬赏征集被执行人的下落。截至记者发稿，男方及孩子仍没有下落。

郭小明认为，法院在审理涉及未成年人抚养权的案件时，有多方面考虑，不轻易改变孩子的生活环境是其中一个重要因素，被抢夺、藏匿孩子的一方并不一定是最适合孩子成长的一方。即使夫妻一方抢夺、藏匿子女，法院经过综合考量，也可能将孩子判给抢夺、藏匿一方，这无可厚非。

但被抢夺、藏匿孩子的一方往往对此很难理解。牵涉其中的很多妈妈也备受煎熬。

2021 年 4 月，在法院调解室，万腊梅见到了自己的儿子。陪同万腊梅到法院的朱莉恰巧碰到并记录了这样一幕：进法院之前，男方一直在对儿子说妈妈不关心你、对你不好之类的话。后来母子俩见面时的气氛很僵。万腊梅想和儿子说几句话，儿子却离她远远的。

5 月 29 日，在法院和男方进行沟通后，法官和万腊梅来到男方家中。万腊梅看到，6 岁的女儿一口牙全黑了，但从未去医院看过牙；儿子已经很久没去上学了，向学校打听后得知是其父亲拿着孩子腰部和腿部受伤的诊断书请了假。陪同的法官提出，将考虑强制执行。

来自安徽的汪润同样心急如焚。2021 年 1 月 5 日，汪润上班期间，孩子的父亲与其父母未经告知便将孩子强行带离并藏匿，从那之后汪润就再也没见过孩子一面。

“孩子父亲一家目前住在乡下木瓦房子里，有大量欠款未还完，家庭经济压力巨大，还有其他不良行为，不合适也没能力抚养孩子。一想到这些，我几乎天天睡不着觉。”汪润说。

朱莉发现，抢夺、藏匿孩子的行为往往给家长及孩子造成极大的心理伤害，一些孩子会缺乏安全感。由于抢夺、藏匿方大多是父亲，他们中的一些人无心照顾孩子，基本是由爷爷奶奶代为照料，孩子的学习成绩、精神状态普遍下降。有的藏匿方为了更好地控制孩子，甚至会对孩子进行洗脑、仇恨教育，非常不利于孩子的健康成长。

新未保法出台相关规定

注意收集证据维护权益

记者了解到，在孩子被抢后，大部分“紫丝带妈妈”都会第一时间选择报警等方式，但从实际效果来看，很难要回或者见到孩子。王建娜说，自己在孩子被抢后，立马报了警。但警方告诉她，孩子目前处于安全状态，最后被当成家事纠纷处理。

郭小明告诉记者，警察在遇到抢夺、藏匿孩子的情况时，一般会将其当作家务事处理。即使想管，也没有法律明确规定。妇联对此能做的也十分有限。

“遇到这种情况，除了起诉之外，其他方式可能都收不到太好的效果。但抚养权或探望权的强制执行，法院往往只能通过间接手段进行，比如法院通过对被执行人罚款、拘留等制裁措施，迫使其履行义务，这对被执行方来说震慑力度较小，实际效果有限。剩下的一条路就是刑事诉讼，而拒执罪在法条中只有简单一句话，相关司法解释多涉及财产执行方面，抢夺、藏匿孩子还不在拒执罪的司法解释中，因此很少有法院以‘拒不执行判决、裁定罪’的刑事罪名开启立案调查。当事人对此进行自诉，也很少成功。”郭小明解释道。

尽管如此，“紫丝带妈妈”群体仍然一直致力于通过法律手段解决问题。据朱莉介绍，通过法律途径维权，目前“紫丝带妈妈”群里 40 个与抚养权判决有关的妈妈中，有近 30 个人的孩子已经回来。

朵朵被抢的当天，正是新修订的未成年人保护法实施首日。在此之前，法律对父母一方抢夺、藏匿孩子的行为缺乏相关规定。

新法明确规定：不得以抢夺、藏匿未成年子女等方式争夺抚养权。

有观点称，新未保法虽然有上述规定，但没有规定违法后果，实际作用可能有限。不过，郭小明和许多“紫丝带妈妈”对此仍寄予厚望。

“法律对抢夺、藏匿孩子的行为是不认可的，那么在未成年人抚养权的判决上就会充分考虑这一点。因此，在遇到孩子遭受抢夺、藏匿的情况时，当事人要注意收集相关证据。”郭小明说。

他还建议，及时出台有关司法解释，在反家暴法中增加相关内容，并且在拒执罪的认定上增加涉及抚养权纠纷等人身权内容。“很多妈妈已经走到执行阶段，如果能够通过拒执罪给予男方较大的威慑力，将有利于问题解决。”

针对孩子被抢夺、藏匿后求助无门的困境，全国政协委员、天津市妇联兼职副主席陈中红建议，推广广东省佛山市顺德区“多模式+云记录”抚养探视机制，借助抚养探视 App 或小程序，为双方在线上开设抚养探视微信档案，双方在该程序中就探视对象、探视时间、接送地点进行沟通、全程留痕、不可更改，作为变更抚养权或申请强制执行的依据，法官可据此就不履行或履行不到位责任一方依法处理，对情节恶劣的采取拘留或移送公安机关启动追究刑事责任程序，遏制抢夺、藏匿未成年人的违法行为。

采访中，有法官提醒，抚养权问题是婚姻关系解除后，当事人必然面对的孩子随哪一方共同生活的问题。直接抚养方的确定，并非否定非直接抚养方与子女间的权利义务关系，更不是双方在担任“父母”角色上的比拼，仅仅是法律出于保护离婚自由和未成年人健康成长而对既有家庭安排或者分工的一种尊重。唯有当事人双方在子女问题上始终保持沟通、合作的态度，才能实现未成年子女的利益最大化。

作者丨法治日报见习记者 张守坤　全媒体记者　赵丽

来源丨法治日报

编辑丨渠洋 朱婵婵 范琳松

《中华人民共和国婚姻法》——揭开中国婚姻法治的新篇章

2021-07-23 民主与法制周刊
https://mp.weixin.qq.com/s/017mVRFd03XsrGFd5NBqmw

1950 年 5 月 1 日,《中华人民共和国婚姻法》（以下简称 1950 年婚姻法）开始施行。这是新中国成立后颁布的第一部具有基本法律性质的法律，颁布时间比 1954 年宪法还要早 4 年。

这部只有 8 章 27 条的新中国首部法律，彻底颠覆了“父母之命，媒妁之言”的传统婚姻，废除了包办买卖婚姻、纳妾、男人随意停妻休妻等封建婚姻制度的糟粕，其确立的“婚姻自由、一夫一妻、男女平等、保护妇女儿童合法权益”四大基本原则也一直沿用至今，成为中国婚姻家庭立法的基本旋律。

1950 年婚姻法不仅体现出党对妇女儿童的特殊关爱，也是党用法律手段保护妇女权益、推动男女平等的伟大创举，揭开了中国婚姻法治的新篇章，扛起了“破旧立新”的新中国法律拓荒者的重任。

一部历经 41 次修改的法律草案

中国共产党对婚姻家庭法律的重视可以追溯到革命年代。从延安到西柏坡，中国共产党历来重视婚姻家庭立法。早在 1931 年，毛泽东亲自签发《中华苏维埃共和国婚姻条例》，明确提出婚姻自由、男女平等、一夫一妻等原则，这些都成为新中国制定婚姻法的重要参考。后历经修改，于 1934 年正式颁布了《中华苏维埃共和国婚姻法》。

实际上，新中国第一部婚姻法的起草工作从 1948 年就已经开始了。

1948 年 9 月，解放战争进入全面战略反攻阶段。9 月 20 日，中共中央在西柏坡召开了解放区妇女工作会议，会议探讨了如何建立一套新民主主义的婚姻家庭制度。

会议期间的一个傍晚，时任中央妇委会副书记（代理书记）邓颖超对妇委会的同志们说：“少奇同志让咱们过去一趟，要布置新的任务。”

在住处，刘少奇对大家说：“新中国成立后，不能没有一部婚姻法，我们这么个五亿多人口的大国，没有一部婚姻法岂不乱套了？这个任务交给你们中央妇委会，你们马上着手，先做些准备工作。”他还嘱咐大家，要深入调查研究解放区的婚姻状况，总结解放区这些年来执行婚姻条例的经验教训，反复讨论，再动手起草。

1948 年 10 月 5 日，会议闭幕前一天，刘少奇到会作重要报告，他专门在报告的最后部分讲到婚姻法问题：“婚姻问题是妇女工作的重要组成部分。现在时机已经成熟了，你们现在就要组织力量起草新婚姻法，建立新民主主义的婚姻制度。”

解放区妇女工作会议结束后，中央妇委会立即成立了婚姻法起草小组。由邓颖超主持，成员有帅孟奇、杨之华、康克清、李培之、罗琼、王汝琪。

党史资料显示，1950 年婚姻法从起草到结稿的一年半中，历经 41 次修改，每章每条都是字斟句酌。据中央妇委会委员、曾参与起草 1950 年婚姻法的罗琼生前回忆：“讨论问题时，大家开诚布公，畅所欲言。因为这是为新中国和五万万同胞起草的婚姻法，大家都意识到它的分量。”

一次自上而下彻底的大解放

经过多次专题调研和反复修改，草案于 1950 年 1 月呈送党中央，之后还被分送给各民主党派、中央人民政府、全国政协以及各司法机关、群众团体征求意见，反复讨论和修改。1950 年 4 月 13 日，中央人民政府委员会第七次会议审议通过婚姻法草案，于 1950 年 5 月 1 日正式实施。由此，中国民主法治建设翻开了第一页。

1950 年婚姻法共 8 章 27 条。该法第一章第一条便开宗明义：“废除包办强迫、男尊女卑、漠视子女利益的封建主义婚姻制度。实行男女婚姻自由、一夫一妻、男女权利平等、保护妇女和子女

合法权益的新民主主义婚姻制度。”此外，1950 年婚姻法还让妇女有了姓名权，并规定婚后实行夫妻共同财产制。

很多人都会发出一个疑问，为什么新中国颁布的第一部法律会是婚姻法？

“这就必须要提及当时一个重要的历史背景——土地革命已开始，而这场变革最重要的内容之一就是解放生产力。”中国政法大学教授、中国法学会婚姻家庭法学研究会会长夏吟兰说，妇女是推动生产力发展的另一半力量，而要想把妇女从家庭当中解放出来，首先就要推翻封建婚姻家庭制度，解除包办买卖婚姻的束缚，对建设新国家尤其重要，这是制定 1950 年婚姻法的一个重要动因。通过颁布婚姻法，国家用立法的方式把妇女从家庭当中解放出来，实现了自上而下的彻底的大解放。

随着 1950 年婚姻法的实施，妇女地位有了飞跃式的提高，很多妇女走上了工作岗位，有了劳动的权利，实现了经济独立，从而获得了独立的社会地位，这对妇女来说是极其重要的变革。

一场声势浩大的普法教育

解放初期，评剧《刘巧儿》风靡全国。该剧讲述了农村姑娘刘巧儿爱上了劳动模范赵振华，在妇女主任和马专员的帮助下，打破父母包办婚姻，奋起抗争，终于获得自主自由、美满幸福婚姻的故事。剧中有这样一段家喻户晓、广为传唱的唱段：“我的爹在区上已经把亲退，这一回我可要自己找婆家。”

“自己找婆家”的这种婚姻自由，在今天看起来再正常不过，但在当时可以说是石破天惊。

1950 年婚姻法打破了存在几千年的封建婚姻家庭制度，但真正实现婚姻自由显然不可能一蹴而就。尽管在 1950 年婚姻法正式实施的前一天，即 1950 年 4 月 30 日，中共中央就专门下发《关于保证执行婚姻法给全党的通知》，但这部法律在颁布实施后仍然遭受了巨大的阻力，甚至出现了种种问题。

1951 年 9 月，中央人民政府政务院在《关于检查婚姻法执行情况的指示》中指出，包办、强迫与买卖婚姻，在许多地方，特别是在农村中，仍然大量存在。干涉婚姻自由与侵害妇女人权的罪行时有发生，甚至严重到迫害妇女的生命，致使全国各地有不少妇女因婚姻问题而被杀或自杀。

伴随土地改革基本完成，抗美援朝战争即将结束，婚姻法的宣传贯彻工作被提上了日程。

1953 年 2 月，中央人民政府政务院发布《关于贯彻婚姻法的指示》，明确 1953 年 3 月作为宣传贯彻婚姻法的运动月。在这个月内，必须充分发动男女群众，特别是妇女群众，展开一场声势浩大、规模壮阔的群众运动，务使婚姻法家喻户晓，深入人心，发生移风易俗的伟大作用。

就这样，一场声势浩大的宣传贯彻婚姻法的群众运动在全国城乡轰轰烈烈地展开。据统计，全国 70%以上的地区都开展了婚姻法的宣传贯彻运动，受到教育的成年人口达 1.4 亿人，占全国成年人口的 42.2%。通过运动月的宣传，广大群众特别是青年男女，对于婚姻法的内容有了比较全面正确的了解，结婚登记也逐渐被群众所接受。

值得一提的是，运动月后我国还出现了第一次离婚高潮。有数据显示，1953 年法院受理的离婚案件高达 117 万件。对此，有专家指出：“20 世纪 50 年代初形成的第一次离婚高潮，标志着我国封建主义婚姻家庭制度的崩溃，是我国妇女解放的重要步骤之一，符合当时历史要解放生产力的要求，推动了社会主义革命和建设的发展。”

“回顾历史，可以说，1950 年婚姻法具有里程碑意义。”夏吟兰称，这部法律所带来的影响不仅在中国，而且在世界范围内都是标志性的，向全世界庄严宣布中国婚姻家庭制度的新时代已经来临。（记者 朱宁宁）

来源：法治日报

七、学者、法官、检察官、律师、公证专题

（一）理论学术动态、学者视点

高其才：维系中国人有脸面生活的习惯法——以浙东蒋村婚姻成立习惯法为考察对象

2021-07-09 法治现代化研究 高其才
https://mp.weixin.qq.com/s/vOBeJqqNJGuMtMl2Rl-Oew

作者简介：高其才，清华大学法学院教授，法学博士。
学科编辑：吴欢
文章来源：《法治现代化研究》2021 年第 3 期
赐稿邮箱：fzxdhyj2016@163.com
推送时省略全部注释，引用请以发表版为准

刊物简介

《法治现代化研究》是经国家新闻出版广电总局批准创办并公开发行的学术期刊，国内统一出版刊物号 CN32-1869/D，是国内专注法治现代化研究的学术期刊，由著名法学家公丕祥教授任主编。期刊前身为《法制现代化研究》集刊，现由南京师范大学和江苏省法学会主办，双月刊，逢双月 15 日出版。

内容提要

随着新时代我国社会主要矛盾的深刻变化，法治建设应当面向人民美好生活需要加强理论与制度供给。通过习惯法维系有脸面的生活，有助于理解法治与美好生活的关系。基于田野调查，浙东蒋村的婚姻成立习惯法包括相亲规范、订婚规范、搬嫁妆规范、结婚规范、回门规范、满月规范等。根据习惯法成立婚姻，能够使新人获得体面、家庭收获情面、社会拥有场面，从而维系乡村共同体中有脸面的生活。习惯法维系有脸面生活的实践具有仪式性与实惠性同具、物质性和精神性融合、个体性和社会性统一等特点。随着社会变迁加速和法治建设深化，以习惯法维系中国人有脸面生活的实践受到一定挑战。我们需要思考现代法治建设形构新的行为方式和生活模式的可能、局限与困难。

关键词：习惯法；婚姻；生活；脸面；浙东

一、问题的提出

我国宪法第 5 条第 1 款规定，中华人民共和国实行依法治国，建设社会主义法治国家。2014 年《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》指出：“全面推进依法治国，总目标是建设中国特色社会主义法治体系，建设社会主义法治国家。这就是，在中国共产党领导下，坚持中国特色社会主义制度，贯彻中国特色社会主义法治理论，形成完备的法律规范体系、高效的法治实施体系、严密的法治监督体系、有力的法治保障体系，形成完善的党内法规体系，坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进，坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设，实现科学立法、严格执法、公正司法、全民守法，促进国家治理体系和治理能力现代化。”这表明，我国法治建设已经踏上了全面推进依法治国、建设社会主义法治国家的新征程。党的十九大报告指出，中国特色社会主义进入新时代，我国社会主要矛盾已经转化为人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分的发展之间的矛盾。随着新时代我国社会主要矛盾的深刻变化，法治建设应当面向人民美好生活需要，持续加强理论与制度供给。

从民众个体角度理解，面向美好生活需要的法治建设制度安排，意味着要通过法治保障民众过有脸面的生活。这种有脸面的生活可以从两个方面来解读：一是法治能够满足个体的生活需要，即通过制度设计基本地保障和满足个体生活需要；二是在满足个体生活需要的基础上，通过法治达致社会关系的和谐，以及人与人相处的融洽，或者说达致个体之间的群体生活的美满状态。法治实践中的若干事实表明，现代法治建设与维系中国人有脸面生活之间存在着某种紧张关系，这体现了当代中国法治建设的艰巨性、曲折性。因此，需要摆脱将“人情社会”作为“法治社会”对立面的困境，从中国社会、中国文化、中国法本身来理解保障中国人过有脸面生活的制度安排，从广义角度来把握法治建设中包括非国家法意义上习惯法在内的法，真切地思考法与中国人包括婚姻在内的社会生活的关系，从而为面向美好生活需要的法治建设奠定坚实基础。

婚姻作为中国人一生中最重要的，同时具有鲜明社会性的民事行为之一，历来受到民众的普遍重视。《礼记·昏义》就强调“昏礼者，将合二姓之好，上以事宗庙，而下以继后世也，故君子重之，是以昏礼纳采、问名、纳吉、纳征、请期，皆主人筵几于庙，而拜迎于门外，入揖让而升，听命于庙，所以敬慎重正昏礼也”。秉承传统，当今浙东蒋村的婚姻成立习惯法包括相亲规范、订婚规范、搬嫁妆规范、结婚规范、回门规范、满月规范等，内容涵盖婚姻成立各方面各环节的行为，权利义务明确清楚，效力具体严格。从法的角度考察，婚礼等婚姻成立习惯法具体规范了男女婚姻的缔结行为，为婚姻成立提供了必要的合法性。进言之，婚姻成立习惯法主要调整婚姻关系当事人之间及其双方家庭、家族的关系，也调整与婚姻当事人相关的亲友邻关系，能够使相关当事人满足个人体面、获得家庭情面、拥有社会场面，从而维系相关当事人有脸面的生活。立基于此，本文拟根据浙东蒋村婚姻成立习惯法的田野调查材料，来探讨非国家法意义上的习惯法与中国人有脸面生活的关系及其意义。

本文的材料主要来自在蒋村的几次田野调查：2011 年 11 月 13 日（农历十月十八）的蒋村包家女儿与邻镇江家儿子订婚调查，2010 年 11 月 12 日（农历十月初七）蒋村石家嫁女搬嫁妆调查，2010 年 11 月 10 日（农历十月初五）蒋村向家儿子与外镇尚家女儿结婚调查，2010 年 11 月 13 日（农历十月初八）蒋村向家儿子与外镇尚家女儿满月调查。在调查过程中，笔者参与观察了这些婚姻成立的主要过程，访问了有关当事人，询问了一些村人，察看了相关文书。根据这些个案素材，本文将在理解浙东蒋村婚姻成立习惯法主要规范和具体功能的基础上，分析婚姻成立习惯法的祭祀规范、礼物规范、仪式规范、宴席规范、文书规范等与婚姻生活的关系，探讨习惯法在维系当事人有脸面生活方面的作用，思考当代中国习惯法在中国人生活中的意义，以期引起学界对这一论题的进一步关注。当然，通过浙东蒋村婚姻成立习惯法来探讨以习惯法维系中国人有脸面生活的命题，存在一定的局限性，其普遍性意义、代表性价值可以做进一步讨论。

二、习惯法维系新人有体面的生活

婚姻成立以婚姻关系当事人为主体。蒋村婚姻成立习惯法突出满足婚姻关系当事人的需要，在社会层面认可和肯定婚姻的缔结，以维系新婚夫妇有体面的生活。在中国，结婚意味着夫妻二人开启风风光光的、红红火火的新生活，进入全新的生活阶段和人生历程。新婚夫妇有体面的生活，可能蕴含着婚姻关系当事人四个方面的生活意义：（1）露脸。在婚姻成立各环节的仪式上，结婚的男女双方成为亲朋好友关注的焦点和村邻谈论的中心。在普通人的生活中，成为社区中心、作为众人注意焦点的露脸机会并不很多，婚姻成立对新人而言就是十分难得的露脸时机。（2）受祝。婚姻关系当事人受到家人和亲友族邻的祝福，各方友好人士庆贺他们的成人，祝福他们进入人生的新阶段。（3）新生。婚姻成立是一个承前启后的阶段，从此男女双方成家立业，有了新的角色、新的责任、新的担当，婚姻关系当事人的生活

开始有了更全面的内容、更丰富的内涵。（4）融入。对婚姻关系当事人而言，婚姻成立还意味着融入的开始。新婚夫妇在双方家庭进一步、全面的融入，特别是在中国这样的以男娶女嫁婚制为主的社会，女方到了男方家以后，面临着与男方家庭成员的相处、与亲友的相处、与村邻的相处，乃至与更广泛的社群成员的相处。为满足新婚夫妇有意义的体面生活需要，蒋村婚姻成立习惯法通过祭祀规范、礼物规范、仪式规范等，强化婚姻成立对婚姻关系当事人生活的意义，保障新人新生活的开始，维系新人有体面的生活。

（一）遵循祭祀规范获护佑

除了少数近十几年开始信仰基督教、天主教的家庭外，蒋村的大部分村民信仰佛教和道教，重视祭祀菩萨和祖宗。在婚姻成立过程中，蒋村村民遵循祭祀规范准备供品向菩萨和祖宗行礼，使新人获得佑护，获得认同和安全感。进言之，婚姻成立对新人来说，意味着开始新的生活，并且希冀这个生活是一种幸福的生活、体面的生活。蒋村婚姻成立习惯法要求一系列祭祀仪式，连接着新婚夫妇与菩萨和祖宗，沟通着新人与神、鬼。新人期待借此获得护佑。

2010 年 11 月 10 日，蒋村向家儿子结婚当天凌晨，曾按照习惯法举行“享仙”（又称“向仙”）仪式。深夜两点多，男女双方按约定时间同时进行，包括祭菩萨、祭神和祭祖宗、祭鬼两个环节。向家儿子在父母和一位姑姑的陪同下，备好酒、饭、鱼、肉、菜、点心、水果等供品祭祀菩萨和祖宗，在禀告结婚的同时期望得到所有神灵和祖先的护佑。此举意在给新婚夫妇的新生活提供权威性的安全支撑。在焚烧纸钱后，新郎遵循习惯法中的放生规范，在父亲的陪同下将一条“供”过的活蹦乱跳的鱼放生到村外一处水比较大、比较清的河里。对新婚夫妇而言，此举具有开始新生活的有关生命与责任的特殊象征意义。

结婚三天后举行满月仪式时，向家也根据习惯法进行了祭祀。在蒋村，婚姻成立习惯法还包含结婚后新婚夫妇的回门仪式和满月仪式。满月仪式本应在结婚一个月时进行，现为方便改在结婚后的三五天时进行。满月时，新娘的外婆、父母和叔伯姑舅姨等男女长辈共两桌人，会携带礼物到男方家看望新娘，关心她的婚后生活，特别是新娘的父母，随赠礼物品种多、花样全。满月时也会依俗举行祭祀仪式，具有表达感谢和祈祷保佑之意。不过，满月祭祀菩萨所用的供品，按规矩应由向家媳妇的娘家提供。女方娘家拿来贡品的多少和质量的高低，是女方家财力的展示，也反映了娘家对于新娘在婆家生活的支持，令其有面子，使得她更好地融入婆家的生活；如果婆家试图对新娘子有所怠慢，就不得不考虑她背后娘家的这样的支撑力量。女方娘家的财力雄厚和家境殷实，为新娘子更有脸面、更有地位的婚后生活提供了保障。与“享仙”仪式男女双方分别向菩萨祖宗祈求保佑不同的是，满月祭祀时新婚夫妇共同在一起点蜡烛进行祭祀。这意味着新郎新娘合为一体，成为一家人，成为新开始的体面生活的共同主体。值得注意的是，在满月祭祀后给菩萨、祖宗烧纸钱时，纸钱是垫在芝麻秸秆上面烧的。这与蒋村村民在除夕、清明等祭祀时的烧纸钱方式不同。这是借“芝麻开花节节高”的语义，期待新人在菩萨、祖宗的关心、保佑下，新生活红红火火、有头有脸。这是对新婚夫妇有体面的新生活的一种美好祝福和祝愿。

（二）依照财礼规范强保障

蒋村婚姻成立习惯法还通过规范新人双方互送财礼，以保障新人有体面的生活，如订婚时互送礼物，订婚时男方向女方致送彩礼，结婚时女方陪送嫁妆等。这些礼物有强烈的象征意义，蕴含着对新人开始有体面生活的美好祝福。

2011 年 11 月 13 日，蒋村包家女儿与邻镇江家儿子订婚时，包家按习惯法准备了铁树、万年青、葱和新装等送给男方，以表示对男方的尊重。包家送了两棵铁树，象征着婚姻稳固长青。铁树上和花盆里放了很多装饰品，如花盆面上放了一张红纸，红纸上放有染过的彩色棉花籽、花生和糖果。棉花籽和花生意味着多子，意味着传宗接

代。按照传统农业社会的一般观念，没有孩子就不可能生活得有意义或者说有头有脸。新人有体面生活首先是子孙满堂，这既是传宗接代方面的祝愿，也是希望新人婚姻长长久久、百年好合。铁树的枝叶上还吊挂着一些桂圆、枣子、元宝状巧克力等，均与吉祥、祝福有关，象征着新人生活的甜甜蜜蜜、早生贵子。包家还向江家送了一棵放在钢精锅中的万年青和一把放在钢精锅中的葱。万年青寓意新人的婚姻长长久久；葱寓意新人的生活一直往上冲。钢精锅内还放有一些大米和红豆。大米象征新人衣食无忧；而红豆在蒋村这个地方通常叫作赤豆，方言谐音为“出头”，意在祝福新人出人头地，过体面的生活。两个盆里还各放一大盒用红纸包好的火柴，寓意新人的生活红红火火。

在订婚时，男女双方也要互送礼物。包家给男方送的定情物有四件，包括一只金戒指、一条金项链、一块手表、一身衣服（西装、衬衣、领带、皮鞋），花费近 3 万元；另有见面钱 10800 元。这身衣服是新郎来女方家参加订婚宴和结婚时所穿的。这既是女方家对新郎的情感表达，也是财力的展示。江家则给女方送了一只白金戒指、一只金手镯，共两件金器，约 1 万多元，所费少于女方。

订婚时男方给女方彩礼，既是向女方表达男方的诚意，表达男方家对女方的肯定和重视，也为新人今后的体面生活奠定物质基础。包家女儿与邻镇江家儿子订婚时，江家送了 242800 元现金作为聘金，另送见面钱 12800 元。按照习惯法，女方给的见面钱的金额要比男方给的少，以示男方对女方的重视和尊重，凸显女方的地位。按照习惯法，女方家通过嫁妆的形式把彩礼的一部分或者全部，甚至还要再加钱备办丰厚的嫁妆给男方家，为新婚夫妇过上有脸面的生活奠定基础，所以嫁妆意味着女方家对于自己女儿未来体面生活的一种态度。如果嫁妆丰厚，女方显然很有脸面，能够为婚后的体面生活提供保障。尚家女儿的嫁妆包括一辆汽车、家用电器、卧室用具、厨房用品等。在嫁妆中，依俗有火熜、马桶、万年青、葱等必备的陪嫁品。火熜内放打火机（寓意红红火火）、蚊香（寓意香火接续）、年糕（寓意年年高升）、馒头（寓意天天大发）等。黄锃锃的火熜提手边还扎着鲜红的丝绳，出嫁时由伴娘手拿火熜跟在新娘旁。已无实用功能的小马桶内，放两个红蛋、花生、枣子等物品。这些陪嫁品满含着对新婚夫妇早生贵子、多子多福、香火接续的祝福，是对新人红红火火的体面生活的真诚祝愿。

（三）遵守敬酒规范受祝福

在蒋村，婚姻成立习惯法规定了新人向来宾敬酒，亲朋好友为难新人，新娘吃上轿米饭，新娘给父亲叔伯和兄弟点烟等一些特别的程序，体现亲朋好友对新婚夫妇开始体面生活的祝福。

2011 年 11 月 13 日，在包江订婚日中午男方家的订婚宴上，准新娘按风俗由男方母亲、准新郎陪同到各桌，向来喝喜酒的各位亲戚朋友敬酒，成为订婚宴上的中心人物，认识各位至亲好友，接受亲友的祝福。而在订婚日晚上女方家的订婚宴上，准新郎也由女方父亲、准新娘陪同到各桌，向来喝喜酒的各位亲戚朋友敬酒、敬烟，成为大家瞩目的焦点。2010 年 11 月 10 日，在向尚结婚日中午女方家的结婚宴上，新郎遵规由一位女方家能说会道的亲戚和几位伴郎陪同，向各位亲戚朋友敬酒、敬烟，成为人生中少有的露脸时刻。而在结婚日晚上男方家的结婚宴上，新娘成为全场的中心人物，并在新郎和几位伴娘陪同下逐桌敬酒，在这人生的喜庆时刻接受亲友的祝福，同时加深新人与亲友之间的相互了解。

按照习惯法，新娘家每位亲友的喜糖、喜烟由新郎提供。不过，在结婚日中午女方家的结婚宴上，伴娘和一些跟新娘家关系比较亲近的亲友，往往按例进行“考糖”（或者叫“敲糖”），即在新郎敬酒时提出猜谜语、搭台子、答问题等，借以难为新郎，如新郎无法完成或回答错误、回答不出，则这些女方的亲友根据习惯规范，可以要求新郎再给额外的喜糖、喜烟或者红包。这既是给新郎以体面和尊重，增加新婚的热闹气氛，令其对结婚过程印象深刻，同时也在某种程度上告诉

新郎：我们的新娘是有闺蜜、有实力亲友的，她是有身价的，是八抬大轿明媒正娶的，你应当善待和厚爱新娘。这对新娘子而言也是一种体面和尊重。而在结婚日晚上男方家的结婚宴上，新娘在敬酒时被一些男方亲友为难，则主要为增加喜庆气氛，增加新婚的欢乐感，让新娘难忘露脸的光彩照人时光。同时，也消除新娘与男方家亲友间的疏离感和陌生感，表达男方家亲友对新娘的接纳。

此外，新娘在出嫁上轿前要吃上轿米饭，这是新娘在自己娘家吃的最后一顿饭，象征着跟过去单身生活的告别，也是对新生活的祝福。在送亲的过程中，新娘按照习惯法也要给自己的父亲和叔叔伯伯点烟，感谢养育之恩；给为自己捧出嫁鞋子的兄弟点烟，感谢陪伴之情。所有这些环节、程序都与新人今后的生活有直接关联。习惯法的这些制度安排都意涵着新郎新娘有体面生活的全新开始。

三、习惯法维系家庭有情面的生活

在中国社会，婚姻既是新郎新娘的结合，也是新人双方家庭的融合。对此，蒋村婚姻成立习惯法也通过制度安排，借以维系新人双方家庭有情面的生活。缔结婚姻为双方家庭乃至家族的大事、喜事，联姻后的双方家庭成为儿女亲家，要来来往往，融洽相处。习惯法维系双方家庭、家族有情面的生活，大致蕴含着以下生活意义：（1）喜庆。男婚女嫁，成家立业，传宗接代，这是双方家庭的盛大喜事，婚姻成立的整个过程都洋溢着喜庆的气氛。（2）分享。通过联姻，男女双方家庭血缘共同体、地缘共同体的成员同喜同乐，分享喜悦。（3）酬谢。男女双方家庭通过设宴和送喜糖、喜烟感谢亲戚朋友村邻。（4）联谊。双方家庭借订婚、结婚之机保持往来，叙旧联谊，维系感情。（5）弥合。如以往与某个或某些亲友存在一点误会、过节、矛盾，男方家庭或者女方家庭便借着结婚这个机会创造条件予以化解，消弭隔阂。（6）平衡。男方家庭添丁进口，而女方除了得到男方的礼物、彩礼等物质赠予外，更多的有一个声名传扬的问题，得到精神方面的尊重。正如英国学者哈耶克所指出的那样：“尽管一些群体会为了实现某些特定的目的而组织起来，但是所有这些分立的组织和个人所从事的活动之间的协调，则是由那些有助益于自生自发秩序的力量所促成的。”蒋村婚姻成立习惯法通过媒人聘请、文书赠予、礼物互赠、隆重迎亲、密切来往等规范和程序，增进男女双方家庭的情分，维系新人双方家庭有情面的生活。

（一）遵循媒人规范有中证

“父母之命，媒妁之言”为中国古规，现今的蒋村奉行自由恋爱，“父母之命”已基本不复存在。但是，媒人依据婚姻成立习惯法仍然具有必不可少的地位和不可或缺的作用。当今的年轻人不像过去那样，男女青年交往少、认识途径不多，他们通过各种机会相识相恋，有许多根本不是通过媒人介绍而认识的，亦即婚姻的成立并非建立在媒人牵媒拉线的基础上。但是，按照习惯法，男女双方家庭仍然需要各请一位媒人，即“现存媒人”以为婚姻成立的中证。包江订婚时的两位媒人即为“现存媒人”，向尚结婚时的两位媒人也类似。两位媒人在男女双方家庭间传话递信，在订婚和搬嫁妆时到场，在结婚时出席证明，这些为婚姻成立创造了形式要件，避免双方家庭直接交涉所导致的不便、尴尬与情分的损耗。蒋村婚姻成立习惯法规范媒人的中介人、传话人、证明人、调停人等地位和作用，维护双方家庭的共同利益，促进双方家庭因联姻而形成的情义。媒人的存在，符合婚姻成立“明媒正娶”的习惯法要求，使男女双方家庭的联姻具有了合法性、正当性基础，使婚姻成为光明正大而非偷偷摸摸的社会行为，从而维系了男女双方家庭有情面的生活。

（二）遵行文书规范定名分

男女双方家庭通过联姻结为亲家，既是相互尊重的过程，也是相互尊重的结果。为增进双方家庭之间的情分，获得相互尊重，蒋村的婚姻成立习惯法作了相应规定，订婚时男方向女方递送

“日子帖”和“舅帖”即为典例。“日子帖”是有关结婚日期的文书，由男方在订婚时送给女方，内文明确载明选定哪一天、哪个时辰结婚。“舅帖”为结婚时请小舅子即女方兄弟来男方家喝酒的请帖。按照习惯法，“日子帖”和“舅帖”为订婚文书、结婚凭证。在蒋村，订婚时男方须向女方递送“日子帖”和“舅帖”，这是男方家庭尊重女方家庭的重要体现，表明男方家庭与女方家庭联姻的合法性、正式性、庄重性、有效性。这是男方家庭“正娶”，即正式迎娶女方的习惯法表达，是双方家庭有情有面的主要呈现。

“日子帖”和“舅帖”基本上沿袭传统的做法和写法，由亲戚中或者村中略懂古仪的人士写成。如 2011 年 11 月 13 日包江订婚时的“日子帖”，硬面、红色，外封有“缘定今生”字样，内文从右到左竖写：“谨选公元二〇一二年农历三月十六日下午四时举行婚礼特此预闻忝婚眷弟江贵利敬礼。”“舅帖”外封为请柬，比“日子帖”大，内文从右到左竖写：“谨詹公元二〇一二年农历三月十六日下午时刻渚杯茗奉迎玉趾祗聆雅叙伏祈早临勿却幸甚右启大道德包府诸位舅兄先生台下忝姻侍生江贵利敬礼。”“日子帖”和“舅帖”的落款均为男方父亲。递送“日子帖”和“舅帖”，避免了口说无凭的尴尬，满足了习惯法婚姻成立的形式要件，男方在给女方脸面的同时获得了情面。

（三）按照礼物规范添情意

“礼轻情意重”，蒋村婚姻成立习惯法规范了男女双方家庭在婚姻成立过程中赠送礼物的行为，旨在通过送礼增加双方家庭的情分，维系新人双方家庭有情面的生活。为了表现出男方家的深情厚意，订婚的时候男方家需要给前来参加订婚宴的女方及其女性亲友准备礼物，展示男方的经济实力和情谊，如 2011 年 11 月 13 日，包江订婚宴后女方及其亲友离开时，男方家给女方及其每位女性亲友赠送了一包喜糖、一包喜烟、一箱饮料、一条被套。搬嫁妆时也要赠送礼物，如 2010 年 11 月 12 日，男方家依规向女方蒋村石家送一些物品，如猪腿、肘子、活鸡活鸭、鱼、喜糖、烟花爆竹等；女方家自然要回礼，不可能把礼物全部收下，比如送过来一对鸡，女方家就把其中一只鸡回过去等。这表达了男方家庭对迎娶女方家女儿进门的一种态度，使女方家庭有情面，也体现了女方家庭对男方家庭的尊重。男方家结婚宴结束，新娘兄弟即小舅子们离开时，男方家除了送一包喜糖、一包喜烟给他们以外，还需要额外再准备礼物赠送，如 2010 年 11 月 10 日，蒋村向家给每一位阿舅送的是一口高压锅。满月时，新娘的长辈带水果、点心等礼物来男方家。满月宴后新娘的长辈亲戚返回时，男方家则回送礼物给他们。这表明了男女双方的有来有往、你有情我有义。“礼多人不怪”“礼尚往来”，婚姻缔结过程中的以礼相待、礼物赠予，表面看是物品，实质上是情意。这实为最为精深微妙的自我意识的一种社会表达。

（四）遵照迎亲规范显诚意

迎亲为婚姻成立的关键程序。男方按照习惯法隆重迎亲表达对女方的尊重、对婚姻的重视，并同时表达向社会的通知和宣告。在蒋村，除了订婚时的迎亲，最主要的是结婚时的迎亲。2011 年 11 月 13 日，在包江订婚时，男方家庭派准新郎带车队到女方家请准新娘和陪同亲友来自己家参加中午的订婚宴。接送的车辆尽可能高档、豪华且同款。车队抵达和离开男方家时，男方鸣放烟花爆竹以示欢迎和欢送。结婚时的迎亲仪式依习惯法尤为隆重。蒋村迎亲过去多用船，现多用小汽车。男方家庭托亲靠友、想方设法准备接亲用的若干辆小汽车，敲锣打鼓、吹吹打打去女方家接亲。热闹、喜庆的场景映衬出男方家庭对迎娶新娘的用心、诚意，间接地表达对女方家庭养育新娘的感激。2010 年 11 月 10 日，蒋村向家去迎亲的队伍中，一位伴娘手拿一只火熜，到女方家后交给女方家。女方家也准备了一只火熜，女方家的长辈亲友将男方家火熜内的打火机等寓意喜庆、吉祥的物品与女方家准备的年糕、馒头、蚊香等同类物品混装、合放，再由男方家的伴娘将

两只火熜带回男方家去。这意味着双方家庭的圆满联姻。

（五）遵循来往规范增了解

男女双方家庭有情面的生活是在婚姻成立过程中，双方家庭依据习惯法通过密切来往维系，正如费孝通先生所言，“来来往往中系维着未了的人情”。订婚时，陪同准新娘去男方家的近 20 位女性亲友（舅妈、姨妈、嫂嫂、闺蜜等）负有“察家”的使命，她们需要尽可能全面的了解男方的家庭情况、经济情况、亲友情况等。这么多的女方亲友去男方家，既体现女方对婚姻的慎重，也表达了对男方的尊重。这一交往，增进了女方家庭对男方和男方家庭、亲友的了解。按照蒋村习惯法，有一些重要人物在婚姻成立过程中起着不可或缺的作用，如在结婚当天上午，2010 年 11 月 10 日女方尚家新娘的一位弟弟到男方家请新郎中午来女方家喝酒；晚上，女方家须派十来位新娘的亲兄弟、堂兄弟、表兄弟等平辈人作为阿舅到男方家喝喜酒，为新娘撑场面；离开男方家前，新娘弟弟需要到新房为新娘抱被子。这些新娘的亲人与男方家的互动往来，为双方联姻的一种友好情意的表达。满月时，女方家的长辈来男方家看望新娘，在表示对新娘的挂念、关心的同时也表达对男方家庭接纳、包容、照顾新娘的感谢之情。通过交流增加男女双方家庭家族之间的了解和理解，表达进一步友好往来的愿望和态度。通过习惯法的规范，新人双方家庭建立情感性的关系。而情感性的关系通常都是一种长久而稳定的社会关系。这种关系可以满足个人在关爱、温情、安全感、归属感等情感方面的需要。当然，除了满足情感方面的需要之外，个人也可以用这种关系作为工具来获取他所需要的物质资源。

四、习惯法维系社会有场面的生活

人生活在社会之中，依赖群体而存在。婚姻是具有社会意义的重要行为，为新人家庭所在社区成员所关注和积极参与，并依据习惯法获得社会肯定和认可，获得社会支持。蒋村婚姻成立习惯法通过规范仪式、宴席、送礼等以维系社会有场面的生活。根据婚姻成立习惯法，婚姻于新人家庭所在社区、社群相关亲友邻居而言是一件大事。一定范围社会成员积极参与一种兼具权利和义务的行为，使婚姻成立呈现出热热闹闹的排场和风风光光的体面。结婚对与新人相关的社会成员有以下意义：（1）见证。亲戚朋友邻居参加婚姻成立的各个环节，作为亲历者见证和参与婚姻的成立。（2）承认。社会成员通过参加婚礼、婚宴而认可、肯定婚姻的效力，承认新婚夫妇的结合。（3）来往。借由婚礼增加了男女双方家庭族亲友邻的相互往来，大家保持走动，保障相互之间社会关系的连续性和正常性。（4）活力。婚姻成立意味着社区、社群的正常发展，表征着这个群体繁衍生息功能的正常状态。（5）和谐。通过婚姻成立，展示出社群和谐、美好、团结、协作等和美状态。各方人士的参加、参与、协助、帮忙，社群的凝聚力、向心力通过婚姻得以展现。在蒋村，新人家庭大多广泛邀请宾客，村民按照婚姻成立习惯法接受邀请、致送贺礼、享用喜宴，新人家人声鼎沸、熙熙攘攘、门庭若市，宾客和新人家庭共同努力形成结婚的盛大场面，成为社区的热闹场景。新人家庭和受邀宾客遵循习惯法获得通过关系、尊严、名声抑或虚荣心实现的社会性面子。

（一）按照喜酒规范邀宾客

婚姻为人生大事，也为新人家庭数年乃至十多年社会往来中的盛事。蒋村的新人家庭通常尽力要排场、讲体面，遵循习惯法邀请宾客前来喝喜酒。新人家庭一般根据自己的能力确定规模，邀请客人时大多考虑世代来往的亲戚、关系密切的朋友、守望相助的村邻等，根据礼尚往来原则确定具体名单，并通过送书面请帖、上门或电话告知等方式邀请。邀请时明确邀请人数，即邀请全家还是户主一个人。邀请通常提前若干时间完成，以利宾客空出时间准时参加。在蒋村，为保障婚礼的顺利进行，新人家庭特别需要专门请好帮忙的人，如总管、伴郎伴娘、接送车辆和司机、锣鼓手、婚礼司仪等。婚礼事务繁杂，婚姻的圆满成

立需要众多人员的协助和支持，防止出现尴尬场面。新人家庭拥有良好而广泛的社会关系、深厚的社会人脉，呈现宾客如云的场面，这是婚姻成立有脸面的关键。

（二）遵守贺喜规范送祝福

一方有事，八方来帮。面对结婚这样的大事，接到邀请的族亲友邻按照习惯法有义务积极参与，出钱出力，共同努力使婚礼不冷清、有气氛、有场面。在蒋村，订婚于女方家庭更有意义。订婚宴一般邀请长辈参加，请他们一起分享幸福。这些参加订婚宴的长辈一般依习惯法准备一个红包，有的在准新娘敬酒时直接给她，有的给女方家庭或者男方家庭，表达自己的喜悦和肯定之情。而双方家庭通常不会收下，一则是长辈的年龄大且收入有限，不能让他们破费，仅仅是请他们来知悉、见证和热闹一下；二则礼尚往来，收下礼金就意味着以后要回礼，而长辈今后没有什么大事要办，回礼的机会极少。根据什么标准来收礼或者不收礼，男方家和女方家都有自己的考虑。送红包与拒收红包、还红包表达的都是一种尊重，更多的是社会层面的精神、名誉、声誉的表现和肯定。结婚的场面需要更多人的参加、花费更多的财力。受到邀请的族亲友邻按照习惯法给新人送礼金表示对新人的祝福，对新郎家添丁进口开始新生活的一种祝愿。如 2010 年 11 月 10 日，向家儿子结婚时，有村邻送了 1680 元礼金。依蒋村传统规范，结婚送礼金具有某种互助的性质。结婚需要耗费较多金钱，有时候就需要通过亲友“众筹”的方式解决，尤其是有些经济条件差的家庭，可能往往是先借钱来办婚宴，之后再用收的礼金把债还了。当然有些家庭可能经济条件比较好或者想简单一点，所以可能不收礼金。但是，总体而言，送与收、送与不收都是一个场面上的表达，都是给男方家一个面子。受邀的族亲友邻如实在没有时间出席婚宴，往往提前向新人家表示歉意并送上礼物，即人不到礼到，进行补救性的表达。社群成员积极参加婚礼，体现了“众人拾柴火焰高”的样态，表达了平衡的正义感觉，使婚姻成立过程热闹、喜庆、有人气，保障新人、新人家庭和整个社群有脸面。历史地看，中国社会、文化中重视社群关系的取向不仅体现在观念上，而且体现在社会结构之中，并为社会结构所强化。

（三）遵行婚仪规范进洞房

敲锣打鼓、烟花爆竹迎娶新娘为结婚的隆重场面，同时蒋村婚姻成立习惯法还规定了结婚典礼这一婚姻成立的核心仪式，以集中展现婚姻的社会性、排场性。遵循习惯法，新郎家的堂屋须准备一张八仙桌，点上一对花烛，摆上糖果。新娘被迎进新郎家后，新郎新娘站立在桌子前，由司仪主持简短的结婚仪式，一拜天、二拜地、三拜高堂、四谢亲友、五夫妻对拜后，由花童手举点燃的花烛引导送入洞房，结婚仪式就圆满完成。举行结婚仪式时，族亲友邻站在屋内外观礼，共同见证新人的婚姻成立。典礼后，新郎家依俗将放在桌上的糖果撒向空中，观礼者特别是孩童纷纷抢捡这些糖果，一瞬间场面热闹，欢声笑语一片。大家共同分享着新人的幸福，营造着村社中欢庆的气氛。

（四）依照宴席规范谢亲朋

婚宴是结婚时社会性场面最明显、最集中的展示，婚宴的规模和酒菜的质量反映了新人家庭的财力和诚意，成为社会对新人家庭实力和脸面的主要评价标准。蒋村婚宴以晚宴为重，故订婚时男方家的婚宴在中午，女方家的婚宴在晚上；结婚时女方家的婚宴在中午，男方家的婚宴在晚上。订婚宴的规模通常小于结婚宴的规模。2011 年 11 月 13 日包家女儿与江家订婚时，男方订婚午宴有 6 桌，女方订婚晚宴有 7 桌。2010 年 11 月 10 日向家与尚家结婚时，女方家结婚午宴有 27 桌，男方家结婚晚宴有 30 桌，另外 10 月 2 日男方家在饭店已经办了 12 桌。婚宴的桌数是排场的直接体现。来宾的数量和身份衡量着新人家的社会地位和社会声誉。婚宴是新人家对来宾的招待和答谢。通常新人家尽力提升酒菜的质量，盛情款待参加婚礼的族亲友邻。蒋村地处浙东，生活水平

比较高，即便自己买菜请厨师在家里做，一桌包括鱼翅、龙虾等菜品的婚宴也要 4000 元左右。酒菜质量往往成为亲友议论的焦点，自然也成为新人家力撑的场面。

（五）根据礼物规范共庆祝

结婚后的新人，特别是新娘要尽快融入新郎的家庭、家族、村邻、社群：一方面新娘要嘴甜腿勤、心灵手巧，另一方面习惯法也进行了一些辅助性的制度安排。族亲友邻通过参加婚礼、婚宴而认识新娘并进行一定的了解。“远亲不如近邻”，女方家为了让自己女儿尽快的融入新环境，也注意通过各种方式创造条件，力撑社会场面。如满月时，新娘的长辈亲戚会力尽所能送来水果、糕点等礼物，男方家则按照习惯法将这些礼物每种一样分装成几十袋分送给周围的村邻，共同分享结婚的喜庆。这一袋礼物内的数量因女方家所送而有一定差别。如果女方家经济财力比较雄厚，满月时送来的礼物就数量多、种类全、质量好。在这一送礼物的过程中，女方家的场面和男方家的场面都有明显体现。如一家的袋里有 18 样，而另一家的袋里则只有 14 样，村邻的印象可能就会有所不同。村邻收到礼物，特别是收到品类多、质量佳的礼物，往往会对新娘、新娘家庭、新郎家庭产生一个比较好的印象，为新郎新娘婚后的顺利生活奠定一个良好的基础，也将为新郎新娘今后的个人行动提供便利。

五、总结与思考

法或法律对国家来说意味着一种统治和管理的工具，对社会来说意味着一种社会秩序建构的权威来源。而从民众的角度、从对普通人生活意义的角度认识，法或法律可能更多地意味着保障正常的生活、维系正常的秩序，满足对美好生活的追求。因此，我们需要从生活的角度来理解包括习惯法在内的法的意义。从蒋村婚姻成立习惯法的具体内容可以发现，习惯法的生活意义和精神意涵体现在维系新人有体面的生活、维系家庭有情面的生活、维系社会有场面的生活等方面。习惯法通过形成共同价值观维系着中国人有脸面的生活，从而满足生活需要，维持人情往来，实现社会认同，维护社会关系。

习惯法维系中国人有脸面的生活，通过三个方面来具体体现和展开：第一，“东西”（用具），即备足礼具。按照习惯法，婚姻成立涉及一些各具特色的用具，这些用具的含义直接跟吉祥、祝福、喜庆等有脸面的生活相关。第二，“规矩”（规范），即遵循礼规。维系有脸面的生活，婚姻成立习惯法详细规定婚姻成立的条件、程序、仪式以及参与各方的权利义务及其责任，约束力极强。第三，“意思”（观念），即符合礼义。婚姻成立习惯法表达了普通民众生活中的尊重、沟通、合作、团结、和谐、互助、幸福、正义等观念、理念，调整了一种有脸面生活所涉及的社会关系。习惯法维系有脸面的生活具有几方面的特点：第一，仪式性与实惠性同具。这些习惯法既呈现一种表面上的形式意味，也保障一种物质层面的实际利益。第二，物质性和精神性相融合。如习惯法关于男方家庭对于女方女儿的肯定、接纳与欢迎的制度安排，这一精神性的情感与尊重内涵通过很多诸如礼物、礼金等物质性东西表达出来，因此表现出物质性和精神性相融合的特质。第三，个体性和社会性相统一。根据婚姻成立习惯法，婚姻既是一个个人结伴、关怀、需要等的满足，也是一个社会族群繁衍、家庭延续等社会性功能的满足，因而体现个体性和社会性之间是统一的。

蒋村婚姻成立习惯法对有意义生活的这种维系，较好地处理了心与力、实与虚、近与远、亲与疏、义与利等关系，将这些生活中的复杂关系给予了妥当性的安排，恰当地对待和处理了民众生活中新人个体、新人家庭、相关群体等多元因素，使之得到社会的肯定和认可，获得社会的支持和保护。

习惯法维系中国人有脸面的生活，通常借助五个方面的力量予以保障：第一，神灵保佑。离开了菩萨、神灵，尘世间民众有脸面的生活就可能缺乏安全性。民众的自然崇拜为有脸面的生活奠定了心灵基础。第二，祖先庇护。婚姻为传宗接代

的行为，婚姻成立习惯法的不少制度安排都寓意要征得祖先的知晓和同意，获得祖宗的肯定和保佑。第三，众人互助。婚姻成立需要族亲友邻的帮助和支持，依赖众人的共同参与和互助。第四，家庭努力。男女双方家庭通过一二十年的共同努力，在经济实力、社会人脉等方面打下良好的基础，在长期的社会往来中确立良好的社会形象和社会声誉。第五，个体辛劳。作为婚姻成立的当事人，新郎新娘更需要付出全部的精力、十足的努力建构社会关系以享有有脸面的生活。习惯法所维系的有脸面的生活，取决于这些多方面因素的合力。

不容忽视的是，随着社会变迁和法治发展，以习惯法维系中国人有脸面生活的实践受到一定挑战。一方面，民众的固有生活意义发生了一定的变化。受个体主义、自由主义观念的影响，一些年轻的新人对过去家族式社会或者群体生活维持下的安全保障、群体合作等有新的理解，一些固有的生活意义在消解，一些新的生活意义在生长。另一方面，法治建设对民众生活的影响在加大，习惯法对有脸面生活的规范和保障功能正在受到压挤，习惯法对民众生活的影响在减弱。我们需要正视这种变化，思考民众固有生活的何方面意义应予延续和保留，探究习惯法维系固有生活的变化状况，把握现代法治建设形构新的行为方式和生活模式的可能、局限与困难，使习惯法逐渐融入现代法治之中，使中国人能够继续过具有新内涵的有脸面的生活，不断实现美好生活的需要。

推送责编：谌婉如

学术 | 吴国平：后位继承制度的立法立场比较与立法价值探析

2021-07-06 法学学术前沿 海峡法学
https://mp.weixin.qq.com/s/FTmRU7MSNyUVIrWN91PNfw

后位继承制度的立法立场比较与立法价值探析

作者：吴国平，福建江夏学院教授，国际教育学院院长。
来源：《海峡法学》2021 年第 2 期。

近几年，涉及后位继承的继承案件不断呈现。在我国《民法典》编纂过程中，对于后位继承（包括后位遗赠，下同）制度是否应当纳入《民法典》中，学者们进行了一些探讨。在人大代表中，也有一些代表主张我国《民法典》应当确认后位继承制度，而我国立法机关最终并未采纳赞成者的意见，但这并不意味着问题已经解决、学术研究可以画上句号。2020 年 6 月 16 日出版的第 12 期《求是》杂志发表的习近平总书记的重要文章《充分认识颁布实施民法典重大意义，依法更好保障人民合法权益》中指出：要加强民事立法相关工作。民法典颁布实施，并不意味着一劳永逸解决了民事法治建设的所有问题，仍然有许多问题需要在实践中检验、探索，还需要不断配套、补充、细化。要坚持问题导向，在新的实践基础上推动民法典不断完善和发展。因此，在《民法典》颁布并实施的大背景下，仍然有许多问题值得深入研究与探讨。本文拟就各国对后位继承制度的立法态度以及后位继承制度的立法价值作初步的探讨，以期能够抛砖引玉，并为我国《民法典》实施之后的立法完善或者司法解释的制定提供参考。

01 后位继承制度的起源与功能

所谓后位继承，又称为次位继承、替代继承，它是指遗嘱人在遗嘱中对遗产继承设定了某种条件或者期限，并于继承开始后、遗嘱所指定的某种条件成就或者期限到来时，前一位继承人所继承的财产又移转给后一位继承人承受的一种特殊继承制度。在后位继承法律关系中，依照遗嘱指定而直接继承遗嘱人遗产并负有向后一位继承人

移转遗产义务的继承人称为前位继承人，也称为先位继承人；在条件成就或期限到来时，依遗嘱的指定而从前位继承人手里取得遗嘱指定遗产的继承人称为后位继承人，或者次位继承人。

后位继承（Nacherschaft）是国外继承法上的一个概念。它起源于罗马法中的遗产信托制度。遗产信托是指遗嘱人在遗嘱中明确表示将自己的遗产的一部分或者全部委托给作为继承人或者受遗赠人的受托人，由受托人根据遗嘱人的意愿，在某种条件成就或者某个期限到来时，将遗产转交给各受益人的制度。依据遗嘱而占有遗产并负有交付义务的继承人，实际上是遗产的受托转交人，并不是现代法律意义上的继承人。依传统的罗马法理论，遗嘱最核心的内容是继承人的指定。但因当时其市民法对遗嘱继承和遗赠规定了比较严格的条件，对遗嘱继承人和受遗赠人的指定有诸多限制，且继承人的范围比较窄。体现在：首先，不能指定给不具有继承能力的人。例如：妇女、异邦人、尤尼亚拉丁人、“不确定的人”（例如在立遗嘱时尚未出生的人）、不满 30 周岁的奴隶等。其次，遗嘱人可以在遗嘱中为继承人的设立附加生效条件。例如要求被指定的继承人必须履行一定（指定）的义务，但是又不允许附加解除条件。遗嘱人不能规定某人在其一生中或者某一时间是自己遗产的继承人，且在该继承人死亡时，由其他人接替其成为继承人；继承人不能向其他人转让因继承所得的遗产。再次，遗嘱不能为继承人的设立（指定）附加期限。优士丁尼《法学阶梯》中指出：“不能自某时起或自某时止地指定继承人，例如，‘于吾死后 5 年’；或‘从某日起’或‘到某日止’成为继承人”。同时，在奥古斯都到君士坦丁一世的相当长的时间内，未婚和已婚但无子女者接受遗产能力都被加以种种限制。遗嘱人欲通过遗嘱来实现遗产的直接传承比较困难。为了规避法律限制，以顺利完成遗产的转移，在民间就产生了遗产信托行为，意在通过受托人的诚信来实现遗嘱人传承遗产的意愿。在操作上，遗嘱人便将某一市民通过遗嘱立为继承人（受托人），委托其在自己死亡时将该遗产转交给遗嘱指定的受益人。遗嘱信托制度也就在罗马法中应运而生了。当时的遗嘱信托的重要意义在于实现遗产继承或者说实现遗产的转移。但由于当时的遗产信托不是依据法律，而是以遗嘱方式规避法律的禁令，并通过受托人将遗产转移给不具有继承能力的人。可见，当时的遗产信托所依据的是受托人的诚信（良心），经过发展后才逐渐被认可并被赋予了法律的强制力。到了优士丁尼时期，遗产信托制度被并入遗赠制度中，并为后世的后位继承制度奠定了基础。在现代社会，为了充分尊重遗嘱人的意愿，使其可以根据其遗产状况和死后可能出现的情况，并按照自己的意愿来确定继承人的顺序和继承份额，确保遗产得以传承，一些国家通过立法设立了后位继承制度。

02 各国对后位继承制度的立法态度考察

由于国情与法律传统等方面的的差异，目前，对于是否承认后位继承制度，各国的立法态度存在差异，具体可分为承认、反对、折衷和未置可否四种立法例。

（一）承认后位继承

持肯定态度的国家，均在立法上明文规定了后位继承制度。其典型代表是德国、瑞士、希腊、瑞典、奥地利、埃塞俄比亚、意大利等国家。其中，以《德国民法典》的规定最为详尽。《德国民法典》第 2100 条至 2146 条规定了后位继承的内容，明确了后位继承人的范围、后位继承顺序的设置、前位继承人与后位继承人各自的权利义务、前位继承人的处分权、前位继承人对后位继承人应当承担的责任、后位继承人的请求答复询问权、后位继承的开始及其效果等内容。《德国民法典》第 2101 条还规定，发生继承时尚未孕育的人也可作为后位继承人。此外，《德国民法典》第 2096 条至 2099 条还规定了替补继承。遗嘱人可以在遗嘱

中，就前位继承人的位置在继承开始前或者开始后出现空缺时的替补继承的人选进行事先指定。该法典第 2190 条和第 2191 条还就补充遗赠和后位遗赠问题作出了规定。德国通说认为后位继承人的地位属于期待权且不可剥夺，但此项权利可以继承或者转让。《瑞士民法典》首先在第 473 条规定了物权可以进行分割，即遗嘱人可以在遗嘱中将其全部遗产的用益权以遗嘱形式全部分给其生存配偶。《瑞士民法典》第三编“继承法”第 14 章“遗产处分”中规定了后位继承指定。该法典第 488 条至第 492 条规定了后位继承的主要内容，包括先位（即前位）继承人的担保方法、后位继承人的指定、前位继承人与后位继承人的权利地位、遗产交付时间等内容。《瑞士民法典》第 488 条规定指出，处分遗产时，被继承人可将把继承遗产交由后位继承人这一项义务附加给指定继承人，但是对于后位继承人不能再次附加上述义务。奥地利是世界上第一个把前位继承人与后位继承人之间的法律关系同时写进民法典的国家。《奥地利普通民法典》第 604 条规定了后位继承制度，其内容与德国、瑞士民法典基本相同，但在该制度的名称表述上，《奥地利普通民法典》第 608 条将该制度称为“用益取代”或“世袭的替补继承”，可见，《奥地利普通民法典》把后位继承制度理解成现代意义上的补充继承制度。《意大利民法典》第 692 条规定则在较严格意义上允许遗嘱人在遗嘱中设立后位继承。

（二）禁止后位继承

持否定态度的国家在立法上明文禁止设立后位继承。其典型代表是匈牙利、法国等国家。《匈牙利民法典》第 645 条对后位继承作出禁止性规定，即如果遗嘱人在遗嘱中指明继承全部或部分遗产的继承人，应于某种条件成就或者期限到来时，将遗产所有权转移给另一人的处分行为自始无效。受法国大革命的影响，中世纪时的《法国民法典》曾明文规定禁止后位继承，后为了制止某些遗嘱人生前挥霍钱财而损害子女的利益，于 2006 年通过修改条文内容来维护家族财产的传承与安全，但要求按继承顺序来继承。《法国民法典》第 896 条规定“禁止替代”，内容就包括对于指定继承人或者受遗赠人对其继承（受赠）得来的财产进行保管并向特定第三人进行移交的行为为无效行为。英国法中也没有后位继承制度的规定，英国是通过信托的途径来解决遗嘱执行与遗产管理的问题。即先指定一人管理信托财产，其后再指定另一人管理，时间上如同大陆法系国家一样设有一定的限制，适用“永久权利禁止原则”。而对于不动产之处分，从继承开始时以生存之人在其死亡后不超过 21 年为限。

上述国家之所以禁止后位继承，主要是基于以下两点考虑：第一，后位继承的设立使遗嘱人的遗嘱自由得到了最大程度的尊重，但它同时影响和妨碍了前位继承人对该遗产的财产所有权的行使，违背民法的公平原则；第二，后位继承的设立造成前位继承人所继承的遗产长期处于静止状态，这不仅不利于财富的流转，还会阻碍社会经济的发展。

（三）折衷主义态度

持折衷主义立法态度的国家，在其民法典中既没有明文规定后位继承制度，也没有明确禁止后位继承制度，而是实行类似于后位继承的其他制度来解决现实生活中的问题。日本和西班牙是折衷主义立法例的典型代表。例如《日本民法典》第 985 条、第 994 条和第 995 条规定了被日本学界称为“后继遗赠”的附停止条件和附期限遗赠制度，在实际运行中，受遗赠人在一定程度上也是以前位遗赠人的角色出现的，但附停止条件或附期限的遗赠制度并不能完全代替后位继承制度的功能。《西班牙民法典》的情况也类似，该《法典》第 790 条至第 805 条规定了附条件和附期限的继承与遗赠制度。《马耳他民法典》第 759 条规定遗嘱中“某物的用益权被留给一人，而该物

的所有权被留给另一人”。该条规定虽然没有明确规定后位继承制度，但其将用益权和所有权分离，并分别给予不同人的行为模式也类似于后位继承制度。

（四）未置可否

持这种立法态度的国家对后位继承制度既不表示赞成，也不表示反对。例如中国、韩国、朝鲜、越南民法典以及泰王国民商法典。我国 1985 年 10 月 1 日起施行的《继承法》中没有规定后位继承制度。虽然在司法实践中出现过不少后位继承方面的案件，但最高人民法院的司法解释对此也没有作出任何规定。

03 我国对后位继承制度的实践探索、理论分歧与立法现状

（一）司法实践的积极探索

本文先从一则遗嘱继承案例说起：张甲与曾某系夫妻关系。2006 年 4 月某日，张甲请人代书立下一份遗嘱。主要内容有：（1）张甲去世后，若曾某未改嫁，则曾某由其子张乙负责赡养，位于龙山镇和铁运巷的私房可以供曾某居住；（2）铁运巷私房的所有权归张乙拥有；（3）若曾某改嫁他人，则其不能在铁运巷的私房内居住，需经张乙同意后方可改在龙山镇的私房里居住。立遗嘱后若干年后，张甲去世，曾某向人民法院起诉，请求人民法院认定张甲生前所立遗嘱无效。此案经一审法院审理认为：遗嘱人张甲在其所立遗嘱中，以曾某是否改嫁他人作为居住铁运巷和龙山镇私房前提条件的内容因违反法律规定应认定为无效，遗嘱的其他内容具有法律效力，因此，认定由其子张乙继承遗嘱人张甲的遗产，享有全部讼争屋的所有权；现被告张乙拒绝提供该讼争屋给原告曾某居住，曾某无权居住。对曾某的诉讼请求，法院不予支持。

本案中的受案法院并没有对遗嘱人遗嘱中所涉及的后位继承的相关内容进行具体分析，而是直接认定遗嘱中该部分无效。我们从法理上分析，就不难看出本案中遗嘱人所立的遗嘱是典型的含有后位继承内容的遗嘱。曾某为前位继承人，张乙为后位继承人。当遗嘱人张甲去世时，其妻子曾某依据张甲所立遗嘱的内容而成为前位继承人，对遗嘱所指定的房屋享有居住权（包括居住和使用的权利），但无处分权。此时张乙还不能继承遗产。只有当曾某改嫁或者死亡时，才发生后位继承，而此时曾某则丧失房屋居住权并应将该房屋转移给张乙。当张乙拒绝曾某居住于讼争屋时，曾某无权以享有居住权为由进行抗辩。遗憾的是，该案一审法院直接认定该部分后位继承遗嘱无效，这直接导致遗嘱人的遗嘱自由无法实现，还造成曾某丧失了居住权。而事实上，遗嘱人张甲是希望其妻子曾某在自己去世之后，能继续居住在讼争屋里，同时，也希望遗产最终由儿子张乙全部继承，以确保自己的财产能够向下自然传承。而二审法院虽然认为一审判决有误，并作出了撤销判决，但二审法院判决的法律依据是我国《继承法》第 21 条附义务遗嘱的相关规定，并直接认定张甲的遗嘱为附义务遗嘱，据此认为只有张乙履行了遗嘱人生前所设定的义务，才能继承遗产。张乙应当确保曾某的居住权。

综上，本案中受案法院没有对遗嘱中涉及后位继承的内容进行具体的分析，直接认定遗嘱中该部分无效。这既与目前我国法律上未明确规定后位继承制度有关，也与主审法官对案件所涉民事法律关系的认定不够全面准确也有一定关系。

此外，我们从《2019 年中华遗嘱库白皮书》中可以了解到，后位继承这种继承模式近年来呈现不断上升的趋势。此类遗嘱占所有遗嘱的比例，由 2013 年的 23.12%上升至 2018 年的 30.56%，且还会不断上升。可以预见，后位继承模式在我国民间将得到比较广泛的运用。因为它在保障当事人权益，实现自然人的遗嘱自由方面有着不可忽

视的重要作用。事实上，过去自然人之间发生的遗产纠纷并没有我们想象的那么多，与遗嘱制度能够有效发挥作用有很大的关系。

（二）学界关于后位继承制度的探讨

在《民法典》编纂过程中，后位继承制度是否应当“入典”是一个具有争议的问题。主要有“否定说”与“肯定说”两种不同的观点。否定说多以后位继承难以确定遗产所有权的最终归属为由，认为该制度使遗产的最终归属处于不确定的状态，违背了财产所有权理论。李双元、温世扬教授在其主编的《比较民法学》一书中提出：遗嘱继承制度的主要作用在于能够确定遗产所有权的最终归属。而后位继承与此恰恰不相符合。因为前位继承人依据遗嘱所取得的财产权利只是遗产的保管权，而不是财产所有权。当遗嘱中规定的特定条件发生或者期限到来，前位继承人应将该遗产转交给后位继承人。当条件不成就时，则前位继承人又变成了遗产的所有权人。如此，就会导致遗产的所有权处于一种不稳定不确定的状态。刘定华、屈茂辉、郭明瑞、房绍坤、彭诚信、关涛等知名学者也持相同观点。郭明瑞、房绍坤教授甚至还认为：遗嘱继承人继承了遗产后，该遗产的所有权就已经转移给遗嘱继承人；遗嘱人在遗嘱中如果又同时指定了后位继承人，就侵犯了该遗嘱继承人已经取得的所有权（含财产的处分权）。因此，他们认为不应当承认后位继承和后位遗赠。如果需要给予“后位继承人”或者“后位受遗赠人”相关的利益，则可通过对遗嘱继承人或者受遗赠人附加义务即可解决，没有必要再指定后位继承人。

近年来越来越多的学者赞成我国引入后位继承制度。特别是在启动《民法典》编纂的背景下，许多学者从民法体系化的立法构建的角度，对后位继承制度设立的必要性、法理依据、实践需求、制度架构和内容设计等多方面提出了许多有益的见解。早在 1990 年，刘春茂教授在其主编的《中国民法学·财产继承》一书中提出“我国继承法应当承认后位继承。”1998 年，张玉敏教授在其主编的《继承法教程》中就曾经简要介绍了古罗马法和德国、瑞士、奥地利等国家对此的立法态度，并认为后位继承本身具有一定的积极作用，主张立法上对后位继承应给予肯定。中国人民公安大学的刘文教授也提出过同样的主张。但此前的学者们大多只是对后位继承制度的确认提出了初步建议，对其理论与立法问题并没有进行系统深入的探讨与梳理。2002 年，黑龙江大学杨震、孙毅教授在其发表的《论后位继承制度的立法选择及法的构成》一文中，从后位继承的概念、后位继承与遗嘱自由、后位继承法律关系的构成等三个维度对后位继承问题进行了较为系统深入的研究，论证了确认后位继承制度的必要性，明确提出我国继承立法应承认后位继承的效力，引发了学界的关注与探讨。他们认为，在我国继承法理论和司法实务上，是明确承认附条件遗嘱和附期限遗嘱的效力的。而对于后位继承，则完全可将其看作是一种具有关联性的附条件遗嘱继承或者附期限的遗嘱继承。具体而言，对前位继承人来说，后位继承是一个附解除条件或附终期的遗嘱继承，而对后位继承人而言，后位继承就是一个附延缓条件或附始期的遗嘱继承。后位继承制度的功能已经覆盖了附条件和附期限继承制度的功能。为处理后位继承中的复杂情况，立法应当大量采用推定的方式来弥补遗嘱人意思表示的不足。中国人民大学法学院杨立新教授在其专著《家事法》一书中指出：目前在我国社会中，后位继承是存在的，只是因为法律对此没有明文规定，所以数量不是特别大。杨立新教授对后位继承立法是持肯定态度的。他强调指出：后位继承人实质上是遗嘱人对指定继承人的继承人的指定，是遗嘱人的真实意思表示，我们没有理由不予尊重。黑龙江大学法学院王歌雅教授也撰文主张在进行遗嘱体系设计时，应注意拓展遗嘱继承的渠道，在立法时增设后位继承制度，明确后位继承人的选

择、前位继承人与后位继承人的推定、前位继承人的权利和义务、后位继承人的遗产取得以及后位继承的消灭等内容。以杨立新、杨震、王歌雅教授为牵头人的《继承法》修正草案建议稿课题组起草的《中华人民共和国继承法修正草案建议稿》中也明确规定了后位继承制度的内容（第 39 条至第 43 条）。

（三）我国《民法典》的立法现状

在我国《民法典》编纂过程中，这一问题也引起人大代表的关注。十三届全国人大常委会第十一次会议对《民法典》“继承编”（草案）二审稿进行分组审议时，刘修文委员建议设立后位继承（遗赠）规则。他具体解释说，后位继承，指可以将遗产继承给尚未出生的人，给予遗嘱人更多选择，将遗产留在家族内部。此前，在 2015 年 11 月 27 日《全国人民代表大会法律委员会关于第十二届全国人民代表大会第三次会议主席团交付审议的代表提出的议案审议结果的报告》中，高广生等代表提出议案，建议修改继承法，建立后位继承等制度。

目前，我国《民法典》中虽然规定了遗嘱继承和遗赠制度，但就法律条文的文字内容来看，并没有后位继承制度的规定，只是在“继承编”第 1152 条规定：“继承开始后，继承人于遗产分割前死亡，并没有放弃继承的，该继承人应当继承的遗产转给其继承人，但是遗嘱另有安排的除外。”这里的“但书规定”是否包括“遗嘱规定了后位继承的除外”还不得而知。目前出版的有关《民法典》继承编的权威释义书籍中也未提及，这一现状留给人们无限遐想的空间。

04 我国立法确立后位继承制度的重要立法价值

笔者主张在我国立法上应当承认与引进后位继承制度。我们现在要做的事情就是在《民法典》实施过程中针对具体问题，不断探索并总结经验，进行系统化的梳理与研究，并提出具体的立法思路与建议。对于后位继承制度的立法构建问题，为节省篇幅，笔者已有另文探讨，在此不展开阐述。而对于我国立法上为什么要承认与引进后位继承制度，笔者认为，其必要性或者说是立法价值是非常明显的，体现在以下方面。

（一）有利于切实保障遗嘱人的遗嘱自由

我国《民法典》第 113 条规定：“民事主体的财产权利受法律平等保护。”第 124 条规定：“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。”第 1133 条规定：“自然人可以依照本法规定立遗嘱处分个人财产，并可以指定遗嘱执行人。”“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。”遗产继承关乎老百姓的切身利益与法治需求。我国宪法和法律保护自然人的财产权和遗嘱自由权，目的就是为了保护自然人财产流转的安全性、稳定性，继承法律制度所要解决的核心问题就是财产所有权人死亡后其私人财产如何移转与传承问题。在继承领域，当事人的遗嘱自由是我国《民法典》第 5 条规定的自愿原则（即意思自治原则）的具体体现。法官、律师等专业人士在办理遗嘱继承类案件时，会在当事人的遗嘱中看到如下表述，如“在我过世后 XX 号房屋归我妻子所有，妻子过世后 XX 房屋就归我的子女所有”，或“我去世后 XXX 号房屋先归妹妹所有，希望我的孩子年满十八周岁以后，妹妹将 XXX 号房屋交还我的孩子”。含有此种表述方式的遗嘱就属于“后位遗嘱”。遗嘱人是否能够设立遗嘱来规定居住权和遗产传承问题，是其一项重要的财产权利。确认后位继承制度，就能够确保遗嘱人按照自己的意志在法定范围内自由处分自己的合法财产，确保自己的财产在设定居住权之后还能够向自己的继承人自然传递。

（二）有利于切实维护财产继承关系当事人（特别是继承人）的合法权益

我国《民法典》“物权编”第十四章专章规定了居住权制度（第 366 条至 371 条）。《民法典》第 371 条规定：“以遗嘱方式设立居住权的，参照适用本章的有关规定。”《民法典》第 1152 条规定：“继承开始后，继承人于遗产分割前死亡，并没有放弃继承的，该继承人应当继承的遗产转给其继承人，但是遗嘱另有安排的除外。”为什么在设立居住权后还要设立配套的后位继承制度？我们综合《民法典》的这些规定并把它们作为一个整体来理解和把握时，可以看出，第一，我国《民法典》设立居住权的方式有多种。除了通过遗嘱设立以外，还可以通过签订合同方式设立（《民法典》第 366 条），甚至可以通过人民法院的判决来设立（《民法典》第 229 条）。第二，遗嘱人可以通过遗嘱方式设立居住权。即遗嘱人可以通过遗嘱方式为配偶、对自己尽过较多扶助义务的人（例如保姆、邻居等）和特定的继承人（例如被继承人有多个子女，但其中一个子女因为身体疾病、生活困难无处居住等原因与遗嘱人共同居住，而遗嘱人通过遗嘱设立居住权来保障该需要帮扶的子女）设定居住权。第三，目前《民法典》仅仅规定居住权制度并不能解决遗产的自然传递问题。换言之，居住权制度只是解决了遗嘱人死亡后，特定的居住权人的居住问题，没有解决当居住权人死亡或者居住权消灭的具体事由出现时（例如居住权期限届满）该房屋如何继承的问题，并有可能使该遗产的继承问题复杂化。无论从理论上还是实践上看，居住权制度代替或者涵盖不了后位继承制度。如果没有后位继承制度相配套相衔接，居住权制度本身并不能解决或者平衡居住权人和继承人之间的利益分配问题。第四，我国《民法典》没有排斥后位继承。结合《民法典》第 371 条和第 1152 条规定的精神来看，笔者认为，《民法典》本身并没有排斥后位继承，而恰恰相反，我国《民法典》中允许遗嘱设立居住权的规定可以看作是更类似于折中主义，即《民法典》的现有规定给后续立法和司法解释留下了比较大的空间，也给当事人在遗嘱中通过设立居住权和指定遗产继承人，以平衡配偶等特定主体的居住利益和继承人的继承利益提供了法律指引。第五，当事人的遗嘱往往以遗产传承为主体内容。在实践中，从当事人所立遗嘱的内容来看，一般情况下会涉及遗嘱人死亡后有关事项的安排与嘱托，但其主体内容一般都涉及遗产继承问题，包括继承人的指定和继承份额（数量）以及特定事项的安排，同时，考虑实际需要，为避免日后产生矛盾与纠纷，有的遗嘱人也会在遗嘱中规定特定主体的居住权。但反过来说，只规定居住权内容而不涉及遗产分配的遗嘱非常罕见。因此，在实践中，居住权的设立往往是与后续的遗产继承问题一同体现在遗嘱中的。设立居住权的遗嘱从性质上说也是附义务的遗嘱，完全符合我国《民法典》第 1144 条关于附义务遗嘱的规定。因此，遗嘱人如果在遗嘱中为生存配偶设立了居住权，则继承人的继承权就是一种附义务的继承权。即继承人必须在居住权人死亡或者其他遗嘱指定事由发生时，即居住权消灭的法定事由出现时，他才能实际继承遗产。因此，后位继承是遗嘱继承的延续，遗嘱人所希望实现的遗产的最终受益人就是后位继承人。如果只设立居住权而没有规定与之相连的后位继承制度，则继承人的继承权能否得到实现与保障，就是一个未知数。这对于继承人权益的保障不利，也不利于维护家庭关系的和谐和睦。

（三）有利于预防权利冲突与继承纠纷

如前所述，如果只有居住权制度，没有后位继承制度，则容易产生居住权人与继承人之间以及相互有继承关系的继承人之间的矛盾和冲突，也不利于居住权和遗嘱人生前意愿的实现。在生活中，特别是对于再婚家庭而言，再婚老人立后位继承之遗嘱的目的，大多是出于保障其生存配偶的“居住权”与保护子孙继承利益的考量。一方面，使生存配偶之合法利益能够得到有效保障，

避免在其死后其配偶因对方子女为难而陷入生活困境；另一方面，遗产最终可以归于自己的直系晚辈血亲，而非落入姻亲后代或旁系血亲后代甚至无亲缘关系的人手中。后位继承恰恰能够满足现代社会人们对遗嘱内容和财富利用与传承的这种多元化要求的需要。如果只保护居住权而没有后位继承制度相配套与衔接，有可能造成遗嘱人的继承人与居住权人之间的利益冲突与矛盾，反而不利于遗嘱的执行与遗嘱人意愿的落实，对居住权人和继承人的权益保障也不利。

（四）有利于实现《民法典》物权编和继承编的立法宗旨

我国《民法典》物权编规定居住权制度和继承编规定遗嘱继承制度的立法目的，都是为了确保自然人的财产及其财产权利能够得到国家法律的承认与保护，确保家庭和睦，促进安居乐业，满足人民群众对处理遗产和财富传承的现实需求。既然我国《民法典》第 1133 条规定自然人可以通过遗嘱方式将自己的个人财产遗赠给法定继承人以外的自然人等主体，为什么就不能通过遗嘱方式将自己的财产分配给自己的孙子女、外孙子女呢？这显然是说不通的。规定后位继承制度能够起到衔接继承法律规范、协调与补充继承法律关系，甚至弥补物权领域之不足的功效。

（五）有利于与《民法典》相关制度相配套适用

目前，我国《民法典》条文中并没有规定后位继承制度。但《民法典》第 371 条规定：“以遗嘱方式设立居住权的，参照适用本章的有关规定。”从该规定可以看出，我国法律允许遗嘱人在遗嘱中设立居住权。遗嘱人设立居住权的意图是为了保障配偶等特定主体在遗嘱人死亡后能够继续在指定的房屋中居住，且在配偶等特定的主体去世后，将该房屋归遗嘱人指定的继承人继承。因此，居住权问题与后位继承问题是紧密相连的。如果遗嘱人在遗嘱中设立了居住权条款，则往往都会同时设置后位继承条款，目的就在于使遗嘱人的财产能够传承下去。因此，设立后位继承制度就能够与《民法典》中的居住权制度相配套，更好地发挥法律保障自然人财产权益的综合作用，也有利于物权与继承法律制度的进一步完善。

综上所述，笔者认为，后位继承制度是继承法上不可或缺的重要制度，应在我国民法上占有一席之地。在我国已进入民法典时代的大背景下，我们应当对后位继承制度加强研究，结合司法实践，积极探析其与其他继承制度的内在关联性与立法内容，为《民法典》的后续立法或者司法解释提供理论支持。

母亲遗产给舅舅，一分钱都没留给孩子！这份遗嘱有效吗？

2021-07-08 广西高院

https://mp.weixin.qq.com/s/WOqhRMGbedpXUMQu3Yrmsw

小吴尚未成年时，母亲临终前将遗产都留给小吴的舅舅李先生。小吴将姥姥、姥爷和舅舅告上了法庭，要求获得遗产。庭上，舅舅拿出了小吴母亲亲笔写下的遗嘱，白纸黑字写着：房产和存款，全归弟弟。

一边是被继承人亲笔所书的遗嘱，一边是未成年孩子，怎么判？

法官表示：**订立遗嘱必须为缺乏劳动能力，又没有生活来源的继承人保留“必留份”**

母亲去世，一分钱遗产都没给孩子留

在小吴的童年回忆中，父母关系不怎么好。自 10 多年前开始，父母便因离婚和财产分配问题开始打官司。

最大的争议是通州区半壁店一处政策性住房。后来双方商定："谁照顾孩子，谁就获得住房"。2012 年，双方离婚，李女士向吴先生支付了一部分房屋折价款。

一段时间后，李女士又来法院起诉，要求变更抚养权，将女儿小吴的监护权给丈夫。吴先生表示不同意，法院判李女士败诉。但是第二年，李女士又来起诉，卷宗显示，李女士当时已经病得很重，孩子已经上了初中。李女士称，她实在是没有能力继续抚养孩子，自己治病尚自顾不暇，很难给她应有家庭温暖和照顾。

小吴也表示，愿意跟父亲生活。考虑到双方的实际情况和孩子意愿，法院支持了李女士诉求。

据李女士遗嘱中所述，患病期间，一直是父母和弟弟照料。想到以后只能靠弟弟照顾年迈的双亲，**她留下遗嘱：自己过世后，位于半壁店某小区的住房和自己名下的所有银行存款由弟弟继承。**

在李女士去世后，吴家父女发现小吴并没有任何遗产，于是向法院提起诉讼，要求分割继承房产、本人继承母亲银行存款的要求。

法律在继承上对遗嘱自由进行限制

庭审前，小吴的舅舅李先生拿出了李女士的亲笔遗嘱。虽然意外，小吴能看出这的确是母亲的亲笔，认可遗嘱的真实性。法官审查证据后也认为，至少从形式上，这份遗嘱具备全部要素，符合相关法律要求。

但小吴也表示，母亲过世时自己未成年，正在上学，属于缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人，依法应该得到必要的遗产份额。

负责此案相关工作的通州法院刘萍萍法官表示，遗嘱的确是给了每个人处分自己遗产的权利，但在司法实践当中，也确实会遇到当事人在订立遗嘱的时候，完全从个人好恶、偏爱出发，或者是基于重男轻女的思想，在立遗嘱时任意取消某些法定继承人的继承权，逃避对亲人应负的责任。

"法律在继承上对遗嘱自由也进行了限制。"刘萍萍说，《中华人民共和国民法典》第一千一百四十一条规定："遗嘱应当为缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额"。尽管被继承人死后，他对继承人已不存在法律上的义务，但是只要他还留下了遗产，而且只要法定继承人"缺乏劳动能力又无生活来源"的状况存在，法律就不允许被继承人以遗嘱的方式来剥夺他们继承必要遗产的权利。

刘萍萍说，谁能享有"必留份"？**需要同时具备两个条件：缺乏劳动能力、没有生活来源。**而且法定继承人是否满足这两个条件，要以继承开始的时间为准，不能以遗嘱人立遗嘱时为准。

遗产份额到底应该留多少才能达到法律规定的"必要"呢。这一方面与被继承人遗留的遗产数额有一定的关系，但更与应得到"必要遗产份额"的继承人的具体状况有关。**对于未成年子女而言，确定"必要遗产份额"的数额，应充分考虑到继承人在失去被继承人后至年满十八周岁止维持基本生活所必需的衣食住行费用及教育、医疗之所需，原则上起码应不低于当地居民的最低生活保障标准。**

如果遗嘱没有为缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额，遗产处理时，应当为该继承人留下必要的遗产，所剩余部分，才可参照遗嘱确定的分配原则处理。

李女士去世的时候，小吴 16 岁，距离她达到 18 岁的成年人标准还差两年。同时，案件审理过程中，法官发现，李女士留下的不仅有遗产，还有部分债务，也都一并由她的弟弟承担，虽然具体数额不详，但是考虑到遗产总额以及小吴所需的两年生活费、教育、医疗所需，是否存在债务并不影响最终的确定份额。

根据普通未成年公众的常规需求，法院酌定，按照每年 5 万的标准给小吴留下财产。

最终案件一审宣判，驳回小吴"分割继承房产，全部继承存款"的诉讼请求，**依法判决小吴继承遗产 10 万元。**双方未就此判决上诉，目前判决已经生效。

来源：北京日报、中国普法图片来源于网络

编辑：黄　静　审核：费文彬

亲子间赠与、债权人保护与未成年人名下房产所有权归属的认定 ——王雲轩、贺珠明执行异议之诉一案评析

2021-07-12 民事法律参考
https://mp.weixin.qq.com/s/qfXuYRsSygdRB3gAa8Z6pQ

来源：《华东政法大学学报》2019 年 3 期

亲子间赠与、债权人保护与未成年人名下房产所有权归属的认定——王雲轩、贺珠明执行异议之诉一案评析

夏昊晗

目次

一、案情概要
二、判决要旨
三、判决评释
四、结论

摘要　亲子间赠与并不违反自己代理的法律禁令。对父母出资购买并登记在其未成年子女名下房产的所有权归属进行认定，应当先行判断赠与是否成立。赠与成立，则房产为未成年人个人财产，若仅赠与份额，则为家庭共有财产。存有疑义时，推定父母具有赠与全部房产的内心真意。赠与不成立，则未对取得房产作出贡献的未成年人不应成为共有人，房产应认定为夫妻共有财产，不宜通过类推夫妻共有财产的认定或以父母出资购买并管理控制房产为由将其认定为家庭共有财产。父母之债权人的利益通过债权人撤销权制度予以保护；抽象地以损害父母之债权人利益为由将房产认定为家庭共有财产，不仅存在逻辑障碍，而且将过度限制父母的行为自由，也不利于未成年人利益的保护。

关键词　亲子间赠与　未成年人名下房产　房产所有权归属　债权人保护

在现实生活中，父母将自己出资购买的房产登记在其未成年子女名下的现象所在多有。在父母无法清偿自己的对外债务、债权人诉请强制执行该房产时，对于该房产的所有权归属问题，未成年人与其父母之债权人往往各执一词，相争不下。〔1〕司法实务对此问题的处理也殊不一致，同案不同判的现象异常突出。通过检索相关司法裁判可知，有将之认定为未成年人的个人财产者，〔2〕有将之认定为家庭共有财产者，〔3〕亦有将之认定为夫妻共有财产者。〔4〕不同认定的背后，折射出司法实务对亲子间赠与、债权人保护等相关问题的不同认识。在经过一审、二审和最高人民法院再审的王雲轩、贺珠明执行异议之诉一案中，三级法院均持“家庭共有财产论”。笔者拟结合学理对该案相关裁判文书进行评析，并对相关的法律适用问题提出意见，以期为司法实务提供参考。

一、案情概要

王永权与姚明春系夫妻关系，育有一子王雲轩。2010 年 11 月 2 日，姚明春以王雲轩代理人的名义与宜昌环中房地产开发有限公司签订 18 份《商品房买卖合同》，王雲轩当时年满 13 周岁。2012 年 8 月 24 日，因项目建设需要，王永权向贺珠明借款 1000 万元，《借款合同》约定：借款期限自 2012 年 8 月 31 日起至 2014 年 8 月 31 日止，按年支付利息 360 万元，借款到期后一次性还本及支付第二年的利息即 1360 万元；王永权将“大方县杜鹃大道投资建设项目”8%的股权抵押给贺珠明作为担保，王永权逾期 30 日仍未依约支付全部到期本金、利息的，王永权须将该股权转让给贺珠明。2013 年 5 月 6 日至 5 月 23 日，18 套房屋的所有权被登记在王雲轩名下，王雲轩当时未满 16 周岁。2014 年 8 月 23 日，王永权向贺珠明

出具《还款计划》，申请第二年利息分期支付，借款展期至 2015 年 8 月 23 日。因王永权未偿还剩余借款本息，贺珠明遂向法院起诉，其中一项诉讼请求为：确认登记在王雲轩名下的 18 套房屋属王永权、姚明春、王雲轩的家庭共有财产，在王永权、姚明春不能偿还债务的情况下，拍卖上述房产用于偿还债务。在此民间借贷纠纷中，一二审法院均将 18 套房屋认定为家庭共有财产。〔5〕贺珠明依据生效的一审判决书申请执行，一审法院裁定查封、拍卖、变卖案涉 18 套房屋。〔6〕王雲轩向一审法院提出执行异议，主张法院查封的房产属于其个人所有，要求排除执行，但被裁定驳回。〔7〕王雲轩遂以案外人身份提出执行异议之诉，在一审、二审和再审中均被裁定驳回。

二、判决要旨

（一）一审判决〔8〕

宜昌市中级人民法院将案涉 18 套房产定性为家庭共有财产，理由为：案涉 18 套商品房买卖合同签订时，王雲轩刚年满 13 周岁，没有独立的经济来源，购房款来源于父母王永权、姚明春；案涉 18 套房屋的所有权被登记在王雲轩名下时，王雲轩未满 16 周岁。按我国《婚姻法》规定，夫妻存续期间取得的财产不管登记在夫或妻名下均为夫妻共有财产，未成年子女作为家庭成员的一员，其一般没有独立的经济来源，日常生活尚且靠父母供给，其名下财产自然是家庭共有财产的组成部分，我国家庭成员的基础关系决定了未成年子女名下房产的家庭共有属性。因此，未成年人王雲轩作为家庭成员之一，其名下的财产除因继承、奖励、他人赠与、报酬、收益等合法来源获得外，不论来源于父母任何一方，都具有家庭共有财产的性质。王雲轩获得案涉 18 套房产时未满 16 周岁，系未成年人即限制民事行为能力人，不具有独立取得经济收入的能力，同时房屋也一直由王永权、姚明春夫妻用于经营，明显超出王雲轩的基本生活需要。王雲轩主张房屋归其个人所有，需举证证明系其个人劳动所得或因继承、奖励、他人赠与、报酬、收益等合法来源取得，但王雲轩无法举证证明购房款系通过上述方式取得。

（二）二审判决〔9〕

湖北省高级人民法院驳回上诉，维持原判，其理由为：涉案 18 套房屋系王雲轩父母王永权、姚明春出资购买并用于经营，虽然该 18 套房屋登记在王雲轩名下，王雲轩在形式上享有该 18 套房屋的所有权，但王雲轩取得该 18 套房屋时尚未成年，该 18 套房屋并非其个人劳动所得或因继承、奖励、他人赠与、报酬、收益等合法来源取得，因此该 18 套房屋属于家庭共有财产。

（三）再审裁定〔10〕

最高人民法院裁定驳回再审申请，认为：王永权、姚明春以王雲轩名义签订案涉房屋购买合同时间是 2010 年 11 月 2 日，王永权与贺珠明签订借款合同时间是 2012 年 8 月 24 日，王永权、姚明春将案涉房屋登记在王雲轩名下是 2013 年 6 月 4 日，此时王永权、姚明春尚未归还贺珠明借款，因此王雲轩认为其取得案涉房屋未损害贺珠明利益的理由不成立。案涉房屋一直由王永权、姚明春夫妻用于经营，明显超出王雲轩的基本生活需要。因此，原判决综合分析房屋购买时间、产权登记时间、王永权对贺明珠负债情况及购房款的支付，认定案涉 18 套房屋应为王永权、姚明春、王雲轩的家庭共有财产有证据证明。一般情况下，不动产权属证书的登记权利人即推定为实际权利人，但有证据证明购房款实际出资人不是登记权利人时，亦要根据实际出资情况确定房屋的归属。王永权、姚春明对王雲轩的赠与是否成立，不影响原判决认定案涉 18 套房屋应为王永权、姚明春、王雲轩的家庭共有财产。

三、判决评释

依据基本案情以及三审法院判决书的基本论证思路，笔者于下文检讨如下三个核心问题：其一，将父母出资购买登记在其未成年子女名下的房产认定为家庭共有财产，有无规范依据？逻辑论证存在何种问题？其二，亲子间赠与在法律上是否可能？如何认定亲子间的赠与是否成立？其三，在现行法框架内应当如何保护父母之债权人的利益？

（一）未成年人名下房产所有权归属的认定

1. 贡献：家庭财产共有人的判断标准

自 1949 年以来，我国婚姻家庭立法奉行个人本位，不再承认家庭在法律上具有独立地位。〔11〕现行《婚姻法》于其第三章“家庭关系”仅规定夫妻财产关系，而对家庭财产关系未置一词。尽管如此，家庭共有财产作为一种客观存在的社会现象，依然被学界广泛承认。在物权法著作中，家庭共有财产一般都会被作为共同共有的一种类型，与夫妻共有财产并列出现。〔12〕关于家庭共有财产的概念，学说和实务一般将之界定为“家庭成员在家庭共同生活关系存续期间共同创造、共同取得的财产”。〔13〕需要注意的是，有些法院虽然认定父母出资购买登记在其未成年子女名下的房产为“家庭共有财产”，实质上却是在“夫妻共有财产”的意义上使用该表述。〔14〕由于绝大部分法院是在“父母和未成年子女共有财产”的意义上使用“家庭共有财产”之表述，本文从之。

至于某个家庭成员是否系家庭共有财产的共有人之一，学说和实务一致将是否对形成家庭共有财产做出了相应贡献作为核心判断标准。〔15〕由于未成年人一般并无独立经济来源，无法参与家庭共有财产的形成，我国学界通说否定未成年人作为家庭共有财产之共有人的可能，除非财产系未成年人与其他家庭成员共同继承、共同接受赠与或遗赠所得。〔16〕司法实务中，亦有法院明确指出未成年人非家庭共有财产的共有权人。〔17〕这与司法实务处理离婚案件的做法是一脉相承的，因为此时家庭财产被直接定性为夫妻共有财产，未成年子女根本无权置喙。因此，与传统中国的“同居共财”不同，未成年子女无法仅凭与父母的“同居”而与之“共财”，形成所谓的“家庭共有财产”。〔18〕准此以断，王雲轩因对案涉 18 套房产的取得并无任何贡献而无从成为房产共有人之一。能够使其获得共有人身份的唯一途径是其父母赠与房产份额，然而如下文所述，三级法院或直接否定亲子间赠与的可能性，或在实质上否定亲子间赠与的效力。

2. 似是而非的论证理由

在论证案涉房产系家庭共有财产时，本案三级法院均完全偏离了上述“贡献”标准，提出了一些似是而非的理由。

（1）夫妻财产共有认定的类推适用

一审法院类推夫妻财产共有的认定，通过举重以明轻的方式将登记在未成年人名下的房产认定为家庭共有财产：既然夫妻存续期间的财产不管登记在夫或妻名下均为夫妻共有财产，则未成年子女名下房产自应属于家庭共有财产，因为未成年子女并无独立经济来源、日常生活尚且靠父母供给。

但是，采取此种类推方法认定案涉房屋系家庭共有财产，缺乏正当理由。现行法在夫妻财产关系上实行的是婚后所得法定共有制。支持此种夫妻法定财产制的理由主要在于：夫妻一方在婚姻关系存续期间所取得的财产，通常是夫妻协力的结果，而且婚后所得共有制有利于保护在婚姻存续期间献身家庭和孩子的配偶一方。〔19〕然而，在父母与未成年子女之间的财产关系上，此种理由根本不成立。其一，前已述及，未成年子女对家庭财产的取得通常并无贡献；其二，法律为父母设定抚养义务足以保护未成年子女的利益。

（2）损害债权人利益

最高人民法院将案涉房产认定为家庭共有财产，其中一个重要理由是，王雲轩取得案涉房产的所有权损害其父母之债权人的利益。最高人民法院的逻辑可能是：王雲轩父母的赠与行为因损害其债权人利益而归于无效，故案涉房产应认系家庭共有财产。问题是，即便赠与行为损害债权人利益，根据《合同法》第 74 条的规定，该赠与行为并非当然无效，唯有在债权人撤销权成立且债权人依诉行使时，赠与行为才可能因被撤销而归于无效。虽然《民通意见》第 130 条规定，如果利害关系人主张权利，为逃避应履行的法定义务而为的赠与应被认定无效，但是在本案中并无逃避法定义务的情况。如果最高人民法院系依照其他法律规定认定赠与无效，理应在判决中予以说明。即便可以以赠与损害债权人利益为由直接认定其无效，也无法得出案涉房产即为家庭共有财产的结论，除非该房产本就是家庭共有财产。然而，如前所述，未成年人通常无法成为家庭共有财产的共有人，除非父母赠与其房产份额。因此，以赠与行为损害债权人利益为由将案涉房产认定为家庭共有财产，存在逻辑障碍。

以损害债权人利益为由认定案涉房产系家庭共有财产，反映出最高人民法院潜藏于判决背后的真实考虑。在现实生活中，父母为规避商业风险、恶意逃避债务将房产登记于其未成年子女名下的情况的确不胜枚举。为杜绝此种恶意行为，维护交易安全，我国台湾地区学者陈棋炎先生主张父母无偿赠与给未成年子女的财产非属未成年子女的特有财产。〔20〕然而，为了保护债权人的利益而将此一律认定为家庭共有财产，不仅有违逻辑和学理，而且完全无视未成年人利益的保护，实不足取。何况，债权人的利益完全可以通过债权人撤销权制度予以保护。

（3）父母出资

一审和二审法院认定案涉房产系家庭共有财产的一个重要理由是，案涉房产系王雲轩的父母出资购买。然而，此种理由站不住脚。即便房产系王雲轩的父母出资购买，但是一旦认定王雲轩的父母对王雲轩的赠与成立，该房产就应当被认定为王雲轩的个人财产。一审和二审法院在认定案涉房产来源于父母出资后，未再审查赠与是否成立，而是径直认定案涉房产为家庭共有房产，存在逻辑跳跃。按法院的逻辑推演下去，也会产生十分荒谬的结论：如果认定未成年人名下房产因系父母出资购买而应当构成家庭共有财产，那也应该认定父母为未成年人购买的其他财物均属于家庭共有财产，而这显然挑战我们的基本认知。此外，将会导致一些问题无法回答：父母出资购买的房产登记在成年子女的名下，视为赠与，为何登记在未成年子女名下就不能视为赠与？难道仅仅是因为未成年子女依赖于父母生活？如果回答是肯定的，法律肯认未成年人的人格独立或财产独立又意义何在？如果房产登记在无独立收入、依赖父母供养且与父母共同生活在一起的成年子女名下，又将如何认定？

（4）父母控制经营

作为论证案涉房产系家庭共有财产的一个理由，一审、二审和再审均认为，案涉房屋一直由王永权、姚明春夫妻用于经营，明显超出王雲轩的基本生活需要。然而，父母控制、经营登记在其未成年子女名下房产的行为在现行法中具有多种解释可能，以此论证案涉房产系家庭共有财产有些牵强。根据《民法通则》第 18 条第 1 款和《民法总则》第 35 条第 1 款的规定，作为其未成年子女的法定监护人，父母在为维护未成年人利益的范围内有权管理、处分其财产。因此，完全可以将王雲轩之父母将案涉房屋用于经营的行为定性为履行监护职责的行为。

综上，除非认定父母对其未成年子女的房产份额赠与成立，否则并无理由将父母出资购买登

记在其未成年子女名下的房产认定为家庭共有财产，而应当将之认定为父母的夫妻共有财产或未成年子女的个人财产。

（二）父母对未成年子女的赠与

判断父母出资购买登记在未成年子女名下房产所有权的归属，取决于父母对未成年子女的赠与是否成立以及赠与的是份额抑或全部房产。

1. 亲子间赠与的法律可能性

要回答此问题，首先必须确定亲子间赠与在法律上是否可能。一审和二审法院均认为，王雲轩主张房屋归其个人所有，需举证证明系其个人劳动所得或因继承、奖励、他人赠与等合法来源取得。“他人赠与”的限定间接表明，一审和二审法院不仅仅是在本案的特殊情形中否定了王雲轩之父母对其赠与的成立，而且从根本上否定了亲子间赠与的法律可能性。最高人民法院甚至认为，“王永权、姚春明对王雲轩的赠与是否成立，不影响原判决认定案涉 18 套房屋应为王永权、姚明春、王雲轩的家庭共有财产”。也就是说，最高人民法院固然没有从根本上否定亲子间赠与的法律可能性，但在实质上否定了亲子间赠与的法律效力。无论是从学理、实证法还是从司法习惯来看，这种观点均有待商榷。

（1）禁止自己代理的例外

一审和二审法院均间接否定了亲子间赠与的法律可能性，但并未说明理由。司法实务中否定亲子间赠与的判决，一般将其理由表述为：“如果受赠人不是接受其他人而是自己父母的赠与，那么赠与人与接受赠与人皆为未成年人的父母，从而产生自己与自己发生民事法律行为，这样的行为一般不发生合同法上的效力而成立赠与。”〔21〕由此可见，司法实务实质上是以亲子间赠与属于自己代理为由认定其无效的，虽然并未明确使用“自己代理”的表述。

此种观点对自己代理进行完全形式化的解读，忽略了法律禁止自己代理的实质理由。包括自己代理和双方代理在内的自我交易行为的禁止，旨在避免利益冲突。〔22〕若在个案中并无利益冲突的可能，法律自不必禁止。职是之故，虽然《德国民法典》第 181 条规定“非经允许，代理人不得以本人名义与自己为法律行为”，但是德国通说主张对其进行目的性限缩，将被代理人纯获法律上利益的自己代理行为排除在该条的适用范围之外，因为此时一般并无利益冲突。〔23〕父母对其未成年子女的赠与即属于禁止自己代理的经典例外情形。〔24〕《民法总则》第 168 条第 1 款明确规定：“代理人不得以被代理人的名义与自己实施民事法律行为，但是被代理人同意或者追认的除外。”我国学者亦主张，在被代理人纯获法律上利益的情形，自己代理有效。〔25〕另需注意的是，在未成年人系限制行为能力人时，不必通过对该款规定的目的性限缩来确认父母之赠与的效力，因为《民法总则》第 145 条规定，限制民事行为能力人实施的纯获利益的民事法律行为有效，而未附义务的赠与对于未成年子女而言，恰恰属于纯获法律上利益的法律行为。

本案虽然发生在《民法总则》颁布之前，但当时的学理对亲子间赠与也是予以肯认的。〔26〕而且，亲子间赠与亦有其实定法上的根据。《民通意见》第 6 条规定：“无民事行为能力人、限制民事行为能力人接受奖励、赠与、报酬，他人不得以行为人无民事行为能力、限制民事行为能力为由，主张以上行为无效。”《民通意见》第 129 条规定：“赠与人明确表示将赠与物赠与未成年人个人的，应当认定该赠与物为未成年人的个人财产。”虽然实务上有意见认为该规定应理解为仅适用于未成年人接受其他人而非自己父母的赠与，〔27〕但是以违反自己代理的法律禁令为由进行此种限缩作业并无正当理由。〔28〕在本案中，如果不承认房产份额的赠与，将无从说明，为何案涉房产应为家庭共有财产。

（2）与司法习惯相悖

三级法院在本案中对赠与的认识和处理亦与司法实务一贯的做法相悖。在认定不动产物权归属时，我国司法实务通常根据是否涉及第三人利益而进行区分处理。〔29〕在不涉及第三人利益、仅涉及登记权利人与“真实权利人”之间的物权权属争议时，我国司法实务拒绝赋予不动产登记绝对效力，而是采取实质认定标准，通过审查基础事实或探究当事人的真实意思表示来确定真正权利人。例如，在父母出资购买房屋登记在未成年子女名下的情形，如果父或母在离婚时主张该房屋系夫妻共有财产，法院一般认为应审查父母是否具有赠与的内心真意。回答如果是肯定的，应认定为未成年子女的个人财产，否则应认定为夫妻共有财产。〔30〕

