

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：“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。

感谢中国人民大学法学院法律硕士研究生赵柳月同学协助整理本期简报！

2013年总第21期综合版

编辑时间：20131231

感谢信

尊敬的朋友：

新旧更迭在年底密集开庭中悄然而至，站在华灯初上的西长安街上，等待新年音乐会开幕的思绪里，满是感恩、感谢、感动和感慨。感恩、感谢您一如既往的认同、支持和鼓励；感恩、感谢和感动“家事法苑”人一年的倾情付出和不懈努力！

、逝去的一年，“家事法苑”团队克服转所面临的艰巨复杂交接工作、人员流动所带来的挑战，继续坚守婚姻家事律师专业化道路的探索，在短短半年时间内，创造历史最佳业绩。继续利用业余时间收集、分享婚姻家事法律资讯简报，并通过“家事法苑”家事法实务QQ群、微博、微信等途径实现即时分享；蓦然回首，《“家事法苑”™婚姻家事法律资讯简报》整整发布21期，家事法实务网络沙龙竟也成功举办了21期；家事法主题沙龙QQ群（群号：171337785）已达2000人的上限，为了实现打造精品专业群的愿望不得不考虑“乔迁”。在这个由律师、学者、法官、公证员、学生、媒体组成的专业群里，大家就专业领域内话题和谐交流，共话婚姻法制建设的点滴。。。。。

婚姻家庭是人类永恒的主题！“家事无小事，家和万事兴”是我们的共识，“推进中国婚姻法制进程”是我们不变的梦想。感谢一路同行！因为同行，我们不再孤单；因为同行，坚守更加执着；因为同行，希望和目标越来越接近！

2014，新的起点、新的平台，我们更有理由，坚守梦想，相信未来！

感谢您过去的关注，请您继续关注！

我们一直在努力，2014，让我们继续同行！

“家事法苑”团队

（杨晓林、段凤丽、刘强）敬上

2014年1月7日 段凤丽律师执笔

“家事法苑”团队的几项通知

“家事法苑”家事法主题QQ群新2000人群（群号：[153181612](#)）再建、欢迎新老朋友加入

2011年8月，“家事法苑”团队创建了“家事法苑”家事法主题QQ群，定位纯粹的兴趣爱好型、学习型理论与实务交流群，摒弃功利性的商业推销。创立口号是：每天即时分享最新中国婚姻家庭法制信息动态，搭建与律师同行、学者、法官、公证员、妇联、媒体业务研讨、正当正常交往的桥梁，希望通过大家的共同努力，尝试打造中国特定法律专业领域内一切法律职业共同体和谐交流的阳光平台。

群建立后规模不断扩大，历经100人群、200人群、500人群、2000人群的相继转换、升级，群内已初步形成了资讯共享、不同法律职业共同体人业务研讨交流、共同学习、共同进步的温馨氛围、建群初衷，具体感受及效果，群友自知！2014年1月6日上午，本2000人超大群迎来了第2000位幸运群友——京大上海律师事务所吴慧萍律师。

但鉴于腾讯公司2013年年底未再有新的扩群政策出台，为避免新人想进进不来、建分群缺乏必要氛围、而群内个别群友盲目加入但又不珍惜不利用又不肯主动退出的情况，为了本群的可持续发展、群内人员组成结构的不

断优化及促成群友的正常流动，“家事法苑”团队不得已决定启用备用群（群号：153181612，创建者：段凤丽律师），再建“家事法苑”家事法主题新 2000 人 QQ 群，欢迎新、老朋友加入，前提是必须接受本群的群规则（后附）。

老群将会继续保留，有三个月的过渡期，过渡期内将停止发布上传相关资讯及资料、停止交流，以确保老群友有充分时间了解、加入新群；过渡期后，老群将会被清空。如果将来腾讯空司仍未再有新的扩群政策出台，新群满员后，不排除再次搬家回来的可能性，如此搬家、换群，虽然麻烦，我们团队会努力克服，也希望大家多多配合，但其目的就是要逐步、渐次打造一个真正为大家所需、为大家所用、大家自觉自愿、主动参与交流的特定法律领域的专业化精品群，希望大家给予理解、支持。

一如既往，为保障本 QQ 群的安全、质量及可持续发展，防止滥加群，本群设置了“只能通过群号找到这个群”，普通网友在 QQ 查找群时无法通过搜索相关关键词找到本群，本群籍希望通过最原始的口碑相传方式，真诚欢迎对婚姻家事继承法律感兴趣、有需要的朋友加入、交流，本群基本要求是**实名申请及实名交流**，申请时，请用“城市+单位名称+姓名”方式申请，入群后请马上修改群名片“城市+单位简称+姓名”。

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，共同努力！

附：“家事法苑”家事法主题 QQ 群（群号：153181612）入群须知

“家事法苑”家事法主题 QQ 群由“家事法苑”律师团队最早于 2011 年 8 月最初创立，现群群号：153181612，创建者（群主）是段凤丽律师，杨晓林律师、刘强助理担任管理员。

为保障本家事法主题 QQ 群的安全、质量及可持续发展，防止滥加群，本群设置了“只能通过群号找到这个群”，普通网友在 QQ 查找群时无法通过搜索相关关键词找到本群，本群籍希望通过口碑相传方式，真诚欢迎对婚姻家事继承法律感兴趣的朋友，律师、法官、检察官、学者、公证员、法学院学生、媒体、妇联等政府公务人员、法务工作者及其他法律从业朋友加入，即时分享最新中国婚姻家庭法制信息动态，共建特定专业法律领域内业务探讨、正当正常交流的和谐平台。

正常情况下，原则上每个工作日晚上或早上，群内发送、上传“家事法苑”晚报或早报，本群每天收集、发布的信息，月底汇总编辑起来就是每月的“家事法苑”婚姻家事法律资讯简报（下载：<http://www.famlaw.cn/download.aspx>）！

1、本群实名交流，申请加入者必须承诺：实名申请，城市+单位名称+姓名；群内署名方式：城市+单位简称+姓名。

入群名片仅限 7 个字，具体署名方式要求为：

1) 律师：城市（或城市简称）+律所字号+姓名，示例：“北京振邦江华”（北京振邦律师事务所江华律师）、“北京岳成黄利琴”（北京岳成律师事务所黄利琴律师），有部分地名、律所名称三个字以上的，可以标注“地名+姓名+律师”，如“广州李修蛟律师”（广东法制盛邦律师事务所李修蛟律师）、“哈市施雪瑶律师”（黑龙江晓峰律师事务所施雪瑶律师）！

2) 高校学者、同学：学校简称+姓名，为便于群友识别、尊师重教，学者如“南师大赵莉老师”（南京师范大学赵莉副教授），“京工商熊英老师”（北京工商大学熊英教授）；学生如“吉大学生王希元”（吉林大学王希元同学）、“西政学生苏海花”（西南政法大学苏海花同学）！

3) 法官、检察官：入群时需实名申请（城市+任职法院名称+姓名）

群内署名基本方式：如“湖北王礼仁法官”（湖北省宜昌市中级人民法院王礼仁法官）、“贵州杨孝元法官”；

但个别法官、检察官确有顾虑，过去曾允许其使用网名，但现接受群友意见，经申请可不使用全名，今后可用“姓氏+法官”方式取代，可只标省份、不标具体地名，但必须标明法官身份，实现阳光下的交流，如：“河南赵法官”、“河北李法官”，这一点，希望法官群友理解、支持！

4) 公证员需标明身份，如“杭州公证阮啸”（杭州市钱塘公证处阮啸）、“东方公证宫楠”（北京市东方公证处宫楠）、“长安公证李嘉健”（北京市长安公证处李嘉健）。

入群后当天必须完成修改群名片。不接受实名规则免入，经一次提醒、一周内仍不配合修改者，劝退！

2、本群定位为特定法律领域的专业交流群，主题仅限于婚姻家事继承法律领域，交流范围仅限与主题相关的实体及联系密切的民事诉讼程序理论与实务问题，本群无意走向综合群，其他如刑事、商事、劳动、交通事故等其他领域话题可另行解决，群友确有需要也可在群中提出问题，如果有其他群友愿意交流的话，应自觉马上转为私聊为宜

3、本群群友来自于律师、学者、法官、检察官、公证员、法务、学生、公务员、媒体等较广泛领域，大家非常难得聚拢在同一平台上！群内律师比重较大占主流，特别要注意维护自身形象，发言交流，要注意顾及他人感受，不要有任何人身攻击、贬低他人人格或由个案引申对群体的上纲上线的言行，严禁广告推销、闲聊、开低级庸俗的玩笑（转帖其他群庸俗、垃圾帖子）或违反其他群友意愿私信干扰他人！

4、本群定位为特定法律专业领域内的学术及实务交流群，有别于一般层面的当事人咨询群，群友在群内探讨交流问题的方式建议为，自己发现问题，主动查找资料，先注明自己的看法，能附上相应的法律法规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！

5、本群鼓励提倡群友开展婚姻家庭法领域的理论实务研讨，并会适时举办一些网络沙龙及研讨活动，还可通过群内“视视频”功能让外地（国）群友共享。

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，鼓励大家撰写相关实务研讨文章，包括发布在自己个人网站、博客、微博、微刊、微信上的文章，与大家交流分享，但不要仅仅只是功利性的推销个人网站、博客链接，坚决反对将相关信息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为目的的功利性商业推广做法，请群友自律！我们“家事法苑”团队承诺每天在群里发布的大量婚姻家庭法律资讯信息链接全部是原始链接，以确保资讯的权威性及准确性，方便大家引用！

6、善意提醒：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，未经许可，不得整体利用本群资讯信息或经常性取材上传网络（个人网站、博客）、经常性转贴到他群或为其他非研究用途使用，个别使用时亦应注明转自本“家事法苑”家事法主题群。

7、群友在群内交流。字体不宜过大或过小，建议用宋体字，10—12号字为宜，黑色。

8、群友应自觉遵守本群规则并接受群主及管理者的善意提醒及管理，群友违反群规则经提醒一次不改，劝退。希望大家共同努力、共建专业领域内正常、正当交流的和谐平台！

“家事法苑”律师团队

2014年1月6日

“家事法苑”家事法实务沙龙（全网络远程互动交流）2014年预告

“家事法苑”团队自2011年4月21日举办首期“台湾与内地家事法之异同”的“家事法苑”家事法实务沙龙以来，已经连续举办了32期。而2013年共不定期举办了21期，主题分别为：新《民事诉讼法》对律师婚姻家事案件代理的影响、律师代理婚姻家庭案件风险防范与处理技巧、聚焦李阳离婚案中的热点法律问题、我国《继承法》修改背景下的遗嘱见证制度之完善、家事律师执业风险防范、京、港家事律师婚姻家庭实务交流、民事信托在私人财产保护传承中的优势和应用、民事信托在家事法律事务中的应用与实践初探——从全国首例子女抚养费信托案件谈起、反家暴“人身安全保护裁定”司法实务、我国继承法之遗嘱形式规则实务问题探讨、新《民事诉讼法》对婚姻家事律师的机遇与挑战、青年律师的成功内核——从法律新人到律师精英、经典影视音乐视听欣赏（特别版沙龙）、德国家庭法的理论与实务、新西兰家事法律漫谈及跨境律师合作、律师代理婚姻家庭案件涉及的家庭暴力相关问题、家事律师在签订代理合同时如何保护自身权益、我们一路同行——知道“问律师”平台介绍、如何利用互联网打造律师专业品牌——以在线解答咨询为例、一名留德博士眼中的德国继承法（德国继承法简介——兼与中国继承法比较）、婚姻法司法解释（三）适用案例评析。

这些沙龙均利用本团队的“家事法苑”家事法主题QQ群群视频在全国范围内进行互动交流，学者、法官、公证员、检察官、妇联、媒体等主讲并参与交流，每期沙龙都有近百人参加。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。为提高律师业务水平，推动中国的婚姻家庭法制建设做一尝试和努力！

非常感谢最高院应用法学研究所陈敏老师、南京师范大学赵莉副教授、杭州师范大学魏小军副教授、扬州大学李秀华教授、兰州商学院吕春娟副教授、河北经贸大学田韶华教授、北京航空航天大学张晓茹副教授、西北政法大学郝佳博士、德国马堡大学林佳业博士、湖北宜昌市中级人民法院王礼仁法官、全国妇联权益部兰青副部长等各位学者、老师以及王芳、谭芳、王小成、陈凯、李魏、邓香花、张承凤、李军、香港叶永青、新西兰汪君尊、台湾赖芳玉、刘辉（男）、刘辉（女）等律师同行，以及所有参与过的朋友们的无私奉献和支持，恕不一一列举。

现公布2014年上半年拟定的部分选题，有感兴趣者可提前申报作主题发言：

1、两岸拐带子女问题之解决探讨（推动中国加入《海牙诱拐儿童公约》民间项目活动）；2、《婚姻法》司法解释（三）实施三周年难点问题；3、家事诉讼程序特别立法及完善；4、大调解格局下家事律师如何最大限度维护当事人权益；5、婚姻契约（带有身份关系协议）效力司法实务探讨。6、我这十年——杨晓林律师婚姻家事专业化道路探索及品牌塑造经验体会分享；7、婚姻家庭公证业务（公证员群友分享）。。。选题不断更新调整中，欢迎反馈意见及建议！

本团队已积累了丰富的网络沙龙交流的经验，同时新购置了专业级视频会议摄像机、视频会议专用麦克、中国移动4G无线路由器，配合已有的投影仪、高像素相机等设备，同时，腾讯公司QQ软件已经升级为2013正式版SP6（56.6M 更新日期20140103），官方下载地址：<http://im.qq.com/qq/2013/>。群视频支持实时演示PPT，并由教育模式，更方便举办远程教学或是远程会议。

新的一年家事法实务沙龙将会办得更好，真诚欢迎各位学者老师、律师同行、公证员朋友、法官做客“家事法苑”，分享、交流！也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”家事法实务沙龙2014年第1期预告（具体议程另行通知）

主题：婚后父母为子女部分出资所购房屋产权归属及离婚分割

——家事律师视野下的《婚姻法》司法解释（三）第七条的理解与适用

分享人：杨晓林律师、段凤丽律师等

时间（初定）：2014年1月24日（周五）下午2:30

主会场地：北京天驰洪范律师事务所会议室

远程参与方式：通过“家事法苑”家事法主题QQ群（群号：153181612）“群视频”实时互动。

诚征本次沙龙主持人、点评人！

尤其欢迎各位律师同行提供自己已经办相关真实案例进行实务研讨！

“家事法苑”家事法资讯微读——微信平台上线，欢迎订阅



欢迎关注“家事法苑”微信公众平台帐号“家事法苑”，微信号“famlaw”

每天精选家事法相关资讯，分享，也欢迎各位朋友赐稿原创作品、论文，分享交流，投稿邮箱：xiaolinlvshi@vip.sina.com。

如果您认为微信平台上的文章有价值，可选择分享与关注：

1. 点击右上角按钮 2. 选择分享至“朋友圈”或者“关注官方帐号”。

订阅号：“家事法苑”（北京天驰洪范律师事务所“家事法苑”团队主办，谨防仿冒平台）

欢迎关注，欢迎分享！

“家事法苑”法学院法科生婚姻家事法实习项目启事

杨晓林律师自2006年起，自办“家事法苑”法科生家事法实习项目，已先后接受来自中国政法大学、中国人民大学、北京大学、清华大学、北京工商大学、西北政法大学、北京理工大学、北京化工大学、厦门大学、黑龙江大学、西南政法大学、东北师范大学等高校150多名（截止2014年1月）学生、年轻律师及法官的实习、见习。

实习对象：高校在读对婚姻法有兴趣的法学院在读学生。实习时间：每期一个月（每周最少3天到所）。

实习目的：以婚姻家庭法为例，培养学生对婚姻家庭法的兴趣，初步掌握办理婚姻家庭民事案件的基本技能，初步实现法律人思维方式的转变；北京传统诉讼业务律师艰辛工作状况的真实体验。

基本待遇：实习期间，团队负责提供每天一顿工作午餐及工作误餐补助，实习场地、电脑及必要的办公设备；学员需交学费：1元，但无任何工资报酬，日常交通等费用自理；

杨晓林律师承诺：毫无保留，言传身教，师徒传承，做好传帮带工作（详见实习方案及协议）。

受现时律所管理政策及办公条件所限，现阶段每月只能接待一名实习学生。

有实习、见习意愿的老师、同学需至少提前一个月预约。

联系人：“家事法苑”律师团队总管 段凤丽律师

电话：13552693593，010—56420166，84991188 转，邮箱：duanfenglilawyer@163.com

杨晓林律师有十年国家特大企业党校执教经历，高级讲师职称，自2000年起，在内地中小城市亲身经历了律师事务所的实习阶段，及至2004年起，在北京大都市完成了由兼职律师到专职、提成律师，从零起步、艰辛的专业化律师道路的探索发展经历，深知实践对法律教学的重要性，现受聘对外经贸大学、中国青年政治学院法律硕士校外导师、中华女子学院外聘教授、杭州师范大学实务导师、中国人民大学律师学院客座教授、扬州大学法学院法律诊所实务指导教师，一定会克服所有困难，尽最大努力将法学院法科生婚姻家事法实习项目，坚持到底！

北京天驰洪范律师事务所“家事法苑”家事律师团队

诚招合作律师（婚姻家事继承法方向）一名加盟

（有效期截止到2014年2月28日）

“你想走得快，一个人走；想要走得远，结伴同行！”

家事法苑™律师团队编辑、奉献

十年如一日的坚持和坚守，“家事法苑”婚姻家事律师团队以学习型专业化律师团队的品牌特色立足于竞争激烈的北京律师界。2013年7月团队正式加盟北京天驰洪范律师事务所。

新的起点，“家事法苑”团队经受了一系列考验、克服了诸多困难，一如既往专注于婚姻家事继承诉讼的代理及业务研讨，最大限度地维护了当事人的权益，继续坚守婚姻家事律师专业化道路的探索；继续坚持收集、分享婚姻家事法律资讯简报；继续致力于推动中国家事诉讼程序的立法完善；继续以“家事法苑”家事法主题QQ群（群号：171337785）为依托、以家事法实务沙龙等形式共建律师与学者、法官、媒体、学生、社会组织等法律专业领域内和谐交流的平台；继续坚持和完善法学院法科生家事法实习项目……

婚姻家庭是人类永恒的主题！“家事无小事，家和万事兴”是我们的共识，“推进中国婚姻法制进程”是我们共同的梦想。感谢曾经的同行！未来，让我们继续同行！

为进一步扩大业务，“家事法苑”团队现面向北京市诚聘合作律师（含薪金律师）一名。

婚姻家庭继承法业务虽为律师行业的传统业务，但前景日益为业内看好，股权分割、家族企业治理、遗产信托、遗嘱执行等高端业务课题领域亟待开拓；同时婚姻家事业务有其本身的繁琐性，需要付出极大的耐心和爱心，请应聘者慎重考虑自己是否真正对婚姻家庭法感兴趣，唯此才可能有坚持和坚守的前提，才可能有吃苦耐劳的身心准备！

- 1、在京执业三年以上，有婚姻家事继承业务代理经验，能独立、从容代理婚姻家事案件，有一定个人案源；
 - 2、有志于婚姻家事律师专业化道路，接受“家事法苑”团队的价值理念，有良好的职业道德、扎实的专业知识、强烈的上进心和团队合作精神，耐心细致的工作作风；
 - 3、外语能够自由交流，有涉外代理经验者优先；
 - 4、普通话标准，具有良好的语言表达和沟通能力，有讲课经验者优先；
 - 5、写作功底扎实，擅写文章，有发表论文及各种文体作品者优先；
- 请有意者将个人简历、代理的成功案例、包括代理词，发表过的作品，并注明您所期望的合作方式，发送邮件至 xiaolinlvshi@vip.sina.com。

本所对符合要求者安排当面交流，未约勿访。应聘者对招聘要求有不明之处也可与杨晓林律师直接联系。电话：13366156089。

北京天驰洪范律师事务所，地址：北京朝阳区北辰东路8号汇欣大厦A座14层 网址：www.tchhf.com

目 录

一、婚姻家庭审判动态

- 四成借贷纠纷来自亲友 父母为帮离婚子女争家产用假借条打官司-----2013年12月03日 法制晚报 王巍
- 80后婚姻“快餐式”挑战甜蜜生活-----2013年12月02日 人民法院报 汤峥鸣
- 四成借贷纠纷来自亲友 分手费、青春损失费、筹码费等情债赌债难获法院支持---2013年12月04日 北京晨报网 何欣
- 民间借贷中“分手费”不受保护-----2013年12月04日 京华时报 孙思娅
- 深圳法院建家庭危机援助体系-----2013年11月24日 法制日报 郑小红
- 洛阳高新法院家事案件重调解出成效-----2013年11月30日 中国商报网 刘小平
- 广东省惠州市中级人民法院：堵离婚漏洞 判离文书民政入档-----2013年12月27日 法制日报 章宁旦

二、一般审判动态

- 起诉撤诉反反复复 有理无理先告一状 滥用诉权导致司法资源无端浪费 专家建议完善诉讼制度惩戒滥诉-----2013年12月23日 上海法治报 陈颖婷
- 对虚假恶意诉讼：撤销 朝阳法院上午通报4起此类案件-----2013年12月25日 北京晚报 张蕾
- 广东佛山市中院：第三人撤销之诉缘何“水土不服” 佛山中院分析认为立法语言过于概括可操作性不够强-----2013年12月26日 法制日报 章宁旦

三、立法动态

- 代表建议修改城市房地产管理法 住建部已成立课题组研究论证-----2013年12月03日 法制日报 陈丽平
- 今天是“国际残疾人日” 专家建议 适时再次修改残疾人保障法-----2013年12月03日 法制日报 于呐洋
- 行政诉讼法修改草案愈发注重保障诉权监督制约行政权力 房屋登记民事诉讼可一并审-----2013年12月28日 法制日报 袁定波

四、媒体典型案例

（一）解除婚姻关系案例

- 北京通州区法院：婚外生子自感羞愧女子主动提出离婚-----2013年12月04日 京华时报 裴晓兰
- 上海市嘉定区法院：丈夫请求与“植物人”妻子离婚 承诺照料妻子直到终老 法院准予解除婚姻关系-----2013年12月04日 上海法治报 张晓莉
- 北京海淀区法院：网恋速成婚 妻子隐瞒病情-----2013年12月04日 北京晨报 彭小菲

北京市通州区法院：妻子疑心重车内装窃听器 丈夫两次起诉要求离婚-----2013年12月17日 京华时报 裴晓兰

(二) 婚姻无效撤销案例

北京市西城区法院：假证登记 妻诉婚姻无效被驳 法院认定原告所诉“陈先生”非婚姻登记相对方
-----2013年12月04日 法制晚报 杨诗凡

江苏如皋市法院：精神病患者离婚 监护人请求撤销法院判决民政局登记行为违法 2013年12月28日 人民法院报 顾建兵

(三) 子女抚养亲子关系案例

北京市昌平区法院：父亲起诉变更抚养权只因孩子学会说谎-----2013年12月03日 京华时报 孙思娅

北京市密云区人民法院：小夫妻离婚只争财产法院判男童归母抚养-----2013年12月23日 京华时报 裴晓兰

北京市密云区人民法院：夫妻离婚推托患病儿子抚养权-----2013年12月21日 京华时报 裴晓兰

(四) 财产分割案例

无锡市滨湖区法院：夫妻闹离婚先后签下三份协议离婚后起纷争以哪份协议为准 2013年12月04日 上海法治报 佳木

北京通州区法院：美女与富豪离婚要股份-----2013年12月10日 京华时报 裴晓兰

北京朝阳区法院：再婚夫妻打离婚 丈夫与子女假打官司私分房产调解书法院撤销 2013年12月25日 法制晚报 王晓飞

(五) 损害赔偿案例

(六) 扶养赡养案例

北京市三中院：8旬老人被儿告上法院 法官搀着老人进法庭-----2013年12月17日 北京晚报 杨昌平

北京昌平法院和石景山法院：北京两起“常回家看看”宣判 子女须每月看父母 2013年12月20日 北京青年报 李亚敏

(七) 离婚后财产纠纷及相关纠纷

(八) 恋爱同居纠纷案例

北京市房山区法院：90后小伙为分手打欠条 事后否认女友讨债上公堂-----2013年12月10日 京华时报 杨凤临

上海市金山区法院：男子为小三两年花87万 与原配联手讨钱款败诉-----2013年12月05日 新民晚报 徐永其

重庆一中院：恋爱开销转为借款 债务有效本息全还-----2013年12月24日 人民法院报 许小波

北京通州区法院：恋人分手女方追回15万-----2013年12月25日 京华时报 裴晓兰

(九) 其他相关案例

上海闸北区法院：老赖恶意转移房产于女儿名下法院查实有房出租执行款终到位 2013年12月04日 上海法治报 王俊莎

上海浦东区法院：公婆房产“被理财”反欠147万元疑云 浦东法院审理一起民间委托理财合同纠纷案
-----2013年12月10日 上海法治报 韩文萍

(十) 赠与案例

北京通州区法院：男子一元将房卖给儿子 妻子诉合同无效被驳-----2013年12月10日 京华时报 裴晓兰

(十一) 夫妻债务案例

上海市静安区法院：老头嗜赌举债老伴无奈离婚 法庭判决妻子不承担偿债之责--2013年12月02日 上海法治报 胡蝶飞

广西南宁市江南区法院：离婚获准父母债权被驳嗜老借钱也得写欠条-----2013年12月01日 法制日报莫小松

五、继承

(一) 继承审判动态

(二) 继承立法动态

(三) 继承典型案例

北京通州区法院：儿子为还贷诉患癌父亲分房产老人当庭拿出老伴生前遗嘱保住房产 2013年12月09日 京华时报裴晓兰

北京市朝阳区法院：三兄妹诉继母讨父亲骨灰回乡-----2013年12月09日 京华时报 张淑玲

上海静安区法院：律师代书遗嘱有效 外籍女获三套房50%产权-----2013年12月11日 上海法治报 胡蝶飞

北京三中院：子女与继母法庭争骨灰 指被告欲侵吞父亲财产 法院当庭未宣判----2013年12月11日 北京晨报 彭小菲

上海市静安区法院：中国老太委托美国律师公证遗嘱被判属有效-----2013年12月11日 中国法院网 李鸿光

上海市虹口区人民法院：“代书遗嘱”引发风波 法院认为未见证遗嘱形成过程属无效 2013年12月13日 新民晚报

上海市崇明区法院：七份遗嘱 能否老有所依 崇明法院近日审理一起遗嘱继承纠纷 2013年12月25日 上海法治报 郭燕

六、房产、股权

(一) 房产

借女婿名买房 丈母娘索还胜诉-----2013年12月09日 人民法院报 黄彩华

法官串通作假案7旬夫妇无家可归-----2013年12月16日 京华时报 张剑

31岁女保姆“牵手”56岁男主人 是真感情，还是争房产？-----2013年12月12日 四川法制报 陈博

儿子常年不登门 瘫痪父诉分房产 法院成功调解多年积怨-----2013年12月23日 上海法治报 周寒梅

(二) 股权

七、社会新闻

为获房屋征收补偿款 冒用亡夫名义打官司 上海一女子因妨害诉讼被处罚款——2013年12月03日 人民法院报 汤峥鸣
“未亡人”假冒亡夫打官司 一女子因虚假诉讼被罚款1万元——2013年12月03日 上海法治报 王川
张艺谋超生查实 三娃均非婚生育 无锡称3子女在京出生后两人2011年领证——2013年12月03日 新京报 魏铭言
湖北：出生证明与结婚证脱钩并非新规——2013年12月03日 新京报 魏铭言
江西法律援助条例明年起施行 遭受家暴可申请法律援助——2013年12月03日 中国妇女报
偷拿前夫的钱也会犯罪——2013年11月27日 检察日报 宋剑
把“离婚律师”演成欢喜冤家——2013年12月04日 北京晚报 金力维
宝安探索家事纠纷综合协调解决机制——2013年12月03日 南方报业网 柳艳
亲子鉴定案升温折射观念变化——2013年12月05日 法制日报 潘从武
从“同一战壕”到“倒戈相向”律师和委托人缘何翻脸 纠纷激增凸显法律服务行业“软肋”：公众承受能力与律师收费服务之间存在矛盾——2013年12月09日 上海法治报 陈颖婷
随着时间推移，一些下决心当“丁克”的年轻人改变了主意。如果夫妻能达成一致，自无问题，麻烦的情形是——一方想要孩子，一方不愿生——2013年12月11日 检察日报 颜梅生
超生，张艺谋该交多少钱？——2013年12月11日 检察日报 刘文晖
《离婚律师》曝剧照 姚晨吴秀波法庭大战——2013年12月25日 新浪娱乐
上海市徐汇区法院：骗爱高手三笔风流债诈走58万 男子最终以诈骗罪和盗窃罪被判处有期徒刑10年3个月
——2013年12月27日 上海法治报 翟睿
网曝京津互换车牌秘籍：交换妻子交叉结婚——2013年12月27日 人民网
安徽淮北畅通妇女群众诉求表达渠道 小小“说事室”，妇女维权新阵地——2013年12月24日 中国妇女报 王蓓
福建南平市妇联 积极作为，维护农村妇女土地权益——2013年12月24日 中国妇女报 吴军华

八、异域资讯

霍家争产案跌宕起伏难和解——2013年12月03日 法制日报 高白杨
要闻集萃——2013年12月03日 法制日报 馨元辑
澳门法援申请离婚案占近三成——2013年12月05日 中国新闻网
妻子人工受精产子变性丈夫被认定为父亲 日高法首次裁定变性人的亲子关系——2013年12月17日 法制日报 张超
台湾：大陆离婚判决在台湾具有执行力但无既判力——2012年12月27日 人民法院报 蒋丽萍
美国诉讼中的送达规则在中国内地的适用——2013年12月26日 《中国法律》2012年第3期 程冰

九、学者、法官、检察官、律师、媒体视点、公证专题

（一）理论学术动态、学者观点

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——2013年11月30日 中国私法网
论遗嘱自由之限制：立法干预的正当性及其路径——《现代法学》2012年05期 蒋月
让研究会成为法学研究的主战场 为法治中国建设努力——中国法学会第七次全国会员代表大会速记
吴英姿：“调解优先”：改革范式与法律解读——《中外法学》2013年第3期 吴英姿
遗产处理制度的反思与重构——《法学家》2013年第4期 谭启平，冯乐坤 西南政法大学
“常回家看看”非一纸判决所能解决——2013年12月23日 人民法院报 吴元中
“贞操权”并非女性所独有——对话北京大学法学院教授马忆南——2013年12月25日 中国妇女报 王春霞

（二）法官视点

段晓东，王祥滨：婚姻存续期间一方不抚养子女的责任认定——2013年12月01日 中国法院网
论我国公证遗嘱适用的效力位阶 以法律的价值理论与民众继承习惯的现实为视角陈法——《现代法学》2012年第5期
判决返还彩礼后原被告 又结婚的如何执行——2013年12月05日 人民法院报 杨德军 刘天畅
婚姻登记机关无过错是确认婚姻无效的根据吗？——2013年12月08日 婚姻法直播 王礼仁
婚姻回归幸福的秘诀——2013年12月11日 人民法院报 朱旻 顾建兵
浅谈出嫁女的财产继承权问题——2013年12月09日 光明网 刘黎明
黄淑娟：为离异夫妻补发的结婚证应如何处理——2013年12月08日 中国民商法律网 黄淑娟
法院调查取证的进一步规范——2013年12月11日 人民法院报 赵一
养兄妹结婚是否违反《婚姻法》规定——2013年12月13日 江苏法制报 钟文 张鑫
录音证据证明效力探析——2013年11月28日 光明网 尹方杰
“死亡赔偿金”浅探——2013年12月11日 中外民商裁判网 李玉皎 王明伟
赵峰，田鲁敏：从一则案例看夫妻共同债务的认定——2013年12月23日 中国民商法律网 赵峰 田鲁敏
他们为何与律师反目成讼？——2013年12月25日 北京晚报 林靖

(三) 检察官视点

(四) 律师视点

一对为了房子分分合合的夫妻——2013年12月02日 上海法治报 北京盈科(上海)律师事务所 胡珺
透支女友信用卡 用泄密威胁老板 把闲谈内容登报 走出荧屏话《结婚》——2013年12月03日 法制晚报 汪红
婚后房产加名 离婚如何分割——2013年12月02日 上海法治报 上海沪家律师事务所 王丹丹
遗嘱画蛇添足 亲情危在旦夕社区律师多方游说 兄弟姐妹终于和解——2013年12月04日 北京晚报
精神不可作为法律行为的对价,再谈夫妻忠诚协议无效——2013年12月07日 朱祖飞律师BLOG
家事契约是未雨绸缪——2013年12月09日 上海法治报 北京盈科律师事务所 蔡绍辉
剪不断理还乱的“婚内债”——2013年12月09日 上海法治报 北京尚公律师事务所 古晓丹
父女俩演绎律师版“爸爸去哪儿”柯直、柯溪父女律师的故事——2013年12月11日 浙江法制报 陈岚
依父所愿“谁出钱房归谁”兄妹争夺房产遗嘱成关键 盖私人名章的遗嘱有效吗?——2013年12月16日 北京晚报 林靖
离婚协议中的常见漏洞解析——2013年12月16日 上海法治报 北京尚公律师事务所 古晓丹
恋爱同居分手 财产如何分割——2013年12月23日 上海法治报 北京尚公律师事务所 古晓丹
建立我国律师调解制度势在必行——2013年12月26日 中国律师网 陕西集思得律师事务所 张越

(五) 媒体视点

婚外子女没有天生原罪——2013年12月03日 中国法制报 郭文婧
反家暴,谁都不应沉默——2013年12月04日 人民法院报 徐小飞
传统女的遭遇——2013年12月09日 《婚姻警戒线》柯直

(六) 公证专题

只见义务不见保障制约机制瑕疵被放大正能量宣传不足 专家:公证应向过硬质量要公信力——2013年12月03日 法制日报 李恩树

十、新书资讯

书名: 律师执业基本技能: 法律服务收费谈判——2013-12-11 骆伟雄

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:段凤丽、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

正 文

一、婚姻家庭审判动态

四成借贷纠纷来自亲友

一中院通报:父母为帮离婚子女争家产 用假借条打官司

2013年12月03日 法制晚报 记者王巍

四成借贷纠纷来自亲朋好友,父母为帮离婚子女多占家产用虚假借条打官司。

今天上午,一中院在12·4全国法制宣传日前夕召开“民间借贷纠纷典型案例暨风险防范”通报会,对近四年的民间借贷纠纷典型案例进行综合分析和发布,法官表示,民间借贷处理不当,甚至会诱发非法吸收公众存款、集资诈骗等涉众型经济犯罪。

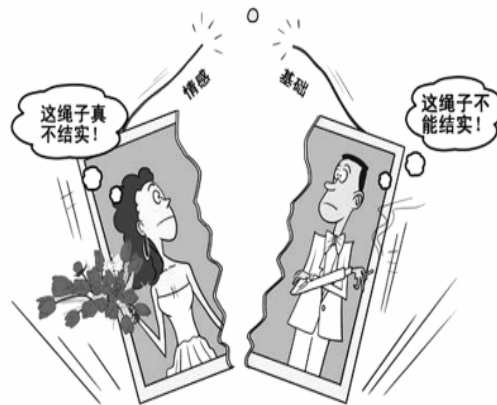
一中院调研发现，该院受理民间借贷案件中，四成当事人系亲朋好友，还经常出现原被告“手拉手”的虚假诉讼，一方拿着借条起诉还款，另一方认可，共同骗取法院判决书、调解书，以逃避债务或转移财产。

一中院民三庭庭长孙小平介绍，这类虚假诉讼集中发生在拆迁补偿、分家析产等家庭纠纷中。比如一对夫妻准备离婚，一方父母为了帮助自己的子女多占家产，会与自己子女私下约定“债务”，并利用假借条起诉夫妻，要求共同承担其婚姻存续期间的债务。

此外，法院审理的民间借贷纠纷涉案标的额大幅上升，2010年约13亿元，到2013年11月超过28亿元，其中5%的案件涉及非法吸收公众存款、集资诈骗等涉众型经济犯罪。一中院指出，该类案件因范围广、参与人数众多，极易导致群体性危机事件爆发。

80后婚姻 “快餐式” 挑战甜蜜生活

2013年12月02日 人民法院报 汤峥鸣 乐吟灏



伴随闪婚而来的便是“闪离”。

在今年的“光棍节”里，一浪高过一浪的相亲热潮让这个“无中生有”的节日俨然成了一场全民狂欢。当一群人正在为尽早步入婚姻殿堂而努力寻觅时，另外一群人则在为如何走出围城而发愁。

日前，上海市黄浦区人民法院在对近3年来超过700件涉及“80后”的离婚案件进行深度分析后，发布了一份关于“80后”离婚案件现状的调研报告。这份报告或许能为尚处于苦苦寻觅阶段的单身男女们带来一定的启示。

闪婚族成离婚主力

对出生于1987年的小菲而言，短暂的婚姻经历无疑将是她人生路上一次深刻的教训。2010年，小菲结识了比自己大5岁的朱先生，一见钟情之下两人很快确立了恋爱关系。认识不到1个月，两人就闪电结婚。

热恋的甜蜜毕竟是短暂的。婚后小菲很快就发现，自己与丈夫无论是价值观念还是生活习惯都存在着巨大差异。而更让她无法接受的是丈夫长期失业在家，两人为此经常争吵，到后来丈夫索性离家出走下落不明。

“我们的婚姻关系早已形同虚设，夫妻感情早已破裂，已经没有继续生活的可能。”面对不知去向的丈夫，小菲向法院提起诉讼，希望能结束这段让人啼笑皆非的婚姻。

据了解，在黄浦法院近3年审结的700余件“80后”离婚案件中，像小菲这样的闪婚族并非个例。统计数据显示，除部分自行相识恋爱的情况外，其他通过他人介绍、网络聊天等渠道相识的小夫妻恋爱时间普遍较短，有近半数的“80后”离婚案件当事人系在交往不足一年后匆忙结婚，甚至有8对夫妻与小菲一样，在认识一个月内办理结婚登记。

伴随闪婚而来的便是“闪离”。黄浦法院民一庭法官告诉笔者，在“80后”离婚案件中，当事人从登记结婚到提起离婚诉讼的间隔时间普遍较短，平均仅为3年9个月，更有10对当事人的婚姻存续时间不到1年。由于缺乏必要的了解，一些当事人对对方的性格、家庭背景、过往经历等都不甚了解，有的不知道对方曾经有过生育史，更有的甚至对对方在智力方面存在残疾都一无所知。

余先生与何小姐经人介绍在2006年登记结婚，婚后不久何小姐就生下了儿子。在儿子1岁多的时候，余先生发现儿子生长发育明显要晚于其他孩子。经医院做进一步检查后，余先生惊讶地发现儿子竟然是遗传性弱智。原来妻子在结婚前就领取了残疾证，却一直向余先生隐瞒相关病史。

2012年，余先生提出离婚。在法院的主持下，双方达成调解协议：离婚后，儿子跟随余先生继续生活，何小姐每月支付700元抚养费。

个性张扬易成婚姻绊脚石

一方面，高比例的闪婚导致许多“80后”夫妻婚前彼此缺乏深层次了解，感情基础薄弱，为日后产生矛盾埋下了隐患。另一方面，独生子女从小备受父母呵护，较少经历挫折磨炼，性格较为自我，这易使家庭生活中的一些琐事升级，进而影响夫妻之间的感情。

李小姐与陈先生的经历颇具代表性。今年 33 岁的李小姐在 7 年前与陈先生登记结婚，虽然两人是自行相识并相恋了两年多，但各自鲜明的个性使两人在婚姻生活中矛盾不断。2009 年，儿子小洋出生，本以为儿子的降临能巩固两人的感情基础，可不想为了儿子应该跟谁姓以及报户口等问题，两人闹到了要离婚的地步。

原来，儿子出生后，李小姐就提出要让儿子跟自己姓，丈夫坚决反对。经过两家人的反复协商，最终李小姐同意儿子跟丈夫姓但又提出儿子的户口要报在自己的娘家，陈先生则执意要把儿子户口落在市中心自己父母家。

几番争执后，李小姐一纸诉状将丈夫告到法院，请求法院判决两人离婚。法院经审理认为，双方只是未能正确处理好生活矛盾，夫妻关系尚能得到改善，因此驳回了离婚请求。可李小姐显然并不想维持这段婚姻，在半年后再次提出离婚，最终双方调解离婚。

法官分析指出，恋爱时男女双方看似情投意合，但婚后由性格差异造成的矛盾逐渐发酵，又因习惯了以自我为中心，过于注重个人感受，不愿换位思考、互相体谅，碰到家庭琐事容易冲动、不愿让步，最终成为离婚的“导火索”。

“考虑到‘80 后’因个性张扬而导致的易冲动、易反复等特点，在一方不同意离婚的情况下，法院往往会认定夫妻感情并未完全破裂，从而不支持原告要求离婚的诉请，但同时也会在判决中指出双方婚姻中存在的问题。”法官告诉笔者，这样做在一定程度上维系了婚姻家庭关系的稳定，但是也有近三成离婚案件当事人在第一次起诉离婚未获支持后，仍然会选择第二次甚至第三次起诉离婚。

财产纠纷剪不断理还乱

“根据刚才的陈述，你们夫妻双方的矛盾起因是你和父母要求将你和儿子的名字写入房产证？”不久前，顾小姐与丈夫杨先生因为房产证上的署名问题闹上了法庭。

“是这样发生矛盾的，但不是我父母要求，是我自己提出要在房产证上加上我和儿子的名字，因为结婚前购买该套房产的时候我曾经出过 10 万元的首付款。”

“事情并非如此，她出的 10 万元根本不是首付款而是婚庆的费用，而且结婚已经 2 年多了现在才提这个事情，实在过分。”法庭上，顾小姐和杨先生各执一词，情绪十分激动。

虽然双方对离婚并无异议，但对离婚后房产的分割问题仍然存在很大分歧。最终，在法官的调解下，双方达成调解协议，杨先生补偿顾小姐 10 万元，顾小姐则放弃其他主张。

笔者注意到，以家庭经济、房产纠纷等作为离婚理由的当事人在黄浦法院“80 后”离婚案件中占比近一成，更有 6 对年轻夫妻与顾小姐一样，因为在房产证是否加名字的问题上无法达成一致而选择结束婚姻。

“一旦夫妻双方因此类问题产生纠纷进而提起离婚诉讼，不仅矛盾化解难度大，而且相关事实的认定也存在较大的难度。”黄浦法院一位长期从事婚姻家庭案件审理的法官告诉笔者。

这名法官介绍道，“80 后”年轻人在婚前购置婚房，置办婚事，以及婚后初期生活乃至生育抚养孩子的过程中或多或少地需要依靠父母，因而在离婚时难免会牵涉到父母的利益，尤其对房产、车辆等大宗财产，还要涉及首付出资方、贷款偿还方、产权登记方等多方面因素，各种利益的交织使案件审理变得异常复杂。

此外，除一般离婚案件中普遍涉及的家具、电器、存款、股票基金、工资收入等财产外，长辈在见面、订婚、结婚不同阶段送给小辈的首饰藏品，举办婚宴收取的大笔礼金，房屋购置后的装修，家用汽车乃至车辆牌照等也都容易成为“80 后”离婚案件中双方分歧的焦点。

四成借贷纠纷来自亲友

分手费、青春损失费、筹码费等情债赌债难获法院支持

2013 年 12 月 04 日 北京晨报网 记者何欣

市一中院昨日以几例民间借贷纠纷典型案例，提醒市民如何进行风险防范。据悉，本市近年来审理的民间借贷纠纷案件中，有四成借贷纠纷来自亲朋好友，其中有离婚诉讼中父母为子女多占家产而进行虚假诉讼，也不乏赌债情债引发纠纷，类似情况在司法实践中很难获得支持。

准丈母娘讨债被驳回

林先生同前妻育有一子，离婚后，林先生与谢女士同居，并生下非婚生女。而还未来得及与同居女友办理结婚登记，林先生便因病去世。就在林先生的女友谢女士同林先生的前妻就两个孩子的继承问题打官司时，谢女士的母亲杨女士将两个孩子起诉至法院，要求这两名继承人替林先生偿还其生前欠下的 60 万元债务。因孩子年幼，谢女士作为法定代理人出庭应诉，同时认可该笔债务并表示愿意偿还，而林先生的亲生儿子关某经合法传唤但未出庭参加诉讼。最终，一审法院判决两个孩子共同返还本金 15 万元及利息 45 万元。关某不服一审判决，上诉至市一中院。

二审中，法院查明，杨女士与谢女士之间系母女关系，而林先生的两个孩子，作为其继承人，能够各自从林先生处继承 30 万元存款。二审法院经审理认为，合法的借贷关系受法律保护。本案中杨女士系其中一名继承人的外祖母，双方存在重大利害关系。鉴于本案诉讼发生在两个孩子继承林先生遗产的过程中，杨女士应就借条上林某签字的真实性以及出借相应款项的事实予以举证证明。由于目前证据不能证明杨女士与林先生之间存在民间借贷关系，最终二审法院判决驳回杨女士的诉讼请求。

虚假诉讼将受到惩罚

北京晨报记者了解到，目前法院审理的民间借贷纠纷案件中，诚信缺失现象普遍，虚假诉讼蔓延，当事人之间的矛盾突出。通过市一中院对近年来审理的类似案件进行总结发现，民间借贷案件中，40%的当事人之间存在亲朋好友等特殊关系。

法官告诉记者，近年来，随着经济纠纷的日益复杂化、多元化，民间借贷纠纷案件中存在一定比例的虚假诉讼。其表现为一方当事人以“夫妻共同债务”、“被继承人生前债务”、“公司破产前债务”等名义向自己关系人伪造借条、大量举债，并由关系人向法院起诉，自己作为被告认可该笔债务，试图骗取法院的裁判文书或调解书，从而达到将夫妻共同财产、公司财产等最大限度地归个人所有的目的。

而这些虚假诉讼行为不仅侵害了当事人及相关案外人的正当利益，也严重损害国家司法机关的权威和公信力，因此法院在审理相关案件时，严格审查民间借贷发生的原因、时间、地点、款项来源、交付方式、款项去向以及借贷双方的经济状况、当事人之间的关系以及纠纷产生的根源等事实。经查证确属虚假诉讼的，驳回其起诉，并依照《中华人民共和国民事诉讼法》相关规定，对当事人予以处罚。

情债赌债难以举证

北京晨报记者同时了解到，民间借贷虽然需要有双方当事人的借贷合意，但在有些案件中，当事人虽提交了借条、欠条，却属于分手费、青春损失费、忠诚承诺、筹码费等不同形式的“情债”、“赌债”。司法实践中，因其手段和方式隐蔽，当事人对其主张的“情债”、“赌债”的事实难以举证证明，相关法律关系难以认定，因此最终难获支持。

此外，法院受理的所谓“民间借贷纠纷”中，也存在不少“放高利贷”的情况，双方约定的年利率从12%到36%不等，甚至出现120%的高额利息，与此同时，出借人要求支付的逾期利率、违约金比例也逐年增加。

对此，法官告诉记者，对于此类诉讼，对于债权人主张的折算后的实际利率没有超出法律法规或司法解释界定的民间借贷利率的上限的，法院可以予以支持，超出部分则不予支持。

■法官提醒

规范书写借条欠条

在民间借贷活动中，双方当事人应规范书写借条、欠条，如实记录借款和还款数额，防止债务人因对高利贷行为的举证不能而面临的巨大损失。出借人亦要防止高额利息的许诺，而签订不受法律保护的利息条款，最终导致自己的经济财产蒙受损失。

民间借贷中“分手费”不受保护

2013年12月04日 京华时报 记者孙思娅

昨天上午，市一中院就民间借贷纠纷案件的审理情况召开新闻通报会，通过“分手费”、“买官钱”等7个民间借贷纠纷的典型案件提醒市民，借条、汇款凭证等证据一定要留存，而借条上所写的“青春损失费”“赌债”等都不受法律保护。

市一中院在审理此类案件中发现，大量民间借贷案件中，出借人仅能提供双方转账凭证，但无法提供双方具有借贷意思表示的书面证据——借条；或者虽然有借条，但在借款数额、还款数额等相关事实上表述不明确，使法院难以认定双方借贷关系的存在。

同时，案件审理中很多借款人为了躲避、拖延债务，往往拒不应诉或下落不明。民间借贷纠纷案件还经常出现原被告“手拉手”虚假诉讼，一方依据借条起诉还款，另一方认可借款事实，迅速骗取法院判决书、调解书，从而规避法律、逃避债务或转移财产。

此外，民间借贷案件的一个新特点是，民间借贷与“赌债”、“情债”、经济犯罪等违反法律或社会公序良俗的行为相交织。在有些案件中，当事人虽提交了借条、欠条，却系买官钱、分手费、青春损失费、忠诚承诺、筹码费等不同形式的“情债”、“赌债”。此类案件基本都属于不受法律保护的范围。

深圳法院建家庭危机援助体系

2013年11月24日 法制日报 郑小红

广东省深圳市两级法院近日召开家事案件审判方式改革工作会，旨在在全市范围内推行家事审判方式改革，建立全新的家事案件审判模式。

深圳市中级人民法院院长霍敏指出，深圳地处改革开放前沿，经济相对发达，年轻人多，外来务工的非户籍人口、流动人口多，家庭结构、家庭生活、家庭财产等方面与传统家庭模式相比，都出现了很多新变化。

近几年，深圳法院受理的一审家事案件年均维持在五六千件之间，总体上超过传统民事案件的30%。沿袭传统的纠纷解决模式，难以应对日益复杂的家事纠纷，因此家事审判方式改革成为深圳市中院一项重点项目。

深圳中院副院长黄常青说，深圳中院在深圳宝安法院、福田法院进行试点的基础上，制定了《深圳法院家事审判工作规程》等一系列制度规范，基本形成了较为全面、系统、协调、创新的家事案件审判方式改革规划。据黄常青介绍，此改革方案概括为“两大方向、六项制度”。

其中,两大方向为:探索建立一套集治疗、矫正、服务功能为一体的家事案件审判工作机制;推动建立一套行政与司法相互衔接支持的家庭危机援助体系。

六项具体制度,包括建立专业化审理制度,将家事案件从法院的大民商事审判格局中剥离出来;完善人身安全保护机制;建立家事案件财产申报制度;改革家事案件法律文书;搭建家庭纠纷综合解决平台,促成家事调解员、家事调查员和家事社工帮扶队伍的建立与完善;加强儿童权益保护制度。

据悉,作为前期试点的深圳宝安法院自2012年开展家事审判方式改革以来,该院受理家事案件3067件,结案2761件,结案率达到90.02%。其中撤诉518件,调解1510件,调撤率达到66.12%,家事审判工作取得较好的法律效果和社会效果,提升了司法公信力和认同度。

洛阳高新法院家事案件重调解出成效

2013年11月30日 中国商报网 刘小平 董莎莉

仅几年来,洛阳高新法院对受理的各类婚姻家庭等家事案件,坚持贯彻调解优先原则,为使家庭纠纷得到圆满解决,把调解工作贯穿到案件整个审理过程。手段调撤率达到71%。

主要作法有:1、坚持调解前置原则。家事纠纷案件当事人之间是具有特殊的身份关系,如夫妻关系、父子关系、以及兄弟姐妹等亲属关系,因此家事纠纷案件的解决,不能单纯追求当事人之间权利义务非此即彼泾渭分明的裁断,更应该彻底化解当事人之间的感情矛盾。(1)坚持诉前调解,将诉前调解作为立案受理的前提条件。设立“预立案制度”,受理调解家事纠纷案件。尽可能在经过调解或调解不成后,才予以立案受理。(2)坚持判前调解,将调解作为判决的前提条件。除被告缺席无法调解以外,原则上均应先行调解,调解不成才适用裁判。2、坚持维护家庭成员关系改善与和好原则。

家庭的和谐、婚姻关系的稳定,不仅利于建立有秩序的良好道德关系,而且利于给青少年的健康成长创造良好的生存环境。因此,家事纠纷案件在处理上要坚持维护家庭和婚姻关系的稳定和好后原则,尽可能地引导和帮助当事人修补、改善原有的家庭、婚姻关系的稳定。3、坚持倾斜保护弱势家庭成员利益及无过错方利益原则。在家事纠纷案件处理过程中,要注重保护像妇女、儿童、老人等弱势家庭成员的利益,尽可能地给予其精神和物质上的帮助和支持。

广东省惠州市中级人民法院:堵离婚漏洞 判离文书民政入档

2013年12月27日 法制日报 章宁旦



@广东省高级人民法院:夫妻已拿到法院准予离婚的生效文书,在民政部门的登记上却仍处于“在婚”状态,有人利用这一漏洞假离婚逃避购房税额或者逃避债务。25日,广东省惠州市中级人民法院与惠州民政局建立离婚信息通报制度,法院将在每月底把生效的离婚法律文书寄往民政部门进行系统登记。此举尚属广东省首创。

二、一般审判动态

起诉撤诉反反复复 有理无理先告一状

滥用诉权导致司法资源无端浪费 专家建议完善诉讼制度惩戒滥诉

2013年12月23日 上海法治报 陈颖婷



诉讼权是公民的法定权利，但是滥诉行为违反了诚实信用原则。

“有理无理告一状”、“不问输赢，只求出气”……如今，不少法院案件审理中出现了这样的当事人，他们的诉求中往往没有“合法利益”，抑或利用法律制度的缺损形成的“法律漏洞”、“法律空子”或“法律无奈”而滥用司法程序。更有甚者，“恶人先告状”，企图混水摸鱼，变被动为主动，打“擦边球”。日前，长宁区法院就出现了多起这样的滥诉案件。专家表示，诉讼权利是每个公民的法定权利，在任何时候都不应当受到侵犯，但是滥诉行为违反了《民事诉讼法》中最推行的诚实信用原则，增加了案件审理的难度，在审判资源有限的情况下，滥用诉权的行为实际上也侵占和剥夺了他人合法行使诉权的机会。

聚焦

离婚引发 27 起官司

“官司输赢我无所谓，反正不管结果怎么样，我都会上诉，拖也要拖垮你们家！”在过去两年多时间里，青年张强带着这样执拗的泄愤情绪屡屡出现在长宁区法院。他与父亲老张一起接连打了 27 场官司，矛头都指向自己的妻子余丽。对此，法学专家毫不客气地批评说：“滥用诉权不可取！”

老张是一家私营企业的老板。当儿子张强与余丽恋爱并谈及婚嫁之后，他把儿媳安排进入自己的公司担任出纳，还享受着公司为她配备的一部轿车供她出行。不仅如此，余丽哥哥的工作关系也挂在张强家的公司名下，尽管他不用去公司上班，却依然享受着公司每月为他缴纳的社会保险。

办理了结婚登记后，余丽与张强住在一起，筹备接下去的婚礼。可是张强的一次出轨点燃了家庭纷争的导火索：“我和其他女性的一些照片被余丽发现了，的确是我不对。”但接下来，余丽并不恰当的做法彻底引爆了两个家庭的敌对情绪，她一遍遍地向身边的人讲述张强的婚外恋，甚至将这些本不该外扬的内容公开和扩散。

发现妻子大有“破罐子破摔”的架势，自觉颜面扫地的张强索性跑到法院闹起离婚：“跟我闹，看谁更狠！”2011 年 8 月，这场以离婚纠纷为案由的诉讼拉开了两个家庭间的“战争”序幕。在第一场诉讼中，妻子余丽曾经向法官表示愿意原谅张强并希望重归于好，恳请法官判决不予支持离婚的请求。

然而，当法官表示希望二人谨慎考虑时，张强并没有想着如何化解矛盾，他陷进了“你拆我的台，我也不让你好过”的愤怒之中。从 2011 年 8 月起，张强和他的父亲每个月都会向法院递交诉状起诉余丽。

而张强一家起诉的案由五花八门，根据不同的种类，案件分布在长宁区法院从“民一”到“民四”四个民事审判庭。每次开庭，只要是张强的父亲起诉到场，这位父亲都会遭到对方父母的辱骂。由于是张强有错在先，余丽的父母很难原谅这位女婿。虽然法庭上，似乎是余丽的父母在攻击，但在庭外，张强的父亲对设计新的起诉丝毫没有懈怠。

张强一家起诉的 27 场诉讼中，标的最高的不过 1 万多元，其余的标的数额都在几千元，由此产生的诉讼费用在 50 元-1000 元之间。起诉的理由大多是购买灯具、缴纳学车费这些鸡毛蒜皮的小事。根据长宁区法院的统计，在这 27 场诉讼中，有 21 场以余丽为被告的案件已经审结。

统计结果显示，在 21 起审结的案件中，撤诉的有 8 件，但是张强一家作为原告撤诉后却频繁更换案由或者补充证据后再次起诉。在判决结案的 13 个案件中，上诉案件有 9 个，二审均维持了原判。最终判决予以支持的仅有 4 件，其中 1 件是判决张强与余丽准予离婚。

现状

滥诉现象比比皆是

“他们的诉状又来了。”长宁区法院少年庭的法官顾薛磊看到诉状当事人的名字，无奈地摇了摇头。诉状是原告李先生状告前妻吴女士不给她探视女儿的权利。而在吴女士看来，前夫没有尽到父亲的责任，于是故意藏匿女儿。就在之前一天，两人为了女儿的抚养费纠纷刚刚开庭宣判。其实从李先生与吴女士 2010 年 12 月份的离婚纠纷开始，在短短 2 年多的时间内，他们一直纠缠于抚养权、探望权等纠纷。目前在长宁区法院审理、执行了共计 14 起案件，其中上诉 2 件。

顾薛磊告诉记者，在其办理的案件中经常会出现这些“熟面孔”。有些未成年人的监护人、亲属之间为了抢夺子女、彼此报复或者其他目的，反复多次地向人民法院就同一原由提起诉讼。李先生与吴女士即是如此，且并不是个案。2008 年至今，少年庭就遇到过多起夫妻双方离婚后为了报复对方，以抚养费、抚养权、探望权纠纷为由反复提起的诉讼。一方作为原告起诉审理结束后，另一方不服，或上诉，或作为原告另行起诉。但往往经开庭

实质调查，原有的抚养费、抚养权、探望权分配并不无当，并没有出现新的情形导致需要进行变更。分析此类诉讼，不少当事人完全不考虑自身所付出的实际成本和代价，其提起诉讼的目的只是为了浪费对方的时间、精力，出一口气而已，由此产生大量“缠诉”、滥用诉权的案件。这些案件并非真正为了维护未成年人的合法权益，反而未成年人所享有的权利成了家长们手中的工具，既可能对未成年人造成新的伤害，也浪费了大量的司法资源。

法官告诉记者，由于上诉作为一种重要的诉权，只要法院作出的裁判是法律规定允许上诉的，就可以上诉，而且二审法院必须受理。这种不设防的上诉权给了一审当事人太多的诉讼自由空间，也容易滋生滥用上诉权的问题。同时，撤诉权限制少。撤诉是民事诉讼法赋予当事人的另一项权利，虽然规定了由法院对撤诉行为进行审查，但一般在撤诉不存在损害国家或其他第三者利益的情况下，法院均予以准许，无论被告是否有异议。还有一些当事人违反诚实信用原则，为追求不法、不当利益滥用民事起诉权，具体表现为通过骚扰性诉讼，如以连续性的不成功的民事诉讼来折磨被告；琐碎性诉讼，如将小纠纷诉至法院；欺诈性诉讼，通过捏造事实和伪造证据等的诉讼方式，达到非法或者不合理的目的；拖延程序性诉讼等方式来给诉讼相对方造成负担。

滥用诉权已经渗透到司法程序的各个环节，具有不同的表现形式，而且数量越来越多。

说法

滥诉违反诚实信用原则

法官表示，诉讼是法律赋予每一个公民与法人的重要维权手段，但无论是公民还是法人，在使用诉讼这一特殊的法律武器时，必须依法使用。公民滥用诉权会造成很恶劣的影响，比如那些渴望及时得到解决的纠纷，如欠薪案等，因为某些滥用诉权、漫天要价的案件而被拖延，不得不排期苦等。而且滥用诉权会给对方当事人造成财产损失、时间拖延和精神上的损害，会对司法资源造成浪费，损害司法公信。

尽管，近年来滥用诉权现象频发，但据记者了解，在目前的司法实践中，惩戒“滥用诉权”缺乏直接的法律规定，而且各级法院对此类行为掌握的标准不一，处罚的力度也并不相同。而在制度层面，对程序权利行使条件的规定过于模糊，我国的诉讼法律也没有规定行使特定程序权利的条件。此外，我国现行法律中对滥诉行为没有具体而全面的民事责任规定，更没有相应的刑事责任规范。立法上的一些空白致使对恶意诉讼的防范和制裁不力，是恶意诉讼不断蔓延的重要原因。

华东政法大学法律学院副教授谢文哲认为，明明可以一次性起诉的案件却拆分起诉，明知不会胜诉依然要通过琐碎性的小额纠纷对同一特定的主体反复累诉，这些当事人即使符合起诉的要件，但也违反了《民事诉讼法》中最推行的诚实信用原则。如张强家人在21起审结的案件中，撤诉的有8件，但是撤诉后案结事未了，而是更换案由或补充证据后再次起诉，再起诉的结果依然是被驳回。对于部分案件，他们甚至表示无论输赢一律上诉，这种出于报复心态的纯粹拖延式诉讼，大有通过诉讼拖垮对方的意味。尽管其滥诉的行为无法从合法性上给予评价，但从他们身上能看到，如果当事人的法律意识不加以正确的把握和引导，将会极大地影响司法资源的均衡使用。

由于我国社会正处于由传统“熟人社会”向现代“市民社会”的转型时期，原先的人际交往关系准则在当下不少已经失效，新的交往准则尚未完全建立。特别是在一次性诉讼活动中，当事人与法官之间属于一次性的交往，当事人会认为不必以诚信的态度来换取法官的信任，这也导致了当前在民事活动中有违诚信的行为时有发生，滥诉的现象比比皆是。

由于滥用诉权形成的案件也需要通过正式的司法程序来审理，此类案件的增多，势必会牵扯和分散法院的精力，加剧基层法院案多人少的矛盾，增加案件审理的难度。在审判资源有限的情况下，滥用诉权的行为实际上也侵占和剥夺了他人合法行使诉权的机会。

完善诉讼制度惩戒滥诉

目前，有的法院对“恶意诉讼提起者”以驳回起诉处理；有的仅判决其承担诉讼费；有的则判决其赔偿对方律师费和相关损失。记者发现，在惩治滥用诉权时，司法机关往往遭遇“无法可依”和“执法不一”的尴尬。

法官指出，在司法实践中，法院立案审查时应加强审核识别，严把立案关，将骚扰性诉讼挡在门外。如针对原告在缺乏事实根据和法律根据的基础上向被告提起的诉讼及时加以识别，防止原告以连续性的不成功的民事诉讼来折磨被告，浪费司法资源。对于标的较小的案件使用小额速裁程序，将琐碎性诉讼一审终结。使用小额诉讼程序一方面可以减少当事人滥用上诉权的可能性，另一方面也减少相对方的诉累。法院同时应当严把证据关，防止利用诉讼规则谋取不当利益。对于大量提起诉讼的滥用诉权行为背后，有存在伪造证据的可能性，尤其是证人证言方面，应该严格审查，对于伪造证据的行为必要时应追究相应的法律责任。

目前，对于滥用诉权的行为在法律上没有相应的制裁措施，但是放任这种现象，势必导致司法资源的浪费以及对诉讼相对方造成诉累，如果不加限制，甚至会有扩大的趋势，因此需要对这种行为进行研究，以及进行必要的制约。

学者指出，如何惩戒滥用诉权，一方面要通过立法准确界定滥用诉权的行为，主要考量两个方面的内容：一是诉讼行为是否具有形式上的合法性；二是从当事人对法律和事实的认知能力来判断诉讼行为是否具有过错。另一方面要加强对滥用诉权行为的制裁，增加滥用诉权的成本与风险。当然，还应赋予法官适当的自由裁量权，使其能够凭“内心确认”尽早作出相应的判断，阻止行为人恶意诉讼目的的实现，确立正常的诉讼机制。

可在民事诉讼法的修改中考虑确立滥用诉权责任约束制度，通过增加成本来防止滥用诉权，建立诉讼侵权赔

偿制度体系，对滥用诉权者作出惩罚性的规定。

■他山之石

滥用诉权视为侵权

美国 恶意诉讼被称为“无正当理由的诉讼”。规定了三种形式，即刑事诉讼程序的非法控诉、民事诉讼程序的非法利用、民事诉讼程序的滥用。对于上述三种恶意诉讼行为，行为人应当就其行为所导致的损害后果承担侵权责任。

法国 主要以罚款的方式来制止拖延诉讼或以滥用诉权的方式进行民事诉讼，可处以 100 法郎至 10000 法郎的民事罚款。

德国 败诉方要承担对方当事人因达到申张权利或防卫权利之目的而支出的全部法定费用，包括旅费和误工费、律师的法定报酬和其他费用支出。

日本 法律要求民事诉讼应以诚实信用为之，否则法院可以裁定处以 10 万日元以下的罚款。

对虚假恶意诉讼：撤销

朝阳法院上午通报 4 起此类案件

2013 年 12 月 25 日 北京晚报 记者张蕾

今年施行的新《民事诉讼法》增设了第三人撤销之诉的规定，对当事人的虚假、恶意诉讼提供了有效的救济途径。上午，朝阳法院通报了 4 起相关典型案例的审理情况。据介绍，今年，朝阳法院受理涉及遗嘱继承、所有权确认等纠纷的第三人撤销之诉案件已有 10 起。

彭先生与杨女士系再婚夫妻，婚后未生育子女。彭先生与前妻育有 3 名子女。结婚十年，因感情不和，彭先生与杨女士到法院进行离婚诉讼，并对他们婚后居住的一个院落总计 16 间房的归属产生争议。

据了解，这 16 间房正面临拆迁，农村宅基地登记的是彭某已过世 17 年的前妻姓名。于是，在离婚诉讼过程中，彭先生瞒着杨女士，与其 3 个子女在法院另案起诉，以分割前妻遗产为由，以法院出具调解书的方式将 16 间房产分割。杨女士得知后认为，法院的民事调解书侵害了她的合法权益，为此诉至法院。

今天上午，朝阳法院对此案作出判决。法院认为，根据已查明的事实和现有证据表明，涉案院落内房屋在杨女士与彭先生婚后进行过翻建，二人在离婚诉讼中对院内房屋分配问题发生争议。然而，彭先生与其 3 个子女在离婚诉讼未决的情况下未经杨女士同意，通过诉讼调解方式就涉案房屋进行了分割，侵害了杨女士的权益，因此判决将该调解书撤销。

上午通报的另一起案件中，原告张先生与三名被告系同父异母的兄弟姐妹。母亲赵某名下登记有一套房产，父母去世后，三名被告以遗嘱继承纠纷诉至法院，称房屋系父母的遗产且无其他继承人，据此三名被告达成调解协议背着张先生将房产分割，法院作出民事调解书。

张先生知道后，向法院主张权利。法院经审理认为，被告损害了张先生的合法民事权益，同样判决撤销了民事调解书。

记者从朝阳法院了解到，在司法实践中，部分当事人会采取虚假诉讼的方式实现其个人目的，常见以下两种情形：一类是当事人通过生效裁判处分案外第三人的物权；另一类是当事人通过恶意诉讼逃避债务，借此影响真实债权人的债权实现。这两类案件都具有一定隐蔽性。

记者了解到，法院民事诉讼审理具有被动性的特点，由于针对的都是当事人的私权利，如果当事人故意隐瞒，结果很可能导致有利害关系的案外第三人权益受损。当第三人知晓结果时，法院的判决、裁定和调解书已经发生法律效力。

因此，为防止恶意诉讼侵害案外人合法权益，新《民事诉讼法》增设了第三人撤销之诉制度，为因不能归责于本人的事由未参加诉讼导致权益遭受损害的案外第三人提供了便捷的权利救济途径。此前，案外第三人只有申请再审和提出执行异议的救济途径。

如今，如遇上述虚假诉讼，权利遭受侵害，第三人可直接向法院提起第三人撤销之诉。

广东佛山市中院：第三人撤销之诉缘何“水土不服”

佛山中院分析认为立法语言过于概括可操作性不够强

2013 年 12 月 26 日 法制日报 章宁旦

第三人撤销之诉是新民事诉讼法的新规定，立法的初衷不外乎给以因故未能参加诉讼而合法权益未受保障的第三人提供救济途径；防止第三人的合法权益受到他人通过利用诉讼审判骗取法院生效法律文书等方式的不当侵害，有效遏制虚假诉讼。然而今年以来，广东省佛山市中级人民法院受理该类案件竟是去年的十多倍。

第三人撤销之诉通过数月实践，还出现了各地裁判标准不一、滥诉现象抬头等不良现象。为何遏制虚假诉讼未见成效却刺激了不少案外人的失信诉讼？《法制日报》记者就此进行了调查采访。

惹争议的提起事由

覃女士以为可以用一纸生效判决来跟不幸的婚姻告别，可三年过去了，她却被推上了被告席。

2010 年，网恋已久的覃女士和张某结婚。从广西嫁到佛山的覃女士，婚后生活并没有预想的甜蜜。

张某脾气暴躁还有暴力倾向。“新婚燕尔，他竟然为了谁去买牙膏这种芝麻小事和我争吵，后来还卡住我的脖子，那时我只有一个念头，要结束这段婚姻。”覃女士回忆起这段时光仍然十分痛苦。

同年3月，覃女士搬离爱巢，在外租房躲避张某。不料，张某得知后破门而入，并打砸东西。无奈之下，覃女士只好报警求助。同年7月，两人闹上法庭要求离婚。法院根据覃女士与张某之前签署的夫妻共同财产处理协议，判决房子归覃女士所有。

离婚判决生效后，覃女士被公婆老张夫妇告上法庭，要求确认覃女士购房款里有5.5万元是他们支付的。

在参加诉讼期间，覃女士还受到了前夫家人的人身攻击和威胁。最终，法院驳回了老张夫妇的诉讼请求。

2013年3月，覃女士又接到了佛山中院的传票，提起诉讼的还是老张夫妇。依据的是新修订的民事诉讼法中关于第三人撤销之诉的规定。

老张夫妇把覃女士和儿子小张一同告上法庭，要求撤销生效离婚判决中处理财产的判项。

老张控诉称，“儿媳串通房产商撕毁原始合同，不光撇下儿子独占商品房，还背着我们逼儿子签订财产分割协议，企图侵占我们借的5万元购房款以及放在婚房的财产。”

当审判长、佛山中院审判监督庭庭长怀晓红问，你们有什么“不能归责于自己的事由”，为何当初不申请参与诉讼。

老张夫妇辩称：“当时我们为了帮儿子挽救婚姻，要出庭作证，没办法参加诉讼主张自己的合法权利。”

出庭作证能否视为提起第三人撤销权之诉的法定事由，这让怀晓红犯难了。由于法律对于“不能归责于自己的事由”缺乏明确规定，在法官之间，也存在着不同观点。

“司法实践中对于应当适用什么样的程序审理这种新类型诉讼本来就存有争议，对于什么理由是‘不能归责于自己’的理解也无统一标准，还有，在新型程序如何与案外人申请再审程序的衔接、新法溯及力等许多问题上，都存在很大分歧。”怀晓红说。

今年4月26日，佛山市三水区人民法院审监庭庭长张孟春收到一宗第三人撤销之诉，案外人明叔认为原、被告制造大额虚假借贷诉讼，来逃避拖欠自己的货款。

“只要看一下起诉书，就能判断明叔无权起诉，可直接作出不予立案的裁定。”张孟春说，但该院的一位法官却不同意他的观点，认为凡是走案外人申请异议途径的请求，今后都要按第三人撤销之诉处理。据记者了解，持这种观点的法官不在少数。

如何确定第三人范围？如案外人明叔，一旦赋予其诉讼，是否会破坏民间借贷合同的相对性，从而让人无法适从？

不正常的滥诉倾向

“案外人与第三人概念是不同的。”佛山中院副院长谢阿桑告诉记者，如何把握尺度是个难题。“口子收得太紧，会把一些利益的确受损的案外人排除在外。可是若门槛放得太低，则容易导致滥诉。如果不尽快规范这些重大观点性问题，极易被少数别有用心的人利用，策划出一些虚假诉讼。”

法官的担心并非没有依据。

佛山市中院的一份司法统计显示，以往，佛山两级法院每年受理的案外人对生效裁判文书的异议不过几宗，而2013年前10个月，法院受理的案外人对生效裁判的异议就达67宗，较之2012年度受理的4宗，增长了十多倍。

尤其值得注意的是，申请人的诉请全部集中在要求撤销或者改变生效裁判，无一人选择走申请再审的程序。由于再审程序启动的复杂性，使得部分当事人更愿意选择第三人撤销之诉来实现诉讼目的，这可能会变相架空再审制度。

第三人撤销之诉可能被滥用的情况得到了法院的重视，并得到严格审理。在今年已结的案件中，第三人胜诉的案件只有3件，80%以上的申请被法院驳回。

今年9月，法院驳回了老张夫妇的诉讼申请。法院认为，覃女士与前夫的离婚财产协议书里已注明5万元款项来源，老张夫妇提供的证据不足以推翻，也无证据显示张某签订协议书曾受到胁迫。

据怀晓红介绍，目前撤销权之诉还出现了系列批量进行的情况。前不久，佛山市南海区人民法院法官余素芬就收到了一批根据同一事实、针对同样被告提起系列撤销之诉。

债务人刘某与某商业银行九江支行设定了最高588万元限额的抵押贷款，先后13次借出880万元巨款。后因资金链断裂，刘某被银行告上了法庭。因每笔借款具体情况不同，法院没有合并立案，而是将13宗案件随机分给了不同法官。

由于每个案件的贷款额都没有超过最高担保限额，原审法官们并未发现欠款总额超标的问题，均判决债权人胜诉，对债务人刘某名下的多处房产享有优先受偿权。

得知判决结果的案外人杨阿姨，迅速将债务人和银行告上了法庭，要求撤销他们之间的13件生效裁判文书。

经审查，法院撤销了其中的两份判决书，调低了优先受偿的额度。

“法院在原审处理这批系列案件时，的确存在一定疏漏，但杨阿姨并不需要申请撤销所有相关的生效裁判文书。”余素芬告诉记者，这有滥诉之嫌，浪费了宝贵的司法资源。

“这并非个案，其他申请撤销生效裁判文书的第三人也普遍存在这种不良倾向。”怀晓红说。

从三方面细化规程

一项为了防止虚假诉讼的新类型诉讼,却可能制造新的虚假诉讼,并造成既定的法律关系再受动摇。佛山中院分析认为,第三人撤销之诉是借鉴法国和我国台湾地区的做法,的确存在水土不服的情况,由于法律规定过于概括,实务理解比较混乱。

怀晓红认为,首要原因在于立法语言过于概括、可操作性不够强,诉讼门槛过低。

“第三人撤销诉讼,无论针对的是一审即生效还是二审生效案件,均设计为一审程序,其与再审之诉之间的定位存在一定冲突,让执法者内部出现多种观点,直接影响了制度的实施效果。”谢阿桑说。

根据佛山中院的调研结果显示,法院、法官之间对第三人撤销之诉的启动、立案、审理、裁判标准均存在不同程度的不同看法。

此外,在实际执行中,一些地方把落脚点放在关注如何规制恶意诉讼,其后果是放大了案外人的权利,伤及通过正当途径取得生效裁判文书的当事人,也客观上影响了生效裁判文书的既判力和严肃性。

只给权利“立”救济,不赋义务“防”失信,是这一制度设计的另一重要问题。

第三人撤销之诉只是预防不足时,给予的事后补救措施,目的是为了实现在制度设计的“补漏”平衡。因此,第三人撤销之诉最重要的价值取向定位,应为保护因故未能及时参与原诉讼的第三人的救济手段。但是我国去年修改民事诉讼法,只是将诚实信用原则作为某种宣示性的原则。

最终,佛山市中院召集两级法院以及律师协会、法学专家展开多次研讨,并以会议纪要的方式统一了该地区对第三人撤销之诉的审理标准,从三方面细化了第三人撤销之诉的规程:细化提撤销之诉的条件,减轻当事人诉累;参照再审计收诉讼费,杜绝滥诉现象;衔接好案外人申请再审,让程序更趋科学。

谢阿桑建议,尽快出台司法解释,统一实务观点。

三、立法动态

代表建议修改城市房地产管理法 住建部已成立课题组研究论证

2013年12月03日 法制日报-法制网 记者陈丽平

记者近日从全国人大财政经济委员会了解到,住房和城乡建设部成立了多个课题组对修改城市房地产管理法进行研究论证,同时注意做好该法与土地管理法修订的衔接。

在今年3月举行的十二届全国人大一次会议期间,章联生等30位代表建议修改城市房地产管理法中有关建设用地使用权出让、土地出让金使用、居民普通住房用地的规定,删去集体所有土地征收的规定,对现行的城市土地使用权出让制度进行相应配套改革。

住房和城乡建设部赞成修改城市房地产管理法。修改城市房地产管理法曾列入十一届全国人大常委会立法规划,该部成立起草组进行修改,形成修订草案送审稿,但在征求意见中部门和地方在一些问题上分歧较大。

全国人大财经委员会同意上述意见。建议有关部门加强调研起草工作,待草案成熟时,争取列入全国人大常委会今后的年度立法计划安排审议。

今天是“国际残疾人日”专家建议 适时再次修改残疾人保障法

2013年12月03日 法制日报-法制网 记者于响洋

5岁的小强(化名)近日刚做完手术,这个手术让天生失聪的他开启了新的人生。在宁夏残疾人康复中心,今年共有25名像小强这样3岁到6岁的聋儿做了人工耳蜗手术。宁夏残联理事长娄晓萍说:“小强是宁夏残联实施我国贫困残疾儿童抢救性康复项目中的一个缩影。近年来,我们不断加大康复力度,让更多的残疾儿童得到康复训练,做到了挽救一个孩子、解救一个家庭、唤起一片人间大爱,产生了良好的社会效益。”

每年12月3日为“国际残疾人日”,这个诞生于1992年联合国大会上的日子,旨在提醒各国关注关爱残疾人。

今年3月两会期间,中国残联主席张海迪曾介绍,中国有8500万残疾人,占全国人口总数的6.34%。自1988年中国残疾人联合会成立,尤其是1990年残疾人保障法颁布实施以来,我国残疾人的社会保障、社会服务、教育等工作取得了很大进步。

关注0至6岁残疾儿童

中国残联的调查显示,我国每年出生缺陷儿童总数高达80万至120万,新增0至6岁残疾儿童19.9万。

近五年来,中国残联继续实施白内障复明手术、贫困残疾儿童抢救性康复项目、孤独症儿童康复等重点康复工程,一些残疾人得到了不同程度的康复。

现正在宁夏残疾人康复中心接受康复训练的小强,正是全国贫困残疾儿童抢救性康复项目中的无数受益者之一。

仅以宁夏残联为例,据娄晓萍介绍,宁夏残联自从2009年全面实施中国残联贫困残疾儿童抢救性康复项目以来,共对1875名7岁以下残疾儿童进行机构内康复训练,预约指导各类残疾儿童237名,家庭指导254名。

“残疾人保障法明确规定,优先开展残疾儿童抢救性治疗和康复。近年来,宁夏回族自治区党委、政府高度重视

视残疾人事业,自治区人大常委会适时修订了宁夏回族自治区实施残疾人保障法办法,加大执法检查力度,依法维护残疾人的合法权益。宁夏残联也积极做了大量工作,让残疾人真真切切感受到了党和政府的关怀、社会的温暖。”宁夏残疾人康复中心主任李春林说。

“目前新生儿的先天缺陷 80%以上都是可以避免的,但现在医疗预防和后天的康复还没有引起足够重视,应当积极通过预防减少残疾人,积极通过康复减轻残疾人的残障程度。”全国人大常委会委员、中国人民大学教授郑功成此前表示,残疾人事业持续发展需强化政府责任,强化部门协同。要赋予政府更大的责任来促进残疾人康复资源的整合。

相关政策保障残疾人

宁夏固原市西吉县老马一家 4 口均是二级以上重度残疾人,生活十分困难。自从宁夏开始实施重度残疾人生活津贴政策后,一家 4 口人在领取低保的基础上,每人每月还可享受 100 元补贴,极大地改善了生活状况。

残疾人保障法明确提出:政府和社会采取措施,完善对残疾人的社会保障,保障和改善残疾人的生活。2012 年 12 月,宁夏回族自治区政府出台了《宁夏回族自治区重度残疾人生活津贴发放办法》,对城乡重度残疾人每人每月给予 100 元生活津贴,这项保障措施走在全国前列。这一政策的出台,让宁夏 7.7 万重度残疾人得到救助。

“推动建立残疾人‘特惠’保障制度,对残疾人给予重点保障和特别扶助,将更多的残疾人纳入覆盖城乡的社会保障体系,是宁夏完善和补充残疾人保障法的具体措施。” 娄晓萍说。

北京理工大学法学院副教授、硕士生导师、中国民法学研究会副秘书长孟强近日在接受《法制日报》记者采访时表示,2008 年修订的残疾人保障法颁布已经五年,各地陆续出台了相关措施,对于更好地执行法律是一个有益补充。残疾人保障法应当对涉及残疾人权益保障的各个事项作出细致规定,使其具有可操作性。例如,残疾人保障事业的经费来源与额度、残疾人医疗条件和标准、残疾人的具体就业保障措施、残疾人受教育权益的具体实现、社会组织如何参与残疾人保障关怀事业,等等。

需完善相关法律法规

据中国残联的数字显示,中国有 8500 万残疾人,其中农村残疾人占全国残疾人总数的 70%,但农村残疾人的保障不足,很多地方提供的设施非常有限。

娄晓萍介绍,近年来,使农村残疾人得到尽可能多的康复和治疗也是宁夏残联工作的重点之一。此外,今年宁夏残联还与宁夏监狱系统开展合作,对监狱服刑人员中部分老弱病残的残疾人进行康复训练等活动。

“对残疾人的工作我们正在不断延伸,如果法律和政策法规上更具操作性,将更有助于这项事业的发展,可以使更多的残疾人受益。” 娄晓萍认为。

孟强提出,残疾人保障法中使用了“国家”、“国务院”、“地方各级人民政府”、“有关部门”等概念,但没有将具体事务落实到具体部门,由此导致各个部门的权责不够明晰,也使得法律的实施没有具体责任部门去承接,难以“落地开花”。因此,应当通过完善相关政策法规,将涉及到残障人士权益保护的各个部门的具体权责都明确加以规定。例如,可以规定由民政主管部门负责残疾人权益保护纲要的全面规划;卫生主管部门负责残疾人的鉴定、医疗保健等工作;教育主管部门具体负责残疾人的教育权利保障、特殊教育资源分配、残疾人学校师资培养;劳动主管部门负责残疾人就业和劳动权益保障;建筑主管部门负责规划公共道路、公共建筑设施、住宅等无障碍通行设施,等等。此外,还要规定地方政府应当就上述各中央部门的规定制定具体执行细则。只有强化法律的可执行性,才能使各部委、地方政府尽快明晰权责,不至于出现互相推诿的现象。

“应该在适当的时机再次启动残疾人保障法的修改工作,使之更加先进、科学和细化,从而增强其可执行性和可操作性,才能真正起到对残疾人士的全方位保障作用。” 孟强表示。

行政诉讼法修改草案愈发注重保障诉权监督制约行政权力 房屋登记民事诉讼可一并审

2013 年 12 月 28 日 法制日报 袁定波

新增诉讼代表人制度、加强人民检察院对行政诉讼监督……近日提请全国人大常委会审议的行政诉讼法修正案草案,在保障当事人诉权、监督制约行政权力等方面做了重要修改。

这些修改将对法院、检察院办案产生何种影响?今天,3 位基层法官、检察官接受了《法制日报》记者的采访。6 违法情形统一司法标准

“草案新增 6 种判决确认违法情形,既体现对既往司法实践的肯定,又突出当前对具体行政行为合法性审查的新要求。”上海市黄浦区人民法院行政一庭副庭长王艳姮表示。

现行行政诉讼法规定了维持判决、撤销判决、履行判决和变更判决 4 类判决形式,这些判决形式已不能完全适应审判实际需要,草案对此作出修改。

王艳姮认为,从该条修改内容来看,除具体行政行为程序违法,但未对原告权利产生实际影响情形外,其他 5 种情形在《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》中都有规定。此次草案吸收了司法实践中关于确认违法或无效判决的有关内容。

据了解,实践中对程序违法在合法性审查中的定位,认识并不统一。“草案新增具体行政行为程序违法,但未对原告权利产生实际影响这一判决确认违法的情形,实际上是将程序违法区分为两种。”王艳姮说,一种是违反法定程

序,且可能对原告权利产生实际影响,法院应判决撤销或部分撤销具体行政行为;另一种则是程序违法但未对原告权利产生实际影响,法院判决确认该具体行政行为违法,即在保留具体行政行为效力的同时,对行政行为的违法性作出宣告。

王艳姮认为,这样规定显然有利于统一司法标准,同时也强化了司法对行政机关程序合法性的监督,体现了程序正当作为依法行政有机组成的题中之意。

增诉讼代表人方便诉讼

今年7月,江苏省海安县人民法院受理了南通市中级人民法院指定管辖的100多位群众诉如皋市政府土地所有权纠纷一案,群众最终推选3名代表人进行诉讼。

对于草案增加行政诉讼代表人制度,海安法院行政庭庭长徐爱贤告诉记者,行政诉讼代表人在司法实践中已较为普遍运用,海安法院多年前就推行了这一制度。在土地权属纠纷、环保纠纷等一些可能涉及较多当事人的行政案件中,推选代表人进行诉讼有利于方便诉讼。

针对现实中民事行政争议交叉的问题,草案增加了处理机制。即在行政诉讼中,当事人申请一并解决因具体行政行为影响民事权利义务关系引起的民事争议的,法院可以一并审理;当事人对行政机关就民事争议所作裁决不服提起行政诉讼的,法院依申请可以对民事争议一并审理。

徐爱贤表示,民事行政争议交叉在房屋产权登记纠纷中较为多见,如申请人要求房产管理部门颁发产权证书,或房产管理部门已经对申请人颁发产权证书,而第三人提出异议,提起诉讼要求人民法院确认权属。

“过去的做法是,行政庭仅审查行政行为的合法性,对民事争议不予审查。为了减少群众诉累,法院往往召集当事人协商,先处理民事纠纷,再进行行政诉讼。”徐爱贤说,如果民事纠纷难以调解,当事人只能另行起诉。草案提出一并审理、一并处理,简化了纠纷处理方式。

扩充行政检察监督范围

“从现行行政诉讼法的内容来看,无论是范围、方式、手段,检察机关对行政诉讼活动的监督作用没有得到充分发挥,迫切需要通过修改予以解决。”河南省郑州市航空港经济综合实验区人民检察院检察长雷蜜告诉记者,以往由于民事申诉案件数量庞大,检察机关民行检察部门大部分精力都投入到了民事申诉案件审查中,行政申诉案件往往无暇顾及,行政诉讼法律监督发展速度相对缓慢。

事实上,随着经济社会的发展、政府管理职能行使的逐渐多样化和人民群众法律意识的不断增强,越来越多的行政纠纷进入诉讼领域。作为检察机关法律监督工作的重要内容,社会各界对检察机关的法律监督寄予了更高期望。

为了弥补不足,在2010年3月,最高人民法院、最高人民检察院会签了《关于对民事审判活动和行政诉讼实行法律监督的若干意见(试行)的通知》和《关于在部分地方开展民事执行活动法律监督试点工作的通知》两个文件。在雷蜜看来,这在一定程度上弥补了现行法律的不足。

“尽管两个文件对司法实践工作有很强的指导意义,但毕竟在法律中没有明确规定。”雷蜜认为,草案中从法律层面规定了检察机关对行政检察的监督范围等,将促进行政执法水平提高,推动行政机关带头严格执法,同时也将推进法院依法公正审理行政案件。

四、媒体典型案例

(一) 解除婚姻关系案例

北京通州区法院：婚外生子自感羞愧女子主动提出离婚

2013年12月04日 京华时报 记者裴晓兰

李女士出轨并与情人有了私生子后,自感羞愧的她起诉要求与丈夫离婚。近日,双方经通州法院调解离婚,李女士自愿赔偿男方精神抚慰金4万元。

李女士从河北来京打工时与同事刘先生相识,李女士身体不好,刘先生给予关心和照顾,二人恋爱结婚并育有一子。然而,李女士与刘先生因夫妻生活问题产生矛盾,与他人产生了婚外情,并且怀孕。

刘先生知道此事后,为了保全完整的家,劝说李女士将孩子做掉。但李女士不听劝说,坚持将孩子生下。私生子出世后,婚外情人却杳无音信,至今无法取得联系。愧对家人的李女士随后诉至法院,要求与刘先生离婚。

庭审中,刘先生表现得很宽容,称为了孩子的成长,愿意以后照顾母子三人,对李女士的过错行为不再追究。但李女士认为,刘先生虽然现在声称不介意,但随着孩子的成长,其未必能接受,坚持要求离婚。

