

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”律师团队编辑,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。

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!

简报获取途径:“家事法苑”家事律师网 <http://www.famlaw.cn> 首页“资料下载”!

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

2013年总第18期

编辑时间:20131130

本期主题:中国法学会婚姻法学研究会2013年年会专题

“家事法苑”家事法实务沙龙2013年第18期(总第30期)预告

主题:“德国婚姻家庭法、继承法相关理论与实务”

时间:12月上中旬某工作日晚上20:00--22:00

交流方式:通过“家事法苑”家事法主题QQ群(群号:171337785)“群视频”及文字,同步交流!

发起人(群友):湖南师范大学法学院王葆蒨副教授、武汉大学国际私法学博士

主会场地点:德国美因茨大学法学院 michael zimmer 博士办公室

交流嘉宾:德国美因茨大学法学院 michael zimmer 博士、兼职律师,研究方向:家庭法和继承法

王葆蒨副教授利用在德国访学即将归国之际,再次邀请德国婚姻家庭法、继承法的学者、律师解答德国婚姻家庭法、继承法相关问题,即时在线互动、交流!



此次沙龙将在上次沙龙交流基础上,吸取上次经验教训、进一步完善,将设置几大板块,分为夫妻财产制度、家庭暴力、分居制度、申请承认国外离婚判决、家事诉讼程序、继承法等相关问题,欢迎各界朋友,学者、律师、法官积极申报,担任板块版主,协调交流,每个版块15分钟。希望大家集思广益,协助王教授及“家事法苑”团队将这次沙龙办好!

王教授和 zimmer 博士建议我们先确定一些议题,把大家的问题先收集一下,这样一来他可以事先作一些准备,二来讨论相对集中一些。讨论的时候王教授先把他的意见翻译过来,然后大家可以根据他的回答进行追问。

现征集大家感兴趣的问题,机会难得,请感兴趣的朋友尽早将问题报给本QQ群管理员“家事法苑段凤丽”,以便王教授提前做好准备!

主持嘉宾介绍:

湖南师范大学王葆蒨副教授王葆蒨,男,1978年出生,武汉大学法学博士,德国海德堡大学法学硕士(LLM),湖南师范大学法学院副教授,硕士生导师,中国国际私法学会理事,湖南芙蓉律师事务所律师。

主要研究方向:民法总论、家庭法、国际私法、国际民事诉讼法。已出版专著一部《国际私法中的先决问题研究》,译著一部《德国家庭法》,在德国、英国、中国大陆和台湾地区的学术刊物上发表论文多篇。正在德国访学的王葆蒨副教授将邀请德国的学者远程接受我们群友的提问,机会难得!

联系人:“家事法苑”团队段凤丽律师,电话:13552693593,010-84991188,邮箱:duanfenglilawyer@163.com
欢迎感兴趣的朋友积极搜集资料、撰写文章申报沙龙主题发言,参与交流。

本沙龙为纯民间、公益业务研讨与学术交流,所有参与嘉宾及群友均没有任何报酬。

家事无小事,清官难断家务事,家和万事兴。共同关注,共同学习,共同进步,共同努力!

“家事法苑”律师团队奉献

目 录

图文报道

中国法学会婚姻法学研究会 2013 年年会在中南财经政法大学隆重召开

发布时间：2013 年 11 月 12 日 中国私法网

http://private11.bjx23.host.35.com/Web_P/N_Show/?PID=9126

中国法学会婚姻法学研究会 2013 年年会家庭暴力专题研讨

发布时间：2013 年 11 月 22 日 中国私法网

原始链接：http://private11.bjx23.host.35.com/Web_P/N_Show/?PID=9133

中国法学会婚姻法学研究会 2013 年年会监护制度专题研讨

发布时间：2013 年 11 月 16 日 中国私法网

http://private11.bjx23.host.35.com/Web_P/N_Show/?PID=9127

中国法学会婚姻法学研究会 2013 年年会 夫妻财产制度研讨

发布时间：2013 年 11 月 30 日 中国私法网

原始链接：http://private11.bjx23.host.35.com/Web_P/N_Show/?PID=9134

中国法学会婚姻法学研究会 2013 年年会青年论坛及闭幕式

发布时间：2013 年 11 月 30 日 中国私法网

原始链接：http://private11.bjx23.host.35.com/Web_P/N_Show/?PID=9135

大会简报（速录）

中国法学会婚姻法学研究会 2013 年年会简报第一期 开幕式

发布时间：2013 年 11 月 23 日 中国私法网

原始链接：http://private11.bjx23.host.35.com/Web_P/N_Show/?News_CPI=27&PID=9141

主持人：中国法学会婚姻法学研究会常务副会长龙翼飞教授

致辞嘉宾：林中梁（中国法学会党组成员、秘书长）、刘茂林（中南财经政法大学副校长）

巫昌桢（中国法学会婚姻法学研究会名誉会长）、夏吟兰（中国法学会婚姻法学研究会会长）

中国法学会婚姻法学研究会 2013 年年会简报第二期 监护制度专题研讨

发布时间：2013 年 11 月 25 日 中国私法网

原始链接：http://private11.bjx23.host.35.com/Web_P/N_Show/?News_CPI=27&PID=9147

主持人：中国法学会婚姻法学研究会副会长、黑龙江大学法学院王歌雅教授

发言人：蒋月（厦门大学法学院）、李霞（山东大学法学院）、熊金才（汕头大学法学院）、吴国平（福建江夏学院）、刘淑芬（贵州大学法学院）

评议人：陈苇（中国法学会婚姻法学研究会副会长）、王丽萍（山东大学法学院）

中国法学会婚姻法学研究会 2013 年年会简报第三期 家庭暴力专题研讨

发布时间：2013 年 11 月 26 日 中国私法网

原始链接：http://private11.bjx23.host.35.com/Web_P/N_Show/?News_CPI=27&PID=9164

主持人：中华女子学院常务副书记李明舜

发言人：薛宁兰（中国法学会婚姻法学研究会副会长）、李春斌（西藏民族学院法学院）、何志权（香港律师）

评议人：张学军（中国法学会婚姻法学研究会副会长、浙江工商大学法学院）、李秀华（扬州大学法学院）

中国法学会婚姻法学研究会 2013 年年会简报第四期 夫妻财产制度研讨

发布时间：2013 年 11 月 30 日 中国私法网

原始链接：http://private11.bjx23.host.35.com/Web_P/N_Show/?PID=9181

主持人：中国法学会婚姻法学研究会副会长、江西省高级人民法院郭兵副院长

发言人：夏正芳（江苏省高级人民法院）、杨晋玲（云南大学法学院）、裴桦（大连海事大学法学院）、李洪祥（吉林大学法学院）、何丽新（厦门大学法学院）、吴晓芳（最高人民法院）

评议人：马忆南（中国法学会婚姻法学研究会副会长）、许莉（华东政法大学法学院）

中国法学会婚姻法学研究会 2013 年年会简报第五期 青年论坛暨闭幕式

发布时间：2013 年 11 月 30 日 中国私法网

原始链接：http://private11.bjx23.host.35.com/Web_P/N_Show/?PID=9194

主持人：中国法学会婚姻法学研究会常务副会长、全国人大常委会法工委民法室副主任扈纪华教授

发言人：吴卫义（北京大成（上海）律师事务所）、郝佳（西北政法大学）、曹贤信（赣南师范学院）、邓丽（中国社会科学院法学所助理研究员）、李平（江西省高级人民法院民一庭助理审判员）、周洪生（江苏省徐州贾汪法院副院长）

特别声明

简报获取：“家事法苑”家事律师网 <http://www.famlaw.cn> 首页“资料下载”！

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。

家事律师网™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。

欢迎您加入“家事法苑”家事法主题沙龙QQ群（群号：171337785）——即时分享最新中国婚姻家庭法制信息动态，真诚欢迎对婚姻家庭法感兴趣的律师、法官、学者、在校学生、媒体、妇联及其他朋友加入，共建专业领域内交流正常、正当交流的和谐平台！

编辑：“家事法苑”律师团队

顾问：郝惠珍 主编：杨晓林

执行主编：段凤丽 编委会成员：刘强

家事法苑™家事律师网 <http://www.famlaw.cn>

“家事法苑”（群号：826090）新浪微群：<http://q.weibo.com/826090>

家事法苑™新浪微博：<http://weibo.com/jiashifayuan>

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

“段凤丽家事律师”的新浪微博：<http://weibo.com/2020842715>

简报订阅、意见反馈邮箱：xiaolinlvshi@vip.sina.com

致谢：本期简报资料全部来自“中国私法网”

中国私法网 <http://privatel1.bjsx23.host.35.com/>

中国私法网是国家重点学科中南财经政法大学民商法学科创建的专业性学术网站。本站以普及法律知识，拓宽学生视野，加强教师合作，增进学者交流，促进国家法制为自己的根本目标。

网站起名为中国私法网寓意颇深。早在古罗马时期就有公私法之别。私法主要是涉及平等主体间的财产关系和人身关系的法律。我国自从改革开放以来，市场经济体系不断完善，人民法制观念不断增强，国家法治目标逐渐确立，这一切都呼求中国能有一个比较完整的私法立法体系，有一个比较完善的私法运行环境，并借此来规制市场经济的运行。而这一切又要求我们能有一个比较浓厚的私法研究氛围。然而理想与现实的差距让我们意识到，尽管我们以前付出了艰辛的劳动，但是这些劳动还不够。我们还需要一个能更好宣传私法，能更广泛交流的平台。正是这种需求使我们产生了利用网络优势，创建一个专业的研究性网站的想法，而且这个网站要以私法这个与人们日常生活关系最为密切的法律为研究对象，并且要适当涵盖其他的一些法律研究领域。我们将这个想法付诸行动，于是就产生了今天大家可以见到的中国私法网。也是由于这些原因我们起了中国私法网这个名字。

网站的全部管理维护人员均来自中南财经政法大学法学院和知识产权中心。其中有学富五车的老师，也有热情似火的同学，为了一个共同的目标大家走到了一起，希望利用网站这个平台与外界有更多的交流，为社会作出更多的贡献。

愿我们的网站象东升的旭日，不断的进步。



“家事法苑”律师团队奉献

正文

中国法学会婚姻法学研究会 2013 年年会在中南财经政法大学隆重召开

发布时间：2013 年 11 月 12 日 中国私法网

http://privatel1.bjsx23.host.35.com/Web_P/N_Show/?PID=9126

2013 年 11 月 9 日，中国法学会婚姻法学研究会 2013 年年会在中南财经政法大学南湖校区召开。本次年会由中国法学会婚姻法学研究会主办，中南财经政法大学、湖北省法学会和湖北警官学院承办，来自全国各高校及各研究机构的专家学者和来自实务部门的法官律师参加了本次年会，与会代表共 180 余人。本次年会的研讨议题贯穿婚姻法学研究和法律实践两个方面，主要围绕“监护制度专题”、“家庭暴力专题”以及“夫妻财产制度专题”三个问题进行交流和研讨。



（中国法学会婚姻法学研究会 2013 年年会）
上午 8 时 30 分，会议开幕式正式开始。开幕式由中国法学会婚姻法学研究会常务副会长龙翼飞教授主持。中国法学会党组成员、秘书长林中梁教授致开幕词。林教授对各位领导和代表的到来表示热烈的欢迎和感谢，并对广大与会代表提出了四点要求和意见。接下来由中南财经政法大学副校长刘茂林教授致辞，刘教授简要介绍了中南财经政法大学的 历史发展状况，从宪法角度对与会代表提出了几点建议，并衷心预祝会议取得圆满成功。随后中国法学会婚姻法学研究会名誉会长巫昌桢教授在致辞中指出了今后婚姻法学会的工作和努力方向。最后，中国法学会婚姻法学研究会会长夏吟兰教授围绕婚姻法学研究、立法参与和社会服务三个主题向大会作了过去一年的工作报告。



（中国法学会婚姻法学研究会常务副会长龙翼飞教授主持）



（中国法学会党组成员、秘书长林中梁教授致辞）



（中南财经政法大学副校长刘茂林教授致辞）



（中国法学会婚姻法学研究会名誉会长巫昌桢教授致辞）



(中国法学会婚姻法学研究会会长夏吟兰教授做工作报告)
上午 9 时 20 分，中国法学会婚姻法学研究会 2013 年年会开幕式顺利结束。会议正式进入研讨阶段。

文字实录：/Web_P/N_Show/?PID=9141
撰稿：刘胤宏、朱庆华 摄影：陈雪仪、杨舸帆
来源：中国私法网

中国法学会婚姻法学研究会 2013 年年会家庭暴力专题研讨

发布时间：2013 年 11 月 22 日 中国私法网

原始链接：http://private11.bjx23.host.35.com/Web_P/N_Show/?PID=9133



上午 10 时 45 分，中国法学会婚姻法学研究会 2013 年年会进入家庭暴力专题研讨。本部分由中华女子学院常务副书记李明舜担任主持人，中国法学会婚姻法学研究会副会长、浙江工商大学法学院张学军教授，扬州大学法学院李秀华教授担任评议。

(中华女子学院常务李明舜副书记)



中国法学会婚姻法学研究会副会长薛宁兰教授首先进行发言，其演讲主题为《论家庭暴力防治法的民事保护制度》。薛教授认为《家庭暴力防治法》的立法目的在于解救受害人于暴力危害中，并指出目前我国已将制定《家庭暴力防治法》纳入到全国人大常委会的立法议程中，因而学者在此研究领域应将视野从该不该制定转向如何制定《家庭暴力防治法》。最后薛教授从司法实践出发，认为我国家庭暴力民事保护制度应单独提出，而不仅以受害人提起诉讼为限。

(中国法学会婚姻法学研究会副会长薛宁兰教授)



随后西藏民族学院法学院李春斌副教授以《大陆法系典型国家涉家庭暴力立法考察及思考》为题进行发言。李教授考察分析大陆法系典型国家的涉家庭暴力立法，并结合我国实际情况对我国的家庭暴力立法进行思考。随后针对我国家庭暴力发生率高，以及法律资源不足等社会现实强调我国针对家庭暴力立法的必要性。

(西藏民族学院法学院李春斌副教授)



(香港何志权律师)

最后香港何志权律师以《论香港处理有关家庭暴力的发例》为题进行演讲。何律师首先向与会嘉宾介绍了香港处理家庭暴力的法例内容及其演变。何律师指出在香港虽没有赋予“家庭暴力”明确的定义，但由于香港的普通法系地区特征，可从相关案例中得到启示。随后何律师以香港《家庭暴力条例》的两次修订为例，向大家讲解了香港家庭暴力的有关规定。最后何律师指出《家庭暴力条例》的漏洞，认为家庭暴力的防治不能只依靠于法律，还应得到各方面的支持与服务。



(扬州大学法学院李秀华教授)



(中国法学会婚姻法研究会副会长、浙江工商大学法学院张学军教授)

主题演讲结束后，扬州大学法学院李秀华教授与中国法学会婚姻法研究会副会长、浙江工商大学法学院张学军教授分别进行了精彩的点评。李秀华教授指出本次年会学者们的研究方法独到，研究思路清晰，同时观点的创新性增强；同时还指出了人身保护令的有关研究问题，以及我们在研究中应回归我国的立法实践。张学军教授则提出了几个问题，如反家暴法如何与《侵权责任法》《刑法》以及《治安管理处罚条例》等现有规定相协调；并认为家庭暴力应区分为亲属间的家暴和夫妻间家暴，但我们现在的研究针对夫妻间家暴考察较多，而忽视了亲属间家暴，期待学者可以引起学者的重视。评议结束后，与会代表针对家庭暴力进行了更加深入的探讨。

11时30分，中国法学会婚姻法研究会2013年年会有关监护监督专题和家庭暴力专题的研讨结束。下午将进入夫妻财产制度专题研讨以及青年论坛研讨。

文字实录：[/Web_P/N_Show/?PID=9164](#)

撰稿：刘胤宏、陈丹 摄影：陈雪仪、杨舸帆 来源：中国私法网

中国法学会婚姻法学研究会 2013 年年会监护制度专题研讨

发布时间：2013 年 11 月 16 日 中国私法网

http://private11.bjsx23.host.35.com/Web_P/N_Show/?PID=9127



上午 9 时 30 分，中国法学会婚姻法学研究会 2013 年年会进入监护制度专题研讨。本部分由中国法学会婚姻法学研究会副会长、黑龙江大学法学院王歌雅教授担任主持人，中国法学会婚姻法学研究会副会长、西南政法大学陈苇教授，山东大学法学院王丽萍教授担任评议。

(中国法学会婚姻法学研究会副会长、黑龙江大学法学院王歌雅教授主持)



首先由厦门大学法学院蒋月教授就《论儿童、家庭和国家之关系》为主题进行演讲。蒋教授从公共政策、基本人权和儿童保护的角度出发，从保护的对象是谁以及儿童和家庭父母之间的关系两个方面进行阐释。蒋教授认为儿童是权利的主体，虽然是父母的子女但同时双方也是独立的利益群体。



随后山东大学法学院李霞教授以《英美持续性代理权监督模式的比较》为题进行发言。李教授首先从持续性代理的概念出发，对比英国和美国持续性代理差异以及各自优劣，并希望以此为参考制定符合我国国情的代理权监督模式。



接下来汕头大学法学院熊金才教授以《论国家监护的补充连带责任——以亲权与监护的二元分立为视角》为题进行演讲，熊教授认为国家对监护要承担补充责任和连带责任，并从该两种责任的起源、依据以及未来展望的角度进行了论述。



福建江夏学院吴国平教授以《论我国监护监督制度的立法完善》为主题展开发言，吴教授提出监护监督制度是民法中监护制度的一项重要内容，但我国现行民事法律关系中有关监护监督问题的规定还不完善，并希望在未来的立法中进行完善。



最后贵州大学法学院刘淑芬教授以《亲职监护制度的思考》为题发言，刘教授提出了构建中国特色亲职监护制度的立法构想，认为该制度有利于理性回归家庭法，强化亲属身份关系的监护法律责任。



（中国法学会婚姻法学研究会副会长、西南政法大学陈苇教授评议）（山东大学法学院王丽萍教授评议）

主题演讲结束后，中国法学会婚姻法学研究会副会长、西南政法大学陈苇教授，山东大学法学院王丽萍教授分别对五位教授的演讲进行了精彩点评。随后的互动环节各位专家学者积极发言讨论，研讨会现场气氛十分热烈。随后将进入家庭暴力研讨专题。

文字实录：[/Web_P/N_Show/?PID=9127](#)

撰稿：刘胤宏、朱庆华、刘庆国 摄影：陈雪仪、杨舸帆 来源：中国私法网

中国法学会婚姻法学研究会 2013 年年会 夫妻财产制度研讨

发布时间：2013 年 11 月 30 日 中国私法网

原始链接：http://private11.bjx23.host.35.com/Web_P/N_Show/?PID=9134



（中国法学会婚姻法学研究会副会长、江西省高级人民法院副院长郭兵主持）

下午 14 时，中国法学会婚姻法学研究会 2013 年年会进入夫妻财产制度专题研讨。本部分由中国法学会婚姻法学研究会副会长、江西省高级人民法院副院长郭兵担任主持人，中国法学会婚姻法学研究会副会长、北京大学法学院马忆南教授，华东政法大学法学院教授许莉担任评议。



江苏省高级人民法院民一庭夏正芳庭长首先进行发言，其演讲主题为《当前婚姻家庭财产纠纷案件热点、难点问题探析》。夏庭长围绕着“夫妻共同债务如何判断”，“配偶赠与小三关系认定”，“离婚协议中将财产赠与子女如何理解”，“在司法审判中违章建筑如何处理”，“夫妻一方在离婚后放弃继承效力如何”等问题谈了自己的看法，指出了司法审判中遇到的问题。



随后云南大学法学院杨晋玲教授以《试论赠与基础丧失规则在我国婚姻法中的设立》为题进行发言。杨教授认为《婚姻法司法解释三》第7条第1款存在三个不足，并试图通过借鉴德国法中的法律行为基础障碍制度，探索在我国婚姻法中设立赠与基础丧失规则的可行性，以期通过另一种解决方式的运用为父母赠与与房产的处理寻求更为合理的解决之道。



接下来大连海事大学法学院裴桦老师以《也谈夫妻约定财产制与赠与》为题进行了发言。裴老师认为《婚姻法司法解释三》第6条的规定是一种独创式的约定财产制，最高法院将其解释为一般赠与，没有全面平衡双方的利益。并建议在未来立法中要坚持独创式约定财产制，在夫妻财产制中对夫妻赠与给予特别规定。在现有法律框架下，夫妻赠与归入夫妻约定财产制，以经济帮助和离婚损害赔偿制度平衡双方的利益。



来自吉林大学法学院的李洪祥教授作为第四位发言人演讲了《夫妻财产推定规则的伦理分析》。李教授分析了市场法与身份法下财产规则的伦理基础的不同，认为利己或者互利是两者共同的伦理基础。在这个基础上，李教授得出了两个婚姻法方面的结论：一促进夫妻平等，实现夫妻公平；二尊重意思自治，发挥家庭职能。



(厦门大学法学院何丽新教授发言)

随后厦门大学法学院何丽新教授以《婚姻关系适用合理信赖保护之思考》为题进行了发言。何教授分析了婚姻关系适用合理信赖保护的基础和方式，认为结婚取得婚姻财产权是合理信赖保护的积极保护，离婚损害赔偿是合理信赖保护的消极保护。何教授将合同法上的信赖保护制度运用于婚姻关系，为我们提供了新的思路。



最高人民法院民一庭的吴晓芳法官发言

最后来自最高人民法院民一庭的吴晓芳法官针对婚姻法司法解释三的适用问题进行了发言。吴法官认为《婚姻法司法解释三》第7条的规定不仅仅是出于纯粹理论的考虑，也是基于我国的特殊国情才制定的。同时指出婚前或者婚姻关系存续期间夫妻一方将房产赠与另一方这种情况是一种自由、无限制的约定财产制，既可以是一种赠与，也可以是一种约定，并对双方具有约束力。随后吴法官解读了《婚姻法司法解释三》第5条中“孳息”的含义，认为房租不是孳息可以作为夫妻共同财产，在这里应对孳息进行狭义解释。

主题演讲结束后，北京大学法学院马忆南教授，华东政法大学许莉教授分别进行了精彩的点评。马忆南教授指出《婚姻法司法解释三》第5条关于收益的投入问题可以通过案例创制规则进行解决。许莉教授认为《婚姻法司法解释三》第7条以登记推定意思表示并不很妥当，这样规定是对姻亲关系的严重破坏；同时认为赠与与约定财产制是不同的，赠与作为合同是债，只能产生请求权；约定财产制会在夫妻内部直接导致物权归属的变动不需公示，对第三人不产生对抗效力。



(北京大学法学院马忆南教授)



(华东政法大学许莉教授发言)

评议结束后，与会代表针对夫妻财产制度进行了更加深入的探讨。随后将进入青年论坛及闭幕式。

文字实录：[/Web_P/N_Show/?PID=9181](http://Web_P/N_Show/?PID=9181)

撰稿：刘胤宏、刘庆国 摄影：陈雪仪、朱庆华 来源：中国私法网

中国法学会婚姻法学研究会 2013 年年会青年论坛及闭幕式

发布时间：2013 年 11 月 30 日 中国私法网

原始链接：http://private11.bjx23.host.35.com/Web_P/N_Show/?PID=9135



下午 3 时 40 分，中国法学会婚姻法学研究会 2013 年年会进入青年论坛环节。本部分由中国法学会婚姻法学研究会常务副会长、全国人大常委会法工委民法室副主任扈纪华教授担任主持人。



首先北京大成（上海）律师事务所吴卫义律师作了发言，其发言主题为《离婚中涉及有限责任公司股份分割实务问题探讨》。吴律师认为我国的立法现状无法满足目前纷繁复杂的涉及有限公司股权分割离婚案件的需要，并结合实务对相关的问题进行了探讨。最后，吴律师简要介绍了有限公司股权分割离婚案件中的难点，提出了自己的立法建议。



随后，西北政法大学郝佳老师作了题为《“嫁城女”土地权益纠纷的司法干预--以妇女法律权益认知的司法纠偏为视角》的发言。郝老师通过构建妇女法律权益认知模型，结合陕西省数据对目前妇女财产权益维护中的重点和难点问题进行了分析，并特别针对“嫁城女”土地权益纠纷进行了研究。郝老师认为，当立法被发现性别偏差或漏洞的时候，司法纠偏是最为便捷和效率的做法。



接下来，赣南师范学院曹贤信老师以《亲属法在民法典定位中的价值取向难题》为题进行了发言。曹老师认为，亲属法实现个体幸福与家庭和谐的价值取向并不会影响其“回归民法”，并进一步提出，亲属法应该与民法融通，以优化对民法典的共性，实现对民法典的个性。



最后，中国社会科学院法学所助理研究员邓丽以《古罗马儿童监护制度的当代启示》为主题进行了发言，邓丽介绍了古罗马儿童监护制度，并结合所得到的启示提出了当代儿童监护制度的特点与走向。



主题发言结束后进入实务讲解环节。江西省高级人民法院民一庭助理审判员李平首先进行了发言，她提出了一个涉及夫妻债务认定的民间借贷纠纷案件引发的争议。



随后，江苏省徐州贾汪法院周洪生副院长向与会嘉宾介绍了设立“家事法庭”解决纠纷的经验。

两位法官的发言引发了与会嘉宾的热烈讨论。



经过了一天紧张充实的学术交流与探讨，本次年会进入了闭幕阶段。在会议的最后，湖北警官学院院长曹诗权教授致闭幕词。曹教授首先感谢了中南财经政法大学法学院、湖北省法学会和湖北警官学院作为承办单位对本次的大力支持，中国私法网的全程报道，以及各位领导、嘉宾的到场。随后简要谈及了本次年会的会议内容，最后曹教授衷心祝愿婚姻法年会越办越好。