在本案中，虽然涉及王雲轩父母之债权人贺珠明这个第三人的利益，但是贺珠明并非基于善意信赖不动产登记而行事，故而本案应作为不涉及第三人利益的情形加以处理。既然如此，一审和二审法院为何在本案中完全否定亲子间赠与的法律可能性？最高人民法院为何认为赠与是否成立不影响房产所有权归属的认定？

2. 赠与合同的成立与生效

在明确了亲子间赠与的法律可能性之后，进一步的问题是，如何判断亲子间赠与合同是否已经成立并生效。

（1）赠与合同系诺成合同

对于这一问题的回答，首先要明确赠与合同系诺成合同。这是学界一致的看法。〔31〕《合同法》第 187 条规定：“赠与的财产依法需要办理登记等手续的，应当办理有关手续。”该规定仅仅表明，在未依法办理登记等手续之前，赠与财产的所有权不发生移转，由此并不能推导出，登记等手续的办理系赠与合同的成立或生效要件。〔32〕司法实务中一些法院错误地将赠与合同理解为实践合同，〔33〕可能是受到《民通意见》第 128 条的不当影响。依据该条规定，赠与关系的成立以赠与物的交付为准。然而，《合同法》第 186 条第 1 款“赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与”的规定适足表明，在赠与财产的权利转移之前赠与合同已经成立并生效，否则，何谈撤销赠与？因此，在案涉房屋登记在王雲轩名下之前，王雲轩虽然尚未取得案涉房产的所有权，但是这并不表示赠与合同尚未成立。

（2）赠与意思的认定

赠与合同是否成立，关键在于审查判断王雲轩之父母在签订买卖合同、支付购房款之时是否具有赠与案涉房产的内心真意。鉴于亲子之间的亲密关系和子女尚未成年，父母一般不会将其赠与的内心真意明确表达出来。因此，除非在个案中存在书面赠与协议或经过公证的赠与合同等特殊情况，否则通常难以直接认定父母是否具有赠与的内心真意。此时，唯有根据一些初步证据进行合理推定，否则将难以认定。在本案中，王雲轩之母姚明春直接以王雲轩代理人的名义签订商品房买卖合同，涉案 18 套房屋也被登记在王雲轩一人名下。由此，当可推定王永权与姚明春存在赠与案涉房产的内心真意，而且应推定赠与的是整个房产，而非房产份额。如果仅仅是意图赠与房产份额，王永权与姚明春完全可以将涉案房屋登记在三人名下。〔34〕

如此处理，与不动产登记的推定力暗合。所谓的推定力，是指在不动产登记簿上记载某人享有某项物权时，推定该人享有该项权利，其权利的内容也以不动产登记簿上的记载为准。〔35〕学者普遍认为，《物权法》第 16 条“不动产登记簿是物权归属和内容的根据”系对不动产登记的推定力之肯定。〔36〕由于案涉 18 套房屋登记在王雲轩名下，应推定其为权利人。这一推断在诉讼法中亦可找到其根据。《最高人民法院关于人民法

院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第 25 条第 1 款第 1 项规定，对案外人的异议，人民法院按照不动产登记簿判断其是否系权利人。当然，不动产登记的此种推定力只不过是对证明责任的分配。〔37〕如果案外人主张自己系真正的权利人，必须提供证据加以证明，并承受举证不能的后果。在案外人执行异议之诉的司法实务中，有法院即从不动产登记的公示公信效力出发，认为父母的债权人有义务提供证据证明登记在未成年人名下的房产非属其个人所有。〔38〕

由于父母将自己出资购买的房产登记在未成年子女名下的动机不一，单纯依据商品房买卖合同的名义买受人和不动产登记的登记名义人推定父母具有赠与的内心真意，在个案中的确未必与父母的内心真意契合。但是，在无法通过直接证据确定父母有无赠与意思时，如果不进行此种推定，将会完全陷入法官的恣意，文首所指出的严重的同案不同判现象即为明证。以此种形式化的标准进行推定，亦有助于提高法律的安定性和保护未成年人的利益。

在司法实务中，有法院将父母在登记之后对房屋进行不当处分的行为，比如签订以房抵债协议，作为认定父母并无赠与意思的证据。〔39〕如前所述，此种观点忽略了父母作为其未成年子女的法定监护人有权为其利益处分其财产，以父母的处分行为明显逾越监护权限反向推定父母并无赠与之意，〔40〕更有逻辑颠倒之嫌。此时，也许更为妥当的做法是认定处分行为无效，而非以此认定赠与不成立，否则将使《民法通则》第 18 条第 1 款和《民法总则》第 35 条第 1 款限制监护人法定代理权限、保护未成年人利益的立法目的落空。

综上，在贺珠明无法证明王雲轩之父母并无赠与意思的情况下，应认定赠与合同已于签订买卖合同、支付购房款时成立并生效。在登记手续办理完毕后，案涉房产即成为王雲轩的个人财产。

（三）父母之债权人利益的保护

将案涉 18 套房屋认定为登记权利人王雲轩的个人财产，在结果上当然会使其父母的债权人贺珠明的债权实现受到影响。前已述及，最高人民法院也主要是基于对债权人利益的保护考虑而将案涉房产认定为家庭共有财产。但是，父母对未成年子女的赠与不仅并非法所禁止的行为，而且是父母对未成年子女表达关爱的一种必要方式。因此，在赠与并不存在其他效力瑕疵时，除非《合同法》第 74 条规定的债权人撤销权成立，且债权人依法行使撤销权，否则不宜以赠与行为在结果上妨害父母之债权人的债权实现为由否定赠与的成立与生效。也就是说，在父母赠与未成年子女房产的情形，父母之债权人通常唯有通过行使债权人撤销权保护自己的利益。

1. 债权人撤销权

在本案中，贺珠明并未主张行使撤销权，也未另案提起债权人撤销之诉。〔41〕退一步言之，即便贺珠明如此为之，债权人撤销权在本案中也并不成立。

通说认为，在债务人的行为系无偿行为时，债权人撤销权的成立要件包括：债权人的债权须为金钱债权、债权人的债权须成立于债务人的行为之前、债务人的行为须有害于债权人的债权。〔42〕

在本案中，贺珠明对王永权的债权是归还借款本息的请求权，属于金钱债权。问题是，该债权是否发生于王永权的赠与行为之前？如前所述，案涉赠与行为于买卖合同签订并支付购房款时也就是 2010 年 11 月 2 日即已成立并生效，而借款合同签订于 2012 年 8 月 24 日，因此债权并非成立于债务人的行为之前。虽然案涉房屋的登记行为发生于 2013 年 5 月 6 日至 5 月 23 日，即发生在借款合同签订之后，但这只不过是赠与合同的履行行为而已。不得以赠与合同的履行行为发生于债权成立之后为由，认定赠与行为发生于债权

成立之后，进而将其认定为诈害行为。〔43〕当然，债权须成立于诈害行为之前，仅系原则。如果为了逃避将要发生的债务，事先实施赠与行为，仍可构成诈害行为。〔44〕在本案中，如果有证据证明，王永权夫妻系在借款之前故意将案涉房产登记在王雲轩名下，以便规避将来无法偿还借款的风险，则该赠与行为构成诈害行为，即使赠与行为发生在借款合同签订之前。但是，案涉买卖合同签订于 2010 年 11 月 2 日，借款合同签订于 2012 年 8 月 24 日，时间相距近两年，且王永权为该借款提供了股权质押担保，很难认定王永权将房产登记在王雲轩名下系蓄意逃避债务。何况，在案涉房屋登记于王雲轩名下之后，王永权于 2013 年 8 月 27 日依约偿还借款利息 360 万元，直到 2014 年 8 月 23 日，王永权才因无法偿还剩余本息而请求借款展期和利息分期偿还。

在本案中，也难以认定债务人的行为有害于债权人的债权。依据学界通说，债务人的行为是否有害于债权，关键的判断时点是行为实施时。〔45〕如果在行为当时，债务人的行为并未使其陷入“无资力”状态，即债务人依然有足够的资产可用于清偿其债权人的债权，〔46〕则即便其后因经济情势的变化而无法偿还债务，亦不得认为债务人之前的行为有害于债权。〔47〕在本案中，赠与行为发生在借款合同签订之前，借款之时王永权尚有建设项目股权作为借款的质押担保，难言赠与在当时即有害于债权人的债权。纵使将判断是否有害于债权的时点推迟到房屋办理登记之时，由于借款合同签订于前，且双方约定，王永权逾期 30 日仍未依约支付全部到期本金、利息的，王永权须将质押的建设项目股权转让给贺珠明，此种约定表明该质押的设定足以担保贺珠明的债权得以实现，因此此时也应尚未出现“无资力”的状态。

2. 可能的漏洞

债务人是否系为逃避债务而将房产登记在其未成年子女名下，一般可以根据房产购买的时间、借款时间等因素加以认定。如果满足债权人撤销权的成立要件，自可通过债权人撤销权制度保护债权人的利益。但是，在债务人蓄谋已久的情形，一般很难认定满足债权人撤销权的成立要件。例如，父母长期经商，为规避经营风险，在尚未出现经济困难之前，甚或在从商之初，即将自己出资购买的房产登记在其未成年子女名下，试图在自己的财产和未成年子女的财产之间构筑起防火墙，避免可能的经营失败危及其子女的正常生活，也给自己“东山再起”留下一些资产。在此种情形下，如果认定登记在未成年人名下的房产为其个人财产，的确可能会让一些恶意逃债行为得逞，给父母的债权人造成不利益。然而，父母此时是否具有逃债的恶意，在个案中若无特殊情事，很难证明。父母构建“防火墙”，自有其正当性，似不宜以日常生活中存在父母恶意逃债的现象即认定父母必然具有恶意。

在本案中，最高人民法院仅抽象地指出赠与行为损害债权人利益，而未具体审查债权人撤销权是否成立，在结果上将导致，只要父母存在无法偿还其自身债务的情形，亲子间的赠与即失去其意义。如此处理，不仅可能对父母的行为自由构成不正当限制，也有可能损害未成年人的利益。在无法兼顾未成年人保护和交易安全的情况下，在价值判断上应该优先考虑保护未成年人的利益。〔48〕退一步言之，即便认定父母具有恶意，亦无法直接证成该房产即系家庭共有房产。

四、结论

本文从王雲轩、贺珠明执行异议之诉一案的评析切入，对父母出资购买登记在未成年子女名下房产的所有权归属认定及与之相关的亲子间赠与、债权人保护问题进行了探讨，得出如下结论：

1. 对父母出资购买登记在未成年子女名下房产的所有权归属进行认定，首先要对父母是否具

有赠与的内心真意进行判断，而不得以亲子间赠与违反自己代理的法律禁令为由认定赠与无从成立，也不得认为赠与对归属的判断并无影响。若赠与真意无法进行明确认定，则根据不动产登记的推定力，推定该房产系未成年人的个人财产。

2. 在父母对子女的赠与不成立的情形，由于唯有对家庭共有财产的形成作出过贡献的家庭成员方可成为共有人，因此不得单纯地依据父母出资、父母控制经营房产、赠与行为损害债权人利益认定为家庭共有财产，亦不得通过类推夫妻共有财产的认定得出此种结论。

3. 在亲子间赠与的情形，唯有在债权人撤销权成立的情形，父母的债权人才可以通过行使撤销权保护自己的利益。在无法认定债权人撤销权成立的情形，即便有可能导致一些恶意逃债的行为得逞，基于父母行为自由的尊重和未成年人利益的保护，亦应认定赠与成立并生效。

为了杜绝可能的恶意逃债行为，将父母出资购买登记在未成年人名下的房产认定为家庭共有财产，不仅存在逻辑问题，在学理上也难以自圆其说。单纯从回应社会现实的角度考虑，进行迂回处理，只能是“治丝益棼”，司法实务中大量的同案不同判现象即为其绝佳注脚。如果坚持不动产登记的推定力和公信力，只要没有证据证明赠与不成立，即将之认定为未成年人的个人财产，然后运用债权人撤销权制度对债权人利益进行保护，一切问题将迎刃而解。在个案中虽有可能使父母的恶意逃债行为得逞，但是，从长远来看，有助于形成诚信的市场交易秩序。因为，这样会导致第三人慎重对待甚至拒绝与名下无房产的父母进行交易，相应地，内心并无赠与真意的父母就会选择放弃将房产登记在其未成年子女名下。

参考文献：

* 夏昊晗，中南财经政法大学法学院讲师，法学博士。本文系国家社科基金重大项目“中国民法重述、民法典编纂与社会主义市场经济法律制度的完善研究”（项目号 14ZDC018）的阶段性研究成果。

〔1〕在父母离婚之时或未成年子女成年后，父母与子女之间也可能就房产所有权的归属产生争议。此种案型并不涉及第三人利益的保护问题，因此在司法实务中争议较小。于此，可以参见 X*X 主编：《民事审判指导与参考》（总第 43 辑），法律出版社 2011 年版，第 237 页。

〔2〕例如：浙江省高级人民法院（2017）浙民再 140 号民事判决书；广西壮族自治区高级人民法院（2016）桂民再 95 号民事判决书；四川省高级人民法院（2016）川民再 433 号民事判决书；武威市中级人民法院（2016）甘 06 民终 360 号民事判决书。

〔3〕例如：山西省高级人民法院（2016）晋民申 512 号裁定书；浙江省高级人民法院（2013）浙民申字第 1160 号裁定书；烟台市中级人民法院（2017）鲁 06 民终 3598 号民事判决书；赣州市中级人民法院（2017）赣 07 民终 310 号民事判决书。

〔4〕例如：江西省高级人民法院（2017）赣民终 463 号民事判决书；河北省高级人民法院（2015）冀执复字第 175 号裁定书；永丰县人民法院（2017）赣 0825 民初 525 号民事判决书。

〔5〕宜昌市中级人民法院（2014）鄂宜昌中民一初字第 00363 号民事判决书；湖北省高级人民法院（2015）鄂民一终字第 00069 号民事判决书。

〔6〕宜昌市中级人民法院（2015）鄂宜昌中执字第 00351 号执行裁定书。

〔7〕宜昌市中级人民法院（2016）鄂 05 执异 34 号执行裁定书。

〔8〕宜昌市中级人民法院（2016）鄂 05 民初 152 号民事判决书。

〔9〕湖北省高级人民法院（2017）鄂民终 105 号民事判决书。

〔10〕最高人民法院（2017）民申 3404 号民事裁定书。

〔11〕参见金眉：《婚姻家庭立法的同一性原理——以婚姻家庭理念、形态与财产法律结构为中心》，载《法学研究》2017 年第 4 期。

〔12〕参见梁慧星、陈华彬：《物权法》，法律出版社 2010 年第 5 版，第 243、244 页；崔建远：《物权法》，中国人民大学出版社 2014 年第 3 版，第 250 页；王利明：《物权法》，中国人民大学出版社 2015 年版，第 198 页；全国人大常委会法制工作委员会民法室编：《中华人民共和

国物权法条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社 2017 年第 2 版，第 198 页。

〔13〕参见杨振山：《试论我国的家庭财产共有权》，载《中国政法大学学报》1984 年第 2 期；王利明：《物权法》，中国人民大学出版社 2015 年版，第 198 页；重庆市高级人民法院（2016）渝民申 734 号裁定书；福建省高级人民法院（2016）闽民申 1745 号裁定书；江苏省高级人民法院（2014）苏审二民申字第 198 号；沧州市中级人民法院（2016）冀 09 民再 85 号民事判决书；荆门市中级人民法院（2015）鄂荆门民三终字第 00026 号裁定书。

〔14〕例如：河北省高级人民法院（2015）冀执复字第 175 号裁定书；深圳市中级人民法院（2005）深中法民一再字第 82 号民事判决书；永丰县人民法院（2017）赣 0825 民初 525 号民事判决书。

〔15〕参见杨振山：《试论我国的家庭财产共有权》，载《中国政法大学学报》1984 年第 2 期；王利明：《物权法》，中国人民大学出版社 2015 年版，第 198 页；于大水：《家庭财产的共有制及立法建议》，载《烟台师范学院学报（哲学社会科学版）》2002 年第 1 期；浙江省高级人民法院（2017）浙民申 1587 号民事判决书。

〔16〕参见杨振山：《试论我国的家庭财产共有权》，载《中国政法大学学报》1984 年第 2 期；王利明：《物权法》，中国人民大学出版社 2015 年版，第 199 页；池骋：《法律困境与路径选择：家庭共有财产制度再探析》，载《华中科技大学学报（社会科学版）》2016 年第 4 期；刘青文：《论共有的法律适用——以〈物权法〉为视角》，载《河北法学》2008 年第 9 期；沈庆中：《再谈对家庭共有财产的认定》，载《法学》1986 年第 5 期。

〔17〕例如：陕西省高级人民法院（2013）陕民申字第 00698 号裁定书；重庆市第四中级人民法院（2017）渝 04 民撤 2 号民事判决书；张家口市中级人民法院（2017）冀 07 民终 2805 号民事裁定书；郑州市中级人民法院（2016）豫 01 民终 538 号民事判决书；漳州市中级人民法院（2016）闽 06 民终 963 号民事判决书；苏州市中级人民法院（2013）苏中民终字第 2712 号民事判决书；西安市中级人民法院（2015）西中民一终字第 00753 号民事判决书。

〔18〕参见金眉：《婚姻家庭立法的同一性原理——以婚姻家庭理念、形态与财产法律结构为中心》，载《法学研究》2017 年第 4 期；福建省高级人民法院（2016）闽民申 1745 号裁定书。

〔19〕参见余延满：《亲属法原论》，法律出版社 2007 年版，第 265-266 页；薛宁兰：《法定夫妻财产制立法模式与类型选择》，载《法学杂志》2005 年第 2 期。

〔20〕参见陈棋炎：《亲属法、继承法判例判决之研究》，台大法学丛书 1980 年版，第 375 页。反对意见可参见王泽鉴：《民法学说与判例研究》，北京大学出版社 2015 年版，第 1586 页。

〔21〕例如：江西省高级人民法院（2017）赣民终 463 号民事判决书；吕梁市中级人民法院（2015）吕民一终字第 466 号民事判决书。

〔22〕参见朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社 2016 年版，第 351 页。

〔23〕Vgl. MüKoBGB/Schubert，§ 181，Rn. 29；Staudinger/Schilken，§ 181，Rn. 32. 反对意见，参见［德］维尔纳·弗卢梅：《法律行为论》，迟颖译，法律出版社 2013 年版，第 968、969 页。

〔24〕参见于程远：《从风险规避到实质保护——目的论视角下对自我交易规则的重新建构》，载《政法论坛》2018 年第 2 期。

〔25〕参见梁慧星：《民法总论》，法律出版社 2017 年版，第 240 页；陈甦主编：《民法总则评注》（下册），法律出版社 2017 年版，第 1191 页；王利明主编：《中华人民共和国民法总则详解》，中国法制出版社 2017 年版，第 752 页。

〔26〕参见朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社 2016 年版，第 351 页。

〔27〕参见曹登润、蒋桥生：《父母将不动产登记在未成年子女名下的效力》，载《人民法院报》2008 年 1 月 8 日第 6 版；江西省高级人民法院（2017）赣民终 463 号民事判决书；吕梁市中级人民法院（2015）吕民一终字第 466 号民事判决书。

〔28〕有法院明确指出《民通意见》第 129 条亦适用于父母对未成年子女的赠与。广东省高级人民法院（2014）粤高法民一申字第 772 号民事裁定书。

〔29〕参见 X*X 主编：《民事审判指导与参考》（总第 43 辑），法律出版社 2011 年版，第 237 页；X*X 主编：《民

事法律文件解读》（总第 91 辑），人民法院出版社 2012 年版，第 113 页。

〔30〕参见 X*X 主编：《民事审判指导与参考》（总第 43 辑），法律出版社 2011 年版，第 237 页。

〔31〕参见韩世远：《合同法总论》，法律出版社 2018 年版，第 82 页；崔建远主编：《合同法》，法律出版社 2016 年版，第 323 页；王利明：《合同法研究》（第三卷），中国人民大学出版社 2015 年第 2 版，第 200 页。

〔32〕参见崔建远主编：《合同法》，法律出版社 2016 年版，第 325 页；上海市第一中级人民法院（2013）沪一中民二（民）终字第 1386 号民事判决书。

〔33〕例如：苏州市中级人民法院（2017）苏 05 民终 5963 号民事判决书；亳州市中级人民法院（2017）皖 16 民终 42 号民事判决书；长沙市中级人民法院（2016）湘 01 民终 5545 号民事判决书；大连市中级人民法院（2015）大民一终字第 208 号民事判决书。

〔34〕应予注意的是，上海市高级人民法院在其《民事法律适用问答》2005 年第 3 期（总第 16 期）问题六中指出，在登记于未成年子女一人名下的情形，除非存在相反证据，通常应将房屋视为夫妻及未成年子女共有财产。

〔35〕参见崔建远：《物权法》，中国人民大学出版社 2014 年版，第 113 页；程啸：《不动产登记簿之推定力》，载《法学研究》2010 年第 3 期。

〔36〕参见崔建远：《物权法》，中国人民大学出版社 2014 年版，第 113 页；程啸：《不动产登记簿之推定力》，载《法学研究》2010 年第 3 期；杜万华主编：《最高人民法院物权法司法解释（一）理解与适用》，人民法院出版社 2016 年版，第 69 页。

〔37〕参见王利明：《物权法》，中国人民大学出版社 2015 年版，第 68 页；程啸：《不动产登记簿之推定力》，载《法学研究》2010 年第 3 期；孙宪忠、常鹏翱：《论法律物权和事实物权的区分》，载《法学研究》2001 年第 5 期。

〔38〕参见四川省高级人民法院（2016）川民再 433 号民事判决书。

〔39〕参见襄阳市中级人民法院（2016）鄂 06 民终 1096 号民事判决书。

〔40〕参见赣州市中级人民法院（2017）赣 07 民终 310 号民事判决书。

〔41〕浙江省高级人民法院在（2017）浙民再 140 号民事判决书中明确指出，在案外人执行异议之诉中，债权人不得主张对债务人行为的撤销权，而是应当独立提起撤销权诉讼。

〔42〕参见韩世远：《合同法总论》，法律出版社 2018 年版，第 351、352 页；崔建远主编：《合同法》，法律出版社 2016 年版，第 128、129 页。

〔43〕参见崔建远主编：《合同法》，法律出版社 2016 年版，第 128 页。

〔44〕参见韩世远：《合同法总论》，法律出版社 2018 年版，第 353 页。

〔45〕参见韩世远：《合同法总论》，法律出版社 2018 年版，第 356 页。

〔46〕参见韩世远：《合同法总论》，法律出版社 2018 年版，第 356 页；崔建远主编：《合同法》，法律出版社 2016 年版，第 129 页；王利明：《合同法》，中国人民大学出版社 2015 年版，第 164 页。

〔47〕参见韩世远：《合同法总论》，法律出版社 2018 年版，第 356 页。

〔48〕参见朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社 2016 年版，第 248 页。

贺欣、李洛云、冯煜清丨家事审判中的调解式话语与审判式话语

2021-07-12 法律和社会科学
https://mp.weixin.qq.com/s/Np-wo8Dy66QCIaElpyPgZA

编者按：《法律和社会科学》“家事法的社会科学”专号共有六篇论文，本文是其中的第二篇。作者贺欣，香港大学法律学院教授；李洛云，北京市高级人民法院法官；冯煜清，东南大学法学院副教授。本文主要从微观层面探讨了调解式话语与审判式话语在纠纷解决过程之中的特点。

摘要：本文取材于家事审判中的庭审话语，从微观层面探讨了两种不同的纠纷解决话语：调解式话语与审判式话语。这两种话语在话语多样性、语言交互、打断的运用以及纠纷处理等方面均有不同。在解决纠纷的过程中，调解式话语在一定程度上比审判式话语更具优势，其主要区别是，审判式话语更倾向于压制当事人，而非探究争议焦点，调解式话语更符合中国乡村文化传统。上述发现是对转型时期中国司法语境下的规则形式主义的反思。

关键词：法庭话语，纠纷解决，规则的形式化

对于民事案件的审理方式，中国法院民事案件的审判方式一直游走于正式化与大众化之间。我国早期民事司法主要通过劝说和教育当事人的方式解决纠纷。(Hualing Fu and Richard Cullen. 2011. “From Mediatory to Adjudicatory Justice: The Limits of Civil Justice Reform in China.” In Chinese Justice: Civil Dispute Resolution in Contemporary China, edited by Margaret Y. K. Woo and Mary E. Gallagher, 25－57. Cambridge: Cambridge University Press.）到了 19 世纪 80 年代末，民事司法经历了精英化、专业化和弱化调解的改革，但是这些改革被认为缺乏群众基础，会影响社会稳定。，自 2003 年后民事司法逐渐走向大调解模式。（Benjamin Liebman. (2011). “A Populist Threat to China’s Courts?” In Chinese Justice: Civil Dispute Resolution in Contemporary China, edited by Margaret Y. K. Woo and Mary Gallagher, 269－313. New York: Cambridge University Press.）今天，虽然大调解已经淡出了民事司法，但“群众路线”仍然是民事司法的指导方针，调解率仍然是评价法官工作的重要指标。（Carl F Minzner. 2011. “China’s Turn against Law.” American Journal of Comparative Law, no. 59, 935－84.）

在理论界，规则形式主义一直备受争议。一方面，有学者认为我国法院解纷能力的不足正是由于源于审判中规则形式主义的缺失。例如，有学者指出，非职业化的审理方式导致了大量错案，继而引发民众对司法的不满，动摇司法的正当性基础；（Randall Peerenboom. 2002. China’s Long March toward Rule of Law, 290. New York: Cambridge University Press.） 法院解纷能力的提升离不开针对审判方式的深层次改革。（Hualing Fu and Richard Cullen. 2011. “From Mediatory to Adjudicatory Justice: The Limits of Civil Justice Reform in China.” In Chinese Justice: Civil Dispute Resolution in Contemporary China, edited by Margaret Y. K. Woo and Mary E. Gallagher, 25－57. Cambridge: Cambridge University Press.）另一方面，亦有学者反对规则形式主义的普遍适用，认为当事人在很多情况下缺乏对法律的基本理解但期待实质正义的实现。这一现象在一些欠发达地区尤为显著。例如，苏力教授认为，在农村地区解决纠纷需要的是当地生活常识和本

土知识，而非法律知识。（苏力：《送法下乡》，北京大学出版社 2000 年版，第 322-392 页。）

针对上述争议，本文选择了中国某郊区法院的三起离婚诉讼，采取通过经验研究实证检验和比较的方法分析三起案件中的审判话语，在从微观层面比较解构法律话语和调解话语在纠纷解决过程中的功能定位。在某种意义上，法官的庭审话语就是司法行为。（Susan Phillips. 1998. Ideology in the Language of Judges: How Judges Practice Law, Politics, and Courtroom Control. Oxford: Oxford University Press.）由此可见，话语中展示出的重要细节能够折射出不同司法模式的鲜明对比。，更有助于理解特定司法语境下的不同审判方式的生命力所在，本文的经验数据与分析从而将会为法律与发展运动中规则形式主义的争议提供一个新的分析视角。

01 家事案件中的两种庭审话语体系

在语言学上，话语指“构成发言或文字作品的连续片段”，而话语分析视角着重于这些片段如何架构以及在交流中话语使用者如何达到其沟通的目标。（John M Conley and William M O’Barr. 2005. Just Words: Law, Language and Power, 6. Chicago: University of Chicago Press.）在庭审中，话语的架构直接表现为对话、说教、讲故事、问答、打断等形式。这些庭审语言的运用在最直观的层面上展示了纠纷的解决过程。本文的话语分析亦受到福科式话语观的影响，认为话语是一种解释与构建的权力。（Michel Foucault. 1972. The Archaeology of Knowledge. New York: Harper & Row.）因此，离婚诉讼中不同类型的话语代表了不同的纠纷解决框架和相互竞争的纠纷范式。（John L Comaroff and Simon Roberts. 1981. Rules and Processes. Chicago: University of Chicago Press.）

我国离婚诉讼中存在两种不同的话语体系，即审判式话语和调解式话语。如此分类是受到法人类学家梅莉的启发这种话语的分类方式受到法人类学家梅莉的启发，后者将法庭话语分为三种不同的话语类型：描述法律权利与法律事实的法律话语，描述人际关系与道德责任的道德话语，以及探讨错误归因的治疗话语。（Sally Engle Merry. 1990. Getting Justice and Getting Even. Chicago: University of Chicago Press.）在此基础上，本文将我国家事诉讼中的庭审话语进一步整合为两种话语体系，即审判式话语和调解式话语。其中，审判式话语以梅莉所说的法律话语为主导，围绕财产、权利、法律事实与法律真相展开，强调规则在审判中的形式化适用；（Sally Engle Merry. 1990. Getting Justice and Getting Even. Chicago: University of Chicago Press.）调解式话语则以非法律的话语为主导，以一劳永逸地化解纠纷为最高目标。（Xin He（贺欣） and Kwai Hang Ng. 2013. “Pragmatic Discourse and Gender Inequality in China.” Law and Society Review 47 (2): 279－310.）调解式话语并不排斥法言法语，但是但仅仅将之作为非法律话语的补充，服务于和解这一和解的目标。进一步看，不同的话语体系导致不同的解纷过程及结果。审判式话语衔接了事实和权利。审判式话语将问题分割构造成案件事实展现给法官，法律准绳将事实与关系限缩并重新解释。，生活中的问题被法官分割并重新构造，以法律为准绳将生活中的事实和关系通过既定的框架和程序重新解释，从而加以限缩。（Lynn Mather and Barbara Yngvesson. 1980－1981. “Language, Audience, and the Transformation of Disputes.” Law and Society Review 15 (3－4): 775－821.）而调解式话语较少遵循既定的框架和结果，也很少直接强调纠纷双方的权利，法律规则常常被边缘化，而和解则成为期待的结果。（David Greatbatch

and Robert Dingwall. 1999. “The Marginalization of Domestic Violence in Divorce Mediation.” International Journal of Law, Policy and the Family 13 (2): 174–90; Xin He (贺欣) and Kwai Hang Ng. 2013. “Pragmatic Discourse and Gender Inequality in China.” Law and Society Review 47 (2): 279–310.）

审判式话语与调解式话语并不是非非此即彼，而是交叉重叠的。为实现有效地的解决纠纷纠纷解决，无论是我国还是西方的法官往往都会采取审判式话语与调解式话语混合的话语模式，只是不同背景的法官对话语模式的选择有所偏重而已。（Dave Cowan, Sarah Blandy, Emma Hitchings, Caroline Hunter, and Judy Nixon. 2006. “District Judges and Possession Proceedings.” Journal of Law and Society 33 (4): 547–71; Dave Cowan and Emma Hitchings. 2007. “Pretty boring stuff: District Judges and Housing Possession Proceedings.” Social and Legal Studies 16 (3): 363–82; Xin He (贺欣) and Kwai Hang Ng. 2013b. “In the Name of Harmony: The Erasure of Domestic Violence in China’s Judicial Mediation.” International Journal of Law, Policy and the Family 27 (1): 97–115.）例如，我们的经验研究表明，在我国，有过专业法律训练的法官更倾向于审判式话语，而较少接受法律教育的法官则更倾向于调解式话语；上年纪且有婚姻背景的法官更容易指出婚姻中的对错，而较少论及法律上的对错；单身或刚结婚的青年法官则缺乏对婚姻的深刻理解，更多地就法律论事。

02 数据和研究方法

本文的分析对象是离婚诉讼中的庭审话语。离婚诉讼占全部民商事案件的百分之二十以上。（《中国法律年鉴（2011 年）》，中国法律年鉴出版社 2011 年版。）它虽然讨论的都是家长里短，但其影响的是作为社会基础关系的婚姻、财产和亲子关系，很容易影响社会稳定，甚至会带来人身安全威胁。对于基层法院的法官来说，处理家事纠纷是非常棘手的，因为夫妻以及其他家庭成员之间的矛盾往往是多方面的，关键问题往往直到在开庭结束前才会浮出水面，这就需要法官在处理此类案件时足够敏锐。

本文分析的话语片段源于 2013 年 12 月北京郊区某基层法院审理的真实离婚案件。该法院每年约处理 5000 件案件，每一位法官每年审理近 60 件案件，这个数量大概是全国法院的中位数。法院辖区县距离北京城区 48 公里，辖区内多山。2013 年份的人均 GDP 为 6000 美元，相当于北京城区的 1/5。辖区内有 30 万常住人口，其中 20% 为外来务工人员。诉讼当事人以外来务工人员为主，一个主要原因是当地有近百分之二十的人口是注册的外来劳务工人。我们的文本材料主要来自于调研中的笔记和法院提供的庭审笔录，共计 35 个案件。为了充分展示不同的庭审话语，我们从中选取了 3 个最具代表性的案件：一个极为依赖审判式话语的案件，一个极为依赖调解式话语的案件，以及一个先后由两位话语风格迥然不同的法官审理的案件。尽管上述三个案件不足以代表我国家事审判的总体情况，也很难说明哪种话语更适合当代中国司法，但足以展示出两种不同审判话语的内涵、区别和适用性，为分析和理解中国乡村和郊区法院纠纷解决提供了一个新的视角。

案件一主要通过调解的方式解决，审判者是一位从部队复员转业的中年法官（以下称转业法官）约 49 岁，在法院工作了 25 年。他从部队退伍时只有有高中文凭，转业后通过专业培训和远程教育先后取得了大专文凭和法学本科学位。该案当事人是一对结婚 23 年的夫妇，均为外来务工人员，育有一个 20 岁的儿子。他们在北京买了房，

定居在北京郊区。据原告妻子（以下称务工妻子）称，她丈夫（以下称待业丈夫）已经 45 岁了，却不愿意工作，长期失业在家，沉迷于赌博，且对家人漠不关心。妻子的工作不稳定，但是独立承担了全家的开销，包括儿子读大学的学费。妻子对于丈夫的懒惰感到失望，数次提起离婚诉讼，但均被驳回。丈夫则声称他的妻子对他过于趾高气昂，但表示不愿意离婚。通过法院调解，丈夫承诺尽快找到一份工作，最终妻子撤诉。

案件二虽然有一些简单的法院调解，但主要通过正式审理解决，主要通过审判的方式解决，过程中有一些简单的法院调解。审判者是一位接受过正规法学法律教育的青年法官（以下称硕士法官）。硕士法官 28 岁，拥有民商法硕士学位，2009 年被法院录用为书记员，2012 年任助理审判员，开始独立审判。该案当事人是一对 30 岁左右的夫妻，结婚 11 年，育有一个 10 岁的儿子。夫妻双方均是北京郊区的本地农民。妻子（以下称农民妻子）起诉离婚，声称其丈夫（以下称农民丈夫）拒绝履行作为家庭成员的责任：他经常夜不归宿，对儿子不闻不问，总因为鸡毛蒜皮的小事争吵，偶尔还有家暴行为。农民妻子要求离婚，并获得儿子的监护权以及每月 500 元人民币的抚养费。农民丈夫对于他的婚姻危机无动于衷，只是提出要瓜分参与分配岳父母家拆迁补偿款。硕士法官认为拆迁的房子不属于当事人夫妇，拆迁补偿款的问题与本案无关，要求他另案起诉。他最终判决驳回农民妻子的离婚请求，认为夫妻感情并没有破裂，双方仍有机会修补关系。农民妻子对判决结果非常恼火，迫切希望再次提起离婚诉讼。

案件三由两位风格迥异的法官先后处理：一位是经验丰富、资历老的中年法官（以下称老法官），另一位是毕业不久的青年法官（以下称小法官）。老法官 45 岁，通过远程教育获得法学本科学位，从事民事案件的审判工作超过 15 年。小法官 28 岁，硕士学历，到法院工作两年左右，成为主审法官仅月余。该案最初由小法官负责，主要通过审判式话语解决纠纷，但并不顺利。老法官随后接手了该案，通过调解式话语解决了纠纷。该案中，丈夫（以下称再婚丈夫）和妻子（以下称再婚妻子）均为二婚，结婚仅两个月再婚妻子就对再婚丈夫失去了热情，提出离婚。再婚丈夫同意离婚，但要求其妻子返还彩礼 20000 元。再婚妻子拒绝返还，提出这笔钱早已花在了她丈夫身上。庭审过程中，再婚丈夫把要求降到 13000 元，但是再婚妻子仅愿意归还 10000 元，且拒绝再接受小法官的调解。极度失望的丈夫威胁要上访威胁上访，法院遂请老法官接手，后者成功说服了再婚妻子返还 13000 元彩礼。，该案最终调解结案。

上述三起案件均无代理人参与。当事人均文化水平较低，没有诉讼经验，对法律及司法制度的理解相当有限，在庭审中表现为大量使用大量的非法律话语。

03 调解式话语与审判式语言

法官对不同庭审话语的使用体现了差异化的司法权运作方式和意识形态。（Susan Phillips. 1998. Ideology in the Language of Judges: How Judges Practice Law, Politics, and Courtroom Control. Oxford: Oxford University Press.）尽管庭审话语的核心目标都是控制及引导纠纷的解决，但是不同类型的话语导致引导当事人产生不同的回应。本部分将从四个方面对调解式话语和审判式话语的运用过程和结果展开比较分析，包括：话语权威的建立、话语交互、打断的运用、以及对纠纷的处理。

（1）话语权威的建立

调解式话语通过构建当事人内心认同建立话语权威。例如在案件一中，转业法官就丈夫过于懒惰的争议焦点，运用多种话语类型对纠纷双

方进行了长达 5 分钟的教育，获得了当事人的认同，建立了权威。

片段 1

转业法官："【看向被告】我觉得你应该从实际出发，从自己的情况实际出发。你要是有这底，歇个一天、一年两年的都无所谓，家里有底、有基础，那也得有闲置的。本身家里也不宽裕，你说说这说说，你说你俩是一个劲的出来了，也置上房子、置上地了，有自己的事业了，结果跑这离婚来了。所以应该多找找自身的不足，也应该认识到自身有不足影响家庭生活了，影响夫妻感情了……你说现在这钱也好挣，那是对于勤奋人来说，你要是说不好挣，那也是对于懒惰人来说的，有活就先干着呗。有就比没有强，你干就比不干强。你接触人呢，如果坐那玩，那你接触的全是玩的人，如果你去干活，你接触的就全是干活的人。你就得有信心，这个活不好，你挑一个适合自己的挣的多的好不？我认为也是被告过错比较大应该改造……话说回来了，【看向原告】我再说说你啊，这个女人有些个时候你不能做的太强势，你夫妻之间嘛是不？你不给他钱，他以为你看不起他，是不是？……这俩人哪尤其是男人你应该要给他一个脸面，是不？我觉得说这个，你们俩这个矛盾这个问题，从你这来讲，是为了这个家为了这个日子，恨铁不成钢，是不？挣的钱不够给你一个人花，但你给了这个家这个孩子，孩子正是上学的时候，这得辛苦一点点，但是夫妻俩就是夫妻俩，白头到老那可是好事。"

在这长达 5 分钟的调解发言中，转业法官灵活运用了多种话语类型。他首先指出当事人夫妻已成功在北京郊区安家落户，暗示他们应珍惜现在所拥有的生活；接着又要求双方看到自己的不足，这是在调解技巧中属于策略性的自我批评的调解技巧。具体来看，转业法官从待业丈夫一方引出谈话，因为后者不愿工作及对妻儿不闻不问是纠纷的焦点。但他并没有训斥待业丈夫，而是直白地指出了其不工作的问题，并要求丈夫以家庭为重，挑一个适合自己的工作（"有活就先干着呗。有就比没有强，你干就比不干强。"）。在这里，转业法官有机结合了道德话语中的谴责和治疗话语中的鼓励，并将主要责任归咎于待业丈夫，获得了后者的认可。转业法官于是转而教育务工妻子。由于务工妻子较为强势，法官首先通过道德话语对她进行谴责，提出她不应太强势，应该给予丈夫足够的尊重。但在同时，法官也立即认可了她的对家庭的贡献和尊严（"从你这来讲，是为了这个家为了这个日子，恨铁不成钢，是不？"），并转而通过务实的语言指出她的困难（"孩子正是上学的时候，这得辛苦一点点。"）。这暗示了对于这个阶段的家庭来说困难是难以避免的，牺牲是必然的，务工妻子应当接受这种牺牲。最终，转业法官运用治疗话语作总结（"夫妻俩就是夫妻俩，白头到老那可是好事。"）。

在案件一中，当事人的文化程度都不高，因此这种接地气的语言更容易被他们理解和接纳对他们而言更容易理解和接纳。同时，法官话语中传递的价值观带有浓厚的儒家文化色彩，这在我国多数地区、尤其是农村和欠发达地区仍然是主导思想，因此这样的话语很容易和当事人很容易让当事人产生共鸣，其观点也更容易被双方接受。

在建立话语权威的过程中，调解式话语并不排斥法律话语的运用，但法律话语更多地以辅助和强化非法律话语的角色出现。例如在案件一中，务工妻子一度拒绝调解，因为在之前的几次诉讼中她已多次接受调解，但结果不尽如人意。为了强化其话语权威，转业法官在其道德话语中插入了少量法律语言，成功说服了当事人。

片段 2

转业法官："【看向原告】婚姻案件啊，根据婚姻法的规定，应当进行调解，所以必须要进行调解。而且调解要贯穿审判的全过程。所以我有必要多说几句。你们俩呀，从外地到这来，心往一

处想，绑在一块，在这安家了，不容易，得珍惜这段感情。【看向被告】到这来闯份天下也是非常不容易的【看向原告，随后看向被告】你看你爱人这鲜活的例子在这呢，刚才她说了她通过自己的努力通过自己的打拼，现在一个月收入这么多，是吧？我觉得你爱人。比如刚才我问她怎么平时不给你点钱呢？这个法律上有规定：夫妻间有相互扶助的义务。但是夫妻俩都应该相互奋斗日子才能过好，光凭一味地等待甚至不务正业那肯定影响夫妻感情。你以为你爱人不愿意回家，孩子愿意让父母分开居住？法庭认为你有过错。你说你爱人有什么过错？你说原告有什么过错？可能有些强势，这也能看得出来，但你是能够接受的，应该是能够容忍的。”

在这个片段中，法官援引了婚姻法作为其调解的基础，强化了其话语的权威性（“根据婚姻法的规定，应当进行调解”）。但他并没有继续展开，而是转向劝导式的说辞（“所以我有必要多说几句”）。为了打消务工妻子的对立情绪，他还直接援引了法律规定（“夫妻间有相互扶助的义务。”），这不仅强化了他说教的合法性基础，也进一步紧扣住了夫妻双方的争议核心：丈夫不愿意工作。

与调解式话语不同的是，审判式话语的权威源自司法权本身，这高度依赖于当事人对法院和法律的认知和态度。

片段 3

硕士法官：陈述一下答辩意见。同意离婚么？

农民丈夫：不同意。

硕士法官：不同意离婚是么，认为不同意的理由是什么呢？

农民丈夫：不……。就是孩子……就是孩子安身之所安身之处的问题。嗯，同意离婚就是牵扯到孩子的问题，孩子……

硕士法官：【打断】就是为了考虑到子女健康成长的情况是吧？（被告：对对对）不同意离婚。

农民丈夫：就是正好大了有一个安身之处。

农民妻子：【插入】他不同意离婚他那意思就是因为孩子大了，没有住处，他就这个（意思）。

硕士法官：子女就是离婚之后没有住处，是这意思么？

农民丈夫：对对对……

农民妻子：对。他离婚同意离。

硕士法官：离婚他不同意离，刚才说了。

农民妻子：【语调上扬】他就是给孩子——那什么（找个住处？）……

硕士法官：【抬头转向被告】你同不同意离婚，明确表示意见。同不同意离婚？

农民丈夫：不同意离婚。

硕士法官：他不同意离婚。

农民丈夫：她就是把这事惹得我就是不同意。

由有上述对话可见，农民丈夫对于是否离婚表现得优柔寡断、含混不清，他的真实意图是以离婚作为筹码赚取更多的财产。但在法官的审判式话语体系下，他的诉求被重新解读为一个法律问题，即孩子抚养权的问题（“就是为了考虑到子女健康成长的情况是吧？不同意离婚。”）。法官的话语运用从司法技术上说没有错误，但是由于双方当事人不懂法，也没有能力将自己的真实诉求用法律的方式表达，就造成法官的审判话语难以获得当事人的认同，甚至引起双方当事人的对立。在法官反复逼问农民丈夫是否同意离婚时，农民丈夫被迫走向法官和对方当事人的对立面，由含混不清变为坚定拒绝（“她就是把这事惹得我就是不同意。”）。

在当事人缺乏对法律的认可甚至了解导致法律话语无法建立权威时，审判式话语也很难有效地转向其他话语类型。在案件二中，硕士法官面对缺乏基本法律知识的当事人，两次试图运用道德话语建立权威，但均以失败告终。第一次是在调解的过程中，农民妻子声称农民丈夫沉迷于赌博，农民丈夫拒不承认，硕士法官这时说道：“即

使真有这事（赌博），为了这个家，你们俩也应该忍一忍。”但是他的说教立刻被农民妻子打断。

第二次发生在庭审尾声：

片段 4

硕士法官：根据法律规定，离婚案件，法庭都需要对双方做一下工作，毕竟结婚离婚双方还是需要慎重考虑，子女也就十岁左右正是需要亲情呵护的时候，然后离婚一个破碎的家庭容易对子女的心理产生一些影响，对他的健康成长不利。所以说双方也应该慎重考虑，如果有问题的话积极沟通解决，好吧？跟你们说这些话希望你们冷静考虑一下。原告方能够考虑考虑么？

农民妻子：不考虑。

相较于多样化的调解式话语，审判式话语更加专业，话语类型也更为单一。这导致其他话语类型在法律话语占主导的话语体系中格格不入。硕士法官的道德话语并非一无是处，但出现在他的审判式话语体系中就显得陈词滥调、缺乏诚意，因此没能有在当事人处建立足够的权威或者得到充分信任。这使双方当事人在整个庭审过程中态度冷漠，且多次打断法官的讯问或说教。

两种话语体系在建立权威方面的差异性在案件三中同样有所体现。在小法官审理案件的过程中，他遵循法律话语规范将再婚丈夫称为被告，却没想到这一称呼成了导火索。

片段 5

小法官：被告，你有证据就当庭提交，其他没用的话不要讲。

再婚丈夫：你没说让我今天拿证据。

小法官：不拿证据你到法院做什么来了？

再婚丈夫：是你叫我来的，我没想来。

小法官：被告，我告诉你，我们法院受理案件的原则是：民不告官不理，人家不告你，我能叫你来？

再婚丈夫：你不要张口被告闭口被告，我听着不舒服。你是法官，我的名字叫张 XX，你叫我名字就行了。我又没做错什么，凭什么叫我被告？

小法官：今天开庭，你来什么劲？

再婚丈夫：我就是听不得你把我叫成被告。她要是污蔑我呢？我也成了被告？

小法官：在法院，你就是被告，这是法律规定的，不是你选择的。

此时法官敲了法槌，再婚丈夫停止了进一步的争论。在之后的庭审中，小法官开始以姓名称呼再婚丈夫，但是已经很难再建立权威，再婚丈夫对法官的调解和审判活动开始消极对待。“被告”这一称谓在民事诉讼中并不具有贬义，只是指代特定诉讼角色，法官使用这一称谓是期望突出庭审的程序性，强化其话语的权威性。然而，对于不懂法的再婚丈夫而言，被告上法院、成了“被告”并不是什么光彩的事，意味着做了错事（“我又没做错什么，凭什么叫我被告？”）。他不能理解被告称谓的程序意义，反而因此产生了对立和抵触情绪。

相较之下，老法官对于法律话语的运用则更加贴合当事人的法律意识。在他接手后，再婚妻子已经拒绝再出庭，也不愿意同她的丈夫进行沟通。老法官将法律话语植入对她的劝导中，强制已经心生抵触的再婚妻子重新回到法院调解中。

片段 6

老法官：你的离婚案件我们受理已经两个月了，上次传你来法院，你咋没过来？没什么事吧？

再婚妻子：没事，那天正好出差了。

老法官：没事就好。是的，出差的事有时不由我们自己，但你离婚的事情也很重要。你向法院提出了离婚，你就有法律上的责任来法院协商，将婚姻上的问题解决好，才能安心工作。”

在上述对话中，老法官先用治疗话语拉近双方的距离（“没什么事吧？”“没事就好“），再话锋一转提醒再婚妻子她有法定责任促进诉讼

（“你向法院提出了离婚，你就有法律上的责任来法院协商”），进而建立起话语权威，同时把再婚妻子拉回到调解程序中。

（2）庭审进程的控制

对庭审进程的控制是庭审话语技巧的体现，主要通过限制和打断当事人发言实现。（Susan Phillips. 1998. Ideology in the Language of Judges: How Judges Practice Law, Politics, and Courtroom Control. Oxford: Oxford University Press.）我们的经验材料表明，审判式话语和调解式话语都善于使用打断的技巧控制庭审进程，但其目的有所区别。在调解式话语中，这种控制主要用于压制可能会影响调解效果的负面表达；而在审判式话语中，其主要目的则是用于将谈话限定在法律问题的范畴内，为最终裁判的作出提供支撑。以案件二为例。庭审中农民妻子提出双方早已分居达一个月，这引发了一段关于夫妻共同财产的对话。

片段 7

硕士法官：【对被告】就是她九月十号走了，又回来过是么？

被告金某：就是几乎经常回来。

硕士法官：经常回来是么？

原告陈某：【对被告】我回来多少次？

被告金某：就在我不在家的时候……

硕士法官：【打断】原告有婚前财产么？

在这里，硕士法官意识到分居的时间并没有达到《婚姻法》规定的夫妻分居满两年的要求，于是立刻打断了当事人的谈话，迅速转向下一个法律问题。

片段 8

硕士法官：婚后共同购置的财产有么？

农民妻子：没有。

硕士法官：【对被告】没有是么？

农民丈夫：这个可不是说没有。

硕士法官：有什么呀？

农民丈夫：这个房子的问题，因为拆迁的问题，她的户口和我们的原本……

硕士法官：【打断】我问婚后有共同购置财产么？

农民丈夫：没有。

在案件二中，拆迁赔偿款其实是双方的争议焦点，而农民丈夫也多次试图向硕士法官提出这一点。但是由于拆迁房不属于夫妻共同财产（登记在妻子父亲名下），硕士法官认为拆迁房纠纷与本案无关，遂打断了谈话，将话题转回夫妻共同财产（“我问婚后有共同购置财产么？”）。

调解式话语同样也大量运用打断等控制庭审节奏的技巧。但与审判式话语不同的是，调解式话语打断的目的在于促成调解。在案件一中，转业法官在一次调解中运用了三次打断，都是为了控制当事人的心态和情绪。第一次出现在原告抱怨法院重复调解的时候。

片段 9

务工妻子：我能理解法官的意思，我们必须得走调解这是个过程，但是呢，一次两次三次不能每次都走这过程吧？对我来说是一种打击，对孩子是一种打击，对他（指被告王某）来说是不是一种打击？

转业法官：【打断】你孩子对这事怎么看呢？

务工妻子：怎么看呢，开学的时候我们孩子在黑板上给他写了一大堆话：爸爸我开学走了，好好想想我给你说的话，男人一定要有责任。【对被告】你让孩子怎么说？还让孩子怎么着？

在这里，法官运用打断转移了务工妻子的注意力，使其关注焦点由抱怨法庭多次调解转移到孩子身上。通过运用话语，法官引导务工妻子不自觉地进入了调解。另外两次打断发生在调解进程中。

片段 10

转业法官：【对被告】刚才你爱人说了你没有收入影响家庭生活是吧？

待业丈夫：嗯

转业法官：现在（问题）提出来了。

务工妻子：【插入】我插一句……

转业法官：【打断】你插什么话呀！这还没说完呢你插话！【转向男方】那么说这个问题确实是个问题，那怎么办呢？得有个方法啊。

待业丈夫：这不管怎么着吧。我是有两个多月没上班了……

片段 11

转业法官：【对被告】那么导致家庭到现在这个地步你认为你自身有过错么？

待业丈夫：我自身也有过错。

……

转业法官：那怎么办？能改正么？

务工妻子：【插入】改不了！

转业法官：【严肃对务工妻子】没和你说！

务工妻子：【语调降低】改不了。

转业法官：【对待业丈夫】既然你认识到自身不足，能不能够弥补？

待业丈夫：能够弥补。

在上面两段对话中，转业法官均打断了务工妻子的插话或直接不让她发言。这两次打断均发生在转业法官试图引导待业丈夫承认自己错误的时候，而这是调解关键的一环。如果允许务工妻子说话，无论她说的是否与调解的目标相关，都有很大可能对调解造成负面影响。因此，转业法官的打断有效促进了调解的顺利推进，使待业丈夫最终能够诚恳地承认错误，实现调解的阶段目标。

（3）争议焦点的识别

争议焦点的识别是庭审话语的核心。在争议焦点的探查方式上，审判式话语通过使适用案件结构缩小争议从而确定焦点，而调解式话语则允许甚至鼓励纠纷双方扩大他们的争议范畴以发现隐藏的真相。（Susan S Silbey and Sally E Merry. 1986. “Mediator Settlement Strategies.” Law and Policy 8 (1): 7－32.）既有经验研究表明，以法官为代表的法律专业人士在处理纠纷时倾向于以法律规则为框架将繁杂的生活纠纷切割为逻辑简单清晰的法律案件。（Sally Engle Merry. 1990. Getting Justice and Getting Even. Chicago: University of Chicago Press; Lynn Mather and Barbara Yngvesson. 1980－1981. “Language, Audience, and the Transformation of Disputes.” Law and Society Review 15 (3－4): 775－821.）具体来说，初次进入法院的纠纷表现为一系列日常生活中“问题”的集合，其中很多问题在法律上是无关紧要的，而法官则通过边缘化这些无关紧要的问题，把握法律相关问题的脉络，识别争议的焦点。（Sally Engle Merry. 1990. Getting Justice and Getting Even, 108. Chicago: University of Chicago Press.）在庭审之初双方意图不是特别清晰时，这种方式尤为有效。而调解式话语则能够巨细无遗地介入看似无关紧要的问题，在最广泛的层面探查纠纷当事人的真实意图和底线，从而促成纠纷双方的合意。

上述话语差异在案件三中展现得淋漓尽致。当纠纷双方对于是否应当归还彩礼争执不休时，小法官将该争议缩小为一个法律问题：给付彩礼是否使再婚丈夫的家庭陷入经济困难？

片段 12

小法官：【对再婚丈夫】所以，你可以接受的返还彩礼的最低数额是多少？

再婚丈夫：我不知道。但是最少也要 1 万 3。最少 1 万 3 吧，为了娶她，我们家已经至少花了两万块钱了。

小法官：你的家庭情况怎么样？缺钱吗？

再婚丈夫：我家的情况不比她差。

小法官：你家庭年收入多少？

再婚丈夫：不是的，法官，你没明白我的意思，这不是钱的问题。她不应该这样对我。我们结婚才两个月，她就在外面偷人，我是人财两空啊。你想想，这下别人怎么看我？怎么看我家里人？我在别人眼里成了个笑话。必须要返还彩礼。

小法官：【对再婚妻子】现在被告要求返还 1 万 3 千元的彩礼。你接受吗？

再婚妻子：我不接受。

在这个片段中，丈夫担心的是他在村里的形象，但是法官认为形象好坏并非法律关心的问题，因而将谈话焦点导向涉及婚姻法相关规定的法律问题（彩礼的给付是否会导致家庭经济困难），尝试根据法律标准认定是否返还彩礼。然而这并不是丈夫真正关心的问题，为了面子丈夫也不愿意谈及自己的经济困难（“我家的情况不比她差。”），因此即使即使小法官认为部分归还部分彩礼，也没有法律基础支持丈夫。与此同时，小法官的法律话语也引起妻子的对立，因为他的法律话语无法得到妻子的理解和公民，妻子只能生硬地拒绝。彩礼不返还，再婚丈夫就不会同意离婚的，甚至还威胁要上诉。夫妻陷入僵化对立，一个死结由此产生。

老法官接手这个案件后，她改变了话语范式，鼓励双方充分阐述自己的情况。通过交流，她发现再婚妻子找了一份工资不错的新工作，且可能有了新的约会对象。这些发现成为解决问题的关键：

片段 13

老法官：我知道，你不在乎那些钱，你在赌气。但是你想一想，钱毕竟是经你手花的，无论花给谁，都是由你决定的。当时你给他买衣服时，也是心甘情愿的。再说被告现在也没有要求你全部退还彩礼。所以如果在这点小钱的问题上你不退让，就显得是你做过分了。另外让这个案件拖上三五个月，那到头来耽误的是你呀！你今年 28 岁，既然这段婚姻过不下去了，还不尽快了解这段婚姻，好好再找一个？

再婚妻子：我家人也是这么告诉我的。

老法官：你家人也是这样说的？那就证明我说的没错。你看，就剩下这 3000 元的差距了，看你工作这么忙，单位的效益一定不错，大不了就一个月的工资，我看这事就这么定了。下次你来法院，就来领调解书，再拿 1 万 3 千元，这事就结束了。

再婚妻子：那离婚证明怎么办？我急着要。

老法官：调解书就是离婚证明。那你就下周三来法院领取。

再婚妻子：谢谢法官啊。

老法官：不用谢！这是我们的工作。

虽然老法官也谈到了彩礼，但她并没有把这个问题局限在法律层面，而是通过扩大争议范畴，找到了解决纠纷的关键：再婚妻子迫切需要尽快重新开始一段新生活。这使得争议可以成功的解决。

两种话语体系通过扩大和缩小争议识别争议焦点的不同做法在其余两个案件中也有所体现。在案件二中，农民丈夫提出子女未来的居住问题，据此要求分割岳父母的房屋拆迁款。这一要求缺乏法律基础，因为拆迁房不属于夫妻共同财产或获农民丈夫个人财产，夫妻户口也不在房子里）。硕士法官据此直接忽略了农民丈夫的要求。

片段 14

农民丈夫：那个得说清楚，那个拆迁私建房是我盖的。

农民妻子：你盖的，你盖在哪了？

农民丈夫：盖你们院了你说盖在哪了？

农民妻子：那院是谁的啊？

农民丈夫：是谁的不也是我盖的？

硕士法官：现在打的是（离婚诉讼）……【被打断】

农民妻子：【插入】那在谁的院里啊？

硕士法官：行了，别说了。现在（打的是离婚诉讼）……【被打断】

农民丈夫：你那叫没良心！

硕士法官：别说了！【敲法槌】现在处理的是夫妻的法律关系，这个如果有利益可以以后主张，好吧？

农民丈夫：行。

拆迁款实际上是这个案件的争议焦点，但是硕士法官没有理会此事，这在法律上没有问题，因为它不属于本案诉讼标的的范畴。但是从纠纷解决的角度来看，硕士法官没有抓住问题的关键。他试图用审判式话语将繁复的问题梳理成一起典型的离婚案件，其目的不是把握核心问题，而是为作出裁判提供必要的法律意义上的支撑。

相反，调解式话语并不拘泥于以法律意义上的争议焦点，而是从消解纠纷的角度出发，允许当事人表达问题的各个方面，更多地通过常识和经验判断识别事实上的争议焦点。在案件一中，夫妻的纠纷涉及很多法律和非法律问题（丈夫无业、妻子强势、子女无人照顾、丈夫没有零用钱、家暴、赌博等），但转业法官并没有机械地缩小争议，而是在所有问题都被暴露出来后，把握住了争议的真正焦点：待业丈夫的懒惰。这从案件一尾声的对话中可以看出来：

片段 15

转业法官：她（原告）说的对么？

待业丈夫：【点头】

转业法官：这毛病不少吧？

待业丈夫：【点头】

转业法官：不能光点头你得说话，是这样吧？

待业丈夫：是。

转业法官：怎么办？

待业丈夫：改呗，改正。

转业法官：光拿嘴改？

待业丈夫：嘴上改，行动上也改。

……

转业法官：你说这个毛病怎么办？怎么解决？

待业丈夫：赶紧找个班呗。

转业法官：找个班挣钱，这是最好的解决办法。

当专业法官把握住争议的真正焦点后，他没有再回到夫妻法定责任、财产权利等法律问题，而是不厌其烦地反复强调要工作，这种处理方式是非法律的，但却能有效解决争议焦点，而争议焦点一旦解决，其他也就（至少是暂时）随之烟消云散了。在这里，法律虽然被边缘化，但是案件审理的过程和结果都满足了双方的要求。

04 对规则形式主义的反思

检验民事司法程序有效性的主要标准就是能否解决问题，（Herbert M Kritzer. 2007. “Toward a Theorization of Craft.” Social and Legal Studies 16 (3): 321－40.）这在中国法院尤为突出，因为纠纷解决往往与社会稳定相关联。（Xin He (贺欣). 2014. “Maintaining Stability by Law.” Law and Social Inquiry 39 (4): 849－73.）如果按照这个标准去评判，将一个应用法律和程序的解纷机制应用在离婚案件的审理中存在诸多问题。由上述庭审话语片段可见，由于当事人的话语往往是非法律的，调解式话语相较于审判式话语更容易得到当事人的共鸣和配合，也更容易让当事人充分表达和发泄其不满，从而帮助法官掌握话语的主导权，也就掌握了纠纷发展中的控制权。（Austin Sarat and William L F Felstiner. 1988. “Law and Social Relations: Vocabularies of Motive in Lawyer/Client Interaction.” Law & Society Review 22(4): 730-770.）因此，对于法官来说，

最高效的解纷策略是把握双方当事人真正在意的问题，而非仅着眼于法律问题。（苏力：《送法下乡》，北京大学出版社 2000 年版。）

但这并不意味着法律在纠纷解决中是无关紧要的。法律对法官和当事人都是一种限制，即便是非法律话语也拱卫着法律的底线。在一些情况下，调解式话语存在对弱者利益的践踏。例如有经验研究表明，在离婚案件的法院调解中法官使用实用主义话语去掩盖家庭暴力。（Xin He（贺欣）and Kwai Hang Ng. 2013. “Pragmatic Discourse and Gender Inequality in China.” Law and Society Review 47 (2): 279－310; Xin He（贺欣）and Kwai Hang Ng. 2013b. “In the Name of Harmony: The Erasure of Domestic Violence in China’s Judicial Mediation.” International Journal of Law, Policy and the Family 27 (1): 97－115.）在这个意义上，法律能够保障弱者的基本权利，防止法官将法院调解建立在权力不对等的基础上。此外，调解式话语体系并不排斥法律话语，虽然法律话语不是转业法官和老法官主要运用的解纷话语，但法律知识是促成问题解决的重要因素：两位法官都通过强调其调解的法律基础，强化自身话语权威，并促使带有抵触情绪的妻子接受法官的调解。转业法官还引用了“夫妻间有相互扶助的义务”这一法律规定，以遏制妻子的强势并激励待业丈夫找一份工作。这些法律话语的策略在话语权威的建立中格外有效，而这恰恰也是成功调解的首要因素。（Susan S Silbey and Sally E Merry. 1986. “Mediator Settlement Strategies.” Law and Policy 8 (1): 7－32.）

然而这些并不能弥补审判式话语体系的局限性。首先，如上文所展示的，法律话语主导的审判式话语体系常常难以在当事人关心的问题上获得共鸣，这在当事人没有专业律师代理时尤为常见。在一些情况下，诉讼当事人关心的问题虽然在生活层面上与案件相关，但在法律层面上被认定为无关，也就无法进入法律话语主导的话语体系。其次，法律语言在解纷程序上表现为限缩争议的趋向，这在一定程度上阻碍了对当事人争议焦点的探知，不利于纠纷真正地的解决。最后，对法律的机械适用可能会导致法官与诉讼双方当事人的对立。从这个意义上说，法官要解决纠纷，不能止于在程序和实体上妥善运用法律，还需要磨练其话语运用的敏感性，否则就可能导致案结事不了的现象，多个经验研究已经指出了这一点这在多个经验研究中均有所体现。（Philip Huang. 2010. Chinese Civil Justice, Past and Present. New York: Rowman & Littlefield Publishers Inc.；巫若枝：《当代中国家事法实践研究》，中国人民大学 2007 年博士论文。）

审判式话语体系的局限性折射出我国基层老百姓对实质争议的文化期待。虽然在国家层面我国已经转向法治与法律思维，但在基层社会根植于日常社会习俗的传统道德文化依然在生活中占据主导。（Mary E Gallagher. 2006. “Mobilizing the Law in China: ‘Informed Disenchantment’ and the Development of Legal Consciousness.” Law and Society Review 40 (4): 783－816; Xin He（贺欣），Lungang Wang, and Yang Su. 2013. “Above the Roof, Beneath the Law: Perceived Justice among Migrant Wage Claimants in China.” Law and Society Review 47 (4): 403－37.）一个主要的原因便是中国有法律让位于道德要求的传统。（William Theodore De Bary. 1998. Asian Values and Human Rights: A Confucian Communitarian Perspective. Cambridge, MA: Harvard University Press.）正如上述三个案件展示的，当事人受到儒家思想的潜移默化，更倾向于接受家长式的裁判者基于其理解的善恶对错标准进行纠纷解决。而若是法官仅仅依据法律规则来判断“对”与“错”，则很难满足当事人的需要，因为当事人无法理解和

接受陌生的法律文本和技术化的法律适用。因此，调解式话语在某种意义上链接了传统信仰和现代中国法治。

05 结语

本文考察的是我国郊区一个基层法院的审判式话语和调解式话语，得出的结论不能代表其他法院的情况。但就两种话语体系而言，对法律话语与非法律话语的混合运用确实比机械适用法律和程序更有利于解决离婚诉讼。因此，我们有必要反思在中国基层司法需要什么样的审理形式和话语体系。诚然，规则形式主义对于统一的司法制度及健全的市场经济至关重要。（Ibrahim Shihata. 1991. “The World Bank and ‘Governance’ Issues in its Borrowing Members.” In The World Bank in a Changing World: Selected Essays and Lectures, edited by Franziska Tschofen and Antonio R. Parra, 85－105. Boston: Martinus Nijhoff Publishers.）但这一观点更多地是从官方视角出发，而忽视了普通群众对于纠纷解决的期待以及社会稳定的客观需要。（James C Scott. 1999. Seeing like a State: How Certain Schemes to Improve the Human Condition Have Failed. New Haven: Yale University Press.）这也是为什么年轻的法学毕业生在从事审判工作时可能会被机械化的规则和程序结构限制住他们的想象力、灵活性以及敏感性，遭遇各种各样的问题。

本文对于审判式话语和调解式话语的研究说明，司法技术的培育并不局限于科班法学教育。（学者关于诉讼律师和辩护人技巧的研究中有类似观点。参见：Herbert M Kritzer. 1990. The Justice Broker: Lawyers and Ordinary Litigation. New York: Oxford University Press.）除了法律规则和原则这些传统法学知识，法官需要通过积累审判经验及生活经验以掌握非正式的知识，这不仅是微妙的话语技巧和交流策略，也是所谓的“思维的习惯”，有助于从整体上提升法官的审判表现。（Joseph Bensman and Robert Lilienfeld. 1991. Craft Consciousness: Occupational Technique and the Development of World Images. New York: Aldine de Gruyter.）虽然这些长期受到专业人士忽略的技巧很难被系统化地提炼和阐述，但对通过庭审话语进行研究无疑是一个好的开端。由此也提出了新的问题：科班法律教育在司法技术的培育中应扮演什么的角色？在不同层级和不同类别的案件中，司法技术的培育是否应有所区别？在不同地区，何种培育方式更加契合当地的文化期待？司法技术的发展是否会挤压文化特性和传统的生存空间？司法技术如何与更高层面的政治制度、社会经济条件及文化背景产生关联？这些问题都有待进一步探索。

《法律和社会科学》集刊投稿地址：http://flsk.cbpt.cnki.net

张剑源丨法律如何回应家庭暴力？

2021-07-14 法律和社会科学

https://mp.weixin.qq.com/s/Np-wo8Dy66QCIaElpyPgZA

编者按：《法律和社会科学》“家事法的社会科学”专号共有六篇论文，本文是其中的第一篇。作者是张剑源，云南大学法学院教授。本文指出，家庭暴力具有“个体暴力”与“家庭纠纷”交叠的双重属性。作者从这个角度出发，探讨法

律应当如何回应家暴案件，方能使相关问题得到妥善处理。

摘　要：家庭暴力乃是“个体暴力”与“家庭纠纷”二者之交叠。然而，过往执法和司法对涉家暴案件的处置，并没有完全注意到这种双重属性的交叠，进而呈现出在“个体主义”和“家庭本位”之间非此即彼的摇摆，不利于涉家暴案件的有效处置。妥善处理涉家暴案件，必须将家庭和个体因素同时考虑在内，另外还必须对社会性别、家庭权力结构等问题予以关照。作为一类难办案件，涉家暴案件处置过程的复杂性，提示了法律运作中两个易被忽略的问题：第一，当所依据和适用的法律有多重选择可能的时候，法官或执法者应准确分析不同立法规定之目的，同时应特别注意不同立法规定之间的有效衔接；第二，对社会科学知识予以重视和合理利用，将有利于案件事实的准确认定，同时也有利于准确适用法律。

关键词：家庭暴力　伦理　个体主义　法律适用　法律和社会科学

一、问题的提出

2016 年 3 月 1 日开始正式实施的《中华人民共和国反家庭暴力法》（以下简称“《反家暴法》”）实在是一部特殊的立法！首先，在《反家暴法》出台之前，立法和司法解释中实际上已经包含了众多对家庭暴力行为进行规制的规定。比如《婚姻法》中有关家庭暴力的规定；《治安管理处罚法》中有关“虐待家庭成员”、“遗弃”的规定；《刑法》中有关“虐待家庭成员”、“拒绝抚养”的规定，最高人民法院等联合发布的《关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见》中对“家庭暴力犯罪”的规定等等。另外，《治安管理处罚法》和《刑法》中有关殴打、侮辱、拘禁、故意伤害、故意杀人等规定，实际上都与家庭暴力相关。（参见《中华人民共和国婚姻法》第三十二条，《中华人民共和国治安管理处罚法》第四十三条、第四十五条，《中华人民共和国刑法》第二百三十七、第二百三十八条、第二百六十条、第二百六十一条，以及《关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见》等。）可以说，在《反家暴法》出台之前，无论是民法、行政法、刑事法，还是司法解释，国家都已经建立了对家庭暴力行为规制的完备的法律和政策体系。那为何，国家还要专门制定一部《反家暴法》？是重复，还是一种有效的补充？其次，《反家暴法》中所规定的一些较新的制度和措施——比如“人身安全保护令”和“告诫”制度等——看似拓宽了受害者的救济途径，然而若仔细一看，这些制度实际上只不过是一些“软绵绵”的制度。至少，相较于治安管理处罚和刑事处罚来说，它们的确是较轻的责任形式。（在调研和访谈中，有法官就曾给我们讲过：“就是感觉这个人身保护令，自己个人感觉就是软绵绵的，就是说能不能切实保护到申请人的利益，避免犯罪行为的发生，好像这个措施不是很给力。感觉你法院下了这个裁定，但是，对方就一定参照你这个去执行吗？……”报告人：A 法院 G 法官。）　那么，在“暴力”面前，立法的目的本来就是要打击违法犯罪，保护人民群众人身安全和财产权益。但是，既有的“重”处罚措施都不行，还要制定一些“软绵绵的”制度和措施有意义吗？再次，从更为宏观的角度看，中国长久以来所形成的“劝和不劝分”、“家丑不可外扬”、“家务事”观念一直在家庭生活中发生着影响。（此类影响，有些是正面的，有些是负面的，应该辩证地看待。但它的确是一种既存的事实。相关研究可参见苏亦工：《辨正地认识“法治”的地位和作用》，载《山东社会科学》2015 年第 12 期；李拥军：《我们期待着属于中国的家庭法》，载《法制与社会发展》2019 年第 4 期；曹贤信、赖建平：《亲属立法的人性基础》，载《重庆大学学报（社会科学版）》2018 年第 1 期等。）这一国家专门针对家事所制定的法律，又会对基层社会和千千万万的家庭产生什么样的影响？

本文认为：这些相对宏观的问题实际上都源于一个基础性的问题，那就是：家庭暴力到底有何特殊？为何立法和制度设计在面对家庭暴力的时候，会产生出如此多不同的规定？在纷繁复杂的家庭暴力案件处置过程中，究竟应当如何进行法律选择、如何进行决策才是最佳的选择？

过去，学界针对家庭暴力问题的特点、解决家庭暴力的方法、出台和完善家庭暴力立法等问题进行了大量研究，介绍和引荐了一大批国外有关家庭暴力的研究成果，形成了一些具有代表性的观点。从总体上看大致可以分为两类：第一类，特别强调从对受暴者个体权利保护的角度展开研究。比如：有学者认为家庭暴力尤其是针对妇女的家庭暴力产生的深层原因在于“传统不平等的性别结构”或“社会性别不平等”；（参见佟新：《不平等性别关系的生产与再生产——对中国家庭暴力的分析》，载《社会学研究》2000 年第 1 期；陈苇：《我国农村家庭暴力调查研究——以对农村妇女的家庭暴力为主要分析对象》，载《法商研究》2007 年第 6 期。） 在解决家庭暴力的方法方面，倡导外部社会支持体系的建立；（参见王凤仙：《反抗与妥协——家庭暴力受害者个案研究》，载《妇女研究论丛》2001 年第 5 期；陈钟林、张芳：《家庭暴力受虐妇女社会支持网络构建的实证研究——以天津市为例》，载《妇女研究论丛》2006 年第 5 期。） 认为“去家庭化”已经成为我国反家暴立法的一个重要特征，在立法中主张婚内赔偿等制度设计。（参见张洪林：《反家庭暴力法的立法整合与趋势》，载《法学》2012 年第 2 期；金眉：《论反家庭暴力的立法缺失》，载《法学家》2006 年第 2 期。）另一类则较为注重对家庭暴力问题整体性的研究，不仅关注到家庭暴力问题中的个体权利问题，同时还从家庭秩序、家庭伦理，以及政策影响等方面展开研究（参见姜涛：《刑法如何面对家庭秩序》，载《政法论坛》2017 年第 3 期；张剑源：《赋权与说和：当代中国法律对个体-家庭关系变迁的回应》，载《思想战线》2018 年第 2 期；贺欣、吴贵亨：《司法调解对家庭暴力的删除》，载《法律和社会科学（第 11 卷）》，法律出版社 2013 年版。），试图提供一个分析和解决家庭暴力问题的整体性图景。除此之外，实证研究，以及对社会科学知识引入家庭暴力实践的探讨也在近年来不断增多（参见陈敏：《人身安全保护令实施现状、挑战及其解决》，载《预防青少年犯罪研究》2016 年第 3 期；刘昱辉：《论公安机关实施<反家庭暴力法>中的不作为问题及对策》，载《中国人民公安大学学报（社会科学版）》2017 年第 3 期；王少、孔燕：《心理干预与法律规制的融合进路——基于家庭暴力防治的分析》，载《广州大学学报（社会科学版）》2017 年第 3 期；王玲、吴清禄、蔡兆欣：《香港亲密伴侣暴力危机评估与控制的实践经验和启示》，载《社会工作与管理》2016 年第 6 期等。）。总的来看，反家暴相关研究成果开始从过去较为常见的“个体主义”抑或“家庭本位”的单一偏好慢慢向“整体性”研究转变，拓展了我们对家庭暴力和反家暴法的认识。

本文建立在既有研究基础上，将以当下国家法律对家庭暴力的回应为主题展开。主要利用调研资料和公开裁判文书展开研究。文章第二部分回顾了过往国家法律回应涉家暴案件的两种倾向，指出：个体主义的和家庭本位的案件处理方式都不能完全准确处理好涉家暴问题，原因在于执法和司法过程对家庭暴力这一概念认识的不足和偏差。文章第三部分对“家庭暴力”这一概念进行了系统的反思和讨论，指出它是一个与个体间的暴力、家庭纠纷，以及家庭权力结构三个因素都密切相关的复杂概念。第四部分分析了《反家暴法》及新近相关司法政策对这一复杂性问题的回应。第五部分讨论了未来国家法律回应涉家暴案件需要关注的一些细节问题。

二、过往国家法律回应家庭暴力的两种倾向

通过对相关案例的分析发现，无论是公安机关还是人民法院，在处理涉家暴案件的过程中，有两种倾向是最为明显的：一种，我们将其称为是“个体主义”，另一种则为“家庭本位”。

（一）个体主义

当妻或夫一方以“被对方打”这一理由来到公安机关或人民法院寻求问题解决的时候，如果执法和司法人员仅将双方看作平等的“个体”，而不考虑他们之间的“关系”的时候，“以平等适用于一切人的规则为基础的权利”就开始发挥作用了（哈耶克曾说过：个人主义坚决反对任何强制性的特权，亦即反对对任何并非以平等适用于一切人的规则为基础的权利提供任何保护，而不论这种保护是依据法律还是依凭强权。[英]哈耶克：《个人主义与经济秩序》，邓正来译，生活·读书·新知三联书店 2003 年版，第 40 页。），个体主义的涉家暴案件处理过程也就开始发生了。

第一种情况，强调夫妻双方之间关系的平等和平衡。公安机关和法院认定当事人之间曾发生“相互动手”、“互相扭打”、“抓扯”等。并认定“双方当事人均有过错”，以及“双方均不同程度受伤”。

案例 1：关于被告主张要求原告支付精神抚慰金 100000 元，本院认为，家庭暴力是指行为人以殴打、捆绑、残害、强制限制人身自由或者其他手段，给其家庭成员的身体、精神等方面造成一定伤害后果的行为。根据被告提供的 S 市公安局案（事）件接报回执单显示，原、被告于 2013 年 6 月 2 日因家庭琐事发生纠纷，但无过激行为，被告身体多处软组织挫伤，应当是在互相扭打中造成的，对此双方当事人均有过错，尚不造成伤害的后果，故被告的上述主张，本院不予支持。（注：关于这一要求，被告出具了 S 市公安局案（事）件接报回执单七份、S 市公安局验伤通知单五份）（顾甲与王某某离婚纠纷一审民事判决书。来源于中国裁判文书公开网。(http://wenshu.court.gov.cn/)，最后访问日期：2018 年 9 月 20 日。本文所提到的裁判文书，如无特别说明，均来自此网站，访问日期亦相同。）

该案例中，法官在对家庭暴力进行认定的时候，几乎是在一种完全平等的和均衡的视角上看待当事人双方的权力关系。首先，都认定了“打”（而没有简单将之认定为是“家庭纠纷”）；其次都认定了“互打”（而没有认定谁先动手、是否存在正当防卫等）。在这种情况下，法官认为：夫妻双方地位平等，谁都不应当打谁，双方都动过手那就相互抵消。

第二种情况，在认定为“互打”的这种情形下，认定了夫妻某一方的主要责任，以“赔偿”方式解决问题。

案例 2：2014 年 10 月 18 日中午、2014 年 10 月 19 日 6 时许，原告王某与被告李某（双方系夫妻关系）分别因家庭纠纷两次发生打架，经 P 县公安局 D 派出所民警调解达成如下协议：一、原被告婚姻问题自行协商或到法院提起诉讼。二、原告打伤被告一事，原告负责被告住院期间的医治事宜（支付医药费、护理费、住院费等费用）。……（王某与李某离婚纠纷一审民事判决书。）

第三种情况，认定当事人违反《治安管理处罚法》或《刑法》，而对当事人予以相应处罚。

案例 3：2013 年 11 月 14 日 0 时许，袁某（丈夫）来到司某（妻子）婚前购买的“某某家园”住宅，要求司某开门，但司某害怕开门后被袁某殴打，就一直没有开门，而袁某就大骂司某并猛踢大门，经邻居报警，才由警察将其制止。次日早晨，袁某怒气未消，再次来到司某家，将司某殴打致伤，经 Z 县人民医院诊断为：头部、胸部、背部多处软组织挫伤；颈部捏伤痕迹。2013 年 11 月 15 日，Z 县公安局对袁某实施家庭暴力的行为作出 Z 公（城）行罚决字（2013）31 号公安行政处罚决定书，对袁某给予行政拘留 7 日，并处罚金

200 元的处罚。（司某某与被告袁某某离婚纠纷一审民事判决书。）

案例 4：2013 年 2 月 12 日 22 时 30 分许，被告人翁某某在 J 市 Y 镇家中因夫妻矛盾纠纷与其妻被害人阮某某发生口角并殴打其妻阮某某，致使被害人阮某某右眼受伤，视力下降至 0.12，经鉴定：被害人阮某某损伤程度属于轻伤。2013 年 8 月 9 日，被告人翁某某主动投案。经审理，法院判决被告人翁某某犯故意伤害罪，判处有期徒刑九个月。被告人翁某某赔偿附带民事诉讼原告人阮某某各项经济损失共计人民币 39795 元（含已支付的 2800 元）。（翁某某故意伤害一审刑事判决书。）

这两个案例中，当事人分别因违反《治安管理处罚法》和《刑法》而受到处罚。这与《治安管理处罚法》第一条“保护公民、法人和其他组织的合法权益”，和《刑法》第二条“保护公民的人身权利、民主权利和其他权利”的立法目的是相吻合的。实际上就是一种“将身体置放在法律的平等保护之下”的努力——一种以“法权化”代替“伦理化”的努力。尊卑、良贱、男女不再成为刑罚的参考，唯有个体间的平等才是执法者和法官考虑的核心。（黄金麟：《历史·身体·国家——近代中国的身体形成(1895-1937) 》，联经出版事业公司 2000 年版，第 134-135 页。）

总之，如果我们将上述案例中的当事人换成其他的人，比如两个完全陌生的人，处理方式似乎也不会出现多大不同之处。在这些情况下，“夫妻”、“男女”、“家庭”，这些因素几乎很少有进入执法和司法过程的可能。这实际上也就是我们所称“个体主义”的关键之处了！

（二）家庭本位

虽然在涉家暴案件处理过程中，个体主义是执法者和法官会采用的一种进路，但无论如何，个体主义的进路还不是最为常见的进路。相较来说，以家庭本位为基础，以维护家庭整体性为目的的进路往往更为常见。比如一位基层法官在谈到家事案件以及人身安全保护令时候是这样说的：

家事类案件，关键就是多交流，你多做做工作，他/她就撤诉。……这种家事类案件，我的想法就是，越温越能起到一定的效果，因为打官司这个就是结怨家，就是仇人。你不管，你这个文书一下，你这个一辈子的仇人。中国这个传统的熟人社会，……两个人没有感情，怎么会成为夫妻，最后怎么分割遗产，这不都是在亲属之间嘛。所以，都是熟人社会，它就需要调解，需要不要激化矛盾。一些冲突不大，我们坐下来调解，大概 50%都可以调解。抛开这个讲，如果在调解之前比如说就开个人身保护令，就会产生一定的影响，可能后续的调解工作就不好弄。像这种情况，打过来了，我们一般的处理就是，首先写道歉信，认错。有时候，夫妻之间还是会有感情。我们最近调解的一些，打得不是太重，一般是女的被打，先做工作……像申请人身保护令，这个真的很难。可能一些生活的经验法则[更好]，要用法律来调整就真的很难。……所以我们对婚姻家事类案件，一般都是调解。包括我们在审理过程中，这些我们一般都尽可能地去维系家庭的平衡。尽可能地判决书少下，调解书多下。你这个文书一下，家庭状态产生改变，不一定会是一个好事情，要特别的慎重。家事案件审理过程中，经验法则超越法律规定。（报告人：A 法院 X 法官。）

很多案例呈现出的情形与这位法官所讲较为相似，即“家庭”作为法官和执法者后果考量中的一个重要因素，对案件的走向和结果产生了较大影响。调解、“经验法则”在其中发挥重要作用。

案例 5：经审理查明：……2014 年 11 月 5 日，原、被告因家庭琐事发生抓扯，在抓扯过程中，被告邹某某用锄头将原告赵某某头部打伤，原告赵某某在××卫生院住院治疗 11 天，被告邹某某被××县公安局给予行政拘留五日。……以上事实有××县**派出所询问笔录，×公（水）行罚决字

（2014）第 18 号行政处罚决定书，××县**卫生院入院证、出院证、病历记录以及原、被告的当庭陈述等证据在案佐证……。本院认为：……原、被告婚后因生活琐事发生争吵，2014 年 11 月 5 日，原、被告因家庭纠纷发生抓扯导致原告受伤，影响了夫妻感情，但夫妻之间难免会产生矛盾，只要在今后生活中，双方相互包容，相互理解，多为对方着想，加强联系和沟通，其夫妻关系是可以得到改善的。原告认为被告经常实施家庭暴力，导致夫妻感情破裂要求离婚的诉讼请求，其证据不足，理由不充分，不予支持。（赵某某与邹某某离婚纠纷一审民事判决书。）

该案例中，在离婚诉讼之前，被告因用锄头殴打原告而被拘留这一事实有确切的证据能够证明，但是最后法院的判决书中仍然认为家庭暴力的“证据不足，理由不充分”。从判决理由的说理中可以看出，试图修复良好的夫妻关系、维持家庭的存续，成为了法官一个重要的考量。该案例所展现的实际上就是一种我们称之为是基于“家庭本位”的国家法律回应涉家暴案件的倾向。

三、究竟何为“家庭暴力”？

上文中的案例容易给人造成一种“个体的归个体、家庭的归家庭”的假象。一方面，如果仅将家庭暴力看作是“个体间的暴力”，那么可以有如陌生人间一样通过“赔偿”，或通过国家强制力（比如行政处罚和刑事处罚）的介入就能得到有效解决；另一方面，如果仅将家庭暴力看作是“家庭纠纷”，则又可以通过互相原谅、“创造良好的家庭环境”等理由而以调解的方式解决。然而，通过对个案的仔细分析也不难看出，这种两极化倾向是存在问题和局限的。

（一）家庭暴力并非一个“非此即彼”的概念

首先，纯粹个体主义的执法和司法过程很容易让人忽略掉在此类案件中“家庭”和“夫妻”关系既存的事实。比如案例 1 和案例 2 中，我们看到了“相互动手”、“互相扭打”、“抓扯”等所引起的“双方当事人均有过错”或“双方均不同程度受伤”。似乎他们的情况与常人无异。然而，一个依然不容忽视的事实是：他们除了是两个打架的平等个体外，还是一对有着伦理关系的夫妻；他们之间除了有权利义务关系外，还有着一个他们共同维系着的家庭和伦理。而在案例 3 和案例 4 中，我们看到了另外一种情形，国家强制力直接介入，施暴者一方被处罚或被限制人身自由。看似都解决了问题，但若留心观察，不难看出，这些案例中还是留下了有进一步讨论空间的问题，比如：是否会出现上文中 X 法官所说的那种“激化矛盾”，抑或成为“一辈子仇人”的可能后果？当然，在某些家庭暴力严重的情况下，国家强制力直接介入是必要的。然而，这里更多是提示了一个国家强制力进入家庭的可能和限度的问题。

其次，纯粹家庭本位的执法和司法过程又容易让人感觉到个体及其权利被遮蔽的可能，似乎家庭成员间的事务都可以在家庭内部得到解决，而不需要任何外在机制的介入。比如案例 5 中，通过前后证据，事实上可以看出女方过往遭受家庭暴力的既存事实。然而，法官围绕“家庭”之恢复而进行的判决，实际上总体地遮蔽住了个人权利得到主张和救济的可能。“家”在这种情况下似乎反而成了个人权利实现的障碍。

综上，“个体主义”进路侧重从个体权利出发，强调对施暴人的惩罚，但往往会忽视家庭成员间的身份关系和家庭整体性的实现；“家庭本位”进路以维护家庭和谐为出发点，强调对身份和伦理因素的重视，但常常会遮蔽住个体权利的实现，表现出“屈个人而全家庭”的倾向。两种法律回应的倾向都显示出了其固有的问题和局限。也因此，有必要对“家庭暴力”有一个更准确的认识。

（二）家庭暴力乃是“个体暴力”和“家庭纠纷”二者的交叠

首先，作为背景，必须认识到目前中国社会中那种个体与家庭之间“若即若离”的关系的存在。因为只有认识到这一点，才有可能弄清楚：家庭暴力不可能只与个体（个体主义）或只与家庭（家庭本位）有关。也因此。在处理方式上也就不可能“个体的归个体、家庭的归家庭”，而应该是一个综合的考量过程。关于这个问题，阎云翔曾做过细致的讨论。他首先指出了中国社会中个体化崛起的趋势：

中国社会从未停止变化；新近在诸多方面的激进变动更是从本质上改变了社会的结构。个体的崛起就是这样一种转型性的变化。……个体的崛起在很大程度上改变了社会关系的结构，导致了中国社会的个体化。（阎云翔：《导论:自相矛盾的个体形象，纷争不已的个体化进程》，载[挪]贺美德、鲁纳：《“自我”中国:现代中国社会中个体的崛起》，许烨芳等译，上海译文出版社 2011 年版，第 1-2 页。）

但他同时也注意到了中国社会中那种个体与家庭之间“若即若离”的关系：

首先也是最为重要的是，家庭仍然是正在崛起的个体的重要资源。……家庭同样也可以作为一个“想象的共同体”发挥着塑造个体身份认同的重要作用。……当个体从包含一切的社会范畴中脱离出来，传统和集体都不会消失；相反，两者都成为正在崛起的个体可资利用的资源。（同上，第 21-22 页。）

其次，正因为个体与家之间存在这种“若即若离”的关系存在，那我们就不得不承认：在处理涉家暴案件的时候，就必须既要考虑家庭完整和恢复家庭秩序的重要性，必须明白“家”直到今天仍然是认识中国社会的关键词。（麻国庆：《家庭策略研究与社会转型》，载《思想战线》2016 年第 3 期。） 但同时也不能不对崛起的个体主义保持关切，并时刻对个体权利保持敏感性。从这个角度来看，家庭暴力应该是一个与“个体间的暴力”和“家庭纠纷”这两者都密切相关的概念。如下图所示：

首先，它是一种个体间的暴力，但却是一种特殊的个体间的暴力。它不完全像发生在陌生人间的那种，而是发生在家庭成员间的暴力。其中包含了伦理的因子，关涉着家庭是恢复还是瓦解；其次，它是一种家庭纠纷，但却是一种特殊的家庭纠纷，不同于发生口角等现象，它往往带有暴力的性质，存在着对个体权利的侵犯。

案例 6：本院认为，在受理案件后，本院曾多次对原被告双方做调解工作，希望双方能珍惜两人相识、相知、相爱的缘分，多从家庭和小孩的利益出发，给彼此一个机会。但双方在本院受理案件前和案件审理过程中，多次因家庭矛盾向公安机关报警，夫妻之间的矛盾激化严重。且被告张某甲在公安机关于 2015 年 6 月 8 日对其作出的询问笔录中明确表示，其在 2015 年 6 月 7 日在小区门口殴打原告陈某，后路人报警，事后公安部门鉴定为轻微伤。可见双方之间的矛盾已足以造成双方难以共同生活，且可能影响原被告双方的其他家庭成员及双方子女的正常生活，故本院可以认定原、被告之间的夫妻感情确已破裂，应准予原、被告离婚。……结合原告在公安机关所做的笔录及验伤证明，原告于 2015 年 6 月 8 日 0 点 32 分的就诊记录及原告的伤势照片，本院认定被告张某甲确实存在家庭暴力。（陈某与张某甲离婚纠纷一审民事判决书。）

在该案中，我们同时看到了家庭和个体两个因素并存的情况。首先，家庭是法院考虑问题的出发点，同时也是目的。所以，法官“曾多次对原被告双方做调解工作，希望双方能珍惜两人相识、相知、相爱的缘分，多从家庭和小孩的利益出发，

给彼此一个机会”。但是，法官并没有“为了家庭而家庭”，甚至于以“和稀泥”等方式来解决问题。相反，法官准确地把握住了“夫妻之间的矛盾激化严重”以及“双方之间的矛盾已足以造成双方难以共同生活，且可能影响原被告双方的其他家庭成员及双方子女的正常生活”这一事实，因此，在“家庭”这一目的无法实现的时候，自然转向了对“个体”的关注和保护。

法官这一“转向”的过程实际上反映出法官并没有被纯粹“家庭本位”和纯粹“个体主义”教条所束缚，而是以事实为依据，根据特定的案情而做出的较为恰当的法律选择和判决。既没有“屈个人而全家庭”，也没有忽略对恢复家庭整体性的重视。

四、新的法律、政策和实践所带来的改变

就此来看，合理的涉家暴案件的执法和司法过程，决不能像过往处理涉家暴案件那样，在纯粹的“家庭本位”或纯粹的“个体主义”之间摇摆。而应该是一种综合的法律选择和适用过程。上文提到的《反家暴法》以及相关法律政策的出台和实施对这些问题进行了积极有效的回应。

（一）家庭

有一种较为普遍的认识，认为《反家暴法》出台最大的意义在于：保障人权、维护妇女儿童权益、回应受暴者的关切。然而，若仔细分析《反家暴法》第一条有关立法目的的规定，可以看到该法的立法目的与刚才说的这种认识有很大的差别，其更为复杂，包括：第一，预防和制止家庭暴力；第二，保护家庭成员的合法权益；第三，维护平等、和睦、文明的家庭关系；最终，促进家庭和谐、社会稳定。（《反家暴法》第一条规定：为了预防和制止家庭暴力，保护家庭成员的合法权益，维护平等、和睦、文明的家庭关系，促进家庭和谐、社会稳定，制定本法。）

如果说“社会稳定”对绝大部分法律来说，是一个必不可少的立法目的的话，那么“促进家庭和谐”显然就是与“保护家庭成员的合法权益”一起，构成了《反家暴法》最为根本和核心的目的。这是从立法文本字面上来理解的。若从更为宏观的层面上来看，“家庭和谐”无疑是，而且也应该成为“反家庭暴力”最重要的目的（之一）。比如，在 2016 年最高人民法院《关于开展家事审判方式和工作机制改革试点工作的意见》有关“工作理念”的规定中我们也看到了相类似的规定：

倡导文明进步的婚姻家庭伦理道德观念，维护健康向上的婚姻家庭关系，积极培育和践行社会主义核心价值观，弘扬中华民族传统家庭美德，维护公序良俗。

树立家庭本位的裁判理念，对家庭财产关系的处理以有利于家庭成员共同生活的团体主义为价值追求。坚持以人为本，发挥家事审判的诊断、修复、治疗作用，实现家事审判司法功能与社会功能的有机结合。

……

这一在家事审判改革中所提出的“工作理念”无疑也是对涉家暴案件审理的一个重要指南。也可以说，在纠纷和危机面前，重塑家庭秩序和家庭关系成为了司法一个重要的工作目标。

除此之外，在《反家暴法》中，相关的一些制度设计实际上也与维护“家庭”和谐密切相关。比如人身安全保护令制度，以及与此相类似的告诫制度。（关于“人身安全保护令制度”，《反家暴法》在第四章中做了专章规定。关于“告诫制度”，可参见《反家暴法》第十六条第一款：家庭暴力情节较轻，依法不给予治安管理处罚的，由公安机关对加害人给予批评教育或者出具告诫书。） 当然，可能有人会质疑，认为这两个制度明明是以保护个体权益为出发点的，是以救济受暴妇女和儿童为目的的？怎么成了维护家庭和谐的具体制度设计了？关于这个问题，上文已经提及：对个体，特别是受暴妇女和儿童的权益救济，

在《反家暴法》出台之前实际上已经有了非常完备的法律体系。在实际的法律救济场域，现有的法律体系也一直在发挥着作用。比如《刑法》和《治安管理处罚法》。这些法律对家庭生活的强势介入，对有效地解决针对妇女和儿童的暴力行为发挥了极为重要的作用。然而，不同的是：人身安全保护令制度和告诫书制度从法律强制力的角度来看，实际上远不如治安管理处罚措施的强度大。比如《反家暴法》第十七条第二款中规定，负责执行和协助执行“告诫”的主体的主要职责为：“监督加害人不再实施家庭暴力”；而人民法院对人身安全保护令的执行更多也只能通过告诫或教育等措施来完成，大多数情况下是违反了保护令中的要求才会受到相应的处罚。因此，“人身安全保护令”和“告诫书”实际上是一种完全不同于刑事处罚和治安管理处罚，当然也不同于调解的措施。它具有了双重价值：第一，给予施暴人一个教育、一个“改过自新”的机会。在这个层面上，“人身安全保护令”和“告诫书”的制度设计更倾向于一个伦理意义上的教育和引导机制；第二，同时给予正在遭受危机的家庭一个“缓冲”，而不至于在更为“刚性”的治安管理处罚法和刑法强势介入之前就发生着急剧的“撕裂”。因此，其恢复性、整体性的作用显然更为明显，兼具了对家庭和个体的双重考量。

（二）个体

改革开放以来，个体自由作为立法者的主要意识形态，对整个社会的影响愈发深入。（张龑：《论我国法律体系中的家与个体自由原则》，载《中外法学》2013 年第 4 期。）虽然个体化的法律体系并不能完全适应中国社会现实。然而，不可否认的是，基于个体化的立法体系在保护个体权利、推进改革进程中一直发挥着重要作用。（[挪]贺美德、鲁纳：《“自我”中国：现代中国社会中个体的崛起》，许烨芳等译，上海译文出版社 2011 年版，第 264-265 页。）在反家暴领域，对个体权利的保护当然也是立法和法律实践最为重要的目的之一。

除《反家暴法》第一条中有关“保护家庭成员的合法权益”的规定外，《反家暴法》第三十三条规定：加害人实施家庭暴力，构成违反治安管理行为的，依法给予治安管理处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任。第三十四条规定：被申请人违反人身安全保护令，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不构成犯罪的，人民法院应当给予训诫，可以根据情节轻重处以一千元以下罚款、十五日以下拘留。这两个条款分别规定了在处理涉家暴案件时候，《反家暴法》与《治安管理处罚法》、《刑法》相衔接的问题。所衔接的主要法律和司法解释条款包括：《治安管理处罚法》第四十五条有关“虐待”和“遗弃”的规定、《刑法》第二百六十条和第二百六十一条有关“虐待罪”和“遗弃罪”的规定、《刑法》有关故意杀人、故意伤害、强奸、猥亵儿童、非法拘禁、侮辱、暴力干涉婚姻自由等的规定，以及最高人民法院等四部委《关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见》中所作出的相关规定等。另外，《反家暴法》第二十一条有关撤销监护权的规定也与此相关，是对家庭暴力中受虐被监护人的一种重要的保护和救济措施。（关于撤销监护权的问题，可参见张剑源：《法官如何思考——以撤销监护权案件为中心的实证研究》，载解亘主编：《南京大学法律评论》2018 年秋季卷，南京大学出版社 2019 年版，第 95-112 页。）

这表明：当按“家庭”原则来处理问题已无济于事，或家庭暴力已明显对受暴者人身安全造成巨大威胁的时候，保护个体权益就成为法律实践的必然选择。这两个条款恰恰提供了一种在不同法律选择间有效“衔接”的管道，让问题在必要的时候能够自动地从维护家庭整体性转向维护个体权利。要知道，在一些情况下，如果不能对个体及时提供权利保护，极有可能带来更为严重的后果。（相关案例和报道，可参见姚鹏：《家暴案

频发，反家暴法亟须“发力”》，载《中国妇女报》2016 年 4 月 21 日，第 A02 版；吴晓杰：《虐待，还是故意伤害？》，载《检察日报》2010 年 12 月 1 日，第 05 版等。）因此，法律在这些时候需要直接“刺入”家庭内部，以一种近乎完全个体主义意义上的行动来实现对个体权利的保护。

（三）社会性别与家庭权力结构

这一问题是对前一个问题的自然延伸，是指在处理涉家暴案件的过程中，当维护个体权利成为必要，在法律运作自然转向“个体”的时候，还需要注意到的一个相对隐性的问题是：在家庭中，个体间的关系（特别是夫妻关系、父子关系等），表面上（形式上）看是平等的，但可能并不必然时时都是实质平等的。比如本文多个案例所展现的，长久以来在夫妻之间存在的施暴与受暴的关系。我们把这种长期以来产生和存在的问题称之为是在家庭成员中存在的“权力结构”关系。新近立法以及司法领域的一些新的进展表明，法律对家庭暴力的回应除了需要实现保障家庭和谐和保护个体权利并重外，还需要能够“刺破”形式平等背后隐藏在家庭成员之间的权力结构不平等问题。

关于父母子女关系，以及法律对该关系背后权力结构予以“刺破”的问题，在 2015 年“南京虐童案”的裁判文书中，法官有很好的阐明：

未成年人的父母或其他监护人依法对其有抚养教育的权利和义务，但该项权利的行使不得超越法律边界，应受到国家法律的监督。未成年人并非父母或其他监护人的私有财产，其生命健康权不应以任何理由受到侵害，物质生活的优越性不应亦无法替代对未成年人生命健康及人格尊严的权利保障。（上诉人李某故意伤害一案的刑事裁定书。）

关于法律对夫妻之间之间固有权力结构予以“刺破”的问题，我们也搜集到了相关判例：

案例 7：……鉴于家庭暴力具有隐蔽性及外人不愿介入，不为第三人明知以及有关部门在接到报警后，也多以家庭纠纷、夫妻矛盾处置的特点，现实中较难举证。因此，本案中，曹某甲虽自始至终否认自己是加害人，并质疑施某的精神状态，但从施某多次在其住处及附近报警，根据生活经验，加害人为曹某甲的盖然性较高。而曹某甲主张施某存在家庭暴力，对其进行人身侵害，并无充足证据予以支持，本院对此不予采信。本院认为，从本案在案证据反映的加害人施暴的时间、次数以及被害人的精神状态、恐惧心理等情形，结合一般人的心理忍受能力等因素，应当认定曹某甲的暴力行为给施某身心造成了一定的伤害后果，施某作为无过错方，有权请求损害赔偿。

除此之外，本研究搜集到多起涉家暴的“以暴制暴杀夫案”中，“有家暴方面专门知识的人”在法庭上陈述的系列意见，足以说明家暴受暴人的特殊性，同时也更鲜明地表明了相关知识对施暴者和受暴者之间不平等权力结构的揭示。

受暴人的反抗行为与一般人受到攻击的反应是不一样的。受暴的反抗行为不是即时的，因为受暴人在体力上，心理上，受暴人都打不过施暴人，故她们的暴力行为通常不是针对已经发生的暴力行为进行报复，而是提前对根据她长期的受暴经历判断一定会再次发生的暴力的预测来进行的预防。当暴力超过她的忍耐底限时就会反抗，因为女性天生的生理弱势，会选择时机从施暴人背后进行攻击、借助工具，或用药等，采取偷袭来达到反抗目的。

了解家庭暴力受暴者的心理和行为模式，不能从一个局外人的角度，而是应结合其以往的受暴经历和当时的处境，设身处地的站在受暴者的角度，判断其行为或表现的合理与否……

即使暴力已经很严重了，仍然选择忍耐，可能是相信维持婚姻更安全，也可能是因为没有经济来源……

受害妇女的加害行为一般只针对施暴者，在施暴者消失后，对其他人不会再有危害性……（曹某犯故意杀人罪、姚某某犯故意杀人罪、张某某犯故意杀人罪、杨某某犯故意杀人罪等案判决书。）

这类案件中，专家的证言成为了法官审理案件的重要参考。比如在张某某故意杀人一案的判决书中，法官就写明：

有家暴方面专门知识的人……在法庭上对家庭暴力方面的专业知识做出了客观、充分的解释，在认定本案的起因、被告人的犯罪动机、作案过程、行为的社会危害性时可予以参考。（张某某犯故意杀人罪一案判决书。）

而最高人民法院等共同发布的《关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见》中也作出过规定："对于长期遭受家庭暴力后，在激愤、恐惧状态下为了防止再次遭受家庭暴力，或者为了摆脱家庭暴力而故意杀害、伤害施暴人，被告人的行为具有防卫因素，施暴人在案件起因上具有明显过错或者直接责任的，可以酌情从宽处罚"。

这些例证实际上都是在个体主义的"人人平等"观（形式上的"人人平等"）中，加入了对权力结构、社会性别等相关因素予以考量的实例。实际上就是一种在家庭关系中对个体权利予以保护的进一步深化。

五、法律回应家庭暴力的关键性问题

涉家暴案件看似简单，但确确实实是一类难办案件！上文的讨论表明：法官和执法者在处置涉家暴案件时候必须同时考虑以下三个因素：第一，家庭的和谐是案件处置的核心目标。但又不能为了单纯追求"家庭价值"而以"和稀泥"的方式遮蔽个人权利的实现；第二，"家"如果因为暴力的存在无法再成为个体的"港湾"和归宿的时候，个体价值应该取代家庭价值而成为司法和执法者追求的目标。法律应该在个体权利需要得到保护的时候及时出场；第三，在维护个体权利的时候，必须注意到"人人平等"的观念和实践在形式意义上和实质意义上的差别。必须对"权力结构"以及"社会性别"等因素保持足够的关注。否则"个体权利"和"人人平等"的教条极有可能成为对女性以及未成年子女等家暴受害者的一种新的压迫。

为了实现对问题的系统化考虑，法官和执法者必须努力克服过往处置涉家暴案件时候那种要么偏向对个体权利的保护、要么偏向对家庭的维护的"摇摆"倾向。法官和执法者不仅需要完成事实认定的核心工作，还要谨慎、客观地对未来当事人家庭和个体生活境遇作出预测，并通过诸如社会性别的考量来促成实质平等的实现。因此，处理好以下两个问题尤为重要。

