

## 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](mailto:xiaolinlvshi@vip.sina.com) 或来电 13366156089，立即在列表中取消！

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

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

“家事法苑”微信公众订阅号：“家事法苑”，微信号“famlaw”

（北京天驰洪范律师事务所“家事法苑”团队主办，谨防其他假冒平台）

编委会：杨晓林律师、段凤丽律师、刘强助理

每天精选家事审判动态、典型案例，每周六“周末家事影剧院”推荐一部国内外经典婚姻家庭法律或伦理题材影视剧，每周日精选婚姻家事审判热点问题小专题资讯分享。

更多信息见：“家事法苑”新浪微博 <http://weibo.com/jiashifayuan>



### “家事法苑”家事法主题微信群开通及暂行规则

- 1、建群宗旨：即时分享婚姻家事法律领域审判动态、典型案例，实务中相关问题探讨与交流，各地法院家事审判改革动态，推进中国婚姻家事法制进程。
- 2、本群定位：法律职业共同体阳光交流的平台，欢迎关心婚姻家事法律的学者、法官、公证员、律师、公益人士、媒体朋友加入本群。  
尊重群友，不要未经允许、随意添加其他群友为个人好友；
- 3、申请加入者必须承诺：以实名、真实身份交流！群昵称署名方式：姓名+城市+单位简称。如群中有太多不熟悉的面孔：可在聊天信息界面打开“显示群成员昵称”；
- 4、本群是法官、学者、媒体、公证员、公益人士及律师的公共平台，应紧密围绕家事法主题交流、探讨及分享信息，不闲聊，不谈政治，发言要顾及他人感受，转帖其他群庸俗帖子，严禁转发广告信息。
- 5、为保证群的质量，未经群主同意，请勿擅自拉人进群；本群一律由群主邀请入群，请先添加群主段凤丽律师（昵称：段凤丽家事律师，微信号：D13552693593，电话：13552693593，QQ：872019058，邮箱：[duanfengli@tchhf.com](mailto:duanfengli@tchhf.com)）个人好友，说明个人基本情况，城市、单位、姓名，由群主统一邀请；
- 6、如群消息过多，影响本人工作、学习及休息，可在聊天信息界面关闭“新消息通知”，定期浏览即可；
- 7、其他相关问题另定。

### “家事法苑”年轻律师家事法访谈项目启动

“家事法苑”团队在原有高校法学院家事法主题实习项目基础上，自2014年9月起再开启一个年轻律师家事法主题访谈项目。

凡是有志于从事婚姻家事法方向的外地年轻律师（原则上要求执业三年以下），如有来京机会，可来我团队作客，就婚姻家业务专业化相关问题进行座谈交流，杨晓林律师亲自接待。

时间：一个半小时左右，提供一顿工作餐。需至少提前三天预约，发送个人简历。

联系人：段凤丽律师，电话：13552693593，邮箱：[duanfengli@tchhf.com](mailto:duanfengli@tchhf.com)。

“家事法苑”家事律师团队 2014年8月30日

## 2014年总第8期综合版

编辑时间: 20140831

## 目 录

## 一、婚姻家庭审判动态

- 深圳: 香港离婚判决深圳可认不过 要向法院提请裁定——2014年07月31日 羊城晚报 蒋琳莉  
妥善审理家庭暴力案件 保障受害者合法权益——江苏省徐州市贾汪区人民法院涉家庭暴力案件审理情况调研报告  
——2014年7月31日 人民法院报 王牧 岳敏 王道强
- 少年及家事审判庭: 鄞州的“求和”探索——2014年8月3日 最高人民法院  
借鉴香港经验 温州中院试水录音录像替代法庭记录——2014年8月4日 浙江在线 施宇翔 张美权 汤婧婧  
海门家事审判合议庭成立——2014年8月7日 中国江苏网 张美芳  
区法院选任59名家事调解调查员——2014年8月11日 南方日报 戴晓晓  
罗湖区法院选任59名家事调解调查员——2014年8月11日 深圳罗湖区法院  
淮滨县法院多项措施妥善处理农村留守妇女离婚纠纷——2014年8月5日 信阳市中级人民法院网 孙健 李萍  
深圳罗湖建立家事纠纷综合协调解决机制——2014年8月12日 人民法院报 林劲标 罗云  
婚姻家事案件特有之“离婚证明书”——2014年4月21日 刘云海律师  
官渡法院分析离婚案件中家庭暴力的界定及举证存在的问题并提出建议——2014年8月15日 昆明市官渡区人民法院  
以少年庭为基础成立“家事庭”和国际接轨——2014年08月19日 常州日报 杨杰  
深圳拟出台专门反家暴条例首先开河将经济伤害纳入家庭暴力——2014年8月19日 法制日报人大立法 游春亮  
婚姻家事案件特有之财产申报制度——2014年4月2日 刘云海律师 深圳婚姻家庭律师  
阿旗法院“三疗法”调处婚姻案件——2014年8月24日 赤峰日报 姜淑娟

## 二、一般审判动态

- 法院等五部门联合下发意见要求 严惩违法行为——2014年7月29日 威海新闻网 时新元  
关于公民代理民事诉讼若干问题的规定——2014年8月6日 审判研究 重庆高院  
官渡法院分析制约农村房屋执行的因素及提出建议——2014年8月13日 昆明市官渡区人民法院

## 三、立法动态

- 继承法静待大修——2014年8月6日 法治周末 蒲晓磊 张晶鑫  
2014深圳反家庭暴力立法研讨会举行 需构建干预网络——2014年8月17日 深圳特区报 李世卓  
无锡市中级人民法院民一庭依法对两起不诚信诉讼行为进行制裁——2014年8月19日 无锡市中级人民法院  
反家庭暴力: 立法中的儿童视角——2014年8月29日 人民法院报 杨树明

## 四、媒体典型案例

## (一) 解除婚姻关系案例

- 泉州市中院: 妻子被砸成瘫痪只能卧床 丈夫多次起诉离婚败诉——2014年8月2日 东南早报 黄墩良  
私通妻子未成年堂妹被判刑 妻子诉离婚获支持——2014年8月4日 沈阳市皇姑区人民法院  
女子因丈夫身份造假 诉离婚一审法院不受理——2014年08月05日 广州日报 陈治家  
妻子患重病遭丈夫嫌弃 聚少离多终分手——2014年8月6日 沈阳市康平县人民法院  
女子不满“性生活不和谐” 结婚一月提离婚——2014年8月7日 中国新闻网 何蒋勇  
上市前俩月离婚 于冬前妻自述——2014年8月7日 中国青年网(北京)  
是否生育二胎成为离婚导火线——2014年6月17日 东方早报  
车祸后丈夫成植物人 妻子起诉离婚被判不准——2014年8月11日 经济与法  
丈夫与侄女有不正当关系 妻子起诉离婚遭驳回——2014年8月11日 许昌市中级人民法院 曾慧  
女子借高利贷经商 丈夫得知与其离婚——2014年08月27日 京华时报 裴晓兰

## (二) 婚姻无效撤销案例

- 现代版“贾宝玉与薛宝钗”式婚姻被法院确认无效——2014年8月6日 信阳法院 梁焱  
隐瞒病情登记结婚 违反法律应属无效——2014年8月21日 连云港日报 徐理想

## (三) 子女抚养亲子关系案例

- 行业周边: 涉小孩抚养费担保公证债权的执行——2014年8月1日 公证人  
父母离婚协议零抚养无效 四岁女儿讨抚养费——2014年8月8日 中国法院网 龙秋红  
发现儿子不像自己 男子获1万元精神赔偿——2014年08月13日 南京晨报 冒群  
19岁女儿状告生父索要医药费法院酌情判决父亲承担三分之一费用——2014年8月22日 汤峥鸣  
不尽抚养子女义务 婚内可主张抚养费——2014年8月26日 保定市中级人民法院

离婚夫妻争夺孩子抚养权 法官调解案结案了-----2014年8月26日 中国法院网 彭振林 李学辉  
男子离婚8年做亲子鉴定 发现14岁女儿非亲生-----2014年8月26日 新快报 黄琼

#### (四) 财产分割案例

夫妻离婚 法院采用竞价方式分割房产-----2014年8月7日 兰州晨报 董子彪  
恶意转移财产? 债权人能否请求撤销? -----2014年8月18日 厦门集美区法院民一庭  
夫妻离婚诉讼期间 娘家可否要回陪嫁物品-----2014年8月18日 河南省平顶山市中级人民法院 叶凡  
两夫妻离婚 六网店一人三间-----2014年8月21日 大洋网-广州日报 林霞虹

#### (五) 损害赔偿案例

北京昌平区法院审判动态:男子离婚后发现自己孩子非亲生 诉前妻追讨百万抚养费2014年08月02日 京华时报 孙思娅  
老公被捉奸在床妻子诉离婚索赔-----2014年8月6日 大洋新闻 何小敏  
再婚男为表忠诚签协议 施家暴被离婚丢房产-----2014年8月5日 沈阳晚报 王立军  
女子嫁同性恋男子 未能同房起诉离婚获赔80万-----2014年08月15日 现代金报 吴依滢  
丈夫起诉离婚 妻子索要12 万青春补偿费-----2014年8月24日 宁夏新闻网 王若英  
丈夫签了忠诚协议仍出轨 妻子获得精神损害赔偿金-----2014年08月18日 金华新闻网 张黎明 华斌

#### (六) 扶养赡养案例

赠房“换”养老不满欲收回 法院:赠与合同公证有效-----2014年07月28日 北京晨报 彭小菲  
妻子因病向丈夫索要抚养费获法院支持-----2014年7月18日 北京法院网 吕行菲  
母亲状告三儿女索要赡养费 因收入可满足生活需要被法院驳回-----2014年8月8日 法制网 潘从武 周亮 白芮宁  
丈夫不养家,妻子能否诉讼? -----2014年8月14日 镇江经济开发区人民法院  
“我告儿子,就是要挽回亲情”-----2014年8月14日 人民法院报 林劲标 黄志庆 邱小华  
老父热衷“黄昏恋” 独生女觉丢人拒付赡养费-----2014年8月18日 中国法院网 李茜

#### (七) 离婚后财产纠纷及相关纠纷

沙县人民法院:离婚后签订协议 财产约定仍有效-----2014年8月5日 沙县人民法院  
称为办户口掉入前夫骗局 女子诉前夫夺房产-----2014年8月5日 中国法院网  
离婚时未分割的房产租金对方能否要求分割? -----2014年8月13日 抚州市临川区人民法院 韩涛 江聪越  
协议离婚房产赠亲儿 女方反悔要撤销赠与与被驳-----2014年8月27日 中国法院网

#### (八) 恋爱同居纠纷案例

港商正妻向“二奶”讨债 获东莞法院支持-----2014年7月31日 中国新闻网 李映民 安致标  
已婚男打赢“分手费官司”-----2014年08月13日 京华时报 裴晓兰  
同居期间借款属于个人债务吗? -----2014年8月13日 资溪县人民法院 周全 黄武明  
男子欠风流债遭小三手持欠条追债 连累老婆成被告-----2014年8月15日 羊城晚报

#### (九) 其他相关案例

借名或联名 购房“三人行”的烦恼-----2014年8月5日 中国法院报  
老汉为离婚告高明民政局 法院认定程序存在重大瑕疵-----2014年08月12日 羊城晚报 黄晓晴  
男子否认结婚两告民政局-----2014年8月19日 法制晚报 陈威生  
不生孩子的夫妻谁说了算? -----2014年8月27日 中国妇女报 张兆利 王晓芹

#### (十) 赠与案例

房子过户给儿子读书 算卖还是赠与? -----2014年08月05日 大洋网 章程  
老人生前把300多万房产赠保姆引发纠纷-----2014年8月22日 房地产微报

#### (十一) 夫妻债务案例

男子打欠条分手加倍还钱 离婚后法院判承诺无效-----2014年8月7日 成都商报  
婚姻关系存续期间是否构成诉讼时效中止的情形-----2014年6月19日 《法庭》杂志 李志强  
妻子婚前欠20万丈夫要共还 法官:存事实婚姻关系-----2014年8月20日 东南网 曾炳光

### 五、继承

#### (一) 继承审判动态

南湖法院为境外继承者们当“娘舅”-----2014年08月12日 嘉兴在线-嘉兴日报

#### (二) 继承立法动态

“继承法”将年满三十 继承范围等三大问题待解决-----2014年8月7日 成都商报 王英占 周茂梅 孙兆云

#### (三) 继承典型案例

男子为独占遗产让父亲抄遗嘱 未得逞告亲人索要医药费-----2014年08月05日 信息时报 何小敏  
怀胎7月丈夫去世婆婆不认亲 人工授孕女为孩讨回继承权-----2014年8月4日 新晚报 翟丝雨

- 保姆嫁雇主后继承11间房 继子起诉得1间房-----2014年08月04日 中国新闻网 彭小菲
- 遗嘱赠与惹风波 亲人之间打官司-----2014年08月12日 中安在线
- 徐友才：“18份遗嘱”让姐弟亲情碎了一地-----2014年08月15日 荆楚网 徐友才
- 七旬姐弟争房产出示18份父母遗嘱-----2014年8月12日 荆楚网-楚天金报 方历娇
- 父病遗嘱反复致子女反目 儿独吞遗产未果状告十亲人-----2014年08月13日 中国新闻网 凌越
- 罕见继承案：男子为继承母亲房产无奈起诉同父异母哥哥-----2014年08月19日 法制日报 马超
- 债权人病逝继承人起诉债务人还款获支持-----2014年8月19日 光明网 岑闻战
- 当年嫌麻烦未办房产继承公证 如今接连冒出一堆法定继承人，头大！-----2014年8月21日 扬子晚报
- 分居不离婚 遗产起争议-----2014年08月22日 北京晚报 杨昌平
- 女儿继母争房产父亲遗嘱竟没用 有效遗嘱才避免纠纷-----2014年08月20日 当代生活报 王斯 路纳
- 老人去世2年分配房产遗嘱仍引家庭“内战”（图）-----2014年8月19日 福州晚报 刘栋宾
- 父病遗嘱反复致子女反目 儿独吞遗产未果状告十亲人-----2014年08月13日 中国新闻网 凌越
- 取不出父亲生前存款怒告银行-----2014年8月26日 金陵晚报 胡睿
- 存款人去世，继承人怎样拿到钱？-----2014年8月26日 京江晚报 陈路
- 女子取丈夫生前所购国债遭拒-----2014年8月27日 半岛晨报 张洪骏
- 二打官司 三兄弟争四房32年前分家契约真假存疑 父母离世后对簿公堂-----2014年8月28日 北京晨报 何欣
- 娄师白两遗产案终审落判-----2014年8月25日 法制晚报 王晓飞
- 母女俩遭遇离奇车祸身亡 家属3年后获赔保险金-----2014年08月25日 红网 刘志杰
- 老人病逝留房产 再婚妻子悉心照料获多分-----2014年8月26日 光明网 熊娟 陶媛媛
- 银行想继承死者存款吗-----2014年08月28日 信息时报 范子军

## 六、房产、股权、信托

### （一）房产

- 庐江夫妻离婚时妻子主动赠予房产 丈夫私自出租前妻欲收回-----2014年08月20日 市场星报 王玮伟
- 妻子低价卖房给岳母丈夫不认账 法院判恶意串通-----2014年8月20日 福州新闻网 陈鸿星
- 为买房“假离婚”假戏真做 主张合同权利被驳-----2014年8月22日 中国法院网 卢瑞华
- 儿诉父将继母名字加入房产证 法院认定合同无效-----2014年8月13日 中新网 何蒋勇
- 6岁男童起诉父亲索要房产-----2014年8月28日 北京青年报 李铁柱

### （二）股权

- 法眼探案：公司股权的继承-----2014年8月15日 法律工场

### （三）信托

- 信托抢食90万亿家族财富蛋糕-----2014年8月8日 经济参考报 钟源
- 美国富豪怎样给子女留财产：创信托基金 捐慈善-----2014年8月14日 信托理财俱乐部
- 《21世纪资本论》书摘：继承财富-----2014年8月17日 新浪财经
- 境外信托效力家事因素影响与法律风险刍议-----2014年8月19日 沪家律师 沪家网

## 七、社会新闻

- 男子伪造离婚证瞒着妻子卖房还债 结果锒铛入狱-----2014年07月31日 温州网 吴祖坚 朱乐乐
- “诉前夫再离婚”重演“证途”荒诞-----2014年07月30日 山东商报
- 女儿重度抑郁自杀 父亲诉女婿被驳回-----2014年8月1日 人民法院报 黄硕 石岩
- 姑父借侄女名义买房 被侄女诉霸占房屋不还-----2014年8月5日 中国法院网 孙思娅
- 宿迁女子20年结婚离婚26次 最长婚姻维持3年-----2014年8月10日 宿迁新闻网
- 离婚与星座有关？A-cup 更易离婚？各种奇葩离婚原因大起底！-----2014年8月9日 广州日报
- “随母姓”致家族基因传承混乱无科学依据——访浙江省人民医院生殖内分泌科主任、生殖医学中心主任舒静  
-----2014年8月12日 中国法院报 耿兴敏
- 夫妻和谐关系的构成因素及群层差异性——以天津市女性为主体视角的分析2014年8月12日 中国妇女报 张宝义
- 谁把婚姻逼到无话可说——从“懒得离婚”现象解析亚婚姻状态-----2014年8月12日 中国妇女报 尹晴
- 出生医学证明的用处-----2014年8月15日 北京晚报
- 《离婚律师》：违和的情感戏和律政剧-----2014年8月15日 法律读库 王琳
- 民政局为挽回更多家庭 每天“限号”办理离婚-----2014年8月15日 三秦都市报 谢斌
- 你有没有动过离婚的念头？-----2014年8月16日 新民周刊 阙政
- 西安：男子入狱后“被离婚” 状告民政局获5万补偿-----2014年8月16日 华商报 余晖
- 拒不履行离婚判决，一律师被拘留-----2014年08月19日 山东商报
- 少年蹲守10天找到父亲重婚证据 报案追父亲刑责-----2014年8月18日 成都商报 汤小均

方圆微案 | 抓“小三”被公诉——2014年8月21日 徐小康 方圆  
 徐悲鸿蒋碧薇离婚记：上法庭，钱要分，孩子要争——2014年8月21日 澎湃新闻(上海)  
 王熙凤亲历的三起婚姻案——2014年8月22日 人民法院报 王其见  
 子不孝，索钱不成遭父捅伤身亡——2014年8月22日 安徽财经网 王玮伟  
 个人账户余额可依法继承——2014年8月24日 泉州网 叶舒雯  
 依托三大平台 促进“白头偕老”南通夯实社会稳定家庭根基——2014年8月25日 中国法院网 朱旻  
 私家侦探专为离婚做谈判 称一单调查最高收费逾60万——2014年8月26日 人物 复焱  
 蒋三努：婚姻家事案的攻心专家——2014年8月23日 法制日报 莫小松  
 海曙社工将分批接受培训 成为专业婚姻家庭咨询师——2014年8月25日 宁波日报 杨静雅  
 重庆上半年结婚离婚比接近3:1——2014年8月27日 重庆晨报 任明勇  
 长沙县离婚率逐年上升 80、90后成离婚主流人群——2014年8月26日 星沙时报 张兴莎  
 自贡结婚离婚数据出炉：上半年离结率达30.2%——2014年8月26日 四川新闻网 刘瑞  
 清人聘妻后迟迟不娶只为赔偿金李鸿章判处聘礼不还另嫁合法——2014年8月27日 上海法治报 刘文基

## 八、异域资讯

海外借鉴 | 英国调解机构审计报告：调解市场增长9%——2014年8月2日 中国法院网 蒋丽萍  
 曼德拉逝世后首起遗产官司或现 前妻温妮索要房产继承权——2014年8月7日 国际在线(北京) 任杰  
 应该准备的四份遗产文件——2014年8月12日 《华尔街日报》 Tom Lauricella  
 在韩婚姻中断时滞留延期及国籍取得问题——2014年8月13日 韩中法律新闻  
 女子为美国绿卡与智障男子闪婚 移民失败提离婚——2014年8月12日 金羊网 李海强  
 美国一石油大亨面临史上最贵离婚案：分手费超50亿——2014年8月15日 现代快报  
 美媒：在中国离婚不是容易事儿 部分地区限号——2014年8月20日 环球时报 史蒂夫·蒋，王晓雄  
 美国启动网络遗产统一立法——2014年8月19日 法治周末 傅添  
 美联邦法官裁定佛罗里达州同性婚姻禁令违宪——2014年8月22日 环球网 陈麟  
 英社会学家调查发现54%的人后悔离婚——2014年8月21日 环球网 李志楠  
 卢森堡同性婚姻合法化 首相将与同性伴侣结婚——2013年8月22日 参考消息网  
 外媒：俄首现“双新娘”婚姻 一位“新娘”是男性——2014年8月22日 参考消息 刘白云  
 特拉华州通过美首部“数字遗产法”——2014年8月26日 法制日报 李立娟  
 身价203亿的美石油大王要离婚 恐付“史上最贵赡养费”——2014年8月29日 人民网 高轶军

## 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

自由与正义的追问——评夏吟兰《离婚自由与限制论》——2014年8月7日 法律信息网 陈明侠  
 LEGAL 学理 | 关于婚内向第三者赠与之法律适用的两点疑问——2014年8月5日 雷巍巍  
 一组婚姻家事继承法研究动态索引——2014年8月7日 家事法苑编辑《人民司法·应用》2014年第13期要目  
 “理论”在司法实践中的影响——以关于夫妻个人财产婚后孳息归属的司法实践为中心2014年8月13日法律那些事儿贺剑  
 形成权基本理论研究——2014年8月17日 法学中国 申卫星  
 获外国居留权后的户籍与居住证问题——2014年8月20日 上海法治报 袁发强  
 论无权处分和善意取得的冲突和协调——以私卖夫妻共有房屋时买受人的保护为中心2014年8月北大法律网刘贵祥  
 婚姻住宅上非产权方配偶利益的法律保护——兼评《婚姻法司法解释(三)》中的涉房条款2014年8月23日田韶华 家事法苑  
 论婚姻家庭住房权的优先保护——2013年11月5日 中国民商法律网 陈苇，姜大伟 西南政法大学  
 对遗产酌给请求权的反思与重构——2014年4月30日 中国民商法律网 和丽军

### (二) 法官视点

论民事起诉前之证据收集——2014年8月6日 民事审判参考 许少波  
 风险代理条款常见法律争点案例解析——2014年8月7日 田朗亮(最高人民法院法官)  
 官渡法院分析离婚案件执行难的原因 并提出建议——2014年8月1日 昆明市官渡区人民法院  
 “真功夫”发展陷入家族企业“魔咒”？——2014年8月3日 人民法院报 杨晓梅 何海涛  
 民间借贷纠纷新动向呼唤立法规制 虚假诉讼增多——2014年8月4日 法律图书馆 徐伟 李豪  
 【典型案例】儿子出租母亲房屋抵债 母亲诉合同无效获支持——2014年8月4日 沈阳市皇姑区人民法院  
 关于“先行调解”的几个问题——2014年8月5日 民事审判参考 赵 钢  
 最高院民一庭吴晓芳法官：夫妻一方擅自将共同财产赠与他人纠纷的处理——2014年8月5日 人民司法杂志 家事法苑  
 不想离婚的原告——2014年8月3日 法制日报 刘文基  
 遗嘱纠纷五大误区——2014年7月24日 法制晚报(北京) 纪欣  
 公证遗嘱撤销后其余遗嘱的效力之辨——2014年8月6日 上海法治报 沙兆华

浅议“配偶名下财产”如何执行——2014年8月6日 人民法院报 王伟

夫妻“小争执”引发“大伤害”——2014年8月7日 东莞市第三人民法院 李金健 钟紫薇

相亲失败男子能否向媒人要回高价介绍费？——2014年8月7日 崇仁县人民法院 朱开平 裴晓伟

官渡法院分析“假离婚”购房背后的法律风险——2014年8月8日 昆明市官渡区人民法院

最高院民一庭辛正郁法官：夫妻共有房屋单方处分中的法律适用问题——2013年8月14日 中外民商裁判网 辛正郁

复婚前同居期间所得能否认定为夫妻共同财产——海南高院判决张西中等诉汪欣丽等被法定继承纠纷案  
——2014年8月9日 人民法院报 胡娜, 詹润红

离婚诉讼中精神病人的合法权益如何保护——2014年8月7日 中国法院网 张云华 林丽思

用儿子名字储蓄的存款是否属于遗产——2014年8月5日 中国法院网 吴浩润

鉴定人出庭作证若干适用问题探讨——2014年8月12日 最高人民法院 陈龙业

不能以未缴纳社会抚养费为由拒绝办理户口登记——2014年8月14日 人民法院报 陈婵

离婚前男子欠债 离婚后前妻要还？——2014年08月14日 广州日报 章程

弃婴父母再玩失踪 或将失掉监护权本市多部门探索困境儿童监护权转移 最高院通报一起成功案例  
——2014年08月13日 上海法治报 胡蝶飞

汤翠连故意杀人案——经常遭受家暴致死丈夫获刑——2014年8月16日 中国法院网 沈阳市于洪区人民法院

以亲子鉴定为内容签订承诺书的性质认定——2014年8月20日 人民法院报 赵克

反家暴须用权利武装弱者——2014年8月20日 人民法院报 林济生

以权利武装弱者，回归立法初衷——2014年8月20日 中国妇女报 舒锐

覃塘区法院：如何规范婚姻登记行为——2014年08月01日 覃塘区法院 林丽宁

浅析夫妻财产约定的性质与效力——2014年5月19日 中国法院网 刘秀昌

陈爱华诉南京市江宁区住房和城乡建设局不履行房屋登记法定职责案-2014年8月18日 最高院公报 2014年第8期

“婚闹”为分手而大打出手——2014年8月18日 人民法院报 陈志龙

男子出轨要离婚 父亲贴大字报辱骂其“情人”——2014年08月18日 法制晚报 王巍

离婚协议中房产归属条款相关法律问题探析——2014年8月19日 《法律适用》2014年第7期 陈敏、杨惠玲

拒不履行法院生效判决 构成犯罪判处拘役四个月——2014年8月19日 漯河市中级人民法院

对于具有道德义务性质的赠与合同的认定——2014年8月19日 北京市高级人民法院

离婚案件中被告方下落不明该怎么办？——2014年8月20日 许昌市中级人民法院 董万军 杜东安

救妈？救媳妇？引起离婚诉讼案——2014年08月21日 成都商报 王超

夫妻闹离婚分财产 网店估价无法理依据法官头疼——2014年08月21日 南方都市报

不动产善意取得的溯及确认——兼议民事法律的溯及适用——2014年8月22日 审判研究 陈静

判解研究 | 李佳伦：夫妻婚前不动产所有权归属问题研究——2014年8月22日 判解研究 李佳伦

精神病患者组建家庭前应重视婚检——2014年8月15日 中国新闻网-广州日报 章程 余一帆 杨晓梅

物权法框架内解决房地产历史遗留问题的探索——兼论最高人民法院《关于房地产案件受理问题的通知》第三款  
——2014年8月6日 中国法院网 李翔

本案案由应确定为不当得利纠纷还是继承纠纷——2014年8月4日 中国法院网 刘小斌 黄民青

虚拟财产在离婚时的分割——2014年8月24日 民事审判参考 王克先

夫妻共有房屋单方处分中的法律适用问题——2013年8月14日 中外民商裁判网 辛正郁

赠与子女的财产能否撤销——2014年8月19日 江苏高院 曹钟允

恋爱期间共同购房，分手后如何分割？——2014年8月26日 燃灯者

房管局因遗嘱无效不受理房产转移登记申请是否违法——2014年8月26日 漯河市中级人民法院

情侣买房纠纷：出资30万元，是房款还是聘金——2014年8月26日 房地产微报

一方个人财产婚后收益问题探析——2014年8月25日 家事法苑《法律适用》2013年第12期 程律、吴晓芳

前夫不协助房产过户 女子凭判决“自行”办理——2014年8月26日 中国法院网 黄戎娟 张飞兵

借款未用于家庭生活妻子不承担还款责任——2014年8月26日 中国法院网 农国宾

征地补偿款不是遗产——2014年8月28日 人民法院报 赵颜锋

妻对夫见死不救致夫死亡构成遗弃罪吗？——2014年8月27日 抚州法院网 资溪县人民法院 周全 黄武明

王鹤英诉王萌借贷合同纠纷案——司法实践中如何认定电子数据证据效力——2014年8月28日 人民法院案例选

法官不应做“法律的奴隶”而应做法律的主人以婚姻法解释二第24条等司法解释为视角2014年北大法律信息网王礼仁

以案说法——恋人反目为争房产法院按份额判决归属——2014年8月28日 镇江经济开发区人民法院

父母离婚男婴判给了民政局 因双方均无监护能力——2014年8月28日 现代快报

### (三) 检察官视点

私家侦探“探”隐私缓刑一年——2014年08月27日 北京晚报 王蕾

#### (四) 律师视点

残疾、死亡赔偿金应顺应户籍制度改革作出调整——2014年8月6日 北京道信律师事务所 万欣  
《离婚律师》把律师写偏了 律政剧应引入行业审查制度——2014年08月12日 北京晚报 邱伟  
虚拟财产分割：离婚时的现实难题？——2014年8月19日 中国妇女报 籽言  
骄纵的一审、无奈的二审——2014年8月18日 法学在线 高嵩 上海市段和段律师事务所北京分所  
夫妻及亲属间房屋产权归属及变动的法律规定2014年8月19日 君合律师事务所 李立山 程虹 罗永强 张蓉 何佳青  
兄弟上演奇葩事：弟用哥名义结婚 哥和弟媳离婚——2014年8月22日 搜狐网  
我看《离婚律师》中的法律问题——2014年8月24日 海坛特哥 @法律梦想家王率先  
商界大佬的离婚律师那些事——2014年8月22日 中欧商业评论 贾明军  
反“家暴”是否需要“扩容”——2014年8月25日 上海法治报 陈宏光  
搜集夫妻共同财产的证据——2014年8月25日 法律小帮  
女律师看热剧《离婚律师》：根本看不下去！——2014年8月26日 上海观察 刘昌美  
律政剧热播，律师有话说：娱乐无妨 更请严谨——2014年8月27日 上海法治报 王川  
律师吐槽离婚律政剧，女律师集体反对办公室缠绵戏——2014年8月27日 上海法治声音  
离婚时房产争议的20种类型以及处理和补偿款的计算公式！——2014年8月22日 曹成

#### (五) 文件选读

上海高院民事诉讼涉及送达的若干问题解答（一）——2014年8月28日 燃灯者  
上海高院民事诉讼涉及送达的若干问题解答（二）——2014年8月29日 燃灯者

#### (六) 媒体视点

评论：假结婚判离 假离婚判什么？——2014年7月31日 北京晚报 苏文洋  
对离婚的限制只能来源于法律——2014年8月19日 人民法院报 黄黔川  
法院与民政之间婚姻信息共享“盲区”亟待填补——2014年8月4日 齐鲁网 桑胜高  
时事资讯：民间借贷纠纷新动向呼唤立法规制 虚假诉讼增多——2014年8月6日 公证人 徐伟 李豪  
法律文化 | 也谈调解与判决的关系——2014年8月10日 上海法院网 孟 嶷  
深圳市妇联起草反家庭暴力条例经济控制将首次纳入家暴范围——2014年8月20日 中国妇女报 叶海燕  
土地确权助离异妇女分割经营权——2014年8月20日 中国妇女报 李欣  
离婚限号不如增加调解服务——2014年08月20日 中国产经新闻报 李书娜  
离婚律师大起底——2014年8月20日 法治周末 俞飞  
经济控制纳入家暴补强法治短板——2014年8月19日 法制日报 乔子轩  
“激情离婚”需要“离婚折腾”来过滤——2014年08月20日 成都商报  
对离婚的限制只能来源于法律——2014年8月19日 人民法院报 黄黔川  
正反方：经济伤害纳入家暴是创新吗？——2014年8月19日 法制晚报  
关注 | 7年后终揭开“面纱” 不动产登记将会带来什么？——2014年8月18日 上海法治报 陈颖婷  
法院与民政应尽快共享婚姻信息——2014年08月24日 法制日报 桑胜高  
结婚买房同是人生两件大事 先结婚还是先买房？——2014年8月24日 房地产微报  
“夺妻占财”实为舆论先入为主——2014年8月26日 人民法院报 闻文  
永州被处分法官缘于违反回避规定——2014年8月27日 人民法院报 艾民  
农村离婚案件增多 “凑合”组成家庭无共同语言——2014年8月26日 华夏经纬网 许圣义 刘晓燕  
女性不结婚 或者离婚后如何——2014年8月25日 公务舱  
“禁啃老”立法引热议：老年人主动要求“被啃老”——2014年8月26日 法律图书馆  
读透“禁啃老”入法 尊重责任独立——2014年8月27日 中国妇女报 舒锐

#### (七) 公证专题

违法公证遗嘱 公证员停业3个月——2014年07月17日 成都商报  
公证视点：中国公证功能之重构（上）——2014年8月6日 公证人 山东省青岛市市中公证处 张红光  
公证视点：中国公证功能之重构（中）——2014年8月7日 公证人 山东省青岛市市中公证处 张红光  
公证视点：中国公证功能之重构（下）——2014年8月8日 公证人 山东省青岛市市中公证处 张红光  
公证视点：中国公证功能重构之二（上）——2014年8月11日 公证人 山东省青岛市市中公证处 张红光  
公证视点：中国公证功能重构之二（下）——2014年8月12日 公证人 山东省青岛市市中公证处 张红光  
有遗赠书，她却无法继承财产——2014年8月12日 扬子晚报  
公证视点：我国信托财产登记现状及公证参与的作用研究（上）2014年8月 18日 公证人 南京市南京公证处 张鸣  
公证视点：我国信托财产登记现状及公证参与的作用研究（下）2014年8月19日 公证人 南京市南京公证处 张鸣  
公证视点：对公证书证据效力的思考——2014年8月20日 公证人 北京市信德公证处 刘珊珊

【公证讲堂】浅谈老年人权益保护与公证工作的结合——2014年8月20日 律政公证处 业务五部 范斌  
成都22家公证服务机构承诺 单笔办理2000元内的继承公证免费——2014年8月21日 四川在线-四川日报 庞莹  
时事资讯：专家建议不动产登记引入公证制度强化法律保障——2014年8月21日 新华网  
公证视点：担保有假公证被撤 公证处简单不负责？——2014年8月21日 天府早报  
北京遗嘱公证信息将全国可查 开通造假警示平台——2014年8月23日 千龙网 贾竹  
北京公证信息年内联网共享——2014年08月24日 北京晚报 孙莹  
莘县公证：一起特殊的继承公证——2014年8月26日 大众网 王倩  
公证！百姓身边的法律保健医——2014年8月27日 公证人  
已存逾百万条公证遗嘱数据——2014年8月29日 法制日报  
公证视点：从国际私法角度看我国涉外继承公证相关法律问题2014年8月29日 公证人 青岛市市中公证处 刘大鹏  
误将钱存入故去亲人银行卡 继承权公证解了难题——2014年8月29日 四川在线 庞莹

## 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”家事法主题沙龙QQ群（群号：153181612）——即时分享最新中国婚姻家庭法制信息动态，真诚欢迎对婚姻家庭法感兴趣的律师、法官、学者、在校同学、媒体、妇联及其他朋友加入，共建专业领域内交流正常、正当交流的和谐平台！



“家事法苑”微信公众订阅号：“家事法苑”，微信号“famlaw”

（北京天驰洪范律师事务所“家事法苑”团队主办，谨防其他假冒平台）

每天精选家事审判动态、典型案例，每周六“周末家事影院”或“家事剧场”推荐一部国内外经典婚姻家庭法律或伦理题材影视剧，每周日精选婚姻家事审判热点问题小专题资讯分享。

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>

简报订阅、意见反馈邮箱：[xiaolinlvshi@vip.sina.com](mailto:xiaolinlvshi@vip.sina.com)

## 正文

### 一、婚姻家庭审判动态

#### 深圳：香港离婚判决深圳可认不过 要向法院提请裁定

2014年07月31日 羊城晚报 蒋琳莉

跨境婚姻日益增多，但粤港跨境结婚日益方便，离婚却让人心烦，尤其是：当事人双方到香港法院办理了离婚手续，但判令中涉及对内地财产分割、子女抚养等方面的内容，在内地难以得到承认。据悉，目前内地和香港两地法院的离婚判令尚未通过法律条文的形式予以相互承认和执行，在香港审理的离婚案，其中的内地财产分割、子女抚养等方面判决内容，想要在内地得到法律承认，需要当事人重新到内地法庭打离婚官司。

不过，对于“离婚”这件事的认定，目前已经可以进行，换言之，离婚的港籍一方想在内地再婚，虽然要办额外的手续，但却是没问题的。7月28日，深圳市中级人民法院首次发布《2008-2013年度深圳法院涉外涉港澳台商事审判白皮书》（以下简称《白皮书》）透露，2010年广东省高院通过复函形式同意认可香港离婚判决中“解除婚姻关系”的法律效应，但对香港判令中有关离婚后财产分割、生活费分担、子女抚养等方面内容依然不予认定。从那时起，深圳的法院就可以受理并裁定认可香港离婚判令中“解除婚姻关系”的法律效力。

认国外离婚有章可循

认香港离婚无法可依？



对于国外法院的判决和执行，我国在民事诉讼法中明确规定：当事人可以通过向有管辖权的人民法院申请执行。然而，由于香港与内地之间民事判决的互认和调查取证尚无立法安排，办案法官常会感叹，办理内地与香港的国际司法协助比办理与其他国家之间的国际司法协助更为困难。

中国公民与外国人的婚姻在国外的离婚判决互认问题，在国内早有明文规定。2014年丽丽（化名）与在深圳的美国人 Steven 在深圳民政局登记结婚，之后随同丈夫前往美国生活，3年后这段跨国婚姻因众多矛盾而破裂。两人在美国纽约州最高法院提起离婚诉讼，最终法院判决准予双方离婚。随后，丽丽向深圳市中级法院申请承认美国纽约州最高法院的离婚判决有效，深圳中级人民法院根据《最高人民法院关于中国公民申请承认外国法院离婚判决程序问题的规定》以及民事诉讼中的相关规定，最终裁定，解除丽丽与 Steven 的婚姻关系。

至于内地认可台湾地区和澳门法院的离婚判令，也有明确的规定可作为依据。1998年我国最高人民法院（以下简称最高院）出台了认可台湾地区有关法院民事判决的规定，2006年又颁布《内地与澳门特别行政区关于互相认可和执行民商事判决的安排》。

可是，内地与香港法院的审判互认，虽然有《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判决的安排》（以下简称《安排》）作为依据，但该《安排》并不适用于婚姻家庭案件，因此两地法院离婚判决的互认问题依然处于“无法可依”状态。

目前只能“一事一报”

财产分割须再打官司

羊城晚报记者了解到，香港离婚判决在内地经历了“可认定”、“不予受理”、“重新接受裁定”这一波三折。深圳中级法院法官朱萍说，1997年香港回归之前，对香港的离婚判决参照英国判决，内地可以予以认可。这是第一阶段。

香港回归后一段时间内，由于没有明确的互认安排，对于认定香港离婚判决的申请，法院不予受理。这是第二阶段。

2010年，广东省高院首次以复函形式，同意认可香港离婚判决，即针对个案认定其婚姻关系解除。此后，当事人若需要法院确认香港离婚判令中“解除婚姻关系”的法律效力，可以通过“一案一报”的方式向深圳的法院提出申请，一般都会获得准许认可的裁定。这是第三阶段。

今年6月，香港居民蔡女士向深圳中院提出了相关申请，要求承认香港特别行政区区域法院作出的离婚判决。蔡女士的代理律师李刚表示，蔡女士和前夫在深圳有房产需要分割，如果是因离婚而过户，可免除过户税费。

记者获悉，自2010年以来，深圳中级法院共受理了十多宗此类申请，平均每年三四宗。对于申请量不大的原因，朱萍分析称，由于裁定的只是婚姻关系的解除，对于香港法院判决的财产、子女抚养等判令的法律效力仍不予承认，因此许多有财产纠纷的当事人不走申请裁定流程，而会选择在深圳法院重新提起离婚诉讼。

两地法系不同

判案原则迥异

为何内地与香港在离婚判决的相互承认和执行上难以形成法律规定？深圳大学法学院副教授王茂祺认为，内地与香港在婚姻关系方面的法律规定存在很大差异。

例如，关于离婚时财产的分割，内地规定：在夫妻缔结婚姻关系期间的夫妻所得财产，除约定的外，均属于夫妻共同财产。香港恰好相反：香港的夫妻财产沿用英国法例，离婚时法院处理财产分割及赡养费的原则是各自财产归各自所有。“目前合同法等法律在全球都在趋同化发展，但婚姻领域比较特别，不同法律体系下的差异依然很大。”

法官朱萍还透露，香港对内地判决的效力存在一定的顾虑和不认同，“内地很多案子都会有一审、二审，有时二审的判决会和一审截然不同，香港方面会顾虑：如果按一审结果执行，会不会到时二审又变了？”

《白皮书》指出，内地与香港之间相互调查取证以及非协议管辖民商事判决相互认可和执行一直是立法空白，深圳法院将继续加大对个案的先行先试力度，拓展司法互助范围，遵循个案到普遍实践、再到立法的思路，推动两地司法互助的实质性突破。

## 妥善审理家庭暴力案件 保障受害者合法权益 ——江苏省徐州市贾汪区法院涉家庭暴力案件审理情况调研报告

2014年7月31日 人民法院报 王牧 岳敏 王道强

### 一、审理家庭暴力案件基本情况

2012年至2014年6月，江苏省徐州市贾汪区人民法院共审结离婚案件1247件，其中349件当事人主张因家庭暴力要求离婚，占离婚案件的27.98%，经过开庭审理，有98件能够认定家庭暴力成立，占离婚案件总数的7.86%。

调研期内98件家暴案件，判决结案25件，调解结案66件，裁撤结案7件，判、调、撤的比例各占家暴案件总数的25.51%、67.35%、7.14%。判决离婚与调解离婚64件，占家暴案件总数的65.31%，判决不准离婚、调解和好及裁撤结案的34件，占家暴案件总数的34.69%。

### 二、家庭暴力的特点

顾名思义，家庭暴力是指发生在家庭成员之间的暴力行为，最常见的家庭暴力发生在夫妻之间，且夫妻之间的

家庭暴力更具有隐蔽性和普遍性。

家庭暴力应与夫妻之间因偶然的纠纷引起的暴力行为相区分。家庭暴力的核心内容是权力和控制，家庭暴力一般具有如下特点：（1）隐蔽性，家庭成员之间特别是夫妻之间的亲密关系，家庭环境即施暴场所的私密性使得暴力的发生常常不为人所知。隐蔽性是家庭暴力的特质特征。（2）惯常性，亦称经常性、反复性、习惯性。惯常性是家庭暴力的显著特征。（3）控制性，施暴者施暴的目的是为了对受害方的人身控制、性侵犯控制、精神控制和经济控制。控制性是家庭暴力的本质特征。（4）伤害性，受害者经过多次暴力伤害后往往伤痕累累，有的全身都是受伤的痕迹，有的精神处于极端恐惧中，给受害人带来的伤害后果是客观的，严重的。伤害性是家庭暴力的结果特征。（5）两面性，施暴者对内对外具有双重人格特征，对内凶狠，表现出性格的偏执、多疑、狠毒，对外表现出社会交往、工作能力、性格脾气均处于正常状态。两面性是施暴者的主体特征。（6）无助性，受害人在家庭暴力中是受害者，这种伤害根植于亲情和私密之中，往往不被社会所关注，受害人的求助往往效果不好或者没有效果，这种无助感加剧了家庭暴力的反复循环、经常发生乃至形成习惯。无助性是受害人的主体特征，亦是受害人的典型特征。

### 三、家庭暴力的形成原因及应对思路

（一）人格扭曲、品行不端导致的家庭暴力（如无端怀疑配偶作风不检点、赌博、酗酒、嫖娼、长期与第三者非法同居等导致的家庭暴力），占家庭暴力案件的50%以上。该类暴力行为是家庭暴力的主要形式，应予以坚决制止和严厉打击。

（二）心理类障碍引起的家庭暴力（如心理性疾病、精神类疾病、偏执类性格、更年期发作、各种压力等导致的家庭暴力），占家庭暴力案件的13%以下。对该类暴力行为应注意识别，辨明原因，及时救治。

（三）社会、历史原因（如男尊女卑等思想观念）造成的家庭暴力，约占家庭暴力案件的25%。对该类家庭暴力行为，人民法院裁判中应注意引导健康文明的生活方式，坚持男女平等的司法理念，在制裁家庭暴力的同时加强法律释明，使施暴者认识到其错误的理念、错误的思维方式和错误的行为模式以及对施暴行为应负的法律后果。

（四）职能部门的不作为在一定程度上放纵和助长了家庭暴力行为，约占家庭暴力案件的12%，对该类家庭暴力行为，应引起职能部门的高度重视。家庭暴力是侵权行为，在打击制裁的同时，应引导社会舆论及时、严厉地予以谴责，让全社会对施暴者形成威慑之势。

### 四、审理涉家暴案件的对策和建议

（一）坚持婚姻自由的基本原则。目前，90%以上的家暴案件发生在夫妻之间，夫妻之间的暴力行为更具有普遍性和代表性，且多依附于离婚案件。对于涉家暴离婚案件，离婚自由可从以下几个方面把握：首先，应查明家暴的真实原因，对家暴行为根据不同情况采取制裁、治疗、教育、监督、感化的方式分类处理，对于是否离婚应按照真正有利于受害方根本利益的原则予以处理；其次，对于调解和好、判决不准离婚的，只要仍然存在家暴的危险，仍可以按照当事人申请作出人身安全保护裁定，并做好监督和执行工作。

（二）受害人的财产利益应得到充分的保障。离婚时共同财产平均分割是婚姻法的基本原则。这一财产分配原则对一般的夫妻关系是适当和公平的，但对饱受家庭暴力折磨的受害人则是不公平的。受害人在长期的暴力伤害下，其身体受到伤害，其精神受到痛苦，社会交往受到限制，大多在夫妻关系中处于被动和服从的地位，其社会交往能力、经济能力受损，不掌握家中经济大权，不掌握所经营的企业经营权，离婚后的生活能力受损。离婚使受害者人身、精神和自由得到解放，但在经济上可能无依无靠，再生产能力、新生活能力可能处于极端的弱势，这种弱势很大程度上是施暴方造成的，所以在财产分割上应对受害人予以适度的倾斜。倾斜的幅度以受害人在离婚后较长时间内（一般在一年以上）经济收入不明显减少、生活状况不明显变差为原则。

（三）未成年子女的利益应予以重点关注。在家暴案件中，家庭暴力给未成年子女留下的伤害最为深刻，子女在父母离婚的情况下人格容易扭曲，行为容易偏执，思维容易极端，在一定的环境背景下比常人更容易犯错误更容易犯罪。所以，在审理涉家暴案件时，应把未成年子女的利益放在更加重要的位置予以考虑。对未成年子女的抚养，原则上由受害方进行抚养，探视时间按照有利于子女健康成长的原则予以确定，抚养费的数额以子女的实际需求为准；受害者无经济收入的，则全部由施暴者负担。

（课题组成员：王牧 岳敏 王道强）

## 少年及家事审判庭：鄞州的“求和”探索

2014年8月3日 最高人民法院

少年及家事审判庭法官对当事人进行回访。

2013年9月，浙江省宁波市鄞州区人民法院在设立未成年人案件综合审判庭的基础上，将婚姻家庭纠纷等民事案件也纳入该庭审理。今年6月，经鄞州区委办批复同意，该审判庭正式更名为“少年及家事审判庭”，成为全省首家设立家事审判庭的基层法院。

该庭的4名法官均为女性，年龄从80后到60后不等，一年多来，她们以法官兼朋友的身份，聆听着当事人的酸甜苦辣，用真心与智慧，探寻着通往“和睦”与“和谐”的道路。

### ■审案情 更审内心

5年前，李先生和王女士离婚，8岁的女儿小美归男方抚养。今年上半年，因为觉得小美越来越不像自己，并

怀疑不是自己的亲生女儿，李先生起诉至法院，要求变更抚养关系，并请求法院判令王女士赔偿抚养费、精神损失费共计40万元。

这样的案情，在旁人眼中或许是不可错过的八卦新闻，但在本案承办法官、鄞州法院少年及家事审判庭庭长张宝琴的眼中，却又是一桩必须下工夫化解的纠纷。

张宝琴在第一时间联系了王女士，询问她的意见。王女士坚持认为小美是李先生的亲生女儿，并申请法院进行DNA司法鉴定。

王女士的态度让张宝琴看到了希望，然而，司法鉴定结果却是：李先生与小美不具有生物学上的父女关系。

李先生到法院领取司法鉴定意见书后，几近崩溃，他对张宝琴说：“13年，我和父母养了一个孩子13年，居然不是亲生的！”

王女士拿到司法鉴定意见书后，一改之前斩钉截铁地语气，不好意思地说：“怎么会那么巧，我也就那么一次对不起他……”

在张宝琴的疏导下，王女士认识了自己的错误，表示愿意抚养小美，向李先生道歉，并赔偿其损失15万元。张宝琴根据李先生提交的证据进行了初步核算，15万元的金额与判决的结果差距不大，因此决定给李先生做工作，希望他能接受这个赔偿金额。然而，从40万元到15万元，这样的调解工作谈何容易。

张宝琴认为，虽然法院可以通过判决直接给出结果，但这样的纠纷，或许是不适合通过开庭审理和判决的方式来化解的，事情本身的悲剧性让李先生对王女士充满了仇恨，庄严的庭审无法承载一颗几近破碎的心灵随时可能爆发的情绪；更为适合的解决方式是庭前调解，倾听当事人埋藏在心底的故事，帮他们打开心结。

她先约见了李先生。“你的抚养费清单中，为什么会有赔偿小美爷爷奶奶养育费这一项？”张宝琴想借这个问题试探李先生。

“小美出生后，就一直由我父母抚养，现在的结果，对老人太残忍了。”

“你的孝心很让我感动，但打官司要靠证据，虽然你们为抚养小美花费了很多心血和金钱，但如果提供不了有关证据，只能以你的收入作为参考，按照法律规定进行计算，这样得出的结果，与被告提出的15万元差距并不大。”张宝琴说：“如果你不接受这个金额，只是因为无法给父母一个交代，老人的思想工作，交给我。”

几天后，张宝琴在鄞州法院的家事案件调解室接待了李先生和他的父母。提到小美，李先生的母亲泪流满面。张宝琴拿出早就准备好的纸巾，对老人家说：“你儿子很孝顺，一直在为你们考虑，才迟迟不同意这个调解方案。现在对方愿意跟你们道歉并赔偿，调解结案可以使你们尽快走出这个事件对你们的伤害，听说您儿子已经组建了新的家庭，您儿媳妇也刚刚怀孕，你们应该整理好心情，迎接新的生活。”

看到老人家似乎接受了她的建议，张宝琴又陪着李先生一家人聊了很久，陪他们回忆小美成长的点滴，分享养小孩儿的甜蜜与辛苦。最终，李先生与王女士达成了调解协议。

张宝琴说：“进入我们庭的案子，无形中已被贴上了‘需要格外用心处理’的标签，这在本案中就体现得很明显，比起把案情审清楚，想办法让当事人把内心的想法说出来，或许更为重要。李先生的心结不在于赔偿金额的大小，而在于没办法给父母交代，我们帮他解决了这个难题，纠纷就容易化解了。”

正是这种“审案件、更审内心”的办案思路，让鄞州法院少年及家事审判庭的民事案件一直保持着较高的调撤率，2003年9月至今，该庭共受理民事案件261件，审结219件，调撤率为71.7%。

#### ■化纠纷 更化困境

李胜利是少年及家事审判庭中一名80后法官，虽然刚结婚不久，但在婚姻家庭案件的审判中也算是“老手”，然而在接手下面这个案子时，她的心中还是泛起了一阵凉意。

小夫妻都是85后，结婚不到两年，妻子萌萌犯了一种怪病，需要长年吃药，不能工作，而且丧失了生育能力，得知这个情况后，丈夫伟东经过反复考虑，还是决定起诉至法院，要求跟萌萌离婚。

接到李胜利的电话时，萌萌泣不成声：“李法官，我尊重他的决定，只是我不知道今后的生活该怎么办。”

“我来帮你给原告做做工作吧。”这样一句看似简单的回答，在李胜利眼中，则是一种庄严的承诺。

她把伟东叫到法院，询问他对财产分割的想法。

“其实我也挺难过，但是她不能生育了，对我的父母打击太大，我只能在财产上尽量让步，现在住的房子留给她，其他婚后财产各半。”伟东倒也爽快。

李胜利又问伟东是否愿意给萌萌额外的补助，伟东以经济条件一般为由拒绝了。

“你们两个人是相爱的，她现在病了，你迫于家人的压力要离开她，但也应该为她的未来考虑下。你钱虽不多，但以后还可以挣回来，她却连挣钱的机会都没有了，下半生有可能要一个人度过，你有没有想过这样的情景？”李胜利一番有力的话让伟东哽咽了，他表示自己即使去借钱，也要给萌萌一个交代。

最终，双方达成调解协议，除夫妻财产按照伟东的提议分割外，伟东另外补偿萌萌25万元。

李胜利告诉笔者，对于进入少年及家事审判庭的案件，他们会尽量把审判工作做细，如果当事人有困难，这些困难又跟纠纷有一定的关联，他们会适当延伸审判职能，帮助他们化解困境，上述案例，如果判决，萌萌可能就拿不到25万元的补助。

除婚姻家庭纠纷外，涉及未成年人权益的健康权纠纷等民事案件，也在该庭的审理范围之内，同样，这些案件

的审判中也体现了法官们的良苦用心。

今年年初，初三学生小华骑电动自行车回家经过一条小路时，六年级学生小敏突然从岔路口跑出来，与小华相撞，两人均不同程度受伤。经交警部门认定，小华承担主要责任，小敏承担次要责任。小敏将小华及其父母诉至法院，要求赔偿其损失5万余元，该案的承办法官也是李胜利。

案件审理过程中，小华父母指出，他们愿意赔偿，但是小华本身也受伤了，小敏存在过错，也应该赔偿小华的部分损失。

作为法官，李胜利知道，如果小华要求小敏赔偿，小华必须在答辩期内提出反诉或另行起诉。但今年6月份，两个孩子都要迎来重要的升学考试，她不希望这个案子让孩子们分心。于是，她提议双方调解，并表示可以将小敏的请求一并处理。

看到法官设身处地为他们考虑，双方的对立情绪不复存在，在根据证据进行初步计算、折抵后，双方很快达成调解协议：被告赔偿原告2万余元。

#### ■求和睦 更求和谐

为什么要设立专门的少年及家事审判庭？对于这个问题，该庭的法官都有着自己的见解。该庭副庭长俞露烟认为，只有每一个小家的和睦，才能换来这个社会大家庭的和谐。

“当然，我们庭与离婚有关的案子很多，好聚好散也是一种和睦的表现。”俞露烟向我们讲述了她承办的一起赠予合同纠纷案件。

老方和他的前妻孙女士都是聋哑人，两人于2012年初协议离婚，约定15岁的儿子由孙女士抚养。当年6月，老方与孙女士对离婚时未分割的一套共有房屋进行分割，约定孙女士和老方分别拥有60%和40%的产权。老方书面表示将其拥有的40%的产权赠予给儿子，并协助办理过户手续。

但一年多过去了，老方一直没有配合办理过户手续，孙女士无奈之下以儿子的名义起诉至法院，要求老方履行赠予合同约定的义务。

俞露烟短信通知老方和孙女士到法院调解，并通过写字加打手势的方式与他们交流。双方情绪激动，更是增加了俞露烟查清事实的难度。经过半天的安抚和沟通，俞露烟终于明白了老方的意思：不是老方不愿意将产权过户给儿子，而是房管部门不让办理过户手续，对于原因，老方表示不知情。

考虑到老方取证困难，俞露烟亲自到房管部门进行调查，了解该套房屋为何不能过户。从房管部门得知，该房屋在房管部门的贷款信息尚未注销，故不能办理过户手续。

俞露烟将该信息及时向当事人反馈，让其凭银行还款情况等资料先到房管部门注销贷款信息。同时，考虑到他们系聋哑人，生活条件均较为困难，为减少过户时产生的相关费用，俞露烟又与税务部门沟通，并为他们办理有关手续。

俞露烟细致到位的工作让老方和孙女士都心服口服，双方很快就达成了调解协议，并顺利办理了过户。

如果只看案件的结局，或许我们会认为少年及家事审判庭法官们是如此幸运，她们可以凭借自己的智慧与魅力，帮助那些被矛盾纠纷所困扰的人们，换来家庭的和睦与社会的和谐，但或许只有她们清楚，其中的过程，包含着怎样的艰难。婚姻家庭等民事案件的特殊性，使法官们所扮演的角色不仅仅是一名裁判者，她们还必须是倾听者，要接纳当事人所有的不良情绪；她们还要当协调者，主动延伸审判职能，在各部门之间来回奔波。

也有被当事人气哭的时候，也有做了很久的工作仍达不成调解的时候，但这些负面情绪，总会被当事人一个真诚的微笑，一面精心制作的锦旗所化解。“我们庭是一个刚刚学会走路的小孩儿，未来的路还很长，我们将以最好的状态，全力以赴。”张宝琴说。（余宁文/图）

（文中案件当事人均系化名）

来源：人民法院报

### 借鉴香港经验 温州中院试水录音录像替代法庭记录

2014年8月4日 浙江在线 施宇翔 张美权 汤婧婧

浙江在线杭州8月4日讯(浙江在线记者施宇翔通讯员张美权汤婧婧)记者从温州市中级人民法院了解到，该院今日在省内首次试水用庭审录音录像替代法庭记录。

温州中院相关人士表示，采用全程录音录像来记录庭审，可避免书记员错记、漏记，保证庭审记录的绝对真实，又能使公正可定格、可复制、可再现，今后将逐步推广。

8月4日下午三点整，温州中院第十二法庭。

审判长正在对浙江某鞋业有限公司申请撤销仲裁裁决一案进行庭询、谈话。

与以往庭审中，书记员奋力敲击键盘，力图还原庭审现场不同，书记员显得更加淡定从容。审判席上，法官正在“奋笔疾书”，一边是数字法庭系统的全程录音录像，一边是备份的数码录音笔，录音笔下压着一张开庭前当事人刚刚签字的《关于以全程录音录像替代法庭记录的告知同意书》。

“温州中院于8月1日起试行在民事案件中以庭审录音录像替代法庭记录工作，这个案件是我们院的第一例，”庭询结束后，该案的审判长，温州中院民一庭庭长邹挺骞介绍说，他利用在香港城市大学攻读博士学位期间，多次

到香港区域法院、高等法院原讼庭和上诉庭旁听，学习了解香港法庭用数码录音记录法庭审讯的有关情况，“我们打算借香港法院的‘他山之石’分阶段逐步推进全程录音录像。”

据悉，该院为确保庭审录音录像替代法庭记录工作的顺利实施，还出台了专门的《实施意见》，规定在实施初期，除启动数字法庭系统外，还自行采用数码录音系统，进行备份，以确保录音质量。在开庭审理或询问前，还会向当事人发出书面告知书，在征求同意并签字后，方可进行。

当事人如果申请将庭审全程录音录像转化为书面庭审笔录，应在开庭后五日内向法院提出，法院会免费为申请人提供一次书面庭审笔录。同时，解放书记员并不意味着取消书记员的工作，书记员仍然肩负着宣布法庭纪律和法庭注意事项、全程记录法官命令、核实到庭证人身份、记录回避申请事项等工作。

温州中院相关人士表示，依靠现代的科技手段，采用全程录音录像来记录庭审，既体现了直接言词原则，避免书记员错记、漏记，保证庭审记录的绝对真实，又能使公正可定格、可复制、可再现，同时又满足了当事人的需求，还让书记员从繁重的记录压力中解放出来，确保庭审活动高效进行。

接下来，温州中院将从申请撤销商事仲裁、劳动争议仲裁、农村土地承包仲裁等案件中先行适用，再向不服基层法院一审判决的二审询问部分案件中适用，最后到中院审理的部分一、二审民事案件中适用，分阶段逐步推进庭审录音录像替代法庭记录的工作。

### 海门家事审判合议庭成立

2014年8月7日 中国江苏网 张美芳

江苏四市房价齐跌江苏汽柴油今晨降价1毛5分钱江苏公布一批干部任免名单省政府明确副省长张雷分工苏州2月大女婴被盗引关注连云港公安局长接受组织调查

中国江苏网8月7日讯 为进一步规范家事审判工作，提高家事审判的专业化水平，近日，海门法院出台了《家事审判工作实施意见》，在民一庭和5个人民法庭成立家事审判合议庭。

家事审判合议庭由具有丰富家事纠纷审判经验、人生阅历丰富，性格温和的女法官作为固定合议庭成员。在具体案件的审理过程中，邀请具有调解工作经验、擅长心理疏导的人民陪审员参审。审理案件要坚持调解原则，贯彻调解优先原则；维护改善原则，在处理上尽可能地修补、改善原有关系；保护弱者原则，保护妇女、儿童、老人等弱势家庭成员的权益；民意吸纳原则，充分考虑当地的风土人情，达到案件处理法律效果与社会效果的统一；合力调解原则，与妇联、村居、社区、人民调解组织等合力建构有效的家事纠纷处理网络；司法关怀原则，及时给予司法救助，发放救助金。

### 区法院选任 59 名家事调解调查员

2014年8月11日 南方日报 戴晓晓

南方日报讯（记者/戴晓晓 通讯员/罗云）为了解决老百姓的家事纠纷，法院引入社会力量建立联动合作机制。记者从罗湖区法院获悉，经由罗湖区司法局和罗湖区妇联推荐，罗湖法院正式选任 59 名家事调解员、调查员和家暴监督员，并于本月 8 日进行了统一培训。

据了解，罗湖法院选任的 59 名家事调解员、调查员和家暴监督员，均系街道调解员或挂点律师，具有丰富的家事法律知识及家事调解调查经验。家事调查员职责为在家事案件审理过程中，接受法院委托，利用自身专业知识和社会经验，针对特定事项，通过走访邻居、亲属、社区等方式，了解当事人的婚姻家庭状况及未成年人的抚养状况，向法院出具书面调查报告、出庭陈述意见，提出纠纷解决方案等。家事调解员的职责则为在征得双方当事人同意前提下，接受法院委托开展诉前或诉中调解工作。

除了引入社会力量建立联动合作机制，罗湖法院年初成立了家事审判庭，探索家事案件审理方式改革。一方面建立家事案件财产申报制度，在涉及分割夫妻共同财产的离婚纠纷中，在庭前准备工作期间，向双方当事人送达《家事案件当事人财产申报表》，促进诚信诉讼和夫妻共同财产的公平分割。另一方面，罗湖法院还进行了家事案件法律文书改革，离婚案件当事人可在该院做出解除婚姻关系的裁判生效后申请出具离婚证明书。与裁判文书相比，离婚证明书隐去了离婚纠纷中当事人不愿被知晓的信息，有利于保护当事人隐私。此外，罗湖区出台了《家庭暴力案件人身保护裁定多部门协作实施指引》，明确规定司法局等单位在反家庭暴力案件中的职责，并明确指出法院签发人身保护裁定后，由公安部门负责裁定执行。

（原标题：区法院选任 59 名家事调解调查员）

### 罗湖区法院选任 59 名家事调解调查员

2014年8月11日 深圳罗湖区法院

为了解决老百姓的家事纠纷，法院引入社会力量建立联动合作机制。经由罗湖区司法局和罗湖区妇联推荐，我院正式选任 59 名家事调解员、调查员和家暴监督员，并于本月 8 日进行了统一培训。

罗湖法院选任的 59 名家事调解员、调查员和家暴监督员，均系街道调解员或挂点律师，具有丰富的家事法律知识及家事调解调查经验。家事调查员职责为在家事案件审理过程中，接受法院委托，利用自身专业知识和社会经验，针对特定事项，通过走访邻居、亲属、社区等方式，了解当事人的婚姻家庭状况及未成年人的抚养状况，向法院出具书面调查报告、出庭陈述意见，提出纠纷解决方案等。家事调解员的职责则为在征得双方当事人同意前提下，

接受法院委托开展诉前或诉中调解工作。

除了引入社会力量建立联动合作机制，我院年初成立了家事审判庭，探索家事案件审理方式改革。一方面建立家事案件财产申报制度，在涉及分割夫妻共同财产的离婚纠纷中，在庭前准备工作期间，向双方当事人送达《家事案件当事人财产申报表》，促进诚信诉讼和夫妻共同财产的公平分割。另一方面，还进行了家事案件法律文书改革，离婚案件当事人可在该院做出解除婚姻关系的裁判生效后申请出具离婚证明书。与裁判文书相比，离婚证明书隐去了离婚纠纷中当事人不愿被知晓的信息，有利于保护当事人隐私。此外，罗湖区出台了《家庭暴力案件人身保护裁定多部门协作实施指引》，明确规定司法局等单位在反家庭暴力案件中的职责，并明确指出法院签发人身保护裁定后，由公安部门负责裁定执行。

### 淮滨县法院多项措施妥善处理农村留守妇女离婚纠纷

2014年8月5日 信阳市中级人民法院网 孙健 李萍

淮滨县法院针对该县近年来农村留守妇女离婚案件急剧上升的实际情况，为妥善处理此类案件，该院积极研究制定四项措施规范此类案件的办理，收到了良好社会效果。

一是对感情确已破裂夫妻，依法解除双方当事人的婚姻关系，使其能重新建立幸福美满的家庭。对确需判决离婚的，注重保护无过错方的财产权益，加大对有过错方的索赔力度，使其承担应有的经济制裁。二是对尚能挽救的婚姻不轻易判决离婚，耐心细致的做好调解工作。由于留守妇女受文化水平等的限制，法官在办理离婚案件时，耐心细致的做好当事人关于子女抚养权、探望权的思想工作，引导双方当事人和好。三是积极开展法律宣传，多做说服教育工作。提倡支持、鼓励在家乡的留守妇女通过学习创业充实自己，夫妻双方同步发展，缩小“差距”。四是依法处理暴力干涉婚姻自由、重婚、遗弃、家庭暴力、侮辱、诽谤、虐待等案件，切实维护留守妇女权益。

通过上述措施，该院为农村留守妇女在生活、生产、身心健康等方面给予法律帮助，鼓励她们积极自信生活，努力创业致富，做她们追求完整、和谐、幸福家庭生活的坚强后盾。

### 深圳罗湖建立家事纠纷综合协调解决机制

2014年8月12日 人民法院报 林劲标 罗云

本报讯 8月12日，广东省深圳市罗湖区人民法院新聘请的59名家事调解员、调查员和家暴监督员，刚通过统一培训，就立刻走马上任参与婚姻家庭案件的审理工作。

据介绍，此次罗湖法院选任的59名人员均系各街道专业调解员或挂点律师，具有丰富的家事法律知识及家事调解调查经验，由司法局及妇联共同推荐产生。家事调查员职责为在家事案件审理过程中，接受人民法院委托，利用自身专业知识和社会经验，针对特定事项，通过走访邻居、亲属、社区、工作单位等方式了解当事人的婚姻家庭状况及未成年人的抚养状况，向法院出具书面调查报告，出庭陈述意见，提出纠纷解决方案等，在征得双方当事人同意前提下，接受法院委托开展诉前或诉中调解工作。

据了解，为及时化解家事纠纷，罗湖法院于年初即成立了家事审判庭专司家事纠纷案件的审理。该庭与罗湖区司法局、妇女联合会制定《关于联合建立家事纠纷综合协调解决机制的方案》以及《家庭暴力案件人身保护裁定多部门协作实施指引》，建立家事调解员、调查员、家暴监督员等制度，还规定司法局等单位在反家庭暴力案件中的职责，并明确指出法院签发人身保护裁定后，由公安部门负责裁定执行。

(林劲标 罗云)

### 婚姻家事案件特有之“离婚证明书”

2014年4月21日 刘云海律师

婚姻家事诉讼中存在一些特殊的法律文书，本文仅向大家展示其中之一的《离婚证明书》。

背景：通过法院诉讼离婚的当事人，可能都遇到过这样的尴尬：法院下了离婚判决书或调解书，但却不能在民政部门换取离婚证，于是乎，在日后办理再婚、房屋买卖、房产变更、子女出国、户籍更改等事项时，为证明自己的婚姻状况，还须向有关部门出具法院的离婚判决书或者调解书。可是，判决书中记满了人生中一段不愉快、也不光彩的情感经历，暴露在外人面前，简直就是隐私大揭底，个人的尊严和体面都无从谈起！

另外，由于这些法律文书对当事人各项情况记载非常详细，对外出具会造成个人财产、子女状况以及离婚原因等信息泄露，不利于保护个人隐私。同时，有关部门对当事人出具的法律文书是否生效也心存疑问，经常需要法院再次出具法律文书生效证明或者协助执行通知书，造成了法院工作的重复性。

措施：如今，法院从保护当事人个人隐私，减少工作程序，提高工作效率入手，提出了向离婚当事人免费发放《离婚证明书》这一创新举措，在便民利民的同时，有效避免和解决了上述问题。

申请与使用：凡在该院诉讼离婚的案件当事人，在一审判决或调解生效后，均可申请领取离婚证明书，对符合发放条件的，法院将予以免费发放。使用离婚当事人在证明自己的婚姻状况时，可以单独使用，而不需要再出具相关法律文书。

示例：以下是深圳市宝安区人民法院出具的一份《离婚证明书》：



## 官渡法院分析离婚案件中家庭暴力的界定及举证存在的问题并提出建议

2014年8月15日 昆明市官渡区人民法院



家庭暴力作为离婚的法定条件之一，是认定夫妻感情破裂的一个重要因素，但在司法实践中对家庭暴力的界定及举证存在诸多问题。

### 一、家庭暴力的界定及举证存在问题

(一) 家庭暴力界定难。除婚姻法司法解释中对家庭暴力的概念作出界定之外，其他的相关法律并没有对家庭暴力行为作出更为详尽的界定。但该司法解释的规定并不足以完全、准确地界定家庭暴力行为，导致在处理案件时法官自由裁量权较大。另外对于精神暴力也未作出规定，如妻子患病，精神和身体遭受病痛折磨时，丈夫恶意逃避家庭责任，以不回家、不负担经济费用、断绝音讯等方式使妻子的精神遭受严重打击等，造成法院对家庭精神暴力难以认定。

(二) 举证困难。大部分受害者在婚姻关系尚未恶化到离婚的边缘时，对所受的暴力一般忍辱求全，不会大肆张扬，没有在第一时间报警、拍摄受伤照片，也没有到妇联、社区、村委会等部门寻求帮助，以致于案件诉至法院，需要举证证明暴力行为的存在时，因时过境迁而无法举证。

(三) 认证难。许多家庭暴力案件，受害人虽及时向居委会提出劝阻请求，却未以书面调解形式固定下来，居委会、妇联等有些部门在接到此类求助时，也重视不够，仅简单登记一下，未作进一步调查核实，导致法院认定家庭暴力存在困难。

(四) 证人的证明效力不高。由于家庭暴力一般发生在私人场所，隐蔽性较强，目击证人绝大多数与致害人或多或少有利害关系，证人多不愿意出庭作证。有的未成年子女目睹了暴力的过程，但受害方出于子女健康成长的考虑，阻止子女作证。

### 二、建议

(一) 加强宣传，逐步形成反家庭暴力的社会环境。抓住“三八”妇女节、法制宣传月、国际除暴日等有利时机，通过多部门联合开展形式多样，喜闻乐见的普法宣传活动，不断创新宣传形式，扩大宣传覆盖面，增强宣传的针对性和实效性，增强全社会和广大妇女的反家庭暴力意识。

(二) 合理分配举证责任，实行举证责任倒置原则。考虑到家庭暴力案件具有隐蔽性及受侵害当事人取证难等特点，建议采取民事诉讼优势证据标准，合理分配举证责任，举证倾向于弱势群体即家庭暴力受害人仅需提供证据证明受侵害事实及伤害后果并指认系致害人所为，举证责任便转移至施暴方，由施暴方承担证明自己并非侵权行为人的举证责任，如果无法证明的，推定其为侵权行为人。受害人举证受侵害事实，只需提供施暴方的悔过书、保证

书、未成年子女的证言、目击证人的证言、报警回执、医院就诊病历本、照片、录像等视听资料和社区、妇联等社会团体和组织的相关记录等证据之一即可认定侵权事实存在。这种规定可以有效地解决家庭暴力案件举证难、认定难问题，而且确保了家庭暴力受害人在司法程序中与施暴者处于平等地位。

(三) 各部门紧密联合，提高家庭内部抵御家庭暴力的能力。受家庭暴力侵害的人员要增强自我保护意识和抗暴能力，树立独立自强的意识，从依附其他家庭成员生活的阴影下解脱出来，提高自己在家庭中的政治、经济地位。

(四) 制定配套法规和规范性文件，确保家庭暴力防治法律有效实施。在制定家庭暴力防治法后，及时制定相配套的实施细则，并要求各相关部门制定专门性的规范性文件。

### 以少年庭为基础成立“家事庭”和国际接轨

2014年08月19日 常州日报 杨杰

婚姻、家庭关系的稳定，是社会和谐发展的基础。记者昨天从市中级人民法院获悉，为适应家事纠纷案件的特点，更好地维护妇女儿童合法权益，该院在原少年案件综合审判庭的基础上，更名成立少年和家事综合审判庭。

原少年案件综合审判庭的主要职能是负责未成年人的综合审判工作。新成立的少年和家事综合审判庭，则是在原有职能基础上新增了婚姻家庭类民事案件的审判职能。

据了解，设立“家事法庭”是和国际接轨的做法。在家事纠纷案件的审理模式上，有相当多的国家采取了集中专门化的审理模式，如日本、英国、美国、澳大利亚、新西兰等都设有专门的“家事纠纷法院”或“家事纠纷法庭”。

市中院少年和家事综合审判庭庭长吕捷说，以往，处理家事案件无相应的审判程序、无独立的审判机构、无专业法官，在一定程度上影响了案件纠纷的处理效果；同时，考虑到未成年人案件处理需要家庭积极配合，成立少年和家事综合审判庭，实现了未成年人案件和婚姻家庭类民事案件的专业化归口审判，更有利于全面保护未成年人、妇女、老人的合法权益，维护家庭和谐稳定。

今年5月，最高人民法院来常调研时，对市中院设立少年和家事综合审判庭的一系列做法表示高度肯定，并认为此举代表了全国少年审判工作的发展方向，具有较大的示范意义。

### 深圳拟出台专门反家暴条例 首开先河将经济伤害纳入家庭暴力

2014年8月19日 法制日报人大立法 游春亮

家庭暴力已成为各界高度关注的社会现象。目前，全国已有29个省区市出台了地方性法规或政策，90余个地市制定了相关政策文件。而有着特区立法权的广东省深圳市，急需出台一部专门的反家庭暴力条例。

在17日举行的深圳反家庭暴力立法研讨会上，来自北京、广州、香港、深圳等地的专家学者围绕深圳市妇女联合会起草的《深圳经济特区反家庭暴力条例(草案)》进行了热烈讨论。草案中有关家庭暴力对象的界定等问题成为争论焦点。

条例已列入人大立法计划

《法制日报》记者从研讨会上了解到，深圳市人大常委会已将《深圳经济特区反家庭暴力条例》列入立法计划。

在我国，反家暴立法从2001年修改婚姻法首次写入“禁止家庭暴力”开始，到今天专门的反家庭暴力法正式列入全国人大常委会五年工作规划，已经走过了十多个年头。而反家暴专门立法是从地方开始的：2000年，湖南省人大常委会出台了全国第一个预防和制止家庭暴力的地方性法规，截至目前已有29个省区市出台了反家庭暴力的地方性法规或政策，90余个地市制定了相关政策文件。

根据今年深圳市妇联与深圳大学法学院社会系联合进行的问卷调查显示，55.5%的家庭曾出现过暴力行为。而根据立法调研数据，有高达九成的市民赞成深圳市进行反家暴立法。因而，及时制定《深圳经济特区反家庭暴力条例》不仅符合广大市民的愿望，更是深圳建设文明城市、法治城市的需要。

据介绍，深圳反家暴条例草案不同于其他地方性家暴法规的分散立法，而是从预防和治理家庭暴力等多方面考量后的专门立法，是一部涵盖面广、操作性强、多方参与的法规。

将经济伤害纳入家暴范围

对家庭暴力的定义应如何作出准确界定，是条例草案的立法难点之一。

草案规定，家庭暴力指行为人对家庭成员实施的身体、精神、性、经济等方面的伤害行为。同时，草案采用列举的方式对家庭暴力范围进行了清晰界定。在家庭暴力防护中心接受的大量家暴投诉中，常常遇到施暴者对家庭成员实施经济控制的行为，对家庭成员造成了很大的伤害，因而草案首开先河将经济伤害行为纳入家庭暴力范围。

对于家庭成员的界定，既包含了配偶，也包含了亲属中的老人和小孩以及在同一家庭中共同生活的其他成员，而对于同居、前配偶关系等争议较大的身份成员，并未纳入草案。

将多方参与防治家庭暴力

记者注意到，草案对于家庭暴力的预防和治理，涵盖了行政干预、社会干预、司法干预等方方面面。

草案明确了政府机关、街道办事处、社区工作站等行政部门的职责，要求其建立相应的实施细则和工作机制来应对家暴行为，并详细列举了公安机关对家暴行为的处理；同时清晰列出了教育机构、医疗卫生机构、基层单位、社会团体和组织等社会力量的职责，利用社会力量防治家庭暴力；草案还规定了法院、检察院等司法干预，例如设立



针对家庭暴力案件的审判庭等。

此外,在对受害人的救济上,草案提出,设立家庭暴力庇护所,可以由各级政府主办,采取政府购买服务方式,由专业家庭暴力防护机构进行管理和服务,也可以直接由政府设立。同时对家庭暴力庇护所的职能、人身安全保护令、监护权的变更等作了明确规定。

### 各界为家暴立法建言献策

研讨会上,参会代表们对条例的制定及实施进行了广泛热议,并积极建言献策。

对于同居、恋爱关系或前配偶、前伴侣之间的暴力是否为调整对象存在的争议,深圳市人民检察院有关负责人建议,深圳的立法可以有超前意识,将反家暴的调整范围扩大,除包括婚姻关系的家庭成员外,还包括同居关系和已经离异的前配偶关系。

由于多数受害者隐忍的态度或没有及时报案和诊断伤情,导致家庭暴力存在取证难、证据认定难的问题,也使得检察机关往往陷入为难的尴尬境地。为此,检察机关建议成立家庭暴力致伤鉴定中心,或者当存在家庭暴力的情形下,受害者不需要公安机关开具委托书就可以要求伤情鉴定。

深圳大学法学院教授易松国认为,家暴由于具有隐蔽性,收集证据难度大,部分专家学者建议将家庭暴力举证责任倒置,但这一做法与民事诉讼法举证责任倒置的规定不符,因此草案在这一方面的规定依然存在空白,类似的情况还有人身保护令的使用问题等。

在对受害人救济方面,草案规定,受害人在家庭暴力庇护所所需要的费用由施暴者承担,负有法定抚养义务而被撤销监护资格的监护人应当继续承担相应的抚养费。对此,有专家顾虑,家暴举证复杂且艰难,如果一些人故意将自己打伤,到医院诊断作为证据,是否会被误判为家暴。双方不离婚的,还涉及如何区别夫妻共同财产及施暴者财产分别处置问题。

## 婚姻家事案件特有之财产申报制度

2014年4月2日 刘云海律师 深圳婚姻家庭律师

婚姻家事诉讼中存在一些特殊的制度,本文仅向大家展示其中之一的财产申报制度。

为促进诚信诉讼,法院建立财产申报制度和家事调查员制度。制定家事案件财产申报规则、申报令及财产申报表,选择部分案件试行财产申报制度,要求当事人在家事案件审理中主动申报财产,对故意不如实申报数额较大财产的,视为妨碍民事诉讼,对其进行相应的处罚。

以下分别为福田人民法院和南山人民法院婚姻家事案件的财产申报文件,供大家参考学习。

福田人民法院婚姻家事案件的财产申报文件

### 深圳市福田区人民法院家事案件财产申报规则

#### 一、【设立目的】

为进一步提高家事案件审判的专业化水平,规范审判方式,降低司法成本,维护法院权威,保护夫妻弱势一方的合法权益,促进诚信诉讼和夫妻共同财产的公平分割,公正、高效审理家事案件,根据《中华人民共和国婚姻法》、最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》若干问题的解释,制定本规则。

#### 二、【基本定义】

家事案件的当事人应当报告当前以及收到受理通知书、应诉通知书之日前一年的财产情况。当事人捏造报告或者虚假报告的,分割夫妻共同财产或分割遗产时,可以少分或不分。人民法院可以根据情节轻重对当事人或者其法定代表人予以罚款、拘留。

#### 三、【案件范围】

须进行财产申报的案件范围包括:1、离婚纠纷;2、离婚后财产纠纷;3、夫妻财产约定纠纷;4、同居关系纠纷;5、分家析产纠纷。

#### 四、【申报主体】

上述案件的原告、被告为申报主体。若当事人为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人,财产申报主体为其法定代表人、继承人

的申报主体包括继承人、受赠人或者遗嘱执行人。

#### 五、【申报时间】

家事案件在第一次庭审后,由经审判长审批,由承办法官根据案情的实际需要,确定由当事人在收到财产申报令之日起15日内申报最近12个月法院认定的双方发生激烈矛盾之前6个月或12个月的财产明细。

经人民法院同意,申报期限也可由当事人协商一致确认,但约定的申报期限,最长的不得超过30日,自被告方收到应诉通知书之日起算。

遗嘱执行人等其他诉讼参加人在收到法院通知后,在法院指定的期限内完成财产申报。法院指定的期限,普通程序的不得超过30日,简易程序的不得超过15日。

#### 六、【申报次数】

在首次申报财产后,当事人及其他申报主体应随时申报财产变动情况。申报财产的次數应当视具体案件而定。

#### 七、【申报内容】

当事人申报的内容包括职业、家庭成员状况、婚姻状况,有无约定财产分别所有、收入来源、房产、土地(使用权)、车辆、银行存款、股票、基金、证券、人身保险、财产保险、贵重物品、投资企业情况、债权、债务及其他当事人认为需要申报的事项。

上述申报内容是自当前以及收到受理通知书、应诉通知书之日

前一年的财产情况,如银行存款应附最近12个月的流水记录、股票、基金、证券应附最近12个月申报副本。

收到受理通知书、应诉通知书之日前一年的财产情况有重大增减变动情况的,应具体申报。

#### 八、【调查令的申请】

当事人及律师可申请法院出具《调查令》。当事人或律师持本人身份证、律师证、《调查令》、结婚证原件,可向相关单位调查配偶一方的财产情况。

#### 九、【违反后果】

当事人有责任的法院全面、明确地申报其整个经济状况及其他相关情况。如果一方隐瞒、转移、变卖、毁损夫妻共同财产或伪造债务企图侵占另一方财产的,分割夫妻共同财产的,对该方可少分或不分。

#### 十、【制裁措施】

对违反财产申报义务的当事人及其他申报主体依法给予严厉处罚。有隐匿或转移财产行为的,人民法院可以根据情节轻重予以罚款、拘留。对个人的罚款金额,为人民币一万元以下。拘留的期限,为十五日以下。

#### 十一、【解释权限】

本制度由深圳市福田区人民法院审判委员会解释。

附：《财产申报表》1份

财产申报表

一、当事人基本情况

姓名		性别	
出生日期		结婚日期	
职业		工作单位及地点	
月收入		离婚日期	

二、财产状况

(一) 不动产

1、房屋

编号	权证号码	取得时间和方式	现有价值	是否设立担保	其他

编号	开户银行	产品名称	到期日	价值	其他

3、股票（附最近12个月或法院确定的双方发生激烈矛盾之前6个月或12个月的账户明细，视具体案情在第一次开庭后确定）

编号	证券登记编号	证券公司	托管银行	价值	其他

4、基金（附最近12个月或法院确定的双方发生激烈矛盾之前6个月或12个月的账户明细，视具体案情在第一次开庭后确定）

编号	开户证券	托管银行	到期日	价值	其他

2、土地使用权

编号	权证号码	取得时间和方式	现有价值	是否设立担保	其他

(二) 动产

1、车辆

编号	车牌号码	取得时间和方式	现有价值	是否设立担保	其他

2、其他动产

编号	动产类型	取得时间和方式	现有价值	是否设立担保	其他

编号	公司名称	持股比例	认缴出资额	实缴出资额	其他

5、债券（附最近12个月或法院确定的双方发生激烈矛盾之前6个月或12个月的账户明细，视具体案情在第一次开庭后确定）

编号	开户银行	名称	到期日	价值	其他

6、保险（含人身保险、财产保险）

编号	名称	投保人	被保险人	保单号	到期日	保险现金

编号	名称	取得时间和方式	现有价值	是否设立担保	其他
	船舶				
	机械设备				
	其他				

(三) 金融资产

1、银行存款（附最近12个月或法院确定的双方发生激烈矛盾之前6个月或12个月的账户明细，视具体案情在第一次开庭后确定）

编号	开户银行	账户	账户余额	是否设立担保	其他

2、银行理财产品（附最近12个月或法院确定的双方发生激烈矛盾之前6个月或12个月的账户明细，视具体案情在第一次开庭后确定）

编号	名称	取得时间和方式	现有价值	是否设立担保	其他

(四) 其他投资情况（附股权登记等工商查询材料）

编号	企业名称	注册时间	投资时间	注册资本	现净资产	所占份额

(五) 贵重私人物品（如珠宝首饰等）

编号	名称	取得时间和方式	价值	存放地点	其他


(六) 知识产权

编号	类型	名称	权利证书	取得时间	现有价值
	发明				
	专利				
	实用新型				
	其他				

(七) 其他收益

编号	类型	名称	价值	备注
	住房公积金			
	金			
	分红			
	租金			
	受遗赠			
	其他			

二、债权债务情况

(一) 债权

编号	债权人	债务人	金额	发生时间	备注


(二) 债务

编号	债权人	债务人	金额	发生时间	备注

本人郑重声明,以上财产申报表中申报的财产情况以及所提交的所有凭证完全真实,并保证首次申报财产后,随时申报财产变动情况。如作虚假申报,阻挠申报、伪造债务或不作补充申报,自愿承担相应的法律责任。

签名:

日期:

深圳法院家事案件当事人

财产申报令

( )深福法民一初字第 号

原告:

关于原告与被告离婚纠纷一案,本院已经立案受理,根据《中华人民共和国民事诉讼法》第十七条、第十八条的规定,本院限你于收到本财产申报令之日起7日内向本院申报你名下的财产情况;如你故意隐匿不予申报、申报不实或者伪造债权债务的,本院将依照《中华人民共和国民事诉讼法》第四十七条的规定,按隐藏、转移夫妻共同财产处理,在分割夫妻共同财产时少分或不分;如构成妨害民事诉讼行为的,还将依照民事诉讼法的相关规定追究你及相关人员的法律责任。

为促进案件审理,你如需调查对方财产,应在收到本财产申报令之日起15日内向本院提交调查取证申请,并附相应的线索及协助单位的名称。

201 年 月 日

南山人民法院婚姻家事案件的财产申报文件

深圳市南山区人民法院  
家事案件当事人财产申报表

( )深南法 初字第 号

权利义务告知:

- 填写本表请务必详尽、准确,如果您的申报有欠详尽、准确,可能导致法院作出对您不利的判决。
- 如果您发现有意作出不实陈述(包括但不限于隐瞒、虚构财产),在判决离婚分割财产时,法院可依法对您少分或不分,而且可能会因此受到相应处罚。
- 相关证据请与本表格同时在本院指定的举证期限内提交一式两份,本院将附卷一份,另一份送达给对方当事人。逾期申报和提交的,将视为放弃在本案中处理相关财产的诉讼请求。
- 如表格空间不够,请另附纸张补充一并提交。

当事人基本资料

姓名:	性别:	出生日期:
职业:	月收入:	结婚日期:

一、财产线索

(一) 房屋(附产权证)

编号	地址	权属登记情况(有产权证书的,注明编号)	取得时间和方式	面积	用途	估计现价
1						
2						
3						
4						
5						

以上房屋中,以按揭贷款方式购买的房屋情况:

A: 对应编号:

B: 对应编号:

购买日期	买受人	购买日期	买受人
首期款	付款人	首期款	付款人
按揭款	贷款人	按揭款	贷款人
截至填报日期的按揭欠款:		截至填报日期的按揭欠款:	

(二) 土地(使用权)

编号	方位	权属登记情况	取得时间和方式	面积	用途	估计现价
1						
2						
3						

(三) 车辆(附行驶证)

编号	方位	权属登记情况	取得时间和方式	面积	用途	估计现价
1						
2						
3						

以上车辆中,以按揭贷款方式购买的情况:

A: 对应编号:

B: 对应编号:

购买日期	买受人	购买日期	买受人
首期款	付款人	首期款	付款人
按揭款	贷款人	按揭款	贷款人
截至填报日期的按揭欠款:		截至填报日期的按揭欠款:	

(四) 银行存款(附最近12个月的流水记录,加盖银行公章)

编号	开户银行名称	账户号码	目前账户余额
1			
2			
3			
4			
5			
6			
7			
8			
9			

(五) 股票、基金(附各项最近交易单据副本)

编号	名称	证券账户	持仓	编号	保险产品	到期日	退保现金价值
1				1			
2				2			
3				3			
4				4			

附相关法律条文：

1. 《中华人民共和国婚姻法》

第四十七条 离婚时，一方隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产，或伪造债务企图侵占另一方财产的，分割夫妻共同财产时，对隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产或伪造债务的一方，可以少分或不分。离婚后，另一方发现有上述行为的，可以向人民法院提起诉讼，请求再次分割夫妻共同财产。

2. 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》

第二十一条 一方将夫妻共同财产非法隐藏、转移拒不交出的，或非法变卖、毁损的，分割财产时，对隐藏、转移、变卖、毁损财产的一方，应予以少分或不分。具体处理时，应把隐藏、转移、变卖、毁损的财产作为隐藏、转移、变卖、毁损财产的一方分得财产份额，对另一方的应得份额以其他夫妻共同财产折抵，不足折抵的，差额部分由隐藏、转移、变卖、毁损财产的一方折价补偿对方。

姓名	性别	出生日期	民族	职业	住址

姓名	性别	出生日期	民族	职业	住址

## 阿旗法院“三疗法”调处婚姻案件

2014年8月24日 赤峰日报 姜淑娟

针对因外出务工引发的离婚案件激增的现状，阿旗人民法院把调解工作贯穿于诉讼的全过程，形成了解决离婚案件的“三疗法”机制，收到了良好的社会效果。

有经验法官“坐诊”。在立案大厅的导诉台前，专门安排一名有经验的法官，为前来立案的当事人“把脉”、“问诊”，依法妥善地进行劝导，最大限度地将婚姻案件化解在立案之前。请“专家会诊”。主办法官根据当事人的离婚原因，邀请双方当事人的亲属和所在村、社区的干部及具有一定影响力、有威望的人形成合力，努力将婚姻案件调解结案。办案法官“出诊”。对联系不到另一方当事人的婚姻案件，办案法官要深入到当事人住处，向其家人或社区调查取证，了解到具体情况后再作出判决，真正维护当事人的合法权益。自“三疗法”实施以来，旗法院共合理调处离婚案件18起，有效促进了家庭和谐和社会稳定。（驻站记者 姜淑娟 通讯员 宋文娟）

## 二、一般审判动态

### 法院等五部门联合下发意见要求 严惩违法行为

2014年7月29日 威海新闻网 时新元

文登区人民法院、人民检察院、公安局、司法局、综治办于日前联合下发了《关于依法查处扰乱公证秩序违法犯罪行为的意见》。根据该意见，文登将严厉查处扰乱公证秩序的违法犯罪行为。

威海新闻网讯（记者 时新元 通讯员 殷君燕）文登区人民法院、人民检察院、公安局、司法局、综治办于日前联合下发了《关于依法查处扰乱公证秩序违法犯罪行为的意见》。根据该意见，文登将严厉查处扰乱公证秩序的违法犯罪行为。

目前，公证服务已广泛融入到文登经济、政治、文化和社会生活的各个领域，但是近年来涉及公证的违法犯罪行为有逐年增多的趋势，并造成了恶劣的社会影响。为此，文登多部门联合出台了该意见，通过加强部门的协作配合，依法打击和查处扰乱公证秩序违法犯罪行为。

《意见》规定，对在申请办理公证过程中，冒用他人居民身份证，或者购买、出售、使用伪造、变造的居民身份证的；伪造、变造、买卖或者盗窃、抢夺、毁灭国家机关公文、证件、印章；伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章；伪造、变造居民身份证，涉嫌犯罪的；骗取公证书实施诈骗，数额较大或有其他严重情节的；在公证机构办公场所寻衅滋事，辱骂、殴打工作人员，毁损公私财物，扰乱公证机构办公场所秩序的；伪造、变造或者买卖、使用伪造、变造的公证书的；教唆、引诱他人进行以上违法犯罪活动等违法犯罪行为，将依照相关法律法规的规定，严厉惩处。

另外，公安机关还将对刻字、印刷等特种行业和房地产市场等重点领域加强监管，及时查处伪造、买卖印章、证件等违法犯罪活动。司法行政部门要依法加强对公证机构、公证员的监督指导和培训，提高防范能力。公证机构要加强对当事人提供的材料真实性的审查，重视利用高科技手段防范公证中的造假行为。

### 关于公民代理民事诉讼若干问题的规定

2014年8月6日 审判研究 重庆高院

为了维护正常的诉讼秩序，保护当事人合法权益，规范公民代理民事诉讼，根据《中华人民共和国民事诉讼法》、《中华人民共和国律师法》等法律、法规、司法解释的规定，结合全市法院实际，制订本规定。

第一条 本规定所称的公民代理，是指除律师、基层法律服务工作者以外的公民代理参加民事诉讼的活动，或律师、基层法律服务工作者以公民身份代理其近亲属或所在单位进行民事诉讼的活动。

第二条 以下公民可以在民事诉讼中接受委托担任诉讼代理人：

- (一) 当事人的近亲属或者工作人员；
- (二) 当事人所在社区、单位以及有关社会团体推荐的公民。

前款第(一)项的“近亲属”是指当事人的配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女和其他具有扶养、赡养关系的亲属；“工作人员”是指与法人、其他组织存在劳动或人事关系的人员。

第三条 当事人委托他人以公民身份代理自己参加民事诉讼活动的，应当向人民法院提交以下书面材料：

- (一) 授权委托书；
- (二) 代理人的身份资料；
- (三) 委托近亲属的，应当提交受委托人与其存在近亲属关系的证明材料；
- (四) 委托所在社区、单位或有关社会团体推荐的公民的，应当提交推荐书；
- (五) 委托工作人员的，应当提交能够证明受委托人系其工作人员的劳动合同或社会保险关系等证明材料；
- (六) 人民法院认为需要提交的其他材料。

第四条 人民法院收到当事人提交的公民代理授权委托书和相关证明材料后，应当进行审查。对不符合本规定第三条规定的，人民法院应当告知当事人按照相关规定另行委托符合条件的诉讼代理人。

第五条 受委托的公民有下列情形之一的，人民法院不予准许其以公民身份担任诉讼代理人：

- (一) 无民事行为能力或限制民事行为能力的；
- (二) 正在被执行刑罚或者被剥夺、限制人身自由的；
- (三) 系本院现职审判人员、其他工作人员及其配偶、父母、子女；
- (四) 系本院离任审判人员或其他在编工作人员，但当事人近亲属的除外；
- (五) 系执业律师、基层法律服务工作者，但当事人近亲属的除外；
- (六) 拒绝或不如实填报申请材料的；
- (七) 收取报酬的；
- (八) 其他依照法律法规和本规定不应担任诉讼代理人的。

第六条 人民法院经审查并准许以公民身份代理后，该公民在二审、再审、执行等后续程序中继续接受委托担任诉讼代理人的，人民法院不再另行审查，但出现本规定第五条规定情形的除外。

第七条 代理人以公民身份接受委托参与民事诉讼活动，请求被代理人支付报酬的，人民法院不予支持。

第八条 公民代理人提供或协助当事人提供虚假证据材料，煽动、教唆当事人或他人扰乱诉讼秩序等情节严重，或哄闹、冲击法庭，侮辱、诽谤、威胁、殴打法院工作人员的，人民法院可取消其继续参加本案诉讼活动的资格，并有权依照相关法律规定追究其法律责任。

第九条 本规定自下发之日起施行。施行前已经人民法院准许的公民代理，可继续代理至案件审结。

第十条 执行程序中的公民代理行为，参照本规定执行。

第十一条 本规定由市高法院审判委员会负责解释。

### 官渡法院分析制约农村房屋执行的因素及提出建议

2014年8月13日 昆明市官渡区人民法院

由于我国土地利用实行城乡二元结构模式，农村房屋在流转上受法律、法规以及国家政策的限制，导致对被执行人仅有农房（建筑在农村集体经济组织所有的宅基地上的房屋）为可执行财产的案件难以执行。

一、制约农村房屋执行的主要因素如下

(一) 农村房屋流转在制度设计上的受限性。农村房屋难以变现，最主要的障碍在于现行法律、法规及国家政策对农村房屋所占集体土地（宅基地）的限制性规定。农村宅基地使用权虽具有物权属性，但这种权利更大程度上是与使用人的集体经济组织成员资格和福利紧密相连，村民对宅基地只享有使用权，不能自由转让。目前的政策仅允许受让方系同一集体经济组织成员且为无房户、无宅基地户时，才认可农村房屋及其所占宅基地进行转让行为的有效性，即便属于同一集体经济组织的有房有地户成员愿意购买法院拍卖、变卖的房屋，由于受“一户一宅”规定的限制，也无法办理宅基地使用权转移登记手续。

(二) 农村房屋产权情况的复杂性。尽管建设部《房屋登记办法》明确规定了农村房屋的登记程序，但当前农村集体土地确权登记发证工作总体滞后，有的地区登记发证率还很低，已颁证的农村集体土地所有权大部分只确权登记到行政村农民或村民小组集体一级，没有确认到每一个具体所有权的农民集体。以官渡区为例，绝大多数农房没有办理土地使用权证及产权登记手续，农村房屋及宅基地权属登记的缺失不仅增加了诉讼，在执行中由于被执行人的责任财产难以确认，成为农房执行难的重要原因。

(三) 农房对农户承载着基本社会保障功能。相对城市居民而言，农村居民生活水平总体上还处于较低水平，官渡区的农村社会保障体系运行水平也不高，导致现行的农村土地和房产制度对农民而言承担着较浓厚的社保功能，

在执行阶段，就不能不考虑到这一功能，尽可能地对农民基本生活予以保护，因此，在执行这类案件时原则上也只能采取查封措施，这就在很大程度上影响执行的实际效果。

## 二、建议

针对以上困境，我们认为，突破农村房屋执行困境，必要的前提是健全完善农村房屋及宅基地权属登记公示制度。而落脚点则在于妥善解决好农村房屋的流转问题，即如何在法律、政策允许的范围内设计好促成农村房屋及宅基地流转功能最大化的制度设计，是执行实效的根本保证。现提出以下四方面的建议：

（一）适度扩大对“房屋所在地集体经济组织”的概念界定。将其限定在区级行政区域内，只要是本区行政区域内的集体经济组织成员，均具有参加拍卖、变卖的资格。这种扩大严格禁止城镇居民的进入，符合土地利用城乡二元结构关于保障集体土地的农用性质及问题控制的目的，与国家政策的精神并不违背。

（二）对“一户一宅”原则的重新认识。执行过程中的拍卖、变卖虽具有国家强制性性质，但本质上仍应遵循平等、自愿的市场经济规律，属于转让农村房屋及宅基地的一种特殊性质，因此可不受“一户一宅”原则的拘束。

（三）切实加强法院与有关国家机关及其部门的工作衔接。通过拍卖、变卖、抵债等方式取得农村房屋产权的受让人到国土、房管部门办理房屋所有权及土地使用权转移手续时，国土、房管部门并不一定给予便利，使得法院裁判文书难以执行，是掣肘农村房屋处分变现的重要原因，极大地影响执行实效。因此，法院应切实加强与有关职能部门的工作衔接，使农村房屋的流转顺利成行。

（四）政府及有关部门积极履行职能，致力于加强农村群众住房保障体系的健全与完善。一是切实强化村庄规划，二是完善宅基地上房屋抵押担保制度，三是在推进农房抵押贷款的同时，加快建立农村公共住房保障制度。

## 三、立法动态

### 继承法静待大修

2014年8月6日 法治周末 蒲晓磊 张晶鑫

与继承法当时制定的情况相比，现在的社会形态和个人财产状况都发生了很大的变化。既出现了经济适用房、廉租房、公租房等新形式的房产，还有网络域名、QQ号等虚拟财产，这些都需要法律作出一个明确规定。中国人民大学法学院教授杨立新认为，在近三十年的时间里，我国政治、经济结构已经发生了重大变化，继承法已经到了必须大修的地步。

我国现行的继承法制定于1985年，距今已有29年的时间。

中国人民大学法学院教授杨立新向法治周末记者介绍，继承法的修订工作在2012年进行了一年，后来因为修订消费者权益保护法而停了下来，“至此没有恢复进行的意见。我们强烈建议，立法机关应当重启继承法修订工作，以尽早完成对继承法的修订”。

作为《中华人民共和国继承法》修正草案建议稿课题组负责人之一，杨立新在接受法治周末记者采访时表示，我国的继承法已经到了必须大修的地步。“在近三十年的时间里，我国政治、经济结构已经发生了重大变化，继承法也必须现代化。”

北京市延庆法院民一庭助理审判员古章阳法官在接受法治周末记者采访时认为，与继承法当时制定时的情况相比，现在的社会形态和个人财产状况都发生了很大的变化。既出现了经济适用房、廉租房、公租房等新形式的房产，还有网络域名、QQ号等虚拟财产，这些都需要法律作出一个明确规定。

“一方面，人们对遗产的范围有一个明确的认识；另一方面，法官审判时也能有一个明确的依据。”古章阳对记者说。

杨立新在接受法治周末记者采访时表示，在修订继承法中，修改遗产范围、突出遗嘱继承的优先地位、扩大法定继承人范围、重新制定法定继承顺序、扩大遗嘱种类和遗嘱执行人、遗产分配程序和对债权人的债权保障等几个部分，应当是修订的重点内容。

专家普遍建议大修

杨立新在接受法治周末记者采访时认为，我国继承法存在三个主要的问题：

第一，立法当时改革开放刚刚开始，仍然处于计划经济状态，继承法反映的是计划经济下的继承制度；第二，当时的民法理论准备不足，司法实践经验不丰富，基本上采用的是前苏联继承法的规则和理论基础；第三，当时我国自然人的状况基本处于经济贫穷时期，没有更多的遗产可以继承。

“无论是与经过三十年改革开放后的社会状况相比较，或是与相当充分的继承理论准备和实践经验的现在相比较，还是与自然人拥有的财产大量增加的情况相比较，在当时情形下制定的继承法的基本继承制度必须进行‘大修’。只有这样，才能适应时代的需求和人们的需要。”杨立新说。

关于继承法的修改，早在几年前就已被关注。

2010年两会期间，十一届全国人大法律委员会委员、著名民法学专家梁慧星代表在全国人大会议上就提出了修改继承法的建议。

在2012年6月，西南政法大学曾经组织过“中国继承法修改热点难点问题研讨会”，来自高校、法院、律师事

务所等方面的专家普遍认为应当对继承法进行修订。

全国人大法工委民法室主任姚红在当时的研讨会上指出，继承法修改中收集到了五个方面的主要问题，包括遗产的范围、继承人的范围和顺序问题、继承权的丧失和放弃问题、遗嘱继承、遗产管理的问题。

江苏省高级人民法院民一庭庭长夏正芳表示，在长期从事审判工作的过程中，确实存在很多的困惑，实施了20多年的继承法确实有修订的必要。

夏正芳提出了当前继承法中存在的两个问题：涉及到债权人利益的时候，是否应当明确继承人的清偿义务？如果被继承人死亡以后没有遗嘱，而继承人又表示放弃继承的时候，如何保护债权人的利益？

夏正芳表示，这种情况在审判实务中并不少见，应当在继承法中进行明确。“规定继承人不管是否放弃继承，都对被继承人遗产或对外的债务有一个清理的义务。如果不放弃继承的话，应当在继承的范围内对外承担清偿债务的责任。所以我觉得对于清理和清偿的范围，继承法应当作出一个明确的规定”。

#### 列举遗产应更充分

杨立新在接受法治周末记者采访时认为，关于遗产的范围，国外继承法一般没有具体规定的，都是规定死者的生前财产为遗产。我国继承法采取列举的方式规定遗产范围，有利有弊：好处是便于人民群众理解，缺点是列举不全。

“在讨论继承法修订时，多数人认为列举的方式还是具有优势，因此，就需要将现有的列举遗产作出更充分的规定。”杨立新说。

杨立新认为，我国继承法中列举的遗产范围较小，不能保护目前我国自然人所拥有的主要的财产。“例如土地使用权、建筑物所有权、虚拟财产、公司股权等内容，这些都应当有所规定。”

杨立新认为，近30年时间里出现的经济适用房等新兴事物，也应当在修订时加以关注。杨立新表示，关于经济适用房的问题，应当承认是遗产，但是经济适用房对于土地使用权的出让金是减免的，进行遗产继承的时候，应当补交出让金，再开始继承。

古章阳向法治周末记者介绍了一起关于小产权房的案例：陈某夫妇于2005年购买了位于延庆县某处的小产权房一套，后一直在该房屋中生活居住。2010年、2012年，陈某夫妇因病先后去世，其子女因遗产继承问题发生纠纷，诉至法院要求依法分割陈某夫妇包括该小产权房在内的遗产。

“继承法中规定，遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产。按照国家的相关要求，小产权房不得确权发证，不受法律保护。但在处理这方面的纠纷时，小产权房又是实实在在的财产。如果在判决纠纷时不能处理的话，对继承人来讲没有给他们从根本上解决实际纠纷。”古章阳在接受记者采访时讲述了审判时的困惑。

古章阳认为，如果继承法在修订时能够对类似现象加以明确，更加充分的对遗产范围加以列举，会给法官在审判时提供一个明确的依据，有利于推动纠纷的顺利解决。

#### 扩大法定继承人范围

杨立新认为，继承法只规定了两个顺序的法定继承人，只包括配偶、子女、父母以及兄弟姐妹、祖父母外祖父母。这样的后果，会造成大量的无人继承的遗产，就要收归国家所有，这是“左”的思想的体现。

“应当扩大法定继承人的范围，四亲等之内血亲都是法定继承人，尽可能地将遗产在亲属之间转移，而不是收归国有。”杨立新对法治周末记者表示。

最近发生在北京市延庆法院的一个案例，引起了古章阳在代位继承方面的关注。

李某系延庆县某镇某村村民，其父母分别在1993年、1996年去世。李某兄弟姐妹共五人，大哥于2012年因发生交通事故死亡。2013年，李某因病去世，其生前未婚，亦无儿无女，李某去世后遗留有村中北房六间。2014年2月，李某的其他三个兄弟姐妹在镇司法所的主持下达成调解协议，约定由三人分别继承李某遗留六间北房中的两间房屋。后三人共同到法院，申请确认该人民调解协议的司法效力。案件审理过程中，因交通事故死亡的大哥的子女亦要求分割李某的遗产。

据古章阳介绍，在审查合法性合理性过程中，死亡子女提出享受代位继承的权利，要求继承叔叔李某的遗产。

继承法规定，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者母亲有权继承的遗产份额。

也就是说，代位继承只适用于死者的子女先于死者去世，由死者的(外)孙子女代父母继承。而不适用死者的兄弟姐妹先于死者去世的情况。

古章阳认为，在此次案例中，第二顺序继承人先于被继承人死亡，案例中的情况不适用代位继承。

古章阳建议，希望继承法可以扩大代位继承的范围。“我个人认为，从公平的角度出发，建议对代位继承的情况进行扩大，不要只限于被继承子女先于继承人死亡的情况。”