本次中国法学会婚姻法学研究会 2013 年年会在曹诗权教授激情洋溢的闭幕词中圆满落幕。

文字实录：[/Web_P/N_Show/?PID=9194](#)

撰稿：刘胤宏、杨舸帆 摄影：张亚娇、欧燕

中国私法网

中国法学会婚姻法学研究会 2013 年年会简报第一期

发布时间：2013 年 11 月 23 日 中国私法网

原始链接：http://private11.bjx23.host.35.com/Web_P/N_Show/?News_CPI=27&PID=9141

开幕式

主持人：中国法学会婚姻法学研究会常务副会长龙翼飞教授

致辞嘉宾：

林中梁（中国法学会党组成员、秘书长）

刘茂林（中南财经政法大学副校长）

巫昌祯（中国法学会婚姻法学研究会名誉会长）

夏吟兰（中国法学会婚姻法学研究会会长）

龙翼飞教授：

各位领导、嘉宾：

大家上午好！今天我们在风和日丽的江城武汉召开中国法学会婚姻法学研究会 2013 年年会。我们得到了中国法学会、湖北省法学会对这次会议的大力支持，得到了中南财经政法大学法学院、湖北省法学会、湖北警官学院对此次会议的大力支持，让我们对上述领导机构和承办单位表示感谢。

下面请允许我介绍出席此次会议的领导嘉宾。他们是中国法学会秘书长林中梁同志，湖北省法学会常务副会长彭方明同志，中南财经政法大学副校长刘茂林教授，中国法学会婚姻法学研究会名誉会长巫昌祯教授，中国法学会婚姻法学研究会会长夏吟兰教授，特别介绍中国法学会婚姻法学研究会副会长、湖北警官学院院长曹诗权教授，以及马忆南教授、蒋月娥老师、陈苇教授、李明舜教授、薛宁兰教授、郭兵院长、王歌雅教授、扈纪华主任、蒋月教授、程新文庭长、张学军教授、穆红玉庭长。我们向出席此次会议的所有嘉宾表示热烈的欢迎和衷心的感谢，同时更感谢各位理事出席我们的会议，与我们一起分享 2013 年度的研究成果。

下面我们首先有请中国法学会秘书长林中梁同志发表讲话。

林中梁秘书长：

各位领导、专家同志们，在这天高云淡、望断南飞雁的金秋时节，中国法学会婚姻法学研究会 2013 年年会今天在著名的江城武汉召开。这是我国婚姻家庭法学法律界一年一度的重要盛会。我很高兴应邀出席这次会议，在此我首先代表中国法学会对本届年会的召开表示热烈的祝贺，对出席会议的所有同志表示诚挚的问候，对此次会议大力支持的中南财经政法大学、湖北省法学会和湖北警官学院表示衷心的感谢。

中国法学会婚姻法学研究会在会长夏吟兰教授和常务副会长龙翼飞教授的带领下，在巫昌祯等老前辈的支持下，根据中国法学会的部署和要求奋发有为、开拓创新，各项工作取得了新的进展，特别是在以下四个方面取得了令人欣喜的成绩。一是在婚姻家庭法学研究方面成果卓著。在过去的一年中，研究会的会员和理事们不仅出版了一批体系新颖、见解独到的教材专著；而且发表了很多原创性强、普见学术功力的学术论文；在包括国家社科基金项目在内的各种课题项目申报中，也多有斩获。二是在加强社会服务方面领域有所拓宽。研究会的会员和理事们在继续积极参与国家和地方立法的同时，进一步加强同法院、民政部门、妇联组织以及其他社会组织的联系和合作，开展了很多具有创新性的工作。三是弘扬社会主义家庭美德方面贡献突出。研究会的会员和理事们利用自身的学术专长，不仅在自己的著述和教学中传播正确的婚姻家庭观念，而且利用多种社会媒体弘扬社会主义家庭美德，为家庭稳定、社会和谐做出了应有的贡献。四是研究会自身建设不断加强。通过进行本会的民政部社团登记工作完善了章程、发展了会员，加强了自身的组织建设。总之，在过去的一年里，婚姻家庭法学会的工作确实体现了新的思路，取得了新的成绩，开拓了新的领域，创造了新的平台，为社会做出了新的贡献。在此我对研究会取得的新成就表示由衷地赞赏，为各位专家学者的辛勤工作表示崇高的敬意。同时也对研究会今后的工作提出以下四点希望。第一，希望认真学习和全面贯彻党的十八以来的党中央的一系列战略部署。党的十八大将全面推进依法治国提升到新的战略高度。以习近平同志为总书记的新一届中央领导集体，高度重视我国的法制建设，提出了一系列新思想、新观点、新论断，这对法学研究和法学会的工作提出了新的更高的要求。我们要认真学习和全面贯彻落实党中央的一系列的战略部署，坚定道路至先、理论至先、制度至先，不断增强广大法律工作者对中国特色社会主义的理论认同、思想认同和情感认同，进一步增强作社会主义特色事业的建设者、捍卫者的自觉性和主动性，并进一步提高能力和水平；要更加自觉的将婚姻家庭法学研究会的工作置于全面建设小康社会总体布局中进行谋划；始终坚持围绕中心，服务大局，按照维护社会和谐稳定，促进社会公平正义，保障人民安居乐业，服务经济社会又好又快发展的总要求，团结引领婚姻家庭法学法律工作者更加自觉的积极参与法制中国、平安中国建设。第二，希望继续坚持正确的研究方向。推动和繁荣婚姻家庭法学研究，既要重视有关婚姻家庭法制的基础理论问题，也要把群众关心、中央关注、当前最迫切需要解决的婚姻家庭中的重大理论和现实问题作为日常研究、特别是年会研究的重点。并不断根据形势发展和任务变化，确定新的研究方向，积极为婚姻家庭法律制

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™婚姻家事法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

度建设提供法学理论支持，要重点组织推出一批体现时代特征、具有重大理论价值和实践价值的婚姻家庭法学学术精品；同时要继续注重以参与相关立法为契机，促进婚姻家庭法学的繁荣，使法学研究和立法活动达到紧密结合。第三，希望充分发挥自身优势，更多更好的服务基层、服务群众，婚姻家庭作为社会最基本的细胞和最普遍的社会关系，与社会的发展变革息息相关。很多问题往往通过婚姻家庭表现出来，这个世界上没有任何人能置身于婚姻家庭之外，没有任何工作不与婚姻家庭工作发生密切关联。因此，在服务基层、服务群众方面，我们婚姻家庭法学研究会及其法学法律工作者有着独特的优势和特殊的职责。法治国家建设的重点和难点在继承，转型期大量矛盾和纠纷也聚集在继承，婚姻家庭法学研究会要深入基层、深入群众、深入一线，主动开展广泛深入的法律服务，主动参与社会管理和社会矛盾化解，使我们的工作更接地气、更有实效。要发扬优良传统，进一步建立和完善同新闻媒体的联系与合作机制，经常与报纸、电视台、电台、网站进行合作，配合我国婚姻家庭法制建设，开展多种形式的宣传活动。积极倡导积极向上的家庭价值取向，平等和谐的家庭关系，民主协商的家庭氛围，为构建家庭成员之间，家庭与社会之间，家庭与自然之间和谐相处的文明家庭新模式提供理论和舆论支持。努力营造有利于婚姻家庭发展的良好的社会环境。第四，希望进一步加强研究会自身建设，为广大法学法律工作者做好支持服务工作，法学会是全国法学法律工作者的群众组织，坚持以法学法律工作者为本，发挥好党和政府联系法学法律工作者的桥梁纽带作用。在服务中实现团结引领，在服务中培养教学人才，是法学会工作的出发点和落脚点。希望婚姻家庭法学研究会积极搭建平台、创造条件，为婚姻家庭法学法律专家履行社会职责，实现社会抱负，以专业智慧报效社会提供广阔舞台。要推动促进婚姻家庭法学人才的培育成长，为优秀人才特别是青年优秀人才的脱颖而出创造条件；要加强与婚姻家庭法学法律工作者的思想沟通、情感交流和工作联系，倾听他们的心声，反映他们的意见和建议，汇聚正能量，努力把更多的婚姻家庭法学法律工作者团结在法学会周围，把大家建言献策的热情引导到服务法制事件，参与法治国家建设上来，努力把婚姻法学法律工作者队伍引领好、建设好。

同志们，党和国家高度重视法学会工作和法学研究事业。习近平总书记等党和国家领导人已经决定亲自出席即将在本月底召开的中国法学会第七次全国会员代表大会，总书记还将亲自发表讲话。让我们紧密的团结在以习近平总书记为总书记的党中央周围，发扬求真务实、开拓进取的优良作风。围绕中心、服务大局、振奋精神、加倍努力，进一步开创婚姻家庭法学研究的新局面，为实现中华民族伟大复兴的中国梦作出新的、更大的贡献。

最后，预祝会议圆满成功！谢谢大家！

龙翼飞教授：

各位理事，如果大家连续地参加了我们婚姻法学会年会的话应该记得，林秘书长是四次参加我们年会，并且给我们协会的研究活动和事业发展给与指导的中国法学会领导，应该说这是空前的。让我们再次以热烈的掌声对林秘书长对我们研究会的关心与支持，以及给我们提出的四点殷切期望表示衷心的感谢！

下面我们有请中南财经政法大学副校长刘茂林教授致辞。

刘茂林教授：

主持人好。尊敬的巫昌祯教授、林中梁秘书长、夏吟兰会长以及各位专家学者，欢迎你们来到中南财经政法大学出席本次婚姻法年会。中南财经政法大学在过去的发展--特别是法学学科的发展之中，得到了与会各位专家及所在学校、单位的大力支持。

值此会议召开之际，我借机向各位与会代表简要地把我们学校的办学情况给大家做一个汇报。中南财经政法大学的前身是1948年成立的中原大学，是由邓小平、刘伯承、陈毅领导的中原军创建的。随着解放大军的南下，它先后从河南的宝丰县迁至开封，最后扎根落脚于江城武汉。1953年院系调整的时候以中原大学的政法学院为基础，荟萃中南地区一些著名高校的法学院系组建了中南政法学院；以中原大学的财经学院为基础，汇聚了中南地区部分大学的财经院系组建了中南财经学院。到1958年中原大学和中原政法学院又合并组建了湖北大学，过去我们所说的湖北大学是由中南政法学院和中南财经学院联合组成的。文革期间高等教育受到了严重的影响，湖北大学被撤销，改为湖北财经学校来继续培养财经政法人才。在1977年高考恢复的时候，湖北财经专科学校开始招收本科生。当时的湖北财经专科学校是中国恢复高考以后招收法学本科生的三个学校之一，这三个学校是北京大学、吉林大学和我们学校。后来湖北财经专科学校又改名为湖北财经学院，到了1984年司法部批准以湖北财经学院的法律系为基础，成立中南政法学院。应该说中南政法学院是五所政法学院里面恢复得最好的一所学校。从这开始，一直到2000年，中南政法学院办了十五年，改革的时候又与我们同根同源的中南财经大学合并组建了今天的中南财经政法大学，这是它发展的历史状况。中南财经政法大学目前有9个学科，其中经济学、法学和管理学是我们的主干学科，正是在这个意义上我们把学校定义为人文社科类大学。除此之外我们还有文、史、哲、理工、艺术等专业，目前在校的学生人数中本科生是两万人，大概每年招收五千名本科生。学校目前拥有教师1600名，学校的办学体系比较完善，经济学、法学、管理学在全国具有一定的影响。我们目前有5个国家级重点学科，包含民商法学、理论经济学、应用经济学等。拥有15个一级学科硕士学位授权点，86个二级学科硕士学位授权点，6个一级学科博士学位授权点，50个二级学科博士学位授权点，5个博士后流动站，以及15个专业硕士学位授权点。在教育部的的大力支持下，我们学校在本科人才培养、改革方面做了一些积极踊跃的探索，大家可以从我们学校的

家事法苑™婚姻家事法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

网站上去作进一步的了解。我们学校还是教育部重点建设的“211工程”，“985工程”优势学科创新平台项目重点建设高校之一。在去年，教育部、财政部和湖北省人民政府联合共建我们学校，使其进入了一个新的发展机遇期。学校的基本定位是培养复合型、应用型人才，在人才培养方面我们曾经也造就了一批有一定影响的法律人才和财经管理人才。目前学校定位为要建设研究型的、高水平的人文社科大学，这是我们的愿景。感谢各位代表、嘉宾、专家学者一直以来对我们学校的支持和关注，同时希望大家一如既往的支持我们学校。

婚姻法是我们社会主义法律体系中一个重要的部门法律，在法律体系中占有非常重要的地位，从事婚姻法的教育或者教学对推动有关领域的法制建设发挥着重要的作用。刚才林秘书长向大家提出了四点要求，我非常赞同法学会领导的意见。同时建议我们参会的本校老师多向参会的代表学习交流，把会议取得的成果带到课堂上去，帮助我们在人才培养方面做一些提升。在我们研究婚姻法的同时，老师们要更关注婚姻法的教学，这是我的一点建议。

最后预祝会议取得圆满成功，希望与会的各位代表、专家学者在武汉期间心情愉快，同时也建议大家在夜幕降临的时候到学校走走看看。谢谢大家！

龙翼飞教授：

刘茂林校长是中国法学会副会长，他是从宪法的角度来关注婚姻家庭问题，关注公民的基本权利，这也是刘茂林教授一贯坚持的理念。我们也特别期待宪法学刘茂林教授继续关注婚姻家庭研究，继续支持婚姻家庭法学团队的成长，再次谢谢刘茂林教授！

现在有请巫昌祯教授致辞。

巫昌祯教授：

各位代表，大家好！我想简单地谈谈我的意见。刚才林中梁秘书长已经对婚姻家庭研究会去年的成就和今后的努力方向提出很多宝贵的意见，我希望研究会能够很好地贯彻。我比较注重新情况、新挑战，所以从这个方面出发，提出几个我认为值得考虑的问题。首先，婚姻的缔结应该理智，避免一见钟情。一见钟情不是一个好的开端。有的人同日认识、同日结婚，有的人同日结婚、同日离婚，所以在择偶的时候需要慎重、理智。第二，结婚以后重在经营。结婚的前后是两个不同的阶段，双方在结婚前后的表现会产生差异，婚后双方缺点的暴露可能会导致离婚。有的人同日离婚、同日复婚，离婚时不理智，事后后悔不已，经劝导后与对方复婚，这再次说明择偶时需要慎重、理智。婚姻重在经营，在这方面我们做得还不够。前苏联有新婚夫妇夜大学，只有考试合格过后才能够获得批准结婚。我国法院现在在处理离婚案件的时候也采用类似的方式，让离婚的夫妇明确离婚的原因，防止在离婚率提高的同时复婚率也上升。复婚率上升使得70%婚姻得以挽回。第三，离婚重在珍惜。现在的婚姻不同于过去父母包办的婚姻，五十年代以后基本上都是自愿结婚的，双方在相处的过程中偶尔出现矛盾就打算离婚，不懂得珍惜，离婚以后又后悔不已，这样的人不在少数，有的还要求复婚。婚姻的这三个环节应该好好地掌握。

由于在八十年代后期，第三者问题比较突出，中央批示要处理好婚姻家庭方面的问题，一方面应依靠法律的指引与约束，另一方面应联系道德的指引。婚姻法是贴近人民生活的法律，也是伦理性最强的法律，虽然它涉及财产问题，但是这些财产问题都是由婚姻关系引起的。夫妻之间除了财产关系之外，还有人身关系，双方需要互相扶养、照顾，因此婚姻关系不同于一般的财产关系。今年夏吟兰同志的一位研究生写的一篇文章非常好，当中提到婚姻是感情的交易体。婚姻也涉及交易与公平，但它是感情的交易体，含有夫妻之情。中央在批示中还指出，家庭事务处理不好则影响社会安定，和谐社会建设得不到保障。这是个很现实的问题，中央在八十年代后期提出这一批示是具有针对性的。因此，我们需要从两个方面进行努力，一是在法律方面要贯彻，二是在道德方面要倡导。我提出一个数据，希望大家多加注意。去年，公安大学有一位教授在电视上公开宣布，当前凶杀案类别前三位分别是情杀、仇杀和财杀。情杀在很多情况下都是激情杀人，行为人事先并无预谋，只是当时意识不清醒而实施了杀人行为。我最近听到一个令我震惊的消息，一个法律系毕业的学生与其爱人结婚十天后，将其杀死，凶杀案起因是房屋登记问题。这样的婚姻太脆弱了，就连学法律的人也会这么做，实在令人悲观，所以社会应该关注这个问题。现在社会上有很多措施，民政部提出了“和家工程”，上海、长沙等地都推出各种新措施，希望这些措施都能带来好的效果。我们总是希望每一个家庭都像祖国大海中的温馨港湾，不要成为风雨飘摇的小舟，稳定是决定性的因素，所以我们要为实现美好社会、小康社会而努力。我今天就说这几点供大家参考。

龙翼飞教授：

我们研究会的名誉会长巫昌祯老师是研究会的创始人。巫昌祯老师在她教学和研究生涯中，把绝大部分的心血都放在婚姻家庭法学的研究及人才培养方面。刚才巫老师关注到婚姻家庭法领域的新情况、新问题，对在座的各位理事提出了语重心长的殷切希望，成为各位理事继续进行踏实的法学研究的动力。让我们再次感谢巫老师！

下面有请会长夏吟兰教授作工作报告。

夏吟兰教授：

尊敬的林中梁秘书长、尊敬的巫昌祯名誉会长、各位理事、各位会员，大家上午好！今天我们非常高兴在历史文化名城、中国教育重镇武汉，在中国法学教育的名校中南财经政法大学举办中国法学会婚姻家庭法学会研究

会 2013 年年会。林中梁秘书长连续四年不辞辛苦亲自在年会上为我们讲话，给我们鼓舞，为我们加油，所以我提议各位再次以热烈的掌声感谢林中梁秘书长以及研究部的王小红处长，谢谢他们！刚才林秘书长给我们提出了四点殷切的希望，我们将会认真地贯彻落实。同时，我代表学会衷心感谢中南财经政法大学、湖北警官学院，感谢曹诗权院长以及会务组所有老师和同学们，感谢你们对于会议的召开所给予的鼎力支持、周密的安排以及所付出的辛勤的工作，谢谢你们！

本次年会依照中央节俭办会的精神，我们简化程序、凝练主题、注重实效。以前年会举办一天半，我们将本次年会浓缩为一天，减短时间但是不减少会议的内容，所以今天会比较辛苦。年会共有四个单元的论坛，而且我们非常希望这次能够为青年学者搭建一个讲台，希望他们能够深入研究、潜心向学，尽快脱颖而出，因此本次年会设立一个青年学者论坛，这也算是一个创新吧，希望青年学者能够与我们分享他们的研究成果。

2012 至 2013 年度婚姻法学会在中国法学会的领导和支持下，在名誉会长巫昌祯教授、杨大文教授、各位顾问以及老前辈的支持下，以组织学会学术研究、推动法学研究成果为中心，在法学理论研究、参与立法、加强社会服务以及弘扬社会主义家庭美德方面取得了显著的成果。我们主要做了以下工作。第一，组织学术评奖以及课题的申报工作。我们参加了中国法学会十大青年法学家的评选、“董必武青年法学成果奖”的评选、民政部婚姻家庭政策理论研究的课题申报以及中国法学会的课题申报。第二，组织编写法学与法律教育及学术著作。我们作为组织者，主要做了以下的工作。我们和中国社工协会合作，组织编写并己出版了《家和宝典之婚姻家庭法律指南》；和最高人民法院合作，组织编写并即将出版《婚姻家庭法案例教程》。我们和西南政法大学合作举办的“中国继承法修改热点难点问题研讨会”的论文集也已经出版了。我们还与厦门大学合作并己开始组织编写“家事法评注系列丛书”，希望各位理事和会员能够积极参与。第三，筹备与组织年会。2012 年 10 月我们在大连的辽宁师范大学法学院，特别是在丁慧院长的大力支持下，组织了一次规模空前隆重盛大、成果丰富、令人印象深刻的年会。今年的年会在中南财经政法大学和湖北警官学院的大力支持下，在曹院长的精心设计上，一定也能办成一个学术观点荟萃、学术成果丰硕、推动理论界和实务界沟通对话的学术年会。第四，组织编辑印刷学会的论文集和出版学会的年刊《家事法研究》。今年学会的秘书处和会务组共组织征集了学术论文大约八十余篇，并且精心编辑印刷了论文集。今年的《家事法研究》由副会长王歌雅担任执行主编，她精心地组织、认真地编辑，并作了非常精彩的点评，为大家奉献了一道内容丰富翔实、格调清新典雅的文化大餐，希望大家认真品味。另外，我也希望所有的会员理事支持我们自己学会的刊物，这个刊物就像我们大家共同的孩子，希望大家能给他最好的食粮，让他能够健康、茁壮地成长。第五，积极参加家事法的立法活动，弘扬家庭美德。研究会的理事与会员们今年继续参加国家与地方立法，进一步加强与法院、民政部门、妇联组织、律师协会以及其它社会组织的联系与合作，继续推动《家庭暴力法》、《家庭教育法》等法律法规的立法研讨工作。我想在此提一下，《收养法》和《婚姻登记条例》现在都开始有修法的动向，希望各位理事和会员能够积极参与立法活动。第六，继续履行在民政部社团登记工作的具体程序。民政部的社团登记工作的手续比较繁杂，而且要求极其严格，秘书处尽职尽责，做了大量的工作，但是我们还没有完成这个程序，因此我们还会继续按照民政部和法学会的各项要求，尽快完成在民政部的社团登记工作。2013-2014 年度婚姻法学研究会要在法学会的领导下，认真学习和全面贯彻落实党的十八大和十八届三中全会的精神，进一步增强婚姻家庭法学法律工作者在“建设法治中国、平安中国”中的使命感和责任感，充分发挥研究会在婚姻家庭法学研究与法学教育中的团结引领作用。研究会要以组织家事法评注丛书的的写作为契机，重点组织推出一批体现时代特征，具有重大理论价值和实践价值的婚姻家庭法学的学术精品。同时，研究会要继续注重参与相关立法、司法活动，使法学研究与立法活动、司法实践、社会服务真正达到紧密的结合。研究会要抓住教育部卓越法律人才培养计划的机会，加强沟通与研讨，加强家事课程群的建设，吸收和培养更多优秀的婚姻家庭法学的理论和实务人才，研究会要加强对家庭传统美德的研究，坚持婚姻家庭法的伦理性价值，抵制婚姻家庭关系的商品化以及市场经济规则对婚姻家庭关系的冲击与侵蚀，为富有婚姻家庭关系的正能量做好宣传、教育、普及和研究工作。

同志们，今天是一个特殊的日子，党的十八届三中全会在今天召开。三十五年前，十一届三中全会开启了中国改革开放的序幕，并且成为中华民族以及中国法律再次复兴的起点。今天，以习近平同志为核心的新一代中央领导集体召开的党的十八届三中全会必将引领中国的改革开放再次扬帆引航。中华法系的发展与复兴是我们法律人的中国梦，我们将竭尽所能为这一远大的中国梦想而努力奋斗，谢谢大家！

龙翼飞教授：

各位理事，中国法学会婚姻法学研究会是在巫昌祯教授和老一辈法学家的辛勤培育以及在座的中青年法学家的奋斗参与下，已经走过了三十几年的发展历史，它已经成为一个壮年的法学会。在这个发展过程中，我们所付出的努力对社会、对国家、对人民都是有益的。因此，开幕式结束以后，我们将进行新一年度研究成果的互相分享、学习和探讨。我们也相信，在开幕式之后，各位老师、专家学者都会把自己的心得体会在我们的会议上进行很好的交流。我们的学会一直秉持着“开放世界、传承学术、创新学术、服务人民、造福社会”的理念去进行法学研究，我们学会的各项工作在各位的共同努力下会有更好的发展。

开幕式到此结束，再次感谢大家！

文字整理：张亚娇、欧燕、刘胤宏、陈雪仪、杨舸帆、刘庆国、朱庆华、陈丹
本文稿未经演讲者审核。
来源：中国私法网

中国法学会婚姻法学研究会 2013 年年会简报第二期 监护制度专题研讨

发布时间：2013 年 11 月 25 日 中国私法网

原始链接：http://private11.bjx23.host.35.com/Web_P/N_Show/?News_CPI=27&PID=9147

监护制度专题研讨

主持人：中国法学会婚姻法学研究会副会长、黑龙江大学法学院王歌雅教授

发言人：

蒋月（厦门大学法学院）

李霞（山东大学法学院）

熊金才（汕头大学法学院）

吴国平（福建江夏学院）

刘淑芬（贵州大学法学院）

评议人：

陈苇（中国法学会婚姻法学研究会副会长）

王丽萍（山东大学法学院）

王歌雅教授：

本次年会的首场论坛将以监护制度的研究专题拉开序幕，本场论坛的主题发言人有五位，他们分别是蒋月教授、李霞教授、熊金才教授、吴国平教授、刘淑芬教授。他们将从宏观中国、微观思考的视野关注监护制度的演讲，也将从比较法的视角、理论与实际联系的视野来关注监护立法的热点和难点。让我们共同来感受和关注监护制度的研究。下面我们有请第一位发言人厦门大学法学院的蒋月教授。

蒋月教授：

各位同行，大家早上好！非常高兴有机会来到美丽的武汉、来到中南财经政法大学来出席婚姻家庭法研究会 2013 年的年会。当然，作为婚姻家庭法研究会的成员这也是我工作，所以我应该要尽自己所能把义务和责任履行好。

