

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。

家事法苑™婚姻家事法律资讯简报 6 周岁生日

2008年2月15日---2014年2月15日

欢迎订阅：微信公众平台：“家事法苑”，微信号“famlaw”



2014年第2期 综合版

编辑时间：20140228

目 录

一、婚姻家庭审判动态

- 新疆乌鲁木齐市沙依巴克区人民法院：涉婚财产分割有学问-----2014年1月19日 法制日报 潘从武
徐州贾汪：司法守望“家和万事兴”-----2014年1月20日 人民法院报 朱旻
江苏徐州贾汪法院离婚案件适用“感情冷静期”-----2014年1月20日 江苏徐州中院官网 贾汪法院 郑菊 王峻
深圳经济特区性别平等促进条例》实施一年，深圳市妇联推动 深圳中院进行家事审判改革
-----2014年1月26日 中国妇女报 叶海燕
南京法院公布2013离婚案审判情况-----2014年01月28日 新华网 张羽馨 徐大卫
深圳市福田区人民法院：我院七举措提升家事案件审判质效-----2014年2月3日深圳市福田区人民法院网
深圳罗湖区法院离婚案件中公告送达程序存在风险应引起重视-----2013年5月14日 深圳罗湖区法院网
法院调研报告：同居期间房屋所有权认定、分割若干问题之探讨 2013年 深圳罗湖区法院网曹泽洲、颜浩民、杨震
广东惠州离婚判决将每月通报民政局 省内率先实施婚姻信息变动通报-----2014年1月2日 人民法院报 林晔晗
盐城中院成功办结首例涉台离婚司法协助案-----2014年2月8日 江苏法制报
北京朝阳区法院：李阳1200万给清没？男女双方意见不一 李阳离婚案法院听证 2014年2月13日北京晚报 张蕾
离婚案落判一年 前妻李金申请强执千万款项 上午法院召开听证会审查 李阳提异议——门口发材料 攥拳进法院
-----2014年2月13日 法制晚报 王晓飞
北京房山区法院：嫂嫂申请强制小叔子腾房 执行虽成功 吵闹难消除-----2013年2月13日 北京晚报

浙江温州鹿城区人民法院：匆匆步入婚姻，结果被揍34年 六旬妇请来“人身安全保护令”撑腰

-----2014年2月14日 浙江法制报 黄云峰

四川常德法院：丈夫告妻上法庭婚内索讨孝心钱-----2014年2月18日 四川法制报 若星

（南京）离婚人群呈两极分化 房屋分割财产最大焦点-----2014年02月18日 新华日报

北京市一中院：单亲妈妈未缴超生款儿子难落户诉房山公安分局违法一审败诉后再上诉 2014年02月25日 京华时报 孙思娅

最高人民法院 2014年2月27日新闻发布会材料-----2014年2月27日 孙军工

二、一般审判动态

完善司法确认制度 健全纠纷解决机制——北京市丰台区法院关于人民调解协议司法确认案件审理情况的调研报告

-----2014年1月23日 人民法院报 宋堃 李冬冬 韩炜 柴海燕

（甘肃）省高院、省妇联联合下发“加强妇女维权合议庭工作指导意见”——法院妇女维权合议庭甘肃全覆盖

-----2014年1月29日 中国妇女报 袁鹏

北京法院推行网上立案 当事人可在线提交材料-----2014年02月06日 中国新闻网 孙莹

北京法院：不跑冤枉路 不用排号等 在家轻点鼠标就可递交起诉状——法院网上立案 年内全面推行

-----2014年2月12日 法制晚报 王巍

最高法透露民诉文书样式和现行民事案件案由将修订拟今年完成新民诉法司法解释起草 2014年2月18日 法制日报 袁定波

对全国法院近五年审理民间借贷案件的数据分析-----2014年2月19日 法制日报 冬季

三、立法动态

中国研究建立完善未成年人监护干预制度，指导意见拟年内出台 父母失责将被剥夺监护权 2014年01月21日 新京报

代表建议修改国籍法 在相关立法工作中认真研究-----2014年2月18日 法制日报 陈丽平

全国人大代表建议修改完善民事法律 法工委将通盘考虑逐步开展-----2014年2月21日 法制日报 陈丽平

我国未成年人成长环境不容乐观难题待解有关部门呼吁 消除立法空白完善未成年人保护法律

-----2014年2月24日 法制日报 朱磊

四、媒体典型案例

（一）解除婚姻关系案例

北京市房山区人民法院：上门女婿患怪病 女方要求离婚被判支付补偿金-----2014年1月16日 中国法院网 曾慧

北京昌平区法院：女子起诉与狱中丈夫离婚对方入狱后方知自己被骗婚诉求获支持 2014年02月11日 京华时报 孙思娅

屯昌县法院：丈夫躲赌债出走 妻子起诉离婚赢官司-----2014年2月16日 南国都市报 吴岳文

（二）婚姻无效撤销案例

浙江宁波海曙法院：儿子与继母讼争遗产“惊天秘密”随之曝光 法官判决：这段婚姻关系是无效的

-----2014年2月8日 浙江法制报 高敏

（三）子女抚养亲子关系案例

广东越秀区法院：为拒前女友索要女儿抚养费他提供“亲子鉴定”未被采信 2014年01月08日 信息时报 何小敏

江苏如东县人民法院：收养二十二年未办手续 法院确认收养关系成立 2014年1月21日 人民法院报 顾建兵 赵建峰

广东省乐昌市法院：女子婚外情被诉离婚 3名子女抚养权无一获得 2014年01月29日 南方日报 谷立辉 张慧 李细龙

北京市海淀区法院：再婚欲夺回女儿抚养权 无依据法院未支持-----2013年12月13日 北京法院网 文海宣

乌鲁木齐市天山区法院：“妈妈爱我，我更愿和她一起生活” 男子要求变更抚养权遭到儿子拒绝

-----2014年1月17日 法制日报 潘从武

上海市闵行区法院：非婚生子女权益如何保护？-----2013年12月26日 上海法治报

新疆叶城县人民法院：儿媳状告婆婆想要回幼子 得知继承遗产满18岁才能用，又撤诉

-----2014年1月27日 新疆都市报 李昀霞

南京鼓楼区法院：“临时家长”代“女”告亲爹——首例被监护人状告监护人案 2014年01月04日 工人日报 孟亚生

北京昌平区法院：女儿向生父讨抚养费获支持 父母离婚时曾约定母亲一人抚养 2014年02月12日 京华时报 孙思娅

上海市宝山区法院：离婚后人工授精子女归谁抚养？ 父母被授予轮流抚养机会-----2014年2月12日 东方网

成都市武侯区人民法院：崇州离异母亲要求延长探视孩子天数获法院批准 2014年2月12日 成都全搜索新闻网 王彬荣

北京市通州区法院：男子出轨事发净身出户情人要求其抚养龙凤胎-----2014年02月17日 京华时报 裴晓兰

夫妻离婚，人工授精儿谁抚养 法官以“父母轮流抚养”方案顺利促成调解 2014年02月18日 上海法治报 王川

上海市宝山区法院：夫妻离婚，人工授精儿谁抚养 法官以“父母轮流抚养”方案顺利促成调解

-----2014年02月18日 上海法治报 王川

（四）财产分割案例

上海市浦东新区人民法院：未成年儿子房产份额 离婚案应否折价析出 2014年01月22日 上海法治报 富心振

武汉富翁承诺有外遇就净身出户 法院称“晃情况”属约定不明-----2014年1月24日 武汉晚报

上海市嘉定区法院：瘫痪父亲起诉分割房产 法院巧解多年积怨-----2013年12月20日 新民晚报 郭剑烽
兰州中院：评估员资质过期法院判决评估报告无效-----2013年11月07日 兰州晨报 陈霞
沈阳市于洪区法院：一份“爱约” 婚内财产按份共有-----2013年12月12日 沈阳日报
南宁市中级法院：夫妻离婚分房 收据上多一行字男方多得20万补偿钻法律空子的路，到头了 瞞妻分房产 调解书被撤销-----2014年1月4日 检察日报 刘文晖
(旧闻新看) 黄石市西塞山区法院：离婚协议易定财产分割难 黄石一法院判决摆乌龙 冤！

-----2013年5月15日 南方网 石清
北京昌平区法院：相恋6年结婚后又闪离 男方诉讨改口钱被驳回-----2014年02月16日 京华时报 孙思娅
广州中院：打两年半官司 分得1/4房产-----2014年2月20日 广州日报 刘晓星
娶小18岁少妻 闪婚男人财两空 赠房借钱难留心 只得离婚讨公平-----2014年2月26日 北京晚报 林靖
42岁男子网恋小18岁女子 认识不到仨月送了100万 婚后将房产过户到其名下 一少妻偷卖房 “老夫”人财两空
-----2014年2月26日 法制晚报 张雷

(五) 损害赔偿案例

兰州市城关区法院：妻子起诉与同性恋丈夫离婚 法院不支持精神赔偿-----2013年10月16日 中国网 陈霞
不堪家暴协议离婚 女方反悔诉赔偿被驳-----2014年2月19日 中国法院网 方玲
安徽明光市法院：奉子成婚三年多才知儿子非亲生 索赔8万被驳回 2014年02月19日 安徽商报 刘学讲
北京通州区法院：妻子疑丈夫出轨喝药致残索赔-----2014年02月27日 京华时报 裴晓兰

(六) 扶养赡养案例

密云法院：老汉讨赡养费诉残疾女儿法院判决被告每月给付150元-----2014年01月27日 京华时报 裴晓兰
北京顺义区法院：八旬老母诉俩儿获支持 生活不能自理被逐出家门 起诉入住养老院 2014年2月11日 北京晨报 颜斐

(七) 离婚后财产纠纷及相关纠纷

广西河池市金城江区人民法院：离婚隐瞒股权收益五年后前妻请求分割获支持 2014年1月21日 中国法院网 余志刚 黄耀浪
北京市海淀区人民法院：婚内竟然不知前夫是千万富翁离婚女子再诉分割财产获支持

-----2014年2月13日 人民法院报 文海宣
北京海淀区法院：前妻怒告骗离男 讨回1800万 离婚时丈夫已赚三千万却称做生意赔了“怕连累母子俩必须离婚”
-----2014年2月13日 北京晨报 彭小菲

北京昌平区法院：闪离男讨要份子钱被驳回 结婚不足四个月即离婚 起诉前妻讨要首饰、改口费等
-----2014年2月13日 北京晨报网 何欣

广州中院：已婚儿子获父母转让房产 离婚后女方要求一半房产-----2014年02月21日 广州日报 刘晓星
北京密云区法院：给妻17万 丈夫要假离婚 房子车子没分割 约定一年复婚 女方此后发现前夫与女上司有染 起诉“分家产” 获得法院支持-----2014年2月27日 法制晚报 洪雪

(八) 恋爱同居纠纷案例

陕西西安莲湖法院：48岁老板为女大学生买房 分手后要房获法院支持-----2014年01月23日 华商报 余晖
重庆綦江法院：分手协议补偿20万未履行，法院判决给付-----2014年1月27日 重庆法院网 高念奎

重庆市第一中级人民法院：恋爱开销转为借款 债务有效本息全还 2013年12月30日 重庆市一中院 许小波 谢威利
大连市中级人民法院：未登记 买房用同居者名字分手了 老汉面临钱房两空 2014年2月9日 半岛晨报 黄亮

厦门市海沧区法院：女子怀孕4月方知男友已婚 索安胎费获法院支持 2014年02月09日 东南新闻网 陈捷
山东省青岛市中级人民法院：非婚同居致女方流产 分手后男方讨要彩礼败诉 2014年1月23日 法制网 姜东良

北京法院：收了彩礼不结婚 女法学硕士输官司-----2014年2月17日 北京晚报 林靖
北京海淀区法院：女子取消婚约被判退还10万彩礼-----2014年02月15日 京华时报 张淑玲

宁波江东法院：“小三”红杏出墙后，男人要求妻子告他 夫妻俩只为夺回被“小三”占有的房产
-----2014年2月25日 浙江法制报 高敏

恋爱期间帮男友购车 分手后索要车款被拒-----2014年2月21日 中国法院网
福建省厦门市海沧区人民法院：隐婚同居导致女方怀孕男方承诺安胎费却赖账 2014年2月17日 人民法院报 安海涛

(九) 其他相关案例

上海市浦东新区人民法院：前夫：索要15万元“欠款” 现夫：“欠条”系胁迫所为 非债权债务的15万元“欠条”
-----2014年01月22日 上海法治报 富心振

北京市第一中级人民法院：儿媳否认“证明”为欠款 公婆诉至法院获支持-----2014年2月7日 中国法院网
北京市一中院：老人诉保姆欠债30万法院认定有债务关系成功调解-----2014年02月11日 京华时报 孙思娅

北京市朝阳区法院：李阳离婚案明日召开听证会 已申请不公开-----2014年2月12日 人民网
北京市一中院：法官依据字迹形成时间改判(非家事其他案件可借鉴) -----2014年02月17日 京华时报 孙思娅

假律师连输官司“吐出”“代理费”法官提醒：未经批准不得从事有偿法律服务

-----2014年02月26日 上海法治报 杨承慧 杨维松
急着离婚轻信“掮客”“委托代理”让18万元打水漂-----2014年02月26日 上海法治报 胡蝶飞

(十) 赠与案例

湖北武昌区法院：未尽赡养义务 老人欲收回赠与女儿房产被法院驳回-----2014年1月27日 中新网 李亦中
上海浦东新区法院：好心大伯遭遇侄女讨要赠与房 侄女诉讼请求被法院驳回 2014年02月12日 上海法治报 陈颖婷

(十一) 夫妻债务案例

江西省上饶县法院：婚姻期间丈夫借债未还 离婚夫妻被判共担责-----2014年1月27日 光明网 黄安
浙江海安法院：女大学生与老师闪婚，离婚引讨债官司法院判决：婚内“欠款”缺乏足够证据，驳回原告诉讼请求
-----2014年2月25日 现代快报 钱军 史友军 刘旌
美兰区人民法院：“失踪”前夫留下百万债务 前妻被判连带偿还85万 事主不服判决：离婚协议有约定，债务各自承担 法院：该约定对债权人无约束力-----2014年2月16日 南国都市报 杨金运、何慧蓉

五、继承

(一) 继承审判动态

(二) 继承立法动态

(三) 继承典型案例

上海市半山区法院：半路夫妻 夫离世惨淡收场 继母继女 争财产对簿公堂-2014年01月22日 上海法治报 王川
安徽省怀远县人民法院：自书遗嘱无落款时间 法院认定遗嘱无效-----2014年1月27日 中国法院网 杨贵莲
上海市嘉定区人民法院：继母虚假申报房产信息 法官追回十年前的遗产 2014年1月26日 中国法院网 张晓莉
外甥给舅母送终欲取其遗产 无遗嘱不是法定继承人遭拒-----2014年1月9日 钱江晚报 龚振岳
河南安阳市北关区人民法院：兄妹争遗产对簿公堂 公证遗嘱助妹妹胜诉 2014年1月13日 中国法院网 宋萍 赵青
上海崇明县法院：老夫妻七份遗嘱哪份作数四姐妹对簿公堂各执一词 崇明法院厘清遗产关系公正断案

-----2014年01月07日 文汇报
上海市静安区法院：遗嘱剥夺再婚老妇继承权 判决维护耆老权益-----2014年1月26日 中国法院网 李鸿光
上海静安区法院：女子状告亲妈亲弟讨房产 法院判决律师代书遗嘱有效 2013年12月16日 新闻晚报 钱朱建
广州市荔湾区法院：遗产纷争-----2014年1月29日 新快网 李海强 蔡春
江西省新干县人民法院：儿子状告母亲争抚恤金抚恤不属遗产不能分割 2014年2月9日 法制日报 郭宏鹏 黄辉
蚌埠市中级人民法院：祖宅挖出宝物属于谁？ 法院：先辈埋藏的物品归后人 2014年2月8日 人民法院报 陶成 查红
福州市连江县法院：福州老汉遗产只给小儿子 配偶和其他子女打起官司-----2014年1月22日 福州晚报
沈阳市于洪区人民法院：婚内财产有约定 法院支持-----2014年2月14日 辽宁法制报 邵小桐
哈尔滨：争房产兄妹形同陌路 多份遗嘱引姐弟对簿公堂-----2014年2月17日 黑龙江晨报 吴雨桐
北京市海淀区法院：儿子去世，天降“孙女”要分遗产-----2014年2月19日 检察日报 文海宣
南昌市东湖区人民法院：再婚后逝世留遗产 3份遗嘱引发纷争律师建议进行遗嘱公证 2014年2月14日 法制网 郭俊
南通市中级法院：多年前建房借母户籍“上位”今朝拆迁兄长索要“遗产” 2014年2月19日 江苏法院网钱军王维申
上海宝山区法院判决：按公证遗嘱继承-----2014年2月21日 上海商报 周敏 欣慰

六、房产、股权

(一) 房产

江苏省无锡市崇安区人民法院：丈夫卖房妻子拒过户买家败诉-----2014年1月26日 法制日报 马超
北京市昌平区人民法院：妻子瞒着丈夫擅自卖房 法院判决买卖合同无效 2014年1月28日 人民法院报 刘海渊
北京昌平区法院：妻子瞒夫卖房被判无效 买主知道房产为夫妻共有 未取得卖主丈夫同意
-----2014年2月8日 北京晨报 何欣
上海市奉贤区人民法院：一套别墅毁了一家亲情-----2014年2月10日 人民法院报 严剑漪 严爱华
北京昌平区法院：妻子瞒着丈夫擅自卖房 法院判决买卖合同无效-----2014年2月17日 法制晚报 刘海渊
广州市白云区法院：八旬母亲买房子 长子状告母亲索赔 法院一审判决：母亲须还子40万
-----2014年2月20日 广州日报 章程
北京房山区法院：男子与妻子离婚后起诉丈母娘索要房产-----2014年2月23日 法制晚报 魏明

(二) 股权

福建厦门市中院：女子卖股权老公告上法庭 法院判决认定转让有效-----2014年01月26日 东南网 陈捷

(三) 信托

工商银行董莹莹：中国家族信托配套法规还待建设-----2014年01月20日 证券时报网

问路家族信托——专访招行私人银行总经理张维娜-----2014年1月29日 水母网
受企业的资产日趋国际化，海外求学和移民人士的需要，以及资产继承等因素推动 海外信托日受中国人青睐
-----2014年1月7日 中国经济导报 Chris Eaton LLB(Hons)

七、社会新闻

北京市“十佳婚姻家庭法专业律师”-----2014年1月22日 北京晚报
甘肃玉门：婚姻家庭纠纷实行人性化调解-----2014年1月26日 中国妇女报 袁鹏
法律为家暴受害人撑起“保护伞”-----2014年1月29日 中国法院网 乔子轩
当“筷子”遇上“刀叉” 涉外婚姻：五味杂陈-----2013年7月16日 中国妇女报 卢科霞 胡珊
统计显示，仅广州、上海、北京等大中城市就有 60 万个不想生育孩子的“丁克家庭”——“丁克”遭遇生育权纠纷怎么办？-----2014年1月11日 工人日报 颜梅生
重庆涪陵：四个到位调解婚姻家庭纠纷-----2014年1月29日 中国妇女报 许真学
亿万富豪不会说的八个秘密：最怕的人是离婚律师-----2014年2月8日 新华网
深度报道：离婚“糊涂账”-----2013年12月31日 法治周末 汲东野
北京朝阳区人民法院：李阳就离婚赔偿提出执行异议 法院将召开听证会 2014年02月10日 法制晚报 王晓飞
重庆市北碚区人民法院：未离婚又结婚 法官双双被法院判重婚 2014年2月10日 中国法院网 刘金丽 张小会
(北京)春节后离婚是平时 2.4 倍 本报抽取近两年 7032 件离婚案得出结论 部分法院证实 马年春节后迎立案高峰
-----2014年2月10日 法制晚报 王岗 王晓飞
不离婚，是我给你最好的情人节礼物 如果离了，也愿你将来的生活能更好-----2014年2月17日 浙江法制报 高敏
浙江省缙云县人民法院：“柬埔寨新娘”：跨国觅偶“雾霾”重重-----2014年2月16日 人民法院报 余建华 孟焕良
广州妇联发布 2013 年信访热点难点分析报告 5000 宗信访案件 婚姻家庭类仍居首位 2014年2月19日 中国妇女报 林志文
父女结婚：该脸红的是父女而非户籍制度-----2014年2月19日 检察日报 晏扬
北京公证办证量增加 28.41%-----2014年2月24日 法制日报 王斌
女子与继母因抢生孩子当街厮打 专家称女儿能否生二胎要待广东政策细则出台-----2014年02月24日 京华时报
我国资产前 10%家庭拥有 63.9%的总资产-----2014年02月25日 南方都市报
患病忘密码 难取救命钱 被要求出文书指定监护人和代领事项 法院和公证处均无法满足条件 银行回应称支行要求有错误-----2014年02月25日 法制晚报 王妍 刘靖宜 全璇

八、异域资讯

邵逸夫家族信托化繁为简 家庭慈善二合一-----2014年01月13日 21世纪经济报道 秦伟
想离婚先还肾！女子遭抛弃索要捐给丈夫的肾脏-----2014年01月28日 大河网
曼德拉遗嘱公布：遗产 2500 万 家人、母校都有份-----2014年02月03日 中国新闻网 宋方灿
韩史上最大遗产官司暂告终 三星李健熙再获胜-----2014年02月07日 环球网 李小飞
台湾台南地方法院：台八旬老翁 50 年后知儿子非亲生诉离婚被驳回-----2014年02月06日 台海网
台户政新系统堵塞 夫妻办离婚等 2 小时干脆不离了-----2014年02月08日 台海网
美国纽约法庭：索罗斯庭审现场遭前女友掌掴 助听器被打飞-----2014年2月9日 现代快报
台湾新竹地方法院：一台商出轨致小三生下孩子 与大陆妻子离婚被驳回-----2014年1月22日 台海网
马丁·路德·金子女再争遗产-----燕赵都市报 2014年02月08日

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

论我国监护制度的重构-----2014年1月22日 中国民商法律网 鲁宁 李宗辉
“监护人”“公平分担损失”制度研究-----2014年1月15日 中国民商法律网 张学军
厦门大学法学院教授徐国栋：无效与可撤销婚姻要保护诚信当事人的权益----2014年1月28日 检察日报 刘金林
论承认与执行外国民商事判决的条件的立法模式-----2014年1月26日 《西部法学评论》2013年第5期 付颖哲
中国法学会婚姻法学研究会 2013 年年会学术观点综述-----2014年1月17日 婚姻法学研究会
日本家事程序法最新动态简介-----2014年2月7日 人民法院报 杨佳莉
对我国继承法特留份制度的再思考-----2014年2月7日 中国民商法律网 杨立新,和丽军
用法的观点看婚姻-----2008年11月28日 爱思想 朱苏力
澳大利亚子女“接触令”实施的改进建议对我国之启示*-----2011年1月28日 陈苇,赵燕**
(摘要): 遗赠扶养协议制度的不足与养老功能的扩张——以立法完善为视角----《法治研究》2013-11期, 吴国平
自由与正义的追问——评夏吟兰《离婚自由与限制论》-----2014年2月11日 中国民商法律网 陈明侠
虚拟财产继承的理论与立法问题-----2014年2月14日 中国民商法律网 梅夏英 许可 对外经济贸易大学
婚姻、家庭的宪法保障——以我国宪法第 49 条为中心-----2014年2月13日 中国民商法律网 王锴

网络虚拟财产继承问题探析-----2014年2月17日 中国私法网 马一德
遗嘱!继承!——从英国小说看百味人生-----2014年2月21日 人民法院报 俞飞
论遗嘱受益回避-----罗思荣; 魏小军(杭州师范大学法学院)《法律科学》2014年第1期
论涉外遗嘱法律适用制度的发展趋势——兼论《涉外民事关系法律适用法》第32、33条的解释与完善
-----李建忠(浙江理工大学法政学院)《法律科学》2014年第1期
共有释论-----戴永盛 华东政法大学《法学》2013年第12期
股权善意取得之修正——以《公司法》司法解释(三)为例《政法论坛》2013年第6期 张笑滔中信信托有限责任公司
中国古代婚变中的妇女保障及其司法特点-----崔兰琴, 浙江工商大学法治与伦理研究中心
从女性离婚到跨国婚姻 近代中国的婚姻自由趣谈-----2014年2月20日 浙江法制报 闵杰
【合同法、婚姻法、继承法交叉案例】徐守亮诉姜继山、张珍、于崇浩为第三人利益合同纠纷案
-----2014年2月27日 南师大赵莉老师博客

(二) 法官视点

家暴刑事案件审理存在的问题及其对策-----2014年1月22日 人民法院网 任国权 夏宁安
因犯罪被判罚金后配偶诉请分割财产如何处理-----2014年1月23日 人民法院网 张娇东
子女被收养后能否参与生父死亡赔偿金的分配-----2014年1月24日 中国民商法律网 段晓东, 韩增军
嘉定区人民法院安亭法庭庭长徐芬: 情理相融, “解冻”婚姻家庭案件 2014年01月28日 上海法治报 周寒梅
农村外嫁女为什么不领结婚证-----2014年1月25日 检察日报 王景龙 冯石亮 石井川
湖北宜昌中院王礼仁法官: 登记婚姻效力行政诉讼误入“沼泽地”-----2014年1月17日 婚姻法直播博客 王礼仁
婚内保证书法律效力的浅析-----2013年11月15日 中国法院网 周振华
离婚诉讼中婚前房产婚后增值部分如何分割-----2014年1月20日 中国法院网 罗小明
新疆乌鲁木齐市沙依巴克区法院: 涉婚财产分割有学问 一方父母出资非夫妻财产 2014年01月19日 法制日报 潘从武
福州中院民一庭: 夫妻将一方婚前个人房产约定为共同共有是否属于赠与和可撤销——戴某诉郭某宇共有权纠纷案
-----2013年11月13日 福州法院网 中院民一庭 庄彩虹
分家析产处理的法律规制探讨——以家庭财产制度为切入点-----2014年1月22日 中国法院网 吴成臣
离婚案件中对虚假关联诉讼调解制造“夫妻共同债务”的防范李蕾诉王颖樑离婚纠纷案 2013年6月27日 上海二中院官网
“补办结婚登记”这一法律术语的司法实务分析-----2014年1月22日 重庆法院网 戚国涛
以个案析《婚姻法解释(三)》第4条的适用-----2014年2月7日 中国法院网 张平
被执行人配偶的财产不能直接执行-----2014年1月27日 重庆法院网 李向前
我国轮流抚养子女制度的惑与策-----2014年2月7日 上海市长宁区人民法院
离婚了, 我们之间还有多少诉讼? -----2014年1月6日 海淀法院网
婚姻关系存续期间分割夫妻共同财产的考量-----2014年2月10日 中外民商裁判网 陶玉
代位继承制度若干法律问题研究-----2014年1月28日 中国法院网 胡发富
离婚协议转嫁债务 欠债不还未获支持-----2014年1月13日 海淀法院网
北京二中院: 情人节前夕 法官提醒恋爱“豪赠”需理智-----2014年2月12日 新京报 张玉学
北京二中院发布调研 非婚赠与引发纠纷上升——恋爱赠豪车 分手官司多-----2012年2月12日 法制晚报 洪雪
同代血亲认定不能参照适用“推定亲子关系”规则——重庆五中院判决王某诉陈某婚姻家庭纠纷案
-----2014年2月13日 人民法院报 潘建兴
恋爱分手后婚约财产应返还-----2013年2月13日 人民法院网 李凤凤
男方热恋汇巨款女方购车归己有 此款究竟是赠与还是委托购车-----2014年2月8日 浙江法制报 朱泽军
丈夫出卖房屋对妻子是否形成表见代理-----2014年2月12日 中国民商法律网 刘少平
(北京)二中院召开“恋爱豪赠需理智”主题新闻通气会-----2014年2月13日 北京市高级人民法院
离婚主张精神损失费是否应支持-----2014年2月16日 中国民商法律网 赵令崧
小议遗嘱公证的效力-----2014年2月13日 光明网 伍秀春
存在未婚同居事实 彩礼如何返还-----2014年2月20日 人民法院报 刘翔 张聘
将个人房屋遗赠给“二奶”的行为是否有效-----2014年2月18日 中国民商法律网 刘少平
入赘者对岳父母是否有赡养义务-----2014年2月21日 中国民商法律网 文广兴
原告当面写好离婚撤诉申请-----2014年2月22日 人民法院报 孙国华
大V法官王茂刚 调解判案发博 释法理更重人情-----2014年2月18日 劳动午报 周卫法
域外股权继承立法例之借鉴 (一) 德国关于股权继承问题的规定-----2014年2月19日 中国法院网 邹来 江洪
一方犯罪产生的侵权之债是否属夫妻共同债务-----2014年2月21日 中国法院网 罗来庆
卖婚前房产换新房属夫妻共同财产吗-----2014年2月20日 中国法院网 黄娟
“楼道法官”李红星的故事-----2014年2月25日 民主与法制时报 庞静

夫妻一方起诉要求房产“加名”应受理-----2014年02月26日 上海法治报 沙兆华
庭审中不说话险些错过胜诉机会 答辩权是还原真实案情的利器 2014年2月21日 浙江法制报 陈艳艳 孙巍栋
精神病患者的离婚登记应否撤销-----2014年2月25日 中国民商法律网 孙亚峰

(三) 检察官视点

离婚约定房产归属为何过不了户-----2014年1月18日 检察日报 曾凡振 史洪举

(四) 律师视点

上市公司财务报表的分析看离婚案件的处理--2014年1月8日 上海沪家律师事务所 蓝艳 孙兆祥 贾明军律师博客
争夺孩子抚养权应搜集哪些证据-----2014年01月20日 上海法治报 北京市振邦律师事务所 赵娜
父亲拒签名 赴澳随母生活几欲梦碎 律师帮女孩走出困境-----2014年1月27日 北京晚报 林靖
父亲离世不到一个月 儿女将后妈告上法院 后妈名下有套房 谁有权分? -----2014年1月27日 北京晚报 林靖
婚后父母部分出资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
-----2013年10月 家事律师网 杨晓林 段凤丽
上海市律协民事业务研究委员会举办“家事律师的苦与乐”沙龙活动 2013年11月5日上海市律师协会民事业务委员
定位专业化 漫谈求发展从一场家事律师沙龙活动谈起《上海律师》 2013.12 吴卫义 付忠文 赵宁宁 方洁 张寅
云中谁寄锦书来-----《上海律师》 2013年第12期 谭芳
解读邵逸夫的财富传承秘密-----2014年1月16日 搜狐网 陈凯
从《婚姻法司法解释(三)》看离婚纠纷中房产分割问题的立法突破和实务操作 2014年2月5日中建中汇律师事务所 高兴
经济济助命令对中国大陆与香港相互认可和执行婚姻家庭类民事裁决的影响 2014年2月1日家事法苑博客 杨晓林 程婷
IPO 新股发行改革对婚姻律师业务与办理案件的影响 2014年2月8日贾明军律师博客 贾明军 蓝艳 邵泽龙 公维亮 张霞平
监护干预,为了更好的监护-----2014年02月10日 上海法治报
父亲的房没继承上 自己的房子也卖了 他能随时要回经适房吗? -----2014年2月12日 北京晚报
帮你打败婚外恋 靠这5招 妻子公证证据 离婚获得应有赔偿-----2014年2月17日 法制晚报 孙莹
别墅送给亲闺女 他后悔了 说好的条件闺女未履行 案件重审终撤销赠与-----2014年2月17日 北京晚报 孙莹
妻子患上白血病丈夫玩失踪 负心汉该担何责-----2014年2月19日 北京晚报
2013年度 沪家婚姻律师业务分析报告-----课题组组长:王小成课题组成员:王丹丹 范晓峰 左春 胡冬云 宋逸钦
律师见证之我见-----2014年02月24日 上海法治报
婚前房产投资买房,离婚咋分-----2014年02月24日 上海法治报
动迁款分割有争议,勿诉请动迁协议无效-----2014年02月24日 上海法治报
离婚财产分割之人身保险权益分割-----2012月7月30日 中国律政网 北京策略律师事务所 郑春杰
夫妻共有产权房屋 一方能否擅自买卖? 律师指出, 共有产权房屋若登记在一人名下, 其擅自转让后, 另一方难以
追回房屋-----2014年02月21日 新京报
结婚多年确认亲子关系不存在假父亲能否撤销赠与孩子的房产? -----2014年2月26日 《上海律师》 郭 韧

(五) 文件选读

北京市住建委关于对《北京市房屋登记工作规范》公开征求意见的通知-----2014年1月28日

(六) 媒体视点

未成年人监护干预需补法律漏洞-----2014年1月22日 中国妇女报 何勇海
逼婚广告有悖婚姻自由-----2014年02月10日 法制日报 黄春景
法律问答:即使约定AA制 丈夫也得承担医疗费-----2014年2月15日 检察日报
网站密集投放“逼婚”广告招来公开抗议 逼婚盛行引发社会问题不容忽视-----2014年2月25日 法制日报
本报记者对话婚姻法权威专家 干涉结婚自由是对婚姻权利的侵害-----2014年2月25日 法制日报
嫁人有风险 娶妻需谨慎 离婚了 还得夫债妻偿? -----2014年2月26日 北京晚报 安然

(七) 公证专题

丈夫突发脑溢血去世 女子根据亡夫笔记寻找遗产-----2014年01月27日 中国新闻网 陈瑶
婚前贷款按揭房婚后公证共有-----2014年1月24日 法制网 马琳洁
公证行业今年将出台民间借贷等公证事项的规范-----2014年02月03日 新华网 崔清新
北京密云县法院: 公证处违规公证成被告原受益人未得到房产索赔43万--2014年02月13日 京华时报 裴晓兰

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QQ群（群号：153181612）——即时分享最新中国婚姻家庭法制信息动态，本群实名交流，申请时须提供“城市+单位+姓名”（注：本群为专业群，不为当事人提供咨询服务）！

微信公众平台订阅号：“家事法苑”，微信号“famlaw”



编辑：“家事法苑”律师团队

顾问：郝惠珍 主编：杨晓林

执行主编：段凤丽 编委会成员：刘强

家事法苑™家事律师网 <http://www.famlaw.cn>

家事法苑™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

新疆乌鲁木齐市沙依巴克区人民法院：涉婚财产分割有学问

2014年1月19日 法制日报 潘从武



近年来，涉及婚姻官司财产纠纷案件多有发生，婚姻一旦破裂，财产分割便成为了男女双方争议的焦点。近日，新疆乌鲁木齐市沙依巴克区人民法院审理婚姻家庭案件的法官结合近期典型涉婚财产分割案件，从婚前彩礼、婚后房产、共同债务三个方面作出解析

□ 本报记者 潘从武 本报通讯员 高玉凤

漫画 / 高岳

徐州贾汪：司法守望“家和万事兴”

2014年1月20日 人民法院报 朱旻



贾汪法院家事审判庭正在开庭审理一起离婚案件。李荣信 摄

近年来，江苏省徐州市贾汪区人民法院结合辖区以乡镇农村为主、重点发展特色农业的特点，积极探索案件的类型化审理，在家事审判、少年审判、巡回审判方面充分发挥了审判职能作用，积累了丰富的经验。院长王牧说：“让千家万户在司法的阳光中感受到温暖，是司法工作坚定的守望。”

■家事审判

八步法弥合亲情裂缝

“家事案件实现专案专人专审，整合有限审判资源集中做好家事纠纷的矛盾化解工作，促进以‘家’为最小单元的社会和谐稳定，家和才能万事兴。为此，我们于2012年5月设立了独立编制的家事审判庭。”贾汪法院院长王牧向记者介绍道。

针对家事纠纷的特点和家事审判的性质，贾汪法院对传统的审判法庭布置模式进行了大胆改进：沙发代替座椅，茶几代替审判台，席卡上写的不是对抗性强的原告、被告，而是显示亲属关系的丈夫、妻子、父母、子女。法官和书记员折的近百只千纸鹤传递着祝福的信息，多媒体显示屏能够播放唤起当事人美好回忆的点滴图片、视频，错落摆放的鲜花让人心旷神怡，劝和哲理的家事箴言给人以心灵上的启迪。

家事审判庭总结提炼出了“亲情弥合八步法”：感情预修复、情绪先疏导、视频再教育、甜蜜唤回忆、亲情齐规劝、社会同介入、私密重保护、案后必回访；制定了符合家事案件特点的特有程序，包括不公开审理、和好原则、保护弱势方利益等工作原则。为保护当事人隐私，法官调查走访送达时都穿便装、开地方牌照车。

张某在南通工作，妻子王某在徐州上班，两人感情不和闹到法庭。庭审开始，法官王峻先播放了二人的结婚录像。昔日甜蜜的场景让两人激烈的情绪平复下来，沉浸在回忆之中。

开庭虽然顺利，但由于长期分居、缺乏沟通、误解很深，夫妻俩仍没有和好，于是法官安排下午继续做调解工作。

张某来开庭时即买好了回南通的车票，下午5点的火车。王峻得知这一情况，在征得张某同意后，当即安排人到火车站，为张某改签了次日上午10点的火车。经过下午的调解，双方的关系有所缓和，误解有所消除。

傍晚，法庭安排了一顿简单的“团圆饭”，四菜一汤。经过沟通和调解，夫妻俩终于握起了双手。次日，王某随丈夫到南通过年。

“法官温暖了我们的心，挽回了我们的婚姻，拯救了我们的家庭，我们永远不会忘记贾汪法院的法官们。”每每看到“心语”墙上小夫妻俩事后寄给法官的信，法官们都感觉无比幸福。

2013年以来，贾汪法院家事审判庭共审理家事案件511件，无一上诉、无一发改、无一信访。家事审判庭的经验得到徐州市中级人民法院和江苏省高级人民法院的充分肯定，目前，全市各基层法院正在酝酿设立家事审判专门机构。

■少年审判

撑起成长的纯净天空

“青少年成长的天空应该更加纯净，我们少年庭的法官在审理案件的过程中，不仅要传达公平、正义的法治精神，还要传达爱和宽容的善良理念。”贾汪法院专委岳敏说。

记者看到，贾汪法院少年法庭的背景是向日葵、大海和蓝天……温馨的氛围，寓意着社会的温暖和宽容、法官们的关爱和激励。

“让那些迷途的孩子认识到自己的过失，同时也重新找回对前途的信心……”2011年，该院少年“圆桌审判”经验被载入江苏省中小学七年级《思想品德》教科书，让学生们增加国家对青少年司法保护的了解。

小勇是个17岁少年，从小父亲去世，母亲改嫁，随爷爷奶奶长大。因为缺乏母爱父教，小勇比较偏激和自卑。

2013年1月，小勇受人唆使，对一家商店进行了打砸，还用装满啤酒的酒瓶将前来阻止的店员砸成重伤。

庭审前，法官通知到已改嫁的小勇妈妈，对她讲了小勇犯罪的情况，她眼泪涟涟，表示会配合法院做好小勇今后的教育工作。

法官组织庭审教育时，小勇看到了妈妈，妈妈对他说：“没想到我们娘俩今天在法庭相见，我对你关心不够，

妈妈错了……恳求法院对孩子从轻判决。”

平时桀骜不驯的小勇泪如雨下，当庭表示了悔恨和道歉。小勇的家人也积极赔偿，得到受害人的谅解，少年法庭最终判小勇缓刑。缓刑后的小勇和妈妈住在一起，表现良好。

法官在审理中发现，被告人的心理往往需要疏导和干预，以化解偏激、不稳定情绪，同时，一些未成年被害人在受害后也经常会产生痛苦、无助等负面情绪，很久走不出阴影。

为此，少年庭启用了心理治疗全方位介入模式，聘用专业的心理咨询师，对被害人面对面、手把手给予心理把脉，疏导其不要自责、难过，阳光地对待生活。

在涉少民事案件审理中，贾汪法院增设了女子少年庭。女子少年庭吸收了家事审判庭案前调查、感情修复、情绪疏导、亲情规劝、私密保护等方式方法，注重维护未成年人的权益，从亲情矛盾根源上解决纠纷，找回未成年人爱的家园。

2013年8月22日上午，女子少年庭法官来到贾汪区大泉镇，寻找年轻的妈妈小贺。

7年前，赵某与小贺离婚，女儿兰兰经协议由赵某抚养。一次，赵某偶然中起疑，后经亲子鉴定确认兰兰与自己没有亲子关系。赵某愤懑不已，不愿意再抚养兰兰，起诉要求变更抚养关系。

小贺已再婚，不愿接受兰兰，也不到法院应诉。女法官们穿着便装，多次到小贺家中与她促膝交谈，小贺和她的家庭终于同意抚养兰兰。

交接孩子那天，女法官们给兰兰扎上了漂亮的小辫子，陪着兰兰，让兰兰和妈妈多接触。整整一个上午的时间，小贺和兰兰说着话，兰兰和新弟弟也处熟了，开心地扑到妈妈怀里。此后，法官还多次回访，祝福兰兰在新家庭里生活好学习好。

少年审判庭很注重将关注社会的善心善念延伸到孩子心中。2013年4月雅安地震发生后，女子少年庭组织社区矫正少年开展了一起为雅安人民祈福、自愿捐物活动。法官带头捐款，与少年们一起到超市购买了灾区紧缺的奶粉、纸尿裤等婴儿物品，装入爱心包裹寄送到芦山县民政部门，希望能帮助有需要的孩子们。

一方有难八方支援的正能量鼓舞了这些少年，他们噙着眼泪参加了活动，纷纷表示在法官阿姨的带动下，今后会好好做人，努力工作，孝顺父母，回报社会。

法庭开到家门口

针对辖区特点，贾汪法院将涉农案件、民生维权案件和老少疾难案件作为巡回审判的重点。

“感谢法官来到家门口开庭，省得我和我老伴跑了，还为我老伴指定了律师，为我们维权！”近日，贾汪法院巡回开庭审理了一起工伤人身损害赔偿纠纷案件，代理老伴王某出庭的王秀兰老人感激地说道。

王某因看管某园林公司苗圃时遭遇车祸致三级伤残，头部受创痴呆、失语、瘫痪，目光呆滞，此情此景，让被告某园林公司的代理人动容。法官王道全讲法律，说情理，做工作，园林公司终于表示出赔偿诚意，双方达成一次性赔偿王某22万元的协议。

贾汪区是徐州城乡结合部，辖区大多数是乡镇农村，范围大、路途远、交通不便。贾汪法院将涉农案件、民生维权案件、老少疾难案件作为巡回审判的重点，专门出台文件，规定不动产相邻关系纠纷案件、涉老案件、未成年人维权案件、坑农害农的民事赔偿案件等共计10类案件，均是巡回审判的范围。

为加强巡回审判工作，该院协调各乡镇办事处和村（居）委员会，在全区137个行政村（社区）设立了简易固定巡回审判点。站点有固定的联系人，配备了电脑、打印机、审判桌椅板凳、巡回审判条幅，宣传资料和诉讼指导资料，保证法官每到一处审判点均可以马上开始庭审。

法院工作人员介绍，过去巡回审判时，法官和书记员往往要乘坐押解车，有时候物品、人员坐不下还要再开一辆警车，自带国徽、横幅、指示牌、电脑、桌椅等林林总总一大堆，又费事又不好操作。院长王牧听取意见后，认为干警反映的是实情，决定着手解决巡回审判操作的后顾之忧。

2012年年初，院党组前往南京考察车辆制造，参照兄弟法院的做法并加以改进，定做出了全省第一辆符合巡回开庭条件的巡回审判开庭车。该车配有审判台和当事人坐席、装有平板电视、内置电源、笔记本电脑、打印机、并配有车载DVD、功放、电视、音响系统，设备齐全，功能完善。该车具备巡回审判、就地开庭、室外显示庭审“三同步”的功能，俨然一个流动的巡回科技法庭。

记者获悉，2013年以来，贾汪法院巡回审判开庭率达到12%，开庭审理案件1200件。另采取巡回调查取证、送达、宣判、回访等其他方式巡回审理案件近5000件，巡回审判率50%。巡回审判的案件无上诉、无发改、无信访。

江苏徐州贾汪法院离婚案件适用“感情冷静期”

2014年1月20日 江苏徐州中院官网 贾汪法院 郑菊 王峻

徐州市贾汪区法院家事审判庭在调解中，对夫妻感情已有问题，但仍有和好可能的夫妻，经双方当事人同意，适用六个月“感情冷静期”。

据家事审判庭法官介绍，在离婚案件中，一般当事人起诉要求离婚，法院经过审理，根据法律规定，要么判“离”，要么结果是“不离”，能不能有一种比较好的过渡状态，对夫妻感情已有问题，但仍有和好可能的夫妻，起到一个很好的“冷静”和“过渡”作用。因此，该院在离婚案件中，对符合条件的案件，调解时适用六个月“冷

静期”方案。

该院近日审理的 80 后小夫妻王某起诉丈夫赵某离婚案件，原告称被告婚后整天上网，不负家庭责任，导致夫妻感情破裂，请求法院判决离婚。被告则称经过法院调解，法官发现双方仍有感情，建议双方可以考虑六个月“冷静期”方案。经过法官解释，原告经过考虑后表示，同意六个月内暂时不要求与被告离婚，给婚姻一个“冷静期”。被告则表示在六个月内一定要改正缺点，积极工作，如六个月后原告仍坚持离婚，被告会同意与原告离婚。今年一月份施行来，该院已适用感情“冷静期”调解了十起离婚案件。

深圳经济特区性别平等促进条例》实施一年，深圳市妇联推动 深圳中院进行家事审判改革

2014 年 1 月 26 日 中国妇女报 叶海燕

何女士与丈夫黄某因离婚诉至深圳宝安区法院，家事法庭的法官根据相关规定，要求黄某填报《家事案件财产申报表》，黄某最终主动与何女士和解，并签署了离婚协议，这让心里布满阴霾的何女士感受到一缕暖阳。深圳市中级人民法院实行家事审判改革后不仅提升了司法公信力和认同度，也有效地维护了像何女士这样妇女姐妹的合法权益。

《深圳经济特区性别平等促进条例》（以下简称《条例》）于 2013 年 1 月 1 日起正式施行。实施一年来，牵头起草和积极推动该《条例》出台的深圳市妇联，主动联合相关部门制定《条例》的实施方法，推动深圳市中级人民法院启动家事审判改革，取得较好的成效。

2012 年 6 月 28 日，《深圳经济特区性别平等促进条例》经深圳市第五届人大常委会第十六次会议审议通过。

《条例》出台后，深圳市妇联开展《条例》“四进”活动，“进机关、进企业、进学校、进社区”，通过印制 2 万册《条例》单行本、8 个版式宣传海报，举办讲座、论坛和征文等形式，广泛宣传，努力使《条例》深入人心、家喻户晓。同时，积极配合国内外各大主流媒体采访，媒体报道和转载数千次，广泛和有深度地对《条例》进行集中宣传，在全社会营造关注两性问题、推动男女平等的良好氛围。

市妇联精心策划“《条例》百家谈”系列研讨活动，与耶鲁大学、香港中文大学等国内外高校及有关部门机构合作，先后举办 4 场沙龙、1 场研讨会，邀请国内外知名专家、学者，从不同视角谈《条例》实施对性别平等发展和社会文明进步的意义和作用，同时面向全社会开展征文活动，征得稿件 100 余篇，策划出版《〈深圳经济特区性别平等促进条例〉百家谈》，推动先进性别文化建设和男女平等基本国策的落实。

为了贯彻落实《条例》，市妇联根据《条例》第三十条关于“市性别平等促进工作机构可以会同有关部门根据本条例制定具体实施办法”的规定，联合相关部门制定《条例》的实施方法。

市妇联联合深圳市中级人民法院赴台湾、香港等地调研，推动市中院启动家事审判改革。

2013 年，市中院启动家事审判改革，概括为“两大方向、六项制度”。两大方向即建立一套集治疗、矫正、服务功能为一体的家事案件审理工作机制和一套行政与司法相互衔接支持的家庭危机援助体系。六项制度是建立专业化审理制度、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、加强儿童权益保护制度。

当年，家事审判改革在宝安区、福田区开始试点，建立了专门的家事法庭。

宝安区法院为此专门配备了 19 名法学理论功底扎实、具有一定人生阅历、善于心理疏导的法官专门从事家事审判，建立家事案件立案流转绿色通道、独特的家事案件审理程序，联合区公安分局签署《人身安全保护裁定的执行办法》，组建近 200 名家事调解员、调查员队伍以及心理疏导及跟踪回访帮扶制度。

因为婚姻纠纷，张女士与丈夫林某对簿公堂，宝安区法院受理后作出人身安全保护裁定，禁止林某对张某施暴，禁止其在张女士任职学校及住所附近 200 米内活动。这使往日缺乏安全感的张女士能坦然地工作、生活，不再心有余悸。

家事审判改革以来，宝安区法院受理涉及家事案件达 3067 件，结案 2761 件，结案率达到 90.02%，处理了一批典型的案件。市中院根据两区法院的经验，在全市各区法院推广家事审判改革。

“我们深知，《条例》的实施工作任重而道远。”深圳市妇联主席马宏告诉记者，“《条例》的出台就是创新和探索，就目前而言，落实《条例》还存在机构、人员、编制不到位，缺乏应有的工作平台等实质困难，有很多工作要做，我们将继续发扬特区敢闯敢干的精神，肩负使命，迎难而上，积极探索，为推动先进性别文化建设和男女平等基本国策的落实作出不懈的努力。”（本报记者 叶海燕）

南京法院公布 2013 离婚案审判情况

2014 年 01 月 28 日 新华网 张羽馨 徐大卫

新华网南京 1 月 28 日电（张羽馨 徐大卫），记者昨日从南京市中级法院了解到 2013 年全市法院共受理离婚纠纷 8207 件，同比增长 7.3%，平均每天有近 22 对夫妻走上法庭离婚。

南京中院未成年人及家事案件审判庭副庭长武琼呼吁，离婚案件数量多，反映出人们更加注重高质量的感情生活，但同时也在一定程度上也反映出家庭责任感的缺失，相爱简单相守难，双方在婚姻关系中应当多一些包容，多一些沟通。

据了解，在 2013 年审理的离婚案件中，一方当事人自述存在家庭暴力的案件占 31%，家庭暴力成为夫妻离婚的

重要原因。法官建议，受害人应增强法律意识，在遭受家庭暴力的情况下，将医院就诊病历、110的出警记录、公安机关出具的家庭暴力告诫书、现场相关证据等采集固定，为法院认定家庭暴力提供证据，保护自身合法权益。

离婚案件高发，提出如何应对离婚纠纷的解决，武琼表示，倡导公众树立正确的婚姻价值观念，倡导符合道德伦理的婚姻价值观念，倡导未婚或新婚男女充分了解彼此间价值观、生活观的差异和改进沟通方式，理解家庭和睦的重要性。倡导以自身经济独立的方式保护自己的婚姻和爱情，杜绝期待靠离婚时分割夫妻共同财产甚至占有他人的婚前财产来获得自己离婚后的生活保障的想法。

深圳市福田区人民法院：我院七举措提升家事案件审判质效

2014年2月3日

为满足人民群众对于家事纠纷圆满解决的司法需求，提升家事审判工作的专业化水平，拓展人民法院促进社会管理创新的职能作用，在市中院统一部署和指导下，我院作为家事案件审理方式改革首批试点单位，逐步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，家事审判工作绩效显著提升。

一、优化资源配置，建立专业化家事审判团队。家事案件具有强烈的伦理道德色彩和特殊的司法审判规律，这就要求家事审判组织应由具有婚姻经历、家事审判经验丰富、协调能力强并善于做群众工作的审判人员组成。为提升家事审判的专业化水平，我院在推行审判长负责制改革过程中，本着适岗性要求组建了赵明升审判团队和杨晓凤审判团队专门负责家事案件审判。

二、联合各方力量，建立人身安全保护协作机制。《深圳市经济特区性别平等促进条例》已经以立法的形式确立家庭暴力受害人的人身安全保护制度，我院与区公安分局加强协调，以《合作备忘录》的形式全面落实人身安全保护机制。同时本着先试先行的原则，我院家事审判团队根据当事人的申请向相关当事人和辖区公安机关发达两份人身安全保护裁定书，保护家庭暴力受害人的合法权益。

三、整合调解资源，建立家事案件调解机制。根据家事审判改革的需要整合调解资源，从审前调解、诉前调解中选派两名资深的人民陪审员从事家事调解。调解员以自己丰富的社会阅历及简单朴素的家常伦理常识对当事人负面情绪进行情感疏导和心理矫正，成功调解了多宗疑难复杂的家事案件。在调解不成的案件中，也因有调解员的沟通疏导，缓解双方的抵触情绪，使案件的审理工作得以顺利进行。

四、突出人文关怀，确立家事案件处理规则。充分考虑当事人的现实处境，对于出现家庭暴力等重大危机的婚姻家庭纠纷案件，对婚姻关系解除及过错赔偿问题先行作出判决；对于婚姻家庭纠纷案件中的夫妻共同财产分割问题，明确应当按照集约化原则一并解决，尽量避免当事人再次诉讼；对于婚姻家庭纠纷案件中的夫妻共同债务分担问题，如果确实涉及第三人权利，告知当事人另行处理。

五、促进诚信诉讼，推行家庭财产申报制度。家庭财产申报制度是家事审判改革的重要内容，我院家事审判团队根据现行财产表现形式，参照上级法院下发的文书格式，制作了《福田区人民法院家事案件当事人财产申报表》并送交给当事人，告知当事人不如实申报的法律后果。该制度实施以来，有力地遏制了当事人利用其控制财产的优势地位隐匿、转移夫妻共同财产的行为，促进了诚信诉讼和夫妻共同财产的公平分割。

六、创新诉讼模式，提升家事案件审判效率。针对离婚案件双方当事人在庭审中根据质证情况经常增加诉讼请求，导致法律规定的举证期限基本无法适用的情况，家事审判团队创新诉讼模式，对于被告同意离婚的案件在给予双方举证期的同时，先行通知双方开庭，如果没有财产需要处理，在双方放弃举证期的情况下可迅速结案；如果需要处理夫妻共同财产，则可要求双方先行明确诉讼请求，明确双方举证责任及法庭调查内容，这样既不影响双方实体权益，也大大缩短结案时间，结案率明显提升。

七、保护儿童权益，建立儿童权利保障机制。在大多数家事纠纷案件中，儿童并不是案件的直接当事人，但任何家事纠纷都会对儿童的心理和未来成长产生巨大的影响。我院在婚姻家庭纠纷案件中，充分保障儿童的权益，积极建设儿童权利保障机制。在离婚案件中，努力促成离婚双方达成轮流抚养协议，对于有关儿童监护权的案件，委托人民陪审员走访社区、学校、相关单位了解儿童真实的生存状况，确保案件处理结果最有利于儿童成长及其权益保护。

深圳罗湖区法院离婚案件中公告送达程序存在风险应引起重视

2013年5月14日 深圳罗湖区法院网

据调研，2010-2012年罗湖法院受理的离婚案件分别为685件、786件、791件，其中适用公告送达程序的案件为67件、82件、91件，占全部离婚案件数的比重为9.78%、10.43%、11.50%，呈逐年递增趋势。离婚案件采用公告方式进行送达，容易被当事人利用进行诉讼欺诈，加大了裁判风险，应引起有关部门重视。

问题表现：

一是影响被告诉讼权利。根据新《民事诉讼法》规定，受送达人下落不明或其他方式无法送达，法院应当采用公告的方式进行送达诉讼文书。在公告送达的情况下，被告常常无法参与诉讼，但根据新《民事诉讼法》规定，当事人对已发生法律效力解除婚姻关系的判决不得申请再审。这导致被告有关权利无法通过再审程序得到补正和救济。

二是增加法院审理难度。在该类案件的审理中，因被告无法提供抗辩和举证，使法院对婚姻关系的真实情况难以查清，对案件事实难以认定，从而可能导致判决中对财产分割和子女抚养等问题的处理容易出现偏差错漏，加大

了裁判的难度和风险。

三是容易产生诉讼欺诈。个别原告为了达到逃避债务、转移财产等不法目的，故意利用诉讼程序漏洞，隐瞒被告联系方式或向法院提供被告下落不明的虚假证明，从而获得有利于自身利益的离婚判决，严重地影响了司法的公正公信。

对此，我们建议：

一是建立个人信息共享系统。建立法院、公安、金融等机构部门共通共享的个人信息查询系统，建立全国法院系统统一的诉讼信息共享系统，减少信息查询成本，使办案法官获取更多的送达信息，优先保证直接送达。

二是完善公告送达程序。完善公告送达制度，促进公告媒体的多元化，差异化和电子化，改变以往公告送达一律刊登于《人民法院报》的做法；增加公告的频率，保证公告的篇幅和位置，增加被告获取送达信息的可能性，避免公告送达流于形式。

三是加大对诉讼欺诈的处罚力度。细化新《民事诉讼法》中关于诉讼欺诈处罚的法律条款，完善《刑法》规定，增设诉讼欺诈罪，实现调整诉讼欺诈行为的民刑对接；对涉嫌诉讼欺诈犯罪的当事人，依法从重处罚，坚决维护司法权威。

四是加大司法审查力度。强化法院职能，重视对该类案件中诉讼证据的审查，确保证据链条的完整性，必要时，办案法官应依职权主动进行调查走访，避免出现错案。

法院调研报告：同居期间房屋所有权认定、分割若干问题之探讨

2013年 深圳罗湖区法院网 曹泽洲、颜浩民、杨震

论文提要

近十年来，房地产市场急剧扩张，房产价格一路飙升，致使房产在家庭财产配置中的比例显著上升，很多人倾其一生积蓄也难以购置一套房产。同时，社会经济的发展引起社会生活领域的剧烈变动，特别是在两性关系领域，非婚同居、试婚等现象大量出现，随之而来，出现了大量的同居期间财产纠纷。但现行法律对同居期间的财产纠纷缺乏明确的规制规则，仅有的部分司法解释、司法答复也不够具体、明确，缺乏可执行性，学理上也是各说纷纭，缺乏一致意见，致使很多当事人甚至法官在处理此类案件时产生了很多困惑，乃至出现法律适用标准不统一的情形。本文将结合房地产审判实践，对同居期间房产纠纷的相关问题进行梳理和论证，以期在立法机关和司法机关制定明确规则之前依据现有规则和理论发现此类案件的处理规则。同时，因同居期间财产纠纷涉及广泛，且大部分与婚姻家庭领域相关联，本文讨论的主题将不涉及婚姻家庭方面的规则，主要讨论非婚同居期间的房产权属认定和分割问题。

全文 8846 字。

一、同居期间房产纠纷的界定

法律上的同居在狭义上指夫妻间的共同生活。根据家庭法理论，婚姻是作为男女两性精神生活、性生活和物质生活的共同体而存在的。“如果夫妻长期不同居生活，就无法实现婚姻的价值，婚姻也就失去了存在的意义”，因此，这类同居是婚姻自然属性必然派生的权利义务，是夫妻共同生活不可缺少的内容 [3]。随着社会生活的发展，同居的含义由夫妻间的同居扩展到非婚同居。没有婚姻关系的男女双方共同生活，甚至是无婚姻关系的同性伴侣共同生活，也称为同居，即婚外同居 [4]。这种共同生活通常表现为在共同的居所，同食共寝并保有性生活。“法语中的同居一词源自拉丁文“cum ubare”，意为“床上共同体 [5]”，就直观地体现了同居的这层含义。

（一）同居的分类

同居包括基于婚姻关系的同居和非婚同居。非婚同居依划分标准不同，大体可以可做如下区分 [6]：

1. 按同居双方同居意思表示不同，非婚同居可分为婚姻目的同居和非婚姻目的同居。在本文中，考虑到同居者的结婚意思实际上是一个变动的过程，很多情况下结婚意思未必明示，但只要双方同居时不排除结婚这一终点，均可以认为双方是具有结婚的意思的个体，故本文对具有结婚意思或婚意的同居按扩大解释理解。

2. 按同居时双方的婚姻状况，非婚同居可分为三类。其一是未婚型同居。这是狭义上的非婚同居，同居双方单身。其二是单婚型同居。同居双方中，一方为单身，另一方已婚。其三是双婚型同居。同居双方均有法定配偶。本文仅讨论未婚型同居期间的房产纠纷。

（二）同居期间房产纠纷的表现形式

1、一方出资购买的房产。一方出资的房产，根据其登记的权属状态，主要可以分为三种权属登记情况：登记在对方名下、登记在双方名下、登记在出资方名下。同时，还可能表现为登记在对方亲属名下等形式。其纠纷主要表现为出资方要求确认全部所有权、非出资方要求确认一定的所有权份额等。

2、双方出资购买的房产。双方出资购买的房产依据其登记的权属状态，主要可以分为以下两种权属登记形式：登记在一方名下、登记在双方名下。同时，也存在登记在一方亲属名下，或部分份额登记在一方亲属下的情形。其纠纷表现形式多为分割纠纷及份额确认纠纷。

3、一方父母等近亲属出资购买的房产。其权属登记状态，通常表现为登记在双方名下，同时存在登记在另一方下的情形。其纠纷表现形式多为出资方或其子女要求确认房产的全部所有权。

二、非婚同居财产关系的比较法观察

(一) 美国的非婚同居财产制度

传统上,美国法律对非婚同居关系不给予任何法律保障,而且很多州还在刑事、民事和其他法律政策上对非婚同居者进行惩罚或给予歧视性待遇。同居者可以据以保障其权利的主要依据是普通法婚姻理论和衡平法原则。普通法婚姻是英美法非正式的婚姻形式之一,即实质上的非正式婚姻[7]。该种婚姻指未举行法定结婚仪式,但经双方当事人合意并以同居的事实而成立的婚姻,相当于我国的事实婚姻。“历史上,英美法系国家认为普通法婚姻与正式婚姻一样是婚姻的一种契约形式,前者仅仅欠缺结婚的形式要件[8]”。但是,这种制度能够提供的保障是十分有限的,首先并非所有的非婚同居都可以满足普通法婚姻的要件进而得到保护,其次,随着时间的发展和婚姻制度的完善,适用这种制度的司法区域越来越少。到2004年,美国只有14个司法区域还在适用这种制度[9]。

衡平法原则在一定程度上也为非婚同居提供法律保护。最常见的是衡平法的恢复原状、推定信托和返还不当得利的合理金额[10]。其所适用的情况通常是,同居一方(通常是女方)在同居期间为双方财产积累做了重大贡献,在这些情况下,法院可以要求对方返还不当得利。但衡平法原则由于其规则的不确定性和非针对性,能为同居者提供的法律保护也是有限的。

现在,美国的大多数州承认了以合同为依据,特别是以明示合同为依据的承认和保护同居者权利的原则。在大多数州,只要同居者之间的合同是双方真实的意思表示,并不违反法律的规定,法律上均给予保护。合同理论成为美国调整非婚同居关系的重要手段,以致有人直接将美国的非婚同居界定为“合同同居”。

(二) 英国的非婚同居财产制度

在英国,同居者之间的财产纠纷不适用家庭法而是适用财产法的相关规则进行处理。除为双方子女的利益外,法庭一般按照严格财产法原则进行处理。但如适用严格的财产法可能导致不公平的情况下,非婚同居者可以通过英格兰财产法中的归复信托、推定信托和财产性禁止反言获得救济。当事人获得救济的主要途径包括同居合同、明示信托、默示信托、财产性禁反言。

其中,同居合同指非婚同居者可以通过签订同居合同确定他们之间的权利义务,法院应当认可合法有效成立的合同,并运用合同理论处理非婚同居当事人的财产关系,而不能以违反公共政策(如破坏婚姻制度)为由认定同居合同无效。

明示信托是根据委托人意愿设立的信托,由委托人以明示的行为或通过其他方式设立。非婚同居当事人通常依据明示信托理论,获得除土地和房屋以外的一般财产权益。

所谓默示信托,与明示信托相对,是依当事人未予明示的假定意图或依法律的实施而成立的信托。它是法院根据特定的事实、当事人的行为或他们之间的关系,推断出一项隐含信托[11]。

财产性禁反言,是指财产所有人以表述方式鼓励另一方损害自己利益的行为,或者注意到另一方在错误信念下行为但默许另一方如此行为,财产所有人就被禁止坚持一定的财产利益[12]。法院乐于认定,一旦女方主张其对自己不利的行为是依赖于对方的表述而作出的,那么男方就要承担举证责任,证明女方没有依赖于其表述而行事[13]。

(三) 法国的非婚同居财产制度

拿破仑在制定《民法典》时曾明确表示,“同居者无视法律,法律也无视同居者”,《法国民法典》长期坚持这种观点,没有规定非婚同居者的权利义务关系。直至1999年,法国议会才通过了“关于紧密关系民事协议与同居的法令”并添在民法典人法卷第12编之后作为第13编。根据该法令,在传统的婚姻之外,民法典另行规定了PACS即紧密关系民事协议以及自由同居两种两性关系组合形式。其中,PACS对构成要件做了较为严格的规定,同时,该法令也对PACS关系中同居双方的财产权利义务做了较为明确的规定,根据第515-5条规定:“紧密关系民事协议的伙伴双方应在PACS协议中指明他们将对紧密关系民事协议订立之后有偿取得的动产家具实行共同财产制度,非如此,推定这些家具为两人对半共有;在取得这些家具的日期不能确定的情况下,亦同;在紧密关系民事协议订立之后,两伙伴有偿成为所有人的财产,如取得财产或订购财产的文书没有作出另外的规定,亦推定其为两伙伴对半共有”。简言之,紧密关系民事协议当事人可以约定实行分别财产制,如无约定,则适用PACS期间所得共同制。

但是,该法令虽然规定了未经登记的自由同居,但对自由同居情况下当事人的权利义务关系未做规定。

三、我国现行法律规定之反思

我国对于非婚同居期间财产关系的处理并无系统、全面的规定,相关规定散见于各司法解释和司法答复。

其中,较早也是相关论文援引最多的是最高人民法院于1989年11月21日发布的《关于人民法院审理未办理结婚登记而以夫妻名义同居生活案件的若干意见》。该意见第10条规定,“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,按一般共有财产处理。同居生活前,一方自愿赠送给对方的财物可比照赠与关系处理;一方向另一方索取的财物,可参照最高人民法院(84)法办字第112号《关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》第(18)条规定的精神处理。”该意见针对同居双方以夫妻名义共同生活的情形做了部分规定,但该意见适用范围过窄,且仅涉及同居双方共同收入、共同购置财产的处理,未涉及仅一方出资的情形,其使用的“一般共有财产”亦与法律关于共有财产的分类和界定不符,这在法律适用中带来了不小的困惑。因为一般共有财产是一个不

常用的法律概念，其外延和内涵难以精确界定。但该概念仍属于一个严格的法律术语。史尚宽先生所著《亲属法论》即使用了“一般共同财产制”的概念，其原文为：“依我民法，夫妻之财产及所得，除特有财产外，合并为共同财产，属于夫妻共同共有之夫妻财产制，称为一般共同财产制 [14]”。但该司法意见中的一般共有是否指向共同共有确实值得推敲。依一般原理，共同共有主要使用于家庭共有制、夫妻共有制和合伙共有制中（此处专指合伙积累的财产），依据《物权法》第一百零二条之规定，除此之外的共有则为按份共有，故在该语境下，上述司法解释中的一般共有财产则应视为按份共有。但是，考虑到该司法解释出台的背景及此前最高法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第88条关于“如果不能证明共有财产是按份共有的，应当认定为共同共有”，似乎这里的一般共有财产又应该放置在亲属法的范畴进行考虑，据此，此处的一般共有财产则可理解为共同共有。但是，民法通则司法解释的前述规定因与物权法冲突已经废止，且结合我国婚姻法的司法解释——关于人民法院不予受理非婚同居当事人单纯起诉解除同居关系的案件看，立法者似乎无意将非婚同居期间的财产关系放在亲属法中处理。

四、理论界之争论

（一）认定同居期间财产关系的基本原则

对此，学术界各种观点纷纭，以下简单介绍几种代表性的观点。

1、以个人财产制为原则，以共有财产制为例外。余延满先生就认为，同居期间如果要形成共有关系，主要是基于共同投资、共同经营而形成，如当事人双方合伙办企业等取得的财产，当事人双方出资合购的共有房屋。这些共有关系在双方财产构成中所占比例较小，即同居期间双方当事人所取得财产原则上是个人财产或个人与其合法配偶的共有财产，例外的成为同居者的共有财产。同时，不能一概的将同居者的共有财产视为共同共有 [15]。

2、参照夫妻财产制，以共同共有为原则。有观点认为，对于同居期间的财产关系，应明确界定为共同共有 [16]，除非另一方有证据证明为按份共有。对于共有财产的范围，则可以参照《婚姻法》第17条、18条的规定。

3、合伙关系说。合伙说认为同居期间所得财产好似男女双方在经济上的合伙关系，在双方解除同居关系时，除属于一方所有的财产外，对同居期间所得财产应参照合伙共有财产清算分割 [17]。有人进一步认为，应参照婚姻法的规定确定共有财产的范围，同居双方均有权分得同居期间所得的共有财产。对于同居期间所得的财产，由当事人协商处理，协议不成时由人民法院根据照顾无过错方的原则判决。

值得注意的是，以上各种观点均承认当事人间财产协议的有效性和优先性。

（二）我们的观点

我们认为，非婚同居期间的财产关系与婚姻家庭法相关联，但在我国目前的立法体例下，尚不能适用婚姻家庭法的规则进行处理，毕竟，同居者并非都有结婚的意思，即使是有婚意的同居，该婚意也缺乏强制性的约束力。况且，在我国婚姻法立法尚有强有力观点主张采取分别财产制的情况下，要求非婚同居也适用经过各方妥协后形成的现行婚姻法的共同财产制在理论上也缺乏依据。故，对于同居期间的房产权属的认定，我们认为，首先应当坚持约定优先的原则，如当事人对房产的权属有约定，在该约定未违反法律强制性规定的情况下，就应当现行适用该约定；在双方无法达成一致意见的情况下，应当按照谁出资、谁享有的原则进行权属认定和分配。同时，对于没有出资、但实际上对同居期间的的生活、家务等方面投入过多的一方，可以考虑公平的原则予以适当照顾。

五、具体的处理方案

（一）约定优先原则

同居期间的财产契约是当事人就财产归属达成的合意，如果双方对登记在各自名下的不动产或以各自名义购买的不动产的归属有约定，且该约定不具备违反强行法规定的情形，应视为有效并依据该约定处理当事人之间的房产归属。

同居之前各自的房产相关权益仍归各自所有，但如果是以按揭方式购买的房产，在同居期间以双方共有财产或对方财产偿还了部分贷款，则对方可以要求在进行财产分割时予以价值补偿或返还不当得利。其依据为：同居前各自购买的房产系以个人财产购买，其所有权关系或准所有权关系（尚未完成所有权登记的情形）已经确定，同居期间如使用共有财产或对方财产偿还了部分贷款，在同居关系解除时，使用对方财产份额或对方财产偿还的借款构成给付原因嗣后消失的不当得利，对方可以据此要求在分割共有财产予以价值补偿或受益方返还不当得利，价值补偿或返还不当得利应考虑房产价值的增值。该处理方式参照婚姻法司法解释三第十条第二款的规定，即共同还贷支付的款项及其相对应的财产增值部分，由产权登记一方对另一方进行补偿。

（二）同居期间纯由一方出资房产权属的认定

1、纯粹由一方出资的财产，登记在出资方名下或以出资方名义签订买卖合同。对于此种情形，可径直依据出资认定为登记的权利人所有或认定为出资人享有权益的房产，如另一方认为对同居期间生活照顾较多，可以要求权利人给予一定的补偿。

2、一方仅出具了首期款房产权益归属的认定。如有证据证明该房产仅系一方出资并登记在该方名下或由该方签订买卖合同，但使用了双方的共有财产或对方财产归还按揭贷款，在此情形下，应区分房屋买卖合同关系和借款关系。以银行按揭支付购房款要看借款人，一般情况下只有借款人才可以在法律上被视为支付了购房款。而归还房

贷通常仅能作为对同居期间共有生活作出的有益支出。(1) 如果借款人与首期购房款的出资人为同一人, 可以认定所有购房款系由同一人出资。其后的以对方财产或双方共有财产偿还借款的行为可以视为对该房产做的有益支出, 在解除同居关系时予以价值补偿或财产返还。(2) 如果借款人是双方或对方, 则应根据实际借款情况和首期款的支付情况, 主要依据双方的出资比例确定双方的房产所有权份额。对于以自己财产或者共有财产偿还借款超过自己份额的部分, 可以作为对共有房产的有益支出在分割财产时进行价值补偿或财产返还。

对于纯由一人出资、借款购买的房产, 如对方主张的房产份额权益, 则应由对方举证证明购买房产的意思表示系由双方共同作出, 只是由一人出名购买而已, 如对方无法完成该举证, 则应认定房产权益归属于出资方, 并在分割财产时按受益的多少对对方进行补偿或返还不当得利。其理由为: 依法律行为产生的不动产权或拟取得准物权, 应依据当事人的意思表示确定, 登记或买卖合同本身所表征出来的意思可以作为认定该意思的初步证据, 如对方无相反证据, 则应据此认定权益归属。

3、一方出资登记在对方名下或以对方名义签署买卖合同的情形。对此, 应区分具体情形:

1) 有婚意的同居, 这里对婚意进行扩大解释, 即同居双方以结婚为目的, 或至少不排除结婚目的的同居。在此情形下, 双方系基于正当的男女两性关系相吸引而同居, 通常不排除同居关系转化为婚姻家庭关系。此时, 一方将房产登记在对方名下或以对方名义签署买卖合同通常具有在感情上取悦对方的意思, 同时, 一方之所以将财产登记在对方名下或以对方名义签署买卖合同通常包含着结婚目的。对于此种情形, 可以参照我国台湾省及德国民法关于以婚姻不缔结为解除条件的赠与的处理原则进行处理。民国二十八年七月二十九日民国司法院指令第 1462 条规定“订婚约而授受聘金礼物, 自属一种赠与, 惟此种赠与并非单纯以物价转移财产权为目的, 实系预想他日婚约之履行而以婚约之解除或违反为解除条件之赠与 [18]”。德国民法典第 1301 条亦规定, “婚姻不缔结的, 订婚人任何一方可以依照关于返还不当得利的规定, 向另一方请求返还所赠的一切或作为婚约标志的一切。”虽然婚约解除时的财产返还关系和同居期间的财产关系存在一定区别, 但其所适用的情形类似, 可以类推适用。同时, 处理该类案件, 还要考虑出资人经济能力的因素。房产对于普通市民而言属于价值巨大的财产, 但其价值巨大是相对而言的, 如出资人身家不菲, 以致于单套房产在其资产配置中仅占有非常小的比例, 在此情形下, 不排除出资方单纯对对方进行赠与的情形, 而不能简单适用前述规则, 应考虑案件具体情况依据公平原则进行处理。

以婚姻不缔结为解除条件的赠与规则处理案件时应考虑同居双方对于婚姻缔结不成的过错因素。如双方属于正常的原因导致无法缔结婚姻, 自可适用前述规则, 但如一方对于婚姻缔结不成具有故意或重大过失, 则应排除前述规则的适用。比如一方对对方进行严重的虐待、凌辱, 或严重的感情不忠, 则无权依据前述规则主张房产权益。因为前述行为可以视为故意促成解除条件的成就, 不产生解除条件不成就的法律后果。对此, 德国民法典第 815 条关于“结果的出现自始为不可能, 并且履行给付的人知道这一点, 或者履行给付的人违背诚实信用原则阻碍结果的出现, 不得因以给付来追求的结果不出现而请求返还”的规定可供借鉴。

至于如何认定有婚意, 可以根据双方共同生活时对外称谓、有无举办“婚礼”、有无采取订婚等行为以及同居时间的长短等确定。

2) 无婚意的同居, 即自始至终排斥结婚目的的同居。这种同居关系较为少见, 且较少发生一方将房产等大额财产登记在对方名下或以对方名义购买房产的情形。一旦发生纠纷, 首先应查实双方同居时的意思状态, 如确有证据或双方均确认无缔结婚姻的意思, 则在依据前述原则考虑双方经济能力的基础上, 主要以出资为原则确认房产的权益归属。

3) 纯为玩弄对方的同居。现实生活中, 确实存在部分男性或女性系以玩弄对方或获取对方长期稳定的性服务而与对方进行同居。在这种情形下, 出资方既然根本缺乏结婚意图, 其对对方的赠与或将房产登记在对方名下或以对方名义签署买卖合同的行为, 对其而言纯为获取的对方同居或性服务的“对价”, 在此情形下, 依据自然债务不得主张返还的原则, 其无权主张相应房产的权益。

(三) 双方出资或出资无法认定、但登记在一方或双方名下或以一方或双方名义签署买卖合同的房产权属的认定

在双方共同出资, 且房产已登记在双方名下的情况下, 首先应判断不动产登记簿所记载的登记状态是否为双方的真实意思。通常情况下, 考虑到双方在同居关系期间男女两性关系的特殊性, 即使双方出资有较大差异, 出资较多方(通常是男方)往往难以提出按出资确定所有权份额, 故即使是不动产登记簿记载的登记状态为各占 50% 的按份共有或共同共有, 也不能单纯据此确认双方达成了所有权份额或共有关系的约定, 应考虑出资的因素。如双方出资相差不大, 仅有些许差别, 可以依据登记的份额状态或共同共有状态确认所有权份额关系。但如果悬殊过大, 则应考虑出资的因素, 超过出资比例的份额可以视为附条件的赠与, 对于该份额的处理应按前文所述原则进行处理。该种处理方式, 已为很多部分判决确认。

在出资关系无法认定的情况下, 则应考虑双方的收入水平、双方的父母等近亲属有无资助等情况, 并将这些因素作为确认所有权份额的重要依据, 而不能仅凭所有权份额登记状态做简单认定。对于这一点, 在实务中已有生效判决予以明确 [19]。

尚未完成所有权登记、以双方名义签署买卖合同的处理亦应坚持同一原则。

(四)一方出资将房产登记在对方父母或近亲属名下,或以对方父母或近亲属的名义签订买卖合同及一方父母或亲属出资,登记在对方名下,或登记在同居双方名下的情形

这种情形与前文所述情形有所不同,不仅是出资方涉及到同居双方之外的第三方,其对方当事人也涉及到同居双方之外的第三方。

我们认为,此种情形仍可以按照以婚姻不缔结为解除条件的赠与规则进行处理。因为与同居一方不同,其父母或其近亲属出资购买房产并将房产全部或部分登记在对方或其近亲属名下,其目的更具有针对性:即期待同居双方婚姻缔结,并以此作为将房产登记在对方或其近亲属名下的潜在条件。瑞士、德国及我国台湾省等亦采取该种处理方式,不过其理论依据多为不当得利[20]。但实际上,其所谓不当得利无过于给付原因嗣后消失的不当得利,而给付原因恰恰就是依据对同居者缔结婚姻的期待。故,传统民法所称不当得利是从最终结果上寻求返还的依据,而我们则倾向于寻求直接原因。

[1] 本论文系我院 2013 年调研课题成果。

[2] 课题组成员:曹泽洲、颜浩民、杨震。执笔人:杨震。

[3] 杨大文主编:《婚姻家庭法》,中国人民大学出版社 2000 年版,第 144 页。

[4] 因涉伦理问题,同性同居期间发生的房产纠纷不在本案讨论范围之列。

[5] 【法】米雷耶·德韦尔-富尔戈德著:《同居》,郑文彬译,商务引书馆 1999 年版,第 10 页。

[6] 关虎章、王伟:《非婚同居法律问题探析》,《法制与社会》2008.10(下),第 102 页。

[7] Sanford.N.Katz, Family Law in America, OxfordUniversityPress, 2003, p. 23. 转引自王薇著:《非婚同居法律制度比较研究》,西南政法大学 2007 年博士论文,第 75 页。

[8] 陈苇主编:《外国婚姻家庭法比较研究》,群众出版社 2006 年版,第 145 页。

[9] Cythia Grant Bowman, "Legal Treatment of Cohabitation in the United States", Law & Policy, Vol. 26, No. 1, 2004, p. 147. 转引自王薇著:《非婚同居法律制度比较研究》,西南政法大学 2007 年博士论文,第 75 页。

[10] 王薇著:《非婚同居法律制度比较研究》,西南政法大学 2007 年博士论文,第 76 页。

[11] 何宝玉:《信托法原理研究》,中国政法大学出版社 2004 年版,第 32 页。

[12] 蒋为廉:《普通法公平原则概要》,中国政法大学出版社 2002 年版,第 273 页。

[13] 【英】D?J?海顿著:《信托法》(第四版),周翼、王昊译,法律出版社 2004 年版,第 202 页。

[14] 史尚宽著《亲属法论》,中国政法大学出版社 2000 年 2 月第 1 版第 427 页。

[15] 余延满著:《亲属法原论》,法律出版社,2007 年版,第 215-216 页。

[16] 韩德刚:《非婚同居当事人财产关系浅论》,《法制与社会》2008 年 2 月(中),第 40 页。

[17] 李照彬:《解除同居关系纠纷案件的法律问题》,《人民司法》2002 年第 5 期,第 17 页。

[18] 史尚宽著《亲属法论》,中国政法大学出版社 2000 年 2 月第 1 版第 158 页。

[19] 陈志初:《共同共有房产在分割时应考虑共有人的实际出资》,《人民司法》2011 年第 22 期,第 74 页,该文所援引的(2011)湛中法民一终字第 199 号判决中,对于同居双方已经在房产证中约定的共同共有这种所有权登记状态,二审法院认为,双方是基于恋爱关系共同购置房产,双方的基础共同关系具有一定的特殊性,应予以考虑。虽然该房屋产权证中注明了庞某为共同共有人,但双方对该房产证确认的事实本身有争议,且针对该房产的出资均进行了举证,因此不能仅凭房产证之共同共有性质证明双方享有等额权利。庞某主张对共有房产按等份分割原理进行处理,只是基本符合法律精神,但不能简单地理解为各占 50%,应从公平合理角度出发,考虑共有人对共有财产的投资多收酌情分配。该判决在认定庞某出资 25%的情况下酌情认定其可分的 30%的份额。虽然笔者不赞成该判决部分说理,但对其实体处理予以认可。该处理方式与本文所主张的方式基本一致。

[20] 史尚宽著《亲属法论》,中国政法大学出版社 2000 年 2 月第 1 版第 161 页。

广东惠州离婚判决将每月通报民政局 省内率先实施婚姻信息变动通报

2014 年 1 月 2 日 人民法院报 林晔晗

本报讯(记者 林晔晗 通讯员 卢思莹 潘子璐)家里有房有车,四处借钱不还,债权人打赢官司却发现对方早已经由法院判决离婚,资产全部在另一方;为买二套房,夫妻在法院诉讼离婚,手拿判决(调解)书享受按揭、税收优惠,却不去民政部门办理婚姻变更登记,造成婚姻登记失真……这些问题将在广东惠州得到有效解决。近日,广东省惠州市两级法院与民政部门建立婚姻变动信息通报机制,成为在粤首例。

为什么要建立月度通报制度?惠州市中级人民法院民一庭副庭长郑杰介绍:“目前,我国存在两种法定离婚方式:一是夫妻双方到民政部门协议离婚,另一种是在法院诉讼离婚。现有两种方式并轨运行,但信息却不互通。诉讼离婚判决生效后,法院并不负责通知变更登记,需要当事人自己主动到民政部门进行婚姻状态变更,这就使婚姻状态更新产生漏洞。这种状况不但在惠州,全国都如此。”

究其原因:一是离婚是私隐,大多不愿主动提及;二是没有更新登记的意识;三是利用这一漏洞达成非法目的。这不仅对社会秩序造成影响,减弱了法院判决书的法律效力,更给后续诉讼增加了诉累。而该机制的实施,就是希

望能杜绝上述现象，更是法院参与社会管理创新，提醒人们不要把婚姻当工具的有效途径。

盐城中院成功办结首例涉台离婚司法协助案

2014年2月8日 江苏法制报

日前，盐城中院将台湾台北地区法院102年度婚字第489号案件言词辩论通知书及起诉状缮本顺利送达给居住在盐城市区的董某，标志着该院首例涉台司法协助案件成功办结。

台湾台北市市民陈某与盐城市居民董某结婚后常年分居两地，两人均萌生离婚念头。因协商离婚未果，陈某遂向台湾台北地方法院起诉离婚，台北地方法院根据《海峡两岸共同打击犯罪及司法协助协议》，请求省高院协助送达该案言词辩论通知书及起诉状缮本。盐城中院收到省高院协助台湾地区送达法律文书函件后，按照最高院司法解释及省高院相关要求，对该类案件的办理作出具体分工：办公室负责统一对接上级法院移交的涉台司法协助案件工作，立案一庭负责案件的立案审查工作，民一庭负责法律文书的具体送达工作。后盐城中院民一庭经过多地查找、了解，2个工作日内即将法律文书送达董某本人。

北京朝阳区法院：李阳1200万给清没？男女双方意见不一 李阳离婚案法院听证

2014年2月13日 北京晚报 张蕾



上午李阳和KIM在法院门口 程宁摄 J215

本报讯（记者张蕾）疯狂英语创始人李阳离婚案又起波澜。在判决执行过程中，李阳对于KIM申请的执行金额提出异议，认为他已将判决书确定的财产折价款履行完毕。因为这个争议，今天上午，朝阳法院特意召开听证会，将李阳、KIM双方邀请到法院。但由于李阳提出不公开申请，记者未能进入旁听。

2013年2月3日，朝阳法院对李阳离婚案作出一审判决。法院判令准许二人离婚，三个女儿由KIM抚养，李阳定期支付抚养费。同时，李阳需向KIM支付精神损害抚慰金5万元，及财产折价款1200万元等。

一审判决作出后，李阳曾提起上诉，但后来又将上诉状撤回，双方在同年2月25日于庭外达成了一份《财产履行协议》，约定了判决的具体履行方式。但当这份协议约定的4个月期限过后，KIM正式向朝阳法院申请强制执行，要求李阳依照原判决内容给付其1200万元财产折价款以及5万元精神抚慰金及相关诉讼费用。

法院于2013年6月24日正式立案受理这起执行案。执行过程中，李阳先后向法院账户汇款260万元。记者从法院了解到，李阳日前提出执行异议，他认为自己已经按照《财产履行协议》的约定，总计向KIM支付了940万元，加之缴纳至法院账户的260万元，判决书确定的财产折价款已经履行完毕。因此，李阳认为KIM主张的强制执行申请金额与事实不符。

记者从KIM的代理律师戚连峰处了解到，在双方达成的《财产履行协议》中涉及一套房产，该房产在KIM名下，但当初买房时是由李阳出的钱。双方在协议中约定，李阳在4个月内将这套房变卖，并将卖房款交给KIM。实际上，李阳后来确实将这套房变卖，并将卖房款近540万交给了KIM，只不过未在协议约定的4个月内完成。

到了今天，似乎有点回过味儿来的KIM，对于这套房子的处置意见最大。她认为，这套房本来就在她的名下，卖的是她的财产。而根据双方在《财产履行协议》中达成的约定，一旦到期未履行，这份协议自动失效，双方仍要按照原法院判决执行。正是基于这一点，KIM并不认可这540万的性质，坚持要求李阳继续履约。

据了解，执行听证是人民法院在执行过程中，采取听证会的形式，在执行法官的主持下，由申请执行人和被执行人及第三人等围绕被执行人有无执行能力及执行异议进行举证、质证，查明执行案件的有关事实，确定能否执行及如何执行等问题，以便实现生效法律文书确定的权利义务或采取相应的执行措施，决定相应的执行方案。 J009

李阳：

KIM应该去看心理医生

上午8点40分，李阳一身西装出现在朝阳法院门口。用李阳的话讲，法院今天之所以召开听证会，是因为他认为1200万已经执行完毕，但KIM却认为完全没执行。

李阳说，KIM已阻断他与孩子的联系，导致他已有一年时间没有见过孩子。“KIM把孩子控制住，不让我联系，本来我跟女儿每天通电话，但她把女儿的手机都拿走了。”李阳认为KIM的精神出了问题，应该好好去看看心理医生。

法院门口，李阳一边接受采访一边拿出一沓打印好的文字材料发给记者，标题是《一个美国变态女人在中国的

梦想》。在这篇文章里，李阳将KIM描述成一个“性格有严重缺陷”、“极度暴躁”的女人。李阳说KIM曾经有过两段失败的婚姻。“第一次婚姻是嫁给一个美国银行家，被丈夫一巴掌扇入了游泳池；第二任以KIM负全责而离婚，她丈夫获得了所有家产。”

“非常不幸的是，她对我产生了迷恋，一直纠缠我，我当时是结婚有孩子的。”李阳在材料中称，“KIM天天抱怨和诬蔑中国，却死皮赖脸的赖在中国。”“从另外一个角度来说，她成功了。每小时五万，每天10万的出场费、讲课费，纽约的出版社预付30万美元请她写书。

从2011年10月27日KIM正式提起离婚诉讼开始，这起离婚案已持续了两年多。李阳认为，今天再上法庭完全是KIM无理取闹。

此前网传李阳已经加入安利销售，上午这一传言也得到了证实。李阳说他确实参与了“安利事业”，但疯狂英语仍然是他的主业。

KIM:

李阳最喜欢撒谎

中午11点50分，KIM最先走出法院。随后，李阳也走了出来。见李阳在接受媒体采访，KIM一下冲到李阳身边，“我一定要在他身边，因为他最喜欢撒谎”。据了解，上午在法庭上，双方已火药味十足。

庭后，KIM的律师表示，除了KIM不认可的近540万卖房款外，李阳的妹妹李宁先后通过自己的账户给KIM打了390万元。但KIM同样不认可这笔钱。KIM认为，跟她打离婚的是李阳，而不是李宁。这390万是李宁出于同情给的，不能代表李阳。

李阳打到法院账上的260万如今已转到KIM手上，只有这笔钱KIM表示认可。

本报记者 张蕾 J009

离婚案落判一年 前妻李金申请强执千万款项 上午法院召开听证会审查 李阳提异议

——门口发材料 攥拳进法院

2014年2月13日 法制晚报 王晓飞



上午，李阳拳头紧握，在记者的围访中步入朝阳法院 摄/法制晚报记者 曹博远

法制晚报讯（记者 王晓飞）疯狂英语创始人李阳离婚案又起波澜。法院判决李阳向妻子李金（Kim）支付1200万元财产折价款及5万元精神抚慰金的判决生效后，李金申请强制执行后。李阳提出执行异议，称财产折价款已履行。

今天上午，法院对该案召开听证会进行审查。李阳在门口给记者发材料后，攥着拳头走进法院。

上午现场

上午

否认欠钱 李阳给记者发材料

2013年2月3日，李阳离婚案宣判，法院判决两人离婚，李阳家暴属实，赔偿李金5万元精神抚慰金，并支付1200万元财产折价款，另外因抚养权归李金，所以每年给三个女儿共30万元抚养费。

判决生效后，李金就判决向法院申请强制执行，李金称李阳仅支付15万元抚养费和30万元财产折价款，要求其支付其他款项。

该案执行中，李阳先后向法院账户汇款260万元。随后，李阳提出执行异议，称他与李金于2013年2月25日就判决书达成了《财产履行协议》，他认为自己已经按照上述协议总计向李金支付940万元，加之缴纳至法院账户的260万元，判决书确定的财产折价款已经履行完毕。

上午8时30分左右，天空飘起了小雪，Kim穿着一身黑色外衣在律师和助手的陪同下缓缓地走向朝阳法院当事人通道门口，准备进入法庭。“我认为我们争议的地方还是那套房产，我认为他还没给我折价款。”Kim急匆匆地对记者说。

在Kim走进法院约半个小时后，李阳在妹妹的陪同下也出现在了法院门外，此前向法院提出不公开听证会的他，却出人意料地向媒体散发案件材料，李阳称，“我们认为此案已经执行完了，但她仍然觉得她住的这栋房子还需要我再给钱，美国人的思维方式不太一样。”

“她在那住着，她要钱，钱已经拿到了。目前她已经把孩子控制了，我觉得Kim应该看一下心理医生。”李阳

说，“我现在已经一年了没见到孩子，没有带孩子出去玩。”李阳说，Kim 很知道如何操控中国媒体。

李阳称，疯狂英语目前仍然是自己的主业，随后攥着拳头走进法院。

李阳自述

她成功了 每小时 5 万出场费

李阳在给媒体的题为《一个美国变态女人在中国的梦想》中称，在和 Kim 在一起的时间里，她每天都在抱怨中国的老太太、老头侵犯她的人权，其实他们只是关心我的孩子们穿得太少！她每天都说我父母和家人的坏话！每天都会无缘无故地发脾气、砸东西。

她到上课现场，把饭菜倒在我的身上。她蓄意销毁我电脑中的作品，每天斥责孩子，每天斥责我本人，我忍了！

李阳称，Kim 蔑视中国网民，说他们根本没有判断力！Kim 大闹派出所、出入境管理处，法院和执行庭，因为她知道中国人怕外国人，一闹就灵。中国人怕外国人的时代早已经过去了。

李阳称，从另外一个角度来说，她（Kim）成功了，每小时 5 万、每天 10 万的出场费、讲课费以及纽约的出版社预付 30 万美金请她写书。因为美国就喜欢关于中国的负面故事。

事件回顾

2011 年 9 月 4 日，微博曝光李阳妻子 Kim 受到家暴的照片，其后又微博曝出要求离婚。

2011 年 9 月 10 日，李阳在微博上发表了致歉声明。

2011 年 10 月 27 日，李金起诉离婚，要求直接抚养三个女儿，并分割夫妻共同财产。

2011 年 12 月 15 日到 2013 年 1 月，该案四次在法院开庭审理。法院查明李阳名下房产达 22 处。 文/记者 王晓飞

北京房山区法院：嫂嫂申请强制小叔子腾房 执行虽成功 吵闹难消除

2013 年 2 月 13 日 北京晚报



浙江温州鹿城区人民法院：匆匆步入婚姻，结果被揍 34 年 六旬妇请来“人身安全保护令”撑腰

2014 年 2 月 14 日 浙江法制报 黄云峰



前天，温州鹿城区人民法院发出一份“人身安全保护令”，为申请人陈大妈提供人身安全保护，即日起 3 个月内禁止陈大妈的丈夫郑某殴打、威胁、辱骂她。

据悉，修订后的《民事诉讼法》第 100 条，增加了“行为保全”内容，为法院发出人身安全保护裁定提供了更直接的法律依据。

她说一直忍气吞声过日子

陈大妈今年 60 岁，丈夫郑某 63 岁，都是温州本地人。陈大妈在离婚诉状中称，1980 年 1 月，她和郑某经人介绍后登记结婚，他们膝下育有两子。

陈大妈说，因为婚前缺乏深入交往和了解，婚后不久，郑某的暴躁脾气暴露无遗，动不动就对她辱骂、动粗。受传统思想影响，她一直忍气吞声过日子，委曲求全。

2013 年 5 月，郑某拿起铁凳、电风扇砸、打陈大妈头部。“因为没有钱，我都不敢去医院。”陈大妈想起来就后

怕。

2013年12月14日，她再次遭到丈夫家暴。这次，陈大妈报了警。“民警离开后，他又打我，还操起刀威胁说要杀我。”陈大妈觉得自己已经走投无路。

这次挨打，经医院诊断，陈大妈胸、背部多处软组织挫伤。因为没经济能力，她的旧伤新患无法进一步检查和医治。

“我的头部和胸部经常会痛，我都60岁了，每天还在担心中度过，怕自己又会遭受无端的暴打。”想起两个儿子都已经成家，今年1月17日，陈大妈鼓起勇气，向鹿城区法院递交了诉状，请求法院判决她和郑某离婚。

“人身安全保护令”非一纸空文

递交诉状之后，陈大妈担心在诉讼期间又会遭到郑某家暴，于是向法院递交了“人身安全保护申请书”。同时，她提供了派出所接警回执、居住地所在居委会证明、病历及伤情照片等相关证据。

鹿城区法院经审查后认为，陈大妈的申请符合法律规定，于是作出“人身安全保护”裁定。

同时，法院向郑某经常居住地的派出所、辖区街道、妇联送达协助执行通知书。

鹿城区法院承办法官介绍，这张“人身安全保护令”并非一纸空文。郑某经常居住地的派出所一旦接到陈大妈的报案后，就会及时出警，对她采取保护措施，并将郑某行为通知法院。法院会视情节轻重作出相关处罚决定。另外，郑某经常居住地街道、妇联也会担起监督的职责，接到陈大妈的投诉后也会第一时间报警，保护她的人身安全。

根据法律规定，申请人身安全保护裁定不仅可以在诉讼中提出，还可以在诉讼前提出。长期的人身安全保护裁定的有效期一般为3至6个月，可以为受害人的人身安全提供充分保护。

据介绍，在2013年1月1日之前，修订后的民诉法尚未实施，试点法院发出人身安全保护裁定是以中国应用法学研究所《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》和《浙江省预防和制止家庭暴力条例》为指导的。而现行《民事诉讼法》的“行为保全”制度，则为法院发出人身安全保护裁定提供了更直接的法律依据。

四川常德法院：丈夫告妻上法庭婚内索讨孝心钱

2014年2月18日 四川法制报 若星



请图片作者与本报联系

结婚了，感情上连在一起，经济上也捆在了一起。这钱怎么花？小两口意见一致，那好办，可如果出现分歧，一方捂紧钱袋子，又当咋办呢？

湖南小伙子何亮就碰上了这样的烦心事。他欲送患结核病的母亲住院治疗，牢牢掌控经济大权的妻子王若却不理会，给出在家吃药休息的保守治疗方案。听谁的？丈夫和妻子，谁也说服不了谁。

无奈之下，何亮把妻子告上法庭，索讨孝心钱。他能打赢官司吗？

女主内围城之内妻子作主

2008年元旦，在湖南常德一家宾馆，一场盛大的婚宴正在隆重举行，新郎何亮和新娘王若幸福地踏上了婚姻的红地毯。

恋爱时讲的是浪漫，结婚后过的是日子。过日子有过日子的规矩，领结婚证的时候，王若就定好了这个规矩：丈夫是户主，在户口本坐头把交椅；她掌管经济大权，丈夫的收入全部上交，由她统一支配。

何亮在一家私人公司上班，端的不是“铁饭碗”，不过，公司效益不错，挣的并不比端“铁饭碗”的妻子少。他自觉地遵守着妻子定下的规矩，工资存折交由妻子保管，平时发的补助，过年发的奖金，也一分不落地全部上交。

小两口幸福地过着小日子，可婚姻并不仅仅是两个人的事，婆媳关系让无数人头痛不已，王若与婆婆也不例外。何亮的父亲何金国、母亲赵红梅，年近六旬，他们都不曾有固定的工作，便也没有退休工资，但他们还是拿出半生的积蓄，为儿子的婚房出了首付。

2008年底，儿媳生下一个胖小子，小名“胖胖”。这个家庭再次洋溢在幸福中，想不到的是，婆媳纷争从此拉开序幕。

当了奶奶，赵红梅没等儿子儿媳开口，主动搬到了儿子家，伺候月子里的儿媳和襁褓中的孙儿。婆婆一片好心，王若却不领情。原来，怀孕待产的时候，王若跟丈夫商量，月子里要请个“月嫂”，接受专业的护理，还能从“月嫂”那里学到一些科学的育儿方法。何亮却说妈妈已经做好了准备，难不成请个“月嫂”，把妈妈晾在一边，要她照顾妈妈的感受。丈夫这么一讲，王若不再坚持，可婆婆进驻之后，她后悔了。

“妈，您怎么这样喂呀？”孩子出生后，王若奶水不足，需要补充奶粉，这事儿自然由赵红梅来做。赵红梅把奶粉冲好后，一只手抱着胖胖，一只手拿着奶瓶，用口在奶嘴上轻轻地吮吸了一下，觉得温度适中，才把奶嘴塞到胖胖口中。“这样多不卫生”，王若看在眼里，急在心中，忍不住对着婆婆责怪道。

围绕着孩子的抚育，婆媳间的第一次交锋悄然而过，可这只是个开始。对抚育孙儿，赵红梅是老一套，几十年都是这样过来的，怎么就不行了呢？这不，给孙儿喂米糊，赵红梅的方式依然很传统：用开水把米粉调成糊状后，赵红梅舀起一调羹，用嘴巴吹了吹热气，又用舌头轻轻地舔了舔，感觉不烫了，才把米糊送到孙儿口中。这一幕被密切关注着婆婆的王若看在眼里，直接冲过去把婆婆手中的碗夺了下来。赵红梅脸面挂不住，把孙儿往儿媳的怀中一丢，干脆走出了家门。

与儿媳两次冲突之后，赵红梅作出了些许改变，可离儿媳的要求，还相差甚远，为着如何抚育孩子，婆媳俩仍然争吵不断。可王若每天要上班，何亮更抽不开身，尽管婆媳矛盾尖锐，胖胖还是只能由赵红梅来带。争来吵去，本就不深厚的婆媳感情荡然无存……

娘生病妻子却捂紧钱袋子

转眼到了2011年9月，胖胖快3岁了，虽然年龄小了点，王若还是坚持把儿子送到小区内一家幼儿园。

本来，这接送孩子的事，完全可交由赵红梅全权负责，可王若执意不同意，还特意向幼儿园老师交代，除了她和何亮，任何人都不能从幼儿园接走胖胖。

赵红梅不明就理，看着幼儿园放学了，就去接孙子。胖胖“奶奶、奶奶”地叫个不停，可幼儿园老师就是不同意。一而再，再而三地吃了闭门羹，赵红梅终于明白了其中的缘由。孙儿上幼儿园了，她光荣地下岗了。被剥夺带养孙儿的权利，这是儿媳妇变相地下了“逐客令”啊，想来多少有些辛酸。2011年9月底，赵红梅找一个机会向儿子、儿媳道别，结束了2年多带养孙子的生活。

2013年9月，赵红梅身体不适，咳嗽连连，一检查，是患了结核病。虽然这病早已不是什么绝症，不过，治疗却也十分麻烦，根据医生的建议，赵红梅住进了医院。

住院最需要的是钱。为母亲治病，何亮义不容辞，可家里的钱全部在妻子手上，这事儿还得回家请示。何亮和王若的收入不低，王若虽然节俭却不吝啬，治病的钱又花得理所当然，何亮觉得，通情达理的妻子自然会应允。“王若，妈生病了，患的是结核病，需要住院治疗，更需要一大笔医疗费。爸、妈没有什么积蓄，这医药费得由我们承担，我想先拿一笔钱，帮妈交医疗费。”赵红梅住院的次日，何亮找到妻子商量。“要多少钱？”王若问。“先拿2万元。”何亮答道。“我看先出5000元，还需要的话，到时候再说。”2万元的请求没有照准，不过，妻子的话合情合理，何亮只能同意。

5000元不能支撑多长时间，一个星期后，医院的催款通知到了，何亮再次向妻子请求拨款。不料，这一次妻子却不爽快。“妈的病，需要长期住院治疗吗？我觉得，买些药在家休养就可以了。刘大妈，你认识的，年纪与妈差不多，病情也与妈差不多，就是在家吃药休养，也没什么事情啊。如果按你说的住院治疗，我可不花这冤枉钱。”王若拒绝的同时，提出了建议。

家里有40万元存款，何亮是知道的，母亲住院治疗，对家庭经济也不会“伤筋动骨”，可一向识大体的妻子怎么就死死地捂紧钱袋子。存折在王若手里，密码由王若掌握，夫妻俩的争执，王若牢牢地掌握着主动权。

上法庭婚内请求分割财产

碰了一鼻子灰，何亮并不甘心，让母亲继续住院，得到最好的治疗，是他的不变方针。家里的钱一时拿不出来，他找亲戚朋友借了一笔，暂时解了燃眉之急。借钱只是权宜之计，最终还是要用家里的钱解决问题。

何亮想到了法律，在找律师咨询后，于2013年9月向常德某法院提起婚内分割财产诉讼。何亮诉称，其母亲赵红梅因患结核病需要住院治疗，赡养老人是儿女应尽的义务，他也有能力为母亲支付相关医疗费用。但他自与王若结婚后，所有收入均交由妻子掌管。对于夫妻共同财产，夫妻双方有平等的处理权，但现在因财产为妻子实际掌控，与妻子又不能协商一致，他的处理权名存实亡，因此，请求分割出夫妻共同财产10万元，用于支付母亲的治疗费用。

法院受理这起案件后，立即组织何亮与王若进行调解，然而，双方却都不肯改变主意。调解搁浅，治疗却不等闲人，为了早日拿到钱，何亮向法院申请先予执行。法院认为，何亮起诉的案由虽然是婚内财产分割，但目的是为了筹集母亲的医疗费用，根据《民事诉讼法》关于追索医疗费用可以先予执行的规定，对其先予执行申请予以准许，并划拨王若名下的存款2万元给何亮，保证赵红梅得到及时治疗资金。

王若做梦也想不到，会以这种方式与丈夫对簿公堂。对于丈夫的诉求，她咬定一句话，不同意。婆婆的病，她不是不同意治，可治疗有方式的选择，在家里吃药休息，有情况再到医院诊治不是很好吗？为什么一定要住院进行过度治疗？

王若坚持感情不分家，钱财就不分家；何亮则要求，感情是感情，钱财是钱财，二者可以分开，换一种说法，经济上可以强制实行“AA制”。“AA制”是夫妻约定婚后各自所得财产归各自所有的通俗说法，一般遵循平等自愿，协商一致原则，何亮请求强制分割夫妻财产，强制实行“AA制”，法律会不会亮“绿灯”呢？

2013年12月初，法院审理后认为，赵红梅生病，是否需要住院治疗，应当尊重医生的建议，王若提出让婆婆在

家吃药休养，于情于理都不应认同。赡养父母是儿女应尽的法律义务。何亮对母亲的赡养义不容辞，应让母亲老有所医，为缺乏能力的母亲承担医疗费。何亮与王若婚后存款 40 万元系夫妻二人的共同财产，双方有平等的处理权，一般情况下应协商一致方能对大额财产进行处理。如果不能协商一致，夫妻一方又坚持要求提取共同财产中享有的份额，在婚姻关系存续期间原则上不被允许，不过，特殊情形下有例外。根据《婚姻法》司法解释三的规定，一方负有法定扶养义务的人患有重大疾病需要医治，另一方不同意支付相关医疗费用的，正是特殊情形之一。本案中何亮与王若之间，正是这样的情形，因而，对于何亮的诉求应予支持。据此，法院判决王若支付现金 10 万元给何亮，用于何亮母亲结核病的住院治疗。

（文中当事人系化名。未经许可，不得转载）

（南京）离婚人群呈两极分化 房屋成分割财产最大焦点

2014 年 02 月 18 日 新华日报

记者 16 日从南京市中院召开的新闻发布会上获悉，2013 年度南京市离婚纠纷数量持续居高，全市法院共受理离婚纠纷 8207 件，同比增长 7.3%。离婚案件中，当事人的争议焦点主要集中在夫妻共有财产的分割以及子女抚养问题，分别占到案件总量的 59%和 28%。

诱发离婚的原因趋于多样化。据介绍，一是当事人在缺乏深入了解的情况下草率结婚；二是外遇、家庭暴力等仍是破坏婚姻关系的主要杀手；三是夫妻一方缺乏家庭责任感，或有赌博、吸毒等恶习；四是因婆媳、翁婿等家庭关系不和，等等。

离婚人群呈现出婚龄两极分化的特点，婚龄在 3 年以下或在 20 年以上的人群，成为离婚人群中的绝大多数。其中，婚龄在 3 年以下的夫妻离婚纠纷占总数的 38.1%，反映出当前社会“闪婚闪离”的现象普遍。婚龄在 20 年以上的夫妻离婚纠纷占总数的 20%，这一年龄段的人群大多子女成年、工作稳定、生活平淡，易进入婚姻疲劳期。

再婚老年人离婚在老年人离婚中占七成。离婚的原因主要是，双方子女为财产或继承等问题干预老人婚姻。随着房产价值的不断攀升，房屋的归属成为离婚案件中分割夫妻共同财产的最大焦点。

北京市一中院：单亲妈妈未缴超生款儿子难落户诉房山公安分局违法 一审败诉后再上诉

2014 年 02 月 25 日 京华时报 孙思娅

京华时报讯（记者孙思娅）因无力缴纳 33 万余元的社会抚养费，北京房山区村民刘菲（化名）8 岁的儿子小杰（化名）一直没有户口。刘菲于去年 10 月 9 日将北京市公安局房山分局告上法庭，请求法院确认其违法。一审法院判决驳回了刘菲的起诉，刘菲于昨天上午向市一中院提出上诉。

刘菲称，2005 年，她生育了小杰，并于 2010 年将小杰带回北京，但其所在村委会拒绝为小杰办理人口普查登记及入户登记。此后，刘菲向房山公安分局申请办理入户登记，对方告知其因违反计划生育政策，须先缴纳社会抚养费。2012 年 10 月，房山区人口与计划生育委员会向刘菲下发了社会抚养费征收决定，按 14 倍征收 33 万余元。由于刘菲无房产也无稳定工作，无力负担社会抚养费，因此一直未能给小杰上户口。

在法律援助律师黄溢智的帮助下，刘菲向法院起诉，称根据《国籍法》和《户口登记条例》，户口登记机关应对出生的中国公民予以登记，而不应附加其他条件；中华人民共和国公民，都应当依照本条例的规定履行户口登记。因而房山公安分局拒绝为小杰进行户口登记的行为是违法的。同时根据《未成年人保护法》，房山公安分局拒不履行户口登记义务，导致小杰 8 年来未获户口登记，无权享有公民应有的相关权利，侵犯小杰的生存权、发展权等合法权益，因此要求法院判决确认房山公安分局拒绝为小杰进行户籍登记的行为违法，并责令房山公安分局为小杰进行户籍登记。

对此，房山公安分局指出，2013 年 10 月 9 日，刘菲到该局办理户籍登记事宜，但未能提供缴纳社会抚养费证明。因此，依据北京市公安局《关于印发派出所办理常住户口登记工作规范（试行）的通知》，办事民警口头告知不能为其子申请户籍登记，并无违法行为。房山公安分局认为，刘菲之子不能进行户籍登记，是因为母亲没有尽到母亲的义务。因此，房山公安分局请求法院驳回刘菲的起诉。

经审理，法院查明，刘菲原有两个子女，又于 2005 年 10 月非婚生育第三个孩子，因此刘菲存在违反《户口登记条例》的行为，且迄今未缴纳社会抚养费。因此，法院认为房山公安分局以刘菲提交的申请材料不齐全为由不予办理并无不当，并驳回了刘菲的起诉。

对于判决结果，刘菲不服，并于昨天提出上诉。其律师黄溢智表示，原审法院所依据的《北京市人口与计划生育条例》第十二条均未对违反计划生育所生育子女的户籍登记事宜作出任何限制或附加条件，因此刘菲为子申报户籍登记的行为是完全符合法定条件的。

最高人民法院 2014 年 2 月 27 日新闻发布会材料

1、关于人民法院司法干预家庭暴力有关情况的新闻发布稿

2、司法干预家庭暴力典型案例

关于人民法院司法干预家庭暴力有关情况的
新闻发布稿

最高人民法院新闻发言人 孙军工

(2014年2月27日)

各位记者：

大家下午好。今天新闻发布会的主题是通报人民法院司法干预家庭暴力的有关情况。为了使大家能够更加充分地了解这方面的工作，我们专门邀请了最高人民法院刑事审判第一庭副庭长薛淑兰、最高人民法院应用法学研究所所长孙佑海出席今天的发布会并发布10起典型案例。下面，首先由我向大家通报人民法院司法干预家庭暴力的有关情况。

一、司法干预家庭暴力的背景

“清官难断家务事”。在中国人的传统观念里，一直认为家庭暴力属于家务事，国家公权力不应过多介入。实践中，司法机关处理涉家庭暴力案件，比处理其他类型的案件存在更多的特殊性和需要考量的因素。近年来，家庭暴力逐渐成为社会热点话题，其严重的社会危害性也逐渐被社会所认知。据有关部门统计，我国大约有24.7%的家庭存在不同程度的家庭暴力。实施家庭暴力导致被害人重伤、死亡，或者是长期遭受家庭暴力的被害人杀死施暴人的重大恶性案件时有发生。根据最高人民法院的统计，涉及家庭暴力的故意杀人案件，占到全部故意杀人案件的近10%。一些采取极其残忍手段虐待妇女、儿童、老人的案件，经媒体报道后，引起了社会高度关注。这些事实和数据说明，家庭暴力不再像传统观念认为的那样，属于单纯的家事、小事，而是一个严重危害婚姻家庭关系、社会秩序稳定的社会问题，关系到公民人权保护、家庭关系和谐、男女性别平等、国家文明进步。近年来，人民群众要求司法干预家庭暴力的呼声非常强烈。自十届全国人大以来，每年都有人大代表提交关于制定反家暴法的议案。国家防治家庭暴力，包括行政干预、司法干预和社会干预三大途径。人民法院依法行使司法权，使施暴人承担应有的法律责任，使被害人得到及时有效的法律保护，既是当前人民群众的期待和关切，也是时代发展与社会进步的要求，更是人民法院依法应当承担的职责。

二、司法干预家庭暴力的总体情况

人民法院高度重视维护妇女、儿童和老人在家庭中的基本人身权利。2008年5月，最高人民法院发布了《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》。该《审理指南》共81条，主要规定了审理涉及家庭暴力婚姻案件的基本原则和要求、人身安全保护措施、证据、财产分割、子女抚养和探视、调解等方面的内容，为基层法院提供了可操作的参考性办案指南。2008年6月，全国法院启动涉家庭暴力婚姻案件审理试点工作，当年确定9个基层法院作为试点法院，2011年试点法院增加到73个基层法院。2012年3月，司法干预家庭暴力的试点工作延伸到刑事领域。同年5月，最高人民法院成立了“涉家庭暴力刑事司法改革”课题组，开展了一系列调研和试点工作。总体上讲，司法干预家庭暴力工作主要呈现以下七个特点。

(一) 审理组织专门化。近年来，一些有条件的基层人民法院成立了专门合议庭或安排专人独任审理涉及家庭暴力的婚姻家庭案件，并尽可能安排具有婚姻家庭经验和人生阅历较为丰富的法官，或者接受过干预家庭暴力专业培训的法官办理涉及家庭暴力婚姻家庭案件，以提高办案效率和探索审理此类案件的专门经验。如湖南省长沙市岳麓区人民法院于2008年5月成立了全国首个“涉家庭暴力婚姻案件合议庭”，坚持创新举措、立体干预、多方联动，对反家暴审判进行了全方位的改革探索。同年9月26日，该院发出湖南省第一份“人身安全保护裁定”，这一做法被评为该年度湖南省十大最具影响力的法治事件之一。广东省珠海市香洲区人民法院于2009年组建专门的反家暴合议庭，设立了全国首个人身安全保护裁定立案专窗，实行专业化审理。该合议庭在涉家暴离婚案件审理中，加大调查取证力度，加大加害人举证责任，限制加害人探视权，制裁伪造债务行为等，属全国首创。福建省莆田市城厢区人民法院于2010年成立反家暴合议庭，专门审理涉家庭暴力婚姻家庭案件，2013年又扩展为民刑合一的反家暴合议庭，专门审理涉家庭暴力民事和刑事案件。

(二) 加大人身安全保护力度。一是对受害人联系方式保密。实践中，人民法院加强对受害人的有关信息保密，特别是不将受害人的行踪及联系方式告诉加害人，以防止加害人继续威胁、恐吓或伤害受害人。二是对受害人实行保护性缺席庭审。有证据证明存在家庭暴力，且受害人处于极度恐惧之中的，正常的开庭审理可能导致受害人重新受制于加害人的，或者可能使受害人的人身安全处于危险之中的，人民法院可以应受害人的申请，单独听取其口头陈述意见，并接受其提交的书面意见。案件开庭时，其代理人可以代为出庭。

(三) 依法及时作出人身安全保护裁定。实践中，人民法院收到人身安全保护申请后，经审查或听证确认存在家庭暴力危险，如果不采取人身安全保护措施将使受害人的合法权益受到难以弥补的损害的，一般会在48小时内（最快的是当天）发出裁定。人民法院作出的人身安全保护裁定，一般包括下列内容中的一项或多项：1. 禁止被申请人殴打、威胁申请人或申请人的亲友；2. 禁止被申请人骚扰、跟踪申请人，或者与申请人以及可能受到伤害的未成年子女进行不受欢迎的接触；3. 人身安全保护裁定生效期间，一方不得擅自处理价值较大的夫妻共同财产；4. 有必要并且具备条件的，可以责令被申请人暂时搬出双方共同的住处；5. 禁止被申请人在距离下列场所200米内活动：申请人的住处、学校、工作单位或其他申请人经常出入的场所；6. 必要时，责令被申请人自费接受心理治疗；7. 为保护申请人及其特定亲属人身安全的其他措施。申请人申请并经审查确有必要的，人身安全保护裁定可以附带解决以下事项：1. 申请人没有稳定的经济来源，或者生活确有困难的，责令被申请人支付申请人在保护裁定生效期间的生活费以及未成年子女抚养费、教育费等；2. 责令被申请人支付申请人因被申请人的暴力行为而接受治

疗的支出费用、适当的心理治疗费及其他必要的费用。被申请人的暴力行为造成的财产损失，留待审理后通过判决解决。

据不完全统计，试点法院自 2008 年以来，共发出人身安全裁定超过 500 份。如广东省珠海市香洲区人民法院发出 92 份，福建省莆田市城厢区人民法院发出 43 份，重庆市渝中区人民法院发出 24 份，湖南省长沙市岳麓区人民法院发出 21 份，陕西省西安市雁塔区人民法院发出 20 份，均有效防止了家庭暴力的再度发生。

（四）合理分配举证责任。实践中，人民法院根据家庭暴力隐蔽性的特点和规律，合理分配举证责任，原告提供证据证明受侵害事实及伤害后果并指认系被告所为的，举证责任转移至被告。被告虽否认但不能提供反证的，法院可以推定被告为加害人，认定家庭暴力事实的存在。试点工作进行 5 年多来，还没有出现被推定施暴的被告就此推定提出上诉的案件。据不完全统计，在 2011 年，部分试点法院的家庭暴力司法认定率从普遍低于 8% 上升到 29% 以上。之后，一直保持上升的趋势。

（五）平等分割家庭财产。人民法院在分割夫妻共同财产时，注重坚持性别平等的基本理念。一是公平地补偿，以平等保护在婚姻关系存续期间对照顾家庭投入较多一方的利益。二是有助于妇女离婚后的生存和发展。在加害人自认或法院认定的家庭暴力案件中，受害人需要治疗的、因家庭暴力失去工作或者影响正常工作的，以及在财产利益方面受到不利影响的，在财产分割时应得到适当照顾。受害人向加害人提供接受高等教育的机会和资金支持，或支持加害人开拓事业而牺牲自己利益的，无论当初自愿与否，如果这种牺牲可能导致受害人离婚后生活和工作能力下降、收入减少、生活条件降低的，在财产分割时应当获得适当照顾。在家务劳动、抚育子女、照料老人等方面付出较多的当事人，在财产分割时可以适当予以照顾或补偿。

（六）不支持加害方直接抚养子女。在人民法院认定家庭暴力存在的案件中，如果双方对由谁直接抚养子女不能达成一致意见，未成年子女原则上应由受害人直接抚养。但受害人自身没有基本的生活来源保障，或者患有不适合直接抚养子女的疾病的除外，以充分体现“儿童最佳利益”原则。

（七）加大适用刑事禁止令。刑法修正案（八）规定，对判处管制、宣告缓刑的犯罪分子，人民法院可以根据犯罪情况，在作出判决的同时，禁止其在管制执行期间、缓刑考验期限内从事特定活动，进入特定区域、场所，接触特定的人。最高人民法院要求，试点法院对于家暴施暴被告人尽可能同时适用刑事禁止令，以避免和减少家庭暴力再次发生的可能性。

三、下一步工作安排

最高人民法院将在近年来工作的基础上，针对人民法院审理涉家庭暴力案件存在的主要问题，做好以下几项工作：

（一）指导试点改革，及时总结试点经验。最高人民法院将进一步加大指导试点法院改革的工作力度，及时总结试点工作中取得的经验和遇到的困难，稳步推进试点工作。

（二）出台办理涉家庭暴力刑事案件规范性文件。规范性文件将对涉家暴刑事案件的证据、刑事政策的具体适用等方面作出详细规定，为依法办理这类案件提供具体的法律依据。同时，将及时发布涉家庭暴力指导性案例，通过案例推广审判经验，统一法律适用。

（三）探索建立反家庭暴力统筹联动机制。选择条件比较成熟的试点法院，牵头联系当地检察院、公安、司法、妇联等相关部门，探索建立统筹联动机制，主动协调、充分发挥各方力量，形成合力。从妇联、工会、社区基层组织等单位推荐的人员中选择人民陪审员参与涉家暴案件审理工作，邀请当事人亲友、所在单位和基层组织人员参与调解。在审判过程中聘请心理咨询师对受害人进行心理疏导，对加害人予以心理矫正，修复受损的家庭关系，以期形成多部门合作的局面，共同预防和制止家庭暴力。

向大家通报的情况就是这些。谢谢大家。

附一：相关术语解释

家庭暴力：最高人民法院于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释（一）（2001）第一条规定，家庭暴力是指行为人以殴打、捆绑、残害、强行限制人身自由或者其他手段，给其家庭成员的身体、精神等方面造成一定伤害后果的行为。持续性、经常性的家庭暴力，构成虐待。

人身安全保护裁定：一种民事强制措施，是人民法院为了保护家庭暴力受害人及其子女和特定亲属的人身安全、确保民事诉讼程序的正常进行而作出的裁定。

附二：相关法律条文

《中华人民共和国民事诉讼法》：

第一百条 人民法院对于可能因当事人一方的行为或者其他原因，使判决难以执行或者造成当事人其他损害的案件，根据对方当事人的申请，可以裁定对其财产进行保全、责令其作出一定行为或者禁止其作出一定行为；当事人没有提出申请的，人民法院在必要时也可以裁定采取保全措施。

附三：《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》

内容详见最高人民法院网：

http://www.court.gov.cn/yyfx/yyfxyj/ztllyj/xbpdysfgz/201205/t20120525_177209.html

最高人民法院 2014 年 2 月 27 日新闻发布会材料（二）

司法干预家庭暴力典型案例

目 录

- 1、女童罗某某诉罗某抚养权纠纷案
- 2、郑某丽诉倪某斌离婚纠纷案
- 3、陈某转诉张某强离婚纠纷案
- 4、李某娥诉罗某超离婚纠纷案
- 5、郝某某诉郝某华赡养纠纷案
- 6、钟某芳申请诉后人身安全保护案
- 7、邓荣萍故意伤害案
- 8、汤翠连故意杀人案
- 9、肖正喜故意杀人、故意伤害案
- 10、薛某凤故意杀人案

案例 1

女童罗某某诉罗某抚养权纠纷案

——人身安全保护裁定制止儿童虐待

（一）基本案情

2007 年，原告余某某与被告罗某离婚，婚生女孩罗某某（2001 年 12 月 26 日出生）由被告罗某抚养。2011 年 12 月 28 日，原告向法院诉称，被告长期在外打工，女儿罗某某与祖母和大伯共同生活期间，罗某某经常遭受殴打和辱骂，且罗某某与离异的大伯同住一室，随时可能遭受性侵犯。原告向法院提供了女儿的伤情鉴定书及其要求与母亲共同生活的书信等证据，并请求法院判令变更女儿罗某某由原告抚养。诉讼过程中，罗某某向法院申请人身安全保护。

（二）裁判结果

法院经审理认为，申请人罗某某在与被申请人余某金、罗某衡共同生活期间多次无故遭受殴打，且有法医学人体损伤程度鉴定书为证。申请人罗某某的申请符合法律规定。据此，依法裁定禁止被申请人余某金、罗某衡殴打、威胁、辱骂、骚扰、跟踪申请人罗某某，裁定有效期为六个月。之后，经法院调解，双方变更了抚养权，此案在一周内结案，未成年人罗某某在最短的时间摆脱了家庭暴力。

案例 2

郑某丽诉倪某斌离婚纠纷案

——威胁作为一种家庭暴力手段的司法认定

（一）基本案情

原告郑某丽与被告倪某斌于 2009 年 2 月 11 日登记结婚，2010 年 5 月 7 日生育儿子倪某某。在原、被告共同生活期间，被告经常击打一个用白布包裹的篮球，上面写着“我要打死、打死郑某丽”的字句。2011 年 2 月 23 日，原、被告因家庭琐事发生争执，后被告将原告殴打致轻微伤。2011 年 3 月 14 日，原告向法院提起离婚诉讼，请求法院依法判令准予原、被告离婚；婚生男孩倪某某由原告抚养，抚养费由原告自行承担；原、被告夫妻共同财产依法分割；被告赔偿原告精神损失费人民币 30000 元。

（二）裁判结果

法院经审理认为，原告郑某丽与被告倪某斌婚前缺乏了解，草率结婚。婚后被告将一个裹着白布的篮球挂在家中的阳台上，且在白布上写着对原告具有攻击性和威胁性的字句，还经常击打篮球，从视觉上折磨原告，使原告产生恐惧感，该行为构成精神暴力。在夫妻发生矛盾时，被告对原告实施身体暴力致其轻微伤，最终导致了原、被告夫妻感情的完全破裂。因被告存在家庭暴力行为不宜直接抚养子女，且婚生男孩倪某某未满两周岁随母亲生活更有利于其身心健康。被告对原告实施家庭暴力使原告遭受精神损害，被告应承担过错责任，故被告应酌情赔偿原告精神损害抚慰金。据此，依法判决准予原告郑某丽与被告倪某斌离婚；婚生男孩倪某某由原告郑某丽抚养，抚养费由原告承担；被告倪某斌赔偿原告郑某丽精神损害抚慰金人民币五千元。该判决已生效。

案例 3

陈某转诉张某强离婚纠纷案

——滥施“家规”构成家庭暴力

（一）基本案情

原告陈某转、被告张某强于 1988 年 8 月 16 日登记结婚，1989 年 7 月 9 日生育女儿张某某（已成年）。因经常被张某强打骂，陈某转曾于 1989 年起诉离婚，张某强当庭承认错误保证不再施暴后，陈某转撤诉。此后，张某强未有改变，依然要求陈某转事事服从。稍不顺从，轻则辱骂威胁，重则拳脚相加。2012 年 5 月 14 日，张某强认为陈某转未将其衣服洗净，辱骂陈某转并命令其重洗。陈某转不肯，张某强即殴打陈某转。女儿张某某在阻拦过程中

也被打伤。2012年5月17日，陈某转起诉离婚。被告张某强答辩称双方只是一般夫妻纠纷，保证以后不再殴打陈某转。庭审中，张某强仍态度粗暴，辱骂陈某转，又坚决不同意离婚。

（二）裁判结果

法院经审理查明，家庭暴力是婚姻关系中一方控制另一方的手段。法院查明事实说明，张某强给陈某转规定了很多不成文家规，如所洗衣服必须让张某强满意、挨骂不许还嘴、挨打后不许告诉他人等。张某强对陈某转的控制还可见于其诉讼中的表现，如在答辩状中表示道歉并保证不再殴打陈某转，但在庭审中却对陈某转进行威胁、指责、贬损，显见其无诚意和不思悔改。遂判决准许陈某转与张某强离婚。一审宣判后，双方均未上诉。

一审宣判前，法院依陈某转申请发出人身安全保护裁定，禁止张某强殴打、威胁、跟踪、骚扰陈某转及女儿张某某。裁定有效期六个月，经跟踪回访确认，张某强未违反。

案例4

李某娥诉罗某超离婚纠纷案

——优先考虑儿童最佳利益

（一）基本案情

原告李某娥、被告罗某超于1994年1月17日登记结婚，1994年8月7日生育女儿罗某蔚，2002年6月27日生育儿子罗某海。双方婚后感情尚可，自2003年开始因罗某超经常酗酒引起矛盾。2011年起，罗某超酗酒严重，经常酒后施暴。女儿罗某蔚在日记中记录了罗某超多次酒后打骂李某娥母子三人的经过。2012年1月5日，李某娥第一次起诉离婚。因罗某超提出双方登记离婚，李某娥申请撤诉。但之后罗某超反悔，酗酒和施暴更加频繁。2012年7月30日，罗某超酒后扬言要杀死全家。李某娥母子反锁房门在卧室躲避，罗某超踢烂房门后殴打李某娥，子女在劝阻中也被殴打，李某娥当晚两次报警。2012年8月底，为躲避殴打，李某娥带子女在外租房居住，与罗某超分居。2012年9月21日，李某娥再次起诉离婚并请求由自己抚养一子一女。罗某超答辩称双方感情好，不承认自己酗酒及实施家庭暴力，不同意离婚，也不同意由李某娥抚养子女。

（二）裁判结果

法院经审理查明，罗某超长期酗酒，多次酒后实施家庭暴力。子女罗某蔚、罗某海数次目睹父亲殴打母亲，也曾直接遭受殴打，这都给他们身心造成严重伤害，同时也可能造成家庭暴力的代际传递。为避免罗某蔚、罗某海继续生活在暴力环境中，应由李某娥抚养两个子女，罗某超依法支付抚养费。遂判决准许李某娥与罗某超离婚，子女罗某蔚、罗某海由李某娥抚养，罗某超每月支付抚养费共计900元。罗某超可于每月第一个星期日探视子女，探视前12小时内及探视期间不得饮酒，否则视为放弃该次探视权利，李某娥及子女可拒绝探视。一审宣判后双方均未提起上诉。

案例5

郝某某诉郝某华赡养纠纷案

——人身安全保护裁定制止子女虐待老人

（一）基本案情

申请人郝某某与其妻王某某（已故）育有五个子女。现郝某某已丧失劳动能力，除每月的低保金320元外，无其他经济来源，其日常生活需要子女照顾。申请人郝某某轮流在除被告郝某华之外的其他子女处居住生活。因其他子女经济情况一般，住房较为紧张，申请人郝某某遂要求被告郝某华支付赡养费，并解决其居住问题。被申请人郝某华对原告郝某某提出的要求不满，经常用激烈言辞对郝某某进行言语威胁、谩骂，致使郝某某产生精神恐惧，情绪紧张。郝某某诉至法院，要求被告郝某华支付赡养费，并解决其居住问题。经法院多次通知，被告郝某华仍不到庭应诉，反而对原告恫吓威胁，致使原告终日处在恐惧之中。原告遂在诉讼期间向本院申请人身安全保护裁定，请求法院采取措施，制止被告郝某华对郝某某威胁、谩骂侮辱行为。

（二）裁判结果

针对申请人提出的人身安全保护裁定申请，法院经审理查明，被申请人郝某华对申请人郝某某经常进行言语威胁、谩骂等行为，导致申请人终日生活在恐惧之中，故其申请符合法律规定，应予支持。法院裁定：禁止被申请人郝某华对申请人郝某某采取言语威胁、谩骂、侮辱以及可能导致申请人产生心理恐惧、担心、害怕的其他行为。同时，法院对被申请人进行了训诫，告知其在有效期内，若发生上述行为，则视情节轻重对被申请人采取拘留、罚款等强制措施。经跟踪回访，被申请人对申请人再无威胁行为。对原告请求被告履行赡养义务的请求，法院判决被告郝某华每月向原告郝某某支付赡养费600元。

案例6

钟某芳申请诉后人身安全保护案

——诉后人身安全保护裁定制止“分手暴力”

（一）基本案情

申请人钟某芳与被申请人陈某于2010年2月2日经法院判决离婚，子女由钟某芳抚养。判决生效后，陈某拒不搬出钟某芳房屋，还要求与钟某芳同吃、同睡，限制钟某芳的人身自由和社会交往。钟某芳稍有不从，就遭其辱

骂和殴打，并多次写字条威胁钟某芳。法院强制其搬离后，他仍然借探视子女为由，多次进入钟某芳家中对其实施威胁，还经常尾随、监视钟某芳的行踪，不仅使钟某芳的身体受到伤害，还使其处于极度恐惧之中。钟某芳于2010年5月6日向法院提出了人身安全保护裁定的申请，并提交了报警证明、妇联的来访记录、被申请人威胁申请人的字条、被撕烂的衣物、照片等证明材料。

（二）裁判结果

法院经审理认为，申请人钟某芳在离婚后仍然被前夫陈某无理纠缠，经常遭其辱骂、殴打和威胁，人身自由和社会交往仍受前夫的限制，是典型的控制型暴力行为受害者。为保护申请人的人身安全，防止“分手暴力”事件从民事转为刑事案件，法院裁定：禁止被申请人陈某骚扰、跟踪、威胁、殴打申请人钟某芳，或与申请人钟某芳以及未成年子女陈某某进行不受欢迎的接触；禁止被申请人陈某在距离申请人钟某芳的住所或工作场所200米内活动；被申请人陈某探视子女时应征得子女同意，并不得到申请人的家中进行探视。该保护令的有效期为六个月。经跟踪回访，申请人此后没有再受到被申请人的侵害或骚扰。

案例7

邓荣萍故意伤害案

——长期对养女实施家暴获刑

（一）基本案情

被害人范某某（女，时年7岁）出生后不久即由被告人邓荣萍收养。在收养期间，邓荣萍多次采取持木棒打、用火烧、拿钳子夹等手段虐待范某某，致范某某头部、面部、胸腹部、四肢多达百余处皮肤裂伤，数枚牙齿缺失。2010年3月26日上午，因范某某尿床，邓荣萍使用木棒殴打范某某腿部，致范某某左股骨骨折，构成轻伤。案发后，邓荣萍向公安机关投案。

（二）裁判结果

法院经审理认为，被告人邓荣萍故意伤害他人身体的行为已构成故意伤害罪。邓荣萍为人之母，长期对养女范某某进行虐待，又因琐事持木棒将范某某直接打致轻伤，手段残忍，情节恶劣，后果严重，应依法惩处。鉴于邓荣萍自动投案后，如实供述自己的罪行，具有自首情节，依法可对其从轻处罚。据此，关岭布依族苗族自治县人民法院依法以故意伤害罪判处被告人邓荣萍有期徒刑二年二个月。

案例8

汤翠连故意杀人案

——经常遭受家暴致死丈夫获刑

（一）基本案情

被告人汤翠连与被害人杨玉合（殁年39岁）系夫妻。杨玉合经常酗酒且酒后无故打骂汤翠连。2002年4月15日17时许，杨玉合醉酒后吵骂着进家，把几块木板放到同院居住的杨某洪、杨某春父子家的墙脚处。为此，杨某春和杨玉合发生争执、拉扯。汤翠连见状上前劝阻，杨玉合即用手中的木棍追打汤翠连。汤翠连随手从柴堆上拿起一块柴，击打杨玉合头部左侧，致杨玉合倒地。杨玉合劝阻汤翠连不要再打杨玉合。汤翠连因惧怕杨玉合站起来后殴打自己，仍继续用柴块击打杨玉合头部数下，致杨玉合因钝器打击头部颅脑损伤死亡。案发后，村民由于同情汤翠连，劝其不要投案，并帮助掩埋了杨玉合的尸体。

（二）裁判结果

法院经审理认为，被告人汤翠连故意非法剥夺他人生命的行为已构成故意杀人罪。被害人杨玉合因琐事与邻居发生争执和拉扯，因汤翠连上前劝阻，杨玉合即持木棍追打汤翠连。汤翠连持柴块将杨玉合打倒在地后，不顾邻居劝阻，继续击打杨玉合头部致其死亡，后果严重，应依法惩处。鉴于杨玉合经常酒后实施家庭暴力，无故殴打汤翠连，具有重大过错；汤翠连在案发后能如实供述犯罪事实，认罪态度好；当地群众请求对汤翠连从轻处罚。综上，对汤翠连可酌情从轻处罚。据此，施甸县人民法院依法以故意杀人罪判处被告人汤翠连有期徒刑十年。

案例9

肖正喜故意杀人、故意伤害案

——长期实施家暴并杀人获死刑

（一）基本案情

被告人肖正喜和被害人肖海霞（殁年26岁）于1998年结婚并生育一女一子。2005年，肖正喜怀疑肖海霞与他人有染，二人感情出现矛盾。2009年4月，肖海霞提出离婚，肖正喜未同意。2010年5月22日，肖正喜将在外打工的肖海霞强行带回家中，并打伤肖海霞。肖海霞的父母得知情况后报警，将肖海霞接回江西省星子县娘家居住。

2010年5月25日下午，肖正喜与其表哥程某欲找肖海霞的父亲肖某谈谈。肖某拒绝与肖正喜见面。肖正喜遂购买了一把菜刀、一把水果刀以及黑色旅行包、手电筒等物品，欲杀死肖海霞。当日16时许，肖正喜不顾程某劝阻，独自乘车来到肖海霞父亲家中，躲在屋外猪圈旁。23时许，肖正喜进入肖海霞所住房间，持菜刀砍击肖海霞头部、脸部和手部数下，又用水果刀捅刺肖海霞前胸，致肖海霞开放性血气胸合并失血性、创伤性休克死亡。肖正喜扔弃水果刀后逃离。肖某及其妻子李某听到肖海霞的呼救声后，即追赶上肖正喜并与之发生搏斗，肖正喜用菜刀砍

伤肖某，用随身携带的墙纸刀划伤李某。后肖正喜被接到报警赶来的公安民警抓获。

（二）裁判结果

法院经审理认为，被告人肖正喜故意非法剥夺他人生命的行为已构成故意杀人罪，故意伤害他人身体的行为又构成故意伤害罪，应依法数罪并罚。肖正喜不能正确处理夫妻矛盾，因肖海霞提出离婚，即将肖海霞打伤，后又携带凶器至肖海霞家中将肖海霞杀死，将岳父、岳母刺伤，情节极其恶劣，后果极其严重，应依法惩处。据此，依法对被告人肖正喜以故意杀人罪判处死刑，剥夺政治权利终身；以故意伤害罪判处有期徒刑二年，决定执行死刑，剥夺政治权利终身。经最高人民法院复核核准，罪犯肖正喜已被执行死刑。

案例 10

薛某凤故意杀人案

——养女被养父长期性侵杀死养父获刑

（一）基本案情

被告人薛某凤自幼被薛某太（被害人，殁年 54 岁）收养。自 1999 年薛某凤 11 岁起，薛某太曾多次对薛某凤强行实施奸淫。2004 年 3 月，薛某凤因被薛某太强奸导致怀孕，后引产。2005 年 1 月，薛某凤与他人结婚。2007 年 11 月 11 日晚，薛某太酒后将薛某凤叫至其房间内，持刀威胁薛某凤，要求发生性关系。薛某凤谎称同意，趁机用绳子将薛某太双手、双脚捆住，薛某凤离开房间。次日 3 时许，薛某凤返回房间，采取用扳手击打薛某太头部等手段，致薛某太颅脑损伤死亡。后薛某凤将薛某太的尸体浇油焚烧。

（二）裁判结果

法院经审理认为，被告人薛某凤故意非法剥夺他人生命的行为已构成故意杀人罪。薛某凤持械击打被害人薛某太头部致其死亡，后果严重，应依法惩处。鉴于薛某太利用其养父身份，在薛某凤还系幼女时即长期奸淫并导致薛某凤怀孕引产，对薛某凤的身心健康造成巨大伤害。在薛某凤与他人结婚后，薛某太仍持刀欲强行奸淫薛某凤，具有重大过错；临漳县人民检察院认为，因薛某凤自幼被薛某太长期奸淫，薛某凤为反抗而杀死薛某太，故意杀人情节较轻，建议对薛某凤适用缓刑；当地村委会及数百名群众以薛某凤实施杀人行为实属忍无可忍，其家中又有两个年幼子女和一个呆傻养母需要照顾为由，联名请求对薛某凤从轻处罚；临漳县妇女联合会建议，为挽救薛某凤的家庭，减少社会不和谐因素，尽量从轻处罚；案发后薛某凤认罪态度较好，有悔罪表现。综上，对被告人薛某凤可从轻处罚。据此，临漳县人民法院依法以故意杀人罪判处被告人薛某凤有期徒刑三年，缓刑五年。

二、一般审判动态

完善司法确认制度 健全纠纷解决机制——北京市丰台区法院关于人民调解协议司法确认案件审理情况的调研报告

2014 年 1 月 23 日 人民法院报 宋 堃 李冬冬 韩 炜 柴海燕

人民调解协议司法确认制度是我国近些年来审判实践经验积累的重要成果，在化解矛盾纠纷、维护社会和谐稳定中起到了积极的作用，但同时也存在一些突出的问题。为更好地完善人民调解协议司法确认制度，北京市丰台区人民法院对此类案件进行专题调研，以期对建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制有所裨益。

一、基本情况和特点

从 2011 年 3 月 30 日至 2013 年 7 月 20 日，丰台法院受理请求确认人民调解协议案件共 103 件，审结 103 件，平均审理周期为 9.19 天，准予确认申请案件的涉案金额共计 5249585.6 元。从结案方式看，准予确认申请 55 件，占审结案件的 53.4%；驳回确认申请 10 件，占 9.7%；撤回确认申请 38 件，占 36.9%。其中，申请确认人民调解协议 102 件，申请撤销人民调解协议 1 件。上述案件呈现如下特点：

（一）案件数量逐年上升。2011 年收案数为 5 件，2012 年为 33 件。2013 年截止到 7 月 20 日收案 65 件，案件数量上升趋势明显。

（二）涉及纠纷类型多样。在受理的 103 件案件中，有人格权纠纷、婚姻家庭纠纷、继承纠纷、合同纠纷、侵权责任纠纷、劳动争议，共计 6 大类案件，涉及 16 种三级民事案由。

（三）申请确认的调解协议来源较为集中。丰台区现有人民调解委员会 386 个，但受理的案件仅来自于其中 5 个人民调解委员会。其中，99 件来自于设在法院的人民调解委员会，占收案总数的 96.1%，其他 4 个人民调解委员会各有 1 件。

（四）案件准予确认率偏低。在已结的 103 件案件中，予以确认的案件 55 件，占审结案件的 53.4%；驳回申请和撤回申请的案件共计 48 件，占 46.6%。

二、存在的问题及原因

（一）人民调解员法律知识相对缺位导致调解协议瑕疵多。截止到 2012 年，丰台区人民调解员共计 13141 人，其中高中以上学历 7928 人，占总人数的 60.3%，高中以下学历 5213 人，占 39.7%。从数据上看，人民调解员整体学历偏低，也从侧面反映出人民调解员法律素质较低的现状。虽然人民调解员的选任途径在不断丰富，但由于法律知识的缺乏，造成调解协议的质量难以保证。调解员主持下达成的部分调解协议具有明显的瑕疵，如当事人委托手续不全、达成协议所依据的遗嘱形式有缺陷、协议内容违反法律规定或者侵害案外人合法权益等等。

（二）部分案件涉嫌虚假诉讼。人民调解委员会对于进入调解的案件审查程度较低，这也就给了虚假诉讼以可

乘之机。即使法院在审查过程中怀疑涉嫌虚假诉讼，但由于查证难度较大，法官仅能对存疑的案件不予司法确认，这样的否定评价对当事人来说几乎是“零风险”。成本与风险的严重失衡，导致行为人不惜采取各种手段来制造虚假调解协议以达到非法目的。

(三) 案件审查程度把握不一致。《最高人民法院关于人民调解协议司法确认程序的若干规定》和《中华人民共和国民事诉讼法》均规定法院应当对调解协议进行审查，但未明确是形式审查还是实质审查。如果按照实质标准来审查，需投入较大的审判资源，审判效率也会随之降低，这与司法确认制度简便快捷的价值追求产生冲突。如果贯彻司法确认制度的简便快捷性，采取形式审查，则存在当事人利用司法确认程序获取非法利益之虞。应当采取何种审查标准，实务中仍存在争议。

(四) 裁判文书格式不统一。确认人民调解协议案件的文书形式，经历了从调解书到决定书，再到民事诉讼法规定的裁定书。虽然文书的种类已有定论，但是由于此类案件缺乏固定的文书样式，因此实践中文书制作问题突出。如当事人诉讼地位表述不一致、裁定书主文表述不严谨、文书尾部书写比较随意。尽管上述差异性不会影响申请人的权利，但缺乏严肃性和统一性的文书形式，仍可能会给法院工作带来潜在的负面影响。

三、对策与建议

(一) 完善人民调解制度和司法确认程序的立法。规范人民调解程序，细化调解的启动、进行、记录以及调解员的选择和当事人的权利义务。明确调解协议的范围、达成、内容以及效力问题，尤其在受理范围方面，应当仅限于具有民事给付内容的调解协议。完善司法确认的审查程序，建立以形式审查为主、实质审查为辅的审查标准，充分发挥司法确认程序简易、高效的特点。统一发布文书样式，确保司法的严肃性和统一性。

(二) 建立人民法院与人民调解组织的联动机制。重点是加强人民法院与人民调解组织之间的信息沟通与协作配合。一方面人民调解组织可联系基层人民法院对特别复杂或疑难案件进行指导，特别是涉及到法律法规的适用问题、调解协议书的规范制作等方面。另一方面人民调解组织有选择地全程参与到人民法院的司法确认过程中去，不仅可以现场学习法官的调解方法和技巧，提高自身的业务水平和化解纠纷的能力，而且还有利于法官通过调解员了解案情和协议的达成过程等情况。

(三) 加大审查力度，防范虚假诉讼。建立一支专业化较强、素质较高、调解技能强的专职人民调解员队伍，重点聘请具有法律专业背景的公民作为专职人民调解员，如法学专家、离退休法官和检察官、律师、仲裁员。同时，可以聘请司法经验丰富的法官作为调解指导员，通过专题培训、案例通报等方式增强人民调解员对虚假协议的防范意识和防范措施。此外，对有涉嫌确认虚假协议的案件，法院应当采取必要的措施，加大调查取证力度，以尽可能预防和发现虚假诉讼。

(四) 加强宣传力度，正确引导当事人进行司法确认。借助报纸、网络、电视台等媒体，多渠道宣传司法确认制度的重要作用。派出法庭要积极和有关调解组织进行协作，通过进社区这种贴近群众的宣传方式，扩展宣传的广度和深度，让更多的公众充分认识、了解司法确认制度。同时，增加司法确认告知程序，必要时可以制作便民服务指南等形式，公示司法确认有关规定和申办流程，提供司法确认申请书样本，从而引导当事人积极、正确进行司法确认。

(课题组成员：宋 堃 李冬冬 韩 炜 柴海燕)

(甘肃)省高院、省妇联联合下发“加强妇女维权合议庭工作指导意见”

——法院妇女维权合议庭甘肃全覆盖

2014年1月29日 中国妇女报 袁鹏

“没有设立妇女维权合议庭的市、县区法院，要按照最高人民法院《关于充分发挥民事审判职能，依法维护妇女、儿童和老年人合法权益的通知》要求，根据当地的实际情况，在民事审判第一庭内设立妇女维权合议庭，力争做到省、市、县区法院妇女维权合议庭全覆盖。”

1月27日，记者从甘肃省妇联获悉，甘肃省高级人民法院和甘肃省妇联日前联合下发了《关于进一步加强妇女维权合议庭工作的指导意见》，该意见是在全省妇女维权合议庭已经取得成功实践的基础上，对相关工作机制、妇女维权合议庭的进一步完善。

从注重“事后惩罚”变为加强“事前保护”

意见指出，随着2013年《中华人民共和国民事诉讼法》的修改，各级人民法院妇女维权合议庭在家庭暴力侵害纠纷等案件的审理中，可以依法采取行为保全，从之前注重对施害人的事后惩罚变为加强对受害人的事前保护。

意见要求，妇女维权合议庭成员中应至少选派一名审判经验丰富、责任心强、善于做群众工作的法官，同时合议庭中要有女性法官或者女性人民陪审员参加审理涉及妇女权益的案件。对涉及妇女权益维护的案件，妇女维权合议庭要本着快立案、快审理、快执行的原则，不断畅通妇女权益保护绿色通道。

意见还明确，妇女维权合议庭除承担审理与妇女权益有关的民事案件外，还应当对涉及妇女权益案件加强调研，上下互动，发现有普遍性的问题，及时总结，提出对策和建议；要加强与当地妇联、公安、司法等部门的联系、沟通、配合，形成社会矛盾化解合力，共同维护妇女合法权益；妇女维权合议庭应当积极开展有关维护妇女合法权益的法律咨询、法制宣传教育等工作；对经济确有困难或有其他特殊情况的女当事人，妇女维权合议庭要依法及时准

予缓、减、免收诉讼费，同时尽可能提供相应帮助；妇女维权合议庭在维权过程中以降低诉讼成本为原则，简化诉讼程序，努力化解矛盾纠纷，维护、构建和谐的家庭关系和社会关系。

构建多元化纠纷解决机制

据了解，目前合议庭受理的案件大多涉及民生问题，在审判工作中与妇女权益相关的婚姻家庭纠纷、邻里纠纷、轻微的人身损害赔偿纠纷占相当大的比例。调解工作对这些案件的妥善处理具有不可替代的优势。意见要求，各级人民法院要切实加大工作力度，不断完善工作机制。

意见提出以下几点举措：一是基层人民法院要按照“不缺位、不越位、不错位”的原则，对人民调解委员会调解民间纠纷坚持进行业务指导；二是基层人民法院要搞好诉调对接，做好司法确认工作；三是要探索和完善委托调解方式，形成多元化纠纷解决机制。各级人民法院可以尝试建立涉及妇女权益的婚姻家庭、农村土地承包、女职工特殊劳动保护等类型案件邀请妇联等社会团体参与调解的模式；四是各级人民法院妇女维权合议庭应积极与当地妇联及相关单位建立妇女维权联席会议制度。联席制度成员单位定期召开会议，对妇女维权工作中相关情况予以通报，研究解决妇女维权工作中存在的问题；五是妇联组织要抓住国家构建大调解工作机制的有利契机，融入大调解工作平台，充分发挥自身的政治优势、职能优势和组织优势，贴近妇女、贴近群众、贴近基层，推动健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制，在涉及妇女权益矛盾纠纷化解工作中，发挥积极有效的作用。

发挥妇联独特优势，把平台建设好、使用好

意见还要求甘肃省各级妇联组织要进一步发挥在参与社会管理中的独特优势，把已有的平台建设好、使用好。

要普遍推广妇女信访代理办理工作，帮助引导妇女群众理性、合法地表达利益诉求，推动完善与有关部门的联系、协作机制，协助党和政府做好暖人心、聚人心、稳人心的工作。要充分发挥 12338 妇女维权热线的综合效能，使之真正成为了解妇女民情、把握妇女需求、帮助妇女解困的知情线和知心线，推动妇女权益问题得到及时妥善解决；要推动“妇女之家”广泛开展妇女议事会、心理调解室、妇女维权站等服务项目；要加强和女法官协会、女检察官协会、女律师协会的沟通联系，充分发挥她们在促进司法公正中的作用，为困难妇女提供有效的司法救助和法律援助；主动协助三个协会的工作，配合开展对会员的法律业务、社会性别意识、女性能力素质培训；共同开展普法宣传，营造尊重妇女地位、保护妇女权益的良好社会氛围。

意见要求，人民法院在审理涉及妇女权益案件中，要积极吸纳妇联推荐的人员担任人民陪审员。妇联组织要积极向人民法院推荐群众威信高、品德好、能力强、热心公益事业的人士担任陪审员。妇联维权志愿者队伍中的律师、心理咨询师、婚姻家庭咨询师、社会工作者等人员应发挥其专业特长，协助法官做好庭前、庭外调解以及法律解释、政策宣传和情绪疏导工作，促进矛盾化解。各级人民法院在人民陪审员培训工作中，可邀请妇联同志参加培训，讲解妇女工作情况，交流司法工作动态，提升维护妇女权益的能力水平。

甘肃省妇联副主席董晓玲接受记者采访时表示：“这个意见是在妇女维权合议庭已经运行、实践，并取得一定经验的基础上出台的。意见既有理论层面上的指导性，又具有实践层面上的可操作性，它必将对更好地维护妇女合法权益起到积极的作用。”（本报记者 袁鹏）

北京法院推行网上立案 当事人可在线提交材料

2014年02月06日 中国新闻网 孙莹

据中国之声《央广新闻》报道，今年1月1日起，北京法院系统通过北京法院审判信息网，试运行网上立案、电子送达服务。有关部门负责人表示，截至1月28日，不到一个月时间，已经成功立民事类案件一千多件，有望今年在全市法院推广。

北京高院信息技术处副处长余贵清介绍，以前在个别法院网站上推出的网上立案便民措施，年内将有望通过北京法院审判信息网这个平台在全市法院推开。

余贵清：大家在不出门的情况下，我们可以在网上直接预约立案，目前我们实现的是试点，我们开通了第三中级法院、西城法院、大兴法院、朝阳法院，开通的是民事类案件，目前为止，已经成功立案1000多个，全市所有律师，2.5万名律师都可以通过我们这个网，进行网上立案。这也是我们司法为民的新举措。

打过官司的人都知道，从立案到交换证据、开庭、裁判，要去法院好几次，单就立案环节，由于不了解需要准备的材料，也可能往返多次。网上立案，直到提交材料全了，再到法院就可以。

余贵清：立案这个阶段，有好多材料不全回去了，下次再来，还不全。我们这个呢，他可以提交，一看你全了，就通知你过来立案，不全，提醒你还缺什么东西，而且我们在审理过程当中我们还会给他提供这种方式，比如裁判文书的电子送达，电子送达已经入法了，有法律效力了，比如应诉通知书等等，也都可以通过这种方式。

记者注意到，北京法院审判信息网还提供了各类诉讼文书样式，以及诉讼费计算工具、人身损害赔偿计算工具、劳动争议计算工具，当事人只要输入相应的数据，就可以得到计算结果。北京法院还同步开通手机等移动终端诉讼信息服务，社会公众可在北京法院审判信息网上通过扫描北京法院诉讼信息服务APP二维码实现此功能。（记者孙莹）

北京法院：不跑冤枉路 不用排号等 在家轻点鼠标就可递交起诉状 ——法院网上立案 年内全面推行

2014年2月12日 法制晚报 王巍

法制晚报讯（记者 王巍）近日记者获悉，今年年底之前，北京法院将全面推行网上立案。今后，市民可以在家里通过互联网完成递交起诉状和证据材料，经法官审核后，就可交费立案。

今年1月1日起，北京法院审判信息网正式开通，该网站专门设立了网上立案窗口。目前开通网上立案的已经有市三中院、朝阳、西城、大兴四家法院。据了解，网上立案窗口设立不到一个月时间，已经成功立民事类案件1000多件，今年有望在全市法院推广。届时，全市所有律师和当事人都可以通过北京审判信息网进行网上立案。

据介绍，网上立案的真正含义是网上预约立案，即当事人通过注册账号可以将相关信息、起诉状、证据材料等立案必需材料进行网上递交，法院立案庭有专门的法官负责进行网上审核。如果材料达到立案的要求，立案庭会在网上给一个预约号，当事人可以拿着预约号按时间到法院立案大厅专门的预约号窗口直接办理交费立案手续。如果当事人递交的诉状或证据材料不合格，立案法官会通过在线咨询系统提醒当事人需要补充什么内容，可大大减少当事人因诉讼材料不合格来回法院的麻烦。

北京法院审判信息网的网上立案窗口可直接查询立案结果。律师或当事人还可以通过在网上扫描APP二维码同步开通手机等移动终端的诉讼信息服务，随时查询立案、开庭、结案等诉讼信息。

网上立案流程

注册

打开北京法院审判信息网

点击“网上立案”窗口

点击“开始网上立案”

按照该窗口提示的内容输入证件号、姓名、手机号和随机验证码

点击“下一步”进入正式立案页面

填写

目前西城法院推出的网上立案流程：进入立案页面后，屏幕上将出现一份《充填式起诉书》，点击原告和被告栏后的“添加”，会出现姓名、联系地址、电话等内容，在后面的“诉讼请求”和“事实与理由”栏目内填写好诉讼请求，并简要写清楚起诉的事实与理由，点击“保存”。

提交

点击“下一步”，提交诉讼材料，页面上清楚地显示出各类诉讼证据材料的内容，原告只要在相关证据的后面点一下自己提交的证据内容即可。该页面的最后还有“添加”提示，律师或当事人点击“添加”后将保存在自己信箱里的相关证据照片“添加”进诉讼证据，起诉立案的所有程序全部完成。

最高法透露民诉文书样式和现行民事案件案由将修订

拟今年完成新民诉法司法解释起草

2014年2月18日 法制日报 袁定波

新民诉法增加小额诉讼程序、第三人撤销之诉、公益诉讼等重要诉讼制度，有的条文较原则，具体适用需要人民法院在审判实践中逐步摸索，积累经验。

民诉法修改决定新增加的若干制度，贯彻落实还需要与其他部门沟通与协调。

新民诉法实施一年来，最高法采取一系列措施，保障新法各项规定落到实处。2013年年初，正式启动新民诉法司法解释起草工作，对“92年意见”进行修订，废止与新法冲突的内容，对民诉法修改决定中修改完善的制度作出解释。这项工作拟于2014年完成

□本报记者袁定波文/图

修改后的民事诉讼法正式施行已经一年有余。最高人民法院民事诉讼法贯彻实施领导小组办公室主任孙佑海今天接受《法制日报》记者采访时表示，新民诉法的实施，要求人民法院更加规范地进行审判和执行工作，将法律规定的各项确保程序公正的制度真正落到实处，提高民事审判质量和效率，以维护社会公平正义、确保公正司法、提高司法公信力。

“民诉法修改决定通过后，最高法即成立了以副院长奚晓明为组长的修改后民诉法贯彻实施领导小组，采取一系列措施，保障新法各项规定落到实处。”孙佑海说，新民诉法司法解释起草工作正在紧锣密鼓进行，预计2014年完成。废止与新法不符司法解释

本次民诉法修改涉及条文100多条，增加诚实信用原则，新设公益诉讼、小额诉讼、第三人撤销之诉、行为保全、司法确认、担保物权实现等多项重大诉讼制度，对民事诉讼原则、立案制度、管辖制度、调解制度、证据制度、简易程序、特别程序、审判监督程序、执行程序 and 涉外程序等均有重大修改完善。

“民诉法修改决定，集中体现了近年来民事审判方式改革和民事诉讼制度改革成果，对人民法院贯彻落实诚实信用原则、坚持程序公正、保障当事人诉权提出新的、更高的要求。”孙佑海介绍说，为保障统一正确适用民诉法修改决定，2012年12月7日，最高法发布通知，要求全国各级人民法院要深刻认识贯彻实施民诉法修改决定的重大意义，正确理解把握民诉法修改决定的各项规定，做好贯彻实施民诉法修改决定所有准备工作。

2012年年底,最高法院陆续举办全国法院学习贯彻民事诉讼法修改决定培训班,集中培训各高、中级法院及基层法院主管民事审判工作的院、庭负责人近500人。他们回去之后,对本辖区法院相关法官进行了新法培训。

2012年12月24日,最高法院就修改后的民事诉讼法施行前已经受理、施行时尚未审结和执结的案件具体适用法律问题发布司法解释,明确新旧法衔接适用问题。

与此同步,最高法院还集中清理了1949年以来制定的涉及民事诉讼法的司法解释,废止了与修改决定不符的司法解释。

做好新制度试点沟通协调

新民诉法修改内容多、范围广,既有对原有制度的补充、修改,也增加了一些新制度,实施过程中面临诸多难点。

孙佑海表示,新民诉法增加了小额诉讼程序、第三人撤销之诉、公益诉讼等重要诉讼制度,有的条文较原则,具体适用需要人民法院在审判实践中逐步摸索,积累经验。

“对于这些新的诉讼制度,此前已有法院进行试点,最高法院及时总结试点经验,用以指导全国法院审判工作。”孙佑海举例说,最高法院有关业务部门梳理总结小额诉讼等试点中形成的立案、送达、审理、裁判方式和救济程序等,先形成指导性意见,在此基础上再逐步形成司法解释草案,征求各有关方面意见。这个过程需要多个来回。

孙佑海告诉记者,民事诉讼法修改决定新增加的若干制度,贯彻落实还需要与其他部门沟通与协调。为此,2013年,最高法院与有关部门进行了工作层面的多次沟通协调,包括在特定情形下为做好先行垫付证人出庭费用及误工损失费用工作与财政部门的沟通;为做好人民法院受理小额诉讼案件受理标准计算工作与统计部门的沟通;为衔接民事检察监督制度与检察机关的沟通;为完善执行联动机制与相关协助执行部门的沟通等。

新司法解释起草紧锣密鼓进行

“新民诉法颁布后,原有司法解释的一些内容与之不符,特别是1992年7月发布的最高法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》(以下简称92年意见)已施行20余年,一直未作修订,其中诸多内容与修改后的民事诉讼法不一致。为此,2013年年初,最高法院正式启动新民诉法司法解释起草工作。”据孙佑海介绍,新民诉法司法解释起草工作重点是对92年意见进行修订,废止与新法冲突的内容,对民事诉讼法修改决定中修改完善的制度作出解释。

2014年,最高法院将进一步加力推进这项工作。下一步,将对起草的新民诉法司法解释稿进行集中论证,广泛听取立法机关等有关部门及专家学者意见,切实加快起草进程。这项工作拟于2014年完成。

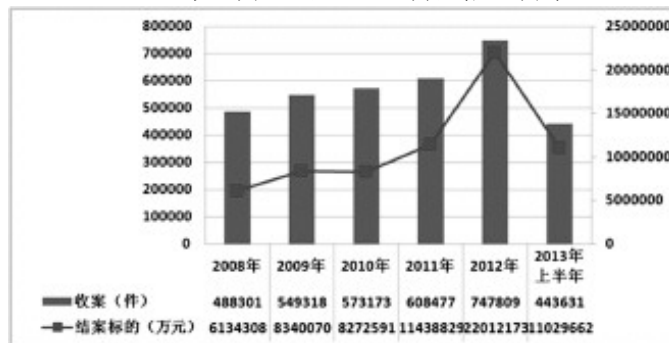
据介绍,自1992年公布法院诉讼文书样式以来,最高法院又相继公布了民事简易程序诉讼文书样式、民事申请再审案件诉讼文书样式等诉讼程序文书样式。

“新民诉法实施后,有些新制度还没有配套诉讼文书样式,原有的民事诉讼文书样式有些也已过时,无法使用。为全面贯彻实施修改后的民事诉讼法,切实提高审判质量,最高法院将对民事审判过程中所有诉讼文书样式进行修订,进一步提高民事诉讼文书质量。同时,新民诉法颁布后,新增加的诉讼制度缺乏相应民事案件的案由,为此最高法院还将对现行民事案件案由进行修订,进一步完善与新法相适应的民事案件案由体系。”孙佑海说。

本报北京2月17日讯

对全国法院近五年审理民间借贷案件的数据分析

2014年2月19日 法制日报 冬季



2008年至2013年6月全国法院审理民间借贷案件情况

2008年以前,全国法院受理民间借贷纠纷案件数量相对平稳,2008年之后案件量开始大幅上升。2012年收案747809件,比2008年的488301件上升53.15%,占当年民事一审案件的10.22%,占各类借款合同的58.48%。2010年和2011年增幅放缓,2012年开始反弹,比2011年增长22.90%。2013年上半年继续呈大幅增长态势,收案443631件,同比增长25.09%,涉案标的由2008年案均金额12.75万元上升至2013年上半年的31.60万元,增长1.47倍

一、全国法院审理民间借贷案件的基本情况

2008年以前,全国法院受理民间借贷纠纷案件数量相对平稳,2008年之后案件量开始大幅上升。2012年收案747809件,比2008年的488301件上升53.15%,占当年民事一审案件的10.22%,占各类借款合同的58.48%。2010年

和 2011 年增幅放缓, 2012 年开始反弹, 比 2011 年增长 22.90%。2013 年上半年继续呈大幅增长态势, 收案 443631 件, 同比增长 25.09%, 涉案标的由 2008 年案均金额 12.75 万元上升至 2013 年上半年的 31.60 万元, 增长 1.47 倍。民间借贷纠纷案件数量持续高位运行, 标的越来越大, 表明民间借贷高发、失范等问题仍未从根本上解决。

民间借贷纠纷的高发, 一是国际金融危机造成我国出口压力增大, 在资金链断裂和出口受阻的内外挤压下, 部分中小企业经营惨淡、利润滑坡, 甚至停产歇业, 相应的纠纷明显增加; 二是严格控制货币信贷总量和投放节奏, 部分中小微企业及个人从正规金融渠道融资日益困难, 与此同时, 股市和楼市呈降温趋势, 民间资本投资渠道变窄, 相当一部分资金进入民间借贷市场; 三是债权人盲目追逐高额利润, 风险意识不足, 债务人诚信信用缺失、法律意识淡薄等助长了民间借贷纠纷的大量产生。

二、民间借贷纠纷案件的新特点及反映出的新情况

一是案件呈“一多一难两低”的特点。“一多”即民间借贷系列案件、“串案”多, 一人向多人放贷或举债, 以及相互拆借、互相担保的情况越来越多, 由于当事人数量众多, 矛盾尖锐, 化解难度较大。“一难”即民间借贷纠纷案件事实认定难度加大, 除了传统民间借贷缺少书面凭据或借据不规范而造成事实认定难之外, 现在由于相当一部分民间借贷案件具有高利贷性质, 当事人采取各种手段掩盖高利贷真相, 以规避法律规定。“两低”即被告应诉率低和案件调撤率低。被告故意逃避追索, 法院送达困难, 有的法院缺席判决率超过 40%; 案件调解难度增大, 2012 年全国民间借贷案件调撤率为 60.43%, 低于民商事案件调撤率平均水平 7.72 个百分点。

二是民间借贷活跃程度与经济发展关系密切。民间借贷纠纷案件主要分布在经济发达或较为发达的地区以及经济增长较快的地区(北京、天津、上海、重庆等直辖市除外), 如 2011 年民间借贷案件量排前 12 位的是: 浙江、江苏、山东、福建、广东、内蒙、安徽、河北、辽宁、四川、湖南、黑龙江。当年 GDP 总量排前 12 位的是: 广东、江苏、山东、浙江、河南、河北、辽宁、四川、湖南、湖北、上海、福建。民间借贷案件数量与各省区市 GDP 的绝对数相关系数高达 0.75, 两者正相关性明显, 一定程度上表明民间借贷案件既是法律现象, 更是经济问题, 不能单纯依靠法律强制手段规制, 需要依靠综合手段调整, 尤其是经济政策的根本性调整。

三是全国民间借贷活跃程度向中西部地区扩散。从全国法院受理的民间借贷纠纷案件分布看, 民间借贷有从浙江、江苏、福建等沿海地区向内蒙古、安徽、湖北、四川等中西部地区蔓延趋势, 这些地区近几年的民间借贷案件收案量持续大幅增长, 其增长幅度已超过浙江、江苏等沿海地区案件量增幅 10 多个百分点。

四是民间借贷主体日趋多元化。现在民间借贷主体由以往单纯的农户、居民的借贷逐步扩大到职业放贷人、企业法人、私营企业主、部分中小企业以及寄卖行、小额贷款公司、投资公司、担保公司、典当行、合会甚至企业内部职工等, “隐形银行”、“影子银行”也相继出现。由于很多企业的深度介入, 民间借贷案件具有从民事纠纷向商事纠纷转化和增多的趋势。近年来, 由于实体经济经营利润的整体下滑, 一些借贷资金开始追逐暴利性行业或市场, 并出现所谓的“炒房”、“炒地皮”、“炒大蒜”等投机行为。

五是公职人员参与民间借贷的现象较为常见。浙江某县法院 2010 年至 2012 年 7 月受理涉及公职人员借款的案件 163 件, 且呈逐年上升态势。其中, 涉及公职人员作担保人而被判决承担担保责任的比例越来越高。公职人员参与借贷不仅严重影响了党和政府的形象, 而且影响正常的工作秩序, 带来了很大的社会负面效应, 甚至牵涉其他违法犯罪活动。

六是利用民间借贷从事非法活动现象增多。由于许多合会组织、职业放贷人大量吸收民间资金, 并形成复杂的借贷资金链条, 一旦其中一个环节断裂, 贷款无法收回, 放贷人出逃躲债, 参与借贷的群众上访、信访, 极易引发群体事件。此外, 一些组织和个人, 尤其是涉黑组织还利用民间借贷形式从事集资诈骗、非法吸收公众存款、高利转贷等犯罪行为, 并由此引发或衍生一些如绑架、故意伤害等刑事犯罪。

三、预防和化解民间借贷纠纷的建议

一是积极预防和妥善处理民间借贷纠纷。修改完善有关审理民间借贷的司法解释, 充分发挥庭审作用, 正确适用法律法规及司法解释, 加大执行力度, 注重调解工作, 实现法律效果与社会效果的有机统一。重新研究制定新的民间借贷利率标准, 现行利率上限标准是最高人民法院于 1991 年通过司法解释规定的, 即民间借贷利率不得超过银行同类贷款利率的 4 倍, 此规定已执行二十多年, 且大多数纠纷都与此利率上限规定有关, 各界对此也有不同的看法, 需要深入调查研究, 制定民间借贷新的利率上限标准。通过发布民间借贷典型案例、新闻发布会等措施, 加大规范民间借贷的宣传力度, 增强民众规则意识、诚信意识、法律意识, 从源头上预防和减少民间借贷纠纷的发生。

二是建立完善规范民间借贷的相关法律法规。建议继续研究制定《放贷人条例》, 建立专门的民间借贷法规, 对借贷主体、监管部门、工商登记、交易范围、资金来源、利率限制、风险控制、税收义务、反洗钱义务、法律责任等作出系统规定。从行为目的、对象、资金来源、造成危害或损失等方面, 制定详细的标准, 明确区分非法集资与民间借贷。制定《民间借贷利率管理条例》, 加快利率市场化进程, 既合理引导社会资源的配置, 又防止高利贷的出现。制定《民间借贷中介管理办法》, 对民间借贷中介的性质、主体资格、广告行为等进行规定。修改民法通则、合同法等民事法律, 可以借鉴我国台湾地区在民法债权编中确立合会合法地位的做法, 在民事基本法律中确立合会、互助会等以合同形式存在的民间借贷形式的合法地位, 并明确主体权利义务。修改《公司法》, 赋予公司法人有从事借贷的权利。修改国务院《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》、《关于整顿乱集资乱批设金融机构和乱办金融

业务实施方案的通知》等规范性文件,明确界定“非法发放贷款”,确认企业之间借贷合法性等。废除《贷款通则》关于禁止非金融企业之间融资的规定,承认企业偶发性出借自有资金行为的合法性。

三是建立完善民间借贷的监管制度。建立登记制度,主要针对企业借贷之类的民间借贷,明确登记备案机关,合理确定登记备案的效力模式,建立登记信息的查询制度等,以促进借贷双方信息对称、便于国家监管监测、实现民间借贷的公开化和规范化运行。建立区域性和全国性的民间借贷信息收集、整理、分析、预测、通报、交流、预警等机制,便于对民间借贷的资金规模、资金流向、利率水平等进行监测和统计,并为民间借贷的风险防控和监管决策提供有力依据。建立市场退出制度,对不同类别的民间借贷组织可以纳入企业破产制度,以预防因资金链断裂而导致民间借贷纠纷的爆发。

四是加快金融创新,推进企业转型升级。继续放松民间资本进入银行业的准入门槛,使民间资本在一种正式化、组织化、制度化的层面运作。加大金融产品创新力度,一方面丰富个人理财产品,开办个人委托贷款业务,为社会闲散资金提供投资机会的同时,将部分民间资本引入正规金融机构之中;另一方面开放符合中小企业、民营经济发展需求的金融产品和金融服务,加大对中小微企业的信贷倾斜力度,引导和鼓励中小微企业技术上创新。检测、预防和减少企业过度介入民间借贷领域,防范产业空心化。引导企业加强内部投融资管理,结合自身的管理水平、外部环境、经营业绩等确定不同的监管要求,从而使企业的自我监管与金融机构的鼓励政策相结合,推进企业的转型升级。

三、立法动态

中国研究建立完善未成年人监护干预制度, 指导意见拟年内出台 父母失责将被诉剥夺监护权

2014年01月21日 新京报



2013年4月下旬,吸毒女子乐燕为两个女儿预留少量食物、饮水后,将她们置留家中主卧内,用布条反复缠裹窗户锁扣并用尿不湿夹紧主卧房门后,锁上大门离家吸毒玩乐,直至6月21日案发时都不曾回家,最终导致两女童在家中饿死。图/IC



贵州5男孩取暖中毒致死案

2012年11月16日,5名男孩被发现死于贵州毕节市七星关区街头垃圾箱内。经调查,这5名男孩是因在垃圾箱内生火取暖导致一氧化碳中毒而死亡。据了解,这5个孩子生前长期在外流浪,曾多次被当地警方送回家。但这些孩子的父母大都外出务工或忙于农事,很少与子女交流。新京报记者 刘刚 摄



贵州父母虐童案

2013年5月，贵州省金沙县石场乡构皮村村民杨世海多年虐待、殴打其10岁女儿杨某某的行径被曝光。经查，杨世海在长达5年的时间里，用毒打、开水烫头、钳子夹手、针扎手指、跪锯齿等方式对亲生女儿进行残忍虐待致使女儿身心受到严重损害。新华社发

据新华社电 记者20日从相关部门获悉，民政部、最高法院、公安部等部门正在着手研究建立完善未成年人监护干预制度，制定困境未成年人家庭监护干预政策，相关指导性意见拟于今年年内出台。

最高人民法院副院长黄尔梅20日在未成年人健康成长法治保障研讨会上指出，近年来，我国接连发生了“南京饿死女童案”等多起监护人严重侵害未成年人权益的热点事件，暴露出我国在未成年人的监护监督方面存在较大缺失。

据悉，我国现行的未成年人保护法、民法通则等法律中虽然有关于剥夺父母监护权的相关条款，但在如何执行上没有具体规定。最高人民法院研究室少年法庭工作办公室副主任方芳介绍，本次对未成年人监护干预制度的研究，就是希望通过行政与司法相衔接，实现对监护人监护权的转移。

民政部副部长窦玉沛表示，民政部门在未成年人监护方面具有兜底责任。从2013年5月起，民政部就以现行流浪未成年人救助保护机制为基础，在江苏、河南、四川等20个地区启动了未成年人社会保护试点工作，力求建立监测、预防、报告、转介、处置“五位一体”的联动反应机制，推动构建以家庭监护干预为核心的新型未成年人社会保护制度。其中，制定完善未成年人监护干预政策，建立行政干预和司法干预衔接机制，创新社会保护工作机制等将是工作的重点。

“对拒不履行监护责任、严重伤害未成年人的监护人，行政干预的核心就是通过人民法院提起诉讼剥夺监护人的监护权。这样做不是为了剥夺亲权，而是通过为未成年人设置法律底线，对类似行为起到震慑作用。”民政部社会事务司司长张世峰说。

■ 立法

刑法修正案涉未成年人条款或修改

未成年人保护法和预防未成年人犯罪法是目前我国未成年人保护方面的两部专门法律。此外，民法通则、民事诉讼法、婚姻法、继承法、收养法、劳动法、治安管理处罚法、义务教育法等法律都对未成年人保护作出了有针对性的规定。

2011年2月，十一届全国人大常委会第十九次会议通过了刑法修正案（八），完善了对未成年人犯罪从轻处罚的法律规定，进一步落实了宽严相济的刑事政策和教育、感化、挽救的方针。2012年3月，十一届全国人大第五次会议通过的关于修改刑事诉讼法的决定，专章规定了“未成年人刑事案件诉讼程序”，根据未成年人的特点和保护未成年人的需要，设置了附条件不起诉、犯罪记录封存等新制度。

全国妇联协调处处长张彦红指出，我国立法比较强调亲属对未成年人的监护，但对监护人监护能力的规定却不甚明确，对公权力介入监护的举措规定得不具体，对有过错监护人的惩戒措施也缺乏可操作性。建议修改民法通则、未成年人保护法等相关法律。

根据十二届全国人大常委会立法规划和2014年立法工作计划，刑法修正案有望在今年作出进一步修改，涉及未成年人保护的相关条款，也有可能在这次修改中得以体现。 据新华社

代表建议修改国籍法 在相关立法工作中认真研究

2014年2月18日 法制日报 陈丽平

本报讯 记者陈丽平 记者近日从全国人大法律委员会了解到,对于全国人大代表关于修改国籍法议案中提出的建议,法律委员会、全国人大常委会法制工作委员会将在相关立法工作中会同有关部门认真研究。

在去年3月举行的十二届全国人大一次会议期间,沈志强等代表提出议案,建议有条件地承认双重国籍,并对其他国家适用对等原则,完善相关配套实施细则。

全国人大代表建议修改完善民事法律 法工委将通盘考虑逐步开展

2014年2月21日 法制日报 陈丽平

本报讯 记者陈丽平 记者近日从全国人大法律委员会了解到,全国人大常委会法制工作委员会将通盘考虑,逐步开展民事法律的修改完善工作,推进个人信息保护等方面的立法工作。

在去年3月举行的十二届全国人大一次会议期间,孙宪忠等代表提出议案,建议修改民法通则,将其修订为民法总则,并在此基础上完成民法典的编纂工作。秦希燕、安进等代表提出两件议案,建议修改物权法,明确物权优先效力,建立符合我国国情的宅基地流转法律制度。戴松灵、章联生等代表提出两件议案,建议修改担保法,放开政府担保行为、完善一般保证的保证期间规定、保护保证人的合法权益、允许民办学校资产抵押等。王静成、安进等代表提出议案,建议修改侵权责任法:一是明确医疗损害鉴定的法定机构,彻底解决医疗损害鉴定中的“二元化”问题,并对医疗损害责任一章中的部分模糊规定予以明确;二是明确“严重精神损害”的范围;三是完善个人劳务关系中侵权责任的有关规定。李亚兰等代表提出议案,建议修改婚姻法,完善离婚损害赔偿制度:一是增加有权提起离婚损害赔偿的情形范围;二是规定离婚损害赔偿参考限额;三是降低离婚损害赔偿诉讼中无过错方的举证责任。李秋、章联生、杨震等代表提出3件议案,建议修改继承法,结合我国国情,增加和完善继承制度,对继承法作整体性、结构性的修订。史贵禄、李培忠、胡季强等代表提出3件议案,建议制定个人信息保护法或者公民信息保护法,严厉打击出卖个人信息的行为,保护个人信息安全。

据介绍,九届全国人大常委会第三十一次会议对民法草案进行了初次审议,草案中对民法总则、物权法、婚姻法、继承法、侵权责任法有专编规定,对公民个人信息保护的有关问题有所规定。在审议过程中,有些常委会组成人员及有关部门认为,民法涉及面广、内容复杂,如果一并研究修改,历时较长,以分编审议通过为宜。物权法已由十届全国人大五次会议审议通过。侵权责任法已由十一届全国人大常委会第十二次会议审议通过。全国人大常委会法制工作委员会正在对相关法律实施情况进行研究。

代表建议修改城乡规划法

适时启动相关执法检查

本报讯 记者陈丽平 记者近日从全国人大环境与资源保护委员会了解到,环资委建议全国人大常委会适时启动城乡规划法执法检查,进一步掌握法律实施的基本情况,待条件成熟时,将城乡规划法修改列入全国人大常委会立法规划或计划。

在去年3月举行的十二届全国人大一次会议期间,赵坚等30位代表提出修改城乡规划法增加有关生态系统保护内容的议案。议案提出,近年来,我国的环境问题很多与城乡规划法的执行有关,甚至有些环境污染和破坏就是源头规划控制不力造成的。城乡规划法中缺乏对环境问题、生态系统保护和城乡资源利用的合理规范,没有注重对生态城市建设的规范,有必要对城乡规划法作出修改,促进我国的城乡建设向科学化、法制化方向发展。

住房和城乡建设部认为,代表议案对问题的分析十分透彻,针对性很强,对解决城乡规划实施所涉及的生态文明建设和环境保护问题具有很强的指导作用。住建部将认真研究议案所提意见,配合有关部门开展修改完善法律的研究。环保部完全赞同代表们提出的意见,建议在法律修订中统筹考虑大气环流特征、资源禀赋、清洁能源供应、集中供热条件、环境承载能力等约束要求,强化城市空间管制要求,严禁随意调整和修改城市规划。

全国人大环资委认为,城乡规划法的有关规定对城乡规划制定和实施过程中体现生态环境保护发挥了积极作用,但随着生态环境保护形势的日益严峻以及生态文明理念的提出,现行规定已经不能完全满足实际需要,在城乡规划法中增加生态系统保护的内容非常必要。

代表建议制定老区发展促进法

将论证农村扶贫开发法

本报讯 记者陈丽平 记者近日从全国人大农业与农村委员会了解到,农委建议,国务院扶贫办认真研究代表议案提出的意见,将制定加快老区发展促进法涉及的内容和需要解决的问题,在制定农村扶贫开发法时予以统筹考虑,抓紧农村扶贫开发法的研究论证和草案起草工作;草案成熟时列入全国人大常委会年度立法工作计划,适时提请全国人大常委会审议。

在去年3月举行的十二届全国人大一次会议期间,王菲等34位代表提出关于制定加快老区发展促进法的议案。议案提出,建议制定加快老区发展促进法,规定对老区资金投入、财政转移、金融信贷、税收等有关优惠政策,加大对老区基础设施建设和社会事业的扶持力度,建立支持老区发展长效帮扶机制和生态补偿体系。

国家发改委认为,加大对老区发展的扶持力度很有必要,要认真研究并积极推进,加快推进制定老区发展促进法的相关前期工作。财政部提出,中央财政将不断加大财税政策支持力度,为革命老区创造有利的外部条件和良好的政策环境,积极推进革命老区加快发展。扶贫办认为,制定农村扶贫开发法已列入十二届全国人大常委会立法规划的调

研项目,为加快革命老区整体发展,可在相关法律起草中体现该议案的有关内容。

代表建议修改教师法

将早日提请常委会审议

本报讯 记者陈丽平 记者近日从全国人大教育科学文化卫生委员会了解到,教科文卫委员会将积极关注教师法修改工作进展情况,努力促其早日提请全国人大常委会审议。

在去年3月举行的十二届全国人大一次会议期间,向惠玲、郑杰、张淑琴等92位代表提出3件议案,建议修改教师法。

全国人大教科文卫委认为,教师法颁布实施已近20年,随着形势的发展,教师法的一些规定迫切需要修改。建议国务院有关部门在修法工作中,认真研究代表议案中提出的具体修改意见。

代表建议制定中医药法

有关部门抓紧完善草案

本报讯 记者陈丽平 记者近日从全国人大教育科学文化卫生委员会了解到,教科文卫委员会将积极督促国务院有关部门认真研究吸纳代表在关于制定中医药法议案中提出的意见和建议,抓紧修改完善法律草案,尽早提请全国人大常委会审议。

在去年3月举行的十二届全国人大一次会议期间,姜健、张伯礼等66位代表提出两件议案,建议制定中医药法。代表建议修改高等教育法

积极关注法律修改进展

本报讯 记者陈丽平 记者近日从全国人大教育科学文化卫生委员会了解到,教科文卫委员会将积极关注高等教育法修改工作的进展情况,努力促其早日提请全国人大常委会审议。

在去年3月举行的十二届全国人大一次会议期间,张泽群等45位代表提出关于修改高等教育法的议案。

全国人大教科文卫委认为,自1998年高等教育法颁布实施以来,我国高等教育迅速发展,改革不断深入。随着教育事业和社会形势的发展,高等教育法的规定也出现了一些不适应的地方,有必要进行修改。对于代表议案中提出的具体修改意见,建议国务院有关部门认真研究。

我国未成年人成长环境不容乐观难题待解有关部门呼吁 消除立法空白完善未成年人保护法律

2014年2月24日 法制日报 朱磊

2013年虽然已经成为过去,但在这一年中发生的一些事件却不会随着时间的流逝而被人们遗忘。

2013年5月,海南万宁发生“小学校长带女生开房”事件,在这之后,多起校园猥亵、性侵幼女案件接连曝光。

贵州省金沙县石场乡构皮村的11岁女孩小丽在长达5年多时间里,被亲生父亲用开水烫头、跪碎玻璃、针扎手指……小丽全身伤痕累累。

2013年6月,江苏省南京市江宁区两名分别为3岁和1岁的女孩被发现饿死家中,孩子的父亲因为吸毒被抓,孩子的母亲对孩子疏于照顾导致惨剧发生。

这些触目惊心的案件被媒体报道后引起社会广泛关注,也引起了有关部门的重视。在共青团中央权益部近日所作的《当前我国未成年人保护有关情况调研报告》中明确提出,应健全未成年人保护法律制度。

未成年人保护面临新课题

“总体来看,随着社会结构变革和利益矛盾的多元凸显,当前我国未成年人成长环境不容乐观,特别是以未成年人为伤害对象的恶性案件频频发生,直接影响家庭幸福和社会稳定,引起社会舆论的强烈关注。”共青团中央权益部有关负责人如是说。

在谈到目前未成年人保护中存在的突出问题时,这位负责人说,在现实生活中,因缺乏有效监护、救助而导致未成年人受到伤害的情况时有发生。全国妇联2013年发布的研究报告显示,我国农村留守儿童达到6102.55万人,占全国儿童总数的21.88%。与此同时,还有大量18岁以下的未成年人随父母在城乡间流动。由于缺乏有效监护,留守儿童、流动未成年人受到意外伤害的情况经常发生。还有就是父母无力或不愿、不能承担监护职责的情况在现实生活中也存在。而由于经济贫困、家庭不完整、教育方式不当、被胁迫等原因,一些流浪未成年人流落在社会上。此外,一些以未成年人为直接伤害对象的恶性案件也让人对未成年人的健康成长产生担忧,如家庭暴力案件、校园安全恶性案件、拐卖儿童犯罪行为等。

加强保护立法层面需跟进

共青团中央权益部有关负责人坦言,随着新的社会问题出现,相关法律规定已不能完全适应保护未成年人的需要。

这位负责人指出,具体来说,一是存在立法上的空白点,对于一些侵害未成年人权益的新情况、新案例,现有的法律规定未能涵盖或涉及。比如,刑法中虐待罪责任主体只针对“家庭成员”。在现实生活中出现幼儿园教师、保姆等非亲属人员对儿童实施伤害的案件,虽然造成极其恶劣的社会影响,但因不构成犯罪主体而难以受到法律制裁,有的只能进行行政处罚。二是一些法律条款偏于原则性的“理念描述”,没有明确的实施方式和责任部门,也缺乏具体的罚则,实施起来弹性很大,对侵犯未成年人权益的行为缺乏约束力。比如在遗弃儿童案件中,一般只有遗弃行为造成

被害人死亡的,监护人才会被追究刑事责任。三是已有的法律缺少配套法规和实施细则,特别是缺乏相应的程序法规规定,使得法律落实不到位,很多侵权案件无法进入法律程序。比如在诉讼程序上,很多案件规定“起诉才受理”;而很明显,未成年人缺乏提起诉讼的能力,目前也没有有效的诉讼代理制度作为法律援助手段。此外,在社会管理中尚欠缺未成年人特殊考虑和优先保护的视角。综合治理尚未形成合力,执法和监督力度不够。面对未成年人保护工作,职能部门职责分工不明,在具体工作中,重打击、轻预防,尤其缺乏超前干预的意识。

健全保护机制应形成合力

针对以上出现的问题及原因,报告提出,应健全未成年人保护法律制度。

共青团中央权益部有关负责人表示,应对法律尚未涉及的或现存争议较大的问题进行分析,适应社会发展需要,及时制定或修订现行法律法规。进一步落实未成年人“特殊保护”、“优先保护”原则,对规定不够具体或不够全面的条款作出补充性规定或制定司法解释,对一些需要强制措施才能保证实施的法律制定相应处罚细则。比如,法律应进一步加强对幼女的保护以及考虑扩大虐待罪的有关主体范围等。此外,还应加强执法力度。通过有效执法,为未成年人创造健康的社会环境,确保法律法规对未成年人保护作用的切实发挥。

“要形成政府负责、民政牵头、部门协作、社会参与的未成年人保护工作机制。建立健全成员单位之间信息共享、协调联动、个案转接等工作机制,有效参与未成年人保护有关公共政策的制定和落实,加强监管、治理的协调配合。”这位负责人说。

完善未成年人监护制度对于保障未成年人健康成长意义重大。

报告建议,应从法律层面进一步明确监护主体的责任,建立有效的监督制度。确立“公权监护”的地位,探索建立国家监护制度。一是强化监护人的责任。比如,在婚姻法中增加“未成年人监护”条款,明确父母的监护责任、监护资格认定和法律责任等内容。二是建立监护监督和强制报告制度。明确村、社区、基层公安机关作为监护的主要监督部门,重点对监护人不履行监护职责、失去监护能力、侵犯被监护人权益等情况进行监督。劝阻调解无效的,报告执法机关及时处理。三是完善监护权强制变更程序。明确由未成年人住所地的基层人民检察院提起公诉,追究有监护能力而拒不履行监护职责或侵害被监护人权益、情节严重的监护人的刑事责任,并由民政部门或其他未成年人救助机构向人民法院提起撤销监护资格的附带民事诉讼,依法另行指定监护人。

此外,报告还呼吁,应建立未成年人社区保护网络。在城乡基层建立社区儿童服务中心,开展流浪乞讨、失学辍学、留守流动、监护缺失等方面的排查摸底工作,为有需求的未成年人及其家庭提供临时照料、教育辅导、心理疏导、监护指导、帮扶转介等服务。动员社会力量开展未成年人安全自护教育,完善农村留守儿童关爱工作机制,共同营造未成年人安全健康成长的良好社会环境。

四、媒体典型案例

(一) 解除婚姻关系案例

北京市房山区人民法院: 上门女婿患怪病 女方要求离婚被判支付补偿金

2014年1月16日 中国法院网 曾慧

中国法院网讯 (曾慧) 86年出生的东北小伙娶88年北京女孩,成了上门女婿,却不幸在结婚后就患上了怪病,从此不能工作没有收入。于是女方起诉要求与丈夫离婚。近日,北京市房山区人民法院审结了这起离婚纠纷案件。

小陈称,自己通过网络认识了被告东北小伙小升,认识不到四个月,双方就登记结婚了。婚后小升与小陈父母居住在一起,成了上门女婿。因婚前缺乏了解,婚后经常吵架,感情破裂,现在要求与被告离婚,孩子自行抚养。

被告小升称,自己是上门女婿,婚后居住于小陈家,感觉不到家庭温暖,心理压力特别大。而且自己一到小陈家,就患上了怪病,全身麻痹,不能动弹。后经过医生诊断,小升患上了银屑病。小升表示:“我现在不能工作没有收入。婚后生育的儿子与妻子小陈同姓,我同意离婚,但我给小陈家生了个男孩,自己不能净身出户,小陈家必须给付我20万元的补偿费。”

后经法院审理查明,男方在婚后同女方一家共同生活,并在婚后患有疾病。法院认为,小陈要求离婚,小升同意离婚,法院予以确认;小升患有疾病尚未治愈,现无固定收入,确需要一定的帮助,小陈亦表示愿意提供一定的经济帮助,法院酌情确定具体数额。因此,法院判决小升与小陈离婚,小陈给予小升八万元经济帮助。

北京昌平区法院: 女子起诉与狱中丈夫离婚对方入狱后方知自己被骗婚诉求获支持

2014年02月11日 京华时报 孙思娅

京华时报讯(记者孙思娅)张女士以遭骗婚为由,将已入狱的丈夫王先生起诉至法院要求离婚、抚养二人的孩子并偿还欠款。昨天记者获悉,昌平法院一审判决支持了张女士的诉求,判决王先生偿还张女士20万元。

张女士称,2010年,她和王先生在网上相识,当时张女士已经离异。张女士觉得王先生为人不错,便与对方相处并同居。此后,张女士发现自己怀孕,便和王先生正式登记结婚。结婚后,她发现王先生对自己的态度发生了变化,且常不回家,直到王先生因诈骗罪被抓获。这时,张女士才得知一直谎称是国家工作人员的王先生其实没有工作,两人认识前不久,犯盗窃罪的王先生刚刚被判刑释放。此外,王先生还向张女士借过20万元。目前,王先生

因犯诈骗罪被法院判处有期徒刑 2 年 11 个月，张女士于是以骗婚为由起诉到法院，要求与王先生离婚。

昌平法院认为，王先生有意隐瞒欺骗妻子的行为导致夫妻没有了信任基础，感情已经彻底破裂，支持了张女士的诉讼请求。

屯昌县法院：丈夫躲赌债出走 妻子起诉离婚赢官司

2014 年 2 月 16 日 南国都市报 吴岳文

南国都市报 2 月 15 日讯（记者 吴岳文）屯昌男子王某嗜赌成性，并借高利贷赌博，为躲避追债离家出走长达一年多，妻子龙某无法联系上丈夫，无奈起诉离婚。日前，屯昌县法院判决龙某与王某离婚。

龙某告诉记者，2009 年她与王某恋爱，2010 年 11 月 15 日在屯昌县民政局登记结婚。婚后她才知道丈夫嗜赌成性，经多次劝告，屡教不改。王某在外边欠了不少赌债，经常有债主上门要债，严重影响家庭生活。“丈夫欠我大概 35000 元钱，其中 2 万元是婚前向我父母借的，另外 15000 元是婚后向我娘家借的。”龙某说，2012 年 8 月，丈夫因躲避高利贷追债而离家出走，至今未归，导致夫妻感情破裂。她于去年 4 月向屯昌县法院提起诉讼，请求法院判决离婚，由王某承担婚前婚后所欠债务并偿还她 35000 元欠款。

日前，屯昌县法院审理了龙某诉与王某离婚纠纷一案，王某未到庭参加诉讼。法院审理查明，龙某和王某婚后未生育小孩。因两人缺乏了解，未能建立很好的夫妻感情。最主要的是王某嗜赌成性，虽然应聘到公安部门工作，却仍然借高利贷参与赌博。2012 年 8 月，王某因躲避高利贷追债而离家，至今杳无音信。法院认为，龙某和王某双方虽然是自由恋爱、自愿结婚，但缺乏足够的了解，感情基础不牢固。王某有赌博的恶习，屡教不改。王某因躲避高利贷追债而离家出走长达一年且无法与之取得联系，致使夫妻感情破裂。法院判决龙某与王某离婚。

（二）婚姻无效撤销案例

浙江宁波海曙法院：儿子与继母讼争遗产“惊天秘密”随之曝光

法官判决：这段婚姻关系是无效的

2014 年 2 月 8 日 浙江法制报 高敏



本报记者 高敏 通讯员 陶琪姜这个家，是二婚组合家庭。父亲去世，留下一套房子，成为家庭关系破裂的开始。

由于遗产分配问题谈不拢，继母起诉要求确认继承份额。继子气急，反诉继母与父亲的婚姻关系无效，由此牵出一个惊人的内幕——原来父亲与继母是表兄妹，而且是属于三代以内旁系血亲！

近日，宁波海曙法院判决确认这段婚姻关系无效。

为遗产，继母起诉

继母叫阿英，今年 60 出头。继子洪某也已届不惑之年，是个盲人，以推拿为生。

上世纪九十年代初，阿英的前夫和洪某的母亲先后去世，阿英与洪某的父亲同病相怜，搭伙过起了日子。1 年后，两人登记结婚，生活平淡安然。

2013 年 4 月，洪某父亲因病去世，留下了一套房子。原本平静的家庭，因为这套房子而风波骤起。

阿英担心在继承的事情上与继子起纠葛，先一步到海曙法院起诉，要求确认遗产份额。开庭后，洪某亮出了父亲留下的一份遗嘱，内容是他死后把整套房子都留给洪某。

原来，洪某的父亲一直担忧盲人儿子的生活，想到洪某没有属于自己的房子，一直要住在盲人推拿院的阁楼里，病倒后的洪父就更加担忧了。因此，他没有知会妻子阿英，就私下写了这么一份遗嘱。

看见这份遗嘱，阿英觉得再打官司没有意义，便撤诉了。

为报复，继子反诉

继母竟然为了房子打起官司，这是洪某始料未及的，再联想到自己的处境，他越发觉得继母无情。洪某决定要做点事情，报复一下继母。

于是，他一纸诉状告到法院，要求宣告父亲与继母长达 20 余年的婚姻无效。

原来，洪某的奶奶与阿英的父亲是一母同胞的姐弟，也就是说，洪某的父亲和阿英是三代以内旁系血亲，属于法定禁止结婚情形之一。为证明自己所言非虚，洪某不仅拿出了证人证言，还提供了村委会和派出所出具的证明。

面对这些证据，阿英自己也不得不承认，她与洪某的父亲确实是表兄妹。但她提出，两人登记已经超过20年，早就过了诉讼时效，而且即便要确认婚姻无效，也应该由婚姻登记机关来受理。

另外，阿英还提出，洪某父亲并非文盲，应该知晓近亲禁止结婚的规定，却仍与自己结婚，所以洪某父亲才是过错方。

无赢家，两败俱伤

宁波海曙法院经审理后，依法判决阿英与洪某父亲的婚姻关系无效。案子虽然了结了，但阿英还是有很多地方不明白，主审法官给她一一作了解释。

在我国，有权宣告婚姻无效的机关是人民法院，婚姻登记机关仅仅受理以受胁迫结婚为由要求撤销婚姻登记的申请。

而根据《婚姻法》的相关解释，婚姻当事人死亡后，双方婚姻关系自然终止，但在夫妻一方或者双方死亡后一年内，生存一方或者利害关系人仍然有权申请宣告婚姻无效。洪某作为利害关系人，在父亲去世后1年内提起诉讼，人民法院应当受理此案。

根据种种证据显示，阿英和洪某父亲的确属于表兄妹关系，为三代以内旁系血亲，两人登记结婚违反了《婚姻法》关于禁止近亲结婚的规定，因此，两人的婚姻应为无效婚姻。

同时，在宣告婚姻无效案件中，关于婚姻效力的争议我国实行一审终审，有关判决一经作出即发生法律效力，当事人不得上诉。

主审法官也告诉洪某，尽管他继母与父亲的婚姻无效，但根据法律规定，被宣告无效或被撤销的婚姻，当事人同居期间所得的财产，按共同共有处理。也就是说，房子还是属于阿英与洪父的共同财产，洪父未经阿英同意所立的那份遗嘱是无效遗嘱。如果阿英与洪某就遗产继承问题协商不成，还是可以另行起诉的。

（三）子女抚养亲子关系案例

广东越秀区法院：为拒前女友索要女儿抚养费他提供“亲子鉴定”未被采信

2014年01月08日 信息时报 何小敏

信息时报讯（记者 何小敏 通讯员 杨婷）90后的王蕾（以下均化名）带着1岁的女儿状告前男友，索要女儿成年前的抚养费，前男友却拿着医院的亲子鉴定，否认亲生，拒绝支付。孩子到底是谁的？近日，越秀区法院审理了这样一宗抚养费纠纷案，当一份充满疑点的鉴定报告摆在面前时，法官依照法律推理予以否决，并判决王蕾的前男友需支付女儿抚养费至其满18岁。

17岁同居21岁成单亲妈妈

2008年，17岁的外地女孩王蕾与28岁的广州男子张宣确立恋爱关系并同居。据王蕾称，2011年，双方在老家摆了结婚宴，但没有办理婚姻登记手续。2012年2月，王蕾生下了女儿小薇。但此后，“夫妻”二人的感情却面临危机，张宣“变心了，经常不回家”。

王蕾称，为了女儿的成长，她不得已与张宣签订了一份《抚养权协议》，并在律所办了见证手续，两三个月后，张宣便与另一女子登记结婚。头几个月，张宣尚能按时支付每月2000元的抚养费，但到了2013年5月过后，张宣便开始拒付抚养费。王蕾于是以小薇的名义，将张宣诉至越秀区法院。

“亲子鉴定”否定血缘关系

张宣对此并不认同，法庭上，他提供了某法医鉴定中心出具的法医物证鉴定意见书，欲证明他与小薇之间不存在血缘关系。

但王蕾称，小薇的血液是在其住院期间，由张宣的朋友叫护士抽取，而送检的张宣的血液并非其本人的血液，该鉴定不能证实二人没有亲子关系。王蕾表示，做亲子鉴定以前，张宣已经表明，因小薇入户时已经写了张宣为父亲，张宣为了给与现女友所生的小孩办理出生证，才需要做他与小薇不存在亲子关系的假鉴定。

为了证明自己的观点，王蕾还出示了他与张宣当初签订的抚养权协议、律师见证笔录，以及银行流水账清单，证实张宣依照协议给付抚养费至2013年4月，2013年5月开始，未支付抚养费。

法院推理否决亲子鉴定

法院审理查明，该鉴定过程中，血液并非鉴定机构工作人员当场抽取，鉴定意见书中，对双方当事人的称谓是“自诉姓名”。而《司法鉴定协议书》书中还予以特别说明，说明鉴定方对检材的真实来源不作任何证明或确认。法院还认为，按照一般鉴定惯例，应对被鉴定人予以拍照，但鉴定意见书中没有鉴定对象的照片，只有血样的照片。法院据此认为，经双方陈述意见后，该份鉴定仍然存在疑点。

而根据最高人民法院相关规定，一方当事人自行委托有关部门作出的鉴定结论，另一方当事人有证据足以反驳并申请重新鉴定的，人民法院应予准许。但张宣在该院析明后仍然明确表示不同意重新鉴定，在存在上述诸多疑点而张宣未能作出合理解释的情况下，法院对鉴定意见书的真实性不予认可。

而证据显示，即使是张宣在收到不构成亲子关系的鉴定意见出具后，仍然继续支付抚养费，有悖常理。法院认

为，根据证据足以推定张宣与小薇之间存在亲子关系。法院判决，2013年5月开始，张宣每月10日前向小薇支付抚养费2000元，至其18周岁时止。

江苏如东县人民法院：收养二十二年未办手续 法院确认收养关系成立

2014年1月21日 人民法院报 顾建兵 赵建峰

本报讯 22年前，江苏省如东县的武某夫妇收养了4岁女孩媛媛（化名），没料媛媛结婚成家后很少回家。为保证将来养女能履行赡养义务，武某夫妇将媛媛诉至法院，请求确认收养关系。近日，如东县人民法院对这起确认收养关系纠纷案作出一审判决，确认原告武某夫妇与被告媛媛之间收养关系成立。

武某夫妇为如东县岔河镇人，均为1956年出生，婚后两人未能生育。1991年9月，经多方打听，武某夫妇从外地收养了一个名叫媛媛的4岁女孩，并经媛媛父母书面同意。此后，媛媛由武某夫妇抚育成人。2009年，媛媛大学毕业后，在南通市区找到了工作，并在当地结婚成家。武某夫妇给媛媛操办了婚事。

结婚后，媛媛因为工作较忙，加之自己也生育了小孩，很少回如东养父母家中探望。时间久了，武某夫妇害怕养女将来不认自己。几番思考之后，武某夫妇一纸诉状将媛媛告上了如东县法院，请求确认其与媛媛之间存在事实收养关系。

法庭上，媛媛表示不会忘记养父母的养育之恩，以后一定会尽养女的义务。

法院审理认为，被告由原告于1991年9月收养并抚育成人，有当地基层组织、被告生父母、同村组的邻居的书面证明等作为印证，同时自己也认可，因此原、被告之间存在事实上的养父母与养子女的关系。虽然双方未办理合法的登记手续，但当事人的行为符合公共秩序的一般要求，符合我国收养法的立法精神，是我国农村一种道德风范，是值得提倡的公序良俗，且该收养关系发生在收养法实施前，故对原告诉讼请求应予以支持，遂判决确认原告与被告之间收养关系成立。

一审判决后，原、被告在法定上诉期内没有上诉，该判决已生效。

（顾建兵 赵建峰）

■连线法官■

符合民俗习惯的收养受法律保护

顾建兵 戴健

该案承办法官王建秋说，1992年4月1日开始施行的收养法第十五条规定：收养应当向县级以上人民政府民政部门登记，收养关系自登记之日起成立。这要求收养关系必须在民政部门登记后才成立，如不登记则不成立收养关系。但是，目前社会上仍存在大量未登记的收养，尤其是收养同辈旁系血亲子女，大多数是双方合意，将子女领回抚养。这种收养尽管在法律上不成立收养关系，但对于三方当事人、周围群众都认可的这种符合民俗习惯的事实收养行为，不能因其未办理收养登记而简单地认定为无效。

王建秋说，本案中原告因一直未办理收养登记手续，收养关系似乎并不成立。但该收养行为发生于1991年9月，当时收养法尚未实施，对这一收养行为不具追溯力。根据1992年《最高人民法院关于学习、宣传、贯彻执行〈中华人民共和国收养法〉的通知》第二条规定：“收养法施行前受理、施行时尚未审结的收养案件，或者收养法施行前发生的收养关系，收养法施行后当事人诉请确认收养关系的，审理时应适用当时的有关规定；当时没有规定的，可比照收养法处理。”本案原告收养被告20多年的基本事实已得到当地基层组织、亲友、群众的公认，故双方虽未按规定办理收养登记，但已构成事实收养关系。

王建秋同时提醒，收养法规定收养人的基本条件为无子女、有抚养教育被收养人的能力、未患有在医学上认为不应当收养子女的疾病、年满三十周岁，以上四个条件缺一不可。同时，对被收养人也作了相关的限制。在具体收养时，最好事先向当地民政部门咨询，以免收养行为因欠缺有效要件而得不到法律认可。

江苏如东县人民法院：收养22年未办手续 法院确认收养关系成立

2014年1月21日 中国法院网 顾建兵 赵建峰

22年前，江苏省如东县的武某夫妇收养了4岁女孩媛媛（化名），没料媛媛结婚成家后很少回家。为保证将来养女能履行赡养义务，武某夫妇将媛媛诉至法院，请求确认收养关系。近日，如东县人民法院对这起确认收养关系纠纷案作出一审判决，确认原告武某夫妇与被告媛媛之间收养关系成立。

武某夫妇为如东县岔河镇人，均为1956年出生，婚后两人未能生育。1991年9月，经多方打听，武某夫妇从外地收养了一个名叫媛媛的4岁女孩，并经媛媛父母书面同意。此后，媛媛由武某夫妇抚育成人。2009年，媛媛大学毕业后，在南通市区找到了工作，并在当地结婚成家。武某夫妇给媛媛操办了婚事。

结婚后，媛媛因为工作较忙，加之自己也生育了小孩，很少回如东养父母家中探望。时间久了，武某夫妇害怕养女将来不认自己。几番思考之后，武某夫妇一纸诉状将媛媛告上了如东县法院，请求确认其与媛媛之间存在事实收养关系。

法庭上，媛媛表示不会忘记养父母的养育之恩，以后一定会尽养女的义务。

法院审理认为，被告由原告于1991年9月收养并抚育成人，有当地基层组织、被告生父母、同村组的邻居的书面证明等作为印证，同时自己也认可，因此原、被告之间存在事实上的养父母与养子女的关系。虽然双方未办理

合法的登记手续，但当事人的行为符合公共秩序的一般要求，符合我国收养法的立法精神，是我国农村一种道德风范，是值得提倡的公序良俗，且该收养关系发生在收养法实施前，故对原告诉讼请求应予以支持，遂判决确认原告与被告之间收养关系成立。

一审判决后，原、被告在法定上诉期内没有上诉，该判决已生效。

（顾建兵 赵建峰）

■连线法官■

符合民俗习惯的收养受法律保护

顾建兵 戴 健

该案承办法官王建秋说，1992年4月1日开始施行的收养法第十五条规定：收养应当向县级以上人民政府民政部门登记，收养关系自登记之日起成立。这要求收养关系必须在民政部门登记后才成立，如不登记则不成立收养关系。但是，目前社会上仍存在大量未登记的收养，尤其是收养同辈旁系血亲子女，大多数是双方合意，将子女领回抚养。这种收养尽管在法律上不成立收养关系，但对于三方当事人、周围群众都认可的这种符合民俗习惯的事实收养行为，不能因其未办理收养登记而简单地认定为无效。

王建秋说，本案中原告因一直未办理收养登记手续，收养关系似乎并不成立。但该收养行为发生于1991年9月，当时收养法尚未实施，对这一收养行为不具追溯力。根据1992年《最高人民法院关于学习、宣传、贯彻执行〈中华人民共和国收养法〉的通知》第二条规定：“收养法施行前受理、施行时尚未审结的收养案件，或者收养法施行前发生的收养关系，收养法施行后当事人诉请确认收养关系的，审理时应适用当时的有关规定；当时没有规定的，可比照收养法处理。”本案原告收养被告20多年的基本事实已得到当地基层组织、亲友、群众的公认，故双方虽未按规定办理收养登记，但已构成事实收养关系。

王建秋同时提醒，收养法规定收养人的基本条件为无子女、有抚养教育被收养人的能力、未患有在医学上认为不应当收养子女的疾病、年满三十周岁，以上四个条件缺一不可。同时，对被收养人也作了相关的限制。在具体收养时，最好事先向当地民政部门咨询，以免收养行为因欠缺有效要件而得不到法律认可。

广东省乐昌市法院：女子婚外情被诉离婚 3名子女抚养权无一获得

2014年01月29日 南方日报 谷立辉 张慧 李细龙

南方日报1月29日讯 乐昌有对夫妻，一起出外打工，因为妻子在外地跟他人同居，丈夫要求离婚，对于两子一女的抚养权问题，夫妻双方争执不休。最终，法院根据三个十岁以上孩子的意愿，将三名子女判决给父亲抚养。

原告陈某和被告黄某在外务工时相识并恋爱，生育一女、双胞胎二子，后因原告怀疑被告与同厂员工李某某鬼混，遂与李某某产生肢体冲突，后原、被告共同返回农村家中。被告于2012年2月单独外出务工至今，被告外出务工期间，原、被告之间无联系。后来原告才发现，被告与李某某以夫妻名份在外居住。今年，原告陈某忍无可忍，向法院提起离婚。原告在庭审提交了一份流动人口育龄信息表作为证据，该表记录了被告与李某某于2012年3月流入深圳市某街道社区并共同居住房屋的信息。此时，被告提出至少要抚养一个小孩，否则不同意离婚，双方不能达成一致。

法院认为，因被告与外务工期间与他人同居，导致夫妻感情完全破裂，现三名子女均在原告家中随原告父母共同生活。夫妻双方诉讼离婚时，一方提出独自抚养全部子女的，人民法院应尊重年满十周岁的未成年子女的意愿，人民法院可根据年满十周岁子女的意愿依法确定由一方抚养全部子女。

乐昌法院根据这种情况，询问三名分别是11、12岁的孩子的意见，他们异口同声地表示：愿意跟爸爸过。因为三个子女从小就在原告家中生活、学习、成长，已适应了原告家中的生活环境，据此，乐昌法院从有利于小孩身心健康成长的角度考虑，以不随意改变小孩的生活、学习、成长的环境为宜，尊重原、被告三子女意见，依法判处原、被告离婚，原告获得全部三名子女的抚养权。

北京市海淀区法院：再婚欲夺回女儿抚养权 无依据法院未支持

2013年12月13日 北京法院网 文海宣

父母离婚后，经法院判决孩子归父亲抚养。当母亲再婚后，想要回孩子的抚养权，孩子父母之间无法达成一致意见，母亲坚持将孩子父亲告上法庭。近日，海淀法院审结此案，未支持母亲的诉讼请求。

原告杨女士诉称，杨女士与王先生因夫妻感情不和，经法院判决离婚，该离婚判决中载明“婚生女儿小王由王先生抚养。”现双方离婚已有两年多，杨女士认为，女儿跟随其一起生活对孩子成长有利。理由如下：一、小王是女孩，现王先生仍未再婚，在性别上，小王跟随母亲生活有利于孩子的身心健康；二、王先生另有一婚生儿子，一直跟随其生活，王先生忙于工作，更多的时间是由王先生的父母照顾孩子。王先生的父亲有酗酒的习惯，王先生的母亲有抽烟的习惯，且王先生父母有重男轻女的思想；三、王先生不诚实，道德品质不好，不能正确引导孩子；四、杨女士目前已再婚，现任丈夫是北京人，有正当稳定的工作，且受过良好的高等教育。杨女士认为其更适合抚养女儿小王，故提起诉讼，请求法院判令小王的抚养权归其所有。

被告王先生辩称，杨女士所述的各种理由均不存在，不同意变更女儿的抚养权。

法院经审理后认为，夫妻离婚后，父母对子女仍有抚养和教育的权利和义务。在抚养子女的具体方面，应本着

有利于子女身心健康，保障子女生活、学习稳定的方面考虑。该案中，杨女士与王先生所生之女小王一直随父亲共同生活，目前变更抚养关系必将对其心理产生不利影响，双方对于子女的抚养教育在出现分歧时应协商解决。故对于杨女士的请求应予驳回。

杨女士不服提出上诉，上级法院对判决予以维持。

【法官释法】

依据相关法律规定，父母一方要求变更子女抚养关系有下列情形之一的，应予支持。1、与子女共同生活的一方因患严重疾病或因伤残无力继续抚养子女的。2、与子女共同生活一方不尽抚养义务或有虐待子女行为，或其与子女共同生活对子女身心健康确有不利的。3、十周岁以上未成年子女，愿随另一方生活，该方又有抚养能力的。4、有其他正当理由需要变更的。杨女士提出的事实及理由均不符合法定的条件，因此仅依据自己的意愿，认为孩子归其抚养更好，是无事实及法律依据的。最终法院判决驳回杨女士的诉讼请求。

乌鲁木齐市天山区法院：“妈妈爱我，我更愿和她一起生活” 男子要求变更抚养权遭到儿子拒绝

2014年1月17日 法制日报 潘从武

法制网讯 记者 潘从武 通讯员 刘恒 “虽然爸爸生活条件好，妈妈生活比较艰苦，但是我还是喜欢和妈妈生活在一起。”按照13岁孩子小明的意愿，1月15日，乌鲁木齐市天山区人民法院审结了这起变更抚养权的案件，驳回了小明父亲王某要求变更抚养权的诉讼请求。

小王和小丽2008年协议离婚，孩子明明由母亲小丽抚养生活，小丽是一名送报纸的工人，经济条件比较拮据，由于身体不好工作也不稳定，但对孩子的关心从来都是无微不至。物价不断上涨，小丽将抚养费增加到2000元，这惹恼了明明的父亲小王。

2013年11月底，小王以小丽学历低、收入低、没有住房，身体也不好，不利于抚养孩子为由，要求变更对儿子的抚养权，把小丽告上了法庭。

在庭审中，小丽说：“我很爱孩子，但生活条件有限，原以为男孩子由父亲抚养会更好，也打算这两年由他父亲抚养，之前也给孩子做过思想工作，跟他说爸爸的条件比妈妈好，但孩子与父亲之间相处不好，就是不愿与父亲共同生活。他父亲说要把孩子送回老家，我坚决反对。现在孩子这么坚持要和我在一起，我尊重孩子的意见。”