#### 特留份制度成为关注点

2001年，四川省泸州市“二奶”与原配争夺遗产案引发了法学界的关注。

据了解，案件中被告蒋伦芳与丈夫黄永彬于1963年结婚，婚后感情不和分居。1996年，黄永彬认识了张学英，并与其同居。黄永彬患肝癌后，张学英精心照料，并在2001年4月22日黄永彬去世时妥善将其安葬。随后张学英向蒋伦芳出示黄永彬生前的公证遗嘱，遗嘱明确将其遗产指定由蒋伦芳继承一部分，另一部分总值约6万元遗赠给

张学英。但蒋伦芳控制了全部遗产，拒绝执行遗嘱。张学英认为，蒋伦芳的行为侵害了她的合法权益，按继承法等法律规定，她有权获得黄永彬遗赠的财产，遂起诉请求法庭判令蒋伦芳给付黄永彬遗赠给她的遗产6万元。法院以遗嘱违反公序良俗原则判决遗嘱无效。

正是由于该案，引发了对我国继承法是否应规定特留份制度的热议。

杨立新介绍，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。特留份的实质是通过对特定的法定继承人规定一定的应继份额，来限制遗嘱人的遗嘱自由。遗嘱人在设立遗嘱时，如果没有给特留份权利人保留法定的份额，则其相应部分的遗嘱处分无效。

我国继承法第十九条规定，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。

杨立新认为，如果立法规定遗嘱自由并以特留份制度加以必要限制，就能够妥善处理遗产处分自由与法定继承人权益保护之间的关系，能够纠正司法实践中将某些遗赠行为认定为违背公序良俗原则而宣告无效的不当做法。

广东省高级人民法院民一庭杨慧怡副庭长认为，在继承法中设立特留份制度，可以解决“包二奶”类似案件的问题，使法官在追求当事人意思自治与道德价值层面的公序良俗之间平衡判断。

古章阳法官对法治周末记者表示，并没有必要设立特留份制度，只需对必留份制度进行相应完善或修改即可。

“设立特留份制度的初衷在于维系亲情和家庭的稳定，这和中国传统思想相匹配，这个考虑肯定没有任何问题；但也要考虑立法观念的改变，应该更尊重个人意志来处理遗产。”古章阳说。

古章阳在审判时发现，在涉及到赡养纠纷或其他纠纷的案例中，有一些老人对待自己百年之后的财产处理有这样一种想法：如果在生前立遗嘱将房子等财产留给子女，一旦子女不履行赡养义务，自己就没有任何资本让子女照顾自己。“我认为被继承人在生前有自由处分遗产的权利，如果子女对自己不好，遗产就不留给子女，而是留给真正照顾自己的人。”古章阳对记者说。

古章阳认为，自由处分权利与现在社会的一些观念相匹配，比如合同法里的意思自治。“我觉得在遗产处理上，法律没有必要强制被继承人要给继承人保留一定数量的遗产。当然，当前的必留份制度规定是非常必要的，遗嘱在体现个人意志的同时，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。”古章阳说。

在杨立新看来，应当将特留份的性质规定为继承权，是法定继承人才能享有的权利。特留份并不是被继承人遗产的全部，对于特留份以外的遗产，被继承人可以行使自由处分权。“我国继承法应当明确规定特留份制度，规定特留份仅为法定继承人所享有，特留份是对遗嘱自由的限制，特留份为法定的不可侵害的应继份。

## 2014 深圳反家庭暴力立法研讨会举行 需构建干预网络

2014年8月17日 深圳特区报 李世卓

今日，市妇联等部门联合举办“2014 深圳反家庭暴力立法研讨会”，会上将对《深圳经济特区家庭暴力防治条例》草案初稿进行研讨，以期推动深圳反家庭暴力立法尽快出台。”本月初，深圳大学社会学系推出了一份《深圳市家庭暴力立法调研报告》，该系教授易松国说，“在被访者中，遭受过家庭暴力的人数比例高达65.5%。

■ 深圳特区报记者 李世卓

今日，市妇联等部门联合举办“2014 深圳反家庭暴力立法研讨会”，会上将对《深圳经济特区家庭暴力防治条例》草案初稿进行研讨，以期推动深圳反家庭暴力立法尽快出台。深圳家庭暴力发生的比例有多少？深圳家庭暴力的特征有哪些？家暴受害者又需要得到哪些帮助？连日来，记者对此进行了调查。

“这样继续下去，我不知道自己会做出什么事来”

“谁来帮帮我？”35岁的龚女士面对记者，不禁道出了内心深处的伤痛，“我好害怕，我儿子也好害怕。丈夫经常在家对我施暴，虽然每次都是将孩子反锁在房间里，但是孩子还是目睹了几次。我想离婚，他不同意，甚至说要威胁我家人。这样继续下去，我真担心有一天我会做出什么事情来。”

龚女士说，她与丈夫的婚姻已持续十年，有一个5岁的儿子。虽然婚前就有丈夫对她施暴的经历，但是因为两个人的感情很好，所以并没有分手。婚后，因为经济压力大、工作节奏快等原因，丈夫又多次向她施暴。

“丈夫施暴我忍了，但是我有了新的担忧。”龚女士说，因为儿子经常目睹到家暴，现在出现了脾气很坏、自主能力差、对母亲依赖等情况。“他小小年纪，一生气就对我拳打脚踢，还埋怨我什么都做不好。”

本月初，深圳大学社会学系推出了一份《深圳市家庭暴力立法调研报告》，该系教授易松国说，“在被访者中，遭受过家庭暴力的人数比例高达65.5%。需要注意的是，这次调研主要以结婚及同居的中青年人为调查对象，老年人较少，孩子不在调查之列，实际上遭受过家庭暴力的人数可能达到70%甚至80%。”

易松国说，近年来，家庭暴力之所以受到特别关注，不仅是因为它已经成为了一个比较突出的社会问题，而且还因为家暴引起的后果是严重且多方面的。家暴因为得不到及时有效地制止和处理，很容易导致婚姻的破裂，同时使施暴者有恃无恐。在发生家暴的家庭中成长的孩子也会耳濡目染，大大增加他们长大后使用暴力的可能性。

## 无锡市中级人民法院民一庭依法对两起不诚信诉讼行为进行制裁

2014年8月19日 无锡市中级人民法院

近日，无锡中院民一庭在审理上诉人顾某某与被上诉人施某某民间借贷纠纷一案中，经过庭审查明，施某某在一审起诉顾某某时，为使案件能够在宜兴市人民法院受理，让陆某某在其提供的顾某某出具的收条上签署：担保人



陆某某。后施某某以该书证为证据，以顾某某、陆某某为被告，向宜兴市人民法院起诉。一审审理中，施某某又撤回了对陆某某的诉讼请求。合议庭评议后认为，施某某为了争取管辖权，和陆某某一起伪造证据，妨碍了人民法院的依法审理，故决定对施某某和陆某某分别罚款一万元和五千元，施某某和陆某某当庭悔过并立即履行。另在审理上诉人某保险公司与被上诉人余某某、汪某某、某汽车运输有限公司机动车交通事故责任纠纷一案中，查明余某某提供的庐阳区双岗街道一里井社区居民委员的公民推荐书系伪造。合议庭评议后认为，当事人伪造公民代理委托手续，妨害了民事诉讼，应予惩戒，故决定对余某某罚款五千元。

近年来，诉讼不诚信的问题在民事案件审理过程中十分突出，无锡中院民一庭在处理多起案件中屡次遇到当事人提供伪证、虚假陈述、拖延举证、恶意串通损害其他债权人利益等不当、违法诉讼行为。为此，该庭建议要针对各种违法诉讼行为的违法情节、危害程度等具体情况，因地制宜地采取训诫、罚款、证据失权、拘留及移送刑事侦查部门追究刑事责任等不同处罚形式，严肃处理不诚信诉讼行为，依法维护诉讼秩序和司法权威，保障民事审判活动的顺利、公正、高效开展。

（无锡市中级人民法院民一庭）

## 反家庭暴力：立法中的儿童视角

2014年8月29日 人民法院报 杨树明

8月17日，在由中国妇女发展基金会等单位联合主办、全国160余名专家学者参加的“2014深圳反家庭暴力立法研讨会”上，《深圳经济特区反家庭暴力条例（草案）》公布讨论。这预示着享有特区立法权的广东省深圳市在国家反家庭暴力法出台前先行先试，为全国立法积累经验。

据统计，近年来，我国大约有24.7%的家庭存在不同程度的家庭暴力，有10%的青少年罪犯自小生活在家庭暴力中，有30%的受害人（主要是儿童、妇女、老人、生活无法自理的其他家庭成员）不知、不敢、不能向外界发出求救信息而酿成刑事案件。

家庭暴力引起社会各界高度关注。目前，全国已有29个省区市出台地方法规或政策，全国人大法工委已将制定专门的反家庭暴力法纳入立法规划。

中国社会科学院法学研究所社会法室主任薛宁兰研究员建议：“我国反家庭暴力立法要注意从儿童特质——依赖性和脆弱性出发，除有性别视角外还要有儿童视角。”

北京青少年法律援助与研究中心关于300起对未成年人家庭暴力案件的统计分析报告显示，内地对儿童家庭暴力的形式以肢体暴力为主，占65.33%；在32件对儿童的性侵害案中，24件是其监护人实施的，生父实施的性侵害案件和继父养父实施的性侵害各占一半。

薛宁兰说：“反家庭暴力法对于父母等家庭成员对儿童的暴力，应给予特别关注。要将儿童作为具有独立人格的权利主体，确立对未成年受害人优先和特殊保护的原则，以实现反家庭暴力中的儿童利益最大化，实现家庭中的‘零暴力’。”

“希望在家庭暴力的定义中增加列举对儿童家庭暴力的特有形式。例如，父母及其他法定监护人对儿童的体罚、其他残忍的或有辱人格的惩罚；监护人等其他近亲属对儿童的性侵害与忽视等。”她强调。

最高人民法院刑一庭庭长周峰建议：“将涉家庭暴力犯罪案件规定为既可公诉也可自诉的案件，以保证未成年人、年迈老人等无自诉能力的人在遭受家庭暴力时，公权力能够依法介入。”

周峰还建议，设立强制报告和鼓励报告制度。知情单位和公民发现家庭暴力线索或接到家庭暴力投诉后，承担起向公安机关报案的义务；

同时鼓励其他公民在发现家庭暴力后向公安机关报案。对老人、儿童、身体不便等特殊人群，给予共同关注和保护。

北京青少年法律援助与研究中心的统计分析报告显示，家庭中对儿童的暴力多来自对儿童负有监护责任的父母。由于根深蒂固的传统观念，对以“管教”儿童为借口的有辱人格的惩罚，很多家长错误地认为是教育孩子的一种方式，是合理的。

薛宁兰提出要加强父母双方监护能力审查力度的观点：“建立国家监护制度。对于监护人严重侵害儿童身心健康的违法犯罪行为，除追究施暴人刑事责任外，还应建立撤销监护人资格制度。同时确立对这些儿童的临时人身保护和安置（保护令和庇护所）措施。”

反家庭暴力，重在预防。薛宁兰指出：“在有关家庭教育的倡导性条款中，可规定鼓励父母采取积极的、非暴力的、参与性的抚育子女方式，并且通过父母培训等方式，宣传非暴力的价值观。”

这种积极的预防性措施，较之暴力发生后起诉施暴父母或其他监护人，会更有利于子女最大利益的实现。

将反家庭暴力入法，对维护妇女儿童合法权益无疑具有十分重要的意义。然而，当前家庭暴力问题日益严重的情况下，不能坐等立法。薛宁兰认为，在反家庭暴力的问题上，相关部门和全社会现在就要负起责任来。

最高人民法院高度重视维护妇女、儿童和老人在家庭中的基本权利。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。此后，司法干预家庭暴力试点工作延伸到刑事领域。2012年3月，成立“涉家庭暴力刑事司法改革”调研课题组，开展调研工作，指导福建等地建立了十余家单位共同参与的预防、制止、援助、惩治、救济

与修复的反家暴联动机制。

薛宁兰说：“这对于中国反家庭暴力立法起到了积极推动作用。”

她强调：“家庭暴力已经不是单纯的家事，而是关系到公民人权保护、家庭关系和谐和国家文明进步的社会问题。制定专门的反家庭暴力法律，将使中国 4.01 亿个家庭中的成员，特别是妇女儿童获得公权力的保护。”

## 四、媒体典型案例

### （一）解除婚姻关系案例

#### 泉州市中院：妻子被砸成瘫痪只能卧床 丈夫多次起诉离婚败诉

2014年8月2日 东南早报 黄墩良

台海网(微博)8月2日讯 据东南早报记者 黄墩良报道，“婚姻不易，且行且珍惜”。今天是传统的七夕情人节。夫妻出现感情危机时，或许一次挽救能让夫妻重归于好。日前法院通过判决，不准两对夫妻离婚。

妻被砸成截瘫 丈夫诉离婚败诉

10多年前，阿青（化名）因事故截瘫，几年后丈夫阿强（化名）几次起诉离婚。最近法院终审，判决他们不准离，延续了他们 30 多年的婚姻。

阿强和阿青家住惠安，1983 年他们就生活在一起，先后生育了一对子女，孩子们现在都已长大成人。2003 年，阿青不幸被坍塌的土方砸伤，导致腰椎体骨折，形成创伤性截瘫，至今仍只能卧床，需靠轮椅活动。

2009 年阿强第一次将妻子告到惠安县法院，要求判令他和妻子离婚，法院不许。2010 年他再次起诉离婚，还是无果。去年 3 月份，阿强第三次起诉离婚。

阿强说，阿青受伤后，脾气变得暴躁，经常无理取闹，夫妻间的矛盾增多，无法过正常的夫妻生活。

阿青坚决不同意离婚，她说婚后她一直很幸福。她受伤后，丈夫也照料她的生活。儿子也希望父母和好，有一个完整的家庭。儿子还作证说，妈妈受伤后，刚开始由爸爸照料，后来爸爸出去工作了，保姆费、生活费都是爸爸支付。

经审理，惠安县法院判决双方不准离婚。阿强不服，上诉到泉州市中级人民法院，日前法院终审维持原判。

欲与病妻分手 被判要助妻康复

阿洁（化名）疾病缠身，丈夫阿威（化名）两度起诉离婚。日前法院终审判决他们不准离婚，还要求阿威好好照顾妻子，帮助她早日康复。

2007 年阿洁和阿威喜结连理，次年他们生了女儿。2012 年阿洁因病到医院就诊，被发现有多种疾病，得长期治疗。

当年 6 月，阿威第一次起诉离婚，未能如愿。去年 8 月，阿威第二次起诉离婚。南安法院审理后认为，阿威和阿洁因性格不合等原因，夫妻感情逐渐疏远，经判决不准离婚后，双方仍继续分居，互不履行夫妻义务，故应认定他们的夫妻感情确已破裂，法院一审判他们离婚。

阿洁不服，上诉到泉州市中级人民法院。中院认为，阿洁和阿威在婚后的共同生活中已建立一定的感情基础，虽然近年双方产生一些矛盾，但并不必然导致夫妻感情破裂。加之阿洁现在患疾病，阿威作为丈夫，应尽到夫妻互相扶助的义务，积极配合给阿洁治病，妥善处理家庭生活关系，尽力帮助妻子早日康复，日前法院终审改判不准阿威和阿洁离婚。

#### 私通妻子未成年堂妹被判刑 妻子诉离婚获支持

2014年8月4日 沈阳市皇姑区人民法院

丈夫与妻子的未成年堂妹勾勾搭搭，多次发生性关系，由于堂妹未满十四周岁，该男子被法院以强奸罪判处有期徒刑五年，在其服刑期间，其妻子先后两次提出离婚。日前，江苏省苏州市吴江区人民法院判决支持了妻子要求离婚的诉讼请求。

李冰大学毕业后从外地来到苏州工作，2009 年 5 月经人介绍认识了吴江姑娘魏芳，不久两人就领证结了婚。但由于双方婚前缺乏了解，婚后经常发生争吵，加之本地的饮食习惯和风俗与李冰家差距较大，所以李冰对魏芳及其父母的怨言较多。后来，在魏芳怀孕期间，不甘寂寞的李冰与妻子的堂妹魏红关系暧昧，魏芳及其家人就告诫李冰，堂妹年龄太小，劝其不要走的太近。但对魏芳及其父母的抵触情绪和报复心理，使得李冰变本加厉，非但听不进劝告，反而对苦苦相劝的魏芳大打出手，甚至多次越过雷池，与魏红发生关系。不久，李冰东窗事发，由于魏红未满十四周岁，李冰因犯强奸罪被判处有期徒刑 5 年。

在庭审中，对于过去，李冰多次承认自己犯错，但却把犯错的原因归结于妻子及其父母，认为他们对自己不好，导致其移情别恋。同时又认为是妻子的堂妹主动示好，心甘情愿献身，因此坚决不同意离婚，并表示“出狱后我会好好做，会让妻子过得幸福”。但坐在对面的妻子却不为所动，没有丝毫的眷恋。

经过庭审，承办法官与双方进行了深入沟通，在调解无效后认为，李冰的犯罪行为不仅严重伤害了夫妻感情，还对孩子及家人也造成了伤害。考虑到原告已经两次起诉离婚，根据相关法律规定，一方被判处有期徒刑，或者违法、犯罪行为严重伤害夫妻感情，经调解无效，可依法判决准予离婚。据此，法院作出了准予双方离婚的判决。

法律链接：最高人民法院《关于人民法院审理离婚案件如何认定夫妻感情确已破裂的若干具体意见》第 11 条之规定，一方被依法判处长期徒刑，或其违法、犯罪行为严重伤害夫妻感情的，视为夫妻感情确已破裂，在一方坚决要求离婚，经调解无效的，可以依法判决准予离婚。

来源：中国法院网吴江频道

### 女子因丈夫身份造假 诉离婚一审法院不受理

2014 年 08 月 05 日 广州日报 陈治家

珠海一对结婚育子多年的夫妻，直到丈夫突然离家出走，妻子方知老公身份造假。由于一直找不到老公，不知道作为被告的老公是谁，妻子为解除这段荒谬婚姻历经波折。

原标题：结婚四年生了娃不知丈夫是何人

珠海一位女士为离婚折腾两年多 案件终被法院受理

本报珠海讯（记者陈治家 通讯员邝鹏、谭炜杰）珠海一对结婚育子多年的夫妻，直到丈夫突然离家出走，妻子方知老公身份造假。由于一直找不到老公，不知道作为被告的老公是谁，妻子为解除这段荒谬婚姻历经波折，在两次诉讼被驳回后，妻子上诉至珠海市中级人民法院，该院最终受理了这起“不知被告是谁”的离婚案。

老公跑了方知身份有假

近日，珠海中院受理一起离婚上诉案件，案件中的男方用了假身份登记结婚。2010 年，杨某与赖某在香洲区民政局登记结婚，婚后育有一子，后赖某离家出走，杳无音讯。2012 年 5 月，杨某到公安机关报案始知赖某所持有身份证信息有误，真实的身份证号码所有人为“刘浪”。

为解除婚姻，杨某曾以结婚证上的身份信息有误为由提起行政诉讼，希望通过撤销结婚证来解除双方的关系，但法院认定结婚证不宜撤销。

被告不明一审未受理

在该起行政诉讼中，赖某户口所在地公安机关出具证明，证实赖某的户口为虚假户口，已于去年 11 月 21 日予以注销。因杨某一直找不到赖某，根本不知道丈夫的真实身份，该婚姻名存实亡，今年 4 月 24 日，杨某向香洲区人民法院提起诉讼，请求法院判决解除二人的婚姻关系。

原审法院认为，杨某诉赖某离婚纠纷一案，因赖某与杨某结婚所使用的户口已被注销，其真实的身份信息情况不明，属于被告不明确，故裁定不予受理。

二审法院终于受理离婚

对于一审裁定，杨某不服提起上诉。二审合议庭认为，本案中，杨某确与使用虚假户籍资料的男子在珠海登记结婚，该男子在婚姻登记机关所留照片、指纹、签字等，均能证明该男子的真实存在。

法院认为，在先行的行政诉讼已被驳回，且该男子真实客观存在的情况下，法院不宜将当事人的诉求拒之门外，而应给予其合适的救济途径，故法院认为杨某的诉请符合有“明确的被告”的起诉要件，应予受理。

### 妻子患重病遭丈夫嫌弃 聚少离多终分手

2014 年 8 月 6 日 沈阳市康平县人民法院

夫妻婚后本应互敬互助，互相扶持，而一对夫妻却因一方患了疾病没有经受住考验以致闹起了离婚，真是应了那句古语“夫妻本是同林鸟，大难临头各自飞”。近日，江西省弋阳县人民法院审理了一起离婚案，一审判决准予原、被告离婚；婚生女由原告余某抚养，并自行承担抚养费；原告余某向被告苏某支付医疗费、生活帮助费等共计人民币 69169 元。

原、被告双方于 2010 年 2 月经人介绍相识，于 2011 年 2 月 14 日办理了结婚登记手续。5 月 30 日双方生育一女，取名余女，余女自出生至今一直在原告家带养生活。婚后不久，被告即四处奔波看病，经多处治疗未见好转。在被告看病一段时间后，双方感情出现了裂痕，2013 年原告曾向法院起诉离婚，法院于 2013 年 3 月 5 日判决驳回了其离婚诉讼请求。之后，夫妻俩之间关系并没有改善，致使原告再次向法院提出了离婚。双方自 2012 年 1 月开始分居至今。

面对原告余某的绝情，被告苏某心灰意冷，提出索要医疗费、生活费等经济补偿。

另查明，被告苏某患有慢性肾病综合征、慢性肾功能不全为代偿期。经司法鉴定，苏某目前为大部分丧失劳动能力，后续治疗费每月约贰仟元。

法院经审理认为，原、被告婚姻基础一般，婚后不久，被告即四处奔波看病，双方聚少离多，至今分居已满两年，且原告第一次起诉离婚，法院判决驳回后，双方未能和好，原告再次向法院起诉离婚，双方还未完全稳固的夫妻感情已然彻底破裂，故原告提出离婚的诉讼请求，法院予以支持。根据《婚姻法》第二十条的规定，夫妻之间有互相扶养的义务，考虑原告的经济情况且独自抚养小孩有一定的花销，法院酌定原告支付被告医疗费等费用的 40%。根据《婚姻法》第四十二条的规定，离婚时如一方生活困难，另一方应从其住房等个人财产中给予适当帮助。考虑被告患病所需治疗费用，以及其目前大部分丧失劳动能力的情况，其离婚后生活较困难，原告应予以适当的帮助，根据原告现有的经济能力，法院酌定予以补偿。据此，法院依法作出如上判决。

### 女子不满“性生活不和谐” 结婚一月提离婚

2014年8月7日 中国新闻网 何蒋勇

中新网宁波8月7日电(记者何蒋勇实习生邱佳艳)浙江省宁波市余姚法院审理了一起离婚诉讼案,一女子因为不满夫妻间性生活不和谐,结婚一月后向法院提出离婚诉求。最终,法官驳回了该女子的诉讼请求。

27岁的小方身高180cm,脸蛋白净,是个帅小伙。2013年,小方经介绍认识了小满,双方互留了联系方式,开始接触和交往。小方为人谦逊和善,对小满也很好,所以6个月的相处后,小方和小满办理了结婚登记手续。

然而婚后1个月,小满却向余姚法院提出离婚请求。原来两人在办完订婚宴后,去新马泰蜜月旅行,但在返程途中,小方询问小满旅行期间经费情况,因此起了矛盾。随后小满和小方各自回到了父母家中。

事后,双方父母相约商讨两人的婚姻问题。万万没想到,在协商过程中,小满语出惊人:“是你儿子没能力,我到现在还是处女。”小方的父母觉得儿子被小满诋毁了,也没协商必要。就这样,双方不欢而散。

2014年6月,小方收到余姚法院的传票,是小满的离婚诉讼。在法庭上,小满表达对小方的各种不满:“我们本来感情就不牢,只是年纪大了将就结婚。但我也想有自己的孩子,现在这种生活我怎么过得下去。”

对于小满指出的性生活不和谐,小方予以否认:“夫妻闹别扭是很正常的,感情也要慢慢磨合。我从事保安工作,需要经常加班,所以不能常常和小满相聚。虽然性生活不频繁但是很和谐。”

小满听罢,本想请求法官对自己和小方进行鉴定,但后来出于为双方未来考虑,小满放弃了鉴定申请。最终,法官考虑到双方结婚时间不长,相信经过一定时间的磨合与包容,有和好的可能,驳回了小满的诉讼请求。

### 上市前俩月离婚 于冬前妻自述

2014年8月7日 中国青年网(北京)

2014年5月28日 北京 记者见到的臧黎璐个头挺高,长的很漂亮,打扮十分干练。如今她在博纳集团下面的一家影城任经理。当年博纳集团在纳斯达克上市时,已和于冬离婚的臧黎璐在现场哭得稀里哗啦。如今离婚3年多,再提到于冬和以前的日子,臧黎璐还是忍不住会哭。

“我的父亲是南京电影公司的发行经理,于冬当时在中影集团做发行,属于体制内,与父亲有业务上的往来。

有次我去父亲办公室的时候,正好遇到于冬,后来在电影节又遇到了。此后,于冬向父亲提出要和我交往。父亲不好驳他的面子,就让我去见个面。

1997年我们相识,1999年开始恋爱。他是工人家庭出身,当时还只是中影集团的一个小科员。我的家境明显好过他。当时,我看重了他的忠厚、书生气、以及上进心。

刚结婚那会儿,我们就住在朝阳管庄的一间60平方面的房子里,还是他贷款买的,婚后共同还款,月供3000元。

我当时的心态是,找到了这个人,把他的事业当成自己的事业。

后来我们开始创业,公司成立之初还是东拼西凑来的资金,算上我在内一共5名创始人。

2001年,公司获得电影发行的许可。我拎着拷贝和他坐火车去外地跑发行,很是辛苦,但那时却很幸福。

10年间,我们白手起家共同创业,一步步才走到今天。但人是会变的。

2002年,大女儿出生。2003年,博纳影视公司成立。随着事业越做越大,于冬回家也越来越晚。第一次意识到他在外面有女人,是我在夜里接到骚扰电话,那时我还怀着小儿子。那是一名不出名的小演员。

2007年,小儿子出生。于冬开始慢慢不回家了。最初是一点、两点,后来是三点、四点,总说忙,谈事情。直到他和一名当红女星在一起时,他开始夜不归宿。

我从失望到绝望,最终彻底死心了,主动提出了离婚。我是有事业有尊严的女人,我可以放低底线去维护这个家,但我不是没有底线。

离婚签字是在公司上市前两个月,我们没有公开。因为公司马上要上市,怕有不利影响。我也是公司的元老,公司就像我的孩子,我看着它一点一点发展起来。我们也没和父母及孩子说,甚至之后逢年过节我还带着两个孩子去他父母家。我告诉孩子,爸爸出差了。因为有孩子,很多人都说我们会复婚,我也觉得有可能。

直到他和金巧巧生了女儿被曝光,于是我决定拿起法律的武器,维护孩子和我的利益。当初离婚签协议的时候,我没有争财产,认为反正将来都是孩子的,但如今他又有孩子了,所以我决定起诉他。我不是为了争财产,而是要拿回该得的。

### 是否生育二胎成为离婚导火线

2014年6月17日 东方早报

全市首起因单独二胎新政起诉离婚案法院落槌

2014年2月25日,上海市人大常委会表决通过新修订的《上海市人口与计划生育条例》,确定自2014年3月1日起正式实施单独二胎政策。3月以来,上海累计批准1730对夫妻生育二胎,二胎政策成为上海人口规划中具有历史意义的里程碑。

十日后(2014年3月10日),顾诚向闵行区法院递交起诉状,要求与妻子王莲离婚,原因是妻子不愿生育二胎,从“冷盘热炒”到起诉离婚,闵行法院日前对此案进行宣判,法院认为夫妻双方应慎重考虑是否生育二胎,不应让对该问题的不同看法影响夫妻感情与家庭和睦,最终法院未准予双方离婚。

十多年老夫老妻为生二胎拌口角？

顾诚与王莲 2002 年相识相知并在 2003 年登记结婚，一年后，小女儿谦谦出生。因为学校离娘家近，为了谦谦上学方便，谦谦常住娘家，母亲王莲帮忙照顾。

2013 年初，顾诚提出想要二胎，称家里老人也有这个想法，王莲口头答应，但为了照顾谦谦学习，王莲依然常常住在娘家，二胎之事越拖越长。为此双方冷战吵闹产生嫌隙，谦谦学习也受到影响。2014 年 3 月 10 日，在二胎新政施行十日后，顾诚一纸诉状将王莲告上法庭。

顾诚认为二胎新政鼓励生养二胎，己方夫妻完全符合单独二胎的条件，男方和男方父母都希望生育二胎，但妻子王莲却出尔反尔，不尊重老人，双方多次商量均无结果，现在已经无法沟通，长期的分居也使夫妻关系名存实亡，所以要求与王莲离婚，女儿谦谦由自己抚养。

在法院组织的多次调解谈话中，妻子王莲有一肚子苦水要说。从女儿上学起，自己为了照顾女儿倾尽全力，为方便女儿衣食住行，自己常常住在娘家，是因为照顾孩子没有精力再养二胎了，绝对没有不尊重顾诚父母的意思，辜负了顾诚的期盼自己也感到抱歉，但一切也是为了孩子，孩子同样也需要父爱。

家庭和睦与生育二胎孰轻孰重？

依据法律规定，“夫妻感情是否破裂”是作为法院是否准许离婚的唯一标准。

本案中，原告顾诚与被告王莲因是否生育二胎问题未能形成一致意见，为此争执不断并导致分居，原告顾诚提出解除婚姻关系。法院认为，双方既然经过一定时间的了解选择登记结婚，就应以负责任的态度处理婚姻、家庭等关系。矛盾出现时，双方应检视并改正自身的不足，并对对方存有包容之心，积极化解矛盾，维护家庭完整。

表面上，顾诚夫妻双方之间出现矛盾嫌隙，但应该看到，顾诚希望生育二胎实质是为家庭亲近和睦，王莲不希望生育二胎是为家中孩子能够健康成长。双方本质无异，都是对家庭美好生活的向往，矛盾系由于双方性格和生活习惯的差异，在所难免。

法院认为，双方应慎重考虑是否生育二胎，不应让对该问题的不同看法影响夫妻感情，双方更应考虑十多年的感情基础以及女儿的健康成长对于完整家庭的需要，相互忍让体谅并共同解决已经产生的矛盾，继续共同努力追求婚姻和家庭的幸福。

根据现有情况，原告顾诚要求与被告王莲离婚的诉讼请求法院不予支持。依照《中华人民共和国婚姻法》的规定，判决驳回原告顾诚的诉讼请求。

### 车祸后丈夫成植物人 妻子起诉离婚被判不准

2014 年 8 月 11 日 经济与法

近日，昆山法院审理了一起离婚案件。一次意外致使丈夫成植物人，妻子汪某欲狠心抛下丈夫，遭到家人拒绝后，妻子与公婆对簿公堂。

2003 年，汪某和杨某经人介绍相识，2004 年夏两人登记结婚，同年生育一子取名杨某某。婚后夫妻感情很好，但一场突如其来的事故，彻底改变了这段维持将近 7 年的感情。2011 年一天晚上，杨某同朋友外出就餐，回家途中竟发生车祸。虽得到及时救治，保住了性命，但最终却因伤势过重，杨某成了植物人。后由司法鉴定为类植物人状态。面对这场突如其来的灾难以及由此造成的种种家庭琐事，让汪某渐渐丧失了对婚姻坚持。最终汪某还是向法院提起了离婚申请，要求孩子归汪某抚养，并依法分割共同财产。

在庭审中汪某多次表示，由于这场交通事故，夫妻双方婚姻关系已经名存实亡。汪某也表示愿意独立抚养儿子并在能力范围内尽力照顾被告生活。因杨某成了植物人，无法发表意见，由其父母亲形成一份笔录向法院陈述。陈述中杨某父亲一直坚持认为，自杨某出车祸以后，汪某一直未尽到做妻子的义务，现在杨某成了植物人，无法独立生活，考虑到今后的生活问题，坚决不同意原被告离婚。

法官说法：根据《中华人民共和国婚姻法》第三十二条之规定“人民法院审理离婚案件，应当进行调解；如感情确已破裂，调解无效，应准予离婚”，但是在该案中汪某同杨某从相识结婚至今已经有将近十年，有较为深厚的感情基础，并没有完全破裂，而且杨某并不存在符合准许离婚的重大过错情形。鉴于杨某较鉴定是类植物人状态已经有好转，而夫妻双方应当互相忠实，互相尊重；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，因此汪某应给予杨某生活上、精神上的关心和照顾，共同渡过难关。在查明事实及有利于和睦的基础上，法院最终判决不准许汪某和杨某离婚。

### 丈夫与侄女有不正当关系 妻子起诉离婚遭驳回

2014 年 8 月 11 日 许昌市中级人民法院 曾慧

丈夫在结婚后不到一年，就与第三人保持不正当关系，后丈夫竟与自己的亲侄女长期保持不正当关系，而且小侄女对自己经常侮辱谩骂。于是陈女士将丈夫告上法院要求与丈夫离婚。近日，北京市房山区人民法院审结了这起离婚纠纷案件。

陈女士称，自己与丈夫经他人介绍认识，后确立恋爱关系，并于 2000 年登记结婚。不料婚后不到一年，丈夫就与第三人保持不正当的关系，近期丈夫又与自己的亲侄女保持不正当关系。因此事自己还遭到侄女的谩骂和侮辱，现在自己与丈夫已无夫妻感情，双方无法共同生活。现在要求与丈夫离婚，结束这段悲剧的婚姻。

被告林先生称，自己与陈女士婚后感情甚好，没有感情破裂的事由，我与侄女只是关系好，侄女比较黏我，没有陈女士说的有不正当关系。不同意原告的诉讼请求。

法院审理认为婚姻以感情为基础。原告陈女士与被告林先生系自主结婚且共同生活多年，育有两子，尚未成年，正需双方抚养。现双方因生活琐事产生矛盾，并不代表夫妻感情已破裂。双方只要在今后生活中多从对方角度考虑互谅互让，珍惜已建立多年的夫妻感情，是能够重归于好的。故原告要求离婚的诉讼请求，法院不予支持。

### 女子借高利贷经商 丈夫得知与其离婚

2014年08月27日 京华时报 裴晓兰

京华时报讯(记者裴晓兰)李女士(化名)瞒着丈夫借了98万元高利贷用于投资，结果亏损成了被告。记者昨天获悉，通州法院判决李女士偿还98万元本金及合法范围内的利息。李女士的丈夫得知此事与她离婚。

原标题：女子借高利贷经商 丈夫得知与其离婚

京华时报讯(记者裴晓兰)李女士(化名)瞒着丈夫借了98万元高利贷用于投资，结果亏损成了被告。记者昨天获悉，通州法院判决李女士偿还98万元本金及合法范围内的利息。李女士的丈夫得知此事与她离婚。

李女士有稳定工作，但她打算与朋友合伙加盟“谭木匠”梳子店，遭到丈夫极力反对。今年2月，李女士瞒着丈夫与徐某先后签订两份借款合同，一份是借款28万元，约定借7天付1万元利息，逾期不还除了继续每7天付1万利息，还要按每天千分之五支付违约金；另一份是借款70万元，约定借6天付2万元利息，逾期不还除了每6天付2万元利息，也按千分之五支付违约金。李女士借钱开店后，不但没有盈利，还赔了不少钱。今年3月，徐某起诉要求李女士偿还借款本金98万元及相应利息、违约金。

开庭时，李女士表示同意徐某的诉求。徐某和李女士约定的借款年利率约174%，合法范围是银行贷款利率的四倍，年利率约24%。法官向李女士多次释明，对于高利贷，利息超出银行贷款利率四倍的部分，法院不予保护，但李女士坚持同意支付高利贷，还多次向法院表示不要向她的家邮寄材料。

担心李女士受到胁迫或者案件另有隐情，法院再三追问，李女士最终讲出实情，称其丈夫不知道她在借高利贷，如果她不答应徐某的要求，徐某会去家里闹，被她丈夫知道后，一定会和她离婚。

法院最终判决李女士偿还借款本金98万元及法律规定范围内的利息，对徐某要求的违约金也没有支持。

判决生效后，徐某申请了强制执行，执行法官了解李女士的财产状况，最终让李女士的丈夫知道了此事。他十分恼火，最终与李女士离了婚。

## (二) 婚姻无效撤销案例

### 现代版“贾宝玉与薛宝钗”式婚姻被法院确认无效

2014年8月6日 信阳法院 梁焱

名著小说《红楼梦》里的男主人公贾宝玉，有两位暗恋的表姐妹，分别是姑表妹林黛玉和姨表姐薛宝钗。用现在的话说，贾宝玉不管喜欢谁，不管与谁结婚都属三代以内旁系血亲，属禁止结婚的情形。近日，光山县法院审理了一起现代版的“贾宝玉”与“薛宝钗”婚姻纠纷案。最终判决表弟冯某与表姐柯某的婚姻无效，二人所生子女及相关财产按双方调解意愿另行处理。

法院审理查明，原告柯某与被告冯某的母亲系亲姐妹，早年两姐妹一人在光山县本地成婚，另一名则远嫁四川省，2010年5月，柯某随母亲来光山县冯某家走亲戚，平时天各一方的老姐妹俩很少相聚，此次难得相见亲情笃深，见冯某与柯某年龄、相貌相当，有意让两位年轻人亲上加亲，年轻的冯某与柯某激情碰撞之下遵从了父母之命，很快二人按照习俗举行了婚礼，后来在民政部门补办了结婚登记，就这样，柯某从四川省远嫁到河南省光山县，一对亲表姐弟开始了一段错误的婚姻，并生育了一双儿女。2014年5月，二人因生活纠纷诉至法院，要求判决离婚。

法院审理认为，原、被告为亲姨表姐弟关系，属三代以内旁系血亲，是我国《婚姻法》规定禁止结婚的情形之一，《婚姻法》同时规定，禁止结婚的亲属间形成婚姻关系，依法属无效婚姻。

### 隐瞒病情登记结婚 违反法律应属无效

2014年8月21日 连云港日报 徐理想

隐瞒病情登记结婚

违反法律应属无效

本报讯(记者徐理想通讯员柏岩)近日，赣榆区人民法院依据特别程序，依法审理一起婚姻无效案件。

申请人王某系先天性智力低下、痴呆，智力残疾等级为二级。被申请人张某有精神分裂家庭遗传史。2012年4月10日，二人在当地民政部门办理了结婚登记。婚后张某多次因精神分裂症入院治疗，但一直未能治愈。王某父亲以申请人身份向法院申请宣告该起婚姻无效。

庭审中，王某父亲称，媒人介绍时不知女方有病，而且病得非常严重。婚后经打听才知道张某有病，并向法庭提供数份张某婚前往院治疗精神分裂症的病历。

法院经审理认为，被申请人张某患有精神分裂病，具有遗传性，不能治愈，属于《中华人民共和国婚姻法》第十条规定的婚姻无效情形，即婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病，婚后尚未治愈的。张某与王某登记结婚，违

反了法律禁止性规定，不管婚前是否知情，均不影响该起婚姻的无效。王某之父作为与被申请人共同生活的近亲属有权提出申请宣告婚姻无效，该院适用《中华人民共和国民事诉讼法》的特别程序，依法作出王某与张某婚姻无效的判决。

### （三）子女抚养亲子关系案例

#### 行业周边：涉小孩抚养费担保公证债权的执行

2014年8月1日 公证人

##### 【案情】

王丽要求与张生离婚，经过民政部门调解，双方达成如下协议：一、王丽与张生离婚；二、婚生子张勋随张生生活，由王丽每年负担小孩抚养费 9000 元至小孩成年时止。协议签定后，张生担心王丽不按协议内容支付小孩抚养费，就要求王丽对小孩抚养费履行担保或财保。无奈，王丽请自己的哥哥王荣对小孩抚养费的履行提供担保。王荣当场写下：我对张勋的每年 9000 元的抚养费承担保证责任的字据。为慎重起见，张生、王丽、王荣三人在县公证处对担保责任进行了公证。一年后，因王丽下落不明，张生追索小孩抚养费无果。张生持公证机关的债权文书向法院执行局申请强制执行。

##### 【分歧】

在审查张生担保的公证债权法律文书时，合议庭有两种观点：

第一种观点认为，应当裁定予以执行。其理由是王荣对王丽负担的小孩抚养费提供担保，是出自内心志愿，无强迫欺诈行为，协议内容没有损害国家、集体及他人利益。小孩抚养虽属父母对子女应尽的义务，但由他人担保替代履行，没有违反法律的强制性规定。由他人对小孩抚养费提供担保，是对小孩抚养费的支付设置“双保险”，有利于维护未成年子女的合法权益。现张生持合法有效的公证债权文书提出申请执行，按照《中华人民共和国公证法》第三十七条的规定：“对经公证的以有给付内容并载明债务人愿意接受强制执行承诺的债权文书，债务人不履行或者履行不适当的，债权人可以依法向有管辖权的人民法院申请执行。”法院应裁定受理予以执行；

第二种观点认为应当裁定不予执行。理由是张生、王丽、王荣三人签定的小孩抚养费担保协议书违反有关法律的规定，我国《婚姻法》第三十七条第一款和第二十一条第二款规定：“离婚后，一方抚养的子女，另一方应负担必要的生活费和教育费的一部或全部，负担费用的多少和期限的长短，由双方协议；协议不成时，由人民法院判决。”“父母不履行抚养义务的，未成年的或不能独立生活的子女，有要求父母付给抚养费的权利。”抚养关系是父母与子女的关系，履行支付抚养费的义务主体是被抚养人的父母，不能由他人替代履行。小孩抚养费担保协议违背我国婚姻法的立法精神，属于无效行为。公证机关为无效的有支付内容的债权进行公证，其制作的债权文书无效。《中华人民共和国民事诉讼法》第 214 条规定：“公证债权文书确有错误的，人民法院不予执行，并将裁定书送达双方当事人和公证机关。”因此，该案应裁定不予执行。

##### 【评析】

最高人民法院关于适用《〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第二条规定：“当事人对由民事关系产生的债权，在不违反法律、法规强制性规定的前提下，以担保法规定的方式设定担保的，可以认定有效。”一般来说由民事关系产生的给付义务，在法律、法规没有禁止性规定的情况下可以由第三人担保，但小孩抚养费需属给付义务但由婚姻家庭法律关系所调整，小孩抚养关系属于特定的人身依附关系，该案应裁定不予执行。理由如下：

一、小孩抚养费具有明确的身份性。离婚后，不抚养子女的父或母应负担必要的生活费和教育费的一部或全部。支付小孩抚养费必须满足两个条件：一是婚姻关系不复存在，夫妻权利义务关系消灭；二是离婚后父母与子女间的关系，不因父母离婚而消除。离婚后，子女无论由父或母直接抚养，仍是父母双方的子女，父母对子女仍有抚养和教育的权利和义务。支付小孩抚养费是离婚后不抚养小孩的父或母的法定给付义务，该给付义务是依附在身份性上的。父或母的称谓与行为人身紧密结合并伴随始终，只有行为主体才能被尊称父或母的称呼，该称呼不可分割、不得转让、不得继承。因此，该给付义务是兼有身份性和财产性，其他人无权代为履行，自然就不能在抚养费上设定担保。

二、在小孩抚养费上设定担保主债务期届满时间无法确定，担保责任追偿无章可循。保证合同无论一般保证和连带责任保证都应当有保证期间内容。一般保证的保证人与债权人未约定保证期的，保证期间为主债务履行期届满之日起六个月。在合同约定的保证期间和前款规定的保证期间，债权人未对债务人提起诉讼或者申请仲裁的，保证人免除责任。连带责任保证的保证人与债权人未约定保证期间的，债权人有权自主债务履行期届满之日起六个月内要求保证人承担保证责任。在合同约定的保证期间和前款规定的保证期间，债权人未要求保证人承担保证责任的，保证人免除保证责任。小孩抚养费的给付至小孩成年为止，《民法通则》第 11 条规定，十八周岁以上的公民是成年人，具有完全民事行为能力，可以独立进行民事活动，是完全民事行为能力人。十六周岁以上不满十八周岁的公民，以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为完全民事行为能力人。按照民法通则精神和我国的社会经济实际，小孩抚养费的给付期限一般至子女十八周岁为止，十六周岁以上不满十八周岁的，以其劳动收入为主要生活来源并能维持当地一般生活水平的，父母可以停止给付抚养费。但是对于尚在校接受高中及以下学历教育或者丧失或未完全丧

失按劳动能力等非因主观原因而无法维持正常生活的成年子女，父母仍需负担必要的抚养费。可见，小孩抚养费不可能完全确定给付期限，担保合同是从合同，主合同的期限无法确定，从合同的期限也不能确定。保证合同不因任何事由发生中断、中止、延长的法律后果。主合同无法确定履行期届满时间，从合同保证时间又不发生重新计算的法律后果，债权人要求保证人承担保证责任无从明确，担保合同无实际意义。

三、小孩抚养费可依法变更，保证人的抗辩权无法保护。关于子女生活费和教育费的协议或判决，不妨碍子女在必要时向父母任何一方提出超过协议或判决原定数额的合理要求。子女要求增加抚养费有下列情形之一，父或母有给付能力的，应予支持。(1)原定抚养费数额不足以维持当地实际生活水平的；(2)因子女患病、上学，实际需要已超过原定数额的；(3)有其他正当理由应当增加的。对于依判决增加的小孩抚养费，保证人能否抗辩法律无明确的规定，对协议增加的义务担保法有相关内容，保证合同期间，债权人与债务人对主合同数量、价款、币种、利率等内容作了变动，未经保证人同意的，如果减轻债务人的债务的，保证人仍应当对变更后的合同承担保证责任；如果加重债务人的债务的，保证人对加重的部分不承担保证责任。对协议增加的义务保证人可不承担保证责任，对于判决的增加部分，如果认定有则保证人的抗辩权如何保护，在增加抚养费的诉讼中，担保人有代行债务人的抗辩权，抗辩权是在债权人行使债权时，债务人根据法定事由对对抗债权人行使请求权的权利。债务人下落不明的情况下，保证人不能查明债务人的负担能力，提出的抗辩理由就会空洞无力，等于没有抗辩权；如果认定没有则不利于保护未成年子女的合法权益，也没有发挥“双保险”的作用，与没有担保是同一种效果。

(资料来源：湖南省宁远县人民法院 图片来源：百度网)

### 父母离婚协议零抚养无效 四岁女儿讨抚养费

2014年8月8日 中国法院网 龙秋红

夫妻离婚时协议，女方不要求男方负担孩子的抚养费。但随着孩子长大，母亲的收入减少，无力独自抚养孩子，向父亲索要生活费和教育费，但父亲以离婚时协议不承担抚养费为由拒绝，由此闹至法院。8月5日，广西合山市人民法院对该案作出一审判决：被告父亲谭关震每月给付原告女儿谭姚秋300元抚养费，至其年满十八岁止。

2010年，被告谭关震与覃艳春经人介绍相识并登记结婚，同年孩子谭姚秋诞生。2013年，由于双方感情不合，覃艳春提出离婚，并与谭关震约定：女儿由母亲覃艳春独自抚养，谭关震无需支付生活抚养费、教育费和医疗费。然而，离婚一年后，由于覃艳春失去固定工作，经济收入少，生活十分困难，无力承担女儿谭姚秋的生活、教育等方面的费用。覃艳春遂找到谭关震，要求谭关震每月支付谭姚秋一半的生活费、教育费等，但谭关震以离婚时协议不承担抚养费为由拒绝。万般无奈之下，覃艳春作为谭姚秋代理人将谭关震诉至法院。

合山法院经审理认为，夫妻离婚后，父母对子女仍有抚养和教育的义务，一方抚养的子女，另一方应负担必要的生活费和教育费的部分或者全部。离婚前有关子女的生活费和教育费的协议或判决，不妨碍子女在必要时向父母任何一方提出超过协议或判决原定数额的合理要求。因此，对于谭姚秋要求谭关震给付一半的抚养费、教育费的诉讼请求，法院依法予以部分支持，作出上述判决。

(以上人物均为化名)

### 发现儿子不像自己 男子获1万元精神赔偿

2014年08月13日 南京晨报 冒群

瞒着老婆带儿子去做亲子鉴定，鉴定结果让父亲张先生脸色大变：排除父子关系。张先生一怒之下，以妻子有过错为由要求离婚。法庭上，张先生妻子质疑儿子样本的真实性，拒绝进行亲子鉴定。记者昨日从江苏省高院获悉，这起亲子鉴定案有了结果，法院推定张先生孩子非亲生，张先生获妻子精神赔偿1万元。

小儿子长大不像自己，经鉴定不是父子

张先生2006年与妻子刘某经人介绍恋爱，同年举行婚礼，但因年龄不够，没领结婚证。随后的三年里，妻子刘某给张先生生了两个儿子。2011年，两人达到了结婚年龄，在父母催促下领取了结婚证。

由于举行结婚仪式时双方年纪很小，互相了解不够，在共同生活期间，张先生与妻子经常因家庭琐事吵闹。2012年9月，刘某向法院起诉与张先生离婚。经法院调解双方和好，但是夫妻关系并未好转。

随着两个儿子一天天长大，张先生发现两个儿子长相差异很大，开始怀疑小儿子不是自己亲生。2013年，张先生将小儿子带到江苏省一家医院的司法鉴定所鉴定，鉴定结论为张先生与小儿子之间不符合遗传定律，排除父子关系。

鉴定结论出来后，张先生一怒将妻子告到法院，要求与妻子刘某离婚。长子由张先生抚养，刘某支付抚养费每月400元；小儿子由妻子刘某抚养，刘某自己支付抚养费，且支付张先生自小儿子出生至2014年5月底的抚养费，按每月400元计算；刘某承担过错责任，支付张先生精神抚慰金50000元。

妈妈：拒带小儿子做亲子鉴定

近日，江苏泗阳法院审理了此案。法庭上，妻子刘某辩称，她和丈夫张先生夫妻感情确实一般，但为了孩子，她不同意离婚，也不同意赔偿丈夫相关损失。刘某说，因为她自己未参与亲子鉴定过程，不知道张先生是否是以小儿子为样本进行鉴定，怀疑样本的真实性。

庭审中，张先生向法院递交了2013年司法鉴定所出具的检测报告。审理中，承办法官多次向妻子刘某释明：



如果怀疑鉴定结论，她可以申请重新鉴定。如果没有正当理由又不同意重新鉴定，将承担不利后果。但无论法官如何劝说，刘某就是不同意让小儿子和张先生进行亲子鉴定。

法院：依法推定孩子非亲生，妻子有过错

法院审理认为，夫妻感情是维系婚姻关系的纽带，夫妻感情确已破裂的，依法应当准许离婚。本案审理中法院多次向刘某释明不配合鉴定亲子关系法律后果，其均表示不配合，推定其具有过错。

法院认为，张先生夫妻双方感情确已破裂，应准予双方离婚。为有利于两个孩子健康成长，大儿子随张先生共同生活，小儿子随刘某共同生活为宜。法院酌定刘某支付大儿子每月抚养费300元，从判决生效起，至其独立生活止。

对于小儿子的抚养费，张先生可不予承担。对于张先生要求刘某支付小儿子的抚养费，因刘某不配合亲子鉴定，法院推定小儿子非张先生所生，故刘某应当支付张先生关于小儿子的抚养费。结合实际情况，法院酌定支持2万元。对于张先生要求刘某支付的过错损害赔偿金，法院认为，刘某对婚姻具有过错，应当支付，结合过错程度、双方的收入情况等本案实际情况，酌定为1万元。

### 19岁女儿状告生父索要医药费 法院酌情判决父亲承担三分之一费用

2014年8月22日 汤峥鸣

本报讯 单亲家庭女孩小羽因骨关节疾病接受手术治疗，面对高昂的医疗费用，父亲施先生以小羽已经成年，自己没有继续抚养的义务为由，拒绝承担相关费用。为此，小羽将父亲告上法庭，索要一半的医药费。

近日，上海市黄浦区人民法院作出一审判决，部分支持了小羽的诉讼请求，施先生应承担医药费的三分之一，共计1.8万余元。

今年19岁的小羽成长在一个单亲家庭，在她13岁那年，父母经法院调解离婚。根据离婚调解书中的约定，小羽随母亲生活，父亲每月支付抚养费800元至小羽18周岁。虽然一个人抚养小羽并不容易，但小羽的母亲还是为她提供了良好的成长环境。2011年，小羽远赴美国就读高中，并在2013年考入美国的一所大学。

去年年底，小羽因突发髌骨关节脱位而被送往医院，经医生诊断，小羽患有髌骨先天发育不良，需手术治疗。今年1月，小羽暂时休学回国，并接受了膝关节膝下手术。手术花费的5.5万余元医疗费、护具费等让小羽和母亲都感到难以独自承担。

而更让小羽心寒的是，住院期间亲生父亲从未到医院进行过探望关心，当她提出让父亲承担部分医药费用时也遭到了父亲的拒绝。小羽认为，父亲的行为深深伤害了自己，其有义务承担自己的医疗费用，遂提起抚养费诉讼，要求施先生承担一半的医疗费用2.79万元。

法庭上，施先生对女儿提出的诉讼请求并不认同，他表示离婚后女儿不认自己这个父亲，自己对女儿生病住院手术的情况也并不知情。而更为重要的是，根据当初的离婚调解书，自己只需抚养女儿到18周岁，因此女儿18周岁之后的事情并不应该由自己负责。

法院审理后认为，小羽虽已年满18周岁，但其仍然在高校就读，客观上缺乏充分的经济来源，而且小羽还患有先天性的股骨发育不良疾病，根据医嘱短期内不宜负重活动，一定程度上已经影响到其劳动能力。对于刚满18周岁的小羽而言，暂时无法承受数额庞大的医疗费用，而父母作为其家庭成员有相互扶助的义务，因此小羽要求父亲分担一定的医疗费用，于法有据。考虑到小羽毕竟已经成年，在病情康复后尚有通过劳动获得经济来源的可能性，法院酌情支持由小羽的爸爸分担小羽三分之一的医疗费用。

(汤峥鸣)

#### ■法官说法■

子女已成年 父母管不管

本案审判长、黄浦区法院民一庭庭长李红云介绍，近年来在该院审理的抚养费纠纷案件中，像小羽这样虽已成年，但仍起诉要求父母支付抚养费的案件并非个案，且在数量上呈增多趋势。

李红云表示，抚养费的给付期限一般至子女18周岁止，但特殊的情况下，若成年子女确实无独立生活能力、无经济来源的，父母仍有可能需要继续给付抚养费。

李红云用“三分法”分析了三种不同的情况：首先，对于确实因身体状况等客观条件限制导致丧失劳动能力，而无法独立生活、无经济来源的成年子女，婚姻法中已经明确规定了父母有继续给付抚养费的法定义务，父母应支付基本的生活费用；其次，对于因病就医但又无经济来源的成年子女，如果子女的疾病已经影响到其独立获得经济来源的能力，应认定为无法独立生活，父母作为家庭成员有相互扶助的义务，应酌情承担一定的比例；再次，对于成年子女单纯主张教育费用的，由于其已具备劳动能力，可通过打工、申请助学贷款等方式维持正常生活学习需要，因此如果父母确实没有给付能力的，可不再承担教育费用。

### 不尽抚养子女义务 婚内可主张抚养费

2014年8月26日 保定市中级人民法院

父亲为躲债抛妻弃女、母亲独自难以支撑家庭负担，重庆巫山县一小学六年级学生近日将父亲告上法庭，要求

父亲支付抚养费。重庆市巫山县法院近日宣判此案，要求父亲按月支付女儿抚养费4000元。

据查明，2011年3月，父亲杨某外出躲债后便一直没有与家里联系，也没有承担女儿的生活、学习等费用。母亲吴某独自带着女儿租住在巫山县城，靠在超市打工维持两人生计，微薄的收入根本不够女儿每月生活开支，而杨某对母女俩的生活不管不问，导致母女二人生活举步维艰。

法院经审理认为，婚姻关系存续期间，父母双方或者一方拒不履行抚养子女义务，未成年子女或者不能独立生活的子女请求支付抚养费的，人民法院应予支持。因被告与原告法定代理人吴某现仍为夫妻关系，双方都有抚养子女的权利和义务，本院对于抚养费的给付不宜直接判决支付到18周岁止。综合考虑后，法院酌定被告杨某每月给付原告杨某某抚养费4000元。

据了解，要求支付未成年子女抚养费问题，过去一般发生在夫妻离婚时或者离婚后产生的，而在婚姻关系存续期间，由于夫妻双方财产属于共同财产，能否要求拒不履行抚养义务的一方支付未成年子女的抚养费，还存有一定争议。

对此，此案主审法官表示，2011年8月出台的《婚姻法》司法解释三结束了这一争议，其中第三条明确指出：婚姻关系存续期间，父母双方或者一方拒不履行抚养子女义务，未成年或者不能独立生活的子女请求支付抚养费的，人民法院应予支持。这意味着，在不起诉离婚的情况下，可直接起诉要求支付未成年子女或者不能独立生活的子女的抚养费。

### 离婚夫妻争夺孩子抚养权 法官调解案结案了

2014年8月26日 中国法院网 彭振林 李学辉

中国法院网讯（彭振林 李学辉）夫妻离婚时为了孩子的抚养权在法庭上互不相让，竟将小孩收藏。近日，经过湖北省潜江市人民法院法官多次耐心细致地调解，该起争夺婚生之子抚养权离婚纠纷案最终以原、被告双方达成离婚协议而案结案了。

经审理查明，原告刘莉和被告朱军于2007年9月经人介绍相识，2008年1月经婚姻登记机关登记结婚，2009年6月生育一子，婚后，因被告长期外派在野外工作，原、被告交流较少，致感情淡薄，加之原、被告因婚生子的生活习性及其教育方式等存在较大差异，双方感情进一步恶化。为此，原告诉至法院，要求离婚。

审理该案时，承办法官经过多次调解，原、被告双方都认为无法共同生活，同意离婚，但就婚生儿子的抚养权产生了分歧，双方互不相让，都要抚养儿子，而且被告偷偷从幼儿园将孩子接回到老家藏了起来，使调解工作一时陷入僵局。见此，承办法官找到孩子的爷爷奶奶，从基于孩子健康成长的角度，分析孩子随原告生活时间较长，而被告长期在野外工作，一下改变生活环境对孩子健康成长不利。一番情与法的工作，得到了被告父母的支持，最终促使原被告双方达成离婚协议，孩子继续随原告一起生活。

### 男子离婚8年做亲子鉴定 发现14岁女儿非亲生

2014年8月26日 新快报 黄琼

新快报讯 记者黄琼 实习生李潇 通讯员邓布兰报道还记得小时候看过的电影《妈妈再爱我一次》吗？女主人公含辛茹苦独自抚养儿子多年，最终却不得不把孩子交给了爸爸……现实生活中，也不乏这样的“生离死别”。据萝岗区法院统计，自2009年以来，萝岗法院受理了此类变更抚养关系纠纷40件，其中有7件原告的诉求被支持，4件被驳回，20件达成调解。那么，在什么情况下，法院会酌情变更抚养关系呢？

法官表示，当与子女共同生活的一方存在以下情形时，可变更抚养关系：

- 1 其因患严重疾病或因伤残无力继续抚养子女；
- 2 其有不尽抚养义务或有虐待子女行为；
- 3 其与子女共同生活对子女身心健康确有不利的；
- 4 另外，当子女年满十周岁以上，愿随另一方生活，这一方又有抚养能力的，这些情况下变更抚养关系可获准。

案例1

“小三”想将儿子“脱手”被拒

14年前，从贵州来广州打工的阿凤刚刚20出头，没多久便和广州男子阿良相识并同居。尽管后来得知阿良已婚并有两子，但阿凤还是“不离不弃”。2004年，两人的儿子出生，次年两人分手，儿子跟着阿凤生活。

分手后不久，阿凤曾以儿子小明的名义诉至法院，索要抚养费。后与阿良达成调解，其答应负担小明至18周岁的抚养费10万元。其后，阿良已陆陆续续给了阿凤抚养费8万元。

几年后，阿凤再次诉至法院，称随着孩子长大，出现了不少难题：因非婚生子，儿子至今还没有上户口，也难以上学问题。对于一个外地女子来说，这些难题都很难解决，还有经济上的压力。她认为阿良完全有能力解决这些问题，因此请求法院判决小明交给阿良抚养。

对此，阿良也不愿意，他称自己与妻子已生育两个儿子，负担也很重，无力再多抚养一个小孩。

法院经审理认为，阿良和阿凤作为成年人，其此前达成的调解书仍有效，应予履行。双方已约定由阿良支付10万元抚养费并已部分履行，且阿凤有劳动能力，有固定收入，应承担小明的生活和学习费用；阿良已有两个未成年婚生儿子，家庭经济负担亦较重，不宜将小明变更由阿良抚养。在感情上，小明已跟随生母生活四年以上，有

深厚的感情，且阿良已有两个儿子，家人也难以接受小明一起生活，强行变更抚养权，必会对小明的身心健康成长造成不利影响。

至于户口问题，因阿良已有两个婚生子，根据国家的相关法律法规和计划生育政策，小明的户口问题阿良也无能为力，故不应因此而强行变更抚养权。遂判定阿凤继续抚养小明。

#### 案例 2

##### 离婚 8 年后发现女儿是别人的

现年 39 岁的阿强和 38 岁的阿丽于 19 年前相识恋爱，很快阿丽便生下女儿馨馨，两人于次年在白云区太和镇登记结婚。2003 年，女儿 6 岁时，两人协议离婚，女儿馨馨由阿强抚养。但实际上，一直是阿强的父亲代为抚养。

因两人婚恋期间感情很不稳定，矛盾不断，阿强对阿丽的忠诚度一直有所怀疑。联想到当时阿丽和前男友刚分手不久，两人便确定了恋爱关系，阿强一直觉得不放心。待馨馨 14 岁时，阿强终于忍不住带着她去做了亲子鉴定，发现馨馨真不是自己的孩子！

随后，阿强诉至法院，要求阿丽承担馨馨出生后至今对其的抚养费共计 18 万余元，以及 5 万元精神抚慰金。

对此，阿丽大为光火。其称自己从未隐瞒过阿强，当时得知有孩子原想打掉，但阿强苦苦哀求，称自己不介意，并求她嫁给他。她以为自己年轻，阿强太爱她了，故与其成婚。离婚时阿强主动要求抚养馨馨，并称不需要她给付抚养费，她才答应的。这些年，馨馨的户口上在阿强所在的村里，每年都有分红，都被阿强据为己有。

法院经审理认为，两人婚后，即便馨馨不是阿强的孩子，但阿强作为阿丽的配偶，对继女也应尽抚养义务，故其该部分诉求无理；至于二人离婚后，阿强的确没有义务再抚养馨馨，酌情判处每月抚养费为 600 元，扣除馨馨获得的 3 万余元分红后，阿丽还须向阿强给付 2.2 万元。

虽然阿丽系婚前生育馨馨，生育当时其虽无须承担对阿强忠实的法律义务，但其客观上存在向阿强隐瞒馨馨非其亲生的事实，故阿强要求精神抚慰金合理，但 5 万元偏高，酌情调整为 5 千元。另鉴于馨馨早在诉讼前已与生母阿丽共同生活，故不再调处。

## （四）财产分割案例

### 夫妻离婚 法院采用竞价方式分割房产

2014 年 8 月 7 日 兰州晨报 董子彪

本报讯（记者董子彪）8 月 6 日，记者获悉，崆峒区法院在审理一起离婚案件中，采用竞价方式对夫妻双方争执不下的一套共有房产进行了分割。

党某与丈夫饶某系同一单位职工，2000 年 4 月结婚。共同生活中常因琐事发生矛盾，原告曾三次诉讼离婚，虽经法院调解和好，但夫妻关系并未改善。今年 3 月，原告党某再次起诉离婚。崆峒区法院在审理中得知，夫妻感情已破裂，在分割共同财产等问题上互不让步，尤其是对婚后从他人处购得的一套尚未办理过户手续的单位福利房的使用权争执激烈。崆峒区法院建议办案法官征求双方意见，力争以竞价方式确定本案房屋使用权归属问题。

在充分听取了双方意见、并征得同意后，办案法官确定由竞价过程中出价最高者取得该房屋使用权，再按最高出价认定房屋价值进行分割。最终，双方通过竞价达成协议：丈夫饶某以 32 万元出价取得房屋使用权，同时支付给党某 50% 的房屋价款，即 16 万元，党某放弃房屋使用权。

### 恶意转移财产？债权人能否请求撤销？

2014 年 8 月 18 日 厦门集美区法院民一庭

近日，集美区法院有这样一件，夫妻将房产赠与给儿子，债主主张恶意转让财产，要求撤销赠与的案子。法庭上，双方争辩很激烈，债主说，这是恶意转移房产；但负债者家属却说，这是合法的赠与，不可以撤销。

江先生与妻子邱女士结婚已经十年，之前，夫妻感情融洽，丈夫生意也很红火。夫妻二人因此在厦门买了房。购房时，房产登记于江先生名下。

但是，买房后江先生却染上了赌博恶习，开始入不敷出。妻子邱女士多次劝阻无效后，决定与江先生离婚。

他们是和平分手，协议离婚，协议约定：儿子与邱女士共同生活，同时，江先生协议承诺将房产赠与儿子。

2010 年 1 月 22 日，夫妻二人办理离婚登记手续。但是，由于房产尚未还清银行贷款，当时无法办理房产过户手续。等到 2011 年 12 月 20 日，邱女士将房产的贷款清偿完毕，房产才变更登记到江先生儿子的名下。

离婚后，江先生意志消沉，沉溺于赌博。为了偿还赌债，从 2010 年 12 月 11 日起，至 2011 年 12 月 11 日为止，他陆续向老乡王某等 4 人借款 70 余万元。

借款到期后，江先生无力清偿，索性跑路。王某等 4 人找不到江先生，就向法院起诉，法院也判决支持了 4 名债主的诉求。

但是，判决生效后，债主们发现，江先生名下并无可执行的财产，而且，离婚时又将房产赠与儿子，认为江先生与邱女士是恶意串通，蓄意转移财产后才大量举债。

因此，债主们近日再次向法院起诉，状告江先生及其儿子，要求撤销江先生将房产赠与儿子的行为。

不过，集美区法院审理后最终判债主败诉，认定江先生赠房的行为“不可撤销”，因此驳回了债主们的诉求。

法官说法

赠房，为何不可撤销？

法官说，离婚协议中关于财产分割的条款，对双方具有法律约束力。江先生夫妻协议离婚时明确约定将房产归其儿子所有，这是对夫妻共同财产的合法处分，法院对此予以认可。

另外，江先生向4名债主借款的时间是在江先生与邱女士离婚之后。虽然，因为房产的按揭款没还清的原因，房产过户时间延后，但是，夫妻二人离婚是在借款之前。因此，该案中离婚协议约定的“赠房行为”不属于可撤销的情形。（转编自：海峡导报）

### 夫妻离婚诉讼期间 娘家可否要回陪嫁物品

2014年8月18日 河南省平顶山市中级人民法院 叶凡

#### 【案情】

2013年4月，小静（化名）与小涛（化名）登记结婚，不久，小静父亲从银行取出10万元交给女儿，称这是自己给女儿的陪嫁，让小两口拿该钱买车。然而，小静执意不要，在买车当天，小静为其父就10万元购车款出具了欠条，当时丈夫小涛并不在场，对妻子给岳父打欠条的行为毫不知情，后汽车登记在小涛名下。半年后，小涛以与妻子感情不和为由向法院提起离婚诉讼，在该起离婚案件审理过程中，小静父亲将女儿和女婿一同诉至法院，要求两被告偿还自己10万元购车款。

#### 【分歧】

给女儿结婚准备的嫁妆款，在女儿离婚诉讼期间能否要回？针对原告与两被告之间的法律关系，存在两种不同观点：

第一种观点认为，原告与两被告是民间借贷关系。登记结婚后不久，原告将10万元交付给女儿，且女儿为父亲出具欠条一份，该笔债务应认定为夫妻共同债务，由两被告共同偿还。

第二种观点认为，原告与两被告之间是赠与关系。原告明确表示其出资购买的轿车系为两被告结婚准备的陪嫁，从实质上讲，轿车应认定为父母对夫妻双方的赠与。

#### 【评析】

笔者同意第二种观点，理由如下：

第一，民间借贷关系是公民之间、公民与非金融机构企业之间的借贷关系。借贷关系的成立除了双方当事人之间存在借贷的合意外，还要有出借人实际交付借款的行为。本案中，原告取出10万元，是为其女结婚购买轿车准备的嫁妆款。虽女儿为父亲出具欠条，但该欠条出具时被告小涛并不在场，该欠条并非建立在借贷关系的基础上，原、被告之间不存在借贷合意。因此，原、被告之间没有形成民间借贷关系。

第二，依据《中华人民共和国合同法》第一百八十五条的规定，赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与的合同。轿车购买于两被告办理结婚登记之后，且原告明确表示轿车作为女儿结婚的陪嫁，并将车辆登记于女婿名下。依据《中华人民共和国婚姻法》第十七条第一款的规定，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。由此可见，该轿车是原告对夫妻双方的赠与，系夫妻共同财产。因此，原告与两被告之间是赠与关系。

综上，法院最终判决驳回原告要求两被告返还购车款10万元的诉讼请求。

（作者单位：山东省日照市东港区人民法院）

### 两夫妻离婚 六网店一人三间

2014年8月21日 大洋网-广州日报 林霞虹

本报讯（记者林霞虹 实习生肖艳娇 通讯员巫乐庭、江育娇）两夫妻闹离婚，分房分车都不奇怪，但五华的吴先生和李女士离婚时除了分这些“现货”，还要求分割网店。

夫妻缘尽网店难分

吴先生和李女士在一场婚礼上认识后，不久二人坠入爱河，并于2007年正式步入婚姻殿堂。婚后，他们敏锐地觉察到淘宝商机，两人先后辞去原来的工作，在淘宝网上开了一家化妆品店。两人的夫妻店生意愈发红火，店铺也越开越多，离婚前已经拥有六间网店。但随着两个女儿的出生，两人关系日渐疏离，争吵不休，吴先生决定离婚。

庭审时，李女士表示如果要离婚，就必须分割六间网店，她还认为六间网店价值150万元。而吴先生同意分割网店，但认为淘宝网是虚拟财产，并不值150万元，如果真值那么多，他愿意放弃网店，让李女士折款70万元给他。

承办法官对双方进行了耐心的调解，近日，双方自愿达成协议离婚，关于网店的归属，双方各分得三间网店。

法理滞后情理来调解

网络虚拟财产到底算不算财产？围绕这个问题，争论持续不断。

主审本案的五华法院河东法庭法官李常安认为，正因为虚拟财产具备一般商品的属性，所以在目前的司法实践中，当审理涉及虚拟财产的纠纷时，大都认可虚拟财产具有法律意义上的财产属性。但没有直接而明确的法律条文可做依据，现在多数靠调解来结案。法理跟不上，只能用情理解决。

## （五）损害赔偿案例

### 北京昌平区法院审判动态:男子离婚后发现自己非亲生 诉前妻追讨百万抚养费

2014年08月02日 京华时报 孙思娅

京华时报讯（记者孙思娅）离婚后发现自己不是亲生的，于先生起诉前妻和孩子，要求给付151万余元并返还轿车。昨天记者获悉，昌平法院判决支持了于先生的部分诉讼请求。

于先生和王女士2004年3月25日登记结婚。两个月后，王女士生育一子小奇（化名）。2009年初，二人协议离婚，双方约定小奇由王女士抚养，于先生每月给付2000元生活费。2013年10月，于先生与小奇进行了亲子关系鉴定，经鉴定二人不是亲生父子关系。

于先生称，婚姻存续期间及离婚后，小奇的生活费、教育费等费用全部由他承担。离婚后，他除了每月给付抚养费，还多次给付各种费用，并借给王女士一辆轿车用于接送孩子上下学。于先生说，他为孩子付出了多年的感情和精力，现得知儿子并非自己亲生，难以承受，因此起诉要求王女士和小奇返还抚养费131万余元，要求王女士赔偿精神损害抚慰金20万元并返还轿车。

庭审中，王女士称，孩子出生时于先生就知道孩子不是他亲生的，虽然于先生曾给她109万和一辆车，但这笔钱并不是抚养费，而是因为她一直在利用自己的人脉和社会关系帮助于先生，这笔钱是于先生支付给自己的商务酬谢、偿还债务和治病费用。王女士称，离婚后于先生并未按时支付抚养费，从2009年2月到2010年6月于先生只给过2.7万元抚养费。

于先生则称，109万中100万元是支付给小奇的抚养教育费用和基金，9万元由王女士用作装修房屋。

昌平法院经审理认为，王女士辩称于先生自始知晓小奇非亲生，依据不足，法院不予采信。王女士在与于先生婚姻存续期间与案外人生育一子，王女士的行为违反了夫妻之间相互忠实之义务，给于先生的精神上造成了一定的痛苦，作为无过错方的于先生有权要求赔偿。但于先生提供的证据不足以证明支付给王女士的100万元是抚养费，最终法院结合案件具体情况，判决王女士返还于先生抚养费20万元，精神损害赔偿金3万元。对于返还车辆，双方可另案解决。

### 老公被捉奸在床妻子诉离婚索赔

2014年8月6日 大洋新闻 何小敏

信息时报讯（记者何小敏 通讯员刘川 李泽林）国企员工与婚外异性宾馆开房，被官二代的老婆捉个现行，老婆以此起诉离婚要求老公损害赔偿30万。近日，增城法院审结这起离婚损害赔偿纠纷，原告小丽（化名）的损害赔偿请求未获支持。

老公被妻子捉奸在床

小丽是增城本地人，父亲是当地政府的一名官员。小孙（化名）目前就职于增城某大型国企。两人于2011年5月结婚。婚后，由于家庭环境和生活方式的不同，小丽和小孙常常争吵。婚前小丽的父母对小孙和自己的亲家存在严重的偏见，结婚时更因礼金、酒席、婚后买房等问题将婚期一推再推。小丽婚后娇生惯养的公主脾气也显现出来了，与公婆的相处很不好。

两年多来，这期间小孙的工作越来越忙、回家的时间越来越晚、不回家的时候越来越多，每次回家后，小丽都得清查。去年11月，小丽和小孙又因为小孙回家晚的问题发生了争吵，一气之下，搬回家了娘家。

没有了老婆管的小孙常常到酒吧喝酒，不时认识年轻靓丽的女孩。今年2月18日凌晨4点，小孙酒后和一女子到宾馆开房，被赶来的小丽从被窝里赤条条地捉个正着。小丽随即以小孙重婚报警，但在公安机关的问询中，小孙和林姓女子均否认发生过性关系。

今年3月13日，小丽向增城法院起诉离婚，并要求小孙赔偿30万元。

男方过错财产三七分

法院审理认为，双方的夫妻感情确已破裂，准予离婚。综合小丽提交的证据、双方陈述的事实以及法院前往公安机关调取的证据，小孙与婚外异性开房同睡的事实存在，但没有明确证据证明二者存在长期的同居关系和事实上的重婚，不应认定为法律上的同居或重婚。婚姻关系存续期间，小孙与婚外异性开房的行为严重违背社会道德，理应受到谴责。鉴于小孙是离婚的过错方，在夫妻共同财产的分配上，适当地照顾女方的权益和慰藉女方的心理，按照三（男）七（女）比例予以分割。

小丽不服一审判决，已向广州中院提起上诉。

（原标题：老公被捉奸在床妻子诉离婚索赔）

### 再婚男为表忠诚签协议 施家暴被离婚丢房产

2014年8月5日 沈阳晚报 王立军

沈阳一名男子为向再婚妻子表忠诚，写了一纸协议：婚前房产婚后为夫妻共有、若十年内任何一方有过错都将放弃所有房产。万万没想到，结婚两年后，女方在屡遭家庭暴力情况下向法院提出了离婚，并要求按忠诚协议约定房产全部归其所有。

### 再婚男子签忠诚协议

沈阳沈北新区的吴德利曾有过一段不幸福的婚姻。经他人介绍，吴德利认识同样有过离婚史的秦虹。交往中，吴德利认为自己找到了真爱，全身心地付出赢得了秦虹的芳心。

对于这份来之不易的幸福，二人都心有余悸，害怕离婚的历史会重演。为了表明心意，吴德利与秦虹签下了一份忠诚协议。双方约定，吴德利婚前贷款购买的一处住房为婚后夫妻共同财产。如果十年内男女任何一方有过错，将放弃房产，但不包括男方先垫付的首付款7万元，此首付款不通按本房价同等增值。

### 遭家暴再婚妻提离婚

忠诚协议签完后，吴德利与秦虹于2011年3月登记结婚了。结婚后，二人都对婚后生活充满了期望。现实是残酷的，婚后生活并不像两人想的那般圆满。因为生活习惯、方式不同，双方对同一事物的理解也产生了不同。

因此，二人常常为生活中的一点琐事发生矛盾，甚至出现了家庭暴力。因为婚姻来之不易，秦虹一忍再忍。直到2013年初，秦虹再次遭到吴德利的家庭暴力后向沈北新区人民法院提出离婚，要求按夫妻忠诚协议分割财产，判令房产归她一人所有。

### 房产判归再婚妻所有

对此，吴德利虽然同意离婚，但对于分割房产却坚决不同意。吴德利表示认为房屋是他婚前个人财产。当初同意签协议，一方面是想双方能过一生，另一方面也是受秦虹逼迫的。当初签忠诚协议是被秦虹算计了，秦虹最开始就想通过结婚的方式来占有房产。

沈北新区人民法院审理认为，秦虹提出离婚，吴德利也同意离婚，依法准许二人离婚。因双方共同签署婚前房屋财产协议一份，在无反证证明该协议无效的情况下，应当认定该协议有效，双方当事人均应负有履行义务。吴德利在婚姻关系存续期间存在家庭暴力行为，应认定为其有过错，按照协议约定应放弃所有房产，其中不包括男方先垫付的首付款7万元。最终法院判决房屋归秦虹所有，秦虹偿还剩余房屋贷款，并给付吴德利房屋首付款7万元。

（沈阳晚报、沈阳网主任记者 王立军）

## 女子嫁同性恋男子 未能同房起诉离婚获赔80万

2014年08月15日 现代金报 吴依滢

最终在法官调解下，周先生同意离婚，双方签订调解书，周先生补偿王女士80万元。

原标题：家有“怪”丈夫

两人见第一次面，丈夫就向她求婚。今年27岁的王女士原以为自己在感情这条路上是幸运的，可她怎么也没猜到这段婚姻的实质：丈夫真正喜欢的是男人，自己只是一个“烟雾弹”。

通讯员姜栋记者吴依滢实习生李晓莹

见第一次面，丈夫向她求婚

王女士的丈夫周先生32岁，家里做生意。第一次见面，周先生谈吐幽默，让王女士一见倾心，但她却不确定周先生是否也抱有同样心情。

就在当天晚上，王女士的心情就像坐上直升机一般，一飞上天。因为周先生当晚发送了一条信息给她，内容只有短短一句：DO YOU MARRY ME（你能嫁给我吗）？

高兴归高兴，但毕竟才见过一次面，王女士觉得草率答应有些不妥。她婉转地提出先交往半年，如果到时感情好就结，周先生同意。在接下来的时间，周先生完美地诠释了什么才是“好男友”：上下班准时接送；周末陪王女士逛街；时不时搞点惊喜……王女士的同事好友也都对周先生赞不绝口。

相识4个月后，在一次同学聚会中，周先生突然求婚。在同学起哄下，王女士答应了。

求婚，王女士也婉转地问过周先生，到底是什么让他决定见面一次就要娶自己呢。周先生笑着回答：“缘分啊，我第一眼感觉你就是我要娶的人！”

王女士对这个回答很满意。

结婚当天，两人就分房睡

今年3月，两人结婚。婚后第一个晚上，周先生就提出和王女士分房睡，他说自己感冒了怕传染。王女士勉强接受这个解释，但毕竟是新婚夜，她心里还是有些不舒服。

周先生这感冒，一病就是一星期。一星期后，在王女士强烈要求下，周先生搬回主卧。让王女士无法接受的是，丈夫竟然一点都不碰自己。王女士再三追问，周先生并不解释，只是说：“我知道委屈了你，我会在其他地方补偿你的。”同时他给了王女士一张信用卡，表示随便王女士刷。

王女士想要的并不是钱，她越来越觉得郁闷。可每次提起这事，丈夫都不愿多说。

真相揭开，她只是一“幌子”

丈夫的异常还不止如此。王女士发现，丈夫只要接听过一个叫JACK的人电话后，便急急忙忙出门。

婚后第三个月，王女士的一个好友吞吞吐吐对她说，好像看见周先生和一个男的在一起，举止亲昵。王女士细细想来，更觉不安。自此，她开始关注周先生的一举一动。

终于在一个周末的晚上，她跟踪丈夫至酒吧，看见他和一个男人异常亲昵。王女士忍不住大声指责，周先生终

于承认了自己的性取向，并表示自己是因为父母压力才不得不结婚。王女士提出要离婚，但周先生不肯，他希望王女士成全自己，继续做“烟雾弹”。

7月底，王女士愤然起诉到江东法院。最终在法官调解下，周先生同意离婚，双方签订调解书，周先生补偿王女士80万元。

### 丈夫起诉离婚 妻子索要12万青春补偿费

2014年8月24日 宁夏新闻网 王若英

8月22日，记者从银川市兴庆区法院了解到，该院在审理一起离婚案件时，碰到一件事：丈夫起诉离婚，妻子拿出一张欠条，要求丈夫按照欠条内容给她12万元“青春补偿费”。最终因该要求无法律依据，法院不予支持。

姚某与孙某于2005年登记结婚并生育一女，婚后夫妻俩经常因为琐事发生冲突。为了维护夫妻关系，2010年4月27日，丈夫给妻子出具了一张欠条，内容载明：妻子孙某多年来跟随丈夫共同拼搏奋斗、抚养女儿，作出巨大奉献，同时付出了美丽的青春，丈夫愿意给予12万元的青春补偿，无需其他证明材料，兑现日期为2013年12月16日。今年年初，姚某起诉至法院，要求离婚。

8月20日，兴庆区法院对该案作出一审判决，主审法官认为，妻子主张的青春补偿费仅是“民间语言”，而非法律术语，且在婚姻法及相关司法解释均未规定，而婚姻为夫妻双方共同经营，无法估量谁的贡献和青春损失更大，法律对其未做规定，因此该项主张法院不予支持。（记者王若英）

### 丈夫签了忠诚协议仍出轨 妻子获得精神损害赔偿金

2014年08月18日 金华新闻网 张黎明 华斌

浙江在线08月18日讯 8月13日，磐安县法院向申诉执行人小叶发出了立案执行的通知书。小叶与前夫小胡的离婚案，经一审、二审判决，终于到了执行阶段。由于前夫违背了婚后出具的忠诚协议书的约定内容，小叶还能拿到20万元精神损害赔偿金。

小叶和小胡都是磐安人，两人于1998年经人介绍后认识并建立恋爱关系，婚后育有一子。但是从2008年开始，妻子发现丈夫和其他女性关系暧昧。经追问和调查，小胡没法抵赖，多次向妻子出具悔过书。2009年，双方签订了一份忠诚协议书，约定双方如有证据证明对方有不忠于夫妻感情的行为，违约方需向守约方支付精神损害赔偿金50万元。

这场风波过后，小胡没有吸取教训，仍旧与其他女性开房。被妻子察觉后，他不但没有珍惜这个家，珍惜夫妻感情，反而以夫妻感情破裂为由，从2011年以来，四次诉至磐安县法院要求离婚。

在磐安县法院一审期间，妻子小叶向法院提交了忠诚协议书，以小胡与其他女性开房同居违反忠诚协议为由，要求小胡按协议书约定向她支付精神损害赔偿金50万元。同时，小叶申请法院向公安部门查证其丈夫的开房记录。结果显示，小胡在签订忠诚协议后，确实有与其他女性的开房记录。

磐安县法院经审理认为，《婚姻法》第四条规定“夫妻应当相互忠实”。夫妻双方经过协商约定，一方违反忠实义务的，应向另一方支付精神损害赔偿，系双方对忠实义务的量化，该约定没有违反法律的禁止性、效力性规定。法官结合双方约定及当地社会经济水平、对方当事人的承受能力等因素考虑，对精神损害赔偿的数额酌情予以调整。最终判令小胡向小叶支付精神损害赔偿金20万元。同时，鉴于双方感情确实已经破裂，准许离婚。

一审判决后，小胡不服提出上诉。二审法院查明事实与原审法院查明的一致，遂驳回其上诉，维持原判。

## （六）扶养赡养案例

### 赠房“换”养老不满欲收回 法院：赠与合同公证有效

2014年07月28日 北京晨报 彭小菲

为了让大儿子安心给自己养老送终，刘大爷夫妇将一套房产无偿赠与长孙。可事后，因认为儿子没有履行赡养义务，刘大爷夫妇又起诉孙子要求解除赠与合同。近日，房山法院城关法庭经审理，驳回了刘大爷夫妇的诉讼请求。

#### 孙子被诉想起爷爷赠房

接到刘大爷夫妇的诉状，法官立即与被告刘鹏飞（化名）取得了联系，被传唤到法院的孙子刘鹏飞一脸茫然。看完诉状，他才隐隐约约想起两年前的一个晚上，爸爸刘万里（化名）说爷爷奶奶的房子想过户给他，要他明天一起去一趟公证处。

拿着刘大爷夫妇提供的赠与合同的公证书，法官并没有发现合同中有要求儿子刘万里履行赡养义务的条款。于是，为了彻底查清事实，法官依法追加了刘万里作为被告参加诉讼。

刘万里告诉法官，八年前，父母曾因赡养问题将他们兄妹四人起诉到法院，后来在法官的主持下，二老与四兄妹达成一致意见：每人每月给付父母赡养费300元。但从这件事之后家庭关系更加僵化了，兄妹们都很少回家看望父母。由于自己是老大，住的又离父母最近，再加上退休在家，所以经常去看望父母。父母生病住院也基本上都是他在照顾，相比其他兄妹自己与父母关系走得还算近。时间长了，父母的心自然慢慢偏向了大儿子，并决定把另外一套房子过户给他作为补偿。不过，刘万里承认当时他确实曾答应要为父母养老送终。

无暇顾自己爷爷想收房

因为儿子结婚需要新房，刘万里就跟父母商量，希望直接将房屋过户给孙子刘鹏飞。刘大爷夫妇爽快地答应了儿子的要求。

后来，刘鹏飞结了婚，也顺利地住进了新房，还生了一个大胖闺女，可问题也随之产生。刘万里夫妇开始天天围着孙女转，去父母那里的次数逐渐减少。刘大爷夫妇的身体却一天不如一天，时刻需要人照顾，见不到大儿子的他们便产生了解除合同的念头。于是，才一纸诉状将孙子告上法庭。

#### 房屋难收回赡养另起诉

审理中，关于“如何养老送终”，刘大爷夫妇和儿子刘万里有着不同的理解。刘大爷夫妇认为儿子应该照顾他们的生活起居、担负所有费用，而刘万里则认为除了支付兄妹平分的每月四分之一的赡养费外，经常去看望父母，生病时照顾父母就算是尽到了义务。最终，双方在法官的主持下也没能形成一致意见。

最终，法官经审理后认为，刘大爷夫妇与孙子刘鹏飞之间的公证赠与合同，是双方真实意思的表达，其间并不存在欺诈、胁迫、乘人之危的情形，故应属有效，且双方已经办理了过户手续，该合同已经履行完毕，不应再被解除，故驳回了刘大爷夫妇的诉讼请求。而关于赡养一事，因合同中并没有约定，双方事后亦未能形成一致意见，因此可另外起诉解决。记者 彭小菲

### 妻子因病向丈夫索要抚养费获法院支持

2014年7月18日 北京法院网 吕行菲

#### 案件回放：

2012年小会和阿鑫经人介绍相识并相恋，二人于2013年5月办理了结婚登记手续，同年7月小会发现自己怀孕。产检过程中，小会被医院确诊为“侵蚀性葡萄胎”，因病情紧急需要尽快进行清宫手术。而此时阿鑫却以自己没钱给医院交押金为由抛下小会，独自离开医院，从此对小会不管不问，小会只好找家人朋友借钱筹集手术费。两次清宫手术后，小会已经欠下3万余元外债，且术后还需要进行长达两年的定期化疗。而如今，因病丢了商场导购工作的小会没有了经济来源，无法独自负担后期治疗所需高昂的医药费用。小会无奈将自己的丈夫阿鑫起诉至法院，要求阿鑫每月支付给自己抚养费600元，直到两年后自己不需要化疗并且可以工作为止；并偿还自己因治病欠下的3万元外债。

阿鑫应诉后答辩称：妻子小会患上“侵蚀性葡萄胎”是其自身体质原因造成的，与自己无关；他认为夫妻之间的扶养义务是相对的，婚后小会基本不回家居住，属于对自己未尽扶助义务，因此不同意小会要求自己支付抚养费的诉求；另外自己没有固定工作，一直靠在外打临时工维持生活，所以没能力负担小会每月的抚养费；对于妻子生病住院期间产生的3万元债务，因为妻子借钱时没跟自己商量，因此自己对借款的真实性和借款数目皆不认可，不同意偿还。

法院查明，小会患有疾病的事实无可辩驳，有医院诊断证明和手术病案为证；小会在今后两年仍需要定期做化疗的事实以及花费情况也有医嘱证明、病案本、入院通知书以及北京市住院收费单据予以证明；小会所在单位与其解除劳动合同的事实有单位出具的解约证明在案予以佐证。阿鑫对自己的答辩意见未提供任何证据。

法院审理后认为：阿鑫和小会系合法登记的夫妻，在婚姻存续期间，夫妻之间有相互扶养的义务。因此妻子小会患病未痊愈且丧失劳动能力属于需要扶养的一方，可以依法向丈夫阿鑫主张抚养费，用于支付后两年化疗产生的医药费和维持基本生活。对小会的这项诉讼请求法院予以支持。而小会因两次手术产生的3万元债务应属夫妻共同债务，可在债权人主张权利时另行处理，不宜在抚养费纠纷中一并解决，因此驳回小会该项诉讼请求。目前本案已进入执行阶段。

#### 法官讲法：

我国《婚姻法》第二十条明确规定：“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，有要求对方付给抚养费的权利。”夫妻间的扶养义务是法定的，具有法律强制性，它是基于婚姻家庭关系的责任而产生的法律行为，这种扶养关系，是保持婚姻家庭的和睦平等的基本要求，有利于增进夫妻间的情感，有利于夫妻间的正常生活，有助于加强夫妻间在物质上的帮助和精神上的慰藉，促进社会的稳定。

审理抚养费纠纷的重点在于审查要求给付抚养费的一方是否满足“需要扶养”的条件，只有真正满足“需要扶养”的当事人才能行使要求对方给付抚养费的请求权。“需要”二字在审判实践中可以做多重解释。结合本案，根据小会的年龄、身体状况和收入情况可以认为小会至少在两年内是“需要扶养”的一方，因此丈夫阿鑫应该履行扶养义务向小会支付抚养费。

当今社会，有很多家庭生活中的弱者不知道如何保障自己的合法权益，更加纵容了配偶对自己权利的肆意侵犯。法官希望通过上述案例让更多人知道如何利用法律武器在婚姻生活中维护自己的合法权益。

### 母亲状告三儿女索要赡养费 因收入可满足生活需要被法院驳回

2014年8月8日 法制网 潘从武 周亮 白芮宁

通常情况下，母亲状告子女索要赡养费，法院都会支持母亲的诉求。而新疆克拉玛依市一桩母亲告子女索要赡养费的案子，却以母亲败诉告终。

近日，67岁的王海霞收到法院判决书后，不满判决结果，拿上判决书到克拉玛依市克拉玛依区法院大骂法官。



今年春节后，王海霞向法院起诉了她的3个儿女——小林、小华和小青。

王海霞称，她和前夫一共生育了两男、两女4个孩子。“1984年，我和前夫离婚后，孩子们几乎都跟着我生活。小时候几个孩子都不错，可现在大了，除了小儿子以外，都对我不好，但是小儿子在准东工作，平时无法照顾我，我要求其他3个孩子共同支付我每个月1500元生活费。”

听到母亲的陈述，3个儿女都很委屈，他们告诉法官，从小到大很少感受到母爱，充满童年印象的只有母亲对父亲的仇恨。“母亲一直无休止地折腾，甚至怂恿我们捣散父亲的婚姻。”大儿子小林说。

小女儿小青说，母亲心情不好的时候，可以站着骂他们两三个小时不间断，语言恶毒，无法让人接受，“我父亲也是因为受不了母亲的辱骂才跟她离婚的。”小青说，因为母亲从中挑拨，他们3个儿女过得都不幸福，全部离婚。即便这样，照顾她的义务我们也都在尽，平时没少看望她，给她买吃的，给生活费。我们只是不希望下一代也受到母亲的影响，所以才逐渐和她保持距离。”小青说。

法院开庭审理完此案，闭庭后走访了王海霞所居住的社区。社区干部以及邻居们反映的情况果然如王海霞3个儿女所表述的一致。

邻居们说，从1984年王海霞和丈夫离婚时，未成年的次子小刚、次女小青由王海霞抚养，长子小林自愿跟王海霞一起生活。“她前夫调到准东工作并再婚，随父亲一起生活的长女小华由于跟母亲积怨很深，双方一直没有往来。小女儿小青虽然在准东工作，但2009年离婚后就回来和母亲生活在一起。

长子小林，多年来一直与母亲生活在一起，直到去年，母亲“折腾”得实在让他受不了了，几个子女商量后决定暂时“晾一晾”她。可没想到他们这一晾，母亲直接到法院告了他们，于是就出现了本文开头的一幕。

法院认为，子女赡养父母是应尽的法定义务，即使父母有过错，也不能作为子女免除赡养义务的原因。

本案原告王海霞长期对待子女存在语言伤害及行为偏激的做法，导致子女不敢亲近母亲最后甚至远离母亲，对此原告作为母亲应该予以深刻反思和醒悟。

法官了解到，王海霞除了每月领取1500余元的家属补贴外，每月还有600元的房屋租金收入，参照新疆自治区域城镇居民家庭年平均消费性支出15206元的标准，原告每月2100元的收入可以满足其日常生活所需，故原告要求三被告支付赡养费的诉讼请求，法院依法不予支持。

(来源：法制网)

## 丈夫不养家，妻子能否诉讼？

2014年8月14日 镇江经济开发区人民法院

基本案情：家庭主妇张某今年42岁。1984年4月，张某与刘某结婚，1986年6月生下儿子刘某某。2004年张某被查出患有慢性肾炎，即辞职在家养病。2007年，刘某被单位派驻外地工作。一开始，刘某正常寄钱回家。2011年6月，刘某要求与张某离婚，被其拒绝。其后，张某就失去了与刘某的联系，刘某也很少回家。张某的生活陷入困境，不得已回娘家居住。2014年5月，张某无奈起诉刘某，要求其履行夫妻扶助义务，每月给付抚养费1000元，但没有提起离婚的诉讼请求。

争议焦点：审理中，刘某辩称他与张某系夫妻关系，张某并没有要求离婚，而仅是要求刘某给付抚养费，属于婚姻关系存续期间的家庭矛盾，属伦理道德调整的范畴，法院不应作为民事案件受理，即使受理了，也应驳回原告的起诉。张某则认为其诉讼符合我国民事诉讼法上规定关于诉的几个要件，具备诉权。且夫妻间的扶养义务是法定的，不以离婚为提起要件。

法院审理认为，根据法律规定，张某是与本案有直接利害关系的公民，且有明确的被告，具体的诉讼请求和事实、理由，属于人民法院民事诉讼受理的范围和受诉人民法院管辖，符合起诉条件。根据《中华人民共和国婚姻法》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，有要求对方给付抚养费的权利。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未进行禁止性的规定，也未规定主张抚养费以离婚为前置要件。本案中张某由于疾病而无法劳动，无法养活自己，属于“需要扶养的一方”，而刘某也具有扶助的能力，因此，在婚姻关系存续期间，张某在没有生活来源的情况下要求丈夫给付一定抚养费，符合法律规定，应当予以支持。

## “我告儿子，就是要挽回亲情”

2014年8月14日 人民法院报 林劲标 黄志庆 邱小华

因不满大儿子阿民在自己重病期间不闻不问，年近八旬的于婆婆毅然将其告上法庭，除了索要每月600元赡养费之外，还要求阿民每周探视一次。8月11日，广东省佛山市禅城区人民法院作出一审判决，判决阿民每月支付于婆婆赡养费500元并探视一次。

娶了媳妇忘了娘

原告于婆婆先后育有4名子女，被告阿民是其大儿子。2013年1月17日早上，于婆婆像往常一样到公园里跳舞锻炼，不慎闪了腰，经过医院检查，于婆婆患上严重的骨质疏松症，需长时间卧床休养。

于婆婆需要人照顾，其生病后和老伴林某商量，并联系了家住数十公里之外的小儿子阿祥以及两个远在深圳的女儿。考虑到父亲年事已高，且大哥阿民与母亲同住一个小区，小妹阿红决定每月出2300元，由阿民照顾母亲一

段时间。

经过一番思想斗争，阿民答应了小妹的条件，辞掉工作，开始照料父母的起居生活。

“我小女儿出钱，大哥出力，帮手护理母亲，这既能解决儿子工作不稳定的问题，又能有人照顾父母，一举多得，但我儿子拿到‘工资’后，为尽早脱身，他听从他老婆的唆使，天天编出各种理由骗小女儿尽早返回。”于婆婆称，小女儿回深圳后，大儿子转身便离开，并且，在此后的一年多时间里，他们无数次设法联系他，阿民始终避而不见。

贴起“大字报”专挑儿子不是

对于自己被母亲告上法庭，阿民满肚子委屈，“我辞掉工作，出钱出力专职伺候父母近5个月，却被说成是反骨仔，我好心劝小妹回深圳上班却被说是居心不良。我老婆根本不知道我们兄妹间照顾父母的约定，何来挑唆？我母亲处处针对我老婆，是因为我老婆没将自己的工资归她管。”

原来，这次因病照料事件只是一个导火索，而这家的恩怨，由来已久。于婆婆一直不满大儿媳，她认为，二十年来，正是因为儿媳的挑唆、管制，原本老实孝顺的大儿子才变成今天这样不孝和无情。

“我母亲在小区内到处张贴大字报诬蔑、谩骂、毁谤我老婆长达15个月。此外，还多次写信到我妻子工作单位，甚至到她单位找领导诬告，导致自己与妻子的感情日益下降，直至我们离婚。”阿民痛苦地说，“曾经有人建议我告自己的母亲侵犯名誉权，但是自己的母亲，我怎么忍心告？”

大儿子向法庭出示了厚厚一大袋大字报，大字报里，于婆婆除了写满陈年老账外，还数说二十年来大儿子、大儿媳的种种不是。此外，还抖出多年来父母写给妻子单位的信件。

“我贴大字报，我告儿子，就是要唤回亲情。我都找不到你了，我只能以贴小报的办法逼你们出现了。”在于婆婆看来，这些行为并没有不妥。

撕裂的亲情难以复原

为了促成矛盾化解，法官做了大量调解工作，但成效不大。

8月8日下午，庭审开始。法院特别邀请了黄丝带心理咨询中心咨询师谢雪玲担任人民陪审员，对于婆婆和阿民进行心理疏导。法官希望通过专家介入，帮忙化解多年积怨。

然而，母子俩见面就一遍遍地翻出陈年旧事，数落对方的种种不是。面对面交谈时，于婆婆的激动诉说，更导致阿民当场情绪失控。

“这对父母是三四十年代过来的，处理矛盾的做法都是找领导去告、去闹，简单而极端的方式反而激化了矛盾。”谢雪玲总结道，“父母盼儿回归家庭的急切心情与儿子的冷漠回应形成鲜明对比，双方更多地计较自己为对方付出了什么，却忘记了自己作为母亲、儿子应尽的责任和义务。我建议他们先谈亲情，再谈物质，在母子间重新建立情感交流和信任，或有转机。”

多次调解不成，8月11日，法院最终作出上述判决。对于判决结果，于婆婆还算满意，“我相信法官判决，只要儿子能常回家就好。”

■采访手记■

判决能让儿子回家吗？

新老年人权益保障法将“常回家看看”入法至今，全国先后共有十余例精神赡养纠纷案件，老年人要求儿女回家的诉请均得到了法院的支持。

承办法官陈炎锋表示，随着老龄化社会到来，独守独居老年人的情感关爱缺失日益成为一个必须引起重视的社会问题。法律上虽然没有具体规定子女回家看望的频率和形式，但法院会综合考虑父母儿女的矛盾情况和现实需要、路程、经济能力等来确定探视。

对于如何冰释前嫌、落实探视义务的问题，陈炎锋表示，可以多依靠亲友的帮助和协调，尤其是在特殊的节假日，为当事人创造回家看看的机会和氛围。此外，对于出门在外路程遥远的子女，可以利用手机、电脑等沟通工具的视频功能，将远程探望和定期回家看望相结合，以减轻探视成本的同时有利于建立父母子女的沟通理解，融合亲情。

陈炎锋指出，诉诸法律来解决亲情问题并非最明智的选择。毕竟，法律是冰冷的，而亲情维护最终得依靠父母与子女双方合力构建。

宣判后，阿民道出心中顾虑，“我如果去探望她，给她做饭，万一她又误解我怎么办？”阿民说，谁都知道奉养父母是天经地义，但担心自己好心好意再度被父母误解，“真要回去的话，最好有个人陪同，最好法官能陪我去。”

### 老父热衷“黄昏恋” 独生女觉丢人拒付赡养费

2014年8月18日 中国法院网 李茜

中国法院网讯（李茜）七旬老父中年丧偶，老年“黄昏恋”遭到独生女强烈反对，并以此为由拒付老父赡养费。8月13日，江西省彭泽县人民法院公开开庭审理了这样一起特殊的赡养费纠纷案件。经调解，老人成功捍卫了这段“黄昏恋”。

2014年7月26日，法院里来了位年近古稀的老人。经询问，老人名叫熊老根，今天来法院是为了状告自己的

独生女，要求独生女支付赡养费的。来意说明完毕后，老人掏出了相关的立案材料。最终，老人在法院立案庭工作人员的指导下立案了。

该案立案五天后，转入民事审判一庭进行审理。8月13日，该案在彭泽县人民法院第五审判庭公开开庭进行了审理。

庭审过程中，老人熊老根（本案原告）诉称，原告育有一女，现已成家立室。1992年，原配妻子因病离世后，原告与独生女熊萍萍（本案第一被告）、女婿汤强（本案第二被告）生活至去年11月份。去年8月份，因原告与一年纪相仿的老人王美兰女士谈起“黄昏恋”，遭到女儿、女婿强烈反对后，便被女儿安排在外居住。但两被告从2013年10月开始至今未支付原告赡养费，现原告依据相关法律，要求两被告每月支付原告600元赡养费。

被告辩称，被告不是不赡养父亲，只要父亲不再与老人王美兰女士来往，断了“黄昏恋”的念想，被告会支付原告每月600元的赡养费，不然就不同意。

主审法官问，被告为什么反对原告“黄昏恋”？被告答道，在农村父亲这个年纪还“黄昏恋”是很丢人的事情，作为子女很难接受。

面对这种案情，主审法官极力的化解子女的这种观点。劝导到：原告“黄昏恋”是他的权利，即使作为女儿的被告也不能剥夺他的权利，更加不可能以此为由，拒付赡养费。

听到这番话的老人熊老根，不断说着：对！对！对！同时表示，女儿平时只是给自己钱，根本没有时间陪伴自己，自己“黄昏恋”只是想找一个陪伴的人，陪伴的人比钱来的重要的多，希望女儿理解父亲。

最终，经过法庭调解，女儿谅解父亲，同意父亲与王美兰老人在一起，不再反对父亲“黄昏恋”。原告撤回起诉。（文中人物系化名）

## （七）离婚后财产纠纷及相关纠纷

### 沙县人民法院：离婚后签订协议 财产约定仍有效

2014年8月5日 沙县人民法院

原告赵某与被告吴某于1998年9月23日在沙县民政局婚姻登记部门自愿登记结婚。2008年10月21日双方经法院调解离婚，但对双方的共同财产未予处理。2000年10月11日，原告赵某单位向本单位职工筹款建集资房，而后原告取得一套单位集资房，因客观原因该房目前没有办妥产权证书。2008年11月10日双方签订家庭共同财产协议书一份，主要内容是双方共有的房屋一套归原告所有，原告给付被告房款12万元，家中所有财产归原告所有，房款于2008年12月31日前付清，否则按银行利息给付。后双方未履行协议，诉争房屋现由被告居住。原告认为被告应按双方达成的协议分割诉争房产，故诉至沙县法院，诉请如上。庭审中，被告称其受原告的胁迫签订了11月10日的协议，但没有提交证据证明。

沙县法院审理后认为，原、被告于2008年11月10日签订的协议系双方的真实意思表示，内容不违反法律、行政法规的强制性规定，系有效协议，予以确认。协议明确约定双方共有的房屋归原告所有，原告于2008年12月31日前付给被告房款12万元整，否则按银行利息付给。双方均应按照此协议内容履行各自义务。由于双方均未履行合同约定，故原告支付房款即可，利息不予支付。鉴于双方尚未取得该房屋的产权证书，故应由原告居住使用诉争房屋，待房产证下发后，所有权归原告所有。被告称其在受胁迫的情况下签订上述协议，但没有提交证据，对其意见不予采信。

评析：婚姻是一项重要的民事法律关系，法律最大限度地尊重各位当事人的意识，允许结婚自由，离婚自愿，而在财产的约定上也允许当事人的自愿，如果当事人各自在财产分割、子女抚养方面已经做出不违法的约定，以及合理的约定，法律就予以承认，并给以保护，而当事人也必须遵守约定，履行自己在协议约定的义务。就如本案中原、被告对婚姻存续期间尚未分割的夫妻共同财产达成协议，在协议内容不违反法律强制性规定的情况下，双方应依约履行，否则任何一方均可向人民法院起诉，维护自己的合法权益。

### 称为办户口掉入前夫骗局 女子诉前夫夺房产

2014年8月5日 中国法院网

家住密云的外地人王女士在听取丈夫刘某和其家人的劝说下将位于密云某小区的一处房产过户给刘某并与其离婚，之后与一有北京户口的男子吴某结婚，而王女士做这一切都是为了能使自己和孩子可以办理北京户口。但没想到，不但户口没有办成，王女士事后向前夫刘某索要房屋及相关财物时还遭到拒绝。近日，王女士将前夫刘某起诉至北京市密云县人民法院，请求法院判决确认房屋归王女士所有，同时要求刘某支付赔偿金5万元。

原告王女士诉称，早在2010年年底，王女士购买了密云某小区的二手房一套，当时产权登记为“单独所有”。2011年年初，经被告刘某其家人劝说，王女士与刘某登记结婚。王女士称，婚后刘某及其姐姐刘甲多次对王女士谎称“如果王女士与刘某办理离婚登记然后找一北京当地人结婚便可为王女士办理北京户口”。因为王女士婚前就有一个孩子，也十分希望可以办理北京户口，便同意了被告刘某提出的先离婚后结婚的“建议”。之后刘某和姐姐便介绍了有着北京户口的案外人吴某与王女士认识，并商讨假结婚办理北京户口事宜，同时吴某收取了王女士现金一万元；

王女士称，刘某在当时称为了防止吴某在假结婚后对王女士名下这套二手房及其他财产主张权利，要求王女士将该房屋过户登记至刘某名下，并将其他财产由刘某保管。王女士相信了刘某的话，不仅将该房屋过户至刘某名下，还将39万元现金和530克投资金条给了刘某及其家人暂时保管。

2012年5月，王女士与刘某办理离婚手续之后不久，便与吴某办理结婚登记手续。同日王女士与吴某还签署一份《协议书》约定吴某为王女士及其子办理北京户口、收取费用四万元等事宜；签署《婚前财产协议》约定无共同财产；签署落款日期为“2015年6月30日”的《离婚协议》约定离婚事宜。

与吴某办理完结婚手续后，王女士才发现吴某并没有能力按照约定替自己办理北京户口及相关事宜。王女士因此要求吴某归还其收取的现金（现已退还一万元）。在2014年初，王女士与吴某办理离婚手续。