最终,经法庭调解,双方同意离婚,并就孩子抚养问题达成一致,同时李女士愿意赔偿刘先生精神抚慰金4万元。

上海市嘉定区法院：丈夫请求与“植物人”妻子离婚

承诺照料妻子直到终老 法院准予解除婚姻关系

2013年12月04日 上海法治报 张晓莉

日前,嘉定区法院审理了一起特殊的离婚案件,已过不惑之年的丈夫杨先生起诉身遭车祸不幸成为“植物人”的妻子陶女士,请求法院判令解除二人婚姻关系。

经依法开庭审理，法院最终支持了杨先生的诉请。

九年前的飞来车祸

2004年7月的一个晚上，夜幕降临，陶女士正骑一辆轻便摩托车沿路边行驶，行至某小区入口处，被突如其来的一辆小客车撞倒。

剧烈碰撞之下，陶女士跌倒在地，头上满是鲜血。小客车司机见状，立即将其送往附近的嘉定区中心医院救治。

次日，因伤情严重，陶女士被转至上海市长征医院继续抢救。其间陶女士曾一度停止呼吸，后经医务人员全力施救，才勉强保住性命。然而虽性命无虞，陶女士却陷入了深度昏迷之中。

此后的大半年间，陶女士的家人辗转奔波于上海、嘉定各大医院，为其安排颅脑手术、腹腔分流手术、高压氧疗等治疗，花去医药费数十万元。

然而虽经全力治疗，仍然没有唤醒深度昏迷中的陶女士。2005年3月，鉴定机构出具的结论表明，陶女士因交通事故致特重型颅脑损伤，丧失认知和行动能力，成为“植物人”，构成一级伤残。

这场车祸以及由此导致的后果对陶女士的家人而言无异于晴天霹雳。拿到鉴定结论后次月，遭受精神和经济双重打击的丈夫杨先生以陶女士法定代理人的名义至上海市嘉定区人民法院递交诉状，向肇事司机索赔80余万元。

诉讼中肇事司机对因自己疏于观察而酿成的悲剧深表遗憾，并愿意积极对陶女士及其家人作出赔偿。

法院审理后认为，根据双方在事故中的过错程度，小客车司机应承担75%的赔偿责任，故判令肇事司机在垫付19万余元医疗费的基础之上，再行向陶女士给付39万余元。

丈夫一家不离不弃

杨先生与陶女士于1992年相识，1995年共同步入婚姻殿堂。婚后两年育有一女，家庭生活温馨、和睦。然而那一场车祸却将所有的幸福夺走，彻底改变了一家人的生活。

陶女士遭遇意外那年，女儿莹莹才刚满7岁，天真烂漫的年纪原本可以得到母亲无微不至的呵护，而莹莹面对的，却是躺在病床上，全身插满导管的“植物人”妈妈。

病榻上的陶女士仅能保持自主呼吸和血压，其他一应生活起居均需人照料。目睹这一切的杨先生心如刀绞，常常流着眼泪和妻子说话，希望妻子能够醒来，回到自己身边，重新回归过去的甜蜜生活。然而现实总比想象中残酷，悲痛之余，他没有选择逃避，毅然挑起了家庭的重担，肩负起了看护妻子和抚养女儿的责任。

杨先生本身也是一名病人，在妻子遭遇车祸之前，生活上一直由她关心照料。如今妻子出了事，他也义不容辞地挽救和陪伴。

陶女士的父母都是朴实的农民，年老体弱，丧失劳动能力，领取的退休金尚不够维系基本生活，此前也时常靠女儿的补贴维持家用，事故发生后，更是无力给予女儿更多的支持和照顾。

在一家人陷入困境之时，杨先生的父母挺身而出，一边在医院陪护照料儿媳，一边和儿子四处找人借钱想办法抢救病人，同时还要安抚莹莹的情绪。

拿到鉴定结论后，杨先生的父母也依然没有放弃，日复一日依照医生的嘱咐对媳妇进行各种看护。二老在物质、精神和行动上的支持支撑着这个家庭在厄运之下坚强地前行。

一晃九年时光匆匆而过，杨先生和他的父母自始不离不弃，无怨无悔。在他们的悉心照料下，陶女士的身体状况始终平稳，这对于遭受重创，进行过两次颅脑手术的患者来说相当不易。

请求离婚获法院准许

如今，杨先生的父母已年近七旬，身体状况不如从前，女儿也还没长大成人。多方面的压力让杨先生渐渐感觉到力不从心，因此打算重新组建家庭，找到理解、体谅自己的合适伴侣与自己共同承担照顾妻儿、父母的这份责任。

从法律上来说，尽管陶女士因九年前的车祸丧失了行动和认知能力，成为了“植物人”，但两人的夫妻关系并没有因此解除。杨先生想要重新组建家庭，首先就需要与陶女士离婚。因此，今年10月，杨先生前往法院，递交了请求与陶女士解除婚姻关系的诉状。

在庭审中，杨先生再三表示提出离婚是为了找到能够在生活上和精神上支持自己的人，协助自己维持好这个家庭，并不会因此而推卸照料陶女士的责任。他承诺在离婚后仍然会竭尽所能继续照顾她直到终老，并愿意担负在此期间的所有花费。同时，杨先生还将登记于自己及父亲名下的一套房屋赠与女儿莹莹，作为其未来生活的保障。

陶女士的父母作为法定代理人参加诉讼，对杨先生的这一请求表示理解，并希望女婿能够一如既往尽到做丈夫的责任。

在充分听取双方当事人意见后，法院认为，陶女士因遭遇交通事故而处于植物人状态，九年多来，杨先生及其父母对陶女士不离不弃、悉心照顾，使被告各项体征始终处于平稳状态，实属不易。现原告再三承诺即使离婚，其仍会继续担起照顾、护理陶女士的责任直到终老，且取得了陶女士父母的理解和体谅，因此对杨先生的离婚请求予以准许。

同时，法官也希望杨先生无论遭遇何种境遇，均能履行诺言，立信于世，使陶女士能继续得到亲人般的照顾而不受解除夫妻关系的影响。

北京海淀区法院：网恋速成婚 妻子隐瞒病情

2013年12月04日 北京晨报 记者 彭小菲

张先生通过网络与刘女士相恋结婚，婚后因妻子时常举止异常、吵架时歇斯底里而苦恼，最终发现，原来妻子是一名精神病人。于是他将刘女士诉至海淀法院要求离婚。

张先生诉称，他与刘女士在2010年通过网络相识相恋，刘女士怀孕后，二人于2012年1月登记结婚。婚后不久，张先生发现刘女士经常无端打骂自己，并趁自己熟睡时将房门反锁，且每次发生争执时，刘女士都好像变了一个人，歇斯底里无法控制。后来一次偶然的机会，张先生在家里发现了一张精神残疾证明，这才得知妻子早在2008年便被确定为精神残疾二级的精神病人。于是一怒诉至法院要求离婚。张先生表示，当初与妻子认识时，每次见面，对方都打扮得体，很少说话，双方在了解不深的情况下迅速结婚，没想到对方竟患有精神病。目前该案正在进一步审理中。

北京市通州区法院：妻子疑心重车内装窃听器

丈夫两次起诉要求离婚

2013年12月17日 京华时报 记者 裴晓兰

疑心重的妻子偷偷在丈夫车里安装窃听器，被丈夫发现后大怒，两次起诉要求离婚。近日，通州法院受理了此案。

冯先生诉称，2007年，他与刘女士结婚。当时他并不愿意，在父母逼迫下才勉强与刘女士结婚。婚后双方没有共同语言，很少说话。刘女士猜疑心极重，甚至在他车里安装窃听器。

冯先生认为，刘女士的行为极大伤害了他，他无法再与对方共同生活下去。2012年，他向法院起诉离婚，刘女士不同意，法院做出不准离婚的判决。但判决生效后，他继续与刘女士分居生活至今，仍然无和好可能，故再次诉至法院，请求判令双方离婚并依法分割财产。目前，此案正在进一步审理中。

(二) 婚姻无效撤销案例

北京市西城区法院：假证登记 妻诉婚姻无效被驳

法院认定原告所诉“陈先生”非婚姻登记相对方

2013年12月04日 法制晚报 记者 杨诗凡 通讯员 杨丽萍

与闫女士办理结婚登记手续时，陈先生用了所谓“程某”的假证件，婚后该证件被收缴。现闫女士起诉要求确认婚姻无效，却因陈先生不是“正主”被法院驳回。今天上午，西城法院通报了此案。

闫女士诉称，其与陈先生于2007年自行相识，2009年7月10日在西城区民政局办理了结婚登记。

陈女士说，因当时陈先生所持的身份证姓名为程某，就以程某的名义与其办理了结婚登记。

2012年7月6日，山东省泰安市公安局以陈先生骗领身份证为由，扣留并收缴了陈先生所持的程某的护照及身份证。随后，陈先生办理了真实的身份证。后闫女士起诉要求确认婚姻无效。

西城法院查明，被告陈先生并非婚姻登记的相对方，驳回了闫女士的起诉。

●法院审理

上午，西城法院马维洪法官表示，法院驳回闫女士请求的原因是其起诉的主体有误。

根据诉讼法规定，起诉的基本前提是被告主体应是明确的、真实存在的人，而与闫女士进行婚姻登记的程先生，其实并不存在。且闫女士要求确认婚姻无效的情况不包含在婚姻法确认婚姻无效的四种情形中，即便闫女士改为起诉真实存在的人，法院也未必会支持其诉求。

马维洪建议，如遇如此情况，应到民政局婚登处修改结婚双方的真实信息。

江苏省如皋市人民法院：精神病患者离婚 监护人请求撤销

法院判决民政局登记行为违法

2013年12月28日 人民法院报 顾建兵 马天跃

本报讯 处于精神分裂症病发期的吴某与妻子朱女士一起到民政局办理了离婚登记，事后他将当地民政局告上了法庭，请求撤销离婚登记。

近日，江苏省如皋市人民法院对这起撤销离婚登记行政案作出一审判决，因第三人朱女士已与他人登记结婚，判决被告如皋市民政局为原告吴某与第三人朱女士办理的离婚登记行为违法。

吴某患有精神分裂症。2009年12月，当地残联向吴某颁发《残疾人证》，载明吴某患有精神残疾二级，监护人为母亲李女士。2010年12月，时年24岁的吴某与朱女士登记结婚。2012年1月，吴某因精神分裂症发作住院治疗。同年2月，两人生育一女。2012年4月10日，吴某与朱女士向如皋市民政局婚姻登记处申请办理离婚

登记，在二人按要求出具《申请离婚登记声明书》、当场签订《离婚协议书》、对子女抚养和财产等问题进行约定并分别在相关材料上签名后，如皋市民政局受理了该离婚登记申请，并向二人颁发了离婚证。

事后，吴某的母亲以儿子为非完全民事行为能力人为由，代其向如皋市法院提起行政诉讼，请求撤销民政局作出的离婚登记行为。

因朱女士与本案被诉具体行政行为有利害关系，法院依法通知其作为第三人参加诉讼。

法庭上，民政局辩称，原告与第三人办理离婚登记时的行为表明原告是个完全民事行为能力人，其要求离婚的意思表示真实，在声明书中亲笔填写相关内容并签名确认，符合办理离婚的“形式要件”和“实质要件”，被告作为婚姻登记机关应予办理，请求驳回原告的诉讼请求。

如皋市法院另查明，该院曾于2013年5月作出民事判决宣告吴某无民事行为能力，本案第三人朱女士已于2012年11月28日另与他人登记结婚。

如皋市法院审理认为，被告在办理原告吴某与第三人离婚登记时，虽然已依法审查并履行了法定注意义务，但因原告不具有完全民事行为能力，原告和第三人申请离婚登记时隐瞒了该事实，导致婚姻登记处办理该起离婚登记时认定事实错误，所办理的离婚登记不具有合法性，故本案被诉离婚登记行为本应依法撤销。但因本案第三人已与他人再行登记结婚，考虑到该婚姻关系不可逆转的特殊性，故判决被告如皋市民政局为原告吴某与第三人朱女士办理的离婚登记行为违法。

一审判决后，原、被告均表示服判息诉，不再上诉，截至12月24日，该判决已生效。

（顾建兵 马天跃）

■法官说法■

精神病人离婚应由法院判决确定

“由于一方患有精神病，不能正确表达自己的意见，我国《婚姻登记条例》第十二条第（二）项明确规定，办理离婚的当事人属于无民事行为能力或限制民事行为能力的人，婚姻登记机关不予受理。”

据该案承办法官马跃介绍，虽然婚姻法规定了离婚自愿的原则，但办理自愿离婚手续时，男女双方必须都具备完全民事行为能力。这要求精神病人离婚必须由人民法院以判决的形式确定。

根据民法通则第十三条规定，不能辨认自己行为的精神病人是无民事行为能力人，由他的法定代理人代理民事活动。对于诉讼代理人与对方协商，达成调解协议的，人民法院应审查协议的内容是否最大限度保护了精神病人的利益，防止精神病人的利益受到侵犯，并根据他们协议的内容制作判决书，以判决的形式结案。

马跃介绍说，如一方患精神病，另一方要求离婚，首先必须向法院提出申请，要求确认对方为无民事行为能力人或者是限制民事行为能力人，必要时还要申请法院对方进行精神类法医鉴定。待取得法院宣告文书后，方可向法院提起离婚诉讼，起诉书上应同时在被告后面写明被告的监护人（通常是他的父母）。

（三）子女抚养亲子关系案例

北京市昌平区法院：父亲起诉变更抚养权只因孩子学会说谎

2013年12月03日 京华时报 记者孙思娅

因发现11岁的儿子小陈对自己说谎、逆反心理严重，陈先生将前妻王女士告上法庭，要求提前变更儿子的抚养权。昨天记者获悉，昌平法院公开开庭审理了该案。

陈先生与王女士原是夫妻，两人在2007年协议离婚。协议中约定，儿子小陈由王女士抚养至小学毕业，之后由陈先生抚养至其成年。

今年暑假，陈先生把儿子接到自己身边住了一个月。其间，他发现小陈有了说谎话的毛病，并且心态不平和，逆反心理严重。通过沟通，陈先生了解到，王女士在背后常和小陈说陈先生的坏话，想让小陈从小就恨他。陈先生认为，自己现在完全有能力照顾小陈的日常起居。因此，陈先生诉至法院，要求将小陈从2013年10月至2015年7月期间的抚养权变更为陈先生。

王女士不同意陈先生的诉讼请求，她否认自己在小陈面前说过陈先生的坏话。王女士表示，陈先生家目前有三口人，由于爱人没有工作，陈先生需独自负担全家开销，因此没有能力抚养小陈。小陈目前正处在叛逆期，这个年龄段的孩子有逆反心理很正常。

本案将择期宣判。

北京市密云区人民法院：小夫妻离婚只争财产法院判男童归母抚养

2013年12月23日 京华时报 记者裴晓兰

“80后”夫妻闹离婚，庭审现场只要求分割财产不要孩子。日前，密云法院判决双方离婚，因男方患病，5岁的男童归女方抚养。

刘女士诉称，她与宗先生2007年结婚，2008年生育一子。婚后她发现，两人根本不适合婚姻家庭生活。她要求和宗先生离婚，但不想抚养孩子。她希望离婚后孩子归宗先生自行抚养，共同财产平均分割，包括两人婚后购买的一套楼房、存款若干及轿车一辆。

开庭时，宗先生同意解除婚姻，平均分割共同财产。但宗先生也称没能力抚养孩子。法官多次劝解未果。

法院认为，婚姻应当以感情为基础，现在双方均同意离婚，法院准予。同时法院查明，宗先生自2012年开始患有肌张力障碍，行动不便。经了解，该病极其罕见，且治愈率低，因此他们5岁的儿子由女方抚养更有利于健康成长。

法院判决双方离婚，孩子归刘女士抚养，宗先生每月给付抚养费500元，并对财产进行了分割。

北京市密云区人民法院：夫妻离婚推托患病儿子抚养权

2013年12月21日 京华时报 记者裴晓兰

7岁的儿子先天性肌无力，父母争吵不断后到法院打离婚官司，但谁都不愿意抚养孩子。近日，密云法院判决孩子由男方抚养。

2004年，刘先生和张女士在网上相识，恋爱不久后登记结婚。2006年，张女士生育一子小明（化名）。2008年，小明被诊断出患有进行性肌营养不良，医生预言小明将会在12岁时瘫痪。

为查出小明的病因，张女士到医院进行了全面的检查。经查，张女士的肌酸激酶、肌酸激酶同工酶等指标严重超出参考值。基于此，刘先生和张女士基本确定小明系遗传母亲基因而致其肌无力。此后，二人经常因生活琐事发生纠纷。因张女士劳动能力受限，小明大部分时间由其外婆照顾生活，其大小便不能自理，在小学旁听课程都需要外公、外婆陪读。

2012年6月，刘先生离开密云与张女士分居。2013年，刘先生多次向张女士提及离婚问题，张女士也同意离婚，但双方因小明的抚养问题协商未果。刘先生于是将张女士诉至法院要求离婚，并主张自己身患疾病无法抚养小明而要求张女士抚养。

张女士当庭同意离婚，但称自己劳动能力受限无法照顾小明生活起居，要求刘先生抚养小明。审理过程中，法官多次调解，希望他们共同承担对孩子的抚养责任，但均未果。

法院认为，刘先生、张女士在共同生活过程中感情失和，感情确已破裂，刘先生的离婚诉求，法院支持。因小明所患进行性肌营养不良的病症需要长期有人看护，考虑到张女士亦因肌酸激酶、肌酸激酶同工酶等指标严重超出参考值而劳动能力受限，故法院根据小明的权益和具体情况，确定小明由刘先生抚养。

（四）财产分割案例

江苏无锡市滨湖区法院：夫妻闹离婚先后签下三份协议 离婚后起纷争以哪份协议为准

2013年12月04日 上海法治报 佳木 李谦 张虹

江苏一对夫妻2006年开始闹离婚，两年间为离婚先后签订了《协议》、《协议书》、《自愿离婚协议书》。两人的婚是离了，可是双方的财产纷争的烈火却是越燃越烈，争议的核心是由于三份协议内容不同，最后一份《自愿离婚协议书》少了第一份《协议》中的给妻子的离婚补偿款12万元的内容，现在一方坚决要这笔钱，一方坚决不给，由此对簿公堂，那么法院是否会支持女方的请求呢？

夫妻离婚签下三份协议

2006年9月18日，陆海平向无锡市滨湖区法院起诉要求与倪冰妮离婚，后被法院判决不予准许。2007年5月8日，陆海平再次到法院起诉要求与倪冰妮离婚，无奈倪冰妮死活不同意，后陆海平向法院申请撤诉，法院裁定予以准许。

撤诉是撤诉了，可是这样有名无实的日子夫妻也都感觉没有多少意义。2007年6月15日，陆海平与倪冰妮就离婚达成协议，当日签订了《协议》，约定：“陆海平与倪冰妮友好协商自愿离婚，陆海平自愿给付倪冰妮12万元整。五年内全部付清。可以通过哥哥倪老大经手交接。陆海平尽量提前付清。”

同日，倪冰妮与陆海平又签订了《协议书》一份，其上载明：“一、陆海平与倪冰妮自愿离婚；二、女儿陆丽雪（1988年11月16日生）归男方抚养，陆丽雪上学时学费由陆海平、倪冰妮各半负担（以发票为准）。陆丽雪住校期间的生活费由陆海平支付，如陆丽雪上江南读书，早出晚归及节假日生活由倪冰妮负责安排至独立生活时止。三、无锡市某电炉有限公司的股份归陆海平所有，陆海平每年分红支付5000元给倪冰妮（自2007年至厂房拆迁为止），年底付清。四、坐落于蠡湖街道X村X巷16号楼房一间（二层），前造楼房（包括天井下厕所）归倪冰妮所有；后造二层楼房产权归陆海平所有。西面二间平房（无产权）归倪冰妮所有。五、家里家具和生活用具归倪冰妮所有，陆海平的衣物用品归陆海平所有（今后陆海平给陆丽雪一只房间）。以上协议双方签字后生效，以此协议为准。”

2007年6月19日，陆海平与倪冰妮来到民政局办理离婚手续，在正式在民政局办理离婚登记的时候，两人签下了《自愿离婚协议书》，载明：“一、子女抚养：女儿陆丽雪（1988年11月16日生）由男方抚养，陆丽雪上学时学费由男女双方各半承担（以发票为准）。二、共同财产分割：坐落于X村X巷16号楼房一间，前造二层楼房（包括天井下厕所）归倪冰妮所有；后造二层楼房归陆海平所有（包括天井上厕所）。另西面前后平房（无产权证）归倪冰妮所有。无锡市某电炉有限公司股份归陆海平所有，陆海平每年给付倪冰妮红利5000元（自2007年至厂房拆迁为止），每年年底付清。”陆海平与倪冰妮均在该《自愿离婚协议书》签名栏上方书写“我自愿离婚，完全同意本协议的各项安排，亦无其他不同意见。”

为12万元财产对簿公堂

离婚后，双方就倪冰妮以陆海平在2007年6月15日双方签订的协议约定向其支付12万元及红利发生纷争，倪冰妮认为那份协议写得清楚，“陆海平与倪冰妮友好协商自愿离婚，陆海平自愿给付倪冰妮12万元整。五年内全部付清。”现在五年过去了，陆海平却丝毫没有给的意思，倪冰妮找陆海平要钱，陆海平却不承认，称正式的离婚协议上压根就没这一茬。

2012年10月倪冰妮以陆海平违反协议约定“陆海平与倪冰妮友好协商自愿离婚，陆海平自愿给付倪冰妮12万元整。五年内全部付清。”等为由诉至法院，请求判令：陆海平向其支付红利2万元；陆海平支付其协议款12万元。

陆海平辩称：该协议是双方在协商离婚过程中签订的，后在民政局签订的自愿离婚协议中双方未约定该内容，且离婚协议中明确约定无其他协议，故其不应支付该款项。此外，离婚协议中约定女儿的上学费用由其与倪冰妮各半负担，倪冰妮应负担2.6万元学费。

庭审中，陆海平提出女儿四年大学学费为5.2万元，并提供无锡市某电炉有限公司出具的《证明》，其上载明：2007年8月24日陆海平因公出差，其女儿前来公司借款2万元，用于开学学费。

此外，关于为何在《自愿离婚协议书》中未约定有12万元的内容，双方产生说法不一。倪冰妮称协商离婚事宜时，其与陆海平签订了《协议》与《协议书》，但其委托的法律工作者刘小浩与陆海平也是相熟的，其怀疑二人串通，故意不将该12万元的内容写至《自愿离婚协议书》中。

陆海平则称因X村X巷16号大部分房屋在其与倪冰妮婚前就已经存在，其已是第二次起诉至法院要求与倪冰妮离婚。在法院判决离婚的情况下，倪冰妮知晓分得的夫妻共同财产部分会比较少，其考虑到倪冰妮会为离婚的事情寻死觅活，所以为稳住倪冰妮的情绪，才应倪冰妮的要求签订了《协议》与《协议书》。但签订《协议》及《协议书》后，其仍坚持要求由法院裁判处理该离婚事宜，因此倪冰妮最终决定放弃向其主张12万元。故双方在民政部门签订的《自愿离婚协议》中无12万元的内容。

判决以离婚登记备案为准

无锡市滨湖区法院审理认为，虽然倪冰妮与陆海平于2007年6月15日曾为离婚亲笔签署了《协议》与《协议书》，但根据双方在婚姻登记机关另行签订的《自愿离婚协议书》可知，双方并未完全依照《协议》及《协议书》的内容办理离婚手续。而《自愿离婚协议书》签订于《协议》及《协议书》之后，且已由婚姻登记机关确认，故可视为双方就离婚是财产分割及补偿达成了新的合意，并且《自愿离婚协议书》作为档案书证，其证明力大于一般书证的《协议》及《协议书》，故该《自愿离婚协议书》对双方产生约束力。因《自愿离婚协议书》中未有陆海平需给付倪冰妮12万元的约定，且《自愿离婚协议书》明确约定“无其他协议事项”，倪冰妮并在该《自愿离婚协议书》上明确声明“我自愿离婚，完全同意本协议的各项安排，亦无其他不同意见”，故对倪冰妮要求陆海平支付12万元的诉讼请求不予支持。

关于倪冰妮主张陆海平应按照每年5000元标准支付四年的红利2万元，因陆海平同意给付，故对倪冰妮的该项诉请，法院予以支持。至于陆海平要求倪冰妮给付陆丽雪大学期间一半学费2.6万元的意见，因《自愿离婚协议书》约定双方凭票据结算，陆海平未提供学费票据，故对该主张不予支持。陆海平若确实持有陆丽雪具体学费的票据，可另行诉讼主张。

法院一审判决：陆海平给付倪冰妮2万元；驳回倪冰妮的其他诉讼请求。一审宣判后倪冰妮不服一审判决，向无锡中院提起上诉，无锡中院作出终审判决：驳回上诉，维持原判

北京通州区法院：美女与富豪离婚要股份

2013年12月10日 京华时报 记者裴晓兰

年轻貌美的张女士与房地产老总结婚一年后离婚，虽然协议分得千万财产，张女士仍觉吃亏，起诉要求分割公司股份收益。近日，经通州法院调解，双方表示庭下和解，张女士撤诉。

张女士现年30岁，2011年与近50岁的王先生登记结婚，王先生系再婚，为一家房地产公司董事长。2012年，两人协议离婚，离婚协议载明王先生给付张女士现金500万元，别墅一套及宝马车一辆，总价值超千万。

张女士随后又以离婚后财产纠纷为案由向法院起诉王先生，要求分割王先生所持公司股份在他们婚姻存续期间的经营收益和股份增值。

张女士告诉法官，她之所以起诉是因王先生曾承诺将其名下更多的房产、股份及车辆赠与她，而离婚后未兑现。为此，承办法官多次调解，最终张女士自愿申请庭下与王先生再行商议，并撤回了起诉。

北京市朝阳区法院：再婚夫妻打离婚 丈夫与子女假打官司分房产

私分房产调解书 法院撤销

2013年12月25日 法制晚报 王晓飞



原告（右一）亲自到庭应诉 摄/法制晚报记者 曹博远

再婚后又被妻子起诉离婚，彭某与前妻的三个子女“私自”起诉父亲，要求确认父亲居住院落房屋的继承分割。法院出具民事调解书后，彭某第二任妻子认为侵犯了自己的合法权益，诉至法院要求撤销该调解书。

今天上午，朝阳法院开庭审理此案并当庭宣判，判决撤销民事调解书。

2013年4月，杨某称因感情不和，起诉丈夫彭某要求离婚。俩人对于高碑店乡一处宅基地院落（以下简称涉案院落）内的房屋权属及分割发生争议。

一个月后，彭某与前妻的三个子女把父亲告上法庭，要求对涉案院落内房屋进行继承分割。庭审中，彭某当庭同意了三个子女的分割意见。

法院根据彭某及三名子女的调解意见出具一份调解书，对涉案院落内的全部房屋及院落使用问题进行了分割。

杨某发现彭某拿到的法院文书后，再次把丈夫彭某诉至法院，以彭某和其三个子女未经她的同意，通过诉讼调解方式分割了涉案院落内房屋，侵害了她的合法权益为由，起诉要求法院撤销民事调解书。

庭审中，彭某等四人认可在本院就涉案院落内的房屋分割达成调解书时未告知杨某，亦未告知审理该案件的承办法官，另外还涉及包括涉案院落房屋在内的离婚诉讼争议财产。

上午9时，经过法院审理，并根据已查明的事实和证据，法院当庭判决撤销彭某与其子女的民事调解书。宣判后，彭某觉得很冤，一个劲地说“那是我前妻留下来的房子啊”。

法官说法

夫妻应先厘清权利分割

据主审法官介绍，上午审理的案件中，彭某私自分割的财产本应属于前妻去世的遗嘱财产，但是之后其再婚，又与杨某共同翻新了此处房产，因此杨某对此处房产也有权利主张。

按照法律规定，彭某应当先与杨某厘清二人之间对于此处房产的权利分割，再对属于彭某的遗产部分进行权利主张。

今天上午，朝阳法院还召开了新闻通报会，通报了4起第三人撤销之诉典型案件的审理情况。

据介绍，这是今年新《民事诉讼法》实施以来，朝阳法院受理涉及遗嘱继承、所有权确认等纠纷的第三人撤销之诉案件共10件。

通报的4起案件中，各原告均以人民法院生效的民事调解书侵害其合法权益为由要求撤销。

经审理，其中2起案件符合《民事诉讼法》第56条规定，法院判决撤销生效的民事调解书；因原告不具备主体资格，法院裁定驳回1起案件的原告起诉；在另外1起案件中，因原告的权益并未受到侵犯，法院判决驳回原告诉请。

（五）损害赔偿案例

（六）扶养赡养案例

北京市三中院：8旬老人被儿告上法院

法官搀着老人进法庭

2013年12月17日 北京晚报 记者杨昌平



怀柔区渤海镇六渡河村的刘大爷被大儿子告上法院，诉讼请求是降低赡养费，大儿子每月只愿意给他150元。今天上午，市三中院的巡回审判法官到六渡河村现场开庭。搀着80岁的刘大爷走进村委会的是审判长，而不是老人的儿子。

刘大爷有五名子女。2011年12月，刘大爷与其妻子曾诉至法院，要求子女给付赡养费，该案经审理，判决大儿子刘某每月给付父母生活费500元及保姆费300元，并负担父母每年五分之一的医药费。

今年8月4日，刘母因病去世。于是，刘某把父亲告到法院。刘某说，他没有稳定的经济收入，妻子也常年有病且无劳动能力。刘某要求法院把赡养费降为每月150元，并且不支付保姆费，改为由五名子女轮流照顾老人。

怀柔法院审理后，判决刘某承担赡养费为每月450元，并负责刘父医药费的五分之一。

“大儿子不但拖欠赡养费，而且连面也不见。”刘大爷说，大儿子有稳定工作，其妻子也有收入，有赡养能力。旁听的村民们说，不养老人，说啥也不对。

北京昌平法院和石景山法院：北京两起“常回家看看”宣判 子女须每月看父母

2013年12月20日 北京青年报 李亚敏

两起案件的原告都是年过八旬的老父亲，两位老人膝下都有多个子女。两个老人不但要求子女们给付赡养费，还都特别提出要求子女们每人每星期看望自己一次。

儿孙满堂、衣食无忧，老人却并不感到幸福。原因是子女长期不探望自己。为此，家住昌平区和石景山区的两位八旬老人先后将自己的子女起诉。昨天记者获悉，“常回家看看”法规出台后，本市首判两起此类案件，昌平法院和石景山法院相继判决两案的子女需每月回家探望父亲。

这两起案件的原告都是年过八旬的老父亲，两位老人膝下都有多个子女。两个老人不但要求子女们给付赡养费，还都特别提出要求子女们每人每星期看望自己一次。

81岁的尹老爷子共有四子两女，他将2个女儿告上法庭，称其近年身体不好，又没有任何收入，1994年儿子把他接到北京生活到现在。19年来，两个女儿从没给付他赡养费用，现在他身体不好生活成本增加，因此起诉要求两个女儿支付从1994年2月1日到2013年8月1日期间的赡养费23400元；每人每月支付赡养费共计1000元；承担医疗费用的六分之一，并且每人每星期看望他一次。

另外一起案件的原告是89岁的林老爷子。他起诉称，他和老伴(2009年去世)一共有四个子女。多年来老两口一直与小儿子一家共同生活，并由小儿子尽赡养义务。而现在林老爷子体弱多病而且不能自己行动，进出家门及在屋内都需要轮椅才能活动，需要保姆进行看护，日常生活需要支付大量费用，但是三个孩子却不支付赡养费。尤其是大儿子，虽然与他们住在同一小区的前后楼，却从未探视过他。因此林老爷子起诉要求三个子女每月各支付1500元，并每周及法定节假日到住处对他进行照顾探视。

判决

法院要求被告子女 每月回家看望老人

案件审理中，两起案件的被告子女，都以各种理由为自己辩解。但是两个法院的判决都支持了老人的诉讼请求。

两个法院的判决书，都不约而同地指出，赡养父母是中华民族的传统美德，也是子女应尽的法定义务。履行赡养义务应当包括对父母经济上供养、生活上照料和精神上慰藉等多方面。

对于尹老爷子的起诉，法院指出赡养费是保障被赡养人目前及今后生活的费用，除非有协议约定，否则不存在拖欠的问题，因此法院没有支持尹老爷子索要拖欠的赡养费。判决尹老爷子的两个女儿每月各支付父亲赡养费1000余元，对老人今后实际发生的费用承担1/6，并判决两个女儿每月自行安排时间到住处看望尹老爷子一次。

对于林老爷子的起诉，法院判决其三个子女每月给付赡养费150元，并每月自行安排时间到住处看望林老爷子一次。

(七) 离婚后财产纠纷及相关纠纷

(八) 恋爱同居纠纷案例

北京房山区法院：90后小伙为分手打欠条 事后否认女友讨债上公堂

2013年12月10日 京华时报 记者杨凤临

90后男子王某与于某恋爱一年，其后为顺利分手，王某写下一张1.5万元的欠条给予某。分手后王某迟迟不能兑现欠条上的承诺，于某遂将王某诉至房山法院。

于某称，自己和王某恋爱期间，两人的生活开支一直是用自己的信用卡透支，共花费一万余元，所以分手时王某给自己打了一张1.5万元的欠条。但分手后，王某百般抵赖，拒绝还钱，甚至换手机号，玩起失踪。

而王某称自己和于某曾为恋爱关系，后因性格不和分手。分手后，于某找到自己家中，恰好撞见自己与当时的女友在一起，于某便百般纠缠，为恋爱期间两人的共同花费不依不饶。担心两任女友相撞发生冲突，王某这才为于某写下欠条，称自己借于某1.5万元，限期还清。王某认为该欠条是其被迫打的，两人之间不存在真实的借贷关系，且恋爱期间的花费不应由自己一人承担，所以拒绝兑现欠条。

由于没有证据证明王某是被迫写下欠条，最终，在法官的调解下，王某与于某达成还款协议，同意在今年年底之前偿还于某1.5万元。

上海市金山区法院：男子为小三两年花87万 与原配联手讨钱款败诉

2013年12月05日 新民晚报 徐永其 孔岩 徐轶汝

为了讨回丈夫给“小三”的钱款，夫妻俩联手，两度将“小三”告上法庭，第一次是“不当得利”，第二次是“赠与行为无效”。然而，原配因无充分确凿的证据，遭遇两度败诉。金山区法院日前判决的这起官司，令人深思。

【案情回顾】

两年花了87万元

胡女士今年36岁，2004年11月与卢先生登记结婚。两人共同经营一家投资公司。在很多人眼里，卢先生属于成功男人。2010年的一次聚会，卢先生认识了金山女孩小杨。小杨成了卢先生的情人，也就是“小三”。卢先生常带着小杨外出吃饭、游玩，和小杨一起开酒吧，每个月转给她5000元至10000元不等的钱款。

2012年8月的一天，胡女士发现，从2010年6月至2012年3月，在婚姻关系存续期间，丈夫瞒着自己向某一陌生账户汇款30余次，累计金额达87万元，其中最多的一次高达60万元。在胡女士的质问下，丈夫坦白了。

“不当得利”依据不足

2012年10月，胡女士夫妻俩以非法得利为由将小杨告至金山法院。胡女士认为，小杨取得87万元，属于不当得利，依法应予返还。金山法院于2012年11月、12月和2013年2月三次开庭审理。

庭审过程中，小杨否认了与卢先生的情人关系，拒绝还钱。她称，从2010年6月开始，她就在卢先生的公司担任秘书，每月的工资约定为一万元，提成、奖金另计。2011年10月时，卢先生提出合伙开酒吧，直到2011年12月底酒吧转让，期间两人的雇佣关系实质上变成了合伙关系。

小杨的辩护人提出，卢先生要求归还的钱包括三部分：一部分是杨小姐的工资，一部分是给酒吧员工的工资，一部分是酒吧转让后，杨小姐投入的原始资金。为了证明合作关系，小杨出示了她于2011年10月13日汇给卢先生11万元酒吧装修款的汇款凭证。而卢先生则告诉法庭，钱是故意让杨小姐汇给他的，“为了糊弄妻子，掩盖给被告汇款的痕迹。”

金山区法院经审理后认为，原告主张汇给被告小杨的钱款系不当得利的依据不足，驳回原告的诉讼请求。

“赠与行为”缺乏证据

2013年7月，胡女士以赠与合同纠纷为由再次将丈夫卢先生和“小三”小杨起诉至金山区法院。胡女士主张，卢先生和“小三”之间的赠与行为无效，要求小杨返还87.7万元。小杨辩称，这不是赠与，是雇佣和合作关系，卢先生支付的是雇佣期间的工资及合作期间的利润分成。

卢先生虽然是被告，答辩时还帮着妻子。卢先生称，2010年6月到2012年3月他打款给小杨时，胡女士不知情。

金山区法院审理后认为，小杨也曾向卢先生转账，法院不能排除小杨和卢先生之间有其他的经济往来。据此，胡女士没有足够证据证明卢先生向小杨的汇款行为构成赠与，依法判决驳回其诉讼请求。

重庆一中院：恋爱开销转为借款 债务有效本息全还

2013年12月24日 人民法院报 许小波 谢威利

为分担恋爱期间的共同开销，重庆男子王超向女朋友玲玲出具了一张27万元的借条。两年后玲玲告上法庭，要求王超偿还27万元债务。重庆市第一中级人民法院经审理后认为：王超自愿将恋爱期间的部分开销转化为借款，且该款项实际已由王超消费使用。故据此认定该借条合法有效，王超对27万元的债务应予偿还。

2010年，46岁的玲玲离异后就与小自己8岁的王超建立了恋爱关系。同年3月至9月期间，双方开销非常大，费用大部分由玲玲承担。

2010年9月8日，玲玲的前夫周晓向当地派出所报警，声称王超与玲玲恋爱是在骗取玲玲的钱财，后三人到派出所进行了自行协商。协商后，王超向玲玲出具了一张27万元的借条，借条表明，王超自愿将与玲玲恋爱期间的花销应由其承担部分转化为借款，并自愿于一年内还款。2012年9月11日，当地派出所向法院出具了一份《出警情况说明》，亦证实了该情况。

2011年8月8日，还款日期届满，但此时王超反悔，拒绝支付27万元，玲玲遂以王超未按约还款为由向法院提起诉讼。

一审法院审理后认为，本案借条上的款项名义上是借款，实质上是二人在恋爱期间一起共同花销的部分费用，原、被告之间不存在真实有效的借款关系，遂判决驳回了玲玲的诉讼请求。

一审宣判后，玲玲不服，向重庆一中院提起上诉。

重庆一中院根据查明的事实认为，本案借条的性质系王超自愿将恋爱期间共同花销的应由其承担的部分费用转化为借款，并不违反法律、法规的强制性规定，且该款项已由王超实际消费使用掉。同时，王超是完全民事行为能力人，且在出具该借条时未曾受到胁迫，应当承担由自己行为产生的法律后果。

据此，重庆一中院于日前判决王超支付玲玲27万元并支付逾期利息。

北京市通州区法院：恋人分手女方追回15万

2013年12月25日 京华时报 裴晓兰

帅气的张某在与康女士谈恋爱时频繁借钱，分手后拒绝还款，康女士于是起诉。记者昨天获悉，经通州法院执行，康女士要回了有欠条的15万元。

据介绍，张某一表人才，谈吐幽默，经朋友介绍认识了康女士，并迅速确立了恋爱关系。康女士说，其家境比较富裕，热恋时，张某老是找她借钱，她起初没要求张某写借条，但随着借款数额不断加大，她心生警惕开始催要欠款。张某找各种借口推脱，为避免两人关系尴尬，她也没再坚持。

后来，张某以做工程需要垫资为由向她借款15万元，因数额较大，康女士要求张某提供借条，张某十分生气，认为康女士不信任他，两人的关系出现裂痕，最终分手。因张某拒绝还钱，康女士诉至法院。

通州法院审理后，判决张某归还还有借据的15万元借款。执行期间，张某玩起了失踪，法院费尽周折才找到张某的藏身之所，强制他偿还了康女士的15万元。

（九）其他相关案例

上海市闸北区法院：老赖恶意转移房产于女儿名下 法院查实有房出租执行款终到位

2013年12月04日 上海法治报 王俊莎 施剑飞

老赵因房屋动迁与母亲、妹妹及侄女闹僵，法院判决老赵应给付三人补偿款32万元。然而，老赵一拖再拖，甚至将动迁房恶意转移至女儿名下，并声称自己只有一套自住房。闸北法院执行法官没有罢休，经反复仔细调查，终于发现老赵另有住宅。在事实面前，老赵只得乖乖履行给付32万元及相应利息的判决。

法院判决应付32万

年届五旬的赵萍比自家兄长老赵小十岁，赵萍有一个女儿叫黄丽，老赵的女儿赵媛已出嫁且老赵也已再婚。老赵、赵媛、赵萍、黄丽与老母共有一套中兴路的小屋（私房），2007年小屋被列入拆迁范围。两年后，老赵与拆迁人签订《拆迁协议》，获得补偿款、补贴等共计180余万元，老赵选择以实物即位于江杨南路的甲、乙两套房屋予以安置。

据老赵称，2003年，自己出于投资目的，出资买下了该小屋。为了今后拆迁时能多获得补偿款，便与母亲、妹妹赵萍及侄女黄丽协商，将她们的户口迁入小屋。三人同意了，老赵也给付了三人提出的1万元要求。在老赵看来，这1万元钱就是支付借用三人户口的对价，三人无权再主张房屋的动迁利益。

但原告三人却认为这1万元是对自己享受低保及生活困难的补偿，且户口迁移后，黄丽确未再能享受低保政策，这并不表示三人同意放弃分割拆迁安置款项。于是三人将老赵告上了法院，要求判令老赵支付自己拆迁安置款78万余元。

法院经审理后认为，小屋是老赵买的，三人要求与老赵平分动迁款，显然与当初借用户口时双方的真实意思不符，应根据公平原则酌情确定，最终法院依法判决老赵给付三原告拆迁安置补偿款32万元。

父女联手转移房产

判决生效后，2011年9月，赵萍、女儿黄丽及老母亲三人向法院申请执行32万元补偿款，老赵却迟迟没有履行判决。同年10月，老赵的女儿赵媛却将父亲及房产公司告上法庭，索要江杨南路甲套安置房，要求判令老赵与房产公司之间的合同无效。之后，赵媛与老赵、房产公司达成和解协议，被告之间自愿撤销《商品房预售合同》，赵媛与房产公司重新订立，老赵已经支付的全部房款不需要退还，直接转为赵媛支付的房款。

同年12月，执行法官与老赵谈话时，老赵提出将江场南路的乙套房屋交给三人居住，一直住到西藏南路的动迁房屋拿到动迁款为止，并承诺在彭浦新村为赵萍买一套一室户的房屋。同时，老赵要求对于江杨南路甲套房解除查封，三名申请人表示同意。

然而，老赵很快对此次承诺反悔了。次年2月，当赵萍要求老赵兑现让她们住到江杨南路乙套房屋的承诺时，老赵以该房屋是自己的唯一住宅为由，不同意三人居住。三名申请人又到法院要求对老赵采取强制措施，特别要求重新查封已过户给老赵女儿的江杨南路甲套房。可是房产已转移过户，老赵名下账户也无其他财产可供执行，执行工作一度陷入僵局。

法官查证执行到位

老赵的一次次失信让赵萍及其他两位申请人失去耐心，甚至将坐在轮椅上的老母亲推至法院，情绪十分激动，并扬言要上访。面对赵萍无奈的哭诉，承办法官一方面耐心地进行安抚，另一方面继续查询老赵名下其他的财产情况，期望能够有所突破。

功夫不负有心人，经过一次次在老赵的相关资料中查找，法官终于发现了蛛丝马迹：尽管老赵的名下仅余江杨南路乙套房屋，但他自己并不居住在此处，且将该处房产出租给了别人，收取租金，他自己则住在他处！如此一来，江杨南路乙套房屋从法律的角度上来说并非老赵唯一住房，完全可以查封执行。

当法官将查证的事实摆在眼前时，老赵无言以对。今年6月，老赵将32万元执行款及相关利息等费用共计38万元向法院交付。至此，时隔近2年的执行款终于到位，三名申请人向法官连声道谢……

法官点评

“软实力”与“硬手段”

打击规避执行行为

本案中，被执行人与其女儿通过调解协议转移名下的房产，目的是为了规避执行，使得法院执行困难重重。无独有偶，近年来，闸北法院在执行中发现，规避执行现象仍在逐年增多，相当一部分有履行能力的当事人，利用法律漏洞或采取不正当手段规避法院执行。有的被执行人隐匿、转移或变卖财产，造成资产状况不明的假象；有的搞假离婚、假破产甚至假诉讼，恶意处分名下财产，玩“金蝉脱壳”；有的甚至对抗或外逃，玩“人间蒸发”，难觅踪影。

规避执行不是一个孤立的司法问题，而是一个复杂的社会问题。近年来，上海法院对于打击规避执行行为，追究拒执“老赖”下了大工夫，开展专项活动对于打击拒执行为，维护胜诉人权益起到了非常重要的作用。今年上海高院又开展对失信被执行人纳入黑名单的机制，通过信用惩戒手段，让拒不执行判决的“老赖”无所遁形。闸北法院在加强“软实力”的基础上，也注重“硬手段”的运用，今年以来，已将5个拒不履行判决义务的当事人移交公安机关，追究“拒执罪”刑事责任，在全区范围内形成“打击一个，教育一批，威慑一片”的良好氛围，使一批看似无解的执行案件当事人兑现了胜诉权益，取得较好的社会效果。

上海浦东区法院：公婆房产“被理财”反欠147万元疑云 浦东法院审理一起民间委托理财合同纠纷案

2013年12月10日 上海法治报 见习记者 韩文萍



儿子虽长相一般，却娶回一个做财务的美女老婆；一年后，美女老婆又为这个四代单传的家庭生下一个儿子。这样的媳妇除了被老公当作心肝宝贝外，公婆也宠得不得了。按照公婆的说法，家中的“财政大权”全部交由她来打理，而她大刀阔斧地卖掉婆家两套房子又买进一套房子，在她计划买卖婆家最后一套房产时，却与公婆发生纠纷，并反告公婆欠她147万元！

到底是谁欠谁的钱，这个家庭矛盾剪不断理还乱。最终，都抱有怨气的双方对簿公堂，让法官来判断双方的是是非非。近日，记者来到浦东新区法院金桥法庭，旁听了这起民间委托理财合同纠纷案

公婆财产让媳妇来打理？

原告顾霞和被告卢非原系婆媳关系，卢非与顾霞的儿子吴军于2007年结婚，2008年育有一子。因卢非精通金融和财务知识，所以全家奉她为财神，将全部家产交由她打理。

根据顾霞的说法，早在1999年，顾霞夫妻就为还在读中学的儿子吴军在浦东浦建路买了一套130多平米的房子，该房产登记在吴军一人名下。2009年，卢非建议卖掉这套房子，到浦东成山路置换一套160多平米的房子。

顾霞夫妻同意了卢非的建议，以215万元卖出浦建路上的房子，并以312万元买入成山路房子，其中成山路这套房子为首付款164万元是浦建路房子卖房所得，另外贷款148万元。这套房子登记在顾霞的丈夫，也就是卢非的公公和卢非名下，房贷主要用吴军的工资收入还。

据顾霞回忆，去年，顾霞一家三口又在卢非的建议下将华绣路一套70多平米的动迁房出售，并将售房所得182万元中的157万元交由卢非理财。

今年，卢非又建议将刚购入不久的成山路房产和原单独登记在公公名下另一套华绣路房子一起卖掉，去买一幢别墅。因为这是老人名下唯一一套房子了，所以公公不愿出售，为此引发公婆和卢非之间的不快。

今年，感觉苗头不对的顾霞开始向卢非索要理财收入，卢非表示理财产品尚未到期，无法兑现收入，顾霞表示认同。然而在约定期限之后，卢非仍不愿兑现理财收入，双方矛盾进一步升级。

今年5月，卢非在和丈夫吴军发生争执后以外出旅游为名离家出走。之后在吴军的反复哀求下，卢非仍不愿回家，并在网聊中非常坚决地表示要和吴军离婚。吴军在送出999朵玫瑰花后，依然唤不回卢非的心。

这期间，顾霞开始向法院起诉卢非，要求卢非归还理财本金157万元及理财收入5万余元。没想到，卢非在法庭上坚决否认收受过顾霞理财本金，更不承认有理财收入一说。

涉案财产媳妇有没有份？

在法庭辩论阶段，被告卢非的代理律师反复强调，顾霞混淆了一个概念，即将她儿子吴军的财产和收入视为他们老夫妻的收入，而将媳妇卢非排斥在外，这种观点显然是不符合我国婚姻法规定的。

该律师强调，购买成山路房子的首付款为吴军卖掉浦建路房子的钱，属于吴军的钱财，也即吴军和卢非的夫妻共同财产。另外，成山路房子的还贷也是用吴军的工资卡在还，也即夫妻共同财产在还贷。公公只是在购房之初出了9万多元公积金，所以对于成山路房子而言，公婆只出了9万元就在产证上占了一半产权，折合购房价，

欠他们小夫妻 147 万元是合理的。

顾霞认为，这套房子首付款和还贷都是他儿子吴军在出资的，所以房子是“他们”的，媳妇卢非没有份。

顾霞律师强调，卢非丈夫吴军原先拥有的浦建路房产系父母婚前赠与，且属全额付款，该物权所有权是受法律关系保护的，不应随婚姻关系变迁发生变化，所以成山路房子的首付款仍应理解为顾霞夫妻对儿子吴军的赠与；吴军为了表达对妻子卢非的爱意，将本应属于自己的一半产权赠与了卢非，所以在成山路房屋产权证上写了卢非的名字而非自己的名字。如今，受赠人卢非的行为已经严重侵害了赠予人吴军父母的利益，所以吴军要求撤回对卢非的赠予，将卢非的名字从成山路房产中拿掉。

神秘记账本可否作证据？

关于顾霞所称的曾将华绣路卖房所得 157 万元钱交由卢非理财之事，卢非断然否定，声称她与顾霞婆媳关系一般，没理由为其理财，她只是在顾霞今年 3 月自行购买的一个理财产品时随便给出一点意见。她还由此声称，婆婆顾霞既然自己会购买理财产品，为何要将大笔现金交由自己打理？

有鉴于此，顾霞担心儿媳卢非会卷走她的理财款，已于今年 9 月向法院申请封存了卢非的 117 万元存款。

卢非对顾霞的行为非常不满，当日带领他人到顾霞家“评理”，并试图拿走一些属于自己的东西——一本记账本，但未果。之后，该记账本被顾霞找到。

这个笔记本显然应是卢非在吴家掌管财政大权时的记账本，其中非常详尽地记载了吴家在买卖三套房产过程中各笔资金的流向，包括存入了哪张银行卡等，记账水平相当专业。

其中多笔记录表明，卢非在收到顾霞支付的一定金额后，即在收款后当天或不久购买过相同金额的理财产品，顾霞由此认为这就是卢非骗走自己理财款的铁证。

对此，卢非坚决否认。卢非代理律师强调，顾霞的这种指证只是猜测，不能构成直接证据链。

由于该案涉及房产过多，且多次买卖，光是理清这几套房子的来龙去脉就花费了四十多分钟时间。另外，原告律师提供的记账本账目虽很详细，但多笔款项转来转去，甚是烦琐，就连法官也多次打断原告律师，要求其作更详细的说明。原告律师花了近 1 个半小时举证该账本中的证据，被告律师却坚持称该账本仅为记账，原告由此得出的某些结论均属臆测。

公道究竟在哪一边呢？法庭将择日继续开庭审理此案。

（十）赠与案例

北京通州区法院：男子一元将房卖给儿子 妻子诉合同无效被驳

2013 年 12 月 10 日 京华时报 记者裴晓兰

李先生为了缓和儿子和儿媳的感情问题，以一元钱的价格将房屋卖给小两口，结果被妻子起诉要求确认合同无效。近日，通州法院认定李先生的行为应视为赠与，驳回了其妻的诉求。

李先生和妻子马女士于 2005 年 7 月购买了位于通州区的一套房屋。2012 年 1 月，他们的儿子结婚，小两口婚后住在父母的房屋内，李先生和妻子在外租房住。

2012 年 10 月，由于儿子与儿媳之间发生了感情问题，李先生为了让儿子及儿媳复合，于同年 11 月将房屋以一元钱的价格卖给了儿子与儿媳并过户到他们名下，并签了协议。

马女士听说此事后，以李先生串通儿子、儿媳私自低价卖房为由，起诉要求确认房屋买卖合同无效。

法院认为，李先生与其儿子、儿媳签订的房屋买卖协议虽作价过低，但应视为李先生将房屋赠与其儿子及儿媳。且李先生已协助儿子、儿媳办理过户事宜，房屋依法登记在小两口名下，该协议系有效协议，发生法律效力，法院判决驳回了马女士的诉讼请求。

（十一）夫妻债务案例

上海市静安区法院：老头嗜赌举债 老伴无奈离婚 法庭判决妻子不承担偿债之责

2013 年 12 月 02 日 上海法治报 记者胡蝶飞 通讯员李鸿光

丈夫老俞嗜赌成性，连房子都被卖掉抵债，无奈之下，老伴殷萍（化名）只能选择与其离婚各自生活。谁知，离婚后竟因一起债务被“捆绑”告上法庭。近日，静安区法院判决由老俞归还债主 26 万元，殷萍不承担连带责任。

2011 年 12 月初，老俞与吴女士签订借款协议书，约定老俞向吴女士借款 20 万元，借款期限为一年。协议约定，如果老俞未按约还款，则应向吴女士承担 5 万元违约金责任，并承担追究该违约责任而产生的诉讼费、律师费等。因一直没能还款，2012 年 8 月 22 日，老俞向吴女士书面承诺将于 2012 年 8 月 31 日前全部还清，逾期则任凭处置。时间一拖拖到了 2013 年 3 月，在吴女士一再催款下，老俞再次出具承诺书表示，保证在 2013 年 3 月 31 日前还款，如逾期不还款由吴女士作任何处理，并愿意承担一切法律责任，包括家庭财产作为偿还借款。

2013 年 8 月底，老俞仍未还款。吴女士只能起诉至法院。因上述债务系老俞与殷萍在夫妻关系存续期间产生，吴女士要求判令老俞和殷萍共同归还借款 20 万元，违约金 5 万元及律师费 1 万元。

法庭上，年龄 60 开外的老俞称，该笔借款系他隐瞒妻子殷萍所负的个人债务，借款协议书殷萍的签字是自己

所代签，图章也是私下刻好加盖。他承认自己因沾染赌博恶习，在外多处举债用于赌博，妻子殷萍对此并不知情。殷萍也表示自己对老俞的举债毫不知情。

法院认为，现无证据证明借款协议上的签字系殷萍所签，而老俞所书写的切结书、承诺书均无殷萍的签名认可，法院难以确认殷萍与老俞就系争款项具有共同举债的合意。且老俞、殷萍均已过退休年龄，相对于这对老夫妻的收入和日常生活正常开销，系争借款从数额上已远超两人日常生活所需。法院难以推定涉案债务为夫妻共同债务，遂作出了上述判决。

广西南宁市江南区人民法院：离婚获准父母债权被驳啃老借钱也得写欠条

2013年12月01日 法制日报-法制网 莫小松 马艳 张敏

李某与黄某于2010年5月6日登记结婚。李某称，婚后丈夫黄某不务正业，夫妻离多聚少。2011年李某生下儿子小刚，由于黄某经常不在家，母子无人照顾，李某便带着孩子回父母家居住至今。据了解，在双方登记结婚后，黄某以去外地找工作或经济困难为由，先后向李某父母借了1.4万元，至今未还。

李某觉得难以与黄某维系婚姻，一纸诉状告上法院诉请离婚，并请求法院判决黄某向父母借的1.4万元属于夫妻共同债务，由双方平均承担。

近日，广西南宁市江南区人民法院对此案审理后，认定双方感情破裂，已无和好可能，准许离婚；对原告主张的夫妻共同债务1.4万元，因证据不足，法院不予支持，可由债权人李某的父母另案起诉。

对于本案判决，法官解释称，因原告李某向法庭提交证据不足，无法证明1.4万元夫妻共同债务的存在，因此法院不予支持。

法官称，子女结婚后，因新家庭花销大、新人经济能力又不足，父母通常会给予经济帮助。一旦夫妻俩感情破裂，夫妻中接受了父母经济帮助的一方，就会提出欠其父母的债务属于夫妻共同债务、要求双方共同承担的请求。但是，这些债务通常没有书面凭证，也缺少其他人证、物证，因没有充分的证据证明存在夫妻共同债务这一事实，法院则不会支持这一诉请。法官提醒说，对已成家独立的子女，父母给予经济帮助的，最好还是写下欠条，这样，既可以鞭策小夫妻俩勤奋努力，也可在将来保护父母自己的合法权益。

五、继承

(一) 继承审判动态

(二) 继承立法动态

(三) 继承典型案例

北京通州区法院：儿子为还贷诉患癌父亲分房产 老人当庭拿出老伴生前遗嘱保住房产

2013年12月09日 京华时报 记者裴晓兰

儿子为缓解婚房的还贷压力，将患癌症的老父亲告上法庭，要求分割父母房产中属于已故母亲的份额。老父亲当庭拿出老伴生前遗嘱，证明房产全归自己所有。近日，通州法院判决驳回了儿子的诉求。

王老汉和刘老太结婚后共同购买了通州区一处房屋，小王是他们的独生子。刘老太因癌症去世后，新婚不久的小王多次要求父亲将唯一的房屋变卖，把钱用来给其婚房偿还贷款，并让父亲搬到他家居住，但王老汉不同意。

小王于是起诉到法院，要求分割老房子中属于母亲的份额。据介绍，小王的妻子无业在家，小王每月的收入刚刚够还贷，两人经济条件并不宽裕，诉讼的目的主要是为了还贷。另外他也担心父亲再婚，“我妈的东西不能落到别人手里”。

面对儿子突如其来的诉讼，王老汉显得很无奈。他身患癌症多年，身体虚弱，当庭拿出了刘老太的遗嘱，其中称刘老太的房产份额全部归王老汉所有。“不到此地步我是不会拿出这份遗嘱的，我爱人为了给我留个老窝供我养老，私下瞒着儿子留了遗嘱”。

见此情况，承办法官长时间为双方进行调解，说服小王认识自己的错误，并劝解王老汉以父亲博大的爱来包容儿子。

北京市朝阳区法院：三兄妹诉继母讨父亲骨灰回乡

2013年12月09日 京华时报 记者张淑玲

三兄妹将继母母子3人诉至朝阳法院，要求返还父亲骨灰寄存证及丧葬费5000元。记者昨日获悉，朝阳法院驳回了3兄妹的诉讼请求，并劝双方相互体谅、协商解决，以告慰亡者。

耿氏3兄妹年龄都过60岁了，是耿父与其前妻的子女。1959年，继母李氏带着前夫的儿子与耿父重组家庭，婚后两人又生了一个儿子。2011年6月耿父去世。

3兄妹称，耿父生前曾立遗嘱，要求过世后回河北老家安葬。继母与耿父两人感情不和，长期分居。耿父去世后，继母及其子女为侵吞财产霸占房屋，擅自处理死者遗体，侵害了3人祭奠权及孝敬老人的权利。

3名被告人则认为，李氏与耿父共同生活了50余年，照顾其生活起居，还出示了社区居委会等开具的多份证明材料，称耿父生前曾多次交代李氏为其办理后事，而原告3兄妹生前不尽义务，死后连葬礼也不参加，且原告及

耿父亲属大多在北京，移至河北祭奠反而难以保障。另被告人为下葬耿父，已支出6万余元，原告不应再要丧葬费。

海淀法院审理认为，3名原告和3名被告人平等享有对耿父的祭奠权，各方行使权利时，应相互体谅、协商解决，以告慰亡者。李氏与耿父长期生活在一起，为其办理丧事、持有骨灰并无不妥。鉴于耿父已安葬完毕，且李氏年事已高，在北京祭奠较方便，3名原告认可没为父亲办理后事支付钱款。最终，法院驳回了3名原告的所有诉求。

目前，3名原告已上诉至市三中院。

上海静安区法院：律师代书遗嘱有效 外籍女获三套房 50%产权

2013年12月11日 上海法治报 记者胡蝶飞 通讯员李鸿光

为继承父亲名下三套房屋产权50%份额，已加入加拿大国籍的徐倩，持父亲徐云生前代书遗嘱将生母张荣、同胞弟弟徐山告上法庭，要求继承父亲名下的三套房屋各50%的产权。近日，静安区法院判决涉案三套房屋除其中50%房屋产权归生母张荣所有外，另外50%的产权份额归徐倩继承。

40多年前，徐云与张荣未办理结婚登记走到了一起，先后生育了徐倩和徐山两姐弟。今年4月22日，身患重病的徐云，委托律师崔某代书遗嘱，在崔某及另一律师见证下，将名下涉案三套房屋指定由徐倩继承。同年5月7日，徐云离开人世。

今年6月13日，因生母张荣与胞弟徐山不愿配合产权过户，徐倩只能诉至法院，要求继承父亲留下的三套房屋。

法庭上，张荣及徐山对遗嘱的真实性、合法性提出了异议，要求按照法定继承处理涉案三套房屋。他们认为见证书上没有律师签名，因此该遗嘱不具备法律效力。他们还表示，徐云生前曾明确表示过将其中一处房屋留给徐山，且徐山实际生活困难，涉案房屋都给徐倩的遗嘱显失公平。

徐倩认为，该律师见证过程合法合规，见证过程也同步录像，录像显示遗嘱人当时意识清楚。虽见证书上未有律师本人签名，但有律师印章，且律师事务所存档的见证书上有律师本人签名，声称遗嘱人的遗嘱合法有效，应当按照遗嘱处理涉案遗产。

法院经过审理认为，涉案三套房屋系徐云和张荣婚后共同财产，其中二分之一的产权份额应归张荣所有，另外二分之一的产权份额为徐云遗产。徐云所立遗嘱系经律师见证的遗嘱，该遗嘱非立遗嘱人自书，其性质相当于代书遗嘱。依据现有证据，徐云所立遗嘱符合法律规定，尽管张荣及徐山对该遗嘱有异议，但未提供充分证据予以反驳，故该遗嘱属徐云遗产处分合法有效，遂法院判决一审认同徐倩之诉。

北京三中院：子女与继母法庭争骨灰 指被告欲侵吞父亲财产 法院当庭未宣判

2013年12月11日 北京晨报 彭小菲

父亲已逝，其两任妻子所生的子女如今却为了老父亲的骨灰安放何处而对簿公堂。昨天，这起争夺祭奠权案在北京市三中院二审公开审理。

子女索要骨灰寄存证

耿老爷子有6个子女，其中3个是与第一任妻子所生，后来带着两个孩子改嫁过来的第二任妻子李女士又给他生下一子。2011年，耿老爷子去世，后老伴儿李女士和几个孩子将他的骨灰安置在大兴区一处墓地，而这一行为却引起了另三名子女的强烈不满。于是，耿氏三姐弟将李女士、李女士之子以及同父异母的弟弟告上法庭，要求对方交出父亲的骨灰寄存证，并返还当初的5000元丧葬费。由于此前一审法院没有支持耿氏姐弟的诉求，三人上诉。

昨天下午，在市三中院法庭内，两位头发花白的老人坐在上诉人席上，他们正是耿老爷子的长子和长女，而坐在对面被上诉人席上的则是老人的两个继子。

指被告不顾父亲遗愿

据耿氏姐弟称，李女士早年离异，后因生活所迫带着两个儿子和母亲改嫁给父亲，但婚后夫妻关系一直不好，其中一名继子更因不愿认耿老爷子为父，而随了母姓。耿氏姐弟认为，两年前耿老爷子去世后，李女士和她的三个孩子为了侵吞父亲财产而不顾父亲希望回乡安葬的遗愿，擅自火化遗体，还把骨灰安置在了北京。

法庭上，耿氏姐弟说，当初李女士改嫁后，父亲仍带着他们姐弟三人住在海淀区，李女士则带着她母亲、孩子住在大兴，父亲每月给李女士一些钱和粮票，周末休息才偶尔过去，所以在他们看来两人只是“名分上的夫妻，实际上各过各的”。直到1997年前后，年迈的耿老爷子才搬去和李女士一起住。而在这期间，耿老爷子1万多的养老金加补贴，也都交由李女士管理。对此说法，耿老爷子的继子李先生并不认可，他表示两人在1959年结婚后就一起生活了52年。

被告称原告为打击继母

如今父亲安葬北京，令耿氏姐弟不能接受，“因为迁回河北老家是父亲的遗愿”。继子李先生却不以为然：“生前几十年不来往，死后才过来要遗体，明显是‘生不养，死不葬’！把老人葬在北京，大家祭奠都方便，我认为你们真正的目的不是孝敬，而是想把骨灰迁走，在精神上打击我母亲。”

随着庭审的深入，双方对彼此的不满和怨气爆发出来，“三套房子和抚恤金都被他们拿走了，凭什么父亲的遗愿也不能实现！”耿氏姐弟忍不住在法庭上大声呵斥，双方也越说越激动，法官不得不出面调停，随后宣布休庭。双方不欢而散，法院当庭未宣判。

上海市静安区法院：中国老太委托美国律师公证遗嘱被判属有效

2013年12月11日 中国法院网 李鸿光

生有四个子女的九旬老太李凤（化名）有三名子女在美国生活，李老太在探亲期间曾委托美国律师兼公证人胡某立下遗嘱一份，言明在她去世后将其名下的房产及钱款遗产，遗赠给拥有美国国籍的孙子晓天（化名），这才引起了晓天状告两位姑姑及父亲遗赠纠纷案。近日，上海市静安区法院认定李老太所立公证遗嘱形式合法有效，遂一审判决李老太名下的上海南京西路某号房屋产权份额中50%，归晓天所有；李老太在上海浦发银行存款中的16.9万元归晓天所有。

李老太经美国律师立下公证遗嘱

晓天的父亲夏林和三名姑姑夏君、夏蓝及夏芸（均系化名），均系李老太夫妇子女；晓天是夏林的儿子，暨李老太的孙子。涉案上海南京西路某号房屋系李老太与老伴共同共有的财产，2003年9月26日，李老太的老伴在上海去世。丧偶的李老太曾于2004年7月立有遗嘱一份，该份遗嘱表示将前述房屋产权遗赠给晓天。

2006年1月7日，李老太在美国再立有遗嘱一份，除列明财产及对身后事做出安排外，还在遗嘱中声明：1、废除之前所立一切遗嘱及遗嘱性文件；2、将夫妻共有之动产中应得份额，平均分给四个子女；3、所有剩余之本人财产，包括动产及不动产（不论所处何地），包括但不限于由该遗嘱处置之财产，由孙子晓天继承；4、遗嘱执行人为李老太的外孙许某。该遗嘱系打印遗嘱，由李老太在遗嘱上签名，现场见证人为赵某、张某，现场公证人为胡某，胡某的身份为美国新泽西州律师兼公证人，胡某作为公证人的任命有效期至2010年11月29日。2011年7月20日，李老太在上海去世，遗产包括涉案房屋及银行存款16.9万余元。

美国公民晓天要继承奶奶名下中国房产

2013年7月上旬，35岁晓天向法院递交了姑姑夏芸放弃继承的公证文书，同时起诉把姑姑夏君、夏蓝及父亲夏林告上法院称，祖父于2003年9月26日在上海去世，生前未留有遗嘱。2011年祖母在上海去世，祖母曾于2006年1月7日在美国立有遗嘱一份，将上海南京西路某号房屋所有权的62.5%及名下银行存款若干遗赠给本人，该遗嘱中指定执行人为祖母的外甥许某。在祖母大殓后，许某将上述遗嘱向自己及姑姑等出示，自己当场表示接受祖母的遗赠，但部分姑姑有异议。请求法院按祖母遗赠办理将涉案房屋所有权62.5%及名下存款16.9万元判归自己所有。

法庭上，年近七旬的夏君、夏蓝对晓天所述亲属关系及父母亲的死亡时间等均无异议。但认为母亲所立遗嘱不符合我国继承法的有关规定，该遗嘱不属于有效遗嘱；且晓天未在法律规定时间内作出接受遗嘱的表示，不认同晓天之诉。

中国公民在美国所立遗嘱是否有效

庭审中双方争议的焦点：第一祖母在美国所立遗嘱是否属有效？第二晓天是否在法律规定的时限内表示接受遗赠？

晓天认为，祖母在美国所立遗嘱是经他姐姐安排，按照祖母真实意思办理的，由两位无利害关系的律师楼工作人员作见证，并由公证人胡某作公证，最后经我国驻美国纽约总领事馆认证，具有法律效力。在祖母大殓后亲属们吃豆腐饭时，许某将公证遗嘱的复印件交出，当时双方均在场自己表示接受该遗赠。

夏君、夏蓝认为，母亲年过九旬不可能自己打字，只能由其他人代为打字，在美国所立的打印遗嘱显然属于代书遗嘱。这份公证遗嘱尽管有母亲的签名，却没有公证遗嘱形成的过程。涉及遗嘱的两位见证人是否与继承人利害关系晓天并未举证。声称办理该遗嘱是晓天的姐姐带老人去律师楼，相关费用由晓天姐姐支付，见证人又是律师楼雇员。也就是说晓天的姐姐向两位见证人支付了报酬，见证人系收受利害关系人的钱款而失去了见证资格。强调在母亲大殓后吃豆腐饭时，许某将公证遗嘱的复印件交给双方，但晓天并未表示接受继承。

诉讼中，该遗嘱的执行人许某以证人身份到庭诉称，李老太是他大舅妈。2006年夏天，李老太在上海住所将涉案公证遗嘱交给她，嘱咐他待她百年后吃豆腐饭时宣示遗嘱。后来他照办了，在豆腐饭桌上宣示了遗嘱后分别交给了诉讼双方。当时，晓天还问是什么意思？在获悉了原委后，晓天说奶奶对他真好，奶奶给的东西他要的。

我国认可美国公证遗嘱属有效

法院认为，涉案遗嘱于2006年1月7日在美国所立，要判断该遗嘱的效力应当先确定适用的法律。依据我国有关规定，遗嘱方式、遗嘱效力均可使用遗嘱人国籍国的法律，李老太在去世前仍为我国公民，她在美国所立的遗嘱可以适用我国法律。按照我国法律公民可立遗嘱处分自己的财产，遗嘱的形式有公证遗嘱、自书遗嘱、代书遗嘱等。我国法律对公证遗嘱的形式要求是“由遗嘱人经公证机关办理”，其中可得出两个要求，一是要求办理

公证遗嘱人应为遗嘱人，二是承办机关应为公证机关。

法院认为，李老太所立公证遗嘱形式合法有效，将其名下本市南京西路某号房屋产权份额及个人动产遗赠给晓天，晓天在法定期限内表示接受遗赠成立。但涉案房屋属李老太夫妇共同共有财产，老伴去世后，该共同共有形式解体为按份共有，无法律规定的例外情形，李老太名下个人拥有该房屋50%的份额，该50%份额依照李老太生效遗嘱，应有晓天取得并承担过户等相关费用。至于李老太老伴名下的50%房屋产权，尚在诉讼中因未确定李老太应得部分，对此晓天该部分主张该案暂不作处理，待李老太老伴遗产析产后再主张。涉及晓天主张李老太名下存款16.9万元，可从李老太在银行存款17.9万余元中划拨，晓天明确表示放弃李老太动产中超过16.9万元的部分，系当事人自行处置的权利，法院予以准许遂作出了判决。据悉，案件判决后，因该案当事人不服判决已上诉提请了二审。

法官点评美国公证遗嘱中国判决遗产

法官认为，办理该遗嘱的律师兼公证人胡某，是否属于法律规定“公证机关”需作如下分析：第一从身份上看，胡某是美国新泽西州的律师兼公证人，其履行职务的时间在其公证人的任命期限内，是该国的合法公证机关。第二从公证内容看，公证内容与我国法律、社会程序并无冲突。第三从字面意思看，法律并没有适用“我国公证机关”的字样，而是表述为“公证机关”，即法律并没有排除公证遗嘱可由他国公证机关公证。第四从便于我国公民跨国活动看，承认一国的无害公证行为，可为我国公民从事国际交往活动提供便利，减少不必要的时间、金钱、精力开支。据此，法院在该案中认可美国律师兼公证人胡某，属于法律规定的“公证机关”，该公证遗嘱形式属有效。结合该案遗嘱执行人许某陈述的证词内容翔实，且可与当事人陈述相印证。对许某的证词法院予以采信，晓天是在法定期限内接受了遗赠。

上海市虹口区人民法院：“代书遗嘱”引发风波 法院认为未见证遗嘱形成过程属无效

2013年12月13日 新民晚报

王伯昌老人与妻子李倩育有一子王新民，另有大儿王新军是与前妻所生，王小凯是王新军之子、王小斌是王新军的儿子，都已成年。老人过世后，妻子李倩拿出一份代书遗嘱，要求按照遗嘱分割老人遗产，遗嘱对全家都有安排，唯独对大儿子王新军只字未提，这让王新军接受不了，坚决不承认遗嘱。于是，王新民与儿子王小斌将其他继承人李倩、王新军诉至法庭，要求按照遗嘱继承遗产，王小凯因遗嘱有涉及，遂经申请以第三人身份参加了诉讼。

虹口区法院日前审理后，认为此份代书遗嘱不符合法律规定，不予认可，遂判决按照法定继承方式将遗产在继承人李倩、王新军、王新民之间平均分割。李倩不服一审判决，提起上诉。日前，二中院驳回上诉、维持原判。

订立遗嘱

1952年，王伯昌与李倩结婚，婚后生育一子王新民，当时王新军8岁。1995年、1997年王伯昌购买了欧阳路和曲阳路两处房产，分别登记于自己与李倩名下。

据李倩介绍说，去年4月王伯昌因癌症住院，4月13日晚王伯昌要立一份遗嘱，让她第二天到居委会找两位工作人员到医院来做见证。第二天中午，李倩就带着13日晚上由其执笔，王伯昌与其都签字摁手印的一份遗嘱到居委会，找了两位工作人员到医院为王伯昌做遗嘱见证。其中一位工作人员按照李倩提供的遗嘱稿内容打印成文，在读给王伯昌听并由王看过后，由王伯昌签字摁手印，两位工作人员作为见证人和代书人签名，李倩也签名摁了手印。当时在场的还有王新民夫妇。

真假难辨

但哥哥王新军自认尽力照顾父亲，无法相信此份遗嘱是真实的，且4月14日晚由其陪夜，父亲只字未提遗嘱之事。要求按照法定继承方式分割父亲遗产。

王新民、王小斌认为，遗嘱中王伯昌的签名是真实的，立遗嘱时神志清醒，且遗嘱有两位见证人作证，遂上诉法院。

代书遗嘱是真是假？法院审理中，遗嘱见证人黄兴作证称，4月14日下午应李倩要求，居委会主任派他与陈旺到医院为王伯昌做遗嘱见证。王新民夫妇也在，李倩拿出一份李倩与王伯昌签名的遗嘱，陈旺按照遗嘱内容打印成文，陈旺当着在场5个人的面读给王伯昌听，后由王伯昌签字摁手印的。另一名见证人陈旺作的证却与黄兴有不同，他称那天下午李倩带着一份由其与王伯昌签名的遗嘱到居委会，要求派两名工作人员做遗嘱见证。居委会让一名实习生按照遗嘱内容打印成文，其与黄兴就随李倩带着打印文本一起到了医院。在医院由其向王伯昌读了遗嘱内容，王伯昌确认无误后才签了字。

遗嘱无效

法院审理后认为，该遗嘱并未依照法律规定由见证人中的一人代书，而是由利害关系人李倩代书，且两见证人均未在场见证遗嘱的形成过程，也就无法获知被继承人的真实意思表示，这违背法律关于代书遗嘱生效要件的强制性规定。且两证人证言明显不符。因此，该代书遗嘱不符合代书遗嘱的形式要件，系无效遗嘱。为此，法院作出以上判决。

七份遗嘱 能否老有所依

崇明法院近日审理一起遗嘱继承纠纷

2013年12月25日 上海法治报 郭燕

2013年2月11日晚,83岁的杨老太突发疾病,呼吸急促、冷汗直流,保姆急忙将其送往医院并通知老太的四个女儿,但杨老太最终仍不治而亡。

母亲去世已是一大悲事,然而谁也不曾想到,在进行遗产分割时,四个女儿分别拿出母亲的7份遗嘱,各执一词、互不相让,最终闹上公堂。

子随母姓 后继有人

杨老太和丈夫金老头是崇明县堡镇人,生前育有四个女儿:大女儿金梅和二女儿金兰从小在身边长大,三女儿金竹和四女儿金菊被保姆带去乡下抚养,成年后回到老两口身边。

金兰结婚后生下儿子君君,便让君君跟随外祖父姓金。这样一来,金老头夫妇乐开了花,君君子随母姓也算是自家一脉,老两口便将君君当做亲孙子和继承人看待。1994年11月10日两人共同立下遗嘱:将301室、302室房屋赠与二女儿金兰和孙子君君,将303室赠与晚年一起生活的四女儿金菊,同时还约定两位立遗嘱人如一方过世,另一方继承对方全部遗产。

老无所依 屡改遗嘱

1998年金老头因病过世。金兰和孙子君君定居在崇明县城,金菊结婚后也搬了出去。2000年7月,金竹提议将杨老太接回自己家中照顾,并承诺会为老太太养老送终。就这样,杨老太在金竹家一住就是六年,并于搬过去的第二年在法律服务所工作人员的见证下立下了第二份遗嘱,注明三套房子分别由大女儿、三女儿和小女儿继承。

然而2006年下半年,杨老太和金竹之间出现了问题,矛盾频发,金竹最终将其送回堡镇老房子,杨老太再次变成独居老人。这时她身体已大不如前,常常丢三落四、精神恍惚。金兰当时已在市区工作,便将杨老太接到市区家中照顾。于是,杨老太分别在2010年7月28日和2011年7月28日又给金兰写了两份遗嘱(即本案第三、第四份遗嘱),声明仍以1994年的共同遗嘱为主,其他遗嘱一律作废。

房产转移 风波再起

对于金兰的说法,金竹三姐妹则完全不赞同。金竹表示母亲住在自己家中时,自己恪尽孝道。2006年11月,母亲为减少矛盾才回老家居住,自己三姐妹还为母亲添置了彩电、洗衣机、淋浴器等,并和以前一样关心照顾母亲。反而是金兰在父亲过世后的近十年里对母亲不闻不问,甚至写公开信百般指责母亲。

其他三姐妹还表示,金兰在将杨老太接到上海后没有放在自己家中照顾,而将母亲送去了养老院,或放在保姆家中。母亲见金兰并未尽到继承人和儿女应尽的赡养义务,故在2012年1月15日立下了第五份遗嘱,明确不改变2002年8月见证遗嘱的分配意见。

然而,这时发生的一件事超出了所有人的意料——有权属争议的301、302室房产竟然在2012年8月14日就通过签订房屋买卖合同的方式过户至金兰之子君君名下。且金兰提供了两份最新遗嘱——2012年1月25日的自书遗嘱和2012年8月31日的代书遗嘱。根据最后这份代书遗嘱,之前属于金菊的303室房屋也由金兰继承。

七份遗嘱 矛盾重重

一怒之下,金梅、金竹和金菊作为共同原告一起将金兰告上法庭,诉请按2012年1月15日订立的遗嘱继承房产,即大女儿、三女儿和小女儿分别继承老太太的三套房。

同时,三原告提出三个观点。其一,她们认为金兰提供的最后一份代书遗嘱不是杨老太真实意思表示,因为该份遗嘱的代书人闻某和见证人张某都是金兰的朋友和同学,与金兰有利害关系。

其二,三原告认为金兰手里2012年1月25日那份遗嘱是1月5日写的,她自己在“5”的前面添加了一个“2”,这个“2”的写法跟老太太以前的写法并不一致,我们已经申请了司法鉴定,所以,原告手中2012年1月15日的这份遗嘱才是杨老太的最后一份遗嘱。

其三,在1994年金老头和杨老太共同所作的遗嘱中,写明301、302室房屋由金兰和君君继承,但这两套房产实际上却进行了买卖。原告认为,买卖的法律关系否认了法律上的赠与关系,买卖所得钱款也并非遗嘱范围内财产,应当由四个姐妹共同分配。

厘清法理 依法判决

崇明法院受理本案后,于2013年12月12日作出一审判决。

法院认为,2012年8月31日杨老太所立代书遗嘱的代书人、见证人与继承人有利害关系,认定无效。针对原告对第六份遗嘱订立日期“2012年1月25日”存在的质疑,根据专业司法鉴定中心鉴定意见,因为笔画过于简易,难以确定是否杨老太本人所写。原告认为被告篡改遗嘱日期,而鉴定机构无法鉴定,故认定金兰提供的2012年1月25日那份遗嘱为最后一份遗嘱。

根据继承法规定,立有数份遗嘱,内容相抵触的,以最后的遗嘱为准。因此,崇明县人民法院依法作出301、302房屋归金兰所有,303房屋由原告金菊继承的判决。

此外,金老头、杨老太夫妇两人于1994年11月10日共同立下遗嘱,该遗嘱系两立遗嘱人共同的意思表示,故该遗嘱依法有效。金老头去世后,杨老太虽又分别立下数份遗嘱,但不能撤销其与金老头在共同所做的遗嘱中

对相应财产处理的约定。事实上，杨老太生前将 301、302 室房屋通过买卖的方式过户至孙子君君名下的行为并未违背其与金老头所立遗嘱的意愿。

六、房产、股权

(一) 房产

借女婿名买房 丈母娘索还胜诉

2013 年 12 月 09 日 人民法院报 黄彩华

香港的张女士状告女婿龚先生要求确认涉案房屋为张女士所有一案（法周刊 11 月 4 日以《“丈母娘购房”的争议新版本》为题进行过报道），日前，广东省东莞市第二人民法院作出一审判决，认定张女士提供的相关证据已构成完整的证据链，足以认定张女士是涉案房屋的实际出资人及控制人，判决房子为张女士所有。

法院经审理查明，2010 年 9 月 4 日，张女士在广东东莞认购了一套房子，缴纳了 2 万元定金，后购房合同上写了张女士女婿龚先生的名字。张女士缴纳了涉案房屋的首付款、契税、住宅专项维修资金、物业管理费、水费，同时将房子出租，并以张女士个人银行账户为房子办理了委托银行代扣电费协议。张女士向法庭提供了购房合同及付款凭证等一系列证据原件。涉案房屋尚未办理房地产权证。

张女士称，购买此房前她在大陆其他地方也购买了商品房。按新的贷款政策，其首付款额度大幅提高，贷款利率也要相应提高，故当时协商以龚先生名义购房。现女儿女婿闹离婚，张女士再三要求女婿协助办理变更房屋产权手续，但遭拒绝。龚先生则称张女士口头表示赠与涉案房屋的首付款，贷款系龚先生自行支付。

法院经审理认为，关于银行按揭贷款的偿还，龚先生既主张是张女士借用其银行卡发生往来，又主张是其本人发生的借款往来等，存在相互矛盾，亦未能作合理说明，故法院对其说法不予采信。张女士的主张有租赁合同等证据佐证，且与龚先生提供的还贷清单相互印证，足以表明张女士确有出资偿还贷款。

法院认为，龚先生主张其系涉案房屋的所有权人，但其陈述存在诸多不合常理的情形。如果如龚先生所述，张女士向其赠与涉案房屋的首付款，则其他费用等应由其自行缴纳，但实际上涉案房屋的契税、住宅专项维修资金、物业管理费、水电费等均是由张女士支付。房屋作为大额财产，买房合同、收据等一般人均会谨慎保管，而龚先生没有任何书面材料原件。收楼及房子出租等情况，龚先生均不清楚。即使如龚先生所说，系其委托张女士办理，但此关系到房主权益，龚先生如果真是房主，也应当有所了解。故龚先生主张其系涉案房屋所有权人的依据不足，法院不予采信。

法院认为，涉案房屋是以龚先生名义购买，但从选房、签订合同、支付购房款（含定金、首期款、契税等）、委托改造装修、收楼、缴纳物业管理费、出租、偿还银行贷款等过程来看，张女士始终参与其中，足以认定张女士是涉案房屋的实际出资人及实际控制人，遂判决涉案房屋归张女士所有。

法官串通作假案 7 旬夫妇无家可归

2013 年 12 月 16 日 京华时报 张剑



无家可归的潘玉会和老伴租住在低矮的平房内，屋内除了一台电视和一些破旧的家具，再没有像样的家当



陈洪峰接受检方询问时的笔录。京华时报记者张剑摄

◎儿作伪证夺父房产 ◎3 次错判助其得逞 ◎河北高院认定错案 ◎3 名法官被判有罪

河北武邑人潘永奎为了争夺父亲在京的一处房产，在河北老家起诉，收买法官后，法官做出错误判决。依据武邑法院、衡水中院的 3 个错误判决，潘永奎将父母赶出家门。这起案件最终以纠正，2012 年下半年，3 名法官被判刑。

近日，两位无家可归的老人向北京东城法院起诉，状告买房人和儿子，欲讨回已被变卖的房子，法院已受理此案。

文/京华时报记者张剑 图/京华时报记者欧阳晓菲

□探访

失去房产被儿子轰赶 7旬老夫妇无家可归

屋外北风呼啸，虽然塑料布封住了门窗，但仍能感受到屋外吹来的阵阵寒风。屋内除了一台电视和一些破旧的家具，再没有像样的家当。

11月27日上午，朝阳区东南四环外的一处低矮平房内，虽然是白天，但屋里光线微弱，需要开灯照明。

住在这里的79岁的潘玉会近几年两次脑干出血，虽然经抢救保住了命，但目前已完全失去自理能力，由老伴范秀引照顾日常生活。

潘玉会坐在锈迹斑斑的轮椅上低声说话，只有老伴和次子潘树奎能听清他在讲什么。即使是这样的破旧平房，潘树奎每月仍要交1000元房租。

10年前，潘玉会夫妇居住在东城区交道口南大街桃条胡同7号的一处平房内，这处平房共有9间。虽然日子过得一般，但周边生活环境舒适，老两口完全可以安享晚年。为了争夺这处房产，潘玉会的长子潘永奎将父亲告到河北武邑法院。

潘永奎收买武邑法院、衡水中院的多名法官，凭借错误判决，抢得并出售了房产。虽然经过申诉，武邑法院、衡水中院的3次错误判决被推翻，3名法官及潘永奎均被判刑，但潘玉会夫妇已无家可归。

□一审

儿子抢房产伪造遗嘱法官图省事帮忙篡改

潘永奎作为家中长子，在一些问题上与父亲产生了不快，于是萌生了将父亲在京房产抢到自己手中的想法。

2004年前，48岁的潘永奎一直住在河北省武邑县赵桥镇罗庄村。潘玉会则从1984年就已经居住在北京，房产是从继母傅翥梅处继承而来。潘永奎制造了假的物证——傅翥梅的遗嘱、伪造的傅翥梅写给侄女傅璠的书信。这两份假物证均模仿傅翥梅的口气称，其过世后桃条胡同的房产由潘永奎继承。

2004年2月，潘永奎找到自己在武邑县工商任职的同学李新建，李新建曾经担任武邑县马台工商所所长。潘永奎向他说起自己想打官司抢房产的想法。李新建当即表示可以帮忙，并打电话给在衡水市中级人民法院办公室任职的陈洪峰。陈曾担任过武邑县法院办公室主任，“老陈啊，我同学潘永奎有个官司，你想想办法帮下忙”。对此，电话那一头的陈洪峰表示可以帮忙。

第二天，衡水中院陈洪峰的办公室内，潘永奎向陈说了自己的想法。陈洪峰听了后表示，“这事可以去找蒋义忠，他是武邑法院赵桥法庭庭长。”几天后，李新建带着潘永奎在赵桥法庭见到了蒋义忠。3人刚见面，陈洪峰的电话就打到了蒋义忠处，“老蒋，潘永奎不是外人，有个官司你尽量给办好”。有了陈洪峰的吩咐，蒋义忠没有多说什么。潘永奎把伪造的两份物证和起诉状交给蒋义忠。

办完手续，蒋义忠和赵桥法庭审判员刘二昌前往北京市东城区房管部门查档案。潘不知道继祖母傅翥梅的名字怎么写，把起诉状和假遗嘱中继祖母的名字写成“傅乃梅”，把傅翥梅的侄女傅璠的名字写成“傅璇”。在查询档案时，蒋义忠发现了这些问题，但他授意刘二昌将潘永奎祖母的名字写成与起诉书一致的“傅乃梅”。而为了省事，刘二昌又将“傅乃梅”写成“付乃梅”。

为给庭里揽大案创收庭长违反管辖权立案

蒋义忠明知管辖权限有问题，但这起案子有陈洪峰说情，他又刚当上赵桥法庭庭长，想“揽个大案子为庭里创收”，于是决定受理此案。

按照我国民事诉讼法的规定，标的物是房产，属于不动产，此案只能由北京市东城区人民法院管辖，任何其他法院都无权管辖该案。

2004年2月的一个晚上，蒋义忠与衡水市中级人民法院的多名法官在饭局上商议，同桌的有陈洪峰，还有时任衡水中院研究室主任崔保东、立案庭负责人王文利。“按不动产打，咱们衡水这边不能管”、“那就按财产侵权来立吧”，推杯换盏间，立案的理由便达成。对于此案只能由北京东城法院管辖，陈洪峰、崔保东、王文利心知肚明。

2004年3月8日，武邑法院主管民事案件的副院长李立壮反复看过起诉书说，“这是不动产继承，咱们这哪能管，只能是北京的东城法院来管辖”。虽然看出了问题，但李立壮考虑到各庭都有创收任务，于是也没有再提任何意见。次日，武邑法院赵桥法庭正式立案，蒋义忠等3人组成合议庭，负责审理案件。