主审法官说，小明2001年出生，对10周岁以上未成年子女随父或随母生活，父母双方意见不一致的，应当考虑子女本人的意见。原、被告二人婚生子明明现已超过12岁，在原、被告离婚后的几年一直与被告小丽共同生活，经本院询问，其本人明确表示不愿与父亲共同生活，愿意与母亲共同生活，虽然在经济条件及文化程度上原告较之被告略有优势，但在抚养子女问题上亲子间的情感交流也非常重要，且在孩子的成长过程中也不宜随意改变其成长环境，综合以上情况考虑，原告的诉讼请求本院不予支持。依照《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》的相关规定，做出了上述判决。

上海市闵行区法院：非婚生子女权益如何保护？

2013年12月26日 上海法治报

我国《婚姻法》第二十五条规定：非婚生子女(俗称的私生子)享有与婚生子女同等的权利，但如何保障非婚生子女的同等权利，法律未作明确规定。日前，上海市闵行区法院公开审理了一起案件，来沪近二十载的台商周傅斌与上海姑娘杜月有十年婚外情，2008年，杜月产下一子，4年后，周傅斌要求做亲子鉴定，杜月拒绝，周傅斌便将母子告上法庭，要求返还4年来母子的不当得利32万元，法院最终依据亲权法理及证据规则，充分考虑对非婚生子女权益的保障，驳回周傅斌返还不当得利费用的诉请。

十年是真爱 孩子是谁的

上世纪90年代，台商周傅斌来沪打拼，2003年的一次朋友聚会，周傅斌与杜月相识并迅速成为婚外伴侣。2008年，杜月怀有身孕，周傅斌在生育手术相关材料上签字。孩子出世了，但在出生医学证明上“父亲姓名”一栏为空白。

2009至2012年间，周傅斌多次要求做亲子鉴定，但杜月始终反对。孩子三岁半了，周傅斌第四次提出要求做亲子鉴定，杜月依旧反对，周傅斌认为，四年间自己为抚养孩子付出许多，杜月却几次三番阻挠亲子鉴定，自己合理怀疑孩子是否己出，四年的费用是母子的不当得利，故他一纸诉状将母子告上法庭，要求返还不当得利32万元。

在法庭上，周傅斌为证明自己与杜月的婚外情史，拿出了2003年写的告白书以及2012年写的保证书，其中提到“十年是真爱……珍惜爱情的结晶……要与现在的太太离婚……重新结婚后宝宝改姓‘周’”等内容。据查明，在2008年杜月产子时的麻醉知情同意书和手术知情同意书上，周傅斌也以杜月丈夫的名义签字。

被告杜月则不同意周傅斌的诉讼请求。庭上，她承认与周傅斌有不合法的男女关系，周也多次向孩子的卡里打钱，但这并不是不当得利，而是周傅斌给孩子的抚养费。关于亲子鉴定，杜月认为这对孩子是一个残酷的过程，现在小孩三岁半已经记事，亲子鉴定会对孩子心灵产生负面影响，而且杜月还担心，亲子鉴定后，周傅斌会与她争夺孩子的抚养权，进一步对孩子造成伤害，所以自己坚决不同意进行亲子鉴定。

对于这点，周傅斌在庭上陈述，杜月是怕孩子鉴定出来不是自己的，不存在血缘关系，那就没有义务支付抚养费了，所以四年的费用是不当得利。

法院认为：本案表面上看是不当得利案件，但究其实质，实际是“非婚生子女的认领”问题。“认领”即生父对非婚生子女的承认，一经认领，非婚生子女即与婚生子女享有同等权利义务。本案中，尽管周傅斌不与母子一同居住，但其以支付抚养费的方式抚养母子，从法理上讲，这一行为已经构成了拟制认领，是对孩子尽抚养义务的一种方式。

然在支付了几年抚养费后，周傅斌认为孩子不是亲生，要求返还抚养费，这一请求隐含着确认其对孩子的认领行为无效的意思，但对此，周傅斌未提供相应证据证明，仅凭杜月不愿意进行亲子鉴定便认定孩子并非亲生骨肉没有依据。

所谓“有法律依法律，无法律依习惯，无习惯依法理”，我国虽然对于“非婚生子女的认领”没有相应法律规定，也没有相关约定俗成的习惯，但是《婚姻法》的一大立法目的是为了保障未成年子女的合法权利。本案中依据亲权法理，法院认定周傅斌构成“认领”，应依法驳回其诉讼请求。

证据规则举证不利方承担不利后果

另一方面，从证据规则而言，所谓不当得利，是指没有合法根据，取得不当利益，并造成他人损失的情形；没有法律上的原因，是构成不当得利的重要条件。

本案中，周傅斌要求返还支付四年的抚养费，其应就该费用支付没有法律上的原因进行举证，证明其与孩子之间无特定的法律关系。在无法进行亲子鉴定的情况下，从双方提供的证据及陈述来看，周傅斌在10年左右的时间里与杜月保持婚外男女朋友关系，在书信中他承认孩子是与杜月共同所生，且在杜月生产时，医院手术材料上他以家属的名义签字。作为正常的成年人，周傅斌应具有足够的常识和认知来判断孩子是否为其亲生，仅凭杜月不愿意做亲子鉴定而无其他证据予以佐证。

从举证便利的角度讲，杜月举证无疑是便利的，其只需要同意进行亲子鉴定整个案件事实便一清二楚。然而，亲子鉴定需要提供血液、头发之类的身体部分，这些并不属于民事证据，杜月坚持不同意进行亲子鉴定，且提供合理理由，其行为不属于举证妨害，不能就此推定原告主张成立。

最终，一审法院认为，周傅斌提供的证据不足以证明其与孩子之间不存在血缘关系，也未能证明支付的抚养费不存在法定原因，故原告的诉讼请求法院不予支持。据此，法院判决驳回周傅斌的全部诉讼请求。

一审判决后，周傅斌不服提起上诉。二审法院经审理后认为：周傅斌给付系争款项至今，并未有足以令其对给付金钱的原因产生质疑的事实发生，现周傅斌仅凭杜月不愿意做亲子鉴定为由要求返还之前给付的款项，依据不足，故对一审判决维持原判。

(以上人物为化名)

新疆叶城县人民法院：儿媳状告公婆想要回幼子 得知继承遗产满18岁才能用，又撤诉

2014年1月27日 新疆都市报 李昀霞

以案释法：儿媳状告公婆想要回幼子

得知孩子继承遗产满18岁才能用，又撤诉了

新疆日报网讯（记者李昀霞通讯员叶城县人民法院李江丽）4年前离婚，因为有对象而拒绝抚养刚满周岁的孩子；两年前前夫车祸去世，为得50万元遗产又将公婆告上法庭争养孩子。上周五，伤心的公婆领着小孙子来到法院，与曾经的儿媳就遗产分割和孩子未来的生活教育问题对簿公堂。

1月26日，叶城县人民法院法官告诉记者，当儿媳谭兰听说法院支持她变更孩子抚养费，但50万元遗产属于孩子个人财产，在孩子未满18周岁之前任何人都不能私自动用这笔钱时，她自行撤诉了。孩子还是由爷爷奶奶抚养，杨某每月按时给予500元的抚养费。

【案情】

2008年1月，孙强和谭兰走进结婚礼堂，婚后，两人性格不合常常吵架，就在两人商议要离婚时，谭兰发现自己怀孕了，两人决定继续生活下去。

2010年春，孩子刚满1岁时，孙强、谭兰到叶城县法院办理了离婚手续，孩子判给孙强抚养。

2012年春节刚过，孙强在一次车祸中不幸去世，孙强的父母忍着悲痛处理完儿子的后事，将小孙子带回家抚养。

2014年1月5日，叶城县人民法院收到谭兰的诉讼请求，要求变更孩子的抚养权。经法院调查：2010年谭兰与前夫孙强离婚时，因为有再婚对象而拒绝抚养刚满周岁的孩子，只是按月给孩子500元抚养费，孩子一直由父亲抚养。2012年孙强去世，留下大概100万的财产，根据他的遗言，其中50万留给孩子，50万留给其父母。孙强去世以后，孩子一直跟着爷爷奶奶生活。谭兰说，孩子快要上学了，为了孩子将来更好地生活成长，要将孩子继承的50万财产连同孩子的抚养权一同变更。

让谭兰意想不到的，这个请求被两位老人拒绝了。两位老人表示，谭兰为了再婚，当初拒绝抚养孩子。现在如果把孩子及存款都给谭兰，老人担心谭兰目的不纯，有私吞孩子财产的嫌疑。

【裁判】

法官告诉谭兰，法院有很大可能性将抚养权判给她。但同时，因为爷爷奶奶对孩子不具有抚养义务，所以将不承担孩子每个月的抚养费。而孩子的50万元遗产，属于孩子的个人财产，在孩子未满18岁之前，任何人都不能私自动用这笔财产。

【释法】

办案法官说，根据我国《继承法》规定，夫妻双方离婚以后，当监护人一方去世后，另一方有抚养孩子的义务。在此案中，谭兰将金钱建立在抚养孩子的义务之上，道德与法律都不会允许这样的事件发生。都说“殚竭心力终为子，可

南京鼓楼区法院：“临时家长”代“女”告亲爹——首例被监护人状告监护人案

2014年01月04日 工人日报 孟亚生



临时家长来撑腰

法明图

为了向爸爸讨要生活费，今年16岁的崔晓琪曾选择向媒体投诉、向市长信箱写信等方式助其讨要，但一直没能如愿。无奈之下，她决定拿起法律武器状告生父。然而，法院却不能立案，因为依据民事诉讼法的规定，未成年人起诉须由其监护人代理，而其所告的父亲是她唯一法定监护人，法院认为其不符合立案条件。

为了维护好未成年人合法权益，南京市有关部门借鉴刑事案件中的“临时家长”制度，找了个解决立案难题的办法。近日，南京鼓楼区法院开庭审理了这起全国首例被监护人起诉监护人案件。

少女要跳楼

为了向亲爸讨要生活费

2012年7月25日下午4点多，在南京鼓楼区湖北路90号一栋6层楼顶上，一名身穿白色套装的短发女孩坐在楼顶，并不停地对着天空呼喊，准备跳楼，路过的市民发现险情后赶紧报了警。民警及消防官兵经过1个多小时的劝说，终于将女孩救下。

经过了解，得知小女孩名叫崔晓琪，是一位初三三年级学生。她之所以要跳楼，是因为父亲长期不给她生活费，她觉得再这样下去活着没意义，便产生了厌世情绪。

原来，崔晓琪2岁时父母离异，她被法院判给父亲抚养。3岁时，在南京的父亲与一女子马蓉结婚重组家庭，她便从老家苏北某县城来到了南京。

崔晓琪与继母关系很好，一直以为继母就是自己的亲妈。上幼儿园大班的时候，她才知道她的爸爸叫崔兵，在南京市下关区一房屋拆迁公司工作。父亲酷爱打麻将，常常邀麻友来家里玩，而家里的事则不管不问。

搓麻不仅影响了家庭生活，影响了崔晓琪晚上写作业，而且崔兵一旦输了钱就迁怒于妻子和女儿，两人常被他的打得鼻青眼肿，家里的生活费也经常因为崔兵输得精光而靠马蓉一人的工资支撑。

见爸爸做得太出格，崔晓琪实在看不下去了。她草拟了一份协议，要求每月5日由爸爸崔兵给妈妈马蓉生活费1200元。尽管爸爸在协议上签了字，却拒不履行，反而认为女儿大逆不道，不应该以下犯上。

因为家庭矛盾无法调和，崔晓琪劝说妈妈和爸爸离婚，但马蓉为了能给女儿一个完整的家，一直忍气吞声。2011年10月的一天，崔兵在外输了钱，回来后看女儿不顺眼，没有缘由地又将女儿打了一顿。此时，崔晓琪对父亲彻底失望了，她跪在地上，求母亲与父亲离婚。

2011年10月，马蓉从家里搬了出去，在崔晓琪学校的附近租了一间简易车库，母女俩在狭小的车库里相依为命。

离婚诉讼

爆女儿身世和无效婚姻

2011年11月2日，马蓉向南京下关区法院起诉，要求和崔兵离婚。法院开庭时，崔晓琪方知自己的身世，原来对自己一直疼爱有加的马蓉是一个与她毫无血缘关系的继母，而那个对自己并不关爱的崔兵却是自己的亲生父

亲。

这次开庭牵出了另一个秘密，当初崔兵和马蓉领取的结婚登记证竟然是崔兵一手伪造的，他俩的婚姻是无效婚姻。

马蓉说，经过一段时间的恋爱，崔兵拿走了马蓉的身份证和户口簿。两个月后，他把两本大红的结婚证递到马蓉面前，说经过组织出面，特事特办，不需要本人去民政局办理。马蓉打开一看，结婚证上盖有合肥市某县民政局钢印。崔兵说，两人的结婚证是他当年在一个小摊上花钱找人伪造的，因为他当初并非真的想娶马蓉，而是为了落户南京。

因为是无效婚姻，2002年马蓉和崔兵“婚后”合购的房屋登记在崔兵一人名下，于是市值百万元的房产，也归了崔兵。2012年5月18日，南京下关区法院判决撤销两人的同居关系，崔兵补偿马蓉15万元。

拒付抚养费

“临时家长”代未成年人起诉

崔晓琪原本以为妈妈和爸爸离婚后自己就能过上平静的日子了，却没想到是这么个结果。因为她和崔兵有血缘关系，崔兵就成了她唯一监护人。

崔晓琪继续住在车库里，坚持要和马蓉生活在一起。崔兵多次要求女儿回家住，可崔晓琪说什么也不愿和嗜赌的爸爸一起生活。车库虽小，生活也不方便，但她觉得很温馨。但仅靠马蓉1000多元的工资，无法维系两个人的生活，于是崔晓琪决定向父亲索要生活费，但不管崔晓琪用什么办法，崔兵就是不给。

崔晓琪说，自从2011年11月她和妈妈搬进车库居住后，爸爸就没有支付过她一分钱生活费。

2013年4月，崔晓琪准备通过打官司的方式索要生活费。然而，法院立案庭接到诉状后没法立案。因为崔晓琪才16岁，是未成年人，不能独立行使权利。依据《民事诉讼法》的规定，未成年人起诉须由其监护人代理，而其所告的父亲正是她的唯一法定监护人，不符合立案条件。

南京市公益维权中心接到崔晓琪的请求后，决定借鉴刑事案件中的“临时家长”制度解决起诉难题。为了保护未成年人的权益，我国新修订的《刑事诉讼法》第二百七十条规定，讯问和审判未成年人，家长必须到场，无法通知、家长无法到场的，可由居住地基层组织指派一个合适成年人（临时家长）到场，代为行使未成年犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利。这种让“临时家长”介入庭审，代行法定代理人的诉讼权利，在诉讼过程中履行监督、沟通、抚慰、教育的职责，可大为降低案件审理过程中因法定代理人缺位而给未成年人造成的负面影响，消除这些孩子的心理阴影，更好地保护未成年犯的诉讼权利。

法院调解

监护人月付八百抚养费

刑事案件规定了“临时家长”制度，而民事案件是否也应该有“临时家长”替未成年人维护权益，司法实践中还没有一个确切的依据。但从法律上来说，由于未成年人受到侵权之后，同样需要有关部门（组织）支持其起诉。2012年6月，共青团南京市委就联合公检法出台了《关于南京市合适成年人参与未成年人刑事诉讼的暂行规定》，在全市范围内公开招募“临时家长”参与未成年人刑事诉讼，行使法定代理人的权利。南京市公益维权中心决定借鉴刑事案件中的“临时家长”制度，请共青团南京市委出面代表机关组织，指派江苏省律协未成年人保护委员会副主任李晓霞律师、未成年人保护志愿者吉耐佳作为崔晓琪的诉讼监护人，参与到诉讼中来。

因为有了“临时家长”充当诉讼监护人，南京市鼓楼区法院很快立了案。

2013年7月23日，南京市鼓楼区法院开庭审理了这起全国首例未成年人起诉唯一监护人案件。

法庭上，崔兵称，他是崔晓琪的唯一监护人，崔晓琪应该和他生活在一起，接受他的监护。现在，她有家不归，有房子不住，反而和没有血缘关系的马蓉住在一起。既然她不接受自己的监护，自己就没有义务给她生活费。

崔晓琪的代理人李晓霞律师说，个人权利可以放弃，而义务是不能放弃的。我国《婚姻法》第二十一条规定，父母对子女有抚养教育的义务，父母不履行抚养义务时，未成年的或不能独立生活的子女，有要求父母给付抚养费的权利。《未成年人保护法》第十条规定，父母或者其他监护人应当创造良好、和睦的家庭环境，依法履行对未成年人的监护职责和抚养义务。崔晓琪不愿和被告崔兵生活在一起，正是由于被告长期打麻将，破坏了良好、和睦的家庭环境造成的，其责任完全由被告承担。

李晓霞律师的反驳，得到了合议庭的支持。在审理法官的耐心调解下，崔兵终于同意先行支付女儿崔晓琪抚养费4000元，2013年10月以后，每月支付生活费800元。至此，这起全国首例被监护人起诉唯一监护人案件得到了解决。

北京昌平区法院：女儿向生父讨抚养费获支持父母离婚时曾约定母亲一人抚养

2014年02月12日 京华时报 孙思娅

京华时报讯（记者孙思娅）继父死后，母亲难以单独负担自己的抚养费，悠悠（化名）将生父告上法庭。生父以离婚协议有约定为由拒绝支付。昨天记者获悉，昌平法院依法判决部分支持了悠悠的诉讼请求。

王先生和张女士在离婚时约定，悠悠由母亲抚养。2011年4月，张女士再婚，然而，悠悠继父不久后因病去世，张女士一人无力抚养悠悠。王先生离婚后再婚，并生育子女。

悠悠诉请求法院判令王先生支付自父母离婚后至今的抚养费4万余元，并按每月1500元的标准支付今后的抚养费，自己今后的教育费、医疗费由生父负担50%。王先生以事先有约定为由拒绝。

昌平法院认为，王先生与张女士虽有约定在先，但随着悠悠年龄增长，其生活、学习的支出逐年增加，其母亲一人无力负担的情况下，悠悠有权要求生父支付其必要的生活、学习费用。最终，法院判定王先生自判决生效之日起的第二个月开始每月给付抚养费500元，悠悠的教育费及医疗费以实际发生的正式票据为准，由王先生负担50%。

上海市宝山区法院：离婚后人工授精子女归谁抚养？父母被授予轮流抚养机会

2014年2月12日 东方网

东方网2月12日消息：父母离婚，人工授精的2岁孩子抚养权该归谁？近日，宝山区法院以“父母双方轮流抚养”的方式调解了该案，确定孩子在3周岁之前随张女士生活，在3岁至10岁期间，随杨先生生活。

人工授精生育孩子

2008年，杨先生与张女士登记结婚，婚后杨先生经查患有先天性染色体异常，导致先天无精无法生育，于是两人决定通过精子库人工授精生育孩子。2011年，张女士成功生下一个男孩，可孩子的出生并没有给这个家庭带来更多的欢乐，婚后双方常因琐事争吵，且愈演愈烈，婚姻关系难以维系，双方都有意离婚，却都要争夺孩子的抚养权。男方甚至愿意给付女方20万元的补偿以求其让步，但女方不为所动，坚持要求孩子随其生活。

去年3月，女方向宝山区法院提起离婚诉讼，并要求孩子的抚养权。

构想轮流抚养方案

针对“孩子是通过人工授精方式所生育”这一特殊情况，承办法官葛璐萍对整个案子进行了周全考虑，认为这个孩子现在还不满两周岁，日常的生活照料基本上都是由女方一手负责，如果根据法律判决，女方将更有可能获得孩子的抚养权。但由于这个孩子是通过精子库的精子人工授精所生育，与男方没有任何血缘关系，如果将其判给女方，男方虽然还是孩子法律意义上的父亲，但孩子可能再也得不到真正的父爱了。此外，女方住在郊区农村，无法为孩子将来的升学提供较为便利的条件，男女双方在其他经济条件上相差也较为悬殊，孩子跟着男方，将能获得更好的物质生活条件。

在进行了这一番分析后，葛法官确立了“最大限度保护未成年人利益”的办案原则与目标，并试图通过调解的方式解决这起纠纷。

经分析，男方之所以如此渴望这个孩子的抚养权，是因为他没有生育能力，这个孩子可能就是他这一辈子唯一的一个孩子了。其次，这个孩子是通过精子库的精子人工授精所生，没有了所谓的“血浓于水”的血缘支撑，他怕如果不是从小跟孩子在一起生活，孩子将来长大了不会和他亲近。而女方不同意将孩子的抚养权交给男方，一方面可能是因为初为人母，且夫妻感情的不顺，使得这个孩子成为了她全部的生活寄托。另一方面可能也是觉得孩子总归是跟男方没有血缘关系，怕今后男方不会全心地对孩子好。

男女双方皆大欢喜

在把握好双方的心理后，葛法官构想了“父母双方轮流抚养”的调解方案，并将调解工作的重心放在了女方身上。

近日，张女士与杨先生在调解书上签了字，孩子在3周岁前随张女士生活，在3岁至10岁期间，随杨先生共同生活，两段期间的基本生活费由男女双方各自负担。而之后，孩子随哪方共同生活，届时再由双方根据孩子的学习状况、个人意愿及双方的抚养能力另行协商确定。

成都市武侯区人民法院：崇州离异母亲要求延长探视孩子天数 获法院批准

2014年2月12日 成都全搜索新闻网(成都) 王彬荣

成都全搜索新闻网(记者 王彬荣 实习生 李天琪)2月12日报道 夫妻离异后，孩子抚养权判给爸爸，妈妈每周本可探视孩子一天，却因为居住地太远向法院提起诉讼，要求将探视时间改为每周两天。近日，成都市武侯区人民法院就受理了这样一起要求变更探视时间的纠纷，并支持了妈妈王女士(化名)提出的诉讼。

王女士在离婚之后与前夫陈先生(化名)约定，每周六或周日可探视孩子小文(化名)。但由于王女士居住在崇州，每次一天的探视时间太短，无法与孩子更进一步相处。于是王女士诉至武侯法院，请求将探视时间由原来每周一天变更为每两周两天。

“考虑到让孩子充分享受母爱，在生活和身心健康方面全面发展，母亲提出诉讼的理由是正当的，我们也给予了支持。”成都市武侯区法院的相关人员表示，父母与子女的关系，不因父母离婚而消除，离异后不直接抚养子女的一方有探视子女的权利。“把探视时间由一天延长为两天，主要是考虑到小文可以和母亲王女士有充分相处的时间，培养母子间的情感，为孩子健康快乐地成长打下良好基础。”

北京市通州区法院：男子出轨事发净身出户情人要求其抚养龙凤胎

2014年02月17日 京华时报 裴晓兰

京华时报讯(记者裴晓兰)高先生和王女士发生婚外情生了龙凤胎，后被妻子要求离婚并净身出户。一直独自抚养孩子的王女士为了给龙凤胎上北京户口，起诉要求孩子由60多岁的高先生抚养。记者昨天获悉，经通州法院调解，王女士的诉求获得支持。

王女士是外地人，2000年，25岁的她认识了40多岁的已婚男子高先生。双方发生婚外情后王女士怀孕。王女士说，当时高先生要求她流产，她不忍，于2001年偷偷生下一对龙凤胎，两人随后分手。此后，她独自抚养孩子。2007年，因孩子快上小学，开销变大，她向高先生索要抚养费。高先生经亲子鉴定确认孩子是其亲生后，同意每个月给600元。高先生的妻子得知此事后，坚决要求离婚，且离婚时约定所有财产归女方所有，高先生净身出户。王女士说，2013年，两个孩子到了上初中的年龄，因没有北京户口需要交纳择校费等，而高先生为北京户口，按照北京市的政策，如果孩子由高先生抚养，户口就可以转到北京。她于是要求变更孩子的抚养关系。

经过法院调解，高先生答应了王女士的要求。

夫妻离婚，人工授精儿谁抚养
法官以“父母轮流抚养”方案顺利促成调解
2014年02月18日 上海法治报 王川



父母离婚，人工授精而来的2岁孩子该由谁来抚养？张女士坚决要求自己抚养，而杨先生却不惜20万重金买断抚养权。近日，宝山区法院青年法官葛璐萍以“父母双方轮流抚养”的方式，顺利调解了该案，得到了孩子父母的认可。

人工授精得来的孩子

2008年，杨先生与张女士登记结婚，婚后杨先生经查患有先天性染色体异常，导致先天无精无法生育，于是两人决定通过精子库的精子人工授精生育孩子。

2011年，张女士成功生下一个男孩，可孩子的出生并没有给这个家庭带来更多的欢乐。由于双方家庭条件悬殊，从小养成的生活习惯不同，婚后双方常因琐事争吵，愈演愈烈，婚姻关系难以维继，双方都有意离婚，却都要争夺孩子的抚养权。杨先生甚至愿意给付张女士20万元的补偿以求其让步，但张女士不为重金所动，坚持要求孩子随她生活。

男方物质条件较好

去年3月，张女士向宝山区法院提起离婚诉讼，并要求孩子的抚养权。

针对“孩子是通过人工授精方式所生育”的这一特殊性，承办法官葛璐萍对整个案子进行了周全地考虑。这个孩子现在还不满两周岁，平时日常的生活照料基本上都是由张女士一手负责，因此如果按照现有法律判决，张女士将更有可能获得孩子的抚养权。

不过，由于这个孩子是通过精子库的精子人工授精所生育，与杨先生没有任何血缘关系，如果把孩子判给张女士，杨先生虽然还是孩子法律意义上的父亲，但受中国人的传统伦理影响，杨先生在一定程度上很难再将这个孩子视如己出，也就是说这个孩子可能再也难以得到真正的父爱了。此外，张女士住在郊区农村，无法为孩子将来的学习提供较为便利的条件，男女双方在其他经济条件上相差也较为悬殊，孩子跟着杨先生，将能获得更好的物质生活条件。

轮流抚养兼顾双方

在进行了这一番分析后，葛法官确立了“最大程度保护未成年人利益”的办案原则与目标，并试图通过调解的方式解决这起纠纷。

经分析，杨先生之所以如此渴望这个孩子的抚养权，是因为他没有生育能力，这个孩子可能就是 he 这一辈子唯一的“孩子”了。而且这个孩子是通过精子库的精子人工授精所生，没有了所谓的“血浓于水”的血缘支撑，他非常担心“如果孩子不是从小跟我在一起生活，等孩子将来长大了是不会和我亲的”。而张女士不同意将孩子的抚养权交给杨先生，一方面可能是因为初为人母，且夫妻感情的不顺使得这个孩子成为了她全部的生活寄托；另一方面可能也是觉得孩子总归跟杨先生没有血缘关系，怕今后杨先生不会全心地对孩子好。

在把握双方的心理之后，葛法官构想了“父母双方轮流抚养”的调解方案，并将调解工作的重心放在了张女士身上。

如何才能真正改变张女士的心意呢？葛法官首先通过杨先生不惜花20万元换取孩子的抚养权这一点来向张女士

士证明，杨先生对这个孩子的重视程度。继而，她又向张女士分析了杨先生的身体状况，杨先生所患有的先天性染色体异常疾病使得他很难再生育其他的孩子，如果他能够跟孩子一起生活，也必将会把全部的心力都投入到这个孩子身上。基于上述两点，张女士对于杨先生由于不是亲生子女而不会善待孩子的顾虑基本上被打消了。

儿子先随母再随父生活

葛璐萍抛开法官的身份，站在一个同龄女人的角度和原告说起了心里话：“你也才30岁出头，以后肯定也还是要重新结婚的，带着一个小孩总是会有一些不便。如果真的做了单亲妈妈，生活的压力也确实重了点。”张女士冷静下来后，考虑到自己的生活状况，确实深有感触，最终认可了法官的说法和调解方案。在做好张女士的工作之后，杨先生那边的沟通就容易多了，虽然法官给出的方案与最初自己的设想还有一些出入，但是他清楚，事情不可能完全如他所愿。

近日，张女士与杨先生在调解书上顺利签了字，孩子在3周岁之前随张女士生活，在3岁至10岁期间，随杨先生共同生活，两段期间的基本生活费由男女双方各自负担。而之后，孩子随哪方共同生活，届时再由双方根据孩子的学习状况、个人意愿及双方的抚养能力另行协商确定。

看着张女士和杨先生双方脸上都流露出满意和欣慰的笑容，葛璐萍也感悟颇深：作为法官，换位地站在当事人的立场，将心比心，或许才能真正地让一纸法条变成一股活泉。

上海市宝山区法院：夫妻离婚，人工授精儿谁抚养 法官以“父母轮流抚养”方案顺利促成调解

2014年02月18日 上海法治报 王川



父母离婚，人工授精而来的2岁孩子该由谁来抚养？张女士坚决要求自己抚养，而杨先生却不惜20万重金买断抚养权。近日，宝山区法院青年法官葛璐萍以“父母双方轮流抚养”的方式，顺利调解了该案，得到了孩子父母的认可。

人工授精得来的孩子

2008年，杨先生与张女士登记结婚，婚后杨先生经查患有先天性染色体异常，导致先天无精无法生育，于是两人决定通过精子库的精子人工授精生育孩子。

2011年，张女士成功生下一个男孩，可孩子的出生并没有给这个家庭带来更多的欢乐。由于双方家庭条件悬殊，从小养成的生活习惯不同，婚后双方常因琐事争吵，愈演愈烈，婚姻关系难以维继，双方都有意离婚，却都要争夺孩子的抚养权。杨先生甚至愿意给付张女士20万元的补偿以求其让步，但张女士不为重金所动，坚持要求孩子随她生活。

男方物质条件较好

去年3月，张女士向宝山区法院提起离婚诉讼，并要求孩子的抚养权。

针对“孩子是通过人工授精方式所生育”的这一特殊性，承办法官葛璐萍对整个案子进行了周全地考虑。这个孩子现在还不满两周岁，平时日常的生活照料基本上都是由张女士一手负责，因此如果按照现有法律判决，张女士将更有可能获得孩子的抚养权。

不过，由于这个孩子是通过精子库的精子人工授精所生育，与杨先生没有任何血缘关系，如果把孩子判给张女士，杨先生虽然还是孩子法律意义上的父亲，但受中国人的传统伦理影响，杨先生在一定程度上很难再将这个孩子视如己出，也就是说这个孩子可能再也难以得到真正的父爱了。此外，张女士住在郊区农村，无法为孩子将来的学习提供较为便利的条件，男女双方在其他经济条件上相差也较为悬殊，孩子跟着杨先生，将能获得更好的物质生活条件。

轮流抚养兼顾双方

在进行了这一番分析后，葛法官确立了“最大程度保护未成年人利益”的办案原则与目标，并试图通过调解的

方式解决这起纠纷。

经分析，杨先生之所以如此渴望这个孩子的抚养权，是因为他没有生育能力，这个孩子可能就是他一辈子唯一的“孩子”了。而且这个孩子是通过精子库的精子人工授精所生，没有了所谓的“血浓于水”的血缘支撑，他非常担心“如果孩子不是从小跟我在一起生活，等孩子将来长大了是不会和我亲的”。而张女士不同意将孩子的抚养权交给杨先生，一方面可能是因为初为人母，且夫妻感情的不顺使得这个孩子成为了她全部的生活寄托；另一方面可能也是觉得孩子总归跟杨先生没有血缘关系，怕今后杨先生不会全心地对孩子好。

在把握双方的心理之后，葛法官构想了“父母双方轮流抚养”的调解方案，并将调解工作的重心放在了张女士身上。

如何才能真正改变张女士的心意呢？葛法官首先通过杨先生不惜花 20 万元换取孩子的抚养权这一点来向张女士证明，杨先生对这个孩子的重视程度。继而，她又向张女士分析了杨先生的身体状况，杨先生所患有的先天性染色体异常疾病使得他很难再生育其他的孩子，如果他能够跟孩子一起生活，也必将会把全部的心力都投入到这个孩子身上。基于上述两点，张女士对于杨先生由于不是亲生子女而不会善待孩子的顾虑基本上被打消了。

儿子先随母再随父生活

葛璐萍抛开法官的身份，站在一个同龄女人的角度和原告说起了心里话：“你也才 30 岁出头，以后肯定也还是要重新结婚的，带着一个小孩总是会有一些不便。如果真的做了单亲妈妈，生活的压力也确实重了点。”张女士冷静下来后，考虑到自己的生活状况，确实深有感触，最终认可了法官的说法和调解方案。在做好张女士的工作之后，杨先生那边的沟通就容易多了，虽然法官给出的方案与最初自己的设想还有一些出入，但是他清楚，事情不可能完全如他所愿。

近日，张女士与杨先生在调解书上顺利签了字，孩子在 3 周岁之前随张女士生活，在 3 岁至 10 岁期间，随杨先生共同生活，两段期间的基本生活费由男女双方各自负担。而之后，孩子随哪方共同生活，届时再由双方根据孩子的学习状况、个人意愿及双方的抚养能力另行协商确定。

看着张女士和杨先生双方脸上都流露出满意和欣慰的笑容，葛璐萍也感悟颇深：作为法官，换位地站在当事人的立场，将心比心，或许才能真正地让一纸法条变成一股活泉。

（四）财产分割案例

上海市浦东新区人民法院：未成年儿子房产份额 离婚案应否折价析出

2014 年 01 月 22 日 上海法治报 富心振



夫妻离婚后分割共有房产，未成年儿子房产份额应否折价析出？近日，上海市浦东新区人民法院作出一审判决，房屋所有权由男方与未成年儿子共同共有，男方给付女方房屋折价款 24.4 万元，对于女方要求将未成年儿子 1/5 的份额随她一同折价析出之主张，法院不予支持。

1996 年，王女士与谢先生相识恋爱，翌年 9 月登记结婚，婚后第二年生育儿子小波。2003 年 5 月间，王女士与谢先生为了改善住房条件，经与谢先生的父母商量，共同出资并向银行贷款后共同购买了一套住房，当时房屋总价为 27 万元，权利人登记在王女士、小波与谢先生及其父母五人名下，共有情况为共同共有。然而，随着岁月的流逝，王女士与谢先生为子女教育以及互相猜疑等引发矛盾，致夫妻关系失和，并且矛盾越来越深，甚至于 2011 年 7 月起分居生活。2012 年 1 月，谢先生以夫妻感情已彻底破裂为由，向法院提起诉讼，要求与王女士离婚，经审理后，双方在法院的主持下调解离婚，婚生儿子小波随王女士共同生活；谢先生每月支付子女抚育费 2500 元至 18 周岁时止。

事后，王女士与谢先生在对婚姻存续期间出资购买的共有房产分割时发生争议，为此，王女士与儿子小波将房产共有人谢先生及其父母告上法庭。

在法庭上，两原告认为，系争房屋为双方共同所有，现王女士与谢先生婚姻关系已经解除，共有房屋理应分割，

而小波随王女士共同生活，为了小波的读书、成长、生活所需，小波的房屋份额应随王女士一同折价析出，即由两原告按房屋市场价值取得系争房屋 2/5 份额的房屋折价款。

而三被告辩称，现在房屋确实登记为五人共有，被告方同意将共有房屋的 1/5 份额由王女士折价取得，但不同意将属于小波的 1/5 的份额随王女士一同析出。虽小波现随王女士共同生活，但被告谢先生对其也有抚养、监护义务，如将小波的房屋份额折价析出，则会使小波对该部分财产无法监管，故其认为，小波的份额继续保留在系争房屋内，更有利于对财产的监管。

在审理中，经法院向有关中介机构询价，系争房屋的市场价值为 122 万元。两原告与三被告对法院的询价结果均无异议。

法院审理后认为，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。本案系争房屋登记于两原告与三被告名下，共有情况为共同共有，两原告主张其在房屋中的权利份额各为 1/5，对此三被告并无异议，法院予以确认。现在原告王女士与被告谢先生已离婚，王女士要求折价取得房产份额，并无不当，三被告亦表示同意，法院予以准许。

然而，本案双方争议的焦点是原告小波在系争房屋中的权利份额是否应随原告王女士的份额一同折价析出？

法院认为，原告小波尚未成年，故本案不同于一般的共同财产分割纠纷。原告王女士与被告谢先生虽已离婚，但离婚后，父母仍然是未成年人的监护人，无论未成年人随父或随母共同生活，父母对未成年人的监护关系并不改变，享有同等的监护权利，承担同等的义务，拥有共同的监护权。

现原告小波对系争房屋的权利并未因三被告的处分行为而受到侵害或存在危险威胁，原告亦无证据证明分割并折价处理小波在系争房屋内的权利份额的优越性和必要性，目前系争房屋状况并不影响小波财产的安全，即不存在通过折价分割加以特别监护的必要。因此将小波的权利份额继续保留在系争房屋内，并无不当，对原告的该项主张，法院不予支持。

武汉富翁承诺有外遇就净身出户 法院称“晃情况”属约定不明

2014 年 1 月 24 日 武汉晚报

280 万债权、800 多平方的拆迁房、1 套价值百万的住房、1 辆车……汉口这对夫妻坐拥千万财产。丈夫为取信妻子，立下承诺：若在外面“晃情况”，愿将名下财产转给老婆，若因此离婚，愿净身出户。但后来，妻子得知丈夫竟与“情况”早已同居，一气之下向法院起诉离婚，让丈夫净身出户。法院认定，“晃情况”及“名下财产”等均属约定不明，此诉情不予支持。最终法院判决两人离婚，依照《婚姻法》分割夫妻共同财产：夫妻双方各占千万家产的 50%。

丈夫承诺“不晃情况”

45 岁的李丽与 50 岁的张宇都是武汉本地人，1992 年相识。由于都离过婚，双方有着类似的经历，又情投意合，虽然张宇带着与前妻生的孩子，但李丽还是决定和他在一起，1996 年两人就登记结婚了。

婚后，李丽与张宇并未生育子女，但是两人感情很好，家庭也十分和睦。可是 2008 年前后，李丽逐渐发现张宇在外面一直在和别的女人来往，夫妻关系出现了隔阂后，两人也经常为生活琐事小吵小闹。

2010 年，李丽身体健康出现了问题住院治疗，可是张宇连一个问候的电话都没有打过来，更没有去医院探望。在这段时间，李丽已经心灰意冷了，病情也一直因闷气不见好转，谁知一天，她从张宇女儿口中得知了一个更令人心痛的事情：张宇早和别人同居多年。

2012 年 4 月 27 日，李丽现场确认了这个让她无法接受的事实。

事后张宇很后悔，同时对李丽表示自己会重新担任起丈夫的责任。2012 年 8 月 17 日，张宇手写了一份字据，承诺“若本人在外面晃情况，本人愿意将本人名下财产转给老婆名下，若因此离婚，本人愿意净身出户”。为了让妻子相信自己，9 月 1 日他又写了一份，内容大同小异，表示自己“再也不在外面晃情况，否则后果自负，一切法律责任自负”。

可是，这两份承诺书和张宇的道歉并没有得到李丽的原谅，反而被认为是虚假的承诺，李丽觉得精神早已一次次受到了打击，婚姻再已无和好的可能，于是决定向法院起诉离婚。

妻子要求丈夫“净身出户”

2013 年 1 月 23 日，法院公开开庭审理此案，李丽本来请求法院依法分割夫妻共同财产，并获得精神赔偿 5 万元。庭审中，李丽诉讼请求变更了，希望法院判令夫妻共同财产全部为自己所有。

李丽列举了很多证据，她拿出一份录音记录，来证明张宇 2008 年亲口承认他在外包养“小三”；又拿出了一份行政处罚书，表明张宇有吸食毒品的习惯，还因此受到了处罚；同时，李丽还有张宇去澳门赌博的照片，种种证据都指向张宇生活并不检点。

李丽更是将张宇亲笔所写的承诺字据提交给法庭，以期获得张宇名下的所有财产。

李丽认为，除了自己与张宇有一套价值 120 万的住房、一辆价值 10 万的小轿车，自己还应得到汉口两处均为三层的拆迁房，还有张宇尚持有的武汉市某公司 48000 股股份，以及三张借条共 280 万元的债权。这些财产初步估算价值在千万。

张宇反过来辩称，自己长期在家居住，没有与任何第三者居住过，愿意离婚是因为李丽经常在外有外遇，张宇还拿出了妻子与异性的亲密照，因此他认为承诺并不能生效。

至于财产方面，张宇对价值 120 万的住房与小轿车不持异议，但他提供了两张借条，称那两处三层的拆迁房是找自己姐姐与朋友借的钱买的，现在还欠 170 万，连本带利还了钱之后才能分割两处拆迁房。

他还表示，48000 股股份是由母亲托管的，并不属于自己，不能被视为夫妻共同财产。同时，张宇拿出 3 张借条，证明自己还另外欠了 245 万，债务也应当由夫妻共同承担。

“晃情况”属于约定不明

法院经审理查明，李丽和张宇均表示对未来的婚姻生活没有信心，不愿意维系，双方已无和好的可能，夫妻感情确已破裂，因此法院对他们离婚的诉讼请求予以支持。

法院认为，承诺书上的“晃情况”及“名下财产”、“后果自负”等均属约定不明，这些书面文字具有道歉、悔过的性质，且对夫妻共同财产的分割没有进行明确具体的约定，缺乏事实及法律依据，因此不予认定。

所以，李丽提出夫妻共同财产全部归其所有的诉讼请求不被支持，由此，双方需分割夫妻共同财产。

法院考虑到李丽健康情况不好，需要稳定的住所方便治病休养，因此 120 万的房子应归李丽所有，由李丽补偿张宇 50 万元。

李丽和张宇都想要那两套共 800 多平米的三层房屋，但两人不同意竞价处理，也不要要求进行评估确定价值，且两处房屋已划入拆迁范围。

因此，法院判这两处房屋由双方按份额共有，各占 50%。另外，根据协商，张宇拥有了轿车的所有权，补偿了李丽 5 万元。戒指、手镯、项链、翡翠都归李丽所有，手表 1 块则归张宇所有。

审理中，双方对于债权债务问题各持己见。法院依据借条原件及张宇对借条真实性及借款事实的认可，认定双方对 280 万的债权各享有 50% 的份额。

至于 48000 股股份，李丽提交的湖北省股权托管中心股权持有卡显示该股权性质为法人股，不能证明张宇本人的实际持股情况。且双方一直都对张宇是否持有股份存在争议，加之涉及案外人张宇母亲的权益，对此部分财产，法院认为不宜在此案中一并处理。

上海市嘉定区法院：瘫痪父亲起诉分割房产 法院巧解多年积怨

2013 年 12 月 20 日 新民晚报 郭剑烽

本报讯（通讯员 周莉 记者 郭剑烽）潘老伯因不满儿子常年不来探望，起诉请求分割房产。日前，嘉定区法院成功调解这起家庭内部纠纷，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，后潘老伯再婚，并与第二任妻子杨女士育有一女。2002 年，他突发中风，导致下肢瘫痪，生活不能自理，一直由再婚妻子照顾，其间儿子鲜有探望。

考虑到年事已高，看着日日照顾自己的妻子和年幼的女儿，潘老伯想给她们争取一点利益，免得日后生活得不到保障，同时想到自己的儿子多年来对自己不闻不问，心里十分愤懑，于是一纸诉状告到法院，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，一套登记在儿子小潘名下，现由其独自居住。另一套登记在父子两人名下，现由潘老伯和杨女士及其女儿居住。

调解过程中，小潘道出自己的苦衷，称继母和自己关系不好，有时甚至遭到继母责骂，时间长了，就不喜欢到父亲家里去。自己也不是不想照顾父亲，实在是在这个家体会不到温暖。同时，小潘表示暂时不分割房产，让继母、妹妹一直居住，到父亲百年后再行分割。但继母担心届时没有能力支付房屋对价款，拒绝接受小潘的意见，同时哭诉结婚才 5 年潘老伯就瘫痪了，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，她支撑这个家这么多年，着实不易。

法官充分听取双方意见后，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，二来保障儿子小潘的权益，双方心结随之打开。

兰州中院：评估员资质过期法院判决评估报告无效

2013 年 11 月 07 日 兰州晨报 陈霞

本报讯（记者陈霞）一对夫妻离婚时分割房屋，西固法院依据房屋评估公司所做的评估报告作出判决后，男方不服该判决上诉。兰州中院终审认为，做出该评估报告的评估员资质过期，评估程序违反规定，不予认定。

2006 年，34 岁的刘浩经人介绍与 30 岁的杨慧结婚。婚后双方常有矛盾发生。2008 年 3 月，两人以刘浩的名义在雁滩购买了经济适用房一套，建筑面积 120 平方米，一次交清房款 23.9 万元。2012 年 10 月，杨慧将刘浩诉至法院要求离婚，并分割夫妻共同财产。法院审理期间，杨慧向法院申请对房屋估价。随后，西固区法院委托房屋评估公司对位于雁滩的房屋进行评估，经评估该房屋的市场价值为 82 万元。西固区法院根据该评估报告，一审判决该房屋归刘浩所有，刘浩给付杨慧房屋价款的一半即 41 万元。一审宣判后，刘浩不服，向兰州中院提出上诉。

兰州中院审理期间，发现对房屋进行评估的评估人员金某在该评估期间资质过期，故该评估程序违反相关规定，法院不予认定。另外，法院认为诉争房屋系经济适用房，带有单位福利性质，且该房无产权证，因此，对该房屋的

作价不宜按照市场评估价进行，而应当按照刘浩当时购买经济适用房的价格 23.9 万元作为夫妻双方共同财产予以分割，遂作出刘浩给付杨慧 11.9 万元房屋价款的判决。

沈阳市于洪区法院：一份“爱约” 婚内财产按份共有

2013 年 12 月 12 日 沈阳日报

核心提示

婚后购买的房屋，如果没有约定，那么不管房产证上写的是谁的名字，都归两人共同共有。如果出于爱的考虑，夫妻一方也可作出牺牲，双方可在房产证上约定“按份共有”并明确双方的权属比例，这种婚内财产约定将受到法律保护。12 月 11 日，于洪区法院审结一起房产继承案，由于夫妻约定 99% 的房产份额归妻子，这部分财产不参与法定继承，使妻子获得了最大利益。

买房约定妻占 99% 产权

李某和丈夫在共同奋斗 23 年后，于 2009 年 9 月购买了于洪区一处住宅。当时李某丈夫提出要把房子留给妻子，并自做主张让李某占 99% 房产份额，自己只占 1% 份额，两人总计付房款 36 万余元。

对于婚内财产约定，李某也没有多想，她理解这是丈夫对自己的爱。直到丈夫 2011 年 2 月去世，她一下明白了当初丈夫的想法，他是要把房子留给自己。

房产转移遇继承麻烦

可就是丈夫 1% 的房产份额，也给她的房产转让带来麻烦。由于发生了法定继承，李某不能独自处分房产，无奈将有继承权的公公、婆婆和女儿告上法庭。

经过评估，该房产已经升值，目前值 57 万元。李某要求对丈夫 1% 的房产进行分割。李某女儿表示同意，而公公婆婆由于在外地没有出庭。

法院判 1% 遗产大家分

法院认为，夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产及婚前财产的约定，对双方具有约束力。双方对房屋产权共有约定，李某占 99%，丈夫占 1%，法院予以支持。李某丈夫的遗产为 5700 元，由李某、女儿、公公、婆婆共同继承。由于折合该房产面积不足一平方米，此部分房产无法分割，法院认为李某女儿、公公、婆婆以获得货币的形式取得遗产、享有继承权为宜。法院判决房屋归李某所有。李某给付三人各 1425 元。

法律

解读

婚内财产协议受保护

于洪区法院一位法官告诉记者，我国婚姻法是允许双方婚后对夫妻共同财产的归属自行约定的，这种财产约定在法律上被称为“婚内财产协议”。婚后购买的房屋，夫妻在房产证上可约定“按份共有”以及双方的权属比例。如要分割，法院一般会尊重当事人的约定，按照各自所持份额进行分配。

婚内财产约定有几大好处：一是体现夫妻关爱。婚内财产约定能够成为夫妻之间一份承诺，消除夫妻的担忧。二是减少决策纷争。事先对各类决策做好约定，能够大大减少日后的纷争。三是财产分割便捷。虽然说离婚是每一对夫妻最不愿面对的结局，但与其事后争个面红耳赤还达不成共识，不如提前就做好相应的准备。把最坏的结局都想开了，婚姻中的各类付出就有了保障。四是消除夫妻一方的顾虑。如何消除对于家庭全身心付出，到头来一无所获的顾虑，婚内财产约定无疑能够担当此份角色。

按份共有如何登记？

法官

提醒

法官强调，如约定房产按份共有，应及时去房地产交易中心作登记，否则，按份共有的约定对外不产生效力，对内的效力也待定。

新售商品房的按份共有：夫妻双方应当在房屋预售（出售）合同中约定房屋按份共有及各自所持的份额（即要求开发商办理预告登记及房产证时明确注明产权份额），持房屋预售（出售）合同及其他相关资料去房地产交易中心备案登记。

二手房的按份共有：夫妻双方应当在房地产买卖合同中约定房屋按份共有及各自所持的份额（即要求卖方及中介在办理房产证时明确注明产权份额），持房地产买卖合同及其他相关资料去房地产交易中心备案登记。

房屋原登记在双方名下，后经协商同意按份共有的：夫妻双方应携带身份证、结婚证和房产证及夫妻约定按份共有的书面协议，到房地产交易中心作变更登记。本报记者周贤忠

婚内财产约定四大好处

一是体现夫妻关爱

二是减少决策纷争

三是财产分割便捷

四是消除夫妻一方顾虑

南宁市中级法院：夫妻离婚分房 收据上多一行字男方多得 20 万补偿

2013 年 11 月 08 日 广西新闻网 李望舒

“我能想到最浪漫的事，就是和你一起慢慢变老”，当爱情好不容易修成婚姻的正果，白头偕老的愿景迈开了第一步，摆在你面前的却是一堆关于婚前财产，包括但不限于房屋产权归属的各种协议，你是否觉得大煞风景？虽说这样的白纸黑字自然更有利于避免日后分道扬镳时的种种纠纷，但在我国，签定婚前财产协议的夫妻比例仍然不高。这不是偏见，我国自古的民族文化心理使然。有了设防之心，终究觉得有了隔阂，那纠纷协议早晚会“如你所愿”地派上用场。《婚姻法》解释三刚出台时，因为被认为太不人性化，曾招来不少骂声，但仔细想想，立法者显然用心良苦：你们不愿去撕破脸皮做婚前约定的，我来规定。设防，本来就不是夫妻之间要做的，还是交给法律吧。

林琳和黄云恋爱期间，双方父母出资为他们买了套房，房产登记在林琳名下。可结婚没几年，两人就闹离婚，并为这套房打起了官司。林琳认为，房子是她的婚前财产，该归她。而黄云认为，房子是双方父母出资购买，应该是夫妻共同财产。这房子该怎么分？

最终，南宁市两级法院审理认定，按照黄云父母出具的收条上显示，他们出资是为儿子买房用，因此该套房应属于林琳和黄云按份共有，双方按出资比例分配。法院判决，按照该房的升值价，林琳除了要支付黄云父母所出房款外，还要多付 20 万补偿金。近日，该案已执行完毕。如今一套房动辄近百万，父母出资给子女婚前买房很普遍。法官特别提醒，父母婚前给子女买房，最好协议约定好权属份额，以免双方离婚时，一方利益受损。

案件关键 是借款 还是共同买房？

武鸣小伙黄云是独生子，高中时，他就与同学林琳恋爱。为了让两人能早日有个家，早在 2006 年，双方父母就出资 35 万元，以林琳的名义在南宁市江南区某小区买了套房。其中，黄云的父母出资 20 万元，林琳的父母拿到这 20 万元后，出具了一张收条：“今收到黄云父母 20 万元，用来给黄云、林琳买房。”

2008 年起，两人大学相继毕业后便留在南宁工作。没多久，两人便登记结婚。可婚后两年，林琳就因为丈夫黄云对她态度冷淡提出离婚。后来两人虽未离婚，但一直分居。2011 年底，林琳再次将黄云告上南宁市江南区法院，要求离婚，并认为他们居住的房子，是她婚前购买且登记在她一人名下，属于她婚前的个人财产，她愿意补偿 20 万元给黄云。

黄云并不想离婚，他说是工作后压力大，加上自己生病才疏忽了林琳。至于房子，他认为是双方父母出资购买，当初他父母出资 20 万，出了大头。这房子应该是他们夫妻的共同财产。而林琳坚称，那 20 万是黄云父母借给他们的借款，没用来买房。

法院判决 女方补偿男方 40 万元

一审法院认为，两人的感情确实已经破裂，准予离婚。对争议的房屋，是双方以林琳的名义于婚前购买，因此该房屋应以出资额为依据，以按份共有处理。由于房子登记在林琳名下，且目前由林琳及家人居住，对房子分割给林琳双方均无异议，林琳应按黄云应有的份额给予补偿。

林琳主张黄云父母所出的 20 万元是借款，而她父母出具的收条上已经明确写明该笔款项用于购买房产。从现实生活中反映的情况看，父母为子女出资购买房屋的真实意思表示应是对自己子女的赠与。由于黄云父母没有明确作出 20 万元房款是赠与黄云、林琳的意思表示，应当认定为是对黄云个人的赠与。

按照黄云与林琳对该房屋的出资比例为 4:3，黄云应对该房屋享有 4/7 的份额。该套房的市场评估价为 70 万元。2012 年 6 月，法院一审判决，准予双方离婚，但林琳应补偿黄云 40 万元。林琳对该判决不服，向南宁市中级法院提起上诉，二审法院维持了一审判决。

判决生效后，林琳并未主动履行。黄云申请强制执行，近日，在法官见证下，林琳支付完毕补偿款。

法官建议 可细读《婚姻法》几个解释

如今一套房子动辄上百万，在现实生活中，父母为子女购置婚房非常普遍。他们该怎么做，才能保障自己及子女的权益？11 月 7 日，记者采访了主审林琳一案的苏法官。

苏法官告诉记者，我国《婚姻法》解释(二)及解释(三)，对此都有明确的规定。《婚姻法》解释(二)第 22 条第一款规定：“当事人结婚前，父母为双方购置房屋出资的，该出资应当认为对自己子女的个人赠与，但父母明确表示赠与双方的除外。”通过这条法规，已经明确，父母为子女婚前购买的房屋，属于对子女一人的赠与，属于子女自己的个人婚前财产。

苏法官还建议，父母为子女购房，如碍于情面没有约定房屋产权归属和份额的，最好保留出资的原始凭证。这样子女婚姻生变后，也算有了依据，按照法律明确规定处理即可。

相关法条 《婚姻法》解释(二)

第二十二条当事人结婚前，父母为双方购置房屋出资的，该出资应当认定为对自己子女的个人赠与，但父母明确表示赠与双方的除外。

当事人结婚后，父母为双方购置房屋出资的，该出资应当认定为对夫妻双方的赠与，但父母明确表示赠与一方的除外。

《婚姻法》解释(三)

第七条婚后由一方父母出资为子女购买的不动产，产权登记在出资人子女名下的，可按照婚姻法第十八条第(三)项的规定，视为只对自己子女一方的赠与，该不动产应认定为夫妻一方的个人财产。

由双方父母出资购买的不动产，产权登记在一方子女名下的，该不动产可认定为双方按照各自父母的出资份额按份共有，但当事人另有约定的除外。

离婚分房知多少？

丈夫房贷付得多离婚后房产也会分得多？

黄女士咨询：2011年，我跟丈夫婚后一起买了一套房，首付和房贷都是共同支付的，房贷有30年，但是到现在房产证没有办理下来。在还贷时丈夫还得比较多，而平时家庭开销主要由我负责。现在我和老公要离婚，我想咨询一下律师，这样的情况下，我分到的房产会不会比我丈夫少？

广西南国雄鹰律师事务所李哲林律师：按照我国的法律，婚后财产包括不动产、动产，都属于共同财产，夫妻双方离婚时，一般应当均等分割。此外，如果有一方出现有重婚、虐待、遗弃等行为过错，还需支付另一方一定的赔偿金。像黄女士提到的老公还贷款比较多的情况，这对法院判决房产分割不构成影响。此外，房贷即使在婚后也属于双方共同财产，双方要一并算清楚。

夫妻共同出钱建房离婚后我为何不能分到房产？

某女士咨询：我跟老公结婚十年了，婚后我们卖掉了当初一起买的出租车并申请贷款后，共获得了十几万元，在农村的自家地建了一栋楼房。现在我老公要跟我离婚，但是却不承认建房的钱是来自卖出出租车和贷款的这十几万元，而是说建房钱来自他母亲获得的危房改造费，还说这个房子我没有份。而且，我发现丈夫在外面有外遇。我想问，遇到这样的情况我要怎么办？

韦开林律师答复：根据这位女士反映的这种情况，首先她可以要求她的丈夫拿出证据，证明他母亲的危房改造费用在了建房上。如果对方拿不出证据证明，那么这栋房子在法律上仍属于夫妻婚后财产，按照法律应当均等分割。其次，如果这位女士能够掌握丈夫有外遇的证据，那么法院在判决的时候会首先照顾女方，女方不仅能够获得更多的财产补偿，还存在房子全部归于女方的可能性。（当代生活报见习记者 李望舒 实习生 谭小潭 整理）

钻法律空子的路，到头了 瞒妻分房产 调解书被撤销

2014年1月4日 检察日报 刘文晖

瞒妻分房产 调解书被撤销

10年前，丧妻的彭先生与离婚的杨女士组织新的家庭。近年来两人感情不和，去法院诉讼离婚，7间房屋该如何分成为诉讼争议的焦点。谁知就在这时，杨女士得知，彭先生与前妻所生的3个子女竟然瞒着她，经同一法院调解已就涉案房屋权属分割达成协议：7间房屋分别被彭先生3个子女分割，杨女士没有得到一砖一瓦。

“我们一起生活了10年，我每个月有2000元工资。这期间房屋进行过翻建，我出了钱出了力，结果却被扫地出门，太不公平了。”杨女士认为法院的民事调解书侵害其合法权益，故诉至法院要求撤销。2013年12月25日，北京市朝阳区法院审理支持了她的诉请，判决撤销了彭先生与3个子女在该院达成的那份民事调解书。

“像杨女士的这种遭遇，在民诉法修改之前，只有通过申请再审解决，或者提出执行异议，这种救济途径往往是事后的，当事人的权益不能得到及时的保护。”朝阳区法院民事审判庭庭长陈晓东告诉记者。2012年修改后的民事诉讼法增设了“第三人撤销之诉”的规定，即第三人因不能归责于本人的事由未参加诉讼，但有证据证明发生法律效力的判决、裁定、调解书的部分或者全部内容错误，损害其民事权益的，可以自知道或者应当知道其民事权益受到损害之日起六个月内，向作出该判决、裁定、调解书的人民法院提起诉讼。人民法院经审理，诉讼请求成立的，应当改变或者撤销原判决、裁定、调解书；诉讼请求不成立的，驳回诉讼请求。这一制度对案外第三人提供了更为有利便捷的权利救济途径。

据介绍，新民事诉讼法实施以来，朝阳区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余件。这些案件各原告均以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，有的案件符合法律规定，法院判决撤销生效的民事调解书；有的因原告不具备主体资格，法院裁定驳回原告起诉；也有的因原告的权益并未受到侵犯，法院判决驳回原告诉讼请求。

隐瞒被继承人 调解书被撤销

在另外一起案件中，原告张先生与3名被告系同父异母的兄弟姐妹关系，父亲张某，母亲赵某。赵某名下登记有房屋一套，赵某和张某去世后，3名被告以遗嘱继承纠纷诉至法院，称房屋系张某和赵某的遗产且无其他继承人，据此3名被告达成调解协议，法院作出民事调解书确认房产归属。原告张先生得知此事后，主张其属于张某的法定继承人，有权继承涉案房屋并要求撤销民事调解书。法院经审理认为，在未通知遗产继承人张先生参加诉讼的情况下处理遗产，损害了张先生的合法民事权益，应撤销民事调解书。

“3名被告也许真的不知道他们还有一个同父异母的哥哥，但是张先生作为第三人提起撤销之诉，法院是会支持的。当事人在民事诉讼过程中应本着诚实信用的原则客观陈述案件事实，不应抱着侥幸心理而隐瞒案件的客观事实情况，否则会导致生效的法律文书被撤销，既浪费司法资源，也不能实现其诉讼目的。”朝阳区法院双桥法庭副庭长冯慧说。

谁能当“第三人”

办案法官告诉记者，提起撤销之诉的主体应符合第三人的条件，即有独立请求权或者案件处理结果与其有利害关系。若案外人对诉讼标的的享有独立请求权，且案件处理结果与其没有法律上的利害关系，则其不具备提起撤销之诉的主体资格。

法官举了两个不具备第三人条件的案例。第一个，吕某与已故的金某某系夫妻关系，二人生育金某等子女9人。因原承租的公房被拆迁，吕某与房产公司签订《购买就地安置住房预售合同》，购买了北京市崇文区房产一处即涉案房屋，合同记载被安置人为吕某、金某以及金某之女。在继承纠纷中，经法院主持调解，确认吕某的9名子女共同继承涉案房屋，并出具了民事调解书。后金某之女作为原告提起诉讼，认为上述调解书侵犯其作为安置人对安置房屋享有的所有权，要求撤销该调解书。法院经审理认为，原告不属于该案的第三人，基于安置人口所享有的权利属于继承纠纷之外另一法律关系所调整的范围，故法院裁定驳回起诉。

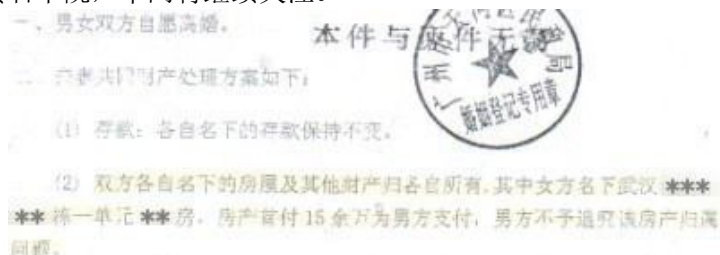
第二个案例，2012年祝先生与崔女士离婚时才得知，他们夫妻居住的房屋的房主是崔女士的弟弟崔某。原来早在结婚之前，崔女士就购买了这套房屋，购房首付款由其弟弟崔某及其父母支付，该房屋于2007年登记为崔女士的名字。2008年，祝先生与崔女士结婚，婚姻存续期间至2012年5月，崔女士继续为涉案房屋还贷直至还清。后崔某诉至法院，要求确认涉案房屋归自己所有，法院作出民事判决，支持了崔某的诉讼请求。2012年，在离婚诉讼中，祝某首次得知上述民事判决的情况，祝某认为法院的判决侵犯其权益，故向法院起诉，要求撤销前述判决。法院经审理认为，崔女士在婚前获得房屋所有权证，祝先生并未出资参与支付购房首付款，婚后无论是否使用过夫妻共同财产为涉案房屋还贷，该房屋在性质上均不可能成为夫妻共同财产，祝先生无权就房屋本身主张权利。

（旧闻新看）黄石市西塞山区法院：离婚协议易定财产分割难 黄石一法院判决摆乌龙 冤！

2013年5月15日 南方网 石清

南方网讯 婚前双方共同出资按揭买房，由于婚后感情破裂，两年后离婚。离婚协议写明“双方各自名下的房屋及其他财产归各自所有”明确了双方财产的产权归属。事后，办理房产分割手续时，男方反悔，不履行离婚协议，致房产分割受阻，女方起诉至黄石市西塞山区法院求助法律支持。一审判决出人意料，不支持原告的申诉请求，原告对判决结果违背离婚协议当事人的约定十分费解，引发争议。

目前，原告已上诉至黄石中院，本网将继续关注。



（离婚协议中关于对双方共同财产处理的约定。）

男方拒绝履行离婚协议引发女方确权之诉

日前天涯网友爆料，一套婚前购买的房产，离婚后却无法过户，这是怎么回事呢？

六年前，严先生支付15万元首期款在武汉某楼盘购买一房，房屋登记在文女士名下，按揭及物业等其他费用均由文女士承担。购房合同签订半年之后，双方在广州登记结婚。

三年后，双方感情破裂协议离婚。离婚协议约定：双方各自名下的房屋及其他财产归各自所有，其中女方名下武汉某楼盘某房，房产首付15余万为男方支付，男方不予追究该房产权归属问题。随后双方登记离婚，文女士称：“男方宣告自己‘净身出户’，并一直没有向我索要15万元。”

离婚后，文女士在武汉东湖高新区政务中心办理房产证时，却被告知此房虽登记在她名下，但如果该房需要过户则必须办理房产分割手续，需双方持离婚协议共同到场才能办理，或由一方手持法院对房产归属的判决亦可办理。文女士在与严先生长期沟通被拒后，遂无奈诉至法院，请求判令该房屋产权归属原告。

黄石市西塞山区法院支持反诉令原告费解

在严先生的争取下，该案从广州移交至黄石西塞山区法院。随后，严先生提出反诉要求归还该房产的首付款15余万。

在一审判决中，法院判定根据离婚协议条款，确认协议中房屋归文女士所有。然而令文女士不解的是，法院支持了严先生“返还15余万元”的反诉请求。

法院认为，该财产属严先生婚前个人财产，且严先生未将其房产首付款明确赠与文女士，也未放弃该财产权利，因此判令文女士返还严先生购房款159206元。

对于一审判决，文女士表示这并不符合事实，“房屋登记在我的名下是事实，离婚前男方就以已赠送房屋为由不支付共同开支，离婚时也说自己是净身出户，事实上男方也一直没有追究这15万余元，离婚协议更没有约定要

偿还15万元。离婚一年多后男方反悔了，法院竟然支持反悔做出如此判决，这不符合离婚协议的约定。”

更加令文女士不解的是，离婚协议上并没有出现“159206元”这个数字，被告严先生出具的证据当中也没有“159206元”这个数字，法院从何判定文女士应当返还严先生购房款159206元？

法院判决支持“返还财产”请求惹争议

不难发现，该案的焦点就在于离婚协议中“15余万元”是否需要女方返还的问题。关于黄石市西塞山区人民法院判决“返还财产”是否正确或者有法律依据，记者就此采访了数位法律界专家教授及知名律师。

观点1、法院判决违反协议约定

湖南知名律师、长沙云和岳律师事务所李科丰认为，该案中法官的判断是基于一种主观的常理，即谁出的钱归谁。这显然违反了离婚协议意思自治原则，没有从协议的文本出发进行解释。

李科丰强调，“15万”之说出现在离婚协议的“夫妻共同财产处理方案”条款里，很明显15万应当依据协议来分配，如果需要返还，男方需举证证明依据协议女方同意返还。所以，法院依据“个人财产”的说法下判决似乎有点牵强。

观点2、未作处置约定视为放弃

广东金融法学研究会副秘书长、广东同益律师事务所高级合伙人陈铭谈到，离婚协议作为夫妻婚姻存续期间的最后一个文件，也就是结束婚姻关系的重要文件，双方都应该认识到其重要性。就本案来看，对于离婚协议中提及了首付款15万，却未作出如何处置的约定，应视为放弃。

况且，房款本身就是房产的一部分，首付款作为种类物已转化成了特定物，联系第二条第2款约定，既然对于特定物（房屋产权）不予追究，自然也表明放弃对15万的追究。

观点3：15万应理解为婚约赠与

广州大学法学院、广州律师学院教授欧卫安认为，该案中的15余万应理解为婚约中的赠与。

欧卫安称，婚约赠与的行为是男女双方订立婚约后，在预想到将来会结婚的基础上所为的赠与，以婚约的解除为解除条件。在婚约得到履行，即男女双方正式结婚的情况下，赠与行为合法、有效，财礼归受赠人所有，赠与人不能索回。

观点4：应审慎查明事实，正确理解协议条款

“以我的个人理解，之所以提到首付15万为其所出？应是表示，不追究房产归属问题，15万也不再追究，但同时自己也不承担今后由此套房而引发的一切纠纷”。

在谈到对法院据以判决的离婚协议条款的看法时，广东商学院法学院刘祥红教授提醒：我们可以看到，离婚协议第二条写明为“夫妻共同财产处理方案”，可是为什么提及了15万元首付款这一重要财产信息却没有明确如何处置？结束婚姻关系的离婚协议究竟是怎样的意思表示？离婚协议是在什么样的情况下签订的？法官认定案情时必须以客观事实为根据，所以，这些都应该是法院审理时需要考虑和审慎查明的。而作为成年人，应该对自己所为的一切民事行为负责。

律师称一审判决漏洞百出 适用法律张冠李戴

判决书第5页写到，“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（一）第八条规定作出判决”。

文女士代理律师称，该条规定是针对申请宣告婚姻无效方面的规定，但一审却将其作为反诉案中的判决依据，因此是错误的。记者查询到，《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释（一）第八条条文为：当事人依据婚姻法第十条规定向人民法院申请宣告婚姻无效的，申请时，法定的无效婚姻情形已经消失的，人民法院不予支持。

以此条文作为判决依据，确属张冠李戴。

另外，原告代理律师表示，在一审庭审中，男方除向法庭提供了一份银行卡明细表和一张15万元的借条外，再没有其它的证据。在第一份证据中虽有一张没有名称的银行流水可以说明于2008年6月21日发生了金额为148000元的支出外，再没有其它的证据可以证明其支付的具体购房款是159206元。

原告代理律师表示，如此错漏百出，此判决实属牵强。

记者手记

我们知道，意思自治原则，即协议双方以自己的真实意思来充分表达自己的意愿，根据自己的意愿来设立、变更和终止民事法律关系。这已经形成了民法的基本理念与原则。法官保持中立地位就要充分尊重当事人的处分权，尊重当事人的意思自治。但是在我们的司法实务中，由于长期受职权主义诉讼模式或地方保护主义的影响，却出现了许多判决与意思自治原则相背离的做法。

本案中，就离婚协议中第二条第2款证据来看，是否可以理解为，女方名下武汉某楼盘某房，（虽然）房产首付15余万为男方支付，（但）男方不予追究该房产权归属问题？这一点是值得法官思考的，对这句话的理解我们要尊重的是签订离婚协议时双方的真实意思表示。

虽然此判决只关系到一个普通的个人，但也将影响到无数面临此境遇的人做出判断和决定。法院的价值取向，是否表现出对契约的尊重，决定社会的人心取向。人与人之间信任、道德都将由此滋生。甚至，法治还是人治，是

一个地方招商引资的软实力，良好的法治环境是经济发展的关键因素，而法治环境正由一点一滴的小事积累。

我们希望法官针对具体案情，慎重判决，根据经验法则、逻辑规则和自己的理性良心来自由判断证据和认定事实，最终还当事人一个公平公正的判决！

北京昌平区法院：相恋6年结婚后又闪离 男方诉讨改口钱被驳回

2014年02月16日 京华时报 孙思娅

京华时报讯（记者孙思娅）庞女士与张先生结婚前后收取了首饰、份子、改口钱等财物。3个月后二人离婚，张先生遂将庞女士诉至法院，请求其返还上述婚约财产。昨天记者获悉，昌平法院判决驳回了张先生的诉讼请求。

庞女士和张先生2006年相识，后确立恋爱关系。在共同生活了一段时间后，二人决定结婚。婚前，二人并未订立婚约，但为促成结婚，张先生曾给付庞女士金项链一条、钻戒一枚。2012年6月，庞女士、张先生登记结婚并共同居住，7月份还在北京举办了婚礼。婚礼期间，庞女士共收取了10100元的改口费。3个月后，二人协议离婚。

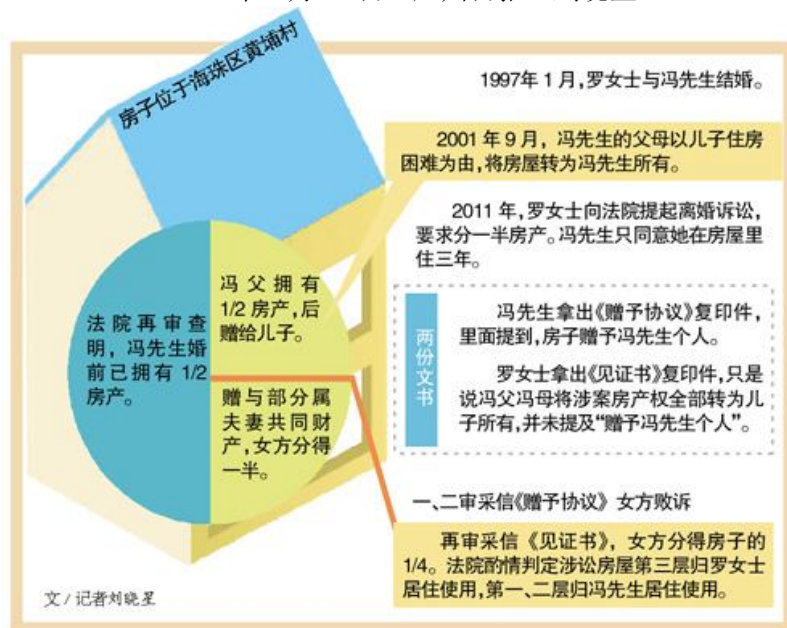
张先生诉称，从认识之初，庞女士就以各种方式索要财产，并不想结婚过日子，还以各种方式拖延结婚。更令张先生不能理解的是，在领取结婚证5天后，庞女士就要求离婚。后在庞女士的哭闹和威胁之下，双方协议离了婚。张先生认为，庞女士以结婚为名索要财物，收取自己家庭的财物，遂诉至法院，请求法院判令其返还包括10100元改口费、13800元的份子钱、金项链一条、钻戒一枚在内的婚约财产。

庞女士则认为，张先生给付首饰是赠与行为，形成了赠与合同关系，无权要求自己返还。10100元的改口费，她收到了，但是张先生的生活并未因此变得绝对困难，所以依法不应返还。另外13800元的份子钱自己也没有拿，因此不同意张先生的诉讼请求。

昌平法院经审理后认为，改口费是由张先生父母给付给庞女士的，且在双方结婚后获得，结合本案实际情况及风俗习惯，改口费不具有彩礼性质，不属于婚约财产；份子钱是二人亲属及朋友为双方结婚给付的礼金，应属于夫妻共同财产，与本案不属于同一法律关系。因此对改口费、份子钱，法院依法不予处理。金项链、钻戒为彩礼性质，但张先生并没有提供证据证明该彩礼具备符合应返还的法定条件，因此不予支持。综上所述，法院判决驳回了张先生的诉讼请求。

广州中院：打两年半官司 分得1/4房产

2014年2月20日 广州日报 刘晓星



父母将房产转给已婚的儿子 10年后儿子离婚 女方要求一半房产 双方对簿公堂

文/记者刘晓星

在儿子婚后，父亲将一处房屋转让给他。儿子离婚之时，为了房子离婚官司打足两年半。有关房屋转让的两份文书互相“打架”，分手夫妻就房产到底是个人财产还是夫妻共同财产争执不休。经一审、二审、再审，案件才尘埃落定。日前，广州中院厘清了复杂的关系，作出终审判决，妻子分得房产1/4，丈夫分得3/4。

离婚了他只让她住三年

罗女士与冯先生于1997年1月结婚。2001年9月，冯先生的父母以儿子住房困难为由，将房屋转为冯先生所有。在2007年，罗女士生下小女儿后，她与冯先生的夫妻关系日益恶化。2011年，罗女士向法院提起离婚诉讼，并提出夫妻各自抚养一个女儿，此前冯先生父母赠予的房屋，因为是冯先生在夫妻关系存续期间取得的房产，因此两人应各使用一半房屋。冯先生表示同意离婚，对抚养问题亦不存在异议。但在房产问题上，冯先生称，他要抚养、

照顾父母，直到父母百年后，房屋才算归他。因此，不同意罗女士占有一半房产，只同意她在房屋里住三年。

两份文书互相“打架”

在庭审中，冯先生拿出了一份《赠予协议》复印件，冯先生的父母在其中写道：“因为我们年岁大体弱多病，需要有人照顾和赡养我们。因为儿子住房困难，我们同意将上述房屋赠予其个人所有。之后，他将负责赡养和照顾我们夫妻至百年之后，房屋才属于他个人所有，如果他不能履行赡养和照顾我们夫妻至百年，我们将有权收回上述房屋的使用权。”

罗女士则拿出了一份《见证书》复印件，上面并未提及“赠予冯先生个人”一事，只是说冯父冯母将涉案房产权全部转为儿子所有。见证书是冯父冯母于2001年9月6日通过海珠区新滘镇法律服务所，在工作人员的见证下书立的。

一、二审：

《赠予协议》有效 女方败诉

海珠法院审理认为，由于冯先生父母在《赠予协议》里明确约定该房屋赠与冯先生个人所有，因此罗女士要求占有一半产权份额的诉讼请求缺乏事实和法律依据。一审判决准许离婚，涉案房产归冯先生个人所有。

罗女士不服上诉，称《赠予协议》是冯先生在诉讼过程中伪造出来的，以前从未提及，且现在也只有复印件。冯先生曾经常赌钱，因欠债而将涉案房屋抵押给他人。是她帮冯先生归还款项后，对方才将房屋宅基地证归还。另外，根据2001年9月施行的《婚姻法》及最高人民法院的司法解释，夫妻一方所取得的财产属夫妻共同财产，并不存在指定为夫妻其中一方的个人财产的规定，现一审法院按新婚姻法规定溯及既往是错误的，应予纠正。广州中院经二审，驳回了罗女士的上诉请求。

女方向省高院申请再审

不甘心的罗女士又向省高院申请再审，并提出了新的理由。她认为，涉案房屋虽是以冯父名义取得，但根据《中华人民共和国土地管理法》第六十二条“农村村民一户只能拥有一处宅基地”的规定，全体家庭成员对以任一家庭成员名义取得的宅基地均享有共同的使用权。因此在所谓的“赠予”之前，涉案房屋亦非冯父冯母的财产，而是四人的家庭共同财产，冯父冯母无权以任何形式处理她应有的房屋份额。

再审：

《见证书》证明力更大 女方获得房屋第三层

罗女士还提出，《赠予协议》复印件疑点重重，不仅没有原件，所谓的见证仅是一枚黄埔村民委员会的印章，没有见证人签名，并不具备法定要式。《赠予协议》中的黄埔村民委员会的印章明显与海珠区村镇建房（用地）申请表中的黄埔村民委员会的印章不同，冯先生的签名也与《见证书》中的不同，显属伪造。因此此案应采信《见证书》的说法。

2013年3月22日，省高院指令广州中院再审此案。

广州中院再审认为，根据冯先生再审庭审陈述，签订《赠予协议》时黄埔经济联社人员并未在现场，说明其并未当场见证《赠予协议》的签订过程，据此法院无法确认《赠予协议》的真实性。对于罗女士提交的《见证书》复印件，该复印件上加盖有广州市国土资源和房屋管理局海珠区分局新滘东国土资源管理所档案专用章，且冯先生对《见证书》表示认可。故对该《见证书》的真实性予以确认。即便《赠予协议》与《见证书》都是真实的，但从这两份文书的内容来看，两份文书作出时间是同一天，但约定内容互相矛盾。由于《见证书》经新滘镇法律服务所见证且保留在新滘东国土资源管理所，其证明力大于《赠予协议》，本案应采信《见证书》内容。

女方最终分得1/4房产

关于涉案房屋的具体情况，广州中院再审查明，1996年10月21日，冯父以房屋危房需改建为由向黄埔村第二社申请对宅基地房屋进行改建并于同年年底经上级机关审批同意报建，后该房屋登记在冯父名下。广州中院认为，《中华人民共和国土地管理法》规定，农村村民一户只能拥有一处宅基地。据此我国农村房屋是以户为单位，由全体家庭成员共同享有房屋宅基地使用权，即所谓的“一户一宅”原则。涉讼房屋在冯先生与罗女士结婚前就已存在并登记在冯父名下，户内的家庭成员是冯氏父子。冯母名下另有宅基地且户口不在涉讼房屋内，因此涉讼房屋应视为冯氏父子共同所有，各自占有1/2。其中属于冯先生的1/2是其婚前财产，依法属于个人财产。在冯先生与罗女士婚姻关系存续期间，冯父签订《见证书》，将其名下财产赠予儿子。由于冯父只拥有涉讼房屋1/2，故只能赠予其自身的1/2，该部分赠予属于冯先生和罗女士的夫妻共同财产，罗女士分得赠予财产的一半即涉案房屋的1/4，冯先生分得3/4。

广州中院于近日酌情判定涉讼房屋第三层归罗女士居住使用，第一、二层归冯先生居住使用。

娶小18岁少妻 闪婚男人财两空 赠房借钱难留心 只得离婚讨公平

2014年2月26日 北京晚报 林靖

本报讯（记者林靖）年过40的梁先生做梦也没想到，自己辛辛苦苦打拼半辈子才挣得的房产和存款，不到一年时间就拱手奉送他人；而在自己苦苦追求下，4个月便携手步入婚姻殿堂的娇妻，却在财产到手后将自己“打入冷宫”。梁先生痛苦之下，近日将比自己小18岁的妻子诉至法院要求离婚。

网络结缘抱得美人归

梁先生与妻子严女士于2011年8月相识于一个交友网站。梁先生当时已经42岁，在北京一家国有大型企业担任经理职务，因多年追求事业的成功，无暇顾及个人感情，一直单身。当他通过交友网站认识了青春靓丽且比自己小18岁的严女士后，不禁怦然心动。面对比自己大这么多岁的梁先生，严女士最初颇为犹豫，但是梁先生狂热追求，多次赠送贵重的首饰和物品，带她出国游玩。于是，二人迅速确立了恋爱关系。

之后，两人相处甚密，而严女士也开始以各种理由向梁先生借款。在不到3个月时间里，梁先生给严女士通过银行转账达100万元。2012年2月，梁先生与严女士走进了婚姻的殿堂。

表爱意过户房产

结婚后，梁先生将全部身心投入到家庭建设中，并且期冀能孕育爱的结晶。没想到，当自己提出这个想法后，妻子却表示，自己是外地人，而且比梁先生小18岁，跟梁先生在一起没有安全感，因此要求梁先生将其婚前购买的、目前共同居住的房屋过户到自己的名下。严女士承诺，房屋过户后，就为梁先生生儿育女。

梁先生答应了严女士的要求，办理了房屋产权转移登记手续，将房屋过户到严女士名下。

爱人离奇“失踪”

本以为满足了妻子的要求后，两个人就能踏踏实实过日子，梁先生却没想到，严女士提出了另一个要求，即以北京生活成本高、赚取租金差价为由，要求与梁先生搬出现在居住的房屋，将该房屋出租给他人，二人租住更为便宜的房屋。

梁先生开始不同意，认为以自己现在的经济状况，完全没必要赚取租金差价。但严女士多次以离婚为威胁，无奈之下，梁先生只能答应。

搬出去没几天，严女士回家越来越晚，有时候甚至不回家，打电话也支支吾吾，最后干脆不接电话了。无奈之下，梁先生到严女士的工作单位“堵人”，却被告知严女士已经办理离职，不知去向了。

娇妻欲私卖房产

转眼将近一个月过去了，妻子仍然音讯全无。2012年6月，梁先生突然接到一个朋友的电话，询问他是否因遇到困难而要变卖房产。梁先生很诧异，房本还在自己手里，卖房之说从何而来呢。

梁先生赶紧查看，发现原本放在保险箱里的房本早已不翼而飞！经过多方打探和查询，梁先生方得知妻子正在出售过户到她名下的房产，而且已经与他人签订了房屋买卖合同。万般无奈之下，梁先生到房管局做了异议登记，暂停了房屋买卖交易。

一怒之下，梁先生将严女士诉至法院，要求解除婚姻关系，同时确认房屋归自己所有，并要求严女士返还借款100万元。

“脆弱”婚姻终散场

法庭上，无比委屈的梁先生一把鼻涕一把泪，表示自己辛苦半辈子不容易，100万元以及房产不能就这么拱手让人。

而严女士则表示同意离婚。但是，婚前的钱是梁先生给她让随便花的，不是借贷，也没有借条。另外，房屋也是梁先生自愿赠给她的，而且已过户到她的名下，如何处置由自己说了算。不同意梁先生的诉讼请求。

法院经审理认为，梁先生与严女士双方婚前感情基础薄弱，现在梁先生要求离婚，严女士同意离婚，法院予以准许。对于梁先生声称婚前借给严女士的100万元，属于个人债权债务关系，应当另案解决。至于房屋，这是梁先生婚前个人财产，但其已经在婚姻关系存续期间，将该房屋过户到严女士的名下。该所有权的取得，是在婚姻关系存续期间取得，该房屋成为夫妻共同财产。二人离婚后，依法应对该房屋进行分割。同时，鉴于该房屋系梁先生婚前个人购买，且严女士曾有卖房行为，故判决该房屋为梁先生所有，由梁先生给严女士房屋折价补偿款。

(文中当事人均为化名) J151

42岁男子网恋小18岁女子 认识不到仨月送了100万 婚后将房产过户到其名下

——少妻偷卖房 “老夫”人财两空

2014年2月26日 法制晚报 张雷

法制晚报讯(记者 张雷) 北京某国有大型企业经理，通过交友网站认识了小他18岁的严女士，两人很快确立恋爱关系，不到三个月送上100万，为表诚心还将房产过户给女方，没想到结婚后，女友玩起失踪还私自卖房。42岁的梁先生落个人财两空。

无奈之下，梁先生到法院起诉离婚。今天上午，海淀法院通报，法院准许两人离婚，并判决房屋为梁先生所有，且要由梁先生给予严女士房屋折价补偿款。

网恋

42岁国企经理 网恋小18岁女子

42岁的梁先生是北京某国有大型企业经理，因多年追求事业成功无暇顾及个人感情，待终于事业有成时，他还是单身一人。

2011年8月，梁先生在某交友网站认识了严女士。20出头的严女士年轻漂亮，梁先生怦然心动。

面对比自己大这么多的梁先生，严女士最初颇为犹豫。但是梁先生使出浑身解数狂热追求，并多次赠送其贵重的首饰和物品，还带着严女士出国旅游，于是两人感情迅速升温，确立了恋爱关系。

婚前给了100万 婚后转赠房产

此后，严女士开始以各种理由向梁先生借钱，不到3个月时间里，梁先生通过银行给严女士转账100万元。

2012年2月，梁先生与严女士结了婚。结婚后，岁数不小的梁先生期冀能早日孕育出爱的结晶。没想到，妻子却说，自己是外地人，还比梁先生小18岁，跟梁先生在一起没有安全感，因此要求梁先生将其婚前购买的房产过户到她的名下。严女士承诺，房屋过户后，就为梁先生生儿育女。

怀着对日后美满家庭生活的期待，梁先生答应了严女士的要求。

2012年4月，梁先生与严女士到房管局办理了房屋转移登记手续，将房屋过户到严女士名下。

意外

谎称为节省开支 逼丈夫搬家租房

梁先生没想到，之后严女士又提出了另一个要求。她说北京生活成本太高，为了节省开支，两人可以搬出自家房产，将房屋转租他人，他们再租住更为便宜的房屋，以赚取租金差价。

梁先生开始不同意，他觉得自己好歹是国企经理，依当时的经济状况，完全没必要赚取租金差价。但严女士多次以离婚为威胁要求他答应，无奈之下，梁先生只得搬离了自己的家，租房居住。

搬家后妻子玩起失踪 私自卖房产

他没想到，搬出去没几天，严女士回家越来越晚，有时候甚至不回家，打电话也支支吾吾，最后干脆不接电话了。梁先生只得到严女士的单位“堵人”，却被告知严女士已经办理离职，不知去向。

转眼将近一个月过去了，妻子仍然音讯全无。2012年6月，梁先生突然接到一个朋友的电话，询问其是否因遇到困难要变卖房产。

梁先生很诧异，房本还在自己手里，卖房之说从何而来呢？

挂断电话，梁先生赶紧查看，却发现原本放在保险箱里的房本不翼而飞。经过多方打探和查询，梁先生得知妻子正在出售过户到她名下的房产，而且已经签了房屋买卖合同。

梁先生打通严女士电话质问，严女士却表示，房子是梁先生自愿赠与自己的，自己有权利出售房屋。

万般无奈之下，梁先生到房管局做了异议登记，暂停了房屋买卖交易。

起诉 丈夫诉离婚 庭上一把鼻涕一把泪

此时此刻，梁先生回想以前的一幕幕，想到自己辛辛苦苦赚的钱、买的房子都被妻子卷跑了。一怒之下，他到法院起诉离婚，同时请求法院确认房屋归自己所有，并要求严女士返还婚前借的100万元。

庭审中，梁先生在一把鼻涕一把泪，一方面表达自己对爱人对婚姻无比忠诚，没想到却换来妻子如此对待；另一方面哭诉自己辛苦半辈子不容易，100万元以及房产不能就这么拱手送人。

严女士则表示同意离婚，但是婚前的钱是梁先生自愿给自己随便花的，不是借款，也没有借条。房屋是梁先生自愿赠给自己的，并且已经过户到自己名下，如何处置自己说了算，因此不同意梁先生的诉讼请求。

法院审理后认为，梁先生与严女士双方婚前感情基础薄弱，现梁先生要求离婚，严女士同意离婚，法院依法予以准许。

对于梁先生声称婚前借给严女士的100万元，属于个人债权债务关系，不宜在离婚案件中一并处理，应当另案解决。

法院认为，涉案房产本来是梁先生的婚前个人财产，但其已经在婚姻关系存续期间将该房屋过户至严女士名下，严女士因赠与取得了该房屋所有权。

但是因该所有权系婚姻关系存续期间取得的，该房屋虽然落户在严女士名下，还应算做夫妻共同财产。二人离婚后，应依法对该房屋进行分割。

鉴于该房屋系梁先生婚前个人购买，且严女士曾有卖房行为，故判决该房屋为梁先生所有，由梁先生给严女士房屋折价补偿款。

文/记者 张雷

（五）损害赔偿案例

兰州市城关区法院：妻子起诉与同性恋丈夫离婚 法院不支持精神赔偿

2013年10月16日 中国网 陈霞

本报讯（记者陈霞）2010年，刘女士与相恋两年的张先生走进婚姻殿堂。然而让刘女士没有想到的是，婚后丈夫一直对自己“不感兴趣”。感觉事有蹊跷的刘女士调查后发现，原来丈夫竟然是“同性恋”，而其与刘女士结婚也仅仅是为了给家里人一个交代。无奈之下，刘女士以双方感情破裂为由诉至法院要求离婚，并索要15万元的精神赔偿。近日，城关区一审判决准予两人离婚，但对于刘女士的精神抚慰金不予支持。一审宣判后，刘女士向兰州中院提起上诉。

2008年，27岁的刘女士经亲友介绍认识了张先生，两人一见倾心。在刘女士的眼里，男友张先生人不错，长得也很帅，在一家事业单位工作。两年的恋爱中，刘女士发现张先生对自己很规矩，缺乏热恋的激情，但父母和亲戚都认为张先生忠厚可靠，值得托付终身。2010年5月，在双方父母的催促下，两人踏入了婚姻的殿堂。然而，婚后，张先生一直很忙，经常以工作为借口夜不归宿。即使张先生在家，他也总是拒绝夫妻生活。

而张先生的反常行为引起了刘女士的怀疑，他是否有了外遇？刘女士决定侦查一番，联想到丈夫经常在家上网聊天，于是决定从张先生的聊天记录着手查起。一次，刘女士乘丈夫外出，偷偷打开了张先生的QQ聊天记录、视频短片，这些都忠实记录了张先生的真实面目——“同性恋”。随着调查的深入，刘女士才得知张先生婚前就在网上和男人激情视频并和男人网恋，而这一切刘女士却毫不知情。刘女士感觉深受伤害，便向丈夫提出离婚。

张先生得知妻子获悉一切后，向刘女士摊牌，承认自己婚前就是“同性恋”，这也是他婚后无论如何都不愿意要孩子的原因。结婚就是为了给自己父母和社会一个交代，用结婚来掩盖自身的同性恋事实。面对这一难以置信的事实，刘女士精神近乎崩溃，丈夫为了一己私利，不惜毁掉自己的一生。2013年4月，刘女士将张先生告上法庭，要求离婚，并提出15万元的精神抚慰金。

该案在庭审时，张先生没有出庭应诉。城关区法院审理认为，由于张先生在婚姻存续期间，与其他同性关系密切，影响正常的夫妻感情，致使夫妻感情彻底破裂，对于刘女士主张解除婚姻关系的请求，予以支持。因造成夫妻感情破裂，张先生负有主要责任，因此在分割财产时，对刘女士予以多分。《婚姻法》规定：有重婚、有配偶者与他人同居、实施家庭暴力、虐待、遗弃家庭成员的行为导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿。虽然张先生是同性恋，但不属于上述在婚姻中“有过错”的行为，因此对刘女士提出15万元的精神抚慰金不予支持。

不堪家暴协议离婚 女方反悔诉赔偿被驳

2014年2月19日 中国法院网 方玲

中国法院网讯（方玲）妻子杨某与丈夫王某婚后感情不和，经常争吵打架。双方协议离婚，并签订了离婚协议。离婚不到一年，妻子杨某反悔诉至法院，请求前夫王某赔偿因其实施家庭暴力致使自己人身损害的赔偿金6万元。近日，安徽省舒城县人民法院一审判决驳回了原告杨某的全部诉讼请求。

杨某与王某于2002年经他人介绍认识，次年2月登记结婚。婚后，丈夫王某常为家庭琐事与妻子争吵甚至打架。为此，两人分别多次向法院起诉离婚，但都已撤诉或者法院判决不予离婚而告终。为了早点结束这段不幸福的婚姻，2013年2月，双方自愿达成了“离婚协议”：一、双方自愿离婚；二、无财产分割；三、无子女抚养；四、无债权债务纠纷；五、离婚后男方一次性补偿女方27000元整；六、无其他财产分割。当日，双方领取了离婚证，丈夫王某支付给了妻子杨某27000元补偿款。离婚后，2013年10月底，妻子杨某以离婚协议非真实意思为由，向法院提起诉讼，要求丈夫王某给予因其实施家庭暴力致使原告人身损害赔偿金6万元。

法院经审理认为，原告杨某以家庭暴力为由向法院提出被告王某应承担损害赔偿责任的诉讼请求没有超过诉讼时效。但其与被告王某已签订了“离婚协议”且已实际履行完毕，该协议系双方自愿签订，内容不违反国家法律与行政法规的强制性规定，也不损害他人利益，应为有效。双方离婚协议中第四项已明确约定双方无债权债务纠纷，其放弃损害赔偿请求权的意思表示明确，故法院对原告杨某要求被告王某赔偿医疗费、精神抚慰金、残疾赔偿金的诉讼请求不予支持。

安徽明光市法院：奉子成婚三年多才知儿子非亲生 索赔8万被驳回

2014年02月19日 安徽商报 刘学讲 欧阳徐中

养了三年多的儿子非亲生，听到这一消息后，明光市男子程某如遭晴天霹雳。日前，程某将结发妻子告上法庭，不仅要求离婚，还向妻子索要精神损害赔偿金8万元。最终，经过审理法院支持双方离婚，但驳回男方索赔请求。

据查明，程某与徐某经人介绍于2010年元月份确定恋爱关系并同居生活。同居一段时间后徐女士告知程先生其已怀孕，双方经协商，于2010年4月份登记结婚，双方均系再婚。同年9月份生一子，程某一家喜气洋洋。但随着儿子渐渐长大，程某发现孩子越长越不像自己。随后，程某带着孩子做了亲子鉴定。鉴定结论证明，排除程先生与孩子之间存在亲生血缘关系。

养了三年多的儿子不是亲生的，程某如遭晴天霹雳，日前将徐某告上法院，要求离婚。同时程某向法庭提出，要求徐某赔偿自己精神损害赔偿金8万元。庭审过程中，徐女士同意离婚，却一再否认自己有过错，不愿支付精神损害赔偿金。法院查明，程某与徐某二人于2010年4月登记结婚，同年9月生育一子。“这属于婚前受孕，并非婚姻存续期间。”法官介绍，尽管本案中，程某已举证儿子和自己并非亲生。但这不能证明，妻子徐某是在婚姻关系中与他人不轨。换句话说，程某无法证明妻子是在与自己的婚姻关系成立后存在过错。最终，法院判决双方离婚，但驳回程某索赔请求。（刘学讲 欧阳徐中）

北京通州区法院：妻子疑丈夫出轨喝药致残索赔

2014年02月27日 京华时报 裴晓兰

京华时报讯（记者裴晓兰）张女士因怀疑丈夫出轨喝药自杀，经抢救后落下七级伤残。离婚后，她起诉要求男方赔偿30余万元损失。近日，通州法院受理了此案。

张女士诉称，她与郝先生原系夫妻关系。婚姻期间，郝先生与其他女子在外同居，长期不回家。她在与郝先生

去民政局离婚未果后的第二天，在娘家因气愤而喝药自杀，后经抢救挽回了生命，但造成七级伤残。出院后，她和郝先生经协议离婚。张女士认为，郝先生的出轨行为导致其喝药自杀后造成伤残，故起诉要求郝先生赔偿医疗费、残疾赔偿金等各项损失共计30余万元。

郝先生辩称，他并没有张女士所述的出轨行为，他在外与朋友居住是因为与张女士感情不好，并非与其他女子同居。张女士在娘家喝药自杀，与他没有任何关系，且他也为张女士支付了部分医疗费，故不同意进行赔偿。

目前，此案正在进一步审理中。

（六）扶养赡养案例

密云法院：老汉讨赡养费诉残疾女儿法院判决被告每月给付150元

2014年01月27日 京华时报 裴晓兰

京华时报讯（记者裴晓兰）因身患残疾的女儿李某一直未尽赡养义务，李老汉诉至法院。近日，密云法院判决李某每月给付父亲赡养费150元，并承担父亲一半的医疗费用。

李老汉与妻子共生育两个女儿，长女李某身患残疾，生活较为困难，因此一直未尽赡养义务。

李某结婚后，与其丈夫分别被残疾人联合会定为智力残疾三级和视力残疾四级。2012年9月，密云县民政局确认李某一家为低收入家庭，每月享受政府补贴310元。李老汉得知后，要求李某支付赡养费，但李某认为自己生活困难，不愿给钱，双方发生争执。李老汉遂将李某诉至法院，称其老伴已经去世，他自己身体不好，生活困难，需要女儿赡养。

法院审理后认为，父母对子女有抚养教育的义务，子女对父母有赡养扶助的义务。李老汉年事已高，李某作为女儿理应对父亲履行赡养扶助的义务。结合双方的实际情况及当地生活水平，法院做出上述判决。

北京顺义区法院：八旬老母诉俩儿获支持 生活不能自理被逐出家门 起诉入住养老院

2014年2月11日 北京晨报 颜斐

晨报讯（记者 颜斐）80岁高龄的王老太生活不能自理，却被安排在外另租房屋，两个儿子每月轮流送饭，生活条件很差。如今，两个儿子都不同意接王老太回家，王老太只得起诉要求入住敬老院，并由两个儿子支付费用。北京晨报记者昨天获悉，顺义法院支持了王老太的诉讼请求。

王老太诉称，她育有二女二子，儿女都已结婚成家，老伴于1985年因病去世，现自己身体有病，长期服药，生活很困难。多年来，王老太在次子小李处居住生活，由他履行主要赡养义务。后二人常因赡养问题发生纠葛，直接影响自己的晚年生活，故诉至法院，要求入住敬老院生活，相关费用和医疗费由两个儿子平均负担。

大儿子辩称，分家时确定母亲住在弟弟家，后被对方轰出家门，故老人还应在小儿子家居住。大儿子不同意母亲住养老院，但愿意负担一半的医药费。

小儿子则同意母亲的诉讼请求，愿意承担母亲住敬老院一半的费用。他说，因母亲与儿媳不和打架，所以才安排她住在别人家空置房屋里。

法院审理后认为，原告现已无劳动能力且生活困难，二被告应对原告尽赡养义务。二被告均不同意原告在二被告家居住，原告要求入住敬老院，应予支持。原告共有子女四人，对原告的赡养义务，应由其子女四人共同承担。鉴于二被告同意每人负担原告医疗费的一半，小儿子同意负担原告入住敬老院费用的一半，法院均对此没有异议。根据原告的子女人数，大儿子应负担原告入住敬老院费用的四分之一。

（七）离婚后财产纠纷及相关纠纷

广西河池市金城江区人民法院：离婚隐瞒股权收益 五年后前妻请求分割获支持

2014年1月21日 中国法院网 余志刚 黄耀浪

中国法院网讯（余志刚 黄耀浪）一对小两口协议离婚时，丈夫故意隐瞒借资二千多元购买入股单位股权。五年后，前妻得知前夫转让股权获取几万元收益时，要求与其对半分遭到拒绝，于是将其诉至法院。一审法院审理后，依法判令由被告陈有才分割在河池某公司领取的股权股份金额46804.48元给原告覃秋莉。被告陈有才不服一审判决，向二审法院提出上诉。近日，二审经广西河池市金城江区人民法院主持调解，双方当事人自愿达成调解协议：陈有才自愿分期支付给覃秋莉3.5万元整。从签收调解书当日起每月的30日前支付800元给覃秋莉，直到付清该款为止。

原告诉称，原告覃秋莉与被告陈有才于2002年1月在河池市民政局办理结婚登记，2003年10月6日生一男孩。由于双方婚前缺乏了解，致使婚后在共同生活中导致感情破裂，于2008年5月协议登记离婚。在离婚协议书中前夫故意遗漏了夫妻存续期间在2004年出资2310元入股单位某公司的股权。直至2013年3月原告方知被告陈有才工作的单位某公司返还兑现分红款及被告转让股权获得收益共计93608.96元，原告应得46804.48元。但被告却没有兑现给原告。原告认为，双方在婚姻关系存续期间在河池某公司的入股投资，是夫妻离婚时未分割的共有财产，被告将股权收益占为己有，侵犯了原告的合法权益，为此诉至法院，要求法院判令被告分割股权收益46804.48元给原告。

被告辩称，原告的诉请没有法律依据，原、被告在2008年5月21日离婚时签订的《离婚协议书》中对财产分

割已明确规定，对于婚姻存续期间的财产已经做了明确的分割，请求驳回原告的诉讼请求。

法院经审理认为，原告覃秋莉与被告陈有才签订的离婚协议中，对双方共同财产分配作了约定：双方无共同的房产；现家中所有财产全部归男方所有；双方无共同的债权、债务，无共同存款。其意思表示真实，说明双方在离婚时对共同财产进行了分割。双方在2004年出资购买的股权、股金属家庭投资部分，应在离婚协议书中予以说明，但双方在协议中并没有提到购买股权的事实，当原告得知股权转让的收入实际情况后多次追问被告，被告也没有如实的说明情况。事实上该股权及增值产生的红利属于夫妻共同财产，法院予以确认。

根据我国婚姻法的规定，对于婚姻关系存续期间尚未分割的共同财产应予以分割。因此，原告请求分割河池某公司的股权红利的请求，理由成立，法院予以支持。被告提出该股权属离婚协议中约定的“家中所有财产”部分的问题，事实上协议中并没有对夫妻关系存续期间购买股权的财产进行处分，被告也没有举出充分的证据加以佐证其观点，为此，法院不予采纳。被告还提出该股权是个人投入，风险、收入由个人承担，原告不能参与分割的观点，这一观点反而证实了被告有意回避夫妻关系存续期间共同购买股权的事实，因此，被告的抗辩观点，法院不予采信。根据我国有关法律规定及当事人的申请，法院于是作出了以上调解处理。

北京市海淀区人民法院：婚内竟然不知前夫是千万富翁离婚女子再诉分割财产获支持

2014年2月13日 人民法院报 文海宣

本报讯 离婚后才发现前夫竟然是一个千万富翁，女子一怒之下将其诉至法院。近日，北京市海淀区人民法院审结这起离婚财产分割纠纷案，判令对原告崔萍和被告张大伟离婚时未处理的财产进行分割，张大伟给付1800万元。

原告崔萍与被告张大伟原系夫妻关系，婚内生有一子。张大伟在深圳与人合伙做生意，并贷款150万元在北京西三环买了一套复式住宅给崔萍和儿子改善居住条件。2010年的一天，张大伟从深圳打来电话，说生意做赔了，实在无力负担每月高额的房贷。2011年，因拖欠按揭款，崔萍被银行起诉至法院。张大伟对崔萍说，他会想办法借钱堵上这个窟窿，把剩余的房贷一次性还清，但是崔萍必须和他离婚，这样债主只能找他一个人要钱，不会连累崔萍母子。2012年初，崔萍起诉离婚。经法院调解，双方就子女抚养及财产分割问题达成了协议：双方认可名下存款归各自所有；双方认可名下仅有一套房产归崔萍所有；双方认可名下无有价证券、股票、债券、基金等；双方认可除房屋贷款外，均无其他债权债务。

2012年底，崔萍偶然得知，张大伟在深圳的公司生意做得非常大，持有价值上千万元的股票，还拥有多处住宅、别墅等房产。崔萍将张大伟起诉至法院，要求按照60%的份额分割离婚时尚未分割的股票、存款、房产等夫妻共同财产共计3000万元。

法院审理查明，截止到离婚当日，张大伟在中国证券登记结算有限责任公司上海分公司账户及深圳分公司账户内拥有股票价值为1000万元。张大伟在婚姻关系存续期间在深圳购房5套，并于离婚前夕全部出售，所得款项近2000万元。最后，法院判令对崔萍、张大伟离婚时未处理的财产进行分割，张大伟给付崔萍股票折价款、公司股权折价款、房屋变现债权折价款共计1800万元。

（文中人物均系化名）

（文海宣）

■连线法官■

离婚时未处理财产 离婚后仍可以分割

承办此案的法官说，离婚时未处理的财产，离婚后仍可要求分割。根据婚姻法第四十七条的规定，离婚后，一方以尚有夫妻共同财产未处理为由起诉要求分割的，经审查该财产确属离婚时未涉及的夫妻共同财产，应当依法予以分割。当事人依据该条款请求再次分割夫妻共同财产的诉讼时效为两年，该两年从当事人发现尚有未处理的夫妻共同财产的次日起算。本案中，崔萍在离婚后才知道张大伟的真实财产状况，经查实，股票、债权等确属离婚时未作处理的夫妻共同财产，因此按照婚姻法的相关规定，离婚后仍然可以要求分割。

该法官同时指出，离婚时隐瞒财产状况的，可以少分或不分。婚姻法第四十七条规定：“离婚时，一方隐藏、转移、变卖、损毁夫妻共同财产，或伪造债务企图侵占另一方财产的，分割夫妻共同财产时，对隐藏、转移、变卖、损毁夫妻共同财产或伪造债务的一方，可以少分或不分。”本案中，张大伟在离婚时未将股票、债权的情况告知法庭，具有隐瞒财产的行为，可以少分或不分财产，诉讼中崔萍要求按照60%的份额分割财产，有法律依据，法院予以支持。

北京海淀区法院：前妻怒告骗离男 讨回1800万 离婚时丈夫已赚三千万却称做生意赔了“怕连累母子俩必须离婚”

2014年2月13日 北京晨报 彭小菲

丈夫南下做生意暴富，却隐瞒实情欺骗妻子，称生意赔了无力偿还房贷，并提出离婚。后得知真相的妻子愤而起诉前夫，要求分割离婚时尚未分割的股票、存款、房产等夫妻共同财产3000万元。最终，海淀法院在查明丈夫隐瞒财产事实后，判令其给付前妻股票折价款、公司股权折价款等共计1800万元。

编造动听谎言骗妻子离婚

26岁的崔萍在一家银行工作，后经人介绍与自己同岁的张大伟相恋结婚，不久儿子出生。起初，张大伟在北京开了家咨询公司，生意一直不温不火，后南下深圳与人合伙做生意。刚开始，张大伟的生意做得风生水起，一年回北京探望家人三五次，还贷款150万给妻儿买了一套复式房。但之后，因为工作忙，张大伟便很少回北京，脾气也开始变得暴躁，有时会对崔萍和儿子大吼大叫。平日里一人辛苦带孩子的崔萍念及丈夫工作压力大，又要负担房贷，因此每次都选择忍让。

直到2010年，张大伟从深圳打来电话，说生意做赔了，实在无力负担每月高额的房贷。崔萍在电话里宽慰丈夫说，实在不行就回北京吧，一切从头开始，结果张大伟不耐烦地挂了电话。为保住房子，崔萍拿出所有积蓄，再加上父母的资助，也只勉强支撑了一年。2011年，因拖欠按揭款，崔萍被银行起诉。在面临失去住所的时候，张大伟从深圳赶了回来，但又一个沉重打击随之而来：张大伟向崔萍提出离婚。

张大伟对崔萍说，为了保住房子，眼下只有这一个办法。他会想办法借钱一次性把剩余房贷还清，但崔萍必须和他离婚，这样债主只能找他一个人要钱，不会连累母子俩，丈夫的一番话令崔萍感动不已。于是2012年初，崔萍作为原告，向法院起诉离婚。离婚后，张大伟借来一笔钱，解了房贷诉讼的燃眉之急。此后，生活仿佛恢复了昔日的轨迹，张大伟回到深圳继续打拼，崔萍则在北京继续上班带孩子，直到同学朱小白的出现。

前妻同学聚会时得知真相

在一次年底同学聚会时，崔萍见到了在深圳工作的朱小白，在向昔日同学坦白了自己离婚的来龙去脉后，崔萍却得知了一个惊人消息，原来前夫张大伟在深圳的生意做得非常大，光他个人炒股所持的股票就价值上千万，别墅等房产少说也有五六套……崔萍至此才知道，原来前夫竟然欺骗了自己。于是，崔萍一怒之下将前夫张大伟起诉至法院，要求按照60%的份额分割离婚时尚未分割的股票、存款、房产等夫妻共同财产共计3000万元。

法院经审理查明，两人在当初离婚时，均认可名下存款归各自所有，仅有一套房产归崔萍所有，且双方名下均无有价证券、股票、债券、基金等，同时除房屋贷款外，也无其他债权债务。

崔萍称张大伟在离婚时隐瞒股票，经过调查，直到离婚前，张大伟的公司账户内拥有股票价值就有1000万元，而且张大伟在婚姻存续期间在深圳购房5套，并于离婚前夕全部出售，所得近2000万元款项分5次汇入弟弟张小伟账户。张大伟称该款项是对弟弟张小伟的赠与，但崔萍对此说法不予认可。最后，法院判令对崔萍、张大伟离婚时未处理的财产进行分割，张大伟给付崔萍股票折价款、公司股权折价款、房屋变现债权折价款共计1800万元。

（文中人物均系为化名）

晨报记者 彭小菲

■法官解析

隐藏财产一方少分或不分

针对此案，法官对相关法律进行解析：根据我国婚姻法规定，离婚后，一方以尚有夫妻共同财产未处理为由起诉要求分割的，经审查该财产确属离婚时未涉及的夫妻共同财产，应当依法予以分割。当事人依据该条款请求再次分割夫妻共同财产的诉讼时效为两年，该两年从当事人发现尚有未处理的夫妻共同财产的次日起算。

同时婚姻法还规定：“离婚时，一方隐藏、转移、变卖、损毁夫妻共同财产，或伪造债务企图侵占另一方财产的，分割夫妻共同财产时，对隐藏、转移、变卖、损毁夫妻共同财产或伪造债务的一方可以少分或不分。”

北京昌平区法院：闪离男讨要份子钱被驳回 结婚不足四个月即离婚 起诉前妻讨要首饰、改口费等

2014年2月13日 北京晨报网 何欣

张先生同庞女士的婚姻仅仅维持了四个月，双方办理离婚手续后，张先生要求前妻返还结婚前后收取的首饰、婚礼上亲友给的份子钱以及自己父母给的改口费等财物，庞女士拒绝退还。张先生随即将妻子起诉至法院。记者昨天从昌平法院获悉，法院一审判决驳回了张先生的诉讼请求

结婚三个月后离婚

张先生和庞女士2006年相识，不久后二人确立了恋爱关系。在共同生活了一段时间后，二人决定结婚。婚前，张先生曾送给庞女士一条金项链和一枚钻戒。2012年6月，张先生和庞女士领取了结婚证并居住在一起。7月份，夫妇二人还办了一场隆重的婚礼仪式，仪式上，张先生的父母给了新媳妇庞女士10100元的改口费，亲朋好友也都给了份子钱。然而仅仅3个月后，二人就协议离婚，婚姻宣告解体。随后二人因为财物分配问题闹上了法庭。

张先生起诉称，二人认识之初，庞女士就以各种方式索要财产，还以各种方式拖延结婚。更令张先生不能理解的是，在领取结婚证5天后，庞女士就要求离婚。虽然勉强生活了一段时间，但在庞女士的哭闹和威胁之下，双方最终协议离了婚。

讨要份子钱改口费

张先生认为，前妻庞女士是以结婚为名索要财物，因此将庞女士起诉至法院，请求庞女士返还包括10100元改口费、13800元的份子钱、金项链一条、钻戒一枚在内的婚约财产。

面对前夫的起诉，庞女士则表示，张先生给的首饰是赠与行为，无权要求自己返还。而自己虽然收了10100元的改口费，但也并未因此使张先生一家的生活陷入困境，因此依法也不应返还。此外，庞女士表示，婚礼上收取的13800元的份子钱自己一分钱也没拿，因此不存在是否返还的问题。

份子钱属于共同财产

昌平法院审理后认为，本案中，张先生父母给庞女士的改口费也是在双方结婚后获得的，因而不具有彩礼性质；而婚礼上收到的份子钱是夫妻二人共同财产，这两种财产纠纷都属于夫妻共同财产分割问题，与本案中金项链和钻戒的性质不同，因此依法不予审理。

而张先生诉称的金项链、钻戒则属于彩礼性质，但我国相关法律中对返还彩礼有详细规定，须符合以下三种情况：双方未办理结婚登记手续、双方办理结婚登记手续但确未共同生活或婚前给付并导致给付人生活困难的。而张先生并没有提供证据证明该彩礼具备上述符合应返还的法定条件，因此不予支持。

最终，法院判决驳回了张先生的诉讼请求。

晨报记者 何欣

广州中院：已婚儿子获父母转让房产 离婚后女方要求一半房产

2014年02月21日 广州日报 刘晓星

在儿子婚后，父亲将一处房屋转让给他。儿子离婚之时，为了房子离婚官司打足两年半。有关房屋转让的两份文书互相“打架”，分手夫妻就房产到底是个人财产还是夫妻共同财产争执不休。经一审、二审、再审，案件才尘埃落定。日前，广州中院厘清了复杂的关系，作出终审判决，妻子分得房产1/4，丈夫分得3/4。

离婚了他只让她住三年

罗女士与冯先生于1997年1月结婚。2001年9月，冯先生的父母以儿子住房困难为由，将房屋转为冯先生所有。在2007年，罗女士生下小女儿后，她与冯先生的夫妻关系日益恶化。2011年，罗女士向法院提起离婚诉讼，并提出夫妻各自抚养一个女儿，此前冯先生父母赠予的房屋，因为是冯先生在夫妻关系存续期间取得的房产，因此两人应各使用一半房屋。冯先生表示同意离婚，对抚养问题亦不存在异议。但在房产问题上，冯先生称，他要抚养、照顾父母，直到父母百年后，房屋才算归他。因此，不同意罗女士占有一半房产，只同意她在房屋里住三年。

两份文书互相“打架”

在庭审中，冯先生拿出了一份《赠予协议》复印件，冯先生的父母在其中写道：“因为我们年岁大体弱多病，需要有人照顾和赡养我们。因为儿子住房困难，我们同意将上述房屋赠予其个人所有。之后，他将负责赡养和照顾我们夫妻至百年之后，房屋才属于他个人所有，如果他不能履行赡养和照顾我们夫妻至百年，我们将有权收回上述房屋的使用权。”

罗女士则拿出了一份《见证书》复印件，上面并未提及“赠予冯先生个人”一事，只是说冯父冯母将涉案房产全部转为儿子所有。见证书是冯父冯母于2001年9月6日通过海珠区新滘镇法律服务所，在工作人员的见证下书立的。

一、二审：

《赠予协议》有效 女方败诉

海珠法院审理认为，由于冯先生父母在《赠予协议》里明确约定该房屋赠与冯先生个人所有，因此罗女士要求占有一半产权份额的诉讼请求缺乏事实和法律依据。一审判决准许离婚，涉案房产归冯先生个人所有。

罗女士不服上诉，称《赠予协议》是冯先生在诉讼过程中伪造出来的，以前从未提及，且现在也只有复印件。冯先生曾经常赌钱，因欠债而将涉案房屋抵押给他人。是她帮冯先生归还款项后，对方才将房屋宅基地证归还。另外，根据2001年9月施行的《婚姻法》及最高人民法院的司法解释，夫妻一方所取得的财产属夫妻共有财产，并不存在指定为夫妻其中一方的个人财产的规定，现一审法院按新婚姻法规定溯及既往是错误的，应予纠正。广州中院经二审，驳回了罗女士的上诉请求。

女方向省高院申请再审

不甘心的罗女士又向省高院申请再审，并提出了新的理由。她认为，涉案房屋虽是以冯父名义取得，但根据《中华人民共和国土地管理法》第六十二条“农村村民一户只能拥有一处宅基地”的规定，全体家庭成员对以任一家庭成员名义取得的宅基地均享有共同的使用权。因此在所谓的“赠予”之前，涉案房屋亦非冯父冯母的财产，而是四人的家庭共同财产，冯父冯母无权以任何形式处理她应有的房屋份额。

再审：

《见证书》证明力更大 女方获得房屋第三层

罗女士还提出，《赠予协议》复印件疑点重重，不仅没有原件，所谓的见证仅是一枚黄埔村民委员会的印章，没有见证人签名，并不具备法定要式。《赠予协议》中的黄埔村民委员会的印章明显与海珠区村镇建房(用地)申请表中的黄埔村民委员会的印章不同，冯先生的签名也与《见证书》中的不同，显属伪造。因此此案应采信《见证书》的说法。

2013年3月22日，省高院指令广州中院再审此案。

广州中院再审认为，根据冯先生再审庭审陈述，签订《赠予协议》时黄埔经济联社人员并未在现场，说明其并未当场见证《赠予协议》的签订过程，据此法院无法确认《赠予协议》的真实性。对于罗女士提交的《见证书》复印件，该复印件上加盖有广州市国土资源和房屋管理局海珠区分局新滘东国土资源管理所档案专用章，且冯先生

对《见证书》表示认可。故对该《见证书》的真实性予以确认。即便《赠予协议》与《见证书》都是真实的，但从这两份文书的内容来看，两份文书作出时间是同一天，但约定内容互相矛盾。由于《见证书》经新滘镇法律服务所见证且保留在新滘东国土资源管理所，其证明力大于《赠予协议》，本案应采信《见证书》内容。

女方最终分得 1/4 房产

关于涉案房屋的具体情况，广州中院再审查明，1996 年 10 月 21 日，冯父以房屋危房需改建为由向黄埔村第二社申请对宅基地房屋进行改建并于同年年底经上级机关审批同意报建，后该房屋登记在冯父名下。广州中院认为，《中华人民共和国土地管理法》规定，农村村民一户只能拥有一处宅基地。据此我国农村房屋是以户为单位，由全体家庭成员共同享有房屋宅基地使用权，即所谓的“一户一宅”原则。涉讼房屋在冯先生与罗女士结婚前就已存在并登记在冯父名下，户内的家庭成员是冯氏父子。冯母名下另有宅基地且户口不在涉讼房屋内，因此涉讼房屋应视为冯氏父子共同所有，各自占有 1/2。其中属于冯先生的 1/2 是其婚前财产，依法属于个人财产。在冯先生与罗女士婚姻关系存续期间，冯父签订《见证书》，将其名下财产赠予儿子。由于冯父只拥有涉讼房屋 1/2，故只能赠予其自身的 1/2，该部分赠予属于冯先生和罗女士的夫妻共同财产，罗女士分得赠予财产的一半即涉案房屋的 1/4，冯先生分得 3/4。

广州中院于近日酌情判定涉讼房屋第三层归罗女士居住使用，第一、二层归冯先生居住使用。（文/记者刘晓星）

北京密云区法院：给妻 17 万 丈夫要假离婚 房子车子没分割 约定一年复婚

女方此后发现前夫与女上司有染 起诉“分家产”获得法院支持

2014 年 2 月 27 日 法制晚报 洪雪

法制晚报讯（记者 洪雪）结婚一年多后，丈夫以患抑郁症为由要求假离婚。为了让丈夫好好养病，刘女士同意离婚。刘女士没想到，抑郁丈夫离婚后竟与女上司有染。感觉被骗，刘女士起诉到法院，要求对离婚时未涉及的夫妻共同财产进行分割。

今天上午密云法院通报，一审判决支持了刘女士的诉求。

刘女士诉称，自己从北京某名牌大学毕业后到一家公司任职，在工作中认识了相貌英俊的同事邓某，两人很快陷入热恋。2010 年 2 月，两人结婚，过起了幸福安定的小日子。

谁知从 2012 年年初，刘女士发现丈夫邓某变得情绪低落，经常闷闷不乐。邓某说，他得了严重的抑郁症，希望与刘女士分开一段时间。多次开导无效，刘女士答应了邓某的请求。

2012 年 3 月，两人在密云民政局协议离婚，当时邓某给了刘女士 17 万元，双方约定一年后复婚。但是一次偶然的机遇，刘女士发现邓某竟与女上司有“婚外情”，邓某还曾陪着女上司到医院做人流手术。

感觉被骗的刘女士遂到法院起诉，要求分割与邓某在婚姻关系存续期间购买的楼房、汽车、股票等夫妻共同财产共计 35 万余元。

此案开庭时，刘女士表示，邓某给付的 17 万元是两人的共同存款。因为当时是假离婚，邓某曾说暂时让她保管，但对两人购置的楼房、汽车及股票等共同财产，在离婚时并未分割。

邓某辩称，当时不是假离婚，他与刘女士在民政局签订离婚协议前，他给对方的 17 万元就是夫妻共同财产的折价款，所以才在离婚协议中约定了“夫妻无共同财产，无财产纠纷”，因此他不同意刘女士的诉讼请求。

法院判决 离婚后才发现共同财产 可主张分割

法院审理认为，离婚后，一方以尚有夫妻共同财产未处理为由向人民法院起诉请求分割的，经审查该财产确属离婚时未涉及的夫妻共同财产，人民法院应当依法予以分割。

刘女士和邓某在离婚协议书上未明确约定夫妻共同财产分割，对于邓某给付刘女士的 17 万元的性质，双方亦未书面约定。从两人在婚姻关系存续期间购置的财产状况来看，如认定该款即为对双方全部夫妻共同财产的分割，对刘女士有失公平。

法院结合本案案情，认为该笔款项为对夫妻共同存款及部分其他共同财产的分割。现刘女士要求分割夫妻关系存续期间的共同财产，包括房屋、车辆及股票的诉讼请求，法院予以支持。法院据此判决邓某再给付刘女士财产折价款近 19 万元。

（八）恋爱同居纠纷案例

陕西西安莲湖法院：48 岁老板为女大学生买房 分手后要房获法院支持

2014 年 01 月 23 日 华商报 余晖

相处一周后，当时 48 岁的老板张祥（化名）给 21 岁的史湘玲（化名）买了一处房产，两人分手后，张祥将史湘玲的父亲（房产主人）诉至法院，要求确认实际购房人为自己（本报 2013 年 4 月 12 日 A15 版曾做过报道）。日前，莲湖法院作出一审判决，判令女孩父亲返还 57 万余元购房款。

事件

认识一周就买房 分手后想要回

史湘玲是西安城南一所大学的学生，2012 年 9 月，她在世园公园偶遇开游戏厅的老板张祥。两人认识一周后，张祥说要给她买套房子，2012 年 10 月，史湘玲用父亲的身份证在西安城北买了一套房子，张祥支付了房款。随后，

两人关系持续了3个月后减少了联系，其间张祥几次提出想要回房子。

2013年4月，史湘玲的父亲收到法院传票。在父亲质问下，史湘玲说，张祥虽然已婚，但她还是和他有了感情，最终导致和男朋友分手，不过她觉得喜欢张祥，也付出了真感情。

“没有赠房这回事。”张祥说，2012年10月，他准备购买城北的一套商品房，但因受政府购房政策限制，自己已有两套房，再次购房将无法办理相关手续，于是就找到史某（史湘玲的父亲）帮忙并商定，并由自己出资，以史某名义替自己购房。

张祥说，转入房款签订合同后，他曾要求与史某签订书面文件确认，但一直没有签，所以他告到了法院。

庭审

原告：为规避国家政策 被告：房屋非原告出资

2013年6月23日，莲湖法院对此案进行审理。

在法庭上，原告张祥的代理律师出具了张祥的两套房产证明及在2012年10月向开发商付房款的汇款单等证明，来证明其为史某购房的实际出资人，而当时那么做的原因，是为了规避国家相关政策。

被告史某称，本案根本不存在张祥规避法律代购的事实，原告张祥所诉房屋为史某出资所买，而且他和张祥根本不认识，双方也从未达成原告所诉的“原告出资，以被告名义替原告实际购房”的事实，该商品房与原告在法律上没有关系，要求驳回张祥的诉讼请求。

法院审理查明，原告张祥与史某及其女史湘玲相识，2012年10月，原告张祥三次向房地产商转款共计571000元，且房地产公司专用收据上注明交款人为史湘玲。在转款后，史某以自己名义与房产商签订购房合同。

2013年6月28日，张祥提出申请房产保全，法院对该房屋进行查封。

法院调查确认，在2013年12月13日，房地产公司出具情况说明，确认史湘玲及其父亲史某仅在该公司购买一处房产，经核查，张祥所转款也为该处房产。原购房人为史湘玲，在签订购买合同前，史湘玲申请将此房屋购买人变更为史某。

2014年1月13日，莲湖法院作出一审判决，判令史湘玲的父亲史某在判决生效十日内，返还张祥购买商品房的购房款571000元；如未在指定期间履行给付金钱义务，将根据相关规定加倍赔付迟延履行期间的债务利息，并由史某承担诉讼费用等。昨日记者获悉，判决后史某不服，提出上诉。本报记者 余晖

重庆綦江法院：分手协议补偿20万未履行，法院判决给付

2014年1月27日 重庆法院网 高念奎

分手时，男女双方写下协议，男方自愿给予女方20万元的经济补偿；分手后，男方却反悔，拒绝支付任何补偿金，女方一怒之下将男方告到法院。近日，綦江法院就判决了这样一起同居关系纠纷案件。

袁某（女方）与何某（男方）在2011年便确定恋爱关系，后同居生活，2012年双方按农村习俗办理结婚宴，但未办理结婚登记。2013年双方未婚生育一女。因双方在同居期间产生矛盾无法相处，自愿协议解除同居关系。2013年8月，袁某与何某一起在綦江一派出所协商分手事宜，并签订了一份协议书，约定女儿归女方抚养；男方支付女方20万元补偿金，自协议签订之日起5年付清，如5年付不清由男方父母付清。袁某及其母亲、何某及其母亲均在协议上签了字。同时，双方还协商由男方在协议第二天先行支付女方1万元。协议签订后，二人分手，但男方不但不支付到期的补偿金，甚至连子女抚养费也不愿意支付，女方便起诉到法院。

法院审理后认为，袁某、何某所达成的协议，考虑到袁某作为妇女要抚养子女的实际情况，男方自愿给予女方20万元的经济补偿，是其真实意思表示，既未受到威胁与胁迫，也不违反法律强制性规定及社会公德，是合法有效的协议。因双方协议男方先行支付1万元已届履行期限，应当支付。最终法院判决男方承担子女抚养义务，并限期向女方支付到期的补偿金。

重庆市第一中级人民法院：恋爱开销转为借款 债务有效本息全还

2013年12月30日 重庆市第一中级人民法院 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。

（文中人物均系化名）

大连市中级人民法院：未登记 买房用同居者名字分手了 老汉面临钱房两空

2014 年 2 月 9 日 半岛晨报 黄亮

吕大爷退休后起诉与妻子离婚，同时出资以另一名女子的名义买房与对方同居。事后，同居女子以子女不同意为由，未与吕大爷登记。二人分手后，吕大爷诉求同居女子退还房款，却被判败诉，钱房两空。

退休老汉用同居老伴名买房

吕大爷家住马栏子附近，2007 年 10 月份退休。因与老伴性格不合，吕大爷一气之下，把老伴起诉到法院，要求离婚。虽然起诉离婚，但二人还住在一起。一个偶然机会，吕大爷认识了许阿姨，她离婚多年，也退休了，两人相见恨晚。吕大爷个人有 50 多万元存款，他在中山公园附近看上一套一室一厅的二手房，价格 25 万元，想买下来，这样每天都可以便捷地到公园玩。

许阿姨表示，吕大爷已起诉离婚，如果现在买房，肯定得被老婆分走一半，不如用她的名字买。等吕大爷离婚后，他们就登记结婚，这房子两人就用来养老。吕大爷一想，确实是这么回事，就用许阿姨的名字购买了这套房子。同居老伴离家出走不还房

2008 年 10 月份，法院判决吕大爷与老伴离婚，吕大爷便与许阿姨住进了在中山公园附近购买的房子中。考虑到房证是许阿姨的名字，吕大爷多次要求许阿姨与他办理结婚登记手续，许阿姨总是称，子女都大了，不同意办证，二人在一起生活就行了。

2012 年春节后，吕大爷与许阿姨因琐事发生口角，许阿姨一气之下离家出走。吕大爷便把许阿姨起诉到甘井子区人民法院，以不当得利为由，请求法院判决许阿姨返还他购房款 25 万元。许阿姨认为，吕大爷出资 25 万元为自己购房的行为，属于赠与关系而不是不当得利。

索要房款被判败诉

法院经审理后认定，吕大爷在其婚姻不稳定期间出资以许阿姨的名义购买涉案房屋，主要出于希望离婚后能与许阿姨共同生活的主观意愿。现吕大爷已经离婚，而许阿姨却因故提出分手，导致双方关系破裂。遂作出一审判决，判决许阿姨在 10 日内，返还吕大爷购房款 25 万元。

一审判决后，许阿姨不服，向大连市中级人民法院提出上诉，大连市中级人民法院经审理后认为，不当得利是指没有合法根据而获得利益，并使他人利益受损。本案中，吕大爷主动出资，属于赠与，并非许阿姨不当得利。遂作出判决，撤销一审判决，驳回吕大爷的诉讼请求。

老人再婚一定要办理登记

辽宁青松律师事务所律师王金海表示，根据《物权法》规定，不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生法律效力。也就是说，房子是谁的名字，房子的所有权就归谁。作为老年人，如果再婚，一定要办理结婚登记，在没有办理结婚登记的情况下同居时，如果购买住房或价值较大的动产，一定要有相关协议，否则在解除同居关系时，对共同生活期间购买的房产或价值较大的动产分割就会遭遇法律难题。 半岛晨报、海力网记者黄亮

厦门市海沧区法院：女子怀孕 4 月方知男友已婚 索安胎费获法院支持

2014 年 02 月 09 日 东南新闻网 陈捷



她怀孕之后，才知道男友竟是已婚男，自己在不知情的情况下当上了“小三”。

为此，男友向她写下《保证书》，承诺给她 5 万元“养胎费”。但是，承诺之后，男友却迟迟不肯兑现；无奈之

下，她只好将男友告上法庭。

“小三”状告男友索赔，能否获得法院支持？近日，海沧区法院开庭审理了这一极具争议的案件。

隐婚 怀孕4个月才知男友已婚

据林小姐说，她和刘先生是通过朋友介绍相识相恋的。前年年底，两人开始同居，住在湖里区一小区内。

2013年1月29日，林小姐感觉身体不适，到厦门市妇幼保健院检查后，才知道自己怀孕了。在得知喜讯之后，林小姐与男友商量，希望尽快办理结婚登记事宜。但是，男友刘先生却以各种理由不断推诿。

2013年4月，刘先生终于向林小姐坦白说：“我已经结婚了，我其实早就有老婆了！”而此时，林小姐已经怀孕四个月，这一消息对她来说无疑就是晴天霹雳。林小姐说，她得知自己“被小三”后，心里十分痛苦、难过，但却很无奈。

由于已经怀孕四个月，她已经过了做流产手术的最佳时期，何况，此时胎儿已经成形，林小姐初为人母，更是割舍不下自己的亲骨肉。

焦点 索赔安胎费该不该支持？

面对男友的苦苦哀求，当时林小姐同意生下孩子，为此，刘先生承诺给林小姐5万元。

2013年4月30日，刘先生还特意向林小姐写下了一份书面《保证书》，承诺说：“因本人刘某某隐瞒真实婚姻导致林某某怀孕四个月，今天答应林某某给伍万元人民币，让她先养胎待产，故立此保证书，保证将在2013年6月30日前将伍万元人民币打入林某某银行账号。”

但是，刘先生言而无信，迟迟不给钱，一直拖到去年年底还没有兑现。无奈之下，近日林小姐只好起诉到法院，要求男友兑现承诺的5万元“安胎费”。

在法庭上，林小姐说，她与刘先生同居至去年4月初，之后便没有继续生活在一起。双方分开后，林小姐一直在家待产，她打算把孩子生下来。

近日，海沧区人民法院作出一审判决，判令刘先生支付50000元给林小姐。

法官说法不违背世道人心 应该给

法官说，被告刘某作为有配偶者再与原告同居，违反了法律规定，也违背了公序良俗。

但是，在本案中，刘某承诺的安胎费是一种设定个人未来债务的行为，并非处分夫妻共同财产。而且，原、被告双方已不再继续同居，被告承诺的费用是安胎待产的费用，不是为了不道德关系的开始或继续，也非对同居关系的对价和酬劳。

另外，从常理角度，原告养胎待产也必然产生相应的费用，被告作为造成原告怀孕的男方，支付有关费用，并不违背世道人心和善良风俗。因此，被告刘某向原告林某书面保证支付养胎待产的费用5万元，应认定合法有效。

相关新闻：

台商赠“小三”百万 原配追回80万元

近日，在广东东莞开厂的台北老汉廖某被原配告上了法庭，理由是廖某未经原配同意，擅自将夫妻共同财产赠与“小三”李小姐，总额高达100余万元。和廖某一起成为被告的还有“小三”李小姐。原配诉请法院要求李小姐返还赠与款项。东莞市第三法院经过审理，确认赠与行为无效，判令李小姐返还廖某原配80余万元。

法院认为，被告廖某在未经原告汪女士同意的情形下，私自将夫妻共同财产赠与被告李小姐。被告廖某的赠与行为损害了原告汪女士的合法权益，依法判无效。因此，原配汪女士可以要求受赠人李小姐返还还有证据的受赠款项。专家说法两个“小三”讨钱为何结果不一？

同样是“小三”找男友要钱，为何海沧区案件的判决结果与广东的上述案件的相差悬殊呢？

对此，厦门大学法学院黄健雄教授说，海沧案例中被告刘某所出具的保证书可看作其对外的个人债务，与夫妻共同财产或者共同债务无关。

黄健雄教授认为，该保证书作为一种债务承诺，不是赠与，所以不同于广东的判例；该保证书经审查不存在欺诈、胁迫的情形，系债务人的真实意思表示，作为赔偿他人损失或者单独承诺，不违反法律规定，应当认定为有效。（海峡导报记者 陈捷 通讯员 春秋 远行/文 陶小莫/图）

山东省青岛市中级人民法院：非婚同居致女方流产 分手后男方讨要彩礼败诉

2014年1月23日 法制网 姜东良

按照地方风俗“订婚”，在未领取结婚证就同居并使女友怀孕流产，后因矛盾男方提出分手，女方该不该退回彩礼？日前，山东省青岛市中级人民法院就审结了一起这样的案子，二审驳回男方要求女方退回彩礼的诉讼请求。

2012年8月份，31岁的小伙王某和28岁的张某经人介绍相识，确定恋爱关系不久，双方就开始了同居，但一直未办理结婚登记手续。在同居期间，王某与母亲一起到张某老家拜访，期间，张某的家人向王某等介绍了当地一些婚嫁习俗，男方应当给女方一些彩礼（包括金耳环、金戒指、金项链）等，并写了一份彩礼清单。

同年10月12日，张某发现自己怀孕，在王某陪同下到医院作了人流手术。时隔20日，在双方亲朋好友见证下，双方举行了订婚仪式，王某给付张某部分彩礼款。

此后，双方因琐事发生矛盾。在两人订婚刚满20天，王某通过手机短信提出与张某分手并要求返还彩礼款，

张某拒绝退还，并否认自己收过礼金。

去年 2013 年 2 月 3 日，王某和妹妹等到张某所经营的商店索要彩礼钱，交谈期间双方发生争吵厮打。邻居报警后双方均被带到派出所做了询问笔录。

2013 年 4 月，王某将张某诉至法院要求返还见面礼 1880 元、彩礼 18880 元、验家费 1999 元、金首饰 10200 元，共计 32959 元。

在庭审中，张某否认收到礼金。法院调取派出所对双方于 2013 年 2 月 3 日发生纠纷的调查笔录，张某母亲承认收到王某的彩礼款 18000 元。

法院审理认为，王某和张某虽未办理结婚登记手续，但双方在 2012 年 8 月份确立恋爱关系后就开始了同居，在同居期间造成张某怀孕流产，且按照当地风俗，双方举行了订婚仪式。双方发生矛盾后，王某首先提出解除婚约。由此，一审法院判决：驳回王某的诉讼请求。

一审宣判后，王某不服判决，上诉至青岛中院。

王某在上诉中称，张某的真实目的是借婚姻为名来索取钱财，并在实际上造成其一家生活陷入困难。且一审判决认定王某在同居期间造成张某怀孕流产与事实不符，是张某自己主动吃打胎药并去医院流的产。

二审中，张某依然坚称没有收到礼金。

法院审理认为，王某主张给付张某彩礼，张某否认，但并未提供相应的证据证实，且张某母亲派出所的询问笔录中承认收了彩礼钱，因此，法院认为，王某给付张某彩礼钱一万八千元的主张成立。关于一万八千元的礼金应否返还的问题，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》中对应当返还彩礼的条件规定，本案中王某和张某虽然没有办理结婚登记手续，但双方认识后同居并造成张某怀孕流产，且王某无证据证明其现在的生活靠自己的力量已经无法维持当地最基本的生活水平，因此，王某要求被返还礼金的请求不成立。最终，青岛中院驳回王某的上诉请求，维持原判。

北京法院：收了彩礼不结婚 女法学硕士输官司

2014 年 2 月 17 日 北京晚报 林靖

本报讯（记者林靖）48 岁的江先生与 29 岁的李女士通过一家相亲网站相识，去年 1 月初次见面，此后便确立恋爱关系。李女士自称是重点大学法学院研究生。江先生是一家公司负责人。

双方第三次见面时，李女士就要求江先生随她回家，并向江先生提出“闪婚”要求。一个月后，江先生来到李女士老家看望她父母，当天给他们购买了价值 1000 元的礼品，并给了 4000 元现金。当晚，李女士的父母向江先生提出 40 万到 50 万元的彩礼要求。

江先生身上没有那么多现金，最后和李女士及其父母约定彩礼 10 万元，并约定同年 5 月登记结婚。

随后，江先生向李女士父亲名下账户内转账 10 万元作为彩礼，当月与李女士返京。但随即李女士便以种种理由与他发生矛盾，态度与给付彩礼前截然不同，双方自此经常发生矛盾。其间，李女士声称要退还彩礼，取消婚约，但始终没退还，也未与江先生登记结婚。

于是，江先生起诉要求李女士返还 10 万元彩礼。庭审过程中，李女士未到庭应诉，江先生向法院提交他与李女士的通话记录。在该通话中，李女士对于 10 万元的彩礼性质表示不认可，认为这是她父亲收取的，与她无关，并表示她与江先生之所以没订婚和结婚，是由于江先生与其前妻一起居住。

法院经审理认为，双方未办理结婚登记手续，当事人请求返还按照习俗给付的彩礼，应予支持，判决李女士返还江先生彩礼 10 万元。目前，此案已进入执行程序。J151

北京海淀区法院：女子取消婚约被判退还 10 万彩礼

2014 年 02 月 15 日 京华时报 张淑玲

京华时报讯（记者张淑玲）48 岁的江先生与 29 岁的李女士通过一相亲网站认识。在李女士父母从江先生处拿了 10 万元彩礼后，李女士反悔。记者昨日获悉，海淀法院判决李女士退还江先生彩礼 10 万元。

李女士自称是一重点大学法学院硕士研究生，江先生是一公司负责人。两人通过网络认识。在第三次见面时，李女士便提出“闪婚”，要江先生随其回老家。

两人见面 3 次后，江先生随李女士回老家看其父母，买了 1000 元的礼品，还给老人 4000 元。当晚，李女士父母提出要 40 万元到 50 万元的彩礼，因没带那么多现金，江先生同李女士及其父母约定，先给 10 万元彩礼，同年 5 月份登记结婚。

2013 年 2 月，向李女士父亲的账户内转入 10 万元彩礼后，江先生与李女士返京。随后，李女士便以种种借口同江先生闹矛盾，并声称要退还 10 万元彩礼，取消婚约。

两人翻脸后，江先生要李女士还回 10 万元彩礼未果，便诉至海淀法院，并向法庭提交了与李女士的通话记录。通话中，李女士称 10 万元是父亲收的，与她无关，并称不同意订婚结婚是因江先生与其前妻一起住。

李女士未到庭应诉。海淀法院审理后认为，双方没办结婚登记手续，当事人请求返还按照习俗给付的彩礼，应予支持，故判李女士返还江先生 10 万元彩礼。

目前，该案已进入执行程序。

宁波江东区法院：“小三”红杏出墙后，男人要求妻子告他
夫妻俩只为夺回被“小三”占有的房产
2014年2月25日 浙江法制报 高敏



妻子与丈夫对簿公堂，没有争锋相对、剑拔弩张，反而互相配合、格外默契。这是为啥？

真相挺狗血的：丈夫曾经出轨，与“小三”如胶似漆的时候，把一套拆迁房拱手相让。如今得知“小三”红杏出墙，他立刻浪子回头，与妻子联手，要夺回房产。

2月14日，宁波江东区法院判决，当初丈夫与“小三”共同签订的拆迁协议无效。

养“小三”生儿子

陈某和丈夫于某都是宁波人，结婚30多年。1998年，两人花了2万元不到，从案外人张某处购买了2间住宅，总面积大约65平方米，一间用于经营，一间用于出租。

但让人没想到的是，2002年，看似老实的于某与年轻女子杨某走到了一起，并于2004年生下了儿子小杰。为照顾儿子，于某瞒着妻子，将出租的那间房屋收回，与杨某及小杰在里面共同居住。

纸包不住火，2006年，陈某终于得知丈夫出轨，愤而选择离婚。为不影响子女生活，两人达成共识，不把两人离婚的消息说出来，只是悄悄地到民政局办理了离婚手续。

不过，此后，于某还是经常回到陈某处居住。两人离婚后不到1年，又复婚了。

怀疑儿子不是亲生

就在陈某以为自己和丈夫的生活重新回归平淡的时候，令她吃惊的事情发生了。

2013年，于某向陈某坦白了一件事。2008年，那两间房屋要拆迁，于某为了让小杰能顺利落户，想把小杰的名字写进拆迁受益人一栏里。但是，相关部门不允许未成年人通过获得房产的方式落户。最后，于某和杨某共同签下了拆迁协议。这意味着，杨某也获得了这一房产的产权。

而现在，于某得知，杨某和他同居期间还和其他男人保持着不正当关系，他甚至怀疑小杰并非他的亲生孩子。于某万分后悔，想要夺回房产。他咨询后得知，唯一的办法就是通过法院诉讼，确认当时签订的拆迁安置合同无效。

陈某知道实情后大为震惊，虽然她不想把家丑展露在世人面前，但想到浪子回头的丈夫、想到子女、想到被杨某夺走的房子，她最后还是同意了丈夫的办法。

2013年12月，陈某将拆迁部门、丈夫于某、“小三”杨某一起告上了法院，要求确认拆迁安置协议无效。

法院不采信“小三”的说法

2014年1月，案子第一次开庭。

拆迁部门承认，当时因为于某和杨某签订协议时提供了相关证件，并共同居住在被拆迁房屋，且周围邻居证明他们为夫妻，因此与于某、杨某签订了拆迁安置协议。现知道主体不适格，拆迁部门请求法院依法判决该份拆迁安置协议无效。

于某也再次阐述了案件发展的具体过程，并在法庭上表示了深深的忏悔。

杨某则提出，她在该房屋购买前就认识了于某，她也曾出过一部分钱用于购买该房屋，所以她理应享有房屋所有权，而且房屋是由她实际居住管理，所以是房屋的共有人。不过，杨某没能提供相关证据证明她的主张。

2月14日，案件审理终结。法院经审理认为，被告杨某既未在买房契约上以共同买方的身份签名，共同买方的身份未经卖方张某认可，也未提供证据证明共同出资的事实，所以法院对杨某关于共同购买房屋的辩称不予采信。被告杨某曾实际居住在讼争房屋，但实际居住并非法定的物权取得方式，杨某对该房屋不享有所有权。

房屋列入拆迁项目范围后，与有关部门签订的《集体土地拆迁住宅用房调产安置协议》是对房屋所有权人就拆迁房屋调产、补偿、安置等事项作出的约定，也是房屋所有权人对权利的处分。被告杨某以被拆迁人身份与被告于某、拆迁办签订调产安置协议，对房屋的调产、补偿、安置等事项作出处分，系无权处分，事后又未得到房屋共有人原告的追认，损害了原告的利益。

因此，宁波江东区法院判决该调产安置协议归于无效。

恋爱期间帮男友购车 分手后索要车款被拒

2014年2月21日 中国法院网

中国法院网讯 因在恋爱期间男友胡某购车，马某借给胡某两万元。分手后，马某向胡某索要借款被拒，马某遂将胡某诉至法院。日前，北京市密云县人民法院审结此案，判决胡某偿还马某借款两万元。

马某与被告胡某均系离异，2011年5月，双方经人介绍认识，同年8月确定恋爱关系。2011年10月17日，胡某与李某签订协议书，双方约定胡某向李某购买捷达二手车，价款为5.8万元。胡某支付李某3.8万元，马某通过银行转账将剩余2万元购车款汇至李某的银行账户。胡某购买该二手车之后车辆所有权登记在其妹妹的名下，但由胡某使用。

此后，马某与胡某之间感情发生变化，结束了恋爱关系。马某认为汇款给李某的2万元是借给胡某的，2012年2月开始，马某多次通过打电话、发短信的方式向胡某催要2万元借款，并保留了“我家有事需要钱，你能将我借你的两万块钱给我凑点吗？”等内容的催款短信和电话录音。在遭到胡某拒绝后，马某诉至法院，表示自己因当时与胡某系恋人关系，才未让胡某出具借条，请求法院判决胡某偿还自己欠款两万元。

庭审中，胡某辩称，自己购车时因为钱不够，马某自愿帮自己支付了剩余车款，其行为性质为赠与，因此两人之间并不存在债务关系，故不同意马某的诉讼请求。

庭审期间，马某出示了自己向胡某催要欠款的短信记录和电话录音，在上述内容中胡某并未否认两万元购车款为欠款，并表示五年后偿还。

法院经审理认为，胡某为马某垫付购车款时，双方正处于恋爱关系，胡某碍于情面，当时未要求马某出具欠条，合乎情理，此后胡某发短信向马某催要借款，表明胡某并没有将2万元赠与给马某，且马某回复短信作出同意还款的承诺，故认定胡某为马某支付两万元购车款的行为为借款而非赠与，遂据此作出上述判决。

福建省厦门市海沧区人民法院：隐婚同居导致女方怀孕男方承诺安胎费却赖账

2014年2月17日 人民法院报 安海涛

本报讯（记者 安海涛 通讯员 付 臻）已婚男子隐瞒婚史与女子同居并导致其怀孕，女子得知真实情况后双方关系破裂，男子写下了支付5万元“安胎费”的保证书后却赖账不付，女子遂诉请法院支持该项费用。近日，福建省厦门市海沧区人民法院对此案作出判决，判令被告向原告支付5万元。目前，该判决已生效。

被告阿兵与原告阿芸经人介绍认识后相恋，并于2012年11月底开始以男女朋友名义同居。2013年1月，原告在厦门市妇幼保健院确诊怀孕。在得知喜讯之后，阿芸便与阿兵商量尽快办理结婚登记事宜，然而阿兵却以各种理由不断推诿。

2013年4月，阿兵终于向阿芸坦白其已经结婚的事实，此时阿芸已经怀孕四个月。此后，阿兵向阿芸出具书面《保证书》一份，载明：“因本人阿兵隐瞒真实婚姻导致阿芸怀孕四个月，今天答应阿芸给伍万元人民币让她先养胎待产，故立此保证书，保证将在2013年6月30日前将伍万元人民币打入阿芸银行账号”。然而，约定的时间到期后，阿兵却避而不见，也拒不支付承诺的安胎费用5万元。阿芸将阿兵诉至厦门市海沧区人民法院，请求判令阿兵向其支付5万元。

阿芸在法庭审理中陈述，其尚未结婚，此前也没有生育，在得知阿兵已有配偶的事实之后十分痛苦，但却很无奈。由于已经怀孕四个月，错过了做流产手术的最佳时期，何况此时的胎儿已经成形，其初为人母更是割舍不下自己的亲骨肉。阿兵坦白已结婚的事实后，双方发生矛盾分居，阿芸在家待产，打算把孩子生下来。

被告阿兵本人签收了法院的应诉材料，但未到庭参加诉讼，也未书面答辩。法院在审理中查明，被告阿兵于2012年之前已与其妻子登记结婚，其配偶为案外人谢某。

经审理，海沧法院作出判决，判令被告阿兵支付原告阿芸5万元。

■连线法官■

“安胎待产费”被告无法逃避

非法同居的一方在被隐瞒真相的情况下，是否可以得到另一方承托支付的钱款？就此案中的焦点问题，记者采访了本案承办法官陈基周。

陈基周向记者分析，有配偶者与他人同居为法律所明令禁止，在道德上亦应受到谴责。被告阿兵的行为既违反了法律规定，也违背了公序良俗。但是，其承诺支付原告安胎待产费用乃是一种设定个人未来债务的负担行为，判断该负担行为之效力，判断的对象是负担行为本身，不是非法同居行为，二者是不同的行为。因此，虽然被告与原告同居的行为违反了法律的禁止性规定，但不能因此就认定被告承诺支付安胎待产费用的负担行为也违反了法律、行政法规的禁止性规定。

在法理上，根据法律行为的效果，可以将法律行为分为负担行为和处分行为。负担行为产生一项或多项请求权，主要包括债务合同，如买卖、租赁等。而处分行为并不是以产生某种请求权的形式来为将来作用于某项既存的权利作准备，而是直接完成该种作用行为。

那么，在非法同居的背景下，有关负担行为或处分行为是不是有效呢？对此，相应行为既不是纯系处理私权利而全部有效，也不是都违背公序良俗原则而一概无效，应结合具体案情区分情况予以认定。非法同居有违配偶相互扶养义务，如果是为了开始或者维持这种不道德性关系，或者作为该种性关系的对价或酬劳而设定债务负担，这明

显有悖于公序良俗。此外,若设定债务负担明显有害于债务人的法定扶养义务则违法。于此情形设定的债务属无效。

但是,若非法同居者之间的债务设定不构成不道德性关系的开始、继续或重新开始,不是相应的对价或酬劳,也没有明显有害于债务人法定扶养义务的履行,其目的是为了断绝非法同居关系,或者使对方在不正当关系结束之后能够在将来有必要费用的来源或生计上的最低保障,则认定为合法有效。

本案原、被告双方已不再继续同居,被告承诺的费用是安胎待产的费用,不是为了不道德关系的开始或继续,也非对过往关系的对价和酬劳,亦不致明显危害被告其他法定义务之履行,而从常理角度,原告安胎待产也必然产生相应的费用,被告作为造成原告怀孕的男方,支付有关费用,于世道人心,于善良风俗,均不应认定有所违背。因此,被告阿兵应向原告阿芸支付此项承诺款项。

(九) 其他相关案例

上海市浦东新区人民法院:前夫:索要15万元“欠款” 现夫:“欠条”系胁迫所为 非债权债务的15万元“欠条”
2014年01月22日 上海法治报 富心振



作为孩子的监护人应该正当行使监护权,而不得滥用权利。身为父亲却利用监护权,让前妻出让与孩子共有的房产;在此情况下,前妻现任丈夫为促成交易成功,擅自出具15万元欠条“忽悠”妻子前夫签字。事后,因前夫催讨被拒而将前妻及其现任丈夫告上法庭。近日,上海市浦东新区人民法院作出一审判决,撤销被告徐先生出具给原告杜先生欠款15万元的欠条;驳回原告杜先生要求被告徐先生支付欠款15万元的诉讼请求。

事由:

15万元欠条 莫衷一是

人到中年的杜先生与郑女士原系夫妻关系。2007年9月,杜先生与郑女士感情破裂协议离婚,约定婚生儿子随女方共同生活,男方每月支付300元至儿子大学毕业;登记在双方及儿子名下的房产归女方与儿子所有,男方配合女方办理产权变更登记手续,所需费用由女方负担;为保障儿子的居住和生活环境,男方放弃该套房产共同财产分割折价款等。

2009年2月,郑女士及其儿子共同起诉杜先生,要求确认上述房屋归其与儿子所有,法院作出确认房屋归郑女士及其儿子所有的判决。

2013年初,郑女士与徐先生登记结婚。再婚后不久,郑女士为改善住房条件,经与儿子协商后共同购买了一套商品房,并将原有一套与儿子共有的房产转让给他人,然而,在办理该房产过户时,因儿子未满18周岁,房产交易中心以保护未成年人合法权益的目的,要求另一位监护人即杜先生到场签字方可。

经联系,杜先生到场后,他向郑女士提出要售房款,因郑女士认为出让的房产前夫没份额,签字只是其履行义务,故不同意支付分文,为此双方发生争执。在场的徐先生见此情景,为了促成房产交易,避免不必要的违约损失,遂私下单独向杜先生出具15万元的欠条,从而使杜先生在买卖合同上签了字。

2013年8月,杜先生因催讨15万元被拒将郑女士与徐先生诉诸法院。

庭审:

原被告双方 针锋相对

杜先生诉称,自己与徐先生妻子郑女士系前夫与前妻关系。郑女士于2013年5月出让房产过户时,与郑女士为离婚时双方未了事宜,已达成新的协议,由她补偿其15万元,并由她丈夫即徐先生写了15万元的欠条,言明一个月内付清。届期,经催讨,徐先生以各种借口拒绝给付,现要求他俩还款15万元。

杜先生对未了事宜解释为,郑女士卖房让其签字时,其找郑女士商量,要求郑女士给他15万元方签字,郑女士说没钱,故让徐先生写了欠条。杜先生认为,此欠条是对老协议的推翻,而达成新的协议。至于为何没让郑女士出具欠条,因徐先生是郑女士现任丈夫,由他出具欠条于法不悖。

然而,徐先生对于出具欠条是这样解释的,出具该欠条并非其真实意思,其是局外人,无权处分郑女士的婚前财产,纯粹是为了促成交易而忽悠了杜先生。杜先生起诉后,郑女士才知道了此事,对其擅作主张很不满。徐先生

认为，自己与杜先生之间并无债权债务关系，请求法院驳回杜先生的诉求。

郑女士辩称，出让房产过户时，因儿子是未成年人，房产交易中心按规定要求杜先生签字方可，而他到场后一味要钱，也没说具体金额，她认为房子杜先生无任何份额，不同意支付分文，双方为此发生争执。至于徐先生出具欠条她不清楚。欠条形成时她并不在场，否则绝不会让其签字的。此事是法院传票来后才知道，为此事她与徐先生还发生了争吵。现请求法院驳回杜先生诉求。

在审理中，徐先生以欠条是在杜先生胁迫郑女士，违背其真实意愿的情况下出具为由提起反诉，请求法院撤销其出具的欠条。

杜先生对徐先生的反诉主张并不认可，请求驳回徐先生的反诉请求。

判决：

滥用监护权 欠条无效

法院审理后认为，杜先生与郑女士签署的离婚协议书明确约定，登记于双方及儿子名下的一套房产归郑女士及儿子所有，且由法院判决确认。房产交易登记部门要求在房产交易中，涉未成年人的物权转让须由其监护人共同签字，其目的是保护未成年人的合法权益。郑女士与儿子协商后转让房产的行为，既未低价抛售，也无侵吞其儿子合法财产的行为，而是为改善住房条件购买新房，并未损害到儿子的利益，杜先生理应积极协助以履行监护人的义务，为被监护人的利益正当行使监护权，而不得权利滥用。然而，杜先生却以不签字为胁迫，企图从中谋利，其行为违背了公序良俗，也损害了被监护人其儿子的合法权益，与监护法律制度相悖，亦与房产交易登记部门设立保护未成年人合法权益的目的相悖，故其诉讼请求不予支持。

徐先生对郑女士及其儿子的财产并无处分权利，也未得到郑女士及其儿子的授权，其擅自出具欠条的行为是对郑女士及其儿子合法权益的损害，对母子俩不具有约束力。杜先生在郑女士及其儿子转让的房屋中并无所有权或债权，徐先生与杜先生之间本无债权债务的基础关系，其于郑女士受胁迫之时，为避免郑女士及其儿子因违约而遭受经济损失，经劝说无效，故无奈“忽悠”杜先生而出具欠条以获得其签字，并非徐先生真实意思的表示，现徐先生反诉请求撤销该欠条，依法有据，予以支持；杜先生对徐先生的反诉抗辩依据不足，不予采信。

据此，上海市浦东新区人民法院查明事实真相后对此作出上述判决。

法官说法

本案从表面上看是一起很普通的所有权纠纷，而透过案情，我们发现，郑女士的前后两任丈夫均在其中扮演了不光彩的角色。

前夫杜先生在与郑女士协议离婚时，约定涉案的房产归郑女士及其孩子共同共有，后法院判决再次确认。而杜先生作为孩子的生父，为了个人的谋利目的，利用对孩子的监护权，刁难前妻郑女士出让与孩子共有的房产，这是一种滥用监护权的表现。手持欠条打官司，到头来是“竹篮打水一场空”。

徐先生在郑女士转让房产受到杜先生胁迫时，为了维护郑女士与其孩子的利益，完全可以劝说母子俩通过合法途径救济，而他竟采用一种“忽悠”的方法来骗取杜先生在房产买卖合同上签字，这种行为是错误的，应予严肃批评，社会的稳定、和谐、有序发展靠大家遵纪守法、恪守公民道德，依法维护权利、积极履行义务，而非以诈治诈、以暴制暴。

北京市第一中级人民法院：儿媳否认“证明”为欠款 公婆诉至法院获支持

2014年2月7日 中国法院网

中国法院网讯 近期北京市第一中级人民法院受理了一起民间借贷纠纷上诉案件，案件的当事人之间有着特殊的关系，原审原告史某、李某是一家中的公公、婆婆，而原审被告史某、王某则是一家中的儿子、儿媳。公公婆婆拿着一张抬头为“证明”的纸条，诉请儿子儿媳偿还其借款共计12万余元。

该案最主要的一份证据，就是公公婆婆在一审中出示的一张《证明》，该份《证明》上载明：“1、2011年年初买空调1万5千元；2、2011年10月28日交两限房维修基金、物业费、电视费、供暖费3万6千元；3、2012年3月交装修、家具费7万元；4、剩窗帘、暖气钱未交。”该《证明》尾部有儿子儿媳的签名。公婆主张上述款项是其借给儿子儿媳装修房屋的，儿子儿媳给出上述《证明》，现在公婆要求儿子儿媳偿还借款。儿子对于上述借款是认可的，并且表示上述《证明》就是表示借款的意思，虽然名称并不是“借条”但是实际就是借款。但儿媳表示上述费用并非是向公婆的借款，《证明》抬头的“证明”及之后的内容都是儿子书写，且“证明”二字是儿子后添加形成，其内容实际上是儿子儿媳夫妻生活的记账，并非是借条。

一审法院判决认定，虽然该份《证明》不是借条形式，但是儿子儿媳均在上签名与夫妻共同记账的生活习惯不相吻合，并且该《证明》一直由公婆保管，也与记账的说法不对应。因此认定该案为民间借贷纠纷，判令儿子儿媳偿还公婆借款。

儿媳不服一审判决，向北京市第一中级人民法院提起上诉，认为本案中的《证明》不能证明各方之间存在民间借贷法律关系。在二审期间，北京市第一中级人民法院就《证明》这一证据的内容如何体现借贷关系的问题进行进一步的审查。二审期间公婆又提供了大量证据，证明其支付了《证明》中所涉款项，从而要求儿媳偿还其借款。

北京市第一中级人民法院认为依据法律规定，民间借贷法律关系需要当事人之间有民间借贷的意思表示和款项

交付两个构成要件。该案中，公婆出具的《证明》前三项内容均为某年月日为某种用途花费多少数额，体现的仅是钱款的用途和数额，并未体现出儿子儿媳向公婆借款的意思表示，特别是《证明》第4项“剩窗帘、暖气钱未交”，更不符合民间借贷的形式要件，虽然在末尾有儿子、儿媳的签字，但是并没有体现各方之间存在民间借贷的共同意思表示。而公婆在二审期间提交的证据都仅仅是为了证明款项交付的事实，而非借贷意思表示的证据。因此本案中的“证明”无法证明儿子、儿媳与公婆之间具有民间借贷法律关系，据此裁定驳回了公婆的起诉。

法官提示：

民间借贷法律关系的成立，不仅仅需要支付款项的证据，还需要证明付款人与收款人之间在交付款项时形成了借贷的合意，即一方同意出借款项，另一方同意接收借款。否则，即使付款人向收款人交付了款项，也不能认定其构成民间借贷的法律关系，也就不能依据民间借贷纠纷的相关法律规定索取款项。

北京市一中院：老人诉保姆欠债 30 万法院认定有债务关系成功调解

2014年02月11日 京华时报 孙思娅

京华时报讯(记者孙思娅)保姆赵某向雇主借了30万元，随后以该笔钱款是工资补偿为由拒绝归还。昨天记者获悉，经过市一中院调解，保姆将钱款归还给了雇用她的孤寡老人。

徐某是孤寡老人，雇用赵某做些家务，照顾自己。2009年12月，赵某以在老家买房为由，向徐某借了30万元，但没有写借条。赵某在老家买房后，双方关系恶化。2013年，徐某提出解除服务合同，并要求赵某返还欠款，赵某拒绝返还。于是徐某将赵某诉至法院。

赵某称，徐某对其心生爱意，得知她在老家没有房子，提出赠与30万元让她在老家买房。但在警方介入后，赵某又改变了说法，称其工作7年，徐某没有支付工资，30万元是一次性补偿。

一审法院审理认为，赵某开始称因为与徐某之间有不正当关系，故徐某补偿给她30万元，后又称其工作7年，徐某没有支付工资，30万元是一次性补偿。赵某说法前后矛盾，真实性存在重大瑕疵。而徐某虽然没有提供借条，但提供了转账凭证以及赵某购房的相关证据等，结合双方提交证据的证明力并结合当事人的当庭陈述，法院认定30万元为借款，赵某负有返还的义务。

赵某不服上诉。二审期间，经过法官耐心释法和调解，赵某同意偿还该笔借款，并当庭与徐某的代理人达成了调解协议。

北京市朝阳区法院：李阳离婚案明日召开听证会 已申请不公开

2014年2月12日 人民网

人民网北京2月12日电 今天，记者从北京市朝阳区法院获悉，李阳离婚案又起波澜。李金申请强制执行法院离婚判决，李阳对此提出异议，法院明天将对此召开听证会，而李阳申请了不公开听证会内容。

李金诉李阳离婚案判决发生法律效力后，权利人李金就判决向法院申请强制执行，要求李阳依照判决内容给付其1200万元财产折价款以及5万元精神抚慰金及相关诉讼费用。该执行案件法院于2013年6月24日立案受理。执行中，李阳先后向法院账户汇款260万元。

现，李阳提出执行异议，称其与李金双方于2013年2月25日就民事判决书达成了《财产履行协议》。李阳认为其已经按照上述协议总计向李金支付940万元，加之缴纳至本院账户的260万元，判决书确定的财产折价款其已经履行完毕。因此，李阳主张强制执行申请金额与事实不符。法院将对李阳的执行异议公开召开听证会进行审查。

北京市一中院：法官依据字迹形成时间改判（非家事其他案件可借鉴）

2014年02月17日 京华时报 孙思娅

京华时报讯(记者孙思娅)笔迹形成时间也可以影响判决的结果，昨天记者获悉，市一中院依据笔迹书写的时间改判了一起借贷案。

戚某与马某是多年的朋友，因为马某购房需要资金，遂向戚某分多笔借款94万元，并为戚某书写借条。此后，戚某手持借条到法院起诉，要求马某偿还借款，并按照双方之间的口头约定，给付年10%的利息。马某答辩称，自己已于2005年后将94万元借款归还给戚某。

一审审理过程中，马某申请对借条中自己的签字进行笔迹鉴定，同时申请对借条的书写时间进行鉴定。结论显示，借条书写时间为2005年2月，上面马某的签字及日期确实是马某所写，但借条落款处呈现的时间为“2008年9月”。一审法院据“2008年9月”的时间点，认定双方民间借贷法律关系合法有效，判决马某偿还戚某借款94万元，并驳回戚某的其他诉讼请求。

此案二审期间，双方主要的争议焦点在于一审鉴定结论中关于笔迹形成时间的认定是否可以采信。原因是，一审中鉴定机构鉴定出借条的形成时间是2005年2月，而借条上书写的落款日期是2008年9月，同时双方均认可马某在2006年曾经通过银行账号向戚某转账20万元，也就是说借条的真实形成时间成为了案件事实认定的关键所在。

对于这个问题，一审采信了落款时间。而二审法院认为，鉴定结论在没有充分证据推翻、鉴定程序合法的情况下，应该被法院全部采信。因此应该采信鉴定结论中有关形成时间的鉴定结论，认定借条书写的时间是2005年2月左右。

鉴于此，法院最终判决认定双方民间借贷法律关系合法有效，借条形成时间为2005年2月，由于马某于2006

年以银行转账方式向戚某偿还20万元，故最终判决马某偿还戚某74万元。

假律师连输官司“吐出”“代理费”法官提醒：未经批准不得从事有偿法律服务

2014年02月26日 上海法治报 杨承慧 杨维松



黄老汉今年57岁。一年多前，黄老汉请一位“陈律师”打了几起官司，官司有输有赢，如今黄老汉要让“律师”退还“代理费”，这可能吗？黄老汉为什么要状告“律师”？黄老汉告“律师”要回代理费的案子能打赢吗？

“假律师”如此揽案

2012年3月上旬，黄老汉和朋友一道吃中饭，一个自称“陈律师”的人也在其中，喝酒时他自我介绍称他开了一家律师事务所，给人家做代理，问他现在外面有没有谁欠他的钱。酒过三巡，黄老汉就说：“欠我的钱的真还不少”。“陈律师”说：“吃过饭后去你那里去看看”。

饭后“陈律师”来到黄老汉的办公室，一看黄老汉的借条就说：“有三张借条可以立即起诉，我帮你免费写三张起诉状，保证能赢。”

3月20日“陈律师”将写好的三张起诉状交给他，叫他送到金坛市人民法院。

6月12日，张子亿借贷一案，法院劝黄老汉撤诉，主要是诉讼时效已过，黄老汉同意撤诉并签了字，而后就来到“陈律师”的服务所将情况告知了他。

当时他就很激动地说：“你傻子，不要撤诉，让他判，我们再上诉。”并说：“根据最高院2008年《关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第六条，绝对能胜诉，但必须要找一个证人，只要是在两年内去要过钱的就是证据，就有效。像这样的案子我见得多了，你不要撤诉，让他判，我们再上诉”。黄老汉便回到法院告诉法官坚决不撤诉，结果造成了一审败诉。

6月17日，陈律师向黄老汉要了6000元代理费，黄老汉给了他10000元，其中常州市中级法院的上诉诉讼费3792元。

11月份第二次开庭，开庭前法院查阅代理人的证件时，黄老汉才知道，原来“陈律师”是个体户，法律工作者的证件是假的，法官不让他代理。

这次上诉，最终还是败诉。

“假律师”告错“被告”

2012年另一件中国人寿保险公司一案也是“陈律师”为黄老汉代理的，代理费要了5000元。7月23日去南京立案，他不肯去，黄老汉只好找别人陪，当时南京建邺区人民法院法官说：“这个案子在当地不是一样的吗，为何要跑到南京来，这么远的路很不方便，费用也高，你请的这个人不懂打官司噢！没有做过律师吧？”于是黄老汉当着法官的面便打电话征求他的意见，他回答说：“就在南京起诉”。黄老汉只好交了诉讼费2208元立了案。

11月6日，建邺区法院来电要求代理人去南京，然而“陈律师”打电话给黄老汉说自己没时间。11月9日，黄老汉只好自己去了南京。到了法庭，法官一番谈话，他才知道是关于鉴定的事：一个月前“陈律师”跟他要的司法鉴定费还没有打到法院账上。黄老汉在法庭打电话给他询问此事，他说他忘了，这时才把款打过去。

2013年4月27日，南京中级人民法院打电话给黄老汉，要他本人去趟南京，商量起诉中的相关事宜，还明确告诉他，起诉的对象错了，一个是保险代理公司，一个是保险公司。黄老汉所交保险费是交给了保险代理公司金坛营业部，起诉的对象应是保险代理公司金坛营业部，而不是保险公司。

基于两件案子给黄老汉造成的损失近30万元，黄老汉请求法院判令“陈律师”赔偿全部损失，包括诉讼费、鉴定费、租车费、代理费、误工费等共计27850元。

“陈律师”辩称不担责

法庭上，“陈律师”正襟危坐，处乱不惊，显得对打官司很老道，很专业。

他辩称，黄老汉要求自己返还财产的请求既没有事实依据，又没有法律依据。请求返还财产的有两种法定情形：

第一种，按《合同法》第五十八条规定，合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还……依照该规定，黄老汉只有在诉讼中请求法院确认合同无效或者撤销合同，而后经过法院确认合同无效或者撤销后，才具备返还财产的条件。从黄老汉向法院提供的证据来看，没有双方签订的文本证据，也没有法院确认合同无效或撤销合同的裁判文书，可见其返还财产的请求，不具备返还财产的法定条件。

第二种，根据《民法通则》第九十二条的规定：“没有合法依据取得的不当得利，造成他人损失的，应当将取得的不当利益返还受损失的人”，依据该条规定，只有在没有合法根据，取得的不当得利才应当返还，黄老汉在诉讼请求过程中，没有援引该法条，即便援引该法条要求返还财产，也不会得到法院的支持，法院实行的是不告不理原则。自己的企业是经过国家机关合法登记，在国家法律政策允许的范围内经营的服务行业，同时取得物价部门收费许可的情况下收取服务费。

综上，案子败诉完全是黄老汉没有在法定的诉讼时效内进行诉讼造成的，于己无关，黄老汉要求自己赔偿，是没有依据的，请求法院依法驳回。

反诉索要服务费

“陈律师”同时提出反诉：自己为黄老汉提供有偿服务包括咨询服务、书写诉状、书写司法鉴定申请书、书写证明材料，调取保险公司企业登记信息、代寄向法院提供的申请书等服务，出庭代理为免费代理部分。黄老汉先支付了11000元的有偿服务费给我，承诺待四个案子全部结案后给付尚欠的20866元。按照双方的约定，自己为黄老汉书提供了代写诉状、上诉状、司法鉴定申请书、相关证明材料，到南京工商局调取登记材料、到邮局邮寄材料、到银行为黄老汉汇鉴定费等有偿服务。2012年9月17日自己为黄老汉到南京建邺区法院免费出庭，2012年10月30日在常州中院免费出庭。黄老汉的案件已经了结，自己向黄老汉几次催要尚欠的服务费，黄老汉总是推诿，至今仍未支付。现要求黄老汉支付尚欠的服务费20866元。

对此反诉，黄老汉是如何答辩的呢？

黄老汉辩称，“陈律师”的反诉理由不成立，无法律依据，请求法院依法驳回其反诉请求，其理由是：一、“陈律师”在社会上冒充律师，言明具有诉讼代理人资质人员，主动找我说完全可以接受当事人委托，全权代理参加诉讼活动，自己信以为真，就将两个案子的材料交给“陈律师”看，“陈律师”当面表态这两个案子保证能赢，并主动为我写了两份起诉状。二、开庭时“陈律师”总以各种借口不到庭参加诉讼活动，即使去了都要叫我陪同他一同到庭，虽然到庭也不能参加诉讼活动，我此后了解到“陈律师”不具有律师资格，不是律师，依照法律规定其根本就不能参加诉讼活动。三、两个案件在“陈律师”的诱导下全部败诉。综上，“陈律师”没有法律允许的诉讼代理资质，也不得参照律师收费标准进行收费。双方也没有签订任何书面或口头承诺给付所谓的“有偿服务费”。陈律师”的反诉请求可笑，请求法院依法驳回“陈律师”的各项请求。

黄老汉获赔11000元

金坛市法院经审理查明，黄老汉因与他人有经济纠纷，2012年上半年结识“陈律师”后，双方商定由“陈律师”为黄老汉提供法律服务。2012年6月17日、7月3日“陈律师”分别收取黄老汉“有偿服务费”6000元、5000元。在黄老汉与他人的诉讼案件中，“陈律师”为黄老汉提供了书写了诉状、上诉状、司法鉴定申请等服务，其中，在黄老汉与相关保险公司案件中，“陈律师”以“金坛市某某法律事务服务所”法律工作者名义作为黄老汉代理人出庭。

关于黄律师的身份问题，法院查明，2012年6月，“陈律师”领取了“金坛市某某法律事务服务所”个体工商户营业执照，其经营范围及方式为：法律法规的咨询服务（经营范围凡涉及国家专项规定的，需取得专项许可后方可经营）。

金坛市法院审理认为，提供法律服务的机构应具备相应的条件，由相应的市场准入机制加以规范。《司法部关于公民个人未经批准不得从事有偿法律服务的批复》中规定：目前除律师事务所、公证处、基层法律服务所和经司法行政机关批准的其他社会法律咨询机构外，其他任何单位和个人未经司法行政机关批准，均不得面向社会提供有偿法律服务。司法行政机关是法律服务业的主管部门，行使统一的审批权、管理权和监督权。《司法部、国家工商行政管理局关于进一步加强法律服务管理有关问题的通知》中规定：根据我国司法制度和有关规定，允许向社会提供法律服务并收取费用的，只有律师工作机构和经司法行政机关审批，并经工商行政管理机关核准登记，核发营业执照的法律咨询服务机构，其他任何机构不得向社会提供有偿法律服务。最高人民法院在《关于公民代理合同中给付报酬约定的效力问题的请示》答复中也明确未经司法行政机关批准的个人与他人签订的有偿法律服务合同，人民法院不予保护。本案中，“陈律师”虽然在工商部门领取了“金坛市某某法律事务服务所”个体工商户营业执照，但并未取得司法行政机关的批准，其向他人提供有偿的法律服务，显然违反了上述相关行业规定，其向黄老汉收取的“有偿服务费”无法律依据，应予以返还，其反诉主张按律师收费标准，要求黄老汉支付尚欠的服务费20866元亦无法律依据，法院不予支持。黄老汉要求“陈律师”赔偿损失16650元，该部分费用中含诉讼费、鉴定费等，已实际发生，黄老汉要求返还，无法律依据，法院不予支持；其余损失，黄老汉所举证据不足以证实有该部分损失产生，其请求无事实依据，法院不予支持。据此，2013年8月，金坛市法院作出如下判决：一、“陈律师”应于本判决生效之日起10日内返还黄老汉人民币11000元。二、驳回黄老汉其他诉讼请求。三、驳回“陈律师”

的反诉请求。

“陈律师”不服一审判决，向常州中院提起上诉。近日，常州中院作出终审判决：驳回上诉，维持原判。（文中人名均为化名）

说法

公民个人未经批准 不得从事有偿法律服务

《中华人民共和国律师法》第十三条规定“没有取得律师执业证书的人员，不得以律师名义从事法律服务业务；除法律另有规定外，不得从事诉讼代理或者辩护业务”。《中华人民共和国民事诉讼法》第五十八条明确规定了可作为诉讼代理人的三类主体：1、律师以及基层法律服务工作者。其中，基层法律服务工作者是符合《基层法律服务工作者管理办法》规定的执业条件，经核准执业登记，领取法律服务工作者执业证，在基层法律服务所中执业，为社会提供法律服务的人；2、当事人的近亲属或者工作人员；3、当事人所在社区、单位或者有关团体推荐的公民。公民代理诉讼收取劳务费与法律服务严格准入制度存在明显冲突，法律已经许可了专门法律服务职业的存在，因此必然不鼓励公民代理诉讼发展成为一种可获取报酬的职业。且公民代理诉讼收取超额费用的行为对正常的法律服务秩序存在影响，因此公民通过诉讼代理牟利的行为仍需制止。故相对法律职业者的诉讼代理，公民代理只应是诉讼实践需要的一种补充，其应当是一种无偿的帮助。

本案中，“陈律师”确实付出了一定的劳动，但是其对于提供法律服务实际发生的差旅费等费用，未提交证据证明，亦未提出明确的数额。“陈律师”要求黄老汉支付有偿服务费 20866 元的上诉意见，缺乏法律依据。

急着离婚轻信“掮客” “委托代理”让 18 万元打水漂

2014 年 02 月 26 日 上海法治报 胡蝶飞

本报讯 市民俞安(化名)为尽快与身在国外的妻子办理离婚，轻信所谓的“诉讼掮客”顾小姐及王先生并签署“代理协议”并支付了 18 万元的咨询费。由于事情一直没有进展，俞安无奈诉至法院要求解除委托并返还咨询费。近日，静安区法院判决俞安与顾小姐、王先生所签《民事咨询、委托代理书》无效；由顾小姐及王先生返还俞安 18 万元。

2011 年下半年，俞安与妻子在本市某法院诉讼离婚，在递交诉状后，因另需补正材料迟迟未见法院开庭。2012 年 1 月初，深陷苦恼的俞安在一次偶然机会，经人介绍认识了顾小姐及王先生，两人自称与该法院庭长是铁哥们，且认识主审法官，没有什么事情摆不平的，俞安似乎看见了希望。

2012 年 4 月，俞安与顾小姐及王先生签署协议，委托王先生代理离婚诉讼，并约定支付“咨询费”30 万元，签署协议时先支付 60% 的 18 万元。协议还特别约定，若代理诉讼未能达到俞安离婚请求，需退还已收取的咨询费。次日，俞安父亲代俞安向协议注明的顾小姐名下账号内汇款 18 万元。

然而，离婚一事却始终没有进展。2013 年 7 月 23 日，俞安一纸诉状将顾小姐和王先生告上法庭。俞安诉称，双方签署协议并汇款后，对方又曾向其索要“活动费”4 万元，但收款后的他俩却未提供任何服务，他这才意识到上当受骗要求解除委托，另再聘请律师代理离婚诉讼，现已与妻子达成离婚调解。俞安认为，顾小姐及王先生虚构社会关系，诱骗取得自己信任却未尽代理人职责，请求法院判令返还“咨询费”18 万元。

按照法规，委托律师代为参加诉讼的，律师可依法收取报酬；没有律师执业证书的人员，除法律另有规定外不得从事有偿诉讼代理业务。该案承办法官认为，顾小姐及王先生在协议中并未注明系执业律师，签约时仅系一般公民身份，却在协议中向俞安收取 30 万元钱款，显然不是对俞安提供无偿帮助，属于经营活动性质违反了法律规定。而协议中所注“咨询费”，现有证据并未显示顾小姐、王先生持有或声称持有相关资格，亦未提供价值 30 万元法律咨询服务的能，收取咨询费只是为了变相收取诉讼代理报酬，涉案协议依法不具备法律效力。

最终，法院判决双方签署的民事咨询委托代理书无效，由顾小姐及王先生返还俞安 18 万元。

（十）赠与案例

湖北武昌区法院：未尽赡养义务 老人欲收回赠与女儿房产被法院驳回

2014 年 1 月 27 日 中新网 李亦中

武昌区一位老人赠与女儿一套房产，后因家庭矛盾，老人以未尽赡养义务为由，将女儿起诉至法院，请求撤销赠与。武昌区法院昨日一审判决，驳回老人诉讼请求。

居住武昌中南路某小区的刘老汉今年 80 多岁，养育两儿一女。2007 年，女儿刘某下岗，刘老汉想让她回来照顾父母，将所居房屋赠与女儿作为报酬。刘某答应了父母的请求。

2007 年 4 月，刘老汉组织几个子女召开家庭会议约定，如果刘某尽赡养义务，尽心尽力照顾好老人，为两位老人养老送终，老人将其名下房屋赠与刘某。为显示父母对其他子女的公允，刘老汉要求刘某向另外 2 位兄弟每人支付 5 万元。几个子女去公证处将此赠与内容予以公证。

几天后，刘老汉依约与女儿签订《武汉市存量房买卖合同》，但未约定付款时间，随后将房产过户给女儿刘某。刘某也尽心尽力赡养两位老人，并分别给哥哥和弟弟各 5 万元。

2012 年 12 月，老汉的另两个儿子因房产与刘某发生纠纷，刘老汉也卷入这场纠纷。刘某对父母开始不管不顾。

社区居委会两次调解无果。

去年6月，刘老汉将女儿起诉至法院。刘老汉称，2012年12月起至今，刘某对父母不尽赡养义务，双方关系恶化。鉴于刘某不履行赠与合同约定义务，请求法院撤销赠与合同，要求刘某归还房产，并承担房屋转让过户中双方应缴纳的全部费用。

刘某辩称，她与父亲签订的是买卖合同，而不是赠与合同。赠与合同为无偿合同，她按父母要求向兄弟支付了10万元，取得的房屋不是无偿的；即使是赠与合同，原告也超过了撤销的一年时效；并且子女照顾父母本身就是法定义务，不属赠与合同约定的义务。

武昌区法院一审认为，刘某虽然与刘老汉签订《武汉市存量房买卖合同》，但刘某并未支付与房屋价值相等的钱款，双方所签订的实际上是附条件赠与合同。刘老汉申请撤销赠与，但未能提供证据证明刘某未依约履行照顾父母的责任，且双方均认可刘某自2007年至2012年12月照顾父母生活的事实，因此，一审判决驳回刘老汉的诉讼请求。（记者李亦中）

上海市浦东新区人民法院：好心大伯遭遇侄女讨要赠与房 侄女诉讼请求被法院驳回

2014年02月12日 上海法治报 陈颖婷

好心大伯出于亲情，将购买的拆迁安置房附条件地赠与侄女99%的产权份额，希望侄女须对她父亲即大伯的弟弟尽其义务，赡养其终老，并支付医药费等，否则赠与协议无效。可是，侄女为了尽快实际得到全部房产，竟一纸诉状将其大伯告上法庭，要求分割与其大伯按份共有的系争房屋。近日，浦东新区人民法院作出一审判决，驳回侄女的诉讼请求。

大伯赠与侄女房产

2008年4月，黄大伯以23万余元的价格购买了一处拆迁安置房。2012年7月25日，黄大伯与侄女黄小姐签订协议书，约定黄小姐将系争房屋的产权证上加注其名字，黄小姐拥有99%的产权，黄大伯拥有1%的产权；黄小姐在其父过世后才拥有系争房屋100%的所有权，且于其父过世之前不得买卖，在此期间，黄小姐应对其父尽其义务，赡养终老，如其父发生住院或者其他问题，黄小姐应尽其义务，支付医药费等。若黄小姐有任何不能做到上述内容，则此协议无效，黄大伯仍享有系争房屋的所有权。2012年9月，双方至房产登记部门办理了变更登记。目前，系争房屋出租给他人居住，租赁费交黄小姐收取。

侄女起诉大伯分割

让黄大伯想不到的是，签约仅一年，侄女竟一纸诉状将黄大伯告上法庭。黄小姐提出，她与大伯是系争房产的按份共有产权人，自己享有99%的份额，大伯享有1%的份额。因双方对系争房产的分割未能达成一致意见，故请求法院依法分割，由其取得房屋所有权，并支付大伯房屋折价款2300元。

针对黄小姐的诉讼请求，黄大伯是这样辩说的，系争房屋是其购买，自己有一弟弟即黄小姐父亲，一无所有，吃用全靠父母，还有二十几万欠债。黄小姐及其父亲的拆迁补偿款全让黄小姐父亲用光了，自己帮助黄小姐父亲将债务归还后，系争房屋由自己于2008年4月购买，考虑弟弟将来赡养等问题，经家庭讨论决定，自己有条件地同意将系争房屋赠予侄女。现不同意黄小姐的主张。

法院认定侄女无理

法院认为，系争房屋系由被告单独购买，事后，原、被告签订协议书，被告同意于系争房屋加入原告名字，使原告拥有99%的产权，原告如需拥有系争房屋100%的产权，须对其父亲即被告弟弟尽赡养义务至终老。可见，此协议书系附条件的赠与协议，原告唯履行协议约定义务后方可请求分割系争房屋产权，否则不得分割。现原告既无重大理由需分割房产，也未能提供证据以证明协议书系受胁迫签订或者该协议所附条件已成就，故原告要求分割系争房屋的条件未成就，其诉请于法无据，不予支持。

法官的话

亲情关系血浓于水。大伯鉴于血缘关系，为解决其弟即原告父亲的赡养问题而自愿附条件赠予房产，而原告赡养其父亲本属应尽义务。原告明知双方协议的约定，系争房屋的租赁费也已收取，却仍不满足，意欲占有系争房屋的全部产权，系不诚信的表现。俗语云，有付出才有回报。愿原告好好珍惜并维护此份亲情。

（十一）夫妻债务案例

江西省上饶县法院：婚姻期间丈夫借债未还 离婚夫妻被判共担责

2014年1月27日 光明网 黄安

本网讯（黄安）在婚姻存续期间丈夫借款，离婚后夫妻一起还。近日，江西省上饶县法院一审判决被告欧阳思明、杨丽娟夫妇在判决生效后五日内归还原告程文贵借款15万元。

2013年2月3日，被告欧阳思明向原告程文贵借款15万元，并由被告欧阳思明出具一份借条给原告，未约定利息。后经原告多次催还未果，故原告诉至本院。另查明，2011年5月31日，被告欧阳思明与杨丽娟办理结婚登记，2013年11月15日，两人到民政部门办理离婚登记。

法院审理后认为，被告欧阳思明向原告程文贵借款15万元，有被告欧阳思明出具的借条予以证实，是原、被

告真实意思的表示，原、被告双方系民间借贷法律关系，应受法律保护。

两被告原为夫妻关系，双方虽然于2013年11月办理了离婚登记，但该借贷关系是发生在婚姻关系存续期间所欠的债务，如夫妻一方有证明属婚姻法规定的免除情形除外，该债务应由两被告共同偿还。因借条没有约定还款期限，只要原告在合理的期限内向被告进行催告归还借款，原告可以请求返还。据此，法院遂依法作出上述判决。

责任编辑：吕东

浙江海安法院：女大学生与老师闪婚，离婚引讨债官司 法院判决：婚内“欠款”缺乏足够证据，驳回原告诉讼请求

2014年2月25日 现代快报 钱军 史友军 刘旌



女大学生嫁给了比自己年长20多岁的老师，这或许是一件疯狂的事。江苏海安县女孩李薇就这样疯狂了一把，然而，她和男老师结婚后两年不到，婚姻就走到了尽头。在旁人的嘘叹声中，他俩之间的故事还没完：离婚后，男方将她告了，称她欠了自己6万元，得还。

疯狂：

她嫁给大学老师两年又离婚

2005年夏天，李薇从海安县考到了外地某大学。两年过后，她读到大二下半学期时，黄东开始担任她一门学科的老师。当年，黄东44岁，李薇21岁。按常理，两人算是两代人，但经过一段时间接触，两人的关系变得微妙起来。

黄东说话幽默，为人热情，每当李薇向他求教时，他总不厌其烦地解答。当年4月，两人逾越了那道“红线”。

其实，黄东是个有家室的人，妻子也在这所大学任教。据黄东称，两人有了这层关系后，李薇就让他立刻与自己结婚，还曾打电话给学院领导。终于，在2007年夏天，黄东与妻子协议离婚。次年4月，他和李薇领了结婚证。

两人结婚后，或许正是因为年龄悬殊、性格等方面问题，矛盾也逐渐产生。后来，两人准备到海安办婚宴时，遭遇女方亲属的“冷脸”，这对双方的感情也造成了不小的影响。

2010年初，双方调解离婚。各自名下的财产归各自所有，双方放弃向对方提起任何财产请求，共同财产双方协商处理。这段在别人看来轰轰烈烈的婚姻，两年不到便戛然而止。

意外：婚内“欠条”引来一场讨债官司

本以为这段感情会就此结束，可在去年，黄东不远万里地来到海安，手上还拿着一份“欠条”，要求李薇归还6万元欠款，还要把利息给付了。对于这份欠条，双方有着不同的说法。黄东说，他和李薇结婚后，原本的工作和家庭都没了，而在当时李薇自己没有工作，他经常给她零花钱，其间还借了6万元给她。后来，他发现李薇的感情变了，为了和自己离婚，李薇甚至将他的保险柜撬开，把他的学术论文、电脑硬盘等资料销毁掉，其中有两万元的借款证据也被销毁。

李薇却称，黄东知道他们年龄悬殊，害怕她变心，所以让她打了这份“欠条”，她考虑反正两人都结婚了，就签了名，但两人实际没有借贷关系。更何况，他们在离婚时，黄东也没有提到这笔借款，也协议放弃了其他财产申请。

法院：认定“欠条”无效，驳回男方诉讼请求

海安法院审理认为，在本案中，从黄东的举证来看，他仅提供了李薇书写的欠条，但这很难判定双方是何种法律关系。这张欠条发生在夫妻关系期间，黄东也没能充分证明这笔钱的合理来源。法官要求黄东补充有关欠条的证据，但他并没提供相关证据，所以欠条的证据效力难以单独认定。

法院认为，双方当事人基于师生恋发展成为夫妻关系，在维系夫妻关系不长时间后又离婚。撇开双方之间关系的道德评价不谈，按照当事人自己的陈述，双方之间在不长的婚姻关系期间，自始至终处在相互不信任与矛盾之中。在这种情况下，黄东出借大额现金理应慎之又慎，借款后不久，两人分道扬镳，离婚协议也表明双方放弃向对方提起任何财产请求。退一步来说，即使黄东确实借了李薇这笔钱，在他认为是对方主动提出离婚的条件下，黄东仍作出“放弃”的承诺，只能理解为他权利的放弃。

综上，海安法院驳回了黄东的诉请。黄东提起上诉。南通中院认为，现有证据还不足以证明他和李薇之间存在

真实有效的借贷关系，上诉理由不成立，维持原判。

（文中当事人系化名）

**美兰区人民法院：“失踪”前夫留下百万债务 前妻被判连带偿还 85 万
事主不服判决：离婚协议有约定，债务各自承担 法院：该约定对债权人无约束力**

2014 年 2 月 16 日 南国都市报 杨金运、何慧蓉



翁先生 2012 年期间前后借款 85 万元，后与妻子离婚，前妻一直拨打翁先生却无法联系到本人。南国都市报记者 刘孙谋 摄

“一审法院判我连带承担其中 85 万债务，这么多钱，即使我和孩子不吃不喝 20 年也还不完。”江燕不理解，前夫在外的债务，自己一无所知，离婚协议上也注明婚姻关系存续期间债务各自承担，为何自己还会受到牵连？

江燕（化名）翻看着一张张判决材料，显得很无助。

□南国都市报记者 杨金运、何慧蓉

前夫躲债“人间蒸发”

2012 年年底，突然之间，翁某某“人间蒸发”了。很多想找他的人，都找不到他。

翁某某这位平日里给人“斯斯文文”的感觉的老板，在失踪前不久，还包揽过几个银行的装修工程。

江燕是翁某某的前妻。江燕本以为自己再也不会跟这个男人有什么联系了。2012 年 12 月底，她接到一个陌生号码的电话。一位姓杨的人说，找不到翁某某，向江燕要翁某某的联系方式，“我说已跟他离婚了，也没有他的新联系方式。对方不停给我打电话，说有紧急事情找他。”

这时，江燕也开始怀疑翁某某是不是出什么事了。因为，前段时间翁某某打电话来说自己被打。江燕一时慌乱了，连忙拨打翁某某电话。结果是：一个关机，一个停机。

债主称借钱给人为揽工程

拨打江燕的电话前，债主杨某某在翁某某居住小区附近蹲守了几天，没能“逮到”翁某某。拨打电话无果，他去了翁某某的“公司”，遭遇紧闭的大门。他去查公安系统的记录，未发现任何翁某某使用身份证的信息。

“认识他两三年了，哪里知道他会跑！”杨某某说。杨某某于是将翁某某和江燕一同告上了法庭。法庭上，杨某某提供了总额为 95 万元的欠条。其中，2012 年 1 月 19 日借 35 万元，2012 年 9 月 24 日借 50 万元。最后一笔借款的日期为 2012 年 11 月 25 日，金额为 10 万元。“最后一次，他说他想要 40 万。我说没有这么多，结果借给他 10 万。”杨某某说，当时，他仍是相信翁某某能够偿还的。

杨某某称自己是做房产投资生意的，与翁某某是生意上的朋友。借钱给翁某某时，翁某某正包揽着几家银行的装修工程。经杨某某了解，这些工程都是赚钱的，考虑到工程开展过程中出现资金周转困难是常有的事，杨某某才把钱借给翁某某。

前妻被判承担连带偿债

江燕与翁某某的《离婚协议书》内容有如下约定：双方确定在婚姻关系存续期间没有发生共同债权债务，如婚姻关系存续期间一方当事人在对方未知情的情况下所欠的债务，由其负责人自己全额承担债务，与另一方无关。

江燕所在单位开具的《证明》显示，2005 年，翁某某辞职离开该公司，期间该公司员工从未看到过翁某某带孩子。江燕认为，杨某某主张的债务中的 85 万元虽然发生在她与翁某某的婚姻存续期间，但当时双方已分居，该债务并不是夫妻共同生活所负债务。“我不知道债务发生的原因和实际用途，债务没有夫妻共同借贷的合意。”江燕说。

美兰区人民法院一审判决结果却让江燕震惊了。该判决称，被告翁某某、被告江燕离婚时对婚姻期间的对外所负债务的约定只对被告翁某某和江燕有约束力，对原告杨某某没有约束力。故原告请求被告江燕对被告翁某某借款 95 万元中的 85 万元本金及利息承担连带责任，该院予以支持。江燕对被告翁某某借款中的 85 万元本金及利息承担连带偿还责任。

目前，江燕不服一审判决，已提出上诉。

五、继承

(一) 继承审判动态
(二) 继承立法动态
(三) 继承典型案例

上海市半宝山区法院：半路夫妻 夫离世惨淡收场 继母继女 争财产对簿公堂

2014年01月22日 上海法治报 王川

本报讯 一对再婚夫妻男方病故后，女儿与继母竟为市值70万元股票归属打起了官司。近日，宝山区法院一审判决该资金属夫妻共同财产，继承时按法定继承予以分割。女儿最终分得五分之一股票。

被继承人何先生于1982年9月结婚，第二年生育一女，1991年8月离婚，女儿随母亲共同生活。三年后，何先生与同龄的曹女士再婚，但没有生育子女。2000年，夫妻俩购买了位于本市逸仙路1321弄某号房屋，产权人为何先生一人。2012年2月27日，何先生生病期间立下遗嘱，没有将房屋留给共同生活多年的妻子，而确定该房屋由女儿何小姐继承。2012年12月，何先生因病去世。

2013年4月，何小姐向宝山区法院递交诉状，要求继承上述房屋，并与继母曹女士分割父亲其他遗产，包括市值70万元的股票。

案件审理中，法院委托评估了系争房屋，市值114万元。被告曹女士表示，自己夫妻俩收入均属低微，维持日常生活尚属不易，因此曹女士的炒股资金均来自曹女士父亲的赠与。

何小姐则表示，即便确实是父亲赠与继母炒股资金，亦应当属于对曹女士夫妻的赠与，而非对于曹女士个人的赠与。

法院审理后认为，系争房屋产权系何先生与被告婚姻关系存续期间取得，应当属夫妻共同财产，因此其中一半属于遗产，根据遗嘱，应当由何小姐继承。而曹女士股票账户内的股票及资金，即便诚如曹女士所述，其炒股资金来源均为曹父赠与，但该赠与发生在婚姻关系存续期间，因此曹女士名下的股票及取出的资金，其中一半应当属遗产，由原、被告继承。最后，法院判决系争房屋归曹女士所有，曹女士支付何小姐房屋一半价格57万元。曹女士名下的10万股广汇能源股票，2万股归何小姐所有，何先生名下价值4万多元的存款及保单，其中3万余元归曹女士所有。

安徽省怀远县人民法院：自书遗嘱无落款时间 法院认定遗嘱无效

2014年1月27日 中国法院网 杨贵莲

根据继承法的相关规定，继承开始后，按照法定继承办理，有遗嘱的，按照遗嘱继承办理。自书遗嘱必须在形式和内容上合乎法律要求才能生效。张某永远不会想到，由于自己没有自书遗嘱上写下落款日期，去世后会造两个儿子为争夺遗产而引发一场继承官司。近日，安徽省怀远县人民法院审理了此案。

原告张建某诉称：2011年父亲张某立遗嘱将位于怀远县城关镇某套房屋及附属院落给原告，2012年9月，被告张庆某夫妇置原告的合法财产权于不顾，强行将房屋拆除，损害了原告的合法财产权。对此，被告张庆某、潘培某辩称：诉争房产属于两被告所建，不属于遗产，且遗嘱本身无效，不能作为主张遗产的依据，请求法院依法驳回原告诉请。

法院经审理查明：张建某与张庆某系兄弟关系。2008年11月30日，两人母亲潘复某去世，父亲张某自书遗嘱将老宅基地0.36亩及房屋归张建某继承，该遗嘱没有注明时间，也未能对潘复某去世后的遗产份额进行分割。2011年12月26日，张某去世，原告在要求按遗嘱继承遗产时与被告发生纠纷。

法院认为：《中华人民共和国继承法》第十七条规定，自书遗嘱由遗嘱人亲笔书写，签名，注明年、月、日。本案中，原被告父亲张某的遗嘱没有注明时间，该遗嘱不符合自书遗嘱的法定要件，应为无效遗嘱，且张某遗嘱中对潘复某去世后的遗产份额擅自处分，无权处分的遗嘱部分应属无效。综上，法院依法作出判决：驳回原告张建某的诉讼请求。

上海市嘉定区人民法院：继母虚假申报房产信息 法官追回十年前的遗产

2014年1月26日 中国法院网 张晓莉

中国法院网讯（张晓莉） 吴先生的父亲去世后在上海市嘉定区留下一套房产，继母王女士却隐瞒事实近十年，并向公证机关作虚假陈述，将遗产纳入自己名下。得知实情的吴先生遂将王女士告上法庭，请求获得相应遗产份额。日前，上海市嘉定区人民法院对该案作出一审判决，酌定减少继母的继承比例，判令王女士向吴先生支付人民币20万元。

1998年，吴老先生与王女士在尼日利亚登记结婚，婚后在嘉定区购置了一套房产，2001年两人一同回国并搬至该房屋内居住。2003年10月，吴老先生在嘉定的家中去世。当时远在境外工作的吴先生得知父亲去世的消息后迅速赶回上海。在为老父亲料理完后事后，吴先生又匆匆赶赴国外继续工作。

由于长期身在海外，吴先生对父亲的财产状况并不十分了解。然而就在父亲去世近十年后，吴先生却意外地经由律师调查发现，父亲生前曾在中国大陆拥有多处房产，其中的一套位于上海市嘉定区。另据律师调查，2004年3月，继母王女士曾向当地公证机构作出虚假陈述，隐瞒了吴先生系法定继承人的事实。并凭借由此取得的公证书向

房产登记机构申请独自继承了位于嘉定区的这套房屋。两年之后，王女士又以45万的价格将这套房屋出售给了第三人。

得知实情的吴先生认为，自己作为吴老先生的婚生子，依法享有继承父亲遗产的权利。而继母王女士为争夺遗产，向有关部门隐瞒其作为法定继承人的事实，将本该由他们共同继承的遗产纳入继母一人名下，该行为侵害了他的合法权益，故一纸诉状告到了嘉定区法院，请求法院判令王女士赔偿其经济损失人民币30万元。

诉讼过程中，吴先生和王女士均未到庭参诉，而由各自的委托代理人代为出庭。双方就王女士是否存在侵吞遗产的故意以及遗产分配方式等争议焦点展开了激烈辩论。

吴先生一方指出，老父亲去世之后，吴先生曾多次联系继母王女士，询问遗产处置事宜，而王女士均表示吴老先生在中国大陆并无遗产。此外，王女士在向相关部门的多次陈述中，均未提及吴先生作为法定继承人的事实。故吴先生一方认为王女士的行为具有虚假登记的主观恶意，提请法院依法扣除其一定比例的继承份额。

王女士一方辩称，王女士之所以未向公证机构说明吴先生为法定继承人的事实，是因为在吴老先生生前，两父子的关系并不融洽，甚至曾有断绝父子关系的书面声明，鉴于此，王女士认为两人已经断绝了父子关系，故在向公证机构陈述时未提及吴先生的有关情况。但在庭上，王女士一方并没有向法庭出具其所称的书面声明。

此外，庭审中双方还针对遗产的具体分配方式存有争议。王女士一方指出，涉案房屋是在王女士和吴老先生婚后购买的，属于夫妻共同财产，故仅就该房屋价值的一半列入遗产范围。由于吴老先生生前另有两名子女，亦是法定继承人，同时该两名子女曾与王女士签订过一份三方确认书，将他们的继承份额转到王女士名下。据此，王女士一方认为其应享有遗产份额的75%，而吴先生享有25%。

但吴先生一方认为，在吴老先生去世后不久，另两名法定继承人曾先后发表声明放弃对父亲大陆财产的继承权，并办理了相关公证手续，因此遗产应当在王女士与吴先生之间分配，即原则上双方各占遗产份额的50%，而考虑到王女士的恶意侵吞行为，请求法院认定吴先生享有75%的份额，王女士享有25%。

嘉定区法院审理后认为，吴先生作为被继承人的子女，在无遗嘱继承的情况下，依法作为第一顺序的继承人享有继承权。而王女士认为被继承人生前与吴先生断绝父子关系的辩称，因无相应依据支撑，法院不予支持。

对于涉案房屋，系吴老先生与王女士在夫妻存续期间购买，依法属夫妻共同财产，审理中，双方确认一致，故涉案房屋中50%的份额应作为被继承人的遗产范围。

吴老先生的另两名继承人两次公证表示放弃在中国大陆的房屋遗产继承，虽王女士认为在公证前，其与另两名继承人曾签署三方协议，将两名继承人放弃继承的份额转在王女士名下，但因公证文书的法律效力高于三方协议，且两名继承人在协议后先后两次公证表示放弃继承，故应确定对涉案房屋的继承人为吴先生与王女士两人。

在法定条件下，涉案房屋的遗产部分可由吴先生和王女士各继承相应50%的份额，但王女士在继承遗产过程中，隐瞒吴先生作为继承人的事实，并将涉案房屋出售，独占了遗产，存在主观故意，故依法可酌情减少其应继承的遗产。对此，法院酌定吴先生享有遗产部分60%的份额，王女士享有40%的份额。

由于王女士已将房屋出售给他人，吴先生应继承的遗产份额由王女士折价赔偿，具体赔偿金额应从王女士的行为、后果、房屋价格上涨以及造成吴先生应得利益的损失等诸多因素考量，故法院酌定王女士应给付吴先生继承款20万元。

（文中当事人皆系化名）

《中华人民共和国继承法》第二十五条：“继承开始后，继承人放弃继承的，应对在遗产处理前，作出放弃继承的表示。没有表示的，视为接受继承。”

《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第五十九条规定：“人民法院对故意隐匿、侵吞或争抢遗产的继承人，可以酌情减少其应继承的遗产。”

外甥给舅母送终欲取其遗产 无遗嘱不是法定继承人遭拒

2014年1月9日 钱江晚报 龚振岳

本报通讯员 陈文铮 本报记者 龚振岳

作为外甥，老屠为舅妈沈老太太能做的都做了。

老太太膝下无子，和唯一的养子几年前也解除了关系。自从舅舅去世之后，老屠就担负起了赡养舅妈的责任，直到去年老人家去世。

最后整理老人的遗物时，才发现舅妈还留下了一笔8万元的存款。

想想自己照顾老人那么多年，她又没有别的亲人了，老屠想这钱总该归自己了吧。他去银行想把钱取出来。不想，被银行一口回绝。

这钱不给我，还能给谁？老屠把银行告上了法院。

本以为顺理成章的事，老屠却败诉了。因为法院认为，他既不是沈老太太的法定继承人，也没有证据来证明对沈老太太尽了主要赡养义务。

这笔钱，老屠还能拿到吗？

想去银行取出八万块

银行说你又不是继承人

几十年前，沈老太太嫁给了铁路工人老张。由于一直没有孩子，1953年，夫妻俩收养了一个男孩。

1999年，老张因病去世，沈老太太和养子的关系也日趋紧张。

最终，因为关系不和，2005年，沈老太太向法院提起诉讼，要求解除与养子的收养关系。法院支持了她的诉求。

老太太成了孤家寡人。

外甥老屠知道了沈老太太的事，便肩负起了照顾舅母的担子，把她接到家里来一块儿住。

这之后，老人的生活起居和日常开支，都由老屠一人负责。

年事渐高，沈老太太病了。生病期间，老屠尽力照顾老人，直到去年6月，老太太因病去世。

操办完后事，在整理舅母的遗物时，老屠发现，沈老太太在余姚的一家银行有两张存单，都是整存整取。一份是2006年，存入5万，一份是2009年，存入3万。

按理说，这笔钱该找沈老太太的合法继承人来继承。但老人除了老屠这个外甥，早已没了亲人。想来想去，老屠觉得，自己不拿，谁拿呢？于是，他带着存单到银行，想要取出存款。

本以为顺理成章的事情，老屠被碰了一鼻子灰。银行告诉老屠，这笔钱不能给：你既不能证明是老太太让你来取的，又不是法定继承人。

外甥告银行支付存款及利息

法院判决：这钱外甥不能取

去了银行好几次，钱还是拿不出来。老屠一纸诉状把银行告上法院，要求支付存款8万元和利息。

按照我国的法律，遗产是按照这样的顺序继承的：配偶、子女、父母排在前面，然后是兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。

但外甥，不在法定继承人的这个序列里面。

但老屠也有他自己的道理：老太太现在没有法定继承人，唯一的养子早已解除关系，而自己对沈老太太尽了主要赡养义务。依据《继承法》规定，对继承人以外的对被继承人抚养较多的人，可以分给他们适当的遗产。老屠因此认为他享有对这笔遗产的继承权。

昨天，第一次庭审进行了，结果让老屠很意外：余姚法院驳回了老屠的诉讼请求。

法官说，你老屠的确不是沈老太太的法定继承人，那你拿证明出来对老太太尽到了主要赡养义务啊。

老屠有些傻眼，他养是养了老太太，村里人都知道，可证据呢？啊呀呀，没提前准备啊。

老屠还能拿到这八万块吗？

至少等一年，还要走三步

老屠有些郁闷。他这个尽了赡养义务的唯一外甥若也没资格继承，那么这笔钱难不成就得烂在银行？

不过，听完法官的解释，他又看到了希望。

“我之前不知道还要提供赡养证据，所以没准备。”老屠说，“要证据，简单。村里人都知道我把舅母接到自己家来住的。回了村里，就请村委会、街道出具证明。”

有了证明，是否老屠就能顺利继承遗产了？记者带着老屠的疑问咨询了办案法官。“在实践中，银行对于存款人死亡后留下的存款，必须由继承权人凭相关证明进行支取。”法官解释。

老屠要想拿到这笔遗产，需要按照以下步骤操作。

第一步：

由于老屠不具有继承权，他应当首先向法院提起无主财产认定诉讼，由法院确认，财产是否无人继承，又无人受遗赠。法院受理无主财产申请后，经审查核实，发出财产认领公告。

第二步：

A：如果在这期间，有人认领，并且经法院审理认定合法，那么老屠就悬了。

比如说，有人看到了公告，拿着沈老太太多年前写的遗嘱，或者赠予书面材料，来争遗产。只要经法院认定合法，即便此人与老太太无亲属关系，他就是合法继承人。至于老屠能不能分到钱，还得看这位继承人愿不愿意分他一些。

B：如果公告满一年无人认领，法院才能判决认定该财产为财产无主。在这之后，老屠再向法院提起继承权诉讼，由法院审理认定，老屠是否尽了主要抚养义务，从而判定是否可以分得适当的遗产。

第三步：

银行依据法院的判决书，向老屠支付存款。

再说句题外话，如果这个时候老屠拿不出他尽到了主要赡养义务的证据，那么就仍然无法继承。这笔钱，将按照法定程序收归国有或者集体所有。

河南省安阳市北关区人民法院：兄妹争遗产对簿公堂 公证遗嘱助妹妹胜诉

2014年1月13日 中国法院网 宋萍 赵青

中国法院网讯（宋萍 赵青）王军（化名）与王丽（化名）本是同胞兄妹，却为了父母遗留下来的一处房产闹得不可开交，王军还将妹妹告上了法庭。近日，河南省安阳市北关区人民法院开庭审理了这起继承纠纷案件，法官根据公证机关的遗嘱公证书判决争议房屋归妹妹王丽所有。

王家兄妹的父母生前系本市一家企业的职工，老两口在火车站附近分得一套两居室福利房，之后又在东风路购买三居室房屋一套。2009年春，年事已高的王家父母通过公证处办理遗嘱公证一份，载明夫妻二人百年之后东风路三居室房屋归儿子王军所有，火车站附近的两居室房屋归女儿王丽所有。之后几年间，王家父母大部分时间跟儿子王军一起生活。2011年9月，王家父亲因病去世，王家母亲继续跟随儿子一起生活。2012年，卧病在床的王家母亲召集亲朋好友，由他人代笔留下新遗嘱，称其百年后火车站附近的两居室房屋归儿子王军所有。王家母亲去世后，哥哥认为自己多年来照顾父母，且手握母亲的临终遗嘱，遂要求妹妹王丽腾出火车站附近的房屋。在遭到妹妹王丽的拒绝后，哥哥将妹妹诉至法院，要求确认火车站房屋归其所有。

承办法官接手该案后，通过走访调查，认为公证遗嘱是最为严格、最具证明力的遗嘱方式，且效力最高，遂依据生效公证书将火车站附近的两居室房屋判决归妹妹王丽所有。

上海崇明县法院：老夫妻七份遗嘱哪份作数四姐妹对簿公堂各执一词 崇明法院厘清遗产关系公正断案

2014年01月07日 文汇报

去年大年初二，83岁的杨老太突发疾病不治而亡。老太丧事刚办完，4个女儿就提出分割遗产，4人分别拿出母亲的7份遗嘱，各执一词、互不相让，最终闹上法院。崇明县法院近日审结了该起遗嘱继承纠纷案。

杨老太和丈夫老金共有4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。成长环境和经历相差很多，四姐妹虽说不上亲密无间，倒也一直关系和睦，相安无事。活泼机灵、能歌善舞的金兰最受父母宠爱。

老两口在崇明县有3套产权房（301、302、303室）。两人一直希望有个外孙继承家产、传递香火。金兰结婚后生下儿子君君，便让君君跟随外祖父姓金。老两口乐开了花，便将君君当做亲孙子和继承人看待。1994年11月，二老共同立下遗嘱：将301、302室房屋赠与金兰和孙子君君，将303室赠与和自己一起生活的金菊，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。

天有不测风云，1998年老金过世。起先，杨老太在金竹那里住了6年，因彼此发生矛盾被送回老房子。2006年，她搬到金兰在上海市区的家中，却先后被送往敬老院和保姆家寄养。在此期间，杨老太不断修改遗嘱。

杨老太死后，4个女儿拿着6份遗嘱相持不下。争议中，她们惊讶地发现：权属尚在争议之中的301、302室房屋竟早在2012年8月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。金兰手中还有一份由杨老太口述、他人代写的代书遗嘱（写于2012年8月31日），在这份遗嘱中，3套房产全部由金兰和君君继承。

金梅、金竹和金菊共同将金兰告上了法庭。原告代理律师认为，金兰提供的最后一份代书遗嘱不是杨老太真实意思表示，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，请求认定遗嘱无效。

鉴于案情复杂，崇明法院受理后在仔细研究7份遗嘱背后法理关系的基础上，依法支持原告针对代书遗嘱无效的诉请。根据继承法的相关规定，立有数份遗嘱，内容相抵触的，以最后的遗嘱为准。据此，承办法官认为，金兰提供的2012年1月25日的遗嘱被认定为最后一份遗嘱。根据该遗嘱，崇明法院作出判决，301室、302室房屋归金兰所有，303室房屋由原告之一的金菊继承。

承办法官顾锦华也对四姐妹进行了教育：“孝”是中华民族传统美德，是不带任何功利成分的人伦情感，也是子女对父母应尽的义务；老人屡次修改遗嘱，却依然换不回母慈子孝、手足情深，值得当事人反思和社会警醒。

上海市静安区法院：遗嘱剥夺再婚老妇继承权 判决维护耄老权益

2014年1月26日 中国法院网 李鸿光

中国法院网讯（李鸿光）再婚的荣老太与丈夫王老伯风风雨雨走过了27载，岂料王老伯一纸遗嘱剥夺了她的继承权。当王老伯撒手人寰离她而去后，83岁的她又被遗产继承人王老伯的亲生儿子阿威、孙子阿昌告上法院，要求与继承王老伯名下本市愚园路某号的房产。近日，上海市静安区人民法院判决涉案房屋由阿威、阿昌及阿威的胞姐阿珍共同共有；上述继承人应支付荣老太人民币12万元。

阿威和阿珍均系王老伯的子女，阿昌系阿威的儿子。在王老伯的前妻去世5年后，王老伯又与荣老太登记再婚。2010年10月7日，王老伯因病去世。早在1950年11月，市地政局曾向王老伯颁发上海市土地所有权状，确认涉案愚园路某号房屋所在土地为王老伯与其兄各半共有；1952年5月，王老伯与其兄取得该房屋房地契纸。后随着国家形势变化涉案房屋经历了收回国有，落政发还的历史。直到2000年8月，相关部门向王老伯等出具私房落政通知书，称经审定你户属错改户涉案房屋发还。遂又经过民事诉讼调解，确认该房屋归王老伯所有。王老伯名下的房屋建筑面积为63.12平方米，具体为三层西部西南间、三层西部西北间及三层卫生间。

2003年5月16日，王老伯留下亲笔书写遗嘱一份，内容为：本人现在身体健康，神智清醒的情况下立下此遗嘱：现将名下的上海市愚园路某号内的三间房产作出处分，在我过世后留给我小辈阿珍、阿威、阿昌。王老伯于2010年10月7日死亡。

2013年8月上旬，阿威及阿昌持王老伯的遗嘱把荣老太及胞姐阿珍告上法院，要求由他及儿子阿昌、胞姐阿珍

按遗嘱共同继承涉案房屋。法庭上，阿珍认同该诉称。但荣老太则辩称自己与王老伯于1977年再婚，而该房屋系2000年落实政策所得，应属夫妻共同财产。要求涉案房屋其中的一半应归她个人所有再行继承；还认为自己年事已高，没有亲生子女才不得不与妹妹一同居住，每月所得养老金又较少，无法满足日常护理及治病所需，即便该房屋系丈夫个人所有，不属夫妻共同财产，那么丈夫所立遗嘱也违反了我国继承法及老年人权益保障法的法律规定，没有为妻子保留必要的份额。

法院认为，涉案房屋是王老伯于上世纪五十年代初便取得，根据私房落政通知书记载，该房屋被错改而恢复原权利，荣老太辩称2003年就取得权利缺乏依据，考虑到荣老太与王老伯的结婚时间，法院认定该房屋为王老伯的婚前财产。而王老伯的遗嘱符合自书遗嘱的形式要件，表示了遗嘱人的真实意思。但法院注意到荣老太年逾八十有余，在王老伯去世时双方已结婚三十余年，荣老太应为遗产的法定继承人，然荣老太除微薄的养老金外并无其他生活来源，需支付相关生活、医疗费用等支出。王老伯以遗嘱处分财产，应给荣老太保留必要的份额，考虑到荣老太年龄及生活花销，以现金形式获得部分遗产更有利于生活，法院酌定房屋继承人应向荣老太支付遗产预留份额折价款12万元，遂作出了一审判决。

上海静安区法院：女子状告亲妈亲弟讨房产 法院判决律师代书遗嘱有效

2013年12月16日 新闻晚报 钱朱建

通讯员 李鸿光 记者 钱朱建

晚报讯 加拿大籍女子徐倩(化名)持父亲徐云(化名)生前代书遗嘱，将生母张荣(化名)、同胞弟弟徐山(化名)告上法院，要求继承父亲名下在上海及外地的三套房屋各50%的产权。近日，上海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，徐云和张荣未办结婚登记生育了徐倩和徐山两姐弟，徐云名下有上海一处房屋和舟山两处房屋。2013年4月22日，身患重病的徐云委托律师崔某代书遗嘱，将名下三套房屋指定由徐倩继承，该份遗嘱有律师崔某及另一律师见证。同年5月7日徐云去世。

2013年6月13日，徐倩告上法庭诉称，父亲徐云立下遗嘱，三处房屋均由她继承。鉴于徐云和张荣存在事实婚姻关系，徐倩认同这三套房屋的二分之一归生母张荣所有，由她继承另外二分之一房产，但母亲张荣与胞弟徐山不愿配合产权过户，请求法院判令三套房屋50%产权归她继承。

审理中，代书律师崔某出庭作证，称遗嘱是接遗嘱人徐云的电话，前往医院由遗嘱人口述，由她记录遗嘱内容。事后读给遗嘱人听后由遗嘱人及她和另外一名律师签名确认成立，该宣读及签字过程全程进行了录像。办完后，遗嘱人徐云要求委托律师崔某保管房产证原件，并嘱咐稍后会告知女儿徐倩该遗嘱相关事宜。在遗嘱人徐云去世后，崔某与徐倩见面后宣读了遗嘱，并将房产证原件交给了徐倩。另外一名签字律师也作了同样内容的陈述，还当庭播放了制作代书遗嘱的该段录像过程。

张荣及徐山认为该见证书上没有律师签名，且涉案房屋均系夫妻共同财产，但遗嘱将其一并处理了。徐云生前曾明确表示过定海一处房屋留给徐山，且徐山实际生活困难，涉案房屋都给徐倩的遗嘱显失公平，要求按照法定继承处理涉案三套房屋。

法院认为，徐云所立遗嘱系经律师见证的遗嘱，相当于代书遗嘱。依据现有证据，徐云所立遗嘱合法，张荣及徐山未能提供充分证据予以反驳，一审支持徐倩诉求

广州市荔湾区法院：遗产纷争

2014年1月29日 新快网 李海强 蔡春

饭店老板生前婚外生子

●死后二奶状告原配争产

肖女士的丈夫老李去世已有三年，如果不是有一天他的婚外情人张花(化名)突然携带着私生子出现，她恐怕这辈子都不知道丈夫心底原来深埋如此秘密。

现在，张花携子不是为了名分，而是为了争夺死去丈夫的遗产。她以儿子阿宝之名义为原告，将肖女士及其女儿小兰告上法庭，要求分割老李名下的饭店股权、房产、汽车等财产六分之一，合计约100万元。

上个世纪80年代，老李是越秀区一家饭店的老板，与肖女士登记结婚。1987年，他们的女儿小兰出世。在肖女士的印象中，老公对家庭很有责任心，一家三口相处得很幸福。

不过，她的丈夫对婚姻并不忠诚。在2008年，老李结识婚外情人张花，不久就在香港生下一男婴，取名为阿宝。在出生证明上，阿宝的父亲姓名登记是老李的真实姓名。

老李处理婚外出轨之事非常谨慎，守口如瓶，从始至终都完全把原配肖女士蒙在鼓里。男婴出生两年后，老李患上重病，最终带着婚外秘密，也没有留下遗嘱，离开了人世。

他也许没料到，二奶不愿意放弃属于她和儿子的遗产继承权。张花提交的司法鉴定显示，阿宝与小兰是半同胞关系，阿宝并且与老李的堂兄来自同一父系。据此，法院根据原告的出生证及司法鉴定意见书，确认原告阿宝是老李的非婚生子。

对于老李的遗产数额，肖女士在法庭如此辩解：老李生前以自己名义购买的房产向银行贷款100万元，其死亡时

只还贷不到三分之一，尚余贷款一直由肖女士偿还，尚未供断。此外，老李以其名义贷款 25 万元购买并使用的奥迪牌小型汽车一辆，其死亡时只还贷了 17 个月，其余贷款由肖女士偿还，现该车辆已还贷完毕。至于饭店，至今尚未盈利，仍需付各种税费、成本、工资等。因此不同意原告的诉讼请求。

法官提醒原告被告双方，本案发生继承时，老李名下的房屋、汽车、餐馆尚欠银行贷款、利息、税款及相关债务，原告和两被告如果没有表示放弃继承李某的遗产，原告和两被告均应当清偿李某依法应当缴纳的税款和相关债务后，再依法继承剩余遗产。

地点：荔湾区法院

结果：根据“非婚生子女享有与婚生子女同等的权利”的规定，对于老李的剩余财产，夫妻（老李与肖女士）共同财产部分除去二分之一归属于肖某外，其余归属于老李的份额由原告阿宝，被告肖女士、小兰按法定继承的原则平均继承。但对于原告阿宝是否需要向被告这些年的还贷款项作补偿，法院在本案中没有处理。（李海强 蔡春）

江西省新干县人民法院：儿子状告母亲争抚恤金抚恤不属遗产不能分割

2014 年 2 月 9 日 法制日报 郭宏鹏 黄辉

父亲因工死亡尸骨未寒，儿子却为争夺抚恤金将母亲和姐姐告上法庭。

2013 年 10 月 8 日，59 岁的陈父在工作岗位上因突发脑溢血，经抢救无效去世。陈父去世后，公司发给陈母的母亲张某 3 万元抚恤金，该款由女儿代为保管。儿子陈某得知姐姐拿到抚恤金后，多次要求分割，遭到拒绝后，陈某遂将母亲和姐姐一同诉至法院，要求继承该笔抚恤金。

近日，江西省新干县人民法院审理了该起特殊的遗产继承纠纷案，一审驳回原告陈某要求分割父亲抚恤金的诉讼请求。

法官表示，抚恤金是被供养人在供养人死亡后依法取得的生活保障金。根据继承法规定，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、储蓄和生活用品；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以及公民的其他合法财产。由此可见，抚恤金并不属于陈父的个人遗产。为此，法院依法驳回了陈某的诉讼请求。

法官进一步解释说，本案中，陈某姐弟均已满 18 周岁，且具有完全劳动能力，只有母亲张某符合抚恤金供养条件。因此，公司为张某发放的 3 万元抚恤金不属于陈父的遗产范围，应属于张某的个人合法财产，不能予以继承。

蚌埠市中级人民法院：《祖宅挖出宝物属于谁？ 法院：先辈埋藏的物品归后人》

2014 年 2 月 8 日 人民法院报 陶成 查红

本报讯 安徽省五河县的一处祖宅内发现大量元宝、银元，文管部门认为是国家文物予以收缴。该祖宅的后人胡女士为此与当地文管所打起了官司。日前，历经法院一审、二审，胡女士终于讨回祖辈留下的宝物。

现年 70 多岁的胡女士称，她的父辈解放前在五河县城开银楼、做茶叶生意，家境殷实。抗日战争时期，为了躲避日本人的抢掠，家人将大部分钱财都深埋于地下，其中包括原星火商场、邮电局和工商银行等地段。1965 年、1985 年、1987 年和 2008 年在原星火商场、邮电局和新天地附近建设时，挖出她家埋藏于地下的大元宝 2 只、小元宝 42 只、银锭 5 只、银元约 1800 枚，均存于被告县文管所。胡女士知道消息后，一直和文管所协商，要求返还，对方却一直拖延不付。胡女士遂提起诉讼，请求法院判令文管所将地下挖出的宝物悉数返还。

五河县人民法院一审开庭审理此案。五河县文管所辩称，胡女士诉称的大元宝、小元宝、银锭、银元数量与事实不符。1965 年、1985 年挖出相关物品时，文管所还没成立，不应找文管所要。1987 年和 2008 年两次挖出元宝、银锭、银元等物，曾遭哄抢，最终经收缴、征集，数量为：大元宝 2 个、小元宝 5 个、银锭 5 个、银元 489 枚，文管所按照正常的法律程序获取。文管所同时称，地下出土的文物属于国家所有，不应该返还。

经过审理，法院确认双方有争议的物品为：2 个大元宝、5 个小元宝、5 个银锭和 489 枚银元。法院一审认为，案涉银元（含银元、银锭、大、小元宝）属无主文物，虽然出土地点位于原告父辈祖房所在地的宅基地附近，但原告所举证据并不能证明涉案银元系其父辈埋藏。根据文物保护法的规定，中华人民共和国境内地下、内水和领海中遗存的一切文物，属于国家所有。原告要求被告返还银元等请求于法无据，不予支持。据此，法院一审判决驳回原告胡女士的诉讼请求。胡女士不服，提起上诉。

蚌埠市中级人民法院二审时，对一审法院查明双方均无异议的事实也予以确认。蚌埠中院审理认为，法律并不禁止公民对埋藏物或祖传文物依法享有所有权。案中双方对案涉银元等物品系从胡女士先辈房屋地下挖出均无异议，胡女士所举证据能够证实其父辈当时在此居住并从事商业经营，解放初期其家人也曾指认该地下埋藏银元，并挖出捐献给国家，且亦无案涉地周边其他人对此主张权利，故可以认定上述物品应为胡女士先辈所埋藏，而并非所有人不明。胡女士作为继承人，对案涉银元等物品有权依继承取得。

法院认为，因双方对原判认定的物品数量即大元宝 2 个、小元宝 5 个、银锭 5 个、银元 489 枚不持异议，胡女士要求返还该部分银元等物品的诉讼请求，予以支持；其诉讼请求中超出上述数量的部分，未能提交证据证明，不予支持。（陶成 查红）

福州市连江县法院：福州老汉遗产只给小儿子 配偶和其他子女打起官司

2014 年 1 月 22 日 福州晚报

台海网(微博)1月22日讯 据福州晚报消息,老金(化名)生前立下遗嘱,将自己的房产只留给最喜欢的小儿子小明(化名)。他过世后,其配偶和其他子女不干了,要求分得部分遗产,各方为此打起官司。日前,连江县法院经审理,判决确认了老金遗嘱的法律效力。

多年前,老金在单位集资建房时,购买了位于连江县城的一套房子。2009年4月,他立下遗嘱,将该房中自己的份额部分全部归儿子小明继承,并由两个亲戚当见证人在场签名盖印。

2010年1月,老金因病去世。老金的遗孀大敏(化名)、老金与前妻所生的两个孩子小宇、小化(均为化名)对他的这份遗嘱都不服气。他们认为:老金的这份遗嘱是在病重神志不清的情况下,受小明误导立下的,而且剥夺了配偶和其他子女的继承权,理应属于无效。小明则坚称遗嘱有效。双方僵持不下,为此打起了遗产分割官司。

连江县法院经审理认为,根据法律规定,继承从被继承人死亡时开始。有遗嘱的,按照遗嘱继承办理,遗嘱继承优于法定继承。现无证据表明,老金立遗嘱时神志不清,该遗嘱又有两名见证人可以作证,因而具有完全的法律效力。

据此,法院判令老金留下的那套房子的相应份额由小明继承。

相关链接

法定继承和遗嘱继承的效力解析

该案经办法官解释说:法定继承和遗嘱继承是我国《继承法》中的两种基本继承制度。在继承开始时,要以充分尊重被继承人意志为原则,在一般情况下,有遗嘱的优先适用遗嘱继承。

具体来说,遗嘱继承实际上是对法定继承的一种排斥。在遗嘱继承中,被继承人在遗嘱中指定的遗嘱继承人只能是法定继承人中的一人或数人(若是被继承人指定由法定继承人以外的人继承的属于遗赠)。

在被继承人死亡后,只有具备以下条件,才能按遗嘱继承办理:没有达成遗赠扶养协议;遗嘱继承不能对抗遗赠扶养协议中约定的条件;被继承人立有合法有效的遗嘱;遗嘱中指定的遗嘱继承人未丧失继承权,也未放弃继承权,具有继承资格。

法定继承是指全体继承人按照《继承法》规定的继承人范围、继承人顺序、遗产分配原则等继承遗产的一种继承方式。当被继承人生前未立遗嘱处分其财产或遗嘱无效时,应按法定继承的规定继承。它同时也是对遗嘱继承的限制。像特留份制度,即被继承人必须在遗嘱中为缺乏劳动能力且没有生活来源的法定继承人保留必要的遗产份额。

总之,被继承人死亡后,立有遗赠扶养协议的,先执行遗赠扶养协议;其次是遗嘱;最后是法定继承。

沈阳市于洪区人民法院:婚内财产有约定 法院支持

2014年2月14日 辽宁法制报 邵小桐

采集地:沈阳市于洪区人民法院

当事人:李某及其公婆、女儿

记者手记:《婚姻法》规定,婚后购买的房屋,如果没有约定,那么不管房产证上写的是谁的名字,都归两人共同共有。可如果夫妻其中一方想多要些份额,怎么办呢?