第一，衔接。正因为复杂，涉家暴案件在处置过程中必然需要理顺各个环节及相关因素。关于这个问题，在上文有关《反家暴法》与《治安管理处罚法》、《刑法》的衔接的讨论中有过分析。但那更多是从立法层面上考虑的，在实际的法律运作过程中，"衔接"更显重要。比如，《反家暴法》第三十条中有作出规定："人身安全保护令失效前，人民法院可以根据申请人的申请撤销、变更或者延长。"这一条规定在实践中所遇到的最大问题是：如果当事人申请延长，可以申请几次？如果没有次数限制，那会不会造成当事人的"诉累"和法院"诉讼爆炸"的双重不利局面？反之，如果有次数限制，当不能再延长申请期限的时候，法律对当事人的保护将由谁来负责？关于这一难题，《反家暴法》中没有直接回答，但是在一些地方出台的实施细则中我们看到了一些突破。比如云南省高级人民法院等联合发布的《云南省家庭暴力人身安全保护令制度实施办法》中就作出规定："申请延长保护期限不超过两次，每次不超过六个月。"为何如此呢？根据该规定的制定目的可以看出，如果一位受暴人在两次申请延长保护令期限，保护期长达一年半的时间里都处在"遭受家庭暴力或者面临家庭暴力的现实危险"状态中。那么，"保护令"势必已经失去了其应有的作用，"保护令"甚至有可能成为施暴者继续施暴的一种"遮蔽"。在这种时候，就必须实

现向治安管理处罚或刑事处罚的过渡。从这个角度来看，这一规定可以促进《反家暴法》与《治安管理处罚法》、《刑法》的有效衔接，使得法律对家的维护和对个体的保护能够较好地实现衔接。

第二，社会科学判断。在一些情况下，只有法律上的衔接可能还远远不够。比如，当我们把“家庭暴力受暴妇女杀夫”与“一个人杀了另外一个人”两种情况拿在一起比较的时候，对这两种情况理解上的差异，可能就会对案件的结果产生一定影响。这个时候，所需要认定的“事实”就会是一个更为系统的工程。上文所讨论过的个体、家庭、社会性别、权力结构等因素都将进入事实认定的过程。（侯猛在其相关研究中就曾指出：法律人在裁判过程中所进行的社会科学判断，主要是围绕事实问题展开。事实认定必须通过证据来完成，证据在裁判过程中的作用十分关键。这样，社会科学与证据的关系就相当密切。参见侯猛：《司法中的社会科学判断》，载《中国法学》2015 年第 6 期。）而欲达致对这些因素和事实的准确判断，就需要拓展方法，在更广泛的领域寻找智识资源。比如，在一些西方国家，“受虐妇女综合症”(battered wife syndrome)这一来自心理学、精神病学领域的概念，之被广泛适用于涉家暴案件的审理，（Bronwyn Barta：《受虐妇女综合症专家证据在澳大利亚司法实践中的运用》，黄晓文、叶珩艳译，载《法学杂志》2005 年第 6 期。）一个最重要的原因就在于它能够提供一个在法律之外理解受暴妇女及其行动的视角，让法官更好地理解这些受暴妇女行动的特质，以此拓展法官和执法者们在对案件作出决定时候的视野和认识。而这一问题在我们国家的司法实践中也有了具体的尝试：

案例 8：被害人李某甲对被告人杨某某实施长期的家庭暴力，对杨某某的身心健康造成了严重的伤害，被害人李某甲在案件的起因上具有明显过错。……综合全案，根据被告人杨某某的杀人动机及犯罪情节以及其行为对社会的危害性，可对被告人杨某某从轻处罚。对其辩护人提出的被告人杨某某遭受严重家庭暴力等相关辩护意见予以采纳，……。（杨某某犯故意杀人罪一审刑事判决书。）

而该案被告人杨某某的辩护律师就引入了“受虐妇女综合征”这一概念：

被害人李某甲长期对被告人杨某某的暴力殴打是导致本案发生的直接原因，被害人对本案的发生存在严重的过错。维护房产是诱因，摆脱家庭暴力控制是杀人动机，杨某某的行为具备受虐妇女综合征的基本特征。

可见，科学知识的引入从总体上拓展了对“个体平等”以及相关事实更全面的认识。可以使法官和执法者在试图给予个体以权利保护的时候能够认识到追求实质平等的重要性。那种类似于“积极平权”（Affirmative Action）的，为了补偿社会整体在过去对特定的、受保护的群体之歧视，而直接或者间接向其成员提供就业、就读大学或者职业学院以及其他社会福利和资源的政策。（陈颐：《司法如何面对平等的两难(上) 评巴基案及其意义》，载《中国审判》2014 年第 11 期。）

再比如，受暴妇女在申请人身安全保护令的时候，法官即刻面临的一个现实难题是：家庭暴力的现实危险真的存在吗？这时，可能有很多证据可以证明“过去发生的事实”，但法官现在更需要做的是：预估将来会发生什么，（[美]约翰·莫纳什、劳伦斯·沃克：《法律中的社会科学》，何美欢等译，法律出版社 2007 年版，第 375 页。）而这实际上就有了很多的不确定性。为了解决这一难题，在一些地方出现了通过受暴严重度量表(CTS) 这样一类依据心理学、神经科学等知识构建起来的手段来判断危险性的方式和方法。（林明杰：《台湾家庭暴力危险分级方案之成效：一个分类整合模式》，载《社会工作》2011 年第 1 期。） 即便还不是完全成熟，但这些方式方法明显拓展了法官和执法者的判案效率极其科学性，弥补了法条主义的缺陷和不足。

《法律和社会科学》集刊投稿地址：http://flsk.cbpt.cnki.net

《法律和社会科学》（家事法的社会科学）目录与编辑手记

2021-07-13 法律和社会科学
https://mp.weixin.qq.com/s/WOrGtZNWylgtuh91_gtbNQ

编者按：在上篇推送，我们推荐了魏帅对于贺欣教授《离婚在中国：制度性约束及其性别后果》的书评，里面对于家事法的讨论引人深思。

为了促进家事法研究的发展，《法律和社会科学》编辑部策划“家事法的社会科学”专号，邀请贺欣担任主编并撰写编辑手记。其中对于我国当前家事法的社会科学研究现状进行了简要的分析，指出家事法本身具有重要意义，但是在中国法学界仍存在复杂但得不到重视、研究以想象建构为主的问题。

目录

论文

1/法律如何回应家庭暴力？张剑源

23/家事审判中的调解式话语与审判式话语 贺欣 李洛云 冯煜清

47/“调审合一”下法官调解离婚案件的语言策略 任继强

69/建国初期 Y 县离婚诉讼中法规、习俗与政策的互动 穆红琴 王娟

94/家事案件处理的近代中国经验——以民国时期的亲权实践为中心 景风华

113/同性恋与法律法规的同心圆结构 罗彧

评论

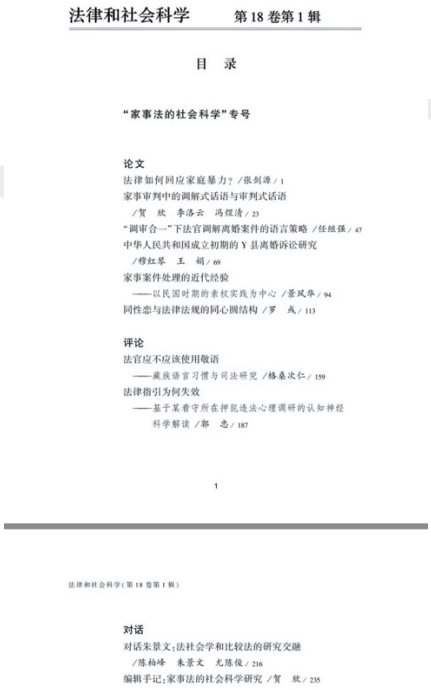
159/法官应不应该使用敬语——藏族语言习惯与司法研究 格桑次仁

187/法律指引为何失效——基于某看守所在押犯违法心理调研的认知神经科学解读 郭忠

对话

216/对话朱景文：法社会学和比较法的研究交融 陈柏峰 朱景文 尤陈俊

235/编辑手记：家事法的社会科学研究


法律和社会科学 第18卷第1辑

目 录

“家事法的社会科学”专号

论文
法律如何回应家庭暴力？/张剑源/1
家事审判中的调解式话语与审判式话语
/贺 欣 李洛云 冯煜清/23
“调审合一”下法官调解离婚案件的语言策略/任继强/47
中华人民共和国成立初期的Y县离婚诉讼研究
/穆红琴 王 娟/69
家事案件处理的近代经验
——以民国时期的亲权实践为中心/景风华/94
同性恋与法律法规的同心圆结构/罗 彧/113

评论
法官应不应该使用敬语
——藏族语言习惯与司法研究/格桑次仁/159
法律指引为何失效
——基于某看守所在押犯违法心理调研的认知神经科学解读/郭 忠/187

1

法律和社会科学(第18卷第1辑)

对话
对话朱景文:法社会学和比较法的研究交融
/陈柏峰 朱景文 尤陈俊/216
编辑手记:家事法的社会科学研究/贺 欣/235

编辑手记

在中国法学的版图上，家事法可谓“后娘养的”——一个复杂却得不到重视的领域。它无法与被称为“母法“的宪法相比，也不占据法理学的传统高位，没有机会像商法那样在经济改革中弄潮，更甭提与显赫的民法、刑法、行政法、程序法争锋。它长期被视为民法中的一个小旮旯，处“江湖”之末流。难怪鲜有年轻学者投身，研究人才青黄不接。

边缘并不意味着不重要。今天，离婚已经是一个很普遍的现象。官方公布 2016 年共有 416 万对

夫妇离婚，而离婚诉讼高达 140 万件。有估计认为，大城市如北京，离婚率高达 40%。同时，中国三分之一的家庭中存在家庭暴力，家暴是诱发离婚的主要因素。离婚和家庭问题直接引发恶性事件，甚至影响社会稳定。

家事法的重要性并不仅仅表现在离婚和家庭暴力的广泛性上。从家庭法的制度到实施，它就不仅仅是民法的小分支，而是国家试图控制家庭和社会的巨大机器中的一个重要组成部分。想想有关计划生育的政策和法律，它们甚至规范人们在床上的行为。不同的立法方向和司法行为，体现了国家在何种程度上渗透和控制社会。在另一方面，也体现了个人和家庭是如何抵制和对抗这种控制。这两个方面几乎界定了当代社会私人空间的范围。有这个意义上，家事法从来就是彰显国家、法律、和社会关系的最佳的窗口和切入点。这也就是为什么在海外的中国研究中，家事法从来都是重点。

如果把焦距拉近，进入诉讼的离婚案件就是关键的研究课题。条文上的法律固然重要，需要回答的是法律如何运作。当法律有规定且清晰时，法官如何解读法律？当法律缺失时，他们如何应对？调解何时进行？如何进行？使用什么话语？法官如何处理子女抚养权、外遇、性能力等情感爆灯的争议？如何定义和解释过错？需要什么样的证据？当法官和警察没有按照法律的要求介入家庭暴力的事件而产生极端的后果时，他们是否需要承担责任？

如果转换视角，试图通过法官与当事人和诉讼参与人的互动来理解法官的行为模式时，它其实是一个复杂而微妙的过程。法官似乎手握大权，但运用这种权力时却缚手缚脚如履薄冰。他们必须按照一定的原则和规则行事。同时，他们必须面对一群需要重新安排生活的当事人。绝大多数当事人对法律世界是陌生的。他们中的大多数希望来法院寻求帮助，期待新生。也有一些抵制变化，不愿意被推入别人设定的轨道。他们经历的是一场充满期待、怀疑、挫折、甚至是对抗的过程。法官面对的是一群情绪激动、身陷危机、对离婚决定模菱两可、常怀着过高期待的当事人。法官需要小心他们情绪上的不稳定以及难以预期的行为。法官在执行权力和履行职责时，触及的是鲜活生命中情感的漩涡和深藏的秘密。他们必须在作负责任的决定和防止被这些漩涡卷入之间找到平衡。

相对于丰富的经验事实，当前的家事法研究可谓“前不着村、后不着店。”传统家事法学对建国以来的历史甚少着墨，对正来发生、将来必然成为趋势的女权主义的影响几乎置若罔闻。对“两性平等”“保护妇女、儿童权利”等原则也缺乏深入的调查和拷问。硕果仅存的是紧跟政治风向的调解成功学和家事审判改革。即使这样的研究也大多是想像建构为主，关注的是“尚未发生的事。”

在这样的背景下，我们组织了这一期“家事法社科研究”专题。文章选题覆盖面广，从历史到当代、从行为到话语、从审判到调解、从传统异性恋到同性恋、从大陆到香港。研究方法多样，从经验到女权、从历史到学理，从档案到田野。作者大多是新生代，思想活跃、精力充沛、闯劲十足。我们希望这些文章会成为家事法研究兴起的契机。

《法律和社会科学》集刊投稿地址：http://flsk.cbpt.cnki.ne

翟远见：论宣告死亡及其撤销在婚姻上的效力

原创：2021-07-22 中国民商法律网 张文摘编
https://mp.weixin.qq.com/s/rQdr4sJXDxZ74epDw35Y5Q

中国民商法律网

本文摘编自翟远见：《论宣告死亡及其撤销在婚姻上的效力》，载《中国法学》2021 年第 2 期。本文未经原文作者审核。

【作者简介】翟远见，中国政法大学比较法学研究院副教授，法学博士。

我国民法中宣告死亡在婚姻上的效力规则经历了从无到有、从简陋到精细的演进过程。《民法典》第 51 条的规定基本吸收了原《民通意见》第 37 条的制度经验，并作进一步完善。如果直接将该条文解释为下落不明之人被宣告死亡后，其婚姻关系自宣告死亡之日立即绝对消灭，与法条意图不合，恐多有不妥。除此之外，围绕该条文规定尚有诸多延伸问题亟待澄清。例如，生存配偶再婚的效力是否受其主观状态的影响？如何理解婚姻关系“自行恢复”？对此，中国政法大学比较法学研究院的翟远见副教授在《论宣告死亡及其撤销在婚姻上的效力》一文中，在我国《民法典》最新规定的基础上，讨论被宣告死亡的人缔结他婚的效力，以及生存配偶再婚等几种情况下，宣告死亡在婚姻上的效力等问题，以期未来各界能对《民法典》第 51 条准确理解并恰当使用。

一、被宣告死亡的人缔结他婚的效力

《民法典》第 51 条第 1 句规定，“被宣告死亡的人的婚姻关系，自死亡宣告之日起消除”。如果简单依文义将其解释为宣告死亡对婚姻双方均产生婚姻关系绝对消灭的效力，将损及生存配偶的婚姻利益，与宣告死亡的制度宗旨不合。

（一）历史解释

对《民法典》第 51 条形成历史的研究有助于正确理解该规则。《民法总则（草案）》（一次审议稿）曾规定：“死亡宣告被撤销，其配偶未再婚的，夫妻关系自撤销死亡宣告之日起自行恢复，任何一方不愿意自行恢复的除外。”后续召开的民法总则草案座谈会上，有意见指出，草案的上述规定不利于保护被宣告死亡的人的配偶一方的权益，**被宣告死亡的人不应当像其配偶一样享有决定是否恢复婚姻关系的权利**。由此可以看出，立法机关已经注意到被宣告死亡的人与其配偶在婚姻关系是否仍然存续的问题上的主观状态不同。故而可以合理地推测，《民法典》第 51 条相对于《民法总则（草案）》（一次审议稿）所作的调整，乃是采纳了上述观点或者类似观点的结果。

（二）体系解释

与他人缔结新婚姻的被宣告死亡之人“当然是恶意者”，其新的婚姻应因构成重婚而无效。理由在于，其一，《刑法》第 258 条规定有配偶而又与他人结婚，或明知他人有配偶而与之结婚的行为，构成重婚罪。如果将《民法典》第 51 条解释为宣告死亡后，不仅生存配偶可以再婚，而且被宣告死亡的人也可以缔结新的婚姻，将明显与《刑法》关于重婚罪的规定构成价值判断矛盾。其二，依平等原则，未被宣告死亡的人和被宣告死亡的人缔结新婚姻的行为应受到同等对待，宜均被认定为无效。

（三）目的解释

宣告死亡的制度宗旨之一是赋予生存配偶以缔结新的婚姻的权利。如果承认被宣告死亡的人也有缔结新的婚姻的权利，反而不利于保护生存配偶的婚姻利益。因而，通过对《民法典》第 51 条作法律解释和目的性限缩可得：**自然人被宣告**

死亡后，仅其生存配偶有再婚的权利；在生存配偶再婚之前，婚姻关系对被宣告死亡的人而言并不消灭；被宣告死亡的人在失踪后另行与他人缔结婚姻的，仍构成重婚。

二、生存配偶未再婚时宣告死亡在婚姻上的效力

（一）《民法典》未采当然终局消灭的效力模式

根据我国《民法典》之规定，被宣告死亡的人重新出现……法院撤销死亡宣告后，婚姻关系自撤销死亡宣告之日起“自行恢复”，但存在两种例外情形。一是被宣告死亡的人的配偶与他人再婚过；二是生存配偶虽未再婚，但是向婚姻登记机关书面声明不愿恢复婚姻关系。由此可知，我国《民法典》未采当然终局消灭的效力模式。

（二）对既有通说的反思和解释路径的别寻

我国民法学者多认为，对于生存配偶而言，宣告死亡判决一经作出立即发生消灭婚姻关系的效力。立即消灭说似乎业已取得“通说”地位，但该说至少在以下方面存在检讨的必要。

1. 宣告死亡判决是否立即消灭婚姻关系？答案可能未必。第一，此种结果未必符合生存配偶的意愿，妨碍其对个人生活的自由安排，既不利于保护其婚姻利益，也不符合我国传统的家庭伦理道德观念。第二，法律规定了宣告死亡日期的两种确定方法，但《民法典》第 51 条却无相应的婚姻关系消灭的两个日期的规定。因此，若将被宣告死亡的人的婚姻关系解释为自死亡宣告之日起立即消灭，有体系违反之嫌。第三，怀有恶意的生存配偶可能将宣告死亡制度作为规避离婚制度的工具，明知对方下落或尚存于世仍提出宣告死亡的申请，以解除婚姻关系。第四，若被宣告死亡的人仍存活于世，其仍受婚姻关系之约束，不得再婚，这在逻辑上便形成如下矛盾：被宣告死亡的人仍为有配偶之人，生存配偶却已成鳏寡。第五，若依“通说”，会导致恢复婚姻关系时的操作不便。

2. “自行恢复”的时点是否即“撤销死亡宣告之日”？如此理解似有不妥。从被宣告死亡的人重新出现，到人民法院作出撤销死亡宣告的判决，需要一段时间。该期间内，生存配偶再婚的效力如何，殊难判断。更恰当的方案似乎是，**只要生存配偶知晓被宣告死亡的人重新出现，其婚姻关系就自行恢复，而不必等到“撤销死亡宣告之日”。**

3. 对生存配偶书面声明不愿恢复婚姻关系应如何理解？首先，将生存配偶向婚姻登记机关书面声明不愿意恢复婚姻关系作为婚姻关系自行恢复的例外，可能稍有不妥。婚姻是双方以确立永久共同生活关系为目的而缔结的契约，“不能轻易解除婚姻关系”更符合而不是违背婚姻关系的本质。**未再婚的生存配偶实在不愿继续维持原婚姻关系的，应求助离婚制度而非宣告死亡制度实现其意愿。**其次宜认为，被宣告失踪/死亡的人的配偶提起离婚诉讼的，均应当准予离婚。如此不仅减少了生存配偶要向多个部门申请或者声明的麻烦，且有利于处理夫妻财产分割等问题。

综上而言，要想彻底化解上述弊端和矛盾，**就必须在解释论上改弦更张**，认为：在婚姻关系上，宣告死亡的法律效果与真实死亡并不完全相同；宣告死亡的判决并不产生立即绝对消灭婚姻关系的效果，而只是使生存配偶取得了缔结新的婚姻的自由；在生存配偶再婚之前，原婚姻关系一直存续。

三、生存配偶再婚时宣告死亡在婚姻上的效力

（一）生存配偶再婚的三种情形

惟再婚一律使原婚姻关系终局消灭的模式是否合理，对于维护社会交往动态的安全是否会产生不利影响，仍有商榷余地。（1）当生存配偶和他方当事人在缔结新的婚姻时**均属善意**，不知被宣告死亡的人尚存活于世时，法律宜维护新缔结的婚姻，并使之产生消灭前婚关系的效力。（2）当生存配偶和他方当事人在缔结新的婚姻时均属

恶意时，应当认为宣告死亡并不当然消灭婚姻关系，生存配偶缔结的后婚无效，而其与被宣告死亡的人的婚姻关系一直有效存续。（3）当一方当事人**为恶意，另一方当事人对于被宣告死亡的人依然生存毫不知情的**，在采宣告死亡不当然消灭婚姻关系的模式下，应解释为前婚继续存在，再婚因构成重婚而无效。

（二）再婚有效时生存配偶的撤销权

在再婚有效而被宣告死亡的人依然生存时，为最大限度尊重生存配偶的意思，从立法论的角度，**婚姻法最好赋予其可以重新选择前婚配偶作为终身伴侣或者继续维持当下婚姻生活的权利**。因为，善意生存配偶不知前婚配偶尚且存活，是其进入后一婚姻的判断基础，在其知晓被宣告死亡的人依然生存时，允许其以与原配偶结婚为目的，将“被宣告死亡的人依然生存”作为后婚撤销的原因，乃是对生存配偶意思的进一步尊重。

四、结语

认为宣告死亡立即绝对消灭婚姻关系的学说尽管在我国已经“通行”多年，但不能圆满解决实践中产生的纠纷，且可能助生婚姻领域的道德风险，实有修正的必要。对于《民法典》第 51 条，要根据“类似情况类似处理”“不同情况不同处理”的正义要求，作目的性限缩，明确：宣告死亡并不当然立即消灭婚姻关系，而仅使生存配偶取得再婚的自由，被宣告死亡的人在死亡宣告之后缔结他婚的，仍构成重婚；生存配偶再婚时，只有再婚的双方当事人均系善意时，新婚姻关系才能获得法律的保护，并产生消灭生存配偶原婚姻关系的效力。

文字编辑：张文
图文编辑：曾瑶

韩世远：财产行为、人身行为与民法典适用 | 前沿

2021-07-23 与民法典同行 韩世远
https://mp.weixin.qq.com/s/--WpIoAKww3KlTr8T8dnbw

作者简介：韩世远，清华大学法学院教授，博士生导师。
文章来源：《当代法学》2021 年第 4 期，为方便阅读，注释从略，建议阅读原文。

内容提要：婚姻法向民法的回归以及民法的法典化，不应单纯停留在外在体系的层面，同时也应在内在体系层面实现新的整合。基于法典化理念、法典的层次结构以及总则提取公因式的立法技术，在《中华人民共和国民法典》婚姻家庭编未作特别规定的场合，总则编关于民事法律行为的一般规定理应适用于婚姻家庭问题。除此形式逻辑的正当性之外，透过虚假婚姻、婚姻欺诈以及婚姻错误等现实问题，也反映出以总则编规定适用于此类问题具有实质的合理性及正当性。

关键词：财产行为；人身行为；虚假婚姻；婚姻欺诈；婚姻错误

法概念是描述法现象的工具，法概念的分类不只是增益人们对于法现象的认识，更具有增益法律适用的功能。《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）的颁行是中国法制史上的一个重大事件，对于中国社会发展必将产生深远影响。正确阐述《民法典》不仅是建立中国民法学的需要，而且也是司法活动中法律适用的现实需要。

以下结合《民法典》的新规定，从民事法律行为类型的角度，谈几点需要注意的问题，供司法参考。

一、婚姻法与民法的分与合

在新中国的民事立法史上，2020 年《民法典》无疑具有里程碑意义，体现之一在于婚姻法回归于民法。而这次婚姻法回归于民法不仅在民法学界，而且在婚姻法学界均没有什么不同的意见，如此平顺，水到渠成，波澜不惊。可是，如果人们只是这样理所当然地接受这一回归，而对此前的分离不作任何的反思，恐怕就会大大降低《民法典》的里程碑意义。司法机关如果固守原有思维，新瓶装旧酒，不思进取，则会进一步减损《民法典》的应有功能，不可不慎。

众所周知，在新中国还没有民法的时候，便在 1950 年颁布施行了《婚姻法》。依时任中央人民政府法制委员会主任委员的王明（本名陈绍禹）所作的报告，该法早在 1948 年冬便已开始起草。立法者一方面充分开发了当时的本土资源（各解放区的婚姻条例、几十个人民法院的司法经验及素材、实地调查等，并参考和批判了中国历史上有关婚姻制度的某些史料和国民党政府“民法”亲属编婚姻章等），另一方面，也学习了苏联经验并参考了东南欧和朝鲜人民民主国家的经验（译印新版的《苏俄婚姻、家庭及监护法典》，研究了苏联出版的一部分有关苏联婚姻家庭问题的书籍、小册子和有关东南欧新民主主义国家的婚姻家庭法问题的论文等）。邓颖超在介绍《婚姻法》时，也谈到该法“参考了各解放区的婚姻法以及苏联和新民主主义国家的婚姻法”。

而这个时期苏俄立法的基本状况是，1922 年《苏俄民法典》并未采用德国民法、瑞士民法等所谓的潘德克顿体系，而仅规定总则、物权、债权、继承四编，将家庭除外。家庭法在苏维埃社会主义法体系下被作为有别于民法的独立的法律部门。显然，新中国立法者起草《婚姻法》时重点参考的不是 1922 年《苏俄民法典》，而是 1926 年《苏俄婚姻、家庭及监护法典》。依这个时期苏俄的法学理论，新的国家已经决定改造全部社会关系，也就不能忽略这一方面的关系，即婚姻和家庭关系。在那里，资产阶级的观念和制度对千百万人起着特别强大的影响，在那里，在许多情形下还保留着封建制度甚至氏族制度的残余。家庭法是苏维埃法的一个独立部门。家庭法中的根本问题是家庭成员间的人身关系。在社会主义社会中，无论如何也不能把配偶间、父母子女间的关系笼统地划到财产关系中去，这一点是根本不同于资本主义社会的；在资本主义社会中，婚姻、家庭、父母子女关系等是属于资产阶级民法所研究的财产关系的。《共产党宣言》中写道：“资产阶级撕下了罩在家庭关系上的温情脉脉的面纱，把这种关系变成了纯粹的金钱关系。”家庭法中调整财产关系的规定是和调整家庭成员间人身的、非财产的权利和义务不可分割地联系着的，因此就不能对负担生活费一类的债务适用民法典中关于债的一般规定。婚姻不能被认为是民事法律行为。婚姻、家庭、监护等问题的法律调整是社会关系中极为特殊的领域，因此有充分的理由把家庭法作为苏维埃法的一个独立部门。各加盟共和国的立法都不把家庭关系的法律调整包括在民法典中。各加盟共和国都颁布了婚姻、家庭和监护法的专门法典。婚姻家庭法与民法彼此独立的格局在《苏联和各加盟共和国立法纲要汇编》中继续维持，《民事立法纲要》（1961 年 12 月 8 日批准）和《婚姻和家庭立法纲要》（1968 年 6 月 27 日批准）是分开的；以苏俄为例，1964 年《苏俄民法典》与 1969 年《苏俄婚姻和家庭法典》彼此独立。苏维埃法将婚姻家庭法独立于民法模式的影响同样也体现在战后成立的东欧诸社会主义国家，它们对于婚姻家庭法均采取了单行法的模式。即便今天的俄罗斯，其民法典依然没有包括婚姻家庭法，足见上述苏维埃法传统影响的深远。

由此可见，1950 年《婚姻法》单独立法，有着那个时代特殊的背景及必然性，社会主义阵营

的人民民主国家，遵循经典理论的教导，改造既有社会关系，创造新的立法模式，以有别于资本主义旧的立法模式，诚属时势大潮。而客观分析，建国伊始即颁行《婚姻法》，在新中国的社会变革中发挥了重要功能，自此，男女婚姻自由、一夫一妻、男女权利平等、保护妇女和子女合法利益的婚姻制度和观念逐渐深入人心。若以该法与国民党政府“民法”亲属编相比，其观念、其站位、其实效等，均远胜后者。后者之立法被评为“辄有左右为难之势，常立于新旧夹攻之间”，“无怪乎激进之士嫌其维新不足，保守辈责其为忘本之立法”。类似的比较还可以在西德和东德之立法间展开，1965 年民主德国（东德）的《家庭法典》废除了婚生和非婚生子女的区分，在子女问题上的解决方案较联邦德国（西德）的《德国民法典》要先进，而 1990 年的《统一条约》则将立法统一到《德国民法典》，直到 1998 年与子女相关的法律才得到全面的修正。

《婚姻法》早在 1950 年便颁布施行，可是，民法制定工作虽在 1954 年、1962 年、1979 年和 2001 年四次启动，却终未成功，民事基本法只有 1986 年的《民法通则》而已，从而长期呈现《婚姻法》与《民法通则》分立的二元格局。与之相应，在中国法学会所属研究会中，民法学研究会和婚姻法学研究会各自独立，也是有其来由。而在学说层面，20 世纪 80 年代的民法调整对象“商品关系说”自不必言，该说不接受资本主义国家从“私法”概念出发把某些人身关系（这里指的主要是婚姻家庭关系）列入民法调整的范围；即便相对折中一些的观点，也不过是通过界分广义和狭义民法，兼顾公民基于婚姻关系而进行的活动（结婚、离婚等），这些活动在审判实践中被习惯性地称为民事活动，将婚姻关系作为广义民法的组成部分。可是，在写作民法的著作时，并不以广义民法为对象又如作为国家社会科学“七五”规划重点项目的《中国民法学》五卷本，自规划之初也不过是包括总则、物权、债权、知识产权和继承，并没有包括婚姻家庭。不过，也有学者在对外介绍中国民法时，已经开始将婚姻家庭法囊括在内。比如王家福先生在 20 世纪 80 年代末出版的书中便明确写道，“婚姻法是国家调整婚姻家庭所生社会关系的法律规范的总称，作为婚姻家庭关系的基本准则，是我国民法的重要组成部分”。及至 20 世纪 90 年代，我国民法学说开始强调公私法划分的重要意义并重提民法为私法，反思过去对于列宁所说民法不是“私的东西”的真实意涵。另外，在司法部法学教材编辑部编审的“九五”规划高等学校法学教材民商法系列中，《亲属法》（杨大文主编）赫然在列，在理论上开始为婚姻法重返民法铺路。

2001 年启动民法制定工作，在 2002 年 12 月 17 日《中华人民共和国民法（草案）》中，第五编为婚姻法，第六编为收养法，已经呈现出了使婚姻法回归民法的架构。而这种构想变成现实，则是在 2020 年的《民法典》中。

《民法典》将婚姻法及收养法编入，放弃追随前苏联将婚姻家庭法作为独立于民法的部门法的做法，回归到固有的民法传统。《民法典》第 2 条将其调整对象界定为平等主体之间的“人身关系和财产关系”；作为民法的基本精神以及民事立法的出发点和落脚点，第 3 条明确规定“民事主体的人身权利、财产权利以及其他合法权益受法律保护，任何组织或者个人不得侵犯”，并构成我国民法的“内在体系”。如果说第 2 条彰显出“对人”的平等对待，第 3 条无疑突出了“对事”的平等对待。在“对事”的平等对待上，已然不局限于对财产权的“平等保护”（《民法典》第 207 条；原《物权法》第 4 条），而是首先提及“人身权利”之受法律保护，而此“人身权利”包括但不限于基于婚姻家庭关系发生的人身权利。此外，权利能力、行为能力、法律行为、无效、撤销、期间、条件、期限、时效以及一般条款（基本原则）等诸如此类对于婚姻家庭法而言亦属基本的法概念，被规定在《民法典》总则编中，故对此

种“总则性”无法否定。不过，《民法典》总则编的规定，在何种程度上可适用于婚姻家庭编（民法总则的可适用性），却是一个需要审慎考量的问题。以下以财产行为和人身行为的区分为例，侧重法律适用的角度，作初步的探讨。

二、重视财产行为与人身行为的分类

在很长一个时期，我国的民法教科书大多并不提及财产行为与人身行为的分类，只有少数提及该分类或相似分类。如果说在《民法典》颁布之前，婚姻法独立于民法之外，人身行为或者身份行为显而易见地游离于民事法律行为，从而使得财产行为与人身行为的分类意义降低，还有一定道理，那么在婚姻法回归到《民法典》之后，在《民法典》设置总则编的前提下，总则编中的民事法律行为规则显然可以涵摄婚姻家庭编和继承编中的法律行为，因而，在民事法律行为的基本概念、基本理论中，便不应再回避财产行为与人身行为的分类，而必须直面此种分类，并探讨相应的法律适用规律。

民法调整平等主体的自然人、法人和非法人组织之间的人身关系和财产关系（《民法典》第 2 条）。与此法律关系相应，民事法律行为依其所变动者系财产关系抑或人身关系，可区分为财产行为与人身行为。

财产行为，或称财产法上的法律行为（vermijgensrechtlicheRechtsgeschftfte），是民事主体通过意思表示设立、变更或终止有关财产关系的行为。《民法典》规定的财产权利有物权（第 114 条第 1 款）、债权（第 118 条第 1 款）、知识产权（第 123 条第 1 款）、继承权（第 124 条第 1 款）、股权和其他投资性权利（第 125 条）等。知识产权（比如著作权）中有一部分关于人身的权利（如署名权），但主要仍属于财产权。继承法被认为“介于财产法与身份法之间”，继承权似乎也兼具人身权利与财产权利的属性，惟在现代法上继承只是财产继承，而非身份继承。因而，将继承权解释为财产权，更符合立法者在“民事权利”章的体系安排。诸如放弃继承，不过是基于身份的财产行为。如此，变动上述权利的法律行为，都属于财产行为。相应地，又可以将财产行为细分为债权行为、物权行为及准物权行为。

人身行为（身份行为），或称身份法上的法律行为（personenrechtlicheRechtsgeschiifte），是民事主体通过意思表示设立、变更或终止有关人身法律关系的行为。自然人因婚姻家庭关系等产生的人身权利受法律保护（《民法典》第 112 条）。与人身权利相关的法律行为，诸如结婚（EheschlieBung，第 1046 条和第 1049 条）、离婚（Ehescheidung，第 1076 条）、收养（AnnahmealsKind，第 1104-1105 条）、协议解除收养（第 1114-1116 条）、对亲子关系的确认（Vater-schaftsanerkenntnis，第 1073 条）等，属于纯粹的人身行为。夫妻财产之约定（第 1065 条）、遗赠扶养协议（第 1158 条）等，则非纯粹的人身行为，或称之为“身份财产关系”，或者“身份的财产行为”。

与财产行为相比，人身行为自有其特色，依学者概括，可有如下几点：

1. 亲属法上法律关系的变动，多基于自然事实，例如血亲关系的发生，因而法律行为所占部分较少，其典型的为婚姻及收养，然其内容多已定型，当事人并无决定之自由。2. 财产法上之结合关系与身份法上之结合关系各有其特色，滕尼斯（FerdinardTiinnies，1855-1936）受梅因“从身份到契约”说之影响，相应地以社会（Gesellschaft）和共同体（Gemeinschaft）对称之。人身行为往往带有宣言已发生的结合关系之事实确认的性格，比如对于亲子关系的确认、已同居男女之登记结婚。故财产法以合理性为基础，身份法则带有习俗性。此时事实既已存在，惟待正式行为予以补充，并非全“无”，不过在法律上尚未完全的“有”而已。3. 法律对于人身行为较之财产行为要求更高，一方面使其内容定型，不

容随意变更；另一方面，原则上使之为要式行为。身份法上形成权的行使（比如撤销婚姻），多应依裁判上程序，以期当事人意思的确实及公示身份的变动，以谋社会秩序的安定。另外，人身行为既意在使身份状态发生变化，故不得附条件，且通常须亲自作出而不得代理。

意识到法律行为类型的丰富性并注意到人身行为的特殊性，随之而来的问题是，民法总则是否仅为财产法的总则，抑或对于婚姻家庭及继承亦具有通用性；民法关于婚姻、收养等无效、可撤销的事由是仅限于各分编中的特别规定，抑或承认民法总则的一般规定仍应适用。此类问题对于有民法典且在其中规定民法总则的法域，属于无法绕开的基本问题。

以日本为例，就此基本问题便经历了“肯定一否定一否定之否定”的认识升级。起初从明治到大正时期，日本的有力说承认民法总则对亲属、继承编的通则性，对于身份行为若无特别规定均适用民法总则法律行为无效、撤销的规定。及至 1922 年 2 月 25 日大审院判决，开始认为假离婚不适用日本民法第 94 条通谋虚伪表示之规定，否认民法总则通则性的学说随之抬头。在此背景下，中川善之助博士的身份行为论最终形成，其核心系以强调财产法与身份法本质对立为前提及理论根基，否定民法总则对身份法的适用，否定日本民法第 90 条（违反公序良俗）对身份行为的适用。中川说作为有力说在二战后仍持续发挥影响。战后川岛武宜等日本学者开始批判中川说身份法与财产法二元对立这一理论根基；另外，我妻荣教授认为公序良俗支配着所有的法律秩序，日本民法第 90 条也应适用于身份行为。而批判中川说最力者则属青山道夫博士，他在 1957 年发表了《身份行为与〈民法〉第 90 条》一文，对中川说作了系统的剖析和批判。另外，诸如铃木禄弥、中川高男、佐藤义彦、前田阳一、水野纪子等教授均系立足于“否定之否定”的立场，随着辨析的不断深入，中川身份行为说越来越失去吸引力。

三、法律适用：《民法典》总则编法律行为的规定能否适用于人身行为

在《民法典》颁布之前，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》（法释［2011］18 号）第 1 条第 1 款规定：“当事人以婚姻法第十条规定以外的情形申请宣告婚姻无效的，人民法院应当判决驳回当事人的申请”。由该司法解释开篇仅明确提及《婚姻法》和《民事诉讼法》而不提《民法通则》可以看出，司法解释起草人严格奉行婚姻法与民法的分立，故不考虑《民法通则》关于民事法律行为的一般规定。实践立场的合理性除了我国婚姻法受苏维埃法传统影响的原因之外，还有另外一层不应忽视的因素，即无论是 1950 年《婚姻法》还是 1980 年《婚姻法》，都是在没有形式民法的背景下出台的单行法，这也注定了我国的这两部《婚姻法》从其颁布时起只能走“独立自主、自力更生”的道路，在自身的体系内寻找解决方案，没有民事立法的“外援”可以依靠。

随着《民法典》的颁布，最高人民法院面临着整理大量既有司法解释的现实需求，要在短期内完成司法解释的废旧立新的任务，确实不易。2020 年 12 月 29 日，最高人民法院发布了《关于废止部分司法解释及相关规范性文件的决定》（法释［2020］16 号）《关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》（法释：2020］22 号，以下简称《婚姻家庭编司法解释（一）》）等司法解释，并使之与《民法典》同时施行，意义不容小觑。其中，后一司法解释第 17 条第 1 款规定：“当事人以民法典第一千零五十一条规定的三种无效婚姻以外的情形请求确认婚姻无效的，人民法院应当判决驳回当事人的诉讼请求。”显然延续了上述《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》（法释［2011］18 号）第 1 条第 1 款的立场，新瓶装旧酒。新的司法解释虽然号称是根据《民法典》《民

事诉讼法》等相关法规制定，里面所装第 17 条第 1 款“旧酒”却是在婚姻法与民法分立背景下酿成的，非但没有体现如今婚姻家庭编“入典”的应有立法精神和时代意义，更有无视现实需要、阻碍法律发展及裁判进步的弊端，实属遗憾。

《民法典》既然吸收规定了婚姻家庭编，分立的立场便应放弃。《民法典》在编纂体例上首设“总则编”，其他各编则可以称为“分则编”。总、分结构体现的是所谓“提取公因式”的立法技术，因此，在逻辑上总则编的规定可以普遍适用于分则各编，不仅及于财产法，亦及于身份法。然而，这只是逻辑推理的结论，事实是否真的如此，尚有待检验。试金石之一便是《民法典》总则编关于法律行为的规定是否普遍适用于婚姻家庭编和继承编。如有适用，其适用范围如何？“此等问题，大大苦恼了民法学者，尤其对研究亲属、继承法者，堪可称为迎面就压得透不过气来的学问上重大压力”。我国婚姻法学者很早便已意识到该问题，《民法典》立法者已谈及婚姻行为是民事法律行为，与其他民事法律行为具有共同点，但婚姻行为却不能也无法适用合同行为规则。立法者并没有直说是否适用总则编的规定。

（一）婚姻的无效

《民法典》第 1051 条规定了婚姻无效的情形，包括重婚、有禁止结婚的亲属关系及未到法定婚龄。那么，无效婚姻是否仅以此为限？除此之外，总则编关于法律行为无效的事由，是否亦可适用？比如说，虚假行为（第 146 条）可否作为婚姻无效的原因？

某女 X，2003 年 4 月 11 日与 Y1 在县民政局婚姻登记处登记结婚（实际结婚男方为 Y）。X 称因不懂法律知识，当时 Y 离结婚法定年龄还差 5 个月 4 天，而 X 已怀孕 4 个月，医院检查及预约生产各种手续均需要结婚证为基础，故借用 Y1（系 Y 的堂兄）身份及身份证，当日在县民政局婚姻登记处领取了结婚证（结婚证为手写文字）。2011 年 X 及 Y 在省会城市购买商品房时，因需要提供网上可查结婚证信息，而 2003 年 4 月 11 日登记的结婚证在网上查不到，经向县民政局婚姻登记处窗口咨询，X 与 Y 于 2011 年 10 月 8 日再次在民政局婚姻登记处登记结婚（民政局事后反馈，当时档案未上传，未联网，原则上当时应办理不了结婚登记，否则 X 会显示重婚）。现因 X 与 Y 婚姻关系破裂，在县民政局婚姻登记处办理离婚时系统显示 X 重婚，不能办理离婚。县民政局婚姻登记处建议本人在法院起诉。试问：此种情形应如何处理？

在此事例中，第一次登记结婚时 X 与 Y1 均亲自到场，结婚登记及结婚证上记载的是 Y1 的名字，而不是 Y 的名字（尽管结婚证上的照片是 Y 的照片）。X 与 Y1 属于虚假结婚，二人也并没有实际共同生活，实际共同生活的是 X 与 Y。

关于虚假结婚，无论是原《婚姻法》还是《民法典》婚姻家庭编，均没有具体规定。那么，《民法典》总则编（或此前的《民法总则》）中的虚假行为规则（第 146 条）可否适用？就此问题，如果固守民法与婚姻法二元的立场，固然不会适用。可是，问题无法解决。婚姻法并入《民法典》后，就此问题，有如下两种可能的思考路径。

其一，以婚姻家庭问题属身份法问题，《民法典》总则编法律行为的规定属于财产法规范作为支持此项判断的论据。在法律行为撤销场合，诸规范均称某某主体“有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销”。“婚姻、收养、监护、扶养、继承纠纷”不具有可仲裁性，已为《仲裁法》第 3 条第 1 项所明定。故立法者关于法律行为的规定实系以财产行为为对象，未将人身行为纳入，仅适用于财产行为（包括身份法中的财产行为），可称此为“适用否定说”。以此为前提，对于人身行为，在性质上决定了不适合适用。故就上述问题，在婚姻家庭编中存在法律漏洞，应予填补，填补的方法便是类推适用第 146 条。

其二，《民法典》总则编的规定具有统领性，统领《民法典》各分编。总则的起草采取“提取公因式”的办法，是将民事法律制度中具有普遍适用性和引领性的规定写入总则。如此，《民法典》总则编的规定当然适用于各分编，可称此为“适用肯定说”。对于分编的特殊问题，分编可作特别规定（比如关于结婚行为），如果确有因行为性质不适合的情形，则可以考虑限缩解释，将其排除在外。如此，对于虚假结婚的行为，在婚姻家庭编中没有特别规定，故当然适用第 146 条。

从比较法来看，上述适用否定说与适用肯定说两种思考路径各有其代表，采前一路径者可以当下日本的通说为代表；采后一路径者则可以当下德国的通说为代表。《婚姻家庭编司法解释（一）》第 17 条第 1 款采“适用否定说”，且以《民法典》第 1051 条规定的三种无效婚姻事由为封闭规定，不承认存在法律漏洞的可能。比较而言，笔者以为后一路径更为可采。理由如下：

第一，《民法典》设立总则编、采提取公因式之立法技术，总则规定则为一般规定，逻辑上自可适用于各分编；如果分编有其特殊性，可以另设规定，排除总则的普适性。比如结婚行为须当事人亲自实施，不能代理，第 1049 条中的“亲自”已可排除代理的适用。在没有明确排除的场合，原则上总则的规定可以适用。至于需要限缩的情形，则需要另具特别理由。

第二，总则编就法律行为的撤销机关确实规定有二：人民法院或者仲裁机构。这样规定当然是充分考虑了现实需要，仲裁机构出现在一般规定中，实属一种便宜安排，如果将它降级到合同编中规定同样会有问题（同一事项在不同条文、不同地方规定的碎片化）。整体在总则编中规定，形式上虽有龃龉，但实质上并无问题，因为《仲裁法》第 3 条早已经将人身行为的可仲裁性排除在外。因而，人们应推定立法者是在通盘考虑的前提下所作的安排，而不应据此认定民法总则只是财产法的总则。在《民法典》起草过程中，并非没有设置财产法总则的建议，但立法者最终没有采纳这一建议。

第三，回到问题的实质层面，虚假婚姻纵在《苏俄婚姻和家庭法典》中，亦属无效（第 43 条第 1 款）。夫妻双方和被该婚姻侵犯了权利的人，以及监护和保护机关，或检察长，都有权请求（法院）宣布婚姻无效（该法典第 44 条第 2 款）。我国 1980 年《婚姻法》没有规定婚姻无效和撤销。但在理论上认为，对于婚姻当事人在申请结婚登记时弄虚作假、骗取结婚证的违法行为，婚姻登记机关应宣布该项婚姻无效，收回骗取的结婚证，并对责任者给予批评教育。这样，当时对起草《婚姻法》影响最大的样板立法——《苏俄婚姻和家庭法典》中有明确规定，《婚姻法》没有明确规定但学理上又肯定婚姻无效立场，加之并未见到《婚姻法》不规定虚假婚姻无效的立法理由，面临现实问题，既有的立法（《民法典》等）中有可以提供给法院作为依据的规则，总比没有任何依据地要求行政机关宣布婚姻无效要好（从前述事例也反映出来，婚姻登记机关并不愿主动审查及宣布婚姻无效）。

综上，关于虚假婚姻，《民法典》婚姻家庭编既然无特别规定，总则编中关于虚假行为的一般规定就可以当然适用。对于事例而言，无论是 X 还是 Y（作为利害关系人），都可以主张那个外观呈现为 X 与 Y1 的婚姻是虚假的，都有资格单独或者共同向法院主张，要求确认该婚姻无效。待法院确认该婚姻无效后，原告自然可以持生效判决，请求婚姻登记机关予以注销登记。另外，X 女虽然在登记机关表现出来重婚，由于第一个登记的婚姻是无效的，法院判决宣告其无效，虽有确认之形，因其被宣告无效之前有被推定有效的效力，故宣告婚姻无效的判决实具形成之实。该形成判决形成力的发生具有对世性，因而这里无论如何刑事法官要受该判决的约束。另外，事实上 X 也没有与两个不同的男人共同生活，因而，并不真正构成重婚，不应以重婚论。

虚假婚姻既然现实存在，面对现实问题，在立法者没有规定具体规则的场合，司法解释制定者或者裁判者本应积极回应现实需要，在新的《民法典》体系框架下，思考可能的解决方案，而不应对现实需要采驼鸟政策，更不应固守旧有思维，堵塞法律可能的进步之路。因此，呼吁最高人民法院进一步深入领会婚姻法编入《民法典》的精神、克服婚姻法独立于民法的思维惯性，及早订正裁判规则，为虚假婚姻的法律救济提供可行的方案。

（二）婚姻的撤销事由

在《民法典》颁布之前，基于《婚姻法》与《民法通则》分立，婚姻之撤销仅以《婚姻法》及其相关规定为基础，并不会再另行向民事一般法寻找规范基础。《民法典》生效后，需要根据新的规则，理清两个基本问题。

其一，注意婚姻撤销机关的变化。依原《婚姻法》第 11 条，能够撤销婚姻的机关有二：婚姻登记机关或人民法院。《民法典》第 1052 条等的规定作了修正，只有一个，即人民法院。

其二，婚姻撤销的性质。实践中，撤销婚姻的诉讼，约四分之三是一方当事人以婚姻登记机关为被告提起的行政诉讼，婚姻的另一方当事人不是作为被告，而是作为第三人。法院判决也有些不统一，有的判决撤销结婚证，有的是判决撤销政府作出的行政登记行为，或者撤销婚姻登记。从法理上分析，撤销婚姻首先是对于有瑕疵的民事法律行为的撤销，不同于对行政行为的撤销。民事法律行为与行政行为，一个是私法上的，另一个是公法上的，性质不同。目前的实践操作，不无本末倒置之嫌。因此，妥当的处理方法，宜回归到民事裁判而非行政裁判上来。一个有瑕疵的婚姻，在当事人主张撤销场合，撤销的是婚姻，而不是婚姻登记行为。婚姻在性质上属于民事法律行为，当事人在向法院请求撤销婚姻场合，撤销的是私法上的法律行为，而不是公法上的行政行为。因而，目前实务中的做法（以婚姻登记机关为被告提起行政诉讼）是存在问题的，其突出的问题在于：在行政诉讼中，法官对于婚姻之作为民事法律行为的效力交待也不是（该问题本应由民事法官判断），不交待也不是（民事方面的是非曲直未明，行政行为的对错又如何判断?）。在婚姻被撤销场合，当事人可以持法院的民事判决书，到婚姻登记机关申请变更相应的婚姻登记。

《民法典》婚姻家庭编第 1052 条规定胁迫为请求撤销婚姻的事由，第 1053 条规定不如实告知重大疾病为请求撤销婚姻的事由。除此之外，总则编法律行为的撤销事由，是否可适用于诸如结婚之类的人身行为，须待进一步检讨。由前文分析已知，依立法设计，总则编对于各分编应有统领作用，故原则上应得适用。惟因人身行为本身又具有特殊性，故一方面婚姻家庭编有若干特别规定。另一方面，该特别规定究竟是排他性规定，抑或是兼容性规定，尚需进一步分析。这需要结合《民法典》总则编的规定，具体甄别。以下以婚姻的撤销为例，作初步分析。《民法典》总则编规定的可撤销民事法律行为的事由包括重大误解（第 147 条）、欺诈（第 148 条）、第三人欺诈（第 149 条）、胁迫（第 150 条）、显失公平（第 151 条）。显失公平仅对财产行为有其意义，对于人身行为并不适用，应无异议。此处不妨举例，试作分析。

1. 婚姻欺诈

2004 年 3 月 16 日，原告 A 与一位自称“雷丽华”的女人到被告龙海市民政局办理结婚登记，两人按规定向被告提供户口簿和身份证的原件和复印件，并在申请结婚登记声明书上签名和按指纹，被告当日审查同意登记，并向其颁发了结婚证。A 称婚后 11 天，“雷丽华”借口外出拜佛将证件放在 A 家中，带上 A 给她的 1 万元离家下落不明。同年 6 月 10 日，原告向龙海市公安局报案，陈述被“雷丽华”诈骗，该人现下落不明，依其

身份证提供的地址查无此人等。该局向被告调取原告办理结婚登记的相关档案资料，经鉴别，“雷丽华”提供的身份证和户口簿均系伪造。6 月 16H，A 以被骗婚为由向被告提交申请撤销婚姻登记书。请求被告撤销其与“雷丽华”的婚姻登记，并提供龙海市公安局出具的鉴定身份证证明书等。同月 24 日，被告在原告申请书上签署决定意见：根据新的婚姻登记条例有关规定，不同意 A 提出的撤销婚姻登记的要求，建议到法院提起民事诉讼申请判决撤销婚姻。

该事件的特殊之处在于，“雷丽华”的真实身份及住址不明，在这样的情形下，法院是否会对以“雷丽华”为被告的民事诉讼请求立案，技术上有一定难度（但并非不可突破，比如公告送达）。假如法院受理 A 就此提起的民事诉讼请求，又该如何裁判？

2001 年修改《婚姻法》时，曾有人提出应当规定欺诈的婚姻为可撤销婚姻，并举了一些事例。“婚姻法没有采纳这个意见。上述事例虽属欺诈，但却不能因此请求撤销婚姻关系。因为欺诈的情形非常复杂，有的欺诈，如隐瞒未到法定婚龄、禁止结婚的疾病，已婚的欺骗未婚的，本法第十条已规定为无效婚姻，其他因欺诈导致夫妻感情破裂的，可以通过离婚解除婚姻关系。”至此，立法者对以欺诈为由请求撤销婚姻是予以否定的。

《民法典》修正原《婚姻法》，在撤销婚姻的事由中新增 1053 条（改正原《婚姻法》第 10 条第 3 项），即因违反重大疾病婚前如实告知义务而撤销。该条规定也可以理解为欺诈的一种特别情形，相对于原《婚姻法》中没有规定婚姻欺诈而言，可谓“零的突破”。然而，该条新规定仍不足以应对上述案例所反映出的问题。至此，问题变成：《民法典》第 1053 条是排他性的关于因欺诈而撤销婚姻的规定抑或是例举式的规定？对此，立法者并未明确表态。从司法的角度看，法律人理应直面现实问题而不是回避问题，应在《民法典》框架下，探索可能的问题解决方案。

如果是作为民事诉讼提起，由法官裁判是否撤销该婚姻，有两种可能的方案：其一，仅以原《婚姻法》或者《民法典》婚姻家庭编中的规定为依据，由于没有规定欺诈为撤销婚姻的事由，故驳回原告诉讼请求。其二，虽然原《婚姻法》或者《民法典》婚姻家庭编没有规定欺诈为撤销婚姻的事由，但总则编中关于欺诈的一般规定可以直接适用或者变通适用。如此，“雷丽华”既然处心积虑事先准备假的名字、身份证和户口本，使 A 信以为真而与之交友并登记结婚，而陷于错误，那么对于 A 与“雷丽华”的婚姻应予撤销。

以上两种处理方案，显然前者保守，而且不解决问题。让 A 受名存实亡之婚姻的束缚，纵另依死亡宣告途径解决，依第 46 条尚须“下落不明满四年”之要件，在此期间，A 自无法另觅佳偶。法解释功能之发挥当以解决现实需要为鹄的，前一方案虽然有裁判，实与法官借口法无明文规定而拒绝裁判无异（参照《法国民法典》第 4 条）。因而，理应借《民法典》施行之东风，准确领会法典化的精神实质，突破裁判婚姻纠纷仅以婚姻法或者婚姻家庭编规定为限的成见，将《民法典》总则编的相关规定适用或者变通适用于婚姻纠纷。

当然，要想打开突破口，也应考虑到此前立法者保守立场所顾忌的事情，即不能因此打开滥用婚姻撤销的大门。如果从比较法的视角来看，允许因欺诈而撤销婚姻是各国的通例，并不局限于违反重大疾病婚前如实告知义务一种情形。因被欺诈而生错误的事项，除关于内部的附着于当事人“身上之性质”的错误外，关于身份、地位、职业等由外部附着于当事人身上的事项，亦在其内。另外，因被欺诈而陷于错误的事项，首先主观的错误须为重大，即结婚时关于其事项如不因被欺诈而陷于错误，应即不为结婚。其次，客观的错误亦应为相当的重要，学理解释上多以关于“婚姻要素”的错误为限，或者以关于婚姻本质为正当的判断。只要把握住立法的精神及基本底线，在司法裁判中不断积累案型、丰富具体裁判规范，

并适时通过司法解释或者指导性案例加以整理，相应的法规范定能不断发展和成长。

2. 重大误解

凤凰网视频报导，湖南长沙一名 51 岁的女子体检时发现盆腔中有包块，医院检查后发现另有原因。医生表示，女子皮肤白皙，举止间尽显女性魅力，可生物学结果却提示她是一名男性。经系统检查，确诊为右侧睾丸异位、原发性闭经、雄激素不敏感综合征。

就上述事例，首先宜明确如下基本法律立场：其一，我国法只承认异性婚（《民法典》第 1046 条规定的结婚实以此为前提），不承认同性婚。其二，与异性婚制相应，性别的判断采生理性别（sex）标准，而未采社会性别（gender）标准。

上述事例恰恰反映出了生理性别与社会性别的差异或者冲突是可能的。在上述事例中，在法律上如果采社会性别标准，即以该“女子”为女子，便会出现实质上承认同性婚姻有效的结果，而这一点与立法者的法政策选择是冲突的。同性婚姻问题在《民法典》（草案）征求意见过程中并非没有提出，立法最终并未将同性婚姻合法化，是经过慎重考虑的。而以生理性别标准事例中的婚姻当事人双方均就该“女子”的性别认识错误，属于双方共同错误。

我国法上的重大误解，在比较立法例上往往称为“错误”。史尚宽先生在分析我国台湾地区“民法”时指出，其“民法”亲属编除因被欺诈而陷于错误外，并无关于错误之规定。“而且按各国立法，关于错误几莫不有规定，在我’民法’似难谓排除’民法’总则第八十八条规定之适用，不过因婚姻之特质，应予变通适用”。对于民法总则编法律行为规定之适用于婚姻行为，采积极立场。而史先生的分析对象及其结论，对于当前我们所面临的问题，十分相似，确有借鉴价值。如此，依《民法典》第 147 条，在双方共同错误场合，允许任何当事人请求人民法院撤销该婚姻，不失为一种可能的解决方案。

当然，该事例可否作为欠缺婚姻成立的实质性要件，从而认定婚姻不成立，确有讨论的余地。其一，婚姻成立的实质性要件在《民法典》中主要规定有结婚年龄（第 1047 条）和禁婚血亲（第 1048 条），并没有明确要求异性，故须通过解释方可能得出此要件；其二，婚姻登记机关对于性别的审查只是形式审查，并无实质审查义务；其三，婚姻关系的确立以登记及发给结婚证为标志（第 1049 条），在当事人既已领取结婚证二、三十年的情况下，再以欠缺实质性要件为由认定婚姻不成立，与社会一般观念不无龃龉，且对于婚姻登记机关有所不公，因为这实际上要求登记机关应对婚姻的实质性要件作实质性审查。其四，从方便法律适用角度来看，婚姻不成立的效果与婚姻无效或被撤销并无明显差异，而《民法典》对于前者没有明确规定，对于后者有明确规定，即无效的或者被撤销的婚姻自始没有法律约束力，当事人不具有夫妻的权利和义务（《民法典》第 1054 条第 1 款前段）。综上，我个人倾向于不采婚姻不成立的路径。

四、结论

民法兼具行为规范与裁判规范双重属性，其裁判规范功能的发挥，系在司法过程中借助法院的裁判使一般性的法律规定形成具体的法秩序。如此，民法及适用民法的裁判者不能回避生活世界中的现实问题，须借助于有限的法律规范，并运用科学的法律适用方法，积极回应现实需要，方是法律随着社会的发展而不断进步的正途。

婚姻法向民法的回归以及民法的法典化，不应单纯停留在外在体系的层面，同时也应在内在体系层面实现新的整合。否则，婚姻法与民法貌合而神离，将使法典化近乎法律汇编，是机械的组合而非有机的整合。因此，民法法典化后，最高人民法院为统一司法中的理解和适用，整理和替

换既有司法解释，在此过程中，应深入领会《民法典》的立法精神，提供更能回应现实社会需求的解释方案；民法学说亦应与时俱进，解析《民法典》的内在精神，并以之指导法律适用。

基于法典化理念、法典的层次结构以及总则提取公因式的立法技术，在《民法典》婚姻家庭编未作特别规定的场合，总则编关于民事法律行为的一般规定理应适用于婚姻家庭问题。除此形式逻辑的正当性之外，透过虚假婚姻、婚姻欺诈以及婚姻错误等现实问题，也反映出以总则编规定适用于诸此问题具有实质的合理性及正当性。

变法易，变法之观念难。婚姻撤销本属民事法律行为的撤销，但实务中有四分之三的情形是作为行政诉讼。为求变法发生实际的效果，必须改变人们的法观念，重新理解婚姻的本质，正本清源，使民事的归民事，行政的归行政。

编辑：李响

初审：张静怡

审核：郑文强

刘征峰：结婚中的缔约过失责任 | 前沿

原创：2021-07-24 中国民商法律网 张文摘编
https://mp.weixin.qq.com/s/HPun5KRvd9Zi1LoDGr8x9Q

中国民商法律网

本文摘编自刘征峰：《结婚中的缔约过失责任》，载《政法论坛》2021 年第 3 期。本文未经原文作者审核。

【作者简介】刘征峰，中南财经政法大学法学院副教授，中国民商法律网授权学者。

一直以来，我国司法实践对于婚姻被确认无效或者被撤销之后当事人能否主张损害赔偿存在一定的分歧。《民法典》颁布后，在第 1054 条第 2 款中明确了无过错方的损害赔偿请求权，但其性质和赔偿范围尚不明确。此中的关键点在于：该款规定在性质上是缔约过失责任抑或侵害人格权之侵权责任？在我国采纳自始无效立场的前提下，能否通过该款规定实现对善意相对方的有效保护，将履行利益纳入损害赔偿的范围？从目前国内的研究来看，尚无文献对此二核心问题进行回应。对此，中南财经政法大学法学院的刘征峰副教授在《结婚中的缔约过失责任》一文中，在《民法典》最新规定的基础上对上述问题予以探索，在检讨现有文本不足的同时给出了解释方案，为结婚中缔约过失责任之厘清提供了较好的研究视角。

一、对缔约过失责任规范的适用和参照适用

（一）婚姻缔结中信息义务的违反

《民法典》第 1054 条本身并未言明何为过错，需要结合婚姻无效或者可撤销的情形进行具体判断。作为损害赔偿要件的过错主要表现为两种形态：其一为胁迫，其二为对信息义务的违反。此处对信息义务的违反可以细分为两种情形：一为积极做出错误的陈述，二为消极地不告知。信息义务的范围应指向“对于另外一方结婚决定具有重要意义的事项”。形成婚姻共同生活为婚姻之目的，依诚信原则及一般社会观念，凡是将来对婚姻共同生活可能产生重大影响之事项均应包含在内。

此外，《民法典》第 464 条第 2 款明确了婚姻、收养等有关身份关系的协议在婚姻家庭编无规定时，可以依照其性质参照适用《民法典》合同编的规定。此准用条款先行认定了婚姻与合同具有的相似利益结构。两者之成立亦均需遵循诚信原则以保护善意相对人的信赖利益。由此，在婚

姻缔结过程中，应参照适用《民法典》第 500 条的规定，将信息义务的范围扩展至其他对于婚姻共同生活会产生重要影响的事实。

（二）婚姻缔结中的其他缔约过失形态

既然在婚姻缔结过程中应适用《民法典》第 157 条并参照适用第 500 条之规定，则在结婚中的缔约过失形态不应局限于对信息义务的违反，而应包含其他违反先协议义务的行为。原则上中断结婚磋商的一方不应承担缔约过失责任，只有在一方不当创设了信赖事实并导致对方做出了不当处分时才应当承担缔约过失责任。另外，结婚中的缔约过失责任作为违反先协议义务的法律后果，除婚姻无效和可撤销情形之外，于婚姻不成立情形亦有适用空间。

二、与人格权侵权的关系

（一）对相关人格权的侵害

缔约过失行为直接涉及对婚姻自主权的侵害。侵害婚姻自主权的典型形态是《民法典》第 1042 条第 1 款所规定的包办和买卖婚姻的行为。从《民法典》第 1052 条第 1 款的规定来看，并未将实施胁迫行为的主体限定于相对方，在解释上应与《民法典》第 150 条保持一致，同时涵盖相对方和第三人胁迫。是否属于法定的效力瑕疵情形与是否构成对婚姻自主权的侵害之间并不存在必然的关联。即使不符合法定的可撤销情形，亦可主张对婚姻自主权的侵害。

在婚姻自主权之外，行为人的欺诈或者胁迫等行为可能同时构成对另外一方的性自主权或者健康权的损害，此两者与婚姻自主权之间不存在竞合。《民法典》虽未明确规定性自主权，此前司法实践中亦有不少法院认可其人格权性质，将其纳入一般人格权范畴，并给予侵权法保护。此外，如果行为人故意欺骗或者故意隐瞒导致相对方传染疾病，亦可构成对相对方健康权的侵害。

（二）人格权救济路径的有限性

如将《民法典》第 1054 条第 2 款狭义理解为对婚姻自主权的侵害，可能涉及的问题在于无法将由此形成的财产损害纳入，从而实现对诚信当事人的有效保护。实践中对婚姻自主权的损害赔偿也仅局限于精神损害赔偿。至于其他损害，如隐瞒重大疾病时另外一方为婚姻所支出的费用，难以纳入婚姻自主权的保护范围，只能通过缔约过失责任或者基于纯粹经济损失的侵权责任给予保护。

三、婚姻效力瑕疵后果模式、善意评价层次与损害赔偿的互动关系

（一）自始无效模式与面向将来无效模式

无论婚姻效力瑕疵体系采一元模式还是二元模式，都面临一个共同的问题，即对婚姻效力的这种否定是面向将来还是溯及既往。采用自始无效模式背后隐含了法律对此种情形高度的否定性评价，而采面向将来无效模式事实上是肯定了对作为事实的婚姻进行保护的必要性。以我国为典型代表的模式下，婚姻溯及既往地无效，同时辅之以善意相对人的损害赔偿请求权。

（二）善意的评价层次

结婚中的善意值得保护，法律需面临在何处评价善意的问题。首先，法律可能对申请宣告婚姻无效或者申请撤销的主体上进行限制，排除非善意相对方的权利。其次，法律可能在婚姻被确认无效或者被撤销的法律后果层面对善意进行评价，善意决定了这种无效宣告或者撤销能否发生溯及既往效力。再次，对善意的评价亦可发生在嗣后效果层面，这主要体现为在对离婚法及继承法相关规则的参照。复次，部分立法例还增设了单独的损害赔偿规范，作为对此中过错的评价。最后，部分立法例中还将善意与否作为确定返还范围的依据。

前述善意评价层次并不是完全互斥的，而是可能出现并存状态。善意不仅在有权宣告婚姻无效的主体层面得到评价，而且还在无效宣告溯及力限制以及对离婚法的参照层面得到评价。

四、不同案型下的损害赔偿

（一）婚姻未有效缔结

1. 与共有财产分割照顾无过错方规范的关系

根据《民法典》第 1054 条第 1 款的规定，在夫妻双方就财产的处理无法达成协议时，由人民法院根据照顾无过错方的原则判决。共有财产分割时照顾无过错方规范与无过错方的损害赔偿请求权规范之间均属于对过错法律事实的调整，形成规范上的竞合。此二竞合规范之法效果存在并存的可能，在适用上二者并不存在优先顺序。关键在于保护目的是否实现。

2. 所受损害与所失利益的确定

于缔约过失情形，损害一般指向信赖利益，其又分为所受损害与所失机会。在婚姻未有效缔结场合，所受损害应包含为信赖婚姻将有效缔结所支出的各项费用，较易确定。颇具争议的是如何确定所失利益，丧失与他人结婚的机会往往难以确定，所涉利益更是难以衡量。更为妥当的做法是参照履行利益来确定所失利益。婚姻的履行利益可能表现在两个方面：一是通过婚姻直接效力所获得的利益，如扶养给付、夫妻法定财产制所形成的共同共有；二是依托于婚姻所形成的夫妻身份所产生的利益。在这些履行利益中，如果善意的一方已经通过损害赔偿之外的其他机制获得补偿，则应当进行相应的排除。因离婚所获得的利益（如离婚损害赔偿、离婚经济帮助）不属于履行利益。在婚姻不成立时，当事人仅能请求信赖利益赔偿。

（二）婚姻未被确认无效或者撤销

在合同有效情形下，缔约过失责任是否应当独立存在，关键在于前合同义务是否被合同义务所吸收。于结婚情形，应作同样判断。在结婚中，婚前行为人所负担的义务，难以被婚姻中的义务所吸收，不能据此主张离婚救济。虽然此时缔约过失责任有独立存在的必要性，但婚姻有效这一状态会对损害的确定产生影响。易言之，此时放弃申请宣告婚姻无效或者撤销婚姻的一方仍然享有婚姻的履行利益，当事人不能以缔结了不受期待的婚姻而主张相应的损害赔偿。

（三）与有过失问题

从《民法典》第 1054 条第 2 款文义来看，只有无过错方有权请求损害赔偿，如果其本身具有过错，则无权主张损害赔偿，与有过失规则不存在适用的空间。对此至少存在两种缓和的解释方案。其一，将其作限缩解释，局限于侵害婚姻自主权情形，对财产损害适用《民法典》中的缔约过失规范或者侵权责任规范予以解决。其二，更为温和的解释方案是将过错局限在损害发生阶段，这样在确定责任范围时，至少预留了与有过失规则适用的空间。

五、结语

婚姻双方在结婚过程中所负诚信义务高于合同缔结中所负诚信义务。《民法典》采损害赔偿模式对结婚中的诚信予以评价，从对违反诚信方的规制角度出发进行调整。善意虽然值得保护，但亦不能补正所有的权利瑕疵。在善意保护这一目标之外，法律尚需考虑其他目标。其中最为重要的目标包括对无效婚姻的制裁以及对事实生活状态的保护。这些目标之间的价值衡量可以被融入到作为规范概念的损害当中。

文字编辑：张文图文编辑：田崇泰

孟烨：生前特别赠与及遗产合算制度之构造 ——以民法典继承编为分析视角

原创：2021-07-29 上海市法学会 东方法学 孟烨
https://mp.weixin.qq.com/s/buAB8HqBNKWIfe8sho2MEg

孟烨 复旦大学法学院讲师，法学博士。

内容摘要

以实现财产代际传递为目的的生前特别赠与是普遍存在的民事行为，但包括民法典在内的现行立法却并未建立相关规则，立法的缺位导致财产传递的稳定性可能受到影响。将生前特别赠与视为继承份额的预付，继承开始后将其合算入遗产，再由继承人平均继承的遗产合算制度，被用于解决生前特别赠与问题。历史基础和比较法研究可以为构建遗产合算制度提供参照。在遗产合算制度的构建中，特别赠与范围的确定标准、赠与价值的评估机制，以及代位继承和间接赠与情况下的归扣义务人等都是不可或缺的核心内容。

关键词：民法典继承编 生前特别赠与 遗产合算 平等继承 比较法 代位继承

引言

民法典继承编从保持继承制度稳定性的目的出发，承继了继承法的主要基本制度和规则，同时根据社会经济发展的需要，对部分规定进行了细化调整。但是，仍有一些来自实践领域的需求并未得到回应，生前特别赠与问题正是其中之一。生前特别赠与是普遍存在的民事行为。区别于一般赠与，生前特别赠与是以财产代际传递为目的，在特定原因下发生的赠与。换言之，在特别赠与中所实现的是被继承人对继承人应继份的预付。因而，继承开始后，特别赠与应被归入遗产之后再由继承人均分，即所谓遗产合算制度。又因以扣除的方式可实现同样的效果，我国学界又常以“归扣制度”相称。从回应现实需求、解决司法困境以及完善民事法律制度等多方面着眼，构建遗产合算制度都十分必要。比较法上，德国、法国、日本等大陆法系国家普遍承继罗马法，规定了遗产合算制度，通过遗产合算方式解决生前特别赠与问题。在制度构建中，中国传统的法律资源及比较法经验均可以提供相应的参照。

一、构建遗产合算制度的现实需求

财产的代际传递与民事主体的财产权利密切相关，因其融合了身份与财产两个要素，对个人、家庭乃至社会均意义重大。继承是一种重要的财产代际传递方式。在罗马法巨著《法学阶梯》中，继承相关内容占全书三分之一，由此足见继承在被视为民法渊源的罗马法中所占的重要地位。今天论及财产代际传递，继承仍诸民法中最重要和最具影响力，也是规则最为完备的方式。我国民法典就以专编规定了继承制度。

继承制度中核心的法理之一是继承以被继承人的死亡为始点。换言之，被继承人死后的财产分配才是继承，而被继承人生前所进行的财产传递，如生前特别赠与并不受继承规则的约束。生前特别赠与却是现实生活中普遍存在的民事行为，产生的纠纷也十分常见。但因为我国未设立相应的成文法规则，司法实践面对生前特别赠与问题时常陷入无法可依的困境。因此，应回应现实需求以及缓解司法困境，并构建相关制度予以规制。

（一）构建遗产合算制度以回应现实法治需求

有学者研究指出，在中国约 1/3 的财产代际传递在被继承人生前完成。生前财产传递主要通

过两种实现途径：分家与生前特别赠与。特别赠与不同于一般意义上的赠与，它是基于特别原因（如父母为子女购房、操办婚事以及出国留学等关系子女人生切身利益的关键之事）所给予的资助。

以资助子女购房为例，面对高房价，父母资助子女购房成为越来越普遍的现象，甚至父母以毕生积蓄帮助子女购房的情况也并不少见。从财产代际传递的角度来看，如果父母的大部分财产在购房资助中已传递至子女，则结果是继承开始后可分配的遗产已所剩无几。这就意味着，对于一部分家庭而言，生前特别赠与可能取代继承成为最主要的代际财产传递方式，或者说通过继承方式完成财产代际传递的实际意义被弱化。对于那些未获得父母出资的其他子女而言，其继承份额受到直接影响。他们将面临实际取得的父母财产份额远少于获得资助的继承人，甚至是无财产可继承的局面。所以，若父母并无使某一继承人获得特别利益的意愿，那么父母生前为一部分子女出资将最终导致实质上的继承不平等且有违父母之本意。

在生育政策调整的背景下，因生前特别赠与所导致的矛盾将更加凸显。所以，明确生前特别赠与行为的法律性质，进而构建遗产合算制度，既是保障财产在代际之间稳定、公平传递的需要，也有利于践行民法典继承编强化对民事主体私有财产保护这一立法立意。

（二）构建遗产合算制度以疏解司法上的困境

目前司法实践中，对于生前特别赠与行为的法律性质存在不同的理解，一种理解将其视为赠与行为，而另外一种理解则将其视为借款行为。例如，2017 年四川省高级人民法院在一件再审案件中提到，子女买房时父母的出资，除明确表示赠与外，应视为以帮助为目的的临时借款，子女负有偿还义务。因为当子女成年后，父母对子女已无继续供养义务，所以购房出资应视为借款。而 2015 年威海市中级人民法院在一件继承案件的判决中提到，根据一般人日常生活的经验与感知，父母通常出于希望子女生活更幸福的目的而自愿出资为子女购房，而并非借钱给子女，所以当父母不能就出资为借贷提供充分证据的情形下，一般都应认定该出资为对子女的赠与。

以上两件案件代表了司法实践中对于生前特别赠与行为法律性质的不同理解，认识的分歧将直接影响法律效果及财产代际传递的结果。若视之为借款，则继承开始后其他继承人可以主张该债权为遗产，仍有取得该部分财产的可能。若视之为赠与，则受赠人以外的其他继承人无权对该部分财产主张继承权。如果父母出资为子女购房本无赠与之目的但却将之视为赠与，则意味着其他继承人继承份额减少，将会导致继承不平等的结果。

（三）构建遗产合算制度以践行继承法原则

对生前特别赠与法律性质认识的分歧，无疑将导致同案不同判的结果。鉴于生前特别赠与和继承同为财产代际传递的方式，两者在行为性质与目的上具有相似性，为了避免司法上的不稳定性并践行民法典继承编中的平等继承原则以及权利义务相适应原则，解决之良策是在规则层面进行必要的制度构建。

民法典第 1130 条中规定了平等继承原则，即同一顺序继承人继承遗产的份额，一般应当均等。适用平等原则处理生前特别赠与问题，在一定程度上可以解决财产在代际传递中出现的分配不均等问题。仍以出资购房为例，除非在父母具有特别受益给某子女的意思表示，否则根据平等原则该出资不能被认定为一般赠与。若视为一般赠与，就会导致其他继承人的继承期待权受到侵害，并最终导致继承不平等的结果。无论是基于情感还是责任，父母为子女出资购房这样普遍存在的常态化的资助，都不应被理解为普通的赠与，而是

属于特别形式的赠与。因此，根据平等原则，特别赠与的受赠人的继承份额应该相应地减少。

该条还规定了权利义务相统一原则，即对被继承人尽了主要扶养义务的继承人，分配遗产时可以多分，即在遗产分配时需要考虑到权利义务的统一，这有助于实现实质上的继承平等。在父母并无特别使之受益的意思表示的情况下，某一子女因购房等原因已经从父母处受赠相当数量的财产，但该子女并非尽了主要扶养义务，或者其所尽义务并未明显超出其他子女的情况下，根据权利义务相统一原则，受赠人无权取得明显多于其他子女的财产。若先前已经取得，则在继承份额上应该相应地减少，如此才不违背权利义务相统一的继承原则。

目前，在现行法体系之下，仅能参照平等继承原则和权利义务相统一原则来处理生前特别赠与问题。但是，对于一种普遍存在的社会行为，仅通过适用相关原则予以调整，结果的稳定性和一致性都将面临挑战，应当通过法律规则予以约束。

二、构建遗产合算制度的历史基础

如前所述，生前特别赠与是普遍存在的民间习惯，在民间社会的普遍认知中，生前特别赠与中已分配出的财产，在继承开始后应被加算入遗产，之后再于继承人之中平均分配，如此才算公平。换言之，生前特别赠与并非被认为是对于某一继承人的无偿赠与，而应该作为继承份额的预付，继承开始后将该赠与部分加入遗产合算后再由各继承人均分。这样的社会通感与遗产合算法律制度的内涵高度契合。无论是在立法史中还是在传统法律观念中，都不乏遗产合算的身影。

(一) 立法史中的遗产合算制度

遗产合算制度源于罗马法，其被认为是平等和公平的理念在罗马继承法中的体现，于其中发挥着衡平的作用。虽然在不同时期的罗马法中，遗产合算制度的内容并不完全一致，但遗产合算制度的目的和宗旨却未曾改变，即推定平等继承为被继承人的意思，以及通过遗产合算制度来实现平等继承。罗马法所规定的遗产合算制度被后来欧陆诸国所承袭，虽然各国立法在内容上有不同程度的调整，但内涵都并未偏离于罗马法。近代以来，欧陆诸国的法律又成为谋求法律近代化国家学习和模仿的对象。遗产合算制度正是在此契机下被引入中国，1930 年的民法继承编中首次规定了遗产合算制度。

新中国成立后，1985 年继承法并没有规定遗产合算，不过在此之前，遗产合算出现在司法实践以及一些规范中。例如，从新中国成立以后到 1985 年继承法实施之前，各级法院的意见、批复等起到近似于法律规范的作用，成为继承纠纷解决中的法律依据，遗产合算也在其中得到了肯定。如在“湖北省法院答王源英”中，提到“子女在父母生前，曾由父母给予财产（例如，妆奁费、结婚费或独立生活时所提给的财产等），在父母死后，分割遗产时各该子女所受的给予，可以在他本人应分的遗产内扣除，以期待公平合理。”在之前根据地时期立法中，如 1943 年公布的由晋察冀边区行政委员会所制定的《晋察冀边区行政委员会关于女子财产继承权执行问题的决定》中，就规定了其他继承人对生前赠与受赠人所取得的被继承人的财产具有请求权。类似的规定也出现在 1945 年施行的《山东省女子继承暂行条例》中。

至于为何继承法并未采纳遗产合算制度，受苏联法的影响是原因之一。苏联继承法中采取的是生前特别赠与不计入遗产的立场。但我国的社会情况与立法的环境已经和苏联时期不相同，尤其是直接影响立法的社会经济基础不同，仍沿用苏联法的做法或者受限于苏联法的影响，不利于解决我国社会的现实问题，也有碍于法治本身的发展。

(二) 遗产合算制度与传统法的融合

遗产合算的法理念在中国传统法中亦曾存在，平等继承的法律价值以及生前继承的传统都是其体现。传统法资源可以为遗产合算制度的构建提供历史基础，同时遗产合算制度也可以实现传统法与现代继承法的沟通和融合。首先，传统法中诸子均分的法律价值为遗产合算制度设立提供了可能性。在法律移植的过程中，除了法律规则本身外，还必须关注到其背后的法理基础与法律价值。若这两方面与移入国的法律存在一致性或共性，规则才有落地生根的土壤，而不至水土不服。就遗产合算制度而言，从罗马法开始，实现平等继承一直是其所秉持的最根本法律价值。在传统中国法中，平等继承亦是财产继承中最重要的法理念。诸子均分的继承根本原则，跨越不同朝代贯穿始终，甚至可以说从未被动摇。诸子均分的立法始于战国时期。决定该原则的是中国传统的生命观和继承观即“父子一体”或称“分形同气”。该观念认为，儿子是父亲生命的延长，而父亲是儿子生命的本源。父亲的人格并未因肉体的消失而灭失，而是延长至儿子。基于该生命观而形成的继承观则认为，所有的儿子由于自然原因天生就是父亲的继承人，因此享有完全平等的继承资格，并不会产生谁成不成为父亲继承人的问题。该观念决定了诸子均分成为根本性的继承原则。诸子均分原则的两个重要表现是：其一，儿子对家产具有绝对的继承期待权，作为家长的父亲无权剥夺。父亲以不影响儿子继承权的实现为限行使家产处分权。换言之，父亲无权无偿处分家产，甚至是将家产赠与具有血缘关系的女儿也因有损于继承人的继承期待权而不被允许。其二，父亲无权变更均分的原则。换言之，父亲不能因自己的偏爱而让某一继承人获得更多的家产。因为，上述继承观决定了每个子孙都平等地享有祖先留下的财产，而父亲个人的意思不能凌驾其上，其必须保证每个儿子取得均等份额的家产。其次，“生前继承”的传统决定了遗产合算制度设立的必要性。在传统中国法中，财产处分开始的时间几乎不受关注，“生分”与“死分”都是财产处分方式，并且两者不存在本质区别。换言之，当时并不以被继承人死亡的时间来区分财产处分规则，甚至部分时期还通过立法促使人们在生前分配财产，完成财产代际传递。父亲在自己生前就让儿子继承财产被认为是通达明智之举，亦是常见的民间观念。继承的概念在近代进入了中国法的视野，为了寻求传统法与现代法两种语境之间的连结点，“生前继承”一词被用来形容传统法中的“生分”。生前继承与生前特别赠与具有相似内涵，因为以现代民法观念来看，生分不过是继承权的提前实现，或者继承份额的预付。但就法律规则层面而言，将继承的规则直接适用于生前继承于法理无据。而以遗产合算制度为桥梁，可以在生前财产处分与继承之间建立起联系。因为遗产合算制度中，生前财产处分被视为继承份额的预付，这与生前继承的内容完全一致。所以，生前继承部分可以通过遗产合算的方式归入遗产，如此则不违平等继承原则。综上所述，平等继承法律价值的一致性，以及生前继承与遗产合算制度法理基础的一致，为遗产合算制度在中国的设立提供了逻辑的可能性。同时，遗产合算制度也成功地融通了传统继承法与现代继承法，既回应了生前继承的传统，又解决了生前财产处分的现实问题。通过以上梳理，可以看到以遗产合算方式处理生前特别赠与的历史基础，这为今天通过构建遗产合算制度来解决生前特别赠与问题的提供了可行性参考。

三、构建遗产合算制度的核心内容之扣除财产的范围

目前，大多数大陆法国家依然沿用罗马法传统，以遗产合算的方式来解决生前特别赠与问题。虽然各国的细部规定略有不同，但基于平等继承原则，将生前特别赠与视为应继承份额的预付，在继承开始后并入遗产计算，却是各国立法的基本内容。既有研究不乏对遗产合算制度的关注，但对遗产合算制度核心内容的讨论深度仍存研究空间。

全面解构遗产合算制度有必要以更广泛的视角关注制度实践的现状与发展。结合我国的实际情况，基于比较法视角，要着重关注遗产合算制度扣除财产的范围、赠与价值的评估机制以及扣除义务人的范围这三部分核心内容。其中，最为基础的出发点系扣除财产的范围。

（一）以特别赠与为扣除财产的范围

关于特别赠与的范围，一般是指基于特定原因而发生的以代际财产传递为目的的赠与。例如，1930 年的民法继承编将特别赠与的范围限定在基于结婚、分居或营业等原因而发生的赠与，因其他事由而发生的赠与不能被视为生前特别赠与。确定特别赠与的理由在于，因为通常情况下，特别赠与没有使受赠人特别受益的意思。对比之下，因其他原因而发生的赠与，则被认为是被继承人有使受赠人特别受益的意思。据此可见，是否存在使受赠人特别受益的意思是区别特别赠与和一般赠与的关键。正因如此，特别赠与部分应被归入遗产，或者从应继份中扣除，否则将有违平等继承原则。

至于构成特别赠与的事由，虽然各国根据自身习惯和实际情况规定略有不同，但大体上可以归纳为两种：一是缔结婚姻之际发生的赠与，二是作为生计资本的赠与。在中文语境中，“成家立业”一词恰好形象地概括以上两种情况。成家和立业都意味着子女开始自立生活。从家庭生活来说，通过缔结婚姻，子女与配偶建立起独立于父母家庭的小家庭。从经济关系上来，子女开始工作后取得经济来源，在经济上具备了独立于父母、自立生活的能力。对于父母而言，为了使得子女能顺利地开始自立生活，获得安定的生活和事业，在能力范围内给予一定的帮助，既是为父母者的一般心理和公众的普遍认识，也是长久以来普遍存在的、常态化的社会现象。所以，一般情况下，因成家立业而进行赠与，并不意味着父母具有使受赠人特别受益的意思，而是从父母具有愿意帮助子女的心理的方向解读更为合适。所以，根据平等原则，因成家立业而发生的赠与应被归入遗产计算后通过继承平均地传递给下一代。

对于“成家”之际所发生的赠与比较容易理解，无论是父母为结婚仪式支付的费用、给结婚对象或对方家庭的支出，还是购买或建造不动产等都属因成家而发生的特别赠与。相较之下，界定“立业”之际所发生的赠与，也就是作为生计资本的赠与则稍显复杂。从广义上可将其理解为，作为生计基础的财产上的给付。所谓“生计基础”，既包括如前所述的因营业而发生的赠与，也包括当下子女创业父母所给予的资助等。

但学理上关于生计基础的范围不乏争议，其中主要的争议点之一在于，生计基础是否包括为准备从事某种职业而所作的准备。如关于父母为子女所支付的大学学费是否属于可以被视为作为生计基础的赠与，在日本学界就曾产生过争论。观点之一认为，若视大学学习为将来生活的基础，则无关于父母的经济能力，大学学费应属于作为生计基础的赠与。观点之二则认为，应从抚养的角度来认定赠与的性质。以抚养为基准，若大学学费属于对子女抚养的范围则不构成特别赠与，超出抚养范围的部分则应被视为特别赠与。而抚养范围则应该根据父母的财产状况、社会地位等因素来确定。

着眼于我国的现实情况，父母为子女支付大学学费、生活费用是普遍的、常态化的现象。虽然支付大学学费并非法律义务，但在普遍观念中，多数父母仍将对大学期间的子女予以抚养视为一种义务。所以，若仅就大学费用而言，可能在中国并不会出现日本那样的争论。但若将视野延伸，与大学学费具有相似性的，其他由父母出资的教育费用，是否可以被视为作为生计资本的特别赠与，则日本法中的讨论仍有参考价值。例如，如今越来越多的人选择留学，留学费用成为许多家庭的一项重要支出。如前所述，根据习惯调查的结果，父母为子女支付留学费用，已经与支付结婚费用一样，成为一种重要的生前财产分配方式。据此而言，绝不能简单地将留学费用等同于大学学费，直接将其归入抚养义务的范围。参照前述以父母财产状况等因素来确定抚养范围的标准，留学费用对很多父母来说已处在抚养范围之外，或者至少一部分已处在抚养范围之外。所以，虽

然都属于教育费用，但根据抚养范围的判断标准，留学费用与大学学费存在本质区别。若不加区分地将留学费用全部视为抚养义务，则可能导致其他继承人的继承期待权受损的后果，进而导致财产无法在被继承人之间均等分配。因此，应首先根据父母的财产状况来判断留学费用是否属于抚养范围，超出抚养范围的部分应被视为特别赠与，继承开始后加入遗产合算。

（二）免除的意思表示

通过遗产合算方式解决生前特别赠与问题时，应特别注意到不能妨碍被继承人的财产处分自由。换言之，当被继承人存在特别受益的意思表示时，或者说具有免除归扣的意思表示时，特别赠与则应被免除归扣。

同其他意思表示一样，被继承人可以通过明示或默示的方式作出免除的意思表示。根据日本法律实践经验，当事人采用明示方式的情况比较少见。同时，考虑到明示表示相对比较容易判断，下面将重点讨论默示免除的情况。归纳总结相关学说以及实践经验，以下情况可被视为被继承人具有免除的意思表示。

第一，特别赠与额超过应继份之时，超出部分应被视为被继承人想要给予受赠人特别利益，即具有免除归扣的意思表示。如被继承人为 A 曾在生前对继承人 B 予以特别赠与 10 万元，而继承开始后算得 B 的应继承份额为 8 万元，则超过应继份的 2 万元被视为 A 以默示方式给予 B 的特别利益，无需扣除。

第二，特殊情形下，附条件的特别赠与应免于归扣。如当继承人承继了被继承人的某项事业，并以此为条件受赠从事该事业所需的不动产时，可认为具有免除扣除的意思表示。如以继承家传技艺为条件，将作为工作场所的房屋赠与某一继承人，则应认为被继承人作出了对该房屋免除归扣的意思表示。

第三，对配偶进行特别赠与的特殊情况。具有长时间（20 年以上）婚姻关系的夫妻，被继承人生前将居住用不动产赠与配偶，可认为被继承人存在对该不动产免除归扣的意思表示。这些内容在 2018 年日本民法第 903 条的修改中得到确认。在人口老龄化趋势加剧的现实之下，夫妻一方死后另一方如何生活成为必须正视的社会问题，为了使得配偶年老后的生活得到保障，所以在立法上进行了调整。而之所以限定长时间的婚姻关系，是考虑到在这样的婚姻关系里，在一方的财产形成中，另一方的贡献程度和努力程度都较高。实际上该种赠与很多情况下具有对配偶的贡献予以报答的意味，而并非继承份额的预付，所以应推定存在免除归扣的意思。

配偶继承在我国亦是受关注程度较高的问题。配偶一方去世后，则开始继承和遗产分割程序。而分割不动产时，总是会引起另一方尚在世配偶的居住受到影响的问题。在不违背继承法的前提下，采取上述将不动产作为免于归扣的特别赠与的处理方式，有利于实现对配偶居住的保障，从而有助于老有所居的享有稳定生活。

四、构建遗产合算制度的核心内容之赠与价值的评估机制

生前特别赠与的发生与继承的开始具有一定的时间差，因此就会出现以何时点的价值作为赠与价值的问题。同时，赠与客体的价值还可能在自然因素或人为因素影响下发生改变。所以赠与价值的评估机制亦是遗产合算制度的核心内容之一。

（一）以继承开始时的价值作为赠与价值

特别赠与可能发生在被继承人生前的任何时间，而归扣则发生在继承开始后，该时间差就导致了赠与价值的评价问题。以赠与发生时的价值还是以继承开始的价值评价赠与价值是问题的焦点。前者以德国为代表，德国民法沿袭日耳曼法

的传统，认为继承的预付也是继承，应该以赠与时的价值，更确切地说是以赠与被履行时的价值，或者以给与时的价值作为赠与价值。换言之，存在赠与契约尚不足论，赠与动产则以交付为准，赠与不动产则以登记转移时为准。而瑞士、日本等国则采用以继承开始时的价值作为赠与价值。此外，考虑到从继承开始到遗产分割可能相隔一段时间，该期间里若经济显著波动，则会给财产价格带来明显的影响，所以，从实现继承人之间的公平出发，亦有如法国民法这样以遗产分割时的价值为赠与价值的情况。

就我国的情况而言，在经济快速发展的社会现实之下，诸经济要素（如物价、币值等）会发生市场变动，从实现各继承人平等继承的根本目的出发，原则上以继承开始时的价值作为评价标准较为合适。在确立基本评价标准原则之后，还应进一步考察影响价值评估的因素，因为不同因素作用下的增值与减值，可能导致完全不同的评价结果。若忽视造成财产价值变化的原因，同样无法实现真正的平等继承。

（二）区别自然因素与人为因素对赠与价值的影响

影响赠与财产价值变化的因素大体上可以归纳为自然因素和人为因素两类。

首先，自然因素是指与受赠人行为无关的因素。经济环境、物价、政策、以至不可抗力等皆属于自然因素。下面分为不同的客体来举例说明：

若特别赠与的客体为金钱时，如某继承人于 2000 年从被继承人处受赠 10 万元，而继承开始时间为 2020 年。根据物价指数，该 10 万元的货币价值在 2020 年被换算为 15 万元，根据上述以继承开始时价格评价赠与价值的原则，该赠与价值为 15 万元。若特别赠与的客体为不动产，如被继承人生前赠与继承人房产一处，当时价值 100 万元，后因附近修建了地铁线路使得该房产增值，继承开始时不动产价值 120 万元，则赠与价值评价为 120 万元。无论货币贬值还是因交通条件改变导致房子升值，都属于与受赠人行为无关的自然因素所导致的赠与价值变化，而自然因素的影响在评价赠与价值时不应被排除。

若进一步考虑更为极端的变化，若自然因素导致赠与财产灭失，如地震导致作为赠与财产的不动产倒塌，如果在没有保险等补偿的情况下，根据以继承开始时价格为赠与价值，则赠与价值为零。若假设房屋倒塌之前，受赠人已经于其中居住了 10 年，那么赠与价值是否仍应为零。虽然从所有的角度上来说，受赠人对房屋的所有权随其倒塌而灭失。但是，从用益的角度来说，受赠人曾使用该房屋 10 年。该受益部分应该如何处理，如果完全无视的话，则同样可能导致继承不平等的结果。所以，虽然原则上以继承开始时的价值为评价标准，但在实际运用中还应结合实际情况，注意兼顾实质平等。

其次，所谓人为因素的影响，则是强调由于受赠人的行为导致了赠与价值的变化。如受赠人使用、处分赠与财产等都属于人为的因素。人为因素导致赠与财产价值发生变化的，该部分的价值变动在评价赠与价值时应予以排除，否则同样有碍于平等继承的实现。举例说明，如被继承人 C 曾赠与儿子 d 房产一处，赠与时价值 60 万元。该房屋为毛坯房，d 花费了 10 万元进行装修。继承开始时该房屋价值 100 万元。如果按照继承开始时的价格来评价，则该赠与价值应为 100 万元，但实际上增值部分 40 万元，是由房价上涨以及 d 的装修行为共同所致。若认为赠与价值为 100 万元，则意味着 d 所付出的装修费用 10 万元成为遗产的一部分而被诸继承人均分，对此于法无据。所以，在人为因素导致价值变动的情况下，应该按照该赠与财产原来的状态，即没有附加受赠人行为的状态来评价其价值，才符合平等继承的原则。如就该例而言，考虑到装修折旧等因素，赠与价值应该在 90 万元到 100 万元之间。

当人为因素导致赠与财产灭失时，则同样应采取排除人为因素影响后再计算赠与价值的原则。例如，受赠人获赠现金 50 万元后直接用于买房，作为赠与财产的现金因买房而灭失，若继承开始时该房产价值 100 万元，50 万元的货币价值在继承开始可被换算为 60 万元，根据自然与人为因素对赠与价值评价的影响，赠与价值应被评价为 60 万元。反之，若该 50 万元因投资股票失败血本无归，则应仍以 60 万元为赠与价值。无论是主动还是被动导致赠与的现金灭失，都仍以财产原状继承开始时的价值予以评价。

五、构建遗产合算制度的核心内容之归扣义务人

根据遗产合算的原则，在被继承人并无相反意思表示的前提下，作为特别赠与受赠人的被继承人负有归扣赠与财产的义务。但在出现代位继承和间接赠与情况时，归扣义务人的确定则稍显复杂。

（一）代位继承人的归扣义务

关于继承人在继承开始前死亡，归扣义务是否继续由代位继承人履行。学理分析中存在一定的分歧。概括而言，积极说肯定代位继承人负归扣义务；消极说则否定代位继承人为归扣义务人。折中说则认为，应兼顾继承人之间的平等性以及代位继承人的立场，即代位继承人应以从特别赠与中所获得的实际利益为限，承担归扣义务。举例而言，当赠与不动产时，因代位继承人继承该不动产后仍能享受到经济利益，所以其应负归扣的义务。若赠与客体具有人身专属性，如前所述的教育费用，则因为该赠与仅能为受赠者本人所享受，并且随着受赠者人格的消失而消失，而不能转移至代位继承者，所以代位继承人对此不负归扣义务。否则对于并未享受过特别赠与利益的代位继承者来说就是苛责。

此外，若代位继承人为特别赠与的直接受赠人时，其是否应负归扣义务。对此，学界亦存在积极说与折中说两种主要观点。前者认为，从公平继承的观点出发，归扣制度是以调整继承开始时继承人之间不平等为目的，所以对于受赠者来说，无论在受赠的当时是否为推定的继承人，只要继承开始后其为继承人，就应负归扣义务。后者则认为，应作以时间上的区分，以代位继承人取得继承人资格为界限，因被代位继承人死亡或者丧失继承资格，代位继承人取得继承人的资格后而受到特别赠与，代位继承人对此负有归扣义务。反之，在代位原因发生前，（将来的）代位继承人还不是继承人，继承人仍是被代位继承人，所以对代位继承人进行的特别赠与，不能被视为继承份额的预付，所以代位继承人不负归扣义务。

结合我国实际情况来看，如祖父资助孙辈教育费用，甚至是资助购房，在一般社会观念中很难将其与继承份额的预付联系起来。而是通常会被理解为长辈出于对孙辈的喜爱而予以帮助，其中蕴含着使得孙辈取得特别受益的意思。所以，考虑到我国的现实情况，采用折中说更为合理，否则将可能存在违背财产处分自由之嫌。

（二）间接赠与中继承人的归扣义务

在间接赠与中，被继承人并非直接对继承人进行特别赠与，而是对于与继承人具有密切关系者，如被继承人对继承人的配偶或子女进行特别赠与，那么此时继承人是否基于其与受赠人的人身关系而成为归扣义务人。对此，主流观点主张否定继承人的归扣义务。因为，当受赠者为继承人的配偶或子女时，难以判断继承人是否从中获得实质利益，并且还要面对难以计算实质受益的问题。所以，除非继承人为直接受赠者，否则无归扣的义务。但同时也存在将特别赠与作为对继承人的间接赠与的观点。该观点认为，基于平等继承原则，虽然从形式上看赠与对象并非继承人本人，但考虑到继承人或多或少都会从赠与中受益，若继承人不承担归扣义务，则有损于继承人之间的实质公平。实际上两种观点存在共通之处，即

考虑继承人是否实质受益。前者认为因为判断和计算的困难，所以不应要求继承人负担归扣义务，后者则着眼于实质公平，认为继承人肯定从间接赠与中受益，所以其应该负担归扣义务。

结合具体事例来说明，b、c、d 分别为被继承人 a 的儿子、儿媳与孙子。a 生前曾资助过孙子 d 的出国留学费用 10 万元，以及曾为 c 开设服装店资助过 5 万元，b 为公职人员并未参与服装店的经营，那么继承开始后 b 是否对 c、d 受赠的 5 万元与 10 万元负有归扣义务。关于 a 对于 c 的赠与，虽然从名义上来说是向 c 赠与，但实质上应该视同对于 b 的赠与。换言之，若非基于 b 与 c 的夫妻关系，a 不会对 c 进行赠与。另外，从实质受益的角度来说，根据夫妻共同财产制，c 经营服装店所获得的收益为夫妻共同财产，这也就意味着 b 从 a 的赠与行为中间接受益，所以 b 应对该 5 万元赠与负归扣义务，否则有违公平继承原则。

关于 a 对 d 的赠与，实际上与前文所讨论到的代位继承人的情况类似。a 资助 d 教育费用，是出于祖辈对孙辈喜爱，而并非预付继承份额之意。所以，b 对该 10 万元不负归扣义务。但若反过来，从间接受益的角度来说，b 的确可能或多或少间接地从 a 的赠与行为中受益。若没有 a 的赠与，则该部分费用可能是由 b 来支付，从实现实质公平的目的来说，b 应负归扣义务。

综上所述，在处理间接赠与问题时，既要考虑被继承人处分财产的自由，同时又要兼顾到继承的公平性，继承人是否从间接赠与中获得实质利益，是决定其是否应负归扣义务的关键，而不能因判断和计算实质受益存在一定的困难就忽视其存在。

结 语

综上所述，生前特别赠与是普遍存在的财产代际传递方式，但现行法并未建立相应的规制规则。为回应现实需要、避免同案不同判，实现财产传递安全与稳定，也基于民法典继承编保证继承稳定性的立法目的，应当确立遗产合算制度，以对生前特别赠与予以立法规制。

构建遗产合算制度应以实现平等继承为目的，且应当关注制度构建中的核心单元。首先，应明确扣除财产的范围。基于成家立业的原因而发生的赠与应被视为生前特别赠与。因为该赠与并不意味着父母具有使受赠人特别受益的意思，所以根据公平继承原则，应从应继份中扣除该部分赠与财产。在确定作为生计基础的赠与是否属于生前特别赠与时，还应兼顾抚养的必要性。以父母的财产状况为标准，超出抚养范围的赠与不应被视为特别赠与。同时，在确定扣除范围时，还应注意到赠与人是否具有免除归扣的意思表示。在实际运用中，遗产合算还是解决配偶居住权问题的有效途径。其次，从平等继承原则出发，应以继承开始的价格来评价生前特别赠与的价值。在评价时，应该区分人为因素和自然因素对赠与价值的影响。因受赠人个人原因所导致的赠与价值变化，在评价赠与价值时应予以排除。最后，在出现代位继承和间接赠与的特殊情况下，应该充分考虑继承人是否从特别赠与中获得实质利益，而不能一概地以代位继承人或是继承人为归扣义务人。

来源：《东方法学》2021 年第 4 期（总第 82 期）。转引转载请注明出处。
责任编辑：孙建伟 金惠珠

（二）法官视点

经典红色司法案例 8：封彦贵与张金才儿女婚姻纠纷案（妇女解放、“马锡五审判方式”）

2021-06-25 人民法院报
http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2021-06/25/content_206047.htm?div=-1

案情简介

封彦贵之女儿(封捧儿)幼时与张金才的次子（张柏）订婚。随后，封彦贵为多索聘礼，暗中又将其女许给张宪芝之子为妻。捧儿与张柏偶然相遇，一见钟情，双方表示自愿结为夫妻。

不久，封彦贵为收取高额聘礼，再次把女儿许给朱寿昌为妻。张金才获悉后，遂带人持械闯进封家，抢人回家成亲。

封彦贵告至县上，县司法处认为聚众抢亲是违法的，遂一审判决张金才有期徒刑 6 个月，张柏、封捧儿婚姻无效。封、张两家都不满。

马锡五受理上诉后，首先询问区乡干部及附近群众，多方了解案情，并找平时与封捧儿来往较多的人谈话，再亲自征求封捧儿和张柏的意见，知道她不愿意与朱寿昌结婚。

案件事实基本掌握后，马锡五在处理此案时，主要尊重当事人真实意愿，同时深入群众了解情况，对封彦贵和张金才进行思想教育，并多方调解。

经过公开审理，当庭宣判：依法撤销华池县原判；封捧儿、张柏自愿结婚，依据边区婚姻条例规定，符合婚姻自主原则，准予结婚，但应履行登记手续；张金才聚众抢亲，扰乱社会秩序，依法判处徒刑；封彦贵把女儿当财物多次高价出卖，违反婚姻法令，科处劳役。对此判决，当事人表示服判，群众认为入情入理。

典型意义

此案体现的“马锡五审判方式”在切实了解案情的同时，广泛听取广大群众对案件的看法和处理意见，既保证了案件审理的正确性，又取得了良好的社会效果。

作为新型的、民主的审判方式，“马锡五审判方式”给正在摸索中前进的新民主主义司法制度注入了新鲜血液，有效促进了根据地的安定与和谐；其所体现的许多原则和做法，被吸收、运用于新中国的民事诉讼中。

判决原文

陕甘宁边区高等法院陇东分庭
刑事附带民事判决书

上诉人：封彦贵，男性，华池县温台区四乡封家塬子人，农业。

被上诉人：张金才，男性，华池县张家湾人，农业。

张金贵，男性，住址职业同上。

被上诉人为聚众实行抢婚一案，构成犯罪事实。上诉人不服华池县司法处民国三十二年五月三日之所为第一审判决，提起上诉，本庭判决如下：

主文

1. 原判决撤销。

2. 张金才聚众抢婚罪判处有期徒刑两年零六个月。

3. 张金贵实行抢婚罪判处有期徒刑一年零六个月。

4. 张得赐附和抢婚罪判处苦役三个月。

5. 张仲附和抢婚罪判处苦役三个月。

6. 张老五附和抢婚罪判处苦役三个月。

7. 封彦贵实行出卖女儿包办婚姻判处苦役三个月。封彦贵出卖女儿法币七千元没收。

8. 封捧儿与张柏婚姻自主有效。

事实

缘上诉人封彦贵之女儿（捧儿）小时于民国十七年同媒说合，许与张金才之次子（张柏）为妻。后于二十一年五月封彦贵见女儿长大，藉女儿婚姻自主为名，遂以法币两千四百元硬币四十八元将捧儿卖于城壕川南塬张宪芝之子为妻。被张金才告发，经华池县府查明属实，即撤销。谁料该封彦贵复于本年三月以法币八千元哔叽布四疋硬币二十元，经张光荣做媒又卖给新堡区朱寿昌为妻。于三月十日在封家订婚，当即交法币七千元，布两疋，棉花三斤。另外于本年古二月十三日适有新堡区赵家洼子钟聚宝过事时，该封彦贵之女儿捧儿前赴该事，而张柏亦到，男女两人亲自会面谈话，捧儿愿与张柏结婚，就是被父母包办出不了恶劣家庭环境，而张柏就回家告诉他父张金才，其后张金才听到封彦贵将捧儿许与朱寿昌之消息，即请来张金贵及户族张得赐、张仲、张老五等连儿子张柏共二十人，于三月十八日下午从家中出发，当晚二更后到封彦贵家，人已睡定，首由张柏进家将捧儿拖出，时封姓家中人见来多人，遂让捧儿由张姓抢劫前去，及天明两小成了婚姻。当日封姓控告至华池县府，县司法处判处张金才徒刑六个月，捧儿与柏儿婚姻无效。上诉人不服，上诉本庭。经调查，一般群众对华池县处理此案亦有意见。华池县司法处判决在案。