判决

判决书漏洞百出挂职副院长签发

潘玉会没想到的是，儿子潘永奎为了得到房子，不仅做假证据、串通法官，还找到了同村的几个村民作伪证。

证人潘永福和范旺生一个是文盲，一个只有小学文化，只会写自己的名字，两人的假证言却被采纳。

当时已经68岁的潘玉会收到了起诉书，由于年事已高，诉讼只能由次子潘树奎代表他参加。

2004年3月，武邑县城的一家饭店内，潘永奎叫来自己的堂哥潘永福、当时的村支书潘永根以及同村的范旺生，让他们做假证，说看到过傅翥梅的遗嘱，上面写的就是把房子留给潘永奎。

潘永福和范旺生一个是文盲，一个只有小学文化，只会写自己的名字。即便这样，两人的虚假证言被法庭采纳。

2004年4月16日，赵桥法庭开庭审理案件。潘树奎说，由于质疑这起案件的合法性，他和律师拒绝出庭。潘永奎提交的物证、人证不经质证便被采纳。经过审理，蒋义忠判决潘永奎胜诉。蒋义忠拿着判决书让主管副院长李立壮签发。

早在立案阶段，李立壮就对案件的管辖提出了异议。看过判决书后，李立壮当即表示反对，“这判决有问题，应该驳回潘永奎的起诉。你这么判，我不能签字。”李立壮很快便致电时任武邑法院院长的刘月恒(音)，表达了自己的这一观点。但刘月恒却表示，“你不签字就不要管这事了”。

主管副院长拒绝签发判决书，案件的审理陷入了僵局，而且一拖就是半年多。这让潘永奎心急如焚。他找到蒋义忠，“蒋庭长，你想想办法，事情办成了，我给你10万”。

2005年1月17日，武邑县法院做出判决，潘永奎胜诉，判决书最终由衡水中院挂职到武邑法院当副院长的李柱签发。对于这个签发过程，李柱在接受检察机关询问时称，他清楚该案件一直处于僵局状态，但2005年年初的一天，院长刘月恒找到他，让他签发判决书。

二审

法官接受宴请馈赠未经质证维持原判

得知父亲上诉，潘永奎找到了蒋义忠，希望他帮忙帮到底。为了得到10万元的好处费，蒋义忠也积极为潘永奎找门路、托关系。而案件已到衡水中院，蒋义忠自然而然地找到最初向他打招呼的陈洪峰。

武邑县法院做出判决后，潘玉会不服，向衡水市中级人民法院提起了上诉，案件进入了二审程序。衡水中院法官韩学彬、曹忠毅等三人负责审理此案。

陈洪峰爽快地接受请托，并再次叫上崔保东，并很快联系到二审法官韩学彬、曹忠毅。2005年1月底，衡水市区一家饭店内，由陈洪峰安排，韩学彬、曹忠毅、崔保东、蒋义忠一起吃饭商议二审的问题。

在整个二审期间，蒋义忠多次找到陈洪峰，由陈约请韩、曹二人吃饭，出入娱乐场所。曹忠毅在二审过程中收了潘永奎赠送的一袋鞭炮。此外，潘永奎曾向蒋义忠借了6000元钱，用于给韩学彬、曹忠毅送礼。

2005年3月10日，案件二审开庭审理。在开庭前，潘永奎又假冒傅璿的名义，给衡水中院、武邑法院各写了一封信。这两封信均称，对于潘玉会父子的房产争议知情，房子就应该属于潘永奎，傅璿梅生前就跟她提起过这个意愿。潘树奎一方对傅璿的这两封信提出了质疑。

然而在开庭过程中，法庭没有安排对这两封书信进行质证。这两封书信其实同样漏洞百出，潘永奎不知道傅璿的名字究竟是哪两个字，于是想当然地写成“傅璿”。仅仅过了十几天，衡水中院即作出了二审判决，维持一审判决。

二审判决下来后，在蒋义忠帮助下，潘永奎拿着判决书将房产过户到自己的名下。为了拿到之前已经承诺的好处费，蒋义忠多次催促潘永奎卖房。

2005年4月，潘永奎将房子出售，得到82万元的预付款。“这官司还没完呢，你拿这么多钱不安全，你弟弟要是提出再审，咱还得花钱跑关系，你先给我转20万。”蒋义忠向潘永奎摆出了这样的理由。4月24日，北京市丰台区铁匠营桥附近的一家银行内，在蒋义忠注视下，潘永奎将20万元转到了他的账户内。

二审均败诉，潘玉会并没有放弃申诉。二审判决下达后，潘树奎向衡水中院提出了再审的申请，并获得了立案。

再审

向当事双方收费用法官调查“两头吃”

该案件最终送交衡水中院审判委员会讨论。作为衡水中院最高、最权威的审判层级，在立案庭明确指出该案错误的情况下，衡水中院审判委员会却裁定，案件由衡水中院再审。

办案中按照规定，除了收取诉讼费用外，法官不能向当事人收取任何费用，但林振峰、冯富强却从诉讼的双方收取了费用。

衡水中院立案庭组成了合议庭对案件进行了复查。经过复查，合议庭认为，该案件的一审、二审在管辖、证据认定、实体处理上都存在重大错误，应当撤销原判决，把案件移交到有管辖权的法院审理。

2005年7月，案件交由衡水中院审判监督庭副庭长林振峰、法官冯富强进行审理。此时的蒋义忠已经被潘永奎完全绑架。他再次找到陈洪峰，要求陈洪峰帮忙联系再审法官。陈洪峰、崔保东出面，约请林振峰、冯富强吃饭，蒋义忠和潘永奎出席。这次聚会最终仍由潘永奎买单。

对于重要的案件证据，林振峰、冯富强二人进京向傅璿核实书信的真假。但在去北京之前，冯富强从潘永奎处拿走2000元，作为进京调查的费用，并让潘永奎帮忙联系傅璿。林振峰、冯富强在北京见到了傅璿。在看见两封书信后，傅璿立刻表示，“书信是假的，我从来没有给法院写过这样的信”。

询问过傅璿后，林振峰、冯富强将潘树奎叫到北京的宾馆内。“老潘啊，我们核实过了，傅璿已经说书信是假的，这对你很有利。给出点费用吧”，冯富强向潘树奎提出要求。在翻遍所有口袋后，潘树奎凑了1000元交给冯富强。“这点钱太少，剩下的以后再说吧”，林振峰对这1000元并不满意。

申诉

河北高院定性错案移交北京法院改判

经过审理，河北省高院作出裁定，认定武邑法院、衡水中院的三次判决认定事实不清，适用法律不当，撤销武邑法院、衡水中院的前3次判决。东城法院立案后，经过一年的审理，于2007年4月27日作出判决，确认潘玉会为房屋的所有人。

林振峰、冯富强将案件提交到衡水中院审判委员会讨论。很快，时任衡水中院院长徐茂明主持审委会讨论。在本次审委会会议中，冯富强已将再审的审理情况作了汇报。经过审委会成员的讨论，2006年2月23日，衡水中院作出裁定，维持一审、二审的判决。至此，一桩错案最终铸成。

经历了3次审理，武邑法院、衡水中院均判决潘永奎胜诉，潘玉会依然不服判决结果。2006年4月初，他向河北省高级人民法院提起了申诉。河北省高院经过审查后决定提审此案。经过审理，4月25日，河北省高院作出裁定，认定武邑法院、衡水中院的三次判决认定事实不清，适用法律不当，撤销武邑法院、衡水中院的前3次判决，将案件移交北京市东城区人民法院审理。

东城法院立案后，经过一年的审理，于2007年4月27日作出判决，确认潘玉会为房屋的所有人，驳回潘永奎的诉讼请求。东城法院的判决将武邑法院和衡水中院的判决推翻。

此案审理中，一些法官都看出了案件的错误之处，并提出了纠正的建议。但在人情关系，乃至重金收买之下，蒋义忠等法官，甚至衡水中院审判委员会却坚持错误，不顾案件事实和法律的程序要求，最终铸成一桩错案。

惩处

3法官炮制错案获刑

随着东城法院做出正确判决，武邑法院、衡水中院的多名法官联手炮制的冤假错案被揭穿，并引起了中央相关部门的重视。衡水市检察机关对相关法官进行了查处。

在帮助潘永奎获得北京的房产后，蒋义忠拿到了20万元好处费。他在收到钱3天后就将银行账户里的钱全部提取，并办理了销户手续。

2011年5月，因涉嫌受贿罪、玩忽职守罪、行贿罪、妨害作证罪，蒋义忠、潘永奎、林振峰等6人被先后刑事拘留。2012年5月，蒋义忠、潘永奎、林振峰等6人在河北省任丘市人民法院出庭受审。

2012年9月，任丘市人民法院作出一审判决，蒋义忠受贿罪成立，判处有期徒刑13年。潘永奎行贿罪、妨害作证罪成立，亦被判处有期徒刑13年。林振峰、冯富强玩忽职守罪成立，被判处有期徒刑两年。另外两名作伪证者被判处有期徒刑两年。2012年12月，河北省沧州市中级人民法院作出二审判决，裁定维持一审判决。

>>追访

老人起诉儿子及买房人 由于这起案件出现了重大波折，桃条胡同的这处房屋目前处于冻结状态。为了要回房子，潘玉会已将买房人及潘永奎诉至东城法院，要求撤销买房人与潘永奎签订的房屋买卖合同。东城法院已受理此案，11月4日，双方已交换了证据。

目前，东城法院仍在进一步审理这起案件。

31岁女保姆“牵手”56岁男主人 是真感情，还是争房产？

2013年12月12日 四川法制报 陈博



因为房子，保姆牵手男主人；因为房子，殴打法官拒不执行；还是因为房子，她要争夺到底法院判决，从保姆升级“后妈”的她拒不履行；法院上门发公告，她又带着侄儿打伤执行法官。昨（11）日，成都市武侯区法院执行了一起房产纠纷案，执行人向记者讲述了案件背后的故事。

“土豪”家庭突变

1969年李盛强与胡秀芳结婚，并生有一儿一女。早年，李盛强是做零件生产工，日子虽然清苦，但一家人过得很是幸福。

之后，李盛强在事业上越做越大，自己独立开办了一个零件焊接厂，养了一大群工人。进入1980年代，他身家就已经超过60万元，是当时名副其实的“土豪”。

到了1990年代，李盛强喜欢上了其他女人，被妻子得知后，矛盾越来越大。1992年，两人的婚姻终于走到了尽头，儿女们判给了父亲。

60 万元的家产当属夫妻共同财产，离婚后，李盛强分了 30 万元给胡秀芳。

男主人牵手女保姆

离婚后，李盛强为了方便自己到厂里工作，也为了给子女们留个保障，在 1995 年，以女儿李立的名义，购买了武侯区某花园小区同一单元的面积、结构一样大小的两套住房，每套 160 平米。两套房子都在一楼，当时每平方米仅几百元。李盛强和儿女们当时就住在其中一套房内，另外一套用于堆放厂里的零件，当仓库使用。

生意上一年不如一年，李盛强的身体也随着年龄的增大慢慢垮了下来，疾病开始缠绕着他。1999 年，李盛强通过亲戚朋友请来了一个保姆。她的到来，给这个家庭带来了翻天覆地的变化。

保姆名叫袁兰，来自雅安。李盛强请她来的主要目的是让她给厂里的工人做饭，顺便也照顾儿女们的生活。平日里，她就和李盛强一家人住在一起。

尽管李盛强比袁兰大整整 25 岁，但每天的朝夕相处，使他对袁兰慢慢产生了感情。而袁兰孤身在外，也希望有这么一个依靠。一年之后，二人恋爱了。

怀孕生子要房产

很快，袁兰怀了李盛强的孩子。孩子生下后，李盛强觉得应该为袁兰做点什么，袁兰也多次提出了结婚的请求。2002 年，两人领取了结婚证，成为了夫妻。

袁兰虽然来自农村，但李立和哥哥其实并不反对这桩婚事，他们认为，父亲离婚后虽然生活上有人照顾，但精神上的寂寞难以有人关心，袁兰的出现，也许能为父亲的晚年生活带来幸福。

可结婚后没多久，袁兰态度发生了巨大的变化，她瞄上了李盛强给女儿李立购买的两套住房。袁兰希望，在李盛强百年之后，自己能够继承现有的两套房产。

其实，袁兰从来到李家当保姆的那天起，就隐瞒了自己在雅安老家已经结婚，并有一个女儿的事实。直到和李盛强结婚前才与老家的丈夫离婚。“如果当时晓得她有家室，肯定不会同意她和我爸结婚。”李立坚定地说：“她说要房子我们才知道为什么要跟比她大 25 岁的人结婚，也知道为什么她要跟老家的男人离婚。”

此后，李盛强的儿女各自有了家庭和事业，袁兰依然相依李盛强。袁兰的“枕头风”，让李盛强也动了念头，想收回买给自己女儿的这两套房产。

为了房子，袁兰也找到了房主李立，要求将房产给她。房子写的是李立的名字，李立自然也不会轻易“放手”。

李立告诉记者，从 2006 年开始，袁兰就为了争夺房产，到法院不止一次的起诉，但每一次法院都驳回，驳回后上诉，又再遭驳回……

到了 2008 年，袁兰再次起诉，此时李盛强被查出食道癌晚期。看着袁兰为了房子把大部分时间都耗在了上面，根本没精力照顾自己的父亲，再想到自己两套房子也是父亲当年花钱所买，李立终于做出让步。她与袁兰签订了一个协议并作了公证，双方约定两套房子一人一套。

拼死反抗打伤法官

2010 年 3 月，李盛强病情出现恶化，他找到公证处立下遗嘱：“如果通过诉讼确定属于我个人所有，我去世以后，上述房产由我的妻子袁兰一人继承，他人不得干涉……”

没过多久，李盛强去世。之后法院支持协议生效，认定房子为李立和袁兰一人一套。可是，现在袁兰一个人强占着两套住房，不愿意搬离其中的任何一套。

经过反复协商无果后，李立请求武侯法院申请执行其中的一套房产，并获得了法院支持。

今年 11 月，法院执行法官前去张贴腾退公告，却遭到了袁兰和亲侄的野蛮阻拦，不仅强行撕掉了公告，而且将执行法官打伤。

随后 110 前来将袁兰和她的侄子拘留。行政处罚后，袁兰还是对法院的执行拒不理会，依然霸占着两套住房。由于袁兰态度恶劣，武侯法院决定于昨日对该房产予以强制腾退。

（文中人物均系化名）

记者直击

昨天上午 10 点，记者随执行法官和几十名法警来到该花园小区。可能是有意回避，袁兰并不在家中，“平时她都在，今天晓得要强退，肯定想躲起来”，李立说。

被执行人不在，锁匠将门锁撬开。记者随法院执行局人员进到房中，看见屋内一片狼藉，根本不能住人。

除了一个房间有床有灯像是住了人外，客厅及其它房间堆满了李盛强焊接厂倒闭后留下的机械零件，房子后面的私家花园已经长满了杂草。

按照法律规定，房内留下的物件均属于李盛强与袁兰的共同财产，李立不得擅自处理。因此，进门后，执行法官命工人们把所有物品集中在了两个房间，并贴上封条。

虽然法院进行了强制腾退，但李立对最终顺利拿到属于自己的住房并不抱希望，“她是那么固执的一个人，回来后才发现锁换了，肯定也会撬开。”

儿子常年不登门 瘫痪父诉分房产
法院成功调解多年积怨

2013年12月23日 上海法治报 记者周寒梅 通讯员周莉

瘫痪在床的父亲潘老伯因不满儿子常年不来探望，将其告上法庭，要求分割房产中属于自己的份额。日前，嘉定区法院成功调解了这起家庭内部纠纷，将双方心结打开。

潘老伯与第一任妻子育有一子，十多年前，第一任妻子因病去世。此后潘老伯再婚，并与第二任妻子杨女士育有一女。2002年，潘老伯突发中风，导致下肢瘫痪，生活不能自理，一直由再婚妻子照顾，其间儿子鲜有看望。

考虑到自己年事已高，看着日日夜夜照顾自己的妻子和年幼的女儿，想给她们争取一点利益，免得日后的生活得不到保障，又想到自己的儿子多年来对自己不闻不问，心里十分愤懑的潘老伯一纸诉状递至嘉定区法院，要求分割自己和儿子共有的一套房屋。

法院受理后了解到，这一家四口共有两套房屋，一套登记在儿子潘先生名下，现由潘先生独自居住。另一套登记在父子两人名下，现由潘老伯和杨女士母女居住。

调解过程中，潘先生道出了自己的苦衷，继母和自己关系不好，有时甚至遭到继母责骂，日子长了也不喜欢到他们家里去。自己不是不想照顾父亲，实在是在这个家体会不到温暖。同时潘先生也表示愿意暂时不分割，让继母、妹妹一直居住，到父亲百年后再行分割。

然而继母担心届时没有能力支付房屋对价款，拒绝接受潘先生的意见。同时也哭诉称“与他（指潘老伯）结婚5年，他就瘫痪了，当时女儿才4岁，一边是需要照顾的病人，一边是年幼的女儿，这么多年来着实也不容易。”

法官听取双方意见之后，提出折中方案，即在潘老伯70%份额里加上杨女士和女儿的名字，一来解决母女俩的后顾之忧，二来也保障儿子潘先生的权益，双方心结也终于解开。

（二）股权

七、社会新闻

为获房屋征收补偿款 冒用亡夫名义打官司

上海一女子因妨害诉讼被处罚款

2013年12月03日 人民法院报 汤峥鸣

为获得房屋征收补偿款，包某隐瞒丈夫已经去世的事实，拿着授权委托书和丈夫去世后没有上交的身份证，以自己 and 丈夫的名义提起房屋共有纠纷诉讼。最终，包某虚假诉讼的阴谋被法官识破。日前，上海市黄浦区人民法院作出民事制裁决定，对包某罚款1万元。

今年66岁的包某年轻时曾和丈夫一同远赴贵州工作，并根据政策规定在退休后迁回上海。回沪后，两人的户口迁回了父母留下的老宅并在外居住。去年，老宅被政府列入征收范围，包某的大嫂作为老宅的公房承租人与政府签订征收协议，获得补偿款近180万元。

然而，此举引发了包某的不满。包某认为自己 and 丈夫的户口都在老宅内，并且属于安置对象，因此征收补偿款中应该也有自己的份额，包某决定向法院提起民事诉讼。然而，就在准备起诉前不久，包某的丈夫因病不幸去世。丈夫的突然去世让包某有点担心，她害怕自己的官司会因此受到影响。

考虑再三后，包某作出了一个惊人的举动。今年4月，包某准备好诉状、授权委托书等材料，让弟弟在这些材料上假冒丈夫签名，并拿着丈夫的身份证等材料到法院办理了立案手续。本以为可以就此蒙混过关，但种种可疑迹象还是引起了法官的注意。庭审中，法官发现，包某递交的一系列材料中其丈夫的签名并不一致，并且在回答有关丈夫情况的问题时，包某也有点支支吾吾。为慎重起见，法官进行了深入调查。经核实，包某的丈夫在今年1月2日已经因病死亡，并于当天办理了注销户口的手续。

法院认为，包某故意隐瞒丈夫死亡的事实，伪造诉状、委托书、保全申请书等诉讼材料，以自己 and 亡夫的名义共同提起诉讼、申请财产保全、委托代理人参加诉讼，上述行为已构成伪造重要证据，妨碍人民法院审理案件，依法应予以制裁。据此，法院依照民事诉讼法关于妨害民事诉讼行为的规定，对包某罚款1万元。

近年来，诉讼当事人妨害民事诉讼的行为时有发生，而且由于行为人违法成本较低，类似行为屡禁不止。

本案主审法官张宁介绍说，除了包某这样冒用死者名义妨害民事诉讼的行为，该院在审判实践中还发现，一些当事人为谋取不当利益，还铤而走险，伪造各类材料，变着花样企图蒙混过关。

如在一起房屋租赁合同中，某公司为获取更多的赔偿款，竟伪造承包经营合同、承包补充协议及收据等证据，甚至不惜花费重金购买证人。还有的案件中，当事人手持伪造的盖有行政机关公章的文件、虚假的公证文书等材料。这些行为不仅严重扰乱了正常的审判秩序，还严重损害了司法权威。

针对各种妨害民事诉讼行为多发的情况，张宁介绍，法院一方面已加大了对当事人身份和所提交证据的审查力度，另一方面也加大了对妨害民事诉讼行为的制裁力度。对一些心存侥幸的当事人，张宁告诫，根据民事诉讼法的规定，对诉讼参与人伪造重要证据，妨碍法院审理案件的，或以购买他人作伪证的，法院除了可以根据情节轻重予以罚款、拘留外，构成犯罪的，还可以依法追究刑事责任。

“未亡人”假冒亡夫打官司

一女子因虚假诉讼被罚款1万元

2013年12月03日 上海法治报 记者王川 通讯员汤峥鸣

为分得房屋征收补偿款，包某隐瞒丈夫已经去世的事实，拿着授权委托书和丈夫去世后留存的身份证复印件，以自己 and 丈夫的名义提起分割征收补偿款共有纠纷诉讼。最终，包某虚假诉讼的阴谋被法官识破。日前，黄浦区法院作出民事制裁决定，对包某罚款 1 万元。

今年 66 岁的包某年轻时曾和丈夫一同远赴贵州工作，并在退休后根据政策规定迁回上海。回沪后，两人的户口迁回了丈夫父母留下的老宅并在此居住。去年，老宅被政府列入征收范围，包某的弟媳作为老宅的公房承租人与政府签订征收协议，获得补偿款近 180 万元。

然而，此举引发了包某的不满。包某认为自己和丈夫的户口都在老宅内，并且属于安置对象，因此征收补偿款中应该也有自己的份额，包某决定向法院提起民事诉讼。然而，就在准备起诉前不久，包某的丈夫因病去世。为此，包某担心自己的官司会因此受到影响。

考虑再三后，包某作出了一个惊人举动。今年 5 月底，包某准备好诉状、授权委托书等材料，让弟弟在上述材料中假冒丈夫的签名，将这些材料连同丈夫的身份证复印件等材料提交法院办理了立案手续。

本以为可以就此蒙混过关，但种种可疑迹象还是引起了主审法官的注意。

法官发现，包某递交的一系列材料中其丈夫的签名并不一致，并且在回答有关丈夫的情况时，包某也支支吾吾。为慎重起见，法官进行了深入调查。经核实，包某的丈夫已于今年 1 月 2 日因病死亡，并于当天办理了注销户口的手续。

法院认为，包某故意隐瞒丈夫死亡的事实，伪造诉状、委托书、保全申请书等诉讼材料，以自己 and 丈夫的名义共同提起诉讼、申请财产保全、委托代理人参加诉讼，上述行为已构成伪造重要证据，妨碍人民法院审理案件的行为，依法应予以制裁。据此，法院依照《民事诉讼法》关于妨害民事诉讼行为的规定，对包某罚款 1 万元。

法官说法>>>

近年来，诉讼当事人妨害民事诉讼的行为时有发生，而且由于行为人违法成本较低，类似行为屡禁不止。本案主审法官张宁介绍说，除了包某这样冒用死者名义进行虚假诉讼，妨害民事诉讼的行为之外，该院在审理中还发现，一些当事人为谋取不当利益，不惜铤而走险，伪造各类证据材料，变着花样企图蒙混过关。如在一起房屋租赁合同中，某公司为获取更多的赔偿款，竟伪造承包经营合同、承包补充协议及收据等证据，甚至不惜花重金购买证人。还有的案件中，当事人手持伪造的盖有行政机关公章的文件、虚假的公证书等材料参加诉讼活动。这些行为不仅扰乱了正常的审判秩序，还严重损害了司法权威。

据悉，针对各种妨害民事诉讼行为多发的情况，法院已加大了对当事人身份和所提交证据的审查力度，并加大了对妨害民事诉讼行为的制裁力度。对一些心存侥幸的当事人，法官告诫，根据民事诉讼法的规定，对诉讼参与人伪造重要证据或购买他人作伪证等妨碍法院审理案件的，除可以根据情节轻重予以罚款、拘留外，构成犯罪的，还可依法追究刑事责任。

张艺谋超生查实 三娃均非婚生育 无锡称 3 子女在京出生后两人 2011 年领证

2013 年 12 月 03 日 新京报 记者 魏铭言

昨晚，无锡市滨湖区委宣传部官方微博发布，张艺谋、陈婷违法生育的事实已查实，两人生育的三个子女均在两人婚前已出生，属非婚生育。

据负责调查张艺谋“超生”事件的无锡市滨湖区人口计生局介绍，张艺谋（户籍地广西南宁西乡塘区）与陈婷（户籍地江苏无锡滨湖区）生育的三个子女（分别于 2001、2004、2006 年在北京出生），均未取得计生部门批准生育的证件。张、陈两人于 2011 年 9 月领取了结婚证。两人及其子女均长期不在无锡生活。根据《中华人民共和国人口与计划生育法》、《江苏省人口与计划生育条例》等规定，张艺谋与陈婷生育的三个孩子均属非婚生育。

在上述情况被公布的约 24 小时前，张艺谋通过“艺谋工作室”官方微博首度正面回应“超生”事件：确与妻子陈婷育有两子一女，愿意接受调查，并依照国家规定接受相应处罚。

滨湖区人口计生局对张艺谋的积极态度表示欢迎，称“相信这将推进该案的查处”。“希望当事人继续积极配合，如实申报相关年份的真实收入，从而依法查处并及时向社会公布查处结果。”滨湖区人口计生局相关负责人进一步指出，他们将根据法律规定的程序，开展告知权利并听取陈述和申辩、上级备案、作出决定、送达决定书、执行决定书等相关工作。

■ 焦点

1 张将面临何种处罚？

张艺谋所称的“处罚”与计生部门所称的“查处”，其结果均是指张艺谋和妻子陈婷要为他们的在中国的违法生育行为，缴纳社会抚养费。依照国务院《社会抚养费征收管理办法》和《江苏省人口与计划生育条例》，男女双方应当分别按照违法生育事实缴纳社会抚养费。

2 该缴纳多少社会抚养费？

现行《江苏省人口与计划生育条例》第四十四条规定，“非婚生育一个孩子的，按照基本标准的零点五倍至两倍缴纳社会抚养费；非婚生育二个以上孩子的，按照基本标准的五倍至八倍缴纳社会抚养费”。

所谓“基本标准”，城镇居民是以孩子出生前一年设区的市或者县（市）城镇居民年人均可支配收入为计征的基本标准；农村居民则是孩子出生前一年乡（镇）农村居民的年人均纯收入。

此外，第四十四条还有一款附加规定，“实际收入是城镇居民年人均可支配收入或者农村居民年人均纯收入二倍以上的，除按照本条第三款规定缴纳社会抚养费外，对其超出人均收入部分还应当缴纳一倍至二倍的社会抚养费”。

结合无锡计生部门的通报，张艺谋和陈婷的三个非婚生子女分别于2001、2004、2006年出生，如果三个孩子都在无锡随母落户，可以推算的是，张艺谋陈婷夫妇，首先应按照2000年无锡市城镇居民人均可支配收入的0.5至两倍，分别为第一个孩子缴纳社会抚养费；再按照2003、2005年无锡市城镇居民人均可支配收入的五至八倍，分别为第二、第三个孩子缴纳社会抚养费。

如果张艺谋如实申报自己在2000、2003、2005年的实际收入，超出当年无锡城镇居民人均可支配收入两倍以上，超出部分再缴纳一至两倍的社会抚养费。

近日，不断有舆论指出，按照张艺谋的知名度，其收入情况和需要缴纳的社会抚养费状况，可能都是一个巨额数字。

3 三子女如何上的户口？

据媒体报道，张艺谋和陈婷的三个子女在2012年都已上了户口。如果该报道属实，结合最近无锡计生部门“还在查处”的表态，很可能张艺谋和陈婷在为三个孩子上户口时并未接受过计生部门的处罚，没有缴纳社会抚养费，也未获得计生部门开具的非婚生育证明及行政处罚单。而上述两样，是各地公安部门在为非婚生子女进行入户登记时要查验的基本证明材料。

新京报记者查询多地公安部门官网，以及从公安、计生系统内部人士得知，新生儿入户的前提条件，确实须出示孩子的准生证或计生部门的罚单及证明。相关人士指出，从公平角度来看，如果普通公民的非婚生育子女需要受罚（缴纳社会抚养费）才能上户口，张艺谋的孩子也应该依法缴纳社会抚养费。

如果张艺谋的非婚生育子女在未依法接受处罚前就已经拥有了户口，有关人士认为，应该问一问当地公安局的户政部门，对新生儿入户的办理标准是否一致？对张艺谋的孩子是否“网开一面”、“特事特办”了？

湖北：出生证明与结婚证脱钩并非新规 再次强调的原因是：一些地方因计划生育指标等， 私自规定新生儿父母须拿结婚证才能开具出生证明

2013年12月03日 新京报 记者 魏铭言

“未婚妈妈”没有结婚证，能为孩子办户口吗？答案是，只要“未婚妈妈”持有自己的身份证、户口簿，孩子的“出生医学证明”和计生部门的行政处罚单、非婚生育证明，一直都能为孩子办理户口登记。

昨日，有媒体报道，湖北出台新规：出生证明与结婚证脱钩，“未婚妈妈”也能为孩子上户口，引发网络热议。然而，湖北省卫生计生委相关负责人表示，根据湖北多年来的规定，《出生医学证明》的办理一直不与结婚证挂钩；而“未婚妈妈”如何给孩子上户口，由公安部门规定，并非《湖北省〈出生医学证明〉管理办法》能够规定的。

该报道称，根据省卫生计生委、省公安厅近日出台的《湖北省〈出生医学证明〉管理办法》，“如今，在湖北就算没有结婚证，也可为孩子办理出生证明、上户口”。

昨日，负责起草制定上述《管理办法》的湖北省卫生计生委妇幼健康服务处工作人员告诉新京报记者，医疗机构为新生儿开具《出生医学证明》，一直不需要其父母提交结婚证、准生证。湖北省以往的《出生医学证明》管理办法，也在遵循这样的规定。半月前发布的新版《管理办法》，只是再次强调“各签发机构与管理机构不得以结婚证、生育证等作为签发（出生医学证明）的附加条件”。

再次强调的原因是，一些地方因计划生育指标等原因，私自规定新生儿父母须拿结婚证、生育（服务）证才能为孩子开具《出生医学证明》，“这一直是不合法不合规的，并非新规改变了以前的做法”。该工作人员说。

该报道引发热议的焦点是，此举会不会助长非婚生育？湖北省卫计委工作人员表示，《湖北省〈出生医学证明〉管理办法》仅规定《出生医学证明》的签发程序，不可能规定户口登记的条件和程序。户口登记、迁移，由公安部门管理。

据武汉市公安局常住人口管理大队相关负责人介绍，尚未听说或收到湖北省公安厅关于新生儿户口登记的办理新规。目前，非婚生子女办理入户登记，除了出具小孩的《出生医学证明》，还须计生部门的非婚生子证明、行政处罚单；未婚生子女，还须民政部门出具的未婚证明。

江西法律援助条例明年起施行 遭受家暴可申请法律援助

2013年12月03日 中国妇女报

江西省人大常委会日前审议通过了该省的法律援助条例。其中，工伤事故请求赔偿、遭受家暴维护权益等行为均可申请法律援助。据悉，该条例自明年1月1日起施行。

条例规定，民事案件中因经济困难没有委托代理人的，可以向法律援助机构申请法律援助。其中包括：依法请求国家赔偿的；请求给予社会保险待遇或者最低生活保障待遇的；请求发给抚恤金、救济金的；请求给付赡养费、抚养费、扶养费的；请求支付劳动报酬的；主张因见义勇为为行为产生的民事权益的；请求工伤事故、交通事故、食品安全事故、环境污染事故、产品质量事故以及医疗损害赔偿的；遭受家庭暴力、虐待、遗弃，维护合法权益等。

此外，条例明确：法律服务机构不得拒绝法律援助机构的指派，不得拖延安排本机构的法律援助人员提供法律援助。法律援助人员无正当理由不得拒绝接受、拖延或者擅自终止法律援助，不得将承办的法律援助案件转交他人办理，不得收受任何财物或者牟取其他不正当利益，不得对受援人隐瞒案件基本情况或者泄露案件当事人。

偷拿前夫的钱也会犯罪

2013年11月27日 检察日报 宋剑

因前夫不愿与其见面，一怒之下，撬开前夫住处的门锁，拿走银行卡并冒领人民币3.5万元。近日，经上海市松江区检察院公诉，法院以盗窃罪判处被告人罗某有期徒刑三年，缓刑三年，并处罚金人民币3000元。

罗某与谭某多年前在云南老家结婚，但婚后因吵架而分分合合，先后经历了离婚、复婚、离婚。最后一次离婚后，谭某撇下罗某只身前往上海找工作。今年4月，罗某从云南来上海想找谭某商量复婚事宜，但谭某表示对她已完全没有感觉，一直避而不见。谭某的这些行为让罗某对他逐渐由爱生恨。

一个月后，罗某找到谭某的暂住处，再次拨打电话要求见面，得到的仍然只有电话里的忙音。罗某一怒之下，找来螺丝刀撬开门锁，为引起谭某注意，她从房间内拿走两张农业银行卡，并从卡中提了5000元。对谭某仍抱有一丝希望的罗某再次拨打电话，但谭某还是不接。罗某又用公共电话联系谭某，接通电话后，罗某开口即质问谭某“还要不要钱了”，一头雾水的谭某听出对方是罗某，就不耐烦地说“不要”，并立即挂断了电话……

这个电话成为压垮罗某心理的最后一根稻草。罗某一狠心，从谭某的银行卡内转账3万元给自己，并将之前取出的5000元一并存入自己卡中，准备回到云南开始新的生活。

而此时的谭某收到了农业银行的短信通知，发现自己银行卡被转账。心急如焚的谭某匆匆赶回自己住处，发现银行卡被盗，才明白了罗某之前那个莫名其妙的电话所隐藏的含义。谭某拨打了罗某的电话，佯装不知道银行卡被盗，只说要与她谈谈。以为前夫回心转意的罗某告诉前夫自己所在位置并耐心等待，而她等来的不仅有谭某，还有派出所民警。

到案后，罗某如实供述了其盗窃谭某银行卡并冒领钱款的行为，但对其行为的性质仍有疑惑：拿走前夫的钱也是犯罪吗？

法院经审查认为，罗某以非法占有为目的，入户窃取他人财物，数额巨大，其行为已构成盗窃罪。

检察官提示：在法律层面，罗某与谭某已没有夫妻法律关系，虽然双方在对方心里可能仍有感情，但并不代表罗某有权利随意处置谭某的财物。谭某发现银行卡被盗后立即报警并协助抓获罗某，也表明了谭某为保护自己财产权利的态度。而事后，虽然被害人谭某因感情原因出具了对罗某的谅解书，但是罗某的行为已经触犯了法律，构成犯罪。

把“离婚律师”演成欢喜冤家

2013年12月04日 北京晚报 金力维



什么样的台词

让吴秀波姚晨都吃力

电视剧《离婚律师》在京已拍摄了20天，可男主角吴秀波尴尬一笑，透露，“拍了七场戏”。如此算来，三个月的拍摄周期已经过去了将近三分之一，戏才刚开张。

发布会现场播放的片花里，姚晨和吴秀波饰演的两位律师在为一起涉及婚外情的离婚官司唇枪舌剑，口水翻飞：剧情中的丈夫在家安装了摄像头捉奸成功，替妻子辩护的姚晨指责这是侵犯了隐私权，而为丈夫辩护的吴秀波却说，丈夫的本意是为了防盗……吴秀波一只手抹了抹一侧鬓角，斜倾侧脸扬起下巴对姚晨示威，姚晨被气得张开大嘴说不出话来。片花播到这儿，全场都笑了。可这笑声背后的尴尬，人人心里有数。

这样一部戏，的确不好拍。姚晨跟吴秀波都喊背词吃力，激烈的法庭对抗，大段的庭审辩护词，不能任由演员随心所欲地发挥。由于是产后复出接的第一部戏，姚晨格外用功，跑到法院亲身体验，她说：“我遇见的女律师说，女性律师陈诉自己的诉求时，首先要锻炼美妙声音，语速要慢，而且要用简洁的语言表达，这样法官才能听进去，如果是强声、高节奏，人本能就会产生抗拒。”这对习惯了凶巴巴、快语速、大大咧咧表演方式的姚晨来说，比台词本身更具挑战。吴秀波也同样，他要演出一个表面油嘴滑舌，实际逻辑缜密的律师来，得先改造自己的性格。“现在我的任务就是要调动情绪，这个角色勾起了我特别想说话和与人争斗的欲望，所以这段时间要减少出门，现在我特别话多，挺危险的，就愿意跟人斗嘴、争辩。”

什么样的剧情

让吴秀波姚晨好上了

“离婚”本身不是一件让人愉快的事，虽然电视剧走轻喜剧风格，姚晨、吴秀波饰演的离婚律师各自离婚后，在一次次旗鼓相当的法庭对抗中，一路打打闹闹，最终也有了美满结局，携手再婚。但选择这一题材，电视剧负载的社会话题与争议之多绝不亚于吴秀波曾经主演的医疗剧《心术》。这促使两位主演必须对现代婚姻展开一番思考。吴秀波开始还故作轻松，调侃姚晨体验生活之后还想为别人做辩护，结果被拒绝了。当被问到如何看待现代流行的婚前财产公证时，他笑言，“我家房本上根本没有我的名字。”

接下来的话很难再以笑容搭配了，吴秀波的脸色也渐渐沉重起来，“现代婚姻除了情感，更多的因素关乎未来共同生活的依赖，尤其住房，是一个家庭最大部分的财产。离婚的时候，夫妻双方必然都会站在自我立场，力争未来生活立足的保障。但是，我们这个戏讲的是，婚姻不是保证未来生活的赌注。一男一女，从相爱相守到相怨相离谈不成感情谈法律，自始至终都要有个人站在牺牲的立场，很难公平为之。现代社会用法律来控制情感作出理性的解决，一旦婚姻没有了爱，就是一场两个人的对决。”

有过一次离婚经历，姚晨的话不多，却更是意味深长，“套用一句台词，婚姻法保护的是财产，不是爱情。”最后，吴秀波给这个沉重的话题做了光明的尾巴：“以前说宁拆十座庙，不毁一桩婚。可我以为，开始一件对的事，和结束一件错误的事，对生命都是有益的。”

宝安探索家事纠纷综合协调解决机制

2013年12月03日 南方报业网-南方日报 柳艳



如何最大限度化解家庭矛盾，减少和预防家庭暴力的发生，已成为处理家庭矛盾的社会工作者的重要课题。

近日，为期两天的两岸四地反家暴论坛在深落下帷幕。此次反家暴论坛是《深圳经济特区性别平等促进条例》实施以后举办的第一场反家暴论坛，也是自去年以来举办的第二场两岸四地反家暴论坛。深圳市妇联主席马宏在接受媒体采访时透露，反家暴立法已纳入市人大立法计划。

将反家暴立法纳入立法计划的呼声日益高涨，有其复杂的社会背景。近年来，各地陆续出现多起轰动全国的家暴事件，如李阳家暴妻子事件、四川资阳女子李彦因家暴杀夫案等，这一系列案件引起全社会对家庭暴力的广泛关注，因为家事纠纷的圆满解决，不仅关乎个人及家庭的幸福，同时也影响着社会的和谐稳定。

于是，如何最大限度化解家庭矛盾，减少和预防家庭暴力的发生，也已成为每个处理家庭矛盾社会工作者的一个重要课题。

家庭暴力案件

呈逐年上升趋势

家庭暴力案件

呈逐年上升趋势

1

近几年，随着家庭暴力现象的增加，逐渐成为人们关注的热点问题。宝安区妇联信访系统统计，2011年至2013年上半年，家庭暴力案件占婚姻家庭案件数比例分别是22.95%、26.24%、27.68%，呈逐年上升趋势。

对这种趋势，宝安区妇联权益部部长刘玉华表示，近年来宣传的力度加大了，不少受暴者知道找到妇联寻求帮助，也有很多家暴存在很多年了，近来求助者才意识到寻求帮助。心理学专家、宝安家庭教育讲师团的伍罡也认为，比例上升某种程度上是因为意识的觉醒，“以前认为是清官难断家务事，没有上升到法律层面，没有投诉到妇联，现在随着意识的觉醒，这种隐性家暴也开始出现。当然，也跟社会经济压力、社会竞争越来越剧烈，人们的心理压力增加分不开。”

刘玉华认为，家庭暴力产生的原因有工作压力、沟通不畅、经济压力、社会整体环境等多方面，“传统男权文化的影响是产生家庭暴力的重要原因。我国长期以来的文化基础是男性中心本位文化，现在虽然已经有很大的

改变，但遗留的影响依然存在。而由于家庭成员的经济和社会地位的差别，随着社会的发展，工作节奏的不断加快，人们面对的压力越来越大，心理负担愈来愈沉重，长期的集聚需要得到彻底的发泄，一旦这种情绪被错误地带到家中，就很容易成为家庭暴力的导火索。”

据了解，家庭暴力大多是家庭中居于强势地位的成员对处于弱势地位的成员实施的，妇女和儿童是家庭暴力的主要受害者，男性、老人也会成为某些家庭暴力案件的受害者。“简单来说，家庭暴力就是指发生在家庭成员之间的暴力。任何家庭成员都可能受到家庭暴力的伤害，包括男性、女性、儿童和老人，虐儿、虐老也属于家庭暴力。一般认为，家庭暴力的形式可分为身体暴力、精神暴力、性暴力三大类。”宝安区妇联社工蔡莹告诉记者，自己就曾经接到过男性受暴者打来求助电话称自己被妻子施暴，投诉无门最终找到妇联的事情。

一位长期从事妇女权益维护的工作人员透露，作为原特区外的宝安由于人口和产业结构，有两类人群是易受暴重点人群，“一是社区妇女（原村民）。宝安区户籍妇女中，初中及以下学历占60%，她们文化素质较低，无正当职业，主要靠股份分红，或者靠收房租过日子。另外是女劳务工，在宝安区数百万女劳务工中，大部分仅高中学历，她们的法律素质单薄。”

法律法规不完善
导致反家暴执行难
法律法规不完善
导致反家暴执行难

2

“家暴发生的很多个案中，有高级知识分子，也有低收入阶层的。家暴的发生其实跟经济收入、学历无直接关系，不过低收入阶层发生的家暴容易被暴露出来，所以表现出来似乎就是学历比较低的多一点。”作为心理专家和宝安区家庭教育讲师团的成员，伍罡经常会接触到家暴的个案，“一些施暴者，从心理角度讲也是弱者，有些自己本身童年时期受到过父母的家暴影响，在这种环境下长大大会形成家暴的代际传承。”

伍罡的话实质上指向了家庭暴力领域的误区所在。尽管家暴近年来逐渐引起社会的关注，但不可否认尚存在一些误区。一位长期研究家庭关系的专家也指出，“干预家庭暴力最重要的目标和原则是维护家庭和谐”就是一种错误认识，“人首先是独立的个体，其次才是某个家庭关系中的角色。现实生活中，以维护家庭和谐为由，强求受害者忍耐原谅的情况并不少见，一些典型案例已经证明这种行为的实质是对暴力的姑息，最终可能给家庭带来更大的不幸。有些人会以影响孩子为由而劝阻受害者离婚，其实，充满暴力的家庭环境可能会对儿童造成更大的伤害。家庭暴力虽然发生在私人领域，但它不是个人隐私，而是人权问题、社会问题、发展问题。”

除了认识误区外，反家暴还存在不少尴尬之处。刘玉华告诉记者，由于家暴行为的隐蔽性和长期性导致取证难，“往往发生在家中，除了当事人外，常常不为人知。受害人常因缺乏多次累积的伤情原始记录和法医鉴定依据，致使调解和诉讼困难，受害人合法权益得不到及时保护。”而作为维护妇女儿童权益的社会团体，妇联的尴尬则在于自身无执法权，其维护妇女权益的职能和作用需要有关部门的配合才能发挥功效，客观因素使其陷入尴尬境地。

法律法规的不完善也导致执行难。据了解，我国现行法律针对家暴虽然有一些具体规定，但这些条款大多是从宏观上立论的，如《妇女权益保障法》中规定：“禁止歧视、虐待、残害妇女”、“妇女生命健康不受侵犯”等条文。在明确提到家庭暴力的《婚姻法》中也只是笼统规定“禁止家庭暴力”。同时，现行的法律规定对于家庭暴力缺乏具体的制裁办法，缺乏可操作性。而我国目前又尚无惩治家庭暴力的专门法。

“这样就缺乏有效保障机制。妇女法规定，侵犯妇女权益的执法主体为公、检、法、司等司法机关和各级行政职能部门以及妇联，执法的主体部门虽然多但不够明确，各个主体部门之间的执法还需要进一步磨合。”刘玉华还强调，我国法律着重于制裁造成后果的暴力行为，对于多发性的未造成严重后果的行为缺乏预防措施。“这使受暴者在遭受家暴时难以寻求有效的保护，即使通过相关部门解决，也只能解决一时的问题。”

司法行政公益结合
解决新型家事纠纷
司法行政公益结合
解决新型家事纠纷

3

“要消除家暴就是要逐步完善这些相关的法律、法规体系，为受害者提供充分有效的法律救济手段。”刘玉华认为，现在反家庭暴力的立法呼声很高，如果在全国范围内制止和惩治家暴的行为有专项法律可依，就能在全国范围内起到统一的威慑作用。“同时开辟妇女援助绿色通道，公安、司法、检察机关和法院联手形成一个反对家庭暴力的网络，防止出现‘不出人命执法机关不管’的真空地带。”

在妇联、公安、法援等多部门都可处理家暴的情况下，如何破解如果没有建立起解决家事纠纷常态的联动机制，没有充分调动社会资源形成解决家事纠纷的合力，就无法发挥相关部门、社会组织对婚姻家庭关系的联合保护作用这个瓶颈？

记者了解到,从2012年开始,宝安区启动了对家事审判方式改革,试图探索出一套司法服务、行政服务与公益服务相结合的新型家事纠纷综合协调解决机制。今年9月,宝安区委区政府印发了《关于推进建立家事纠纷综合协调解决机制的意见》。依托法院的家事审判机构这一专业化平台,整合法院、公安、妇联、团委、司法、民政等机构的力量,其中包括与妇联、团委、工会、居委会等合作,建立纠纷的先司法解决机制;与公安、司法、妇联等合作,建立案件审理过程中的协作、配合机制;与妇联、民政、社工、义工组织等合作,建立心理疏导、诉后跟踪、回访及帮抚机制;与公安、民政、基层群社组织等合作,建立家庭危机援助机制。

在采访中,不少受访者都强调人身安全保护制度发挥的威慑作用。“比如禁止在受暴者附近200米以内活动等,这些都能对受暴者提供比较好的保护。”一名采访者如此评价。

上诉所谈及的保护制度即为今年7月份宝安区法院与深圳市公安局宝安分局签订的《关于执行人身安全保护裁定的办法》。而谈及这一办法,不得不回溯到2012年的《深圳经济特区性别平等促进条例》,其中规定:“家庭暴力受害人可以根据有关规定,向人民法院申请人身安全保护裁定,由公安机关协助执行。”但对于这种新的司法保护方式如何落实,无具体规范,导致实践中可操作性不强。

有关工作人员介绍,在这一情况下,宝安区法院与深圳市公安局宝安分局签订了《关于执行人身安全保护裁定的办法》。该办法规定,为保护家庭暴力受害人及其特定亲属的人身安全,防止家庭暴力继续发生,根据申请人的申请,由法院作出人身安全保护裁定,责令被申请人作出一定行为或者禁止其作出一定行为。如果被申请人违反人身安全保护裁定的,申请人可以向公安机关报警求助。“比如我们有个案中,就作出了人身安全保护裁定,禁止施暴者采用骚扰、跟踪等手段妨碍受暴者的正常生活;禁止施暴者在受暴者任职单位及住所附近200米以内活动等。”

反家暴干预
不能照搬欧美模式
反家暴干预
不能照搬欧美模式

4

“解决家庭暴力,是一个系统工程,需要立法的支持,需要调动社会方方面面的力量来解决。”在强调机制、法律的作用同时,刘玉华也提出要重视社工介入解决家庭暴力的积极意义。

她表示,可以通过社工介入,学习国外及港台经验,组建一个专门的工作机构为网络枢纽,并使反家庭暴力纳入政府日常工作中,进而成为政府社区建设工作的一部分,“社工进驻社区,并在社区建立及时制止、处理家庭暴力的工作机制,比如,社工可以建立家庭暴力调解委员会或咨询援助机构,以给受暴者提供心理和法律支持。”刘玉华表示,宝安区有50多家社区服务中心,未来将加强与社区服务中心社工联动。

社工蔡莹则提出建立社区庇护所向受暴者提供紧急援助的重要性。“在香港就设有庇护中心,可以将受暴者有效保护起来,庇护中心是隐秘的。”蔡莹也遗憾地表示,现在国内不少建立起来的庇护中心也存在不少问题,“有些庇护中心直接大肆向外界公布,对受保护者来说缺乏隐秘性,而且大都是在救助站隔一个空间出来,地方偏远、环境条件都存在不足。总体来说,跟香港模式比还缺乏专业性。”

谈到借鉴先进经验时,伍罡认为,反家庭暴力干预不能完全照搬欧美模式,可选择台湾、香港等文化背景接近的地区经验。“还要多从心理上关注预防家庭暴力,而且必须要以法律准绳来干预,以缓解有可能带来的次生伤害。”

在家庭暴力发生后,受暴者该如何具体处理上,刘玉华强调一定要慎重对待第一次家庭暴力。“许多恶性的家庭暴力案件,都是因为妻子一再退让,而导致丈夫肆无忌惮。丈夫的第一次家庭暴力不可忽视。如果丈夫的第一次施暴行为轻易得逞,事后丈夫又没认识到这种施暴行为的严重性和法律后果,其施暴行为就会逐渐升级,愈演愈烈。”同时她也指出,对于正在或已遭遇家庭暴力的受暴者,要尽最大可能保证自己和孩子的人身安全,如有生命危险,要大声呼救,尽可能让邻居听到或寻找机会报警。其次,要注意收集证据,做伤情鉴定。报警后警察若到场,要求其做好笔录,并出具伤情鉴定委托书;也可向妇联组织求救,寻求法律和心理援助。

亲子鉴定案升温折射观念变化

2013年12月05日 法制日报 记者潘从武 通讯员饶俊华

提起DNA检测,很多人都会觉得神秘。但如今,亲子鉴定在生活中却越来越常见,私生子落户、为丢失的婴儿找回亲生父母,都离不开亲子鉴定的科学支持。

新医司法鉴定所是新疆全区能够做亲子鉴定的两家司法鉴定所之一。

该所提供的数据显示:2011年受理亲子鉴定申请近100例,2012年达200余例,2013年截至目前已受理300余例,平均每天受理1例以上。

记者在采访中了解到,前几年涉及的婚姻案件要求亲子鉴定的案例很罕见,从2012年开始,法院出现了亲子鉴定案例。

科学的客观、无情,一次次地拷问着伦理、道德、人性,一次次地试探着爱情、亲情和真相间的孰轻孰重。

亲子鉴定三成非亲生

丈夫怀疑妻子不忠、女方证明自己的清白、未婚妈妈为私生子确定生父,检验是否为亲生是新疆新医司法鉴定所 DNA 检测最主要的需求。

新疆新医司法鉴定所内有 5 名法医从事亲子鉴定工作,张力是其中之一。11 月 5 日早上,他的办公室里来了一位中年男子。这名男子轻声说,想与 3 岁女儿做亲子鉴定。

男子称,他和妻子离婚后,在一次争吵中,前妻突然说:“孩子不是你的,和你没关系!”该男子心里从此放不下疑惑,来此鉴定是为求心安,而且鉴定结果也将决定他今后是否需要支付孩子的抚养费。

得悉该男子前妻拒绝其带孩子出门,张力告诉男子,刮取孩子口腔黏膜上的分泌物,用棉签取下后放在干净的试管中带来就可以做鉴定。

据了解,从 2002 年国家允许社会第三方机构进行 DNA 亲子鉴定以来,越来越多的人开始关注亲子鉴定。

新医司法鉴定所办公室主任、法医孙力扬说,目前亲子鉴定 80%以上都没有启动司法程序,都属于个人鉴定。今年该所受理的 300 余例亲子鉴定中,因“落户”和“怀疑”来申请做鉴定的各占 5 成。因“怀疑”申请鉴定的大都是男性,鉴定结果 30%为非亲生。也就是说 150 例中有 45 例非亲生。

无出生证的人有了转机

小琴 23 岁了,可还是“黑户”,因为她没有出生证明。“黑户”意味着没身份证,她出门连长途车票都买不上。直到派出所民警告诉小琴,可以拿亲子鉴定证明落户的消息后,她赶紧带着母亲来做鉴定。

2010 年 11 月开始,按照第六次全国人口普查的有关政策,对非婚生育、政策外生育等原因造成婴儿未上户口的,可以办理常住户口登记。如果没有出生证明,需提供具有《司法鉴定许可证》的司法鉴定机构出具的亲子鉴定书——这也是近几年亲子鉴定热的原因之一。

法医张力先让小琴母女签了《亲子鉴定委托书》和《亲权检验委托合同书》,然后让母女俩站到一起拍照存档,接着又让母女俩在一张纸上按 10 个指头指纹存档,然后采血。

孙力扬说,人的血液、唾液、骨头、羊水等都可以用于亲子鉴定。目前,大多采用血液样本提取 DNA 进行亲子鉴定,只要做十几至几十个 DNA 位点检测,就可以确定是否存在亲子关系,这种鉴定的准确率几乎 100%。为了让检测医生和检测当事人“背对背”,所有的样本都以编号代替,没有姓名等信息,检测全程都有两名法医在场。

据了解,为了保护鉴定者的隐私,鉴定中心为每一位鉴定者建立了一套完整的档案,并进行编号。除了鉴定者本人,其他人不能随意提取。

多元化社会带来压力

张力说,在很多古装、武侠剧中有滴血认亲的情节,这种方法没有科学依据,亲子关系的血液不一定能融合,而非亲子关系的血倒有可能融合。

亲子鉴定逐年递增背后折射出什么?乌市高新区(新市区)人民法院少年庭庭长帕丽丹认为,一是公民自我保护意识与法律意识不断增强;二是人们的感情日趋多样化,复杂的性关系为亲子鉴定埋下了伏笔。

社会上种种婚姻危机、信任危机并不是因为亲子鉴定而产生的,亲子鉴定只是给了他们一个求证的机会。

帕丽丹说,在确认亲子关系诉讼中,如果一方要求亲子鉴定,而另一方拒绝配合的,法院根据现有证据,可以推定双方存在亲子关系。

乌市水磨沟区人民法院法官张熠说,婚姻关系中,忠诚是婚姻幸福的根本所在,但在这个多元化社会大背景下,每一个家庭都会面临着来自工作、家庭等各方面压力,当双方无法心平气和面对或理解对方时,就会导致关系降温,此时有的人就难免做出对婚姻不忠的行为。

孙力扬建议,如果亲子鉴定非做不可,尽量在孩子没懂事以前做,以免在他们心里留下无法愈合的伤口。

从“同一战壕”到“倒戈相向”律师和委托人缘何翻脸 纠纷激增凸显法律服务行业“软肋”：公众承受能力与律师收费服务之间存在矛盾

2013 年 12 月 09 日 上海法治报 陈颖婷



收费问题是法律服务合同纠纷中原被告争议最大的问题。



随着经济社会的发展，法律服务的需求逐年增长。本版摄影 记者 王涌

请律师就得付律师费是共识，但却有一些当事人因为种种原因，拖欠律师费。于是在法庭上“游刃有余”的律师也不得不拿起法律的武器，为自己“讨薪”。随着经济社会的发展，法律服务的需求逐年增长，与此相关的服务合同纠纷也日益增多。日前，记者从长宁区法院了解到，自2011年至今年10月，该院受理了31件法律服务合同纠纷案件，其中今年前十个月，就已经受理了此类案件19件。

为何原本同一战线的委托人和律师却会在诉讼后“倒戈相向”？目前，法律服务中又存在哪些误区呢？

案件

律师遭遇“讨薪难”

2011年9月，刘女士骑电动自行车被他人驾驶的机动车撞伤。为处理赔偿纠纷，当年11月，刘女士找到莱晋律师事务所寻求帮助。双方签订《委托代理合同》，约定律所在办案前和办案过程中不收取任何费用，刘女士在实际获得赔偿款当天，以现金方式支付全部律师费。收费标准为：如果刘女士经伤残鉴定无级别，则收取律师费6000元；如果刘女士能够评定伤残级别，则律师费为生效法律文书确定并实际获得赔偿金额的15%。

签约后，莱晋律师事务所为刘女士提供了起草法律文书、调查收集证据、陪同进行司法鉴定、参与法庭审理等服务，并为刘女士垫付1900元鉴定费。去年12月，赔偿案审结，刘女士获赔13.3万余元。拿到全部赔偿款后，刘女士立即与莱晋律师事务所协商支付律师费问题，提出15%的收费标准过高，愿意支付1万元，并返还鉴定费1900元。莱晋律师事务所不同意刘女士的方案，双方因此产生矛盾。莱晋律师事务所随即向法院起诉，要求刘女士返还鉴定费1900元，支付律师费19726元，支付迟延履行违约金4325元。

而刘女士向法庭解释说，她最初与律所约定的律师费是6000元，15%的收费标准是签约后律所将合同要回去单方面添加的，她并没有认可，而且该标准明显超过律师费的合理范围。莱晋律师事务所认为，自己与刘女士签订的是风险代理合同，律师费收费标准可以在标的额30%以内协商确定。最终法院认为，根据本市律师服务收费办法及标准，律师事务所应在政府指导价标准的范围内与委托人协商确定具体案件的收费标准。因此，本案双方当事人约定的标准显然超出了政府指导价标准的范围。律所辩称与刘女士签订的是风险代理合同，可以在标的额30%以内协商确定。然而根据国家发改委、司法部联合发布的《律师服务收费管理办法》，律所实行风险代理收费的前提条件是，在明确告知委托人政府指导价后，委托人仍然要求实行风险代理的才可以实行。本案中，原告并未提供证据证明自己履行了告知义务，因此并不具备实行风险代理的条件。因此，法院判决刘女士应返还律所鉴定费1900元，支付律师费1.25万元。律所要求按照标的额15%支付律师费并支付迟延履行违约金的诉请未获法庭支持。

原因

收费成争议焦点

记者采访发现，公众在消费法律服务时存在误区。尽管律师讨薪是个案，但暴露出的公众承受能力与律师收费服务之间的矛盾却并非个别现象。

法官告诉记者，收费问题是法律服务合同纠纷中原被告争议最大的问题。首先是收费标准问题。按照当前律师服务收费管理办法，律师收费分为政府指导价和市场调节价。据了解，本市已经出台律师服务收费办法及标准，律师事务所应在政府指导价标准的范围内与委托人协商确定具体案件的收费标准。按标的额比例收费的，10万元以下部分收费比例为8%至12%；10万元以上至100万元部分收费比例为5%至7%。但是也可以按照风险代理收费模式进行代理，最高收费金额不得高于收费合同约定标的额的30%。只要遵循规定的程序，并在限度内，所达成的律师服务收费合同均应受到法律保护。

除了收费标准之外，计费标的以及付款时间也是引起争议的关键所在。“例如我们曾经受理的案件中，由于双方约定按照标的物（玉器）的价值计收律师费，而相关标的物由于其特殊性，在定价评估方面存在一定困难，导致原被告对于标的物的价值争议较大，引发争议。”法官表示，付费方式及时间也容易引发争议。在有些案件中，由于双方约定，拿到全部赔偿款后再行支付律师服务费，结果一旦赔偿款未到位，律师费也往往付诸东流。

按照《上海市律师服务收费管理实施办法》第十六条的规定：“律师事务所应当在办公场所的显著位置公布本市律师服务收费管理实施办法、政府指导价标准和本所的律师服务项目、收费标准、计费方法以及其他与收费相关的信息，接受社会监督。”第十七条更是要求“律师事务所接受委托，应当向委托人充分披露律师服务收费的相关信息，与委托人签订律师服务收费合同或者在委托代理合同中载明收费条款”。因此，律所在与委托

人签订合同时，需要向委托人详尽告知相关收费标准，不得欺骗蒙蔽委托人。

服务质量见仁见智

记者在采访中了解到，有时当事人不满意律师收费不一定是经济上不能承受，而是在于对律师服务价值的判断上。大量民事诉讼案件请律师对当事人不是钱的问题，而是值不值的问题。一名资深律师解释说，值与不值的问题有时能看出当事人对律师服务有认识上的误区。律师靠法律专业知识和智力投入工作，这种付出和时间成本本身就是无法量化、不好计算的。而很多当事人就以官司赢了没赢、赔偿多少来衡量律师的服务水平。

委托人在接受服务后拒付服务费或要求退还服务费的重要理由是法律服务未尽完善，未达到预期效果。有委托人反映律师在收取费用后即对案件不闻不问，在法律服务过程中敷衍了事，未尽审慎注意义务，导致法律服务达不到委托人要求或无法实现委托人的诉讼目的。

张先生与广东某律师事务所上海分所签订了《交通事故委托合同》，双方约定由该律所代为处理交通事故人身损害赔偿纠纷案件事宜，收取的律师费为张先生实际获得的全部赔偿额的10%。如律师费不足6000元按6000元收取。同时约定张先生不得以任何理由解除或者终止合同，如张先生需解除合同或者不提供相关资料而导致律所因无法履行代理职责而解除合同，则张先生应按照合同约定全额支付律师费。

今年6月，张先生与该律所解除委托合同，但拒绝按照合同约定支付律师费，为此律所将张先生告上法庭。对此，张先生指出，在委托合同履行过程中，律所其实未指派律师为自己服务，因该律所怠于履行义务，自己才无奈解除合同，自己行为不构成违约，故不同意支付律师费。

法院审理后认为，本案中《交通事故委托合同》第三条关于委托人不得解除委托合同的约定，与《中华人民共和国合同法》赋予委托人的任意解除权相悖，而提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该条款无效。虽然法律赋予了委托人任意解除权，但因解除合同给对方造成损失的，除不可归责于该当事人的事由以外，应当赔偿损失。律所为履行《交通事故委托合同》进行了准备工作，所以，法院最终酌情判定张先生支付律所损失1000元。

包赢承诺“风险高”

除了一些委托人恶意拒付服务费外，也存在一种现象，即有一些律所为留住客户，在前期洽谈过程中对诉讼结果予以承诺，导致最终结果与其承诺存在差距，引起当事人的不满而拒付服务费。事实上，目前绝大多数律师无法像企业员工那样拿着有保证的工资，挣多挣少都要看案源多少。而且行业内一直存在着二八定律，即20%的律师拥有80%的业务和收入，80%的律师处于激烈的竞争之中。于是为了最大程度争取客源，部分律师就会乱打包票。

对此，那名资深律师告诉记者，所谓“包赢”的说法其实是很不专业的。“律师界有这样一句话：赢了官司的律师未必有本事，输了官司的律师未必没本事。事实上，律师提供服务、代理诉讼、起草文书、庭审陈述，其服务的含金量和案件的结果有关系，也不是必然有关系。有的律师非常尽责地工作，却未见得收到满意的结果。这是由案件来决定的。因为有些案件，大的整体格局是无法改变的，律师所起的作用只能是尽可能减少当事人遭受的不利而已。在这样的情况下，从整体来说，当事人还是遭受了不利，但是，律师确实已经通过运用自己的专业技能在某些程度上减轻了其不利的状态，当遇到对案件结果太抱理想化的当事人，就可能达不成所愿。”

从这个意义上说，律师办案和医生诊病一样，不能“包治百病”。不管是诉讼业务还是非诉讼业务，并不是所有问题都能由律师决定，律师只能尽其最大的能力来维护委托人的合法权益。在诉讼业务中，律师的作用是运用其专业知识、技巧技能和有关证据材料，有理有力地依据法律规定，说服中立的裁判人员作出对自己有利的裁判结论。在非诉讼业务中，律师的作用是运用其专业知识、技巧技能和案件材料，帮助当事人尽可能地在交易中以最小的代价获得尽可能大的利益。律师在这些业务中的作用，只不过是运用其专业技巧和技能促进某些因素或条件的实现，而尽力规避某些情形的出现而已。

对策

律师不作轻易承诺 适当降低法援门槛

那么要如何保障法律服务行业的健康发展，减少纠纷的发生呢？对此，法官表示，从法律服务提供方的角度：律所在签约前应该尽到充分的告知义务，将法律服务中存在风险明确告知委托人，并对相关收费标准进行解释，对委托人的问题详细回答。保证在签约前委托人已经充分获得了法律服务的相关信息，这是防止纠纷发生的前提。

其次，不对诉讼结果轻易承诺。作为一名法律工作者应该清楚知道诉讼中存在很多不确定因素，诉讼的结果往往无法预知，提前承诺诉讼结果实际是为自己套上了紧箍咒。应尽力提供完善的法律服务，尽到审慎义务。对于当事人的诉讼预期予以正确引导，如不能达到其预期，也要与当事人充分沟通，减少误会。

调整经营模式，提高服务水平，更好地为当事人服务。近年来，一些律所为抢占市场，采取不预收代理费，甚至为委托人垫付相关诉讼费用的方式，缺乏对委托人最基本的制约，因此往往前期代理的案件刚刚结束，马上就起诉委托人讨要服务费。这样的经营模式需要反思。留住客户的最有效办法应该是通过执业律师精深的法律知识、较高的业务能力，为客户提供完善有效的法律服务。

对于委托人而言，要树立诚信观念，享受了服务就要支付费用。在签订服务合同前，委托人要仔细阅读相关合同条款，充分了解相关收费标准及代理环节，对于服务提供方的相关承诺，不要轻易相信，落实为书面证据，

注意保存。同时，货比三家，比较优劣，选择合适的律所。

当然，律师要靠收费生存，而普通民众，特别是那些收入并不高群体的法律需求更不能不考虑。因此，国家保障当事人获得律师提供专业法律服务的制度建构应该呈多样性，应当针对具有不同经济条件的法律服务需求者分别建立相匹配的律师服务可得性保障体制，最大限度地覆盖法律服务的需求市场。继续扩大法律援助的范围，适当放宽当事人申请法律援助的条件，优化法律援助程序，使更多的当事人能够通过法律援助获得律师的专业法律服务。同时，科学设定律师风险代理收费制度，建立律师费用的合理分担机制。

随着时间推移，一些下决心当“丁克”的年轻人改变了主意。如果夫妻能达成一致，自无问题，麻烦的情形是——

一方想要孩子，一方不愿生

2013年12月11日 检察日报 颜梅生

据统计显示，仅北京、上海、广州等大中城市就已有60万个终身不想生育孩子的“丁克家庭”。电视连续剧《夫妻那些事》，讲述的正是一对坚定的“丁克”夫妻，在“造人”路上的悲喜轶事。最终，丈夫发出了“要么离婚，要么生孩子”的通牒，妻子屈服了。现实中，“丁克”与生育权的PK同样存在。那么，遭遇相关纠纷该怎么办呢？

一方拒绝生育，另一方有权要求离婚

生活节奏加快，工作压力变大，生活成本增加，为了不在成为“房奴”、“车奴”之后又变成“孩奴”，钟学鹏与薛静萍结婚之初便立誓做“丁克”一族。可五年过后，薛静萍见好友、同学、同事并没有因为孩子造成多少拖累，还能尽享天伦之乐，便渐渐有了要个孩子的冲动，而且想法日益强烈。但钟学鹏却从不顾及她的感受，以不愿出尔反尔违背誓言为由，对薛静萍的要求不但一再置之不理，甚至反唇相讥。夫妻俩因而从一年前起便陷入冷战。无奈之下，薛静萍于今年8月12日提起了离婚诉讼。虽然钟学鹏拒绝离婚，但法院最终支持了薛静萍的请求。

点评：尽管钟学鹏与薛静萍曾有约在先，但妇女权益保障法第51条已明确规定：“妇女有按照国家有关规定生育子女的权利，也有不生育的自由。”这决定了薛静萍有权反悔，而钟学鹏也不得拿“违约”说事。同时，最高人民法院关于婚姻法若干问题的解释规定：“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32条第三款第(五)项的规定处理。”即应当准予离婚。正由于钟学鹏与薛静萍因为生育问题发生争执之后，彼此已经“老死不相往来”，也就意味着双方的夫妻感情确已破裂，法院自然应当作出准予离婚的判决。

妻子擅自流产，丈夫无权索要赔偿

虽然刘黎明与夏晓媛早在恋爱期间就已明确终身不要孩子，婚后还签订了“坚决不生子女，任何一方都无权后悔”的书面协议，但随着时间的推移，刘黎明渐渐觉得“当初的选择极不理智”，加之父母以死相逼并一再催促，刘黎明只好要求夏晓媛改变初衷。怎奈夏晓媛“痴心不改”，刘黎明便偷偷用针在避孕套上扎孔，以期悄悄让夏晓媛受孕。自以为生米煮成熟饭后夏晓媛自会就范，刘黎明没有料到：夏晓媛在怀孕约一个月时，未得到其同意，便自己到医院做了终止妊娠手术。刘黎明一气之下，以夏晓媛擅自终止妊娠，侵犯其生育权为由，诉请要求赔偿10万元精神损失费，但被法院驳回。

点评：尽管人口与计划生育法第17条规定：“公民有生育的权利”，即生育权不仅属于妻子，丈夫也同样享有。但鉴于这种权利的实现，最终取决于双方配合，也就决定了夫妻双方在行使生育权时，要彼此尊重，协商进行，不能强迫、命令或者把自己的意志强加给对方。本案中，姑且不论刘黎明偷偷用针在避孕套上扎孔，是对夏晓媛生育权的极不尊重，即使对正常的避孕失败所导致的怀孕，夏晓媛也有权自行处理。最高人民法院关于婚姻法若干问题的解释规定：“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。”也就是说，不管怎样，刘黎明都无权索要赔偿。

丈夫单方收养，妻子有权拒付抚养费

随着生活的渐渐安逸，收入的不断增长，杨如刚要一个孩子的愿望也日益强烈。鉴于妻子李莎莎仍一如既往地追求“丁克家庭”，加之不愿因此破坏美满的夫妻关系，杨如刚只好单方收养了一个孩子，并交由父母代养。谁知，一场大火让杨如刚积累的财富化为了灰烬后，杨如刚不得不重新打拼，且无力单独抚养年仅6岁体弱多病的孩子。无奈之下，杨如刚要求李莎莎承担抚养费。可李莎莎却以自己当初就坚决反对收养，甚至一直也没有认可为由拒绝。杨如刚以法定代理人的身份于今年10月9日提起诉讼，法院判决驳回其要求判令李莎莎支付抚养费的请求。

点评：虽然婚姻法第21条规定：“父母对子女有抚养教育的义务。”但其中的父母子女，必须是以具有血缘或拟制血缘关系为前提。血缘关系是指由婚姻或生育而产生的人际关系。拟制血缘关系是指本来没有血缘关系，但法律确定其与血缘关系具有相同的地位，包括养父母与养子女、有抚养关系的继父母与继子女。很显然，李莎莎与孩子之间并不具有血缘关系。同时，收养法第10条规定：“有配偶者收养子女，须夫妻共同收养。”在李莎莎不

同意收养，事实上也没有抚养的情况下，不仅杨如刚的单方收养行为由于违法而无效，更不能因为李莎莎拒绝生育、杨如刚出于无奈而为之，继而推定孩子与李莎莎之间具有拟制血缘关系。法院的判决是正确的。

超生，张艺谋该交多少钱？

超生增加了社会负担，理应对社会做适当补偿；对不同人群有差别地征收，也是必要举措。但征收数额悬殊，可能使社会抚养费异化为行政处罚。

2013年12月11日 检察日报 刘文晖 王心禾



地区	收取标准	法条依据
北京	<ul style="list-style-type: none"> ● 基数：①做出征收决定前一年城镇/农村居民年人均可支配收入；②前一年实际收入高于基数的，③实际收入为基数； ● 计划外第一个=基数×3~10； ● 计划外第二个及以上=基数×3~10×2； ● 非婚生第一个=基数×1； ● 时间不符规定=基数×1/5； 	《北京市社会抚养费征收管理办法》第4、5条；2008年12月12日实施。
上海	<ul style="list-style-type: none"> ● 基数：子女出生前一年城市/农村居民年人均可支配收入； ● 计划外第一个（到婚龄）=基数×1.2； ● 计划外第一个（未到婚龄）=基数×1； ● 计划外第二个=基数/高于基数的实际收入×3； ● 未办准生证=基数×1.4； ● 第三个及以上=基数/高于基数的实际收入×6； ● 基数：男、女双方分别按孩子出生前一年所在的市或县（市/乡/镇）的城镇/农村居民年人均可支配收入； 	《上海市社会抚养费征收管理规定》第5、6、7、8条；2012年1月1日实施。
江苏	<ul style="list-style-type: none"> ● 计划外第一个=基数×4； ● 计划外第二个及以上=基数×5~8； ● 非婚生第一个=基数×0.5~2； ● 非婚生第二个及以上=基数×5~8； ● 重婚生育=基数×6~9； ● 实际收入是基数2倍以上的，除按以上标准缴纳外，加缴超出基数收入×1~2； 	《江苏省人口与计划生育条例》第44条；2002年7月1日实施。
广东	<ul style="list-style-type: none"> ● 基数：夫妻双方分别按当地县（市、区）上年城镇居民人均可支配收入； ● 计划外第一个=基数×3~6+（实际收入超出基数部分×1~2）； ● 计划外第二个及以上=计划外第一个×超生个数； ● 非婚生第一个（60日内未补领准生证）=基数×2； ● 非婚生第二个及以上=基数×3~6； ● 重婚生育=基数×6~9； 	《广东省人口与计划生育条例》第53条；2009年1月1日实施。
河南	<ul style="list-style-type: none"> ● 基数：发现违法行为之日、分别按男方和女方所在地上一年度城镇居民年人均可支配收入或农村居民年人均纯收入； ● 计划外第一个=基数×3+（实际收入是基数2倍以上的，加缴超出基数部分×3）； ● 计划外第二个及以上=基数×6+（实际收入是基数2倍以上的，加缴超出基数部分×6）； 	《河南省社会抚养费征收管理办法》第4条；2003年7月1日施行。
青海	<ul style="list-style-type: none"> ● 基数：子女出生前一年所在地的市、县（设区的市以市为单位）城镇居民年人均可支配收入； ● 计划外第一个=基数×3~4/（实际收入高于基数的）4~5； ● 计划外第二个及以上=计划外第一个×2×超生个数； ● 计划内但时间不符规定=500元； ● 未达到法定婚龄=500~1000元； 	《青海省社会抚养费征收管理办法》第4条；2004年2月1日实施。

执导的影片多次在国内外获奖，担任大型歌剧《图兰朵》导演，2008年北京奥运会开幕式总导演……著名导演张艺谋从来都不缺少媒体的追逐和大众的关注。近日，张艺谋再次成为焦点人物，这一次，引发人们热议的不是他导演的作品，而是他的家事。因为在结婚登记前已生育3个孩子，违反人口和计划生育法，又未按规定缴纳社会抚养费，张艺谋陷入“超生门”。按照现有规定，张艺谋可能要为其不符合规定出生的孩子交高达上亿元的社会抚养费。

计生部门应该如何收张艺谋的钱？张艺谋如何跨过“超生门”？社会抚养费的征收还需要哪些改进？这些话题，成为各界关注的热点。

张艺谋生子：一个不能多

去年3月，女演员何某发微博称，过年回老家江苏无锡时得知，张艺谋与无锡女子陈婷在国内生了三个孩子，并附有陈婷近照一张。对于何某的爆料和媒体的质疑，张艺谋一直保持沉默。

今年5月,《南都娱乐周刊》曝光了张艺谋和陈婷及三个子女照片。紧接着又有媒体曝出张艺谋其实有七个孩子,除了与发妻肖华所生大女儿、与陈婷所生三个孩子,张至少还与另外两个女子生有三个孩子。对这一连串的猛料,张艺谋仍然以沉默应对。

听不到张艺谋的回应,陈婷户籍所在地的无锡市计生委被推到风口浪尖。5月10日,计生委在接受媒体采访时表示,他们已对张涉嫌超生一事展开调查。11月19日,计生委回应新华网记者称,媒体曝出张艺谋涉嫌超生一事,无锡计生部门高度重视此事,他们千方百计联系张艺谋和陈婷本人,并派出工作小组赴北京寻找,但始终没有联系到。

半年时间的官方调查,一无所获,普通百姓也跟着着急了。一场“帮计生委找张艺谋”的活动,在网上轰轰烈烈地掀起。

11月21日《楚天都市报》发表评论:“群众如此配合,热情如此高涨,除了对名人私事的好奇,更多是对于司法公平的诉求。计划生育作为一项基本国策,对民众生活的影响和约束应是普遍和一致的,如果张艺谋超生一事属实,显然涉嫌违反法规。名人违法,对司法公平是个考验,事实真相如何,应该怎么处理,都关乎国家政策和法律的权威,实在应该有个说法。”

11月26日,《东方卫报》在头版用整个版面刊登了“寻找张艺谋”的寻人启事。

11月29日,无锡市滨湖区官方微博“无锡滨湖发布”称,张艺谋与陈婷已委托代理人到无锡市滨湖区计生委接受调查,结果待出来后公布。

12月1日,张艺谋授权张艺谋工作室通过微博发表“致媒体与公众的一封公开信”,信中称“张艺谋与陈婷确育有两子一女,愿意接受无锡市滨湖区计生委的调查,全办配合政府部门的工作,并依照国家规定接受相应的处罚。”

12月2日,“无锡滨湖发布”称,张艺谋、陈婷违法生育事实已查明,他们生育的三个子女均未取得计生部门批准生育的证件,均属非婚生育。

12月4日,艺谋工作室再次就此事发布相关解释:“很多朋友问张导,为什么十几年前退掉了美国的绿卡?为什么当初不移民?为什么不把孩子生在国外?当初如果这样做,是不是今天的一切就不会发生?……我们也问张导这些问题,他一时无从作答,只是说,他是一个中国人,愿意让自己的孩子也是中国人,而且无怨无悔。”

至此,张艺谋“超生门”事件以下基本事实已无可争议:张艺谋超生属实,而且没有为超生的孩子交过“罚款”,三个孩子都是中国生的中国籍公民,张艺谋和妻子陈婷都是中国内地公民,这意味着,他们也应该遵守“夫妻双方有实行计划生育的义务”,一个不能多。

张艺谋要交多少社会抚养费?

“超生门”喧嚣声中,公众关注的,除了张艺谋究竟有几个孩子之外,议论最多的就是张艺谋到底应该交多少“罚款”?

“罚款”是民间的叫法,其规范用语应该称为社会抚养费。我国人口与计划生育法规定,国家提倡一对夫妻生育一个子女,不符合规定生育子女的公民,应当依法缴纳社会抚养费。2002年9月开始实施的《社会抚养费征收管理办法》对社会抚养费的征收标准做了原则性规定,“以当地城镇居民年人均可支配收入和农村居民年人均纯收入为计征的参考基本标准,结合当事人的实际收入水平和不符合法律、法规规定生育子女的情节,确定征收数额。”管理办法同时规定,社会抚养费的具体征收标准由省、自治区、直辖市规定。

超生一个孩子到底要交多少社会抚养费,在各地数额并不相同。在同一地区,由于当事人实际收入不同,同样超生一个孩子,所交的费用也会相差很大。那么,张艺谋到底应该交多少社会抚养费呢?

记者查阅了无锡所适用的《江苏社会抚养费征收管理办法》,其中规定,不符合本条例规定生育孩子的,男女双方应当分别依照国务院《社会抚养费征收管理办法》和本条例规定缴纳社会抚养费。社会抚养费的征收,城镇居民以孩子出生前一年设区的市或者县(市)城镇居民年人均可支配收入为计征的基本标准;农村居民以孩子出生前一年乡(镇)农村居民年人均纯收入为计征的基本标准。实际收入是城镇居民年人均可支配收入或者农村居民年人均纯收入二倍以上的,除按照规定缴纳基本的社会抚养费外,对其超出人均收入部分还应当缴纳一倍至二倍的社会抚养费。

分别查阅三个孩子出生前一年无锡市的城镇居民年人均收入,并参考福布斯榜公布的相关年份张艺谋收入的情况,记者对张艺谋应交的社会抚养费进行估算,结果近1亿元。需要说明的是,社会抚养费是夫妻双方分别缴纳,如果加上陈婷的那一部分,这个数字还会加大。

为什么要缴纳社会抚养费?