王女士称，事发后，自己要求刘某返还之前过户给他的房屋还有相关财产，不仅遭到了刘某拒绝，刘某还曾动手对王女士实施殴打，并称房屋为刘某自己的拒绝王女士入住。

至此，王女士才意识到整个事情都是一场骗局，因此将刘某诉至法院维护自己的合法权益。

对于王女士的说法，被告刘某则称涉案的二手房是结婚之前双方共同出资购买的。

目前，本案正在进一步审理当中。

### 离婚时未分割的房产租金对方能否要求分割？

2014年8月13日 抚州市临川区人民法院 韩涛 江聪越

#### 【案情】

杨某、柳某婚后曾建房一栋，产权证办在柳某名下。2003年，双方在民政部门办理了离婚登记，当时离婚协议在财产处理项中注明：“无共同财产”。后柳某出租该房产并收取租金3.6万元，因未给付一半租金与杨某，杨某提起诉讼，要求柳某给付其租金1.8万元。

#### 【分歧】

本案中，房屋租金能否分割有二种处理意见：

第一种意见认为，理由房屋产权证一直是在柳某名下，离婚时离婚证财产处理项中注明“无共同财产”，即双方认可离婚后无共同财产，故诉争房屋为其个人财产，那么出租该房屋的收益杨某无权要求分割。

第二种意见认为，该诉争房产应该属于双方离婚时未进行分割的财产。出租该房产并收取的租金3.6万元，应该作为共同财产进行分割。

#### 【评析】

笔者同意第二种意见，主要理由如下：

夫妻双方在办理离婚登记手续时，婚姻登记机关对当事人提交《离婚协议书》的审查仅仅是形式上的审查，不作实质审查。至于当事人在离婚协议中是否对所有的夫妻共同财产进行处理，婚姻登记部门自然无从知晓。本案中虽然双方在民政局离婚时，离婚协议财产处理项中注明“无共同财产”，但实际离婚时夫妻双方都知道共同财产未分割。根据婚姻法解释(三)第十八条 离婚后，一方以尚有夫妻共同财产未处理为由向人民法院起诉请求分割的，经审查该财产确属离婚时未涉及的夫妻共同财产，人民法院应当依法予以分割。根据以上司法解释，可以认定该房产属于离婚时未处理的夫妻共同财产，而租金属于该房产产生的孳息，自然也可以进行分割。

### 协议离婚房产赠亲儿 女方反悔要撤销赠与被驳

2014年8月27日 中国法院网

中国法院网讯 2013年王女士与前夫协议离婚，离婚协议中约定其将所得房产份额一半赠与儿子，后王女士起诉要求撤销上述约定。日前，北京市海淀区人民法院审结了此案。

2002年王女士与张先生登记结婚，2004年生育一子。2013年10月双方协议离婚并签订离婚协议书，约定孩子由张先生抚养，并明确约定“双方平均分割所有的房产，其中归王女士份额的一半房屋产权现赠与儿子”。

王女士称由于当时考虑不周，存在重大误解，且按照法律规定赠予房产在过户之前均可行使撤销权，故要求撤销离婚协议书中关于赠予儿子房产的相关约定。

王女士的前夫张先生则认为，离婚协议合法有效，故不同意王女士撤销相关约定。

法院经审理后认为，离婚协议系夫妻双方离婚时签订之协议，协议的约定内容系夫妻双方对离婚与否、子女抚养、财产分割等事宜全面综合考虑之结果，其中关于财产的相关约定并非单纯的财产性约定，与其他的协议内容有内在的不可分割的联系，可视为双方解除身份关系时所附的一定条件，故离婚时夫妻双方达成的财产分割约定包括将房产赠与子女的协议内容，除有法定情形外，不得变更与撤销，双方均应依约履行。本案中，王女士与张先生协议离婚，离婚协议中约定王女士将其分得房屋份额一半赠与其子所有，上述协议不存在欺诈、胁迫等可变更与撤销的法定情形，故对张女士的诉请法院不予支持。

## (八) 恋爱同居纠纷案例

### 港商正妻向“二奶”讨债 获东莞法院支持

2014年7月31日 中国新闻网 李映民 安致标

中新网东莞 7 月 31 日电(李映民 安致标)由于工作原因,香港商人蒋某常年来往香港和内地。前不久,妻子何女士发现丈夫蒋某不仅在内地包“二奶”,还送钱送车,赠与财产合计 150 多万元人民币。怒不可遏的何女士认为丈夫赠与的是夫妻共同财产,遂将“二奶”告上法庭,请求法院确认赠与无效,要求“二奶”返还全部受赠财产。

记者 31 日从东莞市第三人民法院获悉,该院一审判决支持何女士诉求,夫妻一方擅自将共同财产赠予他人的行为应为全部无效。

何女士与丈夫蒋某均为香港人,结婚二十多年。由于工作的原因,蒋某需要经常来往香港和东莞之间。2010 年 4 月份开始,蒋某在东莞认识了当时仅 20 出头的女子谢某,两人很快开始以男女朋友关系交往。2012 年 9 月份至 2013 年 8 月份,蒋某先后十余次通过银行转账给谢某合计 1029510 元人民币,还通过银行转账付款 48 万余元人民币,给谢某购买了一台奔驰牌轿车。

在庭审中,何女士认为,丈夫和谢某的上述行为,不仅违反了中国相关法律法规的规定,而且严重损害了她的合法权益,请求法院依法确认丈夫与谢某之间的财产赠与合同无效,返还蒋某赠予谢某的财产 1564910 元人民币。

庭审现场,被告谢某大喊冤枉,并表示自己也是受害者,蒋某转账到其名下账户合计仅有 1029510 元人民币,不知何女士诉求的 1564910 元人民币从何而来,其中有 50 万元人民币是因蒋某在生意上需要资金周转向其借的,事后通过转账归还给她的。即使何女士有请求权,蒋某赠送的财产应当属于双方共同所有并且应认定各占 50%,自己也只需返还赠送财产的 50%。

谢某表示,蒋某在跟她交往的时候,自称已经离婚且希望与她结婚。直至收到法庭的传票后,她才知道蒋某在香港已有配偶。她将最美好的青春托付给了他,在本案中她也是一名受害者,依法理应得到一定的补偿。

东莞市第三人民法院一审认为,对于蒋某向谢某转账 1029510 元人民币及代为支付轿车款 485400 元人民币的行为应为赠与行为。虽然谢某辩称蒋某向其转账的 1029510 元人民币其中有 50 多万元人民币属于借款,但是并未能举证证明蒋某曾经向其借款 50 多万元人民币的事实,并且亦未能证明其存在合理的收入来源可以出借。在谢某未能举证其获得上述款项存在其他正当理由前提下,法院认定系蒋某赠与谢某,赠与款项的数额为 1514910 元人民币。

最终,东莞市第三人民法院一审认为,蒋某未经何女士同意,私自将夫妻共同财产赠与谢某,损害了何女士的合法权益,依法无效,一审判决谢某返还其受赠的 1514910 元人民币。谢某当庭未表示是否上诉。

### 已婚男打赢“分手费官司”

2014 年 08 月 13 日 京华时报 裴晓兰

京华时报讯(记者裴晓兰)两邻居维持婚外情 3 年后闹分手,女方手持男方出具的 6 万元欠条诉至法院,称对方借款不还。近日,通州法院开庭审理此案,男方为证明不是借款,向法庭提供了多份偷情证据,称 6 万元是分手费。女方最终流泪撤回起诉。

秦女士与曹先生是同一小区的邻居,两人都有家庭。他们于 2010 年互生好感,发生了婚外情。曹先生为了和秦女士在一起,曾诉至法院要求与自己的妻子离婚,但离婚未成。

2013 年 9 月,秦女士与曹先生发生矛盾。分手时,秦女士要求曹先生出具欠条,写明欠其 6 万元。因曹先生未如期给钱,秦女士起诉要求曹先生偿还 6 万元。

庭审中,秦女士与曹先生的爱人情绪激动,大打出手。曹先生称欠条中的 6 万元并非借款,而是在秦女士的逼迫下承诺给秦女士的分手费。秦女士对此坚决否认,称双方仅是普通邻里关系,当初为了帮助曹先生做生意,出借 6 万元,并称曹先生所说的不正当男女关系是对她的诽谤。

在第二次开庭后,曹先生向法院提交了 10 份视频及录音证据。在视频中,秦女士与曹先生动作亲昵,在二人聊天当中,秦女士说既然双方分手,这几年也不能白搭进去,6 万元算是一种分手补偿,且秦女士为了曹先生曾堕胎一次。更让人诧异的是,所有的视频及录音均发生在案件审理进程中。

经询问,法院发现二人虽然因 6 万元分手费诉至法院,但仍藕断丝连,即使在诉讼中仍保持着不正当男女关系。当法院将所有视频及录音送达秦女士时,秦女士嚎啕大哭,称自己上当受骗,不该轻信曹先生,不该与其保持这么多年不正当关系,既毁了自己,也破坏了原本幸福的家庭。

最终,在证据面前,秦女士撤回了起诉。

### 同居期间借款属于个人债务吗?

2014 年 8 月 13 日 资溪县人民法院 周全 黄武明

#### 【案情】

2012 年春节前后,孙浩与杨云经人介绍相识,节后便一起到外地打工,开始同居生活。2013 年 5 月 5 日,两人办理了结婚登记手续。2012 年 8 月,孙浩向刘清借款 4 万元,并以个人名义出具了借条。事后,刘清多次催收未果,欲起诉孙浩、杨云夫妇。

【分歧】本案中,上述借款 4 万元,属于被告孙浩的个人债务还是夫妻的共同债务问题,存在两种不同意见:

第一种意见认为,借款期间,尽管被告杨云未向原告借款,但杨云与孙浩以夫妻名义同居生活,周围的群众也公认他们为夫妻,原告也认为二被告是事实上的合法夫妻。且该笔借款,被告杨云并未提供证据证明是属于被告孙

浩个人债务，也未提供证据证明与被告孙浩约定同居期间的财产归各自所有且原告知道该约定，因此被告孙浩向原告所负债务应按共同债务处理。由二被告共同负责偿还。

第二种意见认为，借条是被告孙浩一人书写，且借款系婚前行为，与其妻无关。虽然俩被告一起同居生活，但被告杨云并不知道原告刘清与被告孙浩之间的借贷关系，所以，该笔借款应属于孙浩个人债务，与自己无关。除非原告能证明该笔借款是用于二被告的共同生活和生产，否则，该笔借款不属于二被告的共同债务，而属于被告孙浩的个人债务。

#### 【评析】

笔者同意第二种意见，主要理由如下：

最高人民法院《关于审理未办理结婚登记而以夫妻名义同居生活的若干意见》第11条明确规定，“解除非法同居关系时，同居期间为生产、生活而形成的债权、债务关系，可按共同债权、债务处理”。那么，同居期间一方以个人名义向他人借款，要认定为同居期间双方的共同债务，必须有证据证明借款是用于同居双方的生产、生活。根据谁主张谁举证的原则，这方面的证据应当由债权人负责提供。

本案中，借条上的借款人仅有被告孙浩，原告主张属于二被告的共同债务，要求被告杨云一起承担偿还责任，那么他应该提供该笔借款用于二被告的生产、生活。但是，原告没有提供这方面的证据，法院只能认定为被告孙浩的个人债务，而不能认定为二被告的共同债务。需要明确的是，婚姻法关于夫妻一方以个人名义向他人举债，夫妻另一方没有证据证明该债务为借款一方的个人债务的，便推定为夫妻共同债务的规定，仅适用于有合法婚姻关系的双方当事人，而不适用于有同居关系的双方当事人。

### 男子欠风流债遭小三手持欠条追债 连累老婆成被告

2014年8月15日 羊城晚报

已婚男冯某发生外遇，与女子小陈同居生活，两人情浓时，冯某写下15万元的“借条”。两人分手后，小陈拿着借条打赢了追债官司，冯某却还不上款，于是小陈向市第一中级人民法院申请强制执行，并要求追加冯某的配偶徐某为被执行人承担连带清偿责任，未获法院支持。

#### 男子外遇被“借款”

冯某与妻子徐某在1995年登记结婚，2007年，时年37岁的冯某通过他人介绍认识了小他17岁的小陈，后来二人同居生活。

2009年3月，冯某向小陈出具一份借条，内容为“今借到小陈150000元，决定在2010年3月1日内还清，此据属实”。还款期限届满后，小陈以冯某未按期偿还借款向法院提起诉讼，要求冯某偿还借款本金。冯某在庭审中抗辩称在同居期间小陈曾以实施自虐行为相要挟，冯某为了停止争执而不得已按小陈的要求写下了此借条，实际上并没有向小陈借款，因此无需还款，但他无法提交证据。法院结合双方的陈述及证据依法判令冯某向小陈偿还借款本金及相应利息，该民事判决已发生法律效力。

#### 小三追加起诉原配

然而，在案件执行过程中，因冯某目前没有财产可供法院执行，小陈遂向法院申请追加冯某的妻子徐某为被执行人，对冯某的债务承担连带清偿责任。

因小陈提出涉案债务属于冯某及妻子徐某的共同债务，法院又对小陈的主张进行立案审查。审查过程中，冯某的妻子徐某辩称案涉借条形成时，小陈与冯某是非法同居关系，即使借款属实也并没有用于徐某的家庭生活，徐某是靠自己的工资收入维持家庭生活的；小陈与冯某的不正当关系违反公序良俗，小陈要求徐某承担债务更是不公平。

法院认为，根据已生效的民事判决，冯某对小陈负有偿还欠款本金及相应利息的债务。虽然该债务形成于冯某与徐某的婚姻关系存续期间，但当时冯某与小陈是同居关系。即使案涉债务系真实借贷，根据一般生活经验，冯某不可能向小陈借款用于其与徐某的家庭共同生活。

故法院依法认定冯某对外举债未经徐某的同意，亦未将举债所得用于家庭共同生活，债权人小陈并非善意第三人，该债务不属于冯某与徐某的夫妻共同债务，最终裁定驳回小陈的请求。（羊城晚报）

## （九）其他相关案例

### 借名或联名 购房“三人行”的烦恼

2014年8月5日 中国法院报

时间：2014年7月29日

地点：北京市第一中级人民法院第一法庭

案由：所有权确认纠纷

案情：2002年1月6日，胡女士、徐先生、陈先生与北京辰泰房地产开发公司（简称辰泰公司）签订合同，购买了北京市海淀区美林公寓的一套房屋。随后，三人签署承诺书，声明该房胡女士、徐先生、陈先生所占份额分别为33%、50%、17%。后胡女士以徐先生、陈先生对房屋没有实际出资为由将二人诉至法院，要求将房屋确认为自己独有。

## 案情回放

2001年11月25日，胡女士与辰泰公司签订《美林公寓订购单》和《美林花园付款方法》。

2002年1月6日，胡女士、徐先生、陈先生与辰泰公司签订了商品房买卖合同及补充协议等，购买了该公司开发的美林公寓房屋一套。同时，三人作为委托人签署了《授权委托书》，委托蔡某办理上述房屋相关的手续。

2002年1月11日，胡女士、徐先生、陈先生签署了声明书，声明上述房屋由三人共同享有房屋所有权，并分别占有33%、50%、17%的份额，房产证的持证人为胡女士，上述房产由胡女士申请银行商业贷款159万元，徐先生、陈先生二人同意将美林公寓房屋的产权作为抵押物申请个人住房贷款。随后，三人与招商银行签订了《个人住房抵押贷款合同补充协议》。

一审中，胡女士请求确认徐先生、陈先生对该房屋没有出资，并将二人所占份额确认在自己名下。一审法院以胡女士证据不足驳回了其请求，胡女士不服，向北京市第一中级人民法院提出上诉。

## 庭审现场

## 为购外销房而“借名”？

法庭调查阶段，胡女士的委托代理人指出，徐先生、陈先生二人是胡女士在香港工作时的同事。2001年11月，胡女士回北京发展，次年向辰泰公司按揭购买了美林公寓一套房屋，签署了认购书并支付了认购定金。因为美林公寓是外销房，只对外籍人士销售，签订合同时，开发商提出为快速办理按揭贷款，需要增加名义购房人。在获得徐先生和陈先生的同意后，胡女士增加了徐先生、陈先生二人做名义物权人，并代签了有关手续文件。

胡女士的委托代理人认为，胡女士以三人名义代签合同，交纳了房款，并亲力亲为办理了买房的后续手续，而徐先生、陈先生二人没有出资，法院应判决将二人形式上所有的份额确认在自己名下。

徐先生、陈先生二人的委托代理人指出，外销房制度在2002年取消。美林公寓的房地产开发商对外销售是174套，由外籍人士购买的仅仅是7套，其余的都是由内地人士购买。如果按照胡女士的逻辑，外销房仅仅销售给外籍人士，那么其余的174套房屋不能解释。

徐先生、陈先生二人的委托代理人认为，胡女士本人具有外籍身份，可以以自己 and 丈夫的名义购买房屋。假定胡女士不具备外籍人士的身份，买房合同上为什么会有胡女士的名字呢。另外，从其他跟本案房屋有关的案件里可以看到，当时银行有明确表示对外籍人士不发放贷款。由此，胡女士的说法是虚构和不真实的。

## 按份共有的声明是否有效？

胡女士的委托代理人认为，诉争的房产中，个人申请购买商品房的登记表签字栏、授权委托书、住房贷款申请书等，都系胡女士或他人代签，徐先生、陈先生没有签字，三人按份共有房产的声明应无效。

现场，胡女士的委托代理人向法庭提交了买房及办理贷款的相关票据，证明徐先生、陈先生二人没有出资。

对此，徐先生、陈先生的委托代理人认为，涉案房屋由本案三人按份共有的事实已由生效的（2011）海民初字第7722号民事判决书中判决查明，并明确了三人为房屋的按份共有人，按份份额与产权登记一致，声明书真实有效。

徐先生、陈先生的委托代理人指出，诉争的房屋由本案当事人三人按份共有的事实，是真实意思表示，涉案房屋已经取得了所有权证和共有权证，该证书是三人合法按份共有涉案房屋物权的法定证明文件，真实合法有效。

徐先生、陈先生的委托代理人提出，徐先生、陈先生都曾对房屋有过出资，钱是通过公司分红的方式给胡女士的。

## 购房款如何支付？

法庭调查结束，法庭就支付贷款用途、款项来源、房屋用途等进行了询问，双方对相关的事实进行了确认。法庭请双方当事人陈述是否存在借名买房的法律意见。

胡女士的代理人表示，被上诉人在所有的证据中没有任何可以证实向胡女士委托代办买房或者是通过其他的安排来支付并偿还房款的证据，这是厘清本案究竟是被上诉人委托胡女士代办买房下形成的共有纠纷，还是胡女士个人借用被上诉人名字登记的共有纠纷的关键。

徐先生、陈先生的委托代理人表示，房子系贷款购买，用租金还贷，所以不需要提交什么证据。

法庭辩论终结，鉴于胡女士不同意调解，法庭宣布休庭。

## 产权认房本登记 购房署名需慎重

“借名买房”在实际生活中并不少见。比如，外地人借本地人名义买经济适用房，非拆迁房借拆迁户名义买安置房，为规避限贷政策借用符合条件人的名义购买商品房的。这些在很多人看来是钻了政策空子、占了便宜的方法，却暗藏着风险。

我国物权法第九条规定，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。房屋在我国法律中属于不动产，如果买方以他人名义购房，从法律意义上说，他人就是该房屋的所有人。一旦他们提出房屋就是自己出资购买的，买方又没有足够的证据证明的情况下，想要取得房屋产权，相当困难。

法律专业人士建议，若确需要以“借名”的方式购买住房，实际出资人应在对名义购买人的诚信、资金状况等进行综合考量后，与对方签订好书面协议，并用自己的账户支付房款，保留好相关付款凭证。同时，若有可能，让借名之人提供相应的担保，做好风险防范。

法律专业人士提醒，拆迁安置房、经济适用房等有政策限制交易的房产，最好不要购买，一旦发生纠纷，将会房财两空。

## 老汉为离婚告高明民政局 法院认定程序存在重大瑕疵

2014年08月12日 羊城晚报 黄晓晴

一审宣判后，高明区民政局不服，提起上诉。“我们对撤销区广儒与李冬英的婚姻并无异议；但对一审法院认定我局在程序上存在重大瑕疵，因此存在过错的判决有异议。”该局诉讼代理人说。

原标题：老汉为离婚告高明民政局 法院认定程序存在重大瑕疵

新闻追踪

羊城晚报讯 记者黄晓晴报道：高明七旬老汉区广儒的妻子在婚后两个月离家出走，消失已20多年，他想离婚再找个老伴，但是民政部门认为其情况不符合宣告婚姻无效的情形；他打离婚官司，但是法院却查得其妻子的户籍地根本无此人。无奈之下，他提起行政诉讼，告高明民政局把关不严，一审胜诉（详见本报5月29日珠三角新闻版）。本以为尘埃落定了，谁知道，高明民政局不服，提起上诉。高明民政局认为，该局在区广儒与其妻李冬英的婚姻登记程序中并不存在过错。11日，该案二审在佛山中院开庭。

一审宣判后，高明区民政局不服，提起上诉。“我们对撤销区广儒与李冬英的婚姻并无异议；但对一审法院认定我局在程序上存在重大瑕疵，因此存在过错的判决有异议。”该局诉讼代理人说。

该代理人表示，一审宣判后，该局特地派员到广西，跟当地民政局取得联系，发现李冬英当时提交的婚姻登记材料中加盖的公章是伪造的，因此，可以认定李冬英确实是存在骗婚行为，过错在于李冬英。而高明民政部门作为婚姻登记机构，并不具备审查婚姻登记材料的能力和条件，并不能据此认定该局存在过错。

“李冬英提供虚假的材料得以顺利与区广儒登记结婚，这恰恰说明了高明民政局在审查材料时把关不严，真搞不懂他们为什么还要上诉？”在11日的庭审上，区广儒的代理律师说。他认为，高明民政局的说法有些自我矛盾，“他们对撤销区广儒与李冬英的婚姻没有异议，却又不承认自己存在过错，那假如他们不存在过错，又怎么能撤销区广儒的婚姻？”

## 男子否认结婚两告民政局

2014年8月19日 法制晚报 陈威

郑州市管城区民政部门婚姻登记大厅正在办公，该部门未按法院司法建议做出改变 摄/法制晚报深读记者 陈威

管城区法院开具的司法建议书建议民政部门“纠正” 摄/法制晚报深读记者 陈威

法制晚报讯(深读记者 陈威)

核心提示

尽管有郑州市管城区民政局(以下简称管城区民政局)出具的一份《夫妻关系证明书》，但李海(化名)却否认与这份证明书上写的王丹(化名)结过婚，并为此两次将管城区民政局告上法院。

尽管被法院裁定其起诉已经超过诉讼时效，不过一份《司法建议书》让李海认为自己仍有希望，这份由管城区法院开出的《司法建议书》建议民政局“纠正其出具的《夫妻关系证明书》”。李海告诉《法制晚报》记者，目前他已经将此事上诉到中院。

事件起因房产纠纷引奇案男子不认曾结婚

早在2012年9月，李海因为一处房产争议，被他人起诉侵权。王丹当时手持一份由管城区民政局出具的《夫妻关系证明书》，要求以第三人身份参加诉讼，并且声称该房产是其和李海的“夫妻共同财产”。

而李海至今仍坚称，王丹只是他的前女友。“我和她谈过恋爱而已，根本就没有结婚！结婚这么大的事情，我自己还能不知道？！在郑州生活几十年，我从未去过管城区民政局，连这个单位在哪里办公都不知道，更未有任何签字和登记。何来在管城区民政局补办过夫妻关系证明书一说？！”李海告诉法制晚报记者说。

李海向记者出示了这份管婚字第044号《夫妻关系证明书》复印件，原件是由管城区民政局于1993年9月20日出具的，内容为：李海与王丹于1986年9月21日在管城区民政局登记结婚，因结婚证丢失，特出具此证明书。

有意思的是，记者查询当年日历发现，《夫妻关系证明书》上标注的1986年9月21日是星期日，这一天很多党政机关是休息的。

男子坚称证明书所注登记日双方户口未迁来

根据李海提供的1998年12月7日由郑州市公安局签发的户口簿显示，李海于1992年5月23日，由漯河迁至郑州，王丹于1994年2月22日，迁至郑州市。在1992年之前，两人的户口均不在郑州。

“1986年我和王丹的户口都不在郑州，怎么可能在双方户籍地之外的第三地登记结婚？管城区民政局出具的这份夫妻关系证明很明显是违法的。如果这个夫妻证明不予撤销，我就永远不能结婚，否则就面临重婚罪的严厉制裁。”李海进一步解释说。

提起诉讼因超过诉讼时效法院裁定不受理

经国务院批准，1986年3月15日民政部发布的《婚姻登记办法》第四条规定：“男女双方自愿结婚的，必须双



方亲自到一方户口所在地的婚姻登记机关申请结婚登记。申请时，应持本人居民身份证或户籍证明、所在单位或村民委员会(居民委员会)出具的写明本人出生年月和婚姻状况(未婚、离婚、丧偶)的证明。离过婚的申请再婚时，还应持离婚证件。”

李海的律师樊鸿烈告诉法晚记者，按照规定，郑州市管城区民政局不可能出具辖区之外的婚姻证明——不仅仅以前不可能，即便现在法律也是绝对禁止的。

2013年1月，认为自己占理的李海以管城区民政局为被告，向管城区人民法院提起行政诉讼，请求法院撤销该证明书。

2013年7月9日，管城区人民法院裁定不予受理。理由是起诉管城区民政局出具的《夫妻关系证明书》已超过法定起诉期限。

2013年7月12日，李海上诉至郑州市中级人民法院，郑州市中级人民法院裁定，以事实不清，证据不足为由，撤销管城区法院的裁定，发回管城区法院重审。2014年6月16日，管城区人民法院以同样理由裁定不予受理。

意外希望法院下司法建议建议民政局“纠正”

尽管裁定不予受理，但管城区法院并没有一裁了之，而是在裁定的同时向管城区民政局下达了一份《司法建议书》，这让李海仍然保留了一丝希望。

管城区民政局收到的《司法建议书》指出：“……根据1986年3月15日民政部发布的《婚姻登记办法》，你局依法应当对第三人王丹的结婚登记档案进行查证，确认情况属实才能出具证明书。根据我院已经查明的事实和证据，本案所涉证明书的档案材料中，没有王丹的婚姻登记档案、王丹及李海的身份证明等相关材料。你局在没有查明事实的情况下，为王丹、李海出具证明书的具体行政行为依据的主要证据不足，违反法定程序。建议你局纠正为王丹、李海二人出具的《夫妻关系证明书》，请在接到此建议后七日内告知本院是否改变具体行政行为。”

然而直至今日，管城区民政局也没有按照法院的司法建议撤销以上“夫妻关系证明”。

追访民政婚姻档案查不到要想撤销找法院

“办理结婚登记，必须在一方户口所在地。”管城区民政局负责婚姻登记的工作人员冯鑫告诉法晚记者。而当记者随后拿出管城区民政局出具的上述夫妻关系证明书复印件时，冯鑫当即表示1980年之后在此处办理的公民婚姻信息，他们全都有准确、详尽的电脑记录。而当他从记录婚姻档案的电脑上一番认真查找后，却告诉记者：没有李海和王丹的任何婚姻登记信息。

“按照婚姻法的规定，这个婚姻证明，是绝对办不出来的。”冯鑫还说，对于无效的婚姻，民政局没有权力撤销，只有法院经过审判后认可应当撤销的才可以依法撤销。

对于管城区民政局因何会出具此证明书，冯鑫表示不清楚，需要询问相关领导，让记者稍等，半小时后冯鑫告诉记者，民政局局长周满堂已电话联系他说：“目前此事管城区法院已经审理，让记者去法院了解。”

记者致电管城区法院负责此案的赵书香审判长，其向法制晚报记者答复：“已经上诉，到中院去问吧！”随后记者来到郑州中院采访，宣教处的工作人员告知记者，负责媒体接待的人出差，无法安排媒体采访。

记者随后致电《夫妻关系证明书》中所涉及的“妻子”王丹，但手机一直是来电提醒。

法学争议

超过5年不受理

如何适用各有理解

最高人民法院关于执行《中华人民共和国行政诉讼法》若干问题的解释(以下简称解释)第四十二条规定：“公民、法人或者其他组织不知道行政机关作出的具体行政行为内容的，其起诉期限从知道或者应当知道该具体行政行为内容之日起计算。对涉及不动产的具体行政行为从作出之日起超过20年、其他具体行政行为从作出之日起超过5年提起诉讼的，人民法院不予受理。”

对此，显然管城区法院是按照5年的时效严格进行判决的。但对于这条司法解释，一些专家学者却有不同理解。

“婚姻登记必须符合相关法定程序，否则就是无效的行政行为，这属于虚假的婚姻，性质上应当自始无效，法院应当给予撤销。”北京大学宪法与行政法研究中心研究员、法学教授陈端洪接受法制晚报记者采访时认为。

原最高人民法院行政审判庭庭长黄杰就此事发表观点认为，解释第四十二条是指行政机关依照法定程序作出的合法行政行为，管城区民政局的行政行为是违反法定程序的，可以不适用本规定。

目前，李海已再次上诉到郑州市中级人民法院，究竟结果如何？让我们等待郑州市中院公正的判决。

-名词解释-

自始无效：意即行为人从做出某一行为开始，法律始终不予承认、终身不具有法律效力。

稿件统筹/朱顺忠

文并摄/深读记者 陈威 发自河南郑州

(原标题：否认结婚 男子屡告民政局)

## 生不生孩子夫妻谁说了算？

2014年8月27日 中国妇女报 张兆利 王晓芹

时下，随着人们思想观念和生活方式的改变、职业竞争压力和抚养孩子成本的提高，使得不少育龄夫妇在是否生育子女问题上出现诸多分歧。

#### 妻子擅自堕胎，丈夫索赔被驳

朱某与胡先生结婚后，由于不愿意生孩子，就悄悄采取了避孕措施。但不久，朱某意外怀孕，在未得到丈夫同意的情况下，自己到医院做了终止妊娠手术。胡先生得知情况后，震怒之余，以侵犯了其生育权为由将妻子告上法庭，要求被告赔偿其精神损失费 10 万元。法院经审理，判决驳回了原告的诉讼请求。

点评：我国《人口与计划生育法》第十七条规定：“公民有生育的权利，也有依法实行计划生育的义务。”这即是关于公民生育权的规定。具体到本案，朱某享有的生育权是基于人身权中的一种生命健康权，而胡先生所享有的生育权是身份权中的一种配偶权。当这两种权利发生冲突时，法律优先保护生命健康权，而非配偶权。《最高人民法院关于〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(三)》第九条第一项规定：“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。”据此法院作出上述判决。

在此需要指出的是，虽然法律规定不会支持男性要求赔偿的请求，但是与朱某类似的行为，对男性的伤害确实存在，甚至会导致一方生育意愿永久性无法实现，进而造成婚姻破裂。

#### 妻子不愿生孩子，丈夫诉请强制“怀孕”

小军 5 年前与吴某结婚。婚后由于经济条件较差，二人商定暂时不要孩子。到 2013 年 3 月，小军已过 30 岁生日，吴某仍以怀孕生子会影响生意为由，坚持不要孩子。无奈之下，小军向法院提起诉讼，要求依法保护自己的生育权，判令其妻“怀孕”生育子女。法院在审查该案后告知原告，法院可以保护男性的生育权利，但不可能直接判决被告何时“怀孕”生育子女。后经法院调解，被告答应原告愿意生孩子，原告撤诉。

点评：生育权是夫妻双方就生育问题达成一致意见的行为，男女双方均有生育权。但生育权首先是一种选择权，既可以选择生，也可以选择不生，不能强求。我国《妇女权益保障法》第五十一条规定：“妇女有按照国家有关规定生育子女的权利，也有不生育的自由。”这就是说，生育不是婚姻的必然结果。从另一角度讲，当夫妻双方在生育与否问题上各执己见、一方提起诉讼要求强制对方“生育”时，法院只宜调解，调解不成的，应驳回其诉讼请求。

#### 一方拒绝生育，对方能否提“分手”

王某和李女士是一对“80 后”小夫妻，当李女士看到自己身边的同学、朋友有了孩子以后过着辛苦而单一的生活，就决定放弃生育子女。王某则不同意妻子的想法，他想通过自己的努力去说服她。但是 3 年过去了，自己的年龄在逐渐变大，李女士一直不同意生育。王某没有办法，于 2013 年 3 月起诉至法院，以李女士不同意生育子女为由要求离婚。受理案件后，法官就王某提出离婚的诉讼请求进行了调解，原告称只要妻子同意生育子女就可以不离婚，可是李女士铁了心就是不同意要孩子，双方无法达成一致意见。最终，法院在调解无效的情况下，判决准许双方离婚。

点评：如何从法律层面看待法院作出的上述判决呢？《最高人民法院关于〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(三)》第九条第二项规定：“夫妻双方因是否生育发生纠纷，致使感情确已破裂，一方请求离婚的，人民法院经调解无效，应依照婚姻法第三十二条第三款第(五)项的规定处理。”《婚姻法》第三十二条规定：“男女一方要求离婚的，可由相关部门进行调解或直接向人民法院提出离婚诉讼。人民法院审理离婚案件，应当进行调解；如感情确已破裂，调解无效，应准予离婚。有下列情形之一的，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。”这起案件显然属于“其他导致夫妻感情破裂的情形”。

事实上，由于生理上的差异，男性生育的权利和意愿必须通过女性才能实现。如果双方的婚姻关系继续存续，王某要求生育子女的权利将会受到侵害，因此，法院判决准予双方离婚。总之，在生育子女问题上，夫妻双方应当彼此尊重，相互协商，一方不能强迫、命令或者把自己的意志强加于对方，以体现生育权的共享性。

#### 公婆与儿媳的“香火协议”是否有效

张大伯的独子小平去岳母家接妻子李某，途中遇车祸死亡。悲痛之余，老两口要求怀孕两个月的李某把“香火”给张家留下来。保险起见，公婆提议双方签订一份“香火协议”，约定：“李某保证将与丈夫的孩子生下来，如违约自己愿承担 10 万元的违约金。”3 个月后，李某经不住亲朋好友的劝说，瞒着公婆忍痛将腹中的孩子“做”掉了。很快，张大伯夫妇就得知了这一“噩耗”，老两口决定到法院为“孙子”讨个公道，让儿媳赔偿“违约金”10 万元。法院经审理，认定原、被告双方签订的“香火协议”无效，原告的诉求没有法律依据。

点评：这是一起公婆干涉丧儿媳生育权的案件。依照法律规定，享有生育权的公民既可以选择生，也可以选择不生，别人无权干涉。我国《民法通则》第五十五条规定：“民事法律行为应当具备下列条件：……(三)不违反法律或者社会公共利益。”

虽然我国民法规定，大多数民事法律行为可以附条件，但某些法律行为如附条件，则其行为后果有悖于民事法律行为的立法宗旨，就可能危害社会公共利益或导致社会秩序的混乱，因而法律禁止其附加条件，如结婚、离婚、养育子女等。

本案中原告以限制被告生育权为条件所签订的“香火协议”是无效的，李某在丈夫死亡后选择“做”掉孩子的做法，是对自身权利的一种合法处分。

## (十) 赠与案例

### 房子过户给儿子读书 算卖还是赠与？

2014年08月05日 大洋网 章程

现年76岁的沙某系香港居民，据他回忆，早在上世纪90年代，他和第一任妻子谭某共同出资购买了位于广州市花都区新华街公园前路一处房产。当时，他的第二任妻子刘某就在花都一家工厂做工。1995年9月，刘某生下了儿子沙某健。

原标题：房子过户给儿子读书 算卖还是赠与？

76岁香港老人搬回花都养老被前妻驱赶 状告前妻和儿子索回房子败诉

为了能让儿子入广州户籍读书，香港籍男子沙某当初将名下位于广州的房产过户给了儿子。今年76岁的沙某想搬回涉案房屋居住，却遭到前妻及其亲戚的驱赶。为此，沙某将儿子及前妻告上法院，要求归还房产。昨日，记者从广州市花都区法院获悉，鉴于沙某没有证据证明房子是赠与而非出售给儿子，故最终驳回了其诉讼请求。

现年76岁的沙某系香港居民，据他回忆，早在上世纪90年代，他和第一任妻子谭某共同出资购买了位于广州市花都区新华街公园前路一处房产。当时，他的第二任妻子刘某就在花都一家工厂做工。1995年9月，刘某生下了儿子沙某健。

当时的妻子同意转房产

2001年初，沙某健年近6岁，为了能让儿子入广州户籍读书，沙某和谭某商量后决定将位于花都的房产登记在沙某健名下。之后，沙某和谭某以及沙某健、刘某四人一起去房管局办理了过户手续。沙某表示，当时自己有说明房子是馈赠给孩子的，等孩子长大后需要归还。

2002年，沙某和刘某办理了婚姻登记手续。2003年，刘某和儿子沙某健申请到香港与沙某团聚定居。2009年11月，沙某与刘某解除了婚姻关系，儿子沙某健由刘某抚养。

2009年8月底，沙某因担心刘某会夺其家产，为此书写了《授权书》，让儿子沙某健签名，内容为：涉案房屋原由沙某和谭某所有，为沙某健入户读书故转名给沙某健，沙某健授权委托沙某全权处理，物业的业权归沙某所有。

去年年底，沙某打算搬回花都安度晚年，并重新装修了涉案房产还购买了家私家电。孰料，沙某却被刘某及其亲戚赶出了房子，家私家电也被砸烂和占用，沙某报警后被告知属于家庭纠纷。

沙某称，直到去年与刘某发生争吵时，刘某才告知早在2001年房屋过户时，她曾私自将房屋过户方式“赠与”改为“买卖”，沙某表示，房子是馈赠不是买卖关系，没有收过儿子和刘某一分钱，也没有交过任何税款。

无奈之下，他将儿子沙某健、前妻刘某告上法院，要求确认涉案房产是他和第一任妻子谭某所有，沙某健和刘某返还房屋并赔偿精神损失1000元。

儿子前妻强调房子非赠与

面对沙某的控诉，其儿子沙某健称涉案房屋产权清晰，权属人是自己，权属来源是2001年向父亲沙某以及谭某购买。

至于沙某提交的《授权书》，沙某健称，这是当年在父亲与母亲离婚期间以及自己未成年的情况下，“父亲叫我写一个沙字演变成的一份授权书”。现在，涉案房屋里的各种家私、家电等物品是母亲与父亲离婚时已协商好分给自己的，父亲没有任何物品在家里。为此，父亲无权干预涉案房屋的出租和出售。

至于精神损失，沙某健称，“多年来，父亲对我的困难生活不闻不问，没有给过任何资助，父亲现今也有自己的家庭，其经济上和精神上的损失与我没有关系。”

刘某则称，她和沙某离婚时约定，家里所有物品全部分配给儿子沙某健一人，离婚后沙某又与他人再婚有他的家庭与自己没有任何关系。涉案房屋产权及各种家私、家电等已权属儿子沙某健一人所有，沙某健拥有完全的自主支配权力。

法院认定：

没证据证明是赠与

花都法院审理后认为，根据房管部门出具的《房地产登记簿查册表》和沙某健提交的《房地产权证》，涉案房屋于2001年1月19日过户登记至沙某健名下，权属人是沙某健，权属来源为向沙某、谭某两人购买。沙某认为涉案房屋过户至沙某健名下并非出售而是赠与，待沙某健成年后取回，对此没有提供证据证明，故对沙某的陈述法院不予采纳。

至于沙某提交的《授权书》，法院认为其由沙某书写，仅有沙某健的签名，难以证明是沙某书写完正文内容后，由沙某健对正文内容的确认。即使是沙某健签名，签订时沙某健不满14周岁，属于限制民事行为能力人，并不能完全理解和认识《授权书》涉及的房屋权属等问题，不予采纳。

### 老人生前把300多万房产赠保姆引发纠纷

2014年8月22日 房地产微报

保姆照顾了自己十几年，杭州一位老伯决定把名下的一套房产赠给她，并写下了遗嘱。老人过世后，保姆拿着遗嘱

欲继承房产，被老人的子女拒绝，由此引发了一场纠纷……

这是今天上午，记者在杭州市西湖区人民法院了解到的一个案子。西湖法院今天刚刚成立了“诉调对接中心”和“诉讼服务中心”，除了办案以外，今后辖区内的市民如有法律咨询、来信来访、判后答疑等方面的问题，可以到这两个“中心”寻求帮助。类似这样的纠纷，也能找到圆满的解决方案。

西湖法院成立“两中心”为民便利

西湖法院一直是杭城法院中有名的收案“大户”，2012年该法院收案便达到15689件，审判人员人均结案274件，是全省的1.8倍，全国的3.5倍。

为了让群众诉讼更为便利，让法官更能集中精力办案，我院从去年底开始调研，内部进行重新整合，谋划新的诉讼服务模式。成立了诉讼服务中心，将送达、咨询等事务性工作集约化处理，为群众提供一站式服务，达到“少跑腿，少等待，好办事”的效果。

另一个“诉调对接中心”是西湖法院承担矛盾纠纷分流和督办重要职能的全新机构，即诉前调解工作室、诉调对接工作室，由杭城著名的法官陈辽敏担任主任。

据悉，该中心将对适合立案前调解或其他非诉讼纠纷化解方式处理的矛盾纠纷，由诉调对接中心引导至至区司法局驻法院人民调解工作室先行调解或者指定给特邀调解员进行调解。

“房产赠保姆”案顺利调解

在今天的成立仪式上，陈辽敏讲述了一个争议比较大的调解案例，在法院特邀调解员的调解下顺利解决。

2002年，安徽人马某受聘到当年60多岁的张某家做保姆，负责照顾张某父亲以及张某夫妇的生活起居，生病期间的护理等事项。

十几年来，张某的父亲和妻子相继离世。

2012年，张某决定将登记在自己名下的一套90多方的房产赠与马某，为的是感谢其十几年的悉心照顾。

这套房产由于地段优越，经估算，市场价值在300万以上。

临终前，张某把那套位于西湖区的房屋房产证和馈赠遗嘱一份交付给了马某。

当年8月份，张某离世，老人的三位子女马上让保姆马某搬出该房屋。

马某拿着遗嘱和房产证，诉至西湖法院，要求按照遗嘱继承该房产。

其实，类似的案件在国内也出现过，有的判决保姆胜诉，支持了保姆的诉请，但有的以违背公序良俗为由判决驳回保姆的诉请。

西湖法院第一时间将该案委托给特邀调解员盛昌满律师进行调解。

盛昌满律师告诉记者，通过他们的详细了解，保姆马某的确在十几年里兢兢业业，为张某一家服务，而且人也比较老实。

经了解，张某的几名子女经济条件也都比较好，盛律师和人民调解员数十次通过电话、当面调解等方式反复做各方当事人的工作，不断地缩小双方之间调解的差距。

最终，张某三子女一次性支付保姆马某补偿款17万元，马某放弃张某所出具的遗赠遗嘱所确定的房产的继承权。

## （十一）夫妻债务案例

### 男子打欠条分手加倍还钱 离婚后法院判承诺无效

2014年8月7日 成都商报

婚前婚后两次借款，离婚时归不归还情况却不同。昨日，彭州法院就判定这么一个案件。

恋爱时，男子小吕两次向女友小曾借了3万元，欠条上还特别写明，“本人提出分手要加倍还款”；结婚后，小吕向成了自己老婆的小曾又借了5000元，不过借条写明“用作生活费”。二人离婚后，女方拿出欠条，要求男方归还借款，并加倍给付婚前借的3万元。

昨日，成都商报记者获悉，彭州法院一审判决认定婚内借款协议无效，婚前借款协议“分手加倍还款”不受法律保护，判决小吕仅归还婚前借款3万元。

“分手加倍还款”无效

法院经审理认为，小吕婚前两次向小曾借款，是合法民间借贷，具有法律约束力。这两笔借款的款项均来源于小曾的婚前个人财产，不因婚姻关系的形成而变成夫妻双方的共同债权。但小吕借款协议中作出“若本人提出分手，加倍偿还”的承诺，是以经济惩罚手段作为维系恋爱关系的限制，该承诺违背社会公序良俗，不具有法律效力，小吕的这一承诺无效。

这张婚后借款协议为何无效

关于婚内借款，法院认为，婚内小吕向小曾借支5000元作生活费，生活费的支出是夫妻双方共同生活所需。小曾以借款为由要求小吕返还该部分款项，违反了《婚姻法》第20条：“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”。

因而，法院认为，该婚内借款协议因违反法律的强制性规定，依法认定其无效。

婚后借钱哪种情形需归还

承办此案的胡法官还表示，实践中，法院判断夫妻婚内形成的借款协议是否有效，应综合资金来源、借款用途作出认定。

根据《婚姻法司法解释(三)》第16条规定：“夫妻之间订立借款协议，以夫妻共同财产出借给一方从事个人经营活动或用于其他个人事务的，应视为双方约定处分夫妻共同财产的行为，离婚时可按照借款协议的约定处理”。据此，夫妻婚内以共同财产出借给一方时，当该借款用于生活费或抚养子女等履行夫妻法定义务的，借款协议无效；当借款用于个人经营活动或其他个人事务的，离婚时可按照借款协议的约定处理。

### 婚姻关系存续期间是否构成诉讼时效中止的情形

2014年6月19日 《法庭》杂志 李志强

要点提示：《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十九条规定：“在诉讼时效期间的最后六个月内，因不可抗力或者其他障碍不能行使请求权的，诉讼时效中止。从中止时效的原因消除之日起，诉讼时效期间继续计算。”原告在婚前交付给被告的借款，是属于原告的个人财产，如果原告在婚后行使请求权向被告收回上述借款，产生的收益按规定是属于原、被告的夫妻共同财产，显然原告在婚姻关系存续期间是难以行使上述请求权的，即使原告向被告主张债权，亦不会获得司法上的支持。另外，如认定原告因在婚姻关系存续期间没有主张债权而导致超过诉讼时效，显然对原告不公平。因此，婚姻关系存续期间应认定为不能行使请求权的其他障碍。

案例索引：

一审：广州市海珠区人民法院（2011）穗海法民二初字第930号民事判决书。

一、案情

原告：李某某。

被告：梁某某。

案由：民间借贷纠纷

原告于2011年6月17日提起诉讼，以被告于2001年9月22日向其借款70000元，并约定还款期限为一年，但被告至今未还为由，要求被告归还借款70000元。被告认为其向原告借款70000元属实，但原告的起诉已超过诉讼时效，借款的时间为2001年9月22日，还款期限为一年，在还款期限届满后，原告一直无向被告提出还款要求，原告的起诉时间已超过了诉讼时效，要求驳回原告诉讼请求。

经审理查明，被告于2001年9月22日向原告借款70000元用于购买广州市海珠区XX路XXX街X号XXX房屋，并向原告出具借据一份，内容为“因需购买商品，本人梁XX于二〇〇一年月日向李XX借人民币柒万元正。还款期为壹年，到还款期时，一次算清本息，息金按一年内银行利率计算。借款人：梁XX，日期：2001年9月22日。”借款期限届满后，被告没有将借款归还原告。另查，原告和被告于1990年相识，于2003年7月30日登记结婚。被告于2010年向本院提起诉讼，要求与原告离婚，原告在该案的诉讼中曾提出要求对广州市海珠区XX路XXX街X号XXX房屋及本案的借款70000元进行处理，之后本院以（2010）海民一初字第1389号民事判决书认定广州市海珠区XX路XXX街X号XXX房屋属于被告的婚前个人财产，不作夫妻共有财产分配，借款70000元属另一法律关系，不在该案中处理，并判决准予原告与被告离婚。原告对判决不服，提出上诉，广州市中级人民法院于2011年6月2日作出（2011）穗中法民一终字第1505号民事判决书，判决驳回上诉，维持原判。

二、审判

被告因购买房屋向原告借款70000元未还，对此原、被告均没有异议，故予以认定。本案的争议焦点是原告的起诉是否已超过诉讼时效。原告于2001年9月22日借款给被告，被告出具的《借据》中约定还款期限为一年，借款期限于2002年9月22日届满，诉讼时效开始起算。原告于2011年6月17日向法院提起诉讼，按照法律规定已超过法定的诉讼时效。原、被告于2003年7月30日登记结婚，即在诉讼时效期间的最后六个月内，原、被告处于婚姻关系存续期间，按照有关法律的规定，婚姻关系存续期间所得的收益属于夫妻共同财产，基于双方的特殊关系，此时原告难以向被告主张债权。《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第二十条规定：“有下列情形之一的，应当认定为民法通则第一百三十九条规定的‘其他障碍’，诉讼时效中止：（一）权利被侵害的无民事行为能力人、限制民事行为能力人没有法定代理人，或者法定代理人死亡、丧失代理权、丧失行为能力；（二）继承开始后未确定继承人或者遗产管理人；（三）权利人被义务人或者其他他人控制无法主张权利；（四）其他导致权利人不能主张权利的客观情形。”另外，结合本案的实际情况，被告向原告借款用于婚前购买房屋，婚姻关系存续期间该屋共同使用，在离婚时经法院判决该屋属于被告的婚前个人财产，不作夫妻共有财产分配，被告在离婚后实际取得该屋的所有权，如认定原告因在婚姻关系存续期间没有主张债权而导致超过诉讼时效，显然对原告不公平。故在原、被告婚姻关系存续期间应认定原告是属于因其他障碍不能行使请求权，诉讼时效中止。在被告提起离婚诉讼后，广州市中级人民法院于2011年6月2日作出终审判决，准予原告与被告离婚，此时原、被告的婚姻关系正式解除，可以认定因其他障碍不能行使请求权的情形已经消失，诉讼时效期间继续计算。在诉讼时效期间继续计算后，原告于2011年6月17日向法院提起诉讼，未超过法律规定的二年诉讼时效。依照《中华人民共和

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定》第一百零八条、第一百三十九条、《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第二十条的规定，判决如下：

被告在本判决生效之日起10日内向原告清还借款70000元。

一审宣判后，原、被告均没有上诉，判决现已生效。

### 三、评析

在本案中，对于婚姻关系存续期间是否属于《中华人民共和国民法通则》第一百三十九条中规定的其他障碍情形，法律没有明确的规定。《中华人民共和国民法通则》第一百三十九条中所指的其他障碍情形，实际是指导致权利人不能行使请求权的情况。原、被告在婚前的借贷行为，属于双方的正常经济往来，但在原、被告结婚后，双方形成了一种特定的人身关系，即夫妻关系。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》第五条规定：“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。”原告在婚前交付给被告的借款，是属于原告的个人财产，但如果原告在婚后行使请求权向被告收回上述借款，产生的收益按规定是属于原、被告的夫妻共同财产，显然原告在婚姻关系存续期间是难以行使上述请求权的，即使原告向被告主张债权，亦不会获得司法上的支持。故在实践中，如出现夫妻双方婚前互为债权债务关系，双方离婚后一方对对方提起诉讼的，在婚姻关系存续期间，一般应认定属于《中华人民共和国民法通则》第一百三十九条中规定的其他障碍，诉讼时效中止，之后双方婚姻关系解除的，从解除之日起，诉讼时效期间继续计算。

（作者单位：广州市海珠区人民法院）

## 妻子婚前欠20万丈夫要共还 法官：存事实婚姻关系

2014年8月20日 东南网 曾炳光

丘天/漫画

东南网8月20日讯(海峡都市报记者 曾炳光 通讯员 刘荫花 张海泉)同居26年，直到2013年，吴某和沈某才补办了结婚证。可在2012年，沈某向别人借钱，欠20万未还。债主把两人一起告上法庭，要求还钱。吴某觉得，借钱发生在两人领证之前，他不应承担责任。可昨日，漳州中院二审审结此案，认为两人存在事实婚姻关系，判决共同清偿20万元债务及利息。

### 【案件】同居期间欠款 两人共同清偿

1987年，吴某与沈某开始以夫妻名义同居生活至今，而实际上，直到1990年，双方才达到结婚年龄。

2012年，沈某以经营生意急需资金为由，分2次向林某借款共计25万元，并出具了一张欠条。借款后，沈某仅偿还了5万元。为此，林某将吴某、沈某同时告上法庭，要求双方共同偿还20万元及利息。

东山法院一审认为，两名被告是夫妻关系，上述借款是发生于婚姻存续期间，遂依法判决由二人共同偿还债务。

吴某不服一审判决提起上诉，在二审期间辩称，其与沈某正式登记结婚时间为2013年，而讼争债务均发生在婚姻登记前的2012年，该债务是沈某婚前个人债务，自己不应共同承担。

漳州中院审理认为，吴某、沈某于2013年补办婚姻登记，根据婚姻法司法解释相关规定，双方在2013年以前虽无办理婚姻登记，但已构成事实婚姻，应确认为合法的夫妻关系，遂作出维持原判的判决。

### 【说法】

#### 同居26年 存在事实婚姻

经办法官介绍，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。在上述纠纷中，吴某与沈某从1990年起符合结婚实质要件，且2013年补办了结婚手续。所以，其婚姻效力从1990年起至补办婚姻登记起有效。而2012年债务发生时属于婚姻存续期间，所以债务应当由双方共同承担。

此外，根据婚姻法司法解释（一）第五条规定，未按照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：

(1)1994年2月1日民政部《婚姻登记管理条例》公布实施以前，男女双方已经符合婚姻实质要件的，按事实婚姻处理。

(2)《婚姻登记管理条例》公布实施以后，双方未补办结婚登记的，按照解除同居关系处理。根据上述司法解释，若吴某、沈某在2013年未补办结婚手续，1994年以前双方存在事实婚姻关系，而1994年2月1日双方即为同居关系，若为同居关系，吴某将无需承担沈某2012年所借款项的偿还义务。

## 五、继承

### （一）继承审判动态

#### 南湖法院为境外继承者们当“娘舅”

2014年08月12日 嘉兴在线-嘉兴日报

境内遗产可以通过公证等方法进行继承，但当事人都在境外怎么办？近日，南湖法院历经近一年的指导、交涉，终于帮助在境外的继承者们完成了一套房子的整个继承程序。

背景

外籍房主过世了。

舒兰和丈夫陶浩及其家人都长期生活在境外，为外籍人士，但因为种种历史原因，陶浩名下在禾兴公寓有套房子。

2012年底，陶浩去世了，如果当时办理继承手续，那么舒兰和女儿文华，以及陶浩的母亲都对房子有法定继承权。但因为她们都在境外，当时就没有特地赶来办理相关手续。不料去年9月，陶浩的老母亲也去世了，舒兰和文华此时回国为老人办理丧事，顺便办理房产继承的手续。

出题

继承者们全在境外，怎么公证成了难题。

咨询后，她们发现，这事情麻烦大了。

原来，老太太去世后她的那部分继承权就归她的其他三名子女。因为陶浩没有留下遗嘱，按照程序，继承房产需要去公证处办理公证。但问题是，老太太的子女们都在境外，如果要公证，即使他们都放弃继承，也必须当事人全部到场，而这些当事人大多是老年人，为了一套约100平方米的房子，这么来回折腾实在令人想想就头大。但如果手续不办理，房子今后如果要出租、出售，乃至拆迁就更麻烦了。

公证处给了个办法：找法院。因为法院可以进行调查，只要证据确凿，当事人不在现场也可以证明事情的真实性。

解题

法院使尽“十八般武艺”，终帮继承者们完成继承。

在南湖法院的建议下，舒兰征得了女儿文华的同意，作为原告起诉文华，要求独自占有房产。这样可以将分散在各个亲属之间的房产继承权全部集中到舒兰一个人手中，以后处理房子就方便多了。

根据省高院关于举证的有关规定，这样的情况需要大陆以外的当事人进行涉外举证，就是不同意继承遗产进行声明，此外还需要当地公证、中国使领馆证明等。于是舒兰请在嘉兴的亲戚宋某帮忙收集资料。

但即使不必全部赶回国内，这个过程也相当够呛，尤其其中一位继承人陶浩最小的姐姐已经80多岁，年老体弱，而其居住地距最近的中国领事馆有800多公里路程，这可怎么办？南湖法院民一庭法官成剑斌给支了一招：请和这位老太太相同情况者，手举美国护照等相关证件，用中英文朗读自己的声明，并把这段视频作为证据归入案卷，总算解决了问题。

请当事人所在地的领事馆将认证的英文资料发送到国内，请部分当事人寄回相关语音、视频资料……就这样，宋某花了将近一年的时间，总算所有资料都拿到了手，除了舒兰母女，其他继承者都主动放弃了禾兴公寓这套房子的继承权。

证据确凿无误，经过法院细致审查，最终该房子的继承权由舒兰取得。

## （二）继承立法动态

### “继承法”将年满三十 继承范围等三大问题待解决

2014年8月7日 四川新闻网-成都商报 王英占 周茂梅 孙兆云

现有“继承法”即将30周年，却一直未修改过，随着社会经济的发展、家庭成员结构的变化，“继承法”的很多规定与现实生活不相适应。伴随学界、司法界一直的关注、呼吁，近日，“‘继承法’修正草案建议稿课题组”已将修正草案的建议稿提交给全国人大参考。成都商报日前就此采访了该课题组成员、中国人民大学民商事法律科学研究中心主任杨立新教授，了解他心中的“继承法”修改方向。

了解我国“继承法”

继承顺序

第一顺序 配偶 子女 父母

第二顺序 兄弟姐妹 祖父母 外祖父母

其他情况

对继承人以外的依靠被继承人扶养的缺乏劳动能力又没有生活来源的人，或者继承人以外的对被继承人扶养较多的人，可以分配给他们适当的遗产

他们没有继承权

孙子、孙女、外甥、外甥女、侄子、侄女

专家建议：扩大继承亲属范围

遗产包括哪些

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，公民的著作权、专利权中的财产权利以及其他合法财产

这些财产没列入遗产

公租房类租赁权、网店、QQ号、游戏币

专家建议：财产不说具体形态

关注 1

继承人范围过窄

侄儿侄女没有任何继承权

老人没结婚，没有子女，父母早亡。当他们血缘上唯一亲近的侄儿侄女前来继承遗产时，却遇上法律问题，因为按现行“继承法”规定，侄儿侄女不是叔父的法定继承人。这并非个案，这是目前学界普遍关注的法定继承人范围过窄问题。

88岁的老教授赵云龙未婚无子女，晚年在成都的养老院度过。老人去世后，侄子曙晖和侄女黎晖要求继承叔父赵云龙的遗产，却遇到很多障碍。

曙晖记得，他去养老院看望过大伯9次，还经常带一些礼品。大伯去世后，后事也由姐弟俩料理。

但准备继承大伯的遗产时，保管遗产的一方————大伯曾工作过的学校说，他们不是法定继承人，不同意将遗产给他们。“财产留给亲人也是人之常情，怎么能归国家呢？”得知面临遗产收归国家，姐弟俩到郫县法院起诉该校，要求分遗产。郫县法院判决，曙晖和黎晖不属于法定继承人范围，也不属于缺乏劳动能力且没有生活来源依靠赵云龙抚养的人，也不属于适当分得遗产的————关于这一点，因为赵家姐弟有过看望赵云龙也花了一些钱，但这属于对长辈的看望关心，不算对赵老抚养较多的人，所以不能分得适当遗产。黎晖姐弟的诉讼请求被判驳回。

最新的情况是，这起官司由成都中院发回郫县法院重审，目前还无重审结果。

>专家建议

扩大继承亲属范围

孙子女也加进去

杨立新教授等人负责“继承法修正草案建议稿课题组”，并已将修正草案的建议稿提交给全国人大参考。杨立新接受成都商报记者采访时提出，“继承法”的基本原则就是尽量不去形成无人继承的财产，尽量由被继承人的亲属继承。但实际情况是，现在规定法定继承人的范围太窄，应该将孙子女以及四亲（本人从上或从下推的4类亲戚）等以内的血亲亲属都包括进去。法定继承人太窄的问题，会造成大量的无人继承的财产，明明亲人都在那里，但是因为不是法定继承人，就通通收归国有。

西南政法大学民商法学院教授张玉敏、陈苇等人也提出，考虑到计划生育多年来，继承人数量减少，在法定继承人范围问题上，可以增加侄（甥）子女为法定继承人。

关注 2

继承顺序问题

刚来的继母分走更多遗产

杨立新教授在修改意见稿中提出，“像我国将配偶放在第一顺序的比较少见。”而这就造成一种情况，二婚对象即使只和老人呆了几个月，也可排在亲生子女之前。

都江堰的罗氏兄弟，与继母为争夺遗产打了官司。罗家长兄罗明成（化名）表示，继母与父亲生活了10余年，却分走30%的财产，让他们举得有些不合理。

罗家父亲是一名退休工人，1999年，罗父在妻子去世后与王淑琴（化名）再婚。此时，罗氏4兄弟均已成年成家，王淑琴婚前领养的1个儿子也已成年成家。婚后老两口单独居住生活。

2012年，罗父去世，王淑琴随养子生活。罗家4兄弟与继母王淑琴因分割罗父遗产而发生纠纷并打官司。法院判决继母继承死者30%的财产，而4名子女平均继承剩下的70%的财产。

“在我的当事人看来，继母因为短暂的婚姻关系，而与死者子女一同作为第一顺序继承人平分财产，已经算是法律对再婚配偶的照顾了。”4兄弟的代理人唐国良表示，但是，继母分得更多的财产让原告在情感上很难接受。唐国良还分析说，继母是年近8旬的老人，她继承的遗产，最终会被她唯一的法定继承人继承，而这“相当于家庭的财产转给了另一个和他们关系不大的家庭”。

>专家建议

配偶不固定顺序

与其他继承人并列

配偶继承顺序问题目前成为继承法学界关注的焦点之一。“从世界各国的立法看，对配偶采取零顺序的比较多，而像我国这样将配偶放在第一顺序的少见。”杨立新教授接受成都商报记者采访时表示，“这样容易带来一些问题，比如：结婚不久的二婚配偶，在父母去世、没有子女的被继承人去世后，将独享遗产。”因此，在杨立新教授的修改意见稿中，明确提出“配偶采取零顺序，参与到所有顺序中进行继承”。

杨立新认为，在设定顺序的时候，应秉持先向下，子女、孙子女，然后再向上，父母、祖父母和外祖父母，最后再向两旁发展，兄弟姐妹等。他指出，配偶应该是零继承顺序，有第一顺序继承人时跟第一顺序继承人一起继承，有第二顺位继承人时跟第二顺序继承人一起继承，继承份额随着顺序逐渐增加。



关注 3

新类型财产继承

QQ、网店等能否继承

成都商报记者从成都市多家公证处了解到，近年来，已接到多起有关“新类型”财产能否继承的公证或咨询案例，这些财产涉及网络虚拟财产、承租权、城市子女继承农村父母房屋等问题。

“网店”方面，成都市蜀都公证处近日就收到了一起特殊的公证咨询。一位年轻的小伙咨询自己经营的网店能否作为遗产进行公证。蜀都公证处公证人员表示，尽管目前尚没有办理过网店遗产公证，但对于网店等新类型财产，只要符合相应的条件，可以作为遗产进行公证。对于网店的继承问题，淘宝和阿里巴巴方面也都曾表示，将开放涉及“离婚过户”和“过世继承”这两种情形的过户，但不考虑其他如店铺买卖、出租、转让或赠予等。

“公租房承租权及其他租赁权能否继承”问题上，成都市律政公证处日前也办理了一起相关案例。生前住曹家巷的钟大爷，一直住在区民政部门提供的公租房内，钟大爷去世后，民政部门表示可以继续承租后，钟大爷的母亲和女儿一起办理了公证，由其女儿继续居住。看似顺利的案例，其实并不那么简单。公证处介绍，本案之所以可以办理，前提是民政部门明确表示被继承人可以续租，但如果没有民政局的许可，将无法公证。

各“新类型财产继承”纠纷也在出现。2009年“屠龙刀”案例游戏角色的虚拟妻子和现实妻子围绕游戏装备“屠龙刀”能否继承先后向法院提起诉讼，法院最后判决虚拟的妻子和现实中的妻子平均继承了死者的虚拟财产。

>专家建议

不设遗产具体形态

是财产就能算作遗产

对于种类越来越繁多的继承对象，杨立新教授建议，最好的办法是不要提具体的遗产，而是进行概括式的规定遗产范围，这也就是说被继承人生前所有财产都是遗产就行，“何必要一个一个去说呢，一定要说的话，问题就多了，土地使用权可不可以，虚拟财产算不算，股权、企业、经济适用房是不是，要解决的问题太多了。而且列举到最后，还要加一个‘等’或者‘其他’作为兜底条款。”

龙泉法 成都商报记者 王英占 周茂梅 孙兆云 实习生 朱雨蕾

链接

国外的继承顺序

德国：配偶、直系血亲卑亲属（卑亲属类似晚辈）、父母及其直系血亲卑亲属、祖父母及其直系血亲卑亲属、曾祖父母及其直系血亲卑亲属、高祖父母及其直系血亲卑亲属。

（配偶无固定继承顺序，可以与任意顺序的继承人共同继承）

日本：配偶、子女或其直系卑亲属、直系血亲尊亲属（尊亲属类似长辈）、兄弟姐妹及其子女。在日本，直系血亲间的继承没有亲等限制，旁系血亲间规定了三亲等亲属的继承权。

（配偶无固定的继承顺序，与第一顺序亲人共同继承时，继份为 1/2；与第二顺序亲人继承时，继份为 3/4）

### （三）继承典型案例

#### 男子为独占遗产让父亲抄遗嘱 未得逞告亲人索要医药费

2014年08月05日 信息时报 何小敏

儿子在老父亲病重时支付了3万元医疗费，让卧病在床的老人照抄儿子事先写好的遗嘱，欲独享遗产。孰料老人病情好转后，觉得对不起其他儿孙，遂废旧立新。

信息时报讯（记者何小敏通讯员夏瑶瑶）儿子在老父亲病重时支付了3万元医疗费，让卧病在床的老人照抄儿子事先写好的遗嘱，欲独享遗产。孰料老人病情好转后，觉得对不起其他儿孙，遂废旧立新。老人病逝后，儿子将10名亲人告上法庭，只为分摊亡父3万元医疗费。番禺区法院一审判决原告败诉，日前，广州中院二审维持原判。

老父入院治疗花费数万元

家住番禺的王老伯（化名）年过七旬，患有哮喘、肺结核、心脏病、高血压等疾病，并自2003年起交替病发。2009年9月12日至2010年10月1日期间，王老伯因病先后到番禺多家医院治疗，花去医疗费近5万元，其中“个人缴费金额”32000余元，其余属于“医保/公医记账金额”部分。

王老伯共有五个子女，其中三个已过世，但均已成家生子。患病期间，其医疗费主要由小儿子王斌（化名）支付。

老父卧病时立下蹊跷遗嘱

2010年10月2日，王老伯病逝。此前，他曾先后立下两份内容矛盾的遗嘱，这也成为了继承人之间争夺遗产的导火线。后来，一家人为此打了3年多的官司。

第一份遗嘱立于2010年5月26日，遗书记载“最近十余年，本人年高体弱，长期罹患疾病，虽子女成伍，但惟小儿子王斌十年如一日照料我的生活起居，支付医药费，对我孝义有加、关怀备至，因而我现有的个人财产全部

留给王斌。”

2010年7月15日，王老伯出具《废除遗书声明》，称第一份遗嘱并非其真实意愿，而是小儿子王斌提前写好让他照抄的。王老伯还称，当时是因为身体有病、神志不清，才抄下了所谓的遗书，后来病情好转回到家，觉得对不起其他儿孙，于是作出作废声明。

当日，王老伯决定重新分配遗产，并立下了第二份遗嘱。根据新遗嘱，王老伯的几个子女及其家人分别能分到房产、农村股权等遗产。

王老伯病逝后，小儿子王斌将大姐、嫂子、舅子等几家共10人告上法庭，一家人为争夺遗产闹得不可开交。该继承纠纷经一审、二审，法院最终采信了王老伯第二次立下的遗嘱，判决王斌败诉。

为3万医疗费再次告亲人

本想独享全部遗产的王斌计划泡汤，打输继承官司后又开始追讨自己曾为父亲支付的3万元医疗费，再次将上述10名亲人诉至法院。

王斌认为，其代垫的医疗费属被继承人王老伯的生前债务，各继承人应共同分担，诉请法院判令10被告共同返还医疗费用中应分担的29000余元，并承担诉讼费。

10名亲属共同辩称，王斌管理着王老伯的生前存款、各亲属支付的赡养费、亲朋探病金及死后帛金，其持有王老伯的医疗费发票，不能证实全部医疗费就由其支付。此外，10名亲属在王老伯每次住院时均支付了部分医疗费及护工费，已经履行了赡养义务。

法院判决：

子女无权

向他人追索赡养费

法院认为，王斌虽持有医疗费票据原件，但不足以证实其就是实际支付人。经查，王斌的银行转账金额仅7000余元，与3万元的医疗费相差甚远。2010年5月，王老伯的存款曾被人支取1.4万元，与当月的医疗票据金额一致。患病期间，10名亲属至少支付了1万元生活费给王老伯，也可用于支付医疗费。

法院还指出，即使王斌支付了王老伯的全部医疗费，也无权要求其他继承人返还。因为赡养年老父母是子女的法定义务，包括对年老父母经济上的供养、生活上的照料和精神上慰藉，照顾父母的特殊需要，以及对患病父母提供医疗费用和护理，可见支付医疗费仅是其中的一部分，王斌即使支付了全部的医疗费，也不能证实其履行了较其他赡养人更多的赡养义务。

赡养人履行赡养义务是法定义务，赡养人不履行该义务的，年老父母有权向赡养人追索赡养费，但已履行赡养义务的子女无权向其他赡养人追索赡养费或要求按比例返还，因为赡养义务并非是以金钱为唯一衡量标准的按份之债。王斌主张其支付的医疗费是王老伯生前债务，要求10名亲属共同返还医疗费中应分担的29000余元，无事实和法律依据，法院不予支持，遂驳回王斌的诉讼请求。

### 怀胎7月丈夫去世婆婆不认亲 人工授孕女为孩子讨回继承权

2014年8月4日 新晚报 翟丝雨

全球招“大咖” 哈尔滨交响乐团点睛音乐城

熊哥俩太“好色”对俄罗斯美女“言听计从” 黑龙江省委省政府决定迅速在全省开展安全生产大检查 黑龙江7措施推进土地管理制度改革 服务经济稳增长大局 黑龙江对192家保险中介“体检” 售险须向客户提示风险 手机“蝗虫”病毒爆发短信别乱点 全国超50万部手机中招 [录取] 本科二批A段 15 16 17 18 19 20 21 22 23 24 新晚报8月4日讯 因丈夫没有生育能力，作为妻子的马某与丈夫商议后，通过人工受孕的方式成功怀孕。但不幸的是，马某怀孕7个月时，丈夫因交通意外不幸身亡。办完丈夫的后事，马某希望孩子可以继承丈夫的遗产，但是公婆认为马某腹中的孩子是人工受孕怀上的，并不是儿子的亲生孩子，因此不能继承财产。最后，马某把婆婆告上法院。日前，香坊区法院最终判定，人工受孕一事是经夫妻协商后决定，所以马某的孩子有继承权。

据法官介绍，马某与丈夫结婚三年一直没有孩子，二人去医院检查后得知，丈夫患有不孕症。两人商量之后，马某和丈夫决定通过人工受孕的方式生孩子。

由于马某的身体健康状况良好，此次人工受孕很成功。可是，让人没想到的是，马某在怀孕7个月时，丈夫因交通事故意外身亡。丈夫去世后，马某希望腹中孩子也可以继承丈夫的一部分遗产，但是马某的婆婆认为她肚子里的孩子不是自家的血脉，她认为孩子没有继承权。无奈的马某只能挺着大肚子来到香坊区法援中心，希望通过法律的手段解决这个问题。

经审理，法院认为，因男方无生育能力，在双方一致同意的情况下人工受孕所生，应视为婚生子女。马某和其丈夫在做人工受孕前，曾填写过人工受孕申请表，两人都签字同意进行人工受孕。根据我国《继承法》规定，遗产分割时应当保留胎儿的继承份额。所以，马某的孩子是有继承权的。

### 保姆嫁雇主后继承11间房 继子起诉得1间房

2014年08月04日 中国新闻网 彭小菲

父亲去世，遗产全部留给了后老伴儿。于是，为了争夺12间房屋的继承权，张先生将由保姆变继母的赵女士

诉至法院，而赵女士则指责张先生不赡养父亲才得此下场。近日，密云法院经过审理，最终将1间房产判予张先生继承，其余11间则归赵女士所有。

#### 继子起诉索要房产

59岁的张先生诉称，他是父亲与第一任妻子所生的儿子，但在他年幼时，父母就离婚了，后来他一直跟随父亲生活。等到他11岁时，父亲与孙女士再婚，并在密云共建了12间房屋。2009年12月份，孙女士去世。

2010年4月，张先生的父亲又与赵女士登记结婚，而赵女士是家中的保姆，在孙女士去世后一直负责照顾父亲的生活起居。4年后，也就是今年的5月，张先生的父亲也因病去世。因为遗产房屋的继承问题，张先生与第二任继母赵女士多次发生矛盾，最终起诉至法院。

#### 遗嘱不给儿子房产

张先生认为，自己是父亲的独子，对于遗产有继承权利。他还表示，赵女士婚前作为家里的保姆，而且与父亲年龄相差21岁，很可能是因为觊觎父亲的财产才与父亲结婚，动机不纯，因此没有权利继承遗产。

赵女士辩称，张先生父亲生前留有遗嘱及宣读遗嘱的录像光盘，遗嘱中称全部遗产归她继承，张先生无权继承。同时指出，丈夫之所以作出这样的遗嘱，是因为张先生拒不对父亲履行赡养义务。

#### 3间房折抵赡养费

法院经审理查明，2011年，张先生就曾与父亲因12间房屋的继承份额产生过纠纷，后经法院判决，其中9间房屋归张先生父亲继承、3间房屋归张先生继承。2013年，因为赡养费、医疗费等问题，父亲又将儿子告上法庭，后经裁定，法院将2011年判决给张先生的3间房屋折抵了其应当支付给父亲的赡养费、医疗费，由此，3间房屋的所有权转为父亲所有。

如今，针对父亲生前留下的遗嘱，法院查明该遗嘱是在2011年12月作出，当时争议房屋中3间房屋的所有权还在张先生手中。到了2013年，3间房屋的所有权归于父亲名下后直到去世，他都未对3间房屋如何继承分配表达意见。最终法院作出判决，赵女士继承争议房屋11间，张先生继承争议房屋1间。记者 彭小菲

### 遗嘱赠与惹风波 亲人之间打官司

2014年08月12日 中安在线

爷爷奶奶过世后，孙女张芳(化名)要求其他亲人协助将受遗赠的房产过户时遭到拒绝，无奈下，张芳将亲人告上法庭，近日，相山区法院审理此案，依法判决房屋归张芳所有。

#### 原标题：遗嘱赠与惹风波 亲人之间打官司

爷爷奶奶过世后，孙女张芳(化名)要求其他亲人协助将受遗赠的房产过户时遭到拒绝，无奈下，张芳将亲人告上法庭，近日，相山区法院审理此案，依法判决房屋归张芳所有。

张芳的爷爷、奶奶生前皆由张芳照顾，两位老人相继于2011年、2013年去世。2010年3月，张芳的爷爷、奶奶立下遗嘱并公证：“如果我两人均去世，由张芳继承房产及房屋内所有的家具和电器，房产名称：淮北市相山区xx路xx号，房产证编号：淮房改私产字第xx号。”两位老人去世后，当张芳要求其他亲人协助将受遗赠的房产过户时，遭到拒绝。张芳认为他们违背了爷爷、奶奶生前的愿望，也违背了有关法律规定。因此，张芳将父亲及三位叔叔同时告上法庭，请求相山区人民法院依法判决房屋归其所有。

经法院审理查明，张芳提供的遗赠、遗赠公证书、房屋产权证、常住人口登记卡、祖父母的死亡证明、亲属证明都具有真实性、合法性、关联性，而四被告均未提交答辩状及证据。

法院认为，公民可以立遗嘱将个人财产指定由法定继承人的一人或者数人继承，也可以立遗嘱将个人财产赠给国家、集体或者法定继承人以外的人。本案当事人张芳的祖父母通过遗嘱公证，将房产赠与孙女张芳，该遗赠系遗嘱人的真实意思表示，不违反法律规定，所立遗赠有效。张芳在祖父母皆去世后接受遗赠，要求确认房屋产权归其所有，合理合法。因此，法院依法判决房屋归张芳所有，案件受理费因适用简易程序减半收取，并由四被告承担。(淮北晨刊)

### 徐友才：“18份遗嘱”让姐弟亲情碎了一地

2014年08月15日 荆楚网 徐友才

一对老夫妻留下一套房子，地处汉口解放公园路，价值百万。因父亲希望儿子继承，生前立下遗嘱将房子留给儿子；母亲认为手心手背都是肉，与老伴商量后重新立下遗嘱让儿子女儿共同继承房产。从2000年到2009年间，这对老夫妻共同或各自为他们的房屋，立下18份遗嘱。他们离世后，一两年过七旬的儿女，为争夺房屋的继承权，对簿公堂。(8月12日《楚天金报》)

古人云：兄弟如手足，手足断了不可续。这句话不仅将一奶同胞之间的关系予以精辟论述，更告诉人们一个深刻的哲理：同胞不易、兄弟姐妹之情更要精心呵护、倍加珍惜。然而，大千世界，无奇不有。这不，武汉的一对年过七旬的姐弟，居然被金钱所困，为了争夺父母遗留下来的一套价值百万的房产，居然反目成仇、对簿公堂。

俗话说得好：“钱财乃身外之物，生不带来死不带去。”钱只要够用够花就行，何必太过于在意。人活一世，草木一秋。人活得就是一种心情，不管成也好，败也好，爱也罢，恨也罢，不过都是些过眼的烟云。与其烦恼重重，困扰今生，不如珍惜现在。

按说，现在党和国家政策这么好，两位老人应该有儿有女、儿孙绕膝，可以说是上不愁吃喝、下不愁衣穿，与世无争，倍加珍惜姐弟深情，好好享受晚年幸福生活。再说，就算是得到百万财产，两位都是过了七旬的老人，也花不完、用不了。人百年之后，无论是贩夫走卒还是大富大贵，也仅仅需要三尺安生之地。

可他们在金钱面前，在巨大的诱惑面前，终究抵挡不住庸俗、落入了俗套，背叛亲情、丧失伦理道德，起先是逼着父母前前后后立下了 18 份遗嘱，最后姐弟之间互不相让、打起了官司。这起案例最终虽然经过双方的子女从中协调，达成了协议，但毫无疑问，他们姐弟之间的亲情因此洒了一地、永远也无法拾起。

说到这里，笔者也提醒和告诫一句：近些年来，房价高涨。老一辈去世后，兄弟姐妹因争夺房产而撕破脸对簿公堂的案例已屡见不鲜。为此，还请老一辈们在订立遗嘱时，选取“公证遗嘱”的方式订立遗嘱，因为公证遗嘱证据效力在法律上是最强的，既可以规避因遗嘱而引起的不必要的麻烦，也可以有效避免类似“亲情洒一地”等违背社会道德的闹剧重演。

稿源：荆楚网

## 七旬姐弟争房产出示 18 份父母遗嘱

2014 年 8 月 12 日 荆楚网-楚天金报 方历娇

一对老夫妻留下一套房子，地处汉口解放公园路，价值百万。因父亲希望儿子继承，生前立下遗嘱将房子留给儿子；母亲认为手心手背都是肉，与老伴商量后重新立下遗嘱让儿子女儿共同继承房产。这对老夫妻离世后，他们年过七旬的儿女，为争夺房屋的继承权，对簿公堂。

让人不可思议的是，庭审举证时，这对姐弟先后共向法院出示了 18 份遗嘱主张权利。由于每一份遗嘱都否定前一份遗嘱，且死无对证，而公证遗嘱又遭遇精神医学鉴定的质疑，这场官司因此变得扑朔迷离。

记者昨日从江岸区法院大智法庭了解到，在双方子女出面调解下，这对姐弟最终达成调解协议：房产归弟弟所有，弟弟支付姐姐 30 万元。一起争了多年的房产继承权纠纷，终于尘埃落定，年届古稀的姐弟随后握手言和。

### 1. 父母留下一套房子 姐弟相争对簿公堂

这事还得从 16 年前说起。

1998 年，谢程老先生和妻子龙冰女士，在解放公园路买了一套 92 平方米的房子。房子登记在谢程名下。

谢程一直希望由儿子继承，2000 年 2 月，谢程立下遗嘱：“我去世后，由我购买的这套房屋产权交由儿子谢刚继承；女儿曾出借 2000 元钱，由谢刚加倍归还。若你妈健在，房屋由你妈妈管理、使用或出租。妈妈去世后，由儿子继承，希望你们姐弟亲爱团结，互谅互让。”

龙冰身体不好，常年需要人照料。2000 年 7 月，女儿谢娟提议将母亲接到她家照顾。就这样，龙冰在女儿家一住 7 年。女儿的悉心照料让龙冰觉得，儿子女儿都是心头肉，如果将房子只分给儿子，对于女儿不公平。因此，2007 年 3 月，龙冰和老伴谢程商量后，共同立了一份新遗嘱，约定两人过世后，由儿女共同继承房产。新遗嘱这样写道：“我俩去世后，进门左边一间大房（23 平方米）和一间小储藏间（2 平方米）由女儿继承；右边一间大房、套间和煤炭房由儿子继承；厨房、厕所，共有公用。以前所立遗嘱一概作废，希望你们姐弟互助和好相处。”

2009 年，龙冰老人去世；2012 年，谢程老人去世。

让二老没有料到的是，他们去世后，遗嘱里表达的儿女和睦相处愿望成了泡影，姐弟俩对这处房产的争夺，由此前的暗中较劲变成了公开较量，最终对簿公堂。

### 2. 面对 18 份遗嘱 承办法官说很棘手

今年初，江岸区法院大智法庭受理了该案。谢刚称他拥有房屋的继承权，对于姐姐谢娟曾出资 2000 元钱的事实，他愿意“加倍”偿还，愿意支付给姐姐 2 万元补偿。谢娟认为弟弟给的补偿太少，她主张享有对该处房屋的继承权。

庭审时，谢刚拿出了父亲的一份遗嘱。这份遗嘱落款时间为 2008 年 1 月，上面写道：“我俩去世后，这套房屋交由儿子谢刚继承，儿子应该加倍以 2 万元偿还给姐姐作补偿。以前所写遗嘱如与本遗嘱相抵触者，以此次最后写的遗嘱为准。希望你们姐弟互谅互让为盼。”

熟料，谢娟也拿出了另一个版本的母亲立的遗嘱，表示这套房屋姐弟俩都曾出资，均有继承权，希望“以后不必争论”。谢娟出示的这份遗嘱，立于 2008 年 4 月。这份遗嘱重申姐弟俩共同继承房产。

就这样，姐弟俩不断拿出各自收藏的遗嘱“互招”。大智法庭介绍，从 2000 年到 2009 年间，谢刚和谢娟的父母，共同或各自为他们的房屋，立下 18 份遗嘱。

“这个案子让人很头疼。”一位承办法官介绍，按照时间顺序，后立的遗嘱往往在否定前一份的内容，每一份遗嘱却又不完全规范，总存在一些自书遗嘱的瑕疵。

材料显示，谢刚和谢娟出示的遗嘱，有的落款署名只有一方的签名，有的遗嘱上只盖了一个私章，有的遗嘱甚至连签名都没有，只有一个手印。

承办法官说，由于两位老人长期分居，谢程大多数时间在医院里度过，而龙冰有几年住在福利院，加之谢程和龙冰年事已高，难免出现神志不清的时候。要核实这些遗嘱的真实性，是一件十分困难的事。

比如，2009 年 5 月，谢程曾自书遗嘱一份，上面直接写有“女儿上次给我看的材料，我并没有表态同意或不同

意。因为上面所盖的私章不是我盖的。我的私章已经遗失很久了，所以我宣布私章无效……”

面对这样的遗嘱和声明，法官感到很棘手。

3. 子女出面调解成功 七旬姐弟握手言和

法官逐一清理核实这些遗嘱的合法性。在这众多遗嘱中，法官找到了一份公证遗嘱。

2009年6月11日，谢程曾通过一家公证处立了一份遗嘱。由于当时老伴龙冰已经去世，谢程在这份遗嘱中明确表示，房屋属于他个人的产权部分，由儿子谢刚继承。

但是此时，谢娟却拿出了一份武汉市精神病医院司法鉴定书，认定她的父亲在立这份公证遗嘱时，患有脑器质性障碍，没有民事行为能力。2010年1月，江岸区法院作出判决，宣告谢程立这份遗嘱时为无民事行为能力的人。

几轮“对决”下来，仍无法分割父母房产的产权。

今年7月，法官请来姐弟双方的子女，希望他们从中协调。双方最终达成协议：房屋产权归谢刚所有，姐姐谢娟协助弟弟办理过户等手续；谢刚分两次支付给姐姐30万元；双方不得再就继承纠纷主张权利。（文中人物为化名）

#### ■ 法官说案

遗嘱的形式和立遗嘱人的行为能力很关键

近些年来，房价高涨。老一辈去世后，兄弟姐妹因争夺房产而撕破脸对簿公堂的案例，已屡见不鲜。

昨日，江岸区法院大智法庭的王庭长表示，在立遗嘱时特别要注意遗嘱的形式和立遗嘱人的行为能力。本案中谢氏父母所立下的遗嘱，主要有自书遗嘱和公证遗嘱两类。我国《继承法》规定，自书遗嘱订立时必须由本人书写，本人签字，并注明年月日。然而，案中2007年由谢氏夫妻两人立的自书遗嘱由于没有女方龙冰的签字，导致法院对遗嘱无法认定，造成纠纷。其次，订立公证遗嘱时，遗嘱人必须是具备完全民事行为能力的人。该案中，法院鉴定后认定谢程在2009年6月进行遗嘱公证时，已经为限制民事行为能力的人，公证遗嘱与其辨识能力有所出入，从而导致法院无法认定该份遗嘱。

#### ■ 律师提示

公证遗嘱法律效力最强

昨日，湖北朋来律师事务所孙志军副主任提醒，从内容上来说，订立遗嘱有以下注意事项。

● 遗嘱的内容必须合法。不能取消缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人的继承权。遗嘱不能剥夺胎儿的份额。

● 立遗嘱人对遗嘱所处分的财产必须是有处分权的。比如丈夫立遗嘱不能处分全部夫妻财产。

● 立遗嘱人所立的遗嘱是其真实意思表示。受到胁迫欺骗所立遗嘱无效，被伪造篡改的遗嘱，以及神志不清时所立的遗嘱无效。

● 立遗嘱人必须有完全民事行为能力。

从形式上来说，订立遗嘱有以下注意事项。

● 在危急情况下可以立口头遗嘱，必须有两个以上无利害关系人在场见证。录音遗嘱也应有两个以上见证人见证。

● 自书遗嘱，由立遗嘱人本人亲笔书写，签名，注明日期。

● 代书遗嘱，由立遗嘱人口授他人代书的遗嘱，要两个以上的见证人在场见证，其中一人为代书人，代书后，经宣读，经立遗嘱人认可，注明日期。并由代书人，其他见证人和立遗嘱人签名。

● 公证遗嘱，立遗嘱人请当地公证机关办理公证，公证遗嘱证据效力在法律上是最强的。

（原标题：七旬姐弟争房产出示18份父母遗嘱）

### 父病遗嘱反复致子女反目 儿独吞遗产未果状告十亲人

2014年08月13日 中国新闻网 凌越

儿子在老父亲病重时支付了3万元医疗费，让卧病在床的老人照抄事先写好的遗嘱，欲独吞遗产。孰料老人病情好转后，觉得对不起其他儿孙，遂废旧立新，引发子女反目。老人病逝后，儿子将10位亲人告上法庭，只为分摊亡父3万元医疗费。广州市番禺区法院一审判决原告败诉。日前，广州中院二审维持原判。

父病遗嘱反复子女反目

家住番禺的王老伯（化名）年过七旬，2009年9月12日至2010年10月1日期间，因病先后到番禺多家医院治疗，花去医疗费49399.69元，其中“个人缴费金额”32117.72元，其余属于“医保/公医记账金额”部分。王老伯五个子女中三个虽已过世，但均已成家生子。患病期间，其医疗费主要由小儿子王斌（化名）支付。

2010年10月2日，王老伯病逝。此前，他曾先后立下两份内容矛盾的遗嘱，这也成为了继承人之间争夺遗产的导火线。

第一份遗嘱立于2010年5月26日，记载“惟小儿子王斌十年如一日照料我的生活起居，支付医药费，对我孝义有加、关怀备至，因而我现有的个人财产全部遗留给王斌。”

2010年7月15日，王老伯出具《废除遗书声明》，称第一份遗嘱小儿子王斌提前写好让他照抄的，后病好转清醒，觉得对不起其他儿孙，于是作出作废声明。当日，王老伯立下了第二份遗嘱，据此，他的几个子女及其家人分别能分到房产、农村股权等遗产。

为分摊费用再度对簿公堂

王老伯病逝后，小儿子王斌将大姐、嫂子、舅子等几家共 10 人告上法庭。经一审、二审，法院最终采信了王老伯第二次立下的遗嘱，判决王斌败诉。

然而，王斌此后又因 3 万元医疗费，再次将上述 10 名亲人诉至法院。王斌认为，其代垫的医疗费属被继承人王老伯的生前债务，各继承人应共同分担，诉请法院判令 10 被告共同返还医疗费 32117.72 元中应分担的 29198.72 元，并承担诉讼费。

被告共同辩称，王斌管理着王老伯的生前存款、各被告支付的赡养费、亲朋探病金及死后帛金，其持有王老伯的医疗费发票，不能证实全部医疗费就是由其支付。此外，各被告在王老伯每次住院时均支付了部分医疗费及护工费，已经履行了赡养义务。

原告无权要求被告分摊

法院认为，原告虽持有医疗费票据原件，但不足以证实其就是实际支付人。经查，原告的银行转账金额仅 7000 余元，与 3 万元的医疗费相差甚远。2010 年 5 月，王老伯的存款曾被人支取 1.4 万元，与当月的医疗票据金额一致。患病期间，被告至少支付了 1 万元生活费给王老伯，也可用于支付医疗费。

法院还指出，即使原告支付了王老伯的全部医疗费，也无权要求其他继承人返还。因为赡养年老父母是子女的法定义务，支付医疗费仅是其中的一部分。赡养人未履行该义务的，年老父母有权追索赡养费，但已履行赡养义务的子女无权向其他赡养人追索赡养费或要求按比例返还。原告主张其支付的医疗费是王老伯生前债务，要求各被告共同返还医疗费 32117.72 元中应分担的 29198.72 元，无事实和法律依据，法院不予支持，遂驳回原告的诉讼请求。

（羊城晚报记者 凌越 通讯员 夏瑶瑶）

### 罕见继承案：男子为继承母亲房产无奈起诉同父异母哥哥

2014 年 08 月 19 日 法制日报 马超

法制网讯 记者马超 通讯员张海迪 近日，江苏省无锡市北塘区人民法院对一起罕见的法定继承案件进行了调解。原被告双方是一对同父异母的兄弟，他们的母亲都是父亲的合法妻子，且两对母子曾经长期共同生活在一起，也就是俗称的“大小老婆”。现在，弟弟为了合法继承母亲的房产，无奈起诉哥哥。

蔡德强和蔡德康是同父异母的两兄弟，蔡德强的母亲嫁入蔡家后，于 1929 年产下儿子蔡德强，在蔡德强已经年近二十岁时，父亲又娶了第二房太太，在第二房太太怀孕期间，蔡父撒手人寰，蔡德康成了遗腹子。

蔡父去世后，两房太太都没有再婚，她们带着两个孩子共同居住在蔡父留下的一套老宅子里面，双方相安无事度过了很多年，感情也都不错。直至 1984 年，在当时的居委会的见证下，弟兄俩签订了协议书，和平友好地分割了这套老宅。

转眼到了 1996 年，这套老宅子被拆迁，二房太太以自己 and 儿子手中的房产份额换取了一个优惠购房的机会，她购买了北塘区民丰里的一套房屋，取得了房屋产权证。几年前，二房太太去世，她没有留下遗嘱，她唯一的儿子蔡德康想要继承民丰里的这套房屋时，问题出现了。

房管局表示，蔡德康需要提供公证文书或者法院判决书，有关部门才会给他办理房产证。然而，蔡德康到公证处咨询后得知，由于蔡父于解放前去世，当时我国尚未建立户籍制度，公证处也没有处理过同时有两房太太的情况，无法为其办理相关公证事宜。不得已之下，蔡德康只好到法院提起诉讼，哥哥就成了被告。

蔡德康和蔡德强到法院说明了情况，在法官的主持下，他们很快达成调解协议，房产归弟弟所有，弟弟承担减半收取的诉讼费。（文中人物均为化名）

### 债权人病逝继承人起诉债务人还款获支持

2014 年 8 月 19 日 光明网 岑闻战

本网讯（岑闻战） 近日，广西隆林各族自治县法院对一起民间借贷纠纷案作出判决，判决由被告杨海锋、周燕飞给付原告李秀荣、黄显婷借款本金 155000 元及给付利息（利息计算：自 2013 年 2 月 1 日起按中国人民银行同期流动资金贷款利率分段计付至本案生效判决规定的期限最后一日止）。

原告李秀荣、黄显婷与被告杨海锋、周燕飞民间借贷纠纷一案，法院于 2014 年 5 月 6 日受理。依法由审判员陈卫革适用简易程序于 2014 年 6 月 19 日公开开庭进行了审理。本案现已审理终结。

原告李秀荣、黄显婷诉称，被告杨海锋、周燕飞系夫妻关系，先后于 2009 年 8 月 16 日、2011 年 4 月 23 日和 2011 年 8 月 30 日分别向原告李秀荣之女、原告黄显婷之母吕燕（已病逝）借款 100000 元、40000 元、15000 元，共计 155000 元。经原告亲属吕燕催款，但被告分文未还。2012 年 6 月 24 日，原告的亲属吕燕不幸病逝，原告作为继承人又多次向被告要求还款，但被告均以无钱为由未履行还款义务。因此起诉至法院，请求判令被告向原告偿还借款 155000 元整，并判令被告自 2012 年 6 月 24 日按同期银行贷款利息 4 倍向原告支付利息，本案诉讼费用则由被告承担。

被告杨海锋、周燕飞承认原告在本案中所主张的借款 155000 元事实，当时被告因投资生意资金不足而向原告的亲属吕燕分三次借款，但经营失败而导致未能还款，经原告的亲属吕燕准许后才延期至今。对于原告要求按银行贷款利率的四倍支付利息，被告不认可，应按 2013 年初原告开始主张还款和给付利息的时间以正常银行同期同类

贷款利率计付利息。

隆林县人民法院认为，被告杨海锋、周燕飞承认原告李秀荣、黄显婷在本案中主张的借款 155000 元的事实，法院对于该债权债务关系予以确认。被告杨海锋、周燕飞系夫妻关系，因共同投资经营而向原告的亲属吕燕借款，属夫妻婚姻关系存续期间共同债务，依法应共同偿还。因吕燕离婚后病逝，原告李秀荣、黄显婷作为债权人吕燕的第一顺序继承人，依照《中华人民共和国继承法》第二条的规定，从吕燕病逝时开始继承该合法债权。至于利息问题，因借款当时尚未约定，但自 2013 年年初时继承人开始主张，被告亦予认可，故应扣除给对方必要的时间，以 2013 年 2 月 1 日起按中国人民银行同期流动资金贷款利率分段计付为宜。依照法律相关规定，该院遂作出上述判决。

债权人病逝继承人起诉债务人还款获支持

### 当年嫌麻烦未办房产继承公证 如今接连冒出一堆法定继承人，头大！

2014 年 8 月 21 日 扬子晚报

张阿姨今年 60 多岁，丈夫 10 年前去世了。张阿姨现在居住的房子，就是老伴李先生单位的，房产证上写的是李先生的名字。老人当时去世时没有留下遗嘱，张阿姨怕麻烦没有到公证处办理法定继承的相关手续，也没有到房产部门办理过户，结果给自己带来了不小的麻烦。

今年，张阿姨的孙子即将上小学，户口要迁入张阿姨的老房子，但是由于房产证上还是张阿姨老伴的名字。现在只能赶紧到公证处办理过户，结果到公证处一咨询，第一个麻烦来了。原来，李先生的母亲 2013 年才去世，这下张阿姨的房子办理过户就复杂了很多，因为必须要李先生的兄弟姐妹都同意。“我自己家的房子，为啥要兄弟姐妹都来办公证？”张阿姨问公证员。原来，张阿姨老伴去世后没有遗嘱，按照法定继承，老母亲也有房子的继承权，要享受一定份额。如果当时张阿姨让老人办一份放弃继承公证，就不会有麻烦了，但是她没有办理。按照相关法律，老人享受的房产份额，在去世后其他子女都是有继承权的，所以张阿姨要请来自己去世老伴的所有兄弟姐妹，并要求他们放弃继承，自己才能办理房屋过户。

听到这，张阿姨有些崩溃，因为她老伴李先生的三个兄弟都居住在外地，年纪最轻的也快七十岁了，根本不可能来到南京公证处配合办理。情绪激动的张阿姨在公证处大声嚷嚷起来，公证员好不容易安抚住张阿姨的情绪后表示，如果李先生的兄弟们都不能亲自来，那么在当地的公证处办理一份放弃继承遗产的声明公证书再邮寄到南京来也是可以的，不过李先生母亲的相关材料无论如何也是需要准备的。听到这里，张阿姨这才松了口气，离开了公证处。但是，就在张阿姨联系到老伴的兄弟姐妹，要求他们办理放弃继承遗产的声明时，又出事了。

原来李先生的大哥不久前也刚刚去世了，按照法定继承，他的那部分继承房产份额，他的配偶子女也有继承权。所以，现在不仅需要之前的全部材料，更需要准备李先生大哥的相关证明材料，并且需要李先生大哥的妻子和子女全部前来配合办理公证或者全部办理放弃继承李先生遗产的声明公证书再邮寄过来。张阿姨再度崩溃，她跟公证员表示，万一李先生大哥的妻子或者子女不愿意放弃继承李先生遗产的权利，难道自己夫妇俩一辈子辛辛苦苦得来的房子还要真给他们分走一部分吗？公证员反复给张阿姨解释相关法律法规，但是张阿姨始终不能够接受。无奈之下，公证员协助张阿姨联系上了李先生大哥的一家，多方协调之下，李先生大哥一家都同意放弃继承李先生的遗产，并配合办理了公证。

很快，张阿姨拿到了继承房产的公证书，也帮孙子报名上了小学，张阿姨特意来到南京公证处向公证员表示感谢，并且懊恼不已地说，早知道事情拖这么久会这么难办，她该早办公证。

公证员点评：

办理继承公证一定要趁早，否则以后麻烦多多。因为当被继承人的继承人去世以后，该继承人应当继承的遗产份额会由该继承人自己的继承人转继承，被继承人的继承人去世的越多，牵涉到的当事人就越多，继承公证就愈发地难以办理。当事人及早办理法定继承公证，不仅可以省很多事，更重要的是可以避免财产损失。

### 分居不离婚 遗产起争议

2014 年 08 月 22 日 北京晚报 杨昌平

本报讯（记者杨昌平）考虑到孩子的感情，一些夫妻在感情破裂后，签订《分居协议》，分居而不离婚。但是，在一方因故去世后，哪些财产算遗产，却会引发争议。近日，北京市三中院就审理了这样一起案件。

原标题：分居不离婚 遗产起争议

本报讯（记者杨昌平）考虑到孩子的感情，一些夫妻在感情破裂后，签订《分居协议》，分居而不离婚。但是，在一方因故去世后，哪些财产算遗产，却会引发争议。近日，北京市三中院就审理了这样一起案件。

这起案件中，唐某与妻子李某签订了一份《分居协议》。协议第一条即写明，双方感情已经破裂，为了不因家庭破裂而给孩子的成长造成影响，双方同意以分居不离婚的形式解决感情问题。在协议中，双方对共同财产作出分割，其中四套房子各得两套。此外，双方还约定，协议签订后，互不干涉感情生活。

然而，协议签订后，唐某因故去世，哪些财产算他的财产，就引发争议。唐某与前妻的孩子起诉李某。原告认为，《分居协议》应认定为离婚性质的协议，协议内容中确认感情破裂，并对财产进行了分割，完全符合离婚协议的所有要件。而婚内离婚协议是指婚姻关系存续期间，为解决婚姻问题而对包括财产和子女抚养作出约定，该协议因欠缺生效条件而不能生效。此外，原告认为，《分居协议》中约定归李某所有的财富中心的房屋，因没有变更房

屋权属变更，仍在唐某名下，因此应算作唐某的遗产。

李某则表示，财富中心的房产之所以未变更权属登记，是因为该房屋尚有贷款。李某认为，《分居协议》是夫妻双方真实意思表示，且不违反国家相关法律法规，应为有效。此外，《分居协议》并未约定房产必须过户，且该房产系夫妻婚内财产，按《婚姻法》相关规定，夫妻双方可约定归谁所有。

《分居协议》的约定能否决定房产归属？记者将继续关注此案的审理。 J161

## 女儿继母争房产父亲遗嘱竟没用 有效遗嘱才避免纠纷

2014年08月20日 当代生活报 王斯 路纳

### 核心提示

一份自书遗嘱，立遗嘱人写了遗嘱内容，却未签名，而是只盖了自己的印章。立遗嘱人过世后，继母和女儿为继承财产打起了官司。这份遗嘱能有效吗？8月18日，记者从南宁市江南区法院获悉，经鉴定虽然该份遗嘱确实是立遗嘱人的笔迹，但是印章却无法证实属于立遗嘱人，最终判定该份遗嘱无效。

### 父亲去世

#### 留下一份 未签名遗嘱

留下这份自书遗嘱的是70多岁的老李。30多年前，老李因妻子病故，又与陆某再婚。婚后，两人生育了小女儿阿欣，大女儿阿兰则是与第一任妻子所生。陆某与阿兰合不来，14岁开始，阿兰就与奶奶居住生活，一直到成年。

1995年，老李和陆某在江南区自建了一栋两层半楼房。阿兰说，到了2000年，父亲老李和陆某因为琐事经常争吵。老李身患多种疾病，经常住院，就靠阿兰悉心照顾。看到大女儿对自己照料有加，2007年，老李便自书遗嘱一份，指定由阿兰继承那栋自建楼房中属于他的份额。为了表示郑重，老李在遗嘱上盖上自己的印章。

2010年，已经74岁高龄的老李，无法继续忍受陆某的冷漠，向江南区法院起诉离婚，并要求分割该套房屋。在该案二审期间，老李因病抢救无效，于2012年4月死亡。

老李去世后，阿兰凭着父亲手书的这份遗嘱，搬到了属于父亲的那栋楼房居住。此时，陆某和阿欣不干了。他们对阿兰出示的遗嘱提出质疑。原来该遗嘱右下方“立嘱人”处，仅盖有“李某”字样印章，却无签名。

陆某认为该遗嘱是阿兰伪造的，2013年初，陆某将阿兰告上江南区法院。要求判定该遗嘱无效，重新分割遗产。该套房产应归她和阿欣所有，按照继承份额，她愿意支付给阿兰5.1万元的补偿款。

### 对簿公堂

#### 遗嘱是否有效 成为案件焦点

去年年底，江南区法院公开审理该案。法庭上，阿兰手中这份遗嘱，是否为老李本人所写，双方展开激辩。为了验证该遗嘱字迹的真实性，陆某和阿兰分别委托两所不同鉴定机构进行鉴定，两份鉴定结果竟截然相反。阿兰委托的鉴定机构认定，遗嘱为李某亲笔所写，而陆某委托的鉴定机构认定，遗嘱的笔迹非老李笔迹。而阿欣认为，遗嘱落款处没有老李签名，仅盖有老李私人印章，不足以证实遗嘱的真实性。

阿兰还向法院提出申请，对遗嘱字迹及老李个人私章印鉴重新进行鉴定。经法院委托重新鉴定，广西金桂司法鉴定中心认定：《遗嘱》上的字迹确为老李亲笔所写，落款处的印章与阿兰提供的“老李”私章印文也相一致，但与老李1991年签订的一份合同书中所盖的私章不一致。

对该份新鉴定，法院认为，新的鉴定意见是基于各方当事人质证后，共同选定的鉴定材料而作出的，具有更强的说服力和证明力，程序合法，因此鉴定结果予以采纳。法院认定《遗嘱》上字迹为老李所写。

根据《继承法》第17条第2款规定：“自书遗嘱由遗嘱人亲笔书写，签名，注明年、月、日。”该案中，老李虽然自书遗嘱全部内容，记明了年月日，但并未亲笔签名，仅在“立嘱人”处加盖印章。遗嘱人以印章、指印等符号代替签名的，不符合法律规定的自书遗嘱的形式要件，不发生自书遗嘱的法律效力，因此，该份遗嘱无效。

### 法官说法

#### 遗嘱有效才能避免纷争

法院认定，该套房屋属于老李和陆某的夫妻共同财产，房屋的一半份额归陆某所有。其余一半，再由陆某、阿欣、阿兰平分。房屋归陆某所有，陆某按照继承份额，应补偿给阿兰和阿欣5万元。陆某自愿补偿给阿兰5.1万元，法院准许。目前，该判决已经生效。

明明是立遗嘱人自书的遗嘱，就因为缺少了签名而无效。主审该案的法官告诉记者，很多人在立遗嘱时不够严谨，往往导致所立遗嘱无效。只有有效的遗嘱，才能避免纷争。

据该法官介绍，法定的遗嘱方式有口头遗嘱、自书遗嘱、录音遗嘱、代书遗嘱、公证遗嘱等5种。这些遗嘱中，公证遗嘱效力最高，但费用和局限性较大。口头遗嘱效力最低，只适用于病危、空难等危急时刻。

目前，自书遗嘱是最基本的遗嘱方式，只要遗嘱人亲笔书写、签名、注明年月日即生效力。隐秘性较强，没有费用，缺点是在没有其他生前笔迹对照时，难以排除真实性的怀疑。

录音遗嘱类似于代书遗嘱，都是见证人在场参与制作遗嘱，并加以证实。过程较为公开，需注意见证人应与遗产无关联，年纪不宜过大，且要有两个以上见证人在场见证。

代书遗嘱应当：有两个以上见证人在场见证，由其中一人代书，注明年、月、日，并由代书人、其他见证人和



遗嘱人签名。

这些遗嘱均根据时间先后来确定最终效力。(王斯 路纳)

## 老人去世2年分配房产遗嘱仍引家庭“内战”(图)

2014年8月19日 福州晚报 刘栋宾



主持人：本报记者、二级婚姻家庭咨询师刘栋宾 调解员：心理咨询师蓝奥 调解对象：陈某弟、大女儿翁某玉、小女儿翁某珠、大儿媳陈某珍、小儿子翁某、孙子翁某清

如今，越来越多的老人临终前写下遗嘱，安排后事。一是安排自己未能完成的事让子女完成；二是分配财产，让后辈们不会闹矛盾。这一传统延续了数代人，可如今如果涉及到房产继承问题，则需要在老人去世后变更产权人，如果子女因分割不均闹起矛盾，这继承就有了很大的麻烦。

近日，家住台江区的翁某清求助称，他家遇到了这样一件事：他爷爷去世前，写了遗嘱分配一套房产，他爷爷去世后，几个子女不和，对房产分割提出质疑。翁某清十分担心他爷爷的遗愿不能实现。经调解，他们一家人终于找到了解决问题的办法。

### 老人遗嘱惹纷争

翁某清说，他爷爷生有两男两女，其父亲是长子。爷爷于2012年5月去世，生前留有一份遗嘱，将生前所住的一套64平方米的拆迁安置房留给翁某清，让他拿出十几万元出来给两个姑姑和一个叔叔分，两个姑姑少分一点，叔叔多分一点。遗嘱上没有说清楚折价后的房产价格以及子女分配的份额。

翁某清说，现在他叔叔不同意按照爷爷的遗嘱分配房产，想尽可能多分些钱。翁某清本人希望按爷爷的遗愿办理，但是叔叔和姑姑不同意。对遗产的分割，由于奶奶没有文化，不懂怎么操作，没有能力做主。

### 调解现场各执一词

调解现场，大女儿翁某玉说，这套房子是1997年的拆迁房，加上杂物间，面积有70多平方米。当时4个子女各出了5000元钱给父母买的，一直是两个老人在住。翁某玉说，父亲是家长，在去世前立遗嘱对这套房产进行了分配，母亲不会写字，父亲一人签了夫妻俩的名字。遗嘱称，房产给大儿子或大孙子，即翁某清父子。4个子女均对老人有赡养职责，如果家庭发生重大变故，将该房产用于开支。翁某玉和翁某珠均表示同意老人的遗嘱关于房产的分配。