夫妻之间,若出于爱的考虑,其中一方也可作出牺牲,双方可在房产证上约定“按份共有”,并明确双方的权属比例,这种婚内财产约定将受到法律保护。日前,于洪区法院审结一起房产继承案,由于夫妻约定99%的房产份额归妻子,这部分财产不参与法定继承,使妻子获得了最大利益。

李某和丈夫在共同奋斗23年后,于2009年9月购买了于洪区一处住宅。当时李某丈夫提出要把房子留给妻子,并自做主张让李某占99%房产份额,自己只占1%份额,两人总计付房款36万余元。

对于婚内财产约定,李某也没有多想,她理解这是丈夫对自己的爱。直到丈夫2011年2月去世,她一下明白了当初丈夫的想法,他是想把房子留给自己。

可就是丈夫1%的房产份额,也给她的房产转让带来麻烦。由于发生了法定继承,李某不能独自处分房产,无奈将有继承权的公公、婆婆和女儿告上法庭。

经过评估,该房产已经升值,目前值57万元。李某要求对丈夫1%的房产进行分割。李某女儿表示同意,而公公婆婆由于在外地没有出庭。

法院认为,夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产及婚前财产的约定,对双方具有约束力。双方对房屋产权共有约定,李某占99%,丈夫占1%,法院予以支持。李某丈夫的遗产为5700元,由李某、女儿、公公、婆婆共同继承。由于折合该房产面积不足一平方米,此部分房产无法分割,法院认为李某女儿、公公、婆婆以获得货币的形式取得遗产、享有继承权为宜。法院判决房屋归李某所有。李某给付三人各1425元。

办案法官说,我国《婚姻法》是允许双方婚后对夫妻共同财产的归属自行约定的,这种财产约定在法律上被称为“婚内财产协议”。婚后购买的房屋,夫妻在房产证上可约定“按份共有”以及双方的权属比例。如要分割,法院一般会尊重当事人的约定,按照各自所持份额进行分配。

哈尔滨:争房产兄妹形同陌路 多份遗嘱引姐弟对簿公堂

2014年2月17日 黑龙江晨报 吴雨桐

近年来,随着人们法律意识不断提高,“公证遗嘱”这个词渐渐走入大众视野。哈尔滨公证处统计,十几年前

遗嘱公证这项服务刚刚推出时，哈市每年受理三五例，现在每年要受理三四百例，很多老人都趁着身体状况良好时对自己的财产做出公证，这样既可避免去世后子女争产，也保障了自己的生前意愿。

为免身后子女争遗产 哈市遗嘱公证渐火

为争房亲兄妹反目 公证遗嘱平息争端

陈青和陈静是亲兄妹，因父母留下的遗产两人闹得不可开交，每次见面都要大吵一架。哥哥陈青甚至因为遗嘱问题将妹妹陈静告上了法庭。

二人的父母生前拥有两套房屋，一套是单位分配的一居室福利房，另一套则是共同购买的两居室房屋。退休后，二老一直居住在自购的两居室房屋中，父亲一直对哥哥陈青疼爱有加，希望将来把两套房子都留给儿子，但母亲却更喜欢温柔体贴的女儿，而且陈静一直很孝顺二老，婚后家庭条件也并不太好，一直跟公公婆婆居住。母亲认为，应把其中一套房子给女儿，让小两口有自己的住房。

2010年，年事已高的二老决定立一份遗嘱将两套房产做个分配，并到公证处进行了公证。父亲最终听从了母亲的建议，在公证遗嘱上写明，待两人百年归老后，一居室房屋归陈静，两人居住的两居室房屋归陈青。此后两年中，女儿陈静一直和丈夫居住在那套一居室中，两位老人则继续和儿子一家住在二居室房子里。

2012年5月，母亲因病去世，父亲继续跟儿子一起生活。2012年10月，父亲因病卧床，仍然由共同生活的儿子、儿媳照料。在父亲生病期间，陈青几次三番对父亲说，自己是陈家的长子，几年来一直是他和妻子照顾父母的生活和起居，现在自己也有了儿子，考虑到多方面因素，父母的两套房产都应由自己继承。原本就疼爱儿子的父亲终于被陈青说动，卧床的父亲找来几位亲友，并在亲友的见证下由他人代笔写下了一份新的遗嘱，表明自己去世后，一居室和另一套两居室均归陈青。得知父亲改了遗嘱后，妹妹陈静闹到了家里与哥哥大吵一番，“大房子都给你了，凭什么我住的小房子你还要？”从此后，兄妹两人形同陌路，每次在父亲的病房相见都少不了要吵一架。

2013年3月，父亲因病去世，拥有新遗嘱的陈青认为自己多年来一直尽心赡养父母，且手中握有父亲最新立的遗嘱，便要求妹妹将居住的房屋腾出来。但妹妹陈静却认为，父母之前立有公证遗嘱，该房屋是由自己继承的，遂拒绝了哥哥的要求。要房遭拒后，陈青将妹妹陈静诉至法院。

法院审理认定，公证遗嘱是严格且具有证明力的遗嘱方式，且法律效力最高，遂依据生效的公证书，判决一居室房屋归妹妹陈静所有。

多份遗嘱引纠纷

林淑芬与丈夫育有一子一女，因为生前曾立下过多个遗嘱，在她去世后，子女们因为谁的遗嘱才有效而闹上了法庭。

2003年，林淑芬与丈夫购买了一栋房产共同居住。2008年，丈夫去世前立下遗嘱，表明要将该房产交由林淑芬继承。因为两名子女均有自己的住房，丈夫去世后林淑芬继承了房屋并独自居住。由于身体状况不好，女儿常常来照顾林淑芬的生活，但工作繁忙的儿子只有周末和年节时才去看她。为此，姐弟俩没少吵架，姐姐常抱怨弟弟不孝顺，弟弟却认为姐姐是为了想要母亲的房子而刻意讨好母亲。

2010年5月，身体每况愈下的林淑芬立下一份公证遗嘱，将居住的房产属于本人部分及继承丈夫部分都由女儿继承。2011年3月，林淑芬病重住院期间，女儿因为工作外派，半个月才能去医院看望一次母亲，但此时儿子却一直守候在母亲的床前照料。在儿子每天的软磨硬泡下，林淑芬请人代为书写，又立下了一份新遗嘱，表明去世后房产全部由儿子继承。

2012年7月，再次病重的林淑芬又将两名子女叫到身前，当面对自己的财产进行了分配，林淑芬表明，自己的5万元存款及房产变卖后所得资金用于支付她治病、生活、丧事等支出，如果自己去世后仍有剩余资金，这部分钱由两名子女平均分配。2012年9月，林淑芬因病去世，留下3.2万元存款和两份遗嘱。此时，儿子和女儿都认为，现金可以平均分配，但房产应归自己所有。拥有房屋后备钥匙的姐姐甚至换了门锁，不让弟弟入内。最终，弟弟将姐姐告上了法庭。

法院经审理认定，林淑芬生前最终并没将房屋变卖，也是对自己财产权利的合法处分，所以房屋作为遗产仍然存在。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。法院最终判定，以陈淑芬公证遗嘱的效力为准，房屋由女儿继承。

担心养子抢遗产 父亲立遗嘱并公证

今年78岁的张海龙和老伴有两个亲生女儿和一名养子，原本子女都很孝顺，但结婚后的养子却常常因为妻子与他争吵。张海龙担心，自己和老伴去世后同样有继承权的养子会和两个女儿争抢房产，最终决定立下遗嘱，将名下房产留给俩女儿，并到公证处进行了公证。

婚后张海龙和妻子一直没孩子，因为喜欢小孩，同时也担心老了后没人照顾，所以就领养了一个儿子取名张海涛。3年后，张海龙夫妻生了一对双胞胎女儿，此时两人已与7岁的张海涛有了感情，所以决定继续抚养他长大。长大后的张海涛起初对父母十分孝顺，但准备结婚时，他却因彩礼问题与张海龙有过一次激烈争执。婚后，儿媳也因当年的彩礼问题对公婆生有嫌隙，常在张海涛耳边说父母的不是，认为父母始终更爱他们的亲生女儿，对养子张海涛并不关心。由于妻子总提及自己的养子身份，张海涛也渐渐对父母有了看法，认为父母更偏爱两个妹妹。

2012年7月,张海龙的老伴因病去世,张海龙妻子便劝他,应尽早劝父亲张海龙将房子更名,落到张海龙名下。因经济条件不如两个妹妹好,张海龙便来到父亲面前诉苦,希望拥有两套房产的父亲能将名下的一套房子留给自己。因与儿媳关系不好,且父子俩近年越来越疏远,父亲最终没同意养子的要求,反而开始认真思考起自己去世后的遗产分配问题。

2013年2月,因担心同样拥有继承权的养子会在他去世后和两个妹妹抢遗产,张海龙决定立一份遗嘱,将两处房屋中属于自己的份额留给女儿,并到公证处进行了公证。2013年11月,张海龙因病去世,张海龙并不知道父亲曾立过遗嘱,认为自己和两个妹妹共同拥有继承权,要求对父亲的遗产进行分配。最终,法院按张海龙的公证遗嘱意愿将两套房屋属于张海龙的份额分别分给了两名亲生女儿。

据哈尔滨公证处一位负责遗嘱公证的工作人员介绍,因争遗产导致家庭矛盾的例子不在少数,一些老人偷偷将自书遗嘱藏在家中。卧病在床时,有的子女翻出遗嘱发现继承人不是自己,就开始大闹。本该颐养天年的老人闹得晚景悲凉。其实有一个不错的办法就是生前确立一份公证遗嘱,封存起来生前没人能看到,当事人过世后才能启封。哈尔滨公证处从2月开始开展“为老年人免费办理遗嘱公证和保管遗嘱”公益服务活动。凡满60周岁或80周岁的老年人均可享受此项服务。60周岁以上的老年人可免费保管遗嘱。80周岁以上的老年人免费办理遗嘱公证。(文中人物均为化名)□

北京市海淀区法院:儿子去世,天降“孙女”要分遗产

2014年2月19日 检察日报 文海宣

亲生儿子刘明突发疾病去世,年过半百的刘先生和王女士还沉浸在悲痛之中,却不料,从天而降一个“孙女”将二人诉至法院,要求分割刘明的遗产,这让刘先生和王女士傻了眼。日前,北京市海淀区法院审结了这起案件。

原告小华的法定代理人(母亲)马女士诉称,2007年6月,她生下与刘明共同孕育的孩子小华,但她一直未与刘明结婚,小华由她一人抚养。刘明于2010年6月因病去世,留下一套房产和30万元存款。由于被告刘先生夫妇一直不认可她们母女,不承认小华与刘明的父女血缘关系,不愿意分割刘明的遗产,故小华诉至法院,要求依法分割刘明名下的房产和30万元存款。

被告刘先生和王女士辩称,刘明去世前一直未婚,而且生前未向他们提及过有孩子。没有证据证明小华是刘明的孩子,因此不同意原告的诉讼请求。

法院经审理查明,小华于2007年6月28日出生,户口登记簿上显示其母系马女士。刘明为刘先生和王女士之子,1976年生,2010年6月突发疾病去世,生前未婚。庭审中,小华的法定代理人向法庭提交证人证言、马女士在医院的化验单及检测报告,欲证明马女士与刘明曾是男女朋友关系,并且发生过性关系;并提交小华的出生医学证明,欲证明小华系刘明的亲生女。后经法院调查,小华法定代理人提交的出生医学证明与医院同一编号下存档登记的新生儿姓名、生父名字均不一致,对此,小华一方未作出合理解释。小华的法定代理人向法院提出申请,要求对小华与被告刘先生和王女士的血缘关系进行鉴定。刘先生和王女士对上述证据均不予认可,且不同意做亲子鉴定。

法院经审理后认为,根据现有证据,无法证明小华系刘明的亲生女。虽然小华的法定代理人提出亲子鉴定的申请,但是因为刘明已经去世,鉴定采样只能隔代取样,亲子鉴定本身存在一定的风险;同时,由于亲子鉴定关系到伦理、道德、当事人声誉等重大问题,在小华的法定代理人未能提供相关证据材料证明小华与刘明存在血缘关系可能性的前提下,且被告方坚决拒绝做亲子鉴定,法院对小华法定代理人的申请不予批准。在无法确定小华与刘明存在亲子血缘关系的情况下,小华依法不能继承刘明的遗产。最后,法院判决驳回了小华的诉讼请求。

法官释法:继承法第10条规定,非婚生子女与婚生子女均有权继承遗产,但目前小华一方提交的证据,无法证明小华与刘明系父女关系。

关于亲子鉴定,最高人民法院1987年6月15日《关于人民法院在审判工作中能否采用人类白细胞抗原做亲子鉴定问题的批复》中,确定了法院在审理案件中运用亲子鉴定的基本规则。最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(三)》第2条也规定:“夫妻一方向人民法院起诉请求确认亲子关系不存在,并已提供必要证据予以证明,另一方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定的,人民法院可以推定请求确认亲子关系不存在一方的主张成立。当事人一方起诉请求确认亲子关系,并提供必要证据予以证明,另一方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定的,法院可以推定请求确认亲子关系一方的主张成立。”

实践中,在处理亲子鉴定程序方面应该把握以下原则:一是亲子鉴定应当以双方自愿为原则,因为这既涉及人与人之间亲情关系的变化,又关系到婚姻家庭关系的稳定;二是申请做亲子鉴定的一方应当完成相当的证明义务,在一方拒绝做亲子鉴定的情况下,提出亲子鉴定主张的一方应承担与其主张相适应的证明责任,只有在申请人完成了相关证明责任,足以使得法官产生内心确信的基础上,才能够进行亲子鉴定;三是举证妨碍的认定条件应当从严把握,如果被申请人拒绝做亲子鉴定,导致亲子关系无法确认的,应当推定对其不利的事实成立,但是应满足以下条件:1.提出申请的一方应当是亟待抚养和教育的非婚生子女或者与非婚生子女共同生活的父母一方;2.提出申请的一方已经完成了与其请求相当的证明责任;3.被申请人提不出足以推翻亲子关系存在的证据;4.被申请人拒绝做亲子鉴定。

南昌市东湖区人民法院：再婚后逝世留遗产 3 份遗嘱引发纷争律师建议进行遗嘱公证
2014 年 2 月 14 日 法制网 郭俊



中国江西网讯 被继承人死后，三份遗嘱将数位继承人扯进了一场耗时三年的官司；一个再婚 15 年的家庭，陷入争夺遗产后的反目。经判决、裁定、重审，直到如今，相关事实仍扑朔迷离；到底哪份遗嘱才是真实意思表示？哪份遗嘱具有最终的法律效力？

南昌中院发回重审后，该案于今年 1 月 10 日在南昌市东湖区人民法院重审，能否为这起纠纷案画上圆满的句号呢？

更为外界关注的是，对于再婚家庭，如何才能最大限度地避免此类悲剧的上演呢？

黄美琳（化名）拿着三份遗嘱
再婚后去世引发遗产纠纷

1 月 10 日，南昌市东湖区人民法院（以下简称东湖法院）重审了一起三年前的继承纠纷案。这起案件的背后，是一个再婚家庭扑朔迷离的遗产之争。

该案原告黄美琳，现年 52 岁。

1995 年 4 月 26 日，黄美琳与罗明结婚，双方都属于再婚家庭，婚前均有子女，婚后无婚生子女。

据黄美琳介绍，2010 年 7 月 31 日，罗明去世，留下两套房产、一间店面和数十万元积蓄。

黄美琳和她的女儿认为，位于南昌市马家园的房屋和位于环湖路的房屋虽然都是罗明婚前购买的，但黄美琳婚后为交清房款也出了不少钱，应属夫妻共同财产。

“可是当年我出钱的相关证据全部都丢失了！”为此，黄美琳一直愁眉苦脸。

罗明的儿女罗天和于田认为，这两套房产都是父亲在婚前购买的，且黄美琳无法出具为购房花钱的相关证据，所以应属罗明的个人财产。

黄美琳没有意识到，如房产为罗明的个人财产，则意味着罗明可在生前自行处理房产，无须黄美琳同意。

罗明也确实这么做了。

2010 年 3 月 18 日，罗明将同黄美琳居住的马家园房产出让给了罗天。直到罗明去世，罗天让黄美琳搬出时，黄美琳才得知此事。

那环湖路的房产该怎么办呢？

就在黄美琳拿出一份罗明的遗嘱来维护自己的利益时，罗天却拿出了两份罗明的遗嘱。

三份遗嘱内容皆不一致

2007 年 5 月 14 日，罗明亲笔立下了第一份遗嘱，并签字按下了手印。

在遗嘱中，他将马家园的房子留给了儿子罗天，环湖路的房子给了女儿于田。这份遗嘱因留有原件且是当事人亲笔书写，成为日后判决中的重要依据。

但它一直保留在罗天手中，黄美琳称自己直到罗明死后才知道有这份遗嘱的存在。

眼看着罗明年事已高，身体也越来越差，而夫妻双方的家庭情况也比较复杂，在 2008 年 6 月 4 日，由罗天代书，黄美琳督促罗明订立了一份遗嘱（即第二份遗嘱）。

在遗嘱中罗明对遗产的分配为：马家园的房产归黄美琳所有，而环湖路的房产则归罗天所有，他的积蓄则归于田所有。

黄美琳拿着这份遗嘱以为遗产继承问题就此可以合理解决了，但 2009 年 1 月 4 日，罗明竟又订立了第三份遗嘱。

当时罗明因右手手术无法写字，故由无利害关系的赵某和宋某代书见证。在遗嘱中，罗明再一次重新分配了个人财产：马家园的房产归罗天和于田所有，环湖路的房产归黄美琳所有。

但因原件丢失，黄美琳出示的遗嘱是复印件，且无其他相关证据印证。

其实，黄美琳也知道他们夫妻双方家庭情况复杂，为避免发生遗产继承纠纷，早在2010年，她就试探性地向罗明提出要去进行遗嘱公证。罗明听到此事，并不愿意。“他说自己以前就是公证处的，遗嘱不需要公证，相信他准没问题。”

罗明说这话的时候，身体已经每况愈下了，并于同年7月31日离世。

“我失去了应得的一切”

2011年6月，罗天约黄美琳商量财产继承事宜，未谈拢。一个月后，黄美琳接到了南昌市西湖区人民法院的传票，罗天把她告了。

尽管第二份遗嘱把马家园的房产给了黄美琳，法院经审理认为，罗明已在生前将这一房产过户给了罗天，所以该遗嘱不予认可。又因罗天长年在外地，他和黄美琳之间并未形成有抚养关系的继母子关系。

同年8月1日，法院判决黄美琳无权继续居住在马家园的房屋。

黄美琳虽然对此气不过，但因该房屋已经过户给了罗天，所以她放弃了上诉，“只能去争取环湖路的房子了”。

2011年12月6日，黄美琳向东湖区法院提起诉讼，要求继承环湖路的房屋，并依法分割被继承人罗明生前23万元的积蓄。

但是在2012年6月4日的判决中，因为法院认为第三份遗嘱是复印件且没有其他证据印证，不予采信，所以按照第一份遗嘱，环湖路的房屋归于田所有。而黄美琳仅得到了31250元的国债。

2012年7月18日，黄美琳向南昌市中级人民法院（以下简称中院）提起上诉。

“我至今仍清楚地记得他临走前说的三句话，那是在中午12点，他拉着我的手，用力地吐出了‘对不起’三个字，连续三次。”讲到这里，黄美琳早已泣不成声，“就这三声对不起？我失去了应得的一切。”

觉得黄美琳吃亏了的还有罗明的堂弟罗甲。

2010年3月，罗天从外地赶来南昌看望罗明，其间他曾和罗甲一起吃了饭。“二十多年来，我一共就见过他三次。”罗甲回忆说，“婚后的这些年，一直是黄美琳在照顾罗明。我觉得搞成现在这个结果，黄美琳很可怜。”

因邮票“失踪”产生矛盾？

黄美琳觉得自己落到今天这步田地，或许和两个继子女关系不好有关。

据介绍，1984年，罗明和前妻离婚后回到原籍南昌，儿子罗天和女儿于田则随前妻留在了东北。罗天目前是一名检修电工，于田则常年在美国。

1995年4月26日，黄美琳带着女儿和罗明结婚。

2010年，罗明领到了两套房产的房产证和土地证，上面均只有他的名字。黄美琳曾要求罗明去做财产公证，但罗明一直没有同意。“他就是怕公证了财产以后，我就不会再照顾她了。”黄美琳事后回忆说。

1996年7月，罗天来了趟南昌，还随身带了一块日式手表和一条金手链想要送给黄美琳。但黄美琳认为太过贵重，将礼物还了回去。

这是罗天和黄美琳的初次见面，“当时双方都很开心。”黄美琳说道。

但也就是在这一年，罗明发现祖上留下的邮票不见了，这在当时是非常值钱的物件，他本准备将它送给女儿于田。这件事让黄美琳受到了于田的指责，“他们认为是我偷了，可自从我嫁过来，根本没见过他们口中的邮票。”邮票最终也没有找到。黄美琳事后认为，这是一直横在她和于田之间的矛盾。

从此之后，罗明儿女和黄美琳此前的和善氛围便被慢慢撕破。2000年，罗天和于田邀请罗明去北京游玩，喜出望外的罗明叫上了黄美琳一同前往。可让他没有想到的是，等他们抵达北京，却被告知儿女们并不想见到黄美琳。于是，黄美琳便独自一人乘火车又回到了南昌，“心里很难受”。

当记者致电罗天求证时，对方听到是南昌打来的电话，立马说道：“我是罗天的朋友，你找他有什么事？”记者刚表明身份，对方就挂断了电话，随后继续拨打该号码，再无人接听。

就这样，一个原本和谐的家庭，种下了难以解决的矛盾。对黄美琳而言，这场再婚让她感伤不已。

公证遗嘱保证老有所依

据媒体报道，近年来，我国老年人再婚离婚案件呈逐年上升趋势，其中因婚前财产约定不明产生纠纷，最终导致离婚的占80%以上。

之所以会出现这样的纠纷，江西联创律师事务所律师王新民认为，再婚家庭形成原因复杂，其中大部分感情基础薄弱；再婚双方都有前家庭因素，牵挂较多，而两个家庭的成员之间隔阂较深，以致缺少信任。

“尤其当一方过世后，如果之前家庭成员间关系本就不好，遗产纠纷就在所难免。”王新民说，随着人们法律意识的加强，越来越多的人会选择“公证”的方式来保障自己的合法权益和晚年生活，其中公证遗嘱最受青睐。

据介绍，遗嘱可分为自书遗嘱、代书遗嘱、口头遗嘱、录音遗嘱和公证遗嘱5类，其中公证遗嘱是所有遗嘱形式当中法律效力最强的。其他4种形式的遗嘱，无论其设立的时间早晚，都不得撤销、变更公证遗嘱。没有公证遗嘱的，其余4类遗嘱不论形式，一律以最后所立的遗嘱为准。

“再婚家庭来公证遗嘱的时候，公证人员会跟他们讲清楚其中的利害关系，并对其中涉及的利益关系进行隔离，

确保老人自我意愿的真实表达。”南昌市豫章公证处的余主任此前告诉新法制记者，“特别是老年人这个群体，在世的时候就主动给对方财产，对方得到财产后就不理他的情况也会出现。为了防范这种风险，采取公证遗嘱的方式来保障自己的利益最为合适。”

南昌市东湖区法院研究室主任胡振艺也表示，因再婚家庭的婚姻基础较为薄弱，有的还存有较强的目的性，如果双方再婚前没有对婚后生活、财产等作出约定或签订协议，没有采取法律手段进行财产公证，极易引发矛盾。记者从南昌公证部门了解到，除了公证遗嘱，再婚、财产分割、子女赡养等也可作为公证项目。

即便是碰到了遗产继承纠纷，公证遗嘱作为最为严格、最具证明力的遗嘱方式，也能助当事人仅用极短的时间轻松打赢官司，避免扯皮。

2012年12月17日，南昌市中院撤销东湖法院的原判并发回重审。于是，就有了今年1月10日的重审，但等待黄美琳的，会是什么结果呢？

（黄美琳、罗明、罗天、于田、罗甲均为化名）

◎文/图王婕记者郭俊

南通市中级人民法院：多年前建房借母户籍“上位” 今朝拆迁兄长索要“遗产”

2014年2月19日 江苏法院网 钱军 王维申

24年前，农村户口的赵涛借助母亲的城镇户口建房，并将房产登记于母亲名下，拆迁时遭遇兄长索要拆迁款的窘境。2月18日，随着南通市中级人民法院终审判决的送达，这起析产纠纷案画上句号，法院判决驳回赵理的诉讼请求。

借助母亲城镇户籍建房

案件当事人赵理、赵涛兄弟分别出生于1946年和1958年，年龄相差12岁，他们的父母赵玉德、王惠生有五个子女，即长女赵英、长子赵祥、次子赵琪、三子赵理、四子赵涛。

长子赵祥上世纪50年代末即从事教育工作。1986年，赵祥落实知识分子政策时，其父母赵玉德、王惠的户籍由农村户籍转为海安镇城镇户口。此前，赵玉德、王惠在海安县乡下务农。1987年初，因户籍转变，赵玉德被照顾安排至县城海安镇一幼儿园传达室工作，王惠也随赵玉德一起居住在该幼儿园内。1988年1月27日，赵玉德去世。因母亲王惠生活无着，经弟兄们协调后，确定王惠随赵涛生活，弟兄们每人贴补母亲赡养费10元/月。

赵涛1976年高中毕业，1983年当兵复员后，曾先后在海安镇三家单位从事驾驶员工作，且在县城租房居住。1989年3月30日，为解决其住房问题，赵涛与海安镇永安区居民程玉英达成房屋买卖合同一份，载明：程玉英将其坐落在海安镇永安区的草房三间，以3000元的价格转让给赵涛。赵涛所在单位、海安镇永安居民委员会、海安镇人民政府、海安镇房产管理所均在上述契约上加盖了印章。同年4月4日，赵涛依法缴纳了转让价6%的契税。同日，政府向赵涛颁发了契约执照。

1989年时，赵涛系农村户籍，依据当时政策规定，夫或妻一方系农村户籍的，不得在城镇范围内自建房屋。因赵涛母亲王惠系城镇户口，且又随赵涛生活，赵涛便以其母亲王惠的名义向海安镇政府提出翻建房屋的申请。由于自建房屋存在面积上的限制，即人均不得超出25平方米。为此，赵涛请人出面向他人借用城镇户口的三口之家的户籍一并申请建房。1990年2月23日，经相关部门批准同意在赵涛购买的三间草房的基础上拆旧翻建建筑面积为75平方米的楼房一幢。该房建成后不久，所有权登记在王惠名下。1997年，赵涛又在原有基础上加盖了二间房屋，并对所有房屋重新进行了装修。1990年房屋建成后，王惠即在该房屋内居住，直至其2003年3月去世。

1994年9月4日，赵涛经批准后迁入海安镇，并办理了非农户口入户登记手续。

权属之争兄弟对簿公堂

2012年初，上述楼房被列入政府征收范围，经一系列拆迁安置程序后，赵涛于2012年10月24日与有关部门签订国有土地上房屋征收补偿安置协议一份，协议确定拆迁补偿款总额为1893432元。

在上述房屋征收过程中，拆迁工作组曾告知赵涛，赵理等人对拆迁房屋的所有权提出异议。为此，赵涛将其购买三间草房的相关手续交予拆迁工作组。2012年10月12日和同年11月7日，赵涛又分别以书面形式向拆迁工作组人作出承诺：如工作组将补偿款给本人，由此引起的家庭兄弟间的一切矛盾由本人协调解决，与工作组无关。同年11月5日，赵涛将涉案房屋交予拆迁部门，并于11月9日取得补偿款1893432元。

2013年3月，赵理将赵涛告上法庭，要求分割上述拆迁补偿款。法院向赵英、赵祥、赵琪发出通知，要求三人对涉案财产是否主张权利作出明确表示，三人先后自愿放弃参与分割其母亲名下房屋拆迁补偿款的权利。

原告赵理诉称，我母亲王惠曾于1990年在海安县海安镇自建二层楼房一幢及院内平房一间，房屋的产权登记在母亲的名下。母亲去世后，该房屋由赵涛居住，一直未进行分割。2012年初，政府发出征收公告后，我与赵英、赵琪一起或单独与赵涛商谈分割事宜，均无结果。现赵涛单方获取了1893432元，为维护本人的合法权益，请求法院判决分割给本人拆迁补偿款1893432元的五分之一，即378686.40元。

被告赵涛辩称，我们父母所生五名子女，成家后分别分户独立生活。父母随哥哥赵祥进城后，父亲到幼儿园做门卫，母亲没有工作，跟父亲一起住在幼儿园门卫室，母亲年老体衰多病没有任何经济收入来源。1989年3月，为了解决我住房困难，我出资向他人购买了土地和旧草房。按照当时的政策规定，我是农村户口，在城镇不符合建房

条件，由于母亲是城镇户口，又跟随我生活，所以在我申请建房的时候借用了母亲的名义申请审批建房报告。按政策城镇户口人员每人申请建房面积不超过 25 个平方，为了多增加审批面积，我请幼儿园园长周某借了易某一家三人的户口。建造房屋所需要的资金都是由本人支付的，因而赵理所诉称与事实不符。请求法院依法驳回原告赵理的诉讼请求。

证据复原事物本来面貌

审理中，赵祥表示放弃权利的同时，书面回复海安法院称：1986 年本人落实知识分子政策时，父母的户口由农村转为海安镇城镇户口，失去了土地，生活无着落；父亲被照顾到幼儿园工作时仅每月领取二十多元的工资。1987 年父亲因患胃癌死亡，花费医疗费、丧葬费近 20000 元，没有留下任何财产；因母亲生活无来源，加上多年患病，在父亲去世后，由兄弟们每人贴母亲 10 元/月，让母亲跟随赵涛生活。1990 年赵涛建房时，母亲已经 75 岁，根本不可能，也无能力建造楼房，建造楼房所需的费用都是由赵涛出的；本人放弃要求分割拆迁补偿款的权利。

赵玉德、王惠原所在村委会出具了一份情况反映，主要内容：原村民赵玉德于 1987 年去世，赵玉德去世前无经济能力，看病的费用由四个儿子分担。赵玉德去世后，其妻王惠身患多种疾病，生活无经济来源，由四个儿子出资供养，跟随赵涛居住生活。

上述幼儿园园长在证词中陈述：赵涛的妻子胡某曾经是我们幼儿园的临时工，在他们建房时曾经找到我说在县城买了三间旧房子准备翻新。因为农村户口不好建房，只有母亲一人是城镇户口，想多建房，于是就找到本人想借个城镇户口的户口本用一下；后来是我借的学生家长的户口本给赵涛使用了一下。

庭审中，赵理诉称：我父亲早年开酒坊一直开到 1956 年；后来我父亲去花炮厂做工人，另外还搞家庭副业，一直到转户口到海安，我也曾经看到他们有过存折的。1990 年母亲在建造涉案房屋时，我向母亲提供了 6000 元购买土地使用权和 10300 元购买建筑材料，这 16300 元是我赠与母亲建房的。

赵涛对赵理陈述予以否认，并辩解道：总计购买土地和三间草房花费了 3000 元，怎么可能赵理向母亲提供 6000 元购买土地。赵理对其主张母亲有能力建房和给付母亲 16300 元未能提供相关证据予以证实。

法院借助情理作出判决

海安法院审理后认为，本案争议焦点在于王惠名下的涉案楼房（含附属设施）的实际所有权人是谁？

其一，从被告赵涛购买三间草房的目的以及其母亲跟随其生活的实际情况综合分析，王惠名下的涉案楼房（含附属设施）实际投资建造人及所有权人应认定为赵涛。

为解决其住房问题，赵涛在县城向他人购买土地和三间草房，依法交纳契税，其行为得到了政府的确认，并向其颁发了契约执照。可以确认，赵涛依法享有三间草房和土地的相关权利。赵涛购买草房的目的并非在三间草房中生活居住，显然有意对房屋进行拆旧翻新，但由于当时政府限制农村户籍的人员在城镇范围内建房，赵涛不能以自己的名义申请建房。鉴于其母亲系城镇户口，加之母亲又跟随其生活，故赵涛以母亲的名义申请翻建房屋，其做法符合母子亲情的特殊关系。故而，赵涛以其母亲名义申请翻建涉案房屋的事实成立。

其二，原告赵理诉称其父母有积蓄，且有能力建造涉案楼房缺乏事实依据。

1986 年前，赵理、赵涛的父母在农村务农，当时国家尚处于计划经济向市场经济转变过程中，我国农村村民收入来源渠道有限，多数村民尚处于较为贫困和解决温饱的阶段。赵理声称其父母转为城镇户口前，在村办厂做工人有一定收入，但从当时收入状况看难有积蓄；1986 年，赵理、赵涛父母户籍转为城镇户口后失去承包土地而到海安县城生活，父亲在幼儿园只从事门卫工作一年，月收入仅 20 元左右，且又与无生活来源的妻子共同生活，其收入与消费的差额十分有限，即便存在积蓄也微乎其微。1987 年，父亲去世后，母亲王惠生活无着，经子女商定，每人每月贴补母亲 10 元钱作为赡养费用，母亲的生活方才得到保障，可见其母亲处于生活不宽裕的状态。在此情形下，王惠在 75 岁高龄时，由自己出资向他人购买三间草房并翻建楼房的可信度较低。同时，赵理称其父母生前存在积蓄和建房时其给付母亲 16300 元，但未能提供证据加以证明，当然不能予以采信。

综上所述，赵理的陈述缺乏事实依据，其诉讼请求不应予以支持。依照《中华人民共和国物权法》、《中华人民共和国民事诉讼法》、最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》的有关规定，判决驳回原告赵理的诉讼请求。

一审判决后，原告赵理不服，提出上诉。

南通中院审理后认为，当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或证据不足以证明当事人主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。本案现有证据材料能够形成相应的锁链，证明赵涛购买三间草房后借用其母亲王惠名义重新翻建楼房。赵理所举证据不足证明其事实主张，故其诉讼请求难以支持。原审认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。遂依照《中华人民共和国民事诉讼法》第 170 条判决，驳回上诉，维持原判。

评析：本案表面上是个拆迁款分割纠纷，但实质上涉及房屋名义登记人与实质出资人不一致时，如何界定房屋所有权人的问题。

不动产物权的设立、变更、转让和消灭，依照法律规定应当登记的，自记载于不动产登记簿时发生效力。不动产登记簿是物权归属和内容的根据，由登记机构管理。当不动产登记簿及不动产权属证书（对外发给当事人）上登记和载明的权属人与实际出资不一致，且有证据证明确有错误时，法院能否依法判决重新确权呢？对于这一问题，

我国法律和司法解释并未直接回答，但有可参照的间接规定。《中华人民共和国物权法》第19条第1款规定：“权利人、利害关系人认为不动产登记簿记载的事项错误的，可以申请更正登记。不动产登记簿记载的权利人书面同意更正或者有证据证明登记确有错误的，登记机构应当予以更正。”尽管这条规定基于登记机构纠正错误角度作出，但它表明错误可以重新纠正，符合法律的公平正义和诚实信用精神，而法院审判同样应坚持公平、诚实信用原则，对于房屋权属错误理当重新确权。

权属登记人与实际出资人不一致，主要由于三种情况造成：一是登记行为不当；二是历史因素所致，如我国曾限外国人、港、澳、台人员到内地购房置业，农村户籍人到城里建房，一些人为规避政策借内地人或城里人名义购房或建房，将房屋登记在相关内地人或城里人名下；三是实际出资人将房屋赠与他人引发，如父母购房后将房屋登记在子女名下。对于第一种情形，当事人可直接通过行政诉讼解决。第二种情形则可在民事诉讼确权基础上，再由行政机关更正。根据物权法19条的规定，有证据证明登记确有错误的，登记机构应当予以更正，而法院的生效裁判文书则是最好的证据。当然，诉争房屋列入拆迁的，可在确权基础上，直接明确拆迁补偿款的归属。第三种情形如不符合合同法规定的撤销赠与合同的条件时，则不可撤销，也不存在更正问题。

目前，司法实践最难区别的是第二种和第三种情形。司法案例中，第三种情形往往发生于父母将现有房产赠与子、女，或者帮助子、女全额、部分支付房款后，子、女与其配偶关系不睦，父母不愿房产被“外人”分割，而主张房产登记出错要求更正。个别情况则因子女不孝产生。区分是否为赠与，应进行综合判断，既要比较证据优势，也要结合社会情理，社会情理可以增强法官的内心确信。根据社会常态，父母向子女赠与房产可能较大，而子女向年迈父母赠与房产可能则较小，尤其父母有多个子女的情况下更是鲜见，除非存在当地人所共知的特殊原因。

从本案的情况看，原告赵理声称其向75岁老母赠款购地买房，而其却在母亲去世十年后才起诉主张权利，显然不符合社会常理，故其主张难以采信，法院判决驳回其诉讼请求并无不当。

上海宝山区法院判决：按公证遗嘱继承

2014年2月21日 上海商报 周敏 欣慰

《遗嘱》和《协议》相互“打架”

严老太将自己房屋通过遗嘱公证给了赡养她的小儿子，其他三个儿子得知后强行与小儿子签订共同共有协议，面对一份《遗嘱》、一份《协议》，如何分配该房屋？近日宝山法院判决按照遗嘱继承，协议可以作废。

2007年，位于宝山区大场镇的严家动迁时得到四套房子。面对四个儿子和一个女儿，年过八旬的老母亲严老太称，因小儿子户口不在动迁范围，四套房子自己拿一套，三个大儿子每人一套，谁出钱补偿女儿并赡养老母亲，母亲的一套房子百年后就归谁。

当时只有小儿子站出来，拿了6万多元给姐姐，并一人承担了赡养老母亲责任。2010年10月，小儿子带上老母亲到公证处做了遗嘱公证，称老母亲过世后将其动迁安置的本市祁华路59弄某房屋由小儿子继承。2011年6月，其他三个儿子得知母亲已经做了遗嘱公证后，与小儿子争执起来，最后，大家签订了书面协议，约定系争房屋归四个儿子共有。2012年1月31日，被继承人严老太过世。

去年年底，小儿子向宝山法院起诉，要求根据遗嘱确认祁华路59弄某号房屋归原告所有。

法院认为，被告虽对该遗嘱有异议，但并未提供证据否认该公证遗嘱的法律效力。另外，原告与被告签订协议时，被继承人尚未去世，财产权利还未发生转移，原、被告对系争房产所作的处分属于无权处分。法院认为本案系争房屋应依据公证遗嘱处理，判决系争房屋归原告所有。

六、房产、股权

(一) 房产

江苏省无锡市崇安区人民法院：丈夫卖房妻子拒过户买家败诉

2014年1月26日 法制日报 马超

丈夫擅自出售房屋并签订房产转让协议，妻子以不知情为由拒绝过户，而不想吃哑巴亏的买房人将这对小夫妻告上法庭。近日，江苏省无锡市崇安区人民法院对该案进行一审判决，因妻子李某未在协议上签字，且在诉讼中明确表示不愿出售房屋，法院认定房产转让协议不成立。

邵某和李某是夫妻关系。2013年6月，邵某将一套属于夫妻共同财产的房屋在中介登记出售。很快，周某看中了该房屋，并通过中介联系上了邵某。周某称，当时邵某出示了房屋产权证和其妻子的共有权证，并且该房屋的贷款已经还清。为此，两人签订了房屋转让协议，邵某在协议甲方一栏里代其妻子签了名。周某现场交付了两万元定金。

定金付了，中介费也交了，但邵某却迟迟未履行房产转让协议。经多次协商未果，周某将邵某夫妻诉至法院。

案件审理过程中，李某明确表示不愿意出售房屋。李某称，中介公司曾带周某上门看房，其已经说过房子不卖了，且在与周某通话中也提出卖房系其丈夫的意思，自己没有同意。

面对李某的说辞，周某表示，邵某拿的证件齐全，其完全有理由相信，出售房屋是夫妻俩的共同意思表示，直到2013年7月中介公司告诉他才得知李某不愿意出售房屋，到9月份正式确定对方不卖房了。

周某认为，邵某和李某已经违约，要求对方双倍返还购房定金4万元，赔偿其中介损失费2.5万元。

经法院审理查明后认为，当事人采用书面形式订立合同的，自双方当事人签字或盖章时合同成立。房产转让协议

载明甲方为邵某和李某,故李某也是合同当事人之一,但李某未在该协议上签字,且其明确表示过不愿意出售房屋,所以该房产转让协议不成立。最后,法院判决邵某返还周某购房定金两万元。

■以案释法

夫妻家事代理应区分对待

据该案承办法官马磊介绍,这是一起典型的家事代理纠纷。根据婚姻法规定,夫妻对共同所有的财产有平等的处理权。因日常生活需要而处理夫妻共同财产的,任何一方均有权决定,但夫或妻非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要决定,夫妻双方应当平等协商,取得一致意见。

马磊表示,当涉及夫妻一方对外所为民事法律行为效力与承担责任时,首先需要判断该行为是否属于日常生活还是非日常生活范畴。一般来说,涉及家庭柴米油盐事务系日常生活,但如涉及住、行、子女教育等事务自然应夫妻互商互量。

该案中,丈夫擅自出售房屋的行为不属于日常生活范畴,应当认定无权处分,协议无效。但如果买受人有证据证明其有理由相信该出售行为系夫妻双方的意思表示,且其是善意购买人,则夫妻一方的出售行为构成表现代理,该售房行为就是合法有效的。

北京市昌平区人民法院:妻子瞒着丈夫擅自卖房 法院判决买卖合同无效

2014年1月28日 人民法院报 刘海渊

本报讯 宋女士因夫妻关系不和,在丈夫周先生不知情的情况下通过中介与王女士签订房屋买卖合同,并获得房款。周先生得知后,将宋女士与王女士诉至法院,请求确认合同无效。近日,北京市昌平区人民法院依法判决支持了原告的诉讼请求。

原告周先生与被告宋女士于2005年登记结婚,2011年购得了位于昌平区的一处房屋。2012年11月,宋女士通过房地产中介公司与王女士签订房屋买卖合同,并当场出具书面声明,该房屋售出后如夫妻之间发生任何纠纷均由宋女士一人承担,与王女士无关。一周后,王女士支付了房屋首付款,双方办理了网签手续。

周先生诉称:该房屋是夫妻共同财产,妻子私自出卖房屋的行为侵犯了自己的合法权益,因此提起诉讼,请求依法确认二者签订的房屋买卖合同无效。

宋女士认可丈夫的说法,因夫妻感情不和,家庭随时可能解体,因经济有些拮据,于是就想把房子卖了。中介和王女士都知道房产是夫妻共同的,于是出具了书面声明。

王女士并不这么认为,她说与宋女士签订的合同是真实意思表示,房款已支付97%以上,宋女士也说过家里是她做主,且房屋预售合同中买受人也只有宋女士一人的名字,作为善意第三人,合同应该是合法有效的。

昌平法院经审理后认为:涉案房屋所有权证明虽然登记为宋女士单独所有,但为夫妻存续期间购买,应为夫妻共同财产。宋女士对于房屋的出售等重大事项应使原告周先生知晓并取得其同意。作为购买方的被告王女士经中介工作人员告知,已知房屋涉及原告利益,且在对原告是否同意出售涉案房屋未进行审查的情况下仍然与宋女士签订房屋买卖合同,其不具备第三人善意购买的条件,因此法院判决被告宋女士与被告王女士签订的《北京市存量房屋买卖合同》无效。(刘海渊)

北京昌平区法院:妻子瞒夫卖房被判无效 买主知道房产为夫妻共有 未取得卖主丈夫同意

2014年2月8日 北京晨报 何欣

宋女士因夫妻关系不和,在丈夫周先生不知情的情况下通过中介与他人签订房屋买卖合同,并获得房款。周先生得知后,将妻子及买房人一同起诉至法院,要求确认合同无效。最终,昌平法院判决支持了周先生的诉讼请求。

妻子卖房 老公不知

宋女士同周先生2005年登记结婚,2011年夫妇二人在昌平区某小区购买了一套房屋。2012年11月,妻子宋女士瞒着丈夫,找到房产中介公司,将这套房屋挂牌出售,并且很快同买主王女士签订了房屋买卖合同。为了让王女士放心购买,宋女士还特意出具了一份书面声明,声称该房屋售出后如夫妻之间发生任何纠纷均由宋女士一人承担,与王女士无关。合同签订一周后,王女士支付了房屋首付款,双方办理了网签手续。

而直到手续全部办完后,周先生才知道自己房屋已被卖掉,其曾找到王女士讲明事实,但对方拿出宋女士手写的声明,表示自己不想掺和其夫妇二人之间的纠纷。要房无果的周先生随即将妻子以及买房人王女士起诉至法院。

房产共有 买主知情

周先生表示,该房屋是夫妻共同财产,妻子私自出售房屋的行为侵犯了自己的合法权益,因此提起诉讼,请求依法确认二者签订的房屋买卖合同无效。

面对丈夫的起诉,宋女士在法庭上承认房子确实是夫妻共同财产,但同时表示,自己同周先生间夫妻感情不和,家庭随时可能解体,而自己最近经济有些拮据,才想着把房子卖掉。宋女士表示,由于中介和买主王女士都知道房产是夫妻共同财产,自己为了顺利出售才为中介和王女士出具了免责书面声明。

买房人王女士则表示自己十分无辜,其认为自己与宋女士签订的合同是真实意思表示,自己也已经支付了97%的房款。王女士表示,宋女士曾说过家里的事都是她做主,加上该套房屋的预售合同中买受人一栏中也只有宋女士一人的名字,因此自己作为善意第三人,合同应该是合法有效的。

法院判决 合同无效

昌平法院经审理后认为，涉案房屋所有权证明虽然登记为宋女士单独所有，但为夫妻存续期间购买，应为夫妻共同财产。宋女士对于房屋的出售等重大事项应使原告周先生知晓并取得其同意。作为购买方的被告王女士经中介工作人员告知，已知房屋涉及周先生的利益，但仍在不确定周先生是否同意出售涉案房屋的情况下与宋女士签订房屋买卖合同，其不具备第三人善意购买的条件。

最终，法院判决妻子宋女士与买房人王女士签订的《北京市存量房屋买卖合同》无效。

上海市奉贤区人民法院：一套别墅毁了一家亲情

2014年2月10日 人民法院报 严剑漪 严爱华



钱是何物，情是何物，人更是何物？是钱控制着人，让人丧失了情与理，还是人被钱所迷惑，让人眼中除了钱还是钱？

这是一个曾经让村民们都非常羡慕的家庭，一家四口，一对女儿出落得漂漂亮亮；男人能干善于交际，经常在外揽些土建活赚钱养家；女人贤惠，勤劳能干，在家抚养孩子，孝敬婆婆。谁也没有想到，就是这样一个和睦、安宁，充满温馨的农村家庭，为了房屋动迁款，竟然不惜对簿公堂，接连打了三场官司。夫妻情、母女情、父女情、姐妹情荡然无存……

1

拆迁带来连锁“福音”

家住上海奉贤东部农村的陶珍才50多岁，但整个人看上去已经很苍老了。

三十多年前，勤劳质朴的陶珍经人介绍与李候光相识，结婚后生下了一对女儿。在村民们还在田头埋头苦干时，头脑活络的李候光已经在外面接起了建筑活儿，通过朋友的介绍做起了小型建筑工程的包工头，钱渐渐地越赚越多，李候光便在自家宅基地上像模像样地盖起了一幢小楼，让村里人好不羡慕。

2000年9月，李家居住的房屋因路政建设需要拆迁，这无疑给李候光夫妇带来了福音。按当时的行情，房屋动迁款可以拿到29万元，这笔钱对于那时的农村家庭可谓是一笔巨款。李候光的小女儿李莉对此记忆犹新，她回忆，当时考虑姐姐李敏正要出嫁，父母决定分给她动迁款5万元，而且将这笔钱留在了次年一月李敏结婚时连同嫁妆一起送出。由于那一年李候光的工程做得特别顺利，他一高兴，便花了8万元钱购置了一块宅基地，建了一幢400多平方米的别墅。

按农村习惯，大女儿嫁出，小女儿要留在家中，日后也好给父母养老送终。李家既然造了一栋别墅，小女儿李莉便招赘入婿。不久，小女儿也结了婚。

姐姐李敏对父母的安排也很心安理得，她作为长女从小为父母分担家事，边读书边下田干活，为家里作了不少贡献，父母给她5万元也是情理之中。况且，妹妹留在家中，日后享受的家中财产自然会比她更多。

看着女儿们先后成家立业，操劳半辈子的陶珍松了一口气，她绝对没有想到一个更大的烦心事正在等着朴实善良的她。

陶珍怎么也不敢相信，自己十分信任的丈夫李候光在外喝酒、玩牌不离身，竟然有了个相好，而且常常借口应酬深更半夜才回家。陶珍知道真相后伤心不已，她好言相劝丈夫，却惹来一顿臭骂，气愤的她干脆将门反锁，想给丈夫一点教训，没料到，李候光索性夜不归宿，夫妻之间从此产生了裂缝。

2

夫妻离异又遇动迁

2004年李候光承包了一个工地，没想到这次不再顺风顺水，工程做砸了，欠了一身债。为了躲债，李候光独自一人到外闯荡，债主们整天缠住陶珍讨要欠款，甚至雇人在晚上到李家敲窗砸门，搞得陶珍与女儿心惊肉跳，恐慌

不安。

一个女人独自撑家不容易，更何况要对付纠缠不休的讨债人，陶珍无法面对这样的现实。亲朋好友看她生活不易，都劝她离婚，好摆脱讨债人的纠缠。2006年她向法院起诉要求离婚，同一年她大病一场，幸亏小女儿李莉四处借钱，帮母亲求医看病。

三年半过去了，李候光忽然从外地回来了。到家后，李候光突然发现家已经不再是原来的家，至少，已经不是他的家了，老婆已经与他离婚了。

“想不到啊，我外出躲债，老婆却把我休了。”每每说起离婚一事，李候光总是怒气冲冲。

大吵大闹也没用，李候光最后默认了离婚的结局，两手空空的他恳求陶珍念在夫妻情谊上给他一个安身之处。在亲朋好友的劝说下，心灰意冷的陶珍看在孩子的分上，让李候光暂时入住一段时间。

李候光很想复婚，李的父母也尽力撮合，然而丈夫此前的行为彻底伤透了陶珍的心。

“我记得有一天晚上，父亲特意做了丰盛的菜，陪我一起喝了好多酒。父亲对我说，今晚你回家睡吧，对媳妇好点。想不到，这女人把我当成流氓了……”李候光说，原来，李的父亲想要儿子和陶珍复婚，但李候光回到家后，却遭遇了陶珍的反感，李候光有些恼羞成怒了，“父母和我原本想能破镜重圆，可是当我借酒壮胆、兴冲冲赶到家中躺在她床上时，被她大喊大叫赶了下来，还打了110报警，说我要强奸她，搞得我无地自容。”

“这么多年来跟着他，没享受过好日子，最后还要饱受艰辛和忍辱。好在女儿们都结婚了，我想清静清静，安安稳稳地度过晚年。”陶珍说。

2010年陶珍居住的房屋再次动迁，这次动迁与10年前的动迁大不一样，动迁房面积大且补偿款的单价远高于第一次的动迁，动迁款的总额十分可观而诱人。

于是，一场家庭内战一触即发，此后发生的一场场官司彻底打碎了世上最珍贵的亲情。

3

半路“杀出”的大女儿

据陶珍及小女儿李莉回忆，当初得知房屋又要动迁，李候光的一个亲戚上门毛遂自荐，称自己能搞定有关人员，帮她家搞到500多万元动迁款，让她们硬撑着暂时不要签动迁协议，并明确告知，超过500万元部分作为辛苦费归他所有。陶珍虽然觉得不妥，但李候光认为有人出面多搞点钱总是好的，便也一口答应了。

“鱼没吃着，反倒惹上一身腥。”陶珍每每想起此事就气不打一处来。

动迁的时候，她和女儿多次与房产开发商谈判，而李候光的那个亲戚却始终不曾露面。当年6月，眼看周围人家都开始动迁了，陶珍再也撑不下去了，便与有关部门达成了动迁协议：房屋动迁款为410万元，宅基地补偿款31万元，总计人民币441万元。为防止李家亲戚索要钱款，在签动迁合同时，陶珍故意将动迁款总额写成398万元，在另一份宅基地补偿款合同上将补偿金额写成43万元。

钱款刚到手，那个亲戚就上门来讨辛苦费了。看着死皮赖脸的对方，陶珍被逼无奈拿出了10万元了事。

了结了外人的纠缠，想不到家里人又开始闹翻。

“我的户口在娘家，这套房屋的动迁款理应有我的名分。”从传闻娘家房屋又要动迁时，大女儿李敏就时常回家看看。陶珍心知肚明，这个女儿是冲着动迁款来的。想到当年自己患重病急需钱治疗，多次找大女儿借钱，最终只借到了5000元，而此后这个女儿就很少回娘家，更没来医院照顾她，陶珍十分伤心。这次动迁款，陶珍打心里不愿再给李敏，但想想毕竟是自己的女儿，陶珍与小女儿及李候光商量后，决定给她30万元。

但大女儿李敏坚持认为自己是这套房屋的成员之一，应享有四分之一的份额，陶珍没想到李敏这么贪心，当初第一次动迁款已给过她5万元，这次动迁，早已出嫁的她本就不应该再拿钱了。于是，双方开始争吵，村委会调解多次都没有效果。

2010年7月，李敏聘请了律师，将父母亲及妹妹告上了上海市奉贤区人民法院。

庭审中，李敏诉称，其与陶珍、李候光及李莉三个被告都是第一套动迁房屋宅基地权利人，该房屋在2000年遇动迁被货币安置，原、被告四人取得动迁款人民币29万元后，购买一块宅基地并建造了这幢楼房。现该楼房又遇动迁，三名被告获动迁款人民币398万元，但未给她应得到的份额。李敏认为，其是该动迁房的权利人之一，理应享有动迁款四分之一份额，要求法院判令三被告支付其房屋动迁款人民币99.5万元。

陶珍一方辩称，2000年房屋动迁后，他们将5万元存入银行后，在原告出嫁时将存折连同嫁妆一起给了她，现这幢楼是三被告出资购买宅基地后建造的，原告当时已出嫁，未参与出资，房屋的准建证也没有原告的名字，所以三被告不同意原告的诉求，请求法院驳回。

面对陶珍等人的说法，李敏在法庭上再三强调，5万元是按农村风俗习惯，父母在女儿出嫁时送的嫁妆，并不是房屋动迁款。

上海市奉贤区人民法院审理后认为，原、被告四人所争议房产是在原、被告共同生活期间建造的，亦属原、被告四人共同所有，故该房屋的动迁款理应归原、被告四人分割，判决陶珍、李候光及李莉三被告支付原告李敏60万元。

4

父女母女再对簿

一波未平一波又起。李敏的这场官司还未结束时，李候光又开始为分割动迁款与陶珍发生纠葛。

原来，自李候光回来后，他搬进了“原本属于他自己的家”，但李候光始终认为陶珍对他很冷漠，不管饭不帮他洗衣服，只让他睡地板。更何况那次他曾在父亲的劝说下想回家与陶珍和好，结果被陶珍打110报警，吓得他只得在外租房。

没有女人的日子是不好过的。不久，李候光找了个离异女人另外组建了家庭。有家就得有房，李候光手头钱不多，便多次向陶珍提出要分割动迁款。

一边是大女儿打官司要动迁款，另一边是前夫吵着要动迁款，中间还夹着前夫的债主等着还钱。焦头烂额的陶珍只得先给了李候光16万元人民币。

“这幢楼房是我辛辛苦苦一手建造的，没有我，你们能得这么多动迁款吗？！”区区16万元怎能满足李候光的胃口。

2010年11月17日，经当地司法所调解，李候光与陶珍就动迁款及相关财产的分割达成一致协议，陶珍现居住地房屋归其及女儿李莉所有，一辆轿车和有关生产工具归李候光所有，陶珍另支付李候光36万元人民币。

441万元动迁款和宅基地补偿款先后只拿到52万元，李候光越想越觉得自己太亏了，经朋友指点，他聘请律师，在2012年2月打了一场确认合同效力纠纷官司。

开庭时，坐在原告席上的是李候光和大女儿李敏及律师，李敏以原告代理人身份帮父亲打官司。坐在被告席上的则是陶珍及小女儿李莉，李莉以被告代理人身份帮母亲打官司，一家四口再次开始了法庭上的舌战。

李候光诉称，2007年6月离婚时，双方对夫妻共有财产未分割。2010年6月，原、被告的房屋动迁，所得441万元动迁款和宅基地补偿款全被陶珍及李莉控制，鉴于他与陶珍不能再复婚，就通过房屋中介买了套二手房，并已给付了部分房款。为按期支付剩余款项，避免购房违约造成重大损失，他就急于与被告陶珍达成了《关于共同财产及分割人民调解协议书》。他认为，双方签订协议时，由于自己对法律知识不清楚，又急需钱款买房，协议中自己的权利明显过少，属乘人之危和显失公平。

小女儿李莉在法庭上替母亲辩称，当时父亲吵着逼母亲分动迁款，母亲在无可奈何的情况下，只得求助司法所帮助调解。这份调解协议书是在人民调解委员会的主持下达成的，是父母双方真实意思的表示，不存在乘人之危和显失公平，故不同意父亲的诉讼请求。

法院审理后认为，原、被告在人民调解委员会的见证下签订的这份共同财产及分割协议，系双方真实意思的表示，不构成法律上的乘人之危，显失公平没有法律依据，最后驳回了原告李候光的诉讼请求。

5

车轮官司“第三季”

“想不到，他们隐瞒了房屋动迁款，把我骗了，还有啥亲情可谈！”从父亲的纠纷中，李敏得知动迁款和宅基地补偿款实际上是441万元，而不是原先她认为的398万元，她决意要讨回少拿的份额。

在替父亲打完官司后，李敏再次将父母及妹妹告上了法院，要求三被告补充支付房屋动迁款及宅基地补偿款合计10.75万元。

2012年5月，一家四口又一次坐到了法庭上，李敏一人坐在原告席上，以稳操胜券的神态漠视着被告席上的父母及妹妹，在经历了数次官司后，李敏有足够的把握和自信能打赢这场官司。

坐在被告席上的母亲陶珍及小女儿李莉则怒视着李敏，不时地质问她，为何只认钱而不认人，抛弃养育之恩，不顾手足之情。

李候光见到陶珍则如同遇上仇敌似地破口大骂，死活不愿坐在陶珍旁边，一连串的脏话、咒语更是一股脑儿地脱口而出。

“一日夫妻百日恩”，二十多年的夫妻，已经反目成仇；一对亲姐妹，毫无手足之情，互相怒骂，实在让人心寒。

在法官的劝阻下，李候光偏激的情绪稍微平息，他一口回绝了大女儿的请求：“按照农村风俗，原告是嫁出去的，应不给或少给。而我是对动迁房贡献最多的人，却拿了60万元不到，请求法院重新整理动迁款，根据债权、债务及拆迁房屋贡献大小分割每人应得的份额。”

法官尝试着调解庭上的四位家人，但积怨太深的四人无法达成调解协议。最终，上海市奉贤区人民法院依法对此案作出判决：陶珍等三名被告支付原告李敏人民币6.4万余元。

（文中人物均系化名）

北京昌平区法院：妻子瞒着丈夫擅自卖房 法院判决买卖合同无效

2014年2月17日 法制晚报 刘海渊

本报讯（通讯员刘海渊）宋女士因夫妻关系不和，在丈夫周先生不知情的情况下通过中介与王女士签订房屋买卖合同，并获得房款。近日，昌平区法院判决合同无效。

周先生与宋女士在2005年登记结婚，2011年购得了位于昌平区的一处房屋。2012年11月，宋女士通过房地

产中介公司与王女士签订房屋买卖合同，并当场出具书面声明：该房屋售出后，如夫妻之间发生任何纠纷均由宋女士一人承担，与王女士无关。

周先生起诉称，妻子私自出卖房屋的行为侵犯了自己的合法权益，因此请求依法确认二者签订的房屋买卖合同无效。

宋女士说，因夫妻感情不和，家庭随时可能解体，因经济有些拮据，于是就想把房子卖了。中介和王女士都知道房产是夫妻共同的，于是出具了书面声明。

王女士并不这么认为，她说与宋女士签订的合同是真实意思表示，房款已支付97%以上，宋女士也说过家里是她做主，且房屋预售合同中买受人也只有宋女士一人的名字，作为善意第三人，合同应该是合法有效的。

昌平法院经审理后认为，涉案房屋所有权证明虽然登记为宋女士单独所有，但为夫妻存续期间购买，应为夫妻共同财产。宋女士对于房屋的出售等重大事项应使原告周先生知晓并取得其同意。作为购买方的王女士经中介工作人员告知，已知房屋涉及原告利益，且在对原告是否同意出售涉案房屋未进行审查的情况下仍然与宋女士签订房屋买卖合同，其不具备第三人善意购买的条件，因此法院判决宋女士与王女士签订的《北京市存量房屋买卖合同》无效。J161

广州市白云区法院：八旬母亲买房子 长子状告母亲索赔

法院一审判决：母亲须还子40万

2014年2月20日 广州日报 章程

年逾80岁的老母亲背着儿子私下将房产出售，作为房屋实际出资人的儿子对此大为不满，认为母亲的行为属于盗卖房屋，怒将生母告上法院要求赔偿损失共计48万元（见本报2013年10月23日A17版）。昨日，记者从广州市白云区法院获悉，鉴于母亲擅自将涉案房屋卖与他人，违反了其与儿子之间的协议，损害了儿子的利益，故一审判决母亲向儿子给付房屋财产损失40万余元，此外，法院希望母子双方能以亲情为重，勿再加深怨艾。据悉，母亲不服一审判决表示要提起上诉。

文/记者章程 通讯员邹宇婷

基本案情

长子出资购房

母亲偷偷卖掉房子

80多岁的林云共有四个子女，李欢乃其长子。林云的丈夫于1998年逝世后，以前租住在荔湾区的老房子面临拆迁，在市道路扩建工程办公室的安置下，林云被安排搬至白云区某公寓405房居住。

李欢称，当时为了方便照顾母亲，他决定买下隔壁的404房。但根据政策规定，只有母亲才享有拆迁安置按成本价购房的资格，他就以母亲名义出资购买了404房。产权证虽为母亲所有，但房产证及交款纳税凭证均由李欢持有。2001年，李欢还和母亲去公证处办理了公证书，证明该房屋为李欢出资购买，并由母亲立下遗嘱，待百年之后要将房屋以遗产继承的方式返还给李欢。

因405房比隔壁404房面积更大，经商量，李欢和母亲决定将房屋兑换使用，即404房由林云一人居住，405房则由李欢一家三口居住。

2011年开始，李欢发觉母亲常常要求他搬出405房，甚至纠集人到派出所报案，诬陷自己要霸占405房。李欢表示，他和家人于2012年5月搬出405房，只留下部分家具及生活用品在404房，母亲则如愿回到405房居住。

去年5月，李欢妻子去探望林云时发现，404房有人入住。李欢查询登记情况才知，房屋在去年3月被母亲出售。

李欢为此将母亲告上法院，要求母亲赔偿擅自出售房屋的损失共计48万元，并返还放置在房屋内的全部财产。

林云表示，她是该房唯一的所有权人，是她以自己的名义购买并登记在自己名下的财产。至于购房款，林云称当时是四个儿女共同出资的，李欢是支付了部分购房款，基于双方的母子关系，该出资应属于赠与性质。此外，虽然曾立下由李欢继承涉案房屋的遗嘱，但自己在生前有权以出售房屋的方式改变遗嘱。

判决

母亲处置房屋

违反母子协议约定

本案经法院审理后认为，李欢及其母亲在购买涉案房屋时虽未书面约定房屋归谁所有，但根据母亲后来出具的两份公证文书内容和儿子的当庭陈述，可知双方事实上已经达成了房屋归属的协议，即儿子以母亲名义出资购买房屋，登记在母亲名下，在母亲去世后再通过继承手续过户回儿子名下。该协议系双方自愿达成，不违反法律法规的禁止性规定，不损害国家、集体、第三人的利益，应认定为合法有效，双方均应恪守履行。

现母亲擅自将案涉房屋卖与他人，违反了其与儿子之间的协议，损害了儿子的利益，鉴于涉案房屋已售予他人，故儿子以母亲卖房所得主张其损失合理，法院予以支持，但儿子就房间内物品财产损失提出的诉讼请求证据不足，法院不予支持。

法院认为，母亲处置涉案房屋法律并未禁止，但违反了她和儿子之间的协议约定，应向儿子承担违反承诺的责

任，故母亲的抗辩意见系片面之见，法院不予采纳。法院依法厘定财产争议之余，唯愿双方勿再加深怨艾。

北京房山区法院：男子与妻子离婚后起诉丈母娘索要房产

2014年2月23日 法制晚报 魏明

法制晚报讯 家住房山区燕山的韩某与妻子王某2012年离婚后称，在同一小区的一套丈母娘名下的房屋实际上是由自己全部出资，向法院起诉，希望房屋所有权归自己所有。

今天上午记者获悉，本案已在房山法院燕山法庭开庭审理。

韩某代理律师称，在韩某和前妻王某婚姻关系存在期间，韩某在自己居住的小区为老人购买了价值51万元的一套房屋。

当时买卖房屋的手续由前妻王某办理，由于韩某和前妻王某名下各有一处房产，为了躲避多套房交纳较多的契税，遂将房屋放在岳母的名下。

前妻王某表示，2010年购买该套房产时，韩某并不具备用个人资产全部支付51万元的能力。王某还出示了房屋所有权证，证实房屋为自己母亲所有。

王某称，购买房屋所花费的51万元由两部分组成，王某父母出资29万元以及夫妻共同财产出资22万元。其中22万元当中包括韩某及王某婚姻期间为了装修另一套房屋向父母所借装修款5万元。

王某表示，曾和韩某达成口头协议，将房屋赠与父母。并且王某对于将房屋放在岳母名下是为了躲避高额契税表示异议，称母亲名下已经有一套房屋，此套房屋同样为二套房。本案未当庭宣判。

(二) 股权

福建厦门市中院：女子卖股权老公公告上法庭 法院判决认定转让有效

2014年01月26日 东南网 陈捷



“我老婆卖股权，没经过我同意，转让无效。”近日，厦门中院审理了一起特殊的股权纠纷案，一男子起诉请求确认老婆转卖股权的协议无效，他想把老婆卖出去的股权再拿回来。

官司 老婆卖股权 老公起诉

原告老刘(化名)说，几年前，他老婆吴女士(化名)和两名合伙人一起出资成立一家公司，公司注册资本为50万元，法定代表人为吴女士，刚开始，吴女士只持有34%股权。后来，经过内部股权转让后，吴女士持有公司95%的股权。

2012年7月，吴女士分别与温某、张先生签订股权转让协议，约定温某、张先生分别以82.5万元、60万元的价格受让吴女士持有的55%、40%的股权。公司向工商局申请了变更登记。

对此，吴女士的丈夫老刘知道后，提出了异议。他认为，吴女士转让的股权当中，有40%属于夫妻共同财产，而吴女士在其根本不知情的情况下，转让给亲戚张先生，其行为属于无权处分。这样的处分，侵犯了他作为配偶一方的权益。

为此，近日，老刘起诉到法院，请求法院认定吴女士转让40%股权的股权转让协议无效。

焦点 配偶不同意 转让有效吗？

法官调查发现，原登记在吴女士名下的部分股权，确实是在她与老刘夫妻关系存续期间取得，应当认定为夫妻共同财产。

但是，法院判决认为，股权不仅具有财产属性，而且带有强烈的人身属性，这决定了该共有股权对外应作为一个整体，由取得股权登记的一方行使。股权转让系特殊的合同行为，应当优先适用公司法有关规定。而公司法并未规定转让股权需经配偶一方的同意。因此，法院一审判决认定：股权转让协议有效，驳回老刘诉求。

宣判后，老刘不服，提起上诉。近日，厦门中院判决驳回上诉，维持原判。

法官说法

转让股权，无需配偶同意

妻子未经丈夫同意转让股权是否有效？对此，法官认为，转让股权，无需经配偶同意。

法官解释说，虽然婚姻法规定夫妻对共有财产的平等处理权，但是，该夫妻内部法律关系仍应受制于股权转让外部法律关系。公司法并未赋予股东配偶在股东转让股权时的同意权与优先购买权。

婚姻法司法解释也规定，夫或妻非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定，他人有理由相信其为夫妻双方共同意思表示的，另一方不得以“不同意”或“不知道”为由，对抗“善意第三人”。这一情形包括股权转让。（海峡导报记者 陈捷/文 陶小莫/图）

（三）信托

工商银行董莹莹：中国家族信托配套法规还待建设

2014年01月20日 证券时报网

当前，随着经济的发展，家族信托已经成为很多高净值人士非常迫切的需求。对此，工商银行（行情 股吧 买卖点）深圳市分行私人银行（行情 专区）中心董莹莹表示，家族信托在中国的市场需求已经非常大了，但是，相关配套法律法规建设还待跟上。

董莹莹表示，中国目前没有明确家族信托的法律界定，特别是非常核心的税务方面的规定没有出台。之前有市场上传闻有家族信托已经成立，其实，可能还是停留在传统的投资理财产品的范畴上，只是搭了个框架。真正意义上的家族信托，在中国还没有卖出来。家族信托在很多国家是一成立就100年的，实现资产完全隔离，达到避税避债财富传承的功能。

问路家族信托——专访招行私人银行总经理张维娜

2014年1月29日 水母网

家族信托是一种以资产为核心、以信用为基础、以信托为方式的财产管理制度，在财产管理、资金划转、投资理财、资产传承和社会公益等方面具有独特的功能与作用，家族信托不仅可以实现资产隔离、财产传承、计划支付、保值投资、税务筹划等功能，还可以通过信托设计，集中家族股权，维系家族对企业的控制。本着“因您而变，因势而变”的服务理念，招商银行在深刻理解高净值客户复杂化、个性化金融服务需求的基础上，有针对性地建立全面理财规划，提升综合金融服务能力，并将家族财富传承相关业务提上日程。招商银行私人银行率先推出“家庭工作室”，全面了解各细分客户群的财富管理需求，和客户建立起最巩固的信任关系，并在私人银行家族信托领域占据了绝对先机。近日，我们有幸见到招商银行私人银行（济南）中心总经理张维娜，优雅的举止、和善的眼神，她静静地坐在我们的面前，温暖而又专业地娓娓诉说着家族信托的发展和未来。

新趋势新机遇

作为对家族财富进行长期规划和风险隔离的重要金融工具，家族信托业务日益受到关注。SOHO中国潘石屹、龙湖地产吴亚军、玖龙纸业张茵等多位内地富豪都在境外设立了家族信托，有的已经在离婚等纠纷中起到了保护财产安全、公司稳定的作用。张维娜表示：“家族信托在海外是一项成熟的业务，但内地还是空白，导致我们很多客户都在境外办理这项业务。”根据招商银行与贝恩公司联合发布的《2013中国私人财富报告》显示，约有三分之一的高净值人士已经开始考虑财富传承，而这一比例在超高净值人士中更高，达到了接近二分之一。从产品需求角度看，家族信托位于首位，提及率接近40%。在超高净值人群中，家族信托的提及率超过50%，并且有超过15%的受访超高净值人士已经开始尝试接触家族信托。此外，37%的高净值人士表示希望通过跨境资产配置进行财富保障和风险分散，约30%的高净值人士已经实际进行了跨境资产配置。

“近两年内地出现的投资移民热潮，一个重要原因是缺少为民营资本传承服务的金融工具。”张维娜表示，不少民营资本只是希望保障和延续其家族财富，但由于内地的金融机构一直没能提供相应的工具手段及解决方案，才萌生了到境外去的想法，导致很多民营资本流向了海外市场。

家族信托在中国市场是一种新趋势，对招商银行来说也是一种新机遇，一旦这项业务开展起来，客户在境内就可以实现财富的风险保障、企业与家庭财产的风险隔离、财富代际传承、合法节税等原来只能在境外环境下才能实现的目标，这对资金外流可以起到比较明显的抑制作用。把握这个新趋势、新机遇，通过家族信托，帮助超高净值人士建立良好的公司治理结构，一方面可以保持企业的控制权不丧失，另一方面也可以避免出现盲目决策导致企业受损，从而真正诞生“百年企业”。

精耕细作布局海外

在国内，由于法律环境与经济发展阶段不同，以财富传承为目的的家族信托，并没有先例可循，招商银行应客户需求，经过9个月反复论证、不断跟进，终于创新性地设计出符合现行法律架构的财富传承家族信托。

经过一年的探索和积累，招商银行已经正式签约首单财富传承家族信托，从而在银行业实现了该业务的突破。截至目前，签约客户已经有10家，累计的客户需求案例也超过50个。随着家族信托等新业务的开展，张维娜表示，私人银行业务已进入精耕细作阶段，在把握细分客户群需求的基础上，私人银行服务的核心将由产品配置逐渐向提供全面理财规划和综合金融服务转变。

去年，招商银行率先推出针对超高净值客户的“家庭工作室”，创建了中国模式的家庭工作室服务，今年又进一

步推出了细分领域的“财富传承家庭工作室”，实现对高净值人士的进一步细分，为超高净值家庭提供定制化的财富保障与传承方案。张维娜说，家族信托涉及财产的保值增值、税务筹划、法律咨询等各个方面，绝非一己之力可以完成。尤其是现在超高净值客户群体的资产分布及结构十分复杂，投融资需求交织在一起，并且涉及境内外多类别资产。为此，招商银行私人银行团队采取的是“1+N”模式，即一名高级客户经理的背后实际是全球招募的专家投资顾问组成的专家团队。私人银行的客户经理本质就是家庭医生，对客户的财务状况经常做体检，在发现问题甚至出现问题之前就能联系到这个领域最好的“医生”，寻找出最佳的解决方式。

与内地私人银行业务相比，海外发达地区的私人银行业务更加成熟，内地富豪也有很多资产分布在海外。根据招商银行调研的情况，超过30%的高净值人士拥有海外投资，超过一半的超高净值人士已经拥有海外投资。招商银行私人银行把握内地高净值人群日益增长的跨境多元化配置需求，加快海外战略布局；考虑在内地高净值人士青睐的国家和海外投资市场，积极进行海外布局，为客户提供多区域、多币种、多形式的全面投资理财服务。目前为止，招行已经积极试水海外平台，通过永隆银行、招银国际和香港分行等实现客户境内外资产配置的联动。

树立品牌塑造未来

虽然银行、信托等内地某些金融机构已开始试水家族信托业务，然而和海外发达国家相比，由于法律环境与经济发展阶段不同，以财富传承为目的的家族信托，目前仍处于探索阶段。此外，不少超高净值客户已经移民海外，且资产实现了全球布局，但由于监管政策，其资金在境内外之间的流动受到很大限制，因此内地金融机构推出的家族信托业务，通常仅限于客户的境内资产，境外资产仍需要单独设立信托。面对种种困难，招行迎难而上，不仅业务上取得了很大成就，也收获了良好的口碑。

张维娜介绍说：“随着市场的逐步发展和客户理财意识的逐渐成熟，私人银行只有本着树立百年品牌的诚信，建立并完善提供全面理财规划和综合金融服务的能力，深刻理解并帮助客户达成复杂而个性化的金融服务需求，实现财富的长期保值和增值，才能赢得客户的信任和长期合作。”

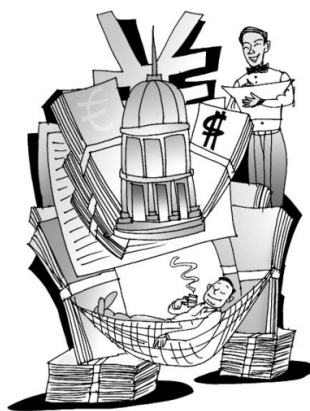
在海外发达国家，成熟的私人银行类似于家庭“高参”，主要依靠自身获取资源的能力，帮助客户在除了金融产品配置以外寻找到更多的优先交易机会，甚至参与到对富二代、富三代能力的培养中去。张维娜表示，再过5年或者更长时间之后，内地一些富豪家庭也将开始从第一代到第二代甚至第三代过渡。根据他们的了解，目前第二代愿意“接班”的比例仍然很高，职业经理人的群体也还未完全成熟，然而从海外发达国家的经验来看，到第三代、第四代之后，企业的所有权和经营权将逐步分离。未来家族信托业务将在公司股权设计等方面涉及更多内容。

张维娜说，五年来，招商银行建立了私人银行统一的品牌形象，形成了自己独特的品牌价值。“助您家业常青，是我们的分内事，这也是我们对私人银行客户的一种承诺”，张维娜说，“私人银行不再满足于个人金融资产的保值增值，而是更加关注客户资产的多元化和综合性的配置，关注客户家族式理财规划，我们不是让客户更加富有，而是让他们富有更长久。”

树立品牌才能塑造未来。从一般意义上的个人理财业务到现代财富管理意义上的私人银行业务的跨越，无疑是招商银行在当前竞争激烈的高端理财市场中，树立品牌形象的一大方式。保持自己的竞争优势，开辟家族信托这一新的主战场，更是招商银行私人银行未来发展的重要方向。

受企业的资产日趋国际化，海外求学和移民人士的需要，以及资产继承等因素推动 海外信托日受中国人青睐

2014年1月7日 中国经济导报 Chris Eaton LLB (Hons)



资料图片

前沿观察

西方历史学家 F W Maitland 在 1936 年曾言道：“信托理念在数个世纪中的演进，俨然是英国人在法学领域取得的最杰出的成就。”尽管信托概念的起源并不十分明确，但大多数论者认为它最初形成于 11 世纪至 12 世纪左右，当时正值十字军东征，许多英国骑士远征中东，生死未卜。为了避免在战争中客死他乡、或多年杳无音讯使其土地

及财产的归属权产生不确定性，这些骑士出征之前，都会将其资产托付给一个值得信赖的朋友或家庭顾问，而条件是，这位“信托顾问”必须为其妻子和儿女看护这笔资产，直至家庭中的男性继承者达到法定年龄（当时通常为 21~25 岁）。由于当时的统治者常常因为财产归属不明或家庭中无法定适龄男性继承者就横加夺取，这一“信托”概念的产生就为那些离乡出征的骑士提供了资产保障。

随着时代的发展，信托业务的重点已不再是保护私有领地或财产免受贪婪帝王侵吞（尽管现今在世界某些地区，避免财产被当地政权扣押仍是信托业务的一部分），而是将目标转向如何利用信托来实现税务筹划以及一般财产保护。一般而言，把资产交付于低税司法区的受托人管理，比个人在高税区运用此等资产来得划算，因为在第一种情况中，资产所产生的收益只需缴付较低的税。此外，信托也是一种有效的遗产税规划工具，资产原来的持有人去世后，有关资产无需缴付遗产税。

虽然信托已有 800 多年的历史，但对于中国市场而言是个较新的概念。在过去的两年中，主动找我们探讨如何利用信托进行财富管理的中国客户数量节节攀升。信托业务在中国突然受到市场欢迎，我们认为有三大原因：

第一，资产的国际化。随着中国企业家不断搭建国际业务网络，他们开始会在海外市场购买实体资产甚至公司。此等产业拥有银行账户及其他资产，其中部分适合由个人名下持有，而部分则由中国企业家所拥有的贸易架构来持有较为恰当。由于此等业务网络日益复杂，加上在国外挂牌上市等考量，成立国外的信托体系来管理这些国际资产不失为明智之举，因为这样就可以得到税务或资产保护的益处。

第二，海外留学和移民人数日益增加。越来越多富裕的中国企业家选择把孩子送到海外接受教育，而孩子的母亲或其他家庭成员往往也会作为伴读一同前往，这就需要他们在海外拥有住处及其他流动性资产。而对于在其他国家生活的中国人而言，相比由家庭成员直接持有财产，通过国外信托体系管理其海外资产可以更具税务效益。

第三，财产继承规划。大多数中国的创业家仍然将财富掌握在自己手中，但随着年事已高或即将退休，他们开始考虑如何引导下一代来妥善管理自己创造的资产和财富，而信托体系可根据他们的需求量体裁衣，确保其资产能平稳过渡给下一代。

信托这一概念在经历了 800 年的发展后终于进入中国市场，而且势将广受欢迎，通过本地财富管理分销商提供国外专业的信托服务，这会是更易被中国企业家接受的信托服务模式。

（作者系 ILS 集团有限公司首席执行官，ILS 集团有限公司是一家位于马恩岛的著名金融服务企业）

七、社会新闻

北京市“十佳婚姻家庭法专业律师”

2014 年 1 月 22 日 北京晚报



孙长刚律师

（北京市炜衡律师事务所）

从业 18 年来，孙长刚律师专注于涉外婚姻家庭案件的代理工作。

近年来，涉外婚姻家庭案件激增，孙律师代理的涉外婚姻已达一百多件，当事人涉及十几个国家。他代理的一件中国涉外家庭案件成为较早获美国法院承认的案件。他所代理的另一起中国公民与约旦公民一婚多妻案，约旦法院判决后获国内法院承认。

孙律师将自己的所学积极与同行分享，在北京市律协、新疆自治区律协做过多次涉外婚姻家庭实务专题讲座；受市律协邀请与法官共同主讲“涉外婚姻家庭法律实务”讲座；受市律协聘请担任“北京青年律师阳光成长计划”阳光导师等。

此外，孙长刚律师还受聘担任中国人民大学律师学院兼职教授，发表了《涉外民事执行案件中加倍支付迟延履行期间债务利息法律探讨》、《涉外离婚案件送达难之法律思考》等多篇学术、业务研讨论文。

李力争律师

（北京市英格律师事务所）

李力争律师执业 18 年，办理了 200 余起婚姻家庭领域的案件，积累了大量涉及离婚、孩子抚养、房产分割、遗产继承等纠纷的理论与实务经验。

李力争律师积极投身公益事业，服务社区居民。他主动与滨河西里居委会联系，把他的一部手机设为热线电话，24小时开机，免费解答社区居民的法律咨询，电话解答数百次，现场解答80余次，内容涉及离婚、继承、房产分割、拆迁款、租赁等各方面。在任市律协婚姻家庭专业委员会秘书长期间，他还组织委员律师们在报纸上定期解答民众在婚姻家庭等方面的法律困惑。

他积极参与立法工作，就最高法公布的《婚姻法司法解释（三）》讨论稿，多次提出自己的修改意见，并与专委会的委员多次研讨，最终提交律协；多次参与《妇女权益保护法》（修改建议稿）的修改及制定《反对针对妇女的家庭暴力》等专门工作会议的研讨。

李诗怀律师

(北京市嘉安律师事务所)

在婚姻家庭法律方面，李诗怀律师具有坚实的专业理论知识、系统的律师业务知识和丰富的律师实务经验，成功代理了一系列婚姻家庭方面的案件，涉及离婚、抚养、赡养、继承、婚后财产纠纷、分家析产等婚姻家庭的各个领域。

在代理案件上，李诗怀律师善于抓住案件突破口，准确捕捉争议焦点。一边依靠谙熟的法律法规和司法解释，一边又注重法律与情理的结合，从法律规定、生活经验、情感公德等各方面发表代理意见，在多起婚姻家庭案件中取得了良好的社会效果和法律效果。

此外，李诗怀律师热心公益，兼任了全国妇联法律帮助中心12338值班律师、丰台区妇联普法维权热线值班律师、丰台区家庭矛盾调解团领导小组成员，为当事人在婚姻家庭方面的法律问题答疑解惑。

他还潜心研究婚姻家庭法律理论，对婚姻效力、夫妻感情破裂依据、离婚损害赔偿等问题有自己的独到见解。

陈凯律师

(北京市中凯律师事务所)

去年，“中华遗嘱库”的横空出世在社会上掀起了一场遗嘱意识的大讨论。为了能尽早登记上自己的遗嘱，许多老年人通宵达旦地守候在遗嘱库登记中心门口。

而策划成立“中华遗嘱库”这个公益项目的就是律师陈凯。

7年前，30岁的陈凯律师承办了一起遗产分割纠纷，让他开始注意到“遗嘱”这个让人讳莫如深却又亟待重视的问题。

陈凯提出了“财富传承法律服务”的理念，对继承法、信托法、遗产税、公益慈善、养老问题进行了深入的研究和实践，开展了一系列创新尝试：与多家信托公司合作，致力于研发针对财富传承需求的法律服务信托产品；与中国政法大学合作设立“财富传承法律问题”课题组；设立北京阳光老年健康基金会，对老龄化问题进行亲身实践……

陈凯是婚姻家庭法律事务领域中的有心人，他的目标，是让财富传承的理念得到社会的广泛认可。

黄小星律师

(北京市鑫诺律师事务所)

从一名民事审判法官到执业律师，黄小星最为擅长的领域都是婚姻家庭案件。

从事律师工作之后，黄小星律师办理婚姻家庭诉讼案件超过百件。其中，有当事人5次起诉、16年分居、从第一次起诉到判决离婚为期43年的离婚持久战；有遭遇军人丈夫家庭暴力、通过举证解脱痛苦婚姻，并取得离婚损害赔偿的妇女权益保护案件；有情况各异、法律框架复杂多变的涉外离婚案件；有来自美国、日本、加拿大、刚果（金）等多起外籍华人离婚诉讼、抚养权纠纷、同居关系纠纷、遗产继承纠纷、房产确权纠纷；有莫名其妙“被离婚”，通过再审程序发还重审维护了当事人利益的案件；还有涉及标的几十亿元、涉及公司融资、海外信托、移民资金管理的重大疑难案件。

这些离婚诉讼案件，调解和胜诉案件占到大多数。

徐卫东律师

(北京市邦盛律师事务所)

徐卫东律师毕业于国内知名公安院校，并多年从事高校法学教学工作，具备深厚的法学理论功底。他从事律师工作十余年，共办理各类案件上千起，足迹遍及全国十多个省市自治区。尤其擅长办理离婚、遗产继承等重大、疑难案件。每年承办的婚姻家庭类案件达80余件，代理的多起案件在北京和全国范围内都有一定影响。

如今，婚姻家庭案件早已不是离婚这么简单，甚至涉及巨大的经济利益，更考验律师的专业水准和能力。徐卫东律师曾代理一位妻子与其在北京某大型对外贸易公司担任董事长的丈夫离婚，帮助当事人分得夫妻共同财产多套房产及数千万现金。

此外，徐卫东律师创办了面向大众的法律咨询网，义务回答社会大众的法律咨询。很多贫困当事人和弱势群体上门寻求法律帮助，徐律师都认真接待予以解决。在其十余年的执业过程中，保持了零投诉。

甘肃玉门：婚姻家庭纠纷实行人性化调解

2014年1月26日 中国妇女报 袁鹏

“真是太感谢你们了，这下我心里的疙瘩解掉了。”日前，甘肃省玉门市玉门镇妇女张玲（化名）对玉门市婚姻家庭纠纷人民调解委员会的工作人员说。

张玲和丈夫李某都是玉门镇人，因为夫妻矛盾，张玲遭到丈夫李某殴打并致伤。调解委员会接到投诉后，对张玲和李某进行调解。通过工作人员耐心细致的工作，李某意识到了自己的错误，当场向妻子道歉，并保证今后不再实施家暴，夫妻两人言归于好。据了解，玉门市婚姻家庭纠纷人民调解委员会成立半年多来，受理的婚姻家庭纠纷调解成功率达100%。

玉门市婚姻家庭纠纷人民调解委员会由市妇联和市司法局等单位联合成立，于2013年6月挂牌，主要开展法律咨询、维权辅导、心理引导等工作，调解员主要由村、社区的妇干担任。

为提高人民调解员调解婚姻家庭纠纷的能力，玉门市妇联、司法局对人民调解员进行了专门的法律法规业务培训。同时为了让人民调解员尽快进入角色，市妇联还安排人民调解员参与法院庭审观摩，使得人民调解员都能持证上岗，独立开展调处工作。

“以心换心”，人性化调解是人民调解员的法宝。在调解进程中，调解员注重情法并融，从传统美德、家庭亲情等角度耐心做当事人的思想工作，使很多纠纷及时化解在了基层。

调解委员会成立后，为了扩大自身影响，玉门市妇联、司法局还把组织建立和职能分工情况制作成宣传资料，发放到纠纷当事人手中，起到“一传十传百”的宣传效应。特别是利用各种大型宣传活动之际，在街边设置咨询台，发放宣传资料1000余份，收到了很好的社会宣传效果。

玉门市妇联负责人接受记者采访时表示，婚姻家庭纠纷人民调解委员会是个新生事物，调解委员会成立后处理了一批案件，在化解家庭矛盾、维护妇女合法权益的同时，将一些涉及婚姻家庭的纠纷有效化解在了基层，为社会和谐发挥了自己的作用。（本报记者 袁鹏）

法律为家暴受害人撑起“保护伞”

2014年1月29日 中国法院网 乔子轩

受尽凌辱，委曲求全27年，当2013年9月又被丈夫施暴时，她夺过水果刀刺向丈夫，并拒绝拨打110求救，丈夫最终死亡。这名苦命女子家住漳州市南靖县靖城镇靖城村的杨某，因涉嫌故意杀人罪已被批捕。目前，该案已经移送至漳州市检察院。事后，同村500多名村民联名递交情况反映书，希望司法机关考虑杨某的特殊情况，从宽处罚。（1月23日《海峡导报》）

500多名村民之所以联名递交情况反映书求轻判，初衷是出于对杨某家暴遭遇的同情，希望通过联名保护杨某，这种对生命的朴素关怀情感令人尊重。然而，联名反映书毕竟不过是一份证据材料，不属于法律规定的证据，即便经过调查核实后成为证据，可证据效力并不高，对杨某保护力度不大。

何况，联名求轻判只是事后关怀，不是事前防范，杨某对自己错误的维权方式付出代价在所难免。作为家暴受害人杨某，并不会因联名求轻判逃脱法律惩罚，也不会因联名求轻判而减轻家庭暴力带来的创伤。

联名求轻判并不能给家暴受害人撑起“保护伞”。较之过去，妇女遭受丈夫侵害的现象呈不断上升趋势。面对侵害，受害妇女要么选择沉默，委曲求全，要么爆发，如杨某一样用错误的手段维权，无论怎样，受伤的还是家暴受害人。面对频频上演的家暴问题，谁来给这些受害人撑起“保护伞”，笔者认为还应回归到法律。

我国新修订的民事诉讼法规定，人民法院对于可能因当事人一方的行为或者其他原因，使判决难以执行或者造成当事人其他损害的案件，根据对方当事人的申请，可以裁定对其财产进行保全、责令其作出一定行为或者禁止其作出一定行为；当事人没有提出申请的，人民法院在必要时也可以裁定采取保全措施。换句通俗常见的话说来，受害人可以申请人身保护令。人身保护令是一道法律“护身符”，人民法院依法适度干预家庭暴力，一方面可以预防家暴再次发生，保护家庭暴力受害人及其子女和特定亲属的人身安全，另一方面可以促进家庭和谐，防止家暴诱发刑事案件的可能。从近两年，法院发出的人身保护令看，确实起到了积极的效果。

令人遗憾的是，该事件中人身保护令并没有启动。或许是村民和杨某法律意识淡薄抑或观念有待改变，无论怎样悲剧已经酿成。希望本案能提醒家暴受害者，你身边还有一道人身保护令为你撑起一片天。

当“筷子”遇上“刀叉” 涉外婚姻：五味杂陈

2013年7月16日 中国妇女报 卢科霞 胡珊

编者按

近年来，随着我国改革开放的进一步深化，官方和民间与国际间的政治、经济、文化交流日益频繁，涉外婚姻数量日益增多。统计显示，2006年之前，北京涉外登记结婚对数在950对左右徘徊，而截至2012年12月19日，这一数量已达1183对。即使是青岛这样的二线城市，涉外婚姻每年平均也有400对。

然而，在充满异域情趣的爱情光环背后，涉外婚姻这种特殊的婚姻家庭形式，也面临着来自文化价值观、生活习惯、成长环境、宗教信仰、法律保护等方面的现实困扰。特别是近年来，一些社会知名人士的涉外婚姻纠纷报道层出不穷。一些曾经美好的中外联姻在现实的压力下土崩瓦解，许多看似光鲜的涉外姻缘隐藏着家庭暴力、婚姻欺诈等不为人知的隐情。

本期我们将通过宁波市涉外婚姻这一地方性样本，管窥因两种不同文化及生活方式碰撞冲突而被戏称为“筷子

遇上刀叉”的涉外婚姻，分析探讨该如何理性看待涉外婚姻，寻找相应对策。

笼罩在神秘浪漫光环下的涉外婚姻令很多人向往不已，实际上真的那么美吗？宁波市涉外婚姻登记处和该市中级人民法院的最新数据显示，最近几年，宁波涉外婚姻数量呈上升趋势，离婚率也在逐年攀升。据统计，近3年来，宁波涉外婚姻离婚率均超过15%，今年上半年更是创下新高，离婚率接近20%。

在这个数字背后，一系列离婚程序上的麻烦也随之浮出水面。

闪结闪离现象较为突出

宁波市涉外婚姻登记处和该市中级人民法院的数据显示，今年上半年，宁波涉外离婚一共办了18对，比去年同期上升了37%。而去年全年的涉外离婚数量为27对。

在今年上半年这18对涉外离婚案件中，有1/3的婚姻持续时间不到一年，闪结闪离现象较为突出。

据了解，宁波的涉外婚恋，结离婚的比例约为5:1，而普通婚恋的结离比约为3:1。涉外离婚率比普通离婚率低得多，这能否说明涉外婚姻更加稳固呢？

宁波市涉外婚姻登记处工作人员解释说，民政和法院能够统计到的涉外离婚数据，只是夫妻双方都在宁波离婚的，并不包括双方在国外办理离婚的数量，实际情况应该是离婚数更多些。

离婚原因不一而足

在涉外婚姻的离婚原因中，两地分居、感情薄弱、习惯迥异等不一而足。

经询问，在宁波市最近办理涉外离婚的夫妇中，两地分居为他们离婚的一个重要原因，约有45%的夫妇因此分手。通常情形是，婚后国外或本地一方返回国内或被派驻他国，另一方因不愿离开家乡或签证不能及时办理而导致两地分居，最终导致婚姻破裂。

前段时间，法院受理了一起涉外离婚案，可以看出很多导致离婚的因素。

39岁的陈勇（化名）是宁波一家公司的老板。2005年，他经朋友介绍认识了“80后”日本姑娘小泽惠美（化名），见了3次面后就在宁波登记结婚了。一年后，女儿出生，他们矛盾频发。

小泽惠美说，婚后夫妻俩就聚少离多，女儿出生后，更是连夫妻生活都没有了。一年后，她发现丈夫和一名女子联系密切。两年后，丈夫开始有家不回。2010年，双方为了女儿是否回宁海的小事大吵了一架，丈夫还对她动了手。她心灰意冷，带着女儿回了日本。

分居近两年后，小泽惠美向海曙区人民法院起诉离婚，除了要求分割夫妻共同财产外，还要求拥有女儿的抚养权。陈勇表示同意离婚，因为两个人婚前压根儿就没有感情基础，婚后也没有建立真正的夫妻感情，感情已经完全破裂。双方的争议焦点主要在女儿的抚养权和财产上。

近日，海曙区人民法院判决两人离婚，女儿归小泽惠美抚养，陈勇除了要支付女儿的抚养费外，还要支付女方近150万元的夫妻共同财产分割款。

据宁波市涉外婚姻登记处的工作人员介绍，沟通少，感情浅是涉外夫妻离婚的另一个重要原因，因为“不能适应对方的生活习惯，语言不通，实在没办法交流。”

去年3月，宁波的胡小姐与相识3个月的美国小伙儿喜结连理。“让人想不到的是，才一年多时间，这对跨国夫妻又出现了，不过这次是来离婚。”工作人员介绍说，当时他们拿着离婚协议，说这是经过了充分考虑才做的决定。他们一起生活了一段时间，不应对方的生活习惯，饮食习惯也不同。女方举例说，大冬天的，男方也喝冷水，这让她难以接受。为此，两个人几乎天天争执，最后决定还是离婚做回朋友。

此外，涉外婚姻以高学历、高收入、高追求的三高人员为主，事业心强，工作进取心重，但家庭责任感较差，这也容易导致婚姻破裂。

除了两地分居、没有感情基础，以及生活习惯不适应等常规原因外，最近又多了一个因素：经济不景气。

据宁波市涉外婚姻登记处的工作人员说，别看涉外婚姻是个人的事，其实与全球经济形势也有关联。国际经济形势不景气，有些外企撤资离开中国，或者收缩布点，在宁波或宁波周边城市撤销派出机构，一方要回国，而另一方不愿跟去或者暂时走不了，夫妻就面临两地分居，有的就选择离婚了。

在调查中，还发现一个现象，那就是一些年轻女性把与外国人结婚作为改变生活状态的手段，或谋求经济利益，或以出国为目的，功利性太强，导致婚姻基础不牢固。

此外，部分女性对异国异地的实际生活状况和丈夫的经济实力并不十分了解，片面追求有汽车有洋房的生活目标。一旦到了国外，发现一切并不如意，使得原本感情基础薄弱的婚姻不堪一击。

曾经有一位宁波籍女士来到婚姻登记处哭诉，她在俄罗斯务工期间认识了现在的丈夫，为了能留在俄罗斯，虽然在恋爱期间就发现男方有不良习惯，对人也较粗暴，她还是义无反顾地选择了结婚。结果结婚不到一年，她就实在无法忍受，只好跑回了宁波。

当她到涉外婚姻登记处咨询怎样才能离婚并且保障自己权益的时候，工作人员发现她的心态并不好。

她一直认为，嫁到国外就一定过上舒心的日子，当她发现自己的梦破灭时，又不甘心一无所有地离开，一定要聘请律师讨个说法。但律师却认为：“情况很复杂，这对她来说，想要拿到财产很困难。”

涉外离婚耗时耗力耗财

办理涉外离婚的律师以及涉外婚姻离婚登记的民政工作人员都表示，跟外国人结婚不难，但要办涉外离婚，真是件不容易的事。如果没有真爱，慎入涉外婚姻。

那么，涉外离婚究竟难在哪儿呢？

“主要是审理的周期比较长，至少要6个月。”海曙区人民法院民事庭的葛法官介绍说，之所以需要那么长，主要是因为涉外婚姻找人比较难。

因为涉外婚姻的诉讼文书首先走的是邮寄送达的途径。但在长时间分居后，当事人很少能提供被告人的正确地址。即便提供对了，对方也可能压根不愿意接收，因此常常邮寄不到。这时只能走司法送达的途径。

受案的法院需将所有材料的文本翻译后，层层委托浙江省高院、最高人民法院，再转到外交部门，再由外交部门送到当地的法院，委托当地法院送达。

如果找不到人，材料就会退回。退回后，再走公告送达的途径，涉外案件的公告送达时间是3个月。公告时间到了，才会安排开庭。算下来最少要半年。

找不到人的涉外离婚案件一般没有财产和抚养权纠纷，审理起来稍微简单些。如果对方人找到了，对财产和抚养权有异议，审理就会比较复杂，比如涉及国外取证，取证应经过所在国公证机关予以证明，并经我国驻该国使领馆予以认证，方具效力。

所有这些程序对于非法律人士而言，都比较复杂，不仅耗时、耗力，而且还要花费大量的金钱。

即使有真爱，走进涉外婚姻之前也要多做些“功课”。

“中国人运用法律武器自我保护的意识较差，也缺乏基本的法律常识。”浙江和义律师事务所傅凌志说，涉外婚姻案件关系到两个国家的不同法律体系，以及不同的婚姻管理政策。适用哪国法律，遵从哪种规则，都是需要考虑的问题。比如签订“婚前财产协定”，国人想到的是去公证处进行财产公证，而美国、加拿大等西方国家的做法却严格得多，双方自带律师，为各自的利益讨价还价是最起码的要求。

如果不熟悉对方国家的法律规定或常规做法，又不咨询专业的法律人士，难免吃亏。譬如一些国家的法律规定，离婚后丈夫仍对妻子有赡养义务；而依照我国法律，丈夫对妻子的赡养义务仅在婚内存在。如此，若婚前签订协议时选择适用对方国法律，就可以为该国女性一方争取到更多利益。

而一旦作出判决，是否能够实现有效的执行又成为问题。假若相关国家间未就涉外婚姻相关事宜签订司法协助协议，那么我国法院就涉外婚姻的财产关系或子女抚养关系作出的判决，很可能无法在另一国得到有效执行，反之亦然。（卢科霞 胡珊）

相关链接

逾五成网友认同涉外婚姻

凤凰网日前一项有15725人参与的关于“你如何看中国式跨国婚姻”的调查中，有57.15%的网友能接受涉外婚姻，认为“只要相爱与国别无关”；有28.69%的网友表示“不好说，要看我遇见谁”；而表示“不能接受，文化与传统的差异太大”的仅有14.15%。

统计显示，仅广州、上海、北京等大中城市就有60万个不想生育孩子的“丁克家庭”

——“丁克”遭遇生育权纠纷怎么办？

2014年1月11日 工人日报 颜梅生

现实中，“丁克”与生育权的PK无疑同样存在。目前，法院审理的“丁克”家庭生育权纠纷主要有三种典型案例。

一方拒绝生育， 另一方有权要求离婚

【案例】鉴于生活节奏加快，工作压力变大，生活成本增长，为不想在成为“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5年过后，薛静萍渐渐有了想要个孩子的想法，但钟学鹏却不顾及她的感受。2013年8月12日，薛静萍提起了离婚诉讼，法院准予离婚。

【点评】尽管钟学鹏与薛静萍曾有约在先，但鉴于《妇女权益保障法》第五十一条已明确规定：“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。”决定了薛静萍有权反悔，而钟学鹏也不得拿“违约”说事儿。同时，《最高人民法院关于〈婚姻法〉若干问题的解释三》第九条规定：“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，法院经调解无效，应依照婚姻法规定，准予离婚。”

妻子擅自流产， 丈夫无权索赔

【案例】刘黎明与夏晓媛在恋爱期间已明确不要孩子，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。婚后，夏晓媛怀孕，未得到丈夫同意做了终止妊娠手术。2013年9月，刘黎明以夏晓媛擅自终止妊娠，侵犯其生育权为由将妻子诉至法院，要求赔偿10万元精神损失费，被法院驳回。

【点评】尽管《人口与计划生育法》第十七条规定：“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，夏晓媛有权决定是否生育。《最高人民法院关于〈婚姻法〉若干问题的解释三》第九条规定：“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。”此案，刘黎明无权索要赔偿。

单方收养，另一方有权拒支抚养费

【案例】婚后，杨如刚想要一个孩子，但妻子拒绝。杨如刚单方收养了一个孩子，交由自己的父母代养。谁知，一场大火让杨如刚积累的财富化为了灰烬，其无力抚养年仅6岁的孩子。杨如刚要求李莎莎承担抚养费。李莎莎以当初反对收养为由拒绝。杨如刚于2013年10月9日提起诉讼后，法院判决驳回其要求判令李莎莎支付抚养费请求。

【点评】虽然《婚姻法》第二十一条规定：“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，由于《收养法》第十条规定：“有配偶者收养子女，须夫妻共同收养。”即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无效，且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。

（本文所涉人物均为化名）

重庆涪陵：四个到位调解婚姻家庭纠纷

2014年1月29日 中国妇女报 许真学

“妇联不仅要运用自身优势做好家庭矛盾调解工作，还要借力使力，运用司法力量维护妇女的合法权益。更需要注意的是，在婚姻家庭矛盾调解中，不能忽视对孩子的保护。”1月23日，涪陵区妇联主席王海燕告诉记者，重庆市涪陵区自去年10月正式成立家庭纠纷人民调解委员会后，区妇联同区司法局、区法院等单位共同完善了婚姻家庭调解机制，“涪陵区调解婚姻家庭纠纷的制度保障、组织建设、队伍建设、维权渠道已到位。”

据悉，涪陵区婚姻家庭纠纷调解委员会确定了领导小组和档案管理制度、工作例会制度、调解反馈制度等4项工作制度，为工作的顺利开展提供了制度保障；涪陵区妇联聘请了基层妇女、法律工作者、公安干警等共144名婚姻家庭纠纷调解员，覆盖范围广，知识层次多样，最大范围地调动了全区调解工作人才资源，为婚姻家庭纠纷人民调解工作提供了人才保障。

在重庆，涪陵区是首批启动建设妇女儿童之家的区县之一，区委区政府也专门划拨了资金用于妇女儿童之家建设。“依托妇女儿童之家，区妇联设立专用调解室和心理咨询室。”王海燕说，调解室集“普法宣传”“信访接待”“婚姻家庭矛盾调处”“心理疏导”“家庭教育”“儿童关爱”为一体，具有综合性维权服务功能。调解工作从服务宗旨、服务内容、服务时间上都进行了细化，配有专职律师、心理咨询师，可以说是高起点，高标准。

依托妇女之家和司法所，涪陵区形成三级调解机制，目前全区27个乡镇街道均成立了婚姻家庭纠纷人民调解委员会，以发展村、社区妇女维权队伍为重点，聘请村（社）妇代会主任为调解员，推进村（社）婚姻家庭纠纷调解员、信息员建设，达到婚姻家庭纠纷村（社）主要解决、乡镇街道协助解决、区妇联重点解决的婚姻家庭纠纷三级联动调解局面，畅通了基层妇女维权渠道。

“家庭矛盾对孩子成长的影响是不可逆转的，夫妻关系的和谐稳定是孩子健康成长的基础。”王海燕说，因此，区妇联还充分发挥家教流动讲师团的作用，深入开展“推进家庭教育宣传实践”活动。组织家庭教育专家进学校、进社区、进院坝对未成年人父母进行监护责任教育和家庭教育知识的培训，不断提升监护人家庭教育水平，为留守儿童健康成长营造良好的家庭环境。

“下一步我们还将进一步完善人民调解、司法调解、行政调解衔接机制，加强司法、法院、公安联动配合做好婚姻家庭纠纷人民调解工作。要进一步加强婚姻家庭纠纷人民调解员的培训工作，提高全区调解员在维护稳定、化解矛盾中的业务水平。”王海燕说。（本报记者 许真学）

亿万富豪不会说的八个秘密：最怕的人是离婚律师

2014年2月8日 新华网

伯尼与斯拉维卡一级方程式首席执行官伯尼·埃克莱斯顿，于1982年在意大利蒙扎赛道见到了24岁、身高187厘米的克罗地亚模特斯拉维卡。很快斯拉维卡成为时年52岁的伯尼的第二任妻子。这段婚姻维持了25年，生育有两个女儿。但拥有36亿美元财富，且嗜钱如命的伯尼，最终没有留住妻子。2009年，伯尼与斯拉维卡·埃克莱斯顿离婚，支付了12亿美元的分手费。

3默多克与安妮：17亿美元据福布斯统计，2012年默多克的新闻集团总值566.63亿美元，年收入337亿美元。默多克首任妻子帕特里卡是位空姐，两人1956年结婚，1967年离婚，分手费是个谜。同年，默多克迎娶第二任妻子安妮，31年后的1999年6月离婚，安妮获17亿美元的分手费。17天后，默多克迎娶邓文迪，迄今14年。

阿布拉莫维奇和艾琳娜：3亿美元 孤儿出身的亿万富翁、俄罗斯寡头罗曼·阿布拉莫维奇，富可敌国。1991年，空姐出身的艾琳娜成为罗曼的第二任妻子，后生育了5个孩子。在16年的婚姻之后，2007年两人因为罗曼与23岁的模特达丽娅·朱可娃的绯闻而离婚。福布斯公布2006年罗曼的资产为110亿美元，但罗曼只支付了3亿美元的分手费。

哈罗德与苏：53亿美元 美国大陆资源公司首席执行官哈罗德·哈姆正在和第二任妻子苏·安·哈姆的闹离

婚，分手费可能打破纪录，达到 53 亿美元。据福布斯富豪榜，2012 年，世界亿万富豪的哈罗德的净资产达 113 亿美元。身为律师和经济学家的苏状告哈罗德对自己不忠。据媒体依据相关法律估算，苏在离婚时，将获得哈罗德近一半的净资产。

哈肖奇和索拉雅：8.74 亿美元 有人说，沙特阿拉伯的军火商阿德南·哈肖奇才是全球的首富，其财富多得无法估计。他 1961 年与索拉雅结婚时，索拉雅只有 15 岁。婚姻在持续 13 年、生育了 5 个子女之后，两人于 1974 年离婚，哈肖奇为此支付了 8.74 亿美元的分手费。

麦考与温迪：4.6 亿美元 全球移动通信巨头克雷格·麦考，早年在父亲的有线电视公司工作，后与兄弟创办了麦考通信公司，并于 1993 年以 115 亿美元的价格将其卖给了 AT&T。之后，他投资了卫星网络耐斯公司。据福布斯报道，他与妻子温迪·麦考于 1998 年离婚，向温迪支付了 4.6 亿美元的分手费。

史蒂夫和伊莱恩：7.5 亿美元 美国赌王史蒂夫·永利，读大学期间父亲去世，遗留下 35 万美元的赌债。后在同学伊莱恩的帮助下，他成功打造了赌业王国。1963 年，两人结婚，1986 年离婚，5 年后复合，生育有两个女儿。2010 年，史蒂夫另结新欢，两人再次离婚。史蒂夫为此向伊莱恩·永利支付分手费 7.5 亿美元，并失去永利度假村一半的股份。

亚历克和乔斯林：38 亿美元 神秘的法国威尔顿斯坦家族似乎鲜为人知。这个四代富得流油，让法国和美国政府眼红的家族，以艺术藏品、牧场和赛马闻名，1999 年财富的估价是 100 亿美元。最早让这个家族财富曝光的是长子亚历克的妻子乔斯林。据美国和英国的小报报道，整容上瘾、被称为“猫女”的乔斯林在 1999 年春和亚历克离婚，获得 25 亿美元的赔偿，和连续 13 年每年 1 亿美元的生活费。

约翰逊和谢拉：4 亿美元 1980 年，美国有线电视刚刚兴起，34 岁的罗伯特·约翰逊借来 1.5 万美元，加上合伙人的 50 万美元，创办了全美第一家黑人娱乐电视台 BET。2000 年，BET 以 30 亿美元卖出，约翰逊成为美国史上第一位黑人亿万富翁。但他和妻子谢拉·约翰逊 33 年的婚姻在 2002 年走到了尽头，他为此支付了 4 亿美元的分手费。谢拉曾和约翰逊共同缔造 BET，如今是拥有三家体育俱乐部的老板。

邓文迪和默多克 2012 年没有成为世界末日，但 2013 年似乎成了一些政界和商界大佬的婚姻末日。俄罗斯总统普京与柳德米拉离婚了。捷克总理内恰斯不但与内恰索娃离婚了，还在反腐行动中被迫辞职。而与邓文迪离婚，并非商界大佬默多克唯一的剧变，他的新闻集团还将一分为二。媒体称，邓文迪和默多克离婚，将获得 10 亿美元、甚至是史上最高的分手费。

人们不断提出一个问题，亿万富豪是生来聪明还是生来幸运？有钱人可谓财大气粗，似乎没有什么人会让他们感到恐惧，但这些富人却实实在在地怕一种人。在美国的超级富豪生活中有一些鲜为人知的秘密，就让我们看看这些富豪不会告诉人们的八件事。

一、亿万富豪越来越富

2013 年，全球的亿万富豪数量创下了历史纪录。根据美国财经杂志的统计，2013 年新产生的亿万富豪有 200 名，全球亿万富豪的人数达到 1426 人，他们拥有的资产总额为 5.4 万亿美元。美国依然是全球亿万富豪最集中的地方，有 442 位亿万富豪，386 名亿万富豪在亚太地区，366 名亿万富豪在欧洲，129 名亿万富豪在美国之外的美洲地区，103 名亿万富豪在中东和非洲地区。美国亿万富豪的平均净资产为 108 亿美元，比 2012 年亿万富豪净资产 91 亿美元增加了 17 亿美元。

与此同时，美国亿万富豪以外家庭的净资产仍未恢复到经济衰退前 2007 年的水平。根据美联储的统计，截止到 2013 年 6 月，美国家庭的净资产平均为 652449 美元，是 2007 年美国家庭净资产的 95%。虽然统计数据没有虚假，但家庭净资产平均值却无法完整反映出美国家庭在拥有资产上的巨大差异。事实上，一半美国家庭的净资产不超过 83000 美元。美国经济危机重创了中产阶级和普通民众，家庭财富缩水成普遍现象。而富人的财富却是持续增长，从 2007 年到 2013 年，美国亿万富豪的财富增加了 50%。

为何美国富人的财富会增长，而普通人的财富却在缩水。这里的关键是美国绝大多数人的家庭资产来自于房地产，而富人的资产多来自于金融投资。美国房地产市场在 2013 年明显复苏，但仍未走出低谷。而金融市场在 2013 年是个丰收年，富人在股市的投资盈利较大，家庭资产也是水涨船高。

二、千万美元对于富豪是小 Case

多少年来，人们衡量一个人是否富有，最常用标准是百万富豪。个人净资产能达到 100 万美元，那就是跨入了富豪的行列。现在美国很多地区的房价超过 100 万美元，即使是个百万富翁，全部财产也只够买幢住宅。在今天的美国，即使是拥有千万美元净资产的人，在富豪堆里也只能忝陪末座。以脸谱创办人扎克伯格为原型的电影《社交网络》中有一句经典台词：百万美元不够酷，亿万身价才够酷。尽管百万富豪和亿万富豪会坐在一起开会、握手言欢，但在亿万富豪眼里，拥有百万资产的人和他们完全不是一个等级。

亿万富豪可以花上 10 亿美元购买豪华邮轮供自己享乐，也能轻易地甩出 4 亿美元买下一架最新型的空中巴士用来周游世界。有的富豪出手上亿美元购买一幅油画，也有的富翁喜欢购买豪宅，且没有过亿的庄园不买。亿万富豪的日常消费实际上等于可以创造出不少的百万富豪。一架私用的直升飞机价值 700 万美元，一辆跑车价格可达到 240 万美元，此外还有几千万甚至是上亿美元的豪宅，而这些对于亿万富豪而言，只是生活中的玩具。当然，富人

他们在生活上也并非个个都是这样的大手笔，巴菲特就是富豪中的典型例子，没有私人飞机、住房是几十年前买下的老房子。尽管富人们穿金戴银，但生活上的花销与他们拥有的财富相比可谓是九牛一毛。奥普拉花 3.8 万美元买了个手提包，这些钱可能够一个普通人一年的花销，但对于奥普拉而言，3.8 万美元只是她财富的 0.001%。

三、亿万富豪基本上是男人俱乐部

福布斯亿万富豪榜上列出了 1426 名亿万富豪，其中女富婆有 138 名，在亿万富豪中所占比例不到 10%。统计数据表明，世界上的亿万富豪 90% 以上是男性，所以亿万富豪也可以称之为男人俱乐部。美国 1000 家大公司的总裁之位也是被男人垄断，只有 4% 的大公司总裁是女性。大公司总裁是最容易出富人的地方，也是亿万富豪的摇篮之一。女性担任这种高级管理职位的比例低，自然也就限制了女富婆的产生。美国国会议员中，女性议员占 18%。联邦地方法院女性法官的比例稍好一些，但也只占法官总数的 30%。女性担任高级职务的比例低，这被美国人叫作“玻璃天花板”，而男女同工不同酬也使女性的收入在同等教育背景、同样岗位上的收入要比男性低 10%。

女性通过公司的高级职位成为富婆并不是女性成为亿万富豪的唯一途径，全世界最富有的女人丽莲尼，今年 91 岁了，她拥有的财富为 300 亿美元。丽莲尼成为富婆有什么绝招吗？绝招倒是没有，但她有个好爸爸，老爸给她留下巨额遗产，这就成了天然的富婆。但不管怎么说，丽莲尼还是能守住家业的人，接过老爸创下的化妆品王国，做得也是有声有色。而身为全球最富有 20 名女性之一的米拉则是另外一个故事。她 11 岁从学校退学，连高中文化水平都没有，但米拉自己创业，最终建立了全球服装连锁店，靠自己的打拼成了亿万富婆。

四、百万富翁家庭造就亿万富翁

美国的亿万富豪多受过良好的高等教育，他们企图心很强。但人们不断提出一个问题，亿万富豪是因为生来聪明还是因为幸运？这也就是富人与其家庭环境的关系问题。应当说，美国很多亿万富翁出生在较富有的上层中产阶级家庭，像美国首富盖茨，他的父亲就是一个成功的律师。亿万富豪大卫和查理斯的父亲创办了石油开采公司，而大卫和查理斯继承父业并发扬光大因此成了亿万富豪。沃顿创办了沃尔玛，如今老沃顿的子女个个都是亿万富豪。可以说，要想成为亿万富豪，出生在百万富翁家庭是一个天生的有利条件。

而在美国也有不少亿万富豪不是出生在富有家庭，自然也不是含着金汤匙长大的人。拉斯维加斯一家赌场的总裁阿德尔森也是一位亿万富豪，他出生在劳工家庭，父亲只是一个出租车司机。拜尔提摩公司的大股东史提夫在 8 岁时父亲就去世，他完全是靠自己的努力成为亿万富豪。亿万富豪提尔顿从小由单亲母亲带大，为了养家糊口，提尔顿的母亲每周要工作 100 个小时。正是母亲的这种艰辛让提尔顿立志要改变命运，而最终提尔顿做到了。

五、亿万富豪最怕的人：离婚律师

有钱人可谓财大气粗，似乎没有什么人会让他们感到恐惧。但这些富人却实实在在地怕一种人，那就是离婚律师。富人也是人，也要婚丧嫁娶，也会面临离婚的问题。而离婚就要分家产，再有钱的人如果在婚姻上瞎折腾，再多的财产也会被折腾光。所以越有钱的人离婚率就越低，而且离婚时还要把钱看得紧紧的。默多克和邓文迪的离婚案，就是典型的富人式离婚，婚可以离，但钱不会让女人带走多少。美国 84% 的亿万富豪是已婚的，只有 8% 的亿万富豪离过婚，这样的离婚率是够低的。事实上，美国结过婚的男女有四成多最后都以分手作为婚姻的结局。

富人离婚打的是钱的官司，为了不使钱财流失只好花大笔的钱聘请律师。同时富人的离婚案格外引人注目，过去富人被极力遮掩的私生活会被媒体挖个底朝天。2003 年美国通用电气总裁威尔士和第二任妻子的离婚案，最终的结果是威尔士赔了夫人又折兵。离婚法律文件披露出威尔士和妻子的奢华生活（微博）活，媒体报道不断责问威尔士为何可以从公司获得高额的福利，之后证券管理委员会也介入进行调查，最后威尔士只好宣布放弃通用电气给他的每年 250 万美元的退休福利待遇。

六、富人热衷避税但也敢逃税

对于任何一个国家的公民而言，纳税是基本职责，富人赚得多自然要多缴税。在美国，纳税人可以合法地避税，这一点已经被富人玩得天花乱坠。但富人还有一点胆子更大，不是避税而是逃税，有一批富人会利用海外的逃税天堂或是设立海外账户来逃税。美国税务局这下急了，要求所有美国人如果有海外账户资金超过 1 万美元，一定要申报，不申报被查出者严惩不贷。美国一家公司的总裁华纳身价有 26 亿美元，有这么多钱一辈子都花不完，但这位老兄还是想方设法将每年赚的钱都要去逃税，结果被美国税务局查出。为此华纳不仅要交纳 5360 万美元的罚金，而且还有可能入狱。富人的收入多来自资本所得，而资本利得税远远低于个人收入所得税。富人在这方面本身就占了便宜，如果逃税成功，更是比普通百姓获利太多。美国约四分之一百万美元以上身价的富豪所缴纳的所得税税率比 1000 多万中等收入家庭所得税率还要低，这主要是这些富豪可以用多种方式来合理避税。

富人钱多也有钱多的烦恼，其中之一是子女会与老爸老妈争财产。有句话说出了一些富人的心情：家人恨我却喜欢我的钱。澳大利亚第一女富婆瑞尼哈特就被两个儿子告上了法庭，理由很简单，老妈在处理家庭信托基金时行为不当，拖延了子女获得基金的时间。

七、硅谷比华尔街更容易出亿万富豪

美国的财务专家认为，一个人要想成为亿万富豪，千万别把赌注下在股票市场上。股市造就百万富翁大有可能，但小老百姓玩股票往往是越玩越蔫巴。投资股市如果年回报率为 15%，一个人投入 6500 万美元，需要 20 年才能成

为亿万富豪。美国许多亿万富豪来自制造业、高科技产业和房地产业，这些人开创自己的事业后，成为亿万富豪已不是梦。当然，一个企业在股市上市，会快速加剧富豪们的财富积累，这也是富豪们和普通百姓对股市的不同玩法。

八、亿万富豪看重传奇人生

大多数富豪会把自己建立的财富王国传给下一代，从而使家族企业能够延续。房地产大亨川普现在还是神采奕奕，但他却把自己的三个儿子全部安排在公司内任职，这就是培养子女成为家族企业的接班人。从2009年以后，一些亿万富豪开始走上另一条路，至少30位亿万富豪签署慈善保证书，他们会将财富的一半捐出来做慈善事业。

如果观察美国的超级富豪，可以发现不少富豪到了富可敌国的时候，他们对自己传奇人生的关注超过了对金钱的关注。一位高龄的富豪在总结自己一生的时候坦言：我从来没有把成为亿万富豪当成人生的目标，我所设定的人生目标是要做得更好。

深度报道：离婚“糊涂账”

2013年12月31日 法治周末 汲东野



近年来，中国许多城市的离婚率一再攀升，诸多名人的离婚案也进入公众视野。与过去相比，如今的离婚显得不那么简单。尤其在股票

近年来，中国许多城市的离婚率一再攀升，诸多名人的离婚案也进入公众视野。与过去相比，如今的离婚显得不那么简单。尤其在股票、基金、债券等各种金融产品走入家庭之后，又给离婚财产分割增添了太多的“麻烦”
法治周末记者 汲东野

又一件金融圈人离婚案伴随着财产纠纷进入了公众视野。

2013年12月12日，北京某投资顾问公司总经理徐薇(化名)在新浪微博上发布了一条长微博，透露与前夫刘军(化名)曾经的婚姻生活中的种种问题。

刘军是一家投资人教育机构负责人。或许正因为夫妻两人的身份，徐薇的长微博发出后，金融圈不少人惊讶不已，议论纷纷。与这段长微博同时浮出水面的，还有刘、徐两人之间理不清的“债”。

在接受法治周末记者采访时，徐薇称，由于表述不清，自己和刘军在《离婚协议书》进行分配的“300万元”，其实是指私募基金和股票，而并非现金。

因为只字未提私募基金和股票，徐、刘两人之间的财产分配由此成为了一笔难理清的“糊涂账”。徐薇的律师告诉记者，徐薇已向法院起诉刘军，希望能要到离婚后自己尚未得到的一部分财产，法院也已立案。

但刘军通过短信告诉法治周末记者，自己并未收到法院传票。

上升的离婚率和改变的婚姻观

刘、徐两人因微博而曝出的离婚，只是近年受人关注的离婚事件中的一个样本。

从公开新闻中，人们不难发现，离婚可谓早已成为“热词”。随着众多名人离婚事件跳入公众眼前，网友们从大呼“不再相信爱情”，直到变成现在的“累觉不爱(网络流行语，‘很累，感觉自己不会再爱了’的缩略形式)”。

正如徐薇和刘军的情况所折射出的，企业家圈是离婚的高发地。

2013年，6月13日，新闻集团董事长兼首席执行官默多克的发言人确认，默多克已经正式提交了与妻子邓文迪的离婚申请。这段于1999年开始，备受舆论关注的婚姻，也于14年后画上句号。默多克是邓文迪的第三任老公，邓文迪也是默多克的第三任妻子。

除了企业家圈外，明星离婚通常也很受关注。其中知名度最高的，莫过于2013年9月，王菲与李亚鹏情变离婚，王菲发布的一条“这一世 夫妻缘尽至此 我还好 你也保重”的微博，作为对这段长达8年的感情的收尾。这是王菲的第二次离婚。

不仅是在名人中，在普通老百姓中，离婚也似乎变得更加常见了。

从过去的“谈离婚色变”，到“70后”离还是不离的纠结，再到如今“80后”、“90后”们的“离婚没啥大不了”，中国人的婚姻观正在发生改变。

民政部发布《2012年社会服务发展统计公报》显示，2012年，共依法办理离婚手续的有310.4万对，较2011

年增长8%。在这一年，离婚率的增幅也超过结婚率增幅。

根据这份公报配发的逐年对比图表，离婚率近年呈逐年递增的态势。

新类型财产分割添“麻烦”

伴随着离婚率的升高而逐年增加的是，遭遇婚变的企业家、名人们的离婚纠纷。这些纠纷的产生一些是源于剪不断、理还乱的“情债”，另一些则是为了分得更多的夫妻共有财产。

钢铁大王、日照钢铁董事长杜双华的离婚财产纠纷备受注目，因可能涉及在其名下包括日照钢铁及旗下五矿营办厂的股权在内的总评价值高达500亿人民币的财富，该案件也曾有“国内第一离婚案”之称。

该案起源于2010年，杜双华的发妻宋雅红起诉杜双华，要求与其离婚并分割双方共同财产。然而，北京海淀区法院驳回原告诉讼，理由是10年前，河北衡水法院已经判决双方离婚。于是争议的焦点成为宋雅红称自己的“被离婚”。宋雅红又提出上诉。河北衡水中院再审，宣布只审理双方的财产分割问题，离婚问题已成定论。

除此之外，近几年，关注度最高的还是多家上市公司的天价离婚案。

土豆网上市前夜，CEO王微的前妻杨蕾向法院提起诉讼，要求分割38%的土豆网股份。法院随后冻结王微股份。有业内人士认为，这导致土豆在优酷之后上市，错失发展良机。

中证万融集团董事长赵丙贤的前妻陆娟，曾两次起诉离婚并要求分割20亿元的夫妻共同财产，因赵丙贤始终未露面，最终法官只得采取公告送达方式继续法定程序。

去年11月底才尘埃落定的传媒大亨默多克离婚案，一贯以强势面貌示人的邓文迪仅分得2000万美元的财产，与默多克134亿美元的庞大身家相比可谓九牛一毛。根据离婚协议，邓文迪无法分得默多克在新闻集团的资产，两人离婚也不会改变默多克家族信托基金的继承规则。默多克早已为自己的财产上好了保险。

无论是名人还是普通人，离婚后财产纠纷或许是离婚最让人头疼的“伴生品”。

离婚协议“清晰度”很关键

据上海市律师协会民事委员会主任贾明军介绍，20%左右的离婚夫妇，因为当时协议写得不规范或者有漏洞，从而引发离婚后财产纠纷，案由为离婚后财产纠纷的，基本上都是因为离婚协议写得不清楚造成的。

贾明军建议，在夫妻双方进行财产分割时应持慎重态度，相关的法律问题可请律师把关。否则，不清楚的约定通常等于没约定。

据法治周末记者了解，当下，随着家庭理财产品多样化，离婚协议对此类分割表述不明不清，也确实成了纠纷的关键所在。前述刘、徐两人在《离婚协议书》中，把私募基金和股票直接写成“300万元”，就造成财产分割时存在诸多不确定因素，如私募基金的价值计算时点等问题就浮现在争议中。

西北政法大學婚姻法博士郝佳认为，在离婚财产分割时，涉及到股票、基金、债券等价值会产生波动的金融产品的分割，多建议在协议中约定以份数为分配单位；如有需要，再约定一个时间点，以该时间点的价格，乘以份数，将金融产品变现，由持有一方返还给另一方。

“因为这些财产的价值是波动的，而份数是稳定不变的。按照份数分配，最能保证财产分割的公平性。”郝佳说。

事实上，最高人民法院婚姻法解释(二)第15条中也明确规定：“夫妻双方分割共同财产中的股票、债券、投资基金份额等有价证券以及未上市股份有限公司股份时，协商不成或者按市价分配有困难的，人民法院可以根据数量按比例分配。”

中国人民大学商法研究所所长刘俊海指出，企业家作为公众人物，要比一般人更加重视婚姻，否则就可能会酿成类似股权纠纷的公共事件。婚姻状况不仅是他们个人的事情，更关系到整个公司的发展。

北京朝阳区人民法院：李阳就离婚赔偿提出执行异议 法院将召开听证会

2014年02月10日 法制晚报 王晓飞

【李阳离婚案再起波澜】KIM李金诉李阳离婚案判决1200万财产折价款及5万元精神抚慰金生效后，李金申请强制执行。李阳向法院汇款260万元。现李阳提出执行异议，认为已支付940万加之缴纳法院的260万，财产折价款已履行。法院于周四将对李阳的执行异议公开召开听证会。(记者王晓飞)

重庆市北碚区人民法院：未离婚又结婚 法盲夫妻双双被法院判重婚

2014年2月10日 中国法院网 刘金丽 张小会

由于对法律的无知，重庆一打工妹王妮妮未与丈夫邓路办理离婚手续，却又与打工期间认识的何杰以夫妻名义共同生活，并生下一女。近日，重庆市北碚区人民法院以重婚罪判处被告人王妮妮有期徒刑八个月，宣告缓刑一年；以重婚罪判处被告人何杰有期徒刑七个月，宣告缓刑一年。

1999年5月29日，被告人王妮妮(化名)与邓路(化名)登记结婚。2010年底，被告人王妮妮在外出打工期间认识了被告人何杰(化名)。此后，二人感情迅速升温，于2011年4月底，二人在重庆市北碚区租房以夫妻名义共同生活并生育一女，取名何豆豆(化名)。在此过程中，被告人王妮妮并未与邓路办理离婚手续，同时被告人何杰知晓上述情况。

2012年5月29日，被告人王妮妮与何杰因家庭琐事打架愤而报警，后被民警带回派出所接受调查。调查中，

公安机关发现被告人王妮妮、何杰具有重婚嫌疑，至此案发。后两被告人在到案后均如实供述了自己的犯罪事实。

2013年5月27日，王妮妮向贵州省某法院起诉要求与邓路离婚。2013年7月24日，贵州省某法院依法作出判决，准许被告人王妮妮与邓路离婚。该判决于2013年9月13日发生法律效力。2013年10月10日，恢复法律意义上单身状态的被告人王妮妮与何杰登记结婚。

法院审理后认为，被告人王妮妮有配偶而与他人以夫妻名义同居生活，被告人何杰明知王妮妮有配偶而与之同居生活并生育一女，破坏了我国一夫一妻的婚姻、家庭制度，其行为均构成重婚罪。综合全案情况，北碚法院依法作出上述判决。

（北京）春节后离婚是平时 2.4 倍 本报抽取近两年 7032 件离婚案得结论 部分法院证实 马年春节后迎立案高峰

2014年2月10日 法制晚报 王岗 王晓飞

圣诞节前日 离婚数增 4.8 倍

记者统计时意外发现，2013年12月24日，是全年受理离婚案最多的日子，达54件，是平时的5.8倍。

新年新开始 年初离婚案激增

按月来看，当事人起诉离婚，主要集中在1月，平均每天约有18对夫妻对簿公堂欲劳燕分飞。

周小鹏认为，这是因为中国传统思想中，有“元”的概念。

“有的人认为，我去年过得不是那么好，原因就是婚姻不幸福，所以我要去离婚，在新的一年里解决掉这个问题。有的人认为，新的一年我要有个新的开始。说白了，都是希望在新的一年里有一个好的新开始。”他说。

专家解读

为过好周末 周三离婚多

经过统计，法院在每周三受理的离婚案件总数和日均数量均最多。

周小鹏分析认为，周一刚开始工作，人们往往身心还没调整好。而周五马上要到周末了，人容易出现惰性。而周三位于工作日中间，这天起诉离婚，之后能够通过两天的心理调节，给自己一个过好周末的机会。

为了孩子 避开儿童节打离婚

根据数据统计，五一、十一等长假后离婚案件均是平时的一倍以上。

周小鹏解释称，夫妻不合多是因为两个人的生活观念不同。越是长时间的彼此面对，越容易导致矛盾爆发。

周小鹏介绍，在离婚因素当中，还有一点是比较性因素，“夫妻双方本身就不满意对方，在长假当中又或多或少有一些朋友、同事的聚会，而当有问题的夫妻一方看到别人的家庭幸福时，他的幸福指数落差就会增加，失落感更强烈。”这样，就导致夫妻一方对现在生活的不满意，甚至是对未来幸福生活的追求。

六一前后夫妻离婚比平时少，周小鹏认为，“多数夫妻看在孩子的份上，不会在儿童节前后离婚，因为过意不去。”

文/记者 王晓飞 王岗

不离婚，是我给你最好的情人节礼物 如果离了，也愿你将来的生活能更好

2014年2月17日 浙江法制报 高敏



今年的2月14日挺特别，西方的情人节正好遇上我国传统的元宵节。

双节喜相逢，本应是充满团圆意味和甜蜜爱意，但也难免“几家欢喜几家愁”。比如，海宁的王老太无法忍受老伴的暴躁脾气，在这天解除了他们长达60年的婚姻；而象山的吴女士则决定再给丈夫一次机会，向法院撤回了离婚申请。

不过，无论她们的决定是什么，只希望她们能生活得更好。

遗憾：结婚60年的老夫妻成分飞燕

王老太今年 79 岁，孙大爷 86 岁，今年原本是两人的“钻石婚”之年（结婚 60 年），可惜的是，二老却选择了分道扬镳。

海盐法院受理这起离婚案后，承办法官第一时间与老人的子女取得联系了解情况。原来，孙大爷和王老太经人介绍相识，共同相处一年后，两人按照农村习俗摆酒，宴请双方亲朋举行了结婚仪式。此后，双方一直以夫妻名义共同生活，并生育了 5 个子女。

孙大爷年长王老太 7 岁，较为强势，王老太性格温婉，是典型的农村妇女。婚后，两人的生活一直由孙大爷做主导，孙大爷说往东，王老太不敢往西。平日里，孙大爷爱喝点酒，喝酒之后脾气难免暴躁，稍有不满意就拿家里的东西出气，锅碗瓢盆被砸坏的不知有多少，有时候甚至会对王老太动手。

这么多年过去了，两人的孩子也都长大各自成家。2013 年 7 月的一天傍晚，孙大爷喝酒之后再次无故打骂王老太。王老太大哭一场之后决定反抗，再不软弱屈服。

今年春节期间，老两口的 5 个子女有心劝说老人重新走到一起，打算叫上亲戚朋友为老两口办一场结婚 60 周年纪念宴，但是被王老太断然拒绝。也就是子女们的这番好心，让王老太越发觉得委屈，回想这几年的辛酸往事，王老太打定了主意，这婚一定要离。

2 月 14 日，在调解协议上签完字后，王老太长舒了一口气，“终于摆脱他了！”孙大爷倒也淡然，“她要离婚就离么，反正平时也不住在一起，离不离婚都一样。”

可喜：争吵不断的小两口破镜重圆

与王老太的坚决不同，2 月 14 日，象山的吴女士向象山法院递交了撤回离婚诉讼的申请书。她说，也许这封申请书，是她送给丈夫赵先生最好的情人节礼物。

吴女士和赵先生都是三十出头，两人结婚 6 年，感情稳定，5 岁的女儿乖巧可爱，幸福的婚姻生活也曾令人羡慕。

美中不足的是，赵先生性格内向，不善言辞，很少会对妻子说甜言蜜语。自女儿出生后，吴女士既要工作，又要操持家务，却得不到丈夫的体贴，渐渐感到身心俱疲。两人不时发生争吵，接着吵架升级，开始动手。春节前，吴女士终于向法院提出了离婚诉讼。

法官在向被告赵先生送达诉讼材料的过程中，询问了相关情况。赵先生说，他们夫妻感情其实还在，他并不想离婚。

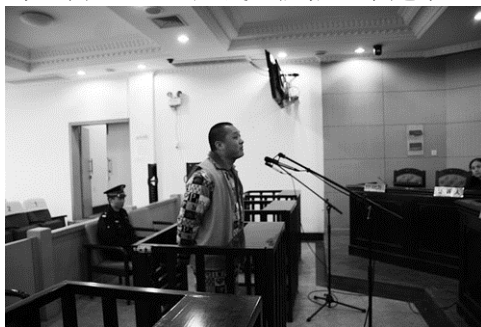
只要感情还在，一切就都还有得商量。法官马上劝赵先生，如果不想离婚，则应拿出实际行动，挽回感情。

也许是丈夫这些天的行动起了作用，2 月 14 日，吴女士一大早就到法院来递交撤诉申请书，“我老公这段时间对我特别体贴，家务事都揽过去了，说话语气也很温柔，还送了我小礼物。既然他保证以后会改，想想孩子也不能没有爸爸，我决定给他一次机会。”吴女士一脸幸福地说，“今天是个好日子，我们不离了。”

听到吴女士这么说，法官也从心底里为两位当事人高兴。

浙江省缙云县人民法院：“柬埔寨新娘”：跨国觅偶“雾霾”重重

2014 年 2 月 16 日 人民法院报 余建华 孟焕良



继越南新娘之后，中国出现了越来越多的柬埔寨新娘。短短三个月时间里，浙江省缙云县一名男子串通境外人员非法组织 11 名柬埔寨妇女进入境内，介绍给单身男子进行婚配。一时间，这成了当地百姓茶余饭后最热门的谈资。“月老”牵线搭桥，没有带来美满姻缘，却给一些婚姻当事人造成了巨大精神痛苦和财产损失，严重扰乱了社会秩序。

日前，缙云县人民法院公开宣判这起涉外婚姻中介非法组织他人偷越国（边）境案件，依法判处被告人吴国云有期徒刑二年零六个月，并处罚金 3 万元。

柬埔寨女孩的“中国梦”

2007 年 8 月，上海建工集团要在柬埔寨开发一个项目，吴国云的堂哥吴国志（另案处理）以厨师的身份随着项目部来到了柬埔寨首都金边。

4 年之后，摇身一变已是饭店老板的吴国志回老家庆元探亲。这个位于浙江省丽水市的山城庆元，属于浙江经济欠发达地区。同村人方某来到吴国志的家中，向吴国志倒出了积攒多年的苦水：30 多岁了，身材瘦小，在当地甚

至国内找老婆是没希望了。你在柬埔寨这么多年，能不能帮着看看，有没有女孩愿意嫁到中国？把我的QQ号和手机号留给她们……

见方某诚恳，吴国志一口答应下来。回到柬埔寨后，因饭店事务一直比较繁忙，渐渐忘记了答应方某的这门“亲事”。

2011年11月，上海建工集团在柬埔寨当地聘请的女翻译小陈突然上门找到吴国志，说自己的妹妹以及当地一些女孩都想嫁到中国，想请吴国志牵线搭桥，圆女孩们的“中国梦”。

此时，吴国志想到了两个月前方某的嘱托，便将方某的QQ号告诉了小陈的妹妹，让他们先在网上认识一下。谁知两人十分有眼缘，视频见面后彼此对对方都很满意。

既然两情相悦，吴国志便提出让小陈的妹妹办理出国手续，如以旅游名义办理签证、护照，还有结婚需要用到的单身证明等。费用则由吴国志先行垫付。

手续办妥，吴国志便打电话让方某汇款4.6万元。汇款一到账，吴国志向新娘娘家支付一部分“聘金”后，便带着女孩坐飞机回到庆元。

好事传千里，吴国志为村民牵起跨国姻缘红线一事没多久就传遍了丽水各大县城、乡镇，来找他牵红线的人越来越多。

仅2011年11月至2012年5月期间，在女翻译小陈的介绍下，吴国志先后带了7批共50多个柬埔寨女孩到国内，以每人4.6万元的价格将她们分别介绍给丽水市各区县的单身男子。

据吴国志交代，他所收取的介绍费由2011年的4.6万元涨到2013年的6.5万元，其市场的火爆程度可见一斑。除去办手续、交通等必要开支，介绍一人平均能赚到4000到6000元不等。

中柬非法婚介里应外合

随着经营规模的不断扩大，吴国志2013年3月找到了堂弟吴国云，向他介绍了涉外婚姻的运作流程及成本收益。

丰厚的回报令吴国云做起了致富梦，没有考虑到其中的法律风险，一口就答应了下来。为掩人耳目，32岁的吴国云来到缙云县工商局，领到了“千里良缘婚姻介绍所”的个体工商户营业执照。通过宣传车大肆宣传了一段时间后，来到这家婚介寻姻缘的，大多是冲着柬埔寨新娘来的。

由于不是缙云本地人，语言上存在一定障碍。吴国云还找到了缙云当地的一家婚介老板谭某，以每成功介绍一名柬埔寨女子提成1000元的利益诱使谭某参与其非法婚介。

为确保安全，从2013年开始，吴国志一般不安排柬埔寨女孩通过视频直接与中国男子见面，双方只通过静态的图片或文字传递信息。吴国云和谭某负责中国单身男子信息的搜集，并将男子个人的基本情况，如兄弟姐妹、房产及照片等通过QQ邮箱发送给柬埔寨婚介商“阿兰”。再由“阿兰”将物色好的柬埔寨女子的信息及照片发给吴国云。

吴国云通知男方前往婚介所查看女方资料后，若男方有意向，需先行支付3万元的押金。“阿兰”负责以旅游签证的方式将柬埔寨女性送到中国。吴国云则负责驱车前往机场将柬埔寨女孩接到缙云。安顿妥当后，吴国云随即安排双方“相亲”。

见面后，若男方表示满意，再次支付3.5万元的中介费后，这桩“买卖”便宣告成功，可以领着外籍新娘回家过日子。

2013年3月至6月期间，吴国云在吴国志的安排下，已经非法组织11名柬埔寨妇女进入中国境内。

法网恢恢疏而不漏

2013年6月8日，缙云县工商行政管理局在对吴国云涉嫌超范围经营涉外婚姻介绍行为进行调查时，吴国云主动供述了其几个月来从事的涉外婚介行为。殊不知，他的行为已经触犯了刑法。

庭审中，被告人吴国云辩称自己先前并不知道这些外国新娘是以旅游名义进入国内的，其所负责的只是将飞抵国内的外国妇女安全接至缙云。然而根据吴国志、谭某的口供证实，吴国志在联系好一批柬埔寨籍妇女进入中国前，均会通知吴国云及谭某具体的接机时间、地点、人数等，同时还会交代他们不要忘记提醒柬埔寨籍妇女办好旅游签证手续，及告诉男方在一个月内要办好结婚证件及如何办理延期居留等手续，上述证据可证实吴国云主观上明知柬埔寨妇女是以旅游名义办理签证非法进入我国境内的，且其积极搜集男方信息，安排双方见面。

根据最高人民法院《关于审理组织、运送他人偷越国（边）境等刑事案件适用法律若干问题的解释》规定，组织他人偷越国（边）境是指领导、策划、指挥他人偷越国（边）境或者在首要分子指挥下，实施拉拢、引诱、介绍他人偷越国（边）境，均可定性为组织他人偷越国（边）境，而被告人吴国云的行为则属于第二种情形。

缙云法院经审理后认为，被告人吴国云违反国（边）境管理法规，使用虚假出入境事由骗取出入境证件，组织他人偷越国（边）境，人数众多，已构成组织他人偷越国（边）境犯罪行为。但因其其在共同犯罪中起辅助作用，系从犯，且考虑其系自首，法院决定对其减轻处罚，遂依法判处其有期徒刑二年零六个月。

法网恢恢疏而不漏，主犯吴国志、谭某纷纷落网，现已羁押于丽水市莲都区看守所，不日也将接受法院的审判。在缙云当地引起一阵风波的涉外婚姻中介随着法槌的敲响逐渐平息，然而却给我们留下了深深的思索……

■法官说法

涉外婚姻买卖引发法律风险

最早的跨国婚姻中介的操作流程是本地男青年根据婚姻中介安排，飞往国外相亲，在国外与外籍新娘以合法程序缔结婚姻后回国。我国民法通则规定，我国公民和外国人结婚适用婚姻缔结地法律。从尊重当地国家的主权及保护当事人的实际利益出发，承认他们根据当地法律而缔结的婚姻是有效的。但实践中，本地大龄男青年往往不具备较高的文化知识水平，对新娘所在国的法律与风土人情不甚了解，对婚姻中介的过分依赖导致其在异国相亲的过程中受到婚介的敲诈勒索，途中的花费比预想的高出数倍。

随着涉外婚姻中介产业的不断发展，近几年来，“越南新娘”远嫁中国，逃跑未果被男方殴打报道时有出现，逃跑成功男方要求婚姻中介退还中介费未果杀人的案例也曾发生。究其原因还是外籍新娘无法接受现实与憧憬的落差，少女们怀抱梦想来到中国，等待的婚房往往在杳无人烟的山沟沟里。

虽然我国婚姻法并没有规定因对另一方经济条件认识错误而缔结的婚姻关系具有法律上的瑕疵，但巨大的落差使得这些跨国新娘“抱团逃婚”。

几天前，一位缙云男子便因自己的外籍新娘逃跑回国无奈而向法院起诉离婚，并希望能够通过中介尽快换回一个新新娘。但因涉外婚姻法律程序复杂，且送达法律文书困难，这样的离婚案件往往耗时较长，无法达到当事人的预期，且浪费了许多财力物力。而且，大多数婚姻中介为跨国新娘办理的是旅游签证，居留期限较短。根据我国国籍法规定，外国人办理中国户口需要有外国护照、外国人永久居留证等。因缺少法定材料，她们将不能取得我国公民资格，成了名副其实的“黑户”，也成了社会保障的“边缘人”。

涉外婚姻引起的社会问题激增，引起了有关部门的重视。丽水市民政局已经废止外籍新娘仅出示护照、签证和单身证明便能与本地男子登记结婚的政策，制定了严格的审批手续，对非法婚介行为扎紧了口袋。

早在1994年，国务院办公厅就已下发《关于加强涉外婚姻介绍管理的通知》，其中明确规定，严禁成立涉外婚姻介绍机构，国内婚姻介绍机构和其他任何单位都不得从事或变相从事涉外婚姻介绍业务。不论是互联网上十分热门的“组团脱光”、“团购新娘”，还是游走于城镇乡村的中介贩子，实际上就是一种变相的涉外婚姻介绍，应当受到法律制裁。

当前存在的涉外婚姻中介普遍没有资质为外国妇女办理合法的婚姻准入手续，遂采用虚假事由骗取旅游签证，该行为已涉嫌触及国际公约所禁止的跨国人口贩卖的“高压线”，且这种行为的各个环节及具体参与者均有可能构成妨害国（边）境管理犯罪。

我国刑法专门设立了一节，规定妨害国（边）境管理犯罪的几种类型。由于我国执行相对严格的国（边）境管理制度，在异国“新娘”无法履行正常手续通关入境的情况下，“媒婆”们往往会采取通过购买、伪造、变造等手段办理的出入边境证件或签证作为掩护，让“准新娘”从边境口岸蒙混过关。这个过程可能涉及的犯罪行为主要包括三类情形：一是协助组织或者运送他人偷越国（边）境；二是为偷越国（边）境人员提供条件；三是参与偷越国（边）境。本案中吴国云的行为属于协助组织他人偷越国（边）境，且情形较为严重，已触犯刑律，最终退赃领刑。

■记者观察

涉外婚姻管理需形成社会合力

据吴国志交代，其“柬埔寨新娘”的生意范围已辐射囊括浙江、江西、福建等多地。这个涉外婚姻中介团伙的形成也从一个侧面反映了近年来网络涉外婚姻中介如雨后春笋般迅速发展壮大，甚至公然违背法律，组织网友团购“越南新娘”、“柬埔寨新娘”等。

据国家统计局发布的数据显示，2012年我国出生人口性别比为117.7。这意味着，全国每出生100个女孩，就会出生117个男孩。在人口统计学上，出生人口性别比的一般正常范围在102至107之间。有媒体引述专家预测称，这种失衡的出生人口性别比，将给未来的中国社会带来不小影响——“到2020年，中国的光棍将有3000万到3500万人”。在这一背景下，原本就男多女少、“娶妻成本高”的中国农村地区，大龄男青年“结婚难”问题更为突出。

从缙云县购买东南亚新娘的男子的信息中发现，大多数男子都已过了谈婚论嫁的黄金时段，年龄多集中于35至50岁之间。因各方面条件的限制，该群体在本地找对象较为困难，又娶不起城里的姑娘，但不甘心孤独终老，于是通过各种手段为自己寻找另一半，如今“没钱就娶个越南婆”成了大龄青年互相取笑的话题。但据调查，也有少数人认为“外国的月亮比家乡的圆”，对外籍新娘有特殊的欣赏。在温州，2013年有近百名青年带着越南新娘到民政部门登记领证。丽水市有800多名来自越南、柬埔寨等地的跨国新娘，约80%的跨国新娘集中生活在庆元、缙云。

同时，由于历史原因，越南境内男女比例严重失调，待嫁女子供过于求。且她们多出身贫困，俗话说，“婚姻是女人的第二次投胎”，她们十分希望能够通过出嫁来改变命运。

“急人之所急，需人之所需”，伴随着社会对低成本婚姻不断提升的需求，市场经济体制下，涉外婚姻中介商应运而生。他们抓住双方各取所需的心理，以介绍婚姻为幌子，实施人口贩卖、偷运，赚取黑心中介费的勾当。虽然其中确有一部分涉外婚姻中介帮助本地男青年圆了“比翼双飞之梦”，但却带来了一系列不容忽视的社会问题。

据报载，截至2013年6月，缙云县已有265位外籍新娘经非法涉外婚介引入该县。没有感情基础的这类婚姻必然存在着诸多不安定因素。据初步统计，该县共登记涉外婚姻300对，预约登记110对，其中某个自然村就达到

26对。然而，目前该县已逃跑2名越南新娘，办理离婚18人，有2例分别被骗2.6万元和2.8万元的案件。针对这种社会现象，有关部门专门召开会议，明确严禁成立涉外婚姻介绍机构，县内婚介机构和其他任何单位都不得从事或变相从事涉外婚姻介绍业务，并跟11家当地婚介机构负责人签订了承诺书，要求遵守我国婚姻法等相关法律、法规，履行法定义务。

与此同时，法院在审理近期出现的因外籍新娘逃跑导致新郎向法院提起的离婚诉讼案件时，严格依照民事诉讼法与涉外婚姻纠纷程序，综合考虑法律效果和社会效果，认真、妥善处理好该类案件。

在没有对跨国婚姻形成系统性的法律机制前，冲散跨国觅偶产生的社会问题之“雾霾”，需社会各界共同努力，形成合力，才能有效打击非法涉外婚姻中介，保护本国及他国公民的合法权益。

从事非法涉外婚姻介绍的行为是否界定为非法经营罪的一种类型，运用刑法对此进行规范和调节，由于各省份情况不同，尤其是与越南等国毗邻的省份跨国婚姻普遍，故对此掌握尺度不同。一旦统一了法律口径，集中执法行动指日可待。

图为被告人吴国云在庭审现场。谢 栋 摄

广州妇联发布 2013 年信访热点难点分析报告 5000 宗信访案件 婚姻家庭类仍居首位

2014年2月19日 中国妇女报 林志文

记者近日从广州市妇联获悉，2013年该市妇联共接待处理各类信访案件5043宗，及时有效地化解了大量矛盾纠纷和信访突出问题。广州市妇联在分析报告中建议，推动建立反家暴有效干预模式，降低法律帮助与援助“门槛”，采取多种措施发挥婚姻家庭纠纷调解实效，以更好维护妇女儿童合法权益，维护社会和谐稳定。

婚姻家庭类信访仍居首位

广州市妇联近日发布2013年信访热点难点分析报告。据介绍，2013年市妇联共接待处理各类信访案件5043宗，其中婚姻家庭类案件3449件，占信访总数的68.3%，仍居首位，主要是反映夫妻不和、家庭经济问题和子女教育问题等引起的家庭纠纷和离婚纠纷。

目前，婚外情、同居现象已成为破坏婚姻家庭稳定的“头号杀手”。分析指出，在广州市妇联接待的各类来信来访案件中，配偶外遇和家庭暴力是突出问题。来访中仅反映配偶有外遇的案件就有432宗，占婚姻家庭类信访案件的12.5%；接待家庭暴力案件488宗，占婚姻家庭类的14.1%。

来访女性普遍反映，在遭受家庭暴力侵害时，因受传统“清官难断家务事”观念的影响，当受害女性要求对施暴者进行拘留或其他处罚时，有关部门却不能采取有效措施保护受害女性的合法权益。同时，由于法律对家庭暴力行为的认定和制裁缺乏可操作性的法规，在婚姻关系存续期间，对反复施暴又构不成犯罪的家庭施暴者采取措施较难，受家暴妇女的自身权益维护比较难。

统计数据还显示，共同财产分割成为焦点问题。在信访的离婚妇女财产纠纷案件中，大多数家庭由男性占经济主导地位，女性对其夫妻共同财产不甚清楚，因此在离婚财产分割中，男方因隐匿财产、捏造债务等造成的分割不公现象非常普遍，而妇女依法保护自身财产权益的能力尚有待提高。

性侵和虐待儿童是信访新热点

去年以来，全国范围内儿童性侵害案和虐待案频发，进一步保护儿童免受性侵害成为人们共同关注和亟待解决的社会热点问题。

2013年，广州市妇联接访强奸幼女案件5宗，市一级接到虐待儿童案件投诉9宗。来访中，大部分虐童案件主要为父亲对儿童实施躯体虐待行为，且集中发生在父母离异或父母关系不和睦的家庭。市妇联分析指出，总的来说，虐待儿童案件与儿童自身、父母亲及家庭状况都有着密切的关系，这类案件的发生严重影响着儿童的成长和身心健康。

据了解，针对此类案件，妇联一方面及时介入，积极开展救助，为受害儿童及家庭提供法律援助和创伤心理危机干预，提供有针对性、个性化的深度跟踪服务和帮助；另一方面，精心组织开展儿童保护专题活动，在社区开展《未成年人保护法》巡回讲座，发布宣传《宝贝别害怕——儿童保护手册》，组建情景剧表演团赴社区、学校宣讲女童防护知识，构建学校、社区、家庭相结合的儿童安全防护网络。

建议推动建立有效干预模式

针对以上问题，广州市妇联在分析报告中提出对策和建议。建议加强家庭暴力调研，推动党委、政府制定出台专门的针对家庭暴力的法律法规；提高执法部门的法律意识，建立反家暴有效干预模式，加大对施暴者的惩处力度，筑牢反家庭暴力的第一道防线。建议降低法律帮助与援助“门槛”，进一步扩大法律援助范围，特别要关注处于社会“夹心层”的妇女和外来妇女。

针对婚姻家庭矛盾纠纷突出等问题，广州市妇联建议发挥婚姻家庭纠纷调解实效。一是提升调解水平。加大对妇联干部、社工和巾帼法律志愿者的能力培养，不断提高理论知识和调解能力；二是采用联合调处手段。针对疑难复杂案件，联合法院、公安及当事人所在乡镇、居委会，实行部门联动。将社会化运作、项目化实施工作模式引入婚姻家庭纠纷调解工作，组成包括妇联维权干部、专业婚姻咨询师、心理辅导师、社工义工在内的家庭纠纷调解队伍，积极参与婚姻家庭纠纷案件调解；三是建立疑难复杂案件研讨例会制。对疑难复杂信访案件，定期召开研讨例

会,进行集中分析研究,依照相关政策法规作出处理意见,提高调解工作的公信力。(本报记者 林志文/通讯员 穗妇宣)

父女结婚:该脸红的是父女而非户籍制度

2014年2月19日 检察日报 晏扬

成都市的林丽(化名)想把父亲的户口从老家迁到成都,再办理成都的社保,由于父亲并未达到老人投靠子女入户的条件,林丽作出了一个荒唐的决定:与自己的亲生父亲登记结婚!然而,在民政局拿到结婚证的她并未如愿,其父仍不能取得成都户口、办理成都的社保。近日,林丽又将父亲告上法院,请求判令这桩婚姻无效。最终,法院认定两人属于禁止结婚的情形,判决婚姻无效(据2月16日《信息时报》)。

为了钻政策的空子,获取额外的利益,近年来假结婚、假离婚事件层出不穷。前年,四川宜宾一男子为多拿拆迁补偿费与妻子离婚、与丈母娘结婚,已经足够令人震撼了,现在居然有人为迁户口、办社保与自己的亲生父亲结婚,真是“没有最荒唐、只有更荒唐”。为达目的不择手段,为了利益不惜将人伦道德踩在脚下,发生这样的丑事,不要说当事人,连我等旁观者都感到脸红。

可是,这件荒唐事并没有受到多少谴责,许多网友以及媒体评论反而对林丽此举给予同情,继而将矛头对准户籍制度,在他们看来,正是现行不合理的户籍制度酿造了父女结婚的人伦荒诞剧。这种说法也许有一定道理,但我们不能忘了更大、更重要的道理:人之所以为人,是因为我们遵守着道德律令;“人穷”固然难免“志短”,但有些道德底线和伦理纲常是不能践踏的。当今社会,很多人比林丽及其父母生活得更加艰难,但他们没有放弃对人伦道德的坚守;在过去几千年历史长河中,很多中国人都是在饥寒交迫中度过一生,但何曾出现过父女结婚的荒唐事?制度固然影响着人性,但把所有道德、人性的沉沦都归咎于制度,未免失之偏颇。

何况,外地人口到大城市落户需要具备一定的条件,这在目前并不能说是制度之恶。城市再大,其人口承载能力也是有限的,对外来人口设置一定的入户门槛,在很大程度上是没有办法的办法。我想,目前而言,不管户籍制度怎样改革,也不可能允许所有人任意到大城市落户,这是我们不得不正视的现实国情。林丽此举虽有无奈的成分,但谁的生活中没有无奈之事?如果人人“无奈之下”就不讲人伦、不守法律,这个社会将是何种模样?所以,不能把林丽与父亲结婚的荒诞剧,“美化”成对现行户籍制度的抗争,不能以户籍制度的缺陷,来掩盖这起荒诞剧背后的道德沉沦。

现实中,一些人通过假结婚、假离婚来钻政策和法律的空子,只要做法不是太离谱,没有突破底线道德,没有违反法律法规(钻空子并不等于违法),大多能获得社会的宽谅,或者视其为个人的权利和选择。但是,女儿与亲生父亲结婚,践踏了人伦纲常,违反了法律法规,目的不正当,手段很恶劣,如若成功则涉嫌诈骗,我看不出如此荒唐之举有多少值得同情之处。现行户籍制度、社保制度确实不尽合理,但这并不能成为父女结婚荒诞剧的遮羞布。

北京公证办证量增加 28.41%

2014年2月24日 法制日报 王斌

记者近日从北京市司法局了解到,2013年北京市公证办证总量为814088件,比上年同期增加28.41%。

据悉,北京市25家公证机构共有执业公证员274人。公证机构开展的814088件公证办证总量中,国内公证事项382217件,增加216332件,同比增加130.41%;涉外公证事项423688件,增加78777件,同比增加22.84%;涉港澳台公证事项8183件,增加2126件,同比增加35.10%。

女子与继母因抢生孩子当街厮打专家称女儿能否生二胎要待广东政策细则出台

2014年02月24日 京华时报

据《南方日报》报道国家放开“单独二胎”政策后,已育有一女的独生女小红(化名)便早早备孕检查,只待政策落地广东后便实施“再造计划”。但她没想到,一直未育的“后妈”新婚后的也想生育,这使得她“独生女”的身份及二胎计划岌岌可危。为此事二人争吵不休,甚至当街厮打。

>>争相造人

母女抢怀孕致厮打

今年30岁的潮汕媳妇小红已经有了一个2岁半的女儿。去年底,“单独二胎”的消息传出后,一直想要个孙子的公公婆婆便时常来吹风“再生一个”。于是夫妻俩便早早开始备孕检查,只待政策落地广东便火速造人。

但正当小两口的造人计划进展得顺风顺水之时,一个让她两难的纠结事却横亘在眼前。

大约半年前,小红50岁的父亲通过再婚娶了一个35岁的继母,继母此前一直未有生育,因此新婚不久便开始努力造人。

但这却让小红的女儿身份岌岌可危,按照广东省人大的解读,“独生子女”是指父母终身只生育了一个子女,该子女既没有同胞兄弟姐妹,又没有同父异母或同母异父的兄弟姐妹,也没有收养的兄弟姐妹和与其父(母)有抚养关系的继兄弟姐妹(简称“四无”)。

按照目前《广东省计划生育条例》的规定,之前未育的继母可以在再婚后生育子女,因此一直努力造人的继母很可能使得小红的“弟弟或妹妹”抢生在她自己的孩子之前,为此,害怕失去独生女身份的小红与急于求子的继母

经常为此事争吵不休，甚至当街厮打。

>>能否生二胎

要待政策细则出台

小红的父亲如何选择？“我爸私下告诉我，就一个女儿，他希望我先生下来。”但小红说，由于一边是女儿，一边是妻子，他并没有明说。

如果继母先生产，小红的第二胎是否铁定没戏？

广东优生优育协会会长冯濠祥表示，关于单独二胎，目前广东尚未出台具体的实施细则，因此对于独生子女定义是否做出调整尚未可知，如果继母的孩子先出生，小红还能否再生二胎，要待广东的政策出台后才能明晰。

我国资产前 10%家庭拥有 63.9%的总资产

2014年02月25日 南方都市报

根据西南财经大学中国家庭金融调查与研究中心近日发布的《2014中国财富报告：展望与策略》，目前中国收入前1%的富裕家庭，平均年家庭收入为115.2万元。家庭资产前10%的中国家庭，拥有63.9%的总资产。该中心主任甘犁[微博]教授指出，尽管我国资产极其不均的现象有所缓解，但财富更多的还是集中在少数家庭中。根据报告，2013年全国家庭资产基尼系数为0.717，与2011年数据相比，无论是全国、城市还是农村，家庭资产基尼系数都在下降。报告对此解释称，资产极其不均的现象有所缓解。

患病忘密码 难取救命钱 被要求出文书指定监护人和代领事项

法院和公证处均无法满足条件 银行回应称支行要求有错误

2014年02月25日 法制晚报 王妍 刘靖宜 全璇

法制晚报讯（记者 王妍 刘靖宜 全璇）市民肖女士的父亲去年患老年痴呆症后遗忘了存折密码，近日，肖女士和两个妹妹想要帮父亲取钱治病，银行却告知需要提交一份指定监护人办理代领款项的文书，但法院、公证处均表示无能为力。至今，肖女士和妹妹一直未能解决此事。

今天上午银行方面回应，此前工作人员误读相关规定。

事件 被要求出证明女儿跑数月难办到

肖女士家里姐妹三人，去年，79岁的父亲患脑梗死，之后一直无法自理，至今仍住在医院的ICU病房。

此前，老人将积蓄和退休金存在某银行的存折里，总额数万元。由于老人长期住院，姐妹三人商量后决定将钱取出来，用于住院治疗费用的支付，但老人目前已经意识不清，更记不得存折密码。

从去年年底开始，肖女士就到包括某银行在内的多家银行咨询如何帮父亲取钱，银行工作人员告知需要拿到法院的判决书，上面要写清指定谁是唯一监护人，以及由其代理领取老人的款项等事宜。

肖女士随后去了西城区人民法院，法院工作人员告诉她可以受理变更监护人，“但是文书上只有指定的监护人，没有银行要的具体细则，银行还是不认。”法院工作人员建议找公证处做公证。

随后，肖女士又向位于朝阳门附近的一家公证处咨询，得到的答复是首先要保证公证人具有民事行为能力。“可老人要能说清楚这些事儿，密码不就能记起来了么？”肖女士及妹妹都感到很无奈。

无奈之下，姐妹三人只得先到父亲户口所在地的居委会开具了协议书。上面写清父亲因为脑梗死无法自理，姐妹三人共同协商由小妹作为父亲的监护人，并盖上了居委会的公章，但这份协议书没有得到某银行的认可。至今，她们也没有将父亲的钱取出。

探访

银行要求的这份文书这么难办吗？从昨天下午到今天，记者分别咨询了银行、公证处、法院。

昨天，某银行广安支行柜台工作人员称，只能由公证处公证，证明老人授权某一人来办理相关业务。

今天上午，某银行新街口北大街支行的一名主任表示，可以先带着老人和代办人的身份证件、户口本，以及诊断证明和协议书来到银行挂失，之后银行会按照相关程序进行下户调查。如果情况属实，可以帮助其进行之后的相关事宜。

北京市中信公证处接待室的一名女性工作人员明确表示，“这种情况我们做不了（公证）。”该工作人员称，由于老人目前神志不清，不是一个具备完全行为能力的人，只能走法院诉讼，指定一个监护人。

西城区人民法院导诉台的一名工作人员表示，法院在做鉴定后可以出具法律文书证明老人无民事行为能力，为其指定监护人。但文书上不会注明关于授权监护人进行取钱、领退休金等具体事项。

银行回应

工作人员误读规定

今天上午，银行方面表示，这位客户的情况比较特殊，银行对存款人的特殊情况很难准确查清，为了保障客户权益，银行会要求该亲属到法院申请，法院出具判决书，对无民事行为能力事实及亲属关系进行认定，银行根据判决书处理相关问题。

然后，亲属需要到老人所在单位、社区申请出具证明，进行监护人指定，由指定监护人代为处理相关问题。最后，亲属持上诉两份证明文件，以及本人和代办人的身份证，到银行修改密码。

由于此类事件发生较少，此前支行工作人员并不是十分了解相关细节，所以会有错误解读，实际上，法院出具的判决书并不需要在文书上写明“代领事宜”等。

文/记者 王妍 刘靖宜 全璇

制图/廖元

八、异域资讯

邵逸夫家族信托化繁为简 家庭慈善二合一 2014年01月13日 21世纪经济报道 秦伟

本报记者 秦伟 香港报道

尽管他已经多年远离福布斯富豪榜，但无人质疑他的富豪地位；他身在娱乐圈，身边常伴美女，但关于他的“八卦”却常常与慈善有关。邵逸夫爵士，可能是中国为数不多的令穷人和富人都深切缅怀的富豪。

而与香港其他富豪家族相比，邵逸夫洒脱的家族产业处理方式也被视为学习的目标。不少媒体报道称，邵逸夫生前已将大部分资产套现后注入邵逸夫慈善信托基金(下称“邵氏信托基金”)，并早已立下遗嘱，避免子女与太太爆发争产纠纷。

不过，这并不意味着邵逸夫决定将所有资产投入慈善事业，而只是选择了以一个信托基金同时承担家族信托和慈善信托两种功能的方式来传承财富。

多功能信托：仅非慈善

即便2009年的这份文件公开了具体的受益人名单，时至今日的受益人是否依然不变同样无法确定。能够肯定的只是，这一信托并非仅为慈善用途。

与大多数香港富豪相比，邵逸夫的选择确实大不同。

一般而言，在香港，设立多个信托分别实现传承家族财富和慈善事业等不同目标，是比较常见的处理方式。例如，李嘉诚名下设立有The Li Ka-Shing Unity Discretionary Trust等四个全权信托，用以持有家族成员在上市公司的权益，此外，他还单独设立了李嘉诚慈善基金会从事慈善事业。而邵氏信托基金，则集合了两种功能。

邵氏信托基金是邵氏资产的最终持有人，公开信息显示，这间成立于百慕大的信托基金通过在瑙鲁共和国注册的Shaw Holdings Inc.和香港本地注册的赐一有限公司(下称“赐一”)间接持有邵氏基金(香港)有限公司(下称“邵氏基金”)和邵逸夫奖基金会有限公司(下称“邵逸夫奖基金”)，再由邵氏基金直接持有公司股份。

2009年邵氏兄弟(香港)有限公司(下称“邵氏兄弟”)私有化退市前的财报显示，Shaw Holdings Inc.、赐一和邵氏基金分别持有其263,610,872股、11,761,000股和21,735,000股股份，方逸华另持有1,378,000股(也视作邵逸夫持有)。而邵氏兄弟和邵氏基金当时再分别持有无线电视的113,888,628股和27,286,200股股份，方逸华另持有1,146,000股(也视作邵逸夫持有)。

在随后发出的私有化文件中，进一步披露了有关邵逸夫成立的邵氏信托基金的部分信息。这份文件显示，邵氏信托基金的受托人为Shaw Trustee (Private) Limited(下称“邵氏受托”)，受益人则包括根据信托契约要求挑选的任何个人或慈善组织。

“信托契约中一般会列明该信托的受益人，可能是罗列具体姓名，也可能只是给出一个确定受益人的原则。区别在于，一旦确定受益人之后，固定信托一般不能更改，而全权信托可以在受益人名单删除或者添加某些成员。”香港一名从事离岸信托的专业人士解释称。

不过，公开资料并未显示邵氏信托基金的受益人具体包括哪些个人或慈善组织，也未公布信托的类型。“无论是全权信托还是固定信托，都会涉及信托契约。”上述专业人士指出，仅从立有信托契约这点，并不能确定邵氏信托基金的类型。

如果从允许受托人根据信托契约挑选合格的受益人来看，邵氏信托基金赋予了受托人一定的酌情权，而若该信托确为全权信托，即便2009年的这份文件公开了具体的受益人名单，时至今日的受益人是否依然不变同样无法确定。能够肯定的只是，这一信托并非仅为慈善用途。

无论是李嘉诚般“彻底分割资产”，还是邵逸夫这样采用一个多功能信托，首先有当事人自身的偏好和其他因素的影响。而抛开这些因素，无法确定全部资产在慈善和家庭之间的分配比例，或许是其选择多功能信托的另一个原因。

“(在香港)个人资金一旦注入慈善基金，日后就不能再收回。”前述专业人士指出，但从法律角度考虑，“多功能信托”也同样存在弊端。理论上，受托人的职责在于为受益人的利益服务，这意味着受托人需要权衡受益人的身份。如果一个信托的受益人全都是家族成员，他们的性质比较相同，慈善组织和家庭成员之间则可能出现利益冲突。

遗嘱配合信托

或许是为了避免家族成员间日后争夺遗产，或许是因为子女无意接班自己的影视事业，晚年的邵逸夫一直在将名下各类资产做变现处理。

2009年，邵氏兄弟私有化退市。有媒体报道指，2年后，股东们决定将邵氏兄弟以95亿港元卖给台湾宏达电子公司董事长王雪红、香港锦兴集团主席陈国强和私募基金 Providence Equity Partners LLC 组成的财团。香港公司注册处的资料显示，2011年11月，邵氏兄弟已经更名为 Clear Water Bay Land Company Limited。

同一年，邵逸夫同时将26%的无线电视股权出售给王雪红、陈国强和私募基金 Providence Equity Partners LLC；邵氏基金则将持有的2.59%股权捐赠予数间教育及慈善机构，持股比例降至3.64%。

此外，邵逸夫家族早年在香港购入用作戏院的诸多物业也已被陆续出售。根据《明报》，2009年，邵逸夫将观塘宝声戏院以2.18亿港元出售，另一处旺角文华戏院也已被卖出。而这些变现后的资金大多被装入了邵氏信托基金中。

“如果子女不想继承家族事业，并不一定要将所有资产出售变现后注入信托。”上述专业人士认为，一般的信托本身就已经可以解决“子女不愿继承父业”的问题，将公司股权注入信托，把公司管理和家庭成员收益分隔开，子女可以根据约定选择职业经理人来管理，保持公司运作的同时，也可以享受权益。

除了设立信托，媒体报道称，邵逸夫早在10多年前就留下了遗嘱。“有些资产不便注入信托，比如与人合伙持有或以个人名义持有，可以以遗嘱来补充处理。”前述人士解释。

在已被变现的资产之外，同时担任着邵氏基金、邵逸夫奖基金和赐一以及邵氏置业有限公司等公司董事的方逸华名下仍有其他资产。除了持有无线电视0.26%股权，方逸华现在仍持有位于铜锣湾核心地段的珠城大厦基座翡翠明珠广场影院，市场估计现市值逾10亿港元。此外，邵逸夫还通过一间与方逸华同任董事的私人公司，共同持有炮台山秀明中心和北角海景台各一个单位，估值约2200万港元。

而邵逸夫的四名子女则留在新加坡打理邵氏在当地的产业。

上世纪80年代起，邵逸夫与哥哥邵仁枚在新加坡创下的产业已经开始交到邵逸夫的两个儿子邵维铭和邵维钟手中。现在，邵氏在新加坡的业务包括地产、影院、电影发行等，拥有邵氏商业大厦(Shaw Plaza)、邵氏大厦(Shaw House)、邵氏中心(Shaw Center)等8个商业地产项目，并持有6个住宅物业项目和7家影院。同时，大儿子邵维铭同时担任新加坡邵氏基金和邵氏公司(The Shaw Organization Private Ltd)的主席，并曾担任新加坡大东方(4.84, 0.02, 0.41%)控股及其子公司新加坡大东方保险的董事。公开资料显示，截至2012年底，邵维铭和邵维钟还分别持有新加坡大东方保险0.26%和0.22%的股份。(编辑 付玉)

想离婚先还肾！女子遭抛弃索要捐给丈夫的肾脏

2014年01月28日 大河网



萨曼莎和安迪有过快乐时光

夫妻闹离婚，分割财产不足为奇。英国的兰姆夫妇也在闹离婚，不过他们争夺的“财产”有点特别，是当年两人感情尚好时妻子捐给丈夫的一个肾脏。

捐肾救夫

兰姆夫妇住在德文郡艾维布里奇，丈夫安迪现年45岁，妻子萨曼莎41岁。两人均为当地一家私营救护车公司的司机，2004年开始约会。两人经历过一次短暂分手，后来复合，于2007年结婚。

安迪患有肾病，需每周透析三次，后因肾衰竭，需要换肾。萨曼莎出于对丈夫的爱，劝说安迪接受自己捐出的一个肾脏。英国《每日邮报》26日援引萨曼莎的话报道：“他需要一个新肾，不然只能等死。”

手术安排在2009年10月。萨曼莎回忆说，当时，她为了确保移植手术顺利实施，减肥19公斤。

借这次移植手术，安迪获得新生。

惨遭抛弃

萨曼莎捐肾救夫的故事感动了不少人，英国广播公司(BBC)还以纪录片的形式拍下手术的前前后后，以此讲述萨曼莎对安迪深深的爱。

不过，也正是这次拍摄，让萨曼莎对两人的婚姻有了不良预感。她发现手术后安迪变得爱打扮，精神也不错，而自己却总是不舒服。

2012年8月的一天晚上，趁萨曼莎外出上班之际，安迪找人帮忙，搬走了家中属于他的物品以及电视机、录音机，把家门钥匙留在信箱里，却没给萨曼莎留下只言片语的解释。

索回肾脏

萨曼莎坚信安迪是因为有了第三者才提出离婚，而第三者就是她的朋友克莱尔。但安迪予以否认，说“只是帮对方训练狗”。

对于两人的关系破裂，安迪解释说：“我们曾经大吵，她家里人也不喜欢我。”

“我从没想让她捐肾，毕竟那样做风险挺大。但她当时坚持。我永远欠她一条命。”

出离愤怒的萨曼莎对捐肾救安迪一事感到后悔，希望收回当年捐出的肾脏，把它转赠其他“更值得”的人。她说：“（再遇上这种事，）我肯定还会同意接受手术，但不会把肾脏给他（安迪）。”

萨曼莎说：“我恨他。如果可能，我会取回它，赠给别人……我所希望的就是看到他的名字出现在离婚文件上。”

曼德拉遗嘱公布：遗产 2500 万 家人、母校都有份

2014 年 02 月 03 日 中国新闻网 宋方灿



南非总统祖马（右二），与曼德拉家族的主要成员，其孙子门德拉、前妻温妮、遗孀格拉萨以及长女马卡兹维一起出席曼德拉的葬礼。图据 GCIS。 GCIS 摄



曼德拉生前除了为南非留下巨大的精神遗产，还和家人留下了约合人民币 2500 万元的遗产。 资料图 摄

I record that -

4.1.1.1. I have already advanced to MAKGATHO LEWANIKA MANDELA US\$300,136.00 (three hundred thousand one hundred and thirty six United States dollars). If and to the extent that he has an obligation to repay this amount, then I bequeath to him so many rands as will result in a set-off of this obligation;

4.1.1.2. I have already advanced to MAKAZIWE AMUJAH MANDELA US\$300,068.00 (three hundred thousand and sixty eight United States dollars). If and to the extent that she has an obligation to repay this amount, then I bequeath to her so many rands as will result in a set-off of this obligation.

4.1.2. Grandchildren from my first wife

4.1.2.1. I bequeath to -

(a) THE NRM FAMILY TRUST - the rand equivalent of US\$300,000.00 (three hundred thousand United States dollars), subject to the trustees of such trust agreeing to use the capital and interest of such amount for the benefit of MANDLA MANDELA as they in their discretion, after consultation with his father, deem appropriate and necessary from time to time;

AS WITNESSES:

1. J.M. Rousseau

2. [Signature]

[Signature]

南非前总统曼德拉长达 20 多页的遗嘱公布，其遗产约有 2500 万元人民币，将分给家族成员和生前所就读的学校，以及所工作过的一些机构。 宋方灿 摄

中新社约翰内斯堡 2 月 3 日电（记者 宋方灿）2 月 3 日，纳尔逊·曼德拉基金会公布了南非前总统曼德拉的遗

嘱内容。曼德拉的遗产总估价约为 4600 万兰特(约合 2500 万元人民币)，家中 30 多名成员人人有份，他身边的工作人员，生前所就读的一些学校和所在的机构、政党等也都有所惠及。

南非的反种族隔离斗士曼德拉于 2013 年 12 月 5 日逝世，享年 95 岁，留下遗孀格拉萨·马谢尔、3 个女儿以及 18 个孙子孙女和 12 个曾孙等亲人。他逝世后其家族内部出现不和谐音符，长女马卡兹维和长孙门德拉等围绕其巨额遗产展开争夺，其遗嘱格外受人关注。

南非宪法法院副大法官、曼德拉在罗本岛监狱的狱友莫塞尼基，他生前的律师和好友毕佐斯，以及非国大总司库穆凯兹等出席了 3 日的发布会。莫塞尼基、毕佐斯以及东开普省的大法官桑格尼也是遗嘱的执行人。

曼德拉的这份遗嘱为 2004 年初立，2005 年经历了第一次修改，2008 年 9 月 9 日最终定稿。曼德拉的遗产目前总估价是 4600 万兰特，包括位于约翰内斯堡、开普敦、老家库努村和乌姆塔塔市的几处房产，但不包括其姓名和形象使用权，以及基金会所掌握的资产。曼德拉的遗孀格拉萨有权获得一半遗产，据悉她将放弃继承权。格拉萨曾是莫桑比克前总统萨莫拉·马谢尔的遗孀，于 1998 年成为曼德拉的第三位妻子。

莫塞尼基向媒体宣读了这份长达 20 多页的遗嘱内容，曼德拉对他三位妻子的子女与孙辈都有所惠及。遗嘱显示，曼德拉已给了在 2005 年死于艾滋病的儿子马克贾托、三名在世的女儿每人 30 万美元(约合 330 万兰特)，他还给格拉萨与前夫萨莫拉·马谢尔的两个孩子每人 300 万兰特。马克贾托一支作为家族的继承者，将获得约翰内斯堡房产。曼德拉给两个儿子留下的孙辈每个人 30 万美元，给外孙和曾孙以及格拉萨的孙辈每个人 10 万兰特。此外，一直照顾他的私人助理拉格兰吉等 9 名身边工作人员也将分别获得 5 万兰特。

曼德拉还向自己生前就读的克拉基伯雷寄宿学校、希尔敦高中、福特哈尔大学(Fort Hare)、金山大学(又译为维特沃特斯兰德大学)，颇有渊源的奥兰多西部高中以及老家的库努中学，各捐赠 10 万兰特。他将其他房产交给曼德拉家族信托基金打理，并向该基金会注资 150 万兰特。另外，他还通过捐出部分遗产表达对其所战斗过的政党非国大至死不渝的忠诚。

莫塞尼基称，曼德拉的遗嘱完全符合法律规定，“对每一位受益人都同时兼具理性和感性”。在宣读这份遗嘱时，虽然个别人“情绪难免较为激动”，但曼德拉家人整体表现“尚好”。据悉，家族成员在曼德拉逝世后的 90 天内，可以对遗嘱内容提出异议。(完)

韩史上最大遗产官司暂告终 三星李健熙再获胜

2014 年 02 月 07 日 环球网 李小飞

【环球网报道 记者 李小飞】据韩国《亚洲经济》2 月 6 日消息，2012 年，三星集团创始人李秉喆长子李孟熙在首尔中央地方法院向胞弟、三星集团总裁李健熙提出巨额遗产诉讼，要求返还自己应得的 7000 亿韩元(约合人民币 39.44 亿元)遗产，这也是韩国历史上最大的遗产官司案。这场天文数字般的继承官司 6 日以李健熙再次取胜而告一段落。

6 日，首尔高级法院对三星家族诉讼案做出二次宣判，宣布维持 2013 年初的一审判决结果。据判决结果，李孟熙要求赔偿的三星生命 425.9 万余股、三星电子 33.7 万余股以及利润分成 513 亿韩元等全部无效，李健熙成功保住资产。

裁决部称，三星生命确有 12.6 万余股属继承财产部分，但这部分股份的法律权利行使时间(10 年)已过，因此驳回了诉讼请求。而剩下的股票和利润分成不属于遗产，因此也予以驳回。

据裁决部宣判结果，李孟熙长期未干涉李健熙的事业活动，并难以确定借名股份的存在，相当于默认了李健熙方面的股份持有权。至于提到的三星生命和三星电子借名股份，是共同继承者间的约定，这也难以与划分家产协议挂钩。

李孟熙律师团在二审中曾表示，李健熙的单方继承与遗嘱中的要求不同，李孟熙方面也表示过晚得知继承权受侵，但仍无法推翻原审判决。

李孟熙在二审接近尾声时曾提出“私了”，提议以和解及调整的方式解决家门纠纷，但李健熙方面拒绝了该次提议。

李健熙代表律师尹在允(音)称，“这是一次合理的判决”，他认为该次判决结果只要得到原告方面的肯定，与诉讼程序无关，从家族角度上看还是可以和解的。但李孟熙代表律师车东言(音)称，目前尚难以肯定李孟熙对继承问题做出让步或是默认，将与当事人商量后决定是否上诉。

台湾台南地方法院：台八旬老翁 50 年后知儿子非亲生诉离婚被驳回

2014 年 02 月 06 日 台海网

台海网(微博)2 月 6 日讯 台湾一蔡姓老翁结婚 53 年后，才知次子是妻子偷情所生，诉请否认子女打赢官司后，不堪戴绿帽近半世纪诉离，法官认为已超过告诉时效，且只要蔡愿意包容，夫妻还是能和好，驳回离婚请求。

80 岁的蔡姓老翁提告指出，结婚 50 多年，次子非他骨肉的事，他直到 3 年前才知道。当时妻子要把多笔财产过继给 44 岁的次子，引发家庭革命。

蔡姓老翁表示，长子这才告诉他，心中一直怀疑弟弟是母亲与他人所生，因为弟弟的血型是 B 型，他们夫妇的血型分别是 A 型、O 型，不太可能生出血型是 B 型的弟弟。

蔡表示，他不懂血型的事，责问长子既然知道为何不早说，长子表示怕他知道伤心；他追问妻子真相，妻子否认对他不忠，强调次子非偷情所生，他不相信，打官司诉请否认子女。

法官认为，A型丈夫与O型妻子生下B型子女的机率极低，且次子又拒绝做DNA亲子鉴定，判决认定次子非蔡亲生，此案已定。

蔡姓老翁在全案定后诉请离婚，同时要求妻子赔偿两百万精神损失。蔡表示，自从知道次子非亲生后，每日饱受煎熬，每想到妻子和别人私通，自己还傻傻的为次子清偿负债，“感觉受骗及被侮辱”。

“我没有外遇”，蔡妻指出，次子没到医院做亲子鉴定她才败诉，但不能因此认为她有外遇，况且时隔40多年，早已超过告诉时效，而次子也早在外独立生活，并不会影响到两人的婚姻关系。

台南地院法官认为，蔡的次子已40多岁，早已超过通奸诉请离婚的法定期间；况且只要蔡愿意体谅及包容，婚姻还是可以维持，因此驳回。

台户政新系统堵塞 夫妻办离婚等2小时干脆不离了

2014年02月08日 台海网

据台湾媒体报道，这几天到台湾户政事务所洽公的民众，可能都发现等待时间特别久，甚至有夫妻本来想离婚，以为几分钟后就可以说掰掰，没想到一等就是2小时，索幸不离了，原来5日户政事务所正式更换系统却问题一堆，不但频频当机，甚至连查询都有困难，幸好隔了一天，6日比较稳定了，但实际到户政事务所还得等个半小时。

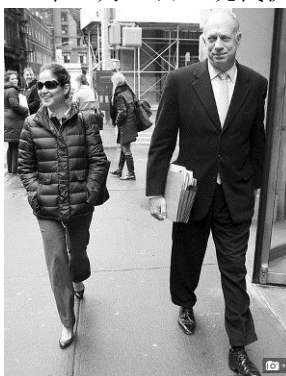
民众到公家机关办事情总是会抽张号码牌，只是这几天到户政事务所一等就是好几10人，只看到民众无奈的坐在椅子等了又等；光是办个户籍证明就是好几10分钟，甚至这电脑登录系统还闹当机，民众说：“我有先回去，那时候当机先回家。”

原来新系统在5日刚上路，过年前还刻意暂停办理业务1天，更做过数10次的测试，没想到依旧没有用，作业起来依旧卡卡，就连户政人员也摸不着头绪得讨救兵，赶紧问坐在旁边的同事，“内政部”对此表示歉意说，已经要求电脑公司快点解决问题。

只是全台户政系统龟速，有人想办离婚，本来以为几分钟内办好手续够走各的路，没想到这一办就等了2个小时，户政事务所人员还问他们要不要先共进午餐，根本离不了，最后更干脆不离了，让户政人员也觉得好笑，这卡卡系统竟意外再度凑合想离婚夫妻。

美国纽约法庭：索罗斯庭审现场遭前女友掌掴 助听器被打飞

2014年2月9日 现代快报



庭审结束后，费雷尔(左)和律师贝斯罗面带笑容地离开了法庭

据美国媒体8日报道，现年83岁高龄的金融巨鳄乔治·索罗斯的巴西籍前女友、现年30岁的肥皂剧女星阿德莲娜·费雷尔于2011年将索罗斯告上法庭，指控索罗斯不遵守“爱的承诺”，没有将一栋位于美国纽约价值190万美元的公寓，按之前的承诺送给她，而是赠送给了目前的妻子多美子·博尔顿，费雷尔为此要求索罗斯赔偿5000万美元。2月4日，纽约法庭举行了此案的听证会。令人目瞪口呆的是，在法庭上，愤怒的费雷尔竟难以遏制心头怒火，一巴掌朝着索罗斯的脑袋猛掴下去，当场将索罗斯打得眼冒金星，消息曝光后，顿时引发一片哗然。

相关资料

“诉讼战”仍在继续

双方各执一词不肯让步

“前情人在法庭上掌掴索罗斯”的消息曝光后，顿时引发一片哗然。许多人都无法相信，叱咤风云的金融大鳄索罗斯竟会在法庭上被前女友弄得如此狼狈。据悉，目前这桩复杂的房产纠纷案仍在审理之中，而双方均各执一词，不肯让步。

费雷尔称，索罗斯将曼哈顿那幢本来送给她的、价值190万美元的公寓送给另外一名情人，没有遵守爱的诺言。不过，对于费雷尔的指控，索罗斯的律师威廉·扎贝尔予以了否认。扎贝尔表示，费雷尔只不过是想从这段失败的恋情中获取一笔金钱，“索罗斯是个名人，费雷尔以为他会害怕公开这段恋情，而答应她的要求，她只不过是希望从索罗斯身上捞点钱。”

争豪宅

前女友索赔 5000 万美元

现年 83 岁的金融巨鳄、亿万富翁乔治·索罗斯是家喻户晓的金融炒家，20 多年前凭着“狙击英镑”一举成名。据《福布斯》杂志 2012 年的排名，索罗斯是美国第 7 富有的人，个人财富多达 220 亿美元。据悉，索罗斯曾与他的前任女友、现年 30 岁的巴西籍的肥皂剧女星阿德莲娜·费雷尔相恋长达 5 年，但后来索罗斯却移情别恋，与他目前的第三任妻子——现年 42 岁的多美子·博尔顿展开恋情，两人最终于 2013 年 9 月结婚。

2011 年，费雷尔将索罗斯告上法庭，指控索罗斯不遵守“爱的承诺”，没有将一栋位于曼哈顿上东城价值 190 万美元的公寓，按之前的承诺送给她，而是送给了“新欢”——多美子·博尔顿。为此，费雷尔要求法庭判令索罗斯赔偿 5000 万美元。2 月 4 日，纽约法庭举行了的听证会，在法庭上，愤怒的费雷尔难以遏制心头怒火，将索罗斯打了个眼冒金星。

闹法庭

索罗斯助听器被打飞

据当时就在现场的索罗斯的辩护律师马丁·辛格于 7 日公布的报告披露，当时索罗斯的前女友费雷尔盛怒之下已经失去了控制，她对着索罗斯大骂脏话，然后，费雷尔在“毫无预警的情况下”，飞身向索罗斯猛扑了过去，朝着索罗斯的脑袋猛扇了一巴掌。由于费雷尔的这一暴力举动来得太过突然，毫无防备的索罗斯被她打了个正着，整个人都被打蒙了。

律师辛格在报告中披露，费雷尔的巴掌重重地打在索罗斯的脑袋上，把他耳朵上本来戴着的助听器都给打掉了。事发后，律师辛格赶紧冲上前拼命抱住费雷尔，以免她做出更多过激行为。然而，此时费雷尔已经犹如愤怒的母牛一般无法控制，在暴打索罗斯之后，又朝着将她死死抱住的律师辛格脸上扇了一个耳光。让人目瞪口呆的是，这个耳光的力道是如此之大，以至于律师辛格脸上的眼镜都被打得飞了出去。

伤无辜

辩护律师和助手遭打骂

律师辛格在报告中描述道：“我刚一放开她的胳膊，费雷尔女士就立即朝我的脸上扇了一个耳光，把我的眼镜打飞了。接着她朝着我被打落在地板上的眼镜冲过去，看上去她似乎准备跳起来把它踩碎。我只好再次抓住她的双臂，把她拖到远离我眼镜的地方。但当我放开她的胳膊时，她又重新开始朝我挥舞拳头，试图殴打我。”辛格称，当另一名助手乔什·桑托斯上前帮忙时，后者也被费雷尔赏了一记耳光，小腿则被她踢了一脚。

接下来，费雷尔仍余怒未消，又对索罗斯的另一名辩护律师威廉·扎贝尔破口大骂：“你没有好下场，扎贝尔，你没有好下场。你该被关进监狱，被人暴打！”费雷尔之所以会当庭发飙，是因为法庭不允许她带来的摄影师对索罗斯宣誓作证的过程进行拍摄。当费雷尔的律师威廉·贝斯罗后来同意了法庭这一要求后，她甚至将怒火发泄到贝斯罗身上，朝其双臂猛锤，最后像暴风一样冲出了法庭。据一份法庭文件显示，当费雷尔在走廊上与索罗斯擦肩而过时，她再次对着索罗斯尖叫道：“你就是一坨屎！”不过，庭审结束后，费雷尔和律师贝斯罗两人又言归于好，双双面带笑容地离开了法庭。

综合

台湾新竹地方法院：一台商出轨致小三生下孩子 与大陆妻子离婚被驳回

2014 年 1 月 22 日 台海网

台海网(微博)1 月 22 日讯 据台湾《中国时报》报道，新竹吴姓台商 1991 年间前往大陆投资成衣厂，2 年后与大陆籍连姓女子结婚，生下 2 女 1 男。不到几年光景，吴男在外结识小三，疏于经营成衣厂致负债累累，他把债留妻子，离家与小三同居并生下 1 子。吴男日前向新竹地院提离婚诉讼，法官予以驳回，表示“若予准许，不仅于法相悖，也与伦理观念不合”。

判决书指出，吴男与连女婚后同在大陆经营成衣厂，一家 5 口原本幸福快乐，但吴男在外结识异性，开始冷落被告，且对 3 名子女不闻不问，连女独撑家计。

连女百般忍让，期待吴男回心转意，但吴男与小三聂女返台共筑爱巢，生下 1 子，吴男还费尽心机帮小三之子办理入籍台湾。

吴男想就此与小三比翼双飞，向新竹地院诉请与连女离婚。法官发现，吴男明知妻子大陆地址，却将起诉状寄到自己新竹的户籍地，让陆妻不知来台辩护。

连女十分痛心，委托台湾律师跨海辩护，她指证两人仍在婚姻期间，老公就包养小三，生下 1 子，对婚姻不忠贞的是老公。新竹地院法官认为连女有理，驳回吴男离婚之诉。

马丁·路德·金子女再争遗产

燕赵都市报 2014 年 02 月 08 期

美国黑人民权运动领袖马丁·路德·金的 3 个子女为争夺父亲遗产再度对簿公堂，争夺对象是父亲生前最珍视的两样物品：1964 年获得的诺贝尔和平奖奖章和随身携带的《圣经》。

马丁·路德·金的诺贝尔奖章和《圣经》目前都在女儿伯尼斯·金手上。伯尼斯的兄弟德克斯特·金和马丁·路

德·金三世上周请求法官下令伯尼斯交出这两样物品。

美联社6日援引法庭文件报道，3人曾在1995年达成协议，将父亲的许多物品交由“马丁·路德·金财产公司”保管。伯尼斯此前一直承认这一协议，但现在却拒绝交出《圣经》和奖章。

伯尼斯称，两个兄弟其实打算卖掉奖章和《圣经》。她上周在一份措辞尖刻的声明说，两个兄弟的想法让她感到“震惊和彻底的耻辱”，这让“坟墓中的父亲难以安息”。

马丁·路德·金在1968年遇刺身亡，留下妻子科雷塔·斯科特·金和四个子女。母亲在世时，子女们互不往来，但矛盾还仅限于家庭内部。科雷塔2006年去世后，马丁·路德·金的大女儿约兰达维系兄妹之间的关系。

2007年约兰达去世后，其他3个子女之间的长期积怨迅速爆发，因遗产纷争多次闹上法庭，将家庭矛盾公开化。

马丁·路德·金的子女已经从父亲遗产中获得实实在在的经济利益。2006年，他们通过苏富比拍卖行将马丁·路德·金的1万份文件拍卖，获益3200万美元并平分。

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

论我国监护制度的重构

2014年1月22日 中国民商法律网 鲁宁 李宗辉

关键词：监护，监护人，被监护人

内容提要：监护制度是民法中最古老的制度之一，但长期以来并未得到我国立法者的充分重视。通过对监护制度的历史渊源及近现代各国民法的规范意旨和具体规定的全面考察，有助于重新审视我国现行法规定的监护制度，并结合现实生活构建新的监护法律制度体系。

一、监护制度之变迁

监护制度滥觞于罗马法，早在《十二表法》中就有关于监护的规定。^[1]众所周知，罗马的市民法主要是用来调整以“家父”为代表的家庭之间的经济关系和“家父”与“非自权人”之间的身份关系的。在早期罗马法上，监护的设立是为了保护家族的财产利益。^[2]随着私有制的发展，罗马社会的家族财产逐渐由家族共有过渡为个人私有，财产所有人可以全权处置自己的财产。但是，从家族的利益出发，如果个人无能，不会或不善于管理财产，就会影响法定继承人的利益，甚至死后无人继承，断绝家祀。于是，在旧的家族共有制向新的个人所有制过渡的时期，罗马产生了折衷的监护和保佐制度，以免使家族的财产遭受浪费或被他人侵占。从一个更为细致的角度考察，我们可以说，最初的监护更多考虑的是监护人的利益。^[3]因为最初的监护人事实上往往都是“家父”通过遗嘱指定的，在那时罗马法的观念中，监护是“父权”的延续，所以，在早期罗马法时代，妇女“自权人”不但不能成为监护人，而且永远只能是被监护人。或许我们可以把这一段历史时期概括为监护的特权时代。我们之所以在今天沿用“监护权”的表述，部分是因为它在罗马法上最初指称的是一种权力。

二、各国监护制度立法之比较

罗马法为监护制度的发展奠定了良好的基础，近现代各国都在此基础上结合本国的实际情况规定了较为完备的监护制度。为了了解关于监护的观念变迁的制度体现，完善我国的相关民事立法，我们需要从五个方面对近现代几个主要国家的监护立法作一个比较考察。

（一）监护的规范意旨和制度定位

各国民法规定监护制度的原因有二：从消极的方面来说，是为了保护未成年人、精神病人等的利益免受外在侵害，维系他们的生存和基本生活；从积极的角度来看，是对这些人的行为能力的扩展和延伸，使他们可以尽量像意志正常的人那样进行民事交往和经济生活。各国民法中虽然一般都有“法定代理人”的称谓，但那只不过是监护人在代理制度中的别称。而在制度地位的界定上，各国则无一例外地将监护制度作为亲权制度之补充而规定在“亲属编”中。《法国民法典》对罗马法的继受是全面的，故监护的主要意旨之一即是由监护人对被监护人进行“能力补充”。《德国民法典》第1773条规定：“（1）未成年人在未处于父母照顾权之下或父母既无权在涉及人身的事务上也无权在涉及财产的事务上代理该未成年人的情形，得有一名监护人；（2）未成年人在其家庭户籍无法查明的情形，也得有一名监护人。”《瑞士民法典》第368条第1款规定：“不在亲权管理之下的所有未成年人均须交付监护。”《日本民法典》第838条规定：“监护于下列情形开始：（1）对未成年人无行使亲权者或行使亲权人无管理权时；（2）有禁治产宣告时。”稍有不同的是，法国采取的是亲权与监护并存的制度。未成年人的父母双方均生存的，对该未成年子女的财产管理在法律上也视为一种监护，因而其管理行为也相应受到一定的限制。如父母任何一方死亡，都得对未成年子女的财产管理设置监护人，其身体上的照顾仍由亲权人担任。^[4]

（二）监护的设立

依法国民法，设立监护的方式主要包括法定监护、委托监护、遗嘱监护和亲属会议选任。德国民法规定的监护设立方式有监护法院依职权下令任命和有提名权的父母提名两种。父母提名权的获得以其死亡时对子女的人身和财产有照顾权为前提。瑞士民法规定的监护的设立也是通过监护官厅的任命或被监护人父母的指定而完成的。日本民法规定，亲权人可遗嘱设定监护人或由家事裁判所依被监护人的亲属或利害关系人的请求而选任监护人。由此我

们可以得出一个结论：近现代各国民法关于监护的设立方式通常包括指定监护和遗嘱监护两种，遗嘱监护的有效性尚取决于遗嘱人于立遗嘱时是否有亲权。惟有法国民法允许亲权与监护的并存，所以才推定亲权人同时为监护人，他们可共同委托或遗嘱委托监护人。

（三）监护机构

这里所指的监护机构是抽象意义上的，泛指除被监护人以外的与监护有关的人和各种机构，包括监护人、监护监督人、监护法院或官厅、亲属会议等。近现代各国一般在立法上都规定了一个可以指定监护人并在监护事务上有最终决定权的机关，在法国是监护法官，德国是监护法院，瑞士是监护官厅，日本是家庭裁判所。之所以出现这种设置，与监护具有一定的社会公共性质是密切相关的。据此，有学者很早就提出，监护的发展乃是“私法公法化”之重要内容，具体表现为公共机关的监督或干涉的加强。这种公权性监护机关的成立，一方面是因为监护与亲权的分离，监护人往往与被监护人之间相当陌生，所以更有监督管理之必要；另一方面是因为即便被指定的监护人是被监护人的亲权人以外的近亲属，也因市场经济下大家庭观念的淡泊及与被监护人关系疏离而需要进行适度的监控，不能像一般的经济活动那样“意思自治”。在实践中，这一类的机构通常设置于被监护人住所所在地（法国民法第393条、瑞士民法第376条）。

关于监护人，各国立法都规定：自身需要监护的人以及受到一定的刑事处罚、承担一定公职、法律禁止为监护人的人不得成为监护人（法国民法第442条和第413条、德国民法第1781条和第1784条、瑞士民法第384条、日本民法第846条）。但各国在具体规定上还是存在一些差异，如《瑞士民法典》特别规定了“无公民权或道德败坏者”和“与被监护人有利害冲突或与其为敌者”不得被选任为监护人，《日本民法典》则免除了“破产人”、“对被监护人提起诉讼或曾提起诉讼的人及其配偶和直系血亲”以及“去向不明的人”的监护人资格。

（四）监护的具体事务及监护人的权利

通过对各国民法整体考察，我们发现，监护的具体事务既包括财产方面，又包括身份方面；既包括事实上的管理，又包括法律行为的代理。《德国民法典》规定的监护人的任务包括对被监护人进行人身照顾和宗教教育、在监护开始时制作财产目录、管理被监护人取得的遗产或受赠的财产、为被监护人的利益对其财产进行必要的使用（包括投资）、批准被监护人的一些行为。法国、日本和瑞士民法的相关规定除表述上与德国民法有所不同外，在实质内容上都没有超出后者的范围。而就监护人的权利角度视之，这几个国家的民法都规定监护人有获得一定报酬的权利（法国民法第454条、德国民法第1836条、日本民法第862条、瑞士民法第416条）。《德国民法典》还规定了监护人的“费用补偿请求权”（德国民法第1835条）。

（五）监护人的法律责任与监护的终止

关于监护人对被监护人的法律责任，各国民法一般只规定了监护人违背善良管理人之应有注意或法律规定的义务应承担损害赔偿责任，但都没有列举性地规定责任的内容。而当被监护人的行为造成第三人损害时，就涉及监护人的对外责任问题了。德国和日本民法都规定，被监护人在本身无行为能力及没有与行为对应的认识判断能力时不承担责任，而监护人如尽到了监督义务也可免除责任。德国民法还规定，即使监护人尽到必要义务仍不可避免损害发生，那么不管监护人是否尽到必要义务，都不负赔偿责任。

对于监护终止，我们需要考察的主要是终止的事由以及终止应为的事务。由于罗马法对监护终止的事由已经规定得甚为详尽，所以近现代各国立法对此并无多大改变，主要涉及监护的前提消失以及监护人申请解职、行使职权遇到障碍、期间届满、违背义务被撤职等。

三、我国监护制度之完善

通过对法国、德国等几个国家有关监护立法的比较考察，我们发现，各国在监护制度上表现出惊人的相似。并且这种相似不仅是立法理念的相似，而且是许多具体设计的相似。这种相似是在继受罗马法的基础上把握了现代生活的共同特征而形成的，而它们在制度上的细微差异则是结合本国国情考察的结果。反观我国民法上的监护制度，则显得有些单薄和脆弱，需要重新构建。

（一）将监护制度抽离出总则，充实其内容，将来在民法典之“亲属编”中加以规定

我们在讨论近现代西方各国的监护制度时发现，它是被当作亲权制度的补充来对待的，前文已经深刻分析了原因。而我国有学者通过对《民法通则》相关规定的分析，认为我国立法在实质上也是如此。《民法通则》第16条规定：“未成年人的父母是未成年人的监护人。未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的，由下列人员中有监护能力的人担任监护人：（一）祖父母、外祖父母；（二）兄、姐；（三）……”从条文字面上可以看出，父母的地位被十分着意地加以强调，而未列入第2款监护人的（一）、（二）、（三）序列之中。对照观察规定精神病成年人监护的第17条，父母列在配偶的后一位。这表明，精神病人尽管意思能力有欠缺，但毕竟不复为未成年人，因此，父母已经没有亲权了。而从反面理解，即可得出《民法通则》肯定父母对未成年人的亲权的结论。把上述两点结合起来，应当说，《民法通则》第16条第1款尽管称父母是未成年人的“监护人”，但仅仅是在借用意义上使用该词而已，无非是说明他们依亲权应当管理和保护未成年人。进而言之，该款含有使亲权和监护相互衔接和协调的意旨。

^[5]不管这种解释是否符合立法者的本意，但至少是符合制度的应然价值和体系逻辑的，也是我们所应当支持的。尽管如此，现有规定在形式上的缺陷仍然是显而易见的，所以在未来民法典的“亲属编”中加以协调规定是必要的。

亲权的内容分为人身上照顾权和财产上照顾权两大类：前者包括居所指定权、惩戒权、子女交还请求权、身份行为及其他身份上事项的同意权与代理权、扶养义务和赔偿义务；后者包括财产管理权、财产行为法定代理权、使用权及收益权、一定的处分权。亲权制度和作为其补充的监护制度相得益彰，共同对缺格行为能力的未成年人和精神病人加以保护。^[6]

（二）在关注监护人义务的同时赋予其一定的权利，以达到一种合理的平衡

前文已经讨论过监护从权力转向义务的过程，但若进一步追问，即便是从监护人与被监护人之间的关系来看，监护仅仅是一种义务吗？事实上，任何一种法律制度都应当是社会发展的—种激励机制，若非如此，这一制度不可能长久。这也是为什么从大体上看，—定的义务总对应着—定的权利。至少笔者认为，监护并不是一种例外。而我国《民法通则》第18条规定：“监护人应当履行监护职责，保护被监护人的人身、财产及其他合法权益，除为被监护人的利益外，不得处理被监护人的财产。监护人依法履行监护的权利，受法律保护。监护人不履行监护职责或者侵害被监护人的合法权益的，应当承担责任；给被监护人造成财产损失的，应当赔偿损失。人民法院可以根据有关人员或者有关单位的申请，撤销监护人的资格。”《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》第10条也规定了监护人的多项职责，但对监护人享有哪—些权利却未作规定。这种立法所导致的结果只能是监护人消极履行其监护义务，使被监护人的利益难以得到事实上的保障。针对这种情况，有学者从缓和监护制度中权利义务不平衡的矛盾出发，提出应当规定监护人有报酬请求权。监护人的报酬可以从被监护人的财产中获得；如果被监护人财产不足，可以由社会福利机关（如民政部门）负担报酬。^[7]

（三）在立法中详细规定监护的具体事务和对监护人的限制

《民法通则》只是抽象地规定了监护人应当如何保护被监护人。这种过于概括的规定使得法官不得不对监护人与被监护人之间发生的每—起纠纷进行自由裁量。这会大大减弱法律的可预期性，从而损害法的权威。而从监护人的角度来看，可能产生两种截然相反的心理：—是害怕行为不当而自缚手脚，不能很好地实施监护行为；—是觉得无所限制而自行其事，经常损害被监护人的利益。因此，我们在重新制定监护制度时，—定要注意监护事务的具体化和类型化，并在此过程中明确对监护人的限制。具体而言，我们可以参照《德国民法典》，首先规定在哪些条件下监护人与亲权人有相同的权利；其次，在监护职权的列举性规定中明确监护人对被监护人的人身照顾权、—定的教育权等身份方面的内容；最后，通过对未成年人、精神病人等被监护对象可能涉及的经济生活的考察，规定监护人可以代理的法律行为和进行的事实管理与处分行为。

（四）明确监护人的责任及监护的终止事项

我国《民法通则》第18条第3款规定，“监护人不履行监护职责或者侵害被监护人的合法权益的，应当承担责任；给被监护人造成财产损失的，应当赔偿损失”，涉及监护人对被监护人的责任问题。但这一条文至少在表述上是很不严谨的。“监护人不履行监护职责……应当承担责任”，那么，监护人履行职责不当是否应承担责任呢？如果说“侵害”二字还能体现—定的对主观状态的要求的话，那么，“给被监护人造成财产损失的，应当赔偿损失”似乎就—种无过错责任。即便立法者的本意并非如此，这样的法律规定仍然给人们造成了很大的误解。因此，我们在未来的立法中应确定，当监护人违反善良管理人—注意或法定的义务时，应当对被监护人承担责任。

监护终止的事由包括被监护人和监护人两方面的因素。被监护人的因素包括未成年人之成年或精神病人之治愈导致的监护的绝对终止：对于前者，自其成年之日起监护自动终止；对于后者，应由被监护人向监护权力机关进行申请。监护人方面的因素则较为复杂，包括监护人死亡、出现破产等无力履行监护事务的情况、发生法律禁止充当监护人的理由、监护人违法履行职权被撤销监护资格等。

结语

民法上的诸多制度都可以在罗马法上找到源头，监护制度也是如此。我国民法最初基本上—是法律移植的产物。而在移植的过程中，我们不免在—些基本的概念和体系的理解上发生细微的误差。这种误差也许是当时的社会现实影响的结果，但在我们的民事法律体系初步建立，欲进行—种法典化的构造的时候，我们就会发现，这种小瑕疵可能会产生巨大的危害。对监护制度的重新梳理与整合是对其中某些瑕疵的修复，但愿能发挥积极的作用。

注释：

[1][意]朱塞佩·格罗索.罗马法史[M].黄风译.北京:中国政法大学出版社,1994:82.