在某私企工作的刘女士去年生了自己的第二个女儿,她至今没有为“老二”缴纳社会抚养费。“孩子是我们自己养着,为什么给国家交钱?”记者在采访中发现,在超生的人群中,不少人认同这种观点。

“我多生一个孩子,还可能多为社会创造财富,我们老了还多一个子女为我们养老,我认为这是为国家减轻负担。”北京的马先生因为“老二”今年上学要户口,刚刚不情愿地交了这笔钱。

三年前,中国青年政治学院法学副教授杨支柱被校方解聘,因为拒不缴纳社会抚养费,刚刚出生的小女儿成了黑户。

“人口与计划生育法(草案)的说明(2001年)中指出:‘考虑到不符合法定条件多生孩子,给社会增加了负担,理应对社会给予适当补偿,为了规范现行的经济限制措施,草案依据中发(2000)8号文件关于建立社会抚养费制度的精神规定:不符合法定条件生育子女的公民,应当依法缴纳社会抚养费,适当补偿所增加的社会公共投入’。”

中国人民大学法学院副教授王贵松对这一“说明”作了进一步解释——第一,不符合法定条件多生孩子,给社会增加了负担。国家有一定的“社会公共投入”,多生育子女,国家要增加“社会公共投入”,如增加教育、医疗设施等。所以这些人要缴纳一定的补偿费用。第二,社会抚养费是一种“经济限制措施”。准确地说,它是一种“经济抑制措施”。通过征收社会抚养费,抑制人们生育的欲望,进而“生育调节”。

“值得注意的是,社会抚养费的公共投入的补偿属性可能是一个假问题。一个反证是某些地方的教育机构因生源的减少而合并甚至倒闭,多生育子女不是增加了教育资源的投入,反而在一定程度上可能挽救了教育机构。社会抚养费也就成为一个名不副实的概念。社会抚养费在目前更多的是一种对生育行为的经济抑制措施。”王贵松说。

各地社会抚养费数额相差悬殊

三个计划外生育的孩子,仅张艺谋一人就要交1亿元社会抚养费?!然而,记者发现,如果按照北京的征收标准,这个数字可能会高达近5亿元!“对违反规定生育第二个子女的夫妻或者非婚生育子女的公民,按照市统计部门公布的城镇居民年人均可支配收入或者农村居民年人均纯收入的3至10倍征收……实际收入高于城镇居民年人均可支配收入或者农村居民年人均纯收入的,以其实际收入为基数。”记者分别按照广东、上海、河南、青海的标准估算,结果分别是广东2.6亿元、上海1.4亿元;河南1.4亿元、青海18万元。最高和最低相差2682倍。

记者发现,数额差别如此之大,与各地社会抚养费标准计算办法不同有很大关系。青海以居民年均收入为基数,实际收入高于平均收入的,加大倍数缴纳,最高不超过平均收入的5倍;北京、上海、广东对于超过平均收入的,均以实际收入为基数;河南、江苏是在征收以居民年均收入为基数的费用后,对实际收入超出平均收入的部分再征收一至两倍的费用。此外,北京、广东和江苏还对非婚生的情形另有征收规定。

“以当地城镇和农村居民年人均纯收入为计征的参考基本标准,结合当事人的实际收入水平和不符合法律、法规规定生育子女的情节,确定征收数额,这样规定一方面是想在全国有一个相对统一的标准,同时也授权各省根据自己的经济、社会发展状况确定社会抚养费的具体征收标准。各地年人均收入水平各有不同,征收标准自然会有区别。但因其他因素造成征收的数额比按‘基本标准’出来的数额高出数十、数百甚至数千倍,这是不合理的。”王贵松说。

王贵松认为,有差别原本能体现出社会抚养费的生育调节功能,但如此相差悬殊,会使社会抚养费的属性朝着行政处罚的方向变化。而行政处罚的前提是将超生当作违法行为。国家之所以将“超生罚款”改为“计划外生育费”乃至“社会抚养费”,就是已经认识到生育行为的人权属性,超生只是不符合国家对人口增长同经济社会发展之间协调关系的判断而已。社会抚养费对公共投入具有补偿属性,这决定了超生者应缴纳一个相对确定的基本数额,因为公共投入是相对确定的,而决定征收多少数额应当照顾到平等对待原则;生育调节的经济抑制措施属性又决定了要区分不同人群来确定征收数额,并接受合理的差别对待。但后者只是调节性的抑制措施,不是处罚性质的罚款。

除了征收,社会抚养费使用方面的问题也备受关注。根据24省份已公开的数据,2012年的社会抚养费超过200亿元。中国人民大学社会与人口学院院长翟振武在接受媒体记者采访时坦言,社会抚养费的征收管理体制也一直受人诟病。“上缴财政的社会抚养费怎么拨款,有多少拨到了比如教育等相关领域,在纸面上是一笔‘糊涂账’。”

“征收上来的社会抚养费应建立专门的基金,用于跟目的相关的用途,例如鼓励一胎化家庭,补贴、改善相关人的生活状况。依靠处罚的威慑来达到计生目标不是最好的办法,更尊重人的权利的做法是建立利益导向性机制,比如强化对一胎化家庭的鼓励,在利益诱惑下,引导国民自由选择生育计划。”北京大学法学院教授湛中乐说。

12月10日,国家卫生计生委新闻发言人回应张艺谋、陈婷涉嫌违法生育问题时说,在法律法规面前人人平等,任何人都不享有生育特权。这位发言人强调,对公民违法生育问题,国家卫生计生委的态度是一贯的、鲜明的。计划生育是基本国策,实行计划生育是每个公民的义务,《中华人民共和国宪法》和《中华人民共和国人口与计划生育法》,以及各省(区、市)人口与计划生育条例等法律法规都有明确规定。每一位中国公民都要自觉遵守法律法规,维护法律法规的严肃性。

《离婚律师》曝剧照 姚晨吴秀波法庭大战

2013年12月25日 新浪娱乐



由上海耀客文化传媒有限公司出品的电视剧《离婚律师》正在北京热拍，近日片方曝光了一组姚晨、吴秀波“法庭内外”的剧照，引发广泛关注。剧中两人同住一幢公寓，生活中是邻居，法庭却是对手，两个不相信爱情的离婚律师就此展开了一段浪漫情缘。

庭内庭外两重关系 “欢喜冤家”初现端倪

剧照中，罗鹞(姚晨饰演)和池海东(吴秀波饰演)分别担任原告(买红妹饰演)和被告(王景春饰演)的委托代理人。这是由一纸“离婚协议”引发的官司，法庭上罗鹞和池海东面上相互挑衅，暗地相互较劲，配合很多微妙的小表情，以及出人意料的“呈堂证供”，使得一场离婚变得复杂曲折，高潮迭起。然而极具戏剧性的是，在同步曝光的工作照中，姚晨吴秀波在片场对戏时，两人脸上均呈现出笑容，丝毫没有“对抗”的意思，可谓是戏里唇枪舌战，戏外谈笑风生。

除了两大律师之外，由王景春和买红妹饰演的两位当事人表现也极其精彩。王景春前不久刚刚晋升东京电影节“新科影帝”，此次他在《离婚律师》中饰演郑天涯，为了离婚和财产想出各种怪招，皱着眉头咧嘴笑的样子非常抓人，将一个市井小民刻画得入木三分。而买红妹饰演的夏芳草则泼辣直接，在法庭上甚至直接冲到被告席要打郑天涯，让两位大律师都难以招架。

拍戏精益求精 “圣诞节”在剧组过

本来应该陪伴在家人身边的圣诞前一天，姚晨和吴秀波双双在《离婚律师》剧组度过了“平安夜”。从上午拍戏一直持续到晚上，除了敬业，还难掩的是对该剧的喜爱。今天圣诞节更是一大早出工，继续拍摄《离婚律师》。从前期筹备时便介入聊剧本，到拍摄期间精益求精，将每一个细节做到完美，两位演员在新剧上投入了十分的精力。池海东给罗鹞煮面条，罗鹞请池海东修电脑，罗鹞向池海东归还礼品表盒，池海东健身后洗澡迎上罗鹞……昨天拍摄的戏份十分顺利，两人在戏中配合默契，不断擦出火花。

据悉，电视剧《离婚律师》由导演杨文军执导，编剧陈彤操刀，以“相信爱情，经营婚姻”为主题，讲述了两个不相信爱情的离婚律师最终如何走进婚姻殿堂的故事。该剧一开机就受到业界关注，在开机之前便已经敲定全国四家一线卫视同步播出。

上海市徐汇区法院：骗爱高手三笔风流债诈走 58 万 男子终以诈骗罪和盗窃罪被判处有期徒刑 10 年 3 个月

2013 年 12 月 27 日 上海法治报 翟馨

穿梭于多名女子之间还游刃有余，编造各种理由诈骗 58 万余元。直至案发，几名受害人才幡然醒悟。在多组证据的证明下，站在法庭上的被告人仍满口谎话。日前，被告人刘明以诈骗罪和盗窃罪被徐汇区法院判处有期徒刑 10 年 3 个月。

一次偶遇开启一段畸恋

刘明，江苏人，高中学历，有一个儿子由前妻抚养。三十出头的他看上去成熟帅气，吸引了不少女性的青睐。就这几年来，他却同时与多名女性保持男女朋友关系，在多人间穿梭游刃有余。

刘明有赌博的恶习，虽然其自称每月收入过万，但仍入不敷出。在报案材料中，有三名女子都自称是刘明的女友。三人中多则被骗走近 40 万元，少则 10 万余元。从 2011 年年至今，刘明先后认识几名被害女子，并陆续与他们交往。其中，有接近一年的时间，刘明穿梭于三名女子当中，并且没有被发现。直到最后刘明玩起了人间蒸发，这起闹剧才宣告收场。

小燕是河南人，初中文化，在沪从事婚庆工作。刘明在外企担任驾驶员，周末会利用单位的车子承接一些婚车工作。2012 年 5 月，在一次婚礼上两人相识。经过一段时间的接触，两个人很快坠入了爱河。

7 月的一天，刘明向小燕表示自己手头比较紧，想向小燕借钱。小燕对男友十分信任，于是在没有任何考证的情况下就将钱借给他了。没过几天，刘明又提出要在百度网站上做租赁婚车的广告，需要 2 万元，小燕听后又照办了。

在与小燕的交往过程中，刘明发现其家境较好。尽管后来他发现小燕是一个有家室的人，但仍未和她分手。此后，他更变本加厉，陆续编造了“买车”“交通事故”“看病”等理由向小燕借钱，而借来的钱统统流向了赌桌。

到了今年1月，刘明提出替他老板支付KTV的费用2万元。小燕当时身上没有钱，便将自己的信用卡给了他。3月份，小燕通过银行的账单发现，卡内已经欠款12万元。对此，刘明表示将通过父亲的公司转账15万元还钱。可是一直到信用卡欠款到期，钱也没有还上。

这次以后，小燕起了疑心，她先去刘明上班的外企找他，发现他早已不在这儿上班了。随后，她又到之前刘明此前工作的另一家公司寻找，结果被告知他早已离职，还欠老板7000元。小燕的疑心更重了。今年3月份，在双方的一次通话中，刘明承认前后总共借了近40万元，并承诺会还钱的。这些话都被小燕录了下来。

两张借条揭开两段情

小利今年28岁，2011年6月她与刘明相识，随后双方确立了恋爱关系。然而，到了当年8月，刘明也以各种理由借钱，有“生意需要”“儿子生病”“朋友有难”等，共计借款十余万元。

不过在恋爱期间，刘明也会给小利一些钱，但是随后都会以各种理由把钱要回去。2012年10月，小利投资5万元开了一家服装店。但是开店不久，这就成了刘明的提款机，店里的营业款都被刘明拿走了。

阿英今年27岁，在本市从事美甲工作，是个很会过日子的女孩子，每月4000余元的工资总能结余3000余元，没工作多久就有了3万多元的积蓄。2012年7月，通过同事她结识了刘明。考虑到自己年龄也不小了，希望能找个靠得住的男人结婚。交往期间，刘明对她不错，没过多久双方就确立了恋爱关系。哪知相处一个多月，刘明就说要去做丝绸生意向她借钱。

阿英一心想着和刘明在一起，所以相信了他，将自己的所有积蓄都借给他了，甚至还向一些朋友借钱。但从2012年8月至12月期间，刘明又以做丝绸生意为借口开始向她借钱，阿英也是竭尽全力支持他，能拿出多少就拿多少。

到了今年3月，钱借出去很多，阿英觉得不对劲了，便逼着刘明写下了一张10万元的借条。而事实上，阿英借给刘明的钱并不止10万元。

今年3月底，阿英的母亲生病需要用钱，于是她便找刘明还钱，可刘明总是找各种理由拒绝还钱，甚至还说可以去法院告他。直到后来，刘明玩起了人间蒸发。

为人不实谎话连篇

其实并不是每个与刘明接触的异性都会上当。阿玲34岁，来自浙江，在2007年至2009年间是刘明的女朋友。后来阿玲觉得刘明为人不实在，就与他分手了。然而，两人还是以普通朋友相处。

今年阿玲生病住院期间，刘明曾提出向她借钱，说自己出了交通事故差点儿死了，急需用钱。阿玲将朋友送来的1500元礼金给了他。今年3月底，刘明又打电话给她，说自己血糖高要去看病，想借5000元。阿玲知道刘明不诚实，并没有立即答应，说借钱可以，但是要告诉她在哪家医院，她可以把钱直接存进医院。刘明说随后联系她，但是后来就一直没有联系。

在公安机关录制的口供当中，刘明每次的供言都不一样，甚至前后矛盾。

在4月初的一份口供当中，他坦承自己编造各种理由骗走多名女友的钱财拿去赌博，加上自己的积蓄共计骗了上百万元。但是在后来的供述当中，他却对此予以否认。他不承认骗钱，他说拿小燕的钱都还了，到目前为止只欠小燕9万元。对于欠条，他则表示是写着玩的不能作数。

侦查人员曾围绕他的前后供述进行质问，他先是沉默不语，后又拒绝回答。在法庭上他也不承认自己首次的供述。针对刘明的狡辩，公诉人进行了一一驳斥。公诉人强调，侦查人员询问过程的录像显示刘明当时精神状态正常。

法院经审理后查明，多名被害人的陈述、证人证言及相关书证与被告人的以往供述及其自书材料能够互相印证，足以证明被告人在无还款能力的情况下，编造理由，以“借款”为幌子，其主观上具有非法占有的诈骗故意，且至今未还款，其行为符合诈骗罪的构成要件；被告人的陈述与被告人的以往供述就失窃数额、时间及放置地方、阻止报警等诸多细节均相吻合，盗窃事实成立。

法院经审理后认为，刘明以非法占有为目的，采用虚构事实的方法，骗取多人钱款共计58万余元，数额特别巨大，其行为构成诈骗罪；刘明还以非法占有为目的，盗窃他人1.1万元，数额较大，依法应予二罪并罚。最终，法院以诈骗罪，判处有期徒刑10年，剥夺政治权利3年，以盗窃罪，判处有期徒刑6个月，并处罚金2000元，决定执行有期徒刑10年3个月，剥夺政治权利3年，并处罚金3万2000元。

（文中人物均为化名）

网曝京津互换车牌秘籍:交换妻子交叉结婚

2013年12月27日 人民网

原标题：京津限购限行催生两地互换车牌市场

“两位已婚男性，一位是在京生活的津牌车主，一位是在津生活的京牌车主，双方将车辆变更到妻子名下后各自离婚再交叉结婚，然后再次将车辆变更到两位男性名下，离婚后与妻子复婚，指标互换完成。”

近日，一条用假结婚方法更换机动车指标的帖子在网络上走红。“结婚再离婚”成为继买房“秘籍”后京津两地车主的换牌“利器”。

换前商议“三责险”

自12月15日天津宣布将于2014年3月1日起，依据北京的限行管理政策对车辆尾号实施机动车限行交通管理措施，京津两地持有对方地区车牌的部分车主犯了难。

一位曾在北京工作的天津人李先生告诉《证券日报》记者，现在他除了偶尔到北京出差外，一直在天津用车。北京实行限购、限行政策后，京牌给他带来了极大便利，因此没有办理机动车外迁转籍手续。如今，天津也将限行，一辆北京牌号的车不够用，明年3月他还需要在天津拍号购买第二辆车，破费不说，还不确定能否拍到。对此，李先生表示，他很希望能与拥有天津车牌的北京车主互换车牌使用。

无独有偶，记者在汽车论坛上看到，与李先生相似的天津车主为数不少，他们大多是在北京实施机动车限购政策之前，因工作、生活之便购买了北京牌号汽车。与此同时，也有相当数量的北京市民因长期摇不上号但急于用车而购买了天津牌照的机动车。

如今的限购政策，催生了两地互换车牌的市场。与“京津两地换牌”相关的QQ群，在短短几日内就有上百名两地车主申请加入。

记者调查发现，由于车牌无法过户，且机动车的牌号、车架号、发动机号是唯一的。在未经车管所登记备案的情况下，是不可以私自买卖或交换的。一旦出现交通事故等问题，被交警发现车辆的车牌、发动机号等不相符，车主将面临行政处罚。并且，保险公司也有权对此事故拒绝赔偿。

因此，两地的车主倾向于以互补差价但不更换车主的方式进行“车辆互换”。记者发现，在各大论坛和QQ群中商讨换车事宜时，双方会承诺签订“汽车交换合同”，注明汽车交换后出现的交通事故等意外，与原车主无关，由交换后的车主负责。

但也有车主表示，“换牌”行为属于互借机动车指标，如果其中一方车辆发生交通事故，保险公司赔付额度之外且驾驶人无力承担的赔偿部分，车辆所有人不能以协议为由拒绝承担赔偿责任。

因此他呼吁换牌双方均将商业第三者责任险的保额升级到100万元后，再考虑互补差价事宜。

对此，某保险公司的工作人员告诉记者，从近几年的数据看，京津两地购买100万元保额商业三责险的车主并不多。他表示，虽然30万元、50万元、100万元保额之间的保费相差并不大，但超过50%的车主会选择购买30万元以下保额的三责险。

牌号价差界定争议大

此外，记者发现，虽然部分车主表示在换车的同时会根据车辆不同而考虑给予差价补助，但对于差价的界定，争议较大。

因为换车双方除了需要考虑车辆的品牌、购买价格、购买年限、行驶里程、有无违章记录、有无大修等细节外，北京和天津牌号之间也存在价格差异。

整体而言，北京牌号的价值远远高于天津牌号。拥有京牌的张先生告诉记者，天津车牌起可以用竞拍方法购得，只要肯花钱，牌号并不是问题。并且有人预测，明年天津牌号的竞拍价格会在3万元以内。但是北京政府明年仍将采用摇号的方法。“运气不好人，增加几率还是会摇不到的。”因此，拥有一个北京的车牌，在商量补偿的时候会显得十分有底气。

但值得注意的是，根据北京市现行政策，借用、租用他人身份信息办理机动车登记的，可能受到撤销机动车登记的行政处罚。机动车登记被撤销后，指标受让人3年内不得申请机动车登记，车辆未登记前不得上路行驶，指标出让人则面临丧失已取得的小客车指标的风险。

安徽淮北畅通妇女群众诉求表达渠道

小小“说事室”，妇女维权新阵地

2013年12月24日 中国妇女报 王蓓



“说事室”成为淮北农村妇女身边又一个温暖贴心的家。

你倾诉，我倾听；你有结，我来解；你有难，我来帮……在安徽淮北市每个基层社区、村部，都有一间 20 多平方米的“说事室”，别看场地不大，却汇集着大能量。

“‘说事室’是近年来淮北市农村基层管理采取的一项便民服务新举措，市妇联利用这一平台，把‘说事室’和基层妇女维权工作紧密结合，充分发挥基层妇女维权站作用，让村里有困难、有想法、有诉求的妇女说说生产和生活中的难事、杂事、实事、好事，使‘说事室’成为农村妇女身边又一个温暖贴心的家。”淮北市妇联主席刘妍梅如是评价这一积极为基层妇女维权解难的创新举措。

维权新阵地

遭遇家暴，邻里纠纷，创业遇瓶颈，日常生活中，妇女遇到难事怎么办？心中结了疙瘩谁来解？

随着经济社会的发展，农村各种矛盾凸显，如何有效预防和化解基层矛盾纠纷，让村民简化程序、直接表达诉求——“说事室”便应运而生。“一间房，一张桌，几条凳，一个制度，一个告示牌，室内陈设简约，办事程序简单，村民有事来说说，干部帮助来解决。”12月16日，淮北市妇联主席刘妍梅告诉记者。

“他打我！这日子没法过了！”8月份的一天，遭遇家暴的李艳冲进了石台镇学田村说事室。

“别哭，先喝口水。”看到披头散发、泣不成声的李艳，村干部连忙倒水、让座、递毛巾，在说事室轮值人员关切的话语声中，李艳渐渐平息了下来。

原来，李艳和张晓东，已经结婚8年。头几年，夫妻感情还不错。自从两年前，张晓东买了车跑起了货运，李艳就感觉到丈夫变样了：先是常常夜不归宿，后来回家也是借酒吵闹一通，然后倒头就睡。李艳白天照顾老小一大家子，晚上还要做手工加工活计，起早贪黑，辛勤操持，再面对冷漠、醉酒的丈夫，不由心生怨气。于是夫妻俩争吵不断，争吵的频率越来越高。

当日上午，几句言差语错，张晓东竟然将拳头挥向了李艳。听完李艳的哭诉后，村干部立即找来妇代会主任一起商量处理办法，接着把张晓东也叫到了说事室。经过两个多小时的说服教育，张晓东认识到了自己的错误，在村干部和妻子面前郑重承诺：“爱家，疼老婆，再不动手打人。”

“你要再打我，咋办？”

“有说事室帮你维权呢，我哪还敢啊……”看着丈夫羞愧的脸，李艳破涕为笑。

在基层，婆媳间闹矛盾，最常见也最难化解。家住濉溪县刘桥镇后吕楼村的王老太，家里有3个儿子。去年因征地，家里得到补偿款3万多元。

说不清啥原因，王老太一向比较偏袒大儿子和小儿子，这次她又私下里把征地补偿款分给了大儿子和小儿子，没分给二儿子。

二儿媳高玲玲知晓后，一场矛盾不可避免地发生了。

高玲玲找到村妇代会，诉说心中的怨愤。妇代会主任没有怠慢，随即把这事儿向村委会做了反映，经过讨论，拿出了具体方案。村委会把王老太一家人全部召集到说事室，对争执双方分头做工作。

讲明土地补偿政策和村里的分配方案，又告知老人疼爱儿女，要一碗水端平；教育儿女要孝敬老人，尊重老人的选择。最后，双方各让一步，土地款重新分配。矛盾化解了，事情平息了，原本冷眼相向的一家人终于把手握在了一起。

妇女的解忧室

基层问题千变万化，贫困，常常也是引发妇女权益遭受侵害的重要原因。“‘说事室’可不能光做传统意义上的维权调解工作，帮助妇女发展生产、解决生活难题，也是新时期‘大维权’格局下的重要工作内容。”刘妍梅如是表示。

34岁的张丽，是烈山区烈山镇榴园村一位普通的妇女，仅靠着几亩薄地和几颗石榴树维持生计，生活十分困难。

今年3月，她怀着忐忑不安的心情，来到了村里的“说事室”，正好赶上村妇代会主任胡良慧轮值。

“眼看着孩子就要上初中，公公婆婆年纪大，身体又不好，需要使钱的地方太多……俺想扩大面积种石榴，可是手里没有闲钱。”张丽吞吞吐吐说出了自己的为难事儿。

“你会种石榴啊？好事啊！”了解了张丽的难处后，胡良慧详细为她介绍了妇联的小额贷款政策，鼓励她申请小额贷款。“有了这笔贷款，就有了资金扩大种植面积，迈出了奔向好日子的重要一步……”在胡良慧的热心帮助下，张丽填写了申请表，由村说事室人员担保，递交了申请材料。

成功申请到了8万块钱的小额贷款后，张丽又在说事室工作人员的帮助下参加了镇妇联举办的种植技术培训班，掌握了石榴种植的新技术。“可得谢谢‘说事室’呢！不然，俺咋也建不了这座新园子！”站在自家的石榴园里，张丽觉得生活“越来越有奔头”。

“333”维权机制护航

据介绍，近年来，淮北市妇联立足维权基本职能，响应党委政府对群团组织参与社会管理和创新的新期待，积极参与，主动作为，大胆实践，创新开展“333”妇女维权新模式，探索了一条妇联组织参与社会管理创新、促进社会和谐稳定的有效路径，为妇女儿童权益维护撑起了一片晴朗的天空。

刘妍梅告诉记者，“333”妇女维权新模式包括：组建妇联干部、志愿者、女人民陪审员“三支队伍”；建设基层维权站、家庭暴力维权站、县区法院维权合议庭“三个阵地”；推行法律援助、心理疏导、真情关爱“三项服务”。“3个‘3’相辅相成，在工作中相互融合”。

“社区、村部的说事室，就是我们为畅通妇女诉求表达、矛盾调处和权益保障机制而搭建的为基层妇女服务、维权的创新工作平台，就是基层维权站。我们努力将其打造成基层妇女们的‘贴心坊’，成为化解基层妇女烦忧、矛盾的窗口。”刘妍梅说，“说事室”营造了“有话请你说、有气请你发、有结我来解、有难我来帮、有事我来做”的良好氛围，让妇女更自由地反映所需所求所愿所想，使倾听她们的民意变得日常化、随时化、方便化。为此，市妇联吸纳50多名专兼职心理辅导志愿者充实进“说事室”，将日常接访与心理郁结化解相融合，圆满解决了一些缠访缠诉的信访积案。

东街道办事处书记郭延平说，在市妇联的积极参与和推动下，“说事室”体现了从量到质的巨大变化，妇女感受到了尊重和重视，工作人员和群众关系在倾听和倾诉中融为一体。

淮北市妇联相关负责人告诉记者，接下来，各社区还将根据服务对象和服务需求不同，创新说事方式，建立“天天说事”和“网上说事”平台，进一步畅通居民与社区互动交流的渠道，更好地为基层妇女维护权益保驾护航。（本报记者 王蓓）

福建南平市妇联—— 积极作为，维护农村妇女土地权益

2013年12月24日 中国妇女报 吴军华

由于传统观念和一些违法村规民约的影响，当前闽北农村，出嫁女、离婚、丧偶妇女的土地承包经营、征地补偿利益分配、集体经济组织收益分配、宅基地分配等问题仍然是妇女维权工作的重点、难点。

12月23日，记者从福建省南平市妇联了解到，《福建省实施〈妇女权益保障法〉办法》（以下简称《实施办法》）实施后，南平市妇联在处理农村妇女土地等财产权益受侵害方面积极作为。“畅通民意渠道，建立保障机制，才能使维权落实到实处。”南平市妇联主席黄美萍表示。

南平市妇联充分发挥维护妇女儿童合法权益联席会议制度作用，积极建言献策，促进法律法规贯彻实施。由于一些地方村规民约以农村妇女结婚、离婚、丧偶或男方入赘等为由，剥夺了农村妇女及其子女的集体经济组织成员资格。如何确定当事人的本集体经济组织成员资格问题是争议的焦点和解决问题的关键。南平市妇联在维权联席会议上的多次提议引起市法院的重视，市法院针对农村出嫁女土地承包权益、计生户权益受侵害问题，指导全市法院坚决贯彻执行《实施办法》和《福建省人口与计划生育条例》第三十五条规定，组织法官深入调查研究，形成会议纪要，使农村计生户在分配集体经济收入、享受集体福利等增加一人份额的政策得以落实，有力地维护了农村妇女的合法权益。

南平市妇联加大普法力度，广泛宣传新修订的《中华人民共和国妇女权益保障法》和《实施办法》《农村土地承包法》《村民委员会组织法》等法律、法规，使广大民众形成懂法守法意识，从根本上减少和杜绝侵害妇女权益村规民约的出台。随着普法宣传向深度、广度的延伸，越来越多的农村妇女学会运用法律武器维护自身合法权益。南平市妇联还注意依靠和发挥妇女法律援助机构、妇联人民陪审员队伍、劳动法律保障监督员队伍、女人民调解员和巾帼法律志愿者队伍在直接参与案件审理、法律援助、统筹协调和保障劳动权益等方面的优势，为受侵害的农村妇女儿童提供全方位的维权服务。

“维护农村妇女土地权益需要进一步完善和规范相关的法律法规，牢固树立维护妇女合法权益的法律意识，围绕事实正确适用法律法规。”黄美萍建议，加大对违法村规民约的清理力度，实行村规民约报乡镇人民政府备案审查制度；民政部门应从源头上重视解决侵犯妇女土地权益的突出问题；农业部门在土地征用、新一轮土地承包和林权改造过程中，前瞻性地出台相关政策保障男女平等原则的落实，指导规范集体经济组织的行为；各级党委、政府应依法监督村委会和村民小组对集体财产、土地安置费、土地补偿费的合法使用；补偿款发放部门对有争议、有纠纷的补偿款应暂缓发放，最大可能地避免农村妇女征地补偿款纠纷胜诉后却得不到执行的情况。（本报记者 吴军华）

八、异域资讯

霍家争产案跌宕起伏难和解

2013年12月03日 法制日报 高白杨

霍家争产案重燃战火，不久前在香港高等法庭开庭。霍家的官司吸引了媒体广泛关注，更多有关此案的资讯会随着案件的进程逐步被披露。

争产风波早已展开

霍英东是著名的爱国人士。1950年代朝鲜战争爆发，内地物资短缺，霍英东冒死向内地输送物资。其后，他在香港发展地产业，并投入澳门赌业，财富日渐累积。他于晚年时积极推动南沙项目，发展创新科技，为国家培养科研人才。他曾任职全国政协副主席，成为首位跻身国家领导人级别的香港人。2006年10月，霍英东在北京逝世，享年83岁。当时新华社发稿称霍英东是“中国共产党的亲密朋友”，可见其地位之高。

霍英东为后人留下大量财产。根据财经杂志《福布斯》于2006年的估计，霍英东的资产约有289亿港元，在世

界富豪榜中排名第 181 位, 在香港则排名第八。然而, 霍家的核心生意并未上市, 所以有关估计可能低估霍英东所拥有的财富。

霍英东共有三房太太及子女 13 名。他可能已预计大量的遗产容易引起为数众多的家族成员的纠纷, 所以早在 1978 年便立下遗嘱, 订明其死后 20 年不可分家, 所有太太及子女都是受益人, 并委任其胞妹霍慕勤、妹夫蔡源霖、长房儿子霍震寰及霍震宇为遗产执行人, 并指示他们每月向家庭成员支付定额生活费。

同时, 他早已对长房儿子作分工, 长子霍震寰继承其体育事业, 次子霍震寰掌管其商业王国, 三子霍震宇则接手南沙项目。而其他子孙则遵从霍英东的“凡庶出子孙, 不能靠家业, 不得从商”的遗训。

但是霍英东逝世五年后, 霍家即爆发争产风波。2011 年 12 月, 霍震宇控告至香港高等法院, 指霍震寰涉嫌私吞家产, 包括银行存款、公司股份、珠宝等, 挑战其作为遗产执行人的身份。

至 2012 年 7 月, 霍家争产案本应开审, 但是据报道, 在前行政长官董建华及前律政司司长梁爱诗的介入下, 各方达成协议(代表霍震宇的律师稍后在法庭上已表示, 有两位具影响力的公众人物、霍英东信任的朋友介入调停, 其中一位姓董)。由于协议内容保密, 所以外界并未知道确切内容。但是有报道指出, 该安排为长房三兄弟各得 65 亿元, 并同意分三阶段获得。至于其他霍家成员包括长房三名女儿等, 可在第一阶段各取得 6250 万元。

争产案正式开审

但是争产风波在今年重燃战火, 该官司已于今年 10 月 28 日在香港高等法院展开。事情缘于 2012 年 8 月, 毕马威会计师事务所就遗产进行调查时, 发现霍英东的遗产里还有一个南沙发展项目的四分之一权益。据估计, 该权益价值超过 30 亿港元。

南沙发展项目由番禺发展有限公司持有五成一权益。而该公司设有两股, 每一股等于南沙发展项目约四分之一的权益。其中一股权益原由有近 60 年历史的霍氏家族企业霍兴业堂置业有限公司旗下的有荣有限公司所持有。1997 年 6 月, 有荣有限公司决议以一元的价格把那一股售予霍英东基金有限公司。根据霍震宇指出, 有关交易附带一项回购条款, 就是有荣有限公司可以在十年内, 即 2007 年 6 月前, 以一元回购该股份。但是期限到达前, 有荣有限公司并无行使回购权, 所以南沙发展项目的四分之一权益归霍英东基金有限公司所拥有。

霍震宇指出, 该回购安排的细节只有霍英东及霍震寰知情。他直至今年一月才在调查报告中获悉, 而霍震寰在履行协议过程中并无披露, 所以要求有荣有限公司行使回购权。然而, 霍震寰指出回购限期已过, 霍英东基金现时出售有关股份, 需要考虑价钱问题。

根据代表霍震宇的律师表示, 较早前的协议阐明长房子女会成立新公司, 分配财产。由于有荣有限公司并无回购有关股份, 所以没有资产可以注入新公司, 这令长房子女未能分配南沙发展项目的四分之一权益。霍震宇认为霍震寰不诚实和不可信, 并违反披露资料的责任及公平原则, 难以继续有关协议, 所以要求重开官司。

霍震寰的律师则指出, 2011 年 7 月, 在长房三兄弟召开的会议上, 霍震宇已获霍震寰告之有荣有限公司行使回购权的期限已过, 而同年 11 月 25 日, 霍英东基金有限公司董事局已讨论有关回购权的问题, 霍震宇已签收了该次会议记录草拟本, 也未就回购权过期作出投诉。该律师指出, 霍震宇作为有荣有限公司和霍英东基金有限公司的董事, 有权获得有关资料, 但是他却无兴趣了解。

除了南沙发展项目的权益外, 审讯还提及较早前的协议内容。代表长房次女霍丽娜的律师指出, 长房长女霍丽萍、霍丽娜和霍震宇会按协议将其在霍兴业堂置业有限公司的股份售予霍震寰和霍震寰, 以换取两个分别位于尖水嘴文逊大厦和山顶普乐道的物业作部分代价, 但是由于特区政府于去年 10 月设立买家印花税等, 令转让涉及两亿多元印花税。由于各方就谁支付有关费用而未能达成共识, 所以交易陷于停滞状态。

就目前观察来看, 此次争产风波未有和解的迹象。据报道, 代表霍家 17 名成员共有 48 名大律师及律师, 当中包括不少香港知名的大律师如黄仁龙、张健利、潘松辉等。如此庞大律师阵容和著名律师的加盟, 其律师费将是一笔不小的开销。

要闻集萃

2013 年 12 月 03 日 法制日报 馨元辑

赴台短期文体交流不需工作证

据台湾媒体报道, 台湾“行政院劳工委员会”(简称“劳委会”)近日通过聘雇外劳(外来劳工)许可修正案, 未来岛外文艺体育人才赴台交流 30 天内或大专院校邀名人演讲持 90 天“签证”, 不必再申请工作证。

台“劳委会”第 232 次委员会议, 审议通过“职业训练局”提报雇主聘雇岛外人许可及管理部分条文修正草案。增订内容包括持台湾管理机关核发学术及商务旅游卡的岛外人 90 天以内入台湾“签证”或入台湾许可, 视为工作许可。

为提升台湾学术文艺或体育活动交流, 增订受大专以上校院、各级政府及所属学术研究机构邀请从事演讲或商务技术指导工作及当局目的事业主管机关邀请的外籍优秀人才, 从事非营利的艺术表演或体育活动, 持 30 天以下的入台湾“签证”或入台湾许可, 视为工作许可。

台当局支持加重医疗暴力刑责

据台湾媒体报道, 台湾“医疗劳动正义与病人安全促进联盟”11 月 29 日表示, 应尽快修法加重医疗暴力刑责,

台当局“卫生福利部”医事司司长李伟强表示支持修法。

民进党籍“立法委员”田秋堇 29 日上午在台湾“立法院”举行记者会表示, 现行医疗暴力行为属告诉乃论罪, 曾发生受害医疗人员提告却遭黑道“关切”的事情; 应将医疗暴力犯罪改为非告诉乃论罪, 加害者须受刑事追诉, 而不是罚新台币几万元了事。

民进党籍“立委”赵天麟表示, “立法院社会福利及卫生环境委员会”准备 12 月 2 日并案初审医疗法部分条文修正草案, 增订医疗暴力行为刑责。

香港未来 3 年增逾 170 条“e 道”

香港特区政府入境处处长陈国基 11 月 30 日表示, 因应内地年底起试行电子通行证, 香港未来 3 年会增加 170 多条“e 道”。

据港媒引述陈国基在一个电台节目中介绍, 将来内地人士可以使用专为旅客而设的“e 道”出入境, 他预计未来 3 年会增加约 170 多条“e 道”, 而港人使用的“e 道”则不会减少。

陈国基指出, 因应科技进步, 自助出入境将是国际趋势, 除了更安全, 关口人员可以更专注留意可疑旅客, 入境处将与更多国家合作。

自去年 1 月起, 18 岁或以上合格的经常访港内地旅客, 可在设于各管制站的登记处成功登记后使用“e 道”, 截至今年 10 月, 约有 62.9 万人已登记使用“e 道”。

香港严查内地来港假结婚案

香港特区保安局局长黎栋国 12 月 1 日表示, 特区政府自 2007 年起, 收到数万宗由内地公安机关转交的疑似假结婚个案, 特区执法机关也曾破获假结婚案件, 涉案人士已受到严厉处罚。

黎栋国说, 有关人士在申请来港过程中, 如果特区政府对申请人的夫妻关系存疑, 会展开调查。另外, 若特区政府对单程证申请人的亲子关系存疑, 内地和香港两地部门会分别进行亲子鉴定。

黎栋国还强调, 一旦发现虚假申请, 无论当事人在香港居住多久, 特区政府都有权取消其居留资格, 并遣送离境。

香港法院颁布许仕仁“破产令”

据香港《明报》报道, 香港前政务司司长许仕仁自卷入贪污案后, 相继被多名债主追债, 早前更被率先发起“追债行动”的东亚银行申请破产, 许仕仁一直采取不回应态度。11 月 27 日香港高等法院颁布破产令, 许仕仁成为首名破产的退休司长级官员。

报道称, 许仕仁破产后, 公务员事务局会停止发放退休金, 直至破产解除后才恢复发放。

律师梁永铿解释, 许仕仁破产后, 基本上无权自行处理任何财产, 破产受托人将接管并清算其所有资产, 找出所有债权人后, 再按照欠债比例分配还债。

不过, 破产期间许仕仁仍可向局方申请发放特惠金, 以维持生活及清还债务。当局发出的特惠金, 数额不会多于公务员破产前领取的每月退休金。

澳门严厉打击霸占土地行为

据澳门媒体报道, 澳门特区政府近年雷厉风行打击霸地, 有关工作虽已取得一定成效, 但仍有人试图挑战法律, 将被政府收回的特区土地重新非法占用, 为一己之私罔顾公众利益。对此, 政府决不容忍也绝不姑息, 必定采取强硬手段加以遏止, 以维护特区宝贵的土地资源不被非法占用; 鉴于该等行为属刑事罪行, 可被处以徒刑, 政府在发现后将提出检举。

澳门《刑法典》第 185 条规定: 未经有权限者(行政当局)同意或许可, 任何设有围障且公众不可自由进入之地方者, 可被处以徒刑。政府一经发现, 定必提出检举, 切勿以身试法。

自 2009 年 3 月采取跨部门清迁土地行动至今, 政府已成功收回 54 幅被非法占用的特区土地, 土地面积共 22 万多平方米。

澳门法援申请离婚案占近三成

2013 年 12 月 05 日 中国新闻网 <http://www.chinanews.com/ga/2013/12-05/5584195.shtml>

据《澳门日报》报道, 澳门特区《司法援助的一般制度》今年 4 月 1 日生效, 司法援助委员会 3 日总结新制度工作, 至今共接到 405 宗正式申请, 共批给申请 260 宗, 离婚案高踞申请司法援助的首位, 占民事申请个案四成; 至今发现两宗涉嫌拖延诉讼的申请个案。委员会表示逾半年的工作畅顺, 已形成了行之有效的既定工作模式, 另考虑到居民对法律咨询的需求, 有需要了解其他国家及地区关于司法援助制度的运行, 以完善相关制度。

新制度更具操作性

澳门司法援助委员会主席张永春、副主席沈振耀、委员石立忻向传媒总结新司法援助制度逾半年的工作。在新制度下, 司法援助申请的审批由法院转移至司法援助委员会, 在审批标准上, 明确订定评定经济能力不足的条件, 在申请人的个人及家团成员的收入和资产扣减法定的固定开支后, 如剩余的可支配财产价值不超过 32 万澳门元, 即属经济能力不足。与旧制度相比, 有关条件具更高的可操作性和量化标准。

司法援助委员会至今共接到 2451 宗咨询，正式申请个案 405 宗，包括民事诉讼、刑事案件、行政诉讼及劳动诉讼等。民事案件占最大比例，当中又以诉讼离婚最多，有 118 宗；刑事案以交通意外的刑事附带民事赔偿案最多，有 18 宗，占刑事申请个案总体的 69%。

未发现瞒漏报资产

批给申请共 260 宗，不批给 61 宗多数因资产超出上限，其次是诉讼请求或理由明显不成立。委员会对每一个申请个案均严格审核申请人及其家团成员的经济状况，至今尚未发现有申请人及其家团成员故意漏报或瞒报资产的情况；另发现两宗涉嫌拖延诉讼的申请个案，其中一人已被法院认定为恶意诉讼人及科处罚款。

委员会在处理申请的过程中，除依法作出审批外，亦会因应个案的具体情况，在兼顾公共资源和申请人利益的情况下，于合理和合法的范围内尽量协助申请人以更为便利的途径解决问题，避免诉诸法院，从而减轻司法负担。

比如促成 6 宗个案的申请人自行到公证署处理；促成申请人放弃两愿离婚诉讼，改以两愿方式在民事登记局办理离婚。

完善咨询避免诉讼

经过逾半年的运作和实践，《司法援助的一般制度》的实施情况良好，司法援助委员会工作畅顺，并已逐渐形成行之有效的既定工作模式，以及审批司法援助申请的各项指标。张永春表示，司法援助委员会在工作过程中碰到不少前来咨询的居民，未必抱申请法援的心态，反而为得到具体个案的法律意见，但两者本来难以区分，这亦未必与律师工作重迭，是一种社会服务，有需要了解其他国家或地区相关制度的运作，以完善制度。

妻子人工受精产子变性丈夫被认定为父亲

日高法首次裁定变性人的亲子关系

2013 年 12 月 17 日 法制日报 张超

日本一名具有性别认同障碍的女性变性为男性后结婚，其妻子通过人工受精产子，但户籍父子关系不被相关部门认可。这对夫妇向法院提起诉讼，要求在户籍上将孩子登记为“嫡生子”，官司一直打到日本最高法院。

日本最高法院第三小法庭 12 月 10 日作出判决，裁定“虽然明显没有血缘关系，但可依法推定为‘嫡生子’”，这是日本首次裁定变性丈夫法律上可为人父，日本各大媒体对此重点进行了报道。

日本“民法”722 条规定：“婚姻关系存续中，妻子怀孕所生孩子推定为丈夫的孩子”。判决书称此次的裁决严格遵循了民法规定，在认定亲子关系时，与血缘关系相比，更注重婚姻事实。

向最高法院提起特别抗告

在日本户籍中有“嫡生子”和“非嫡生子”的区别。“嫡生子”是指婚姻存续期间所生的孩子。普通夫妇人工受精的孩子可成为“嫡生子”。但是，对于变性婚姻中经第三者人工受精的孩子，日本法务省以“没有血缘关系”为由一直不予认定。

此次提起诉讼的夫妇，丈夫患有性别认同障碍，接受变性手术后于 2008 年依据“性别认同障碍特例法”（下称“特例法”），将其户籍性别变更为“男性”，并与现任妻子结婚。

日本 2004 年 7 月实施的“特例法”规定，20 岁以上，没有未成年孩子，经多名专科医生诊断并接受变性手术的人，可以向家庭裁判所申请更改法律上的性别。据法务省统计，截至今年 3 月，日本已认可 3903 人改变性别。

在本案中，妻子于 2009 年通过人工受精产下一子，同年 11 月向户籍所在地兵库县穴栗市递交出生证明，市政府拒绝将其子登记为“嫡生子”。2012 年 1 月，这对夫妇将户籍迁至东京都新宿区，同年 3 月向户籍所在地递交出生证明，但是区政府发现丈夫曾为女性，以“不存在血缘关系”为由将孩子作为“非嫡生子”对待，“父亲”一栏以空白处理。

2012 年 3 月，这对夫妇向法院提起诉讼，要求认定孩子为“嫡生子”。日本民法 722 条中关于“嫡生子”的推定标准能否适用于本案，成为诉讼的焦点。在一审、二审中，这对夫妇的诉讼请求均未获支持。

此后，这对夫妇向日本最高法院提起“特别抗告”。本月 10 日日本最高法院第三小法庭作出裁决，认为变性后的性别适用于民法，认可变性者婚姻却不认可婚姻效力的做法有失恰当，因此认定孩子为丈夫的“嫡生子”，在户籍“父亲”一栏中应该填上该男性的名字。

日本最高法院第三小法庭 5 名法官中有 3 名支持了原告的诉讼请求。曾任法务省民事局长的法官寺田逸郎在补充意见中称，“性别认同障碍特例法”认可变性者组成家庭，判决遵循了“特例法”的立法精神，但是从根本上解决此问题还需通过国会立法。持反对意见的 2 名法官也表示，应该通过立法解决伴随生殖医疗产生的親子问题。

促进相关立法进程

目前，日本民法尚没有涉及通过第三方提供精子、卵子生孩子的情況。因此，生殖医疗产生的亲子关系屡屡需通过诉讼解决。

2006 年，日本曾发生过妻子使用亡夫冷冻精子怀孕生子的案例，法院以没有相关法律规定为由拒绝认可父子关系。2007 年，在一起代孕母亲的判例中，日最高法院未认定提供受精卵女性的母亲身份，认定孩子的母亲为代孕母亲。

此前关于生殖医疗的判例中,法院并没有因生物学的亲子关系而认定法律上的亲子关系。此次判决,虽然没有生物学上的血缘关系,但最高法院却认定了法律上的亲子关系。

据报道,目前日本通过第三方提供精子人工受精出生的孩子至少有1万名以上。由于人工受精属于个人隐私,一般夫妇在提交出生证明时,登记人员无法判断是否是人工受精,因此不会出现是否为“嫡生子”问题的纠纷。但这不代表日本存在关于此问题的明文规定。

此次最高法院的判决,将促进日本就生殖医疗产生问题的立法进程。据报道,日本法务省已准备改变方针,要求各自治体遇到此类情况时对父子关系给予认可。目前日本有39例同类情况。

在高法取得逆转性胜利

对于此次判决,日本主要媒体在头版头条给予了报道。判决后,当事人接受采访时称,终于在户籍上得到承认,在最高法院取得了逆转性的胜利,喜悦之情难以言表。

当事夫妇的后援团体称,此次判决为“划时代的判决”。性别认同障碍者团体代表理事称,判决为不同的人拓宽了道路。来自立命馆大学的二宫周平表示,判决减少了变性者与普通人之间的不合理成分,孩子需要法律上的父亲,判决对孩子是有益的。然而也有学者对此判决持有不同看法。日本东北大学教授水野纪子称,通过第三方精子人工受精所生的孩子,在得知身世后会很痛苦。大人不能为了追求自我认同,而破坏孩子的利益。

日本法务省中也有官员表示,在关于生殖医疗与家庭关系的相关立法不完善的情况下作出这样的判决,感觉司法介入过深。

台湾:大陆离婚判决在台湾具有执行力但无既判力

2012年12月27日 人民法院报 蒋丽萍

●大陆离婚判决在台湾具有执行力但无既判力

台湾“司法院”秘书长林锦芳日前表示,经台湾法院认可的大陆地区离婚生效裁判,并由法院通知户政机关办理相关手续有不合理之处。因为台湾地区与大陆地区人民关系条例第74条的规定,经认可的大陆地区民事生效裁判只具有执行力,而不具有既判力。台湾法院仍可以对裁判进行审查及调查,作出不同的判断,不受大陆地区裁判的约束。经法院认可的大陆地区生效离婚判决只具有执行力,而是否执行则属于当事人的处分权范围。但各法院在办理监护宣告、收养、终止收养、认领、离婚事件等相关业务时应提醒民众在裁判确定后于期限内办理户籍登记,以免影响自身权益。

(本专辑由广东省东莞市第二人民法院蒋丽萍编辑)

美国诉讼中的送达规则在中国内地的适用

2013年12月26日 《中国法律》2012年第3期 程冰

近年来随着中美两国商贸往来的不断深入发展,在美国联邦和州法院的民事诉讼案件中,以中国公司或个人作为被告的民事诉讼案件也不断并且持续的增加中。越来越多的中国内地公司收到来自美国法院的传票和诉讼材料,但由于美国域外送达规则的复杂性及缺乏对送达规则的了解,收到传票和诉讼材料的中国被告人并不清楚该送达是否有效、他们是否应该要去美国法庭出庭,能否抗辩、不履行或者是默认对方的送达行为。

美国民事诉讼顺利审结的前提是在中国的被告人收到一份有效送达的诉讼材料或者在美国的原告做出有效的放弃送达声明,只有这样送达程序才能对中国被告人生效,进而有可能获得中国法院认可的美国判决书。本文拟向读者概括介绍美国诉讼中的送达规则在中国内地的适用。

一、美国联邦民事诉讼规则第4条

美国法院组织分为联邦和各州两大系统。联邦法院送达程序的依据是美国联邦民事诉讼规则第4条,该条规定了传票和诉讼材料的送达方式。第4条(d)款允许美国原告向外国被告放弃送达,尤其是第4条(f)款及第4条(h)(2)款规定了对美国域外的个人、公司以及社团可适用特别的送达程序。第4条(j)款简要规定了向外国国家或其地方政府的送达程序。

第4条(d)款的放弃送达规定适用的条件是外国被告人失踪,或者是送达程序难以送达给外国被告人,或者是外国被告人不在美国境内并且需要花费大量且不必要的成本送达给被告人。这类放弃送达并不意味着放弃对案件审判地及案件管辖权方面的任何异议,但是如果放弃送达的请求是通过普通邮件邮寄或者是其他中国未允许的送达方式,则放弃送达请求是无效或者是有问题。

现行的美国联邦民事诉讼规则第4条承认以下的送达方式:(1)国际商业协议的送达方式;(2)送达地国家的法律认可的送达方式;(3)外国国家机关直接送达方式;(4)个人送达方式;(5)美国地区法院签发的邮件送达方式;(6)美国地区法院承认的国际公约中规定的其他送达方式。

美国每一个州都有一个与联邦法院相独立的法院系统。在州法院,送达程序需要遵循该州的相关法律规定,州法律在域外送达方面规定了多种并不特殊的可选择送达方式。例外地,州法院需要在两种情况下遵守联邦法律规定的送达规则:第一,州法院的诉讼程序需要遵守海牙公约(《海牙送达公约》)关于国际民商事诉讼中司法和司法外的送达规定,并且被告所在地也是《海牙送达公约》的签约国;第二,对外国主权国家或者是外国国有公司的送达,不管诉设是在联邦法院或者州法院进行,送达是在美国或者其他国家签发,都需要遵守美国《外国

主权豁免法》(FSIA)第1608条的规定。美国《外国主权豁免法》是一部基本的管辖权法律,一般不涉及实质性责任问题的认定。

依据美国联邦法律的规定,文书送达是原告律师的责任,美国法院或任何法院的分支机构并不对该送达行为负责。原告律师需要准备好传票,传票上面需要有“经办人签字、加盖法院印章、主管的法院名称和一方当事人、原告律师的联系方式、被告必须出庭答辩的时间,并且要告知被告如果不出庭答辩会有缺席判决的结果。”送达也可以交由专门的私人送达公司负责。送达程序不再是个人管辖权抗辩的充分依据。

二、美国诉讼中的送达规则对中国被告人的适用

美国联邦和各州的法律都允许在美国境内对中国被告人送达司法文书,并且《海牙送达公约》也允许美国规定的上述送达方式。美国法院同意的个人送达方式是中国被告人能够出庭答辩并且通过个人送达能够送达给中国的被告人。根据州法律规定,这种送达

方式也能够对中国的公司或者其他法人产生送达效果,即由公司的负责人或者公司的董事接收来自美国法院签发的送达文书,或者是由中国被告人指定的代理人接收该文书的送达。《美国联邦民事诉讼规则》第4条(h)(1)款是在美国境内签发的对外国公司的送达规定:(a)由州法律的授权(地方法院所在的任何一个州或是送达行为对该州产生影响);或者(b)“由公司负责人、总经理、代理人、或是其他被任命或是法律指定的代理人接收送达的传票和诉讼材料……”第4条(e)(2)款规定了对自然人送达也可以通过他们指定的或是法律规定的代理人接收方式进行。第4条(e)(2)款规定了对自然人的留置送达方式(针对传票和诉讼材料)“留置送达于自然人的居所或者是适龄的有合法居住权人的经常居住地”。

联邦法律和多数州的法律都允许通过向外国被告人的近亲属或关联公司送达的方式向被告人送达司法文书。这种送达方式的一个典型案例就是向一家专利公司的子公司送达。特别需要说明的是,该案例中的这种送达方式需要有专利公司与子公司之间存在关联关系的证明。美国各州向近亲属或者关联公司送达司法文书时采用不同的认定标准,事实上多数法院在认定关联关系时所持的观点是这家公司能够对子公司实施充分的控制权。有一些法院在认定关联关系时采用的标准是母公司与子公司间的业务具有“关联性”并且“共同参与国际市场竞争”。也有一些法院采用“代理”的标准,将子公司视为母公司的代理人。有一些基层法院在认定关联关系时需要更多证据来证明母公司对子公司拥有实际控制权。在美国普遍接受的对外国公司行使属人管辖权是基于该公司与美国的公司存在代理关系或者是与美国其他实体公司存在联系,但是多数州的法律或是正当程序条款中并没有关于“代理”的准确定义。一些权威法庭认为在认定“代理”关系时需要满足以下条件:(1)代理人必须要为委托人的利益行事。(2)委托人必须要了解并且同意代理人代自己行事。(3)委托人必须对代理人的行为有足够的控制权。美国法院经常提到如果一个公司分支机构越多,该公司就越可能基于代理原则被行使司法管辖权。只要这种关联关系或者是代理关系存在,将可能会适用美国法律规定的在美国的外国公司分支机构送达的方式向外国公司送达司法文书。

三、依照《海牙送达公约》,美国诉讼中的送达规则在中国的适用

美国联邦民事诉讼规则第4条(f)(1)款规定域外送达也可以“通过国际认可的方式予以送达,比如海牙公约《关于向国外送达民事或商事司法文书或司法外文书公约》中规定的送达方式。

对56个公约缔约国而言,《海牙送达公约》是专门规定诉讼中送达规则的法律。该公约共有31条,并且允许加入公约的成员国作出保留声明。海牙送达公约于1969年2月10日在美国生效。中国1991年3月2日签署了海牙送达公约,并于1992年1月1日起生效,同时对公约中的第8条、第10条、第15条、第16条作出了保留声明。就保留声明中的第8条而言,中国只承认通过外交途径或者是领事作出的直接送达,但是美国的行政机构和美国的大使馆事实上从未为个人送达美国法院签发的诉讼文书。目前美国的领事规则明确禁止美国驻外领事官员送达域外诉讼文书,除非是得到美国行政机关的明确授权。美国行政机关的授权仅限于那些特殊的涉及国家利益的诉讼。海牙送达公约第10条(a)(b)(c)三款中规定的直接邮寄送达、主管人员直接送达或者其他利害关系人直接送达的三种方式,中国对此做出保留声明反对在我国境内采用。美国法院一贯坚持避免采用公约缔约国反对的域外文书送达方式。公约第15条第1款是关于被告如未出庭,只有在确定传票或诉讼文书确已送达给被告或留置在其居所,且能保证被告有充足的答辩时间,才能作出缺席判决的规定,我国声明在符合该条第2款所规定各项条件的情况下,我国法院可以不顾第1款的规定,作出缺席判决。另外,对公约第16条而言,我国提出的声明是被告要求免除丧失上诉权效果的申请只能在判决作出之日起一年之内提出,否则我国法院不予受理。

海牙送达公约第1条规定,本公约只适用于向域外送达民商事司法或司法外文书的所有场合,但是公约没有对“民商事”做出界定,美国法院解释为除犯罪案件外的所有诉讼都可归属于“民商事”范畴。同时公约并不禁止缔约国本国认可的其他送达方式。

海牙送达公约中规定了成员国间如中国与美国间,可以适用的多种有效的送达方式。通常采用的是被送达地所在国指定的国家机关代为送达的方式。

公约要求每一个缔约国指定一个国家机关接收来自其他缔约国送达的文书。该国家机关负责接收域外送达的文书(请求送达信件)并安排本国送达的相关事宜,同时将送达回执发回请求国。

中国的指定机关是中华人民共和国司法部,一旦司法部接收到来自其他缔约国的送达请求书后,对于有中文

译本的文书，应于5日内转给最高人民法院；对于用英文或法文写成，或者附有英文或法文译本的文书，应于7日内转给最高人民法院。最高人民法院需要在8天之内经被送达人所在地的高级人民法院交付当地的中级人民法院，中级人民法院需要完成送达任务，并尽快将送达回执通过最高人民法院送交司法部，最后由司法部将送达回执返回给申请人。但是美国联邦民事诉讼规则第4条（1）款规定，“送达回执失败的情况下，也不影响有效的送达程序”。为进一步提高国际司法协助工作效率，更好地为审判工作服务，最高人民法院发出指定北京市、上海市、广东省、浙江省、江苏省高级人民法院依据海牙送达公约和海牙取证公约直接向外国中央机关提出和转递司法协助请求及相关材料的通知，该通知于2003年11月1日生效。

美国1967年签署海牙送达公约，当时指定美国国务院作为接收送达文书的中央机关，但从1973年12月31日开始由美国司法部的民事部门作为中央机关接收文书送达工作。2003年4月15日，美国司法部向海牙国际会议常设机关提出，根据国际私法规定，自2003年6月1日起美国由一私人送达公司Process Forwarding International（PFI）代为行使《海牙送达公约》规定的美国中央机关的部分职能，为期五年，并就每件向其国民送达请求收取执行费用。

目前，依据《海牙送达公约》的规定，中国大陆的民营企业及个人文书送达需要经过PFI公司和司法部转递，或者是由PFI公司和前述五个地方的高级人民法院转递。

四、美国诉讼中的送达规则在中国适用的可选择方式

（1）由美国地方法院直接送达

美国联邦民事诉讼规则的第4条（f）（3）款未禁止地方法院选择其他未被国际协议禁止的其他送达方式。第4条（f）（3）款也未禁止地方法院违反外国法关于域外送达的规定。从咨询委员会的说明中也可以看出地方法院可以选择外国法律未认可的送达方式。但是考虑到中美两国均为海牙送达公约的成员国，因此美国地方法院不可能选择越过中央机关的方式送达文书，而且多数的美国法院也认为，如果是公约成员国间的文书送达，或者是使海牙送达公约中的送达规定产生拘束力，那么必须要尊重彼此间的送达方式。在Volkswagenwerk AG v. Schlunk案中，美国最高法院的观点是在各种申请域外送达的案件中，海牙送达公约是唯一的送达方式依据，因此公约统一了美国各州关于送达方式不一致的规定。

（2）通过电邮方式送达

当今，电子邮件已经成为公司和个人最为重要的日常联系手段。在美国法院能否选择电子邮件的方式送达文书尚未定论。美国一些业内人士认为现行的联邦法律并没有明确规定可以通过电子邮件的方式送达，因此缺乏程序上的认可条件。现行的美国联邦民事诉讼规则的第4条规定没有明确允许电子邮件送达方式，但是海牙送达公约也没有禁止该种送达方式。美国法院根据案件的背景来确定是否允许电子邮件送达方式。在Rio Props., Inc. v. Rio Int'l Interlink案中，美国联邦第九巡回上诉法院作为受诉法院支持了地方法院认可的电子邮件送达方式。就本案考虑到电子邮件送达方式是被告在其和原告的交易中明确倾向于使用的交流方式，而且被告也从来没有提及送达迟延，送达不完整，或者送达妨碍其进行有效和适时答辩的异议，因此电邮送达是被允许的。美国Rio Props., Inc. v. Rio Int'l Interlink案确定的电子邮件送达方式如果接收国不是海牙送达公约的成员国，那么在中国有不同的效果。如果美国法院坚持允许电子邮件方式进行域外送达，那么这种送达方式在海牙送达公约的成员国间是否被承认，还需要进一步的观察。

中国现行的民事诉讼法将送达视为国家司法行为，而不允许个人送达。美国法院认可的电子邮件送达方式在中国可能不被认为是合法的送达途径。

除海牙送达公约规定的送达方式外，对来自域外的送达文书中国要求通过外交方式送达，未经中华人民共和国主管机关准许，任何外国机关或者个人不得在中华人民共和国领域内送达文书。因可能损害中国的国家主权、安全、社会以及公共利益，因此现行法律规定拒绝认可其他的送达方式，但是并不像瑞士那样，美国的文书送达方式如果违反中国的法律规定，并不必然对送达人产生刑事或是民事责任，但是违背承认的送达方式，将会损害美国法院已生效的裁决在中国的执行效力。

（3）通过公告方式送达

公告送达也是可选择的送达方式，海牙送达公约不适用于成员国的被送达人地址不明时的情况。但是如果被送达人的地址不明或者依据中国民事诉讼法第84条规定，中央送达主管机关无法将司法文书送达给国内当事人，美国诉讼文书可能采用公告期为60天的公告送达的方式。

在BP Products North America, Inc. v. Dagra案中，因被告违约未支付商业贷款，原告申请向个人保证人偿还债务，其中原告所在国美国和保证人所在国巴基斯坦都为海牙送达公约的成员国。依据海牙送达公约的相关规定，原告尝试了多种方式但都没能找到保证人当时的居所。原告认为保证人当时仍居住在巴基斯坦境内，因此本人依据美国联邦民事诉讼规则第4条（f）（3）在巴基斯坦当地的2家报纸上刊登对保证人公告送达了相关文书，美国法院认为在巴基斯坦当地2家报纸上刊登公告送达信息是一种合理的送达方式，并且能够使保证人充分注意到债权人的追索，因此公告送达是正当的并且是可接受的选择方式。

五、美国诉讼中的送达规则对中国政府或是国有企业的适用

美国诉讼中的送达规则对中国政府或是中国政府的代表机构适用的是美国《外国主权豁免法》中的相关规定，

该法律不适用于美国域外个人送达，适用美国《外国主权豁免法》中的规定时不用考虑诉讼行为是在联邦还是在州法院进行，也不用考虑原告因何起诉，该法律中的送达规定适用于在美国国内和域外的送达情形。

美国《外国主权豁免法》总则第 1608 条是关于文书送达的规定。美国联邦法院在对外国主权国家政府或是政府代表机关送达文书适用的是联邦民事诉讼规则第 4 条 (j) (1) 款的规定，该规定吸收了美国《外国主权豁免法》总则第 1608 条的规定。尽管美国各州有不一样的规定，但是美国各州法院在审理相关案件时必须直接适用美国《外国主权豁免法》总则第 1608 条的规定。

第 1608 条针对外国政府或外国政府的分支机构，以及外国政府的代理机构或媒介机构规定了不同的送达方式。原告需要遵守美国法院就文书送达方式的选择，并且只有在优先选择的送达方式不能产生送达效果时，才可以选择其他的送达方式。第 1608 条的 (a)、(b) 款关于对不同国家性质的机构采用不同送达方式的规定必须予以严格遵守。在 *Magness v. Russian Federation* 案中认为“依照 1608 条 (b) 款的规定向外国政府的代理机构或其他机关的负责人能够产生正确送达的效果”。

第 1608 条 (a) 款适用于外国或外国政府的分支机构。第 1608 条 (b) 款适用于外国政府的代理机构或媒介机构。第 1603 条 (b) 款规定的“外国政府的代理机构或是媒介机构”联邦民事诉讼规则中的解释是“指定的个人、公司或是其他组织形式”和“外国国家组织、政治的分支机构、或是机构的多数股权或其他利益属于外国国家组织、政治分支机构”并且“不是美国的公民，也不是依照第三国法律设立的公司、机构”。

参照第 1608 条 (a)、(b) 款规定，对中国国家政府、政府的分支机构、代理机构或其他组织机构送达司法文书时中美两国需要依照《海牙送达公约》中的相关规定，如果《海牙送达公约》中规定的方式不能产生送达效果，原告则需要根据 1608 条 (a) (4) 款的规定通过美国驻中国的大使馆向国务院、领事机构、国际联络机构送达对中国政府的传票、诉讼文书和诉讼通知。同样的，向外国政府的代理机构、媒介机构送达的调查委托书也需要根据 1608 条 (b) (3) (A) 款的规定，由国务院、领事机构以及国际联络机构代为转达。

美国联邦民事诉讼规则第 4 条 (j) (2) 款规定，“对国家政府、国有公司或者该国的其他国有机构送达传票和诉讼文书时必须向该机构的主要负责人送达或者是按照该国的在这方面的送达规定操作时，才可能产生送达效果。”

结论

美国诉讼中的送达规则在中国内地适用时，美国律师需要考虑美国法律规定的美国主管机构的做法，同时也要考虑中国法律规定下他们享有的权利。因为美国法院作出执行判决需要由中国法院依据中国法律的规定审核送达程序是否有效遵守，因此对美国当事人而言，有利的生效判决并不必然就能在中国得到执行。

美国诉讼中的送达程序只有当向本人或者本人的近亲属或关联公司正确送达时，该送达才能产生送达效果。

《海牙送达公约》规定的通过中央主管机关代为送达的方式在中国是必要的选择方式。事实上，如果送达违反了相关法律的相关规定但是在美国法院却认为该送达有效并因此作出裁决，则该裁决很难获得中国法院的认可。

九、法官、检察官、律师、媒体视点、学者观点、公证专题

(一) 理论动态、学者视点

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

2013 年 11 月 30 日 中国私法网

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。今天的报告分为三个部分。

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存在的复杂问题。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：一是我国国家事实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 and 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合同当中体现出来的。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，父亲应不应该养活他们呢？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

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和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。我非常有幸参加青年论坛，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，上诉到景德镇市中级人民法院。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，同时还将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冲期，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办法，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

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
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。

论遗嘱自由之限制：立法干预的正当性及其路径

《现代法学》2012 年 05 期 蒋月

摘要：从平衡遗嘱人意愿与其近亲属利益、否定歧视妇女的传统、维护社会公序良俗、保护社会公平等考虑，均有必要找到遗嘱自由的“恰当地底线”。在域外继承法中，无论大陆法或英美法传统的国家和地区，普遍采取措施对遗嘱自由进行一定限制。我国现行《继承法》却对遗嘱处分无所限制，仅必留份除外。该种过度信赖遗嘱人自治的立法，与财产继承法自身承担的职责任不符。改革开放以来，遗产分配争议明显增多，与现行遗嘱继承立法不足有直接关系。我国遗嘱继承立法宜借鉴域外继承法经验，对遗嘱处分实施适当的限制，引入结婚导致婚前所立遗嘱无效、特留份制，限制遗嘱处分婚姻居所等，以保护被继承人近亲属的应得继承份额。

关键词：遗嘱继承 遗嘱自由 处分限制 立法构想

按照我国现行《继承法》，除必留份外，被继承人可以订立遗嘱将财产留给其选定的任意一个或者数个法定继承人或者其他继承人，其配偶、子嗣却均无法法律依据去抱怨遗嘱人没有留给他们任何遗产！正因如此，有人立遗嘱将遗产全部留给其儿子，不分给出嫁女儿分文；有人立遗嘱将遗产全部分配给婚生子女，而未留给非婚生子女份额；有人立遗嘱将遗产全部指定由配偶继承，不留给子女分文[1]；还有人临终前立遗嘱将遗产全部指定分配给提供照料者，而未留给近亲属，[2]甚至有人将遗产全部遗赠给婚外同居者，而未留给妻子和子女任何财产。[3]虽然立遗嘱仅仅是少数人的作为，但是，赋予遗嘱人如此大尺度自由合理吗？近些年来，多数研究成果认为，仅有适用范围极其狭窄的必留份约束是不够的，立法应当进一步限制遗嘱自由！那么，继承法为什么应当对遗嘱自由实施更多限制？应当通过哪些措施来限制遗嘱处分？本文基于个体自治与国家干预之妥协的立场，讨论立法干预遗嘱人意思自治的考虑要素，借鉴域外法相关经验，主张对遗嘱自由实行必要限制，以达成以亲属为主体的相关利益者之间的利益公平，防范损害社会公序良俗及公平的行为，并提出了若干立法建议。

一、对遗嘱自由给予必要限制的正当理由

遗嘱既为社会制度，自不能完全委之于立遗嘱人的自由意志，而须顾及一般社会及生者的利益，加以相当限制[4]。遗嘱不得违反强行规定或公序良俗，否则无效。为达成遗嘱人的个人意愿与社会利益之间的平衡，遗嘱继承法应当根据社会经济制度、国民生活水平、历史传统、道德伦理观等考虑，规范遗嘱，防止遗嘱人滥用遗嘱自由权。

（一）平衡遗嘱人意愿与其近亲属之间的权益之需

对遗嘱自由实行一定限制，在很大程度上是为了保护遗嘱人近亲属的继承份额。依从遗嘱自由，遗嘱人的意志与其近亲属的财产利益存在一定矛盾，因为理性人有时会作出极不理性的决定。通常情形下，一个心智健全、有记忆力的人会作出理性的财务决定；但是，如果遗嘱人因故存有偏心或者一时兴起，就可能剥夺多数甚至全体继承人的继承权。被剥夺继承权的亲属虽可以质疑死者的理智或亲情，试图证明遗嘱人受到了来自受益人的“某种诱惑或威逼”以致订立了不符其本人真实意愿的遗嘱。然而，这种质疑或否定的证成总是极其困难和昂贵的。唯有通过立法，预见性地对极端不合理的遗嘱处分进行限制，才能最经济、最合理地实现财产利益分配的基本平衡。

（二）否定歧视妇女的传统和坚持男女平等的需要

我国现行《继承法》坚持男女继承权平等原则，但是，欠缺有效限制遗嘱自由的条款。现实中，受到歧视妇女的旧意识、传统、习俗的影响，遗嘱人歧视、剥夺妇女继承权的现象较为常见。

在遗嘱中，最常见剥夺继承人继承权的情形有两种：一是剥夺出嫁女儿的继承权；二是剥夺妻子的继承权。河南省濮阳市妇联对当地农村妇女财产权益被侵害情况专项调查显示，受访的 6 个村农村中都有妇女财产被侵害的情形，其中财产继承难等尤为突出。许多农村妇女认同“出嫁女儿对父母遗产不应该享有继承权”，自动放弃财产继承；仅有 8% 的妇女要求依法继承，但她们也难抵家族人的反对。2002 年中国（海南）改革发展研究院对西部 12 省（区、市）农村的综合调查显示，有 13.9% 的受访者认为女孩、妻子不能继承土地使用权[5]。陈苇等人于 2005—2006 年间在北京、山东、重庆、武汉四地完成的当代继承习惯调查也发现，“在某些地区有少部分被调查者在继承时仍存在歧视女性的传统观念”，有“很低”比例的受访者选择“被继承人的出嫁女儿”作为“继承权丧失”的事由[6]。从 1930 年立法承认继承家产时男女平权，迄今已 80 余年，然而，性别不平等观念及传统分家析产习俗的影响仍存在，民众对妇女继承权的认识仍不充分。故继承法有必要针对歧视妇女的传统与习俗，增设有效保护女性平等继承权的条款。

(三) 遗嘱自由受到家庭制限制及面临保障老人群体有尊严地生活的巨大压力

遗嘱自由应受到家庭制的限制。婚姻和家庭受我国《宪法》保护，遗嘱继承法应当遵守婚姻家庭法的基本价值观，“必须考虑家庭制度的稳定和正常发挥，考虑被继承人对其家庭成员的责任”，[7]更不能突破婚姻家庭制度的底线。如果遗嘱生效，将动摇遗嘱人所在婚姻、家庭的物质基础，或者将极大地打击其近亲属对婚姻家庭的信赖与付出，则该遗嘱不宜被赋予效力。家庭是社会的基础细胞，遗嘱自由不应成为冲毁家庭堤坝之水。在工业化国家和地区，社会保障与福利水平高，对遗嘱自由的约束仍然较多，我国岂能有理由例外？

同时，让庞大的老人群体有尊严地生活，是我国继承法必须正视的巨大挑战。在祖国大陆地区，截止到2011年末，有65岁及以上老人1.23亿，约占总人口的9.1%；且1.85亿60岁以上老人，有2/3时间处于“带病生存状态”；到2050年，我国80岁以上高龄老人将占65岁以上老年人口的三成，劳动力人口与老年人口比将是2.8:1[8]。少子化及小家庭难以承担超重的养老责任，而社会养老条件尚不完备。继承法应当充分注意到婚姻家庭继续承担着且迄今无其他制度可以替代的社会责任。

(四) 为遗嘱处分合乎社会公序良俗而定规矩

公序良俗作为民法基本原则之一，是对个体意思自治划定的底线。民事行为不得违反公共秩序和社会善良风俗，否则，不发生法律效力。我国《民法通则》第7条规定，“民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益”。遗嘱自由不应成为稳定、良好的社会关系的破坏力量。

为使遗嘱合乎公序良俗，需在合理限度内对遗嘱人的自由意志给予必要限制，引导遗嘱人实施理性行为。尊重死者，包括其遗言，是人类共同传统。古语云，“人之将死，其言也善”。不过，此仅为一般情形。若无法定限制，遗嘱并非无一例外地表达最后的“理性意思”。继承法应当针对可能出现的损害社会公序良俗的遗嘱处分，进行预防性立法，以阻击“临终乱命”的遗嘱。

(五) 保护社会公平之需

基于公平而限制遗嘱自由，是法律应为之举。公平意味着有关各方应以大致均等的方式分配合作产生的剩余财富。对于不公平的结果，政府或国家应当作出反应，以纠正个体自治对社会整体机制可能产生的侵蚀。法律正是协调和规制各方利益的“中立者”。

遗嘱不应剥夺共同利益人的正当的遗产利益期待。遗嘱自由保障被继承人能积极订立遗嘱，在身故仍能影响或“控制”其财产。同样，遗嘱对相关者的财产利益有着重要影响。被继承人与其利益相关者置身于相互承诺与照顾的亲属网络中，各方长期相互包容、互信、合作、互助，尽量实现互利。不过，被继承人订立遗嘱时，是否照顾到了应照顾之人，他人不得而知。为避免被继承人立遗嘱时因过分自由或“异想天开”，以致抛弃婚姻、家庭、亲属、忠诚、团结、友爱等基本社会价值，立法应采取相应的阻止行动，保护和促进社会公平正义。

二、我国现行《继承法》放任遗嘱自由之评析

新中国成立以来，法规范对遗嘱自由的规制，在1950年代，思虑较周到，限制较多，内容合理[9]；但从1960年代开始限制减少。这种变化，与其说是继承法规范对遗嘱自由的极大承认，倒不如说是受制于当时意识形态领域“狠批一个私字”、私有财产极少之事实，以及立法“宜粗不宜细”指导思想的影响。在使用“自由”一词都十分谨慎的年代，对遗嘱进行限制似无必要。改革开放以后，随着公民私有财产价值越来越大、种类越来越多，保护私有财产的权利意识增强，限制遗嘱自由的呼声越来越多。

1985年《中华人民共和国继承法》，延续此前相关司法解释精神，对遗嘱自由的限制极少。仅下列两种情形下，对遗嘱处分给予限制。首先遗嘱应当对缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额。继承人是否缺乏劳动能力有没有生活来源，应按遗嘱生效时该继承人的具体情况确定。[10]其次，如果被继承人死亡时，其妻已怀孕的，分割遗产时须为胎儿保留继承份额。“应当为胎儿保留的遗产份额没有保留的，应当从继承人所继承的遗产中扣回。……”[11]换言之，如果遗嘱内容违反了前述任一情形的，该遗嘱将部分或者全部无效。

“必留份”是新中国继承法的创造，但因“双缺乏”而享有“必要的遗产份额”的法定继承人毕竟是个别的，故其限制遗嘱自由的作用极其微弱。事实上，被继承人死亡时，若无双缺乏之继承人，遗嘱处分就处于几无限制的状态！恰恰这种情形最为常见！《继承法》不效仿大陆法传统国家或地区遗嘱继承法普遍实行的特留份制度，除了民族传统差异，更多是受制于立法当时社会的政治经济制度及意识形态影响。在社会主义条件下，有劳动能力的人都可以通过劳动而保障自己的基本生活之需[12]。立法既无必要也不应该设立特留份。如今，社会条件发生了重大变化，无边界的遗嘱自由，的确有必要添加适当限制，照顾到利益主体各方的利益。

三、域外法限制遗嘱自由的途径与措施

在承认遗嘱自由原则的所有国家或地区，都对遗嘱自由实行一定限制。除了遗嘱不得与法律规定相抵触、不得损害社会公共利益、善良风俗外，综合看，大陆法传统和英美法传统的遗嘱继承法中，限制措施主要有特留份制、遗产先取权、特殊贡献份额、抚养费请求权、因结婚而致无效、赋予法庭“修改遗嘱”或“重写遗嘱”的权力等，其中特留份制最为普遍。遗嘱人用遗嘱处分自己财产的意思表示，只有不违反对遗嘱自由之限制，方为有效。

(一) 特留份制

特留份，又称“保留份”、“强制应继份”、“必继份”，是指依法必须留给一定范围的法定继承人而遗嘱人不得以遗嘱处分的部分财产。大陆法传统的主要国家和地区的继承法都设有特留份制度。《法国民法典》第913条

至第 916 条[13]、《德国民法典》第 2303 条至 2338 条[14]《意大利民法典》第 536 条至第 564 条[15]《瑞士民法典》第 470 条至第 480 条[16]、《日本民法》第 1028 条至第 1044 条[17]、《韩国民法典》第 1112—1118 条[18]以及中国《澳门民法典》第 1994 条至第 2015 条[19]、我国台湾地区“民法”第 1223 条至第 1224 条，都详细规定了特留份，内容包括特留份、特留权利人、特留份份额及计算等。[20]

根据特留份计算方法的区别，特留份立法例有两类：“各别特留主义”和“全体特留主义”。

1. “各别特留主义”立法例。遗产继承时，以各个法定继承人的法定应继份为基数，按其应继份的一定比例确定为其特别留存的遗产份额。各个法定继承人应继份不尽相同，故以此为基础计算得出的特留份比例也不同。德国、瑞士、奥地利、日本、韩国、越南和我国台湾等地的继承法，均是各别特留立法例。

《德国民法典》第 2303 条规定，被继承人的晚辈直系血亲、父母和配偶作为特留份额权利人，其特留份额为法定应继份价值的半数[14]。在韩国，特留份权利人及“继承人的特留份，依据以下各项确定：1. 被继承人的直系卑亲属，为其法定继承份额的 1/2；2. 被继承人的配偶，为其法定继承份额的 1/2；3. 被继承人的直系尊亲属，为其法定继承份额的 1/3；4. 被继承人的兄弟姐妹，为其法定继承份额的 1/3。”[18]

2. “全体特留主义”立法例。以被继承人的遗产总值为基数，将一定比例的遗产确定为特留份，由同一顺序的特留份继承人按应继份比例分配。法国、意大利、日本、中国澳门特区的继承法，均采用全体特留立法例。在《日本民法》中，特留分权利人及其特留分，除兄弟姐妹以外的继承人，按下列规定得到特留分：1. 只有直系尊亲属为继承人时，为被继承人财产的 1/3；于其他情形，为被继承人财产的 1/2[17]。《澳门民法典》对特留份的规定，内容完备。“特留份继承人为配偶、直系血亲卑亲属及直系血亲尊亲属，且按照为法定继承所定之顺序及规则而继承；……”如配偶单独继承的，其特留份为全部遗产的 1/3；配偶与子女共同分享特留份的，则特留份为全部遗产的 1/2；如无配偶，子女的特留份为遗产的 1/3 或 1/2；二亲等及二亲等以外的直系卑亲属，有权享有其直系血亲尊亲属应得的特留份；如配偶与直系血亲尊亲属共同分享特留份，特留份为遗产的 1/2；如无直系血亲卑亲属或生存配偶，则直系血亲尊亲属的特留份为遗产的 1/3 或 1/4……[19]。

全体特留之计算方法，直接以遗产总额为基础起算，不考虑不同继承顺序继承人的应继份差别，简单易行。各别特留之计算方法，反映不同的特留份继承人与被继承人之间关系的亲疏远近，并注意到特留份权利人对遗产积累贡献的有无及大小，计算复杂，对各位特留份继承人也更公平，从继承份额的绝对值看，更有利于配偶和其他法定继承人。

（二）遗产先取权

对于家庭生活必需品、日常生活用品以及与被继承人人身密不可分的物品，生存配偶或家庭其他成员有权优先取得，以满足基本生活之需，维持正常生活秩序。被继承人死亡，对生存配偶利益的损害或潜在威胁最大。同时，日常生活用品，作为遗产，对于生存配偶的价值与对于其他继承人的价值有所不同。允许生存配偶等人优先取得某些特定物品，是寻求不同利益衡平点的一种有效措施。

（三）特殊贡献份额

《韩国民法典》第 1008-2 条规定特殊贡献份额的保护，共同继承人中有人对被继承人财产的维持或增加作出过特别贡献的，诸如被继承人同居、护理及以其他方法特别扶养被继承人，自继承开始时被继承人的财产价值中扣除共同继承人协议确定的该人的特殊贡献份额后所剩余财产，始视为遗产。特殊贡献份额，如果有关当事人协商不成或不能协议时，家庭法院根据所定特殊贡献者的请求，斟酌贡献的期间、方法及程度和继承财产额及其他情事，确定特殊贡献份额。特殊贡献份额，不得超出继承开始时被继承人的财产金额和扣除遗赠的金额[18]。针对特殊贡献保护之需，《韩国民法典》1990 年初始增订该特殊贡献条款。该规定对遗产贡献的区分，甚为体贴。

（四）结婚导致婚前所立遗嘱当然被撤销

在英国，为了使家庭可从遗嘱人的财产中受益，根据《1837 年遗嘱法》第 18 条等制定法条款，婚前订立的遗嘱，因为立遗嘱人后来结婚而当然被撤销[21]。Waite 法官指出，“家庭做什么远远多于家庭是什么。一个家庭单位是一个把家庭成员紧密联系在一起的社会组织。家庭的功能包括生育、性、社会化、经济、感情的。而这些还不是家庭功能的全部。”[22]结婚是新生活开始的时刻，意味着个人生活的根本变化，他或她由此获得了新的人身责任和经济义务。不经意地剥夺配偶和子女继承其遗产的权利，对配偶和子女是不公允的。如果当事人婚后未设立新遗嘱或者未能取消婚前所立遗嘱，其配偶和子女将无从受益。此规则可以防止家庭陷入困境。当然，大多数婚姻当事人都希望自己的配偶和子女能从其遗产中获益，这是人之常情。

不过，结婚导致当事人婚前订立遗嘱被撤销之规则，有两个例外。如果遗嘱本身与计划中的特定婚姻有关，或者遗嘱人行使了选任权赋予受赠人约定权力，财产将按照赠与人的愿望而处理的，该遗嘱将不因遗嘱人结婚而被撤销[23]。

（五）抚养费请求权

在英国继承法中，对于家庭成员负有不可推卸的扶养义务之被继承人，不得以遗嘱方式规避法定义务，否则，利害关系人可以请求法庭保护。根据《1975 年继承法（家庭和被扶养人的供养）》，生存配偶、死者的未再婚前配偶、子女、死者生前视其为家庭子女之人、在死者死亡前不久受其全部或者部分供养之人，有权从遗产中获得合理经济供养之费用，如果被继承人的遗产处分不足以申请人提供合理经济供养的，权利人有权向法庭申请相关

命令，责令由被继承人的净遗产向申请人提供定期支付，或命令变更基于原婚姻当事人双方利益作出的婚前或婚后安排，包括遗嘱，使之有利于生存配偶的利益或者子女的利益；法院认为综合个案所有情况显得公平合理的前提下，可以变更遗嘱处分；申请人还可以请求法院撤销死者在死亡日之前六年内为规避其法定经济供养责任而实施的处分行为[21]。

（六）赋予法庭修改遗嘱或“变更遗嘱”的权力

在审理遗嘱争议过程中，法庭行使其自由裁量权认定遗嘱的效力或者否定或者部分否定遗嘱效力，某种程度上说，就是对遗嘱的修改，对遗产作出了“新处分”。特别是在英美法传统的国家和地区，法院的权威更强大，虽然法院原则上不能重写遗嘱人的遗嘱，但的确有权力推定遗嘱的意思或变更遗嘱。为保障应享有公平遗产利益之人提供保护，设立了常规性的制度救济途径。这真正的最终约束，将促使遗嘱人立遗嘱时三思而后行，行为更加理性。

四、我国限制遗嘱自由的立法构想

与其等遗嘱生效时发现存在违背法律原则或社会公平之情形而不得不宣布其无效，甚至发现社会公平利益期待落空而无法补救，不如立法事先明文划定遗嘱自由的底线，明确哪些人的遗产利益必须予以照顾或保护。我国修订继承法，应当充分重视对生存配偶继承权、未成年子女继承份额及对被继承人其他近亲属应得继承利益的保护。借鉴其他国家和地区继承法的经验，设立结婚导致婚前所立遗嘱当然被撤销的条款，引入特留份制度，限制遗嘱人处分婚姻居所，赋予生存配偶和未成年子女对遗产享有抚养费请求权，赋予法庭修改遗嘱条款的自由裁量权等。

（一）结婚将导致婚前所立遗嘱当然被撤销

英国遗嘱法将结婚明定为自动撤销婚前订立遗嘱的法定事由之经验，值得借鉴。其理由简单明了，将遗嘱人的配偶、子女等排除在遗产受益人之外，对配偶、子女不公平。事实上，每一个人对于其死亡后家庭的命运、近亲的将来，都甚为关切。法定婚前遗嘱因遗嘱人结婚而当然无效，可弥补遗嘱人遗忘早先所立遗嘱之欠缺，替其完成未了的心愿。一旦实施，简便易懂，方便实行。

（二）引入特留份制度

为了保护生存配偶特别是寡妇的应继份额，保护子女及其他近亲属得到适当遗产，我国多数法学研究成果都主张引入特留份制。[24]

1. 特留份权利人，包括直系卑血亲、直系尊血亲、配偶。在不同国家和地区继承立法中，特留份权利人基本上囿于直系血亲及配偶，不包括旁系血亲。我国可仿效最普遍的做法，将特留份权利人明定为直系卑血亲、直系尊血亲、配偶。

2. 特留份的份额。借鉴《日本民法》，简明扼要规定，若只有直系尊血亲为继承人时，特留份份额为被继承人遗产的1/3；对于其他情形，特留份为被继承人遗产的1/2。

3. 特留份的保全。为防止被继承人实施损害特留份权利人的权利的财产处分，宜规定扣减予以救济，允许特留份权利人向法院请求扣减，以恢复其享有的特留份份额。对于在继承开始前一年内的赠与，可以扣减。但是，当事人双方明知有害于特留份权利人而仍为之赠与的，虽系一年前所赠，也得扣减。凡特留份权利人及其继承人，均享有扣减请求权。扣减时，应先扣减遗赠，然后是生前赠与。对于恶意第三人，扣减仍可溯及。鉴于国土面积大，扣减请求权，自特留份权利人知悉继承开始及有应扣减的赠与或遗赠时起，两年内行使；超时未行使的，归于消灭。自继承开始时起经过20年的，亦同。

4. 特留份的放弃与丧失。宜以《德国民法典》有关规定为参考，特留份继承人抛弃继承权的，仍可请求特留份。特留份的放弃，可以在继承开始前后的任何时候以书面形式明示。此举也便于被继承人生前作出适当处分。

（三）对遗嘱人处分婚姻居所实行必要限制，保障生存配偶对婚姻居所享有居住权

房屋所有权价值的增大将是影响继承法的强有力因素。为了使生存配偶、未成年子女能够在原婚姻居所内继续生活，有必要适当限制遗嘱处分作为婚姻居所的房产。根据2000年第五次人口普查，在我国大陆地区，平均每户住房间数2.82间，人均住房建筑面积仅23.86平方米[25]。随着工商业发展，房价越来越高。对于绝大多数人而言，一生中仅有能力购房一次。如果没有特别限制，遗嘱人极可能对作为居所的房产作出处分，遗产分配完毕后，房屋可能被分割、出售，死者的家人将如何能够继续安定地生活？

应赋予生存配偶对婚姻居所享有“优先居住权”。婚姻居所是生存配偶继续生活的基本条件，又犹如生存配偶的“人生日记”，“记载”着过往的日子，有较大的精神慰藉作用。立法有必要赋权生存配偶留在婚姻居所内继续生活，以免在房产属于死者生前个人财产的情形下遭遇“扫地出门”。也可以赋予生存配偶对居所内的家具有先取权。[26]

（四）赋予被继承人的配偶和未成年子女对遗产享有抚养费请求权

可以考虑赋予生存配偶、未成年子女及死者生前供养的近亲属享有“抚养费请求权”，从遗产中扣减权利人的抚养费。遗产中，法律没有保留权利的部分，才是被继承人可以自由处分的财产。

（五）赋予法庭酌情修改遗嘱条款的自由裁量权

法院担负着惩恶扬善、维护公平正义的重任。发生遗嘱争议时，立遗嘱人不可能站出来解释：在当时条件下他或她的意思表示是什么以及他为什么如此处分。法庭经过合理解读遗嘱，将最终作出公正裁决。法院应当尊重

并尽量满足立遗嘱人的合理预期。但这不是说，面对遗嘱，法院只能充当“遗嘱执行人”，而干不了别的！为了给死者生前供养之人提供合理的经济供给，或者发现遗嘱遗漏了应当享有遗产利益之人的应有份额，为了维护公序良俗，必要时，法院应当行使自由裁量权，修改明显不公平或不合乎公共秩序的遗嘱条款。

总而言之，继承法是亲属法与财产法的“混血儿”。自从个体自由、个人自决等价值观导入婚姻家庭，家人、亲人相互之间关系发生了根本变化，在当代，社会福利为人们提供越来越多支持与服务，削弱了婚姻家庭传统的保障功能，但是，婚姻、家庭作为人类社会的基础性结构，仍然保有着强大的基础支撑作用，迄今尚无其他制度能够替代。遗嘱继承立法有义务提醒财产所有权人立遗嘱处分财产时，必须关注其近亲属——那些与他或她朝夕相处、休戚与共的人们，那些赋予其生命、默默支持他/她成长、陪伴其成熟、变老的人，尽管遗嘱人也有权利将其财产指定分配给他愿意授予财产之人。遗嘱继承法应当为基于法律强制而“不得不履行法定义务”的亲人，以及为那些因为爱、责任而甘心付出的“亲人们”提供应有的保护与待遇。

【注释】

- [1]我国著名医学专家邝安堃丧妻多年后，86岁时与照料他生活的姑娘朱某结婚。1992年邝病逝。邝生前立有遗嘱，将其名下所有财产悉数赠与朱某。邝的两个儿子向法院起诉提出异议，要求继承父母遗产，均被法院判决驳回。（参见：胡瑜，阮巍千万遗产案一审判决：教授全部财产归小保姆[EB/OL]. [2012-05-01]. <http://news.sohu.com/20080719/n258245969.shtml>）
- [2]例如，浙江省杭州市的裱画师叶瑞亭生前订立遗嘱，把价值百万元的所有财产及房产遗赠给长期照料他生活的年青女士吴菊英，分文未留给女儿邵丽娜、陈丽娟。邵丽娜、陈丽娟起诉吴菊英，要求被告归还死者遗产。2001年1月19日，杭州市中级人民法院终审认定，邵丽娜、陈丽娟上诉的请求和理由缺乏事实和法律依据，判决驳回上诉，维持原判。（参见：岳耀勇，范跃红杭州裱画师百万遗产不赠女儿赠保姆[EB/OL]. [2012-05-01]. <http://news.sina.com.cn/s/173569.html>。）
- [3]四川省泸州市的黄永彬于1963年6月与蒋伦芳登记婚姻。1996年，年近六旬的黄永彬与年近30岁的爱姑相识后，公开非法同居生活。2001年4月18日，黄永彬立下书面遗嘱，将其住房贴、公积金、抚恤金和卖房款的一半及手机1部，总计6万元的财产赠与“朋友”爱姑所有。泸州市纳溪区公证处对该遗嘱出具了公证书。同月22日，黄永彬病逝。当日，爱姑以蒋伦芳侵害其财产权为由，向泸州市纳溪区人民法院起诉。第一、二审人民法院均以该遗嘱违背社会公德、损害社会利益为由，认定该遗嘱无效，驳回原告的诉讼请求。（参见：赵兴军，友东鸿，张晓东，全国首例“二奶”状告死者发妻争夺遗产案纪实[EB/OL]. [2012-05-02]. http://www.110.com/faly/falvanli/minfaanli/jcfal/2010/0723/165248_2.html；兰平，内容真实的遗赠是否一定有效[EB/OL]. [2012-05-01]. <http://nxfy.chinacourt.org/public/detail.php?id=37>。）
- [4]陈棋炎，黄宗乐、郭振恭. 民法继承新论[M]. 修订5版. 台北：三民书局股份有限公司，2009：240.
- [5]杨震敏. 论中国妇女财产继承权的保障问题[EB/OL]. [2012-05-02]. <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=13132>.
- [6]陈苇等. 当代中国民众继承习惯调查实证研究[M]. 北京：群众出版社2008：67.
- [7]张玉敏. 继承法律制度研究[M]北京：法律出版社1999：243.
- [8]中国60岁以上老人超1.8亿每100人中就有14人[EB/OL]. [2012-06-01]. http://news.china.com.cn/rollnews/2012-04/08/content_13634227.htm.
- [9]体现在最高人民法院及其各分院关于继承方面的决定、批复、解答中，这些限制涉及四项内容：遗嘱剥夺女儿继承权的，部分无效；遗嘱剥夺了无劳动能力继承人的继承权的，部分无效；遗嘱损及继承人的继承权而发生重大不公平结果的，无效；遗嘱与公共政策相抵触的，无效。
- [10]最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第37条。
- [11]最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第45条。
- [12]王利明. 中国民法典学者建议稿及立法理由[M]. 北京：法律出版社，2005：529.
- [13]法国民法典[S]. 马育民，译，北京：北京大学出版社，1982：189-190.
- [14]德国民法典[S]. 陈卫佐，译注，北京：法律出版社，2004：559-565.
- [15]意大利民法典[S]. 费安玲，等，译，北京：中国政法大学出版社，2004：138-144.
- [16]瑞士民法典[S]. 殷生根，译艾棠，校北京：法律出版社，1987：124-127.
- [17]日本民法[S]. 曹为，王书江，译，北京：法律出版社，1986：203-206.
- [18]韩国继承法[G]吴宗训，蒋月，译，陈苇. 家事法研究：2010年卷. 北京：群众出版社，2011：346-347.
- [19]赵秉志. 澳门民法典[M]. 北京：中国人民大学出版社，1999：508-513.
- [20]参见：蔡墩铭. 民法立法理由判解决议实务问题令函释示汇编[M]. 8版. 台北：五南图书出版公司，1996：1166-1167.
- [21]英国婚姻家庭制定法选集[M]. 蒋月，等，译，北京：法律出版社，2008：1-2.
- [22][1998]1F. L. R. 6, CA, See Rebecca Probert, Cretney's Family Law, 5th ed. Sweet&Maxwell, 2003: 1.
- [23]Roger Kerridge, A. H. R. Brierley. The Law of Succession[M]. London: Sweet&Maxwell, 2002: 124-128.
- [24]参见：刘春茂. 中国民法学·财产继承[M]. 北京：中国人民公安大学出版社，1990：328-341；梁慧星. 中国民法典草案建议稿[M]. 北京：法律出版社，2003：375-376；徐国栋. 绿色民法典[M]. 北京：社会科学文献出版社，2004：262-263, 266；王利明. 中国民法典学者建议稿及立法理由[M]. 北京：法律出版社，2005：529-530, 585-596.
- [25]第五次人口普查数据表8—13全国按户主的职业分的家庭户住房状况[EB/OL].
- [26]徐国栋等人也持相同观点。（参见：徐国栋. 绿色民法典[M]. 北京：社会科学文献出版社，2004：263.）

让研究会成为法学研究的主战场

为法治中国建设努力

—中国法学会第七次全国会员代表大会速记

2013年12月02日 民主与法制时报 段文静

编者按：

中国法学会第七次全国会员代表大会 11 月 29 日上午在人民大会堂开幕。中国法学会党组书记、常务副会长陈冀平作了题为《团结和引领全国广大法学法律工作者，为实现中华民族伟大复兴的中国梦而努力奋斗》的第六届理事会工作报告。

当日下午 2 时 30 分，在天泰宾馆、中国职工之家及广电国际酒店三个会议驻地，与会代表学习讨论了孟建柱同志代表党中央发表的祝词、审议第六届理事会工作报告。本报记者分赴各个小组讨论会场，倾听代表们的热议、深入采访与会代表、集纳各路观点，推出这组中国法学会第七次全国会员代表大会侧记——地方政法官员的反思、法学家们的学术建言、地方法学会会长们的丰富经验、法学会工作者的殷殷期盼，一一详录，以飨读者。

“陈书记的报告很全面、深刻。” 2013 年 11 月 29 日下午 2 时 30 分，参加中国法学会第七次全国会员代表大会的代表陆续走进会场，在分组讨论中热议陈冀平书记的工作报告。

在广电国际酒店和职工之家分会场，与会代表以各研究会的会长居多，他们中绝大多数亦是高校的学科带头人。

“研究会作为法学研究主阵地和主力军的作用得到充分发挥。” 报告中的这一表述让在座的研究会会长们精神振奋。围绕着中国法学会最重要的工作——法学研究和法学服务，代表们畅所欲言。

研究和服是重头戏

对于中国法学会的法学研究工作，代表们均给予高度肯定。

中国法学会刑事诉讼法研究会会长卞建林代表认为：“法学会这几年做的工作可真不少，事情越做越多，越做越好。”

“国家法治发展到今天，中国法学会功不可没。” 陈卫东代表阐述了自己的观点。他认为，中国法学会在组织全国法学和法律工作者研究社会主义法律体系如何完善的过程中，包括法律起草、论证，促进法治中国建设方面的舆论宣传和理论研究以及对中央的一些建议报告，都做了很多工作，力度都是空前的。