我今天报告的题目是《论儿童、家庭和国家之关系》，这是我主持的国家社科基金项目《中国婚姻家庭法的传统与现代化》研究过程中自己的一些探索。本次年会论文集的前几篇，已经把近几年关于儿童保护不力造成儿童死亡的几个特别典型的事例做了一个提示。那么，关于儿童的保护应该怎么做呢？中国现在处在社会转型时期，在不同的利益群体的分化和分歧过程中，儿童保护问题就显得特别重要。我今天的发言主要讲三个方面：第一，究竟儿童是谁？这个问题本来是不用问的。但是，从我们的现实生活来看，儿童的权利保护做得并不足够。那么我们要重新去问“究竟儿童是谁”。儿童是一个家庭成员，所以家庭关系中的成年人当然对他们负有责任；儿童也是社会当中平等的一员，所以社会的其他机构主体也要对他们承担责任；儿童是国家和民族的未来，所以作为国家和政府要承担义不容辞的责任。在世界范围内，有关儿童保护问题大多是在在第二次世界大战的儿童权利保护运动等对儿童权利保护提出的一些新要求和新的价值理念。相对而言，我个人认为，我国对“儿童究竟是什么样的人，我们的保护究竟应该达到什么样的水平”的研究，无论是在我国目前的公共政策中，还是《婚姻法》中，都需要进一步进行探讨。“儿童是权利的主体，是社会中的平等一员，也是家庭中平等的一员，”这一点在我们所有的公共政策中都非常明确；但事实上，如何使儿童在参与整个家庭生活的民主管理与发展规划过程中，和父母形成一种平等的互动，如何更好的把儿童这样一个群体来客观科学的加以看待和认识，在目前来说，我个人认为还是不足的。第二，儿童和家庭之间究竟是什么样的关系？我个人认为，我国目前的《婚姻法》对此鉴定得比较清楚：儿童是父母的孩子，即未成年人是父母的未成年子女。所以，我们对父母提出了非常明确的要求：父母有抚养教育子女的权利和义务。事实上从近代以来，每一个个体都是独立的个体，这是个体自由运动和个体平等的近代法的价值观，就使得父母和儿童是平等的主体。这种价值观是没有任何争议的。因而我们要认识到，父母虽然是孩子的父母，孩子虽然是父母的孩子，但他们是不同的利益群体；他们并不会在有的时候、所有的事情上达到利益的一致。就像论文集的第一篇论文中提示的两个事例[1]，第一个事例可以用来说明我们的公共政策没有尽责，第二个事例则说明在家庭中，父母和孩子是不同的利益主体，他们的利益没有一致。所以，当父母不履行

“家事法苑”律师团队奉献

他们应该履行的义务而实施了不法行为时，父母和孩子的利益取向便是不一致的。即使是合法的行为，如大规模的农民工进城，虽主要是为了给自己的孩子创造更好的物质生活和未来发展的条件，但在这个过程中，他们的利益和孩子并不一定是一致的。因而，父母在履行抚养孩子的义务过程中的价值观与孩子的利益取向不一致，所以导致在实施行为选择的时候，父母和孩子的行为本身是朝着不同的方向的，没有交集和重合，最终导致的结果可能是利益不协调或父母和儿童利益发生冲突。此时，我们国家的公共政策或《婚姻法》应如何去做？我们不能够完全要求每一个父母都一定会做到法律所要求的那样，虽然信赖父母对自己孩子的爱和责任是理所当然的；但事实上，随着多元化的发展，随着个体利益追求的不断增加，父母和子女的利益冲突在父母履行抚养子女义务的过程中就会加剧。所以，我们不仅应从家庭法方面来思考儿童监护问题，还应该有更多其他方面的思考。我国目前的法律和公共政策缺少对儿童和父母利益冲突的解决办法。第三，儿童和国家是什么关系？儿童是祖国的未来、民族的希望。随着中国对外经济的不断发展，我们现代人收益很多，但收益更多的应该是我们的儿童--未来国家社会的主人。所以在这一点上，我们要检讨国家作为大家庭的家长在儿童权利保护过程中，有没有更好地履行其应尽的职责。当然，我们有《未成年人保护法》对未成年人的保护提出了更重要求，对其他社会主体提出了应尽责任。但实践中仍然发生了一些对儿童保护不利，甚至是儿童受到严重伤害或死亡的事件。我个人认为，无论是在儿童的受教育权没有受到良好实现的情形，如儿童辍学，还是儿童的物质条件没有得到应有保障以及其他情形，如儿童被性侵等，我们不仅要追究没有履行法律义务的家长和监护人的责任，同时也要思考在家长或监护人没有履行义务时另一个应承担替代责任的角色--国家，有没有把责任很好的担当和替代起来。所以，从这个角度而言，我认为儿童权利保护的社会公共政策应该不仅是家庭法，还应该跳出家庭法做另外一个层面的思考。因此我建议：希望中国尽快制定《儿童福利法》，在提高儿童保障水平上建立一个全面的顶层制度设计；为每一个责任主体的责任履行，以及儿童的主体权利享有和行使做一个更加完善的制度设计。谢谢各位！

王歌雅教授：

感谢蒋月教授。“人是谁”是一个哲学问题，而“儿童是谁”则是一个法哲学命题。刚才蒋月老师从公共政策、基本人权、以及儿童最佳权益保障的视角给我们带来了她的关注。下面我们有请李霞教授。李霞教授将从比较法的视野和我们探讨有关英美法上的持续性监护制度问题。

李霞教授：

主持人、各位同仁，大家上午好，今天我报告的题目是《英美持续性代理权监督模式的比较》。“英美持续性代理权”在大陆法系国家通常被称为“意定监护”。意定监护人的权限主要有两项：一是财产管理权，一是代理权。而英美法系国家则把其中的代理权独立出来赋予了监护人，所以称为“持续性代理权”，这种持续性代理权中的监督制度是我们目前研究的话题。在中国，监督制度相对是比较受忽略的，因为即使是监护人仍应受到监督，才能正常的维护被监督人的利益。所以监督的必要性是非常重要的，这是我讲到的第一个问题，即必须要进行监督。第二个是美国和英国的持续性代理权中涉及的监督模式问题。美国采取的是私人监督模式，英国则是公权力监督模式。这两种监督模式是不同的。美国私人监督模式的特点主要表现在两个方面：首先监督是事后监督，即监护人在履行代理权过程中引发纠纷时，依据相关机制进行司法审查来进行监督；其次是没有选择法院监督等方法，而是采取赋予利害关系人向法院提请司法审查等非正式的监督方式。英国公权力监督模式的特点主要体现在两个方面：一是创设了公设监护办公室（Office of the Public Guardian）与保护法院（Court of Protection）两个特别机构；二是对监护人所有的监护行为进行全面监督。这两种监督模式有各自的优缺点，即我要讲到的第三个问题，两种监督模式的比较。美国的私人监督模式优缺点均非常突出，其优点是节约司法成本、较好的保护个人隐私以及运行比较灵活、效率高，缺点是比较被动，即在利益受到侵犯后才进行监督。英国的公权力监督模式也是如此，其优点是事前监督、全程监督，因而对本人的利益保护比较主动且细致周到；缺点是启动成本过大，即国家公权力包括法院在内的介入导致司法及其他资源的动用增加了启动成本。

在介绍完英国和美国的监督模式后，接下来的问题就是我国在监督模式上应如何选择。我认为应对两种模式均进行吸收采纳，然后进行分类。在我国的意定监督中运用私人监督即美国模式，在法定监督中采公权力监督即英国模式。今年7月1日生效的《中华人民共和国老年人权益保障法》第26条规定了老年人监护中的意定监护，但没有规定监督制度，因而我建议在第一部司法解释中参考私人监督模式对法律进行解释和补充。同时应完善我国的法定监护监督制度，吸收参考英国的公权力监护监督模式。我的报告完毕，谢谢大家。

王歌雅教授：

谢谢李霞老师。李霞老师在非常有限的时间内，非常精到地介绍了英国和美国监护监督制度的优劣，也给我们带来了智慧分享，感谢李老师。下面我们有请第三位主题发言人，有请熊金才教授。

熊金才教授：

各位老师上午好，我是汕头大学法学院的熊金才，我报告的题目在论文集的83到90页。我想特别说明一下，这篇论文是我和厦门大学法学院的博士冯源共同专门为这此年会撰写的。因为时间关系，论文中存在一些问题，欢迎大家指正。下面我简要的介绍一下本文的主要观点，包括三个部分。

第一个部分介绍一下本篇论文的三个观点。第一个是亲权与监护二元的观点，本文认为亲权与监护相互联系，但也存在一定差异。从立法演进的过程来看，二者的关系经历了从小监护大亲权到大监护小亲权，以致现在的亲权与监护二元分立的三个阶段。仅就理论而言，亲权与监护的适当分离有助于增进被监护人的利益，经二元分工使得亲权人更加关注满足被监护人的心理健康、人格发展和情感需要。在此情形下，国家通过强化自身的监护责任给未成年人提供与经济社会发展相适应的物质、文化生活条件，有助于保障被监护人的物质需要和经济安全。第二个是监护制度亲权为内，国家监护为外的观点。因而，对于被监护人的监护责任首先应是亲权责任，国家只有在亲权监护不能或无力等情形下才承担补充责任，这是有固定顺序的。第三个是关于国家监护连带责任的观点。国家对监护不力承担的既是补充责任，也是连带责任，在特定情形下是没有先后顺序的。例如，我们将智障儿童或流浪儿童等送到流浪儿童救助中心，但一段时间后这些儿童有可能被送回家或继续流浪，主要原因是其将监护责任推向了家庭，把自己定位为一个后位的、补充的角色上，因而不能再根本上解决问题。

第二部分是国家监护补充连带责任的理论依据。第一，国家监护补充连带责任与社会类型。国家监护制度的发展受社会类型的制约，具有显著的历史局限性。在传统机械产业型社会主要是第一个类型，小监护大亲权；在现在的分工协作型社会，主要是监护与亲权二元分立的状态。第二，国家监护补充连带责任与社会分层和分化。中国近30年来因二元分割的制度设计导致了社会分层与分化，如城乡差距、区域差距等。而城乡二元经济制度和二元社会保障制度双重二元制度使农民、农民工及其子女处于社会保障体系的边缘，导致留守儿童、老人等问题。从这个角度来讲，国家对监护承担责任是它的先行行为引发的义务。第三，国家监护补充责任与社会福利。我在这里想主要谈一下未成年人监护的社会公益性以及社会本位和福利国家的思想，既对国家承担监护责任提供了理论依据，也为经济社会发展奠定了一定的物质基础。

第三部分是对我国未来监护制度的展望，包括四个方面的内容。第一，明确国家监护的补充连带责任；第二，从婚姻法上促成监护与亲权的合理分离；第三，构建国家直接代行监护体系；第四，完善国家监护监督与协助制度。我就说到这里，谢谢大家。

王歌雅教授：

谢谢熊老师。熊老师给我们带来了在亲权和监护二元的格局下，国家和家庭应如何承担监护责任。下面有请吴国平教授，他将和我们分享我国我国监护监督制度的立法完善的思考，有请。

吴国平教授：

主持人、评论人、各位同仁大家上午好。我这次发言的题目是《论我国监护监督制度的立法完善》。监护之监督是民法中监护制度的一项重要内容，但我国现有的民事法律中监护监督的内容还很不完善。这里涉及两个问题，第一，我国法律关于监护监督的规定及其冲突。有关监护监督的问题，在基本法层面主要是《民法通则》第18条第3款的规定，“监护人不履行监护职责或者侵害被监护人的合法权益的，应当承担责任；给被监护人造成财产损失的，应当赔偿损失。人民法院可以根据有关人员或者有关单位的申请，撤销监护人的资格”。除《民法通则》，《未成年人保护法》第53条，《婚姻法》以及《侵权责任法》第9条第2款，最高人民法院《民法通则若干问题的意见》第20条等相关条款也有一些有关监护职责方面的规定。但现有的这些规定并没有设立监护监督的任务，也没有规定监护监督机关和人民法院在裁决之外的监督责任，缺乏对监护人不认真履行监护职责，甚至侵害被监护人人身、财产权益的行为如何进行监督的条款。从理性角度来谈，监护监督制度不仅是法律条文的问题，内容表述也不清晰，既没有明确的监督主体，也没有具体的监督标准等。第二，完善我国监护监督制度的立法构想，这里我想提出七个建议。建议一是改革监护监督体制。大陆法系国家大都建立了监护监督人与监护监督机构的双重监督体制，基于我国监护监督时效性差的情形，我个人建议我国民法典应建立双重监护监督制度。一方面由被监护人的近亲属、朋友或者被监护人父母的亲朋好友担任监护监督人，有利于在最大限度内保护被监护人的利益；另一方面让国家公权力介入监护监督事务，有利于对监护人的监督。建议二是明确监护监督人的范围。我个人认为，监护监督人的范围可以适当宽一点，包括被监护人的近亲属和亲朋好友或者被监护人父母的亲朋好友。建议三是建立公权力的监护监督机构，参照世界有关国家的立法模式，结合我国实际可以采用监护监督行政机构与监护监督司法机构并存的模式。在立法上，应严格重视监护监督机构的换名，把人民法院和民政部门作为监护监督机关，而将未成年人父母所在单位和未成年人所在地的村委会或者居委会排除在外。建议四是规范监护监督人的思维模式。首先规范监护监督人的产生，明确监护监督人产生的法律条件；其次明确设置监护监督人的法定情形。建议五是明确监护监督的对象是被监护人的父母及其他监护人。监护监督的内容是监督监护人履行监护职责的情况，要从立法上明确监护监督人或者监护监督机构的职责。我在论文中列举了七个方面，具体在论文集的95-96页。建议六是明确监护监督的方式与措施。根据我国《民法通则》第18条的规定，我国采取的是人民法院事后监督，这种监督方式不利于监督监护人，也并不能防止违法行为。因此我建议建立监护人登记制度，包括设立登记和撤销登记制度；此外，建立被监护人财产登记制度、监护人定期述职制度和监护监督人与监督机构定期走访回访等一系列配套制度，从源头上规范监护行为，并将监护过程和-content纳入监护监督范畴。最后一点建议是明确不履行监护职责的监护行为的处罚办法和法律责任。具体请大家看论文集，谢谢大家。

王歌雅教授：

谢谢熊金才老师。他从立法的角度对监护监督制度的完善进行了思考，并提出了相应的解决机制。下面有请贵州大学法学院刘淑芬教授，她给我们介绍的是亲职监督制度的思考，大家有请。

刘淑芬教授：

尊敬的老前辈、主持人，各位代表，各位新老朋友，大家上午好。非常荣幸这次年会上把我的论文与代表们分享，也非常感谢本次年会对我论文的关注。我跟前面四位发言人提到的视野有些不同，四位学者有从公权力的角度提出国家对监护制度的补充和连带责任，也有从私权的侵害角度论述的。在这样一个背景下，我在写这篇论文时候做了一个思考，主要基于两个方面。一是社会现实的发展变化。众所周知，改革开放以来，社会主义市场经济渗透到社会生活的方方面面，我们现在的家庭生活更注重怎样把我们的物质基础打牢，家庭成员更加关注怎样使我们的物质基础雄厚，却没有注重关怀和人的培养，以致在社会转型期会出现了一些现状，如留守儿童、隔代监护，成年人的监护，这些方面都是比较缺位的。在我们贵州省有一千万农民工进城打工，这些家庭里百分之六七十都有留守儿童。在这种情形下，法定监护一直处于缺位状态，那么靠什么来补偿呢，就是我们的隔代监护，即爷爷奶奶爷爷奶奶或外公外婆看护，但这不是我们法律意义的监护。另一种隔代监护现象是在城市化日益发展的时期，年轻人都比较喜欢丁克家庭，即结婚之后不要小孩。如果要生孩子，他就会给父母提条件：孩子生下来之后由父母来抚养。爷爷奶奶或外公外婆对孩子看管的隔代监护是越位的，但对精神病人的监护是缺位的，我的思考是基于这样一个背景。二是在理论争鸣的背景下，民法强调将监护制度全部规定在民法典的总则之中。但在婚姻家庭法中认为亲权制度是父母子女关系中非常重要的一部分，因而如何规定监护制度在理论争鸣中还没有定论。综合考虑私权价值以及婚姻家庭法的职责，我写了这篇文章。在我国规定亲职监护是符合三个有利于的。一是有利于理性回归婚姻家庭法，这种理性是由婚姻家庭所具有的亲属身份的特殊性所决定的。二是有利于强化亲属监护的责任，我国作为一个有几千年传统的国家，文化方面强调伦理性；尽管我们的家庭结构在缩小，但我们必须要结合国情，坚持血缘与亲情的监护制度，这样比较符合社会所倡导的和谐稳定。三是有利于保护被监护人应有的合法权益。那么如何构建有中国特色的亲职制度。首先要厘清亲职制度与传统监护制度、亲权制度的区别；其次确定亲职监护制度的主体及其法定顺序，以及特殊情况下的国家补充责任。第三要明确亲职监护的法定内容，主要涉及被监护人的人身和财产两个方面。第四设置亲职监护的监督人。第五明确亲职监护的法律责任。第六是亲职监护诉讼时效的修正。我在论文中从以上六个方面阐述了我的观点，不足之处欢迎大家批评指正。谢谢大家。

王歌雅教授：

谢谢刘老师。随着家庭结构和生育观念的变化，隔代监护已经成为了当代社会的一种现象，如何应对当下社会存在的问题及建构亲职制度，是刘老师带给我们的思考。她的思考实际上是建构在传统和现实文化之间，也体现了对我们传统文化的皈依。五位发言人的发言已经结束，下面有请两位专家进行点评。

陈苇教授：

非常感谢年会给我们发言的机会。在这里我们并不是点评，而是分享一点体会。今年的年会非常注重时效，我和丽萍教授交叉进行，不会重复。我首先对蒋月教授的发言和大家分享一点体会。蒋月教授主要讲了三个问题：一是儿童是谁，儿童是民族的未来，国家有义不容辞的责任；二是两个关系，儿童与家庭的关系，儿童与国家的关系。子女由父母生育出，基于血缘关系和人文感情抚育儿童的责任应由父母承担，但父母和儿童的利益并不是完全一致的。她讲到一个典型的案例：一个三岁儿童饿死在家中，这种利益冲突中国的责任就应凸现出来，国家作为大家庭的家长应好好管理小家庭的家长。三是选题的重要性，蒋月教授提到了《儿童福利法》的问题，希望引起大家思考。从蒋月教授的发言我体会到一点，即我们在研究家庭抚养责任问题时应如何认识家庭与会保障制度之间的关系，社会保障制度是否为家庭抚养责任的补充，在这方面我们是不是还可以继续研究。谢谢。

王丽萍教授：

我来简单点评一下李霞教授的《英美持续性代理权监督模式的比较》这篇文章。李霞教授这么多年一直从事监护制度的研究，也出版了几本著作，这次提交会议的文章主要比较了英美持续性代理权的监督模式，提出英国是公权力介入的模式，美国主要是私人监督的模式，并且对两种模式的利弊作了分析；同时也对我国监护监督制度提出了一些建议，融公权力监督和私人监督为一体的模式很有价值，值得我们思考。我也在思考一个问题，在英美有很多法律制度相同的情形下，为什么在持续性代理权的监督模式上会有不同。因为我在这方面没有特别深入的研究，所以我只是在想两种模式产生的历史、文化和社会背景，英国考虑到哪些因素，美国考虑到哪些因素。我也希望有这方面的介绍，可能会对我国完善监护监督制度提供更多的理论支持。谢谢。

陈苇教授：

下面我谈一下对熊金才教授的《论国家监护的补充连带责任-以亲权与监护的二元分立为视角》这篇文章的一点感受。熊教授首先讲到亲权与监护的二元分立，基于这一点这一点国家监护处于补充地位。其次讲到国家监护责任要讲顺序，监护有内有外，先内后外。家庭监护优先，国家监护处于外部监护范围，起到补缺作用。最后强调了国家监护连带责任问题，如果家庭监护不到位，国家应共同承担监护责任。熊教授还讲到我国台湾地区的《少

家事法苑™婚姻家事法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

年福利法》《儿童福利法》等社会保障性法，对于需要保护、救助、辅导、治疗等其他特殊协助的儿童和少年，应当提供所需服务和措施。从中我们可以看出，国家的监护主要是通过社会福利保障，提供物质基础来实现的，并且是提供给需要的儿童的，不是人人都享有的，证明了国家监护责任的补充性。有关监护和社会福利之间的关系需要怎样进一步深化和落实，都对我们有大的启发。谢谢。

王丽萍教授：

吴国平教授的《论我国监护监督制度的立法完善》，这篇文章基于我国法律现有规定的不足，对监护制度需要完善的部分进行了比较全面的探讨，我认为这方面有很大的价值。

陈苇教授：

吴国平教授从八个方面谈到完善立法的建议，比较全面，需要大家共同学习。最后是刘淑芬教授的《亲职监护制度的思考》，她提出了一个新的概念“亲职监护”。因为如果采用大监护概念，就淡化了父母的亲职监护，因而需要使用新概念。但“亲职监护”不仅是父母监护，还包括近亲属监护如堂兄弟姐妹、伯叔姑舅姨，扩大了监护人的范围。因此叫亲职监护，不叫父母监护。这个新的概念对我们思考的启发还是很大的。刘教授指出我国现行法律对监护内容方面的规定并不明确，司法解释也并不完善。对不履行监护职责的法律责任和诉讼时效等均提出了建议，立法构思是比较完整的。我个人思考的是，如果从大监护中将亲职监护分离出来，其余部分如何定义还有待进一步思考。谢谢。

王丽萍教授：

这个单元讨论的每篇文章对我都很有启发，我有两个方面的感受比较深，想和大家分享一下。一是法律的民族性问题。我关注到近几年来，婚姻法学研究会的会长们率领大家进行了很多法社会学的调查以及一些实证性研究，这种调查和研究在其他学科应该还是比较少见的。我们学会汇集大家的力量申请了很多国家社科基金项目，所以得出来的一些结论、研究性成果，我认为很有说服力的。蒋月教授多年来一直在在儿童权利保护方面从事研究，进行了大量社会调查，也承担了国家社科基金的项目。她的本次发言成果就是中国婚姻家庭法的传统和现代化的研究阶段性成果。我想说的是，中国人口占世界人口的五分之一，我们除了在和借鉴国外婚姻家庭法的一些制度的基础上，也应该考虑我国的婚姻家庭制度可以为国际上婚姻家庭制度的进步做出什么样的贡献。有一句话说民族的就是世界的。我特别有感触是，中国文化有哪些是需要抛弃的，有哪些是需要坚持的，对于那些应该坚持的部分就必须坚持。在这个方面和其他法律部门相比婚姻家庭法特别明显，婚姻家庭法的民族性或者伦理性更强一些。二是对婚姻家庭法的研究需要跳出婚姻家庭领域。所以前面几位学者的发言是从法哲学、比较法、法社会学、人权保护、公权对私权领域的干涉、国家职责的角度进行研究。不同的学者从不同的角度进行研究使得具体问题的研究更加深入和细致，这是非常可喜的。从大家的发言和研究我学到了很多，谢谢大家。

王歌雅教授：

见解也好，点评也罢；关注也好，思考也好，都是学术当中的重要一环。如果没有思考和感悟，我们的学术发展就不会繁荣。任何一场学术活动或学术论坛，如果没有互动，似乎就不够完满。下面15分钟留给在做的各位专家学者，我们希望听到你们对监护制度的真知灼见。也请各位发言控制在3分钟内。

李欣：

各位老师好，我是李欣，是安徽工业大学的老师。上午听到监护专题有点激动，因为我的研究方向就是老年人监护。刚刚听到蒋月老师的发言内容，我感到很受启发。从儿童是谁我想到父母是谁。蒋月老师讲到儿童是谁，儿童的权利是什么，父母总是为子女好，让我联想到子女在一定程度上也是为父母好。这些为谁好从心理学角度来谈，都是为了满足自身心灵安宁的一种自私的想法，我们并没有换位思考对方的利益是什么。此外，我想向李霞老师提一个问题，法定监护一般认为是概括性监护，那么哪些属于被监护人的权利，哪些属于侵害被监护人的权利？尤其是保护性权利，例如被监护人的生命健康权。举个简单的例子，老年人在临终前选择放弃治疗，此时哪些权利是属于被监护人的，如果换位给监护人，监护人如何保护被监护人的权利。我想请教李霞老师，如何把握这个度？

李霞教授：

第一个问题，哪些现象或行为表明被监护人的权益是受到侵犯的。我举例说明，在本人或被监护人的财产权利被代理人也即监护人管理时，监护人有两项重要权利，代理权和财产管理权。代理人在行使代理权时，经常会擅自代替本人做决定，将本人的财产处分了。例如股票、证券、名画、古玩等，监护人代替被监护人行使权利是非常容易的。这种权益受到侵犯的情形是非常明显的，这是第一种情形。第二种情形是指在医疗、健康、护理等领域侵犯被监护人权利。在合同订立过程中，监护人往往以代理人的身份擅自代理被监护人订立或变更医疗合同或健康护理合同。这种情形非常常见，举个例子来说，本人躺在病床上时的医疗行为代理权，如果不属于监护却被监护人形式了，则会侵犯被监护人的权利。如本人临终前提出不想做查鼻饲管这种医疗治疗，但监护人代替其作出决定将鼻饲管插上去，是非常明显地侵犯了本人的权利。这也是常见的本人权益被监护人侵犯的情形。

第二个问题，哪些权利应该是本人保留的。在民法上我们把意思能力丧失的人定义为无行为能力人，这种定

家事法苑™婚姻家事法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

义简单粗暴地剥夺了本人残余的意思能力。但这部分能力是作为自我决定权的重要因素的，如决定器官的捐献等。在成年人监护中，这部分权利都交给了监护人代替行使。但我认为这部分权利应该是由本人保留的。希望我的回答可以令提问者满意。