理由

基上事实，捧儿与张柏之婚约虽系于民国十七年父母之包办，但在地方一般社会惯例均如此。其后在边区政权建立后，封彦贵藉男女婚姻之说，将女儿简直当作法宝营业工具。如二次卖给张宪芝之子后又卖给朱寿昌，企图到处骗财，引起乡村群众不满，应受刑事处分；张金才既然与封姓结成亲眷，不论封姓怎样不好，须得以理交涉或控告，不得结合许多群众夤夜中实行抢婚，张金贵更不应参加，但该犯等竟大胆实施抢劫行动，而使群众恐慌，使社会秩序形成紊乱现象，所以对该犯应以刑事论罪；而封彦贵以女儿当牛马出售，且得法币数千，此类买卖婚姻款应予没收；至于捧儿与张柏本质上双方早已同意，在尊重男女婚姻自主原则下，应予成立，而华池县初审判决，系极端看问题，只看现象，不看本质，对封姓过于放纵，对捧儿、张柏自主婚姻尚未真正顾到，所以该判决应予撤销。

基上结论，封、张双方行为均属违法，一则以女儿当货物出卖，一则胆敢实行抢劫，全依刑法第一百五十条及同法第二百九十八条第一款之规定受到处罚。特依刑事诉讼法第三百六十一条第一款及边区婚姻法第五六两条之规定判决如主文。

上列当事人对本判决如有不服，得于送达之翌日起，在十日内提起上诉，由本院移转陕甘宁边区高等法院核办（驻延安）。

兼庭长　马锡五

推　　事　石静山

中华民国三十二年七月一日作成

本案证明与原本无异

书记员　陈　夷

中华民国三十二年七月八日

经典红色司法案例 4：黄克功逼婚杀人案（法律面前人人平等、婚姻自由）

2021-06-25 人民法院报
http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2021-06/25/content_206044.htm?div=-1

案情简介

黄克功，原系延安抗大第六队队长，少年参加红军。被害人刘茜，系太原进步学生，冒险冲破封锁线，到延安抗大十五队学习。黄克功与刘茜短期接触后，有了一定感情，渐涉恋爱。后刘茜转入陕北公学后，俩人开始疏远。刘茜对黄克功的一味纠缠渐生反感，屡次劝说，表示拒绝同黄克功结婚。黄克功于是萌发杀害刘茜的意念。1937 年 10 月 5 日夜，黄克功携带手枪，找刘茜谈话，当刘茜明确表示拒绝同其结婚时，黄克功掏枪连击二枪将刘茜杀害于延水畔之沙滩上。

案发后，有的干部以黄克功对革命贡献大为由，请求赦免。黄克功本人亦自恃有功，写信给毛泽东和审判长，请求从轻处罚。但边区高等法院在党中央、毛泽东的决策下，顶住各种压力，坚决贯彻法律面前人人平等的原则，公正地审理了此案。同年 10 月 11 日，在被害人所在的单位陕北公学大操场，召开公审大会，胡耀邦等为公诉人，边区高等法院雷经天任审判长。经过审理，证据确凿，黄克功本人亦供认不讳，遂当庭宣判黄克功死刑，立即执行。

典型意义

此案对有革命功绩的黄克功判处极刑，意味着特权和以功抵罪观念被废除，法律面前人人平等观念已经建立，这是革命法治走向成熟的体现。在中国共产党局部执政的特殊背景下，此案蕴涵了治党务必从严的理念，体现了民主法治和保障人权的精神。

判决原文

陕甘宁边区高等法院刑事判决书

刑字第二号

被告：黄克功，男性，二十六岁，江西南康人，前抗日军政大学第六队队长。

上列被告人因逼婚不遂杀害人命案件，经检察机关提起公诉，本院公审，特判决如下：

主文

黄克功实行逼婚不遂杀害人命一罪，立判处死刑。

事实

黄克功所枪杀的刘茜，女性，十六岁，山西定襄人，陕北公学的学员。初在太原求学，自卢沟桥抗战后，愤暴日侵凌，感国难严重，于本年八月间，决然舍弃家庭学业，冒险间道来到延安城，即进抗日军政大学，在第十五队为学员，学习、工作均极努力。当时黄克功适任抗大第十五队队长，遂得与刘茜认识，通信来往，渐涉恋爱，感情尚好。九月间，陕北公学成立，所有抗大第十五队全体人员，拨归公学。但不几日，黄克功仍复被调回抗大转任第六队队长；刘茜留在公学学习，二人关系开始疏离。嗣后黄克功向刘茜追求不已，送钱赠物，要求结婚，而刘茜感觉黄克功过于纠缠，发生反感，曾经表示拒绝，并给以劝诫与批评。黄克功失望，更听信谗言，以刘在公学已另有爱人，去信责备，同时更迫切追求结婚，但刘茜决不愿意，亦不给答复。黄克功认为失恋是人生莫大的耻辱，忘却自己是革命队伍中的干部，放弃十年革命斗争的历史，不顾当前国家民族的危难，陷于恋爱第一主义的泥坑中，不能自拔，遂萌杀害刘茜之动机，藉以泄愤。于十月五日饭后，带备白郎宁手枪，偕同抗大训练干部黄志勇到公学去访寻刘茜，在公学前适与刘茜相遇并有她的同学数人董铁风

等，黄即招刘茜走向河边散步，刘不能拒，离开她的同学同黄克功偕行。适天已黑，黄志勇先行分手回校，尚见黄克功与刘茜仍留在河边谈话。黄即再向刘谈判，要求公开宣布结婚，刘予以严厉抗拒。当时黄克功即拔出手枪对刘茜威胁恫吓，刘亦不屈服，黄克功感情冲动，失去理智，不顾一切，遂下最后毒手，竟以打敌人的枪弹对准青年革命分子的刘茜肋下开枪，刘倒地未死，尚呼求救，黄复对刘头部再加一枪，刘即毙命。黄克功于谋杀事毕后，即回校，取水洗足，企图湮灭血迹证据，即自行解下外衣及鞋子洗尽血污，才去校部汇报。回来复将手枪擦拭，并对刘茜过去谈恋爱的信上加填十月四日的日期，藉作反证掩饰。陕北公学董铁风等因刘茜一夜未归（十月六日）即到黄克功处询问，黄神色怆忙，假作不知。迤后，群众在河边发现刘的尸体，特向陕北公学当局报告，并在当地捡获白郎宁手枪弹壳两颗，弹头一颗，转报法院检验。在刘身上，右肋下有枪伤，入口乌黑色，无出口；左耳背有一枪伤，弹穿脑门，血液模糊；左腿有伤痕两处，紫黑色；实属枪杀毙命。此项杀人行为黄克功实为凶犯，证据确凿。当经抗日军政大学当局，将凶犯黄克功拘押，捆送法院，该凶犯黄克功自己承认杀人不讳，复经检察机关侦查起诉。

理由

（一）蓄意杀害刘茜的犯罪行为，该凶犯黄克功既已供不讳，更加以检察机关所提出各种确凿证据证明，罪案成立，已无疑义。

（二）值兹国难当头，凡属中国人民，均要认清日本帝国主义及其走狗——汉奸才是自己国家民族的死敌，我们用血肉换来的枪弹，应用来杀敌人，用来争取自己国家民族的自由独立解放，但该凶犯黄克功竟致丧心病狂，枪杀自己革命的青年同志，破坏革命纪律，破坏革命的团结，无意帮助了敌人，无论他的主观是否汉奸，但客观事实，确是汉奸的行为。

（三）刘茜今年才十六岁，根据特区的婚姻法令，未达结婚年龄；黄克功是革命干部，要求与未达婚龄的幼女刘茜结婚，已属违法，更因逼婚不遂以致实行枪杀泄愤，这完全是兽性不如的行为，罪无可逭。无论刘茜对黄克功过去发生如何极好的感情，甚至口头允许将来结婚，在后因不同意而拒绝，亦属正当，绝不能以此藉口加以杀害。

（四）男女婚姻，应完全是出于自愿的结合，条件或不适应，亦可正式分离，绝不许任何的强迫。黄克功与刘茜的关系，最高限度只不过是朋友相恋，即使结婚，各人仍有其各人的自由，黄克功决不能强制干涉刘茜的行动，更不能藉口刘茜滥找爱人成为枪杀原因。

（五）凶犯黄克功对刘茜实行杀害以后，清洗衣服，擦拭手枪，湮灭罪证，复在刘茜信上，假造时日，捏造反证，更对学校法庭讯问的时候，初尚狡赖，推卸责任。这适足以证明黄克功预蓄杀人的计划及对革命的不忠实，这些表现实为革命队伍中之败类。本院根据以上种种理由，特为判决如主文。

本案经检察机关代表胡耀邦莅庭执行职务。

中华民国二十六年十月十一日

高等法院刑庭

审判长　雷经天

陪审员　王惠之　李培南

周一明　沈新发

书记官　袁平　任扶中

经典红色司法案例 10：宋成玉诉吴俊彦抚养案（民事调解）

2021-06-25 人民法院报
http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2021-06/25/content_206056.htm?div=-1

案情简介

宋成玉因家乡遭遇饥荒，逃难到吴俊彦所在处，在吴家居住期间食用吴家食粮并借用钱款，因无力偿还，故立嗣单，将宋成玉的孙子卖给吴俊彦家。两家现因该子的抚养权一案发生纠纷。

本案经黄龙分区高等法院分庭受理，对抚养、继承等事由进行调解后，双方同意达成和解。

典型意义

本案为“马锡五审判方式”的具体实践，本着双方当事人自愿原则，依据法律并照顾当地民间习惯，充分尊重群众意见，体现了抗日战争时期党的基本工作路线和我党坚决贯彻群众路线、方便群众、依靠群众的优秀品质。

和解笔录原文

黄龙分区高等分庭
民事和解笔录

上诉人：宋成玉，男，年六十岁，河南信阳县北岗村人，磨面为生。

被上诉人：吴俊彦，男，年三十四岁，黄陵县北谷区桥玖村人，农民。

右当事人因抚养一案，不服黄陵县司法处于八月二日所为第一审判决，上诉本庭。复经调证询情，以双方同意，和解于后。

案情经过

宋成玉供称：“民国三十二年十一月，我家乡遭灾荒，大儿和大媳妇死了，留一孙子，全家逃难到黄陵县秦家窑窠，日以乞食为生，在吴俊彦家住了两月，吃了吴姓小米三斗，荞麦两斗，借用敌币一千元。吴姓因说粮食无力归还，企此私立嗣单，说我把孙子卖给他了。”

吴俊彦供称：“二十九年大哥出征无信，孤嫂寡居，卖（买）此子使我嫂安居抚养。宋成玉卖子是实，有说合人刘岐山、中见人吴贵银、代笔人吴新民，同住家长户族，立有约据，身价言定两石麦子。他大娃驮了五斗小米、五斗荞麦，顶了一石麦子，下余一石麦子折敌币三千元，秦家川纹儿捎的给了他了。”

又本庭收到河南同乡会洛川分会于三十四年十二月二十四日曾为此向黄陵伪保长提达公函略宋语称：“我吃吴家小米四斗，荞麦五斗，借款一千元。”是年宋成玉上诉伪黄陵县府及伪专署，均未给适当处理，本年六月又呈诉我黄陵县府转诉本庭。

和解理由

按其宋吴两家争执，均为继承后嗣，宋家有孙吴家无儿，双方后嗣均得接续，为免得两家再起诉讼，因而召请乡里，议定和解意见四点：

1. 该子可同继两姓后嗣。娶妻后，先生之子姓宋，次生之子姓吴，另将小名进喜改为宋继吴；

2. 吴姓供给读书，宜至中学毕业；

3. 两姓认为亲戚，互相来往照料宋继吴成人，由宋继吴自愿可以到两家居住；

4. 念宋成玉家境贫困，由吴俊彦自愿给帮助粮食糜谷各五斗。

和解取得双方当事人同意，写此和解笔录为证，本庭亦整卷存案，准为结案息事。

中华民国三十七年十月四日作成

兼庭长　黑志德
副庭长　周玉洁
推　　事　赵志清
书记员　高　　羚
当庭和解人证明人　刘岐山
吴贵银
田滋轩
李广海

司 伟：借名买房排除强制执行的法律规则——基于学说与案例的分析与展开

2021-07-06 法治研究杂志社
https://mp.weixin.qq.com/s/NEEmve9I5SjqS7guhQk7Ig

作者简介：司伟，最高人民法院法官，法学博士

文章导读

• 摘要：借名买房人能否排除出名人的金钱债权人针对房屋申请的强制执行，是执行异议之诉理论与实务中的疑难问题。除借名购买政策性保障住房构成对公序良俗的违背而无效外，借名买房行为原则上应为有效。根据《民法典》对不动产物权变动的规定，借名人对借名所购房屋仅享有债权，借名人与出名人之间关于房屋所有权归属的约定并不产生物权效力。在债权竞存的视角下，借名人对房屋并不享有物权期待权，并且其权利因未经登记而不得对抗出名人的执行债权人，故原则上借名人的权利不足以排除出名人的金钱债权人对房屋申请的强制执行，但对于借名人的基本生存居住权利则应特别对待。

目录：

一、问题的提出
二、借名行为的效力
（一）是否构成通谋虚伪表示
（二）是否违反法律、行政法规的强制性规定
（三）是否构成违背公序良俗
（四）是否构成恶意串通损害他人合法权益
1. 违反限购政策借名购买普通商品房
2. 违反限贷政策借名购买普通商品房
三、借名买房的物权归属
（一）借名买房物权归属的观点分歧
（二）民法典框架下的解释进路
1. 原因行为中当事人的真意考察
2. 不动产登记作为物权变动形式要件的意义
3. 借名合同中约定物权归属的效力
四、借名买房人的民事权益是否得排除强制执行
（一）借名人对房屋是否享有物权期待权？
（二）非交易关系下的执行债权人是否可纳入未登记不得对抗之“第三人”范畴？
（三）不能排除执行是否让借名人承担了过重的法律后果？
（四）例外情形之考量
五、结论

文章来源：《法治研究》2021 年第 4 期

一、问题的提出

借名买房人作为案外人能否排除出名人的金钱债权人针对房屋申请的强制执行，是近年来执行异议之诉理论与实践中的疑难问题。虽然法律及司法解释对法律行为的效力认定、不动产物权变动以及房屋买受人排除强制执行等均有规定，但未直接涉及借名买房排除强制执行的问题。对此，学界观点莫衷一是，司法裁判结果迥异，这种分歧也延续到司法解释和政策的制定过程之中。本文以学说观点及相关裁判分歧为基础，立足于《民法典》的框架，从解释论的视角对借名行为的效力、房屋的物权归属、借名买房人的民事权

益是否得排除强制执行等涉借名买房执行异议之诉中的分歧焦点问题加以分析探讨。

二、借名行为的效力

借名买房，顾名思义，就是当事人之间约定由一方出名购买房屋并登记在其名下，但实际占有、使用、收益、处分等权利由另一方行使的行为。故借名买房实际上主要涉及两个法律行为：出名人与借名人之间的借名行为，出名人与出卖人之间的房屋买卖行为。就涉借名买房执行异议之诉而言，纠纷发生在借名人（作为案外人）与出名人（作为被执行人）的债权人之间，虽然借名人对房屋是否享有权利与房屋买卖行为之间也存在关联，但考虑到若房屋买卖行为无效，则出名人的债权人对该房屋的执行申请也无法成立，故借名行为是否有效，而非房屋买卖行为是否有效，才是界定借名人是否享有相应权利的关键，若答案为否，则其排除强制执行的诉求将面临成为“无本之木”的困境，故这一问题向来是涉借名买房执行异议之诉中争议的焦点问题。对借名行为的效力评判，可依据《民法典》的相应规定具体阐述如下。

（一）是否构成通谋虚伪表示

从《民法典》第 146 条规定看，通谋虚伪表示最为显著的特点，就是当事人双方均知晓对方表意不真实，不追求也不希望行为发生相应的法律效力。而在借名买房的场景下，借名人与出名人双方就房屋的购买、登记、占有、使用、收益、处分等内容进行了明确约定，借名人以出名人的名义购买房屋并登记在后者名下的意思是明确、真实的，双方就此事项达成了合意，因此，双方就借名买房行为并不存在虚假的意思表示，故不构成通谋虚伪表示。样本案例中也没有裁判认为借名行为构成通谋虚伪表示。

当然，样本案例中有裁判在论证借名行为无效时援引“以合法形式掩盖非法目的”的理由，但这种脱法行为或规避行为要么可归入通谋虚伪行为，要么可通过法律解释予以解决，故《民法典》已不再将其作为民事法律行为无效的事由。事实上，即使借名买房行为可能存在目的上的不合法或不正当，可能构成某种违法行为，由此需承担相应的法律后果，但一般并不因此而无效。因此，《民法典》实施后不应再据此认定借名行为无效。

（二）是否违反法律、行政法规的强制性规定

《民法典》第 153 条第 1 款延续了原《合同法》及其司法解释的精神，即认定民事法律行为效力的依据应当限于法律、行政法规的效力性强制性规定。对于借名行为是否违反法律、行政法规的强制性规定，可区分不同情形加以探讨。实践中常见的借名买房的情形主要可以分为三类，即借名购买经济适用房等政策性保障住房，为规避限购、限贷等房地产调控政策而借名买房，以及除上述两种情形之外借名购买普通商品房。为行文方便，下文分别称之为情形一、二、三。

对于情形一，涉及的主要是国务院及有关部委发布的意见或规章，这些规范性文件对购房主体资格作了明确限定，由此也引发了无相应购房资质的自然人借名买房的问题。258 号文属于部门规章并无争议；对于国发 24 号文，虽然也有观点认为应当归入或比照行政法规对待而成为据以确认合同效力的依据，但该文件并非经国务院总理签署并通过国务院令发布，并不符合法律规定的要件，因而并不属于行政法规的范畴。因此，此种情形下的借名行为不构成违反法律、行政法规，当然也不应据此被认定无效。

对于情形二，涉及的主要是国务院及其办公厅发布的房地产调控政策，政策目标主要是通过限购和限贷等措施，遏制不合理的住房需求，抑制投机投资性购房。及至中共十九大提出了坚持“房子是用来住的、不是用来炒的”定位，房地产政策逐渐由短期调控转向构建长效机制。有关国家部委以及多个地方政府均制定了相应的部门

规章、地方性法规或规章以及政策。显然，为规避此类限购、限贷政策而产生的借名买房行为，违反的并非法律、行政法规的规定，故不应据此被认定无效。

对于情形三，当事人可能是为了减免税收、逃避债务、隐藏真实财产或者基于身份关系而为，如果借名人为逃避债务而借名买房对其债权人造成损害，则后者可行使撤销权撤销这一行为；若为减免税收而借名买房，即便因此而逃漏了相应税费，属于税收征管法下对逃漏税行为规制的范畴，也不因此导致借名行为无效；至于因身份关系而借名买房的情形，更与法律、行政法规的效力性强制性规定无关。由上所述可知，目前借名买房行为并不存在因素反法律、行政法规的强制性规定而无效的情况。

（三）是否构成违背公序良俗

近两年来，随着研究的深入和认识的深化，实践中以前述两个理由认定借名行为无效的案例愈发少见，认定借名行为无效的理由也越来越集中于违背公序良俗。但理论与实践中的观点分歧仍非常大。情形三一般而言与公序良俗无关，以此作为认定无效的理由主要存在于情形一和情形二。违反政策性保障住房政策、限购或限贷政策与违背公序良俗之间的关系是什么？将违反上述政策的法律后果均导入悖俗无效的解释框架下是否妥适？值得深思。

公序良俗在一般意义上被认为由公共秩序和善良风俗构成，前者系国家社会的一般利益。私法自治所彰显的个人自由是民法的内核，而公序良俗则作为克服私法自治异化的解释原则而存在，故其应当保有底线性、消极性与防御性之节制品格；而且，公序良俗本身在概念上就具有高度抽象性，内涵存在不确定性，因此，对其解释适用，需做严格限制，以免被滥用。司法实践中适用公序良俗原则时应保持足够的谦抑性，尤其切忌把公序良俗原则的适用普遍化，将违反政策的情形一概装入违背公序良俗的“口袋”处理。在评判政策是否属于公序良俗的问题上，主要可从政策的层级与种类、规范对象、交易安全保护因素、监管强度以及社会影响等五个方面加以考量。一般来说，只有当违反政策的行为可能造成严重的社会后果时，才能以违背公序良俗为由认定合同无效。回答违反前述政策是否构成悖俗无效的问题，还应以此为基本准则展开。考虑到借名购买政策性保障住房与因限购、限贷购房情形所针对的房屋类型、购房群体以及所要达至的目的均存在较大差异，故仍应区分不同类型加以分析。

经济适用房等政策性保障住房政策所欲实现的目标是要满足城市中低收入家庭等住房困难群体的基本住房需要，故在情形一下争议的焦点实际上在于借名买房行为是否会影响该目标的实现，并因而构成对公序良俗的违背。有法院认为，借名购买经济适用房的“行为目的及方式均存在不正当性，但是其行为并未损害公共利益”。有观点则认为经济适用房的建设与配置涉及公共利益，不具备购房资格的借名人取得经济适用房违背了公共利益。笔者认为，建设经济适用房等政策性保障住房所涉及的土地往往是以划拨方式或较低的出让价格取得的，政府通过为中低收入家庭等住房困难群体提供具有政策性的保障住房，旨在平衡利益分配，维护社会公平，因而该政策是具有社会保障性质的公共政策。而借名人通过出名人购买房屋，虽然因出名人本身符合相应购房资质而并未导致总体上享受政策保障人群的扩大，但由于政策性保障住房数量上的稀缺性，而出名人此时并无购房需求或购房能力，借名买房实际上是挤占了该群体中其他具有住房需求且有购房能力的主体的购房机会，从而对这一公共政策所要实现的目标造成重大影响，故认定其因构成对公序良俗的违背而无效，具有相当的合理性。

对于为规避限购政策而借名买房的情形，有观点认为，因只涉及合同双方当事人的利益，不影响社会公共利益，此类借名合同应当认定为有

效。而有观点则认为，限购政策属于房地产市场宏观调控政策的组成部分，其目的是为了维护房地产领域的公共利益，故此类借名行为因违反社会公共利益而无效。笔者认为，上述两种观点均有其一定道理，但对违反限购政策的借名买房行为是否构成违背公序良俗的分析，仍应从围绕探求该政策所欲追求的政策目标、违反该政策所导致的后果以及严重程序展开。对此存在不同认识，将违反限购政策的借名买房行为认定为因违背公序良俗而无效，在理论上存在欠缺，逻辑上难以自洽，后果上过于严重，利益上导致失衡。

就限购政策而言，其虽已不断更新跌宕十数年之久，但实质上仍是政府针对部分阶段房价过快上涨而进行的短期调控，并且随着房价的周期起伏而或松或紧，因而难逃其短期性、临时性、阶段性的特点。在中共十九大提出“房住不炒”的定位之后，我国房地产调控逐渐转向构建长效机制。但目前仍处于长效机制的建立健全过程中，当前的限购政策仍然具有明显的短期行政调控措施的特点，显然并不能等同于房地产健康发展长效机制本身。故从宏观方面看，一般性地将规避限购政策嵌入违背公序良俗的范畴，在法律适用的妥当性上不无疑问。

借名人之所以能够购买房屋，从某种意义上讲，是由于出名人转让其购买房屋的指标（在限贷情形下，则是其可享有如优惠贷款利率等优惠条件）给借名人所致，由此，借名买房情形下房地产调控的对象实际上已经从借名人转移至出名人的身上，这体现在出名人以后再行买房时将会受到限购政策的影响，故房地产调控就其总量而言并未减损，由此难言调控政策落空，不宜以此为由即认定违背公序良俗。而且，通过限购等措施平抑房价、保障居民住房以及防范金融风险的愿望虽然良好，但也难免会对部分刚需群体、向往更加美好生活的改善群体造成误伤，限制这些群体买房实际上也本非调控政策的初衷和所欲追求的效果，只是因为政策本身未能或难以更为细化所致，可见，规避限购政策并非一定会产生违背其目的的效果，故应进一步细化规避限购政策的具体情形。实际上，除了通过规避限购政策炒房牟利并可能会影响居民住房保障、增大金融风险的借名买房行为有触及公序良俗这一底线的可能之外，其规避限购政策的借名买房行为与公序良俗之间尚有一定距离，“一棍子打死”则有不当扩大化之嫌。规避限贷政策与之类似。

司法裁判导向要与国家政策的目标相配合，裁判结果要反映并巩固国家政策的落实，这一观点固然有其合理之处，但是否需要通过悖俗无效的认定加以实现，则应当格外谨慎，其必要性至少还须经受比例原则的检验。对于尚不具备购房资格的借名人而言，限购政策所要达到的效果无非就是使其无法实现购买房屋的目的，而借名人购买房屋不仅关注于房屋买卖合同的签订，其最终目的是获取房屋所有权以便自己使用或进一步处分。若认定借名行为有效，一方面，在权属认定端，可依《民法典》关于不动产物权变动的规定认定出名人是法律认可的房屋所有权人（这一点在本文第二部分将予以探讨），从而借名人将面临其借名所购房屋可能被出名人擅自处分或者被出名人的债权人申请强制执行的风险；另一方面，在合同履行端，借名人请求出名人依据借名合同履行协助移转房屋权属登记的义务应受到“限购政策解除或借名人取得购房资格”条件的限制，也就是说，在该条件尚未成就之前，借名人旨在取得房屋所有权的请求将不能得到支持，如此，限购政策的目的在民事法律层面已然实现。因此，为了追求在执行异议之诉中否定借名人排除出名人金钱债权人强制执行的诉求而试图从行为效力这一“根部”下手，难免有用药过猛之嫌，“只恐双溪舴艋舟，载不动许多愁”。至于借名人需要承担的其他政策成本，则还需行政机关切实履行职责，对违反政策的行为施以处罚，从而让其经济收益小于违法成本来实现，但这属于行政机关的职权范围，司法机关无需考虑，无权处理，也

无法“包打天下”。而若认定借名行为无效，虽然在后果上也让借名人因此而无法获得其欲通过借名方式所要购买的房屋，并且同时具有对借名买房行为的警示效果，但同时也会导致借名人丧失了本可在合同有效情形下请求出名人履行合同义务或者承担违约责任的权利，并诱发出名人以此为由主张合同无效以摆脱合同约束的背信冲动，从而导致借名人与出名人之间利益的失衡，而这些后果，均与配合限购政策实施无关，却由相关当事人承担，明显有违比例原则。

至于限贷以及上调首付比例、贷款利率上浮等金融政策，虽同为遏制不合理的住房需求以最终实现控制房价、防范金融风险的目的，但较之限购政策手段更为缓和，其并非直接限制购房资格，而是通过金融手段间接助力于房地产调控政策目的的实现，举重以明轻，除规避上述金融政策而炒房牟利并可能影响居民住房保障、增大金融风险的行为存在违背公序良俗的可能之外，更与公序良俗无关，故不应因此而认定借名行为无效，不再赘述。

综上，对于情形二下借名行为的效力，应与情形一区别对待，后者因构成对公序良俗的违背而无效；而前者，则除通过规避限购、限贷等政策炒房牟利并可能影响居民住房保障、增大金融风险存在违背公序良俗的可能之外，一般而言并不构成违背公序良俗，因而不应据此被认定为无效。

（四）是否构成恶意串通损害他人合法权益

基于前述，情形一下借名行为因悖俗而无效；而情形三则如前所述，一般并不涉及对他人合法权益的损害问题，即使涉及对税费的规避，也不宜据此而认定借名行为无效；故本部分仅涉及情形二下借名行为效力的探讨。

1. 违反限购政策借名购买普通商品房

普通商品房作为一种市场经济条件下的商品，本应是自由流通之物，任何民事主体均得按照自己意愿选择购买或不购买，现为房地产调控目的而出台了如未婚自然人最多只允许购买一套房、一个家庭最多只允许购买两套房之类的限制购买措施，通过借名购买，借名人购买了商品房 A，其他民事主体若要购买，仍然可以选择购买商品房 B、C、D……并不会因此而导致其合法权益受损。至于因供需矛盾等原因导致的房屋供应数量变化、价格上涨等而致其他买房人的经济利益受到影响，则属市场经济条件下购买任何商品均可能要面对的情形，与借名买房行为之间无因果关系。

2. 违反限贷政策借名购买普通商品房

此种情形下借名人通过出名人的名义而因此实现的是本无法贷款而获得了贷款、本应获得较低金额的贷款却获得了较高金额的贷款、本应以较高利率获得贷款却获得了较低利率的贷款的目的，需要考量的是银行的合法权益是否因此受损。对于借名人通过出名人的名义而获得了其本无法获得的贷款，一方面，在资格条件基本相同的情况下，银行并不在乎将贷款发放给谁，由于我国房贷违约率极低，银行通过发放贷款而获得了一笔优质的贷款业务，并无损失可言；另一方面，若借名人不提供还贷资金而导致出名人不向银行按期支付还款，银行可请求出名人承担违约责任，况且房屋已经设定抵押，无论银行是否知道借名买房的事实，均不影响其通过行使抵押权以实现其贷款债权，故银行的合法权益并不会因此受损。对于借名人通过出名人的名义获得了较高金额的贷款，银行对于房地产信贷风险一般均通过各类型贷款总额及比例限制的方式加以控制，因此，只要符合这些条件，银行的利益并无受损。对于借名人通过出名人的名义获得了较低利率的贷款，单就这一笔贷款而言，银行所获利息看起来因此减少，但出名人获得较低贷款利率的机会也有限（往往只有一次），况且这种限贷政策是为配合国家或地方房地产调控政策而为，并非银行为追

求更高的贷款利息主动采取，故也难言构成对银行合法权益的损害。

若银行知道借名买房的事实而仍发放贷款的，则银行已经通过实际行动表明了其愿意按照较低利率发放贷款的意思，故无讨论损害其合法权益的前提。若银行不知道借名买房的事实而发放贷款的，则因借名买房行为本身即构成间接代理，法律效果应先由出名人承受，出名人与银行之间的借款合同法律关系也应依此处理，亦不应认定对银行的合法权益造成损害。

三、借名买房的物权归属

被执行人可得执行的财产原则上受到其责任财产范围的限制，因此，在借名行为及房屋买卖行为均有效的情形下，借名购买的房屋所有权是否归属于借名人，对于判断是否能够排除强制执行至关重要，因而也成为涉借名买房执行异议之诉中争议的焦点问题。

（一）借名买房物权归属的观点分歧

对于借名购买的房屋的物权归属，存在“物权说”与“债权说”两种截然对立的观点。在这两种观点之外，还存在认为借名人的权利属于中间型权利的“物权期待权说”，由于“物权期待权”并非《民法典》规定的民事权利类型，主要关涉是否可排除强制执行，而与房屋的物权归属认定无关，故将在下文再予分析。本部分聚焦于借名人对于房屋的权利系物权还是债权的探讨。“物权说”认为，不动产登记只是对不动产物权的权属推定，与不动产物权的权利人没有必然联系。房屋产权登记并不具有不动产实际归属的确定效力，而当事人的本意系由借名人享有事实物权，故“即使是物权已经办理权属登记的情况下，仍应当根据真实的权利状态确认真实权利人，故借名买房行为并不导致实际买房人的物权丧失，被借名人亦不获得真实的物权”。当然，该观点也认为，在涉及借名人与出名人之外的第三人时，应维持法律物权的正确性，以登记为标准认定房屋所有权归属于出名人。“债权说”认为，借名人与出名人之间关于房屋权属的约定只能约束合同双方当事人，没有直接设立房屋所有权的法律效力，借名人不能根据约定直接取得房屋所有权。“债权说”被近几年的司法实践越来越多地采纳，样本案例中的绝大多数裁判亦是如此，许多地方法院的司法政策文件中也有体现。

（二）民法典框架下的解释进路

通说认为，依《民法典》第 209 条规定，基于法律行为发生的不动产物权变动必备的生效要件是有效的原因行为和不动产登记。因此，对于借名买房物权归属的探讨，也应当以此为中心展开。

1. 原因行为中当事人的真意考察

房屋权属变动源于法律行为，故考察何者具有从出卖人处购买房屋的真实意思，作为合同相对人的出卖人意愿又如何，是认定房屋所有权归属的基础。对于房屋买卖合同的买受人是否会因借名人与出名人对借名买房交易方式安排的不同而有所不同，需作类型化分析。根据出名人在借名买房交易中所承担的事务范围不同，可以把实践中的借名买房大体上分为两类：一是借名人仅借用出名人的有关证件材料，房屋买卖事宜均由借名人办理；二是除提供有关证件材料外，出名人还基于借名人委托办理房屋买卖有关事宜。（为行文方便，下文分别简称为类型 A、B）此外，由于买受人购房的资格或能力是否受到限制对于出卖人选择交易对手的意愿会产生重要影响，故还可结合对房屋性质的区分进一步细化。在情形一、情形二下，无论是对于上述类型 A 还是类型 B，只有出名人愿意出借自己的名义给借名人，才具有以出名人的名义与出卖人订立房屋买卖合同的可能，否则，合同无法签订，购买房屋的目的无法实现。因此，出名人对于自己出名为借名人购买房

屋的态度实际上是明确的，难谓出名人没有作为买受人的真意，故此种情形下，在出卖人于订约时不知道存在借名事实时，出卖人的信赖应受保护，房屋买卖合同的相对人应为出名人。而且，从出卖人的角度而言，由于此种情形下借名人存在购房资格缺陷或者付款能力欠缺，故即使出卖人于订约时知道或应当知道存在借名事实，但出卖人显然也只愿意与出名人之间进行房屋买卖交易，而且出卖人以其实际行为追求与出名人之间形成房屋买卖关系的法律效果。因此，依据合同的相关约定以及相关事实，可以确定当事人仅希望在出名人和出卖人之间产生法律拘束力，根据《民法典》第 925 条规定之精神，此种情形下房屋买卖合同的买受人应当认定为出名人。对于情形三，若出卖人不知情而与借名人签订房屋买卖合同，对于类型 A，借名人虽以出名人名义缔约，但其真意是为自己订立房屋买卖合同，其不表明这一真意，因此构成真意保留，考虑到一般而言出卖人对于买受人是借名人还是出名人并无特殊偏好或信赖，出于保护善意相对人即出卖人的合理信赖，房屋买卖合同的买受人应为出名人；对于类型 B，则构成间接代理，法律效果先由间接代理人即出名人承受，然后依其与借名人的内部约定，将法律效果移交给借名人。若出卖人知道借名买房的事实而仍与出名人签订房屋买卖合同，无论是类型 A 还是类型 B，并不因此就认定出名人通过实际行动表明了与借名人缔约的意思，因为知道借名买房的事实显然不能等同于出卖人同意与借名人直接缔约。相反，出卖人知道借名买房的事实恰恰意味着其知道并认可借名人与出名人之间关于借名购买房屋的交易安排以及相应的法律后果，在这种情况下出卖人与出名人签订房屋买卖合同的行为则表明其所追求的法律效果就是与出名人之间形成房屋买卖关系，出名人依法取得房屋所有权。至于出名人何时在何条件下将房屋过户给借名人，则交由出名人按照与借名人之间的借名合同约定履行，出卖人在所不问。因此，根据《民法典》第 925 条规定之精神，此种情形下房屋买卖合同的买受人也应当认定为出名人。综上所述，通过考察当事人的真意，房屋买卖合同的买受人应为出名人，相应的法律效果亦应归属于出名人。

2. 不动产登记作为物权变动形式要件的意义

实践中，有观点认为，既然在基于法律行为发生的不动产物权变动中，物权源于法律行为，故即使不经登记，仍可发生物权变动的法律效果。但这仅限于法律明确规定的如土地承包经营权等以登记对抗为原则的不动产物权变动中方能成立，对于房屋所有权变动则并不适用。对于后者，房屋所有权变动生效的基础虽然是当事人之间的法律行为，但不动产登记之完成亦为必备的生效要件，而非仅具有对抗效力。仅仅存在法律行为而未登记，根据《民法典》第 209 条规定，因欠缺必备生效要件而不能发生物权变动的效力。而无论是完全物权还是事实物权的观点，均未正确认识甚至是有意忽视了不动产登记作为物权变动要件的作用和意义，从而实质上陷入了纯粹意思主义的解释逻辑，与《民法典》的规定不相吻合，如此解释将不可避免地导致对不动产登记在不动产物权变动中法律效力的虚化，并进而在法律效果上混淆了物权与债权的性质，构成对现行法下主要不动产物权变动模式乃至物债二分基本权利框架体系的背离。因而并不足取。

3. 借名合同中约定物权归属的效力

《民法典》物权编的基调是法定而非自治，不仅物权的种类和内容由法律规定，物权的真实性判断标准也由法律规定。而借名合同中对物权归属的约定，并不属于法律规定的可以直接产生物权的情形，故借名人不能据此而享有房屋所有权。而且，法释〔2020〕24 号第 2 条主要适用于利用虚假资料骗取登记、登记机关人员错误登记、非基于法律行为导致物权变动后未及时更正登记等情况下，已经过法定程序取得权利的真实权利人

与登记簿记载不一致导致的登记错误等情形，其所称的真实“权利”系指物权，而并未创设认定不动产物权的事实标准或意思标准。因此，借名人对房屋的权利认定，亦不属于法释〔2020〕24 号第 2 条规范的情形。可见，在借名买房情形下，房屋买卖合同的买受人应为出名人，出卖人依约将房屋所有权转移登记至前者名下，故完全满足法律规定的物权变动的生效要件。而且，借名合同的当事人和借名登记的当事人存在身份错位，借名人并未出现在借名登记，登记没有错误可言。借名人与出名人之间关于物权归属的约定并不产生物权变动的效力。借名人可以依据实质上的代持关系要求出名人将房屋过户至其名下，但此项权利系基于合同关系所产生的债权请求权，在经法定变更登记程序完成物权公示之前，借名人尚不能依据借名买房的合同关系未经公示程序即直接被确认为房屋的物权人，其所享有的债权请求权也不具有对世效力、排他效力和绝对效力。

四、借名买房人的民事权益是否得排除强制执行

基于前述，就权利性质而言，借名人与出名人的金钱债权人对房屋享有的均为债权，故“物权说”显然不能成为借名人的权利排除执行的依据，因此，基于债权竞存视角下的规则审视，应当是处理借名买房能否排除强制执行问题的正确方式。对此，至少尚需探讨以下几个问题，以描绘出一个大致清晰的分析轮廓。

（一）借名人对房屋是否享有物权期待权？

期待权理论起源于德国，其概念一般为学说、判例所用。而物权期待权系在债权与物权之间的一种中间权利形态，兼具债权与物权两种因素，系一种物权，但具有债权上之附从性；系一种债权，但具有物权之若干特性。物权期待权也并非我国法律规定的权利类型，其仅见于司法解释为解决实践中对某些类型的权利予以特殊保护而作出的规定，最高人民法院在对这些规定进行阐释时借用了这一域外学说与判例上的概念。法释［2002］16 号现已被废止，有关建设工程价款优先权行使期间及范围的规定已经归入法释［2020］25 号中，有关商品房消费者买房人权利的规定则已删除，故对后者予以特别保护的规定在民事实体法领域已不复存在，但最高人民法院并未对法释〔2015〕10 号第 28 条、第 29 条进行删改 46，故在强制执行法领域，仍存在对于不动产买受人给予一定条件特殊保护规范。因此，对于涉借名买房执行异议之诉中的借名人是否应参照适用，仍需考虑。对此，有观点认为，借名人对涉案房屋的物权享有期待利益，其权利已具备一定的物权特征，故可参照法释〔2015〕10 号第 28 条规定，对借名人赋予准物权保护。笔者对此持保留意见。一方面，就物权期待权概念本身而言，以买卖交易为例，对具备一定条件但尚未取得所购买标的物所有权的买受人给予超过其他债权的特殊保护，以使其最终能够实现取得标的物所有权的期待，这是我国与德国法上的物权期待权概念的共同之处。但两者的差异也甚为明显：在德国法上，作出预告登记或提出正式登记申请后，受让人才享有具有“确保的法律地位”的期待权，该权利的法律效果为产生对出让人的约束，即其不能为阻止受让人取得所有权而撤回其登记申请，也就是说，对于此时房屋所有权的变动，当事人已经不能依单方之行为，予以侵害，由于前述条件均已涉及到不动产登记的环节，其外观特征明显且较为固定，故而易于辨识和确认；而反观我国的所谓“物权期待权”，其构成要件中除了买卖合意之外，还有价款支付、占有，但却无买受人提出登记申请等与登记有关的要件，而无论是价款支付还是占有，均非我国法定的房屋所有权变动构成要件，此时买受人的权利与完成权属变动尚有较远距离，亦不足以固定权利以防止出卖人的单方违约之侵害（典型如一房二卖），与德国之期待权概念所要求的“确保的法律地位”存在较大差异。故所谓买受人对所购房屋的权利，更接近于因具备取得

权利部分要件而生之地位的“期待”阶段而非“期待权”，其权利仍然主要受到债法调整，是否为物权期待权，有待商榷。因问题过于复杂，囿于篇幅，本文无法进一步展开。但无论如何，在这一概念于我国法上未有规定且其内涵与外延均模糊不清的情形下，贸然引用其去解释司法解释创设的一些规则，确应格外谨慎。而且，事实上，根据最高人民法院对法释〔2015〕10 号第 28 条的阐释，其与德国法上的物权期待权旨趣大不相同，所谓的“物权期待权”只不过是起草者为其规定寻找的理论“马甲”而已。另一方面，从交易过程中对房屋所有权期待利益的远近看，虽然借名人的地位与非借名情形下的房屋买受人具有一定的相似性，但两者之间的区别更大。非借名情形下的买受人是积极追求购买房屋，并通过合同履行而将房屋所有权登记于自己名下，法释〔2015〕10 号第 28 条给予的保护是发生在房屋买卖合同的履行及所有权转移的过程中，买受人积极追求进行登记以完成房屋所有权的转移。而借名买房情形下，房屋所有权登记在出名人名下是该交易模式下依照借名合同的约定进行的，是借名人主动而为，并非如前者那样正处在房屋所有权转移过程中，而是在条件成就时才由出名人依约协助办理过户登记，因此，仅从在交易过程中对房屋所有权期待利益的远近比较，两者所处位置也存在较大差别，对借名人提供参照法释〔2015〕10 号第 28 条规定的保护，亦不尽合理。

（二）非交易关系下的执行债权人是否可纳入未登记不得对抗之“第三人”范畴？

物权因其为绝对权而应通过登记或交付予以公示，以实现物权人对物的排他性占有、使用和收益；而因债权在现代市场经济环境下地位愈发重要，流转交易需求日盛，为交易安全与秩序考虑，也往往通过登记以表彰其权利，否则即使按照法律规定的要件取得了债权也将面临无法对抗第三人的风险。这是现代民商法因应市场经济发展要求而确立的基本规则。我国《民法典》也不例外，尤其明显地体现在对所有权保留的出卖人等“未经登记，不得对抗第三人”的明确上，这表明了《民法典》消除隐性权利、保障交易安全的立场。在借名买房场景下，借名人与出名人之间关于房屋权属的约定没有通过登记而公示，自然不能产生对抗第三人的法律效果。故有观点认为，保护出名人的债权人的强制执行债权，亦是物权公示原则之体现，借名人与出名人之间的借名登记约定不得对抗善意的申请执行人。而以公示原则为前提和基础的公信原则，系外观主义的一种表现。故这里尚需探讨的是，不得对抗的“第三人”是否应限于就该房屋与出名人之间存在交易关系的第三人，强制执行债权人是否也应在此列？这涉及到理论上对外观主义的适用边界之争。主流观点认为，外观主义原则上限于交易领域，而强制执行则并不处于交易领域，故不应适用。法〔2019〕254 号文的引言部分就借名协议形成实际权利和形式权利的分离问题的阐述也表明了这一立场。虽然其并未指明是否适用于处理执行异议之诉中判断借名人与出名人的强制执行债权人之间的关系，但似乎隐含了不应通过外观主义来解释保护执行债权人的倾向。外观主义理论源远流长，内涵也非常丰富，本文无力也无法详加阐述，而仅结合执行债权人的地位加以分析。笔者赞同外观主义的适用原则上限于交易领域的观点，这与外观主义的重要法律逻辑在于对有理由信赖某特定外观的当事人予以特殊保护密切相关，交易关系中的当事人是以特定标的物而为交易，其所依赖的外观信赖对于交易的达成、交易秩序与效率都至关重要，而非交易关系的当事人则距此更远，与交易关系中的当事人不处于同一“频段”，故一般不存在对特定标的物的“竞争”关系。以最为典型的金钱债权为例，若甲因与乙之间的借贷关系而成为乙的金钱债权人，而丙因与乙之间的房屋买卖关系而成为乙的非金钱债权人，在乙并未以该房屋为甲之债权设定抵押的情况下，难

言甲系因信赖房屋所有权登记在乙的名下而将金钱出借于乙。但在甲因乙欠债不还而申请强制执行之后，情况则有所变化。甲在申请查封乙的财产之前，难免要付出调查乙的财产状况的成本，而且由于法律禁止超标的查封，甲因信赖登记而选择查封乙名下的房屋，可能因此承担了放弃查封乙的其他财产的机会成本。由此，作为执行标的的房屋在一定程度上成为执行债权人所欲追求的特定目标。可见，借助强制执行程序这一纽带，在执行债权人与作为执行标的的房屋之间建立起了一种因信赖不动产登记而形成的更为紧密的关系。那么，若因此而得出外观主义也应扩展至强制执行领域的结论，自无需赘言，即使无法得出这一结论，但考虑到执行异议之诉中对案外人的权利可否排除强制执行的审查，本质上是通过对案外人和申请执行人之间权利进行比对衡量，以判断何者的权利在强制执行程序中更应受到优先保护，从这一意义上讲，两者之间关系的处理与对交易关系下的第三人与真实权利人的权利保护问题具有相似性。因此，在案外人（借名人）和申请执行人的权利性质均非物权而为债权的情况下，外观主义适用的三个要件即权利外观、本人与因、信赖利益，也可作为两者之间权利比对衡量所予以考量的要素。在借名买房情形下，房屋所有权登记在出名人名下，这是借名人自己主动追求的结果，由此导致其可能会承担法律上的不利益，执行债权人则系信赖登记而选择查封出名人名下的房屋，从而承担了放弃查封出名人其他财产的机会成本，两相比较，借名人对于房屋的权利原则上不应获得超过执行债权的保护。此外，从权利保护体系的视角看，对于未经登记不得对抗规则是否应涵盖执行债权人，我国法律、司法解释本无明确规定，但在《民法典》实施后，法释〔2020〕28 号对《民法典》中有关担保制度的规定中涉及的未经登记不得对抗的第三人范围进行解释时，则对这一问题进行了明确，并未将其局限于交易关系的当事人。据此，虽然登记并非动产抵押权的取得要件，未登记并不影响动产抵押权的取得，但在处理未经登记的动产抵押权与包括动产抵押人的执行债权人等第三人的关系时，登记应当作为对抗要件予以对待，前者虽然在性质上系物权，但却不能排除以该抵押物作为抵押人的责任财产以清偿抵押人的执行债权、破产债权。法释〔2020〕28 号第 67 条亦作出了类似规定。据此，动产因交付而在形式上完成了所有权转移，此时法律上所认可的所有权人如未登记则其权利不能对抗买受人或租赁人的执行债权人和破产债权人。参照上述规则，即使按照前述将借名人认定是事实物权人的观点，该借名人享有的“物权”也应因未经登记而不得对出名人的执行债权人。更何况，房屋所有权登记系物权的生效要件而非对抗要件，基于举重以明轻的原则亦应得出这一结论，否则将会出现作为生效要件的不动产登记在对外效力上却低于作为对抗要件的动产登记的明显有违逻辑的结果。综上，姑且搁置理论上外观主义是否适用于非交易关系的金钱之债执行债权人的争议，就体系解释而言，与出名人之间就执行标的不存在交易关系的金钱之债执行债权人可作为法律拟制意义上的信赖登记而应予保护的“第三人”之列。基于此，借名人的权利原则上不足以排除出名人的金钱债权人的强制执行。

（三）不能排除执行是否让借名人承担了过重的法律后果？

借名人仅因借名买房未登记在其名下而承担了被“剥夺”财产的后果是否导致利益明显失衡呢？实践中即有观点认为，虽然借名买房不被提倡，但如果以此为由，剥夺房屋实际权利人对房屋享有的物权权利，则违反了民事法律关系所主张的公平公正原则，违背客观事实。有观点则从责任财产的角度提出，该房屋本来并非由出名人以其责任财产的一部分换取，平白无故使之加入出名人的责任财产并使其债权人从中获益，有失公平。如果执行标的在采取执行措施之前已经由

被执行人出卖，虽然所有权仍属被执行人所有，但被执行人的权利已经由所有权转化为债权，就不应当继续执行原标的物。笔者认为，该观点实际上偷换了概念。第一，如前所述，在《民法典》关于物权变动原则的体系下，出名人享有房屋所有权，并不存在登记错误的情形，故并非因借名买房不被提倡的原因而否定或“剥夺”了借名人的“物权权利”。第二，借名买房的交易安排下，借名人对其在借名合同约定的条件成就之前不能取得法律认可的房屋所有权有清晰的认知，这也正是其通过借名方式进行房屋买卖的重要原因之一，因此，借名人对此应有预期，且其通过该行为已经获得了利益，相应地承担由此导致的法律风险，难谓违反公平公正原则。第三，借名人付出了金钱对价却未能获得相应的房屋所有权，出名人虽未付出对价却获得了其责任财产的增加，看似让借名人因借名行为而承担了被“剥夺”了相应财产的后果，但其因此而承担的财产风险并非因借名买房不被提倡所致。实际上，借名人与出名人之间通过借名买房进行的交易属于民事主体所为的民事法律行为，由此形成的权利义务关系就应当在法律规定的框架下进行，若要享有法律上赋予物权的效力，则必须满足法定要件，否则就将承担由此带来的不利后果。借名买房的情形下，如前所述，出名人取得了法律认可的房屋所有权，房屋原则上就系出名人的责任财产，并非出名人不享有任何利益，至于款项来源要非所问。故借名人付出了金钱对价但却仍承担财产风险，正是由于其交易结构本身特点而使借名人在约定条件成就之前不能成为物权人而仅对出名人享有债权请求权所致，与出名人的金钱债权人相比，两者均为债权人，原则上前者并不比后者在权利上优先。第四，由前所述，基于物权公示的基本效力以及执行债权有别于普通债权的特殊性，法律将其所保护的第三人的范围有限地扩大到包括了执行债权人在内的部分非交易关系的第三人，由此，非进行登记的隐性权利原则上不得对抗执行债权人的原则得以确立，借名人正是因此而承担了丧失对其借名所购房屋权利的风险。综合上述四点，笔者认为，借名人的权利原则上不足以排除出名人的金钱债权人对房屋申请的强制执行。许多地方法院的司法政策文件也赞同这一观点。

（四）例外情形之考量

最高人民法院 2019 年 11 月发布的《执行异议之诉解释征求意见稿》中，对于借名权利在金钱债权执行中能否排除执行，提出了两种方案。但两种方案在实质上并无不同，结论实际上均为不能排除执行。因为方案二所列但书情形本就是《民法典》明文规定的民事法律行为无效的事由，司法裁判者本就应当主动加以审查，若构成这些事由，本就因行为无效而使借名人对房屋不享有权利。这里只不过起到了再加以强调、引起注意的效果而已，除此之外并没有任何实际意义。既然执行异议之诉中对案外人的权利可否排除强制执行的审查，本质上是通过对案外人和申请执行人之间的权利进行比对，以判断何者在强制执行程序中更应受到优先保护，因此，虽然原则上借名人的权利不足以排除强制执行，但两者之间权利对比之“天平”难免会受到一些特殊因素的影响而发生倾斜，由此，“一刀切”式的处理并不妥当，例外情形的考量在所难免。借名人与出名人恶意串通以规避执行、执行债权人明知或者应知借名买房的事实而申请强制执行所涉房屋等主观因素以及执行债权人的债权是否为担保权等权利性质都将会影响一般原则的适用，自不赘言。除此之外，例外情形还应重点考虑的是与出名人的执行债权人相比，借名人对房屋的权利是否属于法律所要保护的更高价值位阶的权利。“居者有其屋”，是深深根植在我国普通老百姓心中的朴素理念。基本生存居住之需，是生存权的重要内容，也是构成基本人权的重要组成部分。《民法典》新增了“居住权”作为物权的一种类型，即是体现之一。因此，案外人对于所购房屋的基本生存居住权利，在价值位阶上高于申请执行人的

财产权，优先于财产权保护具有正当性。而原法释〔2002〕16 号以及法释〔2015〕10 号第 29 条规定对消费者买房人债权的特殊保护，更是对这一价值理念在司法实践中的贯彻，即在一般原则之外，在买房人对于房屋的债权承载着基本生存居住利益时，对其予以倾斜保护。通过该规则的适用，使得民法的人文关怀精神由此而彰显，一般正义与个别正义亦得以兼顾。对于借名买房人的权利保护，也应一体遵循这一基本价值理念，否则，将导致逻辑上陷入厚此薄彼、难以自洽的窘境。实践中，有法院在裁判中即认为："刘敏作为实际购房人在交纳全部购房款后，对案涉房屋已装修完毕并居住使用至今，相较于李毅声的普通金钱债权，对刘敏基于生活需求就案涉房屋享有的请求权予以优先保护，符合法律有关权利保护顺位的基本精神，亦具有相应的正当性。"法律所追求的目标往往是多元的，在执行异议之诉中体现得尤为鲜明，必须尽量处理好一般规则与特殊情形之间的关系，平衡好特殊利益的保护与交易秩序的维护。因此，借名买房人排除强制执行的特殊情形不宜范围过大，否则，将因过多的"特殊情形"而构成对"一般规则"的极大冲击，交易安全的丧失与秩序的混乱又将可能从意想不到的角度对"特殊情形"的保护造成反噬和伤害。故除具有基本生存居住之需的借名人可以排除出名人的金钱债权人的强制执行外，对于其他情形下的借名买房不应再予特殊保护，当然，这与前文分析得出的借名人的权利不应参照法释〔2015〕10 号第 28 条规定的结论也是一致的。但例外规定的设定还需要注意例外情形的要件设置。一方面，例外保护不可不通过一些要件的设定而严格限定保护的界限。如可设置房屋一般应为住宅性质、在房屋已经交付的情形下借名人一般应当实际占有居住等条件。但另一方面，基本生存居住权利的保护本身就具有相当的抽象性，蕴含着利益衡量的方法，因此，亦不可过于机械地追求例外规则的绝对确定性。既然设定要件的目的是为了便于判断房屋是否为借名人基本生存居住之需，则其适用就应当具有一定的弹性空间，在个案中应围绕是否为基本生存居住之需这一根本目的进行判断。如此，一般而言，实际占有居住要素与此根本目的存在密切关系，但案外人是否在房屋被查封之前支付了全部购房款则与之并无关联，这一条件更多地是体现着对被执行人责任财产多少的考察，既如此，则给予案外人一定期限，在此期限届满之前案外人将全部购房款支付完毕即可。

五、结论

借名买房排除强制执行涉及借名人与出名人的执行债权人两方当事人的权利冲突，如何在既维护民事实体法规则适用的统一，又解决强制执行领域的现实困境的限制下妥适平衡两者的权利，考验着学者和司法裁判者的智慧。本文试图基于这一思路在法律框架下探寻恰当的解释进路，通过分析，结论可简要概括如下：

第一，除借名购买政策性保障住房的行为因违背公序良俗而无效外，其他情形的借名买房行为一般不构成民事法律行为无效的事由，应为有效。

第二，借名买房中房屋买卖合同的买受人应为出名人，借名人与出名人之间关于房屋权属的约定并不产生物权变动效力，故在借名行为及房屋买卖行为有效的前提下，房屋所有权应归属于出名人。

第三，借名人对房屋并不享有所谓的"物权期待权"，不应对借名人提供参照法释〔2015〕10 号第 28 条规定的特殊保护；与出名人之间就执行标的不存在交易关系的金钱之债执行债权人可作为"未经登记，不得对抗第三人"之"第三人"之列予以考量。

第四，基于债权竞存的视角，借名人的权利原则上不足以排除出名人的金钱债权人对房屋申请的强制执行，但对于借名人的基本生存居住权利则应区别对待。

离婚诉讼如何“书状先行”？法院版诉讼指引来了

2021-07-09 浦江天平
https://mp.weixin.qq.com/s/FLwu95BrSWIfk3GVHOMRuQ

上海闵行法院七宝法庭
法官助理 黄湛

针对证据较多、复杂性和对抗性较强的案件，法院有时会采用集中审理式的庭审模式，这种庭审模式是建立在全面争点整理基础上的，以**“争点整理、心证公开”**为主要特征。在这种庭审模式下，双方当事人的“庭审之战”往往从书状先行的纸上交锋开始。

“书状先行”具有明显的效率价值。随着法院对庭审方式的不断积极尝试与探索，“书状先行”在传统民事领域的应用效果远超预期。

本期法律讲堂，上海市闵行区人民法院（以下简称上海闵行法院）七宝人民法庭法官助理黄湛以离婚诉讼为例，带大家了解一下**在传统民事审判领域，当事人如何更高效地完成“书状先行”这一集中审理式庭审模式中的规定动作。**

哪些“书状”可以“先行”？

“书状先行”一般表现为三轮交锋，但根据其内容所达到的效果，又不局限于三轮。下图以流程示意图形式，为你揭秘“书状先行”于诉讼中的基本行进过程。

书状先行流程示意图

如何“书状先行”？

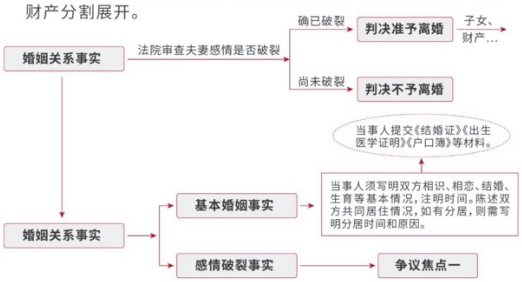
上海闵行法院先行探索制作传统民事案件类案化的**《书状先行法院诉讼指引》**，以司法实践中常见的争点为引，梳理各类法律关系中的必要待证事实和关键证据，并附以相关法律条文作为依托，通过法院诉讼指引，勾勒出涵盖法律问题与事实问题的案件裁判要素，使得焦点更加聚焦，

进而引导诉辩当事人有效、高效地完成“书状先行”。

现以离婚纠纷这一最常见、最普众的传统民事案件为例，详载离婚纠纷书状先行中的法院诉讼指引，以供参考。

“书状先行之离婚纠纷”法院诉讼指引

离婚纠纷书状准备应主要围绕婚姻关系、子女抚养及夫妻共同财产分割展开。



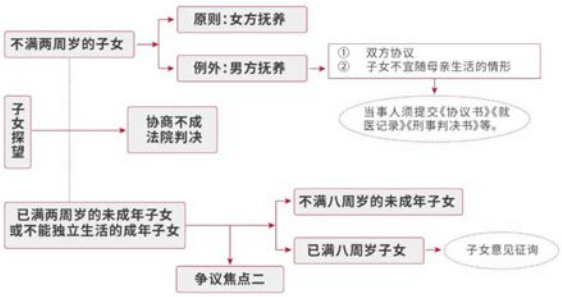
争议焦点一*：夫妻感情是否破裂？

法条指引：《中华人民共和国民法典》第1079条、第1082条
关键词：夫妻感情确已破裂

夫妻感情破裂主要情形	主张意见	主张证据	反驳意见	反驳证据
重婚或者与他人同居	要求离婚，陈述理由、双方主要矛盾及影响夫妻感情破裂情形。	《结婚证》《结婚登记申请》《房屋租赁合同》《房屋买卖合同》《承诺书》等。	明确是否同意离婚的意见。如不同意离婚，则要求回应对方认为的夫妻感情破裂的矛盾情形，陈述理由，同时提出挽救婚姻的具体举措。	女方作为被告主张其在怀孕期间、分娩后一年内或者终止妊娠后六个月内，应提供《就医记录》等。 被告作为军人，应提供《军官证》等。 其他相反证据。
实施家庭暴力或者虐待、遗弃家庭成员		《案件接报回执单》《验伤单》《就诊记录》《鉴定报告》《刑事判决书》《行政处罚决定》《照片》等。		
有赌博、吸毒等恶习屡教不改		《行政处罚决定》《刑事判决书》《悔过书》等。		
因感情不和分居满二年		《聊天记录》《房屋租赁合同》等。		
一方被宣告失踪		《民事判决书》《接报警记录》等。		
经人民法院判决不准离婚后，双方又分居满一年		《民事判决书》《房屋租赁合同》等。		
其他导致夫妻感情破裂的情形		如因生育子女问题导致的《就医记录》；因婚外情导致的《开房记录》《亲子鉴定意见书》等。		

争议焦点二*：子女抚养权归谁？抚养费如何负担？

法条指引：《中华人民共和国民法典》第1084条-1086条
《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民法典>婚姻家庭编的解释》(一)第42、44-53条
关键词：最有利于子女原则

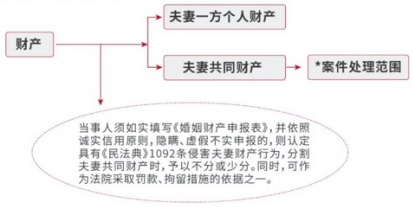


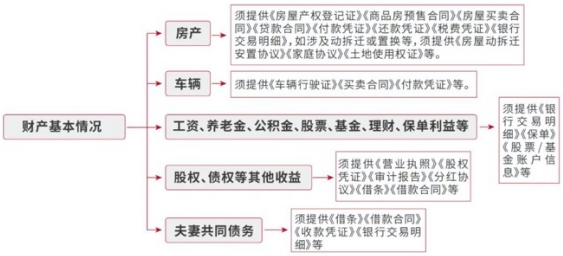
争议焦点二*	主张意见	主张证据	反驳意见	反驳证据
抚养权争议	主张抚养权一方，须陈述主张抚养的理由、抚养优势。	《劳动合同》《收入证明》《社保缴纳凭证》《纳税凭证》《就医记录》等。	陈述对方不适合抚养子女的理由。	《案件接报回执单》《行政处罚决定书》《刑事判决书》《亲子鉴定》等。
抚养费金额争议	陈述子女现日常开销情况，主张对方支付抚养费的金额、方式、期限及理由，对方收入财产情况。	《协议书》《发票》《收据》《银行交易明细》《劳动合同》《房屋产权信息》《车辆信息》等。	陈述子女现日常开销情况，己方工作收入情况、财产情况及能承受的抚养费支付金额、方式及期限。	《解除劳动合同通知书》《贷款明细》《债务合同》《付款凭证》等。

争议焦点三*：夫妻共同财产如何分割？

法条指引：《中华人民共和国民法典》第1062-1063、1065、1087、1092条
《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民法典>婚姻家庭编的解释》(一)第24-27条、29-32条、69-82条

关键词：尊重意思自治 特殊保护





争议焦点三*	主张意见/反驳意见	主张证据/反驳证据
财产范围	各方均须列明需要在本案中处理的财产范围，包括财产名称、现权属登记情况或占有使用情况。 如：登记在xx名下的xx地址房屋一套/xx牌照车辆一辆； 如：xx名下xx银行账号为xx的存单/xx持有的xx。	详见上述财产基本情况举证指引。
财产性质	各方均须陈述相关财产基本取得情况，包括取得时间、来源、出资方式等基本情况，同时明确该财产的性质意见，即是夫妻共同财产还是一方个人财产，以及是否应在本案中予以处理的意见。 如：位于xx地址的房屋，该房屋现登记在xx名下，由xx购买人购买于xx时间/xx房屋动迁而来，出资情况是xx/动迁权利人有xx，贷款偿还情况xx，属于/不属于夫妻共同财产，同意/不同意在本案中予以分割。	详见上述财产基本情况举证指引。同时如就财产存在协议或其他约定，应提交《协议书》《赠与书》《承诺书》《公证书》等。
财产价值	各方均须陈述相关财产的现价值，如涉及婚前财产婚后增值的，还须陈述结婚时财产价值。如涉及沪牌车辆，则须陈述车辆含牌照价值。 如：位于xx地址的房屋，该房屋现市场价值为xx至xx万元，同意本案中按照xx万元处理。如超过/低于xx万元，则申请法院就该财产委托司法评估。	可提供《房屋价值评估报告》《房屋评估APP数据》《中介询价笔录》等。
分割方式	各方均须明确财产的分割方式，即实物分割还是折价补偿，并说明理由。同时，如涉及未成年人、女方、无过错方的保护问题，须明确有无不分或少分情形。 如：牌照号为xx的xx车辆，由我方取得，我方支付对方车辆（含牌照）折价款xx万元。 如：位于xx地址的房屋，离婚后，由双方按份共有，不实际分割，我方占xx份额，对方占xx份额。	如有《民法典》第1092条情形，提供《银行交易明细》证据时，要求对证据进行标注或附表予以说明。 如：xx名下，xx银行账户，xx时间段，转出至xx，金额为xx的款项，认为具有转移财产的嫌疑，应作为夫妻共同财产要求于本案中一并分割。

来源丨上海市闵行区人民法院

作者：黄湛

责任编辑 丨 邱悦

声明丨转载请注明来自“浦江天平”公众号

丈夫把家底打赏给主播，妻子还能要回来吗丨至正 • 论案

2021-07-08 上海二中院

https://mp.weixin.qq.com/s/7stfJPgvRiY-oVbyA-NfXQ

刷抖音，看直播，内容有趣直接送“飞机”、送“游艇”，这样的打赏方式给网友带来许多乐趣也引发了许多法律问题。**当丈夫拿家里的全部积蓄背着妻子打赏给主播，这钱妻子还能要回来吗？**

案 情

王某于 2016 年在某直播平台注册账号开始观看网络直播，每当夜深人静、妻儿熟睡之时他总是喜欢在陆某的直播间逗留。

直到 2019 年，王某前前后后共打赏给陆某价值 90 余万元人民币的虚拟礼物。王某的妻子张某知晓此事后将丈夫王某连同直播平台、主播陆某一同告上法庭。

张某认为，王某未经自己同意将夫妻共同财产赠与主播，明显超出日常生活所需，损害了夫妻共同的财产利益，属于无效行为，**要求被告直播平台和主播陆某返还其丈夫充值、打赏的款项。**

一审杨浦法院判决驳回了张某的诉讼请求，张某不服，上诉至上海二中院。上海二中院驳回上诉，维持原判。

一审法院评析

陈海峰
杨浦法院民庭副庭长
复旦大学法学硕士

奚懿
杨浦法院民庭入额法官
南昌大学全日制法学硕士

本案系一起由配偶一方当事人花费巨资向主播打赏后另一方要求退还的纠纷，涉及的法律问题大致包括：王某与平台、主播相互之间的法律关系，王某在直播平台上充值行为的法律性质，王某对主播打赏行为的法律性质，上述行为之法律效果受何种因素影响等。

首先，王某与直播平台以注册协议及充值协议确立法律关系基础，**二者之间构成有效的网络服务合同，充值属于消费行为。**

其次，王某与主播以虚拟道具互动娱乐，打赏之标的物并非货币，而是产生并存储于平台网络数据库中的数据信息等衍生物。不论是王某抑或主播，均不对打赏的虚拟道具享有占有、使用、收益和处分之权能，其本质实为虚拟代码或计分符号，王某与主播之间未能因此产生新的需要法律干预的关系，故毋需单独就打赏行为予以法律评价。主播为直播平台的服务提供方，双方签署协议，除个人行为外，直播服务内容由平台吸纳，**因此本案主要处理的是王某与直播平台之间的法律问题。**

最后，关于夫妻共同财产处分的效力，王某作为具有完全民事行为能力的成年人，三年间的充

值、打赏数额多则千元、少则几块，平台难以察觉其侵害他人财产权的可能亦无义务审查用户的婚姻状况并取得其配偶同意。**因此不能认定直播平台对王某所处分的财产属于夫妻共同财产是知情的或存在恶意的。**

同时，王某的打赏行为呈现小额、多次、长期性等特征，作为日常娱乐消费，并未超出夫妻一方对共同财产的处分权范围。

二审法院评析

王冬寅
民庭团队负责人
华东政法大学法学硕士

网络直播属新兴行业，益处甚多，尤其是给受疫情影响而滞销的商品提供了极为良好的线上推介途径。但与此同时，行业内各项规范尚不完善，诸多问题不断涌现。法院如何裁判，不仅影响打赏者本人的个人及家庭生活，也浸染整个直播行业乃至影响社会经济秩序。

2020 年最高院出台的《关于依法妥善审理涉新冠肺炎疫情民事案件若干问题的指导意见（二）》中明确了：限制民事行为能力人未经其监护人同意，参与网络直播平台“打赏”支出与其年龄、智力不相适应的款项，监护人请求网络服务提供者返还该款项的，人民法院应予支持。而对于像本案这样涉及完全民事行为能力的成年人打赏主播后要求返还款项的并无明确的法律规定。**本案的判决即是对本无明确法律界定的网络打赏行为的性质和效力做出了法律评价。**

首先，在打赏行为的界定上，**将打赏行为评价为无法律意义的事实行为及牵连行为，应以前置的充值行为作为整体评价，**即观众在观看直播时候的充值行为属消费行为，打赏行为系虚拟道具的使用，不发生法律效力（区别于传统意义上的赠与）。

其次，**在观众使用“夫妻共同财产”充值和打赏时，要明确充值打赏业已成为正常的生活所需，**其本身并不当然无效。而在打赏是否构成无权处分的判断中，**要从频次、金额、持续时间、打赏发生时段及行为人是否违背公序良俗等作综合判断。**

最后，作为裁判者，需要指出，**作为直播平台，应当担负起与其盈利相对等的社会责任，严格管理直播内容，并在充值金额、充值次数方面设置警示或限制，**倡导理性消费，注重促进正确社会价值观的营造和培养。

责任编辑：崔晗博（法宣助理）
人像摄影：施蕾

判决每月支付 600 元抚养费，为什么上了热搜？

原创：2021-07-08 红发橙子 红发橙子
https://mp.weixin.qq.com/s/THXyPtK9IsAMrdz29f0VyA

前些天写了一篇聊聊几件印象深刻的抚养费纠纷，借着几个案例聊了聊抚养费纠纷案件审理过程中的一些热点和难点，今天刷手机，又被这样一条新闻刷屏了，题目是《坐拥四套房产！男子离婚后每月却只给女儿 600 元抚养费？二审改判》，好吧，咱们这次接着聊子女抚养费。

我在微博上看到很多人对于一审法院判决男方每月支付 600 元子女抚养费是很气愤的，毕竟

“男子”、“四套房”、“女儿”、“600 元”、“改判”，这几个词叠加在一起，会不由人让读者联想到男女不平等、为富不仁、重男轻女、枉法裁判这些词汇，哪一个词汇都非常容易引发读者的共鸣，不得不说，题目起的确实有水平。

从法律上来说，一审判决是有道理的，抚养费的计算是以不直接抚养子女一方的月收入，而不是总资产为基础，按照 20%到 30%的比例进行计算。文章也介绍了，男方虽然有四套房，但是案件审理期间处于失业状态，所以一审判决其每月支付 600 元。当然，从二审判决来看，一审可能忽视了男方还有房租收入。

但是民事法官特别是家事法官的一大尴尬之处就在于，你的判决从法律上来讲也许没错，但是判决结果很可能不被公众接受。一方面是男方名下有四套房屋，尽管其中两套是和父母共有，但从一般意义来看他不是穷人，另一方面毕竟案件发生在上海，一线城市的生活成本大家也都能想象的到，这样一对比一个月 600 元就显得低了，除去媒体煽动炒作的因素，上述两点也造成了公众对于判决结果的不认同。

类似的问题我们之前也遇到过，本地作为二线城市，我们所在的区又属于本地经济社会发展相对落后的区，早年间很多离婚案件中当事人月收入还不到 2000 元，按照 20%到 30%的标准，最多也就判决 600 元，这个数字对于直接抚养子女的一方确实帮助不大，更不要说在一些案件中不直接抚养子女的一方还在诉讼期间恶意降低自己收入来达到少支付子女抚养费的目的。

所以在 2015 年，当时的民事庭经过调研，结合本地上一年度居民人均消费支出等数字进行测算，最后确定子女抚养费最低判决数额为 900 元，也就是说，只要是判决，那么无论对方收入是多少，最低也要判决每月支付子女抚养费 900 元。后来家事庭从民事庭分出后，依然执行这个标准。这些年下来，当事人普遍对这个标准还是比较认同的，没有因此引发大的信访或者舆情。

在这里抄一段话，是最高院 2013 年发布的《关于切实践行司法为民大力加强公正司法不断提高司法公信力的若干意见》，当时对其中的一句话印象非常深刻：**不断加强对社会生活的调查研究，认真了解各类社会关系和社会交往的主要方式和规则习惯，善于总结和运用人民群众公认的常识和经验，努力使司法过程和处理结果在法律规定的范围内贴近人民群众的公平正义观念。**

很多事情就是这样，你也许做的没错，但是大环境在要求你做得更好。适应越来越高的工作要求，也是民事法官今后越来越需要面对的问题。

性骚扰侵权责任构成要件分析丨至正研究

原创：2021-07-12 至正研究 王蓉、姜英超

https://mp.weixin.qq.com/s/_o2okKdyTdvXLm4ciLEwiA

编者按

“我为群众办实事”是党史学习教育活动的重要内容，是践行全心全意为人民服务宗旨的重要举措。作为专研司法实务研究的公众号，“至正研究”致力于把党史学习同司法为民、公正司法结合起来，特开设#我为群众办实事话题，聚焦人民群众关心的法律问题，通过推送系列案例解析和法学文章，把实事办好，把好事办实。

性骚扰侵权责任构成要件分析

——王某诉傅某性骚扰损害责任纠纷一案

作者简介

王蓉，上海市第二中级人民法院民事审判庭侵权团队法官助理
姜英超，上海市第二中级人民法院民事审判庭侵权团队法官助理

【摘要】

《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第一千零一十条首次明确规定性骚扰系侵害他人人格权的行为，且明确了相应的民事义务及责任。作为侵害他人人格权的行为，性骚扰也需符合一般侵权行为的构成要件，但基于目前法律仅有概括性规定、司法实践缺乏相关经验，加上性骚扰行为及其损害后果的特殊性，司法实践在认定性骚扰侵权责任构成要件方面存在诸多难点。笔者认为，性骚扰行为系针对特定受害人实施的与性有关的行为，其发生场景不局限于工作场所，性骚扰行为的损害后果具有多样性和隐秘性，且侵权责任的成立不以产生严重损害后果为前提，违背他人意愿系性骚扰侵权责任主观过错的特殊表现，针对不同性质的损害后果应采取不同的因果关系认定方式，在确定赔偿范围或承担责任的方式时需考虑案件具体情况。通过上述对性骚扰侵权责任构成要件的解读，本文试图为未来性骚扰损害责任纠纷案件的审理提供些许裁判思路。

【基本案情】

王某与傅某系单位同事，在近八个月的时间内，傅某频繁向王某发送骚扰信息、拨打电话，信息内容大量涉及性器官、性爱描述等，后王某将上述情况告知单位，在单位要求下，傅某先后出具保证书。王某以傅某存在骚扰、恐吓行为为由报警，公安机关给予傅某行政拘留、罚款等行政处罚。期间，王某存在休息、就医等行为。王某以傅某的性骚扰行为造成其精神痛苦和精神疾病为由诉至法院，要求傅某赔礼道歉并赔偿其医疗费、误工费、护理费、交通费、律师费、精神损害抚慰金等费用。

【审判】

一审法院认为，违背他人意愿，以言语、文字、图像、肢体行为等方式对他人实施性骚扰的，受害人有权请求行为人承担民事责任。在案证据可认定傅某实施了性骚扰，该行为虽发生在《民法典》施行前，但王某依据《民法典》禁止性骚扰的规定，要求傅某承担民事责任的请求应予支持。理由如下：首先，傅某应对其发生在《民法典》施行前、损害后果持续至《民法典》施行后的性骚扰行为承担民事责任。《妇女权益保障法》第四十条首次规定了禁止对妇女实施性骚扰。自此，任何人负有不得违背妇女意愿对其实施以性为取向，有辱其尊严的性暗示、性挑逗、性暴力等行为的义务。本案适用《民法典》规定，并未明显减损傅某合法权益、增加其法定义务、背离其合理预期，反而彰显国家尊重和保障人权的精神，顺应人民群众对人格尊严、人格权保护的现实需求。其次，傅某的涉案行为与王某的就诊行为存在因果关系。从时间看，傅某的涉案行为与王某的就诊行为存在对应关系。从空间看，双方处于同一工作场所，傅某长期、不间断向王某发送骚扰短信，足以导致王某出现巨大心理压力，引发抑郁、焦虑情绪。傅某在保证书中也承认其行为给王某造成伤害。最后，傅某在赔礼道歉的同时应承担损害赔偿责任。当人格权受到侵害时，受害人有权依照《民法典》和其他法律规定请求行为人承担民事责任。故一审法院判决傅某向王某赔礼道歉，并赔偿其医疗费、误工费、护理费、交通费、律师费和精神损害抚慰金。

一审判决后，傅某不服，上诉至二审法院。

二审法院认为，首先，关于本案的法律适用。《民法典》首次明确规定性骚扰系侵害他人人格权的行为，且明确了相应的民事义务及责任。傅某的涉案行为虽发生于《民法典》实施前，但根据

《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民法典>时间效力的若干规定》第三条规定的空白溯及原则，本案适用民法典不存在明显减损当事人合法权益、增加当事人法定义务或者背离当事人合理预期的情形，在当时的法律、司法解释没有规定而民法典有规定时，本案可适用民法典的规定。其次，作为侵害他人人格权的行为，性骚扰也需符合一般侵权行为的构成要件，即行为的违法性、有损害事实的存在、行为与损害后果之间存在因果关系、行为人主观上有过错。具体分析如下：其一，在案证据足以证明傅某违背王某意愿对其实施了以性为取向的有辱其尊严的性暗示、性挑逗、性暴力等性骚扰行为。其二，王某主张其遭受精神痛苦和疾病确有一定依据，本案存在损害事实。其三，傅某的涉案行为与王某的损害后果之间是否存在因果关系是双方争议的焦点。本案中傅某通过文字、电话等方式性骚扰王某，使其生活安宁、人格尊严等人格权益受损，而此类人格权益的损害后果一般无法直观反映为受害人身体或身体健康上的损害，更多表现为造成受害人精神痛苦，严重的精神痛苦可能会引发精神疾病，故，在此类案件中无法苛责受害人通过鉴定等方式举证性骚扰行为与其精神痛苦或疾病之间存在直接的因果关系。在案证据材料显示傅某向王某发送的文字内容的性暗示、性挑逗、性暴力倾向明显，且时间持续长、频率较高，故按照社会公众的一般认知，上述性骚扰行为足以给王某造成精神痛苦。在案病历资料亦反映王某的精神痛苦或疾病与本案事发经过存在时间上的对应关系。傅某承认其涉案行为给王某造成伤害，现其抗辩称王某的精神疾病系其自身基础性疾病或家暴等因素导致，但其未提供充分证据证明其主张。一审法院据此认定傅某的涉案行为与王某的损害后果之间存在因果关系正确。最后，根据《民法典》的规定，受害人有权依法请求性骚扰行为人承担民事责任，而民事责任的承担方式包括赔礼道歉、赔偿各项费用等，经审核，一审法院认定的赔偿范围和金额均无不当。综上，二审法院判决：驳回上诉，维持原判。

【评析】

《民法典》第一千零一十条首次明确规定性骚扰系侵害他人人格权的行为，且明确了相应的民事义务及责任。《民法典》采纳的是人格权保护主义基本立场，兼职场保护主义模式。至此，自然人面对他人实施的以性为取向的有辱其尊严的性暗示、性挑逗及性暴力等行为，可以性骚扰损害责任纠纷为由诉至法院要求他人承担相应的民事责任。作为侵害他人人格权的行为，性骚扰也需符合一般侵权行为的构成要件，即行为的违法性、有损害事实的存在、行为与损害后果之间存在因果关系、行为人主观上有过错。但，基于目前法律仅有概括性规定、司法实践缺乏相关经验，加上性骚扰行为及其损害后果的特殊性，司法实践在认定性骚扰侵权责任构成要件方面存在诸多难点，本文对此进行了梳理总结，并提出相应观点如下。

一、性骚扰行为的认定

所谓性骚扰，通常是指行为人违背受害人意志，以身体、语言、文字、语音、图像等方式，对特定受害人实施的与性有关的侵害其人格尊严或者与性有关的民事权利的行为。

对于性骚扰的主体，目前世界各国通说均采性别中立主义，即性骚扰的行为主体、受害者既可以是男性也可以是女性，性骚扰既有可能发生在同性之间也可能发生在异性之间。自然人无论是同性恋、异性恋还是双性恋，均有不受性骚扰的权利。《妇女权益保障法》第四十条曾规定禁止对妇女实施性骚扰，但《民法典》第一千零一十条采取了性别中立主义，未对性骚扰的行为主体或受害者主体作出限制。

司法实践中，性骚扰的表现形式多种多样，性暗示、性暴力、性挑逗、性贿赂、性要挟、性强迫等行为均可能构成性骚扰。无论哪种行为方式，

其侵权行为的共性都表现为与性有关的行为，其侵害的法益均是受害人对于性的自主权。例如，本案中，傅某在近八个月的时间内频繁向王某发送信息，信息内容大量涉及性器官、性爱描述等，王某采取拉黑、报警等行为，足以表明傅某该行为并不符合王某的意愿，故本案足以认定傅某实施的是性骚扰行为，而非一般的男性对女性的追求行为。就性骚扰范围的限定，有学者认为，性骚扰是性犯罪以外的侵害受害人性权利的行为。性犯罪行为通常体现为暴力、威胁等性攻击手段，应由刑法规制，而受害人遭受的性犯罪以外的类似行为，均应由民法予以救济。

对性骚扰行为的场景是否应局限于工作场所，理论界亦曾有过争议，目前我国立法及司法实践对性骚扰行为的认定已经突破了工作场所的限制。在最早对性骚扰行为予以法律规制的英美等国，性骚扰被认为是一种性别歧视，发生的场景仅限于工作场所，被称为职场保护主义模式。与之相对的，欧盟、德国等国家采用的是人格权保护模式，认为性骚扰侵权行为本质上侵犯的是人格权，不应将性骚扰限定于工作场所。我国《民法典》采纳的是人格权保护主义基本立场，兼职场保护主义模式。我国学者认为，对性骚扰行为的规制应泛化于自然人生活的所有场景，而非仅限于职场环境中。本案中，傅某拨打电话、发送短信等行为并非发生于工作场景，但这仍不妨碍法律对王某的性自主权利进行保护。笔者认为，我国《民法典》之所以采取此种保护体例，有如下几点考量：1. 就作为法律基础的社会实践而言，随着社会分工的精细化及现代工业的进步，家庭主妇等不就业群体毕竟已是少数，职场环境已经成为大部分人生活必不可少的主要场景，故有必要在职场环境中对自然人性方面的民事权益予以保护。2. 就保护范围而言，信息社会的发展、社会公共空间的扩大，使得性骚扰行为超出了特定物理空间的要求，电话、短信等信息网络工具均可能成为性骚扰行为之载体，公园、商场、公共交通工具等处也均有可能成为性骚扰行为之发生地，故有必要在职场保护主义的基础上，从人格权角度对性骚扰行为予以规制。3. 就法益基础和违法性而言，只要是性骚扰，无论其发生于何种场景，均为对自然人身体及性自主权利的侵犯，自无逸出法律规制之理。

二、损害后果的特殊性

性骚扰行为造成的损害后果就其本质而言，是侵权行为所造成的后果，这一后果往往表现为受害人身体和精神上的痛苦、以及财产上的损失。就一般侵权责任而言，其损害后果必须具有确定性、真实性以及法律上的可补救性，但性骚扰行为造成的损害后果具有一定的特殊性。

首先，性骚扰行为的损害后果具有多样性。司法实践中，性骚扰的表现形式不同，可能造成的损害后果、所侵害的民事权利也不尽同，例如：直接的身体接触行为，在构成性骚扰的同时，也可能涉及对受害人身体权的侵害；面对面的言语骚扰或电话、短信、微信等语音、文字骚扰，可能侵害受害人的生活安宁、人格尊严、人格自由；偷窥、尾随等方式，可能侵害受害人的生活安宁，也可能与隐私权侵权相竞合；若因性骚扰行为导致受害人身体损害或精神疾病，还可能涉及侵害健康权。总之，大部分性骚扰侵权行为的损害后果表现为受害人的精神损害，少部分带有身体权、健康权、人格尊严、隐私权的损害，并附带相应财产损失。就本案而言，王某即主张涉案行为导致其精神损害及附带的医疗费、误工费、护理费、交通费等财产性损失。

其次，性骚扰侵权责任的成立是否应以“产生严重损害后果”为前提，理论界和实务界均未有统一结论。若以严重损害作为侵权责任的成立要件，将会导致部分情节较轻微的性骚扰侵权的受害人权利无法得到救济；若不以严重损害作为侵权责任的成立要件，则可能导致此类案件大量涌入，造成诉讼泛滥。笔者认为，性骚扰侵权案件中，

不应将损害后果的严重程度作为侵权责任成立与否的考量因素，理由如下：其一，从立法文本分析，《民法典》第一千零一十条是以侵权行为作为立法导向，并未对损害后果的严重程度作出规定。其二，从立法目的分析，性骚扰行为作为一种与性有关的侵权行为，其必然会给受害人带来相应身体或精神上的损害后果，若以严重损害作为侵权责任的成立要件，将可能导致某些案件中，受害人难以寻求救济，加重原本轻微的损害后果，不利于实现防止性骚扰的立法目的。

最后，性骚扰行为的损害后果具有隐秘性，给受害人带来相应举证困难。根据我国法律规定，性骚扰作为一般民事侵权行为，应当由受害者对侵权责任的成立进行举证。就损害后果而言，在某些性骚扰案件中行为人的骚扰行为虽给受害人带来心理不适，却并达到造成精神疾病的程度。笔者认为，此类案件中，法院不应过于苛求受害人对损害后果的举证。只要受害人能够证明行为人实施了性骚扰行为，那么根据一般常理推断，该行为足以造成社会一般人在心理上的不愉悦，法院可根据具体案情，判令行为人承担停止侵害、赔礼道歉等民事责任。

三、主观过错的特殊表现

《民法典》第一千零一十条明确规定了性骚扰系违背他人意愿的行为。在性骚扰侵权责任构成要件中探讨行为人的主观过错，即行为人在实施性骚扰行为时是否有故意或过失，笔者认为可以换位思考，将该主观过错客观化为该性骚扰行为是否违背受害人的意愿。性骚扰行为系针对特定受害人的行为，该受害人无论性别、年龄差异，而无论哪种方式的性骚扰行为，受害人的意愿都是直接或间接被行为人感知的，故若行为人实施的性骚扰行为系违背他人意愿的，可推断行为人主观上是存在过错的。如本案中从王某拉黑傅某手机、向单位报告、报警等行为可以判断傅某的涉案行为是违背王某意愿的，而傅某明知王某有上述行为即明知其涉案行为与王某意愿相悖，但傅某仍然实施涉案行为，可见傅某主观上是存在恶意的。

至于如何判断该骚扰行为是否违背受害人意愿，有学者指出性骚扰与调情、打情骂俏等两厢情愿的行为的区别在于，前者使当事人产生厌恶感，造成愤怒、恐惧、焦虑、忧郁等不良心理反应，后者使当事人产生愉悦感，从某种意义上可调节情绪。也有学者指出只要能证明受害人对骚扰行为不赞成、不接受，即可认定该行为违背其意愿，无需证明该行为造成受害人产生愤怒、焦虑等不良情绪，但行为人若主张不构成性骚扰，则应证明受害人明确同意或自愿接受。同时，对于未成年人等无民事行为能力人或限制民事行为能力人，其同意的意思表示不具有法律效力，故无论性骚扰行为是否违背其意愿，均应从法律拟制上认定不同意性骚扰行为。《民法典》第一千零一十条未区分规定完全民事行为能力人与限制或无民事行为能力人，但笔者认同上述学者观点，司法实践中应当对此有所区分，毕竟《民法典》第一千零一十条此处的“违背他人意愿”系指他人有效的意愿。

笔者认为，对于完全民事行为能力人，在司法实践中可以从以下几个方面判断是否违背受害人意愿：1、针对性骚扰行为，受害人有无口头、文字、行为等回应，回应的内容是否涉及减少与行为人接触的场合、减少类似性骚扰环境的产生、直接拒绝行为人等，如本案中王某拉黑傅某电话、短信等行为，虽然未直接回应拒绝傅某，但已经以该行为回避与傅某对话的可能，可以推断该性骚扰行为系违背王某意愿的。2、针对性骚扰行为，受害人是否有向单位、他人求助的行为。如本案中，王某先后向单位、警方寻求帮助以求解决自身面临的被骚扰的困境，王某明显对该性骚扰行为持反对态度。3、受害人是否因性骚扰行为，遭受一定的精神痛苦或疾病等。如上文所述，骚扰行为会造成愤怒、恐惧、焦虑、忧郁等不良心理反

应，从结果意义上推论，倘若出现了一定的不良心理反应，甚至精神痛苦或疾病，则可推断该性骚扰行为系违背他人意愿的。4、受害人对性骚扰行为没有回应的，此时笔者认为没有回应不代表受害人是赞成或接受该性骚扰行为的，也不代表该性骚扰行为系两厢情愿的，故从有利于受害人的角度，此时也应认定该性骚扰行为系违背他人意愿的。

四、因果关系认定困难

性骚扰行为会造成不同性质权益的损害后果，对于性骚扰行为与不同性质的损害后果之间应采取不同的因果关系认定方式。

一方面，对于涉及直接侵犯身体权、健康权的性骚扰行为，可参考一般侵权案件中因果关系的认定方法。具体而言，司法实践中可通过报警记录、讯问笔录、就医记录、双方当事人的陈述、事故责任认定书等在案证据材料，综合认定该性骚扰行为与受害人身体权、健康权益受损之间的因果关系，对于受害人自身有基础性疾病或多因一果情形等确有必要的案件，可通过司法鉴定等方式确定该性骚扰行为与受害人身体权、健康权益受损之间的因果关系大小或参与度。

另一方面，对于性骚扰行为与精神痛苦或疾病之间的因果关系，不能一概而论。笔者认为性骚扰行为侵害人格权益的损害后果一般无法直观反映为受害人身体或身体健康上的损害，更多表现为造成受害人精神痛苦，严重的精神痛苦可能会引发精神疾病，故，在此类案件中无法苛责受害人通过鉴定等方式举证性骚扰行为与其精神痛苦或疾病之间存在直接的因果关系。如本案中，王某主张傅某的行为造成其精神痛苦或疾病，而现有的鉴定手段无法明确傅某的性骚扰行为与王某的精神痛苦或疾病之间的因果关系大小，但根据在案证据材料，傅某向王某发送的文字内容的性暗示、性挑逗、性暴力倾向明显，且时间持续长、频率较高，按照社会公众的一般认知，上述性骚扰行为足以给王某造成精神痛苦，同时，在案病历资料亦反映王某的精神痛苦或疾病与本案事发经过存在时间上的对应关系，傅某也在多处承认其涉案行为给王某造成伤害，故法院据此认定傅某的涉案行为与王某的损害后果之间存在因果关系正确。参考本案，笔者认为在司法实践中可以通过以下几个方面综合分析认定性骚扰行为与精神痛苦或疾病之间的因果关系：1、性骚扰行为的内容、时间、频率、范围等。若是性骚扰的内容涉及明显的性暗示、性挑逗、性暴力倾向，结合性骚扰行为持续时间较长、发生的频率较高、波及范围较大等，可合理推定性骚扰行为与受害人的精神痛苦之间具有因果关系。2、性骚扰行为影响持续时间内，受害人是否因精神问题就医等。此时受害人的病历等就医材料中会反映出受害人目前的精神状态、受害人自述精神问题的来源等，在无相反证据证明受害人的精神疾病系其自身基础性疾病导致或受到家暴等其他因素，相关的就医材料可以辅助证明性骚扰行为与受害人的精神痛苦或疾病之间是否有因果关系。3、综合双方当事人陈述、相关单位或机构出具的书证等在案证据材料，判断处理性骚扰的过程中有无涉及相关受害人精神痛苦或疾病的内容。如本案中，在傅某出具的保证书、公安机关处理的过程中等多处涉及到王某精神上的伤害，故虽无直接证据证明性骚扰行为与精神损害之间的因果关系，但可合理推断受害人精神伤害系发生于处理性骚扰问题过程中。

五、赔偿范围或承担责任的方式难以准确界定

因性骚扰行为会造成不同性质权益的损害后果，侵权人可能需要承担不同方式的民事责任，但在具体确定其需承担民事赔偿责任的金额或是民事责任的具体承担形式时，可能面临难以准确界定的困境。

首先，若性骚扰行为导致身体权、健康权益受损，与其他侵害生命权、身体权、健康权纠纷案件

类似，受害人可以主张赔偿医疗费、误工费、护理费、交通费、律师费等，人身权益损害若构成伤残等级的，还会涉及残疾赔偿金、精神损害抚慰金。具体的赔偿金额按照侵权责任填平原则，必要时根据鉴定意见确定相应的赔偿金额。

其次，若性骚扰行为导致受害人精神痛苦或精神疾病，受害人也可主张要求赔偿上述费用，包括精神损害抚慰金。但此时因为难以作出鉴定意见，一般仅能按照侵权责任填平原则，考量受害人实际发生的损失、双方当事人的过错程度等，由法院酌情判定。对于精神损害抚慰金，《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》（以下简称《精神损害司法解释》）未确定精神损害赔偿的具体计算方式，上海市司法实践中精神损害赔偿金额一般以不超过 5 万元人民币为宜，且对于涉及侵犯人身权益的案件，司法实践的裁判尺度相对统一，但对于导致受害人精神痛苦或精神疾病的性骚扰行为，司法实践中相关案例较少，司法裁判中往往难以把握其尺度，但笔者认为可参考前述《精神损害司法解释》中明确的确定精神损害赔偿数额可参考的相关因素，如侵权人的过错程度，侵权行为的目的、方式、场合等具体情节，侵权行为所造成的后果，侵权人的获利情况，侵权人承担责任的经济能力，受理诉讼法院所在地的平均生活水平等，根据具体案情综合考量确定性骚扰侵权责任纠纷案件中的精神损害抚慰金数额。

最后，从侵权人的角度，其承担民事责任的方式除了赔偿上述相应费用外，还可能包括停止侵权行为、赔礼道歉、消除影响、恢复名誉等。对于侵权人正在实施的性骚扰行为，受害人可以请求法院判令侵权人停止该性骚扰行为。对于性骚扰行为确实给受害人造成一定的损害后果的，受害人在主张要求侵权人承担相应民事赔偿责任的同时，也可主张要求侵权人赔礼道歉，如本案中法院即支持王某要求傅某赔礼道歉的诉请，为避免对受害人的二次伤害，赔礼道歉的方式以书面为宜且赔礼道歉内容不宜对外公开。对于性骚扰行为波及范围较大，在单位或者一定范围内给受害人的名誉造成损害的，受害人可主张要求侵权人消除影响、恢复名誉，但此时需要综合考虑性骚扰行为涉及的具体范围，准确界定消除影响、恢复名誉的范围，同时在消除影响、恢复名誉时还需要注意措辞等以防造成受害人的二次伤害。

【结语】

随着社会公众的性自主权利意识愈发觉醒，以及《民法典》第一千零一十条首次明确规定性骚扰侵权责任的相应民事责任及义务，性骚扰损害责任纠纷案件在未来的司法实践中会越来越多。但是，此类纠纷目前涉及的法律规定不够具体、司法实践也缺乏相关经验。上文从性骚扰侵权责任构成要件的角度，从性骚扰行为的认定、损害后果的特殊性、主观过错的特殊表现、因果关系认定困难、赔偿范围或承担责任的方式难以准确界定等方面，分析了司法实践中处理此类纠纷可能面临的难点与解决路径。通过上文分析，笔者试图为未来性骚扰损害责任纠纷案件的审理提供些许裁判思路。

*为方便网络发布，已删除脚注。

接触式婚恋诈骗中非法占有目的的审查

2021-07-13 人民司法 陈长福
https://mp.weixin.qq.com/s/sXs-h0xz6In3EP5xAPoaKw

接触式婚恋诈骗中非法占有目的的审查

文/陈长福 江 帆 罗晓楠

本文刊登于《人民司法》2021 年第 14 期

裁判要旨

婚恋诈骗是近年来较为常见的一种诈骗方式。以是否与被害人线下接触为标准，婚恋诈骗可以分为接触式婚恋诈骗与非接触式婚恋诈骗两种。较之于非接触式婚恋诈骗，接触式婚恋诈骗由于行为人与被害人之间不仅产生物理空间的线下交际，而且建立起了一定程度的婚恋关系，其间的经济往来是否构成诈骗罪存在较大的认定难度。作为转移占有型财产犯罪，是否具有非法占有目的是区分诈骗罪与民间借贷的重要界限，也是婚恋诈骗案件审理的难点，对这一主观要素的判断可以通过审查预备行为、被害人情况、钱款流动情况等方面综合审查。

案号

一审：（2020）沪 0115 刑初 2710 号

二审：（2020）沪 01 刑终 1726 号

案情

公诉机关：上海市浦东新区人民检察院。

被告人：陈尧。

法院经审理查明，2018 年 8 月， 被告人陈尧通过交友软件搭识被害人徐某， 以谈恋爱为名骗取徐某信任后，谎称母亲病重需借钱救治，于 2019 年 8 月 2 日骗得被害人徐某钱款 1 万元。

2019 年 7 月，被告人陈尧通过交友软件搭识被害人马某，以谈恋爱、结婚为名骗取马某信任后，于 2019 年 8 月至 2020 年 3 月间，谎称母亲病重、购买车辆作为网约车等理由，骗得马某钱款共计 158196 元。后归还 33388 元。

2020 年 3 月 13 日，被告人陈尧因重大作案嫌疑被抓获，其到案后供认了部分犯罪事实。

审判

浦东新区人民法院经审理认为， 被告人陈尧采用虚构事实、隐瞒真相的手段骗取公民财物，数额巨大，其行为已构成诈骗罪。被告人陈尧有前科， 酌情从重处罚。遂判决：被告人陈尧犯诈骗罪，判处有期徒刑 4 年 10 个月，并处罚金 2.8 万元；责令被告人陈尧向被害人徐某退赔违法所得 1 万元，向被害人马某退赔违法所得 124808 元。

一审宣判后，被告人陈尧不服判决，向上海市第一中级人民法院提出上诉。

上海一中院经审理认为，原审判决认定陈尧犯诈骗罪的事实清楚，证据确实、充分，定罪准确，量刑适当且审判程序合法，于 2021 年 1 月 15 日裁定驳回上诉，维持原判。

评析

婚恋诈骗是近年来较为常见的一种诈骗方式，其符合诈骗罪行为人以不法占有为目的实施欺诈行为→被害人产生错误认识→被害人基于错误认识处分财产→行为人取得财产→被害人受到财产上的损失的一般结构。以是否与被害人线下接触为标准，婚恋诈骗可以分为接触式婚恋诈骗与非接触式婚恋诈骗两种。前者是指行为人与被害人结识后，发生实际的物理空间接触，发展婚恋关系，从而诈骗钱财的行为，后者是指行为人不与被害人接触，仅通过线上互动的方式诈骗被害人钱财的行为。显然，较之于非接触式婚恋诈骗，接触式婚恋诈骗由于行为人与被害人之间不仅进行真实的线下交际，而且建立起了一定程度的恋爱

关系，其间的经济往来是否构成诈骗便存在较大的认定难度。本案一、二审控辩双方争议的焦点主要集中于被告人陈尧在与被害人马某交往过程中借款是否具有非法占有的目的。一、二审中，检察机关认为被告人陈尧以谈恋爱、结婚为名，谎称母亲病重、购买车辆作为网约车等理由，诈骗被害人马某钱财，主观上具有非法占有目的。辩护人则认为被告人陈尧主观上没有诈骗的故意，其与被害人马某之间的经济往来属于民间借贷。笔者认为，作为转移占有型财产犯罪的一种，是否具有非法占有目的是区分诈骗罪与民间借贷的重要界限。对这一主观要素的判断，可以通过审查预备行为、被害人情况、钱款流动情况等方面综合判断。

一、婚恋诈骗的预备行为往往表现为伪造、购买虚假证明材料等包装行为

犯意起始于犯罪预备阶段，对于主观故意的判断具有重要的意义。犯意属于行为人的内心活动，但在犯罪预备阶段仍会通过特定的外在行为表现出来。

在正常的男女恋爱交往中，一方或基于各种原因，夸大自身的经济实力或社会地位，隐瞒真实的家庭、身份情况，以期博得对方的好感，从而与对方建立起稳定的婚恋关系，这种情况实属正常， 一般不涉及刑事犯罪。甚至在民法中，基于上述欺瞒行为所缔结的婚姻关系既不属于婚姻可撤销的情形，也不属于婚姻无效的情形，所成立的婚姻仍是有效的。但过度的包装极有可能成为婚恋诈骗的预备行为。例如，行为人为虚构身份、财产情况、婚姻状态等而购买、伪造虚假证明文件等从而取得被害人的充分信任，根据行为方式的不同可能触犯招摇撞骗罪，伪造、变造、买卖国家机关公文、证件、印章罪，以及伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章罪等等。在婚恋诈骗中，行为人基于非法占有目的这一总体目标，将与被害人发展婚恋关系作为犯罪手段， 并以婚恋关系为掩护，策划一系列犯罪行为以实现诈骗财物的目的或实现其他非法目的。因此，当行为人产生犯意时，其主观意图往往会外化表现为具体的预备行为。随着被害人逐渐放松警惕，对行为人的信任加深，行为人将开始着手虚构事实、隐瞒真相向被害人索取钱财的实行行为。

本案中，被告人陈尧在网络上搭识被害人马某后，谎称其已离异、毕业于上海交通大学、在上海石化工作、给德国老板开车等，并伪造了结婚证和离婚证，以此获取被害人马某的信任。而在与马某交往不久后便向其谎称需要钱款为母治病，足见本案并非普通的因婚恋引起的民事借贷纠纷，而是被告人陈尧精心策划的婚恋诈骗犯罪，被告人陈尧在网络上搭识被害人马某之初就已有诈骗动机。

二、婚恋诈骗行为人通常与多名被害人发展婚恋关系

婚恋诈骗发生领域的特殊性决定了行为人往往与多名被害人发展婚恋关系。实践中，婚恋诈骗案件案发后往往会有多名被害人浮出水面，行为人的诈骗对象通常并不固定。一般而言，婚恋诈骗案件具有以下三点特征：

首先，婚恋诈骗的行为人是在非法占有目的这一概括的犯意支配下与被害人结识、交往，其关注的是如何从被害人处诈骗财物。对行为人而言，只需要合适的被害人，无需固定的被害人。只要能从被害人处诈骗财物，行为人便会想方设法与之交往， 以使犯罪收益最大化。因此，司法实践中如果被告人存在“一脚踏多船” 的情形时，其行为趋向婚恋诈骗的倾向愈发显著。

其次，在接触式婚恋诈骗中一般不存在犯罪团伙，行为人大多都是单独作案，行为人受制于精力、时间、人手等客观因素，无法编造出环节复杂、构思巧妙的骗局，往往是先给自己编造一个完美的人设， 并精心准备一两套话术， 从而达到“ 一招制敌”“屡试不爽”的目的。因此，在案发后，被害人陈述中所述的行为人的借款理由往往相近，甚至一致。在审理婚恋诈骗案件时，如果存在多名被害人，且陈述可以互相印证，一般可以证实被告人具有非法占有的目的。

最后，接触式婚恋诈骗的被害人在生活阅历、婚姻状况、户籍地或经常居住地、性格特征、外貌类型等方面具有相似性。由于在接触式婚恋诈骗中行为人需要与被害人发生实质的物理空间的交

往，加之行为人单独作案所受制的上述客观因素，行为人在挑选后续被害人时往往会根据诈骗首名被害人的成功经验进行复制，以最小的脑力成本换取最高的犯罪收益。

本案中，被害人徐某与马某互不相识，且无利害关系，其陈述中均提及被告人谎称母亲重病需钱治病的情况，陈述内容可以相互印证，法院因此认定被告人陈尧在与两名被害人交往过程中均实施了虚构母亲重病需钱治病，博取被害人同情进而骗取钱财的行为。