事实上，除了中国法学会自身的研究课题，各研究会在法学研究和法学服务上逐渐成为主角。

中国法学会对于研究会的重视程度，各研究会会长都有亲身感受。“我们每年一次的年会是研究会的大事，对此，中国法学会都非常重视，包括选题的确定，给予指导和经费的支持，且每次中国法学会都会派一个副会长出席。” 卞建林说。

作为产出，各研究会通过年会、研讨会、论坛等形式，广泛开展基础理论研究和应用对策研究，取得了一大批高质量研究成果，宪法学研究会、刑法学研究会、刑事诉讼法学研究会、民事诉讼法学研究会、婚姻法学研究会等共计 53 个研究会都在各自的研究领域成绩斐然。

由于各研究会多依托高校，现在很多高校把中国法学会的课题研究看成是省部级的课题，他们明显地感觉到在选题的拟定、招投标、管理、验收上，中国法学会研究会的工作越来越规范，各研究会做起来也更加得心应手。

突出实证上下工夫

突出实证，各研究会在做足理论研究的同时，更注重实证，吸纳实务部门的参与，服务于国家急需。

这几年，围绕着深化刑事司法改革、刑事诉讼法的修改完善开展研究，积极推动修改后的刑事诉讼法贯彻实施，刑诉法研究会做了大量工作。

众所周知，刑诉法研究会研究的课题重大，包括依法治国、司法改革等，在 50 多个研究会里面，刑诉法研究会位居各研究会第一梯队。

近年来，刑诉法研究会年会的主要议题就是围绕刑诉法的修改，在促进刑诉法修改过程中，刑诉法研究会核心成员、骨干成员，几乎全方位参与，制定、论证调研、宣讲等少不了研究会会员的身影。

对于实证研究，陈卫东代表很有感触，“我们的研究就像自然科学的研究一样，要把研究成果转化成生产力。我这些年的研究主要采用实证研究的方法，采用课题、选择试点单位等方式，跟实务部门紧密配合。”

“一定要把问题的研究与实践相结合并进一步指导实践。” 陈卫东代表告诉记者，他在全国各地先后推动了看守所押人员的巡视制度、在押人员的投诉保障机制、量刑程序规范化、侦查权的平衡等项目。这些项目都为我国的司法改革、刑事诉讼法修改提供了非常鲜活的实践模板，因此很多都被采纳了。

在今后的工作中，刑诉法研究会也确立了工作目标，那就是：至少三到五年时间把法律规定、立法进步落到实处。一方面开展跟踪，实证研究，了解法律贯彻情况；另一方面，研究解决司法实践里存在的问题，把握方向，努力健全高效权威的社会主义司法制度。

加快成果转化

“作为研究会，从事法学理论研究，然后把它转化为立法、司法成果是我们研究会非常重要的工作。” 中国法学会婚姻法学研究会会长夏吟兰代表认为。

参与最高法院的论证和起草，把研究成果化为司法解释，转化为立法活动，是该研究会一以贯之的工作和目标。

10 年来，婚姻法学研究会一直在积极参与推动《反家暴法》进入立法规划，夏吟兰代表欣喜地告诉记者：“现在该法已经列入了“十二五”规划的立法规划。”

家庭暴力为什么要单独立法？在夏吟兰看来，这一直是业界争论的焦点所在。

夏吟兰解释说：“家庭暴力立法之所以进展慢，是因为在整个法律体系中有关对人身侵害本身有一些规定，比如伤害罪、遗弃罪、虐待罪等。很多立法者认为，这不是有相关规定了吗？而婚姻法学研究会要证明的就是《反家暴法》势在必行。”

据了解，在婚姻法学研究会的推动下，2001年《婚姻法》修改时，把禁止家庭暴力写到婚姻法中，在立法层面第一次肯定了家庭暴力这一概念。有了概念后，有了一个概括性的法律责任：救助措施。

然而这显然是不够的，夏吟兰说，这些年家庭暴力是不断发生的，随着社会矛盾的不断出现，更多地体现在家庭中。中国法学会反家暴网络曾做过一项调查，夫妻之间家庭暴力发生率三分之一，父母对子女的暴力占了三分之二。

夏吟兰表示，婚姻法学研究会参与立法立项的论证，主要是围绕其必要性和可能性。目前该研究会的研究成果包括，要通过民事保护令让受暴者远离暴力，以及通过告诫制度制止已发生、不构成犯罪的暴力行为再度发生。

目前两项制度虽没有立法，但都处于试行阶段。民事保护令在一些法院已经试行，告诫制度在公安机关试行。

“我们现在希望把它写到法律上，而不只是试行。现阶段我们参加了反家暴法的立法起草工作，重点是推动和加强研究反家暴法，将研究成果写到立法中去。”夏吟兰说。

无疑，陈冀平书记的报告肯定了各研究会过去的成绩，也指明了未来努力的方向。

持续一个半小时的分组讨论结束，代表们热度不减，许多代表并没有马上离开座位，还在就感兴趣的话题继续切磋

吴英姿：“调解优先”：改革范式与法律解读

《中外法学》2013年第3期 吴英姿

关键词：民事诉讼法修正案；调解；司法结构；司法理性；公共理性

内容提要：最高人民法院“调解优先”司法政策引发争议，但民事诉讼法修正案还是将其写进了立法，并将法院的诉调对接、诉讼分流等改革举措规定为正式程序。关于调解政策和诉讼服务中心的实证研究表明，“调解优先”面纱下的中国司法改革表现出某种反思性，透露出司法争取自主发展空间的努力。但在实践中“调解优先”出现歧义。调解优先政策指导下的司法结构呈现“调解一判决”二元化特征，且存在内在紧张与流动性，存在寻租空间。调解优先政策缺乏外部资源的支撑，诉前分流效果不佳；双向推进式改革易走极端，脱离社会需要；改革的效果不尽如人意。这表明中国司法体制正处于变迁之中，司法结构尚不稳定，法院推动调解优先政策入法的动机具有功利性，削弱了该政策的公共性。立法者需要进一步明确先行调解规则的含义，补充和保障当事人的程序异议权。法官在调解中要保持公共理性。

一、从“调解优先”政策入法开始

2012年8月31日，全国人大常委会通过了《关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》^{1}（以下简称《修改决定》）。其中引人注目的一点是，将当前的“调解优先”司法政策和“诉调对接”、“繁简分流”改革举措（为论述简便，以下统称“调解优先政策”）写进民事诉讼法。具体内容是《修改决定》第27条：“当事人起诉到人民法院的民事纠纷，适宜调解的，先行调解，但当事人拒绝调解的除外。”^{2}第30条：“人民法院对受理的案件，分别情形，予以处理”，其中第（二）项：“当事人争议不大的，采取调解等方式及时解决纠纷”；第（三）项根据案件性质，确定适用简易程序或者普通程序。”还有关于人民调解协议确认程序的规定等。全国人大法工委在《关于〈中华人民共和国民事诉讼法修正案（草案）〉的说明》曾解释，民事诉讼法修改工作应当“注重有效解决民事纠纷，促进社会和谐稳定”，而“当前我国处于社会矛盾凸显期，各类民事纠纷日益增多，充分发挥调解作用，尽量将矛盾纠纷解决在基层、解决在当地，对及时化解矛盾纠纷，促进社会和谐稳定，具有重要作用”。故建议从“增加先行调解的规定”和“增加民事诉讼法和人民调解法相衔接的规定”两个方面完善调解与诉讼相衔接的机制。

自最高人民法院提出“调解优先，调判结合”司法政策以来，法律界一直争论不休。苏力从司法改革中暴露出的司法能力与转型时期中国社会矛盾纠纷解决需要的不适应问题出发，解读法院提出能动司法和参与大调解的原因和社会政治意义，^{3}范愉等则从调解的正当性角度为该政策辩护，^{4}更多的人是基于法院滥用调解可能对司法公正和法治理想的消极作用的担忧而对该政策提出批评与质疑。^{5}人们对该政策的评价褒贬不一，立法者却急于将其写入民事诉讼法，立法方案的成熟度令人担心。就算是坚定支持调解的范愉，在极力论证“调解优先、调判结合”的正当性，认为该司法政策是司法机关立足我国现行体制和司法环境应对社会乡土纠纷解决需求而做出的选择的同时，也承认法院还需总结调解实践经验，遵循调解的规律和原理，借鉴其他国家的成功经验，通过不断提高调解的效果和正当性获得社会公众的认同。^{6}换句话说，调解优先司法政策能否实现司法机关回应社会需要的目的，能否获得社会的认同，还有待时间和实践的检验。虽然政策已经入法，但担忧并非多余。相反，我们更有理由关注该政策出台的经过和实践运作样态，一来探究该政策制定的背景与目的，准确把握立法精神；二来尽早发现政策实施中已经出现的问题，谨防法律在实施中走样变形。

既有讨论停留在调解的“正功能 VS. 负功能”的对决层面。其实，任何一种制度都可能有“双刃剑”的作用，故单从制度效果的角度讨论调解、判决孰优孰劣，不足以回答这个问题。范愉批评那些根据单一的价值判断和逻辑

辑推论否认诉讼调解合理性的观点,认为应当依据其实际效果和社会需求等多种因素进行权衡和比较。但是,如果主要依据别国的一些数据或外国学者的评论来论证调解的合理性和社会需要,作为评价我国调解优先司法政策的逻辑前提,仅从“诉讼调解必然以判决作为后盾”就得出“调判结合并非选择性安排,而是司法诉讼制度的必然”的结论,〔7〕不仅论据不足,而且可能从不同的拐角折向意识形态化的窠臼。因此,本文的问题意识不是延续调解与判决孰优孰劣的讨论,而是试图深入调解优先政策的背后,对政策背景和改革实践做实证考察,揭示政策提出动因与确切意涵,更想以此为切口,潜入中国司法体制与结构的深处,探究调解在中国司法结构中的地位和变化机理,以求得对讨论调解优先政策入法问题更有助益的研究结论。

从2011年10月至2012年4月,笔者带领一个课题组对S省O市法院推行的“诉讼服务中心”和“诉前分流、繁简分流、类案分流”(以下简称“三个分流”)改革进行实证调查。〔8〕该法院地处经济发达省份,诉讼对社会变迁、市场变化、纠纷异动的敏感度高,加上一位兼具改革家和学者气质的院长兼党组书记,其活跃的改革思想与频繁的创新举措,堪称“改革的中国司法”的代表。O市法院诉讼服务中心改革得到最高人民法院的肯定,成为全国法院推广的模范典型,其中不单纯是O市法院领会贯彻司法政策的反映,更有自己的创造和为全省乃至全国法院提供改革经验的过程,从中可以清晰地看到中国司法改革“自下而上+自上而下”双向推进的范式。上述两个方面足以证明O市法院个案的典型性,对本文的主题论证具有标本价值。

O市位于S省南部,有着优越的区位条件和便捷的水陆空交通条件,是S省和长江三角洲重要经济中心城市,北依长江,南接太湖,在宁沪快速通道的中间,辖G市、Y市两个县级市和5个市辖区,有B区和J区两个高新技术开发区。全市总面积4375平方公里,其中市区面积1864平方公里。根据2011年第六次人口普查的结果,O市常住人口为459.2万人,户籍人口为360.8万人,其中非农业人口147.31万人。由于历史原因,O市各辖区面积、人口和经济发展差异很大,其中J区人口最多,经济最为发达,与最小的H区反差鲜明。J面积1260.72平方千米,H区只有31.58平方千米,分别占整个市区的67.64%和1.69%,二者相差近40倍。J区常驻人口156.9万人口,H区仅10.52万,分别占市区的34.17%和2.29%,相差14倍还多;2011年O市实现GDP3600亿元,其中J区实现1376.96亿元,各经济指标在各市区领先,H区是68.5亿元,相差15倍有余。

课题组采用的调查方式有:①文献资料梳理。调查第一阶段收集了O市法院所有关于诉讼分流与诉讼服务中心建设的工作意见、工作简报、领导讲话和宣传报道等文献资料。在梳理这些资料的基础上设计调研的重点问题与方法;②现场参与观察。2012年春节过后,调研人员分为七组进入O市两级法院进行为期两周的现场调查,观察诉讼服务中心运作方式与状态;③访谈。除对O市法院主要领导进行深度访谈外,还随机抽取部分法官、当事人、律师、人民调解员等进行结构性访谈;④问卷调查。调查对象包括法官、社会公众(包括当事人和律师),收集了社会公众问卷400份,法官问卷491份;⑤档案调查。采用整群抽样法,抽取O市中院民二庭、民三庭和L区民一庭改革前后案卷档案,包括中院民二庭2002年至2010年一审案卷档案,民一庭、民三庭2006年至2010年一审案卷档案,L区法院2008至2010年民一庭案卷档案,共计8393卷宗,逐本查阅和统计。

二、调解优先与诉讼分流:双向推进式的改革

自审判方式改革以来,中国司法改革的基本范式是一种“自上而下+自下而上”的双向推进的方式,即上级法院通过制定规范性文件、发布指导性意见、传达指示意见和领导人讲话等方式,将中央和最高人民法院的改革思想和司法政策布置灌输给下级法院,成为下级法院改革的指导原则;同时,下级法院并非总是被动贯彻执行上级法院的指示精神,也在不断发明创新,输出典型经验,因上级法院的推广而刺激其他法院的改革,也成为上级法院丰满和修正其改革思路和司法政策的资源。在最高人民法院调解优先政策形成和O市法院诉讼服务中心“三个分流”改革过程中,这种双向推进的模式有充分的表现。以下先按照时间顺序梳理最高人民法院和中央政法委发布的有关调解的文件,再描述O市法院三个分流改革历程,以便两者对照。为了避免琐碎,笔者按照最高人民法院对调解与判决的关系的态度变化,分三个阶段对这些文件进行展现。

第一阶段:2002年到2004年。如果说整个90年代的审判方式改革都是以弱化调解实现审判的专业化、规范化为核心的,那么法院重新开始重视调解是在2002年。最高人民法院于当年9月发布《关于审理涉及人民调解协议的民事案件的若干规定》,要求法院支持和加强指导人民调解。2003年9月,最高人民法院发布了《关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》,扩大法院调解前置程序适用范围,并将调解协议生效时间提前至当事人签字时。在12月发布的《关于落实23项司法为民具体措施的指导意见》中,强调要规范法院调解,坚持调解的自愿合法原则。2004年9月发布的《关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》首次提及法院可以通过委托其他机构、组织调解的方式处理民事案件,并规定了通过人民调解组织调解达成协议的司法确认制度。紧接着,在10月出台了《关于进一步加强人民法院基层建设的决定》,提出“能调则调,当判则判,调判结合”作为处理调解与审判关系的指导意见,同时重申调解的自愿合法原则,要求法院在鼓励法官提高调解技能的同时,加强对人民调解的指导,注重利用社会力量调解。

在这一阶段,最高人民法院开始重视人民调解和法院调解的作用,但是没有将二者联系起来,只是意识到人民调解作用的增强可以缓解法院案件压力,表示要重视对人民调解的指导与规范。最高人民法院在重新重视法院调解的同时,没有放弃以判决为中心的程序规范化的审判方式改革方向,提出“调判结合”的审判方式,而且强

调解的自愿合法原则，因此“能调则调，当判则判”更多透露的是“能调才调”，不能调解的或调解不成的要及时判决。

第二阶段：2005年到2007年。在2005年3月最高人民法院向全国人大所做的《人民法院工作报告》中，处理调解与判决关系原则修正为“能调则调，当判则判，调判结合，案结事了”（以下简称“十六字原则”），并首次提出了要将人民调解与诉讼调解相衔接，探索多元化纠纷解决机制的改革思路。在2005年10月出炉的《人民法院第二个五年改革纲要》中，将法院要与其他部门共建多元化解纷机制的想法写入了“二五”改革规划。2006年5月，中共中央作出《关于进一步加强法院、检察院工作的决定》，其中明确了司法工作的目标是“推进司法改革，保障公平正义”，并将十六字原则确定为法院工作的指导思想。10月，中央作出了《关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》，决定要发挥和解调解的积极作用；扩大简易程序适用范围，方便群众诉讼。2007年1月，最高人民法院发布《关于为构建和谐社会提供司法保障的若干意见》，重申审判工作的十六字原则，3月颁布《关于进一步发挥诉讼调解在构建社会主义和谐社会中积极作用的若干意见》，将十六字原则上升为民事审判工作的指导方针。

在这一阶段，最高人民法院在“调判结合”的审判原则后，加上了“案结事了”，并将这十六字原则提高到审判工作指导思想的高度。这不仅意味着民事司法目标的重新确定，而且标志着司法结构中调解与判决关系的重心转移。因为“案结事了”强调的是事实上、客观上的当事人“息讼罢访”，不仅仅是法律上的“程序终结”和既判力。这样的效果仅靠判决是不可能实现的，需要大量的调解，甚至需要法律外的手段，如行政、司法多部门协调，用经济补偿、就业安置、疾病治疗等手段换取当事人彻底放弃争议。在这个过程中法院开始反思自己在纠纷解决中的地位与作用，特别是作用的限度。多元化纠纷解决机制的理念和思路被引入法院未来工作规划。

第三阶段：2008年至今。最高人民法院将建立和完善多元化纠纷解决机制列为2008年重点改革项目。2008年6月，周永康在政法工作研讨班上的讲话中首次提出“调解优先”。同年12月，最高人民法院举办了“多元化纠纷解决机制国际研讨会”，当月公布《关于为推进才能改革发展提供司法保障和法律服务的若干意见》，明确提出法院要推动构建多元化纠纷解决机制，同时要加大诉讼调解的比重，将调解适用的范围拓宽到刑事、行政程序中，鼓励当事人在执行中和解。12月，中央政法委发布《关于深化司法体制和工作机制改革若干问题的意见》，提出要推动建立人民调解、行政调解、行业调解、司法调解等相结合的“大调解”工具，探索繁简分流机制。

2009年2月，最高人民法院发布《关于进一步做好09年人民法庭工作的通知》和《关于进一步加强司法便民工作的若干意见》，将“调解优先，调判结合”（以下简称“八字原则”）确定为民事司法原则，以及“对接”司法调解与人民调解，目的是促进多元化纠纷解决机制的构建。3月的《法院工作报告》和《人民法院第三个五年改革纲要》重提马锡五审判方式在当代司法工作中的意义，将构建多元化纠纷解决机制作为司法工作的核心，按照“党委领导、政府支持、多方参与、司法推动”的要求进行构建。同时指出法院要配合有关部门发展ADR（Alternative Dispute Resolution，非诉讼纠纷解决程序，扩大调解主体范围，加强诉前调解与诉讼调解的衔接，建立健全诉讼与非诉讼相衔接的解纷机制。7月发布《关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》，扩大赋予合同效力的调解协议范围，鼓励ADR的发展，减轻法院解纷压力；规范诉讼中多方参与的调解程序，调解不成要及时立案、审判，并规定从事庭前调解的法官原则上不能参与开庭审理。8月，中共中央办公厅、国务院办公厅转发《中共中央政法委关于加强和改进涉法涉诉信访工作意见》，指出要坚持调解优先原则，建立和完善司法调解与人民调解、行政调解、仲裁等的衔接机制，减少涉法涉诉信访问题的发生。12月，最高人民法院颁布《深入贯彻落实全国政法工作会议意见》，提出要强化诉调对接；重申八字原则，特别强调要在“案结事了”上下功夫，首次提出“全程调解”，即将调解贯穿于立案、审判、执行以及申诉、信访等各环节；全面加强各类案件的调解；强调与其他解纷机构协调配合，共同化解纠纷。

2010年，最高人民法院包括对《法官行为规范》和《法官职业道德准则》的修订在内共发布了12项规范性文件，再加上当年的《法院工作报告》和2011年《法院工作要点》，规范性文件发布之频繁创史上之最。这些文件除了多次重申八字原则和诉调对接外，还将审判工作目标确定为“化解矛盾、案结事了、促进和谐、确保公正”。应对世界金融危机给国内经济与社会带来的冲击，首次提出了“能动司法”的概念，要求法院在审理破产、清算、兼并重组、征地、拆迁等案件时，要积极应对，快速行动，妥善施策。在大调解方面提出了构建行政—人民—司法调解“三位一体”大调解格局，化解社会矛盾，参与社会管理创新。重提司法工作的群众观点、群众路线。2011年1月，最高人民法院发布《关于进一步加强新形势下人民法院基层基础建设的若干意见》要求正确理解“调解优先，调判结合”原则，正确处理调解与判决的关系，要坚持“三个有利于”，即有利于解决纠纷、化解矛盾和实现案结事了，根据个案情况，合理选择调解或判决；坚持调解的自愿合法原则，避免脱离实际定调解率指标，不能强调硬调、以拖促调，以自动履行为核心指标，完善调解效果考核指标。

对调解优先司法政策来说，2008年是具有里程碑意义的一年。这一年中央政法委强势现身司法改革，发挥领导作用。其领导司法改革的思路是，按照多元化纠纷解决机制的框架，将司法置于党委政府主导的“大调解”格局中，而且在人民调解、行政调解、行业调解与司法的关系上，首次提出“调解优先”。最高人民法院积极响应，将审判的指导思想改为“调解优先，调判结合”。应当说，在政法委的认识中，诉讼调解与非诉讼调解的界限并不鲜明。而最高人民法院则需要考虑如何将两类不同的调解融为一体。推广“诉讼服务中心”建设经验，搭建“诉

“诉调对接”平台，就成为实现这个目标的主要举措。调解优先、诉调对接构成了2008年以来的司法走向的主要轨迹。2010年的能动司法、参与社会管理创新，都是这一思路的发展。当然，这是一个将调解的重要性逐步推向极致，将司法的政治功能（社会治理或社会控制）提到前所未有的高度的发展方向，其中把“案结事了”确定为审判工作目标，在审判方式上重提马锡五审判方式和群众路线工作方法，就是突出标志。与此同时，地方法院在调解中的不规范和滥用现象也引起最高人民法院的注意，要求正确处理调解与判决的关系，改进调解评价方式，避免片面用调解率作为评价指标等。

在中央政法委和最高人民法院推行的调解优先政策图景中，我们再把目光转向O市诉讼服务中心“三个分流”改革的历程，同样有三个发展阶段：

第一阶段（2006年—2008年）：诉讼服务中心改革最早可以追溯到2006年B区法院改革立案工作的创举。B区法院在柜台式多功能立案大厅（9）的基础上，划分不同的功能区域，包括诉讼服务、诉前保全、立案受理、司法救助、信访处理等，对外服务群众诉讼，对内服务审判工作，名曰“诉讼服务中心”。在立案大厅内设“导诉台”，置《诉讼指南》等宣传材料供当事人任取，为当事人写诉状、交诉讼费、人身损害赔偿计算方法提供指引。法官还为当事人提供立案受理、审判进度查询、判后答疑以及信访接待等咨询服务。改革的目的是方便群众诉讼，解决社会批评法院“门难进、脸难看、事难办”、服务态度差、起诉手续麻烦的问题。2008年，诉讼服务中心的做法得到上级法院的肯定，之后连续两年被O市委政法委评为优秀成果奖和创新创优二等奖。可见，在开始阶段诉讼服务中心主要的目的是“服务”，即体现便民利民的司法为民思想，为当事人提供便利周到的诉讼服务。

2007年，L区法院首创在法院内附设人民调解室，引导当事人选择调解解决纠纷，指导人民调解工作。不久（2008年），中央政法委首次提及“调解优先”，高调推进多元化纠纷解决机制的构建，要求法院积极参与“大调解”。O市法院积极响应，院长明确提出“调解优先”和“纠纷的源头治理”目标要跳出法院看法院，从关注现实案件转变为从源头预防、减少矛盾。”附设人民调解室的做法被视为可以发挥源头治理功能的举措，因而得到中级法院的认可。在中级法院的推动下，诉讼服务中心与附设人民调解室的经验在O市法院全面推广。诉调对接、解纷关口前移成为诉讼服务中心建设的新目标。

第二阶段（2009年—2010年）：2009年，B区法院的诉讼服务中心改革被S省高级法院确定为2009年度全省法院审判经验总结项目，并得到最高人民法院的肯定，各地法院纷纷如来观摩学习。2009年，Y市法院首设速裁中心，专门处理简单的民事案件，平均结案时间为17天。这一经验很快成为“繁简分流”的样板，也被融入诉讼服务中心的范围。O市法院进一步将立案大厅建设为“一站式”诉讼服务中心，即在一个办公场所设立诉讼指导、司法救助、案件查询、材料收转、立案受理、信访接待、判后答疑等窗口，为当事人办理诉讼手续，提供联系案件承办法官、人员联系方式、开庭时间场所、案件流转进度、诉讼证据档案等基本信息的查询等“一站式服务”，避免当事人为诉讼事宜往返奔波。对婚姻家庭、诉讼标的较小、案件事实清楚等五类案件在立案环节就开展调解；对于7日内未能调解成功的案件启动速裁程序作出裁判，时间最长不超过20日。

2009年，J区法院针对交通事故损害赔偿纠纷急剧增加的情况（2003年大约三百多件，2009年增加到了二千六百多件），在事故多发区域设立派出法庭，联合交警支队、保险公司、人民调解等机构和组织合署办公，为纠纷当事人提供“一条龙”的纠纷解决服务，收效良好。2010年4月，J区法院交通巡回法庭正式揭牌。在总结J区交通巡回法庭经验基础上，O市法院提出“类案分流”思路，按知识产权、劳动争议、消费者权益保护、医患纠纷、道路交通事故等九大类案件进行分流，联合知识产权局、劳动局、交警大队等相关职能部门或社会团体共同处理。2010年O市中级人民法院的“诉讼服务中心”工作荣获“O市政法创新一等奖”。全省法院院长会议在O市召开，学习推广O市改革经验成为会议的主题之一。这一阶段的主要发展是引入了构建多元化纠纷解决机制的思路，诉讼分流机制初步成型。

第三阶段（2011年至今）：2011年，最高人民法院在《关于进一步加强新形势下人民法院基层基础建设的若干意见》中，要求推广“诉调对接中心”建设。全省法院纷纷推出自己的诉讼服务中心特色，如盐城法院推出的“一体化、规范化”的东台模式，得到省法院的肯定。O市中院发誓夺回改革领先地位，遂挖掘新思路、提出新概念，让改革“提速升级”。受医院门诊与住院分流的模式启发，O市提出“一体化门诊式”综合服务中心的建设思路和“三个分流”概念——诉前分流、繁简分流、类案分流。具体做法是对当事人前来起诉的纠纷不马上立案，而是进行立案登记，也叫“预立案”。法院认为适合调解的就分流到人民调解，或委托有关解纷机构解决；调解不成而适合速裁的简单案件，即分流到速裁组审理，采取“立、审、执”一体化的快速解决方式；发现纠纷属于特定类型的案件的，分流到专门的诉讼管道处理（如交通事故损害赔偿纠纷统一归入设在交通管理部门的交通巡回法庭，劳动争议类案件归入设在劳动部门的巡回法庭审理等）。法院如此描述诉讼分层的运作方式：诉讼服务中心既有立案“初诊”，又有速裁“门诊”，既有重大群体性纠纷及矛盾激化的纠纷诉前多元联调的“会诊”，又有如追讨农民工工资这种急事急办的“急诊”，还有根据纠纷特点深入社区的“巡诊”。诉讼服务中心的目的是将大量简易的矛盾纠纷通过“门诊看病”的方式得到快速解决，让需要“住院治疗”的“疑难杂症”进入审判业务庭，保证业务庭法官投入足够的精力进行高质量的审理，即“简案快审，繁案精审”。在这一阶段，诉讼服务中心进一步发展为集诉讼服务、纠纷分流、诉讼分层为一体的综合机制。

“三个分流”流程简图

(图略)

上述梳理展现了一幅“自上而下+自下而上”双向推进的改革范式：中央政法委和最高人民法院提出“调解优先，调判结合”的指导思想和工作原则，0 市法院基层法院据此创造“三个分流”的改革举措和典型经验，获得上级法院和最高人民法院的肯定并推广，各地法院学习、领会、落实再创新……既是自上而下的决定改革方向、提供指导意见与组织推广模范典型的过程，也是自下而上落实改革方案、主动创新和提供成功经验的过程，双向推动，循环往复。

双向推进式改革简图

(图略)

三、“调解优先”面纱下的中国司法

在双向推进的改革历程中解读“调解优先，调判结合”提出的背景和目标，可以发现该原则有两个关键的意涵：第一，“调解优先”是置于构建多元化纠纷解决机制的目标下提出的。其中的“调解”主要是指非诉讼调解。“调判结合”的“调”则是指“诉讼调解”。“调解优先”意指对于纠纷的解决，应当优先考虑通过人民调解、行政调解、行业协会调解、社会团体调解等非诉讼途径解决。法院通过构建诉讼与非诉讼调解相衔接的机制，引导纠纷在进入诉讼前可以获得非诉讼调解的妥善化解。第二，尽管在法院公开的言论和正式文件中越来越强调调解，却始终没有放弃“调判结合”的底线。从最高人民法院的文件中可以看出，“调判结合”四个字浓缩了“能调则调，当判则判，调判结合，案结事了”十六字审判原则，而且多次重申调解的自愿合法原则，反对片面追求调撤率的考核方式；为防止以判压调、以拖促调等滥用调解的行为，还提出了“调审分离”的要求；强调规范诉讼程序。{10}从这个角度看调解优先政策，或许可以透视中国司法面相中一些深层次的东西：

(一) 司法改革的反思性

按照最高人民法院前副院长王怀安的回顾，肇始于上个世纪 80 年代末的审判方式改革，其直接动因是改革开放、社会经济发展、公民权利意识的增强以及传统体制的变革，使得民事法律关系日趋复杂化、多样化，民事案件的数量大幅上涨。传统的审理民事案件的方式不适应新的纠纷解决需要，引发审判方式改革。{11}改革目标是司法的专业化与程序的规范化。{12}改革的深入对法官运用证据进行判断提出了新的要求。最高人民法院 2001 年颁布《关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《证据规定》)，按照当事人主义和程序原理确立民事诉讼证据规则。但是，随着 2002 年 4 月《证据规定》的实施，司法改革的合法性危机逐步显现。追求“通过程序实现正义”的改革超出了社会的理解和承受能力。本来意在防止诉讼突袭，构建当事人公平对抗机制的举证时限制度、举证责任分配规则，没有能够获得当事人和社会乃至党委政府和人大理解，涉法涉诉信访数量急剧增加。与此同时，经济体制改革进入“深水区”，一些因体制改革和政策变化引发的结构性矛盾纠纷也涌向法院，比如农村征地、城市拆迁、企业改制、金融危机引发的纠纷，以及环境污染、损害消费者权益、股市欺诈、侵犯公共利益行为等引发的群体性纠纷、现代型纠纷，或者包含着非现实性冲突因素，单靠法院的力量难以解决；或者超过了法律调整的范围，触及司法机能的边界。司法改革陷入困境，促使法院开始反思这样一些问题：诉讼在纠纷解决机制中的地位与作用，司法与政治的关系，法院在社会治理中的定位等。

法院开始意识到司法不是万能的，而转型时期的中国司法更不敢说是解决纠纷的“最后防线”。司法只是多元化纠纷解决机制中的一部分，司法必须与其他纠纷解决机制共同发挥作用，才能应对纷繁复杂的社会纠纷。处理涉法涉诉信访问题给法院的教训是，法院工作必须获得党委政府的支持，争取人大、政协和社会组织的理解，才能获得政治合法性，争取良好的工作环境。因此，法院不仅积极响应党委政府提出的开展大调解号召，还借此机会宣传 ADR，呼吁党委政府扶持推动人民调解、行政调解、行业调解、仲裁等非诉讼纠纷解决方式的发展。中央政法委在沟通党委与法院、司法与政治方面的地位作用也因此得到彰显。

法院的反思性还表现在反思 20 年来程序主义的改革在价值取向上脱离社会的问题，通过改变工作方式争取社会认同。宋鱼水、陈燕萍等一批优秀法官的事迹被深入挖掘、大力宣扬。这些优秀法官都是“调解高手”，他们处理的案件大多以调解结案，很少发生上诉、再审或信访，当事人满意度高。于是，提倡和鼓励调解成为学习推广优秀法官经验的主要内容。从社会认同角度分析，法院之所以采取这样的策略，是由于法律和司法与变化了的社会结构不相适应，法律和司法要发挥社会控制功能仍有很多障碍。通过调解促成当事人的合意成为弥补司法功能障碍的替代选择，法官的人格魅力与调解技术也是司法获得社会理解与支持的重要手段。{13}

(二) 政治理性与司法理性的博弈

执政者面对转型时期维持社会稳定的压力，希望法院在解决纠纷方面发挥主力军的作用。法院主动将司法置于“大调解”格局中，是一种积极参与社会管理、服务大局的姿态。法院对党委政府期待的积极回应，为其在政治上赢得了高度的合法性，也将司法重新拉回政治的轨道，在司法的政治功能(社会治理与社会控制)凸显的同时，司法的政治理性也空前高涨，具体表现在：

1. 以政治目标为司法目标

在这样的目标指引下，司法的中心工作被确定为服务国家政治大局。法院的工作思路是围绕加快转变经济发展方式主线，为促进经济社会又好又快发展提供司法保障。“保增长、保民生、保稳定”是司法的使命，“社会矛盾化解、社会管理创新、公正廉洁执法”是法院工作的重点。{14}

2. 把“有效解决纠纷”作为诉讼目的

如果说解决纠纷本来就是司法天生的目的和固有功能，那么强调个案中解决纠纷的“有效性”则体现了对司法所承担的社会政治功能的强调，是司法的政治功能与审判的固有功能交错的产物。因为司法解决纠纷的原理是“通过程序实现正义”，即以充分的程序保障为当事人提供一个对话和表达不满的平台，当程序结束裁判生效时，在法律上视为纠纷已经解决，哪怕当事人私下依然存在纷争。但是，有效解决纠纷要求的是纠纷的彻底解决，即“息讼罢访”、“案结事了”。对于长期信访的非常案件，或者在所谓的“非常时期”，当事人的各项要求（不限于法律意义上的诉讼请求）都会得到考量，个别案件还有可能在法律和诉讼程序之外通过“协调”等非常途径“化解”。{15}比如有的当事人因长期上访，失去工作和经济来源，生活困难，在解决纠纷的诉求中掺杂了要求安排工作、落实政策、帮助治病、给予经济帮助等要求，法院在审判工作之外还要多方努力，包括从心理上、思想上“做工作”，平复当事人激动的情绪，软化尖锐的对立，也包括多方协调，争取有关部门的协助与配合，从根本上解决当事人的问题，让当事人彻底从纠纷和困顿中解脱出来。

3. 司法的内涵向社会管理延伸

能动司法的核心就是司法积极参与社会管理创新：法院不能仅仅满足于消极被动地受理案件，而是要主动地发现、预防、解决纠纷；法院不能拘泥于“裁判”这个狭隘的职能分工，而要积极开展调研、建立纠纷预警机制、提供司法建议，为党委政府决策献计献策；法官不能只做单纯适用规则的消极的裁判者，而要担当肩负治理社会、维护社会和谐稳定责任的“社会工程师”，有普法宣传、教化民众、消除纠纷隐患、预防新纠纷的意识，结合案件的审理开展调查研究，发现社会管理方面存在的问题，研究解决对策。{16}

4. 司法过程中的政策考量

表现在法官的裁判理由有明显的政治和政策思维，或者以政策为法律漏洞填补的工具，或

者作为判断争议事项（比如具体行政行为合法与否）的依据，或者用政策来解释法律目的，或者以政策为裁判结论（包括量刑）的直接依据。{17}“能动司法”则更直白地要求法官积极运用政策考量审理涉及经济发展的民事案件，即要求法官在审理案件时要发挥主观能动性，根据特定时期社会经济条件，注重考虑政策取向，兼顾民间情理要求，以纠纷的彻底解决为目标，鼓励法官“创造性”地解释法律和运用法律程序。比如江苏省高级人民法院院长公丕祥指出，在国际金融危机这样的特殊时期，法院要求人民法院在解决纠纷的过程中保持适度弹性，“不能简单套用法律条文”，而是“把依法保障企业发展稳定，作为依法服务‘三保’工作的重心所在，正确解读法律原则和政策精神，慎重把握审判尺度，充分运用弹性司法方式，最大限度地化解矛盾纠纷，避免刚性裁判带来的负面影响。”{18}

不过，在政治理性充斥的话语间隙，细心者仍然可以扑捉到司法理性的挣扎。以实现法律的理性规约力和程序规范化为目标的审判方式改革，不仅改变了法官的审判方法，更是在持续塑造中国司法的现代司法理性，包括以法律为裁判的唯一依据（价值理性），注重司法的专门技术，如程序规则、证据规则、法律解释、法律论证、逻辑推理方法等（司法技艺理性）。客观地说，审判方式改革的20年是中国司法理性大发展的20年。“曾经沧海难为水”，20年的努力与积淀不可能在一夜之间冰消瓦解。法院在高调声称其服务政治大局的同时，多方强调审判的规范性和维护司法公正的决心。比如在能动司法方面，法院宣称是在承认和遵循司法规律下的能动，强调依法司法、公正司法和维护司法权威。{19}再比如，在历年的最高人民法院制定的《法院工作要点》中，除了强调调解优先政策、落实诉调对接外，都会用单独的一个部分，表明要“坚持深化司法改革，切实加强体制机制保障”，具体包括加强法官队伍建设，完善审判管理机制，健全完善司法公开、司法民主机制，健全完善执行工作机制，理顺上下级法院关系等。{20}在强力推行调解优先政策的同时，坚持“调判结合”的底线，反复强调调解的合法自愿原则，反对片面追求调撤率的考核方式，以“调审分离”防止以判压调、以拖促调等滥用调解的行为。0市法院三个分流改革举措中一个秘而不宣的目的是：设置一个案件过滤机制，将既无技术含量，又无经济价值（简易、小额）的案件分流给调解、速裁方式，将涉及法律和司法无法解决的非现实性纠纷、政策性纠纷引入党委政府主导的大调解解决机制中，让有限的司法资源用在真正值得通过司法途径解决的案件上，让法官有充足的时间精力从事精细化的审判，即所谓“简案快审、疑案精审”等。

这表明法院既要司法融入政治大局，又要保持司法的自主空间，试图在公正裁判与发挥政治功能之间保持某种平衡。尽管这种努力常常被更为响亮的政治诉求所淹没，但不管怎样，法院的政治理性与司法理性的博弈关系是隐约可见的。这种博弈状态让司法体制——政治与司法的关系——处于微妙的变动之中

四、“调解—判决”二元结构及其内在的紧张

“调解优先，调判结合”政策的一个后果是强化了司法结构的二元化特征。在社会学理论中，“结构”的基本要素是行动者、规则和资源。结构的形成是行动者在一定的时间与空间内，反复运用规则与资源，实现社会关系稳定再生产的过程。吉登斯将结构理解为“不断地卷入到社会系统的再生产过程之中的规则和资源”。规则是行动者“知识能力”的一部分，包括明确规定的规范，也包括那些不能轻易表达和说明的、在人与人的“互动的行动流”中逐渐感受和理解的规范。行动者运用自己对互动规范的知识去采取适当的行动，测试和确认其行动所牵涉的规则。资源是行动者用来处理事务的能力，包括物质分配（配置性资源）和命令（权威性资源）。所谓权力就是行动者对资源的支配能力，是改变周围既成事实的能力。吉登斯强调：社会结构与结构中的行动是

互为作用的，社会结构使人的行动成为可能（构成行动的前提、制约和中介），而人的行动则维持和改变着结构。行动者理解和遵守规范的能力越强，其拥有和获取资源的能力也越强，其适应结构并用影响结构朝有利于自己需要发展的能力也越强。行动与结构之间这种相互依持、互为辩证的关系反映在处于特定时空的社会实践中。由规则和资源以及利用之的行动构成的结构是社会关系的纽带。{21}

（图略）

特纳进一步归纳到，规则可以转化为两类基本的调节过程：①规范性的规则，即创造特定情境下的权利和义务的规则；②解释性的规则，即提供特定情境下被认为是绝对正确的知识的规则。资源则转化为两类基本的调节社会关系的工具：①权威性资源，即在特定情境下控制和引导互动模式的组织能力；②配置性资源，即在特定情境下控制和引导互动模式中对物质的使用能力。规则和资源被不同的行动者理解与运用，可以产生权力（行动者控制他人的能力）、合法性（社会根据行动者的行为是否符合规范的评价）、意义（行动者用于与他人沟通的解释框架）。行动也因此具有意义、合法性和权力三种相互交织的特性。{22}

如果说司法过程是一个由当事人和法院开展互动的结构，构成这个结构的基本要素的规则就是实体的和程序的规范（包括成文的、不成文的规范），资源就是诉讼主体可资利用的各种物质与权利（力）。审判方式改革前，我国民事司法结构属于“调解型”司法。审判方式改革的目标之一——就是将调解型结构改革为判决型（或王亚新所说的“对抗——判定”型）的司法结构。{23}但结构的变革毕竟不是一夜可成的，新旧规则与资源的更迭需要一定的时间和空间来完成，行动者也需要时间和空间来适应和再创造新的规则与资源。换句话说，新的结构需要一个漫长的积淀过程。适合判决型司法结构的稳定再生产不仅需要配套规则的成熟和资源的保障，而且需要参与其中的行动者的理解、对资源的调配，以及行动对结构的再构成等无数个循环往复的过程。20年来的司法改革的趋势是调解结构逐步弱化、判决结构逐渐增强，民事司法结构出现了同时具有调解和判决两种特征的二元结构。但是从理论上讲，调解与判决不可能完全融合为一个稳定的结构。因为调解和判决展开所依赖的规则与资源不同，行动者在调解和判决过程中互动模式迥异，以及因此导致规则与资源的组合机理亦各有千秋。只是因为民事诉讼法和司法政策把调解与判决并置于一个诉讼程序，供法官和当事人选择适用，导致我国的司法结构出现了调解结构与判决结构并存的二元结构特征。“调解优先，调判结合”的审判指导方针使得“调解一判决”二元结构得以持续再生产。

（图略）

“调解一判决”二元结构是改革中的司法制度的过渡性特征，要断言这就是未来中国司法的结构模式还为时尚早。所谓“制度”，用吉登斯的概括就是“在社会中历经时空而深层次地沉淀下来的结构”。换句话说，如果在相当长的时间和特定的空间内，规则和资源被反复持续地再生产，制度就形成了。不同规则和资源的互动关系（发挥作用的顺序与分量）导致不同类型的制度：当结构的再生产首先是依赖解释性规则，随之而来的依次是权力（配置性资源和权威性资源）和合法性（规范性规则）的作用时，形成的是一种符号的秩序；当结构的再生产主要是权威性资源的使用时，结合解释性规则和规范性规则的作用，其结果是政治的制度化；当配置性资源为第一位，其次是解释性的作用，然后是规范性规则的，再生产的结果是经济的制度化；当规范性规则发挥主导作用，联合权威性与配置性资源，再加上解释性规则，即产生法律制度。{24}就调解的再生产主要依赖调解者的德行、技巧和魅力而言，调解形成的是典型的“符号的秩序、而判决的权威性则来自法官严格依据法律作出裁判，保障其再生产的主导力量是规范性规则的作用。可见，虽然同属于纠纷解决制度的范畴，但二者在本质上是两种制度，存在相对独立性。虽然共存于中国司法结构中，但其间的连接机制是松散的，制度化程度很低。

二元结构的司法存在结构上的内在紧张：首先，司法结构的资源是有限的，而调解与判决获取维持再生产所需要的资源都要从中分一杯羹，势必发生争夺。所以从改革的历史来看，二者总是呈现此消彼长的关系——强调判决即导致调解边缘化，而调解的复兴又带来判决的削弱。其次，无论是规范性规则还是解释性规则，调解与判决之间都存在天然的轩轻。换句话说，调解和判决遵循的规范和获得社会认同的合法化机制都存在很大差异，导致司法结构的流动性或不稳定。表现为司法同时认可两套规则，法官同时遵循法律技术逻辑和常识化操作逻辑。于是当事人可以在两种逻辑之间恣意游走，任意选择更有利于己的一套方案；法官也会根据自己的目的选择调解或判决的资源，意外地创造了审判权的寻租空间。所以调解的消极作用反复出现，法院始终在推动调解和提防调解的滥用之间左右为难。最后，二元结构下的双重行动结构在破坏司法结构整体稳定性的同时，增加了各结构维持再生产的成本。因为当事人和法官都有可能根据个案情境和自身偏好选择适用调解或诉讼的规则和资源，所以诉讼中的机会主义很容易大行其道。其结果必然是无论调解的规则还是判决的规则都有流动性。与此同时，对于诉讼主体而言，单凭调解的资源或判决的资源都可能是不足够的，而不得不同时在正式制度和非正式制度中寻求资源，包括在法律之外再寻求政策的支持，在法律与情理之间寻找结合点（为的是案件处理结果既合乎法律又合乎情理）。法官在作出判决之前要小心地做当事人的思想工作，在写出判决书之后还要大费口舌向当事人做判后释明，{25}更有利用判决来影响调解或者利用调解来改变判决的滥用权力（利）的行为，迫使法院不得不设计更多的规范，投入更多的人力物力督促、检查、纠偏。

五、“调解优先”实施中的问题

“调解一判决”二元结构表明司法与政治分化程度不高，司法仍然对政治有很高的依赖度，政治因素几乎可以毫无障碍地对司法施加影响。因为调解一直被当做推行贯彻党的政策、实现国家治理目标、争取政治合法性的有效手段，司法结构中调解的兴衰就成为政治因素强弱的风向标。换句话说，政治对司法影响力决定了司法结构中调解与判决的关系。从陕甘宁边区时期至今，当代中国司法演绎了一个从“调解强判决弱”到“判决强调解弱”，再到“调解强判决弱”的轮回式(或至少是螺旋式)发展历程。这种结构的流动性一方面说明司法结构自身的不成熟、不稳定，会随着内部结构各要素力量对比的变化而变化，另一方面表明司法与政治的关系即司法体制正处在“欲变还休”的僵局中，未来会怎样变化还难以预见。

目的不明和结构流变使得司法目的总是在“实现公正”与“保持政治正确”之间摇摆不定，不仅暗中削弱了司法的社会政治功能，而且常常导致司法的发展迷失方向。具有良好初衷的改革一旦大面积推行即存在走形变味的风险。0 市法院改革已经显现出来的问题就是很好的证明。

(一)“调解优先，调判结合”含义似是而非，隐含歧义与矛盾

如前所述，从大调解运动和构建多元化纠纷解决机制的角度理解，“调解优先”的“调解”主要是指司法程序外的调解，“调判结合”中的“调解”则指诉讼中的法院调解。法院提出这个八字方针的目的(至少是隐含的目的)在于推动多元化纠纷解决机制生成，让一部分案件在诉前即分流到人民调解、行政调解、行业调解等解纷渠道中去，减轻法院案件压力，缓解“案多人少”的矛盾，同时实现调审分离、难案精审的理想。但是，政法委在使用这八字原则的时候，没有区分诉讼内与诉讼外调解，给人以“在诉讼过程中也要贯彻调解优先原则”的理解空间，于是在政策解读中存在歧义，{26}导致法院将调解在诉讼中的地位拔高到极致，提出法院要全面、全员、全程调解的所谓“三全调解”的要求。这不仅背离了调审分离的初衷，而且大大提高了审判过程调解的难度——因为经过诉前分流的案件往往是当事人不愿意调解，或者经过诉前调解、立案调解当事人仍然无法达至合意的“骨头案”，其难度可想而知。在审判庭法官看来，法院要求法官在诉讼过程中仍然“调解优先”，而且与立案庭法官一样用调解结案率来考核评价审判庭法官，显然是不公平的。结果引发了审判庭法官的抵触情绪。调查结果显示，对于诉前调解，有 29.1%的被调查法官评价“效果一般”，25.5%认为“效果不太好”，还有 8.6%选择“效果很不好”。同时，过度调解、强迫调解、不调不立，以及以判压调、以拖促调、以调促执的现象再度泛滥。调解的负功能已经在消减改革的功效。

(二)调解优先政策缺乏外部资源的支撑，诉前分流效果不佳

法院委托其他组织和部门调解的效果不好，纠纷分流不出去。主要原因一是当事人不愿意采用委托调解的方式，认为这种方式达成的协议没有法律上的强制力；二是受委托的组织和部门没有积极性，以没有专人负责、纠纷本来就应该由法院处理等理由消极对待委托调解工作；还有一个可能的原因是适应新形势下解纷需要的专门人才匮乏，各种调解组织、行政职能部门、行业协会、社会团体解纷能力不足。{27}委托调解、协助调解情况不理想，影响了纠纷分流效果。调查显示，对诉前分流的效果评价，34.4%的被调查法官认为“效果一般”，27.7%认为“效果不太好”，7.9%认为“效果很不好”。

(三)双向推进式改革易走极端，脱离社会需要

当改革处于基层法院自发的工作创新阶段时，其动机和目的都是针对具体问题、结合本地实际需要和内外资源而确定的，其目标具有微观性，其举措具有针对性，其改革在局部取得一定成效是顺理成章的，当然其作用也是有边界的。但是，这种本土性经验一旦与法院的政治目标偶合而被树为典型样板，加上法院领导“政绩欲”的浸淫，学习推广往往演变为声势浩大的运动，并逐渐脱离社会需要而变成纯粹的政治作秀。例如 B 区法院首创的“诉讼服务中心”、L 区法院首创的“附设人民调解室”，以及 Y 市法院的“速裁中心”，其创立之初均有自己特殊的历史背景，也的确是基于社会需求。其中 Y 市法院速裁中心的产生，是因为其设在城区的一个派出法庭被撤销，原在派出法庭工作的法官、书记员共 9 人的岗位安置有矛盾的情况下，迫使领导另辟蹊径。而 L 区法院的附设人民调解室，则是法院缓解案多人少的需求与本区司法局提高人民调解质量的需求一拍即合的产物。L 区法院院长说：

很多民事纠纷都不至于闹上法庭。毕竟对于普通百姓来说，打官司费时、费钱、费精力，更有可能伤感情。在发生纷争时，如果有个双方信服的“老娘舅”出面调停，提出公平、公正、公道的解决办法化干戈为玉帛，那无疑能节约司法资源，减轻群众讼累，促进社会和谐。

L 区司法局则指望借助法院的力量促进入民调解。司法局局长说：

目前我们在各街道(镇)以及各村、居委会都建立了完善的人民调解员制度，可以说，调解网络覆盖全区。但是，现行人民调解员制度也面临着不少制约因素。在很多百姓眼里，这种身边的调解缺乏法律效力，他们之所以要花钱费力打官司，往往是为了求得一个“铁定说法”。另外，部分调解员法律知识的缺失也阻碍了大调解的推广。一桩离婚诉讼中，原、被告双方 7 年前经人民调解达成离婚协议，但由于人民调解员对法律理解有误，在指导双方签署了离婚协议后竟然没有告知他们去民政部门办理手续，导致二人“离婚”后仍稀里糊涂做了七年“合法夫妻”。{28}

再比如 J 区法院的交通巡回法庭。据该院研究室主任介绍：

交通巡回法庭成立之前，道赔案件平均审理周期是4个月。到交通法庭成立一周年时，审理周期为75天。如果除掉调解的时间，巡回法庭结案时间平均为22天。之前交通案件调解率低，原因在于保险公司不配合，积极性不高。因为对于他们来说，案件拖到最终法院强制执行是有好处而没有坏处的；另外，他们自身行业也有一些共同的做法，就是不主动参与调解，等法院判决。现在巡回法庭的工作机制有利于调解，调动了保险公司调解的积极性，每年调解和自动撤诉案件300件。去年只有2起案件申请强制执行。

B区诉讼服务中心的设立，其初衷主要是强化立案庭的服务意识，改变社会对立案法官服务态度不好、起诉手续复杂等不良印象。而这些改革很快被上级法院“慧眼”相中，总结提炼为“司法为民”、“和谐司法”、“多元化纠纷解决”等政治话语。这不仅与最高人民法院的政治目的相吻合，而且对急需典型模范来推行其改革思想的法院领导来说，无异于一场及时雨。结果，B区法院等个案成功经验就被嵌入政法委“大调解”的战车和最高人民法院的“能动司法”轨道，其命运已经不由自主。当最高人民法院作出推广诉讼服务中心的决定后，建设诉讼服务中心就成为自上而下推进的普适性改革举措，配以考核指标的激励与控制，成为每个法院必须贯彻执行的命令与任务。2011年，0市中级人民法院要求全市基层法院必须开展“门诊式”诉讼服务中心建设，并提出达标要求：诉前化解35%以上，力争40%；立案调解、速裁45%以上，力争50%；速裁人员人均办案数原则上不低于业务庭人均办案数的1.5倍；诉讼服务中心工作人员总数应当不低于全院审判、执行人员总数的25%等。这样的改革已经脱离具体法院所处社区的真实需要，完全是用法院自身的需要来确定目标与手段，很容易导致改革背离初衷。调查表明，各种改革举措在不同法院实施的效果不一，能够产生良好效果的基本上是各法院特色或亮点工作。比如L区法院法官承认人民调解室在分流案件中发挥了极大的作用，3名调解员每人每年可以处理掉300—400个案件。但是调查发现，0市两级法院法官对附设人民调解室作用的评价是，38.9%的人认为“效果一般”，25.3%认为“效果不太好”，5.7%认为“效果很不好”。

与此同时，被全面推广的诉讼服务中心在0市不同的法院利用率极不均衡。由于人口、辖区面积与经济差异，不同法院案件数量很不均匀，案件分流的必要性参差不齐，使得各法院建设诉讼服务中心的成本与收益比相差很大。在人口和辖区面积均居全市第一的J区法院，因为案件数量多，诉讼服务中心利用率较高，其所在区政府财政每年有专款用于支持诉讼服务中心的人员与物资开支，还批准J区法院专门盖了一栋诉讼服务中心大楼。该中心大楼为建筑面积4375平方米的六层建筑，分为案件受理中心、接待服务中心、快速审理中心、诉调对接中心、司法鉴定中心五个区域，2011年底投入使用。而辖区面积最小的H区法院的诉讼服务中心则显得没有多少必要。调查人员在现场观察了2周，第一周只有一名法官在值班，第二周是两名，而前来起诉的当事人始终寥寥无几。其他法院的情况也好不到哪里去。不少法院的速裁中心名存实亡。有的法院没有固定的人员配备，由民庭法官兼任。在实际操作中，简单案件还是由各业务庭按照简易程序处理。为了达标，有的法院将部分简易程序的案件纳入速裁进行统计。为获得高调解率，对于经调解达成协议并即时履行的案子，法院仍要制作调解书。B区法院立案庭庭长表示，当事人对调解书的申请执行率为25.35%，并且因为没有财产保全等措施的保障，其执行比判决书的执行还要难。{29}吊诡的是，几乎所有的法院都很羡慕J区法院的诉讼服务中心大楼，都在积极设法争取经费新建或改造现有的办公用房。在我们开始调研的时候，Y市法院建筑面积1065平方米的服务中心大楼刚刚落成，立案庭乔迁新居。{30}

第一，改革目标主要基于法院的需求。“三个分流”改革的目的是围绕法院解决案多人少的需要和提高司法效率，几乎没有考虑当事人的想法和需要。对法官的调查发现，在“您认为0市两级法院司法改革的动因在于什么？”的问题上，选中频率较高的选项依次是：①提

高司法效率(62.7%)；②案多人少(54.7%)；③领导的司法理念(49.8%)；④顺应全国司法改革的大方向(48.0%)；⑤减少上诉和上访(44.4%)；⑥当事人和群众的不满(29.3%)。看来当事人和社会需要只是法院捎带考虑的因素。这与法院公开宣称的“司法为民”的改革目标相距甚远。

因为不是立足于当事人的需要，所以改革方案中始终欠缺保障当事人诉权与程序权利的制度安排。0市法院“三个分流”改革在分流标准和程序上都没有明确规定，基本是法官单方决定。于是会出现这样的情况：有的案件被分到速裁中心，审理之后才发现案件事实不清、关系复杂、争议较大，不适合速裁程序，但是，一方面是流程管理软件的不可逆性设计，另一方面是法官追求数据达标，因此案件并没有被转到民事审判庭，还是在速裁中心处理。J区法院立案庭庭长介绍说：诉前调解一般是20天，可以延长10天，满30天当事人要求的话必须立案。但调查中有律师和当事人抱怨，有的法院立案时间更长了，法官不说任何理由就将案件移到人民调解室调解，把律师晾在一边，有的案件几个月都立不上案，法院也不给任何解释。G市法院负责“预立案”的法官也承认：

由于法院对应该进行预立案的民商事案件有个30%的指标，而法院为了数据好看，也尽量做到40%，这使得有时明显不适合走预立案程序的案件也被预立案，最后调解不成又转到正式立案，白白耗费了当事人和法院的精力。

第二，改革中的目标置换，即法官以自身目标置换改革的目标，导致改革举措走样变形。一个表现是，有的法院将分流机制变异为风险案件的过滤器，通过诉前分流、类案分流和需要与其他机构“会诊”为由，将有可能引发群体性诉讼、当事人矛盾激化或执行难的案件挡在法院大门之外。还有一个表现是，上级法院用调解撤诉率等数量化的指标来考核法官，导致法官更多关注数据的达标，而不太关心改革的目的。在调查中，基层法院多数法官表示不了解“三个分流”改革的意义，一些法官甚至表示没有听说过。而为了达标，争取评奖评优机会，不

仅滥用调解的行为再度泛滥，而且虚报数字乃至作假现象亦十分普遍。在调查法院案卷档案过程中，我们发现了“洗澡案”（当事人虽然起诉过，但因某种原因没有真正形成诉讼案件）、“克隆案”、“拆分案”等假卷宗；有的法院为了提高调解率，将人民调解解决的案件制作成诉讼案件，计算到自己的数据中；有的法院将进行过预立案再转入正式立案的案件分装两本不同的卷宗，使用两个不同的案号；有的直接在上报的数据中作假等。

六、结语：“先行调解”规则的理解与适用

有关调解优先、诉讼分流改革的实证研究表明，调解优先政策是法院应对转型时期社会纠纷解决的特殊需要而提出的。如果说政策“与时俱进”的性格使之在及时应对社会问题方面具有明显的优势的话，那么其固有的应时性、变动性则与法律的安定性、可预测性存在轩轻。此外，法院推动调解优先政策写入民事诉讼法隐含功利性目的：首先是减轻法院案多人少的压力，其次是有助于预防那些含有非现实性冲突因素的纠纷进入法院，减少申诉信访风险，最后正是由于委托调解没有得到相关部门的积极响应，分流效果不明显，法院才特别希望将这些政

策和相关举措上升为法律，以获得一种普遍约束力。可见，法院从自身需要出发提倡“调解优先”，更多体现的是法院的政治理性和本位考虑，公共理性不足。如何正确理解修正案中有关“先行调解”和“诉调对接”的规定，防止立法在司法实践中走样变形的问题就显得十分紧迫。为此，立法者和司法者需要在以下几个方面作出努力：

首先，准确界定“先行调解”的含义，避免歧义。从最高人民法院提出“调解优先，调判结合”司法政策的背景和有关政策文件的前后文来分析，该原则前后两个“调解”的含义是不同的。《修改决定》第27条并没有对“先行调解”究竟是指诉讼调解还是非诉讼调解做任何界定，很有可能引发歧义。建议立法者对此进行解释，区分诉讼调解与非诉讼调解的情形，明确相关的程序。

其次，保障当事人的程序异议权。第30条第2款规定了法院的立案调解，但启动立案调解的条件仅仅为“当事人争议不大的”，而对什么样的案件属于“争议不大”语焉不详，又没有赋予当事人选择权与异议权，这意味着由法官单方面来认定。调解本身的程序规定性极低，对调解人的约束力几乎为零，调解是否能够达到立法者追求的目标，几乎完全依赖调解人的自律与能力。这显然是靠不住的。如果法官滥用“先行调解”的规则，极可能损害当事人的诉权。实际上，一些地方法院已经发生为追求所谓“诉(庭)前化解率”或“调撤率”，对符合条件的起诉实行“不调(成功)不立(案)”的现象。有学者说完全可以通过诉讼制度上的设计纠正这些不规范行为，^{31}笔者却不敢苟同。调解滥用问题周而复始的发作并非调解本身的错，其病灶来自司法结构。而结构性的痼疾是无法用外用膏药来根治的。但是，既然已经成为立法，我们也只能尽最大的努力减少问题发生的可能性。立法者应当尽快通过立法解释明确相关程序，包括明确“争议不大”的含义与判断标准、限制调解时间、增加当事人的异议权等。

最后，也是最重要的，先行调解规则能否发挥积极作用，实现立法目的，关键取决于法官的公共理性。公共理性是公民的理性，是那些共享平等公民身份的人的理性。公共理性的目标是公共善和根本的正义，是公民在事关支配公民社会立场的基本观点之间寻求相互间重叠的共识面。^{32}如果说法律是一个社会公共理性的集中体现，那么“用法律来判断”的司法理应当成为公共理性运用的典范。司法公正的评价标准就是裁判是否能够体现公共理性。法官的工作重心应当是专研法律解释与司法技术，让裁判理由体现公共精神。法官须足够重视调解优先和诉调对接改革实践中公共理性不足的问题。法官应当认识到，调解的公共理性对法官个人的公共理性有很强的依赖性，需要法官保持高度的公共意识，基于公共理由提出调解方案，用公共理由说服当事人妥协让步、达成合意，不能杂糅法官个人目的或审判权本位主义的需求。

注释：

*南京大学法学院教授。本文建立在南京大学法学院与常州市中级人民法院“三个分流”改革课题组调研成果基础之上，为国家社科基金“作为人权的诉权理论——从民事诉讼程序实证研究展开”（项目号：08BFX062）阶段性研究成果，受南京大学法学院985三期项目“社会转型与法制发展”资助。

{1} 2011年10月29日第一稿，2012年4月11日第二稿。本文以第二稿为对象进行讨论。

{2} 值得一提的是，第二稿较之第一稿增加了“但当事人拒绝调解的除外”，顾及到当事人的程序选择权。

{3} 苏力：“关于能动司法与大调解”，《中国法学》2010年第1期。

{4} 范愉：“‘当判则判’与‘调判结合’——基于实务和操作层面的分析”，《法制与社会发展》2011年第6期；龚稼立：“审判实践中的调解优先原则”，《河南社会科学》2010年第1期；曹守晔：“法院调解：社会主义司法制度的中国特色”，《河南社会科学》2010年第1期等。

{5} 参见王福华：“论诉前强制调解”，《上海交通大学学报》（哲学社会科学版）2010年第2期；李喜莲：“法院调解优先的冷思考”，《法律科学》2010年第2期；徐昀：“‘调解优先’的反思——以民事审判结构理论为分析框架”，《学术研究》2010年第4期；艾佳慧：“调解‘复兴’、司法功能与制度后果——从海瑞定理I的角度切入”，《法制与社会发展》2010年第5期；李浩：“理性地对待调解优先——以法院调解为对象的分析”，《国家检察官学院学报》2012年第1期等。

{6} 范愉：“诉讼调解：审判经验与法学原理”，《中国法学》2009年第6期。

{7} 同上注；范愉，见前注{4}。

{8} 调查组核心成员有杨春福、艾佳慧、郭俊义等3位老师，还有陆嫵池等14名研究生。艾佳慧老师在问卷设计、数据统计上作了重要贡献。

- {9} 1999年, S省D市法院受银行柜台服务模式的启发, 设立了柜台式全程立案服务, 将过去的立案窗口改为多功能立案大厅。{10} 最高人民法院在推出各种有关调解的指导性意见和规定的同时, 也在不断出台有关程序规范化的文件, 诸如完善审判公开、落实回避制、加强合议庭职能、发挥人民陪审员制功能以及证据规则等, 其数量甚至超过有关调解的文件。
- {11} 郭士辉: “民事审判方式改革回眸”, 载《人民法院报》2008年10月20日。
- {12} 96年全国审判方式改革工作会议提出的改革指导思想是: 以宪法和诉讼法等法律为依据, 以保障裁判公正为目的, 以公开审判为重心, 以“三个强化”(即强化当事人的举证责任、强化庭审功能、强化合议庭职责)为内容。这些后来写进了最高人民法院98年发布的《关于民事经济审判方式改革问题的若干规定》中。
- {13} 更为详细的论证参见吴英姿: “自我塑形中的中国基层司法以陈燕萍工作法为个案的研究”, 公丕祥主编: 《人民法院能动司法制度建设初探》, 人民法院出版社2011年版, 页175—187。
- {14} 最高人民法院2010年、2011年、2012年《人民法院工作要点》。
- {15} 吴英姿: “司法过程中的‘协调’——一个功能主义的视角”, 《北大法律评论》2008年第2辑。
- {16} 公丕祥: “应对金融危机的司法能动”, 载《光明日报》2009年9月9—11日。
- {17} 参见王旭: “解释技术、实践逻辑与公共理性——最高人民法院行政法解释考察”, 载葛洪义主编: 《法律方法与法律思维》(第6辑), 法律出版社2010年版, 页116—142; 李友根: “司法裁判中政策运用的调查报告——基于含‘政策’字样裁判文书的整理”, 《南京大学学报》(哲学社会科学版)2011年第1期; 陈珊珊: “量刑的计量化与政策导向评析——以交通犯罪中最高院《量刑意见》的适用为例”, 《法学》2012年第2期。
- {18} 公丕祥, 见前注{16}。
- {19} 王胜俊: 《最高人民法院工作报告》(2010年); 公丕祥, 见前注{16}。
- {20} 参见最高人民法院《人民法院工作要点》(2009年、2010年、2011年、2012年)。
- {21} (英) 安东尼·吉登斯: 《社会学方法的新规则——一种对解释社会学的建设性批判》, 田佑中等译, 社会科学文献出版社2003年版, 页273—275。
- {22} (美) 乔纳森·特纳: 《社会学理论的结构》, 华夏出版社2001年版, 页170—172。
- {23} “调解型”与“对抗—判定”司法结构的概念受王亚新教授相关论著的启发。参见王亚新: 《对抗与判定: 日本民事诉讼的基本结构》, 清华大学出版社2002年版。
- {24} 特纳, 见前注{22}, 页175。
- {25} 如法院要求案件承办人根据“属案管理、全程负责”的原则, 承担释法息诉工作。这一负担必然对法官处理案件的思路与方案(规则与资源)产生影响。
- {26} 最高人民法院法官的解读中也存在这样的误区。参见龚稼立, 曹守晔, 见前注{4}。
- {27} 在转型时期矛盾复杂以及社会价值多元的情况下, 纠纷解决需要一批受过专门训练的, 懂得法律、政策, 有心理学、社会学知识, 洞悉社会风俗习惯, 具有沟通、谈判、斡旋技能的专门解纷人才, 而这种复合型专门人才是各个部门都亟需的。
- {28} “‘人民调解工作室’在钟楼区法院正式挂牌运作”, 人民法院网2007年4月3日, 最后访问日期: 2012年5月5日。
- {29} 调解协议进入强制执行的比例居高不下属全国性问题。参见李浩: “当下法院调解中一个值得警惕的现象——调解案件大量进入强制执行研究”, 《法学》2012年第1期。
- {30} 根据Y市政务公开系统公布的信息, 该大楼预算350万元, 资金来源为自筹。
- {31} 范愉认为民事诉讼法的基本原则、制度制约、当事人处分权与法院职权的结合、相应的救济机制等可以保证调解的正当性和效益。参见范愉, 见前注{4}。
- {32} 参见(美) 约翰·罗尔斯: 《政治自由主义》, 万俊人译, 译林出版社2000版, 页225—226; (美) 约翰·罗尔斯: “公共理性理念新探”, 谭安奎译, 载谭安奎编: 《公共理性》, 浙江大学出版社2011年版, 页122—123。

遗产处理制度的反思与重构

《法学家》2013年第4期 谭启平, 冯乐坤 西南政法大学

关键词: 遗产处理, 企业清算, 遗产清算

内容提要: 处理被继承人死亡后的遗产相关事务的遗产处理制度与各类企业解散后进行的企业清算制度本质上具有一致性, 遗产处理制度应当借鉴企业清算制度, 设计为遗产清算制度。如此, 我国未来继承立法就应采纳遗产处理的独立型立法例。遗产处理中的遗产债务也就以遗产为限进行清偿, 继承人取得的遗产实际上是清偿债务后被继承人的剩余财产, 遗产应当为被继承人的财产权利而非财产义务, 限定继承也就无从产生。继承开始后的遗产并不归属继承人或遗产债权人所有, 只有清偿债务后遗产有剩余的情形下, 才能确定继承人取得遗产所有权。清算期间的遗产则由清算组织享有管理权, 遗产应具有独立的民事主体资格。遗产在继承开始后能否完全清偿遗产债务无从确定, 应借鉴企业清算制度规定的清偿债务顺序, 对清偿遗产债务的顺序作出规定。

自我国制定《中华人民共和国继承法》(以下简称《继承法》)以来, 在被继承人的遗产不断增加的同时, 其对外负有债务的情形已屡见不鲜, 未来《继承法》修改就须考量对继承人、遗产债权人利益的双重保护。因继承立法中的遗产处理制度旨在处理与继承人、遗产债权人利益攸关的遗产事务, 此制度设计合理与否对继承人、遗产债权人的利益保护尤为重要。尽管我国继承法学已对完善遗产处理制度提出了诸多立法建议^[1], 但仍然无法有效地应对传统继承法基本理论在立法设计层面所形成的诸多问题。实质上, 企业属于社团, 社团具有的人的组织体的特性, 企业也就处处比照自然人而设计^[2]。如企业设立视为自然人怀孕、企业成立视为自然人出生、企业决策机关视为自然人的大脑、企业终止视为自然人死亡等等, 企业与自然人的内在机理其实是一致的, 涉及规范两类民事主体诸多制度的基本原理也是基本相同的。进而言之, 企业终止与自然人死亡本质上都致使主体消灭, 立法设计的对解散后各类企业均进行的以清查财产、清理业务、清偿债务、分配剩余财产等相关财产事务的企业清算制度就应与处理自然人死亡后的相关财产事务的遗产处理制度的设计理念相同, 典型表现就是继承开始后的遗产与

解散后的企业财产均为财团，且遗产处理程序与企业清算程序亦相同^[3]。如此，对被继承人死亡后的遗产事务的处理与对解散后的企业财产清算具有一致性^[4]，继承立法中的遗产处理应当借鉴企业清算进行设计。但目前相关遗产处理的立法建议并没有借鉴企业清算制度的经验，也就无法实现对继承人、遗产债权人的利益保护。本文将在梳理现实中的遗产处理立法设计层面的诸多问题以及借鉴企业清算制度经验的基础上，尝试对遗产处理制度作出重构。

一、遗产处理立法例的评析与选择

继承制度一般由法定继承、遗嘱、遗产处理三部分组成，其中的法定继承与遗嘱是解决取得遗产的主体资格问题，主要涉及继承的实体性规范；而遗产处理主要涉及继承的程序性规范，且将遗产处理设计为继承法的结尾部分往往是基于立法结构的逻辑考虑^[5]。大陆法系不同国家或地区的遗产处理立法例主要分为分立型和独立型两种类型。前者是指将法定继承、遗嘱继承、无人承认遗产等相关遗产处理的内容分别规定在不同章节，如德国、意大利、法国、魁北克以及我国台湾地区等民法典^[6]；后者是指将法定继承、遗嘱继承、无人承认遗产等相关遗产处理的内容专门规定在同一章节，如瑞士、葡萄牙、埃及以及我国澳门地区等民法典^[7]。此外，英美法系的遗产处理立法例是采纳遗产管理制度，先依据被继承人的遗嘱而确定遗嘱执行人并承担遗产管理职责，若没有遗嘱或者遗嘱中没有指定执行人或者遗嘱执行人在未完成处理遗产事务之前死亡的，则由相关利益人申请法院指定遗产管理人担当遗产管理职责，遗嘱执行人和遗嘱管理人又称为遗产代理人^[8]。此种遗产处理立法例其实与大陆法系遗产处理中的独立型立法例本质上具有一致性，即将分散的遗产处理事务整合为成统一的遗产管理制度。实际上，遗产处理分立型立法例通过将遗产处理内容分别规定在不同继承方式中可以彰显不同继承方式的特殊性，但容易出现相同的遗产处理内容分别规定在不同继承方式中的重复立法弊端；相反，遗产处理独立型立法例通过将不同继承形式中相同的遗产处理内容集中统一规定而可避免重复立法。如此，遗产处理独立型立法例将不同继承方式的遗产处理集中规定，符合法律条文应当简明与统一的基本要求，容易达到法律便于适用的目的。

受1922年的《苏俄民法典》第427至第436条规定的遗产处理等问题的立法例影响，我国1958年3月的《继承法（草稿）》除在第4章专门规定清偿债务的内容以外，第1章与第5章中又具体规定了遗产保管、接受继承、遗产分割、无人继承遗产等方面的内容。1980年8月全国人大常委会拟定的《民法草案征求意见稿》在第6编“财产继承”第5章规定“债务的清偿”外，又单独设计了第4章“五保户遗产和无人继承遗产的处理”，第1章“通则”则规定了遗产保管与接受或者放弃遗产，1981年4月的《民法草案征求意见稿二稿》、1981年7月的《民法草案征求意见稿三稿》、1982年5月的《民法草案征求意见稿四稿》一直继受此立法例，并最终形成了《继承法》第4章“遗产的处理”中集中规定的遗产处理制度。不过，《继承法》除了在第4章集中规定遗产处理制度以外，又通过第1章“总则”规定了清偿法定继承、遗嘱继承或者遗赠、遗赠扶养协议的先后顺序以及无行为能力人和限制行为能力人的继承权、受遗赠权的行使，第2章“法定继承”第15条规定了遗产分割的时间、办法和份额，第3章“遗嘱继承和遗赠”第16条规定了遗嘱执行人，第4章“遗产的处理”第31条规定了与遗产处理无关的遗赠扶养协议。显然，我国《继承法》已经意识到了采纳遗产处理独立型立法例的优势，却没有将所有遗产处理的相关内容予以集中规定，不仅第4章集中规定了遗产处理制度，又将部分遗产处理的相关内容分别法定继承、遗嘱继承、无人继承中进行规定^[9]。此种“集中+分散”的立法例不仅立法技术粗糙，且有重复立法的弊端，无法达到法律便于适用的目的。

目前，我国继承法学者共拟订了五部继承法建议稿^[10]。除徐国栋主持的《绿色民法典》第1编“人身关系法”第4分编“继承法”的第11章至第15章没有继受《继承法》的遗产处理立法例外，梁慧星、何丽新、王利明、张玉敏主持的建议稿均继受了《继承法》的遗产处理立法例。尽管这表明继承法学界已经肯定了《继承法》所采纳的遗产处理独立型立法例，但受《继承法》“集中+分散”的立法理念影响，部分遗产处理的内容又分别规定在其他法律制度中，最典型的就是遗嘱执行的立法模式。不过，我国现行继承立法已经意识到了将处理遗产的相关事务进行集中规定的重要性，且所拟定的部分继承法建议稿已经将此种立法意识付诸实践，相反，部分继承法建议稿的设计并没有完全落实将所有处理遗产事务予以集中的整体性制度设计，势必会重蹈《继承法》重复立法的覆辙。

因企业清算在清理企业债权债务时，能防止私分企业财产或者不公平的分配财产，也就有效地厘清了企业与其设立人各自的责任，尤其对债权人利益进行充分保护。尽管企业形态的多样性致使不同企业清算所涉及的问题并不一致，为了法律便利适用的目的，各类企业立法均对解散后企业财产清算的事务集中予以规定，且形成单独章节或者法律如我国2006年的《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）第10章“解散和清算”第181条至第191条、2006年的《中华人民共和国合伙企业法》（以下简称《合伙企业法》）第4章“合伙企业解散、清算”第85条至第92条、1999年的《中华人民共和国个人独资企业法》（以下简称《个人独资企业法》）第4章“个人独资企业的解散和清算”第26条至第32条就集中统一地进行了规定。因处理遗产相关事务要同时对继承人、遗产债权人的利益进行保护，集中规定遗产处理制度的立法理念恰与企业清算制度的立法理念相吻合，加之，遗产处理也同样具有便于法律适用的目的，遗产处理就应借鉴企业清算制度的立法理念重新进行设计。如此，我国未来《继承法》应采现行《继承法》的遗产处理立法例，即独立型立法例，而现行《继承法》各章节中分散规定的处理遗产相关事务内容也应集中规定，将法定继承、遗嘱继承和无人继承遗产的遗产处理规定于同一章节^[11]。

二、限定继承理念的误区与修正

大陆法系不同国家或地区的关于继承开始后被继承人的财产权利义务移转于继承人的立法例主要有当然继承主义与承认主义。当然继承主义是指继承开始后被继承人的财产权利义务必然移转予继承人，继承人也就不对被继承人生前债务承担无限责任；承认主义是指被继承人死亡后的财产权利义务并不必然移转予继承人，只有经过继承人承认后，才能对继承人产生效力。当然继承主义立法例中的继承人对被继承人生前债务承担无限责任，这导致继承人财产与被继承人生前财产相混合，被继承人生前债务也就成为了继承人债务，此种情形不仅有损于继承人利益，也不利于遗产债权人的利益保护，当然继承主义立法例也就逐渐被继承立法所摒弃。相反，承认主义立法例中的继承人继承与否的意思表示往往依据自己利益而判断，通常表现为无限继承、限定继承和放弃继承三种继承形态，立法赋予继承人对被继承人的权利义务承担无限继承、限定继承或者放弃继承以选择权。因限定继承是继承人以遗产范围为限对外承担清偿遗产债务的责任，此种继承形式能够达到对继承人与遗产债权人利益予以保护的目，在继承样态中也就处于支配地位，逐渐被大陆法系不同国家或地区所采纳^[12]。

受我国传统的将身份继承、祭祀继承与财产继承三者合一的宗祧继承制度以及现实生活中既存的父债子还的习惯影响，继承人也就继承了被继承人生前的权利义务。我国清末至民国初期的民法也采纳了此种当然继承主义的立法例，为了实现继承人、遗产债权人的利益保护，立法又规定了继承人享有对无限继承、限定继承或者放弃继承的选择权^[13]，但实务中出现的继承人不知被继承人死亡而无法办理限定继承，以及因法定继承人疏忽而没有替其未成年子女办理限定继承或者放弃继承的情形时常发生，台湾地区遂于2009年5月对其民法第1148条增加了第2款，即继承人对于继承开始后，始发生代负履行责任之保证契约债务，以继承所得之遗产为限而负清偿责任，即将当然继承主义为主、承认主义为辅的立法例修改为当然法定限定主义^[14]。与此同时，1949年后我国在借鉴苏俄民法的基础上，出现了继承人对被继承人的债务只能在遗产的实际价值限度内负责清偿的限定继承理念^[15]，自1958年的《继承法（草稿）》第24条规定限定继承后，1980至1982年的历次民法草案均予以继承^[16]，《继承法》第33条遂对此作了规定。不过，我国继承立法规定的限定继承在对继承人利益进行保护的同时，却忽视了对遗产债权人的利益保护，如此，在借鉴大陆法系不同国家或地区继承立法所设计的财产分离、遗产管理、官方清算以及制作遗产清册等不同制度的基础上，我国继承法学界又提出了若干完善建议^[17]，且已经拟定的部分继承法建议稿也予以了相应的设计。显然，限定继承已经被广泛地接受为我国继承立法的主要原则^[18]。

继承立法采纳限定继承的法理渊源，与罗马法将遗产范围视为被继承人的财产权利义务的规则相关。具体而言，人类社会早期继承法包括身份继承与财产继承，身份继承是财产继承的基础，继承人只有继承被继承人的特定身份后才能继承被继承人的财产，且身份继承的主要内容是指一旦继承被继承人的人格，被继承人的财产权利义务就一并移转予继承人，继承人也就概括继承了被继承人的财产权利义务，罗马法其实将被继承人的财产权利义务均视为遗产。后随着社会中的宗法观念衰落，身份继承逐渐由财产继承替代，以身份继承为理论基础的遗产范围仍然被视为被继承人的财产权利义务。继受罗马法的大陆法系不同国家或地区也就遵循了此种遗产范围理念^[19]，从而，此种遗产范围理念无疑致使继承人承担了应该由被继承人承担的财产义务。尽管继承立法遂又允许继承人依据自己利益而选择是否承担无限继承、限定继承和放弃继承，没有选择的继承人则限定继承，但继承人的此种选择权其实是以继承人继承了被继承人的财产权利义务为前提，限定继承是将遗产范围视为被继承人的财产权利义务而派生的结果。不过，继承人仅继承了被继承人的财产权利，被继承人的财产义务并没有继承，继承人只有在选择无限继承的情形下，才继承被继承人的财产义务，限定继承其实就是将遗产范围视为被继承人的财产权利而非财产义务，其实际后果无疑与通行的将遗产范围视为被继承人财产权利义务的理念相悖，因此有必要检讨此种理论前提与实际结的限定继承的合理性。

受大陆法系的继承立法将遗产范围视为被继承人财产权利义务理念的影响，我国清末的《大清民律草案》乃至此后的民事立法也采纳了此种遗产范围理念^[20]。但是，继承人继承被继承人的财产义务与社会通行的否定父债子还的理念相悖，我国在司法实务中处理继承纠纷一直也就将遗产范围限定为财产权利而非财产义务。具体言之，从1979年2月2日的最高人民法院《关于贯彻执行民事政策法律的意见》规定的“继承人生前的合法债务应从遗产中偿还”的立法精神可知，被继承人的债务并不包括在遗产范围之内；1980年8月到1982年5月数次所起草的《民法草案（征求意见稿）》均规定“遗产范围包括死者生前个人所有的财产和法律规定可以继承的其他合法权益”；《继承法》第3条明确规定了遗产为“公民死亡时遗留的个人合法财产”及其具体范围。尽管如此，我国仍有继承法学者认为，遗产是被继承人的财产权利义务的统一体，接受继承的继承人必须对被继承人遗产的财产权利义务予以同时承受^[21]。但我国主流见解认为，遗产应当为财产权利而非财产义务，完善遗产范围的立法建议均认为遗产应以财产权利为限^[22]。既然我国大陆继承立法实践中已将遗产视为被继承人的财产权利，继承人理应继承财产权利而非财产义务，限定继承制度也就无从谈起。不过，台湾地区于2009年5月通过对民法第1148条增加第2款，规定了继承人以遗产为限对遗产债务承担责任的限定继承，该条第1款却仍然规定“除权利义务专属于被继承人本身者外，自继承开始时的继承人承受被继承人的财产权利义务”，如此，限定继承并非不继承债务，仅是在继承债务后限定其清偿责任而已^[23]。

企业设立人通常根据自己的利益而选择不同的企业形式，使企业出资人在不同类型企业中承担不同的债务责任形式，从而，也就形成了个人独资企业出资人承担无限责任、合伙人承担无限连带责任、公司股东以出资为限

承担有限责任的立法。据此，企业出资人对企业债务承担无限（连带）责任或有限责任，企业清算的最终目的就在于落实这两种责任。就公司股东人承担的有限责任而言，因股东与企业各自人格独立，股东的出资也就形成了企业财产，企业以所有的企业财产对外承担清偿债务的责任，股东仅享有对清算后企业剩余财产的分配权请求权，只有清算后的企业有剩余财产的情形下，才能将剩余财产分配予股东，股东其实不对企业债务承担责任。此外，履行清算职责的企业清算组织不仅清理企业的财产，也要收取债权、清偿债务，只有偿还债务后的企业剩余财产才可以由企业出资人取得，换言之，对企业清算而言，企业财产包括权利义务，对企业出资人而言，企业财产则仅为权利。未来的继承立法设计的遗产处理制度应当借鉴企业清算的经验，解散后的企业以自己财产对外承担责任、处于清算阶段的企业财产范围、企业出资人享有对清算后企业剩余财产的分配权请求权以及企业出资人不承担责任的理念就应该被借鉴。遗产处理中的被继承人债务也就以被继承人的遗产进行清偿，继承人仅享有清偿遗产债务后剩余遗产的继承权，继承人对于遗产债务并不负清偿责任，即遗产债务由被继承人的遗产进行偿还，偿还后的剩余财产才能由继承人取得，除非继承人自愿清偿遗产债务，否则，继承人不承担清偿遗产债务的责任。

须注意的是，遗产范围其实与继承人具有的不同身份相关，因担当处理遗产职责的继承人不是以继承人身份而是以遗产处理人的身份（如遗产管理人或遗嘱执行人）履职，其时遗产范围为被继承人的财产权利义务；取得清偿遗产债务后的剩余遗产只能以继承人的名义，此时的遗产范围为财产权利而非财产义务。我国的继承立法已经将遗产范围视为被继承人的财产权利，这就是从继承人身份进行观察的结果，此种遗产范围必然与作为限定继承前提的遗产范围应为被继承人财产权利义务的理念相悖。将遗产范围视为被继承人的财产权利义务，实际上是遗产处理人身份观察的结果，但遗产处理人非以继承人身份履行遗产处理职责，限定继承也就无从论及。因罗马继承法欠缺独立的遗产处理制度，除遗嘱中指定遗嘱执行人以外，继承开始后的继承人实际上也就充当了遗产处理人的角色，处理遗产过程中必然要面对被继承人的财产权利义务，受当然继承主义影响而将遗产范围视为被继承人的权利义务以及在此基础上设计限定继承也有其道理，但在大陆法系不同国家或地区已纷纷构建遗产管理制度的背景下，仍以遗产无管理人为基础而设计限定继承的立法理由就值得怀疑。所以，继承立法实无必要在将遗产范围视为财产权利的前提下再作限定继承的规定，继承法理论研讨限定继承也显得多余。

三、遗产所有权归属的困境与定位

早在罗马法时期，为了保护继承人以及遗产债权人的利益，避免遗产在继承人未表示接受前处于无主物状态，遂将待继承遗产视为一个独立的团体，使其具有主体地位而承担权利义务^[254]；与此同时，又赋予了继承开始后的继承人继受被继承人的人格而接替被继承人的地位，接替被继承人法律地位后的继承人也就成为被继承人遗产的所有人，共同继承人原则上就各自的应继份为被继承人的遗产所有人，即使后来的身份继承演变为财产继承，此种理念也没有发生变化^[255]。同样，为保护继承人的权利或者为遗产调查或者向占有遗产的第三人请求返还，日耳曼法规定继承开始时继承人即当然取得遗产占有，并不因继承人之不同而有所差别，且此种遗产占有为事实上所恒有，因当时的经济及政治原因的影响，财产处分设有诸多限制，继承制度以共同继承主义为原则，为了调节不动产之维持与共同继承二种制度的矛盾，继承人并不分割遗产，仍居于原有家宅而共同生活，遗产遂属于继承人等合有^[256]。显然，作为近世法两大法源的罗马法与日耳曼法已经意识到对继承人、遗产债权人利益保护的重要性，为了避免继承开始后遗产处于无主的境地，而赋予遗产主体资格以及确定遗产所有权归属。受其影响，大陆法系不同国家或地区的继承法均规定继承开始后遗产归继承人所有^[257]，只有日本民法继受了赋予遗产主体资格的做法^[258]。

我国《继承法》没有明确规定继承开始后的遗产归属，但从1985年9月最高人民法院《关于贯彻执行〈继承法〉若干问题的意见》第49条规定的“继承人在遗产分割前作出放弃继承的意思表示应当是继承权而不是所有权”的司法解释精神可知：继承开始后的继承人并没有立即取得遗产的所有权，只有在遗产分割后才能取得所有权。相反，共同继承人在被继承人去世后的首要任务是处理安葬事宜，径直分割遗产与我国风俗习惯不符，加之，现实生活中的家庭规模日益缩小，父亲或母亲一方去世后的遗产一般由生存的另一方管理、使用或处分，作为继承人的子女待父母都去世后才能分割遗产，分割前的共同继承遗产理应为共同继承人共同所有^[259]。1987年6月最高人民法院《关于父母的房屋遗产由兄弟姐妹中一人领取了房屋产权证并视为已有发生纠纷应如何处理的批复》中表述为“共有”，1987年10月最高人民法院《关于继承开始后继承人未表示放弃继承遗产又未分割的可按析产案件处理的批复》中进一步认为是“共同共有”，1988年最高人民法院《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见（试行）》第177条又明确规定“遗产未分割的，即为共同共有”，此种司法解释的相同性也就使人们认为共同继承遗产理应为共同共有。不过，既然上述司法解释已经认为继承人只有在遗产分割后才能取得遗产所有权，将未分割遗产再解释为共同共有是有问题的。因我国继承法学关于继承开始后的遗产归属，主要有认为继承开始后的遗产所有权由继承人取得的死亡说与认为继承人只有在遗产分割后才能取得遗产所有权的遗产分割说两种不同见解^[260]，现行司法解释的问题其实就是关于遗产归属的此种不同见解的反映。

大陆法系不同国家或地区的继承法其实与我国继承法学所认为的继承开始后遗产所有权由继承人取得的死亡说相一致。将继承开始后的遗产视为继承人所有以及数个继承人共同继承的遗产视为共同共有，遗产债务也就成为了继承人债务。除非被继承人没有继承人或者继承人放弃继承或者继承人破产，否则，被继承人的遗产所有权主体也就不会出现缺位现象。既然遗产归属于接受继承的继承人所有，接受继承后的继承人应当以自己财产对债