王歌雅教授：

谢谢李老师。下面有请全国人大法工委民法室副主任扈纪华。

扈纪华：

我想就被监护人的权利被侵犯向李霞老师再提一个问题。刚刚提到的老人临终插鼻饲管与否是违背了本人的意志。但在很多情形下，如小孩，并不能认识到自己是否该进行某种医疗行为或该种医疗行为好不好，只是知道自己怕疼。此时家长违背孩子的意思要求医院进行治疗，或监护人违背老年人意识不清醒状态下的选择做出的决定，这些都可能是理性的选择。这个界限应如何划分，是否属于侵权是很难判断的。我想就这个问题请教李霞老师。

李霞教授：

这个认定确实是非常困难的。西方国家在进入老年社会的过程中对这个问题进行过研究。他们分析认为未成年人与成年人监护是需要做出区分的。以插鼻饲管这种医疗行为为例，未成年人意志不成熟，需要其监护人即父母代替他做决定，这是为了保护未成年人的权利；老年人是从完全意思能力衰退到无意思能力的，监护人代替本人做出的决定未必是老年人在意思健全时所表示出的愿望。

同时我想补充一点，西方社会进入老年社会时产生了一种新的制度，即生前遗嘱，也是意定监护的一部分。意定监护包括财产管理、医疗健康护理行为以及人身监护三个方面。将医疗健康护理单独抽出来订立一个合同就是生前遗嘱，即在自己意识清醒的情形下订立遗嘱或向相关人做出意思表示--如果自己以后需要进行医疗手术，但意思能力丧失或不健全的情形下，希望自己得到怎样的护理。这样，在意思能力丧失时便可以遵循自己的意愿，让自己有尊严的活到最后，而非由监护人代替自己做决定。希望这个例子可以回答扈主任的问题。

扈纪华：

我刚提出的问题是什么是监护制度。监护制度是因为本人需要被监护才产生的。那么哪些侵犯了本人的权利，违背本人意志的范围有多大都是比较实际的问题。如果本人需要被监护，就说明其神志或智力是不健全甚至是丧失的。所以我认为我们是在行为需要监护的情形来探讨侵权问题的。

王歌雅教授：

下面有请最高人民法院的吴晓芳法官表达她的观点。

吴晓芳：

监护制度是为了被监护人的利益，在其需要的时候产生的。作为法院的法官如何判断为了被监护人的利益，尤其是老年人的利益。老年人在什么情形下是没有行为能力的，不仅在理论上非常难判断，司法实务中也是如此。

王歌雅教授：

由于时间关系，我们本专题的研讨暂时告一段落。非常感谢五位主题发言人的深刻思考、精当陈述，也感谢两位点评专家入情入理的思考 and 互动。请各位关注时间，稍后将进入第二个专题研讨时段谢谢各位。

【注释】

[1] 马钰凤、张伟：《建立与完善我国未成年人社会监护制度的思考》。案例 1：2003 年 6 月 21 日傍晚，成都市青白江区青江西路 65 号院的居民发现了李思怡--三岁的她，已在多日的饥渴中，变成了一具小小的尸体。因为民警的玩忽职守，她的母亲被逮捕戒毒后，没有人去关照这个被锁在家中的小女孩。记者写到，“人们发现，门上有她的手抓过的痕迹，她的指甲有不同程度损伤，所有的柜子都有被翻找过的痕迹。她可能晚上受到惊吓曾经躲进衣柜。通过地上的痕迹，屎尿被小心地放在卫生纸里的状态看，这个小女孩一直在求生，并慢慢死去……”案例 2：同一个月的同一天，仿佛是怨灵的咒诅--南京，江宁，这个大地上惨绝人伦的一幕竟然重演，这一次，死去的是两个孩子。仿佛人的心被撕裂的还不够彻底，6 月 21 日，两个小小的孩子在紧闭在家中被发现，已经化为干尸。一个一岁，一个三岁。所有的细节需要莫大的勇气才能去了解，而了解之后，会是很多很多人心中一辈子无法挥去的噩梦。今年 3 月，这两个孩子已经因为极度饥饿，险些死去，三岁女孩侥幸打开了门，光着屁股站在寒冷的楼道里求救，头上已经长出了蛆虫，她狼吞虎咽地吃下好心人送来的包子，而一岁的妹妹被发现时，正爬在抽水马桶里，吃粪便，身上头上都是粪便……

文字整理：张亚娇、欧燕、刘胤宏、陈雪仪、杨舸帆、刘庆国、朱庆华、陈丹

本文稿未经演讲者审核。

来源：中国私法网

中国法学会婚姻法学研究会 2013 年年会简报第三期 家庭暴力专题研讨

“家事法苑”律师团队奉献

发布时间：2013年11月26日 中国私法网

http://private11.bjx23.host.35.com/Web_P/N_Show/?News_CPI=27&PID=9164

主持人：中华女子学院常务副书记李明舜

发言人：

薛宁兰（中国法学会婚姻法学研究会副会长）

李春斌（西藏民族学院法学院）

何志权（香港律师）

评议人：

张学军（中国法学会婚姻法学研究会副会长、浙江工商大学法学院）

李秀华（扬州大学法学院）

李明舜秘书长：

我们这个时段的专题是家庭暴力问题。首先请社科院法学所的研究员，也是婚姻法学研究会的副会长薛宁兰教授发言，大家欢迎。

薛宁兰教授：

大家好，我这次提交的论文是有关《家庭暴力防治法》中的民事保护令制度的，我这篇论文是在会议论文集的278—283页。这次会议非常难得的请来了来自香港律师协会家事法委员会的主席何志权律师。我想用最短的时间把我论文中的核心点出来，让何律师有更多的时间就香港家暴法的问题做一个全面的介绍。

我想讲三点意见：第一，目前在我国制定专项的《家庭暴力防治法》已经纳入了全国人大的立法规划，所以我觉得学界目前对于《家庭暴力防治法》的讨论应当重心转移。这个转移是说不再停留在要不要制定这部法律上，而是要转移到要如何制定这部法律上。我的论文还是侧重在《家庭暴力防治法》的特点和制度，也就是民事保护令制度上，它是《家庭暴力防治法》中对受害人进行临时的特别救济的措施，这是我要讲的第一点。

第二，关于民事保护令的性质，目前学界有三种认识。比较多的人主张将它界定为对家庭暴力受害人特别的救济措施，即民事私法救济措施；还有一种观点认为，民事保护令自身的性质扩大了它的功能，就是说它不仅救济受害人，还惩治施暴的人，它兼救济和制裁两者于一体；第三种观点认为，民事保护令是从民法的角度对人身权请求权的一种特殊的保护方式。我认为，在国际上有《家庭暴力防治法》的国家规定这种制度的目标是解救受害人于危难之中，防止暴力继续发生的针对受害人的一种特殊的民事私法救济。最高人民法院应用法学研究所2008年发布了《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》，它在第三章专门规定了人身安全保护措施，这个措施实施以来到目前成效显著。在一些地区的法院系统中就有这样的试点。但是我想从学理的角度提醒大家的是，在《指南》中，尤其是在它的26条，对人身安全保护裁定的性质是界定为一种强制措施。在民事诉讼中，强制措施是针对已经开始的民事诉讼，对其当事人或者是其他人有妨碍民事诉讼程序进行的行为所采取的拘传、训诫、罚款、拘留等强制性措施，它的目的在于保护诉讼程序的正常进行。所以，作为民事保护令这种法院发布的强制性禁令，它应当是独立的、解救受害人于危难之中的临时性救济措施。换言之，它并不以已经开始的诉讼为前提，受害人可以单独向法院提出保护令的申请，也可以在已经开始的诉讼中提出。在这里我没有任何否认《指南》功能的意思，只是认为在未来制定《家暴防治法》的时候不要把《指南》中说的民事保护令的裁定等同于国际上通行多年的民事保护令制度，它的目的、措施、功能还有内容是不一样的。

第三，在去年刚刚修改过的《民事诉讼法》当中，对于临时性救济措施—财产保全和先予执行中增加了一个行为保全制度。这个措施依然还是存在于已经开始的民事诉讼之中的，所以说它适用的案件类型包括婚姻家庭暴力所致的民事诉讼，比如离婚案件、侵权诉讼，但是又不同于这些，还涉及到其他的要求当事人作出或者禁止一定行为的措施。所以从民事保护令的类型、内容来看，它在《家庭暴力防治法》中是一种特有的制度。我的观点主要是这些，谢谢大家！

李明舜秘书长：

下面请西藏民族学院的李春斌副教授发言，大家欢迎。

李春斌副教授：

尊敬的各位前辈，各位同仁，各位师长，主持人和点评人。我今天汇报的主题是《大陆法系国家涉家庭暴力立法考察与思考》，这篇文章的写作背景是今年八月份开的一个讨论家庭暴力专项立法必要性的相关会议。在这篇文章中，我考察了大陆法系典型国家有关家庭暴力的立法模式，并对我国相关立法模式进行了思考。这篇文章主要包括三个方面的内容：一是大陆法系各国立法模式的简单考察；二是各国立法模式的特点；三是对我国立法模式的思考。

从考察中可以发现，大陆法系典型国家针对家庭暴力主要存在两种立法模式：一种是单项立法，并辅以刑法和民法的综合立法模式。例如德国、法国、日本和韩国；另外一种立法模式是无单项立法模式仅仅依靠刑法和民法，例如瑞士、意大利和俄罗斯。在德国，家庭暴力主要是靠通过2000年颁布的《暴力保护法》来调整，但是值

得注意的是，在《德国民法典》第 1361 条第二款中有这样的规定：“被申请的配偶一方不法地和故意地在身体、健康和自由上侵害另一方，或不法地以这种侵害或生命的侵害相威胁的，原则上必须将共同住宅交付单独使用。仅在无继续侵害或不法胁迫之虞时，住宅的交付请求权始得予以排除。但因行为的严重性，不能合理地期待受到侵害的配偶一方与配偶另一方继续共同生活的除外”，可以看出家庭暴力构成了住宅交付请求权的一个法定事由。同时，在《德国刑法典》上，实施家庭暴力也构成虐待被保护人罪。在法国，在其民法典第 220-1 条第 3 款中也有家庭暴力引起住宅交付请求权的规定，在其刑法典中也有家庭暴力构成伤害人之身体罪的规定，同时法国国民议会也通过了一个旨在规制家庭暴力的法。在 2001 年 4 月，日本国会通过了《配偶暴力防治与受害人保护法》，在日本的民法典和刑法典中也有规制家庭暴力的规定。韩国规制家庭暴力主要依靠《家庭暴力犯罪处罚特例法》和《关于防止家庭暴力及保护受害者法》，同时在民法典和刑法典中也有关于家庭暴力的规定。在瑞士，由于国土面积比较小、人口比较少，没有关于家庭暴力的单项立法，家庭暴力主要规定在《联邦民法典》和《刑法典》中。在意大利，关于家庭暴力的问题主要规定在民法典和刑法典中，但是意大利是一个家庭暴力比较严重的国家，有超过 200 万的妇女遭受过家庭暴力，所以很多意大利妇女非常希望出台一部关于规制家庭暴力的单项立法。在俄罗斯，95% 的妇女认为家庭暴力是俄罗斯最严重的社会问题之一，在俄罗斯社会转型的特殊时期，还需要对该问题作进一步考察。

大陆法系典型国家立法模式的特点主要分为两个种：首先对于像法、德、日、韩这样的有单项立法的国家而言，第一是其救济性，对于家庭暴力的受害群体而言有一个可以寻求救济的法律；二是特殊性，就是家庭暴力不同于普通犯罪的一种特殊犯罪，它有自身的证据规则和责任保护；三是综合立法模式，除了单项立法之外还有其他法律加以规制。家庭暴力的防治不仅是个民法问题，同时也是个社会问题；四是单项立法的制定明显地保护了受害人的利益。其次是对于没有单项立法的国家，要么像瑞士和俄罗斯有特殊国情，要么家庭暴力救济机制乏力，家庭暴力严重。

我们看到有家庭暴力专项立法的国家对受害人的保护是非常有力的，而对于没有专项立法的国家如俄罗斯和意大利对受害人的保护是相对乏力的。我觉得我国还是非常需要有关家庭暴力的专项立法的，理由主要有家庭暴力发生率较高；现有法律救济资源不足；需要专门综合法律予以系统规制；有利于促进性别平等；是我国履行国际条约缔约国责任的要求等。

李明舜秘书长：

下面有请来自香港的何志权律师给大家作报告。

何志权律师：

各位好！我非常荣幸能够在此发言。我的普通话不灵光，请大家多多包涵。我非常赞同李教授刚才所谈及的关于家庭暴力立法的观点。现在我为大家介绍一下香港的相关法律。每一个国家都存在家庭暴力的问题。在香港，如果出现了家庭暴力的情况，这将涉及到很多人和不同的机构，我在此列举了十六个，如：受害人、儿童、施暴者、警方、医院、医生、社工、临时收容所、房屋署、法院、律政署、法律援助署、律师、提供辅导的机构、受害人和施暴者的雇主、儿童的学校等。临时收容所是指当受害人无家可归时可以临时入住的地方。房屋署会协助受害人寻找暂时的住所。可见，当一个家庭出现家庭暴力的情况时，会牵涉到很多人和机构，甚至会带来巨大的经济成本。

香港如何处理家庭暴力的问题呢？从法律的角度来说，基本上可以分为刑事控诉和民事诉讼两个方面。就刑事检控而言，一些国家处理家庭暴力问题趋于刑事化，但是香港没有这么做。刑事化是指，当出现家庭暴力时，将该暴力行为列为刑事控罪。香港没有将家庭暴力刑事化，如果其中有犯罪行为，我们则利用一般的刑事法律来处理，例如，如果施暴者有伤害他人的行为，那么其将被控伤人罪，类似的还有普通袭击罪、对他人身体加以严重伤害及淫秽侵犯等刑事罪行。但这是有局限的，因为存在一些不能被控诉为刑事犯罪的行为，例如对于以淫秽言语骚扰他人的施暴者，则不能将其加以刑事控罪。另外一个方式是民事诉讼，相关的法律主要是香港 1986 年《家庭暴力条例》。这一条例共有两次修改，第一次修改在 2007 年，第二次修改在 2009 年。在第二次修改当中，该条例更名为《家庭及同居关系暴力条例》，这一条例开始将保护的范围涵盖同性及同居者。这个 2010 年 1 月 1 日生效的新条例的保护对象为配偶或前配偶、其他亲属、同居者、儿童。法庭有权力颁布《禁止骚扰令》和《驱逐令》。

《驱逐令》具有“特定的部分”和“特定的地方”。因为需要颁发《驱逐令》的情况是非常严重的，所以法官不一定颁发这个法令。受害人可以申请法庭命令施暴者离开特定的部分，例如要求施暴者离开主卧。在很多情况下，施暴者会在受害人的工作场所对其进行骚扰，所以，“特定的地方”还包含工作场所。受害人可以依据《进入令》回到住所领取个人物品或居住，然后可以依据《驱逐令》要求施暴者离开住所。

香港的法律并没有对“家庭暴力”下定义，而是以“骚扰”来描述。“骚扰”的定义是什么？条例也没有对此进行界定。很多国家都此均有定义，但是香港没有。没有相关的定义，那么法官的权力就比较宽泛。“骚扰”的范围相当广泛，哪些影响到受害人的情况属于骚扰行为呢？香港实行普通法，所以我们常常要参考过去的案例。关于“骚扰”的定义，我们先来看看三个英国上诉庭的案例。第一个案例是 Davis v. Johnson，这个案例肯定了“骚

扰”不需要对精神和身体健康有严重的不良影响。第二个案例是 *Horner v. Horner*，该案例指出“骚扰”这个词适用于任何行为，所以适当地视为达到一定程度需要法庭的介入。第三个案例 *Vaughan v. Vaughan*，该案法官认为，如果需要寻求一个近义词来界定“骚扰”的话，就应该找“纠缠”这个词。上述很多行为都可以认定为骚扰，如早上很早或晚上很晚打电话给被害人，或寄书信给被害人等。香港法律中还对同居关系进行了定义。所谓同居要符合以下要素：共同生活、共同分担日常生活中的事务和责任、双方关系具有稳定性和永久性、经济上互相依靠、有性关系、对未成年子女共同照顾和抚养、承诺共度人生以及从第三方来看双方是共同生活的关系。以上都是法律要考虑的因素，但最主要的是双方关系是否为永久性的。此外，香港法律赋予了法院在采纳施暴人曾使申请人受到身体伤害，或合理相信施暴人可能导致申请人受到身体伤害的情形时，可以发出逮捕授权书。执行逮捕时，警务人员具有所需的一切权利，包括使用适度武力强行进入有关地方进行逮捕。上述三个命令即驱逐令、重返令及逮捕授权书的有效期都是 24 个月。

一般而言，施暴人有管养权和探视权。为使强制令有效执行，《家暴条例》赋予法庭把施暴人原有的管养权或探视权更改或暂停的权利，但必须以未成年人的福利为首要考虑事项。法律还强制性要施暴者接受辅导，其目的在于通过教育和心理治疗改变施暴人的暴力行为。此外，香港还提出了《家庭暴力受害人支持计划》。该计划包括三个方面的内容：第一，提供相关信息，包括法律及法律程序信息、小区支持服务信息；第二，提供支持服务，包括陪伴受害人录口供或安排照顾幼儿等；第三，招募、培养、动员义工协助受害人，该计划于 2010 年 6 月开始为受害人提供服务。谢谢大家。

李明舜秘书长：

下面有请评议人进行点评。

李秀华教授：

非常感谢主办方、主持人和所有的发言人。近年来，预防家庭暴力的措施已经成为了学界研究的焦点和难点。如何突破法律制度设计不足的困境，刚刚三位发言人都做出了回应。那么，我想从以下三个维度和大家分享。第一，三位发言人的研究方法独到。无论是从微观切入《人身保护令》还是宏观比较研究大陆法系七个国家的立法，抑或从香港的视角探索《家暴条例》修改的历程，都运用了实证、比较和跨学科的研究方法。第二，研究路线非常清晰。三位发言人直指自己的研究结论，如薛宁兰教授提出的《人身保护令》，对综合性、系统性的防控是非常必要的。薛教授还提出制定防治家庭暴力法，并将《人身保护令》纳入其中。李春斌教授分类介绍了 7 个典型国家的立法情况，他认为单向立法更契合中国本土国情。何律师认为家庭暴力仅仅依靠法律来调整是不可能的，因为法律制度本身具有局限性。应该启动综合性防治模式，在以受害者为中心的保护前提下，我们还要关注施暴者的心理辅导和干预机制。但是，何律师认为在社工、心理、法律方面，还存在一些不足和缺陷。这是第二个方面。第三个方面，各位学者在这么短的时间内，展示了各自的学术风采和研究成果，注意理论和立法上的前沿考量，把握了其他国家地区和经验，还关注了制度的设计和创新。因此，研究成果具有前瞻性和本土实践性。在展示观点的过程中大家已经聆听到了他们一些创新智慧和学术思想。我觉得他们在学术研究和实践探讨方面，没有固步自封，而是打开了学术的视野。注意研究壁垒的突破，也注意沉淀实践的精华。在干预家庭暴力这样的前沿阵地，他们注意各个机构的合力和责任，有效激活现有的法律资源和优化家庭暴力控制的机制。

我想和大家探讨的是，每一篇文章在一定程度上都会存在一定遗憾。比如在人身保护令方面，我们有很多可以探讨的问题。在实施人身保护令之前之后，都有人身保护令实施的评估机制。如果没有运行好的话，可能会导致矛盾的恶化；还有，对施暴者要不要给与一个辩解的空间和权利。在对 7 个国家进行考察和比较研究之后，结论能不能和考察进行有机严谨的对接。也就是考察哪些精华，对建构中国反家庭暴力立法会有所借鉴。香港何律师有很多经验和我们分享，他文章里面有 15 个板块，展示了香港在处理家庭暴力案件，从刑事到民事，实体法到程序法，社工心理到法律各个机构的运行等方面的分类。我们是不是可以把每个板块进行深度分解，形成一个独立完整、更有厚度的探讨。在反家庭暴力的问题上，包括施暴者，没有一个人是可以被抛弃。对于人身保护令而言，其对于老人和孩子的适用性，时限性等都值得思考。“家家和，社会和”，这样的探讨对我们的学术、社会和国家很有意义。感谢主持人、发言人精彩发言，谢谢！

张学军教授：

李老师进行了一个分点评，我进行一个简要的总点评。我从这样几个角度来谈：第一，反家暴法和现有法律之间如何协调。首先看《侵权责任法》。我国《侵权责任法》没有明确规定夫妻之间、父母和未成年子女之间、成年子女和老年父母之间是否适用普通侵权法。我认为这是不言而喻的。大陆法系国家在亲属间侵权问题上有一个限制。英美法系国家在 70 年代时候，整个家庭成员完全适用一般的法律。《侵权责任法》第 15 条明确规定一些侵权责任，比如停止侵害、赔礼道歉、消除影响、赔偿损失，这提醒了我们《家庭暴力法》还要解决的问题。《刑法》上也规定了各种侵犯权利的犯罪，比如杀人、伤害、过失致人死亡等等。在《行政法》、《治安管理处罚法》中也有很多相关规定。我认为可以在法律的基础上，根据家庭暴力自有的特点，设立一些专门机构并赋予专门职权，同时规定一些特殊责任。这样，《家庭暴力法》才能有的放矢，而不要像《老年人权益保护法》、《妇女权益保护法》

一样变成一个汇编式的、没有独特性和针对性的法律。《家庭暴力法》要有针对性，还要和现有法律制度要协调好。

第二个想谈下分类的问题。不管是学者之间的讨论，或者是香港学者写的文章，经常可以看到大家有意无意地把家庭暴力局限于夫妻之间的家庭暴力上。我觉得家庭暴力的范围应该更广一点，除了夫妻之间的家庭暴力外，还有亲子之间，如父母和未成年子女、成年子女和老年父母之间。对于后面两种关注不够多。驱逐令等等一些法令，主要是谈夫妻之间的保护。但是我认为，后两者应该更加引起我们的重视。事实上，妻子相对来讲虽然是弱势群体，但还是要比老年人、未成年子女强势。我们的法律更应该把侧重点放在对这两种人群，即未成年子女和老年父母的保护上面。

我想讲的第三点，是国家和社会的责任。外人侵犯你的财产权益时，家人会给予帮助；但是家人侵犯你的权益时就涉及到社会救济问题了。有些国家就有“警察不出警，警察的不作为加上施暴者的作为导致后续侵害，需要国家赔偿”的规定。但是，也有些国家不承认这个制度。这些国家认为，不出警也不是无意思联络的侵权，不应该承担责任。而我认为，确实应该考虑国家不出警而引起的后果，给予国家赔偿。那么我们的《国家赔偿法》是不是应该在这方面做出相应的修改？第二就是全社会要不要介入的问题。比如说邻居发现了家庭暴力，但是没有去报警，此时，是不是也相当于国家不出警，认为他的不作为加上施暴者的作为两个方面共同导致了该责任。类似的，医生、学校的老师（如幼儿园的老师）等等这样的一些机构，我认为都应该考虑他们承担责任的义务，尤其应该用民事责任的方法来督促他们履行自己的义务。对于国家职权也应当做出一些调整。除了驱逐令之外，对于警察在特殊情况下是否有责令子女为老人提供生活必需品的权力，也是可以重新配置的。在机构设置方面，可以考虑从《治安管理处罚法》的执行机构中派分出一部分的警力，成立一个相应的组织，并赋予这些组织一些权限，以彻底解决这个问题。

第四是关于社会变革问题。产生家庭暴力最根本的原因就是两个：第一是当家庭现有的资源不足以满足家庭现有需要的时候，就会产生家庭暴力的温床。也就是说，在需求很大但资源又很少的情况下，就会出现危机；第二个根本原因，是当出现危机的时候，不能正确解决危机的人会使用家庭暴力的方法来解决问题。所以，对于家庭暴力最好的解决对策是使家庭都有充足的资源，消灭家庭暴力产生的温床。那么，为了根治家庭暴力，应该从哪些方面提供帮助呢？首先，我认为国家一定要给家庭在物质方面给予帮助，特别是要解决农民工、农村户口收入偏低等问题。为什么农村的家庭暴力会比城镇要多呢，就是因为农村收入偏低。我很希望十八届三中全会上可以解决农村集体土地的问题，让农民可以把宅基地的使用权、承包权、“四荒地”的使用权甚至林地的承包经营权能够变成现在实实在在的收入；另外，让城镇居民的下岗职工，领到比现在的《社会保障法》更多的救济金；最后，贫富差距也不能太大，改善经济是解决这个问题根本的办法。

最后，扈主任的谈话我有一些启发：第一点，对选题要高度重视。立法者确实是注意到了立法上的空白，一个法官、律师也经常能注意到法律的空白。我们在写文章的时候，不能过于笼统，就是要针对于立法上的空白来有的放矢地解决；第二就是要特别注意科学方法的运用。法学很重要的任务就是解释法律，因此在方法论上需要特别注重。以上就是我的点评，里面有偏颇之处，请大家原谅。