三、婚恋诈骗中的钱款流动呈现一定的规律

婚恋诈骗案件中的行为人是否具有非法占有的目的，可以通过涉案钱款的流动规律进行综合判断。

其一，判断行为人与被害人结识的时间与行为人向被害人索要钱款时间点的时间间隔是否短暂。婚恋诈骗的行为人是为了骗取被害人钱财而与其结识、交往，行为人从设法结识被害人到编织谎言骗取钱财之间的时间间隔不会太久，行为人缺乏足够的耐心。本案中，被告人陈尧通过交友软件于 2018 年 8 月搭识被害人徐某，以谈恋爱为名骗取徐某信任后，谎称母亲病重需借钱救治，于 2019 年 8 月 2 日骗得被害人徐某钱款 1 万元。嗣后，被告人陈尧通过交友软件于 2019 年 7 月搭识被害人马某，以谈恋爱、结婚为名骗取马某信任后，于 2019 年 8 月开始谎称母亲病重、购买车辆作为网约车等理由，骗得马某钱款共计 158196 元。两起案件中，从被告人搭识被害人到被告人向被害人开始索要钱财的时间间隔并不是很长，可见被告人从结识被害人之初便持有诈骗被害人财物的故意，只是等待取得被害人一定的信任后便提出索要财物的要求，也印证了在接触式婚恋诈骗中由于行为人是单独作案，话术单一，犯罪进程相近。

其二，判断行为人给付钱款的数额与被害人给付钱款数额的差额是否悬殊。在正常的异性婚恋关系中，双方会互赠一定的礼物，或产生一定数额的财产给付，这些均属正常。而在婚恋诈骗案中，由于行为人一开始就是抱有非法占有的目的，因此钱款的流动具有异常性。在此类案件中，一方经常性地向另一方投入资金开销，且这种资金的投入已超出基本常理、不符合双方正常的生活标准，往往呈现一方永久性支出，另一方永久性获益，或者一方获益畸高，另一方付出畸低的异常现象。司法实践中，被告人往往辩解其与被害人之间是诚心交往，被害人自愿给付其钱款，且其对被害人也有一定支出，甚至还款。诚然，行为人在与被害人交往过程中或基于各种事由产生经济往来，行为人亦有可能向被害人给付了一定数量的财物，如买礼物、请吃饭、购买日用品等等，但这不过是行为人从被害人处榨取更大利益的手段而已，与被害人方给付的钱款数量相比差额悬殊。行为人如有还款行为，但还款数额显著低于被害人支出，虽可从犯罪数额中扣除，但不得作为排除非法占有目的的根据。

其三，判断钱款的用途。在婚恋诈骗案件中，行为人经常编造购买某样必需品、垫付资金、治病救人等理由向被害人索要钱财。被害人往往基于对行为人的信任或对与其未来共同生活的期望而出手“救济”。得款后，行为人或直接转移钱款，或挥霍一空。本案中，被告人陈尧在与被害人马某交往过程中谎称买车辆作为网约车，其后又称不符合申请网约车条件改为租车牌等，最后将钱款花销一空，法院因此认定被告人陈尧以购买网约车为由，骗取被害人马某购车款。此外，被告人陈尧还辩解其从被害人马某处获取的部分钱款用于共同租房、生活消费及现金还款被害人马某 2 万元，但其既未提出用于共同消费和现金还款的证据，又对共同租房的情况辩称无书面租房合同，不知房东姓名，故对其辩解法院不予采信。

综上分析，非法占有目的的认定是婚恋诈骗案件审理中的难点，尤其是在接触式婚恋诈骗中，行为人与被害人建立了一定的恋爱关系，其间发生的经济往来能否作为诈骗犯罪处理更应慎重。通过对预备行为、被害人情况、钱款流动情况等方面综合审查，可以基本明确行为人内心是否具有诈骗被害人钱财的故意，对办理类似案件具有一定参考意义。

作者单位：上海市浦东新区人民法院

对外国法院判决的承认与执行的非实质审查原则丨至正研究

原创：2021-07-19 至正研究 熊燕
https://mp.weixin.qq.com/s/nOkDk7gfmGoJyEJYvDPDpA

作者简介
熊燕，上海市第二中级人民法院未成年人与家事案件综合审判庭婚姻家庭纠纷审判团队审判员

对外国法院判决的承认与执行的非实质审查原则

——伊某娜申请承认与执行白俄罗斯法院民事判决案

【裁判要旨】

外国当事人可依据双边司法协助条约向人民法院申请承认与执行外国法院民事判决，人民法院仅就判决是否符合承认与执行的积极和消极要件进行审查，一般不对外国判决的实体问题进行审查。

【案情】

伊某娜与灭某某 2016 年 6 月 30 日在白俄罗斯登记结婚。婚后，双方于 2017 年 4 月 29 日生育女儿小娜。孩子满三岁之前，伊某娜在休假育婴，灭某某未提供物资支持。伊某娜向白俄罗斯明斯克市十月区法院诉请要求，每个月从灭某某索取 35 笔基本款项作为她的赡养费。灭某某委托谢尔比奇（Scherbich U.V）律师参加诉讼，该方对该案法庭说明，由于灭某某住在生活费用最高的上海市，承担巨大的住宿费、交通费及膳食费，因此，灭某某能够为伊某娜提供金额为 1 笔基本款项的物质支持作为赡养费。2018 年 12 月 12 日，白俄罗斯共和国明斯克市十月区法院作出判决：为伊某娜的利益从灭某某索取赡养费，金额为每个月 15 笔基本款项，自 2018 年 5 月 3 日起至 2017 年 4 月 29 日出生的女儿小娜满三岁为止。该判决作出后，于 2018 年 12 月 29 日起发生法律效力。因为灭某某在中华人民共和国境内居住和工作，故该判决在白俄罗斯境内并未执行。

中国与白俄罗斯缔结了《中华人民共和国和白俄罗斯共和国关于民事和刑事司法协助的条约》（以下简称《中白司法协助条约》）。2019 年 4 月 2 日，伊某娜向白俄罗斯明斯克市十月区法院提出承认与执行该判决的请求，该法院按照前述条约规定的途径向上海市第二中级人民法院转交了上述请求。

根据被申请人灭某某提交的与其委托律师的微信聊天记录记载，被申请人委托的律师于 2018 年 12 月 21 日曾告知被申请人，每个月为了其前妻的利益被申请人应当支付 367.5 卢布直至孩子满三岁止。

另，根据 2020 年 7 月 17 日白俄罗斯共和国驻上海总领事馆转交的白俄罗斯共和国司法部的信函记载，“基本款项”是白俄罗斯共和国一个特殊的经济指标，例如在确定国家税率、罚款目的、社会福利数额时考虑。2017 年 12 月 12 日编号 997《关于基本款项数额的规定》白俄罗斯共和国部长会议规定自 2018 年 1 月 1 日基本款项的数额为 24.5 卢布。2018 年 12 月 27 日编号 956《关于基本款项数额的规定》白俄罗斯共和国部长会议规定自 2019 年 1 月 1 日起基本款项的数额为 25.5 卢布。2019 年 12 月 13 日编号 861《关于基本款项数额的规定》白俄罗斯共和国部长会议规定自 2020 年 1 月 1 日起基本款项的数额为 27 卢布。

审理中，被申请人灭某某陈述意见称，2018 年 4 月申请人假装与被申请人关系尚好，让被申请人去到白俄罗斯，被申请人在此情况下参与案件诉讼，当时委托了一名叫作谢尔比奇的律师参与诉讼；2018 年 4 月至 10 月期间，被申请人实际通过微信向申请人支付了抚养费和赡养费，比白俄罗斯法院判决确定的金额还要高，但申请人开庭时予以否认，该国法院也没有认可被申请人提交的证据；关于赡养费支付标准，当时委托律师根据被申请人收入情况，向法庭提出仅能承担 1 笔基本款项，但被申请人本人并不清楚 1 笔基本款项是多少钱，2018 年 12 月判决作出后，被申请人的律师曾在微信中告知了一个数额；被申请人并非白俄罗斯国籍也非中国公民，白俄罗斯的判决只照顾该国公民，只允许被申请人每年两周的时间探望女儿且必须被申请人自行前往白俄罗斯共和国，被申请人认为不公平，有权利不执行该判决。

【裁判】

上海市第二中级人民法院经审理认为，本案系申请承认与执行外国法院判决纠纷案件。本案中，灭某某经常居住地在我国上海市普陀区，且在上海市实际工作，上海市第二中级人民法院作为经常居住地法院，对本案享有管辖权。灭某某辩称，其并非白俄罗斯公民亦非我国公民，该理由并不影响上海市第二中级人民法院依法对本案享有管辖权。

《中白司法协助条约》第二条规定，“司法协助的联系途径：一、除本条约另有规定外，缔约双方的法院和其他主管机关相互请求和提供民事与刑事司法协助，应通过双方各自的中央机关进行联系。二、第一款中的中央机关，在中华人民共和国方面系指中华人民共和国司法部；在白俄罗斯共和国方面系指白俄罗斯共和国司法部。”条约第十八条规定，“承认与执行法院裁决的请求：一、承认与执行法院裁决的请求由申请人向作出该项裁决的缔约一方法院提出，该法院按照本条约第二条规定的途径转交给缔约另一方法院。申请承认与执行裁决的当事人亦可直接向该缔约另一方法院提出申请。二、申请承认与执行法院裁决的请求书应附有下列文件：（一）经法院证明无误的裁决副本；如果副本中没有明确指出裁决已经生效和可以执行，还应附有法院为此出具的文件；（二）法院出具的有关在请求缔约一方境内执行裁决情况的文件；（三）证明未出庭的当事一方已经合法传唤，或在当事一方没有诉讼行为能力时已得到适当代理的证明；（四）本条所述请求书和所附文件的经证明无误的译本。”经审查，申请人伊某娜系向白俄罗斯共和国明斯克市十月区法院提出承认与执行法院裁决的请求，该请求经白俄罗斯共和国司法部与中华人民共和国司法部之间的联系途径转交与上海市第二中级人民法院。同时转交的文件，包括经证明无误的判决副本、该判决已经生效和可以执行的证明、该判决在白俄罗斯共和国境内执行情况的证明、灭某某已经合法传唤的证明，以及申请书及上述各文件的中文译本，故伊某娜的申请符合白俄罗斯共和国同我国缔结的国际条约规定的形式要件。

《中白司法协助条约》第二十一条规定，“有下列情形之一的法院裁决，不予承认与执行：（一）根据作出裁决的缔约一方的法律，该裁决尚未生效或不具有执行力；（二）根据被请求承认与执行裁决的缔约一方的法律，被请求的缔约一方法院对该案件有专属管理权；（三）根据作出裁决的缔约一方法律，未出庭的当事一方未经合法传唤，或在当事一方没有诉讼行为能力时未得到适当代理；（四）被请求承认与执行裁决的缔约一方的法院对于相同当事人之间就同一标的的案件已经作出了生效裁决，或正在进行审理，或已承认了在第三国对该案件所作的生效裁决；（五）承认与执行裁决有损于被请求的缔约一方的主权、安全和公共秩序。”经审查，白俄罗斯共和国明斯克市十月区法院就伊某娜与灭某某婚姻家庭纠纷案于 2018 年 12 月 12 日所作的判决，已经生效，且具有给付内容，具有执行力；我国法院就伊某娜与灭某某婚姻家庭纠纷案并不具有专属管辖权；灭某某在该案诉讼中已得到合法传唤，且承认其委

托律师参加了诉讼；就伊某娜与灭某某婚姻家庭纠纷案，我国法院并无正在进行之诉讼，亦不存在已生效裁决，更未承认他国就该案件所作之生效裁决；上述判决系对申请人与被申请人之间婚姻家庭关系作出，承认该民事判决并不违反我国法律的基本原则或者国家主权、安全、社会公共利益。

综上，对申请人伊某娜提出承认与执行白俄罗斯共和国明斯克市十月区法院判决的请求，可予支持，但赡养费的具体金额以执行时白俄罗斯卢布与人民币的实际汇率为准。

灭某某主张其 2018 年 4 月至 10 月期间，通过微信实际支付了赡养费和抚养费。因本案属于司法协助案件，并不涉及双方当事人实体权利义务的审查，在白俄罗斯法院已就此作出判决的情况下，对被申请人的该项主张，本院不予支持。

综上，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百八十一条、第二百八十二条、《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》第五百四十三条、第五百四十六条第一款的规定，裁定如下：承认并执行白俄罗斯共和国明斯克市十月区法院就伊某娜与灭某某婚姻家庭纠纷案于 2018 年 12 月 12 日所作的判决。

【评析】

本案系外国当事人通过条约约定途径由外国法院转交申请，请求我国法院承认并执行外国法院判决的案件，请求承认与执行的判决涉及最为传统的国际间民事交往。白俄罗斯判决所确定的配偶赡养费在我国没有相应的实体法律依据，同时，该国法院对微信转账凭证的不予采信是“显而易见”的事实认定错误。那么，我们是否可以因该外国法院判决在法律适用及事实认定上与人民法院适用法律及认定事实存在差异而拒绝承认与执行，或对外国原判决的结论做一些实质性变动再予以承认与执行呢？答案是否定的。一般而言，人民法院仅就判决是否符合承认与执行的积极和消极要件进行审查，不对外国判决的实体问题进行审查。

一、我国《民事诉讼法》关于外国法院承认与执行的规定

《民事诉讼法》第 281 条规定：“外国法院作出的发生法律效力的判决、裁定，需要中华人民共和国承认和执行的，可以由当事人直接向中华人民共和国有管辖权的中级人民法院申请承认和执行，也可以由外国法院依照该国与中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的规定，或按照互惠原则，请求人民法院承认和执行。”第 282 条规定：“人民法院对申请或者请求承认和执行的外国法院作出的发生法律效力的判决、裁定，依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则进行审查后，认为不违反中华人民共和国法律的基本原则或者国家主权、安全、社会公共利益的，裁定承认其效力，需要执行的，发出执行令，依照本法的有关规定执行。违反中华人民共和国法律的基本原则或者国家主权、安全社会公共利益的，不予承认和执行。”即人民法院承认和执行外国民商事判决有三项基本条件：一是我国与外国缔结或参加了承认和执行民商事判决方面的国际条约，或者存在互惠关系；二是外国民商事判决已经发生法律效力，即为确定判决；三是承认和执行该外国民商事判决不违反法律的基本原则或者国家主权、安全、社会公共利益。

从上述规定看，我国《民事诉讼法》外国法院判决的承认和执行制度只作了原则性规定。是否对外国法院判决的事实认定和法律适用做实质审查，有赖于国际条约的规定或互惠原则的界定。然而，从我国目前对外签订的含有双边相互承认和执行法院裁判的条约规定来看，承认和执行的条件并不包括对法院裁判实质问题的审查，甚至部分双边条约中明确约定不得对请求承认和执行的外国法院判决进行实质审查，如我国与秘鲁、阿联酋、立陶宛等国签订的双边司法协助条约。因此，不难看出，我国立法和司法实践对外国民商事判决采取的非实质审查模式，并不实质审查

请求国法院判决事实认定和法律适用是否存在错误。

二、被申请人关于实质问题的抗辩不构成不予承认和执行的事由

我国与白俄罗斯签订有《关于民事和刑事司法协助的条约》，该条约第十九条第二款关于承认和执行法院裁定的程序规定明确，被请求法院只能审查该裁决是否符合条约的规定。

本案审理中，被申请人灭某某的辩称意见中有两点涉及判决的实体问题：

（1）赡养费支付的起始时间即已支付的月份是否应当扣除的问题。灭某某提出，2018 年 4 月至 10 月期间，其实际通过微信支付了赡养费，比白俄罗斯法院判决确定的金额还要高，但在白俄罗斯的诉讼中伊某娜予以否认，白俄罗斯法院因对微信程序的不了解而没有认可灭某某提交的证据。灭某某通过微信支付赡养费的相关交易记录，经审查，已经符合我国民事诉讼法的相关规定，能够证明灭某某已经支付 2018 年 4 月至 10 月期间相关费用的事实。然而，本案外国判决并未采信上述证据，仍然判令灭某某自 2018 年 5 月起支付赡养费。

（2）白俄罗斯判决只照顾该国公民伊某娜，只允许灭某某每年两周的时间探望女儿且必须由灭某某自行前往白俄罗斯，灭某某认为这种判决对其不公平。本案所涉及的判决只是灭某某与伊某娜婚姻家庭纠纷中若干判决之一，对双方所生子女的探望与本案存在关联，但人民法院与白俄罗斯法院对子女探望问题的裁判显然存在较大差异。

就上述两点，本案最终认为，人民法院不对外国判决实体问题的正确性进行审查，因此，被申请人灭某某的两点抗辩意见不构成对白俄罗斯判决不予承认和执行的事由。这不仅符合我国与白俄罗斯双边司法协助条约的规定，更在于如若对请求承认和执行的外国判决进行全面的事实认定和法律适用正确与否的评判，无异于让当事人被迫在被请求国基于同样的诉求再次进行诉讼，这无疑与国际法律合作的要求相悖。同时，对于国际民事交往的通常情形而言，要求被请求法院对发生在不熟悉的国外的事实和事件进行评估是不合时宜的任务。

三、对外国判决中“陌生”概念予以查明不违反非实质审查的要求

本案以非实质审查原则排出了被申请人两项抗辩意见的采纳后，仍然存在一个问题与该原则的适用密切相关。即，被请求承认和执行的白俄罗斯判决虽然要求债务人履行一定的金钱给付义务，但因判决内容中存在“基本款项”这一“陌生”概念，故金钱给付义务的具体内容对于当事人及人民法院而言都是不清楚的。审理中，有观点认为，这一情形表明该外国判决不明确，故而不具有执行力。但本案最终未采纳这一观点。已经生效之判决是否具有执行力，依其性质而定，金钱给付义务在判决作出国能够付诸执行即是其具有执行力的表征，因语言或制度差异而导致的在被请求国的理解不能，不构成判决不具有执行力的事由。

本案尝试借鉴外国法查明途径，向外国使领馆发函询问，最终明晰了判决中涉及的“基本款项”的含义。那么，对该概念的查明是否构成对原外国判决的实质变更从而构成对非实质审查原则的违反呢？笔者以为，就本案所涉概念的查明来看，“基本款项”仅仅只是一项在请求国范围内公开的、定期予以调整的、一定期限内保持稳定的经济指标，查明该概念并不构成对外国法院判决结论的改变，只是基于需执行之判决系外国法院作出，而由被请求国法院出于审执兼顾的特别考虑为促进国际合作而作出的努力。这仍然符合承认与执行外国判决进行非实质审查的原则。

浮出水面的录像|至正•法官札记 57

2021-07-26 上海二中院

https://mp.weixin.qq.com/s/FCr_M14ii9Kqdb6lJzgADw

本期主笔：李彦
少年家事庭入额法官
新加坡国立大学
全日制法学硕士

我是李彦，不知不觉，从静安法院遴选到上海二中院已经 3 个多月了。作为一名长期接触各类继承案件的法官，我曾听到有当事人和律师抱怨，法院对代书遗嘱要求过于严苛，明明符合法律规定的代书遗嘱却被认定无效。

那么，为什么当事人觉得完全符合法律规定的代书遗嘱会被认定无效呢？我在审判工作中就碰到了下面这个典型案件。

1、疑点：突然出现的遗嘱

刘老太是一处公有住房的承租人，生育了张丽、张燕两个子女，其中张燕的户籍登记在该处公房内。**2020 年，该处公房被征收，刘老太与张燕等户籍人口就征收利益分割发生纠纷，**刘老太遂诉至法院，要求依法分割征收利益。

然而在案件审理中，刘老太不幸因病去世。一审法院通知张燕、张丽作为继承人到院接受调查。**在调查中，张燕、张丽均表示刘老太生前没有留下遗嘱。**

但是到了开庭当天，张丽突然当庭提交了一份刘老太捺有手印的代书遗嘱，且有代书人到庭作证，证明遗嘱的真实性。

张燕表示，刘老太是文盲，根本就不识字，上面的手印亦无从查证真伪，对遗嘱的真实性、合法性均不能认可。

经法院询问，张丽表示虽无现场录像，但遗嘱完全符合法定形式要件，应当认定合法有效。

一审法院经审理认为，张丽在调查时明明确认没有遗嘱，却在庭审时突然提交遗嘱，其行为十分可疑。张丽等在场人员都有手机，具备录像条件，却未进行录像，导致遗嘱上的手印来源无从查证，且刘老太确属文盲，故**法院未认可该遗嘱的真实性，按照法定继承处理了本案。**

2、转折：浮出水面的录像

张丽不服一审判决，提起上诉，并随上诉状提交了录像一份。

在录像中，见证人都在刘老太的病房里，刘老太在听完他人朗读的遗嘱内容后，在遗嘱的签名处捺印。

张丽认为，一审判决因为没有录像所以不认遗嘱，现在其提交了录像，自然胜券在握。

看过上诉状后，我询问张丽，既然明明持有录像，为何要欺骗一审法院，要求其说明理由。

张丽表示，她在一审中有顾虑，但现在因为没有录像输掉了一审，所以二审提交。张丽进一步表示，其承认其行为违反法律规定，愿意接受法院的处罚，但是该录像与案件基本事实有关，法院应当依法采纳。

张丽提供的理由显然不足以解释其故意不提供对其有利证据的行为，这让我带着疑惑打开了遗嘱录像。

3、真相：违反法律规定的遗嘱无效

因张丽故意逾期提交证据，法庭依法对其进行了处罚。

但是让张丽万万没有想到的是，二审判决依然没有认可遗嘱效力，她又输了。

原来，刘老太订立代书遗嘱时，现场除了见证人外，张丽和张丽的儿子小王也在场。

见证人在现场并没有根据刘老太口述来起草遗嘱，也没有和刘老太确认其本人意愿。反而是小王手持一份已经写好的遗嘱，反复跟刘老太确认。

“……外婆，我写了份东西读给你听听，你听好了以后，你要帮我签字，你知道吧？”

“为了避免家庭纠纷，所以我写了份东西，需要你签字……”

“我刚刚和你讲的晓得了吗？我刚刚和你讲的你同意吗？”

“就是等您百年，您百年以后您的东西都留给我妈。”

在刘老太明确说“我听不清”的情况下，小王引导刘老太在遗嘱上捺手印。

在这种情况下，见证人虽然挂名，但实际没有履行见证人的职责，相反是利害关系人小王在操作这件事情，而且存在明显的诱导和违反立遗嘱人意愿的行为，在程序和实体上均严重违反了法律规定的精神，**二审法院遂维持一审认定，否定了代书遗嘱的效力。**

对于当事人订立的代书遗嘱，应当形式和实质并重，法律设置见证人、代书人的根本目的在于保证被继承人通过见证人、代书人完成立遗嘱的事宜。如果被继承人确实有意订立遗嘱的，应当让代书人、见证人与被继承人共同、独立依照法定形式完成立遗嘱的行为。

一份遗嘱，可能是一份心意的寄托，也可能是一种家风的传承，而无论如何，都不该是亲情反目的手段和借口。家和万事兴！

责任编辑：张羽

人像摄影：施蕾

子女代父母签名出售共有房屋会怎样|至正•论案

2021-07-28 上海二中院

https://mp.weixin.qq.com/s/ypV5T4Zmd5Tz2jP3lhMh7w

本期主笔：高勇

民庭法官助理

复旦大学全日制法学硕士

乍一看标题，不禁想到子女代父母签名卖房的 N 种情形，比如卖的房子究竟登记在谁名下，合同中的出售方具体是谁，又是如何签字的.....情节不同，法律效果也会不同。

近日，上海二中院审结了一起由女儿代父母签名卖房的案件，后因父母反悔，房屋最终未能交易成功。结合这起案件，一起看看共同共有房屋交易中，代为签名卖房的合同效力认定及责任负担问题。

案　情

张女士与父母及丈夫四人共同共有一套房屋。2019 年郑先生欲购买该房屋，但签订房屋买卖居间合同当天，仅张女士夫妇到场，其父母并未到场，**合同甲方中父母二人的签名由张女士代签。**

为此，张女士出具《承诺书》保证自己有权出售房屋，且父母委托自己代为签约，并收取定金，**否则愿意承担定金罚则，双倍返还定金。**签约当天，郑先生支付了 100 万元定金。

后因张女士的丈夫涉嫌犯罪被刑事拘留，加之张女士父母表示不同意出售房屋，买卖双方未能完成网签。郑先生发函催告未果后，双方签订解约协议，约定居间合同解除并退还郑先生定金本金 100 万元，其他责任另行协商或诉讼解决。**当天，张女士返还郑先生定金本金 100 万元。**

随后，郑先生向法院起诉，请求确认居间合同解除，张女士夫妇再向其返还定金 100 万元。

裁　判

一审法院以合同无效为由，判决驳回了郑先生的全部诉讼请求。郑先生不服，提起上诉。

上海二中院认为，郑先生在居间方撮合下与张女士夫妇就房屋买卖的细节达成一致，最终形成客观真实的合同文本并签名盖章，据此可以认定居间合同已依法成立。虽然张女士父母在签约时并未到场，两人签名由张女士代签，但该行为并不影响合同成立。

居间合同中，张女士夫妇作为房屋权利人，两人签名出售房屋属于有权处分且意思表示清晰明确，应受合同约束。**而张女士父母对女儿的无权代理行为不予追认，居间合同依法对两人不发生效力。**

据此，上海二中院支持了郑先生请求确认合同解除的诉讼请求，并最终判决张女士夫妇向郑先生支付定金 100 万元。

评　析

共有房屋买卖纠纷中，对合同效力的认定往往是案件审理的关键。本案中，郑先生诉请法院确认居间合同解除，因合同仅在有效时才产生解除问题，故需要对居间合同的法律效力作出认定。又因依法成立的合同是判断合同效力的前提，在对效力作出认定前须对合同成立与否作出判断。

一、关于合同成立与否的判断

合同成立的实质要件是双方相向的意思表示达成一致或者多方形成对合的意思表示，而这一实质要件在实践中最为常见的书面合同中的体现形式是“签名、盖章或者按指印”。

基于合同成立与不成立是完全排斥的关系，以及与相对方形成相向或对合意思表示前需要合同一方当事人内部达成一致，因此，**在判断合同成立时应将合同一方当事人作为整体对待。**当然，仅需当事人作出单方意思表示即可使其受到约束的不在此列，如保证合同中的保证人。

此外，鉴于我国法律将合同成立与生效进行区分，并将当事人是否具备民事行为能力、意思表示是否真实以及是否存在委托代理关系等规定为影响合同效力的因素，因此在判断合同是否成立时无需考虑上述因素。

本案中，张女士代父母签名使得居间合同的甲方在外观上满足了法律规定的“签名”这一形式要件，且从狭义无权代理中被代理人追认权的制度设计来看，法律是认可此种情形下合同成立

的，否则被代理人行使追认权的基础也将随之丧失。正是基于此，上海二中院认为张女士代理签约不影响合同成立。

二、关于合同法律效力的判断

与合同是否成立呈现非此即彼的互斥关系不同，合同效力则具有多元性，除了常见的有效和无效，还存在成立但未生效、效力待定及可撤销等效力状态，当然也存在部分有效、部分无效以及仅对部分当事人产生约束力的形态。

本案中，居间合同虽然依法成立，但是其是否对合同载明的各当事人，尤其是张女士父母，均产生法律约束力仍应结合合同的签订情况及相关法律规定进行判断。

居间合同甲方四人中，虽然张女士夫妇签名售房属于有权处分，但是张女士代其父母签名的无权代理行为未获追认，**在合同一方当事人兼具有权处分和无权代理的情况下，无法将该方作为整体来判断居间合同对四人“有”或者“没有”法律约束力，而只能区别认定。**

鉴于居间合同未获追认而对张女士父母不产生法律效力，仅能根据张女士夫妇签名售房的真实意思表示认定居间合同在该两人与郑先生之间合法有效。

共有房屋买卖是房产案件中较为复杂却又“常遇常新”的纠纷类型，一方面是因为它汇集了物权变动与合同效力这两大民法基本命题，另一方面在于共有类型、合同主体及签约方式等稍有变化就会产生完全不同的法律效果，需要谨慎考量、区别对待。

责任编辑：翟珺
人像摄影：施蕾

（三）检察官视点

全文丨《人民检察院民事诉讼监督规则》

2021-07-26 最高人民检察院

https://mp.weixin.qq.com/s/NadEbNNPpdFC-DDcsH538g

人民检察院民事诉讼监督规则

（2021 年 2 月 9 日最高人民检察院第十三届检察委员会第六十二次会议通过，自 2021 年 8 月 1 日起施行）

目录

第一章 总则
第二章 回避
第三章 受理
第四章 审查
第一节 一般规定
第二节 听证
第三节 调查核实
第四节 中止审查和终结审查
第五章 对生效判决、裁定、调解书的监督
第一节 一般规定
第二节 再审检察建议和提请抗诉
第三节 抗诉
第四节 出庭
第六章 对审判程序中审判人员违法行为的监督
第七章 对执行活动的监督
第八章 案件管理
第九章 其他规定
第十章 附则

第一章 总则

第一条 为了保障和规范人民检察院依法履行民事检察职责，根据《中华人民共和国民事诉讼法》《中华人民共和国人民检察院组织法》和其他有关规定，结合人民检察院工作实际，制定本规则。

第二条 人民检察院依法独立行使检察权，通过办理民事诉讼监督案件，维护司法公正和司法权威，维护国家利益和社会公共利益，维护自然人、法人和非法人组织的合法权益，保障国家法律的统一正确实施。

第三条 人民检察院通过抗诉、检察建议等方式，对民事诉讼活动实行法律监督。

第四条 人民检察院办理民事诉讼监督案件，应当以事实为根据，以法律为准绳，坚持公开、公平、公正和诚实信用原则，尊重和保障当事人的诉讼权利，监督和支持人民法院依法行使审判权和执行权。

第五条 负责控告申诉检察、民事检察、案件管理的部门分别承担民事诉讼监督案件的受理、办理、管理工作，各部门互相配合，互相制约。

第六条 人民检察院办理民事诉讼监督案件，实行检察官办案责任制，由检察官、检察长、检察委员会在各自职权范围内对办案事项作出决定，并依照规定承担相应司法责任。

第七条 人民检察院办理民事诉讼监督案件，根据案件情况，可以由一名检察官独任办理，也可以由两名以上检察官组成办案组办理。由检

察官办案组办理的，检察长应当指定一名检察官担任主办检察官，组织、指挥办案组办理案件。

检察官办理案件，可以根据需要配备检察官助理、书记员、司法警察、检察技术人员等检察辅助人员。检察辅助人员依照有关规定承担相应的检察辅助事务。

第八条 最高人民检察院领导地方各级人民检察院和专门人民检察院的民事诉讼监督工作，上级人民检察院领导下级人民检察院的民事诉讼监督工作。

上级人民检察院认为下级人民检察院的决定错误的，有权指令下级人民检察院纠正，或者依法撤销、变更。上级人民检察院的决定，应当以书面形式作出，下级人民检察院应当执行。下级人民检察院对上级人民检察院的决定有不同意见的，可以在执行的同时向上级人民检察院报告。

上级人民检察院可以依法统一调用辖区的检察人员办理民事诉讼监督案件，调用的决定应当以书面形式作出。被调用的检察官可以代表办理案件的人民检察院履行相关检察职责。

第九条 人民检察院检察长或者检察长委托的副检察长在同级人民法院审判委员会讨论民事抗诉案件或者其他与民事诉讼监督工作有关的议题时，可以依照有关规定列席会议。

第十条 人民检察院办理民事诉讼监督案件，实行回避制度。

第十一条 检察人员办理民事诉讼监督案件，应当秉持客观公正的立场，自觉接受监督。

检察人员不得接受当事人及其诉讼代理人、特定关系人、中介组织请客送礼或者其他利益，不得违反规定会见当事人及其委托的人。

检察人员有收受贿赂、徇私枉法等行为的，应当追究纪律责任和法律责任。

检察人员对过问或者干预、插手民事诉讼监督案件办理等重大事项的行为，应当按照有关规定全面、如实、及时记录、报告。

第二章 回避

第十二条 检察人员有《中华人民共和国民事诉讼法》第四十四条规定情形之一的，应当自行回避，当事人有权申请他们回避。

前款规定，适用于书记员、翻译人员、鉴定人、勘验人等。

第十三条 检察人员自行回避的，可以口头或者书面方式提出，并说明理由。口头提出申请的，应当记录在卷。

第十四条 当事人申请回避，应当在人民检察院作出提出抗诉或者检察建议等决定前以口头或者书面方式提出，并说明理由。口头提出申请的，应当记录在卷。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第四十四条第二款规定提出回避申请的，应当提供相关证据。

被申请回避的人员在人民检察院作出是否回避的决定前，应当暂停参与本案工作，但案件需要采取紧急措施的除外。

第十五条 检察人员有应当回避的情形，没有自行回避，当事人也没有申请其回避的，由检察长或者检察委员会决定其回避。

第十六条 检察长的回避，由检察委员会讨论决定；检察人员和其他人员的回避，由检察长决定。检察委员会讨论检察长回避问题时，由副检察长主持，检察长不得参加。

第十七条 人民检察院对当事人提出的回避申请，应当在三日内作出决定，并通知申请人。申请人对决定不服的，可以在接到决定时向原决定机关申请复议一次。人民检察院应当在三日内作出复议决定，并通知复议申请人。复议期间，被申请回避的人员不停止参与本案工作。

第三章 受理

第十八条 民事诉讼监督案件的来源包括：

（一）当事人向人民检察院申请监督；

（二）当事人以外的自然人、法人和非法人组织向人民检察院控告；

（三）人民检察院在履行职责中发现。

第十九条 有下列情形之一的，当事人可以向人民检察院申请监督：

（一）已经发生法律效力的民事判决、裁定、调解书符合《中华人民共和国民事诉讼法》第二百零九条第一款规定的；

（二）认为民事审判程序中审判人员存在违法行为的；

（三）认为民事执行活动存在违法情形的。

第二十条 当事人依照本规则第十九条第一项规定向人民检察院申请监督，应当在人民法院作出驳回再审申请裁定或者再审判决、裁定发生法律效力之日起两年内提出。

本条规定的期间为不变期间，不适用中止、中断、延长的规定。

人民检察院依职权启动监督程序的案件，不受本条第一款规定期限的限制。

第二十一条 当事人向人民检察院申请监督，应当提交监督申请书、身份证明、相关法律文书及证据材料。提交证据材料的，应当附证据清单。

申请监督材料不齐备的，人民检察院应当要求申请人限期补齐，并一次性明确告知应补齐的全部材料。申请人逾期未补齐的，视为撤回监督申请。

第二十二条 本规则第二十一条规定的监督申请书应当记明下列事项：

（一）申请人的姓名、性别、年龄、民族、职业、工作单位、住所、有效联系方式，法人或者非法人组织的名称、住所和法定代表人或者主要负责人的姓名、职务、有效联系方式；

（二）其他当事人的姓名、性别、工作单位、住所、有效联系方式等信息，法人或者非法人组织的名称、住所、负责人、有效联系方式等信息；

（三）申请监督请求；

（四）申请监督的具体法定情形及事实、理由。

申请人应当按照其他当事人的人数提交监督申请书副本。

第二十三条 本规则第二十一条规定的身份证明包括：

（一）自然人的居民身份证、军官证、士兵证、护照等能够证明本人身份的有效证件；

（二）法人或者非法人组织的统一社会信用代码证书或者营业执照副本、组织机构代码证书和法定代表人或者主要负责人的身份证明等有效证照。

对当事人提交的身份证明，人民检察院经核对无误留存复印件。

第二十四条 本规则第二十一条规定的相关法律文书是指人民法院在该案件诉讼过程中作出的全部判决书、裁定书、决定书、调解书等法律文书。

第二十五条 当事人申请监督，可以依照《中华人民共和国民事诉讼法》的规定委托诉讼代理人。

第二十六条 当事人申请监督符合下列条件的，人民检察院应当受理：

（一）符合本规则第十九条的规定；

（二）申请人提供的材料符合本规则第二十一条至第二十四条的规定；

（三）属于本院受理案件范围；

（四）不具有本规则规定的不予受理情形。

第二十七条 当事人根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百零九条第一款的规定向人民检察院申请监督，有下列情形之一的，人民检察院不予受理：

（一）当事人未向人民法院申请再审的；

（二）当事人申请再审超过法律规定的期限的，但不可归责于其自身原因的除外；

（三）人民法院在法定期限内正在对民事再审申请进行审查的；

（四）人民法院已经裁定再审且尚未审结的；

（五）判决、调解解除婚姻关系的，但对财产分割部分不服的除外；

（六）人民检察院已经审查终结作出决定的；

（七）民事判决、裁定、调解书是人民法院根据人民检察院的抗诉或者再审检察建议再审后作出的；

（八）申请监督超过本规则第二十条规定的期限的；

（九）其他不应受理的情形。

第二十八条 当事人认为民事审判程序或者执行活动存在违法情形，向人民检察院申请监督，有下列情形之一的，人民检察院不予受理：

（一）法律规定可以提出异议、申请复议或者提起诉讼，当事人没有提出异议、申请复议或者提起诉讼的，但有正当理由的除外；

（二）当事人提出异议、申请复议或者提起诉讼后，人民法院已经受理并正在审查处理的，但超过法定期限未作出处理的除外；

（三）其他不应受理的情形。

当事人对审判、执行人员违法行为申请监督的，不受前款规定的限制。

第二十九条 当事人根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百零九条第一款的规定向人民检察院申请检察建议或者抗诉，由作出生效民事判决、裁定、调解书的人民法院所在地同级人民检察院负责控告申诉检察的部门受理。

人民法院裁定驳回再审申请或者逾期未对再审申请作出裁定，当事人向人民检察院申请监督的，由作出原生效民事判决、裁定、调解书的人民法院所在地同级人民检察院受理。

第三十条 当事人认为民事审判程序中审判人员存在违法行为或者民事执行活动存在违法情形，向人民检察院申请监督的，由审理、执行案件的人民法院所在地同级人民检察院负责控告申诉检察的部门受理。

当事人不服上级人民法院作出的复议裁定、决定等，提出监督申请的，由上级人民法院所在地同级人民检察院受理。人民检察院受理后，可以根据需要依照本规则有关规定将案件交由原审理、执行案件的人民法院所在地同级人民检察院办理。

第三十一条 当事人认为人民检察院不依法受理其监督申请的，可以向上一级人民检察院申请监督。上一级人民检察院认为当事人监督申请符合受理条件的，应当指令下一级人民检察院受理，必要时也可以直接受理。

第三十二条 人民检察院负责控告申诉检察的部门对监督申请，应当根据以下情形作出处理：

（一）符合受理条件的，应当依照本规则规定作出受理决定；

（二）不属于本院受理案件范围的，应当告知申请人向有关人民检察院申请监督；

（三）不属于人民检察院主管范围的，应当告知申请人向有关机关反映；

（四）不符合受理条件，且申请人不撤回监督申请的，可以决定不予受理。

第三十三条 负责控告申诉检察的部门应当在决定受理之日起三日内制作《受理通知书》，发送申请人，并告知其权利义务；同时将《受理通知书》和监督申请书副本发送其他当事人，并告知其权利义务。其他当事人可以在收到监督申请书副本之日起十五日内提出书面意见，不提出意见的不影响人民检察院对案件的审查。

第三十四条 负责控告申诉检察的部门应当在决定受理之日起三日内将案件材料移送本院负责民事检察的部门，同时将《受理通知书》抄送本院负责案件管理的部门。负责控告申诉检察的部门收到其他当事人提交的书面意见等材料，应当及时移送负责民事检察的部门。

第三十五条 当事人以外的自然人、法人和非法人组织认为人民法院民事审判程序中审判人员存在违法行为或者民事执行活动存在违法情形等，可以向同级人民检察院控告。控告由人民检察院负责控告申诉检察的部门受理。

负责控告申诉检察的部门对收到的控告，应当依据《人民检察院信访工作规定》等办理。

第三十六条 负责控告申诉检察的部门可以依据《人民检察院信访工作规定》，向下级人民检察院交办涉及民事诉讼监督的信访案件。

第三十七条 人民检察院在履行职责中发现民事案件有下列情形之一的，应当依职权启动监督程序：

（一）损害国家利益或者社会公共利益的；

（二）审判、执行人员有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁判等违法行为的；

（三）当事人存在虚假诉讼等妨害司法秩序行为的；

（四）人民法院作出的已经发生法律效力的民事公益诉讼判决、裁定、调解书确有错误，审判程序中审判人员存在违法行为，或者执行活动存在违法情形的；

（五）依照有关规定需要人民检察院跟进监督的；

（六）具有重大社会影响等确有必要进行监督的情形。

人民检察院对民事案件依职权启动监督程序，不受当事人是否申请再审的限制。

第三十八条 下级人民检察院提请抗诉、提请其他监督等案件，由上一级人民检察院负责案件管理的部门受理。

依职权启动监督程序的民事诉讼监督案件，负责民事检察的部门应当到负责案件管理的部门登记受理。

第三十九条 负责案件管理的部门接收案件材料后，应当在三日内登记并将案件材料和案件登记表移送负责民事检察的部门；案件材料不符合规定的，应当要求补齐。

负责案件管理的部门登记受理后，需要通知当事人的，负责民事检察的部门应当制作《受理通知书》，并在三日内发送当事人。

第四章 审查

第一节 一般规定

第四十条 受理后的民事诉讼监督案件由负责民事检察的部门进行审查。

第四十一条 上级人民检察院认为确有必要的，可以办理下级人民检察院受理的民事诉讼监督案件。

下级人民检察院对受理的民事诉讼监督案件，认为需要由上级人民检察院办理的，可以报请上级人民检察院办理。

第四十二条 上级人民检察院可以将受理的民事诉讼监督案件交由下级人民检察院办理，并限定办理期限。交办的案件应当制作《交办通知书》，并将有关材料移送下级人民检察院。下级人民检察院应当依法办理，不得将案件再行交办。除本规则第一百零七条规定外，下级人民检察院应当在规定期限内提出处理意见并报送上级人民检察院，上级人民检察院应当在法定期限内作出决定。

交办案件需要通知当事人的，应当制作《通知书》，并发送当事人。

第四十三条 人民检察院审查民事诉讼监督案件，应当围绕申请人的申请监督请求、争议焦点以及本规则第三十七条规定的情形，对人民法院民事诉讼活动是否合法进行全面审查。其他当事人在人民检察院作出决定前也申请监督的，应当将其列为申请人，对其申请监督请求一并审查。

第四十四条 申请人或者其他当事人对提出的主张，应当提供证据材料。人民检察院收到当事人提交的证据材料，应当出具收据。

第四十五条 人民检察院应当告知当事人有申请回避的权利，并告知办理案件的检察人员、书记员等的姓名、法律职务。

第四十六条 人民检察院审查案件，应当通过适当方式听取当事人意见，必要时可以听证或者调查核实有关情况，也可以依照有关规定组织专家咨询论证。

第四十七条 人民检察院审查案件，可以依照有关规定调阅人民法院的诉讼卷宗。

通过拷贝电子卷、查阅、复制、摘录等方式能够满足办案需要的，可以不调阅诉讼卷宗。

人民检察院认为确有必要，可以依照有关规定调阅人民法院的诉讼卷宗副卷，并采取严格保密措施。

第四十八条 承办检察官审查终结后，应当制作审查终结报告。审查终结报告应当全面、客观、公正地叙述案件事实，依据法律提出处理建议或者意见。

承办检察官通过审查监督申请书等材料即可以认定案件事实的，可以直接制作审查终结报告，提出处理建议或者意见。

第四十九条 承办检察官办理案件过程中，可以提请部门负责人召集检察官联席会议讨论。检察长、部门负责人在审核或者决定案件时，也可以召集检察官联席会议讨论。

检察官联席会议讨论情况和意见应当如实记录，由参加会议的检察官签名后附卷保存。部门负责人或者承办检察官不同意检察官联席会议多数人意见的，部门负责人应当报请检察长决定。

检察长认为必要的，可以提请检察委员会讨论决定。检察长、检察委员会对案件作出的决定，承办检察官应当执行。

第五十条 人民检察院对审查终结的案件，应当区分情况作出下列决定：

（一）提出再审检察建议；

（二）提请抗诉或者提请其他监督；

（三）提出抗诉；
（四）提出检察建议；
（五）终结审查；
（六）不支持监督申请；
（七）复查维持。

负责控告申诉检察的部门受理的案件，负责民事检察的部门应当将案件办理结果告知负责控告申诉检察的部门。

第五十一条 人民检察院在办理民事诉讼监督案件过程中，当事人有和解意愿的，可以引导当事人自行和解。

第五十二条 人民检察院受理当事人申请对人民法院已经发生法律效力的民事判决、裁定、调解书监督的案件，应当在三个月内审查终结并作出决定，但调卷、鉴定、评估、审计、专家咨询等期间不计入审查期限。

对民事审判程序中审判人员违法行为监督案件和对民事执行活动监督案件的审查期限，参照前款规定执行。

第五十三条 人民检察院办理民事诉讼监督案件，可以依照有关规定指派司法警察协助承办检察官履行调查核实、听证等职责。

第二节 听证

第五十四条 人民检察院审查民事诉讼监督案件，认为确有必要的，可以组织有关当事人听证。

人民检察院审查民事诉讼监督案件，可以邀请与案件没有利害关系的人大代表、政协委员、人民监督员、特约检察员、专家咨询委员、人民调解员或者当事人所在单位、居住地的居民委员会、村民委员会成员以及专家、学者等其他社会人士参加公开听证，但该民事案件涉及国家秘密、个人隐私或者法律另有规定不得公开的除外。

第五十五条 人民检察院组织听证，由承办检察官主持，书记员负责记录。

听证一般在人民检察院专门听证场所内进行。

第五十六条 人民检察院组织听证，应当在听证三日前告知听证会参加人案由、听证时间和地点。

第五十七条 参加听证的当事人和其他相关人员应当按时参加听证，当事人无正当理由缺席或者未经许可中途退席的，不影响听证程序的进行。

第五十八条 听证应当围绕民事诉讼监督案件中的事实认定和法律适用等问题进行。

对当事人提交的证据材料和人民检察院调查取得的证据，应当充分听取各方当事人的意见。

第五十九条 听证会一般按照下列步骤进行：

（一）承办案件的检察官介绍案件情况和需要听证的问题；
（二）当事人及其他参加人就需要听证的问题分别说明情况；
（三）听证员向当事人或者其他参加人提问；
（四）主持人宣布休会，听证员就听证事项进行讨论；
（五）主持人宣布复会，根据案件情况，可以由听证员或者听证员代表发表意见；
（六）当事人发表最后陈述意见；
（七）主持人对听证会进行总结。

第六十条 听证应当制作笔录，经当事人校阅后，由当事人签名或者盖章。拒绝签名盖章的，应当记明情况。

第六十一条 参加听证的人员应当服从听证主持人指挥。

对违反听证秩序的，人民检察院可以予以批评教育，责令退出听证场所；对哄闹、冲击听证场所，侮辱、诽谤、威胁、殴打检察人员等严重扰乱听证秩序的，依法追究相应法律责任。

第三节 调查核实

第六十二条 人民检察院因履行法律监督职责的需要，有下列情形之一的，可以向当事人或者案外人调查核实有关情况：

（一）民事判决、裁定、调解书可能存在法律规定需要监督的情形，仅通过阅卷及审查现有材料难以认定的；
（二）民事审判程序中审判人员可能存在违法行为的；
（三）民事执行活动可能存在违法情形的；

（四）其他需要调查核实的情形。

第六十三条 人民检察院可以采取以下调查核实措施：

（一）查询、调取、复制相关证据材料；

（二）询问当事人或者案外人；

（三）咨询专业人员、相关部门或者行业协会等对专门问题的意见；

（四）委托鉴定、评估、审计；

（五）勘验物证、现场；

（六）查明案件事实所需要采取的其他措施。

人民检察院调查核实，不得采取限制人身自由和查封、扣押、冻结财产等强制性措施。

第六十四条 有下列情形之一的，人民检察院可以向银行业金融机构查询、调取、复制相关证据材料：

（一）可能损害国家利益、社会公共利益的；

（二）审判、执行人员可能存在违法行为的；

（三）涉及《中华人民共和国民事诉讼法》第五十五条规定诉讼的；

（四）当事人有伪造证据、恶意串通损害他人合法权益可能的。

人民检察院可以依照有关规定指派具备相应资格的检察技术人员对民事诉讼监督案件中的鉴定意见等技术性证据进行专门审查，并出具审查意见。

第六十五条 人民检察院可以就专门性问题书面或者口头咨询有关专业人员、相关部门或者行业协会的意见。口头咨询的，应当制作笔录，由接受咨询的专业人员签名或者盖章。拒绝签名盖章的，应当记明情况。

第六十六条 人民检察院对专门性问题认为需要鉴定、评估、审计的，可以委托具备资格的机构进行鉴定、评估、审计。

在诉讼过程中已经进行过鉴定、评估、审计的，一般不再委托鉴定、评估、审计。

第六十七条 人民检察院认为确有必要的，可以勘验物证或者现场。勘验人应当出示人民检察院的证件，并邀请当地基层组织或者当事人所在单位派人参加。当事人或者当事人的成年家属应当到场，拒不到场的，不影响勘验的进行。

勘验人应当将勘验情况和结果制作笔录，由勘验人、当事人和被邀参加人签名或者盖章。

第六十八条 需要调查核实的，由承办检察官在职权范围内决定，或者报检察长决定。

第六十九条 人民检察院调查核实，应当由二人以上共同进行。

调查笔录经被调查人校阅后，由调查人、被调查人签名或者盖章。被调查人拒绝签名盖章的，应当记明情况。

第七十条 人民检察院可以指令下级人民检察院或者委托外地人民检察院调查核实。

人民检察院指令调查或者委托调查的，应当发送《指令调查通知书》或者《委托调查函》，载明调查核实事项、证据线索及要求。受指令或者受委托人民检察院收到《指令调查通知书》或者《委托调查函》后，应当在十五日内完成调查核实工作并书面回复。因客观原因不能完成调查的，应当在上述期限内书面回复指令或者委托的人民检察院。

人民检察院到外地调查的，当地人民检察院应当配合。

第七十一条 人民检察院调查核实，有关单位和个人应当配合。拒绝或者妨碍人民检察院调查核实的，人民检察院可以向有关单位或者其上级主管部门提出检察建议，责令纠正；涉嫌违纪违法犯罪的，依照规定移送有关机关处理。

第四节 中止审查和终结审查

第七十二条 有下列情形之一的，人民检察院可以中止审查：

（一）申请监督的自然人死亡，需要等待继承人表明是否继续申请监督的；

（二）申请监督的法人或者非法人组织终止，尚未确定权利义务承受人的；

（三）本案必须以另一案的处理结果为依据，而另一案尚未审结的；

（四）其他可以中止审查的情形。

中止审查的，应当制作《中止审查决定书》，并发送当事人。中止审查的原因消除后，应当及时恢复审查。

第七十三条 有下列情形之一的，人民检察院应当终结审查：

（一）人民法院已经裁定再审或者已经纠正违法行为的；

（二）申请人撤回监督申请，且不损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益的；

（三）申请人在与其他当事人达成的和解协议中声明放弃申请监督权利，且不损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益的；

（四）申请监督的自然人死亡，没有继承人或者继承人放弃申请，且没有发现其他应当监督的违法情形的；

（五）申请监督的法人或者非法人组织终止，没有权利义务承受人或者权利义务承受人放弃申请，且没有发现其他应当监督的违法情形的；

（六）发现已经受理的案件不符合受理条件的；

（七）人民检察院依职权启动监督程序的案件，经审查不需要采取监督措施的；

（八）其他应当终结审查的情形。

终结审查的，应当制作《终结审查决定书》，需要通知当事人的，发送当事人。

第五章 对生效判决、裁定、调解书的监督

第一节 一般规定

第七十四条 人民检察院发现人民法院已经发生法律效力的民事判决、裁定有《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条规定情形之一的，依法向人民法院提出再审检察建议或者抗诉。

第七十五条 人民检察院发现民事调解书损害国家利益、社会公共利益的，依法向人民法院提出再审检察建议或者抗诉。

人民检察院对当事人通过虚假诉讼获得的民事调解书应当依照前款规定监督。

第七十六条 当事人因故意或者重大过失逾期提供的证据，人民检察院不予采纳。但该证据与案件基本事实有关并且能够证明原判决、裁定确有错误的，应当认定为《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条第一项规定的情形。

人民检察院依照本规则第六十三条、第六十四条规定调查取得的证据，与案件基本事实有关并且能够证明原判决、裁定确有错误的，应当认定为《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条第一项规定的情形。

第七十七条 有下列情形之一的，应当认定为《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条第二项规定的“认定的基本事实缺乏证据证明”：

（一）认定的基本事实没有证据支持，或者认定的基本事实所依据的证据虚假、缺乏证明力的；

（二）认定的基本事实所依据的证据不合法的；

（三）对基本事实的认定违反逻辑推理或者日常生活法则的；

（四）认定的基本事实缺乏证据证明的其他情形。

第七十八条 有下列情形之一，导致原判决、裁定结果错误的，应当认定为《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条第六项规定的“适用法律确有错误”：

（一）适用的法律与案件性质明显不符的；

（二）确定民事责任明显违背当事人约定或者法律规定的；

（三）适用已经失效或者尚未施行的法律的；

（四）违反法律溯及力规定的；

（五）违反法律适用规则的；

（六）明显违背立法原意的；

（七）适用法律错误的其他情形。

第七十九条 有下列情形之一的，应当认定为《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条第七项规定的“审判组织的组成不合法”：

（一）应当组成合议庭审理的案件独任审判的；

（二）人民陪审员参与第二审案件审理的；

（三）再审、发回重审的案件没有另行组成合议庭的；

（四）审理案件的人员不具有审判资格的；

（五）审判组织或者人员不合法的其他情形。

第八十条 有下列情形之一的，应当认定为《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条第九项规定的“违反法律规定，剥夺当事人辩论权利”：

（一）不允许或者严重限制当事人行使辩论权利的；

（二）应当开庭审理而未开庭审理的；

（三）违反法律规定送达起诉状副本或者上诉状副本，致使当事人无法行使辩论权利的；

（四）违法剥夺当事人辩论权利的其他情形。

第二节 再审检察建议和提请抗诉

第八十一条 地方各级人民检察院发现同级人民法院已经发生法律效力的民事判决、裁定有下列情形之一的，可以向同级人民法院提出再审检察建议：

（一）有新的证据，足以推翻原判决、裁定的；

（二）原判决、裁定认定的基本事实缺乏证据证明的；

（三）原判决、裁定认定事实的主要证据是伪造的；

（四）原判决、裁定认定事实的主要证据未经质证的；

（五）对审理案件需要的主要证据，当事人因客观原因不能自行收集，书面申请人民法院调查收集，人民法院未调查收集的；

（六）审判组织的组成不合法或者依法应当回避的审判人员没有回避的；

（七）无诉讼行为能力人未经法定代理人代为诉讼或者应当参加诉讼的当事人，因不能归责于本人或者其诉讼代理人的事由，未参加诉讼的；

（八）违反法律规定，剥夺当事人辩论权利的；

（九）未经传票传唤，缺席判决的；

（十）原判决、裁定遗漏或者超出诉讼请求的；

（十一）据以作出原判决、裁定的法律文书被撤销或者变更的。

第八十二条 符合本规则第八十一条规定的案件有下列情形之一的，地方各级人民检察院一般应当提请上一级人民检察院抗诉：

（一）判决、裁定是经同级人民法院再审后作出的；

（二）判决、裁定是经同级人民法院审判委员会讨论作出的。

第八十三条 地方各级人民检察院发现同级人民法院已经发生法律效力的民事判决、裁定有下列情形之一的，一般应当提请上一级人民检察院抗诉：

（一）原判决、裁定适用法律确有错误的；

（二）审判人员在审理该案件时有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁判行为的。

第八十四条 符合本规则第八十二条、第八十三条规定的案件，适宜由同级人民法院再审纠正的，地方各级人民检察院可以向同级人民法院提出再审检察建议。

第八十五条 地方各级人民检察院发现民事调解书损害国家利益、社会公共利益的，可以向同级人民法院提出再审检察建议，也可以提请上一级人民检察院抗诉。

第八十六条 对人民法院已经采纳再审检察建议进行再审的案件，提出再审检察建议的人民检察院一般不得再向上级人民检察院提请抗诉。

第八十七条 人民检察院提出再审检察建议，应当制作《再审检察建议书》，在决定提出再审检察建议之日起十五日内将《再审检察建议书》连同案件卷宗移送同级人民法院，并制作决定提出再审检察建议的《通知书》，发送当事人。

人民检察院提出再审检察建议，应当经本院检察委员会决定，并将《再审检察建议书》报上一级人民检察院备案。

第八十八条 人民检察院提请抗诉，应当制作《提请抗诉报告书》，在决定提请抗诉之日起十五日内将《提请抗诉报告书》连同案件卷宗报送上一级人民检察院，并制作决定提请抗诉的《通知书》，发送当事人。

第八十九条 人民检察院认为当事人的监督申请不符合提出再审检察建议或者提请抗诉条件的，应当作出不支持监督申请的决定，并在决定之日起十五日内制作《不支持监督申请决定书》，发送当事人。

第三节 抗诉

第九十条 最高人民检察院对各级人民法院已经发生法律效力的民事判决、裁定、调解书，上级人民检察院对下级人民法院已经发生法律效力的民事判决、裁定、调解书，发现有《中华人民

共和国民事诉讼法》第二百条、第二百零八条规定情形的，应当向同级人民法院提出抗诉。

第九十一条 人民检察院提出抗诉的案件，接受抗诉的人民法院将案件交下一级人民法院再审，下一级人民法院审理后作出的再审判决、裁定仍有明显错误的，原提出抗诉的人民检察院可以依职权再次提出抗诉。

第九十二条 人民检察院提出抗诉，应当制作《抗诉书》，在决定抗诉之日起十五日内将《抗诉书》连同案件卷宗移送同级人民法院，并由接受抗诉的人民法院向当事人送达再审裁定时一并送达《抗诉书》。

人民检察院应当制作决定抗诉的《通知书》，发送当事人。上级人民检察院可以委托提请抗诉的人民检察院将决定抗诉的《通知书》发送当事人。

第九十三条 人民检察院认为当事人的监督申请不符合抗诉条件的，应当作出不支持监督申请的决定，并在决定之日起十五日内制作《不支持监督申请决定书》，发送当事人。上级人民检察院可以委托提请抗诉的人民检察院将《不支持监督申请决定书》发送当事人。

第四节 出庭

第九十四条 人民检察院提出抗诉的案件，人民法院再审时，人民检察院应当派员出席法庭。

必要时，人民检察院可以协调人民法院安排人民监督员旁听。

第九十五条 接受抗诉的人民法院将抗诉案件交下级人民法院再审的，提出抗诉的人民检察院可以指令再审人民法院的同级人民检察院派员出庭。

第九十六条 检察人员出席再审法庭的任务是：

（一）宣读抗诉书；

（二）对人民检察院调查取得的证据予以出示和说明；

（三）庭审结束时，经审判长许可，可以发表法律监督意见；

（四）对法庭审理中违反诉讼程序的情况予以记录。

检察人员发现庭审活动违法的，应当待休庭或者庭审结束之后，以人民检察院的名义提出检察建议。

出庭检察人员应当全程参加庭审。

第九十七条 当事人或者其他参加庭审人员在庭审中对检察机关或者出庭检察人员有侮辱、诽谤、威胁等不当言论或者行为的，出庭检察人员应当建议法庭即时予以制止；情节严重的，应当建议法庭依照规定予以处理，并在庭审结束后向检察长报告。

第六章 对审判程序中审判人员违法行为的监督

第九十八条 《中华人民共和国民事诉讼法》第二百零八条第三款规定的审判程序包括：

（一）第一审普通程序；

（二）简易程序；

（三）第二审程序；

（四）特别程序；

（五）审判监督程序；

（六）督促程序；

（七）公示催告程序；

（八）海事诉讼特别程序；

（九）破产程序。

第九十九条 《中华人民共和国民事诉讼法》第二百零八条第三款的规定适用于法官、人民陪审员、法官助理、书记员。

第一百条 人民检察院发现同级人民法院民事审判程序中有下列情形之一的，应当向同级人民法院提出检察建议：

（一）判决、裁定确有错误，但不适用再审程序纠正的；

（二）调解违反自愿原则或者调解协议的内容违反法律的；

（三）符合法律规定的起诉和受理条件，应当立案而不立案的；

（四）审理案件适用审判程序错误的；

（五）保全和先予执行违反法律规定的；

（六）支付令违反法律规定的；

（七）诉讼中止或者诉讼终结违反法律规定的；

（八）违反法定审理期限的；

（九）对当事人采取罚款、拘留等妨害民事诉讼的强制措施违反法律规定的；

（十）违反法律规定送达的；

（十一）其他违反法律规定的情形。

第一百零一条 人民检察院发现同级人民法院民事审判程序中审判人员有《中华人民共和国法官法》第四十六条等规定的违法行为且可能影响案件公正审判、执行的，应当向同级人民法院提出检察建议。

第一百零二条 人民检察院依照本章规定提出检察建议的，应当制作《检察建议书》，在决定提出检察建议之日起十五日内将《检察建议书》连同案件卷宗移送同级人民法院，并制作决定提出检察建议的《通知书》，发送申请人。

第一百零三条 人民检察院认为当事人申请监督的审判程序中审判人员违法行为认定依据不足的，应当作出不支持监督申请的决定，并在决定之日起十五日内制作《不支持监督申请决定书》，发送申请人。

第七章 对执行活动的监督

第一百零四条 人民检察院对人民法院执行生效民事判决、裁定、调解书、支付令、仲裁裁决以及公证债权文书等法律文书的活动实行法律监督。

第一百零五条 人民检察院认为人民法院在执行活动中可能存在怠于履行职责情形的，可以依照有关规定向人民法院发出《说明案件执行情况通知书》，要求说明案件的执行情况及理由。

第一百零六条 人民检察院发现人民法院在执行活动中有下列情形之一的，应当向同级人民法院提出检察建议：

（一）决定是否受理、执行管辖权的移转以及审查和处理执行异议、复议、申诉等执行审查活动存在违法、错误情形的；

（二）实施财产调查、控制、处分、交付和分配以及罚款、拘留、信用惩戒措施等执行实施活动存在违法、错误情形的；

（三）存在消极执行、拖延执行等情形的；

（四）其他执行违法、错误情形。

第一百零七条 人民检察院依照本规则第三十条第二款规定受理后交办的案件，下级人民检察院经审查认为人民法院作出的执行复议裁定、决定等存在违法、错误情形的，应当提请上级人民检察院监督；认为人民法院作出的执行复议裁定、决定等正确的，应当作出不支持监督申请的决定。

第一百零八条 人民检察院对执行活动提出检察建议的，应当经检察长或者检察委员会决定，制作《检察建议书》，在决定之日起十五日内将《检察建议书》连同案件卷宗移送同级人民法院，并制作决定提出检察建议的《通知书》，发送当事人。

第一百零九条 人民检察院认为当事人申请监督的人民法院执行活动不存在违法情形的，应当作出不支持监督申请的决定，并在决定之日起十五日内制作《不支持监督申请决定书》，发送申请人。

第一百一十条 人民检察院发现同级人民法院执行活动中执行人员存在违法行为的，参照本规则第六章有关规定执行。

第八章 案件管理

第一百一十一条 人民检察院负责案件管理的部门对民事诉讼监督案件的受理、期限、程序、质量等进行管理、监督、预警。

第一百一十二条 负责案件管理的部门发现本院办案活动有下列情形之一的，应当及时提出纠正意见：

（一）法律文书制作、使用不符合法律和有关规定的；

（二）违反办案期限有关规定的；

（三）侵害当事人、诉讼代理人诉讼权利的；

（四）未依法对民事审判活动以及执行活动中的违法行为履行法律监督职责的；

（五）其他应当提出纠正意见的情形。

情节轻微的，可以口头提示；情节较重的，应当发送《案件流程监控通知书》，提示办案部门及时查明情况并予以纠正；情节严重的，应当同时向检察长报告。

办案部门收到《案件流程监控通知书》后，应当在十日内将核查情况书面回复负责案件管理的部门。

第一百一十三条 负责案件管理的部门对以本院名义制发民事诉讼监督法律文书实施监督管理。

第一百一十四条 人民检察院办理的民事诉讼监督案件，办结后需要向其他单位移送案卷材料的，统一由负责案件管理的部门审核移送材料是否规范、齐备。负责案件管理的部门认为材料规范、齐备，符合移送条件的，应当立即由办案部门按照规定移送；认为材料不符合要求的，应当及时通知办案部门补送、更正。

第一百一十五条 人民法院向人民检察院送达的民事判决书、裁定书或者调解书等法律文书，由负责案件管理的部门负责接收，并即时登记移送负责民事检察的部门。

第一百一十六条 人民检察院在办理民事诉讼监督案件过程中，当事人及其诉讼代理人提出有关申请、要求或者提交有关书面材料的，由负责案件管理的部门负责接收，需要出具相关手续的，负责案件管理的部门应当出具。负责案件管理的部门接收材料后应当及时移送负责民事检察的部门。

第九章 其他规定

第一百一十七条 人民检察院发现人民法院在多起同一类型民事案件中有下列情形之一的，可以提出检察建议：

（一）同类问题适用法律不一致的；

（二）适用法律存在同类错误的；

（三）其他同类违法行为。

人民检察院发现有关单位的工作制度、管理方法、工作程序违法或者不当，需要改正、改进的，可以提出检察建议。

第一百一十八条 申请人向人民检察院提交的新证据是伪造的，或者对案件重要事实作虚假陈述的，人民检察院应当予以批评教育，并可以终结审查，但确有必要进行监督的除外；涉嫌违纪违法犯罪的，依照规定移送有关机关处理。

其他当事人有前款规定情形的，人民检察院应当予以批评教育；涉嫌违纪违法犯罪的，依照规定移送有关机关处理。

第一百一十九条 人民检察院发现人民法院审查和处理当事人申请执行、撤销仲裁裁决或者申请执行公证债权文书存在违法、错误情形的，参照本规则第六章、第七章有关规定执行。

第一百二十条 负责民事检察的部门在履行职责过程中，发现涉嫌违纪违法犯罪以及需要追究司法责任的行为，应当报检察长决定，及时将相关线索及材料移送有管辖权的机关或者部门。

人民检察院其他职能部门在履行职责中发现符合本规则规定的应当依职权启动监督程序的民事诉讼监督案件线索，应当及时向负责民事检察的部门通报。

第一百二十一条 人民检察院发现作出的相关决定确有错误需要纠正或者有其他情形需要撤回的，应当经本院检察长或者检察委员会决定。

第一百二十二条 人民法院对人民检察院监督行为提出建议的，人民检察院应当在一个月内将处理结果书面回复人民法院。人民法院对回复意见有异议，并通过上一级人民法院向上一级人民检察院提出的，上一级人民检察院认为人民法院建议正确，应当要求下级人民检察院及时纠正。

第一百二十三条 人民法院对民事诉讼监督案件作出再审判决、裁定或者其他处理决定后，提出监督意见的人民检察院应当对处理结果进行审查，并填写《民事诉讼监督案件处理结果审查登记表》。

第一百二十四条 有下列情形之一的，人民检察院可以按照有关规定再次监督或者提请上级人民检察院监督：

（一）人民法院审理民事抗诉案件作出的判决、裁定、调解书仍有明显错误的；

（二）人民法院对检察建议未在规定的期限内作出处理并书面回复的；

（三）人民法院对检察建议的处理结果错误的。

第一百二十五条 地方各级人民检察院对适用法律确属疑难、复杂，本院难以决断的重大

民事诉讼监督案件，可以向上一级人民检察院请示。

请示案件依照最高人民检察院关于办理下级人民检察院请示件、下级人民检察院向最高人民检察院报送公文的相关规定办理。

第一百二十六条 当事人认为人民检察院对同级人民法院已经发生法律效力的民事判决、裁定、调解书作出的不支持监督申请决定存在明显错误的，可以在不支持监督申请决定作出之日起一年内向上一级人民检察院申请复查一次。负责控告申诉检察的部门经初核，发现可能有以下情形之一的，可以移送本院负责民事检察的部门审查处理：

（一）有新的证据，足以推翻原判决、裁定的；

（二）有证据证明原判决、裁定认定事实的主要证据是伪造的；

（三）据以作出原判决、裁定的法律文书被撤销或者变更的；

（四）有证据证明审判人员审理该案件时有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁判等行为的；

（五）有证据证明检察人员办理该案件时有贪污受贿，徇私舞弊，滥用职权等行为的；

（六）其他确有必要进行复查的。

负责民事检察的部门审查后，认为下一级人民检察院不支持监督申请决定错误，应当以人民检察院的名义予以撤销并依法提出抗诉；认为不存在错误，应当决定复查维持，并制作《复查决定书》，发送申请人。

上级人民检察院可以依职权复查下级人民检察院对同级人民法院已经发生法律效力的民事判决、裁定、调解书作出不支持监督申请决定的案件。

对复查案件的审查期限，参照本规则第五十二条第一款规定执行。

第一百二十七条 制作民事诉讼监督法律文书，应当符合规定的格式。

民事诉讼监督法律文书的格式另行制定。

第一百二十八条 人民检察院可以参照《中华人民共和国民事诉讼法》有关规定发送法律文书。

第一百二十九条 人民检察院发现制作的法律文书存在笔误的，应当作出《补正决定书》予以补正。

第一百三十条 人民检察院办理民事诉讼监督案件，应当按照规定建立民事诉讼监督案卷。

第一百三十一条 人民检察院办理民事诉讼监督案件，不收取案件受理费。申请复印、鉴定、审计、勘验等产生的费用由申请人直接支付给有关机构或者单位，人民检察院不得代收代付。

第十章 附则

第一百三十二条 检察建议案件的办理，本规则未规定的，适用《人民检察院检察建议工作规定》。

第一百三十三条 民事公益诉讼监督案件的办理，适用本规则及有关公益诉讼检察司法解释的规定。

第一百三十四条 军事检察院等专门人民检察院对民事诉讼监督案件的办理，以及人民检察院对其他专门人民法院的民事诉讼监督案件的办理，适用本规则和其他有关规定。

第一百三十五条 本规则自 2021 年 8 月 1 日起施行，《人民检察院民事诉讼监督规则（试行）》同时废止。本院之前公布的其他规定与本规则内容不一致的，以本规则为准。

编辑：胡仲涛

（四）律师视点

“遗产管理人”司法裁判观点的六个问答

2021-07-08 中伦视界 贾明军 等

https://mp.weixin.qq.com/s/ihsrClIPWR8St8hKt4KrqQ

《民法典》在继承编新增了遗产管理制度。遗产管理制度，是指在继承开始后遗产交付前，有关主体依据法律规定或有关机关的指定，以维护遗产价值和遗产权利人合法利益为宗旨，对被继承人的遗产实施管理、清算的制度。遗产管理人，则是对死者的财产进行妥善保存和管理分配的人。[1]

遗产管理人的资格认定是适用遗产管理人制度的第一步。原《继承法》并没有规定遗产管理人制度，但司法实践中早已有相关的案例，只是由于缺乏统一的裁判规则，各个法院有不同的观点，笔者总结如下：

案号	法院认定遗产管理人的裁判规则
(2019)津 01 民终 1172 号	第一顺序继承人均放弃继承，法院认为被继承人的配偶对大部分遗产属于占有状态，便于对遗产进行管理及处分，**指定配偶作为遗产管理人。**
(2017)冀 07 民终 1221 号	被继承人因车祸去世，由**亲属取得赔偿款**，法院认定该亲属**取得遗产后成为遗产管理人。**
(2019)鄂 08 民终 498 号	继承人可以通过沉默的方式接受继承，但是不得通过默示的方式成为遗产管理人。**要成为遗产管理人，应当通过声明的方式，且应当得到其他法定继承人和其他利害关系人的同意。**

虽然遗产管理人是《民法典》的新产物，原《继承法》并无规定，但《民法典》出台之前，司法实践中已出现诸多具有借鉴意义的案例。《民法典》出台之后，涉及遗产管理人的案例也陆续出现。对于这些案例的研究、分析，可以帮助我们更好地理解遗产管理人的权利和义务。

一、谁有资格担任遗产管理人？

(2019)浙 1023 破 22 号之二号	法院受理被继承人的遗产个人清算，并**指定某律师事务所**担任遗产管理人。

《民法典》出台后，第一千一百四十五条已经明确规定了遗产管理人产生的四种情形[2]，经过半年的实施，目前的司法实践中已经有了相关的典型案例。

裁判要点	案号及法院观点
法院认可遗嘱执行人作为遗产管理人	辽宁省沈阳市大东区人民法院(2020)辽 0104 民初 5156 号，法院认为：“根据被继承人柴某的遗嘱，遗嘱执行人为被告张某，经征询被告张某本人意愿，本院认可被告张某为遗产管理人。”
继承人推选产生遗产管理人	河南省郑州市二七区人民法院(2021)豫 0103 民初 404 号，法院认为：“朱某去世，四被告系朱某的法定继承人，四被告均表示放弃继承遗产，推选被告王某 1 为遗产管理人，

	被告王某 1 应以遗产管理人的身份处理被继承人朱某的债权债务。”
继承人共同担任遗产管理人	湖南省湘乡市人民法院(2021)湘 0381 民初 7 号，被继承人生前未立遗嘱，四名法定继承人未推选遗产管理人且均未放弃继承。法院认为四位继承人应共同担任遗产管理人。
	广东省江门市新会区人民法院 (2021)粤 070 5 民初 725 号，法院认为：“陈某美、林某伟是林某池的合法继承人，并且双方均向本院表示同意共同担任遗产管理人，故本院确认陈某美、林某伟共同担任遗产管理人。”
民政部门或村委会担任遗产管理人	天津市河北区人民法院(2021)津 0105 民特监 1 号，在徐某没有继承人的情况下，以法院指定的方式确定遗产管理人。徐某系城市居民，依照《中华人民共和国民法典》第一千一百四十五条的规定，应由其居住地的天津市河北区民政局作为徐某的遗产管理人。
	黑龙江省克山县人民法院(2020)黑 0229 民初 937 号，因孙某发的继承人均放弃继承，且孙某发生前住所地在克山××村民委员会，故法院指定被告克山××村民委员会担任孙某发的遗产管理人。
	重庆市江津区人民法院(2021)渝 0116 民初 3 943 号，被继承人况某某生前签订协议出售房产，在签订协议后的第二天去世，无法定继承人。法院指定由草坝居委会担任被继承人的遗产管理人。

二、遗产管理人有无独立诉权？

我国法律保障当事人依法享有起诉权利[3]，诉权主要基于民事法律关系而产生。本处我们讨论的“独立诉权”仅指，遗产管理人基于《民法典》第一千一百四十七条为管理、处分、分割遗产之目的而享有的独立诉权，遗产管理人为自己之利益的诉权不在讨论之列。

早在 2019 年《民法典》修订过程中，浙江省婚姻法学研究会曾提出在 “遗产管理人应当履行的职责”中增加“提起诉讼与应诉的权利”这一条[4]，但从最终颁布的《民法典》规定来看，这一建议并未被采纳，**《民法典》规定的遗产管理人制度中并未明确遗产管理人的独立诉权。**

立法虽未明确，但笔者找到两则相关案例可供参考。

1. 遗嘱执行人有诉权

2018 年，在《民法典》实施前，广西壮族自治区高级人民法院在(2018)桂民再 54 号案例中认定遗嘱执行人作为原告的诉讼主体适格。

该案中，梁某 1 与遗嘱人黄某明系夫妻关系，但梁某 1 并非是遗嘱人的继承人或受遗赠人，梁某 1 以遗嘱执行人身份提起诉讼，继承人黄某 2 提出梁某 1 原告主体不适格。对此一审法院认为：“梁某 1 作为《遗嘱》的执行人，其负责遗嘱人黄某明个人遗产的管理分配，故其作为本案原告诉讼主体适格。二审法院认为：“本案黄某明所立遗嘱中，黄某 2 属于受遗赠人，梁某 1 作为《遗嘱》的执行人，**梁某 1 负责对立遗嘱人黄某明个人遗产的管理分配，与本案黄某 2 有利害关系，**梁某 1 认为黄某 2 的行为丧失了受遗赠的权利，并以此为由向人民法院起诉，符合人民法院受理案件的条件，因此，梁某 1 作为本案原告诉讼主体适格。

2. 依据香港法确认遗产管理人有诉权

最高院在(2020)最高法民再 111 号案例中，根据我国香港地区法律认为遗产管理人享有以自己的名义行使相关遗产管理的诉权。

该再审案件中，原一审法院、二审法院均认为，涉案遗嘱的效力应当适用香港特别行政区法律，而根据香港特别行政区法律，涉案遗嘱有效，因此涉案遗嘱赋予了翁某芳等四人遗产管理人的身份及相应的权利义务。并且，根据香港特别行政区法律规定，遗产管理人享有收集、管理及分配遗产的权利，且享有以自己的名义行使相关遗

产管理的诉权，反而是遗产受益人在遗产管理结束前并不享有直接继受该权益的权利，因此，作为遗产共同管理人的翁某芳等四人有权直接以自己的名义起诉有利公司。而最高人民法院再审时亦对一审、二审的这一观点予以了认可。

同时，最高人民法院还在阐述再审申请人（非遗产管理人）诉讼地位是否适格的时候，特别做了一段不以我国香港地区法律为适用前提的有关遗产管理人诉讼地位的论述，该段讲到："一般情况下，遗产管理人及受托人进行遗产收集，为遗产管理、分配创造条件，有利于遗嘱受益人权利的实现，也有利于及时按照遗嘱分配遗产。因此，遗产管理人及受托人在收集遗产过程中遇到障碍，无法及时收集并有效管理遗产时，有权以自己名义对相关民事主体提起民事诉讼以保证遗产安全。"

笔者认为，该段论述**一定程度上肯定了遗产管理人的独立诉讼地位**，具有参考意义。

三、遗产管理人能否将遗产登记至自己名下？

为管理遗产之便利，遗产管理人是否有权将遗产过户登记至自己名下？对此，我国目前的法律亦没有明确的规定。但最高人民法院审理的（2020）最高法民再 111 号案例能给我们一些启示。

该案中，对于"遗产管理人及受托人在受托期间能否将遗产关联公司股权登记在自身名下，从而以名义股东身份管理相应遗产"这一焦点问题，最高院认为："首先，案涉遗嘱赋予了遗产管理人绝对酌情决定权，可作出投资及转换投资。目前涉案股权仍登记在过世的翁某名下，且由于种种原因，至今此 80%股权未能得到有效管理。因此，翁某芳等四人申请将有利公司 80%股权登记在自身名下，有利于实现对遗产的管理与分配。其次，11 号（原一审判决）判决仅系出于遗产管理和股权管理的需要，由翁某芳等四人持有有利公司 80%股权。此种裁判在现行遗产管理人制度以及遗嘱信托制度不完善情况下，并不违反法律规定，且更有利于遗嘱的执行以及遗产的收集和管理，也最终有利于全体遗嘱受益人。第三，一、二审判决所确认翁某芳等四人享有的是遗产管理人及受托人权利，并非是对有利公司 80%股权的所有权。最后，翁某芳等四人既是遗嘱执行人，也是遗产管理人，还是信托受托人。对此三种身份，各方当事人在庭审中均一致认可。现有法律并未明确禁止翁某芳等四人成为遗产关联公司的股东，并办理股权登记。尤其在法律已对遗嘱信托、遗嘱执行人、遗产管理人制度作出规定的情况下，11 号判决基于翁某芳等四人的遗嘱执行人、遗产管理人及信托受托人地位，允许将案涉股权登记在翁某芳等四人名下，并不违反法律规定。如果不按照 11 号判决的方式处理，案涉遗产将难以管理、难以确保遗嘱的执行和信托财产的收集与分配。"

笔者认为，该案虽然具有一定的特殊性，且仅是个案，但具有积极的借鉴意义。不过该案阐述的法律原理是否可以类推适用到对于房屋、股票、银行存款等财产的管理，目前仍不能明确。

四、遗产管理人有无公司经营权？

如果被继承人生前系公司的股东或法定代表人，那么其遗产管理人能否代为履行经营职责？从我们找到的两则案例来看，法院的观点是否定的。

在江苏省苏州市中级人民法院审理的(2019)苏 05 民终 3745 号[5]案例中，法院认为公司原股东的遗产管理人并不享有股东权利，亦无权代表公司行使经营权。法院认为："根据泰国利德公司的决策程序，对公司具有约束力的行为应由代表公司签字的董事签名并加盖泰国利德公司的印章。曹某持有的"董事委派书"虽盖有泰国利德公司的印章，但该"董事委派书"出具时泰国利德公司原持有 85%股权的股东王某文已经去世，曹某并非泰国利德公司的董事，其虽系王某文在泰国利德公司股权的遗产管理人，但泰国利德公司

出具“董事委派书”的行为属于泰国利德公司行使经营权的范围，曹某并无证据证明其因遗产管理人身份而直接享有泰国利德公司的股东权利，更无证据证明其在签署“董事委派书”时有权代表泰国利德公司行使经营权。

在福建的一则案例中，法院认为原法定代表人的遗产管理人无权以公司名义提起诉讼并委托诉讼代理人参与诉讼。在福建省福州市中级人民法院审理的(2017)闽 01 行终 339 号案例中，法院认为，法人由其法定代表人进行诉讼。本案中，福清康频公司的原法定代表人已经去世，在公司权力机构未任命新的法定代表人的情况下，郑某作为原法定代表人的遗产管理人无权以公司名义提起诉讼并委托诉讼代理人参与诉讼。主要理由为：1. 福清康频公司在性质上属于有限责任公司，享有法人财产权，其名下财产独立于法定代表人的个人财产，在法定代表人去世后并不当然地转为法定代表人个人的遗产。2. 我国亦不承认身份继承，原法定代表人去世后其遗产管理人并不当然继任法定代表人或取得法定代表人的相应权利。3. 福清康频公司作为企业法人属于法律构造物，本身不能自为行为，需要通过公司权力机构形成公司意志并予以贯彻实施。香港康频公司作为福清康频公司的股东，其股东权益亦应通过公司意志予以实现，而不能以自身意识提起诉讼，更无权授权郑某以福清康频公司的名义提起诉讼。

从上述两则案例中也可以看出，遗产管理人虽然具有管理遗产的职责，但公司具有法人独立性，并不等同于股东个人权利，因此并不能当然以公司管理人的身份插手公司经营，更不可代行法定代表人职权。遗产管理人在管理“公司股权”这一类型财产时，一定要获得法定的授权手续，以免因自己的重大过失而承担失职责任。

五、继承人放弃继承是否还有遗产管理义务？

如果被继承人生前债务较多，有可能资不抵债，继承人通常会选择放弃继承。那么所有继承人在放弃继承的情况下，是否还有管理遗产的义务呢？对此，目前法院主流裁判观点认为，继承人放弃遗产继承的仍然属于遗产管理人，应当以遗产范围为限清偿债务。

序号	法院认定遗产管理人清偿义务的裁判规则
案例 1 [6]	继承人可以从实体上放弃接受被继承人的遗产，无需对被继承人的债权人承担责任。但继承人不能放弃对被继承人的遗产清算及管理，负有以遗产实际价值清偿被继承人生前债务的责任。
案例 2 [7]	虽然继承人均表示放弃继承权，但其并未依法将遗产依法移交给有关国家机关或集体组织接管，且其放弃继承权的行为导致本案无承担债务的主体，债权人的利益无法得到保护，故继承人作为遗产管理人，仍负有以遗产清偿被继承人债务的义务。
案例 3 [8]	法定继承人明确表示放弃继承遗产，依法对被继承人生前所负债务不负偿还责任。法院已出具裁定指定其中一名法定继承人为遗产管理人，被继承人的还款义务由遗产管理人在遗产实际价值范围内予以执行。
其他案例 [9]	继承人虽然放弃继承权，但是作为遗产管理人（遗产代管人），有义务以遗产范围为限清偿被继承人的生前债务。

六、遗产管理人能否作为被执行人？

遗产管理人能否作为被执行人，《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》（以下简称“《变更追加规定》”）第二条[10]、第十条已有明确规定[11]，**遗产管理人可以主动申请变更成为申请执行人，也可以依申请成为被执行人。**这也印证，遗产管理人在遗产管理中是具有独立诉讼主体地位的，否则其不应成为申请执行人或被执行人。

但遗产管理人作为被执行人的时候，应以遗产为限承担责任，而不应牵涉到遗产管理人的自有财产，也不应对遗产管理人采取限制消费措施。

在山东省济南市中级人民法院审理的(2020)鲁 01 执复 363 号案例中，寇某义、王某、寇某松、寇某是被继承人寇某周的四位法定继承人，债权人以债务起诉四位继承人。由于四位法定继承人并未明确是否放弃继承，也未推举遗产管理人，故法院认定由四位继承人共同担任遗产管理人。在申请强制执行阶段，债权人申请对四位遗产管理人名下的财产进行执行，四位遗产管理人提出执行异议。法院审理后认为：关于能否直接执行继承人名下的财产，并对继承人采取限制消费措施，遗产管理人虽然可以成为被执行人，但其并非责任承担主体，其主要职责为处理被继承人的债权债务和分割遗产，因此不能直接执行遗产管理人的自有财产清偿债务，亦不能对遗产管理人采取限制消费措施。2020 年 12 月 29 日修正的《变更追加规定》第十条第一款亦规定，变更、追加遗产管理人为被执行人后，也是在遗产范围内承担责任的。本案中，济阳法院查封被继承人寇某周名下遗产并无不当。但对于遗产管理人王某名下财产，在无证据证实上述财产为寇某周遗产的情况下，济阳法院对其进行查封无事实及法律依据，应予纠正。对寇某义、王某、寇某松、寇某采取限制消费措施，亦无事实及法律依据。

结语

综上，遗产管理人这一新兴制度具有重要意义，在私人财富规划中将发挥重要作用，值得专业人士持续关注。

[注]

[1] 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《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 月第 1 版。

[2]《民法典》第一千一百四十五条规定，继承开始后，遗嘱执行人为遗产管理人；没有遗嘱执行人的，继承人应当及时推选遗产管理人；继承人未推选的，由继承人共同担任遗产管理人；没有继承人或者继承人均放弃继承的，由被继承人生前住所地的民政部门或者村民委员会担任遗产管理人。

[3]《民事诉讼法》第一百二十三条：人民法院应当保障当事人依照法律规定享有的起诉权利。对符合本法第一百一十九条的起诉，必须受理。符合起诉条件的，应当在七日内立案，并通知当事人；不符合起诉条件的，应当在七日内作出裁定书，不予受理；原告对裁定不服的，可以提起上诉。

[4] 参见浙江省婚姻法学研究会：《〈民法典草案〉“遗产管理人制度”的修改建议及理由》

[5] 该案中，后曹某申请再审，江苏省高级人民法院作出(2019)苏民申 5373 号民事裁定书，驳回了曹某的再审申请。

[6] (2018)渝 0118 民初 5081 号

[7] (2019)闽 01 民终 8996 号

[8] (2018)云 0112 民再 2 号

[9] (2019)鄂民再 330 号、(2019)鄂民再 331 号、(2019)豫 03 民申 212 号、(2018)浙 0327 民初 12049 号、(2017)内 0783 民初 1538 号

[10]《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》第二条：作为申请执行人的自然人死亡或被宣告死亡，该自然人的遗产管理人、继承人、受遗赠人或其他因该自然人死亡或被宣告死亡依法承受生效法律文书确定权利的主体，申请变更、追加其为申请执行人的，人民法院应予支持。

作为申请执行人的自然人被宣告失踪，该自然人的财产代管人申请变更、追加其为申请执行人的，人民法院应予支持。

[11]《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》第十条：作为被执行人的自然人死亡或被宣告死亡，申请执行人申请变更、追加该自然人的遗产管理人、继承人、受遗赠人或其他因该自然人死亡或被宣告死亡取得遗产的主体为被执行人，在遗产范围内承担责任的，人民法院应予支持。

作为被执行人的自然人被宣告失踪，申请执行人申请变更该自然人的财产代管人为被执行人，在代管的财产范围内承担责任的，人民法院应予支持。

作者简介

贾明军　律师
上海办公室　合伙人
业务领域：税法与财富规划，诉讼仲裁

袁芳　律师
上海办公室　公司业务部

秦卓瑜
上海办公室　公司业务部

特别声明：
以上所刊登的文章仅代表作者本人观点，不代表北京市中伦律师事务所或其律师出具的任何形式之法律意见或建议。
如需转载或引用该等文章的任何内容，请私信沟通授权事宜，并于转载时在文章开头处注明来源于公众号“中伦视界”及作者姓名。未经本所书面授权，不得转载或使用该等文章中的任何内容，含图片、影像等视听资料。如您有意就相关议题进一步交流或探讨，欢迎与本所联系。

艳语评析|关于遗产管理人委托合同的解析

原创：2021-07-08　家族律评　蓝艳律师
https://mp.weixin.qq.com/s/4fIevVzq3490LggA61CIqg

关于遗产管理人委托合同的解析

作者：蓝艳律师

上海财经大学法学院发布的《遗产管理人操作流程指引（1.0 版）》对继承实务中有重要远大的意义。本人在配合贾明军律师参与上海财经大学法学院《遗产管理人操作流程指引（1.0 版）》项目中，主要起草遗产管理人操作中所需要涉及的配套文件。其中就遗产管理人委托合同与同仁分享自己的刍荛之见。

本合同（可查看文末处）仅适用于被继承人在生前提前订立遗嘱并在遗嘱中指定遗嘱执行人的情形。合同的内容主要结合了财大《遗产管理人操作流程指引（1.0 版）》中的指引内容，同时结合律师在合同订立以及遗嘱继承项目的经验总结。

一、关于委托合同主体的设计

1. 合同甲方即委托人通常为遗嘱人，而合同乙方即受托人通常为遗嘱人在遗嘱中指定的遗嘱执行人，遗嘱生效后即为遗产管理人。但《民法典》并没有明确约定遗嘱执行人的人数。为了便于理解，本合同暂时是以单一的遗嘱执行人作为乙方而设立的合同。当然，遗嘱人也可以在遗嘱中指定两位及以上的遗嘱执行人，且遗嘱执行人可以是自然人、法人或非法人组织，并且可以给所有

遗嘱执行人安排履职的顺位。但由于自然人、法人或非法人组织作为受托人，在委托合同的内容上可能会存在差异。因此，我们建议应根据受托人的形式以及需要单独签署相应的委托合同。但是委托人与后一顺位的遗嘱执行人所签署的合同需要设置生效要件，如只有前一顺位的遗嘱执行人无法履行职责的情况下，委托人与后一顺位的遗嘱执行人所签署的委托合同才生效。

2. 关于合同主体的信息，鉴于本合同中有需要发送至委托人、受托人联系地址或联系邮箱的约定情形，所以建议在合同的首部就明确双方的身份信息、联系地址、联系电话以及联系邮箱等内容。当然，也可以根据需要增加相应的内容。

二、关于委托合同的委托事项（合同第一条）

根据财大的操作指引，为了避免潜在的纠纷、明确双方的权利义务，遗产管理人的产生建议由委托人与受托人建立委托关系并签署书面合同。同时遗产管理人的产生既是基于委托人在遗嘱中指定遗嘱执行人，也是基于受托人对成为遗嘱执行人的行为表示接受。因此，在委托事项的开头我们列明了委托人指定遗嘱执行人以及受托人接受成为遗嘱执行人的描述。同时，我们认为，为了更好地在委托人身故之后担任遗产管理人，受托人的工作应当在委托人在世时就进行开展。合同的具体委托事项主要分为以下三类：

01 遗嘱订立及管理服务（1.1.1-1.1.4）

鉴于遗嘱是受托人担任遗产管理人的重要文件，因此，遗嘱的订立和管理是受托人非常重要的一项服务内容。

（1）第 1.1.1 条，如果委托人尚未订立遗嘱，则受托人可以协助委托人完成遗嘱订立的服务或者可以协助委托人筛选法律服务机构。通过这项服务可以明确遗嘱中涉及受托人作为遗嘱执行人的服务内容。

（2）第 1.1.2 条，受托人需要为委托人在遗嘱中指定自己为遗嘱执行人提供便利，如提供身份证明等。

（3）第 1.1.3 条，如果委托人已经完成或在受托人的协助下订立遗嘱，受托人可以选择是否需要接受遗嘱的保管。如果提供这样的服务，我们通常建议使用如银行保险箱等方式进行保管，由此所产生的费用通常应当由委托人承担。

（4）第 1.1.4 条，委托人的身体状况以及继承人、受遗赠人的变化对于受托人未来履行遗嘱执行人的工作有很重要的影响，所以我们建议受托人的服务范围也需要包含这部分的内容。

02 财产管理及相关服务（1.1.5-1.1.8）

遗嘱执行人的核心工作内容就是在委托人不幸身故之后，按照委托人生前订立的遗嘱分割委托人在遗嘱中所列明的遗产。因此，我们建议，在委托人同意的情况下，受托人可以在委托人生前就开始对委托人遗嘱中涉及的财产进行管理。

（1）第 1.1.5 条，鉴于委托人对于其名下的财产情况是最了解的，所以受托人可以根据委托人所提供的资料，每年对于委托人的财产、债权债务等内容进行清查。同时，我们还建议受托人可以把清查的内容形成书面的报告，一方面可以向委托人展示工作成果，另一方面也便于受托人梳理委托人的财产情况。

（2）第 1.1.6 条，我们建议将第三方占有或代持的财产作为单独的清查内容，这部分的财产由于并非在委托人的控制之下，不稳定性更强。因此，我们建议受托人可以通过半年一次的清查服务，对于该类型财产的变化有一个相对密集的关注。

（3）第 1.1.7 条，委托人的健康状况是受托人应当特别关注的问题。所以我们在合同中设计了日常联系人和紧急联系人的联系机制。我们通常建议日常联系人由委托人本人担任会更佳，同时还设立第二顺位的日常联系人，联系机制也建

议设置得更加频繁，我们在合同中建议为每月 2 次。而紧急联系人主要是在两个顺位的日常联系人均无法联系时进行联络，主要是确定委托人是否已经发生了身故的情况。

（4）第 1.1.8 条，我们还在合同中提示了在委托人身故后是否需要继续履行投保人的支付安排，尤其是针对保险合同中没有设置投保人豁免的条款。

03 遗产管理人及相关服务（1.1.9-1.1.26）

遗产管理人的服务内容是本合同中最为核心的要点，因此，我们针对遗产管理人的服务设计了较为丰富的服务内容。

（1）第 1.1.9 条，委托人的身故信息以及相关的资料是受托人正式开展遗产管理人服务所必须掌握的信息和需要获得的文件。所以受托人需要完成这部分资料的收集工作。

（2）第 1.1.10 条，委托人身故之后，受托人需要核实继承人和受遗赠人的身份情况并制作相关的人员名单，方便受托人之后开展遗产管理人的服务。

（3）第 1.1.11 条，遗嘱是受托人提供遗产管理人服务非常重要的文件，委托人需要对遗嘱进行开封和查验。如果受托人在此前的服务中提供了遗嘱保管的服务，则可以在后续程序中需要提供遗嘱时再取出。

（4）第 1.1.12 条，遗产的清点也是遗产管理人较为重要的工作，同时也需要制作书面的清单。如果受托人在此前的服务中已经提供了定期清查委托人财产的服务，则这一步只需要将上一年度的清查的情况结合实际情况制作最新的遗产清单。

（5）第 1.1.13 条，公告义务是我们参考财大《遗产管理人操作流程指引（1.0 版）》关于债权债务的公告义务而提出的进一步建议，这种方式主要是为了更好地保护继承人、受遗赠人、债权人等各方的利益。当然，我们也设计了可选择的条款，如果全体继承人、受遗赠人全部要求不需要公告，且愿意自己承担相应的责任，则受托人也可以不进行公告。

（6）第 1.1.14 条，对于遗产的管理是遗产管理人较为重要的一项工作内容，我们结合了财大《遗产管理人操作流程指引（1.0 版）》中 10.3 条对于遗产管理的方式进行了列举式的约定。同时，因为管理遗产而产生的费用，我们认为还是应当在合同约定从委托人的遗产中进行扣除。

（7）第 1.1.15 条，针对遗产中价值波动较大的财产，我们也结合了《遗产管理人操作流程指引（1.0 版）》中 10.2 条的规定，建议除了偿还委托人生前已经明确的且到期的债务之外，其他的处理方式还是需要获得提前的授权或全体继承人的同意，以免不慎处分此类遗产造成损失。

（8）第 1.1.16 条，针对遗产中流动性较强的财产，如银行存款，我们认为，鉴于部分继承人可能会掌握委托人的银行账户以及密码，可能会提前提取这部分财产，会造成遗产管理人工作的难度，所以我们建议可以采用提前申请银行冻结的手段。当然，还是要结合各家银行的政策与规定。

（9）第 1.1.17 条，保险合同以及遗嘱信托与其他财产类型不同，我们在合同中专门采用条款进行约定。

（10）第 1.1.18 条，根据财大《遗产管理人操作流程指引（1.0 版）》12.1 条的建议，我们在合同中也设置债权、债务申报的流程。原则上我们建议受托人可以一次性组织多方进行遗产管理会议，但如果继承人、受遗赠人不同意的话，也可以分别组织遗产管理会议，避免不同群体之间的冲突。

（11）第 1.1.19 条，委托人的债权债务情况与遗产分割有非常重要的关联性，因此我们专门设置了条款对于债权债务进行清点。鉴于债务的清偿会直接影响全体继承人、受遗赠人可分割的遗产范围，所以我们设计的条款相对保守，除了

委托人生前已经确认的债务以外，其他的债务清偿还是需要获得全体继承人、受遗赠人的书面同意。

（12）第 1.1.20 条，遗产管理会议作为遗产管理人行使职权的重要渠道，所以我们也单独设置了条款，并列举了会议中可能涉及到的事项。

（13）第 1.1.21 条，遗产分割协议作为遗产管理人服务业务的核心文件，所以我们也单独设置了条款，遗产管理人通常应当协调全体继承人和受遗赠人达成遗产分割协议。

（14）第 1.1.22 条，遗产分割的过程中，遗产管理人还应当尽可能地协调各方的意见，达成最终的合意。即使无法达成调解，遗产管理人也应当基于之前所提供的服务内容，为遗产分割的争议解决提供必要的帮助。

（15）第 1.1.23 条，如果遗产分割过程较为顺利，遗产管理人应根据不同的财产类型协助继承人、受遗赠人完成财产的转移和交付手续。

（16）第 1.1.24 条，根据财大《遗产管理人操作流程指引（1.0 版）》第 16 条的指导，我们建议遗产管理人应当在遗产分割完毕之后制作遗产管理清算报告，一方面可以通过书面的方式梳理整个遗产管理工作的全过程，另一方面也可以向全体继承人、受遗赠人展示遗产管理的成果。

（17）第 1.1.25 条，遗产管理工作全部完结之后，我们建议可以就整个服务过程中所涉及的文档进行归档并妥善保管，以免未来发生争议时保留证据。

（18）第 1.1.26 条，属于兜底条款。

04 确定日常联系人以及紧急联系人的信息（1.3）

05 设置日常联系人以及紧急联系人信息变更的方式（1.4）

三、关于甲方（委托人）义务的约定（第二条）

委托人在订立本合同时需要在一定范围内履行相应的义务，我们建议的约定内容如下：

1. 第 2.1 条，遗嘱是遗产管理人最为重要的法律文件之一。尤其是委托人的民事行为能力是受托人需要特别关注的问题。因此，我们建议受托人在必要时可要求委托人提供民事行为能力的鉴定报告。

2. 第 2.2 条，受托人因委托人在遗嘱中指定其为遗嘱执行人而在其身故后成为遗产管理人。因此，委托人的遗嘱若发生变化，应当及时通知受托人。

3. 第 2.3 条，委托人应当向委托人提供真实的信息和资料。

4. 第 2.4 条，委托人应当保证日常联系人以及紧急联系人的信息准确。

5. 第 2.5 条，委托人自身的联系方式以及健康状况发生变化后应当履行约定的通知义务。

6. 第 2.6 条，此处是一个兜底条款。

四、关于乙方（受托人）义务的约定（第三条）

受托人作为合同的相对方以及遗产管理人需要在一定范围内履行相应的义务，我们建议的内容如下：

1. 第 3.1 条，按照法律、法规以及委托人的遗嘱履行合同约定以及遗产管理人的职责。

2. 第 3.2-3.3 条，按照约定与委托人就合同约定事项以及遗产管理事项进行及时沟通与回复。

3. 第 3.4 条，受托人因履行合同以及担任遗产管理人而获取的委托人的隐私、商业秘密等需要履行保密义务。

4. 第 3.5 条，受托人的信息产生变化时应当履行约定的通知义务。

五、服务费用的约定

鉴于本合同所约定的委托服务范围包含了委托人的遗嘱保管、生前财产的管理以及遗产管理

人的服务，所以我们认为，相应的收费也需要分成以下两个部分：

1. 第 4.1 条约定的是遗嘱和财产管理费。我们建议是采用每年付费的方式。

2. 第 4.2 条约定的是遗产管理人的报酬。我们建议是按照管理的遗产标的额按照一定的比例收取。鉴于遗产管理人的报酬产生时，委托人已经身故，所以我们建议需要提前约定可以在委托人的遗产中扣除，不足部分由继承人先行垫付。

3. 第 4.3-4.5 条约定的是继承人作为遗产分割相关的诉讼的主体，如果需要遗产管理人提供服务的，则需要另行达成协议并收费。

4. 第 4.6 条约定了收款账户。

六、关于其他费用的约定（第五条）

在遗产管理人履行职责的过程中可能会产生其他费用，我们认为这部分费用不应当计算在遗产管理人的报酬中，应当另行约定从委托人的遗产中扣除或由继承人先行垫付。

七、关于违约责任的约定（第六条）

在本合同的履行过程中委托人与受托人均可能发生一些违约的行为，我们建议预先就可能会出现的违约责任的情形和承担方式进行约定。

八、关于服务期限的约定（第七条）

《民法典》中并没有明确规定遗产管理人的服务期限，我们认为，既然遗产管理人是一项服务，我们建议在双方均同意的情况下可以设置服务的期限。当然，鉴于遗产分割的特殊性，我们认为服务期限不宜过短，至少应当设置 1 年以上的服务周期。如果遗产的财产形式较为丰富，继承人的人数众多、区域分布较广，服务周期可以约定的更长一些。

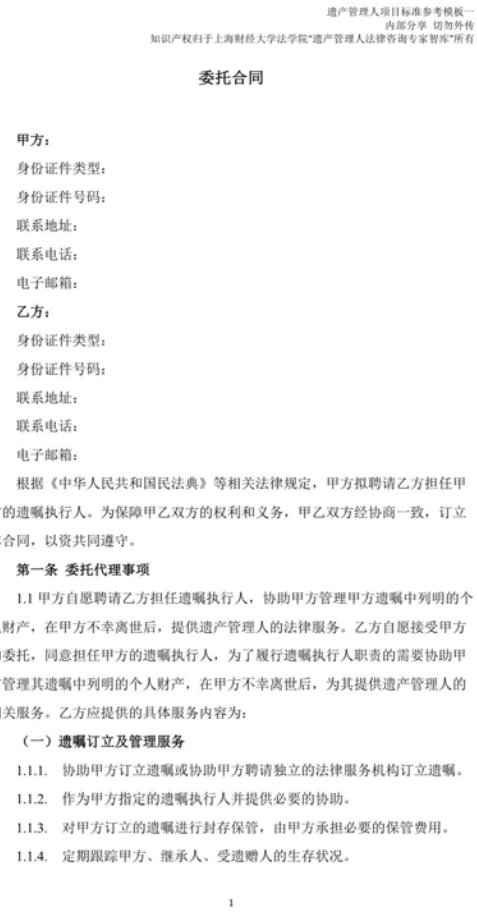
九、关于合同的中止和终止（第八条）

鉴于本合同建议对遗产管理人设置服务期限的限制，因此也需要提前对可能出现的合同中止以及终止的条件进行设置。

十、其他合同条款（第九条-第十二条）

除了以上内容之外，我们对于合同的一些常规条款也提供了建议，包括争议解决方式、生效要件、合同数量、承诺保证等，这些也是合同订立最基本的条件。

附：遗产管理人委托合同



遗产管理人项目标准参考模板一
内部分享 切勿外传
知识产权归于上海财经大学法学院"遗产管理人法律咨询专家智库"所有

委托合同

甲方：
身份证件类型：
身份证件号码：
联系地址：
联系电话：
电子邮箱：
乙方：
身份证件类型：
身份证件号码：
联系地址：
联系电话：
电子邮箱：

根据《中华人民共和国民法典》等相关法律规定，甲方拟聘请乙方担任甲方的遗嘱执行人。为保障甲乙双方的权利和义务，甲乙双方经协商一致，订立本合同，以资共同遵守。

第一条 委托代理事项

1.1 甲方自愿聘请乙方担任遗嘱执行人，协助甲方管理甲方遗嘱中列明的个人财产，在甲方不幸离世后，提供遗产管理人的法律服务。乙方自愿接受甲方的委托，同意担任甲方的遗嘱执行人，为了履行遗嘱执行人职责的需要协助甲方管理其遗嘱中列明的个人财产，在甲方不幸离世后，为其提供遗产管理人的相关服务。乙方应提供的具体服务内容为：