务承担无限清偿责任，处理遗产相关事务也就实属多余。另外，继承开始后所涉及到的接受继承、放弃继承、丧失继承权、转继承、继承恢复请求权等诸多相关制度均以继承开始后的遗产不归属继承人所有为基础。尽管继承法采纳的继承开始后遗产归继承人所有的理念保持了在被继承人丧失所有权与继承人取得所有权期间遗产所有权归属的连续性，可以避免将遗产视为无主财产而被他人所取得的缺陷，但继承人取得遗产所有权的法律事实却致使接受继承、放弃继承、丧失继承权、转继承、继承恢复请求权等相关制度只能在被继承人死亡之前具有法律价值。

将继承开始后的遗产所有权视为由继承人取得，与继承法中的诸多制度相悖，实有必要予以检讨。不过，继承立法所采纳的继承人在遗产分割后才能取得遗产所有权的理念，其实以遗产分割为标准而对继承人享有的权利进行了分类，即遗产分割前继承人享有继承权，遗产分割后继承人取得遗产所有权。既然继承人对继承开始后的未分割遗产享有继承权，继承所采纳的继承开始后的遗产由继承人取得的立法理念所存在的上述困惑就可以解决，问题在于死亡后的被继承人会失去遗产所有权而继承人又不能立即取得所有权的现实必然致使遗产处于无主境地，不利于继承人、遗产债权人的利益保护。为此，不同国家或地区的继承立法均以遗产为基础而构建遗产管理组织（即遗嘱执行人和遗产管理人）来应对此种现实。遗产管理组织不对遗产享有所有权，仅享有以实现继承人、遗产债权人的利益保护为目的的管理权；遗产管理组织也并非继承人、遗产债权人的代理人，而是依据继承法的规定享有独立的法律地位。由此，遗产管理组织对遗产并不享有所有权却并不妨碍在现实中正常运行，即使继承立法理论层面关于继承开始后遗产归属的争议也并不影响继承法设计的遗产管理组织在实践层面的操作³¹¹，继承立法应当搁置此类争议而重视立法的周延。

企业终止的直接后果就是企业人格消灭，企业出资人并不享有解散后的企业财产权，仅享有对清偿企业债务后的剩余企业财产的分配请求权，解散后的企业财产所有权主体也就出现了缺位。为了对解散后企业利害关系人利益的保护，各类企业立法明确规定了解散后的企业应当成立清算组织而对解散企业的相关事务进行清结。以解散后的企业财产为基础设立清算组织，且赋予其具有独立人格即以自己名义享有权利承担义务³²¹，但企业清算组织并非企业出资人或者企业债权人的代理人，企业清算组织对解散后企业的财产并不享有所有权，仅仅享有对解散后企业财产的管理权。企业清算组织在理论上属于民事主体中团体类型之一的财团，即实质上解散后的企业财产视为了独立的民事主体³³¹。为了避免将继承开始后的遗产视为继承人所有或将数个继承人共同继承的遗产视为共同共有而产生的上述弊端，我国未来的继承立法应当借鉴企业清算的做法，不仅要明确规定继承开始后的遗产不归属任何利害关系人，只有经过对已清偿遗产债务的遗产分割后，才能确定继承人取得所有权；且以遗产为基础而构建的负责遗产处理的相关组织，对遗产并不享有所有权而是依据遗嘱或法律规定享有管理权，即继承开始后至分割前的遗产具有独立的法律地位以及民事权利能力，其实就是财团。不过，具有财团资格的遗产不能限于前述部分大陆法系国家规定的“待继承的遗产”或者“继承人不明的遗产”类型，无论遗产的继承人接受或放弃继承，继承立法均应当将遗产视为财团，且遗产是否具有法人资格均不影响其独立的法律地位³⁴¹。

四、遗产债务清偿顺序的不足与设计

我国《继承法》仅通过第33条的“继承遗产应当清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务”和第34条的“执行遗赠优先于缴纳税款、清偿债务”规定了清偿遗产债务顺序。1985年最高人民法院《关于贯彻执行〈继承法〉若干问题的意见》第61条又规定了“对继承人中有缺乏劳动能力又没有生活来源的人保留适当遗产后再进行清偿债务的先后顺序”，但此种清偿债务顺序必须按《继承法》第33条和原《中华人民共和国民事诉讼法（试行）》（以下简称《民事诉讼法（试行）》）第180条规定的“被执行人财产不能满足所有申请人要求而必须按照工资与生活费、国家税收、国家银行和信用合作社贷款、其他债务”的先后顺序进行。但在1991年正式施行的《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）增加了第19章“企业法人破产还债程序”的前提下，原《民事诉讼法（试行）》第180条遂被删除，随着《中华人民共和国企业破产法》（以下简称《企业破产法》）的制定，2007年修改后的《民事诉讼法》又将“企业法人破产还债程序”的内容删除。显然，立法者已经意识到了现行继承法规定的清偿遗产债务顺序的缺陷而试图通过司法解释进行弥补，但上述司法解释随着原《民事诉讼法（试行）》的失效也无法再适用，实务中更不可能径直适用《企业破产法》，此种立法现实也就致使遗产债务清偿顺序处于缺位状态。相反，现实中的遗产债务已经呈现为由劳动工资、国家税款、社会保险费用、有担保权的债权、必留份债务、遗赠扶养协议债务、遗赠债务等所组成的多样化形态，依据《继承法》简单规定的清偿遗产债务顺序来应对性质各异的债务显得捉襟见肘。

实务中的遗产也会出现不能全部清偿所有遗产债务的情形，仍参照遗产能够清偿遗产债务的情形进行清偿势必会侵害不同遗产债权人的利益，但我国《继承法》以及《企业破产法》均没有规定遗产破产制度。据此，在《继承法》与《企业破产法》的框架内已经无法解决实务中遗产不能清偿遗产债务的问题，只有以遗产为基础构建遗产破产制度，才能达到公平清偿遗产债务的目的。现实中承认遗产破产制度的国家或地区主要是通过破产法予以规定，且即使在民法典中予以规定的国家也仅作了原则性规定，具体适用规则还得依赖破产法³⁵¹。由于遗产破产本质上属于破产法的内容，将其规定在继承法中就会破坏破产法的整体性。但是，因遗产破产不具有通过免除债务而重整被继承人清偿债务能力的目的，且遗产破产也不具有和解能力以及被继承人的免责与复权等问题，此种特殊性也就导致了遗产破产与其他破产制度的区别。与此同时，继承立法中的遗产债务清偿顺序一般就是将遗产

债务按类型排序，规定了清偿遗产债务顺序就意味着规定了遗产债务类型。加之，除在清偿遗产债务的顺序有所区别以外，不同债务的清偿在遗产处理制度方面的诸多内容基本相同，分别在破产法与继承法中予以规定只能导致立法重复，还是将遗产破产制度规定在继承法中较为妥当^[36]。既然遗产破产制度与非破产制度主要区别体现在清偿遗产债务顺序，因此继承立法规定了遗产债务清偿顺序其实就相当于规定了遗产破产制度。

为了避免《继承法》简单规定的清偿遗产债务顺序在实务中不敷使用，我国继承法学者有不同的立法建议^[37]，立法建议中的差异主要集中在如何拟定劳动者工资债务与必留份债务、有担保权的遗产债务等的清偿顺序方面。具体言之，被继承人生前不乏存在雇佣劳动者的情形，劳动者工资往往是维持劳动者本人及其家庭生活所需的基本物质保障，支付劳动者工资理应为被继承人生前义务，被继承人死亡后则应从其遗产中予以支付；必留份则是对缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额，是否保留必要的数额往往影响到继承人的基本生活^[38]，如此，遗产债务中的劳动者工资与必留份能否予以及时清偿往往涉及到劳动者与继承人的基本生存，此类遗产债务性质的相同性也就导致立法应当将其设计为同一清偿顺序，但目前的诸种立法建议却将二者分别设计为不同顺序或者仅规定了其中一种，即使拟定的部分继承法建议稿所设计的相关清偿遗产债务顺序也未能避免此弊端^[39]。同时，被继承人生前为了确保自己或者他人债务能够得以履行，往往通过在遗产上设立担保权的方式而作为履行债务的担保，遗产债权人也就享有了在被继承人未履行债务时而依照法定程序就该财产优先受偿的权利，且此种优先受偿权往往具有优先于其他物权以及债权得以清偿的效力。既然被继承人生前在遗产上已经设立担保权，此类担保权的优先效力就应该给予肯定，但目前部分立法建议却将对遗产享有担保权的债权拟为第二顺序进行偿还^[40]，此种立法设计必然与担保权所具有的优先受偿效力相悖。显然，建立在遗产债务构成基础上的诸种立法建议忽视了不同遗产债务性质的差异，无法达到不同遗产债务清偿的设计目的，继承人、遗产债权人的利益也就无法得到有效保护。

企业清算分为非破产清算与破产清算，尽管非破产清算与破产清算的立法基础不同，二者却均设计了相同的清偿债务顺序：清算费用或者破产费用；职工工资、医疗、伤残补助、抚恤费用、社会保险费用、法定补偿金；所欠税款；普通破产债权^[41]。至于对特定财产享有担保权的债权，应通过对该特定财产行使优先受偿权利而予以实现。不过，个人独资企业的出资人对企业债务承担无限责任，合伙人对合伙债务承担无限连带责任，合伙企业和个人独资企业均不存在破产清算的情形。但清算之初的合伙企业与个人独资企业无法确定出资人的个人财产是否具备清偿全部债务的能力，有鉴于此，《个人独资企业法》第29条、《合伙企业法》第89条均规定了清偿债务的顺序。既然未来的遗产处理制度应当借鉴企业清算的经验，重新构建的遗产债务清偿顺序就应该参照企业清算中清偿债务顺序的理念而进行设计。

当然，继承开始后的遗产是否能够完全清偿遗产债务也无法确定，将遗产破产与不破产同时整合规定在继承法中的前提下，理应借鉴《个人独资企业法》与《合伙企业法》所规定的清偿顺序，而对清偿遗产债务的顺序做出规定。就清偿遗产债务顺序的立法设计而言，遗产债务形态中的必留份债务、酌给遗产债务、遗赠扶养协议债务、遗赠债务等不为企业债务所具有，必留份债务涉及到继承人的基本生存权，应该与劳动者工资债务设计为同一顺序予以清偿；遗赠扶养协议债务是基于扶养人对被继承人的生前扶养行为和被继承人通过遗嘱将其死后财产指定由扶养人取得而产生的债务，被继承人与扶养人之间的债务关系是双务有偿法律关系，遗赠扶养协议债务的性质其实与普通债务的性质相同，应将遗赠扶养协议债务与普通债务设计为同一顺序进行清偿；遗赠债务是继承人无偿取得的债权，即使受赠人没有取得也不会对其造成损失，清偿遗赠债务则应置于清偿完所有债务之后。不过，在遗产上设立的有担保权的遗产债务应具有优先受偿权，不应将其列入遗产债务清偿顺序，遗产债权人直接向负责处理遗产的相关人员请求即可。

五、遗产管理制度的缺陷与替代

前述采纳遗产处理独立型立法例的不同国家或地区对是否通过构建统一的法律制度而将所有处理遗产的事务均予以囊括的做法并不一致：一是将所有遗产事务处理均集中设计于同一章节，瑞士、葡萄牙、澳门等多数国家或地区采纳了此立法例，如《瑞士民法典》在第3编“继承法”第2部分“继承”第16章“继承效果”中设计了遗产保全处分、遗产取得、公示财产清单、官方清算等遗产事务处理，又在第17章中规定了遗产分割。将所有遗产事务处理均集中设计于同一章节的做法可以达到适用便利的目的，但因欠缺一种将不同处理遗产事务予以囊括的制度，致使不同的遗产事务处理容易出现冲突；二是通过设计独立的法律制度而将所有的遗产事务处理均予以囊括的做法，典型代表就是《埃及民法典》第2编“物权”第3分篇第2章“所有权取得”第2节“继承和遗产清算”，将遗产管理人选任及其职责、遗产债务清偿、遗产分割等与处理遗产相关的事务均予以囊括。《俄罗斯民法典》第5编“继承法”第64章设计了“遗产的取得”，将处理遗产事务集中规定，其第65章“某些种类财产的继承”又规定了部分遗产事务处理，此种将遗产事务处理集中进行规定且设计为遗产取得制度的理念其实与《埃及民法典》的遗产清算制度并无二致，均为试图通过设计独立的法律制度而将遗产处理的相关事务予以囊括。受我国《继承法》第4章“遗产的处理”立法例的影响，除徐国栋主持的《绿色民法典》中的第1编第4分编第15章采用“遗产的分割”外，其他依次由梁慧星、何丽新、王利明、张玉敏主持的继承法建议稿均继受了《继承法》第4章“遗产的处理”立法例。不过，《继承法》及四部继承法修订建议稿所采纳的“遗产的处理”并不是一个逻辑严谨的法律概念，其实为一个日常术语，所涵盖的具体内容容易出现争议，无法将遗产处理的相关事务均予以

纳入^[42]。尽管多数继承法修订建议稿继承了《继承法》的“遗产的处理”立法例，但采纳此种立法例却无法避免前述弊端。在检讨修改此立法例的过程中，首要的任务就是要寻找能够准确反映并囊括所有遗产处理制度的法律制度。

同时，鉴于我国《继承法》第24条“存有遗产的人对遗产进行妥善保管”的简单立法不能达到继承开始后至遗产分割前对遗产进行保护与管理的要求，且将遗产保管解释为遗产管理混淆了遗产保管与遗产管理的内涵区别。^[43]加之，《继承法》不仅没有规定被继承人死亡后的遗产在无人保管情形下的遗产管理，又欠缺在法定继承及遗产无人继承情形下遗产管理的明确规定，因此虽然立法规定的遗嘱执行人在一定程度上替代着遗产管理人的职责，但仍无法涵盖遗产管理人的内涵。此种现状也就导致继承法积极主张未来《继承法》有必要设计遗产管理制度而实现对继承人和遗产债权人的利益保护^[44]，部分继承法修订建议稿也拟定了遗产管理制度，进而赋予遗产管理人在处理遗产过程中负责处理与遗产相关的所有事务，即不仅负有遗产保管职责，又负有清理被继承人的债权债务、清偿遗产债务、分割遗产等职责^[45]。然而，遗产管理的涵义应该重在保管，重心在于对遗产保管而非处理，一定程度上遗产管理与遗产保管的涵义具有一致性，遗产管理内涵的此种诠释也就无法涵盖诸项处理遗产的相关事务，毕竟立法者赋予遗产管理的内涵包含了所有与处理遗产相关的事务。既然遗产管理的内涵无法将诸项处理遗产的相关事务予以纳入，也就无法应对现行《继承法》存在的弊端，即重新构建遗产管理而弥补现有继承法的缺陷也就欠缺妥当性。须注意的是，继承人继承开始后应为遗产管理人，为了与无人承认继承情形下所设计的遗产管理人相区别，台湾地区2005年2月5日修正的《非讼事件法》第154条将因继承人不能管理遗产事务而选定代理继承人来管理遗产事务的情形称为遗产清理人制度，这就导致处理相同遗产事务却有不同名称，有画蛇添足之嫌，不值得借鉴。

不同国家或地区不同类型的企业清算立法均将企业解散至终止期间的所有事务处理交由清算组织负责，企业清算制度包括了清查财产、清理业务、清偿债务及分配剩余财产等基本事务，且以清偿债务和分配剩余财产为核心，清查财产、清理业务的目的在于清偿债务及分配剩余财产。但企业清算中的诸项事务并使解散后企业财产的管理权独立，履行清算诸项事务的基本前提就是清算组织享有对解散后企业财产的管理权，清算组织享有对解散后企业财产的管理权实际上已经被包括在诸项清算事务中，再规定其独立也属多余。不过，破产法不仅关心破产企业清算，也要强调和解与重整，1986年《企业破产法（试行）》规定的破产清算仅注重清算职能，2006年的《企业破产法》则采纳了全面接管破产企业并负责破产财产的保管、清理、估价、处理和分配等破产清算事务的管理人制度，且规定了破产清算、和解与重整等三大程序^[46]。但破产立法规定管理人制度是基于破产企业面临的复杂事务，而非破产清算中不存在和解与重整等程序，故破产管理人制度不值得非破产清算立法所借鉴。

既然处理被继承人死亡后的财产相关事务与对企业解散后的清算本质上具有一致性，继承立法设计的遗产处理制度就应该借鉴企业清算制度，尤其是非破产清算所包括的上述内容。对遗产享有管理权是履行处理遗产诸项事务的必要前提，遗产管理也就不能成为独立的处理遗产事务的类型，遗产处理制度单独规定遗产管理也就没有必要，将遗产管理制度视为替代遗产处理制度的理念也就不尽合理。借鉴各类企业普遍适用的企业清算制度而设计的遗产处理制度的主要内容应当包括：清理遗产事务、清查遗产、清偿遗产债务和遗产分割。继承法中有选择地将清理遗产事务、清查遗产、清偿遗产债务、遗产分割中的部分事务设计为遗产处理制度也就有欠缺妥当性。同样，将这些遗产处理内容分散规定在各继承制度中也达不到法律适用便利的目的，且易出现立法重复的弊端。部分国家或地区继承立法中规定的无人承受遗产制度和遗嘱执行制度就是此种缺陷的典型代表，即无人承受遗产制度中的遗产管理、遗产债务公告、清偿遗产债务的顺序等内容均与其他类型遗产涉及的内容基本相同^[47]，而将遗产管理与遗嘱执行并存规定的立法例所设计的遗嘱执行程序也与遗产管理程序相同^[48]。避免立法中出现此种弊端的最佳方法就是未来继承立法所设计的遗产处理制度将这些事务予以囊括，前述《埃及民法典》设计的遗产清算制度就值得肯定，此种立法通过设计遗产清算制度而替代既有的遗产处理制度，遗产清算也就由清理遗产事务、清查遗产、清偿遗产债务及遗产分割等主要内容的构成。部分国家或地区民法典中的相关继承立法已经设计了遗产清算制度，但遗产清算的涵义却不一致，有的仅将清偿遗产债务视为遗产清算，有的将遗产管理与清偿遗产债务视为遗产清算^[49]。这些观点与各类企业普遍适用的清算立法理念相差甚远，如此，我国已经出现的将清理遗产事务、清查遗产、清偿遗产债务等部分遗产处理事务视为遗产清算的立法建议也就无必要予以采纳^[50]。显然，立法建议者在没有厘清遗产清算所包括的具体内容的前提下，所设计的相关遗产清算制度其实不能涵盖所有的遗产处理相关事务，那么想通过设计遗产清算制度而替代既有遗产处理制度的目的也就无法达到。

现实生活中因立法者所处的环境不同而对同一制度内容会采用不同法律概念进行表达，但法律概念对一项法律制度的内容进行表达往往反映出立法的主旨，只有借助法律概念，人们才能适用法律。立法者唯有在诸项表达该项法律制度基本内涵的法律概念中选择表达最为恰当与准确的法律概念，才能达到反映立法主旨与便于司法适用的目的。以清查财产、清理业务、清偿债务及分配剩余财产为主要内容的各国通行的企业清算制度，恰与由清理遗产事务、清查遗产、清偿遗产债务及遗产分割等所构成的遗产处理制度的内容基本相同。我国未来继承立法构建的替代遗产管理制度的制度，应该借鉴企业清算制度，将清算法律概念引入到继承立法中，将现行的遗产处理制度替换为遗产清算制度。据此，借鉴企业清算立法而构建的遗产清算制度的基本内容就应当与适用于各类企业清算的制度基本上一致，参照企业清算内容的安排相关处理遗产的诸项事务规定。具体言之，遗产管理、遗产

分割等处理遗产的相关事务均为遗产清算的应有之义，遗产清算其实涵盖了处理遗产的所有事务，继承立法在设计遗产清算制度的同时，再将遗产管理、遗产分割等制度分别设计即属多余。

余论

为了避免遗产处理制度无法有效对继承人、遗产债权人的利益予以保护的弊端，未来继承立法有必要借鉴企业清算制度的经验而重新构建遗产处理制度。须注意的是，将所有处理遗产相关事务予以集中规定的英美法系的遗嘱执行或者遗产管理，其实就是以继承开始后的遗产为基础而构建了遗产管理组织，即只有将清偿债务后的剩余遗产分割完毕，继承人才能取得遗产所有权。且遗嘱执行人或遗产管理人担负制作遗产清册、清理和保管遗产、收取债权、债务清偿、分配剩余财产给继承人等职责其实包含了大陆法上的遗产分离、遗产清册、遗产管理、遗产债务清偿、遗产分割等一系列制度。换言之，以遗产为基础而构建管理组织其实也就意味着将被继承人的财产与继承人的财产予以分离，遗产清册制度为遗产清算人清查遗产的后果之一，只有在清偿遗产债务之后有剩余遗产时，遗产分割才能实现。此种设计理念正好与企业清算的理念相符，也就不会出现我国现行继承立法所存在的前述诸多问题。未来的继承法借鉴企业清算的立法经验重构遗产处理制度，其实就是以英美法系的遗产处理立法例为标本^[1]。所以，借鉴既有已经成熟的企业清算制度而将现遗产处理制度设计为遗产清算制度应为最佳选择。但因继承法是以自然人身份为基础的财产法，自然人与企业的区别也导致遗产清算制度与企业清算制度会有所不同。

注释：

- [1]目前，继承法学完善遗产处理的立法建议主要集中在继承开始、接受与放弃、继承权取得与行使、继承权丧失、恢复与保护、遗产范围、遗产债务清偿与遗产分割、无人继承遗产、归扣等方面，参见陈苇等：《改革开放三十年（1978-2008）：中国婚姻家庭继承法研究之回顾与展望》，中国政法大学出版社2010年版，第478-535页。
- [2]参见曾世雄：《民法总论之现在与未来》，中国政法大学出版社2001年版，第123页。
- [3]参见史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第150页。
- [4]参见刘文：《继承法比较研究》，中国人民公安大学出版社2004年版，第321页。
- [5]参见张平华、刘耀东：《继承法原理》，中国法制出版社2009年版，第8页。
- [6]《德国民法典》（陈卫佐译，法律出版社2006年第2版）第5编第2章“继承人的法律地位”集中规定处理遗产事务以外，第3章“遗嘱”又规定遗嘱执行人制度。《意大利民法典》（费安玲、丁玫译，中国政法大学出版社1997年版）第2编“继承”第1章“继承的一般规则”与第4章“遗产分割”；《法国民法典》（罗结珍译，中国法制出版社1999年）第3卷“取得财产的各种方式”第1编“继承”和第2编“生前赠与及遗嘱”；《魁北克民法典》（孙建江等译，中国人民大学出版社2005年版）第3编“继承”第5题“遗产的清算”和第6题“遗产的分割”以及我国《台湾地区民法》第2章“遗产之继承”和第3章“遗嘱”中规定了相关的遗产处理事务。
- [7]《瑞士民法典》（殷生根、王燕译，中国政法大学出版社1998年版）第3编“继承法”第2部分“继承”第15章“继承的开始”、第16章“继承的效果”、第17章“遗产分割”和《埃及民法典》（黄文煌译，厦门大学出版社2008年版）第2编“物权”第3分篇第2章“所有权的取得”第2节“继承和遗产清算”、《葡萄牙民法典》（唐晓晴译，北京大学出版社2009年版）第5卷“继承法”第1编“继承总则”以及我国《澳门民法典》（中国政法大学澳门研究中心澳门政府法律翻译办公室编，中国政法大学出版社1999年版）第5卷“继承法”第1编“继承总则”第3章至第10章均对遗产处理事务作了集中规定。
- [8]参见陈碰友：《英国遗嘱继承制度研究》，《厦门大学法律评论》第2期，厦门大学出版社2001年版，第310-317页；[英]安德鲁·伊沃尔：《继承法基础》（影印版法学基础系列），武汉大学出版社2004年5月版，第195页；[美]杰西·杜克米尼尔、斯坦利·M·约翰逊：《遗嘱信托遗产》（影印本），中信出版社2003年版，第34-35页。另外，1991年修订的《英国非诉讼遗嘱认定规则》以及2006年修订的《美国统一遗嘱检验法典》第3章也集中进行了规定。
- [9]除1958年的《继承法（草案）》第3章“遗嘱继承”中没有规定遗嘱执行以外，1980年8月的《民法草案（征求意见稿）》、1981年4月的《征求意见稿二稿》、1981年7月的《征求意见稿三稿》、1982年5月的《征求意见稿四稿》均采取了此种“集中+分散”的立法例，“遗产的处理”中采纳了“清偿债务”术语。
- [10]参见徐国栋主持的《绿色民法典》中的继承编（社会科学文献出版社2004年版，第223-298页）、梁慧星主持的《中国民法典草案建议稿附理由侵权行为编·继承编》（法律出版社2004年版，第135-270页）、何丽新主持的《民法典草案继承编修改建议稿》[载《厦门大学法律评论（第7辑）》，厦门大学出版社2004年版，第251-301页]、王利明主持的《中国民法典学者建议稿及立法理由人格权编·婚姻家庭编·继承编》（法律出版社2005年版，第457-637页）、张玉敏主持的《中国继承法立法建议稿及立法理由》（人民出版社2006年版）。
- [11]参见何丽新、谢美山：《建立完善的遗产管理制度》，《中国民法典基本理论问题研究》，人民法院出版社2004年版，第339页。
- [12]近世各国法律规定不尽一致。日本民法规定了单纯承认、限定继承及抛弃继承；德国民法规定了单纯承认及抛弃继承，并没有规定限定继承，但有遗产声请宣告破产以限制继承人之债务负担；瑞士民法没有规定限定继承，允许继承人请求官署清算以限制其债务负担；法国民法、意大利民法及西班牙民法没有规定限定继承，规定编制遗产清册以限制继承人之债务负担。
- [13]参见1911年的《大清民律草案》第1470条、1462条，1926年的《民律草案》第1346条、第1361条，1930年的《民法》第1148条、第1154条、第1174条。
- [14]参见戴瑀如：《论全面法定限定继承之修法》，《月旦法学杂志》2009年第8期，第91页。
- [15]参见史怀璧：《略论我国继承的几个基本问题》，法律出版社1957年版，第51页。
- [16]参见1980年8月的《民法草案（征求意见稿）》第498条、1981年4月的《征求意见稿二稿》第423条1981年7日的《征求意见稿三稿》第452条、1982年5月的《征求意见稿四稿》第409条。
- [17]参见张玉敏：《继承法律制度研究》，法律出版社1999年版，第305-314页；刘春茂主编：《中国民法学·财产继承》，中国人民公安大学出版社1990年版，第603页。
- [18]参见注[17]，刘春茂主编，第44页；郭明瑞、房绍坤：《继承法》，法律出版社2004年版，第32页。

- [19] 参见《德国民法典》(同注 [6]) 第 1922 条、《瑞士民法典》(同注 [7]) 第 560 条、《日本民法典》(王书江译, 中国人民公安大学出版社 1999 年版) 第 896 条、我国民国时期民法第 1148 条。
- [20] 参见 1911 年的《大清民律草案》第 1470 条、1926 年的《民国民律草案》第 1346 条、1930 年的《民法》第 1148 条。
- [21] 参见佟柔主编:《继承法学》, 法律出版社 1986 年版, 第 47 页; 刘素萍主编:《继承法》, 中国人民大学出版社 1988 年版, 第 156 页。
- [22] 参见注 [17], 刘春茂主编, 第 93-107 页; 注 [18], 郭明瑞等书, 第 11-15 页。
- [23] 参见施惠玲、黄圣展、杨炽光:《从当然继承到有限责任继承的进程与挑战》, 《台湾法学杂志》第 132 期(2009 年), 第 16 页。
- [24] 参见[意]P. 彭梵得:《罗马法教科书》, 黄风译, 中国政法大学出版社 1996 年版, 第 54 页。
- [25] 参见周枏:《罗马法原论》, 商务印书馆 1994 年版, 第 526-532 页。
- [26] 参见李宜琛:《日耳曼法概论》, 中国政法大学出版社 2003 年版, 第 208-210 页。
- [27] 参见《法国民法典》(同注 [6]) 第 274 条、《德国民法典》(同注 [6]) 第 1942 条、《瑞士民法典》(同注 [7]) 第 560 条、《意大利民法典》(同注 [6]) 第 459 条、《日本民法典》(同注 [20]) 第 896 条、《澳门民法典》(同注 [7]) 第 1872 条。
- [28] 《日本民法典》(同注 [20]) 第 951 条规定“继承人有无不明时, 继承财产为法人”, 第 955 条规定“有继承人事已分明时, 法人视为不存在……”。
- [29] 参见刘春茂:《论遗产的分割》, 陶希晋主编:《民法文集》, 山西人民出版社 1985 年出版, 第 367 页。
- [30] 参见注 [17], 刘春茂主编, 第 514 页; 李校利:《浅析遗产所有权转移的时间》, 《山东法学》1992 年第 3 期, 第 13-15 页; 杨震、王歌雅:《继承权向所有权转化探究》, 《学习与探索》2002 年第 6 期, 第 42-45 页。
- [31] 参见注 [18], 郭明瑞主编, 第 131 页。
- [32] 企业清算组织是否有独立的法律地位主要有清算组织人格说、拟制说、同一人格说等见解。清算组织人格说主张解散后的企业人格已经消灭而设立的清算组织具有独立人格; 拟制说主张解散后的企业丧失独立人格, 仅拟制企业在清算活动范围之内仍享有权利能力; 同一人格说主张解散后的企业人格与解散前的企业人格无本质区别, 且在清算终结前继续存在, 只是权利能力范围有所缩小而已。实际上, 拟制说、同一人格说皆在人格已经消灭的解散后企业的人格继续存在的基础上进行论证, 无论结论如何都不正确。清算组织人格说主张解散后的企业人格已经消灭, 为了便于对解散后的企业财产进行清理与结算, 便以解散后的企业财产为基础而设立清算组织, 也就赋予其具有独立人格即以自己名义享有权利承担义务, 此种对企业清算组织的性质定位与社会现实相符, 能够准确地诠释企业清算组织在社会现实中的具体运作, 值得肯定。
- [33] 参见韩长印:《建立我国的破产财团制度刍议》, 《法学》1999 年第 5 期, 第 54 页。
- [34] 台湾地区对遗产的法律地位有两种不同见解, 前者认为具有财团法人资格, 后者则认为应为无法人人格的财团。参见刘德宽:《民法总则》(增订四版), 中国政法大学出版社 2006 年版, 第 97 页; 同注 [3], 史尚宽书, 第 150 页。
- [35] 日本、瑞士、法国及我国台湾地区均将遗产破产制度规定在《破产法》中, 德国则除了在《民法典》继承法编中的第 1980 条规定外, 又在其《破产法》第 315 条至第 334 条进行了规定。
- [36] 我国继承法学关于遗产破产制度的立法例有两种不同的见解, 一种认为应在继承法中予以规定(参见齐树洁、林兴登:《论继承法对债权人利益的保护》, 《厦门大学学报》1998 年第 3 期, 第 45 页), 另一种则认为应在破产法中予以规定(文秀峰:《个人破产法律制度研究——兼论我国个人破产制度的构建》, 中国人民公安大学出版社 2006 年版, 第 74 页)。
- [37] 我国继承法学关于遗产债务清偿顺序的立法建议主要有六种见解。参见同注 [17], 刘春茂主编, 第 568-570 页; 注 [17], 张玉敏书, 第 171 页; 杨立新、朱呈义:《继承法专论》, 高等教育出版社 2006 年版, 第 255 页; 注 [18], 郭明瑞等书, 第 159 页; 注 [11], 何丽新等, 第 346 页; 陈苇主编:《外国继承法比较研究与中国民法典继承编制定研究》, 北京大学出版社 2011 年版, 第 568 页。
- [38] 必留份的权利主体为同时具备缺乏劳动能力又没有生活来源两个条件的法定继承人, 即并非所有的法定继承人都能够成为必留份的权利人, 且该制度在遗嘱继承与法定继承中均可适用。参见张华贵:《关于设立“特留份”制度的立法构想》, 《现代法学》2004 年第 4 期, 第 154-155 页。
- [39] 如何丽新、张玉敏、王利明分别主持拟定的继承法建议稿规定的遗产清偿遗产债务的顺序均没有将劳动者工资债务纳入(参见注 [10], 何丽新主持的《民法典草案继承编修改建议稿》第 78 条、张玉敏主持的《中国继承法立法建议稿》第 20 条、王利明主持的《中国民法典学者建议稿继承编》第 650 条)。
- [40] 参见注 [18], 郭明瑞等书, 第 159 页; 注 [37], 陈苇主编, 第 433 页。
- [41] 参见 2005 年的《公司法》第 187 条第 2 款、2006 年《企业破产法》第 113 条。
- [42] 如王利明、张玉敏主持的继承法建议稿中的“遗产的处理”分别规定了遗产的分割、被继承人债务的清偿、无人承受遗产的处理等内容, 梁慧星、何丽新主持的继承法建议稿中的“遗产的处理”则分别规定了遗产管理、遗产债务清偿、遗产分割等内容。
- [43] 参见注 [36], 齐树洁等文, 第 46 页。
- [44] 参见注 [21], 刘素萍主编, 第 161 页; 注 [18], 郭明瑞等书, 第 157 页。
- [45] 参见注 [21], 梁慧星主持的《中国民法典草案建议稿附理由侵权行为编·继承编》第 1898-1901 条、何丽新主持的《民法典草案继承编修改建议稿》第 53-62 条。
- [46] 参见邹海林:《新企业破产法与管理人中心主义》, 《华东政法学院学报》2006 年第 6 期, 第 123 页。
- [47] 不同国家或地区关于无人承受遗产制度的立法态度并不一致, 德、瑞、意、我国澳门地区等立法将其分散地规定在相关条文中, 法、日、我国台湾地区等立法则将其以专章集中规定。我国目前的继承法修订建议稿也采取了不同的立法态度, 梁慧星、徐国栋、何丽新主持的继承法建议稿其分散规定在相关条文中, 王利明、张玉敏主持的继承法建议稿则设专节进行规定。须注意的是, 无人承受遗产作为较为特殊的遗产类型, 并不意味着对其的管理、遗产债务公告、清偿遗产债务顺序等均与其他类型遗产有所不同, 单独进行立法设计会导致立法重复之弊端。
- [48] 遗嘱执行人是源于日耳曼法的中介受托人制度, 其是法律传统的结果, 而非法律逻辑的结果, 立法实践中也就导致二者之间不仅权限出现重叠, 产生了难以解决之问题。遗嘱执行只是遗产管理中的一种特殊类型。所以, 继承立法在规范遗产管理人制度的同时, 再规定遗嘱执行人实属多余, 有必要将遗嘱执行人纳入遗产管理人制度。参见陈棋炎、黄宗乐、郭振恭:《民法继承新论》, 三民书局 2001 年版, 第 318-319 页。

[49]《魁北克民法典》(同注 [6])第3编“继承”第5题“遗产清算”、《葡萄牙民法典》(同注 [7])的“继承法”第1编“继承总则”第9章中的“遗产清算”以及我国《澳门民法典》(同注 [7])第5卷“继承法”第1编“继承总则”第9章“遗产清算”将清偿遗产债务视为遗产清算;相反,《埃塞俄比亚民法典》(薛军译,中国法制出版社2002年版)中的第五题“继承”第2章“遗产的清算”将除遗产分割以外的清理遗产事务、清查遗产、清偿遗产债务等事务视为遗产清算。

[50]我国有学者认为,遗产清算应当为遗产处理的必经程序,即遗产清算仅为遗产处理的部分内容(参见注 [18],郭明瑞等书,第159页)。同样,张玉敏主持的《继承法专家建议稿》第5章“遗产的处理”第4节“无人继承遗产的处理”立法设计将“无人继承遗产的处理”的内容视为了遗产清算(参见注 [10])。

[51]为了应对我国大陆地区与台湾地区继承立法中的遗产处理制度的困境,两地继承法学界均有学者主张应借鉴英美法系的遗嘱执行或者遗产管理制度的立法经验。参见苏号朋:《我国继承法有“限定继承”原则吗》,《法治论丛》1994年第1期,第37页;注 [18],郭明确等书,第17页。

【参考文献】

- [1]刘素萍主编:《继承法》,中国人民大学出版社1988年版。
- [2]刘春茂主编:《中国民法学·财产继承》,中国人民公安大学出版社1990年版。
- [3]张玉敏:《继承法律制度研究》,法律出版社1999年版。
- [4]史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版。
- [5]郭明瑞、房绍坤:《继承法》,法律出版社2004年版。
- [6]张平华、刘耀东:《继承法原理》,中国法制出版社2009年版。

“常回家看看”非一纸判决所能解决

2013年12月23日 人民法院报 吴元中

既然“常回家看看”正式入法,就必须探索有效解决这一问题的可行方法。否则的话,就不仅不会真正解决老人的探望权问题,还会损害法律的严肃性。

家住北京市的两位八旬老人虽然各自儿孙满堂,但子女们却长期不探望自己,无奈之下二人先后将自己的子女告上法庭,不但要求子女们给付赡养费,还都特别提出要求子女们每人每星期看望自己一次。日前,昌平区人民法院和石景山区人民法院相继判决两案的子女需每月回家探望老人一次。这是“常回家看看”入法后北京市首判的两起此类案件。

虽然这在北京是首次判决,但在全国却不是首次,“常回家看看”条款生效当日江苏省无锡市北塘区人民法院即依照该条款判决了一起探望权案件。然而,尽管“常回家看看”入法并早已生效,而且也有了法院判例,但这并没有消除人们对其有效性的疑虑。其中原委是,探望权本质上是一种精神需求,想要实现的是精神慰藉,而法律的本质是调整人们的外在行为,而无法有效地调整人的精神和内在感情。这也是很多人一直反对“常回家看看”入法的原因。

无可否认,依据该条款作出判决并没有什么难度,真正难办的是如何有效执行的问题。而且,法律的生命正在于严格执行,不能严格执行的法律与其说是法律倒不如说是对法律的败坏。“常回家看看”之所以难以有效执行,实是因为凡是被父母告上法庭之人,大都是些不孝子女。这些不孝之人并不是不懂得应当孝敬老人的道理和不知道有探望老人的义务,而是由于自私、看问题片面甚至人格缺陷等各种原因导致了对其父母的感情排斥,从心理和感情上对其父母产生了隔阂和疏远。而相互感情的事并不会因为法院的一纸判决而得以解决,其中道理与判决不准离婚并不能使夫妻双方和好的道理是一样的。

纵然对法院判决可以申请强制执行,然而,在子女们不自觉履行探望义务尤其是从心底抑制的话,即使执行人员将其强行带至老人跟前,如果他根本就不会产生真诚探望老人的意思,执行人员能运用什么样的法律手段让他们真诚地表达呢?以及如何才能表达出老人真心希望的效果?况且在强制执行的情况下,当事人之间往往会产生敌视情绪和,使相互关系更加紧张甚至激化,因而只会客观上加剧精神隔阂和对立而不是有利于精神交流。强制性根本就与精神的自发交流性质相背离。如果根本就无法达到老人所满意的效果,能否算是对判决的执行呢?

可见,“常回家看看”绝不仅仅是法院的一纸判决所能解决得了的问题,更不是执行人员将不孝子女带至其父母面前就能简单地解决的事,而是如何能使不孝子女变得孝敬起来,如何使其真心自愿地履行起探望老人的义务,才是问题的真谛。既然“常回家看看”正式入法,就必须探索有效解决这一问题的可行方法。否则的话,就不仅不会真正解决老人的探望权问题,还会因为“常回家看看”的入法而损害法律的严肃性。

“贞操权”并非女性所独有

——对话北京大学法学院教授马忆南

2013年12月25日 中国妇女报 王春霞

新闻背景

近日,福建厦门法院对全市首例“骗色索赔案”作出终审判决,驳回了原告小美(化名)针对骗色行为的索赔请求。

2012年年初,小美和刘勇(化名)在婚恋网上相识,随后,两人多次约会并发生性关系。相识一个多月后,刘勇向小美提出了分手。之后,小美得知刘勇已婚。

针对小美状告刘勇“侵犯未婚女子性行为纯洁性”,二审法官判决认定,这不属于人民法院受理民事诉讼的范围,裁定驳回这一部分的起诉。

之前，一审法院支持了小美的起诉。一审判决认定，小美所主张的“性行为纯洁性之权益”，属于建立在一定社会和法律基础上有关女性的“不可侵犯性之贞操利益”，该人格利益具有私法权利等民事权益的基本特征，属于《侵权责任法》所保护的民事权益范畴。法官认定，刘勇的行为已经构成侵权。此外，贞操利益与名誉权、隐私权同属公民的一般人格权益。

记者：对于福建厦门首例“骗色索赔案”，一审、二审法院给出了完全不同的判决，您认为，为什么会出现两种截然不同的判决？

马忆南：在这个案件中，一审法官在适用法律方面更具有开创性，二审法官则相对保守。如果法官具有更多保护妇女权益的意识，会更倾向于作出与一审法院类似的判决。我个人支持一审法院的判决，说理站得住脚，社会效果更好。现在这种骗色现象较普遍，一方当事人隐瞒自己已婚的事实，以谈恋爱为名，玩弄女性。女性因其特殊的生理、心理特点，更易受到侵害。

记者：贞操权是什么？

马忆南：贞操权是一种以性为特定内容的独立人格权。它所抽象的特定内容不能完全由其他权利所代替。侵害贞操权可能会造成受害人身体、健康、自由、名誉等方面的损害，并且可以通过救济侵害身体权、健康权、自由权、名誉权的方法进行救济，但是它们不能概括贞操权所抽象的性的特定内容。贞操权的核心内容——性，不可能简单地由身体利益、健康利益、自由利益、名誉利益所涵盖，因而，贞操权以此与其他所有的人格权相区别。

记者：贞操权并未在《侵权责任法》中明确列举，是否应得到法律保护？

马忆南：贞操权属于《侵权责任法》的保护对象。《侵权责任法》第2条规定“侵害民事权益，应当依照本法承担侵权责任。”“本法所称民事权益，包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益。”

考虑到民事权益多种多样，立法中难以穷尽，而且随着社会、经济的发展，还会不断地有新的民事权益纳入到《侵权责任法》的保护范围，因此，《侵权责任法》没有将所有的民事权益都明确列举，但不代表这些民事权益就不属于《侵权责任法》的保护对象。“等人身、财产权益”中应当包含贞操权。

记者：贞操权是否只针对女性而言？

马忆南：贞操权并非女性所独有。贞操是指男女性纯洁的良好品行。男女均有贞操，性纯洁的良好品行，为男女均应保持的节操，仅认为女子有贞操，男子无贞操可言，是旧社会男女不平等，将女子视为男子附属品的陈腐观念。在法律上，贞操表现为性的不可侵犯性和当事人保持自己性的纯洁性的权利。

习惯上理解贞操，常将其定性为义务，并将其强加给女子，认为其不贞为堕落，是罪行，这种理解既不正确，也不公正。贞操是一种品行、操守，表现为保持性的纯洁性，排斥他人的非法侵害。为了彰显贞操权的现代性和权利主体对性的自我主宰，也有人将贞操权定义为性自主权。

记者：侵犯贞操权应当如何认定？

马忆南：侵害贞操权的具体行为常见的如强奸行为、强迫他人卖淫、猥亵行为等。以欺诈的手段，诱使女子在非正当承诺的条件下发生性关系也是侵害贞操权的行为。侵权行为人隐瞒事实、制造假象，使被害人足以产生错误的理解，而承诺与之发生性关系。这种承诺基于侵权人的欺诈行为产生，因而不是被侵权人真实的意愿，侵权人与之发生性关系的行为仍然违法。

记者：侵犯贞操权是否应当得到赔偿？

马忆南：我国《侵权责任法》第22条规定，侵害他人人身权益，造成他人严重精神损害的，被侵权人可以请求精神损害赔偿。其他国家和地区也有这样的规定，如德国民法典第253条规定：由于侵害身体、健康、自由或性自主权而须损害赔偿的，受害者也可基于非财产损害请求合理的金钱赔偿。

记者：为更好地保护贞操权，您认为相关法律还需要在哪些方面进行完善？

马忆南：现行《侵权责任法》只是笼统规定，侵害他人人身权益，造成他人严重精神损害的，被侵权人可以请求精神损害赔偿。法律还需要进一步明确精神损害赔偿的适用范围。我主张受害人因生命权、健康权、身体权、姓名权、名称权、名誉权、信用权、肖像权、隐私权、人身自由权、贞操权（性自主权）、婚姻自主权等人格权以及监护权等身份权受到侵害的，受害人均可以请求侵权人承担精神损害赔偿责任。

法律还要界定何为“严重精神损害”，比如侵权人的行为使受害人遭受医学上可证明的生理或精神损伤的，造成不良社会影响的，或者给受害人的生活造成较大影响的等等。

此外，还有学者建议建立名义损害赔偿制度，侵害他人人身权益，虽然没有造成严重精神损害，人民法院可以根据实际需要，确定侵权人承担名义损害赔偿。确定名义损害赔偿的数额，由人民法院根据实际情况确定，但数额不宜过高。

（二）法官视点

段晓东，王祥滨：婚姻存续期间一方不抚养子女的责任认定

2013年12月01日 中国法院网

【案情】

原告邴某（幼儿）之母王某与被告邴某某（无业人员）系夫妻，婚后双方常因家庭琐事发生争吵，本案被告邴某某曾于2011年2月21日起诉至法院请求与王某离婚，鉴于两人有一定的感情基础，法院一审判决不予离婚。此后，原告邴某就一直跟随母亲王某生活，被告未支付过原告邴某的抚养费。原告邴某于2011年6月2日诉至法院，请求法院判令被告邴某某自2011年起，每年支付给原告抚养费5000元。

【分歧】

本案在审理中存在两种意见分歧：

第一种意见是：原告所诉主体不适格，原告之母王某与被告邴某某系婚姻存续期间，夫妻为一体责任共担，本案中被告邴某某不尽抚养义务，王某也负有不可推卸的责任。如果邴某起诉一方，应将另一方并诉。

第二种意见是：邴某某与王某未正式离婚，但自邴某某提起离婚诉讼后，就不再履行对邴某的抚养义务，这严重违反了法律对保护未成年人合法权益的规定，未成年或不能独立生活的子女，父母应抚养至其成年有独立的生活、经济能力。同时，法律赋予了未成年人有要求父母付给抚养费的权利，故应支持原告请求让被告支付抚养费的主张。

【评析】

笔者同意第二种意见，理由如下：

首先，根据最高人民法院关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释（三）中的第三条“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。”《中华人民共和国婚姻法》第二十一条也做了明确规定：“父母对子女有抚养教育的义务；未成年或不能独立生活的子女，有要求父母付给抚养费的权利。”邴某某与王某未正式离婚，但自邴某某提起离婚诉讼后，就不再对邴某履行抚养义务，根据法律规定，原告邴某有权要求被告支付抚养费，法院应支持原告所诉内容。

其次，依据最高法院《关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》第7条的规定“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，抚养费一般可按其月总收入的百分之二十至三十的比例给付。无固定收入的，抚养费的数额可依据当年总收入或同行业平均收入。”鉴于本案中的被告邴某某系无业人员且无任何经济来源的实际情况，原告要求被告每年支付抚养费5000元的主张，可视当地的经济状况酌情变更，使其与被告的支付能力相适应。

最后，法院依法判决被告邴某某每月支付给原告邴某抚养费200元，于2011年8月30日前支付给原告2011年度子女抚养费2400元。

论我国公证遗嘱适用的效力位阶 以法律的价值理论与民众继承习惯的现实为视角

陈法 《现代法学》2012年第5期

关键词：公证遗嘱，效力位阶，价值取向，民众意愿，立法建议

内容提要：值此我国《继承法》正被立法机关修订之际，特对我国公证遗嘱适用的效力位阶进行考察研究。确定我国公证遗嘱适用效力的位阶，应当以现代私法追求的“正义、自由、效率、人权保护”等价值观和“以人为本”的目标为引领，结合当代中国民众继承习惯调查反映的民众对遗嘱形式的主要选择意愿，建议修改我国公证遗嘱适用的效力位阶之立法，以期彰显21世纪中国《继承法》具有的时代性、进步性特征，实现我国遗嘱形式效力立法的现代化。

目前，对于公证遗嘱适用的效力位阶，我国学界的观点尚未达成共识。本文以法律的价值理论和民众继承习惯的现实为视角，对我国公证遗嘱适用的效力位阶进行考察研究。确定我国公证遗嘱适用效力的位阶，应当以现代私法所追求的“正义、自由、效率、人权保护”等价值观和“以人为本”的目标为引领。结合当代中国民众继承习惯调查反映的民众对遗嘱形式的主要选择意愿，建议修改我国公证遗嘱适用的效力位阶之立法，以期彰显21世纪中国《继承法》所具有的时代性、进步性特征，实现我国遗嘱形式效力立法的现代化。

一、我国公证遗嘱适用的效力位阶之立法现状

遗嘱是遗嘱人生前依法按其意愿处分其个人所有的财产和其他事务，并于其死亡时生效的单方民事法律行为。在现代社会，遗嘱作为自然人按照自己意愿依法自由处分个人财产和其他事务的一种方式，在我国已逐渐被越来越多的人所采用，它是预防遗产继承纠纷或其他相关事务纠纷发生的最好办法。

公证遗嘱是我国《继承法》规定的五种遗嘱形式之一。^①它是我国公证机构根据当事人的申请，对当事人所立的遗嘱依法进行审查，确认立遗嘱人具有完全行为能力，遗嘱内容为其真实意思表示且不违背国家法律和社会公共利益，从而对遗嘱进行公证证明，出具公证文书，以证明其真实性、合法性的一种活动。在我国，对公证遗嘱适用的效力位阶，1985年施行至今的现行《继承法》第20条第三款明确地规定：“自书、代书、录音、口头遗嘱，不得撤销、变更公证遗嘱。”1985年9月颁行的《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》（以下简称《执行继承法的意见》）第42条规定，“遗嘱人以不同形式立有数份内容相抵触的遗嘱，其中有公证遗嘱的，以最后所立公证遗嘱为准；没有公证遗嘱的，以最后所立的遗嘱为准。”可见，在我国

二、我国学界对公证遗嘱适用的效力位阶之不同观点

我国 1985 年制定并施行的《继承法》至今已被适用近 27 年。随着我国社会经济的发展和家庭生活的变化，我国《继承法》的修订已被立法机关纳入了立法计划之中。然而，对于公证遗嘱适用的效力位阶，在我国学者各自的立法建议稿中其观点却不尽相同。

综合归纳各家之言，主要有以下两种观点：一种观点认为，公证遗嘱适用的效力位阶高于其他形式的遗嘱。例如，王利明教授主持撰写的《中国民法典学者建议稿》中认为，“遗嘱人立有数份形式不相同的遗嘱，其内容相抵触的，如果有公证遗嘱的，以最后所立的公证遗嘱为准，没有公证遗嘱的，以最后所立的遗嘱为准。”{1}又如，徐国栋教授主持撰写的《绿色民法典草案》中将公证遗嘱列为要式遗嘱，该法典草案第 147 条规定，“略式遗嘱不得撤销或变更要式遗嘱。”{2}

另一种观点则认为，各种形式的遗嘱适用的效力位阶相同。例如，梁慧星先生主持撰写的《中国民法典草案建议稿》认为，遗嘱的法定形式以公证遗嘱、自书遗嘱、代书遗嘱、录音遗嘱和口头遗嘱为代表，其第 1882 条规定，“遗嘱人得以任何一种法定遗嘱形式撤销其先前依其他法定形式所设立的遗嘱。”{3}张玉敏教授主持撰写的《中国继承法立法建议稿》中认为“遗嘱人立有数份内容相互抵触的遗嘱时，以最后所立的遗嘱为准。”{4}陈苇教授主持撰写的《外国继承法比较与中国民法典继承编制定研究》中认为：“根据我国《继承法》的规定，公证遗嘱的撤回必须采用公证的方式。此规定不仅给遗嘱人带来不便，也加大了遗嘱变更的成本”；并在该书的立法建议稿条文中提出，对遗嘱的变更与撤回部分可规定为：“遗嘱人有权变更先前订立的遗嘱。前遗嘱与后遗嘱两者内容不一致的，以最后订立的遗嘱为准。”{5}

三、确定公证遗嘱适用的效力位阶之法价值考量

任何法律活动都必须以一定的法的价值观作为依据，并以追求特定的法的价值为其动因。任何立法活动……乃至每一个法律规范，它们都有自己的价值追求及其价值目标。法的价值观对立法、执法、守法都具有影响{6}。在现代社会，私法的要义在于“追求正义、自由、人权保护”等价值观和实现“以人为本”的目标{7}。笔者认为，在 21 世纪我国《继承法》修订之时，确定公证遗嘱适用效力的位阶，应当以现代私法所追求的“正义、自由、效率、人权保护”等价值观和“以人为本”的目标为引领。

现代法律的价值取向，即对于法的价值观之选择问题，它体现着一个国家民众的价值认同，而任何一个现代国家的立法活动也都是在一定法律价值取向指导之下的国家行为。只有在确定“正义、自由、效率、人权保护”等主要价值取向和目标之后，才能为立法找准一个符合国家发展及广大民众需求的价值导向，进而使立法者制定出符合“良法”标准的法律。公证遗嘱适用的效力位阶如何规定，直接影响到遗嘱的变更与撤回之效力；然而从根本上考察，这又直接关系到遗嘱人自由处分其个人财产及其他事务的权利能否得以顺利实现；进而最终关系到能否彰显现代私法之“正义、自由、效率、人权保护”等主要价值观，能否实现 21 世纪我国民法“以人为本”的目标。我国有学者指出：“民法作为以权利为本位的法，不仅要为市民社会的主体充分地创设权利，在立法上为其享有权利提供最大限度的可能性，而且更要为这些已创设的权利提供切实有效的保护。”{8}因此，笔者认为，对于以上学者们的立法建议稿中关于公证遗嘱适用的效力位阶的不同建议，应当从法律的价值取向上予以衡量，应当考察我国现行《继承法》是否已在立法上为遗嘱人享有权利提供了“最大限度的可能性”，进而做出最终的立法选择。

（一）法律的自由价值

自由，是法律的最基本价值，古罗马的西塞罗曾说，“为了得到自由，我们才是法律的臣仆。”作为私法的民法，为实现法律的自由价值，将保障实现当事人自由意志的“意思自治原则”作为其基本原则之一。继承法是民法的重要组成部分，在遗嘱继承中，亦应当尊重遗嘱人自由处分其个人财产及其他事务的真实意思表示。有学者在论及“民事程序法之发展与宪法原则”的关系时指出，在现代社会，“人的尊严之保障已经成为人类世界的普遍化理想，而且是应共同追求之目标。为达成这个理想化目标，如何致力于建立温暖而富有人性之司法、诉讼制度，无论对于发展中国家或发达国家而言，皆是重要课题。司法之组织及运作都须以尊重人的尊严为指导原理……”{9}笔者认为，人的尊严之保障与自由价值之追求息息相关，故这个“共同追求之目标”，对于立法者考虑如何科学、合理地确定立公证遗嘱适用的效力位阶，当然也不能例外。虽然，在程序要件上，公证遗嘱的要求比其他形式的遗嘱更为严格，但并不能因此得出只有公证遗嘱才是遗嘱人真实意思表示的结论。正如学者所言，私法精神所张扬的哲学基础，是一种人性的皈依，即让人与物都按照自己的意志成长{10}。而更加重视遗嘱自由是现代继承法的发展趋势之一{5}41。在科学技术已经高度发达的现代社会，科学鉴定技术已经能够对绝大部分伪造的遗嘱或变造的遗嘱进行甄别。因此，笔者认为，由于各种形式的遗嘱都可以体现遗嘱人的真实意思，故应当对各遗嘱形式适用的效力位阶“一视同仁”，这样才能实现法律保障“尊重人的尊严”和“以人为本”的目标，从而最大限度地体现法律的自由价值。

（二）法律的效率价值

除了自由之外，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。”{6}206-209 就公证遗嘱的程序效率分析，

一方面，经公证程序所作出的公证遗嘱，因公证机构具有权威性、公证遗嘱具有要式性，故能以较高之效率确保其一般为当事人的真实意思表示，且内容是合法的。然而，任何形式的遗嘱，包括公证遗嘱，如当事人对其效力发生争议，人民法院都有权依法对其进行审查。如果公证遗嘱的内容不符合现行《继承法》和民法的基本原则之精神，人民法院有权宣告其无效，2001年轰动全国的“泸州二奶受遗赠案”中的公证遗嘱被宣告无效即是典型的例证。由于法院对公证遗嘱存有再审查的可能性，故公证遗嘱能够提高司法效率并不能一概而论。

另一方面，由于现行法律规定公证遗嘱适用的效力位阶为最高，不能随意变更或撤回，而公证遗嘱不论其订立、修改还是撤销，均需要经过一定公证程序并缴纳公证费，这需要花费当事人相当的时间、精力与费用，故从便利遗嘱人实现其遗嘱变动的自由意志来考虑，某些情况下公证遗嘱的效率反而不及其他形式的遗嘱。此外，根据我国学者调查，在北京、重庆、武汉、山东四地的被调查民众选择口头遗嘱、自书遗嘱的占大部分（占80%以上），而公证遗嘱则仅为小部分被调查民众（占20%以下）所选择^{11}。可见，民众对公证遗嘱的选择率还远远没有达到一种高效率遗嘱形式所应达到的数据标准。我国有学者指出，事实上，我国现行部门规章规定的公证遗嘱规范具有较为浓烈的行政色彩，多强调公证机构本身的操作规程，而对当事人利益考虑不足^{12}。譬如，在司法实践及日常生活中，经过公证的遗嘱虽然可以被确定为遗嘱人的“真实意思表示”，但却不一定是遗嘱人“最终意思表示”，这就意味着其不一定是遗嘱人最后的“真正意思表示”。然而，依我国《继承法》和相关司法解释的规定，遗嘱人一旦订立了公证遗嘱，非经公证程序对其予以撤销或变更，采取其他任何方式订立的遗嘱都不能够被适用。即在继承开始后，即使遗嘱人在临终前已订立了其他形式的新遗嘱，却仍然要适用原先订立的公证遗嘱，而不论此公证遗嘱是否仍然体现遗嘱人的最终真实意思。这样，公证遗嘱在适用效力位阶上的优先性，有可能使遗嘱人最终的真实意愿不能够被实现，导致遗嘱人以遗嘱自由处分个人财产及其他事务的权利实际上并未受到法律的保障。这既不符合遗嘱自由之立法原则，也有悖于法律的效率价值。

我国现行的1985年《继承法》把公证遗嘱适用的效力位阶列为最高，可能主要是因为立法当时的科学鉴定技术还不够发达，担心难以查明其它形式的遗嘱是否为遗嘱人真实意思等原因所致，这是在法律的价值取向中牺牲遗嘱变更的效率追求司法效率的意旨体现，但此种偏重于效率价值的立法对于自由价值则考虑不足。相反，若将公证遗嘱与其他形式的遗嘱在适用上列为同一效力位阶，将“真实意思表示”交由现代科学鉴定技术去查明，以遗嘱人的“真正意思表示”为指向，则既充分考虑了法律的自由价值，又实现了现代社会对法律的效率价值的追求。

（三）法律的正义价值

“正义是社会制度的首要价值。”^{13}早在古希腊时期，自然法学派就强调认为，法律应当“体现公平与正义”，法律应当保护“当事人的自然权利”^{10}。日本学者我妻荣指出，“私法，特别是民法，由权利本位构成。”“私权，……以其权利主体的个人利益为直接目的。”^{17}可见，正义与权利的保护、权益的保障紧密相连，每个人应当有权处分其个人所有的财产，这是现代社会普遍的正义准则，是为社会民众所认同的。遗嘱作为遗嘱人处分其个人所有的财产的一种法定形式亦应当符合法律的正义价值，体现遗嘱人的最终真实意愿，以实现其依法自由处分个人财产等权利。然而，我国对公证遗嘱适用的效力位阶的现行规定，却使公证遗嘱的变更或撤回并不能最大限度地方便遗嘱人。因为，公证程序在某些情况特别是遗嘱人生命垂危来不及或不能履行公证程序的紧急情况下，可能会阻碍遗嘱人处分其个人财产或其他事务的自由，从而影响遗嘱人实现其依法享有的自由处分个人财产等权利。因此，我国法律对公证遗嘱适用的效力位阶之规定在一定程度上违背了法律的自由价值，这也使得法律的正义价值难以实现。

（四）国外立法例中公证遗嘱适用的效力位阶

对大陆法系及英美法系各代表性国家之立法例进行考察可以发现，各形式遗嘱适用的效力位阶一般被规定于遗嘱的变更与撤回（或称撤销）部分。

依《法国民法典》第1035条规定，遗嘱人可以通过订立新遗嘱或者在公证人面前做成载明改变意愿的声明的文书等方式，以全部或部分地取消原来订立的遗嘱。遗嘱人应在新遗嘱中明确取消原有遗嘱^{18}。依《德国民法典》第2253 - 2254条规定，遗嘱人有权随时撤回遗嘱以及包含在遗嘱中的个别处分，但该撤回也必须以遗嘱的方式进行^{19}。依《意大利民法典》第680条规定，明示地撤销遗嘱只能以立一份新遗嘱的方式进行，或者遗嘱人在两名证人面前在书面文书中亲自向公证人做出全部或部分撤销先前的遗嘱处分的声明，并且，该法第682条还规定，未以明示方式撤销先立遗嘱的后立遗嘱，仅在先立的与后立的遗嘱互相矛盾时产生撤销先立处分的效力^{17}。依《瑞士民法典》第509条规定，被继承人可采用法定订立遗嘱的方式，撤销其已订立的遗嘱。并且，该法第511条还规定，如被继承人未明确废除原遗嘱而又重新订立新遗嘱，只要不能肯定新遗嘱为原遗嘱的补充，应视新遗嘱为原遗嘱的替代。如果对同一物出现两个遗嘱，如前后有抵触，后者代替前者^{18}。依《日本民法典》第1022条规定，遗嘱人可依遗嘱的方式，随时撤销其遗嘱的全部或一部^{19}。依《俄罗斯联邦民法典》第1130条规定，遗嘱人有权通过新的遗嘱撤销以前的全部遗嘱或者通过撤销或变更遗嘱处分中的部分内容变更遗嘱……但是，公民在紧急状态下所立的遗嘱只能变更和撤销同类遗嘱，不能撤销其他形式的遗嘱^{20}。

英美法系的英国与美国并未明确规定将公证遗嘱作为法定的遗嘱形式，但英国《遗嘱法》规定，各遗嘱形式均需见证人进行见证^[21]；而美国《统一遗嘱检验法典》规定，普通遗嘱中仅见证遗嘱需要见证人进行见证。^[3]对于

各形式的遗嘱适用的效力位阶，英国《遗嘱法》规定，遗嘱订立后其全部或任何部分均不得撤回，除非发生了法定的情况。这些情况包括：“因另外订立一份有效的遗嘱（包括补充遗嘱）而撤回……”^[1]而美国《统一遗嘱检验法典》规定，遗嘱的全部或部分可以因为以下原因而被撤回：“（1）签署新的遗嘱以撤回原遗嘱……”^[2]

综观国外立法，其共同点在于，原则上均承认后遗嘱效力优先于前遗嘱。但不同点在于，大部分国家立法仅要求后遗嘱属于为法定形式的遗嘱即可，如大陆法系的德国、意大利、瑞士、日本以及英美法系的英国、美国之立法；而有的国家对后遗嘱撤销前遗嘱则有形式或内容的限制，但各形式的遗嘱适用的效力位阶仍然等同，如法国之立法；仅有俄罗斯立法对紧急状态下所立之遗嘱变更和撤销其他形式的遗嘱的效力进行了限制。但从立法精神看，上述诸国的立法对公证遗嘱^[6]与其他遗嘱形式的效力位阶却是一视同仁的。因此，笔者认为，两大法系的前述国家立法例中，无一不把自由、正义、效率作为其指导确定各形式的遗嘱包括公证遗嘱适用的效力位阶之价值取向，故而不约而同地将公证遗嘱与其他形式的遗嘱之适用视为同一效力位阶。英国有学者认为，“对法律注意最少的时候往往就是法律运作最良好的时候。”^[21]这样的立法，为遗嘱人享有权利提供了“最大限度的可能性”，符合“公平正义的要求”^[22]。当然，这样的立法无疑也符合 21 世纪民法“以人为本”的根本目标。

四、我国民众对遗嘱形式的主要选择意愿之现实考察

现代民法的价值取向已经转变为更加注重实质正义的实现及具体案件判决的社会妥当性^[24]诚然，我国现行《继承法》对公证遗嘱适用的效力位阶高于其他形式的遗嘱之规定，其目的是为了更切实地保障查明遗嘱人的真实意愿。笔者认为，这体现了对形式正义的追求。若把此现行规定纳入现代社会中加以考察，其社会妥当性则有待商榷。根据我国学者近年进行的《当代中国民众继承习惯调查》的统计数据，被调查民众在对各种遗嘱形式的选择中，选择使用口头遗嘱的，北京地区占 24.6%，山东地区占 64.8%，武汉地区占 41.1%，重庆地区占 35.7%；选择使用自书遗嘱的，北京地区占 19.4%，山东地区占 23.3%，武汉地区为 42.4%，重庆地区为 19.8%；而选择使用公证遗嘱的，北京地区占 19.4%，山东地区占 13.2%，武汉地区占 17.0%，重庆地区占 14.6%。^[7]从以上数据可见，就三种形式的遗嘱而言，口头遗嘱、自书遗嘱是被调查中的大部分民众（占 80%以上）选择的主要遗嘱形式，而公证遗嘱则为仅为小部分被调查民众（占 20%以下）的选择。这意味着被调查的我国大部分民众认为，遗嘱只要是遗嘱人真实的、最终的意思表示，就是遗嘱人真实的意思表示，而不必去进行公证。况且，经公证后的遗嘱必须再经公证程序才能变更和撤销，这无疑费力、费时、费财，故大部分民众没有选择公证遗嘱形式。笔者认为，我国民众对遗嘱形式的主要选择意愿与法律所追求的自由价值、效率价值与正义价值是一致的。英国学者边沁认为，“衡量法律制度好坏的根本标准就是看法律是否满足了最大多数人的幸福。”^[24]因此，为保障实现我国被调查的大部分民众所乐于采用的口头遗嘱、自书遗嘱的效力，应当将公证遗嘱适用的效力修改为与其他形式遗嘱适用的效力完全相同。只有这样的立法，才能适应我国广大民众订立遗嘱的现实需要，才是具有社会妥当性的立法。

五、对我国《继承法》相关条文的修改建议

综上所述，根据以上从法律的自由、效率、正义的价值理论之分析，联系我国现行法律对公证遗嘱适用的效力位阶之规定进行研究以及对国外立法例的评析，结合当代中国民众继承习惯调查反映的我国民众遗嘱形式的主要选择意愿之现实考察，笔者认为，在继承法这一以亲属身份为基础的财产法领域，应当坚持自由优先、正义至上、兼顾效率的价值取向，以切实保障遗嘱人依法自由行使其处分个人财产及其他事物权利的实现。

为适应现代社会我国广大民众实际生活的需要，体现现代私法所追求的“正义、自由、效率、人权保护”等价值，实现“以人为本”的目标，满足大多数民众对遗嘱形式的选择意愿，彰显 21 世纪中国《继承法》的时代性、进步性，笔者建议对我国《继承法》有关遗嘱变更与撤回之规定作出如下修改、补充：

遗嘱人订立遗嘱后，可以任何一种法定形式的遗嘱变更或撤回其在先所立遗嘱。前遗嘱与后遗嘱内容不相一致的，以最后订立的遗嘱为准。

注释：

[1]我国《继承法》第 17 条规定：公证遗嘱由遗嘱人经公证机关办理。自书遗嘱由遗嘱人亲笔书写，签名，注明年、月、日。代书遗嘱应当有两个以上见证人在场见证，由其中一人代书，注明年、月、日，并由代书人、其他见证人和遗嘱人签名。以录音形式立的遗嘱，应当有两个以上见证人在场见证。遗嘱人在危急情况下，可以立口头遗嘱。口头遗嘱应当有两个以上见证人在场见证。危急情况解除后，遗嘱人能够用书面或者录音形式立遗嘱的，所立的口头遗嘱无效。

[2]Wills Act 1837 (amended in 2000), UK. s10.

[3]Uniform Probate Code (amended in 2006), USA, s 2-502 (a) (b).

[4]Wills Act 1837 (amended in 2000), UK. ss 18-23

[5]Uniform Probate Code (amended in 2006), USA, ss 2-507a-c, 2-509a-c

[6]由于英美法系的英国和美国对遗嘱继承的相关规定中无公证遗嘱效力的内容，为便于比较，故笔者在英美法系中寻找的比较对象为要求见证人进行见证的遗嘱形式。

[7]为了解我国民众更多采用何种具体的遗嘱形式，此次调查对我国北京市、重庆市、武汉市和山东省四地区被调查的民众询问：“如果使用遗嘱，你周围的亲朋更多的是采取哪种遗嘱方式？A. 口头方式；B. 自书方式；C. 代书方式；D. 音像方式；E. 公证方式；F. 其他。”具体调查数据参见：陈苇. 当代中国民众继承习惯调查实证研究[M]. 北京：群众出版社，2008：58-59

判决返还彩礼后原被告 又结婚的如何执行

2013 年 12 月 05 日 人民法院报杨德军 刘天畅

家事法苑™律师团队编辑、奉献

【案情】

原告蔡某与被告罗某经人介绍相识恋爱，订婚时蔡某给付罗某及其父母彩礼金 86000 元，双方后按照农村风俗举行了结婚仪式，但未办理结婚登记手续。同居不久后被告罗某离家出走，原告蔡某诉至法院要求被告罗某及其父母返还彩礼。2012 年 3 月 2 日，法院判决罗某及其父母返还蔡某彩礼 65000 元。2012 年 5 月 18 日，蔡某与罗某在婚姻登记机关办理了结婚登记手续。2013 年 3 月，蔡某申请执行罗某及其母亲（其父亲已因病去世）返还彩礼金。

【分歧】

本执行案的难点在于被执行人罗某现为申请执行人蔡某的妻子，该案是否予以执行？就此产生两种意见：

第一种意见认为，彩礼返还以双方未办理结婚登记或双方离婚为条件。本案中，在法院判决时原被告虽未办理结婚登记手续，但在法院判决后 2 个多月又办理结婚登记，且双方现处在婚姻关系存续期间，应视为蔡某已失去要求返还彩礼的前提，应裁定终结执行。

第二种意见认为，蔡某依据生效法律文书确定的金钱给付义务申请强制执行，符合法律规定。尽管蔡某与罗某之后登记结婚，但在无其他法律文书改变原法律文书的情况下，应执行该份彩礼返还判决。

【评析】

笔者同意第一种意见，具体理由如下：

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第十条规定：当事人请求返还按照习俗给付的彩礼的，如果查明属于下列情形，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。由此可知，决定彩礼是否返还，以当事人是否缔结婚姻关系为主要判决依据，给付彩礼后未缔结婚姻关系的，原则上应返还彩礼；如果已结婚的，原则上彩礼不予返还（特殊情况除外）。如果给付彩礼之后，在婚姻关系存续期间，给付人要求返还彩礼的，不予支持，因为此时夫妻作为一个共同体，遵循夫妻法定财产共有制。本案中蔡某在办理结婚登记之前要求罗某返还彩礼，依法可以得到法院支持，但双方在判决生效后不久即办理结婚登记，后蔡某申请执行罗某及其母亲返还彩礼，应视为返还彩礼的条件已不具备。另外，根据一般公序良俗，彩礼以结婚为前提，在双方缔结婚姻且未离婚的前提下，也不宜执行彩礼返还。民事诉讼法第二百五十七条规定了人民法院裁定终结执行的六种情形，笔者认为此种情况应属于其中的“人民法院认为应当终结执行的其他情形”，故本案应裁定终结执行。

婚姻登记机关无过错是确认婚姻无效的根据吗？

2013 年 12 月 08 日 婚姻法直播 王礼仁

最近，中国法院网发表了《为离异夫妻补发的结婚证应如何处理》一文，该文认为：“婚姻登记机关无过错，婚姻不能撤销，只能确认无效”。以婚姻登记机关有无过错作为划分婚姻撤销与无效的标准，实在令人纳闷。婚姻登记效力纠纷根本不适用行政诉讼，关键是不应通过行政诉讼解决，而不是在行政诉讼寻找解决途径，行政诉讼永远也无法找到正确途径。对此，我在《反婚姻诉讼分裂法》^[1]一文中有详细论述，不再赘述。本案婚姻登记是否应当撤销或认定无效，我也不在此论述，这里只就程序问题说四句话：

- 1、在行政诉讼体制上寻找解决婚姻登记效力纠纷方案，就如同在沙滩上构建房屋，根本就找不到撑起大厦的地基。
- 2、把婚姻登记机关（被告）有无过错，作为区分撤销婚姻和无效的判断标准，并认为这样可以排除所谓的行政诉讼障碍，可谓自欺欺人，实在令人啼笑皆非。
- 3、婚姻无效与撤销主要是根据违反法益轻重划分的，而不是根据婚姻登记机关有无过错划分的。一般讲，损害公益的严重违法行为属于无效行为，损害私益的行为属于可撤销行为。
- 4、行政诉讼不适用婚姻登记效力纠纷是本质性的，行政诉讼解决婚姻效力纠纷是一种错误选择，应当彻底废止。凡涉及婚姻效力判断的案件，都应当通过民事途径解决。这才是解决婚姻登记效力纠纷的有效方法。

附原文：

为离异夫妻补发的结婚证应如何处理

黄淑娟

中国法院网 2013-12-06

【案情】

占某与康某 2009 年 11 月 17 日经人民法院判决准予离婚，因康某父亲十分反对两人离婚，亲朋对两人婚姻状况均不甚了解。2012 年 5 月，康某父亲病危，离世前要求查看儿子和儿媳的结婚证，以确认双方是否离异。康某为了安慰父亲，于 5 月 31 日，要求占某同自己到民政局去申请补领结婚证，占某同意，民政局不知两人婚姻状况，为其补发了结婚证（字号与原结婚证相同）。现占某欲再婚，故向人民法院提起诉讼，请求撤销民政局 2012 年 5 月 31 日补发的结婚证。

经查证，占某和康某 2008 年在被告处登记结婚，离婚后并未到民政局办理离婚登记。申请补领结婚证时，占某和康某谎称结婚证遗失并提供了法律规定的补领结婚证的所有材料。

【分歧】

本案在处理过程中，存在以下三种分歧意见：

第一种观点认为，被告向无婚姻关系的原告占某和第三人康某颁发结婚证，行为违法，应当撤销其补发的结婚证。

第二种观点认为，被告依法基于婚姻登记双方当事人的申请补发结婚证，行为合法，程序正当，应当判决驳回原告诉讼请求，由被告自己撤销自己补发的结婚证。

第三种观点认为，被告是受到原告和第三人的欺骗才补发的结婚证，不宜作出撤销判决，应当判决确认补发结婚证的行为无效。

【评析】

笔者同意第三种意见。

本案不适用撤销判决。《婚姻登记条例》第十七条规定“结婚证、离婚证遗失或者损毁的，当事人可以持户口簿、身份证向原办理婚姻登记的机关或者一方当事人常住户口所在地的婚姻登记机关申请补领。婚姻登记机关对当事人的婚姻登记档案进行查证，确认属实的，应当为当事人补发结婚证、离婚证。”被告在其保存的档案中查明了原告和第三人2008年已经登记结婚，还要求原告和第三人签署双方婚姻关系一直存在的声明，尽到了合理审查义务。被告不知道也不可能知道两人婚姻关系早已解除，其补发结婚证的行为是善意的。而依照《行政诉讼法》的规定，判决撤销具体行政行为的只有五种情形：1、主要证据不足的；2、适用法律、法规错误的；3、违反法定程序的；4、超越职权的；5、滥用职权的。被告严格遵守法定程序，补发结婚证给原告和第三人，行为中不存在判决撤销的法定情形。

本案同样不能判决驳回原告诉讼请求。原告和第三人早在2009年就被人民法院判决离婚，该判决已经生效并具有公定力，双方的婚姻关系早已解除。补发结婚证的基础事实根本不存在，当事人既然已经申请法院撤销结婚证，就是选择了由法院来解决纠纷。驳回诉讼请求将案件又退回了行政机关，不利于解决纠纷，维护行政管理相对人的合法权益，背离了行政诉讼法的立法目的。

本案中，原告和第三人申请补领结婚证时，婚姻关系已然消灭。被告因原告和第三人的欺骗陷入错误的认知，向不符合补发结婚证的条件的两人颁发了结婚证，该行为从根本上就是无效的。故笔者认为应当尊重客观事实，依法确认被告所作具体行政行为（即补发结婚证的行为）无效。（作者单位：江西省乐安县人民法院）

婚姻回归幸福的秘诀

2013年12月11日 人民法院报 记者 朱旻 通讯员 顾建兵



江苏省如皋市人民法院经济开发区法庭庭长 顾雪红

“法官阿姨，你还记得我吗？”不久前的一天，我在下班途中，一个小女孩叫住了我。寻声望去，我看到了幸福的一家三口。见他们向我走来，一时间我愣住了。直到女孩的妈妈表明身份，我才想起来，这对夫妻曾经是我审理过的离婚案件的当事人。

小女孩的妈妈名叫陈燕，父亲名叫袁成。两年前，陈燕向法院提出离婚请求时态度十分坚决，而袁成的父母也来到了法庭，支持儿子离婚。

凭借多年的审判经验，我判断出婆媳矛盾可能大于夫妻矛盾。一番询问后，证实了我的判断是对的。

陈燕很开朗，袁成老实忠厚，生活原本幸福。直到女儿出生，家里的开销增大，陈燕决定外出打工。可陈燕没想到，婆婆却指责陈燕外出打工是瞧不起袁成。

面对婆婆的指责，陈燕觉得委屈，她希望丈夫能站出来帮自己。可老实的袁成却不敢违背母亲的意思。

就在陈燕诉说自己委屈时，我看到法庭里有个小女孩默默流泪。小女孩看起来只有五六岁，衣服脏兮兮的。走过去一问，原来这个小女孩就是陈燕和袁成的女儿函函。

我领着函函来到陈燕和袁成的面前，询问他们：“孩子的衣服脏了，没人管，是不是这段时间只顾着离婚了？”随后，我又把函函带到袁成父母的面前，询问他们：“孙女没有完整的家庭，这是你们想看到的吗？”陈燕和袁成的父母都沉默了，而函函成了我调解案件的突破口。

随后，我从钱包里拿出了女儿的照片，告诉陈燕和袁成的父母，我的女儿和函函年龄相仿，但不同的是，我女儿脸上时常挂着笑容，可函函的脸上却总是挂着泪珠，你们身为函函的母亲、爷爷奶奶，有没有为孩子想过？同时我提醒袁成，作为丈夫，一味地回避问题，只会加深矛盾。

经过一番劝说，袁成连连表示，以后一定积极改正。袁成的父母也表态，今后他们不再干涉儿子和儿媳的生活。此时，陈燕的态度也动摇了，但她还是有些担心婆婆一时难以改变。

我对陈燕说，婆婆和袁成已经表明态度了，这时她也应该变得宽容一些。两年后，再次偶遇一家三口，我不禁感慨，如果当年陈燕和袁成离婚了，今日怎会见到这温馨幸福的情景呢？

作为一名法官，我处理过很多离婚案件，有很多看似无法挽回的婚姻，最终又回归到幸福的轨道上。而婚姻回归幸福的秘诀，无疑是夫妻间宽容对待彼此。

浅谈出嫁女的财产继承权问题

2013年12月09日 光明网 刘黎明

【案情】

王XX、李XX夫妇家住孟村县新集镇X村，均为退休职工，育有一子一女，大儿子王东，女儿王茜。女儿王茜出嫁后，户口已迁往丈夫所在村，但经常回家看望两位老人。老人若是生病，也是由儿子王东，女儿王茜轮流照顾。2012年11月，两位老人遭遇煤气中毒，双双去世，留下房屋6间（房屋产权证上的名字为大儿子王东，但村委会和同村上岁数的人证实是王XX、李XX夫妇购买的），存款8万元。村里的人和大儿子王东，女儿王茜说，嫁出去的女儿，泼出去的水，她不能继承父母留下的遗产，父母的遗产只能由儿子王东来处理。女儿王茜不同意，在与哥哥王东协商不成的情况下，王茜起诉到法院，要求按法律规定继承父母的遗产。2013年4月孟村法院开庭审理了本案经过审理，依法支持支持了王茜的诉讼请求。（文中所用名字为化名）

【分歧意见】

合议庭在评议本案时，合议庭成员的意见发生了分歧一种意见是儿子王东和女儿王茜一样享有继承权，应按法律规定继承遗产。另一种意见是房屋产权证上的名字为大儿子王东，该房屋不属于遗产范围，不应按遗产分割。笔者赞同第一种意见即女儿王茜和儿子王东一样享有继承权，应按法律规定继承遗产。

【法理分析】

在对本案展开分析之前我们有必要对继承权问题以及当前妇女继承权保护的现状进行一下了解

一、继承权的特征是（1）是自然人基于一定的身份关系享有的权利。（2）继承权是依照法律的直接规定或者合法有效的遗嘱而享有的权利。（3）继承权的标的是遗产。（4）继承权是继承人于被继承人死亡时才可行使的权利的效力。（5）遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产，包括：公民的收入、房屋、储蓄、生活用品、林木、牲畜和家禽、文物、图书资料、法律允许公民所有的生产资料、著作权、专利权中的财产权利、其他合法财产。

二、继承权的接受与放弃

继承权的接受，是指享有继承权的继承人参与继承、接受被继承人遗产的意思表示。自继承开始，客观意义的继承权也就转化为主观意义的继承权，继承人得自主决定是行使继承权、接受继承，还是放弃继承权。依我国《继承法》第25条规定，继承开始后，遗产分割前，继承人未表示放弃继承权的，视为接受继承。

继承的放弃，是指继承人作出的放弃其继承被继承人遗产的权利的意思表示。是继承人对其继承权的一种处分。须以明示的方式作出。是一种单方法律行为。继承权的放弃不能附加任何条件。

三、继承权不可转让。继承权的转让问题：继承权是一种以身份关系为前提的财产性权利，基于其人身属性，继承权是不可以转让的。

四、当前女性财产继承权保护的现状

在旧中国，家庭财产只能由家庭中男性成员占有和继承，寡妇再嫁不得带走财产，出嫁的女儿也不能继承父母的遗产。解放以后，中国妇女与男子一样获得了家庭财产的所有权和继承权。现在的大多数家庭，夫妻同是家庭财产的所有者，平等地支配和使用家庭财产，夫妻互相继承遗产和子女平等继承父母遗产等权利得到切实的保障；但是，目前无论在我国的城市或农村，还是在边远山区或少数民族中仍时有侵犯妇女财产继承权的案例发生。中国部分少数民族在处理财产继承权时的习俗一般属于男子。妇女没有财产继承权。只有回族对于财产继承权习俗是给所有的儿子和所有女儿都有继承权。但是也不是平等的，女儿只可以分得儿子份额的一半的遗产。

五、我国对于女性财产继承权在法律中的具体规定

根据我国《宪法》、《继承法》以及其他有关法律规定，妇女（包括出嫁女和再婚寡妇）有与男子完全平等的继承权。我国《宪法》第48条规定：“中华人民共和国妇女在政治的、经济的、文化的、社会的和家庭的生活等各方面享有同男子平等的权利。”《中华人民共和国民法通则》规定：“妇女享有同男子平等的民事权利。”《继承法》第9条规定：“继承权男女平等。”这些法律条款为妇女享有同男子平等的继承权提供了充分的法律

依据。依照上述法律明文规定的继承权男女平等原则，妇女无论已婚未婚，均有与男子平等的继承权。因为既然结婚的男子有继承权，那么已婚的妇女自然也有继承权，不能因女儿出嫁便不允许其继承，否则便是违背了继承权男女平等的原则。同时既然妻死再娶的丈夫继承已死妻子的财产不受任何限制，那么丈夫死亡后妻子继承其财产也不应予以阻挠，寡妇带走她继承的财产改嫁是符合继承权男女平等的原则的。另外，继承遗产的份额上男女也应平等。《继承法》规定了继承权男女平等，夫妻一方死亡后另一方再婚时有权处分所继承的遗产。在《妇女权益保障法》中对妇女的财产继承权更加作了明确的规定。妇女财产继承权在生活实践中，往往得不到保障的原因不外乎以下几点：

1、历史文化和世俗的偏见的原因

中国经历了一个漫长的封建时代，“三从四德”、“三纲五常”，未嫁从父，出嫁从夫，夫亡从子的千年古训。这种封建教义概括了中国历代封建社会的主要社会、政治制度，包括君主专制、等级特权、宗教法制等等。它也贯穿在中国传统法律文化中，至今对社会主义法制建设具有极大的阻碍和破坏作用。所以说几千年的习惯势力，是最可怕的势力。“嫁出去的女儿，泼出去的水”，这个封建社会遗留下来的习俗还根深蒂固地在许多人的头脑中生根。用一份嫁妆“打发”出嫁女，存在于很多地方的习俗和传统观念中。有些地方的“乡规民约”也明显歧视妇女的权益。

2、社会分化的原因

在当代中国社会阶层的上层、中上层中妇女所占的比例较少，而在社会中下层乃至底层中，妇女所占比例较大。这是因为就总体状态而言，妇女无论在对组织资源和经济资源，还是在对文化资源的拥有上，均与男子存在着较大的差异。对于大多数妇女来说，她们同时必须应对两种挑战，既要反对自己在公共生活领域里所受到的歧视，也要反对自己在私人生活领域中所遭致的不平等对待。女性在弱势群体中所占比例较大的事实表明：她们的生存与发展条件同时受到社会关系和自然关系的双重限制，她们是需要社会救助与家庭扶助的弱势群体。这也说明了为什么在法律上需要制订《妇女权益保障法》的原因。为妇女权益的保障提供了有力的法律保证。但是在《妇女权益保障法》中对侵犯妇女权益者应如何惩处，没有明确的法律规定。另外，中国是一个经济和社会发展不平衡的国家，城乡、区域、群体之间妇女地位的提高也不平衡。这就形成了一些不合理的土政策规定，它们施行后的实际效应与宪法规定的男女平等的总体原则有着较大的差异。再则，《继承法》中“自继承开始之日起超过二十年的，不得再提起诉讼”的规定，也使有些对法律知识了解不够的妇女，错失了诉讼的时间。诉权是民事主体的一种基本权利，它不能被剥夺。《民法通则》第一百三十七条规定：“诉讼时效时间从知道或应当知道权利被侵害时计算，但是，从权利被侵害之日起超过二十年的，人民法院不予保护。”“不予保护”的是胜诉权，但还有通过法院调解的可能。而《继承法》第八条规定：“继承权纠纷提起诉讼的期限为二年，自继承人知道或者应当知道其权利被侵犯之日起计算，但是，自继承开始之日起超过二十年的，不得再提起诉讼。”连起诉权也不得行使，更谈不上有可能通过法院的调解得到继承权了。继承法规定的“不得提起诉讼”非但无助于财产关系的稳定，反而会引起当事人之间长期的争吵不休，甚至反目成仇，起不到立法原意的作用，也不符合立法的精神。

3、现行法律法规规定的原因

农村土地承包责任制“三十年不变”的政策，也往往无法让农村妇女在婚丧嫁娶的过程中，完全的享有所承包土地的使用权。土地可以三十年不变，女儿不能三十年不嫁。女子嫁人，户口一般迁离娘家，女方到男方家落下户口，娘家村的土地就“自然”要收归集体。至于出嫁女在婆家村能否获得一份土地，则要看婆家村有无机动土地，或者是否正好“赶上”了婆家村调整土地。否则，妇女很可能因此失去土地。

六、保障女性财产继承权的几点思考

1、进一步加强普法宣传，改变世俗观念，提高妇女的法制意识和法律水平。把《宪法》、《婚姻法》、《继承法》、《妇女权益保障法》的有关法律条文用通俗易懂的方式，向广大的妇女宣讲，尤其是农村妇女。加大力度倡导男性与女性和谐相处一起，改变“男尊女卑”、“嫁出女儿泼出去的水”的世俗观念。

2、对侵害妇女财产继承权的违法行为如何惩处，在法律上要作出明确的规定，提高有关法律条文的可操作性。

3、各级司法部门担负起维护妇女合法权益的坚强砥柱的责任，执法必严，绝不允许任何人用“乡规民约”、“土政策”为借口，来侵害妇女的合法财产继承权。

4、广大妇女要提高自己的法律意识和自我保护意识，善于运用法律武器来保护自己的合法财产继承权。

通过以上的案例笔者认为，这是一起因侵害妇女继承权而产生的民事纠纷。儿子王东和女儿王茜一样享有继承权。继承法规定：继承权男女平等。遗产继承的第一顺序为配偶、子女、父母。妇女权益保障法规定：“妇女享有的与男子平等的财产继承权受法律保护。在同一顺序法定继承人中，不得歧视妇女。”这说明我国法律对妇女的财产继承权已经作出明确规定，妇女的继承权应当受到保护。实际生活中，那些认为妇女没有继承权的说法是错误的，不让妇女分割遗产实际上属于侵犯妇女财产继承权的行为。本案中，儿子王东和女儿王茜一样享有继承权。儿子王东和村里人以王茜是“嫁出去的姑娘，泼出去的水”为由，不让王茜继承父母遗产的行为，显然已经违反了继承法等相关法律的规定，侵犯了王茜的继承权。儿子王东和女儿王茜继承父母遗产的份额应当均等。王茜出嫁后，仍然经常回家看望照顾父母，两位老人生病时，她和哥哥王东轮流照顾，说明二人都尽到了赡养义务，两位老人生前都没有立遗嘱处分自己的财产，在没有遗嘱的情况下，根据继承法中“继承开始后，按照法定继承办理”