李明舜秘书长：

谢谢发言人和点评人。下面我们就上述发言、点评或者自己的感悟进行讨论。

魏小军副教授：

谢谢主持人。我是杭州师范大学的魏小军。针对于“家庭暴力”这个专题想谈点自己的心得。

第一个就是“冷暴力”的问题。这个问题，在近期的网络、报纸、包括学术性的文章里面都有所提及。就我个人的观点，“冷暴力”主要是心理咨询界的一个用语，可能很难成为严格意义上的法律术语。主要理由是：第一，所谓的“冷暴力”，在夫妻关系之中，就是一方对于另一方长期冷漠、不搭理、不说话。但是实际上，这样的消极行为要纳入到法律来调整，尤其是要作为家庭暴力来调整，是很困难、很慎重的。因为这种行为造成的后果是不清晰的，或者说因果关系不是很明确。我们排除经济控制和亲属之间的抚养义务，因为经济控制本身也是家庭暴力的一个类型。把此项条件排除，这完全是是心灵上的、精神上不搭理，但这种“不搭理”能造成精神上的创伤，这往往跟相对人的人格是有关系的。这种人格往往是因为早些年创伤被激发了的一种状态。所以说，单纯的“不搭理”的行为造成的结果有多大是非常难查明，也是非常不清晰，造成这种结果的原因力也是很难以查明的。第二，更重要的是，假如说把“不搭理”或者说“沉默”作为家庭暴力的一种，那是不合理的。因为在法律上强迫他人表达好感是不可取的，在他人并不想表达好感的情况下，相反有厌恶的情绪。这种厌恶情绪并不直接通过自己的行为，而可能用其他方式表达出来，例如通过表情、眼神、明显的动作、隐含在动作之外的微行为。在家庭关系中，家庭成员之间的交流很大程度上并不是靠语言，而是各种身体上的微动作。在这种情况下，造成的伤害不会因为法律上的禁止而得到制止，反而可能加重。还有，在比较法上，我暂时还没有发现有明确地把“冷暴力”上升为法律术语。对于这种“冷暴力”情形，可以考虑把“冷暴力”作为判决离婚的法定情形中“其他情形”的一种。因此，如果因为“冷暴力”导致夫妻双方感情不和，就可以离婚；或者，在社会救助中增加对“冷暴力”的救济。另外，我认为家庭暴力法单独立法很有必要。因为在我国，家庭暴力尤其是亲子之间的家庭暴力现象比

较严重。通过法律的明文规定对家庭暴力进行价值牵制是有必要的，尽管不一定会收到很明显的效果。谢谢！

吴晓芳：

大家好。我特别赞同魏小军老师对家庭冷暴力的看法。我一向觉得在司法实践中对于家庭冷暴力的认定是很难得。我认为，如果把冷暴力纳入到家庭暴力的范围就对婚姻的要求太高了。

李明舜秘书长：

现在有请蒋月老师做评议。

蒋月教授：

我是厦门大学的蒋月，一直从事家庭法的教学和研究。刚才各位发言人的发言很精彩，因为时间有限，我只讲以下两个问题：第一个问题，在何志权律师的论文和发言中特别强调“香港家庭暴力没有被刑事化”，但这个观点我理解起来是有点困难的，因为严重的家庭暴力总是要动用刑事控诉途径去救济。另外，在法庭颁布了强制令以后，如果被申请人违反了法庭纪律，是不是要承担相关的刑事法律责任？“香港的家庭暴力没有被刑事化”应该做怎样的理解？第二个问题，如果申请人去法庭提出禁止令申请或者法律保护申请，对于举证责任应该怎样承担？要举证到什么程度时家庭暴力的事实才能被法庭所确认？谢谢。

何志权律师：

我先解释一下什么是“刑事化”。“刑事化”就是对家庭暴力的行为进行刑事控罪。比如说，丈夫打妻子，这就是一个刑事控罪。这个控罪的名称就是“家庭暴力的控罪”。在英国，家庭暴力刑事化以后，其他的亲戚去报告警察有家庭暴力的情况曾一度消失。因为受害人知道，在每一个家庭暴力的行为都会构成犯罪的情况下，施暴人会因此坐牢或者丢失工作，为了维护家庭的利益，受害人便不会去报警或报告家庭暴力。鉴于此，香港经过研究之后，决定不把家庭暴力刑事化。我们认为这是一个很好的决定。我认为在对待家庭暴力时，应该更多地从民事上而不是从刑事上处理。在英国，法官在采用刑事方法处理的过程中，常会意识到施暴者的行为是出于一定的理由或者一时冲动，这样的情况下，法官的处理就比较困难。

第二个问题是关于取证的问题。在香港，民事取证责任规定不同于刑事取证责任规定，它是比较新的规定。在民事上，积极申请人可以向法庭提出证据，比如证明家暴所致伤痕的照片，描述猥琐语言的书面证词等，申请人自己提供的证据能够被法庭所初步采纳。举个例子，如果受害人向法庭提供了初步的陈述，法官会颁布禁止令，以立即停止施暴者的施暴行为，颁布禁止令之后，各方再回到法庭，提出各自的证据，最终才由法官决定是否在家庭暴力的情况。

李明舜秘书长：

最后一个发言的机会提供给叶英萍教授。

叶英萍教授：

谢谢，大家都知道家庭暴力有很多的原因，解决的方法也各种各样。但是我认为，家庭暴力在刑事诉讼和行政处罚领域应该得到加强。我的观点是基于这样的考虑：中国古代的“准五服以治罪”制度，其原理就是亲人间的责任和义务。当然，其中的某些特权是不对的，但是原理是可以借鉴的。所以在现代，如果亲属间有家庭暴力犯罪的情况，应较常人为重。因为这样做至少有三个好处：第一，可以打破中国传统的等级特权，统一公平的理念；第二，可以加强家庭成员之间责任和义务，最重要的是加强责任意识；第三，立法成本非常低，只要在相应的法律中加上一款“如果发生在家庭成员之间则从重”即可。这些就是我的观点，谢谢。

李明舜秘书长：

因为时间的关系，我们的讨论到此结束。作为主持人，主持这个阶段的讨论深有感触。我觉得家庭暴力给我们呈现的是人性之恶、家庭之痛、社会之患、文明之殇。对于正在做中国梦的人来说，梦想中的人民幸福应该包括家庭幸福，而家庭幸福是应该没有家庭暴力的。所以，反家庭暴力是我们实现中国梦的一个重要内容，而很重要的措施就是反家暴立法。我认为，我们未来的反家庭暴力立法不应该是一个简单的离婚法，而应该是一个和谐家庭的促进法；它不应该是一个现有规范的简单拼凑，而应该是相关法律制度的有机融合；它不应该仅仅是一个原则性的宣言，而应该是一个行之有效的具体措施；它不应该是国外相关制度的简单借鉴，而应该是具有中国特色的制度创新；它不应该是激起矛盾和纠纷的诱因，而有应该是消除社会和家庭戾气的一副良药，我们期待着这一天的到来！我们这一阶段的讨论到这里就结束了。

文字整理：张亚娇、欧燕、刘胤宏、陈雪仪、杨舸帆、刘庆国、朱庆华、陈丹

本文稿未经演讲者审核。

来源：中国私法网

中国法学会婚姻法学研究会 2013 年年会简报第四期 夫妻财产制度研讨

发布时间：2013 年 11 月 30 日 中国私法网

原始链接：http://private11.bjx23.host.35.com/Web_P/N_Show/?PID=9181

“家事法苑”律师团队奉献

主持人：中国法学会婚姻法学研究会副会长、江西省高级人民法院郭兵副院长

发言人：

夏正芳（江苏省高级人民法院）

杨晋玲（云南大学法学院）

裴桦（大连海事大学法学院）

李洪祥（吉林大学法学院）

何丽新（厦门大学法学院）

吴晓芳（最高人民法院）

评议人：

马忆南（中国法学会婚姻法学研究会副会长）

许莉（华东政法大学法学院）

郭兵副会长：

现在进行夫妻财产制度专题研讨。本次研讨原计划有五名代表发言，现添加一名代表--吴晓芳，她是最高人民法院专门研究婚姻家庭法的法官。我先回顾上午的家庭暴力专题研讨会。关于家庭暴力纠纷，扈主任、龙老师、李明舜老师都积极主张立法。当今的家庭暴力现象确实比较严重，例如巫老师所讲的情杀也是家庭暴力的一种。我来参加年会的前一天所讨论的几个案件都是因家庭暴力而杀人的。其中一个案例是，一对情侣当中的女方与第三者相恋，男方后来发现女方怀孕且知道胎儿并非自己的孩子，就掐女方的脖子致其死亡。男方随后将女方尸体运送至公安局，并投案自首。这类案件在法院判处死刑、死缓、无期徒刑的案件当中所占的比重比较大。还有一个案件是，夫妻双方中的女方怀孕，在外打工的男方回到家中找不到女方，误以为女方与前夫仍保持联系，则去询问女方的姐姐其妻子的去向，最后因被拒绝而杀害女方的姐姐及家人。杀人和伤害都属于家庭暴力。上午何志权律师讲述了骚扰、纠缠，吴晓芳法官讲述了冷暴力，可见，从执行的角度来看，家庭暴力纠纷的解决具有较大困难。对于家庭暴力的研究，应该要考虑其可操作性。叶老师刚才有个观点我并不十分赞同。叶老师认为，加害亲属的应从重处罚。但是照目前的司法实践来看，婚姻家庭案件当中的杀亲案件一般是从轻处罚的，很少处决犯罪人，这与叶老师的观点有所不同。

接下来进入本单元的研讨主题--财产制度专题。婚姻家庭案件现在确实出现了很多新情况，特别是财产方面的新问题。之前的离婚案件相对简单，现在的离婚案件除了有感情纠纷以外，还有很多财产处置的问题。我们首先有请江苏省高级人民法院民一庭的夏正芳庭长发言，其发言的主题为《当前婚姻家庭财产纠纷案件热点、难点问题探析》。据我所知，夏正芳庭长在民庭工作了25年，因此她在审判婚姻家庭案件方面是非常有发言权的。下面有请夏正芳庭长。

夏正芳庭长：

谢谢！我非常荣幸能够作为实务部门的代表来与大家共同探讨实务问题。在法院的民事审判实务当中，婚姻家庭是一种传统类型的案件。随着社会经济生活的发展，传统的案件会出现很多新的特点和情况。在新特点方面，我们会发现以下几点。一是婚姻家庭案件量在民事案件数量当中的绝对数非常大，而且每年都有小幅增长。从法院受理的民事案件的种类来看，占据前三位的分别是道赔案件、民间借贷案件、婚姻家庭案件。婚姻家庭案件之前一直是占据第一位，但是去年在江苏法院中道赔案件占据第一位，今年在江苏法院中占据第一位的应该是民间借贷案件。第二个特点是人们对婚姻的关注点已经从人身关系转向财产关系。离婚往往涉及到房产和债务，此时双方的矛盾是非常尖锐的。第三个特点是大量的新情况、新问题给事实认定和法律适用造成一定难度。第四点是案件私了比较困难。

我将实务问题归纳为八个方面。由于时间问题，我仅对其中的部分作简单介绍。第一个问题涉及父母出资房产的处理。因为房产价值往往上百万，所以在解决离婚纠纷时，房产的处理一般较为棘手。这就涉及到对于《婚姻法解释三》第7条和《婚姻法解释二》第22条的理解。在父母出全资或部分出资的时候，有可能由子女来签订购房合同，争议点往往就在于父母的出资属于借贷还是赠与。如果属于赠与，那么赠与的是房产还是金钱？这个问题是有争议的。我对于《婚姻法解释二》的规定的理解有些不同。在认定是借贷还是赠与时，要把握两个方面，第一是要考察当事人的意思表示，第二是加大出借方的举证责任，即父母如果认为是借贷，则应提供充分的证据来证明。如果认定为赠与，赠与的到底是房产还是资金？一般来说，在父母出全资的情况下，法院认定赠与的是房产。其实，我个人认为，认定为赠与资金比较合适。在购房合同是子女签订的情形下，应认定赠与资金较为妥当。

第二个问题是个人财产婚后收益的问题。这涉及到对于《婚姻法解释三》第5条和《婚姻法解释二》第11条的理解和适用，即如何认定和看待投资性收益的问题。在司法实务当中，法院一般都不考察当事人是消极或积极，只要收益是基于双方共同投入，则应将收益视为双方共同财产。当然，这一投入不一定是直接的投入，还可以是

间接投入。

第三个问题，也是最困扰我的问题，即夫妻共同债务的认定和处理。对此同案不同判的现象非常明显。当中涉及到对于夫妻债务的判断，应该依据资金的用途还是依据借贷的时间来判断呢？这涉及到婚姻法第41条的规定和《婚姻法解释二》第24条的理解和适用。我们认为，对于这个问题的解决应该区分借贷关系中的夫妻内部关系和外部关系来处理。如果涉及到夫妻内部关系的问题，婚姻法第41条规定得很清楚，即依据用途是否双方的合意、财产是否用于家庭共同生活来进行判断。这不会有太大的问题。现在最主要的问题是债权人起诉作为债务人的离婚夫妻。《婚姻法解释二》第24条是依据时间来规定的，但是如果仅仅依据本条来判断，配偶的权利可能得不到保护。虽然《婚姻法解释二》第24条有但书的规定，但是但书当中的两种证明都非常难，需要配偶来证明在借贷时债权人明知是个人债务或者是夫妻约定财产的情况。所以在江苏法院，我们都这么来把握，即将此解释扩大一些，如果配偶一方能够证明并非用于共同生活，那么就不符合用于夫妻共同生活这一共同债务的本质特征。我们就结合用途和时间这两个方面来进行判断，这种判断兼顾了对于配偶和债权人利益的保护，但是操作性还是存在一定的问题。很多学者从家事代理的角度来设置这一判断标准，我认为这未尝不可，但是司法解释需要作出相应的修改。由此可见，对于夫妻共同债务的处理非常困难。

第四个问题是配偶赠与与小三财物的处理。对于这种情况，我们一般将其认定为有违公序良俗的行为。但是，在认定过程中也出现一些问题。一是当涉及到房产时，同样产生赠与的是房产还是金钱的问题。因为在通常情况下，配偶赠与小三金钱，购房合同是由小三签订的，这就应考虑是否将房产视为金钱性质的改变、合同由谁签订等，所以在这个问题上也存在争议。二是这种赠与应为全部无效还是部分无效。三是谁有权来主张。赠与人是否可以主张自己侵害了他人的利益因此赠与行为无效？还是应该由配偶来主张？这在实践当中也有一定的困惑。我认为，在赠与涉及房产的情形下，应该区分合同是由谁来签订的。如果签订合同的是小三，那么认定赠与的是金钱更为合理。当然，我们当中存在一些理性的声音，认为小三的利益在某种程度上也应受到保护。当涉及到效力有的时候，我个人认为也应该认定为全部无效。因为不管是可分物还是不可分物，在未分割之前应该视为夫妻共同财产。按照物权法的规定，共有财产在处分的时候必须是共有人的意思表示一致。如果仅有单方的意思表示，应该认定为全部无效。至于谁有权来主张的问题，赠与方的给付基于不法原因，如果配偶来主张，法院应该支持。

第五个问题是关于离婚协议中涉及对子女赠与的处理。在离婚协议中，往往会明确房产归子女所有，但是协议签订以后如果一方拒不办理过户手续，这时候子女就会请求过户。这类的案件非常多。首先，这个协议是赠与协议，还是夫妻离婚协议？对这个性质需要有一个判断。其次，协议是否可以撤销？最后，子女有没有诉权？关于协议性质问题，我认为应该作为夫妻离婚财产协议来看待。父母将房产给子女可以作为是向第三人履行的合同，这样的协议可以撤销吗？我觉得是不可以撤销的，因为赠与协议都是有对价的，不能因为目的达成就撤销协议，这已经达成了共识。关键问题是子女有没有诉权？有些案件子女要求确权，也有案件子女要求给付，将协议作为债的合同来对待。我认为子女诉权的形成基础还有一些欠缺，因为向第三人履行合同中，第三人没有诉权。这种情况可以选择换一种途径，由协议的当事人来主张履行合同，这样的主张比较合适。此外，在很多情况下还会涉及到违章建筑物的收益。在民事审判中要把握一个标准，要防止通过人民法院民事判决将违法建筑合法化。一般违章建筑物的认定和分割，法院是不予处理的，而是通过行政机关拆除或者补证。还有一种情况，即违章建筑物现在没有齐全的证书，而违章建筑物已经出租出去了，这个收益能不能作为夫妻共同财产予以分割？一般主张为也不能分割。我认为违章建筑的收益应当分割的。

最后一个问题是，对于婚姻关系存续期间继承发生但遗产未实际分割的，在离婚的时候，作为继承人的原夫妻关系当事人一方放弃继承，是否侵犯夫妻共有财产的共有权呢？对这个问题，我们是这样把握的。首先，放弃继承的意思表示是否真实？其次，如果意思表示真实，不影响法定义务的履行，那么这种放弃应当是有效的。以上是我汇报的内容。

最后我个人认为婚姻法的理论应当多丰富实务，因为在实务当中出现了很多问题。理论和实务如何衔接起来将是一个非常好的良性互动。我也希望在婚姻法年会中，会有越来越多的实务者参加。非常感谢！

郭兵副会长：

下面有请云南大学杨晋玲教授演讲，题目是《试论赠与基础丧失规则在我国婚姻法中的设立》。

杨晋玲教授：

主持人、与会专家和各位同仁，大家下午好！我的演讲题目是《试论赠与基础丧失规则在我国婚姻法中的设立》，以《婚姻法司法解释三》第7条第1款为例。《婚姻法司法解释三》出台以后，关于此争议条款只存在界定之上是不够的。因为法院不可能以法律没有规定或规定不明确而拒绝裁判。而在相关夫妻财产归属上，法院必须作出一个明确的司法裁判。只要法院在相关夫妻财产归属的条款上作出明确认定，就不可避免的存在一片叫好或者一片反对的情形。那有没有一种比较好的方式，可以使双方的利益得到均衡？2002年《德国债法现代化法》第313条为我们解决问题提供了一种可能。为什么以婚姻法解释三第7条第1款为例呢？我认为这个条款存在着一些不足。我在论文里面列了三点不足。第一，没有反映出姻亲关系的真实特性。第二，不符合中国父母家产传承或

对子女为赠与的习惯。第三，忽视了赠与者对子女配偶将来履行赡养责任的预期。实际上人类学家对馈赠行为研究时发现，馈赠连接了3条义务：接受-给予-回馈。这为赠与可以收回提供了一种可能。《德国债法现代化法》第313条关于行为基础障碍的规定里面，分成两种情形。一种是行为基础（自始）欠缺，另一种是行为基础（嗣后）丧失。我论述所涉及的主要是行为基础（或交易基础）嗣后丧失的规则。在适用法律行为基础障碍制度时必须满足两个前提条件：其一，当事人对相关的情形没有作出明确的约定；其二，法律对相关问题也没有作出具体规定。此外，还有几点要求。第一，存在重大情势需要变更。第二，情势变更是合同之外的。第三，当事人对这种情势变更没有预见。第四，不能合理期待当事人作出保持合同关系的要求。情势变更的运用要接受诚实信用原则的审查。相比较其他制度而言，法律行为基础障碍制度的适用不仅有利于在合同中贯彻实质正义的理念，而且相对于法律规定的其他解决方式，它可以为当事人提供一个“柔性”并且灵活的解决方案。在作出解除合同之前，允许当事人对合同进行调整。这一方式运用到婚姻家庭领域，是比较合理的。根据我现有掌握的资料，在德国家庭法里面，因婚姻中的赠与问题而需要运用行为基础（交易基础）丧失规则的情形主要有两种，一种是交易基础丧失后的补偿请求权，另一种是增益补偿中初始财产算入的除外。

在家庭法中为了具体明确运用，我把它界定为赠与基础丧失规则。当事人在赠与后的时候，赠与基础已经不再存在。在不违背诚实信用原则的前提下，可以对已经生效的赠与进行调整或者解除。对于我国婚姻法中设立赠与基础丧失规则，我作了一个可行性的分析。第一，符合我国婚姻法的立法宗旨。婚姻法立法宗旨是在我国《婚姻法》第4条中规定的。这些条款明确表明家庭成员之间要和睦相处。借鉴德国的处理方法可以达到这样的效果。婚姻法司法解释三第7条规定学者已经分析过，它会为家庭不和埋下了伏笔。行为基础丧失规则适用有一个特点，即适合时间为行为基础丧失之时，在婚姻法领域就表现为离婚之际。使用的规则合乎合理期待性，并由法官作出调整或解除的决定。第二，行为基础丧失规则来源于情势变更规则。《合同法》中没有作出专门规定，但是在司法实务中最高法院答复已经有了先例。2009年《合同法司法解释二》对情势变更原则作了规定。那为什么不直接适用情势变更原则呢？对比《德国债法现代化法》情势变更原则的条款和规定，可以看到它们之间有所不同。行为基础丧失规则不仅可以在合同履行中运用，在基础丧失后还可以适用。但是情势变更原则在合同还没有履行或正在履行之中发生重大情势变更，情势变更要求显失公平。而行为基础丧失规则并没有这样的硬性要求。它的适用范围比情势变更原则的适用范围广、标准更灵活。第三，当事人的约定在法律也没有作出规定的情形时，或婚姻法虽然有明确规定，但所谓的“明确规定”实际上并不明确，所以才会有婚姻法司法解释的出台。最明显的是《婚姻法解释二》第22条和《婚姻法解释三》第7条前后矛盾。婚姻法解释存在不一致和不确定性问题。婚姻法和司法解释在没有明确规定情形时，其他法律可不可以适用呢？比如《合同法》中的赠与撤销权和法定撤销权。用《物权法》中的规定解决，可以显示财产中的身份性，使婚姻法成为物权法中的一个分支。第四，有利于家庭纠纷的解决。子女结婚时父母为其购房的出资视为对双方的赠与，但在婚姻破裂时，赋予赠与方以“赠与基础丧失”为理由的调整权和解除权，辅之以一定的限制。在限制方面，除通过诚实信用原则来对赠与方行为的进行妥当性审查外，还须对赠与方的解除权设置一定的限制性规定。具体言之，其一，对结婚时间达一定期限的不适用“赠与基础丧失”规则，但受赠人对婚姻破裂有重大过错的除外。在这种情形下，一方面受赠人已对房产的归属有了合理的预期，另一方面其已通过各种形式为家庭作出了贡献，故对其合理的预期和贡献应加以保护。但如果其对婚姻破裂有重大过错，则不应受这种保护。其二，因抚育子女、照料配偶方父母、协助对方工作等付出较多义务的，不适用“赠与基础丧失”规则。这样既有利于“均衡保护婚姻双方及其父母的权益，”也不影响交易安全的维护。谢谢大家！

郭兵副会长：

下面有请大连海事大学裴桦老师上台演讲。

裴桦老师：

各位同仁下午好。我的论文主要针对《婚姻法司法解释三》第6条夫妻一方赠与另一方财产的法律适用问题展开。对于这个论文题目的选择，主要是有感于最高人民法院对该司法解释的论证。这一条款的本质是一方将房产赠与另一方后，在离婚时是适用约定财产制还是合同法的赠与条款。最终最高人民法院选择了用赠与条款进行解决。对于这一解决方案的解释大致有两个理由。一是夫妻一方将个人财产赠与另一方是不能划归到夫妻约定财产制的。按照《婚姻法》第19条的规定，夫妻对婚前或婚后财产都可以进行约定，或完全归一方、或归于双方、或部分归一方部分归双方，但不包括一方将财产约定给对方。二是赠与通常发生在亲属或关系比较密切的人之间，同时法律也不排除夫妻间的赠与。这是最高人民法院民事审判庭法官在答记者问时给出的解释。对于这两点，我个人认为还是存在一些问题的。夫妻一方将财产赠与另一方不属于《婚姻法》第19条的规定，我认为是法律解释或立法认识问题。全国人大法工委民法研究室在2001年《婚姻法》出台后的使用意见中，非常明确地讲到一方将个人财产约定给另一方是属于第19条的规定的。对于这一点不同学者、机构有不同的认识。此外，我并不否认夫妻之间的赠与并未排除在赠与条款之外，但夫妻间的赠与是有其它属性的。一般赠与是单务行为，没有对价。但夫妻间的赠与是没有对价的么？我认为并非如此，特别是在婚前一方追求另一方时，承诺将房产赠与另一方，但

由于某种原因婚后并未办理过户，离婚后赠与方撤销赠与。我认为这个时候不能认为赠与没有对价。国外立法在夫妻赠与方面是有明确规定的，如果在相关部分没有规定才适用一般赠与条款，而不是认为夫妻间赠与和普通赠与完全相同。所以，我认为最高人民法院的两个解释理由还是有考虑余地的。烟台大学范李瑛教授在2004年《夫妻财产约定的性质及法律适用》一文中提出，如何选择解决方案应看适用结果是否能够更好地解决问题。我认为用这一理由支持赠与制度更有说服力。采用约定财产制解决，一旦双方合同签好赠与便没有任何主动权。在对方为不诚信受赠人，损害婚姻或己方利益时，赠与人没有任何办法的。如果适用赠与条款，就有两个方法进行救济。一是物权转移前可以适用任意撤销权，二是物权转以后可以适用《合同法》第192条的法定撤销权。这两种解决途径都能对赠与人进行很好的保护，防范心怀不轨的受赠人。这两个理由的确很有说服力，但我个人认为这个解释也有其致命的弱点。虽然很好的保护了赠与人的利益，但并不能保护受赠人的利益。我们否认恶意受赠人，但如果是赠与人移情别恋，在离婚时要求撤销赠与应如何解决？一般赠与合同特殊保护赠与人是因为其为单务行为，没有对价。但夫妻间的赠与特别是婚前赠与是不可能没有对价的。这个问题我特别赞成许莉教授的目的性赠与合同观点。