[2]周枬.罗马法原论(上册)[M].北京:商务印书馆,1996:241.

[3][英]巴里·尼古拉斯.罗马法概论[M].黄风译.北京:法律出版社,2000:92.

[4]何勤华.外国国民商法导论[M].上海:复旦大学出版社,2000:480.

[5]张俊浩.民法学原理[M].北京:中国政法大学出版社,2000:117.

[6]夏利民.民法基本问题研究[M].北京:中国人民公安大学出版社,2002:70.

[7]徐国栋.试论完善我国监护制度问题[J].西北政法学院院报,1987(2):58-63.

出处：《湖北警官学院学报》2013年4月

“监护人”“公平分担损失”制度研究

2014年1月15日 中国民商法律网 张学军

关键词：公平责任，构成要件，法律后果，立法建议**内容提要：**“公平责任”1794年始创于普鲁士邦，自19世纪初起先后被奥地利、德国、比利时、意大利、希腊、葡萄牙、我国台湾地区的民法典所借鉴。《侵权责任法》第24条对此也有规定；它包括“监护人”“公平分担损失”制度。目前，全国人大常委会法工委民法室对后者所作的解释，并不十分清晰。结合西欧和台湾地区的立法经验，“监护人”“公平分担损失”制度的构成要件是：已具备一般侵权行为的客观要件；由于无民事行为能力人无过错能力而无过错；受害人无过错；监护人不承担过错推定责任；公平观念要求行为人加以赔偿（其中，行为人的经济状况须优于受害人的）。其法律后果是：法院斟酌无民事行为能力人的行为、受害人所受损害、双方经济状况，判决行为人本人全部或一部赔偿受害人的财产损失和精神损失。它应类推适用达到同龄组人标准但未达到成年人标准的少年人。行为人的公平责任与监护人的无过错责任并列。

一、问题的提出

当代，奥地利、德国、比利时、意大利、希腊、葡萄牙、我国台湾地区民法典均规定了“公平责任”。就其属性，王泽鉴先生指出，它系“一种与过失责任、无过失责任”“并存的损害赔偿归责原则”。^[1]它由构成要件和法律效果构成。例如，依《德国民法典》第829条，“作为构成要件的前提条件”是：“满足一个侵权行为的客观要件”；加害人“不具备侵权行为能力”；受害人“无法从有监护责任的第三人得到赔偿”；加害人“赔偿损失为公平性所要求”；法律后果是：“加害人承担起赔偿的义务”。^[2]其他五国和台湾地区的公平责任与之无本质区别。

《侵权责任法》第24条同属公平责任（全国人大法工委民法室（以下简称“民法室”）称之为“公平分担损失的规定”）。“民法室”指出，该条适用的“情况”包括，“无民事行为能力人造成他人损害”。^[3]鉴于在此情况下法律后果是“由监护人分担损失”、该情况与其它四类情况应严格区分，所以适用于该情况的“公平分担损失的规定”，在法学上可被称为“监护人”“公平分担损失”制度。

然而，“民法室”未像“解释”^[4]《侵权责任法》第6条、^[5]第7条^[6]那样，从法律规范的角度，在宏观上解释《侵权责任法》第24条之构成，^[7]或在微观上解释“监护人”“公平分担损失”制度之构成。“民法室”在“解释”“监护人”“公平分担损失”制度时，说了下面这句话：“无民事行为能力，意味着行为人不能进行有目的、有意识的民事活动，因此不能认为他们的行为有过错，当监护人尽到了监护责任，无民事行为能力人仍给他人造成损害时，可以根据实际情况由监护人分担损失。”^[8]此外，尽管《侵权责任法》第32条第1款后段（即在“无民事行为能力人”“造成他人损害”时，“监护人尽到监护责任的，可以减轻其侵权责任”）与“监护人”“公平分担损失”制度具有类似性（主要表现在：致害主体均为“无民事行为能力人”、监护人均“尽到监护责任”），但“民法室”并未指出它们是完全同一的法律制度还是截然不同的法律制度。^[9]

为了确保法院正确地适用法律，本文拟通过比较法解释的方法，以“民法室”表述的那句话为基础，从法律规范的角度，解释“监护人”“公平分担损失”制度如何构成。

二、构成要件的解释

（一）无民事行为能力人“行为”的构成

1. “行为”的构成上之差异

在西欧六国，公平责任的构成要件包括“行为”。“行为”即“‘受意识支配和意志左右，因而是可以控制的作为或不作为’”。^[10]也就是说，“行为”由“体素”（“单纯的外部举动”）和“心素”（意识和意志）共同组成。

在我国，无民事行为能力人的“民事活动”或“行为”仅由“体素”构成。其理由是：第一，“民法室”在其他场合持此立场。主要表现在：“民法室”并未明确指出，《侵权责任法》第6条第1款所规定的“行为”^[11]，由“体素”和“心素”构成。“民法室”在解释《侵权责任法》第33条第1款时明确指出，“第一种情况是……完全民事行为能力人是由于其过错导致丧失意识，那么对于丧失意识后的行为造成他人损害的，则要承担相应的侵权责任”；“第二种情况是，完全民事行为能力人对于自己的行为暂时没有意识或者失去控制没有过错……行为人……需要根据公平分担的规定，适当分担被侵权人的损失”^[12]。德国学者福克斯指出，“加害人在无意识的状态下的动作因不属于（法律意义上的）行为，所以在客观要件上就不构成侵权行为，这时则应考虑（类推）适用第829条”。^[13]可资对照。第二，“民法室”特别指出，非“有目的、有意识的民事活动”，也“构成行为”。

2. 对“民法室”所作解释的评价

笔者认为，无民事行为能力人进行的“民事活动”或行为不包括“心素”，并不妥当。其理由是：

（1）无民事行为能力人在客观上可以进行有意识的、有目的行为

首先，阐述“有意识”活动之内涵和外延。唐孝威院士指出，心理活动分为“有意识”活动和“无意识”的活动；“那些被个体觉知的心理活动称为有意识的”活动；“那些个体未觉知的心理活动称为无意识的”活动。^[14]很显然，“有意识”活动和“无意识”活动的分水岭是，行为是否被行为人本人“觉知”。就其外延，巴尔指出，“如睡眠中的、从麻醉中苏醒期间的或因痉挛、心肌梗塞及脑溢血而导致的突然晕厥状态下的身体运动”，属“无意识身体运动”。^[15]其次，阐述“有目的”活动之内涵和外延。《牛津法律大辞典》指出，“自由意志”是指“人

们在自己推理的基础上，在不完全受各种限制的支配的基础上，对各种事物进行选择以及在特定情况中从事活动的力量或能力……这个概念在自愿行为和非自愿行为之间划了一条界线”；^[16]巴尔也指出，“为意志所支配的行为”，也称“有意图的行为”，是指“根据自己的意志所实施的行为，即‘自愿行为’”^[17]简言之，自己作出决定并付诸实施（即出于自己的自由意志；可简称为“己意”）的行为就是“有目的”或“受意思支配”或“意志左右”的行为。行为是否出于己意，是有目的的行为和无目的的行为之分水岭。还应指出，在某种程度上，自然人拥有意志自由，绝非外界环境支配之下的奴隶。^[18]就其外延，巴尔指出，“一个人在绝对强制力之下……如因被他人撞到而伤及第三人或被他人用武器胁迫为特定行为”，则非属之。^[19]

再次，以上述两项标准判断不满10周岁的未成年人能否从事有意识、有目的的行为。首先应该指出，儿童的行为大多不是本能的行为。^[20]享誉世界的儿童心理学家皮亚杰（Jean Piaget）指出，在0-2岁“阶段的后期”，“思维也开始萌芽”；^[21]在2-7岁阶段，“儿童学会了用符号和内部想象去思维”；在7-11岁阶段，“儿童发展了有条不紊地思维的能力”。^[22]儿童既然可以思维，就一定可以觉知自己的行为，就一定可以作出决定并付诸实施。而且，《民法通则》第58条第1项明确表明，不满10周岁的未成年人可以为意思表示，而意思表示属有意识、有目的活动。^[23]当然，与健康的成年人一样，不满10周岁的未成年人的身体动静有些属于无意识的、无意志的。

再次，以上述两项标准判断不能辨认自己行为的精神病人能否从事有意识、有目的的行为。1988年，美国康涅狄格州最高法院法官格拉斯（Glass）在帕尔麦提诉拉斯（Polmatier v. Russ）一案中指出，“被告主张如果‘其行为是非理性或无法控制的思维障碍（thought disorders）之外在表现，这些行为则不属出于成立人身攻击责任之目的行为’。我们不同意……尽管法院发现被告不能形成合理的意志，但是确实发现其能够作出精神分裂的或疯狂的选择；理性的选择对行为而言是不必要的，因为‘一个精神病人可以有侵犯他人利益的意图，尽管形成它的理由和动机可能完全是非理性的’”。^[24]鉴于《侵权责任法》并未要求“意志”系理性的意志，所以这一立场应予赞同。而且，《民法通则》第58条第1项明确表明，不能辨认自己行为的精神病人也可以为意思表示。当然，与健康的成年人一样，精神病人的身体动静有些属于无意识的、无意志的。^[25]

最后，无民事行为能力人的所有身体举动并非均是其本人未觉知、在绝对强制力之下作出的，也是常识。^[26]

（2）很多民法学家曾经作出这一论断

巴尔指出，“精神有残障者”的“行为原则上应被视为是受意志力支配的，换句话说也构成‘行为’，只不过行为是无过失的。”^[27]日本民法学家鸠山秀夫先生指出，只要基于自己的意思，身体上有举动，就有“行为”。^[28]我国台湾地区民法学家王泽鉴先生指出，“行为”，“系指受意思支配、有意识之人的活动”；“无行为能力人或限制行为能力人亦得为行为”。^[29]

（3）对受害人的保护并无不利

即使立法机关根据客观实际认定无民事行为能力人可以进行有意识的、有目的的民事活动，也无损任何人的利益。毕竟，在其身体动静不构成行为但损害他人利益时，可以类推适用《侵权责任法》第33条第1款后段之规定，责令其承担公平责任。

3. 立法建议

笔者认为，立法机关应该规定，无民事行为能力人可以进行有意识、有目的的民事活动；其行为包括体素和心素。

（二）无民事行为能力人的行为应具有违法性

1. 违法性上的差异

在西欧六国，行为人承担公平责任的构成要件包括，行为人的行为在客观上具有违法性。我国台湾地区也是如此。

在我国，“监护人”“公平分担损失”并不以此为要件。也就是说，即使合法行为给他人造成损害，其“监护人”也应“公平分担损失”。其理由是：第一，“民事活动”无需违法。“民法室”指出，在“无民事行为能力人”“给他人造成损害时”，“由监护人分担损失”。第二，“过错”属主观状态。“民法室”固然指出，“公平分担适用于行为人和受害人对损害的发生均无过错的情况。”^[30]然而，它所称的“过错”是“主观心理状态”。^[31]它与行为合法与否无关。

2. 对“民法室”所作解释的评价

笔者认为，无民事行为能力人的“监护人”“公平分担损失”不以无民事行为能力人的行为违法为要件，并不妥当。其理由是：第一，无民事行为能力人并非都是责任保险的被保险人。依法国1984年5月9日最高法院之判决、1997年2月19日最高法院之判决、1998年12月2日最高法院之判决、2001年5月10日最高法院之判决、2003年7月3日最高法院之判决，父母承担赔偿责任并不以子女的行为违法为前提。^[32]然而，它是法国存在“普遍的责任保险”作为前提条件。^[33]在我国，“普遍的责任保险”尚未建立。第二，生孩子并不违法。巴尔指出，“如果父母要对即使以对成年人所要求的注意标准来判断也不构成过失的行为承担责任，那无疑只是对其因为给这个世界生了一个孩子而予以惩罚”。^[34]

3. 立法建议

笔者认为，立法机关应该规定，在“无民事行为能力人造成他人损害”时，只有行为具有违法性，其“监护人”才“公平分担损失”。

（三）无民事行为能力人无过错的原因是无“过错能力”

1. 无过错的原因上之差异

在西欧六国和我国台湾地区，行为人承担公平责任的原因是，行为人无民事责任能力（也被称为“过错能力”、“合理地行动的能力”、“侵权行为能力”等）而无过错。

在我国，无民事行为能力人的“行为”被认定为无过错的原因是，其“不能进行有目的、有意识的民事活动”。其理由是：第一，《侵权责任法》未规定民事责任能力。“民法室”在解释《侵权责任法》第32条时明确指出，“在《侵权责任法》起草过程中，有的人建议根据行为人的年龄，增加行为人责任能力的规定。本法对此没有作出规定。”第二，这有利于维护受害人的利益。“因为如果规定责任能力，就涉及没有责任能力的行为人造成他人损害的，监护人是否需要承担责任？如果监护人不承担责任，被侵权人的损失得不到弥补，会有悖于我国的国情和现实的做法。”^[35]

2. 对“民法室”所作解释的评价

笔者认为，不以无民事行为能力人无过错能力，而以其“不能进行有目的、有意识的民事活动”为由认定其无过错，并不妥当。其理由是：第一，无民事行为能力人在客观上可以进行有意识、有目的的民事活动。第二，无民事行为能力人在客观上缺乏“过错能力”（即被认定为过错所需的智能）。首先阐述行为人具备过错能力是认定其有无过错的前提。“民法室”指出，“过错分为故意和过失”；“故意是指行为人预见到自己的行为会导致某一损害后果而希望或者放任该后果发生的一种主观心理状态”；“过失是指行为人因疏忽或轻信而使自己未履行应有注意义务的一种心理状态”。^[36]无论是“预见”、“希望或放任”，还是“疏忽”或“轻信”，都需要一定的智能或精神能力，这是常识。其次探讨不满10周岁的人客观上是否具有过错能力。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3条规定：“10周岁以上的未成年人进行的民事活动是否与其年龄、智力状况相适应，可以从行为与本人生活相关联的程度、本人的智力能否理解其行为，并预见相应的行为后果，以及行为标的数额等方面认定。”很显然，最高人民法院认为，10周岁以上的未成年人对部分合法行为的性质及其后果能够理解，对另一部分合法行为的性质及其后果不能理解。依此类推，已经达到一定年龄（是否依法固定暂且不论）的未成年人对部分违法行为的性质、事实结果能够理解，对另一部分违法行为的性质、事实结果不能理解。此外，《民法通则》第12条第2款规定，不满10周岁的未成年人无民事行为能力；第12条第1款规定，10周岁以上的未成年人具有部分民事行为能力；第11条第1款规定，18周岁以上的公民具有完全民事行为能力。很显然，立法机关认为，民事法律行为能力是随着年龄的增长逐渐产生、发展的，而非与时俱来的。依此类推，未达到一定年龄的未成年人根本无过错能力。最后探讨不能辨认自己行为的精神病人是否具有过错能力。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5条规定，如果“精神病人（包括痴呆症人）如果没有判断能力和自我保护能力，不知其行为后果的，可以认定为不能辨认自己行为的人……”。很显然，不能辨认自己行为的精神病人不能辨认自己行为的性质及其后果。依此类推，不能辨认自己行为的精神病人也不能辨认违法行为的性质及其后果。第三，被监护人有无过错能力与监护人是否承担侵权责任无关。“民法室”担心：如果承认无民事行为能力人无责任能力，其监护人就不承担侵权责任，从而受害人就无法得到赔偿。这一担心没有必要。这是因为，依《侵权责任法》第32条第1款，监护人承担任何一种“侵权责任”均不以被监护人具有过错能力为前提。

3. 立法建议

笔者认为，立法机关应该规定，无民事行为能力人无过错的原因是无过错能力。

（四）受害人无过错

1. 受害人是否无过错上的差异

在西欧六国和我国台湾地区，公平责任在受害人是否无过错问题上分为两种模式：受害人须无过错。即“即使是受害人有轻微过失，也剥夺其请求权”。奥地利民法属之。受害人可以有过错。原告的共同过错只不过是判决赔偿额所考虑的因素之一。^[37]其他五国和我国台湾地区属之。

在我国，“监护人”“公平分担损失”的前提是“受害人无过错”。毕竟，“民法室”明确指出，“公平分担适用于行为人和受害人对损害的发生均无过错的情况”。^[38]

2. 对“民法室”所作解释的评价

笔者认为，要求受害人对损害的发生无过错是妥当的。其理由是：无民事行为能力人无法避免损害的发生。无民事行为能力人没有过错能力，无法判断自己行为的后果，从而无法避免损害的发生。有过错的受害人能够判断自己行为的后果并避免损害的发生。因此，受害人的过错行为应认定为自己受损的唯一原因。这有利于为未成年人、精神病人创造友好的社会环境。

（五）无民事行为能力人的经济状况应该较好

1. 经济状况要求上的差异

在德国、奥地利、希腊、意大利、葡萄牙，衡平责任的构成要件之一是：加害人必须拥有较强的经济实力。1794

年《普鲁士普通邦法》创设公平责任原则的理由是：“就未成年人引起的损害来说，即使作为加害人的财产可以轻易地提供赔偿，也令无过错的受害人无法获得任何赔偿，显然严苛得与道德感相抵触，而借助第41-44条的规定，此种严苛性即以对于各方当事人来说均为适当的方式被消除了。就精神错乱者、痴呆者所为的侵害而言，其理亦然。”^[39]不过，在当代比利时，“法官可以让赔偿义务的范围，依双方当事人的经济状况而定”。^[40]因此，经济状况似乎只影响赔偿额，而不影响责任的成立。

在我国，无民事行为能力人的监护人和受害人的经济状况无决定性意义。其理由是：“行为人”无论经济状况如何均需补偿。“民法室”在解释《侵权责任法》第33条明确指出，“依据该规定（即《侵权责任法》第24条一笔者注），行为人的责任可以根据行为人的经济状况来确定：行为人的经济状况较好的，可以多补偿一些受害人的损失；行为人的经济状况不好的，可以对受害人少补偿一些。”^[41]所谓的“行为人”应当是“监护人”。“民法室”在解释《侵权责任法》第24条明确指出，“在无民事行为能力人造成他人损害”时，“由监护人分担损失”。

2. 对“民法室”所作解释的评价

笔者认为，无民事行为能力人的监护人和受害人的经济状况并无决定性意义，并不妥当。其理由是：无民事行为能力人在赔偿金额上应该享受特权。首先探讨无民事行为能力人的生活状况。一方面，为了实现社会化，不满10周岁的未成年人需要广泛地参与社会活动，其中包括危险的活动。这是常识。巴尔指出，“奥地利法院反复（也是正确地）强调，对于父母来说监督义务必须是在经济上可以预测的。不能忘记的是，如果要适当地抚养孩子，就必须让其培养起来处理危险的能力。法律并不是要将孩子用棉花毯子包裹起来，也不鼓励父母总是惩戒和控制其孩子。”^[42]德国学者瓦格纳指出，“一个昼夜不停被监督的孩子，从不会成为一个尽责的（responsible）人，恰恰相反会成为精神病患者。父母真正必须做的事情是教育，即告之以日常生活的危险，并训练他们如何处理此类危险。为了让孩子习惯于依靠自己的力量应对危险情况，就不可避免地让孩子暴露于某些危险之下。对幼小的儿童而言，父母必须做的最重要的事情不是监督，而是尽最大努力不让孩子接近危险源，例如火柴、池塘、街道等。”^[43]这可以作为佐证。另一方面，“根据中国疾病预防控制中心精神卫生中心在2009年公布的数据，我国……重性精神病患者人数已超过1600万”；^[44]然而，“据中国疾病预防控制中心统计，截至2005年底，我国精神疾病医疗机构仅572家，共有精神科床位13.2万张。”^[45]很显然，绝大多数无过错能力的精神病人居家生活（精神病人离开精神病院、实现“正常化”，在我国是奢侈品）。在无民事行为能力人行为时，他人可能受到伤害。

其次探讨较为贫穷的无民事行为能力人应被减免民事责任。1991年，国务院就《未成年人保护法》“立法的必要性”指出，“未成年人在其向成年人过渡期间，由不成熟到成熟，具有特殊的生理和心理特征，非常需要国家机关、学校、家庭、社会各方面和全体公民对他们给予特别的关心和爱护。”^[46]2006年修订的《未成年人保护法》第6条第1款规定：“保护未成年人，是国家机关、武装力量、政党、社会团体、企业事业组织、城乡基层群众性自治组织、未成年人的监护人和其他成年公民的共同责任。”第54条第1款也明确规定：“对违法犯罪的未成年人，实行教育、感化、挽救的方针，坚持教育为主、惩罚为辅的原则。”第2款规定：“对违法犯罪的未成年人，应当依法从轻、减轻或者免除处罚。”此外，1990年通过的《残疾人保障法》第7条第1款规定：“全社会应当发扬社会主义的人道主义精神，理解、尊重、关心、帮助残疾人，支持残疾人事业”；《刑法》第18条第1款规定：“精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为的时候造成危害结果，经法定程序鉴定确认的，不负刑事责任……”。刑事责任既然可以减免，民事责任也应如此。然而，作为民事行为能力人的加害人无论是否贫穷，均一律被免除责任绝非首善。因此，立法机关允许较为贫穷者免除责任，只责令较为富有者承担责任，就成为兼顾必要和可能的必然选择。

应该注意的是，“民法室”指出，“承担过错责任以填补受害人全部损失为原则”；“承担无过错责任，有的是填补受害人的全部损失，有的法律规定了最高责任限额”。^[47]很显然，赔偿金额随加害人财产多寡而浮动直至为零，实际上是一项特权。

这有利于维护无民事行为能力人的利益。在无民事行为能力造成第三人损害时，“公平分担损失”者应为其本人（容后详述）。因此，若不以其目前拥有较多的财产为前提，就会背负沉重的经济负担面向未来。未成年人在将来的学习、就业等方面可能会受影响，^[48]精神病人在治疗、生活等方面也可能受影响。

受害人已获得一定保障。无民事行为能力人的监护人依《侵权责任法》第32条第1款后段所承担的责任，属无过错责任。^[49]据此受害人可以获得很大程度的保障。若没有这一制度，受害人就要自行承担全部损失。美国著名侵权法学家哈帕（Fowler V. Harper）等人指出，“在有些情况下，公众可能自行承担未成年人侵犯自己人身利益或财产利益行为一假设该行为由成年人所为，则会认定为侵权行为一带来的恶果。然而，由于对此无人负责，所以恶果被当作每个人必须忍受的社会风险之一、社会交往的代价之一。”^[50]美国联邦法院法官朋斯（Pence）指出，“在几乎全部情况下，未成年人既无偿债能力，又无所购的保险。若过错未被归咎于父母，子女的受害人必须承担全部损失。”^[51]

3. 立法建议

笔者认为，立法机关应该规定，只有无民事行为能力人本人的经济状况好于受害人，损失才应被“公平分担”。

三、法律后果的解释

（一）“公平分担损失”者应为无民事行为能力人

1. 责任人上的差异

在西欧六国，承担公平责任者均为无过错能力人本人。还应指出，本人的责任具有补充性；在意大利，父母承担过错推定责任；^[52]在葡萄牙，也是如此；^[53]在比利时、德国、希腊，也是如此。^[54]不过，在奥地利，父母承担一般的过错责任。^[55]简言之，父母的责任有过错推定责任和一般过错责任之分。

不过，在德国，在判断当事人经济状况时，“由于儿童大多没有收入或财产，所以一些法院将注意力转向其父母的经济状况。”^[56]在台湾地区，赔偿义务人为“行为人或其法定代理人”。王泽鉴先生指出，1999年修正债法时，“增列‘行为人之法定代理人’亦应负衡平责任。修正理由谓：‘无行为能力人或限制行为能力人之经济状况，在目前社会殊少有能力足以赔偿被害人之损害。苟仅斟酌行为人之经济状况，而不及其法定代理人，则本条项立法之目的，实难达到。为更周延保障被害人之权利，第三项爰予修正，增列‘法定代理人’，其经济状况亦为法院得斟酌并令负担损害赔偿之对象。’”^[57]此项使法定代理人负衡平责任的规定，在比较法上似无其例”。

在我国，公平分担损失者为无民事行为能力人的“监护人”。“民法室”指出，“可以根据实际情况由监护人分担损失。”那么，为什么这样设计呢？原因极有可能是：这有利于受害人获得赔偿。“民法室”在解释《侵权责任法》第18条时明确指出，“如果监护人不承担责任，被侵权人的损失得不到弥补，会有悖于我国的国情和现实的做法。无民事行为能力人和限制民事行为能力人一般有独立财产的不多，而且他们多与监护人共同生活，造成他人损害的，仍然还是用其父母等监护人的财产进行赔偿。而且，本法已明确规定被监护人有独立财产的，应当从其财产中支付。”^[58]

2. 对“民法室”所作解释的评价

在我国，责任人为无民事行为能力人的监护人，并不妥当。其理由是：第一，无民事行为能力人的监护人不应“公平分担损失”。在无民事行为能力人造成损害，且尽到监护责任的监护人被期待赔偿受害人损失时，立法者面临两个选择：①责令监护人承担无过错责任；②责令监护人承担公平责任。我国台湾地区立法选择了后者。就这一立法的正当性，王泽鉴先生指出：“无过失责任的理论依据系持有危险物品或从事危险活动而获有利益者，应承担其危险所致损害的责任。未成年子女是否为一种危险，容有争议，父母不因养育子女而获利益，使其负无过失责任，是否符合分配正义的内涵，仍有研究余地。”^[59]瓦格纳也指出，“无论如何，儿童绝不能和诸如动物、汽车、核电站等异常危险的源泉（其管理人对此承担严格责任）相比。在正当理由上父母的严格责任与严格责任原理相悖。”^[60]

其实，这一理由不能成立。首先，“无过错责任”分为“对动物（造成损害）的责任”、“对无生命物（造成损害）的责任”、“对他人的责任”；^[61]后者包括“雇主责任”，其理论基础是，“某人为了自己的利益分派给他人执行的工作中……存在固有危险”；^[62]后者也包括“监护人责任”，其理论基础是，“父母亲养育孩子的权利也使得其承担孩子对第三人造成的损害之赔偿义务”。^[63]未成年人固然不是“动物”或“无生命物”，因此，其监护人不宜承担前两类责任；然而，未成年人是被监护人，其监护人可以承担“对他人的责任”这一无过错责任。因此，无过错责任可以成立。其次，鉴于无过错责任属危险责任，只要无过错能力人或其行为具有危险性，无过错责任就可以成立。那么，他们具有危险性吗？基于生活常识得知，无法分辨自己行为的性质和事实结果、在某种程度上无法控制自己行为的无过错能力人之行为，具有危险性。考茨欧也指出，“在侵权责任法中的替代责任领域（《普通民法典》第1315条），在违法性之外，本人应为其负责的人的危险性也具有重要作用：本人要为其使用的人的能力欠缺和危险负责。能力欠缺导致了一种特殊的危险源。”^[64]最后，比利时、德国、希腊、意大利、葡萄牙责令父母承担过错推定责任，与严格责任非常接近。总之，责令监护人承担无过错责任是正当的。

第二，无民事行为能力人不一定无财产。首先，1990年，国务院指出，包括“精神残疾”人在内的“残疾人是一个困难群体……生活低于社会平均水平，靠个人劳动收入维持生活的占30.2%，靠亲属供养的占67.1%，靠国家和集体救助、补助的占2.7%”。^[65]2010年，“民法室”明确指出，“无民事行为能力人和限制行为能力人一般有独立财产的不多”。^[66]然而，由于种种原因，有些无民事行为能力人拥有较多的财产。其次，无民事行为能力人是责任保险的被保险人。德国学者瓦格纳指出，“认为公平责任是一个过时的、对司法实践没有很大影响的制度，也是错误的。责任保险的普遍使用使得很多儿童同受害人相比更加富有。如果确定子女的财产时将责任保险（在一些国家是否考虑它还有争议）考虑在内，那么公平责任即使在当代侵权法中也可以发挥重要作用。”^[67]在我国上海地区，“大多数中小学生都投保了学（生）平（安）（保）险”，它集“责任保险”、“意外伤害保险”、“健康保险”于一身。^[68]在其它地区大概也有此类保险。

第三，公平责任原则旨在兼顾行为人的行为自由和受害人安全。王泽鉴先生指出，“法律一方面使无识别能力人得不负侵权行为的损害赔偿，其法定代理人亦得举证免责，他方面为保护被害人，亦应使经济能力较佳的行为人及其法定代理人，负全部或一部的赔偿责任”。^[69]很显然，“公平分担损失”制度旨在兼顾行为人的自由和受害人的安全。鉴于“民法室”指出，“行为人的责任可以根据行为人的经济状况来确定”，这一价值判断其实也被我国《侵权责任法》所承认。因此，与无过错责任原则不同，“公平分担损失”的规定并非以赔偿损害为唯一的宗旨。而且，行为人即使承担公平责任，该责任也是受到限制的。“《德国民法典》第829条规定，应依其情形，尤其视

当事人之关系，其损害之填补适于公平之要求，于无碍于维持其身份相当之生计及履行法律上扶养义务所需资力之限度，应赔偿其损害。”^[70]在奥地利，立法也是如此。^[71]

3. 立法建议

笔者认为，立法机关应该规定，在“无民事行为能力人造成他人损害”时，“公平分担损失”者应为“无民事行为能力人”本人。

还应指出，如果《侵权责任法》第32条第1款后段所规定之监护人的“侵权责任”属无过错责任，就不应像西欧六国那样将“公平分担损失”置于补充的位置，而应置于平行的位置。也就是说，无民事行为能力人及其监护人各自承担部分损失。当然，《侵权责任法》第32条第2款前段也应随之修改。

(二) “公平分担损失”属“赔偿损失”

1. “公平分担损失”属性上的差异

在希腊，民法典第918条使用的术语是“补偿(indemnification)”损失；意大利民法典第2047条II似乎与之相同。反之，在奥地利、^[72]德国、比利时、葡萄牙四国和我国台湾地区，法律后果是承担“赔偿”责任。当然，杨代雄教授指出，“在正统的民法理论中，补偿与赔偿并无实质区别，补偿或分担损失之义务也属于侵权损害赔偿责任。”^[73]

在我国，“公平分担损失”不属侵权的“民事责任”（《侵权责任法》第15条）。其理由是：“民法室”指出，“分担损失”不属“民事责任”。“民法室”还指出，之所以这样认定，是因为：第一，“无过错即无责任”。“从理论层面看，无过错即无责任是承担侵权责任的基本原则，既然双方当事人对损害的发生都没有过错，那么行为人就不应承担责任，而只能是分担损失。”第二，感情上容易接受。“从实践层面看，让无过错的当事人承担责任，他们比较难于接受。比如前述高空抛物造成他人损害的案件，一些建筑物的使用人认为，自己并不是行为人，出于道义可以拿出钱来对受害人提供帮助，但说自己有‘责任’，感情上接受不了。”^[74]

2. 对“民法室”所作解释的评价

笔者认为，“公平分担损失”不属侵权的“民事责任”，并不妥当。其理由是：第一，“赔偿损失”并非是可谴责行为的唯一结果。“民法室”指出，“过错就是行为人行为时的一种应受谴责的心理状态。正是由于这种应受谴责的心理状态，法律要对行为人所实施的行为做否定性评价，让其承担侵权责任”。^[75]很显然，过错行为导致民事责任。然而，“民法室”还指出，“近年来，随着我国的工业化、城市化进程的快速推进……人们已生活在高度危险的社会环境中……为增强行为人的责任意识，同时使受害人能够得到及时有效的赔偿，我国现阶段更应该突出和强调无过错责任原则”。^[76]很显然，无过错责任的立法理由包括，危险的制造者应该承担损失。在德国，也存在着相同的立场：“危险责任归责的理由不在于行为的可谴责性，也不在于行为意思的瑕疵（过意或过失），而是在于源于我们的法律意识的一个基本观念，即，对于所享受的特殊权利所造成的不幸事件，权利人应当承担赔偿责任。”^[77]既然危险的实现可以导致“赔偿损失”，那么“赔偿损失”与过错之间缺乏一一对应关系。既然如此，无过错能力人的无过错行为就完全可以引起民事责任。

第二，“公平分担损失”的立法目的无法实现。如果“公平分担损失”属“出于道义”“拿出钱来对受害人提供帮助”，就会出现以下结果：人民法院无法判决或执行单方行为。“出于道义”“拿出钱来对受害人提供帮助”，当属单方法律行为。^[78]它应该出于当事人的意志，绝无判决之理。而且，即使当事人作出意思表示，也可以类推适用遗嘱撤销（《继承法》第20条第1款）或被代理人取消委托（《民法通则》第69条第2项）等单方法律行为的有关规定，而可被随时撤销。人民法院无法执行“契约”。原被告双方可以在人民法院的主持下达成协议。由于被告的行为具有无偿性、原告取得赔偿金的所有权，所以它当属“赠与”契约。对此，《合同法》第186条第1款明确规定，它可以随时被撤销。道德不具有强制性。所谓“道义”，是指“道德和正义”；^[79]“道德通过社会的或一定阶级的舆论对社会生活起约束作用”。^[80]从道德的属性来看，法院也不应判决和执行。

第三，过错责任、无过错责任也体现着社会公德。台湾地区学者王伯琦先生认为，衡平责任系“法律特别体恤贫弱，令经济力较强之行为人，予以相当之补恤。此全属一种道德规范之法律化”。^[81]“民法室”所持“感情上容易接受”这一理由与该立场接近。其实，这一立场并不成立。首先，过错责任原则也体现道德观。巴尔明确指出，“对于被告来说，如果认识到和避免不当行为都是不可能的，他对其不当行为就不具有可归责性。在他看来，事件的发生是命中注定的，因为这不是他放弃他能够采取的违法行为之替代行为的结果。这种从道德的角度看确实是‘无过错’的不当行为形式是很多的。”^[82]很显然，有“过错”的“不当行为”受道德谴责。考茨欧指出，“过错被认为是一种‘有缺陷的’意志”，有过错的不法行为“当然是受谴责的行为”，“精神不正常的侵权行为人”“其行为并不是应受谴责的”。^[83]很显然，有过错的不法行为是不道德的。在我国，这一道德观无疑会得到承认。那么，“过错责任原则”体现它吗？答案是肯定的。毕竟，“民法室”指出，“由于这种应受谴责的心理状态，法律要对行为人所实施的行为做否定性评价，让其承担侵权责任”。^[84]其次，从常理推断，危险物（包括动物）、危险作业、雇员或被监护人的行为所含危险成为现实时，由危险的创设者赔偿，无疑也是社会公德。因此，无过错责任原则也体现了该道德观。

3. 立法建议

立法机关应该规定，无民事行为能力人本人公平分担损失属“民事责任”。还应指出，赔偿范围应适用《侵权责任法》的一般规定（即包括财产损失和精神损失；前者包括直接损失和间接损失），但以不影响无过错能力人的正常生活、学习或治疗为限。

四、“公平分担损失”之类推适用

1. 适用范围上的差异

在德国，依德国联邦最高普通法院 1963 年 5 月 21 日、1965 年 1 月 8 日之判决，[85]在下列情况下“类推适用（民法典）第 829 条”：“虽然未成年人具备第 829 条第 2 款意义上的判断能力，但根据第 276 条应当否定其具有与其年龄相适应的过错。”[86]不过，依联邦最高法院 1973 年 6 月 1 日之判决，“如果未成年人从事专门允许成年人从事的活动，其行为则必须按一般的注意标准加以衡量，不得因幼年而降低衡量标准。”[87]在希腊，民法典第 918 条“类推适用于已满 10 岁的未成年人（民法典第 916、917 条）不承担‘年龄组类型过失’规则之责任的案件”[88]在我国台湾地区，也存在着类似的立场。王泽鉴先生指出，“台湾‘民法’关于未成年人过失的认定亦采同年龄层者的注意程度，于未成年人无过失时，亦须借衡平责任，以资平衡。”[89]

在我国，对于 10 周岁以上的未成年人适用较低的行为标准，即在判断“是否履行合理注意义务时，应当考虑其年龄、智力和生理状况等因素”。[90]然而，“民法室”并未指出，在 10 周岁以上的未成年人的致损行为，虽达到同龄组儿童标准但未达到“一般人的行为标准”时，其监护人是否需要“公平分担损失”。[91]

2. 对“民法室”所作解释的评价

笔者认为，“民法室”并未指出对此种情况应类推适用“监护人”“公平分担损失”制度，并不妥当。其理由是，它们在以下方面类似：行为人均均为未成年人；双方均因个人原因在主观上没有过错；一般侵权责任的客观要件均已具备。

3. 立法建议

立法机关应该规定，在 10 周岁以上未成年人的行为虽达到同龄组儿童标准但未达到“一般人的行为标准”而造成他人损害时，应类推适用“监护人”“公平分担损失”制度。

注释：

[1]参见王泽鉴：《侵权行为》，北京大学出版社 2009 年版，第 401 页。

[2]参见[德]马克西米利安·福克斯：《侵权行为法》，齐晓琨译，法律出版社 2006 年版，第 191-195 页。

[3]全国人大法工委民法室：《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文解释与立法背景》，人民法院出版社 2010 年版，第 100 页。“公平分担损失”的其他情况包括：“完全民事行为能力人对自己的行为暂时没有意识或者失去控制没有过错，但造成他人损害”；“具体加害人不明，由可能加害人的分担损失”；“因意外情况造成损害”；“为对方利益或者共同利益进行活动过程中受到损害”全国人大法工委民法室：《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文解释与立法背景》，人民法院出版社 2010 年版，第 101 页。

[4]就全国人大法工委民法室所做的“条文解释”之属性，目前有两种立场：其一是“立法者的解释”（王利明：《自然人民事责任能力制度探讨》，《法学家》2011 年第 2 期，第 59 页）；其二是“在一定意义上”“反映了全国人民代表大会常务委员会的观点。”（崔建远：《论归责原则与侵权责任方式的关系》，《中国法学》2010 年第 2 期，第 41 页）

[5]参见前引[3]，全国人大法工委民法室书，第 31-36 页。

[6]参见前引[3]，全国人大法工委民法室书，第 38 页。

[7]“民法室”指出，在侵权责任法制定过程中，有的学者提出，“公平责任（原则）属于指导性原则，不能成为法院裁判依据”。前引[3]，全国人大法工委民法室书，第 103 页。从比较法的角度来看，这一立场是完全不妥的。

[8]前引[3]，全国人大法工委民法室书，第 101 页。

[9]杨立新先生认为，《侵权责任法》第 32 条后段规定的“侵权责任”（还包括监护人就限制行为能力人致损行为承担的“侵权责任”），属“公平责任”；《侵权责任法》第 32 条与 24 条是并列的。杨立新：《侵权责任法》，法律出版社 2010 年版，第 168 页。

[10][德]克雷斯蒂安·冯·巴尔：《欧洲比较侵权行为法》（下卷），焦美华译，法律出版社 2001 年版，第 244-245 页。

[11]前引[3]，全国人大法工委民法室书，第 31 页。

[12]前引[3]，全国人大法工委民法室书，第 132 页。

[13]前引[2]，福克斯书，第 192 页。

[14]唐孝威：《意识活动和无意识活动的脑区能态理论》，《应用心理学》2004 年第 1 期，第 24-25 页。

[15]前引[10]，巴尔书，第 244-245 页。

[16]《牛津法律大辞典》，光明日报出版社 1988 年版，第 351-352 页。

[17]前引[10]，巴尔书，第 248 页。

[18]在人有无意思自由、能否自由抉择的问题上，“数百年来”西方哲学界存在着“意思自由论”和“决定论”两

种对立的立场。前者主张，“人们的行为并非由因果法则所支配，而系按自己的意思而自由选择，行为都是行为主体自由思考与抉择的结果，基本上意思决定人的选择。”后者主张，“一切的行为，均是在事前就决定的，人事实上是没有选择的自由”。黄丁权：《刑事责任能力的构造与判断》法律出版社2010年版，第80-81页。当代西方心理学界也有“自由意志论”和“因果决定论”两种对立的立场。前者主张，“人的心理是自由的”（即可以“有多种抉择”）、“人的心理是主动的、有一定意图和打算的，即是有目的和意义的”。后者主张，“现实的某一行为总能从过去的行为动力关系中找到原因，行为是被决定的，被先前的行为联系所决定”。刘翔平：《心理学中的因果决定论和自由意志论》，《北京师范大学学报（社会科学版）》2004年第5期，第34-37页。“意思自由论”或“自由意志论”是正确的。首先，在相同的环境下，不同的人所作的选择是不同的甚至相反的；在不同的环境下，不同的人所作的选择可能是相同的。另一方面，在相同环境下的不同时期，同一个人所做的选择可能是不同的；在不同环境下的不同时期，同一个人所做的选择可能是相同的。这些都是常识。由此可知，人的行为不是由外部环境决定的。其次，这得到了心理学实验的证明。况志华博士指出，“大家所熟知的梅奥的‘霍桑实验’、罗森塔尔的‘期待效应’实验、米尔格拉姆的‘权威服从实验’”表明，“被试验不是仅对刺激变量消极地作出反应，相反，其对实验的断言决定了自身的行为反应。”这“恰恰证明”“人的目的性”对人的行为“发挥的巨大影响”。况志华：《自由意志与决定论的关系：基于心理学视角》，《心理学探新》2008年第3期，第6页。

[19]前引[10]，巴尔书，第247页。

[20]《辞海》指出，“在人类，因后天学习影响极大，除初生的婴儿外，无纯属本能的为。”《辞海》（缩印本），上海辞书出版社1989年版，第1403页。

[21]余小波：《皮亚杰认知发展阶段理论及其对教学的启示》，《长沙电力学院学报（社会科学版）》2001年第4期，第113页。

[22]前引[21]，余小波文，第114页。

[23]拉伦茨先生指出，“法律行为是一种有目的的行为，即以最后引起某种法律后果为目的的行为。”[德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（下册），王晓晔等译，法律出版社2003年版，第426页。

[24]Polmatier v. Russ, 537 A. 2d 468, Supreme Court of Connecticut, 1988, p. 472.

[25]1922年，作为“相关领域的权威”的加拿大安大略省法院米德尔顿（Middleton）法官，在“具有重大指导意义的”斯莱特里诉海莉（Slattery v Hayley）一案中指出，“在精神病人实施侵权行为时，无疑应承担责任，但能够证明精神病导致某些不可或缺的犯意不会存在的除外。然而，如果被告的精神病如此严重，以至于可以排除从事侵权行为的真实意图之存在，则根本不存在自愿的行为（voluntary act），从而不存在责任。”The Law reform Commission of Ireland, Report of the Liability in Tort of Mentally Disabled Persons, 1985, pp. 31-32. http://www.lawreform.ie/_fileupload/Reports/rLiabilityMentallyDisabled.pdf, 2012年12月1日访问。

1950年，澳大利亚新南威尔士州上诉法院奥沙利文（O’ Sullivan）法官，在怀特诉帕尔（white v Pile, 68 W. N. (N. S. W.) 176, 1950）一案中指出，“如果某人的行为是完全无意识的，例如癫痫患者的抽搐或梦游，就其在该状态下给第三人造成的损害，则不必承担责任。依此类推，如果精神病剥夺了患者的全部决定力（power of volition），就其在该状态下实施的侵权，也不必承担责任。”The Law reform Commission of Ireland, Report of the Liability in Tort of Mentally Disabled Persons, 1985, p. 21.

[26]《侵权法（第二次）重述》对第895J条评论（C）举例说明如下：“A是一名认为自己系拿破仑的精神病人。B是将A监禁在A的房间中的一名护士；被A认为是为了赢得战役的胜利而阻止自己抵达滑铁卢的威灵顿公爵的间谍。在试图逃脱时，A断开了一个椅子腿并用它攻击B，导致B颅骨骨折。A应按殴打对B承担责任。”这一例子标明，精神病人完成可以形成意志。

[27]前引[10]，巴尔书，第246页。

[28]余延满、吴德桥：《自然人民事责任能力的若干问题一与刘宝玉、秦伟同志商榷》，《法学研究》2001年第6期，第105页。

[29]前引[1]，王泽鉴书，第88页。

[30]前引[3]，全国人大法工委民法室书，第101页。

[31]前引[3]，全国人大法工委民法室书，第32页。

[32]Laurence Francoz — Terminal and others. Children as Tortfeasors Under French Law, Martin-Casals, Miquel (Ed.), Children in Tort Law, Part I: Children as Tortfeasors, Springer-Verlag Wien New York, 2006, pp. 193-201.

[33]Gerhard Wagner, Final Conclusions: Policy Issues and Tentative Answers, Miquel (Ed.), Children in Tort Law, Part I: Children as Tortfeasors, Springer-Verlag Wien New York, 2006, p. 292.

[34][德]克雷斯基安·冯·巴尔：《欧洲比较侵权行为法》（上卷），张新宝译，法律出版社2001年版，第201页。

[35]前引[3]，全国人大法工委民法室书，第125页。

[36]前引[3]，全国人大法工委民法室书，第32页。

- [37]前引[34], 巴尔书, 第 111 页。
- [38]前引[3], 全国人大法工委民法室书, 第 101 页。
- [39]张金海:《公平责任考辨》,《中外法学》2011 年第 4 期, 第 761 页。
- [40]Pieter De Tavenier, Children as Tortfeasors Under Belgian Law, Martin-Casals, Miquel (Ed.), Children in Tort Law, Part 1:Children as Tortfeasors, Springer-Verlag Wien New York, 2006, p. 75.
- [41]前引[3], 全国人大法工委民法室书, 第 132 页。
- [42]前引[34], 巴尔书, 第 196 页。
- [43][德]Gerhard Wagner, supra note [33], p. 300.
- [44]李妍:《我们的病人—中国精神病患者报告》,《中国经济周刊》2011 年第 28 期, 第 27 页。
- [45]前引[44], 李妍文, 第 28 页
- [46]李铁映:《关于〈中华人民共和国未成年人保护法(草案)〉的说明—1991 年 6 月 21 日在第七届全国人民代表大会常务委员会第二十次会议上》, http://www.npe.gov.cn/wxzl/gongbao/2000-12/28/content_5002610.htm, 2012 年 8 月 24 日访问。
- [47]前引[3], 全国人大法工委民法室书, 第 101 页。
- [48]王泽鉴先生指出,“德国法学界有一项共识,即此种损害赔偿(未成年人的侵权行为损害赔偿—笔者注)将使未成年人长期负担债务,致影响其生计,未来生涯计划(包括结婚、就业),而妨碍其人格发展”。前引[1], 王泽鉴书, 第 388 页。
- [49]参见张学军:《监护人“侵权责任”辨析》,载《政治与法律》2013 年第 6 期, 第 2-15 页。
- [50]Valerie D. Barton, Reconciling the Burden: Parental Liability for the Tortious Acts of Minors, 51 Emory Law Journal 877, Spring, 2002, p. 894.
- [51]Bryan v. Kitamura, 529 F. Supp. 394, United States District Court, District of Hawaii, January 5, 1982, p. 400.
- [52]前引[34], 巴尔书, 第 186-187 页。
- [53]在葡萄牙,“慎重地将其归入对侵权行为的责任,不是归入危险责任,明确地表明诉因是基于推定的过错。因此,在葡萄牙与在意大利一样,父母亲要免于责任也是很不容易的。”前引[34], 巴尔书, 第 187-188 页。
- [54]前引[34], 巴尔书, 第 190 页。
- [55]前引[34], 巴尔书, 第 188-189 页。
- [56]Gerhard Wagner, Children as Tortfeasors Under Germany Law, Martin-Casals, Miquel (Ed), Children in Tort Law, Part I:Children as Tortfeasors, Springer-Verlag Wien New York, 2006, p. 224.
- [57]前引[1], 王泽鉴书, 第 400 页。
- [58]前引[35], 全国人大法工委民法室书, 第 125 页。
- [59]前引[1], 王泽鉴书, 第 414 页。
- [60]Gerhard Wagner, supra note [33], p. 299.
- [61]前引[10], 巴尔书, 第 404 页
- [62]前引[34], 巴尔书, 第 233 页
- [63]前引[34], 巴尔书, 第 181 页。
- [64]H·考茨欧主编:《侵权法的统一:违法性》,张家勇译,法律出版社 2009 年版, 第 12 页。
- [65]崔乃夫:《关于〈中华人民共和国残疾人保障法(草案)〉的说明—1990 年 10 月 25 日在第十届全国人民代表大会常务委员会第十六次会议上》, http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2000-12/27/content_5002488.htm, 2012 年 8 月 24 日访问。
- [66]前引[35], 全国人大法工委民法室书, 第 125 页。
- [67]Gerhard Wagner, supra note [33], p. 303.
- [68]高顺伟、吴志宏:《学生伤害事故保险赔偿的现状、困境与对策》,《上海教育科研》2008 年第 10 期, 第 40 页
- [69]前引[1], 王泽鉴书, 第 402 页。
- [70]前引[1], 王泽鉴书, 第 403 页。
- [71]前引[34], 巴尔书, 第 111 页。
- [72]考茨欧指出,“不法性还可以和其他理由,尤其是和‘经济负担能力’(承担损害赔偿的经济能力)一道确立赔偿责任。”前引[64], 考茨欧书, 第 12 页。
- [73]杨代雄:《一般侵权行为的无过失损失分担责任一对“无过错即无责任”的质疑及对“公平责任原则”的改造》,《华东政法大学学报》2010 年第 3 期, 第 101 页。
- [74]前引[3], 全国人大法工委民法室书, 第 103 页。
- [75]前引[3], 全国人大法工委民法室书, 第 32 页。

- [76]前引[3]，全国人大法工委民法室书，第41页。
[77]前引[2]，福克斯书，第256页。
[78]史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第310页。
[79]中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》，商务印书馆1996年版，第260页
[80]前引[79]，中国社会科学院语言研究所词典编辑室，第259页。
[81]前引[1]，王泽鉴书，第401页。
[82]前引[10]，巴尔书，第303页。
[83]前引[64]，考茨欧书，第20页。
[84]前引[3]，全国人大法工委民法室书，第32页。
[85]Gerhard Wagner, supra note [56], p. 222.
[86]前引[2]，福克斯书，第192页。
[87]Gerhard Wagner, supra note[56], p. 222.
[88]前引[34]，巴尔书，第115页。
[89]前引[1]，王泽鉴书，第403页。
[90]前引[3]，全国人大法工委民法室书，第33页。
出处：《当代法学》2013年第5期

厦门大学法学院教授徐国栋：无效与可撤销婚姻要保护诚信当事人的权益

2014年1月28日 检查日报 刘金林



我国婚姻法中无拟制婚姻制度，影响了重婚案件中的诚信当事人的权益。拟制婚姻制度发源于罗马法，以保护有诚信当事人的无效婚姻中的子女为目的，该制度在中世纪被教会法按同样的目的重拾，经过世俗学者的加工，发展为既保护无效婚姻中的诚信当事人，也保护他们的子女的制度，意在保护无效婚姻的无过失方，相形之下，我国婚姻法对无效或可撤销婚姻中的无辜方既无以诚信名义进行的保护，也无以“无过失”名义进行的保护，仅仅以“无过错”的名义保证无辜方在分割假想配偶的共同财产时占据有利地位而已。这两个法律漏洞是必须填补的。建议把“无效和可撤销婚姻自始无效”的规定改为“婚姻被宣告无效或被撤销，不具有溯及力”，并且把婚姻法第46条的保护对象(无过错方)从原配(配偶)扩展到诚信和无过错方的第三者。

论承认与执行外国民事判决的条件的立法模式

2014年1月26日 《西部法学评论》2013年第5期 付颖哲

关键词：外国民事判决，承认与执行，积极条件，消极条件

内容提要：在国际民事司法合作中，作为国家司法主权表现形式的外国法院判决只有在被承认之后才获得域内效力。期间，国家法院或者有关机关承认外国判决时所依据的即是所谓的承认与执行外国民事判决的条件。一般情况下，这些条件包括互惠关系（保障）、审判管辖权、不违反公共秩序、不存在无矛盾判决、以及符合程序正义等条件。对于这些条件而言，有“积极条件”（承认前提条件）和“消极条件”（承认阻碍条件）两种不同的立法模式。在全世界范围内，各个国家因为或这样那样的原因选择不同的立法模式。本文将从承认外国民事判决的法律理论出发，分析和比较这两种截然不同的立法模式，最终明确“消极条件”这一立法模式更加符合国际经济一体化的需要和国际民事诉讼法发展的趋势。

外国判决作为国家司法主权的表现形式是由外国法院的法官依据该国的民事诉讼法律制度，并根据该国的冲突规范所指引的准据法作出的司法裁决。因为国家主权原则，从国标法意义上讲，外国判决仅仅只能在审判国^[1]国内发生法律效力，如果要在其他国家产生内国效力，就必须得到该国的承认，而内国法院承认外国判决时所依据的就是该国法律制度中有关承认外国判决的条件，即承认与执行的条件。这些条件是承认国内法院在承认外国判决时对该外国判决进行审查所依据的标准。一方面，承认条件所表现出的是对外国判决既判效力的尊重，即判决在外国已经发生法律效力，如果符合一定的条件就会在其他国家的领域内发生、或者不发生法律效力，而不用内国法院就同一民事纠纷再一次进行审理；另一方面，承认条件也表现为对自己利益的保护，外国判决经承认就会发生或不发生内国效力。因此，承认条件作为一项制度安排，能够有效解决内外国法院民事司法合作的衔接问题，并且有效地处理内外国在民事纠纷上的利益纠葛。

一、承认与执行外国判决的条件的倾向性设置

（一）积极条件与消极条件

在司法实践当中，无条件地承认外国民事判决的司法实践是不存在的。{1}67 在这里，承认条件体现出了承认国对外国判决是否发生以及发生哪些内国效力的控制功能和限定作用。就世界范围内各国法律制度中承认条件的立法模式来讲，有积极和消极的承认条件之分。^[2]积极的承认条件，即承认的前提条件，也就是承认国在什么样的条件下才承认外国判决，例如 1958 年海牙《抚养承认公约》中仅仅表述了承认的积极条件；消极的承认条件，即承认的阻碍条件，也就是承认国在什么样的条件下拒绝承认外国判决。换句话说，对外国判决的承认仅仅是在法律规定的理由出现时才被排除，例如德国《民事诉讼法》第 328 条^[3]、《布鲁塞尔公约》第 27 条以及海牙《民商事管辖权及外国判决公约》草案第 28 条都采用的是这种立法模式。这一理论上的区分，并非仅仅是根据具体法律规定在措辞上的差别进行的，而是人们鉴于条件的意义和解释，以及根据对它们的审查和举证责任来进行的。就承认的前提条件来讲，外国法院判决在承认之前是假定不被承认的，只有在条件满足后才能够被承认；而承认的阻碍条件则恰恰相反，在法律规定的拒绝理由出现之前，外国判决假定是被承认的，只是因为拒绝理由的出现才带有溯及力的排除对外国判决的承认。也就是说，在前者条件下，没有承认国法院的承认裁决，外国判决不会具有丝毫的内国效力；而后者情况下，外国判决首先是被承认的，并且具有内国效力。两者在承认倾向性上的差别一目了然，这种倾向性也当然地影响到了对承认条件的解释和具体操作之上。作为带有倾向性的法律规定，承认条件的立法模式对国际法律交往的象征意义远大于实际意义，就像是一盏指路的航灯，在承认外国判决时起指引作用。应当讲，基于司法程序的等价性以及对外国法院判决的基本信任，承认国不应当对外国法院在有所疑问，这样的逻辑结果就是，如果没有特定的相反事实存在，外国判决就应当被承认。所以，承认的消极条件的立法模式更加符合国际民事司法合作的要求。

（二）积极条件与消极条件对承认具体模式的要求

承认的积极条件与消极条件在立法模式上差异并不仅仅包含具体法律规定在措辞上的差异，它们还包含了对于承认外国民事判决的具体模式的不同要求。在世界范围内，存在两种不同的有关承认外国判决的模式，即自动承认模式和效力赋予模式。自动承认，即是指外国民事判决不需要经过特殊的程序，自其在审判国发生既判效力之时起当然地获得承认国的内国效力；效力赋予模式，即是指外国民事判决必须经过特殊的程序，由内国法院或其他有权机关赋予其原始的内国效力。自动承认的承认模式之下，承认条件只能采取消极条件的立法模式，即外国判决自动获得内国效力，仅仅是在符合消极条件的情况下，由当事人专门提起关于承认或不承认外国判决效力的确认之诉，或者在内国其他案件的审理过程中作为先决问题进行审查时有溯及力的排除其已经获取的内国效力。在效力赋予的承认模式下，内国法院通过承认外国判决的裁决要么直接赋予其内国效力，要么将其转化为内国判决而获得内国效力。但无论如何，在承认判决之前，外国判决不具备丝毫的内国效力。这时，承认条件既可以采用积极条件，也可以采用消极条件的立法模式，但消极条件所起的实标效用已经和积极条件并无太大差别。{2}这也是为什么德国 Martiny 教授认为采用消极条件的立法模式并不会对承认结果产生实践意义的原因，{3}因为只有在消极条件的立法模式与自动承认立法模式相结合的情况下，承认国有关判决承认与执行的法律规定才真正意义上的有了“亲承认”的立法倾向。所以，严格地讲，在立法实践中，积极条件在制度上要求效力赋予或判决转化的承认模式，而消极条件要求的则是自动承认的承认模式。

此外，在积极条件和消极条件的立法模式之外，还存在两者兼而有之的混合型立法模式，即对所有具体的承认条件来讲，一部分是以承认的前提条件形式出现，一部分是以承认的阻碍条件形式出现。例如我国国际私法协会制定的《中华人民共和国国际私法示范法》（简称示范法）。示范法在第 157 条中对国家之间的条约关系和互惠关系采用的是积极条件的立法模式，而在第 159 条中对于管辖权、判决效力、听审权保障、矛盾判决以及公共秩序问题上采取的是消极条件的立法模式。^[4]如果从整体上进行判断，示范法所采用的承认模式似乎是自动承认的立法模式，但是在国家之间是否存在互惠关系，尤其是存在实质性互惠关系存在疑问时，会使外国判决获得内国效力的时候至少要面对有关互惠关系的审查。这样，从实质上讲，外国判决并不是自动获取内国效力，所以示范法所采用的仍旧是效力赋予的承认模式。可以说，在所有的承认条件中，有一项采用的是积极条件的模式，那么就是从根本上否定了自动承认的立法模式。

（三）对承认条件立法模式的理性思考

承认外国判决还有来自国际民事法律秩序的考虑，既成事实的外国有效判决以及外国判决赋予当事人民事权利如果无法在国际层面上具有普适性，那么就无法形成民事争议在国际层面上的彻底解决。在这里，外国判决承认与执行法律制度作为国际民事程序法的一部分不仅仅是实现民事权利的工具，而且也具有了自己独特的法律价值。德国学者沃尔弗拉姆·亨克尔在他的文章当中表明了自己对民事诉讼法发展趋势的观点：“最新的理论发展表明，传统诉讼法当中的自由主义成分已经淡化，在民事诉讼法中居于核心地位的不再是对个体公民利益的保护，而是为了公共利益而保障的和平的国家的秩序职能。告别传统的权利保护请求权这一自由主义的学说，那么传统诉讼法中的，就只剩下国家的秩序任务”。{4}在经济全球一体化的进程中，国际民事程序法决不应当是阻碍这一进程的因素，恰恰相反，它应当是在世界范围内实现民事权利整体性的促进因素。在欧洲，欧盟统一民事程序法的快速发展正是服

务于欧盟统一大市场的形成和发展，它反映了欧盟民事程序法中特有的世界观、生活观、社会观、国家观，以及^[5]特定的意识形态和政治哲学。{5}

1. 从国标民事法律交往的角度考虑。在世界范围内，民事法律关系是以一个整体的形式存在，不应当人为地予以割裂。英美法系的既得权理论正是出于这样的一种思考。正如萨维尼所说的：“各国处在一个相互交往的民族所构成的国标法共同体中，其中，各国法律是平等的、等价的和可交换的。{6}这里，法院判决也是各国法律的一种形式。如果在各国法律制度的具体规定进行考察之后，认为各个国家的判决在质量上都处于同一水平之上，那么就基本上满足了互换判决的实体正义要求。这也是为什么各国法律毫无例外地都禁止对外国判决进行实质性审查的根本原因。于是，对于一个经过合法的管辖以及审判程序的外国判决而言，具备内国最基本的程序公正要求，那么在程序上承认其效力就是程序法的必然选择。从本质上讲，积极条件实际上是实体性的对待外国判决，而不是程序性的，它的着眼点是在个案中进行各种利益的平衡，而不是国际民事法律秩序长期和整体性的利益。而消极条件立法模式隐藏着对外国法律制度以及外国法院的基本信任，这更加符合国标民事法律交往的需要。更进一步讲，如果同时采用自动承认的承认模式，那么会更加促进国际民事法律交往。

2. 从当事人实际需要考虑。外国民事判决实际上是以当事人的权利义务为主要内容的，涉及当事人的私人利益，仅仅在很少的情况下涉及国家利益（如公共秩序保留），因此国家应当尽可能地不去干涉对外国判决的承认。对当事人而言，一个有效的外国判决一旦被承认，那么会改变他在内国的民事法律关系和权利状况。在这里，他完全有权利独立决定自己的权利归属和与他人之间的法律关系。在很多情况下，被申请人未必要求不予承认外国判决。所以，即使是存在符合承认的消极条件，但是在不涉及国家利益的情况下，也应当将权利交给当事人，由其决定是否向法院提出确认之诉来阻碍外国判决的内国效力，这与当事人在内国通过民事行为处分自己的民事权利没有什么本质上的区别。因此，采用消极条件的立法模式与自动承认的承认模式更加符合当事人，尤其是被告的个性化需求，也符合不告不理的民事诉讼原则。

二、承认外国判决时举证责任的分配

承认条件的立法模式也会影响承认程序中举证责任的分配结果，进而影响承认程序的结果。

（一）举证责任分配的必要性

参与国标法律交往的实际需要从客观上决定不可能允许法官任意做出承认或者不承认裁判，裁判结果必须符合程序法和实体法上的正当性要求。作为国标程序法的一部分，外国判决的承认和执行法律制度中当然会涉及到举证责任的问题。因为，“证明责任有规律的和始终如一的分配，是法安全性的先决条件”{1}68，它能够稳定、安全地指引法官作出裁判，并给予当事人对裁判结果最大限度的可预见性。所以，在积极条件和消极条件之间进行立法选择还必须基于对承认程序中的举证责任分配进行理性分析的基础之上。

必须确定的是，承认国的法官或者承认有关机关不应当承担承认外国判决的裁判中存在的风险。因为，在面临一个已经在海外发生法律效力的外国判决的情况下，如果在承认程序中仅仅是由承认与执行法官进行单方面的审查并承担风险，那么为避免错误他可能会毫无原则地承认外国判决，因为在个案之上存在着承认国与审判国之间的民事司法合作关系。因此，就如同在一般的诉讼程序中一样，所采用立法模式应当尽可能安排合理的举证责任，借此尽可能地使当事人参与到承认程序中，并形成公正的，类似于审判程序的“争诉”格局。从这个意义上讲，承认条件应当是承认与执行法官做出判断的规范或标准，而不是承认与执行法官应当遵守的程序性规范。也就是说，“证明责任不仅使法官在对事实问题存有怀疑的情况下，避免法律问题的不可裁决性成为可能”，并且给予法官的裁决内容以程序上的正当性。作为承认的结果，承认或者不承认的裁判结果没有给承认与执行法官任何折中或者程序调解的空间。所以，在存疑的情况下，只能由法官进行自由心证，举证责任的分配就成为自由心证的补充{1}66。“其方法是将承认所涉及事实情况的不确定性交由一方当事人负责证明，从而有利于另一方当事人。”{1}67并由负有举证责任程序各方承担得到不利于其自身的承认结果的风险。

（二）承认程序中程序各方的法律地位

准确地讲，承认程序中的申请人和被申请人是举证责任的承担者。举证责任在他们之间并不能够依靠承认法官根据自己对公平正义等价值理念的理解在个案中进行个性化的分配，而是应当通过对承认程序进行理性分析来加以分配。在承认程序中，程序各方的具体程序地位和状况是，程序申请人在多数情况下是外国债权人和外国判决中的原告，其对承认国的承认与执行法律规定以及司法实践可能并没有太多的了解，具有既判效力的外国判决成为其唯一的保障；程序被申请人在多数情况下是内国债务人和外国判决中的被告，他熟悉承认国语言以及法律规定，更为重要的是他的利益往往与承认国的利益一致。这样，在很多情况下承认与执行法官在承认程序中实际上并不居于价值中立的立场，他代表国家行使司法主权对外国判决进行审查。期间，对内国当事人的利益而言，承认与执行法官毫无疑问会带有倾向性保护的。也就是说，承认申请人同承认与执行法官一开始就有了几乎是相互对立的诉讼立场，而且作为他们之间的裁判标准，即承认条件是由承认国自己制定的。

因此，站在承认程序的对立立场中我们可以看到，对承认与执行法官不熟悉，但是已经掌握有效外国判决的承认程序申请人是程序的一方（这里对争诉公正的要求非常重要，一般情况下，问题集中在法定听审权的保障之上）；带有倾向性和审查职权的承认与执行法官，以及承认程序被申请人是程序的另外一方。很明显，承认程序中对立双

方的诉讼地位是不平衡，但却又是无可避免的。有鉴于此，在分配举证责任的时候，应当尽可能的使对立的双方达到平衡。对此，不同国家的承认与执行法都有不同的规定，但分配的结果应当是，在承认程序中形成类似于诉讼程序中对抗的并且是平衡的程序格局，并且在这个动态的平衡中查明外国判决是否符合承认条件。

（三）举证责任的分配

“适当的、明智的证明责任分配属于法律制度最为必要的或最值得追求的内容。”{7}如前所述，作为民事程序的一部分，承认与执行法律制度应当合理地将举证责任分配到当事人之间。按照民事诉讼法理论中的一般观念，“程序当事人应对有利于自己的规范要件加以主张和举证”。{1}5所以，对举证责任的正当分配就首先应当是在规范和制度设计上充分考虑到当事人各方的程序利益，并且从这些法律规范相互之间的逻辑关系中寻找分配的原则。

在对承认程序中的各方法律地位有了正确的认识之后，我们会发现，必须从举证责任的分配中寻找承认申请人用以抵消被申请人以及法官在实际司法实践中的优势地位的方法。对于积极条件而言，通常是承认申请人就外国判决符合承认条件承担举证责任，而消极条件是被申请人就外国判决符合承认的排除事项承担举证责任。这里，债权人和债务人会因为条件的倾向性设定分别获得不同的法律地位和举证责任，这种地位上的差别完全是基于法律表述上的不同表述造成的。双方也因此获得了不同的程序利益（举证责任分配的利益），这种利益实际上完全可以左右承认的结果。具体地讲，在承认程序中，承认申请人，一般是债权人，他可能并不了解承认国有关外国判决承认与执行的法律制度和承认国法院有关承认和执行外国判决的司法实践，但是他拥有已经经过审判程序审查的外国判决，它在公信力和符合公平正义的程度上较未经过争诉的民事争议来得更高。如果依据积极条件的立法模式由承认申请人来承担举证责任，那么无疑会消解外国有效判决带给他的程序利益。因此，笔者认为，依据消极条件的立法模式，承认申请人只需要证明外国判决是外国法院依法作出，具有最终的确定力以及是承认国承认与执行法律制度意义上的法院裁判就可以了。如果涉及外国判决的执行，那么他尚需证明被申请人在承认国国内有执行的标的。这一简单而明确的举证责任的分配最大的优势在于，在并不能确定外国判决是否符合承认国承认条件的情况下不会打消他申请承认的念头。

与此相对，面对已经在外国发生法律效力的外国判决，承认与执行法官同样也面临压力，即通过非诉的承认程序对外国判决做出判断。尽管承认与执行法官在实际的法律实践当中都会或多或少地依职权主动审查，但是如上所述，为了避免风险，承认与执行法官还是最好将举证责任交由承认程序的双方当事人承担。因为，如果他过多的介入审查程序，那么有可能导致承认相对人根本不参加承认程序，结果导致国家独自承担证明错误的风险和责任；而且，如果被申请人参加承认程序，那么很大程度上会导致在个案当中的无法查明外国判决的真实情况。例如，证明审判国法院是否有效、合法地在审判程序中传唤被告。如果采取消极条件的立法模式由被申请人承担举证责任，那么会促使被申请人积极地参加到承认程序中，可以使对外国判决的承认以及外国判决经承认获取内国效力的程序结果获得对被申请人的程序法上的正当性。因为在消极条件的立法模式中，被申请人只有举证外国判决符合排除承认和执行的条件才能排除承认国对外国判决的承认与执行，否则他将承担对他不利的程序结果，即外国判决被承认国法院承认和执行。在这里，由债务人承担举证责任的程序性安排恰恰是将民事诉讼中传统意义上的举证原则移植到了承认程序中，即“谁主张谁举证”。如果被申请人的举证未被采纳，从而导致外国判决通过承认得到内国效力，那么外国判决将因为债务人举证不利而正当地获得承认国内国的效力，其程序法和实体法上的结果恰恰是因此由债务人承担。事实上，消极条件的优势不仅仅如此，还应当看到，如果它和自动承认的承认模式结合起来会促使债务人主动地参加在审判国进行的审判程序，以期阻止不利于自己的外国法院判决在承认国国内发生法律效力。

综上所述，消极条件相比较积极条件有巨大的优势，笔者认为，消极条件下承认程序各方的具体举证责任如下：

1. 承认法官。如上所述，承认法官在承认程序中应当坚持“谁主张、谁举证”的举证原则和居中裁判程序地位，不能主动地就承认条件进行审查。笔者认为，即使是对审判国和承认国之间是否互惠关系（保障）的问题，承认法官也不能主动提出并加以审查。因为，一方面，在全球经济一体化的情势下，国家之间的民事交往已经形成了你中有我、我中有你的局面，法院主动提出缺乏互惠关系并拒绝承认外国判决有可能就此断绝国家之间的民事法律交往。所以，承认法院不能够主动地对是否存在互惠关系进行审查；另一方面，按照一般的观点，互惠关系事关国家利益和公共利益。但事实上，外国民商事判决仅仅判决当事人民事权益的载体，只有在很少的情况下涉及国家利益和公共利益。因此，承认法官在承认程序中应当严守中立，不承担任何主张和证明责任。

2. 承认申请人。在消极条件的立法模式之下，承认申请人只需要承担证明外国判决是外国法院依法作出，具有最终的确定力以及是承认国承认与执行法律制度意义上的法院裁判就可以了。如果涉及外国判决的执行，那么他尚需证明被申请人在承认国国内有执行的标的。笔者认为，承认申请人甚至都不应当承担对外国判决的可执行性的证明责任。这样的举证责任有利于激发获得外国有利判决当事人向他国递交承认申请的积极性，这一点对于诸如平行诉讼、矛盾判决等问题的解决无疑是有所裨益的，并且可以有效地增进国际民事法律交往和民事司法合作。

3. 被申请人。在消极条件的立法模式之下，被申请人应当承担所有的消极条件的主张和证明责任。具体而言，需要被申请人主张和证明的是审判国和承认国之间不存在互惠关系、审判国法院不具有国际审判管辖权、审判国的审判程序不符合程序正义要求、在内容上存在与外国判决相矛盾的内外国判决、审判国法院在作出判决时适用了错误的准据法以及承认外国判决的结果违反承认国的公共秩序等等。^[6]

4. 承认程序中的第三人。在大多数情况下，外国判决通过承认获得内国效力会导致承认国内国现有的民事法律关系发生改变，从而导致非外国判决当事人的第三人的民事权益直接或间接地发生改变。因此，他们有时也会参加到承认程序中。对他们的举证责任分配要看他们的立场，如果是为外国判决的承认，那么就依据承认申请人的举证责任主张和举证；相反则依据被申请人的举证责任主张和举证。

三、承认条件的立法模式与具体承认条件契合

在对承认条件的模式进行立法选择的时候，还应当考虑积极或消极条件与具体承认条件的契合问题。因为，具体承认条件有时候因为其内容法律属性的不同而只能设置为消极条件，例如公共秩序，它作为承认与执行外国国民商事判决时的安全阀仅仅具有消极地排除外国判决内国效力的作用，因此只能作为消极条件出现，而且仅仅是例外性地被适用。对此，本文就具体承认条件给予分别论述：

（一）审判国与承认国之间存在互惠关系

对互惠关系的要求是最早的承认与执行的条件，它的规范目的被认为是保护国家和公共利益，至今大多数国家都将互惠要求设置为积极条件，如我国《国际私法示范法》第157条第1款。如上所述，承认外国判决仅仅是在很少的情况下涉及国家利益。此外，同一国家的当事人在不同国家得到的同一类判决是否能够得到承认与执行要视不同的审判国与该国内是否存在互惠关系而定。对此，德国学者Puttfarken教授甚至认为互惠原则是专制的和违反宪法的。^[7]但是，如果以消极条件的立法模式要求互惠关系并采取自动承认的承认模式，那么，无论国家之间是否存在互惠关系，只要没有就外国判决的承认与否提出确认之诉，或者外国判决始终没有作为先决问题被承认国在内国的其他案件中予以确认，那么外国判决仍然会在内国发生法律效力，这更加符合当事人的利益需求。因此，笔者认为，互惠关系作为承认条件应当被设置为承认的消极条件。

（二）审判国法院具有国际审判管辖权

国际审判管辖权作为承认条件既可以被设置为积极条件，也可以被设置为消极条件。在司法实践中，涉外民事纠纷的当事人在审判国提起诉讼的时候，可能并不知晓承认国的间接管辖权规范的具体规定，尤其是有关专属管辖的相关规定。如果审判管辖权被设置为消极条件并采取自动承认的承认模式，那么该判决在外国获得既判力的时候会自动地将效力延伸到承认国国内，并改变国内的民事法律关系。在这种情况下，应当确认该判决是否被承认的权利交给承认的被申请人并由其进行权利自决，这更加符合其实际需要。而积极条件的立法模式显然不具备这一功能。因此，笔者认为，国际审判管辖权也应当被设置为承认的消极条件。

（三）承认外国判决的结果不违反承认国的公共秩序

出于法的安定性、可预见性以及权利的安全性的考虑，通常情况下，公共秩序保留条款仅仅作为例外的情况被辅助性地适用，它作为承认外国判决的条件承担着“紧急制动器”的功能。{8}根据这一特殊的规范目的，不违反承认国的公共秩序这一承认条件只能被设置为消极条件，否则承认申请人将无法完成证明外国判决不违反承认国的公共秩序这一证明责任。与此相对，被申请人在大多数情况下都是承认国本国人，他熟悉本国的法律制度，因此由他来完成这一举证责任无疑是可行和恰当的。

（四）审判国的程序符合程序正义的要求

审判程序是否符合程序正义要求既可以被设置为积极条件，也可以被设置为消极条件。该问题不仅仅要从审判国有关审判程序的法律规定，而且要从法官依据这些法律规定进行司法审判的实践两方面进行审查。实践中存在的争议大多是围绕缺席审判问题展开的。如果外国判决是审判国法院在缺席审判的情况下作出的，那么审判国法院是否合法传唤远在他国（例如承认国）的被告实际上是有关审判国有关程序规定以及审判国法官是否依法审判的问题。基于对外国法律制度以及外国法官的基本信任，如果没有相反的证据，那么就应当认为审判国的程序符合程序正义的要求。很明显，这些相反的证据应当由被申请人负责举证。有鉴于此，这一条件就应当被设置为消极条件，这一举证责任也能够最大限度地促使被申请人积极的参加审判国的审判程序。

（五）不存在与外国判决相矛盾的内外国判决

因为缺乏一个超国家的立法和协调机构，所以在世界范围内不可能完全避免平行诉讼和相互矛盾的判决出现。从理论上讲，矛盾判决意味着在承认国国内存在阻止外国判决在承认国发生法律效力的其他判决的判决效力，这就决定了矛盾判决只能作为承认外国判决的排除事项出现，即消极条件。一些学者还认为承认国国内法院的未决诉讼也可以作为承认条件，但是对于手持有效外国判决的承认申请人来讲，他都不能够对不存在矛盾判决进行有效证明。因此，笔者认为这一条件只能被设置为消极条件。

（六）审判国法院适用了正确的准据法

对于承认外国判决时的国际私法保留，一些学者提出了相反的意见。德国学者Zieltmann教授在1912年撰文认为，在承认程序中，不能够抽象地追溯到审判国所适用的具体法律规定，是否承认实际上是对一个外国法院判决的判断结论，而以自己的冲突规范审查外国法院的法律适用并不能解决这一问题。^[8]这一观点的逻辑结果就是，不应当忽视外国审判机关已经就法律争议作出裁判的法律事实，法律适用不应当成为审查的对象。笔者赞同这样的观点，并认为审判国法院适用了正确的准据法根本就不应当成为承认外国判决的条件，所以也就不需要对这一条件的立法模式加以讨论。

结语

德国学者 Feuerbach 在 1812 的一篇论文中从原始的、没有拥有国家主权的国家承认外国判决的法律义务出发阐述他的观点，他认为“每一个国家必须给予每一个其他的国家，实施那些共同实施法律……，以及那些人类和民族世界民事法律交往自由所要求的東西。”^[1]承认和执行外国国民商事判决正是一个国家这种义务的履行，并且国家也有义务对承认与执行的条件进行倾向性的设置，那就是尽可能地在没有相反证据的情况下承认外国的判决。从这一方面讲，消极条件的立法模式无疑是最佳的选择。

注释：

[1] 本文统一将作出外国国民商事判决的法院所在的国家称为“审判国”，而将被申请承认与执行外国国民商事判决的国家称为“承认国”，这种称谓均来自于德国国标私法学界学者们的著述。

[2] 对积极和消极承认条件进行理论论述的灵感主要来源于德国著名的国标程序法学家 Martiny 教授的著述，Martiny 教授认为虽然可以对承认条件进行倾向性设定，但是在司法实践上没有多大的意义，“因为它既不能将这样的举证责任最终确定，也不能在个案中被决定性的贯彻。尽管据以承认的条件，被作为拒绝承认的原因而进行消极的表述，但是人们不能接受，规范仅仅规定一些承认的障碍，而不规定承认的条件。或者说，表述也许就没有法律上的意义。”对于 Martiny 教授的论述，笔者执为值得商榷，进行倾向性的条件设置，并在此基础上进行举证责任的分配将大大影响承认与执行法在司法实践中的结果，具体见文章内容。Martiny, Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts, III/1, 1984, S. 145

[3] 按照德国国标私法学者的通说，德国《民事事诉讼法》第 328 条第 1 款第 5 项是一项积极条件，即只有在国家之间存在互惠关系的情况下，外国判决才能够被承认，但从立法的措辞看，这是一项消极条件。

[4] 《中华人民共和国国际私法示范法》第 157 条第 1 款（承认和执行外国法院判决的一般规定）：应外国法院或者当事人的请求，外国法院作出的判决、裁定、决定和调解书，在该外国与中华人民共和国在判决的相互承认与执行方面存在条约关系或者互惠关系的情况下，可以在中华人民共和国得到承认与执行，但中华人民共和国缔结或者参加的国际条约或者本法另有规定的除外。第 159 条（拒绝承认和执行的理由）：外国法院作出的判决，有下列情形之一的，应予拒绝承认与执行。

[5] 例如《示范法》第 161 条（必要的审查）：中华人民共和国法院对于申请承认与执行的外国法院的判决，应当依据本章的规定进行审查。但不对该判决认定事实是否正确、适用法律是否得当作为实质审查。很多国家，如德国，都禁止对外国判决作实质性审查，仅仅将公共秩序审查作为例外情况，但审查也是在承认条件框架之内。

[6] 笔者认为，适用正确的准据法并不是承认外国国民商事判决的条件，这里仅仅是就一般意义上的承认条件类型进行讨论。对于承认外国国民商事判决的具体条件，笔者会另行撰文加以论述。

[7] Puttfarcken, Zur Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile deutscher Klager-verfassungswidrige Gegenseitigkeit, RIW 1976, 5. 149. 就此，教授举了一个例子，同样作为德国人，因为获取判决的国家不同而遭到差别对待，这不符合《德国基本法》第 3 条法律面前人人平等的宪法精神。

[8] Zitelmann, IPR II, 1912, S. 769.

[9] Feuerbach, “Über die Rechtskraft und Vollstreckung eines von einem ausländischen Gerichte gesprochenen Erkenntnisses”, in: The-mis oder Beitr-ge zur Gesetzgebung, 1812, S. 97 ff.

【参考文献】 {1} [德] 莱奥·罗森贝克. 证明责任论[M]. 庄敬华, 译. 北京: 中国法制出版社, 2002:67.

{2} Puttfarcken, Zur Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile deutscher Klager-verfassungswidrige Gegenseitigkeit, RIW 1976.

{3} Martiny, Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts, III/1, 1984, S. 145.

{4} [德] 沃尔弗拉姆·亨克尔. 程序规范的正当性[A]//米夏埃尔·施蒂尔纳. 德国民事诉讼法学文萃[C]. 赵秀举, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2005:4—14.

{5} [德] 鲁道夫·瓦瑟尔曼. 社会的民事诉讼[A]. 米夏埃尔·施蒂尔纳编. 德国民事诉讼法学文萃[C]. 赵秀举, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2005:76—99.

{6} Savigny, System des heutigen R- mischen Rechts III, S. 27.

{7} [德] 瓦赫. 民事诉讼法杂志. 29:365. [A]//[德] 莱奥·罗森贝克. 证明责任论[C]. 庄敬华, 译. 北京: 中国法制出版社, 2002:97.

{8} Herbert Roth, Kommentar Zivilprozessordnung (§ 328), 2006, S. 56.

中国法学会婚姻法学研究会 2013 年年会学术观点综述

2014 年 1 月 17 日 婚姻法学研究会

2013 年 11 月 9 日，“中国法学会婚姻法学研究会 2013 年年会”在湖北省武汉市召开。本次会议共收到交流论文 81 篇（包含会议期间提交，未收录论文集的三篇论文）。本次年年会主要围绕三个议题进行发言交流：监护制度专题、夫妻财产制度专题和家庭暴力专题。现根据此次年会的交流论文和发言交流情况，将与会代表研讨的主要问题和学术观点综述如下：

一、监护制度

关于监护制度，与会者主要围绕未成年人监护制度和成年人监护制度展开研讨。

（一）儿童与家庭和国家之间的关系

关于未成年人保护，有学者认为，儿童是独立的权利主体，是家庭和社会中平等的一员，父母的职责是为抚育子女成为社会人而设立，当父母与子女发生利益冲突时应以儿童利益优先，如果父母竭尽全力仍无法履行对子女的养育责任时，可以寻求国家帮助；国家是儿童利益的监督人，同时，身为国家家长的政府，在必要时应代替父母角色，担任儿童的监护人；家庭是社会的基本单元，政府应提供充足公共服务支持和帮助父母履行抚养责任。建议通过制定儿童福利法、完善监护制度、增设儿童抚养费给付垫付制、建立职业化的社会工作者队伍、设立保护儿童利益的公益诉讼等维护儿童权利。

（二）监护制度立法的原则及理念

关于未成年人监护的立法原则，有学者认为，在未成年人监护制度中，应当以儿童最大利益原则为指导，儿童是权利主体，其在家庭中享有广泛的权利并应受到优先保护。关于成年人监护的立法原则，有学者认为，现代成年人监护的立法设计，应当彰显以人为本、尊重和保护人权的基本理念，体现“尊重和维护身心障碍者自我决定权”及“维持身心障碍者生活正常化”的立法理念。

（三）亲权与监护

有学者认为，应当对亲权和监护进行区分。亲权重视私益，表现为父母对子女人身和财产享有的权利，是一种义务性的权利，属于父母天然的职责，是第一性义务；监护是一种单纯的义务，强调责任的承担，带有社会公益性的色彩，只能作为亲权行使不能或不力的补充，属于第二性的义务；将亲权与监护合理分离有助于明晰家庭与国家监护各自承担责任的界限，增进被监护人的利益，使亲权人更加专注满足被监护人的心理健康，人格发展。而国家监护，则为未成年人提供与经济和社会发展相适应的物质文化生活条件，有助于保障被监护人的物质需要和生命安全。

另有学者认为，应从立法体例上把传统的亲权与监护制度有机结合在一起，将传统民法规定的监护制度，归于婚姻家庭法中，在婚姻家庭法中建立亲职监护制度的法律体系。所谓亲职监护制度，是指法律上规定的一定范围的亲属员有与其之亲属关系的一切未成年人和无民事行为能力人或限制民事行为能力人的人身及财产权益的监督和保护的制度。通过具体构建亲职监护人的顺序、职责、法律责任以及亲职监护监督人等相关制度，维护被监护人合法权益，强化亲属身份关系的监护法律责任。对此，有学者认为，是否有必要设置亲职监护这个新概念？如果设置亲职监护，那么非亲职监护部分又该如何命名？并且亲职监护人中的父母与其他近亲属之间的监护职责有无不同？如果有不同，应如何区分？

（四）监护人的职责

关于监护人的职责，在成年人监护制度中，有学者认为，应先将我国现行成年人监护细化为监护、保佐和辅助，明确监护人、保佐人和辅助人的各自职责范围，以公平保护身心障碍者及第三人的合法权益。还有学者认为，应当对监护人的职责进行明确的限定。即虽然加强对被监护人人身方面的照顾是一些国家的立法趋势，但由于监护制度的宗旨在于通过弥补当事人意思能力的不足来保护当事人的权利。如果立法对监护人苛以过重的负担，会导致一些监护人因为参与监护的成本过大而拒绝担任监护人或者逃避监护责任，故立法应当将监护事项限定在以补充被监护人意思能力为主的相关事项范围内。

在未成年监护制度中，有学者认为，父母对未成年子女的人身保护应以人身安全保护为主，防范来自外界的危险和可能发生的各种侵害。有学者认为，如果出现亲权监护缺位、监护不能、监护不力或者不利等情形，那么国家应承担补充连带责任，即由国家承担监护监督和协助责任或由国家直接代行监护。

（五）被监护人意识能力及其权利被侵犯的认定

有学者认为，监护人可能侵犯被监护人的人身权利或者财产权利，对儿童而言，根据其意识能力情况，区分为无民事行为能力或限制民事行为能力，为维护其合法权益，可由监护人代理全部或部分民事行为。但对于成年人而言，应当尊重其意思能力，如果成年人在其意思能力范围内不愿为某种行为，而监护人代理而为之，则视为侵犯被监护人的权利。对此，有学者认为，在司法实践中，如何判断监护人的代理行为对被监护人有益，如何认定违背被监护人的意志与其权利遭受侵犯的关系，什么情况下认定老年人无民事行为能力，这些问题还值得进一步研究。

（六）成年人监护监督制度

关于意定成年人监护监督制度，有学者认为，需要对意定成年人监护设置监督，监护监督分为私人监督和公权力监督。美国持续性代理权制度采取私人监督，私人监督具有有利于实现当事人私法自治、简单易行、成本低和节约司法资源的特点，但其为事后监督，在一定程度上较为被动，只有发生对被监护人利益侵犯时才被适用。英国对持续性代理权的监督采取公权力监督，公权力监督既包括事前监督也包括事后监督，全程监督的监督力度大，但其创设成本较高，创设条件苛刻。因此我国意定监护监督模式应取长补短，创设比单纯的私人监督或单纯的公权力监督更为优越的双重监督模式。所谓双重监督，是指融私人监督与公权力监督为一体，在意定监护设定时选任监督人，在本人欠缺或丧失行为能力时由该监督人对监护人的行为进行直接监督。而作为公权力监督的法院，则通过对监督

人的解任、规定监督人对法院的报告义务等手段实现对意定监护的间接监督。有学者认为，英国和美国的法律制度有很多相同地方，但在此问题上却有不同的做法，我国在借鉴其制度时，应对英美法中监护监督制度产生的历史背景，文化背景和社会背景等因素进行分析，以期为我国完善监护监督制度提供借鉴参考。

对我国成年人监护监督制度，有学者提出了具体完善建议：引进“尊重本人自我决定权”、“维持本人生活正常化”的新理念；建立监护监督人与监护监督机构的双重监督体制；明确并适当扩大监护监督人的范围；建立监护行政监督机构和监护司法监督机构；明确监督人产生的法定条件，明定设立监护监督人的法定情形；明确监护监督的对象、内容和职责以及不履行监护职责的处罚办法和法律责任。此外，有学者还建议，废除精神病人在无监护人时，由其所在单位或住所地村（居）委会及民政部门担任监护人的规定，改为精神病人在无监护人时，由其住所地福利机构（如敬老院、养老院及福利院）承担监护人；监护监督人则由村（居）委会及民政部门担任，在村（居）委会及民政部门设置专职人员负责履行监护监督职能，民政部门专职监督人员负责指导村（居）委会的专职监督人员的日常工作。

二、夫妻财产制度

（一）夫妻财产关系法的基本原则

有学者认为，夫妻财产关系法的基本原则包括：男女平等原则、尊重当事人意思原则和保护交易安全原则。首先，夫妻财产法上的男女平等原则包括四个方面含义：一是男女双方在夫妻财产关系中地位平等；二是男女双方在婚姻家庭中依法平等地享有财产权利和承担财产义务；三是夫妻双方在婚姻家庭中享有的合法财产权益平等地受法律保护；四是禁止对女性有任何形式的财产上的歧视、虐待和压迫，也不允许任何一方享有超越法律的财产特权。其次，夫妻财产法上的意思自治原则是指参加民事活动的夫妻，在法律允许的范围内享有完全的财产自由，并按照自己的意思为民事法律行为以决定缔结相关财产法律关系，为自己设定权利或为他人承担义务，任何机关、组织和个人不得非法干预。再次，夫妻财产法上的交易安全原则是指夫妻双方在移转财产权利和履行义务时，因善意相对人之合理信赖，其交易行为必须具有合法性和确定性，否则不产生相应的法律效力。

（二）夫妻约定财产制与赠与

1. 《婚姻法司法解释（三）》第六条

《婚姻法司法解释（三）》第六条规定，婚前或者婚姻关系存续期间，当事人约定将一方所有的房产赠与另一方，赠与方在赠与房产变更登记之前撤销赠与，另一方请求判令继续履行的，人民法院可以按照合同法第一百八十六条的规定处理。对于夫妻在婚前或婚姻关系存续期间约定将一方个人所有的房产赠与另一方，应当认定为《合同法》的赠与或《婚姻法》的夫妻约定财产制？有学者认为，夫妻财产制契约是婚姻当事人签订的选择夫妻财产制类型或变动法定夫妻财产制内容的协议，性质上属于附随身份的财产法律行为。夫妻财产制契约关于财产归属的约定可以直接产生财产权利变动的效力，无需再履行权利变动手续。夫妻之间财产约定的性质究竟为夫妻财产制契约还是赠与合同，取决于财产变动行为是否与夫妻身份相关联。即如果夫妻一方婚前期待与对方缔结婚姻，将房屋转移对方所有或者共同共有，那么双方结婚应推定为夫妻财产制契约，只有当事人明确表达财产转移与身份无关，才视为赠与。

另有学者认为，夫妻赠与行为，即使归入夫妻约定财产制范畴，也不排除《合同法》有关赠与的适用。在赠与行为发生后，如果受赠人作出不诚信甚至侵害赠与人的行为，那么就应当适用《合同法》，由赠与人撤销赠与合同；如果赠与人有过错，为了公平，则适用夫妻约定财产制。

2. 《婚姻法司法解释（三）》第七条

对于《婚姻法司法解释（三）》第七条第一款的规定，婚后由一方父母出资为子女购买的不动产，产权登记在出资人子女名下的，视为只对自己子女一方的赠与，该不动产应认定为夫妻一方的个人财产。有学者认为，可以借鉴德国的法律行为基础障碍制度，在我国婚姻法中设立并运用赠与基础丧失规则，即对《婚姻法司法解释（三）》第七条第一款的规定修改为：子女结婚时父母为其购房的出资视为对双方的赠与，但在婚姻破裂时，赋予赠与方对该财产以“赠与基础丧失”为理由的调整权和解除权，同时规定两个方面的限制：一是对结婚时间达一定期限的不适用“赠与基础丧失”规则，但受赠人对婚姻破裂有重大过错的除外；二是因抚育子女、照料配偶方父母、协助对方工作等付出较多义务的，不适用“赠与基础丧失”规则。

另有学者认为，《婚姻法司法解释（三）》第七条关于婚后父母赠与不动产归属的规定，在逻辑体系和法律推定规则上与现行《婚姻法》有矛盾，有必要对我国夫妻财产推定规则在制度上加以调整。首先，坚持和完善夫妻婚后财产所得共同制作为法定夫妻财产制的一般规则；其次，现实和立法需要体现当事人意思自治的约定财产制；再次，个人财产的存在是在夫妻法定财产制下的一种制度，不能因为个体权利的张扬就违背夫妻财产共有的基础，乃至动摇家庭秩序的维护在婚姻家庭领域的地位；最后，在婚后父母为双方购置不动产的归属上明确一方的举证责任，即应当由主张不动产所有权的一方承担举证责任。如果举证不成立，则认定该不动产为夫妻双方共同共有。

对于《婚姻法司法解释（三）》第七条关于父母的出资究竟是出全资还是部分出资，有学者认为，只有将父母的出资认定为全部出资才符合民法原理，即所有资金是一方父母所出，所购房屋登记在出资方子女名下，可认为财产性质是父母个人财产形态的转化，父母才能行使所有权中的处分权，将其赠与给自己子女。有学者认为，如果父

母出首付（父母部分出资的情形），房屋登记在出首付子女名下，夫妻共同还贷，则应认定为夫妻共同财产。离婚时，父母的首付仅视为对自己子女的赠与，婚内房屋增值部分属于夫妻共同财产。

（三）夫妻共同债务的认定

有学者认为，夫妻共同债务的认定应区别内部关系和外部关系。在涉及夫妻内部关系时，对夫妻一方借债要求对方共同承担的，借债方应举证证明该债务是基于夫妻双方的合意或用于家庭共同生活；涉及外部关系时，债权人以夫妻关系存续期间夫妻一方对外借债要求夫妻共同偿还的，应证明该债务是否形成于婚姻关系存续期间。非借债配偶方否定责任承担的，必须提出证据证明债权人与债务人明确约定为个人债务，其债权人知道或应当知道该债务非用于家庭共同生活或符合《婚姻法》第19条第三款规定的“夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有的，夫或妻一方对外所负的债务，第三人知道该约定的，以夫或妻一方所有的财产清偿”情形。也有学者认为，如果夫妻一方为了日常生活需要而举债，则为夫妻共同债务，但超过日常生活需要的部分，则由夫妻一方承担，由借债一方证明所借之债是为了日常生活或者借债属于夫妻合意。还有学者认为，按照债的相对性原理，债权人将钱借给债务人，应当具有注意义务，考虑借债人是否具有偿还能力，债权人可以控制风险，即可以让债务人的配偶在债权凭证上签字，以证明为夫妻共同债务。

（四）审判实务中婚姻家庭财产纠纷案件的难点问题

第一，孳息问题。有学者认为，对孳息应作限缩性解释，孳息包括自然孳息和法定孳息，但其中的房租视为经营性收益或投资性收益更为合适，即租金应作为夫妻共同财产。自然增值中银行存款或婚前房屋婚后增值，应作为夫妻个人财产。也有学者认为，自然增值在司法解释中不需规定，因为在我国婚前财产婚后其产权并不发生变动，不需将其纳入分配范围之内，故如果不考虑被动增值，就不需要单独规定自然增值。还有学者认为，司法解释将自然增值作为个人财产当无异议，如果是孳息则应作适当区分，即如果孳息的获得与夫妻双方的投入有关（夫妻一方在家从事家务劳动也是一种投入），则认定为共同财产；如果与双方的投入无关，则认定为个人财产。

第二，一方擅自出卖共有房屋的处理。夫妻一方擅自将共同财产卖给第三人，第三人按照《物权法》106条有关善意取得的规定取得了所有权，夫妻一方向法院起诉，要求确认房屋买卖合同无效、第三人返还房屋。对此，有学者认为，家庭唯一住房应予以保护，买卖合同应被认定为无效、第三人返还房屋。但有些学者认为：家庭唯一住房需要保护，但如果买受人买的这套住房也是他们唯一的住房，此时应对哪一方进行保护？目前房价上升，如果出卖人借此理由反悔，那么不诚信会导致市场交易的混乱；再次，唯一的一套住房究竟该如何认定？如果唯一的住房是别墅该如何处理。也有学者认为，为了减少夫妻共有房屋被一方擅自出卖的风险，配偶一方可在房屋权属登记部门的不动产登记簿上添加其名，使其为房屋共有人。

第三，配偶为第三者买房的处理。配偶一方出全资为第三者购房，房产登记于第三者名下，对此有学者认为，这应被视为有配偶者对第三者的赠与，这种赠与违反《物权法》第九十七条规定，并且有违善良风俗，损害社会公共利益，赠与方的配偶有权主张合同无效而请求返还。另有学者认为，不能将此种赠与行为一概认定为违反公序良俗，可以对赠与进行类型化处理，如果赠与是为了维持不正当的性交易关系，则应认定为违反公序良俗，若此种赠与是为了维护受赠人的基本生活，则以不认定违反公序良俗为宜。

第四，离婚中涉及有限公司股份分割的处理。有学者认为，目前有限公司股权转让时价值难以确认，公司章程与夫妻转让股权发生冲突时，股权转让合同的效力如何法律未规定。为了解决离婚中有限公司股份分割的难点问题，其建议：一方面，完善离婚诉讼中的举证规则，由法律赋予夫妻非持股一方一定范围内的公司信息查阅复制权，以保障夫妻一方的举证能力；另一方面，建立夫妻股权价值的评估制度。首先法律应当尊重公司的意思自治，如果公司章程对股权的价格作出规定，则按此价格分割夫妻共同股权；如果未规定，则根据公司净资产数额、注册资本等情况协商确定股权价格；如不能达成协议，则由夫妻双方委托具有评估资质的第三方审计评估股权价值；仍不能达成协议的，则由法院参照公司的出资额、净资产等因素裁判。

三、家庭暴力制度

（一）家庭暴力问题单独立法

对于家庭暴力问题是否需要单独立法，有学者认为，我国需要一部家庭暴力单项立法，理由为：第一，我国家庭暴力发生率较高，是一个严重的社会问题；第二，家庭暴力是一种特殊的暴力犯罪；第三，我国现有的婚姻法、刑法、治安管理处罚法等法律资源不足以保障家庭暴力受害人的权益；第四，防治家庭暴力涉及部门、法律规范及机构众多，需要社区、行政、司法等多机构、多元、多样化的干预机制，故需要专门综合法律予以系统规制；第五，家庭暴力专项单行立法是促进性别平等和谐的重要法律途径，亦是我国履行国际条约缔约国责任的要求。

有学者认为，我国《反家庭暴力法》立法的必要性和科学性值得反思。我国的反家庭暴力问题，不是立法问题，而是执法问题。就立法者的立场而言，在我国仍存在诸多远比反家庭暴力更为紧迫的立法任务的情况下，制定《反家庭暴力法》不具有紧迫性；从方法论的观点而言，制定《反家庭暴力法》是治标不治本的方法，不但不可能从根本上消除家庭暴力，甚至可能导致公权力对私权利粗暴干预的负面效果；从立法的科学性而言，解决家庭暴力问题的关键是促进家庭内部的幸福与和谐，家庭暴力当事人之间存在着亲情伦理关系，应着眼于采用适应亲情伦理关系的特殊手段来化解。相比而言，制定《家庭和谐促进法》可能是比制定《反家庭暴力法》更为明智的选择。

（二）家庭暴力的主体

关于家庭暴力的主体，有学者认为，家庭暴力主体范围应扩大，应当包括配偶、前配偶、直系血亲、共同生活至少一年以上的兄弟姐妹、公婆与儿媳、岳父母与女婿、未办理结婚登记的异性。但同性同居者、有配偶与他人同居者均不能成为家庭暴力的主体。另有学者认为，家庭暴力中的同居者应当包括同性恋者。还有学者认为，应对家庭暴力主体范围进行限缩，用配偶暴力概念取代家庭暴力概念，将法律的干预仅限定在配偶之间的暴力。

（三）家庭“冷暴力”

关于家庭“冷暴力”，有学者认为，家庭暴力通过不作为的方式，对当事人、未成年子女不理不睬、冷淡疏远、放任轻视、漠不关心、拒绝敷衍，造成受害者精神或心理疾患，因此，应立法规制“冷暴力”。另有学者认为，不应将“冷暴力”纳入家庭暴力之中，“冷暴力”的提法在一定程度上欠科学，所谓冷暴力，重点在于“冷”，即“不使用武力、不野蛮行为、不理不睬、不作为、非暴力”，如果将其认定为暴力的一种，则否定了家庭暴力的特有内涵，削弱了家庭暴力的立法价值。

（四）人身保护令制度

有学者认为，我国应设立人身保护令制度，为家庭暴力受害人提供快捷有效的救济与保护。

第一，人身保护令的适用范围。有学者认为，应将人身保护令的适用范围扩大到家庭成员、曾有过配偶关系、同居关系者之间发生的家庭暴力、精神暴力和性暴力事件。对此有学者指出，明确人身保护令的适用范围固然重要，但更重要的是如果申请人身保护令，那么就要证明有家庭暴力的存在，如何收集证据并被司法认定，是申请人能否得到人身保护的关键。

第二，人身保护令的种类。有学者认为人身事保护令应包括紧急保护令、暂时保护令和通常保护令三种。也有学者认为，《民事诉讼法》是根据诉而设定的行为保护，不论采取何种形式的人身保护令，对人身保护令的申请需与诉相关联。

第三，人身保护令的内容。有学者认为，在保护令的内容上，除了要禁止被申请人一定行为，还可涉及被申请人对受害人及其特定家庭成员的救助措施，如金钱给付、对未成年子女监护权行使的限制等内容。

第四，人身事保护令的执行。有学者认为，法院只能依据申请人的申请对保护令予以执行，必要时可请求公安机关协助。有学者认为，需要各机构之间建立起多元协作关系，并且统一人身保护令的执行模式。必要情形下，可以突破传统做法，将人身保护令送达当事人的单位、社区甚至在网上公开人身保护令的具体内容。

第五，人身保护令实施机制的评估指标。有学者认为，应规范人身保护令实施机制的评估指标，进而全面推进人身保护令的实施，保障受害人的合法权益。

（五）防治家庭暴力的其他对策

关于防治家庭暴力的社会机构，有学者认为，通过完善的立法防治家庭暴力必不可少，但也需建立一个由妇联主导的，集医疗、媒体、律师、心理咨询机构、慈善机构共同参与的社会救助体系，帮助受害者解决居住、医疗、经济来源等一系列后续问题。引入听证制度，由妇联召集村（社区）工作人员、施暴者和受害者所在单位人员、有关证人等进行公开听证。听证结果作为法院审案时的参考依据。关于防治家庭暴力的舆论氛围，有学者认为，各级政府应当正面引导，树立道德榜样，形成社会良好风尚；建立“个人道德簿”，加强社会监督，有效控制家庭暴力的发生；利用网络优势，谴责施暴者的恶行。此外还有学者认为，需要对施暴者进行相应辅导，协助其对其家庭暴力行为进行反省。

中国法学会婚姻法学研究会 2013 年年会于 11 月 9 日在湖北省武汉市中南财经政法大学南湖校区召开。本届年会由中国法学会婚姻法学研究会主办，中南财经政法大学、湖北省法学会和湖北警官学院承办。来自全国各高校、研究机构、法院等单位的 180 余位专家学者、法官、律师等参加了此次会议。中国法学会党组成员、秘书长林中梁、中南财经政法大学副校长刘茂林、中国法学会婚姻法学研究会名誉会长巫昌桢出席会议并致辞，中国法学会婚姻法学研究会会长夏吟兰作年度工作报告。

本次年会依照中央节俭办会的精神，简化程序、凝练主题、注重实效。年会议题以婚姻法学研究和法律实践为主线，围绕“监护制度”、“家庭暴力”以及“夫妻财产制度”三个问题进行交流和研讨。

在“监护制度专题”的研讨环节，与会代表分别从比较法角度出发，理论联系实际，针对我国现行法律法规对监护制度存在的问题发表了各自的见解。蒋月教授认为：国家应尽可能提高儿童的福利水平，制定儿童福利法，以儿童最佳利益为原则完善监护制度。在论及域外监护制度问题上，李霞教授介绍了英、美持续性代理权的监督模式及其优缺点，并结合我国的实际，认为将来宜采取平衡当事人自我决定权与遏制代理权滥用、融私人力量与公权力力量于一体的双重监督机制。在论及国家在监护中的责任时，熊金才教授认为：国家对监护要承担补充连带责任，并从该责任的起源、依据以及未来展望的角度进行论述。吴国平教授认为：监护之监督是民法中监护制度的一项重要内容，并希望在未来的立法中加以完善。刘淑芬教授提出了构建中国特色亲职监护制度的立法构想，认为监护制度理应回归婚姻家庭法，强化亲属身份关系的监护法律责任。

在“家庭暴力专题”研讨中，各位代表结合我国社会存在的、严重影响家庭和谐稳定的家庭暴力的现状，从法律保护、大陆法系国家立法经验介绍，以及我国香港地区相关法例的多维度发表了各自的看法。薛宁兰研究员认为：

在我国现行法律体系下，家庭暴力的事后救济和惩罚机制较为完善，但缺乏事前和事中的救济措施，可通过人民法院发布民事保护令的方式，对受害人进行临时性或者终局性人身与财产保护。李春斌副教授在考察大陆法系有关家庭暴力立法模式的基础上，认为我国需要规制家庭暴力的单项立法，以保护受害人的权益。香港律师何志权介绍了香港在处理家庭暴力案件方面的做法，认为对抗家庭暴力不可仅以法律形式，亦需要社会等诸方面的支持。

在“夫妻财产制度专题”研讨中，代表们主要围绕《婚姻法司法解释（三）》在实施中出现的问题展开讨论。夏正芳法官结合近年来婚姻家庭案件审判中出现的新情况、新问题，如父母出资房产的处理、个人财产婚后“收益”的认定、配偶一方赠与“小三”财物的性质等，并提出了相应解决办法。吴晓芳法官则结合审判实践对《解释（三）》进行了深入解读，并指出其制定是符合我国实际国情的。杨晋玲教授就《婚姻法司法解释（三）》第7条第1款的规定，借鉴德国法中的法律行为基础障碍制度，探索在我国婚姻法中设立赠与基础丧失规则的可行性，以期运用另一种方式，为父母赠与房产的处理寻求更为公正合理的解决之道。裴桦教授认为：《婚姻法司法解释（三）》第6条的规定是一种独创式的约定财产制，最高人民法院将其解释为一般赠与，没有全面平衡双方的利益；应该在现有法律框架下，将夫妻赠与归入夫妻约定财产制，以经济帮助和离婚损害赔偿制度平衡双方的利益。李洪祥教授剖析了市场法与身份法下财产规则伦理基础的不同，并指出了婚姻法在促进夫妻平等、尊重意思自治、发挥家庭职能上的功能。何丽新教授探索将合同法上的信赖保护制度运用于婚姻关系中，为婚姻关系解除时的夫妻财产分配提供了新思路。

在随后的“青年论坛”环节中，吴卫义律师、郝佳老师、曹贤信老师和邓丽老师等，分别针对离婚案件中涉及夫妻双方或一方持股的分割、“嫁城女”土地权益纠纷的司法干预、亲属法在民法典定位中的价值取向和古罗马儿童监护制度的当代启示等四个问题，理论结合实际，提出了自己独到的见解。在实务讲解环节，李平法官介绍了司法审判中的典型案例，引发了与会代表对夫妻关系存续期间，一方所负债务认定为夫妻共同债务是否应以用于共同生活经营为标准，以及相应举证责任的归属问题的思考。最后，周洪生法官介绍了江苏省徐州市贾汪法院设立的“家事法庭”的具体情况，探索解决家事纠纷更好的审判方式。

日本家事程序法最新动态简介

2014年2月7日 人民法院报 杨佳莉

日本国会于2011年5月25日公布了《家事事件程序法》。新法于2013年1月1日起正式施行。该法遵循“制定更能为国民理解，并适应时代需求的程序法”的立法方针，通过淡化非讼程序的职权主义色彩与加强当事人权利及程序保障，对旧《家事审判法》进行了全面修正。该法的实施被认为是日本推进非讼程序现代化的重要一步。

一、新法的主要修改内容

（一）充实程序保障规定

根据争讼性强弱和能否进行家事调解，旧《家事审判法》将适用案件划分为甲类审判事件和乙类审判事件。甲类审判事件包括失踪宣告、成年监护人报酬赋予、遗嘱确认等不能进行家事调解的事件；乙类审判事件包括婚姻费用分担、共有财产分割、推定继承人废除等可以进行家事调解的事件。甲、乙两类事件均属于非讼事件，按照以非公开和职权探知主义为基本法则的非讼程序进行处理。即，在家事程序中，当事人仅仅被视为消息提供手段，不享有见解表明权、证据提出权、记录阅览权等程序性权利，无法参与案件进程，提出建设性意见并对实际判决结果形成积极影响。

家事法院的裁判过程，不仅是法官依职权探知事实的进程，也是当事人根据成为判决基础的材料，与对方当事人进行辩论和质证的过程。因此有必要加强对当事人的程序保障。《家事事件程序法》修正了旧法在此点上的不足，增加了具有当事人主义色彩的程序保障规定。如第47条规定，当事人或与案件结果有利害关系的第三人，经家庭法院许可，可向家庭法院书记官请求阅览或复写家事审判案卷，请求其交付案卷正本、副本、抄本或其他与家事审判相关联事件的证明书（当案卷中包含录音录像资料时不适用交付，只能请求复制）。且当事人提出阅览或复写申请时，法院原则上应当许可。第56条规定，家庭法院可依职权进行事实调查。在当事人提出申请时，应当依职权对认为有必要的证据进行调查。第63条规定，家庭法院在进行事实调查时，如果发现调查结果对当事人继续行使家事审判程序权利可能产生重大影响，应当通知当事人及有利害关系的参加人。同时，新法还针对争讼性更强的乙类审判事件，作了特殊规定，如合意管辖，代理权消灭，程序退出，是否要通知对方当事人事件已受理并向其送达申请人的申请书等。

（二）改革准用性规则

旧《家事审判法》中存在许多准用性规则，如第7条规定的“除有特别规定的情况，关于审判和调解的程序，在不违反其性质的范围内，适用《非讼事件程序法》第一编的规定”。这么笼统和大范围的准用，难免会引起争议。以进行抗告时是否应向对方当事人寄送抗告书副本为例，在旧法中就必须经过《家事审判规则》第18条-《家事审判法》第7条-《非讼事件程序法》第25条-《民事诉讼法》第331条-《民事诉讼法》第289条第1款才能找到答案。并且，由于《家事审判规则》第18条、《家事审判法》第7条、《非讼事件程序法》第25条都规定了“在不违反其性质的范围内”这一限定条件，最终能否适用《民事诉讼法》关于控告状的送达这一规定仍不明确。这造成了实际操作上的困难和混乱。即使是相对没有争议的准用，如第4条规定的“法院职员（家事法官，法院书记官，参与员）的回避适用《民事诉讼法》规定”，也容易造成普通民众的理解困惑和适用不便。新法弥补了这个漏洞，丰

富了总则内容。

原有的总则条文十分简略，仅有8条，分别确定了立法目的、家事裁判官的定义、合议制、对于《非讼事件程序法》和《民事诉讼法》的准用等内容。新法的总则修正了有关准用的简单规定，而以管辖、法院职员的回避、当事人能力及程序行为能力、程序代理人及辅佐人、程序费用等具体内容代替。以管辖为例，就包括住所地的确定、优先管辖、管辖法院的指定、移送等详细条款。虽然仍有“家事事件的移送适用民事诉讼法第22条的规定”之类的准用性规定，但也明确了准用范围，不会造成适用上的困惑。当事人不必再去逐字逐句翻找其他法条，而可以简明迅速地确定管辖法院，提出申请，这极大地便利了当事人。

（三）新设未成年人程序代理人规定

未成年人虽然是限制民事行为能力人，但在特定情况下可以不通过法定代理人而直接参与程序，如与未成年人监护相关的审判调解事件，亲权人的指定变更事件。在以往的司法实践中，因为该类案件的直接当事人是未成年人的父母，未成年人通常被排除在家事程序之外。新法第42条规定，由于未成年人受到判决结果的直接影响，可以有利害关系的第三人身份参与审判或调解程序。法官可以依据当事人或未成年人的申请，或依据职权选任未成年人的程序代理人。代理人需站在客观立场上，为未成年人提供程序运行的必要信息，说明审判或调解的发展前景。在综合考虑未成年人年龄及智力精神水平的基础上，帮助其行使意见表明权。代理人应防止未成年人意见遭受其父母的不当干预，在纷争解决过程中安抚其不安情绪，给其带来精神慰藉。

（四）提高程序运行的便捷度

《家事事件程序法》的立法方针即“制定更能为国民理解，并适应时代需求的程序法”。为了实现这一方针，新法增加了许多提高程序运行便捷度的规定，如引入电话会议制度，扩大承诺调解的适用范围。根据新法第58条、第258条、第270条规定，在当事人居住地相隔较远，于审判或调解日期内同时到达难度较大的情况下，家庭法院可以采取电话会议或视频会议的方式。并且，与《民事诉讼法》必须要求一方到场不同，在家事程序中，双方当事人可以均不在场。同时，在只有一方当事人无法按时到达的情况下，该方当事人可以预先以书面形式告知调解委员会其接受调解书内容，另一方当事人在规定日期出现并承诺接受调解书即视为双方达成调解合意。在旧法中，承诺调解仅适用于遗产分割事件，新法则将其扩大为调解(除离婚事件)时所适用的一般规则。

二、新法若干特点评析

（一）引入当事人权利概念

新法的最大亮点在于，部分承认听审请求权在非讼事件中的适用。

传统观点将非讼事件等同于职权探知主义，诉讼事件等同于当事人主义。在职权探知主义体制下，法官依据自由裁量决定是否要对证据进行收集整理，负责确认成为判决基础的事实材料，并就程序的开始、终止享有完全的主导权。当事人在提出启动程序的申请后无权对程序施加有效影响。日本宪法第32条规定了以听审请求权为核心的接受审判权，即当事人事前（有合理理由时亦可事后）对于有可能成为判决基础的事实和法律事项，有表明主张和陈述意见的权利。但根据最高法院的一贯立场，该条款仅适用于纯粹的诉讼事件，而不能延伸到非讼事件中。在2008年的一份判决中，最高法院明确提出“对于本质上是非讼事件的婚姻费用分担事件，在上诉审中，当事人承受失去与程序相关机会的损失，与本条规定的‘接受审判权’无关”。此立场受到日本国内宪法学者和诉讼法学者广泛批判。他们认为，首先，听审请求权建立在保障个人尊严原则、民主法治原则等宪法基本原则之上，既是现行宪法制定以前就存在于近代法精神中的重要法律内容，也是《公民权利和政治权利国际公约》第14条第1款中接受公正审判权的必然要素，其适用不应局限于诉讼事件，还应扩及非讼事件。其次，非讼事件并不意味着争讼性的全然消失。在《家事审判法》的乙类审判事件以及部分甲类审判事件中，双方当事人就存在很强的对抗性，应给予他们类似诉讼的程序保障。最后，为了提高程序的透明度，强化以公益性为根基的职权正当性，应当在非讼程序中引入辩论主义的积极方面，即给予当事人提供证据材料、提出见解的机会。新法采纳了这些观点，着重加强了当事人权利及其程序保障。

（二）加强对未成年人的程序保障

日本政府于1994年批准了《儿童权利公约》。该公约第12条第2款规定，应保障儿童在司法程序中享有意见表明权。对于家事事件这类与未成年人利益紧密相关的事件，尤其是在分居、离婚导致的监护权变更等使其生活教育环境发生根本性改变的事件中，未成年人无法发表自己的看法，阐明自己的意见，不得不说是个遗憾。对法院而言，也失去了一条获得有效信息的途径。家庭法院的调查官，虽然可以依职权对未成年人进行询问，但这类调查的目的仅仅是解决当下具体纠纷，而未考虑到未成年人是否想维持家庭圆满状态的心情，显得过于冰冷僵硬。未成年人自身由于畏惧陌生等情绪，通常会压抑真实感情，也不能向调查官传达准确有效的信息。在新增的未成年人程序代理人制度中，代理人独立于法院，以“维护未成年人最佳利益”为原则，和代理的未成年人当面交谈，咨询意见，解释审判或调解的可能走向，并就结果以及可能产生的影响作出合理预测。未成年人充分信任代理人，通过代理人将零散琐碎的感情记忆整理成条理清晰的当庭陈述，明确表达自己的内心倾向与情感选择。新法的该规定，是对《儿童权利公约》意见表明权的落实。

（三）以便利当事人为目的进行程序改革

相较于普通的民事诉讼事件，家事事件与国民的联系更为密切。家事事件所调整的婚姻关系，亲子关系等关联着一般民众的家庭幸福和生活和谐，应当在程序上予以特别注意。其程序的设置应以高效快捷解决纠纷为目标。但旧法由于是在二战后为了改革法制而仓促订立的产物，在程序简明性和便利性上都与预想有相当大的差距。当事人若要启动家事程序，不得不参阅其他法条(如《家事审判规则》)，即使成功启动，在手续上也有诸多庞杂繁琐之处。新法的一大特色即提高了程序运行的效率。无论是上文提到的改革准用性规则，引入电话视频会议制度，还是审前保全，扩大承诺调解的适用范围，都以提高当事人程序方便性为第一要务。当事人可以在最短时间内，以最简便的方式处理家庭纠纷，避免纷争的久拖不决造成家庭关系的进一步破裂，最大限度地降低对亲属子女的不良影响。对于成年人监护、保佐、辅助、失踪类案件来说，更能尽快结束权利义务归属的不确定状态，稳定社会关系。

三、结语

旧《家事审判法》自1948年实施以来，历经数十次修正，但这些修正都局限于浅层的技术性问题，并未触及深层的根本性内容。此次修法正视旧法所固有的简陋弊端，吸取数十年实践所得经验，依据国际社会新生权利观念，从程序上、权利价值上对旧法进行了全面深刻的修正。《家事事件程序法》的修订，是日本非讼法领域的一大进步，也将极大促进日本家事审判和调解制度的发展。

(作者单位：厦门大学法学院)

对我国继承法特留份制度的再思考

2014年2月7日 中国民商法律网 杨立新，和丽军

关键词：继承法，特留份制度，必留份制度，意思自治，公序良俗

内容提要：基于不同的历史源流，各国立法者为保护法定继承人的利益，都继受了限制遗嘱人处分财产自由的特留份制度，以此保护法定继承人利益，限制遗嘱人的遗嘱自由。我国《继承法》修订中应该引入该制度，通过对遗嘱人强制性引导，协调亲属利益与社会利益，防止或因遗嘱自由被滥用而背离公序良俗，或因一味维护公序良俗而抹杀意思自治的司法判决的出现，从而维护法律价值体系的整体均衡。

我国司法实践中存在大量请求确认遗嘱无效的诉讼纠纷，例如遗嘱人确立遗嘱，将遗产全部遗赠给“小三”，合法配偶起诉要求确认遗嘱无效；再如，遗嘱人将全部遗产遗赠给照顾自己的小保姆，其子女要求确认遗嘱无效。由于我国《继承法》没有规定特留份制度，面对遗嘱人通过遗嘱剥夺法定继承人份额时，司法机关只能选择或者以公序良俗为由否定遗嘱的意思自治，或者以牺牲法定继承人的合法权利为代价支持意思自治，而以上两种判决结果均追求单一法律价值，可能导致极端判决出现，从而破坏了法律价值体系的整体均衡。笔者曾在《中国社会科学报》上撰文[1]，主张在修订的《继承法》中移植特留份制度，以平衡亲属利益与社会利益，并与已有的必留份制度并行。有些学者提出不同意见，认为如果规定特留份制度，也应将其与必留份制度合一。但特留份制度是基于公序良俗对意思自治的限定，而必留份制度是基于对弱势群体的保护而对意思自治的补正，两种制度不能相互替代，更不能合一。本文针对上述反对意见，将从特留份制度在域外法律体系中体现出的立法价值、构成要素及其对我国司法实践的填补三个方面阐释《继承法》引入该制度的必要性，同时提出特留份立法规则设计，以此推动《继承法》的修改、完善。

一、特留份制度的必要性

(一) 我国特留份制度的缺失及后果

我国从古至今，家的观念历来是传统道德的重要组成部分，个人都是家庭、家族、国的附属，个人价值只有处于特定的家庭、家族、社会、国家且与之趋同才能得到认同与体现，个人自由及个人财产所有权的理念远不如西方社会那样广为贯彻。尽管有着遗命、遗训、遗言或遗令等所谓的遗嘱可见于《国语·周语上》、《左传·哀公三年》及《后汉书·樊宏传》等，作为生前预先处分财产留给亲属、后代的遗嘱在秦汉时就已出现，且当时的官府在案件审理中就已经承认遗嘱继承的有效性，但基于个人财产权基础上的遗嘱自由从来就被限制。所以，遗嘱继承作为正式的法律概念，在《宋刑统·户婚》所引唐丧葬令中才有出现。[2]可见，在严格执行法定继承而排斥遗嘱继承的情况下，特留份制度的功能完全可通过法定继承得以实现，没有必要设置独立的特留份制度。

近代以来，在个人自由观念及个人财产权意识逐渐为社会接受、法律认可并推崇的情形下，遗嘱自由成为财产所有人处分自己财产时所奉行的原则，我国迅速从一个严格遵循法定继承而排斥遗嘱自由的国家，转变成一个不仅承认遗嘱继承和遗赠，而且是对遗嘱自由限制最少的国家，所设置的限制仅有必留份制度，即《继承法》第19条关于“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”的规定。对此，有的将其误解为“特留份”制度，不对特留份制度与必留份制度作区分，甚至有些法规编辑器还直接将此条文冠名为“特留份规定”。这样的认识和做法都是错误的，会导致后学者对该制度以讹传讹，无助于理解与健全合理的继承法律制度。诚然，必留份规定的确会对遗嘱自由有所修正，但就其本质，实为必留份而非特留份。另外，我国对未出生胎儿预留份的规定，与赋予继承人以外的依靠被继承人扶养的无劳动能力又无生活来源的人以遗产酌给请求权一样，都是对遗嘱自由的限制，但均不属于特留份或必留份。

特留份制度是各国继承法的普遍制度，体现的是对遗嘱自由的必要限制，其制度的价值功能普世接受。我国《继承法》对此制度没有规定，如果被继承人在遗嘱中将遗产遗赠他人而不是留归其最亲密的配偶及血亲，被继承人的

配偶及血亲的继承利益便无从保证。这对一个自视重视传统伦理，自视极端重视家庭传统道德，努力健全法治，意图把保护公民利益放在首位的国家来说，不能不说是一种重大的缺憾。随着社会的发展及个人财产独立经济意识的增强，在遗嘱自由渐为普遍实践的情况下，特留份制度缺失的负面效果将会更加明显，基于法律对遗嘱自由的绝对支持，伦理道德观念更可以随意被践踏。正因为如此，修订我国《继承法》，为实践优良的传统道德伦理精神，保护特定的法定继承人的利益，让其继承遗产的权利不因遗嘱自由而丧失，急需明确设置特留份制度。

（二）国外立法例的比较

大陆法系特留份制度的历史源流及各国立法例有所不同，可以分为法国模式和德国模式。此外，在英美法系，英国、澳大利亚各司法管辖区都确立了遗属供养制度，美国法没有遗属供养制度，但不同的州分别选择适用寡妇产、鳏夫产、宅园份、动产先取份、临时家庭生活费、可选择份额等遗属保留份，来保护法定继承人的部分或全部继承权。[3]尽管称谓各异，实施的方式也不尽相同，但其重点都是给予与被继承人共同生活者或期待其死后仰靠其财产者一定的特留财产，以为生活之保障。[4]

1. 法国模式

采法国模式立法的主要有法国、瑞士、比利时、荷兰、意大利、西班牙、葡萄牙、日本等国。

法国模式的特留份制度继受于日耳曼法。依日耳曼法的家产制，家长的财产处分权受家属的继承期待权的拘束，在教会奖励施舍而承认遗嘱处分的效力后，将遗产主要部分保留于法定继承人手中仍是维持家所必须，被继承人仅能就此以外的其余部为自由处分，即日耳曼法所谓的自由份权。特留份便是被继承人的遗产扣除自由份后的剩余部分，其他法定继承人不得剥夺。正如《法国民法典》规定：“特留份是法律规定在被称为特留份继承人的特定继承人受召唤并接受继承时，确保向其转移属于遗产的不带任何负担的财产与权利之部分。可处分的财产部分是指法律没有规定应作为特留份的、死者可以自由地无偿处分的遗产与权利之部分。”[5]

据此，法国法将被继承人的遗产分为两部分：一为特留份，它是强制从被继承人的遗产中划出后确保转移给特定继承人的无任何负担的财产权利，它实为遗产的一部分，有资格享有的仅限于法定继承人，非法定继承人不得请求特留份。且被继承人无权对特留份继承人进行选择，也无权处分特留份。特留份存在的实质，就是对被继承人遗嘱自由的限制。二为可自由处分的遗产，是指遗产中扣除特留份后，死者可以自由无偿对其进行处分的部分。从性质上看，法国将特留份定性为继承权，非继承人不得享有，丧失继承权或抛弃继承权之人当然丧失特留份权。特留份以遗产为标的，以不带任何负担的积极财产为其计算基础。

法国将被继承人遗产作两部分划分的依据是被继承人死亡时继承人类型的不同。“如财产处分人死亡时仅留有子女1人，其可以通过生前赠与或遗嘱无偿处分的财产部分不超过其全部财产的1/2；如处分人留有子女2人，其有权以此种方式无偿处分的财产部分不得超过其全部财产的1/3；如其留有子女3人或3人以上，可以无偿处分的财产不得超过本人所有的财产的1/4。”被继承人不得用遗嘱处分部分便为特留份。在计算特留份继承人的人数时，只要是继承人的直系卑血亲，不论属何亲等，均以子女的名义包括在其中。“如果财产处分人没有直系卑血亲，但有与其未离婚的健在配偶，其可以通过生前赠与或遗嘱无偿处分的财产部分，不得超过其财产的3/4。”“财产处分人没有直系卑血亲也没有与其未离婚的健在配偶的情况下，得通过生前赠与或遗嘱无偿处分其全部财产。”

法国模式特留份制度以被继承人的财产属于家的观念为基础，以法定继承主义为出发点[6]由于法国的第2006-728号法律废止了直系尊血亲享有特留份，故法国特留份权利享有者仅包括配偶及直系卑血亲。配偶与子女相较，子女能享有更多的特留份财产权利。仅就被继承人的子女而言，子女人数越多，特留份数额就越大，被继承人能自由处分的财产就越少。只有当被继承人既没有直系卑血亲也没有健在配偶时，方可彻底地自由处分自己的财产。特留份的计算是以被继承人的遗产总额为参照数额。特留份作为不可侵害的继承份，被继承人为遗嘱时必须得留有部分遗产以保证特留份权的实现，否则被侵害人得通过扣减而从其他法定继承人处取回遗产。

2. 德国模式

德国、奥地利的特留份制度继受于罗马法义务份的规定，始基于对近亲的慈爱义务及经济扶养的观点而创设。罗马共和制末期，家制崩坏，家长权基础松弛，遗嘱自由被滥用而导致死者近亲属不得继承遗产，为确保死者对近亲的扶养义务而产生了义务份制度。义务份权人，即特留份权利人非以继承人资格，而是以被继承人近亲的资格享有特留份。如果死者的遗嘱非因正当理由未留给近亲属以适当的财产，即当近亲属的义务份受到遗嘱侵害时，这些应由遗嘱人赡养抚育的亲属基于自己享有特留份权，可以向遗嘱指定的继承人请求自己的特留份，在无其他救济办法的情况下有权提起遗嘱逆伦之诉，以保护他们的继承权。[7]至优帝法，必然的继承人取得份，就其不足义务份之额，惟得提起义务份补充之诉，即惟有债权的请求权。[8]即该权利最终是通过遗产的继承人给予一定数额金钱的方式来实现。

《德国民法典》用一章共36条对特留份进行了详细规定。第2303条规定：“被继承人的晚辈直系血亲因死因处分而被排除在继承人之外的，该晚辈直系血亲可以向继承人请求特留份。特留份为法定应继份的价额的一半。被继承人的父母或配偶因死因处分而被排除在继承之外的，他们有同一权利。”在德国模式，特留份权利主体包括因死因处分被排除在遗嘱继承人之外的被继承人的父母、配偶、晚辈直系血亲，其均本为法定继承人。特留份权的义务主体为其他遗嘱继承人。当特留份权利人因死因处分被排除在遗嘱继承之外时，其可以向其他遗嘱继承人行使特

留份请求权。当特留份份额不足时，特留份权利人有权向其他遗嘱继承人请求补足特留份。根据规定，特留份数额为法定应继份的一半。特留份请求权在继承开始时发生，而且可以继承和转让。[9]在发生特定情形时，被继承人还可以剥夺晚辈直系血亲的特留份或对之进行限制。

德国模式的特留份制度以遗产自由处分为基础，以遗嘱继承主义为出发点。[10]从其性质而言，特留份是特留份权利人对其他继承人享有的一种请求权，属于债权。特留份的计算是以特留份权利人的应继份份额作为参照数额。当其权利受到侵害时，特留份权利人可以通过债权请求权的方式对其权利寻求救济。按规定，该请求并不会导致被继承人超过义务份的遗嘱处分行为无效，其他遗嘱继承人也可以用金钱等替代方式对权利人享有的特留份进行偿付，而不用涉及遗产实物的分割。这有助于遗产作为经济实物时具体功能的维系。

3. 英美法模式

英国曾是世界上将私法自治在继承法领域贯彻得最为彻底的国家，其1837年颁布的《遗嘱法》对遗嘱设立采取绝对自由的态度，父母可以任意剥夺法定继承人的继承权而将遗产给他人，且不受特留份或保留份的限制。在当时，“没有应继份的规定是英国遗嘱制度的一个重要特点。”[11]“近代英国法律学者，或有以此自由为绝对的，无限制者；又有以此为‘英国法最显著特色之一’者，尚有人以为‘这唯于英国法始能享有之特权。’”[12]当特留份制度作为限制遗嘱自由的最有力手段在世界范围内以一种不可逆转的趋势陆续得到贯彻时，英国1938年颁布的《家庭供养条例》规定被继承人对家庭成员负有不可推卸的抚养义务。其后，通过不同法规的修订完善及扩展，[13]英国最终确立以1975年通过的《继承法》及1995年通过的《继承改革法》为具体操作规则的适当抚养制度。按其继承法，英国要求被继承人将其一定数额的财产遗留给配偶和子女，如果遗产全部被遗赠给他人，则被继承人的合法配偶、无效婚姻中的配偶、离婚后尚未再婚的配偶、婚生和非婚生子女，可排除被继承人的遗嘱而继承部分遗产。同时，英国继承法赋予被继承人的配偶、未成年及不能自立生活的子女请求“财政津贴”的权利，均含有特留份的性质。而英国继承法对“财政津贴”的规定具有很大弹性，数额由法院因人、因时、因地而定，起点与我国继承法关于必留份的确定方法很相似。[14]

在美国，采用《美国统一继承法》的州都赋予被继承人的配偶、未成年子女和未独立生活的子女享有宅园特留份、豁免财产、家庭特留份的权利。故其特留份可根据财产的种类分为三种：宅园特留份、豁免财产、家庭特留份。但其对象均不是具体或特定的财产，实现方式都是从被继承人财产中提取一定数额价值的财产。故其特留份为债权性质。家庭特留份还“可以以现款一次付清，也可以在一定期间内分期付款……，家庭特留份是豁免财产，并优先于宅园特留份之外的其他债权受偿。”在权利的实现顺序上，配偶优先于子女享有特留份。[15]

与法、德等国相比，大陆法系国家特留份制度更偏重保护家族利益，防止遗产分散。英美法系国家规定特留份权利人时更看重继承人的需要，不仅要求权利人具有配偶子女身份，而且还要有受抚养的客观需要，如未成年及不能自立生活等。因此，英美等国特留份的形式更具有多样性，特留份权利的实现途径也各有不同。无论是英国的适当抚养制度、“财政津贴”权利，还是美国的宅园特留份、豁免财产或家庭特留份，其都是通过限制被继承人的遗嘱自由来保护配偶、子女对遗产的利益。

（三）设立特留份制度的必要性

特留份，是指法律规定的遗嘱人不得以遗嘱取消的，由特定的法定继承人继承的遗产份额。[16]它起源于罗马法的义务份制度与日耳曼法上的特留份制度，[17]经由近现代以来各国的继受与发展，已成为保护被继承人较近血亲和配偶的利益而对被继承人遗嘱自由进行适度限制的制度。基于继受的源流不同，各国通过特留份制度对被继承人的意志进行强制性引导时，平衡被继承人的财产处分自由与其亲属利益、社会利益的手段也各不相同。从以上对法、德及英美等国立法例的分析可以看出，特留份制度的产生并不是出于偶然，而是根源于保护家庭亲属利益的客观需要。无论是继受于日耳曼法的法国模式，还是继受于罗马法义务份的德国模式，或是英美等国基于继承人的需要灵活采取的形式，都是以限制被继承人遗嘱自由的方式，保证遗产依传统尽量留归配偶、血亲，而不外流。各国随其发展均采纳且健全此制度也皆因该制度在继承法领域存在着重要的价值，发挥着重要的功能。

1. 限制遗嘱自由功能

就特留份的具体称谓、权利享有者、份额及其操作规则而言，各国的规定不尽相同，但各国特留份制度的根本目的，都是为避免被继承人在遗嘱处分时因过分偏爱某人而忽视其亲密的法定继承血亲的利益，故对被继承人的遗嘱自由进行限制，以保护被继承人一定范围内亲属的利益。

从继承制度的发展过程来看，古代社会基于对家庭、社会利益的重点保护，个人的人格被家庭和家族所吸收，个人的遗嘱自由受到极大限制。如密拉格利亚指出的：“古时社会的权利占优势，个人的权利则不重视。那时惟一盛行的权利，是表示家庭权利卓越的法定继承，而不是个人行为的遗嘱继承。”[18]在此，家是财产的主体，个人是家的附庸，甚至其人格也被家吸收，家长作为家的财产管理人也不具有处分财产的自由，所以也不存在产生特留份的可能。随着个人财产所有权在法律上得到承认，遗嘱便以财产所有人表达自由意志的方式得到法律的认可与尊重，遗嘱自由就成为继承领域意志自由的直接体现。当遗嘱自由发展到极致，遗嘱已经危及家庭的利益及那些需要遗嘱人抚养的家属的利益时，对遗嘱自由进行限制就成为社会发展的客观需要。此时，须对遗嘱自由进行适当限制，以达成遗嘱人与家庭、社会及需要抚养家属间利益的平衡，以矫正滥用遗嘱自由而导致的负面效果。正如学者所言：

“继承的法律，应调和家庭的权利与个人的正当要求，不可忽视继承的权利与家庭有直接的关联，足以影响于公共团体，故与国家有重大的利害关系。”[19]基于限制遗嘱自由的目的，为保障与被继承人关系紧密的血亲、配偶及其他近亲能够享有被继承人的遗产，特留份制度便在各国家渐被继受与完善。在这里，英国继承法的立法发展具有足够的说服力。

2. 继承传递功能

在各国，享有特留份权利的主体通常是特定的，往往仅限于被继承人的配偶和直系血亲。无论采用何种模式设置特留份制度，其权利主体多仅包括配偶、直系卑血亲、直系尊血亲中的父母，其他血缘亲属即使是法定继承人也多不是特留份权利人。即使采用全部血亲均为继承人的德国也是如此。[20]从权利的确定看，法定继承人的范围及顺序是根据对被继承人意愿推定得出，在推定过程中已经对个人、家庭、社会等多方利益因素进行权衡，而特留份只不过是违背遗嘱自由违背法定继承核心理念时对其所做的限制，因此，特留份权利人的范围与顺序往往是法定继承人范围与顺序中最为重要、核心的部分。故特留份权利人都在法定继承人的范围内，其顺序也与法定继承人的顺序相一致。所以说，特留份是不可改变的法定继承份，无论它是以遗产继承的方式获取，还是以债权的方式获得，其性质均属于遗产利益的继承，即排斥遗嘱继承的法定继承。其本质仍然在于保障被继承人的遗产仅在其最亲密的血亲之间传递而不外流，贯彻着遗产按传统仅限于血亲之间继承传递的基本理念，体现着特留份制度所具有的遗产继承传递功能。

3. 分配调控功能

基于各国特留份制度继受的法律源流不同，以及法律制度、法律体系、社会伦理、家庭结构的差异，各国在特留份的具体操作手段上有所不同，并出现“特留份”、“保留份”、“必留份”、“必继份”、“抚养费”等不同称谓。同时，出于不同因素的考虑及兼顾平衡利益对象的差异，各国特留份权利人的范围及顺序不尽一致，但一般都与其法定继承人的范围及顺序相吻合，且都只将顺序最靠前的一至两个顺序的法定继承人列为特留份权利人。两大法系都将配偶、子女作为特留份权利主体的重点保护对象，至多再加上父母，其他亲属多因居于相对次要地位而不纳入。排除源流导致的差异，特留份制度，其本质是为保障被继承人的配偶、关系紧密的血缘亲属的利益，将被继承人遗产中的一部分强制无负担地划归其享有，让其不因被继承人的遗嘱而失去继承权。

以特留份制度对遗嘱自由进行限制并对遗产进行分配，有其正当性。正如学者所言，特留份是被继承人依遗嘱处分其遗产时，依法为法定继承人保留的一定数量的遗产份额，其目的在于防止家长对遗嘱自由的滥用和家产的分散，确保家子享有受抚养的权利。[21]从传统道义上看，死者与其直系卑亲属、直系尊亲属中的父母及兄弟姐妹均为近亲，与配偶乃为夫妻，他们之间均存在密切的亲属关系，死者如果不将遗产的一部分留归此类最亲密的人而尽予他人，则与传统道义相违背，为社会人情所谴责。从社会利益及个人需要上看，死者的配偶、关系紧密的血缘亲属与死者在现实生活中多形成扶养关系，其中部分人还必须得依靠死者的遗产才能生活，基于生活的客观需要他们也会对死者的财产心存期待。在此情形，如果以特留份的形式将遗产中的一部分按既定规则进行分配，让特定继承人获得生活的供养及经济上的保障，由此让其获得独立的生活能力，不再另寻他人扶养或社会供养而增加社会的负担，这在社会保障制度尚不健全的国家尤为重要。从适用范围上看，各国都将特留份权利人控制在法定继承人的范围内，即只有与被继承人关系最为紧密的少数继承人才能享有特留份。而部分家制尚存的国家或地区，如台湾，以特留份的方式保障与死者具有紧密关系的亲属获得死者的财产，这本身就具有维持家庭生活及家庭继承繁荣的意义。

4. 价值保持功能

在不同立法例，特留份的实现方式并不相同，但无论以继承权还是以债权实现特留份，特留份权利人只能取得遗产的一部分而不是全部。以继承权方式实现时，特留份权利人可以取得某项具体遗产的所有权。如法国的继承权模式，特留份权利人便有权要求实物分割，这将可能导致在分割过程中实物价值被减损，且直接危及遗产的经济功能。以债权方式实现时，特留份权利人只取得法定数额的金钱。如依德国的债权模式，对于特留份权利人的特留份请求权，其他法定继承人可以金钱等替代方式对之进行支付，遗产不存在被实物分割的情形，其经济功能自然不会因特留份权的行使而受减损。

如果《继承法》规定了特留份制度，体现了这一制度的上述功能，再遇到“泸州‘二奶’遗赠案”，[22]就完全有具体的法律规则予以应对，而不会援引公序良俗原则否定遗嘱的效力，既尊重遗嘱人的自由，又能够保障特留份权利人的权利。

二、必留份与特留份的区别

基于理论或实践中，都出现将我国《继承法》规定的必留份误认为是特留份的现象，甚至认为我国《继承法》已经规定了必留份，没有必要再规定特留份制度。因而，有必要对必留份与特留份作明确的区分。

根据我国《继承法》第19条规定，必留份是从被继承人的遗产中，为缺乏劳动能力又没生活来源的继承人保留的排除遗嘱继承与法定继承适用的必要遗产份额。其特点是：首先，必留份的主体必须是法定继承人，至于其位于哪一继承顺序并不重要；其次，只有在遗嘱生效时，法定继承人同时具备缺乏劳动能力又没有生活来源这两个条件，才能从普通的法定继承人转变为必留份权利人，也才能具有排除法定继承与遗嘱继承优先享有必留份的权利；

再次，按现行规定，必留份权利人享有的遗产份额不固定，需结合被继承人的遗产数额及必留份权利人的具体情况及需要来决定；最后，基于必留份权利人对被继承人遗产的需要是基于其基本生活保障，故在继承人中如果存在必留份权利人，即使遗产不足清偿债务，也应为其保留适当遗产，然后再按规定清偿债务。[23]

从必留份的含义及其操作规则来看，其与特留份制度的确有相似之处，都是从总体上通过对遗嘱自由进行限制，以将遗产的一定份额留归少部分法定继承人。但就具体制度来看，二者差别甚为明显。首先，从权利主体的角度来看，特留份权利人均多固定为被继承人的配偶、子女，至多再加上父母，是法定继承人中排序最靠前，与被继承人关系最为亲密，最有资格继承遗产者。而必留份权利人的设定只要求是法定继承人，且同时具备缺乏劳动能力又没生活来源便可，不必考虑其在法定继承人中的序位。其次，从权利实现的角度来看，我国继承法规定的为“双无”人员保留必要遗产份额方式实现的必留份，尽管在具体继承时，按遗产分割规则和方法可以采取折价、适当补偿或共有等方法变通处理，但总体而言，它仍是一种遗产继承权。而特留份制度基于不同的模式，或为遗产继承权，或为债权性质的请求权，或为二者的结合使用，这取决于各国继受此制度时的价值选择。再次，从权利人享有的遗产份额来看，我国对必留份没有规定具体数额，司法实践中通常根据被继承人的遗产数额及必留份权利人的具体情况及需要来决定。而对于特留份，无论是以被继承人的遗产总额为参照数额，还是以特留份权利人的应继份份额为参照数额，世界各国对之都规定了确定的比例，英美法系国家有的甚至规定了具体数额。最后，从权利的优先性来看，必留份乃为法定继承人基本生活之必需，权利人如不得享有必留份，其生存都会面临困难，故我国法律规定，在继承时如有必留份权利人，那么即使遗产不足清偿债务，也应为其保留适当遗产，然后再按规定清偿债务。即必留份优先于债权实现。但特留份不能优先于债权，只能待遗产债务清偿完后实现。

从特留份与必留份的异同可见，尽管二者的权利人均均为法定继承人，但具体适用的对象明显不同，实现手段也各有差别，是否具有优先性更完全有异，二者间的差异远远大于其共性。所以说，必留份无法纳入特留份，特留份也无法包容必留份，更不能以必留份代替特留份，二者客观上也无法合一。基于此，在我国《继承法》修订时，特留份必须专门规定。

三、特留份的制度设计

综上所述，由于起源、继受不同及其他因素的综合影响，各国通过特留份对被继承人意志进行强制性引导时，协调被继承人的财产处分自由与亲属利益、社会利益之间平衡的手段各有不同。我国新构建特留份制度，既要立足于原有的继承法律制度体系，更要借鉴他国不同模式特留份制度的优点，以发挥最佳功能。在我国构建特留份制度应当秉承优良的道德传统，防止遗嘱自由被滥用而危及特殊法定继承人的利益，更需防止因过度的遗嘱自由而出现违背公序良俗的情形发生。为此，设置特留份制度，必须对特留份的权利主体、取得方式、取得份额、丧失情形等作明确规定，以确保特留份权利的实现，体现特留份制度的应有价值。同时，依据财产所有权具有的保证遗嘱自由能最大程度实现的秉性，也得对特留份的适用范围、条件、数额等进行严格的控制，以保证财产所有人最大程度上按自己的意志对其私有财产进行处分。

（一）特留份权利主体的规则

作为法定不可被侵害的部分，特留份是一定范围内的法定继承人基于不可被剥夺的法定继承权而享有的遗产份额。有资格获得者，必须是法定继承人，其获得基础仍然是法定继承权。基于法定继承人是否享有特留份或必留份，可将其分为两类：

一为普通法定继承人。该类继承人依法定继承顺序享有遗产继承权，如果被继承人留有有效遗嘱并对遗产作全部处分，其不得参与遗产继承。仅当被继承人没有遗嘱，或遗嘱无效，或遗嘱没有处分全部遗产时，其方能享有继承遗产利益的机会。二为特殊法定继承人，即特留份权利人（也包括必留份权利人）也是法定继承人，依其身份本就有按法定规则、顺序取得遗产。基于该类人中的部分法定继承人或因与被继承人关系较为亲密必须得承继部分遗产，或因缺乏劳动能力又没生活来源故急需遗产维持生计，法律规定被继承人留有遗嘱时，不得剥夺此类人享有一定遗产的权利。即通过适度限制被继承人遗嘱自由的方式确保此类人有权从被继承人处取得遗产。其取得部分特留份遗产的前提仍是法定继承人身份，故可将此类人称为不能被剥夺继承权的法定继承人或特殊的法定继承人。

由于特留份实为法定继承人所享有而被继承人不得剥夺的必继份，故特留份权利主体的范围及享有遗产的份额，应遵照法定继承相同的标准与原理来确定。确定特留份权利主体范围时，借鉴国外立法例，既不宜过宽，也不宜过窄。我国建立特留份制度，特留份权人的范围包括与被继承人关系最为亲密的子女、配偶以及父母，并根据其与被继承人的亲密程度确定所享有的特留份比例。对于其他法定继承人，不应纳入特留份权利人的范围。

（二）特留份权利行使的规则

1. 特留份份额的确定规则

特留份是继承人继承的特定应继份，除该部分外，被继承人对剩余部分遗产可以自由处分。基于特留份是纯粹的积极财产，故在计算时应扣除债务。有特留份制度的国家，也都明确规定特留份的计算标准和方法。[24]尽管数额比例不一，但总体上其份额都低于法定应继份，且往往是法定应继份的一半。

特留份的存在以被继承人的财产权为基础，只有当被继承人留有遗产的情况下，特定的法定继承人才能享有特留份。设置特留份制度，须考虑并兼顾财产所有人的意志。无论从被继承人应该承担的道义责任，还是从生前所负

的扶养、扶助义务看，享有其遗产的权利主体不应仅仅被推定为特留份权利人，而毫不考虑被继承人的遗愿而剥夺其他遗嘱继承人的利益。因此，作为纯粹积极财产的特留份，对其数额的规定应以弹性或比例性的数额来规定，不应采用美国一样的固定数额。我们建议，直接依据被继承人留下的不包括任何债务的积极财产作为实现特留份的基础，按继承人应继承份的比例来确定其特留份的份额。这种方式便于确定具体数额，能在保障特留份权利人利益的同时，兼顾到被继承人依自己意志对其遗产所作的利益安排。这也符合利用特留份制度对遗嘱自由进行适度限制，以协调平衡财产所有人的遗嘱自由权与特别的法定继承人不可被剥夺的法定继承权，能更为合理的兼顾特留份权利主体的利益与被继承人的遗愿，协调好多方利益的平衡。

我们建议，在特留份权利人子女、配偶与父母当中，根据他们与被继承人的亲密程度来确定其所享有的特留份比例。特留份权利人享有的具体份额为：配偶、子女享有的特留份为其应继份的1/2；父母享有的特留份为其应继份的1/3。

2. 特留份权利的实现方式

特留份是指被继承人遗产中不能用遗嘱加以处分的、按一定比例特定留给其法定继承人继承的部分。[25]在确定特留份份额时，各国多以被继承人遗留的积极财产为基数，并不包括遗产债务等消极财产在其中。特留份作为必继份，应是纯粹的积极财产，不包括任何遗产债务。我国修订《继承法》，同时也应规定相应的归扣制度，且在计算特留份、必留份时都应适用。

在继承开始后，特留份权利人可基于保全请求权保全其特留份。如果遗嘱人在遗嘱中没有对特留份作出安排，特留份权利人便有权请求遗产管理人或相关人从遗产中扣减出特留份的份额，故特留份权利的实现也是特别继承权的落实。所以，在实现特留份权利时，以行使继承权的方式来实现特留份更符合特留份实为遗产法定继承份的本质。正如依法国模式，实现特留份按遗产继承规则进行，而不以债权的方式实现。但按此方式实现特留份，在特留份份额所涉遗物与遗嘱处分所涉遗物不发生冲突时尚可，如发生冲突，就存在依据客观情况变通适用的可能。

被继承人为遗嘱时，往往会根据遗产的性能、价值及继承人的需要等决定遗产的归属，而法律也应充分尊重遗嘱人的自由安排。在被继承人与继承人之间，非金钱类遗物除具有财产的性能外，往往还有其他特别的价值与性能附属其上，比如提供方便的住宿、寄托人的感情与思念等。当法律出于对特留份权利人的保护，因执行特留份而不得不对已被遗嘱人合理安排的遗物变更所有人时，这将可能直接影响特定遗物效用的发挥。故实现特留份时，不应完全遵从法国模式全部采用遗产继承规则来分割，而应视遗嘱是否与特留份发生冲突来区别对待。当二者没有冲突时，遗嘱及特留份均按相应规则处理。当二者发生冲突时，遗嘱涉及的部分原则上按遗产继承规则处理，特留份涉及的部分在不影响遗物效能发挥的前提下按遗产继承规则处理。在特留份的实现影响到遗物效能发挥时，基于特留份的立法目的仅在于保护特留份权利人的继承利益，而非享用被继承人的遗产实物。为尽量保证遗物能按遗嘱人的安排发挥最佳功能及效用，可以由遗嘱继承人选择，或者依遗产继承规则对遗物进行实物分配，或者允许遗嘱继承人用金钱等以债的形式对特留份进行替代偿付，以此实现特留份权利。这也符合我国《继承法》及司法解释中遗产分割的规则和方法。[26]

3. 特留份权的丧失规则

在被继承人留有遗产的情况下，作为法定继承人享有的特留份存在因出现某些特定情形而丧失的问题。与继承权因放弃而丧失相同，特留份权利也会因权利人的明示放弃而丧失，即在被继承人死亡后、遗产处理前放弃特留份均会发生丧失的法律效果。除明示放弃外，如果特留份权利人的行为具有放弃特留份权利的性质，如特留份权利人已经向受赠人履行支付标的义务的，应视其放弃特留份。在特留份权利人放弃或被视为放弃特留份后，均不得再主张特留份权利。

尽管特留份权实为不可剥夺的继承权，但其保护的侧重点却与继承权有所不同。法律规定继承权的目的是为了对法定继承人的利益进行一般保护，而特留份的立法目的则在于对法定继承人的继承利益进行特殊保护。[27]二者间包含与被包含的关系将导致权利人放弃不同的权利时会产生不同的法律后果。因特留份权以继承权为基础且包含于继承权中，故继承人享有法定继承份时就无权再享有特留份，继承人放弃继承权就意味着放弃特留份权，但其放弃特留份权并不意味着放弃继承权。所以，在同时存在其他继承人时，当某一个继承人放弃继承权就意味着其他继承人享有的遗产份额包括特留份的份额都将随之增加，此时，如果该国继承法承认遗产的归扣制度与特留份的追索制度，则基于其他继承人特留份数额的增加，放弃继承权的人所丧失的可能就不仅仅是一种可得利益，在他曾经于被继承人死前受有特种赠与的情况下，他将受到因其他继承人特留份权利增加而导致的追索。但当某一个继承人仅放弃特留份权利时，意味着其他继承人仅仅在他放弃的特留份的份额内获益。

特留份权除因放弃而丧失外，也会因继承人实施某些违法或严重违法伦理道德的行为后被剥夺而丧失。对此，与继承权丧失的情形相统一，执行同样的标准及规则。

4. 特留份权利的恢复规则

基于特留份的本质实为继承份，故特留份的丧失与恢复应该遵循与继承权丧失与恢复大体相同的规则。依据《继承法》，当享有继承权的权利人实施了故意杀害被继承人，为争夺遗产而杀害其他继承人，遗弃被继承人或虐待被继承人情节严重，伪造、篡改或者销毁遗嘱情节严重的行为时，其享有的继承权便丧失。同时，司法解释又规定，

对继承人虐待被继承人情节严重的，或者遗弃被继承人的，如以后确有悔改表现，而且被虐待人、被遗弃人生前又表示宽恕的，可不确认其丧失继承权。如果我国特留份恢复的规则也如此执行，将会过于苛严，且与国际通行的作法完全违背。

基于特留份实为必继份，属于法定继承人所享有的不能被遗嘱人以遗嘱剥夺的特有部分，相较其他法定继承权而言，特留份权受到的保护力度应该更大。故其因法定情形丧失后，经宽宥而恢复自然应该比恢复已丧失的继承权更为宽松，方为合理。结合目前世界各国大都规定经由被继承人的宽宥可全部恢复继承人已丧失的继承权，少数国家虽不允许经宽宥恢复继承人已丧失的继承权，但也允许恢复已被剥夺的特留份的做法，我们建议，所有因法定情形丧失的特留份，均可因被继承人的宽宥而恢复，且不附加任何限制条件。

（三）特留份与遗嘱、法定继承的冲突处理规则

特留份作为限制遗嘱自由的一种手段或措施，其限制作用只有当遗嘱内容或法定继承与特留份相冲突时才会得到体现。当被继承人的遗嘱没有危及特留份时，遗嘱将得到法律的认可并被执行。

当被继承人以遗嘱处分完所有遗产，却没有在遗嘱中为特留份权利人留下特留份时，如果遗嘱人设立的遗嘱继承人已经包括特留份权利人，且其通过遗嘱继承享有的遗产份额已经等于或超过其应该获得的特留份份额时，其应享有的特留份已经包含于遗嘱继承份中，故特留份权利人无权再另行主张特留份。如果遗嘱人设立的遗嘱继承人已经包括特留份权利人，但其通过遗嘱继承享有的遗产份额低于应该获得的特留份份额时，特留份权利人有权就特留份的不足部分主张权利，其方法与主张遗产权利相同。遗嘱中涉及该特留份不足的部分无效，其他部分仍然有效。如果遗嘱人没有设立特留份权利人为遗嘱继承人，则该遗嘱中涉及特留份相应比例的部分无效，且须得先为特留份权利人留下相应份额的遗产后，遗产中的其他部分才能按遗嘱执行。

当被继承人以遗嘱对部分遗产进行处分，但尚有部分遗产未经遗嘱处分而须按法定继承分配时，如果遗嘱人已经设立特留份权利人为遗嘱继承人，且其通过遗嘱继承享有的遗产份额已经等于或超过其应该获得的特留份份额时，特留份权利人无权再另行主张特留份。如果遗嘱人已经设立特留份权利人为遗嘱继承人，但其通过遗嘱继承享有的遗产份额不足其应该获得的特留份份额时，特留份权利人得主张先以未经遗嘱处分部分的遗产来实现自己的特留份。只有当该部分遗产份额不能补足待实现的特留份时，才能以遗嘱处分的遗产部分来补足特留份。此时，遗嘱相关部分的效力问题按前述规则处理。

注释：

[1]杨立新：《在〈继承法〉中规定特留份制度》[N]，《中国社会科学报》，2012-07-18, A-07版。

[2]程维荣：《中国继承制度史》[M]，东方出版中心2006年版，第288-289页。

[3]魏小军：《遗嘱有效要件研究：以比较法学为主要视角》[M]，中国法制出版社2010年版，第150-151页。

[4]陈棋炎等：《民法继承新论》[M]，三民书局1998年版，第457页。

[5]参见《法国民法典》第912条（2006年6月23日第2006-728号法律）、第913条（2007年1月3日第72-3号法律）、第914-1条（2001年12月3日第2001-1135号法律第13条）、第916条（2001年12月3日第2001-1135号法律第13条），罗结珍译，北京大学出版社2010年版，第260-261页。

[6]同前注[4]，第385页。

[7]周相：《罗马法原论》[M]，商务印书馆2009年版，第524-529页。

[8]史尚宽：《继承法论》[M]，中国政法大学出版社2000年版，第607页。

[9]《德国民法典》[M]（第3版）第2317条，陈卫佐译，法律出版社2010年版，第624页。

[10]同前注[4]，第383-384页。

[11]何勤华、魏琼：《西方民法史》[M]，北京大学出版社2006年版，第414页。

[12]陈棋炎：《亲属、继承法基本问题》[M]，三民书局1980年版，第451页。

[13]其间，经由1952年《无遗嘱继承条例》的修正，1958年《婚姻诉讼（财产和抚养条例）》、1966年《继承法》和1969年《家庭改革法令》的扩展。

[14]参见刘文：《继承法比较研究》[M]，中国人民公安大学出版社2004年版，第257页；刘春茂：《中国民法学·财产继承》[M]，人民法院出版社2008年版，第317页。

[15]刘春茂：《中国民法学·财产继承》[M]，人民法院出版社2008年版，第317-318页。

[16]杨立新：《对修正〈继承法〉十个问题的意见》[J]，《法律适用》2012年第8期。

[17]史尚宽：《继承法论》[M]，中国政法大学出版社2000年版，第606-607页。

[18][意]密拉格利亚：《比较法律哲学》[M]，朱敏章等译，中国政法大学出版社2005年版，第542页。

[19]同前注[18]，第541-542页。

[20]参见陈卫佐译注：《德国民法典》[M]，法律出版社2010年第3版，第551-553页。该法典将法定继承人规定为五个顺序，所涉及的法定继承人范围包括比被继承人的祖父母的父母及外祖父母的父母更大的祖先及其晚辈直系血亲，即一切生存着的血缘亲属。

[21]李双元、温世扬：《比较民法学》[M]，武汉大学出版社1998年版，第1108-1109页。

[22]同前注[1]。

[23]参见《最高人民法院关于贯彻〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》(1985年9月11日法(民)发[1985]22号)第61条：“继承人中有缺乏劳动能力又没有生活来源的人，即使遗产不足清偿债务，也应为其保留适当遗产，然后再按继承法第三十三条和民事诉讼法第一百八十条的规定清偿债务。”

[24]张玉敏：《继承法律制度研究》[M]，法律出版社1999年版，第244页。

[25]佟柔：《继承法教程》[M]，法律出版社1986年版，第117页。

[26]《继承法》第29条规定：“遗产分割应当有利生产和生活需要，不损害遗产的效用。不宜分割的遗产，可以采取折价、适当补偿或者共有等方法处理。”《最高人民法院关于贯彻〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》(1985年9月11日法(民)发[1985]22号)第58条规定：“人民法院在分割遗产中的房屋、生产资料和特定职业所需要的财产时，应依据有利于发挥其使用效益和继承人的实际需要，兼顾各继承人的利益进行处理。”

[27]郭明瑞等：《继承法研究》[M]，中国人民大学出版社2003年版，第153页。

出处：《国家检察官学院学报》2013年第4期

用法的观点看婚姻

2008年11月28日 爱思想 朱苏力

在当下的城里人，特别是受过一些教育的人看来，结婚应当是男女双方之间个人的感情上的事，爱情引发了个体的结合，也就引出了作为制度的婚姻。可是细想一下就会发现，如果纯粹是两个人之间的私事，那么无论是感情还是性都根本无需婚姻这种法律的或习俗的制度认可。如今，无论在西方还是东方，同居都比以前更常见，没有婚姻并没有限制同居男女之间情感和性的交往和获得。因此，我们没有理由认为，作为制度的婚姻是为了满足性、满足异性间感情的需要。

如果一定要叫真，婚姻制度可能从一开始反倒是为了限制和规制人的性冲动和感情。即使是“婚姻自由”这条现代婚姻的最根本原则，也不例外。它要求婚姻必须有男女双方的同意，这就是对情感的一种限制，一种规制；它表明社会拒绝承认一方基于性的本能冲动或基于性的强烈情感而强加于另一方的性关系。此外，婚姻自由原则从来也并非独立存在，作为其背景支撑的还有目前绝大多数国家采纳的一夫一妻的原则。两者相加，婚姻自由就意味着在规范层面至少不允许多妻、多夫、通奸和重婚，哪怕这些行为对于有关当事人来说是两情相悦的。当然，一些人会论证只有一夫一妻制才是“真正的”婚姻，因为爱情从本能上是排他的。但是，社会生物学的研究发现，至少有一些人有可能同时爱着几个人，并且只要可能且没有其他后果，都愿意与之发生性的关系。但是，这种“泛受众”的性冲动和感情，在一夫一妻制下的婚姻自由中都受到了限制和规制。我们常常会忽视这些相当普遍的现象，习惯于把“自由”变成一种舌尖上的概念，很容易忘记作为制度化的自由的另一侧面从来就是训诫(福柯语)。

可见，婚姻的成立，并且所以成为一种“社会”制度，成为一种“文化”的组成部分，决不仅仅是为了性和爱情，势必还有更重要的、至少也是与满足性之需求同样重要的社会功能。而功能之一，特别是在工业化之前的社会或社区中，就是费孝通先生在《生育制度》中曾给予详细分析讨论的生育功能，特别是“育”的功能。

生育冲动是一种自然本能，但是人类要完成这一由自然基因注定的历史使命时，却不能仅仅凭着性本能。从一个受精卵到一个可以独立谋生的人，至少需要十年以上的时间，如果没有其自身之外的他人的支持和养育，这个小生命随时都可能夭折。尽管出生之前或之后的养育都不必须由父母共同提供。但是，一般说来，父母可能是最合适的并且也是最有动力养育这个孩子的人。因为从生物学上看，每个生命都“希望”自己的基因能够更多地存活下去，并传播开来。“儿子是自己的好”，这句俗语就概括了作为生物的人类的一个普遍的特征。不仅如此，以这种生物联系为基础来分配人类养育后代的责任，也是大致公平、便利和有效率的。每对父母都要养育孩子，这就将人类物种的遗传任务分担了，同时保持了足够丰富的基因库；同时基因得到更多遗传的父母，也必须承担起更多的养育责任，他们在生物学上的更大“收益”要求他们履行更多的养育责任。

婚姻还是男女双方借助于自己在生理上的比较优势而建立的共同投资。至少在传统的农耕社会中，婚姻是建立一个基本生产单位的方式。通过男女分工，婚姻不仅使得家内家外的各种福利的生产都获得一种可能的规模效益，而且具有互补性。婚姻也还是经由生育而进行的一种长期投资。养育孩子，在传统的农耕社会，对于父母来说从来都是一种养老保险和医疗保险。“养儿防老”这句俗语，概括了农耕社会中多少代人的经验。而对于夫妻双方，在性和爱情之外也有其他；例如，“少年夫妻老来伴”。夫妻到了老年，性也已经从生活中完全消失了，以前各方面矛盾颇多甚至闹过离婚的夫妻如今会相濡以沫，关系更为融洽，一片“夕阳红”了。

因此，从个体上看，结婚似乎是个人的选择，是性成熟的结果，是感情发展的自然；但是，从总体上看，婚姻作为一种制度是为了回答社会生活中的这些问题而发展起来的。它源于性，也借助了性，但发展成为分配生育的社会责任、保证人类物种繁衍的一种方式，它是一种同人类的生存环境有内在结构性关系的制度。我们无法不赞叹这种以人的生物性因素为基础的、从人类并非有意的活动中生发出来的巧夺天工的秩序！

从历史上看，在中世纪欧洲基督教社会曾长期禁止离婚，甚至是妇女不能生育时也不例外；在古代中国，尽管允许丈夫以诸如无子、淫乱等七个理由休妻，但除了“和离”即协议离婚外，“三不去”规定以及对“七出”作出的解释实际上基本禁止了男子离异妻子。如果不是用今天的语境替代昨天的语境，那么这种禁止或严格限制离婚的

婚姻制度可说是人道的、合理的。因为在一个主要生产生活资料都须通过体力获得，并因此大多是由男子占有和支配的社会中，在一个没有现代的社会保障体系以及强有力的法律干预保障离婚后的赡养的社会中，如果允许离婚，事实上会把一大批年老色衰的中老年妇女推向经济上的绝境。恰恰是这种禁止和限制离婚，就总体而言，在一定程度上保护了妇女的权益。尽管，这种不许离婚对某个个体妇女的保护未必总是很好的，也并非总是有效的。

我并不是一般地认为女性是弱者，更不认为她们在智力上要弱于男子。我只是说，在农耕社会或狩猎社会中，在冷兵器战事频繁的年代中，女性由于她们的生理特点，在生存竞争中是不利的。正是这一环境使得男子的生理特点优势逐渐制度化成为一种社会地位上的优势。但这恰恰反映出，是一个社会的生产力发展水平和生产方式，而不是离婚是否自由的原则，才是影响甚至是决定了该社会婚姻制度一个基本的因素。如果从这个角度看，我们才能看到婚姻制度的建立以及它与性、感情在历史上的分离是有意义的，不是一种男性的阴谋，更不是因为当时人们的愚昧。只有这样，我们才有可能用历史的眼光语境化地理解先前婚姻制度的优劣利弊，而不是从今天的自我道德优越的眼光审视历史；我们也才可能真正理解“时代不同了，男女都一样”。

这个时代确实有了很大的变化。工业生产使得大量妇女可以在有些工作岗位上毫不逊色地、甚至更为出色地创造财富，避孕的简便和医疗的进步使得妇女不再会为频繁的生育或怀孕所累，小家庭，知识经济的发展，家务劳动的社会化和电气化，教育的普及，社会交往和流动的增加，以及由此带来的选择和再选择机会的增加。所有这一切都在重新塑造着妇女和妇女的命运，改变了因妇女体力弱这种自然属性而产生的社会生活的被压迫和剥削的命运，并进而影响婚姻中的男女关系。此外，在现代社会就总体而言，养育问题对于个人来说已经不像在传统社会那么重要了，社会已经承担起许多先前由父母承担的养育责任，也已经更多承担起老年人赡养的责任。因此，除了生物性的本能以及文化传统，父母已经由于没有往昔的收益而缺乏生育孩子的动力。而且由于女性的工作机会增多，生育孩子的机会成本上升也使得她们在生育上更为“理性”了。近代以来，婚姻制度发生的一些变化，并不是观念改变或启蒙的产物，而是一个历史的过程。

婚姻制度变化中，最重要的一条就是婚姻自由包括离婚自由在一些国家成为了婚姻制度的核心原则。就趋势来看，这种变化使得个人选择的成分增加了，并成为主导的因素。这显然符合经济学的原理。由于价值是主观的，效用要用个人的偏好来衡量的；因此，结婚和离婚的自由原则既有利于社会财富的增加，也有利于社会福利水平的提高。

但是，婚姻制度的变化也带来一系列问题。例如，如果一个社会还没有完全工业化并且还不是那么富裕，离婚自由就可能与婚姻制度的养育功能和夫妻的共同投资相互保险功能发生冲突。特别在中国这样的发展中国家，还有广大的农村，而且城市地区的社会福利体系特别是社会资源都还不足以支撑大量的单亲家庭的出现。如果离婚时孩子年幼，孩子抚养问题就会成为一个突出的问题。当然婚姻法上规定了，即使离婚，父母双方也仍然要承担抚养的责任。但是问题在于，养育并不仅仅是一个钱的问题，还需要情感的和其他方面的投入。单亲家庭的孩子容易出问题，这在世界各国都是一个现实。而且，即使是在抚养问题上达成了协议或获得了法院判决，由于司法机关不可能成天催要，在现代的高度流动的社会，又如何保证离婚协议得以切实执行？即使在美国，也普遍有一个“执行难”的问题。

就离婚的夫妻双方而言，也有问题。至少目前有相当一部分离婚案件，特别是所谓的“第三者”插足的案件中，往往是要求离婚的一方（多是中年男子）有了钱，有了成就，有了一定的社会地位。由于生物原因，人到中年，妻子已经年老色衰，而男方却事业成就如日中天。这时候夫妻离异，男子不难再娶，并且完全可以娶一个年轻的妻子；而人过中年的妻子往往不大可能找到一个比较合意的、年龄相当的伴侣。即使再婚，一般也都是同一个更为年长的男子结婚，更多是照顾了年长的男子；因此，从一个人的社会生活来看，这样的被离异的妻子往往可能永久性地失去“老来伴”。这实际上是她当年的保险投资被剥夺了。

此外，许多妻子往往放弃了个人的努力来养育子女、承担家务，以自己的方式对丈夫的成就和地位进行了投资，因此丈夫的成就和地位——而不仅是财产——也往往是“军功章上，有你的一半，也有我的一半”。但到了离婚时，这些一般都不作为财产分割；而且在技术上也确实难以分割。但是，有困难并不能成为否认它们是共同“财产”的理由；否认了，那么离婚就实际是对被离异的妻子的一种无情的掠夺，甚至还不如“先贫困后富贵的不去”。有经验研究证明，美国无过错离异的妇女在离异后生活水平普遍下降，而男子生活水平普遍提高，“主要经济后果是被离异妇女和子女的系统性贫寒化”。

而另一方面，这种男子的成就、地位、财富以及其他有价值的因素都可能实际上由第三者来享用，坐收渔利。这怎么说也是不公道的。这并不是说第三者一定道德败坏，有这种“摘桃子”的意图。她也许确实“只是爱这个人”，完全没有考虑什么荣华富贵。但是，社会生物学的研究发现，一个男子的魅力往往是这些成就、地位、财富造就的，并且他的最主要的财富也许恰恰是他本人所具有的才华和能力，而非他已经拥有的钱财。只要看一看周围，所有的真实的第三者插足的浪漫故事几乎全都发生在老板、影星、教授、学者、官员或其他有一定地位的人周围。有几个年轻美貌的姑娘插足了四五十岁的下岗工人的家庭并且一定非他不嫁？纯洁的爱情也无法排除生物性的因素。事实上，爱情在很大程度上是荷尔蒙的产物。

由于这种种原因，即使在现代，离婚自由也不能作极端的理解。如果说结婚自由不能理解为一方的自由，不允

许一方将自己的意志强加于另一方，必须征得双方的同意，那么，离婚自由从逻辑上讲就很难理解为一方想离就离。当然，社会生活并不服从逻辑，相反，逻辑倒是常常要服从社会生活。但是即使是从社会生活来看，也不能将离婚自由作一方想离就离的理解。从经济学分析来看，只有相关者意向一致的决定（无论是结婚还是离婚或其他），才有可能使相关者中至少一方的状况得以改善而不损害其他一方的帕累托最优。也正是这一原因，即使在“封建社会”中，世界各国一般都不对协议离婚表示异议（基督教文化是一个例外，但是，这主要是为了防止丈夫的胁迫“同意”），而且在许多国家手续也都更为简单。引起争议的并至今没有答案的是，一方想离而另一方不想离的离婚。如果从经济学分析，可以判断，这种状况下，想离的一方可以从离婚以及此后的生活中获益，而不想离的一方可能在离婚或此后的生活中受损。

如果这一分析有道理，那么也就再一次表明，婚姻即使在现代也不可能如理想主义者所设想的那样仅仅关涉性和情爱。它一直关涉利益及其分配，在现代社会，可能尤其如此。因此，如果一个婚姻制度要能够真正坚持离婚自由的原则，重要的，一是社会首先要逐渐建立一种养育孩子的制度，能够替代先前夫妻共同抚养子女的功能，而不能把离婚变成强加给被离异妇女的负担。这种制度可以是一种高保障的社会福利体系，也可以是主要依靠法院体系判决执行。另一要点也许是，要公正界定和分割离婚双方在婚姻中的投入和累积起来的实在的和预期的利益，并且要能够实际有效地保障这种利益，而不是简单地禁止离婚或对第三者予以惩罚。在一个知识经济和无形资产已经日益重要的社会中，如果婚姻财产的分割还仅仅局限于有形财产，显然是一个时代的错误。事实上，在美国，法律经济学的发展“已经使得请求离婚的妇女可以论辩说：丈夫的职业学位是一种（人的）资产，妻子对这一资产有所贡献，并应当承认她在这一资产中有一份利益”。如果婚姻法不考虑这类问题，不考虑如何在司法技术中实际处理这些问题，而仅仅是高唱“离婚自由”的原则，那么或者是造成对弱者的系统性剥夺，或者是由于种种制约（例如被离异妇女以自杀相威胁，或社会舆论的过分干预）而离婚自由实际无法得到落实。

必须指出，我们许多法学家或知识者的思维习惯从五四之后似乎已经有了一个定式，认为离婚越是自由，社会就越进步，人们获得的幸福就越多。但如果仅仅从原则上也就是从制度上来分析。我们很难说，离婚麻烦或容易究竟是利大还是弊大。同样是西方发达国家，其中有离婚非常自由的（例如美国的某些州），也有完全禁止离婚的（例如意大利），也有手续极其麻烦的（例如比利时，离婚耗时十年以上）。在中国各地的实际离婚率也并不相同，例如新疆的离婚率甚至比北京和上海还高。我们无法说，美国人的婚姻是否就一定更为幸福一些，而意大利人的婚姻比中国人更悲惨。

任何婚姻制度都总是有利有弊的。如果严格禁止离婚，往往会使得人们在决定结婚（而不是发生性关系）时格外慎重，因为他或她进入的是一个“一锤子买卖”。一旦进入了婚姻，他/她会因为别无选择，从而有动力注意尽可能保持良好的关系，较少见异思迁；会使得人们在家庭生活中加大投入，因为他/她事先得到了一种保障，自己的投入不会某一天因离婚而被剥夺。正是这种事前的坚定承诺，不仅有利于后代的养育，而且会提高社会总体的生活福利水平。

而如果离婚过于自由，且是一方想离就离，那么有谁还会对婚姻当回事呢？结婚草率就是必然的。而草率结婚又势必导致婚姻更容易破裂，就像一个可以由单方随意撤出的合伙一样，没有哪个合伙者会在这种投入回报不确定且无法律保障的经营中全力投入。结果可能是，夫妻都不会在家庭生活中大胆投入，包括财力的情感的，相互之间总是提防，总是担心自己的投入会不会被某个不期而至的第三者剥夺。这等于从一开始就在夫妻的密切关系中砸进了一个楔子。更极端的情况是，如果离婚非常自由，那么结婚的允诺可能成为获得性满足的一种欺瞒手段。

当然，这并不是说禁止离婚更好。禁止离婚同样会有巨大的副作用。它有可能进一步加剧社会中婚姻与性、爱情的全面分离，甚至可能使家庭生活成为“人间地狱”。人们会因此畏惧婚姻，会普遍推迟婚龄；推迟婚龄也许会减少生育，但并不必然意味着性关系的减少。人们还是会通过其它方式，绕过婚姻制度来获得性的满足。因此可能出现婚前性的普遍，人们甚至会普遍选择同居替代婚姻，从而使婚姻成为字面的制度，或者使得社会中的实际的婚姻制度多样化；而在婚后，即使有法律的制裁和社会的谴责，也难免会有更为普遍的通奸现象。而通奸现象的普遍，不仅会造成男子对子女不承担抚养责任，而且会使更多男子不情愿承担抚养婚姻内出生的可能是也可能不是其子女的责任。

也许正是这种作为制度的现代婚姻的两难才使得现代人往往陷于困境，乃至有了“懒得离婚”的说法。但是，我想说的，并不是要告知人们要慎重对待个人的婚姻。作为一个法学家，我想说的首先是社会生活的复杂性，婚姻制度所涉及问题的广泛性，以及制度设计的未可确定的预期性。我们必须明白婚姻制度关注的并不是某一对相爱的恋人或反目的夫妻的婚姻将如何处理，而是讨论一个将在中国这个“政治、经济、文化发展不平衡的大国”普遍实施且应当得到人们普遍接受的制度。而且我们要注意，婚姻制度的原则规定并没有能力规定人们必须如何行为，而只能通过激励因素的改变而影响或引导一个社会中人们的普遍行为方式。因此，过分强调一个原则，就难免有知识分子自我看重的因素在作怪。

我们在考虑中国的婚姻制度之际，也许还要对中国在市场经济条件下社会发展趋势作出一个判断。中国目前城市地区的妇女独立，在我看来，是中国过去三十年计划经济条件下社会福利体制的一个产物。我不敢说，随着市场经济发展，这种福利会消失；但是从目前的种种迹象来看，例如妇女就业难、特别是再就业难，很有可能这种福利

条件即使在城市也会逐步减少；因此，妇女有可能在经济上、事业上处于一种相对不利的地位，她们对于男子的经济上依赖可能被迫增加。因此，我们的婚姻家庭法，离婚制度对这些可能发生的因素必须有所准备。坚持离婚感情破裂原则，而不是采取一方想离就离的原则，或许是对妇女权益的一种更好保护；至少在一定程度上，会使她们在离婚补偿中处于一种相对有利的地位。

我们必须看到，目前参加这一关于离婚原则讨论的人大多是知识分子，这不仅意味着他/她们有着相对比较高、比较稳定、比较有保障的社会地位和收入，而且很容易将性和基于性的感情当成是婚姻的主要的甚至是惟一的東西。但是并非所有可能离婚的男女都具有如同我们这些人同样的社会保障、相应的那种自主性以及对于性的关切。因此，当我们似乎是在以社会利益为重讨论问题时，我们的社会位置也许会使我们的视野有所遮蔽，没有能够更多地从普通人的视角来看问题。如果我们没有一颗平常人的心，没有一种起码的倾听的愿望，而总是从基于我们的位置而接受的永远正确的原则出发，也许我们关于婚姻和离婚原则的讨论就变成了关于我们个人的理想婚姻的讨论，而不是关于中国绝大多数人可能采纳的婚姻制度的讨论了。

也许，我们需要有一种更为务实、更为冷静有时也许会被人认为有点“冷酷”的眼光来看待性、爱情、婚姻和家庭。

一九九八年十月五日初稿，十月二十八日二稿于北大蔚秀园

澳大利亚子女“接触令”实施的改进建议对我国之启示*

2011年1月28日 陈苇, 赵燕**

摘要：联合国1959年《儿童权利宣言》和1989年《儿童权利公约》均提出倡导，应当依据“儿童最大利益原则”，处理一切与儿童有关的问题。来自澳大利亚家庭法立法会的报告：《子女接触令——执行和处罚》，基于“儿童最大利益原则”，为保障子女“接触令”的实施，提出了改进的建议。研究和评析这些建议，汲取其有益的经验，从我国实际出发，修改、补充我国的探望权制度，以期保障父母与子女之间探望权的行使，维护子女的最大利益。

关键词：子女；接触令；探望权；立法建议

在我国，近年随着离婚率的上升，离婚父母双方对子女的探望权纠纷日益增多，妥善地解决这些纠纷，有利于保障未成年子女的健康成长，有利于和谐家庭与和谐社会的构建。我国2001年修正后的《婚姻法》第36、38条规定：“父母与子女的关系，不因父母离婚而消除。离婚后，子女无论由父或母直接抚养，仍是父母双方的子女。”“离婚后，不直接抚养子女的父或母，有探望子女的权利，另一方有协助的义务。”即在我国，父母离婚后，双方对无行为能力和限制行为能力的子女的监护关系不发生变化，只是需要确定何方直接抚养子女。而不直接抚养子女的一方有探望子女的权利，另一方有协助的义务。但在现实生活中，父母分居或离婚后，有些直接抚养子女的父母一方，阻挠不直接抚养子女的父母另一方探望子女，这既不利于未成年子女的健康成长，也往往使父母双方的关系继续恶化。

在国外，早在20世纪60年代，联合国制定的1959年《儿童权利宣言》中就倡导提出，儿童应当受到特别保护……在制定法律时，应当以儿童的最大利益为首要考虑。〔1〕到20世纪90年代，联合国制定的1989年《儿童权利公约》中再次重申：涉及儿童的一切行为，必须首先考虑儿童的最大利益。〔2〕自20世纪90年代以来，“儿童最大利益原则”在许多国家的家庭法中已经被确立。〔3〕在澳大利亚，为保障父母对子女“接触令”的执行，1998年家庭法立法会：《子女接触令——执行和处罚》（The Family Law Council: Child Contact Orders: Enforcement And Penalties in 1998, Australian）〔4〕的报告（以下简称《执行和处罚》报告），依据“儿童最大利益原则”，提出了改进的建议。本文拟简介澳大利亚子女“接触令”（以下简称“接触令”）的立法背景和主要内容，考察“接触令”的执行情况，研究和评析《执行和处罚》报告的改进建议，以期汲取其有益的经验，从我国实际出发，修改、补充我国的探望权〔5〕制度，以期保障父母与子女之间探望权的行使，维护子女的最大利益。

一、澳大利亚子女“接触令”之立法背景及主要内容

（一）“接触令”之立法背景

在澳大利亚，1995年《家庭法改革法案》（Family Law Reform Act 1995）确立了“儿童最大利益原则”。据此原则，澳大利亚《1975年家庭法》（以下简称《家庭法》）第七章被做了根本修改，“采取了以儿童权利和父母责任为基础的立法新模式。”《家庭法》第64B条规定了涉及离婚父母对子女抚养、监护等责任的居住令、接触令、特定事项令及抚养令等命令。〔6〕子女“接触令”，是针对子女和他人（父母、祖父母或其他人）的接触而制作的。此接触可以采取相互亲自见面（直接接触）或通过电话和书面通信（间接接触）而实现。〔7〕并且，依据《家庭法》第65DAA条规定，法院应考虑在一定情形下让子女花相同的时间或实质性重要时间与父母各方在一起。〔8〕

（二）“接触令”之主要内容

1. “接触令”的申请人及义务主体

根据《家庭法》第65C条的规定，可以申请养育令（含“接触令”）的主体，包括：子女的父母一方或双方；子女；子女的祖父母、外祖父母；与子女的照管、福利或成长有关的其他人。〔9〕“接触令”是法院作出的命令，依该命令，享有接触权的人有权依规定的时间、方式与子女相互接触，与子女居住的父母一方应当配合此接触。因此，“接触令”的义务主体是与子女共同居住的父母一方。

2. “接触令”的内容

根据《家庭法》65N、65NA规定，任何人不得妨碍或阻止某人与子女依据命令相聚或干涉某人与子女依据命令相聚。任何人不得妨碍或阻止某人依据命令与子女交流或干涉子女及某人依据命令彼此进行交流。〔10〕

3. 违反“接触令”的法律后果

根据《家庭法》第65Q、65S条的规定，基于子女与某人相聚，或者子女与某人交流的“接触令”规定的有关当事人的申请，法院有合理理由确信某人（即“被指控的嫌疑人”）违反了该命令所设定的义务，法院可以签发命令，授权逮捕被指控的嫌疑人。被逮捕的嫌疑人应在临时拘留期间（24-48小时内）出庭受审。法院应依据该法第13A章有关不遵守命令的相关制裁规定，给予处罚。〔11〕

二、澳大利亚子女“接触令”的执行情况及其改进的建议

1998年6月，澳大利亚家庭法立法会（以下简称立法会）通过征询各方的意见书，对“接触令”的执行和处罚情况进行了调查，撰写了《子女接触令——执行和处罚》的报告，针对“接触令”实施中存在的问题，提出了改进的建议。

（一）《子女接触令——执行和处罚》的调查情况

1996年-1997年，该立法会对家事法院案件的裁判结果进行了调查。该调查的结果表明，有关执行和处罚违反家事法院命令的大多数问题，都与分居的或离婚的父母接触子女的命令有关。并且，该立法会还审阅了943份向联合专责委员会提交的意见书。这些意见书来自社会各界的团体或个人。这些意见书为立法会撰写该报告提供了某些启发。例如，在收到的意见书中，其中有很大一部分就提出，对子女接触纠纷案件中争议的问题，或许通过法律顾问或调解员能够得到最好的解决，而不是通过司法诉讼程序。此外，该立法会的中期报告关注的焦点主要集中在与“接触令”的执行有关的问题，其提出有必要对处罚违反“接触令”的行为制定进一步的建议措施。因此，该立法会指出，《子女接触令——执行和处罚》的报告应当与它的中期报告：《执行和处罚》（1998年3月），一起阅读。在该中期报告中，立法会列出了一项历时两年多的调查的结果，该调查当中涉及600个该期间提交给家事法院的案件。这些被调查的案件提供的数据包括：申请执行“接触令”的人的特征，申请所涵盖的事项类型，法律代理，咨询的使用，法院的判决和处理申请花费的时间。并且该中期报告还讨论了一些立法会已经确定的可行的解决问题的方法。例如：是否需要为管理执行申请设立一个新的制度，为了执行“接触令”而使用令状，为了对违反“接触令”的强制执行而委任执法人员等。正是随着中期报告的公布，通过公众咨询的程序，立法会获得了相关信息和意见的帮助，针对“接触令”实施中的问题提出了它的改进建议。

（二）“接触令”的执行和处罚中存在的问题

1. 子女拒绝接触

在澳大利亚法律委员会的意见书中指出，需要从子女的角度来看待一些复杂的因素：因为子女的作用是至关重要的。不少子女有可能抵制参加接触。他们抵制的理由可能极为复杂。随着子女的成长，他们的独立性得到发展，他们其中的不少人并不想花费很多时间与父母任何一方在一起，特别是在这些时间占用了他们社交、运动、受教育的时间的情况下。如果接触地点远离子女的居住环境，情况可能会更加严重。如果子女拒绝与父母一方接触，这使与子女同住的父母一方也毫无办法。

2. 父母双方常见的问题

有一些意见书指出，父母双方都能因为不遵守协议而违反“接触令”。例如：“接触令”赋予父母双方在接走和送回子女方面负有相同的责任。一个有接触权的父母在接触子女后就不送回子女而违反命令的概率，就如居住父母不提供子女进行接触而违反命令的概率一样多。经常有这样的情况，与子女居住的父母一方准备好子女并等待着另一方，而另一方却没有来，或迟到或在最后一分钟打电话来取消了此次接触。在此情况下，与子女同住的父母一方可能会做出决定，他们的子女正经历着不必要的和可以避免的失望，而最好的方式就是完全拒绝接触。以后，他们便会采取违反命令的行为。总之，当子女接触出现问题时，一些居住父母并不是没有过错，有时候父母双方都促成了他们所经历的问题。

3. 家庭暴力

有时，“接触令”被一个暴力分子用来继续骚扰和虐待他的前配偶，这样的案例很多，甚至当暴力羁留命令已经作出，这样的情况也偶尔会发生。

4. 现有的处理子女接触纠纷的制度存在问题

该立法会在中期报告中提出的案例，很好的解释了这一点，即法庭程序能够被某方当事人利用。例如，它们能够被一些父母用来惩罚他们的前配偶或者用来夺取他们之间持续的争执的胜利，这与《家庭法》为鼓励父母双方为子女的最大利益而合作所专门设计的第七章之立法理念是相悖的。

（三）《子女接触令——执行和处罚》报告的建议

限于本文的论题，我们以下仅对该《执行和处罚》报告中有关探望权的建议进行阐述。该报告共提出15项建议，其中对我国探望权制度的完善有重要启示的建议如下：

1. 建议实施公众教育计划

该报告提出，应当建立一个有关子女接触的公众教育计划。该计划应当关注普通的公众、法律界和其他相关人士，并应当包括子女接触、“接触令”和“接触令”的执行及其他有关事项。尽管此建议最初会带来相关费用的增多，但对当前制度运作的任何改进都将带来远期费用的减少。该公众教育计划的目标应当是强化子女的权利，即保证子女定期与父母双方以及其他对子女进行照料、与子女的幸福和发展有关的人进行接触。普通公众应当理解，夫妻分居后，与子女同住的父母一方并不能为另一方父母，或其他因为该婚姻关系而可以接触该子女的祖父母和亲戚设置条件。

2. 建议主要采取诉讼外的纠纷解决方法

该报告建议，凡属维持与子女接触有困难的父母，应有此选择权，即可以委任一名法律顾问或调解员，在任何可能和适当的情况下，开始和推进补救性行动。并且，在适当的案件中，在有关法律顾问或调解员被委任之后，就立即采取行动，查明“接触令”被违反的原因，并帮助父母们协商解决的办法。

3. 建议给予审理接触执行申请的法官必要的援助

该报告强调，需要采取多种措施来确保法官有权接受专门的和全面的培训，并给予他们所需要的设施和支持。审理“接触令”执行申请的法官应当获得以下援助：获得全面的和专门的培训计划；供给足够的信息和资源材料，包括最新的法律和手册；提供一个二十四小时的咨询帮助热线，使他们能够寻求来自家事法院的紧急建议；通过咨询、调解和家庭报告服务而有助于法庭审理等。

4. 建议使用标准的“接触令”并在命令中使用警告

该报告认为，如果使用标准的“接触令”（即格式化的“接触令”），将有助于消除或减少命令中含糊的用词对执行造成的影响。该报告建议，家事法院通过咨询司法官员、法律顾问、调解员，以及当事人和其他为法庭命令进行工作准备的人员，从而使标准的“接触令”被使用。并且，其认为，在命令上应当有批注，以适当的语言做出警告，指出违反“接触令”的严重后果，并解释有关“接触令”的信息，告知当事人有违反“接触令”的行为时将发生何种法律后果。

5. 建议采用三个层次的方法来处理违反“接触令”的行为

该立法会在中期报告中指出，在处理与子女接触的纠纷中，一个单独的处罚方法有严重的局限性。因此其建议，需要采用三个层次的方法来处理违反“接触令”的行为：一是预防性措施。其包括通过法律顾问或调解员，指导离婚或分居父母之间的交流，以及法官在做出命令时告知父母各自对子女的责任。另外，公众教育计划也应当被包含在预防性措施中。二是补救性措施。其包括当父或母照顾子女有问题时，参加一个养育子女的技能课程；在某些案件中强制父母参加咨询；当一方当事人反复违反命令时，责令违反者支付另一方当事人为联系接触子女而支出的费用；设立有关子女需要的教育讲习班，以帮助一些经历子女接触问题的夫妻。三是惩罚性措施。目前违反接触命令的处罚主要是依旧的刑事处罚。该立法会认为，在某些时候增加处罚措施是必要的，包括赋予法庭对有违法行为的与子女同居父母一方向法院交付一定款项的权力，或发出交付子女给另一方父母的返还令，以及要求违反命令者向法院提交保证金。

6. 建议在家庭法中纳入有关子女接触的专门规定

该报告指出，子女接触问题是独特的，制作“接触令”与违反“接触令”，都需要适用特别的规定。因此，专门的独立于其他法院命令的规定，应当被纳入家庭法中，以便规定妥善地解决这些问题的事项。

（四）对《子女接触令——执行和处罚》报告的建议之评析

1. 实施公众教育计划，有利于预防和减少违反“接触令”行为的发生

通过公众教育计划，能够明确这样的后果：违反法庭命令将会受到严肃的处罚，故意的漠视法庭命令将会被给予相当、适当的处理。然而，仅有法律的规定是不够的，还应有一种尊重探望权、并为探望权的行使提供各种方便的社会条件。〔12〕实施公众教育计划，能够使分居或离婚的父母们懂得，分居或离婚后，不与子女居住的父母同样有探望子女的权利，不应当为他们探望权的实现设置障碍。这样有利于预防和减少违反“接触令”行为的发生。

2. 采取诉讼外的纠纷解决方法，有利于化解父母双方的矛盾和维护子女利益

如果对“接触令”执行纠纷，主要采取诉讼外的纠纷解决方法，通过法律顾问或调解员的介入服务，就能帮助父母解决某些阻碍他们合作的问题，并在此基础上促成双方对“接触令”的行使达成共识。除了达成有关子女接触的协议外，法律顾问或调解员还可以依据当事人个人的具体情况，给父母双方提供需要的信息，如在任何一方当事人违反命令时，可采取何种救济，并强调违反法庭命令的严重性。在发生与“接触令”的执行有关的问题时，法律顾问或调解员还能够帮助当事人。这些都有利于化解父母双方的矛盾和维护子女利益。

3. 给予法官必要的援助，有助于法官做出更加合理的裁判

法官不是万能的，尽管法官精通法律，但他们不一定对案件的全貌有细致的了解，尤其是在棘手的案件中，引入法律顾问协助法官，能够使法官获取更多的信息和了解更多的细节，这将减少子女接触案对法律援助的需求；供给法官们足够的信息、资源和二十四小时咨询帮助热线，以及对他们进行专业培训，可以使法官们在遇到问题时及时获得帮助，有助于其及时做出正确的裁判。

4. 标准的“接触令”和包含警告的“接触令”，有利于当事人对命令的理解和执行。

对“接触令”的制定，如采用格式化的标准命令，能够减少或消除法庭命令的含糊和漏洞，可使得双方当事人能够清楚的了解各自的权利义务，避免纠纷的发生。并且，在命令中明列违反该命令的后果，这会使当事人意识到其违法行为将会有何后果。“接触令”中包含的警告，既可以警示接触子女的父母一方严肃的对待命令，如果违反，则有可能导致“接触令”被暂停或撤销；也可以让与子女居住的父母一方知道，如果其违反该命令，可能导致居住令被暂停、撤销甚至转换。这有利于双方当事人对命令的理解和执行。

5. 采用三个层次的方法预防和处罚违反“接触令”的行为，有利于子女与父母相互接触权的实现。

由于采取单独的处罚方法可能有局限性，在考虑一个特殊的处罚是否适当时，考虑子女的利益是非常关键的，而施加一个处罚可能会产生相反的效果。例如，如果接触的父母一方导致与子女同居的父母一方受到处罚，就可能强化与子女同居的父母一方不让子女拜访他方父母的意愿。所以，对于违反“接触令”的行为，应当采用三个层次的方法来预防和处罚。首先，采取“预防性措施”。通过法律顾问或调解员的服务，促使父母双方交流沟通；法院在命令中告知父母对子女的责任；通过公众教育计划提高民众的法律意识等措施，都体现了“预防为主”、“教育为主”的精神。其次，采取补救性措施。例如，当子女处于父亲或母亲的照顾下，父母一方有欠缺适当照顾子女的能力问题时，让其参加一个养育子女的技能课程，可以帮助父母培养抚育子女的能力，有利于子女的健康成长。又如，设立有关子女需要的教育讲习班，可以帮助一些经历子女接触问题的夫妻。这些都体现了“儿童最大利益原则”的要求和“以人为本”的立法理念。第三，采取惩罚性措施。法院的惩罚性措施，不仅包括采用传统的刑事处罚，还包括命令与子女接触的父母一方或与子女同居的父母一方如有违法行为时向法庭交付一定款项（保证金）。如果在一个指定的时期内，该父母一方遵守命令，则可以将这些钱原额退还；或在适当的案件中，发出交付子女给另一方父母的子女返还令。惩罚措施的多样性，使不同层次的违反“接触令”的行为受到不同的区别处理，这使法院的命令更容易被当事人心悦诚服地接受，有利于子女与父母相互接触权的实现。

6. 在家庭法中纳入有关子女接触的专门规定，有利于知法、守法、执法

父母与子女的接触问题是独特的，独特的问题需要独立的专门条文进行规制。在家庭法中设立专节对父母与子女的接触问题具体地规定，这既有利于当事人知法、守法，父母双方协商后妥善地处理相关问题，以预防违反“接触令”行为的发生；又能让法官在处理子女接触纠纷案件时，有法可依、违法必究。

三、我国探望权的立法现状及不足

前述澳大利亚的子女“接触令”，是针对父母离婚或分居后，不与子女生活的父母一方或其他亲属对子女行使接触权包括会面交往、探望等权利的规定。在我国，2001年修正后的《婚姻法》中也有对探望权的规定。

（一）我国探望权的立法现状

我国2001年修正后的《婚姻法》第38条规定：“离婚后，不直接抚养子女的父或母，有探望子女的权利，另一方有协助的义务。行使探望权的方式、时间由当事人协议；协议不成时，由人民法院判决。”探望既包括直接见面或短期一起共同生活，也包括交往，如互通书信或电话、互送礼物或照片等。〔13〕

关于探望权的中止，该法第38条第三款规定为：“父或母探望子女，不利于子女身心健康的，由人民法院依法中止探望的权利，中止的事由消失后，应当恢复探望的权利。”

关于探望权的强制执行，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》（以下简称《婚姻法解释（一）》）第32条规定：“对拒不执行有关探望子女等判决和裁定的，由人民法院依法强制执行，是指对拒不履行协助另一方行使探望权的有关个人和单位采取拘留、罚款等强制措施，不能对子女的人身，探望行为进行强制执行。”

（二）我国探望权的立法之不足

父母对子女的探望权，是我国2001年修正后的《婚姻法》新增规定的内容。探望权的设立，为未与子女共同生活的离婚父母一方与子女保持正常联系与交往提供了明确的法律依据。然而，我国现有的探望权立法仍有以下不足：

1. 探望权之权利主体的范围过窄

我国《婚姻法》仅将探望权赋予已离婚的夫妻。然而，现实生活中我国有一些虽未离婚但因感情不和而事实上分居的夫妻。夫妻分居时，受抚养的子女不能同时与父母双方共同生活，而只能与一方父母同居生活。这就涉及未与子女共同生活的父母一方与子女的交往和探望问题。有些分居的夫妻在双方矛盾激化时，子女有可能成为一方报复另一方的工具，与子女同住的父母一方不让另一方探望子女，这对于缓和夫妻矛盾、保护子女利益都是不利的。因此，我国有学者早在20世纪90年代就提出探视权人应当包括因夫妻分居而未与子女共同生活的父母一方。〔14〕并且，我们认为，从子女的角度来看，子女作为与父母相互交往、探望的一方，也应当是探望权的权利主体。

此外，关于祖父母、外祖父母是否享有探望权？目前我国专家学者对此问题的看法不一。有学者认为，祖父母、外祖父母不享有探望权，“无限扩大探望权主体的范围在立法上是不可取的”。〔15〕有学者却指出，尤其是在祖父母或外祖父母的子女不在身边或已去世的情况下，祖父母或外祖父母却不能探望孙子女或外孙子女，这是很不人道的。〔16〕还有学者亦认为，在父母离婚后，只要能够证明探视有利于未成年孙子女、外孙子女的最佳利益，应当允许祖父母、外祖父母与孙子女、外孙子女继续正常交往。〔17〕我们认为，应当基于“儿童最大利益原则”，处理父母及

其近亲属对儿童的探望问题，即是否允许父母或某近亲属的探望，应当首先考虑是否有利于儿童的健康成长。正如澳大利亚《执行和处罚》报告中指出的“与子女同住的父母一方并不能为父母另一方，或其他因为该婚姻关系而可以接触该子女的祖父母和亲戚设置条件。”因此，无论孙子女、外孙子女是否由祖父母、外祖父母直接抚养，无论祖父母或外祖父母的子女是否在其身边或是否已经去世，基于家庭的亲情和伦理关系，祖父母、外祖父母应当是探望权的权利主体之一。当然，如果祖父母、外祖父母不当行使探望权，导致不利于儿童健康成长的，则应当依法中止其探望权的行使。

2. 探望权的立法较为分散

我国有关探望权的立法，如前述所述，散见于《婚姻法》第38条及《婚姻法解释（一）》第32条之中，现行《婚姻法》尚未设立专节规定探望权制度。我们认为，有关探望权的内容，我国现行法已经规定了探望权的主体（权利主体和义务主体）、探望权的行使、探望权的中止与恢复、探望权的强制执行。但由于立法被分散在《婚姻法》与司法解释中，不便于群众知晓，从而难以达到让广大人民群众知法、守法的目的。

（摘要）：遗赠扶养协议制度的不足与养老功能的扩张——以立法完善为视角

《法治研究》2013-11期，吴国平（作者简介：吴国平，福建江夏学院教授、发展规划处处长，厦门大学硕士生导师。）

摘要：我国《继承法》规定了遗赠扶养协议制度，但现行遗赠扶养协议制度还存在一些不足，影响其养老功能的发挥。建议从立法上加以完善，包括建立继承合同制度，确认继承扶养协议的法律效力，扩大遗赠扶养协议的主体范围，增加遗赠扶养协议的权利义务内容，明确遗赠扶养协议的生效要件和效力，明确遗赠扶养协议的解除方式及法律后果，以使遗赠扶养协议成为老年人最喜爱的养老合同之一。

关键词：遗赠扶养协议 不足 养老 功能 立法

自由与正义的追问——评夏吟兰《离婚自由与限制论》

2014年2月11日 中国民商法律网 陈明侠：

这是一个学者、一个法律人对社会的责任、对时代的担当！拉特利奇法官曾说过：“我相信法律。同时我也相信自由。法律、自由、正义——这三者是我信念的目标”。我想，这也是我们每一个法律人信念的目标

自人类进入文明社会，自由与正义就是人们不懈的追求。要自由还是取正义？或是两者皆可兼得？如果仅从哲学层面上看，这不过是个抽象的理论问题。但若落实到制度层面，就需给出清晰具体的回答——离婚自由是当事人的个人自由吗？它与社会正义之间的关系是怎样的？法律是否应当对离婚自由作出限制？是否存在可以兼顾个人自由与社会正义的离婚制度？

《离婚自由与限制论》通过对离婚制度进行冷静而理智的体系化、制度性的思考和探究，完成了对自由与正义的价值对比和考量，构建了相对完善的离婚衡平机制。这种衡平，不仅仅是离婚制度内部具体机制的衡平，更是自由与正义两种基本价值间的衡平。以自由与正义的理念审视离婚制度，以离婚制度的重构实现自由与正义的衡平，这种思考难能可贵，这部著作值得细细品读。

自由与正义的辨析

婚姻的自然属性决定了婚姻自由(包括离婚自由)具有天生的正当性。本书的开章，作者即为我们展示了一幅人类追寻离婚自由的画卷。从夫权制度下的片意离婚，到欧洲中世纪的禁止离婚主义，再到限制离婚主义，最终至自由离婚主义，但任何自由都不是绝对的，况且离婚自由的发展进路及其所引发的离婚率增高、离婚妇女及其抚养子女贫困化加剧以及人们对婚姻信心的降低等社会问题又反复地表明并告诫我们：离婚自由不能是无限的“完全”的自由。有学者认为：从历史上来说，“婚姻关系的产生与婚姻形式的演进是人类在自然选择规律与社会生产状况的共同作用下自觉限制两性关系的结果”。“婚姻制度正是要使人类在两性关系上的自由天性相容于社会文化，服从于社会秩序”。而正如罗尔正义论中所述：“婚姻制度有其特定的价值追求，这就是正义”。因此，离婚自由作为婚姻制度的一部分必须接受社会正义的价值考量标准。

经过历史地考察与实证地分析，作者指出，“个人自由包含于社会正义原则所要分配的对象中，社会正义要保障个人自由，……但当这种个人自由造成不平等的实质后果时，社会正义原则要求给予弱者以救济”。将这一论断映射于离婚制度，可得：“法律在调整离婚关系时所面对的恰是这两方面的价值判断与选择：一方面是提起离婚的当事人所秉持的‘自由’价值观；另一方面则是在解决争端时须在双方当事人之间实现的‘正义’和在判决离婚时须在当事人与其他利害关系人之间实现的‘正义’”。

离婚衡平机制的构建

既然个人自由与社会正义是离婚法律制度所要面对的基本价值判断与选择，那么如何能在制度内部实现这两种价值的自洽呢？作者创造性地提出了“衡平”的概念。以作者之见，衡平一方面有公平、正义、公道、公正之意，另一方面又是“对严格法原则的缓和，以符合实质公正的目标”。其实，衡平概念古已有之，衡平与司法制度的结合也早有实践，但将这一概念引入离婚制度，以此来实现自由与正义的基本价值，就不能不说是一种创新了。同时，这一概念的引入之于中国的离婚制度则更具现实意义。因为，它不仅与我国传统法律文化中和谐、公正的基本观点不谋而合，也更契合了婚姻家庭的伦理属性，尤其是中国传统婚姻家庭观中“亲”、“和”、“慈”、“孝”的价值取向。

作者将离婚衡平机制视作“离婚制度中自由与正义的博弈”。她认为，“离婚法所要实现的正义就是要在保障离婚自由的前提下，通过对离婚当事人中弱者的利益予以救济，所受的伤害予以补偿，最终达到各方利益的平衡”。作者所构建的离婚衡平机制包括“在特定条件下对离婚自由进行适当的限制，在离婚财产清算时对弱势一方的倾斜规定，以及通过离婚经济帮助、离婚损害赔偿等救济方式最终实现正义的目的”。

形式正义向实质正义的迈进

离婚衡平机制下所要达到的正义并非制度意义上的形式正义，而是要通过制度设计达至最终的实质正义。正如罗尔斯所说，一个正义的社会，应当符合两项原则：一是自由的原则，二是差异的原则。一个致力于实现实质正义的法律制度理应对不同利益群体的诉求有充分的考量。本书作者在进行制度设计的过程中运用社会性别分析方法以及子女最大利益原则的视角，填补了原有制度的性别盲点，打造了离婚制度由形式正义向实质正义迈进的通路。

社会性别研究方法的运用是本书的一大亮点。作者以社会性别视角审视离婚财产清算体系，她敏锐地看到：“在经济、社会的转型时期，我国妇女整体经济地位低于男性，……，离婚妇女在‘婚姻市场’上大大贬值，再婚困难；离婚后，未成年子女多由女性抚养，只均等分割共同财产，将会导致女方和子女非常不利的后果”，进而提出“在坚持以均等分割为基本原则的前提下，还应当增加公平原则”，以达至实现法律公平正义之目的。

在进行社会性别的观察与思考之后，作者又以“子女最大利益”原则为标尺，检视了传统的离婚亲子关系立法，构建了新的离婚亲子关系制度。作者提出，离婚亲子关系立法应当由父母本位过渡至子女本位；要将子女作为权利主体，肯认他们的生存权、参与权以及发展权；要将“子女最大利益”置于“父母的法律权利”之上，使子女的权利和利益真正成为父母的责任和义务，“实现父母离婚自由与子女最大利益的均衡”。