翁某珠说，她和姐姐的份额给谁都一样，关键是大家要心平气和地坐下来商量。可是小儿子翁某一直不同意老人遗嘱的安排，也不坐下来商量。陈某弟思维意识清楚，可是年老没文化，主持不了这样的家庭大事，一听说小儿子反对就一把鼻涕一把泪。

老人去世已两年，为何一直未处理遗嘱事宜？大儿媳陈某珍说，她丈夫生病了，最近儿子准备生二胎，所以家庭压力很大，尤其是住宿问题。他们就想拖了很久的事该解决了。

小儿子翁某表示，家里就两个男丁，老人怎么立遗嘱他都不管，总之遗产他要和哥哥一人分一半。两姐妹认为，房产她们也有份。陈某弟说，丈夫死了，她也有份额，不是儿子想怎么分就怎么分。翁某说，有份额也不能多分。他表示，房子按照市场价算一下，两个姐妹开个价，总之只能拿一些钱意思下，剩下的大头还是他和哥哥对半分。

调解现场，翁某说：“你们都合计好了才让我来，不是就想多分点，欺负我吗？”翁某这一句话顿时激怒了老太太，被骂了一通。翁某珠说，母亲天天睡不着吃不下，就是怕家里人因为房子闹不和，做为儿子只管分钱，还要分大头，一点都不讲人情世故，也不顾及母亲的身体和感受。

“叫我来商量的是你们，我来了你们就只会骂我。反正我就是想要一半，不然两家人一起搬进来住。”翁某甩下一句话就走了。走司法程序解决问题

调解员说，老人生前留有遗嘱是好事，能避免后代闹矛盾，但如果遗嘱没写清楚也会留下后患。翁某清爷爷的遗嘱，写得很清楚房产给谁，怎么补偿。老人遗嘱后面的落款虽是两人，但由其一人执笔，从家庭角度来说，家长可以决定家里的一切事务，但从法律角度来说，老人只对自己的那一半房产进行了分配安排，而属于老太太的那一半还是个未知数。

调解员认为，处理这件事需要分两步走，一是将老人的遗愿落实，确保无争议；二是老太太的分配意愿也需要自己决定，办好手续。

调解员了解到房产证只有翁某清爷爷一个人的名字，由于小儿子还有争议，手续不齐，不能直接到房地产交易登记中心过户。因此，可以由当事人中任何一方向法院起诉，要求分割财产。两个女儿的份额，如果她们放弃，接

受继承分割的就是两个儿子。当然，她们也可以先拿到自己的份额再以赠予的形式处理，这样目的性就更强。拿到法院的判决书后，当事人即可向房地产交易登记中心申请过户。

陈某弟独居已两年，一直过着拿低保的生活，调解员表示帮助老人申请法律援助，帮助老人如愿处理好家庭纠纷。

□版主手记

遗嘱公证可少纠纷

立遗嘱，是越来越多老年人的做法，主要是老人用以安排后事。从近年来多发的继承案看，遗嘱分配房产不少闹了矛盾，甚至不能予以继承分割，老人们的遗愿最后落了空。

如何让老人的遗嘱有效，我们认为有两种办法：

一是老人生前安排好财产分配方案，相关当事人拿着身份证、遗嘱、房产证前往当地公证处，办理遗嘱公证。多份公证以最后一份为准。当老人去世后，子孙们可以拿着公证书前往房地产交易登记中心办理房产过户手续，完成继承分割。如果老人身体不好不能前往公证处的，可以按规定申请上门办理。

二是老人已经去世了，留下的遗嘱如果要继续生效，相关当事人只能向当地人民法院提起诉讼，请求分割财产。拿到法院的判决书，当事人即可前往房地产交易登记中心办理房产过户手续。

亲人起诉亲人，兄弟姐妹对簿公堂，显得少了一份人情味。因此，能在生前自行前往公证处办理公证的老人们，尽量提早办好遗嘱公证，以免子孙们闹矛盾。（记者 刘栋宾 文/摄）

### 父病遗嘱反复致子女反目 儿独吞遗产未果状告十亲人

2014年08月13日 中国新闻网 凌越

儿子在老父亲病重时支付了3万元医疗费，让卧病在床的老人照抄事先写好的遗嘱，欲独吞遗产。孰料老人病情好转后，觉得对不起其他儿孙，遂废旧立新，引发子女反目。老人病逝后，儿子将10位亲人告上法庭，只为分摊亡父3万元医疗费。广州市番禺区法院一审判决原告败诉。日前，广州中院二审维持原判。

父病遗嘱反复子女反目

家住番禺的王老伯(化名)年过七旬，2009年9月12日至2010年10月1日期间，因病先后到番禺多家医院治疗，花去医疗费49399.69元，其中“个人缴费金额”32117.72元，其余属于“医保/公医记账金额”部分。王老伯五个子女中三个虽已过世，但均已成家生子。患病期间，其医疗费主要由小儿子王斌(化名)支付。

2010年10月2日，王老伯病逝。此前，他曾先后立下两份内容矛盾的遗嘱，这也成为了继承人之间争夺遗产的导火线。

第一份遗嘱立于2010年5月26日，记载“惟小儿子王斌十年如一日照料我的生活起居，支付医药费，对我孝义有加、关怀备至，因而我现有的个人财产全部遗留给王斌。”

2010年7月15日，王老伯出具《废除遗书声明》，称第一份遗嘱小儿子王斌提前写好让他照抄的，后病好转清醒，觉得对不起其他儿孙，于是作出作废声明。当日，王老伯立下了第二份遗嘱，据此，他的几个子女及其家人分别能分到房产、农村股权等遗产。

为分摊费用再度对簿公堂

王老伯病逝后，小儿子王斌将大姐、嫂子、舅子等几家共10人告上法庭。经一审、二审，法院最终采信了王老伯第二次立下的遗嘱，判决王斌败诉。

然而，王斌此后又因3万元医疗费，再次将上述10名亲人诉至法院。王斌认为，其代垫的医疗费属被继承人王老伯的生前债务，各继承人应共同分担，诉请法院判令10被告共同返还医疗费32117.72元中应分担的29198.72元，并承担诉讼费。

被告共同辩称，王斌管理着王老伯的生前存款、各被告支付的赡养费、亲朋探病金及死后帛金，其持有王老伯的医疗费发票，不能证实全部医疗费就是由其支付。此外，各被告在王老伯每次住院时均支付了部分医疗费及护工费，已经履行了赡养义务。

原告无权要求被告分摊

法院认为，原告虽持有医疗费票据原件，但并不足以证实他就是实际支付人。经查，原告的银行转账金额仅7000余元，与3万元的医疗费相差甚远。2010年5月，王老伯的存款曾被人支取1.4万元，与当月的医疗票据金额一致。患病期间，被告至少支付了1万元生活费给王老伯，也可用于支付医疗费。

法院还指出，即使原告支付了王老伯的全部医疗费，也无权要求其他继承人返还。因为赡养年老父母是子女的法定义务，支付医疗费仅是其中的一部分。赡养人不履行该义务的，年老父母有权追索赡养费，但已履行赡养义务的子女无权向其他赡养人追索赡养费或要求按比例返还。原告主张其支付的医疗费是王老伯生前债务，要求各被告共同返还医疗费32117.72元中应分担的29198.72元，无事实和法律依据，法院不予支持，遂驳回原告的诉讼请求。

（羊城晚报记者 凌越 通讯员 夏瑶瑶）

### 取不出父亲生前存款怒告银行

2014年8月26日 金陵晚报 胡睿

父亲遭遇车祸不幸身亡，儿子拿其生前的存单前去银行取钱却遭到拒绝，儿子无奈之下状告银行。

父亲生前存款取不出

2009年5月，杨某的父亲驾驶摩托车与汽车发生碰撞，后经医院抢救无效死亡。杨某在整理父亲遗物时，发现父亲生前在句容某银行有两张共计15000元的存单。

杨某便拿着存单到银行提取现金，不料银行以非本人为由拒绝了杨某的请求。几番交涉无果，2014年3月，杨某向法院起诉，要求确认享有父亲在银行处存款15000元的所有权，并请求支取。近日，句容法院审理了这起案件。法院判决获得存款所有权

庭审中，句容某银行辩称自己不能确定杨某为存单所有人和唯一继承人，如果法庭能确认杨某为存单所有人和唯一继承人，银行可以对其支付1.5万元的存款本息，否则请求法庭驳回杨某的诉讼请求。

承办法官依法调取了杨某及其父亲的户籍档案、派出所的证明文件等材料，证明杨某是其父亲唯一的继承人。最终，法院依法判决杨某享有其父亲生前在句容某银行存款15000元及利息的所有权。

银行：“两证”必须有一个

那么，如果遇到在家人去世后，想要继承其名下存款的情况，是否一定要通过法院审理判决呢？近日，记者就此事咨询了中国银行镇江分行的对私团队主管王鸿。

王鸿表示，如果银行已在知晓账户人离世的情况下，账户人的继承人需支取账户人存款的话，需要通过公证机构出具公证书，或是通过法院判决来办理领取手续。

“根据《储蓄管理条例》规定，合法继承人要就本人的身份和是否有权提取该存款进行证明，这就要到当地的公证处申请办理继承公证书。”但是，如果该存款的多个继承人之间因为继承问题发生了争执，并诉由法院判决的话，该判决书也是可以用来证明并提款的。

公证处：遗嘱公证呈年轻化

在镇江市公证处，副主任张晓淑告诉记者，遗产的继承公证是对遗产确权的过程，“在确认存款人的死亡事实和申请人为合法继承人的身份之后，我们出具一份《存款查询函》，申请人拿调查函去银行后，便可以查到存款人名下的存款清单。

公证处在拿到该清单以后，会再详细地核实所有法定继承人的相关情况，并要求所有法定继承人到场，“法定继承人不论是愿意继承还是放弃自己的继承权都需要进行表态签字。”公证处会根据所有合法继承人的个人意志来出具公证书。

张晓淑说：“很多人为了避免遇到类似杨先生这样的事情，提前进行遗嘱公证，而且近年来，遗嘱公证呈现出比较明显的年轻化趋势。”

令她印象较为深刻的是，有一个年轻小伙子也前来办理，“他是我见过最年轻的，才二十几岁吧。这也说明了现在年轻人对于维护自己合法权利的意识在逐渐加强。”

（原标题：取不出父亲生前存款怒告银行）

### 存款人去世，继承人怎样拿到钱？

2014年8月26日 京江晚报 陈路

本报讯父亲离世后留下存单，儿子杨某拿着存单去银行取钱时遭拒，多次交涉无果后杨某将银行告上法庭，要求确认对存单的所有权。本报昨天报道了句容法院审理的这起案件，最终法院判决支持了杨某的诉求。如今，过世留下存款在现实生活中并不鲜见，那么是不是发生类似情况，继承人都要走起诉这一途径，才能维护自己的合法权益呢？昨天，记者去镇江市公证处及银行进行采访。

在市公证处，副主任、公证员张晓淑告诉记者，合法继承人如遇到与杨某类似的情况，去银行取款遭拒时，可以带齐公证机构所需要的证明或材料，到当地公证处进行遗产继承公证，再凭公证书去银行办理支取手续。

张晓淑说，公证是对遗产确权的过程，“在确认存款人的死亡事实和申请人为合法继承人的身份之后，我们会出具一份《存款查询函》。”申请人拿着函去银行后，便可以查到存款人名下的款项清单。

接下来，公证处会再详细地核实所有法定继承人的相关情况，并要求所有法定继承人到场，“法定继承人不论是愿意继承，还是放弃自己的继承权，都需要签字表态。如果有继承人在外地，需要给出相应的‘声明’。”

此后，公证处会根据所有合法继承人的个人意志来出具公证书。

市公证处（不包括区、县公证机构）每年受理的遗产继承公证有六七百件，其中房产公证占据了大多数，而类似杨某这样的情况并不多见。

有了公证书，继承人是不是就可以到银行办理支取手续了？中国银行镇江分行的对私团队负责人王先生给出了肯定的回答，同时，法院判决也能起到相同的作用。

王先生说，银行在知晓账户人已过世的情况下，会要求继承人办理公证等手续，来支取或过户账户人的财产。因此，继承人在办理公证、支取等手续前，一定要保存好证明材料，如死亡证明等。

（陈路）

### 女子取丈夫生前所购国债遭拒

2014年8月27日 半岛晨报 张洪骏

家人过世后，银行存款怎么取？日前，孙女士因为无法取出过世丈夫存入的国债，而将银行告上了法庭。由于孙女士及其家人开具了一系列证明，证明她和女儿是合法继承人，法院判决银行支付本金及相应的利息。

案例：丈夫去世国债取不出来

2004年8月，孙女士的丈夫在本市一家银行购买了7000元的国债，期限为5年。2006年5月，孙女士的丈夫因公牺牲。

2009年8月，这笔国债到期。孙女士本以为可以顺理成章地取出这笔钱，却没想到在银行那吃了“闭门羹”。银行表示，对于孙女士丈夫购买国债的行为没有异议，但是按国债发行管理规定和中国人民银行管理规定，应由购买人亲自支取。当存款人死亡时应由其财产继承人支取，银行没有看到确定的继承人证明，则无法支付。

多次沟通无果后，孙女士和女儿作为原告将银行告上了法庭，要求银行按规定支付国债款7000元及利息1050元。今年6月23日，沙河口区法院受理了此案，并在7月22日对此案进行了公开开庭审理。

举证：家人放弃遗产继承权

孙女士的丈夫已经过世，这7000元国债及其利息孙女士及其女儿是否能够拥有，就变得较为复杂，涉及到遗产继承权的问题。为了举证，孙女士几经周折，准备了一系列材料，包括结婚证、独生子女证、国债收款凭证等，尤其包括一份家人放弃这份遗产继承权的声明。

法院审理查明，孙女士丈夫购买的7000元国债为夫妻共同财产。孙女士的丈夫在2006年5月去世，该国债一半应为孙女士所有，另一半则为孙女士丈夫的遗产，应由其配偶、子女、父母继承。

而孙女士提供的证明表明，其丈夫的父母也相继去世，这样的话，另一半的遗产份额应由其丈夫父母的子女继承。今年7月10日，孙女士丈夫的兄弟姐妹声明，表示放弃对这份遗产的继承权，该份遗产继承权同意归孙女士及其女儿所有。

根据上述一系列证明，法院最终判决，案涉7000元国债，3500元为原告孙女士所有，另3500元为遗产，孙女士和其女儿是其合法继承人，应由二人继承，银行须支付孙女士及其女儿国债7000元及利息1050元。

说法：取过世家人存款须出示证明

7000元本金、1050元利息，孙女士和女儿取得好辛苦。去银行取已过世家人的钱，是不是都有这些要求呢？记者走访了市内多家银行，工作人员都表示，如果存款人已过世，尤其是有的人在过世时没有留下存单密码，按照相关规定，存款人死亡后，继承人要支取存款，必须向银行出具自己享有继承权的有效证明。

据了解，继承证明书必须通过公证处办理，如果几名合法继承人对逝者的存款分割没有争议或者只有一名继承人，则继承人持逝者的存单、身份证明、死亡证明等相关材料，到当地公证处申请办理继承证明书。凭这样的继承证明书，才可到银行办理逝者的存款支取或过户手续。

一位银行工作人员表示，这也是按照规定来做的，“因为银行不能确定取款人是唯一继承人，如果擅自把钱取出，其他继承人再来取钱，就会产生纠纷。”一位业内资深律师表示，银行的做法是可以理解的，“在没有遗嘱的情况下，存款作为遗产，银行不能擅自把它支取给任一继承人，必须看到具有法律效力的遗产分配情况证明后，继承人才能支取这些存款。”

延伸

老人该不该向子女交代持卡密码？

老人突发意外，导致失语等严重疾病的情况并不少见。老人失语后，家人最着急的事，除了给老人治病外，就是帮老人操办银行卡业务了。但是，一些老人送到医院后被诊断为突发脑梗塞或老年痴呆症等疾病，身体每况愈下，别说记起银行卡密码，就连自己老伴、子女都认不出来。

现在的老人其实有不少密码，例如股票账户资金密码、养老金账户密码、银行卡密码等等。这些密码都很重要，这些数字如果记不起来了，那就真的成了密码，很难解开。专家称，家里的老人上了一定的年纪后，子女可以建议老人公开这些账户的密码。可以实行卡和密码分开的管理形式。

例如，老人可以召开子女家庭会议，以会议纪要的方式让子女记下密码，约定老人患重大疾病的情况下，子女可以凭老人的卡和密码到银行等单位提取资金。这既保护了老人健康时的权益，也避免发生“老人失语”或者突然撒手人寰等造成的一系列问题。（本报综合）

极端案例

取钱仅限于本人中风老汉死在银行

2013年，广东高州市一老人由于中风无法行动，他儿子代为到高州农信社大路坡分社取钱，信用社说身份证不对，令其到村镇开证明。证明拿来了，信用社又说要老人亲自来，家属就将病重的老人拉到信用社，可是工作人员还是不给。僵持之下，老人死了。（本报综合）

提醒

部分银行业务须本人办理

除了过世家人的存款处理方式外，近年来，国内还有一些银行出现老人被“120”抬进银行办理业务的情况。到底哪些情况，银行要求必须本人到场办理呢？哪些可以由他人代办？

这些业务须本人办理

●账户信息查询修改、挂失后续事项和签约类业务等均需要本人办理，不可代办。

●如果是忘记密码需重置密码，必须由本人亲自办理。

●如果银行卡丢失需要挂失，那么不论是口头挂失还是书面挂失，都可以由他人代办。但对于挂失的后续事项，如补卡、撤销挂失等，则必须本人办理，不能代办。

●账户签约类项目因必须签约开通网上银行、手机银行等，也都必须由本人办理，不能代办。

这些业务可由他人代办

●市民日常生活中最常用的存款和取款等业务均可以由他人代办。

●由他人代办业务，代办人需出示本人及委托人双方的有效身份证件。

(文中人物均为化名)半岛晨报、海力网记者齐芳芳(报料人:李先生;线索费:80元)本报有奖报料热线 82488888

晨报观点

好规定需要更好的执行

老章最近很郁闷。

因为儿子在大连工作，退休后老章就和老伴一起移居大连。滨海临山，气候宜人，物价虽然高一点，但养老金也足够使用。就是每次去银行取养老金都得交上几十块钱，让一直勤俭的老章耿耿于怀。

7月底的一则消息让老章很高兴：养老金异地取现有新规，大连5家银行下月起“免收手续费”。

老章兴冲冲地赶去银行，却被当头浇了一盆凉水。原因并不复杂：银行免收手续费只针对那些标注“养老保险”的存折，而老章的养老金存折上标注的是“退休工资”。

把银行的值班经理都叫了出来，依旧没辙：虽然银行承认养老保险、养老金、退休金、退休工资这些概念没有什么区别，但银行的规定只认“养老保险”。

于是，一直到现在，老章还在到处打听：同样是异地领取养老金，为什么我还得继续交手续费？

老章只是众多无法享受养老金异地领取优惠政策的老人中的一员，他也是众多在银行这个强大金融机构面前感觉无力的众多客户中的一员，就像因为丈夫去世、而无法从银行中取出7000元国债的孙女士。

同样因为银行规定，孙女士为了保证自己的利益，将银行告上法庭。

银行的规定有其合理性，但是面对具体问题时，又难免暴露其局限性。在银行面前，孙女士无疑是弱势群体。

如果银行能够更多地为孙女士考虑，除了法庭，这件事就没有更好的解决途径了吗？

就像养老金异地取现免收手续费的新规定，初衷自然是好的，但是具体执行的时候，是否真正能让这一惠及退休老人的政策“落地”呢？

据说上海某银行已经做出改变：如果核实发放的确实是养老金后，可以将收取的手续费返还，同时在系统中加注异地养老金标识，今后不会再收。

本报评论员张洪骏（来源：半岛晨报）

## 二打官司 三兄弟争四房

### 32年前分家契约真假存疑 父母离世后对簿公堂

2014年8月28日 北京晨报 何欣

杜某夫妇生前的一处农村宅基地房产十余间，拆迁后分得四套楼房和150万元拆迁款，两位老人去世后，三个儿子就上述房产及拆迁款的分配产生异议。一审法院根据次子杜先生提交的一份32年前签订的分家协议，将四套楼房判决归其所有。杜家长子和三子不服判决，提出上诉，市一中院昨日开庭审理了这起析产纠纷案件。

讲述 老二称签过《分家契约》

此前，次子杜先生向法院诉称，早在1982年，父母便同包括其在内的三兄弟签订了一份《分家契约》，其中明确约定：“南院宅基归长子所有；西院宅基及房屋归次子所有，但要允许父母住到老；老宅北屋三间归三子所有。由次子给三子500元并于1982年底交齐。”此后全家一直依照协议执行，并未发生过争议。2005年1月底，杜先生还对属于其西院的宅基地进行翻建，费用及施工材料全部由其承担。

2011年10月，海淀区苏家坨镇前沙涧村开始对房屋进行腾退。当时母亲马女士委托次子全权处理腾退事宜，而其认为母亲既然健在，自己当年也在《分家契约》中承诺允许父母住到老，因此其仍以母亲的名义签署了腾退协议。而在此后不久，母亲马某便因病去世。

一审 判决四套房由老二居住使用

2013年9月19日，杜先生在领取安置房钥匙时，却遭村委会拒绝，理由是其哥哥和弟弟对该房屋提出争议。因协商无果，杜先生只得将手足起诉至法院，要求法院按照当年《分家契约》中的约定，判决西院房屋拆迁安置的四套房屋归自己所有。

一审过程中，杜先生将当年的《分家契约》作为证据提交，同时还提供了一份录音资料作为佐证。而杜先生的两个兄弟则不认可这份《分家契约》，认为始终没分家，杜先生只是受母亲委托签订的搬迁腾退补偿协议，因此该房屋应该仍由兄弟三人共同拥有。

一审法院审理后认为，诉讼中，长子曾认可上述分家契约上“杜某”的签字为其所签，虽后来其又以记不清了为由予以否认，但其并未提交充足的相反证据，结合1982年的情况，分家契约采用复写件的形式，并不违反常理。据此，法院采信了这份《分家契约》，并最终判决四套安置房由次子杜先生居住使用，待可办理房屋产权登记手续时，长子、三子需协助将上述房屋的产权办理至次子名下。判决作出后，兄弟二人不服，提出上诉。

二审 两人承认赡养父母主要是老二

昨天上午，一中院开庭审理了这起案件。庭审时，兄弟三人悉数到场，但却分坐法庭的两端。

作为上诉人，杜家老大和老三要求法院撤销一审判决。其上诉理由是，在一审中，杜家老二只向法院提供了所谓的《分家契约》的复写件，而其两兄弟均否认曾签署过上述《分家契约》，经一审法院鉴定后，鉴定机关因提供的材料时间相隔较长，以样本质量数量均不满足鉴定条件为由，将该鉴定退回。

庭审中，兄弟三人各不相让。老大和老三承认老二对父母尽了主要赡养义务，但又表示，拆迁协议是老二替母亲签的，因此争议的四套安置房应该还是归母亲所有，且现在母亲已经去世，因此应作为遗产被分割。

而杜先生则指出，哥哥和弟弟心里其实对分家事宜以及契约的真实性心知肚明，并再次强调，自己当年以母亲的名义签署腾退协议是为了让老人安心居住，没想到会给自己惹来这么多麻烦，请求法院维持原判。

兄弟三人均表示同意调解，但当庭未能达成一致，三人同意各自回家考虑后再做协商，法院当日也未做出判决。  
晨报记者 何欣

### 娄师白两遗产案终审落判

2014年8月25日 法制晚报 王晓飞



娄师白的大儿子娄述德在法庭上陈述 资料图摄/法制晚报记者 王晓飞

法制晚报讯（记者 王晓飞）齐白石的弟子、著名国画大师娄师白的遗产案再有新进展，今天上午记者获悉，因娄师白的遗孀王立坤起诉娄师白的长子娄述德索要房产折价款一案，三中院最终认定娄述德已实际支付购房款，终审判决驳回王立坤的诉讼请求。

此前，王立坤及其亲生子曾起诉娄述德，要求分割娄师白名下的三套房产、书画作品、印章、藏书等遗产，法院最终判决王立坤需给付娄述德房屋拆迁款等136万余元，至此，娄师白遗产案已全部落幕。

《法制晚报》记者盘点多位大师身后事，发现没有遗嘱或者遗嘱未被家庭成员认可可是遗产争夺战的主要原因。

律师表示，大师遗产中多涉及书画、古籍甚至文物等，评估作价都比较困难，而且大师的遗产案中，多涉及继母与继子女等纠纷，让遗产争夺更加复杂。

遗产诉讼

遗孀告继子 要求分割娄师白遗产

2010年12月13日娄师白辞世，因其未留下遗嘱，其遗产中的三套房产、书画作品、印章、藏书、家具及抚恤金等在其家人进行分割时发生争议。此后，娄师白90多岁的遗孀王立坤与其亲生子娄述泽将娄师白的长子娄述德告上法庭，要求分割该笔遗产。

庭审中，双方争议焦点在北苑5号院的房产上。

据娄述德称，根据娄师白的申请，该处房产于1997年建成艺术馆。关于该馆的建设资金，当时向建设单位汇款的为北京师白艺术研究会，但是王立坤主张，资金来源是夫妻二人出售画作所得，并为此提交了日记、证人证言等。该房屋于1999年登记在娄师白个人名下。

2011年12月，该房屋因西城区旧城保护定向安置房项目用地拆迁，王立坤取得了房屋拆迁款853万余元。因房屋已经灭失，娄述德要求分割房屋拆迁款。

终审判决：原告给付被告137万

一审法院审理认为，因娄师白无遗嘱，案件按照法定继承办理。北苑5号院房屋及4.6万余元存款，法院认定为娄师白、王立坤夫妻共同财产，其中2/3份额归王立坤，娄述德、娄述泽各享有1/6份额。

鉴于拆迁款中有36.6万余元系针对拆迁时居住人的补偿，法院将该部分判归王立坤所有，其余拆迁款和银行存款按照上述比例进行了分割。经计算，王立坤需给付娄述德房屋拆迁款136万余元、银行存款7785元。

而位于白塔寺和北苑家园清友园的两套房屋，因王立坤、娄述德明确表示放弃继承，房屋由娄述德继承，当事人已经进行公证，且房屋均已过户至娄述德名下，法院认为双方如有争议，应另行诉讼解决，故未予处理。

一审法院认为，王立坤、娄述泽与娄述德双方指称对方持有的画作等，因无法查知下落，确定性和范围均存有疑义，法院未作处理。

同时法院指出，如当事人查知下落后，可另行主张。

关于娄述德的女儿娄明取走的丈八荷花画作，法院认为娄师白生前未进行赠予，故判令娄明将该画交付给王立坤。一审法院判决后，娄述德及娄明当即上诉。

二审法院经审理后认为，丈八荷花画作不属于娄师白遗产，撤销一审法院判决该画作归王立坤所有的判决。对于其他一审判决，法院予以支持。

再提诉讼

起诉继子 要求给付房款

随后，王立坤对娄述德再次提起诉讼，要求娄述德给付购买清友园房产的部分购房款。

王立坤称，娄师白过世后，她和娄述泽与娄述德达成协议，王立坤、娄述泽放弃该房产的继承权，娄述德以34万元的价格购买属于王立坤部分的产权。

她表示，但房屋过户后，娄述德一直未实际支付钱款，因此起诉至法院。

庭审中，娄述德认为房屋钱款已经实际交付，并提交了房屋购买完税发票等。

终审判决：房款已付驳回诉讼

一审法院审理认为，王立坤将清友园中的房产份额出售给娄述德，现该房已过户至娄述德名下，娄述德提交的购房发票，经法院向地税局核实，开具发票的依据是双方网签合同，而税务机关不具体审查是否实际进行资金划转。

因此法院认为该发票不能认定娄述德已支付王立坤购房款，一审判令娄述德向王立坤支付34万元购房款。

随后，娄述德上诉，三中院审理认为，双方提供的存量房买卖合同、房屋所有权变更登记书、存量房交易结算资金自行划转声明以及税务机关开具的统一发票，均能证明王立坤、娄述德的房屋买卖合同已经履行完毕。

三中院认为，原审法院忽略了税务机关出具的税费发票及其证明目的。因此，撤销原审法院判决，终审驳回王立坤的诉讼请求。

娄述德上午告诉《法制晚报》记者，目前王立坤一方已经将第一起诉讼法院判决的房屋钱款等137万余元交付给了自己。

至此，娄师白遗产案落下帷幕。

专家说法

生前作品众多 遗产范围难界定

中国人民大学法学院副教授、中国法学会婚姻家庭法学研究会常务理事孙若军分析，大师身后遗产纠纷案件，从目前来看主要问题集中在遗产范围较难界定，“诉争的书画等作品，到底属于继承问题还是赠予问题。”

在大师生前留下众多字画等作品，且时有赠予朋友的情况下，如果赠予时没人在场，但是继承人又知道这幅作品属于大师，可能会引起纠纷。“像一些国画大师，在画作落款字句中表明赠予意向的，在遇到此类问题时就不会引起纷争。”

“像娄师白遗产案中，丈八荷花画作是娄师白先生生前赠予孙女娄明的，应当属于赠予行为，但继承人王立坤等人起诉要求归还丈八荷花画作，认为是遗产。按照法律规定，赠予关系的表现方式就是实际交付，这个作品大师生前就在我手中，就能证明是赠予，偷抢等非法方式除外。”孙若军说。

未立遗嘱 家庭关系复杂致纠纷多

孙若军称，大师生前没有立遗嘱也是遗产继承纷争的重点，在遗产继承案件中，由于大师的家庭情况和关系复杂，从案例中即可看出，继承人多有继子女和继母的情形，在遗产分割及所占份额时，多会发生纠纷。

孙若军建议，大师生前应当就自己作品及财产尽早订立遗嘱，并委托遗嘱执行人较为妥当。孙若军称，遗嘱执行人可使立遗嘱人的遗嘱依法得以完全实现，同时可以使遗产的分割得以顺利进行，避免纷争。

根据《继承法》的相关规定，立遗嘱人可以指定遗嘱执行人。遗嘱执行人如为法定继承人，则该继承人不得拒绝，且遗嘱执行人必须是有完全民事行为能力人。

孙若军称，除遗嘱中另有特别规定外，遗嘱执行人可执行查明遗嘱是否合法真实；清理遗产；管理遗产；诉讼代理；召集全体遗嘱继承人和受遗赠人，公开遗嘱内容；按照遗嘱内容将遗产最终转移给遗嘱继承人和受遗赠人；排除各种执行遗嘱的妨碍等权利，能够避免老人过世后因遗产而引起的纷争。

### 母女俩遭遇离奇车祸身亡 家属3年后获赔保险金

2014年08月25日 红网 刘志杰

天心区法院查明，向爹爹的女儿向青与外孙因同一起交通事故死亡，根据法律规定，“受益人与被保险人在同一事件中死亡，且不能确定死亡先后顺序的，推定受益人死亡在先”，法院推定向青死亡在先，保险金作为小宁的遗产处理。

原标题：母女俩遭遇离奇车祸身亡 家属3年后获赔保险金

红网长沙8月25日讯（滚动新闻记者 刘志杰 通讯员 彭星 实习生 徐振天）2010年11月24日，一辆丰田小

车冲破长沙银盆岭大桥护栏坠入江中。这起轰动一时的小车坠江事件，让向爹爹失去了女儿向青和外孙小宁。向青生前给小宁买了两份保险，指定身故保险金受益人为向青自己。由于向青已亡故，向爹爹在找保险公司要保险金时，保险公司认为保险金应作为小宁的遗产处理，向爹爹作为第二顺序继承人——没有提供证据证明第一顺序继承人放弃继承权。

向爹爹只好向法院起诉，请求赔付保险金。近日，天心区法院对这起案件进行宣判，一审判决中国平安人寿保险股份有限公司向向爹爹支付保险金 10.2 万元。

向爹爹说，在为亲人处理后事时，发现女儿作为投保人给外孙买了两份保险，指定受益人均为女儿。向爹爹认为，女儿已经不在了，根据保险合同，保险公司应该向他支付保险金。然而保险公司一直拒付，向爹爹只好向法院起诉。

天心区法院查明，向爹爹的女儿向青与外孙因同一起交通事故死亡，根据法律规定，“受益人与被保险人在同一事件中死亡，且不能确定死亡先后顺序的，推定受益人死亡在先”，法院推定向青死亡在先，保险金作为小宁的遗产处理。

法庭上，保险公司辩称，向爹爹是小宁的第二顺序继承人，在未提供有效证据证明第一顺序继承人——即小宁的父亲全部放弃或丧失继承权或不存在的条件下，向爹爹无权要求保险公司支付保险金。

法院调查发现，小宁为母亲非婚生育，《出生医学证明》上登记的父亲信息是假的，公民信息数据库中检索不到其父信息。在小宁的户口本上，也没有其父亲的相关信息。由于小宁没有立遗嘱，因此依照法定继承来确定其继承人。小宁母亲已过世，其父亲作为第一顺序继承人但无法确定，则转为第二顺序继承，小宁没有兄弟姐妹，祖父母无法核查，外祖母已经过世，则其外祖父向爹爹作为其继承人继承其遗产。（文中当事人均为化名）

#### 受益人身亡保险金如何处理

法官介绍，《中华人民共和国保险法》第四十二条规定，被保险人死亡后，有下列情形之一的，保险金作为被保险人的遗产，由保险人依照《继承法》的规定履行给付保险金的义务：（一）没有指定受益人，或者受益人指定不明无法确定的；（二）受益人先于被保险人死亡，没有其他受益人的；（三）受益人依法丧失受益权或者放弃受益权，没有其他受益人的。受益人与被保险人在同一事件中死亡，且不能确定死亡先后顺序的，推定受益人死亡在先。此外，根据《中华人民共和国继承法》，有遗嘱的，按照遗嘱继承或者遗赠办理；有遗赠扶养协议的，按照协议办理。遗产按照下列顺序继承：第一顺序：配偶、子女、父母。第二顺序：兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。继承开始后，由第一顺序继承人继承，第二顺序继承人不继承。没有第一顺序继承人继承的，由第二顺序继承人继承。

### 老人病逝留房产 再婚妻子悉心照料获多分

2014 年 8 月 26 日 光明网 熊娟 陶媛媛

本网讯（熊娟 陶媛媛） 老人生病离世后留下一套房产，前妻小孩与再婚妻子为此争上法庭。近日，江西省南昌市东湖区人民法院审结这起房屋继承纠纷，判决该房屋归陈芬、张兵继承，由陈芬、张兵向另二位继承人支付房屋折价款每人 10%。

张刚与前妻结婚后育有一儿张武、一女张梅，几年后两人因感情不和离婚。后张刚带着一双儿女与陈芬再婚，两人婚后又生育一子张兵。在与陈芬共同生活期间张刚利用其工龄及其陈芬工龄等优惠，交纳房改款后取得一套位于八一大道建筑面积为 113.4 m<sup>2</sup> 的房屋，该房屋所有权人登记为张刚。2009 年张刚因病去世，生前并未订立遗嘱。

后陈芬与张武等人因为遗产起了纠纷，并诉至法院。陈芬要求取得该房的所有权，而其他继承人则认为应均分所有房屋份额。

一审法院审理认为，位于南昌市东湖区八一大道的房屋是在陈芬与张刚婚姻存续期间取得的房产，依法属于夫妻共同财产，其中 50% 份额属于陈芬的个人财产，另 50% 份额在张刚死亡时属于张刚的遗产。因张刚生前未立遗嘱，陈芬作为张刚的配偶与张刚三个子女作为的第一顺序法定继承人，对该房屋中属于张刚遗产部分均有继承权。根据《中华人民共和国继承法》第十三条之规定，同一顺序继承人继承遗产的份额，一般应当均等。但对张刚尽了主要扶养义务或者与张刚共同生活的继承人，分配遗产时，可以多分。本案中，鉴于陈芬系与张刚共同生活的继承人，张刚生病住院期间主要由陈芬照顾料理。对张刚的遗产，陈芬可以适当多分，本案酌定其多分 10% 的份额。为此，一审法院遂依法作出上述判决。

### 银行想继承死者存款吗

2014 年 08 月 28 日 信息时报 范子军

近年来，家属到银行取死者存款因不知密码而遭拒的现象，时有所闻。银行拒付的理由也大同小异，就是要求取款人提供合法继承人的身份证明，但提供死者死亡、火化、户口本等证明，无济于事。尽管银行方面往往都振振有词，却压根儿经不住追问：即便死者亲属放弃取款，银行就可以继承这些存款吗？

原标题：银行想继承死者存款吗

家人过世后，银行存款怎么取？据报道，日前，辽宁孙女士因为无法取出过世丈夫存入的国债，而将银行告上了法庭。由于孙女士及其家人开具了一系列证明，证明她和女儿是合法继承人，法院判决银行支付本金及相应的利息。



近年来，家属到银行取死者存款因不知密码而遭拒的现象，时有所闻。银行拒付的理由也大同小异，就是要求取款人提供合法继承人的身份证明，但提供死者死亡、火化、户口本等证明，无济于事。尽管银行方面往往都振振有词，却压根儿经不住追问：即便死者亲属放弃取款，银行就可以继承这些存款吗？

银行方面表示，死者亲属的继承证明书必须通过公证处办理，几名合法继承人对逝者的存款分割没有争议，或者只有一名继承人，凭这样的继承证明书，才可到银行办理逝者的存款支取或过户手续。这个霸王解释真荒唐——继承人之间对存款如何分配、有无争议，与银行何干？

至于说“因为银行不能确定取款人是唯一继承人，如果擅自把钱取出，其他继承人再来取钱，就会产生纠纷。”更是无厘头，一来人家凭据把钱取走了，其他人凭什么再来取钱？二来继承人之间的纠纷会找银行而不找法院吗？银行不是法院，故意设限刁难，让人怀疑有贪图死者存款的动机。

◎范子军 职员

## 六、房产、股权、信托

### (一) 房产

#### 庐江夫妻离婚时妻子主动赠予房产 丈夫私自出租前妻欲收回

2014年08月20日 市场星报 王玮伟

关键字：离婚登记 离婚财产分割 离婚纠纷

核心提示：后田某与他人再婚，为了儿子李某兵能健康成长，去年4月田某与李某签订两份协议书：一份是变更抚养协议，双方约定儿子李某兵的抚养权变更由李某自行抚养；一份是涉及财产赠与变更的协议书，约定田某和李某自愿将赠与给李某兵的楼房变更为李某与其子李某兵共同所有，各占一半产权。

夫妻离婚后，妻子签订财产变更协议将房子赠与丈夫和儿子所有，但是丈夫却将房子私自出租，妻子得知后与其理论，并拒绝履行财产赠与变更协议。8月19日，记者从庐江县人民法院获悉，该案已审结。

7年前，田某与李某因夫妻关系不和感情破裂，签订了离婚协议书，协议约定：双方自愿离婚；女儿李某云由田某自行抚养，儿子李某兵由李某自行抚养；双方婚姻存续期间在庐江县同大镇翻盖的三间两层砖混结构楼房归其儿子所有。当天，庐江县同大镇法律服务所对该离婚协议进行了见证。半个月后，双方凭该协议到庐江县民政局办理了离婚登记手续。

后田某与他人再婚，为了儿子李某兵能健康成长，去年4月田某与李某签订两份协议书：一份是变更抚养协议，双方约定儿子李某兵的抚养权变更由李某自行抚养；一份是涉及财产赠与变更的协议书，约定田某和李某自愿将赠与给李某兵的楼房变更为李某与其子李某兵共同所有，各占一半产权。

后来李某未经田某同意将该楼房出租，且所得租金也未分给田某，为此田某找李某理论，李某同意对监护协议进行公证，并于今年3月到庐江县公证处进行公证，但其拒绝履行财产赠与变更协议。

无奈，田某以上述楼房系田某与李某的共同财产为由要求依法予以分割并向法院提起民事诉讼。法院认为纠纷系因双方的不信任导致，遂指明双方为了孩子的利益可以协议按照原协议履行。同时，针对李某对孩子不能加名字的疑问，法官征询房产部门意见双方的情况是可以办理加名手续。通过法官的多次解疑释惑，近日，李某同意与田某按照原协议内容达成调解。 通讯员 张传广 市场星报记者 王玮伟

#### 妻子低价卖房给岳母丈夫不认账 法院判恶意串通

2014年8月20日 福州新闻网 陈鸿星

福州新闻网8月20日讯核心提示：生活中，由于各种原因，不少家庭都存在着这种现象：房产证上只写有夫妻一方的名字，而房产证办理的时间却是在结婚后。这到底算是夫妻共同财产还是个人财产，夫妻双方往往各执一词，这就为日后的矛盾埋下了隐患。

当记名产权人不经配偶同意，自作主张卖掉名下的房产时，配偶或是觉得卖亏了想反悔，或是由于夫妻感情不好，觉得另一半是在偷偷转移共同财产，于是常常主张另一方未经其同意处置夫妻共同财产，房屋买卖合同无效。在此情况下，夫妻与买房的第三人之间引发了不少官司。本期精选了我市法院近期宣判的两个相关案例，希望能对广大读者防范房屋买卖风险有所启示。案例1 男子状告妻子低价卖掉共有房

法院：登记在女方名下，女方对该房子拥有处分权

大牛和小佳(均为化名)于2006年登记结婚。2009年9月，他们从别人那里购买了晋安区的一套商品房。该房产过户登记到小佳的名下，共有情况上写的是单独所有。

2012年8月，大发(化名)夫妇通过房产中介介绍，向小佳购买了她名下的这套房子，并办理了房产过户手续。

之后，大牛找到大发夫妇交涉，说这套房子是他和小佳的夫妻共同财产，小佳瞒着他偷偷卖房，这套房子的价格卖低了，他要撤销房屋买卖合同并讨回房子。大发夫妇自然不同意。

去年下半年，大牛就将大发夫妇及小佳一同告上法庭，要讨回这套房子。

大牛诉称：当初购买诉争房产时，首付款16万元包括大牛的母亲和奶奶各出资的10万元和1万元、大牛和小佳的共同积蓄5万元，余款均为向银行按揭贷款。因为他和小佳在家庭生活中经常发生矛盾，于2010年底开始一

直处于分居状态。2013年5月份，他准备起诉离婚，向福州市房地产交易中心档案馆查询夫妻共同财产情况，才发现妻子瞒着他私自将诉争房产以35万元的超低价格出售给大发夫妇。这套房子是夫妻共同财产，小佳单方无权处分，且该房在出售前已抵押于银行，在办理抵押的过程中大发夫妇理应知晓该房属于他和小佳共有。可见，大发夫妇和小佳之间存在串通嫌疑，双方签订的房屋买卖合同理应无效。

庭审中，小佳辩称：大牛所诉的不是事实。她与大牛婚后感情尚可，因为丈夫无业，婚生女出生后基本上由她抚养，根本没有积蓄。2009年9月，她以49.05万元的价格购得诉争房产，该房产的首付款14.65万元是她向妹妹和小姨借款支付的，每月2500元左右的银行贷款也由她一人偿还。诉争房产的产权证只写小佳一个人的名字，应属于她单独所有。之后，大牛因生意失败，抚养婚生女压力大，在小佳的建议下，通过房产中介以实收75万元的价格将诉争屋出售给大发夫妇，根本不存在恶意串通行为。

大发夫妇则辩称：诉争房当初的房产证上只有小佳一个人的名字，他们又是以高于市场评估的价格向小佳买房，不可能具有恶意串通行为。

晋安区法院经审理查明，2012年8月，小佳通过房产中介与大发夫妇签约，约定小佳以实收75万元的价格出售诉争房产。交易过程中，某房地产评估咨询公司出具的估价报告显示，诉争房产评估的市场价为65.11万元。双方约定向房地产交易部门申报诉争房产的成交价为35万元。之后，大发夫妇分多次支付给小佳购房款共计75万元，并入住该房。

该院认为，本案诉争房产的所有权人登记为小佳，共有情况为单独所有，因而她形式上对该房拥有完全的处分权。大发夫妇作为买方，已尽到形式上的谨慎审查义务。

3被告通过房产中介签订房地产经纪合同，可排除双方之前已认识的可能，因而不存在恶意串通的可能。诉争房产的实际交易价格高于市场评估价，符合市场交易惯例，不存在以超低价格交易的行为，属于支付合理对价。至于他们约定的申报价远低于实际交易价的问题，应由有关行政部门加以规制，但不影响本案民事法律行为的认定。现诉争房产的买卖合同已履行完毕，且产权已变更登记至大发夫妇名下。

结合上述情况，可认定大发夫妇对诉争房产已构成善意取得，大牛要求确认诉争房产买卖合同无效的诉请，法院不予支持。

该院同时认为，对于大牛认为小佳侵犯了其基于婚姻关系对诉争房产共有权的问题，他可依据《婚姻法》的有关规定，另行主张权利。案例2妻子低价卖房给岳母 丈夫不认账

成交金额明显低于市场价，法院认为这是恶意串通

2004年初，晶晶和阿亮(均为化名)在福州登记结婚。2005年4月，晶晶通过房产中介，以32.8万元的价格，向他人购买位于台江区的一套125平方米的商品房。

同年5月，晶晶在房产中介的帮助下，向银行借款10万元，用于购买台江的这套房产，并以该房作抵押。阿亮以抵押物共有人的身份，在该份个人住房借款合同上签字。

2013年2月，晶晶和母亲签订房地产买卖合同，约定将该房以25万元的价格卖给母亲，并将房产过户到晶晶母亲的名下。

阿亮得知后，十分生气，认为这是妻子和丈母娘恶意串通，侵犯了他对诉争房产的合法权益。于是，他将妻子和丈母娘一起告上法庭，要求确认她们的买卖合同无效。

为了防止丈母娘突击把诉争房卖掉，阿亮在诉讼中还申请了财产保全，要求法院查封、冻结诉争房。法院准许了他的申请。

晶晶母女在法庭上就买卖行为解释称：2005年，晶晶母亲出资购买了诉争房。为了贷款便利，她将该房登记在晶晶名下。该房的首付款22.8万元和尾款7万多元都是晶晶母亲一个人支付的。晶晶在2004年1月结婚前的银行存款就达到23万元，这些存款都是其母为了买房需要寄存在她账户内的。阿亮自己在庭上也承认他没有付过该诉争房的房款。由于晶晶和阿亮未进行婚前财产约定，因此晶晶的婚前财产应当属于她的个人财产，不因身份关系的改变而改变财产性质。她账户里的钱是母亲交给她买房的资金。现在，晶晶将诉争房归还给母亲，是物归原主。

台江区法院经审理认为，晶晶于2005年购买的诉争房，应认定为是她与阿亮在夫妻婚姻关系存续期间所得的财产。晶晶母女认为该房产系她们共同出资购买的。为佐证上述说法，她们提供了银行的转账凭条、银行存折及个人贷款还款凭证等证据予以证明。但上述证据的权利人均系晶晶，只能证明是晶晶支付购房款，无法证明是她们共同出资购买诉争屋。由于金钱系种类物，而阿亮与晶晶并未就婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归属进行过约定，因而诉争房应属于阿亮与晶晶的共同财产。

晶晶与母亲于2013年2月签订的房地产买卖合同，系双方恶意串通，以明显低于市场价买卖诉争屋，将诉争房过户到晶晶母亲名下，侵犯了阿亮作为共有权人的合法权利，该买卖行为无效。

一审宣判后，晶晶母女不服，提起上诉。福州市中院终审维持了原判。律师说法

婚内房归属主要有5种情形

据记者了解，上述案例中的夫妻一方名下有单独婚内房的现象，在福州十分常见，其原因十分复杂。为避免不必要的纠纷，夫妻双方及买房的第三人应采取哪些必要的防范措施？

就此，福建熹龙律师事务所的丁文辉律师认为，根据我国《婚姻法》和相关司法解释的规定，在夫妻双方没有

明确对财产归属作出书面约定的情况下，夫妻在婚姻关系存续期间所取得的房产，一般应属夫妻共同所有。

但在现实生活中，对于未约定分别财产制的夫妻，其在离婚时针对房产归属的问题，往往存在以下5种情形：

一是一方凭个人财产或父母资助在婚前购买婚房，婚后用于共同居住，产权登记在购房一方的名下。这种情形下，该房产应属于购房一方所有。

二是双方在婚后取得房产，但产权单独登记在一方名下。由于是夫妻双方在婚姻关系存续期间取得的房产，即使产权只登记在一方名下，该房产也属于夫妻共同财产。

三是婚后由一方父母出资为子女购买的房产，产权登记在出资方子女名下。该房产应视为出资方父母对其子女的赠与，属于出资方子女的个人财产。

四是婚后一方父母借用子女的名义买房，产权登记在其子女名下，除非父母和子女之间另有书面协议，否则该房产属于出资方子女的个人财产或是出资方子女的夫妻共同财产。

五是一方在婚前签订房产买卖合同，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，产权登记在首付款支付方名下的，若离婚时无法协商该房产归属，该房产归产权登记一方所有，另一方有权主张婚后共同还贷的一半及对应的增值部分。

另外，对于夫妻一方侵犯配偶的知情权与平等协商权，擅自向第三人出卖夫妻共同所有的房产的情况，若第三人是善意购买、支付合理对价并已办理产权过户的，另一方无权主张追回该房产，但其可以在离婚时要求擅自出卖房产的一方赔偿自己的损失。

为避免在房产问题上产生纠纷，夫妻双方可以书面约定婚姻关系存续期间所得财产及婚前财产的归属，或者到公证机关对各自的财产、债务的范围等问题进行公证确认。

买房者在购买二手房时为避免产生纠纷也应当注意，所买的房屋如果是夫妻共同财产的，应要求夫妻双方当面在买卖合同上签字。

(福州晚报记者 陈鸿星)

### 为买房“假离婚”假戏真做 主张合同权利被驳

2014年8月22日 中国法院网 卢瑞华

中国法院网讯（卢瑞华）为了以较少的首付和较低利率的公积金贷款买“二套房”，80后小夫妻胡某与封某约定离婚，房屋产权一人一半。不料，房子到手后，丈夫封某却拒绝承认双方是为了买房子而“假离婚”，也不同意胡某享有一半产权。愤怒的胡某将封某和某地产公司诉至法院，要求确认自己享有封某和某地产公司签订的商品房预售合同的百分之五十的权利义务。由于依据不足，一审法院驳回了胡某的请求。胡某不服，提起上诉。近日，北京市第三中级人民法院受理了这起“假离婚”买“二套房”引起的商品房预售合同纠纷案。

原告胡某诉称，她与封某原系夫妻。她婚前有一套房子，为了即将出生的孩子，2012年7、8月间，二人决定再买一套房子，房屋产权一人一半。经过共同看房，二人看中了朝阳区某小区的一套房子。买房之前，封某主张由双方共同支付首付款，剩余房款使用公积金贷款，并且提出二人先离婚，因为只有离婚才能办理公积金贷款。她不同意，但封某对她百般劝说，并对她和她的母亲进行了暴力威胁。她无奈之下只好在生完孩子的第10天和封某办理了离婚手续。买房前后，她以银行转账的方式将购房款先后给了封某的父亲。签订房屋买卖合同时，因她刚生产完，就未与封某一同前往，但委托封某在合同上签上她的名字。后来她从第三人某地产公司处得知，封某并没有在合同上签上她的名字。后她与封某签订了《房屋产权共有协议书》，约定上述房屋为双方共同出资购买，双方各享有百分之五十的产权。2013年5月底，她与封某收房时，要求第三人某地产公司办理合同署名和共有登记事宜，但第三人拒绝办理。因此诉至法院，要求判决她对封某与第三人签订的合同享有百分之五十的权利和义务。

被告封某辩称，他与胡某是因为感情破裂才离的婚，离婚后他没有住所，才以借款和他父母出资的方式在第三人处购买了涉案房屋。房屋买卖合同是在他与胡某离婚后签订的，是合法有效的。签订合同的整个过程胡某都没有参与。双方签订的《房屋产权共有协议》是胡某以孩子为要挟胁迫他签订的，该协议对第三人不产生效力，请求法院驳回胡某的诉讼请求。第三人某地产公司诉称，他们公司是与被告封某签订的商品房预售合同，没有与胡某签订过任何合同。

一审法院认为，本案的商品房预售合同是被告封某与第三人某地产公司签订的，是双方的真实意思表示，且不违反法律、法规的强制性规定，是合法有效的。胡某不是上述合同的一方当事人，在没有第三人明确同意的情况下，主张享有上述合同百分之五十的权利义务没有法律依据，违反了合同的相对性原则，对其诉讼请求不予支持，裁定驳回了原告胡某的诉讼请求。

胡某不服一审判决，上诉至北京市第三中级人民法院，坚持认为她与封某是为了买房子而办理的“假离婚”，房子是二人共同出资购买的，二人签订的《房屋产权共有协议书》具有法律效力，应当承认其对封某与某地产公司签订的商品房预售合同享有一半权利义务。

目前，本案正在审理中。

### 儿诉父将继母名字加入房产证 法院认定合同无效

2014年8月13日 中新网 何蒋勇

原标题：儿诉父将继母名字加入房产证 法院认定合同无效

中新网宁波8月13日电(记者 何蒋勇 实习生 邱佳艳)以前的黄昏恋常不被子女所接受,而今对于长辈们的第二春寄托,子女们大多数赞成。但这份寄托一旦涉及到财产时,又有了分歧。近期,浙江省宁波市江东法院就审理了一起儿子起诉父亲将继母的名字加到房产证上的案件。

2014年7月中旬,谢先生到江东法院起诉父亲谢大伯和继母岑阿姨。起因在于前不久自己偶然得知父亲没和他商量后,就将岑阿姨的名字加到自家的房产证上,两人还签了一份房屋买卖合同,而实际上岑阿姨没付一分钱。

谢先生对父亲的再婚是支持的,因为母亲过世快10年了,在这之后父亲一直单身,确实很孤独,尤其是自己成家后。后来父亲认识了岑阿姨,交往一段时间后,父亲打算和岑阿姨结婚,也征求过自己的意见。当时他觉得,父亲年纪大了,有个伴是好事。

但这件事上,谢先生觉得房子是母亲在世时和父亲一起买的,有母亲的一半,即使母亲去世了,这部分的房屋产权也该算作遗产。而父亲将继母的名字加到房产证上,让自己不能接受,因此起诉要求法院确认这份房屋买卖合同是无效的。

开庭那天,谢大伯坐在被告席上,显得有些尴尬,认为是对不起儿子。前妻去世后,自己忙着张罗儿子的工作、对象,一直没考虑再婚。2012年底,自己参加一个中老年旅行团,认识了岑阿姨,两人志趣相投,又都丧偶,就交换了联系方式。旅行结束后的1年里,两人在频繁接触后,考虑再婚。双方子女对婚事没有提出反对,两人就于2013年年底结婚。

2014年初,岑阿姨提出,想在谢大伯的房屋产权证上加名字。谢大伯起初不同意,后来岑阿姨解释说是做生意的资金周转需要借贷,把名字添进产权证是为方便借贷,等资金周转了,就退出房屋产权证。在岑阿姨再三保证下,谢大伯勉强同意了,还对岑阿姨说:“只要以后好好过日子,房子真给也行。”

“当时想着房产证上的名字可以拿下来,而且房产证本来只有我的名字,就没问儿子的意见。”谢大伯说,“我不知道这会侵犯儿子的权益,知道的话绝不会这么做,更何况她说话不算数,到现在也没退出房产证!”

岑阿姨则说,“之前他跟我说,房子是前妻留下的,有儿子的份额,而且儿子也同意,现在倒好,反成我的不对了!”

法官最后认定谢大伯未经其儿子同意擅自处分共同财产,是无权处分行为,事后谢先生也未追认,并且岑阿姨并未支付房屋的价款,不属于“善意取得”范畴,故确认房屋买卖合同无效。(完)

## 6岁男童起诉父亲索要房产

2014年8月28日 北京青年报 李铁柱

本报讯(记者 李铁柱)父母离婚后,6岁男孩小乐(化名)起诉父亲、爷爷、奶奶索要房产。近日,通州法院经审理后,认为小乐的起诉理由正当予以支持,并判定涉案房产归小乐居住、使用。

父母离婚 儿子告父亲索要房产

2005年12月,王先生与孙女士登记结婚,2007年10月,二人生下了小乐。但小乐的出生未能增进王先生与孙女士的夫妻感情,双方不断因琐事产生矛盾,夫妻感情逐渐破裂。2013年7月,经通州区人民法院调解,孙女士与王先生达成离婚调解协议,同时约定6岁的小乐由孙女士抚养。

仅仅3个月后,王先生和他的父母却收到了法院的传票。

孙女士作为小乐的法定代理人向通州区人民法院提起了诉讼,将小乐的父亲、爷爷、奶奶一并起诉至法院,要求确认位于通州区某小区的两套房屋归小乐居住、使用。

丈夫称前妻想侵吞房产

法官经核实发现,王先生的父母在通州区梨园地区某村拥有一处宅基地及院落内房产,王先生一家三口的户口也都落户在这个院落中。2011年,该村进行旧村改造,小乐、孙女士、王先生及其父母均为被安置人。此次拆迁,王先生一家三代人共计被安置了4套房屋,分别为两套两居室、一套一居室和一套“零居室”。诉争的房屋即为4套安置房中的一居室和“零居室”。

根据小乐母亲孙女士提交的村委会的拆迁安置办法,凡出生于2001年1月1日至搬迁上楼奖励期限内出生的婴幼儿,安置一套一居室和一套“零居室”,而小乐恰恰属于这之后出生的婴幼儿,因此孙女士认为此次安置房屋中的一居室和“零居室”是安置给小乐的,考虑到安置房屋为小产权房,因此她要求将这两套房屋归小乐。

对于儿子的起诉,王先生一方都认为安置房屋的取得是基于拆迁王先生父母的宅基地和房产,拆迁安置办法中确定的只是购房资格,如果想获得安置房,还应该向村委会申请购买并交纳购房款。在拆迁过程中,孙女士曾明确表示放弃购买安置房,安置房最终是由王先生的父母购买并交纳的购房款,因此,涉案的两套安置房是王先生父母的财产。小乐尚年幼,孙女士的目的只是借用儿子之名起诉,真实目的是想自己侵吞房产,最终将房产变卖或挪作他用。

法院判决 房屋归孩子居住

通州法院经审理认为,涉案的两套房屋均是依据村委会的拆迁安置办法中针对生于2001年1月1日至搬迁上楼奖励期限内出生的婴幼儿的规定而安置。综合此次拆迁的被安置人口的情况,小乐理应享有优惠购买诉争房屋的

资格和权益。由于房屋已实际交付安置，小乐要求确认诉争房屋归其占有使用的请求，理由正当、证据充分，应予以支持。法院同时指出，购买涉案房屋所需全部费用亦应由小乐负担。判决后，王先生及其父母不服提起上诉。二审法院经过审理最终驳回了王先生及其父母的上诉请求，维持了一审判决。

## （二）股权

### 法眼探案：公司股权的继承

2014年8月15日 法律工场

公司股权的变动对于一间公司来说是十分大的事情，下面法律工场的小编用一个案例来解析股权继承的相关问题。

#### 【基本案情】

北京某食品有限公司(以下简称食品公司)于2005年8月份制定的公司章程载明：公司由李某、张某、田某、薛某四名股东共同出资设立，注册资本100万元，由李某担任法定代表人。四名股东出资比例分别为35%、25%、20%、20%。股东之间可以相互转让全部出资和部分出资。

2006年9月17日，李某因一起交通事故不幸去世，李某的父母和妻子作为第一顺序继承人达成一致协议：李某所持有的食品公司35%的股份由李某的配偶孙某继承。孙某拿着协议书找到公司，要求食品公司将其记载于股东名册，并办理股东变更登记手续。

2006年11月，食品公司召开股东大会，形成不同意孙某成为公司股东的决议。同年11月29日，食品公司召开股东大会，形成公司章程修改的决议。该章程规定：股东死亡后，继承人可以依法获得其股份财产权益，但不当然获得股东身份权。

孙某因此向有关法院起诉，要求食品公司将其记载于股东名册，并办理股东变更登记手续。

#### 律师解读：

本案中的焦点就是有限责任公司的股权继承问题。针对此问题，2006年1月1日新修订的公司法第七十六条做出了统一规定：“自然人股东死亡后，其合法继承人可以继承股东资格；但是，公司章程另有规定的除外”，对此法律规定如何理解和适用就是本案的关键。

第一，该条规定继承人“可以继承股东资格”，这是立法上首次明确股东资格的可继承性，股权的继承应包括股东资格。继承法及有关司法解释已明确，可继承的合法财产包括“有价证券”。公司法的规定实际上确认：在有限责任公司中，“有价证券”所代表的“股权”，既包括财产价值，也包括股东资格，两者都是可以继承的。

第二，按照该条的规定，股东资格原则上可继承，通过公司章程排除股东资格的继承是“除外”情形。本案中，在食品公司原法定代表人兼最大股东李某身故之后，公司排斥其继承人孙某成为股东，双方对簿公堂。在确定系争股权的归属之前，意味着李某生前所持有股权无人代表行使。根据公司章程，关于公司重大事项的股东会决议无法有效形成，公司的治理无从谈起。公司法的规定表明，有限责任公司的资格性应优先得到考虑。但这也不是绝对的，在股权继承的问题上，如有必要，可以通过章程的规定来规范。

第三，该条的规定说明，在通常情况下，股东资格应是当然继承。只有当公司章程排除或限制继承发生新股东的加入时，继承人才不能自动取得股东资格。如章程规定继承人只能取得股权对应的财产价值，而不能成为股东，或规定须经其他股东全体同意才能成为股东等。需要注意的是，公司若要通过章程排除公司法第七十六条前半段的适用，除了章程中明确“另有规定”外，章程的订立或修改还必须按照一定的程序，符合法定或约定的要求。

本案中，食品公司提供的修改后的公司章程虽然载明继承人“不当然获得股东身份权”，但因该章程的修改不符合原章程的规定。也就是说公司在股东资格继承纠纷发生后修改章程的，不属于“公司章程另有规定的除外”的情形。所以，根据以上法律和事实的规定，孙某的诉求应当得到法院的支持。

#### 公司法关于股权继承问题的规定

我国《公司法》第七十六条规定，自然人股东死亡后，其合法继承人可以继承股东资格；但是，公司章程另有规定的除外。

我国《外商投资企业投资者股权变更的若干规定》第二条第（五）款规定，企业投资者破产、解散、被撤销、被吊销或死亡，其继承人、债权人或其他受益人依法取得该投资者股权；第（六）款规定，企业投资者合并或者分立，其合并或分立后的承继者依法承继原投资者的股权；《外商投资企业投资者股权变更的若干规定》第十四条第二款规定，由于本规定第二条（五）、（六）项的规定导致企业投资者变更的，如果企业其他投资者不同意继续经营，可向原审批机关申请终止原企业合同、章程。原企业合同、章程终止后，股权获得人有权参加清算委员会并分配清算后的企业剩余财产；如果股权获得人不同意继续经营，经企业其他投资者一致同意，可依照本规定将其股权转让给企业其他投资者或第三人。

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）第十六条规定，人民法院审理离婚案件，涉及分割夫妻共同财产中以一方名义在有限责任公司的出资额，另一方不是该公司股东的，按以下情形分别处理：（一）夫妻双方协商一致将出资额部分或全部转让给该股东的配偶，过半数股东同意，其他股东明确表示放弃

优先购买权的，该股东的配偶可以成为该公司股东。（二）夫妻双方就出资额转让份额和转让价格等事项协商一致后，过半数股东不同意转让，但愿意以同等价格购买该出资额的，人民法院可以对转让出资所得财产进行分割。过半数股东不同意转让，也不愿意以同等价格购买该出资额的，视为其同意转让，该股东的配偶可以成为该公司股东。用于证明前款规定的过半数股东同意的证据，可以是股东会决议，也可以是当事人通过其他合法途径取得的股东的书面声明材料。

### （三）信托

#### 信托抢食 90 万亿家族财富蛋糕

2014 年 8 月 8 日 经济参考报 钟源

在泛资管背景下，通道业务的分食促使信托公司相继走向转型之路。然而，“受人之托、代人理财”的本源又为信托业开拓了一片 90 万亿的新“蓝海”。近日，信托公司、私人银行、第三方理财等争相占位，试水家族信托业务，为客户量身定制综合金融服务方案。

业内专家认为，在信托业转型的十字路口上，家族信托业务似乎正为业内带来一丝曙光，但在现阶段税收、信托登记等制度和法律环境下，家族信托暂时还不能胜任信托业“救世主”的角色。

#### 现状 20 多家机构纷纷试水

本报记者日前从中国家族财富传承峰会上获悉，中国民生银行今年一开年便与重庆某大型企业合作成立家族办公室，第一单 50 亿元人民币业务也刚刚落地。而此前，国内最早推出家族信托服务的招商银行，在去年 5 月正式签约国内首单财富传承家族信托以来，目前已累计签约近 50 单，客户需求案例超过 500 个。

今年以来，中信信托、上海信托等也纷纷成立家族信托管理办公室，寻求为家族企业寻找适合的传承模式和财富管理平台。此外，包括平安信托、北京信托、中融信托、紫金信托、诺亚财富、阳光保险等公司均在家族信托领域有所尝试和创新。

其实，早在被业界称为中国家族信托元年的 2013 年，美的集团的何享健家族、万象集团的鲁冠球家族、以及李彦宏、马化腾等企业层面的家族办公室便已悄然成立。据记者不完全统计，截至目前，包括瑞银、瑞信等这些外资银行在内，国内大约有 20 多家机构试水家族信托业务。

所谓家族信托，又被称为“遗产信托”，遗嘱人立下遗嘱，将自己的遗产设立成专项基金，并把它委托给受托人管理，基金收益则由受益人享有的三方关系。受益人既可以是继承人，也可以是慈善机构或者任何个人或组织。家族信托最早雏形是信托公司开始为客户提供量身定制的财富管理解决方案。但从 2012 年下半年开始，招商银行、北京银行、歌斐资产、国际家族基金会等机构陆续启动了家族信托管理业务。

据中国信托业协会最新发布的《中国信托业发展报告(2013—2014)》介绍，目前信托公司独立或者与银行合作开展家族信托业务主要分为信托公司主导模式、“私人银行+信托通道”模式和私人银行与信托公司合作模式等三大类型。其中，2013 年平安信托推出的“鸿承世家”系列信托公司主导模式，其产品财富传承功能又分为设立专项基金、私人与法人财产分割、多元化财富分配等。而“私人银行+信托通道”模式则更体现私人银行资金的主动管理，而信托则较为被动，仅为资金的一个投向而已，在一定程度上类似于“通道”作用。

“我们私人银行现在主打的产品是家族基金，其理念是把国内所有的家族作为我们的战略伙伴来发展。现在成立的家族基金，我们自己参与投资，我们一般占大部分股份，以实现与企业共同发展的初衷。”对此，民生银行私人银行部副总裁李文对记者表示。他认为，只有企业壮大，实现多元化、国际化后，才便于提供一些其他的服务。

对此，某信托资深人士 4 日在接受本报记者采访时表示，随着资产管理规模不断扩大，无论监管层面还是公司层面，家族信托都被视为信托公司的转型方向，同时也是私人银行和第三方理财机构“觊觎”的地盘。不管哪种合作模式，其目的都是索取未来的主动权和现实利益的最大化。

#### 预判 信托公司或占 90 万亿市场先机

随着经济发展，国内社会居民收入也快速增长，积累了大量私人财富。据平安信托与麦肯锡咨询公司日前发布的中国信托业发展研究报告预测，到 2015 年，中国可投资资产达到 600 万元人民币以上的高净值家庭数量将超过 190 万，实现了 2010 年到 2015 年年均 17% 的增长，可投资资产总额也将达近 60 万亿元人民币。

而从更长远的行业发展趋势来看，相比亚洲其他发达地区，中国高净值客户细分市场仍处于初级阶段。资料显示，在发达国家，如日本和美国，过去 5 年，高净值人群的可投资资产与 GDP 的比例一般都在 70% 至 100% 之间，而中国目前仅为 37%。按此规律计算，到 2020 年，中国高净值人群可投资资产也将大幅提升，可达 90 万亿元左右。

与此同时，国内居民金融资产结构“去存款化”方兴未艾。近年来，中国居民存款占比持续下降，从 2005 年 73% 下降到 2012 年 60%。麦肯锡保守估计，到 2020 年，个人存款占比将下降到 45% 至 50%。尤其是高净值人群，未来将进一步去存款而增持其他类型的投资产品。此外，目前我国第一代企业家正面临退休的局面，其对财富传承、保值增值的需求也与日俱增。

对此，中国慈善联合会副会长徐永光在 7 月 26 日召开的中国家族财富传承峰会上直言，文化的凝聚、慈善的传统和信托管理是家族财富传承三个必不可少的元素。家族信托对于财富的传承会更加有效。

瑞银证券财富管理投资产品服务总监张琼此前也表示，相较于其他财富传承手段，信托具有自身优势。如果以遗嘱的形式传承财富，有很多国家遗产、遗嘱认证需要较长的过程，一旦发生纠纷，遗嘱的真实性也往往受到置疑。而运用家族信托来实现财富规划，在资产保护、有序的继承安排，还有慈善的规划、税务、保密性等方面都可以发挥很好的作用。

不过，同为运营家族信托产品，在市场发展初期，信托公司或将具有独特的竞争优势。某国有银行市场人士4日对本报记者表示，主流商业银行通常通过升级零售财富管理业务模式，在其广大的零售银行客户群中挖掘客户，但受限于有限的产品供应。他坦言，“对于信托产品，一般一流的产品信托公司自己吃，二流的产品才考虑给银行和第三方理财公司来代售。”

#### 困局 制度缺失或是最大障碍

家族信托固然在财富传承上有自己的优势，然而在我国，家族信托的发展仍存在一定的难度。上述资深人士表示，我国的信托法因为缺乏相应的发展过程，所以民事信托部分有很大缺失。目前我国信托法存在着两个很大的问题，第一是信托财产归属的问题，第二是信托中的涉税问题。

“境内税收政策削弱了高净值客户设立家族信托的动力。”对此，该资深人士对本报记者直言。他认为，首先，境内尚未开征遗产税和赠予税，在一定程度上削弱了境内高净值客户对家族信托的需求。其次，与离岸信托相比，个人所得税的节税力度也不大。此外，不动产装入信托和不动产交付受益人时面临两次扣税，目前以不动产设立信托还不能被权属机关认定是非交易行为。

另外，我国正式接受信托制度的时间较短，社会群体对信托的接受度不高，加上专业化人才团队的匮乏等客观原因都直接制约我国家族信托的发展。不过，信托登记制度的缺失是家族信托的最大“硬伤”。根据《信托法》第十条规定：“设立信托，对于信托财产，有关法律、行政法规规定应当办理登记手续的，应当依法办理信托登记。”信托财产登记制度建设滞后，使得信托财产独立性、破产隔离等特点无法得到充分的体现。

不过，著名遗产继承类律师陈凯却认为，国内家族信托在法律层面上并无障碍，只是在具体的配套和落实层面上有一些不明确之处，突出问题是税收方面，其他问题还需要通过与司法的互动来逐步确认。

“国内家族信托在产品构架普遍存在先天不足，没有把事务管理放到与增值管理同等重要的服务重心上考虑，在服务主体、法律结构设计、持续服务管理和隐私保护上缺乏顶层设计，最突出的是并未凸显律师作为家族信托中事务管理的核心地位。”对此，陈凯直言。

他认为，在绝大多数家族信托的构架中，律师不是成为银行和信托公司的服务提供商，就是他们内部服务机构中的一部分，没有独立地位，自然也无法负担为客户提供防火墙、风险隔离、私密服务的重任。“从这种意义上说，目前国内家族信托产品是缺了一条腿的，自然无法在需求旺盛的市场有所斩获。”陈凯说。

（来源：经济参考报 作者：钟源）

### 美国富豪怎样给子女留财产：创信托基金 捐慈善

2014年8月14日 信托理财俱乐部

外媒称，摇滚歌手斯汀、比尔·盖茨和沃伦·巴菲特这三个人有什么共同点？他们都拥有大笔财富，而且都不打算把财产留给自己的孩子。

据美国《华盛顿邮报》网站8月11日报道，斯汀日前表示，不会把他3亿美元财产的大部分留给6个已成年的子女。“我当然不想给他们留什么信托基金，不想让钱压得他们喘不过气来。”这位大名鼎鼎的歌手6月份在接受《每日邮报》采访时说。

“他们得去工作。所有的孩子都深知这一点而且很少向我伸手要东西，我真的很佩服和感激他们。”

今年2月因过量吸食海洛因离世的菲利普·西摩·霍夫曼在他的遗嘱里做了详细说明，这份遗嘱7月被公之于众。遗嘱中写到，他的儿子应在美国的大都市里长大成人，应“感受到都市文化、艺术和建筑氛围”。这份遗嘱在他的两个年幼女儿出生之前就已经立好。不过，这位演员有意不把他3500万美元的财产留给他的子女，因为他不希望儿女成为“信托儿”。

人们对那些有着花不完的钱的富家子弟的批评是，一旦他们能够自由地使用大笔遗产，将无法做出明智的抉择，也不能健康地、有意义地生活。

#### 留给子女多少钱合适

富有的家庭经常会饱受这一问题的困扰。而婴儿潮时期出生的数百万人也面临着同样的问题，只不过财富规模没有那么大而已。咨询公司埃森哲公司称，未来30年间，这些人将会处置安排自己的财产，而这些财产的总额约达30万亿美元，可谓美国历史上规模最大的财富转移。曾经只属于家庭范畴的问题现在成了关乎财富、权利和责任的社会问题。大笔遗产留给谁？应该留给子孙后代吗？还是不留给他们比较好呢？

据悉，比尔·盖茨和妻子梅琳达·盖茨将留给他们的三个子女每人1000万美元资产，不过这个数字相比他们760亿美元的总资产来说就是个零头。巴菲特的三个子女每人将得到20亿美元的由“亲爱的老爸”创立的基金。那么剩下的钱呢？全部都捐给慈善事业，就像盖茨和其他很多亿万富翁一样，将大量的财富用于创建一个更美好的世界。

那么留给子女多少钱才合适呢？正如巴菲特的名言：“既要让他们觉得自己能做任何事情，又不会多到让他们一事无成。”

“我们在这一问题上的困扰似乎超过了其他问题，”一位千万富翁说。这位商人和他的夫人拥有数亿美元身家，他们希望能有一个家庭财政计划，既能照顾他们的子女，又不会将他们宠坏，以防两人突然出现不测。

受到巴菲特的启发，他们为正值大学年龄的孩子每人创立了一份 250 万美元的信托基金。基金由托管人管控，根据教育、医疗或是购入房产、创办公司等情况将一定款项交付给子女。基金中暂未动用的钱财将继续用于投资。

在子女 40 岁之前，这些限制将一直有效。40 岁之后，这些钱财才由他们随意支配。在子女二三十岁时，这笔资金是他们事业人生的起步资金，到了 40 岁，他们也就成熟到能够理智地处理钱财了。

除此之外，这个富裕之家的剩余财富将汇总为一笔基金，并最终由子女管理，但这笔钱只能用于慈善事业。对于家庭钱财的具体规划，孩子们都心知肚明。

杰米·强生自小到大都在超级富豪的包围下生活。2000 年，当他 21 岁的时候，这位强生公司的继承人从家庭信托基金处得到了一笔据信约有 6 亿美元的巨额财富。他说：“那些超级富翁虽然嘴上说着什么‘我不会把钱留给我的孩子’之类的话，但基本上不会动真格，也仅是停留在口头而已。即便他们的子女不能马上支配这些钱财，也能进最好的学校、住最好的居所，获得最佳的人脉和机会。这些都是富有人家才能做到的，而这些都是转让财富和影响力的方式。”

拥有大量财富对于子女来说究竟是福是祸呢？具体还要看家庭环境、个人性格以及是否能够很好地处理巨额财富所带来的压力和对失去财富的恐惧。杰米·强生用他所继承的财富投资了自己的制片事业，并在纽约过着相对平凡的生活。

权衡利弊尽早做分配

那么，慈爱的父母应该怎样做呢？

报道称，传统意义而言，富有的长辈一般会把财产留给子孙后代，希望他们能够用之有道。埃森哲公司资本市场董事总经理鲍勃·加赫说，婴儿潮出生的一代人寿命更长，他们需要努力在自己的退休需求、慈善举措和子女福祉这三者之间做平衡。

加赫说：“人口学特征、长寿和财富积累这三者耐人寻味地叠加在了一起。”加赫的事业颇为成功，他计划将自己资产的一部分留给 20 岁的儿子，一部分捐给母校，其余则用在他喜欢的事情上。“我希望我儿子能够从中受益，但我不会把全部家当一分不落地都留给他。”

这一代人与父辈不同，他们更愿意在活着的时候将财产分配出去，也更关心成年子女是否拥有稳定的工作。一般都会把剩余资产存储为家庭基金。

很多信托基金都是在继承人达到一定年龄时向之发放款项。也有一些是作为“奖励基金”设定的，例如要求继承人大学毕业、成家或是达到一定工作年限才予以发放。但地产和信托基金专家南希·法克斯并不赞成这两种方式，因为未来难以预料，且这种鼓励基金也有不少漏洞可钻。

还有一个问题：很多人不愿讨论钱，因为他们不想让孩子知道他们的真实身家，以及能够从父辈处继承些什么。在美国，虽说成年子女没有权利花父母的钱，但鲜有继承不到一分一厘的。然而这并不意味着他们就能得到所有。

法克斯说，她有个客户“非常爱孩子，同时也非常积极地寻求各种方式将财产捐给慈善组织”。这位白手起家的企业家已经给予了孩子们上佳的教育、名贵的礼物以及部分生意。“他感到自己和孩子都很有福气，他深信额外财富应捐赠给慈善事业。”

来源：参考消息网

## 《21 世纪资本论》书摘：继承财富

2014 年 8 月 17 日 新浪财经

在当今世界，资本的重要性与 18 世纪相比并未有重大变化，只不过资本形式发生了变化：资本的主要表现形式从以前的土地变成了如今的工业资产、金融资产和房地产。财富集中程度也依然很高，只是不再像百年之前那样极端。人口中最贫穷的一半依然一无所有，只不过现在有了世代相传的中产阶级，其财富占了全部财富的 1/4 至 1/3，如今最富裕的 10% 人口占有了全部财富的 2/3，而不是此前的 90%。

在所有社会中，财富积累途径有二：通过工作或继承遗产。那么在最富的 1% 或 10% 人群中，他们的财富又是来自哪个途径呢？这是必须解答的关键问题。

财富集中于老年人，越老越有钱

正如《人间喜剧》中伏脱冷对拉斯蒂涅说的那样：通过勤奋工作和努力学习未必能过上舒适高贵的生活，唯一现实的途径是迎娶维多利亚小姐以获得其继承的遗产。

在 19 世纪的法国，年度继承额大约是国民收入的 20-25%，在 19 世纪末时该比例有小幅抬升，这反映出几乎所有的存量资本都来源于遗产继承。因此在 19 世纪的小说中遗产继承总是热门话题，这显然不仅是因为债台高筑的巴尔扎克们对遗产继承问题有特殊癖好。这是因为遗产继承在 19 世纪法国社会中是属于核心议题，其重要程度与经济活动和社会运行不相上下。此外遗产继承的重要性并未随时时间的推移而削弱。恰恰相反，在 1900-1910 年



间, 遗产继承的规模反而较伏脱冷、拉斯蒂涅和伏盖公寓所处的 1820 年代变得更高(从国民收入 20% 上升到了 25%)。

随后在 1910-1950 期间, 继承额对国民收入的比例出现了大幅下降, 但从 1950 年开始该数据又持续回升并在八十年代有明显的加速上涨。该数值在 20 世纪有较大的上下波动。在第一次世界大战之前, 每年遗产和馈赠额对国民收入的比例相对稳定(大致稳定, 尤其是与随后的波动相比), 但在 1910-1950 年间却跌到了最高水平的 1/5 到 1/6(最低时继承额仅占国民收入的 4-5%), 但在 1950-2010 年间又上涨了三四倍(回复到占国民收入 15% 的水平)。

1914-1945 年间继承额的萎缩程度几乎是私人财富缩水的两倍, 因此遗产减少并不完全是由整体财富缩水所引起(尽管两者之间存在明显的关系)。从公众舆论看, 民众普遍认为遗产盛行的年代已经结束, 这种看法显然要超过认为资本主义宣告终结的观点。1950-1960 年期间, 遗产和馈赠额在国民收入中仅占若干百分点, 因此人们自然认为遗产效应几乎消失, 因而尽管资本整体重要程度较过去有所下降, 但现在财富几乎都是个人通过这辈子的勤俭节约而积攒下来的。在这种条件下成长起了几代人(尽管有时人们普遍理解的并不完全是真实情况), 尤其是那些出生在四十年代末和五十年代的所谓婴儿潮一代, 他们当中许多人今天依然健在, 这批人自然会认为通过当世勤劳而不是靠祖先庇荫致富已经是“新常态”。

与此相对, 当今世界由“七零后”“八零后”组成的年轻群体却有不同感受, 他们感受到(或多或少)遗产继承的重要性将会重新在他们的生活或者亲朋好友的生活中凸显。以房产为例, 对于这部分群体而言, 来自父母的赠予将在很大程度上影响是否能拥有属于自己的住房、在什么年纪住上自己的房子以及房子的位置面积如何, 至少与上一代人相比, 来自父母的赠予对当前年轻一代人来说更加重要。遗产继承对年轻一代的生活、职业以及个人和家庭选择的影响要远远超过对婴儿潮一代人的影响。遗产继承的重新崛起目前尚未完成, 这场变迁才刚至中途(2000-2010 年遗产继承额对国民收入比例水平处在五十年代低位和 1900-1910 年高位的中间)。迄今为止, 与此前那次变化相比, 遗产继承重要性提升并未对民众看法造成深刻影响, 民众思维还停留在“今生奋斗才决定财富”的状态。但经过接下来几十年的发展, 情况将会发生很大变化。

从理论上来说, 随着时间的推移, 继承财富重要性会下降, 因为财富的重要性在下降(或更精确而言, 非人力资本的财富重要程度在下降, 即那些可拥、可在市场上交换并可根据现行物权法完全转移给后代的财富)。当前没有强烈的逻辑理由来说明为何这种乐观看法一无是处。这也是贯穿全部现代人力资本理论的看法(包括加里·贝克的著述), 即便这种乐观看法并不能外化成公式。然而现实情况的发展却并非如此, 或至少没有像有些人所想象的那样: 土地资本变成和金融和工业资本和房地产, 但资本的重要性依然无损, 当前资本/收入比似乎正在恢复到一战前欧洲“美好时代”以及此前的历史最高水平。

基于某些技术原因, 如今资本依然对生产起着核心作用, 在社会生活中资本也居于支配地位。在生产开始之前, 就必须有资本投入来购买设备和办公地以及支付原料以及各类服务开销, 当然还有房租。毋庸置疑, 人类技能和能力在过去有了长足的发展, 但非人力资本的重要性也在按相同比例增长。因此缺乏任何先验理由去认定, 继承财富会逐渐消失。

第二个可以解释遗产继承自然终结的因素是寿命延长, 因为随着寿命延长, 死亡率得以降低, 而等待继承所需的时间延长(减少了遗产规模)。暂时不考虑各年龄阶段的人口规模: 尽管在各年龄序列的人口数量变化十分重要, 但只要我们不认为地球人口从长期看不会无限膨胀或萎缩, 那么这归根到底是过渡期现象。在此我要用相当长的角度去分析问题, 并假设人口各年龄序列的规模是稳定的。那么人均寿命延长将会对继承财富的重要性产生多大影响? 诚然, 寿命越长, 死亡率就会出现结构性下降。在法国, 本世纪的人均寿命将达到 80 至 85 岁, 承认死亡率将会稳定在 1.5% 以下的水平, 这与 19 世纪人均寿命只有 60 多岁而死亡率高达 2.2% 时的情况相比有了很大改善。平均死亡年龄的延长也必然导致遗产继承者在继承遗产时平均年龄的上升。在 19 世纪, 遗产继承者在接受遗产时的平均年龄只有 30 岁; 但在本世纪, 这一平均年龄将会是 50 岁左右。

那么如果说人类平均死亡和遗产继承时间都向后延伸, 这是否意味着继承财富的重要性在减弱? 答案是: 未必。这是因为在世的人之间的相互馈赠日益重要, 部分抵消了老龄化效应, 此外也可能是因为尽管继承期向后推, 但所继承的财产额也在增加, 因为在老龄化社会, 财富会随着年龄增长。换言之, 死亡率的下降趋势, 尽管从长远看不可避免, 但该效应也会因年长者相对财富的增加而有所抵消, 因此继承财富量依然不会有多大变化或至少不会像某些人想象的那样急剧下滑。法国所发生的情况就完全如此: 逝者离世时平均财富与在世者平均财富的比值  $\mu$  在 1950-1960 年后明显上升, 这种缓慢发生的财富集中于年长者的情况充分解释为何近几十年来继承财富的重要性会再度凸显。

总之, 遗产继承在老龄化社会中会延后, 但财富也会随着年纪增长而增加, 后者会抵消掉前者的效应。从这个意义上说, 假如所有人都不死, 那么全部的遗产继承就会消失, 但假如只是某社会的平均死亡年龄较高, 那么情况就会截然不同。人均寿命延长意味着生命重要时点的全部后移: 人们的学习时间变长、参加工作时点后移、继承遗产时间后移、退休年龄后推、直至死亡年龄的后移。然而, 遗产对于工作所得的重要性却未必会发生变化, 至少不会像人们有时想当然地认为那样。诚然, 遗产继承的时间点后移, 这意味着人们相比过去更必须要有自身的职业发展。但这又被遗产数额增大或馈赠数额增大的效应所抵消。不论如何, 遗产重要性的变化是微乎其微的, 而不像人们有时所想象的如文明变迁般剧烈。

战争后的财富复兴

在1914-1945年间，由于资本和资本所有者多次受到冲击，这样的自我维系机制崩塌。二次世界大战的结果之一就是造成了重新创造财富的热潮。数据显示，1940-1950年间出现了迄今为止仅此一次的财富现象，即逝者离世时的平均财富要低于在世者的平均财富。1912年，第一次世界大战的前夜，八十岁群体的财富是五十岁群体财富的2.5倍。1931年，高出的幅度只有50%。而到了1947年，五十岁年龄段的财富反而比八十岁年龄段的平均财富高出40%。更令老者寒心的是，当年四十岁群体的财富都超过八十岁群体了。这是所有旧有规律都开始失效的年代。在第二次世界大战结束的几年内，财富的年龄段分布忽然出现了钟形曲线，而处于顶点的正是五十岁群体，这与“莫迪利亚尼三角”十分接近，只不过在现实状况中，大部分老人的财富并未趋近于零。这与19世纪的状况形成鲜明对照，当时财富就是随着年龄的增长而线性增加。

这种明显的财富再造的解释其实很简单。所有财富都在1914-1945年间承受了多次冲击，包括房产毁灭、恶性通胀、企业破产以及强制征用等等，因此资本/收入比就出现了迅速下降。如果粗略看，那么有人可能会猜想，所有的财富都承受了相同程度的破坏，因此各年龄段财富分布还是不变。但事实上，那些在战乱中无所失去的年轻群体反而在战后迅速崛起，而不像上了年纪那样的人难以东山再起。假如有商人在1940年时是60岁，他的财产在随后的轰炸、强征和破产中消失殆尽，那么他将很难再白手起家。他或许会活到七八十岁，在五六十岁死去，留给子孙的财产极其有限。但与此相反，假如某人在1940年时才30岁，同样也在战火中失去了一切财产(可能本来就没什么)，那么当战争结束后，他还有充分的时间来重新积累财富，因此在五十年代，当他到了四十几岁时，他的财富可能要超过第一个例子中说的那个七十岁的老者。战争让一切归零或接近于零，这必然会产生财富再造的热潮。因此从这个意义上说，两次世界大战确实是在20世纪将所有旧世界的瓜葛一笔勾销，由此也造成了人类终于克服了资本主义的错觉。

这也用来解释为何二次世界大战结束后的几十年里，遗产继承额会变得如此之低：那些本应在1950-1960年继承遗产的人并未见到多少遗产，因为其父母一辈没有时间来重整河山，其父母在去世时留下的财产相当稀少。

具体而言，这也可以解释为什么遗产继承额的下跌要超过财富本身的缩水，实际上遗产继承额的跌幅是整体财富跌幅的两倍。但最为关键的是，这样的局面并没有维持太久。“重建资本主义”本身就是过渡阶段，而不是代表人们所想象的结构性变化。在1950-1960年间，随着资本的重新积累以及资本/收入比 $\beta$ 值的重新抬升，财富又开始朝着高年龄阶段集中，由此衡量死者平均财富与生者平均财富比值的 $\mu$ 又开始上升。财富的增长与财富向高年龄阶段集中几乎同步，因此就为遗产继承重要性的强势回归奠定了基础。到1960年，1947年景象就已经成为历史：六十岁和七十岁年龄段的财富超过了五十岁群体。八十岁年龄段的转机则出现在八十年代。在1990-2000年间，各年龄段的财富分布愈发陡峭。2010年时，八十岁年龄段人的财富比50岁年龄段要超出30%。如果把生前的馈赠也计算到各年龄段的财富分布，那么2000-2010年的分布图将更为陡峭，基本与1900-1910年的状态接近，即七八十岁年龄段的财富是五十岁年龄段群体的两倍，只不过现在的死亡年龄要大大延后，这更使得 $\mu$ 值变高。

#### 遗产继承额将在21

鉴于遗产继承额在近几十年的快速增长，那么自然有人会问，这种快速增长是否会继续下去。

21世纪的遗产继承状况取决于许多因素，包括经济、人口以及政治因素，而历史证明这些因素往往会有规模宏大但难以预测的变化。不难想象，在其他不同情境假设中，结局也会不同：比如说人口或经济增长的明显加速(这种情况发生可能性较小)或针对私人财富和遗产的公共政策有了显著调整(这种情况倒是很有可能发生)。

然而，最有可能发生的情况，2010-2100年间的储蓄行为应该与过去相差不大。尽管个人行为千差万别，但我们发现储蓄率与收入和初始财富呈正相关关系，但不同年龄段之间的储蓄行为差别却不大：笼而统之来说，无论年龄如何，人们的储蓄率都很相似。按照财富生命周期理论，年长者会在最后的岁月大量消耗储蓄，但这种现象在现实中似乎并未发生，而无论平均寿命会增加多少。这种现象背后的重要原因之一就是家族财富传承的动机(没有人希望在去世的时候真的一无所有，即便是在老龄化的社会中)，其他原因还包括纯粹的储蓄偏好以及安全感之需，财富不仅意味着特权和实力，也能让人安心。财富的高度集中(即处于金字塔顶端的群体总是能占有全部财富的50-60%以上，即便是在各年龄段内也是如此)是解释所有这些现象的关键，但莫迪利亚尼的理论完全忽略了财富的集中。自1950-1960年以来财富分布又重新出现王朝集中式的趋势，这可解释年长者消耗储蓄行为的缺失(大部分的财富都属于那些不用售卖资产也可以维持现有生活水平的人)，因此高遗产的状况得以继续，而新的均衡也得以传承，由此，具有社会积极意义的贫富流动就变得有限。

最核心的结论是，在给定的储蓄结构条件下，随着资本回报率提高和经济增长率下降，财富积累过程会逐渐加速并变得更加不公平。第二次世界大战后三十年的高速增长解释了为何 $\mu$ 值(逝者离世时的平均财富与在世者财富之比)在1950-1970年间增长相对缓慢。反过来说，缓慢的经济增长也解释了八十年代以来财富逐渐向年长者集中以及继承遗产的重新崛起。从直觉上判断，当增长率较高时，例如工资每年5%的速度增长，那么这有利于年轻人积累财富并与年长者在财富拥有量上竞争。但如果工资增速下降到了1-2%的低水平，那么年长者势必会将现有的大部分资产抓在手里，其财富也会按资本回报率的速度增长。这个简单但重要的过程充分揭示了 $\mu$ 比值的变动以及年度遗产继承额。

暂不考虑不确定性因素，如此精准的模型自然会让人想到，这些模拟也可用来推断未来。从理论上讲，在存在大量储蓄行为情况下，如果增长率低于资本回报率，那么 $\mu$ 值的增加可完全平衡死亡率 $m$ 的下降，因此最终 $\mu \times m$

的结果是不受平均寿命的影响的，这完全是由代际年龄差决定的。那么最核心的结果就是，如果增长率是1%，那么跟零增长率也没有大的区别：因为无论如何，认为老龄化人口会将储蓄花完然后导致遗产财富消亡的这种想当然的结论是错误的。在老龄化社会中，遗产继承者在继承时的平均年龄会拉大，但其继承的财富量却在增加（至少对于那些有所继承的人而言），因此遗产继承对财富的重要性依然保持。

## 境外信托效力家事因素影响与法律风险刍议

2014年8月19日 沪家律师 沪家网

作者：上海沪家律师事务所企业与家事研究中心

课题组成员：贾明军、蓝艳、王小成、邵泽龙、公维亮、张霞平、高洁

执笔人：贾明军 高洁

引言

当前赴美、赴港上市中，普遍采用层级离岸公司控制上市公司股权，从而达到间接持有国内财富的目的。而为实现财富的安全与传承、避规相关风险，实际控制人普遍采用境外设立信托的形式。境外信托之前被称为个人财富的“安全港”，似乎可以规避任何风险，但笔者认为事实并非如此。即使在境外完成了股权信托，也不要以为万事大吉，若有严重的法律设计缺陷，即使信托已完成，一样也可以直接或间接被视为无效，或达不到信托隔离财产的目的。而婚姻关系中对“共同财产所有权”的侵害，是可能导致无效的重要因素之一。

一、家事因素影响的境外信托的共性特点

1、从信托设立的财产来源看，普遍来源于离岸公司的股权。

(1) 通过离岸公司（Offshore Company）持有上市公司股权是相对普遍的控股方式。

不论是香港红筹、还是赴美、赴英、新加坡等上市的民营、甚至是国资公司，大多采用通过离岸（BVI）公司多层级（可能架构了多层股权持有设计）持股的方式。

样例 1. 2014年8月5日，万洲国际在港上市（HK. 00288）

（股权结构图略）

样例 2. 2014年8月12日，润东集团在港上市（HK. 01365）

（股权结构图略）

样例 3. 乐逗游戏 2014年8月7日在纳斯达克上市（DSKY）

（股权结构图略）

样例 4. 乐居 2014年4月17日在纽交所上市（LEJU）

（股权结构图略）

(2) 离岸公司直接（股权）或间接（VIE）控制境内资产

虽然上市公司在境外，但赢利的源泉大多为国内商业市场主体（小部分全球化、成熟跨境业务公司除外）。为实现对国内实体运营企业控制，境外上市公司主体通过下设的多层公司利用股权控制、协议控制（VIE）等模式实现境外公司控制境内公司资产。因为实行的是境外、境内股权结构的“双轨制”，因此，在配偶一方架设境外股权结构时，可能因 BVI 的保密注册信息而致使双方信息不对等，或者在境外结构搭建时，在境内配偶不知情的情况下，配偶一方单方将原属夫妻共同股权（或含有婚后双方收益的一方股权）进行信托设计。

(3) 离岸公司股权的财产风险所在

离岸公司股权持有的风险来源于多个方面。比如，国家政策、政策风险、VIE 契约违约、外汇及税收管制及政策（现金兑现及所得税）、信托违约等。就离婚案件因素影响来看，对于持股一方，其虽单方掌握（直接控制）或实际控制（通过“设壳”控制）境外 BVI 公司股权，且在国内难以（注意，并不是不可以）通过境内法律、判决制约境外 BVI 公司股权，但若配偶另一方也有信息及财力优势和实力，不论其通过设置多重股权结构还是通过信托方式隐化或强化对股权的控制，配偶另一方均有角度和空间对其处理的资产进行质疑和挑战；对于非持股一方来说，虽然其在中国法律框架下拥有另一方单方在境外持有股权的公司股东（或增值）权益，但由于中国大陆法系的原则限制（如离婚案件中讲究案件处理“一案一法律关系”），或管辖及执行的理论及现实难点，加之绝大部分境内律师在掌握跨境财产诉讼处理知识及技巧方面的局限性，对于配偶另一方的境外股权信息不掌握、或虽然掌握信息、但法律处理复杂、耗资巨大，往往显得心有余力、而鞭长莫及，或无奈长叹，获“小”利而和解。

2、从信托架构搭建的时间来看，上市前后搭建各有特点。

(1) 上市前搭建

如果信托架构在上市前搭建，在上市文件中大股东就必然有信息披露。一般情况下，在上市前搭建即意味着夫妻双方（或家族内部）对于通过 BVI 间接分别控制国内资产已达成共识（哪怕持股比例有所差异化）。进一步说，即意味着在公司上市之前即完成离婚手续（或家族成员之间分配财产）或婚内分财的合意，且多采用协商方式解决双方法律问题。在此种情况下，双方在上市前对预期利益已做分配，可以避免在公司上市后，对股权的纷争对上市公司造成的影响（经济利益及声誉舆论）。但一般而言，即使夫妻离婚，子女仍被视为共同所爱，因此，在搭建信托时，对于不同的子女人数（特别是一名子女）在信托设计时，受益人可能会有所交叉。当然，我们也有案例发现

家族在上市前配偶一方单方搭建境外股权信托结构，致使诉讼纠纷跨境多地产生诉累。

## (2) 上市后搭建

公司上市前，应避免股权结构（特别是实际控制人、一致行动人之间）产生所有权争议，这将是导致公司无法上市成功的最大可能。我们在实践中也看到，一些公司股东在公司成功上市后（甚至在限售期内），即针对可能来临的离婚纠纷，而单方将股权设立信托处理，以期加强个体对原共同财产的支配、达到少分、甚至不分配配偶另一方目的的可能。此种信托的搭建，又分为两种情况。即将 BVI 股权直接装入早已搭建的信托结构中（即“新酒装旧瓶子”）或新设信托，将 BVI 公司（HOLDING.LTD）装入（即“新瓶装新酒”）。笔者认为，天下没有绝对的安全，不论信托结构设计者如何尽善尽美（仅是从信托结构设计、或信托所在地地域条件下），从不同角度全面设计和剖析（特别是不同法域角度）攻击信托目的（注意，不限于击破信托本身）完全可能。

3、从信托设立后果的确定性来看，是否合意搭建信托的法律后果有差异。

### (1) 合意搭建视为对共同财产的合意处理

从家事因素影响角度来看，即使信托设立所在地、或管辖法院为境外，但在确定实体权利时，境外法院一般仍需参照中国法律（最密切联系地）。而《婚姻法》第十七条、《民通意见》第八十九条以及《合同法》第五十二条，甚至是《婚姻法司法解释（三）》第十五条是在处理此类跨境股权纠纷中绕越不过的法律依据。而运用“自由心证”原则的大多信托所在地（英美法系也是信托法律最为发达的区域所在）适用的基本法律原则。不论从哪个法系角度来看，如果在信托结构搭建和信托条款受益的角度能够较好把握（即信托是基于双方合意、或虽然为一方设立，但配偶另一方权益未受实际损害），则可避免信托目的不能完成的法律风险。

### (2) 单方搭建，要从委托人、受益人、信托条款等内容综合评判信托效力

接上所述，即使信托条款为配偶单方设计，可能会面临尴尬矛盾：即如果将配偶另一方不载入信托条款，则面临质疑风险；若将配偶另一方权益载入信托，又与内心意愿违背！如何解决这一矛盾呢？目前我们接手案件来看，大多为走“极端”者，即，要么完全有、要么完全没有。笔者认为，“完全没有”对配偶另一方利益考量的单方信托，是最终经不起挑战的信托。或者信托经受了挑战，但设立信托的目的则不一定能够达到。委托人设立信托的目的，一般不会仅仅在于保障“信托财产装入”的财产的安全性，同时也会考量信托财产安全的同时，能以保障自身的生活质量、其它财产的安全等。如果仅仅装入信托的财产是安全的，而委托人在其它有效判决（特别是中国法院判决）的制约下，或导致其它财产（少有中国富人将所有财产全部装入一个信托）增加了不安全性或陷入危险境地，这并非为委托人的真心希望。

4、从信托设立的委托人身份来看，一方或双方为外籍者普遍。

### (1) 选择外籍的现状

多个调查机构的研究结果均已表明，中国境内有产者希望或已经拥有不同的国籍或身份权利（绿卡）。多笔者手上客户来看，几乎所有特定区间客户（资产在壹亿以上）均拥有外籍（含港）身份，或配偶拥有外籍身份。2014年6月中国与美国签订 FATCA（《美国海外账户税收合规法案》）政府间协议，影响了一批有产者退美籍，或转投其它合法避税国域，但这几乎没有影响国内有产者的转籍热情。

### (2) 外籍对信托争议管辖法院的影响

外籍身份对于将来可能产生的诉讼的管辖法院之确认有着重要的意义。大多数国家采用属人、或居住地主义来确定法院是否对离婚、婚内财产争议、财产保护等诉讼案由决定是否管辖，涉及信托及关联诉讼也是如此。因此，在设计具体信托条款时，应予考量信托条款设计对于未来可能之争议的内容影响。

5、从案件管辖权来看，国内、外法院直接或间接受理均有可能。

### (1) 中国境内法院并非“无可作为”

由于跨境私人财产争议的诉讼处理仍属于“新生事务”，没有成式的经验和普遍的了解，造成一部分持股人甚至是资产服务机构认为，在境外设立的信托，中国法院对此没有任何管辖权和影响力。这种认识虽然具有一定的正确性，但却忽视了解决矛盾的不同角度性和诉讼策略的灵活性。2014年6月，最高人民法院的民四商事第40号判决书，已明确了中国法院判决影响境外上市公司股权处理的现实性，这是中国最高审判机构对于因离婚导致境外财产分割复杂问题诸多环节的一个阶段性的最终结论。笔者所在团队将会在近期将该案例适用于其它诸多类似（多涉及境外股权以信托方式转移）案例。同样，中国内地各个法院（不限于上海、北京一线城市）审理此类的案件类型将会开始或局部增多（主要为在境外上市较多的城市），最高司法机关已注意并重视新类型的此类案件。因核心实体运营资产在国内，且大多涉案人在国内有住所，因此，通过中国境内法律的灵活适用，中国境内法院对此类纠纷和争议的解决并非无能为力。笔者甚至预测，中国法院之诉在部分案件中将成为解决境外信托财产争议的最直接、有效、经济的方式！

### (2) 一定条件下的境外法院受理管辖的条件

根据诉讼主体所在地（配偶双方住所地）及信托财产所在地等诸多管辖连结点，或夫妻对于共同财产被单方设置信托或做其它股权处理（如转让）的具体情况，可设计、选择在不同国域、法域进行分别或同时诉讼。通常情况下，诉讼当事人的住所地、股权、公司、信托所在地、账户开户所在地（可视为财产所在地的管辖连结点），均为法院受理相关案件的依据。

### (3) 英国最高法院“击破配偶一方以法人财产为保护壳”的案例之影响

全球超过四分之一的避税天堂是属于英国的财产——皇家属地和海外领土。英国共拥有 3 个皇家属地和 14 个海外领地，其中 9 处均为官方注册的离岸金融中心。被英国财政部列在审查名单上的离岸金融中心包括：泽西岛、格恩西岛、马恩岛、百慕大、开曼群岛、直布罗陀、特克斯和凯科斯群岛、英属维尔京群岛、安圭拉。2013 年 6 月，经过英国国家事法庭、英国上诉法院与英国最高法院三个法庭的三次审理的一个离婚案件，最终在英国的最高法院得出的终审判决绝对会令期望通过离岸公司或离岸信托来“保护”自己巨额财产的富人们“坐立不安”。此判决把在夫妻一方公司（英属地）名下的财产转移给另一方，而且是判令对涉案财产拥有法定所有权的公司直接把财产转移给主张权利方。该案的详细信息参阅笔者博客 [http://blog.sina.com.cn/s/blog\\_60d317b40101du8v.html](http://blog.sina.com.cn/s/blog_60d317b40101du8v.html)。该案确立了“为逃避夫妻共同财产分割的壳公司应被击破”之原则，对于推动击破“恶意信托”有着重要的参考意义。

## 6、处理跨境财产争议的高耗时和高成本。

### (1) 普遍采用“跨国律师团”诉讼

因国内信托受制于法律，暂时无法解决信托财产所有权实质隔离问题，以及有产者合理配置财产、规避风险、外汇管制、移民等原因，境外信托一般系将境外资产进行信托设计。虽然目前笔者发现有通过境外公司股权控制、收购境内不动产的“境内不动产境外信托规制”的个案，但由于持有成本高、变现能力差等原因，并未形成主流。

BVI 法院在处理涉及 BVI 公司间接持有上市公司股权、间接控制境内实体公司财产纠纷中，往往按照“遵循先例”的原则，当然，也有新受理的突破，主要是基于越来越多的涉及境内实体运营公司通过一定渠道境外上市相关股权纠纷争议（特别是基于离婚、继承问题）发生案件数额不再罕见，甚至有递增的趋势。针对这一新情况，相关境外法院具体受理的法官在处理过程中也有新的突破的命令。

由于诉讼当事人住所地、公司股权所在地、信托设立地、账户开设地、实体财产所在地等诸多因素的不同，因此，涉外信托财产争议往往会涉及多地法院的同时受理。笔者有一起案件同时有四个国家（地区）的法院在处理同一笔实质信托关联财产。大多 BVI 及英美法系（信托主要所在地）律师收费一般按小时收取，费率在 500—3000 美元不等，导致诉讼成本仅律师费一项就居高不下，且境外律师普遍不愿采用“风险收费”模式，使得很多寄希望于跨境诉讼的客户“望费却步”。因此，在境外打官司，在某种意义上讲，虽然不可能是“打关系”，但一定是近乎经济实力和支付能力的对抗。

### (2) 时间成本

由于涉及法律关系、法域复杂、多地律师、诉讼同时进行，以及诉讼的波折、反复性，导致跨境案件财产争议处理时间跨度长、风险高，加之有语言的障碍，需要额外增加较多的时间成本。再加上由于涉及标的额大，国内法院一般均采用普通程序、甚至判决结果需要审委会讨论，因此，相关案件处理时间耗时较长，往往在数年之久！

## 二、案例引路

### (一) 境外上市公司股权转让无效案

2014 年 6 月，经过近 6 年的审理，笔者代理的一起境外股权转让无效案经过最高人民法院终审裁决，依法维持某省高级人民法院一审判决，其主要判决内容为认定某境外上市公司亲属之间股权转让（赠与方式）由于侵害了夫妻财产共有权而无效。

在该起案件中，男方持有股权为婚前取得。在婚姻关系存续期间，通过外资公司并购内资企业股权的形式（在 SEC 招股文件中解释为“股权置换”）实现境外拟上市公司实现对国内资产的控制。最高人民法院认为，虽然男方在境外上市公司的股票为境内公司婚前取得股权“置换”取得，但境内公司股权在婚后有增值收益，该增值收益为夫妻共同财产。因而，其境外换取的上市公司股票中，含有女方合法财产权益。在未征得女方同意的情况下，男方将股票无对价转让给其亲属（投票权保留），违反中国相关法律规定，因此终审认定此种行为无效。

此案的裁决结果，对于处理跨境财产纠纷具有重大借鉴和参考意义。仅对境外信托设立效力而言，通过 BVI 公司与 BVI 公司之间、BVI 公司与自然人个人之间的所谓股权“交换”方式、间接将持有上市公司股票的 HOLDING. LTD 公司装入信托资产的合法有效性，几乎可以看到中国法院对此的最终态度和裁决结果。另外，虽然目前笔者还不能绝对断定对采取直接装入境外信托资产的另一种“装酒”方式可以直接乐观估计信托无效的后果（认定信托无效对当地法官来说，是一个重大综合法律问题），但对于通过跨国诉讼策略设计，具有积极的重要意义。

### (二) 红筹上市公司股权信托涉嫌无效案

2013 年，某红筹上市公司在招股文件中披露，一致行动人某男性股东实际控制的两家 BVI 公司中，一家已被某 BVI 法院下达禁令控制、另一家已装入境外某信托的 BVI 公司正处于信托无效的纠纷之中。由于该某男所持股份相对较低（此相对值的范围幅度要高于国内证券市场的监管），因此，最终没有实质影响上市。