综上所述，夫妻约定财产制或合同的赠与条款均有利益。约定财产制可以很好地保护受赠人，赠与条款则可以很好地保护赠与人。如何平衡两者利益，我在给学生上课时说，不如交给法官自由裁量，看是哪一方不诚信，并且均有法律适用依据。但在最高人民法院出台司法解释后，我们必须面对这个问题。在未来立法中，可以将夫妻财产制的赠与问题专门规定，限制赠与人的撤销权，即夫妻间赠与属于目的性赠与，目的达到之后则不能撤销。若婚姻法没有相应规定可以适用一般赠与，受赠方不诚信可以用法定撤销权解决。最高人民法院的解释中将一方财产约定给另一方不能使用约定财产制，我认为，在现有法律框架下，这还是有待研究的。我在论文中写到约定财产制有两种，一种是有严格限制的选择约定财产制，即一方把财产约定给另一方，则不能划归到约定财产制中；另一种是自有财产制，则可以容纳赠与问题。我认为我国采用的是自有财产制而非选择财产制，因为我国的赠与从立法技术层面来讲，是围绕着法定财产制的，只有在和法定财产制不同时才是约定财产制。这可能和很多学者的观点不同。总而言之，我国在现有情形下采用约定财产制限制赠与方的撤销权；对于如何弥补约定财产制的不足，我认为有两种方法。一是离婚后另一方的帮助力度，二是如果对方有更严重的不诚信行为，可以采用损害赔偿的方式进行制裁。谢谢大家。

郭兵副会长：

有请吉林大学李洪祥教授演讲，题目是：《夫妻财产推定规则的伦理分析》。

李洪祥教授：

各位同仁，大家好。这个题目实际上是张学军教授给我的一个命题，是以《婚姻法解释三》第7条为视角来展开分析。但是我原来的文章是从其它的视角来作出伦理分析。所以，今天我想把我原来的文章（该文章没有公开发表过）的主要观点和大家分享。

民法的财产规则（或者称市场法的财产规则）与亲属法（或者称身份法的财产规则）的伦理基础是不相同的。财产法的财产规则（或者称市场法的财产规则）最大的特点是利己性。但是同时，我们应该注意到这种利己性得到利他性或者互利性来补正。这是属于市场法的特征。那么，身份法中的财产规则最大的特点应该是利他性，但是这其中又不能是完全利他的。这里应该是需要用利己性和互利性来对其进行补证。为什么这里会有补正的问题？因为它的伦理基础在本质上是利他的。众所周知，无论是婚姻还是家庭，它的组成人员都是独立的主体。既然是独立的主体，那么他必然会具有自立的一面或者具有互利的一面，因此需要用利己和利他来补正。通过这样一个伦理基础的分析，我们可以进一步观察到：实际上无论是市场法的财产规则还是亲属法的财产规则，其中都会有一个共同的地方或者都有一个重合的地方。这个重合点就是利己性和互利性。所以，实际上在现行《婚姻法》当中，也不排除有市场财产法的因素，比如：夫妻约定财产制（这一块就不展开来一一详述）。既然如此，我们可以得出以下三个结论。

第一个结论是，促进夫妻或者男女双方的平等，实现夫妻公平的需要。男女平等这个问题，实际上在财产和亲属方面是反映比较突出的。如果两性趋于实质的平等或者是进一步的平等，那么我们的财产制就更应该趋向于分别财产制。如果还存在不平等，则可能在财产制这个问题上就更应该趋向于共同财产制。而根据我国现实的两性关系的状况来分析，我们可以看到男女双方还没有实现完全平等，因此实行共同财产制还应该是当今必然的选择。

第二点是尊重当事人的意思自治，发挥家庭的职能作用。在这一个大的法律框架下，这个问题是值得我们关注的。意思自治在很大程度上体现的是市场财产法的规则（伦理），而家庭职能的发挥可能更倾向于体现身份财产法的伦理。那么，怎么样可以更好地把两者结合起来？现在似乎有一种苗头，即用整体主义的理念（理念）来反对个体主义的保护。我觉得，在这个问题上存在如何平衡的问题。实际上《最高人民法院关于〈婚姻法〉解释三》在很大程度上可能是考虑到这种平衡的问题。这是我的第二个结论。

第三个结论是，针对于司法解释，亲属法的财产规则的司法解释必须得服从于亲属法财产规则的限制，或者

它的解释规则应该受到亲属法财产规则的限制。

以上是我的主要观点。谢谢大家。

郭兵副会长：

有请厦门大学何丽新教授上台演讲，题目是：《婚姻关系适用合理信赖保护之思考》。

何丽新教授：

各位同仁大家好。我今天发言的内容在论文集的第 229 页到 234 页，主题是《婚姻关系适用合理信赖保护之思考》。文章强调的是思考，我希望可以借此抛砖引玉。由于思考还不够成熟，就不能像裴老师和李老师那样脱稿，说明自己的思考过程还在进行当中，同时希望自己的思考可以引起在座学者的共鸣。我的思考结论由于时间关系，总结为以下六个结论。

第一个结论，民法中的合理信赖保护原则适用于婚姻法中有其存在的基础。理由有二。一个理由是，我认为婚姻是一种特殊对待关系，婚姻当事人将自己的利益和前途寄托在将来相互之间的共同配合与协作上。所以我认为一切以将来的共同交换关系为基础的都是契约关系。婚姻关系具有合同关系的性质，而合理信赖保护的基础就是围绕合约关系来进行的。这就是我想阐释的第一个理由。第二个理由是，我认为，信赖关系是围绕着合同而展开的动态法律关系，那么婚姻关系是在感情、经济和性等等方面形成的相互信赖的生活共同体。所以，在这个方面，婚姻双方当事人之间会存在善意的信赖。信赖关系就会形成信赖行为，即我将来和我的爱人共同生活一辈子，我会有很多的情感投资和财产投资。信赖投资往往产生信赖利益，所以这是婚姻法产生民法上的合理信赖保护的基础。这是我的第二个论点。

第二个结论，以吉林大学马新元教授等为首的学者都认为，民法学界所认同的合理信赖保护是以损失来界定的。也就是说，解除婚姻关系时依据赔偿方式来界定消极保护。我个人认为，在婚姻法界适用信赖保护应该存在积极保护和消极保护两个方面，即我在想结婚之前，就存在一个信赖利益可以保护的过程。

第三个结论，积极保护的主要体现就是通过结婚，当事人要取得婚姻财产权，这个婚姻财产权不同于夫妻财产制。我在文章中称它为“集合的抽象概念”，是指所有夫妻共同生活，哪怕是分别财产制状态下的夫妻，只要是为了运行夫妻共同生活中所具备的财产都应该列入到此处所称的婚姻财产权当中。也即当事人结婚以后必然会体现婚姻当事人之间的一种经济、身份地位。这种身份地位就是满足婚姻当事人通过结婚这种形式在婚姻共同生活上的利益共享机制。

第四个结论，婚姻财产权的建构有利于婚姻内部凝聚力的增强；满足婚姻生活共同体的整个日常生活的需求；有利于强化夫妻财产的对外责任；完善我国夫妻财产制在整个建构中的管理制度。

第五个结论，从消极保护方面来谈合理信赖的消极保护，我得出两个结论。一方面是可以用于离婚的经济赔偿。利用合理信赖保护原则来阐释离婚损害赔偿制度可以达到的几个方面的目的。突出我国婚姻法项下的离婚损害赔偿制度的法定情形，凡是违反婚姻义务的过错均应该纳入到合理信赖利益保护的损害赔偿范围之内。同时，信赖利益的损失除了财产损失之外，还包括时间的损失和人生规划损失。因为每个人都有来到人世间的一辈子，夫妻双方生活几年到离婚，如果是因为一方的过错导致婚姻关系的解除，另一方的整个人生规划受到毁灭性的改变。所以离婚损害赔偿应该包括人生规划和因离婚导致的损害赔偿的机制。从合理信赖利益的保护这个原则出发进行解释，可以使离婚损害赔偿制度补充到精神损害赔偿之列。

第六个结论，离婚家事补偿制度也是合理信赖利益保护的消极保护之列。它是基于婚姻的合理信赖，在婚姻关系存续期间，承担超出其法定负担家事的一方，有权在离婚时请求从该方贡献中获得利益的另一方给予适当的补偿。这种补偿就是基于合理信赖的一种结束，它不仅是合理信赖保护的消极方式，也是一种离婚救济方式。谢谢大家。

郭兵副会长：

下面有请最高法院吴晓芳法官发言。

吴晓芳法官：

《婚姻法司法解释三》是于 2011 年开始实施的，到现在实施了两年多，我也看了很多学者的文章，听了很多学者的讲话。之所以有不同的看法，主要是基于不同的思考角度，这是非常正常的，我始终认为只有一个声音才是可怕的，但是很多争论点在于对条文的理解的不同。条文数字有限，不可能概括所有的情况，只能涵盖一般情况，这就要求法官依据案件事实根据公平原则进行裁判。鉴于时间问题，我针对争议较大的问题说一下自己的看法。

有学者认为《婚姻法司法解释三》第 7 条与《婚姻法司法解释二》第 22 条是矛盾的。但是《婚姻法司法解释二》第 22 条是完全根据婚姻法进行解释的，分为两种情况：婚前父母给子女买房，这个出资视为对自己子女一方的赠与，当然另有约定的除外；婚后父母给子女买房，出资一般视为对双方的赠与。《婚姻法司法解释二》是在 2002 年出台的，但是 2003 年以后房价急剧上涨，特别是在北京有的达到一平米 10 万元，这种情况下，如果一方父母出全资为子女买房，需要强调的是，购房款可能是父母一辈子的积蓄，在这种情况下如果仍然依据《婚姻法

司法解释二》，就可能出现极端不公平的情况，尤其是在闪婚闪离这样的情况下。另外，也有可能是双方父母都出资买房，在这种情况下，如果登记在双方名下或者有约定，这时不会发生争议，但是如果只登记在一方名下，此时房子应该归谁？我国现行婚姻法没有规定，它不同于1981年婚姻法列举出哪些属于共同财产或个人财产，因此当时出台司法解释的时候我们就没有考虑那么多法理基础，主要是基于公平原则作出的规定。针对这种情况，我在香港参加国际法官论坛的时候曾经问欧美国家的法官，他们说，在他们国家不存在这种情况，父母没有义务给子女买房，他们自己买房，自己的钱要用于养老和旅游。因此，我们基于我国这种特殊的国情，出于公平考虑，没有太多理论支撑，比如说，双方父母都有出资但没有约定，一方出资80万，一方出资20万，这种情况根据物权法只能是按份共有。第七条第一款出全资为子女买房，父母可能因此透支退休金，如果离婚的时候分一半给另一方，我想在座各位没有一个愿意这样做。我觉得2001年婚姻法根本就没有考虑到这种情况。我给大家解释一下第七条，第七条一开始就认为是出全款，并且我们也在《人民司法》上发表了文章，将一方父母出全资为子女买房并登记在自己子女的这种情况视为该房产为父母对自己子女的赠与，《婚姻法司法解释三》第七条就是将《婚姻法司法解释二》第22条中的情况加以分离，两者并不矛盾。针对部分出资怎么处理还没有规定，但是我们比较倾向于杨晓林律师的观点，就是父母出首付，婚后夫妻双方共同还贷，并且登记在父母出资的子女一人名下，这种情况下房产视为共同财产，房产增值部分是双方房产的增值，但是父母出资的部分视为对自己子女一方的赠与，这样在离婚的时候，父母出资的一方可以多分，如果这个案件中还有其他情况，法官可以酌情裁量，但是只有一个标准，即尽量公平。

刚才说到约定与赠与的问题。我非常赞同裴桦老师的观点，就是我们国家的夫妻约定财产制是一种非常自由的、没有限制的财产制，除不考虑行为能力、主体等因素外，可以约定分别所有、部分共有或者全部共有，但不限于这三种情况。我是这样认为的，夫妻一方婚前或者婚后约定将房产赠与另一方，这既是一种赠与，也可以是一种约定，根据婚姻法19条的规定，这种约定对双方都有拘束力，我觉得主要是怎么理解这个“拘束力”。比如说，夫妻双方约定，如果双方结婚，一方送给另一方一个大钻戒或者裘皮大衣，针对这种动产，一旦交付就发生物权变动，这个时候就不能任意撤销，除非符合法定撤销权的情形。针对不动产，根据物权法的规定，不动产物权的变动要登记，如果不登记，一方要承担不登记的后果，离婚的时候各说各理，一方坚持继续履行，一方主张撤销，这种情况下我认为这是一种约定，但是这个约定的拘束力怎么理解，我认为动产就是交付，不动产就要履行登记的法定程序，并不能因为你们是夫妻关系就除外，这是我的观点。

针对对价关系。裴桦老师认为夫妻之间的赠与与一般的赠与没有什么区别，就是对价，那我想问，这个对价是什么？不能说离婚的时候一方把房子给另一方，另一方就得到了对价。另一方付出的是什么？我觉得这是涉及婚姻家庭理念的问题。因为我国的婚姻法是比较注重保护妇女的权益，在外国很多是实行分别财产制的，而我国实行的是共同财产制，对妇女权益的保护是比较彻底的。如果你认为一方通过婚姻拿到房子才觉得公平，我不这样认为，因为这涉及理念问题，我始终认为任何人不应该利用婚姻或者感情获取利益，要自己动手自己争取。什么叫对价？难道青春是对价？我觉得男方的青春也是对价。这个是涉及价值理念的问题。

孳息的问题。针对这个问题的争论，我觉得主要因为是理解问题。因为我国的法律对孳息的概念没有规定，对自然增值也没有作出解释。那么我说一下当时规定的初衷：个人财产婚后的收益除了孳息和自然增值外为夫妻共有，我不知道学者们为什么还反对，因为这已经限制的够严格了，基本上都属于共同财产，因为婚姻法规定的生产经营的收益和《婚姻法司法解释二》规定的投资性收益属于共同财产的范围，现在《婚姻法司法解释三》规定了孳息和自然增值除外的其他收益都是共同财产，并且我们认为应该对孳息作限缩性解释，不能作扩大解释，自然孳息不用解释。现在多将房租作为法定孳息，比如夫妻一方的房产出租来收取租金，我们认为房租和银行利息是不一样的，因为房产出租人要承担一定的义务。所以我们一向主张将个人财产婚后出租的租金作为经营性收益。比如说，一方婚前有一果园，婚后双方共同经营，所产生的果实应该也是经营性收益。在法国民法典的规定中，它是属于人工孳息。其实现在规定的孳息的范围十分狭窄，主要是银行存款或者原有债权，另外，自然增值也属于个人财产。所以，现有规定对个人财产的限制很严格。很多学者认为应该通过考虑收益中另一方的付出来区分是否属于个人财产，但我认为用是否付出来区分并不利于保护婚后权利，因为婚后一方进行经营时，另一方实际上也有间接的贡献。还有一个争议很大的问题。在一些情况下，夫妻一方擅自将共同财产出卖，第三人按物权法106条取得所有权，对夫妻另一方进行赔偿，对此有很多学者反对，认为家庭唯一居住的房屋应该除外。对于这个问题，各方争议很大。很多人提出家庭唯一住房需要保护。这个观点存在缺陷。第一，存在这样的情况，即购房者恰是另一对夫妻，办理了产权过户并且搬入居住了，对购房夫妻而言，这也是唯一住房，那应该保护谁？第二，目前的纠纷很多是由于房价上涨后，出卖夫妻反悔，想以此为理由取回房产；第三，家庭唯一房产应该如何界定，比如夫妻唯一住房是一套大别墅，出卖了之后仍然可以换一套小住房，也不影响生活。所以，我认为这是一个价值理念的问题，还可以再讨论。

接下来讲债务问题，《婚姻法解释二》24条出台的一个前提是因为出现了夫妻故意逃债，例如通过离婚协议使所有财产归夫妻一方，另一方借此逃避债务，24条的出台就是为了保护债权人的利益。它规定，债权人起诉，

除了债务人夫妻之间实行夫妻分离财产制或已向债权人说明债务为个人债务两种情况之外，都推定为共同债务。但 24 条出台之后，近些年出现了很多造价和串通的情况，使得对夫妻另一方特别不利。前不久，长沙有一个案件，离婚后债权人起诉称男方在婚姻关系续存期间向其借债 9 亿，要求女方承担，在这个案件中，按照第 24 条的规定办就会产生问题。因此，《婚姻法解释三》当时打算解决这样的问题，但最后并没有实现。我觉得学者们可以讨论这个问题，即如何在债权人和夫妻未举债一方之间平衡利益。现在我们形成共识的观点：第一，这里存在三种关系，债权人起诉是一种外部关系，作为夫妻双方，对外应该承担责任，这就是 24 条的精神；在离婚案件中，则是一种对内关系，由《婚姻法》41 条调整，离婚时原为夫妻共同生活所负债务是共同债务；另外，《婚姻法解释二》中还规定了追索关系。其实《婚姻法解释二》第 24 条是有基础的，根据《婚姻法》第 19 条规定，债务人告知债权人其夫妻间实行夫妻分别财产制时，才仅以个人财产承担债务，因此，在没有告知债权人的情况下，即使夫妻之间实行分别财产制，也要承担共同责任，这就是 24 条的根据。但是 24 条的规定有一定的偏离和极端，所以目前我们正在考虑是否在民间借贷的司法解释中解决这一问题。现在上海高院有一个意见，在 24 条的前提下，只要未举债的一方能够证明所借债务没有用于夫妻共同生活或者不是出于夫妻共同举债合意，则应该认定为夫妻一方的个人债务；另外浙江高院还有一个意见，从日常生活需要的角度对债务进行区别，即一方在外借债，若是出于日常生活所借之债按照夫妻共同债务处理，若是超越了日常生活需要之债，则举债人需要证明所借债务用于夫妻共同生活或出于双方共同合意；这些观点我认为都很有借鉴意义，解决的办法仍需要大家讨论研究。我之前看到一篇文章，认为债权人有意注意义务，债权人对风险的控制能力强于夫妻未举债一方，根据债的相对性原理，举债人首先对债务负责，若债权人还想要夫妻另一方负责，则需要证明债务被用于夫妻共同生活或是夫妻出于举债的共同合意，我认为这个观点很有道理，但在讨论的时候，许多人持反对意见，认为不利于保护债权人。这个问题目前仍需要大家讨论。

郭兵副会长：

发言人都讲完了，现在有请马老师、徐老师点评。

马忆南教授：

谢谢主持人，各位同仁下午好。我和吴晓芳法官在《婚姻法解释三》实施一周年时，曾经在人民大学有过交锋，所以我今天把这个任务交给许莉教授，我来点评夏正芳庭长、李洪祥教授和何丽新教授的发言。先说夏正芳庭长的报告，我觉得这个报告和精辟地总结了当前婚姻家庭财产纠纷案件的特点和难点，也做了深入浅出的分析。对于其中江苏省法院对相关案件的处理方法，我比较认同。举个例子，关于《婚姻法解释三》第 7 条，他们在实践当中认为要求出全资，这和吴晓芳法官刚才所讲的最高院的态度是一致的，我非常赞赏。关于个人财产婚后收益的处理，夏庭长谈到了双方的投入问题，即双方的投入不能简单化认定，不能仅以直接的投入作为认定标准，夫妻一方在家从事家务劳动也是一种投入。我认为这是提出了一个问题，因为在《婚姻法解释三》第 5 条的解释上，对于适用物权法的原理还是采用贡献说、投入说一直存在争议，如果抛弃物权法的原理采用贡献说，则又会陷入另一个问题，即贡献或者投入既有直接投入也有间接投入，这使得对投入的评估会陷入困难。我觉得在这个问题上法官们通过案例创设规则的空间还很大。对于夏庭长提出的这个问题，我觉得仍然需要讨论。还有一个问题，是关于配偶一方赠与与小三财物的

还有一个问题是赠与与小三财物的处理，这个问题争议非常大。夏庭长对这个问题处理的结论是不正当关系违反了公序良俗，损害了社会公共利益，不受法律保护，认为赠与应该全部无效。我个人认为这样的结论太过于笼统、轻率。我的想法是：这类赠与行为是否都违反公序良俗原则？我觉得可以进行类型化区分。法官可以针对不同案件作出个案分析，得出不同的处理结果。而不能一概认定违反公序良俗都是无效的。有一个典型的案例就是四川泸州遗赠案，丈夫通过遗嘱的方式将遗产遗赠给二奶。法官以遗嘱违反公序良俗为由，认定遗嘱无效。但是如果按照德国法上的解释，对案件就要进行一个细分。这种赠与是否违反公序良俗？是否只要有这种不正当性关系，就一概违反公序良俗？可能不一定。这种赠与是为了维持不正当性关系，作为一种购买性服务的对价，就是违反公序良俗。如果这种赠与是为了维护受赠与人的基本生活，而不是对她进行一种报答。是对受赠与人基本生活给予的一种保障，这就和公序良俗没有关系了。

何丽新教授在报告中提出了婚姻信赖利益保护的视角，即婚姻关系适用合理信赖利益保护原则，对于我们认识婚姻的特殊伦理性质是非常有帮助的。但是，我不太赞同她对离婚损害后果的概括。她认为信赖利益损失包括财产损失、机会损失、直接损失、精神损害等等。这样的概括范围太宽了。我认为离婚造成损害一定有过错存在和损害后果发生。而且离婚损害赔偿产生的根据一定和造成的损害是成比例的，这应当遵循一种适度原则。我们在考虑对离婚损害赔偿扩大适用范围的时候，要考虑正当性基础，还要考虑惩罚和违法行为之间要适度。对此，我们有没有更好的可替代性方法。比如，将家务劳动补偿制度作为一种替代性方法解决离婚后当事人生活水平下降的补偿，这是一种更好的思路。

李洪祥教授的《夫妻财产推定规则的伦理分析》是一篇纯理论的文章，他从价值论上提出夫妻财产推定规则应当遵循的基本理念和精神。考虑现行婚姻法作为一种指导式立法，同时要坚持公平原则，以促进夫妻双方利益

平衡和保护作为出发点。他提出要尊重当事人的意思自治和维护家庭职能的发挥，这些伦理规则是非常有效的，对于夫妻财产规则推定是一种指导思想。我非常赞同这一点。谢谢！

许莉教授：

大家下午好！我对三个老师的发言作一个回应。我先讲前面2位老师的论文。实际上这2篇文章针对的是《婚姻法司法解释三》的第6条和第7条，共性是婚姻当中无偿取得财产的定性和处理问题。杨老师的文章主要讲到父母赠与房产的归属。她认为第7条存在一些争议，以登记来作为父母赠与子女的意思表示的做法是不妥当的。我也认同这一点。登记在夫妻财产制度当中作为当事人意思表示是否妥当？解决这个问题要顾及父母赠与子女问题。其实，父母赠与子女和夫妻之间赠与都不是一种单纯的赠与。赠与人是基于接受将来的回馈，如果打破了这个链条，使当事人的期待落空，对双方都是一种伤害。第7条的负面影响很明显，它对姻亲关系的破坏是非常具有杀伤力的。以登记来确权对以前的人有影响，对将来以登记来确权的人更有影响。她认为婚后父母对子女房屋的出资，视为对双方的赠与。她给了一个解决路径和全新视角，就是民事法律行为基础丧失问题，在法律行为基础丧失的前提下，可以允许当事人撤销这个行为。用这样一种理论加以解释并予以论证。德国法中以婚姻为条件的给付行为，不属于夫妻赠与行为。夫妻之间的赠与，在德国法认定是非常严格的。对于以婚姻为目的的给付为条件，允许给付人在一定条件下可以撤销。在认定为赠与之后，如何保护父母的利益呢？可以用这个结论来解决。一定条件下的撤销权，不是一般法律意义上的撤销权，而是基于诚实信用原则派生出来的理论。通过法官的自由裁量来认定可不可以撤销，对法官有相当大的挑战性。它的操作性怎么样，虽然难度大了一点，却是一个很好的思路。同时也顾及了如果婚姻关系破裂了就予以撤销，这对受赠人是很不利的。换句话说，婚姻关系存续期间财产是共有的，而婚姻关系撤销财产就返还回去了。又提到了一个限制，比如婚姻存续期间的转化问题和当事人的过错。所以这样一个基本思路，我觉得是非常有启示的。

裴桦老师的基本思路是首先界定约定夫妻财产制是选择式，还是独创式？她的结论是独创式。独创式是把一方财产约定给另一方就视为夫妻财产约定。这样一种约定具有约束力，不能适用合同法任意撤销权。这是裴桦老师的基本观点。吴法官也提到了这一点，我认为有法理上的认识。为什么在婚姻法学界区分夫妻之间关于财产约定是共有或对方所有？为什么区分是赠与行为，还是夫妻财产约定？这两种行为都是财产约定，都具有拘束力，但是拘束力却是不一样的。作为赠与行为的拘束效力，是债的效力，只产生一个债权请求权，所以有合同上的任意撤销权。如果作为夫妻财产制度的选择，我选择改变法定夫妻财产制，这实际上财产归属的变动。夫妻财产制度的规定是直接变动，财产关系不需要再履行物权变动形式，也就是说动产不需要交付，不动产不需要变更登记，在当事人内部产生物权变动的效力。所以如果按照19条的规定，约定共有和约定一方财产归另一方所有，拘束力是共有和对方所有，不需要变更登记。只是相对于第三人时候，有一个对抗效力而已。如果把它视为赠与，就是一个合同撤销权，这是我们最大的分歧。裴桦老师没有问一句，既然把约定另一方看成赠与，如何理解房子婚后共有，这属于不属于赠与？这一条法院很难解释。如果约定成共有，我们还认为有没有夫妻财产约定？这个问题时间关系，会后可以讨论。最后，我想就吴法官的发言谈谈想法。她透露了这样一些信息。第一，最高人民法院和地方法院法官和学界关注的不太一样，法官关注的是最明显、最直接的问题，追求案件私了。而学界研究重视法理性和逻辑性，侧重点不一样。第二，沟通不够。比如有些条文理解不一样，学界拿出来讨论、提出意见，其实条文并不是这样说的。我不排除学术界有很多问题，不了解司法实务部门的具体操作。但是有些问题，最高院也有一定的责任。比如像第7条的部分出资和全部出资这样的问题，第7条的规定本来没有歧义的，但是最高法院出版了一本书之后，告诉我们出资可以理解为部分出资，也可以理解为全部出资。这样一来，我们怎么对学生解释？上海法院一直认为是全资的，而北京判过一个案件是适用的部分出资。这样我也很困惑，这是人为造成歧义。不过，通过沟通大家就能够明白了。至于它合适不适合，这是另外一个问题了。最后，最高法院有很多自己的用语，比如夏庭长刚说的“道赔”和吴法官刚才解释的“孳息”，这些有很大的争议。在民法上，孳息是一个固定的概念，它的范围是非常大的。老师按照正常的民法原理给学生讲授，但是司法解释却和民法上的意思出现了偏差，所以加强沟通确实是非常重要的。还有关于“自然增值”，解释当中不加没有什么疑问，加了以后反而有很多问题。因为我们国家是有权利取得才会有共有，因此共有是权利，而不是增值部分。因此，在婚前财产权没有变动的前提下，根本没有纳入分配范围的考虑。而自然增值的提法会增加大家关于主动与被动的困惑。因此，为了减少理解上的偏差，加强沟通很重要。谢谢大家。