单以评判学术著作的眼光看来，这部作品立意深远、资料翔实、论证充分透彻、思路清晰严谨、综合运用多种研究方法，确是近年来学界少有的研究离婚制度的佳作，无论是对我国婚姻家庭法学的发展还是对婚姻家庭立法的完善，都有着不可小觑的现实意义。

作为同行，我更为作者的这种追求正义、关注现实、心系弱者的情怀所感动。这是一个学者、一个法律人对社会的责任、对时代的担当！拉特利奇法官曾说过：“我相信法律。同时我也相信自由。法律、自由、正义——这三者是我信念的目标”。我想，这也是我们每一个法律人信念的目标。

【作者简介】中国社会科学院法学研究所研究员。

出处：法律信息网

虚拟财产继承的理论及立法问题

2014年2月14日 中国民商法律网 梅夏英 许可 对外经济贸易大学

关键词：虚拟财产，继承，财产权用户协议，隐私

内容提要：网络虚拟财产继承是我国《继承法》修改中难以回避的议题之一。基于概念明晰性、规则可操作性和体系完备性的立法要求，虚拟财产须具体化为“虚拟入口”和“虚拟资产”两类财产，并应以此为前提，逐步确立虚拟财产的财产属性、消除用户协议对虚拟财产继承的限制、化解虚拟财产继承与用户隐私的潜在冲突，设计出既贴合我国现有法律、又能回应网络新型社会关系的虚拟财产继承制度。

从2011年11月QQ号码继承争议到2013年3月淘宝网“店主过世网店过户”细则制定，{1}由互联网衍生的种种“虚拟财产”{2}在遭遇性质和归属认定、买卖与盗窃讼争等法律困境之后，再次给立法者带来挑战。随着我国《继承法》修改工作的推进，是否以及如何将“虚拟财产继承”纳入《继承法》之中，从而对网络时代的继承问题作出整体回应，无疑成为修法过程中不可回避的一个问题。而在进行制度设计之前，首当其冲的是一系列理论上的疑难：（1）如何对虚拟财产作明晰的法律界定？（2）虚拟财产是否属于我国《继承法》规定的“合法财产”？

（3）用户协议能否限制虚拟财产的继承？（4）网络服务提供者可否基于用户隐私权拒绝继承人的继承要求？本文试图对这些问题逐一加以理论上的检视，以期在消解虚拟财产继承之学理滞碍的同时，裨补于我国《继承法》及相关制度的完善。

一、虚拟财产的法律界定和财产属性

（一）虚拟财产的内涵

虚拟财产植根并生成于由互联网和计算机代码，在某种意义上，虚拟财产即“依附于虚拟世界，以0与1之位元的数字化形式存在且能为人力所支配的信息资源”。{3}然而，并非所有信息资源都在虚拟财产的指涉范围内，在美国学者Joshua Fairfield看来，只有同时满足竞争性、永久性、互联性特征的信息资源才构成一项完整的“虚拟财产”。{4}所谓“竞争性”，意指就特定的虚拟财产，只有所有人可以占有并排除他人控制。电子邮件地址便是最好例证之一，因为没有两个人可以同时拥有一个邮箱。所谓“永久性”，意指在网络用户退出登陆或关闭计算机时，虚拟财产并不会随之消失，当用户再次上线时，其仍将显示在其控制的账户或其他相关目录之中。仍以电子邮箱为例，即使用户很少使用，他仍能合理信赖其账户将不时接收并一直保存邮件信息。最后，“互联性”使得特定虚拟财产能够被多个用户所观察、访问、体验，这也正是互联网络特有的人际互动这一本质特征之反映。就此而言，电子邮箱也是互联性的，因为人们可以通过系统规则与之发生联系。总之，“竞争性”祛除他人随意占有、使用的恐惧而促进了对虚拟财产的投资；“永久性”通过确保虚拟财产的长期存在而为投资提供了保障；“互联性”则凭借

网络聚集效应提升了虚拟财产的价值。不难发现，虚拟财产的上述特征与传统有体物好像如出一辙，但在虚拟世界中/一切行为和事物均需透过编译代码予以实现，而在普通用户并不具有直接编译底层代码能力的环境下，其对虚拟财产的取得、使用和移转无不是网络服务提供者对程序、软件乃至网络硬件不断投资的结果。故而，虚拟财产不仅像传统财产那样面临所有者和其他人之间的冲突，还必须平衡用户和网络服务提供者之间的利益。虚拟财产这种多元主体共同创造的特色，使得我们有必要引入另一个标志——“用户可使其增值性”(Value-Added-by-Users)。^{5}

“用户可使其增值性”意味着用户有权以网络服务提供者允许的方式使用信息资源，从而实现个性化和某种程度的改进。举例而言，当用户初次进入“大型多人在线游戏”时，他就可以取得服务提供者设定的一个标准账户，但只有用户积极增加游戏角色经验值、搜集游戏装备、征服游戏怪物，该等账户才由“一张白纸”逐渐丰富。由于账户所承载的财富和等级的提升，无论是对用户（从主观效用的角度）还是对第三方（从市场交易的角度），账户的价值都因用户的行为而增长了。但必须提醒的是，与其说账户的虚拟财产属性源于用户耗费的时间、金钱、体力、脑力，毋宁说账户本身“可被增值”的性质创造了虚拟财产，因为对特定资源的付出和努力并不能自然而然地取得相应权利，恰如涂鸦者无法通过涂鸦获得对建筑物的财产权。可见，“用户可使其增值性”有效协调了用户和网络服务提供者彼此的关切：一方面，用户获得了对虚拟财产的安全感、效用体认与价值确信，从而激励其投入时间和精力；另一方面，网络服务提供者亦因用户在线时间的延长、支付费用的增多和虚拟财产的创新而获益。

将虚拟财产理解为依附于虚拟世界，以数字化形式存在且能为人力所支配、兼具竞争性、永久性、互联性和用户可使其增值性的信息资源，只是明晰概念的第一步，基于法律确定和可操作的考量，仍有必要进一步梳理虚拟财产的外在表现形态。

（二）虚拟财产的外延

毋庸讳言，在网络技术不断发展、产品生命周期不断缩短的“新摩尔定律”(Geoffrey Moore)作用下，试图以列举方式一劳永逸地穷尽虚拟财产是一个不可能完成的任务。因此，对虚拟财产的法律描述固然要切近经验性的微观材料，但更需要适度抽象以包容未知的、尚待发展的虚拟财产种类，可同时避免过分体系化造成的“一般性理论”。在此，本文尝试着使用“虚拟入口”和“虚拟资产”这两个“中层概念”来把握虚拟财产的边界。

作为现实世界和虚拟世界的连接，“虚拟入口”即用户接入网络空间的关卡，其通过创制一个新的节点和一条可交换路径使得用户在虚拟世界里被发现、被承认，进而成为合格的信息资源提供者和搜索者。^{6}一般来说，虚拟入口可以是一个已注册的“在线账户”，也可以是一个已被编码索引的网页地址。详言之，“在线账户”系由用户排他性独占的、用以接受网络服务提供者无偿或有偿在线服务的身份识别凭证，根据服务内容的不同，可以进一步分为电子邮件账户（如网易邮箱账户）、社交通讯账户（如QQ号码）、社交媒体账户（如新浪微博账户）、网络游戏账户（如魔兽世界账户）、文件存储和分享账户（如网盘账户）、商业账户（如淘宝网店账户）、网上商城账户（如亚马逊网上商城账户）以及软件许可证等等；“网页地址”则指用户通过注册、购买、租赁或授权等方式取得的、用以向他人提供和接受信息的网络资源名称标识。^{7}

根据“通道—内容”的区分原则，我们可以把“虚拟资产”视为“虚拟入口”背后存储在网络服务器上的种种信息实体。若用电子邮箱来类比，电邮地址是“虚拟入口”，而电子邮件便是“虚拟资产”。在数字化生存的当代，举凡相片、音频、视频、文稿等，无不以数字化形式在虚拟世界中显现，而在“虚拟社区、虚拟创造物和虚拟经济体”中的虚拟角色、虚拟装备、虚拟动植物、虚拟货币等更是虚拟资产的重要组成部分。^{8}需要说明的是，该等虚拟资产与其背后的知识产权并行不悖，前者是客观可见的数字信息，后者是必须通过抽象思维才能加以感受和消费的精神产品。^{9}正如书或唱片的购买者取得的只是一本书、一张唱片等“作品载体”的所有权而不是“作品”的著作权，用户对虚拟财产的权利亦不会威胁和排斥内含于虚拟财产中的知识产权。

（三）虚拟财产的财产权属性的证立

自“虚拟财产”这一概念诞生以来，其“个人财产”的性质已经得到了广泛的认可。从经济学面向观之，用户对虚拟世界的持续投入来自于虚拟财产的稀缺性，这种稀缺性赋予虚拟财产以经济价值并激发了在线和离线的交易市场。任何交易都需要对买卖双方各自的权利加以厘定。经验研究已经证明，法律对虚拟财产不予承认将导致网络产业增长放缓、失业增加以及创新减少等不利后果。^{10}从法哲学面向观之，首先，虚拟财产系用户参与创造、改进和丰富虚拟世界，进而提升社会总体福利的基础，故而通过财产权维护这种对虚拟财产的“确定期待”将是效用最大化的途径之一；^{11}其次，虚拟财产是由用户付出努力取得，用户的付出不但使虚拟财产增加价值，还在某种意义上令其成为一种“创造物”，为其自己所拥有；最后，虚拟财产与用户的人格和自由不可分离，作为用户人格的延伸和自由意志的外化，虚拟财产与用户的联系远比网络服务提供者更为紧密，因此应属于用户的“外在自由”即财产权领域之内。^{12}尽管经济学和法哲学充分论证了虚拟财产作为个人财产的“正当性”，但如何在现有法律体系内肯认其作为个人财产的“合法性”，仍有待从财产的历史和实证两个层面剖析。

对财产的法律史考察早已发现：财产不是一成不变的，恰恰相反，它的意义和范围都是社会需求和互动的结果。^{13}19世纪以来资本主义的发展，使得财产的形式和种类遽然增多，股权、债券、保险单、商标、专利、版权、特许权、商誉和营业资产等无形财产大量涌现，甚至如养老金、福利资助、补贴等政府授予的福利都已成为新的财产

类型。财产的分散化、非物质化和专门化迫使人们放宽视野，摆脱“物”的束缚，开始从“纯然产生于控制交易的法律工作的那种无形但有价值的资源”{14}角度去理解财产。基于财产的观念化趋势，财产权不再是人对物的现实关系，而成为人与人之间的抽象“权利束”。现在人们普遍认为：财产权即因资源的存在所引起的资源利用，而为社会所接受的行为，诸如使用某资源、获得使用收益、改变其形式或转让某资源。{15}例如，美国财产法把财产定义为“一定条件下可以转让的具有经济或者销售价值的法律关系的集合体”。{16}德国民法亦将财产看做具有金钱价值的各种权利的综合体，所谓具有金钱价值，即以金钱为对价而让与或者必定产生金钱上可计算的经济收益。{17}就此而言，现代意义上的财产法已经成为“财富法”，虚拟财产作为网络社会中的重要财富，自然被涵摄其中。另外，鉴于财产是所有权、债权和其他具有金钱价值权利的综合，无论将虚拟财产界定为物权、债权，还是知识产权或其他新型权利，{18}均应在财产范畴之内，当无疑问。

广义财产观同样为我国实证法所印证。《民法通则》第29条、第48条、第75条规定“财产”即自然人或组织的财产权利之全体，不但包括有体物（《民法通则》第71条、第117条），还包括所有权以外的定限物权（《民法通则》第5章第1节标题中“与财产所有权有关的财产权”），以及可得转让的、可以作为担保物权客体的财产权利（《物权法》第180条、第223条）。从我国《继承法》第3条的列举性规定和《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3条、第4条亦可推知，物权、知识产权、有价证券和债权均属“可继承财产”，因而虚拟财产可作为“财产”归入我国法律体系之中。至于在具体情况下，虚拟财产是否系特定个人的“合法财产”，仍应考量其取得行为是否违反法律强制性规定或公序良俗，如通过黑客、木马等非法程序获得的虚拟财产或存在于“私设服务器”上的虚拟财产均应排除在外。

二、虚拟财产继承与用户协议

作为虚拟世界的外来者，个人一般只能以“用户”的名义进入互联网络，而个人向用户转变的关键环节就是签署由网络服务提供者制定的《用户服务协议》和《最终用户许可协议》。前者侧重于（但不限于）规范各用户之间的权利义务，后者侧重于（但不限于）用户和网络服务提供者之间的法律关系。鉴于两者通常发挥着相似且互补的功能，本文将其统称为“用户协议”。在缺乏国家正式法律规制的虚拟世界中，用户协议往往被视为虚拟财产继承的首要法律依据。正因为此，在QQ号码继承争议中，腾讯公司径自援引《腾讯服务协议》（含附件《QQ号码规则》），根据“QQ号码的所有权属于腾讯，QQ号码使用权仅属于初始申请注册人。未经腾讯许可，初始申请注册人不得赠与、借用、租用、转让或售卖QQ号码或者以其他方式许可非初始申请注册人使用QQ号码”的约定，{19}认为死者徐先生的QQ号码只能由其自己使用，其他任何人包括继承人王女士均无权主张。

腾讯公司绝非孤例。只要对国内外各大网络公司的用户协议略加梳理，便不难发现，虽然它们并未直接涉及虚拟财产继承，但无论是电邮网站还是网游网站，均通过声称享有虚拟财产所有权、禁止用户转让虚拟财产以及将用户真实身份与服务绑定的方式，间接地限制了虚拟财产的继承权。鉴于用户协议实为由网络服务提供者通过计算机程序预先设定合同的全部或一部，以规定其与不特定相对人的权利义务关系，对方当事人必须点击同意键后才能订立的“点击合同”，属于我国《合同法》和《消费者权益保护法》中“格式合同”的一种。针对因用户协议所生的争议，本文拟采用格式合同的一般操作程序加以检讨，以期妥切处理用户协议对虚拟财产继承的限制。{20}

（一）影响虚拟财产继承的条款是否订入用户协议？

尽管格式合同无需相对人参与磋商，但具体条款仍需双方达成合意，方可构成协议内容。如相关条款未经用户事先审阅并同意，用户有权主张该条款不存在。对此须从如下方面把握：

其一，网络服务提供者是否采取合理的方式提示该条款。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》（法释〔2009〕5号）第6条，网络服务提供者在订立合同时采用足以引起用户注意的文字、符号、字体等特殊标识，则可认定其履行了提请注意义务。在实践中，用户协议或者以加载网页的形式自动出现在用户面前，如“京东商城”；{21}或者以“超链接”形式要求用户主动点击后才在新的网页上打开，如“当当网”。{22}后者往往通过“我已阅读并同意某协议”的选择框设置了“默示同意”规则，诱使用户不去阅读用户协议，而是径自点击同意；同时，考虑到用户协议所具有的“要么接受，要么走开”的性质，用户更加不愿为了不可修改的合同花费精力，只期尽快完成注册。即便在前一种用户协议直接呈现的场合，网络服务提供者对账户和信息的所有权及其使用限制等重大利害关系条款也多未采取令用户注意的显著形式。

其二，用户能否以合理的方式理解该条款。网络服务提供者不仅应向用户提供用户协议的文本，还应保证用户在付出了合理努力后能够理解协议条款。{23}为此，网络服务提供者应给予用户充分的机会以阅读、理解和审核合同。这首先要求用户协议尽量浅显易懂，避免艰涩的专业术语、非本国的语言和不恰当的缩写。其次，因用户协议并非在纸质载体上展现，网络服务提供者须采取便捷途径使用户易于查询并保存。最后，为避免用户过早地被用户协议约束，网络服务提供者最好实行合同订立过程的强行持续程序，即通过软件限制用户在用户协议上的最低停留时间，在预定时间届满后才能点击“同意键”。然而，我国许多网络服务提供者却并没有采用上述规则。例如，淘宝网、京东商城等网络服务提供者就用户协议既不提供下载服务，也没有专门页面展示用户协议，在用户签约后，难以再次找到和浏览用户协议。此外，网络服务提供者以吸引用户注册为首要目的，倾向于缩短而不是延长用户注册时间，从而力图将用户协议审查和用户同意操作相互独立。

其三，网络服务提供者是否就该条款作出必要说明。根据《合同法》第39条的规定，网络服务提供者除主动做出条款说明外，还须对用户的问题释疑解惑。但是，用户协议不仅系纯粹的“远距契约”，{24}而且是网络服务提供者通过程序设定自动作出意思表示的“虚拟交易”。用户协议的上述特征使得缔约过程实际是用户对协议的单方附从，既没有与网络服务提供者磋商，也不可能向网络服务提供者提出任何要求，网络服务提供者的说明义务形如虚设。

总之，对于用户协议中影响虚拟财产继承的条款，多隐身于“超链接文本”背后，淹没在繁琐拗口的条款之中，用户多未注意，而不知其存在；或虽知其存在，但并无阅读兴趣；或虽加阅读，因缺乏网络服务提供者的解释仍难以精确了解其法律上的意义。尽管各国多认为点击“同意键”便足以证明协议已经有效地签署，但在平均只有4%的用户阅读了用户协议的大背景下，{25}与其率然认定所有合同条款均具有拘束力，不如在权衡具体条款的提示方式、表述形式和网络服务提供者说明义务履行情况等诸多因素后，就个案做出判断。

（二）影响虚拟财产继承的条款是否具有解释余地？

若影响虚拟财产继承的条款可以纳入用户协议之中，那么，如何准确把握和阐明该条款的意义，进而确定、补充或修改合同内容便是下一步的作业。现有的用户协议并未直接就虚拟财产的继承问题作出约定，这属于合同本应规定却没有规定的“合同漏洞”。有漏洞便须填补，依《合同法》第61条第1款，首要的填补方法为“整体解释补充”，即把全部合同条款看作统一的整体，从各个合同条款的相互关联、总体联系和所处地位出发来补充这一欠缺。然而，由于用户在签约时对于服务合同的内容并无共同草拟或表示意见的机会，该整体解释方法应受下列格式条款解释三原则的制约：第一为“客观解释原则”，因用户对协议内容在主观上多采漠然态度，对条款的解释就不能仍拘泥于“当事人真意之探求”，而应以尊重用户为前提，依照社会上大多数人平易的、日常的观点去把握合同语句含义。第二为“不利解释原则”，《合同法》第41条后段规定：“对格式条款有两种以上解释的，应当作出不利于提供格式条款一方的解释”，目的在于促使网络服务提供者满足透明化要求，尽可能清楚明确地拟定合同。第三为“限制解释原则”，意谓格式条款应从狭义解释，在其不完备时，不得轻易类推适用其他条款以补充其不足，而应优先适用法律规范。{26}基于上述原则，兹以《腾讯服务协议》为例，对相关条款作出如下解释：

首先，从客观解释原则出发，该协议约定的用户禁止行为，如“赠与、借用、租用、转让、售卖、许可”的字面意义并不包括“继承”。其次，上述表述均指向“用户以自己的意思将QQ号码交给他人使用的行为”，没有涵盖因死亡这一法律事实而发生的QQ号码及其附属权利的移转。即便其中的“转让”一词存在“死后移转”的可能，不利解释原则也不允许采纳这种将用户置于更弱势地位的解释。最后，立足于限制解释原则，针对《腾讯服务协议》未涉及的继承事宜，不能把“QQ号码使用权仅属于初始申请注册人”扩大为“在初始申请注册人死亡时，继承人不得享有QQ号码使用权”，因为该条本为腾讯公司最大利益之边界，若将这一偏向于网络服务提供者的约定推而广之，则其必将获得超越格式合同的额外利益，对用户更为不公。因此，援引法律补充漏洞便成为适当的途径：在我国尚未明确虚拟财产权利属性的情形下，暂可以通过“法定的合同概括承受”制度来化解这一难题。虽然《合同法》并未就继承引致的第三人一并继受合同权利义务作出规定，但我国继承法实践已承认合同债权的可继承性，详言之，被继承人生前所产生的合同债权及其从权利，除非与被继承人人身密切相关，均可作为遗产由继承人继承。{27}另一方面，我国学者多赞成遗产不仅包括积极财产，还包括被继承人债务等消极财产。{28}因而，继承人在继承合同债权时，必同时继承其合同债务，此即因继承产生的“合同概括承受”。{29}总之，用户的继承人可以此为由，主张继承《腾讯服务协议》项下之全部权利义务。

（三）影响虚拟财产继承的条款是否因法定事由而无效？

以上论述主要着眼于用户协议没有约定“虚拟财产继承”的情形，倘若用户协议已对之明确禁止，则应审查该禁止条款是否有效，以确定其拘束用户之效力。综合《合同法》第40条、第53条、第54条可知，用户协议条款免除网络服务提供者责任、加重用户责任、排除用户主要权利的，该条款无效。但《合同法》对格式条款的内容控制范围过窄，未囊括本应无效的所有条款类型。{30}因此，我们拟采用“诚实信用”和“显失公平”作为判断用户协议条款效力概括性指针，这亦为大陆法和英美法之通例。{31}惟通常情况下，对用户显失公平者，无不违背诚信原则，而违背诚信原则的条款也多导致显失公平的结果，故以下将诚实信用和显失公平这两项审查标准合而论之。

1. 用户协议的订立程序显失公平。所谓“程序显失公平”，意指一方在合同缔结过程中违反诚信原则、滥用优势地位，使得另一方缺乏有意义的选择权或谈判权。{32}就用户协议而言，首先，网络服务提供者存在着相当程度的市场垄断。据调查显示，我国在搜索引擎、即时通讯、电子商务和第三方网上支付等领域已经存在以腾讯、百度和淘宝为首的、稳定的寡头垄断，这必然限制了用户选择相对方的自由。其次，由于网络服务的规格化，即使在市场竞争激烈的网络游戏网站中，各网游公司也经常使用类似甚至完全相同的格式条款，无论用户与何家签约，均面对相同的条款，用户对合同内容的形成自由亦无从谈起。更毋庸说，网络服务提供者有时还故意隐匿部分合同内容。

2. 用户协议的实质内容显失公平。“实质显失公平”指合同内容违反诚实信用要求，造成当事人权利义务重大且不合理的不平衡，而有害于一方的情形。{33}协议条款是否显失公平，应全面把握合同种类、性质、目的、风险、交易成本等因素，综合衡量双方当事人之利益而为判断。{34}一般而言，当一方使用格式条款使另一方抛弃权利或限制其行使权利，以至达到了“单边的”、“过分严苛的”后果，则足以认定其实质显失公平。{35}针对“禁止

虚拟财产继承”条款，鉴于虚拟财产不但具有经济价值，而且可能具有精神价值，如果一个“一般理性人”充分知悉用户协议事前排除了虚拟财产继承权，则其肯定会拒绝接受该等协议。其次，从双方利益状态观察，继承人一般能更有效地利用虚拟财产，并藉此寄托对逝者的哀思，较诸网络服务提供者，虚拟财产对其更具意义。况且，网络服务提供者亦没有向用户做相当补偿，以弥补其继承权剥夺之损失。故此，“禁止虚拟财产继承”条款系“不合理地偏向一方”，足以认定其实质显失公平而无效。

综上，在当前的用户协议未涉及“虚拟财产继承”的背景下，可通过补充合同漏洞赋予继承人对虚拟财产的继承权；在用户协议规定“虚拟财产禁止继承”的情形下，则利用格式条款的效力规则宣称相关条款的无效，以最大限度地保护用户权益。

三、虚拟财产继承与用户隐私

在祛除继承法与合同法上的障碍后，隐私权便成为虚拟财产继承的最后一道关隘。我国学者倾向于将涉及个人隐私的虚拟财产排除于遗产范围，{36}相关专家起草的《〈中华人民共和国继承法〉修正草案建议稿》亦规定涉及被继承人隐私权的互联网络虚拟财产不属于遗产。{37}然而，这一对用户隐私权的维护确实是合理的吗？

（一）虚拟财产和隐私权的关联性

作为个人对其私领域的自主权利，隐私权在网络时代也因时而变，其边界开始向虚拟世界延伸。美国哥伦比亚上诉法院已承认：网络工具被用作非法查阅个人信息便构成对隐私权的侵犯。{38}放宽视野来看，如果说隐私权区分为个人的生活私密和信息自主，那么，“虚拟入口”和“虚拟资产”两种虚拟财产类型恰好契合了这一隐私权范围的二分法。

首先，虚拟入口可以被视为网络上私人空间的入口，以不正当手段进入虚拟入口，正如不法人侵现实世界的生活领域，由此危害了个人的“独处权”，即自然人对于自己正常生活所享有的不受他人打扰的权利。在此意义上，对用户账号、密码的窃取不仅直接侵犯虚拟财产权，还间接侵扰了私人性的虚拟身份和精神状态。其次，虚拟资产中一部分与人格利益紧密相连，体现人的深厚感情和意志，例如，许多用户把“虚拟角色”当做自我形象塑造的一部分，甚至于更为认同他们网上的人格形象，而不是真实世界中的自我。此类虚拟财产由此转变为“为了人格的财产”。另一方面，“虚拟资产”中相片、音频、视频、文稿关系到用户个人生活的私人信息，无论这些信息以数字化形式存在抑或以传统可见形式存在，是信手涂鸦抑或传世之作，对用户有利抑或不利，用户都有权决定是否以及如何将其与他人分享。未经本人同意，其他任何人都无权以任何形式使用或公开上述信息。这种权利独立于表达思想、情绪或感情的虚拟资产本身，也独立于强调表达形式的知识产权，而应归入用户信息自主的范畴。{39}总之，作为用户在虚拟空间的化身和个性化表现，虚拟财产反映了财产权和人格权的融合，也为虚拟财产继承和隐私权的冲突埋下了伏笔。

不同于传统财产，虚拟财产的悖论就在于：继承人往往并不知晓相关账号和密码，其对虚拟财产的继承必须仰赖网络服务提供者的协助，而网络服务提供者遵守隐私协议及禁止向非授权人披露信息的法规，又不得不拒绝继承人的要求。在新近的案例中，一家美国法院基于《电子通信隐私法》，拒绝授权死者的家庭获取死者在 Facebook 里的账户。{40}此外，考虑到虚拟财产的价值日益上升，网络服务提供者势必有更强的激励诉诸隐私权以阻止虚拟财产的继承，形成事实上的“无主财产”，从而把虚拟财产掌握在自己手中。尽管网络服务提供者近期在公众压力下，不得不为过世用户设置“纪念账户”或提供“账户存储”，{41}但根本性问题并没有解决：法律是否应要求网络服务提供者承担维护死者隐私的责任？这一问题又可进一步细化为“法律是否保护死者隐私”以及“谁来承担这一维护责任”，在此有必要逐一讨论。

（二）法律保护死者隐私吗？

大陆法系传统见解认为，人死亡后，法律将不再保护其隐私等人格利益，因为权利能力始于出生，终于死亡，权利能力一旦消灭，同时丧失其为权利主体的资格，包括隐私权在内的人格权亦随之俱逝，不复存在。{42}同样，基于死者不会被侮辱的认识，传统英美法对于死后的隐私权保护也是陌生的。{43}英国普通法不能对死者的人格权提供任何保护，即使在严重侵害死者名誉的情况下亦是如此。{44}根据美国判例法，隐私权也因个人的死亡而丧失。{45}但在人格尊严价值提升、死者精神利益侵害案件多发的背景下，通过法律保护死者隐私日益为各国所接受。不过，因各国社会风俗、法律技术与司法环境的不同，对死者隐私的保护存在两种基本规范模式：{46}

其一为直接保护。在此模式下，受保护者系死者自身的隐私利益，且由死者所指定的人或亲属代为行使死者的防御请求权，即仅得请求法院排除对精神利益的侵害，而不能请求金钱赔偿。该等模式的理论基础在于“死者自己人格权继续作用说”，详言之，隐私权固然不得转让或继承，但死者的精神利益在一定范围仍然存在，为此，法律秩序得命令或禁止人民为一定行为，以保护可被侵害之利益，不问权利主体是否生存。

其二为间接保护。该等模式认为：对死者隐私的侵害系对死者近亲属虔敬追思感情的侵害，其可以自己的人格权受侵害请求救济，借此保护死者的隐私。对隐私权的间接保护避免了死者享有权利能力与现有法律的扞格，不但为我国的司法实践所贯彻，亦是我国学界的主流观点。

（三）谁是死者隐私的最佳维护者？

无论是直接保护模式还是间接保护模式，死者的继承人或近亲属等关系密切人士都是死者隐私的法定维护者。

问题是在虚拟财产这一特殊场景下，作为死者隐私实际控制人的网络服务提供者是否更为合适担任该角色？对此，我们认为：网络服务提供者占有虚拟财产的事实仅说明其应处于积极协助者的位置，而不是错误地成为保护隐私的主导者。{47}

首先，网络服务提供者系营利性法人，加之和死者无感情联系，根本没有因自身精神痛苦而向侵权者主张的可能，这必然转向“直接保护”理论以解释网络服务提供者的地位，但这又与我国关于自然人权利能力终于死亡的规定相冲突，缺乏法律体系上的融贯性。其次，网络服务提供者以大数据存储的方式对待虚拟财产，无从一一辨别其中所蕴含的隐私信息，更欠缺人力和物力去处理因过世用户隐私引发的所有纠纷。最后，在多数用户协议中，用户长期离线将导致账号的停用和信息的删除，即使在那些承诺长期运营的网络服务提供者也会因各种原因停止服务，以至于用户隐私要么化为乌有，要么面临权利真空，况且，要求网络服务提供者永久妥善保存用户隐私也未免使其负担过重。

与此相反，与死者关系密切人士在死者隐私维护上具有多重优势。一方面，他们在主观上一般对死者有着追慕之情，珍视死者的隐私并希望保全其社会形象；在客观上，他们与死者的人格紧密相连，非法侵害死者隐私或对死者生前人格的贬损也会令他们自己的人格尊严受损，更不必说死者与他们往往分享某些共同隐私。另一方面，他们可以通过虚拟财产了解死者的所思所想，收集过往的点滴和瞬间，乃至借此生成一个能够模仿死者一言一行的虚拟形象，在虚拟和想象中与死者互动，虚拟财产蕴含的个人信息由此构成了他们精神利益的重要组成部分。据此，与死者关系密切人士不但因情感或血缘联系具有了维护死者隐私的动力，而且因对死者的熟悉和对虚拟财产的精神价值获得了维护死者隐私的能力，更与我国间接保护实践相一致，首当其冲地成为死者隐私的守卫者。但是，这并不意味着网络服务提供者卸除了所有职责，虚拟财产独特的存在状态和运行方式决定其不仅负有消极的不侵犯隐私义务，还负有移转虚拟财产、保障网络安全等积极的协助义务。{48}

总之，网络服务提供者以隐私权为由拒绝虚拟财产的继承看似合理，实则误导。以上梳理证明：恰恰是与过世用户关系密切的人士才是占有和维护过世用户隐私的最佳人选。所谓“关系密切人士”系一个描述性概念，涵盖了用户的近亲属及其他关系密切的亲朋好友，用户遗嘱指定的继承人和我国《继承法》规定的法定继承人均在其内。{49}就此而言，用户隐私不再是网络服务提供者的挡箭牌，相反，它一跃变为继承人向网络服务提供者主张虚拟财产的有力武器。

结语：虚拟财产继承立法与我国《继承法》修改

尽管法律解释学已经打通了我国虚拟财产继承的管道，但为减少司法操作的不确定性，反映网络时代的变迁，满足社会生活的需求，在我国《继承法》修改时将虚拟财产继承定为明文，无疑有其重要意义。这里，尝试着以前述理论分析为基础，以美国各州关于虚拟财产继承的法律和议案为素材，{50}就虚拟财产继承的立法设计提出建议，以资参考。

（一）虚拟财产继承制度的构成

虚拟财产继承制度至少涉及虚拟财产继承的客体、虚拟财产继承的主体及其权利义务、虚拟财产继承的程序等。

首先，虚拟财产继承的客体就是虚拟财产，包括：（1）虚拟入口：电子邮件账户、软件许可证、社交网络账号、社交媒体账号、文件分享账号、财务管理账号、网络域名注册账号、网络域名服务账号、主页账号、网上商城、附属程序以及其他当前存在的或随着技术发展进步将产生的相同或相类似的互联网络账户；（2）虚拟资产：存储于互联网络之中的电子邮件、文件、相片、音频、视频、网络游戏中虚拟角色、虚拟装备、虚拟动植物以及当前存在的或随着技术发展进步将产生的相同或相类似的数字资产或产品。

其次，虚拟财产继承的主体包括继承人。继承人有权获取、操作、延期或终止任何被继承人死亡时所拥有的虚拟入口，有权获取、复制、处分或删除任何被继承人死亡时所拥有以及死亡后自动取得的虚拟资产，并应保护上述虚拟财产相关的被继承人隐私。网络服务提供者有权管理、运营虚拟财产，并应按照继承人要求保存、移转虚拟财产，除被继承人以电子签名和特别协商形式明确要求虚拟财产不得继承外，网络服务提供者不得以格式条款禁止虚拟财产继承。

最后，继承人应向网络服务者提供被继承人的死亡证明、合法的遗嘱或证明其与被继承人法律关系的的有效文件以及获取虚拟财产的申请书。网络服务者收到申请书后，应立即根据其后台数据就被继承人信息与其注册信息进行形式审查，在非实名登记的场合，网络服务者有权要求继承人提供足以辨识被继承人身份的其他信息。在审查无误后，网络服务提供者即应与继承人签署用户协议、变更用户信息，继承人依法继受被继承人在原用户协议项下的权利义务。为避免因继承人延误导致虚拟财产的丧失，网络服务提供者对用户虚拟财产的保管时限不得少于用户最后一次登录之日起两年，在此期间，网络服务提供者不得损毁、破坏、处分用户的任何账户或信息。

（二）我国《继承法》的修改和后续立法方向

我国对虚拟财产尚无明确的法律界定，这与虚拟财产的现实地位和公众的法律诉求相距甚远。建议在《继承法》第6条“遗产范围”中增添“虚拟财产”并列明其范围，以此为契机，推动虚拟财产的立法进程。同时，由于虚拟财产继承制度横跨继承法、合同法、人格权法和网络法，具有复杂性和特殊性，既无法在《继承法》中全盘规定，也难以通过专项立法的形式一蹴而就。较为可行的措施，是先在网络发达地区以法院判例形式确认继承的地方性规

则，产生溢出效应，逐步影响其他地区，再由最高人民法院在各地反馈的基础上作出统一的司法解释。{51}待时机成熟后，制定虚拟财产单行法，从而在系统规划虚拟财产框架的基础上化解虚拟财产继承的困扰。显然，这必定是一项长期和艰巨的工作。为此，不但要根据互联网的快速变化即时调适经验，更需利用理论的工具在政策面向和技术面向上做反思性与前瞻性的思考，以发现和再造契合我国既有法律体系和网络新型社会关系的虚拟财产法律制度。

注释：

{1}QQ 号码继承争议的案情是：沈阳市王女士的丈夫徐先生因车祸去世，王女士为纪念之需，向腾讯公司提出要求，希望获得丈夫的 QQ 密码以取得邮箱中的信件和照片，但腾讯公司拒绝了王女士的请求。“网店继承”则源自 2012 年两位淘宝店主猝死所引发的继承困境，为解决这一问题，淘宝网于 2013 年 4 月推出网店“过世过户”规定。

{2}无论英文还是中文，对于“虚拟财产”这一新生事物均存在多种表述：英文有 Virtual Property、Fictitious Property、Cyber Property、Digital Goods、Digital Assets、Computer Information 等，中文则有虚拟财产、虚拟资产、虚拟物、网络财产、网络数字化商品等。考虑到“虚拟财产”一词日益被社会接受（一个显著的例证是，网络上已出现所谓的“中华人民共和国虚拟财产保护法”，载百度百科

<http://baike.baidu.com/view/6286506.htm>, 2013 年 9 月 1 日访问)，本文亦采取这一表述。

{3} John Romano, A Working Definition of Digital Assets, DIGITAL ESTATE RESOURCE BLOG (Sept. 1, 2011), at Digital Estate Resource:

<http://www.digitalestateresource.com/2011/09/a-working-defntion-of-digital-assets/>, 2013 年 9 月 1 日访问；又参见林旭霞：《虚拟财产权性质论》，《中国法学》2009 年第 1 期，第 88-92 页。

{4} See Joshua Fairfield, “Virtual Property”, 85 Boston University Law Review (2005), pp. 1047-1050.

{5} See Blazer C, “The Five Indicia of Virtual Property”, 5 Pierce Law Review (2006), pp. 137-161.

{6} See Folsom, Thomas C., “Defining Cyberspace (Finding Real Virtue in the Place of Virtual Reality)”, 9 Tulane Journal of Technology & Intellectual Property (2007), pp. 75-95.

{7} See Richardson, Sally Brown, “Classifying Virtual Property in Community Property Regimes: Are My Facebook Friends Considered Earnings, Profits, Increases in Value, or Goodwill?” 85 Tulane Law Review (2011), pp. 717-730.

{8} See Yesha Sivan, “3D3C Real Virtual Worlds Defined: The Immense Potential of Merging 3D, Community, Creation, and Commerce”, 1 Journal of Virtual Worlds Research (2008), pp. 1-5.

{9} 参见林旭霞：《虚拟财产解析》，《东南学术》2006 年第 5 期，第 98-105 页。

{10} See Carre Dobah, “Virtual Goods Transfers in Virtual Worlds: Legal and Economic Stakes” (June 12, 2009), at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1418658>, 2013 年 9 月 1 日访问。

{11} See Lastowka & Hunter, “The Laws of the Virtual Worlds”, 92 California Law Review (2004), pp. 1-73.

{12} [英]彼得·甘西：《反思财产》，陈高华译，北京大学出版社 2011 年版，第 171-172 页。

{13} See Boudewijn Bouckaert ed., Property Law And Economics, Northampton: Edward Elgar Publishing., 2010, pp. 5-31.

{14} [美]康芒斯：《资本主义的法律基础》，寿勉成译，商务印书馆 2003 年版，第 10 页。

{15} 参见[德]汉斯·贝恩德·舍费尔、克劳斯·奥特：《民法的经济分析》，江清云、杜涛译，法律出版社 2009 年版，第 95 页。

{16} A. James Casner ed., American Law of Property, 1952, 26.1 n.1. 转引自高富平：《用户创制物的财产属性》，《华东法苑》第 5 期，第 4 页。

{17} 参见[德]汉斯·布洛克斯、沃尔夫·迪特里希·瓦尔克：《德国民法总论》，张艳、杨大可译，中国人民大学出版社 2012 年版，第 460 页。

{18} 关于虚拟财产权性质的学说综述，参见林旭霞：《虚拟财产权研究》，法律出版社 2010 年版，第 84-89 页。

{19} 参见《QQ 号码规则》，载腾讯 QQ 网站 http://zc.qq.com/chs/agreement1_chs.html, 2013 年 9 月 1 日访问。

{20} 关于格式合同争议处理的操作程序，参见王泽鉴：《债法原理》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 90-91 页。

{21} 参见“京东商城”注册页面，载京东商城网站 <http://passport.jd.com/emReg/emailReg?ReturnUrl=http%3A%2F%2Fwww.jd.com>, 2013 年 9 月 1 日访问。

{22} 参见“当当网”注册页面 <https://login.dangdang.com/Register.aspx?returnurl=http%3A//www.dangdang.com/>, 2013 年 9 月 1 日访问。

{23} 参见[德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社 2000 年版，第 307 页。

- {24} 黄宏全:《网际网路数位化商品交易与消费者保护》,王志诚主编:《融合法学的经验与见解》,元照出版公司 2006 年版,第 275-281 页。
- {25} See Hillman, Robert A., “On-line Consumer Standard-Form Contracting Practices: A Survey and Discussion of Legal Implications”, Cornell Legal Studies Research Paper No.05-012, at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=686817> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.686817>, 2013 年 9 月 1 日访问。
- {26} 参见崔建远:《合同解释论纲》,《合同法评论》(第 2 辑),人民法院出版社 2004 年版,第 15-35 页。
- {27} 参见杜江涌:《比较法视野下的遗产范围制度研究》,《河北法学》2010 年第 4 期,第 85 页。需要说明的是,由于用户协议系为网络上不特定多数人拟定,并非针对被继承人而设的特别合同,因而其对合同权利并无不可分割的人身关系。
- {28} 参见麻昌华:《遗产范围的界定及其立法模式选择》,《法学》2012 年第 8 期,第 26-28 页。
- {29} 参见王利明:《合同法研究(修订版)》(第二卷),中国人民大学出版社 2011 年版,第 247 页。
- {30} 参见苏号朋:《格式合同条款研究》,中国人民大学出版社 2004 年版,第 264 页。
- {31} 参见詹森林:《民事法理与判决研究》(第四册),中国政法大学出版社 2009 年版,第 122 页。
- {32} See *Alexander v. Anthony Int'l*, L P., 341 F.3d 256, 265 (3d Cir.2003) .
- {33} See Principle of European Contract Law, § 4.110.
- {34} 参见詹森林:《民事法理与判决研究》,北京大学出版社 2005 年版,第 316 页。
- {35} See Russell Korobkin, “Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability”, 70 *The University of Chicago Law Review* (2003), pp.1273-1278.
- {36} 参见李岩:《虚拟财产继承立法问题》,《法学》2013 年第 4 期,第 88 页。
- {37} 参见杨立新、杨震等:《〈中华人民共和国继承法〉修正草案建议稿》,《河南财经政法大学学报》2012 年第 5 期,第 15 页。
- {38} See John William Nelson, “A Virtual Property Solution: How Privacy Law Can Protect the Citizens of Virtual Worlds”, 36 *Oklahoma City University Law Review* (2011), pp.406-407.
- {39} See Samuel D. Warren, Louis D. Brandeis, “The Right to Privacy”, 4 *Harvard Law Review* (1890), pp.193-220.
- {40} See *In re Request for order requiring Facebook, inc. to produce documents and things*, Case No: C 12-80171 LHK (PSG), 9/20/201.
- {41} See John Connor, “Digital Life after Death: The Issue of Planning for a Person’s Digital Assets after Death”, Texas Tech Law School Research Paper No. 2011-02, at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1811044>, 2013 年 9 月 1 日访问。
- {42} 参见王泽鉴:《人格权法》,北京大学出版社 2013 年版,第 298 页。
- {43} 参见[德]克雷斯蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法(下)》,焦美华译,法律出版社 2004 年版,第 150 页。
- {44} 参见杨巍:《死者人格利益之保护期限》,《法学》2012 年第 4 期,第 149 页。
- {45} See *Smith v. Long Is. Jewish-Hillside Med. Ctr.*, 499 N. Y. S.2d 167, 168 (1986) .
- {46} 参见注(42),第 299-300 页。
- {47} See Molly Wilkens, *Privacy and Security During Life, Access After Death: Are They Mutually Exclusive?*, 62 *Hastings Law Journal* (2011), pp1053-1054.
- {48} 参见张冬梅:《论网络虚拟财产继承》,《福建师范大学学报》2013 年第 1 期,第 40-41 页。
- {49} 参见张红:《死者人格精神利益保护:案例比较与法官造法》,《法商研究》2010 年第 4 期,第 149 页。
- {50} See Conn. Act of June 24, 2005, 5647, Gen. Assemb., Jan. Sess. (R. I.2007): Concerning Access to Decedents’ Electronic Mail Accounts Act. 237. IND. CODE ANN. 29-1-13-1.1 (West 2012): Electronically stored documents or information; custodians; providing access or copies to personal representative. 238. H. B. 2800, 524 Leg. 2d Sess. (Okla. 2010): Control Over Certain Social Networking, Microblogging or E-mail Accounts of the Deceased. 239. S. B. 1044, 61st Leg. 1st Sess. (Idaho 2011): Control of certain social networking, microblogging or e-mail accounts of the deceased.
- {51} 该观点来源于上海财经大学胡凌博士的讨论,在此表示感谢。
- 【参考文献】** 1. 林旭霞:《虚拟财产权研究》,法律出版社 2010 版。
2. 张红:《人格权总论》,北京大学出版社 2012 年版。
3. 麻昌华:《遗产范围的界定及其立法模式选择》,《法学》2012 年第 8 期。
4. 王泽鉴:《人格权法》,北京大学出版社 2013 年版。
5. Joshua Fairfield, *Virtual Property*, 85 *Boston University Law Review* (2005) .

出处：《法学家》2013年第6期

婚姻、家庭的宪法保障——以我国宪法第49条为中心

2014年2月13日 中国民商法律网 王锴 北京航空航天大学法学院副教授

关键词：制度性保障；国家保护义务；制度核心

内容提要：我国宪法第49条属于比较特殊的宪法条文，必须将其置于特定的理论框架下进行解释。制度性保障与基本权利保障相并列，主要用于保障传统的、既存的公法和私法制度，其保障效果是立法者不可废止该制度的核心，但可就制度的非核心内容进行规制。婚姻、家庭作为一种私法制度，仍然受到宪法的保障，宪法通过对立法者施加义务来维护该制度的核心。

我国宪法第49条规定：婚姻、家庭、母亲和儿童受国家的保护。夫妻双方有实行计划生育的义务。父母有抚养教育未成年子女的义务，成年子女有赡养扶助父母的义务。禁止破坏婚姻自由，禁止虐待老人、妇女和儿童。

从该条的规定来看，属于比较特殊的宪法条文。它的特殊性至少体现在以下三个方面：（1）该条虽然位于公民基本权利部分，[1]但却没有体现出明显的权利特征。比如，该条第1款仅规定，婚姻、家庭、母亲和儿童受国家的保护。同时，虽然该条第4款前半句规定，禁止破坏婚姻自由，但似乎少有学者将婚姻自由视为我国公民的基本权利。（2）该条虽然位于公民基本权利部分，但第2、3款却是讲公民基本义务的内容，从而呈现出一种“权利+义务”的混合特色。[2]（3）学界对该条的研究很少。大部分宪法学教材或著作仅在基本权利的分类中提到该条，缺乏具体的释义。[3]

对于这种特殊的宪法条文如何释义？笔者认为，应将其纳入到一定的理论框架之下。或者说，这种特殊的宪法条文必然呈现出与其他条文不同的理论情境。其实，早在1928年，德国宪法学者卡尔·施密特就针对这种位于基本权利部分但不具有基本权利形式的条文提出了制度性保障的理论。

一、制度性保障的理论

（一）制度性保障理论的缘起

关于制度性保障理论的缘起，有学者认为是最早来自于法国学者MauriceHauriou。在德国的发展，历经了FriedrichGiese、MartinWolf、HeinrichTriepel、LudwigWaldecker、RudolfSmend，最终至施密特集其大成。[4]

施密特在他的《宪法学说》中一书中指出，应当将制度性保障与基本权利区别开来。[5]施密特所谓的制度性保障有两种含义：一是指透过宪法法规，可以为某些特定的制度提供一种特殊保护。施密特指出，人们经常以很不准确的语言谈论基本权利，虽然这类保障的结构无论在逻辑上还是在法律上都完全不同于基本权利的结构。[6]但是，制度到底与基本权利有何不同呢？施密特又指出，它（制度性保障——笔者加）仅仅存在于国家之内，并非建基于原则上不受限制的自由领域的概念之上，而是涉及一种受到法律承认的制度。这种制度本身有一个限定的范围和界域，服务于某些特定的任务和目标，尽管任务并没有专门细分，而是允许“活动范围的广泛性”。[7]可见，要理解施密特所谓的制度的涵义，必须从施密特对基本权利的理解谈起。施密特在《宪法学说》一书中也展现了他的基本权利观。他说，国民法治国的基本权利只是一些可视为先于国家或凌驾于国家之上的权利，国家并非依照其法律来授予这些权利，而是将这些权利当作先于国家而存在的东西予以承认和保护，国家只能在一个原则上可预测的范围内、并按规定程序侵犯这些权利。因此，按其实质来看，这些基本权利并不是法益，而是权利——确切地说，防御权——由以产生出来的自由领域。[8]接着，他又说，一切真正的基本权利都是绝对的基本权利，它们并非“依照法律”予以保障，其内容并非来自法律，相反，任何法律干预都属于例外情况，而且属于原则上受限制的、可预测的、受一般规定制约的例外情况。[9]由此可见，在施密特眼中，制度与基本权利至少存在两点区别：（1）制度是国家之内的，或者说是由法律形成的，而基本权利是先于国家的；（2）制度是可以受到限制的，或者说受限制是常态的，而基本权利原则上是不受限制的，或者说受限制是例外的。当然，这种总结只是从反面定义了制度，如果从正面来界定，有学者指出，施密特所谓的制度是指传统、典型的规范复合体。[10]由此可见，制度具有三个特征：（1）传统，是指传统上形成或历史上确立之意，及于宪法制定生效时的现存物。（2）典型，是指宪法制定生效日时现存物中典型的、特征的、本质的法规范。[11]（3）一组具相互关联或相互补充的法规范构成。施密特曾以魏玛宪法有关宗教团体及组织的规定为例，说明如何建构出所谓“宗教团体作为公法社团的制度性保障”。[12]他还认为，属于这一类型的制度性保障包括：乡镇的基本权利、禁止设置例外法院的规定、婚姻是家庭生活的基础的规定、星期日为休息日的规定、私有财产权的规定、公务员权利的规定、对科学研究自由的保障等等。二是指自然团体或有组织的团体的基本权利，这种所谓的基本权利其实是一种制度性保障。比如家庭本身没有真正意义上的基本权利，同样，家庭成员本身也没有真正意义上的基本权利。家庭只能作为一种制度而受到宪法的保护。[13]可见，在此，施密特仍然是从基本权利的反面来定义制度，即不在基本权利之列，就有可能落入制度的范畴。

施密特之所以提出制度性保障理论，不仅是为了将制度与基本权利相区分，更主要是为了克服魏玛宪法中基本权利条款效力不彰的问题。当时的基本权利观念被两种意识所垄断：一是单纯的纲领，认为基本权利在实证法上不具意义，充其量只是一种善意的声明、政治上的箴言、虔诚的愿望、立宪者的独白等等。二是基本权利被放置在法律保留之下，须经法律予以实证化，始能运作，从而基本权利的保障完全依赖民意机关所通过的法律。因此，基本权利的效力对象不及于立法者，而只能针对适用法律的行政机关和司法机关。[14]与基本权利的缺乏效力相比，施

密特的制度性保障理论就显得有力的多。依施密特的观点，制度性保障就是防止来自立法者侵害的保障，换言之，制度的保障规定，不能以单纯立法的方式加以废止。[15]由此可见，施密特的制度性保障可以达到类似于宪法律保障的程度，即将制度的废止权保留给修宪者，并且还课予了立法者不得废止制度的义务，从而对立法者产生了拘束力。这些都是制度性保障比当时的基本权利保障更胜一筹的表现。但是，与基本权利一样，施密特又认为，立法者可以对制度进行限制。同时，立法者的限制本身也存在限制，即立法者不得对制度的核心进行废止或改变。[16]

施密特的制度性保障理论既有创新的一面，也有务实的一面。创新的地方在于他敏锐地注意到了制度与基本权利的区别，务实的地方在于他希望在“无力”的基本权利保障之外另辟一条加强基本权利效力的路径。当然，施密特的理论也留下了许多未尽的事宜，比如什么是制度、制度性保障与基本权利保障的关系、如何理解制度的核心等等。

（二）制度性保障理论的发展

由于施密特提出制度性保障理论的背景是在魏玛宪法中基本权利效力不彰的情况下，因此，当此背景消失后，尤其是随着德国基本法的颁布，基本权利取得了直接约束立法、行政、司法的效力，对制度性保障理论的怀疑之声也就越来越大。[17]当然，也有学者认为，施密特的制度性保障理论并未过时，主要理由一方面是制度与基本权利的区隔仍然存在，另一方面是制度性保障可以加强基本权利的功能发挥。由此，近来关于制度性保障理论的讨论，主要是围绕它与基本权利的关系来展开。

早期，施密特将制度性保障与基本权利截然二分，但是，他逐渐认识到这种二分法的问题。尤其是当他在讨论财产权的制度性保障时，财产权显然是基本权利，那么，它又何来制度性保障？因此，后期，施密特已经放弃了这种制度性保障和主观权利只能择一存在的看法，而是转向探求何种保障的问题，这就为二战后制度性保障理论的发展埋下了伏笔。

当前，按照制度性保障与基本权利的关系，可以分为：（1）与基本权利无关的制度性保障。这种制度性保障可以说是古典意义上的，即施密特所说的制度性保障。它是指在宪法规范之下，某些具有特定范畴、任务与目的的制度应为国家宪法所承认，受到宪法的特别保护，而非立法者通过制定或修改法律得以废弃。[18]这些制度大多是在宪法制定时就已存在的既存制度，宪法的保障具有现状担保的意义。典型的是地方自治制度；（2）与基本权利密切关联的制度性保障。这是将制度性保障作为基本权利的客观法性质来理解。基本权利的客观法性质是将基本权利视为一种人人以及所有国家权力都应予以尊重的价值，并且课予国家一种尊重并保障基本权利所代表的客观价值的义务，这种义务虽然不具有请求性，但如果国家违反这种义务，仍然构成违宪，要承担违宪责任。国家为了保障基本权利所代表的价值予以实现，必然要采取一些措施，比如基本权利的保护义务（国家有义务根据基本权利规定，保护人民的基本权利免受其他人民的侵害）、基本权利的组织与程序功能（解释与适用国家程序法规和组织法规时，应尊重相关的基本权利客观价值秩序，而且应本于此价值秩序课予国家制定程序与组织法规的义务）。[19]因此，作为基本权利客观法面向的制度性保障类似于一种“国家通过一些制度来保障基本权利的实现”的含义。此种意义上的制度，将包含国家所有可能采取的保障基本权利实现的手段，势必变成一个无所不包的概念，[20]甚至成为基本权利客观法性质的代名词。这种制度内涵扩张的最大问题就是如何处理与其他基本权利客观法面向的关系，尤其是如何与基本权利的组织与程序功能进行区分。因此，有学者主张应当回归传统的制度性保障概念，[21]甚至有学者认为制度性保障是释义学上多余的理论构造。[22]

对此，笔者认为，将制度性保障作为基本权利的客观法性质来理解，类似于 Häberle 所讲的基本权利具有双重性格，即个人权利面与制度面。这种认识固然与德国联邦宪法法院对基本权利作制度化理解有关（比如从出版自由中导出自由的出版制度，从私人讲学自由中导出私立学校制度，从学术自由中导出自由的学术制度等等），更主要还是看到了制度性保障对单纯权利保障所具有的补强作用。[23]但是，这种认识的缺陷仍然在于内涵模糊，国家到底要为基本权利的实现建立哪些制度？其实从德国联邦宪法法院有关新闻自由、广播电视自由、学术自由等的制度化理解来看，主要还是建立有关的组织与程序，[24]如此的话，制度性保障并不如基本权利的组织与程序功能表述明确。[25]所以，笔者认为，坚守制度性保障的古典意义是必要的，亦即必须强调该制度的传统性与先存性。

二、宪法上的婚姻、家庭制度

（一）婚姻、家庭的宪法含义

婚姻与家庭，在传统上是两个紧密联系的概念，这是因为传统的家庭就是建立在婚姻关系的基础上的。[26]但其实，婚姻与家庭并没有必然的联系。根据《辞海》的解释，家庭是指由婚姻、血缘或收养而产生的亲属间共同生活组织。[27]可见，除了婚姻之外，家庭还可以因血缘、收养而产生，比如单亲、代孕、无性生殖等组成的家庭。尤其是随着同性恋的出现，更是对传统的以婚姻为基础的家庭形成了巨大的冲击。以至于有学者区分法律意义上的家庭与社会意义上的家庭。前者是指合法婚姻下的家庭，后者泛指不论婚姻是否合法，而以实质同居共处，有永久共同生活实质的家庭。[28]对此，笔者认为，如果从家庭共同生活的本质来看，不应过多强调家庭的婚姻因素，否则将导致宪法的保障范围过小。同时，从比较法的角度来看，德国联邦宪法法院在解释基本法上的家庭概念时也回避家庭是否为以婚姻为基础而建立的团体此一问题，而仅初步表示家庭是父母与子女共同组合的团体，而父母有保护及教养子女的权利与义务。[29]但是，联邦宪法法院并没有将家庭的概念泛化到一切的同居团体，因为其

成员作了以下的限定：(1) 家庭不应理解为多世代的大家庭，亦即仅有父母及其子女即可；(2) 子女即使已经成年，也不直接脱离家庭，因为家庭的任务不仅在于教养子女至成年，而更应在对其面对危难时心灵上的强化；(3) 至于子女，应包含不同父母的子女、收养的子女，甚至非婚生子女。[30]联系德国的经验，可见宪法上的家庭概念的要素有两个：(1) 以共同生活为目的，至于基于何种原因而共同生活在所不问；(2) 由父母和子女组成，这里的父母和子女并不必两全，父与子、母与女等单亲家庭也行。但是如果仅有父母或者仅有子女则不能构成宪法上的家庭。

关于婚姻，《辞海》将之解释为男女结合成为夫妻。[31]人们通常把婚姻区分为法律意义上的婚姻和事实意义上的婚姻。前者是指国家承认的婚姻，后者是指国家不承认的或者没有履行国家承认程序的婚姻。从德国联邦宪法法院的解释来看，似乎只承认法律意义上的婚姻。因为其将婚姻定义为：男女双方基于自由意志，以国家法定方式，为长久持续共同生活（原则上并不解除）为目的所为的结合。[32]对此，笔者认为，婚姻既然作为一种法律制度，自然应以法律上的婚姻为内涵。当前婚姻制度面临的最大挑战是同性恋，因为传统的婚姻是基于异性的。当然，如果从婚姻的制度性保障入手，可知宪法保障的乃是传统的、先存的婚姻制度，即人类长期以来的异性婚姻。但这是否表明同性恋不受宪法保障？笔者认为不然，我们只能说同性恋不受宪法上婚姻制度的保障，但它仍然受到宪法上其他制度或者基本权利的保障，比如契约自由。[33]德国联邦宪法法院在2002年的《同性伴侣法》案中就认为，同性伴侣制度的引入不抵触基本法第6条的规定。基本法第6条对于婚姻家庭的特别保护并不因同性伴侣间也有类似于与夫妻相同的权利义务而受到阻碍。由于婚姻是以一男一女的结合为前提，而同性伴侣间本就是因为性别的缘故，而无法缔结婚姻，是故婚姻制度不会因为同性伴侣制度的创设而受到威胁，因此对任何有婚姻能力的人即便在同性伴侣制度的存在下，仍有完全的自由决定彼此是否要缔结婚姻。而透过同性伴侣法的规定只另外创设了新的法律身份关系，使得同性伴侣间的权利义务也有法律上的保障，进而排除对同性伴侣的不公平对待。[34]

（二）家庭成员的国家保护

宪法第49条第1款除了规定婚姻、家庭受国家保护外，还规定了母亲、儿童受国家的保护。同时，第49条第4款后半句又规定，禁止虐待老人、妇女和儿童。应当讲，母亲、儿童、老人都属于家庭成员。当然，从前述对家庭的定义来看，母亲、儿童是家庭的必要成员，而老人则属于非必要成员。[35]妇女与母亲在概念上多有重合，但妇女是性别意义上的，比如家庭成员中的女儿或者没有生育子女的妻子；而母亲则是生育意义上的，主要是针对子女而言的。

1. 母亲、儿童的宪法含义

母亲之所以受到特别保护，一方面是基于母亲的性别，另一方面是基于母亲对子女具有的特殊地位。[36]传统上，母亲与子女具有基于血缘的基因关系，并且子女为母亲所生。但是随着科技的发展，母亲与子女的关系也变得复杂。尤其是代孕的出现，妇女借他人的卵子或胚胎怀孕者有之，不孕夫妇令其他妇女代劳生育子女者有之，其中代劳者还有单纯怀孕生产、以自己的卵子、以不孕妻子的卵子甚至以其他妇女的卵子怀孕生产等类型。从而将子女的基因与生产分割开来。亦即妇女怀孕生子，所生孩子未必与产妇具有血缘关系。为了面对代孕所带来的挑战，德国民法第1591条对母亲的定义进行了修正：母亲是指生产子女的妇女。根据该条的规定，即使产妇与子女没有血缘关系，仍无碍于母亲的身份。[37]

“儿童”一词在联合国《儿童权利公约》中指的是“18岁以下的任何人，除非对其适用之法律规定成年年龄低于18岁。”公约中所指的儿童(child)与我国未成年人的概念是一致的。但在我国宪法上，儿童是与青年、少年相对的一个概念，比如，宪法第46条第2款规定，国家培养青年、少年、儿童在品德、智力、体质等方面全面发展。因此，要搞清楚儿童的概念，必须先弄清青年、少年的概念。根据《辞海》的解释，青年是指18-25岁由少年过渡到成人的阶段。[38]关于少年，《辞海》将之解释为“年轻男子”，[39]这一定义自然不足取，原因在于：首先何谓年轻？其次，宪法为何要特别保护年轻男子，缺乏正当的理由。所以，我们必须另辟蹊径。笔者从刑法学上对少年犯罪的解释中获得了启发，少年犯罪是指已满14周岁不满18周岁、行为能力受限制的未成年人犯罪。由此可见，儿童应是14周岁以下的未成年人，这也与我国《刑法》第240条“拐卖妇女、儿童罪”中对儿童的解释相一致。[40]

2. 母亲、儿童的国家保护义务

宪法第49条第1款规定国家保护母亲、儿童，那么，如何保护呢？从宪法第49条第4款的规定来看，国家保护的方式至少是：禁止虐待老人、妇女和儿童。虽然基本权利的效力对象一般针对国家，也就是说，侵犯公民基本权利的往往是国家。但是从虐待一词的使用来看，国家并非这里的虐待的禁止对象。因为即使国家虐待老人、妇女和儿童，那属于侵犯公民人身权利的问题，不应落入婚姻、家庭条款的保护领域。如果联系《刑法》中的虐待罪，可知这里的“禁止虐待”应是指禁止家庭成员之间的相互虐待。也就是说，国家负有家庭成员虐待老人、妇女、儿童的保护义务。这在宪法学上称之为基本权利的保护义务功能。

基本权利的保护义务是指国家负有保护其国民的法益及宪法上所承认的制度的义务，特别是国家负有保护国民的生命和健康、自由及财产等的义务。[41]该理论最早是由德国联邦宪法法院在前后两次堕胎判决中提出。第一次堕胎判决指出，人性尊严的尊重与保护是所有国家权力机关的义务。这种国家保护义务不仅禁止国家直接采取侵害发展中的生命的措施，更命令国家，在有来自第三人（包括胎儿的母亲）的侵害时，必须保护、助长这类生命。[42]

第二次堕胎判决进而指出，宪法不仅禁止国家直接侵害未出生的生命，更命令国家应该保护、助长这类生命，以防卫来自他方的违法侵害。为履行这种保护义务，国家不能徒然依赖自愿的行为，还必须制定有法律上拘束力、有法律效果的行为命令。这些有法律效果的行为命令可以两种方式达成保护的目标：其一是在损害或有损害受保护法益之虞时，采取预防或制裁的措施；其二是在加强、支持国民全体关于合法与不合法的价值观念，乃至形成其价值意识。[43]由此可见，德国联邦宪法法院主要是从两个层面来论证基本权利保护义务的存在，一个是从基本权利的客观法性质（基本价值），另一个是从人性尊严。

（1）基本权利保护义务的范围

如果说基本权利的保护义务源自基本权利的客观法性质，则保护义务的范围应涵盖所有基本权利，而非仅局限于所谓的尊严核心或若干特定的基本权利，特别是从平等权的观点出发，其中即蕴含着国家应平等保护所有基本权利的价值决定。但是，一方面，从学者的研究来看，学者主要是从宪法中个别基本权利规定的文义中予以探求基本权利的保护义务，并且主要是从宪法规定的用语上，如基本法第1条第1款第1句中明定人性尊严不可侵犯，以及其他基本权利规定中所使用的不可侵害或保护等用词，另一方面，从德国联邦宪法法院的审判实践来看，联邦宪法法院只曾就下列基本权利确立了国家负有保护义务，特别是负有防止个人不受第三人侵害的义务。包括：生命、健康、身体自由、人格权、学术研究及讲学自由、婚姻及家庭、儿童、母性、职业自由、财产权。[44]

（2）基本权利保护义务的内涵

关于基本权利保护义务的内涵如何？联邦宪法法院曾在一起有关商业经理人竞业禁止的裁判中指出，为保护职业自由免受私法契约的限制，立法者应在私法中制定若干防范规定，特别是在双方势力的均衡关系显非相当时。[45]由此可见，基本权利的保护义务可以赋予立法者一个宪法委托。所谓宪法委托，就是指宪法在其条文内，仅为原则性的规定，而委托其他国家机关（尤其是立法者）以特定的、细节性的行为来贯彻。[46]

基本权利保护义务的履行首先要透过相关法律为之，此为德国宪法学界较为一致的见解。[47]当然，经由相关法律的制定，并非必然可以充分且终局地履行保护义务，特别是立法者所凭借的基础情况，例如科技或自然科学的知识水平，可能随着时代的演进而有所变迁。因此，立法者所为的保护措施，随时可能呈现不足的现象，从而有提升保护层次与程度的必要。在此情况下，立法者负有所谓“改善与试验的义务”。例如行政机关在适用相关法律规定时，如显示法律保护有遗漏者，立法者即负有填补与修复的义务。换言之，立法者应基于新获取的知识与资讯，制定新的法律规范，规定新的保护措施。[48]

（3）基本权利保护义务与制度性保障的关系

关于制度性保障与基本权利的保护义务是否相容，笔者认为不存在问题。因为本文恪守的是古典的制度性保障理论，而不在基本权利的客观法性质上谈论制度性保障，所以也就不会与作为基本权利客观法性质之一的基本权利保护义务发生龃龉。况且制度性保障只是课予立法者不得废止制度核心的消极义务，与基本权利保护义务赋予立法者积极作为义务不同，在笔者看来，前者代表着过度禁止的精神，后者代表着不足禁止的精神，两者可以互补。不足禁止（Untermaßverbot）的概念最早由民法学者Canaris提出，是作为过度禁止（Übermaßverbot）的对立概念。亦即国家不得过度干预其人民的自由，国家对于其人民自由的保护，也不得低于必要的标准。过度禁止是从基本权利的防御权功能出发，旨在为国家行为划定最大范围，与此相反，不足禁止原则乃是着眼于基本权利的保护义务功能，用来为国家的保护措施划定最低底线。[49]德国联邦宪法法院在第二次堕胎判决中，将不足禁止设定为审查国家是否落实保护义务的基准，它指出，保护的种类与范围于个别情形应如何确定，乃属立法者的任务。宪法仅将保护设定为目标，至于其在个别情形应如何形成，则未加规定。然而，立法者应顾及不足禁止原则。在此范围内，立法者受到宪法法院的控制。[50]

（三）计划生育义务与生育权

传统的婚姻以生育为目的，但随着生育成为公民的权利，[51]既然公民有生育的权利，也就有不生育的权利。[52]因此，现代婚姻开始逐渐与生育的功能相分离，比如丁克家庭、代孕、无性生殖等等。但是，我国宪法第49条第2款规定了夫妻有计划生育的义务。根据公民的基本义务是对基本权利限制的原理，[53]夫妻的计划生育义务应属于对夫妻生育权的一种限制。[54]

宪法上计划生育义务的主体是夫妻，这与《人口与计划生育法》的规定有所不同，该法第17条规定，公民有生育的权利，也有依法实行计划生育的义务。对于这两者的区别，笔者认为，从计划生育义务的控制人口数量的目的来看，《人口与计划生育法》的规定更为合理。因为无论是婚生还是非婚生，都应当实行计划生育，或者说，即使不结婚也不会免除计划生育义务。至于宪法上将计划生育义务的主体限定为夫妻，也就是履行了结婚程序的男女，笔者认为，这仍然与宪法对婚姻的定义有关。诚如前述，宪法上的婚姻是指法律意义上的婚姻而非事实意义上的婚姻，并且既然宪法将计划生育义务置于婚姻制度之中，自然是专指婚姻上夫妻的义务。所以，宪法上的计划生育义务的主体与法律上的计划生育义务的主体并不存在矛盾，而只是强调的侧重点不同而已。

关于宪法上计划生育义务的内容，从《人口与计划生育法》第18条的规定来看，主要有两点：一是生育时间上的限制。即应晚婚晚育。二是生育数量上的限制。即一对夫妻生育一个子女；符合法律、法规规定条件的，可以要求安排生育第二个子女。[55]当然，既然计划生育义务属于对公民生育权的限制，那么，这种限制本身也存在限

制，否则将构成对公民生育权的侵犯。

还有一个值得讨论的问题是如何理解生育权的性质？笔者认为，生育权不同于其他的基本权利，它是一种集体权。一般的基本权利都由公民个人来行使，但是集体权必须由集体共同行使。生育是夫妻或者未婚男女两个人的事情，即使通过代孕的方式，也必须得到提供卵子或者精子的另一方的同意。比如《人口与计划生育法》第17条规定，夫妻双方在实行计划生育中负有共同的责任。在这一点上，集体权也不同于法人所享有的基本权利，后者已经将法人与组成法人的公民分隔开来，亦即法人是作为一个独立的个体，而非集体。[56]

（四）父母的抚养教育义务与亲权

基于公民的基本义务是对基本权利的限制的原理，宪法第49条第3款前半句规定的父母抚养教育未成年子女的义务应是对父母的亲权的一种限制。这也就是英国学者 John Eekelaar 将亲权的本质定义为 dutyright（负担义务的权利）的原因。[57]

最早规定亲权为基本权利的是德国魏玛宪法第120条，它规定，教育子女成为身心健全，并能适应社会的成年人，为父母的自然权利和最高义务，国家组织应监督其履行。但当时的学者并不认为亲权属于自由权，而仅是一种纲领性规定。直到二战后，亲权才得到了充分的保护。德国基本法第6条第2款延续了魏玛宪法的精神，规定，抚养和教育子女为父母的自然权利，亦为其至高义务，其行使应受国家监督。由于基本法第3条使基本权利具有了实效性，所以，学者们普遍认为，亲权首先是一种自由权，具有防御权的功能，即父母对于国家违法侵害其抚养、教育子女的任何行为，均可透过法律途径加以排除。其次，亲权是个人权，父母任何一方都可行使，双方所拥有的权利是平等的。其次，亲权是义务性的权利。因为亲权是一种利他的权利，亲权的行使不是仅为了父母的利益，而应追求子女的幸福。[58]换言之，亲权并非父母对子女的支配权，而是一种服务、造福、保护子女的自由权，亲权须以未成年子女的最佳利益为首要考量，并应尊重子女的人格自我决定权。最后，如同其他基本权利一样，亲权有其界限。这也就是基本法第6条第2款最后一句“国家监督”的内涵。即如果父母滥用其亲权，罔顾甚至损害子女的利益时，国家可以监护人或其它社会机构来弥补或取代父母亲权的行使。

我国宪法上虽无亲权的直接规定，但值得注意的是，我国《婚姻法》第23条规定，父母有保护和教育未成年子女的权利和义务。这可以看作是亲权在普通法律上的规定。当然，这里亲权的主体不限于父母，还包括继父母、养父母。同时，根据《民法通则》第16条的规定，还应包括未成年人的监护人。[59]另外，《民法通则》第18条规定，监护人应当履行监护职责，保护被监护人的人身、财产及其他合法权益，除为被监护人的利益外，不得处理被监护人的财产。……监护人不履行监护职责或者侵害被监护人的合法权益的，应当承担民事责任。《未成年人保护法》第12条第1款也规定，父母或者其他监护人不履行监护职责或者侵害被监护的未成年人的合法权益的，应当依法承担责任。这可看作是对亲权的限制。

当然，宪法上没有明文规定，并不代表着宪法不保护。现行宪法上同样没有列举生命权、身体健康权，但并不代表我国宪法就不保护公民的生命和身体健康。一般来说，对于一些自然权利，也就是先于国家的，人之为人当然享有的权利，即使宪法没有明确列举，国家也必须给与尊重和保护。宪法之所以没有列举这些权利，可能是制宪者认为这些权利是理所当然、不证自明的，反之，如果非认为宪法明确列举了才保护，毋宁是将宪法保护的基本权利转变为宪法赋予的基本权利，所以，对这些固有的自然权利，宪法不明确列举可能比明确列举更能体现这些权利的尊崇性。[60]诚如前述，亲权是一项自然权利，是基于父母与子女之间的血缘关系而产生，从保护人性尊严的角度，并联系宪法第49条第3款，应不难推出我国宪法应保护亲权。

亲权是父母抚养和教育子女的权利。抚养是照顾其身体健康、掌握其精神与性格的发展；教育则是在上述关系中培养子女能力的发挥所形成的照顾。[61]父母的教育权涵盖了家庭教育和学校教育两大领域，就家庭教育而言，父母拥有完全的教育权，可依其世界观、价值观和宗教信仰，自行决定家庭教育实施的方式和内容；而在学校教育方面，父母教育权分为教育场所选择权和教育参与权两大类。教育场所选择权是指父母又为子女选择最适当教育场所的权利，包括：（1）学校选择权，即选择就读公立、私立中小学校的权利；（2）学校类型选择权，是指在子女结束某一阶段的学校教育时，由父母选择升学的学校种类及教育类型的权利，也称之为教育生涯选择权。（3）在家教育选择权，是指选择在家教育的方式来代替学校教育，由父母依其需要对其子女进行教育的权利。教育参与权是指父母参与并决定教育事务的权利，分为个别参与权和集体参与权。前者是指父母基于维护子女学习权的理由，对其子女所在学校的教育方式和内容提出建议，并要求学校提供资讯的权利，包括学校教育内容影响权、异议权、程序权、资讯请求权等。后者包括家长会组织权、学校教育参与权、教育行政参与权等。[62]

需要注意的是，虽然亲权的主体是父母，但与生育权不同的是，亲权并非一种集体权，亦即亲权并非由父母双方共同来行使。父母不仅可以单独行使各自的亲权，即使在形成冲突的情况下，比如一方对另一方的亲权不同意的情况下，也并不会造成另一方的亲权无法行使的局面。因为亲权是一种利他性的权利，最主要的还是要符合子女的利益，如果违背子女的利益，亲权将受到限制。所以，亲权并非要父母双方一致的情况下行使，关键是看哪一方亲权的行使更加有利于子女的人格完善和自我实现。比如我国《婚姻法》第36条第3款规定，离婚后，哺乳期内的子女，以随哺乳的母亲抚养为原则。哺乳期后的子女，如双方因抚养问题发生争执不能达成协议时，由人民法院根据子女的权益和双方的具体情况判决。

（五）成年子女的赡养扶助义务

宪法第 49 条第 3 款后半句规定的成年子女对父母的赡养扶助义务，可以说是对成年子女的财产权、人身自由的一种限制。赡养着重于经济上的供养，扶助着重于生活上的照顾。[63]同时，从该条将义务的主体限定为成年子女来看，宪法对成年子女和未成年子女的态度是不同的。对于成年子女，宪法更强调其义务，而对于未成年子女，宪法更强调其权利。

（六）婚姻自由

婚姻自由，也称为婚姻自主权。[64]根据通说，婚姻自由包括结婚自由和离婚自由。[65]但是，笔者认为，婚姻自由还应当包括生育自由（或者生育权）。虽然现代婚姻并不以生育为唯一目的，但生育作为婚姻的“结晶”，同时也是联系婚姻与家庭的纽带。

至于婚姻自由是否属于宪法上的基本权利，笔者并不赞成，理由在于：自由权作为第一代人权，都是先于国家而存在，而婚姻本身则是国家法律建构的结果。因此，才会出现对婚姻自由的限制内在于婚姻制度本身之中。[66]比如《婚姻法》第 10 条，有下列情形之一的，婚姻无效：（一）重婚的；（二）有禁止结婚的亲属关系的；（三）婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病，婚后尚未治愈的；（四）未到法定婚龄的。这到底是说“有上述情形的不构成婚姻”还是说“上述情形是对结婚自由的限制”。再比如《婚姻法》第 32 条第 3 款规定，有下列情形之一，调解无效的，应准予离婚：（一）重婚或有配偶者与他人同居的；（二）实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员的；（三）有赌博、吸毒等恶习屡教不改的；（四）因感情不和分居满二年的；（五）其他导致夫妻感情破裂的情形。这到底是对离婚自由的限制还是说上述情形就可以离婚。因此可以说，没有法律，婚姻自由将无从谈起。[67]而自由权并不依赖法律而存在（或者说，即使没有法律，自由权也可以实现）。所以，笔者更愿意将婚姻自由作为一种法律权利，[68]而非宪法上的基本权利。所以，宪法第 49 条第 4 款的婚姻自由并非公民请求国家不得侵犯的防御权，而更多是从制度性保障的角度对立法者提出的“核心不得废止、边缘可以限制”的要求。

三、婚姻家庭的制度性保障

施密特在提出制度性保障理论时，虽然区分公法上制度与私法上制度，但着重点仍然在公法上制度，比如地方自治、职业公务员制度、宗教公法社团、公立大学自治等等。对于私法上制度，比如财产权、婚姻与家庭制度则着墨较少。因此，真正从制度性保障对婚姻家庭进行论述的是德国联邦宪法法院。

联邦宪法法院认为，基本法第 6 条第 1 款规定的婚姻家庭受国家秩序的特别保护，至于何种构造原则决定此一制度，首先须从法外的生活秩序确定。婚姻与家庭均是从古传来，且其核心并不改变而形成。因此，基本法第 6 条第 1 款的制度性保障的实质内容，与向来的习俗是相一致的。对基本法而言，婚姻是一种男与女的结合，且原则上无法强制解开的生活共同体，而家庭则是父母与子女的总括的共同体，父母主要有抚养与教育子女至成年的权利与义务。此一制度的核心，对整体的法感情与法意义而言，是不可侵犯的。[69]其次，联邦宪法法院还认为，基本法第 6 条第 1 款是价值决定的原则规范，它将婚姻与家庭视为人类共同体的胚胎细胞，而置于国家秩序的特别保护之下。因此，此种保障不仅保护婚姻家庭不受国家公权力的侵害，同时它也规定国家权力应采取适当措施以助成婚姻与家庭的积极任务。[70]

（一）婚姻、家庭作为一种制度

制度，根据《辞海》的解释，主要有两个含义：一是要求成员共同遵守的、按一定程序办事的规程或行动准则，如工作制度、学习制度；二是在一定的历史条件下形成的政治、经济、文化等各方面的体系，如社会主义制度。[71]前者可以称为小范围的制度，后者可以称为大范围的制度。笔者认为，宪法上的婚姻、家庭制度主要是后者意义上的，同时，无论是小范围的制度还是大范围的制度，它们的共同特点都是由“一组规范”构成。这一认识也得到了当代哲学与法学理论的支持。

美国著名哲学家塞尔在《社会实在的建构》一书中区分了无情性事实 and 制度性事实。无情性事实是不依赖于任何人类制度而存在的，制度性事实只是在人类制度中才存在。比如地球与太阳之间有一定的距离这个事实是不依赖于任何制度而存在的。但是，什么是制度呢？塞尔进而区分了构成性规则与调控性规则，调控性规则调控先在的活动，例如车辆靠马路右边行驶就是调控性规则，但是驾驶车辆的活动在这种规则存在之前就已经存在了。构成性规则是创造了某种活动的规则，比如下棋的规则并不是调控一种先在的活动，相反，是下棋的规则创造了下棋活动的可能性。如果你不遵循这种规则，你就不是在下棋。所以，制度性事实只有在构成性规则的系统内才存在，这种规则的系统创造了这类事实的可能性。[72]当代的制度法学借鉴了塞尔的理论，指出，法律上的制度意味着一些由成套的创制规则、结果规则和终止规则调整的法律概念。[73]

婚姻和家庭之所以作为一种制度，就在于它们必须依赖一定的规则而存在。我们很难想象，一男一女凑在一起就能称之为婚姻或者几个老人和孩子凑在一起就能称之为家庭。正如塞尔所说，制度性事实并非存在就可以，关键是人们要赋予这种存在一种意义或功能。比如货币本身就是一张纸，它之所以成为货币是因为人们赋予它交易的功能，塞尔将人们的赋予称之为集体意向性。而集体意向性可以使无情性事实转变为制度性事实，亦即使 X 在 C 中算作 Y，这就是创造一个制度性事实的构成性规则。[74]诚如前述，婚姻高度依赖法律，如果没有法律，我们将无法判断一对男女之间的关系是否属于婚姻。传统的家庭建立在婚姻的基础上，自然也要依赖法律。现代的家庭观

念虽然包含了婚姻之外的血缘关系和收养关系，而这种血缘关系和收养关系的认定也必须依赖法律。

（二）婚姻、家庭的制度核心

制度核心就是该制度的本质或者该制度赖以存在的基础，如果按照塞尔的话讲，就是构成性规则，如果改变该规则，X在C中就不算作是Y了。需要注意的是，制度性保障理论要求维护制度的现状，这种现状可能在宪法制定之前就已存在。但是，过去的制度现状却可能跟当前的宪法精神发生冲突，比如我国传统的家庭制度中以父权、男权为先的核心已经受到男女平等的冲击而逐步被废弃。因此，强调对传统、对既存状态的尊重固然有其一定的安定化、稳定社会生活的作用，但不能作为阻碍制度向前发展的理由。所以，当制度的功能随着时代的推移而有所变动，社会价值观也渐渐改变时，恪守成规并非是制度性保障的本旨。[75]

根据《婚姻法》第2条第1款，婚姻制度的核心是婚姻自由、一夫一妻、男女平等。婚姻自由诚如前述，这里的“一夫一妻”不同于我国古代的“一夫一妻多妾制”，亦即不仅法律上只能有一个配偶（禁止重婚），而且事实上也只能有一个配偶（禁止有配偶者与他人同居）。至于男女平等，德国联邦宪法法院也曾指出，基本法第6条的制度内容，从基本法的特别价值决定，显示出更进一步的重要因素，在此主要是须考虑基本法第3条第2款（男女平等）和第3项（性别平等）。基本法的制定者，其出发点是第6条和第3条规定一致。[76]从这一点来看，宪法第48条也应纳入婚姻制度中进行考虑。当然，从该条第1款的内容来看——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，婚姻制度中的男女平等主要是指男女在家庭生活方面的平等。

尽管有学者将家庭制度的核心总结为：组成或不组成家庭的权利、和谐家庭生活的权利、维持家庭存续的权利、维持家庭亲属关系的权利。[77]，但是，笔者认为这并未抓住家庭制度的核心，尤其是不符合我国家庭制度的保障现状。从我国宪法上有关家庭制度的规定来看，笔者认为，家庭制度的核心是弱势家庭成员的特别保护原则。我国宪法之所以对母亲、儿童、老人、妇女进行特别保护，并且对父母和成年子女施加义务，无外乎在于：母亲相对于父亲是弱势、儿童相对于青少年是弱势、老人相对于年轻人是弱势、妇女相对于男子是弱势、未成年子女相对于父母是弱势，而父母相对于成年子女是弱势。所以，为了保护弱势群体，可以为其设定国家保护义务；同时为了保护弱势群体，可以对相对的强势群体施加更多的义务。

（三）婚姻家庭的制度性保障效果

根据前述施密特的理论，婚姻、家庭的制度性保障效果是：立法者可以对制度的非核心部分进行限制，但不能废止制度的核心部分，亦即“核心不得废止，边缘可以限制”。施密特的理论主要是以产生立法者的消极不作为义务为主，并不能导出立法作为的义务。[78]但是，如果制度性保障中包含着基本权利的保护义务，势必要求立法者的积极作为。因此，我国宪法上的婚姻、家庭制度主要有两种保障效果：一种是从制度性保障入手，将导出立法者不得废止制度核心的不作为义务。那么，何种情况属于废止了制度核心？诚如学者Anschütz所说，区分限制与废止是困难的。对此，笔者借用基本权利的本质内容不得侵犯的理论来予以说明：首先，废止与限制有程度上的差别，立法者的限制必须留有自由或其他利益的最低内容保障，至少不能影响每一个制度的人性尊严内容，否则将变成废止。比如德国联邦宪法法院在无期徒刑合宪性案件中认为，基于被处以无期徒刑的受刑人仍有再社会化请求权，及在一定情形下享有赦免权，故对之而言，其人身自由仍有“残余”。[79]其次，根据比例原则和过度禁止，立法者的限制须以优先的利益予以正当化。亦即只要以重大利益来限制次要的利益，次要利益的本质内容即相对缩小，亦可谓次要利益的本质内容未受侵犯。比如，联邦宪法法院在职业禁止合宪性案件中指出，只有为了保护特别重要的公益，且系迫切必要的情形下，才可以完全禁止进入某一职业。[80]另一种是从基本权利的国家保护义务入手，将导出立法者积极保护的立法作为义务。[81]

四、结论

通过本文的分析，可见我国宪法第49条是通过相当复杂，但又具有内在联系的条文构建了宪法上的婚姻、家庭制度。

婚姻、家庭制度围绕各自的制度核心，形成了不同的规范：（1）针对夫妻关系——婚姻自由、计划生育义务与生育权、男女平等；（2）针对父母和子女的关系——父母对未成年子女的抚养教育义务与亲权、成年子女对父母的赡养扶助义务与成年子女的财产权、人身自由；（3）针对家庭成员——对母亲、儿童、老人、妇女进行特别保护。

虽然近年来，代孕、同性恋、未婚生育等新问题给婚姻、家庭制度带来了挑战，但这并不意味着传统的婚姻、家庭制度遭到解体，相反，通过制度性保障的理论，立法者只要恪守制度的核心，对于这些新挑战，立法者有权通过立法进行形塑或规制。

注释：

[1]宪法第二章“公民的基本权利和义务”共有24个条文组成，一般认为，第33-51条是公民基本权利的内容，第52-56条是公民基本义务的内容。

[2]虽然这种“权利+义务”的混合特色在宪法第42条第1款和宪法第46条第1款也有体现，但是后两者中的权利与义务并不具有密切的关系。关于劳动权与劳动义务的关系，参见王锴：《论我国宪法上的劳动权与劳动义务》，载《法学家》，2008年第4期；关于受教育权与受教育义务的关系，参见王锴：《从一则案例看在家教育的合宪性与

合法性——兼谈我国宪法上受教育权与受教育义务之内涵》，载《判解研究》，2007年第4辑。

[3]学界的通说是将该条纳入到特定人的基本权利中，参见魏定仁主编《宪法学》，北京大学出版社1994年版，第172-196页；许崇德主编《中国宪法》（修订本），中国人民大学出版社1996年版，第407-430页；韩大元、林来梵、郑贤君著《宪法学专题研究》（第二版），中国人民大学出版社2008年版，第305页。

[4]陈春生：《司法院大法官解释中关于制度性保障概念意涵之探讨》，宪法解释之理论与实务（第二辑），中央研究院中山人文社会科学研究所2000年版，第274页。

[5]需要注意的是，施密特还区分制度性保障（Institutionelle Garantie）与制度保障（Institutsgarantie），前者是公法上制度的宪法法律上保障，后者是私法上制度的宪法法律上保障。但是，近来德国学者已不再作如此的区分，而是统称为制度性保障（Einrichtungsgarantie）。

[6]施密特：《宪法学说》，刘锋译，世纪出版集团、上海人民出版社2005年版，第182页。

[7]同上，182页

[8]同上，175页。

[9]同上，177页。

[10]同注④，293页。

[11]施密特曾以“纯粹的现状保障”来指涉那些不具有典型性的现存物，即以特定期日为基准，确定在该时点上的某特定事实或法律状态，例如魏玛宪法第173条，在依第138条制定帝国法律之前，国家基于法律、契约或特殊名目而给予宗教团体的给付，继续存在。但是，究竟判断典型性的标准为何，施密特并未明示。

[12]李建良：《“制度性保障”理论探源——寻索卡尔·史密特学说的大义与微言》，吴庚大法官荣退论文集——公法学与政治理论，元照出版公司2004年版，第240-243页。

[13]同注⑥，184页。

[14]Katalin Füzér, Rights and Constitutional Theory in Weimar Germany: Debates in Historical, Political and Institutional Context, VDM Verlag Dr. Müller, 2004, pp. 47-76.

[15]同注④，294页。

[16]当时的著名宪法学者 Anschütz 曾对施密特的该理论提出如下批评：（1）立法者对于组织、自治事项范围及国家监督的机制，享有完全的自由；（2）限制制度与废止制度之间的界限难以划分；（3）德国的立法者不会想将某制度废除。因此，宪法对于立法者的拘束，实际上并无意义。施密特的反驳是：（1）立法者享有完全的自由与立法者受拘束的原则相互抵触；（2）界分困难不能推出无界限的结论；（3）第三个观点与前两个观点矛盾，前两个观点假定立法者不会尊重制度，现在却又强调立法者的善意。同注12，235-236页。

[17]比如，有学者认为，制度性保障的规范效力是使立法者不得任意更动、废除该制度或使其内容尽失，今日已无特别强调的实益，因为此一规范效力可由基本权利本质内容（核心领域）不得侵犯的原则，乃至于比例原则所取代。同上，263页。

[18]程明修：《基本权客观内涵之主观化——从宪法保障之制度与基本权之制度性保障功能谈起》，第六届“宪法解释之理论与实务”学术研讨会论文。

[19]张嘉尹：《论“价值秩序”作为宪法学的基本概念》，载《台大法学论丛》，30卷第5期，第23页。

[20]比如有学者认为，所有宪法中关于组织法与程序法的规定，诸如法律保留、基本法第19条第4款的法院审查和比例原则等在法治国原则相关下，制度上能保障基本权利实现者，均可以视为制度性保障来理解。同注④，280页。

[21]陈爱娥：《基本权作为客观法规范——以“组织与程序保障功能”为例，检讨其衍生的问题》，宪法解释之理论与实务（二），中央研究院中山人文社会科学研究所2000年版，第256-257页。

[22]Robert Alexy, A Theory of Constitutional Rights, translated by Julian Rivers, Oxford University Press 2002, p. 326.

[23]李建良：《宪法理论与实践》（一），学林文化事业有限公司2003年版，第165页。

[24]同注④，282-289页。

[25]故学说上比较没有争议的基本权利的客观法性质主要体现在基本权利的第三人效力、基本权利的保护义务、基本权利的组织与程序功能，并不包括制度性保障。参见张嘉尹：《基本权理论、基本权功能与基本权客观面向》，翁岳生教授七秩诞辰祝寿论文集《当代公法理论》（上），元照出版公司2002年版，第50页。

[26]比如我国《婚姻法》第三章就是“家庭关系”。

[27]《辞海》，上海辞书出版社1999年版，第1236页。

[28]李震山：《多元、宽容与人权保障——以宪法未列举权之保障为中心》，元照出版公司2005年版，第153页。

[29]BVerfGE 10, 59 (66) ; 31, 58 (82) ; 62, 323 (330).

[30]吴信华：《论宪法上“婚姻”与“家庭”的保障》，“家庭权之规范图像——法律社会学的超国界飨宴”学

术研讨会论文。

[31]同注 27, 1335 页。

[32]BVerfGE10, 59(66)129, 166(176);62, 323(331).

[33]当然, 同性恋能否改变宪法上婚姻的内涵, 与各国的认识程度有关。当前各国的应对同性恋的做法共有四种: (1) 同居制度, 不论同性或异性之间, 当事人无身份上的变动。例如瑞典。(2) 共同生活契约, 不论同性或异性之间, 特殊之处在于有税法、社会法上特殊功能, 但当事人无身份上的变动, 例如法国。(3) 注册伴侣关系, 以同性之间为主, 效果近似于婚姻。当事人有身份上的变动, 如丹麦、德国。(4) 同性婚姻制度, 如比利时。参见许耀明:《“家”的解构与重构:从法国、德国、比利时与欧盟层次新近法制谈“异性婚姻”外之其他共同生活关系》, 载《东海大学法学研究》, 2006 年第 25 期, 第 85 页。

[34]戴瑀如:《论德国同性伴侣法》, 载《月旦法学杂志》, 2004 年 107 期, 第 150 页。

[35]老人是针对多世代家庭而言。

[36]这种特殊地位在于, 子女出生时母亲即享有对子女的亲权, 而父亲必须在毫无权利地位保障的情形下努力积极地与子女建立实质关系后, 其父亲的地位与权利才可能受到肯认。参见李立如:《生父在美国宪法上的地位》, 载《中原财经法学》, 2006 年第 16 期, 第 20 页。

[37]王海南:《德国新亲子法关于血缘关系之规定》, 黄宗乐教授六秩祝贺——家族法学篇, 学林文化事业有限公司 2002 年版, 第 88 页。

[38]同注 27, 2389 页。

[39]同注 27, 1345 页。

[40]高铭喧:《新编中国刑法学》(下册), 中国人民大学出版社 1998 年版, 第 712 页。

[41]ChristianStarck:《基本权利之保护义务》, 李建良译, 载《政大法学评论》, 1997 年第 58 期, 第 50 页。

[42]BVerfGE39, 1, 41.

[43]BVerfGE88, 203, 251, 253.

[44]同注 41.

[45]BVerfGE81, 242, 254.

[46]陈新民:《德国公法学基础理论》(上), 山东人民出版社 2001 年版, 第 148 页。

[47]需要指出的是, 并非只有立法者受到保护义务的拘束, 行政权和司法权也应受到保护义务的拘束。不过, 行政权与司法权对于保护义务的具体化, 原则上只能在立法者所设定的框架内进行。

[48]BVerfGE56, 54(78).

[49]李建良:《论宪法上保护义务与保护请求权之关系——以“不足禁止原则”的论证构造为中心》, 城仲模教授古稀祝寿论文集编辑委员会, 二十一世纪公法学的新课题(宪法篇), 台湾地区法治暨政策研究基金会 2008 年版, 第 281 页。

[50]BVerfGE88, 203(254).

[51]我国《人口与计划生育法》第 17 条规定, 公民有生育的权利。

[52]我国《妇女权益保障法》第 51 条第 1 款规定, 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。由于生育需要夫妻双方才能完成, 所以, 男人也应当有不生育的自由。

[53]胡锦涛:《宪法学原理与案例教程》, 中国人民大学出版社 2006 年版, 第 338-342 页。

[54]计划生育在我国宪法上出现了两次, 除了宪法第 49 条第 2 款外, 宪法第 25 条规定, 国家推行计划生育, 使人口的增长同经济和社会发展计划相适应。由于这一条款位于总纲部分, 所以应属于宪法规范中的基本国策条款, 关于基本国策条款的效力, 参见王锴:《公法释义学与比较方法》, 光明日报出版社 2010 年版, 第 18-22 页。

[55]准确地讲, 这里的生育数量并非“一个子女”而是“一胎子女”, 否则将得出多胞胎子女不受宪法和法律保护的荒唐结论。

[56]同注 28, 184 页。

[57]施慧玲:《家庭法律社会学论文集》, 元照出版公司 2004 年版, 第 270 页。

[58]董保城:《教育法与大学自由》, 元照出版公司 1997 年版, 第 226 页。

[59]因为根据《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第 10 条的规定, 监护人的监护职责包括:……, 对被监护人进行管理和教育。

[60]同注 28, 18-19 页。

[61]何希皓:《父母在儿童教育中的宪法地位》载《宪政时代》, 21 卷第 2 期, 第 60 页。

[62]李明昌:《在家教育法制化之研究》, 辅仁大学法律研究所 2003 年硕士学位论文, 第 24-25 页。

[63]我国《老年人权益保障法》则采取广义的赡养概念, 其第 11 条规定, 赡养人应当履行对老年人经济上供养、生活上照料和精神上慰藉的义务。

[64]我国《民法通则》第 103 条规定, 公民享有婚姻自主权。

[65]周伟：《国家与婚姻：婚姻自由的宪法之维》，载《河北法学》，2006年12期，第24页。

[66]这也是一些日本学者对制度性保障的批评，认为制度性保障的理论可能会削弱对人权的保护。依照制度性保障的理论，只要不侵害制度的本质内容，则承认以法律形成与规制，且当强调非人权保障事项只是手段而已时，可能会过度承认制度的形成与规制。同注④，310页。

[67]对此，费孝通先生曾说，结婚不是私事，婚姻是用社会力量造成的。参见费孝通：《乡土中国、生育制度》，北京大学出版社1998年版，第129页。

[68]比如《民法通则》就将婚姻自由纳入自然人的人身权之中。

[69]BVerfGE10, 59, 66.

[70]BVerfGE6, 55(71ff.).

[71]同注27, 233页。

[72]约翰·R·塞尔：《社会实在的建构》，李步楼译，上海世纪出版集团2008年版，第25页。

[73]尼尔·麦考密克、奥塔·魏因贝格尔：《制度法论》，周叶谦译，中国政法大学出版社2004年版，第66页。

[74]同注72, 34-45页。

[75]蔡维音：《论家庭之制度保障——评释字第五零二号解释》，载《月旦法学杂志》，2000年63期，第70页。

[76]同注④，283页。

[77]同注27, 159-160页。

[78]但是，Häberle认为，制度性保障乃透过立法者以形成基本权利的内容。从Häberle的主张，可知他对立法者的积极作为抱以很大的期待，这也是Häberle与施密特的理论的不同之处。然而，诚如前述，这些不同都是建立在两者对制度与基本权利的认识不同上的，Häberle认为制度与基本权利并不冲突，制度甚至是基本权利的属性之一，而施密特则对制度与基本权利采取截然区隔的态度。同注④，295页。

[79]高焯辉：《“本质内容保障”作为基本权利限制之实质界限——以德国法为借镜》，载《宪政时代》，19卷3期，第43页。

[80]盛子龙：《比例原则作为规范违宪审查之准则——西德联邦宪法法院判决及学说研究》，台湾大学法律学研究所1989年硕士论文，第144页。

[81]王锴：《论立法不作为的违宪》，载《东吴法学》，2007(春季卷)，第126页。

出处：《法学评论》2013年第2期

网络虚拟财产继承问题探析

2014年2月17日 中国私法网 马一德

[摘要]：

网络虚拟财产是一项新型财产，因其具有价值和符合社会公共利益的特性而能够被纳入现行法律所保护的财产范围，可被视为民事权利体系中的中间类型权利，在法律适用上宜作特别解释。网络虚拟财产蕴含精神价值和经济价值，是私人所拥有的合法财产，作为遗产具有继承法上的正当性，是现实发展的必然要求。网络虚拟财产价值之评估是该项财产在继承过程中必须解决的问题。网络虚拟财产继承之顺利实现，还须解决网络运营商的责任与义务、被继承人合法拥有网络虚拟财产之证明以及无人继承的网络虚拟财产之处理等问题。

[关键词]：

网络虚拟财产 继承法 遗产 网络服务提供商

现代人习惯通过网络平台，如QQ、博客、E-mail等与他人交流、表达感情，不用再写纸质版的日志，不用翻看传统的相册，而是将自己的生活、学习、工作和娱乐越来越多地转移到网络空间上。人们去世后在网络世界中留下的在虚拟财产该如何处理，其能否作为遗产予以继承？这是网络时代民众普遍关注的重大问题，亦是在《中华人民共和国继承法》（以下简称《继承法》）修订过程中被反复讨论的疑难问题。

欲破解上述难题，需要依次回答以下三个问题：（1）网络虚拟财产的可继承性问题，即该项财产是否继承法上的“合法财产”？（2）网络虚拟财产之客体及范围如何界定？（3）网络虚拟财产作为遗产予以继承时在程序上还有哪些问题需要解决？如继承人拥有网络虚拟财产之证明、网络服务提供商应尽的义务和责任以及无人继承的网络虚拟财产的处理等。

一、网络虚拟财产的可继承性

（一）实践需求

1. 司法实践

法律规范的缺失导致实务混乱，这使得以下两个前置性问题无法得到有效解决。这种状况对法律完善提出了迫切的要求。

（1）网络虚拟财产是否法律保护的财产。中国互联网络信息中心公布的数据表明，截至2013年7月我国网民数量已经达到5.91亿。[1]网络虚拟财产作为新生事物开始进入人们的视野，关于网络虚拟财产纠纷的案件也日益增多。其中，对于网络虚拟财产是否为法律所认可和保护的财产这一基本问题，各地人民法院在法律未作明确规

定的情况下，依据自己的理解作出判决，造成司法机关操作不统一、各行其是的局面。如表 1 所示。

表 1

案名	争议焦点和法院判决
林通武盗窃案 [2]	争议焦点：邮箱中的域名是否属于财产？法院判决：网络域名具有唯一性、确定性、可直接支配性，能够被人们所控制和占有。网络域名的取得需交付真实的货币，并且有商业价值，符合公私财物的基本特征。
李宏晨诉北京北极冰科技发展有限公司案 [3]（以下简称“李宏晨案”）	争议焦点：网络虚拟装备是否属于合法的私人财产？法院判决：玩家参与游戏需支付费用，可获得游戏时间和装备的游戏卡均需以货币购买，这些事实均反映作为游戏主要产品之一的网络虚拟装备具有价值。
曾智峰等盗窃案 [4]	争议焦点：QQ 号等网络虚拟财产是否属于法律保护的财产？法院判决：财产的范围只能由立法机关确定。我国现行的法律和司法解释尚未将 QQ 号等网络账号纳入保护的财产之列。
于静诉孙江泰合同纠纷案 [5]	争议焦点：网络虚拟财产交易行为是否合法有效？法院判决：网络虚拟财产具有财产权性质，并且在现实社会生活中具有货币价值，在我国法律未对其交易予以明确禁止的情况下，应对自愿进行交易行为的合法性予以确认。

(2) 网络虚拟财产是否继承法承认的财产。在现实生活中，有关网络虚拟财产继承纠纷的案件开始逐渐增多。在国外，2005 年，美国士兵贾斯丁在伊拉克阵亡，其生前很多照片存放在雅虎信箱里，他的父亲向雅虎公司要求登录儿子的账户，以便收集更多的有关他的生平细节。雅虎公司却声称它的服务协议条款规定不得泄露使用者的私人邮件信息，并且邮箱账户随使用者的死亡而终止，雅虎公司将删除这个账号。[6] 在国内，就电子邮箱而言，2010 年湖南省的王先生因车祸去世，其妻子要求腾讯公司提供王先生的 QQ 邮箱密码以便整理丈夫保存在邮箱中的两人的照片留作纪念，而腾讯公司的管理者认为 QQ 号码所有权归腾讯公司所有，用户只拥有号码使用权，QQ 号码不属于法律上遗产的范畴。[7] 类似的事件时有发生。[8] 此外，网络游戏中游戏装备、[9] 在淘宝网上开设网店的账号 [10] 继承问题也屡有发生。

上述案件的焦点在于网络虚拟财产是否属于现行法律保护的财产。我国目前尚无规范网络虚拟财产之立法，学术界和实务界对其是否为继承法上的合法财产尚未达成共识，这极不利于相关案件的正确处理，极大地影响了司法的权威性和公正性。

2. 社会需求

网络用户在网络平台上储存照片来纪念美好瞬间，发表博文来抒发内心感情，通过电子邮件来寄托相思……网络虚拟财产的货币价值可能较小，其所承载的更多的是被继承人的精神利益。[11] 继承绝不只是财产利益的传承，其还与一定的社会形态及生产关系的表现形式相适应，更加关注的是社会关系的更替。因此，对网络虚拟财产来说，相对于其经济价值，其所体现的精神价值的继承更有必要。法律应关注并回应这一社会现实需求。

网络虚拟财产的交换价值是其经济价值的外在表现，这种经济价值也是网络虚拟财产能够予以继承的必要条件。网络虚拟财产的经济价值可能由于其类别不同，网络用户投入的时间、用户的等级的不同而有所不同。网络虚拟财产的经济价值也要求法律认可其可继承性。

网络用户通过各种方式和途径不断地创造自己的虚拟财产，虚拟财产在个人生活中扮演着越来越重要的角色。有关网络虚拟财产继承纠纷的案件也会随着社会的发展日益增多。因此，将网络虚拟财产作为遗产予以继承，是法律适应变化了的客观实际的需求。[12]

(二) 法律定性及其理论说明

1. 法律定性

目前，对网络虚拟财产之概念法律还没有作出明确的界定，学者所持观点各异，也有学者将其称为数字财产、信息财产。[13] 广义的网络虚拟财产更加强调“虚拟”性，只要是数字化的、非物化的财产形式，一切存在于网络虚拟空间内的、由持有人随时调用的专属性数据资料都被纳入网络虚拟财产的范围，而不管其是否具有交易价值。[14] 因此，其外延就较为广泛：网络域名、QQ 号、博客、电子相册等。广义上的网络虚拟财产范围广、种类多、形式多样，基于其在某些方面所具有的共性，可以将其分为两大类型：一种是虚拟网络本身；[15] 另一种是存在于网络上的虚拟财产。就虚拟网络本身而言，其是非常重要的网络虚拟财产。[16] 就存在于网络上的虚拟财产而言，其在现实生活中又主要分为以下几种类型：(1) 账号密码型，如 QQ 号、游戏账号、微信账号等；[17] (2) 信息资料型，如网络通讯录、电子邮件、聊天记录等；[18] (3) 信誉型，如淘宝网信用等级、个人网上积分下载权限等；(4) 虚拟货币型，如游戏金币、QQ 农场的虚拟货币等；(5) 游戏装备型，如网络玩家获得的武器装备设施等。

概言之，网络虚拟财产之内涵和外延必会随着时代的发展而不断地扩展。

有关网络虚拟财产的性质，有“传统物权说”、[19]“新型物权说”、[20]“债权说”、[21]“知识产权说”、[22]“新型财产权说”[23]等多种学说，而综合观之，在学术界比较流行的是“物权说”和“债权说”。这两种学说建立在传统民事权利物权、债权两分法的基础之上，从各自的立场描述了网络虚拟财产所体现出来的特征，具有一定的合理性。然而笔者认为，网络虚拟财产其实是一种中间类型的权利。对于网络用户来说，网络虚拟财产具有债权的属性，但在一定条件下会发生物权化的结果。对于网络运行服务商来说，其仍然是网络虚拟财产的所有人，对网络虚拟财产拥有所有权，网络虚拟财产只是其对网络用户提供的服务的一部分，但在网络服务协议期间网络服务提供者的权利让渡给了网络用户，其所有权只能在有限的范围内行使。网络服务提供者与网络用户之间的服务协议终止后，对网络虚拟财产仍享有完全的所有权。网络服务提供者所享有的这种物权逐渐“价值化”，其占有、使用、收益和处分权能逐渐分离，这使得所有权实现的方式从对标的物之现实支配，演变为必须借助收益请求权的行使。[24]因此，对网络服务提供者来说，网络虚拟财产是一种债权化的物权。我们应根据其独有的特征，对网络用户和网络服务提供者进行保护。

2. 理论说明

财产是一个历史性概念，随着社会的发展而不断发展。[25]在民法发展的过程中，最初只有动产才可以作为民事权利的客体。[26]随着经济和社会的发展，权利客体的范围不断扩大，人们在社会生活的过程中逐渐认识到这些财产的重要性，将其作为个人财产权的客体。[27]我国学术界对财产的理解也从有体物扩展到无体物。财产是现代福利国家保障个人自由不可缺少的一部分，为了使个人自由得到更好的保护，从19世纪开始，美国法官就倾向于把有价值的利益当作财产来保护，即非物质化的财产、任何有价值的利益都可能成为财产法保护的客体。[28]价值性逐渐成为判断非物质化财产是否应受法律保护的一个非常重要的标准。

财产客体具有价值性，是指其能满足人的某种需要并可以用货币加以衡量，即具有使用价值和交换价值。“社会物质条件的变化，使人们不断认识新的财产客体的价值并通过一定的经济和法律关系安排，以便实现更有效的利用。”[29]网络用户通过注册、购买等在网络空间中娱乐、学习，实现在网络空间中的需求，虚拟财产对网络用户是具有使用价值的。现在网络虚拟财产交易已经成为一种常态：游戏装备的买卖、账号积分的兑换、QQ号的交易等，对于比较稀缺的网络游戏装备，其价值甚至可以相当于一辆轿车的价格。[30]网络虚拟财产可以实现其交换价值。因此，网络虚拟财产具有法律上财产之价值性。然而，是否所有的有价值的利益都可以成为财产呢？美国联邦最高法院布兰迪斯大法官认为，任何一种精神产品都是耗费生产者的时间和劳动而创造出来的，都具有价值性，但这并不说明它就具有法律上的财产属性，如思想、概念、知识、规律等在与别人进行交流之后，就免费为大家所用，这是法律的一般原则。[31]因此，这些无形产品要具有财产属性，就必须基于公共政策或一定的社会目的而由法律肯认。网络虚拟财产是时代发展的产物，是公民可继承财产的另一种表现方式，公民的财产继承制度体现社会公共利益，因此应将“遗产尽量不收回国有”原则纳入法律。

（三）法律依据

要对网络虚拟财产进行有效保护，既需要明确网络虚拟财产保护的法理依据，又需要在现行法律中寻找规范依据。目前已经实施的《全国人民代表大会常务委员会关于维护互联网安全的决定》、《中华人民共和国计算机信息系统安全保护条例》等法规尚未对网络虚拟财产的保护作出明确的规定。2003年，19名律师联合署名向全国人民代表大会法律委员会提出《保护网络虚拟财产立法建议书》，建议制定一部《网络虚拟财产保护条例》。[32]在2004年修订《中华人民共和国宪法》（以下简称《宪法》）时，公民的私有财产神圣不可侵犯的规定被明确写入，进而为《中华人民共和国民法通则》第75条、《中华人民共和国物权法》第64条、第65条有关财产规定的扩充性解释提供了依据。2009年，文化部和商务部联合发布的直接针对网络虚拟财产的《关于加强网络游戏虚拟货币管理工作的通知》对实务工作就颇具指导意义。网络虚拟财产作为网络环境中具有价值的权利集合，体现了财产在信息环境下新的表现形式，具有鲜明的时代性，它是财产概念的现实扩展和适应时代要求的延伸，现行法律会越来越重视对其保护。

而网络虚拟财产要作为遗产予以继承，还必须是继承法规定的可继承的遗产。《继承法》第3条和《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3条规定了公民可继承遗产的范围，但其对网络虚拟财产并没有作出明确的规定。由于没有明确的法律规定，法官与网络服务提供者对网络虚拟财产继承之请求就可能采取完全不同的处理方式，那么网络虚拟财产是否能作为遗产被继承呢？要探讨其能否作为遗产被继承，就要论证网络虚拟财产是否属于《继承法》第7条规定的“公民的其他合法财产”。财产之合法性判断可以从财产取得的方式合法和取得的内容合法两个方面来进行判断。[33]由于网络虚拟财产是网络用户通过与网络服务提供者签订服务协议，完成注册、交易、购买等方式享有的，因此网络虚拟财产之取得方式合法。网络虚拟财产之内容源于网络用户与网络服务提供者所签订的网络服务合同。网络用户基于自己的真实意思与网络服务提供者签订网络服务协议，如果网络服务提供者对网络用户提供之服务和合同内容都不违反法律、法规的强制性规定，那么网络服务合同就合法有效。如网络用户为未成年人，其与网络服务提供者之间签订的网络服务合同也可以通过法定代理人的追认而由效力待定的合同转为有效合同，网络虚拟财产之内容同样也是合法的。从《宪法》第13条、《继承法》第1

条的规定可以发现,保护公民私有财产继承权的原则为我国继承法的基本原则。虚拟财产作为新时代财产的另一种表现形式,是网络用户用自己的劳动、时间积累换来的财富。可见,网络虚拟财产可以被纳入合法的可继承财产的范围。从立法精神看,将虚拟财产作为遗产予以继承,体现了我国继承法的立法宗旨。规定财产继承制度,使死者生前的财产能够转移给下一代,从而使被继承人生前努力创造的财富继续存在,符合被继承人的意愿,有利于维护家庭内部的和谐与稳定。将网络虚拟财产纳入继承的范围之内,符合我国继承法的立法精神。

二、可继承的网络虚拟财产之范围及价值评估

网络虚拟财产能够作为我国现行法律所保护的可继承的财产,但并非所有的网络虚拟财产都能够作为遗产而可继承。同时,鉴于网络虚拟财产的特殊性,在继承过程中如何对其价值进行评估也是必须解决的问题。

(一)可继承的网络虚拟财产之范围

网络虚拟财产虽然可以成为遗产的一部分而被继承,但其多样性和复杂性给继承范围的确定造成一定的障碍。笔者认为,与传统可继承的财产相比,网络虚拟财产的继承应该更加注重被继承人的意愿,因此在确定网络虚拟财产的继承时首先可以遵循“被继承人自己确定为主”的原则,由被继承人生前根据自己的意愿确定可继承的虚拟财产的范围。这一原则更加强调遗嘱继承在网络虚拟财产继承过程中的重要性。[34]只有当被继承人没有明确表明可继承遗产的范围时,才需要借助法律规定来确定继承的范围。如今,这一原则要在实务中发挥作用还有相当大的困难。在网络世界中,网民主要为20世纪70、80和90年代出生的人。笔者在调查中发现,虽然在订立遗嘱时会将自己的虚拟财产列为遗产继承的人所占比例不到20%,但绝大部分受访者都赞成将网络虚拟财产作为遗产予以继承。杨立新教授、梁慧星教授在各自的继承法修改建议稿中都强调应将遗嘱继承放在首位,“被继承人自己确定为主”原则在网络虚拟财产的继承中显得尤为重要。

被继承人如果没有订立遗嘱,那么由法律确定继承的范围。由于网络虚拟财产具有特殊性,因此在确定网络虚拟财产继承的范围时会遇到技术、伦理和法律上的问题。“网络虚拟财产能否作为遗产,要区别对待。”[35]对于虚拟网络本身,当然可以直接予以继承。对于网络虚拟财产,要确定其继承的范围,则必须区别对待。“遗产是财产的一种特殊状态,是公民死后留下的财产,身份关系和人格利益是不能继承的。”[36]网络虚拟财产存在的形式和内容比较多样化,如果单纯地对网络虚拟财产继承的范围予以列举,那么不能穷尽现实之客观需求。由于每种虚拟财产因其内在的运作方式和功能不同而呈现不同的价值,因此将虚拟财产继承客体予以类型化将更为科学合理。[37]对于主要体现经济价值的网络虚拟财产如网络游戏账号、网络游戏装备等,可以继承。对于着重体现所承载的精神价值的网络虚拟财产,如博客、邮箱、电子相册等,也可以被继承。在这部分财产继承过程中,可能会涉及被继承人的隐私等内容,而被继承人则不希望相关信息为他人所知。如果继承人对被继承人的网络虚拟财产予以继承,那么就有可能侵犯被继承人生前的隐私,这就要求继承人对被继承人的信息予以保密,这也是继承人必须承担的义务。对于具有完全的人格属性和身份属性的网络虚拟财产,则不应该纳入被继承的范围之内,法律可以规定由网络服务提供商依特定程序予以删除。

(二)可继承的网络虚拟财产之价值评估

在司法实践中,要对网络虚拟财产进行有效的保护,首先就要对其价值加以确定。网络虚拟财产更多代表的是网络用户的精神财富,网络虚拟财产的多样性和相对不确定性就使得在实务中准确评估网络虚拟财产的价值变得十分困难。从已有刑事案件的判决看,[38]法官会根据当事人从中所获得的收益、在市场交易中的交易价值以及有关司法解释等来确定网络虚拟财产的价值或者恢复被盗的网络虚拟财产。在民事案件中,尚未出现确定网络虚拟财产价值的指导性案例。并且,民法上网络虚拟财产的范围远远大于已有的刑事案件所确定的网络虚拟财产的范围,[39]因此在民事司法实务中,必须有与之相配套的确定的虚拟财产价值的方法。对没有必要确定其价值的网络虚拟财产,如直接储存在网络硬盘中的网络虚拟财产,相册、资料、图片等,当然可以直接予以继承,但对发生争议的网络虚拟财产,如需要确定其价值的账号、游戏装备、游戏金币、有价值的博文等,确定其价值就尤为必要。笔者认为,我们可以借鉴刑事司法实践中的做法,结合民法上网络虚拟财产的特点,参考相关因素来确定虚拟财产的价值。为此,我们可以从网络虚拟财产的定价主体和网络虚拟财产价值的影响因素两个方面来进行论述。

1. 价值确定主体

对于有经济价值的网络虚拟财产价值之确定主体,在实践中还未达成统一意见。笔者认为可以由以下主体确定:

(1)由网络用户确定。首先,网络用户可以根据投入的时间、金钱、获得的等级等来自行确定虚拟财产的价值。由网络用户自主定价在网络虚拟财产交易的过程中也较常见,如网络用户可以根据自己的QQ号等级、靓号程度、游戏装备的稀缺性等来确定其交易的价格。目前,用户间私下交易虚拟财产在交易市场中占的比例最大,由网络用户自行在合法范围内定价也符合意思自治原则。(2)由网络服务提供商定价。由于网络用户之间的交易定价可能存在一定的无序性和不稳定性,网络虚拟财产在市场交易中“非理性化”的色彩也较为浓厚。[40]网络服务提供商是网络服务商品之提供者,其对哪些网络服务商品是稀缺的、受欢迎的以及其价值之大小有更加理性的认识和了解。因而,当由网络用户自行定价明显不合理或有违公平原则时,或者不能由网络用户自行定价时,则可由网络服务提供商定价。(3)由专门的机构定价。由网络用户或网络服务提供商进行定价都带有非理性和利己因素,为避免定价不合理导致的不公平,可设立专门的机构对网络虚拟财产进行评估作价。同时也可由相关行业如中国互联网协会为

主导，在网络用户和网络服务提供商共同参与下确定不同类型网络虚拟财产的价格浮动标准，允许网络用户在标准范围内自由定价交易。

2. 价值评估之影响因素

(1) 网络环境下的供求关系。供求关系是影响价格的重要因素，我们在对网络虚拟财产进行定价时，也可以考虑其在网络平台上的供求关系。根据现行网络用户与网络服务提供商签订的服务协议，其网络虚拟财产不能随意予以出售、转让、出租、出借，[41] 但当前网络虚拟财产的交易市场有大规模的增长，网络用户基于其自身需要而造就了许多网络虚拟财产交易平台。[42] 市场之供求关系可以决定网络虚拟财产的价格，而价格又是网络虚拟财产价值的外在表现形式。以供求关系因素确定网络虚拟财产的价值反映了财产的市场属性，具有一定的公平性、合理性。[43] 在确定虚拟财产之价值发生争议时，应将网络虚拟财产之市场供求关系纳入首先考虑之范围，围绕市场交易平台上之价格进行确定。

(2) 网络用户投入之经济成本。网络用户取得的网络虚拟财产是投入了一定的成本的，如网络用户花费的时间、精力、支出的电费、网络游戏装备的购买、网络充值等。网络用户投入的经济成本受自身因素的影响较多，具有相对的不确定性，[44] 但也对网络虚拟财产的价值评估具有较大的参考价值。一般来说，网络用户投入的时间越多，获得的等级越高，其经济成本就越高，其虚拟财产存在的时间越久远，在市场交易中获得的价格也就越高。

(3) 网络虚拟财产之影响。网络虚拟财产之影响是指网络虚拟财产的影响范围和影响大小。笔者认为，在对网络虚拟财产的价值进行确定时，也可以将网络虚拟财产的影响力作为一个因素予以考虑。由于网络用户自身的原因，其网络虚拟财产的影响是不同的。例如，热门游戏受欢迎和普及的程度肯定会比一般的游戏要高，名人微博受关注的程度会更广，影响力会更大。网络虚拟财产的影响越大、范围越广，其价值可能就越大。

当然，由上述主体在相关的考虑因素内确定网络虚拟财产之价值也会存在缺陷，我们“对于现实发生的不同案件涉及的虚拟财产的具体价格，应当具体情况具体分析”。[45] 这就需要法官在审理这类案件时结合有关案件的具体情况来确定网络虚拟财产的价值。

三、网络虚拟财产继承的制度构建

除可继承的网络虚拟财产之范围确定和价值评估外，与传统可继承的财产相比，网络虚拟财产的继承还会遇到新的问题，必须进行有针对性的规范制度设计，以确保网络虚拟财产继承的实现。

(一) 网络服务提供商的责任与义务

与传统财产继承不同，网络虚拟财产的继承需要网络服务提供商的参与和协助。网络虚拟财产具有占有的双重性，要实现网络虚拟财产的有效保护和继承，就需要网络服务提供商履行相应的义务。

1. 网络服务提供商对网络虚拟财产的安全保障义务

表 2

案由	案情
“李宏晨案”	原告李某是网络游戏《红月》的玩家。2003年，李某发现服务器账号内所有的网络虚拟装备丢失便向被告索要盗号者情况，被告予以拒绝并称：玩家的账号应由自己保管与维护，发生盗用时应自行更换密码，账号盗用期间发生的损失由玩家自行负责，玩家的网络虚拟装备丢失与公司无关。
马杰诉上海盛大网络发展有限公司网络服务合同纠纷案 [46]	马杰是盛大公司《传奇世界·2》的“密宝”用户，2006年7月，马杰登录游戏时游戏突然中断，无法登录，马杰致电公司要求冻结该账号，盛大公司经核实，确认账户基本系马杰所有。此后盛大公司恢复马杰的游戏角色和装备，但其一把5—36级别的屠龙刀装备未能恢复。

网络虚拟财产受到侵害的情况经常发生，作为网络虚拟财产服务提供者的网络服务提供商是否对网络用户的网络虚拟财产安全负有安全保障义务呢？这也是法官在审理相关案件的过程中所面对的焦点问题。网络用户与网络服务提供商签订网络服务协议，网络用户必须花费时间、金钱等才能获得相关的网络服务，两者之间的协议可以被视为一种服务合同。网络服务提供商在提供服务的同时为保证网络用户权利的顺利实现，应尽到必要的安全保障义务。虽然网络服务协议对网络服务提供商的这种义务没有作出明确的规定，但是这种义务是一种“为辅助债权人实现其利益，随合同关系的发生而发生”的附随义务。[47] 网络服务提供商应该采取必要的措施，确保网络虚拟财产的安全，如及时修复其提供的网络虚拟财产漏洞、对软件进行必要的升级、与保险公司合作开展网络虚拟财产保险业务等。在网络虚拟财产受到侵犯时，网络服务提供商要承担举证责任证明其已采取必要的安全措施和程序；否则，须对网络虚拟财产之损害承担相应的法律责任。如果网络虚拟财产受到的侵害是网络用户自身的原因造成的，如采用非法的程序导致网络虚拟财产出现安全漏洞、对网络账号密码没有尽到合理的注意义务等，那么网络服务提供商无须承担责任。

2. 网络服务提供商协助网络虚拟财产继承的附随义务

网络虚拟财产存在于网络服务提供商的服务器上，也始终处于其控制之下。对于要向网络服务提供商提出申请

才能实现继承的网络虚拟财产，就需要网络服务提供商的协助和参与，即在网络虚拟财产继承关系中，由继承人、被继承人双方主体变成了继承人、网络服务提供商、被继承人三方主体，网络服务提供商对网络虚拟财产之继承发挥着纽带作用。从现阶段网络服务提供商所提供的服务协议看，其在一般情况下并不允许网络虚拟财产的转移或对其转移持比较消极的态度。但是，在现实生活中，有关网络虚拟财产的交易等却比较盛行，已经成为一种不可扭转的趋势，网络服务提供商规定的服务条款排除网络虚拟财产的交易、转让和继承，对网络用户的权利进行限制，也有违公平、平等的原则。并且，现行网络服务协议都没有明确规定网络服务提供商应该承担的义务，在当事人就网络虚拟财产继承提出要求时，网络服务提供商往往为自身利益之考量而置身事外。因此，为平衡网络服务合同中网络服务提供商的权利和义务，在网络协议中，应该明确网络用户享有的权利和规定网络服务提供商的辅助义务，避免网络服务提供商推脱其应尽的义务和责任，确保网络虚拟财产能够被顺利地继承。

（二）被继承人合法拥有网络虚拟财产之证明

可继承之财产必须是被继承人的合法财产，传统可继承的财产都以实物的形式存在，其合法之主体身份很好证明，而网络虚拟财产存在于网络空间中，网络用户往往不会用自己的真实身份注册和活动，即一般都采用编造的虚假身份。那么，在被继承人死亡后，如何证明网络虚拟财产为被继承人合法财产？首先，如果继承人能够提供相应的账号或密码，那么继承人就可以直接对网络虚拟财产予以继承，这就要求被继承人在生前能够提供账号和密码，在这种情况下确定网络虚拟财产之合法主体身份并不难。若被继承人生前没有留下其网络虚拟财产的任何信息，如丈夫因意外事故而身亡，其生前的网络游戏装备能卖到几万元人民币，其妻子想要继承网络游戏装备，则如何证明这款游戏装备是属于其丈夫所有呢？这时就需要网络虚拟财产之合法继承人向网络服务提供商提出申请，并承担相应的举证责任：（1）继承人首先必须证明被继承人虚拟财产之存在。这在实务操作中具有一定的难度。网络用户一般都是采用非实名的方式在网上注册，除了用账号和密码来证明自己是虚拟财产的合法主体外，自身都很难证明自己是某网络虚拟财产的占有者，让继承人证明某网络虚拟财产是被继承人的合法财产则更加困难。这就要求继承人尽可能多地提供可靠信息，由网络服务提供商根据具体情况进行判定。（2）继承人必须提供证据证明自己具有继承人的合法主体身份。（3）被继承之网络虚拟财产在可继承财产范围之内，继承人还必须提供相关证据证明某网络虚拟财产是可以被继承的。

（三）无人继承的网络虚拟财产之处理

网络用户死亡后，其合法继承人享有针对网络虚拟财产的继承权。可是，如果网络用户没有对其网络虚拟财产订立有效的遗嘱，也没有法定的继承人，那么对网络虚拟财产应该怎样处理呢？

根据《继承法》第10条的规定，如果无法条所列继承人也没有受遗赠的人，或法定继承人放弃、丧失其继承权，受遗赠人表示不愿接受遗赠，那么就会产生无人继承又无人受遗赠的情形。网络虚拟财产与一般财产一样也存在无人继承和无人受遗赠的情形。网络用户的合法继承人若要继承网络虚拟财产，则会主动向网络服务提供商提出申请；若不愿继承或不愿接受遗赠，则无须提出申请。网络用户的合法继承人知道其继承的账号而不予登入或是不知账号信息也未提出申请，会与未死亡的网络用户长期不登入难以区别，[48] 对这种情形也可以按照网络服务协议的方式进行处理。[49] 综观之，既无人继承又无人受遗赠的网络虚拟财产只存在于以下情况：（1）经报道其死亡的消息为社会公知，此时网络服务提供商可以在被报道人没有法定继承人或遗嘱继承人要求对网络虚拟财产进行继承时对网络虚拟财产进行处理。（2）继承人或受遗赠人在法定期限内明确通知网络服务提供商放弃继承或遗赠。[50] 根据《继承法》第32条的规定，无人继承又无人受遗赠的遗产归国家所有；死者生前是集体所有制组织成员的，归所在集体所有制组织所有。笔者认为，基于网络虚拟财产的特殊性，对于既无人继承又无人受遗赠的网络虚拟财产可以采取相对灵活的处理方式。

网络虚拟财产的重要性及其价值主要体现在网络平台的运行和流通上，如果规定将无人继承的网络虚拟财产归国家所有，那么将不具有现实可行性。其理由如下：（1）我国目前还没有专门对网络虚拟财产进行管理的国家机构；（2）如果收归国有，就必须再由法定的专门机构对其进行管理。如果这样，将不利于网络虚拟财产在市场流通，其所体现的价值从而就无法实现，甚至原有价值都会丧失。梁慧星教授认为，对于可继承的遗产尽量不收归国有，可增设第三甚至第四顺序的继承人。[51] 笔者认为，在网络虚拟财产继承过程中，可以允许网络服务提供商对可以继承的网络虚拟财产进行继承。对于涉及用户个人隐私及个人情感因素的，法律可以规定在经过法定的保留期间后由网络服务提供商依特定程序予以删除。既无人继承又无人受遗赠的网络虚拟财产归网络服务提供商继承或处理，不仅可以实现物尽其用，而且还能激发网络服务提供商的服务热情，积极履行网络虚拟财产的保护职责，减少网络虚拟财产纠纷。

四、社会变革中的继承法修订

《继承法》颁布的时间较早，明显具有滞后性，已经不能完全满足社会的要求。如今立法机关启动程序，决定修订《继承法》，此一修法动议已经成为全社会之热议话题。诸多学者提议应将《继承法》作全面修订，包括继承人的范围、遗产的范围、遗嘱形式和效力、继承的执行和遗产的保护等。从有关继承法修订之争议话题看，遗产的范围成为最受关注之焦点。由于我国个人的私有财产状况发生极大变化，因此公民个人所拥有的财产形式日益增多，诸如经济适用房、限价商品房、廉租房、公租房，宅基地使用权、网络财产等新型或特殊的财产皆被提议纳入可被

继承遗产的范围。[52] 科技日新月异，网络飞速发展，使得如今之财产种类和存在方式更加多样化和复杂化，以至于传统财产权利体系应接不暇。为适应时代之发展要求，满足网络时代财产保护的需要，法律应将网络虚拟财产纳入可继承的遗产范围。针对网络虚拟财产的特殊性，在进行相应的规范设计时，应在制度层面有所创新和突破，以确保网络虚拟财产继承的顺利实现。

注释：

- [1] 参见中国互联网络信息中心：《第 32 次中国互联网络发展状况统计报告》，http://WWW.cnnic.net.cn/hlwfzyj/hlwxzbg/hlwtjbg/201307/t20130717__40664.htm，2013—08—03。
- [2] 参见福建省厦门市思明区人民法院（2013）思刑初字第 410 号刑事判决书。
- [3] 参见北京市朝阳区人民法院（2011）朝民初字第 17848 号民事判决书。
- [4] 参见广东省深圳市南山区人民法院（2006）深南法刑初字第 56 号刑事判决书。
- [50] 参见国家法官学院等编：《中国审判案例要览》（2010 年民事审判案例卷），中国人民大学出版社 2011 年版，第 155—161 页。
- [6] See Stefanie Olsen, Yahoo Releases E-mail of Deceased Marine, CNET NEWS, Apr., 21, 2005.
- [7] 参见赵文明、阮占江：《索要去世男友 QQ 资料受阻，是否立法保护数字遗产有争议》，《法制日报》2010 年 4 月 24 日。
- [8] 参见罗提：《虚拟财产法律存空白 网络遗产如何能继承》，《华西都市报》2012 年 12 月 17 日。
- [9] 参见戈昊：《32 岁男子沉迷网游十年离世 临终称真有意思》，《楚天都市报》2011 年 5 月 17 日；陈凯：《QQ 号可以作为“遗产”继承吗？》，《北京日报》2011 年 10 月 26 日。
- [10] 参见罗提：《虚拟财产法律存空白 网络遗产如何能继承》，《华西都市报》2012 年 12 月 17 日；晏耀斌：《淘宝遗产：女店主猝死网店不能继承，高层沉默》，《中国经营报》2012 年 8 月 19 日。
- [11] 参见陈雪莲：《我死了之后，我的 QQ 号怎么办》，《国际先驱导报》2009 年 4 月 2 日；晓瑗：《数字遗产：将虚拟留给现实》，《人民邮电报》2010 年 8 月 20 日。
- [12] 杨立新教授草拟的《〈中华人民共和国继承法〉修改草案建议稿》第 7 条第 1 款第 9 项明确将“互联网中的虚拟财产”纳入可继承的财产范围之内。参见杨立新、杨震：《〈中华人民共和国继承法〉修正草案建议稿》，《河南财经政法大学学报》2012 年第 5 期。
- [13] 参见高富平：《信息财产：数字内容产业的法律基础》，法律出版社 2009 年版，第 19 页。
- [14] 参见于志刚：《网络空间中虚拟财产的立法保护》，中国人民公安大学出版社 2009 年版，第 23 页。
- [15] 虚拟网络是一种包含至少部分是虚拟网络链接的计算机网络。两种最常见的虚拟网络形式为基于协议的虚拟网络和基于虚拟设备的虚拟网络。
- [16] [19] 参见杨立新、王中合：《论网络虚拟财产的物权属性及其基本规则》，《国家检察官学院学报》2004 年第 6 期。
- [17] [18] 参见张冬梅：《论网络虚拟财产的继承》，《福建师范大学学报》（哲学社会科学版）2013 年第 1 期。
- [20] 参见孟勤国：《物权二元结构论——中国物权制度的理论重构》，人民法院出版社 2004 年版，第 72 页。
- [21] [23] 参见刘惠荣：《虚拟财产法律保护体系的构建》，法律出版社 2008 年版，第 83 页，第 89 页。
- [22] 参见刘春田：《谈一谈虚拟财产的本质和特点》，<http://teeh.qq.com/a/20070317/000079.htm>，2013—07—05。
- [24] 参见冉昊：《论“中间型权利”与财产法二元架构——兼论分类的方法论意义》，《中国法学》2005 年第 6 期。
- [25] 罗马法最先创造了财产以及与财产密切相关的物这一概念，物的范围十分广泛，一切有用的、无用的、有害的、无害的物都在其范围之内。
- [26] 参见吴汉东：《无形财产权的若干理论问题》，《法学研究》1997 年第 4 期。
- [27] 参见周相：《罗马法》，群众出版社 1983 年版，第 155 页。
- [28] [31] 参见 [美] 肯尼斯·万德威尔德：《十九世纪的新财产——现代财产概念的发展》，王战强译，《经济社会体制比较》1995 年第 1 期。
- [29] 陆小华：《信息财产权——民法视角中的新财富表现模式》，法律出版社 2009 年版，第 118 页。
- [30] 笔者在淘宝网上搜索发现，目前普通 6 位数的 QQ 号的价格从几百元到上千元不等，而吉利数字搭配号的价格更是达上万元。我们在“晒号网”上可以发现，五位数的 QQ 号最低能卖 1000 元，最高的是一个“11999”的 QQ 号，卖家叫价竟然高达 29 万元。除了 QQ 号能交易，新浪微博账号、中国移动公司飞信账号以及网易邮箱账号都在公开售卖。
- [32] 参见徐百柯：《立法保护网络虚拟财产》，《深圳晚报》2004 年 1 月 11 日。
- [33] 参见高富平：《虚拟财产保护若干问题》，《法律科学》2003 年第 6 期。

[34] 32岁的男子王某沉迷于网络游戏数十年，后因身体不适离世。生前的20多个游戏账号很多玩家都表示愿意高价购买，但是王某一直没有答应。王某直到去世都没有将游戏账号的密码告诉任何人，这些游戏账号只能成为被封留的“遗产”。参见戈昊：《32岁男子沉迷网游十年离世 临终称真有意思》，《楚天都市报》2011年5月17日。

[35][36] 李吉斌：《网络虚拟财产能否继承引争议 专家称无须专门立法可加强判例指导》，《法制日报》2011年10月20日。

[37][48][50] 参见李岩：《虚拟财产继承立法问题》，《法学》2013年第4期。

[38] 参见广东省广州市中级人民法院（2006）穗中法刑二终字第68号刑事判决书，福建省厦门市思明区人民法院（2007）思刑初字第410号刑事判决书，福建省龙岩市新罗区人民法院（2008）龙新刑初字第608号刑事判决书。

[39] 在目前的刑事司法实践中，对网络虚拟财产的定义一般仍限制在狭义的范围之内，即仅仅包括网络虚拟游戏中的游戏装备和游戏金币等。

[40][42][43] 参见李仁玉：《谈司法实践中虚拟财产价值的确定》，《商业时代》2012年第18期。

[41] 例如，《QQ软件许可及服务协议（QQ2013）》，<http://WWW.douban.com/group/topic/35838134/>，2013-06-06；《新浪2008邮箱服务使用协议》，http://blog.sina.com.cn/s/blog_469dlc1501008wy6.html，2013-08-06。

[44] 网络用户因自身的条件、技术、能力不同投入的成本也就不同，所以这一因素的考虑具有较大的局限性。

[45] 李欣：《盗窃虚拟财产行为的刑法规制》，《西南民族大学学报》（人文社会科学版）2008年第6期。

[46] 参见江苏省江阴市人民法院（2007）澄民一初字第37号民事判决书。

[47] 参见马俊驹、余延满：《民法原论》，法律出版社2005年版，第62页。

[49] 按照现行的网路服务合同，网络服务提供商对网络用户在网络上的相关信息资料等内容清空后会收回网络虚拟财产。

[51] 参见梁慧星：《关于修改〈中华人民共和国继承法〉的议案》，<http://WWW.iolaw.org.cn/shownews.asp?id=26159>，2013-08-06。

[52] 参见李吉斌：《专家建议：网络虚拟财产应被列入个人遗产》，《法制日报》2013年4月12日。

遗嘱！继承！——从英国小说看百味人生

2014年2月21日 人民法院报 俞飞

囊括六项艾美奖，美国第一夫人米歇尔也热追的英剧《唐顿庄园》，年初登陆央视八套。全剧围绕家族财产“限定继承制”展开，剧情跌宕起伏，上演一段段悲欢离合故事。昔日英国少为人知的继承制度，也让全球观众叹为观止。

“既不公正，也不合理。”后世学者评价英国中世纪继承制度，一语中的。斯时，教会法院与世俗法院严格分工，前者处理动产，后者负责不动产。女性继承权似有还无，土地继承中长子继承制，怎不令人摇头叹息？

不过，传统思想根深蒂固。百年前英国上议员洛德强调：“废除长子继承制，相当于对许多家庭判了死刑，并使其灭绝。”地产分割，削弱家族经济实力。皮之不存，毛将焉附！故期期以为不可。而女人婚后从夫姓名，财产势必易主。女性继承财产，无疑意味着家族的终结，而非延续。岂有此理？

中世纪，遗嘱继承涌现于英伦三岛，主要适用于动产继承领域。普通法基本原则是，保障动产领域的绝对遗嘱自由，父亲有权将动产捐给大学，甚至妓院，而丝毫不必顾及饥寒交迫的妻女。立遗嘱者处置动产时，并不考虑财产最大效用，也不考虑妻子女儿权益，而是为他不死的灵魂，来世的幸福着想。

“小说是一个民族的秘史。”文学巨匠巴尔扎克一语道破天机。浏览英国十八世纪经典小说，遗嘱在众多作品中俯拾皆是，常是重要桥段，地位举足轻重。丢失的遗嘱、篡改的遗嘱、销毁的遗嘱、伪造的遗嘱、有争议的遗嘱……君不见，有产者撒手人寰，葬礼举行之时，全体家庭成员到场。律师众目睽睽之下，打开遗嘱，宣读内容。在这朗朗宣读声中，多少人物的命运发生戏剧性转变。

犹记得，《傲慢与偏见》中，正是班内特先生的地产，根据遗嘱附加条件，限定传给男性继承人，成功塑造了一位患有“嫁女儿癖”的班内特夫人喜剧形象。家里四个千金，唯独没有儿子，无法继承遗产，这就意味着如果丈夫去世，班内特夫人和女儿就会被赶出家门，居无定所，更没有经济来源，所以她迫切的希望把四个爱女都嫁出去。上帝保佑！最好能高攀到那些多金的富裕绅士。

无怪乎，人生信条为“干什么都行，但没有爱情可千万不要结婚”的伊丽莎白拒绝表哥求婚，班内特夫人的焦虑可以说达到了顶点：老了之后，自己会连个住所都没有，沦落到受人接济鄙视的地步，这是心高气傲的她万万无法接受的。小说的中心故事就是班内特太太嫁女儿，所有的情节都围绕此展开。

《简爱》小说主线，则可追溯到老罗切斯特要把全部产业完整地传给长子，次子——小说主角罗切斯特，不得不为三万英镑远赴西印度群岛，娶疯女人为妻，简爱出走与奋斗的正剧，也正是在此背景下拉开帷幕。

得知罗切斯特有过妻子，简爱悲痛欲绝地离开了桑费尔德庄园。仅有的积蓄花光了，沿途乞讨，最后晕倒在牧

师圣约翰家门前，被其救下。峰回路转，吉人自有天佑！不久，圣约翰接到家庭律师的通知，浪迹海外的叔父约翰简去世了，留给简爱二万英镑天文数字遗产。

“我们的精神是平等的，就如同你跟我经过坟墓，将同样地站在上帝面前。”带着丰厚遗产，简爱与爱人罗切斯特，有情人终成眷属。

《呼啸山庄》的故事布局，也与遗嘱息息相关，“画眉山庄”的主人老林敦立下遗嘱，儿子如无子嗣，田庄转由女儿伊莎贝拉及其后嗣继承。多亏遗嘱中的漏洞，希思克利夫娶其为妻，生下一子小林敦，总算把田庄弄到了手，复仇者的形象越发真实可信。

其实，细读小说，小林敦病逝时尚未成年，本无资格订立遗嘱，将“田庄”留给父亲希思克利夫。故事最后，年轻夫妇海里顿和小卡蒂，婚后成了两处产业“呼啸山庄”和“画眉山庄”的新主人。事实上，依据当时英国法律，希思克利夫死后无继承人，又未留下遗嘱，产业则由王国政府充公，一对年轻人除爱情外，将一无所有。只是如此一来，与读者期待落差太大，所以作者艾米莉，也就匆匆一笔带过。

这方面，要数女作家乔治·艾略特最为严谨。她的名言，可为心声：“一位自高自大的人，就像是一只公鸡，它以为太阳上升，是为了聆听它的啼声。”

为写小说《激进派费立克斯·霍尔特》，艾略特专门向法学家费德里克·哈里逊移樽就教，以免在遗嘱问题上贻笑大方。时至今日，哈里逊的复信，总是附在小说正文之后，以帮助读者厘清，作为全书基石的特兰孙庄园继承权疑案，这可算是小说家处理遗嘱问题的翘楚！

狄更斯的小说《马丁·瞿述伟》，通过老马丁一生颠沛流离，充满焦虑的人生，揭示一个中心观念——无所不在的私欲。全书核心问题——财产继承关系在人们之间自然关系上的投影。老马丁处在众多的自然关系当中，包括兄弟、侄子、孙子、表弟、外甥，加上其他沾亲带故的男男女女。可是，在他们的眼中，老马丁不是人，而只是一份人格化的遗嘱。反过来在老马丁的眼里，他们也不是人，而只是一只只伸过来的手。

为求遗产早日到手，儿子约纳斯一不做二不休，对父亲下毒手，接着又杀人灭口，最后，东窗事发，自己也落入法网，正是全书最阴暗的一页。小说有关“家庭聚会”的场面，富有深意。老马丁病在路上，众亲朋连忙赶来，为遗嘱而吵成一锅粥。

“让我操了一辈子心，受了一辈子罪，等我死后，就又该引起没完没了的纠纷，造成难以消灭的恶感。向来都是这样。有钱的人一进坟墓，就不一定引起什么样的热闹官司……”老马丁乘他们不备，拖着病体悄悄溜走。

人心惟危。《理智与情感》中，庄园主米德尔顿家大少奶奶与老公的精彩对话，可称得上是这句话的最佳注解。“我父亲临终有嘱咐”，丈夫回答说：“要我帮助寡母和妹妹们。”

“他准是在说胡话。那阵子，他十有八九是神志不清了，要不然他就不会异想天开地要你把自己孩子的财产白白送掉一半。那好，就帮她们一把吧，可是帮一把何必要三千镑，你想想看。”“哦，当然。”丈夫一本正经地说道。

“当然如此。说实在话，我认为你父亲根本没有让你资助她们的意思。我敢说，他所谓的帮助，不过是让你合情合理地帮点忙，比方替她们找间小房子，替她们搬搬东西啦，等季节到了给她们送点鲜鱼野味啦，等等。我敢以性命担保，他没有别的意思。一年五百镑啊！我简直无法想象她们哪能花掉一半。至于说你想再给她们钱，未免太荒诞了吧，论财力，她们给你点倒差不多。”

遗嘱官司开打，往往旷日持久。狄更斯第一部法律小说《荒凉山庄》中，贾迪斯控告贾迪斯的遗嘱争执案拖了几十年，跨了好几代人，但始终看不见结案苗头。

“那些自称参与该案的律师共有二十三位，可是他们对案情似乎并不比我了解多少。他们跟大法官交谈，彼此争辩解释，有人说应该这么办，另一些人又说应该那么办，有人开玩笑地建议翻阅大卷的口供书，这马上引起更大的骚动和笑声。那些与本案有关的人士都懒洋洋的，把审理这案子当作一个消遣，因此谁也没法使这个案子产生任何结果。”

好个狄更斯，凌云健笔意纵横。控诉拖延费时的遗产官司，不仅体现了法律的拖延，律师的贪婪，而且在案件无休止的运作中，遗嘱解释的过程自我膨胀。

它本来是确定继承权的手段，却异化为它自己的目的、自己的纪念碑、一个没有答案的谜语、一个没有终点的过程、一种没有止境的追求、一桌不散的宴席、一代一代律师磨牙练武的场地、一个以原告和被告为原料的机器、以活人为祭品的法律圣殿。高悬着的诱人遗产转化为对整个家庭的诅咒。

好在1837年、1852年、1861年以及1963年，英国议会通过一系列遗嘱法改革法案，加上1925年颁布的《遗产管理法》，废除长子继承制。英国遗嘱继承现代化一日千里，摆脱教会控制，男女平权曙光初现，体现出男女继承权的完全平等。

古人云：人之将死，其言也善。留下一纸遗嘱，直面死，思考生，何尝不是美事一桩。只是，纠结着太多利益、人性与欲望的遗嘱之争，是否像电影《魔戒》一样，注定会是人间永远不会消失的战争？

（作者单位：中国政法大学比较法学院）

论遗嘱受益回避

罗思荣； 魏小军（杭州师范大学法学院）《法律科学》2014年第1期

摘要：遗嘱受益回避，即因特定角色之承担从而能对他人遗嘱的成立或生效产生重要影响的人，不得从该他人遗嘱中受益。遗嘱受益回避的适用对象，包括遗嘱订立时遗嘱人的监护人、医疗人员和参与遗嘱订立的见证人、公证人及起草人，以及前列人员的配偶、直系血亲和兄弟姐妹。遗嘱受益回避的除外情形为：前述人员与遗嘱人之间有配偶、直系血亲或兄弟姐妹关系；即使某见证人或公证人没有参与，遗嘱也能有效成立；遗嘱起草人被列为受益人时，遗嘱人已征询无利害关系律师的独立意见。

论涉外遗嘱法律适用制度的发展趋势——兼论《涉外民事关系法律适用法》第 32、33 条的解释与完善

李建忠（浙江理工大学法学院） 《法律科学》2014 年第 1 期

摘要：在遗嘱的法律适用制度领域存在两大趋势：一是在体例结构上采用继承与遗嘱分立模式下的“遗嘱”体例；二是在同一制与区别制的应用上采用同一制。《涉外民事关系法律适用法》第四章采用法定继承与遗嘱分立的体例结构，在实践中将导致遗嘱法律适用制度结构残缺。在处理遗嘱方式法律适用时，该法采纳了同一制，但弃用了 1961 年《海牙遗嘱处分方式法律冲突公约》中的“住所”和涉及不动产时的“不动产所在地”连接点，弱化了公约在遗嘱方式上倡导的尽量使遗嘱方式有效原则。此外，该法第 33 条“遗嘱效力”概念语义含糊，必然给法院的审判活动带来困扰。鉴此，我国相关职能部门应当就相关法条做合理解释，并在必要时对相关制度予以修订。

共有释论

戴永盛 华东政法大学 《法学》2013 年第 12 期

摘要：共有区分为按份共有和共同共有。无论是按份共有还是共同共有，都是数人对同一个独立物共同享有一个所有权。按份共有是区分份额的共有，故有份额，所谓份额，是所有权量上的分割；共同共有是不区分份额的共有，故并无该意义上的份额可言，共同共有中有“财产份额”的概念，但与“所有权量上的分割”意义上的“份额”有着本质的区别，共同共有中的财产份额，实质上是共同关系中总财产的价值比例，学说上称之为“潜在份额”但“份额”或“潜在份额”之有无，并不是共有之为按份共有或为共同共有的认定依据，其认定依据是共有人之间是否存在共同关系。共同关系下的共有，为达成共同关系中的共同目的所必要，故应为共同共有夫妻之间和家庭成员之间，相对于其共有财产，固然存在共同关系，各合伙人之间、共同继承人之间，相对于合伙组织中的财产、共同继承的财产，亦存在共同关系，故夫妻共有、家庭共有、合伙共有和继承共有均应为共同共有。

关键词：共同共有；按份共有；共有份额；合伙财产共有；继承财产共有；

股权善意取得之修正——以《公司法》司法解释(三)为例

《政法论坛》2013 年第 6 期（张笑滔，中信信托有限责任公司合规部）

【摘要】善意取得制度，本质上是在原所有权人利益和善意买受人利益之间寻找钟摆的均衡点。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》第 25 条至 28 条规定了名义股东处分其名下股权对善意第三人的法律效果，似乎已经支持了善意取得制度类推适用到股权上。但目前的规范没有给出股权的善意取得制度的合理性依据，登记对抗主义下公信力的强度与登记生效主义有别，股权变动方式又有别于物权变动。针对股权转让中出现的纠纷，法院应该综合考虑各方风险和注意义务的分配选择合适的请求权基础，以纠正善意取得制度内部的不和谐和适用结果的不公平，在维护公平性和效率目标的平衡下达到理论体系的解释一致性。可预测规则的事后司法裁决可以配合完善的事前的登记制度，提升登记质量，促进市场交易在系统成本最低环境下顺畅进行。

【关键词】善意取得；股权；物权变动；注意义务；

中国古代婚变中的妇女保障及其司法特点

（崔兰琴，浙江工商大学法治与伦理研究中心）

【摘要】中国古代包括多种婚变肇因，而不同婚变肇因中的妇女保障内容各不相同，形成强制和意愿并举，道德、伦理、习惯、协调和诉求等多种手段相结合的处理方式。国家对婚变纠纷的立法考虑和司法处理，具有限制男子出妻，兼顾弱势妇女利益的特点，体现出过错、无过错和折中主义的原则，通过综合协调婚姻矛盾，以保障妇女利益。

【关键词】婚变；七出；义绝；和离；妇女保障；

【基金】国家社会科学基金项目“古代中国婚变中妇女利益维护的司法模式研究”（12BFX025）；教育部人文社会科学研究规划基金项目“中国古代婚姻变动中的妇女权益保障机制及其理念研究”（11YJA820010）的研究成果

从女性离婚到跨国婚姻——近代中国的婚姻自由趣谈

2014 年 2 月 20 日 浙江法制报 闵杰



今年的西方情人节和中国的元宵节恰巧在同一天，让人们好好体会了一回“中西合璧”的过节滋味。不少男女还特意选择在这一天领结婚证，幸福地结为夫妻。

而“婚姻”和“中西合璧”，也恰恰是今天这篇趣文的两个关键词。看完这篇文章，您可更得珍惜婚姻、珍惜爱情了，因为就在一百多年前，婚姻自由，还是个极其稀罕的词儿；爱谁不爱谁，还真不是个人说了算的事儿。

女性破天荒打起了离婚官司

清末的青年男女开始有结婚的自由，相应地也争取到了离婚的自由，这在过去是无法想象的。

中国古代，男子有休妻的权利，女子却无离婚的自由。丈夫休妻有“七出”、“七去”之说，为人妻者只要沾上其中一条，便可被打发回娘家，永远蒙受被休的耻辱。女子被休后，很难再嫁人，即使改嫁，也被称为再醮妇，终生遭人歧视。

到了20世纪初年，情况已大不相同了。

1903年，无锡一位姓宣的女子由她的哥哥做主，许配给当地一位姓裘的举人。这位宣姓女子当时在上海一所女子学堂当教师，临近举行婚礼时哥哥才通知她。她不愿接受这段包办婚姻，与哥哥争执无效，便直接写信给那位举人。信中写道：“婚配之事，我国旧例必有父母之命，欧律（即西方婚姻法）则听本人意见，前者行聘之事，乃家兄一人之意，某至今方始知，万难为凭。若必欲践约，某当死入裘氏之墓，不能生进裘氏之门。”

她语气坚定，道理充足，可巧那位裘举人也通情达理，双方便解除了婚约。舆论界一时大哗，称这件事为“女权发达之嚆矢（即响箭，比喻事物的开端），婚嫁文明之滥觞（即江河发源地，比喻开了先河、引领潮流）”。

1906年，天津一女子与一名叫李九的男子结婚，婚后发现李九为“天阉”，即没有性功能。若在过去，作为妻子只能自认命运。但当时该女子经人指点，决定到县里去打离婚官司。县令断案，同意离婚。李九不服，上诉至天津府，天津知府宣布维持原判。

压力重重的跨国婚姻

清末婚姻自由中还有一种特殊情况是中国人与外国人的婚恋自由。由于中国和欧美、日本等国的法律条文中都没有本国人不准与外国人结婚的限制，所以一些中外男女接触久了，双方产生了爱情，便希望冲破习俗的压力而自由结合。其中的典型例子是清政府驻法国公使裕庚。他是一个开明官僚，自己娶了一位外国妻子，1902年他的二儿子娶了法国女子地拿斯，1907年他的女儿德龄嫁给了驻在上海的一位美国人。

当时中外通婚有一个很奇特的现象：中国人娶外国女子比较多，而中国女子嫁给外国人比较少。这可能是由于两个原因：第一，当时出国人员和留学生中，男性占绝大多数，女子与外国人接触很少；第二，中国传统的婚姻观念，对女性的束缚远比男性严重，一时还难以完全打破，认为女子嫁洋人是丧失民族尊严，丢中国人的脸。虽然当时清代法律对中外通婚没有限制，但人们的观念一时还难以适应。好在德龄此前长期在欧洲生活，知道西方的许多新鲜事，回国后又被召入紫禁城陪伴慈禧太后，所以观念上较为开放。但即便如此，若不是父母开明，她还是很难嫁给外国人的。

实际上，不仅中国人有这种观念，在中外通婚的过程中，外国人也同样有这种心理。1899年，在广东的女传教士哈尔佛生要嫁给当地华人蓝子英。婚礼将要举行前，广州的两个美国人写信给美国驻广州副领事，要他出面阻止，并卑鄙地提出，这位女传教士一定精神不正常，应该请医生为她诊治一下。美国副领事接到信后回答说，美国法律没有不准美国公民与华人结婚的条文，他不便出面干涉。因此，这对中美恋人才得以结秦晋之好。

当时，中西方婚姻制度有很大差异，西方已普遍实行一夫一妻制，而中国习俗允许纳妾，法律又有规定独生子可以娶两个妻子，因此，当中国人已有妻室又娶了外国女子后，该国外交官常常会出面干预。

四川人胡继曾在英国期间，结识了英国女子海伦，在英登记结婚后，双双回到四川，生有一子一女。婚前，胡继曾告诉海伦，他在中国有妻子，海伦深爱胡继曾，表示无妨。1911年，一位侨居四川的英国妇女知道胡继曾有两位妻子，出于维护英国妇女尊严的考虑，写信给英国驻四川领事，请他出面与四川官方交涉，判胡继曾重婚罪，安置海伦回英国。英国领事接信后，便向四川总督王人文表明态度：“胡是有妻再娶，应将其按法律治罪。”不料王人

文据中国律例回复：“胡所以娶二妻者，乃为孤子，承桃两房。”中西法律制度在此发生了冲突。

英国领事见无法说服中国官方，便直接找到海伦，要她与胡离婚，携带子女返回英国，旅费由领事馆解决。海伦断然拒绝，回答说，如果“法律不容我为胡某之妻，我愿为彼之妾，至死不离”。领事大怒，竟以妓女论之，羞辱她道：“作妾，英国决不认可。若曰妓女，则英国妓女不准逗留中国。”海伦依然不为所动。

英国领事威颜扫地，决定硬干到底，向中国官方频频施压，将胡继曾流放到苦寒之地，收入大减，生活困顿，后又不准胡的朋友资助他，企图等到海伦耐不住贫苦后，自动找上门来，再劝她回国。

事情发展到这一步，已经不单纯是英国维护一夫一妻的现代婚姻制度和本国妇女名誉地位的问题了，实质上是西方殖民者从民族偏见的角度出发，认为西方高贵的白种人不应下嫁给中国黄种人。英国领事无视中英法律的不同，粗暴干涉这桩异国婚姻，践踏海伦的人性尊严，引起了当时中国舆论的一片嘘声；而海伦不受威逼，保卫自己的婚姻幸福，则赢得了喝采，当时有报纸评论说：“胡郝氏（海伦的中译名）与胡姓结婚，为个人情爱上的问题，与第三人毫无干涉。今英领事强以国际问题牵涉，逼令胡郝氏离婚，质言之强国妇女不肯嫁于弱国人民，而弱国妇女尽可作强国人民之妻之玩物。噫，可胜叹哉。今胡郝氏至死不离亲爱，如此坚忍，如彼真不愧为英国之妇女气，可敬可叹。”

风俗差异导致劳燕纷飞

中外通婚是婚姻观念上的一大变革，其间有海伦、胡继曾这样抗拒官方逼迫，坚守金石之盟的恩爱夫妻，也有因中西风俗差异导致婚姻破裂的悲剧。

1899年，广东长乐县一位叫李方的青年在英国留学时与英国女子拍尔利结婚。1905年李方毕业回国，夫妇俩一同回到李的广东老家。后来李方到北京当了大理院（清末和北洋政府时期最高级的审判机关）的推事（从事案件审理之职，正五品，相当于现代的法官），将拍尔利留在老家服侍父母。拍尔利不习惯于中国的风土人情，李家老人对洋媳妇也看不惯，双方矛盾越来越深。拍尔利忍耐3年，终因李方醉心功名，不顾夫妇情义，在1908年独自回到英国，并写信给李方，表示义断情绝。为此，李方向顺天府衙门写了一纸状子，要求判决离婚。

李方早年留英，归国后又在国家最高审判机关任职，深知通过法律手续办理离婚的必要性。他这样做，主要是怕拍尔利的回国，引起英国的不满，影响自己的功名前程，所以状子中用了中国传统观念中对已婚妇女最厉害的一个词“不守妇道”，来引起法官的同情，达到离婚的目的。他在拍尔利不在场的情况下，把一盆脏水泼到妻子身上，将自己的责任推得一干二净，活脱脱一副近代刀笔吏的嘴脸。这一招果然奏效，不仅案子顺利判下，还引起不明就里的人对他的同情。当时有人在记下这桩“吾国前此所未闻”的第一件涉外离婚案时，还劝告世人说：“欲娶洋妇者，当以此为鉴。”

尽管有种种曲折，中国早期的中外婚姻，大都出于真挚的爱情。在当时，是很少有人抱着功利主义与外国人结婚的。

【合同法、婚姻法、继承法交叉案例】徐守亮诉姜继山、张珍、于崇浩为第三人利益合同纠纷案

2014年2月27日 南师大赵莉老师博客

【博主点评】本案涉及《合同法》和《继承法》，原告将车卖给死亡的A，并约定由A支付原告未还的贷款，后A死亡，原告被诉并还款，符合《合同法》第65条向第三人履行合同的规定。随后，原告起诉死者A的继承人，即A的父母及妻子。虽同为继承人，但本案中A的父母及妻子的责任是不同的，鉴于A的购车系在婚姻关系存续期间家用，故该债务应为夫妻共同债务，在A死亡后，其妻一人负有全部清偿义务，而非以继承人之身份在继承遗产范围内清偿，故原告诉A父母显然不当。不过，这里有个衍生问题，即A妻清偿后理论上享有对A的追偿权利，此时，A妻可以起诉A父母要求在继承遗产的范围内清偿。

徐守亮诉姜继山、张珍、于崇浩为第三人利益合同纠纷案

【案情】

原告：徐守亮。

被告：姜继山、张珍、于崇浩。

【基本案情】

2003年6月，徐守亮购买桑塔纳轿车一辆。6月27日，徐守亮与中国工商银行宿迁市分行幸福办事处（下称工行幸福办）签订借款合同一份，约定徐守亮因购车向工行幸福办事处借款68000元，借款期限自2003年7月2日至2006年7月2日，徐守亮按等额本金还款法归还借款本金，按月还款共分36期，自2003年8月2日起。同日，徐守亮向天安保险股份有限公司宿迁中心支公司（下称安保公司）投保汽车消费贷款履约保证保险，并与安保公司签订抵押合同书，约定：徐守亮将其购买车辆抵押给安保公司，车牌号为苏N08060，当徐守亮发生保险责任时，安保公司按《分期付款购车保证保险条例》执行，如徐守亮不如期足额交纳应付款项，安保公司有权诉至人民法院强制执行。针对上述合同，宿迁市公证处于2003年10月20日作出（2003）宿证经内字第4032号《具有强制执行效力的债权文书公证书》。

2003年7月11日，徐守亮将苏N08060桑塔纳轿车转让给姜绪波（被告姜继山、张珍二人之子，于崇浩之夫），并签订一份购车还款协议，约定：徐守亮普桑苏N08060属贷款购车形式，今转让于姜绪波，该车于每月1号由姜

绪波付款。如到期姜绪波不付贷款，一切后果由姜绪波承担。此后，姜绪波按约归还工行幸福办事处贷款。2004年2月25日，姜绪波因车祸死亡，因此工行幸福办事处贷款无人归还。2005年5月底，安保公司向宿迁市宿城区人民法院申请执行（2003）宿证经内字第4032号《具有强制执行效力的债权文书公证书》，经法院执行，2005年6月24日徐守亮将苏N08060号车尚欠工行幸福办事处贷款37500元结清，并支付执行费1125元。

原告徐守亮诉称：姜绪波购买我轿车，没有付清车款。后姜绪波因车祸死亡，要求姜绪波的第一顺序继承人姜继山、张珍（姜绪波父母）、于崇浩（姜绪波之妻）给付欠款及相应的损失。

被告姜继山、张珍辩称：车辆是姜绪波自行购买，我们已与姜绪波分家生活，且未继承姜绪波的遗产，故不应承担责任。

被告于崇浩未作答辩。

【审判】

宿迁市宿豫区人民法院经审理认为：姜绪波与徐守亮签订的购车协议未违反法律法规的规定，合法有效，双方均应按协议的约定履行各自的义务，姜绪波应按月归还贷款。姜绪波因故死亡，无法履行该约定，其妻于崇浩也没有按月归还工行幸福办事处贷款，致徐守亮被人民法院强制执行偿还贷款余额。对此，姜绪波应向徐守亮承担违约责任。鉴于姜绪波已死亡，应由继承其遗产的人承担该责任，清偿债务以其遗产价值为限。继承人放弃继承的，可以不承担责任。本案中，徐守亮未能举证证明姜绪波父母姜继山、张珍继承了姜绪波的遗产，亦未能举证证明姜继山、张珍是与姜绪波共同合伙购买了苏N08060桑塔纳轿车。因此，徐守亮要求姜继山、张珍给付欠款的请求，不予支持。于崇浩与姜绪波系夫妻关系，姜绪波购买车辆发生在夫妻关系存续期间，因此产生的债务是夫妻共同债务，故徐守亮要求于崇浩给付欠款、赔偿损失的诉讼请求依法应予支持。

（二）法官视点

家暴刑事案件审理存在的问题及其对策

2014年1月22日 人民法院网 任国权 夏宁安

一、家暴刑事案件审理中存在的问题

（一）家庭暴力与家庭纠纷不分

一般家庭纠纷中也可能存在轻微暴力或因失手而造成严重伤害的情形，但其在暴力行为目的是否是为了控制被害人、暴力行为是否呈现周期性、暴力的伤害程度是否严重等方面，与家暴有着本质区别。目前，不少审判人员对家暴这一带有特定内涵的行为仍存在认识误区，将其混同于一般家庭内部纠纷，从而导致家暴案件被“均码”处置。比如，有些法官无视被告人的长期家暴背景，仅根据被告人和被害人的关系即笼统认定为家庭内部纠纷，然后依据宽严相济的刑事政策对长期施暴的被告人予以从轻处罚，但这种对家庭暴力和家庭纠纷不加区分的做法，实质上是对宽严相济刑事政策精神内涵的严重误解。

（二）家暴证据审查、认定难

1. 家庭空间的封闭性导致目击证人缺失。有别于普通侵犯人身权利类犯罪，家暴案件通常发生在封闭的家庭空间内部，除了个别案件可能有其他家庭成员目击以外，多数案件在言辞证据上都是被告人供述和被害人陈述一对一，无其他证人证言予以印证，导致在证据审查和判断上的两难。

2. 公安机关介入过迟导致现场证据失真。公安机关作为专业刑事侦查机关，在保护现场，提取证据方面具有无可替代的优势，但因为一直以来公安机关对家暴介入的消极态度，导致多数受害人在遭受家暴后，其第一反应往往是求助于家人、朋友等个人社会网络，在求助无效后才选择报警，导致错失第一时间固定证据的机会。

3. 心智发育尚未健全导致未成年人言辞证据可采性差。在涉家暴刑事案件中，未成年人或为关键目击证人，或为直接受害人，但由于其心智发育尚未健全，认知表达能力受限，而且容易受成年人的影响，其证言具有较大的不确定性。另外，由于害怕重复取证造成对未成年人心灵上的“二次伤害”，办案人员也无法就相关细节进行再次询问，导致未成年人的言辞证据可采性较差。这种特点在幼女遭父亲性侵案件中尤为常见，被害幼女笔录里对强奸过程的陈述都非常简单，她们的生物学知识不足以支持她们完整描述案发经过，她们对强奸过程的陈述都是诸如“爸爸用他尿尿的地方碰我尿尿的地方”之类的简单描述。

4. 强制义务缺失导致特殊职责人员作证态度消极。在发生家暴案件后，社区医生、学校教师、农村调解人员等特殊职责人员因为工作上的关系，往往是除了近亲属外第一时间接触家暴被害人的证人，但因为当下中国的农村以及部分城市到现在还是开放不足的熟人社会，那些特殊职责人员生于斯长于斯，或碍于情面或害怕作证后遭遇报复，也往往拒绝作证。

（三）施暴与受暴宽严失当

一是对长期家暴当严不严。部分法官缺乏社会性别理念，未考虑家暴案件的特殊性，将一些普通刑事案件的常见从轻情节机械地适用于涉家暴刑事案件，导致对长期施暴的被告人当严不严。

二是对以暴制暴当宽不宽。犯罪学和被害人学认为，加害人和被害人的角色并非是固定不变的，特定条件下，两者会发生角色互换，受害是继而发生的攻击行为的直接促成因素和必要条件。这种角色互换在涉家暴刑事案件中尤为明显。

二、家暴刑事案件相关制度的完善

（一）建立家暴案件专案专办制度

办理家暴案件不仅需要专业的法学知识，还需要社会学、心理学等跨学科专业知识；不仅需要扎实的理论知识，还需要具有婚姻家庭经验和丰富的人生阅历，否则就无法理解婚姻案件中双方的心理互动模式和家暴对婚姻的伤害。公安机关、检察机关、审判机关应当参照未成年人犯罪模式设立专门的机构或者安排专门的人员办理涉家暴刑事案件，有条件的法院应当成立专门的家暴合议庭，统一审理涉家暴民事、刑事案件。对于专办人员的选任，应当优先安排具有婚姻家庭经验和人生阅历较为丰富，并且接受过反家暴理念专业培训的警官、检察官、法官办理涉家暴案件。同时，各部门还应将预防和制止家暴的知识和技能纳入警官、检察官、法官的日常在职培训课程，提高相关工作人员干预、处理家暴问题的意识和能力。

（二）家暴刑事案件证据规则

1. 强化公安机关的家暴证据收集义务。无论是违反治安管理规定还是涉及刑事犯罪的家暴案件，公安机关在接到相关报警后，都应当分别询问双方当事人及在场证人，制作询问笔录；对于现场有打斗痕迹的，还应及时进行现场勘察；对于受害人身上有伤势的，应当及时组织伤情鉴定。无论该次处警以警告、调解还是以治安处罚等方式处理，公安机关都应当将记载施暴人施暴劣迹的接处警记录、伤情诊疗鉴定资料、保证书等证据进行整理归档，在施暴人涉嫌涉家暴刑事案件时作为认定施暴史证据一并移送起诉。对于相关处警记录仅记载“家务纠纷、已经处理”等含糊内容的，法庭有权要求当值警察出庭作证详细说明当时处警情况。

2. 规定特定职责人员强制报告义务和作证义务。医疗、教育、心理咨询、基层调解人员等特殊职责的人员，在执行职务时发现或者疑似家暴的受害人，应当及时向公安机关报告。公安机关、人民检察院、人民法院在办理涉家暴案件过程中，向因为职务行为知道案件情况的以上特殊职责人员取证时，该特殊职责人员不得拒绝作证，否则追究相关责任。目前两高两部《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》已经在性侵幼女犯罪里规定了特殊职责人员的报告义务，但相关立法还需将案件范围扩大至所有家暴案件，另外，也需同时配套建立证人保护制度，以解决特殊职责人员作证时的后顾之忧。

3. 规范未成年人言辞证据收集程序。考虑到家暴案件的隐蔽性特征，在涉家暴刑事案件中，对于具备相应的认知和表达能力的未成年人提供与其年龄、智力和精神状况相当的陈述与证言，应当认定其具有证据效力，但在收集未成年人言辞证据时应当注意以下三个方面：（1）一次成像。公安机关接报后第一次询问未成年被害人或证人时，对与家暴犯罪有关的事实应当进行全面询问，并把该次陈述或证言全程摄像以作为证据在其后各环节加以使用，从而避免各部门反复询问带来的“二次伤害”。（2）玩画模拟。为了克服幼女在认知表达上的困难，公安机关在收集被害幼女证言时，可以采用玩画模拟的方式进行，用有形象生殖器官的玩偶或者以画画的方式辅助幼女陈述如何脱掉衣服，具体性侵姿势等细节。（3）排除影响。考虑到未成年人极易受到近亲属的不当影响，询问人应当围绕案发经过设计一些开放式问题，以未成年人原有陈述不同的视角切入案件事实，从而有效避免未成年人因为受成人影响而导致的思维定势。

4. 建立家暴案件品格证据运用规则。家暴犯罪本身具有周期性、长期性的特征，与施暴者的个人品性息息相关，多数施暴者也都具有攻击性人格，因此，有必要在家暴案件审理中认可品格证据的可采性。品格证据的可采性包括两个方面：一是施暴人曾有施暴史的可采性，对于被告人曾有施暴行为的事实，即使施暴对象不是被害人本人，也可以作为认定家暴存在的证据使用；二是施暴人具有暴力倾向的可采性，如果公安机关、心理医生、近亲属等相关部门或人员评定或者证实被告人有暴力倾向或者较高的危险程度，也可以作为认定被告人实施家暴犯罪的间接证据使用，对于有近亲属证实被告人曾有嫖娼、或者当子女面观看淫秽录像等不良嗜好，即可以作为认定被告人实施性侵犯的品格证据使用。

（三）家暴刑事案件量刑原则

对于涉家庭暴力刑事案件的量刑，要根据犯罪主体的具体情况，实行区别对待，适用不同的量刑原则。如果被告人系家庭暴力的施暴人，因为对受害人长期施暴而构成犯罪的，应当从重处罚。在长期性、持续性的家庭暴力中，施暴人无视基本人伦，主观恶性大，人身危险性高，不仅对受害人的身心健康造成严重损害，而且严重危害了目睹儿童的健康成长和加剧了子女的家暴代际遗传风险，如不将其从重处罚则无法罚当其罪。

如果被害人系家庭暴力的受害人，在长期遭受暴力又得不到有效救助的情况下，为摆脱施暴方或保护家人，以暴制暴涉嫌犯罪的，在判断家庭暴力受害人的行为是否构成正当防卫，以及是否属于防卫过当时应予从宽掌握。以暴制暴构成犯罪的，案发后能真诚悔罪，或取得被害人及其家属谅解的，特别是对家中尚有未成年子女需要抚养的女性，可结合其犯罪情节予以较大幅度地从轻、减轻或免除处罚。另外，对于此类以暴制暴案件，我们有必要借鉴西方司法实践，引入专家证人制度，人民法院在审理以暴制暴案件的过程中，可以依据当事人申请或者依职权聘请家暴专家证人来解释长期受暴妇女的心理规律，并出具相应的书面或者言词证据，作为对以暴制暴被告人从轻或者减轻处罚的依据。

（作者单位：浙江省温州市中级人民法院）

因犯罪被判罚金后配偶诉请分割财产如何处理

2014年1月23日 人民法院网 张娇东

【案情】

陈某与王某于2003年结婚，育有一子一女。2013年2月，法院判决陈某犯非法经营罪，判处其有期徒刑3年，缓刑5年，并处罚金20万元。判决生效后，王某诉至法院要求分割与陈某的夫妻共同财产，以保留自己财产用于抚养未成年的子女。

【分歧】

夫妻一方因犯罪被判罚金，另一方在未起诉离婚的情况下能否请求分割夫妻共同财产？对此有两种不同的意见：一种意见认为，王某可请求分割夫妻共同财产。根据刑法罪责自负原则，陈某所承担的罚金应当以其个人财产为限，不能执行夫妻共同财产，王某可请求分割夫妻共同财产以保留属于王某的个人财产。第二种意见认为，王某不能请求分割夫妻共同财产。婚姻法解释（三）第四条明确规定了不离婚条件下分割夫妻共同财产的两种情形，本案不属于该两种情形，故王某不能请求分割夫妻共同财产。

【评析】

笔者同意第一种意见，理由如下：

1. 罚金刑的实施是犯罪分子个人的犯罪行为所导致，属于犯罪分子个人应承担的刑事责任，以剥夺犯罪人金钱为内容，因此，罚金应当以犯罪分子个人的财产为限，不能执行夫妻共同财产和家庭其他成员的财产，这也是刑法罪责自负原则的内涵。这一基本刑罚原则为夫妻一方因犯罪需承担罚金时另一方为维护个人或家庭财产而分割夫妻共同财产奠定了理论前提。

2. 物权法第九十九条规定，有重大理由的情况下，可以不解除共有关系而分割共有财产，但物权法未对“重大理由”作出具体规定。而婚姻法解释（三）对婚姻存续期间请求分割夫妻共同财产仅列举了两种情形，但这并不排除具有其他“重大理由时”可以依据物权法第九十九条请求分割夫妻共同财产。所以，虽婚姻法解释（三）未明确规定一方因犯罪承担罚金时另一方能否请求分割夫妻共同财产，但绝不意味着排除此情形下分割夫妻共同财产的合法性和合理性。刑法原则已为此情形下赋予婚姻当事人请求权奠定了理论基础，民事法律应当给婚姻当事人提供权利救济途径，赋予此情形下婚姻当事人不解除婚姻关系状况下保护自己财产或家庭财产的权利。

3. 从私权优先原则上讲，刑法设置罚金刑的目的不在于保证国库收入，而在于通过金钱惩罚的方式遏制犯罪行为。在夫妻一方因犯罪需承担罚金时赋予另一方请求分割夫妻共同财产的权利，体现了优先保障私权的法治理念。婚姻法严格限制婚姻关系存续期间分割夫妻共同财产的目的旨在维护家庭生活和夫妻感情的稳定性，本案情形下赋予婚姻当事人请求分割夫妻共同财产的权利与这一立法目的并不相悖。

（作者单位：重庆市江津区人民法院）

子女被收养后能否参与生父死亡赔偿金的分配

2014年1月24日 中国民商法律网 段晓东，韩增军

案情

原告程美的生父程兴武在2012年3月因交通事故死亡，保险公司和肇事方给付赔偿款400000元，三被告张英、程艳、程菊在没有与原告商议的情况下，将所获得的赔偿款私分，原告程美认为三被告的行为严重侵犯了自己的合法权益，根据《继承法》第十条、第十三条之规定，请求法院依法继承、分割原告之生父程兴武的死亡赔偿金。

审理中被告张英（系原告生母）认为：一、原告主体不适格，原告不享有继承权；二、根据鲁高法2005-201号关于死亡赔偿金的分配规定，死亡赔偿金不属于遗产，不能依据继承法第十三条确定遗产分配原则进行分割，原告诉讼请求的案由不对；三、程兴武虽是原告的生父，但是原告的生父母因躲避计划生育的处罚，把原告送给叔父程兴文抚养至今。原告与生父早已没有关系，原告没有分配该死亡赔偿金的权利。其他两被告也认为自己与原告的关系仅是堂姐妹的关系。

另查明：1990年1月30日，程兴武与被告张英生育原告。为逃避计划生育处罚，将原告交由叔父程兴文抚养成人。双方未办理收养登记手续。原告户口转至程兴文户籍下，身份为长女。

分歧

本案中原告程美能否参与其生父死亡赔偿金的分配存在两种不同的意见：

第一种意见是：原告作为死者程兴武的亲生子女，应当有权分割继承该死亡赔偿金。

第二种意见是：原告从被其叔父收养之日起，就与亲生父母脱离了抚养关系，权利义务相应解除。而与养父母建立起收养关系，因此无权再要求参与生父死亡赔偿金的分配。

评析

笔者同意第二种意见。

首先，养子女和生父母间的权利和义务，因收养关系的成立而消除。原告程美在被送给其叔父抚养之日起，与生父母的关系就相应消除，原告与程兴文夫妇共同生活并由其抚养成人，虽然未办理合法的收养手续，但是该收养关系已得到所属村民委员会的认可，结合原告在生活中与程兴文夫妇等人的称谓等因素，程兴文夫妇与原告已形成事实收养关系。收养从收养关系成立之日起发生法律效力，程兴文夫妇与原告之间发生拟制的亲子关系，原告与生

父母程兴武、张英之间的权利义务消除。

其次，死亡赔偿金是基于死者死亡后一方对死者近亲属所作出的赔偿，不属于继承法规定的遗产继承范围。其分配权利人应是死者近亲属。本案中，原告与其生父母程兴武、张英之间的权利义务消除后，不再属于程兴武的近亲属，因此对于程兴武的死亡赔偿金，原告无权予以分割。

综上，原告诉讼请求不符合法律规定，法院不予支持。

（作者单位：山东省莒县人民法院）

嘉定区人民法院安亭法庭庭长徐芬：情理相融，“解冻”婚姻家庭案件

2014年01月28日 上海法治报 周寒梅



本期专家：

徐芬，嘉定区人民法院安亭法庭庭长。从事婚姻家庭、合同纠纷等案件审批多年，婚姻家庭法学理论研究破深，实践经验较为丰富。

俗话说，“清官难断家务事”，婚姻家庭类案件由于纠集着感情、亲情、血缘等千丝万缕的关系。在嘉定区法院一基层法院就有一个专门评判家庭那些事的法庭。

嘉定区法院根据近期办理的几起婚姻家庭案例，揭示了这类案件，如果采取调解的方法去化解矛盾，将有利于修复家庭成员间的间隙和裂痕，也有利于维护家庭成员间的和谐和温情。

再婚妻子出意外

丈夫拒绝担义务

有钱难买老来伴，能与配偶子女携手走完人生路是美好的愿望。但是，在人生旅途的种种意外面前，当事人都会面临着两难的抉择……

有这么一对再婚夫妻，再婚时60岁上下，双方都以为各自找到了能够终老的伴侣，却没想到，在相濡以沫十余年后，由于一起意外，给双方的感情蒙上了阴影。

一日，妻子在洗澡时不慎滑倒，出现行走不稳、右下肢运动障碍、进行性加重等情况，经多家医院治疗，被诊断为患“脊髓硬膜外动静脉瘘、尿路感染、粒细胞减少”的疾病，并接受了T9椎管病灶探查及硬脊膜动静脉瘘切除术，生活已不能自理。

雪上加霜的是，此时的丈夫不再像以往那样悉心照顾，连医疗费用也不愿意承担，更让妻子心寒的是，出院后，丈夫竟然拒绝接她回家。

无奈之下，妻子只能在子女的安排下入住老年公寓。而丈夫不仅不同意支付老年公寓的费用，也从未去探望过瘫痪在床的妻子。

于是，妻子以丈夫不尽夫妻间扶养义务为由，起诉到法院要求丈夫支付抚养费每月1400元。审理中，丈夫向法官诉苦道，他并非不尽扶养义务，只是妻子病情需要长期治疗，而他自身已年迈多病，能力有限，已无法照顾妻子，所以将妻子送往老年公寓。况且，他也长年需要看病，退休金也有限，无力全额支付妻子昂贵的医疗费用，在这种现状下，他认为妻子的养老问题应主要由她的子女负担。

为直接听取妻子意见并做调解工作，法官专程至妻子所住的老年公寓进行探望，交谈中得知双方还是有感情基础的，只是因为再婚夫妻，双方子女都认为老人的养老问题应由各自子女负担，导致矛盾产生。丈夫虽然没有支付费用也没有来探望她，但两人每天都通过电话联系，互相慰藉，她也理解丈夫因子女的压力而所处的两难境地。

最终，本案由于种种原因未能调解成功。法院于是根据婚姻法的相关规定，判令丈夫每月支付妻子抚养费700元。双方均未上诉。

专家点评：

徐芬法官表示，我国婚姻法明确规定，夫妻有互相扶养的义务。一方不履行扶养义务时，需要扶养的一方，有要求对方给付扶养费的权利。但是，夫妻间履行扶养义务是有条件的，应以一方有能力扶养和另一方需要扶养为前

200

提。

本案中，经审理查明妻子的退休金不足以支付其日常所需的生活和医疗等费用，需要丈夫的扶养；而丈夫的养老金和其他收入总计虽然高于妻子，但丈夫也已年逾古稀，且患有多种疾病，扶养能力有限，且作为老年人，其养老除了依靠配偶的扶养外，还应依靠子女的赡养，故法院认为妻子原主张的扶养费用明显过高，遂结合双方的实际情况判令丈夫每月承担700元扶养费。

需要说明的是，本案在审理过程中，考虑到如果草率处理本案，可能会导致一个再婚家庭的破裂，为了更好地维护妇女合法权益，让老年人能老有所养、安度晚年，故着重进行调解。一方面劝解妻子的子女应承担起一定的赡养义务，另一方面与丈夫推心置腹交谈，希望他能考虑婚后妻子一直尽心尽力为家庭付出，现她生病却无依无靠的情况，他的行为不仅损害了夫妻感情，亦使得街坊邻居对他侧目，希望他能通过和解的方式妥善解决此事。经协调，妻子同意将扶养费降至每月800元，但因丈夫表示他的子女不予答应，而他因需要子女养老亦尊重子女意见，导致调解不成。

亲人公堂争遗产

巧妙疏导保亲情

“你们真厚颜无耻！”王小强（化名）在法庭上怒道。“你太没有良心！”王小强的姑姑激动地反驳。眼看着法庭上硝烟四起，法官及时制止了双方的剑拔弩张。

怎么回事？原来，王小强是一个“80后”青年，幼年时父母离异，一直随父亲生活，自己刚结婚没多久，父亲却意外去世，几个月后，爷爷奶奶将他作为被告起诉到法院，要求继承他父亲王大兴（化名）即两老儿子名下的遗产，包括两处房产、银行存款、股票、公积金、养老金、保险金等，并由大女儿王大姑（化名）作为委托代理人。

王小强收到诉状后，向法官表示，他曾去看望过爷爷奶奶，他们跟他说过不会和他争遗产的，所以怀疑这次诉讼并非爷爷奶奶本意，而是王大姑挑起的，目的是将他父亲的遗产变为爷爷奶奶的财产后，两个姑姑就有了继承权。

诉讼中，由于原告的代理律师多次申请法院向银行及证券公司等调查被继承人王大兴名下存款及股票等，更使得王小强情绪严重对立，所以就产生了前面的那一幕。

就在法官想至两老处核实相关情况时，得知作为原告之一的王爷爷去世了，而其大女儿王大姑及小女儿王小姑（化名）依法向法院申请作为原告参加诉讼，此举更加剧了王小强的抗拒心理。而为了确定遗产范围，法官先后奔赴本市及外地的12家银行、1家证券公司、1家保险公司及被继承人王大兴的工作单位进行调查，最终确定了遗产的范围。

第二次开庭时，两个姑姑及代理律师在庭审中仍再三强调要对所有遗产依法进行分割，眼看双方的敌对情绪将再次被点燃，法官从亲情伦理角度对双方当事人进行了教育，并及时休庭采取背对背方式进行调解，让双方各自说出了内心的真实想法，经过疏导和耐心调解，最终王小强和两个姑姑打开了心结，达成调解协议，握手言和，案件得以圆满顺利解决。

专家点评：

“本案原本是一起普通的遗产继承纠纷案件，被告情绪对立的原因主要是他认为两个姑姑唆使爷爷奶奶打官司的目的是，他父亲的遗产分给爷爷奶奶后，两个姑姑就有了继承权，即两个姑姑变相要分他父亲的财产。”徐芬法官认为，由于在法庭上，两个姑姑一直坚持要在依法查明遗产范围的情况下协商解决，所以本案一度因双方情绪对立而无法调解。

在背对背调解时，双方讲出了各自内心的真实想法，两个姑姑明确表示其实她们不是要和侄子争财产，而是觉得侄子对老人不孝顺，所以要在明确遗产范围后再协商，要让侄子知道老人对他的付出。而王小强则表示他刚刚经受了父亲去世的噩耗，没想到又被亲人推到了被告席上，而且两个姑姑把他的婚房也作为遗产要求分割，更是他不能接受的。

最终，法官从法、理、情的角度对双方进行疏导，让两位姑姑体谅侄子王小强早年父母离异，与父亲生活，相依为命，缺乏母亲照顾，现父亲死亡，对他打击很大，而且他年纪尚轻，收入不高，需要继续打拼，立足社会，十分不易。同时说明，王小强也要体谅奶奶老年丧子丧夫，打击巨大，奶奶常年生病，医疗费用开支不菲，且需要两个姑姑照顾，他父亲的死亡客观上加重了两姑姑的赡养义务。

经调解，最终双方对遗产分配达成了一致，奶奶和两个姑姑仅要求了原来从两老名下转到王大兴名下的房屋一套，其他财产全部归王小强所有。

父子关系有谜团

情理交融解心结

儿子起诉父亲要求增加抚养费的案件是很常见的民事案件，本案也是一样。承办法官接到案件后，和被告取得联系，听取他的意见，没想到，被告情绪非常激动，称无论如何不会增加费用。在法官进一步询问原因时，被告表示他早就怀疑原告不是他的亲生儿子，并讲述了怀疑的理由，同时表示要做亲子鉴定，并表态，只要做出来是他的亲生儿子，愿意根据法律规定增加抚养费，如果不是，则要求原告法定代理人返还这么多年来他支付的抚养费。

当法官和原告法定代理人即被告的前妻取得联系后，她表示愿意做亲子鉴定，并提出如果原告是被告的亲生儿

子，要求被告支付精神损失费，如果不是将返还之前的抚养费。

原本以为在对方如此坚决的表态下，被告会放弃做亲子鉴定的意图，却不料被告在得知前妻明确表明孩子是他亲生的并愿意做亲子鉴定以证清白的前提下，仍然坚持做亲子鉴定。

原本该案可以进入司法鉴定阶段，并根据鉴定结论依法裁判，但是法官考虑到原告已快成年，又正处于青春叛逆期，不论鉴定结论如何，都将对他造成不小的伤害，甚至将影响他今后的人生，于是趁被告前来办理鉴定手续时，再次与被告进行沟通，希望他能理智地看待这个问题。

被告表示，他不是没有抚养能力，只是这个心结始终不能打开，如果孩子不是自己亲生的，有种“窝囊”的感觉，所以想要通过鉴定的方式来确定，而且他今后的养老也不需要依靠这个儿子，自己赚的钱足够了。

对此，法官指出，他认为孩子不是他亲生的只是怀疑，没有确切或较为可信的证据，如果鉴定结论原告与他存在亲子关系，无疑破坏了原告对父亲的印象。如果鉴定结论是不存在亲子关系，对原告来说伤害也很大。原告本来就因为父母离异而有未愈的心理阴影，多年来母亲是他的依靠，如今这一依靠也将因道德打击而轰然倒塌，这对一个青春期男孩造成的心理影响，谁都无法预料。

听到这一番话，被告明显有了触动，法官趁热打铁继续劝被告，对被告来说，法定支付抚养费的年限只剩下3年不到，他经济状况足以负担，这种情况下，需要考虑的是情感因素，被告已经抚养了原告15年，即使不是亲生儿子，也建立了一定的感情，而被告自身今后的养老问题，虽然经济上不存在困难，甚至比一般人富裕，但人到老年时，最需要的不是金钱而是亲情，希望子女孙辈能经常来看看自己，感受到天伦之乐。

一旦启动鉴定程序，不论结论如何，原本建立的亲情必将受到冲击，甚至可能难以弥补，这种损失不是金钱可以衡量的，可以说，被告的做法无异于为了面子，拿一个孩子和自己未来的幸福做赌注，结果是没有赢家的。

此时，被告的态度不再犹豫，坚定表示不做亲子鉴定了，还表示同意原告要求，增加扶养费用。承办法官为了防止被告今后再有反复，对被告说：“我给你几天时间，你再好好想想，也可以和家人商量一下，如果没有变化，我们再约原告法定代理人来签订调解协议。”

3天后，当承办法官和被告联系时，他爽快地答应马上到法庭签订调解协议。最终，被告将抚养费的数额增加到2000元/月（包括生活费、教育费和医疗费），并当场将之前拖欠的抚养费给付了原告法定代理人。

专家点评：

本案被告原来怀疑前妻对他不忠的依据只是孩子没有足月生产、前妻和他感情不好、儿子长得像前妻而不像他，并没有血型匹配等较为客观可信的依据，他在15年后才提出孩子不是他亲生的，要求做亲子鉴定，虽然前妻为表示自己的清白，愿意配合做鉴定，也做通儿子思想工作同意进行鉴定，但前妻也希望法官和被告能与原告谈谈心，避免给他带来心理阴影。

由此，法官从保护未成年人心理健康角度出发，希望被告能在维护自己面子和维护孩子自尊中作出选择。当然，让被告放弃鉴定也意味着让他接受即使孩子不是他亲生的也愿意接纳他、抚养他。这对被告来说，可能难以接受，而这个心结不打开，可能随时会再次挑起父子间的矛盾，所以法官在被告明确表示放弃鉴定的情况下，仍给他时间考虑，因为只有被告真正放下这个心结，才是这个案子真正化解的时候。

农村外嫁女为什么不领结婚证

2014年1月25日 检察日报 王景龙 冯石亮 石井川

农村姑娘小王与外乡青年黄某经人介绍结婚，可一直不敢去办理婚姻登记手续，领取结婚证。因为一旦办理了结婚登记手续，领取了结婚证，她户口迁出，其在当地承包的土地份额就要被收回。而户口迁入男方，根据男方所在地的村规民约，男方所在的村屯不会分给她承包地。这样她的承包地和相关待遇全部失去。

像小王这样的遭遇目前在农村越来越多。据了解，“外嫁女”为保持承包地待遇，不敢领结婚证的现象在乡下普遍存在。她们领了结婚证，就意味着其占有的土地资源被剥夺。而嫁入地则以土地没有调整为由，不分给承包地。

那么，农村妇女遭遇这种不公平待遇该如何维权呢？

根据《中华人民共和国村民委员会组织法》第27条第1款规定，“村民会议可以制定和修改村民自治章程、村规民约，并报乡、民族乡、镇的人民政府备案。因此村民会议可以制定村规民约。”但该条第2款、第3款规定，“村民自治章程、村规民约以及村民会议或者村民代表会议的决定不得与宪法、法律、法规和国家的政策相抵触，不得有侵犯村民的人身权利、民主权利和合法财产权利的内容。村民自治章程、村规民约以及村民会议或者村民代表会议的决定违反前款规定的，由乡、民族乡、镇的人民政府责令改正。”而根据我国妇女权益保障法第32条、农村土地承包法第30条规定，“妇女在农村土地承包经营、集体经济组织收益分配、土地征收或者征用补偿费使用以及宅基地使用等方面，享有与男子平等的权利。”“承包期内，妇女结婚，在新居住地未取得承包地的，发包方不得收回其原承包地；妇女离婚或者丧偶，仍在原居住地生活或者不在原居住地生活但在新居住地未取得承包地的，发包方不得收回其原承包地。”

村民委员会是村民自我管理、自我教育、自我服务的基层群众性自治组织，实行民主选举、民主决策、民主管理、民主监督。村集体经济所得收益的使用、土地承包经营方案、宅基地的使用方案；征地补偿费的使用、分配方案等各项事宜的决定经村民会议讨论方可执行。但是，村民自治章程、村规民约以及村民会议或者村民代表会议的

决定与法律、法规和国家的政策抵触，有侵犯村民的人身权利、民主权利和合法财产权利的内容的，政府有义务责令改正。农村外嫁女遇到此类情况，应及时向所在地政府反映。

(作者单位:黑龙江省林甸县人民法院)

湖北宜昌中院王礼仁法官：登记婚姻效力行政诉讼误入“沼泽地”

2014年1月17日 婚姻法直播博客

王礼仁

登记婚姻效力行政诉讼的文章很多，具有代表性有：

- 1、**时任最高人民法院副庭长的孔祥俊博士** 2003年发表在《法制日报》的《婚姻登记行为的可诉性与司法审查标准》
 - 2、江苏泰州中级法院 蔡鹏《论离婚登记司法审查的困境与出路》分别发表在2013年《人民司法》和《法律适用》
 - 3、浙江省高级人民法院行政庭副院长危辉星《离婚登记行政案件的司法审查》，载《人民司法》2011年第23期
 - 4、重庆市高级人民法院樊非 刘兴旺刘佳佳《婚姻登记行政诉讼司法审查研究——以婚姻法与行政法竞合为视角》等文章，分别发表在2011年《法律适用》、2009年《人民司法》等刊物。
 - 5、浙江省杭州市中级人民法院陈晨《从形式审查到实质审查的转变——论我国婚姻登记行政诉讼的审查标准》（全国法院系统第二十二届学术讨论二等奖）
 - 6、最高人民法院民一庭《当事人以婚姻法规定的无效婚姻四种情形以外的理由申请宣告婚姻无效法院不予支持》，最高人民法院民一庭《民事审判指导与参考(总第35集)》
 - 7、杜万华程新文吴晓芳：《婚姻法》司法解释（三）适用，《人民司法》2011年第17期
 - 8、苏州大学赵亚亚硕士论文《婚姻登记行政诉讼司法审查研究》
 - 9、蔡善喜 郝凤香结婚登记瑕疵行政案件的判决人民法院报 2011年12月14日《婚姻登记是形式审查还是实质审查？》
 - 10、张晓远 副教授和许佳《瑕疵婚姻登记纠纷判决类型及适用》（载于《家事法研究》2013年卷）
- 还有北京市朝阳区人民法院行政审判庭：离婚登记行政案件的审理原则《人民司法》2006年11期，等等。这类文章约有数十篇。

这类文章，既有主张登记婚姻效力行政诉讼的，也有为登记婚姻效力行政诉讼困境寻找出路或破解登记婚姻行政诉讼困境的。比如因行政诉讼判断标准不适用登记婚姻效力诉讼，有人便主张“从形式审查到实质审查的转变”；因行政诉讼判决形式不适用登记婚姻效力诉讼，有人便主张探讨登记婚姻效力纠纷的行政诉讼判决形式；等等。我认为，在行政诉讼体制里破解登记婚姻效力纠纷的难题，无异于在沼泽地里寻找走出沼泽的铺路石，永远也无法达到目的。这里仅以张晓远副教授和许佳的《瑕疵婚姻登记纠纷判决类型及适用》一文的有关结论略加说明。

该文有许多一般性错误，限于篇幅，在此不加讨论。这里只就该文的“结论”观点所存在的问题，稍加分析。

一、该文“结论”的原文是：

因婚姻本身的性质和婚姻登记行政行为的特殊性，在行政诉讼中，司法机关应适用不同于一般行政行为的司法审查原则，即采取实质性的司法审查标准，所以对于瑕疵纠纷的司法审查应进行现实考量。对于不同类型的瑕疵纠纷亦呈现出不同的表现形式，其合法性评价不一样，应适用行政诉讼法和行政诉讼法解释所规定的不同的行政判决方式。行为能力欠缺的婚姻登记除无效婚姻外的瑕疵情形应适用确认无效判决；在事实认定错误的瑕疵类型中，冒用他人身份的婚姻登记应适用确认无效判决或撤销判决，先由行政诉讼纠正法律婚上的错误，再由民事诉讼解决事实婚上的身份、财产关系，骗婚的婚姻登记应适用确认无效判决或撤销判决，冒名顶替的婚姻登记应适用驳回诉讼请求判决；在申请资料不实或不全的婚姻登记中，不会对结婚事实产生实质性影响的申请资料不实或不全的瑕疵登记应适用驳回诉讼请求判决；在违反法定程序即双方或一方未到场的婚姻登记中，对于能证明双方当事人真实意愿的瑕疵结婚登记，适用确认违法判决，反之则适用确认无效判决或撤销判决，对于有再婚情形的瑕疵离婚登记，适用确认违法判决，反之则适用确认无效判决或撤销判决；非管辖地登记的瑕疵婚姻登记，宜适用确认违法判决。

二、该文“结论”观点的错误或缺陷简评

1、行为能力欠缺的婚姻登记除无效婚姻外的瑕疵情形应适用确认无效判决。

该观点的错误或缺陷是：

行为能力欠缺并非都无效，关键应当看其对婚姻意思是否理解，能理解婚姻意思和效果的，能理解婚姻意思和效果者，应当认定有效。

2、在事实认定错误的瑕疵类型中，冒用他人身份的婚姻登记应适用确认无效判决或撤销判决，先由行政诉讼纠正法律婚上的错误，再由民事诉讼解决事实婚上的身份、财产关系，骗婚的婚姻登记应适用确认无效判决或撤销判决，冒名顶替的婚姻登记应适用驳回诉讼请求判决

该观点的错误或缺陷是：

第一、事实认定错误为什么要分别适用确认无效判决或撤销判决两种不同性质的判决？划分标准时什么？

第二、将本可并案处理的案件一分为二，甚至一分为三，先行政处理登记婚姻，再民事处理事实身份或财产等，不仅浪费司法资源，也影响婚姻的安定性。

第三、对“冒名顶替的婚姻登记应适用驳回诉讼请求判决”后，该婚姻效力又如何确认？

3、在申请资料不实或不全的婚姻登记中，不会对结婚事实产生实质性影响的申请资料不实或不全的瑕疵登记应适用驳回诉讼请求判决。

该观点的错误或缺陷是：

适用驳回诉讼请求判决”后，该婚姻效力又如何确认？是否当然有效？

4、在违反法定程序即双方或一方未到场的婚姻登记中，对于能证明双方当事人真实意愿的瑕疵结婚登记，适用确认违法判决，反之则适用确认无效判决或撤销判决。

该观点的错误或缺陷是：

第一、不违背结婚意愿的，适用确认违法判决，其婚姻是否有效并没有解决，而且判非所诉。这种登记违法是显而易见的，根本不需要判决确认，当事人自然明白。当事人所争议的是这种违法是否影响婚姻效力，能否产生婚姻的效果。但行政判决则回避这个关键问题，判决确认违法。这种判决判了等于白判。

第二、违背结婚意愿的，适用确认无效判决或撤销判决。其错误或缺陷有二：

一是参照胁迫结婚的规定，即使违背结婚意愿的，但超过一年以上的，当事人不能再主张撤消。

二是违背结婚意愿，属于侵害当事人私益的违法行为，只有撤销一种判决，不存在适用确认无效判决或撤销判决两种可能。

5、在违反法定程序即双方或一方未到场，对于有再婚情形的瑕疵离婚登记，适用确认违法判决，反之则适用确认无效判决或撤销判决；

该观点的错误或缺陷是：

第一、根据是否再婚决定适用不同判决形式，显然脱离行政诉讼的基本规则，这是在行政诉讼之外另立标准，这样的判决已经与行政诉讼不存在关联性了。

第二、再婚情形的适用确认违法判决，也是一种毫无价值的诉讼“空转”；没有再婚情形的，同样也只有撤销一种判决形式，不存在适用确认无效判决或撤销判决两种判决形式。

6、非管辖地登记的瑕疵婚姻登记，宜适用确认违法判决。

该观点的错误或缺陷是：

对此，适用确认违法判决毫无价值。

总之，我认为，登记婚姻效力诉讼并未处于“爬雪上、过草地”，非要通过行政诉讼解决不可的地步；相反，登记婚姻效力诉讼则有民事诉讼的阳光大道，行政诉讼是误入歧途，无论如何寻找铺路石，永远也走不出沼泽地，只是浪费资源而已。登记婚姻效力不适用行政诉讼，我在《反婚姻诉讼分裂法》[1]有详细论述。上述其他一些文章的观点，我也在有关论文中有批评，在此不再赘述。

[1]王礼仁《反婚姻诉讼分裂法》（近8万字）见北京大学法律信息网，分上、中、下三篇：

反婚姻诉讼分裂法（上）http://article.chinalawinfo.com/ArticleHtm...cle_79336.shtml

反婚姻诉讼分裂法（中）http://article.chinalawinfo.com/ArticleHtm...cle_79337.shtml

反婚姻诉讼分裂法（下）http://article.chinalawinfo.com/ArticleHtm...cle_79338.shtml

婚内保证书法律效力的浅析

2013年11月15日 中国法院网 周振华

在婚姻关系存续期间，夫妻双方发生矛盾后，有过错的夫妻一方，为了和好，自己主动或者应无过错方及其近亲属的要求，向另一方出具保证书。该保证书内容通常主要涉及夫妻双方婚姻关系是否解除、子女抚养权归属及抚养费多少和夫妻财产如何分割处理等问题。在双方协议离婚未果，进行诉讼离婚时，无过错方往往以此为据，要求法院按照保证书上的内容进行判决。因此，如何认定婚内保证书的法律效力，对于公正处理离婚纠纷，保护当事人的合法权益具有重要意义。

（一）关于婚姻关系是否解除的保证

婚姻自由既包括结婚的自由，也包括离婚的自由。对于离婚自由，《婚姻法》第三十一条和第三十二条分别就协议离婚与诉讼离婚作了专门规定。其中，夫妻双方协议离婚除了有离婚的合意外，还必须到婚姻登记机关进行登记，取得离婚证，双方的夫妻关系才能正式解除。因此，即使夫妻双方中的过错方违背了婚内保证书上的允诺，但之后双方并未到婚姻登记机关办理离婚登记或登记离婚未果，而是进行诉讼离婚，人民法院也只能依照《婚姻法》第三十二条以双方夫妻感情是否破裂为标准，查明案件事实，判断双方是否达到法定离婚条件，判决是否准许离婚。

（二）关于子女抚养问题的保证

虽然民法坚持意思自治的原则，《婚姻法》第三十六条第三款也允许夫妻双方对哺乳期后的子女抚养问题，自行协议解决，但是此时的“协议”由于已经进入到诉讼程序，人民法院应依职权对双方协议的结果进行审查。如

果夫妻双方就子女抚养问题协议的结果,不利于子女身心健康和保障子女的合法权益,人民法院可不予准许。例如,1993年《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》第10条规定,父母双方可以协议子女随一方生活并由抚养方负担子女全部抚育费。但经查实,抚养方的抚养能力明显不能保障子女所需费用,影响子女健康成长的,不予准许。因此,夫妻双方在诉讼前关于子女抚养问题的保证并不当然具有法律效力,只能作为人民法院在处理子女抚养问题时的一个参考因素。

(三) 关于财产如何分割处理的保证

在婚内保证书中,关于财产如何分割处理的保证,本质上是过错方对无过错方所做的损害赔偿保证,即夫妻一方若违反保证,则要对另一方进行经济上的赔偿。《婚姻法》第四十六条只规定了四种损害赔偿情形,本文认为,对于夫妻双方就其他导致感情破裂的情形(如赌博、吸毒等),作出损害赔偿约定的,人民法院经审查系保证人的真实意思表示,不存在欺诈、胁迫或乘人之危等可撤销情形,且不违法法律或社会公共利益的,人民法院应予支持。

除了直接以损害赔偿的形式所做的保证外,还存在夫妻财产约定或以离婚为条件的财产分割协议。两者的区别表现在:第一,生效的条件不同。以离婚为条件的财产分割协议只有在夫妻双方离婚后,才能生效。2011年《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释(三)第十四条规定,当事人达成的以登记离婚或者到人民法院协议离婚为条件的财产分割协议,如果双方协议离婚未成,一方在离婚诉讼中反悔的,人民法院应当认定该财产分割协议没有生效,并根据实际情况依法对夫妻共同财产进行分割。而夫妻双方的财产约定并不涉及离婚,更不以离婚为条件,按照《婚姻法》第十九条第二款规定,夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定,对双方具有约束力。第二,财产标的不同。夫妻之间对双方的财产约定范围,既可以是婚前的也可以是婚姻关系存续期间的,而以离婚为条件的财产分割协议的财产范围只能是夫妻双方的共同财产,夫妻一方的个人财产应排除在外。如果涉及到一方婚前的个人财产,只能视为一方对另一方的赠与,对于这部分婚前财产,应当做夫妻财产约定来处理。按照2011年《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释(三)第六条以及《合同法》第一百八十六条的规定,赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与……。

综上,婚内保证书中关于婚姻关系是否解除和子女抚养问题,在诉讼离婚中,并不具有法律效力。而关于财产如何分割处理的保证的法律效力,则要就是否属于损害赔偿,夫妻财产约定或以离婚为条件的财产分割协议,具体情况,具体分析。

离婚诉讼中婚前房产婚后增值部分如何分割

2014年1月20日 中国法院网 罗小明

【案情】

2006年3月,方某因结婚需要在县城购买了一套住房,价值11万元。同年10月,方某与乔某(女)结婚,婚后一直在该房居住。2010年7月,由于双方感情破裂,乔某提出离婚,双方对房屋属方某婚前个人财产无异议,但对房产在夫妻关系存续期间的增值部分是否属于夫妻同共财产产生较大争议。方某认为,房屋(离婚时的市场价值为20万元)系其婚前以个人财产购买,属其婚前个人财产,因此以其个人财产产生的孳息(房屋增值部分)自然而然地应属其个人所有。而乔某认为,对于房屋属于方某的婚前个人财产没有异议,但其增值是在二人婚姻存续期间产生的,故对增值部分应认定为夫妻共同财产。

【分歧】

处理本案时存在三种不同意见:

第一种观点认为,婚前房产婚后增值部分属个人财产,归方某个人所有。从法律关系上说,方某对房屋的所有属于物权关系,婚前房产后增值部分应当定性为法定孳息。根据《物权法》第一百一十六条第二条规定“法定孳息,当事人有约定的,按照约定取得;没有约定或者约定不明确的,按照交易习惯取得。”现在没有交易习惯,那么应当归属于财产所有人。

第二种观点认为,婚前房产婚后增值部分属夫妻共有财产。《婚姻法》第17条和第18条的立法本意是婚前的财产归属个人,而婚后的各种收益均属于共同财产。法律没有规定不是个人的都应当是共有的。所以在婚后卖出婚前个人房产时的增值部分应属夫妻共同财产,如果一概作为个人财产处理,是对夫妻之间可能的分工和其各自对家庭的贡献的漠视。

第三种观点认为,乔某是否有权分割房屋增值部分,关键要看房屋增值的主要原因是什么?如果房屋增值是婚后双方共同劳务导致的那么乔某有权要求分割增值部分收益,如果房屋增值是纯自然的原因,与共同还贷或两人的共同劳务无关,则乔某无权要求分割增值部分收益。

【评析】

现行《婚姻法》第18条规定:“有下列情形之一的,为夫妻一方的财产:(一)一方的婚前财产;(二)一方因身体受到伤害获得的医疗费、残疾人生活补助费等费用;(三)遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产;(四)一方专用的生活用品;(五)其他应当归一方的财产。”《婚姻法》明确了夫妻个人财产的范围,即凡属于夫妻一方个人所有的财产,一般来说应归其本人管理、支配和处理,在离婚时即归其个人所有,不再分割。现行《婚姻法》及相关司法解释,明确了婚前一方的财产归其本人所有,否定了因婚姻关系存续到法定时间转化为共同财产,有利

于对一方婚前财产的保护，维护“一物一权”的基本原则。所以对于房屋属于王某个人财产是毫无疑问的。

对婚前一方房屋增值收益的归属，最高人民法院在1993年11月3日《关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》中规定：婚后8年内双方对婚前一方所有的房屋进行过修缮、装修、原拆原建，离婚时未变更产权的，房屋仍归产权人所有，增值部分中属于另一方应得的份额，由房屋所有权人折价补偿另一方；进行过扩建的，扩建部分的房屋应按夫妻共同财产处理。该司法解释认为，一方对另一方婚前所有的房屋进行修缮、装修、原拆原建行为时，对于增值部分依法享有所有权。

孳息是指从原物中所出之收益，分为天然孳息和法定孳息两种。我国学者对于婚前财产的孳息归属有不同的看法，有的学者认为，无论收益属于天然孳息或法定孳息，应以双方是否投入了时间和精力来区分，投入了的属共同财产，没有投入的仍属个人财产。而有的又认为，在婚姻家庭法领域，由于夫妻共同财产制的限制，婚前财产在婚后所生的孳息虽仍由原物所有人所有，但这些孳息的所有权归属于夫妻双方，而不是仅归属于原物所有人个人。

笔者认为，对婚前财产收益的归属，不应按收益的性质来区别对待，而应按对收益取得是否承担相应义务来划分。对一方没投入时间、精力的收益如利息、股权分红等应为个人财产；对双方都投入了时间、精力共同经营、管理后取得的收益则应由双方共同分享。

在婚姻关系存续期间，不动产房屋交换价值同时受人为和客观因素的影响。人为因素表现在夫妻双方共同对房屋进行的占有、维护和装修等，并排除他人对建筑物的非法侵害，使房屋维持其一般使用价值并优化。客观方面受国家宏观政策的调整、土地价格的变化和供求关系的制约，房屋的价值得以变动，给购房人带来了一定的收益预期。尽管受到人为因素和客观方面的影响，房屋价值变动的前提条件是房屋的完整健全存在。在婚姻关系存续期间，不论所居住的房产实际上属于一方所有还是双方共同共有，夫妻双方均以房屋所有人的意思对房产进行共同管理和维护。即使是一方婚前购买的房产，婚后另一方共同居住、维护、修缮，表明其主观是以房屋所有人参与房产的实际维护和经营，且对方对此明知并接受。因此在合法有效的婚姻关系尚未解除前，夫妻双方对共同居住的房产均投入了相当的时间、精力共同经营和管理。对于在婚姻关系存续期间，房产的增值收益孳息，根据权利义务相一致，夫妻双方均有获得此收益的权利，而不论增值产生的原因。

综上，笔者认为婚前房产婚后增值部分应为夫妻共有财产。

（作者单位：江西省鄱阳县人民法院）

新疆乌鲁木齐市沙依巴克区人民法院：涉婚财产分割有学问 一方父母出资非夫妻财产

2014年01月19日 法制日报 潘从武



近年来，涉及婚姻官司财产纠纷案件多有发生，婚姻一旦破裂，财产分割便成为了男女双方争议的焦点。近日，新疆乌鲁木齐市沙依巴克区人民法院审理婚姻家庭案件的法官结合近期典型涉婚财产分割案件，从婚前彩礼、婚后房产、共同债务三个方面作出解析

婚事未果婚前彩礼应返还

年过五旬的王某经人介绍，认识了比自己小4岁的马女士。二人相识不久，王某就为马女士购买了价值1.4万元的金戒指、金耳环、金项链和衣物。事后，马女士提出将王某的房产过户到自己名下，否则婚事无从谈起。

深感结婚无望的王某将马女士诉至法院，要求其返还价值6800元的金戒指、金耳环和金项链。

马女士则认为，金戒指、金耳环和金项链是她和王某共同生活时一起购买的，购买时她也出资4500元。在她与王某生活期间，王某偷走了购买发票和金项链，金戒指和金耳环已被变卖，无法返还。

经法院查明，王某以结婚为目的为马女士购买了金戒指、金耳环和金项链，有购买发票及证人证言。马女士称，王某偷窃购买发票和金项链，因缺乏事实及法律依据，法院不予认可。法院判决马女士返还王某金戒指、金耳环和金项链，逾期不还则按相应的价值予以赔偿。

依照法律规定，当事人请求返还按照习俗给付彩礼的，如果查明属于以下几种情形的，人民法院应当予以支持：双方未办理结婚登记手续的；双方办理结婚登记手续但却未共同生活的；婚前给付并导致给付人生活困难的。

法院在决定彩礼是否返还时，是以当事人是否已缔结婚姻关系为主要判断依据。给付彩礼后未缔结婚姻关系的，原则上收受彩礼的一方应当返还彩礼。本案中，王某以结婚为目的给马女士购买金首饰后，双方未办理结婚登记手

续，故马女士收取的彩礼应予退还。

一方父母出资非夫妻财产

2011年5月，杨女士和丁某登记结婚。婚后不久，双方感情破裂，于2012年6月，办理了离婚手续。

事后，杨女士将丁某诉至法院，要求分割婚后双方共同购买的一套价值22万元的房产。丁某称，该房产事实上是其父出资购买的，房子登记在其名下，应属于他的个人财产。

法院经审理查明，争议房产是丁某的父亲出资购买的，并通过银行转账的方式向出卖人支付了购房款。该房屋登记在丁某的名下，不应作为夫妻共同财产予以分割。

2013年年底，法院驳回了杨女士的诉求。

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)第七条第一款的规定，“婚后由一方父母出资为子女购买的不动产，产权登记在出资人子女名下的，可按照婚姻法第十八条第(三)项的规定，视为只对于子女一方的赠与，该不动产应认为夫妻一方的个人财产”。

本案中，房产是一方父母出资购买，登记在一方名下。据此，法院对该案作出了如上判决。

买房一方借款算共同债务

2013年5月，家住乌鲁木齐市的苏女士将王某诉至法院。苏女士说：“2011年5月，我与王某登记结婚。由于婚后纠纷不断，导致感情破裂，婚姻关系无法继续。请求法院解除我与王某的婚姻关系；依法分割共同财产及债务，王某偿还借我的50万元。”

“我与苏女士均系再婚，婚后我母亲将店面交由我经营。但苏女士常发脾气说要离婚，还到店里砸东西骂人，还将3块玉石藏起来，我婚前的车也在苏女士处。”王某称，其向苏女士借的40万元均用于做生意，是夫妻共同债务，应共同承担，另取走苏女士的10万元，也是用于做生意，并不是借款。

经审理查明，苏女士和王某结婚后，购买了一套商品房，总价45万元。购买该房屋时，王某曾借款18万元。因王某做生意急需用钱，将苏女士婚前的一套房产在银行办理了抵押贷款40万元。因生意不好，到还款日未能及时还款，该房屋用于还银行贷款，王某写下了借苏女士40万元的借条。

近日，法院判决苏女士和王某离婚；判决苏女士和王某共同购买的商品房归苏女士所有，苏女士给付王某折价款的一半；王某偿还苏女士借款40万元；王某的18万元借款，双方各承担一半即9万元。