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
的规定，儿子王东和女儿王茜应按法定继承分割遗产。又根据继承法关于“同一顺序继承人继承遗产的份额，一般应当均等”的规定可知，儿子王东和女儿王茜都对两位老人尽到了赡养义务，他们继承父母遗产的份额应当均等，但是可以考虑王 XX、李 XX 夫妇是少数民族按国家规定可以土葬，需要占用哥哥王东的土地，因此可以在调解不成判决时适当考虑对哥哥王东的遗产份额略高一点。

黄淑娟:为离异夫妻补发的结婚证应如何处理

2013年12月08日 中国民商法律网 黄淑娟

【案情】

占某与康某 2009 年 11 月 17 日经人民法院判决准予离婚，因康某父亲十分反对两人离婚，亲朋对两人婚姻状况均不甚了解。2012 年 5 月，康某父亲病危，离世前要求查看儿子和儿媳的结婚证，以确认双方是否离异。康某为了安慰父亲，于 5 月 31 日，要求占某同自己到民政局去申请补领结婚证，占某同意，民政局不知两人婚姻状况，为其补发了结婚证（字号与原结婚证相同）。现占某欲再婚，故向人民法院提起诉讼，请求撤销民政局 2012 年 5 月 31 日补发的结婚证。

经查证，占某和康某 2008 年在被告处登记结婚，离婚后并未到民政局办理离婚登记。申请补领结婚证时，占某和康某谎称结婚证遗失并提供了法律规定的补领结婚证的所有材料。

【分歧】

本案在处理过程中，存在以下三种分歧意见：

第一种观点认为，被告向无婚姻关系的原告占某和第三人康某颁发结婚证，行为违法，应当撤销其补发的结婚证。

第二种观点认为，被告依法基于婚姻登记双方当事人的申请补发结婚证，行为合法，程序正当，应当判决驳回原告诉讼请求，由被告自己撤销自己补发的结婚证。

第三种观点认为，被告是受到原告和第三人的欺骗才补发的结婚证，不宜作出撤销判决，应当判决确认补发结婚证的行为无效。

【评析】

笔者同意第三种意见。

本案不适用撤销判决。《婚姻登记条例》第十七条规定“结婚证、离婚证遗失或者损毁的，当事人可以持户口簿、身份证向原办理婚姻登记的机关或者一方当事人常住户口所在地的婚姻登记机关申请补领。婚姻登记机关对当事人的婚姻登记档案进行查证，确认属实的，应当为当事人补发结婚证、离婚证。”被告在其保存的档案中查明了原告和第三人 2008 年已经登记结婚，还要求原告和第三人签署双方婚姻关系一直存在的声明，尽到了合理审查义务。被告不知道也不可能知道两人婚姻关系早已解除，其补发结婚证的行为是善意的。而依照《行政诉讼法》的规定，判决撤销具体行政行为的只有五种情形：1、主要证据不足的；2、适用法律、法规错误的；3、违反法定程序的；4、超越职权的；5、滥用职权的。被告严格遵守法定程序，补发结婚证给原告和第三人，行为中不存在判决撤销的法定情形。

本案同样不能判决驳回原告诉讼请求。原告和第三人早在 2009 年就被人民法院判决离婚，该判决已经生效并具有公定力，双方的婚姻关系早已解除。补发结婚证的基础事实根本不存在，当事人既然已经申请法院撤销结婚证，就是选择了由法院来解决纠纷。驳回诉讼请求将案件又退回了行政机关，不利于解决纠纷，维护行政管理相对人的合法权益，背离了行政诉讼法的立法目的。

本案中，原告和第三人申请补领结婚证时，婚姻关系已然消灭。被告因原告和第三人的欺骗陷入错误的认知，向不符合补发结婚证的条件的两人颁发了结婚证，该行为从根本上就是无效的。故笔者认为应当尊重客观事实，依法确认被告所作具体行政行为（即补发结婚证的行为）无效。

法院调查取证的进一步规范

2013年12月11日 人民法院报 赵一

作为法院在诉讼中的一项重要职权，调查取证一直是我国审判方式改革中一项不容忽视的问题。如何理解并进一步合理规范法院调查取证，无论是从审判权的规范运行，还是从诉讼改革的发展角度，都是一个值得认真研究的问题。目前我国法院调查取证主要分为以当事人申请调查和依职权调查取证两种方式。但是，由于法院调查取证的法律规定不尽完善，尤其是调查取证的范围不够明确以及相关法律程序的缺失，加上人们的法治意识和证据意识尚不成熟，司法实践中常常遇到这样那样的问题。为此，笔者针对我国法院调查取证在实践中迫切需要解决的问题，提出自己的看法。

一、法院调查取证进一步规范的原则

规范法院调查取证应当着眼于民事诉讼制度改革的全局，贯彻追求客观公正和程序正义的价值理念，并严格遵守诉讼当事人平等原则、辩论原则和处分原则等民事诉讼法的基本原则，以使法院调查取证制度的设计能与民事诉讼制度的整体设计及相关证据制度有机结合。

（一）举证责任的分配原则

法院调查取证不能破坏民事诉讼中关于当事人之间举证责任的分配。证据是认定事实的基础。是否有充足的、恰当的证据来证明自己的主张，直接决定着当事人是否能够胜诉，也直接决定着当事人的合法权益是否能够得到应有的保障。根据举证责任分配规则，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。所以，当事人调查收集证据就成为民事诉讼中的一个基本问题。而法院调查收集的证据，要么有利于原告一方，要么有利于被告一方，稍有不慎便会导致举证责任分配的失衡。因此，法院调查取证在追求案件真实的同时，不能以损害程序正义为代价，必须要有一个合理的范围界定，界限就是不能破坏当事人之间的举证责任分配。这是程序正义的要求，也是当事人平等原则的重要体现。

（二）合法性原则

合法性原则与证据能力的合法性类似，一方面证据本身具有合法性，另一方面法院调查收集证据要合法，包括主体合法、程序合法、手段合法三个方面，不能侵害他人合法权益或违反法律禁止性规定。如不能侵犯人之身体或精神之完整性，不能侵入他人的私人生活、住所、函件或其他通讯方法等。

（三）必要性原则

必要性原则，是指法院调查收集的证据经初步判断，应当与案件争议具有一定关联性，并为法官确定心证之所需。首先，法院不论是依职权还是依申请调查收集的证据必须与案件事实具有一定的关联性，具备初步的证据能力；其次，法院决定调查收集的证据还必须是与案件争议具有关联性，对法官确定心证或者说对裁判结果具有显著影响。那些相关事实已经查清的多余的证据和对案件争议没有证明效果的无关的证据，都应该被排除在法院调查取证的范围之外。

（四）可能性原则

可能性原则，是指经过初步判断，法院能够在合理的成本范围内调查收集到相关的证据。证据不仅能够取得，而且取得的成本不能不经济，一般都是具有一定线索，已经固化在某个地方或状态的情形，比如与案件争议具有一定关联性的由国家有关部门保存并须人民法院依职权调取的档案材料，以及影响案件裁判的涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私而为第三人控制的材料等，一般都是法院能够调查收集到的证据。这一点必须与侦查机关的侦查行为严格区分开来。

二、法院调查取证进一步规范的具体设计

关于我国法院调查取证的进一步规范，归根结底应该落实到相关立法的修改和完善。鉴于最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《证据规定》）在规范法院调查取证方面所具备的显著作用和进步意义，应当基于该规定，围绕我国目前关于法院调查取证的法律规范现状及实践中遇到的问题，有针对性地予以修改、细化和完善。

（一）增加关于法院调查取证的一般性条款

建议在《证据规定》第二部分“人民法院调查收集证据”中，增加关于法院调查取证的一般性条款作为该部分的首条。规定“人民法院调查收集证据，应当为法官确定心证所必需，坚持合法性原则、必要性原则和可能性原则，并不得破坏诉讼当事人之间的举证责任分配。”以此来明确法院调查取证的原则，统领法院依职权调查取证和依申请调查取证的具体规范。

（二）关于当事人申请法院调查取证的程序

当事人申请法院调查收集证据的程序，不仅应当规定当事人须向法院提交书面申请，申请书上应当载明被调查人的姓名或者单位名称、住所地等基本情况、所要调查收集的证据的内容、需要由人民法院调查收集证据的原因及其要证明的事实，以及提交的期限，而且应当强调申请书必须载明一定的调查线索，缺乏调查线索常常会使调查陷入不可能。另外，应当规定法院审查是否决定调查取证的期限，明确法院拒绝调查申请时应当在多长期限内送达通知书，否则即便有申请复议的救济途径，如果法院迟迟不发拒绝申请的通知书，当事人也无法申请复议。

（三）关于当事人申请法院调查取证被拒绝时的救济途径

《证据规定》规定了“人民法院对当事人及其诉讼代理人的申请不予准许的，应当向当事人或其诉讼代理人送达通知书。当事人及其诉讼代理人可以在收到通知书的次日起三日内向受理申请的人民法院书面申请复议一次。人民法院应当在收到复议申请之日起五日内作出答复。”但是，规定中没有明确复议机构，使得当事人申请复议的权利在实质上落空。至于具体的复议机构应当设置在对应的审判业务庭，还是立案庭、审监庭，抑或其他部门，有待进一步探讨明确，但基于减轻当事人诉累、维护法院司法公信的考虑，必须在条文中予以明确。

养兄妹结婚是否违反《婚姻法》规定

2013年12月13日 江苏法制报 钟文 张鑫

【案情】

大成比珍珍大2岁，珍珍自幼被大成父母收养，两人以兄妹相称。成年后，大成得知珍珍并非其父母亲生，后经亲戚撮合，大成与珍珍按农村习俗举行了结婚仪式，并在民政部门领取了结婚证。二人婚后一度感情较好，

并生育一子。后珍珍以与大成兄妹相称二十余年，夫妻生活中更多的是兄妹之情，并未建立起真正的夫妻感情为由，离家出走。大成因无法与珍珍联系，一气之下一纸诉状送到法院，要求判令两人离婚。

【分歧】

本案在审理中，对二人之间是否属合法婚姻形成两种观点：

第一种观点认为，大成与珍珍虽经民政部门登记，并领取结婚证，但两人系养兄妹关系属实，属于法律意义上的拟制血亲关系。《婚姻法》明确规定禁止三代以内旁系血亲结婚，拟制血亲也属血亲，应属于禁止结婚的情形，二人的婚姻是无效的。

第二种观点认为，大成与珍珍经登记结婚，虽两人是养兄妹关系，但两人并无血缘关系，婚姻法上禁止结婚的三代以内旁系血亲情形中的“兄妹”不能当然地扩大到“养兄妹”，也不违反伦理道德，故两人的婚姻合法有效。

【评析】

笔者同意第二种观点，理由如下：

二人的婚姻并不违背《婚姻法》立法本意。我国《婚姻法》第七条规定，有下列情形之一的，禁止结婚：（一）直系血亲和三代以内旁系血亲；（二）患有医学上认为不应当结婚的疾病。《婚姻法》第十条第（二）项规定，有禁止结婚的亲属关系的婚姻无效。由此可以看出，我国婚姻法规定禁止血亲结婚的情形，主要是基于医学遗传和社会伦理道德两个方面考虑的。从医学遗传上讲，人类两性关系的发展证明，血缘过近的亲属间通婚，很容易把双方精神上 and 生理上的弱点和缺陷集中起来，遗传给下一代，影响家庭幸福，危害民族健康。而没有血缘亲属关系的男女之间的婚姻，能创造出在体质上和智力上都更加强健的人种。因此，禁止近亲结婚是古今中外法律的通例。从伦理道德上讲，在人类长期的实践中，认识到一定范围内的亲属通婚，会给后代的健康带来不良的后果，从而形成了限制一定范围内的亲属通婚的风俗习惯。在我国，自古时起，礼法中就有同姓不婚、同宗不婚的规定，并在长期的历史中形成了禁止兄弟姐妹间，伯、叔、姑与侄女、侄子间，舅、姨与外甥女、外甥之间，堂兄弟姐妹之间结婚的风俗习惯，故近血亲结婚，有违人类社会的道德规范，违反家庭伦理道德，法律之所以规定禁止血亲结婚，是遵从几千年的传统道德。而本案中，大成与珍珍之间无任何血缘关系，且双方也不存在患有医学上认为不应当结婚的疾病，那么单纯的从医学这个角度考虑，大成与珍珍并无禁止结婚的情形，另一方面，大成与珍珍虽系养兄妹关系，生活中以兄妹相称，但两人并非亲兄妹，二人结合并不违反家庭伦理道德，亦能为世俗所接受，故也不存在伦理的问题。因而从婚姻法的立法本意层面可以看出，大成与珍珍的婚姻不应当适用婚姻法第七条规定的禁止结婚的情形。

不能对“三代以内旁系血亲”进行扩张解释。我国婚姻法第七条、第十条虽然规定了禁止结婚和婚姻无效的情形，但却未能明确列举。对于三代以内旁系血亲这个方面，通常解释为包括两种情形：（一）同源父母的兄弟姐妹；（二）不同辈的叔、伯、姑、舅、姨与侄（女）、甥（女），但也未就“同源父母的兄弟姐妹”作出详尽的解释，那么通常理解应当是既然是同源父母，就是指有血缘关系的兄弟姐妹，而不包括没有血缘关系的拟制血亲上的养兄弟姐妹。且《婚姻法》规定的禁止结婚情形的条文，属于禁止性规范，系命令当事人不得为一定行为之法律规定。对于禁止性规范不能当然地进行扩张解释，即“三代以内旁系血亲”的外延不能涵盖养兄妹关系。另外，婚姻法毕竟属民法范畴，应尊重私法“法无禁止即可为”的法律精神，即既然法律未明确禁止没有血缘关系的养兄妹结婚，那么养兄妹只要符合法律规定的结婚条件，自然可以登记结婚。

综上，无论是从婚姻法立法本意出发，还是法律条文的解释层面，本案中，大成与珍珍经登记结婚，并无法律规定的禁止结婚的情形存在，应认定为合法有效婚姻

录音证据证明效力探析

2013年11月28日 光明网 尹方杰

在民间借贷关系中，因各种原因经常有借款人未出具欠条的情况出现。在贷方的催要下，借方会有不同的反应。1、承认借款行为，并承诺还款，合理时间后还款；2、承认借款行为，承诺还款，但未予履行承诺；3、从头到尾拒不承认借款行为。

在第2种情况下，当事人要寻求法院诉讼途径解决，会遇到法院以起诉无证据而不予立案的情况。为了取得证据，贷方会在最近一次讨债时带上录音设备，把与借方有关借款的时间、数额等具体情况的对话私录下来，以此作为证据再提起诉讼。那么私自录音能否作为证据使用呢？

私自录音属于私录视听资料的范畴。私录的视听资料是指未经对方同意而录制的录音或者录像资料，也有称作偷拍偷录。对于私录的视听资料能否作为民事诉讼证据，理论界分歧很大，主要有四种观点，1、违法排除说。该说认为其应当予以排除。2、真实肯定说。该说主张如果视听资料的内容具备客观性和关联性，即便取证手段不当，也应当允许其作为诉讼证据。3、线索转化说。该说主张司法人员可以将视听资料作为证据线索。按法定程序重新查证属实后，将其转化为合法的证据。4、排除加例外说。该说认为原则上应否定其证据效力而予以排除，但不宜一概禁止，应当允许有例外，如收集证据者主观上无恶意就应当作为例外看待。

理论上虽然对私录的视听资料有不同认识，但审判实务中一般是允许其作为证据的，除非其内容本身不真实或真假难辨，直到最高人民法院作出1995年2号批复。1995年2月6日，最高院针对河北省高级人民法院的一则请示，作出了《关于未经对方当事人同意私自录制其谈话取得的证据不能作为证据使用的批复》，该批复认为：“证据的取得必须合法，只有经过合法途径取得的证据才能作为定案依据。未经对方当事人同意私自录制其谈话，系不合法行为，以这种手段取得的录音资料，不能作为证据使用。”

该批复强调了只有以合法途径取得的证据才能作为定案的依据，明确了未经当事人同意私自录制其谈话不能作为证据使用。该批复确立了视听资料合法性的标准。但是，该批复也带来了一系列的负面效应。首先，影响实体公正的实现，一旦排除这样的证据，法院不得不对争议事实不予认定或作出完全相反的认定，其次，不利于保护合法的民事利益，在诉讼中就只有落的败诉的结局，最后，对当事人制作音像资料提出不切实际的要求。实践中由于制作方与对方当事人之间存在对立的利害关系，要求对方同意录制在今后对其不利的证据，根本不具可能性。

正是由于上述问题的存在，2001年12月21日，最高院在《关于民事诉讼证据的若干规定》，针对私录的视听资料的证据的合法性做了进一步的规定。新的司法解释针对视听资料的证明力作出了特别规定：“有其他证据佐证并以合法手段取得的、无疑点的视听资料或者与视听资料核对无误的复制件对方当事人提出异议但没有足以反驳的相反证据的，人民法院应当确认其证明效力。”（第70条第3款）该规定对视听资料，不再以取得被拍摄、被录制者的同意为具有证据能力的先决条件，即使未取得对方同意而偷拍偷录，也不必然丧失证据资格。但这是否就意味着人们可以无拘无束的收集证据呢？新的司法解释同时规定：“以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法取得的证据，不能作为认定案件事实的依据”（第68条）。就视听资料而言，如果是以侵害他人合法权益的方法取得，是不能作为认定案件事实的依据的。可问题在于该规定并未对以侵害他人合法权益和违反法律禁止性规定取得的证据的具体情形作出规定。

私录的视听资料会涉及他人的隐私和商业秘密，是否全部以侵犯他人隐私和商业秘密的方法取得的证据都不能作为认定事实值得商榷。具体说，若涉及第三人的意思和商业秘密，那私录的视听资料当然不具有证据合法性。若涉及对方当事人的隐私和商业秘密，则因分不同情况来判断该视听资料的证据能力。若对方的行为本身具有合法性，那私录视听资料就不具有证据合法性。但对方的行为不合法则应区分该行为与案件事实是否有关来判断视听资料的合法性。如果对方的不合法行为与案件事实无关，那视听资料当然就不能作为合法证据；如果对方的不合法行为与案件事实有关，也就可以作为合法证据。据此，（1）只要未经第三人同意而录制其视听资料，那该视听资料就不合法，不能作为民事证据；（2）私录对方当事人的视听资料，若对方的行为本身合法，那该视听资料就不具有证据合法性；（3）私录对方当事人的视听资料，若对方行为不合法但与案件事实无关，那该视听资料不具有证据合法性；

如果私录对方当事人视听资料，对方行为不合法且与案件事实相关，即可作为认定事实的合法证据。综上所述，人民法院应当确认其证明力的私录视听资料应当同时具备下列条件：

1. 私录对象为对方当事人，对方行为不合法且与案件事实相关，且未违反法律禁止性规定
2. 有其他证据佐证
3. 资料无疑点或对方当事人对视听资料提出异议但没有足以反驳的相反证据。

“死亡赔偿金”浅探

2013年12月11日 中外民商裁判网 李玉皎 王明伟

死亡赔偿金的性质，是指死亡赔偿金究竟是对谁的何种损害的赔偿，关系到死亡赔偿金的确定、计算、给付等。在此问题上，世界各国法律存在共识，即死亡赔偿金绝非对死者的财产损害的赔偿，而是对于受害死者有关的一些亲属的赔偿。

一、我国死亡赔偿金的由来

最早涉及此问题是在1963年3月21日，黑龙江省高级人民法院就“交通肇事是否要给予受害人家属抚恤金的问题”向最高人民法院请示，可见，当时还没有死亡赔偿金的观念。直到1992年1月1日，我国立法上才第一次出现死亡赔偿这一概念，即国务院制定并公布施行的《道路交通事故处理办法》。1993年的《消费者权益保护法》首次使用了“死亡赔偿金”这一法律概念。随着立法的不断完善，“死亡赔偿金”制度也在不断完善，如《产品质量法》第四十四条、《消费者权益保护法》第四十二条、《国家赔偿法》第二十七条相继确立了死亡赔偿金制，《工伤保险条例》第三十七条则没有死亡赔偿金概念出现，而是以供养人抚恤金、一次性工亡补助金等概念出现，直至今日实行的《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》、《侵权责任法》等已将“死亡赔偿金”作为常用法律术语。

二、对死亡赔偿金性质的认识

死亡赔偿金的性质，是指死亡赔偿金究竟是对谁的何种损害的赔偿，关系到死亡赔偿金的确定、计算、给付等。在此问题上，世界各国法律存在共识，即死亡赔偿金绝非对死者的财产损害的赔偿，而是对于受害死者有关的一些亲属的赔偿。因为直接受害人的民事权利终于其自身生命终结之日，既然受害人已死亡，那么作为公民民事权利之一的人身权也当然终结，所以死亡赔偿金不是直接受害人享有的一项民事权利，而是因为直接受害人的

死亡，导致其一定范围内的近亲属依赖直接受害人预期可享有的权益的灭失，以及因为直接受害人的死亡直接给其近亲属造成的损失，直接受害人的近亲属为此依法应当获得经济补偿的一项民事权利，或称间接受害人享有的一项民事权利。目前在立法例上有两种，即“扶养丧失说”与“继承丧失说”，这两种观点从不同的角度对死亡赔偿金的性质进行了诠释。“继承丧失说”认为侵害他人生命致人死亡，不仅生命利益本身受侵害，而且造成受害人余命年岁内的收入“逸失”，使得这些原本可以作为受害人的财产为其法定继承人所继承的未来可以取得收入，因加害人的侵害行为所丧失，对于这种损害应当予以赔偿。“扶养丧失说”认为由于受害人死亡导致其生前依法定扶养义务供给生活费的被扶养人，丧失了生活费的供给来源，受有财产损害，对此损害加害人应当予以赔偿。我国《民法通则》采用的是前一种观点，德国、英国、俄罗斯联邦、美国大多数州以及我国台湾地区的立法均采用后一种观点。由于继承丧失说与扶养丧失说互相排斥，采取继承丧失说的立法例均不再规定被扶养人生活费（因该项费用已包含在继承丧失说的死者收入损失之中），再作规定就是重复赔偿。鉴于《民法通则》、《消费者权益保护法》、《产品质量法》中均有“被扶养人生活费”的赔偿项目，最高人民法院在制订《关于审理人身损害赔偿若干问题的解释》时考虑到须与我国现行民事法律中规定的赔偿项目相一致的原则精神，对赔偿的内容进行了分解，即仍保留过去的被扶养人生活费的赔偿，通过分解的方法将根据继承丧失说理论中的“收入损失”分为“人均可支配收入”和“被扶养人生活费”，分解出“人均可支配收入”作为“死亡赔偿金”予以赔偿，以与《民法通则》和现行有关立法相衔接。分解的结果既体现了“继承丧失说”的赔偿理念和标准又避免了与现行法律法规相冲突。所以，对死亡赔偿金的理解应当先从文义上去解释较为合理，民众也更能接受，顾名思义，死亡赔偿金是直接受害人死亡后，间接受害人遭受了损失，赔偿义务人依法应当给予的可适度量化的一切损失弥补。

三、对死亡赔偿金的权利主体的分析

死亡赔偿金的权利主体就是有权请求赔偿义务主体给付死亡赔偿金的人，即间接受害人。

（一）我国立法中关于死亡赔偿金的权利主体界定

《国家赔偿法》第六条将死亡赔偿请求人界定为死者的继承人和其他有抚养关系的亲属；《工伤保险条例》规定为职工因工死亡，直系亲属按照下列规定从工伤保险基金领取丧葬补助金、供养亲属抚恤金和一次性工亡补助金；最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第十八条界定为死者近亲属；《侵权责任法》第十八条界定为近亲属和支付被侵权人医疗费、丧葬费等合理费用的人。

而其他法律法规并未明示死亡赔偿金的权利主体，如《消费者权益保护法》第四十二条规定为：经营者提供商品或者服务，造成消费者或者其他受害人死亡的，应当支付丧葬费、死亡赔偿金以及由死者生前扶养的人所必需的生活费等等费用，该条文并没有明示权利主体，《民法通则》第一百一十九条、《产品质量法》第四十四条也如此。没有明示不等于没有权利主体，也不等于可以随意解释，审判实务中一般按照死者的继承人和其他有抚养关系的亲属为死亡赔偿金权利主体。

（二）现行法律死亡赔偿金权利主体范围不确定

前述我国法律法规关于死亡赔偿金权利主体界定归纳起来有：死者之近亲属、死者之直系亲属、死者的继承人和其他有抚养关系的亲属以及支付被侵权人医疗费、丧葬费等合理费用的人等。近亲属、直系亲属，由于没有专门的解释，属不精确的法律概念，于是也就出现了不同的人对此概念的不同理解，有人理解为一定范围内的姻亲和血亲，范围是较宽泛的；有人认为是第一顺序继承人与被扶养人之和，没有第一顺序继承人时，便是第二顺序与被扶养人之和，如此类推；还有人认为应当按照《继承法》中的继承顺位确认。笔者以为目前最具权威的还应当是《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题意见（试行）》第十二条的规定，即近亲属为配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女，直系亲属也应当如此定义。但是在现今的司法实践中没有法官判令该范围的近亲属或直系亲属同等享有死亡赔偿金，此种通行做法应该得以早日改正。

四、对死亡赔偿金的范围的理解

最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第二十九条“死亡赔偿金按照受诉法院所在地一年度城镇居民人均可支配收入或者农村居民人均纯收入标准，按二十年计算。但六十周岁以上的，年龄每增加一岁减少一年；七十五周岁以上的，按五年计算。”的界定。按此规定六十周岁以下的自然人遭受侵害死亡的，死亡赔偿金一律计算二十年，这样似乎有些不合情理，刚出生的婴儿，也按二十年赔偿，更显不科学，建议在人身损害赔偿解释第二十九条基础上进行完善。

五、死亡赔偿金分割原则

死亡赔偿金的分配是死亡赔偿金分配争议的核心问题。原因在于现行法律中死亡赔偿金权利主体范围的不确定性和死亡赔偿金的不同定性。

现行司法实务中均参照遗产继承顺序为进行分配，即死者有第一顺序继承人时，狭义死亡赔偿金分配主体就是第一顺序继承人，没有第一顺序继承人时，分配主体便是第二顺序继承人，如此类推。这样就排除了所有近亲属或直系亲属同时为分配主体。分配原则为同一顺序均等分割。笔者以为，最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第二十九条解释的原理是采取“继承丧失说”，确认死亡赔偿金的性质是对未来收入损失的赔偿，属财产损失赔偿。那么它就又不是真正意义上的遗产，就不应当等同于遗产继承分配原则进行

分配。我们以假设推理来确定合理的分配原则，即假设死者没有死亡，在常情形下，他的财产收入是由哪些人实际受益？哪些人实际上享有这笔财产？如果失去这笔财产，受害者是哪些？受害轻重分布情况如何？通过假设，就让我们清晰地看到，死者生命的丧失受害最深的是与死者同财共居者，因为死者生前所获得的收益，除自己消费外，大多数是用于自身家庭消费和享有，家庭以外的人是没有所有权的。巫昌祯教授认为家庭是在法律上有权利义务关系的亲属所构成的生活单位，其显著特征是同财共居。可见，成为家庭成员必须同时具备具有法律上的权利义务关系和共同生活，抑或称同财共居（即同吃同住，经济收入共同享用）这两个条件。随着社会的不断发展、演变，一个家庭中同财共居的家庭成员是越来越少，现在较普遍的是三口之家，儿女们一结婚后就独立生活，子女与父母的生活紧密度明显下降，相互之间的经济依赖度也明显减弱，甚至仅有精神依赖的也为数不少，父母或子女之外的近亲属更是如此。家庭的这种现实自然状态反映出，即使是父母与子女，只要没有同财共居，一方的死亡给另一方造成的财产损害是不同的。经济上依赖死者越强，就说明死者在生时创造的财富直接影响依赖者的生活质量，给依赖者造成的损害就越大，依赖越弱的，造成的损害就越小。由于死者的不同近亲属对死者的经济依赖度的不同，他们受的财产损害大小也不同，只有对不同大小损害给予不同的填补，才能彰显正义。因而笔者以为，狭义死亡赔偿金的分割应当根据家庭成员与死者的生活紧密程度和经济依赖程度按照比例适度分割。

赵峰，田鲁敏：从一则案例看夫妻共同债务的认定

2013年12月23日 中国民商法律网 赵峰 田鲁敏

【案情】

2012年3月17日田某向王某借款4万元，并出具借条一张。马某（女）与田某于2010年2月3日结婚，于2012年6月7日离婚。田某于2012年7月16日因长期资不抵债、不堪重负自杀身亡，其遗书中承认因偿还高利贷向王某等人借款的事实。2012年11月12日，王某诉至法院，要求马某偿还借款4万元。

【分歧】

审理中形成两种观点：

观点一，该笔借款为夫妻共同债务，马某应该予以偿还。理由是：1. 借款有凭据，系双方真实意思的表示；2. 借款发生在被告夫妻关系存续期间；3. 被告未能举证证明该债务为田某个人债务，亦未举证证明有婚姻关系存续期间所得的财产归各自所有的约定，并为王某知晓，故应当按夫妻共同债务处理。

观点二，该笔借款为田某个人债务，应驳回对马某的诉讼请求。理由：1. 田某自杀时所留遗书被王某、马某均作为己方证据向法院提供，虽然，各方用遗书所证明的目的不同，但双方对遗书的真实性均不持有异议；2. 遗书的内容不仅能够反映田某向王某借款的事实，而且还能反映出该借款已被田某偿还个人所借高利贷，而非用于家庭生活。

【评析】

本案中，笔者同意上述第二种观点。

夫妻共同债务的认定一直是审判中的难点。由于法律规定的滞后及不周延，原本《婚姻法司法解释（二）》第24条基于对交易效率的促进及对债权人利益的保护的本意，异化为现实中对无辜配偶方法律上的保护不力。目前看来，法官或者严格按照《婚姻法司法解释（二）》的规定，基于夫妻共同债务推定，保护债权人的利益。或者回归到《婚姻法》第41条之规定，基于债务非用于夫妻共同生活认定为个人债务，保护无辜配偶方的利益。因此，在法律或司法解释完善之前，需要法官在审判实践中，在全案事实的把握的基础上进行利益的均衡。本案中，结合全案的事实及证据，可以证明债务人举债是为了个人偿还高利贷等欠款，而非用于家庭共同生活，并且债务人配偶无举债合意及因借款受益，依法保护无辜债务人配偶的利益是符合法律正义的。

他们为何与律师反目成讼？

2013年12月25日 北京晚报 林靖

委托律师打官司，在法庭上同坐一席，本应相互配合，孰料这对盟友不久后竟会在另一起诉讼案中对簿公堂。近年来，诉讼代理合同纠纷数量居高不下。本报记者从海淀法院了解到，代理费的给付问题是委托人与律所的矛盾集中点。该院经过大量调研发现，要么是律所起诉委托人索要代理费，要么是委托人起诉律所索要代理费。双方争议焦点在于律所是否存在过错，以及是否给委托人造成损失。

委托人毁约诉律所

索还代理费被驳

范女士委托律所代理她与别人之间的房产纠纷案，律所负责此案的一审、二审和执行，代理费为2万元。委托代理合同签署当日，范女士向律所支付了2万元代理费。此后，律所依约代理了案件一审、二审诉讼，但范女士提出的诉讼请求被法院驳回。

后经双方协商，律所同意向范女士退还1.3万元代理费，并书面约定双方再无其他纠纷。

然而近日，范女士起诉至法院，请求法院判令律所退还剩余7000元。其理由有：与其他律所相比，该律所收费标准过高；该律所在代理过程中存在违约行为；委托案件并未胜诉。

最终，范女士的诉讼请求被法院判决驳回。

法律评析

海淀法院民三庭法官王哲、罗源认为，首先，依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。关于代理费数额，双方已协商达成协议。范女士作为具备完全民事行为能力的合同签署方，应严格遵守合同约定，不能出尔反尔，片面撕毁合同约定。

其次，范女士提出的代理案件起诉状存在错别字等问题，属于律所履约瑕疵，不构成根本违约，且上述因素已在双方协商退费时考虑在内。在此情况下，范女士要求再次退费于法无据。

最后，双方所签署的并非风险代理合同，即代理费用与案件胜诉与否并无关联。因此，范女士以案件未胜诉为由拒付代理费，无法得到法院支持。

法官建议

诉讼代理合同是明确双方权利义务的重要文件，当事人应当审慎签约。鉴于合同一般由律所起草，故委托人应就合同条款仔细斟酌，对于不明之处应要求律所解释或者协商修改；同时，对于代理事项、代理权限、代理费支付等重要内容，书面约定应明确具体。合同一旦订立，除了满足合同法规定的合同无效或可撤销情形外，双方当事人均应依约履行。

律所提供错误建议

应得代理费相应减少

蓝猫公司委托律所，以代理其诉彩印厂民间借贷合同纠纷一案，代理费7万元。代理合同签订当日，蓝猫公司支付了3.5万元，双方约定余款待执行结案时再付。之后，蓝猫公司的部分诉讼请求获得法院支持，彩印厂也自动履行了判决载明的金钱给付义务，但蓝猫公司迟迟不支付剩余代理费。于是，律所诉至法院，要求判令蓝猫公司支付剩余代理费3.5万元。

但蓝猫公司辩称，他们按照律所的建议，向彩印厂索要按照中国人民银行同期贷款利率的4倍计算的利息，但该部分30余万元的利息实际上并未被法院支持。“律所提供了错误的法律建议，导致蓝猫公司对诉讼结果期望过高，不仅诉请未获支持，而且多缴纳了案件受理费。”该公司因此不同意支付剩余代理费。

在法院的主持下，双方最终达成调解协议，蓝猫公司向律所支付代理费2万元。

法律评析

根据《最高人民法院关于对企业借款合同借款方逾期不归还借款的应如何处理的批复》、《最高人民法院关于企业相互借贷的合同出借方尚未取得约定利息人民法院应当如何裁决问题的解答》，企业借款合同违反有关金融法规，属无效合同，对于企业之间相互借贷的出借方主张的利息，人民法院应当依法向借款方收缴。

王哲、罗源法官认为，本案中，律所向委托人提供的诉讼建议明显与法律规定相悖，有失专业水准，律所对当事人过高的预期以及由此产生的诉讼费损失负有一定过错，其收取的代理费应依法酌减。

法官建议

律所事务所应当加强对律师的执业培训，承办律师对代理案件所涉法律、法规、司法解释及规范性文件的规定有基本的了解，为委托人提供专业、优质的法律服务。同时，鉴于案件类型的多样性和不断细化，委托人在委托时应注重考察律所的主要业务和擅长领域，选择更值得信赖的受托人。

律所服务不规范

委托人诉解除合同获支持

柳女士与杨先生非婚生下柳东。在柳东3岁时，杨先生意外去世，柳女士作为柳东的法定代理人，决定提起诉讼分割遗产，并委托律所代理继承纠纷案。

因杨先生的遗体随时有火化的可能，柳女士催促律所尽快到法院立案，并申请亲子鉴定。其后，律所告知柳女士已经立上案，并告知其耐心等待亲子鉴定程序的启动。

然而，柳女士后来前往法院查询核实，却发现案件尚处于诉前审查阶段，并未立案。她一气之下将律所诉至法院，要求解除与律所签订的诉讼代理合同。最终，柳女士的诉讼请求获得了法院的支持。

法律评析

诉讼代理合同是委托合同的类型之一。根据我国《合同法》的相关规定，委托人或者受托人可以随时解除委托合同，因解除合同给对方造成损失的，除不可归责于该当事人的事由以外，应当予以赔偿。

由此，王哲、罗源法官认为，柳女士基于对律所的信任，而与其订立诉讼代理合同，当该信任关系被破坏时，她有权选择解除合同。此外，律所向柳女士汇报的案件进展情况与事实情况不符，未体现出法律服务的专业性和规范性，并由此导致信任关系破坏，对纠纷的发生负有一定过错。

法官建议

在诉讼代理合同中，律所作为专业的法律服务机构，对于代理事务应当勤勉谨慎、尽职尽责，及时制作工作记录，准确、及时地向委托人汇报案件进展，最大限度地避免不解及隔阂的产生。

父女间达成的赡养协议是否有效

【案情】

原告张某与妻生育四女一儿，被告张红（化名）系原告张某的二女儿。1991年至1993年，张某供张红读自费卫校。1996年4月，张红出嫁当天与张某签订赡养协议，约定：张红婚后两年内每月支付张某费用50元，两年后改为100元。张红给付张某两个月费用后，因张红与其夫患病和修建房屋，再未支付该款，张某亦未催要。2012年5月，张某以赡养纠纷为由向法院起诉，要求被告张红按照赡养协议的约定，从1996年6月起以等同原购买力的250元标准支付费用。

另查明：张某系某卫生院退休人员，现每月退休金2335元，存款98870元。张红无业，但与其夫在市内修建的四层楼房租金收益可观。

一审法院主持调解后，被告张红愿意给付张某15000元补偿张某供其读卫校的花费，并从起诉之日起每月给付原告150元赡养费。然而，张某不同意该意见。一审法院以张某不符合《婚姻法》第21条所规定的父母要求子女赡养条件为由，判决驳回了张某的诉讼请求，但对张红自愿给付的内容以判决条文进行了确认。判决后，张某以赡养协议未获支持为由而上诉。

二审法院依据《合同法》第2条第2款的规定，以父女之间达成的赡养协议不应适用《合同法》规定为由判决驳回上诉，维持原判决。

【分歧】

本案争议的焦点在于张某与张红达成的赡养费协议是否有效。虽然二审法院维持了一审判决，但是，一审和二审承办法官对此的认识却不相同。

一审承办法官判决的说理为：根据《婚姻法》第21条的规定，父母子女有相互扶养的义务。原告有4女1子，现其有存款98870元和每月退休金2335元，从其经济现状看，其不存在生活困难的事实。而且，原告张某供被告张红读自费卫校，系其自愿履行对子女的应尽义务。原、被告达成的赡养协议虽属赡养纠纷范畴，但该协议长期未实际履行。原告要求被告按照协议内容从1996年6月起以等同原购买力的250元标准支付费用，却未提交充分的计算依据。因此，判决驳回张某的诉讼请求。

二审承办法官判决的说理为：张某与张红系父女关系，其达成具有身份关系的赡养协议不应适用《合同法》的规定，故维持了一审判决。

【评析】

笔者认为：一审和二审承办法官判决该案的观点均值得商榷。

第一，二审承办法官对《合同法》第2条第2款的理解存在不当。本案张某与张红实属父女关系，双方签订的赡养协议不是双方在约定身份关系的基础上达成金钱给付协议，而是在双方身份关系既定的前提下约定张红对张某具有金钱给付义务。就如同子女向父母出具借条、欠条一样，不能因为双方具有身份关系而否定父母享有以该借条、欠条向子女主张债权的权利。对于同属身份关系既定前提下的金钱给付协议，法官很难有令人信服地理由支持其差异化认定协议的效力。

第二，一审法官的审理思路存在不当。父母要求子女赡养的请求能否予以支持，固然要判断原告是否符合《婚姻法》第21条的父母要求子女赡养的条件。然而，在原告以赡养协议为依据要求被告支付费用时，首先应当判断该赡养协议是否有效，这应当与原告是否有退休金和有无存款无关；只有在该赡养协议无效时才判断原告的经济现状是否符合“生活困难”的条件。而且，在原告以赡养协议诉请时，当赡养协议无效时法院能否以《婚姻法》第21条来判断是否支持原告的赡养请求，也是存在争议的。即法院所判可能超过了原告的诉请范围。虽然同属婚姻家庭纠纷的离婚纠纷，时常存在法院判决内容超出原告诉请的范围，但是夫妻身份关系的解除需要将相关争议一并解决，而赡养纠纷的主体身份关系不可能被解除，因此，在原告基于赡养协议诉请时，法官首先认定是否存在生活困难事实的审理思路确实不妥。

第三，一审法官的判决理由存在不当。首先，父母供子女上学不能因父母子女存在身份关系就一概认为是父母应尽的义务。现实生活中，有些成年子女为了让父母供养其继续接受教育而自愿承诺父母养老事宜，子女通过赡养协议来安排父母的养老、回报父母的付出和稳定父母的预期，法院不能以父母应当对子女受教育尽义务就否定双方达成的赡养协议。本案原告在被告初中毕业后供被告读自费卫校，供学行为虽是其自愿作出的，但是，其与被告达成协议不应以原告具有应尽义务为由而否定该协议。其次，原告和被告达成的赡养协议是分期性金钱给付协议，有约定给付期限的按照约定期限给付，没有约定期限的应当从约定第一次给付义务履行时间起算至原告死亡止，双方长期未按协议履行并不代表着该协议无效或者解除。最后，一审法官论证思维的随意性较大。法官首先判断原告的生活现状是否符合“生活困难”的标准，显然，赡养协议是否履行与原告的经济现状无任何关系，法官的审理超出了原告的诉请范围。然而，法官却以原告未提交充分的计算依据为由不支持张某的诉请，可见法官的论证思维随意性较大。实际上，要求原告提供充分的计算依据是不对的，正如在人身侵权案件中，原告主张人身损害赔偿的数额未提供或者未正确提供计算标准并不能影响法院在查清事实后依据相关标准进行判决，而且在查清案件事实的基础上按照相关标准来合理确定原告诉请数额是法官判案应尽的义务。

综上所述，笔者认为：一审和二审法官判决结果和判决理由存在商榷之处的原因在于：其将赡养纠纷仅理解

为法定赡养纠纷。在现行法律规范中，缺乏对赡养问题是否可以进行约定的规定，由于赡养关系的主体具有特定性身份，部分法官保守地认为《婚姻法》是调整赡养关系的唯一法律依据。而且，部分法官认为《民事案件案由规定》未规定赡养协议纠纷的案由，当事人依据赡养协议要求子女履行约定义务需要以赡养纠纷为案由，既然是赡养纠纷就应当按照《婚姻法》的规定来审理。然而，随着我国经济社会的快速转型，家庭结构已从几世同堂型向一对夫妻型快速转变，父母子女相互的期待逐渐降低，相互间的责、权、利相对独立起来，父母子女间通过赡养协议来安排赡养事宜、回报父母付出和稳定养老预期的现象会越来越普遍，如果法官将赡养纠纷仅理解为法定赡养纠纷，显然，无视了社会的变化和否定了群众的诉求。因此，笔者建议将赡养纠纷的案由进行细化为法定赡养纠纷和约定赡养纠纷两个五级案由；法定赡养纠纷依据《婚姻法》的规定进行裁判；约定赡养纠纷因争议双方在身份关系既定前提下的达成给付赡养费用等金钱给付内容的协议，可依据《合同法》的相关规定进行裁判。

（作者单位：陕西省南郑县人民法院）

（三）检察官视点

（四）律师视点

一对为了房子分分合合的夫妻

2013年12月02日 上海法治报 北京盈科（上海）律师事务所 胡珺

一对已经离婚的夫妻，为了替自己和儿子争取更多拆迁补偿又经历了复婚和再次离婚。两人都认可，房子将来终究是归唯一的儿子所有。

然而女方又找到我咨询，说要争取自己的房产份额，这是怎么一回事呢？

夫妻早年协议离婚

柳晓璇和林大成于1982年结婚，并在1983年生育了儿子林晓成，一家三口与林大成的父母一直居住在普陀的一处老房子内，而这处房子的承租人则是林大成的父亲。

柳晓璇和林大成结婚后，关系一直处得不好，平时可以说是“大吵三六九、小吵天天有”，到了林晓成十六岁那年，夫妻的婚姻关系实在维持不下去了，2000年初两人就到民政局办理了协议离婚，柳晓璇也从老房子搬了出去，自行解决居住问题。

老宅动迁儿子成婚

父母离婚后，儿子林晓成跟父亲林大成一起生活，母亲柳晓璇也经常去看望儿子，跟儿子一直保持着比较好的母子关系。此后，柳晓璇又有了新的男友，但一直没有办理正式的结婚手续。

到了2006年1月，林大成和林晓成找到柳晓璇商量，说老房子要拆迁了，因为当时这次拆迁是“数人头”支付补偿的，为了争取更多的拆迁利益，林晓成已经和女朋友登记结婚了，希望柳晓璇也能和林大成复婚，家里就此可以多出一个安置人口，这样儿子就可能单独获得一套住房以解决婚房问题。

复婚之后再次离婚

出于为儿子利益的考虑，柳晓璇答应了跟林大成“复婚”，并且于2006年初到民政局又一次办理了结婚登记。

2006年底老房子动迁后，柳晓璇、林大成和儿子夫妇一共得到两套安置房，一套房屋直接登记在儿子、媳妇名下，另一套位于嘉定区的六十几平米的安置房则登记在柳晓璇、林大成和儿子林晓成三人名下。

这套安置房从2007年交房后，一直由林大成一人居住，柳晓璇依然住在外边，两人并无实际的婚姻生活，到2009年2月，双方又再次办理了协议离婚的手续。

婆媳矛盾逐渐显现

在再次离婚时，柳晓璇并未和林大成分割这套房子，在柳晓璇看来当时双方都有默契，即将来柳晓璇和林大成过世后，这套房子最终还是要归儿子的。

但在日常生活中，原本和儿子关系不错的柳晓璇开始和儿媳因为琐事有了一些矛盾。有一段时间，柳晓璇因为跟同居男友闹不愉快，从男友家搬出到儿子处暂住，没想到才两个月，儿子和儿媳就开口向她索要房屋租金，这令柳晓璇感到极其寒心。

想到这么多年一直没有真正属于自己的住所，复婚拆迁后也没有拿到任何实际利益，而儿子又是这么靠不住，柳晓璇实在有点不甘心。她找到我咨询，是否能够从儿子处获得某种形式的保障。

听了柳晓璇对自己情况的介绍后我告诉她，虽然她当初和前夫复婚的目的是帮儿子争取拆迁利益，但无论拆迁协议还是房屋产权证，其实都已经保障了她的权益。

“可是，我确实曾经表示过拆迁房产给儿子，这怎么办？”柳晓璇依旧将信将疑。

我告诉她，虽然她曾作出过将来房子都给儿子的意思表示，但依照法律规定，对不动产的赠予在房屋权属变更前是可以反悔的，她完全可以要求分割安置房中属于她的份额。

听了我的分析，柳晓璇决定委托我代理起诉林大成和林晓成，要求分割这套安置房。根据房屋的市场价值，我们提出了由对方保留产权，柳晓璇获得30万元房屋补偿款的分割要求。

起诉要求分割房产

法院开庭时，林大成和林晓成都提出：房屋上虽然登记了三个人的名字，但这只是动迁办登记的要求，大家

之前都有一致的口头协议，房子将来要留给林晓成，不同意分割。

林大成还提出，当初拆迁时柳晓璇并未提出要分房子，如果她要房子，当初自己宁可拿一套一室一厅的房子，把多余的拆迁款给柳晓璇。所以他认为，柳晓璇仅有主张分割拆迁款的权利，无权要求分割房屋。而且自己没有钱付给柳晓璇，如果一定要主张权利，她可以来居住。

在法庭上我指出，本案并不是拆迁款共有纠纷，而是共有不动产的分割争议。柳晓璇和林大成已经离婚，不再作为家庭成员跟林大成共同生活，双方基于家庭成员关系而形成的财产共有关系已难以维系，此前赠予儿子的意思表示在产权过户前也是可以撤销的，所以柳晓璇完全有权主张分割房产。

法院审理后认为，柳晓璇和林大成、林晓成三人均为动迁安置对象，在分割时应视为份额均等，从房屋的价值考虑，柳晓璇主张该房屋三分之一价额的折价30万元符合市场交易情况，最终法院支持了柳晓璇的诉请。

透支女友信用卡 用泄密威胁老板 把闲谈内容登报 走出荧屏话《结婚》

2013年12月03日 法制晚报 记者 汪红

电视剧《咱们结婚吧》即将结束热播，该剧再度引发观众对恋爱和婚姻中感情、权利及责任等话题的热议。

人们注意到，很多情节还关系到生活与法律法规的关系。

• 剧情一 •

在某四星级饭店当主管的杨桃（高圆圆饰），与男友李威相爱五年。可李威却私下里和杨桃的闺蜜蓝未未好上了。

后李威不辞而别，给杨桃留下十几万元的债务，还透支了杨桃好几张信用卡及一辆未还完贷款的车。李威走后，杨桃很多年都在给李威还债。

北京市中润律师事务所王杰律师说，李威透支杨桃信用卡的行为，有可能涉嫌构成信用卡诈骗罪。依照刑法规定，根据诈骗数额不同，李威将面临拘役、有期徒刑或无期徒刑的处罚并处罚金或没收财产。

此债务应属李威个人债务，应由其个人负担，杨桃不负有偿还义务。但杨桃将信用卡借给李威使用，李威是以杨桃的信用卡为名义欠下的债务。依据《合同法》的合同相对性原则，杨桃有义务偿还。但杨桃在替李威偿还债务后有权向李威追偿。

• 剧情二 •

杨桃的表姐苏青怀孕了，丈夫段西风高兴不已。可西风却在一次酒醉后与邓佳佳发生了一夜情。邓佳佳不久发现自己怀孕了，段西风很内疚，便帮她租了房子，还给她很多钱买营养品。

段西风劝邓佳佳打掉孩子，可佳佳却说，医生说如果做人流可能再也怀不了孕，她想生下这个孩子，并表示绝不破坏西风的家庭。

但事实上，邓佳佳后来总找各种理由不让西风回家。为了不让苏青怀疑，西风只能说加班。

北京市中关律师事务所李青山律师说，根据《人口与计划生育法》规定，公民有生育的权利，也有依法实行计划生育的义务。因此，邓佳佳有权生下孩子；但由于其行为违反了上述法律，应按照规定缴纳社会抚养费。

打掉孩子涉及邓佳佳的健康权、生育权等权利，段西风无权强制邓佳佳打掉孩子。但只有夫妻间才有互相扶养的义务，段西风与邓佳佳不存在婚姻关系，其无义务为邓佳佳租房子、买营养品并陪其逛街。

王杰律师强调，如邓佳佳生下孩子，段西风是孩子的亲生父亲，对孩子负有抚养义务。

• 剧情三 •

李威失踪后，改名庄严，伪造了海归身份，被某大公司聘用为副总。蓝未未及其父母催促二人结婚，但李威却不肯公开二人恋情。

一天，李威和一个女人来找未未，她是李威的新婚妻子。争执过程中，未未被李威推倒流产。

未未母亲到公司大闹，公司调查发现李威伪造身份学历之事，让其辞职。李威威胁公司说：“我掌握公司很多机密，你们不怕我把机密带到别的公司？”

王杰律师说，李威伪造身份学历的行为违反了如实告知义务，隐瞒了与劳动合同履行相关的真实情况，骗取公司与其签订劳动合同，构成了欺诈。用人单位可依据《劳动合同法》规定与其解约。

如公司与李威间约定了保密义务或签订了《保密协议》，李威带出公司高层机密的行为将构成违约，如其给公司造成损失，应当承担赔偿责任。情节严重的还可能涉嫌侵犯商业秘密罪。

李青山律师说，李威确实欺骗了未未，但这种欺骗并不构成刑法或民法上的欺诈，属于道德范畴，未触犯法律。

杨桃的现任男友果然（黄海波饰）在民政局工作。好友七星的朋友记者张言来找果然，说要做个“恐婚内部调查”。果然说了很多心里话，却被对方断章取义地登在报纸上，还称果然为“恐婚领袖”。

杨桃的母亲素梅（凯丽饰）看到后非常生气，到民政局大闹，害得果然与杨桃闹翻。

专家解读 聊天内容见报侵隐私权

李青山律师说，记者的做法不合法。张言断章取义的报道显然已违反相关法规。同时，张言向果然说明只是内部调查，却违反约定进行报道，且公开被调查对象果然的真实姓名、年龄、工作单位，并为其贴上“恐婚领袖”标签，侵犯了果然的名誉权。

王杰律师说，如果因此与女友分手，遭受精神损害，可以要求记者和其所在媒体承担精神损害赔偿。法院可以根据情形判令侵权人停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉等。

婚后房产加名 离婚如何分割

2013年12月02日 上海法治报 上海沪家律师事务所 王丹丹



近年来，随着房价的不断攀升，离婚案件中房子的归属及分割等问题时刻牵动着当事人的心。在笔者承办的众多离婚案件中，为争夺房屋产权归属而撕破脸皮的比比皆是，使得残存的一丝情感也在这一场场“争房大战”中慢慢消耗殆尽。

其中，因夫妻一方将自己原有的房产加上配偶名字，离婚时导致分割纠纷的案例颇为常见，但对此如何处理却观点不一，法律的相关规定也不是特别明确。

那么，这些纠纷中的主要争议焦点是什么？又有哪些处理方式呢？

典型案例

李某于2004年5月经人介绍与被告王某某相识，由于双方在此之前均无任何情感经历，因此初恋的感情迅速升温，两人双双坠入了爱河。

尤其是李某的父亲愿意帮助王某某找工作，这对还在上大学的王某某来说，无疑觉得找到了今生的最佳归宿，两人很快在王某某毕业的那一年步入了婚姻殿堂。

可是好景不长，两人在一起生活后才发现，双方在价值理念、待人接物以及性格脾气等方面有很大不同，初恋的美好随着两人生活中“柴米油盐酱醋茶”的琐碎，逐渐产生了变化。

2007年7月，两人的女儿出生，原本以为这会让家庭更加融洽，没想到王某某和李某的母亲因为孩子的教育问题多次发生矛盾，进而影响到了双方的感情，王某某甚至发起脾气来会将李某锁在门外不让她进家门。

李某怕父母操心，只好背着父母到朋友家借住。久而久之，双方的感情逐渐恶化。

后李某提出离婚诉讼，但在诉讼中被告王某某却提出要分割李某及其父母的房子。

原来，为了表达对王某某的爱意，结婚之后李某及其父母将按份共有的一套房产加上了王某某的名字，李某的份额从原来的三分之一变成了双方各占六分之一。

诉讼中王某某认为，根据房产证上面的登记，自己已经占有该套房产的六分之一，且因为要照顾孩子，故认为该套房产应为自己所有。

她要求李某将名下的六分之一过户给孩子，自己则继续住在这套房子里。

而原告李某则认为，该套房产系父母婚前全款购买，自己和王某某没有对该房产贡献过一分钱，现双方离婚，王某某应该将该房产的六分之一返还给其父母。

争议焦点

可以说，房产在婚后加名产生纠纷的案例并不少见，一方婚前的房产在婚后加了对方的名字，但未约定共有份额，在离婚时该如何分割？

一方在婚后加了对方的名字，并在房产证上约定了各自所有的份额，在离婚时又该如何分割？

另外，如果房屋产权还涉及到案外人，在多人按份共有的情况下，离婚时该房屋可否按照《物权法》第九十九条的相关规定随时主张共有物的分割？

未约定份额如何分割

根据上海市高院《关于印发〈关于审理分家析产案件若干问题的意见〉的通知》（以下简称上海高院通知）第五条规定，恋爱期间共同购房，一方未出资但产权登记为两人共有，析产分割的处理：

从不动产登记的角度分析，房屋已经确定为恋爱双方共有，双方终止恋爱关系后分割共有房产，符合重大理由需要分割的情形，共有关系终止时，对共有财产的分割，有协议的按照协议处理，没有协议的，应当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，合理确定未出资方的份额，一般以10%到30%的份额为宜。

从上海高院发布的这一通知可以看出，恋爱期间一方未出资的房产在两人分手，即重大理由不存在共有基础

的情况下，考虑到双方对房产的贡献价值适当的进行分割，而非绝对各半分割，可以说，这条通知自发布以来，给上海各法院处理类似案件提供了一个强有力的裁判依据。

但这里又衍生出另外一个问题，倘若双方恋爱期间加名分手时尚可获得10%到30%，那么在双方婚前加名或婚后加名，离婚时该套房产如何分割？

针对该问题，理论界也有着两种分歧：

第一种观点认为，既然双方已经取得婚姻关系，且该房产为双方共同共有，那么离婚时就应该严格按照每人一半的份额来分割。

而另一种观点则认为，虽然双方已经取得婚姻关系，该房产的性质也为共同共有，但离婚时双方毕竟感情已经破裂，其本质上与上海高院通知中双方失去共有基础的理由根本上一致，故在分割上也应该按照该通知的规定，未出资一方应获得该房产的10%到30%。

如果完全按照第一种方式机械的各半分割，对于婚姻关系存续时间非常短暂的夫妻来说，对房产贡献价值较大的一方则很不公平。

对此可以举一个比较极端的例子，恋爱期间房产加名，后在双方登记结婚后的第二天一方选择离婚，那么按照第一种观点的解释，未对房产有任何贡献价值的一方可以获得房产的一半的份额，对比恋爱期间可以多获得房产的20%到40%，倘若这样机械地判决，很有可能引发大量“骗婚”行为，进而引发道德风险。

如果按照第二种观点，参照上海高院的通知将双方婚姻关系的解除等同于恋爱期间分手，则无外乎是对婚姻的一种“无视”。

对此也可以举一个比较极端的例子，两人结婚几十年，后因为各种原因而选择离婚，按照第二种观点的处理方式，未对房产进行出资的一方将仅仅最多能够获得该房产的30%，这在某种程度上对房产未出资一方也是不公平的。

笔者认为，针对此类案件，不管是婚前加名还是婚后加名，在离婚时对该房产的分割应该综合考虑三个最主要的因素：

第一、双方结婚的时间长短；

第二、双方感情破裂的诱因是否系一方有过错；

第三、未对房产出资一方对家庭日常开销的负担及贡献价值。

在综合以上三种因素后，判定未出资一方在离婚时能够获得的房产份额。这样既保护了出资一方的财产，又维护了未出资一方的合法利益。

约定份额如何分割

这里还有另外一种情况，即房产加名后固定了按份共有，无论其所占份额多少，在双方离婚时是否完全按照依照房产证上所持有的份额进行分割？

针对此类型案件，司法实践当中也是仁者见仁、智者见智。从法院的判决来看，一般存在两种情形。

一种是严格按照房产证上约定的份额进行分割；另一种是考虑双方对房产的贡献价值，比照房产证上的比例上下浮动后进行分割。

实践当中，后者较为常见。

所以，对房产的贡献价值通常是法院裁判的主要衡量标准，当然也有很多人提出，上海高院通知实质上与《物权法》的规定背道而驰。

但纵观立法者的本意可以看出，上海高院通知实质上与物权法的规定是一致的，其实质是为了更好地保护私有财产的不可侵犯性，也在一定程度上体现了公平原则在我国法律上的适用。

是否必须实际分割

我国《物权法》第九十七条规定，处分共有的不动产或者动产以及对共有的不动产或者动产作重大修缮的，应当经占份额三分之二以上的按份共有人或者全体共同共有人同意，但共有人之间另有约定的除外。

《物权法》第九十九条规定，共有人约定不得分割共有的不动产或者动产，以维持共有关系的，应当按照约定，但共有人有重大理由需要分割的，可以请求分割；没有约定或者约定不明确的，按份共有人可以随时请求分割，共同共有人在共有的基础丧失或者有重大理由需要分割时可以请求分割。因分割对其他共有人造成损害的，应当给予赔偿。

根据《物权法》的相关规定，作为房屋产权的按份共有人在没有约定不得分割的前提下，看似可以随时主张房屋产权进行分割。

但是在实践操作中并非如此，法院多数还会考虑到双方的居住情况是否适宜分割。

如果夫妻双方只有系争的一套房产，而又都没有能力支付系争房屋的折价款，倘若在此情况下对房屋进行分割，势必有一方将居无定所，考虑到这些因素，法院一般会选择对该房屋暂时不予处理，即不适宜分割的份额依旧保留，充分尊重和保护居住权。

因此，在笔者承办的案件中，有时不免出现夫妻离婚后依然“共处一室”的尴尬。

总之，关于婚后加名，按份共有的房产在离婚时的具体分割，要视具体情况具体分析，既适用《物权法》

有关于共有人的规定，也要考虑到财产来源以及双方对财产的贡献大小等因素。

链接>>>

法律的相关规定

《物权法》第九十九条：共有人约定不得分割共有的不动产或者动产，以维持共有关系的，应当按照约定，但共有人有重大理由需要分割的，可以请求分割；

没有约定或者约定不明确的，按份共有人可以随时请求分割，共同共有人在共有的基础丧失或者有重大理由需要分割时可以请求分割。

因分割对其他共有人造成损害的，应当给予赔偿。

上海市高院《关于印发〈关于审理分家析产案件若干问题的意见〉的通知》第五条：恋爱期间共同购房，一方未出资但产权登记为两人共有，析产分割的处理：

从不动产登记的角度分析，房屋已经确定为恋爱双方共有，双方终止恋爱关系后分割共有房产，符合重大理由需要分割的情形，共有关系终止时，对共有财产的分割，有协议的按照协议处理，没有协议的，应当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，合理确定未出资方的份额，一般以10%到30%的份额为宜。

遗嘱画蛇添足 亲情危在旦夕社区律师多方游说 兄弟姐妹终于和解

2013年12月04日 北京晚报



老人去世，准备将唯一的房产留给一直与自己同住、家境又最困难的大儿子。3名弟妹原本心知肚明，也没打算提出异议。可没想到大哥画蛇添足般拿出了一张老人的遗嘱，上面写明，连房子带存款，绝大多数遗产归大哥所有，尤其是有部分存款还留着给大哥的儿子结婚用。这下子弟妹们炸了营：把房子给大哥，是弟弟妹妹的一份情意。如今亮出一张面目可疑、并不像老人口气的遗嘱，“你拿走一切成了应该的，我们的退让倒成了应当应分的？”从春到冬，一场旷日持久的家庭纠纷就此开幕。

作为司法局派入社区的律师，北京市华佳律师事务所张华律师察觉到，虽说事情貌似闹到不可开交，四弟甚至已经砸了大哥的家，但一家人的亲情犹在，只是互相赌了一口气。对几位弟妹而言，财产问题尚在其次，感情受伤才最痛苦。而且在接手委托之初，张华律师已经发现，老大手里的遗嘱是有瑕疵的。诉讼之前，她多方游说，终于促使双方各退一步，在最后一刻保住了一奶同胞的骨肉亲情。

分割遗产 大哥拿出了老人遗嘱

2008年5月，贾老先生家来了原单位的两位同事，在他们的见证下，由大儿子贾文书写了一份遗嘱，处理了房子、存款等财产。在落款处，老先生签上了自己的名字。在这一刻，老人也许已经意识到这个举动有可能将在自己身后引发一场剧烈的家庭风波。“我感觉，立遗嘱的过程中，他还是有些犹豫。”三年之后，当时在场的一位见证人描述说。

老先生的四个子女中，只有和他同住的老大贾文家境艰难。本人已经退休，爱人去世，儿子失业，女儿瘫痪在床，他的弟妹们要么是教授高工，要么经营生意，经济条件胜于长兄。对老人的身后事，弟妹们似乎也已经默认了这套父亲名下的三居室大房子未来将属于大哥。

2009年10月，老人去世。办完丧事，一家人并没有急于分割遗产。到了2011年3月，大哥贾文要求弟妹们配合，将老人的房子过户到自己名下。家庭会议上，他突然拿出了2008年立好的、但是弟妹们始终不知情的遗嘱。见到上面的字字句句，一种被老人忽视、抛弃的悲情迅速笼罩了弟妹们的心：所有的条款都在保障大哥的利益，弟妹们的权益完全被遗忘。迷惑、委屈、伤心……迅速汇成难以遏制的愤怒：“遗嘱是假的，这都是你的意见。我们不信父亲会这么说。”

从这一天开始，一家人的战争拉开帷幕。由于不忿大哥继续居住在老人的房子里，四弟直闯而入，将厨房、厕所里一切能砸的东西全部砸毁。大哥贾文报了警。派出所民警急匆匆赶来，但当得知这里面复杂的家庭遗产纠纷后，表示没办法采取什么强制措施，只是将情况记录了下来。

受益人代为书写 遗嘱形式不合法

原本就觉得住在一个不是自己名下的房产里心里不踏实，被弟弟一顿乱砸后，大哥贾文觉得更不踏实了。在全家折腾的这几个月里，居委会无数次调解，但是收效甚微。无奈中，大哥贾文找到了该社区的法律顾问，华佳律师事务所的张华律师，准备凭借手里的遗嘱起诉弟弟。但是，“只起诉四弟，不想起诉二弟和三妹。”

面对这个要求，张华律师先普及了次法：“遗产纠纷，如果起诉，就必须起诉其他所有继承人。”但是从他的这个要求里，张华律师却觉得这位大哥仍然在顾念亲情，内心深处并不想与弟妹们彻底决裂。大哥贾文也有自己的道理：“我比弟弟妹妹大得多，当年工作得早，一直是我往家里贴补。是我帮着父母把他们养大。要说对家庭的贡献，怎么可能有人大过我？母亲去世后，也是我一直在和父亲同住，虽然遗嘱上我得房子，但是我也答应每人补偿他们20万。”

如果还是在2008年，考虑到房价因素，这个补偿也许还说得过去，可是这时已经是2011年年底，每人20万的补偿更像是愤怒情绪的催化剂。等拿到老先生的遗嘱，张华律师看到：这份遗嘱有严重的瑕疵。它属于代书遗嘱，但是《继承法》有明确的规定，作为继承人，没有权利代书，也不能作为见证人。张华律师说，《继承法》对遗嘱的规定非常详细：立遗嘱的人必须精神健全，有独立的行为能力，所立遗嘱是本人真实的意思表示，一切受胁迫、欺骗所立的遗嘱均无效。

从法律效力上说，最有效的是公证遗嘱。除此之外还有自书遗嘱、代书遗嘱、录音遗嘱和口头遗嘱。后面三种都需要有两个以上见证人在场见证。代书遗嘱可由其中一名见证人书写，并且需要注明年月日，代书人、见证人和遗嘱人都需要签名。

“最容易被人疏忽的就是这一点，有三类人是不能作为见证人、代书人的：包括无行为能力人、限制行为能力人；继承人、受遗赠人；与继承人、受遗赠人有利害关系的人。”张华律师说，司法实践中与老人生活在一起的子女，作为继承人为父母代书遗嘱，如果其他继承人没有任何疑问，也就糊里糊涂过去了，一旦发生纠纷，走上法庭，这种遗嘱在形式上是不合法的。“立下遗嘱的人，生前处分了自己的财产，在死后生效，最重要的特点就是‘死无对证’，所以世界各国对遗嘱的形式要求都非常严格，稍有疏忽，哪怕是立遗嘱者的真实意思表示，也可能会在法律上不生效。”

发现了这个问题，张华律师对大哥贾文准备上庭诉讼的前景非常不乐观。但是在几次与他的弟妹的接触中，张华律师察觉到，其实弟弟妹妹们更多的是憋了一口气，未必是真的觊觎老父亲的这套房产和存款。而大哥贾文对弟妹的亲情也还在，案子具备调解的基础。

在与四弟的交谈中，张华律师得知，他已经去找过了当年为老父亲作遗嘱见证的原单位工作人员。据对方讲，立遗嘱的时候，老人一直不怎么说话，感觉似乎是不特别情愿。“但是这个问题其实也难说，虽然近年来有一些老人愿意主动立下遗嘱，但更多人其实还是对遗嘱问题有些忌讳。老人不说话，未必是对遗嘱内容的不满，也有可能是对立遗嘱这件事本身不高兴。”但是无论如何，遗嘱的问题确实是存在的。

在一个月多的时间里，张华律师屡次在双方之间牵线搭桥，希望能有个机会，让兄弟姐妹之间将问题说个清楚，找到共识。

在一次和四弟的长谈中，张华律师发现了转机。她对四弟说：“你们家是个老革命家庭，如果真的走上法庭，经济利益也许能分得很清楚，但你们的血缘亲情就此一去不返了。本来家里也不是大财主，还得再去交诉讼费、律师费，最后肯定是两败俱伤。”四弟沉浸在对往昔的追忆中：“以前家里逢年过节，都是我张罗，我买的东西最多，一大家子凑一块，热热闹闹，多和睦！谁能想到今天为了房子存款，弄成这样？”

张华律师说：“你们毕竟住得不远，一奶同胞。你大哥岁数也大了，难道今后他有事，你就真的看着不管？街坊邻居会怎么说？”

在与贾家三妹的交谈中，张华律师得知了另一个症结：担心过户后房子被变卖。贾家三妹说，这个房子是姐妹们对老人的一个念想。老人不在了，逢年过节，大家一起在老房子里聚聚，这个家就还没有散。可如今闹成这样，房子还没卖，家就快散了。

了解了各方意见，在经过充分沟通之后，在张华律师的主持之下，双方最终还是坐到了一起，达成协议：房子过户给大哥，一直由大哥居住。但是如果大哥有生之年变卖房产，房款由所有兄妹均分。大哥去世后，房子由他的子女继承，弟弟妹妹们不再主张权利。

2012年春节前夕，一家人围坐桌前，把酒言欢。持续9个多月的家庭风波就此烟消云散。

精神不可作为法律行为的对价，再谈夫妻忠诚协议无效

2013年12月07日 朱祖飞律师 BLOG

2010年10月24日，本人写了一篇《夫妻“忠诚协议”不应保护》的博文，提出“法律最好不要插手夫妻忠诚协议。否则，弊大于利”的观点。最近由于本人将这一问题作为温州青年律师辩论赛的辩题，于是重新对这一问题进行思考，发现许多学者对于这一问题分析不得要领，夫妻忠诚协议毫无疑问是无效的。为此，本人简要地表达以下的观点。

夫妻忠诚协议一般表现在以下这种形式：甲、乙双方约定，甲男在婚姻期间若发生婚外情或者婚外性关系，则需要赔偿乙女精神损失费N万元的。

许多学者包括崔建远先生都认为，法无禁止则自由，这属于私法自由，应当有效。

但是只要仔细一看，问题马上就出现，N万元的对价是什么？对价无疑就是精神损失。我们必须追问的是，精神可以事先作为协议的对价形式出现吗？如果精神事先可以作为协议的对价形式出现，那么身体权也就应当可以事先作为对价形式出现，人格就会全面蜕化成商品，成为物，奴隶买卖就会历史重演。

私法自治确实是民法的根本原则，但是私法自治一般是由三大原则组成，一是无限私有制，一是合同自由，一是过错责任原则。这三大原则分别归属于物权和债权领域，属于主体自由的体现。但是，作为主体组成部分的不可分割的人格权益，则不允许自由处分。这也是私法自治的界限所在。

人之所以成为主体，就是因为有人格。而精神恰恰是人格的根本属性，不应当成为交易对象，除非法律有特别规定。

夫妻一方违背忠诚义务，如果构成损害赔偿的责任，应当承担损害赔偿的义务。绝对不应当允许事先作价，成为金钱的对价。否则，依照举重而明轻的法律解释规则，身体也就可以事先作为金钱的对价。如：剁了一只脚，赔多少钱；一只肾，作价多少钱等等。甚至奴隶买卖也就没有理论的障碍。

家事契约是未雨绸缪

2013年12月09日 上海法治报 北京盈科律师事务所蔡绍辉

最近，华人世界的两位名女人都在处理与搬家相关的事宜。

一位是郭晶晶，她日前与丈夫、爱子搬出霍家大宅。

据称，郭晶晶搬家是为了清静，因为根据媒体的报道，“霍英东家族争产风波重燃战火”。

据报道，此次争产风波未有和解的迹象，而代表霍家17名成员的共有48名大律师及律师，当中包括不少香港知名的大律师。

如此庞大的律师阵容和著名律师的加盟，仅其律师费就是一笔不小的开销。

另一位是刚与传媒巨头默多克签署离婚协议、结束14年婚姻关系成为默多克第三任“前妻”的邓文迪。

邓文迪离婚获得的财产虽远低于此前媒体推测的数目，据称只有默多克第二任前妻所获财产的零头，但她得到了目前居住的位于纽约据称价值上亿美元的豪宅，近期是不用搬家了。

当霍家因遗嘱执行而为传统豪门争产肥皂剧提供着新素材的时候，默多克却让众多等待观赏离婚分产大戏的八卦看客大失所望，这与默多克邓文迪两人结婚前后签署的财产协议有着莫大关系。

据称，默多克与邓文迪结婚前签署了婚前协议，结婚后又签署了两份补充协议，明确了分居、离婚、失踪、去世等各种可能情形下的财产分配方式。

当双方维持了14年的婚姻走到尽头时，几乎所有问题——甚至连谁应该搬离二人在纽约上东区的豪宅，都能从这些协议中找到解决方案，也就无须像许多分手的夫妻那样，在无休止的你争我夺和互相攻讦中消耗时间生命，以至亲人变成了仇人。

默多克以家庭契约未雨绸缪防范财产风险方面，实在是给中国的富裕阶层上了一课。

家事契约与我国传统的亲情、伦理道德似乎是不相容的。然而近些年随着家庭财产的增多，夫妻婚变引发的争产纠纷频发，一些有前瞻意识的人就将对法律事务的关注点迅速转移到婚姻中财产安全、身后财富传承的问题上来。

因此，签婚前协议、立身后遗嘱、安排财产信托管理等保护自己财产安全、避免亲属纠纷的措施越来越常见。

家事契约所能防范的风险包括夫妻分割财产、争夺企业控制、子女无能或拒绝接班、子女离婚、遗产继承引发家族内斗等。

根据笔者多年执业的经验，夫妻双方有明确财产协议的离婚案件或者有遗嘱的继承案件，通常在处理时各方均能平静对待，处理后当事人之间的感情也不受影响。

相反，缺乏相关契约或者明确约定的案件，往往利害关系人之间争夺得异常激烈，彼此的伤害也很大。

虽然爱情无价、亲情至上，但如果能以契约方式明确的财物事项，还是尽量“丑话说在前头”为好。

虽然爱情无价、亲情至上，但如果能以契约方式明确的财物事项，还是尽量“丑话说在前头”为好。

剪不断理还乱的“婚内债”

2013年12月09日 上海法治报 北京尚公律师事务所 古晓丹



夫妻离婚时，通常都面临房产和其它财产的分割问题。但在一些特殊情况下，需要分配不仅仅是财产，还有负债。

从法律角度来看，有“夫妻共同债务”之说，即夫妻为共同生活或为履行抚养、赡养义务等所负的债务。

而夫妻共同债务的认定与处理，是离婚案件处理时的疑难问题，可谓“剪不断理还乱”。

那么，哪些债务属于夫妻共同债务，哪些又应由一方独自承担呢？

一般推定共同债务

对于夫妻共同债务的认定，关键要看两点。

一是债务须产生于双方婚姻关系存续期间，但婚前为结婚后共同生活购置物品所负的债务，应当为夫妻共同债务。

二是须用于夫妻共同生活或共同生产、经营活动，包括为履行抚养、赡养义务等。

符合上述条件，不论是以夫妻一方或者双方的名义所负的债务，都属于共同债务。反之，就不属共同债务，而是夫妻一方的个人债务。

但从我国婚姻法及其相关解释的规定中不难发现，我国婚姻法的立法宗旨偏向与保护债权人的利益。要求夫妻一方证明债权人明确知晓约定为个人债务的举证分配，在实践中很难操作。

因此，大多数被作为共同债务处理，但对毫不知情的配偶一方却显得非常不公。

在《婚姻法司法解释（三）》的征求意见稿中，曾将债务用于共同生活的证明责任分配给举债一方，但正式出台实施的《婚姻法司法解释（三）》中还是去掉了此条。

举证难常被判“连带”

在有的案件中，法官会认定一笔债务为夫妻共同债务，判决要求夫妻承担连带责任，但有时法官也可能不认定为共同债务，不判连带清偿。

判决结果出现差异，主要原因在于对婚姻法相关法律理解的不同和证据情况的不同。

一方面，法律规定：“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，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，或者能够证明第三人知道夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有的情况除外。”

根据这一规定，当夫妻一方以个人名义对外举债，如果另一方想要否认其为共同债务，就必须举证证明债权人明确知晓约定为个人债务，否则就会被推定为夫妻共同债务。

但通常情况下，另一方配偶往往对当时的举债毫不知情。

另一方面，离婚时，不管是举债的夫妻一方还是债权人出于保护自己利益的目的，都不会承认曾明确告知为个人债务。

因此，多数案例中，另一方配偶都无法举证，从而被认定为夫妻共同债务。

而在承担责任的方式上，夫妻“共同偿还”的责任是连带的清偿责任，不论双方是否已经离婚，均得对共同债务以夫妻共同财产、自己所有的财产清偿。债权人有权向夫妻一方或双方要求清偿债务的部份或全部，它不分夫妻应承担的份额，也不分先后顺序，夫妻任何一方应根据债权人的要求全部或部份承担债务，一方财产不足以清偿时，另一方负有清偿责任。

夫妻约定对内有效

婚后夫妻一方或双方所负债务原则上被推定为夫妻共同债务，但有些夫妻明确约定了AA制的家庭财产模式，可是因为无法证明债权人知道他们夫妻俩之间的这个约定，从而被认定为夫妻共同债务，需要承担连带清偿责任。

但并不是说“AA”制财产约定就毫无用处，这个“AA”制的财产约定在夫妻之间仍然是有效的。

也就是说，如果夫妻一方代另一方清偿了债务，仍可以依据双方之间的家庭财产约定，向另一方追偿。

特殊情况认定个人债务

根据我国婚姻法司法解释的规定，夫妻一方婚前所负债务为其个人债务，但如果债权人能够证明所负债务用于婚后家庭共同生活的除外。

这是一个婚前债务向夫妻共同债务的一个转换，但举证证明的责任在于债权人。

除了婚前债务外，按照法律固定，下列债务不能认定为夫妻共同债务，应当由一方以个人财产清偿：

- 1、夫妻双方约定由个人负担的债务，但以逃避债务为目的的除外。
- 2、一方未经对方同意，擅自资助与其没有抚养义务的亲朋所负的债务。
- 3、一方未经对方同意，独自筹资从事经营活动，其收入确未用于共同生活所负的债务。
- 4、其它应当由个人承担的债务。

赌债不受法律保护

夫妻离婚时，有时一方会负有赌债，而这往往又是离婚的原因之一。

一方赌博所借的债务，由于该债务未用于夫妻共同生活和家庭生活，属于一方个人不合理的开支，不属于夫妻共同债务的范围，因而应由举债人个人自行承担，配偶另一方不承担偿还责任。

应当指出的是，根据我国法律规定，违法的债务不受法律保护。赌博，为我国法律所明令禁止，赌债属于非法债务，不受法律保护。如果出借人明知举债人所借债务用于个人赌博的，其债权也同样不受法律保护。

最高人民法院《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》第十一条规定：“出借人明知借款人是为了进行非法活动而借款的，其借贷关系不予以保护”。

父女俩演绎律师版“爸爸去哪儿”

柯直、柯溪父女律师的故事

2013年12月11日 浙江法制报 陈岚



柯直、柯溪父女俩

前不久的一场青年律师辩论赛上，第一次走上辩论台的年轻律师柯溪表现不俗，举手投足之间透着“专业范儿”，并且以最高分摘下全场“最佳辩手”；而台下的观众席里，坐着我省婚姻家庭业务领域的资深律师柯直，他格外用心地关注着台上这名年轻女孩的表现。

这是柯直和柯溪这对律师界的“父女组合”不太多见的一次同台。85后的柯溪转行做律师，成为父亲的下属才不过两年多的时间。这两年间，她由“明星级”律师老爸牵着手入行，一路摸爬滚打，收获了比一般年轻律师更多的历练和成长。

转行做律师只为那份成就感

5年前，大学毕业的柯溪凭借着扎实的经济背景 and 出色的英文水平，顺利进入了上海一家知名的高端移民公司，成为一名出色的移民顾问。尽管这是一份令很多人羡慕的工作，收入丰厚、衣着光鲜，每天出入高档写字楼，接触上层人士。但她总觉得，这份工作似乎不那么有成就感。

除了国际贸易，柯溪在大学时还修了法学的双学位，加之父亲又是一名出色的律师，潜移默化中，她也希望自己能够和父亲一样，成为一名优秀的律师。2010年，柯溪通过司法考试，踏入律师之门。

柯直律师热衷公益，今年还被授予“全国维护妇女儿童权益先进个人”的荣誉称号。从柯溪入行之初，他就要求女儿和他一起参与公益活动。现在，父女俩同是杭州市妇联志愿团的志愿律师，还同时担任了西湖区的驻村律师。

去年冬天，一个周五的傍晚，正要下班的柯溪接到了她联系的转塘镇何家村村民何某的电话，咨询他父亲因车祸致伤的有关法律问题。了解有关细节后，柯溪发觉何父人身损害的诉讼时效已近在眉睫，一旦过了诉讼时效，维权将十分艰难。

于是，柯溪找老爸商量。父女俩当即决定第二天一早去何家村，上门提供法律服务。可是第二天一大早，天公不作美，冰雪封道。

“既然已答应了别人要去，不能因为天气而失信，雪再大，还是要去。”父亲的斩钉截铁让柯溪很受鼓舞，于是父女俩毅然上路。寒风中，他们为何某起草了诉状，又列出了到法院诉讼所需要收集和携带的证据材料清单，反复交待了注意事项。

如今，柯溪已经单独办理了不少公益援助类的案件。虽然是和最弱勢的群体打交道，但在这个过程中所收获

爸爸教给她律师该有的坚持

柯溪的律师之路，是从接听所里的热线电话开始的，这或许也是父亲用心良苦的一个安排。

“其实在成为律师之前，我并不太了解这个职业，爸爸也很少和我交流这些。所以之前在我的概念里，律师要做的，就是立场鲜明地站在自己的当事人这边，尽可能多地帮他争取权益。但直到那个案子，彻底颠覆了我的想法。”

柯溪说的那个颠覆性的案子，是个很有戏剧色彩的故事。那是去年6月的一天，她收到了一个热线电话。对方说，他老婆患了精神病，他想和老婆离婚，希望律师可以帮他争取到八成财产，律师费二三十万元都不是问题。

“虽然这个律师费挺诱人的，但我当时也没有马上答应下来，总觉得似乎哪儿不太妥，于是把来龙去脉和爸爸说了。没想到，竟然招来了一顿训斥。我爸当时特别凶，他说这么不合理的要求，我们怎么能接呢？你还考虑，有什么好考虑的，让他另请高明去！”

第二天，柯溪给对方回电表示拒绝。除了诠释老爸的态度外，她还自己补充说：“我更希望成为你妻子的代理律师，为她争取合法权益。”

让她意外的是，对方并没有挂断电话，差不多5秒钟的沉默之后，对方又开口了，情绪有些激动。“其实，我是这个妻子的弟弟。我之前假装成男方，打了多少个电话，只有你们拒绝了我的要求。”半个小时之后，当事人和家人就赶到了律所。最终，他们为当事人充分争取到了权益。

这个案子，让柯溪的触动很大，也彻底改变了她对律师职业的认识。“原来主持公平正义，不光是法官的职责，律师也可以做到。律师这份职业，我已经彻底爱上了。对于未来，老爸希望我在打下扎实的基本功之后，能在更宽广的领域有所涉猎。我也想把自已涉外经济和法律的专业背景结合起来，有更广的舞台。”

相关链接：

在我省的律师界，还活跃着不少这样的“律师父女兵”。

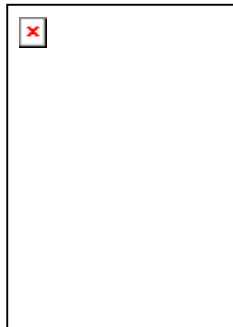
其中最大名鼎鼎的，要数浙江思源昆仑律师事务所的吕氏父女。父亲吕思源是国内知名大律师，办过许多轰动全国的案件，是省公安厅咨询委员会专家顾问，号称“江南七怪”；大女儿吕俊继承衣钵，擅长刑事辩护，是省直律师协会刑委会副主任；小女儿吕健和吕思源的两个女婿也都是律师。

浙江天册律师事务所的张海东律师和他的女儿张熙也在同一家律师事务所共事。

在台州，也有这样一对父女组合。浙江杜自强律师事务所主任杜自强是1935年出生的老律师，身残志坚，写得一手好字；女儿杜敏芝是1977年出生的年轻律师。

依父所愿“谁出钱房归谁” 兄妹争夺房产遗嘱成关键 盖私人名章的遗嘱有效吗？

2013年12月16日 北京晚报 林靖



尽管张娇持有父亲的遗嘱，但哥哥张山找上门来，要求按照法定继承分割张娇一家三口住着的父亲的房产。

据张娇称，母亲20年前就过世了。父亲张玉华生前一直跟她生活在一起。2000年父亲单位房改，职工可以成本价购买承租的公房。父亲决定买下自己承租的这套三居室，但他手上积蓄不多，所以签订购房合同之前，叫来了两个子女，说：“这套房屋你们出钱买吧，谁出钱这房子就归谁了。”

张山已有了自己的住房，明确表示不参与此事。于是由张娇出钱，父亲张玉华和单位签订了购房合同，以4.6万买下了房屋，房产证所有权人登载的是张玉华。

前年11月父亲去世了。两年后的今天，张山决定向妹妹“讨要”父亲的遗产，并且不承认老人当初说过“谁出钱买房，房子就归谁”。

无奈，张娇向哥哥张山出示了一份打印的父亲遗嘱。在遗嘱人落款处，盖有张玉华的名章，时间为2005年6月10日。遗嘱的内容表明：该处三居室房屋由张娇出钱购买，在张玉华去世后，房屋归张娇所有。

但张山认为该遗嘱是伪造的，将张娇诉至法院，要求按照法定继承的规定，继承并分割父亲留下的房产。

经法院审理查明：张玉华生前因不能用笔书写，留有一份电脑打印的遗嘱，在遗嘱人处盖有张玉华的个人名章。那么，这份打印盖章的遗嘱有效吗？张娇能单独继承父亲的房产吗？

（文中当事人均为化名）

律师断案

老人有权决定“谁出钱房归谁”

北京市惠诚律师事务所王文恩律师认为，立遗嘱是一种单方的法律行为，只要有遗嘱人自己的真实意思表示，遗嘱即可成立。张玉华老人在购房前就明确表示“谁出钱，房子就归谁”。在其留下的遗嘱中，也很清楚地表明了其死后房屋归张娇所有。

在法庭上，张娇描述了2005年其父立遗嘱时的情况：“2001年父亲取得房产证后，就一直想把房屋过户到我的名下。但得知过户手续和税费后，我觉得太麻烦，还得另花钱，就劝说父亲在家里立个遗嘱得了，想来也不会有什么问题。可是父亲因多年前右手受伤，早就不再会用笔书写了，不过他一直有读书读报的习惯，还学会了使用电脑和单手打字。所以父亲就打印了这份遗嘱。在反复确定遗嘱内容无误后，他在落款处盖下了自己的人名章。”

王文恩律师指出，如果张娇叙述的情况属实，那么这份遗嘱应当系老人生前的真实意思表示无疑。同时，王律师还指出，有效遗嘱的内容不能处分他人的财产，亦不得违反法律的规定。在本案中，房屋产权登记在张玉华名下，且张玉华的妻子去世多年，房屋系妻子去世后买下的，故而张玉华是房屋的所有权人。从遗嘱的内容来看，张玉华处分的是自己的财产，作为房屋的所有权人处分自己所有的房屋是合法的，属于有权处分。这也正是张娇主张房屋所有权的另一法律基础。

不是有效法律形式 打印盖章遗嘱无效

王文恩律师认为，遗嘱内容虽是张玉华老人的真实意思，处分行为也是有权处分，但在案件诉争一方张山不认可老人曾有这样的表态，另一方张娇又无法提供别的有效证据的情形下，房屋归谁，只能靠研判老人所留遗嘱的效力来定夺了。

本案中，张娇向法庭出示的遗嘱是打印的，遗嘱人签名处也只有张玉华的名章。假设排除该份遗嘱系伪造的可能，从形式和当事人张娇对老人立遗嘱时的情况的描述来看，这份遗嘱应当被判定为一份自书遗嘱。那么，该遗嘱是否符合自书遗嘱的要求呢？

《继承法》对自书遗嘱规定了3个要素：自书遗嘱须由遗嘱人亲笔书写遗嘱的全部内容；自书遗嘱须由遗嘱人签名；自书遗嘱须注明年、月、日。而遗嘱中的时间记载是确定遗嘱人的遗嘱能力的准据，也是在有多份遗嘱时确定各份遗嘱先后的准据。

此案中，遗嘱的内容完全是打印的，在遗嘱人处也只有遗嘱人的名章，显然，这份遗嘱在形式上不符合自书遗嘱的要求。因此张娇基于这样一份遗嘱主张房屋的单独继承权，是不能排除其他继承人对这份遗嘱真实性的合理怀疑的。所以，该自书遗嘱无效。不过，我国法律对尽了主要赡养义务的继承人在继承遗产时是有所倾斜保护的。如果其父遗嘱无效，而张娇赡养父亲多年，按法定继承分割遗产时也应当予以多分。

法律剖析

遗嘱盖人名章代替签名有风险

“代书立遗嘱中盖人名章，来代替手书签名，这是具有法律风险的。”王律师特别提示说。

在我国，私人名章的使用历史久远，很多时候很多场合下，使用私人名章还被认为是一种立信的表现。所以，有观点就认为立遗嘱时使用私人名章与签名没什么不同，其效力自然也一样。还有观点认为，如果有证据证明书立遗嘱中使用的私人名章是立遗嘱人生前经常使用的，就应当认定遗嘱有效。

但王律师认为，事实上，在我国现行法律体系和司法实践中，使用私人名章仅仅在极其有限的社会生活领域内才被认定具有法律效力，如银行转账支票上加盖的私人名章。在这一点上，私人名章的“待遇”和公章是大相径庭的。