该男性股东采用的是将 BVI 公司（HOLDING. LTD）装入（即“新瓶装新酒”）信托的方式，其最大的法律缺陷，是直接将夫妻共同财产单方进行了处置（设立信托、在境外实现财产所有权发生转移）。很多资产规划者（如专业信托受托人或银行等）认为，通过多层级股权持有设计、或者直接将 HOLDING. LTD 装入信托，即使委托人的权限存在瑕疵（单方处分共有财产），但一旦信托完成，则完全可以起到资产隔离、或信息保密的效果。甚至也有法律人士认为，对于擅自处理共有财产的配偶一方责任，另一方可以通过在离婚、或离婚后诉讼中要求补偿或赔偿取得，

从而能保障信托的安全性。笔者认为，此种观点值得商榷。信托设立是为了满足委托人关于财富传承或财产安全及生活保障之目的，即便设立的信托固若金汤、但其综合目的不能达到、仍然面临其它判决的制约，这不应该是一个成功的信托。

### （三）龙湖地产股东之合意境外信托案

龙湖股东信托，是国内法律界津津乐道的以“家族信托管理”规避婚姻家事风险的正面案例。

根据龙湖地产（HK.00960）招股书显示，龙湖地产 2009 年上市前，吴亚军夫妇已经通过境外 BVI 和两个分别由二人担任成立人的家族信托间接持有公司约 90% 的股权。该股权的家族信托的设计分成了三个步骤：

STEP I: 2007 年 11 月，二人在开曼群岛注册了纯属空壳的龙湖地产。该公司的持有者为两家 BVI 公司——Charm Talent 及 Precious Full。2008 年 1 月，夫妇再成立一家名为 LONGFOR 的 BVI，并由龙湖地产持有 100% 股权。

STEP II: 2008 年 6 月 21 日，LONGFOR 收购夫妇俩在内地想要上市的资产——嘉逊发展，并将这些股本分别按面值 19.2 亿港元和 12.8 亿港元转让予 Charm Talent 及 Precious Full。

STEP III: 同时，二人将 Charm Talent 及 Precious Full 分别持有龙湖地产的股份以零代价分别向另外两家 BVI——Silver Sea 及 Silver land 转让，并分别结算为吴氏家族信托及蔡氏家族信托，两个信托均由 HSBC International Trustee(下称“汇丰信托”)为受托人。

信托成立之后，吴亚军和蔡奎都不再直接控制龙湖集团的股权，而成为各自信托的受益人。2012 年 11 月 20 日，龙湖地产董事会主席吴亚军与其丈夫蔡奎离婚，764 亿港元的市值公司，涉及 577 亿港元的财产分割，但因为此前双方的家族信托设计安排，龙湖地产估价在这场离婚案中并未受到太大的影响。

（股权结构图略）

此种境外股权结构的搭建并非难事，因此，境外股权信托设计并非关键问题。在笔者看来，龙湖股权信托案之所以成功、信托设计结果双方俱皆大欢喜，不在于信托设计的高明、而在于相关当事人双方就离婚股权分割达成合意的可贵。而这种互谅的合意又让两方共尝甜甘，亦算难得。

### 三、结语

目前从司法实践来看，中国有产者跨境财富纠纷诉讼正处于初步发展阶段。不论是在中国境内、还是香港、美国、加拿大、新西兰或 BVI 地区，法院审理此类案件还属于摸索阶段，并没有完全形成成熟的经典案例和司法观点。而在实战中，按沪家律师事务所主任王小成律师的观点来看，存在两种“势力”：一则为“矛”，极力击破境外信托设计及关联财产股权安排；另一则为“盾”，通过周密设计保障单方股权信托财产处理之安全。笔者团队在实战中即有时做“矛”、又有时为“盾”，在“矛盾”交错中前行探索与实践。可以预见，不同法域的法院和律师的数年“作战”的结果，必将促进境外财富安全防范的进步与发展，同时将大大促进各国、各法域的司法裁决实践，以及极大促进私人财富的全球配置规划与法律保障！

## 七、社会新闻

### 男子伪造离婚证瞒着妻子卖房还债 结果锒铛入狱

2014 年 07 月 31 日 温州网 吴祖坚 朱乐乐

浙江在线 07 月 31 日讯 温某瞒着妻子，用伪造的离婚证、离婚协议和户口本，将原本属于夫妻共同财产的两处房产卖给他人。近日，他被检察机关以买卖国家机关证件罪批准逮捕。

温某今年 35 岁，家住温州平阳。2007 年前后，他和妻子陈某在广西某小区买了 2 间共 70 多平方米的商品房。到了 2012 年下半年，温某的生意出现亏空，被债主追债。同时，他和老婆的关系也亮起了红灯，两人多次发生争执。温某提出把广西房子卖掉还债，陈某不同意。

其后，温某想到了搞本假离婚证，把房子卖掉。他通过广西街头电线柱上的办证小广告，找人买了假离婚证、假户口簿和一份假离婚协议书，并为此支付了 300 元。

用这些假证件，温某把两处房产以 18 万元的价格卖给他人，并拿这些钱还债。去年 6 月，妻子陈某去了广西，发现那两处房产换了主人。她感觉不对劲，就去房屋登记部门查询，得知房产确实被温某给卖了。

和温某协商未果后，陈某向平阳警方报警，警方对此立案调查，把温某列为网上逃犯。近日，平阳县检察院以涉嫌买卖国家机关证件罪，依法批准逮捕犯罪嫌疑人温某。

### “诉前夫再离婚”重演“证途”荒诞

2014 年 07 月 30 日 山东商报

同时，证件难办还是政府管控理念的体现，证件具有“准入”的特点，成了为解决一个问题打“补丁”的手段，将公民的正当权益切割得七零八落。更多时候，部门层面的责任推给公民去“自证清白”，而不是部门之间通过信息的有效沟通，去满足审查的需要，很多证件给予公民的并不是服务，而是困扰。如此一来，个人无证或者像个案一样证件遗失不便的风险，被无限放大。“诉前夫再离婚一次”重演“证途”的荒诞，让人的权益与法律地位系于几个“证”，本身就很荒唐。如果要让这样的荒唐不再重演，终究还是要建立与现代社会治理相适应的现代公共服务体系，变

原标题：“诉前夫再离婚”重演“证途”荒诞

今年5月，王女士准备结婚，但发现自己的户口本仍为已婚信息，且她的离婚证已丢失，无法更改户口本上的信息，遂找到顺义区民政局、档案馆及乡政府等地查找当年办理离婚手续的有关材料，但均未找到。无奈之下，她起诉请求通过法院判决解除与张先生的婚姻关系。近日，顺义法院受理了此案。（7月29日《京华时报》）

这样的荒唐又离不开一个“证”字。王女士离婚证丢失固然有保管不善的过失，然而，从民政部门到乡政府，一应的部门找不到当年离婚的材料，不能不说有显性的过错，甚至是机构的失职。当这一切“证据”不存，婚姻状况成了“悬案”，公共服务机构以“爱莫能助”站了干岸，所有的问题都成了“自证清白”的奔波。不否认，这样的个案极为鲜见，但是“人在证途”的种种弊端再一次显露无遗。

证件难办是当下社会管理的一个缩影，一是以户籍地为单元的区域割裂，二是以行业管理为构架的部门壁垒，将管理的信息切割成了一个又一个“信息孤岛”，各自划地而治。如个案中的婚姻信息，反映在户籍上，没有来自民政的离婚“作证”，“已婚”便难以更改过来。

同时，证件难办还是政府管控理念的体现，证件具有“准入”的特点，成了为解决一个问题打“补丁”的手段，将公民的正当权益切割得七零八落。更多时候，部门层面的责任推给公民去“自证清白”，而不是部门之间通过信息的有效沟通，去满足审查的需要，很多证件给予公民的并不是服务，而是困扰。如此一来，个人无证或者像个案一样证件遗失不便的风险，被无限放大。“诉前夫再离婚一次”重演“证途”的荒诞，让人的权益与法律地位系于几个“证”，本身就很不荒唐。如果能让这样的荒唐不再重演，终究还是要建立与现代社会治理相适应的现代公共服务体系，变审批为服务、控管为引导，改变政出多门的状况，简政瘦身，消除部门壁垒，实行集中服务。在此基础上，打破行业与部门的掣肘，规划和建设以个人户籍、婚姻、生育、社会保障等基本信息为基础，多门类统一的公民信息数据库，串起所有的“信息孤岛”，共建共享，让公民可以一证行天下，充分满足社会流动、个人变动的需要。

### 女儿重度抑郁自杀 父亲诉女婿被驳回

2014年8月1日 人民法院报 黄硕 石岩

本报讯 女儿重度抑郁跳楼自杀身亡，老父亲将女婿赖先生告上法庭，索赔85.6万余元。7月30日，北京市朝阳区人民法院作出一审判决，认定赖先生的行为不存在过错，且与唐女士自杀死亡不具有法律意义上的因果关系，驳回了唐先生的全部诉讼请求。

小唐和赖先生都毕业于清华大学。硕士毕业后，小唐到IBM公司工作，常年往返于北京和外地，工作繁忙而紧张，连续六年获得公司奖励。赖先生在某猎头公司担任总监。他和小唐经过五年恋爱，于2008年8月结婚。

原告唐先生的家庭原本幸福美满，却因为一种家族遗传病——“抑郁症”而支离破碎。老唐是一名小学教师，和郝女士结婚后，生育了一对双胞胎女儿。两个女儿都很优秀，大女儿在国家专利局工作，二女儿也就是小唐在IBM公司工作。

然而在十年内，他却先后痛失这三位至亲的亲人。2002年，妻子郝女士因为抑郁症在家中服用盐酸自杀身亡。8年后的2010年5月，小唐的双胞胎姐姐也因抑郁症在单位跳楼自杀身亡。2012年5月26日，这一天是小唐姐姐的忌日，抑郁症的阴影再次笼罩了这个家庭，当天小唐对家人表示，从4月初起她一直失眠，感觉精神压抑、身体不好。抑郁症开始折磨小唐。3个月后，2012年8月28日，小唐选择从27层的家中跳楼自杀，结束了自己的生命。

唐先生在十年内痛失三位亲人，小唐死后其又与女婿发生家庭矛盾，唐先生表示，由于难以承受丧女之痛，他已经两次住院将近4个月，并也患上了抑郁症。

唐先生称，大女儿自杀后，是二女婿赖先生作为家属代表亲自处理的善后事宜，二女婿对小唐的家族病史、抑郁症的治疗、患者的自杀倾向以及严重后果等都是心知肚明的，但是在小唐发病至病情恶化的过程中，赖先生拒绝对小唐进行治疗，在其强烈催促及要求下，小唐才进行了一次就医，而且就医后，也未按医嘱到专科医院进行进一步的治疗，丧失了最后的机会。此外，事发当天，赖先生没有亲自看护小唐，而是让自己的母亲照看小唐，而其母亲也不了解小唐的病情，导致小唐一人在卧室很长时间无人看护。因认为女婿对小唐的死负有责任并具有直接的因果关系，唐先生将女婿告上法庭，索赔死亡赔偿金806420元、精神损害抚慰金50000元。

赖先生辩称，小唐很介意让别人知道其有抑郁症，在是否需要看病的问题上，其与小唐曾多次沟通，之前二人均认为小唐是因为工作压力大造成失眠，身体处于亚健康状态，直到2012年8月23日，小唐才第一次同意就医。8月26日，小唐就医后由于时间很晚，只能第二天再取药。小唐何时就诊、就诊后换药都是包括岳父、小唐和自己在内的家人共同决定的。

赖先生表示，他和小唐感情深厚，如果能够挽救小唐的生命，他愿意用自己的生命去换。抑郁症是医学难题，发病和自杀是他人无法预防的，而且小唐生前最后三个月一直在威海出差，只是周末回来一天半，小唐的死并不是其消极不作为造成的。

法院经审理认为，赖先生的行为不存在过错，且与唐女士坠楼死亡并不具有法律意义上的因果关系，遂依法判决驳回了唐先生的全部诉讼请求。

（黄硕 石岩）

## ■法官说法■

不存在过错无需担责

该案的争议焦点在于赖先生的行为，包括作为与不作为，是否存在法律意义上的过错，赖先生是否应当对唐女士坠楼承担侵权责任。针对争议焦点，承办法官对该案的判决给予了详细的解读。

首先，夫妻之间有互相扶养的义务，家庭成员之间应当互相帮助。自小唐发病至坠楼的三个多月中，小唐绝大多数时间在外地出差，生活能够自理，根据证据，赖先生已经尽到了必要的关注，采取了相应的措施，坠楼当天亦让其母亲在家中照顾小唐，其行为并不存在过错。唐先生主张赖先生未尽到法定义务，延误就医、就医后不遵医嘱用药、不遵医嘱前往专科医院进一步治疗是导致唐女士病情加重，最终选择自杀的原因。然而，唐先生提供的证据，均无法充分证明上述主张成立。赖先生认为，就医时间、如何选择医院及用药，都是包括唐先生、赖先生及唐女士在内的所有家人商议的结果。

其次，导致唐女士死亡的诱因系由于其患有抑郁症产生的自杀倾向和行为，判断患者是否具有自杀倾向以及自杀行为本身具有难以预测性。即使赖先生因唐女士其他亲属患抑郁症自杀死亡而对该疾病有一定的了解，但采取有效措施防止损害结果的发生亦超出了赖先生作为非医疗专业人员对于抑郁症疾病理解和掌控的能力。

再次，在唐女士死亡后，唐先生与赖先生因办理后事等诸多事宜产生矛盾，与唐女士死亡本身并没有关联性，故唐先生以此为由要求赖先生承担侵权责任，没有事实和法律依据。

### 姑父借侄女名义买房 被侄女诉霸占房屋不还

2014年8月5日 中国法院网 孙思娅

称姑父一家一直谎称照顾奶奶而占用自己的房屋，侄女将姑父告上法庭，姑父则说房子仅仅是借侄女的名购买。8月2日记者获悉，经过法庭调查，市一中院根据证据判决支持了姑父一方的说法。

双方争夺的房产购买于2007年，购房款为姑父周某一家交纳，产权登记在侄女李小姐名下。关于房屋的归属，双方争论激烈。

李小姐起诉至法院，称姑父周某一家谎称照顾奶奶，要求使用房屋，但2009年奶奶去世后，周某一家却一直无理占用诉争房屋，拒绝归还。李小姐请求法院判令周某一家交还诉争房屋，并表示房屋是其向周某一家借款购买的，可以返还周某一家交纳的购房款。

周某一家认为诉争房屋虽登记在李小姐名下，但双方的真实法律关系为借名买房合同关系。周某一家说，李小姐有资格以低于市场价的价格购买房屋，而周某一家无此资格，后来由周某一家借用李小姐的资格购买诉争房屋，当时李小姐对此已经同意并认可。

诉讼中，双方均打出感情牌。李小姐说，因为没有房子自己一直结不了婚，周某一家却不体谅自己，还一直霸占房屋。周某一家则表示，李小姐一岁尚在哺乳期时，其母亲离异后扔下李小姐，父亲去了深圳，是周某一家抚养李小姐几年，没想到李小姐长大了，却黑心坑害，听闻李小姐的起诉，周某一家真如五雷轰顶。

到底是李小姐借款买房，还是周某一家借名买房？经过调查法院认定，房屋由周某一家装修并使用；房款由周某一家交付；房屋产权证书原件及购房票据原件为周某一家持有。因此，法院认定该案件的真实情况与李小姐之主张不符，双方为借名买房合同关系，并在此基础上，驳回李小姐的起诉。

### 宿迁女子20年结婚离婚26次 最长婚姻维持3年

2014年8月10日 宿迁新闻网

她今年40岁，从20岁开始第一次结婚，20年中与9个男人离婚、结婚达26次。下定决心最后一次结婚后她怀孕了，却因为丈夫与前妻有两个孩子无法办理准生证。昨日，家住沭阳县某镇的孟甜陷入两难，她向晚报打来电话咨询，自己是否可以不离婚而选择与没有孩子的前夫复婚，从而给孩子一个户口。这个女人究竟有怎样的情感经历？记者对她进行了采访。

1974年，孟甜出生在一个贫困的家庭，父母都是普通农民。从初中起，孟甜成绩越来越差，最终没能考上任何学校。毕业后，孟甜在当地一服装店当了一名销售员。1994年，20岁的孟甜出落成一个大姑娘，身边吸引了不少追求者，汪磊就是其中一人。“他对我很好，常带我出去吃饭逛街，给我买东西，人长得也帅。”回忆起第一任丈夫，孟甜称那是她第一次真正意义上的恋爱，虽然只持续了两年。孟甜说，因为丈夫工作不稳定，常常东奔西走，让她很没有安全感，最后只得选择与其离婚。

因为没有孩子，离婚后依旧年轻的孟甜随后又交往过8位男友，并与其中的6位结婚并离婚，与其中的3位有过多次复婚并最终离婚的经历，其中最长的桩婚姻也只维持了3年。说到离婚的原因，孟甜称，几任丈夫要么酗酒、要么家庭暴力、要么太窝囊。与第5任丈夫有过一个孩子，最终判给了丈夫。

“罗林是我第8任丈夫，老实本分，也没有嫌弃我的过去，认识半年后，我们领证结婚。”她说，本以为这次可以好好过下去，2012年却认识了开印刷公司的张勇，让她再次陷入爱河。“不顾别人阻拦，2012年底，我与罗林离婚和张勇结婚。”孟甜说，张勇也曾离过婚，并有两个孩子，但经济条件比罗林好许多。“结婚一年后，张勇对我便不像开始那么好了，而此时罗林又开始重新追求我，我没有拒绝，便与张勇离婚回到了罗林身边。”孟甜说，当时和罗林保证再也不会离开他，可苍天弄人，刚和罗林复婚不久，孟甜检查出怀孕，按照日期推算，孩子是张勇的。



无奈之下，孟甜只好再次与罗林离婚回到张勇身边。然而此时却发现，因为张勇与前妻育有两个孩子，所以自己不符合生育条件。思前想后，孟甜想到罗林还没有孩子，希望通过他办理准生证。

记者了解到，因为孟甜与张勇是合法夫妻，如果与罗林再次登记结婚或与之以夫妻名义同居，将犯“重婚”罪，不但领不到准生证，还将触犯法律。因此，她要么选择将腹中的胎儿打掉，要么与张勇办理离婚手续再与罗林登记复婚，否则只能按违反计划生育论处，缴纳社会抚养费。记者从孟甜所在地居委会求证发现，除去事实婚姻，孟甜确实曾与9人领证结婚，并反复结婚、离婚、复婚高达26次以上。

### 离婚与星座有关？A-cup 更易离婚？各种奇葩离婚原因大起底！

2014年8月9日 广州日报

单集300万的售价，让姚晨与吴秀波主演的电视剧《离婚律师》成了今年的“剧王”。如此天价的首播价格只能由四个卫视一起咬咬牙才能拿下。

卫视的领导们预估这部剧将会成为热门话题，因为，我国离婚人数已经连续8年呈现递增趋势，并且离婚增幅连续5年超过结婚增幅。

不过，查阅完山一般高的资料后，我们发现，降低离婚率还是要靠知识。如果你在离婚前看了这些内容，你的生活中可能出现铁打的鸳鸯，流水的小三。

#### 随机抽查

第一次想离婚是为什么？

给新房装修的时候，意见不合。——yskin

因为结婚几年都没有怀孕，知道自己有些问题，不想耽误他。——匿名女王

她说，老公是小富即安的人，我是很拜金的。——X先森

当我发烧拉肚子给孩子煎蛋热牛奶，却看到他坐在沙发上看报纸喝茶水不闻不问。——赵小姐

他跟妈妈吵了两句之后，拿起遥控扔向妈妈。——ELLE

他第一次说出的神经病吗，发什么疯。——小小莲

发现对方家人的阶层比我家低太多，生活习惯也差太多。——不啊

他打我。——洛儿

性生活不和谐。——Vincent

小孩子出生后，双方母亲介入时矛盾不断。——Ricky

#### 离婚爆料

1、七年之痒才是小儿科

研究发现，结婚9到10年的中年夫妻最易散伙，而从年龄段上来看，一般是在30岁到40岁之间，特别是在35岁左右容易出现婚变。

2、离婚率和GDP的关系

据民政部统计数据 displays，东北三省、新疆、青海、西藏、内蒙古、四川这些GDP相对低的省份离婚率高。离婚率最低的省份是GDP很高的广东省。

3、全国离婚人数最多的地方

根据民政部能够查询到的自2007年至今的统计数据，四川省登记离婚人数一直居全国首位。2011年就达到了117538对。

4、微信、微博、Facebook、陌陌是离婚的帮凶

根据德克萨斯大学奥斯丁分校2011年公布的一份研究报告显示，32%的重度社交媒体用户称其曾严肃考虑过离弃配偶的问题，相比之下不使用社交网络的被调查者则仅为16%。

超过80%的离婚律师都称其发现，牵涉到使用社交网络服务的离婚案有所增加。

5、一见钟情才是婚姻的保障

在美国一项以1500对夫妇为对象的调查中，竟有55%的夫妇是在一见钟情后直接结婚的。更令人吃惊的是其中的离婚率，男性的离婚率也只有20%，而女性竟在10%以下。据了解，在美国约有近半数的夫妻会离婚，鉴于此，一见钟情结婚倒是个维系社会稳定的不错选择。

6、离婚是一件对经济有益的事

当然。美国离婚率近年上升，夫妇离异后各自组织新家庭，推高物业、家电及家具需求，加上不少女性因此重投劳动市场，成为促进经济的另类因素。

7、离婚率与罩杯有关

美国著名调查机构PEW在“胸围与幸福指数”调查中对500对30—40岁的夫妻调查结果显示：女性胸围A杯的离婚率为37%，胸围B杯的离婚率为16.3%，胸围C杯的离婚率为4%，而胸围达D杯的女性离婚率1%都不到。

8、上班路程太长也要离婚

瑞典一项最新研究发现，夫妻中有一方每天上班路上耗时超过45分钟，离婚率增加40%。

### 9、出轨导致离婚的星座前三名

根据数据统计，男性为，天蝎座、射手座、水瓶座。女性为，射手座、天蝎座、天秤座。

### 离婚数据

现在我国的婚姻关系有多脆弱？

1978年我国离婚人数为28.5万对，每21对夫妇就有1对离婚。2006年我国离婚人数为191.3万对，每5对夫妇就有1对离婚。2013年我国离婚人数为350万对，每3.8对夫妇就有1对离婚。去年离掉了整整一个香港的人数。

影响婚姻关系的因素，物质和性重要吗？

排名第一的是情投意合，第二的是生活关系，第三的是个人能力。而物质基础和性生活在八个选项中分别为第六和第八名。

你介意另一半有异性好友吗？

83.80%的男性不介意，理由是老婆有的话，我也可以有。50%的女性觉得不可以有，因为异性友谊是小三的温床。

导致离婚最根本的因素是什么？

似乎毫无悬念是小三，这个选项获得了74.6%的肯定。但是62.5%的女性还是选择原谅渣男，打败小三，继续婚姻生活。

你会为了多一套房子而选择离婚吗？

70.2%的人不会，13.8%的人视情况而定。

离婚诱因有哪些？

婚外情是票选的第一名诱因，有74.6%的人肯定这个选项。第二名是71%的人选出的家暴。第三名是性格不合。最奇葩的离婚诱因是4.3%的人选出的“对宠物的态度”。

[来源|潇湘晨报]

## “随母姓”致家族基因传承混乱无科学依据 ——访浙江省人民医院生殖内分泌科主任、生殖医学中心主任舒静

2014年8月12日 中国法院报 耿兴敏

近期，安徽省长丰县实施激励政策：新生儿若随母亲姓家庭可获1000元奖励。此举引发诸多议论。近日，网上出现一篇文章《“随母姓”与姓氏危机》，文中作者提出“从生理学的角度讲，只有男性才能传承家族基因”的观点。姑且不论这种观点和逻辑正确与否，但作者提出的问题的确是值得引起思考和商榷的。

那么，什么算（家族）基因？其定义是什么？从生理学的角度讲，只有男性才能传承家族基因，这种说法是否有科学依据？带着这样的问题，记者采访请教了浙江省人民医院生殖内分泌科主任、生殖医学中心主任舒静。

女性转载的遗传信息量其实更大

“人类共有2.1万余个基因，绝大多数分布在细胞核内23对（46条）的染色体上（称核基因），少部分分布在细胞质线粒体上（称线粒体基因），所有这些基因对个体的体格、体貌、智力、疾病的易感性都有决定作用，都具有遗传性，都是家族烙印的载体，因此都是所谓的‘家族基因’。”舒静教授表示，首先医学上没有特指家族基因的说法，自然也就没有关于它的定义。

“只有男性才能传承家族基因，这种说法不对。”

舒静介绍，人类的2万余个基因分布在不同的染色体、线粒体上。在第1对至第22对染色体上，男性和女性没有区别（称常染色体），承载的基因量是一样的。在第23对染色体（称性染色体），男性是X和Y染色体，而女性是两个X染色体。Y染色体比X染色体小得多，携带的遗传基因也比X染色体少得多，主要是一些决定男性性特征的基因。X染色体除了包含与性别相关的基因外，还包含了较多的其他基因，包括与智力相关的许多基因就位于其中。

因为Y染色体相对较小，缺乏许多与X相匹配的基因，单一的X染色体上基因缺乏就会致病。而女性携带两个X，一个X染色体有缺陷而另一个X染色体基因正常，常可以弥补缺陷而不至于发病，因此X连锁的隐性遗传病发生概率明显低。

舒静说，我们所熟悉的红绿色盲、血友病都是X连锁的隐性遗传病，在男性子代发病率高就是这个道理，并不是男性才能传承家族基因。而且男性的X染色体必定来自他的母亲，因此他的X上的智力基因由母亲决定。

舒静说：“另外线粒体的基因遗传方式是纯母系遗传，只有母亲的线粒体基因才能传给下一代。从这个角度上说，女性转载的遗传信息量其实更大。”

只有母亲的线粒体基因才能传给子代

舒静介绍，随着遗传学飞速进展，人们对基因的遗传方式已非常清楚。23对染色体在生殖细胞分裂时，每对染色体对中的两条染色体分离，随机分配到生殖细胞中，因此基因也随染色体的分离随机分配到生殖细胞中。与另一个生殖细胞结合后，来自两个家族的染色体重新组合，基因也就两两配对了。

“线粒体基因的遗传就不是随机分配、父方和母方各占半边天的了，而是母方一枝独秀。卵母细胞的体积远远大于精子，她的细胞浆内含有大量的线粒体，线粒体基因就存在在线粒体内。而精子细胞浆本身很少，含有的线粒体也很少，而且受精时偶带入的线粒体会被卵母细胞内的酶分解掉。”舒静表示：因此只有母亲的线粒体基因才能传给子代。

## 夫妻和谐关系的构成因素及群层差异性 ——以天津市女性为主体视角的分析

2014年8月12日 中国妇女报 张宝义 苑向者 李艳丽

编者按

夫妻关系和谐是家庭和谐的基础和前提。调查发现，夫妻和谐关系受到家庭地位、家庭收入、家务劳动、家庭经济决定权、同居老人、子女状况、女性受教育程度等影响。本文从“构成”角度出发，通过回归分析的方法，对影响夫妻和谐关系的群层差异进行了确认和价值判断，并就如何促进夫妻关系和谐提出了相关建议。

■ 张宝义 苑向者 李艳丽

夫妻和谐是指夫妻之间的一种稳定关系状态。对夫妻和谐关系的研究可以从“结构”的角度观察，即家庭生活的哪些因素对夫妻和谐关系产生影响，哪些因素的影响更具有重要性。在此我们选择一些主要因素进行判别，并据此得出了一个基本的关于夫妻和谐关系研究的结构框架：夫妻和谐关系=家庭地位+家庭收入+经济权归属+家务劳动+子女状况+同居老人+受教育程度。为深入考察该框架，本文将依据2013年5月天津市妇儿工委实施的“天津市女性生活质量调查”数据进行分析。

夫妻和谐关系的构成分析

天津市家庭夫妻关系总体上处于较高的和谐状态。本次调查数据显示，在已婚的女性当中，认为夫妻关系“非常和谐”的占41.9%，认为“比较和谐”的占45.5%，认为“一般”的占11.9%，认为“不太和谐”的占0.6%，认为“不和谐”的占0.1%。为了对以上较高的和谐关系程度进行深入分析，我们依据上面的框架模型对影响夫妻和谐关系的各变量（夫妻关系的和谐程度、家庭地位的满意程度、家庭收入的满意程度、家庭经济权归属倾向、家务劳动归属倾向、子女状况、同居老人状况、受教育程度）进行了线性回归分析。从回归分析的结果看，各相关变量对夫妻和谐关系的变动均做出了不同程度的“贡献”。

主要表现如下：家庭地位对夫妻和谐关系的作用最大；家务劳动对夫妻和谐关系有负向作用；有无子女对夫妻和谐关系有一定影响；家庭收入的满意度与夫妻和谐关系呈正向关系；女性受教育程度与夫妻和谐关系呈正向关系；女性对家庭经济权的主导会降低夫妻和谐关系；同老人居住会提升夫妻和谐关系。

夫妻和谐关系的群层差异性分析

——职层差异

职层主要是指劳动者在相应职业团队中的纵向位置。在此次调查中，女性职业层级划分为四个层次，即普通职工（职员）、基层管理人员、中层管理人员、高层管理人员。调查数据显示，以上四个职层的已婚女性，其夫妻关系的和谐程度都比较高，分别为87.2%、93.0%、93.6%、96.5%。但影响夫妻和谐关系的因素却有所不同，主要表现为以下几个方面：

其一，家庭收入仅对低职层女性的夫妻和谐关系产生影响。表现为家庭收入越高，夫妻关系越和谐，而对其他三个职层女性并无显著影响。以上现象的形成原因，应当与不同职层女性的收入状况相关，由于低职层女性的收入相对较低，收入对家庭生活的重要性相对较高，以至于成为影响夫妻和谐关系的因素之一。

其二，家务劳动对高职层女性的夫妻和谐关系没有影响。在普通职工（职员）、基层管理人员、中层管理人员的女性中，女性承担家务劳动越多，其对夫妻和谐程度的感受越低。但在高层管理人员中，家务劳动对夫妻和谐关系没有任何影响。造成这一现象的原因应当与她们较高的经济收入和优越的家庭生活有关，家务劳动被“外包”的情况较为普遍。

其三，有无子女对高低职层女性的夫妻和谐关系有反向影响。对于低职层的普通女工，拥有子女会在一定程度上降低夫妻和谐程度，但是对于高职层的女性而言却会增加夫妻关系的和谐。因为养育子女意味着增加家庭生活负担，无疑会对低职层女性的夫妻关系产生负面影响。

其四，受教育程度的提升对改善低职层女性夫妻和谐关系有所帮助。数据分析显示，已婚女性的受教育程度对夫妻和谐关系有一定的影响，但是这种影响仅限于低职层女性，表现为女性受教育程度越高，夫妻关系越和谐。低职层女性文化水平较低，对夫妻关系和谐有一定的制约，而较高职层女性现有文化水平较高，这种制约性则较为有限，对夫妻和谐关系的影响不大。

——城乡差异

天津市城乡居民之间的家庭和谐关系水平基本相当，农业户籍已婚女性中，夫妻关系保持和谐状态的比例为82.3%，非农业户籍已婚女性该比例为89.6%，然而塑造这种和谐关系的家庭因素有一定的差异性，主要表现在如下方面：

其一，构成因素对农村夫妻和谐关系的“敏感度”较低。在影响夫妻关系的各种因素中，农村户籍的夫妻和谐

关系受到较少因素的影响，这与城镇户籍夫妻间形成的“多因素”影响形成了鲜明对照。如此带来了一种结果，即城镇户籍的夫妻和谐关系稳定性相对较低，脆弱性相对较高。当然，农村户籍的夫妻和谐关系模式也存在单一性“缺陷”，即对家庭收入因素的依赖性较强。

其二，农村女性受教育程度对维护夫妻和谐关系有重要影响。农村女性自身受教育程度的提升有利于促进夫妻和谐关系。这种认知应当与农村已婚女性的生活状态有一定关系，在她们看来，如果自身受教育程度得到提升，将会促进夫妻关系的和谐。

#### ——婚代差异

天津市各年龄婚群夫妻和谐关系状况没有明显差距，调查资料显示，已婚女性年龄25岁~35岁的夫妻和谐比例为92.9%，36岁~45岁的夫妻和谐比例为85.4%，46岁~55岁的夫妻和谐比例为83.6%，56岁及以上的夫妻和谐比例为84.3%。但内在结构性因素的影响有较大差异。主要表现为：

其一，家庭收入对低龄和高龄婚群的夫妻和谐关系没有影响。家庭收入对夫妻和谐关系影响较大的是36岁~55岁的夫妻关系。因为他们养育子女、照料老人都需要较高的生活支出。

其二，经济决定权对各年龄婚群的夫妻和谐关系有“变异性”影响。各年龄婚群的女性对经济决定权与夫妻和谐关系的认同态度迥然不同。25岁~45岁的女性认为：增加自身经济决定权不利于夫妻关系的和睦；46岁~55岁的女性认为：增加经济决定权有利于夫妻关系的和谐；56岁及以上的女性认为：经济决定权不影响夫妻和谐。以上差异与家庭生活周期存在一定联系。

其三，有无子女对各年龄婚群的夫妻和谐关系影响不同。在25岁~55岁之间的婚群中，子女的存在对于夫妻和谐关系有总体上的负面影响；而对于56岁及以上女性而言，子女的存在对于夫妻和谐关系具有较强的积极意义。

#### 促进夫妻和谐关系的建议

首先，提升女性地位，增强夫妻和谐关系的主导性。女性的家庭地位对夫妻和谐关系具有举足轻重的影响。尽管女性的家庭地位受到家庭成员道德素质的影响，但外在的不利性因素往往导致女性家庭地位的被动性，如就业、收入、教育等。因此，单纯倡导男女平等是不够的，重要的是通过国家政策的导向，不断提高女性就业水平，增加女性劳动收入，提升女性受教育水平。

其次，建立特殊家庭补贴，强化家庭和谐功能。夫妻和谐关系的程度与家庭功能的发挥存在密切的关系。由于失业、贫困、疾病、伤残等因素的影响，会在一定程度上导致家庭功能的缺失，影响家庭及夫妻关系的和谐。为此，政府可通过提供与“低保”不同的特殊家庭补贴来保证困难家庭的正常生活。

其三，设立入学津贴，减轻低收入家庭的教育负担。子女教育已经成为中国家庭最大的经济负担之一，特别是对低收入家庭而言。政府可以考虑设立入学津贴制度，对低收入家庭子女就学实行专项补贴。

其四，以家庭税替代个税，增加低收入家庭的收入。目前我国实行的个人所得税存在一定缺陷，没有将家庭收入纳入税收的参考标准，对普通家庭的收入影响较大。由于普通家庭往往存在夫妻间经济收入差距较大的现象，特别是一些低收入家庭常常只有夫妻一方就业，而个税起征点又较低，因而会使部分低收入家庭的收入受到影响。因此，建议用家庭所得税替代个人所得税，以此增加低收入家庭的收入，促进家庭收入公平化。

（张宝义为天津社会科学院社会学所所长、研究员，苑向者为天津市妇联办公室主任，李艳丽为天津市人民政府妇儿工委副主任）

## 谁把婚姻逼到无话可说

### ——从“懒得离婚”现象解析亚婚姻状态

2014年8月12日 中国妇女报 尹晴

不久前，民政部发布统计公报显示，2013年全国依法办理离婚手续的共有350万对。在讲究婚姻品质的今天，虽然离婚数字正逐年递增，然而，徘徊在亚婚姻状态的也是一个不小的群体。

最近，在朋友的建议下，笔者读了一部小说，当代女作家谌容的《懒得离婚》。文中讲述记者去采访一对模范夫妻，在采访过程中，她察觉在这“美满”的深处似乎隐藏着什么，但又说不出。后来，男主人公刘述怀的一番话揭示了谜底：“其实，哪家不是凑合着过？千万个家庭都像瞎子过河——自个儿摸着慢慢过呗！”这句话看似平淡，却让人听得异常感伤，因为别人眼中的“幸福家庭”，也不过如此。

看似美满的婚姻，却是在有一搭无一搭地“混”日子。鞋子合不合脚，只有脚知道，但是，“婚不是说离就能离的”，因为还有诸多实际情况要考虑、要权衡，想到离婚之路如此纠缠、复杂、漫长，许多人便懒得离婚，在婚姻里凑合着。不管心态如何，在多元化社会里的多元化选择，足以反映一种社会现象，值得我们省思。

#### 有多少失语的婚姻在煎熬

亚婚姻的具体情况不一，原因也很复杂，其中有代表性的有以下几种情形：

#### 情形一：“舍不得孩子”

小薛的情况在想离又离不了的女性当中比较典型。当年，小薛非李东不嫁的时候她父母就不同意，因为“门不当，户不对”。小薛家境好，又是独生女，毕业于国内某名牌大学，在一家知名外企当翻译。而李东只是个中专毕业生，在事业单位就职，父亲是下岗工人，母亲是家庭妇女。面对父母的反对，小薛产生逆反心理，一怒之下偷偷

跟李东登记结了婚，父母只好认了女婿。

常言道，得不到亲人祝福的婚姻很难幸福，这话真的应验了。婚后不久，李东身上的缺点逐渐暴露出来，小薛很失望，一年多以后萌生了离婚的念头。小薛的妈妈急了，觉得离婚是件很没面子的事情，就一直拦着、劝着，一来二去，小薛怀孕了。

两家的老人得知这个消息很高兴，尤其是李东的父母，自打小薛进门他们就一直盼孙子；小薛妈也觉得这是改善夫妻关系的好时机。小薛就在这种情况下把儿子生下来了。

儿子降生的头两年，李东和小薛的关系似乎有所缓和，周末经常抱着儿子逛逛公园。孩子长到四五岁，新鲜劲儿过了，李东又原形毕露，每天不是酒局就是赌局，经常不着家。很快儿子上了小学，学业、教育等方方面面，李东一概不管。有一次孩子生病，李东的父母一遍又一遍地给他打电话，他都不接。

小薛不是没想过离婚，但只能是想想而已，因为她放不下儿子，李东不会把儿子给她，况且公婆也不会放弃他们唯一的孙子。

现在，小薛依然过着类似于单身母亲的婚姻生活。不过无所谓，只要有儿子在身边，小薛就什么都能忍受。

情形二：“离婚的压力太大”

王黎性格开朗，成熟，漂亮，顾家，是公认的好女人。丈夫沈鹏忠厚、能干，是个闷葫芦。王黎跟沈鹏的矛盾就始于他的“三脚踹不出一个屁”的个性，觉得跟他生活在一个屋檐下，憋闷得喘不上气儿来。

王黎有个同事叫刘凡，爱说爱笑，跟她很对脾气。刘凡的妻子常年在异地做生意，很少回来，把才上小学的儿子扔给他。看刘凡父子俩经常饥一顿饱一顿的，王黎很不忍心，便时常上刘凡家给父子俩做做饭，洗洗衣服，顺便收拾一下乱糟糟的家。一来二去，两个人内心里都产生了一股说不清的情愫。

王黎不是没有过离婚的念头，还没提出来，火苗就被亲朋好友们浇灭了。在所有人的心目中，王黎恪守妇道，温柔贤惠，谁都想不到她会“外头有人”。亲戚们知道了也不明说，只是偶尔碰面时在王黎面前有意无意地夸赞沈鹏如何好，老实本分；继而又夸他们9岁的女儿乖巧可爱，要珍惜等等。

王黎和沈鹏的“失语婚姻”没有人能理解，让她面对一大帮好心人一遍又一遍地重复她想离婚的理由，别说精神上了，就是从体力上讲她都吃不消。

“所以我就这么过着，我也不知道什么时候是个头儿。反正只要我不离婚、不提出离婚，我父母和我那些善良的亲戚们就能够安安稳稳地睡觉，他们认为不离就是目的。你不要跟他们讲什么婚姻质量之类的道理，他们根本接受不了。就这样吧，四十多岁了，还想什么呢？！”

情形三：“老人在，我们休想离婚”

晁爱农从北京大学毕业后分配到西安一所高校当教师，快50岁了才熬到副教授，但他已经非常满足。妻子宋晓恰恰跟他相反，虽毕业于一所二类院校，因在校表现优秀，分配到一所很不错的大学任教，不仅评上了教授，还担任科室主任。对晁爱农的不思进取，宋晓意见很大，说得多了，俩人就吵架，吵到最后，便懒得吵了。

其实打一结婚宋晓就知道自己错了。“金玉其外，败絮其中”——这是她对晁爱农的评价。晁爱农个头中等，皮肤白净，戴一副金丝边眼镜，不苟言笑，总是一副高深莫测的样子。但真正生活在一起才了解，他太平庸了，而且最可恨的是他竟乐于平庸下去。在省城有了房，评了副教授，这就让这位北大毕业生满足了！业余时间，这位副教授迷上了网络游戏，每天没事就趴在电脑上斗地主，乐此不疲。宋晓干脆眼不见心不烦，以做课题需要清静为由，住进了娘家。

“在国外有‘无过失离婚’，中国不行，什么都要分出个对错来。要说错误，他也没什么大错，每个人都有自己的活法。我妈对他挺满意，说现在这社会不喝不嫖就是好男人。我妈性子烈，如果违背了她的意愿，她就敢死给你看。她跟我说过，你要离婚就等我死了吧！算了，他爱咋活咋活吧！”

情形四：“如行走在沙漠的无性婚姻”

据抽样调查数据显示，我国已婚和同居的男女中，每个月连一次性生活都没有的人，占调查人数的28.7%；一年里连一次性生活都没有的则占6.2%，所谓“无性婚姻”就是指这个人群。无性婚姻也分多种情况，两地分居、身体出现状况等。无论是哪种情况，“无性”都是婚姻美满的障碍。

送丈夫上了火车，回到空旷寂寥的家，赵馨无奈地叹口气。3年前丈夫辞职下海，去外地做生意，只有春节才回来待上短短几天，这种日子她过够了。她也想过离婚，但自己下岗，眼看明年孩子就要上大学，每年需要几万块钱，只能靠着丈夫的钱来维持。面对这种“无性婚姻”，她更多的是无奈。

同样是无性婚姻，林娜的故事似乎要悲惨一些。林娜老家在江苏苏北农村，听说城里好挣钱，夫妻俩就把刚满4岁的儿子扔给老人，双双来到了上海。林娜做家政服务员，丈夫当了建筑工人。两个人都肯吃苦，白天出工，晚上回来温存一番搂着睡，再苦的日子也甜蜜。

天有不测风云。一次事故中，林娜丈夫从脚手架上跌落，胸部以下完全丧失知觉。林娜白天无微不至地照顾丈夫，晚上却经常暗自垂泪。面对没有“性福”的婚姻，正值盛年的林娜不知该何去何从。更可怕的是，自从丈夫成了截瘫子后，脾气也变得喜怒无常，经常吃着饭就把一碗热粥泼到林娜身上，林娜只能忍气吞声，遇到丈夫发脾气，就躲出去。时间久了，两个人连基本的语言沟通都没有了。

“那感觉，就像在茫茫沙漠中行走一样，看不到出路和未来。”30岁刚出头的林娜，头发干枯，面容憔悴，面

对躺在床上的丈夫、年幼的孩子和年迈的老人，她茫然无措。

失语的婚姻成了空壳

“你不觉得我们一点儿都不亲密了吗？”妻子问道。

“有吗？我觉得挺好的，再找不到比我们更好的夫妻了！”丈夫头也不抬地回答。

白天各自忙工作，基本处于失联状态，晚上等孩子睡了，又各捧一个 iPad，完全无视对方的存在。

“世界上最遥远的距离，就是我坐在你旁边，你却在玩手机（电脑）。”这是不少人婚姻生活的常态。

婚姻跟人的身体一样，也会生病。身体失语的人是想说说不出来，婚姻失语的人却是有话懒得说；失语的婚姻，意味着婚姻已走到了尽头。可是由于多方面的原因，大多数“失语者”还赖在围城里，凑合着维持无奈的婚姻。

中国人“懒得离婚”的原因是多方面的，其中最多的是缺乏沟通。

在家庭生活中，真正有重大意义的话并不多，常常表达的不过是油盐酱醋，鸡零狗碎。这些通常都是可说可不说的废话，而婚姻，恰恰是由许许多多的废话组成，目前无数个家庭中出现的失语现象，就是废话都懒得说。

婚后，生活会日渐平淡，许多夫妻成了左手牵右手，有真情，没心情；有亲情，没激情。而大多数失语婚姻都呈现出同样的面目：不满意却能维持，没有沟通但不至于离婚。在这样寡淡失语、昏昏欲睡的婚姻中，夫妻彼此冷漠，整个家庭寂寂无声，活力尽失。久而久之，婚姻就成了空壳，成了食之无味、弃之可惜的鸡肋。

对话，让失语消失

“懒得离婚”，似乎保全了很多家庭。可是这“懒得离婚”的背后又会隐藏着什么呢？让我们来看一个发生在广西玉林的真实案例：一个军官的妻子，趁丈夫熟睡之机，用硫酸泼向丈夫的下身，把丈夫的“命根”烧成了残废。据说那军官在外面有了女人，冷落妻子 10 多年，压抑到了极点的妻子最终走向极端。

“懒得离婚”不符合人性的发展规律。其实像这样的悲剧完全可以避免。徘徊在婚姻边缘的人们，一定要理智地看待自己的婚姻，不要因为种种原因的存在而“懒得离婚”，最终酿成悲剧。所以，已经失语的要找出失语的症结，尚未失语的要防微杜渐。

懒得离婚，是社会退步的表现。有调查说处于亚婚姻状态的大多是出生于上世纪五六十年代的人。有学者分析说，那个年代的人注定内心分裂，这种分裂对婚姻有很大影响：他们受教于封闭的纯真年代，拼杀于开放的花花世界；失去了传统道德的围栏，却又无法真正自由地跑马；奉行“从一而终”，但很少人相信白头到老。爱了，婚了，散了，一代人跌跌撞撞到中年，感情没着没落，结局没黑没白。吵也吵习惯了，冷漠也冷漠习惯了，夫妻俩各玩各的，互不干涉，只要维持一个婚姻的躯壳就行。

文明社会的婚姻应该是两个情投意合的人，一起经营生活，一起享受生活，而不是仇敌般的两个人绑在一起，时时相见，刻刻相厌。曾经有一位人大代表建议，以手续复杂化来降低离婚率，笔者认为这个议案没有意义。笔者很赞成一些社会学家的说法，他们认为，现代人不应该把离婚当成是悲剧，女人更不该觉得离了婚自己就毁了，而应该看到，一场不合适的婚姻结束之后，你可以寻找和创造更舒服更快乐的生活。即便单身，也比跟自己不喜欢的人绑在一起生活好。事实上，对于生活质量要求更高的人们，比生活重压下敷衍生活的人们，更容易选择离婚。

而失语的婚姻里缺什么？当然是对话。“什么会让夫妻关系变得有趣？就是对话。”台湾心理专家吴熙娟一语中的，“因为每段关系都需要灌溉，而对话最核心的主旨就是让我们心与心联结，关心彼此。”在快节奏的现代社会，良好的对话，以及由此而带来的深刻联结都是弥足珍贵的。拥有一份温暖而坚定的关系，足以让我们有勇气去面对社会的竞争压力与变故。

## 出生医学证明的用处

2014年8月15日 北京晚报

先是曾经的全国道德模范涉嫌利用职务之便贩卖出生医学证明，后是山东省聊城市的出生医学证明库存告急，近日，出生医学证明被频繁提起。

出生医学证明被普遍简称为出生证明。身为“80后”的严静说她没见过自己的出生医学证明，却在女儿出生后深切体会到了这一纸证明的不可或缺。同样身为母亲的小刘，由于当初医院开具的出生医学证明“不靠谱”，在给儿子换领护照时吃了闭门羹。而在更广阔的乡村，很多父母、准父母不知道出生医学证明究竟有什么用。事实上，除了给新生儿上户口，出生医学证明的用处还有很多。

名字不一致

迁户口得重开

严静（化名）是河北一座三线城市医院的普通医务工作者，从事行政管理等相关工作。几年前，严静成为了一名母亲。待产时，她经常在妈妈群、论坛里泡着，“群里有不少新妈妈提醒，办出生证明得提前想好孩子的名字，办得快的，有孩子出生第二天就拿到了，当时几乎所有新妈妈都说（出生医学证明）只有上户口这一个用处。”

事实并非如此。由于工作的缘故，严静亲眼见过甚至接待过专程到医院“重开”出生医学证明的人。而这些希望医院能够重新开具出生医学证明的人，大多已为人父、人母，“都是为孩子，像我是‘80后’，说实话我都没见过自己的出生证明。”

在这座三线城市里，父母们跑医院要求重新开具出生证明的“大潮”，出现在五六年以前。这个“大潮”出现

的直接原因，是“办天津的蓝印户口”。与河北省相比，高考录取分数线低50分左右，吸引了很多河北的家庭前去购房落户。户口迁出之后，落户的环节需要查验孩子的出生证明和原户口页，问题随之而来。严静说：“那个年龄段的孩子，他们出生的时候咱们这儿的出生证明挺多还是手写的呢，所以有的人到天津那边办迁户口的手续时，被人家发现出生证明上的名字跟户口页上的名字不一样，就让回医院来重开。”

要么是当初登记有误，要么是登记户口时换了字，在严静看来，各式各样的原因归结到最终，都是“折腾”。“我亲自接待过一个妈妈，她闺女的名字在户口页上是单字‘莉’，出生证明上写的是‘丽’，像这种同音不同字的，特别多，她到天津办落户的时候，人家说这不一致、你得重开，她从天津折腾回来，先到我们医院，可是出生证明是统一编号的，不可能随便改随便开，按照我们这边的规定，她得到市里的主管部门交申请、写情况说明，还得有我们医院的证明，才能换个新证。”而这个过程，“至少得折腾一个礼拜，还不算往天津跑的时间。”

入托上小学

均需出生证明

随着自己的孩子渐渐长大，严静发现，出生医学证明的用武之地，绝不仅仅是给孩子办户口。

给女儿办理幼儿园入托手续前，严静向幼儿园咨询，得知办理入托手续除了自己已经了解到的户口本、家长身份证之外，还要提供孩子的出生医学证明。

“当时幼儿园老师给我看了一份说明，就一页纸，上面写着要用到的材料，我也没留心眼没拍照，看完就赶紧回单位上班了。”等到晚上回家，严静发现自己怎么也记不清楚说明上写的究竟是“出生证明和户口页”，还是“出生证明或户口页”。无奈之下，她决定把孩子的出生证明、户口页都准备出来。

严静至今都记得那天晚上发生的“小插曲”。“之前我们搬过家，当时孩子的出生证明跟其他与孩子小时候有关的小册子装在一个档案袋里，收拾东西时跟我上大学期间的东西放在一起了，后来就忘了，结果那天晚上在我们家放证件的档案袋里找不着，给我急的啊。”翻箱倒柜时，严静想起那些到医院重开、补开孩子出生医学证明的家长，“太折腾了，我心想‘一定得找到’，一边翻抽屉，脑门儿一边冒汗。”

第二天，严静前往幼儿园给女儿办入托手续，“弄清楚了是出生证明”或“户口页，这俩带哪个都行，幼儿园老师还跟我说，现在小学入学也得带出生证明了。”

信息不完整

换护照遭拒绝

严静说，她对出生医学证明的用处，是“随用随学”，“每用上一回，也就跟着多知道一些”。另外一位母亲小刘，自称一直“很重视保存保管好跟孩子有关的证件”，却没料到她手里的出生医学证明“本身不靠谱”。

前年，小刘给她的儿子换护照，“9月底到期，我7月底就去了。”为了节省时间，“争取一次办成”，小刘提前在网站上查找到了给孩子换护照需要准备的材料清单，早早准备好了包括出生医学证明在内的所有证件和材料，一大早就去拿号、排队。“轮到我时，人家看了我儿子的出生证明，问我‘上面怎么没有孩子爸爸的信息’，说我的材料不全、他们不能受理，还说我必须要提交孩子的爸爸确实是他爸爸的证明。”

小刘说，当时脑海里闪现的第一个解决办法是做亲子鉴定，“但不对啊，我这是换护照，又不是来申领护照，而且我还带了我家的户口本、我们两口子的身份证和结婚证呢！”后来，小刘听从了同事的建议，到户口所在地辖区派出所开具了一份证明，第二天一大早赶到出入境管理部门拿号、排队，在办理人员“有点怀疑的眼神和逐字逐句查验”之下，才算办完换领护照的全部手续。

至于这份仅有小刘自己信息的出生医学证明，她觉得自己冤：“我生孩子的那家医院，当时光跟我强调办这个出生证明得妈妈亲自去，需要妈妈的身份证、户口本什么的，还说要我自己去不了，可以让亲属替我去，但亲属得有我签字的委托书才行，这个证办下来之后只有我自己的身份信息，我也没在意，没想到这回出岔子了，以前一直觉着它医学上的意义更多。”

未成年人的

有效身份证件

事实上，涉及未成年人时，出生医学证明并非单纯意义上的医学证明，它还是有效身份证件的一种。

比如乘坐飞机。目前，国内各家航空公司客票服务规定中，都有针对未成年人购票乘机的相关说明。一名国航工作人员表示，如果是带不满两周岁的婴儿乘坐国内航班，家长需要凭孩子的出生医学证明购买客票，登机时也要出示出生医学证明的原件，以此作为婴儿的有效身份证件。三周岁及以上年龄、且还没办理身份证的未成年人，购票和乘机的有效身份证件则是户口页原件。

带婴儿乘坐国际航班，更是需要出具出生医学证明。甚至当尚未办理身份证的未成年人出国旅游、参加夏令营出国游学时，部分旅行社也会要求孩子的父母出具孩子的出生医学证明。

我国公民向他国提交移民申请时，如果是育有未成年人的家庭，孩子的出生医学证明也是必须进行公证并提交资料之一。

被普遍简称为“出生证明”的出生医学证明，其出具依据是我国的《母婴保健法》。从医学角度来说，它证明了新生儿的出生状态、血亲关系，同时是新生儿日后申报国籍、取得户籍也即“上户口”的最重要的法定医学证明、“有效证件”之一。

从1996年1月1日开始，我国开始使用出生医学证明，2005年7月1日正式在全国范围内启用新版。也就是说，作为80后的严静“没见过自己的出生证明”是正常情况。今年1月1日，第五版出生医学证明启用，同时加强了新版证书的防伪技术。

当得知原全国道德模范、安徽省六安市人大代表何涛涉嫌贩卖出生医学证明的消息时，严静说她“不觉得奇怪”。严静称，有着统一编号的出生医学证明，经历着纯手写、手写和机打并存、机打取代手写的填写方式变化，而能够让人“乘虚而入”的是，“手写的时候这个证书都不联网，全靠医院或者卫生管理部门存档管理，根据我的体会，对出生证明的管理是从今年开始才严格起来的。”

一位来自河南农村的准妈妈表示：“在我们老家，孩子生下来就行了，没人理出生证明。”在准妈妈们聚集的一个聊天群里，多名准妈妈发出了不约而同的感慨：“准生证那么难办，谁还在乎出生证明啊？！”在海淀妇幼保健院，记者随机访问了20位准妈妈，她们都认为，办户口是出生医学证明最主要的作用。

在出生医学证明已经使用了18年的今天，这多少反映出了人们对其作用的了解程度。而对严静和小刘这两位母亲来说，经历了办户口、上幼儿园、上小学、办护照、买机票之后，孩子的出生医学证明在她们的心里早已不是“简单的一张纸”。J237

## 《离婚律师》：违和的情感戏和律政剧

2014年8月15日 法律读库 王琳

由吴秀波、姚晨主演的《离婚律师》正在热播，两位主演在剧中的演技获得观众一致认可，但略显“离谱”的剧情却引来不少专业律师的愤怒。“不专业”、“不严谨”成了不少法律人的吐槽焦点。

吐槽的另一个视角，是与期待有差距。尽管编剧也出来辩解称，此剧本非律政剧，而是情感大戏。仿佛在说，律政既非本剧主打，“不专业”又怎的了！

在挑剔的观众看来，如此回应颇有点“耍流氓”。要是出现在律师群戏中的庭审都可以不专业，属于中国内地的律政剧还有令人期待之处吗？

内地其实没有律政剧，但描述情法冲突的法律片却不少。《秋菊打官司》、《马背上的法庭》都曾轰动一时。在这两部法律电影中，我们几乎看不到律师的身影，这比起《离婚律师》中律师们的锦衣玉食相比，似乎更符合内地多数地区的真实法律生态。当然，这并不是BUG，中国本就是地区差异悬殊的大国。乡村剧的再真实也不能用来引证都市剧的不真实。

年轻的法科学子自然更愿意接受《离婚律师》中的律师生活，而不愿意自己未来生活的想像被秋菊和山杠爷所扼杀。这实在情理之中。我的一些本科学生就在朋友圈里对这种都市律师生活津津乐道，充满向往。我的另一些律师朋友，则多数对这一热播成虫自动无视。他们要么无暇顾及；要么基本否定。

本来嘛，现实生活中的“离婚律师”有多大的比率能在40岁前就成为“池一亿”？千万级身价的律师，也不会在乎离婚案件吧。他们更信奉的是“三年不开张，开张吃三年”。而象姚大嘴那种初出茅庐的小律师，哪有资格为律所独立打赢官司并被众多同事艳羡？且不说只有极少数的律所才有细致的分工合作，多数律师都是手握独立案源单干。就说那些个刚从大学刚毕业出来的年轻律师，前两年基本还都在体会为何师父总教导“初入行要多接被告的官司”吧！

当然，罗鹞的年轻律师之路与小刚比也好不了多少，只不过很多法科学子故意看不到。观众总爱将自己替换成剧中的成功者，而不是去剧中寻找满满的负能量。没有老吴和老池这两位著名律师的鼎力相助，罗鹞多半还是个律师界的“萝莉”。美国有所谓“法官老的好，律师少的俏”，而我们这儿信奉的却是“嘴上没毛，办事不牢”。与其他法律片一样，《离婚律师》也没法将律师们真实而复杂的“公共关系学”带入剧场。比如，谁来拍一部“死嗑派律师”试试？！

但中国观众期待律政剧，这已是一个赤裸裸的事实。不仅仅是因为“法治”已成中国政治正确的大词，也不仅仅因为内地已有近700所法学院校每年批量生产数以十万计的法科毕业生，更不用说无法计数的众多法律爱好者和律政剧迷，这个庞大的特定观众群完全满足了一个类型片的需求。还有疑问的话，看看网上《傲骨贤妻》和《律师本色》的下载量和讨论数就知道了。

我进入高校以来，几乎年年都做同一个调查：要求法学院的新生介绍自己为何选择法律。最常态化的答案有两个。一个父母之命不得不从；二是受律政剧影响怀抱法律理想。后一个答案里的律政剧，早些时间都是TVB，比如《法网柔情》，《壹号皇庭》。后来就有了《艾米律师》、《以法之名》以及《波士顿律师》等等等等。

我总觉得，这些因TVB和CBS而进入法科学堂的孩子，如果不摆脱过于轻信与过于理想化这关，可能很难适应律政这个行当。就象内地导演怎么折腾，也拍不出《费城故事》和《律政俏佳人》一样。我们甚至连部《辩护人》也没有。

这无关乎导演的能力。TVB或CBS的律政剧好看，首先是因为他们所处的法律环境，给了律师们一个充分展现辩论技巧的舞台。在英美法系国家或地区，多奉行当事人主义的诉讼模式，律师是法庭的绝对主角。

据说美国的法学院流传着这样一个段子。一位名校法科生请教一位著名大法官：我怎样才能成为一名出色的法官呢？大法官回答说，“这简单。你在开庭前喝下满满一口水，等到庭审完再咽下去，你就是一位出色的法官！”在



奉行当事人主义的庭审中，沉默的法官和善辩的律师形成了一组奇妙的对比。双方代理律师的交叉询问，又为电影的移位和演员的表演提供了方便。若不然，在一个相对密闭的法庭空间里，如何能拍出悬疑、紧张而不显沉闷与乏味？要知道，这个世界上能把法庭片拍成《电话亭》般好看的导演并不多。

不独内地缺乏律政剧的司法支撑，诸多奉行职权主义诉讼模式的欧陆国家，也没有什么律政剧。象法国，涉及到法律题材的，多是《这个杀手不太冷》之类；德国就更别提了。我曾给学生放过德国法庭的真实庭审纪录片，起初学生们兴趣盎然，放映不到十分钟课堂上就睡倒了一大片。

中国有电视台也曾雄心勃勃开设过多档庭审直播栏目，其结果都是夭折。中国大妈还是更喜欢看浓缩个案的《今日说法》。去年热映的《全民目击》据说要实现中国内地律政剧的突破，导演挺无畏地让检察官郭富城和辩方律师余男在法庭上走来走去，不断地向观众耍帅，向证人施压，向法官煽情。这在真实的庭审中，不管是律师还是检察官，恐怕早就被法警带出去了。如何把坐着不动的公诉人和坐着不动的律师拍得既帅呆了，又推动剧情的发展，其难度不亚于阿汤哥“不可能完成的任务”吧。

其实有没有律政剧并无紧要。美国有律政剧这种类型片，并不代表中国也一定要有。对于电视观众来说，关键是剧好。《离婚律师》要拍情感片，没什么不妥的。看电视的都知道，“本剧纯属虚构，请勿对号入座”。只是，各色离婚的真实感和庭审的不真实感交织一下，不免有些违和。专业律师吐吐槽，既表达了对内地律政剧的期待，也提醒了编剧和电视制作者应更注重细节刻划，这也没什么不好。

### 民政局为挽回更多家庭 每天“限号”办理离婚

2014年8月15日 三秦都市报 谢斌

去婚姻登记处办理离婚，才发现竟有“限号”政策。这对于铁了心要离婚的很多当事人来说，无疑是多了一道门槛，这样的规定在长安区民政局婚姻登记处工作人员看来，一方面节约了当事人时间，而最主要的是，留出点时间让夫妻双方慎重考虑，尽量让离婚的夫妻少一些，再少一些。

办理离婚要先领号

8月14日，面对无法挽回的家庭，30多岁的王女士和丈夫选择了离婚。准备好了所有离婚需要的材料，早上10点多，夫妻二人来到长安区民政局。当两人来到二楼的离婚登记处时，却被工作人员告知，“办理离婚需要先排号，今天的排号已发完，明天再来吧。”

“我今天特意请了一天假，就是想尽快把这些事情都处理完，出去散散心。”王女士说，婚姻登记处的工作人员告诉她，每天早上8点30分开始，一天只发10个号，如果当天领不到号，就无法办理离婚手续。

“办理离婚要排号我还是头一次听说，我和丈夫是协议离婚，准备好所有的材料却办不了，还得再跑一趟，我觉得很不人性化，也非常的不方便。”王女士不满地说。

每天最多发放15个号

昨日下午，记者来到长安区民政局婚姻登记处，在离婚登记室，记者询问工作人员今天还可不可以办理离婚，工作人员给了记者一张《离婚登记须知》说，“今天办理不了，我们每天只办理10对，要离婚明天早上八点半来拿号。”

为什么离婚还有“限号”政策？长安区民政局婚姻登记处主任藺文辉告诉记者，“排号这项规定，我们区民政局是在2012年3月份开始实行的。之所以这样做，是因为办理离婚手续程序比较复杂，办理离婚家庭多，最后经常出现很多当事人等了一天，最后到下班时间也没能办理的情况。现在根据排号的顺序，工作人员会大概估计办理手续的时间，提前告知当事人，不需要过长时间的等待，节约了当事人的时间。”

藺文辉说，根据每天来办理离婚家庭的数量发号码，最多一天发15个号，最少一天发10个号码。

“限号”是为了挽回更多家庭

“感情走到了尽头，很多家庭选择了离婚，但走到这一步，是我们都不愿看到的。”藺文辉叹了一口气说，现在的夫妻普遍比较年轻，多数夫妻离婚是因为情感冲动以及对自身婚姻存在认识误区、盲区造成的。80后离婚率高，有时候一两句吵嘴就会闹着要离婚，还有一些甚至是带着孩子来办理离婚，让人看着痛心，离婚对于年幼孩子来说，他们的命运出现了重大转折。

“排了号之后，也让当事人都有了冷静思考的时间，我们几乎每天会遇到排号排到下午的夫妻，可能是因为双方都冷静下来了，最后也就没来办理离婚。”藺文辉说，虽然我们阻止不了离婚率攀升，但是，尽量挽救一些家庭，能挽救多少算多少。

“2011年，长安区办理离婚的共有1900多对，从实施这项规定的开始，2012年办理离婚的夫妻，就比上一年下降了140多对，2013年比上一年又下降40多对。这对我们来说，算得上是喜事。”藺文辉说，在离婚前的最后一道门槛前，大家只希望让离婚的夫妻少一些，再少一些，毕竟宁拆十座庙不毁一桩婚。本报记者 谢斌 实习生 李梦倩 张宇

### 你有没有动过离婚的念头？

2014年8月16日 新民周刊 阙政

离婚不是秀

与结婚相比，离婚更接近生命的本质——感情、欲望、财富……纠葛缠绕，痴男怨女终于抛开了爱情这片无花果树叶，就像俗语所说的：因了解而分手，在分手时彻底了解。

结婚不必律师，离婚时却常常要律师出场。《离婚律师》里，我们随“萌叔”池海东（吴秀波）与“女汉子”罗鹂（姚晨）在情天孽海里目睹各种奇葩，但心里明白，关于离婚，现实总比艺术作品更精彩。比如调查显示，有过离婚念头的人群中，女性比例远高于男性；而在离婚官司中，在法庭上力争财产的一方也大多是女性——没想到吧！怪不得离婚是电视上“餐后真人秀”的永恒主题。但离婚却从来不是秀。

婚姻得了病，西医一刀了断还是中医滋补调理，得到的将是两种人生。不过，现代人越来越缺少耐心了。（钱亦蕉）

记者 | 阙政

“如果婚姻是契约夫妻间的承诺合同，那么你这种行为就叫合同欺诈！”

——这是最近热播电视剧《离婚律师》中的一句台词。看得出，中国人对婚姻的理解，随着时代的发展，越来越倾向于西方的“契约论”。

一个确凿无疑的事实是，离婚率与社会的现代化进程密切相关。与西方国家自上世纪60年代已经开始经历的离婚潮相似的是，改革开放以来，中国人的离婚数量也在一直呈现出直线增长的趋势——1978年，中国有597.8万对新人结婚，28.5万对夫妇离婚，平均下来，每21对人之中只有1对离婚。而这个数字，到2006年时已变成5比1，截至2013年，又上升到了3.8比1，每3.8对人结婚，就有1对离婚。与此同时，“粗离婚率”（每一千人中离婚的对数）已高达2.58%。中国确定无疑地进入了婚姻家庭脆弱、解体加速的时代。

据说，《离婚律师》中每个离婚案例，也都有现实中的对应原型。疯狂的剧情，让主演姚晨和吴秀波献出了从艺以来堪称最放得开的表演，而这部讲述严肃社会问题的剧集，最终以喜剧笑闹的方式呈现出来，也正说明，在今天，婚姻的严肃性和神圣性都在走向瓦解……

你有没有动过离婚的念头？

越来越多的人离婚了，你还相信爱吗？有句话说：“即使最幸福的婚姻，一生中也有100次离婚的念头和50次想掐死对方的想法。”听起来有点夸张。但最近，南京大学社会科学院发布的一份名为《中国公众的婚姻观调查报告》（以下简称《报告》）显示，离婚念头离我们并不远。

南京大学社会学博士、参与了此次调查工作的樊佩佩告诉《新民周刊》，为了了解人们的离婚诱因以及当代人对婚姻的期待、婚姻家庭关系的现状，今年7月，在周晓虹教授的带领下，南大社会科学院选择了全国不同区域的12座城市，针对18-70周岁的婚恋市场主流人群，开展了一份全国性的问卷调查。“在北京、上海、天津、南京、杭州、深圳和成都这7个大城市，每个城市抽样200个；在襄阳、铁岭、遵义、大同、新乡这5个中小城市，每个城市抽样80个，累计完成抽样1800个，性别分布均匀，可以较好地代表全国的基本情况。”

1800位调查对象，已婚的有1086位，其中24%的人表示曾经有过离婚念头。考虑到国人对于离婚的忌讳、对面子和隐私的在意，实际的比例可能更高。

有趣的是，表示有过离婚念头的人群中，女性比例远高于男性。“与一般所预期的不同，女性反而比男性更为追求个人幸福，在婚姻出现问题时更多地具有离婚意愿，对个人幸福的追求胜过了社会纽带和责任的牵绊。”樊佩佩说，“而男性似乎在婚姻中更倾向于认为维持婚姻重于个人幸福。男性和女性在观点上存在显著差异，女性会把个体幸福放在比维持婚姻更重要的位置。”

再者，离婚念头高发的地区，也与常人预期的有所出入。大城市女性经济独立能力强，生活水平并不会因为离婚而降低，因此常被认为离婚可能大于中小城市。但调查却显示，铁岭、新乡、大同等三线城市有过离婚念头的比例，远远高于北京、上海、天津、南京等一、二线城市。《报告》分析，这种结果的出现，可能有两个方面的原因：一是小城市的择偶方式多为“相亲”，失败比例较高；二是小城市居民相对而言个体化程度较低，婚姻家庭生活更容易成为其生活的全部。

离不离，到底谁说了算？

尽管有将近七成的被访者都认为“现代社会离婚很容易”，离婚在以儒为本的社会体系中，即使不再是不光彩的家丑，也终究是一种不那么正面的选择。“从一而终”、“嫁鸡随鸡嫁狗随狗”、“宁破十座庙不拆一桩婚”之类逻辑不清的句子仍然时有耳闻。

当被问到对现代社会高离婚率的想法时，只有12.5%的被调查者认为离婚是“个性解放的体现，代表社会的进步”，还有近一半的人依然将之视作“自私，对家庭和社会不负责任”，而能把离婚当作个人选择予以尊重和理解的，不足三分之一。

很难想象，在“终身制”婚姻已经废除了一千多年后的今天，还有不少人持有婚姻终身观念。唐朝时，已有法律明文规定：“夫妻义绝则离。”（《唐律疏议·户婚律》）而南大的调查对象中，却有高达18.2%的人同意“婚姻是终生的，即使不幸福也应该在一起”，还有36%的人不同意“个人幸福比维持不幸福的婚姻更重要”。

在离婚与否的抉择中，做出决定的并非只有亲密关系的双方，还混杂了复杂的“代际关系”。调查显示，随着独生子女进入婚姻阶段，父母对子代核心家庭的插手越来越多，不仅婆媳，岳父母与女婿的关系，也在成为影响婚姻稳定的重要因素。而新时代的独生子女们，尽管受到个性化思潮的影响，认为自己必须有主见，父母不该瞎掺合

——但在碰到婚姻危机时，却仍然成了“妈妈围裙底下的孩子”，对亲代具有一定的依赖性。还有十分之一的人希望父母“劝和不劝离”，将父母亲缘视为拯救自己失败婚姻的最后一根稻草。

老公有小三了怎么办？

不久前，文章出轨，马伊俐一句“恋爱虽易，婚姻不易，且行且珍惜”，令人唏嘘。又过了不久，放弃大好演艺事业相夫教子（教的还是老公前妻孩子）的李心洁，又被曝出老公外遇新闻。在公众为两位女星猛打抱不平之际，当事人的反应却如出一辙——不生气、不提倡、不离婚，简称“三不”。

再往远一点想，当年倪震当街舌吻女学生，周慧敏从与之闹分手到忽然发布嫁人新闻，短短一周内的一百八十度大转折，令人跌破眼镜。而两人最终在媒体上发布的结婚启事，很可代表圈子女星在遭遇小三时，对肇事男人的期待：“动摇过，才懂得坚定；失去过，才学会珍惜。一场风波，令我们更了解互相的爱；四方压力，使我们更体会到彼此的不可分割。”换言之，只要男人肯认错，就浪子回头金不换。公众的记忆力是有限的，时间一长，绯闻随小三一起淡出，当事人还能收获一个“情商高”、“懂得经营婚姻”的“人生赢家”美名。

那么普通女性又如何呢？调查发现，当遭遇婚内不忠时，女性的忍耐度可谓相当大——一旦面对小三，马伊俐的选择，也会是大多数中国女人的选择——将近七成的受访者表示，自己会“想办法让丈夫离开小三，继续婚姻生活”，或者“睁只眼闭只眼，维持家庭生活”，选择离婚的只有不到两成。

即使每天都有不少人在网络上控诉小三可耻，当被问及“法律中是否应该对小三进行定罪”时，人们的态度却没有明显的倾向。认为应该定罪和不应该定罪的人数比例，都在35%左右，堪称势均力敌，认为不应该定罪的还略微胜出。《报告》认为，如此模糊的态度，“既表现了人们对爱情自由、婚姻自由的尊重，也表现了人们对于婚姻维护和家庭稳固的追求”。

而用“三不”原则来对抗“小三”的貌似消极做法，其实也与女性对婚姻的期待非常符合。在大多数女性看来，维持婚姻的最大原因是出于夫妻感情，以及孩子的健康成长。相比于男性对物质的看重，女性始终是种感情动物，她们会更关注夫妻感情，顾及自己的母性天职。在所有受访女性中，为了保有目前物质生活而选择对小三忍气吞声的极少。

当婚姻中了毒

“你是否愿意：无论顺境或逆境，富裕或贫穷，健康或疾病，快乐或忧愁，你都将毫无保留地爱他/她，对他/她忠诚，直到永远？”

每个采用西方婚礼仪式的人，大概都听到过上面这段话。从前，由神父来发问，现在，说出这段话的大都是婚礼司仪。

得到双方肯定的答复之后，一段婚姻正式宣告开始。在恐怖电影《撕裂人》里，丈夫被不知名的毒物当作宿主，在他体内疯狂繁殖，最终将其变成一个巨大的肉球，方圆百里的小镇居民，只要靠近，就被当作食物吃掉。此时，影片闪回到开头，夫妇二人当着神父的面宣誓：不管对方变成什么样子，都仍然接纳他、爱他……你愿意吗？妻子回答：我愿意。

黑色的不只是电影，还有人生。没有人能保证自己直到死都是同一个人，从这点来说，终身承诺的确是件风险很大的事。假如其中一方，因为本人无法控制的天灾人祸，出现身体残疾或精神分裂，甚至因而成为了和结婚时完全不同的一个人，维系婚姻仍然是一种道德的必要吗？

如果大家的回答都没说假话，调查结果可说很令人放心——超过八成的人都同意，当对方出现精神疾病或身体残疾时，“另一方应该不离不弃”，尽管疾病可能会构成家庭的重大负担。

与之相比，人们似乎更在意：对方是不是在自己的能力范围内，为家庭尽了最大的努力。个人恶习，已经取代身体变故，成为杀死婚姻最大的毒素。

调查显示，高居离婚原因榜首的四大因素分别是：家庭暴力、赌博、吸毒、犯罪服刑，无一例外，都已从道德过渡到法律的准绳内。

除此之外，一些慢性毒药的杀伤力，也不可小觑。在慢性毒药类别中，最常见的是——物质条件匮乏、家庭整合失败、丈夫或妻子不尽家庭义务、过于繁忙或分居两地导致感情疏远。尤其最后一项，在一二线大城市中表现得尤为明显，双方在维护感情和执行义务中的长期缺位，使婚姻名存实亡。

什么是家庭整合失败？原本的意思包括婆媳关系差、女方不生育、假离婚等，最近几年，形式婚姻和性生活不和谐的情况占比亦显著上升。将近四分之一的受访者表示性生活不和谐会是离婚的重要因素，《报告》还特别指出：“鉴于中国老百姓在性生活话题上的保守性，我们认为在现实生活中，可能将此视为离婚因素者要远高于此。”

耐人寻味的是，女方不生育导致的离婚，远多于男方不能生育——后者往往会通过人工受精、领养的方式解决。追根究底，婚姻的存续与否仍然与男权社会的属性密切相关。

婚姻满意度，从择偶开始

最初，婚姻与家庭的意义，很少在于它的质量，更多是一种“抚育—赡养”的代际关系，追求后代子孙的繁衍不息。1929年，汉密尔顿（Hamilton·G）最早提出了“婚姻满意度”这一概念，并将它定义为“已婚夫妇对其所处婚姻关系的主观评价，其高低对于婚姻的稳定性与婚姻质量有重要影响”。

如今，越来越多的人开始将之视为婚姻的必要元素。而调查发现，婚后的满意度，其实早在择偶阶段已经开始

初露端倪。

在相亲节目火爆荧屏的今天，现实生活中人们真正期待、最为认可的择偶途径，却绝非此道。在南大调查的 616 名未婚者中，最期待的择偶途径，是“偶遇邂逅”，其次是同学关系或熟人介绍。选择靠“学缘”来择偶的人数，远超选择在“业缘”关系中择偶。而婚恋网站由于从业门槛低、欠缺监管，仅成为 1.9% 的未婚者选项——前一阵，某公安部通缉人员出现在相亲综艺节目上风度翩翩俘获女嘉宾爱慕的新闻，更凸显出相亲节目类似于“盲婚哑嫁”的危机。

不管最终因为什么契机走到一起，调查研究发现，受访者对于“同质婚姻”最为认同——将近一半的人认为志趣相投的婚姻最幸福，三成受访者认为性格爱好不同，但互相欣赏的夫妻最幸福。

南大社会科学院列举了十多项对婚姻可能产生影响的因素，包括情投意合、家庭背景、外貌、身高、个人能力、物质基础、生活习惯、性生活……结果发现，在公众意见中位居榜首的三项，分别是：情投意合、生活习惯和个人能力。最终，在综合考虑各个调查样本的实际情况后，《报告》给出了“幸福婚姻的 30 字密码”——同类联姻，情投意合；异质互补，相互欣赏；习惯契合，实力筑底。

正因为择偶对婚后满意度的影响如此之大，才会有那么多好男好女“剩下”。调查发现，学历越高、年收入越高，人们的结婚年龄也越大。“个人文化水平与经济地位的提升，都会使得个体对婚姻的要求提高，从而宁缺毋滥。”夫妻如何互动才是积极的？

居高不下的离婚率，一直吸引着世界范围内，不同学科的学者对于婚姻和家庭的研究兴趣。在心理学范畴内，近年来影响较大的是研究夫妻之间的互动行为（Interaction Behavior）。根据“易感—压力—适应”理论，夫妻间的互动行为，是影响婚姻结果的最近路径，也是婚姻成与败的最后一道防线

夫妻互动中的积极行为，主要是指“温暖支持、肢体情感、倾听反应”等等。这些积极行为，被南大调查组具象化为“您和配偶是否经常一起逛街或购物？”等可操作的问题，结果显示，中国家庭夫妻互动的频率还是比较高的，但在不同城市、不同受教育程度、不同工作单位的群体之间，略有差异。“党政机关、国有企业、外资及三资企业的群体，夫妻间一起逛街或购物的频率较高，这一方面可能和经济收入高低有关，另一方面，较高社会阶层群体可能更为注重夫妻间的积极互动行为。”

而根据西方学者 Guttman 的研究，夫妻互动中还存在“四大预警”行为，分别是——批评、防御、轻视、冷若冰霜。夫妻互动中的消极行为也多与之相关，比如互相指责、敌意升级、蔑视……而看似不起眼的“偷偷查看配偶手机”，同样位列“消极互动行为”。有趣的是，调查发现，受教育程度越高，反而越倾向于查看配偶手机——一方面，这些人有着更强烈的隐私意识，另一方面，他们却又不愿意放弃对于配偶隐私的关注。受教育程度并没有提高夫妻之间的信任度，反而提高了内心深处的怀疑度。

## 西安：男子入狱后“被离婚” 状告民政局获 5 万补偿

2014 年 8 月 16 日 华商报 余晖

服刑 22 个月出狱后，西安男子刘彦发现自己竟“被离婚”了。原来是妻子找人冒充他到新城区民政局办了离婚手续。

当事人：别人冒充自己和妻子离婚

2010 年，西安市新城区人刘彦与前妻离婚后结识了王丽，两人在新城区民政局婚姻登记处登记结婚。婚后几个月，刘彦因犯盗窃罪被判处有期徒刑一年零十个月。就在刘彦服刑后不久，王丽提出离婚，但遭到刘彦拒绝。

去年 3 月，当刘彦刑满释放后发现，自己竟然已经和王丽离婚了。原来在刘彦服刑期间，王丽让一男子冒充刘彦，在新城区民政局办理了离婚登记手续。随后，王丽与冒充刘彦的男子消失不见。

由于民政局没有发现别人冒充自己与妻子办理离婚，刘彦对此非常不满，要求新城区民政局撤销已颁发的离婚证，遭到民政局拒绝。

去年 4 月，刘彦将新城区民政局起诉至新城区人民法院，这也是新城区人民法院受理的首例诉民政局不履行撤销离婚登记法定职责案。同年 9 月，新城区人民法院做出一审判决，判令新城区民政局撤销离婚证。

民政局：两人长得很像 难以分辨

对此，新城区民政局一位工作人员表示，民政部门没有通过指纹、DNA 等辨别当事人真假的设备，办理离婚手续只需要双方本人带着身份证、户口本、结婚证到民政局就可办理。而工作人员曾见到冒充刘彦的男子的身份证照片和刘彦本人，两人长相非常相像，仅凭观察很难分辨出真假。

同时，民政局方面认为一审判决在证据和程序方面存在瑕疵，于是提起上诉。

在二审审理过程中，新城区民政局考虑到刘彦生活方面的困境，主动与刘彦协商和解事宜，最终双方达成和解。

今年 6 月 20 日，新城区民政局向西安市中级人民法院申请撤回上诉。西安市中级人民法院审查认为，上诉人在该案审理过程中和刘彦达成和解，因刘彦生活困难，新城区民政局向其支付 5 万元补偿金，上诉人自愿申请撤回上诉，不违反法律规定。

律师：冒充离婚后再婚构成重婚

陕西岚光律师事务所首钢云律师表示，在对方不知情的情况下，通过欺诈、冒充等方式办理的离婚手续是不具

备法律效力的。本案中，王丽办理离婚手续时刘彦并不在场，也不知情。

那么，王丽与刘彦的婚姻关系仍然存在。如果这时王丽再婚，虽然取得了民政部门办理的离婚证，但仍构成重婚罪。公安机关在掌握相关证据后，便可对其进行拘役，并且如果与王丽结婚的人知道这个情况仍与其结婚，那同样是重婚罪。根据《刑法》规定，有配偶而重婚的，或者明知他人有配偶而与之结婚的，处二以下有期徒刑或者拘役。

对于冒充刘彦的男子，如果他明知王丽办理离婚手续是为和其他人结婚，仍然去冒充刘彦和王丽办理离婚手续。那么该男子就涉嫌窝藏、包庇罪。（文中当事人均为化名）

华商报记者余晖

### 拒不履行离婚判决，一律师被拘留

2014年08月19日 山东商报

商报济南消息郭帅是一名律师，但面对法院的生效离婚判决，却拒不履行判决确定的义务。法院执行局法官多次做调解工作，限期履行判决义务，并讲解拒不履行生效判决文书的后果，但郭帅一直推托不履行，对执行法官的劝解不理不睬，拒不履行判决义务。近日，槐荫法院执行局作出《拘留决定书》，决定对郭帅拘留十五日。

原标题：拒不履行离婚判决，一律师被拘留

商报济南消息郭帅是一名律师，但面对法院的生效离婚判决，却拒不履行判决确定的义务。法院执行局法官多次做调解工作，限期履行判决义务，并讲解拒不履行生效判决文书的后果，但郭帅一直推托不履行，对执行法官的劝解不理不睬，拒不履行判决义务。近日，槐荫法院执行局作出《拘留决定书》，决定对郭帅拘留十五日。

据了解，郭帅与其妻赵丽于2009年1月登记结婚，2011年9月23日生一女孩。因夫妻感情不和，郭帅于2013年4月向济南市槐荫区人民法院提起离婚诉讼，但其妻赵丽为了保全家庭不同意离婚，法院考虑双方第一次离婚，为了挽救家庭法院判决不准离婚。2013年8月，其妻赵丽向法院提起离婚诉讼，郭帅同意离婚。但对孩子抚养问题争执不下，双方均要求抚养孩子，法院审理认为，女孩才两岁，且为女孩，为了便于孩子的成长，由其妻赵丽抚养孩子比较合适。并根据郭帅从事律师工作的收入，判决郭帅每月支付子女抚养费1000元。

槐荫法院作出判决并向郭帅送达后，郭帅并未提出上诉，根据民事诉讼法的规定，该离婚判决发生法律效力。郭帅作为一名律师明知判决生效后，应主动履行判决书确定的义务，但却没有履行。前夫一直没有把孩子送到自己家，赵丽于2014年6月5日向法院提出强制执行申请，并于当日立案。

执行立案后，执行庭负责该案的法官依法向郭帅送达了强制执行通知书等手续，限期自动履行判决义务，但郭帅置之不理。记者了解到，执行局曾多次找郭帅做耐心细致的执行调解工作，要求其主动履行判决确定的义务，但郭帅作为专业律师却无动于衷。由于执行庭给郭帅做调解工作时间较长，申请人赵丽不理解，还曾多次到法院上访信访。

为了能让郭帅自动履行义务，执行法官向郭帅所在律师事务所的负责同志及市司法局负责律师管理的负责人进行沟通，要求协助法院向郭帅做耐心细致的调解工作，但郭帅仍一直以强硬、粗暴对抗。由于郭帅拒不履行将孩子交给女方抚养和支付子女抚养费的义务，为此，槐荫法院依法作出了上述拘留决定。（文中当事人均为化名） 商报记者

### 少年蹲守10天找到父亲重婚证据 报案追父亲刑责

2014年8月18日 成都商报 汤小均

15岁的梓潼少年罗兵，今年6月考上高中，但在外打工多年的父亲罗云拒不履行对他的抚养义务。7月6日，罗兵与母亲宋霞一起来到父亲打工的广州番禺区，得知父亲早已与另一女子同居并生下孩子。为了给母亲和自己讨一个说法，罗兵和母亲在当地蹲守十天，终于找到父亲重婚生女的证据，于是向当地警方报案，要求追究父亲刑事责任。而罗云也在被妻儿找到后，向梓潼县法院起诉离婚，本案将于今日开庭。

父亲年薪20万 家中妻儿很清苦

2004年冬天，在深圳打工的罗云、宋霞商量，决定宋霞回家建房子，照顾儿子读书，侍奉罗云年迈多病的母亲。宋霞回家后，罗云进入广东番禺新造镇一家知名家具厂打工，短短四五年时间，罗云就从普通民工发展成了家具厂的设计师，年薪达到20万元左右。

从罗兵6岁开始，母亲宋霞就独自在家务农，照顾他读书，侍奉多病的奶奶，父亲逢年过节才回家，一直是通过电话、QQ视频和家人联系。2008年下半年后，父亲突然断绝了和他们的联系，家里日子过得很清苦。

直至其母亲去世后，罗云才回家料理母亲后事，并向妻子提出离婚，被宋霞拒绝后，罗云悻悻离家，之后就基本和妻儿断了联系。

“他每次都是悄悄地回来，待了两天就悄悄地走了，我们一直不知道他打工的具体位置。”15日，罗兵告诉记者。

蹲守10天 获得父亲重婚证据

今年6月，罗兵考入梓潼当地高中，但是，他们根本无法联系到罗云，仅靠在家务农的母亲，无法支付学费。于是，罗兵决定到广东寻找罗云，要求他尽养育义务。7月6日，罗兵与母亲到达广州番禺，在父亲工作的总公司

询问后，来到了位于新造镇的分公司。但罗云故意躲着他们。三天后，罗兵堵住了父亲罗云，但对方并不认他和母亲，直接离开了。

伤透心的罗兵多处打听才得知父亲和另外一女子在 2008 年就已经同居，并且生下一个女儿，现在已经 5 岁多，在某地上幼儿园。于是，罗兵就暗中在幼儿园附近守候。守候到第十天早上，终于见到了送女儿进幼儿园的父亲。几经辗转，次日，罗兵带着母亲和拍到的罗云及其女儿的照片及其他证据，来到新造派出所报案，但警方称要回老家处理。回到老家后，罗兵和母亲找到了梓潼县自强法律服务所所长邓波，在邓波的帮助下，7 月 26 日，他们再次来到新造派出所，提交了相关材料，要求警方以重婚罪对罗云立案侦查，追究其刑事责任。

15 日，记者联系到新造派出所，据介绍，民警带着宋霞和罗兵母子，到新造镇外来人口登记办公室，调出了罗云和以配偶身份登记同居生活的“妻子”、女儿等相关信息。警方也接收了邓波提供的材料。

为做笔录 借钱乘机到广州

7 月 26 日，罗兵向番禺警方报案后，8 月 14 日，他们接到了当地警方的电话，要求前往做笔录。为了赶时间，15 日一大早，罗兵就和母亲宋霞乘坐飞机前往广州，前往番禺区新造镇派出所。“家里没钱，这次还是借的钱过来的，主要是想早点把事情处理完。”15 日，宋霞告诉成都商报记者。

15 日下午，罗兵和母亲到达广州，直接乘车到了番禺区新造镇派出所，两人分别接受了派出所的询问，并做了笔录。“我们也没办法，必须给妈妈和我讨回一个公道。”在电话中，罗兵哭着向记者说，还有十几天就要开学了，他的学费也还没有着落。记者从新造派出所获悉，罗兵和母亲已经做了笔录。昨日记者获悉，当地警方已立案。而罗云也在被妻儿找到后，向梓潼县法院起诉离婚，本案将于今日开庭。成都商报记者 汤小均

### 方圆微案 | 抓“小三”被公诉

2014 年 8 月 21 日 徐小康 方圆

抓“小三”被公诉

2013 年年底，湖南常德女老板唐霞（化名）的司机老蔡手头有点紧，便向其透露其丈夫在外包养小三邀功。老蔡还提出：他找人帮唐霞揪出“小三”小陈。作为回报，唐霞要给他一定的报酬。两人一拍即合。老蔡叫上朋友，找到小陈的住处，在其家里给她拍下裸照，要挟其和情夫分手并返还赠送的奢侈品。近日，唐霞和司机因抓“小三”而涉嫌非法入侵住宅罪被检察机关提起公诉。法院审理决定，司机因非法侵入住宅，判处有期徒刑六个月；而唐霞亦因非法侵入住宅罪，被判拘役五个月，缓期六个月执行。

堂弟和嫂子结婚双双获刑

杨某是浙江省台州市仙居县湫山乡人，1991 年与同村的郭某平登记结婚，不过夫妻关系并不好。之后，郭某平去了杭州打工，常年在外，郭某平的堂弟郭某利有空会到杨某家中帮忙做农活，久而久之，两人互生情愫。2002 年，杨某和郭某利私奔到江西抚顺并结婚。郭某平则越想越气，便到公安局报了案。今年 5 月，杨某和郭某利被公安抓获。8 月 12 日，浙江省仙居县法院开庭审理了这起重婚案，嫂子杨某和小叔子郭某利均被判有期徒刑八个月，缓刑一年。

找人单挑被群殴

到广西柳州打工的 19 岁男生小方因理发和为其剃头的 18 岁男生小田成了好友。8 月 10 日晚上，两人因鸡毛蒜皮的小事在网上发生了争执，最后演变成骂战，小方便约小田出来单挑。当晚 9 时，小方依约独自前往，可小田早已带着朋友等候多时，小方一露面，就被几人围住打了一顿。被打之后，小方很快报了警，但小田一行人早已逃之夭夭。小方只能带着民警来到小田工作的理发店，要求店老板代为赔偿。

破灭了移民婚姻

2004 年 5 月，跟随父母在美国居住且拥有美国绿卡的阿华（化名）回广东探亲。经人介绍，患有轻度智障的他认识了比他小 10 岁，相貌出众的阿美（化名）。同年 6 月 7 日，相识一个多月的两人便闪婚了。但阿美两次申请移民美国都被领事馆移民官员拒绝了。2013 年 11 月 26 日，阿美向广东省广州市增城区法院起诉离婚，但阿华拒绝离婚。近日，增城区法院审理认为，原、被告人未经深入了解即仓促结婚，其婚姻基础差，婚后原、被告又长期异国分居，原、被告根本未建立夫妻感情，准予离婚。

软件定位引来的杀机

今年 5 月 27 日，江苏徐州男子薛某利用交友软件陌陌的定位功能找到了女友丽丽（化名），却发现此时的丽丽正在邳州市区宾馆里和另一男子亲热。冲动的薛某拿刀捅死了情敌，拉着女友开车逃离。逃跑过程中，他多次打开陌陌软件，结果被警方定位抓获。目前，嫌疑人薛某已被邳州检察机关正式批捕。

### 徐悲鸿蒋碧薇离婚记：上法庭，钱要分，孩子要争

2014 年 8 月 21 日 澎湃新闻(上海)

【编者按】

最近出版的《山河小岁月》是一本讲述民国时代文人故事的书。“曾经有一个时代，男子善于妙手著文章，女子也会白描世态炎凉，他们和爱人白日携手游冶，夜里把盏到雾重月斜。离家去国，绵长岁月在壮阔山河里游走，是为民国。”作者或者说大多数人对于民国的描述和想象还是很浪漫的，但是男女感情一旦破裂……

虽然情感之事从来外人难以判清，不过婚姻走到尽头时，要闹上法庭，有时逼不得已，却也是挺难堪的。离婚官司缠上民国那些著名文人们时，这戏码也无法好看下去。



离婚很麻烦，钱要分，孩子要争，从前的海誓山盟成了狗屁的一文不值，更别提撕破了脸皮、扯碎了衣衫，形同陌路是标配，你死我活也是常有的事。老祖宗们在面对离婚这件事时，倒有着超脱的态度，从敦煌出土的一份来自唐代的离婚协议书上说：“凡为夫妇之因，前世三生结缘，始配今生之夫妇。若结缘不合，比是冤家，故来相对，既以二心不同，难归一意，快会及诸亲，各还本道。愿娘子相离之后，重梳婁鬓，美扫蛾眉，巧逞窈窕之姿，选聘高官之主。解怨释结，更莫相憎。一别两宽，各生欢喜。”

“一别两宽”的例子，在民国也不少见，比如陆小曼给王赓戴了那么大一顶绿帽子，还打掉了他们的孩子，王赓并没有把刺刀或子弹送给徐志摩，陆小曼和徐志摩结婚时，王赓甚至还送了贺礼，只不过，内心深处是否真的“生欢喜”，只有他自己知道了。欢欢喜喜离婚的例子，大约只有瞿秋白、杨之华和沈剑龙。

瞿秋白的第一任妻子叫王剑虹，是丁玲的闺蜜。丁玲回忆瞿秋白和王剑虹的第一次见面：“这个新朋友瘦长个儿，戴一副散光眼镜，说一口南方官话，见面时话不多，但很机警，当可以说一两句俏皮话时，就不动声色的渲染几句，惹人高兴，用不惊动人的眼光静静的飘过来，我和剑虹都认为他是一个出色的共产党员。这人就是瞿秋白同志。”丁玲是这对年轻人的媒人，然而，这段美满的婚姻仅仅过了7个月，王剑虹便患上肺病。瞿秋白的母亲和姐姐是患肺病死的，瞿秋白自己也患有肺病，他的爱妻王剑虹也很快因为这种病症，去世了。丁玲对王的去世不能释怀，她觉得瞿秋白对王剑虹的死负有责任，更重要的是，王剑虹去世4个月，瞿秋白便和杨之华恋爱结婚了。

杨之华是当时众口交誉的美女，丁玲说她“长得很美”，郑超麟说她“漂亮”，万亚刚（国民党中统）说她“长得非常漂亮，有上大校花之称”，在认识瞿秋白时，已经有夫之妇。她在20岁时和浙江士绅沈玄庐的儿子沈剑龙结婚，并且生有一女，取名“独伊”。1922年，杨之华只身跑到上海参加妇女运动，认识了向警予、王剑虹等人，并于1923年底被上海大学社会学系录取。瞿秋白当时是社会学系的系主任，杨之华第一次听瞿秋白的课，就对他留下了难以忘怀的印象。

杨之华的女儿瞿独伊回忆，据母亲说，“那一天，苏联顾问鲍罗廷要了解上海妇女运动的情况。向警予恰好不在上海，上海大学社会主义青年团支部通知杨之华去汇报。她到那里时，意外地遇见了秋白，秋白担任了他们谈话的翻译”。（瞿独伊，《我的好爸爸瞿秋白》，《人民文摘》，2011年第4期。）

王剑虹去世之后，杨之华一直去看望瞿秋白，两个脆弱的人在一起，相爱是自然的事，瞿秋白向杨之华提出了结婚。

因为不知道怎么回应这段感情，杨之华回到萧山家里，暂时回避秋白。不久，学校放暑假，瞿秋白也跑到萧山找她。杨之华的哥哥和沈剑龙是同学，见到这种情况，就把沈剑龙也请到家里来。于是发生了最戏剧性的一幕。沈剑龙竟然和瞿秋白一见如故，对瞿秋白的人品与才华十分尊敬、仰慕。面对复杂的感情问题，他们三人开始了一场奇特的“谈判”：先在杨家谈了两天，然后沈剑龙把瞿秋白、杨之华接到他家去谈，各自推心置腹，互诉衷肠，又谈了两天。杨之华的妹妹杨之英回忆：“我那时很小，我就在外面听，他们一个晚上没有睡觉，他们讲得很投入的，也讲得很好，一点也没有生气，不是为离婚了，结婚了，大家闹得不得了，他们像朋友一样很讲的拢。”（杨之英口述。）

谈判结果令人愉悦，1924年11月27日在上海《民国日报》头版广告栏里，公开发表三则启事，原文如下：

杨之华沈剑龙启事：自一九二四年十一月十八日起，我们正式脱离恋爱的关系。

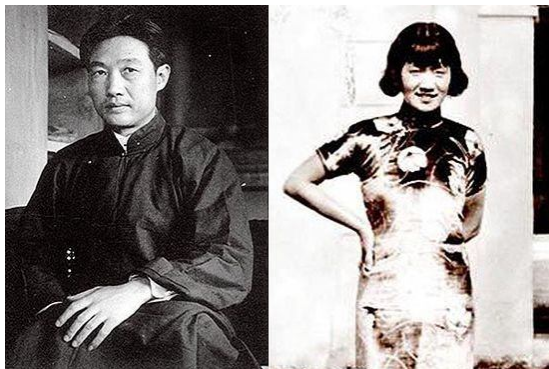
瞿秋白杨之华启事：自一九二四年十一月十八日起，我们正式结合恋爱的关系。

沈剑龙瞿秋白启事：自一九二四年十一月十八日起，我们正式结合朋友的关系。

1924年11月7日，“十月革命”纪念日这一天，瞿、杨在上海举行了结婚仪式，沈剑龙亲临祝贺。从此，瞿秋白和沈剑龙也成了好友，经常书信来往，写诗唱和。更有意思的是，沈剑龙送给瞿秋白一张六寸照片——沈剑龙剃光了头，身穿袈裟，手捧一束鲜花，照片上写着“鲜花献佛”四个字，意即他不配杨之华，他把她献给瞿秋白。

后来的资料里，多提及沈剑龙和杨之华感情早就出现了问题，沈是个花花公子，并且出轨在先，不过，这位被设定为负心汉的沈剑龙，郑超麟却回忆杨之华自己对他说：“剑龙为人高贵，优雅，她自惭庸俗，配不上他。”这也

许也是真话，沈剑龙要是不如此，也许也做不到这样豁达。



徐悲鸿与蒋碧薇。

不管怎样，这样的例子毕竟太少，随处可见的是怨偶。蒋碧薇和徐悲鸿为了离婚诉诸法律，作证律师是大名鼎鼎的沈钧儒。蒋碧薇获得了一双儿女的抚养权，并从徐悲鸿那儿得到了100万的赡养费和100幅画，徐悲鸿后来还将油画《琴课》送给了蒋碧薇，此画作于法国，画的是蒋碧薇在巴黎练习小提琴的情景，是蒋碧薇特别喜欢的一幅画。这对画家来说显然是一个大损失，徐悲鸿后来的夫人廖静文在徐悲鸿传记《徐悲鸿一生》中念念不忘，认为正是这一份离婚协议书上的苛刻条件，让徐悲鸿不停画画，从而损害了身体，盛年早逝。不过，蒋碧薇也并不是胜利者，他们的大儿子伯阳，中学尚未毕业，还未及16岁就弃家从军；女儿丽丽大学没上多久就离家出走，到台湾后，蒋碧薇更是和张道藩分手，在台孤寂一人，终老此生。

损失点钱还是小事，为了离婚把命都赔掉，就实在太惨烈了。蒋梦麟先生就是这样的一个悲剧人物。蒋梦麟原名梦熊，字兆贤，号孟邻，是著名的教育家、社会活动家。他博古通今，学贯中西，获美国哥伦比亚大学哲学及教育学博士学位，任北京大学代理校长、校长达17年之久，任国民政府第一任教育部部长、行政院秘书长，出任过中国“农村复兴联合委员会”主任。傅斯年曾经评价他，“学问比不上子民（蔡元培）先生，办事却比蔡先生高明”。台湾《中央日报》在他逝世后指出：“孟邻先生去世了，他留给我们的不仅是哀思，更是一个典范，一个现代中国人的典范。”不过，这位办事高明的蒋梦麟先生却在他的第三任婚姻上犯了糊涂。

其实在这次婚姻之前，蒋梦麟就已经在结婚这件事上吃过大亏。蒋梦麟与原配孙玉书离异算不上轰动全国的新闻，但他迎娶第二任太太陶曾谷，则惹了大麻烦。蒋梦麟和高仁山是莫逆之交，陶曾谷是高仁山的遗孀。高仁山先后执教北京大学、北京师范大学，是北大教育系的创立者。1928年，由于政治嫌疑，高仁山被奉系军阀戕杀于天桥刑场。高仁山遇害之后，蒋梦麟同情陶曾谷的凄凉处境，对她呵护有加，照顾备至。不久，蒋梦麟出任国民政府首任教育部部长，陶曾谷成为他的秘书。日久生情，二人坠入爱河。蒋梦麟宣布要同陶曾谷结婚，他向亲朋好友宣称，之所以要和陶曾谷结合，完全是为了尽朋友之间的义务，这一说辞成为当时知识界的一大笑谈。据说，胡适夫人江冬秀就一直反对胡适为蒋梦麟、陶曾谷证婚，到了结婚当天还把大门锁上，不让胡适去参加婚礼。胡适最终只能跳窗“脱逃”，成其美事。蒋梦麟与陶曾谷结婚后，夫妻感情倒是相当和谐，婚姻生活也算美满。不过由于陶曾谷在为人处事上存在一些欠缺，这段婚姻并没有给蒋梦麟带来多少帮助。一个最明显的例子就是1944年北京大学“倒蒋迎胡”，反对蒋梦麟继续担任校长。抗战时期，北京大学内迁，与清华、南开共同组建西南联合大学，作为联大常委的蒋梦麟虽然尽心尽力，但是依然对北京大学寄予厚望，希图在抗战胜利后重新复兴北大，振兴中国的文化教育事业。然而正当他踌躇满志，准备在复校的北大大展宏图时，北京大学却出现了一股反对他继任北大校长的势力，包括他的老友傅斯年、周炳琳等一些知名教授。这些人反对蒋梦麟，固然是因为他以行政院秘书长兼任北大校长与当时大学校长不得兼任政府官员的规定不符，但是据知情人讲“他的夫人与多位谈不来”也是重要原因之一。傅斯年也承认蒋梦麟“与北大教授感情不算融洽，总是陶曾谷女士的贡献”。因为妻子的缘故使自己的抱负不能施展，这不能不说是蒋梦麟的一大遗憾。



蒋梦麟(右一)与夫人徐贤乐女士(右二)，好友顾维钧夫妇(左一、左二)。

1958年陶曾谷去世后，蒋梦麟与女儿女婿一家生活在一起。然而，正如陶曾谷逝世前对其表亲所说的：“梦麟



的身体很好，而且太重情感了，我死了以后，他一定会受不住的，而且我不忍心他受长时期的寂寞，所以我希望你能够帮他找一个合适的对象！”起初两年，虽有不少人说媒，蒋梦麟却不为所动，然而在1960年台湾圆山饭店的一次宴会上，蒋梦麟初见徐贤乐，就着了魔，缴了械。

徐贤乐（1908-2006），江苏无锡人，曾祖父徐寿（1818-1884）是晚清著名的科学家。父亲徐家保（1867-1922），在张之洞督两湖时期，受聘为湖北两湖书院、经心书院的总教习、教习，江汉书院提调（兼课天文、地理、兵法、算学）；1883-1885年间，曾任上海格致书院董事；民国初年任广东石井机器局总办，北洋政府陆军部技士。徐家保共有五子四女，徐贤乐是幺女，在家中备受宠爱，据她晚年的忘年之友钟幼筠的回忆说：“记得有一次我陪她去公保看病，那里的护士小姐们都认识她，并逗她开心说：奶奶，当年您一定是一位美女。这时她会露出得意的笑容，客气地回答：哪里，哪里。但私底下她感叹地告诉我，确实当年读大学时候同学都叫她校花，大学毕业到外交部上班，变成部花，来到台湾在中央信托局上班成了局花，现在人老了，什么都不是了。”她一直追求者甚众，后来嫁给了杨杰。结婚7个月后，两个人便因为金钱问题，以离婚收场。徐贤乐认识蒋梦麟时，她虽已年过半百，但风韵犹存。

蒋梦麟在写给徐女士的第一封情书里面就有：“在我见过的一些女士中，你是最使我心动的人……”认识三四月之后，蒋梦麟对徐贤乐已难舍难分了，蒋梦麟还曾经用金边皱纹水色纸书写五代艳词高手顾琼的一阙《诉衷情》：“永夜抛人何处去？绝来音，香阁掩，眉敛月将沉，争忍不相寻？怨孤衾。换我心，为你心，始知相忆深。”他特别注明“敬献给梦中的你”，倾慕之情溢于言词之外，“老房子着火”，当如是。

蒋梦麟的朋友们非常着急，老友胡适一直站在蒋梦麟这边，这一次，他也投了反对票。胡适住在医院，就写信劝说蒋梦麟：“她（徐贤乐）在这十七八年里对待许多男朋友的手法：在谈婚姻之前，先要大款子，先要求全部财产管理权”，结婚后则闹得男家“一文不名，六亲不上门”。蒋梦麟只要稍微冷静一点，便知道胡适所言不假，因为他俩刚刚相爱一段时间，徐贤乐便向蒋梦麟开口要20万，蒋梦麟只给了8万，其中6万是买订婚戒指，2万是做衣裳，徐贤乐便对此很不满意。

胡适知道，以蒋梦麟的脾气，也许还是听不进去，他便为蒋梦麟支着儿：“我万分诚恳地劝你爱惜你的余年，决心放弃续弦的事，放弃你已付出的大款，换取五年十年的精神上的安宁，留这余年为国家再做五年的积极工作。这是上策。万不得已，至少还有中策：暂缓结婚日期，求得十天半个月的心平考虑的时间。然后在结婚之前，请律师给你办好遗嘱，将你的财产明白分配：留一股为后妻之用——最后必须留一股作为蒋梦麟信托金（Trust fund），在你生前归信托金董事执掌，专用其利息为你一人的生活补助之用，无论何人不得过问；你身后，信托金由信托金董事多数全权处分。你若能如此处分财产，某小姐必定不肯嫁你了，故中策的效果也许可以同于上策。”胡适还写道：“我也知道（写信劝阻）太晚了，但我昨晚细细想过，今天又细细想过：我对我的50年老友有最后忠告的责任。我是你和曾谷的证婚人，是你一家大小的朋友，我不能不写这封信……你我的50年友谊使我觉得我不需为这封信道歉了。我只盼望此信能达到你一个人的眼里。你知道我是最爱敬你的。”

胡博士啰唆了一堆，张群、陈诚等蒋梦麟的政界朋友也是纷纷表达了对婚事的异议。陈诚直截了当地告诉蒋梦麟：“我的太太接到蒋夫人（宋美龄）——第一夫人的电话，她坚决反对你跟这位徐小姐结婚，我的太太也反对，都要我转告于你。如果你一定要和她结婚，那么我们以后不能见面了，至少，你的夫人我们是不能见面了。”