（一）遗嘱订立及管理服务

1.1.1. 协助甲方订立遗嘱或协助甲方聘请独立的法律服务机构订立遗嘱。

1.1.2. 作为甲方指定的遗嘱执行人并提供必要的协助。

1.1.3. 对甲方订立的遗嘱进行封存保管，由甲方承担必要的保管费用。

1.1.4. 定期跟踪甲方、继承人、受遗赠人的生存状况。

1

（二）财产管理及相关服务

1.1.5. 根据甲方提供的信息，每年梳理和清查遗嘱所涉财产、债权债务的变动情况、甲方涉诉情况等，形成书面的年度报告，并于次年 2 月向甲方提交。

1.1.6. 每半年核查第三方代持或占有财产的状况，每次核查后均需要形成书面的记录，并于次年 2 月向甲方提交书面的年度报告。

1.1.7. 每个月至少与甲方或甲方指定日常联系人联系 2 次，联系方式由甲方或甲方指定日常联系人确定，每次联系后均需要形成书面的记录，并于次年 2 月向甲方提交书面的年度报告。

1.1.8. 若遗嘱中涉及甲方作为投保人订立的保险合同，需要提前向甲方书面明确过世之后是否需要继续履行未完成的投保人的付款义务。

（三）遗产管理人及相关服务

1.1.9. 在甲方不幸去世后，负责核查甲方的去世事实并收集甲方的死亡证明、户籍注销证明等相关法律文件。若甲方的相关人员拒绝提供前述法律文件，则乙方有权单方聘请第三方机构收集。甲方同意由此所产生的费用应在遗产中予以扣除，但乙方须提供第三方机构所出具的原始收费凭证。

1.1.10. 核实并查明甲方继承人、受遗赠人以及其他相关人员，制作《继承/受遗赠人/其他相关人员名单》。

1.1.11. 对甲方订立的遗嘱进行开封、查验。

1.1.12. 清点甲方的遗产、制作遗产清单。

1.1.13. 在甲方住所地或经常居住地区域内省级（含）以上报刊或网络媒体通报甲方的去世通知及告知召开遗产管理会议的时间及地点，催告利益相关人向乙方申报债权、债务；若所有继承人均同意不履行通告义务且书面承诺愿意承担相关责任的，则乙方可以不履行该义务。

1.1.14. 采取必要措施管理、保存、维持、收回遗产，防止遗产毁损、灭失，包括但不限于以下行为：

（1） 维护和修缮动产、不动产；

（2） 变卖鲜活易腐财产；

（3） 采取保全债权的措施；

（4） 以遗产管理人身份参与和遗产相关的诉讼或仲裁；

（5） 其他必要的财产保全行为。

若乙方实施上述行为需要产生合理的费用，甲方同意由此所产生的费用应在遗产中予以扣除，但乙方须提供第三方机构所出具的原始收费凭证。

1.1.15. 若遗嘱中涉及处理公司股权、基金等价值波动较大的财产，除为了偿还甲方遗嘱中明确且生前已到期的债务以外，乙方的处分行为需要提前获得甲方生前的书面授权或者由所有继承人出具书面授权文件。

1.1.16. 若遗嘱中涉及超过【具体金额】的银行存款，乙方在获得证明甲方身故的法律文件后，可以及时通过银行冻结甲方的银行账户。

1.1.17. 落实甲方作为投保人/被保险人的保险合同，作为原委托人的遗嘱信托等财富规划工具的具体内容和工作事项等。

1.1.18. 通过书面通知或公告方式，催告甲方生前的债权人、债务人在指定期限内申报债权、债务，并向债权人、债务人通知召开遗产管理会议的时间、地点。若继承人、受遗赠人不同意与债权人、债务人一起参加遗产管理会议的，乙方可以分别组织的遗产管理会议。

1.1.19. 核实甲方的债权债务情况并形成书面的债权清单和债务清单；甲方生前书面已确认的债务，可由乙方直接偿还；若甲方生前未书面确认的债务，则需要经过全体继承人、受遗赠人的一致同意后，乙方按照前述各方共同签署的书面文件处理该债务。

1.1.20. 组织召开遗产管理会议，公布遗嘱，报告遗产及债权债务清单，确定继承人、受遗赠人是否放弃继承权、受遗赠权。若继承人、受遗赠人放弃继承权、受遗赠权的，乙方需单独起草书面的放弃文件并督促放弃者签署。

1.1.21. 根据甲方的遗嘱（若已订立遗嘱可作为附件）或者法律规定分割遗产。组织起草遗产析产分割协议并协助全体继承人办理继承析产公证以及相关配套手续或其他与遗产继承相关的手续。

1.1.22. 若继承人、受遗赠人对于遗产分割协议存在争议，应当主动组织相关的调解工作。若调解不成，需要为继承人、受遗赠人进行法院诉讼提供必要的帮助。

1.1.23. 对于不动产、股权、基金、存款等需要办理转移、过户和交付手续的遗产，协助继承人、受遗赠人依据相关法律文书办理遗产转移、过户和交付的手续。

1.1.24. 遗嘱中涉及的遗产分割完毕之后，向所有继承人、受遗赠人提供书面的遗产管理清算报告。

1.1.25. 遗产管理事务终结后，制作结案文档，并将结案文档副本一并向所有继承人、受遗赠人送达。

1.1.26. 实施其他与管理、分割遗产有关的其他必要行为。

1.2 若乙方因其他原因导致其不宜继续执行甲方的遗嘱，乙方可另行委托甲方认可的第三方或机构代替乙方履行义务，相关费用由甲乙双方另行协商。若甲方已不幸离世，则相关费用由乙方与甲方所有继承人另行达成协商。

1.3 甲方指定遗嘱的日常联系人的姓名及联系方式如下：

第一顺位：【姓名】

联系地址：

联系电话：

电子邮箱：

第二顺位：【姓名】

联系地址：

联系电话：

电子邮箱：

乙方通常仅需要与第一顺位日常联系人进行每月的常规联络工作；若第一顺位日常联系人在 3 个工作日内无法取得联系，则乙方应当及时与第二顺位日常联系人进行联络，优先使用电话的方式。

1.4 甲方指定遗嘱的紧急联系人的联系方式如下：

联系人：【姓名】

联系地址：

联系电话：

电子邮箱：

若乙方在 3 个工作日内无法与所有日常联系人取得联系，则乙方应当及时与紧急联系人进行联络，优先使用电话的方式。

1.5 甲方变更其指定的日常联系人、紧急联系人的信息时，应以书面形式通知乙方，信息变更内容应以书面通知送达乙方在本合同抬头所确认的联系地址或电子邮箱之日起生效。

第二条 甲方的义务

2.1. 若甲方订立遗嘱时，乙方认为甲方有必要进行健康及精神状态的专业医学鉴定并提供书面报告等相关证明，甲方应予配合。

2.2. 甲方需确保其指定乙方为遗嘱执行人而订立的遗嘱是其最后一份遗嘱；若甲方需要变更或撤销遗嘱，应当及时告知乙方，并将变更后的遗嘱继续交由乙方保管。若甲方单方变更或撤销遗嘱，则乙方有权单方解除本合同，同时已经收取的管理费不再予以返还。甲方变更或撤销遗嘱的法律服务费用由甲方自行承担。

2.3. 甲方应确保其向乙方提供的遗嘱以及相关的所有资料的真实性及准确性；若乙方依据甲方所提供的错误信息而导致无法履行或瑕疵履行本合同载明的合同内容，则乙方不承担任何的责任。

2.4. 甲方应确保其向乙方提供的日常联系人以及紧急联系人的联系方式的真实有效性。

2.5. 若甲方变更本合同抬头所确认的居住地、联系方式或身体健康状况发生变化，甲方或其指定的紧急联系人应及时以书面形式通知乙方，信息变更内容应以书面通知送达乙方在本合同抬头所确认的联系地址或电子邮箱之日起生效。

2.6. 甲方应积极配合乙方完成本合同约定的所有服务内容的相关事宜。

第三条 乙方的义务

3.1. 乙方应当严格遵守本合同的约定，尽职尽责地根据法律、法规的规定完成本合同约定的委托事项，积极地维护甲方以及甲方遗嘱所列明的所有继承人、受遗赠人以及其他相关人的合法权益。

3.2. 乙方应当遵循诚实守信的原则，客观地与甲方沟通所委托事项可能出现的问题。

3.3. 乙方应当按照本合同的约定按时向甲方汇报乙方的工作进度和相关情况；对甲方询问关于履行本合同约定内容相关的事宜，通常应在三个工作日内给予答复，若有正当理由需要延迟答复，也应当及时向甲方告知原因。

3.4. 乙方对因履行本合同而获知的甲方的个人隐私、商业秘密负有保密义务，即使双方解除本合同，乙方仍需承担该保密义务；除法律、法规规定或者甲方书面同意的情形以外，乙方不得向任何第三方披露，否则将承担法律责任。

3.5. 乙方在本合同抬头所确认的联系地址或电子邮箱信息变更时，应以书面形式通知甲方，信息变更内容应以书面通知送达甲方在本合同抬头所确认的联系地址或电子邮箱之日起生效。

第四条 费用支付

经双方协商同意，甲方向乙方支付管理费、服务费的收费标准及支付方式如下：

4.1. 遗嘱和财产管理费

4.1.1. 乙方依照本合同 1.1.1 条至 1.1.8 条的约定，协助甲方订立遗嘱、跟进甲方的身体状况以及遗嘱的相关情况、保管遗嘱、管理甲方遗嘱所列财产，甲方每年应当向乙方支付管理费人民币_____。

4.1.2. 甲方于本合同签订时向乙方支付第一个服务年度的管理费；12 个自然月后为第二个服务年度，甲方应当在第二个服务年度开始后的第一个工作日支付该服务年度的管理费，以此类推，直至甲方订立的遗嘱生效时止。

4.1.3. 若甲方在支付完一个服务年度的管理费后至下一个服务年度开始前去世，则甲方已支付的该年度的管理费不予退还。

4.2. 遗产管理人服务费

甲方不幸去世后，乙方作为甲方的遗产管理人将按甲方遗嘱中所列明的遗产的评估价值的【比例自定】%收取后期遗产管理人服务费，该笔服务费应从甲方遗嘱中所列明的遗产中先行扣除；若甲方的现金遗产不足以支付乙方的服务费，则由甲方指定的遗嘱继承人按比例先行垫付。

4.3. 乙方作为甲方的遗产管理人为实现防止遗产毁损、灭失的目而通过诉讼或调解程序的，若依照法律、法规需要由甲方的继承人作为诉讼主体的，则乙方应与甲方的继承人另行达成委托。

4.4. 乙方作为甲方的遗产管理人通过诉讼程序清偿甲方债务的，若依照法律、法规需要由甲方的继承人作为诉讼主体的，则乙方应与甲方的继承人另行达成委托。

4.5. 乙方通过诉讼程序解决甲方继承人之间的继承纠纷，若依照法律、法规需要由甲方的继承人作为诉讼主体的，则乙方应与甲方的继承人另行达成委托。

4.6. 乙方收取上述费用的银行账户如下：

银行户名：

银行账号：

开户行：

第五条 其他费用

乙方办理本合同委托事项所发生的以下工作费用由甲方另行支付：

5.1. 由相关行政、司法、邮政、公证、翻译、鉴定、评估、拍卖等第三方机构直接收取的费用，乙方应提供费用支付的原始凭证。

5.2. 经甲方或甲方指定的继承人书面确认由乙方聘请第三方服务机构提供相关法律、税务、财富管理等业务的咨询费、委托费、代理费等相关费用，乙方应提供费用支付所依据的合同原件以及原始凭证或由甲方或甲方指定的继承人出具书面文件确认费用。

5.3. 乙方为履行本合同各项下服务内容而产生的交通费、食宿费；乙方住所地所在区域内的交通费、食宿费按照【自定标准】/天计算；除此之外的交通费、住宿费、食宿费均需要提前与甲方或甲方指定的继承人达成书面的确认文

件，并提供费用支付的原始凭证或由甲方或甲方指定的继承人出具书面文件确认费用。

5.4. 乙方征得甲方或甲方指定的继承人书面文件确认后的其他费用。

若上述工作费用发生在甲方去世之后，则甲方同意该工作费用应从甲方遗嘱中所列明的遗产中先行扣除；若甲方的现金遗产不足以支付的，则由甲方指定的遗嘱继承人按比例先行垫付。

第六条 违约责任

6.1. 乙方无正当理由不提供本合同约定的服务或者违反己方义务，甲方有权要求乙方退还部分或者全部已付的管理费、服务费。但甲方不得以如下理由要求乙方退费：

6.1.1. 乙方担任遗产管理人时因故意或者重大过失造成继承人、受遗赠人人、债权人损害，但乙方已另行承担民事责任；

6.1.2. 甲方就己委托乙方代理的事项单方面另行委托其他第三方；

6.1.3. 乙方接受委托后，在乙方无任何故意或者重大过失行为的情况下，甲方单方面要求解除合同的；

6.1.4. 其他非因乙方的原因，甲方单方解除本合同的。

6.2. 因甲方追加委托事项或因客观原因导致乙方的委托事项明显扩大时，乙方有权增加费用，否则，乙方仅在原委托范围内工作。

6.3. 乙方因故意或重大过失致使工作延误、失职，导致甲方遭受重大经济损失，甲方可通过双方协商或其他法律途径解决。在没有取得双方一致的书面协议或生效法律文书前，甲方不得要求乙方先行赔付。乙方赔付金额不高于乙方因本合同而收取的管理费、服务费的总和。

6.4. 甲方或甲方指定的继承人有下列情形之一的，乙方有权解除合同或暂停工作直到相关方自行纠正时止：

6.4.1. 甲方的委托事项违反法律、法规的强制性规定；

6.4.2. 甲方有捏造事实、伪造证据或者隐瞒重要事实等情形的；

6.4.3. 甲方逾期 3 日仍不向乙方支付管理费或者工作费用的；

6.4.4. 甲方指定的继承人逾期 3 日仍不配合乙方获得或向乙方补足服务费或者工作费用的。

第七条 服务期限

自甲方去世后，乙方的服务期限继续延续【约定】年，自乙方知道或应当知道甲方去世之日起计算。若服务期限届满之后，甲方的遗产仍然没有处理完毕，甲方的继承人若仍然希望由乙方提供服务，应当与乙方另行达成协议。

第八条 合同中止及终止

8.1. 合同的中止

8.1.1. 在甲方的遗产开始分配后，若因继承人、受遗赠人或利害关系人对遗产范围、继承人资格、继承依据及分割顺序、分割方式等存在争议，由乙方组织调解后仍未能达成一致意见的，则乙方有权单方中止对争议遗产的分割服务，服务期限同时中止计算；待继承人、受遗赠人或利害关系人就相关争议问题协商达成一致意见或取得生效的裁判文书后，乙方可恢复分割争议遗产，服务期限继续计算。

8.1.2. 如乙方依据甲方书面确认的联系方式，无法同时与全部的继承人、受遗赠人或利害关系人取得联系导致乙方无法继续履行合同义务的，则乙方可单方中止本合同服务，服务期限同时中止计算。

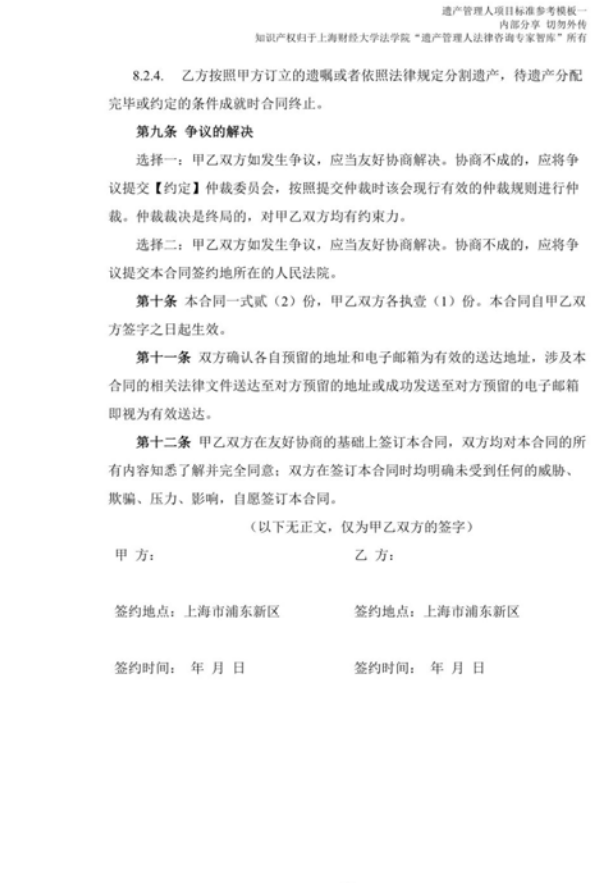
8.1.3. 如非因乙方原因，在双方约定服务期限内，无法按照附件的遗嘱将遗产分配完毕的，乙方可单方中止本合同服务，但服务期限不中止计算。

8.2. 合同的终止

8.2.1. 因甲方故意或重大过失行为导致本合同约定的服务内容无法完成的，视为合同自动终止；乙方已经收取的管理费、服务费、工作费用均不予退还；

8.2.2. 自本合同约定的中止事项发生之日起【】年内，导致合同中止的事由尚未纠正或消失的，视为合同终止；

8.2.3. 如双方无法就变更本合同内容达成一致意见的，应视为乙方已经完成本合同约定的所有服务内容，合同终止；



遗产管理人项目标准参考模板一
内部分享 切勿外传
知识产权归于上海财经大学法学院“遗产管理人法律咨询专家智库”所有

8.2.4. 乙方按照甲方订立的遗嘱或者依照法律规定分割遗产，待遗产分配完毕或约定的条件成就时合同终止。

第九条 争议的解决

选择一：甲乙双方如发生争议，应当友好协商解决。协商不成的，应将争议提交【约定】仲裁委员会，按照提交仲裁时该会现行有效的仲裁规则进行仲裁。仲裁裁决是终局的，对甲乙双方均有约束力。

选择二：甲乙双方如发生争议，应当友好协商解决。协商不成的，应将争议提交本合同签约地所在的人民法院。

第十条 本合同一式贰（2）份，甲乙双方各执壹（1）份。本合同自甲乙双方签字之日起生效。

第十一条 双方确认各自预留的地址和电子邮箱为有效的送达地址，涉及本合同的相关法律文件送达至对方预留的地址或成功发送至对方预留的电子邮箱即视为有效送达。

第十二条 甲乙双方在友好协商的基础上签订本合同，双方均对本合同的所有内容知悉了解并完全同意；双方在签订本合同时均明确未受到任何的威胁、欺骗、压力、影响，自愿签订本合同。

（以下无正文，仅为甲乙双方的签字）

甲 方：	乙 方：
签约地点：上海市浦东新区	签约地点：上海市浦东新区
签约时间： 年 月 日	签约时间： 年 月 日

10

作者介绍

蓝艳律师

蓝艳律师是中伦律师事务所合伙人。蓝律师处理了多起境内外上市公司股权分割与继承案件，所服务的客人包括境内外上市公司控股股东、实际控制人、大型国企及跨国企业的高级管理人及知名民营企业家等。

由上海财经大学法学院推出的《私人财富传承与“遗产管理人”高级研修班 》

上海财经大学法学院于 2021 年 3 月设立“遗产管理人法律咨询专家智库”。智库建立的宗旨是为中国遗产管理人行业提供人才培养、课题研究、课程培训、宣传推广等方面的工作。“遗产管理人法律咨询专家智库”共同起草了《遗产管理人操作流程指引（1.0 版本）》，已于 2021 年 5 月 27 日由上海财经大学法学院发布。

在此基础上，上海财经大学法学院推出本期遗产管理人课程，旨在通过系统知识培训，帮助私人财富管理从业者了解和掌握相关法律业务实操，走进家事公证领域，演习公证操作流程，从而提升财富传承的业务能力，开拓视野领域，扩大财富管理和传承的生态圈。

参加研修班的学员将会：

（1）深入了解家族财富传承的法律体系，掌握遗嘱、信托、公证等工具的基础理论知识。

（2）全面学习遗嘱执行人、遗产管理人制度，掌握具体业务产品和提升专业技能。

（3）全过程场景式学习，践行知行合一，既有财富管理传承的理论知识又有独特的“实景教学法”。

（4）通过课程学习，与律师和公证员做朋友，走近“神秘”的公证领域，成为财富传承领域的领跑者，打造自己成为一名合格的遗产管理人。

（5）获得上海财经大学结业证书。

责编 | 笨鸟喵

作者 | 蓝艳律师

收藏：居住权设立的落地与实操全解析 | iCourt

原创：2021-07-13 iCourt 法秀 徐军、王旖旎
https://mp.weixin.qq.com/s/RmwGARmrYipS6_b3BUwM8g

作者：徐军、王旖旎
单位：上海市光大律师事务所
微信：tui_qiao
律所公众号：上海市光大律师事务所

近日，上海市第二中级人民法院审结了一起房屋所有权确认纠纷案。

案件以设立附期限居住权、支付补偿款的方式调解结案。上海二中院出具调解书后，为保障居住权顺利登记，承办法官陪同双方当事人一同前往上海市静安区自然资源确权登记事务中心办理登记手续。

据悉，该次居住权登记系上海市因人民法院生效法律文书设立居住权的首次登记，登记时间为 2021 年 4 月 29 日，设立的居住权期限为一年。

党的十九大报告提出，要加快建立多主体供给、多渠道保障、租购并举的住房制度，让全体人民住有所居。为落实党中央的要求，认可和保护民事主体对住房保障的灵活安排，满足特定人群的居住需求，《中华人民共和国民法典》（下称“《民法典》”）专门增设一章规定了居住权。如今，随着各地“首例居住权案”的纷纷出现，居住权再次成为了人们关注的焦点。

此次《民法典》在第三百六十六条至第三百七十一条中规定了居住权，但这六条条文仅涉及了居住权的部分事项，不能完整反映居住权制度的全貌，难以体现其完整的规则体系，这也给实际操作带来了难题。

比如，第三百六十六条和第三百七十一条规定了居住权的两种设立方式，即“按照合同约定”和“ 以遗嘱方式设立”。而在合同、遗嘱之外是否还有其他的设立方式，则并未言及。

又如，第三百六十八条明确了以合同方式设立居住权将登记作为设立要件，而第三百七十一条仅规定了“以遗嘱方式设立居住权的，参照适用本章的有关规定”，对于以遗嘱设立居住权时是否以登记为设立要件并未明确。

因此，在有限的条文下，在日常生活中人们如何设立居住权，如何使用法律工具保障自己的居住权益，则成为了一个值得探讨的问题。

何种情形适合设立居住权？通过合同、遗嘱设立居住权，却担心没有法律效力？居住权该如何申请登记？需要做哪些申请前的准备？本文将为大家一一解答，助您有效设立居住权，为您的居住权益保驾护航。

一、《民法典》施行前的居住权

《民法典》施行以前，法律中没有明确规定居住权。2001 年“居住权”一词在最高人民法院的司法解释中首次出现——《最高人民法院关于适用婚姻法若干问题的解释（一）》（下称“《婚姻

法解释一》”）第二十七条第三款中首次使用了“居住权”的概念，以解决当时实践中存在的离婚纠纷中没有分得房屋的一方居住困难的问题。

《婚姻法解释一》第二十七条第三款：离婚时，一方以个人财产中的住房对生活困难者进行帮助的形式，可以是房屋的居住权或者房屋的所有权。

然而，司法实践中涉及居住权益的案件种类繁多，远不止于离婚纠纷，笔者对《民法典》施行前的居住权案例进行了类型梳理。

需要注意的是，由于《民法典》的出台，这些案例所适用的法律依据现均已失效，仅作参考。

（一）案例分析

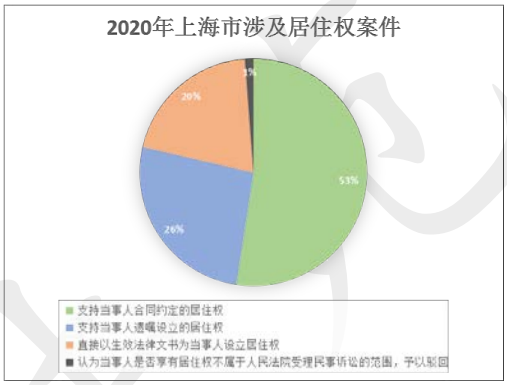
《民法典》施行前，居住权规定的空白与现实中人们的居住需求的矛盾，导致了实践中不同法院有不同的处理方式。主要有以下四种处理方式：

《民法典》施行前法院针对居住权的处理方式及典型案例			
序号	处理方式	案号	裁判要点
1	支持当事人合同约定的居住权	（2019）浙 07 民终 1320 号	双方签有《离婚协议书》一份，协议约定：位于金华市婺城区房产归徐某 1 所有；韩某享有该房产的居住权，直至韩某再婚。 法院认为，依照《最高人民法院关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释（二）》（下称“《婚姻法解释二》”）第八条的规定，当事人因离婚就财产分割达成协议，对双方具有法律约束力。故韩某要求徐某 1 交付该处房产的居住权，于法有据。
2	支持当事人遗嘱设立的居住权	（2020）苏 10 民终 2982 号	2001 年被继承人田某 4 与徐某、田某 3、田某 1 签订《继承协议书》，明确表示其去世后，诉争房屋由田某 3、田某 1 继承；在田某 4 与徐某夫妻关系确定的情况下，保证徐某生活居住使用终身。

			法院认为，上述内容系被继承人生前对其个人合法财产的处分，属于遗嘱，不违反法律规定，该遗嘱合法有效，法院予以确认。因此，依照《中华人民共和国继承法》（下称“《继承法》”）第十六条第二款的规定，诉争房屋应依照遗嘱内容由被上诉人田某 3、田某 1 继承。上诉人徐某对诉争房屋依法享有居住权。
3	直接以生效法律文书为当事人设立居住权	（2015）浦民一（民）初字第 8432 号	原告戴建平认为被告邵中玉的行为是恶意占有并侵害原告的物权，起诉要求被告搬离涉案房屋。 法院认为，被告并非涉案房屋的权利人，本无权在涉案房屋居住，但由于被告母亲王金娣在涉案房屋内享有法定居住权，鉴于王金娣目前的身体状况以及被告系王金娣的法定赡养人的事实，王金娣和被告所称被告需要居住在涉案房屋内照顾王金娣亦合情理，因此不应认定被告恶意占有涉案房屋，不宜强制被告搬离。 但即使被告基于照顾王金娣而

			居住在涉案房屋，其获得了实际的居住利益，因此，依据《中华人民共和国民法通则》（下称“《民法通则》”）第四条规定的公平原则，被告应当支付一定的其居住在涉案房屋期间的房屋使用费。
4	认为当事人是否享有居住权不属于人民法院受理民事诉讼的范围，予以驳回	（2019）沪 02 民终 6726 号	法院认为，物权的种类和内容由法律规定。原告主张的居住权非属法律规定的物权种类，其要求确认居住权不属于人民法院受理民事诉讼的范围，依法应裁定驳回起诉。裁定：驳回施咸达、何宪俐的起诉。

笔者在 Alpha 法律数据库中以“2020 年”、“上海市”、“居住权”等关键词为检索条件，共检索到约 1000 件案件。其中，“支持当事人合同约定的居住权”的情形约有 260 件；“支持当事人遗嘱设立的居住权”的情形约有 130 件；“直接以生效法律文书为当事人设立居住权”的情形约有 100 件；“认为当事人是否享有居住权不属于人民法院受理民事诉讼的范围，予以驳回”的情形约有 6 件。



可以看到，有的法官通过解释法律来赋予当事人居住权，有的法官则直接以法律没有规定为由驳回起诉，这种同案不同判的现象时有发生，损害了司法公正和公信力。

（二）法律依据

在《民法典》之前，法律中没有明确规定居住权，涉及当事人居住权益的案件所适用的法律依据主要有以下八条，包括离婚一方对另一方住房的居住权益、遗嘱遗赠的一般性规定、生效法律文件导致物权设立的一般性规定和公平原则等，相关法律条文请见文后附录。

效力级别	法律名称及条文	内容概括	实施日期	时效
法律	《继承法》第十六条第二款	遗嘱与遗赠的一般规定	1985.10.01	失效

	《中华人民共和国婚姻法》(下称“《婚姻法》”)第四十二条	离婚时一方从其住房等个人财产给予适当帮助	2001.04.28	
	《中华人民共和国物权法》(下称“《物权法》”)第二十八条	特殊原因导致物权设立、变更、转让或消灭的规定	2007.10.01	
	《民法通则》第四条	公平原则	2009.08.27	
司法解释	《婚姻法解释一》第二十七条	对《婚姻法》第四十二条“一方生活困难”的解释	2001.12.27	
	《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释(一)》(下称“《物权法解释一》”)第七条	对《物权法》第二十八条“导致物权设立、变更、转让或消灭的人民法院、仲裁委员会的法律文书”的解释	2016.03.01	
	《婚姻法解释	离婚财产分割协	2017.03.01	

	二》第八条	议的效力		
司法解释性文件	《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》第十四条	离婚后无房居住一方对另一方所有房屋的居住权益	1993.11.03	

二、依据《民法典》设立的居住权

（一）案例分析

《民法典》于 2021 年 1 月 1 日施行后，各地法院依据《民法典》确认或设立居住权的案例势必逐日增多，但受限于案件的审理周期及审判文书公开的时间，截止本文发出时，可以公开查询到的法院生效裁判案例较少。

因此，笔者整理了部分法院公众号及其他媒体发布的涉居住权案件，希望在有限的信息中提炼出《民法典》施行后各地法院有关涉居住权案件的审理观点和裁判方向。

这些已知的涉居住权案例在居住权设立方式上包括了以合同方式设立和以生效法律文书设立两种情形，以遗嘱设立的案例有待发现。

1. 以合同方式设立居住权

北京市海淀区人民法院宣判的首例涉居住权案件（内容来源于北京市海淀区人民法院官方公众号“北京海淀法院”）	
时间	2021 年 1 月 4 日一审判决
案情概述	王迪系王家和与李芳之女，王家和与李芳离婚，王迪随王家和共同生活在涉案房屋内。后王家和与张杨再婚，王迪称张杨不让其在涉案房屋内居住，依据王家和与李芳签订的离婚协议及王家和单方书写的承诺，要求确认对涉案房屋享有居住权。
法院观点	1. 王家和、李芳的离婚协议中约定王迪由王家和抚养，涉案房屋归王家和所有。 2. 王家和单方承诺王迪可在涉案房屋中居住，该承诺是王家和作为王迪监护人应履行的监护义务，而非法律意义上的居住权。 3. 王家和再婚后对涉案房屋进行了产权变更，王迪与现房屋所有权人王家和、张杨并未签订书面合同，亦未向登记机构办理登记。 综上： 王迪作为成年人要求确认对涉案房屋享有居住权，无权利基础，其主张既不具有《民法典》施行前的相关法律依据，亦不符合《民法典》中关于居住权的规定，故法院不予支持。2021 年 1 月 4 日，海淀法院对此案进行一审宣判，判决驳回王迪的诉讼请求。该案系《民法典》施行后，海淀法院宣判的首例涉居住权案件。
案件结果	法院不支持当事人的居住权诉讼请求

2. 以生效法律文书设立居住权

上海市首例因人民法院生效法律文书设立居住权的首次登记（内容来源于上海市第二中级人民法院官方公众号“上海二中法院”）	
时间	2021 年 4 月 29 日居住权登记
案情概述	高甲与高乙是兄弟关系，原共同居住在 A 房屋。1995 年，高乙增配 B 房屋。双方协商由高甲居住 B 房屋，高乙居住 A 房屋。后两套房屋均被拆迁，A 房屋拆迁所得款项由高乙支配。B 房屋拆迁后，安置 C 房屋，产权登记为高乙，但该房屋自安置开始由高甲居住。高甲要求高乙将 C 房屋过户至其名下，遭拒后提起诉讼，要求确认其享有 C 房屋的完整产权。
法院观点	一审法院认为，高甲在 B 房屋不具有常住户口，不属于共同居住人，因此该房屋的全部拆迁安置利益应归高乙所有，故驳回了高甲的诉请。 二审中合议庭注意到，A 房屋的拆迁安置款有高甲的份额，但高乙未将该款项分配给高甲，而是全部用于购置商品房。合议庭最终促成双方达成了 C 房屋归高乙所有，高乙为高甲设置附期限居住权及支付补偿款的调解方案。
案件结果	上海二中院出具调解书后，为保障居住权的顺利登记，承办法官陪同双方当事人一同前往静安区自然资源确权登记事务中心办理登记手续。2021 年 4 月 29 日，该中心在核查了民事调解书后，依照《上海市不动产登记技术规定》第 11.1.3 条的规定办理了登记。

（二）法律依据

《民法典》在“物权编”中新设了第十四章用以专门规定居住权，法律条文共六条，即第三百六十六条至第三百七十一条。

此外，“物权编”通则中的第二百二十九条还对因法律文书导致物权设立的情形进行了一般性规定。相关法律条文请见文后附录。

三、居住权设立的实践操作要点

本文分别对以合同方式、遗嘱方式、生效法律文书方式这三种居住权设立方式在实践中应注意的事项进行简要提示，同时以上海市有关不动产登记的地方规定——《上海市不动产登记技术规定》（自 2021 年 3 月 1 日起施行）作为地方示例对办理居住权设立登记的操作要点予以提醒。

（一）以合同方式设立居住权

1. 第一步：订立条款完备的合同

依照《民法典》第三百六十七条规定，设立居住权，应采用书面形式订立合同。合同一般包括下列条款：

（一）当事人的姓名或者名称和住所；

（二）住宅的位置；

（三）居住的条件和要求；

（四）居住权期限；

（五）解决争议的方法。

需要在合同中注意的是：

当事人双方可以协商约定有偿设立居住权，同时也可以约定对设立居住权的住宅进行出租，若当事人未做上述约定的，则居住权无偿设立且设立居住权的住宅不得出租。

鉴于民法典规定以合同方式设立的居住权自登记时设立，笔者建议当事人双方在合同中明确约定双方共同办理居住权登记的时间以及一方不配合办理登记的违约责任，确保居住权设立的实现。

2. 第二步：登记注意事项（以上海地区为例）

以合同方式设立居住权的登记注意事项		
	注意事项	法律依据
登记效力	以合同方式设立的居住权自登记时设立，应在签订合同后的第一时间进行登记。	《民法典》第三百六十八条
申请人	以合同方式设立居住权申请首次登记的，申请人应当是合同双方当事人，其中一方是不动产登记簿记载的全部产权人。	《上海市不动产登记技术规定》第 11.1.1.1 条
申请文件	申请人应当向登记事务机构提交下列文件： 1.《上海市不动产登记申请书》（原件）； 2. 身份证明（复印件）； 3. 记载居住用途的不动产权属证书(原件)； 4. 居住权合同（原件）。	《上海市不动产登记技术规定》第 11.1.1.2 条

（二）以遗嘱方式设立居住权

1. 第一步：订立合法有效的遗嘱

以遗嘱方式设立居住权，包括遗嘱继承和遗赠。

对遗嘱继承获得居住权的，应以遗嘱有效为前提。遗嘱的效力问题事关重要，无论是自书遗嘱、代书遗嘱、打印遗嘱、录音录像形式设立遗嘱、口头遗嘱、公证遗嘱均应确保合法有效，才能产生遗嘱的效力，具体规定可以参考《民法典》第六编第三章。

除此之外，还应注意在设立有效遗嘱和遗赠后，避免发生一些可能丧失居住权的情形。

例如：其一，以遗赠方式设立居住权的，受遗赠人应当在知道受遗赠后六十日内，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。其二，遗嘱继承或者遗赠附有义务的，继承人或者受遗赠人应当履行义务。没有正当理由不履行义务的，经利害关系人或者有关组织请求，人民法院可以取消其接受附义务部分遗产的权利。

2. 第二步：登记注意事项（以上海地区为例）

以遗嘱方式设立居住权的登记注意事项			
		内容	法律依据
登记效力		以遗嘱方式设立居住权的，登记不是设立要件，但未经登记的居住权不具有公示效力和公信效力，不得对抗善意第三人。因此建议在遗产继承开始后，及时办理登记，以保障居住权益。	《民法典》第二百三十条
申请人	以遗嘱方式设立居住权申请首次登记的	申请人应当是遗嘱设立的居住权人； 房屋共有的，申请人还应当包括不动产登记簿记载的其他共有人。	《上海市不动产登记技术规定》第 11.1.2.1 条
	因继承、受遗赠	申请人应当是遗嘱设立的居住权人和现不动	《上海市不动产登记技

	已办理转移登记且未再办理转移登记的	产登记簿记载的全部产权人。	术规定》第11.1.2.5条
申请文件		申请人应当向登记事务机构提交以下文件： 1.《上海市不动产登记申请书》（原件） 2.身份证明（复印件） 3.记载居住用途的不动产权属证书（原件） 4.生效的遗嘱（原件） 5.遗嘱人的死亡证明（复印件）。 另外： 1.申请人为遗产管理人的，还需提交足以证明其为遗产管理人的有效证件。 2.受遗赠设立居住权的，申请人还应当召集全部继承人或者遗产管理人到场确认，并提交书面确认声明。 3.因继承、受遗赠已办理转移登记且未再办理转移登记的，无需再提交不动产权属证书和遗嘱人的死亡证明。	《上海市不动产登记技术规定》第11.1.2.2至11.1.2.5条

（三）以生效法律文书设立居住权

在上述两种情形中，当事人或凭借合同，向登记事务机构申请居住权登记，或凭借遗嘱，在继承开始时即获得居住权。然而，**如果既无合同、也无遗嘱，还能通过何种途径设立居住权呢？**

《民法典》第二百二十九条规定："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。"因此，生效法律文书也是居住权设立的一种方式，文首上海二中院的案例即属此类情形。

通过案例检索，笔者发现，法院以生效法律文书设立居住权主要发生在离婚纠纷和赡养纠纷这两类案件中。在这两类纠纷中，当事人提出设立居住权的诉讼请求，如何更易获得法官支持呢？请看几则典型案例。

1. 常见情形

（1）离婚纠纷

①典型案例

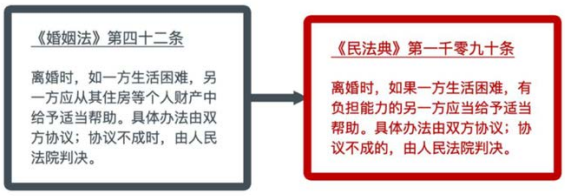
离婚纠纷中以生效法律文书设立居住权的案例			
案号	（2014）浙台民终字第352号	（2014）镇民终字第1300号	（2013）泸民终字第20号

房屋类型	夫妻一方本人所有	夫妻一方父母所有	政府分配
居住权期限	居住直至其有其他居住地方	2 年（固定期限）	居住直至政府收回房屋
案情概述	季某向法院起诉要求与杨某离婚。杨某经确诊患有胃癌。现双方所居住的房屋系季某婚前个人财产。	盛某甲、姜某婚后一直居住在由盛某甲父亲所建房屋内。现盛某甲向法院起诉要求与姜某离婚。诉讼中经征求盛某甲父亲的意见，其同意姜某离婚后继续在其房屋内居住一段时间（不超过两年），盛某甲认可其父亲的意见。 一审法院判决，姜某可以在本判决生效后二年内继续居住于原居住房屋内。姜某上诉称，其没有居处，属于生活困难，应有长期居住权。	张某某与他人有不正当关系。由于王某某患有妇科病，张某某以王某某有外遇为由与其产生矛盾，并向法院起诉要求与王某某离婚。 王某某身患多种疾病且肢体残疾，无固定收入，生活困难，无住房，一直居住在合江县虎头乡人民政府分配给张某某暂时居住的房屋内。
法院观点	法院认为，二人的夫妻感情确已破裂，准予二人离婚。但杨某患有胃癌，生活较为困难，季某应当在经济、住房上给予适当帮助。依照《婚姻法》第四十二条的规定，判决现双方居住的二层楼房一间的一楼由杨某居住、使用，直至其有其他	二审法院认为，考虑姜某离婚后无房居住，原审法院依据《婚姻法》第四十二条的规定，确定姜某在判决生效后二年内继续居住于原居住房屋内，并无不当，姜某主张长期居住权，没有法律依据，不予支持。	法院认为，因导致夫妻感情破裂主要原因在张某某，且王某某身患多种疾病且肢体残疾，无固定收入，生活困难。张某某虽也患有疾病，但有固定退休金收入。故夫妻离婚时，对一方生活困难的，另一方应给予适当帮助。 据此，法院为维护婚姻自由的原则，保护妇女合法权益，依照《婚姻法》第四十二条规定，判决：

	居住地方。		在合江县虎头乡人民政府未收回单位分配给张某某暂时居住的房屋前，王某某现居住房屋，由王某某继续居住。
法律依据	《婚姻法》第四十二条（失效）		

②法院观点总结

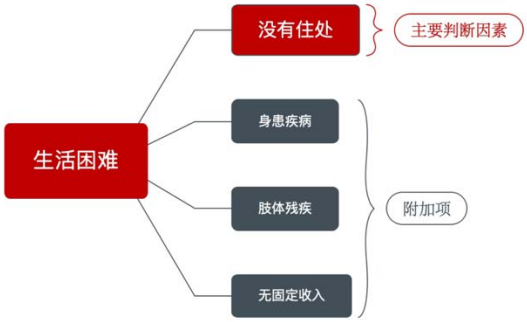
在离婚纠纷中，法院一般依照《婚姻法》第四十二条，判决生活困难的一方享有居住权。《婚姻法》现已失效，《民法典》在第一千零九十条延续了这一规定。



司法实践中，争议焦点主要在对于上述条文中的“生活困难”应做何种解释。

《婚姻法解释一》第二十七条规定，“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。离婚时，一方以个人财产中的住房对生活困难者进行帮助的形式，可以是房屋的居住权或者房屋的所有权。”从该司法解释可以看出，只要一方离婚后没有住处的，则属于“生活困难”，可以设定居住权，通过上文三个案例也可以得出相同的结论。

另外，在离婚后没有住处的基础上，身患疾病、肢体残疾、无固定收入等情形也是实践中法院设定居住权的考虑因素。



（2）赡养纠纷

①典型案例

赡养纠纷中以生效法律文书设立居住权的案例			
案号	（2020）苏 10 民终 1578 号	（2016）黔 23 民终 1025 号	（2015）浦民一（民）初字第 23393 号
案情概述	原告钱素珍和丈夫栾曙明（早已去世）共生育子女四人，分别为四被告栾福顺、栾小顺、栾粉华、栾福平。现原告年事已高，无劳动能力，收入来	原告王某某与丈夫贺儒玉（2012 年去世）共生育四个子女，即四被告贺某 2、贺某 1、贺某 3、贺某 4。2011 年，原告及其丈夫与被告贺某 1、贺某 2 签订分家协议，约定了土地分配情况	原告系被告母亲。2007 年，原告将系争房屋过户给在被告。2013 年，原告丈夫去世。2014 年，原告入住敬老院。原告要求确认其在系争房屋中有居住权，并要求被告将大门钥匙

	源为社保部门发放的农保1800元/年、政府为80岁以上老人发放的补贴50元/月以及所在村集体口粮分红460元/年。原告现居住在被告栾福平家中，原告请求判决四被告轮流给原告提供合适的住所。	及由被告贺某1、贺某2每年各支付赡养费800元等内容。现原告以四被告不履行赡养义务为由起诉，请求被告贺某1将位于安龙县的一间房屋给原告居住。	一把交给其。被告对于原告在系争房屋中有居住权表示同意。关于钥匙的问题，被告提出，原告在目前的身体、精神状况下，已不适合携带钥匙进出门或独自在屋内居住。 法院了解到原告于2014年已被诊断为老年脑，大部分时间需要他人护理，对于自己行为的控制力较弱。
法院观点	法院认为，赡养父母是子女应尽的法定义务。原告年事已高，仅凭现有收入难以维持生活，亦难以凭借自身劳动能力再获得经济收入。鉴于原告并无房屋可住，其要求四被告轮流提供居住房屋合情合理。 依据《中华人民共和国老年人权益保障法》（下称“《老年人权益保障法》”）第十四条规定，判决四被告每三个月轮流提供合适房屋给原告居住使用、并在轮流期间负责照料原告的生活起居。	法院认为，赡养老人是中华民族的传统美德，亦是法律规定的法定义务，不能通过约定的方式加以排除和限制。原告年事已高，已丧失劳动能力，被告系原告之子理应向老人尽赡养义务，该义务不能以各方签订的《分家协议》而排除。 依据《老年人权益保障法》第十三、十四、十六条规定，判决被告贺某1位于安龙县的房屋由原告王某某居住。	法院认为，被告对于原告在莲园路房屋中有居住权表示同意，于法无悖，本院予以确认。 关于是否应当将莲园路房屋进户门钥匙交予原告的问题，基于原告目前的生理状况、精神状态，考虑到其人身安全、房屋安全等因素，其不宜持有莲园路房屋进户门的钥匙，故对于原告的该项诉请，法院予以驳回。
法律依据	《老年人权益保障法》第十四条	《老年人权益保障法》第十三、十四、十六条	《婚姻法》第二十一条第一款、《老年人权

			益保障法》第十六条

②法院观点总结

生活中，父母子女间常通过赡养协议来约定子女为父母提供房屋居住。此外，父母子女还会在法院的主持下达成由子女提供房屋给父母居住的调解协议。

然而，在没有形成上述协议的情况下，子女不提供房屋给父母居住的，父母也可以请求法院判决子女向其提供房屋。那么，**在满足何种条件时，法院会支持父母的诉请，为其设立居住权呢？**

首先，通过上文中的三则典型案例，我们可以发现，这类赡养纠纷多发生在老年夫妻中的一人去世之后，另一人由于年事已高，且无房可住，仅凭现有收入难以维持生活，亦难以凭借自身劳动能力再获得收入，因此有必要让子女提供房屋给其居住。

其次，赡养义务既是中华民族的传统美德，更是一种法定义务，不能被当事人之间事先约定的协议所排除，如（2016）黔 23 民终 1025 号案件中的《分家协议》就不能排除被告的赡养义务。

再次，（2015）浦民一（民）初字第 23393 号案件还涉及了一个细节问题，即取得子女房屋居住权的老人，是否必然有权持有该房屋进户门的钥匙。一般情况下，没有钥匙势必导致居住权人行使权利的不便，但本案中法院经过实地走访，基于老人的生理状况、精神状态，考虑到其人身安全、房屋安全等因素，虽为其设立居住权，但驳回了其持有房屋钥匙的诉请。

最后，在有多名子女的情况下，老人既可以请求其中一名子女为自己提供房屋居住，也可以请求多名子女轮流为自己提供房屋居住。

2. 登记注意事项（以上海地区为例）

以生效法律文书设立居住权的登记注意事项		
	注意事项	法律依据
登记效力	与遗嘱继承设立的居住权相同，虽然登记不是此种情形下居住权的设立要件，但为更好地保障居住权利，也应及时办理登记。	《民法典》第二百二十九条
申请人	生效法律文书等文件确定的享有居住权的当事人。	《上海市不动产登记技术规定》第 11.1.3.1 条
申请文件	申请人应当向登记事务机构提交下列文件： 1.《上海市不动产登记申请书》（原件）； 2. 身份证明（复印件）； 3. 人民法院已经发生法律效力的判决、裁定、调解等文件（原件）。	《上海市不动产登记技术规定》第 11.1.3.2 条

结语

“让全体人民住有所居”，《民法典》增设居住权制度的终极目标在于解决老年人、妇女以及未成年人等弱势群体的住房问题。我国目前已经有经济适用房、廉租房、住房公积金、限价房和公共租赁房等多层次的保障性住房，居住权的设立有利于进一步完善住房保障体系。

《民法典》为老百姓在离婚、赡养、继承等多种场景下的住房需求提供了新的法律武器，只有正确理解居住权的法律规定，在适当的情形下以有效方式设立居住权，才能在风险到来时，维护自身合法权益。

附录

1.《继承法》

第十六条第二款　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。

2.《婚姻法》

第四十二条　离婚时，如一方生活困难，另一方应从其住房等个人财产中给予适当帮助。具体办法由双方协议；协议不成时，由人民法院判决。

3.《物权法》

第二十八条　因人民法院、仲裁委员会的法律文书或者人民政府的征收决定等，导致物权设立、变更、转让或者消灭的，自法律文书或者人民政府的征收决定等生效时发生效力。（与《民法典》第二百二十九条内容基本相同）

4.《民法通则》

第四条　民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则。

5.《民法典》

第二百二十九条 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。

第三百六十六条　居住权人有权按照合同约定，对他人的住宅享有占有、使用的用益物权，以满足生活居住的需要。

第三百六十七条 设立居住权，当事人应当采用书面形式订立居住权合同。

居住权合同一般包括下列条款：

（一）当事人的姓名或者名称和住所；

（二）住宅的位置；

（三）居住的条件和要求；

（四）居住权期限；

（五）解决争议的方法。

第三百六十八条 居住权无偿设立，但是当事人另有约定的除外。设立居住权的，应当向登记机构申请居住权登记。居住权自登记时设立。

第三百六十九条 居住权不得转让、继承。设立居住权的住宅不得出租，但是当事人另有约定的除外。

第三百七十条 居住权期限届满或者居住权人死亡的，居住权消灭。居住权消灭的，应当及时办理注销登记。

第三百七十一条 以遗嘱方式设立居住权的，参照适用本章的有关规定。

6.《婚姻法解释一》

第二十七条　婚姻法第四十二条所称“一方生活困难”，是指依靠个人财产和离婚时分得的财产无法维持当地基本生活水平。

一方离婚后没有住处的，属于生活困难。

离婚时，一方以个人财产中的住房对生活困难者进行帮助的形式，可以是房屋的居住权或者房屋的所有权。

7.《物权法解释一》

第七条　人民法院、仲裁委员会在分割共有不动产或者动产等案件中作出并依法生效的改变原有物权关系的判决书、裁决书、调解书，以及人民法院在执行程序中作出的拍卖成交裁定书、以物抵债裁定书，应当认定为物权法第二十八条所称导致物权设立、变更、转让或者消灭的人民法院、仲裁委员会的法律文书。

8.《婚姻法解释二》

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。

9.《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》

第十四条　婚姻存续期间居住的房屋属于一方所有，另一方以离婚后无房居住为由，要求暂住的，经查实可据情予以支持，但一般不超过两年。

团队简介：

上海市光大律师事务所成立于 1994 年，是国内最早介入城市房地产开发法律服务领域的律师事务所之一。徐军律师带领的房地产团队长期为国内外大型房地产集团公司担任常年法律顾问，在房地产外商投资、并购、开发、运营等诸多领域拥有丰富的理论及实践经验。

徐军律师曾被业内推荐为上海市首届"东方大律师"候选人、上海市司法系统先进个人，担任上海市虹口区政府法律顾问、虹口区委政法委法律专家咨询小组成员。曾应中央电视台邀请，参加中央电视台电视系列片《购房合同指南》节目录制并担任主讲律师。

责任编辑：天宇 ｜　执行编辑：黄河

家事代理制度下夫妻共同债务的判断丨审判研究

原创：2021-07-14 审判研究 李成 张文静
https://mp.weixin.qq.com/s/cmqNz4vOciUzHazWWApigQ

李成 江苏禾嘉律师事务所
张文静 中国矿业大学

观点摘要家事代理权源于家事委任制度，关于家事代理权法律一直缺乏明确规定，直至《民法典》和最高院法释〔2018〕2 号的出台，但是结合司法实践，家事代理权制度在具体适用方面仍然存在诸多问题，笔者认为，可以从行使家事代理权的判断标准，合理分配举证责任，以及规定债务限额和建立夫妻约定财产登记制度来进一步完善家事代理制度，最终确立新的夫妻共同债务的认定规则。

一、家事代理权的基本解读

家事代理权，夫妻家事代理权又称日常事务代理权，是指夫妻因日常家庭事务与第三人为一定法律行为时互相代理的权利，夫妻因为处理日常事务时互为代理人，互有代理权。具体而言，夫妻一方因家庭事务所为行为视为夫妻共同意思表示，夫妻另一方也要承担法律后果，承担共同连带责任。

家庭代理权起源于古罗马的家事委任制度，在《罗马法原论》书中就有关古罗马家事委任制度的描述。在古罗马社会，由于其奉行严格的等级秩序，妇女和奴隶都依附于这个社会的男人，妇女的民事权利和财产都归于其丈夫所有。因为当时社会将人分为自权人和他权人，妇女地位低下，成为依附于丈夫的他权人，不得拥有财产，也没有与他人从事民事交往的能力，古罗马社会是一个崇尚等级的家长制和奴隶制的社会，妇女和奴隶都没自己的意志和利益，无法进行相应民事活动，没有缔结合同和参与民事交往的能力。[1]

随后，古罗马凭借自己优越地理优势，快速发展海上贸易，商品经济不断发展，逐渐涌现出各种贸易活动，而古罗马社会中的男性面对各种贸易活动，不能亲力亲为。再者，考虑到商品经济的发展以及缓解男性的压力，逐渐放宽对妇女和奴隶行为的限制，甚至到古罗马共和国时期，出现“奉命诉”，这种诉讼模式，使得妇女和奴隶代替男性家长从事贸易活动具有了可能性。“奉命诉”中规定：“凡家属或奴隶奉家长或家主之命与人定约的，该家长、家主应对第三人与其家属、奴隶负连带责任。”[2] 大法官也通过判例方式，赋予了妇女可以凭借丈夫的委任从事相应的民事活动，这也间接体现了家事代理权的理念。

再后来，随着女权思想崛起，女性地位不断提高，其他国家或地区纷纷效仿古罗马，并在古罗马思想基础上，将女性是家事日常代理人转变为夫妻双方都是家事日常代理人。这种转变体现立法的进步，女性地位的提高以及对第三人债权人的保护。

二、家事代理权在我国立法发展

夫妻家事代理权本身就是配偶权一种体现，双方通过缔结婚姻关系结合到一起，权利地位平等，婚姻存续期间双方因日常生活所需，一方难免会因家庭生活需要从事相应民事活动，既不可能也无需事事征求对方同意，否则既违背民事交易规则和习惯，也大大增加生活成本降低效率。

长久以来，法律并未明文规定家事代理权制度，该制度以一种被人们广为接纳和应用的方式体现在社会生活中，逐渐形成社会普遍遵守的习惯。但随着经济发展交易频繁，与家事代理有关的纠纷频发，尤其是在法律未将家事代理作为判

断夫妻共同债务的实质性判断标准的情况下，容易导致司法领域相关问题处理方式不一，增加社会领域公众预期的不确定性。

根据 2001 年《婚姻法》第 41 条规定，“离婚时，原为夫妻共同生活所负的债务，应当共同偿还。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。”此项规定中判断夫妻债务的标准是“共同生活”，系典型的用途标准。一旦认定夫、妻是用于共同生活所负的债务，那么该债务应该由夫妻共同承担。举证责任分配上，推定债务为共同债务，除非夫妻一方证明债务被明确约定为个人债务或债权人知道夫妻实行分别财产制。这虽然极大保护了债权人利益，但有的时候无疑对无责另一方配偶极其不公平，而且对于“共同生活”理解和适用较为模糊，实际操作存在很大障碍，

另外，对于虽然已经离婚但是双方仍然生活在一起的情形，此时一旦发生债务，将其判断为夫妻共同债务。虽然这在实践领域非常便于实务操作，但其中的问题也很明显，即过分保护了债权人利益，同时损害了未举债一方配偶的利益。债权人只要证明是在债务人的婚姻关系存续期间把钱借出，该部分债务就要由债务人及其配偶共同偿还，即使离婚了也要承担无限连带责任。现实中引发的另一种倾向是，现实中有一部分人通过这种方式把离异配偶的财产掏空，甚至让他们负担巨额债务。

故而，由于司法实践中争议仍然很大，为了弥补上述法条不足和解决实务问题，最高人民法院公布了法释〔2017〕6 号《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）的补充规定》，针对司法实践中出现的涉及夫妻共同债务的新问题和新情况，强调虚假债务、非法债务不受法律保护。新增两款分别规定，“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。”［3］

然而上述补充规定仍然未能真正完全解决问题，对于“婚姻关系存续期间”规定的理解以及该期间究竟哪些是夫妻共同债务？还是缺乏一个可操作性的明确的判断标准。

为此，法释〔2018〕2 号《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》继续出台，其中第 2 条规定，“夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务，债权人以属于夫妻共同债务为由主张权利的，人民法院应予支持。”该项司法解释被认为是“家事代理权”制度确立的初步依据。

继而，伴随着《民法典》出台，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。”从实质上看，这是正式确立“家事代理权”在我国的法律地位。将夫妻因家庭日常生活需要所负债务作为判断夫妻共同债务的标准，虽然对比之前只考虑“时间标准”有所进步，但是“家事代理制度”真的就面面俱到吗？下面，本文继续试着分析日常家事代理制度在夫妻共同债务界定中的问题、利弊以及有待进一步完善之处。

三、家事代理权制度的利弊分析

（一）家事代理权制度优势体现

关于夫妻共同债务的判断标准，一开始是《婚姻法》第 41 条，是“共同生活”所负债务就是夫妻共同债务，而《婚姻法司法解释二》第 24 条是典型偏向于第三人的“时间标准”，无疑是加重了非举债方责任，在学理界和司法实践领域都引起了很大争议，正是如此，出现了法释〔2018〕2 号和《民法典》第 1060 条关于“家事代理权”正式规定。相对于“共同生活”和“时间标准”，法释

〔2018〕2 号和《民法典》中规定的“日常生活所需”就显得较为合理。

1．规定“家事代理权”有利于保护第三人合法债权。家事代理权的规定，是判断夫妻债务一个很好的标准，夫妻不是因“日常生活所需”而所负债务，就可以划归于个人债务，从而更好地实现债权人的债权，保护第三人合法的利益。

2．“家事代理权”能更好地实现效率价值。家事代理权实际是一种特殊法定代理行为，无需另一方授权或者追认，便于实现效率价值。“家事代理权”其渊源是古罗马的“家事委任制度”，它是基于商品经济发展以及妇女地位提高，但是随着现在经济发展，家事代理更多体现配偶双方为了日常家庭所需进行的代理行为，只要为了日常家庭事务所负债务，无需对方授权或者追认，便可以推定为夫妻共同债务，这种不需要授权或者追认便是效率一种表现。

（二）家事代理权制度的不足

1．家事代理权范围规定范围不明确。不论是法释〔2018〕2 号还是《民法典》第 1060 条，都没有对“日常生活所需”作出肯定性的例举，何为“日常生活所需”？买个家用电器是日常所需，那么买一辆车或者一套房子呢？也是为了家庭更好地生活，也是一种家庭生活需求，那么也是基于“日常生活所需”吗？不同认识的标准、观点的尺度充满了差异。究其原因，是对“日常生活所需”理解不同。

有观点认为，基于车子和房子也是一个家庭日常生活有序开展的表现形式，自然而然，车子和房子也是“日常家庭所需”范畴；另有观点认为，车子和房子不能作为“日常生活所需”表现形式，因为车子和房子与家用电器、柴米油盐酱醋茶这种小款消费有着极大区别，一方配偶以个人名义购买车子和房子无法基于“家事代理权”来主张是夫妻共同债务。

当然，我们的现行规定对于“家事代理权”范围并没有明确，并且在将“家事代理权”作为夫妻共同债务推定规则中，也未说明究竟哪些代理事项是夫妻共同债务，如通过《民法典》第 1060 条关于“家事代理权”规定以及《民法典》第 1064 条中关于“家事代理权”与夫妻共同债务之间关系，都未看出对“日常生活所需”作出明确规定。

是对比国外法律规定，德国和法国却规定更加明确。这里，先来看看德国规定。

德国法律规定“日常家事代理权”需要满足一定条件，具体如下：第一，交易目的是为了满足家庭需要。如果配偶与第三人交易目的不是为了满足家庭需要，而是为了自己需要，就不是行使“家事代理权”。如配偶是为了满足自己赌博或者吸毒需要，从第三人那里借款 20 万，那么，这 20 万就不是一种行使“家事代理权”的行为，而是一种利己主义。如果此时还让不知情的另一方共同承担责任，明显不公平，更不符合社会道德理念，是对非举债配偶方的过度要求，法律不强人所难，所以交易目的是判断的基础条件。第二，配偶与第三人交易服务对象是家庭这个主体。如果交易服务对象不是家庭而是自己或者他人，那么此时，也不能要求另一方与配偶一起承担夫妻共同债务。第三，必须符合家庭实际情况。如果不符合家庭实际情况也就违背了“家庭代理权”为了满足家庭日常生活所需这个理念。

如配偶从第三人那里购买别墅一套，但是该家庭属于低收入家庭，家庭开销根本无法负担起一套别墅，所以根本不是满足家庭日常所需，也并非行使“家事代理权”。但是德国法律判断是否行使“家事代理权”是与该家庭收入能否相匹配，那么，并没有从与第三人交易数额较大角度完全否认“家事代理权”不应该包括车子和房子，德国法律也就是表明即使交易车子和房子，只要与经济收入相匹配，也是行使“家事代理权”。德国法律是必须要求具备三个条件才是属于行使“家事代理权”。[4]

再来看看法国。法国法律规定是“为了维护家庭日常生活和教育子女而订立合同”。[5]

法国法律规定具体，还规定了相应判断标准：一是家庭生活情况，二是所进行的情况是否有益，还有第三人主观状况。关于家庭生活情况和德国的经济收入判断一样，一方与第三人从事交易行为的交易数额明显超过一个家庭收入，不能由另一方配偶来承担责任。所进行的情况是否有益也是从利于家庭角度考虑，如果不是有益活动，甚至是触犯法律行为，自然也不能让非举债配偶方与其一起承担责任。第三人状况，主要是考虑第三人是否明知、故意，是为了防止恶意串通，非法转移夫妻共有财产来损害非举债配偶方利益。

以上，这些都是从正面给予一个判断标准。还有从反面规定，比如，如果是以分期方式购买东西或者借贷排除日常家事代理制度之外，这主要是考虑到了以分期方式购买物品与“日常生活所需”理念相背离，分期购买说明还不是日常必需品，还没有到非买不可的程度上，而借贷则是超过家庭承担的经济范围。

对比德国、法国，我们关于“日常家庭所需”规定还不够明确，司法实践操作往往是依靠裁判者的自由裁量。为此，我们应该明确“日常家庭所需”的范围，可以学习德国和法国，从目的、对象或者交易金额来进行限制。

2．“日常家事代理权”法律适用方面仍然有风险。从行使“家事代理权”推定属于夫妻共同债务，认定夫妻共同债务不仅要考虑内部双方关系还有外部关系，外部关系的发生是不得不考虑的关系，那么，第三人主观状况也要仔细识别。让夫妻双方承担连带债务是为了更好地保护第三人利益。如果第三人主观存在恶意，比如恶意与一方串通，转移财产，此时第三人主观存在恶意，那么，相比于无辜的非举债配偶方，恶意第三人没有保护的必要性。行使“家事代理权”不仅仅只涉及夫妻双方还是牵扯到第三人利益，对于非举债配偶方与第三个利益应如何保护，就要考虑主观心理状况是善意还是恶意。只有基于此，才符合法律公平正义的理念。

四、完善家事代理制度的建议

虽然《民法典》关于“家事代理权”作出法律规定是一种进步，夫妻双方基于“日常生活所需”，可以不经另一方同意，代为行使权利并由双方承担连带责任，但是，对于何为“日常生活所需”判断标准的规定过于笼统，关于家事代理制度还是存在着适用中的不确定性性或者风险，今后仍然需要进一步完善该项制度。

（一）确定行使“家事代理权”判断标准

关于如何确定什么情况下是行使“家事代理权”，而“日常家庭所需”判断标准又是什么？国内法律以及司法解释甚至如今出台《民法典》都未提及，确定具体标准或者确定具体情形，对于法律规定得到更好、更准确、更稳定适用有着重大意义。

参考德国和法国法律关于“家事代理权”规定以及我国司法形状，可从以下几个方面作为判断标准。

1．采用排除性例举方式，规定哪些情形不是家庭日常所需。《民法典》中“日常家庭所需”系原则性规定，鉴于法律固有的模糊性和滞后性，故而，对于排除性规定可以在后续的司法解释之中予以明确。这里，可从史尚宽老先生《亲属法论》找到灵感，史老先生曾说道：“为了满足婚姻中的共同生活具有通常性以及非常有必要的所有事务，比如说衣服、住宅、食物、交通、医疗等必要开支，一定量的娱乐活动、孩子的教育经费、购买日常生活用品、亲戚同事好友的人情往来等。”[6]结合我国实际，对于平时家庭中出现的以上琐碎事项，都可以认定是“日常家庭所需”，而涉及购买与家庭收入不符合的高档车子和住宅，可以排除在“日常家庭所需”之外。所以，原则性加例外性的规定更具有实践操作性。

2．行使“家事代理权”仅存在于夫妻关系存续期间。家事代理权是夫妻双方的权利，那么一个合法有效的夫妻身份是一个基础条件，但是也存在解除婚姻关系后仍然共同生活或者分居情形，对此又该如何解决，就涉及到对《民法典》中法条的正确解读。

一是，《民法典》第 1064 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，属于夫妻共同债务。”所以一定要具有夫妻身份才能行使“家事代理权”，故而，实践中夫妻双方已经解除合法婚姻，只是基于对另一方还未找到新的住所考虑，双方仍然居住在一起，双方就不能行使“家事代理权”。如果涉及到的债务用于家庭日常开支，用于共同生活或生产，可以按照普通的共同债务进行处理而不是夫妻共同债务。

二是，一旦分居，夫妻双方长期异地，就缺少了行使“家事代理权”的客观条件，但是也不能断章取义，以偏概全。此时可以区分情况予以考虑：情况一，即使分居但是代理日常家庭所需，金额较小，比如柴米油盐酱醋茶以及孩子学费等，仍然是行使“家事代理权”。情况二，夫妻也是长期分居，代理是超过日常所需事项，金额较大，不是行使“家事代理权”，一旦发生债务，是个人债务而不是夫妻共同债务。［7］

3．代理事项与家庭收入进行比较分析。虽然域外一些国家有司法判例认为车子和房子也是日常生活所需，但这里仍应坚持具体问题具体分析。对于一个富裕家庭车子和房子可以认定是在行使“家事代理权”，但是对于一个还在纠结一日三餐的家庭来讲就不是行使“家事代理权”。所以，要代理事项应该与这个家庭的实际收入相匹配。从一个常人角度看，明显超过家庭收入就不属于代理“日常家庭所需”的事项，而应按照个人债务进行处理，而非夫妻共同债务。

（二）合理分配举证责任，更好保护非举债方以及债权人利益

1．针对非举债方。因为相对于举债方，非举债方对债务用途没有那么清楚，所以司法实践具体操作中，非举债方只需要证明到自己以及家庭没有享受到债务所带来的利益即可，无需像举债方一样达到高度盖然性。法律不强人所难，非举债方只需要要证明自己以及家庭没有受益即可。这一点也正是与李红玲教授主张的“利益分享说”不谋而合。被举债一方只有从该笔债务中获益才可以被认定为夫妻共同债务，这种获益可能是自己本身也可能是家庭，否则就是个人债务。

2．债权人区分情况考虑。具体可以分以下三种情况：

情况一，《民法典》第 1064 条第 1 款前半部分规定，“夫妻双方共同签名或者夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的债务属于夫妻共同债务。”因而，一旦夫妻双方对债务有共同意思表示时，债权人需要达到高度盖然性的证明标准，证明夫妻是共债共签。

情况二，《民法典》第 1064 条第 1 款后半部分规定，“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，属于夫妻共同债务。”因为婚姻内部关系是私密关系，外人不容易察觉也不容易证明，所以为了缓解债权人举证压力，对于证明该项债务用于“日常家庭所需”，债权人只需要确实用于家庭日常生活，有初步证据即可。

情况三，针对《民法典》第 1064 条第 2 款规定，“夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务，不属于夫妻共同债务。”超出家庭日常所需，债权人这时候举证要达到高度盖然性标准，否则会加重非举债方责任。［8］

（三）规定债务限额以及建立夫妻约定财产登记制度

1．规定债务限额。各地可以根据当地经济发展水平，探索规定用于“日常家庭所需”的债务限额，提供一个具体可操作的范畴。这个债务限额不是一个固定的数值，而是一个浮动范围，而且最好是一个阶梯式模式，可以充分考虑不同收入水平的家庭。一旦债务过高不太可能是“日常家庭所需”，就再行结合是否存在共同意思或者追认等等其他情形，综合考虑是个人债务而非夫妻共同债务。

2．建立夫妻约定财产登记制度。因为夫妻共有债务不仅仅涉及夫妻与第三人这种外部关系，也牵扯到夫妻内部关系。夫妻关系是一种私密内部关系，双方关于财产规定或者关于日常家事代理事项规定，无法被第三人知悉。所以，可将夫妻之间关于财产的约定予以登记，对此有些学者会反对，认为这是对他人约定财产内容的一种窥探。但笔者不认同上述观点，实际上完全可以严格程序、行为来加以。比如，对于夫妻关于财产内部约定，只有在征求并获得夫妻双方中至少一方书面同意意见后，才可以去相关部门进行查询。该项制度一旦付诸于实践，一方面保护了债权人利益，另一方面也是对非举债方利益的保护，岂不是皆大欢喜？

结语

关于家事代理权的规定是一种进步，但制度适用时还会面临诸多需要明确和解决的问题，后续可以出台相关法律或司法解释来加以补充。《民法典》的出台，在我国民法发展史上具有划时代的意义，婚姻家庭编中关于家事代理权制度的确立，也是对《婚姻法司法解释二》第 24 条争议内容的纠正，是时代进步和法律进步的表现。法律人既要认真学习《民法典》内容，又要仔细探究法条与法条之间的联系，更重要的是，注重理论联系实践，将《民法典》规定的内容及精神运用到现实生活中，留心发现法条与司法实践脱轨的地方，不断予以完善，如此才能促进社会进步，推动法治建设与发展。

[1] 周枏：《罗马法原论》（上册），商务印书馆 2014 年版，第 208-209 页。

[2] 周枏：《罗马法原论》（下册），商务印书馆 2014 年版，第 616 页。

[3] 最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）的补充规定。

[4] 赵秉志：《京师法律评论（第 5 卷）》，王葆莳：“论日常家事代理权的行使范围和限制”，北京师范大学出版社 2011 年版。

[5] 罗结珍译：《法国民法典》，法律出版社 2005 年版，第 220 条。

[6] 张亚利：“论我国夫妻共同债务认定规则的完善”，载《产业与科技论坛》2020 年第 15 期。

[7] 闫媛媛：“夫妻共同债务之认定规则研究”，中国政法大学硕士论文，第 14 页。

[8] 郭蕊、侯倩倩：“夫妻共同债务的认定规则”，载《上海法学研究》集刊 2020 年第 9 卷总第 33 卷。

上市公司实控人离婚后控制权维系路径探析

原创：2021-07-20 中伦视界 贾明军 蓝艳 等
https://mp.weixin.qq.com/s/vXCOp3jOIVL3kYBuNEVG8g

作者：
贾明军 蓝艳 郝丹阳

2021 年 7 月 9 日某上市房地产公司发布公告确认该公司创始人的前妻发函要求解除与该创始人的一致行动协议。根据媒体的报道[1]，该则消

息导致公司股价在当日收跌 3.79%。究竟是什么样的文件有那么大的“魔力”，竟然对一家上市公司产生如此大的影响？首先，我们要从“一致行动协议”的概念谈起。

一、“一致行动人”与“一致行动协议”的基本概念

对于关注股市的“吃瓜群众”来说，“一致行动人”这个概念其实并不陌生。在各家公司发布的各种公告中，经常会出现“A 与 B 是一致行动人”的描述。“一致行动人”的法律依据为《上市公司收购管理办法（2020 修正）》第八十三条，其中规定“本办法所称一致行动，是指投资者通过协议、其他安排，与其他投资者共同扩大其所能够支配的一个上市公司股份表决权数量的行为或者事实。在上市公司的收购及相关股份权益变动活动中有一致行动情形的投资者，互为一致行动人”。同时，该条规定中还列举了十一种被视为“一致行动人”的情形。由于法律规定可能比较生涩难懂，我们以前述房地产公司的案例来举例说明。

该房地产公司创始人尚未与前妻离婚前，双方分别直接持有上市公司 10.98%和 2.49%的股份，同时双方还间接通过 A 控股公司持有上市公司 14.20%的股份。根据《上市公司收购管理办法（2020 修正）》第八十三条的规定，夫妻共同持有同一上市公司股份的应当被视为“一致行动人”，因此，双方在尚未离婚前是“当然”的一致行动人，该创始人也就顺理成章地成为公司的实际控制人。

2017 年 3 月，该创始人与前妻办理了离婚手续。根据该上市公司的公告，其前妻保留了个人直接持有的 2.49%的股份，同时双方通过法院调解达成一致，同意将双方共同持有的 A 控股公司所持有上市公司 6.96%的无限售条件流通股转让给 A 控股公司以存续分立方式设立的 B 公司，前妻是 B 公司的唯一股东。至此，前妻通过直接持股以及 B 公司间接持股的方式，共计持有上市公司 9.45%的股份，创始人则共计持有 18.22%的股份。由于双方之间已经解除夫妻关系，无法再被视为“一致行动人”，双方需要通过协议的方式将彼此的股份“绑定”，再次成为“一致行动人”，这样才能达到上市公司实际控制人对于支配公司股份表决权的要求。在此种情况下，双方签署的协议就叫做“一致行动协议”。

二、实控人离婚后维持控制权的常见手段

我们采用实证研究及数据分析的方法，从证券交易所指定的信息披露的网站上搜集、整理了近 10 年的 25 家 A 股上市公司实际控制人因离婚分割股票的案例，经研究发现：

其中 10 家公司的控制权因为实控人离婚受到影响，对此，有 7 家公司利用一致行动协议维持控制权，有 2 家公司利用表决权委托方式维持控制权，还有 1 家公司因没有任何动作而变成无实际控制人。

其中 15 家公司的控制权没有因实控人离婚受到影响，主要原因包括：1. 公司有多名共同实控人，一名实控人离婚分割股份不会对公司实控人产生影响；2. 实控人并非直接持股，而是通过有限合伙企业或有限公司间接持股。由于实控人在离婚后仍保持有限合伙企业的 GP 身份或有限公司的大股东身份，因而分割股份并不会对其控制权产生影响。

序号	股票代码	公告日期	变更人身份及离婚前持股比例	离婚后持股	配偶分得	实控人维系控制的方式
1	002398	2010.05.27	八名实际控制人之一，原持股 5.318%	2.767%	2.551%	控制权不受影响
2	002063	2011.02.22	实际控制人，原直接持股 4.95%，间接持股 13.74%	17.3%	1.39%	控制权不受影响
3	000703	2011.04.16	实际控制人，原持股 52.38%	26.19%	26.19%	与其他股东签订《一致行动协议》
4	300058	2011.05.12	实际控制人之一，原持股 9.62%	5.03%	4.59%	配偶签署不可撤销的《一致行动协议》
5	300198	2013.08.27	实际控制人，原持股 32.292%	16.146%	16.146%	与其他股东签订《一致行动协议》
6	300002	2013.10.11	实际控制人之一，原持股 13.78%	6.89%	6.89%	配偶将表决权自愿无偿委托实控人行使
7	002278	2014.12.08	实际控制人之一，原持股 17.13%	9.57%	7.56%	配偶将公司决策参与权在持有期内委托实控人行使
8	300215	2016.01.28	三名实际控制人之一，原持股 13.33%	8.89%	4.44%	控制权不受影响
9	300418	2016.09.12	实际控制人，原直接间接持股合计 52.874%	26.438%	26.436%	部分股权通过有限合伙企业的 GP 控制，公司控制权不受影响
10	002727	2017.01.04	夫妻共同为实际控制人，双方原分别持股 33.75%和 18.37%	33.75%	18.37%	控制权不受影响
11	002397	2017.01.25	实际控制人，第一大股东，原持股 37.34%	18.67%	18.67%	与其他股东签订《一致行动协议》
12	002737	2017.07.12	共同实际控制人之一，直接持股 14.96%，间接持股数额超过 20%；女方直接持股 0.22%，间接持股数额约为 2%（公告不清晰）	直接、间接持股全部归男方	0	控制权不受影响
13	002132	2018.01.19	公司实际控制人，原持股 29.12%	21.16%	7.96%	控制权不受影响
14	603908	2019.10.16	公司实际控制人，间接持股 53.14%	27.1%	26.04%	股权通过有限公司控制，控制权不受影响
15	002458	2019.03.23	共同实际控制人，分别持股 41.86%、0.034%	41.86%	0.034%	控制权不受影响
16	603612	2019.05.22	控股股东、实际控制人，原持股 46.47%	30%	16.47%	控制权不受影响
17	603729	2019.07.09	实际控制人之一致行动人，原持股 0.21%	0	0.21%	控制权不受影响
18	603556	2019.07.24	共同实控人，分别持股 35.30%和 27.30%	35.3%	27.3%	控制权不受影响
19	603063	2019.08.13	实际控制人之一，原持股 4.77%	3.31%	1.46%	控制权不受影响
20	002130	2019.09.11	第一大股东，原直接持股 27.54%，间接持股 1.98%	15.06%	14.47%	变为无实控人状态
21	603010	2019.11.21	实际控制人之一，原持股 1.61%	0.72%	0.93%	控制权不受影响
22	603595	2020.01.14	实际控制人之一，原持股 24.10%	18.08%	6.03%	控制权不受影响
23	300743	2020.08.05	实际控制人之一，原持股 15.18%	10.13%	5.06%	配偶签署不可撤销的《一致行动协议》
24	300601	2020.05.29	控股股东、实际控制人，原持股 51.26%	27.27%	23.99%	配偶签署不可撤销的《一致行动人与表决权委托协议》
25	605007	2021.03.30	夫妻及女儿、女婿均为实际控制人，夫妻原分别持股 15.29%、12.51%，根据《民事调解书》，夫妻分别将个人名下 13.29%和 1.71%股票过户给女儿。	2%	10.8%	配偶及子女、女婿共同签署《一致行动协议》

三、一致行动协议与表决权委托协议的辨析

根据上述数据可见，签署一致行动协议和表决权委托都是上市公司实控人离婚后维持其控制权的常见手段。这两种方式既有相同之处，也具有各自的特点。

签署一致行动协议的各方将成为一致行动人，在包括提名、提案、表决、对外事务等各事项时均保持一致意见，巩固实控人对上市公司的控制地位。签署表决权委托协议的各方将在公司股东大会表决时保持一致意见，即便委托人不出席股东大会，实控人（受托人）也可以在委托人持股数额内代为投票，保证实控人对上市公司的控制权。

1、一致行动协议

一致行动协议，通常是通过签署协议的方式，形成一致行动关系，各方承诺在上市公司股东大会和/或董事会提案、表决时采取一致行动，并保持投票结果的一致性。协议中通常包括了一致行动事项的范围、期限、分歧解决办法、违约责任等条款。

当实控人与前配偶因为婚姻关系的解除而失去原本“天然”的一致行动人关系时，如果双方离婚后的关系相对融洽，一般情况下，为了保障上市公司实控人地位的稳定，通常会考虑签署一致行动协议。通过该协议，实控人与前配偶在股东会提案、提议、表决时，提前得出一致意见和结论，然后再通过上市公司的股东大会表决或决定该事项。如果前配偶没有按照协议约定一致行动，实控人可以根据协议中约定的违约条款要求前配偶赔偿，如支付违约金。如果实控人与前配偶离婚后的关系比较紧张，实控人通常会寻求与其他股东达成一致行动协议、成为一致行动人，维持对公司的控制。

即使最终一致行动人因为某些原因确实需要解除一致行动协议，根据《关于就<上市公司收购及股份权益变动信息披露业务指引（征求意见稿）>

公开征求意见的通知》（上证公告〔2018〕14 号）和《关于就<深圳证券交易所上市公司收购及股份权益变动信息披露业务指引（征求意见稿）>公开征求意见的通知》（深证上〔2018〕154 号），如果属于提前终止协议的，在原约定期限内，一致行动人仍应遵守原有的法定义务等；未约定一致行动或表决权委托期限的，在相关协议公告解除后 12 个月内，一致行动人仍应遵守原有的法定义务等。

2、表决权委托协议

表决权委托协议是实控人与原配偶不愿意签署一致行动协议的另一种选择，通过将股东本人所应当享有的表决权明确委托给另一方，使内部的决策权作出了更加具体且具有操作性的安排。协议中通常包括了委托表决事项的范围、期限、协议解除、违约责任等条款。

此类表决权委托安排中，通常会约定前配偶在持股期间不可撤销地将授权股份所对应的表决权等权利委托给实控人。在签署该协议后，即便前配偶不参加股东大会，因为前配偶已经将投票权委托给实控人，实控人可以代前配偶在其持股比例内进行投票。

签署协议的双方将委托期限设定为长期可以省却不必要的麻烦。当然，如果前配偶将名下的股票出售，则出售部分股票所对应的权利委托将失去实施的基础，接收股票的一方是否需要遵守表决权委托协议的内容需要遵从约定。

3、两种协议是否可以任意撤销

在一致行动协议或表决权委托协议中，我们经常会看到“不可撤销”、“长期有效”的表述。根据笔者的理解，此类协议的本质是一种委托合同，根据《民法典》第九百三十三条的规定，委托人是具有任意撤销权的，且法律也没有规定是否可以通过任何条件去限制委托人任意撤销的权利，那究竟这样的约定是否有效呢？

笔者认为，如果前配偶与实控人之间所达成的一致行动协议或表决权委托协议的内容是一种特殊的委托合同，不仅仅是基于前配偶对于实控人本身的人身信赖因素，同时还包括与上市公司相关的利益保障、对实控人公司运营管理能力的认可、维持上市公司结构稳定和社会公众利益保护等因素的考量，受到证券监管法律法规的约束。在此基础上，只要该协议本身不违反法律、行政法规的强制性规定，则双方达成的限制任意解除权行使的约定原则上应当被认定为合法有效。

这一观点也可以在最高人民法院的部分判决中得到一定印证。最高人民法院在（2015）民一终字第 226 号民事判决书中认为：“委托人或者受托人虽均有随时解除委托合同的权利，但本案双方当事人在签订合同时，对随时解除委托合同的权利进行了限制。基于约定优于法定的原则，当事人的意思自治应得到尊重，合同当事人的任意解除权应受约定的限制，不得随意解除合同”。“从本案的情况看，A 公司作为从事房地产营销代理的专业机构，其与 B 公司签订代理合同的主要目的是为了获取经济利益。由此，A 公司与 B 公司签订合同除了基于当事人之间的特殊信赖关系之外，还具有利益关系。基于诚实信用和民事活动公平的原则，B 公司不得擅自解除合同。综上，因双方当事人在《代理合同》中已对任意解除权进行了限制，在无法定解除事由的情况下，B 公司于 2013 年 4 月 23 日向 A 公司发出的《解除合同通知书》无效”。在（2018）最高法民终 1344 号民事判决书中认为：“从两份《授权委托书》的内容与目的看，X 公司对 Y 公司的委托并不是基于普通信任的单方授权、Y 公司依照 X 公司指示处理商业公司的事务的行为，而是 X 公司与 Y 公司前述协议约定下的 X 公司应当履行的合同义务……此外，《授权委托书》载明“本委托书一经出具，即为不可撤销”，X 公司已明确放弃了任意解除权，该约定……并不损害社会公共利益，并不违反我国法律法规的规定，应为有效。”

结语

上市公司实控人在与前配偶解除婚姻关系后，通常会因为股份分割的原因而陷入丧失控制权的危机。此时应当与前配偶处理好关系，并在条件允许的情况下订立一致行动协议和/或表决权委托协议以维持自己对上市公司的控制权。在订立相关协议的过程中需要关注此类协议的法律要点，聘请专业人士介入保障协议的有效性。一旦前配偶“反悔”也可以利用法律的武器保障自己和整个上市公司、社会投资者的合法权益。

注：

[1] 新浪财经：https://baijiahao.baidu.com/s?id=1705036015036264485&wfr=spider&for=pc，最后访问时间 2021 年 7 月 14 日。

作者简介

贾明军　律师
上海办公室　合伙人
业务领域：税法与财富规划，诉讼仲裁

蓝艳　律师
上海办公室
非权益合伙人
业务领域：税务和财富规划，诉讼仲裁

郝丹阳　律师
上海办公室　公司业务部

确定遗产范围时，夫妻共同财产分割规则重构——《民法典》第一千一百五十三条解释论|陈贝贝|律师视点

原创：2021-07-23　家事法苑　家事法苑陈贝贝
https://mp.weixin.qq.com/s/AkJoT9xb2yNhAqAclYLIrg

确定遗产范围时，夫妻共同财产分割规则重构——《民法典》第一千一百五十三条解释论

写在前面的话

笔者第一次关注到这个问题是在 2020 年 10 月，并于 2020 年 11 月 18 日在“中国家事法实务论坛 1 群”中与诸位专家展开讨论，后在 2021 年 4 月 10 日举办的“《民法典》继承编疑难问题”研讨会上撰写了《确定遗产范围时，夫妻共同财产分割规则重构》一文，以期更多的家事法律理论与实务专家对此争议的问题展开讨论。文章观点发出后，诸多理论与实务专家对我的观点展开了批评与建议，在研讨会上，能得到马忆南老师、

王竹青老师、赵莉老师等老师的指导，以及诸多资深家事审判法官的建议，我感到十分荣幸。在那之后，我一直致力于更加深刻地研究这一问题，并在持续思考中，尚未对诸位专家老师的建议有进一步的论证成果。

2021 年 6 月《民事审判信箱》对此问题作出回应，笔者十分激动，于学术研究而言，问题本身远比答案更重要，观点的碰撞很让人兴奋，虽然《民事审判信箱》的回应与笔者的观点不同，但是真诚地希望《民事审判信箱》的回应能够引起更多理论与实务专家对此问题的关注，由此，法律共同体得以对《婚姻家庭编》与《继承编》乃至《物权编》之间的联系有更深刻的理解。

为帮助大家展开讨论，笔者现将《确定遗产范围时，夫妻共同财产分割规则重构》旧文分享给各位读者，以抛砖引玉。对此问题有研究成果者，欢迎向“家事法苑”微信公众号赐稿，共同为法制进步努力。

《民法典》第一千一百五十三条[1]沿袭了 1985 年《继承法》第二十六条的规定[2]，在遗产分割时，夫妻共同所有财产的一半为配偶个人财产，另一半为被继承人的遗产。实践中常有去世一方有婚姻过错或对共同财产的取得贡献少等情形，生存配偶主张其在共同所有财产中的份额多于一半。对此主张，法院多不予置评，径行按照一人一半的原则分割夫妻共有财产，然，离婚纠纷中尚有照顾无过错方等主张财产多分的理据，《民法典继承编》及《继承法》规定一人一半的法理基础何在？继承编是否创造了独立于婚姻家庭编的夫妻共同财产分割规则？在原《物权法》第八条删除以及《民法典》同时包含《物权编》《婚姻家庭编》《继承编》的法律背景下，确定遗产范围时，对夫妻共有共同财产的法律性质如何理解？未来《继承编》中一人一半的原则有无可能作出调整？

一、一人一半原则在实践中的争议和调整

（一）不支持当事人过错多分的理由

案例：

杨某与付彬（曾用名傅彬）于 1988 年 9 月 6 日在淮南市田家庵区民政局登记结婚，婚后生育一女，名付某某，1989 年 6 月 25 日出生。在杨某与付彬婚姻关系存续期间，付彬与曹玮生育一子傅某，2001 年 9 月 26 日出生于上海第六人民医院。2007 年 10 月 27 日，付彬因病在上海去世。

2008 年 6 月 27 日，安徽省淮南市求实公证处作出（2008）皖淮求公证字第 3147 号继承权公证书，载明：“查被继承人付彬于二〇〇七年十月二十七日因病在上海市死亡。死者生前与其妻子杨某的共有财产为：1、柏园南区 33#楼一单元四层西户的房产。2、尚城大陆 A-1806 房产。3、元一时代广场 F3C-20 的房产。根据《中华人民共和国继承法》第二十六条的规定，上述夫妻共同财产的一半为死者付彬的遗产。未发现死者生前有遗嘱。根据《中华人民共和国继承法》第五条和第十条的规定，死者的遗产应由其配偶、子女、父母共同继承。现因被继承人的父亲付某、母亲陶某某、女儿付某某均自愿放弃对上述遗产的继承权，故付彬的遗产应有其妻子杨某一人继承。”后傅某诉至法院，请求判决：一、确认傅某系被继承人付彬的合法继承人；二、确认付彬生前订立的口头遗嘱合法有效，傅某依法继承口头遗嘱所称被继承人付彬两套房屋应有份额的一半（价值约 60 万元），杨某返还傅某应得的法定继承部分遗产份额，折合人民币 29 万元。

2008 年 8 月 30 日，傅某的法定代理人曹玮委托上海博星法医物证司法鉴定所对付某与傅某之间是否存在祖孙关系进行鉴定，2008 年 10 月 17 日，上海博星法医物证司法鉴定所作出上博司鉴所（2008）物鉴字第 132 号司法鉴定意见书，鉴定意见为依据 DNA 分析结果，不排除付某与傅某之间存在血缘关系。

诉讼过程中付某某和杨某均主张，被继承人付彬在婚姻关系存续期间婚外和他人生子，有过

错，根据法律规定，应当少分，无过错方杨某应当多分财产。

法院在再审中认为“杨某申诉时主张在分割杨某与被继承人付彬的夫妻共同财产时，应结合《中华人民共和国婚姻法》的规定，对付彬少分。因《中华人民共和国婚姻法》的相关规定明确系在“离婚时”方能适用，杨某的该主张没有事实及法律依据，本院不予采信。”后认定继承权公证书无效、口头遗嘱有效，并按照口头遗嘱的内容对遗产进行分割。

【注：(2019)皖民再 187 号】

评析：

在外私生子往往不被原配所知，但是遗产继承时，原配应继份额会因为私生子的出现有所减少，这种情况下，基于夫妻人身和财产权益受到巨大的侵害，当事人往往需要主张去世一方的过错责任。而继承法却没有这样的制度供给。此种情况下，因被继承人已经去世，配偶通过离婚主张过错赔偿的权利也无法实现，虽有继承之财产，但是在继承人比较多的情况下，通过配偶身份继承的财产，反而可能不如主张过错离婚分到的财产多。

（二）考虑共同财产的来源，酌情分割遗产

案例 1：

王某与李荣兴于 2002 年登记结婚，婚后未生育子女。李荣兴系再婚，李某系李荣兴再婚前生育子女。杨某系李荣兴之母。李荣兴于 2011 年 4 月 9 日去世。2005 年 11 月 26 日王某与北京荣基投资有限责任公司签订《房屋买卖合同》购买北京市朝阳区*房屋，登记在王某名下。

另查，因涉嫌贪污罪、受贿罪李荣兴于 2005 年 2 月 4 日被刑事拘留，同年 2 月 17 日被逮捕。2006 年 10 月 8 日，经山东省高级人民法院终审判决，判决李荣兴犯贪污罪，判处死刑，缓期二年执行，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产；犯受贿罪，判处无期徒刑，剥夺政治权利终身。决定执行死刑，缓期二年执行，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。扣押在检察机关的李荣兴贪污赃款返还中国石化胜利油田大明（集团）股份有限公司；李荣兴受贿的赃款、赃物予以没收，上缴国库；不足部分继续追缴。

一审法院认为：*房屋虽登记在王某名下，系王某在其与被继承人李荣兴婚姻关系存续期间购得，应属于王某与李荣兴的夫妻共同财产，李荣兴去世后，其享有的房屋份额，应当由王某、李某、杨某依法继承。同时，考虑到李荣兴在其与王某婚姻关系存续期间存在过错，法院确定*房屋李荣兴享有 40%的份额，该部分属李荣兴的遗产，应由王某、李某、杨某依法继承。在分割方案上，考虑到本案情况，法院确定*房屋归王某所有，并参考评估报告，判令王某给付李某、杨某相应的折价款。

二审法院认为，财产均于前述生效的刑事判决作出之前取得，在未经有权机关依法处理并认定其中所涉李荣兴财产不再予以没收前，不宜作为李荣兴遗产进行继承分割处理，故驳回原告之起诉。

【注：(2016)京 0105 民初 19726 号】

案例 2：

被继承人周某与前夫唐某 1 生育唐某 2，后于 1988 年 7 月 25 日经哈尔滨市道里区人民法院调解离婚，并达成协议约定由唐某 1 抚养。陈某 1 与前妻马某生育陈某 2，后于 1991 年 9 月 27 日经上海市黄浦区人民法院调解离婚，并达成协议约定陈某 2 由陈某 1 抚养。1992 年 1 月 11 日，周某与陈某 1 登记结婚，婚后未再生育子女，且陈某 2 随周某与陈某 1 共同生活。2020 年 1 月 9 日，周某死亡，其父母均先于其死亡。

另查明，1991 年 12 月 6 日，陈某 1 与出售方中国人民建设银行上海市 XX 公司签订了一份

《商品房销售协议》，约定以 134,808 元的价格购买系争房屋，并约定在该协议生效后三天内支付全部购房款。嗣后，系争房屋经不动产核准登记，其权利人被登记为陈某 1 一人，建筑面积被登记为 97.18 平方米。2006 年 5 月 31 日，经不动产变更登记，系争房屋产权被登记为陈某 1 和周某两人共同共有，建筑面积被登记为 92.27 平方米。2019 年 7 月 16 日，经上海市东方公证处公证，周某立下《遗嘱》，称在其去世后，属于其所有的一切财产均由唐某 2 继承，且不作为唐某 2 夫妻共同财产。

一审法院认为，本案目前无直接证据可证明周某与陈某 1 因婚前购买系争房屋而各自出资的具体情况，然而从系争房屋购买的时间、相关房屋买卖合同约定的付款期限以及系争房屋一开始登记在陈某 1 一人名下而在双方婚后才变更登记为双方共同共有等情况来看，应可认定陈某 1 对系争房屋的贡献大于周某，故一审法院酌定周某在系争房屋中的产权份额比例为 40%，而剩余 60%产权份额则应归陈某 1 所有。

后陈某 1、陈某 2 提起上诉，就被继承人周某在系争房屋中遗产份额一节，二审法院认为：根据《继承法》第 26 条之规定系争房屋为陈某 1、周某共同共有，周某去世后，如依照继承法规定予以分割处理，该房屋 50%产权份额属于周某财产。原审法院酌情判定周某在系争房屋中所占比例为 40%份额，并未损害陈某 1 一方权益。同时，被上诉人唐某 2 作为周某的遗嘱继承人，请求二审法院维持原审判决。该诉请于法无悖，故于本案中，唐某 2 所占房屋份额以 40%产权份额为妥。故维持原判。

【注：(2020)沪 01 民终 13042 号】

评析：

这两个案例均是考虑夫妻之间对共同财产的贡献，以划定遗产的范围，虽与原《继承法》第二十六条的规定相违背，但是均体现了公平原则。

上述案例也体现出，即便被继承人去世，对共同财产的贡献情况也是可以查明的，运用证据规则，结合法官的自由心证。

（三）因对财产份额有争议，应另诉明确被继承人个人财产后再行分割

罗正明、曾祥秀是林冬群的公公、婆婆，林冬群是罗通达、罗通灏的母亲。林冬群与罗正明、曾祥秀的儿子罗家奇于 2004 年 6 月 30 日在花垣县民政局登记结婚，婚后生育罗通达、罗通灏。

罗家奇、林冬群分别于 2006 年 2012 年购买了门面房和商品房各一套，房屋所有权人为罗家奇。另，罗家奇名下有四份保险，均未指定受益人。

林冬群与罗家奇结婚后因与公婆关系处理不好，导致夫妻二人关系不合。2011 年左右，林冬群与同学黄真强关系逐渐密切并发生不正当男女关系。黄真强要林冬群离婚再与自己结婚，但林冬群考虑到已有二个儿子，故一直未与罗家奇离婚。黄真强则将林冬群视为自己的老婆，不准罗家奇与林冬群在一起同居。2018 年 9 月 19 日晚上，林冬群来到吉首市湘德雅居小区家中与罗家奇一起给小儿子罗通灏过生日，为防止黄真强打扰，给其打电话谎称晚上自己与母亲一起睡，要其不要打电话。黄真强不相信，认为林冬群晚上可能与罗家奇在一起。次日早上 7 时许，黄真强才联系到林冬群，在得知林冬群前一晚与罗家奇一起在吉首后，黄真强十分生气，遂从花垣赶到吉首找林冬群。2018 年 9 月 20 日上午 9 时许，黄真强来到吉首湘德雅居小区用钥匙打开罗家奇家门，用折叠刀捅刺罗家奇，又用家中菜刀将罗家奇和儿子罗通达砍伤。2018 年 9 月 20 日上午 10 时许，罗家奇因全身多处砍伤、刺伤致创伤性休克死亡。

罗家奇身故时，罗家奇、林冬群有存款若干。罗家奇去世前未留有遗嘱。

案件审理过程中，原告罗正明、曾祥秀坚持认为房产和存款，虽是罗家奇、林冬群夫妻共同财

产，但林冬群在未离婚的情况下，长期与他人保持不正当关系，引发纠纷，导致罗家奇被害。林冬群的行为与罗家奇死亡有因果关系，林冬群有严重过错，对于夫妻共同财产，林冬群应不分割或少分割。

一审法院认为，案涉四份保险属未指定受益人或者受益人指定不明无法确定之情形，所对应的被保险人罗家奇的人身保险金共 130 万元在罗家奇身故后均属于其遗产。但是房产和存款均属于罗家奇与林冬群夫妻共同财产，现原告罗正明、曾祥秀坚持认为林冬群存在严重过错不应分割或者少分割与罗家奇的夫妻共同财产，林冬群则认为与罗家奇的夫妻共同财产应由林冬群、罗家奇各有一半。由此，对上述房产、现金存款的分割，原、被告尚存争议，应将罗家奇的个人合法财产依法分割明确后才为其遗产进行继承。故将保险金按照均等分割，而房产和存款未予处理。

【注：(2019)湘 3124 民初 1057 号】

评析：

以此为思路，笔者检索了以分家析产案由中，因为婚姻过错要求对被继承人财产和配偶财产进行析产的案例，但是遗憾的是并没有检索到一例这样的案例，在《继承法》已有规定的情况下，企图通过另诉分家析产的方式对遗产范围单独进行明确也只是换汤不换药，所面临的法律实体问题是一致的。但是对有争议的财产不予处理，却没有给出另诉的道路，无法达到法律定纷止争的效果。

综上所述，四个案例均是实践中要求对《继承编》规定的一人一半的规则进行调整，而虽然缺乏法律逻辑的自洽，实践也多多少少给出了回应，探究确定遗产范围时，夫妻共同财产的份额有其必要性。

二、追根溯源：《继承法》是否创造了夫妻共同财产分割的特别方式？

1985 年《继承法》第 26 条[3]的规定是针对被继承人与其他人共有财产时应当如何确定遗产的问题，包括遗产从夫妻共同财产中划分和家庭共有财产中划分两种。[4]在此，需要对共有财产的分割进行类型化思考，共有财产的分割是分为婚姻法中的夫妻共同财产分割、继承中的夫妻共同财产分割、夫妻共有以外的其他共有财产的分割三大类，还是夫妻共同财产的分割、夫妻共有以外的其他共有财产的分割两大类，换言之，继承法是否为夫妻共同财产分割创造了独特的方式？

从体系解释的角度剖析上述问题。晚于 1985 年《继承法》两年实施的 1988 年《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[5]对共有财产的分割也是采用“二元”方式，区分夫妻共有财产分割和其他家庭关系成员共有财产分割，且“分割夫妻共有财产，应当根据婚姻法的有关规定处理。”值得注意的是，此处所述并非“分割夫妻共有财产，应当根据婚姻法、继承法的有关规定处理。”即，继承法并非夫妻共有财产分割之例外依据。

从历史解释的角度剖析上述问题。新中国的第一部法律即为《婚姻法》，前两部《婚姻法》对《继承法》的制定产生了深远的影响，体现了从保护妇女到男女平等理念的转变。1950 年《婚姻法》体现出新中国成立之初保护妇女的立法理念，根据其 23 条、24 条之规定，离婚时，女方婚前财产归女方所有，当夫妻共同财产不足以清偿共同债务时，由男方负担。1963 年 8 月《最高人民法院关于贯彻执行民事政策几个问题的意见（修正稿）》[6]、1979 年 2 月《最高人民法院关于贯彻执行民事政策法律的意见》[7]对离婚案件中的财物处理所持态度均为女方的婚前财产归女方所有，家庭其他财产由双方协商处理或由法院判决，强调照顾妇女、子女的原则。

但 1980 年《婚姻法》却主要强调夫妻共有财产均等分割的理念，不再单独强调女方的婚前财产归女方所有，当夫妻共同财产不足以清偿共同

债务时，也不再只由男方负担。至 1984 年 8 月《最高人民法院关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》[8]对于离婚时财产的处理原则不仅进一步明确不再单独强调女方婚前财产归女方所有，还将“男女平等”作为离婚财产分割的民事政策基本原则。

1963 年 8 月《最高人民法院关于贯彻执行民事政策几个问题的意见（修正稿）》、1979 年 2 月《最高人民法院关于贯彻执行民事政策法律的意见》均未提及在遗产分割时划分夫妻共同财产和家庭共有财产，而在 1984 年 8 月《最高人民法院关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》却首次明确“遗产只限于被继承人所有的财产。遗产与夫妻或家庭共有财产结合在一起的，处理时，应先将遗产从共有财产中划分出来，然后分割。”值得注意的是，此处并没有规定夫妻共有财产在遗产处理时应当按照“一人一半”的原则划分。此外，三次民事政策相关规定均强调“处理继承纠纷，应根据婚姻法的规定”[9]，可见，《继承法》中相关规则的设定是来源于《婚姻法》的，继承法并未创造夫妻共有财产分割之例外依据。

1985 年《继承法》是在 1980 年《婚姻法》以来，对男女平等原则、夫妻共同财产均等分割原则的进一步发展，其在 1984 年 8 月《最高人民法院关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》的基础上规定了“在遗产分割时，先将夫妻共有财产的一半分出为配偶所有，”体现出“均等分割”原则在《继承法》领域的移植。1993 年《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》第 8 条[10]则以明文的方式将夫妻共同财产均等分割的主要原则上升到极致，特殊情况下才可以做出调整。虽然，1950 年《婚姻法》、1980 年《婚姻法》中均规定了“财产的具体情况、照顾子女、照顾女方、离婚经济帮助”四种调整“均等分割”的方式，但是随着社会生产资料由极度匮乏到些许积累，由夫妻共同财产和个人财产的界限不甚明确到逐渐明朗，立法理念从 1950 年《婚姻法》绝对保护妇女权益，到 1980 年《婚姻法》对男女平权的矫枉过正，再到 1985 年《继承法》“均等原则”正体现出当时社会的烙印，调整均等分割的方式鲜被重视。“均等分割”理念的贯彻经由 1993 年的《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》，到 2001 年的《婚姻法》修正案才得以缓解。

虽然 2001 年《婚姻法》修正案对夫妻共同财产的分割同样强调“均等”为主要原则，[11]但在夫妻财产制度上有了质的飞跃，不仅明确规定了夫妻共同财产、个人财产的范围，还增设了离婚经济补偿制度、离婚损害赔偿制度、财产转移隐匿的惩罚制度，使“均等分割”的原则受到极大的挑战。时至今日的 2021 年《民法典》，照顾无过错方、离婚经济补偿、离婚损害赔偿以及财产转移隐匿的惩罚制度等夫妻财产制度日渐丰满，夫妻共同财产的均等分割不再被机械适用。但是，这些《婚姻法》乃至《民法典婚姻家庭编》的变化并没有在《民法典继承编》中体现出来，《民法典继承编》还是沿袭了“一人一半”的均等分割制度，违背了二十世纪六十至八十年代继承纠纷遵循《婚姻法》的民事政策。

三、《婚姻家庭编》中的夫妻共同财产分割制度在《继承编》中的演绎

（一）共有财产的析产规则：《物权编》和《婚姻家庭编》《继承编》的规定

《物权法》第八条规定“其他相关法律对物权另有特别规定的，依照其规定。”而《物权编》删除了此条，也就是说，《婚姻家庭编》与《继承编》中关于共有的规定不再是如上述二中的例外规定，《民法典》实现了《婚姻家庭编》与《继承编》向《物权编》的回归，二者的共有规定均与《物权编》的规定相通。然而《物权编》将共有物的分

割定义为一般成员间的共有关系、家庭关系成员间的共有关系两种[12]，具有家庭关系的成员间的共有具有一定特殊性，《物权编》并未给出答案，系共同共有还是按份共有需要另行判断。

具有家庭关系的人包含夫妻关系和其他家庭关系（如父母子女关系、兄弟姐妹关系、儿媳及女婿关系等），以下就夫妻关系之间的共有进行讨论。

从共同共有这一基本理念上说：根据《婚姻家庭编》第一千零六十二条的规定，夫妻共同财产归夫妻共同所有，夫妻对共同财产，有平等的处理权，而并非只有夫妻共同财产一半的权利。《物权编》第二百九十九条的规定，夫妻作为共同共有人对共有的不动产或者动产共同享有所有权，即夫妻双方生前对共有财产系不分份额地共同共有。而《继承编》直接在被继承人生前，就机械地将夫妻共有财产的期待权利划分为一人一半，系按份共有之效果，有违共同共有这一基础的理念，违背了《物权编》第二百九十九条的规定。