在我国，经备案的单位公章一旦在法律文书上出现，即发生法律效力。而私章并非采用备案制，多出现于非正式场合。标明某人名字的私章与该人并不具有法律上必然的对应关系，使用私章与使用公章所产生的法律后果也不相同。

如果有证据证明遗嘱中使用的私人名章确是立遗嘱人本人唯一使用或经常使用的，就能认定遗嘱有效吗？王文恩律师认为不然。“因为这只解决了私人名章与该人之间的联系问题，但仍无法得知章是不是立遗嘱人生前亲手所盖，或盖章是不是其真实意思。”

其实，法律规定和司法实践中之所以如此判定，关键在于手书签名可通过技术手段核实其真实性，而盖私人名章是无法核实其真实性的。所以，打印盖章的“自书”遗嘱不符合法律规定，是无效的。

手书盖章遗嘱效力存疑

根据《继承法》规定，即使是代书遗嘱，立遗嘱人仍然需要签字。但与自书遗嘱不同的是，符合见证形式的代书遗嘱即便因没有签字而发生效力认定上的争议，在司法活动中也是有可能通过还原见证情景来核实遗嘱真实性的，所以在立代书遗嘱时用盖私人名章代替签字实际上并不必然导致遗嘱无效。

如果遗嘱不是打印的，而是遗嘱人手书的，只是最后签字时用私人名章代替，这样的遗嘱是不是就没问题了？王文恩律师认为，这种情况下也是无法判断该遗嘱真实性的。“手书的遗嘱正文固然可通过技术手段核实是不是遗嘱人的亲笔，但书立遗嘱应具有完整的形式。而且一个人一生可立无数份内容相冲突的遗嘱，《继承法》规定

仅以最后一份遗嘱为准。一份未签名的手书遗嘱内容，假如只是遗嘱人曾有过的意思表示，已被后来的遗嘱所改变了呢？甚至，假如其仅仅只是一份草稿而已，遗嘱人写完后随即抛弃，却被有心之人获得，加盖上了遗嘱人的私人名章呢？而这些合理存在的可能，若不能用证据加以有效排除，就会导致一份手书盖章遗嘱的效力存疑。” J151

今日我坐堂
惠诚律师事务所
王文恩律师

北京市惠诚律师事务所婚姻继承、房地产诉讼部主管律师。执业以来办理了大量的各类诉讼案件，具有丰富的司法实践经验。成功办理了国内和涉外的标的巨大以及疑难复杂的婚姻继承类案件，形成了一套独特的办案方法和技巧。

离婚协议中的常见漏洞解析

2013年12月16日 上海法治报 北京尚公律师事务所古晓丹

离婚时如果可以不经诉讼，通过双方友好协商达成财产分割协议，无疑是再好不过的事。

然而许多人由于在订立离婚协议时欠缺专业知识，以为协议内容表述清楚明白，其实在法律层面存在模棱两可或者可能产生歧义之处，往往在日后导致再一次的纠纷争议，也背离了订立协议和平分手的初衷。

那么，离婚协议中有哪些常见的漏洞呢？

“没有共同财产分割”

实践中，“双方没有共同财产分割”是最易产生歧义的表达之一。

以笔者曾代理的一起离婚后财产纠纷为例：男女双方于2009年相识相恋，不久女方王某发现自己怀孕，两人遂于2010年初办理了结婚登记。

2010年5月李某以自己名义购买了一套房产供双方居住，可没过多久王某流产，双方性格上的差异也越来越明显。

2010年底，双方办理了协议离婚手续。离婚协议写得非常简单，关于财产部分只有两句话：“没有共同财产分割，也没有共同的债权债务”。

半年后，女方以离婚后财产纠纷为由起诉要求确认李某于2010年购置的那套房产为夫妻共同财产，并分割该房产和共同存款。

第一次庭审时，因为女方在诉状中写明自己是在男方的哄骗下离婚，因此法官询问的重点在于女方离婚时是否知道男方购房的情况及是否有欺诈、隐匿、胁迫等情形，女方无法对此举证。

第二次庭审时，女方申明其主张是离婚协议中未对共同财产进行分割，法官又对双方财产进行了全面审查。

两次庭审思路的转变可以看出法官对待这份协议的慎重。

“没有共同财产分割”到底应如何理解呢？粗略梳理一下就可能有四种理解：

- 一、由于双方婚后没有共同财产，因此在离婚时无须对共同财产进行分割；
- 二、离婚时虽有共同财产，但双方达成了各自名下财产各自所有的协议，为了方便表述在离婚协议上写明“没有共同财产分割”；
- 三、出于其他目的假离婚，双方并不想对夫妻财产进行分割，所以离婚协议里只简单表述“没有共同财产分割”；
- 四、一方隐瞒了共同财产，使另一方做出了错误的意思表示。

庭审显示，王某在离婚时对于李某的财产情况清楚知悉，不存在隐匿情况，也没有法律上的欺诈、胁迫情形。

那么，离婚时他们的共同财产到底是否进行了分割呢？

本案诉争房屋为李某以个人婚前存款全款购买，女方名下也有自己的个人房产两套，并且就在双方办理离婚手续的当天上午，男方还就女方名下的房产为其个人房产办理了公证声明。

结合双方在短暂婚姻生活中基本上遵循“AA制”模式，没有形成多少共同财产，说明双方在离婚时的财产状况符合离婚协议“没有共同财产分割”的状况。

因此，我们在代理意见中明确：离婚后的财产纠纷应围绕双方在离婚时签订的离婚协议来进行，而不应抛开离婚协议重新审查夫妻共同财产。

而本案中，双方的离婚协议中已载明夫妻之间“没有共同财产分割，没有共同债权及债务”，已经说明双方已无共同财产，这表明：

- 一、到离婚时，双方均无共同出资、共同购买的财产；
 - 二、离婚前双方已就财产达成了各自名下各自所有的协议，因此没有也无需再就共同财产予以分割。
- 无论是哪一种涵义，都是双方的真实意思表示。

并且，在办理离婚登记的前后，男方的公证行为实际是在履行离婚协议。

在离婚协议对双方的财产状态及分割状态记载得十分清楚并且已经开始履行的情况下，只有有证据表明，该

离婚协议是在一方受欺诈、胁迫情形下签订的，方能予以变更。否则，离婚协议合法有效，应予支持。

最终，我方的观点得到了法院的认同。

“财产自行分割完毕”

和“双方没有共同财产分割”之类的表述相同，“双方财产自行分割完毕”也是离婚协议中常见的表述，但同样经常引发纠纷。

王强和林娟 2009 年在民政局登记的离婚协议主要有三项内容。

第一项约定了儿子的抚养、探视及费用如何承担；

第二项约定两套住房的归属。其中，林娟拆迁所得的房子归林娟和儿子共有，儿子占三分之二产权；另一套房子的产权归儿子所有。这两套住房男女双方均无权处理。男方自行搬离住所，将户口迁出，同时约定双方的财产自行分割完毕；

第三项约定男方所有的债权债务问题由男方负责处理，一切债权债务问题均与女方及孩子无关。

在对相关财产协商处理完毕之后，夫妻二人补写了一句：“双方财产已自行分割完毕。”并在协议最后明确：“我们双方完全同意本协议上的各项安排，亦无其他不同意见。”

然后，夫妻二人和气分手，各奔东西。

没有想到，不到一年，林娟竟然反悔了，起诉要求分割王强在某建筑公司的股份。

原来，1992 年 8 月，王强和林娟登记结婚，婚后养育了儿子。而王强早在 2000 年就和朋友共同投资开了家建筑公司，他占 80% 股权。

法院审理中原告林娟认为，当初在协议离婚时，其前夫故意隐瞒了夫妻共同财产，导致双方在离婚协议中仅就孩子抚养问题及部分共同财产做出了处理。

离婚之后，原告才知道在夫妻关系存续期间，被告王强曾投资 40 万元与他人注册成立某建筑公司，被告占其中 80% 的股份，而原告离婚时对此并不知情。

对于前妻的说法，王强很是气愤，法庭上他反驳称：原、被告达成的离婚协议书已明确双方将所有的夫妻共同财产进行了协议分配，原告对该建筑公司的存在始终是明知的，不存在被告隐瞒或欺骗原告的情形。

当初原告之所以不主张分割该部分财产，是因为公司之前负债累累，原告担心受到牵连。

双方离婚协议中表述的“双方财产已自行分割完毕”已明确包括了原告主张的公司股份的分割及其他夫妻共同财产的分割。

最终法院认为，王强和林娟在 2009 年签订的离婚协议已经生效，具有法律效力，但这份协议书并未涉及公司股权的分配。协议书中“双方财产已自行分割完毕”的表述是紧随双方对两套住房的归属约定之后的，应理解为针对两套住房而言，不能无限制地进行扩大解释和理解。

仅以离婚协议中有“双方财产已自行分割完毕”的表述及一方已实际掌控该重大财产的情形而认定该未作明确约定的重大财产权益已进行分割的主张于法无据，法院不予采纳。

最终，男方因为离婚协议中表述的问题，付出了巨大的代价。

协议效力不会轻易否定

从以上两则案例可以看出，在处理类似的表意含混的离婚协议时，法院的处理方式是比较慎重的，要根据个案的具体情况作出处理。

但需要指出的是，即使离婚协议的表述较为简单，也不能轻易否定离婚协议的效力。

夫妻双方在签订离婚协议后，又以协议存在欺诈、胁迫、重大误解、乘人之危等理由来否定协议的效力，这种情况在司法审判实践中非常普遍。

而在最高人民法院和上海市高级人民法院关于婚姻法司法解释二的理解与适用中都曾指出：

“离婚财产分割协议确有不同于一般民事合同的地方，由于离婚协议双方毕竟有过夫妻名分，共同生活过一段时间，可能还育有子女，在订立财产分割协议时，除了纯粹的利益考虑外，常常难以避免地包含一些感情因素。

所以，人民法院在确认协议可撤销或变更时，不能轻易将协议中一方放弃主要或大部分财产的约定认定为显失公平或重大误解，而予以撤销或变更。

同时，对于‘乘人之危’的认定也应谨慎，不宜将急欲离婚一方在财产上做出让步视为另一方乘人之危的后果，只有一方利用他方生产、行为能力受限而监护人监护不力的情况下，迫使他方签订明显损害其合法权益的协议，才可认定为乘人之危。”

“名下财产各自所有”

需要特别注意的是，本文所说的“离婚协议”，既包括夫妻双方到民政部门办理离婚时签订的协议，还包括诉讼中通过诉前调解、法院调解等多种调解方式所达成的调解协议。

在这些离婚协议中，另一常见表述就是“各自名下财产各自所有”，而这常常为一方隐匿财产开了方便之门。因为一般情况下，即使离婚后一方向法院主张分割离婚协议书之外的财产，但由于双方已约定“其他各自名下的财产归各自所有”，法院对当事人一方就离婚协议中未涉及的夫妻共同财产进行分割，一般也不会予以支持。

马某与刘某 1994 年登记结婚，双方于 2004 年 8 月通过吉林某法院调解离婚。

经法院主持的离婚调解协议主要内容如下：

- 一、原告马某与被告刘某自愿离婚；
- 二、位于某路某号某室的房屋一套归被告刘某所有；
- 三、双方各自名下的其他财产归各自所有，无其他纠纷。

后来原告刘某起诉称：原被告离婚后，原告又发现被告在婚姻关系存续期间，背着原告偷偷在上海购买了产权房一套，因此要求予以分割。

被告马某对此辩称：被告并没有隐藏共同财产的事实，原告对于被告在上海购有住房是清楚的，并已承诺归被告所有，且在离婚协议中约定“双方各自名下的其他财产归各自所有”。

法院审理后认为：离婚协议中关于财产分割的条款适用离婚双方当事人。

原、被告在离婚协议中，已然约定“双方各自名下的其他财产归各自所有”，现原告又不能举证证明在签订该离婚协议时并不知被告隐藏有上海房产而做出该意思表示。

因此，最终对原告诉讼请求不予支持。

财产最好逐一列举

通过上述案例我们可以看出，离婚时一定要注意离婚协议内容不可过于简单，约定不可过于宽泛。

在离婚协议书中，要内容全面、用词精确、表述得当，尽量把该考虑的情形都考虑进去，该明确的关系都加以明确，尤其要避免出现“双方财产已自行分割完毕”等词义含糊、容易引起歧义的字句。

对于财产分割部分，应当在协议中不厌其烦地明确列举有哪些财产、如何进行分割，如有遗漏的财产如何处理等。以免本是心平气和的“好合好散”，最后却还是不得不面对纠纷再起、对簿公堂。

恋爱同居分手 财产如何分割

2013年12月23日 上海法治报 北京尚公律师事务所 古晓丹



离婚要分割财产，如今许多年轻人恋爱后往往就共同买房，一旦分手也牵涉分割问题。

与离婚不同的是，恋爱同居分手后的财产分割不能适用婚姻法，只能依照一般民事关系来处理，有时财产问题更难分清。

因此，恋爱期的男女对财产归属最好还是加以明确，免得日后因为分割而撕破脸皮。

案例：

合买房分手惹纠纷

张鹏和李艳原本是一对恋人，毕业后便在一起居住。为了能有个属于自己的幸福小窝，两人征得双方家长同意，打算购房结婚。

可谁也没想到，两年后，这套房子像一道鸿沟一样成了两人之间最棘手的问题……

2007年初，张鹏和李艳看中了一套商品房，并以两人名义与开发商签订了商品房买卖合同。房屋总价63万，购房前，张鹏支付了1万元定金和7万元预付款，签约当天，两人又一起付了12万元房款。

按照合同，剩余43万元房款由两人一起向银行申请贷款。在办理银行按揭贷款时，银行方面发现张鹏有不良信用记录，因此无法向其贷款。

为了不影响买房，张鹏出具了一份“放弃房屋购买权”的书面声明，李艳也跟开发商签订了补充协议，删除了预购人一栏中张鹏的名字。之后，李艳以自己的名义申请了贷款，并按期偿还。

然而，房屋还没交付，两人的感情就走到了尽头。2009年，张鹏提出分手，并且很快找到新女友，投入了新生活。也许是因为房子还没产权证，抑或是感觉对不起李艳，当时，张鹏并没有提出分割房产。

转眼到了2010年，李艳拿到房子并取得了房产证。她不愿住进这套让她伤心的房子，于是一拿到房产证就转手卖了房。

消息传到张鹏那里，张鹏想来想去觉得事情的结果不应该是这样，于是他联系到李艳要求分割售房款，对此，李艳坚决不同意。她说这房子是自己一人的，跟张鹏没关系，只同意返还1万元购房定金。协商无果后，张鹏告到了法院。

在法院的审理过程中，张鹏表示，这套房产是他跟李艳一起看中的，后来他不仅参与了签订合同，也参与了付首付款和还贷款。尽管在此期间他为了方便贷款做出“放弃房屋购买权”的声明，但这并不改变他是实际购房人的事实。现在房屋已经出售，他要求李艳返还他支付的购房款合计15万元并补偿增值利润15万元。

可李艳坚决不同意，在她看来，张鹏既已放弃房屋购买权，这套房屋就跟他没了任何关系，她只同意按照债

务关系返还张鹏支付的房款。

法院认为，张鹏在购房过程中已经明确放弃购买该房屋产权，并且房屋所有权登记在李艳一人名下，根据物权法的规定，该房屋归李艳一人所有，房屋出售后产生的增值利润，理所当然也归李艳个人所有。

但是张鹏先前支付的购房款，只要有证据支持，李艳都应当予以返还。

经查，张鹏主张的购房款中有据可查的有 13 万元，法院判决李艳返还这笔钱并按照银行同期贷款利率支付利息。

提示：

出资最好联名

恋爱期间购买的房屋，一般来说，登记在谁名下就归谁所有。如果登记在双方名下，则按照共有财产进行分割。如果房子登记在男方名下，但女方也出资了，那么分手时，房屋所有权归男方所有，但男方应当返还女方出资。这里有个前提，即女方有充分的证据证明自己支付了房款，如果没有证据，也很难得到保障。

情侣婚前购房最好采用“联名”方式，也就是把两个人的名字都写到房产证上，还可以对各自所有的产权比例作出明确约定。如果没有约定或者约定不明，一方又无法证明自己当时的出资，则应当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，合理确定未出资方的份额。

确实出于某种原因只能写一个人名字的，双方更需要立下书面的协议，写清楚双方系共同购房以及各自的出资比例和相应的产权份额。

案例：

赠房被抛弃无奈打官司

女方出了全部首付款给男友买房，房子登记在男友名下。但房子升值后男友却抛弃了她，女方要求分房子，遭到拒绝，甚至连她出的首付款，男友也拒绝归还。

无奈之下，她只好到法院起诉自己曾经的爱人……

闫丽和吕刚是在 2006 年相恋的，恋爱后不久，吕刚和闫丽的父亲老闫就已经按风俗互相称呼“岳父”和“女婿”。老闫说，他和老伴看到吕刚第一面就觉得不是很满意，但考虑到女儿喜欢，他们也没有多说。

也就是在那年，吕刚提出了要和女友的父亲老闫一起买房的建议。老闫说，当时吕刚和他达成口头约定，两人一起买房，由老闫支付首付，每月 2300 多元的贷款则由两人轮流还，即第一年由老闫还，第二年由吕刚还，以此类推。

老闫说，当时看中的那套房每平方米不到 6000 元，总价 50 多万，而房子登记的是吕刚的名字。

“就把他当成是一家人了，没有想太多。”老闫说。随后，按照约定，老闫就开始偿还贷款。2008 年春节，闫丽和吕刚在女方老家办了订婚酒，但是两人没有办理结婚登记。

然而有件事让老闫非常郁闷，他发现购房后，吕刚对闫丽的态度发生了变化，“买房之前两人挺好的，买房后两人就经常吵架了”。虽然争吵较为频繁，但闫丽和吕刚在 2008 年底还是做出决定，准备去领结婚证。

就在这时，不幸的事情发生了。婚前检查结果显示，闫丽被查出有重病，吕刚认为闫丽明知自己患有重病，却一直隐瞒是存心欺骗他，于是向闫丽提出分手。而闫丽也认为吕刚不是很可靠，心灰意冷后同意分手。

分手时，两人此前购买的那套房子已经升值几十万元。这套房子成了摆在闫丽和父亲面前的“烫手山芋”，因为买房时在开发商那登记的是吕刚的名字，吕刚就成了那套房子唯一的产权人。

无奈，老闫向法院提起诉讼，请求确认这套房子是双方一起购买的。然而在法庭上，吕刚声称房子是自己当时向老闫借钱买的，而不是两人一起购买的。

由于闫丽和老闫没有留下可以支持自己诉求的证据，只有几张汇款凭证，没有借据，也无法证明这笔钱是借款。最终，法院没有支持老闫的诉讼请求。

之后，老闫再次向法院提起诉讼，要求吕刚偿还借款 146100 元，这笔款项就是他付出的首付款和之后一年多的月供。最终经法院调解，吕刚同意归还老闫 11 万余元。

提示：

“同居财产”不受特别保护

恋爱期间的财产关系与夫妻之间的财产关系不同，并不受到法律的特别保护。

依照我国物权法的相关规定，如没有明确的约定，房屋产权应归产权登记人所有。

因此，即使老闫出钱又还贷，但因为房产证上只有吕刚的名字，老闫又拿不出有明确约定的产权共有协议，所以只能将一套值钱的房产拱手让人。

目前社会上，像闫丽这样恋人共同买房并非个别现象，绝大部分人认为恋人之间买房不必太计较，谈钱会伤感情。这在最初双方谈婚论嫁的时候，自然没有什么问题，但等到分手之时，却不得不面临着有理说不清的窘境。

除了一般的恋爱关系之外，在同居期间两人之间的财产关系是否受法律的保护呢？

依据法律规定，同居期间双方购置的财产按一般共有处理。

最高人民法院在 1989 年 11 月 21 日做出的《关于人民法院审理未办结婚登记而以夫妻名义同居生活案件的若干意见》中规定：解除非法同居关系时，同居生活期间双方共同所得的收入和购置的财产要按一般共有财产

处理。

一般共有财产，和婚姻关系中依法推定的夫妻共同财产是有着本质不同的。

从法律规定上来说，双方同居前的个人财产仍属个人所有，同居生活期间双方共同所得的收入和共同购置的财产按照一般共有财产处理；若证明不了是双方的，财产登记在哪方名下，即属那方的。

房屋属于不动产，我国实行不动产登记制度，《物权法》对此也有明确规定“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，应当依照法律规定登记。”“不动产权属证书是权利人享有该不动产物权的证明。”

也就是说，同居期间购买房产，一般来说房屋登记在谁的名下，就属于谁的财产。

购房份额难定，务必保存证据

目前，情侣之间为准备结婚共同出资购房引发的纠纷越来越多。

面对此类纠纷，法院可以通过房产证、购房合同等证据材料直接确定共有份额。但是，由于恋人之间的特殊关系，在合作买房时往往存在实际出资额与证据记载份额不符的情况。可能是由一方或双方父母首付，当事人按月共同偿还贷款，也可能是现实中是双方共同首付，只是名义上由一方独自偿还贷款……在对方仅是口头抗辩、无法提供事实证据情况下，可能会导致法院的裁判结果存在较大差距。

因此，未婚恋人共同买房一定要慎之又慎。

首先，依据实际情况进行署名。

签合同和办房产证中间的间隔比较长，在产权证取得前，如没有另外的协议约定，一般区分共同财产是以实际购房人，也就是签订购房合同以及付款人为主。如买房者是共同置业，购房合同最好写两个人的名字；如是自己买房，最好只写自己的名字。

其次，婚前财产最好事先公证。

结婚前，男女双方可以依法到公证机关对各自的财产、债务的范围、权利归属问题进行公证，经过公证的财产约定将会得到法律直接认可。

最后，父母赞助最好留下凭证。

很多年轻人所置的房产，实际上用的是父母的钱财。如果觉得有必要，每一笔资金都应留下收条和借条，来证明自己房款的真正来源是父母而非自己或其他人。

建立我国律师调解制度势在必行

2013年12月26日 中国律师网 张越 陕西集思得律师事务所

[正文]

律师在各种形式的法律服务中，为解决争议和纠纷做出了不可磨灭的贡献。在很多案件中，律师通过提供公正的法律服务，事实上起到了“居间调解”的作用。但由于没有明确的法律规定，从客观上妨碍了律师参与或主持调解活动，进而限制了律师独立调解能力的发挥。

一、我国律师参与调解活动的现状

我国目前实行的调解制度包括：人民调解、法院调解、行政调解、仲裁调解4种形式。律师调解被列为制度外的民间调解范围，发挥着其他民间调解及官方调解所不可类比的作用。律师在以代理人身份参加有明确法律规定的各种形式调解活动中，尽管实际上起着公正的作用，但因系一方当事人代理人身份，须以“维护委托人的合法权益为责任”，故不属于“中间人”或“中证人”。

二、建立律师调解制度的必要性

(一) 完善我国法制体系。我国律师队伍的发展，无论在数量上、质量上、作用上都低于各方预期。律师及律师事务所作为社会主义法律服务活动的主体，应当充分发挥其应有的作用。比较律师调解形式与现行调解制度的4种形式，我们发现律师调解形式比法官以庭审调解形式更能细化当事人的权利与义务，比政府行政调解形式更能适合当事人的平等心态，比人民调解委员会形式更能满足当事人对法律专业技术上的需求，比仲裁调解形式更能让当事人有权衡利弊的回旋余地。

(二) 创建新型社会关系。律师完全可以把“消除纷争”作为自己神圣的社会责任。通过律师调解活动，不仅能使纠纷各方“化干戈为玉帛”，还能变利益冲突关系为互利共赢关系。律师调解的作用，是其他调解形式所无法取代的。如果出现争议，当事人不选择通过诉讼手段解决，而是用聘请各方信得过的律师做调解人，不仅可以充分获得法律服务，而且学到了有关应用法学知识，还节约了诉讼成本或仲裁成本。

(三) 促进我国律师业发展。我国律师业的发展远没有满足社会对其提供法律服务的需求，究其原因有三：一是律师业自身发展不完善；二是限制性规定尚未突破；三是非律师法律服务者充斥法律服务领域。关于律师是否能够开展调解业务的问题，并无明确规定。立法，是律师调解工作健康、有序开展的保证。把律师调解作为一项律师业务，用法律制度确立下来，是对律师行业的巨大推动。如果律师行业能分担各级法院、仲裁机关、政府部门、人民调解委员会在处理案件上的压力，社会效果必将十分显著。

三、建立律师调解制度的意义

(一) 充分发挥律师个人在法律活动中的作用。执业律师是高层次、专业化的人才。国家提供了很多机会,让执业律师充分展现其应用法学技能,在法制体系中充分发挥主观能动性,是我国“人才战略”的要求。律师向多方当事人提供调解等法律服务,更好地展现了他们的职业素质和执业本领。

(二) 满足社会对解决争议的需求。在实践中,很多当事人对诉讼方式解决争议并不看好,诉讼程序上繁杂的法律规定也使很多当事人望而生畏。为节约诉讼成本,规避诉讼风险,更多的当事人选择用诉前协商方式聘请律师提前介入处理纠纷。因此,许多纠纷和争议正是在律师的参与下,未进法庭已化解。如果用立法方式给当事人多一种选择,“有纠纷,找律师调解”,相信会赢得社会各界的广泛欢迎。

(三) 拓展律师事务所业务范围。我国《律师法》规定的律师业务范围包括:委托代理、委托辩护、委托见证、担任顾问等,但没有明确将担任调解人作为提供法律服务的形式。如果能将担任调解人作为一项业务形式规定下来,将使律师事务所的业务范围加宽。

(四) 提升律师行业在社会中的形象。由于律师业采用有偿服务的形式,使不少人对律师服务或多或少有“雇佣关系”的看法。而人们对到法院打官司交诉讼费,却不认为是“雇佣关系”。如果当事人花了相同或较少的费用聘请律师调解,解决了与诉讼或仲裁结果相同的问题,所谓“雇佣关系”就会被淡化。

(五) 促进依法治国与和谐社会发展。通过律师调解,不仅能弄清引起矛盾的原因,又能共同寻找解决矛盾的方法,还能获得避免纠纷的经验。这种用“和谐”方式处理纠纷,与剑拔弩张的诉讼或仲裁方式相比,有天壤之别。我们提倡依法治国,决不能理解为一切要用国家强制力解决问题。相反,要最大限度地控制使用国家强制力,同时要最大限度发挥“民间自治力”的作用。律师调解形式,就是“民间自治力”的表现形式。

四、律师调解制度的主要内容

所谓“律师调解”,是指律师通过所在的律师事务所指派,向有利益冲突的双方或多方同时提供法律服务,以使冲突各方的矛盾得到化解,并将各方的共同意思表示用《调解书》方式确立,作为各方当事人的行为准则。建立律师调解制度,应主要包括以下内容:

(一) 律师调解活动的原则。1、自愿原则,又称“不强迫原则”,即:当事人自愿聘请律师作为调解人;律师调解意见可以接受,也可以不接受。2、中立原则,又称“居间原则”,即:调解律师与任何一方均不得有利益冲突关系。3、合法原则,也可称“不违法原则”,即:调解的内容符合法律规定,或不违反法律规定。4、充分原则,又称“不限制原则”,即:调解的范围可以超出争议的范围;调解的内容可以反复修改或变更。5、可诉原则,又称“尊重诉权原则”,即:当事人在调解过程中,或调解结束后,有权选择用诉讼方式处理争议,不得“诉调选一”或“一调终局”。

(二) 律师调解的组织形式。可以由各级律师协会设立律师调解中心,作为律师调解的组织形式。也可以允许律师事务所作为律师调解的组织形式。但不同的组织形式,有不同的管理方式及收费办法。

(三) 律师调解人的条件。为了搞好律师调解工作,担任调解人的律师要具备一定的条件,以确保调解活动的效果。这些条件包括:业务素质、政治素质、心理素质、文化素质等方面的内容。对人为因素在调解过程中制造新纠纷,或借调解人身份向当事人谋求不正当利益的律师,要按照律师行业惩戒规定处理。

(四) 律师调解工作的程序。律师调解活动首先要从当事人聘请律师担任调解人开始,并用合同方式明确当事人与调解人之间的关系。调解人可以是一名律师,也可以是多名律师。律师调解的步骤应当由调解律师与当事人共同约定,并且允许任何一方当事人提出变更或修改意见,直到各方当事人满意为止。

(五) 律师调解结果的法律效力。律师调解的结果以《调解协议书》形式体现,各方当事人与律师调解人均在《调解协议书》上签字及捺印,并按约定时间生效。如各方均愿意,可以对《调解协议书》进行强制效力法律文书公证。

(六) 律师调解收费。律师调解应当依法收费,收费主体为律师调解组织。在试点阶段,可以参照律师代理费,由律师调解组织与当事人具体约定。

(五) 媒体视点

婚外子女没有天生原罪

2013年12月03日 中国法制报 郭文婧

近日,湖北省卫计委、省公安厅联合制定下发《湖北省〈出生医学证明〉管理办法》。其中规定,湖北省境内出生的婴儿均应依法获得国家统一制发的《出生医学证明》,各签发机构与管理机构不得以结婚证、生育证等作为签发的附加条件(12月2日《新京报》)。

湖北新规一出台,就有人质疑,“无条件办出生证”会否怂恿未婚先孕、婚外生育,甚至担心部分农村地区家庭“先生育再结婚”状况或将加剧。质疑和担心并非毫无必要,但我们必须承认一个前提,那就是孩子无罪,父母的责任应该由父母来承担,用卡孩子来卡父母,是落后的株连旧思维。因此,对既成事实的婚外生育、超生,“无条件办出生证”体现了对权利的尊重、对孩子的关爱,理应肯定。

一个孩子没有出生证,也就意味不能上户口,后面接续的上学、办理医保、结婚、生育、银行开户、考驾照、住宿、外出打工、买房和事业发展等都受到了影响,从而使这些孩子处于社会的歧视之中。“黑孩子”受歧视,客

观上让国家的人口统计总是不太精准,也造成了人力资源浪费;而在主观上,“黑孩子”要么只能无奈打黑工生存,要么走上了违法犯罪的道路,而由于没有出生证、没有户口,又给社会管理带来了一系列难题。因此,不仅应该“无条件办出生证”,更应该无条件为每一个公民上户口。

准确的人口数据,是国家制定人口、教育以及各项社会、经济政策的重要依据之一。有效的人口身份,既是公民享受所有合法权利和承担应尽法定义务的依据,也是社会治理科学有效的重要前提。因此,无论对一个国家来说,还是对一个国民来说,都不应该有黑户的存在。湖北“无条件办出生证”,为迈向无黑户时代奠定了很好的基础,我们也期望真正的无黑户时代尽快到来。

法治社会强调,谁的权利谁享有,谁的义务谁承担,不该错位株连;权利归权利,不需以他人履行法律义务为前提,义务归义务,违反法律义务本就有相应的追究惩罚机制,除非法律明确规定,履行法定程序,个人的权利不能随意剥夺。至于合法合理的新规实行后,可能带来的负面影响,只能靠建立新的机制来解决,这是社会发展、文明进步的应有之义。

反家暴,谁都不应沉默

2013年12月04日 人民法院报 徐小飞

家庭暴力是一个普遍性问题,也是一个世界性难题。反家暴需要各方发力,综合施策

每年的11月25日至12月10日是国际消除性别暴力的16日运动时间。近期全国多个地方已经开展了反家暴活动,引起社会广泛关注。

家庭暴力是一个备受全球关注的问题。几乎在所有的国家,不分种族、宗教信仰、文化传统、文化水平等差异,都不同程度存在着家庭暴力。来自全国妇联的一项调查表明,2004年以来,妇联系统受理的关于家庭暴力的投诉量,每年都在4万到5万件左右。另据统计,我国24.7%的女性曾遭受过不同形式的家庭暴力,其中施暴者九成是男性。家庭暴力,严重损害了受害妇女的身心健康和合法权益,危害了家庭和谐和社会稳定。

家庭暴力的实施场所以家庭内部为主,具有隐秘性。警察介入家庭暴力有其及时性和威慑力,受害妇女遭受家庭暴力,首先要摒弃“家丑不得外扬”的观念,要第一时间报警,不要容忍放纵这种行为的发生。其次,受害妇女要有证据意识,遭受家暴后,可以用拍照、录音、摄像等方式固化丈夫对自己实施家庭暴力的证据,可以保留由医生做出的诊断书作为书面记录,也可将公安机关的出警记录、询问笔录作为证据,还可以由家人和邻居出具证言,作为认定家暴的有力证据,以此证明家暴发生的时间、地点等必要内容。

社会救助是反家庭暴力工作中不可或缺的重要环节,在我国尽快建立完善的社会救助网络是迫在眉睫之事。为此,应对家庭暴力社会救助网络进行有效规范,明确救助网络的设立主体、组织机构、资金保障、运作机制等,从而建立起强有力的反家庭暴力社会支持系统,为遭受家庭暴力的妇女提供庇护、救治、咨询、法律帮助等,对家庭暴力实行“零忍耐”,切实保障受害妇女的人身财产安全。

今年的两会上,许多代表和委员认为,我国制定反家庭暴力法时机已经成熟。我国应尽快制定反家庭暴力法,构建以反家庭暴力法为主体,其他法律法规为补充的家庭暴力防治体系,强化执法机构干预家庭暴力的法律义务和法律责任,细化对受害妇女救助和施暴丈夫制裁的程序和措施,增强可操作性,有效遏制家庭暴力、制裁家庭暴力行为。

当前,要进一步建立健全人身保护令制度的有关内容。人身保护令制度的主要内容应当包括禁止威胁妻子;禁止伤害妻子;禁止靠近妻子(包括妻子的汽车、住房、办公室等);禁止打电话与妻子联系;下令施暴者限时搬出妻子的住所;赋予妻子暂时享有监护未成年子女的权利等。如果施暴丈夫违反了保护令,则很可能因违法而面临被指控。保护令制度既是一种独立的保护手段,也可作为民事保护令的辅助手段,以给被害妇女一个安全的生存空间,同时通过隔离和心理辅导缓冲直至消灭家庭暴力。

人民法院在审理家庭暴力纠纷案件的过程中,要自觉去除“清官难断家务事”的观念,可尝试将不愿意出庭作证的证人证言、未成年子女的证言、目击证人的证言纳入受害妇女申请法院调查取证的范围。鉴于家庭暴力产生原因的特殊性,人民法院对施暴丈夫的悔过书、保证书一般也以采信为宜。

传统女的遭遇(柯律师说法)

2013年12月09日 《婚姻警戒线》 柯直

性虐待虽关夫妻床第之事,牵涉个人隐私,难以启齿;但受害人为之付出健康,严重伤害身体,应当勇敢提出,特别是在得不到家人的理解时,应向妇女权利保护机构——妇联申请援助。——柯直律师

噩梦,源自QQ号

2005年8月中旬,广州正是闷热如蒸笼的时候,秦蓉坐在回东莞的长途汽车上。她一边看着正在上车的人们,一边使劲拧着矿泉水的盖子。车厢里虽然开了空调,但也让人昏昏欲睡。

一个各自不高的男人走过来,眼睛盯着疲惫的秦蓉,在她旁边坐了下来。秦蓉瞟了他一眼,男人对着她动了动嘴角。

不一会儿，许多人在闷热中做起了白日梦。男人没有睡意，看着秦蓉无聊的翻着报纸，就和她搭起话来。聊了一会，他告诉她自己叫林海疆，也在东莞工作。汽车进入了高速公路，林海疆分明对长得较为丰满得秦蓉很感兴趣，而秦蓉对林海疆只是一问一答。汽车进入东莞市区后，林海疆问去了秦蓉得QQ号码。

当天晚上，秦蓉和林海疆开始在网上聊天，两人算是认识了。

秦蓉是本地人，有自己得生活圈子；林海疆得老家在广东西北部得山区，孤身一人在这里打工，没多少朋友。林海疆多次提出约会，秦蓉这才同意去咖啡厅喝了杯咖啡，偶尔出去一次，也就很早回家了。秦蓉常会讲自己朋友的事给林海疆听，林海疆不认识这些朋友也对故事不感兴趣；林海疆讲一些老家的事情，秦蓉也只迷茫的回应他。

一年下来，两个人的关系一直不咸不淡，这让秦蓉很苦恼。像她这样的年龄，该到了找男朋友的时候了，如果再继续交下去，意味着有结婚的意思；而她现在连恋爱的感觉都还体会不到；总觉得他是个粗人，不会体贴，和心中白马王子的形象差得甚远。

“疆海，我们在一起好像不合适，以后还是不要见面好了。”

“啊！这样很不错了！我明天请你去饭店，算是我第一次请你吃饭。”林海疆马上接了上去。

第二天中午，林海疆就到秦蓉的公司门口去等她，一见秦蓉就拉起她的手往马路对面走去。

秦蓉被拽的生疼，却不好意思出声儿。

此后，她开始故意躲着林海疆，希望接触少了，他就能同意分手。而林海疆不吃她这一套，天天雷打不动去找她，找不到就打她父母家电话。秦蓉平时也不怎么外出，也没什么业余爱好，林海疆自然是一找一个准儿。

几次三番下来，秦蓉没了辙，分手一事以失败告终。

2006年7月6日上午，林海疆突然去找秦蓉，让她和自己去登记结婚，也不知道是中了什么邪，一直想着分手的秦蓉，也请了假，糊里糊涂的跟他去了民政局。

“东西都带全了吧？”到民政局门口的时候，林海疆晃着手里的户口本问秦蓉。

“带什么东西啊！”秦蓉揉着刚被他放开的手腕。

“我们是来结婚的，户口本什么的你没带啊？”

“你刚赶着我走快点，你又没有叫我拿！”秦蓉还在揉着手腕。

“你这笨女人，干什么吃的，还不快回去拿？”林海疆低声吼了起来。

“我……”秦蓉委屈的看着林海疆。

“看什么看，快回去拿！”他又冲着秦蓉吼了一句。

秦蓉没再说话，看了一眼林海疆，去不远的公交车站坐公交车回家了。

拿好户口本，他们找到了结婚登记处，填写了一份结婚登记申请表，秦蓉又拿不出身份证。这一次，林海疆骂的更凶了。

“你这死女人，你是不是来结婚的呀，这也忘，那也忘……”

周围的人都看着林海疆，林海疆这才觉得自己太过分了，马上拉起秦蓉的手，边走边说：“我们一起打的回去拿身份证。”

好容易拿齐了证件，两个人填下了声明书、签字、照相、领证。

看着手里那个办好的红本本，林海疆兴奋的用手摇晃着秦蓉的肩膀，“听好了，你，秦蓉，从现在开始，就是我的女人了，记住！”

秦蓉看着猩红的结婚证，才意识到自己已经稀里糊涂的结婚了，她一阵眩晕，靠着门站了好久，才恍惚着走出结婚登记处。

初次，屈辱和痛楚

回家秦蓉父母家的时候，已是午后，林海疆就强烈要求与秦蓉同房。

面对林海疆的要求，秦蓉也有一些矛盾，她是个传统的女孩子，她原本是想把最美的时刻留在新婚的夜晚，这样才符合自己对美好初夜的向往。虽然双方认识后，林海疆也曾多次悻悻的提出过性要求，但在看到秦蓉的白眼后，也没强来过。可是现在，一到住处，林海疆就推搡着秦蓉进了门，然后把门反锁起来。

他早已经等不及了，他二话不说，一只胳膊揽住秦蓉的腰，斜夹着把她扔到了床上。

秦蓉还没来得及反应，就仰面朝天的躺着了。

这时候，林海疆已经除去了自己身上的衣物。

秦蓉刚想说什么，但身体也被他结结实实的压在了床上。她只是奋力的转头、扭身，努力的想推开他。

林海疆根本不理睬她的挣扎。

“我求你了，别这样，啊……别这样……”，林海疆还是不搭理她。

秦蓉没有了力气，反抗也失去了意义，一阵阵疼痛袭来，她流下了眼泪。

骑在秦蓉身上的林海疆抬起头，看了看秦蓉：“看你这样儿，你不是女人啊，表情那么难看，一点都不配合，以前和我上床的女人，个个都比你强，难道你是处女就可以不配合吗？”

一番蹂躏后，林海疆翻身下床，“像你这样的女人，以后怎么跟我过啊，一点没激情，我看咱们不出半年就得离婚。”说完，自顾自的走进浴室。

秦蓉慢慢坐起来，床单上一大片的殷红。看着看着，那一片殷红在她眼泪模糊的视线里流动着，不断地扩散扩散，充满了整个小屋子。她那白色的衣服散落在红色的地板上，被一片猩红包围着。

梦想中的神圣初夜，就这样在屈辱和痛楚中结束了。

由于下身流血不止，当天下午，秦蓉不得不独自去了医院。

怀孕，他再次让她绝望

2006年9月，秦蓉怀孕了。

秦蓉怀孕后的三个月，林海疆就说自己要住到厂里去，让秦蓉一个人在家里好好的呆着。秦蓉心里安稳了一些，这样至少可以不再承受他无休止的性要求。

秦蓉的盆腔炎一直没好，所以她经常一个人跑医院去，检查“胎儿”，可检查结果是胎儿发育迟缓，这让她很担心。

要说她的盆腔炎，那是初次时留下的病根。医生告诉她盆腔炎了，并嘱咐她治疗的时候，不要有房事，可秦蓉怎么也扭不过丈夫，常在逼迫下和他房事，结果盆腔炎就反反复复一直没好过，现在几乎每次同房都疼痛不已。

林海疆虽说是住在厂里，可有时候也回来。他一回来唯一要做的事情，就是为了解决性欲。为此，秦蓉气得经常痛哭。

挺着大肚子熬了好久，孩子又在预产期前半个月出声，可又遇难产，医生让家属决定是否剖腹产，林海疆考虑到剖腹产要多花钱，于是不大同意剖腹产，还让痛苦挣扎着的秦蓉自己给她哥哥打电话商量。

看着自己的丈夫，秦蓉寒心了，最后，她自己作出剖腹产的决定，并向医院签名承诺一切后果由自己承担。

有惊无险，孩子终于生下来了，是个男孩，秦蓉本人也没有大碍。

产后第十天，秦蓉和孩子从医院回到了自己的出租屋里，她的身体很虚弱，照顾孩子也很累。可没想到的是，林海疆却在当夜强烈要求与妻子同房，秦蓉的劝说和反抗根本无济于事，只能任由他摆布。

月子期间，林海疆也没有照顾秦蓉，秦蓉希望婆婆能过来帮忙。后来林海疆的母亲来了，说是来照顾坐月子的儿媳。他母亲能过来，秦蓉还觉得挺感动。起先老太太也挺好，做这做那，可是因为和秦蓉的语言不通，时常闹误会。误会多了，林海疆就火了，他一看秦蓉就骂，说她不孝道，欺负老人什么的。似乎是儿涨母势，他母亲也常莫名其妙地发脾气，还拒绝吃饭。林海疆一看，就把所有的责任都推到秦蓉身上，动不动就发火砸东西。

“你这女人又怎么了，干嘛不让我妈吃饭啊？”林海疆冲着秦蓉大吼。

“我哪有这样啊，我也不知道她为什么不吃饭啊！”秦蓉委屈的很。

“还说，就你和妈在家，不是你气她，难道是不成？”林海疆恶狠狠的直瞪着秦蓉，话音刚落，他举起一个玻璃杯子，重重的砸在地上。吓得秦蓉赶忙用手去护孩子。

林海疆母亲的到来非但没有让秦蓉坐好月子，却让她更加痛苦。

面对他一次次的职责，秦蓉有口难辩，心情跌到了谷底。孩子还那么小，哭个不停，秦蓉只好抱着孩子跑回家。

生活，漫长的折磨

嫁鸡随鸡，嫁狗随狗；秦蓉的母亲是位传统的农妇，虽然当初女儿和林海疆交往时她就反对，但等秦蓉办结婚登记后也就随他们了。母亲把女儿劝回去了。

回到家里，秦蓉小心翼翼，只专心照顾孩子，不多说一句话。晚上，林海疆回来，一身的酒气，倒头就睡了。夜很安静，秦蓉哄好了孩子，也迷迷糊糊昏睡过去了。

半夜里，她从睡梦中，借着窗外路灯的一点亮光，看他坐着，解自己的衣服。秦蓉转了个身。

“我本来不想吵醒你的，既然你已经醒了，那就……”林海疆睡了一觉，早已经没有了醉意。

“大半夜的，你又要干吗啊？”秦蓉有点生气了。

秦蓉的身子一阵痉挛，又是一次“婚内强奸”。秦蓉的大脑一片空白，陷入思维混乱的她，除了低声叫喊着表示反抗外，她的手、脚无力做任何动作。

最后，秦蓉连叫喊的力气都么有了。

不知过了多久，“婚内强奸”结束了，秦蓉瘫软在床上，背对着他，眼泪从眼角滑出。

天快亮的时候，林海疆又要开始动作。

他根本不给秦蓉说话的机会，更不给她反抗的余地。

就这样，林海疆从来不顾她那盆腔炎引起的痛楚，更不顾及她做家务带孩子的劳累，他一次又一次的要求，她也只好一次又一次的受折磨。

秦蓉经常经历这样的恐怖的夜晚，即使在经期，林海疆也不放过她。如果秦蓉不反抗，他就变态般折磨她；如果秦蓉反抗，他就来硬的，强奸一样折磨她；秦蓉实在很坚持的时候，他也要不断地骚扰，让她睡不着觉，秦蓉就在迷迷糊糊中过完房事。

2008年的大年初三，林海疆变着花样这么秦蓉，她做了最努力的拒绝，毫无作用，结果秦蓉两条大腿内侧留下了大片瘀痕，一个多月才消失。

面对如此性欲强烈的丈夫，秦蓉曾怀疑他心理有问题，让他去看看医生。

“看医生，你懂不懂，这是男人健康的表现，你看哪个女人像你这样的，你这是故意不想让我过性生活。”林海疆就是不肯去医院。于是他看秦蓉越来越不顺眼。

上个星期，林海疆的弟弟来了，秦蓉急着给孩子喂饭，自个匆匆吃了点，也没做饭给他弟弟吃；弟弟把这件事告诉了哥哥。晚上，林海疆一回家，一句话也没说，一个飞脚就踢到了秦蓉手上，被踢的中指虽不是很痛，可秦蓉的心已经被这一脚踢痛了。

矛盾，离婚的路她该不该走

现在的秦蓉，盆腔炎反反复复，经常头晕，手脚发麻，下腹痛、腰酸，还精神不振、失眠、怕冷，身体抵抗力非常差。尽管是这样的情况，她也要一个人带孩子，做家务，白天还要上班。

仔细想想，秦蓉突然发觉，直到现在她都不清楚林海疆在哪儿上班，具体做什么工种，而每次问他，他总是很含糊。她也不知道林海疆的家究竟在什么地方，他家里还有哪些人。她对林海疆，真的是彻头彻尾的不了解。

秦蓉想到了离婚。她为自己曾经想过的，与林海疆在婚礼上穿上婚纱、像模像样的做一次幸福新娘的念头而感到可笑。

秦蓉向自己的嫂子倾诉，嫂子却叫她忍耐。她回娘家的时候，把找个想法告诉了自己的母亲。

“妈，我想离婚。”秦蓉一边哄孩子，一边对母亲说。

“孩子，我也直到你受的委屈，可这婚不能说离就离啊！”母亲语重心长。

“可我和他实在过不下去了。”秦蓉强调着。

“女人啊，就是这样，过不下去也得过啊！”母亲说。

“可是……”秦蓉想坚持，却不知道该说什么了。

“行了，别老想着离婚，忍忍就过去了啊！”母亲叹了口气，她其实也不想继续说下去了，她虽知道女儿的苦，却无法为女儿分担。

秦蓉开始矛盾了，她不知道，离婚的路自己究竟该不该走。一方面，本以为家里人会支持她，却没想到他们还不希望她离婚。还有，孩子才一岁多，自己一个人，的确很难抚养，况且，林海疆不会这么轻易同意离婚，她也不希望孩子从小就没有父亲。而另一方面，不光是林海疆摧残般的对待她，他的家人也都对她暴躁无力。不离婚，就意味着那无数噩梦般被摧残的夜晚，被冷漠或谩骂的白天，又要继续下去。秦蓉不知道自己还可以支撑多久？

现在，孩子成了她唯一的精神寄托，只有面对这个小生命的时候，她才会流露出做母亲的喜悦。孩子是她的命根子，只有孩子能够支持着她继续生活下去。

林海疆又一次喝醉了酒，又一次骂秦蓉不尊重她母亲，为此双方发生了争吵，秦蓉抱着大声哭喊的孩子跑了出来。

她用手抹抹自己脸上的眼泪，又抹抹孩子的小脸。

“宝宝乖，不哭不哭，妈妈带你去外婆家，我们永远不回这个家，好么？”她的泪还在嘴角，脸上却挂着笑容。秦蓉，是通过《中国离婚网》公开的咨询QQ向我求助的。她的丈夫患了性亢奋，长期对她实施性虐待，身心早已不堪负重，走投无路的她想到了离婚，可她不是个很有主见的女子，没有父母的支持，她不敢轻言离婚，于是她想征求我的意见。往常，我们遇到仍在离婚边缘徘徊的求助者，我们一般都建议她们慎重考虑，夫妻感情未彻底破裂的，我们都希望她们能尽快找到问题症结，尽力去维护。可是听了秦蓉两个多小时的倾诉后，我毫不迟疑的答复她，为了保护自己，还是尽早离婚吧。

现代人由于竞争激烈，生活节奏加快，导致了内分泌失调的情况特别多，由此而引发了种种性亢奋行为。性亢奋又被称为性欲旺盛，一般表现为性兴奋频繁，性行为要求异常迫切，每天多次性生活，且持续时间长，性欲很难得到满足。这种病症经过一段时间就会恢复正常，如果情况确实严重，持续时间又较长，就应该到医院治疗。

像秦蓉的丈夫因性亢奋而对配偶实施性虐待的现象在现实生活中较为常见。性虐待又可以称为婚内强奸，是以婚姻这一特殊关系为前提，一般是指夫妻关系存续期间，丈夫以暴力、胁迫或其他方法，违背妻子意志，强行与妻子发生性关系的行为。那么，婚内强奸能否构成强奸罪？目前各国做法不一，印度、英国、美国、的新泽西州、加利福尼亚州特拉华、内布拉斯和俄勒冈等州都明确规定婚内强奸同样可以构成强奸罪。《印度刑法典》规定：

“当妻子是15岁以下的幼女时，丈夫强迫其性交可以成立本罪。”美国《新泽西州刑法》规定：“任何人都不得因年老或者性无能或者同被害人有婚姻关系而被推定为不能犯强奸罪。”1992年，英国上议院也在第599号上诉案中指出，丈夫可以对妻子犯强奸罪。我国，法律对此都是空白的，但实践中已有法院作出“强奸罪”的判决。

虽然我国法律对婚内强奸未明确予以保护，但是我国婚姻法第32条明确规定家庭暴力为法定的离婚情形之一，性虐待完全是一种家庭暴力行为，如果因此造成感情破裂，可以作为离婚的条件之一。《婚姻法》第32条：实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员的；调解无效的，应准予离婚。

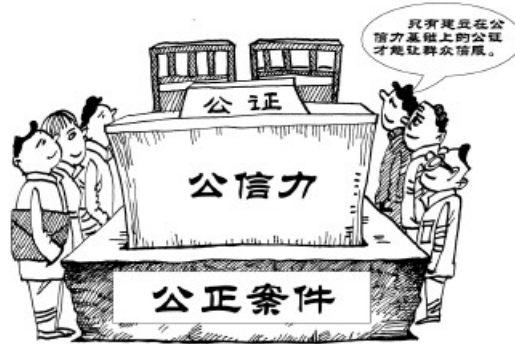
也就是说秦蓉虽然不能将丈夫绳之以法，但是完全可以以此为由起诉离婚，甚至还可以根据《婚姻法》第46规定要求对方赔偿损害。秦蓉在听了我的意见后仍在迟疑，我理解她，毕竟性虐待是夫妻床第之事，一般人的确难以启齿，更何况还牵涉个人隐私。在此，我希望秦蓉早日拿出勇气，早日获得新生。

（六）公证专题

只见义务不见保障制约机制瑕疵被放大正能量宣传不足

专家：公证应向过硬质量要公信力

2013年12月03日 法制日报 记者李恩树



公证制度是国家治理体系的重要法治手段，党的十八届三中全会对公证事业提出新要求。

“公证公信力建设至关重要，其作为法律正义和道德正义的集中体现，在推进国家治理能力提升及公证制度实施与执行中，起着重要的影响和制约作用。”参加中国公证协会主办的公证公信力建设研讨会的代表们在接受《法制日报》记者采访时表示。

点滴瑕疵影响公证公信力

2004年的“西安宝马彩票案”，几乎是所有公证人心中永远的痛。

2004年3月，在陕西省西安市一次6000万元即开型体育彩票销售活动中，彩民现场抽中宝马轿车加12万元特等奖，但却卷入一场官商勾结愚弄彩民的漩涡中。在这场“作假游戏”中，本该起“防火墙”作用的公证员却忽略掉几个经销商作假的程序瑕疵。

案件走入司法程序后，“假彩票案”的始作俑者们相继领刑，而并没有发现经济问题的公证员也因犯玩忽职守罪受到刑罚。这一事件，使得我国公证行业多年精心呵护的公信力受到重创。

“公信力是公证行业的生命，一旦受损、遇到政策变化、市场异常或偶发事件时，极有可能发生蝴蝶效应，执业环境迅速恶化，行业利益一损俱损，行业前途陷入暗淡。”北京市公证协会会长周志扬对记者说。

周志扬认为，公证受理标准缺乏统一要求，所以出现“公证业务在这个公证处能办，在那个公证处不能办”的现象。同时，公证业务能力水平参差不齐，直接影响公证行业形象，也容易引发当事人各种不满情绪，质疑公证法律服务专业性。

制度上的设计在实践中也遇到问题。我国现行公证体制有3种模式：一是行政机关，从业者是公务员身份；二是事业单位；三是少数合伙制模式。许多从业者认为，占多数的行政机关和事业单位模式，打击了公证人员工作积极性，在“干多干少钱都一样”的心理下，往往消极怠工。

而影响公证公信力的最重要原因是，“公证只见义务，而不见其义务或任务实施的权力保障制度、激励机制及制约机制”。

抛开内部原因，整个社会的信用环境差也让公证人的执业环境并不理想。周志扬介绍，公证员在办证过程中审查出的假当事人、假证明材料越来越多，公证员办证不但要掌握法律知识，还要辨假识假，否则一旦出错，就要承担赔偿责任和面对社会非议，“这无形中对公证员提出更为严苛的要求”。

提升舆情引导能力树公信

“西安宝马彩票案”之后，同样是体育彩票现场监督，海南某地公证人员查出申请方人员在彩球上做了手脚，避免了重大失实事件的发生，保护了彩民合法权益。然而，这样一个有力维护公证公信力的典型事例，却因申请方原因并未见诸报端，甚至业内也鲜有人知。

周志扬认为，这是公正行业缺乏舆论应对能力的体现。“公证行业不乏突出典型，不乏彰显公信力的事例，但缺少宣传，缺少自上而下应对紧急事态的机制和能力。”

让周志扬寒心的是，许多人并不了解公证行业，“西安宝马彩票案”这类负面事件曝出后，才对公证略知一二。

周志扬表示，相较于其他法律职业，公证在公众中的认知程度相对较低。有的当事人把提供证明材料的正常要求看作刁难；有的当事人认为，支付了相关费用就应该按照其全部要求提供公证文书；有的当事人认为，公证机构就是签字盖章的地方，没提供什么劳动却要收取看上去很高的费用。这样的误解对公证的公信力无疑具有负面影

响。

“信息时代公证行业形象对于公证公信力的构建尤为重要。”安徽省公证协会秘书长桂勇认为，公证机构应主动积极尝试通过媒体宣传自身，尤其是通过互联网等新媒体。“互联网作为拥有强势话语权的大众传播工具，是公证树立行业形象、加强对外信息沟通和传递的重要途径。”

让桂勇欣喜的是，一些公证机构已通过开通微博、微信，实现了与社会公众的便捷互动。

但仅有宣传意识仍然不够，公证机构还应掌握如何应对负面舆情。在公众意识里，公证机构是占据一定公共资源、代表一定公共利益的组织。公证机构作为直接接触民生、直接关系老百姓切身利益的法律服务机构，不可避免地要成为网络舆情关注相对集中的行业。

“媒体无处不在，拒之门外是不明智的，主动向媒体释放信息才不会让事态扩大。”桂勇对记者说。

做好每件公证筑公信之基

出色的舆情处置能力虽然对行业形象大有裨益，但对于塑造公信力来说，公证员队伍及公证质量才是核心所在。

“公证的生命在于质量，谁忽视了公证质量，谁就要付出代价。要认真做好每一笔公证业务，这是公证事业赢得社会公信力的基础。”中国公证协会副会长王公义说。

以公证保全证据为例，近年来，这一领域办案量迅猛增长，对迅速、合理解决纠纷发挥了难以替代的作用。

据上海市东方公证处业务指导委员会专职副主任薛凡介绍，一家公司发现自己享有独家网络播映权的多部影视作品被他人擅自播映，根据权利人的申请，公证员对侵权事实进行了证据保全，整个保全过程历时数月，记载证据事实的公证书长达两万多字，侵权人收到公证书后主动表示了和解的愿望，这样的保全证据活动无疑体现了公证的公信力。

“公证是一项法律性、程序性、时效性很强的工作，建立完善的程序规则体系，对规范公证事项和办证各个环节都有重要意义。”四川省成都市律政公证处主任李勇说，我国公证法于2006年实施后，相关法律法规陆续出台，但具有公证办证指导意义的规定仍散见于部门规章中，应建立健全与法律、部门规章、行业规范相互衔接的公证法律制度体系。

在王公义看来，公证行业同其他行业一样，无法避免瑕疵，但出现瑕疵后，必须处理好错证给当事人造成损失的赔偿问题。

“信誉至上就是执业之本。在一定意义上，公信力就是公证最具价值的社会资本和无形资产，既作用于自身，也影响于与之交往的其他社会主体。”中国公证协会会长丁露说，只有使公证真正成为社会公信力的重要载体，使公证人真正成为社会诚信建设的示范者、倡导者和组织者，公证工作才能取得实实在在的社会效果，同时增进自身价值。

十、新书资讯

书名：律师执业基本技能：法律服务收费谈判

出版时间：2013-12-11 作者：骆伟雄



内容简介

本书从近十多年来律师收费争议的焦点，分析律师收费争议的成因；从影响和制约律师收费的客观因素、行业因素，剖析律师收费应遵循的客观经济规律。在此基础上，将法律服务实践中的经验、技巧与实例相结合，重点阐述律师如何全方位、多视角向客户阐述律师服务价值，进行法律服务收费谈判，并对各种常见律师业务如何洽谈收费做了深入阐述。本书还从营销学角度，提出律师应当建立营销理念，以彰显律师服务价值；对风险代理的利弊、风险、合同安排做了详细分析。本书试图帮助“二八定律”中80%的律师恰当、准确地向当事人阐释法律服务的内在价值，使这部分律师在能够争取到合理回报的前提下，更好地服务当事人。

律师与当事人之间的权利义务关系，归根结底只有一条主线：律师提供法律服务，当事人支付律师费。律师为获得律师费所“支付”的对价是提供法律服务；当事人要求律师提供法律服务所支付的对价是律师费。简言之，就是当事人掏腰包购买律师的法律服务。

法律服务对于当事人的重要性，是如何强调也不会过分的。当事人需要提供法律服务的事项，往往是对其十分重要的事项。对于法人和其他组织而言，可能涉及其生死存废；对于自然人而言，则可能是一生中少有、仅有的大事，甚至于关系到其身家性命。因此，当事人聘请律师，是有风险的。当事人对于支付律师费的数额大小，只有承受力问题，而不具敏感性。

律师费对于律师的重要性，也很容易被理解。自从20世纪90年代合伙制律师事务所雨后春笋般崛起，律师们辞掉公职抛弃“铁饭碗”之后，律师费就成了律师们养家糊口、安身立命之本。律师事务所的开办和运营没有任何财政经费，律师们没有工资，没有住房、医疗、养老等保障，所有这些，都只能指望律师费，而且律师费还要先缴税。可以说，没有了律师费，律师就没有了一切。

既然交换双方追求的目标都十分重要，那么，法律服务定价的异常重要性，就不言自明。但是，要对法律服务的价值进行合理评估，是一件很复杂的事情。

律师提供的法律服务，与普通服务最大的区别在于律师服务的高度个性化，是“一对一”的特殊服务，即不可复制的并且具有个性的律师，为不可复制的案件，以及具有个性的、有不同要求的当事人提供法律服务。

而律师费在中国当前规制并不完善，也不合理，法律服务市场管理跟不上主体市场化改革要求的情况下，律师与当事人如何确定一个合理的对价？这既是律师行业发展的重点也是难点。

维护司法公正，保障案件获得公正处理，是律师的底线；维护当事人的合法权益，使当事人的合法权益最大化，这是律师承办案件时所追求的最高目标。这些，律师与当事人是完全一致的。律师与当事人之间的矛盾和纠结在于：律师服务与律师费这两个对价当中，如何寻找到平衡点。达到平衡的根本标志是：律师提供的法律服务能让当事人满意，当事人支付的律师费让律师满意。虽然难以做到双方皆大欢喜——能做到最好，但至少可以做到双方无怨无悔吧。

本书运用大量案例，从中国律师制度恢复以来律师收费体制变化的四个阶段，解析了现行收费制度的利弊，从近10多年来律师收费争议的焦点，分析了律师收费争议的危害、成因，从影响和制约律师收费的客观因素、行业因素，剖析了律师收费应遵循的客观经济规律。在此基础上，本书重点论述了律师如何全方位、多视角向客户阐述律师服务价值，把握律师服务收费的定价，并对各种常见律师业务如何洽谈收费作了简略论述。本书还从营销学角度，提出律师应当建立营销理念，以彰显律师服务价值，提出如何运用法律服务合同将定价成果固定下来，并对风险代理的利弊、风险、合同安排作了详细分析。最后，本书还介绍了律师收费争议的处理程序和攻略，以及律师收费争议的舆情分析及应对策略。

本书是一部以应用为主，兼顾理论研究的律师实务著作，对于职业律师、法学教育者、法学研究者及与律师打交道的社会公众，有一定的参考价值。

作者简介

骆伟雄，1962年7月28日出生，北京大学哲学学士，中国政法大学民商法硕士。现为广西创想律师事务所高级合伙人，国家一级律师。1992年开始从事专职律师工作，2008年获得司法部、中华全国律师协会“全国优秀律师”称号；2005年、2008年获得“广西优秀律师”称号，2013年7月作为“同心律师服务团成员受到中央统战部、司法部、中华全国律师协会表彰。

曾担任《中国律师报》特约撰稿人，并获得“优秀特约撰稿人”称号受到司法部表彰。在各种报纸杂志、网络上发表文章60余篇，100余万字，出版35万字个人专著《律师，我能赢吗？》（中国大地出版社2004年版）。

曾担任第六届、第七届广西律师协会副会长，第七届中华全国律师协会理事；现担任广西壮族自治区高级人民法院法律咨询专家库法律咨询专家、自治区政法委案件评查员、广西壮族自治区监察厅特约监察员、广西党外人士知识界联谊会副会长、第十届南宁市政协委员、南宁市人民检察院专家咨询委员会委员、南宁仲裁委员会和贵港仲裁委员会仲裁员等职务。

序言

序一（中国政法大学终身教授 江平）

在我执教过的学生中，可能由于特殊的历史事件，88级前后的学生都免不了思考许多政治和法律问题。伟雄是88级民商法研究生，1992年起从事律师工作，对中国民主与法治、对中国律师等问题勤于思考、笔耕不辍，写了不少文章。现在又将自己多年思考的成果、多年的律师执业经验进行系统总结，出版《律师执业基本技能：法律服务收费谈判》一书，可喜可贺！

我在以前的演讲、文章中，曾经多次谈到律师，也多次涉及律师与金钱的关系问题，其中讲到过：律师事务所虽然也收费，但不等同于以营利为目的的企业；律师虽然有赖于律师费以求生存，但律师绝对不等同于商人。这个律师发展的大方向是我们必须坚持的。

但律师服务毕竟是有偿服务，我们说律师不等同于商人，我们说要反对律师商业化倾向，这并不意味着在市场经济条件下，律师不可以有商业头脑。法律服务市场也存在竞争，完全没有商业头脑的律师，恐怕要被市场淘汰。

中国律师是属于体制外的职业群体，律师事务所没有财政拨款，律师事务所的生存与发展有赖于律师收费；就律师个人而言，律师的吃穿住行、律师的养老、医疗等也都来源于律师收费。故如书中所言：律师费是律师养家糊口、安身立命之本，这是不争的事实。近几年随着我国律师业的加速发展，律师的生存恐怕还是个不小的问题。

我在给北京律师的一次演讲中，曾将律师分为四类：第一是政治家型的律师，这类律师具有政治家素质，关心国家和社会存在的问题，并且提出解决的办法；第二是学者型的律师，这类律师大多有深厚的理论功底，善于把业务中遇到的问题上升到理论高度来分析研究，提出整套独特见解；第三是商人型的律师，这类律师不太关心政治，也不太钻研理论，律师对他们来说是一种谋生手段，付出劳动然后取得收入；第四是讼棍型的律师，这类律师爱财且重名，为追逐名利不择手段，与司法人员勾结搞腐败。

这四种类型的律师，前两类是我们大力倡导的，他们是律师界中的精英，是我们学习的榜样，但毕竟只有少数人能做到；第四类是我们反对的，但毕竟也属极少数；第三类商人型律师，恐怕占去了绝大多数，而且其他类型律师多由此转化而来：解决了生存问题、过上比较富足的生活后，有些律师选择为民请命为国家分忧、尽社会责任；有些律师选择为中国法学理论、法律文化作贡献；而极个别律师名利熏心、沦为讼棍。当然更多的律师一辈子兢兢业业为当事人服务，做一个安分守己的、合格的律师，这也是很不容易的事。从绝大多数律师成长路径和规律看，是首先从解决自己的生存问题做起的，这符合历史唯物主义，也符合中国知识分子“贫则独善其身，达则兼济天下”的朴素观念。

律师为当事人提供法律服务，获取报酬，这看起来是天经地义的事。可在中国，事情并没那么简单。由于律师制度建立时间不长，加之律师体制变革剧烈，政府职能转变的相对滞后，社会上对律师收费存在诸多误解，需要律师在执业过程中加以厘清。律师服务本身是高智商的劳动，对其价值的评估本身也是一个极复杂的过程。而律师执业水平的巨大差异又决定了不能将同一价格适用于不同律师身上。故此，律师收费的高低，往往又不能不借助市场这只“无形之手”。

这样一来，律师如何在法律服务市场中，通过提供优质服务获取合理报酬，就是一个十分重要的问题。我们从这部书中可以看到：律师光是埋头苦干为当事人服务还不行，律师要获得合理报酬，还存在许多与当事人沟通的问题，还存在许多律师收费谈判的技巧问题。

这部以应用为主，兼顾理论研究，系统阐述律师收费的实务著作的出版，对于健全律师收费制度、对于规范律师收费行为、对于律师执业及当事人聘请律师，有一定的指导和参考价值。

故为之序。

序二（中华全国律师协会会长 王俊峰）

骆伟雄律师倾力写就的这本近30万字的《律师执业基本技能：法律服务收费谈判》对律师专业服务工作及其收费问题进行了广泛深入的研讨，对社会各界全面了解律师工作有着非常积极的意义。

我国律师制度恢复30多年来，在党中央、国务院的正确领导下，在社会各界的大力支持下，经过全体律师共同努力，律师队伍不断壮大，律师事业全面发展。目前全国执业律师已超过23万，律师事务所近2万家。与此同时，律师行业影响力进一步提升，律师法律服务在国家政治、经济和社会各个领域的积极作用日益彰显，中国律师行业面临广阔的发展空间。

同时，我们还要清醒地看到，我国律师行业的发展还存在不少问题和困难，如社会需求与律师素质的提升、地区之间发展不均衡，传统业务和现代法律服务领域的发展不均衡等。这些问题的解决，既需要学者、专家们的研究和关注，也需要来自律师业内的思考、探索和努力。其中，律师法律服务收费就一直是律师行业发展面临的重大业内民生课题之一。保障律师的专业服务工作得到适当的收费，关乎社会对律师法律服务价值的认同程度，关乎行业的尊严和律师事业长远发展。律师不具有任何公权力，律师行业的生存完全靠以自己的专业法律服务换取一定的合理收益，以维持律师的生存与发展，满足律师养家糊口生计的需要。

一直以来，我希望并呼吁政府和社会各界对律师收费问题有更多的关注和理解。不能忽视的一个问题是，由于社会缺乏对律师工作的清晰认知，导致律师法律服务价值长期受到低估，律师工作得不到应有的对价收益。我到各地做过许多调研，发现新入门律师生存困难是行业面临的一个很大的问题，很多地方的初级律师月收入不足千元，甚至远低于保姆和其他社会基层劳动工作的收入，这对一个高级专业知识精英群体来说是不可想象的，足以引起人们的高度关注和深思。如果说律师业发展反映一个国家的法治水平和文明程度的话，那么律师业收费的实际状况就是这一问题的最明显标志。实践中，由于种种因素，不愿意支付或不按规定支付律师费的当事人比比皆是，甚至包括大量使用律师服务的政府机构。

那么，怎样衡量律师工作及其法律服务价值，律师法律服务到底应该依据什么收费以及收多少费，值得业内共同深入研究。尽管实践中律师收费的方式方法不尽相同，有按诉讼胜败来确定收费额的，也有按案件所涉及标

的额确定收费额的，但无论如何，律师收费要与律师投入的实际时间量、律师的经验和学识背景、法律服务复杂程度等因素相关联。

我注意到，本书的作者是一名有着二十多年从业经历的老律师。他在书中分析了律师在严格遵守法律、行政法规和行业规范的前提下，如何在服务好当事人的同时更好地体现律师服务价值，系统地介绍了律师收费方面的执业经验和技巧，同时也提出了一些收费体制改革方面的建设性意见，抓住了律师关心、社会关注的焦点问题，对于进一步拓展和规范律师收费问题进行了有益的探索，有着积极意义。

骆律师在紧张繁忙的业务中，能抽出宝贵时间潜心研究行业收费和发展问题，令人充满敬意。书中谈到的案例、经验和技巧，可资借鉴；所提及的观点，虽然不一定全面和准确，但不论是对是错，都值得我们进一步思考、研讨和交流。

是为序。

序 三（中国法学会《民主与法制》社总编辑 刘桂明）

羞于谈钱的律师是什么律师？

我与骆伟雄律师同龄，于是无形中就多了一份亲近。后来见面之后发现，我们俩不仅可以以文会友，而且长相颇为相似。

记得我第一次与骆律师见面和认识，还是2004年11月在南宁市召开的“首届中国—东盟博览会”上。我应邀作为嘉宾出席中国—东盟博览会法律事务论坛，于是就顺理成章地与担任中国—东盟博览会常年法律顾问的骆律师一见如故了。

会后，他送给我一部厚厚的新作《律师，我能赢吗？》。之后，就不断收到他的好消息。2005年，骆伟雄律师所在的广西创想律师事务所获得司法部、全国律协颁发的“全国优秀律师事务所”称号；2008年，他本人获得“全国优秀律师”荣誉称号。其后，他多次来京参加会议和接受颁奖。其间，骆伟雄律师还活跃在我主导发起的中国律师论坛、中国西部律师论坛等重大会议上。为此，我们相互切磋的机会与相谈甚欢的交流，就越来越频繁。

今年7月28日，恰好是他的生日。我收到了伟雄发来的短信，说是应法律出版社之约撰写的《律师执业基本技能：法律服务收费谈判》一书刚刚完稿，盛邀我为其作序，并立即将书稿电子版发了过来。由于我最近工作实在太忙，同时对律师收费问题又没有特别研究，唯恐自己力不从心构成“违约”，因此未敢贸然应允，只是回复短信说：“我想想，再看看。”尽管如此，但我还是一直将此事挂在心上，并开始留意有关资料。

不料，到了8月中旬，伟雄见我没有任何回应，耐不住了，接二连三地通过电子邮箱给我发来了一些看似感慨实则意在激将的文字：

“刘总：我知道要求您为我这部名为《律师执业基本技能：法律服务收费谈判》的书写序，是有点为难。因为我研究过您许多文章，你宣传、赞扬的大律师，都是不讲钱的。大律师的标准非以赚钱多少为准。这个我也认同。

……可能您接触到的都是成功的大律师居多，底层的律师恐怕就不是很多了。其实，绝大多数律师创业相当艰苦。……如您以前所言：律师光成为一份职业、行业、专业还不行，还必须形成产业。目前律师的业务收入，您几年前讲过，仅占北京GDP的1%，如果占10%会如何？腰杆子就硬了，影响力就大了。而要做到这样，律师收费就是一个基础性的问题。

我们再从您所宣传的大律师形象来看，许多不都是从解决生存问题做起的么？律师的生存、发展问题不解决，何以让律师承担更大的社会责任？何以不辜负国家、社会对律师的殷切期望？因此，我谈律师的收费，与您所宣传的大律师形象，没有冲突。大律师固然值得大家景仰和学习，但同时也应当关注大多数普通律师的生存状况，特别是近几年，律师人数加速增长，但他们工作生活情况如何？日子是否好过？还是要切实走一走‘群众路线’。

律师肯定都希望能够成功，但在成功之前，如果缺乏社会关心和关怀，恐怕你们宣传的大律师，会变成可望而不可即的少数。”

在伟雄如此这般“激将法”的作用下，看来要打退堂鼓显然是不可能了。再说，读过这段充满激情的文字，感慨之余就是感动，感动之后也确实有所触动。看来，这个序我是无论如何、于情于理都无法不写了。

可是，怎样下笔呢？

综观伟雄近30万字的大作，以中国当前收费制度为背景、以中国律师制度改革与变迁作为历史线索、以社会上律师收费争议的焦点为烘托、以律师与委托人权利义务关系为核心、以《律师法》和律师行业规范为主导，运用大量案例介绍了律师实务中的许多律师服务收费经验和技巧，其资料之全面、内容之系统、案例之丰富、观点之鲜明，所看问题之深刻，所提问题之尖锐，据我了解，在当下有关律师体制乃至整个律师制度的期刊图书中，可以说是前所未有、闻所未闻。本书读后，真可谓抚卷发人深思，释卷耐人寻味，闭卷令人拍案。

在我看来，伟雄律师在本书中，充分显示了当年作为北大哲学系高才生的逻辑思路。

首先，现行收费标准存在什么问题？2006年出台的律师服务收费管理办法，所实行的是“双轨制”，即政府指导价（俗语说的“收费标准”）和市场调节价并行不悖，而实际效果却是政府“指导”为主，市场调节为辅。这样的收费是否与律师、律师事务所的市场主体地位不符？这个问题确实尖锐而深刻。伟雄律师进而提出了律师

收费制度市场化改革的设想。不管其观点是否正确是否全面，但所提问题确实值得研究、值得进一步探讨。现行收费规定可能忽略了一个重大事实：律师制度恢复初期，律师是国家法律工作者，而现在不是了，至少绝大部分已经被彻底推向市场，自己找饭吃了。

其次，律师收费标准为什么会成为问题？通读本书，应接不暇的问题迎面扑来：近年来为什么律师收费会成为一个争论不休的社会热点？社会公众与律师业内的矛盾和分歧是什么？关于律师收费的争议焦点都有哪些？为什么会有这样的争议？为什么政府每出台一个收费规定，都引发律师行业内、社会公众迥然不同的解读？为什么律师频频与当事人反目成仇、对簿公堂？为什么相同情节的收费争议法院会作出截然相反的判决？是否政府制定的收费规定本身就存在争议的隐患？……最令律师郁闷和不懈，也最值得社会反省的是：律师为当事人解决许许多多的纠纷，为什么却处理不好自己与当事人之间的收费纠纷？同样，让有些地方司法行政部门百思不得其解的是，通过与发改委等部门沟通合作费尽心力制定的新收费标准，为什么费力不讨好？为什么在新标准出来后，在律师界骂声一片，认为这是借机整肃律师。如此收费，律师是否还能活下去？更没想到的是，这个本是为了照顾百姓打官司的标准，老百姓也不买账。他们甚至怀疑这个标准能否行得通，能否在现实中得到落实。

所有这些问题，其实都是难题，同时也是命题与课题。虽然本书中没有为全部问题找出答案，但发现问题其实比解决问题更加重要。所以，问题的提出，就是解决的一半。

最后，法律服务收费如何掌握？当然，本书对上述种种问题的提出和分析，其实只是全书的一个引子。

因为这部书以理论探讨为发端，以律师收费实务为全书的主题，核心是如何让法律服务价值得到充分体现。伟雄律师用简洁的素描方式较为全面地分析了制约中国法律服务市场的各种客观因素、行业因素，从而把重点落在了“法律服务收费谈判”的主题上。

伟雄律师以自己20多年的执业经验，面对现实，用浓厚笔墨，结合生动的案例，详尽介绍了律师如何在执业过程中体现法律服务价值，如何通过提升法律服务质量、通过与委托人有效沟通、通过法律服务营销、通过签订一份高质量的法律服务合同等方式，使律师服务价值最大化，并得到法律保障。

这些深入浅出、通俗易懂、漫漫而谈、娓娓道来的阐述，有理性分析，也有感情倾诉，又有案例对照，还有实务研究，可谓有血有肉有骨架，不但对执业律师有参考、对法律学者有启迪、对行政管理 and 行业管理者有触动，而且也能起到促使社会公众和当事人换位思考的妙用。倘若有人准备要聘请律师，看了这部出自资深律师之手的著作，还有可能起到在律师中“卧底”的作用呢。

从书中可以看到三个明显的特点：第一，不回避矛盾。书中提到了许多十分尖锐、而律师实务中又无法回避的突出矛盾。律师在执业中无法回避，只能正确对待，这需要律师的睿智。第二，书中提出以法律服务营销彰显律师服务价值，虽然以前也有不少书研究过律师营销，但伟雄律师的可贵之处在于结合律师行业规范，提出律师服务营销不能触犯的“红线”与“底线”。第三，从合同法的高度阐述了律师与当事人的法律关系为委托关系，其法律关系的基本特征是委托人与受委托人（律师）之间的信赖。因此，无论出于何种原因，律师与当事人的纠纷都是对信赖关系的破坏，应当尽力避免纠纷的发生。发生了，低调处理为上策。

不敢说这是一部很完美的著作，也不敢说书中所提观点都很正确、没有值得商榷的余地，更不敢说该书一劳永逸地解决了法律服务收费中存在的全部问题，更不敢说读了这部书就能精通律师收费的全部。但是，我敢说的是，律师不应该羞于谈钱，因为律师谈钱是天经地义的事情、是理所当然的事情、是合理合法的事情。如果律师羞于谈钱，一定是一个对自己、对律师职业乃至对律师制度还不够自信的律师。

从这个意义上说，无论是你将律师当成职业还是事业，这部不同一般的书均值得一读、值得一用。是为序。

目 录 CONTENTS

前言 律师收费，为何成为一个争论不休的社会热点？

第一章 我国律师收费历史阶段及现行收费制度

- 一、新中国律师制度恢复的历史背景
- 二、我国律师收费制度的四个阶段及特点
- 三、我国现行收费制度的基本情况
- 四、各地实施办法与收费标准概观
- 五、我国现行律师收费的种类和构成
- 六、政府干预法律服务价格应遵守“大拇指法则”

第二章 律师收费争议的焦点问题

- 一、律师收费争议产生的历史背景
- 二、律师费，到底是太高了，还是太低了？
- 三、律师收费，是市场行为，还是行政管理对象？
- 四、风险收费是否合法？风险代理合同是否有效？
- 五、风险收费，是利是弊？
- 六、律师乱收费、高收费使老百姓打不起官司？

第三章 影响和制约律师收费的客观因素

- 一、价值规律与供求关系的影响
- 二、中国法治进程与法律服务需求量
 - (一) 实行宪法指导下的社会主义法治，使我国宪法具有程序上的诉讼价值
 - (二) 发挥刑事辩护律师的作用，扩大律师的刑事业务
 - (三) 强化政府的服务功能，用行政诉讼化解公民与政府的矛盾
- 三、政府职能转变与扩大法律服务需求量
- 四、政府要改变免费使用律师的习惯
- 五、规范法院立案，保障三大诉讼法实施
- 六、规范公民代理、辩护，维护法律服务市场秩序
- 七、社会保障体制：法律援助制度发展水平和健全程度

第四章 掌握律师服务收费应考虑的行业因素

- 一、律师行业的职业化、专业化和产业化
- 二、影响和制约律师服务收费的行业因素
 - (一) 律师收费规制不完善、不合理
 - (二) 律师之间存在的不正当竞争
 - (三) 司法体制改革进程与优秀律师水平的发挥
- 三、各国律师服务收费规定考虑的因素
 - (一) 英国律师服务收费规定考虑的因素
 - (二) 美国律师服务收费规定考虑的因素
 - (三) 中国律师服务收费规定考虑的因素
- 四、我国律师行政规章、行业规章的相关规定
 - (一) 超出收费规定范围收费
 - (二) 私自收费、收费不入账
 - (三) 收费不做事、收费不尽职
 - (四) 利用提供法律服务的便利牟取当事人争议权益
 - (五) 收费不办健全手续
 - (六) 法律援助案件变相收费
 - (七) 低价收费的不正当竞争行为

第五章 律师，如何把握法律服务收费（上）

- 一、律师收费谈判前要明确律师的角色及工作范围
 - (一) 将常年法律顾问的律师当成秘书使用的误区
 - (二) 将聘用的代理、辩护律师当成雇员使用的误区
 - (三) 认为可以利用律师“代理”违法活动的误区
- 二、律师收费谈判前应当向当事人澄清的误解
 - (一) 认为律师的劳动不需要任何成本
 - (二) 认为律师收费是在“乘人之危”
 - (三) 以为律师收费也可以“货比三家”
 - (四) 以为交了钱聘请律师，官司就一定赢
 - (五) 律师可以将拖欠的债务赖掉、罪名洗掉
 - (六) 与律师合作像做生意，可以赚钱，至少不亏损
 - (七) 以为律师是国家工作人员，有权居中裁判
 - (八) 以为律师事务所是慈善机构，可以随便免费服务
 - (九) 以为律师是“个体户”，是否收费自己说了算
- 三、律师收费谈判过程中常见的误区
 - (一) 误区之一：缺少强势的律师角色
 - (二) 误区之二：被当事人的思路牵着走
 - (三) 误区之三：情况紧急先做了再谈收费
 - (四) 误区之四：轻信当事人口头承诺
 - (五) 误区之五：不知不觉受到当事人不规范行为影响
- 四、如何让律师服务在当事人看来更具价值
 - (一) 多视角全方位向当事人揭示律师服务的价值
 - (二) 深知、深挖当事人欲委托事项的重要性

(三) 利用律师合作、团队精神使律师服务价值最大化

五、影响律师收费的当事人一方因素

- (一) 当事人的经济能力
- (二) 委托事务对当事人的重要性
- (三) 当事人不同的诉讼动机及目的
- (四) 当事人对律师工作成效的认知程度
- (五) 整个诉讼事务、非诉讼事务的成本

六、影响律师收费的律师一方因素

- (一) 律师个人的资历、名气、行
- (二) 律师个人的社会关系资源
- (三) 律师所在的律师事务所品牌
- (四) 律师个人的专业化程度
- (五) 律师与客户的沟通能力
- (六) 律师个人业务量、团队等因素

七、实践中与当事人谈判律师费时应阐明的事项

- (一) 律师在执业地的生存、生活成本构成
- (二) 承担责任事项：法律责任、道义责任
- (三) 工作量事项：工作量的计算、业务素质与工作量
- (四) 机会成本事项：数量限制、利益冲突回避
- (五) 费用成本事项：直接成本、间接成本

第六章 律师，如何把握法律服务收费（下）

一、律师从事常年法律顾问业务收费谈判攻略

- (一) 常年法律顾问与专项法律顾问的服务范围
- (二) 充分向当事人揭示预防法律风险的重要性
- (三) 让当事人知道：律师是不可缺少的角色
- (四) 常年法律顾问收费应考虑的重要因素
- (五) 各种不同类型的常年法律顾问业务收费谈判攻略

二、律师代理民事诉讼案件收费谈判攻略

- (一) 作为原告代理人的律师如何谈判代理费
- (二) 作为被告代理人的律师如何谈判代理费
- (三) 作为第三人代理人的律师如何谈判收费
- (四) 作为上诉人代理人的律师如何谈判收费
- (五) 作为被上诉人代理人的律师如何谈判收费
- (六) 作为再审程序各方代理人的律师如何谈判收费
- (七) 民事诉讼其他程序的代理律师如何谈判收费
- (八) 各种不同类型民事案件收费谈判攻略

三、律师从事刑事辩护业务收费谈判攻略

- (一) 侦查阶段
- (二) 审查起诉阶段
- (三) 审判阶段
- (四) 其他法律服务
- (五) 各种类型刑事案件收费谈判攻略

四、律师从事行政诉讼业务收费谈判攻略

- (一) 作为行政诉讼原告代理人的律师如何谈判代理费
- (二) 作为行政诉讼被告代理人的律师如何谈判代理费
- (三) 作为行政诉讼第三人代理人的律师收费谈判攻略

五、律师从事其他法律业务收费谈判攻略

- (一) 常见非诉讼业务
- (二) 律师上市公司业务
- (三) 律师参与商业谈判
- (四) 律师尽职调查
- (五) 律师见证
- (六) BOT、BT 等其他新类型法律服务

(七) 地理标志保护的律师业务

第七章 彰显律师法律服务价值的营销策略

一、律师服务营销——方兴未艾的学科

二、律师营销是把握法律服务收费的重要步骤

三、律师营销应遵守什么样的规则？

(一) 律师可以使用的营销方式

(二) 律师营销应当尊重委托人感受

(三) 律师禁止使用的营销方式

四、律师服务营销的基本理念和路径

(一) 基本理念

(二) 营销路径

五、律师法律服务收费谈判策略的选择

(一) 成本定价法

(二) 需求导向定价法

(三) 通行定价法

六、律师服务营销的细节能否决定成败？

七、律师费洽谈应把握的火候、场合、方式

(一) 火候

(二) 场合

(三) 方式

八、律师服务收费洽谈应注意的其他细节

(一) 律师的言谈举止

(二) 律师的衣食住行

第八章 法律服务合同与法律服务收费问题

一、法律服务合同的重要性

二、法律服务合同必须确立的基本原则

(一) 法律服务合同的合法性原则

(二) 法律服务合同的规范性原则

(三) 法律服务合同的谨慎性原则

(四) 委托权限与合同相一致原则

(五) 先付款后服务原则

三、法律服务合同性质、特征与委托书的关系

四、法律服务合同的种类

(一) 按照合同形式的分类

(二) 按照服务的内容和业务种类的分类

五、法律服务合同的洽谈与签订

六、法律服务合同的条款安排

(一) 律师事务所的义务

(二) 委托人的义务

(三) 违约责任条款

(四) 合同的争议解决条款

七、法律服务合同的履行

八、法律服务合同的变更、解除和终止

(一) 法律服务合同的变更

(二) 法律服务合同的解除和终止

九、律师转所时法律服务合同的处理

第九章 律师风险收费应当注意的若干问题

一、风险收费代理的性质问题

二、风险收费代理利弊分析

(一) 风险收费的积极作用

(二) 风险收费的负面效应

三、律师选择风险代理前应做的准备工作

四、如何防范风险收费中律师一方的风险

- 五、签订风险代理合同应注意的前置程序
- 六、禁止风险代理的情形
- 七、风险收费的比例限制
- 八、重视对“胜诉”等关键环节含义的界定

第十章 律师收费争议的处理程序和攻略

- 一、律师收费争议的主要类型
 - (一) 委托人违约型
 - (二) 律师事务所违约型
 - (三) 委托合同条款理解分歧型
 - (四) 委托人对律师服务误解型
 - (五) 风险代理的“过河拆桥”型
 - 二、律师收费争议成因和危害
 - (一) 成因
 - (二) 对律师行业的危害
 - 三、律师收费争议的预防措施
 - (一) 委托合同的合理设计和安排
 - (二) 建立委托关系前律师向客户的解释
 - (三) 承办律师认真履行合同及保留证据
 - (四) 服务质量的提高及服务态度的改善
 - (五) 加强承办律师与委托人的双向沟通
 - 四、律师收费争议的协商解决
 - (一) 建立律师事务所协商解决机制
 - (二) 解铃还须系铃人：承办律师的作用
 - (三) 顾全大局、着眼长远
 - 五、律师收费争议的行业协调及行政调解
 - (一) 适用范围
 - (二) 调解原则
 - (三) 调解机构设置及职能
 - (四) 调解员的工作职责
 - (五) 收费争议双方当事人的权利义务
 - (六) 调解程序
 - (七) 相关材料的提供
 - (八) 调解方式
 - (九) 调解协议的达成及效力
 - (十) 调解的期限及终结
 - 六、律师收费争议的仲裁和诉讼
 - (一) 最佳选择：委托合同中设置仲裁条款
 - (二) 诉讼的最佳选择：庭外和解及调解
 - (三) 避免最尴尬的局面：律师败诉
 - 七、律师收费争议的舆情分析及应对策略
- 附录 律师服务收费管理办法
- 后记

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、在校同学、媒体、妇联及其他朋友加入，共建专业领域内正常、正当交流的和谐平台！

编辑：“家事法苑”律师团队

家事法苑™律师团队编辑、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

顾问：郝惠珍 主编：杨晓林

执行主编：段凤丽 编委会成员：段凤丽、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