本案主审法官表示，夫妻共同生活所负担的债务，是指夫妻为了维持正常的家庭生活、家庭支出包括夫妻的衣、食、住、行和教育等方面所负的债务。婚姻法第四十一条规定，离婚时，原为夫妻共同生活所负的债务，应当共同偿还。苏女士提出王某偿还50万元的借款请求，其中40万元有借条，王某应当偿还。在购买夫妻共同房屋时，王某借款18万元，系夫妻共同债务，王某和苏女士各承担一半。 记者 潘从武 通讯员 高玉凤 漫画 / 高岳

福州中院民一庭：夫妻将一方婚前个人房产约定为共同共有是否属于赠与和可撤销——戴某诉郭某宇共有权纠纷案

2013年11月13日 福州法院网 中院民一庭 庄彩虹

【案件基本信息】

1. 判决书字号

福建省福州市中级人民法院(2013)榕民终字第1222号民事判决书

2. 案由：共有权纠纷

3. 当事人

原告(上诉人)：戴某。

被告(被上诉人)：郭某宇。

【基本案情】

本案讼争房产福州市鼓楼区五凤街道铜盘路351号五凤兰亭***单元房屋(以下简称五凤兰亭房产)系被告郭某宇父母于2008年8月28日与买受人袁洲签订《房地产经纪合同》向案外人袁洲购买，由被告父母支付了购买五凤兰亭房产的首付款，之后也是由被告父母偿还五凤兰亭房产的按揭款。2008年10月8日，被告与其父母签订《挂名购房协议》，约定：被告父母为房屋的实际所有权人、出资人；被告无权对五凤兰亭房产进行占有、使用、收益和处分；被告不得对外签订与上述房产相关的任何协议或为第三人提供担保。2008年11月5日，五凤兰亭房产登记于被告郭某宇名下。2010年4月9日，原告戴某与被告郭某宇登记结婚。2010年9月9日，原、被告双方作书面的《夫妻财产共有协议》，约定五凤兰亭房产为夫妻共有财产。现原告(反诉被告)要求被告履行《夫妻财产共有协议》，确认五凤兰亭房产属原、被告共同共有，并将五凤兰亭房产变更登记为原、被告共同共有，而被告(反诉原告)诉请撤销《夫妻财产共有协议》中的房屋赠与条款，确认五凤兰亭房产不属于原、被告共同共有。

【案件焦点】

原、被告双方作书面的《夫妻财产共有协议》中将一方婚前所有的讼争房约定为双方共有是否属于赠与性质。

【法院裁判要旨】

一审福州市鼓楼区人民法院经审理认为：房屋权属证书是权利人依法拥有房屋所有权并行使占有、使用、收益

和处分权利的唯一合法凭证。本案讼争五凤兰亭房产虽系被告父母所购买，由被告父母交纳首付款且支付银行的按揭款，但该讼争房产登记在被告个人名下，应视为被告父母对被告的赠与，即使被告与其父母签订了《挂名购房协议》，依据《物权法》第九条对不动产物权的取得须登记生效的规定以及《婚姻法》第十八条对夫妻一方个人财产的规定，该五凤兰亭房产系被告婚前个人财产。2010年9月9日的《夫妻财产共有协议》系原、被告双方对婚前财产的真实意思表示，不违反法律，合法有效。但根据《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）》第六条“婚前或者婚姻关系存续期间，当事人约定将一方所有的房产赠与另一方，赠与方在赠与房产变更登记之前撤销赠与，另一方请求判令继续履行的，人民法院可以按照合同法第一百八十六条的规定处理。”的规定，而《合同法》第一百八十六条第一款规定：“赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与”，本案中，原、被告双方虽然签订了《夫妻财产共有协议》，约定五凤兰亭房产为夫妻共有财产，但五凤兰亭房产的产权仍登记在被告郭某宇个人名下，并没有变更产权，被告有权撤销赠与。故原告要求确认讼争房产共有及办理变更登记的诉请，依据不足，原审法院不予支持。反诉原告认为《夫妻财产共有协议》中房产的约定属于赠与，要求撤销房屋赠与条款，原审法院予以支持。

福州市鼓楼区人民法院依照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》第六条、《合同法》第一百八十六条第一款之规定，判决如下：驳回原告戴某的诉讼请求；撤销《夫妻财产共有协议》中的房屋赠与条款，福州市鼓楼区五凤街道铜盘路351号五凤兰亭13#403单元房产属于被告（反诉原告）郭某宇个人所有。

戴某不服一审判决持原审起诉意见提起上诉。福建省福州市中级人民法院经审理认为：本案讼争房产系被上诉人郭某宇婚前的个人财产，被上诉人与上诉人在婚姻关系存续期间签订《夫妻共有财产协议》，该协议约定讼争房产为双方共同共有，应当认定为被上诉人将其婚前所有的房产赠与上诉人共有，对上诉人认为《夫妻共有财产协议》对讼争房产约定共同共有不是被上诉人赠与的主张，福州市中级人民法院不予采信。同时，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）》第六条“婚前或者婚姻关系存续期间，当事人约定将一方所有的房产赠与另一方，赠与方在赠与房产变更登记之前撤销赠与，另一方请求判令继续履行的，人民法院可以按照合同法第一百八十六条的规定处理。”的规定，以及《合同法》第一百八十六条第一款规定：“赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与”的规定，因现讼争房产权仍登记在被上诉人个人名下，并未进行共有登记，故原审法院认定被上诉人在讼争房产没有变更登记之前，有权撤销赠与，于法有据，予以维持。因被上诉人有权撤销讼争房产赠与，故对上诉人要求讼争房产共有及办理变更登记的诉请，不予支持。综上，原审法院认定事实清楚，适用法律正确，应予以维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（一）项的规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案处理重点主要在于对夫妻双方将一方婚前个人财产约定为共同共有性质的理解。

《婚姻法》第十九条规定夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方具有约束力。据此，夫妻之间有关财产的约定合法有效，但是此类协议的订立、生效、撤销等并不排斥合同法的适用，就夫妻之间的赠与而言，一方赠与另一方钻戒、珠宝等贵重物品已经交付的，当然不能随便撤销，但一方赠与另一方不动产，因我国采用的是不动产法定登记制度，无论基于何种原因发生的权属变动均需经登记才产生效力，夫妻之间也不例外。因此，在尚未办理房产过户手续的夫妻之间房产赠与，房产赠与人可以随时撤销赠与，这与《婚姻法》第十九条规定并不冲突。本案讼争房产系夫妻一方的婚前个人财产，另一方通过签订《夫妻共有财产协议》，获得了该讼争财产的共有权，本质上是无偿获得财产权益的行为，符合赠与合同的性质。同时，考虑到该讼争房产系由上诉人父母出资，为子女结婚所购买的婚房，故应当认定为赠与。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）》第六条以及《合同法》第一百八十六条第一款规定，由于房产未过户，故赠与房产的一方可以主张撤销赠与合同。

赠与房产一方的任意撤销权使赠与房产的权属处于不确定的状态，因此，当事人要慎重对待赠与，及时对房产赠与合同进行公证，就能够有效限制任意撤销权的行使；此外，只要及时办理房屋产权过户登记，房产权属明确，赠与一方的任意解除权也就消灭。

分家析产处理的法律规制探讨——以家庭财产制度为切入点

2014年1月22日 中国法院网 吴成臣

分家析产作为中国的特有传统，我国法律对此并没有特别的规定，在实践中，法官也仅是依据民事法律中有关共有的规定对此类纠纷进行处理。分家必然会涉及到析产，但是析产并不是分家的唯一内容，它还包含着赡养的负担、债务的承担等，而析产又是分家中最为重要的内容。在司法实践中，分家析产纠纷主要分布在农村地区以及城乡结合部地带，而且主要涉及到农村宅基地、承包地、农村房屋以及房屋拆迁补偿分配等问题。因家庭财产分配不均和无实际争议而请求“分门立户”以获得相应的拆迁利益是分家析产纠纷产生的两大主因。

以近三年北京市怀柔区人民法院审理的分家析产纠纷案件来看，分家析产纠纷呈现不断上升的趋势，在纠纷解

决的过程中，对于无实际争议而请求“分门立户”以获得相应的拆迁利益的纠纷大多以调解的方式进行结案，因双方没有实际的争议，当事人仅想通过诉讼的方式“分门立户”以达到法律上确认；而对于因家庭财产分配不均而产生的分家析产纠纷，因我国现行法律中并没有分家析产方面的专门规定，甚至对家庭财产也无明确的法律规定，仅有夫妻共同财产的规定，无法对家庭财产的性质、归属进行明确的法律界定，也无法有效地对家庭财产的产生、累积和增值的贡献进行区分，更没有明确的依据对家庭成员共同财产、夫妻共同财产以及个人财产进行归属和量化。因此，要合理有效的解决分家析产纠纷就首先对家庭财产作出明确的内涵和性质界定。

一、家庭与家庭财产的界定

家庭作为重要的社会生活组织形式，家庭财产关系是家庭关系的重要内容，与每一个家庭成员休戚相关，是保障家庭稳定存续和家庭成员生存与发展的物质基础。因此，规制家庭财产关系的法律规定应是民法的重要内容，但遗憾的是，我国现行的《民法通则》和《婚姻法》对夫妻共有财产以外的家庭财产关系，均无明确规定，通常准用普通共有财产制度。由于立法上的缺失，造成了一系列理论上的混乱，司法实践亦极为不一。因此，从制度概念上理顺、研究家庭财产制度，对于在诸如分家析产的具体案件中确立统一的司法裁判以及稳定和谐家庭关系，都具有重要的理论和现实意义。

（一）家庭的含义

从历史上来看看，无论是中国还是外国，家庭都是由过去的家族演变而来。在家族社会中，家族主要由家长制、长子继承制、分家析产制等制度支撑，随着社会的发展和进步，家庭作为社会的一种组织形式成为社会生活的重要组成部分，从法律上而言，现代社会中的家庭讲求本身地位的独立性、主体地位的平等性以及家庭财产的共同性。作为法律意义上的家庭，其应包括如下的要素：一是由两人以上的近亲属组成，他们之间的属关系可以通过婚姻、血缘以及收养等事实行为或者法律行为产生，近亲属是指负有法定权利和义务的亲属；二是以共同生活为目的，家庭关系不是契约关系，因此不需要合同法加以调整，家庭的存续，是以永久的共同生活为条件；三是以同居共财为基本要求。所谓同居，并不是指在同一个家屋中居住的事实。（1）所谓共财也非指必须有共有的财产；即是所谓的“以永久共同生活为目的而同居之亲属团体”。（2）其与我国《民法通则》中所讲得“户”，具有基本相同的意义，以户为单位，一家一户，却又不尽相同，因为，我国《民法通则》中还有“个体工商户”的概念。所以，笔者认为，在司法实践中，当事人请求分家析产的纠纷中，当事人首要解决的就是分户，将一个家庭分成几个家庭，并保持其家庭的法律意义和属性，而家庭财产又是家庭赖以存在的重要物质基础和保障，分家析产的另一目的也在于理清家庭财产关系，并对家庭财产予以析分。

（二）家庭财产概念

我国法律没有对家庭做出具体的规定，同样也没有给予家庭财产具体、明确的制度规定，没有严格区分个人财产与家庭财产，而是在有关法律中直接使用了“家庭财产”或者“家庭共有财产”的术语，例如：《继承法》第26条第2款：“遗产在家庭共有财产之中的，遗产分割时，应当先分出他人的财产。”《最高人民法院关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》第35条：“遗产之限于被继承人所有的财产。遗产与夫妻或家庭共有财产结合在一起的，处理时，应先将遗产从共有财产中划分出来，然后分割”，之所以如此规定，是因为现实生活中个人的财产或遗产总是与家庭成员的财产结合在一起，家庭成员间也没有明确的财产权界限，在具体分割时往往很难厘清。可以说，在我国的法律上有家庭财产的内容，但不存在严格意义上的家庭财产概念，从立法上来看，我国法律上的家庭财产应该包含着家庭成员各自所有财产及全体家庭成员或部分家庭成员共同所有财产。所以，在司法实践中，对家庭财产的请求分割往往涉及到个人财产、家庭财产、家庭成员间的个人财产权之间的界限区分问题。因缺乏相应的规定，往往造成实践中个人财产与家庭财产不分、家庭成员间的个人财产权界限不明，使个人财产权得不到保证，甚至会使家庭其他成员财产以及与之交易的债权人的利益受到侵害。因此，笔者认为，应在法律规定上厘清家庭财产内涵和外延作出相应的规定，以保障家庭成员的合法财产权益以及交易安全。

（三）家庭财产性质

对于家庭财产的确定不仅要在概念上对其给予明确、具体的法律规定，还应从财产的性质上对其予以明确。笔者认为，要分析家庭财产的性质应从家庭财产的来源、功能、目的等进行分析。首先从家庭财产的产生来源看，其一，家庭财产应来源于家庭成员共同劳动、共同创造的财产。此种来源较为典型的是在农村。土地是农民主要的生产资料和收入来源，依照法律规定，以户为单位进行土地的承包经营，家庭成员共同承包、共同经营、共同收益，所得财产为家庭共有财产，家庭成员共同进行消费；其二，家庭成员共同继承或共同接受赠与所得财产，此种财产的取得关键在于接受继承或者赠与应是家庭作为对象，而非个人，若以个人为接受继承或者赠与的对象，应为个人财产；其三，家庭成员个人取得的财产同意作为家庭的共同财产。此种途径来源的家庭财产无论是理论上还是实践中都没有异议，其实质是家庭成员自愿将个人财产赠与家庭，作为家庭共有财产，由家庭成员共同享用。除此之外，还有相当一部分家庭财产并非来自于家庭成员个人财产的让渡。比如，家庭可能以家庭名义接受有关机关和其他个人的奖励、分配、赠与等等。此类财产显然也为家庭财产的范畴。其次，从家庭财产的功能来看，家庭财产其目的在于满足家庭成员的物质生活需要，其功能在于养老育幼，保障家庭的生活。因此，从家庭财产的来源以及功能和目的分析，家庭财产具有共有的性质，但是这种共有因其来源的不同有其特殊之处，家庭成员可以约定共同财产的

存在形式是共同共有或者按份共有，也可根据其来源、财产贡献、财产增值等因素设置家庭财产法定制。例如在瑞士民法中就有关于家庭财产法定制的内容。(3)

(四) 家庭财产权利主体及其行使

从历史发展来看，家庭财产的支配权由“同居共财”(4)的家长支配管理逐渐发展到家庭成员共同参与支配管理，甚至有的国家将家庭财产权的主体和行使方式以及规则都做了明确的规定。(5)但是，我国《民法通则》以及相关的法律并没有对家庭财产及其权利行使作明确的法律规定。笔者认为，家庭财产权力的行使应根据家庭财产的性质，首先分析家庭财产是约定制还是法定制，对于约定制应确定家庭财产中的共有状态，是共同共有还是按份共有，若是共同共有适用共同共有的权利行使规则，即是对家庭财产的处分、使用、分割应取得所有家庭成员的同意，任何家庭成员都不得随意处分家庭财产；若为按份共有则适用按份共有权利的行使规则，即是家庭成员按照相应的份额对家庭财产行使占有、使用、收益、处分的权利，这种份额可以是事先约定的，也可以是依照法律规定的。但需要指出的是，对于未成年人等无行为能力人的家庭财产权利行使应该适用监护的有关规定，应由其监护人行使权利。

二、分家析产的性质

(一) 分家析产的特征

我国现行法律中并没有分家析产方面的专门规定，在民法体系中，与分家最为相似的法律行为是继承和赠与。但在当下中国的法律体系和司法实践中，分家既不属于继承，也不属于赠与，其内容主要是对家庭财产的分割，其法律表现形式是当事人运用法律手段将家庭财产予以分割，以达到“分门立户”的目的。因此，分家有着自身的法律特征，具体表现为：

1、分家析产所分析的财产是家庭财产。在分家析产的过程中，对家庭财产的分割是一个重要的内容，其来源主要是家庭成员在共同生活期间的共同劳动收入、家庭成员交给家庭的财产以及家庭成员共同积累、购置、受赠的财产，以及为了家庭的共同利益、用于家庭生活所产生的债务，以小家庭为单位进行分配，而非将父母的财产分配给子女，让其单独生活，这应区别于家庭成员之间的赠与以及继承。在不动产的分配上，主要是指对房屋和土地使用权上的分割，在房屋的分割上，应综合考虑房屋的取得时间、家庭成员是否参与取得等因素；在土地使用权的分割上，主要发生在农村土地承包的分割，应考虑家庭成员是否具有承包土地的资格以及相应的份额等因素。但需要注意的是在对家庭财产的分割过程中既要尊重家庭成员之间的约定，又要遵循公平原则和家庭的伦理性，考量家庭成员对家庭财产的贡献程度以及为家庭的弱势群体分析必要的份额。

2、分家析产中受产人地位应是平等而积极的。分家中受产人的地位平等主要是指在法律上其取得家庭财产的权利是平等的，至于取得财产的多少应根据家庭成员约定的规则，以及对家庭财产的贡献程度、家庭的伦理性要求、法定分配原则等因素所决定和平衡的。所谓受产人地位积极是指受产人既可以提出分家的要求，也可以在分家中提出异议，当然，对于受产人的积极地位也应受到当事人民事行为能力以及监护制度的制约，也就是说，具备完全民事行为能力的受产人可以依据自己的意愿行使自己在分家析产中的权利并履行相应的义务；不具备完全民事行为能力的受产人应与其监护人代为行使，但受到监护制度的制约。

3、分家析产并非是家庭关系的终止，也非影响到家庭基本功能的发挥。家庭具有生育繁衍功能、教育功能、消费功能以及养老功能。分家析产只要是对家庭财产的分割，以及通过分家析产的方式来取得“分门立户”的现实效果，并非改变家庭成员之间的亲属关系，家庭成员之间的赡养、抚育以及教育关系仍然存在，家庭成员之间在身份上的权利义务关系仍然存在，只是在财产关系上，尤其是在对外的财产关系上，应以独立的身份存在。因此，分家析产的发生并非是家庭关系，尤其是家庭成员人身关系的终止，相反，而是家庭关系的发展与延续，而对于家庭功能的影响也仅仅是在家庭的消费、交易等功能方面发生着改变，主要是财产关系上的独立，而非身份关系的改变。

(二) 分家析产与继承的区别

继承是指活着的人或在特定情况下由社会组织将死者生前的财产和其他权利、义务承受下来。(6)从法律的规定来看，分家析产和继承之间有其共性，也有区别。就共性而言，分家析产和继承都是以处理当事人的财产为主要内容，但两者却有着根本的区别：

1、从财产的属性上而言，分家析产的财产为家庭财产，而继承所涉及的财产仅是被继承人所有的合法财产。对于财产转移的性质，分家析产是一种对共同财产的分割行为，继承是财产所有权的转移行为。

2、从处分财产的时间来看，分家析产发生在任何时候，既可以是父母在世的时候，也可以是父母去世之后，兄弟姐妹对于家庭财产的分割，而继承的发生必须以被继承人的死亡为前提。

3、从受产人的地位来看，分家析产中受产人地位应是平等而积极的，既可以提出分家的要求，也可以在分家中提出异议，而在继承中，则只能依据法律规定或者被继承人的遗嘱进行财产的分割，其主动性较差。

4、从债务清偿承担来看，分家析产既分割家庭的积极财产，也分割家庭的消极财产，对积极财产进行分割的同时分割家庭消极财产，并可以对分割内容进行约定，而在继承中，首先用被继承人的财产对债务进行清偿，剩余财产由各继承人按照遗嘱或者相应的法律规定进行继承。

(三) 分家析产与赠与的区别

赠与是指赠与人将自己的财产无偿给予受赠人、受赠人表示接受的一种行为。显然，分家析产不同与赠与行为。首先，财产所有权的转移方式不同。分家析产是家庭成员将家庭财产分配给各个家庭成员归其所有。而赠与是财产所有人对其财产权的转移。其次，处分财产的参与人不同。分家析产是家庭内部成员对财产的分割，家庭以外的成员无权参加多赠与则财产所有人可以将自己财物赠与家人，也可以赠与家庭以外的人。最后，受产人的地位不同。分家析产需由家庭成员共同协商解决，地位应是平等而积极的，既可以提出分家的要求，也可以在分家中提出异议，个人所作决定对其他共有人无约束力，赠与则由财产所有人自行决定赠与方式和内容。

由此，我们可以看出，分家析产区别于继承和赠与行为，其主要内容主要是对家庭财产的分割，而在分家析产的过程中，受产人的地位是积极而平等的，当事人追求的是财产关系的分割与独立，以达到“分门立户”的效果，成为独立的个体，但是，分家析产并非是家庭关系的终止，也非影响到家庭基本功能的发挥。

三、分家析产的处理原则以及法律规制

（一）处理原则

分家析产作为中国的特有传统，我国法律对此并没有特别的规定，在实践中，法官也仅是依照民法、物权法、合同法、亲属法等有关的规定，将双方当事人（多为血亲关系）之间的争议直接抽象为某种权利义务关系的争议进行处理。但是，传统观念存在使得分家析产的处理不仅仅是对家庭财产的分割，而是涉及到家庭赡养、教育等，因此，基于上述的分析和定位，我们在分家析产中应确定家庭财产的范围、性质以及明确区分家庭财产关系，坚持正确的处理原则和方法，以保障家庭功能的实现以及家庭秩序的良好运行。

1、兼顾法律规定与民间习俗的原则

分家析产在我国有着特殊的传统，在民间的处理中也有着一套自有的处理原则。因此，在处理分家析产时，我们应该考虑法律规定与民间习俗之间的契合问题。传统上，农村中的分家析产往往是由父母主导进行的，而且在分家析产的过程中掺杂着赡养义务的分配，家庭财产的分配往往与赡养义务的承担相互联系。所以，在分家析产的处理中，应尊重民间习俗，协调民间习俗与法律规定的冲突，从权力分配与义务承担的公平性上考量，司法实践也表明，法官特别是基层法官也往往将农村社会一般的、通行的正义理念、善良的道德风俗为参照标准，将情感作为法理的补充。法律代表着理性化的思考方式，而社会生活更多地体现了普通百姓的感性化的生活逻辑，这就使法律在无形中与社会大众之间产生思考方式上的鸿沟。法官的社会经验在一定程度上填补了这个鸿沟，以经验来检验理性，在这种思考方式基础上作出的司法判断更容易与社会大众产生亲和力，使法律对社会生活的调整更为流畅、自然。(7)

2、兼顾公平与平等的原则

无论从法律规定出发还是从民间习俗考量，对于分家析产的处理，我们都应兼顾公平和平等的原则。如上文所言，平等是指家庭成员在分家析产的过程中应处于平等的法律地位，其取得家庭财产的权利是平等的，而非忽略女性以及未成年人的利益。公平是指对于分家析产中家庭成员对于权利的取得和义务的承担应遵循公平的原则，至于取得财产的多少应尊重当事人的意愿与法律规定相结合进行确定，根据家庭成员约定的规则，以及对家庭财产的贡献程度、家庭的伦理性要求、法定分配原则等因素所决定和平衡的。

（二）法律规制所考量因素

分家析产在处理过程中不仅要遵循上述原则，还应从考量的因素对其予以制约。笔者认为，从法律上，有效制约分家析产中家庭财产的分割行为，需要考量以下因素：

一是家庭成员对家庭财产的贡献程度。分析家庭财产是分家析产的重要内容，分割家庭财产在尊重家庭成员财产约定协议和意愿的基础上，首先应确定家庭成员对财产的贡献程度，这种贡献不仅仅是经济上的，还应包括劳务、家事管理等付出。其次要考量对家庭弱势群体的保护，对于一些弱势群体，例如老人、妇女、儿童，他们对家庭财产的贡献可能有限，贡献较小或者没有贡献，但是在分割时应保留他们必要的份额，这是家庭的伦理性所决定的，正如上文所言，分家析产并不能终止家庭关系，家庭成员之间人身关系依然发挥作用并约束家庭功能的实现。最后，在分家析产的相应份额确定以后，对于家庭财产的分割应从有利于生产生活和对物的利用上进行分析。

参考文献

(1)《唐律疏议》中有“虽复同住，亦为异居”。可见，同居非同住。

(2)史尚宽：《亲属法》，中国政法大学出版社，2000年版，第786页。

(3)《瑞士民法典》第335条[家庭财产]（一）家庭中得为支付教育费、婚嫁费或抚养费，或为用于其他类似目的的费用，依人格法或继承法的规定，将一定财产设立为家庭财团。（二）世袭家产不得设立。该法第336条[权力]家庭成员有权将其继承的财产，全部或部分地作为共有财产保存，或汇集一定财产作为共有财产，该财产即为家庭共有财产。

(4)史尚宽：《亲属法》，中国政法大学出版社2000年版，第788页。

(5)《瑞士民法典》第340条规定：（1）共有关系的事务由所有共有人共同处理。（2）其他普通的管理行为每个共有人均可单独为之。第341条又规定：（1）共有人得推选一人为共有人的代表。（2）共有人的代表在共有关系的范围内行使代理权，并主持共有关系的经济活动。（3）禁止代表人以外的共有人为代理行为，经将共有关系代表人登

记于商业登记簿后，始得对抗善意第三人。

(6) 刘悦：《中国财产继承法律制度研究》，中国海关出版社，2003年版，第213页。

(7) 徐振华：《裁判结论的求证：正确与合理之间的选择》，载《司法前沿》2006年第1期，第343页。

(作者单位：北京市怀柔区人民法院)

离婚案件中对虚假关联诉讼调解制造“夫妻共同债务”的防范——李蕾诉王颖樑离婚纠纷案

2013年6月27日 上海市第二中级人民法院官网

【提要】在离婚诉讼中，一些当事人利用虚假关联诉讼达成另案调解，人为制造“夫妻共同债务”，并将另案中的民事调解书作为离婚案件的证据予以提供，以期分得更多的夫妻共同财产。对此，已生效民事调解书的相关内容对在诉离婚案件的事实认定并不具有绝对的预决力，对调解书的证据效力仍应进行实质审查，以防止虚假的关联诉讼影响法院作出公正裁判。

【案情】

原告(被上诉人)：李蕾

被告(上诉人)：王颖樑

李蕾(女)与王颖樑于2008年5月16日登记结婚。2010年5月11日生育一女名王之涵。婚初夫妻关系尚可，后双方产生矛盾。2011年8月，李蕾以夫妻感情破裂为由诉至法院，要求与王颖樑离婚。上海市杨浦区人民法院一审查明，位于上海市德平路某弄某号某室房屋(以下简称德平路房屋)在2011年7月12日取得产权证，登记在李蕾、王颖樑名下。该房屋由王颖樑父母全额出资购买。一审审理中，双方一致同意该房屋目前市场价格为人民币120万元。

李蕾现起诉：1、要求与王颖樑离婚；2、婚生女随李蕾共同生活，王颖樑支付抚养费每月3000元；3、依法分割夫妻共同所有的德平路房屋，要求取得房屋的所有权，支付王颖樑折价款，若王颖樑坚持要求取得房屋所有权，亦同意由王颖樑支付李蕾房屋折价款。诉讼中，李蕾表示房屋所有权可以归王颖樑所有。

王颖樑辩称：同意解除婚姻关系，婚生女由王颖樑抚养，李蕾按法律规定支付抚养费。德平路房屋由王颖樑父母出资购买，虽登记在李蕾、王颖樑名下，但应属于王颖樑父母的房屋，但可适当支付李蕾补偿款。

【审判】

杨浦区法院一审认为：李蕾、王颖樑婚后未能正确处理好家庭矛盾，夫妻感情已破裂，双方均同意离婚，依法应予准许。登记在李蕾、王颖樑名下的房屋属于夫妻共同财产。因系争房屋系王颖樑父母在李蕾、王颖樑婚后全额出资购买并将产权登记在李蕾、王颖樑双方名下，应视为出资方对双方当事人的赠与。但因系王颖樑父母出资购买，可在财产分割时给予王颖樑多分。现李蕾不主张房屋所有权，故本案系争房屋产权归王颖樑，由王颖樑酌情向李蕾支付房屋折价款36万元。一审法院于2012年7月9日判决：一、准予李蕾与王颖樑离婚；二、双方所生之女王某随李蕾共同生活，王颖樑应自2012年7月起按月给付孩子抚养费人民币2300元，直至孩子年满18周岁止；三、离婚后德平路房屋归王颖樑所有，王颖樑于判决生效之日起十日内给付李蕾房屋折价款人民币36万元。

一审判决后，王颖樑不服，提起上诉称：德平路房屋是由双方向男方父母借款120万元购买的，借款应归还男方父母。原审认定事实不清，适用法律错误，上诉人请求二审法院撤销原审判决，并依法改判。二审审理中，王颖樑提供上海市虹口区人民法院(2012)虹民一(民)初字第5257号民事调解书，以此证明王颖樑的父母王伟宁、严美华与王颖樑于2012年7月27日达成调解协议，由王颖樑归还王伟宁、严美华借款人民币120万元。

被上诉人李蕾辩称：王颖樑在原审中从未提及120万元买房款是借款，对调解书不予认可。二审中，李蕾同意王颖樑每月支付女儿的抚养费降至2000元。

上海市第二中级人民法院二审认为，本案主要争议焦点为德平路房屋购房款是否系夫妻共同债务。德平路房屋系男方父母在双方婚后全额出资购买并登记在双方名下，王颖樑称购房款系其向父母的借款并提供了民事调解书，但根据王颖樑在原审中的陈述，其从未主张自己名下有夫妻共同债务，也未提供借条等证据证明自己的主张。且王颖樑与其父母关于借款的民事调解书在原审判决后才出具，故二审对王颖樑关于购房款系夫妻共同债务的主张不予采信。原审认定购房款系男方父母对夫妻双方的赠与并判决女方得30%的房屋折价款依法有据，二审予以维持。二审中，李蕾同意王颖樑每月支付孩子抚养费数额降至2000元，法院予以准许。据此，二审法院判决：一、维持原审判决第一、三项；二、撤销原审判决第二项；三、双方所生之女王某随李蕾共同生活，王颖樑应自2012年7月起按月给付孩子抚养费人民币2000元，直至孩子年满18周岁止。

【评析】

在如今房价高企的社会背景下，婚房已成为当下不少年轻夫妻难以承受的经济负担，面对动辄上百万的房子，一方父母往往为了子女的“幸福”生活不惜倾毕生积蓄帮助子女早日完成购房梦。然而，近年来80后年轻夫妻的离婚率不断攀升，由此产生的矛盾也主要集中反映在房屋的分割问题上，这势必牵涉到出资较多的夫妻一方父母的切身利益。在实践中，常常出现婚后由一方父母出资为子女购买不动产，产权登记在夫妻双方名下的情形，根据我国婚姻法及司法解释，该种情形应视为一方父母对夫妻双方的赠与，不动产属于夫妻共同财产。因此，在该种情形的离婚纠纷中，不乏有些全额出资或出资较多的父母与其子女企图通过另案诉讼的形式人为制造夫妻共同债务，从

而绕开婚姻法的法律障碍。本案即是一起典型的因离婚而引发的房产争夺纠纷。王颖樑的父母在李蕾、王颖樑婚后全额出资为子女购买不动产，并将产权登记在夫妻双方名下。在一审法院作出系争房屋为夫妻共同财产的判决以后，王颖樑的父母随即向另一法院另案起诉王颖樑主张购房款系王颖樑向父母的借款，并在该案中双方立即达成调解，由法院出具调解书确认该购房款的性质为借款。后王颖樑拿着该民事调解书在二审中主张购房款为夫妻共同债务。对此，二审法院应如何认定该“半路杀出”的民事调解书对本案产生的证据效力，则是本案最主要的争议焦点。

一、已生效民事调解书对另案的事实认定并不具有绝对预决力

本案中，王颖樑在二审中将其与父母在另一起借贷案件中达成的民事调解书作为新证据向法庭提供，以证明系争房屋的房款为夫妻共同债务。因而，王颖樑提供的调解书对于案件的事实认定起到了关键性作用。

讨论中有观点认为，民事调解书具有绝对的法律效力，可以作为认定另案案件事实的依据。理由是，民事调解书是在法院主持下达成的并经法院制作调解书确认的法律文书，已生效的民事调解书与民事判决书具有同等的法律效力。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第75条规定：“已为人民法院发生法律效力之裁判所确定的事实，当事人无需举证。”最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第9条也作出了类似规定，但只是补充说明“除非当事人有相反证据足以推翻”。依此观点，本案中如果李蕾没有相反证据足以推翻，那么王颖樑提供的民事调解书对本案的事实认定就具有当然的预决力。

但笔者认为，首先，“已为人民法院发生法律效力之裁判所确定的事实”中的“裁判”是否包含“调解书”，相关的法律与司法解释尚未予以明确规定，司法实践不宜对其进行扩大解释。其次，调解实质上是当事人对自己私权利的处分，其功能主要是减少讼累、定纷止争，与法院判决不同的是其对事实的认定很大程度上偏重于双方当事人的自认，在不违反强制性法律规定的前提下，调解所确认的事实和法律结果很大程度上取决于双方当事人的合意。此外，审判实践中常常出现当事人利用虚假诉讼企图影响关联案件的裁判结果的情形，因此理论界和实务界均有不少人认为应建立判决效力相对性的观念，更何况调解书的形成过程往往局限于案件的双方当事人，缺乏另案相关当事人的参与，倘若过于简单地将调解书作为另案事实认定的依据，可能会存在实质不公正的情况。

综上，已经生效的民事调解书对另案的事实认定并不当然具有绝对的预决力。因此，本案中王颖樑提供的民事调解书作为证据使用时，应当视为一般证据，并根据证据规则予以审查。

二、对影响在诉案件结果的关联案件调解书的证据效力应予实质审查

从民事调解书的法律效力来看，其与民事判决书具有同等的法律效力，因而对于已经生效的法律文书，法官不能对民事调解书本身的法律效力作出评判。但在民事调解书在另案中作为证据向法庭提供后，法官应当将调解书作为一般证据予以实质审查，而不应停留在形式审查的层面上。

本案中，二审法院注意到以下几点问题：1、一审法官在庭审中曾问过双方当事人有无共同债权债务，双方均当庭予以否认。一般而言，对于庭审记录，凡经当事人阅读无误后签字确认，即具有法律效力。现二审中，王颖樑又提出房款系夫妻双方对外的共同债务，与一审中的陈述显然存在矛盾。2、从王颖樑与其父母在另一起民间借贷案件的起诉时间来看，该案系发生在本案一审判决以后，后王颖樑将该民事调解书作为新证据在二审中予以提供。而王颖樑并未在一审中提出过系争房屋的房款系向父母的借款。从审判经验和常理出发，对于该民事调解书中所确认的事实之真实性有待证据进一步予以佐证。3、在王颖樑与其父母之间的民间借贷案件中，缺乏利害关系人李蕾的实际参与，从一定程度上剥夺了李蕾的抗辩权。而该另案民事调解书形成的基础是王颖樑单方与其父母达成的合意，既然王颖樑在二审中将该民事调解书作为新证据向法庭提供，并主张系争房屋的房款是夫妻共同债务，那么该借贷案件的法律结果对李蕾具有重大的利害关系，王颖樑单方与其父母达成的调解协议不能简单地当然约束案外人李蕾。基于上述分析，王颖樑在二审中提供的民事调解书，尽管从证据的形式上是真实有效的，但对于所要证明的事实缺乏证明力，需要进一步的证据予以佐证，最终，该民事调解书的证据效力并未被二审法院予以认可。

综上，尽管已经生效的民事调解书本身的法律效力只能通过审判监督程序予以纠正，但当民事调解书被作为证据在另案中提供时，法官有必要对该民事调解书所要证明的事实进行实质性审查，并结合法官自身的生活及审判经验作出正确判断。

三、裁判背后的思考：离婚案件引发的虚假关联诉讼

尽管民事调解对于化解社会矛盾、减少案件执行难度、节省司法资源及稳定社会关系具有积极意义，但由于调解更侧重于当事人对自己私权利的处分，使得法官可能在事实查明环节不过分苛求，从而给包括恶意调解在内的虚假诉讼行为有可趁之机。从本案已查明的事实来看，王颖樑显然是为了获取更多夫妻共同财产份额而利用关联民事诉讼，虚构民事法律关系或法律事实，其目的是为了诱使法院出具具有法律效力的民事调解书，使李蕾在离婚诉讼案中所能获得的夫妻共同财产份额利益受损。如果一味地肯定民事调解书的绝对效力，并苛求李蕾承担推翻民事调解书所认定事实之举证责任，则易引发实质不公。

在由一方父母出资为子女购房、产权登记在夫妻双方名下的情形下，由于该不动产在法律上属于夫妻共同财产，在如今房价居高不下的社会背景下，出资一方父母往往从情感上难以接受这样的法律结果，有的便利用关联诉讼从而绕开婚姻法的法律障碍。在审判实践中因离婚纠纷引发的关联虚假诉讼时常发生，出资较多的夫妻一方有时会利用与案外人进行的关联诉讼并达成调解，人为地形成夫妻共同债务，以损害离婚案件中夫妻另一方的利益。

因此，在离婚案件中，对于关联诉讼中所形成的民事调解书，法官须持谨慎态度。本案中，二审法院注意到王颖樑所提供的民事调解书在时间上、逻辑上均存在可疑之处，并结合一审审理情况及查明的事实，最终否认了该民事调解书在本案中的证据效力，防止了虚假关联诉讼所产生的法律结果来干扰二审法院对本案的公正判决，维护了夫妻另一方的合法权益。

【附录】

作者：王冬寅 上海市第二中级人民法院民一庭审判长助理

刘 婷 上海市第二中级人民法院民一庭调研助理

一审案号：上海市杨浦区人民法院(2011)杨民一(民)初字第7178号

二审案号：上海市第二中级人民法院(2012)沪二中民一(民)终字第1691号

合议庭(二审)：王冬寅(审判长、承办法官)、周州、李罡

“补办结婚登记”这一法律术语的司法实务分析

2014年1月22日 重庆法院网 戚国涛

内容提要：

“补办结婚登记”是具有特定含义的法律术语，符合法定结婚实质要件的男女双方需要在结婚登记机关履行特定的补办结婚登记手续填写《申请补办结婚登记声明书》，才能被认定为补办结婚登记。补办结婚登记的婚姻关系会发生溯及既往的效力，即婚姻关系的效力从男女双方均符合婚姻法所规定的结婚的实质要件时起算。补办结婚登记有别于申请结婚登记（即我们日常常说的办理结婚登记）及补领结婚证的行为。人民法院在审理“先以夫妻名义同居生活、后领取结婚证”的离婚案件中，不能轻易认定原被告为补办结婚登记，需审查男女双方是否在婚姻登记机关履行了特定的补办结婚登记手续。

(2) 2003年8月8日国务院颁布的自2003年10月1日起施行的《婚姻登记条例》第八条及民政部于2003年9月24日制定并印发的亦自2003年10月1日起施行的《婚姻登记工作暂行规范》第五十七条之规定，确立了补办结婚登记的特别手续、程序要求。至此这与《婚姻法》、《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释（一）共同确立我国了较为完善的补办结婚登记制度，明确规定了补办结婚登记的效力、适用范围、特定的补办程序手续。

一、调研案件中法院确认“补办结婚登记”的概述。

基层法院的审判实践中，婚姻家庭继承纠纷占各类案件总数的60%以上，而就笔者最近一段时间的调研发现其中审理的离婚纠纷案件中仍有很多这样的案件——原、被告双方先以夫妻名义同居生活了一段时间然后领取了结婚证，在起诉离婚时原告多在起诉状中诉称，“原被告与X年X月开始同居生活，后于X年X月补办结婚登记……”，被告在答辩中对原告诉称的同居、补办结婚的事实也予以认可，人民法院在审理后在审理查明部分也做出了类似如下的确认，“原被告与X年X月开始同居生活，后于X年X月补办结婚登记……”。然而我国于2001年4月28日修订后施行的新《婚姻法》第八条规定的“……未办理结婚登记，应当补办登记。”中所确立的补办结婚登记制度是一个具有特殊含义的法律术语，这里的“补办结婚登记”是针对具备结婚的实质要件的“事实婚姻”予以认可的法律形式要求，涉及到补办结婚登记的特殊登记程序要求，也涉及到婚姻效力的追溯力的重大问题。

因为2003年10月1日施行的《婚姻登记条例》及《婚姻登记工作暂行规范》确立了补办结婚登记的须履行特定的补办结婚登记手续填写《申请补办结婚登记声明书》，故本文研究的时间节点为2003年10月1日之后的离婚案件。

二、调研使用的法院确认“补办结婚登记”的案例模型。

为便于说明笔者将最近调查研究的这一类案件演绎成如下的案例模型。

案例模型：王某要求李某离婚纠纷一案于2013年5月立案受理，原告王某诉称，原被告于2005年5月自由相识后开始同居生活，后于2010年5月10日补办结婚登记。因感情不和诉至法院，请求法院依法判决离婚。开庭审理时，被告辩称原告诉称的同居、补办结婚登记的事实属实。原被告方同时出示了证据结婚证及双方户口簿。法院在判决书的审理查明部分表述为：经审理查明，原被告于2005年自由相识后开始同居生活，后于2010年5月10日补办结婚登记……

本案分析：法院只根据双方的结婚证、户口簿及原被告的陈述答辩，而认定原被告先同居后领取结婚证的属于“补办结婚登记”的行为存在不妥，缺少了关键的证据材料审查即原被告是否在婚姻登记机关履行了特定的补办结婚登记手续填写了《申请补办结婚登记声明书》并被婚姻登记机关予以认可办理登记。据笔者调研发现，很多先同居后领取结婚证的男女双方并没有履行此特定手续，而是填写的《申请结婚登记声明书》，这种法律行为并不能认定为补办结婚登记，只能认定为一般的办理结婚登记，婚姻关系的效力不发生溯及既往的效力。原被告的诉称辩称的“补办结婚登记”大多数情况下只是对“先以夫妻名义同居、后领取结婚证”的行为的日常生活的口语化概括，并非是具有法律意义上的“补办结婚登记”。

三、“补办结婚登记”这一法律术语的特殊含义及法律效力。

首先我们先从法律的现有法律法规规定进行分析，补办结婚登记制度是对事实婚姻的一种补救措施，婚姻关系具有溯及既往的效力。

现行新《婚姻法》第八条规定：“要求结婚的男女双方必须亲自到婚姻登记机关进行结婚登记。符合本法规定的，予以登记，发给结婚证。取得结婚证，即确立夫妻关系。未办理结婚登记的，应当补办登记。”现行《婚姻法》确立了我国补办结婚登记制度，该制度的设立是对当事人双方均符合结婚条件的事实婚姻的一种补救措施，从而使此类事实婚姻的效力有机会得到补正，转化为合法婚姻，以保护事实婚姻当事人，尤其是妇女和子女的利益[1]（P45）。

最高人民法院关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释（一）（以下简称《婚姻法司法解释一》）第四条规定：“男女双方根据婚姻法第八条规定补办结婚登记的，婚姻关系的效力从双方均符合婚姻法所规定的结婚的实质要件时起算。”和第五条规定：“未按婚姻法第八条规定办理结婚登记而以夫妻名义共同生活的男女，起诉到人民法院要求离婚的，应当区别对待：（一）1994年2月1日民政部《婚姻登记管理条例》公布实施以前，男女双方已经符合结婚实质要件的，按事实婚姻处理。（二）1994年2月1日民政部《婚姻登记管理条例》公布实施以后，男女双方符合结婚实质要件的，人民法院应当告知其在案件受理前补办结婚登记；未补办结婚登记的，按解除同居关系处理。”《婚姻法司法解释一》第四条确立了补办结婚登记的效力具有溯及既往的效力，即婚姻关系的效力从男女双方均符合结婚的实质要件时起算[2]（P26）。例如：小A与小B于2005年2月均以符合法定的结婚实质要件，二人自2005年3月开始以夫妻名义同居生活，后于2010年履行了补办结婚登记的手续，则从法律上讲二人自2005年3月即是合法的婚姻关系，自2005年3月起二人所得的收入即为夫妻共同财产（二人对夫妻财产制有特别约定的除外）。《婚姻法司法解释一》第五条确立了对事实婚姻直接认可（即不需办理结婚登记就认可二人的婚姻关系）的时间分水岭，1994年2月1日前男女双方已经符合结婚实质要件的不需要补办结婚登记即认可二人的合法的婚姻关系；1994年2月1日后（含当日）男女双方符合结婚实质要件的在起诉离婚案件受理前必须补办结婚登记，如不补办则按同居关系处理，不再认定“事实婚姻”。

其次补办结婚登记需要履行特殊的补办手续，在婚姻登记机关填写《申请补办结婚登记声明书》并获得婚姻登记机关的认可登记。

补办结婚登记与申请结婚登记、补领结婚证这三个不同的法律行为，所需要的所履行的手续及产生的法律后果均不同。

（1）补办结婚登记的须在登记机关做出补办结婚登记的声明并办理登记。2003年8月8日国务院颁布的自2003年10月1日起施行的《婚姻登记条例》第八条规定：“男女双方补办结婚登记的，适用本条例结婚登记的规定。根据《中华人民共和国婚姻法》和《婚姻登记条例》，民政部于2003年9月24日制定并印发了《婚姻登记工作暂行规范》并与《婚姻登记条例》同日开始施行。《婚姻登记工作暂行规范》第三十五条规定：“申请补办结婚登记的，当事人填写《申请补办结婚登记声明书》（附件3），婚姻登记机关按照结婚登记程序办理。”《申请补办结婚登记声明书》的内容如下：“本人与对方自 年 月 日起以夫妻名义共同生活，现均未再与第三人结婚或以夫妻名义共同生活。双方没有直系血亲和三代以内旁系血亲关系，了解对方的身体健康情况。现依照《中华人民共和国婚姻法》的规定，自愿结为夫妻。”由此可以看出，补办结婚登记必须在婚姻登记机关履行特定的程序，即补办结婚登记的形式要件为夫妻双方在登记机关做出补办结婚登记的声明并办理登记[3]（P219）。

（2）申请结婚登记是我们常说的办理结婚登记填写的是《申请结婚登记声明书》。《申请结婚登记声明书》其声明内容如下“本人于对方均无配偶，没有直系血亲和三代以内旁系血亲关系，了解对方的身体健康状况。现依照《中华人民共和国婚姻法》的规定，自愿结为夫妻。”申请结婚登记应当认定为（一般的）婚姻登记，婚姻关系的效力向“后”发生，而不能进行婚姻效力的追溯[4]（P221）。这也是我们日常中常说的办理结婚登记。

（3）补领结婚证则须填写《申请补领婚姻登记证声明书》。这是针对结婚证的丢失、损毁，可以在婚姻登记机关，申请领取新的结婚证，申请补领结婚证的主体必须是已经进行结婚登记的且至今仍是夫妻的男女双方。根据《婚姻登记工作暂行规范》第五十五条规定：“当事人遗失、损毁婚姻证件，可以向原办理该婚姻登记的机关或者一方常住户口所在地的婚姻登记机关申请补领。”及第五十六条婚姻登记机关为当事人补发结婚证、离婚证，应当按照初审—受理—审查—发证程序进行。及第五十七条“受理补领结婚证、离婚证申请的条件是：（一）婚姻登记处具有管辖权；（二）当事人依法登记结婚或者离婚，现今仍然维持该状况；（三）当事人持有本规范第二十三条至第二十八条规定的身份证件；（四）当事人亲自到婚姻登记机关提出申请，填写《申请补领婚姻登记证声明书》。”之规定，可以看出补领结婚证，并不是补办结婚登记，补领结婚证的婚姻关系的效力起始于原来登记结婚的日期。

四、结语。

补办结婚登记必须在婚姻登记机关履行特定的程序，具备特定的形式要件即夫妻双方在登记机关做出补办结婚登记的声明并办理登记。《婚姻法》、《婚姻法司法解释一》及《婚姻登记条例》只是对补办结婚登记的要求及效力作出了规定，并未规定补办结婚登记须履行的手续、形式。民政部颁布并施行的《婚姻登记工作暂行规范》（自2003年10月1日起施行），规定了补办结婚登记须履行的特定的手续、形式，属于部门规章，具有法律效力，与其上位法并无冲突，法院在审判实践中应参照执行。笔者认为审判实践中确定原被告双方“先以夫妻名义同居生活、后领取结婚证”的情况是否属于补办结婚登记，需要审查原被告双方在婚姻登记机关是否履行特定的补办结婚登记手续填写了《申请补办结婚登记声明书》并办理了婚姻登记这一法定的形式要件。如果“先以夫妻名义同居生活、后领

取结婚证”的男女双方没有在婚姻登记机关履行补办结婚登记的手续，而是按申请结婚登记的手续领取了结婚证，那么二人的行为则是申请结婚登记的行为而不是补办结婚登记的行为，其婚姻关系的效力不发生溯及既往的效力，婚姻关系的效力只能从领取结婚证之日起向“后”发生。

以个案析《婚姻法解释（三）》第4条的适用

2014年2月7日 中国法院网 张平

【案情】

原告张某与被告李某系夫妻关系。婚后双方生活困难，现仅有存款50000元，尚欠未到期债务100000元。因张某之母患重大疾病无钱医治，作为唯一赡养义务人的张某想用夫妻共同存款20000元来承担母亲医疗费用，但李某以尚欠外债100000元未归还为由坚决不同意张某的主张。张某遂将李某起诉到法院，请求法院依法分割夫妻共同存款。

【分歧】

本案原告张某之母患重大疾病而无钱医治，张某作为其母的唯一赡养义务人，张某对其母负有的法定扶养义务。现李某不同意张某用夫妻共同存款支付其母的医疗费用，符合《婚姻法解释（三）》第4条所规定的夫妻一方需有重大理由才能请求法院分割夫妻共同财产的积极要件，但对于法院能否支持张某的诉请有两种认识：

第一种观点认为：法院应当支持张某的诉请。因为《婚姻法解释（三）》第4条要求张某的诉请不损害债权人利益。本案张某与李某共同负债100000元，而其仅有存款50000元，现将20000元存款用于支付张某母亲的医疗费用，会与保护债权人利益相冲突。从世界各地及我国婚姻法确定的原则看，法定扶养义务的履行，以扶养人是否具备履行义务能力作为前提，如果其不具备履行能力，则不能以侵害债权人利益为前提，履行上述义务。因此，张某的主张因会损害债权人利益而不能得到支持。

第二种观点认为：法院可以支持张某的诉请。因为《婚姻法解释（三）》第4条的制定目的在于：在出现夫妻一方负有法定扶养义务的人患重大疾病需要医治而另一方不同意支付相关医疗费用的情况下，以分割共同财产的途径来实现夫妻双方对共同财产的平等支配，进而履行其应尽的养老抚幼扶弱的法律责任，延续家族在社会保障缺失下的传统救助功能，弘扬近亲属间相互关爱与照顾的中华美德。本案张某为支付其母相关医疗费用而请求分割夫妻共同存款，其没有损害债权人利益的故意，不存在会损害债权人利益的事实，因此，张某的诉请可以得到法院的支持。

【评析】

本案张某的诉请能否得到法院的支持，关键在于如何理解《婚姻法解释（三）》第4条所规定的“不损害债权人利益”的消极要件。笔者认为：仅仅以张某与李某的共同存款不足以清偿债务和保护债权人利益为由，要求张某忍受其母患重大疾病而不能及时救治的观点，缺乏合理性、正当性。而且，从法律角度看，该种观点也有待商榷。因此，笔者赞同第二种观点，理由如下：

首先，从张某履行法定扶养义务的内容来看，张某需要承担其母的20000元医疗费用来履行法定扶养义务，其给付的内容为医疗费用，具有纯粹金钱的性质。根据《婚姻法》第21条的规定，当法定被扶养人张某之母患有重大疾病需要医治而没有能力自行负担相应的医疗费用时，负有法定扶养义务的张某，应当履行其应尽的扶养义务。本案中，张某之母有权请求法定扶养义务人张某作出给付医疗费用的行为，该义务系作为义务，其内容需要负有法定扶养义务的张某实现医疗费用给付，这完全符合债权的定义和属性。因此，法定被扶养人与法定扶养人在医疗费用给付方面形成债权债务关系，此种债的法律事实系法律的特别规定，法定被扶养人对法定扶养人享有给付其医疗费用的债权，至于法定扶养人是否具有履行扶养义务的能力不应影响该义务所派生的法定被扶养人债权的存在。

其次，从债权的属性上看，债权具有相容性和平等性，数个债权人对同一个债务人先后发生数个普通债权时，其效力一律平等，不因其成立先后而有效力上的优劣。当法定被扶养人在患有重大疾病而无能力自行负担医疗费用时，依照《婚姻法》第21条的规定，负有法定扶养义务的一方应当向其给付相应的医疗费用，即以给付金钱的形式清偿其对法定被扶养人所负担的债务，这与法定扶养人因约定或者法定的原因对他人负有给付金钱债务的性质一样，均具有平等性，并没有效力上先后优劣之分。就本案而言，张某诉请法院分割夫妻的共同财产为存款，在存款上不可能存在效力优先的债权。而且，根据普通债权的清偿规则来看，先到期的债权应当先清偿，现张某之母对张某享有的医疗费用给付债权已到期，张某应当对其母的医疗费用先进行给付。

再次，从损害债权人利益的用语上看，在《侵权责任法》中“损害”的语境通常要求行为人具有主观过错。由于法定被扶养人患重大疾病是任何一个正常人都不希望的和所能控制的，因此，法定扶养义务人请求分割夫妻共同财产来履行扶养义务的行为不具有损害债权人利益的主观过错。同时，根据债法原理，除债权人在债务人特定财产上设立优先性权利外，债务人清偿债务的责任财产是其全部财产，只有在债务清偿期届满时才能判断债务人是否具有以及具有何种程度的债务清偿能力；在清偿期届满前，债务人的责任财产肯定会有变动，债权人在债关系形成时完全能够预见到因债务人责任财产变动而引发债权实现的风险。本案中，张某和李某所负债务尚未到期，张某给付其母医疗费用造成夫妻共同财产减少应为正常变动，故对于债务人张某不具有损害债权人利益主观过错的医疗费

用给付行为不应认为其行为损害了债权人利益。

最后，从传统美德和社保环境来看，由于以婚姻为基础的家庭是社会的细胞，其作为人们的基本生活单位还担当着多种重要的社会功能，此细胞是否健康对社会的稳定起着甚为重要的作用，因此，我国婚姻家庭法延续了在社会本位和义务本位观念下形成的养老扶幼传统美德，而这与西方一直以个人本位观念来规范婚姻家庭关系有着本质的不同。同时，当前的社会保障体系和保障水平尚不能完全满足患有重大疾病治疗的需要，而我国的养老体系仍然以亲属间代际养老为主，需要延续家族在社会保障缺失下的传统救助功能，弘扬近亲属间相互关爱与照顾的中华美德。如果仅以法定扶养义务人李某可能不能清偿未到期债务而无视法定被扶养义务人李某之母生死由命，这不仅悖于我国的传统美德和善良风俗，而且可能为这种变相的遗弃行为提供了法律依据，使家庭这个社会细胞呈现出病态进而影响社会的和谐稳定和固有的美德传承。

（作者单位：陕西省南郑县人民法院）

被执行人配偶的财产不能直接执行

2014年1月27日 重庆法院网 李向前

【案例】

余某申请执行李某民间借贷纠纷一案，判决确定被执行人李某应偿还余某借款本金40000元，并按中国人民银行公布的同期同类贷款利率支付借款到期后的利息。执行中，经查询，被执行人李某无财产可供执行，但李某配偶刘某有银行存款210000元，能否直接对刘某的银行存款强制执行。

【分歧】

观点一：可以直接强制执行刘某的银行存款。刘某的财产在没有证据证实为其个人财产的情况下，应属夫妻共同财产，如不能执行将造成债务人规避执行，损害申请执行人的合法权益。

观点二：不能直接执行被执行人李某配偶刘某的银行存款，必须依法追加刘某为本案的被执行人或是由申请执行人起诉刘某，取得刘某对本案的债务负清偿责任的裁判后，才能做出裁定扣划刘某的银行存款。

【评析】

笔者同意第二种观点，理由如下：

在夫妻关系存续期间，《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）》对夫妻共同财产、共同债务、个人财产、个人债务做了原则性规定。如果不能执行夫妻共同财产偿还夫妻共同债务，将产生明显的法律漏洞，导致被执行人规避执行，损害被申请执行人的合法权益。

但是，程序正义与实体正义同等重要。随着社会经济的发展，夫妻间的经济关系趋于复杂化，没有深入审查很难简单认定财产及债务的性质。在无生效法律文书确定承担案件义务的情况下，即使是配偶，也没有法律明确规定可以直接执行。在这种情况下直接执行被执行人配偶的财产，不但剥夺了当事人的诉权，且有违程序正义，无法体现司法的公平正义，如果被执行人配偶存在合理的异议，则可能造成错案。

因此只有通过追加被执行人或起诉被执行人配偶取得其对本案的债务负清偿责任的裁判，将被执行人配偶的财产转化为本案的执行标的才能依法执行。为了避免财产转移，可由申请人申请并提供相应财产担保，对被执行人配偶的财产采取控制措施。

本案中，将被执行人配偶刘某的银行存款冻结后，被执行人李某到本院要求协商解决，经双方协商，李某自动履行判决确定的全部义务，本案执行完毕。

我国轮流抚养子女制度的感与策

2014年2月7日 上海市长宁区人民法院

人民法院每年受理的婚姻家庭类案件逐年递增，而其中涉及子女抚养方面的纠纷也大量增加，以某基层法院为例，该法院少年庭受理的未成年人民事案件主要为变更抚养纠纷、抚养费纠纷、探望权纠纷，这三类案件约占受理的未成年人民事案件数的90%，且均与父母离婚后孩子的抚养问题有关。对于离婚双方抚养子女的方式，我国现行立法主要采取的是单亲抚养制度。在离婚案件审理中时常出现当事人争要抚养子女或者双方都不要抚养子女的现象，其原因之一是父母中一方对抚养权的缺失。在目前以单亲抚养制度为主模式中，适时补充轮流抚养制度，这对于平衡父母双方皆想取得子女抚养权的可起到平衡作用。

一、轮流抚养子女的重要性

所谓轮流抚养子女制度，是指法院准予离婚的夫妻，离婚后轮流抚养未成年子女，在子女与其共同居住期间，不相互支付子女所需的必要生活费，但是共同承担子女的教育费和按比例或者共同承担因子女产生的民事赔偿责任的一种法律制度。[1]

实行轮流抚养子女方式的优点主要体现在以下几个方面：

1. 轮流抚养子女，有利于子女身心健康成长。父母和子女之间的血缘亲情是不可割断的，即使父母离婚，对于亲情的需求也不会递减。父母对子女的抚养教育义务不因离婚而消灭，所以子女有和父母双方接触、得到父母双方关爱的权利，而且对子女来说父母之爱是任何其他感情所无法取代的，尤其是年龄越小的子女，越会对父母产生依赖，越需要父母双方的照顾。采用协议轮流抚养子女方式，能够保障子女所期望的与父母双方接触，使子女得到

相对完整的父爱和母爱，最大限度地减少因父母离婚对子女的伤害。

2. 轮流抚养子女，有利于离婚双方当事人行使抚养子女的权利和义务。父母离婚后，往往会希望仍然抚养、教育子女，在法律上父母有平等地抚养、教育子女的权利和义务。计划生育是我国的基本国策，大多数家庭都是独生子女，对于子女都很关注，很多离婚当事人把抚养子女不仅是作为自己未来生活的依靠，更是作为自己的精神寄托，他们承受不了夫妻离婚后又丧失直接抚养子女权利的精神痛苦。审判实践中，不少离婚的夫妻重新起诉争夺子女的抚养权，其原因就是感情上不能忍受与孩子分离的生活，对孩子抚养、教育的权利不能得到很好的实现。轮流抚养子女不仅可以满足父母双方接触、关爱子女的需求，减少因离婚而失去子女的痛苦，使他们找到生活的重心，还可以使父母直接平等地行使抚养、教育子女的权利。

3. 轮流抚养子女，有利于保障子女的物质生活，平衡父母双方的权利义务。抚养子女最基本的一个方面就是保障子女的物质生活和受教育的费用。单亲抚养方式，不直接抚养方往往不会主动增加抚养费，即使是诉讼，抚养费增加的幅度也有限，这直接影响了子女的生活和教育的质量。轮流抚养子女，就可以根据实际情况，随时改善子女的生活、教育状况。轮流抚养子女是双方平等地抚养子女，防止了一方逃避责任。单亲抚养方式，导致了直接抚养方承担了大部分的抚养、教育责任，而不直接抚养方仅需承担部分抚养费，这在客观上导致了父母双方权利义务失衡。

4. 轮流抚养子女，有利于减少因争养子女引发的矛盾。父母离婚后，受到最大伤害的无疑是子女。结婚是男女双方的问题，而离婚是一个社会问题，其中最重要的社会问题就是子女抚养问题。从某基层法院少年庭受理的民事案件数量也可以看出，离婚后子女的抚养案件约占90%，说明离婚后子女抚养如何解决是一个难题。单亲抚养方式下，父母双方为了谁抚养子女问题经常会出现互相争夺子女抚养权或者互相拒绝子女抚养权的现象，这两种极端现象都给予子女产生了极大的伤害，而且还有后续的抚养费数额、探望权问题。在轮流抚养子女情况下，父母双方都平等地尽到了抚养、教育责任，能够减少关于子女抚养方面的矛盾，使子女的身心、物质生活、教育得到切实保障。相比单亲抚养方式，轮流抚养更有利于顺利化解婚姻纠纷，减少父母离婚给子女带来不良影响。

二、现行我国轮流抚养制度的缺失

虽然1993年11月3日最高人民法院《关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》第六条规定了轮流抚养，但在实践中离婚后的父母真正实行轮流抚养子女方式的却很少，以某基层法院为例，近十年来，轮流抚养子女的案件只有一件。既然轮流抚养子女有着众多的优势，那为什么会实际应用的如此之少呢？笔者认为以下是三个原因：

1. 现行法律的规定限制了轮流抚养子女方式的运用。按照现行法律的规定，只有在父母双方自愿达成关于子女轮流抚养的协议下，在有利于子女利益的前提下，才可能实行轮流抚养。如果父母双方无法达成轮流抚养协议，轮流抚养是无法实现的。现实生活中，离婚的父母一般双方感情已经破裂，矛盾很深，在这种情形下，较难会自愿达成抚养协议。由于父母对法律知识的欠缺以及长期以来实践中离婚由父母一方抚养子女的做法，使离婚后的父母即使达成抚养协议，也往往是单亲抚养子女的协议。而法院因为法律的限制，也无法主动的要求实行轮流抚养方式，使轮流抚养方式的实行处于被动的局面。

2. 轮流抚养方式在现实生活中难以操作。由于离婚后父母居住在不同的地方，所以子女定期更换住址，这需要子女每过一段时间就适应一个新的环境，这会对子女上学受教育造成较大的影响，造成子女生活、成长的不稳定。因此，轮流抚养的时间间隔不宜过短，但现行法律中未明确规定关于轮流抚养的时间间隔、抚养方式等具体内容，造成实践中做法不统一，没有实行的标准。即使达成了轮流协议，父母双方是否能够履行也只能依赖于父母的自觉，而较难强制。在轮流抚养过程中，父母双方更改协议，或者子女长大后有辨别能力后，不愿意轮流随父母生活，或者父母再婚、生活变困难、经常出差没有时间照顾子女等等都会产生新的问题，甚至可能引起诉讼。

3. 轮流抚养方式需动用更多的司法资源。因为法律规定对于自愿达成协议的可以准许，只是赋予了法官被动认可的权利，在法律没有明确规定的情况下，法官一般不太愿意突破法律主动提出轮流抚养，轮流抚养需确定抚养间隔期间、交换抚养的方式、终止的情形、子女的户口问题、临时状况的处理等等具体而细致的问题，若离婚的父母双方事先未达成协议，在诉讼中将花费大量的时间、精力，会使诉讼时间大大延长，消耗大量的司法资源。由于法律没有轮流抚养方式的具体规定，这就给予法官极大的自由裁量权，同时也要求法官具备相当丰富的经验和极高的素质。

三、轮流抚养子女方式的可行性

从国外情况看，父母离婚后对子女的抚养方式，一些国家经历了从单亲直接抚养向双方共同协力抚养的变化。现在，共同监护制度[2]在美国一些州受到欢迎，有30多个州就共同监护制定了法规，共同监护正处于普及阶段，即双方离婚后，仍通力合作，让子女定期地轮流与父亲或母亲同住，接受抚养和教育。在法国，进入本世纪80年代，父母双方取得监护权的事例逐渐增多。在英国，新制定的儿童法修订了婚姻家庭方面的规定，今后不再允许父母一方监护，另一方只有探视权，而是将允许儿童在父母两地轮换生活。父母离婚后，继续同时对子女负有责任。

[3]

笔者认为若实行轮流抚养子女的方式，应注意以下几个问题：

1. 应明确子女利益最大化原则。无论采用单亲抚养制度还是轮流抚养制度，其根据都是应以子女利益最大化原则，不能一味采用某种抚养制度。在确立子女利益最大化原则时，应考虑子女的意愿，子女的居住环境、学习环境、对轮流生活的适应程度等综合因素。

2. 父母方面。(1) 客观上需要。父母双方应具备抚养教育的能力，包括经济能力和教育能力。经济能力是指在经济上父母双方都能够保障子女的生活、学习；教育能力是指父母双方能够指导、照顾子女的生活、学习，教导子女健康成长。(2) 在目的上，轮流抚养的目的是维护子女的最大利益，因此需在有利于子女的情况下实行轮流抚养，若一方只是因为为了让另一方痛苦或者其他目的而争养子女，则应该实行单亲抚养子女的方式。(3) 在形式上，还需要离婚后的父母双方自愿达成轮流抚养协议，需是双方的真实意思表示。(4) 在执行上，以父母双方的自觉履行为主，法院强制执行为辅。

3. 子女方面。(1) 轮流抚养子女方式针对的是父母离婚后的未成年子女。对于成年子女，由于法律上明确规定父母对子女的抚养责任是到子女18周岁为止。(2) 应考虑子女的意愿。轮流抚养子女是为了维护子女的利益，实施轮流抚养主要是父母的意愿，但轮流抚养需要子女的配合方能实现，因此在子女具有一定的认识和辨别时，应听取子女的意见，确定其是否愿意轮流随父母生活，还是只想随一方生活。一般而言，10周岁以上的儿童智力已经发展到一定程度，具备了识别能力，可以做出自己的选择。

4. 父母自愿达成的轮流抚养协议应清楚、明确、具体。协议至少应明确规定抚养期限、抚养费、探望权、居住方式。(1) 抚养期限包括始期和终期。轮流抚养的时间间隔不宜过短，过短会造成子女频繁地更换生活环境，不利于子女的学习和交际；时间间隔也不宜过长，过长会造成子女对父母一方感情的疏远，不利于父母双方行使抚养、教育子女的权利。笔者认为，从子女上学角度考虑，可以以一学期或一学年即半年或一年为间隔。(2) 对于抚养费，在轮流抚养的情况下，对于子女的医药费、因意外情况而出现的大笔开支、子女产生的民事责任，父母双方仍负连带责任。(3) 对于探望权，在子女由一方抚养的情况下，另一方有探望子女，与子女交往的权利，这是基于亲子关系而产生的权利。探望子女在轮流抚养子女的方式下同样适用，父母双方应明确规定在一方抚养的时候，另一方在何时、何地、何种方式探望子女。(4) 对于居住，离婚后的父母一般处于分居状态，居住在不同的地点，协议中应明确父母的居住地点，这对于子女的生活、学校具有较大影响。父母双方应保持联系，及时沟通子女的生活、学习状况，当一方因正当理由无法抚养时，可以由另一方代为抚养。

5. 变更、终止轮流抚养协议。(1) 变更轮流抚养协议。离婚后的父母双方可以基于一定原因，自行协商变更轮流抚养协议，重新达成新的轮流协议或者子女由一方直接抚养的协议，以变更后的协议为准，也可以向法院起诉变更原协议。但是，若原协议是以法院调解书的形式确定的，只有起诉变更、撤销该协议，离婚后的父母双方才可以不遵守该协议，否则若一方反悔，不履行协议约定的义务，另一方可以向法院申请执行。(2) 终止轮流抚养协议。父母双方可以在协议中规定终止轮流抚养的情形。为了防止轮流抚养协议的滥用，目前可参照《中华人民共和国婚姻法》（以下简称《婚姻法》）对探望权的规定。依照我国《婚姻法》的有关规定，有必要对轮流抚养协议作限制性的规定，终止探望的具体情形包括：对子女有侵权或犯罪倾向；有劫持、胁迫可能；有恶习或有不良道德倾向；有严重传染病；是无行为能力人或限制行为能力人的。法院裁决终止轮流抚养协议时，也可以上述条件作依据。[4]

6. 法院方面。(1) 法院是确认离婚后的父母双方的轮流抚养协议的机构之一。法院在确认时应慎重对待，应以有利于子女的生活、学习，有利于子女身心的健康发展为原则，充分考虑双方的抚养目的，双方与子女的感情，双方的抚养教育能力等各方面的情况。(2) 同时法院也可以运用自由裁量权，在适合的情况下，向父母双方提出轮流抚养的建议。(3) 当一方违反轮流抚养协议，危害到子女的利益时，另一方也可向法院提起诉讼，由法院裁决是否限制或剥夺对方当事人权利的行使。

7. 不适宜轮流抚养的常见情况有：(1) 子女幼小，如子女2周岁以下，需要母亲亲自抚育。(2) 一方因健康原因，不能正常照顾子女。(3) 一方因职业特点，在时间上不能保证与子女共同生活。(4) 一方离婚后，因居住暂时困难不能给子女提供必要的居住条件的。(5) 因居住地距子女就学的学校较远，无便利的交通，轮流抚育确实造成子女上学困难的。(6) 因一方品行差，如吸毒、嗜赌等，子女随其生活将严重影响身心健康的。(7) 其他不适宜抚养子女的情况。[5]

法律明确规定轮流抚养方式已经十几年，但在实践中却实施的很少，这固然是有其本身缺陷的原因，但笔者认为更多的是因为人们对法律的无知，对固有的传统做法的盲从。不论是单亲抚养方式，还是轮流抚养方式，都是父母权利本位思想，但轮流抚养在维护和保障子女及父母双方的合法权益方面有着单亲抚养方式所无法比拟的优势，是我国抚养制度的一项重大改革。实践中应以维护子女利益为最高原则，摒弃以往只有单亲抚养方式主要做法，综合考虑各种因素，尤其是子女的意愿，根据具体情况采取适当的方式，或者单亲抚养方式或者轮流抚养方式。

注释：

[1] [5] 曹琳：《浅析抚养未成年子女的权利义务——对离婚后父母轮流抚养子女制度的思考》，载《河南教育学院学报》2007年第3期。

[2] 国外的共同监护制度与我国的抚养制度有所区别，在我国父母离异后，父母双方仍然有监护权。

[3] 吕玉宝：《谈父母离婚后协议轮流抚养子女》，载《人民司法》1995年第9期。

[4] 刘洪刚：《浅谈轮流抚养协议的适用》，载《北京法制报》2003年第10版。

离婚了，我们之间还有多少诉讼？

2014年1月6日 海淀法院网

王平和李丽自由恋爱，婚后育有一女。2009年，因王平有过错，双方协议离婚并约定：住房一套归女方所有，男方在房产证下来后为女方办理过户，之后女方按照市场价给男方10%的房屋折价款；汽车一辆归男方所有，男方给女方车辆折价款4万元；婚生女由男方抚养，女方每月支付抚养费600元，至孩子成年。

房子一直由王平持有。2010年年初，王平办下了房产证，其非但未依约把房子过户给李丽，还把房子卖给他人并过户。李丽得知后，起诉要求确认房屋买卖合同无效。历时一年半，两审法院均支持了李丽的诉讼请求。李丽随即申请相关部门撤销了买房人的房产登记并起诉要求王平过户房屋，王平则以李丽未支付房屋折价款作为抗辩。因王平未反诉，法院仅判令王平过户房屋，二审法院予以维持，遂李丽申请法院强制执行。

执行中，王平起诉李丽按照现在的市场价给付房屋折价款。李丽认为，根据离婚协议，过户房屋在先，给付钱款在后，房屋未过户时不具备付款条件，而且房屋过户的判决已进入执行，王平应当先过户房屋；另外，王平恶意售房、违约在先，才导致了后来的一系列诉讼，即使给付折价款，也应按照2008年年初王平卖房给他人时的房屋市场价计算。同时，在接到王平的上述起诉书后，气恼的李丽立即就车辆折价款的给付起诉了王平，以示对抗。除此之外，庭审中，李丽以王平不让她看孩子为由，扬言要起诉变更孩子的抚养权；而王平则以李丽不给抚养费为由，扬言要起诉增加抚养费。

可见，王平和李丽虽在2009年“和平”分手，但却在此后的四年间连续就房屋打了三场官司，并可能就房屋交付、车辆折价、孩子的抚养和探视等方面继续诉讼。其实，王平和李丽的僵持不下不过是“斗气”，但这于解决本案、解决二人离婚后的关联纠纷以及对孩子的成长，均无益处。

为此，法院多次给王平和李丽进行调解：一方面，法院建议双方按照法院确定的基准日通过询价确定房屋折价款数额，以避免评估程序的启动投入不必要的时间和金钱；另一方面，在房屋过户一事已进入执行的情况下，法院建议王平通过调解尽快实现其对房屋的财产利益；第三，法院建议双方能够同时就房屋的交付达成一致，以避免后续不必要的诉讼；最后，法院也建议双方能够从有利于孩子成长的角度出发，就孩子的探视以及抚养费支付进一步协商。最终，双方达成调解，不仅快捷地完成了房屋过户、钱款给付以及房屋交付，还就孩子的抚养和探视达成了详尽的协议并进行了履行。随后，李丽也撤回了因为愠气就车辆折价对王平提起的诉讼。

【法官说法】

夫妻离婚，从法律关系的角度讲，涉及婚姻解除、财产分割、子女抚养和子女探视。具体到诉讼中，在处理一个离婚案件时，如夫妻双方同意离婚或者构成法定离婚条件时，法院通常会一并就夫妻财产的分割以及孩子的抚养和抚养费的负担做出处理——但这仅仅是初次处理，因为，一方面，如果离婚当事人之间的财产状况复杂，则对于离婚时无法查明进而未予分割的夫妻财产，双方在离婚后可能存在离婚后财产纠纷；另一方面，在孩子成长过程中，父母双方的抚养环境、经济条件以及孩子的生活需要均可能发生变化，则离婚双方可能就变更抚养关系、变更抚养费提出诉讼，也可能就孩子成长过程中发生的大额费用另行起诉分割；此外，就孩子的探视问题，对于不能达成调解的离婚案件，未直接抚养孩子的一方需要在离婚诉讼之外另行就此诉讼，并可能在以后根据现实情况的变化而起诉要求变更探视时间、探视方式及探视地点，而直接抚养孩子的一方也可能在法定条件下要求中止另一方的探视权。由此可见，如果离婚双方处处愠气，事事计较，不能协商解决离婚所涉及的上述事项，则双方基于离婚会存在很多诉讼——尤其是，基于父母双方对子女不可磨灭的血缘关系，双方有可能会在子女抚养和子女探视的问题上一直存在争议和纠纷。在司法实践中，像王平和李丽夫妻这样因离婚而进行“连环诉讼”的情况并不鲜见，无论是基于财产，还是基于子女，这样的缠诉不仅造成诉累，尤为不利于离婚双方各自展开新的生活，也不利于孩子的健康成长。所以，法律要求法院在处理离婚案件时，必须先行调解；而法官在处理离婚案件时，也会比处理其他案件付出更多的耐心和努力，以促成双方在离婚时能够相互谅解并和解。

（文中人物系为化名）

婚姻关系存续期间分割夫妻共同财产的考量

2014年2月10日 中外民商裁判网 陶玉

本案系婚姻法解释(三)出台后全国首例婚内分割夫妻共同财产纠纷的判决，案件事实、法律适用虽无重大争议，但因无先例可循，如何正确理解与适用婚姻法解释(三)，创造出对家庭和睦安宁有价值的法理实践，有研究与探讨的意义。

【裁判要旨】 婚姻关系存续期间，一方对属于夫妻共同财产的巨额款项进行控制，并一次性大量取现使用，又不能说明合理用途，该行为属于严重侵犯配偶享有的共同财产权益，构成隐藏、转移、挥霍夫妻共同财产，符合最高人民法院《关于适用婚姻法若干问题的解释(三)》[以下简称婚姻法解释(三)]的规定：如夫妻双方感情不合处于分居状态，不可能继续共同生活，一方要求对夫妻共同财产进行分割的，人民法院应予支持。具体分割时既要考虑一方的过错，也要考虑双方各自的生活需求。

【案情】

原告：薛某。

被告：陈某。

经审理查明：薛某、陈某于1963年9月20日登记结婚，双方均系再婚，婚后未生育子女。婚姻关系存续期间，薛某通过继承、归并取得无锡市南长区新民路22号房屋，并于1991年5月领取房屋产权证(面积79.5平方米)。2009年9月2日，薛某与无锡市弘顺拆迁有限公司就新民路22号房屋签订了拆迁补偿、安置协议书，并委托陈某的儿子陈某某办理一切拆迁手续。陈某某领取71万元拆迁补偿款后，于同年10月23日、25日分三次将61万元存入陈某账户。同年10月25日，陈某又将61万元存款存至陈某某账户。

2009年11月3日，薛某诉至法院，请求陈某某返还71万元。同年11月9日，法院依法冻结陈某某账户存款44.6万元，同年12月10日，陈某某向陈某账户中存入26.4万元。同年12月14日，陈某将26.4万元存款一次性取出。2010年3月10日，崇安区人民法院(2009)崇民一初字第1848号民事调解书确定：一、陈某某于2010年3月10日将446000元返还薛某、陈某；二、确认陈某某于2009年12月10日返还给陈某的264000元系薛某与陈某的夫妻共同财产。崇安法院于2010年3月31日从陈某某账户上划扣446700.22元，后因薛某、陈某就该款如何保管无法达成一致意见，该款至今仍保存于崇安法院账户。

2010年4月6日，(2010)崇民初字第477号案件中，薛某诉至崇安法院要求离婚并分割71万元拆迁补偿款。该案中，陈某对其保管的26.4万元去向多次陈述不一，又未在法庭指定期限内提供证据证明该款的合理用途，后该案判决不准离婚。

另查明，1987年陈某因患前列腺癌摘除前列腺及睾丸，无法实现正常排尿，需依靠导尿管导尿。陈某现居住在无锡市崇安区靖海颐养苑，月平均开销为3300余元。陈某自2011年1月起月退休工资为1946.2元。2009年5月，陈某、薛某曾出售无锡市稻香新村179号103室房屋一套，二人各分得售房款16.5万元。陈某称该16.5万元及陈某某存入其账户的26.4万元已全部用完，具体用途记不清了。

2009年9月起，陈某、薛某分居，二人对外均无债务。

2011年8月19日，薛某以陈某转移、隐匿夫妻共同财产为由诉至法院，请求：分得71万元拆迁补偿款中的44.6万元，并要求陈某承担案件诉讼费。

被告陈某辩称：双方未离婚，自己并未隐藏或转移26.4万元夫妻共同财产。婚姻关系存续期间，夫妻一方请求分割夫妻共同财产的，法院应不予支持。请求驳回薛某的诉讼请求。

[审判]

江苏省无锡市崇安区人民法院经审理认为，婚姻关系存续期间，夫妻一方请求分割共同财产的，人民法院不予支持，但有重大理由且不损害债权人利益的除外。无锡市新民路22号房屋(面积79.5平方米)系薛某在夫妻关系存续期间通过继承、归并取得，该房屋及该房屋因拆迁取得的71万元补偿款均属于夫妻共同财产。但双方对71万元拆迁补偿款的保管、支配无法达成一致。对陈某保管的26.4万元，陈某称其一次性取出该款后短时间内已全部用完，因该款数额巨大，陈某对该款去向多次陈述不一，又未提供证据证明该款的合理用途，故对陈某的辩称本院不予采信。陈某的行为已构成转移夫妻共同财产，侵害了薛某对该26.4万元所享有的平等支配权，考虑到双方目前处于分居状态，故对薛某要求分割71万元拆迁补偿款的诉讼请求，本院予以支持。因71万元拆迁补偿款中的44.6万元暂存在本院账户，薛某在本案判决后能够实现其对该71万元享有的权利，加之陈某目前健康状况不佳，本院认为对该71万元处理应以均分为宜。

综上，依照婚姻法解释(三)第4条第(1)项之规定，判决：属薛某、陈某共同共有71万元拆迁补偿款，其中35.5万元归薛某个人所有，35.5万元归陈某个人所有。

宣判后，双方均未上诉，一审判决发生法律效力。

[评析]

本案系婚姻法解释(三)出台后全国首例婚内分割夫妻共同财产纠纷的判决，案件事实、法律适用虽无重大争议，但因无先例可循，如何正确理解与适用婚姻法解释(三)，创造出对家庭和睦安宁有价值的法理实践，有研究与探讨的意义。

一、对婚姻法解释(三)出台背景的理解和把握

夫妻共同财产是最典型的共同共有关系。根据共同共有关系的一般原理。共同共有人在共同关系存续期间，不得请求分割共有财产，亦不得划分内部分额。同理，夫妻一方只有在解除婚姻关系后才能请求分割夫妻共同财产。法律之所以这样规定，是因为夫妻共同财产是实现家庭职能正常运转、夫妻权利义务得以实现观的物质基础，物质基础丧失可能导致夫妻之间的扶养、抚养子女、赡养父母等家庭职能落空。婚姻法虽赋予夫妻双方对夫妻共同财产享有平等的处理权与支配权，但如何实现支配权，一般交由当事人意思自治。

应当说，绝大多数的夫妻完全有能力合作管理、支配好夫妻共同财产，使之发挥最大的效用。然而在某些特殊情形下，如夫妻一方完全控制掌握夫妻共同财产并排斥配偶对财产的支配，更有甚者对夫妻共同财产进行转移、变卖、挥霍，在现行的夫妻财产制下，除了离婚，法律并未赋予配偶方其他的救济方式，如果配偶一方因某种原因不愿离婚或不能离婚，此时又绝对不允许在夫妻关系存续期内分割夫妻共同财产，则显然有违公平。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。”婚姻法解释(三)对物权法规定的重大理由进行了明确，有条件地允许夫妻关系存续期内分割夫妻共同财产，目的是为了保障、实现弱势方对夫妻共同财产的平等支配权。

二、参考借鉴其他国家的相关法律

通常情况下，夫妻共同财产制足以保障家庭生活正常运转，然而在上文提及的特殊情形下，通过法律规定使夫妻双方分别支配财产，不失为好的选择。法国、意大利、瑞典等国家均明确规定了夫妻非常财产制以作为通常法定财产制的补充，当出现法定事由时，依据法律规定或经夫妻一方申请法院宣告，撤销原共同财产制，改设为分别财产制。

法国民法典第1441条规定：“共同财产制因以下原因解除：(1)夫妻一方死亡；(2)宣告失踪；(3)离婚；(4)分居；(5)分别财产；(6)夫妻财产制的改变。”第1443条规定：“如因夫妻一方理事混乱、管理不善或行为不正，继续维持共同财产制将使另一方配偶的利益受到危害时，该另一方配偶得诉请法院分别财产。”意大利民法典第191条规定：“配偶一方被宣告失踪或推定死亡的，婚姻被宣告无效或解除或丧失民法效力的，被宣告分居的，由判决宣告财产分割的，协议改变夫妻财产制的，配偶一方破产的，夫妻财产共同状况将解除。”俄罗斯断联邦家庭法典第38条第1款规定：“夫妻共同财产的分割既可在婚姻期间进行，也可在婚姻解除后按照夫妻任何一方的请求进行。”第6款规定“在婚姻期间分割夫妻共同财产时，未被分割的该部分夫妻共同财产，以及夫妻双方在此期间继续积蓄的财产为其共同所有。”

总结归纳各同规定，实行分别财产制的法定事由主要包括以下几点：1、因感情不和分居；2、夫妻一方滥用共同财产管理权；3、夫妻一方不履行法定抚养义务；4、夫妻一方无正当理由拒绝配偶处分共同财产；5、夫妻一方的财产不足以清偿其个人债务；6、夫妻一方被宣告失踪；7、夫妻一方对另一方的人身或财产造成损害，需要以个人财产予以赔偿；8、继续实行共同财产制，将使夫妻一方利益受到严重侵害的其他重大事由。关于分割夫妻共同财产后，夫妻双方适用何种财产制，各国规定有所不同。法国、意大利规定分割夫妻共同财产后，夫妻双方转而适用法定分别财产制，俄罗斯的法律则允许夫妻双方继续维持共同财产制。

三、本案的考量因素

值得注意的是，婚姻法解释(三)第4条为封闭条款，也就是说除了该条规定的两种情形，对于比较法上规定的其他情形，如夫妻分居，不得援引物权法第九十九条规定进行类推适用或扩大解释。第4条亦表明，在夫妻关系存续期间，不允许分割夫妻共同财产是原则，允许分割为例外，以避免夫妻一方在婚姻关系存续期间随意主张分割夫妻共同财产，危及家庭和谐稳定。本案之所以支持原告在婚姻关系存续期内分割夫妻共同财产的请求，基于以下考虑：

第一，陈某的行为已构成转移夫妻共同财产，符合婚姻法解释(三)规定的重大理由。薛某、陈某就71万元拆迁补偿款的保管问题始终无法达成一致，双方均主张该款应由自己保管、支配，导致法院存结44.6万元因无法确定返还主体而暂存法院账户。对于陈某保管的26.4万元，陈某称其一次性取出该款后短时间内全部用完，因该款数额巨大，陈某对该款去向多次陈述不一，又未提供证据证明该款的合理用途，故对陈某的辩称法院不予采信。陈某的履行已构成转移夫妻共同财产，侵害了薛某对该26.4万元所享有的平等支配权，严重损害了薛某的利益。

第二，本案中允许在婚姻关系存续期内分割71万元拆迁补偿款有利于实现该款的最大效用，原、被告双方婚后未育子女，双方父母均已过世，前婚所育子女均已成年。71万元夫妻共同财产不再担负赡养父母、抚养子女的家庭职能。陈某的月退休工资不足以支付其在颐养苑的开销，可见原被告双方均需要该71万元养老。法院处理本案的第一要旨是如何让71万元物尽其用，成为两位高龄老人晚年生活的物质保障。原被告双方已于2009年9月起分居，经法院多次调解，薛某均拒绝回到无锡与陈某共同生活。原被告双方分居后，共同生活的基础丧失，无法对71万实行共同保管。如果不支持原告分割夫妻共同财产的诉讼请求，在原被告双方无法协商一致的情形下，44.6万元将继续暂存法院账户，势必影响两位高龄老人的晚年生活质量。

本案虽认定陈某的行为构成转移夫妻共同财产，考虑到其健康状况不佳且每月入不敷出，加上71万元拆迁补偿款中的44.6万元暂存在法院账户，薛某在本案判决后能够实现其对该71万元享有的权利，最终判令原、被告双方均分财产。

四、婚内分割夫妻共同财产并不导致夫妻双方权利义务改变

法院虽允许夫妻双方在婚姻关系存续期内分割夫妻共同财产，但双方的夫妻身份并未发生变更，权利义务关系亦未发生改变。本案中，陈某在款项用尽、经济困难时可以另行起诉，要求薛某对其进行扶养。

关于分割夫妻共同财产后，夫妻双方适用何种财产制，婚姻法解释(三)没有规定。根据婚姻法一般原理，在没有特别约定的情形下，夫妻双方仍应继续适用夫妻法定财产制，即共同财产制。分割夫妻共同财产后，夫妻在今后的婚姻关系存续期间所取得的财产或未进行分割的财产仍为夫妻共同财产。

作者单位：江苏省无锡市崇安区人民法院

代位继承制度若干法律问题研究

2014年1月28日 中国法院网 胡发富

代位继承是和本位继承相对应的一种继承制度，是法定继承的一种特殊情况，是公民私人财产顺利转移的重要法律依据。随着社会实践的发展和立法技术的提升，有必要对我国的代位继承制度进行改进和完善，以适应时代发展需要，实现公民的私人财产继承权得到足够的保护，进一步促进家庭的稳定和社会和谐文明的进步。

一、代位继承制度概述

(一) 代位继承的概念及历史沿革

1、代位继承的概念

代位继承，又称代袭继承，承祖继承或间接继承，是指在法定继承中，被继承人的子女先于被继承人死亡或宣告死亡时，本应由继承人继承的遗产，由先死亡子女的晚辈直系血亲代位继承的法律制度。《中华人民共和国继承法》第十一条规定：被继承人的子女先于被继承人死亡的，由被继承人的子女的晚辈直系血亲代位继承。代位继承人一般只能继承他的父亲或母亲有权继承的遗产份额。《美国统一继承法典》第2-106条规定：本法所规定的代位继承制是指将遗产分为与死亡同亲等亲属的人数相等和遗有卑亲属的已死亡之同亲等亲属的人数相等的份额，该亲等的每一个生存的亲属均可取得一份遗产，已亡亲属的应继份额可依相同方式在其卑亲属中分配。我国学者从学理上为代位继承下的定义为：代位继承是指，属于某一亲系的最近亲等的血亲继承人中有人先于被继承人死亡，或因其他原因不能继承时，依法由其直系卑血亲按照其继承顺序和份额继承被继承人的继承制度。

2、代位继承制度的历史沿革

代位继承制度，早在罗马法中就有所涉及，代位继承始于罗马法中的按揭继承。罗马市民法规定：“先死亡或受家父权免除的父之子，取得父之应继份。”这种直系血亲卑属代位继承的制度，逐渐延伸扩展到旁系血亲，尤太、印度、希腊皆有代位继承制度。原本没有代位继承制度的日尔曼法，由于受罗马法影响，后来也仿效了这种制度。近代各国立法几乎都沿用。法国、南斯拉夫、匈牙利、德国、瑞士、奥地利等国，将代位继承的范围扩展到旁系血亲之间。《法国民法典》第739条规定：“代位继承为法律上之拟制，其效率在于使代位继承人，以同一亲等及权利，进入被继承人地位。”直系卑亲属，兄弟姐妹之子女及其直系卑亲属都可以代位继承。在亲系继承主义的国家（同祖血族主义）的国家，如德国、瑞士、奥地利，对于旁系亲属，广泛的承认代位继承权，代位继承的范围极其广泛，几乎囊括一切有亲属关系的人。且没有代数限制。在韩国民法典中关于户主继承，只许直系卑亲属男子有代位继承权，在财产继承则可以由兄弟姐妹直系亲属代位继承，而且妻子对于其夫也可以代位继承，与其他代位继承人的同一顺序为共同继承人。综上所述可以看出代位继承制度从罗马法开始得到了各国的扩展与延伸，代位继承的范围也在逐渐扩大。

在我国古代历史上，虽没有民法，也没有“代位继承”这个词，但是，早在唐朝就有了代位继承制度。《唐律疏义》中就有“兄弟之者，子承父兮”的规定；明令中和清律中也有“妇人之夫，无子志者，合承夫兮”的规定。1930年民国政府时期的民法继承编，则明确规定了被继承人的直系血亲卑亲属代位继承的制度。我国《中华人民共和国继承法》第十一条“被继承人的子女先于被继承人死亡的，由被继承人的子女的晚辈直系血亲代位继承。代位继承人一般只能继承他的父亲或者母亲有权继承的遗产份额”明确规定了代位继承法律制度。

(二) 代位继承的性质

1、代表权说与固有权说

代位继承的性质即代位继承人是基于被代位继承人的继承权而继承，还是基于自己固有的继承权而继承的问题。在法学上关于代位继承的性质，有两种观点。一种观点是代表权说，即代位继承人代表被代位继承人的权利而继承。如《法国民法典》（第730条第787条）所规定的代位继承是使代位继承人取代被代位继承人的地位，亲等和权利，如同被代位继承人因为死亡而继承。”也就是说，被代位继承人的直系卑亲属可以继承被代位继承人的继承顺序而取得其应继份额。因此，当其父或其母（被代位继承人）拒绝继承或丧失继承权时，其直系血亲卑亲属应当没有代位继承的权利。另一种观点是固有权说，即代位继承人的自己的固有的权利直接的继承被继承人的遗产。德国、意大利、日本、奥地利等国的民法典均采用此观点。意大利民法典规定，代位继承人因其父或其母不能继承或不想继承时，仍允许代位继承。德国民法典规定代位继承人不仅可以是先死的继承人代表，而且可以依自己所固有的权利而继承。瑞士民法典规定，代位继承不仅其父或其母而来，而且是依自己的代位继承权而继承，即使其父或其母丧失或放弃继承权，仍然可以代位继承。日本民法典也采用固有权说，认为代位继承是以自己所固有的权利以被代位继承人的顺序直接继承被继承人的财产。我国台湾民法典也采取固有权说，“认为代位继承者，应理解为代位继承人与其固有的继承地位，代被代位继承人之应继份的地位而继承。”从学理上讲，代位继承人的性质，应采纳法国民法典的代表权说，即代位继承人是代表被代位继承人的地位而继承被继承人的财产，其法律地位与被代位继承人同一顺序继承人相同，可以取得被代位继承人的应继份额。代位继承人之所以，能够取得与被代位继承人相等的法律地位，是因为他是被代位继承人的代表。若代位继承人是基于自己固有的权利继承，那么，他就有取得与其他继承人同等继承份额，而不是继承被代位继承人的继承份额。我国《最高人民法院意见》也采纳代表权说。

2、丧失继承权和放弃继承权的定性

在对待丧失继承权和放弃继承权的人的直系血亲卑亲属是否有代位继承权的问题上，世界各国的继承立法有两种截然相反的观点。一种观点认为，代位继承是代位继承人取得被代位继承人的地位，亲等和权利的继承，当代位继承人放弃继承权或丧失继承权时，即他的继承地位也就不存在了。在这种情况下不发生代位继承问题。另一种观点认为，代位继承是代位继承人基于自己固有的继承地位而继承，因此，当被继承人的子女丧失继承权时，其后代也可以继承。持这种观点的国家有日本、德国、意大利等。此外，世界上还有一些国家，除以继承人先于被继承人死亡，丧失继承权之外，还以继承人放弃继承权作为代位继承发生的条件，因此，放弃继承权的人其直系血亲卑亲属也有代位继承权。如德国，以死亡、拒绝继承、丧失继承和依要约抛弃继承等作为代位继承发生的原因。瑞士和美国等国也是如此规定的。

我国关于这方面的立法观点与法国民法典的观点大体相同，不承认丧失继承权的人与放弃继承权的人的直系血亲卑亲属有代替其父或其母继承遗产的权利，只能基于自己的继承顺序而取得继承权，我国继承法只规定，被继承人的子女先于被继承人死亡，其晚辈直系血亲有代位继承权，并未确认丧失继承权人的直系血亲卑亲属有代位继承遗产的权利。至于，放弃继承权的人的直系血亲卑亲属更不应当具有代位继承权，因为代位继承是代位继承人代替被代位继承人的地位而继承。既然被代位继承人已丧失了继承权，其继承地位也已经丧失，因此，其晚辈直系亲属也不应当发生代替其父或其母的地位去继承祖父或祖母的遗产。我国继承法只以被继承人子女先于被继承人死亡作为代位继承发生的原因，其他如放弃继承权和丧失继承权的，均没有代位继承权。这也是我国继承法不同于世界上其他国家继承法的一个特点。

二、代位继承的发生原因

关于代位继承的发生原因，有三种不同的规定：

1、以被代位人先于被继承人死亡为代位继承发生的唯一原因。我国继承法和法国民法典属于这种类型。我国除在继承法中对此做出明确规定之外，最高法院在关于贯彻执行继承法若干问题的意见中又从反面规定，继承人丧失继承权的，其晚辈直系血亲不得代位继承，将代位继承严格限制在被代位人先于被继承人死亡一种情况。

2、被代位人先于被继承人死亡和丧失继承权，都可以引起代位继承。日本、韩国、意大利等国和我国台湾属于这一类型。如日本民法第887、891、892条规定，被继承人的子女于继承开始前死亡或依法丧失继承权或因被废除而丧失继承权时，其子女代其位成为继承人，我国台湾地区民法第1138、1140条规定，直系卑亲属中有人先于被继承人死亡或丧失继承权，由其直系卑亲属代位继承。

3、被代位人先于被继承人死亡、丧失继承权和抛弃继承权，均发生代位继承。德国和瑞士等国属于这种类型。如瑞士民法典第541、572条规定，无继承资格人的直系卑血亲按无继承资格人先于被继承人死亡的情况继承被继承人的财产，被继承人未留任何遗嘱且继承人中一人抛弃继承权时，其应继份按抛弃继承人在继承开始前死亡的情况处理。

三、代位继承的法律特征

1、被代位继承人只限于被继承人的先死子女。其他被继承人的继承人若先于被继承人死亡时，不发生代位继承。只有在被继承人的子女先于被继承人死亡时才发生代位继承。于继承开始后被继承人的子女才死亡的或者先于被继承人死亡的人不是继承人的子女而是其他继承人的，均不能发生代位继承。当然，这里的子女包括被继承人的亲生子女、养子女和有抚养关系的继子女；

2、代位继承人只限于被代位继承人的晚辈直系血亲，即只有被代位人的子女、孙子女、外孙子女等，才可以成为代位人，并不受辈分限制。代位继承人只能是被代位人的子女及其他晚辈直系血亲。被继承人的孙子女、外孙子女、曾孙子女、外曾孙子女都可以代位继承，代位继承人不受辈数的限制。被继承人的养子女、已形成抚养关系的继子女的生子女可以代位继承；被继承人的亲生子女的养子女可以代位继承；被继承人养子女的养子女可以代位继承；与被继承人已形成抚养关系的继子女的养子女可以代位继承。但被代位人的其他近亲属不得代位继承。被代位人的配偶若具备成为第一顺序法定继承人条件的，则依现行法的规定其独立地作为第一顺序法定继承人参加继承，并且其是否能够继承不影响其晚辈直系血亲的代位继承权。

3、代位继承人作为第一顺序继承人参加继承，一般只能继承被代位人应继承的遗产份额。代位继承人虽作为第一顺序的继承人参加继承，但其并不是直接继承自己应继承的遗产份额，而是代位继承被代位人应继承的遗产份额，正因为如此，代位继承又称为间接继承。所以，代位继承人为数人的，原则上由数个代位继承人平分被代位人应继承的份额，而不能由数个代位继承人于其他继承人一同按人分配被继承人的遗产。代位继承人缺乏劳动能力又没有生活来源，或者对被继承人尽过主要赡养义务的，分配遗产时，可以多分，但这仅是例外。

4、先于被继承人死亡的子女具备丧失继承权的条件且被法院判决丧失继承权的，其晚辈直系血亲不得代位继承。关于代位继承权的性质有固有权与代位权两种不同学说。依固有权说，代位继承人参加继承是其本身固有的权利，并不以代位人是否有继承权为转移。依代位权说，代位继承人继承被继承人的遗产不是基于其本身固有的权利，而是被代位继承人参加继承的，因此被代位继承人丧失或者放弃继承权的，一般不应发生代位继承。我国现行法采代位权说。依现行法的规定，继承人丧失继承权的，其晚辈直系血亲也不得代位继承。如该代位继承人是缺乏劳动能力又没有生活来源的人，或者是对被继承人尽赡养义务较多的，可适当分给遗产。因此，只有在被代位人不具备

丧失继承权的法定事由时，才能发生代位继承。当然，也有学者提出，对代位继承权应以采固有权说为宜，被代为人丧失继承权的，不应影响代为人的代位继承权。

5、代位继承只适用于法定继承，不适用于遗嘱继承。只有在法定继承中才能发生代位继承，在遗嘱继承中不发生代位继承。如果遗嘱继承人为被继承人的子女并且先于遗嘱人死亡，则该遗嘱继承人的晚辈直系血亲不能代位继承该遗嘱继承人依遗嘱应继承的遗产；但遗嘱中指定该继承人继承的遗产应按法定继承处理，在法定继承中该继承人的晚辈直系血亲可代位继承。

四、代位继承的适用条件

适用代位继承必须符合以下条件：

(一) 被代位人必须先于被继承人死亡。这既是中国代位继承成立的首要条件和惟一原因，也是其与转继承的重要区别之一。

(二) 先死亡的被代位人，必须是被继承人的子女，其他继承人如被继承人的配偶、父母、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母等先于被继承人死亡不发生代位继承。有的国家，被代位人的范围较广，如日本民法规定，被代位人包括被继承人的子女和兄弟姐妹；而法国、韩国、加拿大、保加利亚等国，被代位继承人的范围是子女、父母和兄弟姐妹；德国、瑞士、匈牙利、希腊、奥地利等国家更将被代位人的范围扩及子女、父母、兄弟姐妹和祖父母。与这些国家相比，中国规定的被代位人的范围最窄，这与继承立法缩小继承人范围的趋势是相吻合的。

(三) 代位继承人必须是被代位人的晚辈直系血亲。各国法律均规定，代位继承只能是被代位继承人的直系卑亲属，被代位人的旁系血亲或直系长辈血亲均无权代位继承。原则上代位继承人没有代数限制。我国《继承法》第十一条规定：“被继承人的子女先于被继承人死亡的，由被继承人的子女的晚辈直系血亲代位继承”。《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》又进一步明确指出，被继承人的孙子女、外孙子女、曾孙子女、曾外孙子女都可以代位继承，代位继承人不受辈分限制。

(四) 被代位人生前必须享有继承权，如被代位继承人基于法定事由丧失继承权，则连带引起代位继承权的消灭。《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》第二十八条规定：“继承人丧失继承权的，其晚辈直系血亲不能代位继承”。

(五) 代位继承只适用于法定继承，在遗嘱继承中不适用。亦即只有被代位继承人的法定继承权才能被代位，如其享有的是遗嘱继承权，则该遗嘱会因先于被继承人死亡而失效，此时不发生代位继承。

(六) 代位继承人无论人数多少，原则上只能继承被代位继承人有权继承的份额。

五、代位继承的代位范围

被代位人必须是被继承人的血亲继承人，配偶一方先亡不发生其子女代位继承的问题，这是各国继承法的一致原则。至于哪些血亲继承人能够作为被代位人，各国的规定差别甚大。综观各国继承立法，关于被代位人范围的规定，大体有四种类型：

(一) 被代位人限于被继承人的直系卑亲属。中国继承法和台湾地区民法属于这种类型。这反映了海峡两岸的中国人在继承范围问题上的一致性。但在法条的表述方式上，二者有所不同。中国继承法规定，被继承人的子女先于被继承人死亡，由其晚辈直系血亲代位继承，将被代位人限于被继承人的子女。台湾地区民法则一般地将直系卑亲属列为被代位人，规定第一顺序继承人先于继承开始前死亡或丧失继承权者，由其直系卑亲属代位继承其应继份，而第一顺序继承人为直系卑亲属。

(二) 被继承人的直系卑亲属和兄弟姐妹及其直系卑亲属都可以作为被代位人。日本、法国、韩国、加拿大、保加利亚等国民法属于这种类型。应当指出的是，日本民法在1981年修改之后，对被代位人的范围作了限制，即旁系血亲作被代位人仅限于兄弟姐妹，其直系卑亲属不能作被代位人。

六、代位继承的继承范围

代位继承人一般应该是被代位人的直系卑亲属，这是代位继承的一个原则。在这个问题上，各国的规定是一致的，但也有个别例外，如韩国民法规定，妻子可代亡夫继承公婆的财产。值得注意的是，代位继承人必须是被代位人的直系卑亲属，但不一定是被继承人的直系卑亲属。实际上，在大多数国家，代位继承人的范围大大超出了被继承人直系卑亲属的范围。例如，承认父母或兄弟姐妹可以作被代位人的立法，代位继承人的范围就扩及到侄子女、甥子女及其直系卑亲属；承认祖父母为被代位人的立法，代位继承人的范围就扩及到叔、伯、姑、舅、姨及其直系卑亲属。代位继承原则上不受代数限制，但基于立法政策上的理由，也可以对其加以限制。如日本民法原来规定，兄弟姐妹的直系卑亲属作为代位继承人不受代数限制，后来这一规定受到人们的广泛批评，认为这样会使那些与被继承人既无亲情又无生活上的依赖扶助关系的人成为继承人，而这是不公平不合理的。因此，1981年修改后的民法，将代位继承人限于被继承人的直系卑亲属和兄弟姐妹的子女。这反映了继承立法重视亲情和生活上的互相扶助关系。对继承权的影响以至决定作用，也反映了缩小继承人范围的立法倾向。

七、代位继承的内容

(一) 由先于被继承人死亡的被继承人子女的晚辈直系血亲，代替该已死亡的被继承人的子女，作为第一顺序的继承人，分配该已死亡的子女（若活着时）可以分得的遗产份额（《继承法》第十一条）。

(二) 代位继承没有辈数的限制。被继承人的孙子女、外孙子女、曾孙子女、外曾孙子女都可以代位继承。但是，无论多少代位继承人参与遗产的分配，都只能分得被代位人应当分配的份额（《继承法意见》第二十五条）。

(三) 代位继承人如果缺乏劳动能力又没有生活来源，或者对被继承人尽过主要赡养义务的，分配遗产时，可以多分（《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》第二十七条）。

(四) 继承人丧失继承权，并且先于被继承人死亡的，继承人的晚辈直系血亲丧失代位继承权。但是，丧失代位继承权的晚辈直系血亲中如果有人缺乏劳动能力又没有生活来源，或对被继承人尽赡养义务较多的，可适当分给遗产（《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第二十八条）。

八、代位继承的效力

具备代位继承的适用条件时，代位继承人以被代位继承人之顺序进行继承。在继承时，代位继承人只能继承被代位人的应继份额。如果有两个以上的代位继承人，则由他们共同继承，按人数均分被代位人的应继份额。中国《继承法》第十一条明确规定：“代位继承人一般只能继承他们父亲或母亲有权继承的遗产份额”。

九、代位继承与转继承的关系

(一) 联系

转继承是指继承人在继承开始后，实际接受遗产前死亡，该继承人的法定继承人代其实际接受其有权继承的遗产。

代位继承与转继承一样，都存在继承人与被继承人两人都死亡的事实，都是被继承人的子女最终取得遗产。

(二) 区别

但是代位继承与转继承之间亦存在着许多不同的地方，主要表现在：

1、转继承可以说是两个直接继承的连续，也即被继承人死亡后，被继承人的子女直接继承被继承人的遗产，此时该子女的继承权由被继承人生前的继承期待权转变为既得权，只不过在继承开始后，遗产分割前，继承人死亡，该继承人的继承权转有继承人的子女直接继承的一种制度。代位继承则是由代位继承人一次性间接继承被继承人的遗产，具有替补继承的性质，相当于第一顺序继承人。

2、转继承发生在继承开始后，遗产分割前继承人死亡，代位继承则是在继承人先于被继承人死亡条件下发生的。

3、转继承权人是死亡继承人的所有继承人，代位继承人则只能是被代位继承人的晚辈直系血亲，范围更窄。

4、转继承不仅仅适用于法定继承，而且适用于遗嘱继承和遗赠，代位继承只能使用于法定继承。

十、代位继承体现的《继承法》的原则

代位继承体现了《继承法》的如下原则：

- (一) 保护私有财产继承的原则；
- (二) 男女平等的原则；
- (三) 权利与义务相一致的原则；
- (四) 限定继承原则；
- (五) 尊老育幼、照顾“弱者”的原则；

通观代位继承制度，我们可以从中发现：

第一，代位继承制度充分维护和体现了继承法的男女平等原则，我国《继承法》第九条规定：“继承权男女平等。”

第二，代位继承制度充分发挥了遗产互助的功能，体现了继承法的尊老育幼，照顾“弱者”的原则。因为代位继承制度不仅使原来不是第一顺序继承人的代位继承人成为第一顺序法定继承人，同被继承人的其他子女一起参与被继承人遗产的继承，维护了祖孙相互的继承权，而且在没有第一顺序的其他继承人时，则被继承人全部遗产由代位人来继承，这就增加了被继承人遗产直接由其直系血亲继承的机会，一般情况下，被代位人先于被继承人死亡，不仅会给代位人家庭、精神上造成极大的伤害，同时也可能丧失家庭的经济来源，甚至使该家庭的生活水平陷入窘迫。在这中情况下，不仅是对被代位人的晚辈直系血亲予以特殊保护，更是对代位人家庭给予物质帮助。

十一、我国代位继承制度的现存问题及完善建议

(一) 我国代位继承制度的现存问题。我国的法学理论界，对代表权说与固有权说都有赞同者。从我国继承法规定层面来看，我国代位继承制度明显采用了“代表权说”。《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》第二十八条规定：“继承人丧失继承权的，其晚辈直系血亲不得代位继承。如该代位继承人缺乏劳动能力又没有生活来源，或对被继承人尽赡养义务较多的，可适当分给遗产。”这说明我国代位继承制在采用代表权说的同时，又有所适当补充，体现了养老育幼原则和公平原则；但根据世界各国继承法发展的趋势，我国采用的代表权说仍然存在着较大的缺陷和局限性。

1、从民法的基本原理角度，有背于与民事主体相关的基本理论

从民法基本原理而言，自然人的民事权利能力始于出生，终于死亡。我国《民法通则》第九条规定：“公民从出生时起到死亡时止，具有民事权利能力，依法享有民事权利，承担民事义务。”代位继承制度中，被继承人先

于被继承人死亡，其民事行为能力已终结，不具有民事主体资格，不能享有任何民事权利，也包括继承权。而代表权说的基础在于被代位人先于被继承人死亡的事实，其没有丧失继承权，由其晚辈直系血亲代表被代位人的权利继承，且一般只能继承其应继遗产份额。这与民法的基本原理是相背的，是不合逻辑的，代位人不可能代表实际已经不存在的民事主体去享受权利。

2、从立法目的角度，不利于保护代位继承人的经济利益

在继承法中，设立代位继承是为了保护代位继承人的物质生活和经济利益，为了对弱者提供社会保障，以抚养未成年人和照顾不能独立生活的人，使被代位人未成年的直系亲属在被代位人死亡后生活上有所保障。因为在父母先于祖父母、外祖父母死亡的情况下，孙子女、外孙子女往往未成年而不能独立生活，或者由此造成生活困难。养老育幼是中华民族的传统美德，也是继承法的基本原则之一。当父母拒绝继承或丧失继承权时，孙子女、外孙子女就丧失了代位继承权，无法保障上述基本原则的实现，不利于保护未成年人的利益。同时，《继承法》规定祖父母、外祖父母对孙子女、外孙子女的遗产享有继承权，并不因其子女是否丧失继承权而受到影响。这对孙子女、外孙子女而言，是有失公平的。

3、从法律实践角度，有背于我国法律坚持的责任自负的原则精神

死亡父母违法和犯罪行为而丧失继承权，导致让其子女承担不能继承被继承人财产的不利后果，显然有悖于现代民法自己责任的原则，这也与我国法律保护子女合法权益的精神相违背。如果，一个人的行为所产生的法律后果由与该行为毫无关系的另一个人来承担，是不符合我国法律的基本精神的。放弃、丧失继承权的行为主体是被代位继承人，他的法律行为或违法行为引起的不取得遗产的法律后果只能由他本人承担。不应因其过错或任意行为而使代位继承人的正当权利受到损害。

（二）我国代位继承制度的完善建议

改革开放三十年以来，我国的经济社会生活发生了深刻的变化，公民的私有财产份额也在不断增加。对于完善继承法中的代位继承制度而言，对公民的现实生活有着直接的影响。代位继承制度应当从我国现实国情出发，结合历史上的继承传统、习惯以及西方发达国家一些先进的继承制度，在立法和司法解释层面进一步加以完善，以对司法实践给以合理指导。

具体而言，在代位继承性质上，应当采用固有权说，从法律上确认继承被继承人是代位继承人固有的权利，认定代位继承人法定继承人的地位，放宽代位继承的条件。明确规定当被代位继承人丧失或放弃继承权时，代位继承人仍然可以代位继承。这样能够更好地体现死者的意愿，保护公民私人财产继承权，避免被继承人的遗产作为无人继承的遗产转归国家或集体所有。因为“财产所有人的愿望在继承规则的确立中发挥着最重要、最基本的影响。而所有人总是希望将财产传给晚辈直系血亲，在有晚辈直系血亲的情况下，所有人通常不愿意看到自己的财产流向旁系血亲。”同时，进一步扩大代位继承人的范围，规定直系卑血亲、父母、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母的晚辈直系血亲都可以代位继承，以最大限度地保护公民的私有财产不受侵犯。

十二、结语

总之，代位继承制度是继承法的重要制度之一，是保护公民私人财产顺利转移的重要法律依据。我国《继承法》确认的代位继承制度，不仅维护了家庭成员之间的和睦关系，而且也使人民法院审理继承案件有法可依，保证了办案质量。但鉴于目前我国新形势的影响及立法问题，随着社会实践的发展和立法技术的提升，有必要对我国的代位继承制度进行改进和完善，以适应时代发展需要，实现公民的私人财产继承权得到足够的保护，进一步促进家庭的稳定和社会和谐文明的进步。

参考文献

【1】韩德培、马克昌、余能斌：《民法学》，中国人民公安大学出版社、人民法院出版社 2003 年版，第 553 页至第 554 页

【2】马俊驹、余延满：《民法原论》，法律出版社 2004 年版，第 935 页至第 936 页

【3】国家司法考试辅导用书编辑委员会：《国家司法考试辅导用书》，法律出版社，2013 年 5 月第 1 版，第 299 页至 300 页

【4】指南针司法考试命题研究中心组织：《2013 年国家司法考试必读法律法规汇》（教学版），民法·上律，2012 年 12 月第 1 版，经济科学出版社，第 233 页至 234 页

【5】李荣：《论完善我国代位继承制度的现实思考》，载于《企业技术开发》2009 年 08 期

【6】非常规第九小组：《浅析代位继承制度》2008 年 7 月 16 日载于“哈尔滨市人民政府法制信息网”

（作者单位：江苏省宿迁市宿豫区人民法院）

离婚协议转嫁债务 欠债不还未获支持

2014 年 1 月 13 日 海淀法院网

我国婚姻法规定，在夫妻关系存续期间，一方所获得的合法财产为夫妻共同财产，夫妻双方均有平等的支配权，所负债务由双方共同偿还，然而有些夫妻在离婚协议中约定，所有的债务由一方偿还，另一方不负偿还责任，这种约定有效吗？另一方真的可以据此不还钱吗？

2011年1月，为做生意，王磊向宋秀先后借款100万元。在偿还15万元后，双方签订了一份详细的还款计划，约定由王磊的宅基地做抵押。期间王磊与陈翠在民政局办理了离婚，离婚协议约定，宅基地及财产归陈翠所有，所有债务归王磊负担。后王磊到期未能还款，王磊之妻陈翠，之父王强与宋秀签订了一份宅基地转让合同，以宅基地使用权偿还借款，但仍未能还款。宋秀将王磊和陈翠起诉到法院，要求夫妻共同偿还债务。

陈翠认为借款为王磊的个人借款，与王磊的离婚协议也约定所有的债务由王磊的负担自己没有还款的义务。

经法院审查，借款合同虽然由王磊一人所签，但陈翠对此知情，在离婚协议和宅基地转让合同中均有对该借款的处理。在陈翠无证据证明该笔借款为王磊个人债务时，该借款应当为王磊、陈翠夫妻共同借款。两人在离婚协议中约定，宅基地归陈翠所有，债务归王磊负担，是双方对夫妻财产的处分，仅在二人之间有效，不能对抗第三人，也不能对抗债权人，因此二人仍对该100万元承担还款义务。最后，法院判决二人共同向宋秀偿还85万元。

法官释法：

根据《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第二十四条规定，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。王磊虽然以个人的名义借款，但陈翠对此知情，并在以后的还款的方案上签字，且没有证明该债务为个人债务，因此应当为夫妻共同债务。

该解释第二十五条规定，当事人的离婚协议或者人民法院的判决书、裁定书、调解书已经对夫妻财产分割问题作出处理的，债权人仍有权就夫妻共同债务向男女双方主张权利。虽然王磊和陈翠就双方共同债权债务做出了处分，该协议仅对二人有效，不能对抗第三人，更不能对抗债权人，因此二人仍应该共同偿还宋秀85万元。

离婚判决书、裁定书、调解书或者离婚协议确定的双方的权利义务，不能对抗第三人，一人享有全部财产，另一人负担全部债务的约定损害了债权人的利益，对债权人是无效的，并不能达到规避债务的目的。

（文中人物均系为化名）

北京二中院：情人节前夕 法官提醒恋爱“豪赠”需理智

2014年2月12日 新京报 张玉学

北京二中院通报近三年审结101件涉及非婚赠与民事案件，总体呈上升趋势

新京报讯（记者 张玉学）名车名表、名贵珠宝，为表示恋爱期间很爱对方，有人甚至还送出上百万的房产。

情人节来临之际，北京二中院对近三年审理的恋爱期间赠与案件进行通报，称在恋爱中“豪赠”已不是个别现象，经统计此类纠纷近3年审结达101件，并且总体上还呈上升趋势。法官提醒，恋爱期间“豪赠”需要理智。

“除了名车、大额钱款，司法实践中还遇到所赠财物为名表、名贵珠宝、甚至上百万房产的情况，可以说恋爱中的“豪赠”已不是个别现象。”二中院法官介绍，传统非婚赠与纠纷案件涉案金额一般为几千元到几万元，但随着经济发展，此类案件的涉案金额也逐渐高了起来。在此类纠纷中，一般男女恋爱的时间均很短，有些案例中，大概只恋爱一月有余，女方在拿到男方赠与的财物后，就开始提出分手。

数据显示，近三年，二中院共审结101件涉及非婚赠与的民事案件，总体呈逐年上升趋势。从案由分布看，非婚赠与纠纷案件主要是婚约财产纠纷，此外在少数同居关系析产纠纷以及离婚纠纷中也会有所涉及。

另外，传统非婚赠与纠纷案件多发于农村地区，诉讼主体也多为农村居民。但据相关统计，二中院近三年审结的非婚赠与纠纷案件中，当事人为城镇居民的比例逐年上升，从2011年的21.7%上升到2013年的32.6%。

根据相关司法解释的规定，如果男女双方未办理结婚登记手续，一方要求返还按照习俗给付的彩礼，法院应予支持。

法官称，在非婚赠与案件中，要求返还财物的一方通常主张其所给付的财物为“彩礼”，而接受财物的一方多以双方不存在婚约或恋爱关系为由，主张对方给付财物属一般赠与行为。

因此，在非婚赠与纠纷案件中，双方是否存在恋爱关系、一方是否给付财物以及给付财物是否以结婚为目的，属于案件的关键事实。

但当事人在恋爱时不会想到有朝一日会与昔日恋人对簿公堂，因此搜集、保留证据的意识较差，很难提供相应证据证明案件关键事实。

典型案例

“非诚勿扰”女嘉宾分手后返还宝马车

2010年9月，男青年鄂某与女青年孙某在参加《非诚勿扰》节目录制期间相识，并很快确定男女朋友关系。

恋爱期间，鄂某为孙某购买了一辆宝马轿车，后双方分手。分手后，鄂某向法院起诉，要求孙某返还购买宝马车所支付的29.6万余元款项。

一审法院经审理认为，鄂某与孙某为男女朋友关系，并具有缔结婚姻的意图。鄂某为孙某出资购买近30万元的宝马车，属贵重物品，与恋爱期间的男女朋友为促进情感、表达心意而赠送的一般性礼物有所区别，应具备彩礼性质。现双方未能缔结婚姻关系，孙某应返还具有彩礼性质的宝马车的大部分款项。因宝马车已登记在孙某名下，故酌情判处孙某返还28万元。

后孙某不服，提起上诉。孙某坚称二人不过是普通男女朋友，如果没有其他证据佐证，只凭当事人的陈述很难认定所给付的宝马车是否属“彩礼”。在二中院审理中，经调解，孙某同意将涉案宝马车返还给鄂某。

法官提醒

恋爱期间“豪赠”需理智

针对此类案件，法官表示，《婚姻法》明确规定，我国实行婚姻自由、一夫一妻、男女平等的婚姻制度，禁止借婚姻索取财物。因此，任何借恋爱、婚姻索取财物的行为，法律均不予保护。

恋爱中的男女为促进感情、表达心意互赠一些礼物乃人之常情，但“豪赠”贵重物品前一定要三思而后行。根据法律规定，赠与属于要物行为，所赠财物一经交付受赠人，除法律规定的情况外，即不可撤销。因此，在恋爱中如果赠与方不能证明其“豪赠”的财物属“彩礼”，分手将不得要求对方返还。

法官提醒，因证明赠与财产属于“彩礼”的举证责任较为严格且举证较为困难，所以尚在恋爱中的情侣们，“豪赠”贵重财物要理智，以免“竹篮打水一场空”。为避免日后产生纠纷时“各执一词”，即使赠与的是“彩礼”，也要在赠与前注意保留证据。

北京二中院发布调研 非婚赠与引发纠纷上升

——恋爱赠豪车 分手官司多

2012年2月12日 法制晚报 洪雪

法制晚报讯（记者 洪雪）今日上午二中院召开新闻发布会，通报了近三年该院审理的非婚赠与纠纷案件。法官表示，此类案件呈现上升趋势，男女双方在谈恋爱期间赠与宝马豪车等，但分手后双方为索要赠与的财物，走上法庭。

典型案例 “非诚勿扰”嘉宾 要回宝马车

2010年9月，鄂某与孙某在参加某卫视“非诚勿扰”节目录制期间相识，并很快确定男女朋友关系。恋爱期间，鄂某为孙某购买了一辆宝马轿车。后双方因感情出现裂痕而分手。分手后，鄂某向法院起诉要求孙某返还购买宝马车所支付的29.6万余元款项。二中院审理中，经调解，孙某同意将涉案宝马车返还给鄂某。

数据通报 非婚赠与纠纷增加 城镇居民占比上升

二中院上午通报，近3年来，该院共审结101件涉及非婚赠与的民事案件，其中2011年审结23件，2012年审结32件，2013年审结46件，总体呈逐年上升趋势。

从案由分布来看，非婚赠与纠纷案件主要是婚约财产纠纷，此外在少数同居关系析产纠纷以及离婚纠纷中也会有所涉及。

一般认为，非婚赠与纠纷案件多发于农村地区，但二中院近三年审结的非婚赠与纠纷案件中，当事人为城镇居民的比例逐年上升，从2011年的21.7%上升到2013年的32.6%。

法官建议 禁止借婚姻索财 豪赠最好留证

《婚姻法》明确规定，我国禁止借婚姻索取财物。因此，任何借恋爱、婚姻索取财物的行为，法律均不予保护。

恋爱中赠与财物要理智。根据法律规定，赠与属于要物行为，所赠财物一经交付受赠人，一般不可撤销。因此，在恋爱中如果赠与方不能证明其“豪赠”的财物属“彩礼”的话，那分手将不得要求对方返还。

此外，赠与“彩礼”前应注意保留证据，要有关双方存在恋爱关系的证据、赠与财物的证据，以及以结婚为目的的给付财物的证据。

同代血亲认定不能参照适用“推定亲子关系”规则——重庆五中院判决王某诉陈某婚姻家庭纠纷案

2014年2月13日 人民法院报 潘建兴

裁判要旨

“同代血亲”一方请求确认与另一方存在血亲关系，若另一方拒绝做血亲鉴定，不能参照婚姻法解释三第二条推定亲子关系的规定认定血亲关系。

案情

原告王某在其母王某某与鲍某婚姻存续期间于1999年3月9日出生，被告陈某之父陈某某此时尚未与其前妻离婚。王某某、陈某某各自离婚后于2001年8月共同居住生活，王某有时与陈某、陈某某及王某某共同生活，并与陈某某有合影。2011年3月18日，陈某某因病去世，王某也参加了其葬礼。王某认为，虽然生父陈某某已故，但自己确系陈某某与王某某所生，与陈某具有血亲上的姐弟关系；陈某认为王某所述不是事实，1999年陈某某、王某某有各自的家庭，也不存在恋爱关系，且陈某某多年来从未提及王某是其儿子。王某为拥有正当身份，诉请法院确认陈某是其血亲上的姐姐。

裁判

一审法院经审理认为，陈某某已故，王某申请对其与陈某系血亲上的姐弟关系司法鉴定，但陈某明确表示不配合，鉴于我国目前司法实践不能直接强制当事人进行此类鉴定，故王某的鉴定申请无法进行。王某虽诉称系陈某某的非婚生子女，但并未提交其他证明其与陈某某亲子关系的直接证据，其所提交的证人证言及照片等均系间接证据和传来证据，且未形成完整的证据链，不能据此认定与陈某具有血亲上的姐弟关系，故驳回了王某的诉讼请求。

原告王某不服一审判决，提起上诉。

二审法院经审理认为，王某起诉要求确认陈某系其血亲上的姐姐，但其提供的证据仅能证明其与陈某某存在某

种较为亲密的关系，而无法证明二人存在自然血亲或者拟制血亲关系。王某否认自己与王某某前夫鲍某存在亲子关系，但即使该主张客观成立，也不能当然得出王某与陈某某存在亲子关系的结论。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》第二条第二款关于“当事人一方起诉请求确认亲子关系，并提供必要证据予以证明，另一方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定的，人民法院可以推定请求确认亲子关系一方的主张成立”的规定，仅适用于推定确认亲子关系的情形，不适用于本案中姐弟血亲关系的认定。判决驳回上诉，维持原判。

评析

本案争议焦点是：陈某拒绝配合血亲鉴定，能否参照适用《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》第二条第二款推定血亲关系成立？

身份关系形成基于生物学意义上的自然出生和法律上的拟制，但不同代之间或者同代之间诉诸司法请求确认生物学意义上的血亲关系，司法认定身份关系关键证据是 DNA 鉴定结论。法院审理此类确认身份关系的案件，首先应当遵照“谁主张、谁举证”原则，当事人因己方举证不能或者不力，应当承担相应的法律后果。本案争议发生在陈某某死后，陈某某的死亡的确在客观上导致了原告王某诉请所需的直接证据 DNA 样本取证不能。但根据本案查明的情况，王某某虽系未成年人，但其法定代理人王某某与陈某某同居共同生活近十年，其间，王某某、陈某某完全有能力通过法律形成拟制亲子关系或者主动通过亲子鉴定而确定亲子关系，抑或通过证据保全的形式保全陈某某的 DNA 样本鉴定确定王某的身份，然而王某及其法定代理人均怠于自身维权或者保全关键证据，这种消极的不作为直接导致王某无法举示所需的直接证据即陈某某的 DNA 样本，应当承担相应的不利法律后果。其次，从法律上讲，王某出生于 1999 年，系王某某与鲍某婚姻存续其间所生孩子，具有法律上的身份；即便 2001 年至 2011 年王某及王某某与陈某及陈某某共同生活，王某与陈某某也只是同居生活关系，王某某与陈某某并未形成法律上的婚姻家庭关系，当然陈某与王某也不存在法律上的姐弟关系。最后，民事诉讼法虽然规定当事人一方因无法举示的证据可以申请人民法院调取，但因本案定案的证据是 DNA，而 DNA 的载体是人身，涉及公民身体权等人身合法权益，本案陈某已经明确拒绝配合 DNA 鉴定，人民法院也不能强制陈某进行 DNA 司法鉴定。

就本案而言，人民法院要考量当事人双方的合法权益公正裁判。本案王某有权获得身份关系上的法律认证，但根据公民一方行使权利不得损害他方的合法权益的法理，王某行使民事权利不能损害陈某的人身权益；若陈某配合进行 DNA 鉴定，则是其对自身权益的处分，法律应当予以尊重；若陈某拒绝鉴定，因 DNA 载体为身体，公民享有法律规定的人身自由权，非因法定事由并经法定程序人身自由不受限制；另外 DNA 信息作为人身信息涉及的人身隐私，也应当加以保护；陈某某虽然死亡，但是鉴于王某的诉求，如果法院准许鉴定申请，则面临未知可否的鉴定结果，存在侵害陈某权益的法律风险。因此本案中虽然王某申请对陈某进行 DNA 鉴定，法院也会慎重裁决是否准许，毕竟公民的合法权益应当得到平等的保护，不能因为支持一方诉求而损害另一方的合法权益。

本案中，王某诉请确认与陈某存在血亲关系，陈某明确表示拒绝 DNA 司法鉴定。血亲关系不等同于亲子关系，因此本案不能适用《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》第二条第二款规定。

本案案号：（2012）中区民初字第 07187 号，（2012）渝五中法民终字第 04474 号

案例编写人：重庆市第五中级人民法院 潘建兴

恋爱分手后婚约财产应返还

2013 年 2 月 13 日 人民法院网 李凤凤

案情

李某与王某经人介绍相识，于 2010 年 4 月正式确定恋爱关系。恋爱期间王某承诺与李某结婚，并同意婚后不生育子女。后王某反悔，提出分手。李某诉至法院，要求王某返还其恋爱期间给付王某的物品及款项，包括：1. 王某于 2010 年 4 月答应做其女朋友时，为王某购买的价值 900 余元的钻戒一枚，价值 6000 余元的耳饰一对，价值 2800 元的项链一条，作为二人定情信物；2. 李某与王某母亲见面时，送给王某母亲的见面礼，价值 12000 元金手镯一个；3. 王某过生日，要求其购买的价值 24500 元的欧米茄手表一块；4. 王某要求李某出资 20 万元为她购置宝马车，并承诺在 2011 年春季结婚，李某给付王某现金 20 万元。

分歧

对于本案如何定性和处理，有两种不同意见：

一种意见是：男女恋爱期间给付财物应认定为赠与，不需要返还。男女之间因爱情赠与对方礼物，系人之常情，且赠与的财物交付以后，赠与财产的权利已经转移，根据合同法赠与行为不可以撤销，故不应判决返还。

另一种意见是：需要区分给付财物的性质，分别处理。如给付的财物属于婚约财产即习俗意义上的彩礼，婚约解除后应当返还。如果不属于婚约财产，则不需要返还。

评析

笔者同意第二种意见。

我国婚姻法明确规定：“禁止借婚姻索取财物”，但对结婚前男方根据习俗给付女方财物的行为，既不禁止，也不提倡，对于可以认定为彩礼的财物，最高人民法院婚姻法司法解释（二）第十条规定：“当事人请求返还按照习俗给付的彩礼的，如果查明属于以下情形，人民法院应当予以支持：（一）双方未办理结婚登记手续的；（二）双方

办理结婚登记手续但确未共同生活的；（三）婚前给付并导致给付人生活困难的。适用前款第（二）、（三）项的规定，应当以双方离婚为条件。”

本案原告以婚约财产纠纷为由起诉，要求返还财物。婚约财产纠纷指的是因解除之前订立的婚约而产生的财产纠纷。司法实践中，对于当事人在恋爱中给付的财产能否界定为婚约财产，作为彩礼判决返还，重点应从如下三个方面把握：

1. 双方之间是否存在婚约

界定恋爱中给付财物的性质必须首先界定给付的动机，即是否基于婚约、双方是否有结婚的合意，还是仅仅系恋爱中男女朋友的相互交往。在实践中，法院审查双方之间是否存在婚约，主要应依据当地的风俗习惯，是否举行过订婚仪式、对方是否认可存在结婚的约定或合意、双方关系是否发展到谈婚论嫁的程度、是否购买赠送过订婚戒指、亲友或媒人、介绍人能否证明婚约存在等各方面，综合证据的情况来认定。本案在审理中，王某认可双方已谈婚论嫁。因此，李某与王某之前是存在婚约的。

2. 财物是否以结婚为目的而给付

认定给付的财物是彩礼还是普通的礼物，应主要考量两方面。首先是给付财物的动机：彩礼是为了双方缔结婚姻的目的而给付，是依附于婚约的，赠与礼物则不然。给付彩礼依据的是民间习俗，赠与礼物则有明确的法律规定。其次，具体还应结合财物的价值、特性来认定。如在订婚仪式上给付的礼金、贵重首饰、“过门礼”，为结婚给付的车辆、房产等价值较大的财物，应认定为以结婚为目的给付的彩礼。比如，本案中李某给付王某的购车款 20 万元，应为以结婚为目的给付的金钱。而李某送给王某的生日礼物、确定恋爱关系的定情信物等物品，并非基于婚约给付的，故不应认定为彩礼，应视为赠与的财物，不需要返还。

3. 接受财物的不仅是婚约当事人，也可能是其父母或长辈亲属。若财物以缔结婚姻为目的而给付，则不论接受人是谁，均应认定为婚约财产，应予返还。如若其接受了赠礼，但该赠礼不是为缔结婚姻目的给付的，则不应认定为彩礼，不需返还。本案中，李某送给王某母亲的金手镯，明确是见面礼，并非彩礼，故李某要求返还金手镯的诉讼请求，不能支持。

此外，现实中有些当事人以对方提出解除婚约进行抗辩，拒绝返还财物。根据法律规定，确定彩礼是否应返还，不考虑是谁的过错导致婚约解除，因此，只要双方婚约解除，给付的彩礼就需要返还，负有返还义务一方这种抗辩无法成立。

综上，一审法院认为，李某给付王某购车的 20 万元为婚约财产，应当返还；其他财产不属于婚约财产，李某要求返还的诉讼请求不能支持。故判决：王某返还李某 20 万元；驳回李某要求返还其他财物的诉讼请求。李某不服一审判决上诉，二审法院审理后维持了一审判决。

（作者单位：北京市第二中级人民法院）

男方热恋汇巨款女方购车归己有 此款究竟是赠与还是委托购车

2014 年 2 月 8 日 浙江法制报 朱泽军

通讯员 朱泽军案情回放：

在广东工作的谢先生与宁波某超市职工叶女士，皆为离异单身，两人自 2009 年经人介绍相识后，确定恋爱关系。此后，谢先生三五个月来甬一次，都与叶女士短暂同居。自 2010 年初至 2013 年初，谢先生陆续向叶女士汇款 10 万余元。2013 年夏，叶女士以 10 余万元价格购买了一辆私家车，并将车辆权属登记在自己名下。

最近，由于性格不合等原因，两人中断了恋爱关系，谢先生向叶女士索要三年所汇钱款 10 万余元。因遭叶女士拒绝，谢先生向宁波江东法院起诉，称那 10 万余元汇款是委托女方购车，未料女方以欺骗手段取得该车权属，要求法院确认所购车辆为其所有。

叶女士辩称，此款是男方在恋爱期间的赠与，且部分已用于谢某来甬消费，请求法院判决驳回谢某的诉请。

近日，法院经审理，判决驳回了谢先生的诉讼请求。

法官说法：委托代理是指代理人根据被代理人的委托而进行的代理行为。在委托代理中，代理人所享有的代理权是被代理人授予的。委托代理的基础，可以是委托合同，也可以是职务关系，还可以是合伙关系，但无论是哪一种形式，都必须有被代理人的授权。如果没有被代理人的授权，就不会产生代理。

本案中，双方当事人建立恋爱关系后，谢先生主动给叶女士汇款，期间没有证据表明谢先生向叶女士提出过委托购买车辆之事。因此，谢先生的行为不具有委托性质，不能认定叶女士的购车行为是基于谢先生的委托而进行的代理行为。谢先生的行为应认定为赠与。

赠与属于实践性民事法律行为，它除了要求双方当事人意思表示一致以外，还要求交付实物才能成立。依本案现有证据，根据《民法通则》的有关规定及有关民法理论，可以认定谢先生在恋爱期间给叶女士汇款是为了维持恋爱关系，它是一种是赠与行为，与购车无关。因此，谢先生的诉讼请求不能成立。

丈夫出卖房屋对妻子是否形成表见代理

2014 年 2 月 12 日 中国民商法律网 刘少平

[案情]

谢某（男）与黄某（女）是夫妻关系。2013年3月19日，谢某将一套与黄某共有的闲置房屋卖给涂某，谢某与涂某签订了房屋买卖合同。协议约定：房屋总价为65.5万元，涂某分两次付款给谢某（签协议之日付30万元、4月1日付35.5万元），签协议之日涂某按约付给了谢某30万元。由于他人对该房屋出价更高，黄某于3月25日打电话通知涂某要求加价3.5万元，遇到涂某拒绝，于是黄某以卖房协议未经其签字、合同未能生效为由，明确表示到期后拒绝交付房屋。经协商无果，涂某于6月13日诉至法院，请求法院确认房屋买卖合同有效。

[分歧]

在认定谢某与涂某签订的房屋买卖合同效力时，对谢某的行为是否构成表见代理存在两种相反观点：

第一种意见认为，不构成表见代理。涂某明知该争议房屋是谢某与黄某的夫妻共同财产，在没有经黄某签字同意或者书面授权同意情况下与谢某签订房屋买卖合同，损害了黄某的利益，因此该协议对黄某不发生法律效力，应当认定为无效协议。

第二种意见认为，构成表见代理。涂某所买的房屋是谢某与其妻黄某的夫妻共同财产，涂某有理由相信谢某签订房屋买卖合同是其与黄某的共同意见，构成夫妻表见代理，根据《婚姻法》解释（一）第十七条和《合同法》第四十九条之规定，应认定该协议有效。

[评析]

笔者同意第二种观点，理由是：

1、本案形成夫妻表见代理。所谓表见代理是指代理人虽不具有代理权，但具有代理关系的某些表面要件，这些表面要件足以使无过错的第三人相信其具有代理权。其构成特殊要件：（1）行为人不具有代理权；（2）须有使相对人相信行为人具有代理权的事实和理由；（3）第三人善意且无过失；（4）行为人与相对人之间的民事行为具备民事法律行为成立的有效要件。从本案看，谢某与涂某签订房屋买卖合同行为符合表见代理构成要件，即谢某的行为在法理上对其妻黄某形成表见代理。

2、法律赋予夫妻双方对共同财产具有平等处理权。对《婚姻法》解释（一）第十七条“夫或妻对夫妻共同所有的财产有平等的处理权”的规定，在审判实践中可以理解为：（1）夫妻双方对重大财产的出卖应当取得一致意见；（2）夫妻一方均有权决定与第三人达成财产买卖合同，并且决定合法有效；（3）他人有理由相信夫妻一方买卖行为为夫妻双方共同意思表示；（4）一方不得以不同意或不知道为由对抗善意第三人，不利法律后果应当由擅自出卖财产夫妻一方承担。

3、谢某的代理行为合法有效。本案谢某出售房屋是自己真实意思表示，不存在恶意串通损害第三人利益的行为；谢某以自己的名义与涂某签订房屋买卖合同，让涂某有理由相信被告的行为是其夫妻双方共同的意思表示；黄某以他人对房屋出价更高为由要求涂某加价5万元，并以自己未在卖房协议上签字、合同未能生效为由对抗善意取得该房屋的涂某，其行为违背了民事法律中的诚实信用原则。可依照我国《合同法》第四十九条关于“行为人没有代理权，超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效”之规定，确认该房屋买卖合同有效。

（作者单位：江西省丰城市人民法院）

出处：中国法院网

（北京）二中院召开“恋爱豪赠需理智”主题新闻通气会

2014年2月13日 北京市高级人民法院



2月12日上午，二中院召开了“恋爱豪赠需理智”主题新闻通气会，从法律视角对情侣间因财产赠与引发纠纷案件情况进行了通报和有益提示。

通气会上，二中院民六庭左峰副庭长对二中院近年来审理的因非婚赠与引发纠纷案件相关情况进行了通报。他介绍，二中院近三年共审结101件涉及非婚赠与的民事案件，总体呈逐年上升趋势。从案由分布来看，非婚赠与纠

纠纷案件主要是婚约财产纠纷,此外在少数同居关系析产纠纷以及离婚纠纷中也会有所涉及。非婚赠与纠纷案件存在涉案金额逐年增大、当事人中城镇居民所占比例逐年上升、争议焦点集中体现为所赠财物是否属于“彩礼”、当事人对案件关键事实难于举证等四个特点。引发非婚赠与纠纷案件主要有追求物质、恋爱功利,冲动豪赠、缺乏理性,无凭无据、青春补偿等三方面原因。

针对恋人财物赠与,避免遭受情感和物质双重损失,法院建议热恋中的情人们树立正确的恋爱观念,恋爱中赠与财物要理智,赠与“彩礼”前应注意保留有关双方存在恋爱关系、赠与财物、以结婚为目的给付财物等证据。

通气会最后,参加情况通报的同志还就记者提出的如何认定“以结婚为目的”、赠与财物至要求返还的恋爱时间长短、赠与标的大小等问题进行了解答。

离婚主张精神损失费是否应支持

2014年2月16日 中国民商法律网 赵令崧

【案情】

黄梅与韦彬彬于1997年10月认识并恋爱,1998年3月10日登记结婚。同年12月13日黄梅生育一男孩。2007年黄梅去广东打工,2009年夫妻俩开始正式分居,分居期间,婚生子与男方韦彬彬生活,而且小孩出生后黄梅12年来很少与婚生子共同生活在一起。夫妻关系存续期间没有共同财产,也没有共同债权债务。原告认为双方已分居4年多,夫妻感情确已破裂,请求离婚。

韦彬彬同意离婚,但认为造成夫妻感情破裂完全是由黄梅引起,其没有任何过错,要求黄梅赔偿精神损失费10000元;婚生子由其抚养,黄梅每月支付抚养费500元。

【审理】

广西南丹县人民法院经审理认为,双方婚前相互了解不够,婚姻基础差,婚后无法建立夫妻感情,常为家庭琐事争吵,且双方2009年分居至今已有4年多,夫妻感情确已破裂,予以支持离婚请求。婚生子一直以来都与韦彬彬共同生活在一起,已建立了深厚的父子感情,黄梅与婚生子已有12年时间没有共同生活在一起,双方没有建立深厚的母子感情,婚生子由韦彬彬抚养更有利于其健康成长,并且在庭审中黄梅也同意婚生子由韦彬彬抚养,故对韦彬彬主张婚生子由其抚养的请求予以支持。对韦彬彬请求赔偿精神损失费10000元,因其没有提供证据予以证实该主张,故对其这一主张法院不予支持。

【评析】

本案双方对离婚及婚生子抚养均没有异议,焦点主要在于韦彬彬请求赔偿精神损失费10000元是否有事实和法律依据。

根据《中华人民共和国婚姻法》第四十六条的规定:“有下列情形之一的,导致离婚的,无过错方有权请求损害赔偿:(一)重婚的;(二)有配偶者与他人同居的;(三)实施家庭暴力的;(四)虐待、遗弃家庭成员的。”本案中,韦彬彬只是以造成夫妻感情破裂完全是由黄梅引起,其没有任何过错为由请求赔偿精神损失费,并没有证据证明黄梅实施了上述法院规定的四种行为之一,而且根据《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》的规定,因侵权致人精神损害,只有造成严重后果的,法院才予以支持相应的精神损害抚慰金。故韦彬彬此请求依法不能得到支持。

(作者单位:广西南丹县人民法院)

小议遗嘱公证的效力

2014年2月13日 光明网 伍秀春

遗嘱公证是指公民生前对自己的财产作出安排,并经国家公证机关公证,于死亡时立即发生法律效力的法律行为,它是一种单方的法律行为。《继承法》第十六条第二款规定“公民可以立遗嘱将个人财产指定由法定继承人中的一人或数人继承。根据《中华人民共和国继承法》第十七条的规定“公证遗嘱由遗嘱人经公证机关办理”、第二十条的规定“自书、代书、录音、口头遗嘱,不得撤销、变更公证遗嘱”。在法律规定的多种遗嘱方式中,公证遗嘱的效力最高。

一、公证遗嘱的价值主要表现为两个方面:

一是实现公证法律正义,保证公证结果的正确性;二是体现公证程序公正,突出公证程序的公平性;公证遗嘱是按严格的法定程序订立的,因此公证遗嘱的证明力最强。

二、订立遗嘱必须符合以下条件:

1. 遗嘱人必须具有完全民事行为能力:遗嘱人在立遗嘱时必须精神正常,有正常的思维意识能力或语言表达能力,能够清楚表达自己的真实意思。无民事行为能力或者限制民事行为能力人所立的遗嘱无效。

2. 遗嘱人的意思表示真实:遗嘱的内容必须是遗嘱人自己真实意愿的表达,不存在遗嘱人受胁迫、欺骗的情况,遗嘱人受胁迫、欺骗所立的遗嘱没有法律效力。

3. 遗嘱的内容和形式不得违反法律或社会公共利益:遗嘱的内容和形式应当符合《中华人民共和国继承法》及其他相关法律的规定,不能与之相抵触。

4. 遗嘱人处分的财产必须是其个人合法财产:遗嘱人的财产涉及到夫妻共有或者家庭共有的,遗嘱人只能处

分属于自己份额的个人财产，处分超出个人份额的遗嘱内容部分，该部分内容无效。

5. 遗嘱人申办遗嘱公证应当亲自到公证处提出申请，不能委托他人办理。

办遗嘱公证由立嘱人持证明个人身份的证件到户籍地的公证机关办理，如行动不便，也可邀请公证员到立嘱人住地办理。生命垂危时立嘱，应有两个以上无利害关系的公证人证明，公证机关可在审查其合法性后，以确认公证。公证员对遗嘱有保密义务。进行遗嘱公证，可向立嘱人提供法律上的保障，即其在生前按自己的意志，处分其财产，对预防和减少纠纷都有积极的作用。

（作者单位：广西全州县法院）

存在未婚同居事实 彩礼如何返还

2014年2月20日 人民法院报 刘翔 张聘

【案情回放】

王某与周某经人介绍相识，交往一年多后双方订下了婚约，在酒店举行了由双方父母参加的小范围订婚仪式。王某应周某要求，按照当地习俗送给周某彩礼现金5万元及首饰一宗，还给了周某改口费2000元。王某与周某随后开始同居。周某数月后怀孕，王某非常高兴，多次催促周某办理结婚登记，但周某此时却认为双方过去了解不够，同居一起后发现彼此性格不合，不愿与王某办理结婚登记，并自行到医院做了人工流产手术，花费医疗费3000元。

周某提出分手后，王某最终表示同意，但认为既然双方没有进行结婚登记，周某应当返还其此前给予的彩礼、改口费。周某则以二人已经同居一段时间、自己怀孕受到伤害为由拒绝返还彩礼、改口费，同时还要求王某支付其人工流产的费用并赔偿其他损失。

因协商不成，王某诉至法院，要求周某退还上述婚前彩礼5万元及首饰一宗，另有改口费2000元也要求返还。法院受理该案后，经多次调解未成，最终作出如下判决：周某在判决生效后十日内返还王某所送婚前彩礼现金5万元及首饰一宗；驳回王某要求周某返还改口费2000元的诉讼请求。一审判决后，双方均未提起上诉。

【不同观点】

本案中，王某按照当地习俗向周某给付彩礼，并与其具有了共同生活的事实，但最终双方因种种原因解除婚约，未进行结婚登记，这种情况下，彩礼是否应当返还？是全部返还还是部分返还？返还标准及法律依据是什么？对此问题审理中存在争议，而争议的实质是对《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》（以下简称婚姻法解释（二））第十条关于彩礼返还问题法律规定及立法精神存在不同理解，主要有以下三种观点：

第一种意见认为：婚姻法解释（二）第十条规定：“当事人请求返还按照习俗给付的彩礼的，如果查明属于以下情形，人民法院应当予以支持：（一）双方未办理结婚登记手续的；（二）双方办理结婚登记手续但确未共同生活的；（三）婚前给付并导致给付人生活困难的。适用前款第（二）、（三）项的规定，应当以双方离婚为条件。”此规定的本意是以双方是否共同生活为判断分手后返还彩礼与否的标准，现王某与周某二人已经共同生活多时且致周某怀孕后又堕胎，故二人分手后，周某无需返还彩礼。

第二种意见认为：婚姻法解释（二）第十条确定了彩礼是否返还的判断标准，应看双方是否缔结了婚姻关系并共同生活，这两项条件缺一不可。现王、周双方虽同居但未登记结婚，周某应当全部返还王某的彩礼。

第三种意见认为：上述司法解释虽然确定的是以缔结婚姻关系与共同生活二者兼备作为返还彩礼的完全免责抗辩依据，但并不意味着两项条件只具其一时相对人仍然需要承担全额返还责任，而应当理解为条件部分成就即部分免责。实践中此两项条件可各对应50%的彩礼份额，故周某对王某所送彩礼可以留下一半，返还一半。

【法官回应】

未婚同居分手后彩礼应当全部返还

未婚同居分手后给付的彩礼是否应当返还、如何返还，可以从给付彩礼的法律性质、责任分配原则以及影响行为效力的因素等几个方面进行分析。

1. 给付彩礼是以结婚作为撤销条件的赠与行为

《中华人民共和国合同法》第二条第二款规定：“婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用其他法律的规定。”有人据此认为凡涉及身份关系的协议便不受法律保护。笔者认为，这样的理解有失偏颇。准确而言，该条阐明的精神应该是：（1）身份关系不能成为合同的标的或当事人的义务。即民法不得干涉公民基本人身自由及身份关系不得强制执行。因而以结婚、收养、监护等确立、变更身份关系为义务的双务合同以及单务合同均属无效，不受法律保护。（2）是否设定、变更身份关系可以成为民事法律行为包括合同行为的条件。《中华人民共和国民法通则》第六十二条规定：民事法律行为可以附条件。《中华人民共和国合同法》第四十五条规定：当事人对合同的效力可以约定附条件。附生效条件的合同，自条件成就时生效。附解除条件的合同，自条件成就时失效。条件的特征，一般认为具备以下几个方面：必须是将来发生的事实；必须是不确定的事实；必须是当事人约定而不是法定的事实；必须是合法的事实；不得与合同内容相矛盾。本案中，身份关系作为条件是否具备合法性是必须考量的因素。根据《最高人民法院关于贯彻〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第75条“附条件的民事行为，如果所附的条件是违背法律规定或者不可能发生的，应当认为该民事行为无效”的规定，以强制的“不得或必须的结婚、收养、监护”作为条件无疑是违背法律宗旨的，由此设定的民事行为不是民事法律行为，不受民法保护。但是，

以“是否设定、变更身份关系”为条件来设定一定民事行为，由于其实际并未干涉合同相对人及他人的人身自由，故无违法性可言。身份关系完全可以成为附撤销条件的民事法律行为的“条件”。同时，在试图举出反例的过程中，我们也越来越清晰地认识到，这种身份关系的撤销条件，其实恰与行为的目的相反，当事人所做的行为，其实都在善意地促成婚姻、收养、监护等有关身份关系的实现。而当撤销条件出现时，此目的已不能实现，此时恢复原状既是一种无奈的选择，也是法律的必然。在本案中，给付彩礼的行为正是“以缔结婚姻关系并共同生活为目的”、“以不缔结婚姻关系及有名无实的婚姻为撤销条件”的赠与，对于这一点，实际上从风俗习惯及社会认知的角度看，王、周双方都是明知的，双方收受彩礼的同时已经达成了附撤销条件的赠与合同。

笔者认为，婚姻法解释（二）第十条规定情形的第一项、第二项是对撤销条件出现时的救济规定，而第三项则是出于公平原则的需要，就法理而言，并不能找出这是法定责任的依据，更多的是一种衡平的规定。主张因婚前同居以及婚后短暂共同生活而只部分返还彩礼的论点都是错误的，前者因撤销条件的实现而必须恢复原状——即全额返还，后者则因撤销条件的消灭而不存在任何返还的必要。

当然，从“目的实现”或“条件消灭”的角度来看，笔者认为有一种情况可以作为全额返还的例外，即男女双方确实按照习俗举办了婚礼，已向公众宣示婚姻关系但尚未登记，后来决定分手的状况。此时可以认为给付者的目的已经部分实现，撤销条件部分消灭，可以考虑支持部分返还。

2. 过错责任原则在附条件的赠与合同中的运用

过错责任原则作为确定民事责任的最主要的原则，同样也适用于附撤销条件的赠与合同，在给付之诉中当事人的过错可以减免相对人的给付责任。本案中，什么样的过错可以成为女方不返还或者少返还的事由呢？许多人主张使女方怀孕、对女方施暴、对女方家长不敬等都可以成为此种对冲给付责任的过错事由。对此，笔者持不同意见。给付之诉中的过错事由必须是导致行为目的不能实现的直接事由，就婚姻而言，王某如果隐瞒不能结婚的事由或有虚构年龄等欺诈事实而导致婚姻无法缔结，王某即应当承担相应的过错责任，失去请求返还全部或部分彩礼的权利。而对于与行为目的不能实现无必然因果关系、有其他原因力介入造成因果关系中断的其他间接事由，都不能成为对冲给付责任的过错事由，比如与对方家长不睦、生活习惯难以调和而导致双方分手等等。

3. 关于彩礼不应当返还的抗辩事由

在返还彩礼之诉中，很多当事人持“男方对女方不好而导致分手，女方可减免返还”的观点。笔者认为，返还彩礼之诉本质上是违约之诉，而如果男方对女方施暴则涉及侵权，这是另一个法律关系，二者不存在直接对冲关系，其举证规则及裁判依据等适用的法律不同，将二者混在一起处理容易造成案由、是非不清，不利于划分性质与责任，因此应分别处理。

另外，有女方以存在同居事实作为返还彩礼之诉的抗辩事由，也有些法律工作者认为，在男女生活中，女性通常处于弱势的一方，更感性、更容易受到伤害，因而法律应当对其额外关照，存在同居事实的返还彩礼之诉，可以适当减免女方的返还责任，且一旦女方生育，男方甚至还应赔偿损失。笔者认为，法律对道德与社会生活具有强大的导向、引领作用，因而法律所保护的必须是合法的权利与社会关系。我国法律是排斥婚外性行为的，单纯对于婚外性的得失依法不予保护，因而如果因婚外同居而减免法律责任，必会冲击现行的法律及社会主义道德体系，作为判决出现更是极不严肃的。况且，男女双方的同居行为若出于自愿，则是双方均有得失的行为，不存在侵权赔偿问题，若非出于自愿，则由刑事法律予以规范。当然如果双方婚外生子，作为孩子的父母，双方均有抚养义务，对于女方因生产而发生的医疗费等支出，男方也应适当分担，但这绝不能成就赔偿事由。

综上，王某与周某未婚同居，之后双方分手，彩礼应全部返还。王某送给周某的改口费，因为已经实现了行为的目的，故不予返还。

（作者单位：山东省淄博市张店区人民法院）

将个人房屋遗赠给“二奶”的行为是否有效

2014年2月18日 中国民商法律网 刘少平

[案情]

谭勇义（男）与徐小莹（女）于1987年11月登记结婚，婚后生育一男（谭杰）一女（谭琴），均已成年。2006年5月始，谭勇义外出经商，与徐小莹过着聚少离多的生活。2009年3月，谭勇义认识了异性何淑芬并同居生活。2011年6月，谭勇义发现自己患有直肠癌并一直由何淑芬照顾其生活，直至2013年8月25日去世。谭勇义去世前立有遗赠，主要内容为：生病期间得到了何淑芬照顾，决定在去世后座落在丰城市城区某社区的一幢砖木结构房屋（属谭勇义个人婚前财产）赠给何淑芬，并经过了公证机关公证。当何淑芬准备搬迁入房时，遭到徐小莹及其儿女谭杰、谭琴的阻挠，于是2013年10月9日诉至法院，要求确认谭勇义所立遗赠有效。

[分歧]

谭勇义将个人所有的房屋遗赠给“二奶”何淑芬，法院该否支持？存在两种不同观点：

第一种意见认为，法院不应支持。谭勇义在与徐小莹婚姻关系尚存的情况下，将个人所有的房屋遗赠给“二奶”何淑芬，有悖公序良俗。

第二种意见认为，法院应当支持。谭勇义的遗赠是其生前真实意思表示，处分婚前个人所有的财产完全属于私

权，没有违反法律规定，也不损害社会公共利益，遗赠行为有效。

[评析]

笔者同意第二种观点，理由为：

1、遗赠协议效力高于法定继承效力

我国《继承法》第五条规定：“继承开始后，按照法定继承办理；有遗嘱的，按照遗嘱继承或者遗赠办理；有遗赠扶养协议的，按照协议办理”。谭勇义在生病期间得到了何淑芬的照顾，其所立遗赠实为遗赠扶养协议，按照法律规定，应当按照该协议内容优先办理，而不是按法定继承办理。

2、谭勇义的遗赠行为有效

我国《民法通则》第五十八条规定，下列民事行为无效：（一）无民事行为能力人实施的；（二）限制民事行为能力人依法不能独立实施的；（三）一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下所为的；（四）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的；（五）违反法律或者社会公共利益的；（六）经济合同违反国家指令性计划的；（七）以合法形式掩盖非法目的的。本案谭勇义的遗赠行为，具备法律规定的形式要件和实质要件，也不属法律规定的无效情形，据此可认定谭勇义的遗赠行为有效。

3、公序良俗不能替代法律规定

谭勇义在拥有正常婚姻之外包养“二奶”的行为，确实违反了社会公序良俗，并且应当受到社会的谴责。但是，在审判实践中不能因其违反公序良俗而剥夺其法律赋予的遗赠权，谭勇义包养“二奶”的行为与遗赠行为是两个不同的法律关系，应当区别对待，不能混为一谈。

4、支持何淑芬诉请不是等同支持“婚外情”

自由是法律最本质价值和最高目标，对于公民个人而言法无禁止即自由。谭勇义将自己的房屋遗赠给“二奶”何淑芬的行为，在法律上没有禁止性规定，是其个人自由的体现，应当得到法律支持。如果把人民法院支持何淑芬诉请与支持“婚外情”等同起来，这明显是错误的。

（作者单位：江西省丰城市人民法院）

入赘者对岳父母是否有赡养义务

2014年2月21日 中国民商法律网 文广兴

[案情]

蒋新松（男，75岁）与熊美兰（女，71岁）夫妇未生育子女，1983年5月通过合法手续收养一女蒋晓慧，因考虑到将来养老需要，于是打算招个上门女婿。2004年4月，在亲戚介绍下，龙剑清入赘其家并与蒋晓慧结婚，婚后生育一男（蒋小华，2005年7月生）一女（蒋小芬，2007年10月生）。入赘前，蒋新松夫妇与龙剑清达成赡养协议：龙剑清每月支付给蒋新松夫妇的赡养费不得低于1000元（即每人每月不低于500元），为俩养老送终；身后房屋（价值约80,000元左右）归龙剑清及蒋晓慧所有。2012年7月，蒋晓慧因病死亡；当年12月，龙剑清带着儿女离开蒋家，并拒绝对蒋新松夫妻支付赡养费。经协商无果，蒋新松夫妻诉至法院，要求龙剑清履行赡养义务。

[分歧]

在上门女婿是否有义务赡养岳父母问题上，存在三种不同观点：

第一种意见认为，蒋新松夫妇与龙剑清所达成的赡养协议，实质上是份附义务的赠与合同，即龙剑清要取得蒋新松夫妇赠与的财物，则必须履行赡养其义务，否则无权获取赠与物。

第二种意见认为，上门女婿无赡养岳父母的法定义务，女婿自愿赡养应提倡，强制赡养则无法律依据。

第三种意见认为，双方订立赡养协议属双方自愿行为，且不违反法律规定，应当按协议履行。

第四种意见认为，双方订立的赡养协议虽然有效，但考虑到上门女婿对岳父母没有法律上的赡养义务，在司法实践中可以考虑解除赡养协议，但在该协议中随附的蒋新松赠与龙剑清财物的义务也随之撤销。

[评析]

笔者同意第四种观点，理由是：

1、赡养协议是双方真实意思表示

从赡养协议效力看，签订该协议属双方自愿行为，协议内容也没有违反法律相关规定，由此可认定该协议有效，对双方当事人具有同等拘束力，龙剑清应当继续按照协议约定履行赡养义务，其擅自单方中止履行协议的行为既违背了双方约定，也违背了民法中的诚实信用原则。

2、入赘女婿赡养岳父母是社会良俗但不是法定义务

我国农村招婿养老约定俗成的做法是：嫁出去的女儿对父母尽赡养义务相对少，因为陪嫁的嫁妆与家中财产相比所占份额少，而上门女婿到女方落户后，通常与配偶一起继承岳父母的财产，赡养责任由女儿与上门女婿共同承担，上门女婿在配偶死亡之后，不能以此为由免除其赡养岳父母的责任，这也体现了权利与义务相一致的原则，同时也被公众价值观念所认同。但是，社会良俗不能替代法律规定，不具有强制性作用。

3、司法实践处理

该赡养协议是以蒋晓慧与龙剑清相互缔约婚姻为基础，没有婚姻关系成立，就没有该协议的形成，也就没赠与行为产生。可见，协议中关于支付赡养费和赠与财物的条款，是蒋晓慧与龙剑清建立婚姻关系的随附义务，且这种随附义务是互为的，即龙剑清对蒋新松夫妻尽赡养义务，蒋新松夫妻对龙剑清负赠与义务。司法实践中，如果龙剑清坚持不继续履行赡养协议，则可依法解除，同时作出免除蒋新松夫妻赠与龙剑清财物义务的判决。

（作者单位：江西省丰城市人民法院）

原告当面写好离婚撤诉申请

2014年2月22日 人民法院报 孙国华



浙江省安吉县人民法院人民陪审员 王俊涛

我叫王俊涛，2008年从部队复员回乡后挑起村里调解委员的“担子”。2011年9月，我被浙江省安吉县人民法院选任为人民陪审员，从此怀揣着当好“老娘舅”的梦想，进入民一庭陪审。

去年4月的一天，庭长将一件离婚起诉状交给我送达并顺带摸底。细读诉状，我发现原告舒某（女）与被告陈某都是再婚，婚后没有子女，更不同寻常的是，在我给被告打电话通知其应诉时，被告得知他老婆要和他离婚，并没有一般人的激动言词，只是表示会马上来拿传票。

刚挂电话，原告也来电话要求“暂不通知被告来拿诉状，想再看看能不能去民政局私了”。我灵机一动，何不将原告和其代理律师也一起叫来先调解一下。

一支烟的工夫，各方一一到达。先分开听听各自的理由。“被告，你有什么样的想法？”被告表示不想离婚：“都已经是二婚了，传出去不好听，再说我也没有什么错的地方！”“我不抽、不喝、不嫖、不赌，每天经营着家里的小作坊。她倒好，天天开着车到处转悠，一帮小姐妹哄来哄去。把家当成旅馆，来去自由自在。”被告一脸的郁闷。

摸准了被告的心思后，我找来原告聊聊。原告恰恰相反，离婚之意坚决，但是又讲不出个子丑寅卯。我反问她：“那你有没有不足之处？譬如在外面有没有‘外遇’？”她说没有。我分析起来：“你们之间肯定是缺乏沟通，相互缺乏信任。说说吧，对老公有什么要求，我给你们参谋参谋。”“我的要求也很简单，就是家里的钱，要我来管。虽然我没有挣到钱，但是我想要这样的权利。”原告快人快语。

果然心有“千千结”。情况基本明朗。“你这个小小的要求，其实就是缺乏信任。都是一家人谁管钱不是一样啊。只要不乱花，该用钱的还是要用的。你们两个其实并没有什么上纲上线的问题。”我又劝说被告：“要在乎原告，婚姻也是生意，要主动去经营。”“回家好好的过日子吧，双方和和气气的，相信你们以后谁也离不开谁。”原告拿起笔当场写好了撤诉申请。看着他们相挽离去，我会心地笑了。

一件离婚案件，初看针尖对麦芒，经过一番沟通，终于“第二次握手”。其实，再婚夫妻婚姻不易，遇到不如意更应退步、包容，避免矛盾激化。

作为一名“老娘舅”，我对自己的要求就是“不怕问、不怕烦、不怕缠”，案结事了人和是最终目的。

（孙国华 整理）

大V法官王茂刚 调解判案发博 释法理更重人情

2014年2月18日 劳动午报 周卫法



王茂刚在查看群众来信



当事人给王茂刚（右）送锦旗



王茂刚（左）在向当事人做工作



- 进行调解 他的“七巧”调解法名震京城
- 严把二审关 他二审中改判案件最多

- 带教法官 他重身教更胜过言传
- 刷微博普法 他不怕搭上业余时间
- 作为大V 他微博释法明理很接地气儿
- 他就是全国法院办案标兵、市一中院民一庭副庭长王茂刚

初识王茂刚始于他的一则微博：“即使最美好的婚姻，一生中也会有200次离婚的念头，50次掐死对方的冲动……如果把这番话说给要离婚的当事人，他们十有八九会和好撤诉了。”很难想象，一个在世人眼里似乎应该板着脸、表情严肃的法官，在公共场合说话竟能如此接地气儿。

上周五，作为他的粉丝之一，记者终于有机会见到了自己的偶像。初见王茂刚，他斯文的气质让记者误以为走错了门。相对于法官职业，他更像是大学老师，儒雅的风度又有点像文艺青年。可经过深入了解，记者不由得想到八个字：爱岗敬业，剑胆琴心。

【探访王茂刚】

作为大V

他微博释法明理接地气儿

“薛蛮子的经历能够警醒更多的网络名人……一旦长期只盯着赞扬的声音，而没有监督、没有批评、没有警示，就自然而然、注定会出现飘飘然、忘乎所以，出现个人虚荣的膨胀，这应该说是全世界的常理。我更不例外。”薛蛮子被央视报道之后，同样作为大V的王茂刚微博中这样反思。当时记者的第一感觉是，一个执掌司法天平的实名大V敢在微博上如此自我解剖，此人一定可交。就这样，记者与他的微博结下了不解之缘，有空就会浏览一下。

“刑法修正案（八）将刑法第六十九条进行了修改：……”“两高出台利用信息网络实施犯罪司法解释……”阐明最新司法解释，剖析新法立法精神的内容在他的微博中占了很大分量。

当然，在其微博中对司法改革的呼吁，对基层年轻法官和书记员的呵护同样不乏体现：“中国法治进步需要法官、律师、学者乃至每一个普通老百姓的共同推动。”“北京最低工资标准‘逼着’法院聘用制书记员涨工资。”“不要总是抱怨年轻法官改发了你的案子，而是要多强调如何把自己的案子办好……”

对粉丝的提问，王茂刚回答得很认真。“股权不仅具有财产属性，而且带有强烈的人身属性，应优先适用……”“征地后、领取补偿款前死亡的……”

进行调解

他悉心钻研总结出七招绝活

相对于判决而言，调解在一定程度上更能考验一个法官驾驭法律的能力和对当事人心理的把握程度。为了促使当事人在化解纠纷的同时更能化开心结，王茂刚在调解过程中总结出了七招调解绝活——“七巧”调解法：“巧用释明，以提示风险促调解”“巧释坚冰，以亲和温情促调解”……

其中，“巧用释明，以提示风险促调解”是王茂刚总结出来的调解案件的基本方法。“释明能够帮助当事人对其主张能否得到法院的最终支持做出正确判断，从而放弃非分的幻想，产生同意调解的想法，这样既可避免激化矛盾，又可节省司法成本。”王茂刚说：“比如，在一起二审离婚诉讼案中，上诉人对一审的房屋分配有异议，认为房屋是双方共同支付首付款购买的，应属共同财产，提供的证据是在对方支付首付款的当日，自己存折上的取款记录。在一审中，法院以首付款数额与取钱数额不相同而没有支持其主张。可我通过认真的审阅案卷材料，发现了案情的特殊之处：一是取钱的时间离两人登记结婚只有10天；二是首付款与存折上显示的取钱数额虽不完全相同，但钱数的后四位数完全相同。”

对此，王茂刚在庭审中巧妙地进行了释明，他向被上诉人说：你们两个人当时正在热恋当中，已经筹备结婚，恰好就在我支付首付款的同一天，她有大额取款，而且首付款数额与取款数额的后四位数完全相同，难道这还不能说明问题吗？王茂刚这番话其实是向被上诉人释明了法院将对双方共同支付首付款的事实予以认定。被上诉人顿时脸色发红，无言以对。王茂刚趁热打铁对该案进行了调解。

至今年上半年，王茂刚在7年的时间内共审结案件1900余件（含在房山法院交流期间所办案件），调撤率34%。

严把二审

他是改判案件最多的法官之一

为用判决塑造法律权威，王茂刚总是严把二审关，对一审中的错误坚决予以纠正。七年来，他对一审案件改判100多件，发回几十件，改发率8%，是改发案件最多的法官之一，经由他改发的案件经过“万件案件评查”，无一错案。

在王茂刚审理的诸多案件中，有一个案件至今让他记忆犹新，也让他时刻警醒。

那是一起个人诉单位支付房屋租金的二审案件。2004年，某开发商先是将某大厦首层租给工商银行，约定租期10年，后又将其卖给个人杨某。

杨某与开发商签订《以租金抵销房款协议》，约定杨某将2005年至2009年的租金收取权让与开发商，用以抵销相同数额房款。因开发商未按约定期限为杨某办理产权证，法院判决开发商给付杨某违约金。

杨某主张用违约金抵销房款，之后杨某起诉要求自行收取工行尚未支付给开发商的租金。一审支持了杨某的诉

求，判决工行将租金直接支付给杨某。

从一审法院查明的事实及判决结果看，一审判决似乎是正确的，可就在重新翻阅卷宗时，王茂刚突然发现了一个重要的细节：在杨某与开发商的房屋买卖合同中约定，杨某支付房款达到80%后1年内，开发商负责为杨某办产权证，否则承担违约责任，而另案判决开发商违约，正是因为杨某支付房款已达到80%，而之所以能够达到80%，是已经把工行5年的租金全部计算在里面了。

这一事实查清后，王茂刚立刻对整个案情重新进行了认真细致的分析梳理，最终，他结合查明的事实情况对案件进行了改判。

二审判决作出后，王茂刚长长出了一口气，杨某虽然二审输了，但对王茂刚提出的案件事实和理由没有提出异议，并主动缴纳了案件受理费。

带教法官

他重身教更胜过言传

在一中院，有资历的法官要给新毕业的大学生做一年的带教法官，王茂刚就是带教法官中的一员，凭借他兢兢业业的工作作风和出色表现，成为被带教书记员乃至其他书记员学习的榜样。

其实，王茂刚对于书记员影响最大的不是言传，而是身教。要求别人做到的，他自己总是首先做到。法院要求上午9点上班。可是他经常早上7点30分就到办公室。

“这个点儿，院里人少、安静，趁机看会专业书籍，写写判决书或者浏览一下微博，写条评论等，效率都很高。”说话间王茂刚刷了一下微博说，“你看这几条，就是今天早上来之后写的。”在他的影响下，助理法官和书记员都非常认真守时。

王茂刚对工作的严谨态度更是令他带过的助理法官和书记员惊叹不已。“通常在法官写完判决书后，由书记员进行校对，之后再送校核室校核。王（茂刚）老师的判决书太‘可怕’了，几十页判决书看下来，通常是一个错字都没有，简直不可思议。”说起王茂刚的判决书，他带教过的赵蕾感叹道。正因为如此，他书写的判决书被校核室内定为“免检”文书。

王茂刚是一个手中不压活儿的人，收了案子及时办，对于调研、清理积案等其他工作任务，也是尽量往前赶。

王茂刚对书记员的要求是必须跟上他的工作节奏。他认为，法官与书记员在工作中需要相互配合，怎样才叫配合得好呢？比如，一个简单的标准就是彼此不要让对方着急：也即书记员不能让法官着急，法官也不能让书记员着急。

【对话王茂刚】

刷微博普法

搭上业余时间也值得

记者：作为拥有近10万粉丝的大V。无论是对新规的解读，对司法改革的呼吁，还是关于书记员的待遇，在微博中您几乎什么都敢说？不怕言多有失吗？

王茂刚：新媒体时代让法官的职责和与社会沟通的方式都发生了变化。过去法官给公众的印象是很神秘，而法官又是承担为老百姓化解矛盾、解决纠纷的职责，让社会了解法官，更能提高法律的公信力，我开微博是希望打开法官与当事人沟通的窗口。

记者：看您微博更新很及时，这会影响您的日常工作吗？

王茂刚：上班时间我几乎从不刷微博。我转发微博的时间多集中在早上上班前和晚上下班后。这的确搭上了我不少业余时间，但能够通过微博这个平台为百姓普及法律知识，我觉得值。

记者：二审中您改判的案件很多，据我所知，案件一旦被改判，会直接影响承办法官的评先晋级等。是否遇到过阻力？

王茂刚：一般没有什么阻力。有错必纠，这是依法判案的原则，更是我个人工作的理念。上次，和基层法院的几个法官开玩笑时，我还说过，对于他们判错的案件，我宁可请承办法官吃顿饭，也要依法改判。

记者：八卦一下，听说您转业的时候，中纪委和中信证券都有意录用您，为何选择了当法官？后悔过吗？

王茂刚：还记得转业时，因递交个人简历来到市一中院。在法院门前，等候安检的当事人排成长队，还有三五成群的当事人在门口附近商讨着什么，从他们眼神里我看到了人们对法律的信赖和对公平正义的渴望。我被这一场面所震撼，油然而感到，法院的定纷止争不亚于军队的保家卫国。于是我暗下决心：只要能到法院工作，其他用人单位都可放弃。

域外股权继承立法例之借鉴（一）德国关于股权继承问题的规定

2014年2月19日 中国法院网 邹来 江洪

（一）德国关于股权继承问题的规定

德国法律明确规定公司股权具有可继承性。有限责任公司法第十五条第一款规定，公司股份是可以继承的。根据该法第十七条第一款和第二款规定，如果公司章程没有对股份分割进行规定，那么继承股份时对股份的分割必须获得其他股东的同意。为防止因为继承而无限制增加公司股东人数，该法第十七条经四款规定，公司章程中也可以

禁止对公司股份进行分割。如果公司章程没有特别规定,无论是法定继承还是有任意指定的遗产继承顺序,公司股东去世后,其股份依法转让给遗产继承人;若有多个继承人,则股份归他们共同继承;可根据有限责任公司法第十五条和第十七条的规定对股份进行分割。

一个股份为几个继承人共同继承,他们必须共同行使该股份的权利。对该股份所欠的支付责任,所有继承者必须承担连带责任。继承者对继承股份所欠的债务承担无条件的清偿责任,这些债务包括尚未缴纳的股金、追加出资、差额责任或遗留补缴责任等。如果公司股份被遗赠给某一继承人或第三者,则受赠者可以根据一般的法律规定向其他遗产继承者提出转让要求。要求必须符合有限责任公司法的要求规定的形式要件。如果公司章程根据有限责任公司法的规定对转让作了限制,则还必须满足有关转让的其他前提条件。如果无论是遗产继承者还是受赠者都不能做到这一点,比如因为公司拒绝同意转让,则遗赠可能无法实现。

为阻止不受欢迎的遗产继承者成为公司股东,公司可以在章程中规定:股东去世后,由公司回收其股份。有限责任公司法对此予以认可,公司还可以在事后作出补充规定。章程可以对继承进行限制,比如股份不得由股东的家庭成员继承,或者不得转让给其家庭成员。公司章程可以规定一个较低的补偿价格,如以低于市价的价格进行转让(其目的是为了防止公司资本的外流而给公司造成经济损失,同时可以简化利益冲突)。公司可以对遗产继承者发出无需特殊形式的通知进行回收。公司也必须在适当的期限内行使其回收权。公司章程中也可以对股份回收不作规定,相反却规定股东或第三者的加入权利(加入条款),或者规定股份继承者必须将其继承的股份转让给某个确定或尚待确定的人(转让条款)。

如果遗赠者的遗嘱安排涉及其所有遗产,那么这种安排也同样涉及其持有的股份。但是遗嘱的执行可只局限于公司的股份。遗嘱执行者所享有的权利和必须承担的义务必须以民法典及遗嘱的规定为准。公司法并不反对遗嘱执行者行使股权,如参加股东大会,行使其查询权和投票权,因为这不是对股权的分割,而只是行使其作为执行者的职权。

(二) 法国关于股权继承问题的规定

法国商事公司法第四十四条规定,公司股权通过继承方式或在夫妻之间清算共同财产时自由转移,并在夫妻之间和直系尊亲属和直系卑亲属之间自由转让。但是,章程可以规定,配偶、继承人、直系尊亲属和直系卑亲属只有在按章程规定的条件获得同意后,才可能成为股东。第四十五条规定,只有在争得至少四分之三公司股份的多数股东的同意后,公司股份才可转让给与公司无关的第三者。根据法国相关法律的规定,在自然人股东死亡后,其他股东可以通过公司章程的规定行使下列选择权:一是公司仅在健在的股东之间继续存在,即公司要回购死亡股东的股份,如果对股份作价达不成协议,则应当由鉴定人进行评估作价;二是准许已去世股东的所有继承人加入公司,公司继续存在;或者仅有某些继承人加入公司,公司继续存在;三是立即解散公司。由于法国法律规定两合公司的股东必须具有商人资格,而死亡股东的继承人可能因尚未成年或其他原因,没有成为商人的能力。在1966年7月24日法律第21条规定,在有一名或数名股东的继承人尚未成年时公司继续存在的情况下,这些未成年人对公司负债仅以其继承的遗产为限度承担责任。在这里对未成年人的保护优先于对公司债权人利益的保护。另一方面,该条文还补充规定,公司应当在一年期限内转型成为两合公司,让未成年人在转型后的两合公司中成为仅负有限责任的股东。这样无能力人也享有仅以其出资额为限度承担公司负债之利益。如果公司没有转型,那就应当解散,而不能采取事后补正的做法。

英美公司法也有类似法国的规定,原则上承认死亡股东的继承人取得股东资格的权利,但公司章程如果授权董事有决定是否对新股东进行登记的自由裁量权,则董事有权拒绝登记,只要这种拒绝是出于善意。

(三) 日本关于股权继承问题的规定

《日本有限公司法》第19条第(二)款规定:“股东将其股份之全部或一部转让与非股东时,应经股东会承认。”第(六)款规定:“非股东者取得股份时,可以向公司提出记载取得出资股数的书面,请求公司于不承认其取得时指定可以收购该股份者。于此情形,准用前二款的规定。”按照第24条规定,《商法典》第210条之三第一款也适用于有限公司,即:如果公司章程规定了转让股份应经董事会承认条款时,公司可以在继承开始后一年内,从股东的继承人处收购其因继承所得股份而取得自己股份。可见,继承人要想取得股东资格,须经股东会同意,并受章程限制。

此外我国台湾地区的公司法第一百二十三条第二款(两合公司)也规定,有限责任股东死亡时,其出资归其继承人。

可见,域外这些法律法规都在一定程度上规定了对于继承人取得股东资格的限制程序。

(作者单位:江西省鄱阳县人民法院)

一方犯罪产生的侵权之债是否属夫妻共同债务

2014年2月21日 中国法院网 罗来庆

[案情]

叶某业与叶某奎系同一村小组村民。2013年2月21日,因老宅基地权属问题,双方产生争执并相互殴打起来,叶某业被叶某奎打伤,在要求叶某奎赔偿医疗费1200元遭到拒绝情况下怀恨在心。3月11日深夜,叶某业携带自

制爆炸物来到叶某奎房前，将爆炸物通过一楼未关实的窗户扔进其卧室内，导致叶某奎当场炸死和妻子肖某花严重受伤后果；同时叶某业也被炸成重伤，因抢救无效在医院死亡。经司法技术鉴定，肖某花因本次爆炸事故构成九级伤残，占全残的20%。8月23日，肖某花向人民法院提起民事诉讼，要求叶某业的妻子邢某燕赔偿其夫叶某奎死亡赔偿金、丧葬费、被抚养人生活费等34万元，赔偿自己住院医疗费、残疾赔偿金、误工费等21万元，合计55万元。

【分歧】

本案叶某业因犯罪所发生的侵权之债，其妻邢某燕是否负有赔偿责任？审判实践中存在两种不同观点：

第一种意见认为，邢某燕负有连带赔偿责任。叶某业与妻子邢某燕在家庭内部具有共同的利益，故叶某业实施爆炸行为所产生的损害赔偿之债属夫妻共同债务，其妻邢某燕应当承担连带赔偿责任。

第二种意见认为，邢某燕不负赔偿责任。叶某业与邢某燕虽系夫妻关系，但叶某业实施犯罪属个人行为，由此而产生的侵权之债为个人债务，与妻子邢某燕无关。叶某业的侵权之债，仅限用其个人遗产承担赔偿责任。

【评析】

笔者同意第二种观点，理由为：

1、关于侵害生命权、健康权的民事责任问题。侵害生命权、健康权的构成要件均包括四方面内容：（一）违法行为；（二）损害事实；（三）因果关系；（四）主观过错。侵害公民的生命权、健康权都属一般性侵权行为，应当按照侵权责任法的过错责任原则处理，有过错就承担民事赔偿责任，没有过错则不承担。结合本案看，叶某奎的死亡及肖某花损害事实产生，是叶某业的违法行为所致，两者之间存在直接的因果关系，叶某业存在重大过错，对受害人负有赔偿责任；邢某燕虽为叶某业之妻，在家庭内部具有共同利益关系，但毕竟其对叶某奎的死亡及肖某花损害结果发生，在行为上不构成侵权，在主观上亦无过错，按照过错责任原则，邢某燕不应承担赔偿责任。

2、叶某业因违法所产生的债务不属夫妻共同债务。我国《婚姻法》第四十一条对夫妻共同债务有明确表述：“离婚时，原为夫妻共同生活所负的债务，应当共同偿还”，将夫妻共同债务界定在“为夫妻共同生活所负”的范围内。判断夫妻共同债务的标准通常有二点：一是夫妻举债是否有共同的意思表示；二是举债的收益是否为夫妻双方共同享有。在本案中，邢某燕没有参与犯罪，与其夫叶某业无共同举债合意，因此该侵权之债属死者叶某业的个人债务，与邢某燕无关。

3、关于侵权之债履行问题。对叶某业违法所产生的侵权之债，可根据我国《继承法》第三十三条的规定处理，即将死者叶某业的法定继承人列为赔偿主体，由被继承人清偿债务并以叶某业的遗产实际价值为限。

（作者单位：江西省丰城市人民法院）

卖婚前房产换新房属夫妻共同财产吗

2014年2月20日 中国法院网 黄娟

【案情】

吴某于婚前购买了一套商品房，在其与黄某结婚不久便将该房出售并另行购买了一套商品房，房屋产权证上注明的产权人为吴某。夫妻乔迁新居不久，黄某便以双方性格不合为由起诉离婚，并要求分割该新购房产，吴某虽同意离婚，但认为该套房屋属于自己婚前财产，不应分割。

【分歧】

对于该房屋能否作为夫妻共同财产分割，存在两种不同意见。

第一种意见认为，该新购房产为夫妻共同财产。该新购房产为夫妻关系存续期间，即婚后与离婚前所形成，应属夫妻共同财产，应在离婚时予以分割。

第二种意见认为，该新购房产为婚前个人财产，不能作为夫妻共同财产进行分割。该新购房产系吴某用婚前个人财产购买的，虽在婚后购置，但仍属婚前财产，故离婚时黄某不能分割吴某的婚前个人财产。

【评析】

笔者同意第二种意见，理由如下：

第一，新婚姻法第十七条规定：夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，归夫妻共同所有：（一）工资、奖金；（二）生产、经营的收益；（三）知识产权的收益；（四）继承或赠与所得的财产，但本法第十八条第三项规定的除外；（五）其他应当归共同所有的财产。夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权。从以上可看出，该新购房产并不在其列。

第二，婚前财产在婚后进行转化，法律尚无明确规定。根据我国《婚姻法》的规定，婚前财产不会因为结婚就变成婚后财产，但是对于婚前财产在婚后转化为其它形态的财产，如以婚前存款婚后买房，将婚前的房屋在婚后出卖之后的存款，此转化后的财产是否属于夫妻共同财产，法律并没有明确规定。但是从法理上分析，如果婚前财产只是财产形态上的转化，那么此财产不属于在夫妻关系存续期间所取得的财产，所以不属于夫妻共同财产，仍为夫或妻一方的个人财产。

第三，新购房产所有权登记为吴某。我国法律规定，固定资产采用登记制，吴某新购房屋的所有权名字为吴某，如新购房屋所有权名字为吴某与黄某，则对该新购房产的归属可能又有新的疑义，可能产生吴某对自己个人婚前

财产在婚后的一种自主处分，如赠予黄某一半的产权等。本案中产权登记并无黄某，则吴某并未将房产有重新处分如赠予等意思，故本案中吴某婚后新购房产仍应为吴某婚前财产。

综上所述，吴某新购房产为婚前个人财产，离婚时，丈夫黄某不能将其作为夫妻共同财产予以分割。

（作者单位：江西省南城县人民法院）

“楼道法官”李红星的故事

2014年2月25日 民主与法制时报 庞静

核心提示：在北京市海淀区人民法院，李红星是出了名的“楼道法官”，他常绕开堵车高峰于7点多钟到办公室，因平时处理案件速度快很少加班，还被称为“不加班”法官。

在北京市海淀区人民法院，李红星是出了名的“楼道法官”，他常绕开堵车高峰于7点多钟到办公室，因平时处理案件速度快很少加班，还被称为“不加班”法官。

“楼道法官”的调解法

2005年至2009年，北京市海淀区人民法院法官数量少，工作强度大。为了提高工作效率，李红星每天都要安排七八次开庭。

他经常在当事人看笔录签字的空当，到楼道接待下一个案件的当事人，因此被媒体誉为“楼道法官”。

据了解，李红星年均结案近800件，连续5年名列北京市海淀区人民法院民事结案第一，案件调解撤诉率在80%以上。

2010年，北京市高院在海淀法院召开新闻发布会，向全市法院推广李红星的“调解工作法”。

1月13日，在海淀区人民法院采访时，记者看到，李红星负责的一起离婚调解案还未结束，第二个案件的双方当事人推门进来了。

几分钟后，第二个案件又调解完了。在书记员打调解书空隙，记者问第二个案件的一方当事人，还要等多久，看上去心情不错的当事人说：“也就10分钟。”

不过，李红星也遇到过很固执的当事人。

一名下岗职工花84万元买了套二手房后发现，楼上的厕所在厨房正上方，有臭味，遂以卖房人存在欺诈为由起诉到法院。

法院将该案按照相邻权问题进行了处理，处理完后，当事人隔三差五到法院大吵大闹要见庭长、院长。

后来，李红星建议当事人，“以房屋存在瑕疵为由起诉房屋贬值损失，赔偿金额6万左右合理一些。”

再次开庭后，李红星与卖房人律师沟通未果后，又找被告人进行了沟通。最终以被告支付原告4.5万元赔偿金，原告放弃其他权利主张，双方达成和解。

锻炼带来的新发现

37岁前，李红星常下班接完孩子就回家休息，每天都很疲惫。后来，他下班后打羽毛球进行锻炼，既增强了体质，又提高了判断能力和反应速度。

如今，提起李红星的性格，他的徒弟刘超称，“（做事）特别麻利干脆，也很顾家，就是有点儿急脾气。”

刘超告诉记者，在李红星手下当速录员一年多来，“因为师父基本不加班，所以相比法院其他速录员，我的加班情况也比较少。”

做法官，李红星是“半路出家”。道路桥梁专业本科毕业的他，当了5年工程师后，因为现在的妻子回到了北京，他才在1997年报考了北京大学知识产权班。

学习两年后，李红星拿到了第二张学士学位证书，被分配到北京市海淀区人民法院民五庭（原知识产权庭）做书记员，一年后被调至民二庭。

2004年4月底，李红星被正式任命为助理审判员。回忆初到法院的那段时光，李红星告诉记者，那时知识产权庭一年处理案子100个，民二庭一个法官一个月就要办理20多个案子，但“这是我真正熟悉法官这一职业的黄金时期”。

有一次，当书记员的李红星跟着师父审理一个借贷案，在庭审中，由于师父中途要去参加另一个合议庭，借贷案件暂时休庭。

李红星综合分析发现，该案调解成功的可能性更大。于是，他直接建议双方当事人律师接受调解，并在师父参加合议庭回来时调解成功。

从此，调解成了李红星办案常用的“工作法”。

采访结束时，李红星告诉本社记者，他没学过心理学，但对不同当事人的性格、心理掌握颇有心得。

“一定要尊重当事人，并且把解决问题的善意传递给当事人。有的人可以笑脸沟通，有的人接受正面批评，有的人听不懂法律，也不听你讲，你用通俗的话去解释，他比较容易接受，我们要去适应当事人，迅速作出判断和变化。”

也许正是这种巧妙的“心理掌握”，成就了李红星的办案神速。

夫妻一方起诉要求房产“加名”应受理

2014年02月26日 上海法治报 沙兆华

最高人民法院关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释(三)(以下简称《婚姻法司法解释三》)出台后,夫妻间要求在共同财产特别是房产上加名字的现象引起社会广泛关注,百度词条甚至因此增加了一条“房产加名税”。然而,婚姻关系存续期间购买的房屋,产权登记在夫妻一方名下,未登记产权一方起诉要求确认房屋为夫妻共同共有,该类案件法院应否受理?