从共同共有财产分割上说：《物权编》第三百零三条规定“没有约定或者约定不明确的，按份共有人可以随时请求分割，共同共有人在共有的基础丧失或者有重大理由需要分割时可以请求分割。”离婚和继承都会导致婚姻关系的解除，都是夫妻共有基础丧失的事由，如上所述，这种情况下对共有财产的分割同样不能违背《物权编》的基本原则。2020 年 12 月 29 日《最高人民法院关于废止部分司法解释及相关规范性文件的决定》废止了《民通意见》第 90 条的规定，《物权编司法解释一》并未对共同共有财产的析产规则作出回应，但是参照《民通意见》之规定，《物权编》对共同共有财产的分割，基本上应以一人一半为原则，同时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，而不是机械地规定一人一半。而根据《婚姻家庭编》，离婚时对夫妻共同共有财产的分割也以一人一半为原则，同时考虑财产的具体情况、照顾子女、照顾无过错方、离婚经济补偿、离婚损害赔偿等情况。《物权编》和《婚姻家庭编》在夫妻共有财产的分割上可以毫无障碍地相通。而《继承编》同样作为夫妻共有关系丧失的事由，直接规定共有基础丧失后一人享有一半财产权利，没有任何调整规则，过于机械和僵硬，无法与《物权编》衔接。

因此，结合上述二中所述，《继承编》对夫妻共同财产的析产本就来源于《婚姻家庭编》，《民法典》大背景下，《婚姻家庭编》和《继承编》对于物权的规定均需与《物权编》内在地相符，如此《继承编》对于夫妻共同共有财产的解释，必须作出一定调整，不能讲被继承人对于夫妻共同财产权利的大小，取决于被继承人是离婚还是死亡。

（二）离婚时夫妻共同财产分割制度在确定遗产范围时的新审视

根据《婚姻家庭编》编之规定，离婚时，对夫妻共同财产的分割需根据财产的具体情况，按照照顾子女、女方和无过错方权益的原则判决，并且还需考虑到离婚经济补偿、离婚损害赔偿、离婚经济帮助、转移及隐匿财产等因素。离婚系身份关系解除及共同共有财产分割两种法律关系的耦合，前者饱含着爱恨情仇、是非对错，正因为感情因素的存在，使得夫妻共有财产的分割不同于一般社会成员间共有财产的分割。在此，姑且将离婚时夫妻共同财产分割制度缩小成两类典型的制度放入遗产范围的确定中去讨论，一为，对共有财产的贡献；二为，婚姻过错。

在确定遗产范围时，考虑夫妻双方对共有财产的贡献大小。2001 年《婚姻法》并没有明文规定在离婚时考虑出资贡献，反而《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 条规定“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……但分割夫妻共有财产，应当根据婚姻法的有关规定处理。”这让离婚时出资贡

献大的一方只能依据《民法总则》第六条（同为现《民法典》第六条）之“公平原则”，在法官自由裁量权较大，不考虑所谓“公平原则”的情况下，出资贡献即便较大，也会导致夫妻共同财产被平分，《物权编》删除了《物权法》第八条，可想而知，《民通意见》第 90 条的但书规定也不会被未来《物权法司法解释》吸纳进去，在《婚姻家庭编》共有规定向《物权编》回归的同时，离婚时的出资贡献大因素也有可能被考虑进来。[13]而离婚时考虑出资贡献也是大多数当事人的呼声和诸多法院的惯常做法。

《继承编》向《物权编》的回归也会使得继承分割共有物时考虑出资贡献。

若夫妻双方对财产来源的贡献大小不一，继承时是一人一半，则会导致极大不公平，比如(2016)京 0105 民初 19726 号案件中，被继承人进监狱，财产完全被罚没，其生存配偶未提起离婚，在婚姻关系存续期间，独自在社会上创造了财产，如果这种情况下，监狱里的被继承人去世后，其对财产完全没有贡献，只是因为存在婚姻关系这一虚名，就分走一半财产，无疑就是对生存配偶的不公平，也会极大降低生存配偶的生活质量。此外，再婚家庭越来越普遍，在确定遗产范围时，也应当考虑夫妻双方出资贡献的大小，否则对出资贡献大的一方而言，为了保障自己其他继承人的权利，在生病去世前，都应当先离婚才能实现财产利益最大化。不能推定被继承人没有提起离婚程序就自愿将自己多出资的部分赠与给另一方，没有提起离婚程序有可能是没有能力去提起，或者是僵尸婚姻是否解除都不伤大雅。一个人对于夫妻共同财产所享有的权利应当是确定的，不能因为离婚和继承而有所不同，《继承编》对出资贡献的吸纳可以通过《婚姻家庭编》中离婚分割财产的规定实现和《物权编》的搭桥，最终使得三编中的共有规定相通。

在确定遗产范围时，考虑夫妻双方的婚姻过错情况。《民法典》第一千零九十一条对过错情形作出了明确的规定，之所以过错不同于上述贡献大小，是因为掺杂有极强的感情因素，该过错系导致婚姻关系破裂之原因，如重婚、与他人同居、家庭暴力等，因此，主要观点认为，生存配偶不能在继承中以被继承人有过错为由请求多分财产。原因：过错是在离婚中主张的，以婚姻关系解除为前提，因过错导致了婚姻关系破裂才能主张，继承与离婚属于不同的法律制度，不能在继承中主张过错多分。并且，如果因过错在被继承人死亡前双方离婚了，虽然可以在离婚时适用照顾无过错方的法律规定多分得财产，但是无过错方也不再是过错方的法定继承人，无权再继承过错方的遗产。笔者以为，这两个观点不能成立，理由如下：

第一，离婚和继承确是夫妻共有关系丧失的两个不同的原因，但是理由不同并不当然代表法律效果不同。从法律体系上讲，《物权法》确有规定其他法律对物权另有规定的，从其规定，所以人们的概念中，经常将 2001 年《婚姻法》及 1985 年《继承法》均看作是单独的物权规定，而不讨论之间的联系。但是，追根溯源，继承中夫妻财产一人一半的原则产生于“均等原则”盛行的年代，受制于当时人们对于夫妻共同财产分割的认知。并且三个关于民事政策的规定均强调处理继承纠纷要遵循婚姻法，继承法和婚姻法本就是同源的。《物权法》第八条已经被删除，《婚姻家庭编》、《继承编》对于共同共有物分割的规定不能与《物权编》相悖，当《物权编》《婚姻家庭编》均考虑财产的具体情况等原因时，《继承编》的一刀切规定就不能再是单独的另有规定，三者对共有物分割追究的法律效果是趋同的，当下应当通过解释论的方式实现《继承编》与《婚姻家庭编》、《物权编》的衔接，而非固守单独规定这一点，忽视继承和离婚在夫妻共同财产分割时的联系。

第二，将配偶作为第一顺位继承人，所保护的法益是男女平等原则[14]、夫妻亲属关系的紧密以及扶养关系的密切程度[15]，而婚姻过错制度

更多的是一方对另一方违反夫妻忠诚等义务的侵权惩罚（含精神惩罚）[16]，一方的去世不能免除其婚姻过错责任，其可以以其遗产承担责任。因此，两者系单独的请求权基础，不存在非此即彼或者重复评价的问题。之所以过错没有导致离婚，可能是基于多方面的原因，比如在私生子未出来争家产之前，另一方不知道被继承人早已存在过错。离婚后，若配偶才知道另一方的过错情况，《婚姻家庭编》尚且赋予过错损害赔偿的单独诉权，继承中直接忽视配偶的这一诉求实为不妥。[17]婚姻关系存续期间，当事人不起诉离婚，而单独要求损害赔偿的，人民法院不予受理，说明离婚损害赔偿需要以婚姻关系解除为条件，继承亦是婚姻关系的被动解除，不存在生存一方主张离婚损害赔偿的理论障碍。并且，《民法典》新增了分割夫妻共同财产时照顾无过错方的原则，加大对无过错方的保护，《继承编》也应当对被继承人的过错情形予以评价。否则，当出现私生子争家产时，即便是没有离婚，获得了财产继承权，继承权的期待权也是被削弱的，对生存配偶也是一种伤害。换句话讲，不能因为死后还能继承，还是多得了财产，就认为不能主张离婚损害赔偿，因为两者都主张的话，生存配偶显然可能得到的更多的财产。如果因没有生前离婚就否认继承时财产多分，无疑是要求无过错的配偶，在过错方去世前，赶紧离婚，拿到多于一半的财产后，再与被继承人复婚，以保障自己财产权利的最大化，这样的操作有道德风险，不利于维护婚姻家庭的稳定。

（三）被继承人亲自辩论权无法实现，并不阻却另一方主张多分财产的实体上请求权

一种观点认为，婚姻过错情况以及共同财产出资情况往往被继承人是最清楚的，被继承人去世后，无人能全面知晓其婚姻过错情况和共同财产出资情况，更少有人知道生存的配偶是否也存在过错，是否在其他财产上也有贡献少之情形。并且，法官也无法查明，如果允许在确定遗产范围时考虑出资贡献和过错情况，则是剥夺了被继承人亲自的辩论权，也会给法院增加讼累。正因为程序权利无法实现，所以实体的规定也不能有。笔者以为，上述亦观点不能成立，理由如下：

第一，上述一中案例已有查明过错情形和出资情况的情形，在实践中并非所有的出资贡献和过错情况都不可以查清。

第二，从证据法上讲，法律事实不同于客观事实，法律事实永远是证据能够还原的事实，如果通过配偶或者继承人提交证据，法院能够形成自由心证，也可以确认某项法律事实。如果考虑到客观事实永远无法查清就不进行规定，恐怕所有的诉讼案件都会成为悖论，无人可以准确地说法院查明的事实一定都是客观事实。正如遗产范围一样，如果所有继承人都不清楚被继承人某项房产的存在，则这座房产永远不可能被继承案件所分割，继承案件所查明的事实本就不是所有的客观事实。

第三，法律事实不一定都需要有抗辩才能确认。如缺席审判的案件中，法院无法亲自确认被缺席人员的答辩内容，但依旧可以根据原告的诉请，通过仔细审查原告的证据后，作出裁判。同样地，出资贡献以及过错情形不需要有被继承人亲自的答辩，根据某些客观的证据，比如亲子鉴定报告，就可以确定被继承人是否有过错的情况。

第四，被继承人死后其民事诉讼的权利可以由其继承人代为进行。虽然《民事诉讼法》规定了离婚案件一方当事人死亡的应当终结诉讼，表明具有身份关系的内容不能由继承人代为诉讼，但是无过错方因为另一方的过错而主张在继承时多分夫妻共同财产是身份关系和财产关系的集合，过错本身并非单纯的身份性内容，就其财产性内容部分来看，应当允许继承人代被继承人进行诉讼。并且，离婚损害赔偿本质上是一种侵权之诉，根据侵权法的精神，被继承人的侵权责任并不会因为其去世而得到免除，权利人仍旧可以通过起诉其继承人的方式以被继承人的责任财产承担过

错责任。现实生活中，作为一家人，继承人知道被继承人存在过错的情况比比皆是代被继承人进行诉讼不存在事实不清的障碍。

第五，举证责任分配制度是对共同财产贡献大小、婚姻过错衡量的基本标准。在确定遗产范围时，对财产的贡献大小或者婚姻过错只是考量因素，而并非必须对贡献大小或婚姻过错作出法律评价，当事人提供的证据不足以证明对共同财产的贡献大、配偶一方或双方存在过错时，应当坚持以一人一半分割为原则。举证责任的分配也能解决被继承人无法亲自辩论之问题。

第六，程序权利缺失只是一种风险，但是不能不符合比例原则地一刀切地将一方主张多分的实体权利剥夺。如上所述，被继承人程序权利的缺失并不必然导致事实无法查明，可以通过继承人代为诉讼的理念、举证责任分配及证明力大小控制，以求法律事实尽可能趋向于客观事实。但是完全剥夺当事人主张多分的权利，则明显不符合制度设计的比例原则，造成法律对当事人财产权利的剥夺。

四、结语

《继承法》/《继承编》中夫妻共同财产的分割来源于《婚姻法》，在《物权法》实施期间，因《婚姻法》及《继承法》做为单独规定对夫妻共同共有财产作出了规定，故根据特别法优于一般法的原则，对离婚和继承时夫妻共有财产的分割大都脱离了《物权法》，但是《民法典》时代，《物权编》《婚姻家庭编》《继承编》对于共同共有财产的规定趋同，《物权编》《婚姻家庭编》均强调根据财产的具体情况进行判决，未一刀切地规定一人一半的原则，《继承编》如此规定与之前的《婚姻法》不符，更与现在的《物权编》《婚姻家庭编》不符，应当在实施过程中对继承中的夫妻共同财产分割进行调整。总的来说，确定遗产范围时，夫妻共同财产的分割应与《婚姻家庭编》离婚分割财产的原则保持一致，以一人一半为原则，允许的双方当事人就对财产贡献大小、过错情况进行主张，对一人一半的结论进行调整。唯有这样，才能实现继承时夫妻共同财产分割的实质正义，实现《民法典》对于共同共有物分割的内在统一。

注释

[1] 第一千一百五十三条　夫妻共同所有的财产，除有约定的外，遗产分割时，应当先将共同所有的财产的一半分出为配偶所有，其余的为被继承人的遗产。
遗产在家庭共有财产之中的，遗产分割时，应当先分出他人的财产。

[2] 第二十六条　夫妻在婚姻关系存续期间所得的共同所有的财产，除有约定的以外，如果分割遗产，应当先将共同所有的财产的一半分出为配偶所有，其余的为被继承人的遗产。
遗产在家庭共有财产之中的，遗产分割时，应当先分出他人的财产。

[3] 同上注。

[4] 黄薇主编：《中华人民共和国民法典继承编释义》，法律出版社，2020 年 7 月版，第 131-132 页。

[5] 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。

[6] 1963 年 8 月《最高人民法院关于贯彻执行民事政策几个问题的意见（修正稿）》规定“处理离婚后的财产和生活费纠纷，必须根据婚姻法的规定，本着有利生产和切实保护妇女与子女的合法权益的原则处理。妇女的婚前财产应归妇女所有。对其他财产，如房屋、家具、生产工具等，最好由双方协商合理解决，如协商不成，应根据双方结婚时间的长短，家庭财产的变化情况和双方的实际需要等，予以合情合理的解决。”

[7] 1979 年 2 月《最高人民法院关于贯彻执行民事政策法律的意见》规定“人民法院处理离婚案件中的财物和生活费问题，必须根据婚姻法的规定，坚持有利生产、生活

和切实保护妇女、子女的合法权益的原则，予以妥善解决。女方婚前财物，归女方所有。双方自用的衣物，归本人所有。其他家庭财物，如房屋、家具、储蓄、生产工具等，最好协商解决。如协议不成，应根据结婚时间的长短，家庭财物的具体情况，双方的实际需要等，予以合情合理解决。”

[8] 1984 年 8 月《最高人民法院关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》规定“人民法院对离婚时财产的处理，应依照婚姻法第十三条、三十一条、三十二条和三十三条的规定，坚持男女平等和保护妇女、儿童合法权益的原则，查清家庭财产，夫妻共同财产和婚前财产的状况，合情合理地予以解决。”

[9] 1963 年 8 月《最高人民法院关于贯彻执行民事政策几个问题的意见（修正稿）》规定“处理继承纠纷，应根据宪法和婚姻法的规定，本着保护法定继承人的合法继承权，同时又要提倡互相扶助和抚养的共产主义道德风尚。”1979 年 2 月《最高人民法院关于贯彻执行民事政策法律的意见》规定“处理继承纠纷，应根据宪法和婚姻法的规定，本着保护法定继承人的合法继承权，同时又要提倡互相扶助和抚养的共产主义道德风尚。”

1984 年 8 月《最高人民法院关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》规定“人民法院审理继承案件，应根据宪法、婚姻法和有关政策法律的规定，坚持男女平等、养老育幼，保护继承人的合法继承权，发扬互助互让、和睦团结的道德风尚，巩固和改善社会主义家庭关系。”

[10] 8、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。

[11] 胡康生主编，《中华人民共和国婚姻法释义》，法律出版社，2001 年 6 月版，第 64 页。

[12] 《民法典》 第三百零八条规定“共有人对共有的不动产或者动产没有约定为按份共有或者共同共有，或者约定不明确的，除共有人具有家庭关系等外，视为按份共有。”

[13] 离婚分割夫妻共同财产时，明确规定考虑出资贡献大小，一定程度上能够缓解当下父母出资是借是赠的问题，正因为离婚时法官可以考虑也可以不考虑出资贡献，使得大量当事人对于离婚诉讼的风险难以接受，转而寻求民间借贷诉讼保本，明文规定离婚时考虑出资贡献大，能够一定程度上打消当事人对于离婚财产损失的顾虑。并且，父母诉讼民间借贷大多没有借条，法官判决借贷关系成立，往往是基于保护老年人的原则，其背后的法律依据基本也是原《民法总则》/《民法典》第六条规定的公平原则。当考虑出资贡献依据公平原则以及成立借贷也依据公平原则时，何为公平、何为不公平，基本上就成了法官的一言堂，亦极不利于司法环境的净化，无法发挥法的预测性功能。

[14] 黄薇主编：《中华人民共和国婚姻家庭编解读》，中国法制出版社 2020 年版，第 93-94 页

[15] 黄薇主编：《中华人民共和国继承编释义》，法律出版社 2020 年版，第 046 页

[16] 《民法典婚姻家庭编司法解释（一）》 第八十六条 民法典第一千零九十一条规定的“损害赔偿”，包括物质损害赔偿和精神损害赔偿。涉及精神损害赔偿的，适用《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》的有关规定。

[17] 《民法典婚姻家庭编司法解释（一）》 第八十八条 人民法院受理离婚案件时，应当将民法典第一千零九十一条等规定中当事人的有关权利义务，书面告知当事人。在适用民法典第一千零九十一条时，应当区分以下不同情况：

（一）符合民法典第一千零九十一条规定的无过错方作为原告基于该条规定向人民法院提起损害赔偿请求的，必须在离婚诉讼的同时提出。

（二）符合民法典第一千零九十一条规定的无过错方作为被告的离婚诉讼案件，如果被告不同意离婚也不基于该条规定提起损害赔偿请求的，可以就此单独提起诉讼。

（三）无过错方作为被告的离婚诉讼案件，一审时被告未基于民法典第一千零九十一条规定提出损害赔偿请求，二审期间提出的，人民法院应当进行调解；调解不成的，告知当事人另行起诉。双方当事人同意由第二审人民法院一并审理的，第二审人民法院可以一并裁判。

《民法典婚姻家庭编司法解释（一）》 第八十九条 当事人在婚姻登记机关办理离婚登记手续后，以民法典第一千零九十一条规定为由向人民法院提出损害赔偿请求的，人民法院应当受理。但当事人在协议离婚时已经明确表示放弃该项请求的，人民法院不予支持。

本期小编：家事法苑团队陈贝贝律师

股权不是夫妻共同财产，为什么？怎么办？

2021-07-28 中国妇女网

https://mp.weixin.qq.com/s/NTjDOCVLVpNhy7oL_87tWg

婚姻存续期间拥有的股权，是不是夫妻共同财产？日前，随着最高院第二巡回法庭法官会议纪要对该问题进行阐释：登记方单独进行的股权转让系有权处分，在无恶意串通损害第三人利益等导致合同无效的事由时，相关股权转让合同应为有效。“股权究竟是不是夫妻共同财产”的话题再次引发社会广泛关注。中国妇女网全媒体记者采访了相关律师，他们就相关案件做了详细的解读分析。

登记在一方名下的公司股权不能作为夫妻共同财产进行分割

邹某与张某曾系夫妻关系，后经人民法院判决离婚。

张某在婚姻关系存续期间与第三人注资成立了一家建材有限责任公司，并以实缴人民币 360 万元享有公司 30%的股权。

在离婚之前，张某将其享有的全部股权转让给案外人张某兵，转让价款为人民币 360 万元。

在离婚纠纷中，邹某与张某均未将诉争股权列入夫妻共同财产范围要求法院审理，在张某转让诉争股权后方诉讼至法院。

原告邹某起诉被告张某要求人民法院判令：张某赔偿因其转让 30%股权，给邹某造成的股权、财产、利润等损失 600 万元。

法院认为:一方转移夫妻共同财产，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。该案中，诉争股权作为夫妻共同财产，在原、被告离婚纠纷中未被依法分割，离婚后，张某未经邹某同意将股权转让给案外人张某兵，并在工商行政管理部门进行了相应的公司变更登记，故在此事实基础之上，诉争股权转让价款即人民币 360 万元应当作为共同财产予以分割。张某应返还邹某股权转让的 1/2 即人民币 180 万元。

点评

本案判决，虽然认定配偶一方在婚姻存续期间投资获得的股权为夫妻共同财产（二巡意见出台前，各地法院都将婚姻存续期间一方获得的股权认定为夫妻共同财产），但对股权转让款进行了分割，是对非股东的配偶一方的救济，也是基于民法典第 1036 条的请求权作出的判决。作为股东一方转让股权不需要经过配偶同意，但股权转让后的所得，如果是在夫妻关系存续期间，则属于夫妻共同财产，应当作为夫妻共同财产予以分割。

那么，用夫妻共同财产的钱款购买的股权，能不能当作夫妻共同财产来分割？泰和泰律师事务所律师杨竹一做了解释。

股权是什么？是股东缴纳的出资额进入公司后属于公司财产，公司就出资额进行分红后股东获得相关权益。股权是股东在公司行使权利的权利表征，而这个权利表征的来源首先就是出资额，因此，出资额和股权原本就是同宗。当出资额进入公司后形成公司资产，在股东尚未认缴之前，资产叫出资额，当股东认缴出资形成份额后，叫股权。从人合属性角度而言，属于股东的权利之一，从资本属性而言，属于公司资产。

股权不等于投资收益。股权同时具有物权（基于股权占有、使用、处分）、债权（基于股权转让、利润分配请求权）和社员权（投票、管理、决策）的特征，其中资合性的部分叫股，人合性的部分叫权。由于股权行使、利用、赋予的权利都受到公司章程的规范，因此股权不仅仅是股东的财产，还是公司财产。

股东在转让股权以及请求公司进行利润分配时，都必须依照公司章程的规定来进行，并没有绝对的自由处分。所以，股东的一切活动还是要遵循公司的规定，故股东的股权也要在公司章程

规定内行使，不能以股东能够自行转让股权推导出股权属于夫妻共同财产。因为股东转让股权的行为，以及转让给谁的权利，都是由公司章程规定的，股权转让是公司股东享有的最重要的一项权利，而这项权利的形式是使公司法人人格化的重要体现，而不是股东可以脱离公司的范围进行的民事活动，所以股权是不是夫妻共同财产不能由股东是否能进行股权转让来推导的。股东依据公司法所享有的全部权利义务都离不开法人这个“壳”，如果越过法人这个主体以民法典婚姻家庭编的配偶身份行事，应按照婚姻家庭编的规定，但婚姻家庭编中的夫妻共同财产并不包括属于法人人格下的公司财产。民法典婚姻家庭编中关于投资收益的规定与股权有一定关联，但是股权与投资收益不能等同。股权产生的利益具体分配给股东后，脱离了公司财产，产生了投资收益，配偶一方享有分红的共享权利。但分红若尚未实际到达股东，只是存在于公司，尚不能认为脱离公司财产而属于夫妻共同财产，否则配偶可以在不具有股东身份的状态下向公司请求收益分配。根据公司法司法解释三的规定，显然股权的利润分配请求权不在配偶一方，只有股东才享有。

凡事皆有例外，如遇法人人格否认，股权会回归到原始的状态成为夫妻共同财产。对其他公司形式，例如合伙企业，婚后出资的份额一般认定为夫妻共同财产，对于婚前出资婚后形成的收益，配偶也可以主张。个人独资企业因为是股东承担无限连带责任，并对公司股权拥有绝对的控制和完整的处分权利，法人的保护“壳”弱化，所以，个人独资企业的出资可以作为夫妻共同财产。

综上，公司股权不属于夫妻共同财产，但作为非股东的配偶一方可以就另一方投入公司在形成公司资产前的出资因占用夫妻共同财产而进行权利主张，同时，非股东的配偶一方，也可以就配偶方基于股东身份实际获得的股权收益作为夫妻共同财产进行主张。

股权的财产权属于夫妻共同财产

范某与刘某是再婚家庭，范某与前妻育有一子小范。范某在与刘某结婚后设立了 A 公司并获得了 80%的股权，儿子小范持有 20%的股权。后范某在没有经过刘某同意的情况下，单方将自己名下 80%的股权转让给儿子小范，并办理工商登记。

此案是最高人民法院（2013）民申字第 2505 号案例。最终，最高人民法院认为，小范作为 A 公司的股东，同时又是范某的儿子及刘某的继子，对 A 公司 80%股权属于范某与刘某夫妻共同所有这一事实应是明知的。因刘某在知道范某转让 80%股权给小范之后，并没有认可他们的行为，所以小范受让股权的行为不构成善意取得。

点评

股权不是简单的财产权利，而是集人身权、财产权为一体的复合型权利。股东身份权应当仅由持股一方单独行使。在婚姻存续期间所取得的股权登记在夫妻一方名下的情况下，人身权和财产权处于一种混同的状态。北京市中伦（上海）律师事务所律师蓝艳对上述案例的判定表示认可，但她同时提醒，如果范某是因为商业交易而转让股权，并且转让股权后也获得了公允的股权转让款，则法院为了保障正常商业交易的安全，会优先认定范某的股权转让行为有效。主要原因仍然在于，该行为本身属于股东行使身份权的正当权利，且股权的财产权已经转化成了现金，刘某对于公司股权所享有的财产权实际上没有受到侵害，该部分现金仍然属于夫妻共同财产，刘某可以要求进行分割。因此，需要特别提醒广大妇女同胞注意，一旦自己的丈夫名下确实拥有公司股权，且该股权属于家庭比较重要的财产，则需要时刻关注股权的动态。尤其发生了股权转让后，要密切注意股权转让的主体以及股权转让的金额等问题，这样有助于判断股权转让是否合法、合理，也可以提前预判用何种方式维权更有效果。当然，公司股权涉及的都是非常专业的法律问题，如果妇女同胞们遇到这样的情况，建议还是尽早咨询专业人士，更有利于维护自己的合法权益。

来源：中国妇女报

作者：中国妇女报全媒体记者 何蒙

编辑：李凌霄

审核：谢威

（五）公证专题

老有所居得保障 公证助力免烦忧——南京公证处出具我处首例居住权合同公证书

2021-07-06 南京公证处订阅号

https://mp.weixin.qq.com/s/_Eu7-iAdcWiPrPHmdPotoQ

近日，南京公证处为市民吴老伯办理了我处首例居住权合同公证书，并协助吴老伯顺利领取了居住权登记证明。

案情介绍

市民吴老伯年纪大了要换房，考虑到已为大女儿购置过房产，所以新购的房产就登记到了小女儿名下。吴老伯跟小女儿说好了，这套房他们老夫妻要住到“百年”，小女儿立刻给吴老伯写了张纸条：“保证上述房产让爸妈住到百年”。吴老伯拿着纸条来到了南京公证处家事法律服务中心，说想给纸条办个公证。接待他们的高公证员详细了解了吴老伯家中的情况和诉求后，告诉吴老伯，他的想法在今年正式施行的《民法典》中已经得到了明确规定，双方订立合法有效的书面合同并进行登记后，吴老伯的居住权就能够得到法律的有效保护。随后，吴老伯夫妇和小女儿夫妇共同向南京公证处申办居住权合同公证。公证员针对吴老伯一家的情况，为他们起草了《居住权合同》，就居住权的期限、居住权条件和要求、居住权登记手续、装修及维修，违约责任以及出租、出售、抵押等相关问题进行了个性化的约定。拿到公证书时因临近端午节，公证员再三叮嘱吴老伯一定及时去办理登记手续。6 月 18 日，吴老伯打来电话：“小高，谢谢你啊，我们的居住权证拿到手了！这下我们心安了！”

什么是居住权

根据《中华人民共和国民法典》第 366 条之规定，居住权就是权利人按照合同约定，对他人的住宅享有占有、使用的用益物权。另外，《民法典》也规定了居住权无偿设立，但当事人可以另行约定。居住权自登记时设立，不得转让、继承，居住权期限届满或者居住权人死亡的，居住权消灭。

哪些情况可以设立居住权

第一 老人为第三代上学或者其他原因，选择在生前就将房产过户给子女，但又担心过户后自己对房产不再享有权利，十分纠结。这种情况下，老人可以在办理过户手续之前与子女订立居住权合同，在过户后登记设立居住权。

第二 父母举全家之力以子女名义购房后，担心房产不属于自己，自己不能长期居住，这种情况也可以与子女订立居住权合同，并登记设立居住权。

第三 同居居住在一方的个人房产中的，另一方可以与所有权人订立居住权合同，约定自己对房屋的居住权，特别是不婚的同居伴侣、再婚家庭、黄昏恋家庭等等，可以采用遗嘱+居住权“双保险”，既保障房产传承给自己的子女，又能保障

居住权人在有生之年居有定所。当然，所有权人也可以结合实际情况，选择在遗嘱中设立居住权。

当然，可以设立居住权的场景不仅限于上述几种，只要需要通过居住权来保障自己的合法权益，都可以设立居住权。

为什么要办理居住权合同公证

第一 公证机构是专业法律服务机构，能够针对当事人的实际情况，提供个性化的文书起草服务。公证员结合专业知识和实践经验，能够充分保障居住权合同文本的有效性和可执行性。另外，经过公证的法律文书具有最高的证据效力，公证过的居住权合同能够更有力地对设立居住权合同的事实进行证明。

第二 公证机构能够协助当事人办理居住权登记手续。在本案中，得益于南京公证处和南京市不动产登记部门畅通的沟通机制，公证机构协助吴老伯顺利地办理并领取了居住权登记证明。公证过的居住权合同，能够更方便地通过不动产登记部门的审查，顺利办理居住权登记手续。

《民法典》中居住权的新规定，为维护社会和谐和群众安居乐业提供了重要保障。南京公证处也在积极履行公证职能，做到“基本法律保障职责”和“专业法律服务功能”相统一，通过公证实践让将框架化的法律规定切实落地，用公证为广大群众的幸福生活贡献一份力量。

（注：为保护当事人隐私，本文案例中人物为化名，家庭情况亦有改动）

文　字 | 高 畅

美　编 | YanLan

虚拟财产遗嘱继承公证问题研究

2021-07-26　北京市长安公证处　郭岳萍

https://mp.weixin.qq.com/s/EeDLqNtcOOpKxDE1EeZ3-w

前言

关于虚拟财产，先讲一个温情的故事：有父子二人，儿子 12 岁时，父亲得胃癌去世。父亲生前最爱打《魔兽世界》，因为想念父亲，儿子也开始玩《魔兽世界》。2017 年 5 月，《魔兽世界》的开发者暴雪公司宣布，已经去世的玩家的账号可以继承。儿子第一时间找回了父亲的游戏账号，登录进去时，父亲已经去世 4 年，儿子看到父亲的装备，操纵着父亲的角色，乘着飞龙经过日歌农场，看到父亲辛辛苦苦在农场上种植的草药历经四年，已经全部成熟，果实在暮色中发着微光。再讲一个现实中的故事：2018 年，山西省太原市城北公证处也为公民左先生办理了一起虚拟财产的继承公证。左先生的女儿是网游“梦幻西游”的忠实玩家，在游戏中投入了大量时间及约 6 万元人民币的费用来购买道具等。在女儿因意外去世后，左先生通过办理游戏账号这一虚拟财产的继承权公证，找回了女儿的账号，得以在现实中通过游戏延续与女儿的情感。

越来越多的案例引起我们关注网络遗产的话题：我们现在留在网上的痕迹，大量的数据，所有权到底属于谁？故去之后，我们的微信、微博账号、游戏账号等等，应该怎样处理？是否应该按照法定程序进行继承？其实，我对于这个问题最早的关注是源于几年前给一个我的同龄人办理遗嘱公证，这个立遗嘱人当时身患癌症，将不久于世，她立下遗嘱，除了常规的房产、存款外，特别指明把她在微博、微信上所发表的文字、图片留给未成年的儿子继承。这样的遗嘱内容我是第一

次见到，也促成了我对网络虚拟财产遗嘱及继承问题的关注和思考。实际上，网络虚拟财产问题是世界性的难题，据一项统计：50 后、60 后、70 后、80 后可以自称数字移民，从 95 后、00 后开始，可以自称数字原住民：从出生开始，他们就已经生活在网上。网络也成为了人们的死亡之地。到 2100 年，脸书上会有 49 亿死亡用户，数量将超过活着的用户。微信上去世账户数超过活人账户数的那一天，预计将在 2065 年前后来临。目前，我的微信朋友圈中有几个账户就永远不会再更新了，他们中有老人、有孩子，也有中青年人。除非你是几近灭绝的数字隐士之一，否则你一定会留下数字足迹。除非你付出相当大的努力取消除它，否则总有一天，无论好坏，这些足迹都会成为你的数字遗产。用法律手段解决数字化生存中的问题，是值得我们研究的重要课题，而公证在这其中也应当积极谋求一席之地。

一直以来，网络虚拟财产在我国法律上处于空白状态，处理纠纷的主要依据是网络运营服务商与用户签订的相关协议，这些协议的内容基本排除了对虚拟财产的继承权。2020 年 5 月颁布的我国第一部民法典正视了这个问题，第 127 条规定：法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的，依照其规定。这是第一个对虚拟财产做出规定的民法典，延续了《民法总则》第 127 条的规定，确立了虚拟财产受法律保护的地位，但这是一条导向性的规定，缺乏实操性，我想从公证行业多年来从事遗嘱和继承实务的角度来和大家探讨一下对虚拟财产如何订立遗嘱、办理继承。

一、虚拟财产的概念、特征及类型

网络虚拟财产的概念并没有教科书式的规定，笔者比较认同“作为遗产的虚拟财产应当是指被继承人死亡时遗留的个人所有的具有一定财产价值或者精神价值且以数字形态存在的各种信息资料、包括网络账号、网店、密码、网游装备、图像、影像等。”无论怎样定义网络虚拟财产，这类财产都具有三个特性，即数字性、价值性、可支配性。毋庸置疑，数字性是其根本特征，可支配性也是必然的，实践中，需要与网络运营商进行沟通，才能使得虚拟财产的可支配性通过继承传承下去。本文想重点讨论一下虚拟财产的价值性。经济价值是价值性的重要内容，也是作为非虚拟财产的一般财产的根本属性，而虚拟财产除了具有经济价值外，其价值性里还具有比一般非数字财产更多的精神价值属性。互联网普及后，用网络去挣钱且能挣到钱的还是少数，大多数网友是将网络作为精神寄托，在网络上通过文字、图片、邮件等来记录自己的生活。继承这些网络虚拟财产，能使一些独特的信息流传下去，能使这些精神利益得到传承，能使被继承人的精神信息传递给继承人，能满足继承人的伦理情感。虚拟财产的经济价值也与一般财产的经济价值不同，有的时候也难以判断，这将给通过法律手段办理继承，如公证继承带来一定的难题，如继承财产的标的如何计算，怎样收取公证费用等，这些问题都亟待在实务中去解决。

虚拟财产的种类包括这样几类：网络账号，包含微博账号、微信账号、QQ 账号等，信息资料，包含网上生成保存的通讯录、相册、日记等，还包括虚拟货币和虚拟物品，虚拟货币如游戏币、比特币等，虚拟物品如各种网游装备等。随着网络的普及，各种类型的网络虚拟财产不仅走进百姓生活，某些类型的虚拟财产已经国家层面设立。日前，中国人民银行数字货币研究所相关负责人表示，数字人民币研发工作正在稳妥推进，先行在深圳、苏州、雄安新区、成都及未来的冬奥场景进行内部封闭试点测试。虚拟货币中的数字货币的研发是我国目前正在推进的一项工作，从消费者的直观感受来看，使用央行数字货币支付和使用支付宝、微信支付的体验差不多，但不一样的是，使用央行数字货币支付，花出去的是数字化的人民币，跟花现金一样；而支付宝、微信支付是支付工具，通过这两种渠道，花的是你银行卡里

的余额、或者刷的是信用卡。可以预见央行投放的数字货币在一些功能实现上会和电子支付有很大区别。它们将会是两种不同的虚拟财产。

二、 虚拟财产继承的必要性、可行性及难点研究

一是虚拟财产继承的必要性。到目前为止，我们个人注册的微信账号的所有权归腾讯公司所有，不得继承、赠与和转让。微博账号则在提供一系列证明，包括事先签署的授权书后允许亲属在博主去世后成为账号持有人。一项数据表明，高达 95%的被调查者认为，如果他们离世，社交媒体平台没有权力处置他们的个人账号。但我们大多数人并不知道，在注册社交媒体账号的过程中，在勾选“我同意”的时候，我们就已经把这些权力交付了出去。我们大多数人都有支付宝账户、微信账户，用这些账户方便进行支付、收款，账户中除了关联的银行卡之外，本身也有一定的存储资金的功能，所以这类账户内的资产必然具有私有财产的属性，具有可继承性。虚拟财产同其他财产的继承一样可以合法传承，也是民法典保护公民私有财产立法根基的体现。

从第一台电脑诞生到如今，人类基于网络化数字化的生存至今已经几十年，网络虚拟财产在我国也产生了十几年，因此而起的争议在进入新千年的最初几年就已经产生，从人们最早寻求公安部门解决问题，再到法院去诉讼、再到公证机构办理相关公证，对于虚拟财产的继承问题，人们已经越来越趋于理性。从立遗嘱时将虚拟财产的内容列入遗嘱中并对遗嘱进行公证，到与一些网络运营商签署关于虚拟财产的协议并办理公证，再到申请对虚拟财产申请办理继承权公证，人们一步步的将虚拟财产作为重要的财富传承事项列入自己的人生规划中。

二是虚拟财产继承的必要性。虚拟财产的法律保护在我国走过一个变化的过程，它作为一种财产被正式被提及需要法律保护，源于 2017 年 10 月 1 日起施行的《民法总则》。总则施行前的法院判例，一般将涉及虚拟财产，如转让网店等引起的争议，列入合同纠纷，保护的是合同权益；总则施行后，法院对相关争议的判例，则直接认定虚拟财产与现实财产一样的法律地位，据此进行审批和裁决。如下面的案例：上海市第一中级人民法院做出闫向东等与李圣艳等财产损害赔偿纠纷二审案件（（2019）沪 01 民终 13689 号）的终审判决。该案争议的焦点为：1.比特币是否具有财产属性，是否应受法律保护；2.上诉人是否应将比特币返还给被上诉人，如存在返还不能的情况，是否应赔偿被上诉人损失以及赔偿金额如何确定。关于第一个争议焦点。在评判上诉人的行为是否构成侵权前，应对比特币的法律属性作出评价。只有比特币具有虚拟财产属性，被上诉人据此才享有相应的财产权利以及侵权请求权的基础和依据。上海一中院认为，比特币属于网络虚拟财产，应受法律保护。理由如下：第一，《中华人民共和国民法总则》第一百二十七条规定：“法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的，依照其规定。”因此，法律对网络虚拟财产的保护持肯定态度。第二，上海一中院认为，系争比特币属于网络虚拟财产，应受法律保护，案件系涉外财产损害赔偿纠纷。故最后判决内容中有：上诉人闫向东、李敏、孙飞、岑升方(SAMSINGFONG)于本判决生效之日起十日内共同返还被上诉人李圣艳、布兰登·斯密特（BRANDONJOSEPHSMIETANA）比特币 18.88 个，若不能返还，则按每个人民币 42,206.75 元赔偿”。

从我国法院目前的实践看，诉讼案由有不正当竞争纠纷、合伙协议纠纷、合同纠纷、财产损害赔偿纠纷、离婚等，在审理中，虚拟财产范围的界定、价值的衡量、如何分割、是否属于夫妻共同财产，能否被继承等是难点问题。我国的公证行业近几年办理了一些关于虚拟财产继承的典型案例，如：2017 年，江苏省吴江市市民秦先生向公证机构提出办理支付宝账号的继承公证。秦先生曾帮

父亲办理一个支付宝账号，父亲去世后，该账号中仍有秦先生客户支付的一笔叁万元费用。因账号属于父亲所有，父亲去世后，秦先生无法顺利地登录账号，账户内的资金也难以取出。当地的公证机构了解情况后，积极与支付宝展开沟通合作，获取了相关的资料后，为秦先生办理了支付宝账号的继承权公证，使其得以获得该虚拟财产的所有权，并顺利地取出了账户内的剩余资金。

在我国台湾地区，虚拟财产被认定为动产进行保护，早已写入“民法”范畴。涉及刑事案件时以动产论，如窃盗罪、诈欺罪。指导案例里认为线上游戏之账号角色及宝物资料，均系以电磁记录之方式储存于游戏伺服器，游戏账号所有人对于角色及宝物之电磁记录拥有支配权，可任意处分或移转角色及宝物，故判断虚拟财产具有价值，与现实中的财物没有不同。

三是虚拟财产继承的难点。但因虚拟财产的属性，其继承的难点也有，主要体现于三个方面：第一，网络运营商对于权限的限制导致继承不能或继承的权益受到限制。如某些经营游戏类的公司只开放了游戏账户的使用权，而非所有权。这就意味着继承人继承后可以继续使用被继承人的账户玩游戏，但是却并不拥有这个账户。一些网络运营服务商的规定也导致继承不能，如微信平台上所有用户的账号的所有权归腾讯公司所有，不得继 承、赠与和转让。第二，网络上的内容和信息资料因为涉及知识产权等导致 继承遇到障碍。如果被继承人在网络上使用了他人拥有知识产权或相关权益的图片、影像等，则继承会发生争议。第三，虚拟财产具有的精神属性导致继承人顺序和范围发生变化。

虚拟财产除了具有经济利益外，还具有人格利益的精神属性，人格利益中就包含隐私的成分在内，人在生前有隐私权，在死后其隐私也得到保护。如果向受众提问：你愿意在离世后，让家人查看你网上的隐私吗？估计很多人都会回答“不愿意”，大多数人宁愿把秘密带进坟墓。根据一项统计，愿意设置亲人为网络遗产联络人的只有 27%，设置配偶为联络人的只有 15%，有 45%的人不会设置网络遗产联络人，还有 13%的人会设置朋友为网络遗产联络人。根据统计及实际生活中的感受，虚拟财产的继承顺序和范围应当不同于普通财产继承的规定。一些学者建议根据财产属性淡化继承人顺序的规定，采取变通的继承方式。故笔者认为应当根据亲密原则和价值最大原则采用变通的方式来制定网络虚拟财产的继承范围和继承顺序，改变传统继承法的以血缘和婚姻关系优先的原则。

2015 年，脸书推出了一项新的功能，允许人们指定某人在自己去世后管理自己的个人资料页面，为该功能所起的名字同样意义重大：“遗产联系人”（Legacy Contact）。该功能即用户生前可以在自己的账号内设置授权联系人，联系人在用户过世后，就有权进入用户账号进行相关操作，根据用户生前的意愿，管理他的纪念页面或者彻底删除账号。但笔者认为在网络上设定“遗产联系人”，不如在线下订立遗嘱，将虚拟财产的继承问题落实到纸面上来更为切实可行，因为绝大数国家的法律都规定遗嘱必须用笔和纸签署，没有数字化。电子遗嘱或任何形式的电子设置不被认可。

当然也有例外，为了顺应形势的变化，美国联邦政府出台了《统一受托人访问数字资产法》。死者在生前用任何在线服务或技术进行了设置，表明他们想要对自己的数字遗产在自己去世后以某种方式进行处理，那么对这份遗产的这种设置凌驾于遗嘱之上。这是全世界范围内首次承认对虚拟财产进行网络设置的合法性。

三、虚拟财产的遗嘱及继承公证

我国的公证机构在公民私有财产领域有几十年的实践经验，作为非诉的法律手段，公证是处理遗产继承问题的最好的方式，全国各地的公证机构很好的为公民解决了私有财产的继承问题。

通过公证处理继承事务的两种主要业务形式就是遗嘱公证和继承权公证，如前所述，因为虚拟财产具有一般财产的属性，因此允许被继承也成为必须，成为保障个体正当合法财产权益的必然之选。在虚拟财产领域办理遗嘱和继承公证也将成为公证行业必然面临的问题。笔者试根据办理一般财产遗嘱和继承公证的经验，来论述这种新的财产形式的遗嘱和继承问题。

针对虚拟财产订立遗嘱并办理公证，除了在遗嘱中对于虚拟财产进行描述，并指定继承人之外，可能公证机构面临的是对立遗嘱人更详尽的告知义务，因为刚才分析的虚拟财产的精神属性，则虚拟财产的继承人往往可能是法定继承人之外的人，属于遗赠的可能性比较多，则公证人员应当强调接受遗赠的意思表示应当在知道受遗赠后六十日内做出，同时也应当告知立遗嘱人应当与网络运营商就遗嘱中所涉及的虚拟财产的权属的范围达成一致，事先进行厘清财产的工作，以避免继承时发生困难和争议。综上，在办理涉及虚拟财产遗嘱的公证时，公证人员的工作应该更扎实，笔录及告知应当更详尽，指导当事人订立遗嘱时或者帮助当事人代书时可以问及是否有虚拟财产需要写入财产范围，遗嘱中即使有相对概括性的条款也建议当事人将虚拟财产进行单列并详述。

从公证机构近些年的实践看，虚拟财产继承的角度可以办理的公证类型除了传统的继承权公证，还有放弃继承声明公证、继承声明公证、亲属关系公证等。虚拟财产继承是近些年发生的新生事物，还没有形成制度化程式化的继承范式，网络运营商虽然可以比拟为传统的财产登记部门，但其商业属性使得短时间内很难对继承有统一的要求，故公证机构在这样的背景之下，应该加快步伐，通过一些典型案例的办理，扩大行业的影响，拓展在虚拟财产继承法律服务领域的业务，使得社会公众形成虚拟财产继承也应当办理公证的认知。

举一个公证机构办理的网店继承的案例来说明相关情况。2018 年 3 月，广东省佛山市南海公证处办理了一起虚拟财产的继承公证。关某的母亲是一家淘宝店店主，在其去世后，为确保店铺继续正常运行，关某急需继承其母亲的淘宝店铺。为保障关某合法权益，南海公证处通过出具放弃继承权声明公证和直系亲属关系公证的方式为关某办理了淘宝店铺的继承公证，使关某顺利成为其母亲生前所经营店铺的主人。通过这个案例，首先可以确认的是网络店铺的财产属性，网店除了是店主用于经营的特定网络空间，还会伴随经营而产生一定之信用等级、商誉，并内含有客户资料、交易信息、进货渠道等无形资产，应该说，网络店铺系多种财产形态之集合体。实践中许多网络店铺的转让，就含有转让登录名、密码、信用等级、客户资料、商品资料、库存货物及库存款项等多项内容，所以对于网店的继承，也是对于上述各项内容的继承，实践中继承人受让人继承了店主与网络平台经营方之间合同项下一系列权利义务关系，实质上也是受让人继承了财产。其次，对于现实财产的继承，其财产形态也是多样的，大家知道有争议的财产可以通过诉讼方式解决，无争议的可以办理公证，现在还有经过法院司法确认的继承人之间的协议，其中通过公证来办理继承为大多数人选择的方式，公证中有对于动产、不动产、合同权益、知识产权、股权等各类财产权益的继承。第三，通过公证处理的继承事项中，公证的种类也多种多样，最主要的是办理继承权公证直接继承，另外，也有放弃继承权声明公证、继承声明公证及用于继承的亲属关系公证（典型的如涉及我国台湾地区继承财产的亲属关系公证），近些年来公证机构以出具法律意见书的形式来为当事人办理继承事务的也越来越多，与继承相关的公证种类的多样，也决定了公证对于虚拟财产继承的普适性。第四，鉴于网络虚拟财产在继承人范围和顺序上可能区别于其他现实财产，且继承时要考虑保护被继承人的隐私，要衡量被继承

人与网络运营公司签署的合同协议，要考虑被继承的虚拟财产是否涉及其他权属纠纷，故涉及网络虚拟财产的继承公证，既需要全方位多角度考虑，也应当积极探索。

虚拟财产继承权公证应当是虚拟财产继承法律服务领域的核心业务。与一般财产继承权公证相比，对于财产权属的审查应当更为严格审慎。对于当事人申请继承的虚拟财产是否订立过遗嘱及对于权属是否有限制也要进行严格的审查核实，在办理虚拟财产继承权公证的过程中注意被继承人隐私的保护，对于仅仅只有人格利益纯精神属性的虚拟财产，应当审慎办理，或不予办理，或以亲属关系公证的方式办理等来代替继承权公证，将公证机构无法确定情况无法查清事实的问题，交由网络运营商进行判断和处置。

鉴于以上，如果说虚拟财产的遗嘱公证注重的是笔录和告知，则继承权公证注重的则是对于财产权属的审查和隐私的保护等等，必要时需要在继承权公证的证词中对于审查的内容及继承的范围、条件等都进行描述，根据被继承人生前与网络运营商签署的协议，廓清继承人继承的边界。

结语

随着网络的普及发展，网络虚拟财产已经走进百姓生活，与越来越多的网络用户发生紧密联系，网络虚拟财产因其价值性已经具备了与现实财产共同的本质。虚拟财产的遗嘱和继承公证，是典型的在传统业务的基础上根据科技进步、经济发展及社会生活的变化而创新的业务类型，本质核心未变，还是立足于私权保护。在科技日新月异、新的法律关系纷繁复杂的今天，虚拟财产的遗嘱和继承公证既有现实的必要性，又有可行性。民法典对于虚拟财产保护的规定，进一步把“虚拟遗产”纳入继承范围。这条法律原则的制定，还需要通过我们公证人员不断的实践，才能使得虚拟财产切实变成生活中可以享有的权利。

郭岳萍，北京市长安公证处业务三部主任、知识产权中心负责人，二级公证员。

遗嘱检认制度初探

2021-07-27 北京市长安公证处 宫楠

https://mp.weixin.qq.com/s/ro6CzHFsXtugem9dr9dd4g

随着我国人民群众生活水平的不断提高和民众法治意识的不断增强，在法律框架内按照个人意愿实现私人财产的有序传承，已逐渐成为普通民众的基本法律诉求，也成为近年来法学理论和法律实践领域的热点问题之一。

继承权公证是我国法律体系内处理民众遗产继承的主要途径之一，继承权公证办理的顺利与否，将极大影响普通民众对自身所获法律服务的体验感和对我国民事法律制度优越性的认可和满意度，而遗嘱检认则是继承权公证办理过程中的重要一环。本专题以继承权公证为分析路径，基于中国现行法律制度下财产传承的合法性和实效性，在民法典颁行的背景下，围绕遗嘱检认的制度、可能发展路径和实务操作等问题进行分析、探讨。

一、遗嘱检认的概念

遗嘱检认，通常是指对于遗嘱合法性和有效性的检验、认证，在某些语境下也涵盖对遗嘱的执行。遗嘱检认是一个复杂的概念范畴， 如果进行深入的比较法学概念渊源分析和考证，至少需要首先对英美法系中的财产信托、衡平法等源流进行背景介绍，还需要结合英美法系，特别是英国的法院和律师体系对遗嘱检认制度进行比较法学意义上的背景分析。考虑到篇幅和论证目的，基于论证需要，本文拟对遗嘱检认的概念进行简要分析。

遗嘱检认，通常被认为来源于对“probation”或“probation of will”的翻译。“probation”在法律英语意义上除了常用的“缓刑”这一含义外，还具有“认证”“检查”“验证”等含义。另外，“probation”在英美法律发展历史中，通常涵盖了“trial” “experiment”“test”等含义。从词源上讲，“probation”更指向拉丁语词汇 “probationem“，该词语具有“检查”“验证”等含义；从语义上讲，“probation”在一定意义上具有为保护第三方利益依照一定程序进行的检查、验证之义。

综合“probation”或“probation of will”在现代法律英语上的含义以及其拉丁语语义源流，可以将遗嘱检认尝试定义为：为了保护立遗嘱人和潜在继承人的合法权益，为了实现遗产在法律制度框架内的有序传承，为了在遗产继承领域维护社会经济的有序运转和财产交易的安全性、稳定性，依照事前确定的规则和程序，对遗产继承领域的遗嘱合法性和有效性进行检查、验证，以保证遗嘱在财产继承过程中实现其订立目的和立遗嘱人的真实意愿，进而确保经过检认的遗嘱能够促进民法典中与继承相关的法律规范立法目的的实现。

在法律实践中，遗嘱检认通常分为狭义的遗嘱检认和广义的遗嘱检认。其中，遗嘱检认的狭义含义通常仅指对特定遗嘱文件有效性的认定。而遗嘱检认的广义含义则在概念范畴和所指向法律制度上更为宽泛，通常不仅包括遗嘱文件有效性的检查认定，还包含遗嘱在财产继承中的有效性以及遗嘱在继承过程中的开启和执行这一动态程序，以及相应的制度、规范。在本文语境下，结合主题以及论证需要，本文中的遗嘱检认将在广义含义的层面展开分析。即，本文语境下的遗嘱检认主要是指在我国现行法律制度框架下，在遗产继承过程中对各类可能形式的遗嘱的有效性进行认定以及依法执行特定遗嘱文件的程序和法律规范的总和。

二、遗嘱检认的重要性

诚如上文所言，遗嘱检认是遗产继承和社会私人财产传承的重要环节和实现基础之一，因此，不论是从继承相关法律制度框架建构角度而言，还是从继承法律实践层面来讲，遗嘱检认的重要性都不能忽视。简要而言，遗嘱检认在推动私人财产代际间的有序传承、维护社会经济交往行为的稳定性、实现立遗嘱人的真实意愿等方面都具有一定的社会价值。

（一）遗嘱检认是维系财产传承稳定的重要基础

自人类文明初创以来，财富的积累和代际传递如何稳定实现是贯穿制度和法律发展史的永恒话题。换言之，人类活动的一个极其重要的方面，就是进行财产转移与财产管理，并寻求更有效的制度设计，这是人类物质文明得以持续发展的内在原因之一。也就是说，个人财富的积累和稳定管理，是社会发展进步的标志之一，是包括民事法律制度在内的社会治理体系建设完善的标志之一。

在社会生活中，物质财富仅是生活的一方面，但不可否认的是，私人财富的积累和多样化是我国几十年来改革开放的重要成果之一，是我国经济社会发展和民众生活质量提升的重要标志之一。因而，在法律框架内保护民众的各项合法私人财产，保护民众按照自身自愿分配、处分自身财产，

是我国法律制度体系建设和法治建设的目标之一。特别是在当前的社会发展背景下，经过数十年的发展，不断积累和复杂化的私人财产已经进入代际传承时期，此时，如何维系私人财产的稳定、有序、合法的代际传承，已经成为民事法律制度设计，特别是家事法律体系建构的重要议题之一。

遗嘱检认，是对遗嘱文件有效性的认定、检查和执行。简单地讲，遗嘱检认可以被视为私人财产在代际间传递的连接点，既是上一代财产所有人依法分配自身财产的意愿载体，又是财产的下一代继承人实现取得财产权利的证明文件。遗嘱检认作为继承法律制度体系中的重要环节，是维系社会财富在代际间稳定传递的重要基础。因此，遗嘱检认制度的建设和完善，可以有效促进财产传承的稳定。

（二）遗嘱检认是维护社会经济交往稳定的根本前提

遗嘱检认是私人财产保护和稳定传承的基础。同时，随着私人财富的积累和多样化，现阶段私人所有财产不仅局限于民众日常生活物质的基础范畴，更成为社会经济运转的组成部分。

改革开放早期，私人财产一般集中在家具等日用品，后来逐渐发展到以存款、私人机动车、自住房产为主要的财产类型。虽然私人财产的价值不断提高，但仍主要以民众日常生活所需的物质财富为主。随着社会的发展和私人财产保护制度的不断健全，私人合法占有的财产类型日益复杂化、多样化。比如，公司股权、公司期权、信托财产、私募投资份额、拟上市公司期权池中的可期待份额、网店或公众号等虚拟财产对应的财产价值等，这些私人所有财产不再限于满足民众日常生活所用，而是不断增加各类与社会经济活动相关的财产权益和权利类型。与私人财产类型复杂化的发展相一致的是，私人财产数额不断提升，对社会经济运行的影响也不断提升。

可以说，在这样的社会发展背景下，私人财产已经成为社会经济活动的重要组成部分，私人财产代际传承的稳定性也必然成为社会经济活动有序运行的必要前提，而这也是民法典总则开篇所阐明的立法基本目的的必然要求。《民法典》第 1 条规定：“为了保护民事主体的合法权益，调整民事关系，维护社会和经济秩序，适应中国特色社会主义发展要求，弘扬社会主义核心价值观，根据宪法，制定本法。”遗嘱检认虽然仅是私人财产代际传承规制体系中的一环，但遗嘱的认定和执行，会影响财产代际传承的稳定性和可控性。因此，遗嘱检认制度理应被视为促进社会经济活动稳定的重要前提之一，并给予必要的重视。

（三）遗嘱检认是实现立遗嘱人真实意愿的根本保证

遗嘱，是立遗嘱人生前依法订立的关于过世后如何处理自身所有财产和其他相关事项的文件，是立遗嘱人生前真实意愿的表达，是立遗嘱人过世后其相关财产继承活动开展的重要法律基础和依据。遗嘱检认的目的和制度价值，也因而涵盖了对立遗嘱人真实意愿和财产处分权利进行保障这一重要内容。

以民法典为中心和基础的民事法律制度体系，根本价值之一就在于保护民事主体自愿参与民事活动、创设民事法律关系的权利。《民法典》第 5 条规定：“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。”由此可见，自愿原则是民事法律制度体系的根本原则和核心价值。

遗嘱的订立，仅仅是立遗嘱人表达自身财产处分和分配意愿的外在表现和内容载体，只有遗嘱内容能够真正得以实现和执行，才是对立遗嘱人自愿订立遗嘱和处分自身财产权利的有效保护。因此，以遗嘱文件的检查、认定和执行为制度建构核心的遗嘱检认，能够在保护立遗嘱人真实意愿等合法民事权益方面发挥重要作用。

（四）遗嘱检认是有效控制继承综合社会成本的重要制度

遗嘱检认在财产传承体系的各个层面和领域中均发挥着重要作用，尤其在社会私人财产的传承和流转过程中，能有效控制继承领域的综合社会成本，这是遗嘱检认制度的价值之一。

在当前社会背景下，私人财产代际传递已经成为社会经济活动的重要组成部分，因此，财产继承也相应成为当前社会治理的重要环节之一。在财产继承过程中，不仅继承人等相关个体会付出一定的时间成本和经济成本，包括司法资源在内的社会公共资源也会出现相应消耗。比如，在继承人之间无法就财产继承形成一致意见时，可能需要经诉讼程序解决遗产纠纷；在继承人之间无法对特定案件中的遗嘱文件有效性形成一致意见时，可能需要借助司法鉴定等专业程序解决纠纷；在公司等社会经济活动相关主体因继承纠纷无法正常运转时，可能需要相应政府机构介入以保护公司职员等相关方的合法权益等。

具有高度公信力和实效性的遗嘱检认制度，可以在特定财产继承案件中快捷、合法、公平地认定遗嘱文件，并在遗嘱文件内容得到继承人等相关利益方认可的基础上，推动遗嘱的执行，从而在合法和合理的限度内实现遗嘱检认有效控制财产继承环节中综合社会成本的目的。

三、遗嘱检认制度建构的必要性

遗嘱检认是民事法律规范体系的重要组成部分，对社会经济运行的稳定性和私人财产的传承具有重要意义。因此，在制度建设层面，推动遗嘱检认相应制度的设计和完善十分必要。

（一）遗嘱检认制度是继承法律制度体系中的重要一环

民事法律制度的完善是现代国家法治建设的重要衡量指标之一。自改革开放以来，我国对民事法律制度的重视程度不断提升，民法典经过多年的准备、研究，最终得以颁行，也因此成为我国法治建设的里程碑。民事法律制度之所以如此重要，主要原因是其直接规范了民众的日常生活，对百姓的切身利益和行为预期产生了直接影响。

随着民众私人财富的不断积累，继承法律制度自然成为我国民事法律制度建设中的重要一环。毕竟，继承法律制度的完善将直接影响人民生活的稳定性和参与经济建设的恒心。通过对私人继承权的保障，国家确保被继承人的私有财产一直处于私人手中。这样的方法激励着每一个个人去创造可持续存在的财富，而这也是以私人财产制度为背景的结果。如果没有私人的继承权利，长期的投资是不可想象的，因此，当前一部分重要的经济制度甚至社会制度都是建立在这一原则之上的。

继承法，通常是指调整因自然人的死亡而发生的继承关系的法律规范的总称。由此可见，基于继承法的制度建构目的和规制对象，在继承法律制度体系中，在遗产所有人死亡后，规制、保障遗产在继承人间依法分配，是继承法律制度建设的核心目标和社会价值所在。而遗嘱检认制度的规制目标直接指向遗嘱人关于财产分配的意思表示确认，必然直接影响特定遗产继承案件中遗产分配的合法性、公平性，理应被视为我国继承法律制度体系中的重要组成部分。

（二）遗嘱检认制度建构是降低司法成本的必然要求

包括继承法律制度在内的民事法律制度，产生的原因之一即是社会中私人财产的增多引发的规范需要。随着我国经济的发展和民众物质生活水平的不断提升，遗产继承中可能存在的争议和纠纷也难免随之增多。在改革开放初期，遗产继承纠纷主要依靠街道、家族长辈和单位介入调解，近年来，继承人间遇到遗产继承纠纷更倾向于通过司法诉讼渠道解决。在遇到纠纷时，依靠法律

途径保护自身合法权益，本身也是法治建设和社会文明发展的标志之一。

虽然借助司法途径解决继承纠纷是法治建设的必然选择，但法律纠纷的司法解决需要耗费大量的司法成本，对于我国这样人口基数极大的发展中国家更是如此。继承法律纠纷来源于自然人死亡引发的遗产分配法律关系，我国的人口总数决定了我国的继承纠纷和潜在纠纷不会是一个很小的数字。

遗嘱检认制度建设的科学和完善，有助于通过建立行为预期规范遗嘱人订立遗嘱的行为，也有助于引导继承人对可获得的遗产利益形成相对合理的预期，进而有助于规范、简化财产继承流程。遗嘱人表达财产分配意愿的规范性、继承人遗产继承预期的合理性以及继承案件处理的规范性，能最大限度降低遗产继承案件处理的司法成本，实现引导多数民众自行协商，而非借助司法途径解决遗产继承问题。

（三）遗嘱检认制度建构是降低财产继承人交易成本的重要基础

遗产继承的处理不仅需要社会付出一定的司法成本，对于一些特定继承案件关涉的继承人和利害关系人，还需要在处理遗产继承问题的过程中付出其他相应成本。这些成本包括但不限于继承人和利害关系人可能付出的时间成本、直接支付的法律服务费用等经济成本、间接付出的工作时间损失等经济成本、因纠纷激化而导致的精神伤害等隐形成本，等等。

法律制度建立的主要目的之一是为了通过规范促使人们在社会交易中形成合理且相对统一的行为预期，进而最大限度降低人们参与社会生活交往的成本。而效率，是法律制度，特别是民商事法律制度建设的重要考量目标和基础价值之一。除了自由，效率也是法律的重要价值之一。为保障实现资源利用和分配上的效益价值、经济和社会上的效益价值，在程序上法律为争取最优化的实际效果提供程序保障。

具体到遗产继承法律制度中，对于遗嘱人真实意愿的确认，是遗产分配的权利基础之一，因此也必然成为继承人和利害关系人之间争议的焦点。遗嘱继承是典型的死因行为，在确认遗嘱人生前真实意愿的过程中，继承人和利害关系人必然需要在笔迹鉴定、专家论证等方面耗费巨大成本。因此，完善系统的遗嘱检认制度建设，能够有效降低继承人和利害关系人在处理特定继承案件中所付出的交易成本。

不论是民法典的颁行，还是包括遗嘱检认在内的继承法律制度的不断完善，最终目标都是为了服务人民，为了提升民众的幸福感，提高普通百姓的生活质量。因此，作为继承案件处理过程中的关键制度，遗嘱检认制度的完善性、规范性、可行性必然成为促进民众法治建设满意度的重要因素，将直接影响民众的法治体验感和认同感。

四、遗嘱检认制度——继承法律制度的支撑点

综上所述，随着我国经济社会的发展，私人财产在代际间的有序传承已经成为国家法律制度体系建设的重要层面。因此，继承法律制度的科学建构和持续完善，已经成为我国民事法律制度体系建设的重点工作，成为民法典实施效果检验的重要标志之一。继承法律制度的立法目的在于维护财产代际传承的有序性，保障遗产继承过程的规范性、公正性和合理性，并在最大限度保护各方合法权益的基础上，尽量降低各相关方所必须付出的交易成本。在这样的制度建设背景下，遗嘱检认制度能够有效地规范遗嘱人的遗产处分表示行为，为遗产继承各相关方建议较为统一的行为和结果预期，进而最大限度实现遗产继承过程公平和效率的平衡。因此，遗嘱检认制度在我国的继承法律制度发展历程中，将逐渐成为我国遗产继承法律制度体系中的重要环节和关键制度，成为继承法律制度实现规范性、统一性、便捷性、科学性的支撑点。

宫楠，北京市长安公证处业务四部公证员，法学博士。

八、异域资讯

日本夫妇同姓制合宪性最高法院判决丨洪儒非译评

2021-07-14 明德公法 洪儒非
https://mp.weixin.qq.com/s/E9uW6LjPQ8Y7aTxvx-y7yQ

〔译者简介〕洪儒非，浙江大学光华法学院 2020 级本科生。

摘要：近日，来自日本东京的三对处于事实婚状态的夫妇抗告至日本最高裁判所，要求认定现行的日本夫妇同姓制违宪无效。2021 年 6 月 23 日，日本最高裁判所进行了最终裁决，以 12 比 3 的结果仍认定夫妇同姓制合宪。多数意见主要从交由立法机关自由裁量的角度出发，并简单参引了平成 27 年（2016 年）大法廷判例的判决理由；而少数意见则从《日本国宪法》13 条、14 条、24 条所表现的宪法基本价值出发，从不同进路作出了违宪论证。本案判决书中 90%以上篇幅均为批判性补充意见和反对意见，对两性平等、人性尊严等宪法基本原理作了深入的阐述，具有重大指导意义。

关键词：合宪性审查 宪法诉讼 男女平等 婚姻自由 人格权

一、案件概要

本案中，作为抗告人的三对夫妇在婚姻登记时，要求夫妻在结婚登记簿和新的户籍登记簿上均沿用自己原有的姓氏。而婚姻登记机关严守“夫妇同姓制”，对此不予受理。三对夫妇认为“夫妇同姓制”作为强制性的行政规定，是对人格权益的不当限制，且有违男女平等原则，因此根据宪法第 13 条、第 14 条、第 24 条，对民法第 750 条所规定的“夫妇同姓制”提出了违宪诉讼，要求导入“选择性夫妇别姓”制度。

二、 多数意见：合宪判断的共同理由

本案裁决中，12 位法官一致认为“夫妇同姓制”有一定的正面价值，且认为是否废除“夫妇同姓制”应委于立法机关的自由裁量。兹分述如下：

（一）“夫妇同姓制”的合理性

参照平成 27 年大法廷判决的判例，12 位法官均指出，“夫妇同姓制”在家族制度和家族内部的凝聚力整合上有正面的促进作用。

首先，姓氏乃是家族的称号。夫妇同姓更加强化了夫妇作为家族共同成员的身份认同，使得夫妇（在实践中，特别是妻子）对于新构筑的家庭产生了更高维度的归属感。

其次，夫妇同姓，乃是婚姻对外部社会的公示化手段。强制性的姓氏修改，使外部社会能准确识别特定婚姻关系的存在与延续，因而“夫妇同姓制”能够促进人际交往。

此外，“夫妇同姓制”还杜绝了嫡子从父姓还是从母姓的问题，嫡子与父母均同姓，更能加固家庭内部的关系。且由于《日本国民法》中规定只有嫡子才能够继承父母的姓氏，因此夫妇同姓制度能够帮助识别嫡子和非婚生子女。

（二）“夫妇同姓制”应交由立法机关裁量

近年来，日本国女性就业率和社会地位的上升有目共睹。不可否认，基于社会的变化，支持导入“选择性夫妇别姓”制度的人口比例正在不断增加。但是民意的变化不应影响平成 27 年的判例已作出的合宪性判断。民意的变化不应反映在司

法机关的合宪性判断上，而应反映在立法机关兼民意机关（国会）的立法政策上。因而“夫妇同姓制”的废除与“选择性夫妇别姓”制度的导入，均应纳入国会的立法裁量范围，由国会进行判断，而不应由司法机关来主导。

三、 补充意见：合宪判断的补充理由

本案中，共有四位法官提出了进一步的补充理由，强化了合宪性的论断，并提出了“夫妇同姓制”的内在问题，以批判性的视角分析了“夫妇同姓制”的缺陷。其中，深山卓也、冈村和美、长嶺安政三位法官认为“夫妇同姓制”确有问题，但不至于违宪。但三浦守法官认为未设置“选择性夫妇别姓”制度确有一定的违宪嫌疑。兹分述如下：

（一） 深山卓也、冈村和美、长嶺安政的补充意见

1. “夫妇同姓制”的规制对象：婚姻外在程序而非婚姻本身

抗告人的抗告理由中认为，“夫妇同姓制”违反宪法第 24 条，是对其婚姻自由和人格的平等做出的不当限制。此理由混淆了“夫妇同姓制”的规制对象。宪法第 24 条中“婚姻仅以两性的自愿结合为基础而成立”，其指向的是“在何时与何人结婚”的完全自由，而并非婚姻登记主义下“法律婚”的自由登记。“夫妇同姓制”只是要求在婚姻登记之时改姓，并未在婚姻成立之前在婚姻的酝酿过程中对未婚的“夫妇”们产生阻力。因而“夫妇同姓制”只能被评价为“在婚姻成立的阶段对婚姻做出的间接规制”，而并非“指向婚姻自身的直接的制约”，因而“夫妇同姓制”并未到达违宪的程度。

2. “夫妇同姓制”的缺陷与“选择性夫妇别姓”制度的导入必要性

在现行的“夫妇同姓制”下，在婚姻登记时修改经过自己长期使用过的姓氏，确实会导致部分国民自我身份认同感的丧失，以至于在社会生活中遭受不利益。已有少数国民为避免这种丧失感、失落感，而在事实上放弃结婚。根据社会的实际情况，仍旧秉持“夫妇同姓制”，而迫使当事人于准备进行婚姻登记时，在“双方不愿意的情形下迫使一方修改姓氏”和“放弃结婚”两者之间做出艰难的选择，并不能说是正确而完全妥当的。此举有不尊重修改姓氏一方的人格利益之嫌，同时也是对婚姻自由在事实层面的过度规制。虽然其按照（一）中所述并未到达直接违宪的程度，但确实有不合理之处。“选择性夫妇别姓”制度理应纳入考量的范畴。

此外，“选择性夫妇别姓”制度的优越性还在于，其更能够促使男性女性共同参与社会，推动女性的独立和社会化。

但是，关于婚姻的制度设计并非能够一蹴而就地修改完善。关于婚姻的法律制度的设计，必须要尊重传统文化和国民感情，并考虑各种社会事实要素。与婚姻制度相关的户籍制度等的构建，仍应交由国会的立法裁量。在裁量过程中，民意机关应综合考量姓氏的功能、“夫妇同姓制”的意义和现实中已婚者对婚前姓氏的沿用情况，通过民主程序做出合理的探讨与决断。

3. 婚前姓氏的使用情况：“夫妇同姓制”的补正

在现实中，夫妻（特别是妻）在婚后，仍会在社会生活中沿用自己婚前的姓氏，婚后的姓氏只作为法律文书登记之用。此举减少了因婚姻改姓带来的违和感，也对“夫妇同姓制”下改姓者的自我认同感丧失起到了些许的补救作用。

这一事实有助于缓和“夫妇同姓制”的不合理性，但也侧面反应了“夫妇同姓制”在当代社会下正在失去意义。

（二） 三浦守的补充意见

1. 姓氏：具有三重属性的人格载体

从社会性的角度考察，姓氏具有识别并所定个人的特有功能。而从个人层面考察，姓氏乃是人之为人被他人尊重的外部基础，是人格的象征与浓缩，构成人格权的一部分。同时，姓氏与名不同，在婚姻制度与家族制度上反映了亲子关系和身份关系，姓氏的改动也及时地反映了身份关系的变化。姓氏的这种存在方式，与民事法律制度之整体密切相关。

从这一点上看，姓氏同时具备三种复合属性，即(a)他者借以识别固有、特定之个人的社会属性，(b)个人赖以被尊重的人格属性，(c)婚姻家庭关系中不可或缺的构成要素。

但姓氏的变更作为身份关系变动中必然的强制的因素，就算是在“结婚”这种完全出自个人意愿的情形下，也并非出自当事人自己的意思。人在出生时即取得的姓氏，与名结成一体。经过漫长的岁月，附着在姓氏之上的个体人格特征不断强化，使得个人对原生姓氏产生强烈的认同感，婚姻时对姓氏的修改显然会对这种基于人格同一性的主体认同造成一定的妨害，且在社会上显著损害其信用和评价——因此，“夫妇同姓制”对个人造成的重大的不利益是显而易见的。

2. “夫妇同姓制”对婚姻自由的妨害

“婚姻自由”的意义并非仅仅在于“在何时与何人结婚、利用法律婚制度”的自由。“婚姻自由”有其更为庄严的内涵——自行选择今后的伴侣，以自己的意思，决定何为自己想要的幸福生活的样态。基于宪法第 24 条第一款，从个人尊严的进路出发，对婚姻当事人“婚姻自由”的任何不合理的规制都是违宪的。

“夫妇同姓制”会使得一部分不愿放弃自己原生姓氏的居民放弃法律婚，对婚姻自由产生了一定的不当妨害。且“夫妇同姓制”下，户籍登记必须进行姓氏的修改。在此制度下可能发生的情况是，若婚姻双方都不愿意对方改姓，则婚姻难以成立。若要成立婚姻，必须牺牲一方的人格权益。这种被迫的牺牲，除了承认其妨碍婚姻自由外，别无他法。

3. 基本权利保障：立法裁量与宪法秩序的价值内核的疆界

对于“夫妇同姓制”是否合理，不应完全委任立法裁量来判断——“夫妇同姓制”既然已为法律所规定，其已经内化为了法律制度的一部分。“夫妇同姓制”正当与否，不仅是立法裁量与民众意愿的问题，更是法律制度的价值内核的问题。整合社会诸要素进行立法是国会的责任，而法院也理应在其管辖权与判断权的范围之内，对法律制度是否能够保障宪法所规定的基本权利做出妥当的裁决。

因而“夫妇同姓制”的合理性问题并非单纯地委任立法机关和民主决策程序即可终局解决。法院应基于两性平等、个人尊严的原则，对其合宪性问题进行审查和纠正。

4. “夫妇同姓制”的意义消亡：社会进步与家族制的废止

“夫妇同姓制”的强制性，在当下的社会现实中考察，确有一定的违宪嫌疑。以下从四个方面展开说明。

4.1 “夫妇同姓制”不适应婚制与家族制的时代变迁

姓氏作为家族的名称，乃是社会生活重要的构成要素，对外起到了识别性的功能。但在现实社会中，以家族为单位开展社会生活的姓氏集团中，身份关系已经极其多样化。

在现行法中，必须同姓的家族成员的范围，只及于夫妇和未成年的子女（或养子女），其他家族成员都被排除在了这一范围之外。在时代变迁中，

情况已经发生了很大的变化——少子高龄化、晚婚化、非婚化 、离婚率与再婚率的上升，都是的“夫妇+子女”这一典型家庭模式的比例逐渐降低。此外，日本人与外国人的通婚率也正在上升。这些现象使得“家族”的意义开始超越姓氏的局限，其存在样态变得非常多样化。因此“夫妇同姓制”已经与社会的实际需要相脱节，正在逐渐丧失其现实意义。

4.2 统一的姓氏并非家族内部的实质整合力量

称同一的姓氏以获得的表面上的“作为家族成员的归属感”，并非家庭内部凝聚力的决定性力量。真正能够团结起整个家族的，是通过家族成员在社会生活中同甘共苦、相互支撑而获得的信赖感。所谓“表面上姓氏的趋同”，只不过是形式上的外显，如无实际生活中形成的凝聚力，只不过是徒有其表的外壳。

4.3 “夫妇同姓制”将带来对子女的不当差别

在“夫妇同姓制”下，衍生除了嫡出子制度——即只有嫡出子能够与父母同姓。嫡出子制度的运行模式将婚生与非婚生子女截然区别开来，在社会生活的具体情境下会助长对非婚生子女的歧视和差别，不利于儿童权利的保护，也不利于实现宪法所规定的平等原则。

4.4 通称使用的扩大

近年来，女性使用通称的情形越来越多，这一现象展现出了“选择性夫妇别姓”制度的缺失下，女性正在尽可能地削减、缓和“夫妇同姓制”带来的不利益——“夫妇同姓制”之社会实效性的丧失，由此可见一斑。多数意见中认为通称的使用能够缓和“夫妇同姓制”的不合理性，但是这种变通的手段并没有在本质上解决问题，反而进一步暴露出“夫妇同姓制”的缺陷。

4.5 家族制的废止

在旧家族制下，妻子改姓入夫之户籍，乃是一种强制性的规定。这一限制明显地限制了妻子的行为能力，与两性平等的原则不相容。随着近代以来家族制度的废止，“夫妇同姓制”作为传统的惯例仍然遗留下来，在潜意识中种下了“男性一方的氏族理应得到传承”的观念。在经历了经济的高速增长后，女性逐渐走出家门，男女之间基于性别的分工已经弱化，男尊女卑的观念也应予以涤除。“夫妇同姓制”这种基于旧时代妇女的个人痛苦之上的姓氏制度，随着家族制的废止也应当被加以否定。

4.6 国际条约的遵守问题

跟随国际潮流，日本在昭和 60 年（1985 年）缔结了《消除对妇女一切形式歧视公约》（以下简称“公约”）。这一公约的组织委员会已经向日本提出过屡次正式劝告，要求日本废止“夫妇同姓制”——在婚姻中让妇女能够自由选择自己的姓氏，乃是消除对妇女歧视的题中之义。除了我国以外，目前在签署该公约的成员国中已经没有第二个实施“夫妇同姓制”的国家了。基于我国宪法第 98 条，国际条约也具有法律效力，因此需要参照国家与社会发展状况和国民意识等要素，从普遍人权原理出发，对“夫妇同姓制”做出必要的考量。

四、 反对意见：“夫妇同姓制”理应违宪

三位持有反对意见的法官中，宫崎裕子、宇贺克也两位法官与草野耕一法官分别提出了不同的反对意见，要求受理抗告人之抗告并命令婚姻登记机关受理其婚姻登记申请，并认定“夫妇同姓制”违宪。兹分述如下：

（一） 宫崎裕子、宇贺克也的反对意见

宫崎裕子、宇贺克也两位法官立足宪法第 24 条第一款、宪法第 13 条、宪法第 14 条，指出“个人尊严与两性平等”的原理，是立法机关立法时

不能侵犯的宪法价值底线。夫妻之间享有的权利，不能因性别的不同而有所差异。而“夫妇同姓制”所侵害的改姓方的人格权，显然也属于宪法所保障的基本权利的一种，这构成了对“自由平等的意思决定”的抑制，是公权力对婚姻自由缔结过程的不当介入——婚姻是双方当事人为终生共同生活之目的而自愿结合、并为社会所认可的一种公示方式，不能仅将“法律婚”视为国家提供的一种需要处处受限“登记服务” 。兹分述其观点：

1. 姓氏之人格属性不可与名分离

在“夫妇同姓制”下，姓氏代表家族，似乎可以脱离本名单独存在并于特定条件下（如婚姻的成立）与本名进行“拼接”形成新的姓名。但是在现代社会中，姓氏已不再仅仅作为家族的符号，而是与名构成一个整体，用以标识特定个人并对特定个人的自我同一性认识起着重要的作用。并不能因为一个人在出生时其姓氏由法律决定而否认姓氏上附着的特定人格属性。

2. 一方改姓加剧婚姻中男女权利的实质不平等

在“夫妇同姓制”下，一方（通常为夫）能够完全享有其人格权，而另一方（通常为妇）则势必要承受改姓带来的自我身份认同感的丧失和不合理的人格权侵害。这表明夫妇在结婚登记之时并未享有平等的人格权利，一方的不平等状态将在婚后永远持续，这是不言自明的。

3. 一方改姓侵害了“自由平等的意思决定”

在婚姻登记时强迫一方变更姓氏，乃是 a)对于变更姓氏的一方来说，我国的婚姻制就仿佛是强迫其在接受不当人格侵害的基础上为“自由平等的意思表示”，来决定是否接受婚姻。b)对当事人双方而言，无论是改姓还是不改姓的一方，都必须在结婚时郑重地否定自己或对方的一部分人格权利，且婚姻存续期间无法与其共有——这种不当的强迫是极其荒唐的。

“夫妇同姓制”的支持者会认为，在此制度下夫妇是通过对等的协商选择最终姓氏的。但这种协商本身就是被迫为之的——因为根本不存在不选择最终姓氏而保留双方原姓氏的选项。对于双方都不想改姓的夫妇来说，这种“平等的协商”不能说是在“自由的意思”之下进行的。

4. “夫妇同姓制”无家族制基础

在日本国旧民法体制下，家族制度被法律体系所容认。“夫妇同姓制”本就是家族制度在调整婚姻关系时的具象化表现，这在旧民法体制下可以视作从“公共的福祉”角度出发对个人基本权利的正当限制 。

但随着家族制度在现行宪法体制下的废止，“夫妇同姓制”只是作为历史的遗留物被继承下来。失去了家族制度作为正当性基础的“夫妇同姓制”，在现行宪法秩序中已经不再具有充分的合宪性。

目前，考虑到日本社会中家庭、家系的多元化，“家族”这一概念本身的内涵和外延已经渐趋模糊。在家庭中，对于嫡子而言，原生父母可能离婚并分别再婚，自己也会随之进入另一个家庭之中——民法考虑到了这种情形，所以并不要求孩子的姓氏与父母的姓氏必须一致 。因此所谓“父母和嫡子具有同一的姓氏能够增强凝聚力”一说的意义已经渐趋消失，并不能充分证成“夫妇同姓制”对人格权利的不当限制。

况且，如果考察外国的婚姻制度，就会发现亲子之间姓氏的不一致，并不会引起实践层面家族凝聚力的减弱。所谓“选择性夫妇别姓”制度将导致家族之间凝聚力丧失的说法并无任何实质的证据，不过是理论上错误的臆测。如果“夫妇同姓制”导致了一部分不能忍受人格利益受损的夫妇选择了事实婚或者形式上的离婚，这一结果将使得子女遭受重大的不利益——他们无法获得婚姻存续时一般的法律保护，因为共同亲权将不存在。

5. “夫妇同姓制”侵害隐私权

“夫妇同姓制”乃是将婚姻的事实对外部社会的强制公开。婚姻强制公开是否侵害了人格权？对于这一问题，不同的个体会有不同的感受并给出不同的答案。就像是不想让他人知道自己罹患了不治之症一样，确实也有不少个体不希望将结婚的事实对外公开。对于这些人而言，“夫妇同姓制”要求改姓并强迫使用，乃是对宪法所保障的隐私权的不当侵害——改姓后即不可能完全不使用，而一经使用，便会立刻将婚姻的事实公诸于外。

6. “通称”的使用扩大：改姓的对外公示效果弱化

旧姓作为通称在社会生活中的使用范围正在不断扩大，但这本身并不能削减“夫妇同姓制”的不合理性 。在实践中，妇女对旧姓的使用，已经从门牌、邮戳等私人生活领域扩展到了公共生活的领域——国家机关在制作文书时，甚至开始认可改姓的一方在公共文书中使用旧姓，这无疑是公权力对“旧姓也能够起到识别特定个人的社会性功能”这一事实的确证。

这样一来，进行过婚姻登记的夫妇，虽然在户籍上为同一姓氏，其在社会生活中仍表现出异姓之外观，与事实婚的外观无甚差异。由此可以得出的结论是，所谓改姓的“对外公示婚姻的效果”，在现实生活中已经被极大地削弱了。

此外，对通称使用的承认，乃是在认可已婚女性具有“双重姓名”(Double Name)。在社会生活中，“双重姓名”的使用将增加社会管理的成本（例如，企业和组织中，管理一名已婚女性雇员，需要同时登记其两个名字），且容易造成个人识别的错误，因而这是一个非常不经济的制度。

（二） 草野耕一的反对意见

草野裁判官从功利主义的角度，衡量了导入“选择性夫妇别姓”制度是否会使社会总体的福利得以增加。通过以下数个理由的阐释，草野裁判官作出了肯定的回答，并要求判定“夫妇同姓制”违宪。

1. 论“选择性夫妇别姓”制度使社会总体福利增加的部分

首先，姓氏是识别个人的重要标识，社会上有许多对自己的姓氏有强烈认同感和爱惜感的个体。对于这些人而言，为了婚姻而强迫自己改姓，会使得社会总体福利减少。随着通称使用的扩大，妇女在日常生活中运用双重姓名，也将导致不必要的繁琐和不便，使得社会福利趋于降低。

其次，在隐私方面，导入“选择性夫妇别姓”制度更能促进社会总体福利的正向递增。目前，“夫妇同姓制”使得社会总体福利减少的一大诱因，就是未能保全“隐藏结婚事实带来的隐私利益”。婚姻与年龄、出生地、学历等相同，都是重要的个人隐私信息，都应当被平等地保护，被予以平等的尊重。

当然，不应否认社会上存在一些认为公开婚姻反而会使得自己更加幸福的人。但是对于那些不想公开自己婚姻信息的人而言，“选择性夫妇别姓”制度为其提供了实现福利最大化的渠道——“选择性夫妇别姓”制度可以实现婚姻的非公开化，而他人可以通过一定的利益刺激，来交换当事人的婚姻信息。在这一情形下，又分为两派。对其中一派而言，他人为了使自己的婚姻信息公开而提供的利益刺激大于自己严守婚姻信息的价值。这些人将选择婚姻信息公开，以此实现福利的最大化。而对另一派而言，他人为了使自己的婚姻信息公开而提供的利益刺激小于自己严守婚姻信息的价值。那么这些人将继续选择守住自己的婚姻信息，不予公开，这样仍然能够实现福利的最大化。因而无论怎样选择，只要把选择公开

与否的权利交给婚姻当事人自身，一定能够实现社会福利的正向增加。

2. 论“选择性夫妇别姓”制度使社会总体福利减少的部分

2.1 对婚姻当事人福利的影响

婚姻当事人在“夫妇同姓制”下称同一姓氏有助于促进家庭内部凝聚力的生成，从而促进福利的正向增加。“选择性夫妇别姓”制度下，对于选择夫妇别姓的人群而言，别姓之后所能维护的人格利益，势必大于“同一姓氏对家庭内部凝聚力的正向价值”。虽然家庭内部凝聚力这一方面有所减损，但是总体而言福利依然会增加（正大于负）。

2.2 对子女福利的影响

在“选择性夫妇别姓”制度下，孩子作为独立于父母的、拥有法人格的主题，只能随父母一方之姓，且不能自由选择。这势必会减少子女对于家庭内部的认同感，由此导致社会整体福利的减少。

但是上述的这种说法，是以“夫妇同姓制”为社会主流意识的前提下得出的结论。在“选择性夫妇别姓”制度导入之后，将有越来越多的夫妇选择婚后别姓，这在一定程度上将改变社会潮流，减少子女由此受到的不利益。此外，在现行法律制度下，双亲对于是否实现或实现哪部分的子女福利，具有很大的自由裁量权。双亲为了自己的人格权益不受侵害，而一定程度上牺牲了子女些许的福利，不能说是超越了这种自由裁量权。

2.3 对亲族福利的影响

若采取“夫妇同氏制”，本可以使得改姓的女方更快速地获得夫家的认可和接受，从而增强同族之间的亲情。“选择性夫妇别姓”制度可能会减缓夫家对新成员的接纳速度，减弱新成员与家族之间的一体化感情，这可能产生削弱亲族福利的负面影响。

现实生活中，还会发生一种情况，即处于经济上优势地位的一方亲族出资支援双方的婚姻。在这种情况下，处于经济上劣势地位的对方婚姻当事人一般会认为改入对方的姓氏乃是自己应当承担的义务，是无可避免的。唯有在这种情况下，基于双方在道德、伦理上的共识，“夫妇同姓制”才对亲族总体福利的增加有促进作用。

但即使在这种情况中，不妨仍然采用“选择性夫妇别姓”制度，给予经济上弱势的一方改姓与否的自主权。其原因有二：a)确有一部分婚姻当事人，纵然他们已经理解了对方家族（经济上优势地位的家族）的诉求并仔细斟酌了对方家族给予自己的经济支援，却仍然认为自己的人格权益更为重要——对这些人而言，改姓所蒙受的人格权利的减损，与失去经济支援相比，前者对福利的消极影响更大。b)婚姻是双方当事人互相赌上自己人生的重要决定，应该以婚姻当事人的福利最大化为宗旨，当事人的福利应当优先于家族成员的福利。

2.4 作为传统惯习的“夫妇同姓制”

“选择性夫妇别姓”制度的导入，并不一定会使得我国“夫妇同姓”的传统完全偏废，从而损害国民的民族性。如果多数国民仍然认为“夫妇同姓”是一项优雅而美好的传统文化，那么即使导入了“选择性夫妇别姓”制度，多数的新婚夫妇仍然会采取“夫妇同姓”。传统文化到底是否适合继续在社会中传承下去，理应由宏观的社会力量(Dynamism)来无形中推动和决定，不应由法律制度来替社会做出选择。因此“选择性夫妇别姓”制度给予了社会存废与否的选择权，更能维护我国的“自由、平等、民主”的宪法秩序。无论社会最终选择“存”还是选择“废”，这都应是实现了社会福利最大化的结果。

五、 判决结果与余论

本案由日本最高裁判所作出了终局裁判，以 12 票赞成合宪，3 票赞成违宪的结果，仍然认定“夫妇同姓制”在日本有继续存在的理由。在缔结了《消除对妇女一切形式歧视公约》的成员国中，唯有日本仍然保留了“夫妇同姓制”。尽管日本已经屡次受到了该公约的“修改劝告”，但立法机关始终置若罔闻，展现出不作为的消极态度。

民意机关长时间的不作为，一定程度上反映出“夫妇同姓制”在日本仍具有强大的历史文化惯性。在继受西方宪法秩序后，男女实质平等、经济自由、一般人格权等基本权利观念已经深入日本国民意识之中。随着日本国际化程度的进一步提高，基本权利的宪法保障与传统文化的保存之间，极有可能产生尖锐的价值冲突——“夫妇同姓制”的合宪性纷争，即是一典型案例。

若运用比例原则进行合宪性审查便会发现，正如补充性的批判意见与反对意见中指出的那样，从封建家族制度继承下来的“夫妇同姓制”并不能身轻如燕地通过前两大关卡。在适当性原则上，“夫妇同姓制”单凭“传统文化的保存、发扬”并不能很好地证成其目的合法性；从最小侵害原则的角度，由于存在“选择性夫妇别姓”制度作为保全传统文化的替代手段可供选择，“夫妇同姓制”的强制性所造成的对基本权利的侵害也并非是最小的。

即便“夫妇同姓制”的合宪性问题如此显见，最高裁判所的多数法官仍然对此持故意回避的态度，可见日本传统文化作为“无形的传习的势力”，在当代对基本人权的保障仍具有一定阻碍作用。

九、规范性文件

关于在办理涉未成年人案件中全面开展家庭教育指导工作的意见

2021-07-10 最高人民检察院

https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbt/202107/t20210710_523411.shtml?ZhCZs3cBrx6S=1626407662088#2

关于在办理涉未成年人案件中全面开展家庭教育指导工作的意见

发布时间：2021 年 7 月 10 日

关于印发《关于在办理涉未成年人案件中全面开展家庭教育指导工作的意见》的通知

各省、自治区、直辖市，新疆生产建设兵团人民检察院、妇联、关工委：

现将《关于在办理涉未成年人案件中全面开展家庭教育指导工作的意见》印发你们，请结合实际，认真贯彻落实。

最高人民检察院
中华全国妇女联合会
中国关心下一代工作委员会
2021 年 5 月 31 日

关于在办理涉未成年人案件中全面开展家庭教育指导工作的意见

近年来，未成年人保护和预防未成年人犯罪工作持续加强、成效明显，但性侵害、欺凌、虐待等侵害未成年人犯罪时有发生，未成年人犯罪低龄化等问题比较突出，成为社会关注的痛点和治理的难点。未成年人犯罪和遭受侵害有多方面原因，其中家庭因素的影响不容忽视。为强化家庭监护责任，提升家庭教育能力，切实维护未成年人权益，根据《未成年人保护法》《预防未成年人犯罪法》相关规定，现就在办理涉未成年人案件中全面开展家庭教育指导工作提出如下意见。

一、总体要求

（一）指导思想

坚持以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，全面贯彻党的十九大和十九届二中、三中、四中、五中全会精神，全面贯彻习近平法治思想，深入贯彻习近平总书记关于家庭教育的重要论述精神，以促进未成年人健康成长为出发点和落脚点，立足最有利于未成年人原则，建立健全涉未成年人案件家庭教育指导工作体系，强化家庭教育责任，提升家庭教育能力，为构建健康、文明、和谐的家庭教育环境提供有力支持和保障。

（二）基本原则

——坚持正确方向。全面贯彻党的教育方针，牢牢把握立德树人的根本任务，弘扬社会主义核心价值观和中华民族传统家庭美德，培养未成年人爱党爱国爱人民情怀，增强国家意识和社会责任感，确保家庭教育的正确方向。

——突出问题导向。注意发现总结涉未成年人案件家庭教育存在的主要问题，有针对性地引导父母或者其他监护人改善家庭教育方式。着力解决父母或者其他监护人主体意识不强、责任落实不到位，家庭教育方式不当、教育理念和方法欠缺，家庭成员法治意识淡薄等问题。

——遵循科学规律。尊重未成年人身心发展规律和家庭教育规律，着眼未成年人全面发展，引导父母或者其他监护人树立正确的人才观、教育观，运用科学的方法和正确的方式抚养教育未成年人。

——坚持标本兼治。既注重个别教育，对办案中发现明显存在问题的未成年人父母或者其他监护人进行及时、有效的家庭教育干预和指导；又着眼源头预防，探索建立常态化预防未成年人犯罪和受侵害家庭教育指导模式。

——坚持创新推动。鼓励家庭教育指导实践探索和理论创新，积极探索行之有效的工作方式方法，形成可复制的经验、模式，推动家庭教育指导和服务水平不断提高。

二、主要任务

各地要结合已有经验和本地实际，重点推动开展以下工作：

（一）涉案未成年人家庭教育指导。对于未成年人出现下列情形之一的，应当对其家庭教育情况进行评估，根据评估结果对未成年人的父母或其他监护人提出改进家庭教育意见，必要时可责令其接受家庭教育指导：1. 因犯罪情节轻微被人民检察院作出不起诉决定，或者被人民检察院依法作出附条件不起诉决定的；2. 被依法追究刑事责任或者因未达到刑事责任年龄不予刑事处罚的；3. 遭受父母或其他监护人侵害的；4. 其他应当接受家庭教育指导的。

（二）失管未成年人家庭教育指导。对办案中发现未成年人父母或者其他监护人存在监护教育不当或失管失教问题，尚未导致未成年人行为偏差或遭受侵害后果的，应当提供必要的家庭教育指导和帮助。特别是对于有特殊需求的家庭，如离异和重组家庭、父母长期分离家庭、收养家庭、农村留守未成年人家庭、强制戒毒人员家庭、服刑人员家庭、残疾人家庭、曾遭受违法犯罪侵害未成年人的家庭等，更要加强家庭教育指导帮助。未成年人父母或者其他监护人主动提出指导需求的，应予支持。人员力量不能满足需要的，可以帮助链接专业资源提供个性化家庭教育指导服务。

（三）预防性家庭教育指导。未成年人违法犯罪多发地区，城市流动人口集中、城乡接合部、农村留守儿童集中等重点地区要结合办案广泛开展预防性家庭教育指导工作。通过家庭教育知识进社区、进家庭等活动，深入开展法治宣传和家庭教育宣传，提高父母及其他监护人的监护意识、监护能力和法治观念，营造民主、和谐、温暖的家庭氛围，预防未成年人违法犯罪和遭受侵害问题发生。各地可灵活运用线上直播、新媒体短视频等多种形式，以案释法，扩大家庭教育宣传的覆盖面。

三、工作内容

家庭教育指导内容包括但不限于以下方面：

1. 教育未成年人的父母或者其他监护人培养未成年人法律素养，提高守法意识和自我保护能力；

2. 帮助未成年人的父母或者其他监护人强化监护意识，履行家庭教育主体责任；

3. 帮助未成年人的父母或者其他监护人培养未成年人良好道德行为习惯，树立正确价值观；

4. 教导未成年人的父母或者其他监护人对未成年人采取有效的沟通方式；

5. 引导未成年人的父母或者其他监护人改变不当教育方式；

6. 指导未成年人的父母或者其他监护人重塑良好家庭关系，营造和谐家庭氛围；

7. 协助未成年人的父母或者其他监护人加强对未成年人的心理辅导，促进未成年人健全人格的养成。

四、工作机制

为确保在办理涉未成年人案件中开展家庭教育指导工作的质量和效果，各地要积极推动构建相关长效工作机制。

（一）建立工作衔接机制。各级检察机关、妇联、关工委要加强协作配合，充分发挥各自职能作用，建立家庭教育工作联动机制，共同做好家庭教育指导工作。检察机关在办理案件过程中要

主动做好未成年人社会调查和监护状况评估，准确掌握家庭教育指导需求，启动强制家庭教育指导工作，并根据办案需要和具体需求，及时将有关情况通报给本地区妇联、关工委。各级妇联、关工委等群团组织要充分发挥自身优势，动员社会力量，为检察机关在办理涉未成年人案件中开展家庭教育提供社会支持，积极承接、提供或者协助、配合做好家庭教育指导工作。妇联要依托妇女之家、儿童之家等活动场所，为家庭教育指导、服务和宣传提供平台和支持。关工委要组织动员广大老干部、老战士、老专家、老教师、老模范等离退休老同志，协助做好家庭教育指导工作。

（二）完善人才培育机制。要加强家庭教育工作队伍建设，在开展家庭教育指导工作的同时，带动、发现、培养一批业务能力强、理论水平高的家庭教育工作力量。尤其要支持、培育社会力量参与家庭教育工作。通过委托服务、项目合作等多种方式，鼓励社会工作服务机构深入研究、积极开展教育行为矫正、亲子关系改善、家庭跟踪指导等专业工作，培养一支稳定、专业、可靠的专家型家庭教育指导社会力量。

（三）构建成果转化机制。要注意将家庭教育指导工作与罪错未成年人帮教、未成年被害人救助保护等工作有机结合。家庭教育改善成果要体现、运用于未成年人保护工作中。检察机关可探索将家庭教育评估结果作为支持撤销监护权诉讼、附条件不起诉的参考依据。同时，要加强对家庭教育指导实践经验的提炼总结，形成一批可复制、可推广的家庭教育指导工作模式，研发一批高水准、易推广、受欢迎的优质课程。

五、组织保障

（一）加强组织领导。各有关部门要充分认识开展涉未成年人案件家庭教育指导工作的重大意义，将其作为强化未成年人保护和维护社会和谐稳定的重要任务，落实工作责任，细化职责分工，及时研究解决困难问题，确保未成年人家庭教育指导工作顺利推进。

（二）加强沟通配合。各有关部门应建立沟通协调机制，通过设置联络员、召开联席会议等方式，互通信息、研判情况、总结经验，不断提升家庭教育指导工作实效。

（三）加强政策宣传。充分利用报纸、电台、电视、网络等新闻媒体，大力开展家庭教育政策宣传，引导社会大众充分认识家庭教育对未成年人成长成才的重要性，正确看待家庭教育的科学性、专业性，营造重视家庭教育，共护未成年人健康成长的良好氛围。

最高检全国妇联中国关工委联合印发《意见》大力推动涉案未成年人家庭教育指导工作四类案件必须进行家庭教育情况评估

2021-07-10　最高人民检察院

https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbt/202107/t20210710_523411.shtml?ZhCZs3cBrx6S=1626407662088#1

最高检全国妇联中国关工委联合印发《意见》

大力推动涉案未成年人家庭教育指导工作

四类案件必须进行家庭教育情况评估

发布时间：2021 年 7 月 10 日

为深入贯彻落实习近平法治思想，特别是习近平总书记关于注重家庭家教家风建设的重要论述精神，建立健全涉未成年人案件家庭教育指导

工作体系，强化家庭监护责任，提升家庭教育能力，切实维护未成年人合法权益，近日，最高人民检察院、全国妇联、中国关心下一代工作委员会共同印发《关于在办理涉未成年人案件中全面开展家庭教育指导工作的意见》（下称《意见》），大力推动涉案未成年人家庭教育指导工作。

《意见》要求，各地要结合案件办理和地区实际，认真做好涉案未成年人、失管未成年人和预防性家庭教育指导工作。对于四类涉未成年人案件必须进行家庭教育情况评估，根据评估结果对未成年人父母或其他监护人提出改进家庭教育意见，必要时责令接受家庭教育指导。具体情形包括：一是未成年人因犯罪情节轻微被检察机关作出不起诉决定，或者被检察机关依法作出附条件不起诉决定的；二是被依法追究刑事责任或者因未达到刑事责任年龄不予刑事处罚的；三是遭受父母或其他监护人侵害的；四是其他应当接受家庭教育指导的情形。

《意见》强调，对办案中发现未成年人父母或者其他监护人存在监护教育不当或失管失教问题，尚未导致未成年人行为偏差或遭受侵害后果的，应当提供必要的家庭教育指导和帮助。特别是对于有特殊需求的家庭，如离异和重组家庭、父母长期分离家庭、收养家庭、农村留守未成年人家庭、强制戒毒人员家庭、服刑人员家庭、残疾人家庭、曾遭受违法犯罪侵害未成年人的家庭等，更要加强家庭教育指导帮助。未成年人父母或者其他监护人主动提出指导需求的，应予支持。未成年人违法犯罪多发地区，城市流动人口集中、城乡接合部、农村留守儿童集中等重点地区要结合办案广泛开展预防性家庭教育指导工作。

《意见》指出，家庭教育指导内容包括但不限于以下 7 个方面：一是教育未成年人的父母或者其他监护人培养未成年人法律素养，提高守法意识和自我保护能力；二是帮助未成年人的父母或者其他监护人强化监护意识，履行家庭教育主体责任；三是帮助未成年人的父母或者其他监护人培养未成年人良好道德行为习惯，树立正确价值观；四是教导未成年人的父母或者其他监护人对未成年人采取有效的沟通方式；五是引导未成年人的父母或者其他监护人改变不当教育方式；六是指导未成年人的父母或者其他监护人重塑良好家庭关系，营造和谐家庭氛围；七是协助未成年人的父母或者其他监护人加强对未成年人的心理辅导，促进未成年人健全人格的养成。

《意见》强调，各地要建立相关工作机制，确保家庭教育指导质量和效果。一是要建立工作衔接机制，加强协作配合，充分发挥检察机关、妇联组织、关工委各自职能作用，形成联动机制，共同做好家庭教育指导工作；二是完善人才培育机制，加强家庭教育工作队伍建设，在开展家庭教育指导工作的同时，带动、发现、培养一批业务能力强、理论水平高的家庭教育工作力量；三是构建成果转化机制，注意将家庭教育指导工作与罪错未成年人帮教、未成年被害人救助保护等工作有机结合。家庭教育改善成果要体现、运用于未成年人保护工作中。

“家庭是人生的第一所学校，家庭保护是未成年人保护的基础。”最高检第九检察厅负责人表示，指导、帮助家长或其他监护人正确履行家庭教育职责是深入推动未成年人保护法和预防未成年人犯罪法贯彻落实，加强未成年人权益保护和犯罪预防的重要举措。随着《意见》的制定实施，涉案未成年人家庭教育指导工作必将不断深入，越做越好，在未成年人保护大格局中发挥越来越大的作用。

强化家庭教育指导和帮助 切实维护未成年人合法权益
最高检全国妇联中国关工委有关负责人就《关于在办理涉未成年人案件中全面开展家庭教育指导工作的意见》答记者问

2021-07-10 最高人民检察院
https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbt/202107/t20210710_523411.shtml?ZhCZs3cBrx6S=1626407662088#3

强化家庭教育指导和帮助 切实维护未成年人合法权益

最高检全国妇联中国关工委有关负责人就《关于在办理涉未成年人案件中全面开展家庭教育指导工作的意见》答记者问

发布时间：2021 年 7 月 10 日

近日，最高人民检察院、全国妇联、中国关心下一代工作委员会共同印发《关于在办理涉未成年人案件中全面开展家庭教育指导工作的意见》（下称《意见》），大力推动涉案未成年人家庭教育指导工作，三部门有关负责人就《意见》相关问题回答了记者的提问。