蒋梦麟犹豫了，1961年7月11日，蒋梦麟去看望胡适，一进病房他说：“孩子不听话，医生要你住在城里，你不听医生的话，又搬回南港了。你给我的信，我已听了你的话了。现在我说的话，你也要听了？”蒋梦麟对胡适信誓旦旦，说自己会取消婚礼，然而一个星期之后，胡适知道了一个消息，蒋梦麟居然举行婚礼了！

7月18日中午，蒋梦麟与徐贤乐的婚礼在台北举行，证婚人、介绍人一应俱全。蒋梦麟在婚礼上表现得异常兴奋，他高兴地向老朋友表示，自己专门到医院作过体格检查，一切正常，绝对不会害人。

7月26日，蒋梦麟又去看胡适，胡适见大势已去，便只得向他道贺。蒋梦麟告诉胡适，他的新婚夫人很好，隔几天还要将她带来看望胡适：“人家说她看上我的钱，其实她的钱比我的多。”8月6日，蒋梦麟果真带着徐贤乐来看胡适，来时坐在冷气机的一边，因为怕冷，立即转到另一边去。蒋梦麟走后，胡适对护士说：“到底梦麟年纪大了。我还不怕冷风，也吃冷冰，用冷水洗面的。他不行了。”

1962年年底，蒋梦麟不小心伤了脚住院治疗，住院未久，徐贤乐便心生不满，于1963年1月19日借口回家做年糕，将自己原在蒋家的户口迁了出去，并且把行李也搬回了自己原来在“中央信托局”的宿舍。蒋梦麟伤愈出院，徐贤乐已经不知去向。

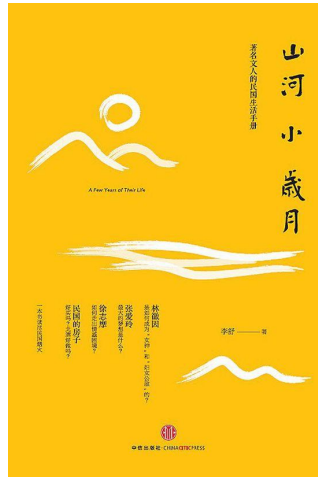
徐贤乐的所作所为令蒋梦麟再也不能容忍。1963年1月23日，他委托婚礼的证婚人、台湾有名的大律师端木恺致信徐贤乐，表示“由于两人的生活习惯、思想志趣无一相同，相处愈久，隔阂愈深，此次折骨就医，彼此意见更多不合”，经多日考虑后“决定分居”，但是可以每月给徐贤乐新台币3000元。这一提议遭到了徐贤乐的拒绝。2月8日，蒋梦麟再经端木恺发出第二封信，指责徐贤乐擅自领去其应得之利息、股息。4月10日，蒋梦麟正式以“不堪徐娘虐待之苦”向台北地方法院正式请求离婚，继而又专门举行记者招待会。

此时的蒋梦麟已是风烛残年，腿伤未愈，体质孱弱，接受媒体采访时，他当场老泪纵横：“我坚决要和徐女士离婚，我有道理，也有原因的。我已是望百之年的老人了，在社会上做了几十年的事，也不是小孩子，岂会这么容易受人挑拨？”“到现在一年多，我失望了，我受到人生所不能忍的痛苦：家是我痛苦的深渊，我深深地后悔没有

接受故友胡适之先生（此时胡适已经去世）的忠告，才犯下了错误。我愧对故友，也应该有向故友认错勇气，更要拿出勇气来纠正错误。在经过亲友调处不谐之后，才毅然向法院起诉请求离婚，以求法律的保障。”

对于蒋梦麟的这些做法，徐贤乐也不甘示弱。她以“我与蒋梦麟”为题不断在报刊上发表文字，否认她与蒋梦麟已经构成了离婚的条件。徐贤乐的反诉条理清明，也不能不算离婚官司中的好文章。尤其对“侵读先室”的反驳，列举出蒋先生当年婚中恋慕陶女士，与原配夫人分居，后陶女士下嫁原告，“故原告此所谓先室究指何人，已滋异议”。对于蒋在离婚书中说“指责她趁着蒋开刀之际把存折、股票、土地过户”，她的回答也算工整，用今天的话说，就是小儿女撒娇之态：“当初你说的，你的东西都归了我，所以我今天做的无非是照着你的意愿做罢了。”

1964年1月23日，这场旷日持久、轰动台湾岛的离婚官司，最终经人调解而息讼，蒋徐二人协议离婚，由蒋支付给徐赡养费50万元。尘埃落定后仅仅半年，6月19日，蒋梦麟便因肝癌病逝，终年78岁。



### 王熙凤亲历的三起婚姻案

2014年8月22日 人民法院报 王其见

若论《红楼梦》中人物形象的刻画，丰足程度大概无出王熙凤之右者。而笔者身为法律人，提到王熙凤最先想起的，则是三起典型的婚姻案件。

#### 借势弄权逼人退定

在第十五回，贾府为秦可卿送殡，安灵于铁槛寺。凤姐要留下照看道场，当天晚上就在附近的水月庵住下。庵中主持名叫静虚的，就乘便求凤姐办个事。原来，长安有一待嫁女子，名叫张金哥，受了原长安守备家的聘定，又被长安府太爷的小舅子看上。张家正拿不定计策，两处为难。守备家先闹了起来，打官司告状，偏不许张家退还定礼。张家为此赌上了气，一意要退还定礼，拐弯抹角通过静虚求到贾府门上。

所谓受了聘定，是指婚姻六礼程序的第四个阶段——纳征，即在经过纳采、问名、纳吉三个阶段之后，由男家向女家赠送聘礼，俗称“放定”。此举所含意义非同小可，标志着男女双方婚姻关系的正式成立。一些有条件的大户人家，为郑重其事，往往还会赠送两次聘礼。第一次是“过小礼”，或称“放小定”；第二次是“过大礼”，或称“放大定”。

男家向女家赠送聘礼，一般会附上礼单和通婚书。哪怕没有通婚书，女家一旦接受聘礼，也和写立婚书一样。此时，尽管还有请期、亲迎两个程序要走，但男女婚姻关系已视为成立，具有法律上的效力，受到法律保护。按《大清律例》，“若许嫁女，已报婚书及有私约，而辄悔者，笞五十。虽无婚书，但曾受聘财者，亦是。若再许他人，未成婚者，杖七十；已成婚者，杖八十。后定娶者，知情，与同罪，财礼入官……”

所以，原长安守备家向张家放定后，得知长安府太爷的小舅子李公子执意要娶张金哥，就理直气壮地提请官府公断。如张家坚持退定另嫁，李家在知情之下一心要娶，依律要各受七十乃至八十的杖刑，财礼也要没收充公。

不过纸面上的法律未必能严格兑现，张家的应对策略是，找到原在长安善才庵出家的老熟人静虚，向贾府递话求助。其暗含逻辑是，在贾府的赫赫权势面前，司法者将不得不屈从，在个案层面也就实现了法律对权势的退让。

凤姐既贪图三千两银子的报酬，更迷恋权势的虚荣，禁不住静虚拿话一激，“如今不管这事，张家不知道没工夫管这事、不稀罕他的谢礼，倒像府里连这点手段也没有的一般。”便即一口应承，命府中主办文书往来的相公，假托贾琏所嘱，修书一封给长安节度使云光。云光久承贾府之情，区区小事，乐得用法律来换人情，当然不在话下。

只是在当事人而言，区区小事委实性命攸关。在第十六回，守备家慑于云光权势，忍气吞声接受了前聘之物。张金哥闻知退了前夫，自己被另许李门，竟然用一条汗巾自缢身亡。守备之子倒也是个情种，紧跟着投河赴死。

一对婚姻不由自主的青年男女，是放定还是退定，全凭父母之命，自己一点不能发声。但他们身处当时社会，放定即已确定夫妻身份的法律观念，早在心中牢不可破。当彼此以夫妻身份互视，守以夫妻之礼，却横遭凤姐等外力蛮横干涉，他们所能持之抗争的，唯余一条性命。于是一个从一而终，一个不负妻义，用最为激烈的方式发出了自己的呐喊。

指使张华状告贾琏

在第六十七回，凤姐从兴儿口中得知贾琏背着她偷娶尤二姐一事，当真是越想越气。她也当真非比寻常人物，气到极处，忽然计上心来。第六十八回专门写她如何缜密谋算，用软刀子一步步将尤二姐逼到了绝境。凤姐整个算计的核心一环，就是指使尤二姐的前夫张华，跑去都察院喊冤状告贾琏，“国孝家孝的里头，背旨瞒亲，仗财依势，强逼退亲，停妻再娶。”

在第五十八回提及“国孝”，因宫中一位老太妃薨逝，“敕谕天下，凡有爵之家，一年内不得筵宴音乐，庶民皆三月不得婚姻。”在第六十三回提及“家孝”，说得是贾琏的叔父，宁国府名义上的家长贾敬，“吞金服砂，烧胀而歿。”

古人治家治国，孝字为本，体现在婚姻法律关系上，“居丧”构成男娶女嫁的法定延迟事由。虽然与法定禁止事由不同，居丧不会使得婚姻关系无法成立，其效力在于延迟婚姻关系的成立，但居丧嫁娶仍须受刑律制裁。何况叔父是至亲，贾琏为贾敬服的是期亲之丧，外加国丧之期未滿，按《大清律例》，对贾琏居丧嫁娶行为施以杖击八十的刑罚，只会嫌轻不会嫌重。

再者，强逼退亲和停妻再娶也构成犯罪，一个破坏外部婚姻关系，杖击八十；一个破坏内部婚姻关系，杖击九十。作个不怎么恰当的类比，前者相当于暴力干涉婚姻自由罪，后者相当于重婚罪。数罪并罚之下，考虑到贾琏“背旨瞒亲”的主观恶性较重，“仗财依势”的客观情节恶劣，直接一通乱棍打死都是有可能的。

诚然，且不说贾府位属国戚勋贵阶层，享有“八议”的法外特权，仅就其权势的日常影响而论，对贾琏追究刑事责任也决计到不了处刑的那一步。书中非常真实地描绘了当时社会的司法状况，即官府惧怕权贵，受人钱财替人消灾，甚至不惜枉法阿附。而通过都察院断案，折射出这样一种法制全景图，更具有莫大的讽刺意味。

都察院是监察机构，负责“纠劾百司，辨明冤枉，提督各道，为天子耳目风纪之司”，有一定的司法权限，宗旨是“彰善瘅恶，激浊扬清”。听起来很清廉很公正，似乎专以不畏权贵为天赋使命，实则却是天下乌鸦一般黑。

察院坐堂问案，先收凤姐遣人送去的三百两银子，后收贾珍遣人送去的二百两银子，毫无心理障碍地吃了原告吃被告。官司的正主儿贾琏和贾蓉，从头到尾不露一面，只有家仆到堂对词。最终结案时，察院简直成了凤姐的传声筒和复读机，凤姐怎么透露消息给他，他便怎么原汁原味下判决。

按《大清律例》，“凡官吏受财者，计赃科断。”受财枉法的，数额在八十两以上即处以绞刑。风宪官吏身份特殊，“各加其余官吏罪二等”。身为风宪官的察院，岂会不懂法律，只因深知法律在现实生活中的运行常态，才敢知法犯法，心甘情愿地让凤姐等权势人物亵玩司法权力！

一朝被休哭向金陵

在高鄂的续书里，凤姐是病死的，但第五回的金陵十二钗正册中，凤姐的命运判词写得分明：“一从二令三人木，哭向金陵事更哀。”

一从、二令分别代表了凤姐人生的前两个阶段，具体指什么不在本文讨论范围。至于其人生的第三个也是最后一个阶段——人木二字，系采拆字之法，合起来指称一个“休”字。也就是说，曹雪芹的写作本意是让凤姐被贾琏一纸休书逐出贾府门户。

凤姐是贾琏正妻。《白虎通》谓，“故一与之齐，终身不改。”然而，在男尊女卑，夫为妻纲的传统中国社会，这一夫妻平等的理想状态仅仅是名义上的，实质上，妻的地位比夫的地位远远不及。只不过妻子比夫不足，比妾有余，法律上，为保障妻子的根本婚姻家庭地位，对丈夫休妻的行为加以了严格限制。

我国自唐代以来，就确立了“七出三不去”的法定休妻条件，此后，宋元明清各朝代相沿袭。“七出”是从正面进行规制，即妻子有“无子、淫逸、不事舅姑、多言、盗窃、妒忌、恶疾”等七种情形，丈夫方可休之。因在父系伦理逻辑下，不孝有三，无后为大，是以“无子”为“七出”之首。“三不去”则是从反面进行规制，即哪怕妻子犯了“七出”，只要有“三年之丧、前贫贱后富贵、有所娶无所归”三种情形，丈夫也不能休妻。

按《大清律例》，“凡妻无应出及义绝之状而出之者，杖八十。虽犯七出，有三不去而去之者，减二等，追还完聚。”所谓“义绝”，指夫妻恩义已绝，大致类似我国当代婚姻法中的“感情确已破裂”。所明显不同的是前者作为离婚条件带有强制性。从这一层面来说，“七出”也具有一定程度的自主性，只可惜自主权完全操于丈夫之手，妻子并无对等的反制措施，只能被动接受。

对照法律要件和法律事实，凤姐有无淫逸和妒忌不好说，不同的观察角度有不同的结论，但要说她无子却是碟子里盛水——一眼看到底。既犯了“七出”之首，又不符合“三不去”中的任一情形，所以纵然是凤姐这等“一万个男人都不及”的女强人，左右他人婚姻大事，肆意亵玩司法权力，风光无限机关算尽，到头来却还是命运由人不由己。

（作者单位：江苏省建湖县人民法院）

### 子不孝，索钱不成遭父捅伤身亡

2014年8月22日 安徽财经网 王玮伟

核心提示：为避免纠纷，父亲老徐与儿子小徐签订分家协议，约定待父母去世后，由儿子继承涉案门面房。然而，在一次父子的争执过程中，儿子遭父亲捅伤身亡。

安徽财经网讯 为避免纠纷，父亲老徐与儿子小徐签订分家协议，约定待父母去世后，由儿子继承涉案门面房。然而，在一次父子的争执过程中，儿子遭父亲捅伤身亡。

如今，在老徐与妻子健在的情况下，媳妇杨某竟将二老告上法庭，要求“继承”亡夫应得的“遗产”，即涉案的门面房。8月22日，记者从合肥市中院获悉，该案已审结。

男子婚后依旧“啃老”，索钱遭拒殴打父母

老徐与妻子老曾育有三个子女，二个女儿，一个儿子。早在2000年，老徐在长丰县水湖镇某地购买一间门面房，现价值约45万元。因为就一个儿子，父母打算在两人百年之后将该门面房让儿子继承。

为了给儿子将来省去过户费及遗产税，老徐直接将该门面房登记在儿子名下。2006年，儿子与杨某结婚，组成了自己的家庭。不过，因儿子婚后屡次向父母索要钱财遭到拒绝，小徐对父母感到不满，尤其与父亲积怨较深，甚至有打骂行为。

这样的矛盾一直持续三年。2009年，在四名亲友的见证下，小徐与父母签订一份分家协议。其中第五条约定，涉案门面房对外出租的租金由母亲领取，待父母去世后由小徐继承。

儿子离世，儿媳翻脸告公婆分“遗产”

分家协议签订后，老徐与小徐之间的父子关系稍有好转。可好景不长，2011年6月，父子间的矛盾越来越恶化。同月3日，小徐因家庭琐事与父亲发生争执进而厮打起来，厮打中老徐用短剑向儿子捅死，致使儿子受伤死亡。

小徐去世后，儿媳杨某却带着她与亡夫的女儿徐某某将公婆告上法庭，要求继承涉案门面房，并要求剥夺亡夫小徐的继承权。

长丰法院经一审认为，涉案门面房系老徐夫妇购买事实存在，虽登记在小徐名下，在老徐夫妇健在的情况下，小徐对该门面房无处置权、无收益权。

关于遗产的继承，只有被继承人死亡时才发生，本案中，老徐夫妇均健在，继承尚未发生，此门面房还不属于遗产，应当是老徐夫妇的共同财产。一审法院遂判决驳回儿媳杨某、徐某某的诉讼请求。

宣判后，原告不服，上诉至合肥市中院。二审法院认为，根据分家协议约定，小徐继承涉案房屋所有权的条件为老徐夫妇去世，而目前该条件尚未成就，原审判决并不不当。最终，法院驳回上诉，维持原判。通讯员 正言 张婷 市场星报记者 王玮伟

### 个人账户余额可依法继承

2014年8月24日 泉州网 叶舒雯

本报讯

(记者叶舒雯 实习生黄彩莉)日前，省人社厅、省财政厅联合下发了《关于城乡居民社会养老保险参保人员死亡个人账户资金继承问题的通知》，明确规定：自2014年2月21日起，我省城乡居民社会养老保险参保人员死亡的，其个人账户余额(含政府补贴等资金)可依法继承。

此外，为最大限度地保障参保人员的合法权益，文件还规定自2014年2月21日至通知下发期间，已办理参保人员个人账户余额继承手续的，也应将政府补贴资金补发给继承人。

### 依托三大平台 促进“白头偕老”

#### 南通夯实社会稳定家庭根基

2014年8月25日 中国法院网 朱旻

近日，江苏省南通市中级人民法院与南通市综治办、市妇联、市民政局联合出台《关于建立“白头偕老”和谐婚姻幸福家庭引导机制的通知》，在“平安家庭”创建的基础上，创新建立日常宣传、多方调处、常态劝导、联动推进四大机制，治理当前社会上结婚随意、离婚草率的现象，夯实社会稳定的家庭根基。据悉，今年江苏将南通确定为全省唯一的“白头偕老”和谐婚姻幸福家庭引导机制实践区。

据了解，引导机制依托婚姻登记、婚姻家庭纠纷调解、离婚案件审判三个平台，各单位各司其职开展工作。民政部门在婚姻登记阶段进一步加强婚姻家庭伦理和相关法律知识宣传，利用婚姻登记候登厅空间，配备电子设备播放幸福婚姻指导手册、婚姻健康宝典等材料；妇联组织通过开展以和谐婚姻为主题的公益讲座、开展婚姻家庭问题咨询等形式，在婚姻存续阶段加强心理辅导和服务引导，排除苗头性、隐患性问题，努力将矛盾纠纷消除在萌芽阶段；人民法院逐步推进婚姻家庭纠纷专业化审理，探索与妇联共建家事法庭，针对婚姻家庭纠纷“亲情厚宜调解”的特点，有针对性地开展旁听庭审、以案说法等宣传教育活动和调解劝导工作，不断提升矛盾纠纷化解实效。

### 私家侦探专为离婚做谈判 称一单调查最高收费逾60万

2014年08月26日 人物 复焱

我要跟你离婚，但是呢，你什么都没有；或者呢，明明有1000万的共同财产，他会跟你说，给你几十万你走吧。

约炮是容易的，约会却是棘手的——史无前例的，时下中国人正享受着最大限度的爱情自由，却又在这份自由面前显得有点无法自理、进退失据。

原标题：私家侦探翁语：离婚市场的谈判专家

人们在婚恋上的焦虑、无助和不安全感，让他们心甘情愿地将主导权让渡于人。约会专家、情感教练、婚姻挽救师……爱情的各个环节都可以有一场“买卖”，专业人士们顺势而生，提供密布婚恋全程的细分服务，就像不同类型的脚手架，兢兢业业地支撑着当代人的情感和欲望。

在通往幸福的征途上，人们也越来越愿意，为之买单，图个直接明了。

编辑|张薇 摄影|程泉（除署名外） 图片统筹|于千 文|复焱

最低收费：2万

最高的一单：60多万

作为一家私家侦探公司的负责人，32岁的翁语小姐的工作就是触碰婚姻中最见不得光的那部分——找上门来的大多是那些“不得不离”的女人：男方去意已决，第三者等着“上位”，夫妻共同财产被男方算计——“我要跟你离婚，但是呢，你什么都没有；或者呢，明明有1000万的共同财产，他会跟你说，给你几十万你走吧。”

在婚姻调查维权业务上，翁语的团队只接受女性客户，“毕竟女性是弱势群体嘛”。她们有着大致相同的性格特质：较真儿、倔强、图个明白。在刚从事这个行业的时候，听客户讲她们的故事，翁语感慨“还有这种人”，“气得你都想撞墙”。渐渐地，她很少再因为这些产生情绪波动。按照翁语的说法，“现在男的，结婚的，70%都外面有人，40%都离婚了，10%是非常恶劣的，就找我们了。”

翁语的一个40多岁的客户，1990年代时，不顾家人反对，“下嫁”给一个学历和家境不如她的男人。后来，下海搞房地产，开矿，渐渐地，从最初的一贫如洗到实现财富自由。

几年前，这位客户因为操心孩子读书的事情，逐渐地将公司交给职业经理人打理。她知道老公有情人，一直睁一只眼闭一只眼。终于有一天，老公突然提出离婚，特别急切，“越快越好”。这时她发现，老公在这几年间已经几乎将公司掏空了，80%的财产被他私下转移了。

翁语的团队帮她找出了第三者，一个“三线小明星”。调查人员还发现，男人和第三者有一个6岁的孩子，用他俩的钱买了8辆车。这是最常见的业务，查实第三者，证明客户的老公是过错方，让客户在财产分割中更占优势。

另一种是“一条龙”的服务。从查实到谈判，全部由翁语的团队完成。去年接待过一个客户，客户的老公是一个副处级官员。对方表示，至多给40万，孩子给她，每月付3000元的抚养费。谈判时，翁语的策略就是抓对方“软肋”。翁语和她的同事们反复提醒这位官员，一旦他和第三者的信息泄露出去，“你以后的政治生涯即将结束了”。最终，客户拿到了160万的补偿，孩子归男方。

由于不少客户面临丈夫隐瞒或转移财产，以及法院判决的财产分割未必可以顺利执行，通过私家侦探进行谈判的方式，可以为她们争得更多利益。翁语的团队进行一单调查，最低收费2万，最高的一单价格是60多万。那位争取到160万补偿的客户，最终支付了18万：调查费2万，捉奸费4万，谈判费12万。

翁语说，她们在招募团队成员以及接受委托人的业务时，都是有标准的。调查人员需要外形很普通，机警，特别能吃苦，人品过硬。她们会尽可能地拒绝那些“特别懦弱的”、喜欢自作主张的客户，因为这样的客户容易让她们暴露，“人家（调查对象）会来找我们”。

这个十几人的团队主要有几种角色分工：统筹管理的，婚姻调查的，捉奸的，以及谈判的。此外，还有几位长期合作的律师，“把法律风险规避掉”。

在为客户争取权益以及少数的有关婚姻挽回的策略上，翁语依靠的主要是经验。有时，在给B客户制订方案时，会用到A客户的经验——“别人用在我们客户身上的，我们可以让客户用”。这样的策略“很损”，但“很管用”。

多数离婚的客户，如果有孩子，会将抚养权争取到自己这边，然后不愿再结婚。没孩子的，会为了生孩子再婚——“好呢，就过着；如果不好呢，再离呗”。

她们也会反思自己在曾经失败的婚姻中的责任，比如，结婚后不注重外表啦，陷入生活琐事失去激情啦。但翁语认为，这些不是他们离婚的主因，而且，离婚也很正常，不正常的是，她们的丈夫缺乏担当。她觉得，现在的人们“虽然生活品质上去了，但是在情感方面，它还真下去了”。

（翁语系受访对象在工作中所用的化名）

### 蒋三努：婚姻家事案的攻心专家

2014年8月23日 法制日报 莫小松

她发现许多当事人因婚姻家事案件备受精神上的折磨，便自学考取心理咨询师、婚姻家庭咨询师，力争为当事人办理诉讼案件的同时，抚慰他们心灵的创伤，激励其生命像花儿一样继续绽放

□本报记者莫小松

□本报见习记者马艳文/图

8月11日晚，广西壮族自治区广合律师事务所的律师蒋三努斡旋在一对夫妻之间，处理一起离婚案件。

由于丈夫出轨，当事人情绪崩溃，此前曾有过激行为，男方却不以为然。初步察言观色后，蒋三努迅速找到男方软肋，开始攻心战役。

“我的当事人情绪不平稳，目前仍处在爆发前期状态。根据我们掌握的情况，你在尝试转移夫妻共同财产；之前

你与我当事人签订了协议书,你没有相关证据表明协议书不是自己真实意愿。”一番分析下来,男方情绪明显变化,开始着急、紧张、出汗。

诸如此类的案件,蒋三努早已司空见惯。

“这些案件看起来简单,就是孩子抚养权、财产分割、子女教育、遗产处理、资产传承等,但实际上婚姻家庭在人们心中最容易埋下心结,往往会为日后纠纷遗留隐患。”蒋三努说。

在另一起离婚案件中,男方因有外遇提出离婚,对前妻女儿态度冷淡,甚至不愿支付孩子的抚养费。当事人则要求签订协议,不允许男方日后与女儿相见。

“你的官司实际上已经输了。”蒋三努告诉当事人。

“为什么?”当事人一脸疑惑。

“你把痛苦转移到女儿身上,10年后,缺失父爱对男性充满仇恨的女儿长大成人,她承受的阴影付出的代价无可估量。”蒋三努说。

当事人沉默了很久。

“就算所有的财产都给你,你仍然会一身怒气,你在用他的错误惩罚你自己和女儿。你要做的,不是纠结过去的是非,而是勇敢走出来,开始新生活。”蒋三努几番动情的说理后,当事人豁然开朗,同意男方看望孩子,男方也同意支付抚养费,并自愿在夫妻共同财产上做出更大的让步。

最终,当事人调整好了心态,感情破裂的双方没有结下矛盾。

许多人夸赞蒋三努做起思想工作来入情入理,处理婚姻家庭案件如鱼得水,直击要害。但蒋三努取得这些经验背后的故事却鲜为人知。

7岁时,蒋三努的父亲因病过世,给她留下的遗产是60篇父爱日记。父亲为其取名蒋三努,寓意:努力、努力、再三努力。鞭策女儿在人生前进的道路上奋勇拼搏,踏实进取。大学毕业后,蒋三努放弃公职,毅然投身律师行业。在实践中,蒋三努细心地发现许多当事人因婚姻家庭案件备受精神上的折磨,便自学考取心理咨询师、婚姻家庭咨询师等,力争为当事人办理诉讼案件的同时,抚慰他们心灵的创伤,激励其生命像花儿一样继续绽放。

家庭是构成社会的细胞,有着重要的社会功能,是个人思想教育、社会规范养成的“第一课堂”、“第一阵地”,关系社会的和谐稳定。“我力求以法学为根基,扩大到用心理学、伦理学、家庭教育学和理财规划等知识解决现代婚姻家庭所面临的夫妻共同财产分割、孩子抚养权、探望权等问题。”蒋三努说。

蒋三努认为,在婚姻财富越来越多的时候,只有理性地去理财,才可以让婚姻和家庭更幸福。她建议当事人对婚姻财富进行事前的风险防范和规划,很多人开始接受这一新鲜的理念,对婚姻财产进行规划。

除了是个攻心专家,在同事的眼里,蒋三努还是个开朗、用心、认真、严谨,充满正义感和责任感的爱心大使。

不办案的时候,蒋三努就会把时间花在公益活动上,例如为困难群体提供法律咨询,在公共场所开展义务宣传,为女性开设婚姻家庭中的法律及情感风险防范知识讲座,以及参与捐资助学扶贫济困活动等。

目前,蒋三努被推选担任广西律师协会文体委员会主任、广西12349公益服务中心法律顾问、南宁市残疾人维权律师团成员。2011年至2013年,她连续3年获得“南宁市爱心大使”称号。

“我热爱我的职业,更热爱这份职责赋予我的责任。我可以通过自身的经验和知识去帮助更多的人,实现自己的价值。”蒋三努说。

本报南宁8月22日电

## 海曙社工将分批接受培训 成为专业婚姻家庭咨询师

2014年8月25日 宁波日报 杨静雅

本报讯(记者杨静雅通讯员毛一波付奇丹)23日上午,由宁波市妇联、海曙区妇联、海曙区民政局主办,宁波静港湾婚姻家庭服务中心承办的海曙区婚姻家庭咨询师培训班开班,100名学员全部是来自海曙区的社工,他们接受培训并获得婚姻家庭咨询师证书后,将成为所在社区的婚姻家庭咨询师,使居民在遇到婚姻家庭矛盾时不出社区,即可获得专业的调解和疏导。

据介绍,该培训班将持续三个月,每周授课一次,课程有家庭社会学、婚姻与家庭心理、亲子关系咨询、夫妻关系咨询等12大类,涵盖婚姻家庭知识的方方面面。培训结束后,参训人员将参加国家婚姻家庭咨询师资格考试,成绩合格拿到资格证后,就可以向社区居民提供婚姻家庭咨询服务。

“居民婚姻家庭出了问题,绝大多数不愿去心理咨询机构寻求解决,他们更愿意社工出面疏导,但我们社工往往因缺乏专业知识而力不从心。”海曙区白云庄社区党委书记吴晓春是参加培训的学员之一,她说,清官难断家务事,当居民家庭出现矛盾时,社工如果没有婚姻家庭咨询方面的知识,往往会劝导不顺,甚至导致居民家中产生更深层次的矛盾,现在,海曙区从每个社区选取一两名社工进行培训,使他们获得婚姻家庭咨询师证书,犹如一场及时雨,有望使居民不出社区便可享受到专业婚姻家庭咨询服务。

据悉,海曙区这100名社工是首批受训者,以后,海曙区每年都将培训一批婚姻家庭咨询师。

## 重庆上半年结婚离婚比接近3:1

2014年8月27日 重庆晨报 任明勇

全市上半年 59557 对离婚

“婚姻不仅是个人的爱情故事，也是最严格的社会和经济契约。”

——美国畅销书《定终身》中对婚姻的经典解读

都说婚外情是婚姻的“头号杀手”，那都市人的婚姻有多少是因为第三者介入而分道扬镳的呢？

昨日，市婚姻家庭收养登记管理中心向重庆晨报记者提供的今年上半年结婚离婚登记情况显示：2014 年 1-6 月，59557 对夫妻办理了离婚证，其中 836 对夫妻在“离婚原因”一栏，直接填写了“第三者介入”。

数据显示，今年上半年，全市有 175670 对情侣变成了合法夫妻。同时也有 59557 对夫妻离婚。离婚结婚比为 33.9%，即 100 对情侣变夫妻的同时，就有 34 对夫妻变陌路人。

结婚

175670 对情侣结为夫妻

细心的人会发现，上半年的重庆主城，“婚车游街”现象不只是在周末，即使处于正常工作日的周一到周五，也有不少人举办婚礼。新人好多！这是大家的共同感受。

结婚为何这么拥挤和火爆？这在统计数据里，能找到原因：因为新人太多了。数据显示，今年上半年，全市有 175670 对情侣变成了合法夫妻。如今年的 5 月 20 日，新人为讨个好彩头，扎堆结婚，有的更是排队数小时，也要在这好日子里把婚结了。

而新人扎堆所谓的“好日子”结婚的现象，还不只是这一天，如今的婚姻都是网上登记，并全国联网，目的是避免重婚或骗婚，新人扎堆结婚，曾经多次让网络出现“塞车”现象，甚至逼停婚姻登记系统。

离婚

836 对因第三者介入而分手

情侣变夫妻的多，夫妻变陌路人的也不少。今年上半年，我市离婚登记的夫妻有 59557 对，离婚结婚比达到了 33.9%。

这是怎样一个概念呢？以整数换算，即 1000 对情侣变夫妻的同时，就有 339 对夫妻变陌路人。5 万多个家庭，就在结婚证交回去领了离婚证后，散了。

是什么原因让这些夫妻变成路人的呢？根据数据显示，59557 对夫妻分手，有 56918 对夫妻在离婚时填写的是“感情和性格不合”。换算成百分比是 95.6%。

市婚姻收养登记管理中心有关人士解释，估计原因不少，但大家图省事，就写这几个字。“看上去，似乎已涵盖了一切。”

“新婚姻法实施后，结婚、离婚都属于个人隐私，我们也不过问，只要他们手续齐全。”婚姻登记处工作人员说，现在离婚程序并不复杂，只要双方证件齐全，在债权债务、财产分割、子女抚养等方面协商好了，在婚姻登记中心一般就是一个登记程序。

关于离婚原因一栏，写的一般有 6 个内容：一是草率结合，二是感情不和，三是第三者介入，四是经济纠纷，五是生理缺陷，六是其他原因。

在上半年的离婚统计中，有 836 对夫妻因为“第三者介入”登记离婚。换算成百分比是 1.4%。这些夫妻在离婚一栏填写的内容，比较直接。他们会直接写上第三者介入，男方或女方婚外情等。据介绍，在以前，大多数夫妻即使因为婚外情离婚，也不会直接写出来，要么写“感情不和”，一般都比较隐晦。

因为草率结合而离婚的有 634 对，因为经济纠纷离婚的有 365 对，其他原因有 804 对。

上半年结婚的新人超过了 17 万对，主城区内哪个区产生的新人最多？数据显示：排在第一位的是渝北区，半年时间有 7863 对情侣变夫妻。主城区离婚夫妻最多的要数九龙坡区，半年有 3540 对夫妻变陌路人。主城上半年的离婚夫妻最少的是渝中区，只有 1227 对。

上半年 68000 对弄丢结婚证

重庆今年上半年结婚离婚登记情况显示，半年时间，重庆有 68000 对夫妻到民政部门的婚姻登记窗口补办结婚证。

“补办结婚证的市民，天天都能遇到。”昨日，江北区婚姻登记中心工作人员告诉记者，现在补办结婚证的人数，一年比一年多。“最多的时候，一天要补办 30 多对，而一天补办几对，属于正常现象。”

为什么有这么多人补办结婚证？工作人员分析，从年龄来看，从 20 多岁到 70 多岁的夫妻都有，而婚龄最短的只有几个月，最长的有几十年。他们有一个共同点，都是把结婚证弄丢了。

众所周知，登记结婚后，夫妻双方都会领到一张《结婚证》。虽然说该证只是一张证明，但并不比结婚时送给对方的信物——结婚戒指重要性低，因为它还代表着法律上的认可，具有法律效应。

如今，结婚证渐渐和身份证一样，使用率越来越大，如夫妇办理生育证要有结婚证，还有贷款买房、出境旅游、移民留学、房产过户、继承遗产乃至离婚等，都离不开结婚证。它的用途近 20 种。

实际上，除了结婚证，离婚证同样重要。离了婚要再结婚，或是房产交易、贷款等情况下，离婚证就要派上用场，因为离婚证也是个人婚姻状况的证明。所以，离婚证也丢不得。

重庆晨报记者 任明勇

相关>

重庆人和境外人士结婚的减少

涉外婚姻有一个单独的数据统计。重庆人办理涉外婚姻只有一个地方，就是位于观音桥同聚远景 14 楼的重庆市婚姻收养登记管理中心。

涉外婚姻指重庆人与港澳台地区居民、华侨或外国人登记结婚。传统印象中，涉外婚姻多为“境外男娶内地女”，且多为“老夫少妻”。“但这种现象已经不明显。”登记处工作人员说，近两年来登记的涉外婚姻，男方是欧美地区的婚姻在增多，不少都是双方年龄相仿，相差大的最多也就 10 岁，双方文化程度都明显提高，很多外籍男士还会讲普通话。

目前涉外婚姻登记逐年减少，嫁“出去”的重庆姑娘越来越少，上半年仅 400 余对进行了涉外婚姻登记。“外嫁境外的重庆妹子越来越少了，说明重庆经济社会在发展，市民对本土婚姻的认同度也在增加。”

今年上半年，近 200 余对跨国夫妻，前来办理了离婚手续。

重庆晨报记者 任明勇

(原标题：这边 100 对扯证 那边 34 对打脱离)

### 长沙县离婚率逐年上升 80、90 后成离婚主流人群

2014 年 08 月 26 日 星沙时报 张兴莎

红网长沙县站 8 月 26 日讯(星沙时报记者 张兴莎) 电视剧《离婚律师》的热播引发了关于“离婚”话题的热议，记者从长沙县民政局获悉，截至 22 日长沙县今年已登记离婚的有 1302 对，比去年同期的 1241 对有所增多，其中因感情不和而离婚的居多，并且 80 后甚至 90 后的年轻夫妻成为离婚主流人群。

原标题：长沙县离婚率逐年上升 80、90 后成离婚主流人群

漫画/任筱

红网长沙县站 8 月 26 日讯(星沙时报记者 张兴莎) 电视剧《离婚律师》的热播引发了关于“离婚”话题的热议，记者从长沙县民政局获悉，截至 22 日长沙县今年已登记离婚的有 1302 对，比去年同期的 1241 对有所增多，其中因感情不和而离婚的居多，并且 80 后甚至 90 后的年轻夫妻成为离婚主流人群。

“如果感情没有问题，我们能劝就劝，但有的确实没有办法。”采访当日，记者在婚姻登记处蹲点，一上午 8 对登记离婚的就有 6 对是 80 后，工作人员表示年轻人普遍责任意识较弱，在经营婚姻生活时应多一份理解，多一份担当。

大吵一架，撕了结婚证

上午 8 点多，记者刚到离婚登记处，已经有一对年轻夫妻坐在里面等待办理手续，男方一言不发站着，女方一言不发坐着，像是两个陌生人。“你们已经想好了吗，确定要离婚?”工作人员进行了询问，双方都点了点头。

“你们的离婚协议书有些问题，需要去楼下修改。”趁着男方离开，工作人员和女方聊了两句，询问为什么要离婚。“一直有矛盾，昨天晚上大吵一架，我把结婚证都撕了，我们已经没有可能了。”

记者在资料上看到，夫妻双方都是 80 后，还有个 2 岁的孩子，但是对于离婚他们已经下定了决心。“像这样年轻夫妻办离婚的越来越多，最小 92 年的都有。”工作人员告诉记者。

离婚又复婚，最终还是离了

“离婚协议书已经签好了，过不下去了。”一对中年夫妻拿着一大堆资料来到登记处，很坚决地和工作人员说要离婚。“有孩子吗?你们确定已经想好了吗?”“孩子很乖的，我们离婚是自己的事。”

资料显示两人已经结婚十多年。“两年前曾办过一次离婚，后来又复合了，这次是真的过不下去了。”由于两人一直是两地分居，女方说丈夫早在外面有了新欢，再维持这个家已没有任何意义。

正当工作人员办理手续时，双方关于离婚协议书上涉及孩子抚养费的问题又起了争执，无奈只能待双方冷静才能继续办理。“每天来登记离婚的有十五六对，因为感情不和出轨的原因占大多数。”

肚中 8 个月的孩子也挡不住离婚登记

“你不是怀孕了吗，怎么也要离婚，已经想好了吗?”工作人员刚办理完一对，又有一对年轻夫妻走了进来，看着女方挺着个大肚子，便进行了询问。“确定要离。”女方毫不犹豫地地点头答应，并拿出了写好的离婚协议。

来到离婚登记处的除了夫妻俩，还有男方的妈妈。“她离家出走了，回来就是这样啦，她说要离就离吧。”面对儿子的婚姻问题，妈妈有些无奈，她说现在儿媳妇肚子里的孩子已经有 8 个月，但不是自己儿子的孩子。

“怀孕期女方主动提出离婚的也时有发生呢，大多因为男方在婚姻生活中缺少对妻子的关爱。”工作人员说，有一次为了劝和，整整说了 3 个小时，可是后来夫妻俩还是把婚给离了。

### 自贡结婚离婚数据出炉：上半年离结率达 30.2%

2014 年 8 月 26 日 四川新闻网 刘瑞

四川新闻网自贡 8 月 25 日讯(记者 刘瑞 摄影报道) 钱钟书先生曾这样形容婚姻，他说婚姻就好比是一座城，城外的人想冲进去，城里的人却想逃出来。近日，随着四川省 2000 年以来全省结婚及离婚登记数据的出台，仅在去年，四川省每 4 对新人扯证、就有 1 对夫妻离婚。在自贡，这个数据更是远远超过全省的平均水平。据自贡市民



政局统计数据，仅在今年上半年，自贡的离结率就高达 30.20%，换句话说：今年上半年，每 3 对新人扯证，就有 1 对夫妻离婚。

离结率逐年上升 上半年每三对新人扯证就有一对夫妻离婚

所谓离结率，指的是当年离婚人数占当年结婚人数的百分比。自贡市民政局统计数据：2011 年，自贡的离结率为 27.28%，2012 年为 29.10%，2013 年为 31.01%。今年上半年，自贡的离结率为 30.20%，这意味着，在今年上半年，每 3 对新人进行婚姻登记时，就有 1 对夫妻办理离婚手续。

据自贡市民政局社会事务科的工作人员向四川新闻网记者介绍，自贡的离婚高峰期出现在春节和高考之后。选择在春节后离婚，是因为春节是个团圆的日子，不想因为离婚，而冲淡了过年的喜庆；选择在孩子高考之后离婚，主要是害怕父母离婚的消息，影响到孩子考试时正常水平的发挥。

离婚登记需排队 曾一小时办理 17 对夫妇离婚申请

今日上午，四川新闻网记者在自流井区民政局婚姻登记处看到，在离婚登记的办公房间里，一个巨型的、黄底黑字的“慎”字被贴在显眼的位置处，在它的一旁，前来办理离婚手续的人，居然还排起了队列。在离婚的人群中，大多不愿意对旁人提及自己的离婚原因。

据自流井区民政局婚姻登记处主任李杰介绍，今年上半年，自流井区民政局婚姻登记处的结婚人数为 2200 对，而前来办理离婚手续的夫妇是 1048 对，比例基本上是 2 比 1。

自贡市民政局社会事务科的工作人员介绍，2003 年新的《婚姻登记条例》出台以前，离婚时要由单位或村（居）委委员会出具证明，这样，等于将自己要离婚的事情公布，很多人觉得面子会过意不去，如今只需夫妻双方私下处理，不需要顾及他人的看法。

“换句话说，在高离婚率的背后，人们的思想跟以前相比确实发生了很大的变化。”李杰说，现在每天来办理离婚手续的，各个年龄段都有，之前一对老年夫妻来离婚，离婚的原因是其妻子怀疑 60 多岁的丈夫有外遇，“当然，还有很多 80 后的夫妻，来闪婚闪离的蛮多，大都是由于感情不和及脾气、性格等原由来申请离婚。”

据该离婚登记室的工作人员介绍，自己曾经一小时内就办理了 17 对夫妇的离婚申请。“离婚率高，也反映了一个问题，那就是对于家庭的观念，现代人不是特别强，也在一定程度上反映了夫妻双方对于责任的认识不到位。”李杰说，草率的结婚与离婚，其实对于家庭生活影响都不好。

## 清人聘妻后迟迟不娶只为赔偿金

### 李鸿章判处聘礼不还另嫁合法

2014 年 08 月 27 日 上海法治报 刘文基

清朝人邹浩福聘定邵娟慧后，长期不娶，和他人同居生子，邵娟慧年过三十只能另行嫁人，邹浩福就以邵娟慧及其父亲违背婚约，诉诸官府。婚约是否有效，究竟是谁违约，邵娟慧究竟应该是谁的妻子？

金人叹先生编著的《清代名吏判牍七种》中就记载了李鸿章处理的这起聘妻不娶案件。

7 人判词

《清代名吏判牍七种》收录了于成龙、曾国藩、李鸿章等 7 人断案所写的判词 240 则。

书中所载都是名副其实的清代名吏，案件涉及婚姻家庭、生老病死、感情纠葛等等社会生活的方方面面，其中既有针头线脑、鸡毛蒜皮之类的区区小事，又有杀人行凶、谋反造反之类的大案要案。

李鸿章（1823 年—1901 年），安徽合肥人，晚清名臣，洋务运动的主要领导人之一，曾经代表清政府签订《越南条约》、《马关条约》、《中法简明条约》等。

婚约纠纷

当时有个人，名叫邵志高，他的二女儿名叫邵娟慧，由邹浩福通过媒人以六十两聘银聘定。但是，邹浩福在感情方面，并不专一，有了外遇，并且明目张胆，将其娶回家中，还生了子女。

更为可恶的是，邹浩福虽然娶妻生子，却并不解除与邵娟慧的婚约，而是一再找借口拖延婚期。

邵志高又是个穷读书人，虽然心里气愤，但自己又不敢提出解除婚约，一二再，再二三拖延，邵娟慧已经三十岁了。邵志高忍无可忍，便将女儿邵娟慧嫁给邓家。

邹浩福打听到消息后，立刻将邵志高告上法庭，说他活活拆散自己和邵娟慧这对夫妻，案件上诉到李鸿章那里。

聘妻不娶

李鸿章查明：邵志高有两个女儿，长女名叫邵秀慧，次女名叫邵娟慧。邵娟慧曾经被邹浩福聘定，邹浩福出聘银六十两，通过媒人交付。

时隔不久，邹浩福忽然有了外遇，不畏人言，竟然金屋相藏，同居一年多，还生了一个儿子。邵志高是一个穷书生，心想邹浩福已经和别的女子先行同居，占有妻子身分，自己将女儿嫁给他，难免处于妾妇的地位。想到悔婚，也只是忍让未发。谁知邹浩福性情狡猾得像蛇一样，知道邵志高婚约在先，不敢将女儿许配他人，因此以拖延为上策。

光阴似箭，邹浩福已经聘定的邵娟慧已经三十岁了，还没有人迎娶。邵志高忍无可忍，就将女儿许配给姓邓的男子。

## 谁在违约

邹浩福将邵志高控告到官府。经人调解劝说，邵志高愿意退还邹浩福原付聘金，另行订立退婚协约，自以为完事大吉。谁知，邹浩福并不饶人，一再以邵志高活拆自己和邵娟慧夫妇相控告。

而邹浩福和邵娟慧的婚姻，虽然经过媒人聘礼确定，但是，双方并没有举行婚礼，更不用说共同生活。因此，邹浩福和邵娟慧也只是具有夫妻的名分。况且，邹浩福在聘定邵娟慧之后，并没有按照通常惯例，将邵娟慧娶进家门，而是将别的女子带到家中同居生活，并且生了一个儿子，因此，要说婚姻先发生变化的，也是邹浩福，而不是邵娟慧。

日月如梭，邹浩福竟然因此耽误邵娟慧到三十岁，而没有出嫁。扪心自问，邹浩福如此做法是司马昭之心，路人皆知，邹浩福所谓邵志高活拆散邹浩福和邵娟慧的婚姻，实在是子虚乌有。其实，拆散邹浩福和邵娟慧婚姻的，不是邵志高，而是邹浩福本人。为人父母者，谁不愿意自己的儿女早日成婚，这样也好了却父母的心愿。目睹女儿一天比一天长大，即使是掌上明珠，也不能长期留存身边，而急于为女儿找到婆家归宿。因此，邵娟慧的悔婚，与寻常的违背婚约完全不同，也是情有可原。

## 巧妙决断

经过亲族调和，邵志高已经答应退还邹浩福原聘邵娟慧之礼金，也是礼让三先，完全不负邹浩福了。而邹浩福仍然图谋以三十多岁仍不娶的妻子，来讹诈他人。

由此可见，邹浩福的最大欲望，无非是再将他与邵娟慧婚姻展期一、二十年，导致邵娟慧白发苍苍、牙齿脱落。到那时候，邵娟慧父亲的赔偿数额就会更多。邹浩福的行为如此不合情理。

李鸿章遂作出判决：邹浩福聘定邵娟慧后，长期不娶，公然和他人同居生子，邵娟慧年过三十只能另行嫁人，通观全局，并不是邵娟慧及其父亲违背婚约，而是邹浩福违背婚约在先，因此，邵娟慧及其父亲不必退还邹浩福所送的聘礼，邵娟慧仍然是邓某的合法妻子。以此为鉴，从现在起，应该杜绝有人聘定妻子后，迟迟不娶，让姑娘独守空房了。

## 余音绕梁

李鸿章在婚姻家庭纠纷案件的处理中，不是死抠法条，死搬硬套，死搬面孔，一判了之，而是具体问题具体分析，灵活处理问题。

按照婚约娟慧是应该嫁给邹浩福，但是按照婚约，娟慧只能是邹浩福的原配妻子，又不能去做小妾，虽然邹浩福故设圈套，但李鸿章还是入情入理的进行具体分析，合情合理的解除了该桩婚姻。古为今用，李鸿章处理家务事，对此还是不无裨益的。

## 八、异域资讯

## 海外借鉴 | 英国调解机构审计报告：调解市场增长 9%

2014年8月2日 中国法院网 蒋丽萍

据英国有效争议解决中心（CEDR）网站报道，5月22日，英国司法大臣福克斯勋爵说，从英国有效争议解决中心2014年的《审计报告》可以看出，2013年英国的调解市场增长9%，这意味着在过去的12个月，有9500件案件进行了调解。

该审计报告显示，在过去的12个月内，共有涉及标的90亿英镑的商事案件被调解，当事人通过调解而节省的成本，包括管理时间、关系处理、生产力和诉讼费用等，共计2.4亿英镑。而调解员和调解机构的职业收入达2250万英镑，这是非常振奋人心的投资回报率。英国有效争议解决中心每两年做一次审计报告，今年的报告公开发布在利兹市召开的司法调解会议上。报告收录了295名调查对象的调查结果，并通过“民事调解理事会”对正在使用调解程序的律师进行了调查，为这个报告提供了很有价值的当事人视角。

报告指出，接受直接指定调解员的纠纷比例有所下降，2013年有66%的纠纷接受指定，而2012年这一比例是71%。资深调解员团体的调解员数量增长了30%，年轻调解员获得更多调解机会。虽然调解员市场在种族多样化这一方面还有待加强，但女性调解员的数量已经有所增长。现职调解员中，非律师调解员数量有所上升，占主导地位的律师调解员队伍已经缩减到52%。报告总结了指定调解员时的考虑因素共有17项，并作了先后排序：

首先是调解员的便捷性，其次是调解员的个人风格，然后是调解员的经验，再次是调解员的背景、资质，最后考虑调解员的收费。约75%的纠纷在调解当日达成协议，另外有11%在调解日后很快达成协议。调解员平均在每个案件上所花费的调解时间为16小时。

调解员认为有71%的代理律师和62%的当事人在调解中表现出色，而14%的代理律师和15%的当事人表现较差。代理律师也反映，82%的调解员表现良好，但有6%的调解员表现较差。

## 曼德拉逝世后首起遗产官司或现 前妻温妮索要房产继承权

2014年8月7日 国际在线(北京) 任杰

国际在线报道（记者任杰）：南非已故前总统曼德拉的前妻温妮日前要求获得曼德拉故乡房产的继承权。曼德拉的遗嘱中并未给予温妮继承权。据称，曼德拉所在的传统部落领袖力挺温妮，而曼德拉遗嘱执行人将会面商议此

事。媒体分析说，这或将成为曼德拉过世后，围绕遗产处理问题打起的首起官司。

曼德拉一生有过三段婚姻。现年 78 岁的温妮是他的第二任妻子，两人 1958 年结婚，育有两女。婚后，曼德拉曾长期深陷囹圄，作为单身母亲的温妮，独自抚养子女，并坚持从事反对种族隔离制度的斗争，广受南非黑人民众爱戴。1996 年，曼德拉宣布与温妮离婚。尽管如此，温妮在曼德拉家族中仍享受影响力。去年 12 月曼德拉去世后，温妮和曼德拉遗孀马歇尔共同现身一系列官方悼念和安葬活动，两位女人彼此搀扶、安慰，向外界传递出曼德拉家族团结的讯息。

曼德拉身后留下多套房产，据估算，总价高达约 4600 万兰特（约 430 万美元）。今年 2 月，曼德拉的遗嘱正式公布，温妮并未获得任何继承权。温妮此番索要继承权的这套房产，位于曼德拉的故乡——南非东开普省库努村。晚年退出政坛后，曼德拉长期在此生活，逝世后，也被安葬在这里。曼德拉在遗嘱提到该房产的处置问题时说：库努的住所应由整个家庭共同所有使用，以维系大家庭的团结。

据南非媒体报道，温妮的律师日前致函曼德拉遗嘱执行人，要求获得这套房产的继承权。理由是：曼德拉当年尚在狱中之时，温妮就拥有了土地的所有权，房子是曼德拉与温妮的共同财产，应由温妮和他们的女儿继承。律师强调，温妮的要求并不是违背曼德拉的遗愿，这样的继承权符合当地部落的传统风俗。

温妮的主张得到了曼德拉出身的南非科萨族腾布部落王达林叶波的支持。这位传统部族领袖 6 日召开记者会，对温妮进行声援。他指出，温妮无可辩驳地拥有继承权，按照当地习惯，如果男方提出离婚，女方作为妻子的权利和身份并不消失。达林叶波表示，他将与律师一道，为温妮争取继承权。据悉，曼德拉遗嘱执行人将碰头商讨此事。温妮的律师表示，将视结果决定下一步的行动。对此，有媒体分析说，如果曼德拉的亲人以“风俗习惯”为由对遗嘱进行挑战，未来可能还会出现一系列的遗产风波。

曼德拉的家族争端早已不是新闻。在他晚年之际，屡屡曝出家人因利益纠纷伤和气的消息，家庭成员甚至因曼德拉死后的下葬地点问题对簿公堂。

## 应该准备的四份遗产文件

2014 年 8 月 12 日 《华尔街日报》 Tom Lauricella

没有什么时候比当下更适宜准备，确保你的遗产规划不出任何乱子。

一说到“遗产规划”这个词，很多人可能就会想起大额的遗产和各种避税手段。但佛罗里达州西棕榈滩专攻老年法的律师马克·夏洛威(G. Mark Shalloway)说，遗产规划“不只关系到死亡和税赋，也关系到你活着的时候生大病的问题”。

以下是人人都需要的四份遗产规划文书：

### 1. 遗嘱

很多人都觉得自己不需要遗嘱。但咨询律师并填写一份遗嘱是确保所有愿望都得到实现的最好办法，也是避免把某些事情交由法庭裁决的最好办法。

纽约律师菲利普·博克拉斯(Philip Bouklas)说：“很多情况下，最好都是订立一份非常简单的指导性遗嘱。”他说，如果有多位子女、给未成年子女指定监护人至关重要，那么就更应该订立一份遗嘱。

遗嘱中的一个重要部分，是指定负责管理遗产、包括支付各种费用的执行人。虽然你不需要把遗嘱内容告诉任何人，但让你所指定的执行人知道你挑选了他或她来做这件事却是很重要的，告知其他家族成员可能也是一个不错的主意。

博克拉斯还建议跟家族成员商量怎么处理私人物品和传家之物的问题。

他说：“你不能只管把脑袋埋进沙子说，‘他们会想出办法的’。”

订立遗嘱的时候，你可能会忍不住想利用网上资源，从而少花钱。可要小心了。到头来，一些小小的细节就有可能造成遗嘱失效，或使你的遗愿无法实现。

### 2. 持久委托书

万一你丧失能力，委托书可以授权别人以你“代理人”的身份制定法务和财务方面的决策。

不要小看这个决定。和执行人不一样的是，这个代理人可能是一个持续性的角色。科罗拉多州科罗拉多斯普林斯遗产规划与老年律师迈克尔·科特兰(Michael Kirtland)说：“在授权给谁的问题上，人们想得不够周到。”

夏洛威说，一定要想到，这个人将会管理你的财务。他说：“他可能会是一个忠诚于您，却没有管钱技能的人。”

最后，一定要指定一个候补人选。科特兰说，很多人都会任命配偶，“但如果两个人都在车祸中受伤，或两个人都出现了痴呆症状，那又怎么办？”

### 3. 医疗委托书

如果你无法自己做出医疗方面的决定，那么这份文件（又称为医疗保健代理书）就会让你所指定的成年人能够代表你做出这些决定。

科特兰说：“要挑选你认为会在危机中保守镇定的那个人。妈妈遇到车祸，那个人要在‘妈妈要死了’的压力之中做出医疗方面的决定。”

### 4. 生前遗嘱

生前遗嘱(living will)有时候又叫“事先医疗指令”(advanced health-care directive),它用书面形式列出你对临终护理的愿望,比如如果呼吸或心跳停止,你是否希望做心肺复苏,以及你是否希望通过人工呼吸或人工进食维持生命。

在涉及医疗委托书和生前遗嘱的时候,坐下来跟家人一起谈谈你的愿望。这种谈话可能不太轻松,但之后在困难处境中会帮到你的家人。

最后,把你的重要文件、财务记录甚至是有关医生和药物的信息都更新到最新状态并归置到一处,从而让大家更加方便一些。(别放进保险箱,因为要凭委托书才能进入。)

博克拉斯说,他的一些客户大约每年一次为他提供最新的银行账户、投资账户名单,以及可能还有的其他重要信息,然后他把这些信息放到他们的档案中。

## 在韩婚姻中断时滞留延期及国籍取得问题

2014年8月13日 韩中法律新闻

### 1. 绪论

对于与韩国人结婚的外国人在申请滞留延期或者申请国籍的原则是以申请时正常的婚姻关系为前提的。因此在婚姻关系中断的情况下就不能申请延期或者申请国籍。但是,下列情况下可以申请延期或申请国籍的情形。

### 2. 例外事由

#### 1) 韩国配偶死亡或失踪时

结婚登记后婚姻关系存续过程中,韩国配偶死亡或失踪时可以申请延期。在韩国居住2年后也可申请国籍归化。

#### 2) 离婚的过失方为韩国配偶或者其子女由外国配偶抚养时

上述情况大部分是以与韩国配偶离婚为前提的,因此下文中将着重讲解离婚与外国配偶在韩国滞留的问题。与韩国配偶离婚时,根据过错在哪一方或者与韩国配偶间所生子女的抚养权在哪一方为申请延期或者申请国籍的条件。即如婚姻破裂的过错不在外国配偶一方或者离婚后子女由外国配偶抚养时,就可以申请延期或者申请国籍。

在这里值得注意的是必须得到离婚胜诉判决书(协议离婚时,外国配偶必须限期离境),也就是说,必须通过诉讼的形式得到胜诉判决。最近出入境管理局甚至做出通过调解的形式离婚后国籍申请的拒绝决定。

因此在通过诉讼的形式取得离婚判决书后才可以申请国籍。

### 3. 其他

#### 1) 离家出走是否有可能成为非法滞留者

仅以韩国配偶的离家出走申请,外国配偶不能成为非法滞留者。但是如果韩国配偶到出入境管理局撤销其身元担保,外国配偶就有可能变成非法滞留者。

#### 2) 假结婚的情况

假结婚适用刑法第228条第一项,第229条的规定。这种情况下在判决终结后经过驱逐出境程序就能将其遣送回国。即便是已经取得韩国国籍的外国人如被判决为假结婚就可用职权撤销已取得的国籍。

### 4. 结论

综上所述,一般在婚姻中断时如申请国籍或申请延期就需要通过诉讼离婚的形式进行。韩国配偶为了省钱、省时间比较喜欢通过协议的形式离婚。但是如果通过协议离婚的形式对于外国配偶来说就无法申请延期以及申请国籍。

## 女子为美国绿卡与智障男子闪婚 移民失败提离婚

2014年8月12日 金羊网 李海强

新快报讯 记者李海强通讯员刘川徐小卓报道 年轻貌美的女子与一名拥有美国绿卡的智障男子相识一个多月就结婚,结果移民不成,女子就起诉要求离婚。近日,广州市增城法院审结这一起涉外离婚案件,判决准许原告阿美(化名)的离婚诉请。

### 绿卡觅得如花美女

2004年5月,跟随父母在美国居住且拥有美国绿卡的阿华(化名)回广东探亲。经人介绍,患有轻度智障的他认识了相貌出众的阿美。

比阿华小10岁的阿美很快与阿华谈婚论嫁。同年6月7日,相识一个多月的两人便闪婚了。婚后一个月,阿华独自返回美国居住。他每月都给阿美打越洋电话,每年还给阿美寄生日贺卡。

阿华回到美国后,着手给阿美办移民手续,按照规定要等排期。2006年7月,阿华还回到广东,和阿美共同生活了1个月后返回美国。

### 领馆质疑结婚目的

2009年10月,阿美收到了美国驻广州领事馆发出的移民约见信函,依约前往美国驻广州领事馆会见美移民官员。美国驻广州领事馆移民官员认为,智商正常且有文化背景的阿美肯嫁给先天智障的阿华,这事本身就值得怀疑,且两人自2006年8月至2009年10月三年期间未在一起共同生活,拒绝了阿美移民申请。

阿美为此大为恼火,致电阿华表示:“如果办不了移民,就离婚算了!”但阿华不同意离婚。

2010年，阿华取得美国国籍。阿华再次向美国移民机构为阿美申请移民，虽已受理但至今再无任何信息。阿华第三次回国暂居，但阿美态度冷淡。后来，两人再无联系。

男方称被骗婚骗财

直到2013年11月26日，阿美向增城法院起诉离婚。阿华答辩说，自己先后在阿美和其家人身上花费了20多万元，感觉这是一场有预谋的骗婚骗财。法院审理认为，原、被告人未经深入了解即仓促结婚，其婚姻基础差，婚后原、被告又长期异国分居，近10年来双方共同生活时间不足3个月，原、被告根本未建立夫妻感情，准予离婚。

### 美国一石油大亨面临史上最贵离婚案：分手费超50亿

2014年08月15日 现代快报

没有参与哈姆案的纽约婚姻律师莱斯曼说，它将成为历史上最贵的离婚裁决。



哈罗德·哈姆与妻子苏安·哈姆

原标题：美一大亨面临天价离婚裁决

据外媒13日报道，美国俄克拉荷马州的石油大亨哈罗德·哈姆可能将面临最昂贵的离婚裁决。哈罗德·哈姆和他妻子苏安·哈姆的律师上周在俄克拉荷马市离婚法庭曾经进行了较量。

据报道，68岁的哈罗德·哈姆的财产价值202亿美元，而他的大部分财产都是在他婚后26年积累起来的。苏安·哈姆只要得到他财产的四分之一，就将超过俄罗斯石油寡头今年5月的离婚案判决的45亿美元。当时那个案件被称为历史上最贵的离婚案。

目前看来哈姆离婚案可能超过那个数字。没有参与哈姆案的纽约婚姻律师莱斯曼说，它将成为历史上最贵的离婚裁决。他说，一份报告显示，苏安·哈姆将得到50亿-80亿美元。这将成为历史上最昂贵的离婚裁决。

哈姆在福布斯富豪排行榜上名列第39名。他创办了大陆资源公司并担任其董事长，他的公司是石油裂解技术的先驱。在2012年大选期间，哈姆曾经担任罗姆尼的能源顾问，也被时代周刊列为当年影响力最大的人物。

### 美媒：在中国离婚不是容易事儿 部分地区限号

2014年8月20日 环球时报 史蒂夫·蒋，王晓雄

美国有线电视新闻网8月19日报道，原题：中国官员说，想离婚吗？明天再来！离婚从来不是件容易事儿，但中国西部某城市的一个行政区想让它变得更难。自2012年3月以来，西安市长安区民政局限制每天最多办理15起离婚申请。来晚又急切想离婚的夫妻被告知先回家，第二天再来办。一对分手夫妻未能拿到办理离婚手续的序号后向媒体诉苦，这个本来不知名的民政局一下成了全中国的热议话题。

尽管外界一致批评这个固执己见的机构干涉公民自由，该局官员仍为其“出于好意”的“限号制度”做出辩护，“此项措施旨在挽救盲目离婚的家庭。有的夫妻虽然排了号，但最终有时间冷静思考，没来办离婚。”

该民政局并非唯一一个因过于热心挽救婚姻而遭指责的地方政府机构。今年2月中国东部的徐州市民政局官员因在情人节当天拒绝接受离婚申请而引发热议。

尽管如此，政府数据显示，近年来中国的离婚率呈快速上升趋势。去年西安市共有17670对夫妇离婚。全中国离婚人数则已攀升至350万对。以上两个数据均比2012年增长10%以上。

专家们对于离婚的根本原因存在分歧。有人依据一份政府报告称，中国1/4的已婚妇女曾遭受各式的家庭暴力。也有人援引媒体报道称，有夫妻假离婚以规避大城市购房限制。

自开始实施每日限号15个的措施以来，长安区逆全国趋势，连续两年离婚申请数量下降。尽管该区官员承认这项举措对整个社会而言效果有限，但仍为自己保持婚姻神圣的努力而不愿认错，“俗话说得好，宁拆十座庙，不毁一桩婚。”（作者史蒂夫·蒋，王晓雄译）

### 美国启动网络遗产统一立法

2014年8月19日 法治周末 傅添

就在几年前，人们还习惯于使用文件盒、档案柜和相册来整理存放各种资料。然而个人电脑的普及开启了数字化生活的大门，使人们将越来越多

美国统一法律协会2012年年会讨论网络遗产问题

法治周末特约撰稿 傅添

据美联社报道，在现阶段，美国有关网络遗产的处理法规非常混乱，有的州有立法，有的州没有立法，立法之间也存在着矛盾。另外，谷歌、脸书、雅虎等网络公司也都有着他们自己的规定。为此，美国“统一法律协会”(Uniform

Law Commission)最近起草了《受托人访问数字资产法案》，企图推进各州统一化的立法进程，允许遗产的执行人或管理者、信托人或法庭指定的负责人访问死者的数字资产(网络遗产)。

### 网络遗产：新生的法律“空白区”

就在几年前，人们还习惯于使用文件盒、档案柜和相册来整理存放各种资料。然而个人电脑的普及开启了数字化生活的大门，使人们将越来越多的文件资料、音乐、影像等存储于个人电脑里，互联网的飞速发展更是把存储空间无限延展到了网络之上，并催生了“网络资产”的概念，包括电子邮箱、社交网络、网络游戏、网络商店、个人博客和网站、照片、音乐和视频的分享网站以及其他各种“云存储”服务等。

同传统意义上的个人资产相比，网络资产带来了前所未有的法律难题。其中最大的难点便是：当用户过世之后，他的“网络遗产”将何去何从？其亲友能否得到以及如何得到其网络遗产？对于自然人死亡之后的遗产继承问题，美国各州的遗产法都已有了相当完备的规定，但网络遗产的处理却成了法律上的空白区。绝大多数网络服务商均拒绝向用户本人之外的人提供这些“私人信息”，而另一些服务商，比如雅虎和 hotmail，在账户长时间未被访问之后，甚至会主动删除该账户以及其中的所有内容。

对于每一个网民来说，都可能大量的、有价值的信息被存储于网络上。其中一些信息包含了重要的情感价值；另一些信息则包含了重要的经济价值；还有一些信息甚至是生活中至关重要的，比如网上银行账号、网上缴费单、税单等。这些信息的重要性对于死者家人来说不言而喻。因此，在“云时代”，相关继承法律的滞后，将会催生越来越多的社会纠纷。

### 州立法开始涉及网络遗产处理

截至目前，在美国联邦层面，还没有任何立法涉及到网络资产问题。而在各州层面，当前也仅有 5 个州作出了相关的立法努力，立法涉及在自然人死亡之后，如何访问、继承和转移其网络遗产。

而有关网络遗产的案件早在 2005 年就出现了。2004 年年末，一位名叫贾斯汀·艾斯沃斯的美国海军陆战队士兵阵亡于伊拉克，其家人想获得其雅虎邮箱账号，不料遭到雅虎公司的拒绝。最终，密歇根州奥克兰县的法院命令雅虎公司向该士兵的家人交出其账号。尽管该案受到了全国的关注，但影响力其实很有限，因为这只是一个法庭命令，并非判例，也无法为后续类似案件提供法律依据。

2005 年，康涅狄格州率先规定：在本州居民过世之后，其电子邮件的服务商在收到其遗产执行人或管理者提供的书面请求或法庭命令之后，应向该执行人或管理者提供死者账户的邮件内容。

两年后，罗德岛州也针对电子邮件出台了相似的规定，而印第安纳州则突破了电子邮件的狭隘范畴，将命令对象泛化为“电子档案的存储托管人”。依据该州的法律，当本州居民过世之后，应书面请求或法庭命令，其“电子档案的存储托管人”应允许其遗产执行人或管理者访问其所有的电子档案。

在此基础上，俄克拉荷马州和爱达荷州又于 2010 年和 2011 年分别规定：遗产执行人或管理者有权接管、管理、延续或终止死者的所有网络账号，包括一切社交网络、微博、电子邮箱等，从而极大地扩展了死者亲属的权利范围。

除上述 5 州之外，到目前为止，还有加利福尼亚、宾夕法尼亚、新泽西、纽约等 19 个州，已经开始讨论或者考虑引入新的法规来解决网络遗产的问题。因此，对于美国人来说，当前能否合法地继承亲属的网络遗产，取决于他们住在哪里以及服务商的地址在哪里。

### 网络遗产概念挑战传统物权法

美国网络遗产立法进度缓慢，在很大程度上是因为该问题的复杂性和特殊性是前所未有的。这种复杂性导致了在法律上，人们甚至都很难对“网络财产”和“网络遗产”这些概念作出科学、严谨的定义。传统的物权法、合同法和继承法等，都无法很好地适用于这种特殊的个人财产以及相应的物权问题，因为它很难按照传统的习惯进行归类。在美国传统的物权法体系下，个人资产可被分为有形资产、不动产、无形资产(如股票、债券)等，而网络资产很难被归入任何一类。

大多数网络资产，都同时涉及到“许可使用权”和“产权”两项迥异的权利，这在传统的个人资产领域是罕见的。比如说，在用户使用电子邮箱、社交网络、博客、微博、视频或照片分享网站之前，需先从该服务的网络提供商那里获得一种“许可使用权”，一般通过“同意”或“接受”对方提供的“用户协议”来实现。几乎所有的网络服务商都在该协议中要求：该账号及其服务只限用户本人使用，不得转让。

然而，对于电子邮箱里的邮件、通讯录、博客或微博上的文字、上传的视频或照片等，用户却拥有所有权。这种集“许可使用权”和“所有权”为一体的属性为传统的物权法带来了难题。乔治·华盛顿大学法学院教授内奥米·卡恩对此解释道：“很多数字资产是通过一种许可使用权来拥有的，这种使用权是仅限于用户本身、同时是不可转让的。当用户死亡时，这种使用权可能就终止了，因此无法在遗嘱中转让。不过，如果把该使用权置于信托之中，它或许就能够在用户死亡之后继续存在。”

相比之下，用户在网上购买的电子书、电子音乐等的权利属性反而清晰得多。和实体书、唱片等有所不同，用户对于购买的电子书、电子音乐只享有使用权，并没有所有权。因此用户死亡之后，也就丧失了对上述物品的使用权利。

### 统一网络遗产立法困难重重

其实，在法律对网络遗产作出规定以前，一些网络公司已经率先作出了调整。比如，在收到用户的死亡证明和

其家属的正式请求之后，谷歌旗下的 Gmail 邮箱允许代理人访问死者的账号，并会在特定情况下提供邮件内容；Hotmail 会提供一份邮件内容和通讯录，并可应要求永久删除该账号；脸书会为该用户提供哀悼服务，并应要求关闭账号；推特允许家人删除账号并保留一份以往内容的存档等。

针对美国各州在网络遗产问题上的立法欠缺和混乱的情况，美国统一法律协会最近起草了《受托人访问数字资产法案》，企图推进各州统一化的立法进程，允许遗产的执行人或管理者、信托人或法庭指定的负责人访问死者的数字资产。统一法律协会成立于 1892 年，是由美国各州集体成立的无党派、志愿性组织，其成员皆是由各州政府委任的律师，其使命便是通过起草统一化法案，消除各州在立法上混乱、矛盾的情形，促进法律法规在全国范围内的统一化。

考虑到网络遗产问题的复杂性，统一法律协会的提案可谓谨慎：它只要求服务商允许访问死者的数字资产，而非管理、修改或控制。但尽管如此，该法案的生效也需要每一个州都立法通过，因此可谓任重道远。不过，一旦该法案被通过，其效力将超过网络服务商的“用户协议”，从而为“网络遗产”的处置方式带来突破。

至于眼下，针对普通用户，法律人士给出的建议则是未雨绸缪，总结出那些对亲友最有价值的“网络资产”，写下相关的用户名、密码和访问方式，存放起来，并告知你所信任的亲友。或者直接存放在他们那里，就如同把家门的备用钥匙存放在可靠的邻居那里一样。就目前来看，依靠自己比依靠立法要远为可靠。

### 美联邦法官裁定佛罗里达州同性婚姻禁令违宪

2014 年 8 月 22 日 环球网 陈麟

【环球网综合报道】据美国《时代》周刊 8 月 22 日报道，美国一名联邦法院法官 21 日裁定佛罗里达州禁止同性婚姻的法律违宪。

报道称，美国一名地区法官罗伯特·辛克尔(Robert Hinkle)21 日在佛罗里达州府塔拉哈西市裁定，佛罗里达州宪法中关于同性婚姻的禁令违反了美国联邦宪法第十四修正案的平等保护条款和正当程序条款。但是辛克尔同时决定延迟生效此裁决，这意味着佛州的同性伴侣目前还无法正式登记结婚。

据悉，佛罗里达州于 2008 年通过投票决定将禁止同性婚姻写进州宪法。此前佛州布劳沃德、迈阿密-戴德、门罗和棕榈湾四个郡就因为废除同性婚姻禁令遭到该州首席检察官帕姆·邦迪(Pam Bondi)的控诉。对于此次辛克尔的裁决，佛州有可能将其上诉至联邦法院。(实习编译：陈麟 审稿：聂鲁彬)

### 英社会学家调查发现 54%的人后悔离婚

2014 年 8 月 21 日 环球网 李志楠

【环球网综合报道】有统计数据显示，目前全球每一秒都会发生一起离婚事件。而据俄罗斯“医学论坛”新闻网 8 月 18 日消息，英国社会学家调查发现，54%的人在离婚后感到后悔。

英国进行的一项调查显示，54%的人在离婚后感到后悔。很多人在离婚后意识到，他们对前配偶仍有爱意。其中 42%的人对于离婚有更强烈的遗憾感，并试图恢复关系。

在此基础上，有 21%的人在离婚后重新生活在一起。其中一半的人认为，重新在一起后他们的关系较离婚前更幸福、更稳固。

56%的人认为，离婚让他们更客观地评价什么才是真正值得拥有的婚姻，而 46%的人认为前配偶在离婚后比离婚前能力更强。

调查还显示，多数人后悔离婚的原因包括缺少配偶、认为自己很失败、仍爱着前配偶等，当然，离婚对孩子产生负面影响也是夫妻后悔离婚的一大原因。(实习编译：李志楠 审稿：翟潞曼)

### 卢森堡同性婚姻合法化 首相将与同性伴侣结婚

2013 年 8 月 22 日 参考消息网

参考消息网 8 月 22 日报道外媒称，今年 6 月，弹丸小国卢森堡通过同性婚姻合法化时，偏保守的首相格扎维埃·贝特表示支持新法律，而这并不是最令人关注的。

美国《洛杉矶时报》8 月 20 日称，贝特可能属于首批从新法规中受益的人。他和伴侣戈捷·德特奈很快要喜结连理。这位 41 岁的首相顽皮地说：“他问我结婚的问题，我说‘好的’。”

在贝特去年 12 月上任前的竞选活动中，他的性取向就已不是秘密，也没有被人拿来说事。他在接受电台采访时直言不讳地表明了自己的取向。

不管怎样，在最排斥同性恋的领域，他成了先锋人物：贝特不仅成为政坛一员，还登上了最高位置。自 2009 年来，只有三个人达到了这样的顶峰：其他两人是比利时首相埃利奥·迪吕波和冰岛总理约翰娜·西于尔扎多蒂。

在 2001 年，荷兰成为第一个同性恋合法化的国家。三年后，美国马萨诸塞州允许同性恋婚姻。现在，法国、英国和西班牙等欧洲大国也允许同性恋结婚。

选举一名公开自己是同性恋的人来治理国家表明欧洲人对待同性恋的看法在进步。相比之下，在美国还没有哪个州的州长是同性恋。

在欧洲最富活力的两个城市—巴黎和柏林，当选的市长都是同性恋。

### 外媒：俄首现“双新娘”婚姻 一位“新娘”是男性

2014年08月22日 参考消息 刘白云

参考消息网8月22日报道 俄罗斯《莫斯科时报》网站8月20日报道称,8月早些时候,两位“新娘”在莫斯科结为夫妻,尽管俄罗斯法律禁止同性结婚,但大为恼火的结婚登记处官员却不能阻止两人结婚,因为其中一位“新娘”是男性。

当这对恋人身着相同的白色婚纱出现在结婚登记处时,就意味着在俄罗斯社会的保守阵营中掀起波澜。

在法律上,其中一位“新娘”是男性,但他在俄罗斯社交媒体 Vk 交友网上宣称,他在心理上是女性。

新郎阿林娜·戴维斯说,在结婚仪式之前,结婚登记处的官员将他和他的未婚妻艾莉森·布鲁克斯训斥了15分钟。

戴维斯在 Vk 交友网上写道:“她说我们是家族的耻辱,还说我们需要药物治疗。我真担心我的‘小猫’会痛扁她一顿。”

但结婚登记处的官员最终还是允许这对恋人在相关文件上签字,并宣布两人结为夫妻。

戴维斯写道:“对俄罗斯来说,这是一个至关重要的先例。”

据俄罗斯《共青团真理报》报道,这对恋人8月6日在莫斯科西部地区登记结婚,但直到近期才得到媒体的关注。

戴维斯20日对《莫斯科时报》记者说,此后,他们因为“颠覆俄罗斯的基础”而在网上多次受到威胁。

23岁的新郎戴维斯是一名发型师,还是一名重金属乐队的主场。他在 Vk 交友网上解释说:“女孩比男孩更漂亮,让一个女孩与一个比她粗鲁、丑陋的人约会实在让人无法忍受。”

俄罗斯法律不允许同性结婚,并在2013年宣布“在青少年中宣传有违传统的两性关系”违法。

保守派政治家和社会名流还抨击了2014年5月欧洲电视网歌唱大赛冠军、男扮女装的奥地利歌手孔奇塔·武斯特。而与此形成鲜明对比的是,几年前,男扮女装的乌克兰歌手韦尔卡·谢尔久奇卡和俄罗斯伪女同性恋二人演唱组 Tatu 还受到俄罗斯主流社会的追捧。(编译/刘白云)

## 特拉华州通过美首部“数字遗产法”

2014年8月26日 法制日报 李立娟

美国特拉华州近日颁布了全美第一部较为完善、全面的关于“数字遗产”的新法律,该法律准许在自然人死亡或丧失行为能力后,继承人或遗嘱执行人接手被继承人的数字账户或数字资产。这部法律也被认为将更好地保护在科技迅速发展的数字时代下普通人的基本权利和利益

□李立娟

立法具有全美示范效果

上周,特拉华州众议院通过了《数字访问与数字账号委托访问法》,并经过州长杰克·马克尔签署后生效。特拉华州由此成为全美国第一个对网络数字遗产进行全面立法的州。

《数字访问与数字账号委托访问法》规定:家庭成员、遗嘱执行人以及继承人在被继承人死亡后,有权全权控制被继承人个人的数字账户或社交媒体账户。这些数字遗产包括被继承人的邮箱、Facebook 和 Twitter 账号等。新立法对于这些虚拟资产的保护非常类似于实物资产。这部立法以及法律覆盖范围将在全美起到示范性作用。

特拉华州同时也是第一个对“在个人生命结束后,个人的网络生活痕迹如何处理”的问题进行总结性回答的州。美国大部分州没有关于数字财产继承方面的相关法律规定,曾经颁布过相关法律的部分州(如康涅狄格州、爱达荷州以及印第安纳州)也仅仅是赋予继承人以及代理人部分权利,但是从没有哪一个州颁布如此全面、完善的法案。

法律适用于个人数字遗产

这项新法律适用于个人的数字账号以及数字资产,但并不涉及员工对于公司事务的处理问题,也不涉及公司账号的相关规定。也就是说,此项新法律目前仅适用于特拉华州居民,并不包括公司在内。特拉华州的立法模板源于美国立法委员会今年夏季推出的关于网络遗产的立法草案。

美国特拉华州州长发言人凯利·巴赫曼表示:“如果一位加州居民死亡后,他的遗嘱需按照加州法律执行,其遗嘱代理人无权登录其 Twitter 账号。但如果一个人在特拉华州死亡,且其遗嘱归特拉华州管理,那么其遗嘱代理人则能在这部新法案的相关规定所赋予的法律权利下登录其 Twitter 账号。所以此项新法律是否具有约束性的最关键一点并不是该数字账号运营公司营业所的所在地,而是该数字账号用户的居住地。”

《数字访问与数字账号委托访问法》不仅针对个人的网络账户,而且包括个人在其遗嘱中所涉及的“数字资产”,即声音和音像资料等。

但是,这些“数字资产”的继承并不涉及遗产的继承税问题。例如, iTunes 以及魔兽世界的账户事实上或许会涉及潜在的投资及财产,关于这些资产的处理,这项新法律并没有指明在账户所有人死亡后其所有权可否转移,具体相关规则可参照地方法指向各个具体的运营公司的相关规定,即也可以表述为“特别法优于一般法”。

保护数字时代下普通人权利

来自亚历山大的律师马修斯表示,当子女无法打开其去世母亲的照片,亦或是父母无法打开其去世女儿的 Facebook 时,虽然目前还无法从中看到明显的危害性,但是对于一些无形物权仍然存在一定的潜在威胁,例如银行账



户以及信用卡。当一个成年人死亡或者丧失行为能力,这些账户就如“消失”般,直到代理中介机构介入才能有相关的解决措施。“我的一个代理人因为丈夫去世,无法登录其银行账户,向银行申请并被拒绝后,甚至无法支付各种生活费用。这对我来说是一个极大的挑战。互联网使人们的生活更加轻松,但是后备方案还是需要被考虑到。”但是这些忧虑仅仅是在其他州,在特拉华州已经完全可以被避免。

特拉华州众议院议员达利尔·斯科特表示,这部法律将保护在科技迅速发展的数字时代下普通人的基本权利和利益。

被指与隐私保护相冲突

这项新法律在受到赞赏及拥护的同时,也受到了相关人士的批评。

美国国家隐私和安全联盟负责人吉姆·哈尔伯特就表示,这项法律与美国联邦政府1986年通过的《客户通讯与记录自愿披露权》相违背,后一项法律禁止电讯运营公司在不经所有人或国家授权的情况下,擅自披露个人通讯信息。而且“比如当我去世以后,我是否愿意我母亲查看我个人与我的私人医生的往来邮件,或者我的私人医生是否准许我母亲查看,这是一个涉及隐私权的严重问题。”

哈尔伯特认为,特拉华州的新法律准许遗产执行人以及继承人可以继承家庭成员或者其他相关人包含高度隐私通讯内容的账户,这严重忽略了对隐私权的保护,“是对隐私权的蔑视”。

谷歌公司也对这项新法案持反对意见。该公司表示,谷歌公司本身有冻结账户的处理部门,在不可避免的事故发生时帮助用户处理各种具体情形。用户拥有选择在其死亡后由何人登录其谷歌账户的权利,这项新法律“忽略”了用户本身的选择权。

关于本法案的运行效果,以及其他州的立法进程,还有待进一步关注。

### 身价 203 亿的美石油大王要离婚 恐付“史上最贵赡养费”

2014年08月29日 人民网-国际频道 高轶军



深陷离婚官司的石油大王夫妇

人民网芝加哥8月28日电 美国石油大亨 Harold Hamm 的财产总额高达 203 亿美元,在全球名列第 34 位。不过,此人结婚 25 年的妻子 Sue Ann 在发现丈夫不忠后提出离婚,并有可能创下“历史上最贵的离婚补偿金”。

正常情况下,Harold Hamm 在离婚时,应把 170 亿美元的夫妻共同财产分给前妻一半。如此人通过出售股票筹款,恐怕将失去麾下石油企业的控制权。据悉,这位石油大亨的上段婚姻也是以离婚收场。

律师称,只有让主审法官相信,这位石油大亨的钱都是“全凭运气”得来的,才能避免将其交给前妻。有意思的是,Sue Ann 本人就是个律师,并曾在丈夫手下工作多年,因此对后者财富来源根知底。

两人结婚时,这对夫妇名下财产最多 5000 万美元。25 年来,在其丈夫的苦心经营下,这个数字激增到了 200 多亿美元。Harold Hamm 也成为美国石油大王,其掌握的石油资源超过其他任何人。

目前全球最贵的离婚赡养费是俄罗斯商人 Dmitry Rybolovlev 创造的,他在今年早些时候付出了 45 亿美元后,才得以和前妻离婚。(高轶军)

## 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

#### 自由与正义的追问——评夏吟兰《离婚自由与限制论》

2014年8月7日 法律信息网 陈明侠 中国社会科学院法学研究所研究员

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：离婚自由不能是有限的“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。

## LEGAL 学理 | 关于婚内向第三者赠与之法律适用的两点疑问

2014年8月5日雷巍巍（德国慕尼黑大学法学博士研究生，微信号：leiweiwei123，邮箱：weiw.lei@gmail.com）

### 一、引言

在婚姻关系存续期间，配偶一方在婚外恋关系中向第三者为财物之赠与，后又因此种关系之破裂而产生赠与财物返还纠纷并进而引发诉讼的案件（即所谓的婚内向第三者赠与），近年来层出不穷。而对该类案件的解决，在审判实践和学理讨论中均存在很大分歧。本文无意针对此类案件的处理提出一种新的解决方案，而是旨在对流行的几种分析思路提出两点疑问并以德国法为例，从比较法的角度澄清之。

### 二、讨论之现状与问题之提出

关于裁判上的分歧，根据学者总结可以区分为法律适用和判决结果两方面：就法律适用上来说，有依据公序良

俗原则判决赠与无效的案例，也有依据无权处分且不构成善意取得来判决赠与无效的案例；就裁判结果来说，有认定赠与无效，第三者应当返回全部赠与；有维持赠与之有效，第三者不需返还；另有对赠与之财物作区分，认定赠与财物中属配偶另一方之部分赠与无效，当返还配偶另一方。而学理讨论中之解决思路亦可大致按以上两种路径予以区分，但在论证上更加细化，并常引用国外立法例，尤其是德国法作为参照。

细言之主要有以下几种具体思路：

第一种思路认为应当对赠与之财物进行区分，若认定配偶一方赠与第三者之财物为夫妻共同财产，则当属无权处分且不构成善意取得，故而赠与无效，第三者应返还赠与财物。但有学者提出此种解决方案在技术层面上有一定的困难，主要有三点：1、以现有之立法为依据区分和认定夫妻共同财产有很大困难；2、若适用民法无权处分之理论，为无权处分之配偶一方所为之处分行为在另一方配偶追认前处于效力待定状态，若另一方配偶不追认或直接拒绝，则处分行为变成无效的法律行为。但这一无效只涉及物权行为（物权合意加履行行为）之效力，而赠与合同这一债权债务本身仍为有效，从而产生的两难之境地。3、处分行为之无效究竟及于标的之全部抑或部分，仍然很难确定。

第二种解决思路认为应径直适用我国《民法通则》第七条与《婚姻法》第七条所规定的公序良俗原则，认定在婚外恋关系中所为之赠与行为因违反公序良俗原则而无效，也就是说因婚外恋关系违反公序良俗原则，则在其中所为之赠与行为亦受“牵连”而违反公序良俗原则。

第三种思路与第二种类似，不同之处在于，适用公序良俗原则认定赠与合同无效之后，应进一步适用不法原因给付理论，特别是应参照德国法院依据《德国民法典》（以下简称德民）第 817 条通过判例所创立的不法原因给付理论，从而限制赠与人在赠与无效之后的不当得利请求权。

第四种思路则认为在适用公序良俗原则时，不应笼统地将赠与行为与婚外恋关系“捆绑”在一起，而直接认定前者必因后者而违反公序良俗原则。而是应参照德国法院通过判例所创立的规则（依据德民第 138 条第一款违反善良风俗之法律行为无效的条款），即对赠与行为本身之目的进行审查，从而认定行为之有效或无效。

在以上这几种流行的解决思路中，适用公序良俗原则这一思路，审判实践已多有采纳，在学理讨论中亦颇受肯定。确实，从表面看，公序良俗原则不乏法律依据（可依据《民法通则》第七条与《婚姻法》第七条），在适用中亦较少出现技术层面问题（相比无权处分的思路），同时也能在很大程度上保护另一方配偶之利益。另外从比较法角度上来看，已有“先进”外国立法例作为参照，采用这一思路甚至可以说是某种“国际通行”。因此有观点认为，在比较两种思路后，“直接适用公序良俗原则，比适用无权处分制度更合适”。

但问题在于，是否可以不顾夫妻之间的婚姻财产制度而直接适用公序良俗原则，或者说适用哪种路径是否是一个请求权竞合问题？在仔细阅读德国法院所作出的判决并考察其婚姻财产制之背景后，再比较我国的相关制度，是不无疑问的。

另一个问题则是，即使在夫妻共同财产制下，配偶一方未经另一方之同意而处分其共同财产是否为典型的“无权处分”？换言之，是否这种情况下亦能适用德国法上“无权处分”之一般理论，即仅涉及物权行为效力待定，而债权行为仍为有效？

### 三、直接适用公序良俗原则的可行性

#### （一）德国法上的“给与情人”案例组

在国内的学理讨论中常被提及的，德国法上的所谓“向第三者赠与”案之裁判规则，是德国法院在适用德民第 138 条第一款（原文“违反善良风俗的法律行为无效”）的过程中通过一系列类型化的案例组（Fallgruppe）逐渐形成。德语学界将这类案例统称为“给与情人”（Zuwendung an Geliebte）。德文“Zuwendung”一词的含义，在德国法学文献中特指一切通过人之行为使行为相对人财产有所增加的行为，可以包括负担行为、处分行为以及其他事实上的给付。中文对该词的翻译尚未统一，一般翻译成“给与行为”或“加利行为”。

按照德国法学界主流观点（herrschende Meinung, h. M.），在婚外恋关系中所为之赠与不必然是违反善良风俗而无效。只有其目的仅仅是为了报偿（belohnen）或为了维持、促进婚外恋关系中的性关系（geschlechtliche Hingabe，原意为“性付出”）才被认为是违反善良风俗，从而被判定无效。

当然现在通行的这一主流观点也是 1970 年之后通过德国联邦最高法院（BGH，以下简称联邦最高法院）一系列判决确定下来的（BGHZ, 53 369; BGH, NJW 1983, 675; BGH, NJW 1984, 2150）。在这之前的六十年代，尽管联邦最高法院也做出过符合今日主流观点的判决（如 BGH, NJW 1964, 764），但之前的主流观点还是认为只要是婚外关系中做出的使情人受益之行为，原则上就认定因违反善良风俗而无效（所谓“一体说”或“牵连说”的观点）。在举证责任上，也采用婚外关系（原文为通奸）中的给与是“性付出之酬劳”的事实推定，情人负担推翻这种推定的举证责任。这一系列判决中具有决定性意义（entscheidend）的是联邦最高法院于 1970 年 3 月 31 日做出的判决（即 BGHZ 53369，此案有中文译注，参见邵建东编著《德国民法总则典型判例 17 则评论》中第十四则案例）。这个判决不仅改变了“牵连说”的观点，还改变了上述的举证规则，重新回到“主张者需举证”的基本原则上。

#### （二）“给与情人”案例组中隐藏的特点

如上所述，在我国“婚内向第三者赠与”之讨论中常用作参照的德国法上的“给与情人”案例组，其外延非常广，所包含的情况也非常多。给与行为（Zuwendung）根据效力的发生是在当事人生前还是死后，德国学界通常将

这一案例组分为死因处分行为(Verfügungen von Todes wegen)和生前给与行为(Zuwendungen durch Rechtsgeschäft unter Lebenden)。前者一般是指遗嘱,后者则包括赠与、无息贷款等等行为。另外就行为成立或生效时,行为人的婚姻状态来说,既有尚未离婚的,也有虽未离婚但已分居的,同时还有已经离婚的。

将这些情况各异之案件集中在一起的一个共同因素固然是其中的给与行为都处于婚外关系之中。就表面来看,似乎与我国所讨论的“婚内向第三者赠与”之案例没有本质区别。但在这些背后却存在着一个常常为我们所忽略的特点。那就是这些案例中行为人所处分的都是自己的财产。这点或能从遗嘱类型的给与行为本身中可以获悉,或能从法院判决中关于生前给与行为人与配偶的婚姻财产制中能获悉。下面就结合具体案例分别予以说明。

前一种类型,即德国学界所谓的“情人遗嘱”(Das „Geliebten“-Testament)案所占比例较多。就连前述对该类型案件一般裁判规则之变化具有决定性意义的一案(BGHZ, 53 369)也属于一起涉及“情人遗嘱”的案件。当然“情人遗嘱”案件占多数本身并不能说明什么。但问题在于,通过遗嘱将自己的遗产赠与情人本身就是对自己财产(deren Vermögen)的终意处分(德民第1397条)。在这些“情人遗嘱”案中,行为人处分的也确实都是自己的财产,其原配偶或相关法定继承人起诉的原因也大都因为行为人通过遗嘱排除他们的继承权(其实德民第1938条原就赋予了被继承人这样的权利),损害了他们的法定继承权,而非因为行为人的“情人遗嘱”直接损害了他们的财产利益。遗嘱处分的只能是自己的财产本就是显而易见的。因此在联邦最高法院的判决中,一般不会刻意强调遗嘱人与其配偶的婚姻财产制,也不会刻意强调他在遗嘱中处分的是自己的财产。

如上述那个具有决定性意义的判决(BGHZ, 53 369),一开始讨论的就是遗嘱人在“情人遗嘱”中完全排除其发妻的继承权,并将其两个兄弟姐妹完全排除在继承顺序之外是否有效的问题。而有些判决则对遗嘱人的婚姻财产制作了说明,例如联邦最高法院于1983年做出的一个判决(BGH, NJW 1983 674)。该案件中一名男子于1960年底与家庭分居(但并未与其妻子离婚),并从那时候起直到1977年去世都与一名女子处于同居关系。1971年初该男子为与其同居之女子提供了二十五万马克左右的无息借款,供其开发廊之用。在该男子1975年立遗嘱之时,这笔借款还有二十二万多马克未还清。该男子在遗嘱的最后一条中免除了该女子尚未还清的二十二万多马克的债务,以留作其生存之用。1977年该男子去世后,他的一个女儿(他有三个女儿)要求法院判处该遗嘱最后一条因违反善良风俗无效,并要求该女子返还自己的遗产份额(五万马克左右)。在该案中联邦最高法院没有同意该女儿的请求。在其判决书中特意提到该男子在1971年提供借款之前和其发妻的婚姻财产制是分别财产制(im Güterstand der Gütertrennung)。从上下文以及后面的理由来看,联邦最高法院想澄清的无非是,该男子后面的提供借款行为,以及履行一些家庭扶养义务(如在与其发妻的分居协议中约定每月提供家庭一定的生活费)都是在处分自己的财产,同时也为了说明他提供借款以及后面免除债务的行为没有刻意敌视家庭,也没有因此忽视对孩子的照顾(这也是法院认为其遗嘱有效的最后一点理由)。

而在生前给与行为这一类型的案例中,联邦最高法院一般会提到当事人的婚姻财产制,例如联邦最高法院于1970年做出的另一个判决(BGH, NJW 1970, 1540)。该案中一名男子与妻子于1959年就处于分居状态。1964年他与一名女子通过合同成立了一家无限责任公司,二人各出资十五万马克,各占公司百分之五十的份额。后该男子的妻子起诉声称,该女子与其丈夫长期保持婚外不正当关系。他之所以会与该女子成立这家公司就是因为这个关系,甚至该女子的十五万马克出资都是其丈夫提供的,因此要求法院判决该无限责任公司成立合同因违反善良风俗而无效。州法院和州高级法院都支持了该妻子的诉讼请求。后同居女子上告到联邦最高法院,要求确认无限责任公司成立合同有效。最终联邦最高法院确认了成立公司之合同并不违反善良风俗,应为有效。在最后联邦最高法院特意提到该男子与其妻子实行的是婚姻财产制为分别财产制,因此不会发生德民1365条的问题(该条处理的是法定的婚姻财产制——增益共同制下,配偶一方处分自己全部财产的问题。增益共同制,德文Zugewinnsgemeinschaft,是指夫妻婚前婚后财产都分别所有,该财产制终止时,采用该财产制之后所增值财产的差额归夫妻双方共享)。

同样在1973年的一个判决中(BGH, NJW 1973 1645),一男子尽管与其妻子签订有互相单独继承财产的继承合同(Erbvertrag),但其赠与情人的地产本身却是排除在这份合同之外的自己的财产,联邦最高法院在判决书中特意提到了这一点。而在1984年的一个判决中(BGH, NJW 1984, 2150),一名男子给其情人提供的无息借款则来自其后来与妻子离婚后,由财产增益分配中所得之财产份额(也就是说他们实行的是法定的增益共同制)。

### (三) 直接适用公序良俗原则之再思考

因此德国法上关于婚外关系中给与行为是否违反善良风俗的案例,均不涉及对夫妻共同财产或者其他家庭法上处分受限制之财产的处分。事实上德国法中的善良风俗条款(德民第138条第一款)只是法律秩序限制行为人私法自治的最后一条底线。只有在法律行为在其他方面没有“硬性”瑕疵时,善良风俗条款才能起到审查之作用。它所避免的是法律行为不过度偏离社会普遍道德标准,以至于二者产生剧烈的反差而引起社会之不稳定。在表达形式上,该条文只是一句概括性条款(违反善良风俗的法律行为无效),没有任何构成要件,“人们也无法通过一般性的限定使违反善良风俗的事实构成具体化”(弗卢梅语)。在这种情况下,法官获得了巨大的自由裁量权,而判断违反善良风俗之标准亦随着历史的变迁而不断变化。试想,若“给与情人”案例组中之行为人处分的是夫妻之共同财产,而法官仍用善良风俗之标准来判断其行为之有效性,按照上述联邦最高法院现在之自由立场,另一方配偶的财产就相当于任由出轨配偶一方处置了。其结果的荒谬性一目了然。

### (四) 中德婚姻财产法传统之简明比较

但在另一方面，德国法中关于配偶一方未经另一方之同意而处分夫妻共同财产的讨论却非常少，文献中的讨论也仅仅限于法条字面解释的程度，而在判例中则完全没有见到决定性意义（entscheidend）的案例。就笔者所见之材料，其主要原因和德国婚姻财产法之传统有关。尽管在 1900 年之前，德国有很大一部分地区的法定婚姻财产制是共同财产制（Gütergemeinschaft）。但自从德国民法典于 1900 年生效之后，共同财产制便仅仅只是意定婚姻财产制中的一种而已（另几种意定婚姻财产制是：分别财产制—Gütertrennung，以及处于共同财产制与分别财产制之间的所得共有制—Errungenschaftsgemeinschaft 和动产共有制—Fahrnisgemeinschaft）。而法定婚姻财产制，从最初的管理财产制（Nutzverwaltung），到 1957 年的增益共同制，其本质均是分别财产制下的两种子类型。在 1957 年家庭法改革之后，德国法中的婚姻财产制类型缩减到一种法定婚姻财产制——增益共同制和两种意定的婚姻财产制——分别财产制和共同财产制。而且同时规定若夫妻双方排除或废除法定财产制，而又无财产合同的另外规定，则自动实行财产分别制（德民第 1414 条）。随着共同财产制失去其法定财产制之地位，而且相关法律之修订又不断偏向分别财产制之观念，所以其在德国人婚姻中被采纳的比例也越来越小。上世纪八十年代德国学术界甚至出现过是否要废除“越来越没实际意义”和已经“过时”的共同财产制的讨论。时至今日，因为传统农场经济的需要，共同财产制除了在德国南部一小部分农村地区仍然有人采纳外，在德国大部分地区已经基本没有实际意义了。可以说从 1900 年开始，在德国的婚姻财产制中，广义上的分别财产制观念始终占据着主流，而且也始终影响着人们对婚姻财产制的观念（有学者曾统计过，不少前去公证约定“共同财产制”的婚姻财产合同的夫妻，其所想的“共同财产制”并非真正的共同财产制，而是或多或少夹杂着分别财产制的观念。也就是说虽然在很多民众的自然法感里，婚姻财产制的理想状态仍是“共同财产制”，但他们所想的“共同财产制”实际上已经受到占据主流的分别财产制观念的很大影响）。而在个性化和价值多元化的当代社会，分别财产制的观念就更加为人所接受。在这种社会氛围和婚姻财产制传统之下，夫妻共同财产制已不多见，出现配偶一方未经另一方同意处分夫妻共同财产之情况就更少了。

而我国的法定婚姻财产制，不管是 1980 年的《婚姻法》（第十三条），还是 2001 年修订后的现行《婚姻法》（第十七条），都是“婚后所得共有制”，即所谓“财产，婚前是各自的，婚后是共同的”。其实质就是一般共同财产制的特殊类型。2011 年通过并生效的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》第五条规定：“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”（以下简称解释三第五条）。解释三第五条则模糊了婚前婚后财产，使我国的法定婚姻财产制更加滑向了一般的共同财产制。就如德国一样，“婚后所得共有制”作为法定婚姻财产制也影响了我国民众的婚姻财产制观念。所以在这种婚姻财产法的背景下，我国“婚内向第三者赠与”的案件大都涉及夫妻共同财产也就不足为奇了。

#### （五）小结

综上所述，不管从德国法“给与情人”案例组的裁判原理和历史发展来看，还是从公序良俗原则或善良风俗原则本身作为国家调控公民私法自治的工具来看，抑或是从中德两国的婚姻财产法的巨大差异来看，在我们考虑将“公序良俗原则”适用于“婚内向第三者赠与”之案时都不能不考虑案件背后的婚姻财产关系。在这方面，不是一个选择从“公序良俗原则”的角度处理问题好，还是选择从“夫妻共同财产”的角度处理问题好的竞合问题，而是必须优先考虑婚姻共同体中的夫妻共同财产之保护的问题。因此若婚内向第三者赠与之案件涉及的是夫妻共同财产，从“夫妻共同财产”之角度进行法律之适用几乎是必然的选择。在这点上德国法也并无二致，但如上所言因为婚姻财产制背景的不同和历史发展路径的差异，其相关规定常被我们所忽视。事实上德国法为防止配偶一方不经配偶另一方同意而随意处分夫妻共同财产，在婚姻法中制定了非常严苛的规则，具体见下文。

另外，即使“婚内向第三者赠与”所涉及的只是行为人自己的财物，是否也一定要适用公序良俗原则认定其无效？从德国法中“给与情人”案例组的发展来看，虽然自从上个世纪八十年代通过一系列判决确定了现在的审查规则之后，直到现在基本上没有太大变化。但这并不代表整个社会对善良风俗的观点没有发生变化。这里有必要提及一事。一如世界上很多国家，一直以来德国都存在妓女，但得不到国家和社会的承认。因为嫖娼行为本身不道德，因此有关嫖娼费用的合同，长期以来作为德民第 138 条第一款下面的另一个案例组而被认定因违背善良风俗而无效。妓女们的报酬以及她们的失业金和退休金也因行业本身不被承认而得不到保障。但这并不表示妓女这个行业会消失，反而促使她们转入地下，形成不稳定的灰色地带。为了解决这个问题，德国于 2001 年通过了《妓女法》（Prostitutionsgesetz），并与翌年生效。其实整部法律就三个条文，其中最重要的是第一条，关于妓女的报酬。该条规定：“如果性行为的发生是基于一个已经约定好的报酬，则这个约定亦能产生具有法律效力的债权。如果一个人于某种雇佣关系中持续一段时间地提供此种约定好报酬的性行为，则前一句所述之情况仍然适用。”这相当于间接承认了妓女职业的合法性。而之前作为德民第 138 条第一款下面的嫖娼费用合同无效的这个案例组也被推翻了。但让德国法学家尴尬的是，不久之后他们就发现一个法规范上的矛盾之处。虽然《妓女法》的立法初衷不是为了规范“给与情人”案例组，但《妓女法》第一条在逻辑上不能排除“情人遗嘱”或“情人赠与”等案例的适用。另外纯粹的商业性行为合同都可承认其有效性，那为何单纯为了补偿对方“性付出”的“给与情人”行为却无效？但就目前的情况看，联邦最高法院在近期之内是不会更改其关于“给与情人”行为之立场的。但另一方面，尽管每年都有各种民间团体和政治团体的抗议，《妓女法》在近期之内也显然不会被废止。有法学家就此评论道：“尽管如此，用以确定德民第 138 条第一款中“善良风俗”之概念的法伦理学上的基本条件还是因《妓女法》之颁布而受到了改

变。”因此，当“婚内向第三者赠与”所涉及的只是行为人自己的财物时，是否适用公序良俗原则虽然只涉及到一个立法政策（rechtspolitisch）的选择问题，但从上述德国《少女法》一事来看，这种选择仍需立法者与审判者的慎重，正如西方古谚所云：“人随时势变”（Tempora mutantur et nos mutamur in illis），毕竟当法律适用之规则和对对象都处于急速变动之中时，法的安定性就会受到损害。

#### 四、直接适用“无权处分”一般理论的可行性

最后要考察的是，是否如一些观点所认为的那样，配偶一方未经另一方之同意而处分其共同财产可以适用德国法上“无权处分”的一般理论。

德国法上关于“无权利人之处分”（Verfügung eines Nichtberechtigten）的一般规定是德民第 185 条。该条第一款规定：“经权利人之允许，无权利人就某一标的所为之处分亦为有效。”该条第二款规定：“经权利人追认，或处分人取得标的，或权利人成为处分人之继承人而对其遗产负无限责任时，处分亦为有效。在后两种情况下，如果对标的有数个相互抵触的处分时，则先进行的处分为有效。”德民第 185 条之规定基于物权行为理论，此处的处分（Verfügung）仅仅指处分行为（Verfügungsgeschäfte），不包括负担行为（Verpflichtungsgeschäfte）。因此按照此条规定之反面理解，一般的无权处分确实仅涉及物权行为之效力待定，按德民第 185 条第二款之规定需权利人之追认或其他相关方式，否则无效，而债权行为则始终为有效。

但德国家庭中配偶一方未经另一方之同意而处分其共同财产是否也同样适用无权处分的一般规定？这需要考察德国家庭法中有关婚姻财产制的法律规定。擅自处分夫妻共同财产的规定主要有德民第 1423 条至 1432 条，都处于共同财产制之条目下。其中对本文之讨论比较重要的是德民第 1423 条“处分全部共同财产”、第 1424 条“处分土地、船舶和建造中船舶”、第 1425 条“从共同财产中所为之赠与”，以及第 1427 条“欠缺允许的法律效果”。德民第 1427 条采用援引技术，规定当以上各处分欠缺允许时的法律效果准用德民第 1366 条第一款、第三款、第四款和德民第 1367 条之规定。而德民 1366 条是法定财产制下需配偶另一方追认之合同的处理。通读德民 1366 条前三款，其处理结果实与德民第 185 条之规定基本相同，都是未经允许所为之行为效力待定，经追认则有效，否则无效。不过细读德民第 1423 条至第 1425 条之规定，可发现其条目虽也采用“处分”（Verfügung）之字眼，而具体之各条中却有“只有经另一方允许，才能负担处分……的义务”（德民第 1423 条）或“该方也只有经另一方之允许，才能对此种处分负担义务”（德民第 1424 条）或“未经另一方同意而允诺……的赠与……，只有经另一方允许，才能履行这一允诺”（德民第 1425 条）的文字。因此按照学界主流观点，此处诸条中之处分实则同时包括处分行为和负担行为。这一点与德民第 185 条中之处分只包括处分行为不同。另外按照学界通说，德民 1366 条下所言之任何处分均不适用善意取得（但合理信赖仍受法律之保护，具体见下文）。因此德国法在处理擅自处分夫妻共同财产这个问题上，不适用“无权处分”一般理论，而是采用更加严苛的标准。

实际上不管是德民 185 条的“无权处分”还是德民第 1423 条至 1425 条的无权“处分”夫妻共同财产，都属于德国民法上所谓的需同意之法律行为（Zustimmungspflichtige Rechtsgeschäfte）之下的子类型。此种法律行为之有效性取决于第三人之前同意或事后追认，否则无效。在其中某些类型，由于有某些特殊法益需特别保护，因此应区别对待，采用更加严苛之标准。与擅自处分夫妻共同财产之行为相类似的还有限制行为能力人未经法定代理人之同意签订合同。

因此就德国法上来说，擅自处分夫妻共同财产不适用“无权处分”之一般理论，而是其行为整体之效力都取决于配偶之另一方的追认。在保护交易安全方面，德国法则通过“保护合理信赖”的方法来解决。德民第 1412 条第一款前半句规定：“如果婚姻双方排除或变更法定婚姻财产制，对于婚姻一方与第三人之间所采取的法律行为，只有在婚姻财产合同在采取上述法律行为之时已在主管的初级法院的婚姻财产制登记簿上登记或已为该第三人所知的情形，婚姻双方才可以此针对第三人对该法律行为提出异议。”当然，这仍是一个法律政策的问题，事实上仍可二选其一。但婚姻共同体有其特殊性，其中所依附之法益的保护亦需特殊考虑，因此在法律适用上仍应和民法之一般理论有所差别。德国法上的例子确实值得我们思考。

#### 五、结语

1. 在“中国民法是从外国民法继受而来”（梁慧星语）这一背景之下，比较法的方法几乎成了研究国内法学问题不可或缺的工具。但在运用比较法之方法时，仍需考虑“他山之石”的具体语境和发展脉络，否则仅是表面的简单比较，仍然不能用来“攻玉”。

2. 婚姻法（或家事法）在学理上尽管是民法之一部分，但和民法之债权法与物权法相比，仍有其特殊性，因此仍应适用特殊之规定，比如德国法中对配偶处分婚姻财产的法律行为之限制就较为严格，不能直接适用民法总则一般理论。

3. 就“婚内向第三者赠与”之法律适用这个具体问题的解决，仍不能不考虑我国的婚姻财产制。因此对该问题进行法律适用之前，应先区分被赠与之财产背后的所有权关系。若被赠与之财产是夫妻共同财产，仍应回到广义上的“无权处分”夫妻共同财产这一路径上来。依据《婚姻法》第十七条及其《适用解释一》第十七条第二项之规定，原则上认为“夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权”，“夫或妻非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定，夫妻双方应当平等协商，取得一致意见”，否则该“处理”或“处理决定”应当无效。此处的“处理”或“处理决定”理应包括负担行为和处分行为。至于第三者对行为人的合理信赖（如有的案件中有第三者相信行为

未婚或行为入处分的是个人财产)是否需要保护,则可留给司法实践来解决。若被赠与之财产是夫或妻个人之财产,则其行为之有效与否,首先考虑的应是,该行为是否会导致行为人履行家庭义务(《婚姻法》第二十条规定夫妻之间的互相扶养义务,第二十一条规定夫妻对子女的抚养教育义务和对父母的赡养扶助义务)有困难,之后再考虑是否违反婚姻法上的忠诚义务以及公序良俗原则,尽量排除道德因素对法律行为效力的影响。当然具体的适用和类型化仍需通过司法实践解决。总之,“婚内向第三者赠与”之法律适用本就不是一个统一的问题,没有统一的解决方案,也不该有。

### 一组婚姻家事继承法研究动态索引

2014年8月7日 家事法苑编辑 家事法苑

资讯来源、中国法学创新网、中国民商法律网、中国法学网、中国民事程序法律网、中国私法网等,特此致谢!