金眉：

我是中国政法大学的金眉，非常感谢有这么好的机会能够发言。刚才我们讲的是很具体、细致的条款规定，那是不是可以上升一下，考虑略微抽象的东西。

首先，香港的法官和国外的法官在司法实践中根本不会考虑到上述问题，究其原因，是中国人的婚姻生活原理和西方人有所不同。中国人充分重视每年的清明节祭祖，说明中国的家族社会在现在虽然是没有了，但实际上民众对于对上继承、对下传承的作用有着充分的认识和尊重。所以，中国人的幸福是体现在对生命的传承之中的。但是佛教、西方的基督教都是否定家族的，西方人是在未来的天堂里和神取得最终的幸福，和中国人的终极幸福

有很大的不同。在中国，每一位父母在出资的时候并不是在为自己考虑，而是为子孙后代忧虑。所以不管是立法还是司法解释都要尊重这一民情。

另外，我们看西方都是纯粹的个人主义立法，机械观认为人和人之间是没有联系、独立存在的。而我们每一个中国人都是生活在关系当中，幸福是在关系当中体现的。所以我们的思维和西方人的思维是不同的，我们的思维是辩证的思维，不像西方人那么黑白分明。我想举所有权为例：我国古代的所有权是根据身份的变化在变动的，但是在今天，我们接受了西方所有权思想以后，所有权就是固定不变的。这个会影响到我们的立法态度，所以我立法和司法解释都要充分尊重民情，谢谢！

罗敏：

大家好，我是北京岳成律师事务所的律师，我今天有一个问题想请教一下吴法官。关于夫妻债务用于共同生活这个问题，在实践中是很难区分的。比如一方开了一家公司，这个公司之前盈利，之后亏损欠了很多钱。离婚的时候这个债务算是夫妻债务还是个人债务，我觉得是得很难界定的，而且在实践中很多人会利用公司伪造债务。那么在司法实践中如何认定用于夫妻共同生活？

吴晓芳法官：

在1993年的司法解释里面有对于属于个人债务内容的专门界定。因为我们国家实行的是共同财产制，你刚说的这种收入属于生产经营，是以收益作为共同财产。如果公司的收益用以家庭生活，在出现亏损的情况下，债务就应该是共同承担的；如果没有用于家庭生活，债务就不是共同的。婚前一方出资建立的公司，婚后亏损了，离婚以后债务是否由对方承担就涉及到理念的问题。在提倡保护妇女的权益的前提下，离婚的时候现有的财产亏损了就不能再让对方来分担，不然对女性来说负担会很重。总之，如果公司经营所得的收入已经用于家庭生活，这个债务就应该是共同承担，我是这样理解的。

郭兵副会长：

这里面还有一个大家要关注的虚假诉讼问题。虚假诉讼现在很严重，在夫妻财产里的虚假诉讼要引起大家的注意。这个讨论单元的内容还是比较充实的，还有很多人想提问题，但是受到了时间的限制。下面请扈主任继续主持。

文字整理：陈雪仪、欧燕、刘胤宏、陈丹、刘庆国、杨舸帆、朱庆华、张亚娇

本文稿未经演讲者审核。

来源：中国私法网

中国法学会婚姻法学研究会 2013 年年会简报第五期 青年论坛暨闭幕式

发布时间：2013 年 11 月 30 日 中国私法网

原始链接：http://private11.bjcx23.host.35.com/Web_P/N_Show/?PID=9194

主持人：中国法学会婚姻法学研究会常务副会长、全国人大常委会法工委民法室副主任扈纪华教授

发言人：

吴卫义（北京大成（上海）律师事务所）

郝佳（西北政法大学）

曹贤信（赣南师范学院）

邓丽（中国社会科学院法学所助理研究员）

李平（江西省高级人民法院民一庭助理审判员）

周洪生（江苏省徐州贾汪法院副院长）

扈纪华：

现在进入青年论坛环节。首先有请大成律师事务所吴卫义律师发言，他的发言主题为《离婚中涉及有限责任公司股份分割实务问题探讨》。大家欢迎。

吴卫义：

因为在座各位都是我的老师，给大家鞠个躬可以表示我对各位老师的尊敬之情。今天我讲的这个题目，其实当中很多内容都不是非常成熟。我在写这篇论文的过程中也不断地寻找理论界专家学者的观点，但是非常遗憾，我发觉，对于家事法，学者们更关注身份关系的研究，但是对于财产关系（尤其是股权）这一方面的研究并不多，所以我的素材比较少。今天的发言可能有很多不当之处，请各位老师批评指正。

我今天发言的题目是《离婚中涉及有限责任公司股份分割实务问题探讨》，相关的论文在论文集的第 332 页至 338 页。我之所以选择这个题目，是因为我是一个律师，充当的角色与法官、学者是不一样的。担当一方代理人、为当事人解决问题的时候，我深深地感到困惑和困难，由此希望能够通过与大家观点的共鸣来达到立法以及学术上的突破，让某些疑难性司法问题得以解决，这是我写这篇论文的初衷。今天我的报告分为三个部分。

“家事法苑”律师团队奉献

第一个部分，我们回顾一下，我国目前针对有限责任公司股权分割的直接法律规定，只有婚姻法解释（二）中的寥寥几条。在中国，离婚案件当中争议最多的可能是房产问题，但是标的额最大的都是公司股权。随着中国这几年民营资本的壮大，这是一个必然趋势，所以股权分割本身的问题是不可以回避的。虽然上市公司股权分割、定价机制会更加公开，但是很多中国的公司还是非上市公司，当中不少是家族性、封闭性质的有限责任公司，处理其股权分割的法律确实匮乏。公司法当中也没有直接处理离婚案件中有限责任公司的股权分割问题的规定，只有一条涉及继承案件的股权分割的处理意见。法官在处理此类案件的时候也很困难，因为没有充足的法律依据和案例来进行操作，当中也有很多难点问题。在司法实践中，很多当事人因此而产生对于司法的不信任。当对方提出离婚时，持有公司股权的一方不能让另一方享有相关的价值补偿或利益对价，那么必然会产生社会的不安定因素，同时也造成大家对司法的不正确理解。这是我要汇报的第一个问题。

第二个问题是在实践当中会遇到的股权分割问题。不可否认，目前中国的诚信体制相对薄弱。很多婚姻案件的当事人都隐瞒财产，或者通过某种技巧来变相转移财产，虽然也有一些案件是律师参与其中，但是这个问题的根源在于法律。如果法律是完备的，操作是规范的，那么当事人和律师就不可能有不恰当的行为。我七月份的时候去了美国，跟美国的律师合作办案。虽然美国的体制与我国不同，很多方面都不具有可比性，但是我觉得美国的某些方式是可以借鉴的。美国法庭的诚信状态令我震撼。在中国庭审过程的证据举证环节，一方的证据即使是原件，也会受到真实性的质疑，但是在美国，其复印件的真实性是不会受到质疑的。我相信香港的何律师也清楚，因为香港也是这样的状态。在实践中，拥有较多财富的一方都不希望在离婚时对方分割其太多的成果，那么拥有较多财富的一方就会隐藏财产。股权藏匿的方法有两大类。一种是通过调整财务报表。中国的家族性企业、非公开性企业存在两本报表，这应该是一个公开的秘密。在婚姻案件当中，不持股一方一般来说不能够成为股东，所以要依靠股权的对价款来实现利益的平衡。通过对于财务账册的调整，增加债务或减少收入，由此来减少其净资产。这使得原本可以取得相应权益的不持股一方，因报表的调整而导致其不能实现价值的正常回归。我也做过相关的案件，对方隐藏账册，不把重大资产记入报表，最后我们申请法院对其进行财务审计，审计完后再对股价进行评估。在那个案件当中，法院有了很大的突破。当然，还会有其它的问题，例如，对方不提供账册。如果依据对方向工商部门、税务部门的报备内容，对方本来就有一个不公开的账本，此时不持股一方的利益同样难以保障，法官也很无奈。第二个匿藏股权的方式是通过赠与、低价转让或代持股权等方式来使股权游离于共同财产的范围之外。我国目前存在不少这些案例。我也处理过很多这类案例，但是我发现类似的案件在不同区域的法院会得到不同的处理结果，这让人很难理解。但这可能跟我的理解也有关系，毕竟在婚姻法和公司法当中没有直接针对这种情况的股权分割的规定。我国通常对此适用民法通则、民通意见、合同法、公司法和物权法的相关规定，各个法律之间的协调与分配会受到价值取向的影响。正如刚才吴法官所言，不同的价值取向会导致不同的结果。但是对于普通百姓而言这就不一样了，由于媒体的公开，普通百姓能够知道类似案例与自己的案件有不同的处理结果，他们对此会很难理解。

第三部分是对解决上述问题的期望，包含以下几点。第一，希望相关部门能够关注这类问题，尽早完善立法和司法解释。第二，加强指导案例制度的落实。法律的实施需要一个过程，并不是通过呼吁的方式就能够达到目的。可以由最高人民法院出台一些典型案例来确定一个相应的指导标准。第三，通过现行立法条款的适用来解决这个问题。上午我与其他代表讨论过相关问题，例如刚刚说提到的，对方不愿意提供账册的情况，此时就产生了由谁承担举证责任的问题。对方恶意不提供账册，是否可以适用最高人民法院的证据规则？我目前没发现法官适用不利证据规则来判处拒绝提供相关义务的当事人。我还希望各个法院能够对于明显存在恶意的当事人采取及时、有力的制裁措施。因为目前虚假诉讼的泛滥，是由于违法成本太低，违法者仅仅承担败诉的风险，而没有其它制裁措施和责任。我个人认为，这助长了虚假诉讼的风气，侵犯另一方合法权益。我的论文主要从以上三个部分来进行汇报，不当之处请各位予以指正，谢谢！

扈纪华：

谢谢吴律师！吴律师探讨了经济社会发展对婚姻家庭所产生的变化而带来的问题。现代的婚姻家庭不仅仅存在房产问题，也存在股权分割等新问题，对于这些问题的解决都是值得思考的。有些富人不敢结婚，原因是担心婚姻所带来的财产分割问题。下面有请西北政法大学的郝佳老师作题为《“嫁城女”土地权益纠纷的司法干预--以妇女法律权益认知的司法纠偏为视角》的发言。大家欢迎。

郝佳：

各位老师，大家下午好！我非常高兴、非常荣幸能够在此与大家交流我们的粗浅认识。首先，非常感谢大会给予我们机会报告相关学术成果。向大家报告的题目是《“嫁城女”土地权益纠纷的司法干预--以妇女法律权益认知的司法纠偏为视角》。这个题目实际上是我和西北政法大学的张伟教授合作的一个关于第三期中国社会妇女地位调查陕西省数据深度分析的结果。接下来我给大家汇报具体的项目内容。

在进行项目的具体调研程序之前，首先是形成一个调研或研究的模式工具，也就是大家现在看到的这个工具。在写作或研究课题的时候，得出的结论一般都是立法不完善或法律意识不健全。完善立法以及修正制度的时间、

人力、物力的成本都是很大的。我们在经过研究以后得出了这样一个结论：在司法裁判当中，对于法律认识偏差的纠偏实际上能够更为直接和迅速地提升法律权益的认同度，最终使整个群体的行为选择更加符合法律制度设计的预期。我们研究的目标或针对的对象其实是“嫁城女”的土地权益和集体经济组织中的成员权，是财产权益方面的问题。根据陕西省的数据显示，因为结婚或者再婚而失去土地的农村妇女占到了26.2%，这个数字是很大的。从它的危害后果来讲，首先最直接的是土地权益的丧失；其次，是生存权受到损害。我们在研究嫁城女时候，往往将这个概念缩到最小。所谓的“嫁城女”，第一个前提是与市居民结婚，第二个前提是户口落不到城市，还留在农村。如果所在的村组不给她享受分土地或者征地补偿款等一系列待遇，由于没有城市的户口，她在城市当中也得不到相应的社会保障，这样生存权就要受到巨大的影响。再次，是法律制度面临要被架空的困境。比如《妇女权益保障法》的第32条和33条具体规定了村规民约里面不能有侵害妇女财产权益、土地权益的条款。根据这样的规定，相关侵害农村妇女权益的违法条款是无效的。但在实践操作当中并不是这样，于是《妇女权益保障法》实际上是被架空了。而最深远的影响是群体行为的选择会出现偏差，大家都会认为“嫁城女”的土地权益被剥夺，对其不分土地和财产的行为是正确的。这样的偏差行为选择形成了，大规模的误差就会普及下去。

我们在研究当中也发现，侵犯“嫁城女”和农村女性的财产权益的往往不是一个人或者个集体，而是通过村民代表大会或者村民委员会决议的形式形成的村规民约。通过村规民约来剥夺妇女的土地权益的具体形式，我列举了以下三个：第一，是绝对的剥夺。直接规定嫁城女不能拿到土地财产，这个是早期非常绝对的情况，现在基本上已经没有这样的条款了；第二，是时下比较流行的做法，即附条件的剥夺。它会设置一定的条件，在和条件不相符时不予分配财产，比如嫁“城一代”和“城二代”的差别；第三，是变相剥夺。它要求“嫁城女”给村委会或者村民小组写一个承诺书，承诺其不要分配款或者征地款，不然会影响到自己家人所在户的分配。

我们的主张是按照前面提到的研究模具，通过司法裁判干预的方式来纠正这种偏差。根据我国现行的法律，是有一个应然状态的。首先，在《妇女权益保护法》当中规定了这样的条款是违法或者无效的；其次，通过《村委会组织法》和《物权法》的规定对村规民约纠偏是有两种方式的。一种方式是村规民约在报乡镇一级政府备案的时候，乡镇一级人民政府可以责令其改正，这是行政的途径；另一种方式就是《物权法》上规定。当事人有提出这种条款，法院在裁判过程当中可以撤销。对于司法实践当中的规定，我列举了陕西省的做法。2006年，陕西省高院出台了一个意见，对于这种情况是有三个标准：首先是在村组长期生活；其次要户口在村组；再次就是要求跟村组形成权利义务关系，比如定期缴纳卫生费、参与选举等。这三个条件要同时具备，才能承认村民小组成员身份，同时给予一定的财产分配。但是这个标准在执行当中出现了问题，对于长期生活的举证，在证明过程当中可能存在村民小组造假的情况。尤其是城中村这样的情况，由于大家生活都比较松散，享受权利履行义务的事实非常少，所以也很难举证。这样实际在基层法院执行这个文件的过程当中就已然把其他两个标准已经淡化掉了，即基本不执行。只要户口在，就分；户口不在，就不分。单一按照户口标准还是有问题的，就会造成一些人可能重复的享有一些权益。如何重复享有，我下面会跟大家展示。我们把近十年陕西省的“嫁城女”或者“外嫁女”的土地分配政策、村组执行的分配意见、村规民约做了一个总结，发现实际上是有规律性的。最早外嫁女一律不分，发展到后来是嫁农不分嫁城分，现在执行的标准是“城一代”不分“城二代”分。“城一代”就是男方的父母是农村户口，男方进城了，是城市户口。“城二代”就是男方的父母也是城市户口，男方本身也是城市户口，嫁给这样的家庭就分征地补偿款和宅基地。我们在总结规律的过程当中发现了非常有意思的所谓的“乡村逻辑”，实际上反映出来的就是“同类资源不允许二次取得”的思维。基于对这种逻辑的思考，如果严格依照法律来理解“嫁城女”土地权益的问题，那么直接的权源是成员权。但是，我们可以换一个思路，从资源的占有的角度去理解二次享有同样的资源的问题。同时我们需要再往下辐射，从资源的角度，去考虑已经取得或者可能取得城市户口的“嫁城女”能不能分得土地的问题。

下面我想说一下调研中的一个疑问。现在调研的法院是属于西安的城区法院，这个法院所在城区的拆迁已经基本完成，正在拆迁的只有一个村组了。这样的话，所谓的嫁城女或者土地权益纠纷案件已经接近于零。村民改成居民以后，村民小组改组成了股份制的公司，于是现在法院当中就存在股权纠纷的案件了，之前的土地成员权纠纷转变成为的股权纠纷是我们以后的重点研究方向。希望在座的各位专家和老师们能给我们更多的批评意见和指正，这是我今天的发言，谢谢大家！

扈纪华：

谢谢郝佳老师的发言，她提出了社会发展中的复杂问题。城镇化建设和我国的土地制度都是紧密相连的，农村土地承包经营权是基于农民身份和生产生活需要的所给予的，而农村宅基地是基于农民身份和居住需要所给予的。随着城镇化建设不断发展和二元化体制的不断变化，拆迁征地补偿利益问题出现了。嫁城女的利益如何保护，目前还没有解决。相信随着十三届三中全会的召开，会对土地流转作出规定。同时，对婚姻家庭妇女权益的保护产生深远影响。下面欢迎吉林大学博士后曹贤信老师以《亲属法在民法典定位中的价值取向难题》作发言。大家欢迎！

曹贤信：

各位前辈、师长和同仁，下午好！

这篇文章的形成源于读博期间陈苇老师推荐的一篇文章。该文章主张亲属法应该成立一个独立法律部门，理由是婚姻家庭法具有伦理性。我个人认为，不能因为婚姻家庭法的具有伦理性影响它回归民法。这个问题值得思考。我的论文在 378 页，第一部分主要指出问题，提出 1986 年《民法通则》颁行之时，学者们一般认为婚姻家庭法是一个独立的法律部门。而《民法通则》颁布之后，由于权利本位、私法自治理念的影响，认识到婚姻家庭法应放在民法典里面。这种观点是主流观点。婚姻家庭法“回归民法”主要基于以下三个方面的理由：一是我国家事实体法改革方向上与家事程序法背道而驰，其理论依据也截然相反；二是婚姻法“回归民法”后凸显了诸多问题，事与愿违；三是理论层面上“回归民法”的立论依据与前提难以成立，且对婚姻家庭关系及其调整方法、婚姻法与家事领域自由关系等认识不清，存在根本性偏差，有必要重新审视。对“家庭共同体价值及善良风俗”寄予了殷切的希望。“独立论”以亲属法的伦理本质而否定亲属法与民法典的关联的做法却是很冒失的。不论是“回归论”所主张的私法自治、契约自由、权利本位，还是“独立论”所主张的伦理本质，都无法客观、合理地论证亲属法与民法典的关系问题。因为这些主张都是表面现象，尚未从实质问题即价值取向问题加以论证。我虽然坚持亲属法仍是民法典的重要组成部分，但认为在理论上必须破解亲属法在民法典定位中的价值取向难题。亲属法的价值取向在于追求个体幸福与家庭和谐，那么和民法追求的私法自治的个人主义就有出入。是否因为婚姻法价值取向影响到回归民法呢？我认为应该否定“独立论”，支持“回归论”。

婚姻家庭的伦理性与婚姻家庭法的伦理性是两个问题。由一个问题推导出独立法律部门，这种演绎逻辑有问题。婚姻家庭具有伦理性，但作为调整婚姻家庭关系的婚姻家庭法不一定具有伦理性。能不能因为调整对象显具伦理性就必须是亲属法具有伦理性？这是需要论证的。在实然层面，需要我们就现行法律作伦理分析，以证明亲属法是如何具有伦理性的；在应然层面，我们不能因婚姻家庭具有伦理性而使亲属法不加区别凸显伦理性，因而把握亲属法与婚姻家庭伦理的立法限度就显得特别重要。此外，“独立”论者害怕把亲属法归于民法典之后，由于民法典的私法自治、权利本位和个人主义影响到婚姻家庭的伦理本质性。与前苏联法学家的理论一样，这种担心也是多余的。其一，在私法自治与国家干预关系上，无论是民法还是亲属法都会遇到国家权威介入的界点问题。其二，婚姻被称为身份契约，也根本无法抹杀婚姻家庭作为一个伦理实体的事实。更确切地说，婚姻是身份的伦理性契约，指的是结婚行为的契约，婚姻伦理实体是这种契约的伦理性后果。民法并不会因其私法属性而不具有伦理性。我的母校赵万一教授曾在《民法的伦理分析》一书中阐释了民法上的平等、公平、意思自治、诚实信用、公序良俗、禁止权利滥用等原则都是法律化的伦理原则。值得指出的是，《德国民法典》和《法国民法典》的形成都有赖于自然法学家的努力。随着两大法典的实施以及之后法律职业群体的兴起，在合法性与伦理性之间的紧张关系中，重心侧重于韦伯所言的“实在法的形式合理性”，法律实证主义因此在注释法律方面取得了显著成功，并对传统的自然法学形成了挑战。即使如此，也不能抹杀两大法典的自然法基础。在我们看来中国在移植和借鉴大陆法系民法之时，并未很好地考察其产生的西方理性主义的文化背景，更未深入地分析中西方不同的法律文化而给确认人的伦理价值所带来的影响。正因为如此，论证包括亲属法在内的民法典的正当性是如何形成和变迁的，这对当下编撰民法典无疑具有重要的理论意义。最后一部分是亲属法在价值取向上如何与民法典实现融通。亲属法应在个体主义上注重个体幸福，以优化对民法典的共性。亲属法应在整体主义上注重家庭和谐，以实现对民法典的个性。重点是向韦伯所说的实证法的形式合理性方向发展，实证法学派占了上风，即注释法学派占了上风。以法律论法律，而不关注法律背后的正义。值得注意的是，两大法典的自然法基础是不能抹杀的，我国在移植两大法典特别是德国民法典的时候，没有认真考虑法典产生背后的西方理性主义文化背景，更未深入分析中西方不同的法律文化以及给人的价值理念带来的影响。正因如此，论证包括亲属法在内的、民法典正当性的变迁与形成，对未来如何编撰民法典具有一定的思考价值，即亲属法的伦理本质会不会影响亲属法回归民法典。

论文最后一部分是有关如何实现融通的问题。在个体主义方面强调个体幸福，以优化民法典的共性；在整体主义方面实现家庭和睦，以实现民法典的个性。由于时间关系此部分不再赘述，谢谢大家。

扈纪华：

谢谢曹贤信博士后。亲属法在民法典之中还是独立成编，是一个立法技术问题。他还谈及价值取向问题，价值取向又决定了立法技术。那么，各个国家才去的立法模式是不同的，但也都有自己的理由，如文化传统、历史积淀以及整个社会的共识。下面有请社科院博士邓丽老师发表《古罗马儿童监护制度的当代启示》，大家欢迎。

邓丽：

谢谢。我向大会提交的论文在论文集的 114-120 页。这篇论文的题目是《古罗马儿童监护制度的当代启示》，听起来是埋头于故纸堆的一个题目。实际上真正触发我写这篇论文的是如上午蒋月等几位老师所提到的童年之伤。近年来不断有儿童受害和儿童加害的案例发生，阻碍了儿童的健康发展，同时也付出了很大代价。我在论文中聚焦的问题就是儿童、家庭和社会。主要内容如下：

第一部分，儿童监护制度简介。首先，儿童监护制度的名与实。儿童监护从法律制度本身或者从法律体系上看，是关于儿童为无民事行为能力人或者限制行为能力人，需要监护人帮他补足意思能力，从而使法律行为有效

的制度。从表面上看它是解决儿童的法律地位问题，但从背后的内容有两个方面，一是家庭成员关系，如说家长和孩子之间的家庭关系；二是社会群体权益保护问题，即儿童群体的权益保护问题。我的文章就是从从这个角度出发的。其次，儿童监护制度的古与今。古罗马儿童监护制度和当代儿童监护制度，是儿童监护制度发展的两个端点。这几千年的发展过程中，儿童监护制度框架是非常相似的。在古罗马社会的身份制度框架下，我们看到的是大家庭和小家庭的模式。这两种社会制度下，我们看到的是不同的社会理念，一种是古罗马时期的被动干预，一种是当代社会的积极干预。我简单介绍一下古罗马监护制度。古罗马监护制度包括法定监护、遗嘱监护、官选监护和信托监护。我想补充说明一点，上午很多老师提及古罗马的监护权在家长权之外，这个观点是没有问题的，但我认为罗马法有不同的发展阶段，罗马法学家也没有明确进行如此表达，因而不能绝对的将两者割裂开来。在讨论儿童权益保护时，家父权也是不可回避的一个问题。所以，我提出这样一个前提，希望大家理解。法定监护最早来自于家父权；遗嘱监护允许家父以遗嘱的方式为自己的子女指定监护人；官选监护是在没有法定监护人和遗嘱监护人或者说原监护人不尽其责时，由长官选任监护人，在罗马城有专门的监护大法官，在外省则由总督来选任；信托监护是在罗马法中解放他人家属的要式买卖契约当中体现出来的。罗马法上的监护主体制度体现为两个方面：一是等级社会的身份限制，规定了监护人的条件。罗马法中，最初外国人和妇女不能做监护人，奴隶也不能做监护人。如果家父想让奴隶做监护人，必须在遗嘱中声明他解放这个奴隶。二是对监护主体的限制是能力方面的务实要求，即如果基于意愿、能力不足或者宗教信仰立场对被监护人不利，也不能作为监护人。罗马法的监护内容包括事务管理和行为许可。监护监督制度是要求监护人要尽一个善良家父的注意义务。监护人必须编制被监护人的财产清单，在监护开始之前宣布对被监护人的债权债务，如果不这样做，监护人就有可能面临风险。值得注意的是，罗马法中存在一些保证监督监护人的程序，如我在论文中提到的控告嫌疑人之诉和侵吞财产之诉，分别是针对法定监护人和遗嘱监护人的。