有人觉得,婚姻关系存续期间购置的房屋归夫妻共同共有,司法无需进行重复的事实判断,且婚姻关系存续期间夫妻一方请求分割共同财产原则上不予受理,故未登记产权一方请求确认房屋共同共有亦不应受理,已经受理的应裁定驳回起诉。但笔者认为,法院还是应该受理此类案件。

该类案件中,未登记产权一方是否具有相应诉权是法院判断是否受理的关键。通常认为,民事诉权是指当事人因民事权利义务关系发生争议或者处于不正常的状态,请求司法机关(法院)作出裁判,确认民事权利义务关系,排除侵害的权利,包括程序意义上的诉权和实体意义上的诉权。实践中,判断当事人起诉是否合法,是否具有相应诉权,应当分别从程序诉权与实体诉权的角度进行考量。具体来说,其起诉是否符合《民事诉讼法》的起诉条件,诉讼主张有无民事实体法律支持,是否在相关法律限制起诉之列。

从程序诉权看,未登记产权一方提起的确认之诉符合《民事诉讼法》第119条规定的四项起诉条件。未登记产权一方是与本案有直接利害关系的公民(关涉未登记产权一方的财产权)、有明确的被告(登记产权一方)、有具体的诉讼请求和事实、理由(请求确认未登记产权一方为共同产权人等)、属于人民法院民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖(确认所有权系人民法院受理的民事案由之一)。

从实体诉权看,未登记产权一方的起诉具有相应民事实体法律支持。《婚姻法》第17条、18条规定了夫妻共有财产和个人财产的范围;《物权法》第2条及第19条分别规定,因物的归属和利用而产生的民事关系,适用本法;权利人、利害关系人认为不动产登记簿记载的事项错误的,可以申请更正登记……不动产登记簿记载的权利人不同意更正的,利害关系人可以申请异议登记。登记机构予以异议登记的,申请人在异议登记之日起十五日内不起诉,异议登记失效……。同时,我国法律及司法解释只是对夫妻一方在婚姻存续期间无重大理由时请求分割共有财产进行了限制,但并未对未登记产权一方在夫妻关系存续期间提起共同财产确认之诉进行限制。根据私法中“法无禁止即自由”原则,未登记产权一方因房屋权属与夫妻另一方发生争议后可以提起确认之诉,故其具有相应实体诉权。

定纷止争是司法的重要功能之一。当事人可以通过提起确认之诉,请求法院对于双方之间有争议的法律关系进行司法确认,从而达到明确双方权利义务关系的目的。未登记产权一方因与登记产权的夫妻一方就房屋权属发生争议,要求对夫妻关系存续期间购买的房屋进行确权,有其客观必要性,而不是司法进行简单的“重复”事实判断。

登记是不动产物权公示的方式。《物权法》第9条规定,不动产物权的设立、变更、转让和消灭,经依法登记,发生法律效力;未经登记,不发生效力,但法律另有规定的除外。夫妻存续期间购买房屋属于法律继受行为,应当适用这一规定,即夫妻双方自其名字登载于不动产登记簿之日起取得房屋的所有权,对外具有公示效力。反之,未登记产权一方并未取得该房屋的所有权。同时,《物权法》第28条规定,因人民法院的法律文书导致物权设立、变更、转让或消灭的,自法律文书生效时发生法律效力。也就是说,人民法院对房屋产权人的确认并不仅是对法律事实的“重复判断”,其可以发生物权设立、变更等效力。如果夫妻关系存续期间购买的房屋属于夫妻共同财产,未登记产权一方通过请求法院确认为共有财产后,其可以凭借法院的确认判决书直接至房屋产权登记部门进行“加名”登记。因此,未登记产权一方提起确认之诉以求取得房屋共有权的必要性便能理解。

夫妻关系存续期间购买的登记在夫妻一方名下的房屋,被登记产权一方随意买卖的法律风险较大,未登记产权一方的合法权益易受侵害。在夫妻关系有可能破裂时,这种风险更大,法律规定此时夫妻一方甚至可以请求分割夫妻共同财产。然而,提前分割夫妻共同财产受到严格的限制,必须符合《婚姻法司法解释三》第4条规定的情形之一,即“一方有隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或者伪造夫妻共同债务等严重损害夫妻共同财产利益行为的;一方负有法定扶养义务的人患重大疾病需要医治,另一方不同意支付相关医疗费用的。”这不足以防止登记产权一方随意处置其名下房屋,很可能在未登记产权一方提起分割诉讼之前,该房屋已被他人善意取得。《婚姻法司法解释三》第11条规定,夫妻一方擅自处分共同共有的房屋造成另一方损失,离婚时另一方请求赔偿损失的,人民法院应予支持。但这也只是离婚时的补救措施,而且受制于擅自处分一方的执行能力,这种事后救济措施对未登记产权一方合法权益的保护有时并不周到。

如果未登记产权的一方通过提起确认之诉,最终“加名”成功,其合法权益则会得到较为充分的保障。《物权法》第97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。”由此观之,通过“加名”后,夫妻存续期间购买的房屋需得到双方的共同决定才能处分,这将大大加强未登记产权一方对自己共有权的保护力度。更重要的是,未登记产权一方“加名”后还可以通过设置房屋交易密码等,进一步保障房屋不被恶意过户,确保房产安全。

综上,夫妻间未登记产权一方起诉要求房产“加名”,是合法行使诉权的体现,可以有效维护自身合法权益,

法院应予受理并依法作出裁判，及时稳定家庭关系，促进社会和谐发展。

（作者单位：上海市第二中级人民法院）

庭审中不说话险些错过胜诉机会 答辩权是还原真实案情的利器

2014年2月21日 浙江法制报 陈艳艳 孙巍栋



近日，慈溪法院浒山法庭开庭审理了一起离婚案件，在庭审刚开始，该案承办人朱法官就碰到一个棘手的问题——被告王女士虽然到庭应诉，但竟然打算一言不发。然而，这种“打死我都不说”的姿态将对王女士不利。案情回放：

王女士和张先生于1990年登记结婚，随着共同生活的时间增长，双方之间产生了越来越多的矛盾，导致张先生打官司要求与王女士离婚。

2月14日下午，张先生和王女士准时到庭参加诉讼，不过双方也带来了一大批亲朋好友，坐在了旁听席上。审判庭里充斥着一种对抗的气氛。

宣布开庭后，法官核对好双方当事人信息，并询问原、被告是否申请本案不公开开庭进行了审理。原告张先生申请不公开开庭进行了审理，当法官要求所有旁听人员到庭外等候时，王女士的亲友不干了。经过法官耐心地向他们解释了相关法律规定后，他们终于离开审判庭，但离开时告诉王女士，让她在开庭的时候什么都不要说。

恢复庭审后原告宣读了诉状，当法官请王女士发表答辩意见时，王女士竟然真的一言不发，这让庭审很难继续。

法官对王女士说：“答辩是法律赋予你的权利，只有积极答辩，在庭审中尽量维护自己的权益，法庭才能了解真实的案件事实，你才能够得到更加公正的裁决。”随后，法官还清晰地告知其作为被告的各方面权利。

渐渐地，王女士终于松口了，积极回答法官的提问，并参加法庭辩论等环节。正因为王女士的积极答辩，法庭查明了案件事实，认为张先生和王女士的夫妻感情还未彻底破裂，有和好的可能。最终，法官当庭判决驳回了张先生的诉讼请求。

法官说法：在民事诉讼活动中，当了被告的当事人往往存在很多法律上的误区，认为我只要什么都不说、什么都不签字，就算判了也跟我没关系。这里要提醒大家，我国《民事诉讼法》规定了被告在法庭开庭审理过程中享有答辩的权利。

该法125条规定：“人民法院应当在立案之日起五日内将起诉状副本发送被告，被告在收到之日起十五日内提出答辩状……被告不提出答辩状的，不影响人民法院审理。”法官在审理案件过程当中，往往需要根据原、被告双方对案件事实的描述和举证来认定案件事实，法律给予被告答辩的权利就是为了让被告在案件审理过程中通过答辩和举证来对抗原告，以维护自己的合法权益。

在上面的案子中，如果这位王女士不积极行使答辩的权利，原告所述的不真实事实就没有相反的证据来推翻，这会导致法官认定原告陈述，作出不利于被告的裁判。因此，在民事诉讼活动中，作为被告应积极行使法律赋予的答辩权利。

精神病患者的离婚登记应否撤销

2014年2月25日 中国民商法律网 孙亚峰

案情

江苏省淮安市淮阴区吴城镇堡工村村民蒋冬丽与邻村村民尹建飞于2005年同居后生育一子，取名尹子涵，2008年7月登记结婚。2009年9月，蒋冬丽在淮安市第三人民医院精神四科住院治疗，出院诊断为精神分裂症（偏执型），后持续治疗，至今未康复。2013年6月，蒋冬丽与尹建飞在淮阴区民政局婚姻登记处申请办理离婚登记，并提交了户口簿、身份证、结婚证、双方共同签署的离婚协议书、离婚登记告知单等资料，双方未将蒋冬丽患精神分裂症的情况告知登记人员。登记人员审核后，于当日向蒋冬丽和尹建飞颁发L320804-2013-000841号离婚证书。

原告父母称2013年11月1日才得知二人已离婚，并认为由于蒋冬丽患有精神病，属限制行为能力人，根据《婚姻登记条例》规定，民政部门不能为限制民事行为能力人办理离婚登记。原告在办理离婚登记时处于精神病患病期间，民事行为能力显然受到影响，民政部门未尽审慎审查义务，诉请法院撤销L320804-2013-000841号离婚证书。另查明，尹建飞领取离婚证后，尚未在民政部门登记结婚。

分歧

第一种意见认为：原告的诉讼请求法院不能支持。《婚姻登记条例》第十三条规定，婚姻登记机关应当对离婚登记当事人出具的证件、证明材料进行审查并询问相关情况。对当事人确属自愿离婚，并已对子女抚养、财产、债务等问题达成一致处理意见的，应当当场予以登记，发给离婚证。所以，婚姻登记机关在办理婚姻登记时，只要申请人提供的材料齐全，符合法定形式，登记机关就应该履行职责，依法登记，故本案被告依法审核后发放离婚证并无不当。

第二种意见认为：婚姻登记机关的审查结果是要对当事人、社会产生一定法律后果的。《婚姻登记条例》明确规定，离婚登记申请的当事人双方均应具有完全民事行为能力。本案中，蒋冬丽在办理离婚登记时处于精神病患期间，民事行为能力显然已经受到影响，虽然对包括其行为能力方面均以告知单的方式尽到了审慎审查的义务，但因第三人尹建飞故意隐瞒原告蒋冬丽患有精神分裂症的重要事实，客观上导致作出的离婚登记依据的事实不清、证据不足，行政行为违法。在二人离婚后均未与他人再婚的情况下，该离婚登记应予撤销。

评析

笔者赞同第二种观点，法院应依法撤销民政局为原告和第三人办理离婚登记的具体行政行为。

首先，蒋冬丽与尹建飞向民政局申请办理离婚登记，已经提交了相关材料。被告向当事人发放了离婚登记告知单，由双方当事人当场签字确认，其履行了法定的审查义务。但尽到审查义务，并不意味着其办理离婚登记的结果必然正确，由于离婚登记系依当事人申请而作出的行政行为，其结果的正确性还取决于当事人申请离婚时的精神状态是否正常和提供材料是否真实有效等因素。双方均在离婚登记告知单上签字确认，应当明知其中载明离婚登记的条件之一为“无智力障碍和精神障碍”。尹建飞曾陪同蒋冬丽到医院治疗，对蒋冬丽存在精神疾病应属明知。因此，尹建飞在明知蒋冬丽存在精神障碍的情况下与其办理协议离婚，且在申请离婚登记过程中亦未将真实情况告知婚姻登记部门，存在隐瞒事实真相、弄虚作假的情形，从而直接导致婚姻登记部门为其办理了离婚登记。在二人离婚后均未与他人再婚的情况下，该离婚登记应予撤销。原告的诉请予以支持。

其次，保护公民、法人和其他组织合法权益是行政诉讼的首要价值取向，其本身也来源于现代法治保护弱势群体的基本理念。对于民政部门来说，对申请人的民事行为能力进行审查可能难度较大，这样的认定结果可能对民政部门来说稍显苛刻，法院在判决中肯定了被告尽到审查义务，但因第三人隐瞒真相致使登记行为违法，从保障弱势群体的合法权益来看，这种认定结果也更符合现代法治的发展要求。同时，根据婚姻法的规定，夫妻之间有相互扶助的义务。婚姻关系一方在另一方患精神疾病期间与其离婚从道义上来说有逃避扶助义务的嫌疑，此时结束双方的婚姻关系，将精神分裂患者的照顾治疗责任推给社会或者是患者其他亲属略显草率。笔者以为，无论是从中国传统理念考虑，还是从更有利于家庭、社会和谐稳定出发，在行政审判中法院都应该提高对离婚登记行为的司法审查标准，督促婚姻登记机关以更审慎的态度、更严格的程序对待离婚登记行为，进而引导整个社会理性、谨慎的对待爱情和婚姻。

（作者单位：江苏省淮安市淮阴区人民法院）

（三）检察官视点

离婚约定房产归属为何过不了户

2014年1月18日 检察日报 曾凡振 史洪举

米某与赵某于2008年7月在民政局办理结婚登记。2009年3月，赵某以14.4万元（首付4.4万元，余款10万元申请银行按揭）购得某小区房产一套。同年4月20日房管局为该房产颁发了房屋所有权证，赵某为房屋所有权人，米某为房屋共同共有人。同年4月27日，赵某、米某与某银行签订了抵押借款合同，以其共有的该房屋为抵押向银行贷款10万元，期限20年，还款方式为按月分期偿还。4月28日双方办理了房地产抵押登记手续。

2012年2月22日，米某与赵某自愿达成离婚协议，双方约定夫妻共有财产中的抵押房产归米某所有，房贷债务由米某承担，其他债务归赵某承担。双方离婚后米某及儿子居住该房内并每月偿还房贷至今。

后米某持离婚协议到房管局要求办理房屋所有权人变更登记手续，但房管局以该房屋被登记抵押为由不予办理。为什么离婚协议约好房产归属，房管局却不予过户？

首先，抵押物转让时需经抵押权人（银行）同意。物权法第191条明确规定：“抵押期间，抵押人经抵押权人同意转让抵押财产的，应当将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存。转让的价款超过债权数额的部分归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。抵押期间，抵押人未经抵押权人同意，不得转让抵押财产，但受让人代为清偿债务消灭抵押权的除外。”根据上述规定，夫妻双方作为房产抵押借款合同的抵押人，虽然离婚协议对抵押房产进行了处分，即从双方共同所有变更为一人所有，但是该房产转让约定未经抵押权人同意，对抵押权人不产生效力。

其次，转让抵押物不得损害债权人（银行）的利益。米某与赵某在离婚协议中约定转让抵押房屋的同时也转移了相应债务，这实际上对债权人的利益造成了损害。合同法第84条规定：“债务人将合同的义务全部或者部分转移给第三人的，应当经债权人同意。”因此，对于债权人银行而言，米某与赵某离婚协议对按揭房产的处理如未经抵押

权人(银行)同意,对银行不产生债务转移的效力。虽然米某与赵某离婚协议中有关房屋处分的约定是双方真实意思表示,对于二人具有法律效力,但是转让债务的约定须经作为债权人的银行同意,否则不能对抗作为抵押权人和债权人的银行。

最后,房管局作为房屋抵押权登记机关,在债权人和抵押权人未同意该协议内容的情况下,不能为债务人办理相应的抵押财产变更登记手续。米某只有在征得抵押权人同意或者全部清偿完债务使抵押权消灭后,才能要求房管局办理相应变更登记手续。

日常生活中,夫妻婚内共同按揭购买房产的情况十分普遍,在离婚时通常会对该按揭房产进行分割。这类房产处分协议一般仅对协议双方具有法律效力。对于作为债权人和抵押权人的银行,该协议不具有对抗效力,只有在抵押权人同意或者债务清偿完毕致使抵押权消灭的情况下,抵押房产的受让人才能要求办理房产转让登记手续。

(四) 律师视点

上市公司财务报表的分析看离婚案件的处理

2014年1月8日 上海沪家律师事务所 蓝艳 孙兆祥 贾明军律师博客

目录

一、前言

二、财务报表分析概述

三、财报分析对离婚案件的影响

四、结束语

一、前言

现在,上市公司的实际控制人或者大股东的离婚的案件已经成为资本市场的一大焦点之一。这些离婚案件中,既有和平分手的,如龙湖地产主席吴亚军与前夫蔡奎的离婚案件,万科董事长王石与前妻王江穗的离婚案件;也有为了离婚和争家产而大打出手,甚至诉至公堂的,如中国“巴菲特”赵丙贤与前妻陆娟离婚案,土豆网CEO王微与前妻杨蕾的离婚案件。这些案件的共同特征之一就是会涉及到对上市公司股权的处理,要对上市公司股权处理,其重要的依据就是上市公司已经公布或者披露的季度报、半年报或者年报等财务报表。本文拟从上市公司的财务报表分析出发,分析其对处理离婚案件的影响。

二、财务报表分析概述

(一) 财务报表分析原则

财务报表分析的原则是指各类报表使用者在进行财务分析时应遵循的一般规范。它可以分为目的明确原则、实事求是原则、全面分析原则、系统分析原则、动态分析原则等。

1、目的明确原则:目的明确原则是指报表使用者在分析和计算之前,必须清楚地理解分析的目的即要解决的问题;否则,即使计算机和数据库技术的发展使分析的工作量大为减少,整个分析过程也仅是毫无用处的数字游戏而已。我们在处理上市公司离婚案件中,对上市公司财报的分析最主要的目的是确定夫妻共同财产的范围,确定股权的价值以及防范夫妻一方恶意转移共同财产。

财务报表分析的过程,可以说是“为有意义的问题寻找有意义的答案”的过程,要解决的“问题”必须是有意义的,并且是明确的。

2、事实求是原则:事实求是原则是指在分析时应从实际出发,坚持实事求是,反对主观臆断和“结论现行”,不能搞数字游戏。这也就要求我们在分析财报时以财报本身为基础,解决离婚案件中的相关问题。

3、全面分析原则:全面分析原则是指分析者要全面看问题,坚持“一分为二”地看问题,反对片面地看问题,报表分析者要同时注意财务问题与非财务问题、有利因素与不利因素、主观因素与客观因素、经济问题与技术问题、外部问题与内部问题等。比如在确定公司股权价值时,不能仅以资产负债表中所有者权益来确定,要综合财务和非财务等因素评估上市公司的价值,为确定离婚案件中共同财产的价值奠定基础。

4、系统分析原则:系统分析原则是指分析者应注重事务之间的联系,坚持全面地看问题,反对孤立地看问题。分析者要注意局部与全局的问题、报酬与风险的关系、偿债能力与收益能力的关系等,从总体上把握企业的状况,分析时要有层次地展开,逐步深入,不能仅仅根据一个指标的高低就作出结论。在离婚案件,因为存在持股一方在婚姻关系存续期间股数变动的情形,为了确定每一阶段股数的准确数字需要对涉案公司进行系统的分析,包括上市前和上市后的股数变动情况。

5、动态分析原则:动态分析原则是指分析者应当发展地看问题,反对静止地看问题。在离婚案件,如果涉及到离婚谈判以及离婚诉讼的话,持续的期间较长,非股东一方因为不在上市公司任职,对上市公司的近期的发展情况了解不多,这就需要在每一次谈判和开庭的时候都要关注一下涉案上市公司的近期股权变化情、股价以及分红、配股等情况,从而动态的掌握上市公司的变动。

财报本身是“过去”的经济业务的综合反映,人们的决策是关于未来的。未来不会说历史的简单重复,但却是历史的延续。我们在分析财务报表的时候要注意企业的过去、现在和未来。特别是确定公司价值的时候,不仅要看

公司现在的发展情景，也要看公司未来的发展情景，从而更准确的评估公司的股权价值。在离婚案件中，有些公司特别是互联网企业的公司，其本身所持有的资产价值并不大，但并不能就此认为公司股权的价值不大。互联网公司的价值并不一定反映在资产负债表中，比如最近中国互联网有史以来最大的收购案“百度收购91案”，百度以18.5亿美元完成收购91无线，91无线将成为百度的全资附属公司，并作为独立公司运营。百度看好了91无线良好的发展情景，才投入巨资收购91无线，单单从91无线的最近财务报表上看，91无线的价值可能与收购价相差甚远。

（二）财务分析的要求

企业财务信息是进行进行财报分析的基础，没有及时、完备和准确的信息，要保证财报分析的正确是不可能的。为了保证财报分析的质量与效果，企业财务信息必须满足一下要求：

1、财务信息的真实性、可靠性。企业应当以实际发生的交易或者事项为依据进行会计确认、计量和报告，如实反映符合确认和计量要求的各项会计要素及其他相关信息，保证会计信息真实可靠、内容完整。

《上市公司信息披露管理办法》中明确规定了信息披露义务人应当真身、准确、完整、及时地披露信息，不得有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏。信息披露义务人应当同时向所有投资者公开披露信息。明确了上市公司作为信息披露义务人对信息披露的要求、义务和责任。

同时也规定了上市公司及其他披露义务人依法披露信息，应当将公告文稿和相关被查文件报送证券交易所登记，并在中国证券监督管理委员会指定的媒体发布。目前三报一刊（指中国证券报、上海证券报、证券时报和证券市场周刊），上海证券交易所和深证证券交易所以及巨潮资讯等媒体都可以查询在上市公司披露的信息，这也为我们搜集涉案上市公司的信息提供了保障和途径。

2、财务信息的完整性、系统性

所谓财务信息的完整性，是指财务信息必须在数量上和种类上满足财报分析的需要。缺少分析所需要的某方面信息，势必影响分析结果的正确性。财务信息的系统性，一方面是指财务信息是要具有连续性，尤其是定期财务信息，一定不能档期分析结束后就将信息丢掉，而应保持信息的连续性，为趋势分析奠定基础；另一方面是指财务信息的分类和保管要有科学性，以方便不同目的的财务分析的需要。

我们在搜集上市公司的财务信息的时候，一定要遵循完整性和系统性的原则。有些上市公司在上市前存在股份制改革、股权买卖、增资等变动，较为复杂。因此我们要全面的搜集上市公司自公司成立以来的沿革变动材料，包括但不限于工商内档材料招股说明书、上市后披露的信息等。

（三）分析财报的内容

尽管不同利益主体进行财报分析有着各自的侧重点，在婚姻家庭案件中，针对财务报表的分析主要注重的方向是公司股权的价值以及上市公司在婚姻关系存续期间的分红等情况。但就企业总体来看，财报分析的内容主要包括以下几个方面。

1、资本结构分析：企业在生产经营过程中周转使用的资金，是从不同的来源取得的（包括从债权人借入和企业自有两大部分），又以不同的形态分配和使用（包括流动资产、固定资产、无形资产和其他资产等）。资本结构的健全和合理与否，直接关系到企业经济实力的充实与否和经济基础的稳定承担各种风险；反之，如果资本机构不健全、不合理，企业的经济基础就比较薄弱，难以承担各种风险。分析资本结构，无论对企业的经营者、投资者或债权人，都具有十分重要的意义。

在婚姻案件中，我们分析企业的资本结构，明确股东一方在婚姻关系存续期间是否有出资以及增资行为，以及股东一方是否为了筹集出资款或者增资款而向案外人借款的行为，因为该债务很可能会成为夫妻共同债务。

2、偿债能力分析

企业在生产经营过程中，为了弥补自由资金的不足，经常通过举债来筹集部分生产经营资金。但是举债必须以能够偿还为前提。如果企业不能按时偿还所负债务的本息，那么企业的生产经营就会陷入困境，以致危及企业的生存。因此，对于企业经营者来说，通过财务报告分析，测定企业的偿债能力，有利于其作出正确的筹资决策和投资决策；而对债权人来说，偿债能力的强弱是其作出贷款决策的基本和决定权的依据。

在婚姻案件中，我们也要分析涉案公司的偿债能力。现在，很多公司都为了弥补发展中的不足而向银行或者其他机构、个人借款。这些借款都构成公司的负债，影响公司的股权价值，因此我们也要对公司的偿债能力进行分析。

3、获利能力分析

获利能力即赚取利润的能力。获取利润是企业生产经营的根本目的，也是投资者投资的基本目的。获利能力的大小显示着企业经营管理的成败和企业未来前景的好坏，因而是企业经营者和投资者进行财报分析的重点。

在离婚案件中，我们也要对公司的获利能力进行分析，盈利能力好的公司，具有很好的发展情景，其股权的价值也大。而且盈利能力好的公司，可能会涉及分红，如果分红在婚姻关系存续期间，则很可能公司的分红属于夫妻共同财产，因此也要对公司的分红进行分割。

（四）财务报表分析的基本流程

财务报表分析的关键是收集到足够的、与决策相关的各种财务资料，进行分析并解释这些资料间的关系，发现报表异常的线索，作出确切的判断，得出正确的分析结论。根据这一思路，财报分析的程序可以概括为：

第一，收集与决策相关的各项重要财务资料，包括定期财务报告、审计报告、照顾说明书、上市公告书和临时报告、相关产业政策、行业发展背景、税收政策等。根据《上市公司信息披露管理办法》的规定，上述的绝大部分材料都会予以公布。因此这些材料可以从上市公司的官网、证监会的官网、税务总局、行业协会以及媒体上搜集。

第二，整理并审查所收集的资料，通过一定的分析手段提示各项信息间隐含的重要关系和重要信息，发现分析的线索。在离婚案件中，要特别注意的是有关公司股权价值的信息以及上市公司分红、配股的信息。

第三，作出判断，为决策提供依据。具体到离婚案件中，就是为处理作为夫妻共同财产的股权提供经济上、会计上的帮助。

三、财报分析对离婚案件的影响

一般来说，上市公司的财报至少应当包括资产负债表、利润表和现金流量表三张基本报表及财务报表附注，此外还包括股东权益增减变动表、资产减值准备明细表和利润分配表。而在离婚案件中，我们主要从资产负债表和利润表两个角度去分析。

（一）资产负债表的分析对离婚案件的影响

资产负债表是指是反映上市公司在某一特定日期财务状况的报表，它表明上市公司在某一时刻拥有或者控制的资源、财务结构以及具有的变现能力、偿债能力等。它能够：（1）帮助报表使用者了解企业所掌握的各种经济资源，以及这些资源的分布与结构。资产负债表把企业拥有或者控制的资产按照经济性质，用途等分类成流动资产、非流动资产，流动负债、非流动负债等。各项目下又具体分为固定资产、无形资产、存货等。这样，报表的使用者就可以明确的从资产负债表上了解到上市公司在某一特定时间财务状况。（2）反映企业资金的来源构成。上市公司资金来源的方式，一种为债权人提供；另一种为所有者投资及其形成利润所积累的。从资产负债表中可以清晰的看出债权人和投资者各自的权益。（3）通过对资产负债表的对比和分析，可以了解企业的财务实力、偿债能力和支付能力，也可以预测企业未来的盈利能力和财务状况的变化趋势。

在离婚案件中，涉及到资产负债表较多的是以下几个项目的分析：

1、所有者股权结构分析

上市公司股权结构是报表分析必须考虑的首要因素。我国上市公司的股权主要有国有股（包括国家股和国有法人股）、法人股和流通股三种类型。目前，国有股和法人股尚不能上市流通，只能协议转让。而流通股可以在沪、深两个证券交易市场公开上市流通。在我国的上市公司，特别是民企的上市公司中，存在“一股独大”的现象。而当上市公司的大股东涉及到离婚事宜的时候，将会对处理离婚案件本身带来较多影响。

此类案件影响较大，因此首选的是方式私下调解，而非诉讼方式。根据我国《婚姻法》以及《民事诉讼法》的有关规定，对于离婚案件只有在符合法定的条件下才判决离婚，且在法院判决不离的情况下，有六个月的“禁诉期”的规定。只有当夫妻感情确已破裂时法院才判决离婚，而法律规定的夫妻感情破裂的情形主要有：（1）重婚或有配偶者与他人同居的；（2）实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员的；（3）有赌博、吸毒等恶习屡教不改的；（4）因感情不和分居满二年的；（5）其他导致夫妻感情破裂的情形。可见，法定判例的情形较少，条件也比较苛刻。而且在司法实践中，如果一方坚决不同意离婚的话，法院一般是不会判决离婚的。由此可见，一个离婚案件的一般周期少则半年，多则2，3年。因此，如此长的周期，将会对上市公司产生很大的影响。例如中国“巴菲特”赵丙贤与前妻陆娟离婚案，当公布离婚的事宜后，沃华医药的股价开始下跌，且陆娟每发一次网络文章，沃华医药的股价就再下一个台阶。因此也导致实际控制人赵丙贤的怨恨，随后也产生了陆娟以“涉嫌抢夺罪”被警方带走，立案调查。由此可见，这样的方式不利于问题的解决，反而会增加解决问题的难度。

2、股东所有者权益和数量变动分析

如果上市公司股东所有者权益和数量发生变动，则需进一步分析变动的由来和这一变动对夫妻共同财产范围的影响。一般来说，上市公司所有者权益中股本的变化包括为股本增加和股本较少这两种情形。股本增加通常由以下几种情形：（1）增加发行股份，如增发、配股等；（2）可转换债券实施转股；（3）发行股票股利；（4）企业并购而发行股票。股本较少主要有以下两种理由：（1）弥补亏损而减资；（2）缩小经营规模而减资。上述几种情形属于上市公司股本正常的变动。

在离婚案件中，我们也要关注离婚案件当事人直接或者间接持有上市公司股权的变化情况，防范当事人通过合法的方式恶意转移夫妻共同财产，从而达到少分或者不分夫妻共同财产的目的。例如，在赵丙贤与前妻陆娟离婚案中，中证万融的子公司的“本杰明”和“仁海维”也为两人直接或者间接全资拥有，原法定代表人均为陆娟。自从夫妻感情失和开始，赵炳贤便有计划的大规模向外转移财产。2010年5月19日成立以其司机、秘书等四亲信为股东的“北京特格特管理咨询有限公司”，当月28日采用伪造陆娟签字、变造文件等方式办理虚假转让手续将“本杰明”、“仁海维”等多家公司股权无偿转移至“特格特”。又如，赵丙贤和陆娟旗下一家公司北京本杰明投资顾问有限公司（该公司目前持有罗莱家纺2.81%的股份）的资料时发现，该公司由中证万融以现金出资80万元，占注册资本的80%，赵丙贤以现金出资20万元，占注册资本的20%。虽然法定代表人为陆娟，但赵丙贤显然拥有该公司2/3以上的投票权，如果要将该公司资产转移，并不需要通过陆娟。所以从理论上讲，赵炳贤完全有暗地转移财产的可能性。

3、股东所有者权益分析

将上市公司资产负债表中记载的所有者权益乘以股东所持的股份就是股东所持股份在资产负债表上的对价。该对价在一定程度上反映了股东所持股份的“价值”，在一定程度上为我们确定夫妻共同财产的具体价值提供了一定的依据，但是该“对价”并非股份的实际价值。因为：

第一，资产负债表并不能真实反映企业的财务状况。由于资产的入账价值大多是按照取得资产时实际发生的成本入账，因此，资产负债表中的大部分项目都是以历史成本列示。而普遍存在的通货膨胀对历史成本造成了强烈的冲击，使得各时期的历史成本的货币购买力失去可比性，当初取得资产的成本同它们的现行成本产生越来越大的差距。在通货膨胀下，如果再按照历史成本原则编制企业的会计报表，不仅会影响到会计报表所有项目计量的真实性，而且也会使得某些个别资产的历史成本明显的脱离现行价值，从而影响到据以表述企业财务状况和经营成果的可靠性。

资产负债表中还有一些项目是按照公允价值计量的，的确，公允价值如果运用得当，会大大提高会计信息的有用性。但是，如果企业不恰当的运用公允价值，对公允价值的滥用反而会导致会计信息成为“数字游戏”，违背公允价值的精神和目标。

2、资产负债表遗漏了很多无法用货币表示的重要经济资源和义务信息，因此并不能真实的反映公司的实际价值。会计的特点之一就是以货币为计量单位。由于这一原因，作为反映某一时日企业财务状况的报表，可能遗漏许多无法用货币计量的项目，比如企业的口碑、良好的管理经验、专利等。这些信息都与企业价值有关，但是无法用货币数量化，也不宜确定。所在在资产负债表中没有体现出来，但是这些信息都构成企业的价值。

3、资产负债表中许多信息是认为估计的结果，因而未必准确。

在会计事务中，存在一个重要的概念就是会计估计。会计估计是指对结果不确定的交易或事项以最近可利用的信息为基础所作出的判断。需要进行会计估计的项目通常有：坏帐；存货遭受损毁、全部或部分陈旧过时；固定资产的使用年限与净残值；无形资产的受益期限；或有损失，等等。尽管会计估计是根据当时的情形估计的，但是这些估计难免主观，会影响信息的客观性，从而影响企业的价值评估。

（二）利润表分析对离婚案件的影响

利润表示反映企业一定时期内经营成果的会计报表，它是把一定期间的营业收入与其同一会计期间相关的营业费用进行配比，以计算出企业一定时期的净利润（或净亏损）。由于利润是企业敬业业绩的综合体现，又是进行利润分配的依据，因此利润表是会计报表中体系中的主要报表，也为我们处理离婚案件中的夫妻共同财产提供一定的线索和证据。针对利润表，我们主要针对以下三个方面进行分析：

1、营业利润

按照现行制度规定，营业利润是企业营业收入减去营业成本、营业税金及附加、销售费用、管理费用、财务费用、资产减值损失，加上公允价值变动损益、投资收益后的余额。

上市公司营业利润的多少，代表企业的总体经营管理水平和效果，通常，营业利润越大的企业，效益越好，越说明公司具有很好的发展情景，公司的价值越大。

当营业利润较小时，应当着重分析主营业务利润的大小、多种经营的发展情况和期间费用的多少，如果企业主营业务和其他业务利润均较大，但是期间费用较高，也会使营业利润较小，但此时并不表明企业的没有教好的发展情景，而应该结合其他信息综合分析。

2、利润总额和净利润

企业的利润总额是由营业利润加上投资收益、补贴收入和营业外收支净额等非营业利润组成。净利润的数额等于利润总额减去所得税后的余额。

在正常情况下，企业的非营业利润都是较少的，所得税也是相对稳定的，因此，只要营业利润较大，利润总额和净利润就会较大，在分析时要注意，当一个企业的利润总额和净利润主要由非营业利润获得的时候，在该企业利润实现的真实性和持续性应引起报表分析人的重视。这说明企业并不是靠主营业务获取利润，因此其持续发展能力有待继续确认，这也会影响企业的价值。

3、市盈率

市盈率又称“股价收益比率”或“市价盈利比率”，它是指每股市价与每股收益的比率。它的经济含义有如下两个方面：第一，它反映了股东或者投资者愿意为每一元净利润支付的价格，其实质为股票的相对价格。第二，它是指按照面前的公司发展状况，股东或者投资者通过股票红利的方式需要多少年才能收回自己的投资，因此市盈率被看作是判断一个公司的股价是否虚高的标志。

一般来说，该指标越低，表明该股票的投资价值风险越小，取得同样的盈利额所需投资额越小，相对来说投资价值也越大。但也不能一概而论。有时市盈率越低，表明该公司前景欠佳，投资者都对其没有报太大的信心，不愿意承担较大的风险，因而股票价格居高不下；市盈率高，表明投资者普遍持乐观态度，对公司前景充满了信息，愿意为其承担较高的风险，以期获得较多的未来收益。但也不能绝对化，特别是当股票本身不健全、交易市场或有操作市场的情况下，股票市场价格可能与它的每股收益严重脱节，在这种情况下，如果盲目根据市盈率判断公司前景

十分美好而购进股票，那就要冒很大的风险，那么一旦假象消失，市场恢复正常，则可能遭受严重损害。因此观察市盈率的长期趋势有着十分重要的意义。

通过对上市公司市盈率的分析，为我们确定离婚案件中夫妻共同财产的股权价值提供了方法和依据，解决了支付对价问题。

综上，我们分析上市公司的利润表，最主要也是核心的目的就是确定上市公司发展情景，从而确定上市公司的实际价值。

四、结束语

在涉及到上市公司股东离婚的案件中，对上市公司披露的近期资产负债表、利润表等财务报表的分析具有重要意义。一方面为我们了解上市公司基本发展情况和涉案股东的持股演变情况和具体数量提供了基础；另一方面，为我们确定涉案的上市公司股权的价值提供了有益帮助，从而有利于解决确定股权的对价和婚内增值部分这一司法实践中的重要难题。

完

争夺孩子抚养权应搜集哪些证据

2014年01月20日 上海法治报 北京市振邦律师事务所 赵娜



离婚时常会展开父母对孩子抚养权的争夺大战，双方无法协商一致，最终会由法院判决抚养权的归属。想在抚养权大战中成为赢家，就应该了解法院判决抚养权归属的审判标准，双方应当从各项条件入手，证明自己满足的条件多于对方或者自己比对方的优势更大，那么最终获得抚养权的机会也越大。

具体来说，以下几个方面的证据是格外重要的：

- 1、提供证据证明自己的工资收入或经济条件的优势，比如工资条、单位出具的工资收入证明、纳税凭证、银行出具的存款证明等。
- 2、提供证据证明自己的受教育程度、所居住环境等人文方面的优势，比如房屋产权证、小区治安较好能保障孩子的安全、小区环境安静能保障孩子的休息等。
- 3、提供证据证明自己及自己父母能给予孩子陪伴和照顾，比如证明自己父母的陪伴时间、受教育程度、身体状况等方面优于对方当事人，或者证明自己工作有足够时间和精力陪伴孩子健康成长，相比对方经常加班、工作压力大、没有时间和精力陪伴孩子更有优势。
- 4、提供证据证明孩子有长期与自己生活的习惯，一般法院都倾向于延续孩子的生活习惯，以免让孩子承受父母离异的重大变化。比如女方可以证明自孩子出生至今都全职照顾孩子，与孩子朝夕相处，相比对方仅工作之余陪伴孩子更有优势。
- 5、提供证据证明对方存在不利于孩子成长的因素，比如证明对方已有恋人且有结婚的可能，或者对方有吸毒、赌博等恶习，法院一般不会判决对方抚养孩子。此外，同父异母、同母异父、继父继母等因素也都有可能影响孩子的健康成长。

除了上述证据之外，法律还规定两周岁以下的儿童一般由母亲抚养，但是父亲能证明孩子母亲有严重传染疾病、精神疾病，或者母亲有抚养能力却不尽抚养义务的话，孩子可以随父亲共同生活。

对于两周岁以上的未成年子女，法律未明确规定其抚养权的归属问题。

根据《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》之规定，对于两周岁以上的未成年子女，双方均要求随其生活，一方有下列情形之一的，可予优先考虑：

- 已做绝育手术或因其他原因丧失生育能力的；
- 子女随其生活时间较长，改变生活环境对子女健康成长明显不利的；
- 无其他子女，而另一方有其他子女的；

子女随其生活，对子女成长有利，而另一方患有久治不愈的传染性疾病或其他严重疾病，或者有其他不利于子女身心健康的情形，不宜与子女共同生活的。

父母双方对十周岁以上的未成年子女随父或随母生活发生争执的，应考虑该子女的意见。

此外，抚养权不是一成不变的。离婚时法院会根据当事人双方情况判决子女抚养权，但当时的情况若发生变化，当事人可以随时请求法院改变抚养权。

有下列情形之一的，一方要求变更子女抚养关系，应予支持：（1）与子女共同生活的一方因患严重疾病或因伤残无力继续抚养子女的；（2）与子女共同生活的一方不尽抚养义务或有虐待子女行为，或其与子女共同生活对子女身心健康确有不利的；（3）十周岁以上未成年子女，愿随另一方生活，该方又有抚养能力的；（4）有其他正当理由需要变更的。

父亲拒签名 赴澳随母生活几欲梦碎 律师帮女孩走出困境

2014年1月27日 北京晚报 林靖



父母离婚后，小维被判给了母亲抚养，如今在澳大利亚工作的母亲要接她过去一起生活，父亲却拒绝在女儿随母赴澳签证手续上签名。就少了这一个签字，却阻断了14岁女孩赴澳与母亲团聚的人生梦，她陷入了一个似乎无望的尴尬困境。在王秀平律师的帮助下，她终于依靠法律走出困境，得以赴澳与母亲团聚。

官司

争夺女儿抚养权前夫败诉

刘女士做过外企的高级白领，也做过大型企业的高管，几年前，年过四十的她又拿下博士学位，远赴澳大利亚，成为当地一所著名大学的教师。出国这几年，刘女士心里始终放不下的就是留在北京的14岁女儿小维。

虽然事业成功，但刘女士个人感情方面却不尽如人意，结婚才两年，双方的感情就已走到了尽头。女儿小维出生后，1998年10月，夫妇俩经法院判决离婚，小维由刘女士抚养，前夫董先生每月支付抚养费450元。

2010年12月，前夫董先生就女儿小维的抚养权、探视权与刘女士发生争议，将前妻诉至法院，要求变更孩子的抚养权，但最终被法院判决驳回。

现在，刘女士唯一的心愿就是把留在姥姥姥爷身边的女儿带到澳大利亚，和自己生活在一起。但此时，一个棘手的问题出现了。

难题

孩子赴澳须生父签名

据刘女士介绍，按照澳大利亚的法律，刘女士要想把女儿带出去，必须有女儿的父亲即刘女士前夫董先生的亲笔签字确认才行，这是唯一必备的条件。此外，没有其他任何变通条件。

刘女士马上意识到问题的严重性。她与前夫矛盾很深，依自己对双方关系的了解，前夫是不会答应她为女儿签字的。果然，当她打通电话，向前夫讲明意图后，遭到了断然拒绝。董先生不签字，小维就无法赴澳与母亲生活，这令母女俩万分着急。

刘女士开始咨询国内律师。然而，多位律师都告诉她：这事通过诉讼办不了，没有先例，没有对应案由，强制执行也是问题。

两个月后，刘女士求助于北京市长安律师事务所的王秀平律师。擅长新奇疑难复杂案件的王律师认为，诉讼不是最好的办法，却是最后的办法。虽然此前类似案件除一件调解以外，其余结果都不理想，但并不等于刘女士起诉就一定会败诉。

王律师注意到，2010年10月至今，小维父亲一直未付抚养费，且每月450元的抚养费对孩子来讲已远远不足。而刘女士也表示，如果能在本案中同时解决向被告索要拖欠抚养费问题，并要求被告增加抚养费，那么会更好。

王律师最终确定此案三个诉讼请求：其一，从2012年10月起，被告支付抚养费从每月450元增至2000元，直到原告满18周岁为止；其二，被告支付原告自2007年至2012年的生活费、教育费、医疗费共计1.8万元；其三，请求被告协助原告办理随母赴澳大利亚的出国签证手续。诉讼请求的顺序由简到难，将最重要的、难度最大的放在了最后。

就这样，此案以“抚养费纠纷”案由立案了。小维作为原告，刘女士则以小维的法定代理人身份参加了诉讼。

开庭

被告与前妻有矛盾拒调解

由于本案重点难点在第三个诉求，而类似诉求得到法院支持的，至今尚无先例，因此王律师希望能够调解。

开庭当日，在王律师陈述了诉讼请求以及事实和理由以后，法官询问小维父亲对原告诉求的意见，他当即表示不同意协助小维办理随母赴澳大利亚的出国签证手续。

小维父亲说，小维诉状的陈述与事实有很大的出入。“十多年来，我除了在探视原告的问题上与刘女士发生争执，导致未能按时支付抚养费外，绝大部分时间都按时或提前支付。小维的母亲及外祖父母多次恶意阻断我与小维之间的联系，我要求探视孩子的合理权利在他们百般刁难之下，从未正常地行使过。直至2011年12月，因小维欲移民澳大利亚须经我签字同意的情形下，我才见到小维。我与小维母亲离婚后仅一个月，小维母亲就在未通知我的情形下，违反国家有关规定，单方面改变小维的姓氏……”

他认为，是否同意小维赴澳事宜是其个人的公民权利，在小维母亲对屡次伤害他的行为进行道歉和弥补之前，他不会同意小维的诉讼请求，也请法院驳回其诉求。

在庭审的最后，法官询问被告是否同意调解，小维父亲明确回答：“不同意！”

离开法庭之前，法官告诉王律师：请求被告协助原告办理随母赴澳大利亚的出国签证手续，该诉求与前两项不同，不是同一个法律关系，类似诉求的案子法院没有受理过，而且该诉求的执行也是问题，将面临无法强制执行的窘境。因此建议回去以后多联系被告，最好是被告同意调解。

沟通

法官主持调解但仍未成功

首次开庭以后，刘女士数次联系小维的父亲，希望他同意为孩子办理赴澳手续。但由于小维父亲对刘女士及刘女士父母一直不满，而刘女士也不愿让步，这样，双方几次通话都以大吵结束。

自行调解不成，王秀平律师转向寻求法院帮助调解，决定带刘女士去法院找法官。首次庭审时间有限，刘女士和孩子的情况在法庭上讲不全，所以王律师希望让法官能更全面地了解情况。

王律师告诉法官，小维诉讼目的是希望父亲能配合她办理随母赴澳的签证手续，因此董先生百般不予配合，才无奈诉至法院。现自行调解无效，但考虑到孩子赴澳的美好愿望以及刘女士的心情，恳请法官出面帮助调解，或许问题就解决了。

法官了解到赴澳对刘女士及孩子人生的重要性，安排二次开庭，专门主持为双方调解。

这次，小维也请假出庭了，当庭恳求父亲为她签字。刘女士也表示，如果孩子父亲同意签字，她将撤诉，不再主张前两项诉求。

法官也做了大量的调解工作。“孩子有机会赴澳不容易，何况是跟母亲在一起。赴澳对孩子的前途、将来的成长、教育都是有利的，机会难得，孩子也愿意随母赴澳。大人之间的感情纠葛、矛盾意见，尽量不要影响到孩子，孩子是无辜的。”

但无论怎样劝说，董先生却始终不同意为女儿赴澳办理签证手续。

辩论

孩子有权利选择跟谁生活

调解无望后，王律师希望法院能够判决支持原告诉求，特别是第三个诉求。由于第三诉求属新型案例，法院也很重视，经王律师申请，法院同意第三次开庭，以倾听双方充分发表各自意见。

刘女士陪同小维再一次坐到原告席上。法庭调查结束后，原被告双方开始了激烈辩论。针对配合小维办理随母赴澳签证手续的诉求，王秀平律师指出：“选择和母亲一起生活是孩子的权利，母亲赴澳工作，孩子当然有权选择随母赴澳。被告身为孩子的父亲，无权干涉阻止孩子的选择。”

但被告认为，是否同意孩子出国是自己的家事，属于家庭内部事务，签不签字是自己的权利。而如果孩子赴澳，董先生将见不到孩子，无法实现探视权，故不同意孩子赴澳。

“当孩子的权益与被告的探视权发生冲突时，应以孩子的权益为先为重，被告不能以实现探视权为由，剥夺孩子跟母亲一起生活的权利。现在，孩子母亲赴澳工作，孩子有权选择赴澳随母一起生活学习。”王律师当即反驳道。

同时王律师还提出，小维父亲经常不按时给付甚至拖欠抚养费，特别是自2010年10月至今，一直未付抚养费。如今每月450元的抚养费早已不能满足孩子日常最基本的生活学习所需，而且小维父亲自身的经济条件优越。现小维母亲欲带女儿同去澳大利亚学习生活，小维父亲却横加阻拦，不配合办理相关手续。原告认为，董先生作为小维的生父，不该阻碍孩子出国生活深造。小维虽未成年，但有权利选择和谁一起生活、在哪里生活，这是她的权利，其父无权干涉。

在法庭上，14岁的小维表达了赴澳学习生活的强烈愿望。王律师表示：“限制民事行为能力人的意愿应当得到法律尊重。小维随母赴澳生活，也有利于其母抚养权和监护权的有效行使。被告作为小维的亲生父亲，应尊重孩子的意愿，协助她办理出国手续，亦属人之常情。针对小维现今的学习生活具体情况，从有利于保障孩子的正常生活、健康成长以及其抚养权人相关权利的有效行使来考虑，被告也应协助孩子办理出国手续。”

最后，王律师提醒法庭注意：“本案属新型诉求、新型案例，能否判决支持被告协助原告办理随母赴澳签证手续，对原告母女很重要。法院不能因此前无判例、无先例而随意驳回原告此项请求。希望法院能充分考虑原告诉求，考虑孩子愿望，必要时希望法院能向主管院长或上级法院请示，慎重做出本案判决。”

判决

开创新型诉求

胜诉的先例

等待中迎来了宣判的日子，刘女士担心败诉，甚至不敢去拿判决书。王律师鼓励她前往，“不行就上诉。”

揣着判决书走出法庭后，刘女士激动地拨出了电话：“我们赢了！我可以和孩子在一起了！”随后，她的声音哽咽，她哭泣着，再也说不下去了。

最终，法院判决被告协助小维办理随母赴澳出国签证手续。同时，法院判决被告提高抚养费至每月 1200 元，并支付拖欠的抚养费 4500 元。

事后，刘女士及其父母请王律师吃饭，孩子也来了。看着一家老小高兴的样子，王律师颇感欣慰。席间刘女士问：“王律师，调解不成我几乎崩溃绝望了，你怎么还能那么有信心？”在工作中从不轻言放弃的王秀平笑答：“你绝望，我也绝望，那咱们还打什么官司？！”

而这不仅仅是一个打赢的官司，此案开创了这类新型诉求胜诉的先例。

（为保护当事人隐私，对当事人的姓名、案例时间、地点等作了技术处理，如有雷同纯属巧合） J151

律师说案

本期主讲 王秀平律师

北京市长安律师事务所合伙人、婚姻继承首席律师。北京市律协第八届、第九届婚姻家庭法律专业委员会委员，第七届未成年人保护法律专业委员会委员，以代理重大疑难曲折案件著称。中华全国律师协会会员、北京市律师协会会员，弘扬正气，经验丰富，见解独到犀利，知名度高。在妇女维权、婚姻、房产、继承等民事诉讼方面具有一定影响力

父亲离世不到一个月 儿女将后妈告上法院 后妈名下有套房 谁有权分？

2014 年 1 月 27 日 北京晚报 林靖



父亲离世不到一个月 儿女将后妈告上法院

后老伴去世了，王老太还沉浸在悲痛之中，不料后老伴的三个子女却让她限期搬走，还将她告上法庭，要求分割她名下的房产。“可这房子不是我的，是我女儿出资借我名买的呀！”老人急得直掉泪。

故事回放

两人重组家庭

王老太原有一个幸福美满的家庭，一双儿女也都在上大学，但 1995 年一场突如其来的车祸夺去了孩子父亲的生命。家里的顶梁柱没了，两个孩子还都在上学，王老太独自艰难地支撑着这个家。

两年后在单位同事的介绍下，王老太认识了在国企工作的李老先生。李老先生的老伴早年因病去世，一个人拉扯大三个孩子，目前三个子女都已成年。二老一见如故，经过半年多的接触，在双方子女的支持下，二人办理了结

婚登记。

婚后，王老太便搬入李老先生家中居住。李老先生婚前名下有一套住房。

女儿借名买房

2000年王老太的女儿小丽结婚，起初小两口的感情还不错，可不久就出现了婚姻危机。当时小丽打算买一套房子，因担心将来离婚涉及财产分割，便与母亲商量，由自己出资，借用母亲王老太的名义买房。

2003年初，小丽借用母亲的名义买下了位于北京市朝阳区的一套商品房，首付款及按揭贷款都由小丽来支付，合同约定按揭贷款期限为10年。王老太如实将此事告知丈夫，李老先生表示谅解和同意，二老也都认为这套商品房是小丽的。

两年后，小丽的丈夫在公派出差期间，不幸因车祸遇难。抑郁的小丽出国留学了，并长期居住国外。其间，她一直按时还房贷。直至2013年初，小丽还清了全部银行贷款，可以办理房屋过户手续了，但因她在国外，所以暂时没去过户。

她被告上法庭

然而，令人意想不到的事情再次发生了。去年年底，李老先生因病猝死，王老太悲痛不已，二人一起生活了长达15年，感情一直很和睦。但让王老太想不到的是，李老先生刚刚去世，他的三个子女就要求王老太限期搬离。

王老太已年逾七旬，小丽担心母亲身体吃不消，急忙从国外赶回来，将母亲接回自己家中。李老先生去世还不到一个月，他的三个子女便将王老太告到法院，要求依法分割她名下的这套房产及李老先生名下的房子。

“老伴的房子是遗产，大家分，我没意见。但是我名下的这套房子明明是我女儿小丽出钱买的，怎么能作为遗产来分割呢？”王老太又气又急，几乎病倒。

律师分析

王老太名下房屋实非夫妻共同财产

北京市盛峰律师事务所房产法律事务部首席律师李松接待了前来咨询的王老太。他认为，如果王老太所述属实，那么，王老太名下的这套房屋其实并非夫妻共同财产。虽然该房屋登记在王老太的名下，也是在她与李老先生婚姻关系存续期间取得的，按照常理来说，在一般情况下，该房屋应认定为属于他们二老的夫妻共同财产，但实际上并非如此。

首先，从购房人来看，实际的购房人是王老太的女儿小丽，购房的首付款及后期的按揭还款都是由小丽支付的，自始至终王老太及李老先生并未支付过任何费用。其次，王老太的女儿小丽仅仅是担心婚姻出现变故，所以借用母亲王老太的名义购房，房屋也一直是由小丽居住使用，并实际控制，李老先生生前对此事是知情并同意的。再次，购房的全套手续原件及房产证原件、支付购房款及银行按揭还款的证明原件均系由小丽保存。

由此可见，小丽与其母亲王老太之间实际上是一种借名买房的关系，加之小丽2003年购买的是商品房，当时北京市尚未出台限购令，借名购买商品房并不违反国家法律、行政法规及相关政策的规定。因此，该借名购房的行为是有效的，这套房屋实际上应属于王老太的女儿小丽所有。

王老太子女无权继承李老先生遗产

同时，李松律师认为，王老太的儿女是无权继承李老先生遗产的。王老太与李老先生结婚前，她与原配丈夫所生的一双儿女都在读大学，已经成年。因此，李老先生与王老太的两个子女之间并未形成抚养关系。

依据我国《继承法》的相关规定，形成抚养关系的继子女在继父母去世时，可依法作为第一顺序继承人继承继父母的遗产。而由于王老太的儿女与李老先生之间未形成抚养关系，因此这二人无权继承李老先生的遗产。

同理，李老先生的三个子女在李老先生再婚时也均已成年，如果到了王老太百年之后，李老先生的三个子女也无权继承王老太留下的遗产。

虽然本案中继子女与继父母之间不产生继承的关系，不过，这并不能排除王老太继承李老先生遗产的权利。二老是经过登记的合法夫妻，王老太作为李老先生的配偶，按照法律规定应是第一顺序法定继承人，她可与李老先生的三个子女一同继承李老先生的遗产。

如无遗嘱 应按法定继承分割房产

李松律师说，如果李老先生去世之前留有遗嘱，且各继承人对于按照遗嘱继承均无异议，则各继承人可共同到公证处办理公证继承，之后带着公证书到房屋管理部门便可办理房屋过户手续。

但如果任何一个继承人不同意按遗嘱进行继承，或者对遗嘱继承有异议，或者拒绝在公证书上签字，那么将无法通过公证继承的方式来分割遗产。在此情形下，继承人就只能考虑通过司法途径来主张依法分割遗产，即通过法院诉讼继承纠纷。

李律师认为，若李老先生在生前未留下有效的遗嘱，则依据《继承法》的相关规定，李老先生的遗产应由法定第一顺序继承人进行继承。李老先生的配偶王老太及李老先生的三个子女均属于法定第一顺序继承人，如果没有特别约定，一般按照法定继承进行平均分割。李老先生名下的房产属于其个人的婚前财产，依法应由四个继承人每人继承四分之一的份额。

小丽可提起确权之诉确认房屋归属

鉴于目前房产证登记在小丽的母亲王老太的名下，而且李老先生的三个子女已经以继承纠纷诉至法院，李松律师建议小丽以其母亲王老太为被告，依法向法院提出确权之诉，请求法院依法确认王老太名下的这套房屋属于自己所有。

李律师认为，在确权之诉立案之后，王老太应依法向法院申请中止对继承纠纷案件的审理，待确权纠纷审理完毕之后，再恢复对继承纠纷的审理。依据我国《民事诉讼法》的相关规定，本案的审理需要以另一案件的审理结果为依据的，应依法中止审理。

律师提醒

在此，李松律师特别提示：在北京市政府 2011 年 2 月 16 日公布“限购令”之前，为了更好地维护自己的合法权益，约定借名时应当留下书面的文字资料。比如，小丽当时可与母亲和继父签订协议，约定房屋的权属，这样将来引发产权纠纷的可能性就会大大降低，即便产生纠纷，这份协议也可作为一份有力的证据来维权。

而如果是在北京“限购令”公布之后，借名人与出名人故意通过借名的方式来骗取法院的判决书，以取得购房资质，那么这种借名行为则违反了北京市“限购令”的相关规定，依法不应得到法院的支持。李松律师认为，虽然商品房借名的行为法律并不禁止，但如果企图通过借名规避“限购令”，则不应受到法律的保护。

（文中当事人为化名） J151

今日我坐堂

盛峰律师事务所

李松律师

李松房产律师团队由北京市盛峰律师事务所高级合伙人、北京市律协房地产法律委员会委员李松于 2008 年创立，发展至今已拥有多名颇具房地产法律处理经验的执业律师，系国内较早建立的、只专注于房地产领域的精英律师团队。

婚后父母部分出资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

2013 年 10 月 家事律师网 杨晓林 段凤丽

摘要 婚后所得共同制是我国的法定财产制度，这就决定了在双方没有相反约定的情形下，婚后所得财产除非属于婚前财产的转化、自然增值和孳息、法律规定专属于一方的特定财产或者遗嘱与赠与协议中做了排除另一方共有权的特别约定，都应该由双方共同共有。然而《婚姻法》司法解释（三）第 7 条关于“婚后父母出资为子女购买的不动产”，尤其是父母部分出资购房款这一最具普遍性的情形，究竟如何认定出资和产权的性质，恰恰未予明确，理论和实践中产生了巨大的分歧，同案异判情况严重，且实务中法院“强调”方式结案较为普遍，当事人虽然委屈接受调解方案，但却严重伤害了婚姻案件中当事人对司法权威的认同。

在《婚姻法》司法解释（三）实施两周年之际，2013 年 5 月、7 月人民法院出版社所出版《民事法律文件解读》以及最高人民法院机关刊物《人民司法》及上以司法信箱的方式发表了彻底颠覆之前两种对该条理解与适用解读的观点，目前来自最高院的解读却已达三种之多，其中倾向性意见的变化，值得严重关注。

笔者认为，《婚姻法》解释（三）第七条着重针对的是婚后父母出全款帮助子女买房，且登记在子女名下的情形；而对父母仅有部分出资，包括出首付的情形，应当按照婚姻法第十八条第（三）项的规定，该出资视为只对自己子女一方的赠与。如果双方没有相反的约定，则所购房屋产权和增值归夫妻双方共同共有。同时考虑父母所赠出资对房屋取得所作出的贡献，在分割共同财产时予以适当多分。

家事无小事，清官难断家务事，老百姓的事情马虎不得，此问题亟待统一裁判尺度，定纷止争。

主题词 婚后购房 父母出资 赠与 离婚分割

一、问题的提出

在房价飙升，大多数年轻人无力自主购房的现实国情下，父母在子女购房时给予帮助成为中国特色的购房模式。离婚率居高不下，人们在离婚时不得不面对产权与分割的现实问题，由此引起的争议十分突出。而婚后购房父母出资能否影响产权认定及离婚时如何分割，更是争议的焦点。

丰台法院判决的“北京首例房产证加名案”，将人们之前对《婚姻法》解释（三）第七条的抽象争议变得现实具体。

【案情聚焦】这是一起婚内确认所有权纠纷案，俗称“夫妻婚内房产加名案”。

2006 年 8 月 16 日，张先生与李女士登记结婚；

2006 年年底，两人相中了北京市丰台区的一套经济适用房，总价款 37 万余元，因户口限制，产权只能登记在有北京户口的张先生名下，并交了 2 万元的定金；

2007 年 1 月 10 日和 1 月 24 日，张先生的母亲通过自己的银行卡给儿子的账户里打了 17.5 万元钱。之后，张先生又通过自己的银行卡将 17.7849 万元作为首付款转入了房主指定的账户，其余的房款在银行办了按揭贷款。

2011 年 7 月，李女士向北京市丰台区人民法院提起诉讼，要求确认房产为夫妻双方共同所有。

2011 年 9 月 27 日，“房产证加名”案开庭审理。

庭审中，李女士称，买房时她和张先生共同支付了首付款，共同贷款，后来，两人以家庭的共同收入偿还贷款本息至今。如今，张先生提出种种理由想和她离婚，且拒绝在房产证上署上她的名字，具有独占房产的意思。为了维护自己权益，她请求法院确认自己对涉案房屋的共有产权。

张先生辩称，涉案房屋首付款是自己的父母出资的，该房屋登记在其本人名下，是对他个人的赠与。张先生认为，根据新“婚姻法司法解释三”有关规定，涉案房屋应认定为夫妻一方的个人财产，他要求驳回李女士的诉求。

为了证明自己的说法，张先生请来自己的母亲出庭作证。作为证人，张先生的母亲说，是她主动要求给儿子李先生买房，她和老伴陪着儿子儿媳一起去看的房，她总共给了儿子17万多元用于购房。

李女士不认可证人张母的说法，她表示婚后购房其父母也出资了，购房款中还有夫妻共同的存款。

丰台法院认为，涉案房屋是李女士和张先生在婚姻关系存续期间购买的，但购房首付款系张先生的母亲支付，房屋产权登记在张先生名下，根据新婚姻法司法解释三的有关规定，婚后由一方父母出资为子女购买的不动产，产权登记在出资人子女名下的，可视为只对自己子女一方的赠与，该不动产应认定为夫妻一方的个人财产。涉案房屋应当属于张先生的个人财产，原告李女士要求确认为夫妻共同财产，法院不予支持。

【评析】

此案判决引起很大的争议，也让人产生很多质疑。

该案是夫妻双方婚后购买房屋，男方父母支付部分首付款的情形。但法官对此事实的认定明显存在不当。

首先，从根本上来说，此案法官对我国的婚姻财产制度存在错误认识，导致其对女方举证责任进行了多处错误分配。因此，本不该由女方举证证明的主张，都由其承担了举证不能的法律后果。

根据媒体报道，双方均未主张婚后实行分别财产制，那么只能推定他们实行的是共同财产制。以此为前提，从举证规则上来说，女方没有义务证明婚后还贷是用夫妻共同财产归还的。相反，谁主张是用个人财产还贷的，才有举证责任。

其次，买房首付款是17.7849万元，而男方父母为其支付的是17.5万元，也就是说，其中相差的0.2849万元并不是男方父母出资的；而男方既没有主张亦没有证明此笔款项是以前婚前或婚后个人财产支付的，那么女方主张首付中有用夫妻共同财产支付的部分，不管数量多少，她对此都不负有举证责任！而若媒体报道属实，法官是把该举证责任强加给了她。

再次，双方先期支付的2万元定金也不知所终，按照常理，定金往往会约定为首付款的一部分。

所以，严格说来，“丰台加名案”还并非完全属于“婚后买房父母出首付，登记在子女名下”的情形。法院最终认为该房为男方个人财产，是事实认定错误加上法律适用错误的双重错误导致的。

【案例二】赵某诉李某离婚纠纷案

案情：

原告：赵某，男。

被告：李某，女。

原告赵某因与被告李某因离婚纠纷，向北京市海淀区人民法院提起诉讼。

原告赵某诉称：我与李某2003年1月19日登记结婚，婚后无子女。现夫妻感情已破裂，无法继续生活。现诉请法院判令我与李某离婚。

被告李某辩称，我同意离婚，但要求按照照顾妇女的原则分割夫妻共同财产。其中北京市海淀区某小区807房屋（以下简称807号房屋）归我所有，我给赵某折价款，该房屋剩余银行贷款按照夫妻共同债务分割；购房时向赵某父母所借30万元已还清；车牌号为京MNXXXX某型号轿车一辆归我所有，我给赵某折价款。

海淀区人民法院一审查明：

原、被告双方2001年经人介绍相识，2003年1月19日登记结婚，婚后未生育子女。双方从四年前开始分居至今。李某于2012年1月起诉离婚，后撤诉。

房产：赵某于2005年4月10日与北京天恒房地产股份有限公司签订商品房买卖合同，以总价605957元购买401号房屋。首付款305957元，余款30万元以公积金贷款形式支付。房屋登记在赵某名下，双方共同居住在房屋内。截止2012年10月28日，尚有贷款本金183801.3元未偿还。双方均认可807号房屋首付款中30万元系赵某之父赵某军给赵某的，但对性质有争议。原告主张该笔款是对其个人的赠与，被告主张该款是二人向赵某军的借款。在确权案件中，已认定该房屋为夫妻共同财产，但对30万元款性质未认定。李某提供与赵某及其母亲的电话录音以证明该款项为借款，但原告对上述录音的真实性和关联性不认可，也不对真实性申请鉴定。车辆：2008年10月21日购买的轿车登记在赵某名下，由其使用。家家家电分割达成一致。房屋单价达成一致，即每平方米28000元。轿车市场价值达成一致，为7万元。原告主张其曾于2012年5月18日向李某伟借款5万元用于给父亲看病，此款应属夫妻共同债务，提供借条、银行明细，李某伟到庭作证。李某对赵某父亲生病的事实认可，但主张赵某为父看病支付的20万余元系夫妻共同偿还给其父亲的借款。

海淀区人民法院认为：

原告起诉离婚，被告李某同意离婚，本院对此不持异议。本院在适当照顾女方的原则下，对夫妻共同财产依法

予以分割。李某未就30万元借款提供借条，其提供的录音内容无法直接反映30万元借款即为买房的30万元，故认定30万元首付款部分为赵某父母对其一方的赠与，该首付款所对应的房屋增值部分视为赵某的个人财产。剩余305957购房款所对应的房屋增值部分应属于夫妻共同财产本院予以依法分割。考虑到赵某所占份额较多，为便于执行，判定807号房屋归原告所有，余款由其承担后，给李某所占份额扣除应承担的贷款部分后所剩的折价款。京MNXXXX车辆登记在原告名下并由其使用，本院判定归其所有，由原告向李某支付一定折价款。赵某向李某伟的借款为夫妻共同债务，但本着照顾女方的原则，本院判定由男方自行偿还。家具按照原被告一致意见处理。李某主张为赵某父亲看病所支付的款项为夫妻对30万首付款的偿还款项，不能成立。子女为父母支付医药费应为对父母的一种帮助，是人之常情，不能将此作为偿还借款的佐证，而应认定为赵某在婚姻生活中的合理支出。

据此，北京市海淀区人民法院依照《中华人民共和国婚姻法》第三十二条第二款、第三十九条第一款的规定，于2013年1月23日判决：

1. 赵某和李某离婚。2. 807号房屋归赵某所有，剩余贷款由赵某负责偿还，于判决生效后十五日内给付李某房屋折价款人民币六十三万八千九百二十五元二角五分；3. 807号房屋内的家具家电若干，分割略；4. 京MNXXXX某某轿车一辆归赵某所有，赵某于判决生效后十五日内给付李某折价款三万五千元；5. 赵某及李某各自名下的银行存款归各自，赵某于判决生效后十五日内给付补偿款五千一百八十元四角六分；6. 赵某向李某伟所借人民币五万元由其自行偿还。

李某不服一审判决，向北京市第一中级人民法院提起上诉，主要理由是：

1. 诉争的807号房屋是双方婚后贷款购买的商品房，属于夫妻共同财产，应当对扣除银行贷款之外的净值按照照顾女方的原则予以分割，一审法院对此认定有误。2. 一审法院为方便执行而将车辆判给赵某没有事实和法律依据。事实上，该车由赵某过户给李某没有执行上的障碍。3. 一审法院认定赵某与李某伟之间的5万元债务为共同债务有误。4. 一审法院判决各自名下存款归各自，由赵某补偿5180.46元过低，明显不公平。

被上诉人赵某同意原判。

北京市第一中级人民法院经二审，确认了一审查明的事实。

本案二审的争议焦点是：一、807号房屋首付款中的30万元属于借款还是单方赠与；二、判决车辆的归属；三、5万元借款是否属于夫妻共同债务。

北京市第一中级人民法院二审认为：

一、807号房屋分割上，上诉人主张30万元首付款系其夫妻二人向赵某父母的借款，但未就其主张向一审法院提供充分有效的证据予以证明，故该30万元首付款应视为赵某父母对赵某一方的赠与。二、京MNXXXX某某轿车登记于赵某名下并归其使用，一审处理并无不当。三、对共同存款和债务的认定并无不当。综上，上诉人的上诉理由均不能成立。据此，北京市第一中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（一）项之规定，于2013年6月4日判决：

驳回上诉，维持原判。

评析

笔者认为北京市海淀法院及北京市一中院的判决均有严重错误。

首先，婚后夫妻双方按揭购买房屋，登记在一方名下，首付款中有登记方父母的出资，该房产权属在夫妻之间如何认定？父母出资性质如何？在出资当时（且该时间点为婚姻法司法解释三出台前）没有明确指明是对一方的赠与还是对双方的赠与下，应该推定是对一方的赠与还是双方的赠与？

本案北京市海淀法院和北京市一中院都认为父母在出资当时即使没有明确是对一方的赠与也应当推定是对登记方一人的赠与，且该款项对应的增值也应当属于登记方。

笔者认为两审法院的判决均有重大错误。

观点争鸣

目前对《婚姻法》解释（三）第七条中“婚后父母出资为子女购买的不动产”的理解有代表性的主要有五种观点。

（一）最高人民法院副院长奚晓明主编的《最高人民法院婚姻法司法解释（三）理解与适用》一书中，将婚后父母出资理解为既包括父母支付全部购房款也包括仅支付部分购房款，在此前提下，只要登记在出资人子女名下，就认定为己方子女的个人财产，即将此情形理解为与一方婚前按揭购买房产无异。

持该观点者在解读“出资为子女购买的不动产”时认为，“但在司法审判实践中，还可经常见到父母只支付了全部不动产价款的部分价款（往往是首付款）情形。在父母只支付不动产部分价款且不动产登记在出资人子女名下的情形下，则根据本条立法原意，该部分出资亦应视为对自己子女一方的赠与。既然父母的该部分出资属于其子女一方的个人财产，那么其子女以该个人财产出资购买房屋时，……。亦应认定该不动产为夫妻一方的个人财产。只不过在以夫妻共同财产还贷的情形下，离婚时应给予另一方补偿。”

（二）以最高人民法院杜万华、程新文、吴晓芳法官为代表，区分婚后父母为子女购房是支付全款还是部分房款，在仅支付部分房款的情形下，仍认定此房为夫妻共同财产，将父母的出资认定为对自己子女的赠与，相应地，

对应的增值也认定为子女的个人财产。

“值得注意的是，父母婚后给子女买房的规定，是指父母支付全款给子女购买房屋产权登记在出资方子女名下的情形。如果父母只是在子女婚后支付首付款，夫妻共同还贷，产权登记在出资方子女名下，首付款可以认定为只赠与出资父母的子女，离婚时该房屋应认定为夫妻共同财产，对首付款部分应认定为出资人子女的个人财产。由于个人财产婚后的自然增值仍然归个人所有，故离婚时首付款的增值部分也应判归一方所有。”该观点为孙若军教授所支持。

（三）以上海高院为代表，明确区分出资与产权，或者说仅在产权登记在自己子女名下时，将出资推定为对自己子女的赠与，而没有将出资和产权进行链接。

《上海市高级人民法院适用最高人民法院婚姻法司法解释(二)婚姻若干问题的解释(一)》第五条，“实践中，对于夫妻婚后父母出资购买房屋产权证登记在出资者自己子女名下的，从社会常理出发，可认定为是明确向自己子女一方的赠与，该部分出资应认定为个人所有；若产权证登记在出资人子女的配偶名下的，除非当事人能证明父母出资当时的书面约定或声明，证明出资者明确表示向一方赠与的，一般宜认定为向双方赠与为妥。该部分出资宜认定为夫妻共同所有。”

（四）还有人认为，为体现公平合理，父母出资的钱，应该划为子女夫妻二人的债权或为父母的债权，独立出来。

北京盈科律师事务所闵济宏律师从法律实践中也得出相关结论，“没有明确区分父母出资行为，容易产生纠纷”，他解释说，如果父母是赠与行为，房屋则属于夫妻二人共有财产，不易产生争议，而如果投资的房屋是用于子女居住，则是投资行为，应该保护出资人的利益。

“二种区分不明，法院在判决时只能依据经验和趋势”，他建议，为体现公平合理，父母出资的钱，应该划为子女夫妻二人的债权，独立出来。

（五）婚后购房父母出全资且登记在自己子女名下的，该房产视为对自己子女的赠与；父母仅部分出资的，适用《婚姻法》司法解释(二)第二十二條。

该观点分别在最高院不同刊物上刊发，如最高人民法院机关刊《人民司法》2013.13（总第672期）在司法信箱栏目中以“一方父母部分出资给婚后子女购房的如何认定？”为标题的文章中明示“如果缺乏出资时明确表示赠与一方的证据，婚后父母为子女购房的出资（部分出资，不包括全款出资）应视为对夫妻双方的赠与。”

在2013年第4辑《民事法律文件解读》中吴晓芳法官一篇题为“婚后一方父母部分出资给子女购房的认定问题”的文章中对该条做如下解读：《婚姻法司法解释(三)》第七条仅限于婚后父母为子女全款出资购买不动产的情形，对于不在该条适用范围的父母部分出资情形，则应当按照《婚姻法司法解释(二)》第二十二條的规定处理，即将父母出资部分认定为赠与夫妻双方。具体分割夫妻共同财产时，将诉争房屋的性质认定为双方共有，并不代表简单机械地进行对半分割。根据婚姻法第三十九条的规定精神，要根据“财产的具体情况”，本着照顾子女和女方权益的原则进行裁决。也就是说，分割夫妻共同财产时，要全面考虑财产的资金来源、双方结婚时间长短、夫妻对家庭所做贡献等因素，避免出现显失公平的情况。对一方父母部分出资为子女购房的，离婚分割时可对出资父母的子女方予以适当多分，至于“多分”的数额如何掌握，应由法官根据案件的具体情况作出公平合理的裁判。

该观点在《婚姻法》司法解释(三)公布初期也有部分律师提出过。

三、对以上争议观点的评析

（一）关于第一种观点

此种观点将婚后父母部分出资夫妻二人按揭购房的情形，与婚前一方按揭购房婚后夫妻二人共同还贷这两种具有实质性区别的情形混为一谈，包括产权归属及对另一方的补偿。完全忽视了夫妻身份关系的特殊性，违背《婚姻法》的立法精神。导致结婚与同居无异的荒诞结论！

《婚姻法》解释(三)第十条“夫妻一方婚前签订不动产买卖合同，以个人财产支付首付款并在银行贷款，婚后用夫妻共同财产还贷，不动产登记于首付款支付方名下的，离婚时该不动产由双方协议处理。

依前款规定不能达成协议的，人民法院可以判决该不动产归产权登记一方，尚未归还的贷款为产权登记一方的个人债务。双方婚后共同还贷支付的款项及其相对应财产增值部分，离婚时应根据婚姻法第三十九条第一款规定的原则，由产权登记一方对另一方进行补偿。”

而最高人民法院民事审判第一庭编著的《最高人民法院婚姻法司法解释(三)理解与适用》在如何理解“出资为子女购买的不动产”时的表述是，“但在司法审判实践中，还可经常见到父母只支付了全部不动产价款的部分价款往往是首付款情形。在在父母只支付不动产部分价款且不动产登记在出资人子女名下的情形下，则根据本条立法原意，该部分出资亦应视为对自己子女一方的赠与。既然父母的该部分出资属于其子女一方的个人财产，那么其子女以该个人财产出资购买房屋时，。。。。亦应认定该不动产为夫妻一方的个人财产。只不过在以夫妻共同财产还贷的情形下，离婚时应给予另一方补偿。”

以此理解，只要首付款是一方个人或其父母出的，产权又登记在自己或自己子女名下，无论有无婚姻关系，其结果都是一样的。这完全违背了我国婚姻法的婚后所得共同制，得出婚姻与同居无异的荒谬结论也就不足为怪了。

而且认为婚后父母部分出资所购房屋归个人所有也与实际的债务承担方式产生无法调和的矛盾。现实中婚后购房办理按揭贷款时，银行通常会要求夫妻双方到场签字，即是以夫妻双方名义签订贷款合同。除非一方出具虚假的婚姻状况证明，声称自己不存在婚姻关系。那么，即使双方没有对房屋产权归双方共有作出书面的约定（当然在法定夫妻财产制下也无需这么的约定），共同签订贷款合同的行为，也印证了双方对房屋产权共同共有的意思。试想，如果该房是一方的个人财产，那么根据权利与义务相统一的原则，有什么理由让产权与之无关的另一方与其共担该债务呢？因此，从由夫妻双方连带承担银行债务上也能反推产权归夫妻双方共同共有的真实意思。

因此认为婚后购房父母部分出资登记在己方子女名下的房产为一方个人财产的观点，不但违背了《婚姻法》的法定夫妻财产制，且不说照顾妇女儿童利益，在我国的婚俗传统之下，反倒通常情形下是对女方利益的严重侵害。

（二）第二种观点区分了婚后父母为子女购房是全款出资还是部分出资这两种不同情形，但在父母部分出资的情形下，实质上是推定房屋产权区分为父母（以出资额）与夫妻二人（以剩余购房款项）按份共有，而除非各方对此有事先约定，否则没有法律依据。

首先，我国实行法定的夫妻共同财产制，这就决定了在双方没有相反约定的情形下，婚后所得财产除非属于婚前财产的转化、自然增值和孳息、法律规定专属于一方的特定财产或者遗嘱与赠与协议中做了排除另一方共有权的特别约定，都应该由双方共同共有。或者换个角度说，主张婚后所得财产为一方个人财产或者双方按份共有者负有相应的证明责任。具体规定如下：

《婚姻法》第十七 夫妻在婚姻关系存续期间所得的以下财产，归夫妻共同所有：（一）工资、奖金；（二）生产、经营的收益；（三）知识产权的收益；（四）继承或赠与所得的财产，但本法第十八条第三项规定的除外；（五）其他应当归共同所有的财产。夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权。

第十八条 有下列情形之一的，为夫妻一方的财产：（一）一方的婚前财产；（二）一方因身体受到伤害获得的医疗费、残疾人生活补助等费用；（三）遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产；（四）一方专用的生活用品；（五）其他应当归一方的财产。

对于夫妻共同财产，双方有平等的处理权，分割时，一般情况下应当均等分割。

第十九条，夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、共同所有。约定应当采用书面形式。

夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方具有约束力。

据此，在夫妻关系存续期间，按份共有作为区别于法定共有方式的产权方式，必须有双方的事先约定，而不能适用推定，更不能事后推定，否则不但违反《婚姻法》也同样违反了《物权法》。

尽管“分割家庭共有财产，均等分割是一般原则，但必须考虑共有人的贡献大小，以及生产、生活的实际情况，其中贡献大小是确定分割的主要参考因素。”，但是考虑贡献也必须有个界限和尺度，不能既超越物权法，又突破婚姻法。即不能突破权属的界限！

故此，婚后购房，双方如果没有事先关于产权按份共有或者归一方个人所有的约定，理当归夫妻双方共同共有。

其次，既然产权归夫妻双方共同共有，那么增值与孳息也应当归产权人，并且以与产权共有方式相对应的共有方式享有增值与孳息。

《物权法》第116条规定“天然孳息，由所有权人取得；既有所有权人又有用益物权人的，由用益物权人取得。当事人另有约定的，按照约定。法定孳息，当事人有约定的，按照约定取得；没有约定或者约定不明确的，按照交易习惯取得。”

严格说来，房屋增值既不是天然孳息，也不是法定孳息，而是因市场价格变化而产生的一种财产升值利益。但它具有孳息的性质，司法实践中把房屋增值作为孳息处理，也有其道理。[13]而且，《婚姻法》司法解释（三）第五条“夫妻一方个人财产在婚后产生的收益，除孳息和自然增值外，应认定为夫妻共同财产。”也明确了增值归产权人的原则。

因此在婚后购房产权归夫妻双方共同共有且对增值没有约定归属的情形下，离婚时，主张对父母出资部分按照出资额度分得增值并赠给自己子女，无异于以父母出资比例在此夫妻共有房产中按份享有产权，势必违反物权法增值和孳息归产权人的原则。

这也是此观点难以得到支持的最大的困境和障碍。

（三）上海高院的观点，没有将父母出资尤其是部分出资和房屋产权强行链接，正确地处理了出资与产权的关系，对出资的推定赠与也相对公平地平衡了各方利益。

但是，如果要解决目前实践中存在的困惑，此观点仍需进一步完善和明确，以消除人们业已存在的混乱认识。

（四）对父母出资进行债权的推定，同样没有法律依据。

实践中，有人建议在离婚分割时直接将父母出资认定为对父母的借款，即父母对该部分出资享有债权。笔者认为此观点与主张认定为夫妻之间的债权一样显属牵强。借贷关系的成立，应有明确的意思表示并严格遵循“谁主张谁举证”的原则。借贷的双务行为属性，决定了借贷人要承担返还标的物的积极义务。因此，借贷关系中一般都立字为据，以借款人出具借条形式作为出借人请求返还的依据。故正常情况下，出借人都会妥善保管借条，作为日后

主张权利的依据。

而且，父母出资借贷给子女买房的概率远低于父母将出资赠给子女买房。因此，在父母一方不能就出资为借款提供充分证据的情形下，不宜简单推定该出资为借款，[14]从而认定父母对该出资享有债权。同理，也不宜认定为夫妻之间的债权。

（五）婚后购房父母部分出资，适用《婚姻法》司法解释（二）第二十二条违背了出台该条解释为遏制虚假诉讼、虚假债务频发的初衷。

该观点，明确了婚后购房父母部分出资情形下产权归夫妻双方共同共有，相应地，房屋的增值部分也全部归夫妻双方共有，在认识上有一定的进步。但在赠与购房出资时没有明确指定赠与哪一方的情形下，以结婚前后作为推定赠与对象的唯一标准，与为避免《婚姻法》解释二第二十二条所引发的虚假诉讼、虚假债务盛行的初衷不符。

对实践中当事人为了避免在离婚时，将父母赠与认定为双方的共同财产，往往出具很多虚假借条等证据，导致虚假诉讼盛行，严重影响司法公正，该条的出台正是为了对该司法乱象予以遏制。但如此解读，显然使该初衷落空。

四、对解释（三）第七条误读的根源及解决途径

导致错误理解婚后购房父母出资产权归属的原因主要在于以下几方面：

首先，从根本上说，是没有厘清《婚姻法》与《物权法》的关系，忽视身份关系对财产关系的影响。

《婚姻法》和《物权法》均属于民事基本法，处于同一位阶，因此从纵向上来说，不存在谁服从谁的问题。

所谓法律位阶，是指每一部规范性法律文本在法律体系中的纵向等级。下位阶的法律必须服从上位阶的法律，所有的法律必须服从最高位阶的法。而从规范的内容上来看，《婚姻法》又属于民事特别法，《物权法》属于一般法。在二者发生冲突时，若不涉及第三人利益的保护，而需要优先保护婚姻关系的当事人时应优先适用婚姻法；而在维护交易秩序和交易安全更为迫切时，则优先适用物权法。

其次，没有正确理解《婚姻法》的夫妻财产制。

我国现行婚姻法 17 条规定：“夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产归夫妻共同所有。。。。。”第 18 条规定：“有下列情形之一的，为夫妻一方的个人财产。。。。。”即夫妻在婚姻关系存续期间所得财产除个人财产外为共同财产，因而我国夫妻共同财产制类型为婚后所得共同制。[15]

婚后所得共同制的应有之义是“推定共同财产规则”。即婚后所得共同制中的共同财产不局限于劳动所得，包括无偿取得的财产，具有更大的包容性，因而为婚后推定共同财产制提供了可能。

在婚后所得共同制下，在夫妻双方对财产未作约定、约定不合法、不明确的情况下，当然适用法定财产制。[16]除非双方对财产归属及处分做了归一方个人所有或双方按份共有等区别于共同共有的约定，否则双方对婚后所得财产除了法律规定专属于一方个人所有的特定财产外，只能推定为夫妻共同共有。

具体到婚后父母部分出资购房的情形，除非双方有关于产权及增值归属的有效约定，在此前提下，依据约定优先的原则，按照约定处理。而如果双方之间并不存在关于产权与增值归属归一方或者双方按份共有的约定，只能按照法定夫妻财产制，由双方共同共有。

需要强调的是坚持“无约定从法定”的原则时，关于产权及增值归属的约定必须是购房时作出的、明确的，即意思表示必须是行为时的意思表示，也即行为和意思表示具有同时性，而既不是离婚时一方或其他人的表态，更不能随意简单根据登记和出资对产权和增值归属进行推定。否则就是赋予一方随意改变意思表示的权利，这既不符合民法基本理论，也是对另一方的欺诈。既有违诚信原则，也造成极大的不公。

该问题，已引起上海高院的重视并给予明确的答复意见，值得借鉴！“根据司法解释（二）第二十二条的规定，父母为子女结婚购房的出资，应当认定为…赠与。我们认为，条文中的应当认定，是在父母实际出资时，其具体意思表示不明的情形下，从社会常理出发，推定为赠与。若当事人有证据证明其与出资人之间形成的是借贷关系的，则不能适用该条规定。当然，该证据应当是在当事人离婚诉讼前形成的，离婚诉讼中父母作出不是赠与意思表示的陈述或证明，尚不足以排除赠与的推定。”[17]

综上，要正确处理婚后购房父母出资情形下产权归属及离婚分割，必须综合考量以下因素：

- 1、我国的夫妻财产制度，即夫妻婚后所得共同制，确定约定优先，无约定从法定的根本原则；
- 2、遵循物权法孳息、增值归产权人的原则，按照物权性质确定增值的归属；
- 3、考虑父母出资对房屋取得的贡献，在各方利益之间找到平衡点；既尊重婚姻伦理，考虑女方对婚姻的期待和付出，又适当照顾出资父母的利益；
- 4、面对我国目前现实情况下，产权登记时间无法与出资购房同步，往往是严重的错位，而且产权登记人也往往并非双方对产权的约定所有人，实践中甚至带有一定的偶然性，对此也应当给予足够的重视。

以此为基础，笔者认为，应当对《婚姻法》司法解释（三）第七条第一款做如下解读：

婚后由一方父母出全款为子女购买的不动产，产权登记在出资人子女名下的，可按照婚姻法第十八条第（三）项的规定，视为只对自己子女一方的赠与，该不动产应认定为夫妻一方的个人财产。

婚后夫妻购房父母仅支付了部分款项，产权登记在出资人子女名下的，可按照婚姻法第十八条第（三）项的规定，该出资视为只对自己子女一方的赠与。如果双方没有相反的约定，则所购房屋产权和增值归夫妻双方共同共有。

同时考虑父母所赠出资对房屋取得所作出的贡献，在分割共同财产时予以适当多分。

这样的解读，不但遵守了我国婚姻法所确立的夫妻婚后所得共同财产制的法定财产制，也与物权法所确立的孳息和增值归产权人所有的原则相一致，同时在分割共有财产时又对共有人对共有物的贡献予以适当考虑，平衡了各方利益。

特别需要说明的是，对于父母出全资购房登记在自己子女名下的情形，因为房屋只不过是父母货币出资的实物化，无论是将父母的出资认定为对自己子女的赠与还是将该出资购买的房屋认定为对自己子女的赠与，都不影响该房屋产权的认定。

从国外的立法例看，多数国家都通过明文规定的方式将夫妻个人财产的替代物认定为个人财产。[18]如1983年的美国《统一财产法》规定：“结婚后双方获得的所有财产均为共同财产”，但“由其个人财产交换所得的财产除外。”

房屋作为货币出资的一种转化物或替代物，又登记在自己一方子女名下，作为其子女的个人财产。无论从对婚姻法还是物权法上来说，甚或在面对现实离婚率居高不下的国情，兼顾保护保护出资方利益上来说，都较好地处理了出资与产权的问题。

然而不得不面对的现实是，父母出全资为子女购房的极端、理想情况在现实中是极为罕见的，真正亟待解决的是婚后购房父母有部分出资包括支付首付款的情形下，产权归属及离婚时如何分割的问题。而对此，司法解释恰恰没有明确，导致人们产生如本文列举的种种混乱认识，违背了司法解释的初衷。侵害了当事人的合法权益。

再回到本文开头的两个案例。

两案中，双方均没有主张婚后实行分别财产制，也均无主张双方对此房的产权及分割有过约定。那么，依照我国法定共同财产制，此婚后购买的房屋，尽管男方父母有部分（而非全部）出资，产权理当归双方共同。

男方依据购买该房的首付款是其父母支付，且房产登记在自己名下，遂主张房产归个人所有或按份共有的主张，显然是没有道理的。当然也不应得到支持。因此该两案判决犯了严重的原则性错误！

此外前一案中一个不容回避的事实是，房屋属性是经济适用房，在北京刚刚公布的经济房新政下，只能回购不能上市交易的政策下，离婚时如何分割才能公平保护双方利益，成为新的课题。而且是涉及千家万户的严肃问题，亟待研究！

上海市律协民事业务研究委员会举办“家事律师的苦与乐”沙龙活动

2013年11月5日 上海市律师协会 民事业务研究委员会

为了促进家事律师之间的思想碰撞，给律师的业务操作和拓展带来新的灵感，2013年11月1日，由上海市律师协会民事业务研究委员会主办的律师沙龙——“家事律师的苦与乐”专题活动在律协35楼第一会议室召开。

本次会议由北京大成律师事务所上海分所吴卫义律师主持，40多名律师参加。付文忠律师、赵宁宁律师、方洁律师、张寅律师等四位家事方面的专业律师作为会议嘉宾围绕律师专业化道路进行发言。

付文忠律师介绍了律师专业化道路的重要性及实现专业化的路径；赵宁宁律师介绍了自己走涉外家事专业化道路的历程，并提出律师即使走的是专业化的道路，但是知识结构当然不能是单一的观点；方洁律师介绍了自己选择家事专业道路的过程，并介绍了与当事人沟通的重要性；张寅律师则介绍了自己从法院到律所逐渐向专业化律师发展的心得和体会。吴卫义律师在每位嘉宾发言结束后都与其进行了深入地沟通，使与会人员对嘉宾及律师专业化道路有了更深层次的了解。

最后，由嘉宾与与会律师进行互动交流。此次会议，与会嘉宾及与会人员的积极发言，使大家对律师专业化道路有了更深入的了解，专题活动取得了圆满成功。

定位专业化 漫谈求发展——从一场家事律师沙龙活动谈起

《上海律师》2013年第12期 吴卫义 付忠文 赵宁宁 方洁 张寅

本期主持： 吴卫义 市律协民事业务研究委员会副主任、北京大成（上海）律师事务所律师

嘉宾： 付忠文 北京隆安（上海）律师事务所律师

赵宁宁 北京京大律师事务所上海分所律师

方洁 上海华诚律师事务所律师

张寅 北京大成（上海）律师事务所律师

文字整理： 张寅

2013年11月1日下午13点30分，由市律协民事业务研究委员会召开的“家事律师的苦与乐”沙龙在市律协35楼第一会议室举行。市律协民事业务研究委员会副主任、北京大成（上海）律师事务所吴卫义律师主持了沙龙，沙龙邀请了北京隆安（上海）律师事务所付忠文律师、北京京大律师事务所上海分所赵宁宁律师、上海华诚律师事务所方洁律师、北京大成（上海）律师事务所张寅律师等嘉宾律师作主题演讲，共有30余位律师参与了活动。

在嘉宾律师发言阶段，与会律师就“家事律师专业化问题”、“家事律师业务的障碍和难点问题”等分别作了深入研讨。在沙龙提问和回答环节，主持人、嘉宾律师和与会律师就家事律师如何坚持走专业化道路，以及对家事律师执业过程中的苦与乐进行了讨论，气氛热烈。现把会议内容及嘉宾律师的主要观点发表如下。

吴卫义：如今律师专业化道路总伴随着苦与乐，随着律师队伍的不断壮大和整个社会对法律人才的日益需求，律师自身的技能水准和专业化水平成了衡量一个律师自身价值的标准之一。而家事律师由于有专攻性质的特殊性，在解决家庭纠纷中的婚姻财产等关系中起着举足轻重的作用，所以对家事律师的研究和探讨就成了一条捷径。首先，邀请北京隆安（上海）律师事务所付忠文律师发言。

付忠文：专业和综合之间不是简单地取舍，而是要将二者融合。

诚然家事律师有着其独到的专业性，有时会使得当事人怀疑律师在从事其他业务方面的能力，这是家事律师其专业化之弊。可是也正是因为这份专业性家事律师在解决其专属领域中的家事问题时便手到擒来，其准确度与高效性是其他的综合性律师难以企及的。可两者之间有绝对的划分线吗？的确，家事案件和许多的商业纠纷案件看似是由两部不同的法律来调整的，看似不同的法律关系，可是归根到底也无非是对人身权和财产权的处理。

关系好的股东之间就如同夫妻一般。可见，家事律师的专业化其实不仅仅是其专攻于家事的强劲，其对许多法律通用的法理的理解和把握也是得天独厚的。现如今，越来越多的公司高层和掌控有巨大数额股权的股东在慢慢地陷入自身的婚姻危机，而这种危机直接影响了其股东的资格和数额，甚至会危及到公司的资产价值和整体形象。那对于这部分股权的划分和对于退出股东的违约等相关的条款，是家事律师的强项。虽然由于社会的发展，许多的综合性案件层出不穷，但是这种具有专业性质的家事案件仍占相当一部分的比例，这部分比例是律师所不能放弃的，而我也从未想要放弃过对于原本专业化的探求。所谓的专业化其实也就是特长，做综合性律师并不代表其专业性质的缺失。如何在专业性和综合性之间不做简单的取舍，而是做到两者的有机融合，互取长处是当下一条可行的道路。

吴卫义：非常感谢付忠文律师和大家分享了自己的执业经历以及对于家事律师专业化的见解。接下来有请北京大律师事务所上海分所赵宁宁律师发表演讲。

赵宁宁：专业化并不代表知识结构的单一，新时代的律师不可能对所有问题都面面俱到。

我当初选择成为涉外的家事律师时并没有想到其实这条专业化的道路并没有想得那么简单。家事案子无所谓输赢，我所见到的那些因为感情破裂而走向婚姻尽头的夫妻，原本其中有许多是欲以离婚来解决的，但经过我对双方当事人的了解和调解后，两者又重归于好者也有人在，我认为这才是家事律师的价值。何谓专业，专业指的就是一定的特殊性，不同的性质决定了所选之物的性质。我认为，女性能更好地在婚姻问题里起着引导作用。家事律师在婚姻方面有着自己的使命感和责任感，许多事情要因人而异，选择合适的。家事律师自身的专业性是一方面，但这只是外在的，从事于这一领域的人，即律师自己才是这条道路上的主体和内在需求。选择专业性质还是综合性质是要根据自己的专业性质来决定的，更何况律师中也无贵贱之分，每一个做出的慎重选择都是值得被尊敬的。就整个律师的发展规划来说，专业化是必然趋势。律师走专业化道路并不代表其知识结构是单一的。每一个律师必定都有自己擅长的领域，没有一个人能在所有的法律问题面前都面面俱到，即所谓术业有专攻。如何在掌握综合的实力下，谋求某一特定方面的精细是必要的，家事律师也只是其中的一方面而已。

吴卫义：赵宁宁律师经常处理涉外家事案件，那么对于涉外案件的代理有什么感想？

赵宁宁：涉外案子的确与本土案子有许多的不同之处。当事人因为所接触的文化和自身国家的制度原因会与中国当地某些想法产生分歧。我的优势虽然是外语，但其实真正和外国人交流困难的不单单是语言方面，而更深层次的制度和文化上的差异才是难点所在。而如何在尊重涉外案件中当事人的特有习惯和思维，同时又维护法律的公正和程序的准确性是尤其需要注意的地方。

吴卫义：非常感谢赵宁宁律师向大家阐述了专业化道路的趋势，分享自己亲身经历的涉外案件，接下来由上海华诚律师事务所方洁律师发表观点。

方洁：我们要以专业说服法官，更要赢得自己当事人的信任。

我当初并非想着走这条专业道路，是误打误撞开始了自己家事律师的从业道路。我认为，从事这种专业性质极强的家事律师的最大难点就是和当事人的交流。律师最大的敌人不是法官，而是当事人。我曾经接受的一桩案子竟然持续了多年，从一开始看似简单的一起离婚案子，之后又引出了许多纠纷。当事人由开始的不信任并对律师充满抵触，到后来将案件放心地交给我们，并让我们维护她的正当权利，这一路不仅是简单的诉讼道路、维权道路、法律道路，也是一条人与人之间的道路。家事律师因为其自身的特点，接触的对象也是一些生活中为家事所奔波操劳的人。他们将自己的这份信任交给家事律师，家事律师也应该用自己的专业技巧来帮助他们。我们要以专业取胜去说服法官，除了这些，我们更应该要了解当事人的心理状态和实际需求，并且能和他们取得一个很好的沟通和了解。信任是十分重要的，这才是家事律师的职责和为人之道、为业之路。

专业化的道路是必须走的，但这并不是表示除了这个专业以外就一窍不通，在家事律师里同样如此，看似简单的离婚案件所牵扯的问题不可能是一部简单的《婚姻法》就能涵盖和解决的。当财产中涉及了股票的分割问题，当婚姻中涉及到名誉侵权等问题时，都是需要运用其他的法律和方法来加以解决，所以专业化也是基于在综合之上的专业化。家事律师由于自身的专业性，经常会受到一些不公平的评价与待遇，对于许多家事案件中与家事无关的权利，当事人并不愿意交付给我们。所以如何将家事律师的业务做得更宽泛，在具备了足够专业性的同时，更踏实地开拓案源是当务之急。

吴卫义：非常感谢方洁律师提出的以专业说服法官，赢得当事人信任的观点。张寅律师作为律师界的新生代，

对初来到这行业并且还是家事律师的领域有着自己的一番心得体会。接下来有请北京大成（上海）律师事务所张寅律师发言。

张寅：专业化是一个从大到小，再从小到大的过程。

家事案子完全不是我一开始所想的那么简单的。简单的婚姻案子里也有错综复杂的法律关系，这不仅仅要靠简单的单一知识，更要靠对综合性的理解和对自身能力的挑战和磨练。我有在法院从业的经历，非常能了解法院中审理此类案件的不易，一年中有 300 多起的案子要受理，这对于他们来说是体力和脑力的消耗战，所以我们作为律师，就要更好地把庭前工作做到完善，甚至是完美，这样才能在那纷繁复杂的多数案子中，表现出自己的风格，更好地为当事人争取权益。家事律师在诉讼中对一起案件并不只是简单的案例分析，而是一套全程的秩序演绎。如何在大量的家事案件中增强自己的技巧和水平，我有一定的心得，也是我对从学校刚出来，对有意从事家事领域律师的一点建议。专业化是一个从大到小，再从小到大的过程。先博学，后精通，再从一定的高度俯瞰自己接手的案子，专业化，不是简单地处理一个案件，而是整观一体。

对于青年律师的初期职业问题，真正能获得当事人信任的并非完全是资历和年龄。如果你能成熟地从逻辑和各方面紧抓当事人的眼光，充分地阐述你能为当事人所争取的权利，才能让当事人信任你，年龄等并不是问题。至于对于当事人在不断哭诉自己的自身经历时，其实对于当事人内心的了解也能更全面和客观地了解整个案件的情况。并且倾听他们的内心想法，做好心里沟通，这也是家事律师所应该做的。如果是在具体的诉讼程序中出现此类问题的话，则能引导当事人往理性的方面走去，这样才能更好地维护他们的利益。

吴卫义：非常感谢张寅律师的发言。付忠文律师认为专业和综合之间不是简单地取舍，而是要将二者融合；赵宁宁律师认为专业化并不代表知识结构的单一，新时代的律师不可能所有问题都面面俱到；方洁律师认为我们要以专业说服法官，更要赢得自己当事人的信任；张寅律师认为专业化是一个从大到小，再从小到大的过程。今天大家对家事律师的前程发展问题做了简要探讨，而家事律师的苦与乐还在继续上演着，这条专业化的道路也会继续这样蔓延下去。

（以上内容根据录音整理，未经本人审阅）

云中谁寄锦书来

《上海律师》2013 年第 12 期 谭芳

人物简介

谭芳：上海市华诚律师事务所合伙人、中华全国律师协会民事专业委员会副主任兼秘书长、上海市律师协会民事业务研究委员会主任、上海市律师协会对外宣传委员会副主任、上海市女律师联谊会秘书长、徐汇区律师工作委员会副主任、徐汇区政协委员。2011 年被评选为上海市第四届优秀女律师。

2013 年，正好是我律师执业的第 10 个年头。

前几天恰逢同学聚会，有人问，律师这 10 年，与法官那 10 年，相比之下，你的收获是什么？

突然想起 6 年前的那个深夜，急促的手机铃声将我梦中惊醒。对方是数月前从杭州来咨询的一位客户，她在电话里泣不成声，与世诀别前向我道别。两个多小时后，我赶到了西湖，向这位仅有一面之缘、满是绝望的女人张开了双臂。那一夜，陪我一同倾听和劝慰的，还有月光和晨曦。6 年来，她越来越开朗和自信，对生活充满激情，企业也日新月异。而我，也成为她生命中最为信任的一位亲人。

10 年来，正是律师这个职业，将人生中的许多一面之缘，变为朋友、知己甚至亲人。当然，那只是收获之一。

蓦然回首，云中谁寄锦书来？我想，抽屉里珍藏的那些信件，或许可以诠释这 10 年里更多更多的收获。

一、诉说客户信任的那些锦书

这是 2011 年元旦，来自大洋彼岸的一封书信。

“谭律师，您好！我刚刚从一个华人聚会上回来，当新年钟声敲响的那一刻，我也在为您和您的家人祈祷。现在的我，生活幸福安宁，工作井然有序，今天的一切都多亏了您的帮助，我将永远感恩在心……”

他是一名企业家，也是我 2008 年代理的一起离婚案件的当事人。因案情离奇曲折、财产标的巨大、法律关系复杂，曾引起众多媒体的关注。我们的调查取证及庭前准备非常充分，庭审效果不错，胜诉在望。尽管双方当事人均明确表示不同意调解，但考虑到判决后难以执行，尤其是两家经营状况良好的公司可能因结怨而导致恶性竞争造成巨大的经济损失，因此庭审后我做通了当事人的工作，主动向法院提出调解意向并准备了多份调解方案，还积极与对方律师协商。我的诚意打动了合议庭，担任本案审判长的法院副院长亲自主持多次调解，双方最终达成调解协议。这起沸沸扬扬的离婚案件，以几页调解书平静地结束了。

此案的成功调解不仅及时制止了一系列商业复仇计划，而且为双方三年之后的商业合作留下了空间。

在我十年的执业生涯中，60%以上的案件都以和解或调解结案。剑拔弩张在和风细雨之下握手言和，是我最为乐见的场景。我一直认为，律师的价值不是表现在庭审时的咄咄逼人，辩论时的滔滔不绝，不顾一切地追求胜诉结果，而是审时度势，立足全局，以实现客户的长远利益为最高目标。当 1 年、5 年甚至 10 年后，客户还能对律师心存感激，这就是我们最大的收获。

客户那些诉说信任和感激的信件，不仅是我价值的体现，更是我坚持的动力。

二、记载队友思念的锦书

今年8月，一张印着西藏美景的明信片翩然而至。

“……会想起去年的同一时刻，和团队一起经历我人生中的第一份工作，想来便觉得人生际遇的神奇。不一样的生活，同样的欣喜。想念大家，想念谭老师。”

这是去年某政法大学来实习的一位研究生寄来的，她读研期间去西藏支教，给团队的每位律师都寄来了一张风景各异的明信片。

类似的信件还有许多，即便实习才一个月的同学也似乎习惯把我们这里当成自己一个可以信赖的温暖的家。团队曾有几位律师在我的鼓励下出国留学深造，学成归来后依然留在我们这里。这些年来，团队成员不仅稳定而且不断壮大，我经常思考，是什么力量使这么多优秀的年轻人愿意凝聚在一起？

某次演讲比赛中，一位加入团队3年的女律师曾这样形容她的改变。她说，“我很庆幸遇到了一个团结进取、爱学习、有梦想的团队，我懂得了如何有效地管理时间，专心地办理案件，双赢地去解决争议。更重要的是，我学会了如何去爱自己，爱队友，爱客户。”

没有完美的个人，只有完美的团队。这是我信奉的一句箴言。从做律师的第一天起，我就组建了自己的团队，队友们分工负责、精诚合作，在服务方式上不断开拓创新，在办案质量上追求精益求精。我借鉴原来法院工作时规范严谨的办案流程，根据律师的业务规则，自创了一套律师服务标准流程。这种规范化的办案方式不仅大大提升了团队成员的工作效率，而且深受客户的赞誉。

我还根据团队成员的各自特点制定了一套学习和培训计划，包括文书写作、模拟接待、模拟法庭、演讲训练等技能。因自身能力有限，我千方百计把他们送出去学习，鼓励他们参加各种研讨会、培训班、专业比赛。为了凝聚人心、放松心情，我经常借生日、节日之名组织团队聚餐，在美味佳肴中我们高谈阔论、展望未来；为了及时了解队友们的心声，我独创了“民主批评会”、“谁与我午餐”等活动，大家都愿意敞开心扉，与我推心置腹地交流。

如今，这支阶梯型的团队已日臻成熟，职责分明、配合默契，即便我长时间在外开会出差，团队的工作也有条不紊，成为我拓展事业、履行社会责任的重要支撑。

队友们那些思念和依恋的信件，不仅记载着我们共同拼搏与奋斗的足迹，还记载着我们共同的梦想和希冀。

三、镌刻行业传承的锦书

今年教师节前夕，收到了一些受聘学校和培训机构寄来的节日贺卡，还有许多学员的问候和祝福。

“谭老师，教师节快乐！您讲课时举例提到的律师职业修养与敬业精神，对刚入行才两年的我触动很大，有着深远的指引作用……”这是四川一位律师寄来的贺卡。

我喜欢和年轻人交流，团队成员除我之外全是80后。年轻律师执业之初，往往会面临理想和现实的落差，如果自身缺乏信仰，又得不到指引，很容易放弃。作为过来人，我非常理解他们的迷惘，也很愿意尽自己的一份心力给他们帮助。“与其诅咒黑暗，不如燃亮灯火。”这是我很认同的一句话，我愿做一盏为人照亮的指路明灯，更希望年轻律师能燃亮自己的梦想之灯。早在多年之前，我就在事务所内组建了每周一次的青年律师沙龙，既邀请业内知名律师传道授业，也有年轻人自己分享读书心得、个人兴趣爱好。组织模拟法庭实战演练，共同讨论热点疑难案件，引导专业定位，一些年轻律师借助这一平台迅速成长起来，成为业内新星。

今年6月，我受邀至中国人民大学律师学院讲授婚姻案件律师实务，结束后全国各地的拜师信雪片般飞来。为了不辜负学员们的信任，我以西部年轻律师为主要成员组建了一个7人的学生团队，为他们制定了一系列成长计划，还专门为团队配备了一位资深律师担任助教，与他们每周沟通工作进展，探讨疑难案件，布置学习任务，分享研究成果，让学生们与我的团队共同成长。

作为上海律协律师学院的一名讲师，我不仅讲授了婚姻家庭案件的办案技巧，还分享了多年来在律师服务流程管理上的一些心得，获得了许多同行的肯定。我还被一些法学院、培训机构聘为讲师，通过更广泛的平台去分享执业经验，引导年轻律师规范执业，从细节入手，以专业取胜，树立职业荣誉感。

那些镌刻着行业传承的聘书，让我倍感责任之重大。

四、寄托社会责任的锦书

抽屉里，还有一类信件来自素不相识的陌生人。

“我曾有一段不堪回首的婚姻，家庭暴力让我痛不欲生。是《婚姻三重门》给我勇气和力量，感谢谭律师！”这是2010年，一封从中国法制出版社转来的读者来信。

作为法律工作者，我一直把运用法律排除风险、增强国民幸福感作为自己最高的职业理想。我先后出版了4本著作，以经办的案例开展普法，希望更多的普通人能保持法律的警醒，拥有法律的智慧，在温暖的法律阳光中感受到自由和平等，成长与幸福。

去年10月，我荣幸受邀在上海书城举办新书签售会。看着那么多陌生读者排着长队，还有一位女士买了1本之后又重新排队买了10本，而且请我逐一签名准备作为礼物赠送给她的闺蜜们，我的心既激动又不安。激动的是有越来越多的人相信法律的力量，不安的是担心自己才疏学浅辜负了那份满满的期待。

记得有次在电视台录制一期讨论老年人再婚的对话节目，结合亲历的案件，我提出老人再婚应“婚前理性选择、

婚后感情培养，财产约定、子女支持是幸福的前提”。结束后，观众席上一对再婚老人激动地冲上来握住我的手说：“谭老师，您说得太好了，您一定要在更多的媒体上传播这些观点，让更多丧偶老人勇敢、理性地追求晚年的幸福。我们代表老年人感谢您！”

这些理解和期待，也激励着我抽出更多的时间走进社区、走向百姓，在广播电台、电视台、报纸等媒体不遗余力地宣传法律，站在更广阔的平台答疑解惑，让更多的人认识到法律的力量。

近些年来，经常会接到不少公益讲座的邀请，我千方百计地挤出时间去参加。我想，或许我的一句话或者一个案例，就可能影响甚至帮助一位听众，或许可以改变他（她）的一生。

回首这 10 年，我觉得，内心的充实和富足是无以伦比的。

边沁说：“所有法律的总目标一般是或者应当是增加社会幸福。”

我想，法律人更是如此。

蓦然回首，云中谁寄锦书来？雁字回时，月满西楼。

解读邵逸夫的财富传承秘密

2014 年 1 月 16 日 搜狐网 陈凯

导语：在对邵逸夫家族财富的研究中，仅从公开资料中透露出来的冰山一角就已经看到，通过层层控制和交叉关系，邵逸夫构建了一张融合了遗嘱、信托、股权、慈善基金的家族资产传承结构网。而体量更大、结构更为复杂的李嘉诚家族，更有无法完全了解的财富传承细节。

富豪家族遗产纷争代价高 邵逸夫做法被称道

107 岁的邵逸夫先生安详地走了。他的圆满人生，印证了习近平总书记日前讲话中提到的老年人“安心、静心、舒心”才能“健康长寿、安享幸福晚年”的观点。

邵逸夫的安心，一定有着对邵氏财富传承安排的一份得意在里面。在此起彼伏的香港富豪家人内斗的喧闹声中，同样富可敌国的邵逸夫早就做好安排，在这点上，他确实足以笑傲群雄。

那么就让我们试读一下，他的财富传承安排中，有着哪些不为人知的密码。

一、家可传，业难传

2011 年 1 月，一则有关邵逸夫的低调声明引起香港财经界和娱乐界的“地震”——已经 104 岁的邵逸夫宣布将手中所持 1.14 亿股 TVB 股份以约 86 亿港元的价格出售。这标志着邵氏家族统治 43 年的 TVB 电视王朝，至此改朝换代。

其实，邵逸夫出售 TVB 的想法并非一朝一夕，早在上世纪 80 年代，邵逸夫近 80 岁高龄时，就开始为 TVB 寻找买家，当时更有消息透露，邵逸夫不但会卖掉无 TVB 股权，其名下房产也会变卖。2008 年圣诞前夜，为了方便日后将 TVB 分拆出售，邵逸夫甚至不惜以较市场价高出 64% 的溢价私有化邵氏，轰动整个股市。旋即，2009 年 2 月，邵逸夫成功实施 TVB 私有化方案，邵氏兄弟公司成功从股市摘牌。人们不禁要问，为何邵逸夫处心积虑要将苦心经营多年、成就邵逸夫商业帝国基础的 TVB 一卖了之？难道邵逸夫就不想将本就是家族产业的 TVB 继续在留在家族后人手中发扬光大？

邵逸夫自身的经历也许可以作为一个注脚。邵逸夫的父亲是做颜料生意的，事业成功的父亲并没有让子女接手他的生意，而是支持几个儿子从事了不同的产业。即使在娱乐界，邵逸夫也不是围着一种产业原地打转。尽管邵氏兄弟公司几十年中在电影领域称霸一方，但一旦电影式微，他又毫不犹豫转战免费电视。

商界有句古训：“商者无域”。意思是对于商人来说，经营什么、怎么经营，没有固定的模式，只要有利可图，不必拘泥于形式。因此从这层意义上说，没有任何一个家族产业，或者说某一种生意，是需要永远传承的。

正是认识到这一点，邵逸夫才会毅然决然地出售 TVB，而在邵逸夫的遗产安排中处处体现出对家人的照顾，显现出邵逸夫所重视的传承哲学：家人，才是自己人生传承的使命和寄托。

因此，在元配黄美玲 1987 年病逝后，邵逸夫就为儿女成立了信托基金，保证孩子们一生富足，衣食无忧。邵逸夫曾说，他的儿女已过得很好，不用担心，他相信他的财产，“这辈子用不完，他的儿孙辈也用不完。”

至于给予家人照顾以外，对远在新加坡打理地产小生意、对接手父亲影视帝国兴趣不大的两个儿子，邵逸夫是否有其他期许，目前尚不得而知，但足以欣慰的是，尽管有过不睦，但儿子仍然表示自己眼中的父亲“是一个巨人”。

二、私人慈善基金会成为巨富传承的最终选择

既然产业不足以传承，那么到底什么可以传承？

笔者认为，财富的传承与价值观、制度、资源、家人等，成为完美传承的五个方面。从这五个方面考虑，私人慈善基金会成为众多巨富家族传承安排的最终选择。

正如前面所提到的，邵逸夫的财产不但自己用不完，儿孙也用不完，在这种前提下，对财富和家人的安全的顾虑，远远超过了让财富不断增长的关注。此时，有效控制、保护、受益于财富，远远比在名义上拥有自己几辈子无法享用的财富更为重要。

美国第一家族洛克菲勒家族每年召开一次的家族会议上，能把大家聚拢到一起的只有一个议题：怎样做好洛克菲勒家族的慈善事业。这种财富传承下来，其所承载和体现的价值观、制度、资源，才能最终为家人所享，成为逝

去的老洛克菲勒们对小洛克菲勒、小小洛克菲勒的祝福，而不是枷锁。

正如邵逸夫所说的，宽容和做善事是一把健康钥匙，是生活幸福的良药。这不仅仅指他自己从中受益，也足以成为他的子女可以依靠的幸福源泉。

但有一点不容忽视：境外私人慈善基金会大多以私人信托方式存在，除了运作较不透明以外，其主旨和受益人范围均属于自治范围，可进行自由设定和转换。即使以“慈善”命名的，邵氏家族财产的最终持有者——邵逸夫慈善信托基金的受益人范围仍然设定为邵逸夫的家人以及慈善团体。

三、内斗防火墙：管理与受益分开

2011年12月，104岁高龄的邵逸夫终于卸下重担，辞去了TVB董事局行政主席、非执行董事及行政委员会成员等职务。此时，距离他售出TVB股份已经将近一年。这意味着，在这一年时间里，已经不是TVB东家的邵逸夫仍然掌舵TVB。

售出TVB后，持有邵氏家族主要财产的邵逸夫慈善信托基金，被委托给一个注册在百慕大的邵氏私人信托有限公司的神秘机构运营，有消息称，邵逸夫通过该基金将资产投到海外，由其他专业资产管理公司进行打理，实现增值。而与此同时，对经营庞大商业帝国没有兴趣的邵逸夫的两个儿子，早在多年前已经从邵氏公司退出管理层，偏安于新加坡做做小生意，尽管没有参与家族财富的直接管理，但一点都不妨碍他们从中持续受益。

管理企业的人，就是从企业中受益的人，这种现象是创业“富一代”具有的固有格局，然而，如不能在管理和受益中建立明确的法律界限，一旦有人可以从管理中得到超过理应获得的受益，则争斗管理权成为高概率事件。

以新鸿基家族郭炳湘、郭炳江、郭炳联三兄弟内斗案件为例，原本其父亲郭得胜设立家族信托的初衷，是让三兄弟都能各得其所，透过家族信托获得指定的利益份额，但事情的不完美就在于，新鸿基地产作为家族企业，内部管理并不完善，导致管理权所带来的利益远远超过受益权本身，于是利用各种手段争夺管理权就成为三兄弟处心积虑的事情，家族内斗自然无法避免。

可以说，管理的归管理，受益的归受益，这是所有家族企业在进行传承安排时无法回避的选择。

四、多工具模式是财富传承的必由之路

随着对财富传承的关注持续增加，不断有人对热点案例进行解读，其中不乏透过案例对传承工具进行的比较。

例如，有人拿早就立了遗嘱的霍英东家人争产案作分析后认为，富豪不能靠遗嘱来实现传承，应该用家族信托。（笔者注：其实霍英东的遗嘱本身在英美法上就是一种较为常见的家族信托，且，成功的富豪传承几乎无法回避遗嘱的存在。）

例如，有人拿设立了家族信托的新鸿基家族郭炳湘、郭炳江、郭炳联三兄弟内斗案件作分析后认为，原本矛盾不断的家人被家族信托锁住，导致企业内斗不断，因此家族信托也靠不住。（笔者注：如前所述，笔者认为乃管理与受益不分之祸，而非信托之过。）

不同财富传承管理工具具有不同的优势，也存在某些先天的缺点，对于富豪家族而言，靠单一传承工具实现传承本身，就是一件不太现实的事情。

在对邵逸夫家族财富的研究中，仅从公开资料中透露出来的冰山一角就已经看到，通过层层控制和交叉关系，邵逸夫构建了一张融合了遗嘱、信托、股权、慈善基金的家族资产传承结构网。而体量更大、结构更为复杂的李嘉诚家族，更有无法完全了解的财富传承细节。结合李嘉诚在各种场合对保险的推崇，我们可以确定地说，所有的财富传承工具，都可能纳入这位商业教父的法眼之中。

可以说，只靠单一工具实施财富传承，不但无法实现当事人的传承目的，而且所导致的风险是富豪家族难以承受的，而结合保险、信托、遗嘱等多种财富传承工具的综合模式，才是财富传承的必由之路。

五、对中国富豪的借鉴意义

无论是卖企业变现，还是早早就作好安排，无论是选择慈善作为归宿，还是用专业手法编织传承伟业，对于中国富豪来说，传承是一门刚刚开启的新课程，因此想要一口气修出个什么结果来，是不现实的。但笔者认为首先要从以下三个方面入手：

1. 想明白自己到底要传承什么，有什么可以传承的？
2. 看明白传承到底是生命最后阶段要做的事情，还是一开始就要规划的事情？
3. 弄明白谁才是自己真正可以倚仗的传承专家？

从《婚姻法司法解释(三)》看离婚纠纷中房产分割问题的立法突破和实务操作

2014年2月5日 中建中汇律师事务所 高兴

摘要：离婚纠纷中所需分割的房产，由于标的价值巨大，且购房时间、登记情况、出资来源等因素千差万别，其如何处理历来是离婚纠纷中的争议焦点和难点。随着《婚姻法司法解释（三）》的实施，虽然该司法解释中仅有两个条款直接涉及离婚纠纷中的房产（不动产）分割，但笔者通过研究发现，这两个条款的内涵和外延非常丰富，足以导致离婚纠纷中房产分割问题的重大突破。据此，笔者从《婚姻法司法解释（三）》出发，对散见于法律、司法解释、地方司法文件等规范性文件中的规定进行梳理，归纳出一套系统的、可全面适用于离婚纠纷中各种房产分割实务问题的具体方法。

关键词：离婚纠纷；房产分割；权属认定；按份共有；投资式返还

离婚纠纷，往往涉及房产分割。由于房产价值巨大，其分割问题是离婚纠纷中的焦点；又由于购房的时间、登记的情况、出资来源、婚姻存续的期间、贷款偿还的情况以及房屋价值增贬等因素影响，房产分割问题历来又是离婚纠纷中的难点。现行的法律法规对此问题并无系统规定，相关规定散见于不同法律、司法解释甚至地方司法文件当中。笔者欲通过此次研究，归纳出一套可全面解决离婚纠纷房产分割问题的方法，并将其运用于律师实务之中。

本文所说房产，仅指商品房，不包括公有住房或者其他福利性质的房屋。

第一章 变量的精简和研究基础的构建

前人对离婚房产分割问题多有论述。逻辑框架往往如此：大前提是法律法规的规定，然后列举某种具体情况，再得出此种情况依法律法规该如何处理的结论。这种三段论的研究方法当然是不错的，但难点在于现实情况千变万化，不能尽举，论及各种例外，到最后万分复杂。总之，离婚纠纷中房产处理的具体情况即“变量”太多，这是归纳普遍适用方法的大碍。因此，笔者认为，讨论离婚纠纷中房产分割问题，首先要从精简变量因素入手，化繁为简。

现实生活中，需在离婚纠纷中处理的房产，所涉变量因素包括：

1、时间节点：人们常说“婚前”、“婚后”购房，这其中至少涉及两个时间节点的确立：一是“婚”的时间，二是“购”的时间。随着婚姻登记制度的普及和完善，以在民政部门进行结婚登记的时间作为结婚的时间节点并由此区分婚前、婚后，现今已无争议。但“购”的时间却不甚清晰，究竟是签订房屋买卖合同的时间、房屋交付的时间抑或是办理房屋产权登记的时间，莫衷一是。

2、登记情况：不动产登记的法律意义在《物权法》中已有详尽规定，其重要性毋庸置疑。具体登记情形，仅就婚姻关系当事人人为限，就有登记为夫或妻一方，以及登记夫妻双方两种。现实中经常出现登记其他家庭成员的情形，例如登记婚姻关系当事人的父母，或者登记婚生子女等等。

3、出资来源：房产价值巨大，固然有人能够以一己之力完成购房，但对更多的普通家庭而言，往往需要多方筹措资金：合两家之力、申请银行贷款、向亲朋好友举债，各种情况都十分常见。

面对如此纷繁的变量因素，笔者作如下简化：

1、时间节点：购房的时间点只有两种：婚前购房；婚后购房。其中“婚”以婚姻登记的时间为准；“购”一般以签订买卖合同支付购房价款时间为准。

例如，签订合同、付款在婚前，取得房产证在婚后，这就属于婚前购房。理由是：房产开销对家庭而言事关重大，房产价值巨大且存在变动的可能，又因为合适中意的房屋可替代性很差，购房人为规避价值风险和“过了这村没这店”的尴尬，往往选择购买预售期房。购房时间和产证取得时间相隔数年，甚至入住使用后很久仍无法取得产证，这是预售模式所决定的，并非购房人对房产权属企图作新的安排，产证取得的时间也非购房人所能控制。该房产的期待利益是婚前取得的，全部对价也是婚前支付的，婚后获得的物权是婚前合同权利的自然转化。如若不然，势必鼓励一方当事人为避免房产纠纷而选择推迟婚期，另一方则要求尽快登记结婚，这种增加家庭矛盾隐患和社会成本、甚至有悖公序良俗的事情，显然不为法律所鼓励。

综上所述，应以签订合同、付款时间作为购房的时间，而不应以房屋交付甚至取得房产证的时间作为购房时间。这个购房时间，要么在登记结婚之前，要么在登记结婚之后。

2、登记情况：登记的情况只有两种：登记为夫或妻一方，登记为夫妻双方。

如果房屋产权登记了父母、子女的名字，首先，离婚纠纷诉讼不处理涉及第三方的财产。其次，在离婚之后的析产纠纷中，这些非婚姻关系当事人的家庭成员，不受《婚姻法》规定的夫妻共同财产制的约束，完全可以按照《物权法》等民事法律的相关规定和原则处理；而登记在婚姻关系当事人名下的份额，则可抽离出来结合《婚姻法》的相关规定和原则单独处理，就这一部分而言，同样仅可能存在登记为夫或妻一方、登记为夫妻双方两种情形。因此无论房屋产权登记的所有权人如何复杂，无非是物权法律范畴内的“共有”模式包含着婚姻法法律范畴内的“独有”或者“共有”模式——一个大的“产权模式”套一个小的“产权模式”而已，只不过这个小的“产权模式”对应的不是整个房屋而只是房产权益的一部份份额。

综上所述，离婚纠纷所涉房产（包括析产纠纷中需处理的房产份额），要么登记在夫或妻一方名下，要么登记在夫妻双方名下。

3、出资来源：出资来源只有两种：夫或妻个人财产出资，夫妻共同财产出资。

对于以婚姻关系当事人名义进行的购房，在有贷款的情况下，购房的对价通常由四部分构成：首付款、贷款本息、交易成本（税费）以及添附费用（主要指装修）。除了婚姻当事人的出资以外，其他资金无论形式上来源于哪里——银行贷款或者父母出资或者亲友借助，都是购房款的间接来源而非直接来源，都可以解构为他方（银行、父母或者亲友）通过借贷或者赠与等法律行为，将钱款转移给婚姻关系当事人，再由当事人进行购房出资。他方的借贷、赠与，构成的则是另一层法律关系。

因此，离婚纠纷所涉房产的购房出资从根本上说，只能来源于婚姻当事人，要么是夫或妻个人财产出资，要么是夫妻共同财产出资。

在对离婚纠纷房产分割所涉诸多变量作了上述精简之后，本文接下来的研究便有了基础。此外，结合《物权法》

的原理，有必要演绎出三条论断，同样构成本文的重要研究基础，在后文中会有直接或者间接的引用。

1、在离婚纠纷中需处理的房产，其产权类型只有三种：夫或妻个人所有；夫妻共同共有；夫妻按份共有。这是由《物权法》基本原理所决定的。只要承认作为不动产的房屋是物权的客体，以及物权法定原则，该论断就不能被否认。特别需要注意的是，在离婚纠纷中，房屋的实际产权归属与登记的情况往往并不一致，这涉及到房产登记的对内和对外效力问题。对外而言，登记信息具有公示公信的效力；而本文分析的，则是“对内”的问题，讨论房产在婚姻关系当事人之间的归属与分割。就“对内”而言，登记情况只是一个考量因素，而不是产权类型和归属的最终结论。

2、房产权属情况一旦确定，非因法定事由不发生改变。在没有发生转让、继承、标的物灭失等法定事由的情况下，婚姻中所涉的房产权属一旦确定，就不会发生改变。这也为确定房产权属提供了一条捷径，那就是追根溯源，从初始状态寻找。

3、权属确定的财产，其价值变形物非因法定事由，仍然保持原有权属。货币所购房屋，或者房屋变现成货币，都只是财产的形式发生了变化，非因法定事由，其权属不发生变化。

第二章 《婚姻法司法解释（三）》关于房产分割问题的重大突破

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）》（本文他处均简称为《婚姻法司法解释（三）》）于2011年8月颁布施行。该司法解释全文共十九条，其中的第七条和第十条直接涉及离婚纠纷中的房产（不动产）分割。笔者研究发现，这两个条款的内涵和外延，足以导致关于离婚纠纷中房产分割问题的重大突破。

第一节 对《婚姻法司法解释（三）》第七条的解读和引申

一、法条摘录

1、《婚姻法司法解释（三）》第七条

婚后由一方父母出资为子女购买的不动产，产权登记在出资人子女名下的，可按照婚姻法第十八条第（三）项的规定，视为只对自己子女一方的赠与，该不动产应认定为夫妻一方的个人财产。

由双方父母出资购买的不动产，产权登记在一方子女名下的，该不动产可认定为双方按照各自父母的出资份额按份共有，但当事人另有约定的除外。

本条是关于父母出资为子女购房的规定。要深入理解和正确运用该条款，必须将与该条款相关的另两个规范性文件条文结合起来研究，分别是：

2、《婚姻法司法解释（二）》第二十二条：

当事人结婚前，父母为双方购置房屋出资的，该出资应当认定为对自己子女的个人赠与，但父母明确表示赠与双方的除外。

当事人结婚后，父母为双方购置房屋出资的，该出资应当认定为对夫妻双方的赠与，但父母明确表示赠与一方的除外。

3、上海市高级人民法院《关于适用最高人民法院婚姻法司法解释（二）若干问题的解答（一）》第五条：

父母为子女结婚所给付的购房出资，是否均构成对子女的赠与，当事人婚后，父母为双方购房出资，产证登记在夫妻一方名下的，是否可认定父母的购房出资是明确表示为向夫妻一方的赠与？

答：根据司法解释（二）第二十二条的规定，父母为子女结婚购房的出资，“应当认定为…赠与”。我们认为，条文中的“应当认定”，是在父母实际出资时，其具体意思表示不明的情形下，从社会常理出发，推定为赠与。若当事人有证据证明其与出资人之间形成的是借贷关系的，则不能适用该条规定。当然，该证据应当是在当事人离婚诉讼前形成的，离婚诉讼中父母作出不是赠与意思表示的陈述或证明，尚不足以排除赠与的推定。

实践中，对于夫妻婚后父母出资购买房屋产证登记在出资者自己子女名下的，从社会常理出发，可认定为是明确向自己子女一方的赠与，该部分出资应认定为个人所有；若产证登记在出资人子女的配偶名下的，除非当事人能证明父母出资当时的书面约定或声明，证明出资者明确表示向一方赠与的，一般宜认定为向双方赠与为妥。该部分出资宜认定为夫妻共同所有。

此外，尽管司法解释（二）中的该条规定仅限于购房出资，但对于实践中可能发生的购买其他物品的出资，同样可根据该条规定作出相应的归属认定。

二、对出资性质的推定

上述三个条文都在说父母出资为子女购房的情况。如第一章所述，以婚姻关系当事人名义的购房，出资来源只可能有两种：夫或妻个人财产出资，夫妻共同财产出资。而这里的“父母出资”是事实行为，不是一个法律定性，首先需要解决的，就是这种事实出资行为的法律定性。

购房出资的定性无非两种：借贷或者赠与。如果当事人对出资性质已有约定，问题当然迎刃而解。但在生活中，出资时父母与子女之间一般不会就出资的性质予以明确，更不要说作书面约定。日后离婚纠纷产生时，父母就很可能为了自己子女多分财产，而对出资性质作出对自己有利的主张。比如房产已登记为夫妻二人的，就主张出资系借贷以图减少损失（对方至少偿还一半金额），甚至不惜与自己子女共同伪造证据、倒签借条，以借贷纠纷诉讼。

从社会常情出发，父母为子女购房出资的目的，一般是为子女提供居住条件，减轻子女的经济负担，通常不要

求子女返还，这符合赠与的特征（当然不排除有其他情况，更不是说父母“赞助”子女购房是理所应当的，只是归纳一般社会现象）。此外，赠与是单务行为，赠与人只需作出赠与的意思表示，受赠人被动接受即可；而借贷关系中，出借人需要保留必要的借贷凭证以此要求借款人日后返还。因此，借贷的可能性更小，且更易于证明。对于父母出资的定性，在“赠与”和“借贷”非此即彼的情况下，应当把举证责任分配给主张借贷的一方，考察支持借贷关系成立的证据是否充分。假如支持借贷关系成立的证据较充分，可以先处理民间借贷纠纷。“在父母一方不能就出资为接待提供充分证据的情形下，一般都应认定该出资为对子女的赠与。”^[i]以下讨论，均假设父母出资性质是赠与；至于借贷，则按照民间借贷的相关规定处理即可。

三、对赠与对象的推定

明确了出资性质（假设为赠与），进一步需要明确赠与的对象。如果是向婚姻中一方的赠与，则该部分资金成为一方的出资；如果是向夫妻双方的赠与，则成为夫妻双方的出资。在出资之初，如果当事人能就赠与对象作出约定，当然从其约定。但与出资性质一样，生活中通常不会有这样的约定。

1、“以产权登记推定赠与对象”原则的确立

（1）《婚姻法司法解释（二）》以出资时间“一刀切”的推定

为解决这一难题，2003年的《婚姻法司法解释（二）》第二十二条以出资的时间节点作为判断依据，认为在无相反证据的情况下，在婚前出资的，视作对自己子女的赠与；婚后出资的，视作对夫妻双方的赠与。这种“一刀切”的观点虽与《婚姻法》确定的婚后所得共同所有原则相一致，但与社会接受程度有相当大的差距，尤其在婚姻关系存续期间较短的情况下，该规定使得实际出资父母的子女的配偶轻易成为了巨额钱款法律意义上的出资人进而分享利益，在司法实践中无疑争议巨大。

（2）上海高院确立“以产权登记推定赠与对象”的原则

为统一上海范围内的司法实践，上海市高级人民法院2004年《关于适用最高人民法院婚姻法司法解释(二)若干问题的解答(一)》中表示，如无明确意思表示，可通过产权登记确定出资父母的赠与对象：若子女婚后购买房屋，产证登记在出资父母自己子女名下的，父母出资可认定为是明确向自己子女一方的赠与；若产证登记在出资父母子女的配偶名下的，如无相反证据，一般认定为向夫妻双方的赠与；隐含的内容是，如果房产登记在夫妻双方的名下，当然同样视为对夫妻双方的赠与。

上海高院的这一规定，第一次将房屋产权登记的客观情况和父母赠与对象的主观意图相挂钩，确立了“以产权登记情况推定赠与对象”的原则。该推定严格来讲未必有道理。赠与的对象取决于赠与人的意思，而房产权属登记情况取决于购房人的意思，即使父母的本意仅向单方赠与，也不排除受赠子女购房时将对方登记为权利人，反之亦然。只能说，该推定在现实生活中存在较充分的合理性，而且也没有更好的认定办法。需要注意，上海高院该意见仅适用于婚后父母出资。

（3）《婚姻法司法解释（三）》对“以产权登记推定赠与对象”原则的认可

上海高院的上述规定之后，2011年，《婚姻法司法解释（三）》出台。其中第七条第一款规定，婚后由一方父母出资为子女购买的不动产，产权登记在出资人子女名下的，视为只对自己子女一方的赠与。可见，司法解释肯定了“以产权登记推定赠与对象”的原则。这也是婚后父母出资的情况，不涉及婚前。

从字面意思看，《婚姻法司法解释（三）》第七条第一款中的赠与标的物是房产，这是不准确的，理由有二：

首先，子女对房屋的所有权来源于子女（而非父母）与售房人之间建立的房屋买卖合同关系，只能说子女使用父母赠与的资金支付了购房款，子女受赠后该资金就成为子女的财产，再拿去购房，是用子女自有财产出资购房。父母不曾拥有该房产，如何将其未曾拥有的物赠与子女呢？

其次，《司法解释（三）》忽略了购房价款可能存在其他来源，如果父母仅出资一部分，婚姻当事人亦有出资或者贷款，将房产认定为父母对其子女的赠与显然就更不合适了。

综上，赠与的标的物是资金而不是房产，在先的上海高院的规定比《婚姻法司法解释（三）》的规定在语句上更加准确。但无论如何，对于婚后父母出资的赠与，“以产权登记推定赠与对象”的大原则至此已无争议。

2、赠与对象的具体推定方法

对于婚后父母出资为子女购买不动产，产权登记在出资人子女名下的情形，《婚姻法司法解释（三）》第七条第一款与上海高院2004年《关于适用最高人民法院婚姻法司法解释(二)若干问题的解答(一)》第五条规定一致，该出资可认定为父母向自己子女一方的赠与。

对于婚后父母出资为子女购买不动产，产权登记在出资人子女配偶名下的情形，《婚姻法司法解释（三）》与上海高院的意见不一。上海高院《关于适用最高人民法院婚姻法司法解释(二)若干问题的解答(一)》中表示，若产证登记在出资父母子女的配偶名下的，如无相反证据，一般认定为向夫妻双方的赠与。但在《最高人民法院婚姻法司法解释（三）理解与适用》（以下简称《理解与适用》）一书中，编者认为，婚后父母出资购房，房产登记于子女配偶即儿媳/女婿名下，由此推定父母愿意将其出资赠与给非子女一方或者双方子女的观点“与现实脱节”。“不能排除仅仅是为了登记方便或符合各地购房政策要求的考量”。故此种情形下跳过房产登记情况，直接将该出资“认定为对其自己子女的赠与”^[ii]。这是对上海高院既有规定的重大否定。尽管该观点没有在司法解释中直接表述，但

从《婚姻法司法解释（三）》第七条第二款所创制的“按份共有”规定（假如作为对夫妻双方的赠与，则实为用夫妻共同财产购房，又发生在婚后，如何成立按份共有？），以及《理解与适用》一书的权威性，足以将该观点视为司法解释的言下之意。

笔者发现，最高院《理解与适用》中的该观点在逻辑上存在瑕疵。可以设想，如果是婚后父母出资购房，产权登记在双方子女名下，由于是夫妻双方婚后受赠，又有产权登记情况支持，加之无相反规定，该出资应视为对夫妻双方的赠与，这是没有争议的。父母婚后出资，产权登记在夫妻两人名下，视为对夫妻双方赠与；而只登记子女配偶的名字，反倒算作仅对自己子女的赠与。对于父母出资的这一方面而言，不登记名字要比登记名字获益更大，这几乎是一个悖论，也是《婚姻法司法解释（三）》有待商榷和完善的地方。

需要注意，无论是上海高院《关于适用最高人民法院婚姻法司法解释（二）若干问题的解答（一）》第五条，还是《婚姻法司法解释（三）》第七条第一款，讨论的均是子女“婚后”父母出资，并不涉及婚前出资。因此，应将上述规定视为对《婚姻法司法解释（二）》第二十二条例外。而“婚前”父母出资为子女购房，仍应适用《婚姻法司法解释（二）》第二十二的规定，不论登记情况，只要构成赠与且赠与对象不明，因为发生在婚前，该资金就视为对自己子女一方的赠与。赠与既已完成，至于自己子女将受赠资金所购房屋登记于何人名下，显然是另外讨论的问题，不能混为一谈。

综合前述内容，可以对父母出资的赠与对象推定规则作如下结论：婚前出资，直接推定为对自己子女的赠与；婚后出资，则要看产权登记情况：若房产登记在自己子女名下，则推定为对自己子女的赠与；如果登记在双方名下，视为对双方的赠与；如果登记在子女配偶名下，视为对自己子女的赠与。

如果双方父母均有出资，只需将上述规则分别适用于双方父母的出资，分别推定赠与对象，进而将父母出资分别转化成婚姻当事人的购房出资。例如，夫妻婚后双方父母出资购房，夫父母出资60万，妻父母出资40万，房产登记在夫名下，则夫父母所出60万，因房产登记在自己子女名下，可推定为对其子的赠与，进而成为夫的个人财产出资；而妻父母所出40万，因房产登记在子女配偶名下，可推定为对自己子女的赠与，进而成为妻的个人财产出资。

以上是对父母出资为子女购房时出资归属的讨论。

四、购房款资金来源对房屋权属的影响

出资来源既已确定，不同情况下父母的出资也就等同于夫或妻一方的个人财产出资，或者夫妻共同财产出资。进而可以根据相关条文，分析出资来源对房屋权属的影响。

首先分析《婚姻法司法解释（三）》第七条第一款，该款所述情形（婚后由一方父母出资为子女购买不动产，产权登记在出资人子女名下的），父母支付了全部购房款，该出资被推定为父母对其子女一方的赠与进而成为其子女的出资，故等同于“婚姻关系当事人婚后用个人财产出资购房且登记于其一人名下”的情形，所购房屋是其个人财产的价值变形物，当然属于该当事人的个人财产。该条款末尾对此亦作了明确。

接下来分析《婚姻法司法解释（三）》第七条第二款。从前在我国婚姻法领域，不存在婚内法定的按份共有。《婚姻法司法解释（三）》该条款引入按份共有概念，是一项前所未有的突破。以赠与对象推定结论比照该条款，又有新的重大发现。该条规定：“由双方父母出资购买的不动产，产权登记在一方子女名下的，该不动产可认定为双方按照各自父母的出资份额按份共有”，未区分婚前、婚后。如前所述，婚前双方父母出资，无论登记情况，均推定为各自对自己子女的赠与；婚后双方父母出资，产权仅登记在一方子女名下，亦推定为各自对自己子女的赠与。因此，该条文所述出资情况，实为夫妻各自以个人财产出资购房，而结论是：可认定为按照出资份额按份共有。因此，该条文隐含的意思是：婚姻当事人以个人财产共同出资购房，如果产权登记在一人名下，不论发生于婚前或者婚后，该房屋可认定为双方按照出资份额按份共有。

比照该结论，自然而然需要进一步讨论，当事人以个人财产共同出资购房，如果产权登记在双方名下，当如何认定产权归属。此时则要区分婚前和婚后两种情况。

若发生于婚前，双方并不存在法律意义上的共同关系，而根据《物权法》理论，共同共有的成立，须以存在共同关系为前提。且我国《物权法》第103条规定：“共有人对共有的不动产或者动产没有约定为按份共有或者共同共有，或者约定不明确，除共有人有家庭关系等外，视为按份共有。”因此，当事人以个人财产在婚前共同出资购房，产权登记在双方名下，该房屋应认定为双方按照出资份额按份共有。最高人民法院《理解与适用》一书在对《婚姻法司法解释（三）》第七条进行分析时表达了同样的观点：当事人婚前用个人财产出资购房，“不管事后双方有无婚姻关系抑或该房屋所有权登记者是谁，都应视为双方按各自出资份额共有该房屋所有权”。[iii]

若发生于婚后，即当事人以个人财产在婚后出资购房，产权登记在双方名下，该房屋应认定为双方共同共有。此种情况，实质是夫妻在婚后共同购房，但一方自愿以其个人财产全部出资，出资的来源不影响共同购房的事实，因而也不影响房屋共同共有的权利归属。

综上所述，可以将购房款资金来源对房屋权属的影响，归纳出如下结论：婚前当事人出资购房，不论产权登记情况，均构成按照各自出资份额按份共有（一方出资份额为零时，可构成另一方独有，下同）。婚后当事人以个人财产出资购房，若产权仅登记在一方名下，亦构成按照各自出资份额按份共有；若产权登记在双方名下，则构成共

同共有。

当然，当事人另有明确约定的除外。

笔者注意到，上海市高级人民法院《关于审理婚姻家庭纠纷若干问题的意见》（沪高法民一[2007]5号）规定，婚后共同购房，虽登记于一人名下，亦应算作夫妻共同财产。根据前述分析，笔者认为该观点不应继续适用，而应根据出资的具体来源（个人财产还是夫妻共同财产）分别处理。

五、对上海高院审判意见中关于“恋爱期间购房”之规定的否定

2007年上海市高级人民法院《关于审理分家析产案件若干问题的意见》规定了恋爱期间共同购房，一方未出资但产权登记为两人共有，房产析产分割的处理。上海高院认为，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财产，符合重大理由需要分割的情形。这就肯定了房产属当事人共有的性质。在分割问题上，上海高院认为有协议的按协议处理，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。这与本文前述观点乃至最高人民法院《理解与适用》一书的观点，即“不论登记情况，根据出资比例按份共有”明显相左。

其实，上海高院该意见最根本的问题，是和《物权法》相冲突。《意见》出台时，《物权法》已经颁布且在十天后即将施行（《意见》于2007年9月20日出台，《物权法》于2007年3月颁布并于同年10月1日起施行）。根据《物权法》的规定，当事人对共有类型约定不明又无家庭关系的，视为按份共有。恋爱关系不属于家庭关系，因此恋爱期间购房登记在双方名下的应为按份共有。既然是按份共有，又不按照出资确定份额，却规定一个10%到30%的比例，明显缺乏法律依据。笔者认为，该意见是按照《民通意见》的思路制定的，在共有类型的确定上，《民通意见》与《物权法》的规定恰恰相反——《民通意见》规定，如果不能证明财产是按份共有的，应当认定为共同共有。共有财产的分割，法官根据实际情况确定10%到30%的比例，在共同共有情况下才能顺理成章。因此，虽然《意见》规定回避了共有类型，但实质上更接近依《民通意见》推得的共同共有，而不是依《物权法》推得的按份共有。

随着《物权法》的实施，上海高院《意见》关于“恋爱期间购房”之规定，不应被继续适用。

第二节 对《婚姻法司法解释（三）》第十条的解读和引申

一、法条摘录

1、《婚姻法司法解释（三）》第十条

夫妻一方婚前签订不动产买卖合同，以个人财产支付首付款并在银行贷款，婚后用夫妻共同财产还贷，不动产登记于首付款支付方名下的，离婚时该不动产由双方协议处理。

依前款规定不能达成协议的，人民法院可以判决该不动产归产权登记一方，尚未归还的贷款为产权登记一方的个人债务。双方婚后共同还贷支付的款项及其相对应财产增值部分，离婚时应根据婚姻法第三十九条第一款规定的原则，由产权登记一方对另一方进行补偿。

本条是关于一方在婚前单独贷款购房，另一方在婚后参与还贷，离婚时房屋如何处理的规定。为了更好的理解该条款，同样需要引入上海市高级人民法院先前的一条审判意见：

2、上海市高级人民法院《关于适用最高人民法院婚姻法司法解释（二）若干问题的解答（一）》第六条

夫妻一方婚前以个人财产购买房屋，并按揭贷款，产证登记在自己名下的，该房屋仍为其个人财产。同样，按揭贷款为其个人债务。婚后配偶一方参与清偿贷款，并不改变该房屋为个人财产的性质。因此，在离婚分割财产时，该房屋为个人财产，剩余未归还的债务，为个人债务。对已归还的贷款中属于配偶一方清偿的部分，应当予以返还。

对于产证登记在一方名下，但配偶方有证据证明婚前购房时，其也共同出资的，在离婚分割财产时，该房屋仍为产证登记人的个人财产，剩余未归还的债务，为其个人债务。但于首付款和已归还的贷款中属于配偶一方出资和清偿的部分，应当予以返还。

二、权属的确定

对于夫妻一方婚前以个人财产购买房屋，并按揭贷款，产证登记在自己名下，另一方婚后参与还贷的情形，早在2004年上海市的司法文件中，就将此类房屋认定为购房人的个人财产。《婚姻法司法解释（三）》第十条关于财产归属的规定，对上海的法律工作者而言，应不属于新鲜事物。

上海高院审判意见中提到的“产证登记在一方名下，但配偶方有证据证明婚前购房时，其也共同出资的”的情形，《婚姻法司法解释（三）》没有直接规定，上海高院审判意见认为此种情况下该房屋仍为产证登记人的个人财产，似乎与上一章得出的结论相左（上一章推得，婚前当事人出资购房，不论产权登记情况，均构成按照各自出资比例按份共有）。这个问题稍后会进一步讨论。

三、返还模式的确定

房屋权属既定为一方个人所有，离婚时产权所有人对另一方的出资，则应予以返还。上海高院审判意见未要求考虑房产升值因素返还，据笔者了解，在当时上海市的司法实践中，通常也不考虑升值因素，通常是在返还金额上考虑增加合理利息。这种“借贷式返还”的模式，一直存在较大争议。盖因上海乃至全国房地产市场近十年来发生了巨大变化，房产价值增值数倍，一方有财产贡献却仅得借贷式的返还，另一方独享房产升值收益，当事人心理不平衡，即使作为局外人，闻之亦觉不公。

2011年最高人民法院《婚姻法司法解释（三）》第十条最大的新意，就是对返还方式作了新的规定——规定了相应财产增值部分的返还。虽然房屋系一方婚前购买、支付首付、向银行借贷，但对方在婚后参与共同还贷支付的款项及其相对应财产增值部分，离婚时应予返还。这条规定明确，出资与房产的价值是“相对应”的，房产价值增加，可期待的出资返还利益就会相应增加。这就使得非产权登记方的出资，更像是一种向房产这种有巨大增值潜力的特定资产的投资，而不是借贷资金供产权登记方使用。这种返还模式，较之“借贷式返还”，不妨称之为“投资式返还”

另外，虽然该条文仅提及一方婚前出资购房、婚后双方共同还贷的情形，但“产证登记在一方名下，但配偶方有证据证明婚前购房时，其也共同出资的”的情形，笔者认为婚前付款和婚后还贷同为出资，在房产最终处理结果上没有理由区分先后；而且如果认为“考虑增值因素返还”是在原有返还模式基础上对非产权登记一方的利好，那么婚前出资作为主动出资（而非被动参与还贷），风险更大，占用其资金时间更长，显然更有理由享受该利好。故非产权登记方的婚前出资，如果论及返还，至少应参考此条文按照“投资式返还”来处理。

综上，“借贷式出资返还”应不再适用，对于非系争房屋的房地产权利人，但对该房屋的取得或者还贷作出出资贡献的婚姻关系一方，对其出资部分均应考虑增值因素，进行“投资式返还”。

四、“投资式返还”和“按份共有”的统一

前已提到，对于“产证登记在一方名下，但配偶方有证据证明婚前购房时，其也共同出资的”的情形，上一节推得的结论是作为“按份共有”处理，这一节前面又说“该房屋仍为产证登记人的个人财产”，“如果论及返还，应参考此条文（指《婚姻法司法解释（三）》第十条）按照‘投资式返还’来处理。”似乎存在矛盾。

事实上，“按份共有”和“投资式返还”在房产的处理结果上是一致的。所谓“按份共有”，就是按照双方出资的份额比例，分割离婚时房屋现存的价值。如果将双方的出资视为确定的，那么每一方得到的，都是其出资加上房产的增值回报。而“投资式返还”也不外乎此，非产权登记方享有其出资加上房产增值回报的返还，那么产权登记方享受的必然也是其出资加上相应的房产增值回报。这样一来，房产的产权界定就显得不那么重要了。婚姻关系双方可以期待的利益价值只与其出资以及房产增值幅度有关；区别无非是获取利益的形式——哪一方获得物化的利益（取得房产），哪一方取得货币化的利益（货币补偿）。无论获取利益的形式如何，利益价值是确定的。

也许有异议认为，毕竟仍然存在产权归属的区别，房子到底属于谁？或者说如何确定谁获取物化的利益谁获取货币化的利益。对此问题，《婚姻法司法解释（三）》第十条较之上海高院《关于适用最高人民法院婚姻法司法解释（二）若干问题的解答（一）》第六条的一处微小差异值得注意。上海高院审判意见是明确房屋权属归属的——“该房屋仍为其个人财产”。而《婚姻法司法解释（三）》第十条则规定：“人民法院可以判决该不动产归产权登记一方”，也就是说不排除判归非产权登记方的可能性。最高人民法院《理解与适用》一书中，也讲到“如果双方当事人婚姻关系存续时间较长，夫妻共同还贷的款项在房款中所占比例远远高出婚前购房者支付的首付款所占比例，而非购房一方有能力支付尚未偿还的款项，则受诉法院可以根据案件的实际判决房屋归婚前购房者的配偶（也就是非产权登记方）所有。”^[iv]这些观点与上海市高院审判意见中对房产权属的明确界定不同，其内在逻辑就是将购房视作类似投资的行为，双方都依出资获取回报，产权归属则可灵活处理。这也是符合《婚姻法》第三十九条第一款的精神的。

《理解与适用》一书认为，“此类房屋的权属性质不宜简单地认定为婚前购房者的个人财产，也不宜将其认定为夫妻共同财产，而是应根据其购置资金的来源及其在全部房价款中所占比例来考量其分割原则”^[v]。笔者认为，权属性质还是确定的，不能在《物权法》之外创设出一种“既不是个人所有、也不是共有”的特殊所有权形式，也不能在一个物上强加两种不同形式的物权。更能自圆其说的解释是，在房产因离婚处理之前，房屋确属产权登记方个人所有；但在最终处理上，对产权最终的归属不作强制要求，给法官更大的自由度以照顾具体情况。

论述至此，可见“投资式返还”和“按份共有”达到了结果上的统一。

五、房产贬值时的返还

《婚姻法司法解释（三）》第十条仅言及房产增值情况，如房产贬值，返还金额是否亦应相应缩水。《婚姻法司法解释（三）》的征求意见稿中，曾规定如房屋贬值，补偿数额不得低于夫妻共同还贷部分的二分之一，也就是对于非产权登记方的还贷部分至少要原额返还。《理解与适用》一书介绍：“既然房价上涨时，另一方要共享升值利益，跌价时不共同承担损失就是不公平的。”^[vi]因此，司法解释最终删去了这一规定，言下之意，非产权登记方应当承担房产贬值时的价值损失。但笔者认为，除非非产权登记方明确表示愿意承担房产价值波动风险，否则不应考虑房产贬值因素，而应至少原额返还。理由有二：一是此种情况大多发生为非产权登记方婚后参与还贷，“共同还贷”只是依法形成的事实状态，非产权登记方对用于还贷的该部分夫妻共同财产难以控制，或者基于家庭和和睦睦和夫妻互相扶助的考虑不便提出异议，在此情况下资金被占用，只能赋予其财产增加的利益，不得强加给其财产可能贬损的不利后果；二是房产价值有波动，取得房产的一方日后尚有扭亏为盈的机会，而另一方获得返还金额缩水，则其亏损即成定局，这对于在购房、还贷过程中始终处于被动地位的非产权登记方而言未免不公。由此说来，非产权登记方扮演的就是一个“保底投资人”的角色，而产权登记方作为购房的决定者，或者说“投资”的发起者，多承担一点风险，于法不悖，公平合理。

第三章 权属认定规则

通过之前两章对《婚姻法司法解释（三）》第七条和第十条的分析，笔者意图在接下来的篇幅里，以前述观点结合其他既有法律法规等规范性文件的规定，系统性的归纳出离婚纠纷房产处理的整套方法。本章将归纳房产的权属认定规则，下一章将归纳不同权属类型的房产如何分割。二者相结合，则可具体适用于每一起涉及房产的离婚纠纷。

关于离婚纠纷中所涉房产权属的确认，根据购房时间、登记情况、出资来源三组变量确定。之前已论述过的，直接引用前述结论性观点；之前没有论述过的情况，则加以相应说明。

第一节 婚前购房

一、婚前购房，登记在双方名下——根据出资情况按份共有。

详见第二章第一节第四部分。

二、婚前购房，登记在一方名下

（一）婚前购房，登记在出资人一方名下，另一方无出资——个人所有。

1993年最高人民法院《关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》第六条曾有规定：一方婚前个人所有的财产，婚后由双方共同使用、经营、管理的，房屋和其他价值较大的生产资料经过8年，贵重的生活资料经过4年，可视为夫妻共同财产。但2001年修订的婚姻法明确规定一方的婚前财产为个人财产（夫妻一方的财产），废止了原先的司法解释。已成常识的结论是，个人财产永远是个人财产，不因时间的推移而转换财产性质。所以，一方在婚前购房且支付全款，无论登记在其名下的房地产权证何时取得，均应将该房产视为购房人的婚前个人财产。

第二章第一节第四部分曾有结论，婚前当事人出资购房，不论产权登记情况，均构成按照各自出资份额按份共有。该结论同样适用于此种情况。因为另一方的出资为零，故其不享有份额，等同于出资方的个人所有。

（二）婚前购房，登记在出资人一方名下，另一方仅参与婚后还贷——可认定房产为登记方个人财产，登记方对另一方参与还贷部分进行“投资式返还”，实质等同于按份共有。

详见第二章第二节第二、三、四部分。

（三）婚前购房，购房时双方都有出资，登记在其中一方名下——按份共有。

详见第二章第一节第四部分。

（四）婚前购房，登记在未出资的一方名下，完全由另一方出资——具体问题具体分析。

此种情况可以理解为前项的极端情形，婚前购房，购房时双方的出资分别为100%和0，登记在其中一方名下。根据前项“按份共有”的结论，未出资一方的份额为零，出资一方的份额为100%，产权登记失去意义。

但实际情况显然更复杂一些。可以看出，此种情况是反常的、不合逻辑的。出资的一方不登记名字，未出资的一方登记为唯一的产权人，除非另有原因，否则无法解释当事人为何要作这样的安排。原因可能多种多样，常见的有：为规避限购政策，为享受贷款优惠，为当地的习俗，为表现结婚的诚意，等等。如果当事人早有书面约定，当然容易解决纠纷；但大多数情况下并无此约定，离婚纠纷时双方往往主张对己方有利的说辞。这种情况下，应当具体问题具体分析，根据证据考察当事人当时的真实意思。

如果是为了规避或者迎合某项政策，说明房产登记情况并非当事人对房屋产权真实归属作出的安排，就当事人之间而言，房产登记情况对房产权利归属的判断已失去意义，那么根据出资情况“按份共有”大体上是不错的。但对于未出资的一方，尽管无实际出资，但其被登记为产权人，客观上使另一方达到了规避或迎合某项政策的目的并享受到相应利益，而其自身有可能无法再享受相应利益。故公平起见，允许未出资的一方要求合理的补偿，更为恰当。

如果出资人为表示结婚的诚意，或因其他情形，使得该出资行为具有了赠与的特征，则应比照《合同法》中关于赠与的规定处理。

如果是按照当地习俗，出资方才将房屋登记在未出资方名下，则该购房出资便具有了类似彩礼的性质。彩礼也是一种赠与。关于彩礼的返还，最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第十条规定：当事人请求返还按照习俗给付的彩礼的，如果查明属于以下情形，人民法院应当予以支持：

- （一）双方未办理结婚登记手续的；
- （二）双方办理结婚登记手续但确未共同生活的；
- （三）婚前给付并导致给付人生活困难的。

适用前款第（二）、（三）项的规定，应当以双方离婚为条件。

上海市高级人民法院《关于适用最高人民法院婚姻法司法解释（二）若干问题的解答（二）》中，对于彩礼的判断标准等问题做了进一步明确，认为彩礼是“基于当地的风俗习惯，为了最终缔结婚姻关系，不得已而为给付的，其具有明显的风俗性”。否则，“只能按照赠与进行处理”。

笔者认为，考虑到房产的巨大价值，认定赠与（包括彩礼）时，应格外慎重；在确认赠与不可撤销或者彩礼不予返还时，更应从严把握。在此基础上，灵活处理以衡平双方利益为妥。

第二节 婚后购房

一、婚后购房，登记为双方——共同共有。

《物权法》规定，“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生法律效力；未经登记，不发生法律效力，但法律另有规定的除外”；“不动产登记簿是物权归属和内容的根据。”

这就是《物权法》的公示公信原则针对不动产之规定，不动产物权产生和变动的公示方式为登记。但这并不是说，不动产物权的最终归属仅由登记内容来一锤定音。不动产物权的登记应区分外部效力与内部效力。对外效力是指基于物权公示公信原则，一旦不动产物权经登记，善意第三人基于对登记的信赖与登记权利人发生的不动产交易行为受法律保护，也就是我们常说的，“不能对抗善意第三人”；对内效力则应探究当事人的真实意思表示来确定真正权利人。如果有证据证明当事人的真实意思表示与登记内容不符，则应以当事人的真实意思表示确定不动产的真正权利人。

在没有相反证据的情况下，婚后购买的房屋，如果在不动产登记簿上记载为夫妻二人共同共有，就是夫妻共同购买，则无论出资情况如何，皆应视作双方具有将该不动产作为夫妻共同财产的合意，应将其权属定性为夫妻共同共有。

二、婚后购房，登记为一方

（一）婚后购房，登记为一方，夫妻共同财产出资或者出资情况不明——共同共有。

这是基于夫妻共同财产制的共同共有。

《婚姻法》第十七条规定了以夫妻共同财产制为内容的婚姻法定财产制度，即婚姻关系存续期间取得的特定财产，如无其他特别规定的情形，均属于夫妻共同共有。这是对物权登记内容的突破。

《婚姻法》在列举应作为夫妻共同共有的财产时，仅列举了五项即：（一）工资、奖金；（二）生产、经营的收益；（三）知识产权的收益；（四）继承或赠与所得的财产，但本法第十八条第三项规定的除外；（五）其他应当归共同所有的财产。其中并未明确列举房产，但司法实践中并不将房产排除在外。基于夫妻共同财产制，将登记于一方名下的房产作为夫妻共同财产，应满足如下两个条件：首先，看购买时间，该房屋应于结婚之后购买，如系婚前购买，则适用上一节讨论的内容；第二，看资金来源，夫妻以共同财产出资购房，或者出资情况无法查明，由于在婚后购房，只能推定为夫妻以共同财产出资。

若出资情况符合另有其他特别规定的情形，则适用特别规定，以下两种情况既是。

（二）婚后购房，登记为一方，该方个人财产全额出资——个人所有。

常有此种情况：一方在结婚之后，使用属于其婚前个人财产的钱款购买房屋（例如使用其婚前积蓄、婚前个人名下房屋的出售款、动迁补偿款等），登记于自己名下，离婚时另一方以婚后购房为由主张该房屋作为共同财产分割。对此问题，最高人民法院原副院长曾指出，“一方用婚前个人积蓄在婚后购买的有形财产的归属问题，由于这只是原有财产价值存在形态发生了变化，其价值取得始于婚前，即所谓万变不离其宗，故应认定为一方的个人财产”[vii]。可谓对此问题的精辟论述，言之成理，载录于《最高人民法院婚姻法司法解释（二）的理解与适用》一书中，如今不宜因人废言。此外，上海市高级人民法院在2003年底3期《民事法律适用问答》中也表达了同样的观点，认为这属于婚前财产在婚后的形式转化，不影响该财产的性质。此种房屋，属于登记权利人个人所有。

（三）婚后购房，登记为一方，复合出资——按份共有。

复合出资，包括非登记方个人财产出资、双方个人财产出资、既有一方或者双方个人财产出资又有夫妻共同财产出资三种情形。

非登记方个人财产出资、双方个人财产出资的情形，其按份共有的理由，详见第二章第一节第四部分。

在既有一方或者双方个人财产出资又有夫妻共同财产出资的复杂情况下，仍可套用按份共有的模式。夫妻共同财产出资对应的比例，作为夫妻共同享有的份额；任何一方个人财产出资对应的比例，作为其个人享有的份额。

综上所述，可以用如下简图表现离婚纠纷中所涉房产的权属认定原则。

婚前购房，登记一方，另一方初始有出资——按份共有。

另一方婚后参与还贷——可认定个人所有并对另一方投资式返还，实质等同于按份共有。

登记双方——按份共有。

婚后购房，登记为双方——共同共有。

登记为一方，共同财产出资或者出资情况不明——共同共有。

登记方个人财产全额出资——个人所有。

复合出资——按份共有。

第四章 具体分割方式

如第一章的演绎和第三章的归纳，可以看出在离婚纠纷中涉及到的需要分割的房产，其权属不外乎三种类型——夫或妻个人所有、夫妻共同共有、夫妻按份共有。接下来讨论每种权属类型房产的具体处理或者分割方式。

第一节 个人所有房产的处理

这里所说的“个人所有”房产，仅指完全的个人所有，不涉及前述“可认定为个人所有，权利人对另一方进行

‘投资式返还’”的情形。所谓完全的个人所有，指的是在财产利益上与另外一方没有丝毫关系，不需要对另外一方进行任何形式的返还或者补偿。

完全的个人所有，一般产生于以下三种情形。一是一方婚前个人出全款购房，房产登记在该人名下，嗣后结婚，婚姻关系的另一方对此房屋无任何贡献；二是一方随为婚后购房，但购房款全部使用其个人财产，房产登记在该人名下，该房屋为其个人财产的价值变形物；三是夫妻双方对房产归属有明确约定，约定为一方的个人财产。

对于这种完全的个人所有的房产，不存在分割的问题。另一方不能在离婚纠纷中对该房产提出任何权利主张，即使提出，也不应得到法院的支持。

第二节 共同共有房产的分割

共同共有房产，在离婚时的处理上，应遵循有关法律针对共同共有的规定。《物权法》仅规定了共同共有的定义和分割共同共有财产的事由，并未规定具体的分割方案；《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》（即《民通意见》）第90条规定：“在共同共有关系终止时，对共有财产的分割，有协议的，按协议处理；没有协议的，应当根据等分原则处理，并且考虑共有人对共有财产的贡献大小，适当照顾共有人生产、生活的实际需要等情况”，但同时又说：“分割夫妻共有财产，应当根据婚姻法的有关规定处理”。而考据《婚姻法》，则又回到了第三十九条的笼统规定：“离婚时，夫妻的共同财产由双方协议处理；协议不成时，由人民法院根据财产的具体情况，照顾子女和女方权益的原则判决”。

这是离婚案件中房产处理问题上最为纠结的所在。纠结的原因在于法律规定的不明确。一方面无法直接适用《物权法》、《民通意见》等一般的规定，另一方面可以适用的《婚姻法》规定又太模糊，几乎不具备可操作性。从《婚姻法》中仅能解读出照顾子女和女方权益的原则（1980年颁布的《婚姻法》规定稍有不同，表述为“照顾女方和子女权益”，2001年修订后的新法凸显对子女的保护；至于为什么不在“子女”前冠以限制定语“未成年”则有些莫名其妙），而什么是“财产的具体情况”（是指出资情况，使用情况还是其他？），计算的量化标准是什么，法律和司法解释都没有说明。面对动辄数百万元价值的房产，分割比例稍有微调对当事人而言就是重大利益之变化，这样的模糊规定不得不说是立法上的不足，极易造成司法结果的不适应、不统一。

笔者认为，不应将《婚姻法》和其他民事法律对立，而需寻求法律之间的和谐统一。《物权法》从法条到理论都并未将夫妻共同共有排除在共同共有之外，也不作为共同共有的特殊类型，故《民通意见》所述“分割夫妻共有财产，应当根据婚姻法的有关规定处理”，不能理解为不适用一般的共同共有财产分割原则，而应理解成以一般的共同共有财产分割原则即均等分割为基础，但必须按照《婚姻法》的有关规定，同时考虑财产具体情况、照顾子女和女方权益等因素，视情况可对分割结果进行合理的调整和修正。

实务中当事人向律师经常提出的问题是，出资因素如何考虑？过错因素如何考虑？

针对出资因素问题，以婚后购房，房屋产权登记为双方为例。笔者认为，无论出资情况如何，出资一方同意将另一方（哪怕没有出资）登记为房产共有权利人，本身就具有将该出资部分赠与给另一方的意思（除非有相反证据证明）。当然，这种赠与是有目的的，基于当事人长久共同生活的愿景。当发生某种极端情况，比如婚姻仅存续极短时间双方就离婚，愿景并未达成，赠与目的并未实现。如果还是均等分割价值巨大、可能耗费一方家庭数十年积蓄的房产，显失公平，甚至有悖公序良俗。此种情况下法官可依据《婚姻法》的规定，对分割比例作出适当调整。同时还要看到，出资的一方作为完全民事行为能力人，应当对自己行为的法律后果有清楚认识并予以接受和承担，只要房产登记时不存在欺诈胁迫等情形，就应当对登记行为负起责任。所以，这种调整也绝不是突破共同共有的财产性质按照出资比例分割。

在上海的司法实践中，可资参照的是上海市高级人民法院的一条规定。前已论及，2007年上海市高级人民法院《关于审理分家析产案件若干问题的意见》规定了恋爱期间共同购房，一方未出资但产权登记为两人共有，房产析产分割的处理。上海高院认为，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财产，符合重大理由需要分割的情形。在分割比例上，上海高院认为有协议的按协议处理，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。

如前所述，该规定因为与《物权法》的相关规定向左，应被废止，但其并非完全丧失参考意义。该条文说了两层意思，一是恋爱期间购房登记在双方名下，即使一方未出资也构成双方共有（这里的共有当指共同共有）；二是此种情况下即使一方未出资，也能分得房产的10%到30%份额。第一层意思根据前文第二章第一节第五部分的论述，应不再适用；但第二层意思中透露出的，上海高院对于共同共有财产的分割比例，仍然可以作为共同共有财产分割时的参考指标。这一量化标准的两个重要前提是：当事人未缔结婚姻关系；其中一方仅登记为产权人但无出资。在此种情况下，未出资的一方都可获得10%到30%的份额。那么在离婚纠纷中，当事人业已缔结以夫妻共同财产制为主要内容的婚姻关系，即使一方同样未出资，其份额亦不应少于30%为宜。而若其有出资，只是出资较少，则更不应对其均等分割的份额产生重大影响。

因此，根据该规定推理，对于夫妻共同共有的房产，未出资一方分得的财产权益比例通常不应少于30%。

针对过错问题，理论上讲离婚过错赔偿方式分为两类：一是在夫妻共同财产分割中，向无过错方多分财产；二

是夫妻共同财产分割不考虑过错，无过错方可另行向过错方要求赔偿。最高人民法院 1993 年印发的《关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干意见》之规定，人民法院审理离婚案件对夫妻共同财产的处理，应坚持照顾无过错方的原则。但该司法解释所依据的 1980 年的《婚姻法》已被修订。根据修订后的《婚姻法》之规定，在夫妻共同财产分割时，法院考虑的因素仅是子女权益和女方权益，不涉及过错因素。但为了体现公平，照顾无过错方的利益，《婚姻法》第四十六条规定了离婚损害赔偿制度，这是修订前的 1980 年《婚姻法》所没有的。综上，在共同财产分割中不考虑引起离婚的个人过错，而符合法定情形的，无过错方有权另行请求赔偿损失。但笔者必须承认，该观点仅是就法论法，司法实践中，过错因素还是会对法官的自由裁量产生一定影响，这是人之常情，只是影响幅度可能会有不同。

第三节 按份共有房产的分割

按份共有，或者“可认定为个人所有，权利人对另一方进行‘投资式返还’”的情况下，未取得不动产所有权的一方所应得到的补偿数额，需要精算。《最高人民法院婚姻法司法解释（三）理解与适用》一书坦言“审判实践中有几种不同的计算方式”[viii]。据笔者观察，不同方法计算出的结果相差巨大。如果司法实践中不加以统一，全凭法官工作习惯或者自由裁量处理，势必带来同案不同判的结果。而且使法律的预测作用丧失殆尽，甚至陷入法律神秘主义的黑洞。精算问题需以数字说明，试看《理解与适用》一书中的此例：

假设婚前贷款购房者 A，购房价款为 120 万元，首付款 36 万元，按揭贷款 84 万元，贷款期限 20 年（240 个月），以 2011 年 7 月 7 日利率下限（85 折）计算，则利息总计为 603452.87 元，还款总额为 1443452.87 元，采用等额还款的方式，月均还款 6014.39 元。A、B 婚后共同还贷 3 年（36 个月）计 216518.04 元。现诉讼离婚，离婚时经评估，系争房屋价值为 400 万元。该例中房屋判归 A 并由 A 偿还剩余贷款无争议，问应返还 B 多少金额？

方法一：B 出资额为 108259.02 元（216518.04 元÷2），直接以该出资额乘以系争房屋增值系数，即为返还金额：

返还金额=108259.02 元×400 万元/120 万元=360863.4 元。

方法一的弊端在于，其以从 120 万元到 400 万元的增值来计算系争房屋的增值系数，问题是该房屋的取得对价显然不只 120 万元，这种方法没有考虑贷款利息的成本，自然也就没有考虑贷款利息出资者对取得房屋的贡献，因此得出的增值系数是偏大的。B 不应取得如此多的利益返还。因此，《理解与适用》一书中给出了另一种计算方法，姑且称为方法二。

方法二：购房者为购买该房屋总共支付 1803452.87 元（1200000 元+603452.87 元）。其中，首付款在房价（房价款+利息）中所占比例为 19.96%（360000 元÷1803452.87 元×100%）；夫妻共同还贷 216518.04 元，占房价的 12%（216518.04 元÷1803452.87 元×100%）。房屋目前价值中相应比例的一半，即为返还金额：

返还金额=400 万元×12%÷2=24 万元。

也许有人质疑，方法二没有考虑未来的利息支出并非必然发生的，如果离婚后 A 马上提前还贷，可以避免大量利息支出，则为取得房屋共需支付的金额显然远小于 1803452.87 元。这种方法高估了购房成本，使得共同还贷部分在总购房支出中的比例偏低，B 吃亏了。这种质疑不无道理，根源在于，由于有贷款利息的存在，购买房产的对价其实是不确定的——借款人既可以选择以当今较少现今清偿贷款债务，也可以选择在未来以较多的现金清偿，更何况还有利率变化的因素。如果离婚时贷款尚未还清，必然要面对这个不确定的变量。

笔者认为该质疑不足以撼动方法二的合理性，理由是：在购买房产之初，购房人对于购房对价的安排和预期已由购房合同和借款合同确定，既包括特定金额的首付款，也包括金额、期限、利率、还款模式确定（或计算方法确定）的贷款。在离婚之后，如果购房人选择提前还款，并不能简单的说他减少了购房成本的支出，而是他以今天的现金在未来的时间价值为代价，换取了利息支出的减少。今天的钱通常比未来的钱值钱，今天的现金支出，表面上比未来还款的金额少，但价值不一定少。所以，提前还贷只是购房人在离婚之后，对自己的现金流作出的时间安排，购房成本未必减少，甚至有可能增加（货币贬值风险、利率风险等），这与另一方无关。一切都存在变数，在无法精确确定的情况下，用既定的购房合同、贷款合同确定购房成本，是最为合理的选择。

需要说明的是，方法二被《理解与适用》一书称为“多数法院采取的计算方式”、“不失为一种简便、实用的计算方法”。实务中应予重视。

那么，假如购房人在婚姻关系存续期间提前还清了贷款，是否还应按照方法二计算另一方可得利益呢？如发生此种情况，离婚时就应当根据实际购房成本（其中应扣减提前还贷减少的利息支出）计算返还金额。理由是，如果当事人通过自己的行为使得原本不确定的购房成本得以确定，那么对其选择的后果（显然非产权登记方在此种情形下较之离婚时贷款尚未还清的情形可以多分），就应该接受。

综上，笔者认为可以将按份共有或者“可认定为个人所有，权利人对另一方进行‘投资式返还’”的房产分割模式解读为，根据双方的贡献在整个购房成本中所占比例，由双方各自分别以物化形式和货币化形式取得相对应的房屋现值。购房成本既定的，按既定金额计算；购房成本存在变数的，按照既定合同中的金额计算。这样的分割方法，即使双方出资数额悬殊，也能衡平双方的利益。

第五章 结语

本文以离婚纠纷中的房产分割问题作为研究对象。现有的法律法规等规范性文件，对此问题并无全面、系统性的规定，相关规定散见于《民法通则》、《婚姻法》、《物权法》以及司法解释，甚至是各个地方的司法文件当中。一些规定之间还存在不一致或者相冲突之处。司法实践中法院对这类问题的处理也不统一。笔者试图根据最新的司法解释及其所体现出的内在含义和立法精神，对现行规定进行梳理和扬弃，归纳出一套系统的、可全面适用于离婚纠纷中各种房产分割实务问题的具体方法。这就是笔者写作本文的初衷。

本文的第一章首先对离婚纠纷中的房产分割问题所牵涉的诸多复杂变量因素进行分析和精简，使得影响房产分割的因素精简至有限的几组变量；并结合《物权法》的原理推导出若干论断。这些内容，构成了本文研究的基础工具。

在第二章中，笔者借助这些基础工具，分析了关于离婚纠纷中房产分割问题最新的规范性文件——《婚姻法司法解释（三）》的第七条和第十条，再进一步层层推导，得出了远远超出司法解释条文字面意思的结论。从而在购房时间、登记情况、出资情况这些变量，和离婚时房产的处理结果之间，构建起了全新的桥梁。

第三章是第二章的延伸，如果说第二章侧重于分析法条，那么第三章就是对第二章所得出结论的系统化。在第三章中，笔者根据前面得出的结论，结合其他法律法规等规范性文件的规定，逐一完成了离婚纠纷中所涉房产权属的全面确认，基本涵盖了因购房时间、登记情况、出资情况等因素不同而对应的各种不同类型的房产。无论哪一种房产，其权属也都不外乎对应三种情形之中的一种：夫或妻个人所有、夫妻共同共有、夫妻按份共有。第三章在全文中具有结论性的意义。

第四章将第三章的成果进一步转化。在这一章中，笔者归纳了上一章确认的每种权属类型的房产具体如何分割。其中，既有对法条的分析，也有数学计算方法的取舍，最终的结论是实务性的——足以对具体案例得出量化的处理结果。至此，第三章的结论有了实践意义，第三章与第四章结合起来，就是笔者在写作本文之初想要达到的目的：归纳出一套系统的、可全面适用于离婚纠纷中各种房产分割问题的完整方法。

也许本文的一些观点过于唐突，或者说与先前被普遍接受的一些观点不符。有争议的观点为学术上的探讨留出了空间，也为律师站在不同当事人的立场上履行代理职务创造了更多的可能性。

笔者仍然坚持本文的观点，其理由不仅在于这些观点直接来源于对现行尤其是最新的规范性文件的推导，也不仅在于其与最高人民法院编著书籍部分观点的契合。法律尤其是民事法律的重要价值之一，是切实解决社会生活中的矛盾纠纷。假如机械地套用《物权法》中不动产物权以登记为准的理论，所有离婚纠纷中的房产分割问题，都可以“一刀切”简单处理。但是，这样的处理结果，当事人无法接受，社会无法接受，这样的法律产品不是化解矛盾而是增加、激化矛盾，这就需要《婚姻法》的规定及对相关规定的正确执行予以特殊调节。需要强调的是，本文通过对《婚姻法》等法律法规的梳理和推导，所得观点在实践当中，可以在很大程度上避免利益分割不均、畸轻畸重、显失公平的情况，有助于定纷止争，能够解决实际问题。

从本文可以看出，离婚纠纷中经济利益的分割，更多的与当事人所付出的财产对价相关，更少的和身份关系相关。无论是喜是忧，这似乎也是近年来社会心态的变化趋势，也是《婚姻法司法解释（三）》的重要特征。

参考文献

1、奚晓明主编、最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院婚姻法司法解释（三）理解与适用》，人民法院出版社 2011 年版。

2、最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院婚姻法司法解释（二）的理解与适用》，人民法院出版社 2004 年版。

3、最高人民法院物权法研究小组编著：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，人民法院出版社 2007 年版。

[i]奚晓明主编、最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院婚姻法司法解释（三）理解与适用》，人民法院出版社 2011 年版，第 128 页。

[ii]奚晓明主编、最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院婚姻法司法解释（三）理解与适用》，人民法院出版社 2011 年版，第 126 页。

[iii]奚晓明主编、最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院婚姻法司法解释（三）理解与适用》，人民法院出版社 2011 年版，第 125 页。

[iv]奚晓明主编、最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院婚姻法司法解释（三）理解与适用》，人民法院出版社 2011 年版，第 169 页。

[v]奚晓明主编、最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院婚姻法司法解释（三）理解与适用》，人民法院出版社 2011 年版，第 161 页。

[vi]奚晓明主编、最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院婚姻法司法解释（三）理解与适用》，人民法院出版社 2011 年版，第 166 页。

[vii]最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院婚姻法司法解释（二）的理解与适用》，人民法院出版社 2004 年版，第 110 页。

[viii]奚晓明主编、最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院婚姻法司法解释（三）理解与适用》，人民法院出版社 2011 年版，第 168 页。

经济济助命令对中国大陆与香港相互认可和执行婚姻家庭类民事裁决的影响

2014 年 2 月 1 日 家事法苑律师团队博客 杨晓林 程婷

北京天驰洪范律师事务所 杨晓林律师 厦门大学 法学硕士 程婷

【摘要】在轰轰烈烈的杨军与马琳离婚案终审宣判后的第二天，香港立法会三读通过《婚姻法律程序与财产（修订）条例》，增加“在香港以外获准离婚等之后在香港要求经济济助”的专门规定，授权香港法院可在外地离婚及合法分居判令已就该段婚姻在香港批予的情况下，颁发关于经济给养及财产调整的经济济助命令，这无疑会对外地离婚及合法分居判令在香港的有效性产生影响。中国大陆与香港在法律制度上存在较大差异，导致两地法院在婚姻家庭类案件的裁决尤其是夫妻财产分割问题上区别较大，经济济助命令的出台可能对中国大陆与香港相互认可和执行婚姻家庭类民事裁决产生何种影响就是值得探讨的问题。

【关键词】经济济助命令；中国大陆；香港；认可民事裁决

1992 年杨军与马琳在深圳登记结婚，1993 年丈夫杨军独自前往香港工作，妻子马琳 1995 年携长子前往香港与杨军团聚，1999 年他们的次子在香港出生，期间他们一家均获得香港的居住权。杨军夫妇在深圳和香港均有住所，杨军由于工作需要更多住居于深圳，马琳则留在香港照顾两个儿子。2002 年，马琳发现了杨军的婚外情，并于 2004 年 5 月提出提婚，杨军表示同意，但由于长子的反对，离婚的提议被搁置。2006 年 5 月 18 日，马琳以丈夫行为不当为由在香港提出离婚申请，并要求孩子的监护权和附属济助。两天后，杨军向香港高等法院提交反对马琳诉求的令状，8 月 6 日双方向法庭披露了他们的财产状况。2006 年 10 月 23 日，杨军在深圳市中级人民法院提起离婚程序，但其在此程序中披露的财产范围远小于其之前向香港法院披露的信息。马琳在 11 月 13 日才被通知此次程序的启动，而香港法院的暂准离婚令也在同一天宣判。2007 年 1 月 18 日，马琳向香港法院申请禁制令后被拒绝，2007 年 3 月 7 日，马琳撤回申请并向深圳中院申请暂停诉讼被驳回。在深圳中院的审理过程中，马琳由于缺乏必须的证据而无法申请调查杨军名下的财产。2007 年 11 月 14 日，深圳中院作出一审判决，马琳获分 880 万人民币及 4 套房产。2008 年 11 月 6 日，香港家事法庭判决马琳获分 3.78 亿港元。杨军上诉至香港上诉法庭，上诉法庭裁定支持杨军的要求，承认深圳中院的判决。马琳向香港终审法院提出上诉，2010 年 12 月 15 日，香港终审法院驳回马琳的上诉请求，这起历时四年的离婚案终于画上了句号。

这起轰动一时的离婚案引起了社会广泛的讨论，由于中国内地与香港逐步深入的开放与交流，内地居民与香港居民在婚姻中的结合越来越多，此外，房产、公司、股票等财产与香港、内地存在着千丝万缕的联系，导致婚姻家庭类案件中平行诉讼、选择法院、判决的认可与执行等存在着诸多亟待解决的问题。

一、经济济助命令的立法背景

杨军与马琳离婚案只是香港大量涉及国内婚姻案件中引起广泛关注的一起，据统计，2009 年、2010 年分别有 5655、5830 起涉及国内婚姻的案件，占香港离婚案件总数的 27%-30%，并且这还不包括内地人士在香港的婚姻以及婚姻一方在婚姻破裂后搬回内地的，因此，庞大的数量使得香港法院不得不重视此类案件的管辖、判决的认可和执行等问题，而杨军与马琳离婚案中涉及到在香港与深圳进行平行诉讼、深圳中级人民法院的判决在香港的认可等关键问题，也是促使香港修改《婚姻法律程序与财产条例》的导火索。

杨军与马琳离婚案在香港法院的审理中历经反复，虽然最终香港法院认可了深圳市中级人民法院的判决，但是法官直接在裁决书中提出立法建议，即“法庭中博学的大法官们认为，鉴于一旦外地离婚判决生效，香港法庭就被剥夺了处理附属济助的管辖权的事实，以下事项上急需立法改革：与英国法庭的地位不同的是香港法庭在这个问题上没有自由裁量权，如前所述，根据 1984 年《婚姻家庭诉讼法》第三部分中的规定，英国的法庭被给予了这种自由裁量权。……毫无疑问，在这个案子中，尽管英国根据 1984 年法案的改革曾经在香港生效，妻子将必然获得济助。尽管如此，相同的改革应当被引进以使得香港法庭能够在适当的案子中为根据外地判决离婚的当事人提供附属济助，这是可取的。” [1]

2010 年 12 月 15 日，也就是上述香港终审法院裁决公布的第二天，立法会就公布了《婚姻法律程序与财产（修订）条例》，其中增补了第 II A 部，即“在香港以外获准离婚等之后在香港要求经济济助”的规定，赋权香港法院可以根据婚姻一方的经济济助命令申请，在离婚判令、婚姻无效判令或裁判分居判令已就该段婚姻在香港批予的情况下，作出经济济助命令。

二、经济济助命令的含义及申请条件

（一）含义

《婚姻法律程序及财产（修订）条例》第 II A 部中关于经济济助命令的定义是“关于经济给养及财产调整的命令”，并规定可以根据第 II 部，即“婚姻诉讼及其他婚姻法律程序中的附属济助及其他济助”中的一些条款作出，具体而言，包括以下几种：

1、在离婚案件中对婚姻一方的经济给养。具体包括：（1）命令婚姻的任何一方按命令所指明的期间，向另一方作出命令所指明的定期付款；（2）命令婚姻的任何一方按命令所指明的期间，就命令在所指明的定期付款向另一

方提供足令法庭满意的保证；(3) 命令婚姻的任何一方须向另一方缴付命令所指明的一项或多项整笔款额。

2、在离婚案件中对家庭子女的经济给养。具体包括：(1) 命令婚姻的一方按命令所指明的期间，向家庭子女或为该子女的利益而向命令所指明的人，作出命令所指明的定期付款；(2) 命令婚姻的一方按命令所指明的期间，就命令所指明的定期付款，向该子女或为该子女的利益而向命令所指明的人，提供足令法庭满意的保证；(3) 命令婚姻的一方向该子女或为该子女的利益而向命令所指明的人，缴付命令所指明的整笔款额。

3、在离婚等案件中有关财产转让、授产安排和更改授产安排的命令。具体包括：(1) 命令婚姻的一方须将指明的财产转让给另一方或任何家庭子女，或为该子女的利益而转让给在命令中指明的人，而此项财产乃本段最初所述的婚姻一方有权凭管有权或复归权而享有的；(2) 命令为着婚姻的另一方和家庭子女的利益，或为着此二者之一或其中任何人的利益，就命令所指明的财产作出令法庭满意的授产安排，而此项财产乃婚姻一方有权凭上述权利而享有的；(3) 命令为着婚姻的双方和家庭子女的利益，或为着此二者之一或其中任何人的利益，将任何向婚姻双方作出的婚前或婚后授产安排(包括藉遗嘱或遗嘱更改附件而作的授产安排)更改；(4) 命令取消或削减婚姻任何一方根据任何此等授产安排而获得的权益；(5) 命令出售在命令中指明的财产，而该财产或该财产的出售收益，是婚姻的一方或双方凭管有权或复归权而享有实益权益的，并且就该等出售收益的运用作出命令。

4、关于出售财产的命令，即在法庭作出上述三种命令的同时或者其后的任何时候，作出进一步命令以将该命令中指明的财产出售，而该财产或该财产的出售收益，是婚姻一方或双方凭管有权或复归权而享有的实益收益。

(二) 申请条件

1、获准离婚合法有效且双方均未再婚。具体而言，该段婚姻是藉在香港以外地方的司法或其他法律程序而遭解除或废止，或者婚姻双方藉在香港以外地方的司法或其他法律程序而合法分居，并且该项离婚、废止或合法分居获香港法律承认为有效，而且，婚姻一方提出经济济助命令申请时双方均未再婚。

2、申请经济济助须取得法庭许可。只有按照法院规则取得法庭的许可，才能够提出经济济助命令申请，而法庭准予许可的前提是有实质理由，因此，是否存在实质理由就是能否申请经济济助命令的前提条件，而《婚姻法律程序与财产(修订)条例》中并没有规定何为实质理由以及实质理由的判断标准，因而，实质理由的判断就只能依据法官的自由裁量权。

根据香港一直以来的判例法传统，在成文法中未有明确规定的内容均可参考相关判例，但是由于《婚姻法律程序及财产条例》修订后尚未有一例相关的案例可供参考，因此，实践中如何判断是否存在实质理由尚属未知。但是，考虑到《婚姻法律程序及财产条例》的修订在很大程度上借鉴和移植了英国1984年《婚姻家庭诉讼法》第III部分的规定，以及香港法院经常在判决时引用英国判例的传统，相关的英国判例中如何判断实质理由或许值得参考。在Agbaje V Agbaje [2009] EWCA Civ 1案、Holmes V Holmes [1989] 2FLR364案等诸多案件中，法官充分论述了1984年《婚姻家庭诉讼法》第III部分的立法目的以阐述是否存在许可经济济助命令申请的实质理由，他们均认为这部法案的立法目的在于使得在存在严重不公平的特殊案件中利益受损的配偶一方获得救济途径以减轻其困苦，因此可见，在英国的判例中，实质理由就是外国判决存在严重不公平而使得配偶一方获得不公正对待。此外，从香港《婚姻法律程序与财产条例》修订的导火索——杨军与马琳离婚案中也可窥测此项立法的目的，即在于为在外地离婚判令、婚姻无效判令及裁判分居判令中受到不公正待遇而遭受困难的一方配偶提供有效的救济途径。由此，可以推测实质理由的判断标准在于外地裁判是否严重不公平。

3、法庭拥有司法管辖权。关于香港法庭是否拥有司法管辖权的问题，《婚姻法律程序与财产(修订)条例》中有明确的规定，即在申请许可当日、外地离婚、婚姻废止或合法分居在该地方生效当日，婚姻中的一方以香港为居籍或与香港有密切联系，或者，在申请许可当日之前的三年内、外地离婚、婚姻废止或合法分居在该地方生效当日之前的三年内，婚姻中的一方惯常居于香港。

4、由香港法庭作出经济济助命令是适当的。法庭在准予经济济助命令之前，必须考虑在个案的整体情况下，香港是否是适当的申请地点，在判断这个问题时，法庭尤其需要考虑以下事宜：(1) 婚姻双方与香港的联系；(2) 该双方与婚姻遭解除或废止所在的地方或他们合法分居所在的地方的联系；(3) 该双方与香港以外任何其他地方的联系；(4) 申请人或家庭子女因离婚、婚姻废止或合法分居而凭借任何协议或香港以外地方法律的实施，而已获得或相当可能获得的任何经济利益；(5) 如境外主管当局已作出命令，规定婚姻的另一方向申请人或家庭子女支付款项或转让财产，或规定该另一方为该申请人或子女的利益而支付款项或转让财产——(a) 该命令所授予的经济济助；(b) 该命令已获遵从或相当可能获遵从的程度；(6) 申请人根据香港以外地方的法律拥有或曾经拥有的、申请由婚姻的另一方给予经济济助的权利，以及(如申请人并无行使该权利) 申请人不行使该权利的理由；(7) 在香港有否财产可供就申请人作出经济济助命令；(8) 任何经济济助命令相当可能可予以强制执行的程度；(9) 在离婚、婚姻废止或合法分居之后已过了多少时间。

三、经济济助命令对中国大陆与香港相互认可与执行婚姻家庭类民事裁决的影响

由于内地与香港在法律制度上的不同，导致两地法院对于婚姻家庭类案件的判决存在巨大差异，从杨军与马琳离婚案中深圳市中级人民法院与香港家事法庭判决的天壤之别中也可以感受到两地法律制度的迥异，正是由于差别的存在，导致两地对婚姻家庭类判决的认可与执行存在巨大障碍，以致于两地法院尚未有对离婚个案的法律互认。

但是,每年几千起的互涉婚姻案件热切呼唤着两地能够协商建立相关的司法协助制度,尤其是离婚、子女抚养及财产分割等裁决的认可与执行。遗憾的是,目前关于两地民事领域司法协助的规定只有《香港特别行政区基本法》第九十五条、1999年《关于内地与香港特别行政区法院相互委托送达民商事司法文书的安排》、《关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》、2006年《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行当事人协议管辖的民商事案件安排》,并没有专门针对婚姻家庭类民事判决的司法协助制度。

在2010年修订《婚姻法律程序与财产条例》之前,对于在香港以外的任何地方藉司法或其他法律程序而获准并根据该地方的法律具有效力的外地离婚及合法分居,只要在获准离婚或分居的地方提起有关法律程序的当日任何一方配偶惯常居于该地方或者是该地方的国民,香港法院一般均承认其有效性,而不予以承认的情况仅有以下三种:(1)外地离婚及合法分居在批出或获准时,按照香港法律(包括其国际私法规则)双方之间并无婚姻关系存续;(2)外地离婚及合法分居在获准程序上存在瑕疵,具体指一方配偶并未采取步骤(该等步骤是必须的)将有关法律程序的通知给予另一方配偶,以及,另一方配偶(由于除未接获通知的任何其他原因)并未获得理应获得的参与法律程序的机会;(3)承认该项离婚或合法分居会明显地有违公共政策。当然,香港法律也有限制性规定,即,其承认的范围仅限于外地离婚及合法分居,而不包括任何在离婚或分居法律程序中就过失所作的裁断及任何赡养令、管养令或其他附属命令。总体而言,香港法院对于外地婚姻家庭类民事裁决的认可与执行是较为开放的,那么,新增的关于经济济助命令的规定是否会对香港承认与执行外地婚姻家庭类民事裁决产生影响,尤其是对于香港和内地相互认可与执行此类裁决产生何种影响。

如上文所述,经济济助命令的含义完全等同于《婚姻法律程序与财产(修订)条例》第II部所规定的在香港法院进行的离婚诉讼及其他婚姻法律程序中的附属济助及其他济助,这意味着即使离婚判令、婚姻无效判令或裁判分居判令是在香港以外地方的法院中颁发的,只要香港法院认为存在实质理由而许可经济济助命令申请,其就有权颁发等同于其在处理本地离婚案件中的相关济助命令,可见,经济济助命令的实质就是香港法院有权对外地离婚判令、婚姻无效判令或裁判分居判令中的有关经济济助的部分是否公平公正进行评价甚至重新裁判。

内地与香港在法律规定上的差异,导致两地法院在夫妻财产的分割上存在着较大的差异。首先,由于内地实行的是夫妻财产部分共同共有制,只有婚姻关系存续期间获得的工资、奖金、生产经营收益等财产属于夫妻共同共有,婚姻关系期间开始之前及之后双方获得的财产均属于个人所有,但在香港,除非婚姻关系存续的时间很短,否则不区分夫妻财产,实行共同共有制,在离婚时会分割婚姻双方名下的全部财产,而不论财产的取得时间和双方的贡献大小。其次,内地对于夫妻财产分割的基本原则是共同财产一人一半,双方个人财产归各自所有,而香港分割的基本原则是在一人一半的基础上给予恰当的赡养费,以保证离婚后,经济弱势一方能够保持婚姻关系存续期间的生活水平。最后,内地法院采取谁主张谁举证的原则,一方主张分割的财产必须举证证明财产的真实存在,并且双方未主张分割的财产,法院不会主动追加,而对于公司、股票等较为复杂的财产项目,法院不会在离婚诉讼中进行处理,这需要双方在离婚后提起离婚后财产分割的诉讼,但香港法院会责令婚姻双方填写“经济状况陈述书”,申报个人名下的所有财产,另一方如若不满可以直接要求对方补充,且涉及到公司、股票等财产,法院会主动查证。正是由于两地在法律规定及司法制度上的差异,导致内地法院与香港法院在离婚诉讼中对于财产的分割必然存在重大差异,以香港的标准来判断内地法院的裁判,很容易认为其不公正,尤其是对经常处于经济弱势地位的女方权益的保护不够,杨军与马琳离婚案中深圳市中级人民法院和香港法院在马琳应获分的财产数额上的天壤之别充分体现了两地法院在离婚财产分割上的差异,更体现出了让香港法院认可内地法院离婚裁决中夫妻财产分割部分的难度。

经济济助命令赋予了香港法院在对外地离婚判令、婚姻无效判令及裁判分居判令时,若其认为该判令存在财产分割严重不公平的情形则有权进行更改甚至是重新处理,结合上文中关于内地与香港在相关法律规定与司法制度上巨大差异的分析,可以推断在今后的司法实践中,内地法院婚姻家庭内案件裁判获得香港法院的认可和执行的难度将加大,而香港法院借助批予经济济助命令的形式对内地法院的裁判进行更改和重新处理的情形必将出现。

四、结语

随着经济的发展和交流的增多,香港与内地互涉婚姻的情况愈发频繁,两地法院关于婚姻家庭案件的认可与执行的要求也随之增加,而两地在法律规定及司法实践中的差异导致两地法院在互认与执行相关裁决上存在较大的困难,目前仍未达成明确具体的协定。经济济助命令的出现,使得香港法院可以藉此拒绝承认外地离婚判令、婚姻无效判令及裁判分居判令的有效性并进而重新处理,毋庸置疑,这增加了内地与香港相互认可和执行婚姻家庭类民事裁决的难度,这可能会引发选择法院、平行诉讼等实践难题,希望最高人民法院能够早日与香港有关方面进行协商,达成两地互认与执行此类裁决的协议。

【参考文献】

- 1、杜新丽.国际私法实务中的法律问题[M].北京:中信出版社,2005.
- 2、徐宏.国际民事司法协助[M].武汉:武汉大学出版社,2006.
- 3、白俊霞.离婚了咱上香港告丈夫[N].中国妇女法律帮助,2011-10-12.
- 4、香港2010《婚姻法律程序与财产(修订)条例》.
- 5、香港2011《婚姻诉讼条例》.

- 6、英国 1984 《婚姻家庭诉讼法》。
- 7、香港 2010 ML V YJ FACV20 / 2009.
- 8、英国 2007 James Berbard Moore V Kim Marie Moore [2007]EWCA Civ 361.
- 9、英国 2007 A V A [2007]EWHC 1810(Fam).
- 10、英国 2009 Olusola Akinnoye Agbaje V Sikirat Abeni Akinnoye Agbaje [2009]EWCA civ 1.
- 11、英国 1989 Holmes V Holmes [1989]2FLR 364.

[1] 香港 2010 ML V YJ FACV20 / 2009.

IPO 新股发行改革对婚姻律师业务与办理案件的影响

2014年2月8日 贾明军律师博客 贾明军 蓝艳 邵泽龙 公维亮 张霞平

课题组成员:贾明军 蓝艳 邵泽龙 公维亮 张霞平

执笔人:贾明军

前言

2013年11月30日,IPO忽然伴着重大改革重启。在以后的1个多月时间里,相关政府监管部门又连续下发了以《中国证监会关于进一步推进新股发行体制改革的意见》(以下简称《意见》)为主的19个文件,规范IPO新股发行(附相关19个文件目录)。这些规范,不仅对于证券从业人员极为关键,而且对以办理拟、上市公司股东离婚案件的我们团队来说,也是极为重要。今天春节后的第二个工作日,工作还未繁忙,一起梳理一下这些规定对于办理婚姻案件中的影响,以供社会各界人士参考。

一、《意见》的主旨思想对婚姻案件的影响

1. “核准制”向“注册制”过渡的影响

影响中央会议决定,新股发行从“核准制”向“注册制”过渡,股票发行“市场化”,会减少由于行政审批可能带来的利益寻租空间、挤压新股发行价格水分,推进中国资本市场的有序扩容,真正实现“十二五”规划中“现有上市公司增加70%”的精神。中国有1300万家企业,目前沪深两所上市公司加在一起不到2600家,而美国美上市公司数量约为5000家(金融危机前的1997年数量最高时达到近9千家)。新股发行在《证券法》及配套法律修订后,可以预见,不管新股市盈率是否降低,但上市公司数量会同比较有较大增加值。就目前实践情况来看,各地新拟上市企业辅导报名踊跃,甚至相关的培训(如独董培训)都是一席难求。未来几年(特别是2015年之后),随着注册制的彻底推行,拟、上市公司数量增加,相应使得上市公司股东人数增加,涉及拟、上市公司股东离婚案件的数量也会呈上升之势(2012年我国总登记结婚人数为1323.6万对,登记离婚人数为310.4万对,“离婚率”在24%左右)。因此,侧重于拟/上市公司股东婚姻案件处理以及上市公司股东财富传承业务的婚姻律师,将有更多的案源可选。

2. “股票发行审核以信息披露为中心”的影响

此次新股发行改革明确了新股发行审核以“信息披露”为中心,这样,会增加婚姻律师在办理涉及上市公司股权分割的财务数据、股权结构历史沿革、历年分红等夫妻共同财产分割的重要线索和数据,相关信息可以说直接可以作为有效证据使用(拟/上市公司一般不会否认其披露信息存在瑕疵或虚假)。我们办理离婚案件中,在涉及拟/上市公司信息披露中的二个最重要的焦点,一个是股权转让的真实性(包括转让价格)问题、一个是股权代持问题。仅在2013年办理的案件中,就有二起案件(江苏、上海各一例)存在股权是否系代持的争议、另有二起案件(上海、北京各一例)存在股权转让有效性与股价是否对价的问题。此次新股发行审核“以信息披露为中心”,不仅强化了对于过会、挂牌上市前的信息监管,而且对于上市后信息披露不真实的责任追究,会比以前严格。而之前我们办理的一些案件中,对于已经过会、上市的企业,相对不重视实际控制人或发起人小股东所谓的“代持”主张对公司的影响,相信《意见》发布后会有所改变。另外,对于通过公司间接持有上市公司股票的自然人来说,其转让母公司股份的价格、或者声称上市公司母公司股份系“代持”的成本、风险也会加大,有利于婚姻律师帮助弱势当事人(通常为女方)争取应分财产权益。

3. “强调市场参与各方的归位尽责”的影响

在之前的办案中,我们发现一些中介机构(甚至含律师所)不仅不太重视家事(婚姻、继承)因素对公司上市的影响,甚至也会犯一些“低级”错误。比如,将工商登记比例法律意见为夫妻财产约定、人故去多年仍公示为上市公司现有股东等等。另外,对于股权结构变化过程中的实际控制人股权转让的法律尽职调查不够细致(比如,一江苏著名上市公司的母公司股东亲属之间的无对价转让)、相关工作没有完善到位,可能导致股权转让有效性被法院否决之后公司股权的重大变化等等。

另外值得婚姻律师兴奋的是,随着拟上市公司股东婚变的常态化(2011年是上市公司婚变影响年),越来越多的券商、PE甚至是律师同行都更重视家事因素(婚姻、继承)因素对公司上市的影响。不仅是实际控制人,而且持股不多的董秘、其它高管的离婚,也比之前更可能对上市产生影响(我们2013年做过一持股不足5%的高管的离婚案件,初审审核时就遇到了该高管离婚可能影响上市的麻烦,后来协调协议解决),擅长处理拟、上市公司股东离婚案件的律师,会赢得更多资本市场参与方的尊敬和交流。

4. “自主定价、自主配售”的影响

定价方式与定价配售对离婚案件处理的影响有限，但变通的存量发行与超募的改革，对于离婚案件的处理有直接的影响。之前，对于拟上市公司股东或上市后锁定后的股票处理有难度（一般女方想提前变现现金、而实际控制人、其它发起人抛售股票有限制）。新股发行改革后，在协商离婚方案中（70%以上的上市公司大股东离婚案都是协商解决的），根据公司的具体情况，可以适当考虑以“老股东减持”的方式，解决一部分资金变现的问题，从而减少夫妻财产分配的风险性，促进案件的调解结案。

5. “明确民事赔偿责任”的影响

该影响在婚姻案件中，主要影响在于配偶一方主张“股权代持”、“股权转让”可能导致行政处罚的后果严重度问题。之前办理的案件中，对于股东（甚至是控股股东）的股权代持的查处和处罚，相对不够重视；或者股权转让被确定无效后的追责不够重视。但此次股改后，会促进中、小股民的维权诉讼常态化，对于股权代持的未披露、股权转让无效的过错责任的追究，可能会导致中、小股民的维权。同时，此次《意见》明确了证监会鼓励律师公益维权，加大了配偶持股一方声称“代持”以及通过“股权转让”形式逃避共同财产分割的法律风险性，有利于婚姻律师帮助弱势一方维权。

6. “强化公众监督”的影响

此次股改中，关于招股书预披露时间点的确定一度存在很大争议。有不同意见认为，在“申报稿受理后即需披露”的规定，可能会导致“不良媒体”、或“别有用心的人”借助媒体给拟上市公司“泼脏水”以求经济利益。但可贵的是证监会顶住了压力，继续保留了这一条，即招股申报稿需在正式受理后予以披露。这样，可以使得未持股一方更早了解配偶一方在拟上市公司的持股、股权变化信息，甚至“申报稿受理”可以成为配偶提出离婚的“黄金机会点”之一（另外两个“黄金机会点”分别是过会前后。著名的“土豆网”股东离婚案，即是选择该点在国内启动诉讼）。同时，《意见》还规定，申报稿提交后，不得随意变更，也有利于避免持股一方有意删除对自己不利的信息（我们曾在2006年代理一案件中，一稿与二稿对我们而言的关键信息被删除）。

除此之外，拟上市公司持股一方、特别是实际控制人在离婚案件中一般在人脉资源中处于强势有力地位，个别案件中，如果没有媒体适当参与监督，可能导致诉讼如“一场只有裁判、没有观众的比赛”，黑哨裁判成为可能。并且，持股一方能量一般很大，甚至可以动用一定渠道“封杀”本地媒体、甚至可以“公关”全国性媒体。现在，新改鼓励公众对上市公司规范化进行监督，对弱势女方是个利好。

二、具体新政细梳整理（未完待续）

附：IPO 及相关的 19 个新政文件 需要的朋友可以自行下载或回贴索取电子全本。

目 录

- 文件 1 《新股发行体制改革的意见》 2013 年 11 月 30 日 2
 文件 2 《上市公司监管指引第 3 号——上市公司现金分红》 2013 年 11 月 30 日 11
 文件 3 《借壳上市审核严格执行首次公开发行股票上市标准》 2013 年 11 月 30 日 16
 文件 4 《首次公开发行股票时公司股东公开发售股份暂行规定》 2013 年 12 月 2 日 20
 文件 5 《发行监管问答——落实首发承诺及老股转让规定》 2013 年 12 月 6 日 24
 文件 6 《关于首次公开发行股票并上市公司招股说明书财务报告审计截止日后主要财务信息及经营状况信息披露指引》 2013 年 12 月 6 日 27
 文件 7 《关于首次公开发行股票并上市公司招股说明书中与 30 盈利能力相关的信息披露指引》 2013 年 12 月 6 日 30
 文件 8 《优先股试点管理办法（征求意见稿）》 2013 年 12 月 13 日 36
 文件 9 《中国证监会有关部门负责人就优先股试点答记者问》 2013 年 12 月 13 日 54
 文件 10 《关于首次公开发行股票预先披露等问题的通知》 2013 年 12 月 13 日 69
 文件 11 《中国证监会就落实〈国务院关于全国中小企业股份转让系统有关问题的决定〉有关事宜答记者问》 2013 年 12 月 14 日 74
 文件 12 《证券发行与承销管理办法》 2013 年 12 月 16 日 82
 文件 13 《非上市公众公司监督管理办法（征求意见稿）》 2013 年 12 月 16 日 95
 文件 14 《关于修改〈非上市公众公司监督管理办法〉的决定（征求意见稿）》 109
 2013 年 12 月 16 日 109
 文件 15 《关于〈非上市公众公司监督管理办法〉的修改说明》 2013 年 12 月 16 日 112
 文件 16 国务院《进一步加强资本市场中小投资者合法权益保护工作的意见》 2013 年 12 月 27 日 118
 文件 17 《关于进一步加强保荐机构内部控制有关问题的通知》 2013 年 12 月 30 日 126
 文件 18 《股东人数超过 200 人的未上市股份有限公司申请行政许可有关问题的审核指引》 2013 年 12 月 30 日 129
 文件 19 《关于加强新股发行监管的措施》 2014 年 1 月 12 日 135

(未完待续)

监护干预，为了更好的监护

2014年02月10日 上海法治报

■圆桌主持 陈宏光

本期嘉宾

上海中夏旭波律师事务所 李晓茂

上海广庭律师事务所 潘轶

上海卓君律师事务所 秦建铭

主持人：

据媒体报道，最高人民法院、民政部、公安部等部门年内将推出未成年人监护行政监督与司法裁判的对接机制，这一机制的核心内容是通过法律程序剥夺对严重侵害未成年人权益的监护人的监护资格。

随着未成年人意外伤害事件的屡屡发生，其中父母作为监护人的责任愈来愈受到公众的关注，而父母狠心虐待、伤害未成年人的事例更是屡见不鲜。但是，虽然法律已有规定，但父母因此被剥夺监护权却鲜有所闻。

对于未成年人的监护权，为何难以剥夺？相关制度又该如何完善，以实现未成年人更好的监护呢？

有“法”却无法落实

许多具体问题都没有任何法律规范作为依据和指引，这就在现实中使人无所适从。

李晓茂：对于监护及其相关问题，1987年即实施的我国《民法通则》就已在第二节中专门予以了规定。

其中第十八条规定：“监护人应当履行监护职责，保护被监护人的人身、财产及其他合法权益，除为被监护人的利益外，不得处理被监护人的财产。”

监护人依法履行监护的权利，受法律保护。

监护人不履行监护职责或者侵害被监护人的合法权益的，应当承担民事责任；给被监护人造成财产损失的，应当赔偿损失。人民法院可以根据有关人员或者有关单位的申请，撤销监护人的资格。”

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

可见在撤销监护人资格的问题上，我国已有两部法律可以作为依据。

问题是，《民法通则》和《未成年人保护法》虽有规定，但规定内容都较为笼统。

具体谁是可以提出监护权撤销要求的“有关人员或者有关单位”？人民法院应审查哪些证据？监护人如何表达异议和答辩？最重要的是，剥夺监护权后，未成年人该由谁监护？许多具体问题都没有任何法律规范作为依据和指引，这就在现实中使人无所适从。

光靠“法”难以落实

撤销监护权后还面临一系列问题，有些不是光靠制定法律就能解决的，而是需要建立包括法律、机构、资金等在内的一整套机制。

潘轶：对于未成年人，无论从法律责任角度还是现实抚养教育角度，都需要有监护人。因此，抛开监护权撤销本身的问题不谈，撤销监护权后还面临一系列问题，有些不是光靠制定法律规则就能解决的，而是需要建立包括法律、机构、资金、人员在内的一整套机制。

对于监护未成年人这样的家务事，如何确定外力介入的尺度也是至关重要的。我国以往缺乏这样的制度，也和“清官难断家务事”这样的文化传统和思想观念有关。在家长制传统思想影响下，很多家长存在孩子是自己“私产”的观念，有时作为教育手段的打骂和虐待之间只有一线之隔。

而剥夺父母对未成年人的监护权，将监护权交予毫无血缘关系的家庭或者某个机构，这在传统思维中是难以想象的。

从《民法通则》的相关规定来看，受制定时的认识和条件所限，主要还是将其作为一种家务事来规定的，即监护主体主要是父母和其他亲属，“有关单位”也并非什么专设的机构。

但是随着时代的发展，对监护主体再囿于亲属范围是过于局限的，而且一旦亲属都不愿意担当监护人，监护权撤销就会面临难题。

因此，国家必须建立寄养家庭和专设机构，承担监护人被撤销后孩子的监护职责，而我国目前在这方面几乎是一片空白。

完善制度需长期过程

从媒体报道最高院、民政部、公安部等部门拟建立的机制来看，还只是建立“未成年人监护行政监督与司法裁判的对接机制”。这只是万里长征的第一步，后续需要解决的问题和建立的机制还有很多很多。

秦建铭：从监护权干预、剥夺机制的发展方向 and 目前许多国家的成熟机制来看，寄望于未成年人的其他亲属接手监护是靠不住的，还是应该建立完善的国家监护机制，即由特定的人和机构代替国家来履行监护职责。

但对于监护权剥夺后的“国家监护”问题，我国目前的立法尚无相关规定，要完善这一制度无疑需要一个长期的过程。

我国作为联合国《儿童权利公约》的履约国，承担起对儿童的国家监护，是一项国际责任。而目前，社会福利机构只是对孤儿和生活困难的儿童进行一定救助、帮扶，而没有以国家的名义行使监护的职责。

未成年人的父母被剥夺监护权后，除非条件合适又有法定资格的其他亲属愿意担任监护人，否则安置责任就应由政府负责。福利机构、社工组织或者将来专设的机构都是现实可行的，也可借鉴国外的做法为孩子寻找合适的寄养家庭。

当然，要承担这一职责，无疑对福利机构是全新的课题，而专设一个机构或者建立寄养家庭机制，更是需要从无到有的摸索。

在许多问题上，其实都有“破”易“立”难的困境。也就是说，要剥夺父母的监护权相对来说还较为简单，难的是国家给这些父母被剥夺监护权的孩子找到合适的监护人。

从媒体报道最高人民法院、民政部、公安部等部门拟建立的机制来看，还只是建立“未成年人监护行政监督与司法裁判的对接机制”。简单来说，就是先落实《民法通则》、《未成年人保护法》的相关规定，让监护权撤销这一机制动起来，这只是万里长征的第一步，后续需要解决的问题和建立的机制还有很多很多。

■背景

我国拟对失职父母剥夺子女监护权

据新华网报道，近来，多起涉及未成年人的案件“扎堆”出现，直指监护人失职问题，也暴露出有关部门对这一问题监管的缺位。

1月20日，在中央综治办、共青团中央、中国法学会共同举办的未成年人健康成长法治保障研讨会上，记者获悉最高人民法院、民政部、公安部等部门年内将推出未成年人监护行政监督与司法裁判的对接机制。

据了解，这一机制的核心内容是通过法律程序剥夺对严重侵害未成年人权益的监护人的监护资格。

有关部门负责人和专家认为，这一机制的设立，是法制对失职监护人的“亮剑”，改变一度太过“温柔”的处置方式，对保护未成年人的权益、推动社会的文明与进步具有重要意义。

现状：亟需加强监护干预

在我国，对培养孩子这样一个关系着国家民族未来的大事，目前还缺乏对其资质的要求。

上海政法学院刑事司法学院院长姚建龙说：“父母法律责任越小，孩子越危险。如果法律不能‘强行按下’个别父母高傲的头，让他们认真反思和学习怎么做父母，那么对未成年人不当教育、侵害未成年人权益的行为可能会层出不穷。”

北京青少年法律援助与研究中心执行主任张雪梅介绍，我国1987年通过的民法通则是在立法时的社会经济背景下规定的监护制度，但二十多年来，我国的经济社会已经有了很大的发展变化，现行规定已不能满足未成年人权益保护的需求。

呼吁：建立干预工作机制

根据我国现行法律，在法定监护人死亡或者丧失监护能力，又没有其他人员担任监护人的情况下，由未成年人的父、母所在单位或者其住所地的居民委员会、村民委员会担任监护人。张雪梅认为，这一规定已严重脱离社会实际，应取消这一规定，建立国家监护制度。

对此，最高人民法院副院长黄尔梅明确，为加强困境未成年人的权益保障，民政部已会同最高法院、公安部进行了调研和论证，拟于今年出台指导性意见，建立未成年人监护行政监督干预与司法裁判衔接工作机制。

民政部副部长窦玉沛也透露，民政部正会同有关部门研究制定困境未成年人家庭监护干预政策，推动修订相关法律法规，建立完善未成年人监护干预制度。

民政部2013年在全国20个地区启动未成年人社会保护试点工作，目前各试点地区在困境未成年人摸底排查、建立专门保护机构、建立监护问题发现报告机制、建立困境未成年人监护干预机制、构建社会保护网络体系、健全部门联动工作机制等重点内容和关键环节上取得了积极成果和有效突破。

民政部社会事务司司长张世峰表示：“这一工作机制的核心是通过行政与司法相衔接，实现对监护人监护权的转移。”

父亲的房没继承上 自己的房子也卖了 他能随时要回经适房吗？

2014年2月12日 北京晚报

案情回放

被忽悠仓促

售卖经适房

刘先生于2007年4月依照北京市相关政策，在北京的远郊区取得了一套经济适用房，房屋位置距离市中心非常远。由于多年以来刘先生一直跟体弱多病的老父亲居住在一起，其父多次承诺只要刘先生能为自己养老送终，目前他们共同居住的这所位于北京市二环路内的房产就由刘先生来继承。

考虑到自己目前有房居住，父亲又许诺这套住房将来由自己继承，再加上为了给父亲筹钱看病，刘先生跟自己的妻子商量再三后，决定将刚分到手的那套经济适用房卖掉。

决定卖房后，刘先生就找到房屋中介公司，询问自己的经济适用房可否出售，因为当时这套房子刚刚入住，还没有房产证，刘先生不知道这样的房子是否可以交易。

中介的答复是：这种房子可以卖，而且如果想反悔，随时还可以将房子要回，只要买这所房子的人不具备购买经济适用房的资格。刘先生一听大喜过望，父亲治病急需用钱，等过段时间病治好了，自己再想办法将房子要回来。

过了几个月，房产中介为刘先生找到了买家。要买这房子的是刚来北京不久的外企技术工程师小王。双方于2007年签订了房屋买卖合同。

遗嘱现世房产继承落空

这份购房合同约定：房屋总价款为90万元，签合同当日买方支付40万元，此后每年12月1日分别支付10万元，最后一笔房款在2012年12月1日支付，而且在支付完最后一笔房款后，双方于2013年1月房屋产权证满五年后，办理产权过户。

小王之所以选择这样付款，是因为考虑到刘先生的房子没有房产证，何时能过户还是未知数，而刘先生的小算盘则是想尾款分开付，自己随时都可以收回房屋，这样解除合同代价会相对较小。

2012年11月，刘先生的老父亲因为心脏病去世了。刘先生的妹妹随即拿出一份父亲的遗嘱，上面明确写着：北京二环路内的房子由刘女士（即刘先生的妹妹）继承。

2013年1月，刘先生到法院提起诉讼。法院依照遗嘱内容，判决刘先生败诉，该房屋由其妹妹刘女士继承。

孤注一掷要讨回经适用房

继承官司败诉后，刘先生为摆脱无房可住的窘境，想要全力以赴地讨回自己的那套经济适用房，因为他还记得当初房产中介人员跟他说过，只要对方不具备购买经济适用房的资格，他就有权利要回这房子。而且最后那笔房款，刘先生还拖着没要过来呢。

除此以外，最让刘先生感到有把握的是，当初房屋买卖合同中约定：“在房产证下发后，房子能过户而卖方不配合过户时，合同自行终止，但作为违约赔偿，卖方要双倍返还购房首付款。”而实际上，该房的产权证早在2007年12月就已经下发，所以刘先生认为根据上述约定，自己肯定能够要回房屋。

2013年3月，刘先生向该经济适用房所在地的法院提起诉讼，要求确认他们双方所签买卖合同终止。在诉讼中，小王提起了反诉，要求法院判决买卖双方继续履行合同。最终，法院判决支持了小王的诉讼请求，同时驳回了刘先生的诉求。

法院的判决理由主要有两点：

其一，双方所签订的买卖合同涉及的是经济适用房买卖，该房屋从取得产权证及完税凭证的时间来看，已经满五年，具备上市交易的条件。

其二，双方所签合同中关于“如果卖方不配合过户，该合同便自行终止”的约定，违反了民事法律公平正义以及公序良俗的基本原则。而且买方已经入住该房屋，如果解除该合同，将给买方造成巨大的经济损失。因此法院认定，有关自行终止的条款无效。

法律解答

刘先生对于这份判决中涉及的法律问题感到有些迷惑，北京市铭滔律师事务所的孙涛律师进行了详细分析和解答。

问：本案中房产中介人员所说的“随时可将房屋收回”，这种说法是否正确？

答：中介人员的这种说法不正确。首先，根据《国务院关于解决城市低收入家庭住房困难的若干意见》（国发〔2007〕24号）的规定，经济适用住房属于政策性住房，购房人拥有有限产权。购买经济适用住房不满5年，不得直接上市交易。根据这一规定，只要这类房屋满足5年的期限，就可以上市交易，起算时间是从取得契税完税凭证或房屋所有权证时间来计算。因此，只要满五年，这样的经济适用房就可以购买，卖方是不能收回房屋的。

问：双方签订房屋买卖合同时，房子不满五年时间，但在满五年之后，卖方提出合同无效，能否被法院支持？

答：这就涉及另一个问题，根据北京市《关于已购经济适用住房上市出售有关问题的补充通知》的规定，2008年4月11日之前签约的“老”经济适用住房，只能采用过户交易方式“转商”。根据这一规定，在司法实践中，如果是在上述时间之前签订的合同，合同中约定在限制上市交易期限届满后再办理房屋所有权转移登记的，基本都会被认定合同有效。所以，本案中的买卖合同应当是有效的。

问：关于卖方刘先生不配合过户，合同自行终止的约定，法院认定无效的主要原因是什么？

答：法院之所以作出上述认定，主要是基于两点考虑：一是维护房屋交易的安全性。既然买卖双方所签订的合同没有违背基本法律原则，那么就on应该促使其积极履行。

二是从实际的房屋市场交易情况判断。本案中最为关键的是，房屋已经交付买方，所以根据一般的司法实践，都会支持买方的过户请求。

（文中当事人为化名）J151

案情回放

丈夫婚外同居

妻子电话报警

大龄女青年张雅红早到了结婚生子的年龄，家里人着急地给她张罗对象。2000 年，亲戚给她介绍了一个同乡男子孙成名，两人认识两个月后便登记结婚。两年后有了一个乖巧的女儿。2008 年，夫妻俩都调到了北京工作，并以孙成名的名义买了两套商品房，算是在北京站住了脚。

不过，婚前缺乏互相了解的闪婚埋下了祸端。随着孙成名经济收入的提高和工作环境的改变，他开始频繁出入酒吧、KTV、洗浴中心，甚至在婚恋网站以离异的名义征婚。回到家，他对妻子百般责难，摔摔打打。为了年幼的孩子，张雅红都忍下了。

2010 年，孙成名向法院起诉离婚。但第一次诉讼没有得到支持。判决后，孙成名干脆和妻子分居，另租了一套房子与情人秘密同居。

张雅红给丈夫打电话沟通，孙成名明确表示对她早没了感情，现在他找到了喜欢的女人一起生活，如果张雅红不能“好聚好散”，他还会再次起诉，直到离婚为止。张雅红还不甘心，她多次跟踪丈夫，终于发现了他们婚外同居的地点。凌晨 1 点，张雅红以两人为非正当两性关系为由报警，公安机关出警，对孙成名及其情人分别讯问。孙成名的情人承认两人相爱，并已同居半年。警方就此制作了讯问笔录。

此时，张雅红也心灰意冷，主动提出离婚，要求自己抚养女儿，孙成名每月支付 2000 元抚养费。张雅红认为，丈夫与他人同居有明显过错，应净身出户，并赔偿她精神损害抚慰金 100 万元。

在诉讼过程中，孙成名只同意离婚，但矢口否认自己与他人同居。张雅红一方申请法院调取派出所的讯问笔录。此外，她还提交了经过公证的孙成名征婚的网页以及她与孙成名通话的录音。经司法鉴定，录音中承认与人同居的男性声音就是孙成名的。

证据链无可抵赖

赔了房子又赔钱

律师释法

这 4 种情形 可多分财产索要赔偿

王秀全律师介绍说，有配偶者与他人同居、重婚、家庭暴力这些情形都是我国婚姻法中明令禁止的不忠和伤害行为。此案中的孙成名明明已有妻室，却仍然与人同居，张雅红作为妻子完全可以主张赔偿。

对于婚姻家庭生活中的受害者和无过错方，我国婚姻法也设置了损害赔偿的救济途径，大众了解这些法律规定，可以在自己的权利受到侵犯时及时维权。

首先，婚姻法规定了 4 种情形导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿，包括“重婚的”；“有配偶者与他人同居的”；“实施家庭暴力的”；“虐待、遗弃家庭成员的”。

在离婚诉讼中，如果夫妻一方有上述几种过错行为，无过错方应该尽可能提交证据证明，在财产分割问题上，法院也会加以考虑。

但应注意的是，在司法实践中，如果夫妻双方都有过错，比如男方有家庭暴力行为，女方与第三者同居；或双方都存在与他人同居的行为，一方或双方向对方提出离婚损害赔偿请求的，人民法院则不予支持。

除此之外，如果离婚时一方隐藏、转移、买卖、毁损夫妻共同财产，或伪造债务侵占另一方财产的，分割夫妻共同财产时，对隐藏、转移、买卖、毁损夫妻共同财产或伪造债务的一方，可以少分或不分。离婚后，另一方发现对方有上述行为的，可以向法院提起诉讼，请求再次分割夫妻共同财产。

能否证明孙成名婚外同居，是这场诉讼的关键。北京济和律师事务所王秀全律师分析说，从张雅红的证据可见，公安机关讯问时已经有一方自认同居关系，这是最有力的证据；孙成名承认有婚外情，与情人共同生活的话也都被张雅红录了音；张雅红还将孙成名在婚恋网站征婚的网页进行了公证保全。这一系列证据形成了证据链，无可抵赖。

法院最终确认了孙成名与第三者同居，是导致婚姻破裂的过错方，本着照顾子女和女方的原则，并结合孙成名的过错程度，判决双方离婚，女儿由张雅红抚养，孙成名每月支付 1500 元直至孩子年满 18 岁。

对于双方婚后共有的两套房产，也没有“对半分”。法院将其中面积较大、地理位置较好、价值较高的一套判归张雅红所有，张雅红只需按照评估价的 20% 给付孙成名折价款；另一套房子判给孙成名，他还要按照房屋价值的 60% 给张雅红补偿。

此外，法院认为孙成名与他人同居时间较长，该行为确实给张雅红造成一定的精神伤害，酌定其给付 5 万元赔偿。

（文中当事人为化名）

这 5 招取证 能证明配偶同居有过错

王秀全律师说，配偶与他人发生不正当关系或同居都比较小心谨慎，对于这样私密的行为取证通常比较困难。

一般来说，以下证据可以用来证明配偶具有法定的过错行为

1. 立字为据

配偶方自认的己方有过错的书面证据，法院通常都会采纳。王律师说，夫妻一方与第三者发生婚外性行为或婚外同居行为被配偶发现后，有的为了维持婚姻关系或出于其他目的，会向另一方写下“保证书”、“悔过书”、“承诺书”等。无过错方应该尽量让对方写下并保留这样的书证。如果其内容能够显示配偶方明确承认实施了与他人非法同居、家庭暴力、重婚等法定过错行为，无疑是具有直接证明力的。

2. 官方取证

这里所说的官方指的是公安机关、人民法院等公职部门。与个人提交的证据相比较，这些政府职能部门记录在案的材料更加权威。

王秀全律师提示说，毕竟配偶与人同居或发生关系的处所都较隐秘，因此无过错方取证一定要注意不能触犯法律。报警请求公安机关介入是一种安全合法的途径。

一般情况下，如果公安机关介入都会有书面的《出警记录》，如涉及配偶方与第三者同居的，公安机关会分别讯问当事人并制作《讯问笔录》。《讯问笔录》不对公民个人出具，需要审理案件的法院依法调取或向律师颁发《调查令》，由律师调取。

如果配偶在婚姻关系存续期间具有嫖娼行为，公安机关一般会依据《治安管理处罚法》的规定制作《行政处罚决定书》。这些证据都可以作为配偶有过错的直接证据。

3. 公证信件

夫妻双方或配偶与第三者间往来书信、短信、电子邮件等能证明过错行为的，应该特别注意：短信、电子邮件等具有易删减、易修改的特点，为增加其证明力，应先到公证处进行公证，然后再作为证据提交。

4. 视听资料

在现实生活中，当事人所提交的视听资料主要是录音、录像。在进行录音、录像时，应注意取证手段要合法，如以侵害他人合法权益或违反法律禁止性规定的方法取得的录音、录像，不能作为证据使用。比如：在自己家安装监控取得的录音、录像可以作为证据使用，而强行到第三者家中侵犯其隐私权所取得的录音、录像显属无效。另外，在取证和提交证据的时候，应注意录音、录像的客观性和与待证事项的关联性。

此外，通过录音、录像等视听资料的形式记录的配偶方的过错行为，提交证据的时候，应当将录音的内容整理成文字版本一并提交。

5. 证据成链

现代民事庭审方式贯彻“谁主张，谁举证”的原则。为了达到相应的证明目的，当事人向法庭提交的证据，尽量能够形成环环相扣、综合印证的证据链条，以确保自己一方的诉讼请求得到法院的支持。

王律师说，无论是打什么官司，都要注意多方收集直接和间接证据，形成证据链，才能增加证明效力。 J001

今日我坐堂

王秀全律师

北京济和律师事务所专职婚姻家庭律师。北京市朝阳区首届优秀青年律师，北京市优秀婚姻家庭法专业律师。兼有拍卖师、心理咨询师、婚姻家庭咨询师资质，系北京离婚律师网（www.bjlhlawyer.com）高级合伙人兼首席律师。擅长婚姻家庭领域的离婚纠纷、房产纠纷和继承纠纷等法律事务，对离婚财产的分割、公司股权争议的解决、子女抚养权的争取、房产的政策及拍卖、家庭矛盾的处理等具有独到的见解和经验。已出版《我的婚房谁的名》、《房屋土地征收补偿纠纷180问》等著作。

对于重大疑难案件，王秀全律师善于组织律师团队，从客户的需求出发，从原、被告两种角度考虑，通过团队分析、换位思考、模拟辩论、诉前模拟质证等方式确保案件的调解成功率和案件胜诉率。

别墅送给亲闺女 他后悔了 说好的条件闺女未履行 案件重审终撤销赠与

2014年2月17日 北京晚报 孙莹

已过古稀之年的姜世国在海外旅居了半辈子，人老了，总想着落叶归根。他卖掉海外的房产回到北京置房安居。因为心疼女儿，他将北京的别墅送给了她。但没想到，女儿因为与前继母闹矛盾，不按约定的条件办事。老先生后悔了，他与女儿对簿公堂，想把这套别墅要回来……

送给闺女别墅作为补偿

姜世国找到北京市国联律师事务所米良渝律师时，案子已经有了终审判决结果。让他不理解的是，自己送给女儿的房子，还谈好了条件，现在想要回来怎么还不行了？

这起纠纷还要从姜世国和女儿几十年的心结说起。

姜世国是改革开放后较早移居海外的，上世纪八十年代就去了加拿大，并取得了加拿大国籍。姜世国和第一任妻子结婚后生了个女儿姜小丽。不幸的是，小丽3岁时，妻子突遇车祸身亡。

姜世国又要工作又要带孩子，实在分身乏术，于是就将女儿寄养在河北老家。不久，姜世国在加拿大认识了第二任妻子王明明，两人结婚后，又生了两个儿子。直到姜世国在加拿大的生活稳定了，才将姜小丽带到异国他乡。

初到异国，姜小丽和继母就水火不容，经常争吵，因为小丽一次夜不归宿，继母女俩还大打出手。18岁那年，难以适应在加拿大学习和生活的姜小丽只身回到北京，到一家国有工厂上班。

到了古稀之年，姜世国越来越思乡，加上他和王明明的感情也走到了尽头，两人在加拿大办理了离婚手续。姜世国卖掉了加拿大的所有家产，并分割好了夫妻共同财产，北京的一套别墅由姜世国所有，加拿大变卖房产的资金归王明明所有。可回到北京，眼前的一幕却让姜世国惊呆了，女儿竟被单位裁员下岗，生活艰难。

如此跌宕起伏的人生让姜世国很难过，想想自己常年在外工作奔波，几乎没有与女儿共同生活过，更没有照顾教育好女儿，心里满是愧疚。他立即决定把北京的别墅赠给女儿，作为补偿。

这套别墅附了条件赠与

这套别墅是姜世国早年买的。1999年，姜世国回国探亲时，看上了北京郊区的一处独栋别墅，与开发商签订了买卖合同，花300万元买了下来，准备留着今后安度晚年。但这套别墅姜世国一直拖着没办理房产证。

姜世国有自己的盘算，他想房子今后总是要留给儿女的，将来直接落在孩子名下，还能免去交两次契税。所以，别墅入住且房款全部交清后的六年时间里一直没办理产权登记手续。但他怎么也没想到，就是为了省点税钱，却给自己埋下了一个雷。

2006年4月，姜世国与女儿签订《房屋赠与合同》，自愿将这处独栋别墅赠与姜小丽，从赠与之日起房屋的产权、使用权归姜小丽所有。但条件是，姜小丽所有的另一套位于城内的两居室住房由其继母王明明使用，姜小丽不能以任何借口收回使用权。姜世国想，这也是算对离异的再婚妻子的一种补偿和安顿吧。

随即，姜世国签署了一份《声明》，同意将自己购买的这套别墅的购房合同买受人变更为姜小丽，原合同作废。姜小丽与开发商又重新签订了一份合同，姜小丽成了购买人，交完税费后拿到了别墅的房产证。

不满闺女起诉腾房 他想撤销赠与

父亲送了别墅却没能消解姜小丽与继母多年的隔阂。2006年9月，因为一次口角，姜小丽翻脸要赶继母走，让她腾退自己的两居室，还质问王明明已经和父亲离婚了，凭什么赖在房子里不走，随后正式向法院递交要求腾房的一纸诉状。除此之外，姜小丽还将父亲以她的名义投资的底商擅自出售，钱款也不知所踪。

姜小丽的一系列报复性的行为让姜世国感到威胁，被她这么一折腾，姜世国名下的所有房产眼看都要付之东流，尤其是那套他用以安身的别墅已经不保。无奈之下，姜世国将女儿告上法院，要求撤销别墅的赠与合同，将产权要回来。

姜世国觉得，他赠给女儿房子时就有言在先，姜小丽要让继母无条件住在她的两居室里。现在姜小丽起诉腾房，就违背了约定，他可以随时要回房子。

姜小丽却说，开发商是和她签订的买卖合同，也是她交的契税，房产证上是她的名字，产权自然是她的。

支持又不支持 这份判决很拧巴

姜世国没想到的是，法院却给出了一个很“拧巴”的判决：既认可赠与协议可以撤销，又没把房子判给他。

法院认为，姜世国与姜小丽签订《房屋赠与合同》，两人之间的赠与关系成立。该赠与协议约定了附随义务，姜小丽要将两居室房屋交给王明明使用。可她起诉要求王明明腾退房屋，未履行义务，满足撤销赠与的条件，姜世国要求撤销赠与与协议应予支持。

可是，当初姜世国并没有房屋产权，他赠与女儿的是签订合同的权利，是购买房屋的合同债权。他能要回去的也就是签订合同的权利。而姜小丽早已经办理了房产证，拥有别墅的物权。姜世国要以合同债权对抗姜小丽已取得的物权，直接将房屋所有权过户到他名下，缺少法律依据。法院没有支持。

没有任何法律教育背景的姜世国彻底被这些法言法语绕晕了，他想不通：怎么赠与撤销了，还收不回房子？

眼看房子要不回来，姜世国只好又四处打听，找到婚姻家庭领域的名律师米良渝，背水一战。

再申请求获支持 高院发回重审现转机

“二审法院将姜世国赠与房屋和姜小丽重签合同并办理产权证的行为一分为二，只认定赠与的是购买房屋合同债权是错误的。”米律师分析说。

姜小丽与开发商补签的买卖合同仅仅是为了履行赠与协议走个过场。姜小丽签了合同，却没交一分房款，开发商也没有将钱退给姜世国。事实上，钱早交清了，房子也早住上了，买卖合同的主要权利义务都已经履行完毕了，只是需要虚签一份合同来办房产证，将别墅过户到姜小丽名下，从而实现赠与房屋的最终目的。所以，姜世国赠与的不仅是签订合同的权利，而是全部房屋的产权。

二审判决是终审判决，立即生效。想要推翻它，只能提请再审。随即，米良渝律师代表姜世国递交了再审申请书。她向上级法院申明，物权来源必须是合法取得，而姜小丽取得物权的前提因赠与行为被撤销已经不存在，其物权来源也就成为无源之水，无根之木了。

在米律师看来，姜世国送给女儿别墅还提出附随义务的考虑是有远见的。现在很多父母无条件地将住房转到子女名下，引发了一些矛盾。有的子女得到房子后，不赡养父母，老人又要不回房子，有苦难言。附条件的赠与一方面可以让老人在世时就安排好财产，同时也给自己安享晚年作个保障。

经历了一年之久，高院审查后，支持了米良渝律师的再审理求，再审法院认定原审法院认定的事实不清，发回重审。案件终于有了转机。

法院重审撤销赠与 夺回房子难夺回亲情

法院重审撤销赠与 夺回房子难夺回亲情

“此案的焦点一是赠与的东西究竟是什么？二是赠与合同能否撤销？”米良渝律师说。

姜世国认为赠与的是房产，而姜小丽认为赠与的是合同债权。对于这种争议，合同法中有规定：“当事人对合同条款的理解有争议的，应当按照合同所使用的词句、合同的有关条款、合同的目的、交易习惯与诚实信用原则，确定该条款的真实意思”。

事实上，姜世国和女儿签订的赠与合同就清清楚楚的约定，赠与的就是一套独栋别墅的产权和使用权。而且，赠与的别墅是姜世国1999年购买的，而赠与合同是在2006年签订，虽未办理产权登记，但已经实际交付使用多年，赠与的根本不可能是签订合同的权利了。

此外，姜世国让姜小丽重新签订买卖合同办理产权登记目的是规避法律，少交税款。姜小丽在庭审中，也承认直接变更合同比“二手房买卖少交许多费用”，却仍然提出姜世国赠与的是合同订立权，自己都无法自圆其说。

至于赠与合同撤销的法律依据，米律师指出，根据合同法的规定，赠与可以附义务，赠与附义务的，受赠人应当按照约定履行义务；受赠人有下列情形之一的，赠与人可以撤销赠与：（一）严重侵害赠与人或者赠与人的近亲属、（二）对赠与人有扶养义务而不履行；（三）不履行赠与合同约定的义务。

姜小丽违反了与父亲签订的赠与合同中约定的将她的两居室无条件让继母使用的义务，姜世国有权撤销赠与，要求姜小丽返还房产。

最终，法院采纳了米良渝律师的意见，判决撤销姜世国与姜小丽签订的房屋赠与合同；姜小丽要协助父亲将别墅产权变更至父亲名下。

姜小丽提起上诉，二审法院维持了判决。一套别墅“送”出的纠纷经历了一审、二审、再审、发回重审一审、发回重审二审，耗时数年之后，终于画上了句号。年近八十岁的姜世国含泪握住米律师的手，感慨道：“有生之年，我终于要回了我的房子！”

不过，姜世国和姜小丽这对父女，经过了人生几十年分分合合的恩怨，不知他们的血脉亲情会不会也跟着这场官司一起，画上句号。（文中当事人为化名） J001

名律铁案

本期主讲 米良渝律师

北京市国联律师事务所合伙人。北京市律协婚姻与家庭专业委员会副主任，北京市十佳婚姻家庭律师。14年的律师执业生涯，帮助米良渝律师打下深厚的婚姻继承法律理论功底，并对离婚、继承等案件积累了丰富的诉讼经验和操作技巧以及独到的见解。她成功代理了演艺明星、上市公司董事等有影响力的婚姻、继承等民事诉讼和多起闻名海内外的离婚和继承争议案件。

米良渝律师曾经远赴法国，完成了欧盟公司法、商法、反倾销法、税法的学习。进入婚姻家庭领域之后，她侧重涉外婚姻及涉及公司股权、不动产的婚姻家庭类案件。独特的教育背景让她成了可以处理公司股权离婚分割等复杂纠纷的“跨界”律师。

妻子患上白血病丈夫玩失踪 负心汉该担何责

2014年2月19日 北京晚报

俗话说“一日夫妻百日恩”，亦有说“夫妻本是同林鸟，大难来时各自飞”。可见，在夫妻关系维系的信任程度上大家也是仁者见仁，智者见智。

近日，有媒体报道，漳州姑娘小叶新婚不久后被查身患白血病，俗话说患难时候见真情，本以为能同甘共苦的丈夫却玩起了“失踪”。身心备受煎熬的小叶无奈下，将自己的丈夫告上法庭，要求其履行扶养义务。

故事聚焦

妻子患白血病

丈夫失踪一年

小叶今年28岁，与丈夫柳某是同村。2012年，两人登记结婚。婚后，小叶随丈夫来到广州打工。但万万没有想到，一个月后，她被确诊患有慢性粒细胞性白血病（急淋变）浸润中枢神经系统。

“刚开始他有点不耐烦，但还会陪着我看病，为了治病我们花了数万元。”小叶说，渐渐地，她感觉到丈夫对自己越来越冷淡，最后干脆对她不闻不问。当小叶病重的时候，丈夫并没有将她及时送去医院，最后还是娘家人出面送她去治疗。甚至在借钱看病的时候，柳某都不肯在借条上签自己的名字。

治疗白血病需要巨额治疗费，对于靠打工维持生计的小夫妻来说，这笔钱是他们背负不起的。2013年春节过后不久，柳某彻底“失踪”了，电话不接，不肯出面，仿佛人间蒸发。脸色暗淡的小叶孤独地躺在漳州市医院血液科的病床上，让身心俱疲的她最感心痛的并不是自己的病情，而是患病后丈夫的无情无义。