《人民司法·应用》2014年第13期要目

理论前沿

人的冷冻胚胎的法律属性及其继承问题杨立新

人工生殖与自然法则刘士国

冷冻胚胎的权利归属及权利行使规则研究李 燕 金根林

域外司法

英国法对人体胚胎的民事法律地位的争议 李佳伦

论离婚判决的既判力及其程序保障

胡军辉,法学博士,湘潭大学法学院副教授。《法学家》2014年第3期

摘要:与普通民事判决相比,离婚判决的特殊性在于:判决内容具有复合性、裁判价值取向具有多元性、判决效力具有扩张性、裁判法律效果具有社会性。离婚判决的既判力有多种下位效力,其中,再诉禁止效力、遮断效力和预决效力具有一定的特殊性,需要结合离婚判决的具体内容进行分析,并要为受离婚判决效力影响的主体设置相应的程序保障措施。

关键词:离婚判决既判力程序保障

配偶法定继承权重塑中对婚姻家庭伦理的考量

邹伟,赵传毅(贵州省高级人民法院;中国政法大学),《现代法学》2014年第3期

摘要:中国传统的婚姻家庭伦理在财产继承上依然发挥着影响力。在配偶法定继承权制度中,现有《继承法》的一些规定,没有正视现实生活秩序和婚姻家庭伦理,高估了法律制度对生活秩序的塑造能力,没有达到很好的实施效果。《继承法》的修正可以考虑比较借鉴域外民法,尤其是和祖国大陆同宗同源的我国台湾地区“民法”中关于继承的有益经验和规定,充分考量婚姻家庭伦理的合理成分,对配偶法定继承权,在取得的限制、地位的重塑和权能的完善几个方面进行合理可行的修正。

关键词:婚姻家庭;伦理;配偶;法定继承权

强制交还国际诱拐儿童的司法裁量——以海牙公约第12条第2款为分析对象

杜焕芳,中国人民大学法学院,《政法论坛》2014年第3期

摘要:海牙《国际诱拐儿童民事方面的公约》旨在体现强制交还儿童的原则,但同时又规定了强制交还儿童的例外,以便扩大公约的适用范围。公约第12条第2款中“儿童是否转居于新的环境”,是判决是否返还儿童的关键因素,构成强制交还儿童义务的例外。对此需要从物理因素和心理因素两个要素来判定,但转居是否良好不是合适的判定标准。如果确定存在公约第12条第2款的例外情形,原则上依据公约交还儿童不存在剩余裁量,除非出于儿童个体的最大利益。对此需要考虑国际条约解释的一致性原则,尊重联合国儿童权利公约和海牙儿童保护公约的义务。

关键词:海牙公约;强制交还;转居例外;司法裁量;统一解释

涉外民事关系法律适用中的强制规则的识别

李凤琴,《法治研究》2014年第6期

(本文系浙江哲学社会科学规划课题:“涉外民事关系法律适用中的强制规则”(课题号:12JCFX05YB)的阶段研究成果。作者简介:李凤琴,嘉兴学院文法学院副教授,国际法学博士。)

摘要:从国内法角度,强制规则不允许当事人通过协议加以改变,而从国际私法角度,这些强制规则必须被适用而不管根据冲突规范确定的准据法为何。我国《涉外民事关系法律适用法》对强制规则作出了规定,但如何认定法律条文中的强制规则仍是一个难题。强制规则可以从法律条文本身的规定以及条文背后隐含的政策和目的加以识别,而只有那些旨在保护一国重要的政治、经济和社会利益的强制规则才能在涉外民事关系中得到直接适用,而这一点往往为我国司法实践所忽略。

关键词:涉外民事关系 法律适用服务 强制规则 识别

外国依据国际公约或双边司法协助条约委托我国法院送达民商事案件司法文书的程序解读

《人民司法(应用)》(北京)2014年第3期【作者】马晓旭【作者单位】最高人民法院

外国依据国际公约或双边司法协助条约委托我国送达民商事司法文书在国际司法协助中占有很大的比例,据统计,自2005年至今,每年外国请求送达民商事司法文书的数量都占全年文书送达总量的2/3左右,而且随着国际交流的进一步发展,外国请求送达民商事司法文书的数量可能会继续增加,因此做好外国请求送达司法文书的程序规范具有十分重要的意义。最高人民法院在《关于依据国际公约和双边司法协助条约办理民商事案件司法文书送达和调查取证司法协助请求的规定》(以下简称规定)和《最高人民法院〈关于依据国际公约和双边司法协助条约办理民商事案件司法文书送达和调查取证司法协助请求的规定〉实施细则》(以下简称实施细则)中,对外国依据国际公约或双边司法协助条约委托我国法院送达民商事案件司法文书所应遵循的原则和程序都进行了详细的规定,为文书审查、转递、送达的办理等方面提供了操作性较强的规范。

《儿童离境否决权的监护权认定——基于美国最高法院监护权第一案的展开》

杜焕芳,《暨南学报》:哲学社会科学版(广州)2013年第12期!

【分类】婚姻、家庭法【中文关键词】诱拐儿童,监护权,探视权,离境否决权【文章编码】1000-5072(2013)12-0057-09【文献标识码】A【期刊年份】2013年【期号】12【页码】57

【摘要】在国际诱拐儿童案件中,监护权的认定无疑是关键性问题。探视权无论如何不能等同于监护权,但探视方对于儿童离境的否决权是否属于监护权,国际公约并无明确规定。在这一问题上,大多数学者持肯定意见,个别学者表示异议。以英国法院为代表的多数持肯定态度,以加拿大法院为代表的少数表示反对。美国联邦巡回法院一直以来各执己见,直到联邦最高法院在“阿伯特诉阿伯特案”中以多数意见首次予以肯定,从而统一了美国的立场。该案在很大程度上反映了国际社会对于儿童离境否决权的基本态度,体现了按公约语境来正确理解监护权这一自治性概念的重要性。

代孕法律的比较考察与技术分析

王萍,(本文系中国政法大学博士研究生创新基金资助项目成果。作者简介:王萍,中国政法大学比较法学研究院2012级博士研究生。),《法治研究》2014年第6期

摘要:作为人工辅助生殖技术的一种,代孕在道德、宗教、伦理、法律等方面引起了激烈的争论,世界各国立法与司法实践对此态度不一。本文从分析各国有关代孕的法律规制入手,比较考察了美国诸州、欧盟各国、日本和澳大利亚等具有代表性的国家和地区,进而从技术主义角度总结代孕的法律框架与模式。最后本文还对我国有关代孕的法律规定做出考察并提出参考与建议。

关键词:代孕 法律构架技术 比较考察 立法 司法实践

我国遗赠扶养协议制度之完善

陈本寒(武汉大学法学院,湖北武汉430072) 《政治与法律》2014年第6期

摘要:遗赠扶养协议作为一种双方法律行为,不同于普通债权债务合同,应当规定于《继承法》中。对于遗赠扶养协议的成立、生效、变更、解除等问题,《继承法》没有特别规定的,应适用《民法通则》关于法律行为之规定,而不能适用《合同法》的规定。修订后的《继承法》应扩大遗赠扶养协议中扶养人的范围,增加对协议内容约定不明时的补充性规定,细化协议解除事由及解除方式的规定,完善遗赠扶养协议的效力规范,以增强遗赠扶养协议制度的可操作性。

关键词:遗赠扶养协议;法律适用;解除事由;效力规范

共同共有财产的执行与代位析产之诉的制度构建

童付章(浙江警官职业学院,浙江杭州310018) 《政治与法律》2014年第5期

摘要:被执行人无其他财产可供执行时,对其与他人的共同共有财产能否予以执行以及如何执行,一直困扰着法院执行人员。代位析产诉讼制度是解决涉及被执行人的共同共有财产执行的有效途径,相关主体应重构代位析产诉讼制度,明确代位析产诉讼的诉讼标的、适用的法定情形,明确被执行人在代位析产诉讼中作为无独立请求权的第三人的诉讼地位;代位析产诉讼案件应由采取查封、扣押、冻结等执行措施的法院管辖,法院审理应适用普通民事诉讼程序予以审理,以确保当事人的诉讼权利;代位析产诉讼的裁判对申请执行人、被执行人及其财产共有人有既判力。

关键词:代位析产之诉;共同共有财产;民事执行;异议之诉

物权确认请求权的性质及其与相关规定的适用问题探讨

孙瑞玺(中国石油大学(华东)文学院,山东青岛266580)《法学论坛》2014年第3期

摘要:物权确认请求权不属于物权请求权,而是规定在《物权法》上的程序性的权利,具有区别于物权请求权的独特属性。由此就决定,物权确认请求权不适用诉讼时效。物权确认之诉与执行异议之诉有明显的区别,不能相互替代,由此彰显了物权确认请求权的独特地位与作用。

关键词:物权确认请求权;诉讼时效;执行异议之诉

遗产税立法的困境与路径选择

白晓峰(山西财经大学法学院,山西太原030006)《法学论坛》2014年第3期

摘要:遗产税立法的必要性毋庸置疑,遗产税立法面临的困境主要是私人财产权保护的限制。基于国家经济和社会发展需要,遗产税立法应以财富重新分配并促进社会平等为目的,以社会资源垄断说为其课税依据。同时有必



要在关怀私人财产权的前提下，选择遗产税的立法路径，即确定遗产税为财产税系的主体税种之一，实施渐进式的遗产税立法体系，分步确定遗产税征收目标，确立分遗产税制模式及相应的税法要素体系。

关键词：遗产税；私人财产权；税法要素

论身份情谊行为

王雷《北方法学》2014年第4期

摘要：婚姻家庭法较其他民法规范更具有身份法属性，基于其浓厚的伦理感情底色，在没有足够充分且正当理由的情况下，应该将婚姻家庭领域的身份行为特别是身份协议推定为情谊行为。身份情谊行为可以分为以人身权益为主的身份情谊行为和以财产权益为主的身份情谊行为，当前婚姻家庭法学理论对身份情谊行为的惯性思维判断是认定相关身份协议违反善良风俗原则而无效，这不是妥当的价值判断结论，仍属法律中心主义特别是财产法中心主义的产物。

## “理论”在司法实践中的影响

### ——以关于夫妻个人财产婚后孳息归属的司法实践为中心

2014年8月13日 法律那些事儿 贺剑

编者按：对于如何规制夫妻个人财产婚后孳息的归属，最高法院的相关立场在婚姻法《解释三》第5条的制定和适用过程中反复转变。在这个问题上，最高法院在理论之间的反复取舍，典型地反映了“理论”对司法实践的重要影响；也揭示了在法教义学下“驯化”理论，从而使其在司法实践中发挥积极影响的可行性和必要性。

今天学理推送的是人民大学法学院博士后贺剑以夫妻个人财产婚后孳息归属为切入点，谈“理论”在司法实践中的影响。为了方便阅读，原文注释已经隐去，想查看全文的朋友可以参考《法制与社会发展》2014年第3期。在此，感谢作者的授权。

#### 一、问题的提出

夫妻个人财产的婚后孳息归属是我国婚姻法领域争执时间最长的议题之一。2001年婚姻法修改时，婚前财产的婚后孳息先是在法学界提出的“专家建议稿”中被作为个人财产，后又在全国人大法工委提出的“征求意见稿”中被作为夫妻共同财产（共同财产），最后又因为各种考虑而被搁置，未能出现于正式文本。但立法沉默处，司法喧嚣时。此后，各地法院的处理方案几乎穷尽了个人财产婚后孳息归属的一切可能，包括：（1）一律是个人财产；（2）一律是共同财产；（3）部分是个人财产，部分是共同财产。

为了统一司法，最高人民法院2011年颁布的《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《解释三》）第5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。”初步来看，这应当是选择了前述方案（1）。但关于夫妻个人财产的婚后孳息归属的争论并未就此平息，不少研究都对上述规定提出批评，认为应当选择方案（2）或方案（3）。事实上，连最高法院自己的立场也暧昧不定，如下文所述，最高法院不仅在《解释三》的征求意见稿中一度钟情于方案（3），还在《解释三》出台后的解释适用过程中无端抛弃了方案（1），转而再度拥抱方案（3）。

本文将关于夫妻个人财产婚后孳息归属的司法实践为直接研究对象，一方面详细论证下述观点，即夫妻个人财产的婚后孳息在现行法下应当都是共同财产。另一方面，本文也将以上述部门法研究者擅长的制度分析为基础，以个案研究的方式揭示并回答以下超越部门法学而属于部门法哲学层次的问题：以本文分析的孳息从原物理论、贡献理论等为典型代表的“理论”（部门法学说、学理），在以司法解释（如《解释三》）的制定和适用为代表的司法实践中具有怎样的影响？如果有影响，应当如何评价以及引导这种影响？

据笔者有限的观察，上述问题并没有得到多少关注。在法理学界，大多数研究是从“法律之外”的视角展开，侧重于分析民意、政策、利益集团等因素对司法解释制定的影响；少数研究虽然也从个案层面谈及最高法院对主流法学理论的遵从，但主要是将其作为陪衬和靶子，借以强调社会科学方法和公共政策对于最高法院以及司法解释制定的重要性。而在部门法学界，理论对于司法实践的发展有重大影响，似乎又被认为是当然之理；且囿于学科特点，大多数研究都止于具体制度的评释，而疏于法理层面的引申。有鉴于此，本文将作以下两方面的努力：其一，在实证（positive）层面，本文将以案的形式刻画，在《解释三》第5条的制定和适用过程中，“理论”是怎样产生决定性的影响；其二，在规范（normative）层面，本文还将进一步论证，应当在法教义学下“驯化”理论，从而使其在司法实践中不仅能够发挥影响，而且所发挥的还是积极影响。上述努力，不仅可以为一直以来备受争议的《解释三》提供另一重观察视角——《解释三》的失误，未必是“价值”之失，而可能是“理论”之误；还可以为目前方兴未艾的法教义学研究和案例研究提供一个乐观的应用前景——这些研究所产生的（教义学）理论，将会对司法实践产生积极的、重要的影响。

在结构上，本文将首先梳理最高法院在关于夫妻个人财产婚后孳息归属（以下简称孳息归属）的司法实践中的立场反复；其次分析最高法院立法反复的原因，通过剖析最高法院在两大理论之间的抉择，揭示“理论”对于司法实践的影响；然后在两大理论之外提出关于孳息归属的法教义学解释；进而引申提出下述观点：应当在法教义学下驯化“理论”，以裨其在司法实践中发挥积极影响；最后是简短的结语。

#### 二、在孳息归属问题上最高法院的立场反复

从《解释三》的征求意见稿到正式文本，再到正式文本的适用，最高法院对于夫妻个人财产婚后孳息的归属问题的立场反复改变。而每一次立场的转变，都与两大理论——美国法上的贡献理论和传统民法上的孳息从原物理论——密切相关。

### （一）遵从贡献理论的《解释三》征求意见稿

《解释三》“征求意见稿”第6条是贡献理论的坚定拥护者，其体现在：夫妻一方个人财产的婚后孳息或增值原则上是个人财产，但如果“另一方对孳息或增值收益有贡献的”，则为共同财产。

早在2001年婚姻法修改时，贡献理论就透过《美国统一婚姻财产法》进入了法律人的视野：“个人财产的增值部分及用个人财产交换所得财产，因其财产性质不变，仍是个人财产。当个人财产的实质性增值是由于配偶不可补偿的努力所致时，其财产性质就转化为共同财产。”但是真正对贡献理论的中国化产生“革命性”影响的，还是夏吟兰教授的下述经典文字（强调为笔者加，下同）：

“在对增值的个人财产定性时，法院经常会区别是主动增值还是被动增值。西弗吉尼亚州高级法院在Roger一案中指出：在适用州的公平分割法时，法院将个人财产的被动增值视为“因通货膨胀或其他不是因当事人的主观努力而是因市场价值的变化而产生的增值”，这部分增值应视为个人财产，不参与公平分割。纽约州法院也认为，对于主动增值和被动增值区别的基本原则是：……当一方的个人财产由于他方或双方所支付的时间、金钱、智力、劳动而增值的应属于主动增值。……主动的个人财产的增值应视为婚姻财产并在离婚时予以公平分割。”

上述文字是我国学者关于美国贡献理论的首次系统介绍。不仅如此，刊载上述文字的《美国现代婚姻家庭制度》一书本身也是“我国第一部全面论述美国当今婚姻家庭制度的专著”。抛开直接阅读的可能不论，最高法院最迟在2002年就已经间接接触到上述文字——在当时一份根据有关指示而向最高法院提交的调研报告中，山东高院作了如下“推介”：

“按照孳息归原物权利人的原则，一方个人婚前财产的孳息应归该个人，不应转化为夫妻共同财产。但是考虑到孳息取得的方式，应该加以区别对待。在美国，法院考虑增值部分的分割时，往往要区分该增值是主动增值还是被动增值。主动增值是指一方的个人财产由于他方或双方所支付的时间、金钱、智力、劳动（包括一方主要从事家务劳动而另一方从事商业活动）而增值，被动增值是指因通货膨胀或其他不是因当事人的主观努力而是因市场价值的变化而产生的增值。被动增值仍应视为个人财产而不作为夫妻共同财产分割，主动增值则因他方的贡献所致而应作为夫妻共同财产予以分割。这种做法的合理性在于：承认非财产所有人的另一方配偶的劳动的价值，承认其对家庭的贡献。我们认为，……尽管一方婚前个人财产仍归该个人所有，但该财产在婚后的增值，如果凝聚了另一方配偶的贡献，另一方配偶有权享受这种收益，或者因此而得到补偿。”

在接触贡献理论以后，最高法院对其可谓青眼有加。一个例证是，在撰写2003年婚姻法《解释二》的半官方释义时，最高法院的相关法官就曾原封不动地“收录”了前述夏吟兰教授的文字。同时，贡献理论以及主动增值和被动增值（自然增值）的区分还直接影响到地方法院的审判实践。例如在上海，婚后收益的归属就都根据“是基于原个人财产的自然增值还是基于夫妻共同经营行为所产生来判断，前者原则为个人所有，后者原则为共同所有”。

在上述调研报告和地方司法文件中，增值并未被与孳息、收益等概念严格区分，而是相互混用。这一时期的学术文献也有类似的倾向。真正的突破是2008年裴桦教授的一项专题研究，在本文看来，其至少有两项贡献：（1）将个人财产的婚后收益明确区分为增值、孳息和投资收益；（2）将美国法上的贡献理论和国内既有的（夫妻）协力理论等量齐观、合二为一，提出以利益的产生是否体现“夫妻协力”（即凝聚他方配偶的贡献）作为个人财产婚后收益归属的统一标准，“夫妻一方对他方婚前财产有所贡献的，贡献范围内所生利益为夫妻共同财产”。

从条文内容来看，《解释三》“征求意见稿”第6条大体采纳了上述两点意见。惟一的保留是没有将贡献理论适用于个人财产的投资收益归属，而是沿袭了《解释二》第11条第1项，将其一律作为共同财产。

### （二）拥护孳息从原物理论的《解释三》正式文本

到了《解释三》的正式文本，孳息归属的主导理论从贡献理论转变为孳息从原物理论。根据《解释三》第5条，“除孳息和自然增值外”的个人财产的婚后收益都是共同财产，这意味着：个人财产的婚后孳息从以贡献为准，有时是共同财产有时是个人财产，变成了不论有无贡献，一律都是个人财产。

对于上述转变，最高法院给出了两方面的理由。正面而言，孳息从原物理论有两大支持，一是《物权法》第116条对其有明确规定，二是按照新法优于旧法的逻辑，物权法是新法，婚姻法是旧法，所以物权法的前述规定优先。反面而言，贡献理论尚存在以下疑义或瑕疵：一，“贡献”一词不是法律用语；二，贡献的含义不确定，是指直接贡献，还是也包括间接贡献？是须有一定的贡献，还是只要有贡献即可？

值得玩味的是，尽管贡献理论存在上述“瑕疵”，但并未完全退出《解释三》的舞台。以最高法院对《解释三》第5条的自然增值的解释为例：

“本条规定一方个人财产婚后产生的自然增值归个人所有，如果属于主动增值，则应当认定为夫妻共同财产。在对增值的个人财产进行定性时，应区别是主动增值还是被动增值（即自然增值），因通货膨胀或其他不是因当事人的主观努力而是因市场价值的变化产生的增值属于被动增值，没有所有权的配偶对增值部分无权要求分割。当一方的个人财产由于他方或双方所支付的时间、金钱、智力、劳务而增值的，应属于主动增值，离婚时将增值部分作为共同财产予以分割比较公平。”

可见，在增值归属问题上，贡献理论依然适用：第5条虽然在表述上取消了“贡献”概念，但却代之以包含贡献内涵的自然增值、主动增值等相似的（子）概念。对于上述概念替换，最高法院尽管没有明确交代缘由，但大体应当是为了规避贡献理论的前述“瑕疵”。因为与含义模糊的“贡献”相比，自然增值、主动增值等概念的含义相对稳定，并且已经深入人心——不仅许多法官或学者在文献中频繁引用前述夏吟兰教授的文字，甚至不乏将其视为常识，因而不加注释直接引用或定义者。事实上，连最高法院在前述文字中也未能“免俗”，而且稍加对比即可发现，其所作定义基本上是前引调研报告文字的翻版，因而至少间接受到了美国法上的贡献理论的滋养。

但是，上述概念替换并不成功；它并没有规避，而毋宁只是掩盖了贡献理论的“瑕疵”。因为，主动增值、自然增值等新概念同样包含“贡献”的内涵，因而同样有含义不确定等问题。具体而言：（1）主动增值是否包括一方的个人财产因为他方的间接贡献（努力），如“一方主要从事家务劳动而另一方从事商业活动”而发生的增值？（2）主动增值是否有数量下限？或者说，创造主动增值的贡献是否必须“一定的贡献，还是只要有贡献即可”？不难发现，贡献理论的“瑕疵”不仅存在于孳息归属，也存在于增值归属。最高法院从上述瑕疵出发，在孳息归属上放弃而在增值归属上保留贡献理论，不能不说是一个矛盾的举动。

### （三）回归贡献理论的司法实务

更出人意料的是，在《解释三》第5条的解释适用过程中，包括最高法院在内的不少法院都表达了放弃孳息从原物理论而回归贡献理论的立场。

以最高法院对于房屋租金这一典型孳息的态度为例，“房屋租金与存款利息相比，……其获得往往需要投入更多的管理或劳务，产生的租金收益应当属于夫妻共同所有”，“有人将租金看法定孳息的一种，我们更倾向于将租金作为经营性收益看待”。[2]29部分地方高院的司法文件也有类似观点，认为应当对孳息作“限缩解释”，从而将房屋租金等“在民法理论上属于孳息”、但需要夫妻劳动投入的“孳息”认定为“投资性收益”。

就上述转变而言，孳息从原物理论在名义上似乎得到了“有限”保留，因为毕竟还有部分孳息是个人财产；但实际上，它已经被贡献理论彻底取代，部分孳息之所以还是个人财产，并不是因为它们“从原物”，而是因为它们与夫妻的管理、劳务等“贡献”无关。这一变化，不经意间就生动展示了“纸面上的法”和“行动中的法”的区别：《解释三》第5条尽管还身披孳息从原物理论的外衣，但实际上已经是贡献理论的拥趸；《解释三》第5条的文本被束之高阁，而被抛弃的《解释三》“征求意见稿”第6条成为真正的法律。于是乎，贡献理论又一次被统一适用于孳息归属和增值归属。

### 三、在孳息归属问题上最高法院立场反复的原因

贡献理论与孳息从原物理论在《解释三》不同阶段的各擅胜场，与我国婚姻法长期以来深受外国婚姻法以及传统民法影响的大背景自然是互为表里、一脉相承的。但是，司法实践在孳息归属问题上最终成为贡献理论的拥趸，显然不是大背景上的“西风”压倒“东风”，外国婚姻法战胜传统民法那么简单。需要细究的是，为什么司法实践先是青睐孳息从原物理论而最终拥抱了贡献理论？最高法院在其间对“候选”的两种理论的认识和抉择是否妥当？除了上述“理论”，最高法院是否还曾有其它（价值）考虑？只有澄清这些问题，我们才有可能明了孳息归属争议的前世今生，进而谋求这一争议的解决，也才有可能进一步揭示“理论”对于司法实践的影响。而要澄清这些问题，就不得不先做一回“事后”诸葛亮，从最高法院对于两大理论的认识说起。

#### （一）贡献理论的表面瑕疵及澄清

就最高法院罗列的贡献理论的两点瑕疵而言，“贡献”的含义不确定无疑是关键。而贡献的含义之所以不确定，主要是现有研究的局限所致，并非贡献理论自身的“罪过”。

##### 1. 直接贡献 vs. 间接贡献

在国内最早的文献中，贡献在美国法上的含义就因州而异：大多数法院认为，夫妻一方个人财产的婚后增值要转化为婚姻财产，必须以另一方对该财产增值有直接贡献为前提，从事家务劳动等间接贡献不算数；但后来，也有一些州的法院转而承认间接贡献。到了山东高院的调研报告，前述差异被过滤掉，间接贡献也被视作贡献。其后的重要研究也是如此，如将间接贡献界定为“对方配偶没有直接对婚前财产做出贡献，但是该婚前财产产生利益需要其所有人付出劳动，对方配偶对该方进行了生活上的照料”。但也有部分地方法院明确否认间接贡献。最高法院在“征求意见稿”第6条中拥护贡献理论时，很可能没有意识到上述分歧的存在；而在遭到批评有所察觉后，也受制于上述分歧而无法明确贡献的含义，最后竟至于只能放弃因此沦为“鸡肋”的贡献理论。

但“事后”来看，贡献含义在美国法下因州而异只是表面现象。在各州的不同制度背景下，贡献之所以会有直接贡献和间接贡献的不同，恰恰是为了法律效果的相同，即确保夫妻任何一方的劳动（婚姻劳动）都归属于婚姻共同体。大多数州的法院认为，只有直接贡献产生的个人财产增值才是婚姻财产，是因为其法律往往规定，夫妻任何一方的贡献或努力所产生的个人财产的增值都是婚姻财产。在此，任何一方的直接贡献所创造的增值（主动增值）都归属于婚姻共同体。而少数州的法院之所以转而认可间接贡献（仅限于他方配偶的间接贡献），是因为其法律往往要求：只有当夫妻双方或夫妻另一方对一方个人财产的增值作出贡献时，该增值才能成为婚姻财产。这时如果再执着于直接贡献，部分（由拥有个人财产的夫妻一方的劳动单独创造的）主动增值将无法归属于婚姻共同体。以现有文献提到的两个案例为例：（1）在Price案中，纽约州上诉法院当时面对的法律就是——个人财产的增值原则上是个人财产，除非该增值包含夫妻另一方的努力或贡献。为了实现大多数州唾手可得的欲求后果（主动增值都是婚

姻财产)，法院只能认可间接贡献，即先确认丈夫个人企业的增值源于其努力，然后确认丈夫的上述努力在某种程度上得益于妻子在家操持家务和抚育子女，从而认定，妻子从事家务对丈夫个人企业的增值做出了间接贡献，因此该增值是婚姻财产。(2) 在 Goderwis 案中，肯塔基州最高法院之所以同时强调妻子的间接贡献（主要从事家庭劳动）和丈夫的直接贡献（主要从事商业活动），也只是因为该州法律要求——个人财产的增值只有包含夫妻双方的贡献，才是婚姻财产。概言之，少数州的法院对间接贡献的有限承认，其实是对不合理立法的司法补救。

相比之下，《美国统一婚姻财产法》（第 14 节（b）款）一方面不承认夫妻一方基于独自努力所产生的财产增值是婚姻财产，另一方面又堵死间接贡献的解释空间，无疑是一个罕见的特例。事实上，该规定因为明显有悖于婚姻合伙的精神而广遭诟病，不仅美国法学会 2002 年公布的《家庭解体的法律原则》弃之如敝屣（§ 4.04 (2)），就连此前惟一接受该示范法的威斯康辛州也改弦易辙，采取了大多数州的通行做法。

综上，《解释三》“征求意见稿”第 6 条既然效仿的是前述不合理做法，那就应当承认间接贡献作为补救。当然，更合理的做法是采取前述通行做法，例如，不妨将第 6 条后半句修改为：“但任何一方对孳息或增值收益有贡献的，可以认定为夫妻共同财产。”

## 2. 实质贡献 vs. 非实质贡献

最高法院关于贡献是否必须为“一定的贡献”的疑问，应该是源自上文《美国统一婚姻财产法》的规定，即夫妻一方的贡献必须是实质贡献，从而使得另一方的财产产生“实质性增值”。对此可作两点说明。

第一，在婚后因为“贡献”而转化为共同财产的，并不是相关个人财产的全部增值或孳息，而仅限于贡献所对应的那一部分增值或孳息（参见下文“四、（二）、2”）。

第二，以《美国统一婚姻财产法》为代表的美国法普遍要求，只有实质贡献才能导致个人财产的增值或孳息转化为婚姻财产，严格来说违反了夫妻任何一方的婚姻劳动都归属于婚姻共同体的理念。但之所以还这样规定，主要是有两点考虑：一是允许夫妻一方投入少量的时间和精力去打理自己的个人财产，使其无须担心个人财产被婚姻共同体蚕食；二是避免大量因微不足道的夫妻劳动投入而引发的财产分割纠纷。

### （二）孳息从原物理论的实质缺陷

与贡献理论的表面瑕疵相比，孳息从原物理论面临的却是实质缺陷。

首先，孳息从原物理论作为民法理论，主要适用于物权、合同等财产法，并不当然适用于夫妻财产法等身份法。一个例证是，在德国、瑞士等传统民法理论的“母国”，个人财产的婚后孳息恰恰都（至少在经济上）被作为共同财产处理。

其次，纵然采取孳息从原物理论，也不能在逻辑上推导出个人财产的婚后孳息都是个人财产。因为所谓孳息从原物，仅是指天然孳息（物权法第 116 条第 1 款），并不适用于法定孳息。法定孳息通常只有债权人才能请求给付，而债权人并不总是原物所有人，如丈夫的钱存于妻子名下，利息的权利人通常就是妻子而不是丈夫。

再次，孳息概念在民法理论上的灰色边界还可能在夫妻财产法中导致不公平的后果。例如按照目前的界定，股票的股息是孳息，红利则不是。在财产法下，上述概念之争无益但也无害，因为股息和红利的归属大都有当事人约定，且往往都归于股权人。但将上述区分照搬于夫妻财产法，本来同属一人的股息和红利就会仅仅因为概念之别而异其归属：股息作为孳息是个人财产，而红利作为投资收益却是共同财产。

此外，作为辅助论据的新法优于旧法的理由也颇为勉强。因为如果严守新法优于旧法的逻辑，婚姻法及其司法解释中大量与物权法冲突的规定都将面临质疑。例如，根据物的概念（物权法第 2 条），物的增值不能与物分离而成为单独的权利客体，原物和增值的归属应当相同——所以，《解释三》第 5 条将个人财产的主动增值作为共同财产的规定，就是错误的？

### （三）最高法院对于“理论”的倚重和追随

从上文的检讨来看，贡献理论尽管在最高法院看来存在一定的瑕疵，但这些瑕疵只是表面的，并非不可以补救；相反，孳息从原物理论却存在实质缺陷。但问题在于，最高法院至今都没有认识到上述两点——不仅孳息从原物理论的缺陷从未被提及，贡献理论的“表面瑕疵”也全都健在。例如，仍然强调贡献必须是夫妻另一方、而不是夫妻任何一方的贡献，但对贡献是直接贡献还是间接贡献又语焉不详；又如，回避了贡献是否必须是实质贡献的问题，但同时又进行以下模糊的区分：存款利息的产生不需要经营管理，因此不存在贡献；房屋租金的产生通常需要夫妻的维护和管理，因此存在贡献。[16]这一失察，不仅反映了最高法院的认知局限，也反映了其尴尬处境——它通常只能追随，而无法超越现有的理论。

当然，追随不等于盲从，最高法院对于现有理论仍可能有自己的理性判断。这主要体现为两点：其一，在林林总总的理论中，最高法院主要是追随主流理论或所谓通说，如婚后收益的类型划分、自然增值和主动增值的区分等。就孳息归属而言，尽管不存在通说，最高法院的选择范围也仅限于呼声较高的贡献理论和孳息从原物理论。其二，即便对于自己青睐的理论，最高法院也不是照单全收，而是有所取舍。以贡献理论为例，最高法院虽然采纳了上文裴桦教授文章中的不少主张，甚至在论证、文献上都颇多借鉴；但另一方面，也舍弃了该文的部分主张，如作为贡献理论之例外的“补充规则”等。

上述认知上的固有局限和注定有限的理性判断，一道构成了最高法院在理论抉择过程中走不出的“背景”，并由此演绎了以下理论抉择的“逻辑”。

在《解释三》第5条的制定过程中，最高法院在孳息归属上之所以抛弃贡献理论，改弦易辙，是因为内有贡献理论的瑕疵，外有孳息从原物理论的攻击。在增值归属上之所以还坚持贡献理论，不仅是因为孳息从原物理论不适用于增值，还因为作为贡献理论载体的自然增值和主动增值的区分“基本得到理论界及实务界的共识”，相当程度上“抵消”了贡献理论的瑕疵。因此，看似矛盾的差别对待背后，实则包含了最高法院的理性判断和苦心权衡。只不过由于认知局限，没有洞悉两大理论的“庐山真面目”，才最终累及上述判断和权衡。

但要是以为，最高法院在追随“理论”的过程中仅仅是受制于认知局限，而总能保持理性判断和苦心权衡，那就错了——在《解释三》第5条的适用过程中，一方面，孳息从原物理论不明不白地退场了，最高法院始终没有指出该理论的任何缺陷；另一方面，贡献理论不明不白地回归，该理论先前的瑕疵依然没有得到任何澄清。这种“静悄悄”的走马换将，纵然是“苦心”权衡，也很难说是“理性”判断。它只能归结为理性判断的“有限”，即非理性的一面。至于这一非理性是源自个人偏好，主观臆断，抑或仅仅是因为“智者千虑必有一失”，那就不得而知了。但可以肯定的是，在两大理论的抉择过程中，最高法院不仅受制于认知局限，还受制于理性判断的有限。

上述结论可能会遭遇以下质疑：就算最高法院在制定《解释三》第5条时受到了“理论”的影响，但在适用第5条时，最高法院已经摆脱了“理论”的束缚，其最后之所以“非理性”地选择贡献理论，根本原因并不在于它被认为是一个好“理论”，而只是因为它被认为能促成更好、更公平的结果。简言之，起决定作用的不是或主要不是“理论”，而是公平、政策或其它价值。

作为验证，笔者以北大法宝数据库收藏的4768个来自全国各地、大都为2000年以后的“离婚纠纷”案件（截至2014年1月19日）为样本做了两项考察。第一项考察是对上述四千余份裁判文书进行全文搜索，结果仅得到6个文中包含“孳息”的案例，在排除2个不相关案例后，剩下4个有效案例。其中，3个案例涉及共同财产的孳息分割（大都是存款利息）；只有1个案例因为种种几乎不可复制的机缘巧合，才涉及个人财产的婚后孳息，但却“遗憾”地被认定为共同财产。第二项考察是对《解释三》“征求意见稿”自2010年11月15日发布以来的16个省份的总计683个案件，通过部分抽样的方式得到101个样本，然后逐一阅读，结果发现，没有一个案件涉及个人财产甚或共同财产的孳息归属争议。

上述考察表明，夫妻个人财产的婚后孳息归属争议在司法实务中几乎不会出现。这可能有以下原因：（1）对于多数夫妻而言，其个人财产、尤其是婚前财产大都在家庭生活中转化为家电、家具和家庭房产，无从产生孳息；（2）即便产生孳息，由于孳息都是动产、尤其是货币，因此除非数额巨大或机缘凑巧，大多数孳息都会在长年的家庭生活中消耗殆尽。（3）对于数量较大的以货币形式表现的个人财产及其孳息而言，夫妻一方更容易也更可能隐匿和转移[1]128，这类孳息归属争议也因此无从出现。

作为一个在理论上具有重大争议而在实务中却几乎不会出现的问题，关于孳息归属的司法解释制定不免有“屠龙术”的意味。不管它在纸面上的规定如何，在实践中都难以牵扯重大的利益衡量，也很难触动普通人的正义感或法律人的法感。在此意义上，关于孳息归属的结论其实不重要，甚至正反皆可。因此，最高法院在适用《解释三》第5条时罔顾其文义，弃孳息从原物理论而采贡献理论，很难说与公平、政策或其它价值相关，前述质疑不成立。

综上所述，在制定和适用《解释三》第5条的过程中，最高法院在孳息归属问题上的立场反复，主要源于其对“理论”的一味追随。在整个过程中，最高法院倚重却无法超越理论；在遴选、抉择理论时，有一定的理性判断，但也受制于认知局限、非理性等因素。

#### 四、关于孳息归属的法教义学解释

在本部分，笔者将在前述分析的基础上根据法教义学论证，最高法院在孳息归属问题上最终贡献理论的做法并不正确，夫妻个人财产的婚后孳息应是夫妻共同财产。

##### （一）个人财产的婚后孳息在法教义学上应当是共同财产

在传统的四种法律解释方法中，文义和历史解释都不能为孳息归属提供明确的解答。从文义解释来看，《婚姻法》没有明确涉及孳息，且同时设置了共同财产和个人财产的兜底条款（第17条第1款第5项、第18条第5项），由此仅能得出，孳息归属的法律依据是两个兜底条款之一或兼而有之。从历史解释来看，孳息归属最终归于沉寂的立法史也只能说明，孳息归属是一个立法机关有意回避、甚或有意交由司法和学说去明确的问题。

##### 1. 从体系解释来看，孳息归属应当与投资收益归属保持一致。主要有两点理由：

第一，在概念上区分孳息与投资收益是一个错误，二者本应适用相同的归属规则。以是否与原财产分离为标准，个人财产的婚后收益可以分为尚未与原财产分离的收益（增值）和已经与原财产分离的收益。美国法将收益二分为增值和收入，正是出于此种考虑（“四、（二）、3”）。[7]737我国通行的三分法相当于将美国法上的“收入”再细分为孳息和投资收益，但问题在于，这种细分缺乏坚实的依据。从产生历史来看，孳息源自民法理论，投资收益源自婚姻法实践，二者风马牛不相及；从概念外延来看，二者也互有重合，最高法院将房屋租金等孳息认定为投资收益就是明证。如上文所述，早先的研究尽管也将收益错误划分为增值、孳息和投资收益，但由于其对上述三类收益都适用统一的归属规则，因此这种三分法仅止步于逻辑的混乱，不会造成任何实际影响。但是，最高法院走得更远，不但接受了上述错误的概念区分，还对不同概念适用不同的归属规则，最终一错再错，将无害的概念错误生生给“升级”为有害的制度错误。

第二，既然应当适用相同的归属规则，那是适用孳息，还是适用投资收益的归属规则？本文认为应该是后者，

因为投资收益在《解释二》中归属明确，最高法院在《解释三》中也予以肯定；相反，孳息归属扑朔迷离，甚至最高法院也朝令夕改，背弃《解释三》的文义。

2. 从目的解释来看，孳息归属于《婚姻法》第 17 条的共同财产，还是第 18 条的个人财产，取决于上述两个条文的立法目的，亦即我国婚后所得共同制的立法目的。

已有的共识是，夫妻任何一方在婚后的劳动所得如工资、奖金等都是共同财产。由于孳息也可能包含劳动所得，所以也可能是共同财产，而不可能一律是个人财产。这就可以先从结果上否定孳息从原物理论。就这一点而言，以最高法院为代表的司法实务对《解释三》第 5 条的孳息进行限缩解释，从而废弃孳息从原物理论，在结论上仍然值得肯定。

需要探讨的是，婚后“所得共同”是否仅限于劳动所得（有偿所得）共同，换言之，婚后非劳动所得（无偿所得）是否也是共同财产？尽管现行法对此没有一般规定，但已有的无偿所得的典型，即赠与和继承所得的归属却可为孳息归属提供类推适用的基础。

依据劳动所得或有偿所得共同的逻辑，赠与和继承所得显然是个人财产。有论者指出，这也是大多数国家婚后所得共同制的通例，一来符合劳动所得共同的理念，二来也是对赠与人、遗嘱人意思的尊重。但是，上述劳动、非劳动或有偿、无偿的区分逻辑被起草机关明确拒绝。不仅如此，以现行继承法为依据将继承所得归入个人财产的观点，也被起草机关认为有悖于共同财产制的基本观念。起草机关还借机阐释了我国婚后所得共同制的精神：更多关注家庭，更多关注“夫妻共同组成的生活共同体，而不是个人”。因此，继承所得与工资收入无异，都应当归夫妻共同所有。在调和赠与人、遗嘱人意思的基础上，起草机关最终规定：赠与和继承所得原则上是共同财产；作为例外，遗嘱或赠与合同中确定只归夫妻一方的财产是个人财产。可见，在赠与和继承所得的归属上，有偿、无偿无关紧要，对第三人意思的尊重亦限于少数例外。举重以明轻，同属无偿所得，且无关乎第三人意思的个人财产的婚后孳息，自然应当作为共同财产。

根据上述解释，个人财产的婚后孳息应当属于《婚姻法》第 17 条第 1 款第 5 项的“其他应当归共同所有的财产”。《解释三》第 5 条关于孳息的除外条款有误，在立法论上应予废除，在解释论上应不予适用。

（二）将贡献理论适用于孳息归属在现行法下并不可行

1. 贡献理论与婚后所得共同制不符

贡献理论的逻辑前提是无偿所得原则上是个人财产，不属于夫妻共同体或婚姻共同体，因此只有在共同体对一方个人财产孳息的产生做出贡献的情形，共同体才可以分享与其贡献相应的权益。如果上文对我国婚后所得共同制的解读成立，那么贡献理论就没有适用的余地。但是，现有研究中也不乏与上文目的解释相左的观点，其认为继承和赠与所得原则上被作为共同财产，并不代表无偿所得原则上也是共同财产，这就为贡献理论提供了存在的土壤。以下是对两类有代表性的观点的梳理和反驳。

（1）婚姻法将赠与、继承所得原则上作为共同财产，仅在遗嘱或赠与合同中指明财产只归夫妻一方时才作为个人财产，只是意思表示解释的结果；与赠与、继承所得作为无偿所得的身份无关。因为在不指明的情形，根本不清楚财产是给夫妻哪一方，但又不能推定其完全归一方所有，所以只能推定为共同所有。

上述观点至少有四点缺陷：其一，不指明不等于意思表示无从确定。意思表示有明示、默示之分，遗嘱人或赠与人不指明仅指其未予明示；在默示情形，虽未“指明”，但意思表示仍然可以“确定”。其二，即便意思表示无从确定，也不能一概推定为共同财产。因为这里的疑义通常不是财产给夫妻哪一方不清楚（但确定只给一方），而是给夫妻一方或是给夫妻双方不清楚。所以即便要折中处理，也不是将财产的一半给夫妻一方，另一半给夫妻另一方（0.5:0.5），而是将财产的一半给夫妻一方，另一半给夫妻双方（0.75:0.25）。其三，法定继承所得也是无偿所得，可是却没有被作为个人财产。其四，以上意思表示解释的原则与例外关系，更切合一般共同制的特点，而与婚后所得共同制相去甚远。从比较法来看，婚后所得共同制的“通例”是将赠与、继承所得一律作为个人财产，仅在在有证据证明财产是给夫妻双方时，才将其作为按份共有财产。只有一般共同制才会规定，赠与、继承所得原则上是共同财产，仅在赠与人、遗嘱人指明（甚至须书面指明）只归夫妻一方时，才例外成为个人财产。

（2）婚后所得共同制之下，共同财产原则上不包含一方的无偿所得；其包含赠与、继承所得只是基于我国国情所作的例外规定，并不影响上述原则。具体而言：其一，在广大农村，出嫁女难以继承父母遗产，因此将继承所得作为共同财产，是为了使这部分人群能够通过分享丈夫的继承所得来弥补自身继承权的缺失；其二，继承、赠与大多发生在具有法定扶养义务的亲属之间，而相应扶养义务往往由共同财产承担，因此是基于权利义务相对等的考量才将赠与和继承所得作为共同财产。

上述观点的缺陷不在于它的理由有问题，而在于它的理由解释力有限：它们都只能解释，为什么一部分、而不是全部继承、赠与所得应当“例外”作为共同财产。此外，它与第一类观点还有以下共同缺陷：其一，它们都忽视了 2001 年婚姻法下婚后继承、赠与所得原则上是共同财产的规定，与 1980 年婚姻法下婚后“各自或共同继承、受赠的财产”是共同财产的司法实践有历史的连续性。其二，它们的解释力都至多限于继承和赠与所得，对于彩票、无偿投资收益等在实务中被作为共同财产的无偿所得则难以提供类似的解释。

2. 目前适用贡献理论时的逻辑错误

如上文“二、（三）”所述，目前实务中通行的对《解释三》第 5 条的解释方案是，只要个人财产婚后孳息的取

得包含夫妻（双方）的贡献，那么孳息将全部是共同财产。这一看似体现贡献理论的解释方案，与贡献理论的逻辑其实存在矛盾。以下举例说明。

假设丈夫的婚前房产在婚后产生了10万元租金。对租金产生做出贡献的，诚然有夫妻的经营和管理（劳动），但还有房屋本身（资本）。假设前述劳动和资本的贡献比例为1:1，那么根据贡献理论，应当将1/2的租金作为劳动的成果（夫妻共同财产），1/2的租金作为资本的成果（丈夫个人财产）。借用主动增值和被动增值的区分，基于夫妻劳动而产生的5万元租金相当于“主动孳息”，基于资本的使用价值等而产生的5万元租金相当于“被动孳息”。因此，租金的最终分配是丈夫7.5万元，妻子2.5万元。两相对比，目前实务中将租金全部作为共同财产从而使夫妻各分5万元的做法，明显与贡献理论不符。

### 3. 当初继受贡献理论时的误解

从理论源流来看，我国学者在引进贡献理论以及类似的夫妻协力理论并将其适用于孳息归属问题时存在许多误解。就贡献理论而言，该理论的“原版”其实仅适用于（狭义）增值，而不适用于孳息。学者在参考《美国统一婚姻财产法》时，误认为第14节中的增值是广义的增值，包括狭义的孳息、投资收益和增值。但事实上，该法对孳息另有规定：根据其第4节（d）款，婚姻存续期间夫妻一方因其财产而获得的收入（income）都是婚姻财产，因个人财产而获得的收入，如租金、利润等也在其列。这里的收入与孳息（fruits）同义，并近似于我国法上的孳息。采纳该法案的威斯康辛州也有类似规定。现有研究之所以没有注意到前述规定，可能是因为有关中译本将income也译作“财产的增值”的关系。

再以国内流行已久的夫妻协力理论为例，据本文的观察，这一理论应源自台湾地区学者的介绍。同样是基于该理论，大陆学者普遍认为个人财产的孳息不全是共同财产，而台湾地区却将婚前财产（类似于个人财产）的孳息一律作为婚后财产（类似于共同财产）。后者的主要论据是孳息有偿，如认为孳息“均属有偿或付出心力取得”，或“均可能由他方协力为之”。不过，这一论据也不总是站得住脚，因为部分孳息（如利息）明显与协力无关，按照协力理论，很难说是婚后财产。起草机关大概也觉察到这一局限，所以在强调孳息“难认他方配偶未予协力”的同时，还以保障他方配偶权益的理由作为补强。[10]241类似的，在此前的旧联合财产制下，学者为论证前述结论所举的理由：（1）较符合夫妻协力理论；（2）凸显夫妻婚姻生活之利益与共，同样也注意到协力理论的局限。可见，台湾地区虽然以协力理论作为其法定财产制的主要理论，但在决定孳息归属时却没有唯理论是从。这一层微妙，在理论继受过程中显然被忽略或过滤掉了。

### 五、在法教义学下驯化“理论”的可行性和必要性

就关于孳息归属问题的结论而言，本文主张的法教义学解释与最高法院采用贡献理论之间的差别在于，前者将个人财产的婚后孳息全部认定为共同财产，后者仅在孳息包含贡献时才将其作为共同财产。需要强调的是，二者的关键差别不在于结论，而在于得出结论的方式——是否以现行法为依据。法教义学解释始终以《婚姻法》及相关司法解释的条文为依据，旨在透过法律解释得出结论；而最高法院对于贡献理论的采用，毋宁将贡献理论本身作为解释依据和大前提。

司法实践脱离法律文本的现象，在其它法律部门也存在，在婚姻法领域则尤为严重。这与婚姻法条文过于简单、婚姻法研究相对薄弱导致的对于规则和理论的双重饥渴有关。婚姻法学界流行数十年之久的“回归民法”运动，[12]以及近年来向英美婚姻法取经的尝试，都可以视为“解渴”的努力。但问题在于，诸多从民法或外国婚姻法引进的理论，往往会遭遇“水土不服”：一是在实践层面，造成不公正或不可欲的后果；二是在规范层面，与现行法不兼容，即所谓“天马行空”。最高法院对于孳息从原物理论和贡献理论的使用，就属于后一情形。

上述水土不服的对症药方，在于强调司法实践不应脱离现行法而一味追随“理论”，让天马行空的“理论”回归现行法，回归“以法律为准绳”的法治原则。但是，“理论”与现行法是否兼容，如何兼容，光有现行法的白纸黑字还不够，还有必要参考现行法的“使用说明书”——法教义学。[13]973对于如何在法教义学下驯化“理论”，从而使其从彼时的“天马”变成现行法下的“骏马”，以下从两方面予以说明。

#### （一）可行性

法教义学作为一种“运用法律自身的原理，遵循逻辑与体系的要求，以原则、规则、概念等要素制定、编纂与发展法律以及通过适当的解释规则运用和阐释法律的做法”，它的基本特征是尊重逻辑与体系，基本方法是形式推理。在法教义学下“驯化”理论，同样意味着对逻辑、体系以及形式推理的尊重。上文论及的最高法院在采用两种理论时对法教义学的种种违反，正好可以作为反面的示例：

就贡献理论而言，它与《婚姻法》第17、18条确立的婚后所得共同制的不符，与《解释二》第11条规定的投资收益归属的冲突，都是对体系的违反；而基于贡献理论认为，孳息一旦包含贡献就全部是共同财产，更是明显的逻辑矛盾。类似的，协力理论之所以水土不服，除了可能从台湾地区理论继受有误之外，也同样与忽视现行法的体系有关。

就孳息从原物理论而言，在《解释三》第5条的制定阶段，将它从帮助一个人对抗全世界的物权法，强行套用于职司二人世界关系的婚姻法，体系上已经很难说妥当；而基于（天然）孳息从原物理论得出法定孳息也是个人财产，逻辑上更说不过去。在第5条的适用阶段，既然“立法”层面的理论竞争已经尘埃落定，就不应再无视（代表立法决定的）条文文义而认为房屋租金等“孳息”不是孳息。这不仅有悖于形式推理，还是对体系的无视，尤其是

对概念的戕害：它相当于在物权法上的孳息之外，又无谓生造了一个婚姻法上的“孳息”。

## （二）必要性

尽管“理论”的“水土不服”应当也能够透过法教义学来医治，但如果这种水土不服不会造成实际的恶果，例如，如果“理论”对司法实践的影响只是个别的或总是消极的，那么听任或禁止其产生影响即可，仍不一定有必要求诸法教义学。之所以必要，是因为“理论”对于司法实践的积极、普遍影响——在这个意义上，本文的批评更像是对最高法院的“挑刺”——很可能才是常态。

这首先有历史背景的支持。回望历史，在刚刚告别的长达三十多年的立法时代，大量部门法规则付诸阙如，从海内外求索而来的各色理论，不仅广泛成为法律规则产生的知识基础和解释依据，在规则的空白处，它作为一种“权威”的话语也很可能时常成为法律的“替补”，被司法实践用以裁断案件，甚或被擢升为司法解释，具备“法源”的品格。展望未来，在即将（或已经）到来的法律适用时代，带有法教义学前缀的“理论”无疑更有希望成为这个时代的必需品。

其次，“理论”对于司法实践的影响，本质上诠释的是法官和学者之间、“法院和书院”之间的一种几乎无可避免的交流方式和互动渠道。这种交流和互动，完全是超越前述历史情境的。它不仅是法官和学者的职责分工不同、术业有专攻使然，甚至从法学院把持或垄断法学教育的那一天就命定了。对此，梅利曼所说的“课堂法”现象无疑是绝佳的注脚：昨日在大学课堂上讲授的理论，在今日或明日就很可能成为“一种徘徊于实在法之外的‘课堂法’”，从而“对律师、立法者、行政官员、以及法官的思考和产生深远影响”。

综上，在法教义学下驯化“理论”，从而使其能够在司法实践中发挥积极影响，不仅可行，而且必要。对于部门法学者而言，这意味着要以法教义学指导学术生产，以提供更多合格、“驯化”的理论；对于最高法院等实务部门而言，则意味着要在法教义学下遴选和驾驭“理论”，以免重蹈一味追随“理论”而脱离现行法的覆辙。

## 六、结语

在两年前开始写作本文的时候，笔者没有想到，对于夫妻个人财产婚后孳息归属这样一个比较法上“古”已有之，我国立法、学说和司法上也都争论了十多年的老问题，相关司法解释在司法实践中居然近乎是一个无用武之地的“屠龙术”。笔者更没有想到，这样一个不起眼的婚姻法领域的制度争议，居然可以如此生动而丰富地展示，“理论”对于以司法解释的制定和适用为代表的司法实践有何等重要的影响，而法官们在追随和抉择“理论”时又处在何等尴尬的境地：他们虽然倚重理论，并且不乏理性判断，但往往无法超越理论，因而更像是各色现成理论的“消费者”，即使对理论有所挑剔，大体上也只是非此即彼的选择，“矮子”里面拔“将军”。

由于以上两层没有想到，本文在部门法或法教义学层面的结论——夫妻个人财产的婚后孳息一律是夫妻共同财产——在司法实践中或许很少（至少不会经常）派上用场；但本文在部门法哲学层面的结论——当下司法实践忽视现行法一味追随而无法超越理论——以及据此引申的应当在法教义学下“驯化理论”的主张，却可能超越繁复的司法实践和频繁的立法变迁，成为这个时代的法学史和法制史的一个片段。

当然，本文的观察未尝没有局限。由于孳息归属并不牵涉明显的价值冲突或利益衡量，因此本文最终与以下问题擦肩而过：当“理论”与公平、政策或其它价值共存或角斗时，“理论”对于司法实践还能产生何等的影响？这是本文作为个案分析的遗憾，甚至还可能构成对本文结论的限定，即只有当价值缺席时，“理论”才说了算。当然，这一限定也未必能够成立。至少初步来看，即便价值在场，“理论”的影响也不容小觑：在婚姻法领域，这有通行数十年的夫妻个人财产转化规则主要因违反民法理论即遭废除为证；在民法其它领域，也不乏例证。而一位局内人，还曾有过大意如下的感言：“最高法院的司法解释和案件，通常都还是站得住的。要么是有理论支持，要么是有利益衡量。”本文以此收尾，并期待它成为进一步研究的开场。

## 形成权基本理论研究

2014年8月17日 法学中国 申卫星 清华大学法学院教授，博士生导师。

本文原载梁慧星主编：《民商法论丛》第30期。篇幅原因，略有删减。

私权的分类及形成权概念问题的引出

德国著名学者埃米尔·泽克尔在其名著《民法上的形成权》一书，以其创造性的文字第一次提出了形成权概念，并系统论述了形成权的发生、变更、让与和消灭等问题，被称之为形成权的发现人。所以，对泽克尔关于形成权的研究成果进行评介，可以说是研究形成权必不可少的基础性工作。

泽克尔（Seckel）对形成权的研究是从权利的分类开始的。泽克尔在其《民法上的形成权》一书中指出，我们当今的法律思想为权利概念所统治、所支配，据统计《德国民法典》使用“权利”一词达850次之多。而人们对权利的认知一向是通过对权利的分类来进行的，所以看一看民法的教科书，关于权利分类的章节比比皆是，就不足为奇了。私权可以按照客体、主体和内容的不同分为不同类型的权利，以便人们根据不同权利类型确定其效力。

然而，在当时的私权分类中却始终有一组权利常常为人们所忽略，例如解除权、终止权、撤回权、撤销权、离婚权、婚姻关系撤销权、诉请确认婚姻无效的权利、拒绝继承和遗赠的权利、继承接受权、要约受领人对要约的受领权、要约受领人的拒绝权、第三人利益合同之第三人的拒绝权、特留份的放弃权、抵销权、提存权、违约金增减请求权、选择之债的选择权、买回权、先买权、狩猎法、渔业法和矿业法上的先占权，等等。



泽克尔总结认为，这些权利的共性有二：一是，他们通过私法意义上法律行为的意思表示（有时需要借助于国家行为，有时不需要）来行使权利；二是，这些权利的内容不是对其客体现时的直接支配，更多的是一种使权利人能够单方面设定、变更或者消灭特定法律关系的力量。一句话，即形成一定法律关系。这种权利类型与其他权利有着本质的不同。如果说这种权利的行使是为了设定一种支配权，那么这种权利构成了将要被设定的支配权的预备（先期）阶段（Vorstadium）。泽克尔由此得出，这种权利类型是当时的支配权与请求权二分法权利体系所无法统摄的。

虽然在《德国民法典》中对于此类性质的权利明文加以规定仅为少数，例如，先占权、撤销权、排除权、确定权、终止权、解除权、先买权、选择权、撤回权、买回权等具体权利，但对于这样一组个性鲜明的权利群，其上位概念的付之阙如，激发了富有思辩和创造爱好的德国学者们对这类权利进行命名的巨大热情。

当然，形成权创立的最主要动因是基于当时德国正在进行的实体法与诉讼法的体系划分，在此过程中，人们认识到有这样一类权利无法为支配权、请求权这些当时的权利类型所包容，而如何对这类权利的法律地位及法律效力加以体系化，成为当时法学需要研究的重要问题。我国台湾学者林诚二教授更是认为，形成权理论的发展，究其实质，乃是原欲求此一权能与诉讼法有关联性存在，使得诉讼法上的形成之诉有实体法的依据。

## 二、“形成权”概念的演变与诞生过程

1958年德国著名法学家汉斯·德勒在德国法学家第42届年会上发表题为“法学上的发现”演讲时称，如其所见无误的话，形成权发现的基础是由埃内克策鲁斯（Enneccerus）奠定的。实际上这一结论并不准确，1889年埃内克策鲁斯在其《法律行为》一书中所提出的，其后经尼佩代（Nipperday）所确定和发展的取得权能概念，是包含了期待权在内的形成权或变动权。

最终泽克尔在其名著《民法上的形成权》中建议，将这一颇有争议的权利称之为形成权。之所以称之为形成权乃是因为泽克尔认为，这一称呼是与其所指称的这些权利的特性相吻合，即它们的作用都在于形成一定的法律关系，而这一点又恰恰是其他任何类型权利群所不具有的特征，足以使其与其他权利类型相区别。也就是说，这一称谓说出了它与其他权利类型所不同的独有特征。

这一称谓还有一个优点，它不像齐特尔曼所主张的“法律上能为之权”（Rechte des rechtlichen Könnens）概念那样罗唆，形成权（Gestaltungsrecht）则很方便称呼。而且在语言学上形成权（Gestaltungsrecht）也有很强的形成能力，可以扩展形成许多相关的词汇，如形成权人（Gestaltungsberechtigter）。再有，这一称呼也与当时德国诉讼法上刚刚出现的一个重要词汇“形成权利的判决”（rechtsgestaltende Urteil）相对应。泽克尔说，他更愿意称其为“形成判决”（Gestaltungsurteil），这种判决往往是与实体法上的形成权紧密相连的。正是由于以上原因，形成权的概念一经泽克尔提出，便为人们所普遍接受，并广为利用，泽克尔也遂因此而成名。

德国著名法学家汉斯·德勒对泽克尔的形成权概念给予了很高的评价，在1958年的德国第42届法学家年会上，称形成权概念的提出为“法学上的发现”。汉斯·德勒认为形成权概念的提出，扩张了权利的范畴。因为，在泽克尔提出形成权概念之前，长期以来，法学者已习惯于将法律上所承认的具体权利主体的权能，定性为支配权或者请求权，并且依照这种分类原则来决定其结构，其绝对性或相对性，其所包含的“能为”与“得为”，其行使或者主张的法律效果、界限等其他问题。而形成权的提出使人们认识到除了支配权和请求权外，尚有其他重要权利类型存在，由此扩张了人们的研究视野。

我国台湾学者林诚二教授认为，形成权的发现，使仅须单方意思表示即可发生得丧变更的法律现象获得了类型化的弥补。德国法学家汉斯·德勒更是进一步指出，形成权此一类型的发现，增进了我们对法律现象的认识，使权利的系谱更加完整，使我们能够借助在更完整的体系认识和正确理论问题的提出上，运用更加丰富多彩的法学形式要素，更加妥帖地规律社会生活。

## 三、形成权的含义与特性

### （一）形成权的含义

私法上的形成权乃是一种私权，其内容是可以单方法律行为形成一定法律关系的力量。形成权系赋予权利人得依其意思而形成一定法律效果的法律之力，相对人并不负有相对应的义务，只是受到拘束，须容忍此项形成及其法律效果。所谓形成一定法律关系，无非是指设立、变更或者消灭一定法律关系。

因形成权的行使而受到影响的法律关系会是各种各样的，可以是一种支配权和请求权（以及与其相关的约束、负担、义务和责任）；也可以是一种形成权，比如，对以先买权为基础而建立之合同的撤销权；也可以是一种权力或负担，例如，期限指定权和清偿权行使后的效力。

有时，形成权的行使涉及到的不是一种法律关系，而是一种法律存在（法律主体），这在私法上很少见。例如按照《德国商法典》第309条规定而产生的股份有限公司的消灭和按照《德国民法典》第41条规定的财团的自动解散。

形成权行使的手段是基于法律行为而进行的单方意思表示。这种单方法律行为可以是生前法律行为，也可以是死后法律行为。对于其效力的判定有时须结合一定的国家行为（如形成判决、对管辖权发生争议的形成决定等），有时则无须国家行为的介入。

形成权概念并不限于私法领域，公法领域的形成权也发挥其重要作用，甚至有时比在民法领域的作用更有意义。公法性质的形成权和行政形成权在德国的私法法规和法规中也能找得到，例如，《德国民法典》第43条和第73条

规定了因社员大会的违法决议或董事会的违法行为或者因社员人数的不足等情形下，对社团权利能力的剥夺权，第87条规定的因财团目的不能完成而对财团的废止权，再比如，对父母的亲权中的个别权利在特定情况下的剥夺权和重新授予权等，也属于公法性质的形成权。这些公法性质的形成权在私法领域也发挥着重要的作用。

## （二）形成权性质的争议

### 1. 形成权是一项权利，还是什么所谓的“可能性”（Möglichkeit）？

有学者认为，形成权只表现权利变更得丧的可能性，具有手段的附随性质，换言之，形成权多在法律关系中附带的存在，因其行使，然后才形成权利的发生、变更或消灭效果。即使承认它是一种权利，也与一般所谓权利不同，乃是一种“权利变动的权利”或“法律上能为的权利”而已。更有人认为，所谓“形成权”以一方之意思表示即生法律效果，并不须有相对的义务人存在，任何人亦不可得而侵害之，且不能离开其所附属的法律关系而单独转让，谓为权利，毫无实益，因之，完全否认其有权利性质，而目为个人所具之某种法律上地位。对此，韩忠谟先生认为，持平而论形成权究不失为法律上所赋予之力，个人得因此而实现其生活利益，纵有从属的及绝对的性质，但权利之有从属性及绝对性者，比比皆是，我们当然不能因此而否认其为权利，最多只能说形成权是一般权利变动的手段，居于“次级权利”（sekundäre Rechte）的地位而已。

### 2. 形成权是一项权能还是一项权利？

我国台湾学者林诚二教授认为，支配权、请求权、形成权和抗辩权本身，虽称之为权利，究其实质并非权利，而是一种权能，即权利产生的作用。只是因学理上方便而称之为权利。诚如林诚二教授所言，支配权、请求权、形成权和抗辩权这四项权利就是按照权利作用的不同而进行的划分，所谓权利的作用，无非就是指权利的效力。所以，支配权、请求权、形成权和抗辩权就是权利的四种不同效力，也即权利的四项不同权能而已。支配权乃是物权、人格权和知识产权等绝对权所共同具有的权利人对权利客体直接支配的权能。至于请求权更是一项明显的权能，对于债权而言，我们知道债权具有请求权（能）、受领权（能）、保有（能）、处分权（能）、执行权（能）、私力救济权（能）等不同权能，请求权不过是债权的一项核心权能而已；对于物权而言，物权除了占有、使用、收益和处分等权能外，物上请求权则是物权的一项救济权能。抗辩权由于是对抗债权请求权的权利，因此，抗辩权实质上也是基于其相应的特定债务人的法律地位而享有的一种权能。如，同时履行抗辩权是双务合同债务人基于其对待给付地位而产生的抗辩权能，先诉抗辩权则是一般保证人基于其补充债务人的法律地位而享有的抗辩权能，而时效届满抗辩权则是债务人基于其不完全债权债务关系而产生的抗辩权能。

诸如追认权、选择权、撤销权、解除权、终止权等形成权则是法定代理权、所有权或某些特殊债权的形成权能而已，权利人是基于代理权、所有权或特定债权才享有的创设、变更或消灭一定法律关系的形成力。例如，父母对限制行为能力的子女所从事的法律行为的追认权，就是其法定代理权的表现；所有权人对无权处分人处分行为的追认权则是所有权处分权能的表现，债权人行使的选择权、撤销权、解除权或终止权都是基于其债权人地位而产生的特殊权能而已。

但拉伦茨教授认为，看一个法律地位是“权利”，还是“权能”，要看它的独立转让性以及或多或少依它的重要性来决定。并指出，形成权和期待权就是在最近十年来已从单纯的权能或“法律地位”发展成为一种权利。

笔者认为，形成权并非是一个独立的权利，而是一种权利类型，是一个集合概念，它所反映的这类权利的性质，即追认权、选择权、撤销权、解除权等具体的形成权确实是一种权能，但形成权本身是对所有这类权利的共性的描述。正如泽克尔所言，即使此等权能在个别现象之间存有差异，但仍足以构成一个新的权利类型，基本上应适用同一原则。这才是泽克尔的真正发现。

对于这一点，就是认为形成权乃是一种权能的林诚二教授也认为，形成权理论自泽克尔提出以来，民法实例上常赖形成权之制度设计，使权利或法律关系得以迅速确定，复杂的法律关系得以单纯明了。正是由于形成权概念的提出，使得具有形成权能的各种纷繁复杂的权利聚合在形成权这杆大旗之下，突出了这类权利的最主要特征和效力——依权利人单方意思表示而形成一定法律关系。随着形成权在现代权利体系中其重要性的日益增强，形成权独立地位之确立自然也就是顺理成章的事情了。

### 3. 如何区分单方民事法律行为与形成权

民事法律行为作为最为重要的一种民事法律事实，其主要功能即在于创设、变更或者消灭一定的民事法律关系，这一点与形成权的形成功能相吻合，且形成权的行使往往是以单方民事法律行为进行的，所以，单方民事法律行为与形成权这种以单方意思表示而使法律关系发生变动的权利极易发生混淆。

有人认为，诸如遗赠、报价、设立基金等单方法律行为本身体现的就是一种形成权。对此，形成权的创立人泽克尔曾针对这种想法明确指出，既然形成权是一项私法上的权利，那么任何一项形成权都应满足私权概念的一般要求。按照私权应具有法律所赋予的力量要求，诸如报价“权”、设立基金“权”、通过合同直接赋予第三人以债权等所谓的“权利”，根本就不是权利，更遑论什么形成权。任何一项权利都是一项优先于他人的权利，都具有一种他人所没有的力量。而任何人都能做到的，就不是一种力量。一项真正的形成权自然应具备私权的一般特征，并且在实践中毫无疑问要在各个方面与其他私权同样对待。

德国特里尔大学的阿多迈特（Aomeit）教授更是主张扩张形成权概念的范围，认为既然当事人可以基于合同自由而创设、变更或者消灭一定法律关系，所以依据合同自由原则通过法律行为创设一定权利本身就是一项形成权，

并认为形成权不仅仅限于单方法律行为，通过双方法律行为变更一定法律关系的能力，也是一种形成权。对此，笔者反对将形成权如此泛化，否则形成权存在的就没有意义了。另外，形成权的概念必须权利的一般概念相结合，而不应仅仅是一种可能性即可构成形成权，诚如泽克尔所言，人人都能做到的本身就说明这不是一种权利。

### （三）形成权的特性

1. 不可抗拒性。形成权最主要的特征在于，依权利人的单方意思表示即可使既有法律关系发生变动，作为形成权的相对人是没有能力可以抗拒这种变化的。对于形成权的行使，相对人无须协助，也不存在所谓的不作为义务，他所能做的就是任由形成权人行使其权利，并无条件地承受形成权人对法律关系进行改变的法律后果。

2. 无被侵害之可能。形成权没有我们所说的客体，而仅有内容，即依其单方意思表示即可使法律关系发生变动的能力。所以，形成权在未行使时仅为一抽象的权利，他人无从侵犯，而形成权行使时又无须他人的协助，所以形成权无论其存续还是行使都不存在被侵害的可能性，并非侵权行为的客体。

3. 无相对义务观念存在。私法关系中一般都是权利与义务相对应的，有权利的亦有义务的一面。然而，对于形成权是个例外，形成权所对应的相对人并不负有任何义务，不论作为还是不作为义务。形成权依其性质，仅须经由权利人一方的意思表示即可使法律关系产生变动，并不需要义务人的介入，因此无相对义务观念存在。

### （四）形成权相对人的法律地位——法律上的拘束（rechtliche Gebundenheit）或屈从（Unterwerfung）

通过以上对于形成权特性的讨论，我们知道形成权乃是一个无相对义务观念的权利，那么形成权相对人的法律地位若何？

德国著名民法学家拉伦茨教授指出，形成权相对人在法律上所承受的负担并非法律义务，而是一种法律上的拘束。即当形成权人行使解除权或终止权之类权利使法律关系或权利发生改变时，形成权相对人就必须允许其发生变化。法律对形成权相对人的“拘束”体现在，当对方当事人基于形成权将对法律关系的变化强加给他时，他所能做的只是必须接受这种法律后果。

这种所谓的法律上的拘束与法律义务（Rechtspflicht）明显不同。法律义务则是指法律制度作为一种规范命令使人承担的特定应为（Sollen），义务可以是针对特定行为的作为（Tun），也可以是不作为。而法律上的拘束，德国学者也称之为容忍义务（Duldungspflicht），但这种容忍义务不同于法律义务中的不作为。例如，针对所有权人的所有权，所有人以外的其他人都负有不得侵犯其所有权和不得妨碍其所有权的行使的义务，该义务作为一种不作为义务，属于法律关系内容构成之消极要素中的法律义务。但如果所有权人在其所有物上为他人设定一项限制物权，他在这种情况下受到的“拘束”是必须容忍限制物权人的某些行为，而他作为所有权人原来是不需要这样做的。这种容忍义务，它不仅仅是一项不作为义务。所有权人不仅负有不实施某种特定的行为的义务，而且更对此负有容忍义务，即当限制物权人对物进行合法利用时，所有权人不得阻止并让它生效。此种义务表现为法律对其的拘束，而并非仅仅是作为。

对于容忍义务与不作为义务的不同，德国著名民法学家冯·图尔教授说的好，“对于容忍义务，从概念上看是指某人义务不提出反对或异议，但这种反对或异议他本来是有权提出的”，而对于不作为义务则是“对于某人的一个行为，他本来就不能或不允许阻止，就更无所谓容忍了”。

从另外一个方面笔者认为，如果我们说相对于作为义务而言，不作为义务属于消极的义务的话，那么这种法律上的拘束或者我们称之为“容忍义务”的就更为消极。那种不作为义务是指义务主体不去做法律规定或当事人约定所禁止的行为，而这种容忍义务不是指义务主体自己不去做什么，而是权利人依法或依约做了什么，他要无条件地接受，要容忍权利人这样做而不得反对或提出任何的异议。由此可见，这种法律上的拘束更为消极。

正是由于形成权相对人所负担的这种所谓“容忍义务”的特殊性，我国学者张俊浩教授曾称，形成权是没有义务与之对应的权利，但他同时也指出，如果把这种义务的内容理解为尊重，那么似乎也可以认为有义务与之对应。显然，此义务非彼义务！

德国学者伯蒂歇尔（Bötticher）在论述形成权之相对人的这种特殊义务——法律上的拘束或容忍义务时，则精辟地使用了屈从（Unterwerfung）一词。他就此论述著作的名字就是《私法中的形成权与屈从》。

葡萄牙著名民法学者 CarlosAlbertodaMotaPinto 则在此基础上进一步将法律关系中的权利分为本义的权利和形成权，法律关系中的义务分为法律义务和屈从。本义的权利是请求或期望他人作出或不作出某种行为的权利。本义的权利有债权、物权、人格权、亲属权以及期望权等。本义权利之对方当事人所负有的是法律义务——即作为义务（拉丁文：facere）或不作为义务（拉丁文：nonfacere）。法律义务是实现法律关系中权利人有权要求的行为之必须性（或约束）。法律义务相对于本义权利。在这种义务中，义务主体尽管可能受到制裁，事实上仍可不履行义务。法律规定承担法律义务之人要遵守特定行为，对于故意或因过失而不履行义务之人，法律将适用法定处罚。形成权则相对于屈从（sujeição），屈从意味着对方必须承受权利人行使权利后，强加于其权利义务范围的后果。屈从者，不可抗拒之必须状况，受约束之人必须承受形成权人行使形成权后强加其权利义务范围的设立、变更或消灭等后果。对于形成权，屈从是一枚钱币的另一面。屈从有别于法律义务，它是一种不可抗拒的必须性。屈从者不得违反其状况，它一定要承受形成权行使后所产生的结果。

综上所述，显然这种法律上的拘束或者屈从不同于传统意义义务，也是传统意义上的义务概念所无法涵盖的。因此，对于法律关系中的义务类型确有详加区分和细化研究的必要，特别是这种相对于形成权的法律上的拘束或者

屈从概念的提出，对于我们关于法律关系内容的传统认识是一个很大的冲击，应引起我们的充分重视，相信这一概念的提出和应用对于丰富法律关系的内容具有非常重要的意义。

#### 四、形成权存立的合理性

形成权的效力如此强大，仅须依权利人自己一方之意思表示即可使既有法律关系发生得丧变更的法律后果。为此，林诚二教授称，形成权乃私法上之利器，威胁法律关系的稳定。但法律何以赋予形成权人如此强大之效力，使得无须形成权之相对人的同意即可使法律地位发生变迁或丧失殆尽？因此，形成权类型的确立必有其合理根据。

形成权的合理性根据有二：一是，这种合理性存在于相对人事先表示过的同意中，如事先在合同中约定了一定条件下的解除权，既然同意，就要服从形成权人的单方法律行为，并接受由此而带来的法律后果；二是，这种合理性来源于法律的规定。法律之所以如此规定，原因也不尽一致，如对因欺诈或胁迫而订立的合同，受欺诈和胁迫的当事人之所以可以行使撤销权，乃是为了保护表意人的真正意思表示；而法定解除权则在于反映可归责于他方的给付困难；法律对合同终止权的规定，目的在于使当事人相对容易接受那些无限期的或受到干扰的长期债务关系的约束；而抵销权则可以避免不必要的给付和对待给付，以简化给付的过程。可见，形成权的存在一般都应具有合理性，非凭空而强加于形成权相对人的。

有人认为，赋予权利人一种单方面上的形成权意味着对债法上合同自由原则的偏离，因为形成权相对人的法律地位被改变了，虽然他自己并没有通过法律行为参与这种变更行为，却必须接受他人作出的决定。也有人称，形成权使合同的实质原则遭受瓦解。对此，德国学者伯蒂歇尔（Bötticher）则认为，这种瓦解只有当形成权源于法律规定时才会出现。如果形成权源自于合同，则属当事人意思自治原则，自无所谓瓦解。不管怎样，形成权使一方当事人有权依其单方之意思表示而干预他人的法律关系，所以形成权的行使必然会对形成权相对人的利益造成影响，因此如何保护形成权相对人至为重要。

为了保护形成权相对人，并维护法律关系的明确与稳定，各国法律一般对法定形成权的构成，都设有严格的条件，并规定形成权的行使应受到以下方面的限制：

1. 形成权的行使原则上不得附条件或期限，以避免置相对人于不确定的法律状态。（我国《合同法》第99条第2款规定，当事人主张抵销的，应通知对方。通知自到达对方时生效。抵销不得附条件或者附期限）；
2. 行使形成权的意思表示一旦做出，不得撤销。
3. 因形成权人的不当行使而造成损害的，形成权人负有损害赔偿责任。

#### 五、形成权的分类

形成权是一个集合概念。形成权乃是一个具有形成作用的各种不同权利的集合名词，它们以通过单方意思表示即可使既有法律关系发生变动这一共同特征而统领于形成权概念之下。所以，形成权的具体类型形形色色，范围很广。从不同角度可对形成权做如下的分类：

##### （一）设立性形成权、变更性形成权、消灭性形成权

形成权按照其行使对涉及到的法律关系所产生的效力的不同，可以区分为设立性形成权、变更性形成权、消灭性形成权。

1. 设立性形成权（Begründungsrecht），即因形成权的行使而创设一定法律关系的形成权。例如，对无主物的先占权、亲权的重新获得权、出典人对典物的回赎权、先买权（如《民法通则》第78条第2款规定的按份共有人对其他共有人出让份额的优先购买权、《合同法》第230条规定的承租人的优先购买权、《合伙企业法》第22条规定的合伙人对于其他合伙人转让出资的优先受让权）、追认权（如《合同法》第47条规定的法定代理人对限制行为能力人所从事法律行为的追认权、《民法通则》第66条和《合同法》第48条规定的被代理人对无权代理人的追认权、《合同法》第51条规定的真正权利人对无权处分人处分行为的追认权）。

2. 变更性形成权（Änderungsrecht），即因形成权的行使而使既有法律关系发生变更的形成权。例如，选择之债中的选择权、损害赔偿权人多种救济方法的选择权（《合同法》第122条）、定金和违约金并存时适用何者的选择权（《合同法》第116条）、给付确定权、通知到期权（使未到期的债权转化为到期之债）等。

3. 消灭性形成权（Aufhebungsrecht oder Vernichtungsrecht），即因形成权的行使而使既有法律关系消灭的形成权。例如，撤销权、抵销权、解除权、终止权、免除权、离婚权、主张婚姻无效权、继承抛弃权等。这种形成权最为典型，也是最常见的形成权类型。

这种分类最棘手的问题是，对于有些形成权，其之行使既设立一种法律关系，又消灭一种法律关系。如合同解除权的行使，既消灭了合同的效力，同时就已履行给付的返还又产生了一种新的债权债务关系。

##### （二）不影响他人的自我行动型形成权和影响他人的侵入型形成权

根据形成权的行使是否会侵入他人领域影响他人的利益，形成权可以分为不影响他人的自我行动型形成权——自我行动权（Zugriffsrecht）和影响他人的侵入型形成权——干涉权（Eingriffsrecht）。

有些形成权的效力仅限于形成权人自己的领域，根本不涉及他人的法律领域，最多会反射地影响他人。这种形成权我们可以称之为自我形成权（Eingestaltungsrecht）。这种形成权行使的结果大多导致权利的取得，如对无主物的先占权、继承接受权等即是。此类形成权泽克尔称其为 Zugriffsrecht，暂译为自我行动权。我国台湾学者黄立教授认为，物权人行使的抛弃权，原则上无须他人协助即可进行，他人也无从协助，是为不影响他人之形

成权。但笔者认为，抛弃权仅为所有权人的一项权能（处分权能），非形成权也。

大多数形成权的行使都会直接侵入他人的法律领域，影响他人利益，因此对应地被泽克尔称之为干涉权（Eingriffsrecht 或译为侵入权），这种自我行动权和干涉权的划分，为形成权构建了两个互不重叠的领域。这与前面的分类相比，具有一定的体系上的优势。

这种影响他人的侵入型形成权—干涉权（Eingriffsrecht）为形成权之常态，实践中也最常见，它又可以进一步分为以下四种：

1. 于己纯粹获益的干涉权。这种干涉权的行使对形成权人没有任何损失，有利于自己，不利于他人。例如，对无息贷款的终止权、给付减低权、物权性负担的撤销权、单务债权债务关系的撤销权（撤销人是其中的债务人）。这种形成权的行使就像限制行为能力人的纯获利益行为一样。

2. 于己无益的干涉权。这种干涉权的行使仅有利于他人而不利于自己，往往会对形成权人造成一定的损失。例如，债务免除权、对无负担遗赠的拒绝权、对基于第三人利益合同产生的权利的拒绝权、受赠人对赠与的撤销权、对有利于己的物上负担的单方撤销权等。

3. 得失互见的干涉权。这种干涉权的行使是在形成权人和相对人之间进行的损失与损失的互换，对形成权人自己和他人的法律领域有着不利和有利相互影响的法律效果。双方当事人，一方丧失了权利，另一方也丧失了权利。一方产生了义务，另一方也产生义务。例如，双务合同的撤销权、抵销权、离婚权。

4. 中立的干涉权。这种干涉权的行使对自己的法律领域没有任何影响，既没有好处，也没有坏处。例如，第三人的确定权、法定代理人未成年人从事法律行为的许可权。等等。

### （三）单纯形成权、形成诉权与形成反对权

根据形成权的行使方式的不同，形成权可以分为单纯形成权、形成诉权与形成反对权。

#### 1. 单纯形成权

现代民法所规范的形成权，通常是由形成权人以单方意思表示进行，当相对人了解，或到达相对人时发生效力。无须强制执行，也无须求助于法院，一旦形成权人依法正确实施即发生相应的法律效力。当然这仅限于形成权本身，而不及于其接续下来的请求权的行使。若请求权的行使，仍须借助于法院。此时，形成权的效力乃是请求权的前置问题，可由法院一并加以审查。这种常见的普通形成权在德国法学界被称之为单纯形成权。

#### 2. 形成诉权

形成诉权是指权利人必须以向法院提起诉讼的方式来行使，并通过法院的判决来确定其效力的形成权。如对因重大误解而订立的或显失公平的民事行为的变更权和撤销权（《民法通则》第 59 条、《合同法》第 54 条第 1 款）、债权人撤销权（《合同法》第 74 条）、违约金数额增减请求权（《合同法》第 114 条第 2 款）、婚姻撤销权（《婚姻法》第 11 条）。这类形成权被称之为形成诉权，相应地，行使这类形成权的诉讼被称为形成之诉。

一般意义上形成权的行使通常无须借助于法院，法律之所以规定此类形成诉权须通过诉讼进行，一方面是因为这些形成权诉权的行使对相对人的利益影响巨大，须由法院居中裁决，方能保证其结果的公平；另一方面是为了使形成权的行使得到控制，避免在形成行为是否有效问题上出现不确定性。特别是在行使形成权必须具备特定理由的情况下，就会出现这种不确定性。而通过具有既判力的判决，形成行为才能发生效力，那么这种不确定性就可以避免了。德国著名民法家梅迪库斯称，这种形成诉权在德国主要出现在亲属法和公司法领域，因为在这两个领域的上述不定期性尤其令人无法忍受。其实，准确地说上述两个领域，一个充满着不确定性，一个则事关重大，因而都不得不增加司法成本，借助于判决以求公正和妥当。

#### 3. 形成反对权

在有些情况下，法律赋予形成权相对人可以对形成权人行使反对权，以使其形成权的效力一定程度上不起作用。这种权利是形成权的一个特殊种类，其作用在于消除或者修正他人形成权的法律效力，被称之为形成反对权。例如，针对出租人对租赁合同的终止权，承租人在一定条件下可依法行使异议权。根据《德国民法典》第 574 条第 1 款规定，如果出租人终止租赁合同将会对承租人及其家庭或者其他亲属造成的困难，大大超过了继续租赁给出租人造成的困难的话，那么承租人对出租人的终止提出异议，并向其请求租赁关系的继续。于此可见，出租人提出终止租赁乃是行使其形成权，而承租人合理的异议权会使出租人的终止权失去效力。这种对抗他人形成权的权利，即为形成反对权，也称形成抗辩权。

与普通形成权一样，这种形成反对权既可以通过一般的意思表示行使，也可以通过诉讼方式进行。相应地，前者可以被称为单纯的形成反对权，而后者则被称为形成反对诉权。

### （四）财产性形成权和身分性形成权

权利，依其标的的不同可以分为财产权和人身权。形成权依其形成标的的不同，亦可以分为财产性形成权和身分性形成权。财产性形成权又可以进一步分为债权性形成权和物权性形成权，身分性形成权依身分法所规定权利的作用的不同，可分为纯粹身分性形成权、身分兼财产性形成权。兹分述之如下：

1. 债权性形成权，是指该形成权的行使仅足以发生债权请求权的形成权。例如追认权，当法定代理人依法对限制行为能力人所从事法律行为行使追认权，将在限制行为能力人与其相对人之间形成一定的债权债务关系；如果被代理人对无权代理人的行为行使追认权的话，也会在被代理人与第三人之间形成一定的债权债务关系。同样，

先买权的行使也会在形成权人与特定出卖人之间形成债权债务关系，对租赁合同行使终止权，会在出租人与承租人之间产生租赁物的返还请求权。这些形成权也属于债权性形成权。

2. 物权性形成权，是指该形成权的行使足以发生物上请求权或者形成一定物权的形成权。前者如债权人撤销权，当债权人依《合同法》第74条规定对债务人无偿或以不合理之低价转让财产的行为行使撤销权后，债务人的处分行为因此而无效，根据我国主流观点否认物权行为，那么债务人在其转移给第三人的财产上产生了所有物返还请求权；后者如先占权的行使，就会使形成权人直接获得对无主物的所有权。

3. 身分性形成权，是指该形成权的行使足以影响身分上权利义务关系的形成权。如，婚姻无效撤销权（《婚姻法》第11条），非婚生子女认领权等即是。

4. 身分兼具财产性形成权，是指是以身分资格为前提而导致财产变动的形成权。如，对继承权的放弃是以放弃人为合法继承人为前提的，但该形成权的行使将使其丧失遗产的所有权，并使其他继承人或国家获得。这种形成权的行使虽是以身分资格作为前提要件，但由此而引起的财产上的变动才是法律规范的重点。

#### （五）原发性形成权和次生性形成权

根据形成权的发生是否依赖于其他权利，可将形成权分为原发性形成权（primäres Gestaltungsrecht）和次生性形成权（sekundäres Gestaltungsrecht）。

大多数形成权往往与其他的权利或义务紧密相联，所有的消灭性形成权、变更性形成权和某些特定的设立性形成权都具有这一特点。一般来说，这种联系体现在两个方面：要么这些与形成权紧密相联的权利（义务）的主体便是形成权人；要么这些与形成权紧密相联的权利、义务往往会因形成权的行使而被转让或被消灭。前者，如对未成年子女所从事的法律行为能够行使追认权的，往往是享有监护权的父母等法定代理人；只有合同关系当事人才能够行使解除权解除合同；后者，如因拒绝接受继承权的行使而使得本应由其继承的遗产转移给了其他继承人；解除权、终止权或抵销权的行使而使相应的债权消灭。一定意义上可以说，前面所举例子中的监护权或债权乃是追认权和终止权、抵销权、解除权、拒绝继承权这些形成权的母权。

但偶尔也能找到与具体权利、义务没有任何关系的形成权，例如先占权。这种形成权可以被称之为原发性形成权（primäres Gestaltungsrecht），这种原发性形成权很容易被忽视。与之对应，前面提到的形成权则可以被称之为次生性形成权（sekundäres Gestaltungsrecht）。

#### （六）独立的形成权和不独立的形成权

根据形成权与形成权人其他现有权利之间的关系，形成权可以分为独立的形成权（selbständiges Gestaltungsrecht）和不独立的形成权（unselbständige Gestaltungsrecht）。前者如先占权、买回权即是，后者如撤销权、解除权、终止权等。独立的形成权原则上可以自由转让，而不独立形成权的命运则与其主权利紧密相连，例如租赁合同中的终止权不能单独转让。

这一分类与上面的原发性形成权和次生性形成权的区分，并非完全等同。其中，独立的形成权可以是原始形成的，如先占权，也可以是派生形成的，由形成权人的先前权利的剩余部分组成，如买回权等重新取得权（Wiedererlangungsrecht）。

不独立的形成权是与其他权利或者消极的法律地位（义务、负担）联系在一起的，形成权可能是其他法律关系的组成部分，抑或仅仅是其他法律关系的附属物。这种联系或紧或松，联系最为紧密的形成权与主权利是不可分的，不能独立转让，甚至不能单独放弃，例如选择之债中的选择权、狩猎权和渔业权中的先占权，如若单独放弃，主权利或法律关系也就没有意义了。有些形成权虽然可与主权利的相分离而单独放弃，但这些形成权的产生至少其存在是依赖于主法律关系的。

#### （七）消极形成权与积极形成权

大多数形成权如撤销权、撤回权、解除权、终止权等均在于将形成权相对人的法律地位予以取消，由于此种负面效力，这种形成权往往被称之为消极形成权（negatives Gestaltungsrecht）。民法所规定的这种具有消灭权利作用的形成权最为常见，堪称是形成权的典型。

与此相对的形成权是旨在建立一定法律关系的形成权，如追认权、先占权、先买权、买回权等，此类形成权则被称之为积极形成权。

### 六、形成权的产生、行使、移转和消灭

#### （一）形成权的产生

形成权的产生要么是基于法律的规定，要么是基于法律行为。有些形成权现行法律没有规定只能通过法律行为设立，如买回权；有些形成权则只能基于法律规定而产生，如抵销权、撤销权等，当事人不可凭空创设；有些则不仅要基于法律的规定，还要通过法律行为才能设立，如终止权、解除权、撤回权、先买权等。通过法律行为而设定形成权要么是一项处分行为，要么是类似于负担行为，如债权性的先买权。

值得研究的问题是，人们是否可以在法律规范的形成权类型之外设定新的形成权，即形成权是否也像物权一样是一个封闭的体系？对此，学者们更倾向于形成权不是一个封闭的体系，至少在债法领域应允许人们私下设定新类型的形成权，如优先承租权（Vormietrecht）、优先用益租赁权（Vorpachtrecht）、优先役权（Vordienstrecht）等等。

## （二）形成权的行使

### 形成权的行使主体

形成权的行使主体一般为形成权人，无特定身份要求的形成权也可以由其代理人行使，甚至特定情形下还可以由与形成权人处于相同地位的其他人来行使，即对形成权同样具有处分权或处分能力的人，如在表见债权让与场合，表见受让人在获得债权的同时，也会获得随同债权一并转让的形成权，成为表见形成权人。

有时形成权人并非一人，这时会出现共同形成权人。共同形成权的产生可因共同关系而自始产生的，也可能是最初的单独形成权因其法律地位向多个继受人的移转而转化成共同形成权。共同形成权的性质取决于该形成权所赖以产生的法律关系。例如，执行义务的合伙人或者丈夫作为共同财产的主要负责人，若被欺诈了的话，全体合伙人或者全部家庭成员共同享有对该行为的撤销权；而按份共有人因其共有物被强卖，每个共有人分别就其份额独立地享有撤销权。

对于多人享有的个别共同形成权，特别是解除权、买回权、先买权等形成权由多人享有的，应由共同权利人作为一个整体来共同行使。对于解除权，若其中某一个形成权人行使了解除权，那么其他共同解除权人的解除权随之而消灭。但是在这种情况下，对于买回权和先买权则始终是粘附在一起共同行使。

### 2. 行使形成权的义务

通常而言，形成权作为一种权利，是否行使完全听凭权利人的自由意志。但有时某些形成权的行使事关国家利益时，例如，对于作为债务人的破产企业任意低价处分其财产，作为国有企业的债权人则必须行使《合同法》第74条规定的债权人撤销权，以保国有企业财产。

### 3. 形成行使的方式

按照形成权的概念，我们知道，形成权的行使是通过单方法律行为进行的，这种单方法律行为一般是私法上的处分行为，所以要求行为人具有行为能力和处分能力。有些形成权的行使除了权利人的出行为外还要借助于国家行为，例如我国《合同法》第54条规定的合同变更权和撤销权、第74条规定的债权人撤销权以及我国《婚姻法》第11条规定的婚姻撤销权。

行使形成权的行为（简称形成行为），通常是没有形式要求的。但有的形成行为必须以明示的方式做出（《合同法》第47条和第48条规定的追认权、《继承法》第25条第2款规定的受遗赠的接受），有的则是默示即可（《继承法》第25条第1款规定的继承放弃权）。对于形成诉权则必须以起诉的方式通过人民法院来行使形成权。

虽然形成权的行使一般无须相对人的协助，仅凭权利人的单方意思表示即可完成，但对于大多数形成行为而言，都需要相对人的收到，即需要为相对人所了解或者到达相对人，方可生效。但有些形成权则无须相对人收到，例如对非婚生子女的认领权等。一般形成权的行使仅须意思表示即可，但对于形成权除了要有意思表示外，还需要有相应的事实行为。通常的形成权都可以由他人代理行使，但对于具有高度人身依附性的婚姻法和继承法上的形成权一般须亲自行使方可，例如遗产的放弃权、婚姻的撤销权、非婚生子女的认领权等。形成行为既然是一项法律行为，其行为有效与否自然亦受到法律行为生效要件的调整，例如因胁迫和欺诈而形成的形成行为，形成权人可以撤销使其失效。

## （三）形成权的移转

形成权的移转是一个令人头痛的问题，下面分别从形成权的可继承性和可转让性予以说明。

形成权的可继承性。在形成权的移转方面，形成权的可继承性相对的简单。形成权通常具有可继承性，如针对法律行为的一般撤销权、终止权、买回权、共同继承人的法定先买权、先占权、抵销权、继承人或受遗赠人的遗产放弃权等。不可继承的形成权是例外，但却也经常存在这样一些例外，例如，婚姻撤销权、约定的先买权、赠与人的撤回权等。

2. 形成权的可转让性。形成权是否能够转让不可一概而论，大体上可分为以下几种情形：

1) 不能转让的形成权。具有高度人身性的形成权（höchstpersönliches Gestaltungsrecht）是绝对不能转让的。例如，赠与人的撤回权、具有人身性的亲属权的撤销权、家庭财产权的重新获得权、主张婚姻无效的撤销权等。

2) 不能独立转让的形成权。有些形成权则是基于其性质不可转让，所有与其他法律关系联系在一起的形成权都缺乏这种独立的可转让性。例如，终止权、给付确定权、选择权、第三人利益合同中第三人的拒绝权、过重给付的降低请求权、违约金增减请求权等等。这些形成权只能同与其相联的债权或者债务一同转移。如果主法律关系被完全移转给受让人，那么不独立的形成权也必然要与主法律关系一起移转。

3) 可独立转让的形成权。可独立转让的形成权不多，能列举到的例子有：约定的先买权，可以基于当事人特别的允许而转让（这里对物权性的先买权有争论）；如无相反约定，买回权始终可以转让。

## 获外国居留权后的户籍与居住证问题

2014年8月20日 上海法治报 袁发强

### —摘要—

□国籍变更后，即不再是法律意义上的“中国人”，不再纳入中国人口统计信息和家庭基本信息的管理范围。要求注销户口是为了真实反映人口统计信息的需要，也表明国家不再需要对其承担义务。这正是公安部严肃户口管

理、出台举报方式的原因之一。

□ 由于我国过去只有户籍制度，没有居住证制度，很多政策、文件规定以户口为标准，导致持有我国绿卡的外国人在子女教育、社保福利、购买住房、医疗养老等方面无法享受到与当地入相同的国民待遇，需要进一步加大政策落实的步伐。

□ 囿于过去附加在户口上的过多民生政策，一些已经加入他国国籍的华人不愿主动注销户口，这只能说明他还想继续享有中国国民应有的福利或“好处”，但随着居住证制度的完善，附加在户口上的这些福利或“好处”会消失或部分转移到居住证上。

2014年7月15日，公安部公布了“公安部和省级公安机关户口问题(线索)举报投诉方式”，接受公众举报、投诉和反映户口问题。举报范围中的第4条是“他人因死亡、入外籍等原因户口该注销未注销的”，这引起了海内外媒体的兴趣，也引起了不少已移居海外人士的猜疑和不安：国籍与户籍是什么关系？移居国外是否必须注销户口？

#### 国籍变更不应保留户籍

当今国际社会以国家为基本主体。国籍是一个人属于某一国家的国民或公民的法律资格，代表着一个人隶属于某个国家的身份。由此，个人与国家之间形成了相互权利义务的关系。

一方面，个人应当对其国籍国尽忠诚义务，另一方面有获得国籍国保护的权利；国籍国有保护其国民权利的义务，同时也有管理其国民、要求其尽一定义务的权力。

从理论上说，每个人都有国籍，也应该只有一个国籍，但由于各国有关国籍取得和丧失的国内法规定不同，导致有的人同时拥有两个国籍或无国籍的现象。

另外，少数国家国籍政策很宽松，法律明文允许本国人拥有他国国籍。我国一向不承认双重国籍，主张取得他国国籍即自动放弃中国国籍。

法律上的权利和义务从来就是一对双胞胎。一个人拥有双重国籍或无国籍也许可以从中获得某些方面的好处，但对国家管理和个人生活也会产生不便。

当一个人因为生活或工作上的原因而移居外国时，并不一定需要改变国籍，是否改变国籍取决于个人意愿。

如果一个人选择不改变国籍，表示他仍然选择忠诚于原国籍国，仍然是原国籍国公民。当他回到本国时，仍然可以出任公职、享有选举权和被选举权。我国一般称这样的人群为“海外华侨”，意指居住在海外的中国人。如果他加入移居地国籍，则表示他不再具有原国籍国公民身份，我们称这类人群为“海外侨胞”，但不是法律意义上的中国人。

户籍制度也称“户口制度”，是我国特有的一项方便行政管理的制度。国家对以“户”为单位的家庭进行出生、死亡、亲属关系、住址等方面的基本信息管理，并以此为依据实施相应政策。

当一个人放弃中国国籍，加入他国国籍后，即不再是法律意义上的“中国人”，不再纳入中国人口统计信息和家庭基本信息的管理范围，因此，要求注销户口是为了真实反映人口统计信息的需要，也表明国家不再需要对其承担义务。

由于许多人是在出国后才申请加入外国国籍，又因各国手续不同，导致我国国内户口管理机关并不知晓其加入外国国籍的事实，因而长期保有户口，甚至在其死亡多年后也因不了解情况而成为“活”在户口本上的人。这正是公安部严肃户口管理、出台举报方式的原因之一。

#### 居留权不一定“永久”

在不改变国籍的情形下，一个人移居国外也有长期和临时之分。临时的一般指由于教育、工作或与家人团聚而临时性地居住国外，并没有定居国外的内心意愿和打算。这时候，这个人的住所仍然在国内。另一种情形是选择长期或永久居住国外。

当然，很难从外在判断一个人内心是否有永久居住国外的意思，因而从客观行为表现上看，取决于一个人是否向外国政府申请永久居留的权利。申请永久居留权的行为表明这个人意图改变自己的住所。取得了永久居留权的人，其住所将不再是国内户口本上记载的地方，而是国外。我国法律上所称的“定居”一词即表示了这种主客观的统一。

申请永久居留权的目的是为了在普通民事生活方面获得与当地入同等的待遇，不至于受到移居地国家对外来人口在就业、教育、医疗和社会福利保险方面的限制，但取得永久居留权的外国人，仍然不得担任公职和享有政治权利。

各国给予外国人居留权的政策并不统一。为了吸引高质量的人才，即使是持严格政策的国家也会制定鼓励或吸引符合一定条件的外国人定居本国的政策。

获得居留权后，凭居留权卡进入该国就免去了使领馆签证的手续，进入该国相对容易一些。依据各国移民政策的宽严程度不同，居留权的期限也长短不一。

例如，加拿大和澳大利亚的居留权是永久的，可以终身有效；而美国则为十年，到期需要更换新卡，当然，也就可能被拒绝继续居留。德国并不提供永久居留权，而是采取长期工作签证的办法，一般为2到5年。

因此，居留权本身并不一定“永久”，仍然有一定期限和条件。由于美国的居留权卡是绿色的，一般也称之为“绿卡”。加拿大的居留权证上印有枫叶图案，又被称为“枫叶卡”。



一般来说，取得居留权的原因可以是工作或依附亲属等。如果已经获得了长期工作，那么可以获得长期工作签证，相应地获得居留权。老人、儿童、配偶则可基于家庭团聚的理由获得相应的居留权，但这种居留权是不独立的，其期限取决于所依附的人的居留期限。

我国也在实行绿卡制度，即根据一定条件给予外国人长期居留的权利，这也是为了吸引高级人才的需要。

持有我国绿卡的外国人，可以在进出我国国境时免签证，同时，依据《外国人在中国永久居留享有相关待遇的办法》，持有在中国永久居留证（中国“绿卡”）的外籍人员除政治权利和法律法规规定不可享有的特定权利和义务外，原则上和中国公民享有相同权利，承担相同义务。

目前存在的问题是，由于我国过去只有户籍制度，没有居住证制度，很多政策、文件规定以户口为标准，导致持有我国绿卡的外国人在子女教育、社保福利、购买住房、医疗养老等方面无法享受到与当地入相同的国民待遇，需要进一步加大政策落实的步伐。

居住证对户籍的补充

我国户籍制度由来已久，一直延续至今，但由于控制城市人口的需要，而附加了很多与治安管理、就业、教育、社会福利等方面的措施，导致户籍承载了太多民生问题。

2014年7月，国务院发布《关于进一步推动户籍制度改革的意见》，将建立城乡统一的户口登记制度，取消农业户口与非农业户口性质区分和由此衍生的蓝印户口等户口类型，统一登记为居民户口，体现户籍制度的人口登记管理功能。

依照该文，我国还将建立居住证制度，公民离开常住户口所在地到其他设区的市级以上城市居住半年以上的，在居住地申领居住证。以居住证为载体，建立健全与居住年限等条件相挂钩的基本公共服务提供机制。居住证持有人享有与当地户籍人口同等的劳动就业、基本公共教育、基本医疗卫生服务、计划生育服务、公共文化服务、证照办理服务等权利。

可见，通过户籍制度改革，以往城市户口所附带的民生问题将由居住证制度所代替。这适应了当今大规模人口迁徙、移居的形势，也在一定程度上松绑了户籍制度带来的迁徙禁锢。以往户口制度所造成的城乡身份福利差异将大幅度减弱，有助于实现基本平等的社会关系。

在实行居住证制度后，也有利于持有中国绿卡的外国人享受国民待遇，在日常生活和工作中享有当地人应有的社会福利。

囿于过去附加在户口上的过多民生政策，一些已经加入他国国籍的华人不愿主动注销户口，或隐瞒加入他国国籍的事实而不注销户口，这只能说明他还想继续享有中国国民应有的福利或“好处”，但随着居住证制度的完善，附加在户口上的这些福利或“好处”会消失或部分转移到居住证上。

另外，已经取得他国国籍的人不应在已经享有他国福利待遇时仍然保有中国的福利，这也是不合理的。

那么，一个只移居外国，但不加入外国国籍的人是否需要注销户口呢？

对于这个问题，应当从两个方面看：一方面，获得外国永久居留权意味着他改变了居住地，所以理论上应当注销户口，否则户口信息就不真实。

如果他想回国定居，则应在入境前向我国驻外使、领馆或者外交部委托的其他驻外机构提出申请，也可以由本人或者经由国内亲属向拟定居住地的县级以上人民政府侨务部门提出申请。获得批准以后，再向国内定居地管理部门重新登记户口。

另一方面，对于只取得国外一定期限工作签证的人来说，由于其并没有取得国外永久居留权，则不宜注销其户口。

目前，公安部公布的户口举报通知中并没有明文要求凡有国外居留权的人都注销户口，而是明文要求已经取得他国国籍的人注销户口。这可以理解为针对不同的居留情况，可能会作出不同的处理。

综合上述情况，公安部门公布的户口问题举报是为了完善户籍登记制度，我们无须对此作过分解读或感到不安。改革后的城乡统一户口制度和居住证制度将把附随在户口上的许多问题剥离出来，不会影响到海外华人的正当合法权益。

（作者系华东政法大学国际航运法律学院副院长，教授，中国国际私法协会理事）

## 论无权处分和善意取得的冲突和协调 ——以私卖夫妻共有房屋时买受人的保护为中心

2014年8月 北大法律网 刘贵祥

【学科分类】合同法

【出处】《法学家》2010年第5期

【摘要】在买受人不能依善意取得制度获得保护的情况下，无权处分所订合同的效力问题关系到对买受人交易安全的保护。在物权法将不动产纳入善意取得后，这一问题更加突出。为此，司法实践不仅应严格区分无权处分与无权代理，将无权处分限制在登记状态与实际权属不一致的情形，而且应正确把握物权法第15条确立的“区分原则”，将处分权理解为物权变动的生效要件而非买卖合同的生效要件。同时，民法上的“善意”具有特定的含义，