第二部分，从我的认知来看古代罗马法儿童监护制度。首先儿童监护制度在发轫之初就体现了国家干预家事的表征，一方面体现在家长权和监护权的分离，另一个方面就是监护类型的多元化，如说官选监护，在古罗马家父拥有至高权力的情况下，就会从国家和社会的角度出发对家事进行干预。其次，儿童监护的价值本位是不断变迁和修正的，体现在主体或者身份限制减少和能力要求的提高。在这个过程当中，我们看到了从监护人权利本位到被监护人利益本位的嬗变，并最终发展到当今以儿童最大利益原则为指导的制度。

第三，儿童监护制度与其他社会调节机制共同构成儿童权益维护体系。对儿童监护制度的实施效应考察离不开家庭生活模式和社会制度环境。在罗马时期，维护儿童权益最大的挑战可能恰恰来自于监护权所附随的专断的家父权。实际上这种担忧可能是多余的，当时罗马人十分希望能有孩子，尤其是男孩，他们认为这是为罗马培养臣民和士兵，所以罗马人照顾孩子的意愿比较强烈。此外，家父享有的绝对权力是受到多重制约的，这来源于氏族的威望和法学家的智慧。当时的氏族承担很多职责，基于这种职责的履行，获得了相当高的权威。如果家父要对子女进行极端的处罚，需要召集亲族进行商议，这时亲族的意见就会产生制约。法学家的智慧则是由法学家通过各种论说，使得家父权合于基本的伦理道德。例如，父亲有权决定孩子是否被家庭所接收。男孩出生时有一个仪式，家父把男孩从地上举起，表示他要把这个男孩纳入他的保护体系中；如果是女孩，家父会宣布“给她吃东西”，表明他接纳了这个孩子；如果没有这些举动，意味着这个孩子会成为弃婴。虽然父亲仍然有权决定他的孩子是否能够被他的家庭所接受，但如果涉及养活义务，“法官不宣布‘他是儿子’，而是‘他应该被养活’”。法学家写道：“他们的父亲在他们未成年时解除监护的，或者那些以这种方式或那种方式从属于在自己的权益之下的，父亲不应该养活他们呢？我认为应该。虽然他们不再是受监护的子女，但是父母应该养活他们，而且作为对等，他们以后也应该养活父母。”这就是法学家的智慧制约家父权的体现。

第三部分，当代儿童监护制度的特点和走向。首先，古罗马和当代监护这两个端点存在很大的不同。在身份等级化的罗马，儿童监护制度本质上体现为家父对家子、监护人对被监护人人身和财产的控制和支配；现代民法中，基于权利能力人人平等的设定，承认被监护人有和监护人完全对等的主体地位，最大程度地消除了制度性的因素。因此，以被监护人利益为本位，构建和发展儿童监护制度的理念得以升华，并最终发展为儿童最大利益原则。这其实就是当代儿童监护制度的第一个特点。在 Kim 诉李阳案中，Kim 和李阳共有三个孩子，按照中国的思维，为了满足双方的需求，可以把孩子分开抚养。但是 Kim 认为在她们的文化中，孩子失去父母已经受到了很大的伤害，若再与兄弟姐妹分开，伤害就会更大，所以她竭力争取所有孩子的抚养权，法院最终判决三个孩子都归 Kim 抚养，这对我们传统的思维是一个冲击。法院在确定子女抚养权的时候，虽然强调要维护子女利益，但逐条分析司法解释中列举的各种情形，我们会发现，成年人的考虑与需求还是处在一个很高的地位，更何况有时候我们是以成年人的眼光去判断孩子的喜好和意愿的。第二个例子是中外母亲争取监护权的努力。美国的一个案件中，母亲在就业等各方面都不占优势，但她一心想要抚养孩子，于是她悄悄地把孩子带离原来生活的城市，回到她的父母家，以烘焙小面包为生，抚养孩子。当时的社工专家追踪而至，却被一张照片打动，照片里的孩子在过生日，其表情憧憬又满足。法院最终做出了有利于这位母亲的判决。在上海，有一位母亲是一位医护人员，其前夫是一个海员，在争夺孩子的抚养权过程中，她十分焦虑，面对法官提出的让孩子得到更好抚养的要求，她不断

地去满足，最终得到了孩子的监护权。这让我觉得在儿童监护的方面，我们确实在不断地前进，但在制度上可能反应的还不够。

其次，当代儿童监护是父母子女关系的主要法律表征。这基于两个判断，一是监护主体和亲权主体的重叠，当然这有一个前提，即在正常的家庭中；二是监护权内容的扩张。《儿童权利公约》第18条第1款规定：“父母或视具体情况而定的法定监护人对儿童的养育和发展负有首要责任。儿童的最大利益将是他们首要关心的事。”我国民法通则第18条第1款规定，“监护人应当履行监护职责，保护被监护人的人身、财产及其他合法权益，除为被监护人的利益外，不得处理被监护人的财产。”总体而言，这是一个偏重于传统监护责任的规定，它明确规定监护人所“保护”的对象涵盖“被监护人的人身、财产及其他合法权益”，这个范围是非常广泛的。我国婚姻法第21条规定：“父母有保护和教育未成年子女的权利和义务。在未成年人对国家、集体或他人造成损害时，父母有承担民事责任的义务。”与民法通则的规定相比，父母作为监护人的职责不仅是保护未成年人，还包括教育未成年人，也就是说不仅为儿童对外关系负责，也对儿童自身的成长负责。如此内外兼顾的职责，既是监护人对被监护人所应承担的，也是父母对子女所应承担的，可见儿童监护权足可作为父母子女关系的主要法律表征。此外，我认为要求父母对儿童全面负责既是一种政治经济的考量，也是一种人文道义的需求。我们可以从婚姻家庭形态的演进和父母子女间的密切关系角度去理解。

第三，当代儿童监护制度需要社会保障制度和社会干预体系的支持。首先，儿童最大利益的国家责任，这也是《儿童权利公约》第3条第2款的规定。其次，西方儿童保护制度的发展中有几项内容，即通过现金补贴和福利补助鼓励父母花费更多的时间亲自照料幼儿；明确亲权禁区，禁止对孩子施以暴力，禁止以任何方式将孩子置于可能危及其身心健康的情形下，必要时剥夺父母的监护权而代之以社会监护；扩大责任主体，设立儿童福利机构、家庭教育机构为有需要的儿童及其家庭提供必要的帮助和辅导，赋权公共治安机构乃至公众以广泛的监督权和报告权。其中，美国于1975年通过《社会保障法》第20条修正案，将各州强制执行子女抚养费成效与联邦福利计划的资助挂钩；强制执行抚养费，等等，运用了很多社会干预力量和公法手段。

第四部分，中国社会在儿童监护制度及儿童权益保护工作中面临转型期的特殊问题。从农村流向城市的人口大规模迁徙产生了大量的留守儿童、流动儿童和流浪儿童，他们的父母往往忙于生计无暇他顾，公共机构囿于数量和种类有限而没有足够的监督或者救助能力，由此导致这些群体的权益被忽视或者被侵犯。此外一个很重要的方面，即未成年人犯罪问题。这个问题本身是社会问题 and 家庭教育缺失的反映，是在人格塑造和性格培养方面出现了偏差而导致的。近年来，我们正在大力推动家庭发展政策的认同度和家庭教育立法工作，旨在通过加强公共政策对家庭经济的保障和救助提高和改善儿童的生活条件和教育资源，通过加强公共部门对家庭教育的指导、帮助和督促来补救和应对经济迁徙对儿童监护造成的不利影响。

最后，我想说，我们更加应当铭记的是，儿童最大利益的实现水准和实现程度实际上取决于整个社会治理的进展和成就。儿童的最大利益，永远存在于幸福的家庭和有责任感的社会。谢谢大家。

扈纪华：

谢谢邓丽。邓丽主要谈的是儿童监护，实际上监护是针对社会上存在的弱势群体而建立的，因为他们的权利容易受到侵害。对于受侵害的权利，亲人、社会和国家要给予保护，监护制度就是基于关爱和救济而建立的。但是在监护过程中产生了很多问题，大家在上午也已经谈到了。目前，对被监护人的财产权益和人身权益的侵犯比较常见，所以适度引入对监护制度干预和监督十分必要。以上是我的看法。下面有请江西省高级人民法院法官李平作案例研讨方面的发言，大家欢迎！

李平：

各位婚姻法学研究会前辈和与会代表，大家下午好！我是江西省高级人民法院民一庭助理审判员李平。我非常荣幸参加青年论坛，这里我讲一个真实的案例。案例为上诉人和被上诉人之间的民间借贷纠纷案件。这个案件由江西省景德镇市珠山区人民法院作了一审裁判，裁判后上诉人（一审原告）不服判决，向景德镇市中级人民法院提起上诉。景德镇市中级人民法院受理以后，对夫妻关系存续期间一方所负债务，是否应以共同经营生活为标准认定为夫妻共同债务？举证责任归夫妻非举债一方，还是债权人？景德镇市中级人民法院形成了两种不同意见，并向江西省高院进行请示。江西省高院通过审委会讨论，也形成两种不同意见。此类案件在审判实践中，具有一定的普遍性和典型性，目前无论是在理论界还是在司法实践中，具体做法都莫衷一是。江西省高级人民法院经审判委员会讨论后将该案件报最高人民法院民一庭进行请示。目前，这个案件还在讨论。今天我们把这个案子带到学术讨论会，是希望能听到理论界的声音，并给我们提供更多的启发和意见。

下面简单介绍一下案情，这是一起夫妻借贷性质认定案件。债务人（男）于1998年登记结婚。2007年1月和6月分别向债权人（原告）借款4万和27万，共计31元。同年8月和妻子办理离婚手续。由于债务人到期未归还借款，债权人催讨无果，于是诉诸人民法院要求债务人归还债务，并要求其前妻也承担连带责任。一审法院经过审理后，认为借款合同是合法有效的，债务人未按期偿还借款违背了诚实信用原则，对债权人的诉讼请求予以支持。对于要求债务人前妻承担连带责任，一审法院援引《婚姻法》第41条规定，以夫妻所借债务未用于共同

生活为由，不予支持。原告不服一审判决，上诉到景德镇中级人民法院。要求债务人及其前妻共同承担还款义务。二审法院合议庭形成了两种意见，一种认为根据《婚姻法》第41条，婚姻关系存续期间，夫妻一方以个人名义借贷用于家庭日常生活的，视为共同债务。超出日常生活需要的，应为个人债务。据此债务人的债务为个人债务，应驳回上诉，维持原判。另一种观点认为，《婚姻法司法解释二》第24条规定：债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务，或者能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定情形的除外。据此认定为夫妻共同债务，二人共同承担还款债务。

同时，还有一个特殊情况：债务人向债权人出具的借条当中，其父亲作为担保人在借条上签了名。债权人在起诉过程中不仅将保证人列为被告，同时还保证人妻子也列为被告。关于保证人及其妻子的责任承担问题，是由保证人承担责任，还是共同承担连带保证责任？二审法院也形成了不同意见。这说明在司法实践中存在以上两种不同观点。究其原因在于将《婚姻法》第41条与《婚姻法司法解释二》第24条对立起来。夫妻债务性质认定的探讨，是有关夫妻关系中非举债方利益和债权人利益保护的博弈。如何实现二者利益平衡，是审判实践中需要明确的问题。最高人民法院吴晓芳法官和江苏高级人民法院民一庭夏正芳庭长都探讨了这个问题，我就不赘述了。我个人认为认定夫妻共同债务应区别内外部关系。在涉及夫妻内部关系中，对夫妻的一方借债而要求对方共同承担时，借债方应承担举证责任。由借债方证明借债是否基于夫妻双方合意或者是否用于家庭共同生活。而涉及外部关系中，夫妻关系存续期间一方的对外借债，债权人要求夫妻共同偿还，由债权人举证证明债务形成时间为婚姻关系存续期间。非借贷配偶否定责任承担，债权人需要提出相反的证据来证明债权人和债务人明确约定了是个人债务。或者债权人知道应当是个人债务或者明确约定债务非用于家庭共同生活。或者属于《婚姻法》第19条第3款的情形。结合本案，可以根据《婚姻法司法解释二》第24条的规定。将债务推定为夫妻共同债务。由债务人和其前妻承担连带清偿责任。在内部之间，对个人举债行为应根据《婚姻法》第41条，对所借款项是否用于夫妻共同生活，是否有举债合意，是否分享债务所带来的利益为标准，来区分夫妻共同债务和个人债务。这种认定方法兼顾了夫妻非举债人与债权人第三人双方的利益，又避免了将借贷用于夫妻共同生活的举证责任苛责于债权人。这只是我个人的看法，我希望通过这次研讨会能听到各方面的声音，多给我们一些启示。谢谢大家！

扈纪华：

谢谢李平法官，她提出的这个问题在上午和下午的研讨中都有所涉及，即夫妻关系存续期间所负债务应该如何处理。这里存在的问题有很多，例如，如果是为了夫妻双方共同生活需要的，则视为共同债务；如果在此之外的，可以不认为是共同债务。现在举债都是以几十万甚至是几百万来计算。但日常生活需要，到底能需要多少资金？如果仅用这个标准来衡量，其中的比例能占多少？是不是夫妻关系存续期间，就应该由双方共同负担债务？这个问题确实需要考虑。此外，在内部的对于夫妻关系的考虑之外，还需要考虑到债权人的利益。这个问题确实是非常复杂的，因而有赖于法官们来明确地划分一个界限--关键是要培育社会的诚信。现阶段虚假诉讼、恶意诉讼、欠债不还等诸如此类不诚信现象确实存在，且越来越多。如何树立一个法律制度上的防火墙，能够公平地处理这些事务，这是一个非常重要且需要研究的课题。下面有请徐州市贾汪区法院周洪生副院长给大家介绍一下家事法庭。我认为家事法庭还是非常有意义的。大家都可以看到家事法庭的宣传册子，这对于婚姻法协会、家事制度的研究和探讨以及与实践相衔接都是很有意义的。下面有请周院长发言。

周洪生：

感谢会务组合主办方，我是来自江苏省徐州市贾汪区法院的法官。会务组要求我们在这里介绍家事法庭的创立，家事案件的专业化审理，以及我们对于家事诉讼的探索过程。大家今天都开了一天的会非常辛苦，所以我简单地对于此制度做个介绍。之前我们印了一个小册子，在小册子里我们把家事法庭的做法以及其他内容按照家事制度、方式给大家做了简单介绍，请各位专家学者批评指正。此外，我们在小册子里也印了一些贾汪区的风景，介绍了贾汪区基本情况，欢迎各位专家学者到贾汪区法院指导工作。

我们在探索家事案件专业化审理的过程中，最早进行理论上的论证是在2010年。这是当时我们做的一个司法创意，在市中级法院获得了司法创意奖。后来在徐州市中级人民法院李厚龙院长的关注下，2011年我们在民一庭设立了家事法院合议庭，并对家事案件的集中化审理进行了相关探索。2012年5月6日，家事合议庭从民一庭分离出来，成立了具有单独编制的家事审判庭。家事案件不是一般的民事案件，有很多单独的特点。我们在对家事案件的审理过程中，对工作机制和工作方法做了进一步探索。

首先，选配家事法官。家事法庭主要涉及婚姻家庭案件，在选择法官的过程中一般倾向于有丰富的生活阅历、一定的心理学知识、年龄稍大的法官。当时，我和其他老师在介绍的过程中，不是很赞成有过离婚经历的法官来担任家事审判庭的家事法官。此外，我们还强调家事审判庭中男女法官的比例。女法官有天生的亲和力，而男法官有其考虑问题更为全面的地方。也许这个在实践中是会存在一定的分歧，但是我们有这样的考虑。

其次，法庭的布置。家事法庭的改革，没有任何的先例可循。因而，我们考虑到婚姻案件有一定的特殊性而做出了特殊的布置；此外，我们的设置也和当地的风俗习惯传统有一定的联系。由于我们贾汪区与山东省交界，

离孔子的故乡较近，经济相对更落后，农村当事人比较多。我们在处理案件的过程中，考虑较多的是以调解和修复感情的方式来处理家事案件。由于当事人的法律和文化素质相对较低，并不愿意当被告，认为当被告是很丢人的事情，所以我们在家事法庭的布置上尽量温馨一些，让当事人来到法庭，感受到家的氛围。我们做了这样一个探索。当然，也有同志提出反对意见。我也希望我们的这种做法可以得到各位专家学者的争论，这样才能对探索有所促进。家事法庭的布置采用的是客厅形式；在设置原被告席卡的时候，我们考虑到被告的心情（不愿意当被告）的心理，只用双方当事人的姓名作为席卡来称呼对方。法庭上还有一个显示器，在小册子上看的不是特别清楚。显示器的设置是在设计的时候考虑到，婚姻案件大多数情况下是职权调查，法官主动干预较多，但我们也希望一些案外人能够对当事人进行主动劝导。所以在调查取证的时候做了一些视频，在诉讼过程中播放，作为铺垫舒缓当事人的情绪。这就是显示器的作用。以上是我们审判庭的布置情况，欢迎各位以后有机会过来指导。

在诉讼程序中，我们主要侧重在家事诉讼的全过程中进行心理干预。家事案件毕竟有其特殊性，双方有一定的感情基础，因而，我们在审判的过程中要注重心理干预。包括法庭的布置，让当事人来到法庭有一个心理缓和期，都是心理干预的一部分。案件受理后，如果法官穿着法官服，开着警车到当事人家中，其他的村民不知道当事人发生了什么事，为了保护当事人的个人隐私和心理感受，我们专门给家事法庭配备了一辆具有地方牌照的汽车，法官都是便装去到当事人家中。另外在当事人来法庭等待开庭的时候，我们也准备了一些宣传片，包括之前在中央电视台播出的关于家庭的 flash。我们在开庭的时候也注重引导当事人调查清楚矛盾的根源，先让他们把最美好的一面回忆出来，这样有利于对双方感情的疏导。比如，在开庭的时候把一些当事人结婚时的照片、定情信物做一个展示；同时我们也借鉴了《非诚勿扰》中的一些东西，把双方当事人的朋友和父母的一些视频进行播放；还专门配备了一个心理咨询师作为陪审员；我们专门有一个心理疏导室（家事法庭隔壁的一个社会工作者的工作室），在调解阶段对当事人进行心理疏导。这是我们在诉讼程序上的一些探索。

此外，我们对人身安全保护制度做了重点探索。人身安全保护案件，是我们在妇联开联系会的过程中遇到的最多的案件，处理起来也比较困难。今天上午我听到一些老师的讲解很受启发。我们现在的做法是：第一，启动多元化机制，包括本人、监护人、社区和妇联组织都可以提出。第二，注重保护的及时性，《民事诉讼法》规定是在 48 小时之内提出诉前保全，诉讼中可能需要听证。而我们现在的做法就是先采取保护措施，把后面的举证、听证程序放在复议程序中进行。因为如果在 48 小时内作出人身保护裁定，这样会耽误两天时间，不能体现保护的及时性。第三，弱化举证责任。弱化举证责任最主要的考虑是，只要当事人提出了一个损害后果的证据，在听证程序中举证责任就转移到加害人一方。现在我们正在探索（可能有些超前）比如零证据、零口供时，当事人或妇联组织在场的情况下，我们是否可以采取措施？这个制度已经开始探讨并且在实施中。第四，在保护期上，按照指南的规定，我们做了一些变通。我认为有些时间上的限制，比如，当事人申请了人身保护，法院也采取了措施，但是法律规定一定时间内如果不起诉，人身保护令就会失效。此时当事人提起何种诉讼：侵权诉讼还是离婚诉讼？如果提起的是离婚诉讼，但当事人也许是不想离婚的，只是想法院给予其提供庇护。如果法律给当事人设定了这样的限制，包括《民事诉讼法》第 131 条的规定，即 30 天内不起诉，就会导致人身保护令的失效，这样都是不切合实际情况。所以我上午听了一些老师、专家学者的发言之后，赞成我们现在需要建立一套独立于诉讼程序之外的人身保护程序。

以上这些方面都是些不成熟的做法，可能是我们基层法院水平有限，所以特别希望各位专家学者能到我们那边去看看，给我们面对面的指导。再次欢迎各位专家学者来贾汪做客，谢谢！

扈纪华：

谢谢周院长介绍他们法院在婚姻家事法庭方面探索的体会和经验。有关人身安全保护令问题，在民事诉讼法中的行为保全是依据“诉”产生的。诉前 30 天和诉中的行为保全都是依据“诉”而设定。如果仅是请求人身安全保护令，与“诉”无关还需进行制度探索。

至此，我们年会的论坛发言全部结束。最后进行隆重的收尾程序，有请曹诗权院长致闭幕词。

曹诗权：

尊敬的巫昌祯老师、各位会长、老师和代表们，今天一天的会议非常劳碌。基于时间关系，本次年会的学术总结和录音整理等均由中国私法网后期进行，并报告给学会。下面我进行简要小结。

本次年会在中法学会婚姻法学研究会和巫昌祯老师、夏吟兰会长、龙翼飞老师、李明舜秘书长的全程指导，中国法学会、湖北省法学会、中南财经政法大学和湖北警官学院的关心支持，150 余名与会代表的积极参与、支持配合，会务组老师和同学们的辛勤劳动、无私奉献下，本次年会取得了圆满成功。在这里我代表学会、夏吟兰会长、龙翼飞老师向上述所有人员表示衷心的感谢。

本次会议从常务理事会的系列审议事项，到开幕式上林中梁秘书长的讲话导引，巫昌祯老师的情真意切，刘茂林校长的地主之谊，夏吟兰会长的总结规划，龙翼飞老师的精要概括；四个板块论坛中主持人的稳控主打，20 位发言人的精彩演说，7 位点评人的真知灼见。会议收编的 78 篇论文，3 篇未收录文章以及各种文献、文稿，代表们在会议之外的自由交流、争辩讨论等，共同营造了本次年会的丰富内容，构成了本次年会的思想、精神交

家事法苑™婚姻家事法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

汇，积淀为本次年会的丰富成果。如郭院长所说，一天太短只争分秒。会议是短暂的，学会的研究是永恒的。我希望以此为契机，将此次会议的成果升华、发酵、扩充、延展，推动学会的研究，促进理论的升级，助推法制的进步，彰显本次年会的正能量。我们的年会和中央十八届三中全会同时举行，标志着学会紧密团结在以习近平为总书记的党中央周围，和党中央保持高度一致，平实而不失稳重，简约而不失活跃，宽广而不失深刻，低调而不失高端，由此使我们的会议形成了一种简朴之风、分享之乐，试图实现宽容的和谐之美。本次年会秉持着中国梦的建设者职责，齐家治国平天下，家和才能社会和、国家和。今天研讨的各个主题及其成果无不内置着法治中国、平安中国的丰富内涵，契合着法治国家、法治社会的厚重底蕴，链接着关注民生、服务群众的鲜活地气，为加快社会建设、创新社会管理的现实基础，彰显学会研究的多重功能。会议全天的论述以小见大、知微见著，有微观、中观和宏观的把握，有有历史与现实的前瞻探索，有理论与实践的创新争鸣，有国内国外的概介比较，有传统与现代的归纳梳理，也有思辨与实务的全词演绎。在一天的交流过程中，主题与会议高度一致，这也是我们婚姻法学会和婚姻法学界一直坚守中国特色、社会主义的共同思想基础。坚守婚姻法学界的理论至信、道路至信、制度至信，坚守法学、法制的神圣使命和责任。这也是本次年会的最大成就。

最后再次感谢各位老师和代表。祝老师们返程平安，学会越办越好，年会的明天更美好。谢谢大家。
扈纪华：

感谢曹老师很有分量的闭幕致辞。

最后，我宣布本次婚姻法学研究会 2013 年年会胜利闭幕。

文字整理：陈雪仪、张亚娇、刘胤宏、杨舸帆、朱庆华、陈丹、刘庆国、欧燕
本文稿未经演讲者审核。

来源：中国私法网

特别声明

简报获取：“家事法苑”家事律师网 <http://www.famlaw.cn> 首页“资料下载”！

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。

家事律师网™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。

欢迎您加入“家事法苑”家事法主题沙龙 QQ 群（群号：171337785）——即时分享最新中国婚姻家庭法制信息动态，真诚欢迎对婚姻家庭法感兴趣的律师、法官、学者、在校学生、媒体、妇联及其他朋友加入，共建专业领域内交流正常、正当交流的和谐平台！

编辑：“家事法苑”律师团队

顾问：郝惠珍 主编：杨晓林

执行主编：段凤丽 编委会成员：刘强

家事法苑™家事律师网 <http://www.famlaw.cn>

“家事法苑”（群号：826090）新浪微群：<http://q.weibo.com/826090>

家事法苑™新浪微博：<http://weibo.com/jiashifayuan>

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

“段凤丽家事律师”的新浪微博：<http://weibo.com/2020842715>

简报订阅、意见反馈邮箱：xiaolinlvshi@vip.sina.com