为了逼“失踪”的丈夫露面并承担义务，日前，小叶一纸诉状，将丈夫告至法院，要求丈夫履行扶养义务。在

诉讼请求中，小叶作为原告提出：1、被告应当向原告履行夫妻扶养义务；2、被告每月支付原告抚养费人民币 616.83 元至原告病愈止；3、被告支付原告医疗费、护理费共计人民币 37703.34 元。

面对妻子的起诉，丈夫柳某承认自己从去年 5 月到现在都未去看生病的小叶，但他解释，自己目前在福州打工赚钱给妻子治病。他并非不管妻子，也有寄钱回去。

对于柳某的解释，小叶的律师表示，柳某从来没有寄钱给小叶，小叶现在由娘家人照顾，为了替她治病，家里人也背上了巨债。

律师说案

夫妻在法律层面上如何履行扶养义务

父母对子女须尽到抚养的义务，子女对父母负有赡养义务。那夫妻在法律层面上应当履行怎样的义务？该义务又如何实际履行？以及法律的单方强制能否全面调整和改善婚姻家庭关系？

为此，记者采访了北京市威创律师事务所主任王传理律师，请他就此案谈谈夫妻间的互相扶养义务。

夫妻互相扶养的义务和接受扶养的权利

“我国《婚姻法》第二十条规定：夫妻有互相扶养的义务。一方不履行扶养义务时，需要扶养的一方，有要求对方付给抚养费的权利。”王传理律师表示，扶养义务主要指夫妻双方在婚姻关系存续期间，在生活中、物质上要相互扶助、供养。当夫妻一方失去劳动能力时，另一方负有扶养和照顾对方生活的义务。当夫妻一方生病时，另一方须给予照顾或者送到医院治疗，并承担相应的医疗和护理费用。当配偶一方为无行为能力或者限制行为能力时，另一方有担任法定的监护人的权利和义务。

王律师称，夫妻之间的扶养义务和接受扶养的权利是完全平等的，双方应自觉履行扶养义务。一方在患病时仍有权利要求对方给予扶助，而对方也应当给予必要的扶养。如果一方因为对方的身体患有重病，而不尽扶养的义务的话，对方就可以拿起法律的武器来维护自己的合法权益。

本案中，小叶在婚后得知患有白血病后，丈夫便以打工赚钱为由外出，近一年来，对小叶不闻不问。像小叶这样的情况，能够通过诉讼维护自己的合法权益。

夫妻扶养义务不能通过离婚来逃避

王传理律师说，夫妻作为长期生活伴侣，应当互相恩爱，相互扶持。特别是在一方年老、疾病、丧失劳动能力或者没有固定收入等情况下，有经济能力的一方更应主动承担扶助和供养义务。

夫妻之间的扶养义务不能逃避也不能通过离婚来逃避。扶养责任的承担，既是婚姻关系得以维持和存续的前提，也是夫妻共同生活的保障。目前我国相关法律规定对在当事人未起诉离婚的情况下就抚养费给付问题单独提起诉讼没有进行相反的规定。法律没有对此进行限制，那么，法院就没有理由对当事人的权利进行限制。

当然，夫妻之间的扶助义务也是有条件的，这一条件即是双方必须以双方存在婚姻关系为基础。法院处理夫妻之间扶养纠纷的原则主要是为了满足生活一方的基本生活需要，如必要的生活费、医疗费，并参照支付抚养费一方的经济能力和当地居民的平均生活水平（如当地居民年均消费性支出标准）确定。

本案中小叶由于疾病而无法劳动，无法养活自己，属于“需要扶养的一方”，因此，在婚姻关系存续期间，原告在没有生活来源的情况下要求被告给付抚养费，其请求符合法律规定，应当予以支持。王律师表示：“当发生夫妻一方不尽扶养义务时，弱势一方应当勇敢地拿起法律武器，依法维护自身合法权益，不应忍气吞声。”

夫妻间的扶养义务还需道德约束

婚姻是以共同生活为前提的，法律上规定夫妻有互相扶养的义务的主要目的是为了维系双方的和谐家庭生活，《婚姻法》规定当一方不履行扶养义务时，另一方有要求对方给付抚养费的权利。从这一角度看，法律上仅仅把夫妻之间的扶养局限于“抚养费”即金钱的范围内。

王律师认为，由于法律具有一定的局限性，不能单方面强制调整和改善夫妻关系，也不能完全调整家庭成员间应当敬老爱幼，互相帮助，维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系。婚姻法中的扶养角度，仅把婚姻中的夫妻关系构建在物质关系之上，没有提及精神方面的扶养与互助。所以，夫妻间扶助义务的实现不仅需要法律的强制还需要道德的约束。

道德意义上讲的夫妻之间的扶养义务应该是全面的，是涉及夫妻之间日常生活的每一个方面，既包括前面法律上提及的物质方面，也包括精神、情感方面的相互扶养。道德的范围大于法律的范围，道德主要依靠舆论的力量来约束人们，道德约束的是人们应该做的事。

只有法律和道德双管齐下，才能解决社会快速发展过程中的各种婚姻家庭问题。

丈夫柳某是否构成“遗弃罪”？

根据我国法律的规定，如果夫或妻一方患病或者没有独立生活能力，有扶养义务的配偶拒绝扶养，情节恶劣，构成遗弃罪的，应当承担刑事责任，处五年以下有期徒刑、拘役或者管制。

构成“遗弃罪”应该符合以下要件：家庭成员之间有法定的扶养义务；行为人有负担能力而拒不履行扶养义务；遗弃行为必须达到情节恶劣程度的，才构成犯罪。

本案中柳某对小叶具有法定的扶养义务，但是否属于“能够负担却拒绝扶养”，就需要司法机关结合其收入、

开支情况具体加以认定，但柳某在行为上已经构成了“拒绝扶养”。据王律师介绍，法律实践中“拒绝扶养”具体表现为不提供扶助、离开被扶养人或把被扶养人置身于自己不能扶养的场所等。在行为内容上，拒绝扶养不仅指不提供经济供应，还包括对生活不能自理者不给予必需的生活照料。

柳某的遗弃行为是否达到情节恶劣程度的也需要司法机关进行认定。情节否恶劣是区分遗弃罪与非罪的一个重要界限。根据司法实践经验，行为人屡经教育，拒绝改正而使被害人的生活陷于危难境地的可以认定为情节恶劣。

被害人如有证据证明被告人犯有遗弃罪，可以作为自诉案件直接向人民法院提起刑事自诉立案，追究犯罪嫌疑人的刑事责任。王律师表示：“如果取证困难，也可以以公诉案件通过公安机关或检察院立案，由侦查机关调查取证，再向人民法院提起公诉。” J195

出镜律师

北京市威创律师事务所

王传理律师

毕业于中国人民大学，律师执业十六年，现担任北京市威创律师事务所合伙人、主任。王律师熟悉婚姻继承物权法、农村和城市拆迁腾退安置政策、合同法、企业知识产权司法保护等，擅长诉讼、仲裁、协商谈判、法律顾问。多次获得朝阳区“法律服务进社区”先进个人、北京市“法律服务村居行”优秀公益律师称号、北京市“五五”普法先进个人称号。

2013年度 沪家婚姻律师业务分析报告

课题组组长：王小成

课题组成员：王丹丹 范晓峰 左春 胡冬云 宋逸钦

执笔人：王丹丹

2013.12 沪家综研字第0008号

PDF版本请到 www.hujiyalawyer.com 下载

目 录

引 言 6

一、2013年沪家律师代理案件基本情况简述 7

二、2013年沪家律师代理案件数据统计分析 8

（一）委托人性别及担任原被告项目对比分析 8

1、30岁以下女性主动选择离婚与思想及受教育程度关联较大 10

2、40岁以下男性主动选择离婚与经济基础关联较大 10

（二）委托人结婚年限及是否涉外项目对比分析 11

（三）离婚案件感情破裂原因对比项目分析 13

1、性格不和、生活习惯等是导致夫妻感情破裂的最大诱因 14

2、婚外情、家庭暴力等也是导致夫妻感情破裂的重要杀手 14

（四）离婚案件子女抚养项目对比分析 15

1、计划生育政策致独生子女多，离婚时抢子案件时有发生 16

2、离婚案件呈低龄化趋势，“丁克”家族却呈现上升趋势 17

（五）离婚案件房产项目对比分析 18

1、婚前购房婚后共同还贷，离婚时对另一方补偿的标准无规定 19

2、婚后购房用婚前财产付首付，离婚时可否在共同财产中扣除 20

3、婚后购房时一方父母支付了首付款，该钱款性质如何界定 22

4、婚后购房时一方近亲属支付全部购房款，该房产性质如何界定 23

5、离婚协议中房产赠与条款在未办理产权过户登记前可否撤销 24

（六）离婚案件财产标的额项目对比分析 25

（七）离婚案件审理法院项目对比分析 27

1、离婚案件管辖法院“少收、慎收”的原则致立案举步维艰 29

2、涉股权的婚姻家事案件，地方保护主义色彩浓重，当事人维权难 31

（八）离婚案件结案方式项目对比分析 32

1、离婚案件周期长，二次判离已成为司法实践“潜规则” 33

2、禁诉期内，违反人身保护裁定是否属于“新情况、新理由” 34

三、 结语 错误！未定义书签。

内容摘要

上海沪家律师事务所是国内首家专业婚姻家庭律师事务所，自2006年成立以来共承办了逾千件案件。本报告通过对2013年沪家律师承办诉讼与非诉案件的分析与研究（主要是离婚案件的分析对比和研究），得出以下结论：

一、婚姻家事纠纷案件数量及标的额增幅较大，市场前景广阔

据不完全统计，2012年全国共有310万对夫妻离婚，2013年前9个月有210万对夫妻离婚，相比2012年同比增长了8%。离婚率当属北京和上海最高，高达39%。由此，随着离婚率的不断走高，沪家律师代理的婚姻家事案件数量也呈上涨趋势，从2012年处理的83件诉讼案件上升到今年的105件诉讼案件，涨幅高达26.5%。

另外，从沪家律师近几年出具的业务报告来看，2010年及2011年离婚案件的标的额多数在100万至300万之间，2012年标的额在1亿以上的就已经达到了15件。而2013年沪家律师承办的婚姻案件中，离婚案件的标的有走高趋势，更不乏有高达十几亿的案件，原因可以归结于近年来房价不断上涨，家庭财产增值。可见，随着离婚率的不断攀高和标的额的增加，婚姻家事案件市场前景较广阔。

二、婚姻家事案件争议焦点日趋多样化复杂化，案件处理难度加大

提起婚姻案件，多数人都认为这是初入行业的年轻律师迫于生计才会承办的既不能体现律师水平又收费少的案件，其实不然。纵观婚姻家事案件中所涉的法律条文，涵盖《婚姻法》、《继承法》及其司法解释和一些不成文的会议纪要、指导性意见等，条文总数不下上千条。

另外，随着婚姻家事案件覆盖范围外延的扩大，《物权法》、《合同法》、《公司法》、《税法》、《妇女与权益保障法》、《人口与计划生育法》、《拆迁管理办法》，甚至是《公墓管理办法》等等诸多法律也被运用其中，这些规定涵盖了民事纠纷的各个领域。家庭财产价值的多样性带来的不仅是家事案件标的额的增加，更是加大了案件的处理难度，在一定程度上还增加了律师的工作量，不管是在理论上还是实践上，都对婚姻家事的律师提出了不小的挑战。

三、传统的婚姻家事案件离不开房产，其仍为争议的主要财产形式

从沪家律师出具的业务报告分析来看，105件诉讼案件中，其中离婚案件和离婚后财产纠纷案件就占据了66%之多，而这些案件中95%都涉及到一套甚至多套房产的处理。从现如今的高房价来看，房产无疑成为中端市场离婚纠纷或离婚后财产纠纷中最主要的财产形式，甚至可以毫不夸张地说“分家即分房”。

2011年8月随着《婚姻法司法解释三》的不断实施和推进，其为司法实践中法官处理离婚案件处理房产问题提供了强有力的依据。但也不乏有人提出，事实上，该解释的某些条款与《物权法》、《合同法》的一些条款相冲突。这也导致了法官在处理案件的时候有“多法可依”，会出现同案不同判，甚至是同一个法院的不同审判庭针对同一类型案件出现观点截然相反的两种判决。本报告中对房产项目也进行了很大篇幅的分析。

四、中端市场除婚姻家事案件外，其他类型案件也呈逐渐上升趋势

根据2012年沪家律师出具的业务报告显示，2012年除婚姻家事案件外，其他类型的诉讼案件只占据所有诉讼案件的6%。而2013年，婚姻家事案件以外的其他诉讼类型案件高达约17%。从这些案件的案由上可以看出，与婚姻家事案件相关联的案件类型居多，这些案件因法律规制无法在离婚案件当中处理，故由法院单独立案受理，但是这些关联案件呈上升趋势也归结于离婚案件数量的增加。

关联案件的不断增多，也对律师提出了更高的业务要求。另外，沪家律师除了处理与婚姻家事有关的诉讼案件外，2010年本所创始人贾明军律师带领团队开发了企业家事顾问法律服务产品，在近几年来也给诸多大型企业的股东及经理人提供了精细的法律服务，这项法律服务产品虽然目前还只是出于初级发展阶段，但相信随着人们法律意识的提高，资本市场与婚姻家事关联性的加大，该项法律服务产品将会越来越受到资本市场的青睐。

关键词：离婚 房产纠纷 子女抚养 管辖

引言

上海沪家律师事务所自建以来一直以代理婚姻家事案件作为律所特色，多年来所承办的婚姻家庭类案件涉及婚姻家事法律关系的各个领域，覆盖面更是囊括了北京、上海、深圳、广州、新疆、香港、台湾乃至美国、新西兰、加拿大等国内外一二线城市。该报告一定程度上能够折射出上海乃至全国婚姻家事纠纷案件的整体情况。

本分析报告通过对沪家律师2013年承办家事案件的数据进行统计和分析，不仅为传统婚姻家事律师提供直观的数据感受，还希望给婚姻家事律师办理高端市场业务，尤其是与婚姻案件有关的股权纠纷案件，提供一个可参考的数据。另外，沪家网的建立也为近900位婚姻家事律师提供了一个可交流的平台。

另外需要说明的是，本报告系沪家婚姻律师以其承办案件所涉事实为基础数据作出的客观分析与研究，并以此得出结论。该报告不涉及对案件事实的描述及案件当事人的隐私。

一、2013年沪家律师代理案件基本情况简述

根据沪家律师2013年代理案件情况的统计数据显示，2013年沪家婚姻律师共承办诉讼案件105件。其中离婚纠纷案件66件，占全部案件的约63%；离婚后财产纠纷案件4件，占全部案件的约4%；子女抚养、探望权纠纷案件10件，占全部案件的约10%；继承纠纷案件6件，占全部案件约6%。另外，除了婚姻家事案件之外，沪家律师还代理了18件其他多数与婚姻家事相关联的诉讼案件，该类案件占据了全部案件的约18%（详见附件一）。

可见，随着离婚率的持续走高，关联案件的数量不断增多。沪家律师在处理婚姻家事案件之余，以婚姻家事案件为原点辐射到其他类型的诉讼案件数量也在不断增多，业务能力也在不断增强。

从沪家律师代理的上述案件项目分析来看，婚姻家事纠纷案件，包含了离婚纠纷、离婚后财产纠纷、继承纠纷、子女抚养及探望权纠纷的案件总数共计86件，占据所有沪家律师承办案件数量的约82%。该比例可以显示出，沪家

律所自 2006 年成立以来就始终坚持将婚姻家事案件作为自己的专业方向。

事实上，沪家律所的创始人包括所有的同仁在内，也从未动摇过这样的信念，成立律所七年来，我们为全国各地遭受婚姻家事纠纷困扰的当事人提供了数以万计的法律咨询帮助和数千计的法律服务帮助。在未来，沪家律师将继续秉承这个理念，为更多遭受此困扰的客户提供更全面、更细致、更权威的法律服务！

附件一、2013 年沪家婚姻律师承办案件项目类别表

案件类别	数量	占比
离婚纠纷案件	66	62.85%
离婚后财产纠纷案件	4	3.8%
子女抚养、探望纠纷案件	10	9.52%
继承纠纷案件	6	5.71%
排除妨碍、所有权、民间借贷、合同纠纷、交通事故、相邻纠纷、房屋租赁等其他诉讼案件	18	17.14%
企业家事顾问	1	0.95%
共计	105	100%

二、2013 年沪家律师代理案件数据统计分析

(一) 委托人性别及担任原被告项目对比分析

从委托人性别及担任原被告项目分析可以看出，20-40 岁女性选择离婚的比例较高，占到所有年龄段女性的约 77%。与此相对应的是，30-50 岁男性选择离婚的比例较高，占到所有年龄阶段男性的约 81%。另外，在对上述离婚主体的性别和年龄进行分析的同时，我们还发现，即 30-40 岁的年龄段均是男性和女性选择离婚人数最多的阶段。在这一年龄段之后，无论是男性还是女性，选择离婚的曲线都是急剧下降的，并且一直呈现削减状态，在接下来的年龄段中，男性选择离婚的人数均高于同一年龄阶段的女性。可以说，除了 30 岁以下的年龄阶段，其余的各个年龄段男性选择离婚的人数都是高于或者持平于同一阶段的女性离婚者（详见附件二、三）。

附件二、委托人性别及担任原被告对比项目表

委托人性别	人数	占比	担任原告	占比	担任被告	占比
男性	48	46.15%	31	64.58%	17	35.42%
女性	56	53.85%	43	76.78%	13	23.22%

附件三、委托人性别及其年龄划分对比项目表

委托人年龄	男性	占比	女性	占比
30 岁及以下	1	2.08%	18	32.14%
30-40 岁之间（包含 40）	25	52.08%	25	44.64%
40-50 岁之间（包含 50）	14	29.17%	11	19.64%
50-60 岁之间（包含 60）	6	12.50%	2	3.57%
60 岁以上	2	4.17%	0	0%

1、30 岁以下女性主动选择离婚与思想及受教育程度关联较大

之所以 30 岁以下女性选择离婚的比例如此居高不下，原因主要在于：首先出于社会舆论的压力和整个社会习俗的影响，女性结婚年龄一般都在 30 岁以下；其次，20 多岁正是女性最为灿烂的年龄，此一阶段的女性不论是在年龄上还是在身体条件上，均有着骄人的资本；最后，现代女性受教育的程度也愈来愈高，越来越多的女性开始成为人们口中的“三高”人群，即所谓高学历、高收入、高智商，作为新时期女性，她们摆脱了封建思想对女性的所谓“从一而终”的思想禁锢，更加看重婚姻的质量，追求精神上的契合。所以，她们不会囿于世俗的标准而对有名无实的婚姻妥协。

2、40 岁以下男性主动选择离婚与经济基础关联较大

而至于为什么 30-40 岁之间男女离婚人数都居高不下呢？从男性角度来看，就像 20 多岁对于女性一样，30 岁-40 岁正是男性一生中最为辉煌的时期，这个时期，男性摆脱了 20 几岁毛头小子的青涩，开始日趋成熟，开始一步

步拥有属于自己的事业，正是意气风发的好时期。随着物质原始积累的完成，拥有一定的经济实力也是这个阶段男性的普遍特征。另外，这一阶段的男性一般都业已成家，经历过婚姻生活最初的新鲜期之后开始进入漫长的平淡期，人性猎奇心理的作祟也成为这一阶段男性离婚高发的重要原因之一。

（二）委托人结婚年限及是否涉外项目对比分析

随着经济的发展和文明程度的提高，现代人越来越重视婚姻的质量，尤其是对于女性而言，封建时期“嫁鸡随鸡、嫁狗随狗”的陈旧观念也已经一去不复返，整个社会对于离婚态度的宽容也是离婚比例持续走高的一个原因。

从统计的 66 起离婚纠纷案件中委托人的结婚年限可以看出，国内离婚案件中，1 年以下选择离婚的只有 1 件，15 年以上的只有 3 件，而在 1 年-15 年期间的离婚案件却有 44 件之多，这就说明结婚年限在 1 年以上 15 年以下的更容易选择离婚；同时，观察涉外离婚纠纷案件，也呈现出相类似的规律，即 1 年以下选择离婚的案件没有，15 年以上的只有 2 件，而在 1 年以上 15 年以下选择离婚的案件数量是 16 件（详见附件四）。

附件四、委托人结婚年限及是否涉外划分对比项目表

离婚案件结婚年限	国内	占比	涉 外	占比
1 年及以下	1	2.08 %	0	0%
1 年-5 年及以下	19	39.5 8%	6	33.3 3%
5 年-10 年及以下	16	33.3 3%	6	33.3 3%
10-15 年及以下	9	18.7 5%	4	22.2 2%
15-20 年及以下	1	2.08 %	1	5.56 %
20 年及以上	2	4.17 %	1	5.56 %

常言道，嫁给/娶一个人其实是嫁给/娶一种生活。所以，褪去最开始热情的外衣，真正步入婚姻的殿堂，你就需要跟这个人朝夕相处，与恋爱时期最大限度地展示自己的优点不同，在周而复始的家庭生活中，大家都开始慢慢松弛下来，很多原先掩饰的缺点和新生活造就下的新缺点也开始悉数暴露出来。此时，对于所有新婚夫妻而言，无疑都将进入一个类似凤凰涅槃的痛苦时期，要么磨合成功找到新的平衡点，要么磨合失败只能选择放弃婚姻。

实际上，1 年以下还处于婚姻的新鲜阶段，大部分人还尚未看到婚姻所带来的争吵和琐碎事务，所以大部分人不会选择在这个阶段离婚。而同时，15 年以上的婚姻，夫妻双方已经过长期的磨合，对彼此的性格和现有的家庭生活已经习惯。并且孩子多正处于青春期，需要更多的时间和精力去培养，也在客观上转移了夫妻之间的矛盾，婚姻进入稳固阶段，所以此时的婚姻也不容易出现离婚的状况。而在 1 年以上 15 年以下的则不同，这个期间既包括新婚夫妻结婚之初 1-3 年的磨合期、3-7 年的疲倦期、7-15 年的平淡期，任何一个阶段稍有处理不好，就很可能面临离婚的局面，这也是造成处于这一阶段的夫妻选择离婚比例极高的重要原因。

（三）离婚案件感情破裂原因对比项目分析

根据《婚姻法》的规定，除了法律认定的几种夫妻感情确已破裂的情形之外，其余的关于离婚的请求只有在法院认定夫妻感情确已破裂的情形之下，才能得到法院的支持。因此夫妻感情是否达到确已破裂的程度，就成为法院衡量双方是否确认离婚的唯一标准。结合表格可以看出，虽然司法实践中造成夫妻感情破裂的原因林林总总，但也存在一定的集中性：案件中涉及双方性格、生活习惯不合造成夫妻感情破裂的案件有 41 件，在所有造成夫妻感情破裂的案件中占到约 52%。除此之外，其他较高原因的有婚外情、家庭暴力、性生活不和谐，案件数量分别是 10 件、9 件和 7 件，所占比例分别为约 13%、11%和 9%。当然，其他造成夫妻感情破裂的原因还有子女抚养、教育问题、父母干预等家庭矛盾、经济问题和一些其他原因，相对来说所占比例较小（详见附件五）。

附件五、离婚案件感情破裂原因对比分析表

感情破裂原因	案件数目	占比
性格不合、生活习惯	41	51.89%
子女抚养、教育问题	2	2.53%
父母干预等家庭矛盾	1	1.26%
性生活不和谐	7	8.86%
经济问题	1	1.26%
家庭暴力	9	11.39%

婚外情	10	12.66%
其他	8	10.13%

1、性格不和、生活习惯等是导致夫妻感情破裂的最大诱因

夫妻是以缔结“终身契约”为目的而形成的婚姻关系，正因为该关系的目的在于建立终身契约，所以必须要建立在双方可以长期共同生活的基础之上。但是现实中，因为每个人的生长环境、文化层次、家庭背景等不同，所以每个人都存在本身的差异性，完全一样的两个人是不存在的。但是在一起生活的两个人虽然不可能行为思想都完全一致，至少应该在大的方面保持一致，否则夫妻关系必然难以维持。可以想见，如果两个人大到人生观、价值观，小到理财观念、子女教育问题方面均存在争议，那么最终必然会走向离婚的道路。加之现代人对婚姻质量的高要求，性格不合的婚姻因为不能满足夫妻双方之间的情感需求，最终走向覆灭也是比较常见的。

2、婚外情、家庭暴力等也是导致夫妻感情破裂的重要杀手

在沪家律师事务所承办的案件中，我们发现，除了性格不合的原因之外，婚外情、家庭暴力、性生活不和谐等也直接导致了夫妻感情的破裂，该类性质的案件同样也占据了很大的比重。随着城市生活压力的加大，尤其是北上广深这些大型都市中，面对着愈来愈高的房价和愈来愈高的生活成本，所有普通的工薪阶层都在承受着城市生活所带来的巨大压力，每个人都希望找到一个宣泄的出口。这一情形下，对于不善于调节自己情绪的人而言，可能就不能很好地平衡压力和家庭的关系。尤其是一些男性，由于大男子主义的作祟，认为自己对家庭贡献比较大，自己在家庭中就可以为所欲为，希望按照自己的欲望去支配家庭，稍有不满意便向外寻找所谓的新的慰藉和温暖，或者是对妻子拳脚相加，希望“驯服”妻子或者说是借此宣泄自己在外所承受的压力，此种心态之下的婚姻势必是无法得以存续和维持的。

（四）离婚案件子女抚养项目对比分析

通过对所涉离婚案件中子女抚养项目进行对比分析，可以发现：双方均争取孩子抚养权的案件有 26 件，占到案件总数的约 40%，可谓比例较高；一方抚养另一方同意的案件有 13 件，占到案件总数的约 20%；双方均不争取抚养权的案件有 6 件，占到案件总数的约 10%。可见，除了无子女的 10 件案件，其余离婚案件基本都会涉及到对子女抚养权的争议（详见附件六）。

附件六、离婚案件子女抚养项目对比分析表

抚养问题	案件数目	占比
双方均争取抚养权	26	39.39%
一方抚养另一方同意	13	19.69%
双方均不争取抚养权	6	9.09%
生育权问题	7	10.61%
亲子鉴定问题	2	3.03%
无子女	10	15.15%
未判决或其他	2	3.03%

1、计划生育政策致独生子女多，离婚时抢子案件时有发生

我国自 20 世纪 70 年代实行计划生育国策以来，人口得到了显著有效的控制，与此同时，独生子女也是越来越多。现如今，不管是一线城市，还是偏远的农村，几乎每家一个孩子已经成为当今社会的现实写照。然而随着现代人追求自我幸福的价值取向、随着柴米油盐酱醋茶的琐碎、随着人们面对婚变的态度，离婚率的走高必然带来了离婚诉讼案件的增多，而离婚案件的审理必然伴随着子女抚养权的问题需要解决。

现实生活中，绝大多数家庭都是一个孩子，父母及祖父母、外祖父母对这个唯一的孩子视为掌上明珠，含在嘴里怕化了，放在手里怕摔了。然而夫妻感情的破裂并不会影响到任何一方对孩子的爱。相反，为了避免对方将来走入二次婚姻可能给孩子带来的不幸，多数人都希望在离婚之后孩子跟随自己一方生活。于是，在离婚诉讼中为了能够创造有利于争取子女抚养权的条件，抢孩子似乎已经成了数见不鲜的社会现象。公安局、派出所、居委会、妇女权益联合会等各大机构近几年每年都会处理大量的夫妻双方抢子的案件。然而因为抢孩子的双方都是孩子的亲生父母，从法律上来讲，双方均具有与孩子共同生活的法定权利。所以这些机关在处理这类家庭纠纷时就很难作出孰是孰非的判断，一般都是以调解结束。而只要离婚纠纷尚未解决，类似的案件就会不绝于耳，这样的调解也就不具有任何现实意义。

要想彻底解决该问题，不能简单地从情理上入手，单一调解，必须从法律的根本上寻找原因。也就是说，审理法院不能单纯地以离婚诉讼时间节点上子女跟随任何一方就被认定为对维持子女稳定生活有利，而是要看在该时间节点上子女跟随某一方生活的形成原因是什么，然后纵观双方生育子女之后至双方离婚时整个过程中子女生活的稳定来综合判定子女抚养权的归属。否则，抢子案件的多发在某种程度上还会引发父母之间的肢体冲突等道德风险事件。

2、离婚案件呈低龄化趋势，“丁克”家族却呈现上升趋势

从以上图表体现的数据我们可以看出，在66件离婚诉讼中，双方无子女的情况占据了10件，多达约15%。随着时代的进步，人们思想的成熟，以及大社会环境对离异人群的包容度提高，导致“闪婚、闪离”的现象也是时有发生。从上述离婚年龄的分析可以看出，在离婚率不断走高的当下，离婚年龄却呈现低龄化趋势。年轻人可以相识几个月结婚，甚至笔者有接触到相识一个月便办理了结婚登记，然而就在结婚一个星期后女方提出离婚诉讼的情形。所以，在这种情况下选择生孩子事实上也是不理智的行为。基于此，很多年轻的小夫妻愿意选择“先结婚、后恋爱”的方式培养感情，在这个过程中双方一般不会选择生孩子，倘若某天感情不和，可以一拍两散，不会牵涉到更多孩子的问题。

另一方面，由于现代人生活节奏的加快，生活压力的加大，身体健康指数也是急剧下降。笔者所接触到的离婚案件中，不乏有因为一方无法生育子女而导致离婚的。更有甚至，笔者曾处理过一个继承案件，就是因为女方无法生育，导致最后精神抑郁留下遗书轻生离开人世。

可见，不管是主观不想还是客观不能，年轻人离婚无子女的情况还是非常普遍的。随着社会开放程度的加深，离婚年龄将继续呈现低龄化趋势，“丁克”家族也会越来越多地出现在我们的视野里。

（未完待续）

续）

（五）离婚案件房产项目对比分析

从2103年沪家婚姻律师代理的离婚案件统计分析来看，66件离婚案件中有65件涉及房产纠纷，占全部离婚案件的约98%。且其中有2件案件涉及到5套房产，5件案件涉及到4套房产，7件案件涉及到3套房产，而所有的离婚案件中仅有1件没有涉及到房产纠纷。从以上案件涉及到房产争议的普遍程度可以看出，房产作为家庭生活不可或缺的一部分，在婚姻家事案件中有着举足轻重的作用。

从沪家律师代理的66件离婚案件中有65件涉及房产的情况来看，“婚前一方出资，登记在首付款方名下，婚后共同还贷”的房产所占比例最大，为所有房产争议离婚案件的约28%。跃居房产争议类型第二位的为“婚前一方出资，登记在双方名下，婚后共同还贷”案件，案件数量为9件，占有所有房产争议离婚案件的约14%。位居房产争议类型第三位的为“婚后用婚前个人财产支付首付，婚后共同还贷”案件，案件数量为8件，占有所有房产争议离婚案件的约13%（详见附件七）。

附件七、离婚案件房产状况对比项目分析表

项目	离婚案件房产情况	案件数	
		2013	2012
1-私房 (婚前出资)	婚前一方出资，登记在首付款方名下，婚后共同还贷	18	15
	婚前一方出资，登记在双方名下，婚后共同还贷	9	9
	婚前共同出资，产权登记在一方名下	2	2
	婚前共同出资，产权登记在双方名下	5	4
	婚前共同出资，产权登记在第三人名下或包括第三人	4	2
	婚前个人房产（或与其他人共有），婚后加名	3	1
	婚后用婚前个人财产支付首付，婚后共同还贷	8	8
2-私房 (婚后出资)	婚后共同出资，产权登记在一方名下	5	2
	婚后共同出资，产权登记在双方名下	4	1
	婚后共同出资，产权登记在第三人名下或包括第三人	2	2
	婚后一方父母或亲属支付首付，婚后共同还贷	1	1
3-拆迁房	一方婚内拆迁分得的房屋，另一方系拆迁被安置人	2	3
	一方婚内拆迁分得的房屋，另一方非被安置人	0	0
4-公房	夫妻一方系承租人的公房分割	3	1

1、婚前购房婚后共同还贷，离婚时对另一方补偿的标准无规定

从以上的房产项目分析可以看出，夫妻双方在离婚时所处理的房产中“婚前购房并登记在首付款方名下，婚后夫妻共同还贷”的类型是所有离婚案件中涉及最多的情形。

根据我国《婚姻法司法解释三》第10条规定，夫妻一方婚前签订不动产买卖合同，以个人财产支付首付款并在银行贷款，婚后用夫妻共同财产还贷，不动产登记于首付款支付方名下的，离婚时该不动产由双方协议处理。依

前款规定不能达成协议的，人民法院可以判决该不动产归产权登记一方，尚未归还的贷款为产权登记一方的个人债务。双方婚后共同还贷支付的款项及其相对应财产增值部分，离婚时应根据《婚姻法》第39条第1款规定的原则，由产权登记一方对另一方进行补偿。

从该规定可以看出，《婚姻法司法解释三》的规定基本遵循了“协议优先，登记补充”的处理原则。而现实生活中，在夫妻感情不和诉至法院后能够协商的可能性微乎其微。而这类案件中，房产登记一方一般也都是主贷人一方，虽然《婚姻法》第17条规定，夫妻婚后的工资、奖金、生产经营性收入都为夫妻共同财产。但个体的能力毕竟不同，所以每个人的工资薪金水平也存在巨大差距的可能性。在这种情况下，让房产登记一方，也是房产主贷人一方，在双方感情破裂后对没有任何感情的另一方进行补偿，或者是未登记的一方存在婚外情作为原告提起诉讼，那么，无论从情理上还是从传统道德上来讲，多数人还是难以接受的。

综上，这也是《婚姻法司法解释三》没有给出具体增值计算标准的原因之一。实践当中，法官可以根据具体个案的不同，在法律给出具体方向后，根据双方当事人结婚时间的长短、双方对房产的贡献价值、双方感情破裂的主要诱因、另一方是否因此丧失最佳购房时机以及《婚姻法》第39条有关分割财产时照顾子女与妇女的原则等多方面因素考虑计算增值。所以这方面，法院的自由裁量权对案件的判决结果就产生了很大的影响，司法实践当中我们所接触到的案件也是仁者见仁智者见智，不同的法院有不同的评判标准，计算基数也大不相同。

2、婚后购房用婚前财产付首付，离婚时可否在共同财产中扣除

现如今房产价值的增加，使得越来越多步入婚姻殿堂的年轻人无法支付房产的全款，绝大多数小夫妻会选择贷款首付婚后共同还贷的方式来购买房产。这也与以上附件一中房产项目的分析相一致。然而这就会遇到一个问题，房产的首付是谁来支付？在我们中国人的传统观念中，婚姻中的男方家庭一般会支付房产的首付，后由两小夫妻共同还贷。那么，如果两人登记结婚后购房时使用了一方的婚前个人财产支付首付，这部分资金可否在双方离婚分割财产时优先予以扣除后再行分割夫妻共同财产？或者说一方父母的钱款支付首付，那么这部分钱款的性质该如何界定？是对小夫妻两个人的赠与而界定为夫妻共同财产吗？还是需要在夫妻分割共同财产时优先扣除？

根据我国《物权法》第9条的规定，“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生法律效力”。从该规定可以看出，夫妻婚后共同购买的房屋无论登记在谁的名下，该房产的性质属于夫妻共同财产。但如何分割该房产，我国《婚姻法》第39条给出了规定：“离婚时，夫妻的共同财产由双方协议处理；协议处理不成时，由人民法院根据财产的具体情况，照顾子女和女方的权益的原则依法判决”。且《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》第8条规定，“夫妻共同财产，原则上均等分割。根据生产、生活的实际需要和财产的来源等情况，具体处理时也可以有所差别”。从以上两条规定可以看出，夫妻共同财产在离婚时的分割应以“均等分割为原则，协商处理为补充”、“照顾妇女及子女为原则、财产贡献及来源为参考”。

针对此，不同立场的律师给出了不同的答案。一种观点认为：根据《物权法》的相关规定，房产为婚后购买，房产性质即为夫妻共同财产，根据《婚姻法》的相关规定就应该均等分割。双方结婚，男方购房女方购车或对房屋进行装修已经成了社会上再普遍不过的现象。从理论上讲，夫妻双方都对婚姻作出了部分付出，只是付出的领域不一样。而实际上，房产价格在不断的增加，或者说支付首付的那部分资金不会贬值。相反，车辆或房屋装修会随着时间的延长而不断贬值。从理论上来说，夫妻双方都对婚姻作出了贡献，而离婚时，支付房产首付的一方可以将原本的资金一分不少的拿回去，甚至可以将该部分房产所对应的房产增值拿回去。而支付车辆款的一方却只可以拿回一个已经贬值的车辆或者说是仅剩余一部分残值的装修，而这一部分装修也只是“有价无市”，带不走卖不了。基于此理论，持该观点的人认为，基于公平合理的原则以及《物权法》的相关规定，即使婚后购房用了一方的婚前个人财产，该财产也不应该扣除，而应作为夫妻共同财产在离婚时进行分割。

而另一种观点则认为：根据《婚姻法司法解释一》第19条规定，夫妻一方所有的财产不因婚姻关系的延续而转化为夫妻共同财产。即使房屋为婚后购买，但支付房屋首付款系一方的婚前财产，而这部分财产不因双方的婚姻关系转化而变成夫妻共同财产。倘若双方登记结婚仅几日就因感情破裂而离婚，如果主张将这部分首付款作为夫妻共同财产进行分割势必对首付款一方有失公平，也将失去法律公允，如此还将会引发诸多的道德风险。

沪家律师经过分析认为，针对该类案件不应“一刀切”，要综合案件多种因素综合判定，如针对双方结婚时间很长，子女已成年的这一类案件，则不宜考虑首付款的出资，而应该均等分割。如针对结婚时间短暂，双方无子女的这一类案件，则应扣除一方婚前个人财产后依法进行分割。如针对结婚时间较长，房屋还贷较多的这一类案件，则应按照婚前财产与婚后财产的比例进行分割，同时考虑到双方感情破裂的因素以及双方对家庭生活贡献价值综合后进行依法分割。如此这样，才能更好地平衡双方之间的利益，才能更好地从根本上解决当事人之间的纠纷。

3、婚后购房时一方父母支付了首付款，该钱款性质如何界定

上文我们分析到，婚后购房一方婚前财产支付首付时根据不同情况有不同的认定，那么如果房产首付款不是夫妻任何一方的婚前个人财产，而是一方父母支付的房产首付，那该部分钱款在双方离婚时该如何认定？不同的情形下也有不同的认定：

一种观点认为：根据《婚姻法》第17条规定，“夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，归夫妻共同所有。……

(四) 继承或赠与所得的财产，但本法第十八条第三项规定的除外，即遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财

产”。所以，如果一方父母是通过自己的账户直接转账至中介或卖方或开发商的账户的房屋首付款应视为对夫妻二人的赠与，该部分首付款在夫妻离婚时应作为夫妻共同财产依法进行分割。

另一种观点则认为：虽然《婚姻法》第18条规定，“赠与合同中确定只为夫妻一方的财产时该部分房屋首付才算是一方的个人财产”。但从我国传统习俗及日常生活习惯来推断，如果是父母先将这笔首付款转账给自己子女一方，子女一方又支付给卖方或开发商，则该笔钱款理应视为父母对子女一方的赠与。虽没有按照法律规定明确赠与自己子女一方，但从其转账给自己子女一方的行为可以视为对子女一方的赠与，故该这部分钱款应该在夫妻双方分割房屋时予以扣除后再对夫妻其他的共同财产进行分割。

4、婚后购房时一方近亲属支付全部购房款，该房产性质如何界定

根据《婚姻法司法解释三》第7条规定，“婚后由一方父母出资为子女购买的不动产，产权登记在出资人子女名下的，可按照《婚姻法》第十八条第三项的规定，视为只对自己子女一方的赠与，该不动产应认定为夫妻一方的个人财产”。根据该条的规定，视为对子女一方的个人赠与需满足三个条件：第一，婚后需由一方父母出资；第二，产权登记在出资子女一方名下；第三，该不动产全款支付。如果任何一个条件不符合，则不适用该条规定。

从这个规定可以看出，倘若不是父母出资，而是夫妻一方的其他亲属出资，该房产的性质该如何界定？沪家律师就碰到过类似的案件：夫妻双方婚后购房时，男方做生意的哥哥为其支付了全部购房款，且发票和收据以及转账记录都可以显示该房产的购房款均是男方哥哥的名字，而该房产登记在男方一人名下。针对该案件，女方提出该房产虽由男方哥哥支付，但该哥哥毕竟不是父母，不应套用《婚姻法司法解释三》的规定视为对男方一人的赠与，而应根据《物权法》的相关规定，认定该房产为夫妻婚后共同财产，均等分割。而男方一方则认为，男方的父母过世早，哥哥早些年就出外做生意，不仅担负了照顾弟弟的责任，为了完成父母的遗愿，更是在弟弟结婚时倾注所有积蓄给弟弟买了一套房子，现在夫妻生活不到两年便遭遇婚变。女方对该房产无任何贡献价值，不应分割该房产。

沪家律师认为，中国人自古就有注重家庭团结的观念，而该“家庭”不仅包含了父母，还包含了其他兄弟姐妹等近亲属成员。根据我国传统生活习俗及社会现状，家庭中兄弟姐妹遇到困难，另一方伸出援助之手是情理之中，也是无可厚非的。所以男方的哥哥在力所能及下帮助弟弟购买婚房、且将该房屋登记在男方一人名下可以推定为对自己弟弟的一种赠与。而理论上，我国刑法中有禁止类推原则，但民商事领域中并没有禁止类推原则，所以，类似案件中，沪家律师认为可以参照《婚姻法司法解释三》第7条的规定认定为夫妻一方的个人财产，不应作为夫妻共同财产在离婚时予以分割。

5、离婚协议中房产赠与条款在未办理产权过户登记前可否撤销

从沪家律师代理的诉讼案件来看，离婚后财产纠纷也占据了一席之地，虽案件数量不多，仅为4件，但这些案件无疑都涉及到两个核心问题：一种是要求另一方按照该协议配合办理产权过户手续，另一种则是要求撤销离婚协议中有关房产赠与的条款。第一种我们暂且不分析，一般情况下，只要协议为双方当时协议离婚时的真实意思表示，则该协议对双方具有法律约束力，另一方理应配合其办理过户。因上述第二种情形的争议较大，下面我们就对其进行细致分析。

根据《婚姻法司法解释二》第9条规定，“男女双方协议离婚后一年内就财产分割问题反悔，请求变更或撤销财产分割协议的，人民法院应当受理。人民法院受理后，未发现订立财产分割协议时存在欺诈、胁迫等情形的，应当依照驳回当事人的诉讼请求”。从以上规定可以看出，离婚协议不可以随意撤销，要想撤销必须满足法定的三个条件：

首先，该撤销只能针对离婚协议中的财产处分条款。也就是说双方一旦在民政局签订了离婚协议，则任何一方不得以后悔离婚为由要求撤销。倘若双方认定还有感情可以选择再婚。

其次，撤销离婚协议的财产分割条款必须在一年的除斥期间内提起。离婚是具有人身属性的内容，任何一方离婚后都有可能迅速组建新的家庭，如果将该期间规定的过长则不利于后组建家庭的稳定，还会影响到因离婚而产生所有权改变的财产长期处于一种不确定的状态，这将非常不利于民事领域交易安全的稳定。

再次，撤销离婚协议的财产分割条款需在欺诈或胁迫下签订。从《婚姻法司法解释二》第9条的规定可以看出，显失公平和重大误解并不属于法定的撤销离婚协议的法定理由。因为离婚的双方当事人之间曾有过婚姻关系，存在多种复杂的情感因素，在决定离婚时作出相关的让步或妥协无可厚非，倘若他日因为这种情感因素淡化而主张撤销离婚协议的财产分割内容，无疑将导致离婚协议长期处于效力待定的状态，长此以往也可能导致国家公权力机关公信力的缺失。

根据以上对撤销离婚协议的分析可以看出，欲撤销离婚协议的财产分割条款是要受到法律的严格限制的，但根据《合同法》第186条的规定，在赠与的房产还未经更名过户前又是可以撤销的。这就涉及到《合同法》和《婚姻法》及相关司法解释的冲突问题。

实质上，《合同法》中的赠与合同从本质上来说属于一种单务合同，接受赠与是一种无偿行为，故《合同法》中立法者授予赠与人法定撤销权，旨在保护赠与人的个人财产。而《婚姻法》旨在保护夫妻婚后的共同财产，任何一方都不可以单方面对该赠与条款进行撤销。

所以，沪家律师认为，倘若离婚协议中赠与的房产属于赠与一方婚前的个人财产，为了保护私有财产，在房产

登记暂未办理更名过户之前是可以撤销的。但若赠与的房产属于夫妻双方婚后的共同财产，则任何一方不可以单方面进行撤销。另外，针对离婚协议中的房产赠与条款可否撤销，笔者也查询了相关的法院判例，从法院的判例中也可以看出，之所以该类案件存在同案不同判的情形，多数还在于法院撤销该条款的主要平衡标准多是在赠与与财产本身的性质系婚前财产和还是婚后夫妻共同财产的问题上。

所以，不能单纯地说离婚协议中的房产赠与条款可撤销或不可撤销，而是要综合案件的多种因素，考虑该财产的性质最后作出相关的判决。这里沪家律师也提醒面临婚变选择协议离婚的当事人，在约定赠与条款时一定要慎思，不能逞一时之快而草草签字，因为有关该类问题法律尚欠缺明确的规定，而我国又不是判例法国家，所以即使有些赠与条款得到了法院的支持予以撤销，但这样的风险显然是不可控的，还需要当事人充分考虑清楚，否则将来涉讼不仅面临败诉风险还会让曾经的亲情荡然无存！

（六）离婚案件财产标的额项目对比分析

近年来，随着房产价格的不断高升，婚姻家事案件的标的额也是水涨船高。根据 2012 年沪家律师出具的报告显示，婚姻家事案件的标的额多在 100 万到 300 万之间。而仅隔一年之久，2013 年根据该报告数据统计，105 件案件中，婚姻家事案件的标的额在 100 万到 500 万之间的案件就有 48 件之多，占比约为 46%，占据了“半壁江山”。夫妻之间往往能“同贫贱不能共富贵”，我们接触到的很多案件也是如此：夫妻双方结婚之初一贫如洗，但是随着生活水平的提高，经济实力的增强，夫妻之间的内部矛盾也是越来越多。经济问题处理的不均衡，所带来的家事纠纷也是越来越多。（详见附件八）

附件八、婚姻家事案件财产标的额分析

婚姻家事案件标的额	案件数目	占比
10 万以下	21	20.59%
10 万-100 万及以下	20	19.61%
100 万-500 万及以下	48	45.71%
500 万-1000 万及以下	8	7.84%
1000 万以上	6	5.88%

从沪家律师出具的报告来看，沪家律师代理的 105 起案件中，涉及到房产的案件就有 56 件之多，占比约 53%。除此之外，车辆和存款也成为了婚姻家事案件中不可或缺的面临分割的财产。从该报告中我们也可以看出，在所有的婚姻家事案件中，涉及到公司股权的纠纷就有 8 件（详见附件九）。

虽然总体上来说，这并不是一个占据主导地位的数字，但是纵观这些公司股权不难看出，婚姻家事案件的处理越来越多地涉及到与其他法律法规交叉的问题，这也给婚姻家事律师带来了更多的挑战和机遇。正是市场需求的需要，也是帮助当事人解决问题的使命感的促使，沪家律师自 2010 年便开始着手研究资本市场的婚姻家事案件。

附件九、财产分类项目对比分析表

财产类	所涉案件数目	占比
房产	56	53.33%
车辆	27	25.71%
存款	10	9.52%
公司股权	8	7.62%
股票、基金、保险等理财产品	13	12.38%
其他	7	6.67%

（七）离婚案件审理法院项目对比分析

上海沪家律师事务所自 2006 年成立以来一直致力于为上海市乃至全国的婚姻案件当事人解决法律难题，从 2013 年沪家律师代理案件审理法院的统计来看，105 件诉讼案件其中在上海各区法院审理的案件 90 件，另外 14 件诉讼案件均是国内其他法院，包含了北京、深圳、广州以及江苏、浙江、广西等地法院，从这个角度来看，沪家律师的业务范围不仅囊括了上海本地的婚姻家事纠纷案件，也辐射了北、上、广及江浙沪一带的婚姻家事市场。所以该报告的推出也在一定程度上反应了全国婚姻家事纠纷案件的业务情况（详见附件十）。

附件十、审理法院项目对比分析表

案件审理法院	所涉案件数目	占比
静安区法院	7	6.73%
浦东新区法院	15	14.42%
长宁区法院	5	4.81%
普陀区法院	4	3.85%

闸北区法院	4	3.85%
闵行区法院	14	13.46%
嘉定区法院	5	4.81%
虹口区法院	4	3.85%
黄浦区法院	6	5.77%
宝山区法院	3	2.94%
松江区法院	6	5.77%
杨浦区法院	5	4.81%
徐汇区法院	5	4.81%
上海市第一中级人民法院	5	4.81%
上海市第二中级人民法院	2	1.92%
其他法院	14	13.46%

1、离婚案件管辖法院“少收、慎收”的原则致立案举步维艰

据不完全统计，2013年立案变更的案件覆盖了上百种案由，其中离婚案件首当其冲，多达400多起案件，占据了所有移送案件的25%之多。该数据从一定程度上揭示了离婚案件立案难的现实写照。

我国《民事诉讼法》中将“原告就被告”列为民事诉讼案件的基本管辖原则。但在被告有经常居住地的情况下，经常居住地的法院具有优先管辖的权利。而现实生活中，经常居住地的确定一般情况下需要被告所在地的居委会开具证明予以证实才会被法院认可其确实具有经常居住地，否则法院将不予立案。

而居委会作为基层组织，是对本辖区管辖内的居民生活及其环境进行管理的部门，一般情况下是基于居民本人的申请对其是否居住在本小区进行查实后出具证明。严格来讲，除本人之外的其他人是没有权限为其申请开具证明的。但离婚案件的特殊性就在于，当双方感情破裂时，一方基于诉讼目的的考虑前往居委会开具另一方的居住证明时往往被拒之门外。而在北上广等一线城市中，由于落实户口政策的门槛逐渐提高，绝大多数外来人口都面临着人户分离的窘境。他们长期居住在一线城市，而户口却远在千里之外的故乡。这种情况无疑给起诉离婚的原告带来了很多操作上的困难。

所以，当夫妻双方感情破裂时，一方无法通过正常途径获得另一方的经常居住地证明时，无奈作为原告一方只能前往千里之外的被告户籍所在地进行起诉，这无疑加大了当事人的讼累和经济负担。从另一个层面来讲，倘若对方基于诉讼策略故意拖延诉讼周期，利用自己开具的经常居住地证明提出管辖权异议，也是大有人在的。这也会使原告为了减少时间诉讼成本而无奈作出妥协，而原因仅仅是程序上无法通过立案法院的审查，无法提供经常居住地的证明。因为实际操作上的不力，原本为了方便当事人诉讼的法律规定，反而变成了立案程序上变相阻挠当事人的障碍，是司法实践中亟待解决的问题。

另外，立案管辖难还表现在《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第12条，该条规定，“夫妻一方离开住所地超过一年，另一方起诉离婚的案件，由原告住所地人民法院管辖。夫妻双方离开住所地超过一年，一方起诉离婚的案件，由被告经常居住地人民法院管辖；没有经常居住地的，由原告起诉时居住地的人民法院管辖”。

从该规定可以看出，离婚案件由原告住所地法院管辖须满足两个条件：第一，仅有夫妻一方离开住所地；第二，离开住所地超过一年以上。只有当两个条件全部满足时才由原告住所地法院管辖。而现实生活中沪家律师就遇到过这样的案例，男女双方的户口都在上海，且登记结婚后居住在上海，但因感情不和而分居，分居期间男方在深圳形成了经常居住地，后女方提出离婚诉讼时却在立案上遇到了障碍。按照《民诉意见》12条的规定，女方完全可以在上海起诉要求离婚。而实践中，多数法院会告知原告向深圳男方的经常居住地提起诉讼，并口头不予立案，这就给原告增加了很多负担。

实际上，这就产生了一个冲突，即《民事诉讼法》和《民诉意见》的冲突，按照《民事诉讼法》21条的规定，深圳的法院具有管辖权。而按照《民诉意见》12条的规定，上海法院同样具有管辖权。立案的过程中究竟应该适用哪一部法律，哪一部法律具有优先适用性在法院内部也产生了很大的分歧，虽然多数法官在理论上认为原告具有选择管辖的权利，但实践中为了控制移送案件的数量，立案中无疑还是会遇到这方面的难题。

这就需要婚姻家事律师具备一定的业务能力和沟通技巧，虽离婚案件的诉讼管辖问题并不是每一个离婚案件的争议焦点问题，但若通过一定的沟通技巧和过硬的业务能力与法官进行“周旋”，为当事人解决立案难题，无疑也会增加律师与当事人之间的信任度，也会在一定程度上利于案件的处理。

2、涉股权的婚姻家事案件，个别地方保护主义色彩浓重，当事人维权难

地方保护主义在诉讼中虽然可以产生于各个环节，但是不可否认的是，管辖这一首要关口，在地方保护主义的实施者眼中无疑是最重要的突破点，也是最能起到作用的一个环节。根据《民事诉讼法》第18条规定，“中级人

民法院管辖下列第一审民事案件：（一）重大涉外案件；（二）在本辖区有重大影响的案件；（三）最高人民法院确定由中级人民法院管辖的案件”。

从该规定看出,《民事诉讼法》针对级别管辖问题,并没有规定得那么刻板,而是根据各个省市经济发展的不平等给予了各省高院自主的裁决权。例如,《江苏高院关于一审民事案件级别管辖的通知》第2条规定,“南京、苏州、无锡市中级人民法院受理第一审民商事案件诉讼标的额为3000万元以上,以及诉讼标的额在1000万元以上且当事人一方住所地不在本辖区或者涉外、涉港澳台的第一审民商事案件”。这是2013年新的《民事诉讼法》出台之后江苏省高院出具的通知,从该通知显示,只要婚姻家事案件的诉讼标的额在3000万以上,就应该由中级法院作为一审案件来审理。而司法实践中,即使婚姻家事案件作为民商事领域的案件其标的额高达3000万以上甚至更多,但也未必能够真如当事人所愿由更高一级的中级法院来审理,而仍然由基层法院审理。

从沪家律师代理的婚姻家事案件的标的额来看,超过3000万,甚至是5000万的案件也不罕见。诚然,这些案件不仅涉及到诸多房产的审理,更是可能涉及到公司股权的争执,否则以传统婚姻家庭的财产价值是很难达到这个数字的。而股权价值的高低一般会决定了婚姻家事案件的诉讼标的额。实践中,一般股权价值较大的公司无疑对本省的经济的发展起着不容小觑的作用。这个时候,若想将案件控制在本省甚至是本市处理,地方保护主义就只能通过降低级别管辖来显现其特色了。将本来应由中级法院审理的一审案件,由基层法院来审理,那么终审判决就会控制在本市范围内。如果当事人申请再审,按照《民事诉讼法》第199条的规定,“当事人对已经发生法律效力判决、裁定,认为有错误的,可以向上一级人民法院申请再审;当事人一方人数众多或者当事人双方为公民的案件,也可以向原审人民法院申请再审。当事人申请再审的,不停止判决、裁定的执行”。从该规定可以看出,即使一方当事人申请再审,根据该规定,最高级别也是省高院来处理,这就无疑加重了地方保护主义的色彩。弱势一方当事人的权利就无法得到正当的使用。

虽然,《最高人民法院关于案件级别管辖几个问题的批复》中规定,当事人在诉讼中增加诉讼请求从而加大诉讼标的的金额,致使诉讼标的的金额超过受诉法院级别管辖权限的,一般不再变动。但是当事人故意规避有关级别管辖等规定的除外。然而,这种“故意规避”要如何界定、审查、举证,本身就是一道难题。所以,规避地方保护主义,还亟待最高院出台更有力、更有度、更与时俱进的司法解释。

（八）离婚案件结案方式项目对比分析

从沪家律师2013年代理的案件来看,105件案件中,已经判决结案的有34件,调解结案的由18件,还有另外一部分占据较大份额的为尚未结案的案件,这部分案件占据了所有案件中比较大的比例,约为41%(详见附件十一)。

附件十一、离婚案件结案方式项目对比分析表

结案方式	案件数目	占比
判决结案	34	32.61%
调解结案	18	17.39%
撤诉	10	8.69%
尚未结案	43	41.30%

1、离婚案件周期长,二次判离概率较大已成为司法实践“潜规则”

从沪家律师2013年代理的案件中有将近40%的案件还没有结案可以看出,传统婚姻家事案件的诉讼周期都比较长。沪家律师接待法律咨询的过程中,经常会碰到有当事人问:为什么我已经不爱他了,为什么我们已经分居了,为什么已经起诉了,法院还是会判决不准予离婚呢?

从法律上来讲,我国《婚姻法》第32条列举了几种夫妻感情破裂的情形,并规定离婚案件先行调解,调解不成时,法院应准予离婚。然而司法实践当中,离婚诉讼,二次起诉判离已经成为实践中的一般“潜规则”。第一次诉讼离婚,被告不同意,基本上法院是不予判决离婚的,如“原被告具有一定的婚姻基础,婚后也建立的一定的夫妻感情,虽因某事产生矛盾,影响了夫妻感情,但尚未导致感情完全破裂的程度,希望双方能够珍惜夫妻感情,珍惜家庭,今后生活中多加沟通,相互信任和体谅,相信双方的关系还是能够改善的,鉴于被告不同意离婚,且原告提出的离婚理由尚不充足,依据《婚姻法》32条不准予离婚……”针对此,最高人民法院网《关于离婚案件为什么第一次起诉到法院,结果均不判离婚的疑问的答复》中给出了答案:“从稳定婚姻家庭的角度考虑,为了防止草率冲动型离婚,这种做法也不是没有道理。夫妻感情问题涉及诸多方面,在一方不愿解除婚姻关系的情况下,判决驳回原告关于离婚的诉讼请求,给双方当事人一个冷静期,也许可以起到挽救婚姻的作用。当然,对于一方存在家庭暴力、重婚等重大过错行为导致夫妻感情彻底破裂的,在调解无效的情形下,法院应当及时判决双方当事人离婚”。从最高法院网给出的答复可以看出,对于第一次离婚诉讼被告不同意离婚的案件是否判离的主要标准为“驳回为原则,重大过错为例外”。

沪家律师认为,是否判决离婚,不能以起诉次数作为依据,根据《婚姻法》的规定,是否判决离婚的唯一条件即为夫妻感情是否破裂。既不能在第一次诉讼离婚时被告不同意离婚的前提下一概不准予离婚,也不能在第二次诉讼离婚时被告仍然不同意离婚的前提下一概准予离婚。而是应该纵观案件本身,综合各方证据审查夫妻感情是否破

裂，而后作出判决。这样既能维护当事人的程序权利和实体权利，也不会使第一次离婚诉讼成为形同虚设的“走过场”。

2、禁诉期内，违反人身保护裁定是否属于“新情况、新理由”

根据《民事诉讼法》第124条第1款第7项规定：“判决不准离婚和调解和好的离婚案件，判决、调解维持收养关系的案件，没有新情况、新理由，原告在六个月内又起诉的，不予受理。”而针对离婚案件中遭受家庭暴力的女性，即使向公安机关报案，派出所也多以家庭纠纷为由进行调解或不予处理。传统中，对于女性遭受家庭暴力的保护力度是非常有限的。事实上，我国早在2008年最高人民法院就发布了《涉及婚姻案件审理指南》，该指南首次对人身保护裁定做出了相关的指导性意见。然而，该指导性意见并非法律规定，所以实践中对于真正能够通过人身保护裁定方式保护受害妇女一方的保护令的情形十分少见，法院对此的态度也是能不用则不用。

然而，2013年新的《民事诉讼法》出台，其中第100条规定，“人民法院对于可能因当事人一方的行为或者其他原因，使判决难以执行或者造成当事人其他损害的案件，根据对方当事人的申请，可以裁定对其财产进行保全、责令其作出一定行为或者禁止其作出一定行为；当事人没有提出申请的，人民法院在必要时也可以裁定采取保全措施”。该人身保护令在我国第一次以法律的形式确定下来。

新的《民事诉讼法》出台之后，各地法院也是纷纷作出了本院新法实施以来的第一个“人身保护令”，而在禁诉期内一方违反人身保护令可否算作“新情况、新理由”再次起诉，法律界存在不同的两种观点：

一种观点认为：如果第一次离婚诉讼时一方就提出对方存在家庭暴力的情形，该理由属于在第一次诉讼中已经存在的理由。为了保护女方利益，法院作出人身保护令。那么，即使男方违反了该保护令，依据相关法律规定，该情形不应属于新情况、新理由。《民事诉讼法》规定的“新情况、新理由”中的“情况和理由”都应是质的变化，而非是量的增加。故不应该在禁诉期内以一方违反人身保护裁定为由而主张重新诉讼。

另一种观点则认为：法院作出的人身保护裁定是禁止一方做出某种行为，如禁止男方对女方进行骚扰、跟踪、威胁、殴打等。该裁定已经对一方可能做出的行为作出了禁止，即是不允许做出某种行为。那么在此种情形下，一方违反了这种禁止性规定，无疑是产生了新的情况。否则，如果第一次离婚诉讼时存在家庭暴力，禁诉期间对方再次实施家暴不算是“新情况、新理由”，则法院所做出的人身保护裁定无异于形同虚设。对方遭受家庭暴力的一方无疑也起不到该有的保护作用。从另一个角度来讲，如果按照第一种观点的解释，为了能够在禁诉期以发生了“新情况、新理由”为由重新起诉，那么在第一次诉讼过程中隐瞒法院不提出家庭暴力致感情破裂的理由也是不符合我国法院的基本审判原则的。

所以，为了更好地保护遭受家庭暴力一方的人身权益，司法实践当中，法院多采取第二种观点，对其进行立案审理，这也从司法途径维护了当事人的人身权益，于法于理都是对当事人有利的。

三、结语

婚姻家事案件作为民事案件的一部分，业已成为了民事案件的主力军。因此，对婚姻家事案件进行研究，有着很大的现实意义。

纵观沪家律师近几年出具的报告可以看出：婚姻家事案件在总量上是呈现上涨趋势的，案件标的额上也处于不断攀升状态。民事案件领域的传统婚姻家事案件将在未来的很长时间内仍占据主导。而与此同时，随着婚姻家事案件争议焦点的多样化和复杂化的发展状况来看，婚姻家事案件的处理越来越注重律师综合业务的能力，对婚姻家事律师也是提出了越来越高的要求。随着该报告逐年增加印刷量就可以看出，对于婚姻家事案件市场的现实分析是契合市场需求的。

为此，沪家律师在未来的时间里将推出更多、更好、更有价值的报告与广大同行共勉。且我们会在原有的基础上不断完善沪家网，争取给广大业界同仁提供一个更加专业、便捷的交流平台和载体！

(END)

律师见证之我见

2014年02月24日 上海法治报

北京盈科律师事务所 李天博

律师见证虽然收费并不高，却绝不是可以轻率以对的小事。只有依法严谨地进行见证，才能对当事人负责，同时免除律师自身的风险。

最近在网上浏览新闻，看到一则因为律师见证而和当事人产生纠纷的案例，颇有些感触。想当年，我接触的第一位老律师就曾经特别跟我提过律师见证的风险，他说，律师见证说白了就是让律师做个证人，由于套上了律师这个躯壳，受到职业规范的制约，因此律师做见证风险很大，潜在的麻烦也挺多。

且不说如果委托人因为见证的事项将来和别人打官司，律师可能需要作为证人出庭接受询问，一旦委托人想达到的目的与实际效果有差距，起诉律师也是常有的事。

为了不多的律师见证费，却要面对不知何时可能发生的纠纷，有时想想还真是得不偿失。

我最近做过两个遗嘱见证业务，完全是受律师事务所指派。不过，在这两次遗嘱见证之前，我们都做足了准备工作，以确保见证全程的“滴水不漏”。即使将来委托人出了纠纷，遗嘱也肯定是有效的。

这两个案子很相似，都是高龄老人要把自己的房子给众多孩子中的一个，所不同的是，一位老人尚精神矍铄，一位已经病入膏肓。

因此，前者我们去了家里，而后者则是去了医院，都是上门服务。

对于遗嘱见证，我们有一套非常完善的见证程序，包括录像、审核相关财产证件、相关人员证件、做好详细的询问笔录并签字按手印。一般做好见证之后，我们会及时做出一份由两位律师签字的见证书，由委托人来所里签收。相关录像、笔录、证件复印件我们会妥善保存，以备不时之需。

此外，我也做过有关出国留学方面的见证。

根据新加坡政府及其学费津贴协议（MOE Tuition Grant Agreement）的规定，如果留学生毕业后完全不承担“约束期”的服务义务，留学生及保证人可能要承担数十万元人民币的违约金。因此，新加坡教育部门要求，在保证人签字时，必须由专业人士（律师）加以见证，以确保保证人充分理解自己所要承担的义务，避免因一时失察而遭受损失。

委托人张先生的儿子要到新加坡国立大学留学，在签署新加坡教育津贴协议时，需要担保人在担保材料上签字，而协议的最后一页则是需要律师见证。

为此，我们律师认真审查了两位保证人的身份以及保证能力，并对其讲解了相关法律规定及协议约定，两位保证人随后在律师见证之下，在协议上签了字。

总之，律师见证虽然收费并不高，却绝不是可以轻率以对的小事。只有依法严谨地进行见证，才能对当事人负责，同时免除律师自身的风险。

婚前房产投资买房，离婚咋分 2014年02月24日 上海法治报



□广东圣方律师事务所 颜宇丹

婚前夫妻一方购买的房产属于个人财产，这在法律上毫无争议。然而完全用出售婚前房产的钱在婚后购房，该房在离婚时是否仍属个人财产？

如果经多次卖出买入再卖出买入的投资，大幅增值的房产在离婚时性质又该如何认定呢？

案例：

卖单身公寓换房

北京的高先生在机关工作，他在刚工作不久尚未结婚时就一次性付款28万元买了一套单身公寓，婚后这套单身公寓涨到40多万元，而且当时高先生也因为已经结婚想换套大一点的房子，于是他将这套单身公寓卖了43万元，然后用41万元一次性付款买了一套两居室二手房。

住了两年以后，市上房价不断上涨，当这套房子价格涨到70多万元的时候，他在从事房产中介工作的表弟的建议下，以75万的价格卖了这套两居室，用卖房的70万元买了一套三居室预售房，一年后交房时房价已涨到90多万。

住了两年多以后，这个地段的房价飞涨，高先生从楼下中介公司橱窗上贴的信息中获知，同户型的空置毛坯二手房已涨到140多万元了，比买下来的时候翻了一倍。

于是，他又将这套房子卖得160万元，用155万买下了一套二手房。

通过这样买进卖出倒腾多次，最初那套婚前花28万元购买的单身公寓，此时已经成了购买价就达155万元的房子。

对于婚后多次卖房买房，高先生的妻子从不过问，既不支持也不反对。

然而结婚多年后，高先生和妻子因为感情不合决定离婚。随后，高先生起草了一份离婚协议，协议中提到现在登记在他名下的这套155万登记价的房产是他的个人财产不作为共同财产分割。

妻子对此倒是并无所谓，但是她的父母知道以后却阻拦女儿到民政局签订这份离婚协议。

他们认为，高先生虽在婚前购买了一套单身公寓，但价值不足以购买现在的住房。婚后，高先生对房屋进行多次交易后，所获得的巨大收益才使他能够购买现在较大的房屋，所以，婚后购买的房屋应属于夫妻共同财产，应该

双方平均分割该套房屋。

而高先生则认为现在的第四套房子是用自己婚前的那套单身公寓卖出后进行多次交易像滚雪球一样“滚”出来的，还是属于自己的个人财产。

为此，双方离婚的事最终还是诉讼至法院。

庭审中高先生强调，现在的住所完全靠自己“投资”婚前的单身公寓购得，妻子没有任何出资，所以不同意平分。

评析：

婚后收益夫妻共有

高先生婚前名下的单身公寓系其婚前个人财产，该房产之上的自然增值也依附于该房产属于其所有，也即婚后将该房产出售所得价款 42 万元应归属高先生并无多大争议。

但不无疑问的是，在婚后高先生多次卖出和买入房产，房产价值也随之越来越大，这样仍然认定为个人财产么？

《婚姻法解释（二）》 第十一条规定，婚姻关系存续期间，一方以个人财产投资取得的收益属于婚姻法第十七条规定的“其他应当归共同所有的财产”。

《婚姻法解释（三）》 第五条规定：“夫妻一方个人财产在婚后产生的收益，除孳息和自然增值外，应认定为夫妻共同财产。”

夫妻一方个人财产在婚姻关系存续期间的自然增值，是指该增值的发生是因通货膨胀或市场行情变化等外部原因所致，与夫妻双方的协作劳动、努力或管理等并无关联。

因此，夫妻一方个人婚前所有的房屋，婚后出售时所得的钱款也应属于个人财产。该房产出售时产生的增值是基于原物交换价值的上升所致，是不以人的意志为转移的市场作用的结果，仍应依原物所有权归属为个人所有。

本案中，男方高先生婚后第一次卖房所得 42 万元就是个人财产及个人财产的自然增值之和，属于他的个人财产。

当一方的个人财产在婚后由于一方或双方所付出的时间、金钱、智力、劳务而增值的，应属于主动增值，离婚时应当将增值部分作为共同财产予以分割。

虽然离婚时该房屋已付款项中包含了个人财产部分，但这部分资金产生的市场增值部分属于因夫妻婚后一方或双方的主观努力产生的被动增值，应当作为夫妻共同财产予以分割。

具体到本案中，高先生和妻子离婚分割财产时，应将第一次卖房所得 42 万元先剥离出来归高先生个人所有，其它部分再按离婚时的房屋市场价值予以分割。

动迁款分割有争议，勿诉请动迁协议无效

2014 年 02 月 24 日 上海法治报



□北京金诚同达上海律师事务所 张雷

被动迁房屋的权利人过世，所有继承人中的一人伪造文书，与动迁组签订《动迁补偿安置协议》，其他继承人诉至法院要求判决已签订的《动迁补偿安置协议》无效，能否得到法院支持？

案例：

市民谢洪诗名下有一处产权房，房屋所有权证记载的房屋建筑面积为 26.3 平方米，该房屋内户籍人口为一人，即蒋美兰。

1993 年 9 月谢洪诗过世后，该房屋由许梅子、蒋美兰、蒋美贤共同继承。

2012 年，该房屋被列入征收范围，由房屋征收部门某局委托某公司承担房屋征收与补偿的具体工作。

评析：系争房屋的权利人已经去世，该房屋的权利人至今未进行变更登记，其继承人也未分割过财产。

因此，此处房屋的动迁利益应归全部继承人共同所有。

该房屋的所有权人谢洪诗生育两子，分别为蒋大军、蒋小军，两人于 1949 年之前赴台湾，资料无法查明。许梅子为蒋大军的配偶，生育蒋美兰、蒋美贤。蒋美兰持有蒋大军、蒋小军将系争房屋赠与给蒋美兰的赠与书和委托

书,持有许梅子、蒋美贤的委托书与动迁组签订《上海市国有土地上房屋征收补偿安置协议》,被征收人(房屋所有人)中列明“谢洪诗(亡)、许梅子、蒋美兰、蒋美贤等”双方约定,获得房屋一套,现金若干。

评析:权利人的两名子女解放前去台湾,户籍资料已无法完整查明。现蒋美兰是该房屋内唯一户籍人口,持书面赠与书和委托书等文件与动迁组签订上海市国有土地上房屋征收补偿安置协议,并无不妥。该协议中的被征收人的表述方式为“谢洪诗(亡)、许梅子、蒋美贤、蒋美兰等”该表述明确该房屋为共有产权。

2012年9月,许梅子、蒋美贤将蒋美兰、某局、某公司告上法庭,称被告蒋美兰伪造两原告的签名,与被告某局签订征收补偿安置协议,被告在明知两原告也是继承人的情况下,未核实委托书的真伪就和蒋美兰签订协议,侵犯了原告的权益,故起诉要求确认征收补偿安置协议无效。

评析:当该户取得动迁补偿利益后,内部关于动迁款的任何争议均属于家庭内部纠纷,应在动迁利益的范围内主张分割动迁利益。

本案中,原告应诉至法院要求分割遗产,取得相应的遗产份额。

被告某局和第三人某公司共同辩称,房屋产权人谢洪诗去世,被告蒋美兰提供了谢洪诗其他子女以及两原告的授权委托书,且蒋美兰本身对房屋也享有产权份额,被告与之签约符合规定。

蒋美兰辩称,房子是祖母谢洪诗的,征收补偿协议本身符合法律规定,无论和谁签约安置的金额都是一样的,确认协议无效毫无意义,故要求驳回原告的诉请。

评析:动迁组对委托书等文件没有实质性审查的义务,只需看是否符合形式要件即可。何况系争房屋为产权房,而非公房,动迁利益属于权利人的继承人,至于权利人的继承人如何分配,并不在动迁组的工作范围内。

最终,法院驳回了原告的诉讼请求。

评析:良好的诉讼切入角度,将会避免当事人的诉讼风险。本案原告的诉讼请求应该以继承的角度分割动迁利益,而非打合同无效。

法院驳回诉请后,原告只能另行起诉分割动迁利益。

(文中人物均为化名)

离婚财产分割之人身保险权益分割

2012年7月30日 中国律政网 北京策略律师事务所 郑春杰

人身保险逐步被人们视为家庭财产的一种特殊形式。与之相应,在夫妻离婚时,实践中人身保险涉及的财产分割争议和纠纷也越来越多。对于离婚财产分割中人身保险有关问题,我国现行保险法和婚姻法未作明确规定,最高人民法院也未制订司法解释予以规范。在司法实践中没有相应的法律依据,所以应用中比较混乱。本文针对离婚财产分割时涉及人身保险的,结合保险法和婚姻法的一般原理、规则加以分析,以期厘清理论认识,对司法实践有所裨益。

根据《保险法》的规定,在人身保险中,只有在夫妻一方或双方是被保险人或受益人,夫妻一方或双方才享有保险金请求权,该人身保险的保险金才可能作为夫妻财产被分割。因此,本文所研究的人身保险是指夫妻一方或双方作为被保险人或受益人的人身保险。

一、婚姻关系存续期间所得保险金的归属

在婚姻关系存续期间,夫妻一方所取得的保险金之归属,理论界存在两种截然不同的观点。一种观点认为,人身保险的保险金是家庭金融财产的重要组成部分,离婚时应作为夫妻共同财产进行分割。另一种观点则认为,婚姻关系存续期间所获得的人身保险金,包括人寿保险金、意外伤害保险金、疾病保险金等,属于取得保险金的一方个人财产,不得作为夫妻共同财产在离婚时分割。

笔者认为,从我国《婚姻法》法定夫妻财产制的立法精神,以及保险法的一般原理出发进行分析,可以得出人身保险合同的保险金属于取得保险金一方的个人财产之结论。理由如下:

(一)人身保险的保险标的是被保险人的生命或身体,具有人身专属性

人身保险之目的是在保险事故发生后对被保险人的生命、身体所遭受的损害进行补偿。因此,人身保险的保险金通常并不是对当事人物质损失的经济补偿,而是根据保险合同约定,对被保险人身体的或者生命受到的损害提供的物质上的帮助和经济上的扶持,具有很强的人身属性。《最高人民法院民一庭涉及婚姻案件处理分析民事审判实务问答》也认为,人身保险合同的保险利益具有特定的人身关系。既然《婚姻法》第18条将带有专属性,且与保护当事人生命健康权密切相关的“一方因身体受到伤害获得的医疗费、残疾人生活补助费等费用”认定为个人财产,那么人身保险之保险金同样具有强烈人身属性,按照此项特征也理应属于被保险人或受益人的个人财产。

(二)被保险人的真实意思应得到尊重

《婚姻法》第18条规定,遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产,为该方个人财产。这一规定是意思自治原则的重要体现,充分的保护了被继承人、受遗赠人对自己财产的处分权。人身保险合同虽然不同于遗嘱或赠与合同,但三种合同在保护当事人对自己财产的处分权的本以上是相同的。无论是被保险人还是受益人行使保险金请求权,该处分权都受到了充分的保护。如果将保险金作为夫妻共同财产,就会产生背离被保险人意思的情况,与私法意思自治的基本理念相违背。

(三)将夫妻一方所得的保险金认定为双方共同财产,不利于防范道德风险

新《保险法》第39条规定,人身保险的受益人由被保险人或者投保人指定,投保人指定受益人时须经被保险人同意。因为如果与保险人没有利益关系的人成为了受益人,很可能产生受益人为了获得保险金而故意伤害或者杀害被保险人的情况,所以为了防范道德风险,受益人的指定必须取决于被保险人的意思。如果夫或妻已被指定为受益人,而保险金作为夫妻共同财产,就有可能出现受益人的配偶为获得保险金而伤害被保险人利益的情况,这实际上与其不经被保险人指定或同意而成为受益人无异。可见,将夫妻一方所得的保险金认定为双方共同财产,不利于防范道德风险,这一点在以夫妻之外的第三人为被保险人、以夫妻一方为受益人的人身保险合同中表现尤为突出。

(四)即使夫妻双方在一份人身保险合同中均被指定为受益人,也仍应将其各自所得的保险金认定为各方个人财产

受益人为数人的,被保险人或投保人可依据《保险法》第40条,确定其受益顺序和受益份额。这意味着,夫妻双方对保险金的受益顺序可能有先后之别;即便双方受益顺序相同,其受益份额也可能存在差别。如果将其所得保险金认定为夫妻共同财产,那么离婚时通常对其进行均等分割,双方各自取得一半保险金,这将使人身保险合同对受益人的受益顺序、份额的确定失去意义,违背被保险人的意思。而在人身保险合同未确定数个受益人的受益顺序或受益份额的情况下,各受益人按照相等份额享有受益权,将依此确定的夫妻双方各自所得的保险金认定为其个人财产,在理论或实践中也不存在任何问题。

(五)不能混淆夫妻一方擅自处分夫妻共同财产的救济与保险金的归属问题

主张夫妻一方所得保险金为夫妻共同财产者有一个重要理由:存在这样一种情况,夫妻双方用共同财产为自己为被保险人或者受益人的保险合同支付保费,而所得的保险金又归夫妻一方所有,则将引致双方共同财产向该方个人财产的不当转化,那么这就会损害到夫妻的共同财产权。笔者以为,这一观点混淆了夫妻一方擅自、不当处分共同财产的救济与保险金归属这两个问题。对前者应通过相应的法律制度对共有权受侵害一方予以补救。上述理由不能成为将保险金认定为夫妻共同财产的依据。

二、离婚时尚在保险期间的人身保险合同的处理

人身保险合同的期限一般较长,在实践中经常出现离婚时人身保险合同尚在保险期间内的情况。对于这类人身保险合同应如何处理,是司法实践中一个亟待解决的问题。

(一)人身保险合同不因离婚而必然终止或变更

离婚不仅解除夫妻双方的人身关系,也会引起一方当事人与对方亲属之间身份关系的相应变化。《保险法》第12条第1款明确规定:“人身保险的投保人在保险合同订立时,对被保险人应当具有保险利益。”这说明,人身保险合同中保险利益的判定仅以合同订立时为准,离婚所致的身份关系解除并不会导致已经生效的人身保险合同无效。离婚一方作为被保险人或受益人,仍然享有保险金的请求权,保险人不得以丧失保险利益为由拒绝给付。

(二)投保人、被保险人可以主动变更、解除保险合同

离婚毕竟改变了人身保险合同赖以存在的身份关系和信赖关系,投保人、被保险人可能不再愿意将保险金由原来的受益人享受,这就违背了私法的意思自治原则,也会增大道德风险发生的可能性。因此,投保人或被保险人可通过解除或变更人身保险合同来维护自己的权益。例如,对夫妻一方投保并以对方为被保险人的人身保险合同,在夫妻关系解除时投保人可以解除保险合同;又如对被保险人与受益人分别为夫妻一方的人身保险合同,被保险人可以撤销或变更受益人,但应通知保险人,由其在保险单上作出批注。

(三)尚在保险期间的人身保险合同不能进行离婚财产分割

对夫妻一方或双方为被保险人或受益人,且离婚时尚在保险期间的人身保险合同,不少当事人往往将其保险金请求权视为一种特殊的夫妻共同财产,要求进行离婚分割。司法实践中,一些地方的人民法院接受并支持了上述请求。归纳起来,地方法院对人身保险合同进行离婚分割的做法主要有以下三种方式:

1. 分割依据保险合同可得的保险金

这一做法是以保险合同中约定的保险金数额为基准进行分割。笔者认为,在保险期间届满以前,被保险人或受益人所享有的仅是保险金的期待权,对尚未确定的财产权利进行分割无法实现。

(1)保险合同属于射幸合同,保险事故的发生具有或然性,如果在保险期间内没有发生保险事故,被保险人、受益人将不能取得保险金。在生死两全人寿保险合同中,虽然无论被保险人是在保险期间内死亡还是生存到保险期间届满,被保险人或受益人均能取得保险金,但由于保险人在这两种情况下给付的保险金数额并不相同,故在离婚时保险金数额也无法确定。

(2)在夫妻双方离婚后、保险期间届满前,投保人可能拒付或者解除保险合同,受益人也可能出现丧失收益权或者被保险人更换或撤销受益人的情形,这时夫妻一方或双方就丧失了取得保险金的权利。

针对上述问题,有学者提出,可比照离婚财产分割中对于未取得房产证的房屋的分割办法予以处理,即在离婚时对该人身保险合同不作处理,待发生保险合同约定的保险事故后再进行分割。对此笔者持不同看法。人身保险合同的保险事故发生后,保险公司按照合同约定支付保险金,该保险金是当事人一方在离婚后以被保险人或受益人身份取得的个人财产,该财产不是在婚姻存续期间获得的,属于个人财产,不能作为夫妻共同财产来分割。

2. 分割保险单的现金价值

这一做法是计算人寿保险单截至离婚时的现金价值,并以此为基础进行分割。现金价值是按照保险合同的约定,保单累积的实际价值。投保人身保险的初期人的死亡概率是较低的,而后逐年增高,保费也应该相应的提高,但是目前人寿保险都采用均衡保险费模式,所以前期的保费实际上会高于应交的保费,多出的部分具有储蓄的性质,扣除手续费后即即为保险单的现金价值。以保险单的现金价值作为离婚财产分割标准具有一定的合理性,但在理论和实践中却存在不少问题。

(1) 现金价值只存在于保险期间较长的人寿保险合同中,而费用补偿型的短期意外伤害保险、健康保险等人身保险合同不具有现金价值,不能以此为标准进行分割。

(2) 保险业务实践中,在人寿保险合同订立后的二年内,保险人所收取的保险费在扣除用于承担保险责任的自然保险费,保险代理人、保险经纪人的佣金,以及保险人的经营成本等费用后通常所剩无几。一般而言,现金价值只产生在人寿保险合同投保人交足二年以上保险费的情况下才会产生。这意味着,订立时间不足二年的人寿保险合同因没有现金价值而无法进行分割。

(3) 根据《保险法》的有关规定,保险人向投保人退还保险单的现金价值通常只有保险合同解除或保险人不承担给付保险金责任的某些情形。而对于仍在保险期间内的人寿保险合同,保险人不会向投保人退还保险单的现金价值。在这种情况下,现金价值也无法进行实际分割。

(4) 根据《保险法》的规定,保险人是向投保人退还保险单现金价值。因此,现金价值应归属于投保人,如果人寿保险合同是由夫妻之外的第三人投保并交付保险费,夫妻一方或双方仅为被保险人或受益人,该现金价值实际上应该属于第三人,夫妻双方根本无权分割该财产。

3. 分割已交付的保险费

这一做法是对夫妻双方至离婚时已经按照人身保险合同的约定所交付的保险费进行分割,由继续享有保险金请求权的一方对方进行给付。虽然这种做法相当简单易行,实践中也确有不少当事人如此主张,但这种方式存在以下问题:

(1) 这种方式仅仅可能适用于夫妻一方或双方作为投保人缴纳了保险费的情形,对于第三人作为投保人缴纳保险费,夫或妻一方或者双方为被保险人或者受益人的情形不能适用。

(2) 这种方式的障碍是,保险费是保险人承担危险赔偿责任而支付的费用,实际上已经消费了,不存在该财产了,更不能进行分割。

(3) 只要不存在欺诈等合同无效的情形,当事人在婚姻关系存续期间投保并支付保险费的行为就被视为是自愿的,交付保险费的一方就不能在离婚时要求对方返还或补偿,因此要求继续享有保险金请求权的一方向交付保险费的一方进行给付缺乏合理性。

总之,分割依据保险合同可得的保险金、分割保险单的现金价值、分割已交付的保险费这三种做法,都没有相应的法律依据而且还会违背保险基本原理,在实际操作上野存在诸多的问题。因此,离婚时仍在保险期间的人身保险合同不应作为夫妻共同财产进行分割。

三、一方擅自以夫妻共同财产为自己投保的问题

人身保险合同的保险费可能是夫妻一方以其个人财产支付,也可能是以双方共同财产支付。在前种情形,由于投保人交付保险费是自由处分自己的财产,不涉及对方当事人利益,往往不存在争议。在后种情形,如果双方协商一致以共同财产交付保险费,则可视为双方处分共同财产的真实意思,离婚时双方应协商解决人身保险合同的效力问题,但投保人一方无需就已支付的金钱向对方进行补偿或返还。在实践中,最容易产生争议的是一方未经对方同意,擅自以夫妻共同财产交付保险费并将自己作为被保险人或受益人的情形,这一行为实际上是离婚一方侵害对方财产权利的行为。对于该行为,应从对外效力和对内效力两方面加以分析。

(一) 对内效力

对内效力是指夫妻一方擅自以共同财产交付保险费的行为在夫妻之间的效力,该方是否构成对他方财产权的侵害,是否应当承担相应责任。

原则上说,对于夫妻共同财产的处分,应由双方共同作出决定,但《婚姻法》解释中规定因日常生活需要处理共同财产不需要协商,任何一方均有权决定,在现实生活中,夫妻之间不可能就每笔财产支出都进行协商,而且也不可能签订协议,因此,很难确认是否经过了双方的一致同意。故不少国家在立法中赋予夫妻“日常家事代理权”,即夫妻因日常家庭事务与第三人为一定法律行为时,有互为代理人的权利,被代理方须对代理方从事日常家事行为所产生的债务承担连带责任。我国现行立法虽未明确确立日常家事代理权,但《婚姻法》第17条第2款规定:“夫或妻对夫妻共同所有的财产,有平等的处理权。”《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(一)》第17条对此进一步解释为:夫或妻因日常生活需要而处理夫妻共同财产的,任何一方均有权决定;非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定,夫妻双方应当平等协商,取得一致意见。依此规定,夫妻有权为了日常生活需要而对共同财产独立进行处分。

由此可知,夫妻一方擅自以共同财产交付保险费的行为是否侵害了对方财产权,关键取决于其是否属于日常生活需要。我国《婚姻法》及其司法解释并未对“日常生活需要”的具体范围进行界定,但从学者通说和有关的外国

立法例看,维持夫妻(包括未成年子女)家庭生活所必要的事项主要是强调“生活必须”,例如衣食住行的必要消费、购买日常生活用品,子女教育,医药费支出、正当娱乐,教育子女等;而不包括生产、经营、投资、购置或处分不动产以及重要动产等支出。投保人身保险并非夫妻共同生活中所必须的支出项目,保险费也非维持共同生活必不可少之支出,而且一些人身保险产品除提供保险保障外,还具有较强的投资功能,故应不属于日常生活所必要的事项。所以,夫妻一方不经对方同意便以共同财产支付保险费的行为便构成对对方共同财产权的侵害。

我国《婚姻法》并未就夫妻间侵权行为及其法律责任作出规定,根据民法侵权责任的一般规则,侵害他方财产权的,应赔偿受害人因侵权行为所受的损失,使受害人的利益恢复到侵权行为发生之前的状态。在离婚时,擅自以共同财产为自己投保的一方应以其个人财产向对方予以赔偿。关于具体赔偿金额问题,笔者认为,夫妻一方擅自订立人身保险合同,并以共同财产支付保险费的,其给对方造成的损失应是已经交付的保险费中本应属于对方的一半份额,所以具体赔偿金额应该是已经交付的保险费中本应属于对方的份额,通常是已交付保险费的一半。

(二) 对外效力

对外效力是指夫妻一方擅自以共同财产交付保险费的行为对夫妻之外第三人的效力,具体是指该行为是否会影响人身保险合同的效力。依前述《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(一)》第17条,夫或妻非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定,虽然未经双方平等协商并取得一致意见,但是他人有理由相信其为夫妻双方共同意思表示的,另一方不得以不同意或不知道为由对抗善意第三人。《保险法》并未规定保险人有查证投保人所交付的保费是个人财产或是共同财产,事实上也无法或者很难证明,这样做不利于保护交易安全和提高交易效率。由于夫妻之间特殊身份关系的存在,保险人完全有理由相信夫妻一方以共同财产交付保险费的行为属于双方共同意思,如果人身保险合同的效力因此受到影响,对保险人是十分不公平的。夫妻一方不能以对方单独处分共同财产为由主张保险合同无效或要求保险人退还保险费,而只能向侵害其权利之对方当事人要求损害赔偿。但是,如果该方能举证证明保险人明知或有理由知道对方系擅自处分共同财产,则可以主张保险合同无效,并要求退还保险费。

四、投资连结保险的离婚财产分割问题

投资连结保险是指,具有保险保障功能并至少在一个投资账户拥有一定资产价值,而不保证最低收益的人身保险。在投资连结保险中,被保险人有两项权利:一是保险事故发生后的保险金请求权;二是保险期间届满或退保时的投资金赎回请求权。保险金请求权和投资金赎回请求权均属于期待权,只不过前项权利是否发生无法确定,属于附停止条件的民事权利,而后项权利则是必然发生的,属于附生效期限的民事权利。例如,在中国人民财产保险股份有限公司《金娃投资型交通意外保险(2008版)条款》中,被保险人一方面可以根据该条款第3条规定的保险责任,在遭遇交通意外事故导致身故时向保险公司请求给付保险金,另一方面,可以根据第2章的规定在投保时缴纳投资申购金,在保险期间届满或者保险期间虽未届满但被保险人提出申请时按照产品份额净值向保险公司请求给付赎回投资金。

投资连结保险中的两项权利具有独立性。例如前述《金娃投资型交通意外保险(2008版)条款》第16条就规定,赎回投资金不受保险事故是否发生及被保险人是否已经获得保险金的影响。因此,在离婚时,可以对投资连结保险的保险金和投资收益分别处理。对于保险金,依照前述人身保险的有关内容加以处理。对于投资收益,属于被婚姻法解释排除出去的日常生活所必需的支出项目,该投资项目应该经过夫妻双方协商同意,所以此部分财产应作为夫妻共同财产加以分割。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)》第11条,在夫妻一方以个人财产交付保险费的投资型保险中,投资收益也应当归夫妻双方共同所有。但必须注意的是,该收益须为婚姻关系存续期间所产生。如果该保险是在婚前投保并一直延续至婚姻关系存续期间,或婚后投保且在离婚时保险期间尚未届满,那么离婚分割时,双方应按保险人定期公布的投资收益情况,计算出该项保险在婚姻关系存续期间实际取得或应当取得的收益数额,并对此进行分割。

夫妻共有产权房屋 一方能否擅自买卖?

律师指出,共有产权房屋若登记在一人名下,其擅自转让后,另一方难以追回房屋

2014年02月21日 新京报



夫妻共有房产,可以根据不同情况办理加名。图/CFP

自去年以来,由于房价的上涨,二手房交易中的违约纠纷有所增多,其中夫妻共有产权的房屋交易,更是产生纠纷的焦点之一。

近期，所属于北京市高级人民法院的北京法院审判信息网，再次贴出2010年由北京市高院发布的《北京市高级人民法院关于审理房屋买卖合同案件适用法律若干问题的指导意见（试行）》（以下简称《意见》）。其中提到，出卖人将登记在其个人名下的法定共有房屋，擅自以自己名义转让给他人，买受人为善意的，可以认定房屋买卖合同有效。办理了房屋所有权转移登记，其他共有人要求追回该房屋的，不予支持。

对此，一些网友不禁产生了担心：夫妻共有的房屋，如果房本上只写了配偶的名字，配偶擅自把房子卖了怎么办？自己是不是要在房本上加上自己的名字呢？

中介反馈

共有产权房写两人名字更安全

东城区安乐林路区域链家地产门店经纪人李先生告诉记者，“房价上涨的时候，有的房主签了合同也收了定金，但是过后觉得自己的房子卖便宜了，经常会以配偶不知道卖房、不同意卖房为理由，要求撤销合同。”

记者询问了链家地产、我爱我家、中原、麦田等多家二手经纪公司，这些公司均要求经纪人在签约时，让已婚卖房人的配偶签署书面的同意书，或者让签约人签署声明可以代表配偶出售共有房产。

通州区九棵树区域中原地产门店经纪人刘先生告诉记者，即便如此，有时还是会发生纠纷：“一些不太正规的中介，为了给予成交，可以拿到中介费，或者是图省事，就会让签约人代替配偶写个同意书，并且代替配偶签字，这样就存在着产生纠纷的风险。”不过刘先生表示，这几年因为这样的情况而产生纠纷的，已经不多见了。

北京麦田房产交易中心权证二部主管陈涛对记者表示，在二手房交易的过户手续中，只要求房本上写有名字的人到场办理手续，因此共有产权的房子只写一个人的名字，而此人擅自卖掉房产，在理论上是可以做到的。如果房本上写了夫妻二人的名字，那么过户的时候夫妻二人就必须都到现场办理手续。

律师观点

擅自卖房未过户，需承担违约责任

对于《意见》中的有关规定，北京亿达律师事务所律师王泽希解释说，这意味着夫妻二人共有房产若是只写了一方的名字，其擅自出售房屋并完成过户，只要购买人是善意购买，夫妻另一方要追回房屋，法院不予支持。

此外，王泽希律师还介绍说：“对于已经签署合同、尚未完成过户的二手房交易，配偶中一方以不知情为由要求撤销合同的，在2010年之前，类似案例的判决是合同无效。而在2010年该指导意见公布后，我们律所接触到的案例，都判决合同有效。若卖家反悔，应该由卖方承担违约责任。”

■ 小贴士

夫妻共有房产如何加名？

据陈涛介绍，夫妻共有房产如果只写了其中一方名字，想加上另一方名字的，如果房屋没有贷款，二人直接带结婚证和房本，到房管局办理即可。如果房屋有贷款，则必须由贷款银行出示同意变更的相关证明，但在实际操作中，由于涉及主贷款人变更等问题，大多数银行不会同意变更。

新京报记者 刘狄

结婚多年确认亲子关系不存在假父亲能否撤销赠与孩子的房产？

2014年2月26日 《上海律师》 郭 韧

案情简介

嘉欣和马俊以前是一个单位的同事，经常在一起办公，日久生情，并于2000年5月份登记结婚。2002年他们的爱女candy诞生。但是马俊却并不开心，希望再生一子。2006年8月，马俊果如所愿喜得一子，取名马啸天。第二年马俊在婚后房产上增加了马啸天的名字。但是周边的亲友都觉得马啸天和马俊没有一点相像之处，倒是很像马俊的朋友朱峰。周边的邻居、朋友也经常传出嘉欣和朱峰的感情不一般的传言，为此马俊经常和嘉欣吵架，马俊也提出去做亲子鉴定，但是嘉欣不同意。2011年底，马俊起诉到法院请求确认亲子关系不存在，并要求撤销其因存在重大误解而赠与马啸天的房产份额。

争议法律焦点

怎样从法律层面确认亲子关系是否存在？马俊能否以存在重大误解为由撤销其赠与马啸天的房产份额？马俊能否单独行使赠与房产的撤销权？

律师评析

随着民众婚姻家庭观念的转变，社会上的离婚率也越来越高，私生子，非婚生子，非亲生子女的现象也越来越普遍。

（一）关于法院如何认定亲属关系是否存在？

具体到本案，马俊通过系列现象得知自己抚养多年的儿子不是自己亲生，气愤的马俊只得起诉到法院。审理中在法院庭审中，原告马俊提供了自己和儿子血型不一致的证明，被告嘉欣和朱峰在一起的照片以及其他证明亲子关系不存在的证明材料。被告嘉欣没有提供相应的证据，只是主张马啸天是婚生子，但是仍旧拒绝做亲子鉴定。根据《婚姻法（解释三）》第二条的规定：夫妻一方向人民法院起诉请求确认亲子关系不存在，并已提供必要证据予以证明，另一方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定的，人民法院可以推定请求确认亲子关系不存在一方的主张成立。本

案法院于2012年3月据此作出确认原告与马啸天不存在亲子关系的判决

(二) 马俊能否在时隔多年后行使撤销权?

因马俊请求撤销赠与房产需分开起诉,马俊在另案起诉中以赠与当时存在重大误解为由,要求撤销2007年将系争房屋赠与马啸天的行为。根据《婚姻法》的规定,马俊与嘉欣婚后所购房产应为夫妻共有财产,马啸天并非该房屋当然的共有人。虽然系争房屋当时登记为三人共有,但是根据生活常识,该房产应为马俊夫妻二人对马啸天的赠与。但是马俊在时隔多年后,能否以其对赠与合同存在重大误解而主张行使可撤销合同中的撤销权?

根据《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》第七十一条的规定:“行为人因为对行为的性质、对方当事人、标的物的品种、质量、规格和数量等的错误认识,使行为的后果与自己的意思相悖,并造成重大损失的,可以认定为重大误解。”马俊将马啸天误认为是自己的亲生儿子,并基于亲子关系的认识而与嘉欣将夫妻共有房产三分之一的份额赠与马啸天,符合“重大误解”的认定标准。《合同法》第七十五条规定:“撤销权自债权人知道或者应当知道撤销事由之日起1年内行使。”马俊虽然在赠与完成4年后起诉行使撤销权,但在本案中并没有超过1年的诉讼时效。因为马俊是在2012年确认与马啸天不存在亲子关系,马俊知道撤销事由的时间就是法院判决确认之后,距其诉请撤销赠与不足一年,故其撤销权并未消灭。

(三) 马俊能否单独行使赠与夫妻共有房产的撤销权?

马俊虽然有权利行使撤销权,但行使撤销权的权利范围是我们值得关注的焦点。在本案的一审判决中,原审法院判决撤销马俊赠与马啸天六分之一的房产份额,是错误的。马俊基于重大误解赠与马啸天的房产属于夫妻共同财产,根据我国《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。”因此,对共有财产的处分,按份共有按绝对多数的原则,共同共有按全体一致的原则。本案对夫妻共同共有财产的赠与,属于对共有财产的处分行为。马俊在订立赠与合同时存在重大误解,表明其没有和嘉欣将夫妻共有的系争房屋份额赠与马啸天的真实意思。共同赠与因缺乏共同共有人之一马俊的同意而失去了存在的基础。根据相关法律规定:夫妻双方将共有财产赠与他人后,如夫妻一方在赠与合同订立时存在意思表示瑕疵,意思表示瑕疵一方可诉请法院撤销该赠与。如符合可撤销合同撤销权行使的法定条件,法院应判决撤销夫妻对他人的共同赠与,而不应仅判决撤销意思表示有瑕疵一方对他人的赠与。因此,马俊行使撤销权的效力应及于马俊与嘉欣的共同赠与行为。

结 论

在确认亲子关系的诉讼关系中,法院判决确认马俊与马啸天不存在亲子关系。对于原告撤销对马啸天的房产赠与的请求,告知其另行起诉。

在马俊另案起诉撤销赠与房产的案件中,一审法院判决撤销马俊对马啸天的房产赠与。马俊上诉后,二审法院认定因系争房屋属于夫妻共同财产,对系争房屋的赠与应在双方意思表示一致的基础上完成,马俊基于重大误解而赠与马啸天房产份额,因此马俊行使撤销权的效力应及于马俊与嘉欣的共同赠与行为。故二审法院判决:撤销原判;撤销马俊与嘉欣对马啸天房屋产权的赠与。

(作者单位:北京盈科(上海)律师事务所律师)

(五) 文件选读

北京市住建委关于对《北京市房屋登记工作规范》公开征求意见的通知

2014年1月28日

为规范本市房屋登记行为,维护房屋交易安全,依法保护权利人的合法权益。市住房城乡建设委对《房屋登记工作规范(试行)》进行了修订。

为广泛征集社会各界意见,现就该修订稿《北京市房屋登记工作规范》公开征求意见。请于2014年2月10日前,通过以下方式将意见和建议反馈市住房城乡建设委。

1. 邮箱: fwdjgf@163.com

2. 传真: 59958510

详见附件。

附件1.北京市房屋登记工作规范修订说明

附件2.北京市房屋登记工作规范(征求意见稿)

关于修订北京市《房屋登记工作规范(试行)》

有关问题的说明

一、修订的必要性

北京市《房屋登记工作规范(试行)》(京建权[2007]827号,以下简称《试行规范》)是我委依据《物权法》和《房屋登记办法》(建设部令第168号)等法律法规和规章制定的,自2009年2月20日起实施。随着我市房地产市场的发展,房屋登记工作中出现了一些新的问题需要规范和明确;2012年住建部发布了全国行业标准《房地产登记技术规程》,细化了房屋登记的办理程序和收取要件;另外,随着《物权法》贯彻实施的不断深入,司法实践对

房屋登记相关问题也有了比较明确的判断。基于上述情况，为更好地贯彻法律法规和技术标准的要求，进一步推进行政审批制度改革，规范房屋登记行为，方便群众办事，降低行政风险，维护房屋权利人的合法权益，我委对《试行规范》相关内容进行了修订。

二、修订的重点内容

（一）简化了相关程序，为申请人提供更加便捷的服务。

1、修订稿增加了新建商品房初始登记后的备案要求。对于新建商品房，按规定应当由开发企业先办理初始登记，再为购房人办理转移登记。由于购房人较多，开发企业均是分批申请办理；又由于办理登记需买卖双方共同申请，在开发企业不配合的情况下，购房人无法单独申请办理自己的产权证。为了方便购房人及时办理产权登记，修订稿规定，房地产开发企业完成房屋初始登记后，应当在房屋登记部门办理房屋转移登记备案手续，将企业应当提交的身份证明、委托书等申请材料事先一次性提交登记部门，购房人届时只需持本人身份证、买卖合同等相关材料即可随时自行办理产权证，但房屋地址、面积和价款有变化的，还应当提交与开发企业签订的补充协议。

这一要求不仅方便购房人根据自己的时间安排随时办理产权登记，也减轻了开发企业多次协助购房人办理转移登记的负担；同时还通过“合并同类项”的方式大大缩减了申请材料的复印数量，既给登记工作人员减轻了审核工作量，又给登记档案减了负。

2、修订稿取消了赠与合同必须公证的要求。赠与合同必须公证的规定开始于1991年司法部和建设部联合发布的《关于房产登记管理中加强公证的联合通知》，《通知》规定房产继承和赠与都必须先办理公证，再办理房产登记。上述规定对预防纠纷，减少诉讼，保证法律行为的合法性和真实性起到了重要作用。鉴于办理公证时需根据房产价值支付一定比例的公证费，近年来有律师和群众对这一规定提出了质疑，认为该文件没有上位法依据，不应执行。我们考虑，房屋赠与属于赠与方和受赠方共同申请办理的事项，在双方提交赠与合同且双方本人到场的情况下，登记部门已经有能力审查赠与行为的真实性，因此无需要求办理公证。但是，如果赠与方不能到场，委托他人办理，则委托书必须公证，以保证委托行为的真实性，避免假冒产权人将房屋赠与他人；如果受赠方不能到场，因受赠属获益行为，则其委托书无需公证（上述要求与房屋买卖相同）。

另外需要提及的是，对于房屋继承仍维持现行规定，先办理继承公证，再办理房屋登记。理由是，一是由于原产权人已经去世，《继承法》规定的继承情形比较复杂，继承人单方申请办理，登记部门难以审查继承行为的合法性和真实性，实践中此类纠纷和诉讼也比较多；二是住建部行业标准《房地产登记技术规程》也要求房屋继承应先公证，因此，修订稿保留了原规定。

3、修订稿取消了预售商品住宅购房人办理转移登记时提供专项维修资金收据的规定。根据《物业管理条例》第七条规定，业主应该按照国家有关规定交纳专项维修资金，也就是说不管是预售项目还是现售项目都应该交纳专项维修资金。《住宅专项维修资金管理办法》（建设部、财政部令第165号）第十二条规定，商品住宅的业主应当在办理房屋入住手续前，将住宅专项维修资金存入住宅专项维修资金专户。为保证住宅专项维修资金的足额收取，修订稿规定房地产开发企业办理商品住宅初始登记时，不再区分是否是预售项目，全部都要提交专项维修资金交讫证明。又由于《北京市物业管理条例》（北京市人民政府令第219号）第三十五条规定，物业转让时，业主应当向受让人说明专项维修资金交存和结余情况，该物业分户账中结余的专项维修资金随物业同时过户。第三十八条规定，业主转让物业的，应当与物业服务企业、专业性服务企业结清相关费用。因此，在保证整栋楼专项维修资金交存的情况下，没必要在转移登记时再收取专项维修资金收据。

4、修订稿取消了房改房遗失补证需售房单位出证明的规定。原登记规范规定，产权证书遗失的，产权人登报声明作废后可申请补发，但房改房产权证遗失的，需原售房单位出具已领证的说明后才能补发。这一规定的背景是，由于房改房产权证都是由单位代为办理，一些单位在售房时与职工有特殊约定，为防止职工擅自将房屋上市交易，职工的产权证往往由单位统一保管，以此约束职工。我市2000年初制定的房改房上市出售办法曾经规定过，与产权单位有特殊约定（规定住满五年内容的除外）的，上市时应按约定执行。但2003年12月1日起施行的《北京市城市房地产转让管理办法》（市政府第135号令）第十六条明确规定“已购公有住房转让时，可以不征得原售房单位同意。”又根据《物权法》规定，房屋登记簿才是物权归属和依据，房产证和登记簿记载不一致的，原则上以登记簿为准。因此，原来的规定一是没有法律依据；二是遗失补证并非房屋上市交易，不会发生新的登记行为；三是原来的房改售房单位经过多年变化，有的重组、改制，有的已经不存在甚至已破产，如果再找原单位开证明，确实非常困难，也没有必要，所以修订稿取消了这一规定。

（二）细化了集体土地范围内房屋登记的程序及相关材料。

今年，中央1号文从农村土地确权、权利保障、权利实现方式等方面进一步明确了农村土地的市场化改革方向和路径。在符合规划和用途管制的前提下，允许农村集体经营性建设用地出让、租赁、入股，实行与国有土地同等入市、同权同价，加快建立农村集体经营性建设用产权流转和增值收益分配制度。

为加快城乡统筹发展，维护农村集体经济组织和农民合法权益，赋予农民更多财产权利，真正让农民实现资产向资本转化，推动农村经济快速发展，2013年经市政府批准，我委在海淀区、大兴区、平谷区进行了集体建设用地范围内房屋登记试点工作。修订稿在吸取试点区县经验上，细化了集体土地范围内房屋登记的程序及相关材料。

(三) 进一步降低行政风险，加强登记队伍建设，提高工作质量。

1、修订稿增加了建立房屋登记审核委员会的要求。登记工作中经常会遇到一些疑难问题，为有效解决这些问题，提高登记质量，避免行政风险，在吸取我委房屋登记疑难问题会商工作经验以及贯彻住建部《房地产登记技术规程》的基础上，修订稿规定，市住建委和各区县登记部门应设立房屋登记审核委员会，负责会审房屋登记重大疑难事项。房屋登记审核委员会应由3人及以上单数组成，其中登记官不应少于总人数的1/2。

2、修订稿对登记人员从业条件提出了要求。修订稿规定，房屋登记人员应当具备与其岗位相适应的专业知识，取得市住房城乡建设委颁发的岗位资格证书。其中，在审核、登簿、质量检查等重要岗位工作的人员，还应当取得住建部颁发的房屋登记官资格证书。同时规定登记部门应当加强登记人员培训考核及日常管理。

2009年住建部开始推行房屋登记官培训考核制度，要求房屋登记机构在岗人员，取得《房屋登记官考核合格证书》，成为房屋登记官，方可从事审核工作。2012年6月住建部实施的《房地产登记技术规程》，更以强制性条款的形式规定记载于登记簿岗位必须由房屋登记官担任。

我委从2011年开始组织登记人员参加全国房屋登记官考核，全市房屋登记工作人员共800余人，473人取得房屋登记官证书。今后我委还将开展新入职人员培训，不断提高工作人员素质，进一步提升服务水平。

3、修订稿规范了登记岗位设置和职责要求。为健全和完善房屋登记管理体制，保障工作顺利开展，修订稿规定，房屋登记部门应当建立和完善管理体制，采取基本配置和外聘服务相结合的方式，设立专门队伍，其中受理、审核、登簿、质量管理等岗位由房屋登记官和正式工作人员承担，辅助性工作由外聘人员承担，所需经费纳入同级财政预算。

为提高审核质量，加强内部制约，避免廉政风险，修订稿还规定，同一登记业务的受理、审核、质量管理岗位不得由同一人担任。

(四) 进一步规范了房屋登记各类业务的办理标准，统一了全市登记用章、各类文书和表单内容及填写要求。

三、需要说明的几个问题

(一) 修订稿与不动产统一登记的关系。党的十八届二中全会审议通过的《国务院机构改革和职能转变方案》和国务院第31次常务会议决定整合不动产登记职责，建立不动产统一登记制度。修订稿是规范房屋登记的一个规范性文件，考虑到房屋登记与群众关系密切，工作一日不可停顿，在北京市相关方案出台之前，房屋登记工作仍按现行模式执行。待北京市相关方案出台后，再根据工作安排另行调整。

(二) 修订稿对特殊房屋的处理。对房改房、保障性住房、中央国家机关办公用房、军队房产等房屋的登记和管理，国家和本市还有一些特别规定，鉴于涉及到的部门和政策都比较多，修订稿不再一一列举，凡上述房屋的登记管理，按修订稿和相关规定执行。

(三) 修订稿与限购政策的关系。目前我市实行住房限购政策，对购房人资格有一定要求。修订稿仅就房屋登记的一般性要求做了规定，涉及限购内容的，我市有专门规定，仍按相关规定执行。

北京市房屋登记工作规范（征求意见稿）

1.总则

1.1（依据）

为规范本市房屋登记行为，维护房屋交易安全，依法保护权利人的合法权益，依据《中华人民共和国物权法》、《中华人民共和国城市房地产管理法》、《中华人民共和国城乡规划法》、《北京市城乡规划条例》、《房屋登记办法》、《北京市城市房地产转让管理办法》等相关法律、法规及规章，结合本市实际，制定本规范。

1.2（适用范围）

本规范适用于本市行政区域内的房屋登记。

本规范所称房屋登记，是指房屋登记机构依法将房屋权利和其他应当记载的事项在房屋登记簿上予以记载的行为。

本规范所称房屋权利人（以下简称权利人），是指依法享有房屋所有权、房屋他项权利等房屋权利的自然、法人或者其他组织。

本规范所称军队房产是指依法由军队或者武装警察部队使用、管理的房屋等。

1.3（登记机构职权）

北京市住房和城乡建设委员会（以下简称市住房城乡建设委）是本市房屋登记机构，负责本规范的组织实施。

市住房城乡建设委建立全市统一的房屋登记簿和房屋登记信息系统，制定统一的房屋登记技术规范，指导、监督登记部门开展房屋登记工作。

国家与本市对不动产统一登记有其他规定的，从其规定。

1.4（业务分工）

北京市房屋权属登记事务中心、各区县住房和城乡建设委员会（房屋管理局）、经济技术开发区房屋土地管理局（以下简称登记部门）受市住房城乡建设委委托，负责具体承担房屋登记工作。

北京市房屋权属登记事务中心负责办理全市范围内的军队房产、涉密房产、中央国家机关办公用房等房屋登记。

前款范围以外的房屋登记，由房屋所在地区县登记部门负责办理。

1.5（房屋登记簿形式）

房屋登记簿是房屋权利归属和内容的根据，应当记载房屋自然状况、权利状况以及其他依法应当登记的事项。房屋登记簿记载的内容按《房屋登记簿管理试行办法》规定记载。

房屋登记簿应采用电子介质形式，且有唯一、确定的纸介质转化形式。记载于登记簿时点以登记官将登记事项在登记簿上记载完毕并点击确认之时为准。

电子登记簿应定期异地备份，并配备必要的安全保护设施。

任何人不得擅自更改登记簿。登记簿记载事项有误，应当按照更正登记程序进行更正。

1.6（证书及证明）

登记部门应当根据房屋登记簿的记载，颁发统一的房屋权属证书、登记证明。包括：

- (一)房屋所有权证；
- (二)房屋他项权证；
- (三)登记证明。

申请登记房屋为共有房屋的，登记部门应当在房屋权属证书、登记证明上注明“共有”字样。

房屋权属证书、登记证明上加盖房屋登记机构房屋登记专用章。

1.7（登记原则）

办理房屋登记，应当遵循房屋所有权和房屋占用范围内的土地使用权权利主体一致的原则。

房屋登记应当依申请启动，也可依法定职权启动。

1.8（审核委员会）

市住房城乡建设委和各登记部门应设立房屋登记审核委员会，负责会审房屋登记重大疑难事项。房屋登记审核委员会应由3人及以上单数组成，其中登记官不应少于总人数的1/2。

1.9（信息查询）

登记部门应依法提供房屋登记信息查询服务。

1.10（人员标准）

房屋登记人员应当具备与其岗位相适应的专业知识，取得市住房城乡建设委颁发的岗位资格证书。从事房屋登记审核、登簿、质量检查工作的人员，还应当取得住房和城乡建设部颁发的房屋登记官资格证书。

同一登记业务的受理、审核、质量管理岗位不得由同一人担任。

1.11（标识形象）

登记部门应当使用市住房城乡建设委统一制作的房屋登记标识。

1.12（人员管理）

登记部门应当加强登记人员培训考核及日常管理工作，建立和完善管理体制，采取基本配置和外聘服务相结合的方式，设立专门队伍，其中受理、审核、登簿、质量管理等岗位由房屋登记官和正式工作人员承担，辅助性工作由外聘人员承担，所需经费纳入同级财政预算。

2.一般规定

2.1（登记程序）

办理房屋登记，一般依照下列程序进行：

- (一)申请；
- (二)受理；
- (三)审核；
- (四)记载于登记簿；
- (五)发证。

登记部门认为必要时，可以就登记事项进行公告。

2.2（基本单元）

房屋应当按照基本单元进行登记。

房屋基本单元是指有固定界限、可以独立使用并且有明确、唯一编号（幢号、室号等）的房屋或者特定空间。成套住房，以套为基本单元进行登记；非成套住房，以房屋的幢、层、间等有固定界限的部分为基本单元进行登记。

非住房以房屋的幢、层、套、间等有固定界限并可以独立使用的部分为基本单元进行登记。

平房院可依申请以门牌坐落为基本单元进行登记。

2.3（登记文字）

房屋登记簿、房屋权属证书、登记证明应当使用中华人民共和国法定规范汉字缮写。

申请登记材料应当使用汉字文本，外文文本的申请材料应当附经公证或认证的汉字译本。

涉及数量、日期、编号的，应当使用阿拉伯数字。

2.4（身份证明）

申请人申请房屋登记，应当提交下列相应身份证明材料，军队、武装警察部队除外。

- 1、境内自然人：居民身份证，未成年人为居民身份证或户口簿；
- 2、中华人民共和国香港、澳门特别行政区自然人：香港、澳门特别行政区居民身份证或香港、澳门特别行政区护照、港澳居民来往内地通行证、港澳同胞回乡证；
- 3、中华人民共和国台湾地区自然人：台湾居民来往大陆通行证（台胞证）；
- 4、华侨：中华人民共和国护照和住在国外长期居留身份证件；
- 5、外籍人士：中国政府主管机关签发的居留证件或其所在国护照；
- 6、境内机关法人、事业单位法人和社团法人、企业法人及其他组织：组织机构代码证；
- 7、境外企业法人、境外其他组织：其成立的批准文件，或注册证明，或商业登记证；
- 8、外国驻华使馆、领馆和外国驻华办事机构、国际组织驻华代表机构：该使馆、领馆、办事机构、代表机构出具的身份证明。

2.5（特殊审批）

境外机构和境外个人申请房屋登记（继承和法院判决除外），应当经本市涉外建设项目国家安全审查办公室批准，但该项目已经过批准的除外。

各国驻华大使馆、各国际组织驻华代表机构、享有外交特权与豁免的人员，应当提交外交部同意其购房的照会。涉及国家安全、军事秘密的房屋登记，有关当事人应当按相关规定事先办理审查手续。

2.6（申请材料）

申请人应当向房屋所在地登记部门提交登记材料申请房屋登记。

申请登记材料应当提供原件。登记部门不能留存原件的，申请人应当提交与原件一致的复印件并提供原件，由登记人员比对。不能提供原件比对的，申请人应当提供出具该原件的机关或法定存档机构确认与原件一致的复印件，或者公证机构公证的复印件与原件一致的证明。

申请人应当对申请登记材料的真实性、合法性、有效性负责，不得隐瞒真实情况或者提供虚假材料申请房屋登记。

2.7（单方申请）

房屋登记应当由当事人共同申请。有下列情形之一的，可以由当事人单方申请：

- (一)因合法建造房屋取得房屋权利；
- (二)因人民法院、仲裁委员会的生效法律文书取得房屋权利；
- (三)因继承、受遗赠取得房屋权利；
- (四)本规范 3.3.1 规定的变更登记情形；
- (五)房屋灭失；
- (六)权利人放弃房屋权利；
- (七)权利人申请不涉及房屋权利归属和内容的更正登记；
- (八)异议登记；
- (九)预售人和预购人订立商品房买卖合同后，预售人未按约定与预购人申请预告登记，预购人申请预告登记；
- (十)法律、法规、规章规定的其他情形。

2.8（共有房屋）

共有的房屋，应由共有人共同申请登记。共有人应当书面约定共有方式；按份共有的，还应当明确共有人各自占有的份额。

按份共有人转让其拥有的房屋份额，应当提供其他按份共有人放弃优先购买权的证明。

按份共有人以其所有份额设定抵押的，可不提供其他共有人同意抵押的书面证明。

2.9（委托）

当事人委托代理人代为申请房屋登记的，应当出具委托双方的身份证明、授权委托书。委托书应载明委托事项、登记房屋坐落等内容，并经委托人和受托人签字确认。

2.10（公证或认证）

申请登记材料有下列情形之一的，当事人应当按照有关规定办理公证或者认证：

(一)自然人委托代理人处分房屋、申请异议登记、涉及权利归属的更正登记、放弃房屋所有权的注销登记、撤回登记申请、抵押权人是自然人的抵押权注销登记，应当提交经公证或认证的授权委托书；

(二)因继承、受遗赠申请房屋登记的，提交继承权公证书，但人民法院生效法律文书确认房屋继承、受遗赠事

实的除外；

(三)父母之外其他监护人处分未成年人房屋申请登记的，应当提交经公证或认证的对未成年人享有监护权的证明，但人民法院、居委会或村委会指定监护的除外；

(四)香港、澳门、台湾及外国申请人委托他人申请房屋登记的，应当提交公证的授权委托书。

香港、澳门地区公证书应当由中国法律服务(香港或澳门)有限公司加盖转递专用章。

台湾地区出具的公证书应当由北京市公证协会确认。

外国出具的公证文书应当经中国驻该国使馆、领馆认证，与中国没有外交关系的国家，应当经该国和中国都有外交关系的第三国的中国使、领馆认证。

除委托、声明、遗嘱等单方法律行为外，其他涉及房屋的公证应由本市公证机构出具。

2.11（监护）

未成年人的房屋，应当由其监护人代为申请登记。监护人代为申请时，应当提交本人和未成年人的身份证明、监护关系证明。因处分未成年人房屋申请登记的，监护人还应当提供为未成年人利益处分房屋的书面保证。

其他无民事行为能力人和限制民事行为能力人申请房屋登记的，应当由其监护人代为申请登记。监护人代为申请登记的，除提交本人和被监护人的身份证明、监护关系证明外，还应当提交人民法院认定无民事行为能力或者限制民事行为能力的生效法律文书。

2.12（公告）

登记部门公告房屋权属证书或登记证明作废，或者公告其他与登记有关的事项，应当在市住房城乡建设委网站发布公告，公告期不少于5天，自发布之日起开始计算。

2.13（境外司法文书认可）

用于申请房屋登记的境外司法文书应当经有管辖权的北京市中级人民法院裁定予以认可和执行。

2.14（受理）

申请人提交的申请登记材料齐全且符合法定形式的，登记部门应当予以受理，出具受理通知单，并告知申请人应缴纳的登记费。

申请人提交的申请登记材料不齐全或者不符合法定形式的，应当不予受理，并告知申请人需补正的内容或不予受理的原因。

2.15（询问）

登记部门应当查验申请登记材料，并就有关事项询问申请人。询问结果应经被申请人或其委托代理人签字确认，并归档保留。

登记部门认为申请登记房屋的有关情况需要进一步证明的，可以要求申请人补充材料。

2.16（实地查看情形）

登记部门办理下列房屋登记应当实地查看：

- (一)房屋所有权初始登记；
- (二)因房屋灭失导致的房屋所有权注销登记；
- (三)登记部门认为有必要实地查看的其他登记。

房屋登记部门实地查看时，申请人应当予以配合，指认申请登记房屋的具体位置。

2.17（准予登记）

登记申请符合本规范相应登记条件的，登记部门应当予以登记，将申请登记事项记载于房屋登记簿。

2.18（登记撤回）

登记部门将申请登记事项记载于房屋登记簿之前，全部申请人提交身份证明和申请书可以撤回登记申请。登记部门应当准予撤回，收回受理凭证，并退还申请材料。

2.19（不予登记情形）

有下列情形之一的，登记部门应当不予登记：

- (一)未依法取得规划许可、施工许可或者未按照规划许可内容建造的建筑申请登记的；
- (二)申请人不能提供合法、有效的权利来源证明文件或者申请登记的房屋权利与权利来源证明文件不一致的；
- (三)申请登记事项与房屋登记簿记载冲突的；
- (四)申请登记房屋不能特定或者不具有独立利用价值的；
- (五)房屋已被依法征收、没收，原权利人申请登记的；
- (六)房屋被依法查封期间申请登记的；
- (七)法律、法规、规章和本规范规定的其他不予登记的情形。

2.20（不予登记要求）

登记部门决定不予登记的，应当将登记申请材料复印留存，并向申请人出具不予登记决定书，将登记材料退还申请人，由申请人在退回材料的清单上签字确认。

2.21（登记时限）

自受理登记申请之日起，登记部门应当于下列法定时限内，将申请登记事项记载于房屋登记簿或作出不予登记决定：

（一）国有土地范围内房屋所有权登记，30个工作日；集体土地范围内房屋所有权登记，60个工作日；其他房屋所有权登记，10个工作日；

（二）抵押权登记、地役权登记，10个工作日；

（三）预告登记、更正登记，10个工作日；

（四）异议登记、补证、换证，1个工作日。

公告时间不计入前款规定时限。因特殊原因需要延长登记时限的，经登记部门负责人批准可以延长，但最长不得超过原时限的一倍。法律、法规、规章对登记时限另有规定的，从其规定。

需要申请人补充登记材料的，补充材料时间不计入登记时限。

登记部门可以在上述法定时限内，承诺缩短相应办理时限，提高工作效率。

2.22（暂缓办理）

有下列情形之一的，登记部门应当暂缓办理权利人处分房屋申请的登记：

（一）异议登记期间；

（二）更正登记期间。

2.23（领证要求）

权利人(代理人)应当持受理通知单和身份证明领取房屋权属证书或者登记证明；共有人应当分别领取相应证书或证明。

2.24（登记簿效力）

房屋权属证书、登记证明与房屋登记簿记载不一致的，除有证据证明房屋登记簿确有错误外，以房屋登记簿为准。

2.25（撤销登记）

司法机关、行政机关、仲裁委员会发生法律效力文件，证明当事人以隐瞒真实情况，提交虚假材料等非法手段获取房屋登记的，由登记部门作出撤销登记决定，在房屋登记簿中予以记载，并将撤销登记决定送达有关当事人，原房屋权属证书、登记证明收回或在市住房城乡建设委网站公告作废；但司法机关、行政机关、仲裁委员会发生法律效力文件证明房屋权利为他人善意取得的除外。

2.26（房产平面图）

凡涉及所有权初始登记、建筑改扩改建、房屋权属界线分割合并或房屋从原房屋所有权证中分出单独发证的，均需提交房产平面图原件二份；其他登记可提供原房屋所有权证附图的复印件；原证后无附图的，所发房屋所有权证不附图。

2.27（登记资料归集）

登记部门应当按照房屋登记档案管理标准将房屋登记资料及时归档并妥善保管。

2.28（档案销毁范围）

下列纸质档案可列入销毁范围，登记部门应当按规定进行鉴定销毁：

（一）抵押权登记已注销满5年；

（二）查封登记已解除满5年；

（三）地役权登记已注销满2年；

（四）预告登记已注销满2年；

（五）异议登记已注销满2年。

2.29（登记资料利用）

登记部门应当依法提供房屋登记资料查询、复制服务。申请查询、复制房屋登记资料的，应当按照规定的权限和程序办理。

申请人自行摘录的登记资料不得加盖登记资料查询专用章。

2.30（资料利用特殊规定）

涉及国家安全、军事等保密的房屋登记资料，必须经国家安全、军事等有权机关书面同意后，方可查询、复制。

2.31（军队房产登记要求）

军队房产由驻用单位申请登记，登记簿记载的权利人为“中国人民解放军总后勤部（驻用单位名称）”。

武装警察部队房产由驻用单位申请登记，登记簿记载的权利人为“中国人民武装警察部队后勤部（驻用单位名称）”。

2.32（央产已购公有住房登记要求）

央产已购公有住房转移登记、变更登记、抵押登记时，需收取《中央在京单位已购公房变更情况通知单》。

3. 国有土地范围内房屋所有权登记

3.1 初始登记

3.1.1 (初始登记提交材料)

新建房屋竣工后，当事人申请房屋所有权初始登记的，应当提交下列材料：

- (一) 登记申请书；
- (二) 申请人身份证明；
- (三) 国有土地使用权证明；划拨土地未登记的，可提交市或区人民政府批准使用划拨用地的文件；
- (四) 建设工程规划许可证，2002年1月1日后竣工项目还应当提交建设工程规划核验（验收）合格证明；
- (五) 单体建筑面积300平方米以上或者工程投资额在30万元以上的建筑，应当提交建筑工程施工许可证、工程竣工验收合格证明；
- (六) 房产测绘成果备案表，申请平房登记的提交房屋面积测算成果报告书；
- (七) 区县公安分局出具的北京市门楼牌编号证明；
- (八) 其他必要材料。

3.1.2 (初始登记实地查看内容)

初始登记实地查看包括以下内容：

- (一) 房屋是否已建造完毕；
- (二) 幢数、每幢房屋的层数是否在建设工程规划许可范围内；
- (三) 房屋坐落是否与区县公安部门出具的北京市门楼牌编号证明一致。

3.1.3 (初始登记准予登记条件)

符合下列条件的房屋所有权初始登记申请，应当准予登记：

- (一) 申请人是土地使用权人，且与身份证明主体一致；
- (二) 申请登记房屋占用的土地在国有土地使用权证明文件记载的范围内；
- (三) 申请登记房屋在建设工程规划许可范围内，且符合规划许可批准的用途、幢数、层数；
- (四) 申请登记房屋在施工许可范围内，且已竣工验收；
- (五) 申请登记房屋地址与区县公安分局出具的北京市门楼牌编号证明一致；
- (六) 申请登记房屋面积与房产测量成果一致；
- (七) 不属于不予登记或暂缓登记的情形。

3.1.4 (开发企业初始登记规定)

房地产开发企业申请房屋所有权初始登记时，应当依据规划许可文件对建筑区划内属于全体业主共有的公共场所、公用设施及物业服务用房等房屋一并申请登记，由房屋登记部门在房屋登记簿上予以记载，权利主体为全体业主，不颁发房屋权属证书。

房地产开发企业完成初始登记后，应当在房屋登记部门办理房屋转移登记备案手续。房屋买受人凭转移登记材料可以自行申请房屋转移登记，但房屋地址、面积和价款有变化的，还应当提交与开发企业签订的补充协议。

3.2 转移登记

3.2.1 (转移登记情形)

经登记的房屋有下列情形之一的，当事人应当在事实发生后或者有关法律文书生效后申请房屋所有权转移登记：

- (一) 买卖；
- (二) 交换；
- (三) 赠与；
- (四) 继承、接受遗赠；
- (五) 调拨、移交、划转；
- (六) 拍卖；
- (七) 法人或其他组织改组改制、合并(兼并)、分立、清算，导致房屋所有权发生转移的；
- (八) 房屋分割、合并，导致房屋所有权发生转移的；
- (九) 以房屋作价投资、入股、抵债；
- (十) 人民法院或仲裁委员会生效法律文书确认房屋所有权发生转移；
- (十一) 因征收导致房屋所有权发生转移；
- (十二) 法律、法规、规章规定的其他情形。

3.2.2 (转移登记提交材料)

申请房屋所有权转移登记，应当提交下列材料：

- (一) 登记申请书；

- (二) 申请人身份证明;
- (三) 房屋所有权证; 已办理预告登记的, 还应提交预告登记证明;
- (四) 房屋所有权发生转移的证明文件;
- (五) 契税完税或减(免)税凭证;
- (六) 房产平面图;
- (七) 其他必要材料。

前款第(四)项材料可以是买卖合同, 交换合同, 赠与合同, 继承权公证书, 调拨、移交或划转文件, 拍卖成交确认书, 改制、合并或分立的证明, 分割合并协议, 出资入股协议, 清算证明, 征收决定和征收补偿协议, 人民法院或者仲裁委员会的生效法律文书, 或者证明房屋所有权发生转移的其他材料。

2005年3月15日以后签订商品房预售合同的, 提交网上签订的预售合同; 2006年1月1日后签订商品房现房买卖合同的, 提交网上签订的现房买卖合同; 存量房2008年10月15日买卖提交网上签订的买卖合同。

申请整幢楼房或整宗土地上的房屋转移登记, 应提交国有土地使用权证或市、区县人民政府批准使用划拨用地的文件; 其中土地使用权为划拨用地的, 还应提交土地管理部门出具的同意划拨用地转让的批准文件。

3.2.3 (转移登记准予登记条件)

符合下列条件的房屋所有权转移登记申请, 应当准予登记:

- (一) 申请人与身份证明记载主体一致;
- (二) 转让人与房屋所有权发生转移的证明材料中的转让人、房屋所有权证和房屋登记簿记载的所有权人一致; 受让人与房屋所有权发生转移的证明材料中的受让人姓名或者名称一致;
- (三) 申请登记的房屋, 在房屋登记簿和房屋所有权证记载范围内; 与房屋所有权发生转移文件约定的房屋一致;
- (四) 申请登记的房屋与契税完税或减(免)税凭证记载的房屋坐落一致;
- (五) 已办理房屋所有权转移预告登记的房屋, 受让人的姓名或者名称应当与预告登记权利人一致;
- (六) 不属于不予登记或暂缓登记的情形。

3.2.4 (带抵押房屋的转移)

房屋抵押期间, 抵押人转让抵押房屋的所有权, 申请房屋所有权转移登记时, 除提交本规范3.2.2规定材料外, 抵押权人应到场, 并提交抵押权人的身份证明、抵押权人同意抵押房屋转让的书面文件、他项权利证书或抵押权预告登记证明。

3.3 变更登记

3.3.1 (变更登记情形)

经登记的房屋有下列情形之一的, 权利人应当在事实发生后申请变更登记:

- (一) 权利人姓名、名称或身份证明信息发生变化的;
- (二) 房屋坐落发生变化的;
- (三) 房屋面积增加或者减少的;
- (四) 房屋规划用途发生变化的;
- (五) 同一所有权人分割或者合并房屋的;
- (六) 房屋性质发生变化的;
- (七) 共有的房屋, 共同共有与等额按份共有相互转换的;
- (八) 法律、法规、规章规定的其他情形。

3.3.2 (变更登记提交材料)

申请房屋所有权变更登记, 应当提交下列材料:

- (一) 登记申请书;
- (二) 申请人身份证明;
- (三) 房屋所有权证;
- (四) 房屋所有权发生变更事实的证明文件;
- (五) 房产平面图;
- (六) 其他必要材料。

3.3.3 (变更文件种类)

3.3.2第(四)项“发生变更事实的证明文件”包括以下证明文件:

- (一) 公安、外事、工商或批准其成立的部门出具的证明权利人姓名、名称或者身份证明信息发生变化的文件;
- (二) 公安部门出具的证明房屋坐落发生变化的文件;
- (三) 规划管理部门出具的证明房屋规划用途变更的文件;
- (四) 房屋翻改建导致面积增加或减少的, 提交建设工程规划许可证明、房屋测绘备案表(平房提交房屋面积测算成果报告书)、2002年1月1日后竣工项目还应提交工程规划验收合格证明; 单体建筑面积300平方米以上或者

工程投资额在 30 万元以上的建筑工程，还应提交施工许可证和工程竣工验收合格证明；

- (五) 人民法院或仲裁委员会的生效法律文书；
- (六) 其他证明房屋所有权发生变更的材料。

3.3.4 (变更登记准予登记条件)

符合下列条件的房屋所有权变更登记申请，应当准予登记：

- (一) 申请人与身份证明主体、房屋登记簿记载一致；
- (二) 申请登记房屋与房屋登记簿记载一致；
- (三) 申请变更事项与相关部门出具的证明文件内容一致；
- (四) 不属于不予登记或暂缓登记情形。

3.4 注销登记

3.4.1 (注销登记情形)

经登记的房屋有下列情形之一的，权利人应当在事实发生后申请房屋所有权注销登记：

- (一) 房屋灭失的；
- (二) 放弃房屋所有权的；
- (三) 法律、法规、规章规定的其他情形。

3.4.2 (注销登记提交材料)

申请房屋所有权注销登记，应当提交下列材料：

- (一) 登记申请书；
- (二) 申请人身份证明；
- (三) 房屋所有权证；
- (四) 房屋灭失或放弃房屋所有权的证明文件；
- (五) 其他必要材料。

前款第(四)项材料可以是房屋倒塌的情况说明，或征收决定及房屋已被拆除的证明；房屋所有权人放弃所有权的承诺书，或者其他相关证明材料。

被放弃所有权的房屋存在他项权利或预告登记的，还应提交他项权利人或者预告登记权利人同意的书面证明。

3.4.3 (注销登记实地查看内容)

因房屋灭失导致的房屋所有权注销登记实地查看应包括下列主要内容：

- (一) 申请登记的房屋坐落与房屋登记簿记载是否一致；
- (二) 房屋是否已灭失。

3.4.4 (注销登记准予登记条件)

符合下列条件的房屋所有权注销登记申请，应当准予登记：

- (一) 申请人与房屋所有权证、房屋登记簿记载的所有权人一致；
- (二) 申请登记的房屋在房屋所有权证、房屋登记簿记载的范围内；
- (三) 不属于不予登记或暂缓登记的情形。

3.4.5 (依职权注销登记)

经登记的房屋所有权消灭后，原权利人未按照本规范 3.4.2 申请注销登记的，登记部门可以依据人民法院、仲裁委员会的生效法律文书或者人民政府的生效征收决定，办理注销登记，将注销事项记载于房屋登记簿，原房屋权属证书收回或者在市住房城乡建设委网站公告作废。

依据人民法院、仲裁委员会的生效法律文书办理注销登记的，生效法律文书应当载明房屋坐落及当事人名称。

房屋征收部门可以依据人民政府的生效房屋征收决定、被征收人明细表、房屋已拆除证明、原房屋所有权证等材料办理注销登记。

4. 国有土地范围内他项权利登记

4.1 抵押权登记

4.1.1 一般抵押权

4.1.1.1 一般抵押权设立登记

4.1.1.1.1 (一般抵押权设立登记提交材料)

经登记的房屋，当事人申请一般抵押权设立登记，应当提交下列材料：

- (一) 登记申请书；
- (二) 申请人身份证明；
- (三) 房屋所有权证；
- (四) 主债权合同；
- (五) 抵押合同；

(六)其他必要材料。

4.1.1.1.2 (一般抵押权设立登记准予登记条件)

符合下列条件的一般抵押权设立登记申请，应当准予登记：

(一)申请登记的抵押人与房屋所有权证、房屋登记簿记载的所有权人、抵押合同中的抵押人一致；

(二)申请登记的抵押权人与抵押合同中的抵押权人一致，与主债权合同中的债权人一致（委托银行贷款的抵押权人、反担保的抵押权人除外）；

(三)申请登记的房屋在房屋所有权证、房屋登记簿记载的范围内；

(四)不属于不予登记或者暂缓登记的情形。

4.1.1.2 在建工程抵押转抵押

4.1.1.2.1 (在建工程抵押转抵押提交材料)

在建工程抵押转为房屋所有权抵押登记，应提交下列材料：

(一)登记申请书；

(二)申请人身份证明；

(三)房屋所有权证；

(四)国有土地使用权证；

(五)以在建工程设立抵押的主债权合同、抵押合同；

(六)抵押人与抵押权人关于在建工程抵押转为房屋所有权抵押的书面协议；

(七)其他必要材料。

4.1.1.2.2 (在建工程抵押转现房抵押的抵押物范围)

在建工程抵押转房屋所有权抵押的，抵押物不包括以下房屋：

(一)已经销售的房屋；

(二)已经登记为全体业主共有的房屋；

(三)办理在建工程抵押登记后土地上新增的房屋；

(四)法律、法规、规章规定的其他情形。

4.1.1.2.3 (在建工程抵押转抵押准予登记条件)

符合下列条件的在建工程抵押转房屋所有权抵押登记申请，应当准予登记：

(一)申请人与在建工程抵押登记证明记载的抵押人、抵押权人一致；

(二)抵押人与土地使用权证记载的权利人一致；

(三)不属于不予登记或者暂缓登记的情形。

4.1.1.3 一般抵押权转移登记

4.1.1.3.1 (提交材料)

经登记的房屋一般抵押权因主债权转让而发生转移的，主债权的转让人和受让人应当申请抵押权转移登记，并提交下列材料：

(一)登记申请书；

(二)申请人身份证明；

(三)房屋他项权证；

(四)主债权、抵押权发生转移的证明文件；

(五)其他必要材料。

同一房屋设定数个抵押权，其中一个抵押权办理转移登记的，该抵押权的顺位不发生改变。

4.1.1.3.2 (准予登记条件)

符合下列条件的一般抵押权转移登记申请，应当准予登记：

(一)抵押人与房屋他项权证、房屋登记簿记载的抵押人一致；

(二)抵押权转让申请人与债权转让合同、抵押权转让合同中的转让人和房屋他项权证、房屋登记簿记载的抵押权人一致；

(三)抵押权受让申请人与债权转让合同、抵押权转让合同中的受让人一致；

(四)抵押房屋与房屋他项权证、房屋登记簿记载的抵押房屋一致；

(五)不属于不予登记或者暂缓登记的情形。

4.1.1.4 一般抵押权变更登记

4.1.1.4.1 (情形)

有下列情形之一的，当事人应当申请一般抵押权变更登记：

(一)抵押当事人姓名或者名称、身份证明信息发生变化的；

(二)抵押房屋坐落、面积、规划用途变更的；

(三)抵押标的物范围、担保主债权数额、债务履行期限、担保范围或者抵押权顺位发生变化的。

4.1.1.4.2 (提交材料)

当事人申请一般抵押权变更登记，应当提交下列材料：

- (一)登记申请书；
- (二)申请人身份证明；
- (三)房屋他项权证；
- (四)证明房屋抵押权发生变更的文件；
- (五)抵押当事人姓名或者名称、抵押房屋坐落、面积、规划用途变更的，提交房屋所有权证；
- (六)其他必要材料。

属于 4.1.1.4.1 第(三)项所列情形之一，且该房屋存在其他抵押权人(预告登记权利人)的，还需提交其他抵押权人(预告登记权利人)同意的书面证明。

属于 4.1.1.4.1 条第(一)、(二)项所列情形之一的，不需提交“证明房屋抵押权发生变更的文件”。

4.1.1.4.3 (一般抵押权变更登记准予登记条件)

符合下列条件的一般抵押权变更登记申请，应当准予登记：

- (一)申请人与房屋他项权证、房屋登记簿记载的房屋抵押人、抵押权人一致；
- (二)申请变更的内容与提交的有关证明文件内容一致；
- (三)申请抵押房屋与房屋登记簿记载的抵押房屋一致；
- (四)不属于不予登记或者暂缓登记的情形。

4.1.2 最高额抵押权

4.1.2.1 最高额抵押权设立登记

4.1.2.1.1 (提交材料)

申请房屋最高额抵押权设立登记，应当提交下列材料：

- (一)登记申请书；
- (二)申请人身份证明；
- (三)房屋所有权证；
- (四)一定期间内将要连续发生债权的债权合同或者其他登记原因证明；
- (五)最高额抵押合同；
- (六)其他必要材料。

为最高额抵押权设立前已经存在的债权提供担保的，应当提交已存在债权的证明和抵押当事人同意将该债权纳入最高额抵押权担保范围的证明。

4.1.2.1.2 (准予登记条件)

符合下列条件的最高额抵押权设立登记申请，应当准予登记：

- (一)抵押人与房屋所有权证、房屋登记簿记载的所有权人、抵押合同中的抵押人一致；
- (二)抵押权人与抵押合同中的抵押权人一致,与主债权合同中的债权人一致；
- (三)申请抵押登记的房屋应在房屋登记簿记载的范围内；
- (四)申请登记的房屋不存在网上签约的情形；
- (五)不属于不予登记或者暂缓登记的情形。

4.1.2.2 最高额抵押权转移登记

4.1.2.2.1 (提交材料)

最高额抵押权担保的债权确定前，最高额抵押权发生转移，主债权人转让人和受让人应当申请最高额抵押权转移登记，并提交下列材料：

- (一)登记申请书；
- (二)申请人身份证明；
- (三)房屋他项权证；
- (四)主债权、抵押权发生转移的证明文件；
- (五)最高额抵押权担保的债权尚未确定的证明材料；
- (六)其他必要材料。

当事人约定最高额抵押权随同部分债权的转让而转移的，应当在办理最高额抵押权确定登记后，办理一般抵押权转移登记。

4.1.2.2.2 (准予登记条件)

符合下列条件的最高额抵押权转移登记申请，应当准予登记：

- (一)抵押人、债务人与房屋他项权证、房屋登记簿记载的抵押人一致；

(二)抵押权转让申请人与债权转让合同、抵押权转让合同中转让人和房屋他项权证、房屋登记簿记载的抵押权人一致；

(三)抵押权受让申请人与债权转让合同、抵押权转让合同中的受让人一致；

(四)抵押房屋与房屋他项权证、房屋登记簿记载的抵押房屋一致；

(五)不属于不予登记者或暂缓登记的情形。

4.1.2.3 最高额抵押权变更登记

4.1.2.3.1 (情形)

有下列情形之一的，抵押当事人应当申请最高额抵押权变更登记：

(一)抵押当事人姓名或名称变化、身份证明信息发生变化的；

(二)抵押房屋的坐落、面积、规划用途发生变化的；

(三)抵押标的物范围、债权确定时间、担保债权范围、最高债权额、抵押顺位等事项发生变化的。

4.1.2.3.2 (提交材料)

抵押当事人和债务人申请最高额抵押权变更登记，应当提交下列材料：

(一)登记申请书；

(二)申请人身份证明；

(三)房屋他项权证；

(四)最高额抵押权发生变更的证明文件；

(五)最高额抵押权担保的债权尚未确定的证明材料；

(六)其他必要材料。

属于 4.1.2.3.1 第(三)项所列情形之一，且该房屋存在的其他抵押权人（预告登记权利人）的，还需提交其他抵押权人（预告登记权利人）同意的书面证明。

4.1.2.3.3 (准予登记条件)

符合下列条件的最高额抵押权变更登记申请，应当准予登记：

(一)抵押登记申请人与房屋他项权证、房屋登记簿记载的房屋抵押人、抵押权人、债务人一致；

(二)申请抵押房屋与房屋登记簿记载的抵押房屋一致；

(三)申请变更的内容与提交的有关证明文件内容一致；

(四)不属于不予登记或者暂缓登记的情形。

4.1.2.4 最高额抵押权确定登记

4.1.2.4.1 (情形)

有下列情形之一的，当事人应当申请最高额抵押权确定登记：

(一)约定的债权确定期间届满的；

(二)没有约定债权确定期间或者约定不明确，抵押权人或者抵押人自最高额抵押权设立之日起满二年后请求确定债权的。

当事人协议确定或者人民法院、仲裁委员会生效法律文书确定了债权数额的，登记部门可以依照当事人单方申请办理确定登记，将债权数额确定的事实记载于房屋登记簿。

4.1.2.4.2 (提交材料)

当事人申请最高额抵押权确定登记，应当提交下列材料：

(一)登记申请书；

(二)申请人身份证明；

(三)房屋他项权证；

(四)最高额抵押权担保的债权已确定的证明材料；

(五)其他必要材料。

4.1.2.4.3 (准予登记条件)

符合下列条件的最高额抵押权确定登记申请，应当准予登记：

(一)约定的债权确定期间届满；

(二)没有约定债权确定期间或者约定不明确，抵押权人或者抵押人自最高额抵押权设立之日起满二年后请求确定债权的；

(三)因抵押房屋被查封、扣押导致债权确定的，生效法律文书上的被执行人应与房屋登记簿记载的抵押人一致，被执行房屋应与房屋登记簿记载的房屋一致；

(四)法律、法规、规章规定的债权确定的其他情形，从其规定；

(五)不属于不予登记或者暂缓登记的情形。

4.1.3 抵押权注销登记

4.1.3.1（情形）

有下列情形之一的，抵押权人可单方申请一般抵押权或最高额抵押权注销登记：

- (一)主债权消灭；
- (二)抵押权已实现；
- (三)抵押权人放弃抵押权；
- (四)法律、法规、规章规定的抵押权消灭的其他情形。

4.1.3.2（提交材料）

当事人申请一般抵押权或者最高额抵押权注销登记，应当提交下列材料：

- (一)登记申请书；
- (二)申请人身份证明；
- (三)房屋他项权证；
- (四)担保的主债权已消灭的证明、抵押权已实现的证明、抵押权人放弃权利的声明或生效法律文书；
- (五)其他必要材料。

4.1.3.3（准予登记材料）

符合下列条件的一般抵押权或者最高额抵押权注销登记申请，应当准予登记：

(一)申请人与房屋他项权证、房屋登记簿记载的抵押人、抵押权人和解除抵押权协议或者生效法律文书的当事人一致；

(二)注销抵押权的房屋与房屋他项权证、房屋登记簿或者生效法律文书记载的房屋一致；

4.2 地役权登记

4.2.1（提交材料）

在房屋上设立地役权的，当事人应当提交下列材料申请地役权设立登记：

- (一)登记申请书；
- (二)申请人身份证明；
- (三)地役权合同；
- (四)供役地房屋所有权证；
- (五)需役地房屋所有权证；
- (六)其他必要材料。

4.2.2（准予登记要求）

对符合下列条件的地役权设立登记，房屋登记部门应当将有关事项记载于需役地和供役地房屋登记簿，将地役权合同附于供役地和需役地房屋登记簿，向需役地房屋权利人颁发房屋他项权证书：

- (一)地役权登记申请人与供役地房屋和需役地房屋的房屋所有权证、房屋登记簿记载的权利人一致；
- (二)申请地役权登记的房屋在房屋所有权证、房屋登记簿记载的范围内；
- (三)地役权登记内容与地役权合同约定内容一致；
- (四)不属于不予登记或者暂缓登记的情形。

4.2.3（地役权转移、变更、消灭提交材料）

地役权发生转移、变更或者消灭的，当事人应当提交下列材料，申请地役权转移登记、变更登记或者注销登记：

- (一)登记申请书；
- (二)申请人身份证明；
- (三)房屋他项权证书；
- (四)供役地房屋所有权证；
- (五)需役地房屋所有权证；
- (六)地役权发生转移、变更或者消灭的证明文件；
- (七)其他必要材料。

地役权不得单独转让，只能随同需役地房屋所有权同时转让。

4.2.4（地役权转移登记准予登记条件）

符合下列条件的地役权转移登记申请，应当准予登记：

- (一)地役权随同需役地房屋所有权同时转让，不存在单独转让的情形；
- (二)地役权转让人与需役地房屋转让前的房屋他项权证、房屋所有权证、房屋登记簿记载的权利人一致；
- (三)地役权受让人与需役地房屋转让后的房屋所有权证、房屋登记簿记载的权利人一致；
- (四)转让地役权的范围与需役地房屋转让后的房屋所有权证、房屋登记簿记载的范围相符；
- (五)不属于不予登记或者暂缓登记的情形。

4.2.5（地役权变更登记准予登记条件）

符合下列条件的地役权变更登记申请，应当准予登记：

- （一）申请人与房屋他项权证、房屋登记簿记载的权利人一致；
- （二）申请变更的房屋在房屋他项权证、房屋登记簿记载的范围内；
- （三）变更的内容与地役权合同约定的变更内容相符；
- （四）不属于不予登记或者暂缓登记的情形。

4.2.6（地役权注销登记准予登记条件）

符合下列条件的地役权注销登记申请，应当准予登记：

- （一）需役地房屋权利申请人与需役地房屋的房屋所有权证、房屋登记簿记载的权利人一致；
- （二）供役地房屋权利申请人与供役地房屋的房屋所有权证、房屋登记簿记载的权利人一致；
- （三）地役权注销登记的情况与生效法律文书或者合同约定的内容相符；
- （四）不属于不予登记或者暂缓登记的情形。

5. 国有土地范围内预告登记

5.1（预告登记情形）

有下列情形之一的，当事人可以申请预告登记：

- （一）预购商品房；
- （二）以预购商品房设立抵押；
- （三）房屋所有权转让、抵押。

5.2 预购商品房

5.2.1 预购商品房预告登记设立登记

5.2.1.1（预购商品房预告登记提交材料）

申请预购商品房预告登记，应当提交下列材料：

- （一）登记申请书；
- （二）申请人身份证明；
- （三）已备案的商品房预售合同；
- （四）当事人关于预告登记的约定（商品房预售合同中有预告登记约定的除外）；
- （五）其他必要材料。

预售人与预购人在预售合同中对预告登记附有条件和期限的，预购人单方申请预购商品房预告登记，应当提交相应的证明材料。

5.2.1.2（预购商品房预告登记准予登记条件）

符合下列条件的预购商品房预告登记申请，应当准予登记：

- （一）当事人有预告登记约定；
- （二）房屋未办理初始登记；
- （三）预售人与商品房预售许可证记载的房地产开发企业、预售合同记载的出卖人一致；
- （四）预告登记权利申请人与预售合同记载的买受人一致；
- （五）预告登记的房屋在预售许可范围内，且与商品房预售合同中的房屋一致；
- （六）商品房预售合同已经备案；
- （七）房屋登记簿无预告登记记载；
- （八）不属于不予登记或者暂缓登记的情形。

5.2.2 预购商品房预告登记注销登记

5.2.2.1（预购商品房预告登记注销登记提交材料）

因商品房预售合同权利义务终止，或者人民法院、仲裁委员会生效法律文书确认预告登记无效或者失效的，当事人应当提交下列材料申请注销登记：

- （一）登记申请书；
- （二）申请人身份证明；
- （三）预告登记证明；
- （四）商品房预售合同权利义务终止的证明或者生效法律文书；
- （五）其他必要材料。

5.2.2.2（预购商品房预告登记注销登记准予登记条件）

符合下列条件的预购商品房预告登记注销登记申请，应当准予登记：

- （一）申请人与身份证明主体一致；
- （二）注销登记申请人与商品房预售合同的当事人一致，与预告登记证明和房屋登记簿记载的预告登记当事人一

致；

- (三)申请登记的预购商品房与预告登记证明和房屋登记簿记载一致；
- (四)不属于不予登记或者暂缓登记的情形。

5.2.3 预购商品房预告登记变更登记

5.2.3.1 (预购商品房预告登记变更登记提交材料)

预购商品房预告登记的当事人姓名或名称，房屋坐落、规划用途等发生变化的，预购人应当提交下列材料申请预告登记变更登记：

- (一)登记申请书；
- (二)申请人身份证明；
- (三)预告登记证明；
- (四)发生变更事实的证明文件；
- (五)其他必要材料。

预购商品房已设定抵押权预告登记的，还需提交抵押权预告登记权利人同意的书面证明。

5.2.3.2 (预购商品房预告登记变更登记准予登记条件)

符合下列条件的预购商品房预告登记变更登记申请，应当准予登记：

- (一)申请人与身份证明主体一致；
- (二)申请人与预告登记证明、房屋登记簿记载的权利人一致，与生效法律文书、变更文件记载的当事人记载一致；
- (三)预告登记变更的房屋与登记证明、房屋登记簿、变更协议记载的房屋一致；
- (四)不属于不予登记或者暂缓登记的情形。

5.3 预购商品房抵押权

5.3.1 预购商品房抵押权预告登记设立登记

5.3.1.1 (预购商品房抵押权预告登记提交材料)

商品房预购人支付首期房价款后，由贷款银行代其支付剩余房价款，预购人将其所购商品房抵押给贷款银行作为偿还借款的担保设立抵押权的，办理预购商品房预告登记后，当事人应当提交下列材料，申请预购商品房抵押权预告登记：

- (一)登记申请书；
- (二)申请人身份证明；
- (三)借款合同；
- (四)抵押合同；
- (五)预购商品房预告登记证明；
- (六)当事人关于抵押权预告登记的约定；
- (七)预购商品房已由房地产开发企业设定在建工程抵押的，应提交抵押权人放弃抵押权的书面证明；
- (八)其他必要材料。

5.3.1.2 (预购商品房抵押权预告登记准予登记条件)

符合下列条件的预购商品房抵押权预告登记申请，应当准予登记：

- (一)抵押当事人有预告登记约定；
- (二)抵押权申请人应与抵押合同中的抵押权人、借款合同中的债权人一致；
- (三)抵押申请人应与预购商品房预告登记证明、房屋登记簿记载的预告登记权利人和商品房预售合同中的买受人、抵押合同中的抵押人、借款合同中的债务人一致；
- (四)抵押的商品房应在房屋登记簿记载、商品房预售合同约定的买卖标的物范围内并与抵押合同约定的抵押房屋一致；
- (五)无在建工程抵押；
- (六)不属于不予登记或者暂缓登记的情形。

5.3.2 预购商品房抵押权预告登记注销登记

5.3.2.1 (预购商品房抵押权预告登记注销登记提交材料)

因主债权消灭、预告登记权利已实现、预告登记权利人放弃权利，或者人民法院、仲裁委员会生效法律文书确认预告登记无效或者失效的，当事人应提交下列材料申请注销登记：

- (一)登记申请书；
- (二)申请人身份证明；
- (三)预购商品房抵押权预告登记证明；
- (四)主债权已消灭的证明、预告登记权利已实现的证明、预告登记权利人放弃权利的声明或者生效法律文书；

(五) 其他必要材料。

5.3.2.2 (预购商品房抵押权预告登记注销登记准予登记条件)

符合下列条件的预购商品房抵押权预告登记注销登记申请，应当准予登记：

(一) 申请人与身份证明主体一致；

(二) 注销登记申请人与预购商品房抵押权预告登记证明和房屋登记簿记载的抵押权预告登记当事人一致，与解除抵押权协议当事人一致；

(三) 申请注销登记的房屋与抵押权预告登记证明和房屋登记簿记载的房屋一致；

5.3.3 预购商品房抵押权预告登记变更登记

5.3.3.1 (预购商品房抵押权预告登记变更登记提交材料)

因预告登记当事人姓名或名称、房屋坐落、规划用途、担保债权的数额、债务履行期限或担保范围发生变化的，当事人应当提交下列材料，申请预购商品房抵押权预告登记变更登记：

(一) 登记申请书；

(二) 申请人身份证明；

(三) 预告登记证明；

(四) 变更证明或变更协议；

(五) 其他必要材料。

5.3.3.2 (预购商品房抵押权预告登记变更登记准予登记条件)

符合下列条件的预购商品房抵押权预告登记变更登记申请，应当准予登记：

(一) 申请人与身份证明主体一致；

(二) 申请人与预告登记证明、房屋登记簿记载的预告登记权利人和预告登记义务人一致；

(三) 申请变更的内容与有关抵押权预告登记变更协议约定的内容一致；

(四) 变更的内容涉及商品房预售合同约定内容的，与变更后的商品房预售合同一致；

(五) 不属于不予登记或者暂缓登记的情形。

5.4 预购商品房、预购商品房抵押权预告登记转移登记

5.4.1 (预购商品房、预购商品房抵押权预告登记转移登记提交材料)

预购商品房不得转让。但因预告登记权利人灭失导致预购商品房预告登记、预购商品房抵押权预告登记的权利发生转移的，当事人应当提交下列材料申请预告登记转移登记：

(一) 登记申请书；

(二) 申请人身份证明；

(三) 预告登记证明；

(四) 预告登记权利发生转移的证明文件；

(五) 其他必要材料。

5.4.2 (预购商品房、预购商品房抵押权预告登记转移登记准予登记条件)

符合下列条件的预购商品房预告登记、预购商品房抵押权预告登记转移登记申请，应当准予登记：

(一) 申请人与身份证明主体一致；

(二) 申请人与生效法律文书、继承权公证书等确定的权利人一致；

(三) 生效法律文书、继承权公证书、转移协议记载的当事人一方与预告登记证明、房屋登记簿记载一致；

(四) 预告登记转移的房屋与登记证明、房屋登记簿、转移协议记载一致；

(五) 不属于不予登记或者暂缓登记的情形。

5.5 房屋所有权转移预告

5.5.1 房屋所有权转移预告登记设立登记

5.5.1.1 (房屋所有权转移预告登记设立登记提交材料)

申请房屋所有权转移预告登记设立登记，当事人应当提交下列材料：

(一) 登记申请书；

(二) 申请人身份证明；

(三) 房屋所有权证；

(四) 房屋转让合同；

(五) 当事人关于预告登记的约定（转让合同中有预告登记约定的除外）；

(六) 其他必要材料。

房屋抵押期间，抵押人转让抵押房屋所有权申请房屋所有权转移预告登记的，除提交前款规定材料外，还应当提交抵押权人的身份证明、抵押权人同意抵押房屋所有权转移预告登记的书面证明文件。

5.5.1.2 (房屋所有权转移预告登记设立登记准予登记条件)

符合下列条件的房屋所有权转移预告登记设立登记申请，应当准予登记：

- (一)申请人与身份证明主体一致；
- (二)当事人有预告登记约定；
- (三)申请人与房屋所有权转移预告登记协议当事人一致；
- (四)房屋登记簿无房屋所有权转移预告登记记载；
- (五)其他要求与本规范 3.2.3（一）、（二）、（三）相同；
- (六)不属于不予登记或者暂缓登记的情形。

5.5.2 房屋所有权转移预告登记转移登记

5.5.2.1（房屋所有权转移预告登记转移登记提交材料）

因房屋所有权转移预告登记的权利人死亡、结婚、离婚导致预告登记权利转移的，或者人民法院、仲裁委员会生效法律文书确认预告登记权利转移的，当事人应当提交下列材料申请转移登记：

- (一)登记申请书；
- (二)申请人身份证明；
- (三)房屋所有权转移预告登记证明；
- (四)继承权公证书、婚姻关系证明和财产约定协议，或者生效法律文书；
- (五)当事人关于预告登记的约定（转让合同中有预告登记约定的除外）；
- (六)其他必要材料。

5.5.2.2（房屋所有权转移预告登记转移登记准予登记条件）

符合下列条件的房屋所有权转移预告登记转移登记申请，应当准予登记：

- (一)申请人与身份证明主体一致；
- (二)申请人与生效法律文书、继承权公证书、婚姻关系证明、财产约定协议等确定的权利人一致；
- (三)生效法律文书、继承权公证书、房屋所有权转移协议、预告登记约定记载的当事人一方与预告登记证明、房屋登记簿记载一致；
- (四)预告登记转移的房屋与预告登记证明、房屋登记簿、生效法律文书、继承权公证书、预告登记约定、房屋所有权转移协议记载一致；
- (五)不属于不予登记或者暂缓登记的情形。

5.5.3 房屋所有权转移预告登记变更登记

5.5.3.1（房屋所有权转移预告登记变更登记提交材料）

房屋所有权转移预告登记当事人姓名或者名称、房屋坐落、规划用途等发生变化的，当事人应提交下列材料申请变更登记：

- (一)登记申请书；
- (二)申请人身份证明；
- (三)预告登记证明；
- (四)申请人姓名或者名称、房屋坐落、规划用途等发生变化的证明文件；
- (五)其他必要材料。

5.5.3.2（房屋所有权转移预告登记变更登记准予登记条件）

符合下列条件的房屋所有权转移预告登记变更登记申请，应当准予登记：

- (一)申请人与身份证明主体一致；
- (二)申请人与预告登记证明、房屋登记簿记载的预告登记当事人一致（姓名与名称变更的除外）；
- (三)其他要求与 3.3.4（一）、（二）、（三）、（四）规定相同；
- (四)不属于不予登记或者暂缓登记的情形。

5.5.4 房屋所有权转移预告登记注销登记

5.5.4.1（房屋所有权转移预告登记注销登记提交材料）

因买卖合同解除、被撤销、无效，或者人民法院、仲裁委员会生效法律文书确认预告登记无效或者失效的，当事人应当提交下列材料申请房屋所有权转移预告登记注销登记：

- (一)登记申请书；
- (二)申请人身份证明；
- (三)预告登记证明；
- (四)买卖合同权利义务终止的证明或者生效法律文书；
- (五)其他必要材料。

已设定房屋所有权转移预告登记抵押权预告登记的注销登记，应当先注销房屋所有权转移预告登记抵押权预告登记，再办理房屋所有权转移预告登记注销登记。

5.5.4.2（房屋所有权转移预告登记注销登记准予登记条件）

符合下列条件的房屋所有权转移预告登记注销登记申请，应当准予登记：

- (一)申请人与身份证明主体一致；
- (二)注销登记申请人与合同当事人一致，与登记证明和房屋登记簿记载的预告登记当事人一致；
- (三)申请注销登记的房屋与登记证明和房屋登记簿记载的房屋一致；
- (四)不属于不予登记或者暂缓登记的情形。

5.6 房屋抵押权预告

5.6.1 房屋抵押权预告登记设立登记

5.6.1.1（房屋抵押权预告登记提交材料）

申请房屋抵押权预告登记，当事人应当提交下列材料：

- (一)登记申请书；
- (二)申请人身份证明；
- (三)主债权合同；
- (四)抵押合同；
- (五)房屋所有权证；
- (六)当事人关于预告登记的约定；
- (七)其他必要材料。

5.6.1.2（房屋抵押权预告登记准予登记条件） 符合下列条件的房屋抵押权预告登记申请，应当准予登记：

- (一)申请人与身份证明主体一致；
- (二)申请人有预告登记约定，且与约定当事人一致；
- (三)抵押人与房屋所有权证和房屋登记簿记载的权利人一致；
- (四)房屋登记簿中无其他抵押权登记或抵押权预告登记记载；
- (五)其他要求与4.1.1.2（一）、（二）、（三）、（四）规定相同；
- (六)不属于不予登记或者暂缓登记的情形。

5.6.2 房屋抵押权预告登记变更登记

5.6.2.1（房屋抵押权预告登记变更登记提交材料）

房屋抵押权预告登记当事人姓名或者名称，房屋地址、用途，以及抵押标的物范围、担保债权的数额、债务履行期限或担保范围顺位登记发生变化的，当事人应当提交下列材料，申请房屋抵押权预告登记变更登记：

- (一)登记申请书；
- (二)申请人身份证明；
- (三)房屋抵押权预告登记证明；
- (四)发生变更事实的证明材料；
- (五)申请人姓名或者名称，房屋坐落、规划用途变更的，后应当提交变更后的房屋所有权证；
- (六)其他必要材料。

该房屋已设定抵押权或抵押权预告登记的，还需提交其他抵押权人（预告登记权利人）同意的书面证明。

5.6.2.2（房屋抵押权预告登记变更登记准予登记条件）

符合下列条件的房屋抵押权预告登记变更登记申请，应当准予登记：

- (一)申请人与身份证明主体一致；
- (二)申请人与预告登记证明和房屋登记簿记载的预告登记当事人一致；
- (三)申请变更的内容与变更事项证明材料内容一致；
- (四)申请变更登记的房屋坐落、规划用途与房屋所有权证和房屋登记簿记载一致；
- (五)不属于不予登记或者暂缓登记的情形。

5.6.3 房屋抵押权预告登记注销登记

5.6.3.1（房屋抵押权预告登记注销登记提交材料）

因主债权消灭、预告登记权利人放弃权利、预告登记权利已实现或生效法律文书确认预告登记无效或失效的，当事人应提交下列材料申请房屋抵押权预告登记的注销登记：

- (一)登记申请书；
- (二)申请人身份证明；
- (三)预告登记证明；
- (四)权利灭失的证明文件；
- (五)其他必要材料。

5.6.3.2（房屋抵押权预告登记注销登记准予登记条件）

符合下列条件的房屋抵押权预告登记注销登记申请，应当准予登记：

- (一)申请人与身份证明主体一致；
- (二)申请人与预告登记证明和房屋登记簿记载的预告登记当事人一致，且与解除抵押权协议的当事人一致；
- (三)注销抵押权的房屋与房屋登记簿记载一致，且在解除抵押权协议的约定范围内；
- (四)不属于不予登记或者暂缓登记的情形。

5.7（预告登记效力）

预告登记后，房屋所有权人未经预告登记权利人同意处分房屋申请登记的，登记部门不予受理。

预告登记后，债权消灭或者自能够进行房屋登记之日起三个月内未申请登记的，预告登记失效。

已经预告登记的房屋不得重复办理预告登记。

6. 国有土地范围内其他登记

6.1 更正登记

6.1.1（更正登记提交材料）

房屋登记簿记载的权利人、利害关系人认为房屋登记簿记载事项有错误，或者人民法院、仲裁委员会生效法律文书，行政机关发生法律效力的证明文件确定房屋登记簿记载错误的，当事人应当提交下列材料，申请更正登记：

- (一)登记申请书；
- (二)申请人身份证明；
- (三)房屋登记簿记载错误的证明材料；
- (四)房屋所有权证；
- (五)其他必要材料。

申请更正登记事项涉及房屋登记簿记载的相关权利的，相关权利人应共同申请。

6.1.2（依职权更正）

登记部门发现房屋登记簿记载错误，不涉及房屋权利归属和内容的，应当书面通知有关房屋权利人在 15 天内办理更正登记。当事人无正当理由逾期不办理更正登记的，登记部门可以依据相关证明文件对房屋登记簿的记载予以更正，并书面通知当事人。需要更正房屋权属证书内容的，还应当书面通知权利人换领房屋权属证书。房屋权利人收到通知之日起 15 天内不交回权属证书的，由登记部门在市住房城乡建设委网站公告作废。

对于涉及房屋权利归属和内容的房屋登记簿的记载错误，房屋登记部门应当书面通知有关权利人在 15 天内办理更正登记；办理更正登记期间，权利人因处分其房屋权利申请登记的，房屋登记机构应当暂缓办理。

6.1.3（更正登记准予登记条件）

符合下列条件的更正登记申请，应当准予登记：

- (一)申请人与身份证明主体一致；
- (二)申请更正登记的房屋在房屋登记簿记载的房屋范围内；
- (三)申请更正内容与相关证明文件的更正事实一致；
- (四)利害关系人申请更正登记的，提交房屋权利人同意更正的书面证明材料；
- (五)不属于不予登记或者暂缓登记的情形。

6.1.4（更正登记的效力）

更正登记期间，登记部门应当不予受理新的登记申请；已经受理申请尚未记载于登记簿的，中止办理。

更正登记完成后，登记部门应当恢复登记程序并依法办理相应登记。

6.2（依据撤销房屋登记的行政复议决定或者行政判决办理的登记）

人民法院、行政机关作出撤销房屋登记判决或行政复议决定的，登记部门应当依据生效法律文书或者行政复议决定将房屋登记簿的记载事项恢复为被撤销登记之前的权利状态，但生效法律文书认定的房屋权利发生变化的除外。

原房屋权利人死亡或终止的，登记部门应当注记该事实，不颁发房屋权属证书，待明确继承人或权利义务承受单位后，再办理房屋登记。

房屋已被依法查封或设定抵押的，登记部门应当注记被撤销的登记事项，待依法解除查封或抵押权登记注销后，再恢复为被撤销登记之前的权利状态。

6.3 异议登记

6.3.1（利害关系人异议登记条件）

利害关系人认为房屋登记簿记载的房屋权利归属和内容有错误，登记簿记载的权利人不同意更正的，利害关系人可以申请异议登记。

6.3.2（异议登记提交材料）

利害关系人申请异议登记，应当提交下列材料：

- (一)登记申请书；

- (二) 申请人身份证明;
- (三) 利害关系证明;
- (四) 登记簿记载错误的证明材料;
- (五) 其他必要材料。

6.3.3 (异议登记受理条件)

符合下列条件的异议登记申请, 登记部门应当予以受理, 并将异议事项记载于房屋登记簿:

- (一) 申请人与身份证明主体一致;
- (二) 申请人、申请异议登记内容与申请异议登记的房屋权利归属和内容之间有利害关系;
- (三) 申请异议登记的房屋在房屋登记簿记载范围内;
- (四) 申请人未就同一事由申请过异议登记;
- (五) 被申请异议的房屋所有权人是房屋登记簿记载的房屋所有权人。

6.3.4 (异议登记效力)

权利人处分房屋申请登记, 登记部门受理登记申请但尚未将申请登记事项记载于房屋登记簿之前, 第三人申请异议登记的, 应当中止办理原登记申请, 并书面通知申请人。

异议登记期间, 登记部门应当停止受理新的登记申请。

异议登记注销后, 登记部门应当恢复登记程序并依法办理相应登记。

异议登记注销后, 同一申请人就同一事由再次申请异议登记的, 登记部门不予受理。

6.3.5 (异议登记期满)

申请人在异议登记之日起 15 天内未向登记部门提交已提起诉讼或申请仲裁的证明文件, 异议登记失效。登记簿记载的权利人可申请注销异议登记。

申请人在异议登记之日起 15 天内向登记部门提交已提起诉讼、仲裁的证明材料, 待相关法律程序完结后, 有关当事人可以凭生效法律文书申请更正登记或者注销异议登记。

6.3.6 (异议登记不当赔偿)

异议登记不当, 给权利人造成损害的, 权利人可以向异议登记申请人请求损害赔偿。

6.4 换证

6.4.1 (换证提交材料)

房屋权属证书、登记证明破损的, 房屋权利人可以提交下列材料申请换发房屋权属证书、登记证明:

- (一) 登记申请书;
- (二) 申请人身份证明;
- (三) 破损的房屋权属证书或者登记证明;
- (四) 其他必要材料。

6.4.2 (准予换证条件)

符合下列条件的换证申请, 登记部门应当予以换发, 并将有关事项记载于房屋登记簿:

- (一) 申请人与身份证明主体一致, 与房屋登记簿记载的权利人一致;
- (二) 申请换证的房屋与破损的房屋权属证书或者登记证明、房屋登记簿记载的房屋一致。

换发的房屋权属证书、登记证明上应当注明“换发”字样, 并注记原登记时间和原房屋权属证书、登记证明号等信息。自换发之日起, 原房屋权属证书、登记证明作废。

6.5 补证

6.5.1 (补证提交材料)

房屋权属证书、登记证明遗失或灭失的, 权利人在本市每日公开发行的主要报纸上刊登遗失声明满 20 天后, 可以申请补发。

申请补发房屋权属证书、登记证明的, 应当提交下列材料:

- (一) 登记申请书;
- (二) 申请人身份证明;
- (三) 刊登遗失声明的整版报纸;
- (四) 其他必要材料。

6.5.2 (准予补证条件)

符合下列条件的补证申请, 登记部门应当予以补发, 并将有关事项记载于房屋登记簿:

- (一) 申请人与身份证明主体一致, 与房屋登记簿记载的权利人一致;
- (二) 申请补证的房屋与遗失声明内容、房屋登记簿记载的房屋一致;
- (三) 当事人刊登遗失声明满 20 天;
- (四) 利害关系人未对房屋权属证书、登记证明的遗失、灭失提出异议。

补发的房屋权属证书、登记证明上应当注明“补发”字样，并登记原登记时间和原房屋权属证书或登记证明号码等信息。

7. 国有土地范围内协助执行

7.1（提交材料）

人民法院对房屋依法采取财产保全措施或者处置房屋，需要登记部门协助执行的，应当向登记部门提交下列材料：

- （一）人民法院工作人员的工作证或者执行公务证明；
- （二）人民法院的生效法律文书和协助执行通知书。

7.2（接收程序）

符合下列条件的，登记部门应当填写一式两份“执行法律文书登记表”，待人民法院执行人员签字后，将有关事项记载于房屋登记簿，并将送达回证和“执行法律文书登记表”同时交执行人员：

- （一）执行人员与工作证或者执行公务证主体一致；
- （二）生效法律文书、协助执行通知书记载的房屋及权利人与房屋登记簿记载一致。

7.3（审查建议情形）

登记部门协助人民法院执行时，不对生效法律文书和协助执行通知书的内容进行实体审查。

有下列情形之一的，登记部门应当在收到协助执行通知书之日起 10 个工作日内向人民法院提出审查建议：

- （一）未办理初始登记的房屋，人民法院要求办理转移登记的；
- （二）生效法律文书认定的房屋权利状况或者自然状况与登记簿记载不一致且不能提供证明材料的；
- （三）协助执行的房屋存在抵押权或者存在申请执行人之外的其他权利人的；
- （四）存在其他影响执行的情形的。

人民法院没有明确回复之前，登记部门应当暂停办理涉案房屋的相关登记事项，不得将协助执行文书退回人民法院。

7.4 记载登记簿

人民法院的生效法律文书和协助执行通知书要求登记部门予以登记的，登记部门应当予以办理，并在房屋登记簿上记载基于人民法院生效法律文书予以登记的事实。

7.5（轮候查封）

人民法院要求协助查封的房屋已经存在查封登记的，登记部门应当办理轮候查封登记，并在“执行法律文书登记表”上书面告知属轮候查封登记；存在多个轮候查封登记的，轮候查封登记的顺序按照人民法院送达协助执行通知书的时间先后进行排列。

7.6（查封解除）

人民法院要求协助解除原查封登记的，登记部门应当协助办理。

人民法院查封文书记载的查封期间届满或者法定查封期间届满，原查封登记自动解除。

7.7（其他机关参照）

检察机关、公安机关、国家安全机关、税务机关等有权机关在法律、法规规定的权限内要求登记部门协助限制相关房屋权利，并且出具生效文书的，登记部门应当参照协助人民法院的规定执行。

8. 集体土地范围内房屋登记

8.1 登记程序

集体土地范围内房屋登记应当依照申请、受理、审核、复审、登簿、发证等程序进行。

8.2 公告

集体土地范围内房屋初始登记以及申请补发房屋权属证书、登记证明的，房屋登记部门应在房屋所在地农村集体经济组织或村民委员会办公场所或房屋所在地张贴公告，同时，还应在市住房城乡建设委网站发布公告。

公告期 30 天，公告期满无异议或异议不成立的，方可核准登记。

8.3 初始登记

合法建造房屋申请初始登记的，应提交下列材料：

- （一）登记申请书；
- （二）申请人的身份证明；
- （三）集体土地使用证；
- （四）建设工程规划许可证或乡村建设规划许可证；工程规划验收合格证明（2002 年 1 月 1 日后竣工项目）；
- （五）建设工程施工许可证、工程竣工验收合格证明（建设、施工、监理、设计单位盖章）（单体建筑 300 平方米以上或者投资 30 万元以上）；
- （六）区县公安分局出具的北京市门楼牌编号证明信；
- （七）房产测绘成果备案表，申请村民住房登记的提交房屋面积测算成果报告书；

(八)其他必要材料。

申请村民住房所有权初始登记的，还应提交房屋所在地农村集体经济组织（村委会）出具的申请人为本农村集体经济组织成员证明；

农村集体经济组织申请房屋所有权初始登记的，还应提交经村委会确认的村民会议同意或由村民会议授权经村民代表会议同意其登记的证明；或者乡镇农民集体经济组织同意的证明；没有组建乡镇农民集体经济组织的，由乡镇政府出具同意的证明。

8.4 转移登记

经登记的房屋所有权发生转移的，当事人应当在有关法律文件生效或者事实发生后，先办理集体土地使用权变更登记，再办理房屋登记。办理房屋转移登记应提交下列材料：

- (一)登记申请书；
- (二)申请人的身份证明；
- (三)房屋所有权证；
- (四)申请人的集体土地使用证；
- (五)证明房屋所有权发生转移的文件；
- (六)房产平面图；
- (七)契税完税或减（免）税凭证；
- (八)其他必要材料。

申请村民住房所有权转移登记的，还应提交房屋所在地农村集体经济组织（村委会）出具的申请人为本农村集体经济组织成员证明；

农村集体经济组织申请房屋所有权转移登记的，还应提交经村委会确认的村民会议同意或由村民会议授权经村民代表会议同意其登记的证明；或者乡镇农民集体经济组织同意的证明；没有组建乡镇农民集体经济组织的，由乡镇政府出具同意的证明；

8.5 抵押登记

以乡镇、村企业的厂房等建筑物抵押的，当事人申请抵押登记时应提交下列材料：

- (一)登记申请书；
- (二)身份证明；
- (三)房屋所有权证；
- (四)集体土地使用证；
- (五)主债权合同；
- (六)抵押合同；
- (七)经村民会议或者由村民会议授权经村民代表会议同意抵押的证明，或者乡镇农民集体经济组织同意的证明；没有组建乡镇农民集体经济组织的，由乡镇政府出具同意的证明；
- (八)其他必要材料。

抵押权转移登记、抵押权变更登记、抵押权注销登记需要材料，按照国有土地范围房屋抵押登记的要求收取。

8.6（权属证书、登记簿注记）

房屋登记部门对集体土地范围内的房屋予以登记的，应当在房屋登记簿和房屋权属证书上注明“集体土地”字样。

8.7（其他登记）

集体土地范围内房屋的变更登记、地役权登记、更正登记、异议登记、注销登记、遗失补证、破损换证等，参照国有土地范围内房屋登记的有关规定办理。

9. 法律责任

9.1（当事人责任）

当事人提交错误、虚假的材料申请房屋登记，或者冒充权利人申请房屋登记，给他人造成损害的，应当承担赔偿责任；构成犯罪的，依法追究其刑事责任。

9.2（伪造、变造证书的处理）

登记部门办理房屋登记时，发现伪造、变造、涂改的房屋权属证书或者登记证明的，应当予以收缴，并移交公安机关处理。

9.3（登记部门责任）

登记部门及其工作人员违反本规范规定办理房屋登记，给他人造成损害的，登记部门应当承担相应的法律责任。登记部门承担赔偿责任后，有权向造成登记错误的责任人或责任部门追偿。

9.4（主管人员和直接责任人责任）

各登记部门的主管人员和直接责任人员玩忽职守、滥用职权、徇私舞弊或者擅自涂改、毁损、伪造登记簿的，

由其所在单位或者上级主管部门依法给予处分；构成犯罪的，依法追究其刑事责任。

9.5（当事人权利）

当事人对房屋登记机构的具体行政行为不服的，可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。

10. 附 则

10.1 房改房、保障性住房、军产房、中央国家机关办公用房的房屋登记，国家和本市有特殊规定的，从其规定。

10.2 本规范由北京市住房和城乡建设委员会负责解释。

（六）媒体视点

未成年人监护干预需补法律漏洞

2014年1月22日 中国妇女报 何勇海

近日，民政部、最高法院、公安部等部门正在着手研究建立完善未成年人监护干预制度，制定困境未成年人家庭监护干预政策，相关指导性意见拟于今年年内出台。“对拒不履行监护责任、严重伤害未成年人的监护人，行政干预的核心就是通过人民法院提起诉讼剥夺监护人的监护权……对类似行为起到震慑作用。”民政部社会事务司司长张世峰说。

建立完善未成年人监护干预制度势在必行。近年来，未成年人权益受到侵害的恶性案件频发，一些监护人严重失职，甚至利用监护关系侵害被监护人的权益。如贵州金沙一村民多年用毒打、开水烫头、钳子夹手、针扎手指、跪锯齿等方式残忍虐待亲生女儿，致使女儿身心受到严重损害；深圳一男子用皮带教训6岁儿子致其身亡；贵州毕节5名男孩因监护人生而不养死于垃圾箱；南京两名女童被监护人“遗忘”而饿死家中……

一个个触目惊心的案例，折射出有关部门对监护人失职或违法行为的监管存在缺位。虽然我国未成年人保护法、义务教育法等对监护人的失职行为，规定了训诫、批评教育、责令限期改正等措施，但这些处罚措施太温柔。而且，现行法律法规没有规定不履行监护职责和侵害未成年人合法权益的具体情形，也没有规定有权申请撤销监护人资格的有关人员、单位的范围和适格监护人的具体条件，缺乏明确细致的监护权转移司法程序。这就使得失职侵权的监护人，很少有进入司法程序被撤销监护人资格的。

正如一法律专家所言：“父母法律责任越小，孩子越危险。”在法治社会，家庭不再是绝对的私人领域。因此，研究建立完善未成年人监护干预制度，必须补上“对监护人监护能力的规定不明确”“对公权力介入家庭监护的举措不具体”“对有过错监护人的惩戒措施缺乏操作性和刚性”这一系列的法律漏洞，以便于法律对失职监护人实施有效“亮剑”，及时剥夺监护人的监护权，保障未成年人的合法权益。

不过，剥夺监护人的监护权之后，要切实解决好谁来监护、抚养其子女的问题。综合专家建议，除村（社）委会、民政部门直接担任监护人外，大致有四种路径：一是近亲属监护；二是政府设立福利机构承担监护职责，负责未成年人的饮食起居和教养教育；三是委托具有监护能力、愿意承担监护职责的社会成员进行监护；四是委托审查合格的民间组织承担监护职责。无论哪种路径，民政等部门都要对其监护行为进行督察，并承担监护费用，给付监护报酬，以切实解决撤销监护人资格后未成年人如何安置的瓶颈问题。

监护人的监护权也不能一“剥”了之，虽被剥夺了监护权，有固定经济来源的父母，也应在每月支付一笔费用给相关监护人，与政府承担的监护费用相互补充，逾期不缴纳的则应强制执行。对严重侵害未成年人权益的父母，则要零容忍动真格，让其承担刑事责任。如此，才能避免未成年人监护干预制度失之于空、失之于软。（何勇海）

军人转业费属于夫妻共同财产吗

2014年1月25日 检察日报

编辑同志：

我和刚从部队转业的丈夫闹离婚，因军人转业费如何分割产生了争执。我认为，十几万元的军人转业费是夫妻共同财产，应当均分；但丈夫却认为，转业费是部队给退役军人的，是他的个人财产，应该由他个人占有。请问，军人转业费属于夫妻共同财产吗？

读者 谭丽霞

谭丽霞读者：

军人转业费算不算夫妻共同财产？对这个问题，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第14条规定：“人民法院审理离婚案件，涉及分割发放到军人名下的复员费、自主择业费等一次性费用的，以夫妻婚姻关系存续年限乘以年平均值，所得数额为夫妻共同财产。前款所称年平均值，是指将发放到军人名下的上述费用总额按具体年限均分得出的数额。其具体年限为人均寿命七十岁与军人入伍时实际年龄的差额。”根据该规定，你丈夫的军人转业费并不能全部纳入夫妻共同财产范畴，你作为妻子能够分割的，只是其中的一部分。具体而言，你们双方应当先求出年平均值，即以转业费总额除以具体年限，然后再以你和丈夫婚姻存续年限乘以年平均值，所得数额即为夫妻共同财产，原则上由你和丈夫均等分割。其他部分则为你丈夫的个人财产，归他个人所有。

本报法律组

逼婚广告有悖婚姻自由

2014年02月10日 法制日报 黄春景

近日，婚恋网站百合网在春节期间投放的一则被“剩男剩女”认为是“逼婚”的广告引发不少争议，甚至有网友在微博上发起“万人抵制百合网”活动，要求百合网删除该广告，活动支持者表示，要“与道德绑架和陈腐婚恋观斗争到底”（2月9日《北京日报》）。

婚姻自由是宪法赋予公民的一项基本权利，又是婚姻法的一项重要原则。婚恋网站投放“逼婚”广告，让未婚青年无法摆脱家人的“借题发挥”，把婚姻的目的异化为“给家人交代”，这样的宣传导向有侵犯未婚者权利的嫌疑。

近年来，“逼婚”所带来的影响已是目共睹。一些“剩男”、“剩女”怕被父母逼婚“逼”得不敢回家过年，就是最好的说明。面对父母“逼婚”，调查数据显示，高达65.9%的女性和55.9%的男性选择“想尽办法躲父母”。如今，婚恋网站投放“逼婚”广告，无形中等于往“剩男”、“剩女”身上火上泼油，如此一来，让未婚者躲不胜躲，长此下去没有病也难免会被“逼”出病来。

当事人是否结婚，与谁结婚，是其本人的权利，任何人无权干涉。婚恋网站投放“逼婚”广告，自我推销的行为无可非议，但广告中所渲染的婚恋观，近乎于一种情感绑架，赤裸裸地将孝道凌驾于婚姻之上，这种注重孝道而忽略婚姻自由的行为与现代的婚恋观格格不入。自愿是实现婚姻自由的前提，是婚姻以互爱为基础的必要条件。“逼婚”不仅无法“逼”出婚姻幸福，反而会产生这样那样的副作用！从一定程度上说，抵制“逼婚”广告，实际上就是捍卫自己的权利。

广西 黄春景/媒体人

法律问答：即使约定AA制 丈夫也得承担医疗费

2014年2月15日 检察日报

编辑同志：

我和丈夫均为90后，婚后签订书面协议，约定婚姻关系存续期间各自挣得的收入归各自所有，对方不得干涉。日常家用开支，根据各自需求，按比例或对半承担。如完全系一方的独自需求，则由该方全额负责。该协议已共同执行2年。然而，从半年前起，我因身患重病需要医治花光了全部积蓄，因病无法工作也没有了收入。无奈，我要求丈夫帮忙承担医疗费用。可丈夫以有言在先，且看病完全属于我个人需求为由拒绝支付。请问，约定AA制后，丈夫应否承担我的医疗费用？

读者 肖美琳

肖美琳读者：

尽管你与丈夫约定AA制，但你的医疗费你丈夫仍需承担。

婚姻法第19条规定：“夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。约定应当采用书面形式。夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方具有约束力。”根据此条规定，你们之间的书面约定的确对双方都有约束力，任何一方无权出尔反尔。但本案涉及的不仅仅是财产归属问题，还涉及到夫妻间的扶养义务。夫妻间的扶养义务是指夫妻关系存续期间，夫妻双方在生活上互相照应，在经济上互相供养（包括一方因患病需要医治时，对方应当承担医疗费用），在日常生活上互相扶助，在精神上互为支柱。这种义务是基于婚姻家庭关系的责任而产生，是源于夫妻人身关系的特定需要，是保持婚姻家庭和睦平等的基本要求，是一种不附加任何条件的法定义务。也就是说，无论夫妻就财产问题作出何种约定，都不能因此免除彼此的扶养义务。姑且不论你们之间的协议有无明确约定医疗费为“一方的独自需求”，即便有这样的约定，你丈夫也必须履行承担医疗费用的义务。根据民法通则第58条第5项规定，“违反法律”的民事行为无效，且从一开始起便没有任何法律约束力。婚姻法第20条规定：“夫妻有互相扶养的义务。一方不履行扶养义务时，需要扶养的一方，有要求对方付给扶养费的权利。”这表明如果你丈夫我行我素，你可以通过诉讼来维权。

本报法律组

网站密集投放“逼婚”广告招来公开抗议 逼婚盛行引发社会问题不容忽视

2014年2月25日 法制日报

父母、亲人和婚恋网站采用各种不当方式催婚、逼婚，也是干涉婚姻自由的行为。当然，我们也要区分善意提醒、建议与干涉婚姻自由性质的催婚、逼婚的界限

□本报记者杜晓

老爸，老妈，不要再逼我啦，

我自己生活也会很好的，

结婚，生娃，就一种选择吗？

请让我自己选吧……

近日，十多位女青年来到北京百合网总部，合唱她们根据《爸爸去哪儿》的曲调改编的歌曲，表达对百合网春节期间高密度投放的广告《因为爱不等待》的不满。

春节前后,多家媒体报道了因为“担心家人逼婚”而不愿意回家的案例。逼婚,已经成为和“车票难买”同等分量的不回家理由。

传统婚姻观控制力下降

根据参与上述活动的一位女青年向记者描述,百合网所投放的广告处处带着“逼婚”的暗示。

“今年我一定要结婚,哪怕是为了外婆……”记者注意到,遭到密集炮轰的广告短片《因为爱不等待》一开始即将女主角内心独白呈现给观众。

女主角外形优美且具有高等学历,但是,她的外婆见到她,只会说“结婚了吧”。贯穿广告片始终的正是白发苍苍的外婆用颤巍巍的声音发出的一声声“结婚了吧”。

广告片结尾,外婆躺在病床上,正在接受治疗,看着已经结婚的外孙女,露出了欣慰的笑容。

记者了解到,该广告春节期间在多个电视台和城市火车站屏幕大规模投放,引起了许多未婚男女青年的反感,更有网友在微博上发起“万人抵制百合网”话题,认为广告“用陈旧的伦理道德绑架用户”、“歧视女性”、“严重伤害了已婚和未婚的人”,并要求百合网立即删除广告并道歉。

面对网络舆论的负面评价,百合网曾通过官方微博表示道歉,但一些网友认为道歉“毫无诚意”。百合网公关部有关负责人此前在接受媒体采访时说,没有预料到该广告会引起如此强烈的反应,目前广告投放期已过,是否继续投放仍在考虑。

对此,一位发起抗议活动的妇女权利工作者说:“在传统观念中,结婚生子常常与‘孝’的伦理道德相互捆绑,这种观念在当下社会仍然未能被摒弃和破除,更针对女性衍生出种种歧视。女性的学业事业理想和成就往往被‘单身’、‘剩女’的标签所掩盖,她们的价值被限制在结婚和生育的评价体系中,甚至被当作随时间贬值的‘商品’。这则露骨的广告引起了这么多青年人尤其是青年女性的反感和行动,证明传统婚恋观对青年人的控制能力在降低,青年人的观念已经在进步。”

争议广告已被全面撤销

李健是在百合网总部门前唱歌的女青年之一。作为80后的她出生在北京工作在广州,她向百合网送出了《请不要再投放逼婚广告》的建议信。

“在广告中,外孙女无论穿着学士服还是职业装,外婆都只会问她一句话‘结婚了吧’,这则广告同时反映了百合网和社会上一部分家长的婚恋观念——女孩子只有结婚才是最重要的,学位、事业都是次要的;女孩子到一定年龄就应该结婚,否则就是对不起家人。”李健对《法制日报》记者说。

李健在信中写到:“首先,这样的婚恋观念是陈腐的,结婚只是女性的生活选择之一,女性的价值并不需要通过婚姻来实现,将婚姻作为女性最重要甚至是唯一的‘出路’,是限制甚至矮化女性的行为;其次,结不结婚、何时结婚、与谁结婚,都是女性自己的事情,不应与亲人压力和孝顺与否挂钩,百合网的广告有以伦理道德绑架女性婚姻自主权的嫌疑。”

“百合网作为国内影响力最大的婚恋网站之一,不应宣扬陈腐的、道德绑架女性的婚恋观,更不应通过高密度投放逼婚广告的方式助长这种观念、对青年女性造成压迫和伤害。”李健说。

李健的建议信投送之后不久,百合网给她发了一封回信。信中提到,“百合网此次播出的实体店广告并无伤害青年女性之意,但是基于您及部分观众的反映,我们理解到这则广告对部分单身朋友带来了压力和困扰,对此我们深表歉意”;“百合网尊重每个人的价值观和选择的权利,决定停播这则广告。对于电视台已经排期的广告,我们也已经在与电视台努力协调,争取于本月底或更早的时间之前将绝大部分此广告创意进行撤换”。

逼婚与反逼婚的对决

尽管百合网广告风波已经告一段落,但“逼婚”却仍然广泛存在。

“我父母对我的婚事比较焦虑,可能他们那一代婚姻很多都是这样子的。令我惊讶的是,今年春节期间,我发现很多我身边的同龄人,因为年龄在三十岁左右,被家里面‘逼’得不行,就很草率地结了婚,现在不仅自己过得很不幸,还给双方父母都造成了非常多的困扰。所以,我觉得为了结婚而结婚的选择,在现在这样一个社会还在发生,就未免让人举得荒谬和不可理喻。建立婚姻的基础应该是互相理解和信任,而不是来自于外界的逼迫和压力。”李健说。

李健认为,现在除了来自于家庭的压力之外,一些商业机构在利益驱使下,用广告或者其他营销手段“逼婚”的势头也越来越猛。

由于“逼婚”的盛行,“每逢佳节被逼婚”成为很多人的无奈。去年春节,网上一篇《36岁男子春节期间被安排18场相亲》的新闻引起上万网友围观。近一个时期以来,一份“反逼婚攻略”也在网络上流传开来。“反逼婚攻略”中的招数包括,“能躲就躲”、“假装有对象”、“举反面例子”、“沉默是金”、“找人代替”、“刺激疗法”等。

“为了去满足别人而结婚,是不可取的,可是这却是现在许多年轻人必须面对的客观现实。我有自己的事业和理想生活,结婚始终在我的考虑范围内,但我还没有遇到让我想要共同步入婚姻的人。这不要紧,因为只要知道自己想要什么,并为之努力,我的生活就是丰富而精彩的,结婚与否并不决定我的幸福。”李健说。

本报记者对话婚姻法权威专家 干涉结婚自由是对婚姻权利的侵害

2014年2月25日 法制日报

对话动机

逼婚已经成了当下一种令人关注的社会现象。对于那些剩男剩女而言,逼婚更是难以逃避的亲情考题。逼婚背后存在哪些法律问题?《法制日报》记者与业内权威专家展开了对话。

对话人

北京大学法学院教授、中国法学会婚姻家庭法学会副会长

马忆南

《法制日报》记者

杜晓

记者:网站出于商业利益推出有逼婚之嫌的广告,或者是父母不顾子女感受一味逼婚,可能会违反哪些法律原则?

马忆南:我认为个人自由在现代社会具有重要的意义,现代婚姻家庭制度以个人本位的婚姻契约观为基础进行构建,强调人格独立,宣扬人格平等,在一定程度上确立了当事人决定和管理自己家庭生活事务的自由,其中最主要者是双方当事人依合意缔结婚姻的自由,法律放松了对结婚、离婚的限制,婚姻的缔结与解除更加自由。婚姻家庭中个人自由的扩张,除了是自由主义与个人主义思想浸润的结果之外,也与家庭生活中的私密性特征和情感因素有关。家庭是私生活领域,其中很多事务具有私密性,当事人不希望他人干预。

记者:如同一些反抗逼婚者所言,“为了满足别人而结婚,是不可取的”,这句话从法律层面应该如何解读?

马忆南:个人自由的伦理基础在于“自己决定权”,即自己的私事由自己自由决定的权利。一个人之所以拥有“自己决定权”,是因为一个智力健全的人是一个理性的人,每一个人都具有独立的人格,对自己的行为和利益具有独立的判断能力与决策能力,每一个人都是自己利益最大化的最佳判断者和决策者。

对个人自由的尊重,还出于一个信念:每个人都有权决定并追求自己所向往的“理想”生活模式。而在民主的基础上,并不存在固定的“最佳”家庭生活模式的标准。自治意味着一种自我思考与自我决定的能力,通过深思熟虑,判断、选择自己所向往的“理想”生活模式。

记者:具体到婚姻这一问题上的自主权,您是如何理解的?

马忆南:我认为结婚自主权可以解释为,在法律规定的范围内,每个人都有按照自己的自由意志,自主、自愿地决定其婚姻关系的缔结而不受其他任何人干涉、强迫的权利。结婚自主权的具体内容,包括在法律规定的范围内,是否结婚、和谁结婚、何时结婚、何地结婚、采取何种形式结婚等。

记者:干涉婚姻自由是一个比较古老的话题,您能否对此进行一个总结性的分析。

马忆南:干涉结婚自由是对公民婚姻权利的侵害。这种违法行为有不同的表现形式,其中包办婚姻和买卖婚姻是比较典型的。包办婚姻,是指第三者(包括父母、亲人)违反婚姻自主的原则,包办强迫他人婚姻。买卖婚姻,是指第三者(包括父母、亲人)以索取大量财物为目的,包办强迫他人婚姻。还有一些干涉婚姻自由的行为,如阻挠并非禁婚亲的同姓男女结婚,阻挠丧偶妇女再婚,子女阻挠丧偶、离婚的父母与他人再婚等,抱童养媳、订小亲以及转亲、换亲等行为,也是干涉结婚自由的具体表现。父母、亲人和婚恋网站采用各种不当方式催婚、逼婚,也是干涉婚姻自由的行为。当然,我们也要区分善意提醒、建议与干涉婚姻自由性质的催婚、逼婚的界限。

嫁人有风险 娶妻需谨慎 离婚了 还得夫债妻偿?

2014年2月26日 北京晚报 安然

夫妻离异之前,丈夫向别人借款近百万,离婚后又“人间蒸发”。而法院根据《婚姻法》的相关司法解释,判定由本己和前夫约定“各自债务各自负责”的前妻负责偿还。这个发生在海南的案例让不少公众颇有些不寒而栗:若是有人在离婚之前恶意举债,然后玩消失,那岂不是没有任何风险地钻了法律空子?在专家的眼中,因离异引发的超复杂案例远不止于此。婚前财产混同、父母遗赠被分割、共同财产的转移、配偶再婚影响孩子权益……真成了“嫁人有风险,娶妻需谨慎”。

案例聚焦

丈夫私下欠钱 离异后“夫债妻偿”

在专业人士的眼中,海口市民江燕(化名)的遭遇其实并不算罕见。2012年年底,江燕的前夫翁某某突然“人间蒸发”了,所有联系方式都找不到他。不久,一个追债电话打到了江燕的手机上。

追债的杨某说,江燕的前夫因做生意先后从他手里借了95万元,有借条为证。由于找不到人,他只好把翁某某和江燕一起告上了法庭。而江燕也拿出了她和翁某某的《离婚协议书》,上面清楚约定:双方确定在婚姻关系存续期间没有发生共同债权债务,如婚姻关系存续期间一方当事人在对方未知情的情况下所欠的债务,由其负责人自己全额承担债务,与另一方无关。

江燕说,前夫借钱的事情虽然发生在没离婚的时候,但当时双方已经分居,这些钱她一点都不知道,而且也不是用来供双方共同生活所用。但是,海口美兰区法院一审判决结果却让她莫名惊诧。

法院判定:二人离婚时,对婚姻期间的对外所负债务的约定,只对他们两人有约束力,对原告杨某没有约束力。故原告请求被告江燕对被告翁某某借款95万元中的85万元本金及利息承担连带责任,该院予以支持。江燕对被告翁某某借款中的85万元本金及利息承担连带偿还责任。江燕不服,现在已经提出上诉。

此事一出,网民的评论异彩纷呈:有认为“葫芦官判断葫芦案”的,觉得作出判决的法官将成为“彭宇案”一

样的里程碑式人物；有认为债主可能与前夫合谋骗江燕钱的；有表示今后自己离婚也可以这么干……

法律剖析

若圈套天衣无缝真能钻法律空子

这个案子的判决合理吗？江燕所遇到的债务风险有办法规避吗？如果真的是债主与夫妻一方恶意设下的圈套，能够被法院发现吗？在专业律师看来，婚姻法和相关的司法解释，确实存在着让人钻空子的可能。

北京中凯律师事务所继承部主任陈凯说，严格依据法律条文来说，当地法院作出的判决没有问题。该法律条文是最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第二十四条中的规定：债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。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“夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有的，夫或妻一方对外所负的债务，第三人知道该约定的，以夫或妻一方所有的财产清偿”的情况除外。

“按照这项司法解释，只要双方还是夫妻，一方所欠的债务，原则上就是双方共同债务。要想避免江燕这样的问题，就必须要有足够的证据，证明该债务确为欠债人个人债务。”陈凯说，网友们所担心的“离婚前故意借钱”等问题，其实在当前的涉及离婚的财产诉讼中已经出现。

为了这个远在海外的案子，北京常鸿律师事务所的多位律师进行了深入探讨，并结合手里的案子，仔细研究了最高院的司法解释。

邓美秀律师认为，最高法院的司法解释保护了债权人的利益，同时也对法官的工作提出了更高的要求。“对法官来说，不能只是因为债权人拿着借条，就轻易地认定债务关系一定成立，然后让并不知情的离异一方赔钱。”邓美秀说，判断债务是否成立，包括很多关键因素。比如借款的数目与当事人生活、经营之间的关系是否合理，借款的用途去向等，都应该有明确的证据。例如，一个月收入两千的人，突然在离婚之前私下借款几百万上千万，并且除了借条以外，钱款的交付方式、去向都说不清楚，那么法官就有义务查明真相。

“或者，借款确实成立，但肯定没有用于夫妻共同生活，而是拿去赌博了。这种情况也应该具体问题具体分析，不能机械地按照借条就判还钱。”

但是两位律师都承认，假如真的有人刻意来钻法律空子，例如某位商人在离异之前，向生意伙伴大量借款，并且能够出示银行转账凭证，提供借款的合理用途，然后“玩失踪”，那么一旦被追款人告上法庭，其前配偶也只能被判赔。

邓美秀律师强调说，如果受害一方能够找到证据，证明自己是被人蓄意欺诈，当然可以不还钱，而且可以请求公安机关追究欺诈者的刑事责任，但是很显然，获得这种证据的难度很大。

律师提醒

夫妻分手财产纠葛防不胜防

记者了解到，目前在离婚官司当中，连专业人士都感到棘手的财产纠纷还有多种。对于绝大多数准备携手走完一生的夫妻，很难在花好月圆之时细致地将名下财产分割清楚。而到了劳燕分飞的一刻，当年的浓情蜜意往往只化作对财产的锱铢必较。

归纳起来，比较难以处理的财产纠纷还有如下几类：

婚前财产混同

市民王某结婚前名下有一笔价值100万元的股票，婚后，王某将股票变现，并拿这笔钱购买了一套房产。几年后，王某要与妻子离婚，妻子要求分割房产。王某认为，买房的钱是自己结婚前炒股挣来的，不属于婚后财产。但是，在买房时，这笔钱并不是直接从股票账户转给开发商的，没有证据能证明交给开发商的财产来自股票变现的款项。而且房子确实是婚后所购买的，理所当然被视为共同财产，由双方分割了。

类似的问题在很多夫妻之间以另外的面目出现。婚后，其中一方（多为男方）的父母出资交了首付，由小夫妻还贷，房产证上写了小夫妻的名字。一旦双方闹离婚，产权纠葛立即出现。

修订后的婚姻法对此问题给出了一定的解决方案。在婚姻法第七条中规定，如果婚后由一方父母出资为子女购买的不动产，产权登记在出资人子女名下的，可按照婚姻法第十八条第（三）项的规定，视为只对自己子女一方的赠与，应认定为夫妻一方的个人财产。

一些较为前卫、法律意识很强的公民在婚前曾做了财产公证。但是一旦婚后双方财产有所转化，如股票款变成了购房款之类，转化的时候又没有保留清晰的证据，今后在主张权利的时候一样要陷入法律困境。特别是如果一方将自己的财产转入到对方账户，只要双方对这笔钱没有明确的约定，就容易被认定为“婚内赠与”，再想讨回，难度就太大了。

父母遗赠被分割

市民何某结婚后五年内，父母先后去世，都没有留下遗嘱。又过了两年，何某离婚时，他的妻子要求分配公婆留下的一半房产。法院支持了何妻的要求。而何某则大呼不公，却因为拿不出自己父母的遗嘱，只能徒呼奈何。

此类情况中，如果老人留下遗嘱，声明只将财产交给亲生儿女，固然是一个解决办法，但在中国的正常家庭中，这种遗嘱无疑会在原本和睦的小夫妻之间埋下一颗定时炸弹。

另一种更加稳妥的方式是“隔代继承”，爷爷奶奶的财产直接遗赠给孙子孙女。这样既规定了财产的去向，又不会影响子女的夫妻关系。但是，隔代继承有一个最大的风险：时间。在遗嘱生效的两个半月内，受益人必须要办理继承手续，否则视为放弃。在司法实践当中，已经出现了本来应获得遗产的受益人，由于一两年内都没有办理手续，结果被亲属中其他法定继承人要求按照法定继承分割财产，到手的房产被亲戚们分走了。

离婚时共同财产被转移

市民刘先生投资了一家公司。在准备与妻子李女士离婚时，他将手中的股权以低价转让给了自己的弟弟。李女士不服，认为这是明显的转移财产的行径。但问题是，这家公司虽然有着良好的成长性，并且不远的将来，盈利已经可期，但在二人准备离婚时，确实仍然在赔钱。一个赔钱的公司，以廉价转让股权，并不违反相关法律。

陈凯律师说，有的夫妻离异时，弱势一方已经意识到这个问题，要求直接分割股权，但这又有可能使得另一方干脆将公司弃之不用，另起炉灶开设新的公司。

“在实践当中，我们经常可以看到，有些大老板的配偶，专门在公司即将上市的时候提出离婚，每到这个时候，提出离婚一方的经济要求往往最容易得到满足。这是因为，老板夫妻离婚将决定股权的分配、归属，属于必须披露的重大事项，一旦这个问题解决不了，公司就属于‘股权不明晰’，根本无法上市。”陈凯说，这样的例子虽然极端，而且与普通老百姓关系不大，但在法律上，却是一个相当难以解决的问题。

他山之石

国外常通过信托

规避类似纠纷

“在国外，公民如果遇到类似的问题，往往通过信托的方法来规避。”陈凯律师说，这就是将主要财产交给信托公司，信托内的财产的归属可以约定和调整。

他说，最重要的是，信托内的财产是“隔离”的，这一点在国内也同样适用。“比如海南江燕的那种案子，如果在负债之前，她将一部分财产转移到信托当中，就可以起到隔离自身和配偶债务的效果。根据中国的信托法第17条，除了一些法律所规定的特定情形，对于信托财产不得强制执行。如果违反该规定强制执行了信托财产，委托人、受托人或者受益人有权向人民法院提出异议。”J060

（七）公证专题

丈夫突发脑溢血去世 女子根据亡夫笔记寻找遗产

2014年01月27日 中国新闻网 陈瑶

核心提示：范女士拨打市长热线12345，说想借助媒体的力量帮助她寻回一笔遗产。这笔钱是已经离世的丈夫留下的，可是这笔钱到底在哪，怎么能取出来她却说不清楚，这个问题也困扰了她一年多。

新疆网讯 范女士拨打市长热线12345，说想借助媒体的力量帮助她寻回一笔遗产。这笔钱是已经离世的丈夫留下的，可是这笔钱到底在哪，怎么能取出来她却说不清楚，这个问题也困扰了她一年多。

范女士的丈夫卢先生因为突发脑溢血，在2011年10月离开人世。因为事发突然，什么也没有来得及准备，范女士说当时她慌乱地从衣柜里拿了件西装给丈夫换上，根本没有注意衣服口袋里是否有东西。后来回忆起来，可能一张重要的单据就是被放在这件衣服里随着丈夫一起被火化了。

范女士说，卢先生生前是个极细心的人，所以家庭理财都是交给他。丈夫去世后，范女士整理遗物时，偶然从他的笔记中发现了记下的一条重要信息。卢先生在2002年4月18日曾经购买过一笔十年期的5万元国债，且记下了到期时间、利率和单号。发现了卢先生的笔记后，范女士找遍了家里所有的地方也没有找到这张国债单据，仔细回忆再回忆，范女士想起了自己当初给丈夫卢先生换上的那件西装。“当时太匆忙，我想柜子里的衣服都是洗好的，肯定不会有东西在口袋，也就没翻。现在想想一定是他把那张国债单子装在西装口袋里，现在单子随着他一起去了。”

根据丈夫的记录，2012年这笔国债就该到期，但是范女士完全回忆不起来这笔国债当时是在哪家银行购买的，卢先生的笔记中也没有提起。她跑了几家银行想要查询这笔钱，却一直没有查到。

记者联系了人民银行蚌埠市中心支行国库科，工作人员经过查询，发现范女士丈夫的记录和实际情况有些出入。根据时间，2002年4月确实有一期国债在发售期内，但是只有三年期和五年期，根本没有十年期，并且两款国债的利率都和卢先生的记录不吻合。“这样看来，他买的不一定就是国债，有可能是其他债券，也有可能已经支取了。”工作人员推测，连是不是国债都难以确定，没有凭据，也不知道在哪家银行申购，还有可能卢先生生前就已经支取了这笔钱，所以要找到确实很难。

人民银行蚌埠市中心支行工作人员表示，如果继承关系属实，范女士可以携带相关证明，到各家商业银行网点进行查询，丈夫是否有遗产留在银行，过程确实要费一番周折。卢先生的笔记不可能作为支取凭证，范女士又提供不了其他的证据，到底有没有这笔钱在银行都很难说。范女士需要持有公证处开具的证明，是卢先生的财产继承人，能够证明卢先生的遗产归她继承，然后提供身份证等身份信息就可以查询。

婚前贷款按揭房婚后公证共有

2014年1月24日 法制网 马琳洁

深圳晚报讯（记者 马琳洁 通讯员 陈虹）近日，家住南山区的林小姐通过南山公证处解决了一大难题：丈夫在婚前以其个人名义向银行贷款购买的房子，结婚5年多都是两人一起还贷，但暂时无法在房产证上加名，她通过婚姻财产公证确保了自己未来的利益。

据悉，根据婚姻法司法解释，一方支付首付款并在银行贷款，婚后用夫妻共同财产还贷，不动产登记于首付款支付方名下的，人民法院可以判决该不动产归产权登记一方。

根据建议，林小姐要想解决这个问题，就需要两人选择做婚姻财产约定公证，约定其二人共同居住还贷的这套房子属于夫妻双方共同财产，日后若离婚，这套房子将作为夫妻共同财产进行分割。通过这样的方式，林小姐对这套房产的权益就得到了很好的保障。双方能够以和谐、平等的方式协商沟通好，这样进行婚姻财产约定公证并不会伤害夫妻双方的感情，而且能够有效地预防纠纷，减少诉讼。

据介绍，南山公证对于此类问题还有三种形式，婚前财产约定公证、夫妻财产约定公证以及离婚补充协议公证。对于协议不明的，进行公证可为双方当事人处理纠纷、解决争议提供公信力保障。

公证行业今年将出台民间借贷等公证事项的规范

2014年02月03日 新华网 崔清新

新华网北京2月3日电（记者崔清新）记者从中国公证协会获悉，2014年将加强公证执业规范化建设，出台民间借贷、房屋拆迁等公证事项的制度规范。

中国公证协会会长丁露介绍，2014年，中国公证协会要制定执业规范体系建设规范，加快现有业务规则废改立工作，尽快实现对主要公证事项和业务的全覆盖。其中，要制定《民间借贷风险提示》《涉外融资（投资）风险提示》《公司担保公证指导意见》《股权转让指导意见》《主要公证事项告知内容和询问笔录之二》等。

丁露说：“公证行业目前存在的问题之一是规范缺位，行业规范没有在所有业务中全覆盖，特别在新的领域中，想要防范风险、取信于民，要靠规范。”

丁露认为，公证员要经常不断地学习新的法律、法规，适时地转变旧观念，适应新形势，跟上时代的节奏。目前各种复杂的公证事项不断出现，公证业务范围越来越广泛，当事人要求公证处办理的公证种类越来越繁杂，这对公证员提出了更高的要求。只有具备多样的知识，高层次的业务水平，才能在激烈的竞争中站稳脚跟。

公证制度是对法律行为和有法律意义的文书、事实的真实性和合法性给予认可。在司法制度设计中，公证制度对司法审判制度起到“减压阀”和“过滤器”作用，旨在确认非诉的、无争议的一些法律行为依法成立，从而预防和消除一部分矛盾纠纷。

北京密云县法院：公证处违规公证成被告原受益人未得到房产索赔43万

2014年02月13日 京华时报 裴晓兰

京华时报讯（记者裴晓兰）父亲找公证处立下遗嘱，要将自己的房产份额都留给四儿子张先生。该遗嘱后因违反程序规定被撤销，未能得到遗嘱中所列遗产的张先生起诉公证处索赔43万余元损失。近日，密云法院受理了此案。

张老汉与妻子共生育四个子女，其妻于2002年9月去世后，张老汉向北京某公证处提出了遗嘱公证申请。在公证处的公证下，他立下遗嘱，称他与妻子共有两套楼房，他要求其产权份额及其继承妻子的产权份额，在他去世后均由四儿子张先生继承。

2010年，张老汉去世后，其长女及长子的妻女将张先生夫妇告上法庭，请求享有对张老汉夫妇遗产的继承份额。开庭时，张先生提供了上述公证遗嘱作为证据。原告方随后向公证处提出复查申请，公证处作出维持公证书的复查决定后，他们又投诉至北京公证协会。2010年11月16日，公证协会认为，该公证在办理过程中有违反公证程序的现象。公证处遂于2011年5月15日撤销了该项公证。法院认为，该份被撤销的公证书不具备效力，张老汉夫妇的遗产依照法定继承原则进行了分割。

张先生随后起诉公证处，索赔43万余元。目前，此案正在进一步审理中。

十、新书资讯

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QQ群（群号：153181612）——即时分享最新中国婚姻家庭法制信息动态，本群实名交流，申请时须提供“城市+单位+姓名”（注：本群为专业群，不为当事人提供咨询服务）！

微信公众平台订阅号：“家事法苑”，微信号“famlaw”



编辑：“家事法苑”律师团队

顾问：郝惠珍 主编：杨晓林 执行主编：段凤丽 编委会成员：刘强

家事法苑™家事律师网 <http://www.famlaw.cn>

家事法苑™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