不良家庭环境不当监护方式是诱发犯罪深层次原因

记者：请介绍一下《意见》出台的背景？

最高检第九检察厅负责人：家庭教育是教育的基础和起点，关乎未成年人终身发展，也关乎国家发展、民族进步、社会稳定。党的十八大以来，习近平总书记高度重视家庭、家教、家风建设，在不同场合多次谈到要“注重家庭、注重家教、注重家风”，强调“家庭是社会的基本细胞，是人生的第一所学校”“父母是孩子的第一位老师”“家庭和睦则社会安定，家庭幸福则社会祥和，家庭文明则社会文明”。强化家庭教育不仅是培养担当民族复兴大任时代新人的历史责任，也是回应人民群众新期盼新需求的现实需要。

近年来，未成年人保护和预防未成年人犯罪工作持续加强、成效明显，但形势依然不容乐观。侵害未成年人犯罪高发多发，性侵害、欺凌、虐待等成为社会痛点和治理难点。未成年人犯罪虽总体数量有所下降，但犯罪低龄化等问题不容忽视。通过对大量个案的分析，我们发现不良家庭环境、不当监护方式是未成年人走上违法犯罪道路或者受到不法侵害的深层次原因。根据检察机关办理未成年人案件情况统计，2020 年，流动未成年人犯罪在未成年人犯罪中所占比例超过一半。性侵害未成年人犯罪被害人中，单亲家庭、隔代监护、留守儿童占比超过 20%。侵害未成年人犯罪案件中，“隐性”监护缺失问题突出。部分省市办理的涉未成年人案件中，近一半的涉案未成年人未与父母共同生活、脱离家庭监护，近 80%的案件存在父母或其他监护人放任、打骂体罚等家庭教育方式不当问题。涉未成年人刑事案件中，监护缺失、监护不当、监护侵害等问题日益突出，成为未成年人保护工作不容忽视的重要问题。

今年 6 月 1 日，新修订的未成年人保护法和预防未成年人犯罪法正式实施。“两法”明确规定了监护人及家庭成员的家庭教育职责，强调未成年人的父母或者其他监护人对未成年人的预防犯罪教育负有直接责任，同时，明确公安机关、检察机关、人民法院在办理案件过程中发现实施严重不良行为的未成年人的父母或者其他监护人不依法履行监护职责的，可以责令其接受家庭教育指导。政府应当提供、鼓励、支持家庭教育指导服务。根据党中央的部署要求、未成年人保护的形势需要和法律的明确规定，最高检、全国妇联、关工委决定在办理涉未成年人案件中全面开展家庭教育指导工作。

记者：开展涉案未成年人家庭教育指导工作有何意义？

最高检第九检察厅负责人：未成年人保护工作需要家庭、学校、社会、网络、政府、司法共同发力。近年来，检察机关相继推动建立侵害未成年人案件强制报告、入职查询等制度，努力为未成年人营造安全、纯净的外部环境。然而，外部环境的优化固然重要，内部环境的改善更加关键。家庭是未成年人健康成长的基础，没有良好的家教家风，未成年人很难养成良好的行为规范。开展涉案未成年人家庭教育指导工作即是当前未成年人保护和犯罪预防工作的现实需要，也是国家对家庭保护的监督和支持。其意义可以概括为以下几方面：首先，对不当家庭教育的干预和指导是未成年人保护的必然要求。未成年人保护法规定父母或者其他监护人应当创造良好、和睦的家庭环境，依法履行对未成年人的监护职责和抚养义务。对于司法办案中发现的监护人违反监护义务，监护不力、教育不当的问题，我们有责任也有义务进行干预和指导。其次，强化家庭教育指导有利于预防未成年人犯罪和遭受侵害。家庭是人生的第一所学校，家长是孩子的第一任老师，家庭教育是预防犯罪和遭受侵害的第一道防线。如果家庭真正起到保护作用，家长给孩子正确的监护教育，可以有效保护未成年人合法权益，预防未成年人违法犯罪和遭受侵害。再次，家庭教育指导和帮助是健全未成年人监护监督体系的有效路径。目前，对于涉案未成年人父母或者其他监护人的监护监督主要有训诫和剥夺监护权两种方式。实践中对不当履行监护职责的监护人，训诫往往发挥的作用有限，而撤销监护权又是无奈的选择。未成年人对家庭有极强的依赖性，原生家庭对未成年人的健康成才意义重大，无论从未成年人心理发展，还是社会稳定的角度考虑，监护权的剥夺都应慎之又慎。对于监护人不当履行监护职责的问题，在提醒和剥夺之间缺少督促、帮助这一中间环节。开展家庭教育指导工作，强化父母或其他监护人教育能力和责任意识，能够填补监护监督体系空缺，对于健全监护干预体系具有十分重要的作用和价值。

发挥各自职能优势提升家庭教育指导工作质量效果

记者：此次《意见》是最高检、全国妇联、中国关工委三家会签的，请问联合发文主要基于什么考虑？

全国妇联家庭和儿童工作部负责人：最高检、全国妇联、中国关工委对未成年人保护工作都非常重视，相关领导对做好做实未成年人保护工作都有明确要求，工作层面也一直进行着顺畅的沟通，在具体工作中相互支持，共同配合。此次共同推动涉案未成年人家庭教育指导工作主要基于以下考虑：一是检察机关、妇联组织、关工委均负有未成年人保护的法定职责。新修订的未成年人保护法和预防未成年人犯罪法明确了检察机关、妇联、关工委在未成年人保护和预防未成年人违法犯罪工作中的法定职责，赋予检察机关、妇联组织和关工委更大的责任。二是这项工作需要司法机关与社会力量的协作配合。家庭教育指导是专业性较强的工作。检察机关在办理涉未成年人案件中发现涉案家庭存在的问题，通过与未成年人保护相关部门合作，借助专业力量和充足人员帮助涉案家庭解决问题，能够更好地做好相关工作。三是妇联组织、关工委在家庭教育指导方面具有独特的资源优势和人才优势。全国妇联一直在积极推进家庭教育立法工作，牵头制定实施家庭教育工作规划，出台《全国家庭教育指导大纲》《家长家庭教育基本行为规范》等指导性、规范性文件，编印系列家庭教育指导教材，汇聚大批家庭教育专兼职和志愿者服务队伍。各地妇联建有大量社区家长学校、网上家长学校、家庭教育新媒体服务平台、全国家庭教育创新实践基地、妇女之家、儿童之家等阵地，能够为家庭教育指导、服务和宣传提供平台和支持。关工委集中了一大批具有政治优势、经验优势和威望优势的老干部、老战士、老专家、老教师、老模范等老同志（下称“五老”），在关心下一代工作中具有多年的、丰富的经验。三家合作配合，能够更好发挥各自职

能优势，提升涉案未成年人家庭教育指导工作的质量和效果。

记者：请介绍一下《意见》起草的基本情况。

全国妇联家庭和儿童工作部负责人：在全国范围内全面推开涉案未成年人家庭教育指导工作是有实践基础的。各地检察机关、妇联组织、关工委在涉案未成年人家庭教育指导方面已经进行了多年尝试和探索。近年来，四川、江苏、河南、广东、福建等地陆续开展涉案未成年人家庭教育指导工作，取得了非常好的效果。其中，四川的涉罪未成年人案件家庭教育指导覆盖率接近 100%，河南登封的“蓓蕾关爱课堂”帮助一大批“问题家庭”重塑温馨家庭环境和良好亲子关系，江苏形成了一支稳定、高质量的家庭教育指导专家团队和特色课程，受到广泛好评。在前期实践基础上，最高检、全国妇联、关工委于去年开始启动《意见》的起草工作。2020 年 10 月，最高检与全国妇联组成联合调研组，分别赴四川、江苏等地对家庭教育指导工作开展情况、做法和成效进行了深入调研。结合调研情况，并根据未成年人保护法和未成年人犯罪法的法律精神、具体要求和职能分工，最高检起草了《意见》稿，并在书面征求各家意见的基础上，形成了最终《意见》。对于联合发文共同开展涉案未成年人家庭教育指导工作，全国妇联和关工委高度赞同、大力支持。

推动全国涉案未成年人家庭教育指导工作平衡协调发展

记者：《意见》已经下发实施，下一步的工作重点是什么？

中国关工委办公室负责人：《意见》实施后重在落实。下一步的工作重点主要是：一是指导各地结合地区实际，制定本地实施细则，建立长效工作机制，扎实推进涉案未成年人家庭教育指导工作。已经开展相关工作的地区，可继续原有工作模式，并根据《意见》要求调整工作重点，不断丰富工作内容，完善工作方式。二是定期总结督导，推动《意见》落实。对于各地开展涉案未成年人家庭教育指导的好模式好做法，及时发布典型案事例，及时转发经验材料，供各地学习参考。三是及时指导帮助，推动全国涉案未成年人家庭教育指导工作平衡协调发展。目前，各地在该项工作上的基础和进度不同，有些地方已形成成熟做法，有些地方尚未启动相关工作，也缺乏专业的力量和资源。下一步将加强调研指导，着力帮助困难地区解决实际问题，确保各地涉案未成年人家庭教育指导工作都做出水平，做出成效。

记者：新修订的未成年人保护法和预防未成年人犯罪法明确了全国妇联、关工委在未成年人保护和预防未成年人违法犯罪工作中的法定职责，请问在“两法”贯彻落实中，妇联组织和关工委还将与检察机关深化哪些方面的合作？

全国妇联家庭和儿童工作部负责人：“两法”规定了未成年人保护的一系列制度机制，下一步落实“两法”的重要任务之一就是相关制度的落实。今年，在全面开展家庭教育指导工作的同时，还将与最高检合力深化强制报告等制度落实，强化犯罪预防，切实加大未成年人保护力度。同时，进一步加强妇联组织、检察机关联动机制建设，推动未成年人司法保护制度落实，强化法治宣传教育，推动法律政策完善。

中国关工委办公室负责人：近年来，关工委与司法机关加强合作，深入开展青少年普法教育，有效开展社会化帮教活动，积极配合未成年人保护社会治理创新，充分发挥退休司法干警作用，在青少年法治教育和犯罪预防方面合作成效显著。下一步，关工委与检察机关将进一步加强交流，深化合作，构建联动协同的工作机制，探索建立未成年人司法保护的社会支持工作体系，加强未成年人保护和犯罪预防调研合作，充分发挥“五老”在关心下一代工作中的积极作用，以更加主动的担当作为，推动“两法”贯彻落实。

十、书籍推荐

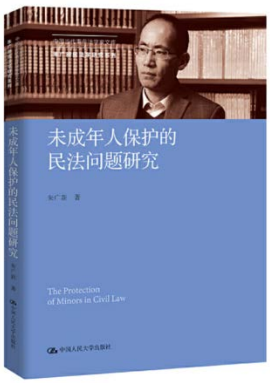
书籍推荐|《未成年人保护的民法问题研究》（朱广新，中国人民大学出版社，2021 年 06 月 ）

2021-07-06 家事法苑 朱广新

https://mp.weixin.qq.com/s/OmVA1yL181HIRyN_LWWY6Q

书籍·推荐

《未成年人保护的民法问题研究》



书籍简介

作者：朱广新

出版社：中国人民大学出版社

出版时间：2021 年 06 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：9787300294155

丛书名：中国当代青年法学家文库·朱广新民法学研究系列

所属分类：图书>法律>民法>民法学

作者简介

朱广新，中国社会科学院法学研究所研究员，博士研究生导师，民法研究室副主任，兼任中国法学会民法学研究会副秘书长。出版《信赖责任研究》《信赖保护原则及其在民法中的构造》《合同法总则研究》等专著，公开发表学术论文 80 余篇、理论文章 20 余篇。

内容简介

本书参考联合国《儿童权利公约》确立的未成年人保护思想和方法，根据我国民法及相关司法解释，对民法以未成年人保护为核心建构的民事行为能力、未成年人监护、侵权责任能力等制度，从法律规定的具体构造、相关规定之间的体系关联、未成年人保护效果等方面进行了深入、系统的反思性研究。它一方面详细解析了我国民法在未成年人保护立法理念和立法技术上的种种缺陷，另一方面为进一步完善我们未成年人保护法律提供了诸多灵感和意见。

编辑推荐

在《儿童权利公约》颁布后，儿童权益保护理念的深刻变化，影响到法的价值选择，并终体现为立法思想、立法技术和规范模式的调整。简明的法条背后，既有立法者、法学研究者严谨、细致、缜密的价值考量、利益权衡，也有整个社会发展变化的客观驱动。本书对我国民法关于未成年人保护的一系列法律规定进行了系统的反思性研究，这种扎实、深入的专题研究有助于深化、拓展我国民事法律理论，也为有志于从事法律研究的年轻学者提供了一种研究范式。

前言

未成年人是法律赋予自然人的一种特殊法律身份。该身份不是使自然人享有一种特权，而是使其获得一种受特别保护的法律地位。所谓保护，涵义甚广，既指身心方面的照顾、教导、保障、协助等，又指财产方面的保存、管理、处分等。由受保护所处法律地位看，保护有消极保护与积极保护之分。前者是指，以家父主义思想为指导，以禁止或限制行为自由及不对自己的致害行为承担赔偿责任的方式，将未成年人置于一种无所作为的被动地位；后者是指，从人权享有者的角度出发，通过赋予其广泛权利及尊重其意见的方式，使未成年人在关涉其事务的行为中有所作为。未成年人保护涉及多个法学学科。民法有关未成年人保护的规定具有基础性规范的属性，它不仅为其他未成年人保护法律建构了基本法律概念，而且其相关规定的合理性、实效性直接决定着其他未成年人保护法律的适用状况。

本书是我十多年来对未成年人保护民法问题的研究集结，主题内容为未成年人之民事行为能力、未成年人监护与未成年人之侵权责任能力，此乃民法事关未成年人保护的核心内容。部分成果是对《民法通则》《合同法》《侵权责任法》《民法总则》等法律有关未成年人保护规定的反思性立法论研究，部分新作是对《民法典》总则编（《民法总则》）有关规定的体系性解释论研究。以法律进化观念看，《民法典》关于未成年人保护的规定沿袭了原民事单行法的家父主义思想和消极保护方法，在立法思想、规范方法上鲜有创新之作，与联合国《儿童权利公约》确立的未成年人保护观念和方法相去甚远。完全可以预知，随着未成年人保护运动的深入发展，《民法典》有关未成年人保护规定的弊端会被逐步革除。以此而言，本书从联合国《儿童权利公约》出发所作反思性研究，不惟有助于深刻理解《民法典》的相关规定，并对我国有关未成年人保护法律革新与进化亦具有重要参考价值。

朱广新

2021 年仲春

目录

《儿童权利公约》视野下未成年人保护的民法问题
一、儿童权利与自由的发展史
二、儿童的基本权利
三、未成年人保护的民法问题及法律机制
四、结语
未成年人保护与民事行为能力制度
一、民事行为能力的规范重点、本质及内在利益冲突
二、民事行为能力的区分方法及类型体系
三、未成年人之行为能力状态及其规范意义
四、结语
民事行为能力类型化的局限性及其克服
一、克服民事行为能力类型化局限性的主要方法
二、《民法通则》及其司法解释的规定
三、无民事行为能力制度的规范意旨
四、克服无行为能力制度局限性的立法措施
五、结语
拟制成年制度的反思与重建
一、拟制成年制度的认识之争
二、拟制成年制度的规范分析
三、拟制成年制度的比较法考察
四、拟制成年制度的立法完善
未成年人民事行为能力的立法完善
一、民事行为能力制度的规范模式
二、无民事行为能力制度的废止
三、限制民事行为制度构造中的信赖保护
四、结语
民事行为能力制度的体系性解读
一、民事行为能力制度的中国模式

二、无民事行为能力与限制民事行为能力划界的合理依据

三、8 周岁以上未成年人之无民事行为能力

四、完全民事行为能力拟制制度的局限性及其克服

五、结语

监护制度中的未成年人保护

一、《民法总则》对未成年人监护制度的强化和完善

二、“儿童的最大利益原则”的法定化

三、结语

监护人处分被监护人财产的法律效果

一、“除为维护被监护人利益外”之规定的规范功能

二、如何判定处分是“为维护被监护人利益”

三、非为维护被监护人利益的财产处分效果

四、结语

监护监督制度的立法构建

一、问题的提出

二、监护监督的典型立法例

三、我国监护制度对监护监督的结构性需求

四、监护监督制度的构建思路与方法

被监护人致人损害的侵权责任配置

一、解释被监护人致人损害之侵权责任的基调

二、《侵权责任法》第 32 条第 2 款新旧解释的综合分析

三、替代责任与公平责任并用的侵权责任配置

四、结语

未成年人致人损害的赔偿责任

一、《侵权责任法》第 32 条规定的法理和法技术反思

二、未成年人致人损害的侵权责任能力规范方法

三、未成年人致人损害的其他赔偿责任机制

四、规范未成年人致人损害之赔偿责任应注意的区分性思维

五、未成年人致人损害之赔偿责任的立法建议

书|《最高人民法院民法典婚姻家庭编司法解释（一）理解与适用》（最高人民法院民事审判第一庭，人民法院出版社，2021 年 08 月）

2021-07-07 家事法苑 最高院民一庭

https://mp.weixin.qq.com/s/M7NnAiW90a3pmOmKiY1TcA

书籍·推荐

《最高人民法院民法典婚姻家庭编司法解释（一）理解与适用》

书籍简介

作者：最高人民法院民事审判第一庭

出版社：人民法院出版社

出版时间：2021 年 08 月

预售价：139 元

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：9787510932038
所属分类：图书>法律>法律法规>司法解释

内容简介

《民法典婚姻家庭编司法解释(一)》是根据《民法典》的新精神新修改制定的重要民事法律解释，其贯彻了习主席法治思想中坚持以人民为中心的核心要义，对具体规则进行了体系化整合，是适用《民法典》婚姻家庭编最新的家事审判规则。本书从此次《民法典婚姻家庭编司法解释(一)》的几个重要规定，如对宣告婚姻无效案件的诉讼程序进行调整、同居关系、父母为子女出资购房等方面入手，充分阐述了解释各条的制定背景、目的宗旨、具体含义及审判实践中应注意的问题，能够为婚姻家庭领域的和谐稳定创造积极的法治条件和保障，指导司法机关正确适用《民法典》婚姻家庭编及其司法解释，对法律工作者、法学研究人员以及社会公众理解该解释、正确处理婚姻家庭纠纷也具有重要的引导作用和参考价值。

书籍·推荐|《夫妻债务制度》（李洪祥，社会科学文献出版社，2021 年 06 月 ）

2021-07-17 家事法苑 李洪祥

https://mp.weixin.qq.com/s/Wus90C5ZsjMrcSUf1NRdJA

书籍·推荐

《夫妻债务制度》

书籍简介

作者：李洪祥
出版社：社会科学文献出版社
出版时间：2021 年 06 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：9787520183819
所属分类：图书>社会科学>社会学>社会调查与社会分析

作者简介

李洪祥，吉林大学法学院教授. 法学博士，博士生导师。兼任中国法学会婚姻家庭法学研究会副会长。出版《我国民法典立法亲属法体系研究》(中国法制出版社，2014)；《婚姻法律制度研究》(长春出版社，2000)等。在《吉林大学社会科学学报》、《求是学刊》、《社会科学战线》、《江汉论坛》、《现代法学》、《当代法学》、《法制与社会发展》、《法学杂志》、《法学论坛》、《政法论丛》等期刊发表学术论文 70 余篇。主持完成教育部等社会科学研究项目 7 项。

内容简介

本书从法律解释学理论入手，探寻夫妻共同债务制度出现的司法困境，包括构成夫妻共同债务要素的探讨；规则确立的价值取向、债务范围、

债务形成时间、认定或者推定的标准，以及债务如何清偿等关键节点和依据。书中通过司法实务调研对夫妻共同债务制度的立法和司法困境的现实状况进行评估，综合归纳出产生司法困境的原因，准确定位、把握夫妻共同债务制度立法的功能，并以此为突破口，探讨解决司法困境的具体操作办法。

编辑推荐

弘扬、倡导人与人之间树立讲诚信的正能量价值观，保护婚姻家庭，维护婚姻家庭关系的稳定，保障经济社会的健康有序发展。本书探讨夫妻共同债务制度与婚姻家庭法相关法律制度，如日常家事代理权制度、夫妻财产制度、离婚财产分割制度、法律行为制度、侵权行为制度等的关系，以及它们之间相互联系、相互作用的要素。

绪论

一、研究课题的价值、国内外研究现状及其趋势

（一）研究课题的理论价值和实践价值

1. 研究课题的理论价值

我国夫妻共同债务制度研究为《民法典》“婚姻家庭编”的建构提供充分而坚实的基础理论支撑。随着社会经济的发展，立法和司法解释不断更新，1980 年《婚姻法》于 2001 年进行了修正，最高人民法院相继颁布了《婚姻法解释（一）》、《婚姻法解释（二）》、《婚姻法解释（三）》，夫妻一方举债纠纷等方面的司法判例广泛传播，夫妻共同债务问题的理论研究也很活跃，对于夫妻共同债务的含义、债务范围、性质、方法等的认定，基于不同的价值判断，出现了不同的理论观点，且各抒己见很难形成统一意见。1993 年《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》、2017 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）的补充规定》、2018 年《审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》等相继出台。2020 年 5 月《中华人民共和国民法典》颁布，《民法典》“婚姻家庭编”对夫妻共同债务制度也做出了规定。这直接涉及到众多当事人之间利益平衡的理论基础和前提条件——法理依据是选择夫妻“财产共有债务共担”，还是以夫妻共同意思为核心的“法律行为理论”，涉及到婚姻家庭的稳定、社会的安宁，更涉及到人们的观念和夫妻之间、社会成员之间的信赖和诚信的养成，以及对整个社会的影响。因此，对这个问题研究的理论价值显得重大而深远。

2. 研究课题的实践价值

该研究课题为完善我国现行婚姻家庭立法和司法解释提供依据。司法实践中，夫妻一方向第三人借债、承担担保责任等一方举债的情况、纠纷时有发生，原因可以从不同角度观察。一是夫妻通谋，通过假离婚逃避债务，这在以往的司法实务中是较多出现的情形，后来，由于相关司法解释对其采取否认态度，这种情形被有效遏制。二是夫妻一方与第三人串通，损害举债方配偶利益，间接冲击婚姻家庭的伦理。尤其离婚时，一方为了获取利益而侵害举债方配偶利益的情形时有发生。有些案例中制造的虚假债务已经超过夫妻共同财产的总和。有一对刚刚结婚一年的小夫妻，所有的财产就是父母在他们结婚时为其购买的一套住房，但一方却拿出 900 多万的借据，要求夫妻共同偿还，到了令人发指的程度。三是其他情况。诸如夫妻一方侵权造成的债务、夫妻一方赌博所负债务等，也要求夫妻共同承担清偿责任。当然，负债方往往称这些债务是夫妻共同生活债务或者家庭日常生活需要范围内的债务。这些问题在司法实务中处理难度很大，尤其财产形式、种类、数量均呈现多样化、复杂化趋势，亟须立法或司法解释做出明确指向。对其进行研究，为婚姻家庭立法和相关司法解释能够解决这些现实问题提供理论和制度规则，使各方当事人之间的利益能够达到平衡，以便在家庭成员之间、社会其

他成员之间树立讲诚信的正能量价值观，才能保护婚姻家庭的完整，使其免遭破坏，在社会关系中永续健康发展。

（二）国内外夫妻共同债务制度研究的现状和趋势

1. 国内关于夫妻共同债务制度研究的现状和趋势

学者和裁判文书中体现出来的关于夫妻共同债务的观点未能得到统一，分歧较大。分歧主要针对两个问题展开。

一是法律适用位阶之争。有学者认为婚姻法司法解释已经超出了《婚姻法》的基本规范，所以不能完全适用《婚姻法解释（二）》第 24 条的规定，夫妻一方举债发生纠纷，应当优先适用《婚姻法》关于夫妻法定财产制为婚后所得共同制的规定，夫妻共同债务以用于家庭日常生活需要为一般认定和推定规则。这里涉及债务是否用于家庭日常生活需要的举证证明，那么谁负有举证责任则是需要认真对待的问题。该问题在《民法典》颁布后，由于《民法典》“婚姻家庭编”已经规定了夫妻共同债务制度，位阶问题已经不存在了。

二是法律对策中的立法重构与法律解释之争。按照上述逻辑对现有观点可做如下区分。

其一，根据民法中债的相对性原理对配偶一方举债是否成立夫妻共同债务进行推定，举债方自己享有利益和承担债务责任。根据债的相对性原理，以夫妻一方个人名义举债并将该债务按共同债务处理违背了个人责任的基本原则，将未经举债方配偶同意的的义务强行施加给另一方，使其需为举债方的行为负责。“共同债务推定”规则与民法的基本精神相悖。还有学者指出，“共同债务推定”规则否认了婚姻中配偶双方各自的独立人格。在现有法律框架内解决该问题可以创设新的法律规范，持该观点的学者对该问题提出的解决方案可分为两种。一是以列举的方式具体明确规定何为夫妻共同债务，何为一方个人债务；二是以抽象概括的方式规定新的认定或者推定规则。还有学者坚持列明各项情形后加“兜底条款”。也有学者认为应当增加“推定举债方配偶实施了欺诈行为”的规则，补充于《婚姻法解释（二）》第 24 条夫妻共同债务推定规则中。

其二，最高人民法院提出夫妻债务应当按照婚姻内部规则与外部规则的不同，区分夫妻共同债务与个人债务，内部是指夫妻之间，一方以个人名义所负的债务一般可以认定为个人债务；如果涉及第三人，则应当按照《婚姻法解释(二)》第 24 条的规定处理，婚姻关系存续期间的所有债务，均推定为夫妻共同债务，由夫妻对第三人负连带清偿责任。

其三，夫妻债务问题是相对复杂的法律问题，在相关法律制度形成制约以后，以司法解释明确如何适用法律制度就可以了。只有举债行为符合日常家事代理权条件的，才有可能适用《婚姻法解释（二）》第 24 条规定，举证方应当为举债方配偶；如果在日常家事代理权之外的债务，则必须由债权人和债务人负举证责任，证明该笔债务用于了夫妻共同生活、夫妻共同生产经营或者属于夫妻共同意思表示，否则举债方配偶不承担连带责任。

2. 国外关于夫妻共同债务制度的现状和趋势

国外的相关立法和司法实践，无论大陆法系国家还是英美法系国家都对夫妻共同债务制度有明确规定。大陆法系国家的立法和司法实践主要表现在以几个下方面。

其一，夫妻债务分为个人债务与共同债务。个人债务由夫妻个人负责清偿，共同债务由夫妻用共同财产清偿。一般夫妻一方以个人名义所负债务，即使用夫妻共同财产清偿了，他方也可以向对方追偿。《瑞士民法典》、《法国民法典》、《德国民法典》中对此均有规定。

其二，夫妻共同债务制度一般与夫妻财产制相联系。只有实行婚后夫妻共同财产制，而且其法律行为结果归于夫妻共同财产之中时，才由夫妻用共同财产予以清偿。如《德国民法典》规定：

在实施财产共同制期间，只有举债行为经管理共同财产的配偶一方同意，或该举债行为不经其同意也有利于夫妻共同财产时，共同财产才负清偿责任。如果用夫妻共同财产或者一方财产清偿债权人的债务，则配偶他方负有赔偿的责任。

其三，夫妻共同债务制度一般与夫妻日常家事代理权相联系。如果夫妻一方债务由双方对第三人承担连带清偿责任，那么夫妻一方行为必须符合日常家事代理权的要求。《法国民法典》规定：如果债务是基于日常家事代理权产生的，债权人有权要求扣押举债方配偶所得的收益和工资。《瑞士民法典》规定：夫妻双方均有权因家庭共同生活需要独立订立以维持家庭日常生活需要与教育子女为目的的合同，夫妻另一方负有连带清偿责任。《意大利民法典》还规定了债权人受清偿的顺序，如果债权人无担保，则夫妻双方共同的债权人优先受偿。

其四，应尊重夫妻双方的共同意思表示。夫妻关系存续期间，夫妻一方的法律行为为对方认可、夫妻双方共同实施并签字的行为，由夫妻用共同财产清偿。

其五，一般的夫妻债务清偿责任为有限责任。对于共同债务之外的债务，夫妻一方仅以其个人财产和其所有的共同财产中的份额承担责任。

英美法系国家的立法和司法实践主要表现在以下几个方面。英国与美国的情况几乎是一致的。夫妻各方对其个人财产享有唯一的所有权，享有完整独立的权能，包括管理权、使用权、收益权和处分权，夫妻各方以个人财产独立承担个人债务。只有为共同生活所负费用或所负债务，才由夫妻共同承担。

二、研究成果的主要内容

（一）夫妻共同债务制度问题提出

在夫妻共同债务制度方面，我们经常遇到的问题为：夫妻合谋转移财产，侵害第三人利益；夫妻一方与第三人串通，侵害举债方配偶利益，甚至影响人们对婚姻家庭的信任和婚姻家庭作为社会细胞在社会中的稳定。无论上述哪一种情形，最终都是对婚姻家庭的破坏，都可能导致婚姻家庭陷入诚信危机。而现阶段后者居多，甚至出现夫妻一方与第三人制造虚假债务。同时，还有其他情况，诸如实际为夫妻一方侵权造成的债务、夫妻一方赌博所负债务等，名义上竟然是夫妻共同生活债务或者家庭（夫妻）日常生活需要形成的债务，侵害举债方配偶的利益。上述债务属于夫妻共同债务还是举债方个人债务？认定夫妻共同债务性质的基础依据的应然选择何在？关于夫妻共同债务的立法和司法解释较为丰富，但是认定规则和推定规则并没有统一的标准，法官面临的可供选择的法律规范较为丰富，但是却没有办法选择一种最合适的适用规则。该现象一方面反应了立法工作与司法实践变化和社会发展同步向前推进，另一方面还反映了法官在选择哪一条法规和司法解释为认定规则时遇到困难，面对位阶不同、时间不同、反映价值取向不同的法律规范和司法解释很难进行权衡，在对举债方、举债方配偶和债权人三方利益进行平衡，保护交易安全与保护婚姻家庭健康发展存在取舍的前提下，如何实现实质公平正义的判决结果，已然成为法院在现行法律、司法解释规则内面临的最大困境。

（二）夫妻共同债务制度功能的变迁

夫妻共同债务制度功能随着经济发展而变化，从单纯的对夫妻一方和婚姻家庭制度的保护，到主要关注交易安全、保护善意第三人。但由于夫妻一体主义的破灭，特别是诚信、信用的缺失，需要在婚姻家庭、夫妻、夫妻一方与第三人之间进行利益衡量。从这种制度功能的变迁中寻找立法和司法解释中可能存在的缺陷或不足，以期完善相关认定或推定规则。夫妻共同债务的推定规则以其目的为核心要素，实质考察债务是否用于家庭共同生活。该推定规则最早体现在 1950 年《婚姻法》第 24 条、1980 年《婚姻法》第 32 条、修改后的 1980 年《婚姻法》第 41 条中，是对目的推定规则的保留和发展的结果。《离婚财产分割

意见》第 17 条的规定是在坚持目的推定规则下，在完善夫妻意思自治认定规则基础上更明确了配偶一方行使夫妻共同财产支配权的的范围。基于鼓励市场经济交易的时代背景，将民法中财产交易适用的规则加入夫妻共同财产关系中也是必然选择。所以基于保护交易安全的需要，《婚姻法解释（二）》第 24 条将保护交易第三人利益放在了重要位置，婚后若配偶单方举债则通过举证责任分配规则侧重保护债权人利益。但是对于交易第三人的保护倾斜使得债权人与举债方恶意串通损害举债方配偶利益的案件多发，损害公平、引发婚姻家庭危机，不利于保护婚姻家庭中的伦理道德，这是否需要再评估、再平衡，也是一个值得思考的问题。

（三）夫妻共同债务制度的司法实证调查与问题发现

选择一定数量和范围的人民法院处理夫妻共同债务的司法判例，用司法数据归纳实务中存在的问题，对夫妻共同债务进行类型化：夫妻合意之债与夫妻一方非合意之债；夫妻一方或者双方的合法之债与非法之债；夫妻依日常家事代理权形成的债与日常家事代理权范围之外的行为形成的债等。当前，夫妻共同债务确定规则主要有三种情况。第一种，以债务是否用于夫妻共同生活为判断核心，又称为“目的规则”或者“用途规则”。该规则规定于《婚姻法》第 41 条、《离婚财产分割意见》第 17 条、《民法总则》第 56 条。第二种，以债务是否为婚姻关系存续期间所负为判断核心。该规则规定于《婚姻法解释（二）》第 24 条、《民法通则意见》第 43 条。第三种，以举债行为是否属于日常家事代理权范围为判断核心。此类型核心是日常家事代理权范围的界定。该规则规定于《婚姻法解释（一）》第 17 条、浙江省高级人民法院《关于审理民间借贷纠纷案件若干问题的指导意见》第 19 条，以及《民法典》第 1064 条。

（四）夫妻共同债务制度的性质

夫妻共同债务制度与法律行为制度、夫妻共同财产制度、物权制度、日常家事代理权制度、离婚财产分割制度、侵权行为之债都有一定的关联性，这些制度都会对夫妻共同债务制度规则的形成产生重要影响。就具体的夫妻共同债务的法律推定规则或者认定规则来说，在婚姻关系存续期间，对配偶单方举债行为的立法是继续坚持物权法“财产共有、债务共担”的法理，还是应以法律行为做出基本法理判断，具体包括以“共债共签、共同意思表示”进行认定和推定，同时兼顾债务是否用于家庭共同生活，在共同债务推定规则基础之上确定举证责任分配规则，通过举证责任分配来平衡推定规则可能造成债权人、举债方和举债方配偶三方利益保护不均的情况，还必须在保护交易安全和保护婚姻家庭方面做出取舍等，这些都是价值衡量的结果。

（五）夫妻共同债务的确定依据和规则

夫妻债务是否具有共同意思表示、是否用于夫妻共同生活应当是认定夫妻共同债务的依据。夫妻共同债务的判断规则可以区分为认定规则和推定规则，还可以区分为判断的实体规则和程序规则，以及夫妻关系内部规则与夫妻一方与第三人之间的外部规则。这些对夫妻共同债务的影响，在哪些场合应当有所区别；夫妻共同债务制度应当如何进行完善，都亟待学者们去研究。夫妻共同债务制度应当特别关注：规则确立的价值取向、债务范围、债务形成时间、认定或者推定的标准，以及如何清偿等关键节点。

三、研究成果的主要特点

（一）研究成果的基本思路和方法

研究成果的宏观视角是：从法律解释学理论入手，探寻夫妻共同债务制度出现的司法困境，包括构成夫妻共同债务要素的探讨；规则确立的价值取向、债务范围、债务形成时间、认定或者推定的标准，以及债务如何清偿等关键节点和依据。

通过司法实务调研对夫妻共同债务制度的立法和司法困境的现实状况进行评估，综合归纳出

产生司法困境的原因，准确定位、把握夫妻共同债务制度立法的功能，并以此为突破口，探讨解决司法困境的具体操作办法。

对夫妻共同债务制度立法和司法整体状况的评估，采用司法数据调查、数据统计分析、理论归纳等方法进行。

对夫妻共同债务制度司法困境原因和夫妻共同债务制度构成要素以及制度完善建议等的分析，采用比较分析、社会性别分析、法体系分析等方法。

（二）研究成果对拟实现目标的把握

第一，总结归纳出夫妻债务在司法实践中的类型，根据不同类型探讨夫妻共同债务的含义、性质、范围、责任承担方式。

第二，为相关立法、司法解释和司法实践中相关纠纷的解决方法提供理论支撑。探讨相关法律依据和法理基础；探讨影响夫妻共同债务的含义、性质、范围、责任承担方式的因素；探讨夫妻债务承担的共同责任、连带责任的性质、范围、责任承担方式等立法或者司法解释的规则（包括实体规范和程序规范）的有效实施。

第三，探讨夫妻共同债务制度与婚姻家庭法相关法律制度，如日常家事代理权制度、夫妻财产制度、离婚财产分割制度、法律行为制度、侵权行为制度等的关系，探讨它们之间相互联系、相互作用的要素。

第四，弘扬、倡导人与人之间树立讲诚信的正能量价值观，保护婚姻家庭，维护婚姻家庭关系的稳定，保障经济社会的健康有序发展。这应当是《民法典》“婚姻家庭编”的立法宗旨。

李洪祥

2019 年 11 月

修改于 2020 年 5 月

再修改于 2020 年 12 月

目录

Table of Contents

第一章 我国近年来夫妻共同债务制度研究的主要观点评述

第一节 夫妻共同债务认定的观点梳理

第二节 夫妻共同债务的性质及债务责任承担的观点梳理

第三节 夫妻共同债务在处理程序上的观点梳理

第二章 我国法律和司法解释中夫妻共同债务制度的梳理与分析

第一节 夫妻共同债务制度的基本含义、特征和规则

第二节 夫妻共同债务制度的基本类型

第三节 夫妻共同债务制度的清偿规则

第三章 我国夫妻共同债务制度立法、司法解释的基本依据和存在的问题

第一节 夫妻共同生活的“用途论”含义、依据和存在的问题

第二节 夫妻关系存续期间的“时间论”含义、依据和存在的问题

第三节 “区分债务内外关系”仍然是“时间论”

第四节 司法解释对我国夫妻共同债务制度的改进及其法理依据

第四章 我国法律和司法解释中夫妻共同债务制度的司法适用

第一节 我国司法适用中数据反映的问题

第二节 夫妻共同债务纠纷处理的司法拿捏

第五章 日常家事代理权的缘起、法理依据、对夫妻共同债务构成的利弊分析

第一节 我国日常家事代理权的立法、司法梳理

第二节 日常家事代理权的域外考察

第三节 日常家事代理权的发展脉络及基本功能演进

第四节 日常家事代理权在我国的适用空间讨论

第六章 大陆法系国家夫妻共同债务制度立法枚举及启示

第一节 大陆法系国家夫妻共同债务制度立法例枚举

第二节 大陆法系国家夫妻共同债务制度的立法理论依据

第三节 夫妻财产制与夫妻共同债务制度的区别和关联性

第七章 我国夫妻共同债务制度的立法价值选择

第一节 问题的提出

第二节 夫妻共同债务制度的价值在立法和司法中的表现

第三节 立法对保护婚姻家庭、维护婚姻家庭关系稳定的必要性

第四节 立法对保护婚姻家庭、维护婚姻家庭关系稳定的可行性

第五节 完善夫妻共同债务制度价值取向的立法思考

第八章 《民法典》对夫妻共同债务制度的立法路径和立法模式选择的影响

第一节 《民法典》颁布前夫妻共同债务制度的立法路径和缺陷

第二节 《民法典》颁布后夫妻共同债务制度的立法路径和制度设计

第三节 法律行为理论的逻辑性和优越性

第四节 《民法典》法律行为理论下的夫妻共同债务的展望

第五节 夫妻共同债务制度的立法模式及其选择

附录

夫妻一方以个人名义所负债务清偿规则之解构

夫妻共同债务规则的法理逻辑

法律行为理论视角下夫妻共同债务清偿规则

后记

十一、活动动态

家事法实务沙龙 2021 年第 2 期（总第 66 期）综述|李卉：代孕子女抚养权纠纷裁判分析

原创：2021-07-08 家事法苑 家事法苑团队
https://mp.weixin.qq.com/s/CWlHeXv9ED1VOE-voMVFvA

家事法实务沙龙 2021 年第 2 期（总第 66 期）综述“代孕子女抚养权纠纷裁判分析”

简讯

家事法实务沙龙 2021 年第 2 期(总第 66 期)于 2021 年 6 月 18 日举办，本次沙龙邀请到李卉律师主讲《代孕子女抚养权纠纷裁判分析》一题，由上海家与家律师事务所创始合伙人桂芳芳、北京天驰君泰律师事务所律师邓雯芬担任与谈嘉宾，北京天驰君泰律师事务所合伙人，中华全国律师协会未成年人保护专业委员会副秘书长段凤丽担任点评嘉宾。

内容实录

主持人陈贝贝

因为各种原因导致的不孕不育的状况越来越多，而收养的理念还没有深入人心，人们多数还是希望能生育自己的后代，因此代孕的现象越来越多，婚姻家事领域因代孕产生的子女抚养问题也越来越多发。代孕生育子女的类型多种多样，代孕的法律理论十分缺乏，代孕生育子女的亲子关系必将成为婚姻家事领域的重难点问题，代孕子女的抚养权归属本质上是一种亲子关系确定问题，此类纠纷不仅会出现在离婚纠纷中，结合民法典新增的亲子关系确认和否认制度，此类单独的诉讼也有可能多发，今天就让我们听听几位嘉宾的见解。

首先有请我们的主讲嘉宾李卉律师，李卉律师是国浩济南律师事务所高级合伙人、山东省律师协会家事法律业务委员会副主任、济南市律师协会家事与私人财富管理业务委员会主任。

主讲嘉宾 李卉律师

我今天要跟大家分享的主题是《代孕生育子女抚养权纠纷裁判分析》刚刚贝贝也讲了，近几年呢我们在司法裁判当中遇到涉代孕的纠纷越来越多，我们团队近几年也处理了多起涉代孕案件，那么为了给自己在办案中有所参考，我们团队就做了这个涉代孕案件的裁判大数据分析，今天晚上要跟大家分享的内容就是以该裁判分析为基础。主要内容包括三个方面，第一，分享代孕子女监护权的基本理论；第二，代孕子女抚养权纠纷裁判数据分析；第三，代孕子女纠纷的四个案例。

首先，代孕子女监护权基本理论，涉及五个问题：第一，代孕的概念和基本类型；第二，代孕子女监护权认定相关的学说；第三，代孕协议的效力认定；第四，代孕子女亲子关系的认定；第五，代孕子女拟制血亲关系的认定。首先是代孕的概念，我从众多的资料中总结了一个：代孕，简单的理解是指女子并非出于自己抚养的目的而为他人生育婴儿的行为。现代意义上的代孕是指女子（代孕母亲）通过人类辅助生殖技术将精子植入受胎或将受精卵植入子宫，为他人（意向父母或者委托父母）孕育病分娩孩子的行为和过程。

在代孕这个事件当中，常见的主体主要是分为三个，首先就是主导代孕行为的委托父母，他是一方主体，其次就是实施代孕行为的代孕一方，也就是代孕母亲是一方主体，第三方重要主体就是代孕所生育的子女。当然，在现在的商业代孕当中，还会有两方主体，一个是实施代孕医疗服务的门诊，还有一个是专业的代孕中介机构，因为我们今天这个主题不涉及相关商业代运的话题，所以我们今天只涉及到的代孕主体，就包括委托父母一方，代孕一方和生育的代孕孩子的一方。

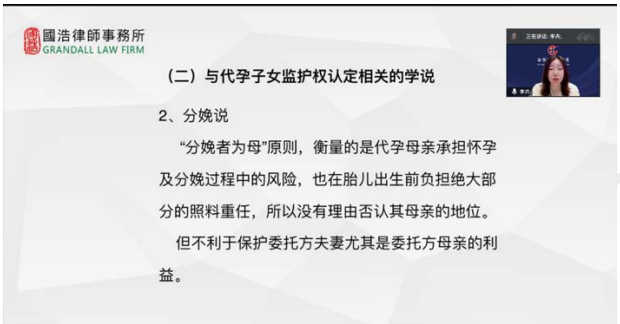
那么在常见的代孕事件当中，通常会出现三方母亲，这三个母亲都可能会被认定为是代孕生育子女的母亲。首先第一个就是委托人母亲，也就是说主导代孕行为，委托代孕方去实施代孕的这一方的母亲，通常来讲是夫妻当中的妻子一方。第二个是遗传学或者是叫生物学的母亲，也就是说提供卵子的一方母亲。第三个是生育母亲或者是叫分娩母亲，也就是提供子宫十月怀胎并且进行分娩的母亲。

我们再来看一下实践当中代孕的常见类型，我们做了一个简单的总结，通常我们遇到了代孕可能会有 7 种类型：第一种类型就是比较常见的精子和卵子都来自于夫妻双方，精子来自于丈夫，卵子来自于妻子，但是通过代孕一方，也就是通过提供子宫的一方来怀孕并且分娩，受孕的方式一般会采用试管婴儿的方式。第二种类型，精子也是来自于丈夫，但是卵子是来自于代孕者，同时代孕者还提供子宫来怀孕，然后生命生分娩。这个时候提供子宫和卵子的一方是同一个女性，这种情况下通常也是采取试管婴儿的方式，但是我们在案例的检索当中也会发现有通过自然受孕的方式来怀孕的。第三种类型，精子也是来自于丈夫，卵子来自于供卵者，提供子宫的又是另外的代孕者，提供子宫是妻子一方，这种情况下通常的受孕方式也是通过试管婴儿。第四种类型，精子还是来自于丈夫，卵子来自于供卵者，而生育方是专门的提供子宫的代孕一方，这种受孕方式通常也是采用试管婴儿的方式。第五种类型，精子来自于捐精者，而卵子是来自于妻子一方，然后生育、提供子宫的一方也是专门的代孕者，这种情况下通常也是采用试管婴儿的方式。第六种类型，精子是来自于捐精者，卵子是来自于供卵者，而生育方又是专门的提供子宫的女性。第七种类型，精子来自于捐精者，提供卵子和子宫的是专门的代孕女性。在这两种情况下通常也是

采用试管婴儿的方式。那么在第六种和第七种情况下，生育的代孕的孩子在血缘上和夫妻双方都是没有任何的血缘关系的。以上是我们比较常见的七种代孕的类型。

我们再来看第一部分的第二个问题，与代孕子女监护权认定相关的学说，主要是包括三个学说，一个是基因说，一个是分娩说，一个是子女最大利益说。

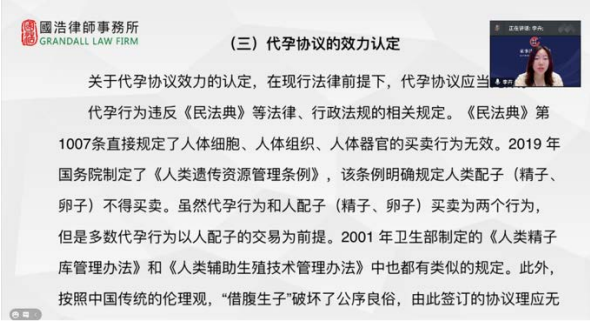
我们简单了解一下，基因说也称之为血缘说，这个学说认为应当通过基因上的联系来确定代孕子女法律上的母亲，也就是说提供卵子的母亲和提供精子的父亲，应当成为代孕子女法律上的父母。基因说排除了仅仅提供子宫十月怀胎分娩的母亲成为法律上的母亲的这种可能，以血缘作为判断亲子关系的这种实施标准，在我国司法实践当中也是有一定程度的体现的。



我们再来看第二个学说是分娩说，分娩说它是来源于罗马法的谁分娩谁是母亲的一个谚语，目前在德国等大陆法国家的法律，以该学说为主，确定代孕子女法律上母亲。所谓分娩者为母原则，它衡量的是代孕母亲承担了怀孕及分娩过程中的风险，也在胎儿出生前负担绝大部分的对胎儿的照料重任，所以没有理由否认其母亲的地位。但是这个学说如果是在实践当中最普遍适用的话，它是在一定程度上不利于保护委托方夫妻，尤其是委托方母亲的利益的。因为在实践当中我们都知道，如果是因为丈夫身体的原因不能够生育子女，他实际上是可以采取试管婴儿的方式来获得自己的孩子，或者是获得代孕所生的孩子，而且是受法律保护的。但是如果是因为妻子的原因不能够生育的情况下，那么在我国是很难采用合法的方式让妻子成为母亲的。所以在这种情况下，很多的妻子可能会选择代孕这种方式，然后来实现自己成为母亲的这种可能。那么如果说采用分娩说，那么妻子如果不能够亲自分娩的情况下，那么对代孕的孩子来讲，还有委托方的母亲来讲都是非常不利的，有可能会认定为委托方的母亲不是被代孕孩子的法律上的母亲，所以，这个学说在实践当中虽然也有所采纳，但是我们觉得还是应该谨慎。在我们自己团队办的一个案子里面，我们有一个案子的中院的法官在判决书里面就涉及到了分娩者为母的原则，他应该是倾向于通过这个原则来确定孩子的母亲。我给大家来分享一下在这个判决书里面法官对于这个问题的理解。我们这个案子它实际上是分娩者是代孕的一个女性，但是她的卵子是来自于妻子本人的，然后孩子生育之后也是由妻子来亲自抚养的，这个时候在离婚的时候确定孩子的母亲是谁，这个问题上，然后我们中院的法官是有这样一段表述给大家读一下：“根据分娩者为母的原则，在分娩母亲不认领的情况下，应认定抚养母亲为母亲。本案中代孕者为分娩母亲，但代孕者不明，无法认定分娩母亲要求认领子女，所以依据血缘关系认定妻子一方为代孕所生育孩子的母亲。”这样的一个认定，虽然结果也是我们想要的结果，但是根据这个表述，如果在实践当中遇到这样一种情况，就是能够找到分娩者，并且分娩者也愿意来认领这个孩子，那么按照这个观点，有可能就会认定为分娩者与代孕一方成为孩子的母亲，那么这样的话，实际上对于妻子一方的保护力度是很小的，就会一定程度上侵害到妻子一方的利益。

我们再来看第三个学说，子女最大利益说。这个理论主要是产生于联合国儿童权利公约第二条第一款的规定，关于儿童的一切行动均以儿童的最佳利益为首要考虑，我们的民法典也把儿童利益最大化原则列入法条里面，所以在我们的实践当中，不管是处理是代孕生的孩子，还是说婚内

生子，还是说非婚生子，抚养权的确定上，包括探望权的确定上，通常都会考虑子女利益最大化这样一个原则。



第三个内容，代孕协议的效力认定。这个基本上是没有任何争议的，在现行法律的前提下，我们的代孕协议就是无效的，因为在民法典里面和其他的法律法规里面都有规定，其中民法典第 1007 条就直接规定了，禁止买卖，人体器官、人体组织、人体细胞、人体、遗体，如果实施上述行为的话，买卖行为是无效的，其他很多法律里面也有这种规定。此外根据我国传统的伦理观，借腹生子就破坏了公序良俗。所以从这个角度来讲，签订的代孕协议也是无效的。我们实践当中在很多案例里面涉及到这个问题，基本上法院都会认定为协议无效。

我们再来看第四个问题，代孕子女亲子关系的认定。我们刚才讲了在司法实践当中会有三种学说，那么也有的是采用基因说的观点，认为是提供卵子的一方才是孩子的母亲，也有采用分娩说的观点，就是分娩者为母，但是现在大部分的案例当中还是综合考量儿童利益最大化的原则来确定代孕子女的监护权。在涉及到的一些争议的司法判决当中，是法官都会综合考量很多的因素，比如说抚养代孕子女的意愿，夫妻双方抚养教育子女的能力，家庭环境等来明确代孕子女直接抚养权的归属，尽量的还是要为代孕子女创造一个稳定舒适的环境。

看第五个问题，代孕子女拟制血亲关系的认定。关于拟制血亲我国法律现在是只规定了继父母子女关系和养父母子女关系两种，除了上述两种之外均不构成亲子关系，但是我们的实践当中现在出现很多案例，由法院扩大解释有抚养关系的继父母子女关系这一个条款，它的立法目的和立法的意图，拿来干什么？来确定养育父亲、养育母亲与代孕子女之间存在亲子关系？我们有很多案例是这样的，有大家比较熟悉的案例，我们一会也会讲一下，其目的是为了保护未成年的代孕子女的合法权益，促进整个家庭的和睦。

第二部分跟大家分享一下我们团队做的大数据的裁判分析，这个数据的统计是通过威科先行的网站输入代孕的关键词进行了搜索，后来又选定婚姻家庭和继承案由，一共检索到 86 份判决书，但是其中有 60 份判决书中仅出现代孕的字样，但是案情跟代孕是没有任何的关联的。在剩余的 27 份判决书中包含 4 个案件的二审判决，因为都是维持一审，所以有重复的内容，我们就把其中的重复内容去掉之后，最终筛选出来的有效判决书是 22 份。我们下面这个报告就是依据这 22 份判决书作为样本进行了分析。

首先看各省市案件的分布，这是一个简单的数量，不给大家读了，因为我觉得它没有太大的意义，因为很多代孕的案子都是在婚姻里面离婚纠纷里面，而现在涉及到离婚纠纷的很多判决书是不上网的，可能上传的数量就不是特别多，我们现在这 22 份里面，其中上海市最多的有 8 份，其他省份里面都不是特别多。

再来看判决书发布的年份，我们在做检索的时候并没有输入时间的一个界限，但是从搜索的判决时间来看，最早的是出现在 2012 年，然后

2015 年和 2019 年显示的数量是最多的，这两年加起来的总数就超过了 50%。

我们再来看所涉的案由，我们在做大数据检索之前，我们认为代孕可能是仅发生在抚养探望权纠纷当中，但其实检索出来的案由有很多，比如说案由一共涉及到 8 个，有被继承人债务清偿纠纷、抚养纠纷、同居关系、抚养纠纷、确认亲子关系纠纷、监护权纠纷、离婚纠纷和离婚后财产纠纷、探望权纠纷等都有，那么涉及到的案例我们认为还是挺广泛的。

我们再来看在这 22 份判决书当中，涉及到的代孕事件里面，代孕中的精子和卵子的来源情况。值得我们注意的是我们这 22 份判决书里面，所有的代孕事情里面，精子均来自于诉讼中的男方，男方可能是丈夫一方，也可能是同居当中的男方，所以说精子的来源是统一的，都是来自于男方，而卵子的来源就比较复杂了，其中来自供卵者的是 11 份，来自诉讼当中的女方是 7 份，还有信息缺失的是 4 份。

我们再来看一下子女生育者的情况，在 22 份判决书中子女生育情况分别是诉讼中的女方自行生育的，也就是说自行提供子宫进行生育的是 8 份，由第三方提供子宫生育当中是 10 份，有供卵者同时又生育的是 1 份，信息缺失的是 3 份。

我们再来看诉讼双方的关系，在这 22 份判决书当中，诉讼双方存在或者是曾经存在婚姻关系的是 10 份，双方为同居关系的是 7 份，其中既包括非法同居的，也包括不是非法同居的。那么双方为简单的代孕关系是 5 份，其中两份案由有被继承人债务清偿纠纷。监护权纠纷所生子女均系男方在婚内与他人代孕生育的。

我们来看一下代孕子女、数量及性别，我们都知道通过代孕生育子女其实是可以对数量和性别作出选择的。可能我们在没做检索之前，我们认为可能生男孩的比较多，或者是龙凤胎的比较多，但是这个结果显示男女比例还是差不多的，其中生育双胞胎是 4 份，龙凤胎是 2 份，另外 2 份是两个男孩，生育一个孩子是 18 例，其中男孩是 8 例，女孩是 6 例，还有 4 个案例是未记载子女性别的，也就是说在这些代孕的事件当中，一次代孕生一个孩子的还是占多数的。

我们再来看受孕方式，通常的代孕可能是通过试管婴儿的方式来受精，然后怀孕在这 22 份有效判决书中，通过自然受孕的是 5 份，通过试管婴儿生育的是 9 份，还有一例是通过针管注射的方式受孕的，另 7 个是信息缺失。在 5 份直接受孕的案例当中，其中有 3 例，法院是认定双方为同居关系的，有 1 例法院是认定是男方婚内与他人所生，另外 1 例是基于双方之间的代孕协议所生的，也就是说实践当中也会存在下单纯的代孕关系，也是通过自然受孕这种方式让代孕方怀孕，这种情况也有。

我们来看一下，那么子女抚养判决的情况是这样的，22 份判决书当中，其中有 13 份是判给男方抚养的，比例是非常高的，可能和所有的判例当中的精子都是来自于男方，是有关系的，也就是说男方都能证明是亲生父亲，所以在判决的时候可能更倾向于把这个孩子判给男方，我是觉得是这样的理解。孩子给女方抚养的只有 5 份，判给代孕母亲抚养的是只有 1 份，还有两份是信息缺失的，在男方抚养的 13 份当中，有 8 份案例中的卵子和代孕均是来自于案外人的，判给女方抚养的，5 份判例中有 1 份是之前就已经有法院判决由女方抚养，后来男方起诉变更未被支持，还有两份是基于双方协商一致的，由女方来抚养的，还有 1 份是基于孩子未满两周岁，所以给了女方抚养，另外还有 1 份是我们比较知名的全国首例代孕引发监护权纠纷案。那个案情大家应该都了解，后面的话再给大家分享。

第三部分跟大家分享一下代孕子女纠纷的案例，今天想跟大家讲 4 个案例，这 4 个案例前 2 个是我们在做大数据检索的时候，筛选出来的 2 个我认为是比较有代表性的案例，给大家讲一讲。

后面的两个是我们团队在近一两年代理的案子，我觉得也是有很多的法律点想跟大家分享一下。

首先看第一个案例，是一个侵犯生育选择权的案例。这个是在 22 份判决书当中比较有意思的一个案例。基本案情是男方和女方是同居关系，两个人之间是不存在婚姻关系的，双方也各自没有其他的配偶，是单纯的同居关系。女方是有原发性不孕，双方经协商一致之后，决定通过代孕的方式共同生育子女，于 2002 年由女方提供卵子，男方提供精子，然后体外受精的方式形成了多个胚胎。也就是说这些胚胎如果说通过代孕生育出来的孩子，实际上是男女双方的亲生子女，那么这些胚胎在保存之后，双方决定于 2002 年，然后通过第三人代孕的方式，然后先生有一个孩子，他们就找了一个专门的代孕母亲提供子宫，10 月怀胎生育了一个女儿。然后到 2003 年的时候，女方又把其中的一个胚胎植入到自己体内，自己怀孕，然后生育了一个女儿，也就是说他们在两年之内生了两个女儿，一个是通过第三方代孕，一个是通过女方自己生育。在生育了第二个女儿之后，2003 年 11 月份，双方就通过法院解除了同居关系，并且判决两个女儿由女方来抚养，男方支付抚养费。那么这个案子到这之后就告一段落，应该双方没有任何关系了，除了探望以及支付抚养费之外。但是有意思的转折发生在 2008 年，2008 年的时候，女方擅自使用在 2002 年双方保存了的多个胚胎，又找了专门的代孕的女性，将胚胎植入代孕女性的子宫内，又通过代孕女性生育了一个男孩，那么这个男孩出生之后，女方就将男方起诉到了法院，要求男方来抚养这个男孩。判决也很有意思，因为在诉讼当中，男方主张说女方生育这个男孩，代孕这个事件并没有告知给他，没有提前征求他的意见，也没有征求他的同意，所以这擅自使用胚胎去代孕生育孩子的行为，男方主张不承担任何抚养义务。那么法院是这样认定的，法院在审理之后认定女方擅自使用保存的胚胎去代孕生育孩子的行为，没有证据证明征求了男方的同意。所以说男方拥有不被强迫成为父亲的基本权利，女方的行为侵犯了男方的生育选择权，也违背了我国的计划生育政策和生育伦理的原则。所以在这种情况下，男方仅视为是一个单纯的捐精者，对出生的孩子既不享有任何权利，也不需要承担任何的责任，所以说生育的男孩要由女方来自己抚养，这是法院的一个判决书。判决就是女方的行为侵害了男方的生育选择权，这个案例我觉得还是挺有意思。

要跟大家分享的第二个案例是代孕方的探望权。我们知道在代孕这个事件当中是存在三方主体的，其中代孕一方也是非常重要的一个主体。在有的代孕当事件当中，代孕方可能是一方女性，也有可能是两方女性。如果说卵子和提供子宫的女性来自于两个人的话，那么在代孕这一方里面就会存在两个女性。如果说提供卵子和子宫的为同一个女性的话，那么在代孕方里面就只有一个女性。我们看这个案子，这个案子是夫妻双方因为身体的原因不能够自然去生育孩子，所以双方就决定找第三方女性来代孕。他们代孕的方式想要选择是自然受孕，那么经过男女双方就是夫妻双方的共同的努力和寻找，他们就找到了代孕方的女性，然后由男方和代孕方女性签订了一个代孕的合作协议。然后这个协议里面是这样约定的，双方基于自愿的原则，在自愿的基础上达成代孕的协议，女方完全自愿为男方以及男方的妻子进行代孕。代孕期间，女方每个月可以从男方领到 4000 元的工资，双方还约定了代孕的总补偿金是 30 万元，并且约定了代孕的怀孕方式为自然受孕。然后女方在孩子出生之后，必须要写一张放弃对孩子享有任何权利的声明。基于这个协议签订之后，双方就在做代孕的准备，协议签订之后一年半的时间，然后代孕的女性就顺利的生产了一个女儿，女儿出生之后就被抱给了男方，男方就把女儿抱回家和他的妻子来共同抚养。

在这期间代孕方的女性从来没有见过这个孩子，那么到了大概两年之后，代孕方女性她就要

求对这个孩子进行探望，要求行使她的探望权，所以她就起诉到法院。法院经过审理之后是这样认定的，首先认定他们之间签订的代孕协议违反公序良俗，是无效的。然后经过审理查明，两个人是通过 QQ 群认识的，然后认识的时候就明确是一种代孕的关系，因为代孕协议无效，这个行为是无效的，所以说孩子的抚养权，是男方以及他妻子所享有的，而且认定了男方为孩子的父亲，然后女方基于和男方共同生活，并且是夫妻关系，并且一起抚养了代孕所生的孩子，那么认定了妻子一方是孩子法律上的母亲，并且认为妻子和丈夫，也就是说男女双方在这期间一直很稳定的抚养孩子，已经给孩子创造了一个完整的家庭，这份稳定它是有利于孩子健康成长的，有必要排除外界的干扰，为孩子打造一个封闭的空间，不能够因为身份的关系给孩子的生活带来困扰，所以说就驳回了代孕方女性要求对孩子进行探望的权利。然后代孕方母亲提起了上诉，二审维持了一审的判决，也就是说我们刚才分析那几种学说，有的学说是支持分娩者为母的，那么在这个案例里面就没有认定这种学说，而是认定了代孕的委托方，同时也是实际抚养孩子的抚养母亲，为孩子法律上的母亲，这样我个人认为是更有利于对孩子的利益保护。

我们再来看第三个案例，这个案例是我们团队刚刚代理的一个案子，也是二审刚刚出判决，这个案子里面我个人认为出现的法律点还是挺多的，来跟大家分享一下这个案子的基本案情。男女双方是 2015 年结婚的，双方结婚之后连着三年的时间，女方就怀孕三次，但是很不幸。三次都流产了，所以女方后来被认定为是一个习惯性流产，但是具体流产的原因始终没有确定。其实这种情况女方的身体已经受到了很大的伤害，所以双方决定通过代孕的方式来生育孩子。双方也是通过相关的代孕中介机构找到了代孕方女性，由女性来代孕生育子女。双方在 2019 年的时候，夫妻双方各自提供了自己的精子和卵子，然后通过试管婴儿的方式，因为第三方代孕生育了一个龙凤胎，那么龙凤胎出生之后接着就做了一个亲子鉴定，确定夫妻双方是孩子的亲生父母，也就是说是他们学员上的父母，孩子出生之后也由夫妻双方来共同抚养。但是在 2020 年的时候，2020 年初双方的感情就出现了问题，当时孩子只有六七个月大，那么这个时候男方就提起了离婚诉讼，在法院提起了离婚诉讼，男方提起离婚诉讼，我们那个案子开庭的时候 2 个孩子只有 8 个月大。那么第一个法律问题就是在 2 个孩子只有 8 个月大的情况下，男方是否有权提出离婚，也就是适用是否适用民法典 1082 条的规定，女方在分娩后一年内，男方不得提出离婚这样一个规定，当时女方是提出了书面的异议，认为本案是适用 1082 条的规定的，是女方分娩后一年内男方不得提出离婚，但是这个异议被一审法官给否定了，法官的理由：孩子是代孕生育的，并没有经过妻子分娩这件事，所以不适用女方分娩后一年内男方不得起诉离婚这样一个规定。第二个问题，男方第一次起诉离婚是否能够认定感情破裂，或者说是否存在感情已经破裂的情形呢？经过一审法院的审理，他是这样认定的，他认为双方婚后未共同生育子女，而是通过代孕的方式生育的子女，所以认定双方婚后感情一般，这是一审判决书的一个表述，这是一个问题。第二个。在这个案例当中还存在男女双方在感情出现问题之后，因为双方发生了争执，女方就到外地去工作了一段时间，一审法院就认为女方未征得男方的同意就擅自出去工作，构成了感情破裂的过错方，在一审的判决书里面是直接认定女方对此具有过错的，是这样的一个认定，当然对此我们还是认为他不是很恰当的。

可能女方擅自出去工作这个事情有不妥的地方，但是毕竟她行使工作的权利是不能够被认定为是感情破裂的过错方的，二审法院在本院认为里面做了纠正。

首先二审在本院认为里面认定了双方婚后先后三次怀孕，女方先后三次怀孕都流产，并且双

方积极的去通过代孕生育自己的孩子，说明双方是在婚后建立起了一定的感情的，所以说二审法院纠正了一审法院说的婚后感情一般这个事情，认为双方建立起了一定的感情。那么对于女方去擅自出去工作这个事情，二审法院也调整了说法，不再是说构成婚姻感情破裂的过错方，而只是表述女方这个行为可能有不恰当的地方，可能会对感情造成一定影响，但是并没有认定她是感情破裂的过错方了。第三个问题就是男方第一次起诉是不是符合首次就判离的情形？一审判决时，我们当时代理女方是极力争取是不同意离婚的，我们觉得孩子还小，而且双方也没有原则性的矛盾，是可以通过冷静期或者通过感情的修复，然后来挽回婚姻的，但是法院没有采纳我们的观点，法院就直接判离了。他的理由我觉得也是比较简单。大家说的原话是即使本次判决不准双方离婚，原告也就是男方仍会第二次再次起诉，所以鉴于此，本院认为夫妻感情已彻底破裂，准予双方离婚，所以说这样一个案子就是没有原则性矛盾。男方第一次起诉，这就直接判离了。关于第三个问题，我们在二审的时候，二审法官也是重点问我们是否同意离婚，我们当时是跟当事人充分沟通之后，我们是同意离婚了，我们在一审的时候是不同意离婚的。法官的意思是说如果你们同意离婚了，我后面再处理孩子的问题。如果说不同意离婚的话，当时我们沟通我们的感觉应该是有可能会改判不准予离婚的，但是鉴于当事人可能对婚姻也不抱，所以我们二审就同意离婚了。那么第四个法律点就是两个孩子的抚养权归属的问题，既然判离了，这个案子里面又不涉及财产分割的问题，那么重点就是 2 个孩子都归谁抚养，当时只有 8 个月的 2 个孩子，一审法院是把两个孩子都判给了男方，他的理由是认定两子女系夫妻双方的婚生子女，但是因都是代孕所生，并非是女方生育的啊，所以不存在女方哺乳的问题。同时考虑女方收入比较低，所以把两个孩子全部判给了男方抚养。那么在二审的时候，法官重点就是问了两个问题，一个就是女方是否同意离婚了，我们就说同意离婚，那么法官问的第二个问题，双胞胎的这两个孩子是同卵还是异卵？当时这个问题我们也跟法官讲清楚，因为是龙凤胎，是异卵双胞胎。那么基于这个点，法院就在二审的时候改判两个孩子是双方各自抚养一个，女孩由女方来抚养，男孩是由男方来抚养。所以法官的观点就是综合考量孩子利益最大化以及男女双方的实际情况。但是法官也明确表态了，如果说是同卵的两个孩子的话，是不会把两个孩子分开的，就一定让他们共同成长的，有可能是把他都判给父亲，维持一审，也有可能会都判给母亲改判。但是鉴于两个孩子是异卵双胎的情况下，综合本案当中各种情况，那也是站在儿童利益最大化的原则上，就做出了是每个人抚养一个孩子的这样一个决定。而且二审的法官是在探望权上做了一个非常合理的安排，也能够充分的保证两个孩子是有共同生活的时间的。所以是这样一个案例，就是我们自己办的一个案子，虽然一审这个结果不满意，但是二审当事人对结果还是满意的。

我们再来看今天跟大家分享的最后一个案例，代孕子女名义母亲离婚时的权益保护，这是我们去年代理的一个案子。这个案子里面涉及到的问题也是我们第一次遇到的，案情是这样的，男方是有一段婚姻的，但是在婚姻里面他有一个女儿，但是男方可能是比较想要一个儿子，所以就跟他的前妻离婚了，离婚之后他就自己找了代孕的中介机构，找了一个代孕的女性，然后让女性给她代孕一个孩子，精子是他自己提供，然后有捐卵者提供卵子，然后又有专门的代孕方提供子宫。这个期间是他在和前妻离婚之后，单身期间做的事情。在代孕女性顺利成功的怀孕几个月之后，他认识了他现在的妻子，也就是这个案例当中的女方，然后两个人就很迅速的确定了恋爱关系，并且开始谈婚论嫁。因为男方存在代孕的孩子马上就出生这么一个事件，他于是就跟女方讲想尽快结婚，结婚之后，当代孕的孩子出生的时候，在

孩子的出生证明上就可以写上他现在妻子的名字，他现在的妻子作为孩子的法律上的母亲，当时热恋中的女方也是很理解男方，所以就答应他了。那两个人在孩子出生的前几天办理了结婚登记，结婚之后孩子出生的时候，在孩子的出生证明上，母亲一栏里面写的就是她现任妻子的名字。但是好景不长，两个人婚后只有一年多的时间，感情就出现了问题，男方就起诉要求离婚，而且是态度非常坚决。那么起诉之后，女方也曾经有过极力的挽回这样一个过程，第一次是不同意离婚，法院也没有判离。那么很快 6 个月之后，男方又第二次起诉离婚，在第二次起诉离婚里面，女方原则上是不同意判离的，但是调解时提出了两个条件。第一就是如果离婚的话，要男方必须负责变更户口登记的信息，把女方的户口里面孩子信息去掉，也就是说同时变更孩子户口本里面母亲一栏，女方的名字要去掉，也就是说女方不能够接受自己在短暂的婚姻里面，在自己的名下有这样一个孩子，毕竟这个孩子不是她生的，而且孩子生育之后，虽然他们是已经结婚了，但是实际上也是以男方抚养为主，由男方把孩子放在他的父母家抚养为主，女方是很少参与的，那么女方跟代孕所生的孩子也没有产生一个很好的感情，所以女方就提出条件，离婚可以，必须要把我户口本上这个孩子的信息去掉，同时还要变更孩子的出生证明，也就是把孩子出生证明里面母亲一栏她自己的名字也要去掉。女方提出来这两个要求，当时我们也是跟一审的法官沟通，法官的意见是很明确的，说这两个问题是不会在离婚案件中处理的，仅处理婚姻关系解除和这个孩子的抚养问题。当然抚养问题双方是没有争议的，女方不养，男方养，而且是男方不需要女方支付抚养费。但是女方说如果说不同时处理这两个问题，她在离婚之后也会寻求其他的途径，最终是要达到的目的就是把自己名下这个和自己没有任何关系的孩子，从法律上撇清所有的关系。

那么基于这个情况，当时在诉讼当中不处理，那么我们实际上是代理男方的，但是站在女方的角度，我们可能考虑她也有自己的救济途径。如果说婚姻关系解除了，那么女方实际上是可以提起一个否认亲子关系的诉讼，然后从诉讼里面通过亲子鉴定的方式来确认她跟男方的孩子没有任何关系。然后依据判决书去申请变更孩子的相关出生证明或者是户口信息等等，她也是可以做到的。我们把这个风险也跟男方去讲了，我说这是可能是女方的一个权利，如果她坚持的话，可能是可以达到这个目的的。那么男方就开始综合考量，他是觉得虽然说坚持要求离婚，但是他并不想让他孩子，毕竟是他的亲生的孩子，法律上没有母亲，如果说户口本或者是出生证明上母亲一栏是空缺的，那么对于孩子在整个人生当中的影响是非常大的。尤其是孩子上学之后，懂事之后，可能也会问他的妈妈是谁，这样的话男方想想很心疼孩子，是不能接受这个结果的，所以最后这个案子是在我们参与调解下，男方支出了一个比较大的经济成本，在离婚的时候几乎是放弃了所有的共同财产，额外的前提下，还给女方做了一些补偿，达成了一个一致，就是双方离婚，孩子归男方抚养，女方不用支付抚养费，也不进行探视，然后女方私下承诺，她不再主张变更户口本或者是出生证明，也就是说允许自己的名下有这样一个孩子，允许孩子的信息里面有她这样一个母亲，她同意继续做孩子法律上的母亲，这个案子最终就是这样调解结案了，我认为结果还是可以的，还是非常好的。作为女方来讲，我个人认为在整个事件当中她是做出一定的牺牲的，她也是完全有权利把自己的主张坚持到底的，但是也是综合考量，不管是出于是经济的目的，还是出于说孩子的利益考虑，最终答应了男方的调解意见，这个案子也算是皆大欢喜的一个结果，就是这样一个案例。

我今天想跟大家分享的 4 个案例就讲到这儿，还有一个案例是准备和大家讲的，我们上海的非

常著名的案例，但是我想大家都应该很清楚很了解了，我们前些年的时候也系统地学过，所以就不再占用太多的时间跟大家分享了，我今天要分享的大概内容就这些了，谢谢大家。

主持人陈贝贝

通过李律师刚刚的介绍，我们可以发现李律师其实在代孕实践层面是十分的有经验的，李律师刚刚给我们分享了代孕子女监护权的基本理论，还为我们分享了代孕生育子女抚养权的裁判数据分析，更为我们分享了 4 个典型的案例，当然其中也有李律师自己代理的案例，循着李律师给我们的理论基础的一些引入，还有一些典型的案例，我想我们广大的律师朋友们可以在李律师的引子下进行进一步的深入研究。

下面就是桂律师与谈，相信桂律师的大名大家都是有所听说的。之前有一个很有名的全国首例代孕的龙凤胎的监护案，桂律师亲自参与过的，桂律师是上海家与家律师事务所的创始合伙人，也是上海市律协婚姻家事委员会的副主任，上海市徐汇区律师界妇联执委，当然桂律师有很多光荣的头衔，咱们就不一一介绍了，桂律师在普法还有写书方面都非常的有造诣，如果有律师想在这方面有所发展的话，可以去找桂律师私下谈一谈。那么接下来就有请桂律师开始分享。

与谈嘉宾 桂芳芳律师

刚刚我也非常认真的听了我们李律师今天的分享，做了大数据分析之后会发现现实中判例当中的问题确实比我们想的还要更复杂，虽然我们也办了一些代孕的案件，但是因为李律师今天呈现了大数据之后的代孕的一些情形、可能涉及到的问题，我觉得我今天也是学习到了很多，我作为与谈人，首先非常感谢家事法苑的邀请，今天有这个机会来跟大家分享代孕的话题。

那么因为时间比较有限，而且确实在代孕方面它的实务问题很多，所以我今天就借着李律师刚才的分享讲一下，代孕当中衍生的两个跟抚养和监护有关的实务问题。我今天的分享主要是两个方面，第一个方面会有个案例的切入，应该算是前言，刚刚李律师其实也提到了全国首例的代孕龙凤胎案，我会把案例再给大家介绍一下，因为第二部分，名义上的母亲与代孕子女的关系的形成跟第一部分会有所关联。所以我重点其实讲两个法律问题，第一个是，名义上的母亲跟代孕子女的关系到底应该怎么去认定？第二个是，代孕关系当中的意定监护。我们今天的主题是抚养的问题，抚养当中更多的是三个人：名义上的母亲、怀胎 10 月的生母、卵子提供方这三个人，但是除了抚养问题之外，有的时候还涉及到一个监护的问题。

那么首先刚刚提到的全国首例代孕龙凤胎监护权案，它的确是我们谭芳律师代理的，我们也有参与一部分工作，那么这个案件到现在为止已经很多年过去了，但是其实这个案件还没有完全结束，我们还在处理这个继承案件以及延伸的其他的一个案件。案情其实特别简单，我们当事人是陈某，因为陈某的生育障碍，她跟她的先生罗某两个人婚内，委托了别人来代孕，那么他们就是刚才李律师讲到的其中一种情形，就是不仅卵子是他人的，而且子宫也是他人的，是有一个代孕的母亲，那么在孩子 5 岁的时候罗某去世，那么罗某的父母起诉陈某，也就是我们当事人，想获得两个孩子的监护权，那么在这个案子当中，当然监护权只是第一步了，因为后来会涉及到继承的问题，以及继承之后财产的一个贷款问题，还有公司的股权的问题，所以这是第一步，所以

这个案子结果大家都知道了，那么从这个案子当中，我想跟大家谈的其实是这个点，就是名义上的母亲和代孕子女的关系，他们到底应该怎么来认定？

在刚刚李律师的分享当中其实已经提到了，拟制血亲就只有两种收养和继父母子女关系，那么名义上的母亲和代孕子女的关系，他们其实也只能从这两点去讲。那么刚才那个案子当中在一审的时候代理女方的代理律师的思路是养父母子女关系，但收养关系我们都非常的清楚，它的成立是有条件的，所以由于没有办理收养手续，所以法院没有办法去认定收养关系的成立。所以当时在判决书当中法官的说理也特别明确，如果说在这种情况下默认他们构成社会关系，那么会给人一种感觉，就是我们本来应该是禁止代孕的，但是会变成了一种消极默认的关系，所以不能据此就认定他们之间的收养关系成立，所以在二审当中，我们当时主张的就是另外一种拟制血型关系，就是形成抚养关系的继父母子女关系。那么我认为这个案子当中，我们在代理的时候应该来说是有一点点开脑洞，继父母子女关系一般来讲它是指跟前婚所生，但是在这个案子当中他是婚内所生。由于我们提出了子女利益最大化的一个原则，也从两个角度去论证了我们跟孩子形成继父母子女关系的可能性。所以最终在判决当中法官是提到了两点，就是说形成抚养关系的继父母子女关系要看两个条件，第一是主观意愿，第二个是事实行为。那么事实行为，当然我们这 5 年一直是以父母亲的身份在养育他们，那么主观意愿来讲，在诉讼当中我们也非常明确的表示，我们希望把这个孩子视为自己的子女，那么希望跟他们建立等同于婚生子女的关系的一个父母子女关系。所以这两点来讲法院认定有这个条件，所以二审当中是以继父母子女关系的身份去判决了。所以在代孕当中，后来其实我们会看到有很多的案件都是以继父母子女关系来去认定名义母亲跟孩子之间的关系的。所以我觉得在这一点上来讲，虽然我们不是判例法国家，但是一定程度上来讲，首例这个案件给后面的相关的类似案件的判决提供了一定的参考。所以就回应一下刚才李律师讲到的拟制血亲关系的两种可能性。当然还有一个点呢，就是说我们很多继父母子女可能也会去办理收养关系，这就会让继父母子女之间的抚养关系的形成会更确定。有了养父母子女关系的身份，在后来很多的法律权利义务确定的时候会更简单一些，所以也有了更强烈的一个确定性。所以其实我们也有建议类似的当事人去办理收养关系。所以这是第二点关于名义母亲他的一个权益保护。李律师在他最后的部分其实也提到了这个案件，你母亲的权利保护跟我们这个案件有点不太一样，我顺便想提及一点，不太清楚李律师那个案件当中女性有没有去排除他的一个继承权？如果说根据原来的判决来看，其实是不管怎样，孩子跟母亲的法律上的关系是确定的，所以估计他还得写个遗嘱，所以从法律上来讲，它可能会有一个风险。

第二个点，我想谈我们今天没有太涉及到的一个意定监护的问题，为什么会谈这个？源于我们办过的其中两起案件。首先啊，我们来看一下代孕关系，它可能会分为几种，一种是传统代孕，比如说刚才李律师的案件当中，我们会看到更多的是夫妻婚内，当然也有同居期间，这是传统的夫妻双方或者男女双方来委托代孕，但是我们今天也会发现还会有一些特殊的情况，比如说同性恋者之间委托代孕，他们两个人在国内是明显不能缔结婚姻关系的，但不排除他们两个人共同生活在一起，也不排除他们想要拥有他们自己的孩子，所以他们可能就会选择通过代孕的方式来生育子女，在国外也有同性恋者共同生育子女的案例。

那么还有一种情况就是单身来委托代孕，抖音上有一个红人，他自己一个人没有配偶，没有稳定的异性关系，但是他想要有一个自己的孩子，他爸妈也同意，所以他就去国外找了一个 4 国混

血的代孕者，然后生了这么一个孩子，这个孩子特别可爱，当然从我国的法律规定来讲，它是违法的，但是确实有这种人他会有这种行为。那么基于新型代孕一和新型代孕二这两种情况，他们就会接着产生一个问题，就是当这个孩子他的妈妈不在的时候，他怎么办？其实李律师刚才那个案件当中，男性他也面临着这个问题，案例 4，那么如果说这个爸爸走了，那么这个孩子的监护权怎么办呢？因为这一类的孩子他要么只有爸爸，要么只有妈妈，当然更多的案子当中他可能是有妈妈的，所以我曾经办过一个这个案件，它不是一个诉讼案件，是一个非诉案件，我们的当事人是张女士，她跟王女士是情侣关系，他们两个人是同性恋关系，他们可能在国外是有缔结婚姻的，但是在国内是没有办法的，但是她们是同居在一起的。张女士是一个企业家，经济条件非常好，王女士相对弱一些，他们就通过委托代孕的方式生育了一对双胞胎，两个男孩，那么卵子是张女士的精子，是捐精者的，那么生下两个孩子，他们带回家自己抚养，相当于是一家四口。那么对于张女士来讲，她其实有一个担心，就是自己身体其实并不是特别好，年纪也并不是很轻，来找我们的时候可能也已经 50 岁了，孩子才几岁，那么她担心如果自己有什么情况，比如说她身故了，这个孩子的监护权人是谁？王女士虽然住在一起，显然不能在法律上成立任何的监护关系，而自己的爸爸妈妈也年纪很大了，而且她也不愿意由爸爸妈妈来抚养，所以她就考虑到孩子的监护问题，那么我们就帮他做了一个意定监护，因为我们民法典当中，早到之前的民法总则，就已经有意定监护的规定了。在现在来说，上海意定监护来讲，还是有非常多的案件的，包括我们都非常知名、非常了解到李辰阳老师，还有好几个公证处现在都可以做意定监护，所以当时我们帮她做的方式就是做了一个意定监护。当然我们意定监护的方式做的时候其实会受到一点点限制，所以我这边给到的是上海市公证协会的一个指导意见。本市公证机构办理涉意定监护类公证的指导意见，这里面其实对于意定监护的办理有一些限制条件，虽然法律对意定监护的办理没有任何的条件或者说比较宽泛。

你可以委托任何一个人来代为行使你的监护职责，在指导意见当中其实会有一些限制，比如说涉意定监护类公证第 7 条，具有完全民事行为能力的成年人，如果要通过意定监护协议来确定他自己丧失行为能力时，履行监护职责的监护人，那么这个人原则上是近亲属，如果没有近亲属或者没有监护能力，近亲属没有监护能力，那么这个监护人可以是其他人或者组织，但是，还要经这个人的住所地的居委或者村委或者民政部门来同意，所以有些公证处其实在办理的时候会比较谨慎，需要我们跟他一起去居委或者是村委找一个同意的证明，但这其实不太好操作，居委也不愿意出这个证明，所以我们现在其实有一个老年人的意定监护，现在卡在这儿，是因为公证要求居委的一个同意，所以我想说的就是在实践当中，公证机构基于各种风险的考量，会有一些限制条件，我们这个案件我们办理的不是生前的委托监护或生前的意定监护，它是通过遗嘱的方式来指定监护，所以我们做的是一个遗嘱监护，我理解遗嘱监护指的是把自己对孩子的监护职责，通过遗嘱的方式来指定其他人。所以在这个过程当中，公证机构的要求还没有像刚才的要求一样去提供其他的证明，但是也有一个条件，就是刚刚提到的，指定的监护权人跟孩子的关系，那么他们明显不是近亲属，那是什么关系？我们好在有一个关系。委托人她有设定一个信托，她在信托当中给她的孩子作为受益人设定了非常完善的一个受益条件，那么她的同性好友在信托当中有一个身份是监察人，所以在基于信托的架构，让委托人和受托人之间就形成了一种法律上的权利义务关系，相对形成了一种权利义务关系。所以也基于此，公证处后来选择帮我们办理了遗嘱监护，所

以我们就帮助王女士完成了她的孩子的一个监护权人的指定问题。

所以今天跟大家讲到的这两个点，第一个点应该都比较简单，只是想明确一下实务当中，现在我们也看到的案例中，可能有的是收养关系，有的是有一定抚养关系的基础，当然收养关系需要去办理收养手续，那么基于稳定关系、证据确定等考量，其实我比较建议他们如果想要形成比较稳定的关系，可以去办理收养，否则形成抚养关系与否，其实证明难度还是比较大的。那么另外一个点就是讲到了在这个过程当中，他们代孕所生的孩子，往往在新型代孕之下，可能他只有一个爸爸，或者只有一个妈妈，他可能不能拥有双亲，所以双亲过世之后的孩子的监护权问题也是越来越受到关注，那么我们因为办过一两起类似案件的遗嘱监护，所以借由今天的主题跟大家分享到这个点。好，我的今天的与谈的内容就差不多到这里结束，谢谢大家。

主持人陈贝贝

感谢桂律师的精彩的与谈，桂律师给我们讲到新型代孕关系当中的监护的问题，确实在特殊人群代孕生育子女当中，监护是一个非常突出的问题，生育了子女就肯定是要为他未成年之前的监护要做到保驾护航的。

那么接下来我们就有请北京天驰君泰律师事务所，也是我们家事法苑团队的邓雯芬律师，邓律师执业以来一直致力于复杂的婚姻家庭继承案件的办理，也亲自代理过涉及代孕的案件，在代孕这一个复杂的问题上，邓律师其实是有着非常丰富的理论和实践心得的，接下来我们就有请邓律师。

与谈嘉宾 邓雯芬律师

从现行的法律规定来看，父母子女之间亲子关系主要有如下几类：

第一种是基于自然血亲成立，血缘关系是决定性因素，《民法典》中所表述的“婚生子女与非婚生子女”；

第二种是养父母子女关系，这种亲子关系成立的决定性因素在于是否有办理合法的收养手续；

第三种继父母子女关系成立的决定性因素在于是否共同生活。是否形成具有法律意义上的继父母子女关系，除了结婚的事实外，共同生活或者是抚养行为起到了决定性的作用，如果没有共同生活的事实，继父母子女仅是一种姻亲关系，没有法定的权利义务关系。

我国《民法典》第 1073 条规定，“对亲子关系有异议且有正当理由的，父或者母可以向人民法院提起诉讼，请求确认或者否认亲子关系。对亲子关系有异议且有正当理由的，成年子女可以向人民法院提起诉讼，请求确认亲子关系。”

《最高院关于<民法典>婚姻家庭编解释（一）》第 40 条 婚姻关系存续期间，夫妻双方一致同意进行人工授精，所生子女应视为婚生子女，父母子女间的权利义务关系适用民法典的有关规定。

根据上述规定，可以将实施人类辅助生育技术生育的子女法律地位分为以下三种：

1. 精子与卵子来源于夫妻双方，只是采用科学技术辅助使之结合怀孕所生的。

2. 在婚姻关系存续期间，夫妻双方一致同意采用人工授孕技术怀孕，精子不是生育妇女丈夫提供的，尽管子女与生育母亲的丈夫无血缘联系，但该子女仍应认为生育妇女的丈夫的婚生子女，生育妇女的丈夫应视为该子女法律上的父亲。

3. 在婚姻关系存续期间，如果妻子未经丈夫同意，采用他人精子人工授精生育子女，所生子女与生育妇女丈夫无法律意义上的父子关系。

但现行的法律规定和相关司法解释，对于夫妻双方合意委托代孕生育子女的情况也是没有涉及，所以代孕所生育子女亲子关系的法律调整上仍存在空白。

一、实践中亲子关系的否认或确认之诉多建立在基于血缘关系认定的基础上，在代孕的语境下，亲子关系的否认或确认会存在争议。

依据《民法典》第 1073 条的规定，有资格提起确认或否认亲子关系之诉的主体主要是“父或母”。但在代孕语境下，父或母的指向，本身是不确定的。

《民法典》第 1073 条只是对亲子关系确定和否认的相关规则，这个条文核心是以真实的血缘关系为基础来判定是否存在亲子关系。但是在代孕语境下，以血缘关系决定人类辅助生殖技术生育子女的抚养监护权不符合法制精神，也违背人工生育子女的初衷和意愿法律上认可的“母亲”到底以委托代孕的意愿、妊娠分娩还是基因血缘来确定法律上的母亲，首先就存在疑问。父子关系如何确定也存在同样的问题，婚生推定子女的父亲为分娩者的配偶，还是当然以血缘来确定父亲，并不能一概而论。由于缺乏亲子关系确定规则的相关具体内容和制度，亲子关系这一基础尚且难以确定，是否有法律上认可的父亲或者母亲的资格就是需要选择和确定的前提问题。

实践中确认亲子关系大多是需要起诉到法院，通过法院委托进行亲子鉴定方可能确认亲子关系，请求确认或者否认亲子关系之诉，是应当提供亲子鉴定报告等血缘关系存在的证据。在代孕中，捐卵、捐精匿名的情况比比皆是，如何证明自己是这孩子的父母？出生医学证明等文件是否具备基础材料的要求？还是必须有一份有血缘关系的亲子鉴定报告？如果代孕时签署的放弃对孩子监护权利的协议是否有效等等均存在争议。当前的法律及司法解释内容以及实务中更多的是考虑血缘为前提，但是代孕的情况下就需要综合考虑多方面因素，判定是否存在法律上的亲子关系。儿童利益最大化、委托代孕的生育子女的意愿父母以及实际抚养孩子的父母又如何自处？如果已经形成了稳定的生活和教育环境，是否还单纯的以血缘亲子鉴定结果来判定亲子关系？目前司法实践认定亲子关系的标准仍较为单一，代孕所生育子女亲子关系认定尚未有明确的规定，存在很多令人困惑的问题。

当代孕作为一种客观现象已然存在，无论基于何种方式出生，对代孕引发的亲子关系确认问题均应当予以明确。亲子关系的类型及判定规则尚没有明确的内容，还有待进一步细化或者司法解释进行完善。

二、代孕生育子女行为的合法性判断及其对抚养权的影响

对于代孕行为法律判断对亲子关系的认定和抚养权的影响我个人认为代孕子女合法与否对确认抚养监护权不应生影响。虽然在当前的司法实践中，可以检索到相关的案例或者部分持保守观点者认为，认为代孕当前非法，不应基于代孕而获得孩子的抚养权，以免造成鼓励代孕的司法裁判导向。但生育与子女监护抚养是两个不同性质的法律关系。生育是否违法与决定子女抚养监护权没有直接关系，如果以人工代孕生育违法而否定原告具有监护抚养权，其理由明显不能成立。即使认为人工代孕生育行为违法，但对于已经出

生的代孕子女，无论由谁抚养监护都不能阻却其违法性质，对于已出生的子女，不能因为出生方式特殊而被区别对待。即无论以何种方式出生的子女，其权利均应当受到平等的保护。

三、离婚纠纷涉代孕子女抚养权归属的司法考量因素

结合代孕生育子女及抚养实践的情况，相较于现有的普通类型亲子关系的抚养权归属的相关考量因素，在离婚纠纷案中处理涉代孕子女抚养权归属时应当考虑以下几个方面：

1、委托代孕夫妻双方的生育意愿。

精子、卵子提供者，除非系意愿生育的男方或女方，一般不希望自己提供的生殖细胞带来父或母的亲权责任，仅限于提供人工生育所需的精子或者卵子，帮助意愿父母生育子女。代孕母亲在接受代孕之初，很多是商业代孕，也有一些签署放弃一切监护权利、亲权的协议，来表明代孕的母亲并不具有生育子女的意愿。但实践中，生育子女后因为孕育子女的过程可能激发代孕者的母爱，萌发生育孩子的意愿，以及与孩子相处后，亲情难以割舍，要求与委托母亲争夺孩子抚养权的例子也是经常见诸报端。在代孕的情况下，参与生育子女的各方主体的意愿实际影响着代孕所生子女的生和育，目前传统亲子关系确认规则中未考量这些意愿。

2、因生育意愿而发生的抚养事实应纳入考量

亲子关系分为生物学意义和社会性的亲子关系，在亲子关系中血缘联系只是其中的一部分，亲子关系的建立和维系更多的是子女出生后、共同生活过程中培养出来的父母子女亲情，孩子的成长，后天的教育相较于出生孕育，影响更大，委托代孕当父母是否实际承担作为父母的责任，在实践中处理亲子关系问题时非常重要。

3、代孕中各个主体对未成年人的监护和抚养能力考量

4、未成年人利益最大化原则在实践中的贯彻及执行

未成年人最大化原则是人民法院在处理涉亲子关系案件所应当遵循的基本原则，除了追求真实的血缘关系以外，亲子关系的安定，婚姻家庭的和谐稳定对未成年人健康的影响都是应当考虑的因素。对于亲子关系的稳定性考量，比如是否已经以父母子女关系相待，形成稳定的父母子女关系。如果法律上予以否定会造成未成年人认知的混乱及心理上的伤害。

5、生育父母对孩子的实际抚养和共同生活情况，是否实际抚养孩子，以父母子女身份相待，持续稳定共同生活。

至于实际相处具体多久司法实践中没有具体的量化标准，法院综合考虑各方面因素认定存在法律上的父母子女关系。对于事实抚养关系的认定。司法实践主要从五个方面展开，包括继父母是否为继子女给付了经济上的抚养支出、是否存在共同生活的事实、继父母对继子女的抚养是否在时间上满足了持续性的要求、继父母在主观上是否具有抚养继子女的意愿、继子女是否已经成年等。

6、夫妻双方生育能力情况也是法院考虑孩子抚养权归属的因素之一，虽然与儿童利益为中心的立法主旨相违背。

7、婚姻家事案件的社会导向作用，也是司法裁判导必须要考虑的：不会造成对于买卖卵子以及代孕行为肯定的结果，是否会形成代孕合法化的裁判价值导向或者结果？在当前法律环境下，禁止代孕依然是大的方向和趋势，所以司法的保守性和导引性在此也需要有充分的考虑和体现。

因此，坚持禁止代孕的政策并不影响对代孕所生子女予以同等保护。代孕所生子女亲子关系的确认，理念上，追求血缘真实应让位于维护和谐稳定家庭关系、实现未成年人利益最大的价值追求。

主持人陈贝贝

感谢邓律师，接下来让我们有家事法苑团队的段凤丽律师，段律师是我们家事法苑团队的主管，她是北京天驰君泰律师事务所的合伙人。段律师一直致力于未成年人保护事业的。当然了，代孕所生子女抚养权问题肯定是跟未成年人保护事业是息息相关的，那么接下来就让段律师为我们带来她的最终点评。

点评嘉宾 段凤丽律师

感谢主讲嘉宾李卉律师及两位与谈嘉宾桂芳芳律师和邓雯芬律师的分享。李卉律师从自己代理案件及案例大数据检索的真实情况出发进行了分享，内容非常翔实；两位与谈嘉宾也均有代理或参与的真实案例作为支撑，很有说服力。我谈不上点评，结合大家的发言，谈一下关于代孕问题的几点粗浅的看法。

某女星跨境代孕、疑似弃养的事件将代孕问题，包括代孕可能引发的伦理道德危机暴露无遗，引爆网络。随着越来越多的黑幕曝光，我们发现，随着资本与科技的发展，代孕，已经在人类社会中盘根错节、野蛮生长。

与此同时，“代孕是否应该合法化”这一问题也成为焦点。支持者认为代孕为不能生育但想当父母的人提供了一种“完美”的解决办法，是人性化的体现；反对者则普遍认为“代孕合法化”是对伦理道德的践踏，会引发大量的社会问题。

关于代孕代孕合法化问题，从世界范围来看，不孕不育、中年失独、人口老龄化、同性婚姻及同性恋催生了现实中大量的代孕。世界各国对代孕的法律监管概括为五种情况：1.完全合法（不论有偿无偿）2.无法律监管；3.仅限无偿代孕合法。4.仅限两代以内血亲代孕（如母亲为女儿代孕）；5.禁止代孕。

在我国现行法律框架下，代孕不被法律所认可，通常被称为“非法代孕”。目前国内与代孕相关的法律法规有两个，明确规定“医疗机构和医务人员不得实施任何形式的代孕技术”。即禁止的主体是医疗机构和医务人员，并不是代孕技术本身。而我国对于海外代孕则采取默许的态度。

关于代孕所生子女的亲子关系确立问题，主要存在两大困境，即血缘、怀胎、养育产生分离，各介入主体的生育意愿不再无意义。在此基础上，段律师提出了儿童利益最大化原则下，在坚持“分娩者为母”的传统规则下，适当考虑已经形成的事实抚养状况，设置分娩母亲的失权期限，并严格限制意愿父母的亲子关系否认权，由社会对意愿父母的监护行为实施监督。

附：本期家事法实务沙龙海报

家事法实务沙龙2021年第2期
（总第66期）

《代孕子女抚养权纠纷裁判分析》

时间：2021年6月18日（周五）20:00-22:00
方式：线上直播小鹅通
提纲
1、代孕子女监护权基本理论
2、代孕生育子女抚养权纠纷裁判数据分析
3、代孕子女纠纷案例分析

主讲嘉宾

李卉

婚姻家事法领域专业律师
国浩律师（济南）事务所高级合伙人
山东省律师协会家事法律业务委员会副主任
济南市律师协会家事与私人财富管理业务委员会主任

与谈嘉宾

桂芳芳

上海家与家律师事务所创始合伙人。任上海市律协婚姻家事委员会副主任、徐汇区律师界妇联执委等。

参与全国律协《民法典》婚姻家庭编及继承编立法建议并提立法建议稿，作为编委成员参与《中华人民共和国民法典之继承编评注》一书编写。2017年，被评为上海市律师协会七五普法讲师团优秀讲师；2020年，被评为女律师联谊会《民法典》普法讲师团优秀讲师。著有《十大法律协议范本指南》《法商论财富——家庭财富保护与传承》等4本普法书籍。

邓雯芬

北京天驰君泰律师事务所律师，家事法苑团队成员。

专注于婚姻家庭继承法领域，经办各类婚姻家事继承案件及涉外婚姻家庭继承案件，致力于复杂家事争议的非诉解决及家庭财富规划等领域。

中国法学会婚姻家庭法学研究会会员、北京市法学会妇女法学研究会理事、北京市婚姻家庭研究会会员、北京市朝阳区律师协会女律师工作委员副秘书长。

点评嘉宾

段凤丽

北京天驰君泰律师事务所合伙人，中华全国律师协会未成年人保护专业委员会副秘书长，北京市律师协会教育与未成年人法律专业委员会副主任，北京市法学会妇女法学研究会理事，中国法学会婚姻家庭法学研究会会员，北京市婚姻家庭研究会会员，北京理工大学法学院校外导师。

主持人：陈贝贝
家事法苑™团队成员
北京天驰君泰律师事务所律师

扫码观看直播
直播后2小时扫码回看

附件一

“家事法苑”家事法实务交流系列微信群群规则

（2019 年 2 月修订版）

“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 12 个群：家事法苑实务交流微信群（A-I 群）、继承法苑实务交流群（A-B 群）、涉外家事法苑实务交流群；此外，还有法律人电影.音乐休闲主题微信群（1-3 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、陈贝贝；王志锋、徐文丽、杨竹一、李琳、李炜、辜其坤、严健、万薇。

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，但与家事主题相关及交叉领域的除外。

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。

请拟申请加入“家事法苑实务交流微信群”者可先添加群主

杨晓林律师（微信号：Y13522380366）

或以下任一群管理员个人好友：

段凤丽律师（微信号：D13552693593）

邓雯芬律师（微信号：13167578960）

陈贝贝助理（微信号：18817836410）

申请信息务必请注明：“城市+单位简称+真实姓名，申请加入家事法苑实务\继承\涉外\法律人电影.音乐群”；

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-I 群），管理员每天统一分享资讯，群友只加一群即可，不必重复加群。

4、实名交流

本群实行实名（真实身份）交流制！

群友入群后应马上按要求修改群昵称，点击群界面右上角三个点标志，向上划动屏幕，出现“我在本群的昵称”点击即可修改：

1.律师署名方式：省份+城市+姓名+律师，如：北京***律师、山东淄博***律师，群昵称中不得显示电话、律所名称、字号、具体部门职务、业务方向及其它带有商业营销色彩文字。

2.公证员署名方式：省份+城市+姓名+公证员，如：上海公证员李**；

3.学者署名方式：学校简称+姓名，如：北大王**，广西师大李**；

4.学生署名方式：学校简称+身份+姓名，如：中科大博士生张**，吉大硕士生李**，北大本科生丁**；

5.法官、检察官署名方式：省份+真实姓氏+法官或检察官的方式，如北京李法官、黑龙江王检察官；

6.民政部门、妇联、媒体等其他界别群友参考前列署名方式，省份+城市+职业+姓名，如：北京妇联***，上海公司法务***，人民日报***。

群友不能接受实名规则的免入，入群后应当立即按照要求修改群昵称，经过群管理员三次提醒仍不配合的，管理员有权将其移除出群。

5、尊重群友

尊重群友，未经事先允许、不得随意添加其他群友为个人好友。

严禁违反群友意愿，发送广告等商业信息、擅拉群友加入其他主题群等不良行为，一经举报，立即移除出群。

6、温馨免打扰提示

如群消息过多，影响本人工作、学习及休息，可在手机右上角，点开群设置界面开启“消息免打扰”，定期浏览群信息、参与互动即可。

7、友善发言及禁忌

本群群友来自于法律职业共同体各界别，大家非常难得聚在一起，特别要注意自身形象，互相尊重；

群内严禁闲聊，只研讨专业问题。发言交流要注意顾及他人感受，就事论事，不要有任何人身攻击、贬低他人人格或针对其他群体的偏激言行。

严禁转发或发布招聘、推销、心灵鸡汤、拉票、优惠券信息；严禁转发涉及政治性的资讯；严禁转发律师个人及律所营销的帖子；与本群专业领域不相关的公、检、法等机关、机构及组织的纯官宣资讯同样不宜转发本群。

本群除农历大年三十、大年初一、大年初二；农历八月十五（中秋节）；公历 12 月 31 日及 1 月 1 日外，不允许在群内发红包。

8、分享注意事项

本群鼓励群友分享与本群第二条主题及范围相关的各种审判动态、典型判例及最新法律法规及地方法院审判意见等，尤其鼓励群友分享自己原创的相关实务研究文章，包括分享自己个人网站、博客、微信公号上的文章。故本群禁止任何形式的营销行为，群友分享的文章页面上尽可能不要附有过于明显带有营销色彩的个人照片、宣传文字及过于详细的名片式联系方式。

本群谢绝分享过于简单的普法、相关问题说明性的“软文”及单纯诉讼技巧类的文章。

群内严禁功利性地推送微信个人名片及公众号名片；微网站名片及链接；个人网站链接、博客链接，严禁将相关专业资讯贴到自己的个人网站、博客或公众号上再推荐链接到微信群这样以提高点击率、博粉为目的商业推广做法。【注：“家事法苑”公众号（微信号：famlaw）已做到了去商业化，可参考】

9、交流方式建议

鼓励、提倡群友开展与群主题密切相关的理论与实务的互动交流。

本群交流问题，可由个案切入，但禁止单纯的个案办理咨询，应先概括基本事实，从中提取有理论及实务研讨价值的一个或几个问题集中深入交流，最后以旗帜鲜明的问题进行讨论。

本群交流问题的方式建议为：应先主动查找必要资料，一次性把基本案情、事实叙述清楚（不要再让群友追问事实）并注明自己的初步看法，能附上相关法律法规法条及司法解释等依据为宜，抛砖引玉，希望听取群友的意见和建议。

群友在解答问题时，也应先思考，较系统阐述自己对此问题的看法及观点，不要采用漫无边际地三言两语聊天式交流，以免造成刷屏、影响群友。

群友可在群内畅所欲言，严禁群友不管基于任何目的、未经发言群友同意、擅自截屏在群外分享、使用，如有违反，一经发现，管理员有权清理出群。

10、尊重智力劳动成果

尊重智力劳动成果，群内分享资讯仅供群友学术及实务探讨、交流及研究使用。

资讯搜索、编辑、整理需日复一日，耗费相当时间与精力。正常情况下，我团队每天收集、分享、推送的资讯信息，月底汇编起来就是每月的“家事法苑”婚姻家事法律资讯简报（下载：http://www.famlaw.cn/download.aspx）

群友不宜经常性地或整体性取材本群资讯信息，上传到网络(个人网站、博客、公号等自媒体)、转到自己或其他的微信群、QQ 群，或为其他非研究用途使用。

规范使用本群资讯，应注明资讯来源于家事法苑实务交流微信群。

11、违规及处理

群友应自觉遵守本群规则并接受群主及管理员的善意提醒及劝告；

对于违反群规则的行为，群主或管理员有权、有义务即时制止。

群友违反群规则经提醒三次，不回应、不接受，管理员可直接移除本群；

群友间应友善相处，如发生争议，应保持克制，务必不要与其他群友或管理员争执、造成刷屏，影响其他群友。建议发生争议时，建议群友及时向群主或管理员反映，由群主或管理员给出处理意见。

良好的群的氛围，需要大家共同维护、共同呵护！

希望大家共同努力，共建阳光下专业领域内律师、法官、检察官、学者、公证员、房管、民政、妇联等政府公务人员、法务工作者及其他法律从业者、学生、媒体等法律职业共同体的探讨交流的和谐平台！

“家事法苑”微信群管理员团队

2019 年 2 月 1 日

附件二

“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、李琳、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）建仓所所徐文丽律师、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