在适用善意取得制度对买受人的交易安全进行保护时，也应区分情形适用不同的标准来认定买受人的“善意”。

【关键词】无权处分；善意取得；合同效力；区分原则；物权行为

【写作年份】2010年

【正文】

## 一、引言：问题的提出及其背景

夫妻一方未经另一方同意擅自将共有房屋出卖给他人，另一方提起诉讼请求人民法院认定所订立的买卖合同无效，而受让人主张自己为善意、应受善意取得制度的保护，这是司法实践中经常遇到的情形。《物权法》通过并实施以前，尽管《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89条对于私卖共有财产可善意取得设有明确规定，但由于理论界对于不动产是否适用善意取得制度存在较为激烈的争议，实务界对此看法也不一致，从而影响到裁判的统一性。[1]《物权法》通过并实施以后，由于《物权法》第106条明确将不动产纳入到善意取得制度的适用范围，从而为不动产是否适用善意取得制度之争划上了句号，但是，由于不动产的善意取得不仅以受让人的善意为要件，而且还须满足登记这一形式要件，因此，在受让人不满足善意取得的构成要件时，例如双方尚未完成登记手续，受让人便无法根据善意取得制度获得保护。此外，善意取得制度的适用以无权处分为前提，而根据我国《合同法》第51条的规定，出卖人无权处分所订立的合同属效力待定的合同，仅在权利人予以追认或者出卖人事后取得处分权时合同有效，否则，合同就应被认定无效。也就是说，在买受人不满足善意取得的构成要件而无法获得《物权法》的保护时，根据《合同法》第51条的规定，当事人之间所订立的买卖合同应根据无权处分规则而被认定无效。但是，如果当事人订立的买卖合同因适用无权处分规则而被认定无效，则受让人的交易安全无疑将受到威胁，因为在买卖合同被认定无效的情形下，买受人充其量只能向出卖人主张缔约过失责任，而无法主张违约责任。考虑到缔约过失责任较之违约责任无论是在构成要件和责任方式上，还是在损害赔偿的范围上，均不利于买受人，因而买卖合同被认定无效后就会影响到买受人的交易安全。更为重要的是，如果允许出卖人以无处分权为由主张买卖合同无效，则不仅不符合私法自治的精神，也不利于正常市场秩序的建立。因为根据私法自治原则，出卖人即使是在无处分权的情形下订立买卖合同，也应对自己的行为负责，即有义务获得标的物的所有权并将其转让给买受人，而不应以无处分权为由主张合同无效。否则，出卖人就可能据此恶意毁约，从而不利于社会诚信的构建。因此，将无权处分订立的买卖合同认定为无效，遭到学界和实务界的广泛批评，例如崔建远教授即指出，以出卖人无权处分而认定买卖合同无效，系错将义务当做抗辩，有百害而无一益。[2]正是在此背景下，无权处分情形下买受人交易安全的保护问题成为我国民法上一个亟待解决的问题。当然，在笔者看来，这一问题的提出及其现实意义，具体到私卖夫妻共有房屋的场合，实际上应进一步区分为以下三个层次：其一，夫妻一方未经另一方同意擅自出卖共有房屋的行为是否都属于上述《合同法》第51条所称“无权处分”？其二，在另一方不予追认的情况下，出卖人与买受人所订立的买卖合同是否应当被认定无效？在受让人不能根据善意取得制度获得保护的情况下，其交易安全如何获得应有的保障？其三，在《物权法》将善意取得制度统一适用于动产与不动产的背景下，受让人的“善意”应如何认定？在我国现行法上，是否应区分动产和不动产而异其标准？

## 二、无权处分与无权代理

先来看第一个问题，即夫妻一方未经另一方同意擅自出卖共有房屋的行为是否都属于上述《合同法》第51条所称的“无权处分”？笔者认为，根据我国目前不动产登记实践，第三人与夫妻一方就夫妻共有房屋进行交易，可以分为以下三种情形：

第一种情形：房屋登记在夫妻双方名义之下，其中一方未经对方同意擅自转让该共有房屋。如甲乙二人系夫妻，共有一套房屋，登记簿记载是：甲为所有权人，乙为共有人。甲未经乙的同意擅自将房屋转让给丙，双方已经办理过户手续。通常的做法是：甲向丙谎称转让房屋的行为已经得到乙的同意，或者丙以为甲转让房屋的行为是经过乙同意的。

第二种情形：房屋登记在夫妻一方的名义之下，登记的名义人未经其他共有人的同意擅自转让该共有房屋。如甲乙系夫妻，共有一套房屋，但登记在甲的名下，登记簿上没有乙的名字。甲未经乙同意擅自将夫妻共有的房屋转让给第三人丙，双方已经办理过户手续。通常的做法是：甲对第三人丙谎称自己是该房屋的唯一权利人。

第三种情形：房屋登记在一方的名义下，另一方没有登记，没有登记的一方擅自转让该共有房屋。如甲乙系夫妻，共有一套房屋，登记在甲的名义之下，但不是甲未经乙同意擅自出卖共有房屋，而是乙未经甲同意擅自将房屋转让给丙，双方已经办理过户手续。通常的做法是：乙向丙谎称甲因出国或出差不能亲自处理房产，自己作为妻子有权处理夫妻共有的房屋。

上述三种情形是否均属《合同法》第51条所规定的“无权处分”，并有适用善意取得制度之余地呢？笔者认为，虽然上述三种情形都是部分共有人未经其他共有人同意擅自处分共有房屋的行为，因此从本质上看，都属于广义上的“无权处分”，但是应当看到，与善意取得制度相关的“无权处分”，仅指当公示状态与实际权属不一致时，动产的占有人或者不动产的登记名义人未经真正权利人同意而转让标的物的情形，其他情形下的“无权处分”不属于善意取得制度适用前提的“无权处分”。[3]也就是说，善意取得制度的基础是公示公信原则，保护的是因权属和公示不一致导致受让人信赖公示状态而与动产的占有人或者不动产登记名义人进行的交易，因此上述三种情形，只有第二种情形才是作为善意取得制度适用前提的“无权处分”，才有善意取得制度适用之余地；而第一种情形和第三种

情形则都不属于善意取得制度适用对象的“无权处分”，自然不应通过善意取得制度对受让人进行保护。[4]那么，是不是意味着在这两种情况下，即使能够认定买受人主观上为善意，存在合理信赖，其交易安全也完全没有保护的必要呢？答案显然是否定的，因为对当事人合理信赖进行保护，是现代民法的一个基本理念。[5]据此，即使上述第一种情形和第三种情形不符合善意取得制度的适用条件，但只要买受人主观上仍属善意，且存在必须保护的合理信赖，法律就应该对其交易安全进行保护。问题是，在这些情形下，我们通过何种法律制度对善意买受人的合理信赖进行保护呢？

我们首先来看上述情形下善意买受人的合理信赖是如何产生的。从上述三种情形发生的过程来看，由于共有人擅自处分共有财产的手段并不一样，因此善意受让人所产生的信赖也不一样：在第一种和第三种情形下，不动产登记簿已经反映了房屋的共有关系，买受人并非基于对登记簿的信赖而与出卖人进行交易，而是基于共有人之间的关系而与出卖人进行交易；但在第二种情形下，不动产登记簿并未反映共有关系，因此受让人是基于对登记簿的信赖而与让与人进行交易。[6]因此，在第一种情形和第三种情形下，共有人擅自处分夫妻共有财产往往是以夫妻双方的名义；而在第二种情形下，共有人擅自处分夫妻共有财产则通常是以自己的名义。也就是说，在上述第一种情形和第三种情形下，买受人是在明知房屋为夫妻共有财产的情况下，而与共有人之一进行房屋交易，之所以如此，是因为买受人常常相信出让人有权进行房屋交易。所谓受让人“相信”出让人“有权”进行房屋交易，并非是指“相信”出让人有权“处分”夫妻共同财产，因为在共同共有的情况下，根据法律的规定，部分共有人并没有擅自处分共有物的权利，买受人不得主张因不熟悉法律而受信赖保护；所谓受让人“相信”出让人“有权”进行房屋交易，是指买受人相信出卖人有代理其他共有人作出或者接受意思表示的权利，也就是说，买受人“相信”出卖人有“代理权”，因而可以独立参与到房屋交易的过程中来。为什么买受人会相信出卖人有代理权呢？在实践中往往是因为共有人之间是夫妻关系。但问题是：是否因为共有人之间是夫妻关系，相互之间就当然存在代理权呢？关于这个问题，我们必须结合婚姻法的规定来分析。

我国《婚姻法》第17条规定：“夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权”。对此，《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条规定：“婚姻法第十七条关于‘夫或妻对夫妻共同所有的财产，有平等的处理权’的规定，应当理解为：（一）夫或妻在处理夫妻共同财产上的权利是平等的。因日常生活需要而处理夫妻共同财产的，任何一方均有权决定。（二）夫或妻非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定，夫妻双方应当平等协商，取得一致意见。他人有理由相信其为夫妻双方共同意思表示的，另一方不得以不同意或不知道为由对抗善意第三人。”由此可见，只有“因日常生活需要而处理夫妻共同财产”，夫或者妻才有权代理对方作出或者接受意思表示，学理上称之为夫妻之间的“日常家事代理权”；但在“非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定”时，夫或者妻并没有代理对方作出意思表示的权利，也就是说，一旦在对方没有授权的情况下进行了代理，就构成无权代理。[7]根据生活经验，共有房屋的处分自然属于“非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定”，因此夫或者妻都没有代理对方作出或者接受意思表示的权利，在对方没有明确授权的情况下，擅自转让共有房屋的行为即构成“无权代理”，而非狭义上的“无权处分”。[8]

由此可见，虽然无权代理和狭义上的无权处分都是未经授权而对他人事务进行管理或者处分，因而都属于广义的“无权处分”范畴，但从操作过程来看，二者有其显著的不同：在无权代理中，代理人是以被代理人的名义进行交易；而在无权处分中，无权处分人是以自己的名义对标的物进行处分。正是因为这种操作上的不同，受让人从事交易的基础也不一样：在无权代理中，买受人从事交易的基础是因为信赖“代理权”的存在；而在无权处分中，受让人从事交易的基础是信赖“处分权”的存在。

在出让人无权处分的情况下，受让人可依善意取得制度获得救济；而在出卖人无权代理的情况下，如何对买受人的交易安全进行救济呢？答案是：我国《合同法》第49条规定的表见代理制度。[9]根据《合同法》第49条的规定，只要买受人“有理由相信行为人有代理权”，其交易安全亦应受到法律保护，即所订立的合同应被认为在相对人与被代理人之间发生法律效力。具体到夫妻一方擅自出卖共有财产的情形，只要买受人符合婚姻法司法解释所规定的“有理由相信其为夫妻双方共同意思表示”，其交易安全即可受到法律的保护。[10]在笔者看来，无论是买受人“有理由相信出卖人有代理权”，还是买受人“有理由相信其为夫妻双方共同意思表示”，实际上是要求买受人必须是“善意”。[11]就此而言，与善意取得制度一样，表见代理制度亦旨在保护一种基于善意的交易安全。但需要说明的是，通过善意取得制度和通过表见代理制度对受让人的交易安全进行保护，还是有着重要的不同：善意取得制度对受让人提供的是物权保护，是受让人无法通过法律行为获得物权的情况下，使善意受让人能够根据法律的特别规定取得物权，因此善意取得制度规定在物权法中；而表见代理制度对买受人提供的是债权保护，是通过使当事人订立的合同有效来达到对买受人保护的目的是，当事人履行合同的的结果才是物权变动，因此表见代理制度规定在《合同法》中。据此，笔者在表述上，也尽量采取相应的措辞，例如在善意取得制度中，笔者使用的是“让与人（出让人）”和“受让人”的概念；而在表见代表制度中，尽量使用“出卖人”和“买受人”的概念，以更加准确地反映物权变动与其原因行为之间的区分。[12]

### 三、善意取得与不动产登记的公信力

如前所述，《物权法》通过并实施并未使无权处分引起的法律问题得到圆满的解决，相反，由于《物权法》将善意取得制度统一适用于动产与不动产，而不动产的善意取得须以登记为要件，这就使得上述因无权处分规则带来

的相关问题显得更加突出。因为善意取得制度适用于动产是以交付为要件，这一要件仅须移转标的物的占有于买受人即可获得满足，但登记不同，登记的完成需要一定的时间，在此期间，一旦发生真正权利人主张权利的情形，则受让人就可能因不能满足善意取得而无法获得《物权法》的保护。具体到私卖夫妻共有房屋の場合，这种情况更加常见，实践中常常发生夫妻共有房屋登记在夫或妻的名下，在被登记的名义人擅自出卖时，如果尚未完成过户手续，受让人就不能满足善意取得的构成要件。

如何解决受让人在不能善意取得时法律对其保护不力的问题呢？一种意见认为，即使《物权法》第106条明确规定不动产可适用善意取得制度，但在解释上也应将不动产排除在善意取得的适用范围之外，至于对不动产受让人之交易安全的保护，则应通过解释《物权法》第16条以确立不动产登记簿的公信力来实现，理由是不动产登记簿的公信力与善意取得制度是两种构造迥异的信赖保护机制，以善意取得制度保护不动产交易的便捷与安全，其局限性非常明显。[13]笔者亦认为，通过借鉴德国民法和我国台湾地区民法的经验确立不动产登记簿的公信力来保护善意受让人的交易，可能是一条更好的途径。因为根据不动产登记簿的公信力，相对于善意的受让人，登记的名义人被认为是真正的权利人，其对标的物的处分并非无权处分，而是有权处分，自不应适用无权处分规则，因而也就不会发生上述因适用无权处分规则所可能带来的对买受人保护不力的问题。事实上，早在《物权法》的起草过程中，《物权法（草案）》就曾一度明确规定了不动产登记簿的公信力，但同时也规定将善意取得制度适用于不动产，对此，有学者建议删除不动产适用善意取得制度的规定，而仅通过不动产登记簿的公信力制度来解决善意受让人的交易安全。[14]但是，最终通过的《物权法》并未采纳这一意见，而是反其道行之，删除了不动产登记簿的公信力，而保留了不动产适用善意取得制度的规定。如此一来，关于我国《物权法》是否承认不动产登记簿的公信力，就成为争议较大的一个问题：持肯定观点的学者认为，尽管《物权法》没有明确规定不动产登记簿的公信力，但在解释适用《物权法》第16条时，应理解为不仅包含不动产登记簿的推定力，也包含不动产登记簿的公信力；[15]而持否定意见的学者断然否认《物权法》第16条是关于不动产登记簿之公信力的规定。[16]

《物权法》第16条第1句规定：“不动产登记簿是物权归属和内容的根据。”笔者认为，该用语较为抽象，解释的空间较大，自文义而言，不仅可以将其理解为关于不动产登记簿之推定力的规定，似乎也可以将其理解为关于不动产登记簿之公信力的规定。尤其应该看到，尽管《物权法》第106条规定了不动产适用善意取得制度，但不动产适用善意取得制度的基础仍应是不动产登记簿的公信力，因此，通过解释《物权法》第16条来确立不动产登记簿的公信力，并将其作为《物权法》第106条不动产适用善意取得制度的基础，显然更加符合体系上的要求。但是，即使认为我国《物权法》已经确立不动产登记簿的公信力，是否就能认为不动产的受让人可以不适用善意取得制度，而径直适用不动产登记簿的公信力呢？笔者对此持否定意见，理由是：既然《物权法》已明确规定不动产亦适用善意取得制度，那么，通过限缩解释将不动产排除在善意取得制度之外就需要有非常充分的理由，否则，就会与立法的精神明显冲突。在笔者看来，立法者之所以选择删除不动产登记簿之公信力的规定而选择保留不动产适用善意取得制度，乃是因为立法者不欲赋予不动产登记簿以绝对的公信力，相反，立法者是想通过不动产适用善意取得制度来限制不动产登记簿的公信力，即仅承认不动产登记簿具有相对的公信力。[17]如果这一观点成立，那么我们就不能将《物权法》第16条与《物权法》第106条对立起来，而应将《物权法》第106条看作是《物权法》第16条的特别规范，应优先适用。也就是说，尽管我国《物权法》承认不动产登记簿具有公信力，但这一公信力受到《物权法》第106条的限制，因而不动产的受让人不能直接根据不动产登记簿的公信力获得保护，而只能适用《物权法》第106条所规定的善意取得制度。

既然不动产应当适用善意取得制度的基本立场不能改变，上述买受人之交易安全的保护问题就无法通过解释善意取得制度予以解决，在此背景下，我们只能将眼光投向无权处分规则的解释与适用。仍以私卖夫妻共有房屋为例，下列问题无疑值得作进一步的反思和检讨：其一，在登记手续没有完成的情形下，如果第三人为善意，其交易安全如何保障？如果第三人为恶意，其交易安全是否就不应受到法律的保护？如果买卖合同被认定无效，那么，由第三人承担出卖人是否能够获得处分权或者获得权利人追认的风险是否具有合理性？此时如果出卖人故意毁约，又以没有经过其他共有人同意为由请求人民法院认定买卖合同无效，人民法院又将如何应对此种不诚信的行为？其二，在登记手续已经完成的情形下，善意第三人固然可以通过善意取得制度获得保护，但是恶意第三人是否便不能获得任何法律保护？第三人在订立买卖合同时为善意，而在办理过户手续时已经知道房屋为夫妻共有财产时，如何处理？其三，在登记手续已经完成的情况下，第三人的“善意”应如何认定？是否应考虑不动产的特殊性，而将对善意认定与动产善意取得中对善意的认定区分开来？不动产登记与善意的认定，乃至第三人交易安全的保护之间究竟存在何种互动关系？第三人的“善意”应以何时为判断标准，是订立买卖合同之时，还是办理登记手续之时？如是后者，是申请登记之时，还是登记完成之时？

#### 四、无权处分所订买卖合同的效力

在讨论私卖夫妻共有房屋所订买卖合同的效力时，首先需要解决的问题是，擅自出卖夫妻共有房屋的行为究竟是无权处分，还是有权处分？如果答案是前者，该无权处分行为是否导致双方订立的买卖合同无效？

一般来说，无权处分主要适用于出卖他人之物的情形，因而关于擅自处分共有财产是否构成无权处分，理论界存在争议：一种观点认为，私卖共有物因出卖人是共有人之一，不属无权处分，不适用《合同法》第51条的规定，买卖合同有效；[18]另一种观点认为，在擅自处分共有物的场合，共有人虽为财产所有人之一，但“共有”不同于

“区分所有”，对共有财产的处分须经全体共有人同意，单个共有人无权处分共有物，因此应当属于无权处分。[19]对此，《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》（以下简称“意见”）第89条规定：“共同有人对共有财产享有共同的权利，承担共同的义务。在共同共有关系存续期间，部分共有人擅自处分共有财产的，一般认定无效。但第三人善意、有偿取得该财产的，应当维护第三人的合法权益，对其他共有人的损失，由擅自处分共有财产的人赔偿。”据此不难看出，既然私卖共有物的行为被认定为无效，第三人只能依善意取得制度获得保护，因此，自然应将私卖共有物的行为认定为无权处分，和出卖他人之物并无分别。犹有疑问的是，该司法解释仅规定共同共有的情形，未规定擅自出卖按份共有财产是否也属于无权处分，第三人是否亦有善意取得的可能。对此，笔者认为，一方面，由于擅自处分按份共有财产较之擅自处分共同共有财产更加严重，不仅处分了其他共有人份额已经明确的共有财产，而且还侵犯了其他共有人的优先购买权，因此根据“举轻以明重”的法解释规则，擅自处分按份共有财产，亦应认定为无权处分；另一方面，在出卖他人之物的情况下，第三人尤且可以根据善意取得制度获得保护，因此根据“举重以明轻”的法解释规则，第三人亦有根据善意取得制度获得保护的可能。[20]

《物权法》通过后，关于擅自处分共有财产是否为无权处分，便更加清楚。《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”。据此，关于擅自处分共有财产是否构成无权处分，应区分为三种情形：（1）部分共有人未经其他共有人同意处分共同共有财产都构成无权处分；（2）占份额三分之二的部分共有人未经其他共有人同意处分按份共有财产时，不构成无权处分；（3）未达到三分之二以上份额的部分共有人未经其他共有人同意处分按份共有财产时，构成无权处分。由此可见，在夫妻一方未经另一方同意擅自处分共有房屋的情况下，构成无权处分，再无疑义。仍有疑问的是，在构成无权处分的情况下，如果出卖人事后没有取得处分权或者得到另一方的追认，是否会导致所订立的买卖合同无效呢？也就是说，《合同法》第51条是否应适用于出卖人与第三人所订立的买卖合同呢？

关于《合同法》第51条所确立的无权处分规则，一直是《合同法》实施以来理论界和实务界争议的疑难问题，甚至被誉为中国民法上的“精灵”，挥之不去，并长期困扰着我国的司法实践。应当说，立法确立无权处分规则的目的，在于通过限制无权处分行为的效力达到对真正权利人进行保护（也就是说，仅在权利人追认或者处分人事后取得处分权时，无权处分所订立的合同才有效），同时将对善意第三人的保护交给善意取得制度来完成，因而在立法政策和立法技术上都是正确的；[21]实践中之所以出现如此广泛争议的现象，在于如果将《合同法》第51条适用于当事人所订立的买卖合同，会导致对买受人不公平的后果：在真正权利人不予追认或者出卖人事后没有取得处分权的情况下，买受人只能依善意取得制度获得保护，而善意取得制度的适用有严格的条件，买受人在不能满足全部条件的情况下，将得不到应有的保护。更为严重的是，将无权处分规则适用于买卖合同，将会给出卖人恶意毁约提供不适当的“保护伞”：一些出卖人在买卖合同订立后，拒绝办理过户手续，或者在买卖合同订立后，过户手续完成前，以未经夫妻另一方同意为由请求人民法院确认合同无效，以此达到不履行合同的目的。

正是由于将无权处分所订立的买卖合同认定无效会带来难以忍受的结果，因此我国学者普遍认为不能简单地适用《合同法》第51条来认定买卖合同等原因行为无效。例如王利明教授指出，对无权处分所订立合同效力的认定应当与受让人的交易安全相联系，而不能将决定合同有效与否的权力交给原权利人，因此只要相对人善意，法律就应当保护其合理的预期：在符合善意取得制度的情况下，或者即使不符合善意取得制度，但相对人善意且支付合理的对价时，就应承认合同的效力。[22]王轶教授则持一种相似的观点，认为在所谓债权意思主义物权变动模式下，由于合同效力与物权变动的效果是同一的，为保护原权利人的权利，让与人无权处分不能引起物权发生变动，因此无权处分所订立的合同也被认定是无效合同；但在所谓债权形式主义物权变动模式下，由于合同效力与通过合同履行发生物权变动的效果是分离的，因此合同效力不应受到物权是否发生变动的的影响，也就不应受让与人有处分权的影响，在让与人无权处分时，善意相对人可根据善意取得制度取得物权，而恶意相对人也可受到有效债权的保护，在让与人不能履行合同时，相对人可依有效的合同主张违约责任，只有这样，才能获得形式上和实质上的正当性；至于《合同法》第51条，可以看作是当事人特别约定采债权意思主义物权变动模式时的例外。[23]

笔者认为，无论是王利明教授的观点，还是王轶教授的观点，都旨在通过限制《合同法》第51条的适用范围来实现对买受人交易安全的保护，均有其合理性。依王利明教授的观点，只要受让人是善意（且支付合理对价），就应认定合同有效，而不能再认定合同效力待定甚至无效，这样一来，善意相对人即使不能依善意取得制度获得物权保护，也可以受到有效债权的保护，从而解决前述对受让人保护不力的难题。然而，这一思路看似可行，却可能会带来制度间的抵牾：善意取得制度存在的前提，应是当事人无法根据有效的合同关系取得物权，但如果只要受让人主观上为善意，且标的物已经交付或者登记时，受让人即可根据有效的合同取得物权，那么，法律是否还有必要再规定善意取得制度？而依王轶教授的观点，只要当事人没有特别约定采债权意思主义物权变动，则无权处分行为将被认定为有效，亦可解决买受人不能善意取得时的交易安全问题。但是，这一观点也可能会面临如下质疑：其一，如果一概将无权处分行为认定为有效，法律如何保障原权利人的利益？因为如前所述，将无权处分行为界定为效力待定的目的就是保护原权利人的权利，如果将债权形式主义物权变动模式下的无权处分行为都认定为有效，则任何受让人（包括恶意受让人）均可根据有效的合同，再加上交付或者登记，即可取得物权，而原权利人则只能依不当

得利向无权处分人进行追偿，显然对其不利；其二，如果无权处分行为都有效，受让人根据有效的合同取得标的物所有权，那么善意取得制度是否还有规定的必要？这是因为善意取得制度适用的前提是无权处分规则，如果无权处分规则被废弃，那么善意取得制度亦将失去存在的空间。可见，为保护原权利人的权利，无权处分规则（即将无权处分行为认定为效力待定）不能放弃；为保护善意受让人的交易安全，善意取得制度也不能放弃。无权处分规则与善意取得制度相辅相成，共同构成一个协调财产静的安全和动的安全的完美机制，缺少任何一个，都会对另一个产生系统性的影响。

在此，王轶教授还提出了一个更具价值的问题，即如果出卖人在订立买卖合同时没有处分权，是否只有善意买受人才应受到有效合同的保护，而恶意买受人就不应受到有效合同的保护呢？恶意买受人不能依善意取得制度获得物权，因此不能获得物权保护，是法律为保护原权利人所进行的制度设计，具有合理性和正当性；但这是否意味着善意受让人不能受到有效合同的保护，即债权保护，则是另一问题。这一问题涉及无权处分中让与人事后能否获得标的物处分权或者得到权利人追认的风险应当由谁承担。笔者认为，如果只要买受人是善意，就将此风险一概由买受人承担，而出卖人则不承担上述风险，似乎于情于理很难说得过去，因为对于能否获得处分权或者得到真正权利人的追认，出卖人较之买受人有更好的判断能力和控制能力：如果出卖人认为自己不能取得处分权或者得到权利人的追认，就不应订立买卖合同，而一旦订立买卖合同，就应承担不能获得处分权或者得到真正权利人追认的风险，在不能依合同转移标的物所有权于买受人的情况下，无论买受人对出卖人为无权处分是否知情，都应对买受人承担相应的赔偿责任。例如甲将其与乙共有的房屋出卖给第三人丙，则甲在签订买卖合同之时，应事先获得乙的同意，即使没有事先获得同意，也应在订立买卖合同之后，努力取得处分权或者获得乙的追认，即使丙在订立买卖合同时亦明知该房屋为甲和乙共有的房屋，也不能将此风险完全交给第三人丙来承担。

针对实践中将无权处分规则适用于买卖合同带来的种种弊端，崔建远教授指出，将取得处分权或者获得权利人追认的风险由买受人承担的做法，实际上是错将义务作为抗辩，因为出卖人订立买卖合同，自应承担取得处分权并将所有权转移至买受人的义务，而实践中却存在出卖人以不能取得处分权或者不能获得权利人追认为由恶意毁约的荒谬情形；为此，他另辟蹊径，提出新论，认为《合同法》第51条之“处分权”应理解为“处分能力”，乃基于对出卖人一般财产能力进行判断，而不必就特定标的物享有具体权能。[24]将“处分权”解释为“处分能力”，旨在限制无权处分的适用范围，尽量扩大行为有效的范围，从而给予受让人更大程度的保护，这一基本立场显然值得肯定。但笔者以为，这一思路可能会带来如下疑问：首先，民法上的“处分权”有其特定的意义，通说认为是所有权（财产权）的一种权能，如果将其解释为“处分能力”，且只需基于出卖人一般财产能力的进行判断，似乎与通说相去甚远；其次，就出卖人一般财产能力判断其“处分能力”，存在一个客观标准问题：在何种情况下才能认定出卖人没有“处分能力”呢？事实上，在这种理论下，出卖人是否有“处分能力”很难进行判断，这样就会导致只有在自始客观不能的情况下，才能认定其没有“处分能力”，但此时传统民法理论已经将此认定为无效，自无效力待定的说法。[25]

至此，我们不得不反思将无权处分规则适用于买卖合同的观点。一种被认为是“有力说”的观点认为，应当将无权处分行为的效力待定解释为物权行为效力待定，而非债权行为效力待定，即买卖合同等债权行为的生效不以当事人有无处分权为要件，即使让与人没有取得处分权或者得到权利人的追认，债权合同也不因此而无效，受让人可依有效的债权合同得到保护；但如果当事人在交付标的物或者就标的物办理登记时仍然没有获得处分权或者得到权利人的追认，则作为物权行为的交付或者登记行为应当被认定无效。[26]这一解释方法无疑给买受人最全面地保护，并通过将无权处分规则适用于物权行为（即物权行为效力待定），也能给原权利人以全面地保护。然而这一思路一经提出即遭到权威学者的全盘否定，认为我国民法不承认物权行为理论，且我国合同法仅调整债权合同，故将无权处分所订合同解释为物权行为效力待定，不符合我国民事立法的现状及理论界的通说。[27]

关于我国民法是否应当承认物权行为理论这一前提性问题，限于本文的主旨，我们不能进行全面的讨论，但至少从无权处分规则适用于买卖合同所引起的弊端来看，通过承认物权行为独立于债权行为，从而将无权处分规则适用于物权行为而非债权行为，确实可以解决前面提到的诸多问题，也符合无权处分规则的规范目的：在形式主义物权变动模式下，当事人订立买卖合同等债权合同，在当事人之间仅产生债权债务关系（出卖人负有取得标的物并转移所有权至买受人的义务，买受人则有相应的权利），并不直接引起物权的变动，根据债权的相对性，既未给原权利人施加任何负担，也没有造成原权利人任何损失，尚无通过无权处分规则保护原权利人的必要，因而不应将有无处分权作为债权合同生效的要件；相反，只有在办理过户登记（不动产）或者交付标的物（动产）时，当事人的行为才直接引起物权的变动，此时才有保护原权利人的必要，因而有适用无权处分规则的必要。就现行法而言，《物权法》第15条已明确将合同效力与物权变动区分开来，它包含两层意思：其一，合同有效不一定能够引起物权发生变动；其二，物权没有发生变动并不意味着买卖合同无效。可见，《物权法》第15条的本意显然是要将影响物权变动的因素与影响合同效力的因素区分开来，防止将影响物权变动的因素误认为合同生效的要件。在此背景下，尽管《物权法》第15条似乎并未明确承认物权行为独立性，[28]但是将处分权作为物权变动的生效要件而非合同效力的生效要件，不仅符合上述无权处分规则的规范目的，而且也符合《物权法》关于区分原则的基本精神。也就是说，虽然《合同法》第51条明确规定无权处分的合同为效力待定合同，但在《物权法》第15条明确规定区分原则之后，对《合同法》第51条就应按照新法的精神来进行解释，而不能再拘泥于文字。这不仅是新法优先旧法之法

律适用规则的基本要求，也是体系解释的必然结果。[29]就此而言，无论我国民法是否承认物权行为的独立性，在物权法已经确立区分原则的背景下，买卖合同的效力并不因出卖人欠缺处分权而受到影响。正因为如此，正在制定中的《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释（2011年5月专家论证稿）》于第3条（无权处分合同的效力）明确规定：“合同订立时出卖人无权处分合同标的物的事实本身，并不影响合同的效力。前款情形中的出卖人因不能取得标的物的所有权或处分权致使标的物所有权不能转移，买受人要求出卖人承担违约责任的，人民法院应予支持。买受人要求解除合同并主张损害赔偿的，人民法院应予支持。”

#### 五、民法上的“善意”及其认定标准

在无权处分规则适用于物权变动而非引起物权变动的原因行为的情况下，在私卖共有物的场合，虽然出卖人与买受人订立的买卖合同不因出卖人无处分权而受影响，但标的物所有权的移转则会因让与人欠缺处分权而无法实现，也即是说，在未获得处分权或者得到权利人追认的情况下，物权将无法发生变动，受让人自然不能基于法律行为获得物权，而只能根据善意取得制度获得物权。也就是说，《合同法》第51条旨在阻止物权在无权处分的情形下发生变动，以达到实现保护原权利人的目的，而对善意受让人的保护，则依赖于善意取得制度。如此一来，在受让人不能满足善意取得制度的情况下，虽然可以根据买卖合同受到债权保护，但只有在满足善意取得制度的情况下，才能获得物权保护。

在出让人属无权处分的情形下，受让人是否能够获得善意取得制度的保护，必须满足一个核心要件：受让人为“善意”。但问题是：我们如何判断受让人是“善意”呢？是不是只要受让人对房屋属夫妻共有不知情，就能认定其为“善意”呢？实践中，又如何认定受让人“不知情”？这一连串的问题，都是司法实践中经常会面临的问题。

就学理而言，关于善意的概念主要有两种：“积极观念说”和“消极观念说”。前者认为，行为人必须认为其所为的民事行为合法或行为的相对人依法享有权利；后者认为，只要行为人不知或不应当知道其行为缺乏法律上的根据或相对人没有权利，即为善意。[30]为更加充分地保护合理信赖，通说采“消极观念说”，但即使如此，如何判断受让人“不知或不应当知”，也是一个难以操作的问题。这就涉及受让人的过失是否影响善意，对此，主要存在三种立法例：（1）只要受让人不知让与人为无权处分人即可，有无过失在所不问，如我国台湾地区“民法”第948条规定：“以动产所有权，或其他物权之移转或设定为目的，而善意受让该动产之占有者，纵其让与人无让与之权利，其占有仍受法律之保护。”（2）受让人若有重大过失，则为恶意。例如《德国民法典》932条的规定：“受让人明知或因重大过失而不知物不属于让与人者，视为非善意。”（3）受让人须无过失才成立善意，例如日本民法典规定：“平稳且公然开始占有动产的人，为善意且无过失者，即时取得其在动产上行使的权利。”由于我国民法对于善意的认定从未给出一个较为明确的标准，造成在以往的司法实践中，缺少较为统一的标准，不少法官对善意的认定颇为随意，常常是抽象地去认定受让人是否为善意，不仅造成裁判标准的不统一，而且也给一些当事人以可乘之机，使一些不诚信的行为也得到了法律的保护。笔者认为，善意的认定应当具体化，并与公示方式和举证责任等因素结合起来。具体来说，以下三个方面应当引起我们的注意：

第一，区分动产和不动产而适用不同的标准。以德国的民法为例，对善意受让人的保护，动产适用善意取得制度，而不动产则适用不动产登记的公信力，二者之间存在一些差异，尤其是在对善意的认定方面：适用善意取得制度时，对善意的认定采主观善意标准，即以受让人主观上的心理状态作为判断善意的标准，因此较为严格；但适用不动产登记的公信力时，对善意的认定则采客观善意标准，仅需证明基于对不动产登记簿的信赖即可。[31]尽管我国物权法没有明确规定不动产登记的公信力，而是统一采用善意取得制度来实现对不动产交易中善意受让人进行保护，但在解释法律时，还是应该有所区分。也就是说，由于动产和不动产的公示方式不同，其公信力的程度也应当不一样，因此对动产交易中受让人“善意”的认定和对不动产交易中受让人“善意”的认定应该区别对待，而不能完全一视同仁。[32]在私卖夫妻共有房屋的情况下，由于房屋属不动产，以登记为公示方式，因此对受让人“善意”的认定应主要根据不动产登记簿来进行。

第二，善意的认定应当与举证责任的分配结合起来进行。[33]在确认不动产善意取得的过程中，虽然对于受让人的善意应主要根据不动产登记簿来认定，但是否意味着受让人只要举证登记簿记载的只有让与人，就一概认定受让人是善意呢？也不一定。以上述第二种情形为例，在丙主张信赖登记簿的记载后，我们只能先推定丙主观上是善意，但可以由乙举证推翻这一推定，如果乙不能举证推翻这一推定，那么我们就应当认定丙是善意的。乙怎么样举证才能推翻这一推定呢？比如说，乙拿出证据证明甲、乙、丙三人早就相识，知道房屋为夫妻共有财产；或者举证证明甲、丙是亲戚，关系很好，不可能不知道房屋是夫妻共有财产。

第三，应区分商事关系和普通民事关系而适用不同的标准。我国民法采民商合一的立法体例，在很大程度上忽视了商事关系的特殊性。[34]法官在适用法律的时候，应该有意识地适当区分商事关系和普通民事关系而适用不同的标准。具体来说，如果当事人之间的交易是商事交易，如银行对公司或者个人提供贷款，要求公司或者个人提供担保，此时，对善意的认定就要宽松一些，在办理抵押登记时，不能要求银行到房屋所在地进行实地考察，否则将会影响到交易的快捷；但是，如果当事人之间的交易是普通民事交易，如张三因生活需要向李四购买房子，一般来说，购置房产是个人生活中非常重大的交易，适当使其负担较重的注意义务也是说得过去的，如果受让人违反最基本的注意义务，仅以信赖登记簿的记载为由主张自己为善意，法官可根据经验法则对此不予支持，以防止一些滥用不动产登记簿的不诚信行为发生。[35]

此外，值得注意的一个问题是，在私卖共有财产的情况下，尤其是私卖夫妻共有房屋的情况下，由于具体情形较为复杂，法律并非仅仅通过善意取得制度对受让人的交易安全进行保护，而是结合表见代理制度一起对受让人进行保护，前者适用狭义的“无权处分”，后者适用“无权代理”。如前所述，根据《婚姻法司法解释（三）》的规定，夫或者妻在重大财产的处理上，并没有法定的代理权，因此买受人不能仅仅因为出卖人与第三人是夫妻关系，就相信出卖人有权代理第三人作出意思表示。那么，如何才能认定“有理由相信行为人有代理权”呢？笔者认为，在实践中，只有具备下列情形之一，方可认定买受人为“有理由相信行为人有代理权”，即“善意”：

其一，出卖人出示经公证的委托授权书。实践中，不少出卖人拿出结婚证和身份证等证件，以此证明自己有权处分夫妻共有房屋。然而，买受人不能仅仅凭借当事人之间的夫妻关系就认定出卖人有代理权，因此买受人不能仅仅因为出卖人拿出结婚证和身份证，就想当然地认为出卖人有代理权；但在出卖人拿出有另一方签字的授权委托书时，是否可以认定买受人“有理由相信行为人有代理权”呢？本来，如果有另一方签字的授权委托书，即使没有真实的授权关系，也可作为认定“有理由相信有代理权”的证据。但在我国，由于信用机制没有广泛建立，伪造授权委托书的情形时有发生，因此还是采取比较严格的司法审查较为妥当。因此笔者认为，只有在出卖人出示经过公证的委托授权书时，方能认定“他人有理由相信其为夫妻双方共同意思表示”。也就是说，如果出卖人只是拿出一份未经公证的授权委托书，因买受人无法鉴别授权委托书的真伪，买受人仍不能据此认定出卖人有代理权，只有在经公证后，才能据此相信其有代理权，也就是说，此时即使并无实际授权关系发生，也能据此认定受让人“有理由相信出卖人有代理权”，从而受到表见代理制度的保护。

其二，其他共有人知道或者应当知道而未提出异议。《民法通则》第66条规定，“有代理权、超越代理权或者代理权终止后的行为，只有经过被代理人的追认，被代理人承担民事责任。未经追认的行为，由行为人承担民事责任。本人知道他人以本人名义实施民事行为而不作否认表示的，视为同意。”据此，最高人民法院关于适用《中华人民共和国担保法》若干问题的解释（法释[2000]44号）第54条也规定：“共同共有人以其共有财产设定抵押，未经其他共有人的同意，抵押无效。但是，其他共有人知道或者应当知道而未提出异议的视为同意，抵押有效。”虽然上述立法和司法解释并非专门针对私卖共有财产，但在私卖共有财产的情况下，当然亦可适用。

由此可见，民法对当事人合理信赖的保护，乃是通过不同的制度予以实现的。制度不同，“善意”的认定标准也不一样。一般来说，表见代理制度中“善意”的认定较之善意取得制度中“善意”的认定更加严格。此外，即使在同一制度中，不动产与动产的善意取得也应适用不同的标准，动产善意取得中“善意”的认定往往较之不动产善意取得中“善意”的认定更加严格。

#### 六、私卖夫妻共有房屋的法律适用结构（代结论）

在上文中，笔者试图通过将私卖共有物进行类型化处理，并将其置于整个民法体系来思考各种问题的解决方案。由于法律体系不仅包括外在体系，而且包括内在体系，因此对私卖共有财产的处理，既要满足外在体系的要求，又要满足内在体系的要求。所谓外在体系，是指根据形式逻辑而由“抽象”概念构建起来的整个法律制度；而所谓内在体系，则是指整个法律制度所蕴含的意义脉络，它旨在避免法律对事物进行判断时产生评价上的矛盾。[36]也就是说，外在体系是对法律事实和法律制度所作的概念上的整理和阐明，而内在体系则是支配整个民法的基本原则以及这些原则之间的实质联系。[37]在笔者看来，通过对无权处分、善意取得、无权代理、表见代理等法律概念和法律制度进行整理和阐明，以达到对私卖共有财产这一法律事实进行全面分析，均属基于民法之外在体系而开展的工作，虽然不无意义，但还须经得起内在体系的检验，因为只有这样，才能摆脱概念法学的思维方式。

上述关于私卖共有财产问题的分析是否在满足民法外在体系的同时，满足民法内在体系的要求呢？我们不妨检验一下。以私卖共有财产所订立买卖合同的效力为例，如果将《合同法》第51条所规定的无权处分规则适用于买卖合同，则必将带来如下内部体系上的矛盾：在登记簿没有登记的权利人擅自出卖共有房屋或者双方都已登记的情况下，一方擅自出卖共有房屋时，即使没有办理过户手续，善意受让人尚且有根据表见代理制度获得有效债权保护之可能，而在登记簿仅记载的一方当事人擅自出卖共有房屋的情形中，如果双方未能完成登记过户手续，则即使受让人为善意，也不能获得有效债权的保护，如此一来，势必产生评价上的矛盾，因为从前述“善意”的认定标准来看，前者善意受让人的“善意”认定较为严格尚且能够获得有效合同债权的保护，而后者善意受让人的“善意”认定相对宽松反而不能获得有效合同债权的保护，因此无权处分规则无论如何不能解释为适用于双方所订立的买卖合同。不仅如此，我们还应看到，由于受让人通过善意取得制度获得保护与通过表见代理制度获得保护的条件不一样，尤其是由于善意的认定标准不同，受让人承担的举证责任就有差异：在通过善意取得制度获得保护的情况下，受让人仅需根据不动产登记簿即可证明自己的善意；但在通过表见代理制度获得保护的情况下，受让人则必须证明“有理由相信出卖人有代理权”。如果结合纠纷发生的具体情形，就会发现正是这一区别，恰当地将受让人不同的信赖置于不同的保护程度：在登记簿没有登记的权利人擅自出卖共有房屋或者双方都已登记的情况下，一方擅自出卖共有房屋时，由于登记簿记载的权利人与交易的当事人不一致，自当引起受让人的警惕，因而对其交易安全保护的条件更为严格，举证责任也更重；但在登记簿仅记载的一方当事人擅自出卖共有房屋的情形中，由于登记簿记载的权利人与交易的当事人一致，因此受让人的信赖程度较高，因而其举证责任就应较低，受到法律保护的可能性就更大。

关于上述结论，需要说明的有以下几点：其一，在无权处分的情况下，出卖人有无处分权并不影响当事人之间所订买卖合同的效力，也就是说，买卖合同不因出卖人无权处分而无效。需要指出的是，买卖合同虽然不因无



处分权而无效，但是否就一定有效，还应视个案考察买卖合同是否符合法律行为的成立要件或者生效要件，例如有的买卖合同可能因违反公序良俗原则而无效，有的买卖合同可能因欺诈而被撤销，还有的因欠缺形式要件而被认定不成立。以私卖夫妻共有房屋为例，实践中常常发生夫或者妻在拟离婚期间与第三人恶意串通订立房屋买卖合同的情形，此时虽然买卖合同不因无处分权而无效，但却可能因为双方恶意串通损害他人利益而被认定无效。如果买卖合同不成立、无效或者被撤销，则即使双方已经办理过户登记，则房屋权属也不发生变动，因为：（1）无论我国民法是否区分物权行为与债权行为，但对于物权变动与原因行为之间的关系，应以要因原则（或称“有因原则”）为宜，在原因行为不成立、被撤销或者无效时，物权变动亦应被认定无效；[38]（2）我国民法通说认为善意取得的前提是合法有效交易行为，善意的意义仅在于补足处分权的欠缺，因此即使受让人满足善意取得的构成要件，但若买卖合同不成立、被撤销或者无效，受让人亦不能取得标的物所有权。[39]

其二，在无权处分的情形下，在权利人对无权处分行为予以追认或者让与人事后取得处分权的情形下，处分行为应认定为有效，因此无论受让人是否为善意，均可直接根据法律行为取得所有权；但在权利人不予追认且让与人事后没有取得处分权的情形下，处分行为将被认定无效，受让人只能根据善意取得制度取得所有权。关于善意取得的构成要件，前面已经讨论过，但值得注意的是，关于受让人“善意”的时间，是一个重要的细节。受让人应在双方办理登记时为善意，才能满足善意取得制度的要求，如果受让人在订立买卖合同时为善意，但在办理过户手续时则已经知道该房屋为夫妻共有财产，就不能满足善意取得制度的构成要件，不能取得所有权，而只能依买卖合同请求出卖人承担违约责任。[40]

其三，在狭义无权代理的情况下，双方所订立的买卖合同是否有效，需视被代理人对代理人的行为是否追认而定：如果被代理人追认，则买卖合同有效；相反，买卖合同无效。如果在被代理人追认时，双方已经办理过户手续，则物权发生变动，受让人基于法律行为取得所有权，因为被代理人的追认既是对买卖合同的追认，也是对处分行为的追认；如果被代理人追认时，双方未办理过户手续，则只能认定买卖合同有效，但物权尚未发生变动，受让人要想取得所有权，还需有独立的处分行为：要么由被代理人亲自履行办理过户登记手续，要么由被代理人授权代理人代为办理过户登记手续。

其四，在无权代理的情形下，是否构成表见代理，需视买受人是否“有理由相信出卖人有代理权”而定，即买受人是否为“善意”。同理，关于买受人“善意”的时间，亦是一个重要的细节。与前述善意取得中“善意”的认定不同，构成表见代理的“善意”必须在双方订立买卖合同时就应具备，否则买卖合同就会因不能构成表见代理而可能被认定无效，此时即使双方办理过户手续，也不发生物权变动，受让人不能取得所有权。但是，买受人通过表见代理取得所有权，其“善意”是否应持续到双方办理过户手续时为止，则不无疑问。笔者认为，如果将登记看做是一个独立的法律行为，就同样应满足表见代理的构成要件，即买受人在办理登记时应为“善意”；但如果将登记看做是一个事实行为，似无要求买受人于登记时为“善意”的必要。因此，“善意”的认定，还与是否承认物权行为理论有关。

#### 【作者简介】

刘贵祥，最高人民法院民四庭庭长。

#### 【注释】

[1]《物权法》通过前关于不动产是否适用善意取得的争论及导致的司法混乱，参见王利明：《善意取得制度的构成——以我国物权法草案第111条为分析对象》，载《中国法学》2006年第4期；吴光荣：《论善意取得制度的适用范围》，载《法律科学》2006年第4期；常鹏翱：《善意取得仅仅适用于动产物权吗？——一种功能主义的视角》，载《中外法学》2006年第6期。

[2]参见崔建远：《无权处分辨》，载《法学研究》2003年第1期。

[3]关于无权处分与无权代理之间的区分，参见王泽鉴：《债法原理》（第一册），中国政法大学出版社2001年版，第299页及以下。

[4]在物权法定前，关于善意取得制度与公示公信原则之间的关系，一直是学界较有争议的问题。一些学者认为，善意取得适用于动产，而公信原则适用于不动产（参见王利明：《试论我国不动产登记制度的完善（上）》，载《求索》2001年第5期。在物权法统一将善意取得制度适用于不动产之后，这一观点显然值得商榷。在笔者看来，公示原则是物权法的基本原则之一，而基于物权之公示而产生的公信力，则为善意取得制度存在提供了理论基础。

[5]参见[德]拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓晔等译，法律出版社2003年版，第58页及以下。

[6]在建立不动产登记制度后，任何人不得以不知道不动产登记簿的记载为由主张自己为善意，因此如果房屋已经登记为夫妻共有，而买受人却与某一共有人进行不动产交易，或者虽然登记为一方所有，而买受人却与未登记的一方进行不动产交易，都不得主张根据善意取得制度获得保护，此亦为德国、瑞士和我国台湾地区的民法何以认定不动产不适用善意取得制度的原因所在；只有在相信登记簿之记载的情况下，受让人才能根据不动产登记的公信力获得保护，因此德国、瑞士和我国台湾地区的民法对不动产交易中善意受让人的保护，是通过不动产登记的公信力来实现的。参见王利明、王轶：《动产善意取得制度研究》，载《现代法学》1997年第5期。

[7]关于夫妻间的日常家事代理权的理论与实践，尤其是“日常家事”的范围，参见蒋月：《夫妻间的权利和义务》，法律出版社2001年版，第154页及以下；史浩明：《论夫妻日常家事代理权》，载《政治与法律》2005年第3

期；童玉海：《论夫妻间的事事代理权》，载《法律适用》2007年第4期。

[8]有学者认为，不动产不适用家事代理制度，如系单方处分，应以无权处分对待之。参见杨立新：《中国民法理论热点问题探究与意见》，载王利明主编：《民商法前沿论坛》第1册，人民法院出版社2004年版。笔者认为，不动产的处分不属于家事代理权的范围，自无疑问，但所谓“单方处分”，则应区分为无权处分和无权代理两种情形。

[9]一种意见认为，在不动产交易的情形下，应禁止表见代理制度的适用，理由是家事代理权主要是针对家庭生活需要，如果在家事代理权的权限范围内发生了夫或妻对另一方的权利进行限制的情况，而第三人由于不知情与另一方进行了财产交易，可以适用表见代理；而不动产不适用家事代理制度，如果适用表见代理制度，会导致第三人注意义务的丧失，因而没有表见代理存在的必要（参见吴景禹：《论表见代理在家事代理权适用中的限制》，载郑州法院网 <http://zzfy.chinacourt.org/public/detail.php?id=231>, 2008年5月16日访问）。笔者认为，此种认识有误，家事代理属法定代理，家事代理权属法定代理权，不动产不适用家事代理正好说明在不动产交易中夫或妻没有家事代理权，任何一方没有经过委托授权而以双方名义进行不动产交易，均构成无权代理，此时正好有表见代理制度适用的空间。

[10]通说认为，构成表见代理的条件如下：（1）须行为人无代理权；（2）须有使相对人相信行为人具有代理权的事实或理由；（3）须相对人为善意；（4）须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。参见魏振瀛：《民法》，北京大学出版社、高等教育出版社2000年版，第188-189页。

[11]参见崔建远：《出卖他人之物合同的效力设计——善意取得构成要件之立法论》，载《河北法学》2006年第3期。

[12]笔者认为，法律用语应当保持精确，虽然实践中“让与人（出让人）”和“受让人”的概念与“出卖人”和“买受人”的概念似乎并无不同，但在区分物权变动与其原因行为的情况下，前者应用来指称物权法律关系的当事人，后者则用来指称债权法律关系或者原因行为的当事人。

[13]参见朱广新：《不动产交易适用善意取得制度的限度》，载《法学研究》2009年第4期。

[14]参见梁慧星：《物权法草案的几个问题——在清华大学的演讲》，载中国法学网 <http://www.iolaw.org.cn/shownews.asp?id=3391>, 2011年5月11日访问。

[15]参见崔建远：《物权法》，中国人民大学出版社2009年版，第57页；注[13]。

[16]参见孟勤国、申惠文：《我国〈物权法〉没有承认登记公信力》，载《东方法学》2009年第5期。

[17]关于我国《物权法》仅赋予不动产登记簿以相对公信力的观点，还可参见王洪亮：《登记公信力的相对化》，载《比较法研究》2009年第5期。

[18]参见梁慧星：《如何理解合同法第五十一条》，载《人民法院报》，2000年1月8日。

[19]参见韩世远：《合同法总论》，法律出版社2004年版，第253页。

[20]不同意见，参见杨立新：《按份共有》，载王利明主编：《中国民法案例与学理研究[物权篇]》（修订本），法律出版社2003年版，第116页。

[21]不同意见，参见注[18]。

[22]参见王利明：《无权处分论》，载《中国法学》2001年第3期。

[23]参见王轶：《物权变动论》，中国人民大学出版社2000年版，第213页。

[24]参见注[2]。

[25]为通过违约责任制度保护受让人的交易安全，于2002年1月1日生效的德国新债法已改变此传统立法和理论，规定即使在标的物自始客观不能的情况下，当事人所订立的买卖合同等债权行为仍然有效（参见朱岩编译：《德国新债法条文及官方解释》，法律出版社2003年版，第128页）。这一重大转变不但未引起我国学术界应有的重视，甚至通说还一直坚持将“处分权”作为买卖合同等债权合同生效的要件，相形之下，我国民法通说显得不合时宜。

[26]参见丁文联：《无权处分与合同效力》，载《南京大学法律评论》1999年秋季号；韩世远：《无权处分与合同效力》，载《人民法院报》，1999年11月23日；张谷：《略论合同行为的效力》，载《中外法学》2000年第2期；吴光荣：《论无权处分的适用范围》，载《中外法学》2005年第3期。

[27]韩世远教授于人民法院报发表《无权处分与合同效力》一文后不久，梁慧星先生即撰文“拨乱反正”，对韩文的见解提出批评，认为我国民法不承认物权行为理论，我国合同法仅调整债权合同，无权处分规则自应适用于该债权合同。参见注[18]。

[28]应该来说，早在最高人民法院发布的关于合同法的第一批司法解释中，区分原则即已获得承认，但由于《担保法》等法律明确将登记作为合同生效的要件（如《担保法》第41条），因而无法通过《合同法》的司法解释予以化解，《物权法》不得不再次重申这一原则。对于民法所确立的区分原则是否意味着我国已经承认物权行为的独立性，学者之间存在不同的意见。例如孙宪忠教授一直将我国民法所承认的区分原则理解为德国法上的分离原则，显然是以承认物权行为独立性为前提的（参见孙宪忠：《再谈物权行为理论》，载《中国社会科学》2001年第5期；《我国物权法中物权变动规则的法理述评》，载《法学研究》2008年第3期），但是，多数学者仍不赞成以物权行为独立

性来理解区分原则（参见钟维：《论物权变动区分原则在无权处分领域之贯彻》，载《人大法律评论》2009年卷，第183页及以下）。笔者认为，如果仅从体系角度看，似应以承认物权行为独立性来解释无权处分规则为宜。

[29]相同观点，参见注[28]钟维文。

[30]参见王利明等：《民法新论》（下），中国政法大学出版社1988年版，第74页。

[31]参见陈永强：《论德国民法上的不动产物权善意取得制度》，载《比较法研究》2005年第3期。

[32]参见注[1]王利明文；注[31]。

[33]参见注[1]王利明文；叶金强：《论善意取得构成中的善意且无重大过失要件》，载《法律科学》2004年第5期。

[34]参见刘凯湘：《论商法的性质、依据与特征》，载《现代法学》1997年第5期；王保树：《商事通则：超越民商合一与民商分立》，载《法学研究》2005年第1期。

[35]一般来说，商事关系中当事人的注意义务较之民事关系中当事人的注意义务更重，因此在银行提供贷款中，银行的注意义务应该更重。但是笔者认为，银行的注意义务可以体现在很多地方，在这里，还是应该以交易的快捷作为更加重要的考量因素，更何况商法采外观理论，对交易安全的保护更加看重，尤其在不动产交易领域，由于有不动产登记制度的存在，银行自可基于对登记簿记载的信赖而受到法律的保护。关于商事关系和商法的特殊性，参见注[34]刘凯湘文。

[36]参见[德]拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第316页及以下。

[37]参见[德]拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓晔等译，法律出版社2003年版，序言。

[38]所谓要因原则（有因原则），是相对于无因原则而言的，前者是指物权行为的效力以原因行为有效为前提，原因行为不成立、无效或者被撤销将导致物权行为无效；而后者则指物权行为的效力与原因行为的效力无关，即使原因行为不成立、无效或者被撤销，也不影响物权行为的效力。德国民法和我国台湾地区民法秉持物权行为无因理论，受到许多学者的广泛批判，因而不被通说所承认；瑞士民法则在承认物权行为与债权行为相区分的基础上，采要因原则（参见苏永钦：《物权行为的独立性与无因性》，载苏永钦：《私法自治中的经济理性》，中国人民大学出版社2004年版）。可惜的是，我国许多学者将对物权行为无因性的批判误解为对物权行为本身的批判，进而将对物权行为无因性的否认误解为对物权行为独立性的否认，以致物权行为在我国大陆一度遭到摒弃。笔者以为，在物权行为与债权行为相区分的基础上采取要因原则（有因原则），既可避免无因原则带来的弊端，亦可解决民法体系上的重大硬伤，实属一种两全其美的方案。

[39]善意取得制度中的合同效力问题一直是一个重大疑难问题，物权法的起草过程中，立法者甚至一度将“转让合同有效”作为善意取得的前提条件。如果“转让合同有效”，当事人自可直接根据转让合同取得物权，何须再有善意取得制度，因而遭到众多学者的反对（参见梁慧星：《物权法草案（第二次审议稿）若干条文的解释与批判》，载《时代法学》2005年第2期；注[1]王利明文；注[11]，最后不得不删除。笔者认为，之所以出现此类错误，就是因为没有搞清楚“转让合同”与“买卖合同”之间的区别，倘若将“买卖合同”等债权合同作为善意取得制度适用的前提，则不但可以避免上述逻辑上的问题，而且符合物权行为之要因原则。

[40]作为认定受让人善意时间点的“登记时”，应理解为申请登记时，而不是登记完成时，参见注[1]王利明文。

#### 【参考文献】

- {1}王利明：《无权处分论》，载《中国法学》2001年第3期。
- {2}王利明等：《民法新论》（下），中国政法大学出版社1988年版。
- {3}崔建远：《无权处分辨》，载《法学研究》2003年第1期。
- {4}崔建远：《出卖他人之物合同的效力设计—善意取得构成要件的立法论》，载《河北法学》2006年第3期。
- {5}崔建远：《物权法》，中国人民大学出版社2009年版。
- {6}王泽鉴：《债法原理》（第一册），中国政法大学出版社2002年版。
- {7}[德]拉伦茨：《德国民法通论》，王晓晔等译，法律出版社2003年版。
- {8}韩世远：《合同法总论》，法律出版社2004年版。
- {9}王轶：《物权变动论》，中国人民大学出版社2000年版。
- {10}朱广新：《不动产交易适用善意取得制度的限度》，载《法学研究》2009年第4期。

### 婚姻住宅上非产权方配偶利益的法律保护——兼评《婚姻法司法解释（三）》中的涉房条款

2014年8月23日 田韶华 家事法苑

8月13日，《婚姻法》司法解释（三）实施3周年，围绕它的争议一直没有停止过，本公号近期陆续推送这三年来围绕相关问题的争鸣文章，以利于大家参考。家事无小事，清官难断家务事，共同关注！

田韶华教授个人介绍：

田韶华，女，1969年11月出生，平乡县田付村乡南时村人。1991年毕业于北京工商大学（原北京商学院），1991年至今任教于河北经贸大学。现为河北经贸大学法学院教授，民商法硕士研究生导师。主要研究方向为民法。出版《新闻侵权法律制度研究》、《专家民事责任制度研究》等专著，在《法学家》、《法商研究》、《河北法学》等专

业学术期刊发表多篇学术论文，主持过司法部、省社科及省教育厅等立项课题，研究成果多次获得省社科优秀成果奖。

### 婚姻住宅上非产权方配偶利益的法律保护

——兼评《婚姻法司法解释（三）》中的涉房条款

田韶华（河北经贸大学），《法学》2011年第12期

原始链接“韶华民法茶苑”法律博客：<http://blog.law-star.com/blog/cgi/shownews.jsp?id=3650092248>

内容提要：目前我国的婚姻立法越来越多地将婚姻中的房屋界定为夫妻一方所有，其忽略了对非产权方配偶利益的保护。鉴于婚姻住宅对婚姻当事人的重要意义，从呵护婚姻、稳定家庭的立法目的出发，应当借鉴其他国家的相关规定，对婚姻住宅及其非产权方配偶的利益予以明确的法律保护，即赋予婚姻住宅非产权方配偶在婚姻关系存续期间的居住权、处分婚姻住宅的同意权。在离婚时，法院应当根据非产权方配偶对婚姻住宅的贡献，确定其对婚姻住宅经济价值的份额，在非产权方配偶无住房且比产权方更需要住房或者需要抚养子女时，将婚姻住宅判决由非产权方配偶使用。

关键词：婚姻住宅 非产权方配偶 居住权 同意权

#### 一、问题的提出

在当前中国社会，由于房产的价值问题日益凸显，其往往成为夫妻离婚时的争议焦点。为统一司法标准，最高人民法院于近期颁布了《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）》），其中明确以下两种情形中房屋产权属于夫妻一方所有：（1）婚后一方父母出资购买，产权登记在出资方子女名下的；（2）夫妻一方婚前订立合同购买并支付首付款和办理银行贷款，婚后夫妻双方共同还贷，离婚时对房屋产权归属不能达成协议的，法院可判决该房产归产权登记一方。此外，夫妻双方婚后用共同财产出资购买以一方父母名义参加房改的房屋，产权登记在一方父母名下的，离婚时也不被认定为夫妻共有财产（虽然此处的房屋并非属于夫妻一方所有，但由于另一方同样没有所有权，故本文在此一并讨论）。这些规定使得我国婚姻法前所未有的地突出了夫妻个人房屋所有权的地位，其对“同居共财”的传统婚姻观念造成了猛烈的冲击，同时也引发了巨大的社会争议。[1]

虽然《婚姻法司法解释（三）》中的涉房条款规定有可商榷之处，但是只要有个人利益和房屋确权规则的存在，就总会有房屋属于夫妻一方所有的情形出现。夫妻之间既对立又统一的关系决定了婚姻法不可能将所有与婚姻有关的房屋都界定为夫妻共有。结合《婚姻法》及其前两部司法解释的涉房条款规定即会发现，虽然当前我国的夫妻法定财产制实行的是共同财产制，但房屋被界定为夫妻一人所有的情形却是越来越多了。[2]由于这种情况的不可避免，由此产生的如下问题即应引起人们的关注：如夫妻一方将其享有产权的房屋作为婚姻住宅（即家庭住所）而由夫妻双方共同居住时，非产权方配偶对该住房是否享有权利或者享有何种权利？享有产权的一方配偶能否像对待一般所有物那样对婚姻住宅仅依自己一方的意思进行出售或抵押等处置？其是否可以将配偶赶出住房不允许其居住？事实上，这已经成为很多家庭所担忧的问题。网络上出现的诸如“一夜之间，丈夫变房东，妻子变房客”、“无产权者离婚将会被扫地出门”等言论就充分反映了人们的困惑和焦虑。实践中出现的妻子因对住房无所有权而被赶出家门的事件[3]使得这种担忧不幸成为了现实。为了消除疑虑，一些地方出现了非产权方配偶要求在婚房产证上加名的所谓“房产加名潮”。[4]

《婚姻法司法解释（三）》的制定目的原本是想让家庭财产产权更加明晰化，结果却使得和谐的家庭关系遭受了前所未有的信任危机。究其原因，欠缺对婚姻住宅之非产权方配偶利益的保护是其中一个不可忽视的因素。[5]这与其他很多国家和地区对夫妻共同居住的婚姻住宅予以特别保护，尤其对非产权方配偶的利益予以特别规定的立法相比，形成了鲜明的反差。本文试图在考察两大法系相关立法的基础上，对婚姻住宅上非产权方配偶利益的法律保护问题进行深入细致的研究，以期能够更好地保护婚姻当事人的利益，纠正现行立法在适用中可能出现的偏差，并促进我国婚姻法的完善。

#### 二、婚姻住宅的法律界定及非产权方配偶利益保护的必要性

所谓婚姻住宅，在大陆法系也称为家庭住宅或婚姻住所，在英美法系则称为 *matrimonial home* 或 *family home*，其中后者对其含义规定得更为明确。如苏格兰 2006 年《家庭法》第 22 条规定，婚姻住宅是指由配偶一方或双方提供的用来供家庭居住，或者已经成为家庭居所的房屋、房车、居住船或其他建筑。加拿大安大略省 1990 年的《家庭法》第 18 条规定，个人对其享有一定的利益，并通常被配偶双方作为家庭居所共同居住的财产就是婚姻住宅。虽然上述表述不尽相同，但总的来说都表达出这样一个意思，即所谓婚姻住宅，就是作为唯一的或主要的家庭住所而由夫妻双方共同居住的不动产。需要特别指出的是，这一概念强调的是住宅的用途（即家庭住所）和其使用人（即配偶双方），至于该住宅的所有权人是谁则无关紧要。就此而言，婚姻住宅可以是夫妻一方所有，也可以是双方共有，还可以是一方或双方租赁的房屋等。虽然我国婚姻法上没有确立婚姻住宅或家庭住宅这一概念，但它作为一种客观现象在现实中确实存在，其含义与国外的相关立法规定亦无本质的区别。就此而言，上述对婚姻住宅的理解也同样可以适用于我国。

之所以要特别强调对婚姻住宅之非产权方配偶利益的保护，主要基于如下理由。

其一，婚姻住宅之于婚姻家庭的特殊意义决定了法律应当对其“另眼相看”。在现实生活中，婚姻住宅是夫妻

双方以及子女生活的基本场所，它不仅满足了人们的基本生活需求，也是实现养老育幼职能的基本场所，同时还承载着人们对婚姻家庭的情感寄托。对于一个家庭而言，其并非仅仅具有财产意义上的价值，而是与人的生存、安全密切相关，与其他财产相比有不可替代的特殊价值。[6]就此而言，法律有必要对婚姻住宅予以特殊的规定。

其二，从我国当前的社会现实情况来看，由于很多家庭只拥有一套房子，在该房屋为夫妻双方共有时，任何一方都会基于所有权而享受应有的利益，包括对房屋的居住使用权、对房屋处置的决定权，以及在离婚时的分割请求权等。但在婚姻住宅属于一方所有的情形下，如果只重视房屋产权人一方的权利和自由，而忽略非产权方配偶利益的话，则在前者擅自将婚姻住宅出售、抵押、租赁等时，或者在因感情破裂而以另一方配偶无所有权为由将其赶出家门时，作为非产权人的配偶往往会立即陷入无房居住的困境。由于受传统婚姻观念的影响，在我国特别是在农村，多数家庭都是由男方提供婚姻住宅，这使得可能陷入上述困境的多数是女性。现行法律制度的设计，不可避免地使其在执行过程中陷入困境。[7]其结果是削弱了婚姻家庭本身具备的对家庭弱者特别是女性的保障功能，从而导致我国《婚姻法》一贯坚持和倡导的“保护妇女儿童权益”的原则无法得以真正落实。

其三，即使在现实生活中，婚姻住宅属于一方所有，基于维系夫妻感情和家庭的考虑，产权方配偶一般也都会允许另一方在其中居住，但如果非产权方配偶对婚姻住宅的权利仅仅建立在另一方许可的基础上，则不仅使得其利益处于不稳定的状态，而且也有可能导致其为了有一个安身之所而忍受来自另一方的不当行为甚至是家庭暴力。就此而言，法律有必要对婚姻住宅之非产权方配偶的利益予以明确的规定。

虽然对婚姻住宅非产权方配偶利益的保护势必会对产权方配偶的财产权利和自由构成限制，但任何权利和自由的行使都不是绝对的，要受到法律的限制，婚姻中的个人财产权利也同样如此。而从婚姻法的价值取向来看，个人自由在婚姻家庭领域不是也不应当是最重要的价值。虽然婚姻可以认定为是一种民事契约关系，但婚姻的伦理性决定了这种契约关系的突出特点是长期性、非计算性、全面合作、互相信赖和难以转让，美国学者麦克尼尔将这种契约称为“关系契约”。[8]这意味着理想的婚姻关系应当是一个长期合作、利他互惠的关系，这与以利己主义为基础的市场交易契约有着本质的不同。[9]婚姻的上述特质决定了婚姻法应当更多地鼓励夫妻间的合作互惠，并通过合理分配婚姻家庭利益来实现个人自由与正义的平衡，而不应当片面强调个人财产权利，更不应当在家庭领域推行所谓的私有财产神圣理念。尽管近些年来，我国传统的婚姻观念不断地受到市场经济的经济理性与成本理性观念的冲击，再加上个人自由与契约婚姻观念的嫁接，一些人的家庭生活观念日益功利化，家庭成员中“自我中心式个人主义”甚至“极端实用的个人主义”的观念更是不断滋生。但是，法律应当体现主流的价值观即以促成美好婚姻、充分呵护家庭为己任的价值观，而不能以片面强调个人自由的价值观为主要价值取向。就此而言，对婚姻住宅产权方配偶的权利予以适度限制，注重发挥婚姻法稳定婚姻家庭关系的功能并更好地保护非产权方配偶的利益，不仅是必要的，也是正当的。

### 三、婚姻住宅上非产权方配偶利益保护的比较法考察

正是由于婚姻住宅对于婚姻家庭的特殊意义，两大法系许多国家和地区的立法都对婚姻住宅予以了特别的保护，尤其是对婚姻住宅上非产权方配偶的利益给予了高度的关注。而各国对此种情形下配偶利益的保护也是相当宽泛的，不仅包括婚姻住宅属于夫妻一方所有的情形，同时也包括婚姻住宅系由夫妻一方承租的情形等。鉴于本文的主旨，以下只对前者的法律规定作一介绍和分析。

英美法系很多国家和地区的婚姻家庭法都通过“婚姻住宅权”这一专门的制度对非产权方配偶的利益予以特别的保护。如英国1967年的《婚姻住宅法案》、1996年的《家庭法案》，苏格兰2006年的《家庭法案》，加拿大安大略省的《家庭法案》（2009年修正），爱尔兰1993年的《婚姻住宅法案》等均对这一制度予以了明确的规定。归纳起来，其主要包括以下几个方面的内容。

一是非产权方配偶对婚姻住宅的居住权。如根据英国1996年的《家庭法案》第30条的规定，在一方配偶基于使用权、所有权、契约或法令的继续占有授权而享有居住权利的住宅中，另一方配偶虽无上述权利或授权，但如果其正占有住宅，则享有未获法院指令不被其配偶逐出住宅或部分住宅的权利。如果其未占有住宅，则享有经法院许可进入并占有该住宅的权利。鉴于婚姻住宅权是一项确定的法律权利，为了便于认定，有的立法规定了婚姻住宅的确定制度。例如，加拿大安大略省的《家庭法案》第20(3)条规定，婚姻住宅应当在相应的地政机关予以登记。

二是非产权方配偶对他方处分婚姻住宅的同意权。如加拿大安大略省《家庭法案》第21(2)条规定，享有所有权的配偶只有经过另一方配偶的同意才能处分婚姻住宅，包括转让、抵押等。如果未经同意则交易行为无效，除非第三人能够证明其在交易时对婚姻住宅并不知情。在英国，根据1996年《家庭法案》第31条的规定，婚姻住宅权利在地政局进行同意公告的登记后，就可以对抗第三人，包括房屋的购买人和抵押权人等。

三是离婚时婚姻住宅的分割与分配。在英美法系，夫妻离婚时，婚姻住宅的分割与分配并不完全取决于何方拥有所有权。例如，在英国，所有权被区分为法律上的所有权(legal title)与衡平法上的所有权(equitable title)。在一方对婚姻住宅拥有法律上的所有权时，法院会基于另一方对婚姻住宅的贡献而认可其享有衡平法上的利益。而一旦确定非产权方配偶享有受益权，法官对于该利益的大小就具有较大的自由裁量权，甚至可以改变所有权的主体。[10]在加拿大的安大略省，其家庭法则规定无论婚姻住宅属于谁所有，对于房屋的价值，配偶均享有平等的份额。即虽然房屋的所有权最终归属于一方配偶，但另一方仍可以得到房屋一半的价值。[11]而在决定婚姻住宅由哪一方予以居住或使用，英美法系的法院更多地考虑双方的实际需要，一般而言，处于经济弱势者（一般是女性）特别

是需要抚养未成年子女的一方通常具有优先权。[12]

与英美法系不同的是，大陆法系并不存在所谓“婚姻住宅权”这样的概念，在法律上也并无关于婚姻住宅权的体系化的规定。但是许多大陆法系国家和地区的亲属法对于婚姻住宅以及非产权方配偶的权利也都作出了明确的规定。

一是关于婚姻住所的确定及非产权方配偶的居住权。例如，《法国民法典》第 215 条第 2 款规定，家庭住所应为夫妻一致同意选定的场所。该条并未对家庭住宅的所有权问题予以专门的规定，据此推断，无论家庭住宅的所有权属于何方配偶，他方都有居住的权利。《瑞士民法典》第 162 条、《澳门民法典》第 1534 条等也作了相似的规定。

二是关于非产权方配偶对他方处置婚姻住宅的同意权。如《法国民法典》第 215 条第 3 款规定，夫妻各方未经他方同意，不得擅自处分家庭住宅据以得到保障的权利，也不得处分住宅内配备的家具。《瑞士民法典》第 169 条、《澳门民法典》第 1548 条第 2 款以及第 1549 条也作了与上述内容相似的规定。根据这些规定，需要经过配偶同意的行为不仅包括转让、抵押，也包括出租、出借以及在婚姻住宅上设定其他物上或债上负担的行为。与上述国家不同的是，德国和意大利的民法典并没有对上述同意权予以专门的规定，非产权方配偶的利益是通过对配偶权利的一般限制性规定予以保护的。[13]例如，《德国民法典》第 1365 条规定，婚姻一方只有在征得婚姻另一方同意后方得承担处分其全部财产的义务，婚姻一方如果未经婚姻另一方同意而承担此种义务，则必须征得婚姻另一方同意方得履行此义务。而在司法实践中，配偶一方的处分行为涉及不动产交易的，只要配偶一方除了该不动产之外仅剩动产，或该不动产占其全部财产价值的十分之七以上的，就可以适用《德国民法典》第 1365 条的规定。[14]这使得非产权方配偶对于婚姻住宅的权利得以保护。至于这种权利能否对抗第三人，大陆法系国家的民法典均未作明确规定。但在法国，学者一般认为原则上第三人在未经配偶一方同意处理婚姻住宅的案件中并不受保护。[15]在德国，学者一般认为，《德国民法典》第 1365 条规定的是“绝对的出让禁止”，因此不适用善意取得或者根据公信力的取得。[16]但为防止配偶对同意保留的滥用，《德国民法典》赋予了家庭法院在特定情形下替代另一方配偶同意的权限。[17]

三是关于离婚时婚姻住宅的分配。与英美法系相同的是，在大陆法系，婚姻住宅也可以由法院判决分配给非产权方配偶居住使用。如《法国民法典》第 285 条规定，在婚姻住宅属于一方所有时，在特定条件下（如另一方需要抚养子女等），法官可以判决将其租让给另一方配偶。《德国民法典》第 1586a 条第 1 款规定，考虑到在家庭生活中的子女的利益及配偶一方的生活状况，或者基于公平的考虑，法院会将婚姻住宅分配给更需要婚姻住宅的一方使用，配偶一方可以在离婚后要求另一方离开婚姻住宅，并要求作为所有权人的原配偶按照本地区的通常条件缔结租赁合同。此外，由于德国实行的法定财产制是剩余财产共同制，因此即使婚姻住宅属于一方所有，在离婚时另一方也可就房屋的增值利益分得一定的份额。

通过对两大法系主要国家和地区有关婚姻住宅及其非产权方配偶利益的相关法律规定的介绍，可以得出以下结论。一是多数国家和地区都将婚姻住宅从其他夫妻共有财产或夫妻个人财产中分离出来而加以特别的规定。二是在婚姻住宅的所有权属于一人所有时，多数国家和地区的法律均对非产权方配偶的居住权予以了规定，同时对所有权人对该住宅的处置自由予以了限制。三是在离婚的时候，即使婚姻住宅属于一方所有，法院考虑经济弱者（主要是女性）以及未成年子女的利益，也会将该住宅的居住权分配给非产权方配偶，并会给予后者相应的财产份额。相比之下，英美法系赋予了法官更大的自由裁量权，主要目的是实现一个更为公平的结果。四是各国及地区立法的区别主要表现在两个方面：一是立法模式，有的国家和地区对婚姻住宅之非产权方配偶的利益予以了直接的保护，如英美法系国家和法国、瑞士、澳门等；有的国家则予以了间接保护，如德国、意大利等。而就直接保护而言，英美法系国家系通过专门的“婚姻住宅权”制度提供体系化的保护，而大陆法系国家则是通过具体的条文提供保护；二是对婚姻住宅上善意第三人利益的保护，有的国家对善意第三人予以了相对的保护，如英国规定登记的婚姻住宅权即可以对抗第三人；而有的国家则更倾向于保护非产权方配偶的利益，如法国、德国在实践中一般认为对婚姻住宅的处分不适用登记的公信力制度。

两大法系国家和地区对婚姻住宅及其非产权方配偶利益的规定，充分体现了婚姻法之稳定婚姻家庭、保护家庭经济弱者以及子女利益的价值取向，值得我国借鉴。

#### 四、我国婚姻住宅上非产权方配偶利益的法律保护

如前所述，随着我国《婚姻法司法解释（三）》的颁布，作为家庭物质基础和生活场所的婚姻住宅被越来越多地界定为夫妻个人所有，而与此相关的非产权方配偶的利益却并未得到足够的重视。其过分注重对夫妻个人财产权利和自由的保护，而忽略了对婚姻家庭作为伦理共同体的特殊因素的考量，由此导致的弊端应当引起人们的充分重视。笔者认为，我国婚姻法有必要借鉴英国、法国等国家的规定，对于婚姻住宅及其非产权方配偶的利益予以明确的规定，以纠正机械适用现行立法有可能导致的偏误。

##### （一）关于婚姻住宅的确定

鉴于婚姻住宅对于婚姻当事人的重要意义，我国的婚姻法应当将其区别于其他婚姻财产予以特别对待，并借鉴其他国家的规定，在婚姻法中对婚姻住所的确定予以明确的规定，即规定婚姻当事人可以协商确定婚姻住所。而为了便于婚姻住宅的确定，可以借鉴加拿大的规定建立婚姻住宅的登记制度，即将婚姻住宅的情况登记在相应的不动产登记簿中。在目前情形下，法院可以根据婚姻当事人共同居住的事实确定婚姻住宅。

## （二）婚姻住宅上非产权方配偶在婚姻关系存续期间的利益

在婚姻住宅属于一方所有时，于婚姻关系存续期间，非产权方配偶应当享有如下权利。

1. 居住权。即非产权方配偶对婚姻住宅享有居住的权利。具体而言，在其已经在婚姻住宅内居住时，产权方无权将其赶出住宅。在其尚未入住时，则有权请求居住，法院对此应当予以支持。应当指出的是，配偶之所以能够享有此项权利，是由婚姻本身所具有的伦理特性所决定的。因此，此项权利系非产权方配偶基于配偶的身份当然取得，不需要经过法院的认定，更不需要经过另一方的许可。需要指出的是，虽然目前我国婚姻法对此尚未予以明确的规定，但基于以下理由上述权利同样应当得到认可：其一，婚姻住宅是夫妻二人共同确定的，因此无论房屋系何人所有，在合意中都有允许另一方配偶居住的意思；其二，我国《婚姻法》第20条第1款规定，夫妻有互相扶养的义务。而所谓扶养，在解释上不仅包括支付扶养费，也应当包括在配偶一方有能力时，须为对方提供相应的居住条件。

至于该权利的性质，虽然从内容上看其系对物行使的占有、使用的权利，颇类似于物权，但由于我国现行法律未对其物权性质予以明确的规定，基于物权法定原则，此项权利目前尚不能认定为物权，将其界定为配偶之间的兼具身份权与请求权性质的一种权利更为合适（但从保护家庭弱者的角度出发，今后有必要将该权利纳入物权的范畴）。[18]需要指出的是，即使此项权利目前不能被界定为物权，非产权方配偶仍然可以基于“占有”的事实而获得《物权法》上占有制度的保护。即在该房屋被侵占或遭受妨害时，其有权请求返还原物、排除妨害或者消除危险；因侵占或者妨害造成损害的，其有权请求损害赔偿。

2. 同意权。即房屋所有权人在处置婚姻住宅时，应当征得非产权方配偶的同意。此项权利主要是为了保护非产权方配偶的居住权而设，其应当包括以下几个方面的内容。

第一，需要经过同意的行为。赋予非产权方配偶同意权的目的主要在于使其居住的权利不受妨碍，因此，需要同意的行为不宜界定过窄。应当既包括转让、赠与等使所有权发生移转的行为，也包括在其上设定抵押等物上负担的行为，还包括出租、出借等债权行为。

第二，同意的形式与作出方式。同意应当采用明示的方式但不一定是书面形式。同意的意思表示既可以向配偶方作出，也可以向参与交易的第三人作出。

第三，未经同意的法律行为的后果。如果婚姻住宅的产权方未经另一方配偶的同意而擅自处置了婚姻住宅，则非产权方配偶有权向法院主张该行为无效。但为保护第三人的利益，此项请求权应当有时间的限制。《法国民法典》第215条第3款将此时时间界定为配偶知道此处置行为后的一年内或离婚后的一年内。此项规定值得我国借鉴。

第四，非产权方配偶利益与善意第三人利益的冲突及解决。上述制度设计不可避免地涉及到配偶利益与第三人利益的冲突。即当与产权方配偶进行交易的第三人不了解前者的家庭情况或不知道交易未经另一方配偶同意时，该第三人能否受到保护？现行立法虽然未对此予以明确规定，但从立法价值取向上的确体现出保护善意第三人即保护交易安全的倾向。例如，《婚姻法司法解释（三）》第11条对夫妻一方擅自处分夫妻共有房屋时适用善意取得制度予以了明确的肯定。[19]以此推论，在夫妻一方处分属于个人的婚姻住宅时，当然更没有理由不保护善意第三人的利益。但笔者对此持反对意见，因为民法保护善意第三人的制度主要是为了保护交易安全而设计，而婚姻住宅的存在与否涉及到家庭安全，家庭安全也是一种需要法律保护的秩序，从某种意义上说其比交易安全更为重要。诚如日本学者所指出的，不动产上的利用利益，可分为资本的利用利益和生存的利用利益。资本利益所依据的是市场原理，生存利益利用的是生活原理，如果将生存利益按照资本逻辑的竞争规则处理，势必将造成社会弱者的生活处于困境。在资本的利用利益与生存的利用利益发生冲突时，法律应当优先保护生存利益。[20]因此，我国应当借鉴法国、德国的规定，优先保护另一方配偶的利益。上述理由和结论在婚姻住宅属于夫妻双方共有时也同样适用。

第五，配偶同意权的限制。为防止非产权方配偶滥用同意权，损害产权方以及第三人的利益，法律应当规定在特定情形下，针对婚姻住宅的交易被认为是有效的。这主要是指产权方与第三方的交易并不损害非产权方配偶的利益，而后者无充足理由拒绝的情形。例如，夫妻一方或双方尚拥有其他的房屋可以居住；因夫妻一方或双方无力承担婚姻住宅之上的债务（如银行贷款），需要出售房屋以偿还债务，且已另行安排了其他婚姻住宅等。

## （三）关于离婚时一方享有产权的婚姻住宅的分割与分配

在婚姻住宅的分割上，我国《婚姻法》第39条规定：“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。”据此，离婚时予以分割的只是夫妻的共有财产，个人财产并不参与分割。这意味着在夫妻离婚时，婚姻住宅之非产权方配偶不仅不能对另一方所有的住房主张所有权，也不能请求对该住宅的经济价值予以分割。此外，依《婚姻法司法解释（三）》第5条的规定，该配偶还不能对该住宅的增值部分请求分割。[21]根据该司法解释，非产权方配偶可以请求另一方予以经济补偿仅发生在以下两种情形中：一是婚前按揭购买的房屋被确定为登记名义人所有时，非产权方配偶可以就双方婚后共同还贷支付的款项及其相对应财产增值部分，要求另一方补偿；二是婚姻关系存续期间，用夫妻共同财产出资购买且以一方父母名义参加房改的房屋被确定为登记名义人所有时，可以请求对方偿还自己的出资。

笔者认为上述规定值得商榷。其存在的主要问题即是完全沿袭了大陆法系“以归属界定利益”的绝对所有权观念，而忽视了这一理论在婚姻法领域适用的局限性。在大陆法系国家，所有权被明确表述为一种对物的完全支配权，其重要价值在于确定物本身的归属，并通过界定物的归属来界定利益的归属。但正如学者所指出的那样，虽然这种

绝对所有权观念对于定分止争、分析既有的财产关系有着积极的作用，却并非放之四海皆准的真理。例如，在公司法人股产权、信托财产权等问题上，传统的所有权观念就会捉襟见肘，进而发生“所有权失灵”现象。[22]究其原因，乃在于传统所有权观念的适用有其特殊的语境，失去了这一语境，这一理论就很难发挥作用。[23]而在笔者看来，婚姻领域恰是该理论适用的例外之一。首先，传统所有权观念的目的在于解决物的归属，而婚姻强大的伦理性和公益性决定了夫妻财产制度的目的主要在于实现家庭的扶养功能，而并非仅仅在于确定物的归属；其次，传统所有权观念的语境在于个人主义，而如前所述，婚姻法的目的则在于促进夫妻间的互惠、合作，稳定家庭关系；再次，传统所有权观念是建构在个人完全占有物的基础上的，而对于婚姻住宅而言，其由夫妻长期稳定地共同使用，房屋经济利益的保值增值在很大程度上离不开夫妻双方的投入和贡献。换言之，房屋经济利益的实现与增长并非依靠所有权人一人之力，而是双方通力合作的结果。就此而言，传统绝对所有权观念之下的“归属与利益一致”原则并不能完全适用于婚姻家庭领域。而基于婚姻住宅的特殊性，也不必强求用所有权理论来规范和解释，直接根据事实并基于公平的观念进行分析或许更为恰当。

综上所述，笔者认为，对于离婚时婚姻住宅的分割，应当区分所有权与其上的经济利益（即房屋的评估价值）。所有权可以依不动产登记制度和相关法律确定为夫妻一方所有，但其上的经济利益应当在二人之间公平分割。[24]非产权方配偶对婚姻住宅经济利益的贡献可以根据以下事实认定：参与房屋价金的支付、参与共同还贷、为婚姻住宅的保值增值作出实质性的贡献（例如，通过家务劳动、装修等提高了房屋的价值）等。值得说明的是，《婚姻法司法解释（三）》把非产权方配偶的参与共同还贷以及共同出资仅仅界定为一种“借贷”行为，这种理解不仅没有尊重既成的婚姻生活规律，有违当事人真实的意思表示，而且抹杀了婚姻作为伦理共同体的特性，否定了夫妻通力合作的价值，使得美好的婚姻沦为冷冰冰的契约关系。相比之下，将非产权方配偶的贡献推定为其对房屋经济利益享有一定的份额更为公平和恰当。至于非产权方配偶对房屋经济价值所占份额的比例，法院应当根据双方结婚的时间长短、共同还贷在房屋价值中所占的比例，以及家庭劳动等无形贡献对房屋保值增值的影响等因素确定。但需要特别指出的是，对于《婚姻法司法解释（三）》规定的由夫妻共同出资购买、只是因为政策的原因登记在一方父母名下的房屋，如果没有证据表明该出资系对名义产权人的赠与的话，则虽然房屋的法律物权人是名义登记人，但夫妻双方作为事实物权人原则上应当享有房屋的全部经济利益。因此在离婚时，非产权方配偶应当得到房屋价值的一半。[25]但从作为名义产权人的一方父母那里享受到的福利，则应当予以相应的补偿。

在婚姻住宅的分配上，离婚时婚姻住宅原则上应当由所有权人居住使用，但非产权方能否请求继续居住？这个问题在我国婚姻法中也有所规定。例如，《婚姻法》第42条规定，离婚时如一方生活困难，另一方应从其住房等个人财产中给予适当帮助。而所谓以住房提供帮助，则既可以是所有权，也可以是居住权。在司法实践中，请求住房帮助的一般有三种形式，即住房所有权、暂住权和无期限的居住权。[26]该制度固然有利于解决无住房者的困难，但在笔者看来，其尚不能给那些家庭弱者以充分的保护。因为该制度设计的基础是“帮助”，而能否提供帮助，在多长时间提供帮助，取决于帮助方是否有帮助的能力，这就使得无房者能否继续使用婚姻住房具有或然性，其利益不能得到确定的保护。学者所作的一项调查发现，尽管在离婚诉讼中无房居住是当事人的首要困难，但法院判决直接以房屋形式予以经济帮助者甚少。如在北京市法院裁决准予经济帮助的63起离婚案件中，以住房所有权的形式提供帮助的只有1例，占1.6%；提供两年的住房居住帮助的有3例，占4.8%；提供住房无限期居住帮助的有4例，占6.4%。此外，还有一例判决提供住房至其有房或者再婚时止。[27]这说明在实践中，现行立法并未能解决无房居住者的住房困难。因此，如何在平衡当事人利益的前提下保护家庭弱者的利益，仍是一个有待进一步探讨的课题。对此，笔者认为，我国可以借鉴其他国家的规定，在法律中明确规定将一方所有的婚姻住宅分配给另一方居住使用的条件，其一是另一方存在住房及经济上的困难，且比所有权人更需要使用住宅；其二是另一方存在住房困难，且需要抚养未成年子女。在符合其中一项条件的情形下，法院有权将婚姻住宅的全部或部分判决给非产权方前配偶使用。但为平衡双方当事人的利益，此种判决需要注意以下问题：（1）非所有权人只有使用权，而无所有权，法院无权将婚姻住宅直接确权给居住权人；（2）非所有权人的居住应当设定一定期限。需要抚养子女的，一般至子女成年或能够独立生活为止。不需要抚养子女的，应当至其有住房、再婚，或有购买、租赁房屋的能力时止，但一般不超过10年；（3）在居住权人能够承受的前提下，可以允许所有权人向居住人收取一定的租金。

需要指出的是，上述所论者系针对婚姻住宅属于夫妻一方所有的情形，但在婚姻住宅系由夫妻一方承租的情形也同样适用。即非承租方对租赁的房屋同样具有居住权，承租方配偶在作出转租、解除租赁合同等行为时，也同样需要经过另一方配偶的同意。在离婚的时候，法官根据双方和子女的需要，可以在承租期内将租赁的房屋判决由非承租方的配偶使用，一经判决，非承租方配偶即取得承租人的地位。

## 五、结论

在家庭价值日益多元化的当下中国社会，婚姻法不仅是裁判的依据，同时也起着正确引导人们的婚姻观念及婚姻模式的作用。因此，无论个体对婚姻有着怎样的理解，婚姻法都应当坚持主流的价值取向。鉴于婚姻家庭是国家社会稳定的根本和基石，婚姻家庭的稳定就应当是婚姻法及其司法实践的首要任务。而目前我国的夫妻财产制度特别是有关婚姻房屋的制度设计却过分强调了个人的财产权利，忽略了对非产权方配偶利益的保护以及夫妻之间应负的义务，这在某种程度上不利于婚姻家庭的和谐稳定。法律及司法实践应当充分注意到婚姻住宅之于婚姻家庭的特殊意义，尤其要对婚姻住宅之非产权方的利益予以特别的关注和保护，并同时财产权方配偶的权利予以适度的限制。



具体而言：一方面，在婚姻关系存续期间，赋予非产权方配偶对婚姻住宅的居住权，以及对产权方处分婚姻住宅的同意权；另一方面，在离婚时，法院应当根据非产权方对婚姻住宅的贡献确定其对婚姻住宅经济价值的份额。在非产权方配偶无住房且比产权方更需要住房或者需要抚养子女时，法院应当将婚姻住宅判决由非产权方配偶使用。

注释：

[1]参见国博慧编辑：《婚姻新法之博弈》，

<http://www.chinalawinfo-com/fzdt/SubjectContent.aspx?Code=436>, 2011年9月12日

[2]根据《婚姻法》及其前两部司法解释的规定，下述房屋也被认定为夫妻一方所有：(1)夫妻一方婚前的房屋；(2)夫妻一方婚后通过受赠、继承中明确的意思表示得到的房屋；(3)结婚前一方父母出资为双方购置的房屋且没有明确表示赠与双方的。

[3]参见河北电视台2011年8月22日《午间视野》报道，<http://v.ifeng.com/news/society/201108/d0e934cc-dacd-4a31-9946-f647a8b47685.shtml>, 2011年9月10日访问。

[4]参见《婚姻法新解释引发房产加名潮谁动了谁的奶酪？》，<http://book.qq.com/a/20110822/000040-2.htm>, 2011年9月10日访问。

[5]在当今中国社会，伴随着市场化对中国社会的全面渗透，家庭的观念与其根本价值逐渐被经济理性和消费文化所侵蚀，进而使得金钱与商业关系逐步融入夫妻家庭经济关系之中，夫妻之间的家庭经济关系已经渗入了理性化、商业化的意识。参见方乐：《法律实践如何面对“家庭”？》，《法制与社会发展》2011年第4期；潘鸿雁：《国家与家庭的互构——河北翟城村调查》，上海人民出版社2008年版，第65页。

[6]参见孙若军：《家庭共同生活居住所需房屋不适用善意取得制度研究》，《政治与法律》2011年第4期。

[7]参见陈惠馨：《法律与生命——一个女性主义法学家的观点》，《法官协会杂志》2004年第6卷第2期。

[8]参见[美]麦克尼尔：《新社会契约论》，雷喜宁、潘勤译，中国政法大学出版社2004年版，第12~32页。

[9]参见巫若枝：《三十年来中国婚姻法“回归民法”的反思——兼论保持与发展婚姻法独立部门法传统》，《法制与社会发展》2009年第4期。

[10]See C. M. V. Clarkson, Study on Matrimonial Property Regimes and the Property of Unmarried Couples in Private International Law and Internal Law, European Commission/Directorate General for Justice and Home Affairs, JAI/A3/2001/03, pp. 7-8.

[11]See The Ontario Family Law Act, section 19.

[12]英国的法院经常通过发布居住令的形式对女方以及子女的居住利益予以保护。如法庭可以发布“米舍令”(Meshor Order)，根据该令状，女方与其未成年子女有权居住在原家庭住宅中直至子女们达到特定的年龄或完成全日制学业；法庭也可以发布“马顿令”(Martin Order)，该令状允许无房居住的一方当事人(通常是女方)在婚姻住宅里无期限居住，直至其死亡、再婚或者自愿放弃。See Frances Burton, Family law, Taylor & Francis, 2007, pp. 253-255.

[13]See Katharina Boele-Woelki, Matrimonial Property Law from a Comparative Law Perspective, Amsterdam, 2000, p. 21.

[14]参见[德]迪特尔·施瓦布：《德国家庭法》，王葆符译，法律出版社2010年版，第127页。

[15]同前注[3]。

[16]同前注[14]。

[17]《德国民法典》第1365条第2款规定，如果配偶一方欲缔结或已经缔结的某法律行为符合通常的财产管理规则，而另一方无充足理由仍拒绝同意，或者因疾病或不在场而无法作同意的意思表示并且若迟延会有遭到损害的危险，家庭法院也可以代替另一方配偶作出同意。

[18]一些学者对我国物权法应当规定居住权制度有过较为深入的论述，参见周珂、梁文婷：《新时期居住权制度研究》，《政治与法律》2008年第3期；曾大鹏：《居住权制度价值的理论争议及其评析》，<http://www.civillaw.com.cn/Article/default.asp?id=34071>, 2011年9月15日访问。

[19]该条规定：“一方未经另一方同意出售夫妻共同所有的房屋，第三人善意购买、支付合理对价并办理产权登记手续，另一方主张追回该房屋的，人民法院不予支持。”

[20]参见段匡：《日本的民法解释学》，复旦大学出版社2005年版，第284~285页。相似的观点参见陈苇：《婚姻家庭住房权的优先保护》，《法学》2010年第12期。

[21]该条规定：“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。”

[22]法国学者勒内·达维德在其所著的《当代主要法律体系》一书中认为，在罗马法系各国中，所有权是指承认所有权人具有三种特权，即使用权、收益权与处分权，这种分析尽管是传统的做法，但却惊人地肤浅，信托财产迫使人们懂得这一点……当大家明白了对所有权内容分析的全部不足之处后就条件懂得信托财产。参见黎晓平：《司法活动与法制发展》，《清华法治论衡》第2辑，清华大学出版社2002年版，第54页。

[23]近代大陆法系的“绝对所有权”概念的语境是“物的分裂”和“个人主义”，其无法适用于团体共同占有和使用物的情形，以及无形物的拥有和流通的情形。参见梅夏英：《民法上“所有权”概念的两个隐喻及其解读一

兼论当代财产权法律关系的构建》，《中国人民大学学报》2002年第1期。

[24]事实上，我国婚姻法对该观点也是承认的。例如，根据《婚姻法司法解释（三）》第10条第2款的规定，在婚前按揭购买的房屋被确定为名义登记人所有时，非产权方配偶可以就双方婚后共同还贷支付的款项及其相对应财产增值部分，要求另一方补偿。其中“相对应财产增值部分”指的应当就是房屋的相应增值部分，这实际上是认可了房屋所有权与其上经济利益是可以属于不同主体的。只不过该司法解释没有将此精神贯穿始终。

[25]关于法律物权与事实物权的区分与确定，参见孙宪忠、常鹏翱：《论法律物权与事实物权的区分》，《法学研究》2001年第5期。

[26]《婚姻法司法解释（一）》第27条第3款规定：“离婚时，一方以个人财产中的住房对生活困难者进行帮助的形式，可以是房屋的居住权或者房屋的所有权。”《最高人民法院关于审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》第14条规定：“婚姻存续期间居住的房屋属于一方所有，另一方以离婚后无房居住为由，要求暂住的，经审查属实可据情予以支持，但一般不超过两年。”

[27]参见夏吟兰：《离婚救济制度之实证研究》，《政法论坛》2003年第6期。

注：该文原载《法学》2011年第12期

## 论婚姻家庭住房权的优先保护

2013年11月5日 中国民商法律网 陈苇，姜大伟 西南政法大学

关键词：婚姻家庭住房权；制度功能；法理基础；社会基础；立法建议

内容提要：优先保护婚姻家庭住房权，具有重要的功能和价值，在我国不仅具有法理基础，而且具有现实的社会基础。从域外立法例看，一些国家已经有对婚姻家庭住房权有优先保护的立法内容。基于我国现实国情，宜借鉴他国立法经验，建立婚姻家庭住房权优先保护制度，以彰显我国宪法尊重和保障人权的基本理念，实现法律对婚姻家庭当事人基本人权的保障。

婚姻家庭住房权，是婚姻家庭成员根据生活实际需要，对用于共同生活的住房享有居住和使用的权利。未经共同居住的全体家庭成员之同意，房屋所有权人不得擅自处分该住房，若其擅自将该住房出售给善意第三人，则其他家庭成员得根据婚姻家庭住房权，对抗善意第三人。目前，我国法律尚无优先保护婚姻家庭住房权之规定，法学理论界对此亦存有“肯定说”与“否定说”之分歧。本文以婚姻家庭住房权为研究对象，在对“否定说”商榷与评析的基础上，从制度功能、理论基础、社会基础以及立法价值的角度进行研究分析，论证在当下优先保护婚姻家庭住房权之合理性，以期为我国制定保护婚姻家庭住房权的立法提供参考。

### 一、婚姻家庭住房权应否优先保护之论争

目前，我国理论界和实务界，对婚姻家庭住房权应否优先保护，主要有两种观点：一是“肯定说”，即基于优先保护婚姻家庭成员基本生存权的价值取向，主张婚姻家庭住房权应优先保护；二是“否定说”，即基于维护交易安全、促进发挥物之效用的价值取向，主张优先保护善意第三人利益。

“肯定说”认为，应当优先保护婚姻家庭住房权。其主要基于以下三点理由：{1}

第一，优先保护婚姻家庭住房权，既有联合国1948年《人权宣言》保护基本人权的倡导，也有我国《宪法》、《婚姻法》之规定等法律依据，保护婚姻家庭住房权，就是保护人的基本人权。

第二，优先保护婚姻家庭住房权，有现实的社会基础，符合我国基本国情，符合绝大多数民众的切身利益。

第三，优先保护婚姻家庭住房权，目的在于使婚姻家庭当事人有房可居，以维持家庭成员的基本生存需要，而法律保护善意第三人的利益，目的在于保护交易安全，以保障社会经济的正常发展。从生存权与发展权的关系看，生存权应当优先于发展权。婚姻家庭住房权与人的生存权密切相关，因此，对其应予优先保护。

“否定说”认为，善意第三人的利益应优先保护。其主要基于以下四点理由：

第一，家庭成员的“居住需要”未区分“普通型”及“豪华型”居住需要。每个家庭的生活水平不同，因此，“居住需要”的内涵和层次在实践中难以统一标准认定和操作，婚姻家庭住房难以界定。{2}

第二，如果法律对擅自处分婚姻家庭住房的行为不适用善意取得制度，一方面有违物权法之本意，因为善意取得之设立旨在保护交易安全，促进物的效用。另一方面婚姻法是民法的基本组成部分，应当与民法的基本规则保持一致。夫妻共同财产是共有财产，应当适用物权法规定的共有规则，否则必然破坏民法规则的统一性，破坏市民社会的正常秩序。{3}

第三，在我国现有制度保障下，婚姻家庭养老育幼职能已然能够实现。一方面，我国婚姻法已经规定，赡养老人是子女的义务，同样，抚养教育未成年子女亦是父母的义务。另一方面，我国社会保障工作正在逐步完善，家庭成员“居有所”的权利应当由国家和社会进行保障。{4}

第四，保障家庭成员的居住权利“无疑会限制房屋所有权人对房屋的有效利用”，“与物权法保障充分发挥物之效用的功能相违背”。{5}并且，如果法律规定婚姻家庭住房不得处分，那么在房价畸高的情况下，可能会存在唯利是图的卖房者借机反悔的投机情形，反而不利于保护交易安全和善意第三人的权益。{2}

### 二、对“否定说”之评析

如前所述，“否定说”认为，善意第三人的利益应当优先于婚姻家庭住房权受法律保护以维护交易安全。然而，

我们认为，“否定说”的主要理由值得商榷。

第一，“否定说”以家庭成员的居住需要难以认定和婚姻家庭住房难以界定，作为否定优先保护婚姻家庭住房权的依据之一，其理由不够合理。因为婚姻家庭住房具有区别于一般住房的明显特征：第一，从居住成员看，居住成员间具有婚姻、血缘或法律拟制所形成的身份关系，彼此互有法定的扶养义务。第二，从住房数量看，一个家庭一般只有一套住房用以满足全体家庭成员共同生活的居住需要。如果家庭成员拥有多套房屋，处分房屋时只须保留其中一套经常共同居住的房屋，以保障家庭成员满足实际的基本居住生活需要。第三，从住房权属看，该住房可由家庭成员共同所有，也可由家庭成员中一个人所有或数人共同所有，而其他家庭成员对该房享有居住和使用的权利。第四，从住房职能看，该住房主要用于满足夫妻生活、赡养老人和抚育未成年子女等基本生活需要，不具有如转让、抵押、租赁等含经济效益的投资职能。实践中，只要把握好认定的尺度和标准，婚姻家庭住房是可以界定的。因此，“否定说”将家庭成员的居住需要难以认定和婚姻家庭住房难以界定作为否定其优先保护之理由，难以成立。

第二，“否定说”认为善意取得制度应适用于一切交易领域，婚姻家庭领域亦不例外。我们认为，此说不符合身份法的特殊性要求。诚然，婚姻法、物权法同属民法的重要组成部分，民法的基本原则、价值理念乃至基本规则，一般情况下亦适用婚姻家庭领域。然而，婚姻法与物权法在调整对象、性质和功能等方面都有所不同，因此，婚姻法应当有、也可以有不同于物权法的特殊规定。并且，在婚姻家庭领域的法律适用时，婚姻法是特别法，物权法是一般法，当两者之规定相冲突时，应首先适用婚姻法。{1}诚然，在一般情况下，当夫妻一方擅自处分共同所有的房屋时，为维护交易安全，对善意第三人的信赖利益应适用善意取得予以保护。但是，若该房屋为家庭成员共同生活需要的唯一住房时，因涉及到保护家庭成员的住房权，为保障其基本生存权，使其住有所居，就不能一概适用善意取得制度，这是婚姻家庭法保护婚姻家庭特有的立法宗旨所决定的，即善意取得在婚姻家庭领域的适用应受必要限制。事实上，我国物权法对善意取得的适用条件及适用范围已有限制性的除外规定[1]，因此，在婚姻家庭领域，婚姻法对善意取得的适用作出必要限制，并不引起现行法律间的适用冲突，亦不构成对民法规则统一性的破坏。

第三，“否定说”认为我国现有制度已然能够保障家庭成员的住房权，并列出了前述两点理由予以论证[2]。诚然，我国婚姻法规定父母子女间互有扶养义务，住房权的保障已是扶养义务的应有之义，但是，若住房所有人罔顾扶养义务之存在，擅自将承载扶老育幼职能的住房出售给第三人，则父母抑或子女的住房权何以保障？同时，现阶段将家庭成员的住房保障全部由社会保障承担，还缺乏现实的社会财政基础（详见后述）。因此，法律必须在制度上确认优先保护婚姻家庭住房权，否则法律规定父母子女间互有扶养义务也将因事实上无法履行而沦为倡导式规定。这是保障父母子女间履行扶养义务的现实需要。

第四，“否定说”认为如果规定婚姻家庭住房受优先保护，一是不利于发挥物之效用，二是担心存在唯利是图、借机反悔的投机卖房者，不利于保护交易安全和善意第三人的权益。我们认为，这是价值观念错位的非理性做法。发挥物之效用，不能以牺牲家庭成员的基本生存权为代价。并且，实践中，唯利是图的投机卖房者借机反悔，损害善意第三人利益的情形之发生，并不在于是否承认擅自处分婚姻家庭住房的效力。如果建立了系统的房屋登记制度，不给擅自卖房者可乘之机，并且社会建立完善的个人诚信档案等，则可从根本上杜绝此类现象。所以，否认优先保护婚姻家庭住房，而主张优先保护善意第三人利益，这实际上涉及生存权与发展权孰优先保护的问题。我们认为，如果承认婚姻家庭住房擅自处分的效力而保护善意第三人利益，这是有悖我国宪法保障基本人权的立法理念的。因为维护交易安全，促进社会经济发展，应当建立在优先保护人的基本生存权之上，因此，应当优先保护婚姻家庭住房权。综上所述，“否定说”的四点理由是不科学、不合理的。

### 三、对“肯定说”之主要理由证成

对于婚姻家庭住房权应否优先保护，我们持“肯定说”。以下我们从婚姻家庭住房权的功能、法理基础、社会基础以及所体现的法律价值四个方面，证成在当下中国优先保护婚姻家庭住房权之合理性。

#### （一）婚姻家庭住房权之功能

婚姻家庭住房权的优先保护，从微观而言，一方面为家庭成员自由全面发展提供基本生活保障，另一方面亦为实现婚姻家庭之扶老育幼职能提供物质基础。从宏观而言，有利于促进家庭和睦，为社会稳定、经济发展提供坚实后盾。

第一，从个人看，婚姻家庭住房系家庭成员居住权实现的物质基础，是家庭成员实现个人自由全面发展的前提条件。马克思指出：“人们首先必须吃、喝、住、穿，然后才能从事政治、科学、艺术、宗教等等；所以，直接的生活资料的生产，从而一个民族或一个时代的一定的经济发展阶段，便构成基础。人们的国家设施、法的观点、艺术以至宗教观念，就是从这个基础上发展起来的。”{6}776 美国社会心理学家马斯洛著名的“人类需求层次理论”{7}304-307 认为，人的需求按由低到高排序，包含五个层次：生理需要；安全需要；社交需要；受到尊重的需要；自我实现的需要。这五类需要的满足是分层次的，人们首先满足最低层次的需要后，才会追求更高层次的需要，由此上升，从而实现自我价值。显然，个人若想得到自由全面的发展，首要前提则是解决衣食住行等基本生存问题，因此，人只有是生存着的，才能有进一步发展之可能。对婚姻家庭住房权给予优先保护，将在制度层面保障家庭成员稳定的居住权，使其能够心无旁骛地投入到自己所追求的理想和事业中去，实现个人自由全面的发展。

第二，从家庭看，有利于实现婚姻家庭之扶老育幼职能。家庭是社会的基本单位，家庭扶老育幼职能的实现必须依赖一定的物质基础，而在诸物质基础中，住房则因其特殊用途而构成基础之基础，因为它不仅是家庭成员遮风

挡雨、驱寒避暑的场所，而且亦是家庭成员交流情感、慰藉心灵的温馨港湾[3]。如果没有住房，家庭的意义将失所附丽。如果没有婚姻家庭住房权，家庭之养老育幼职能的实现就无以保障。目前在我国，由于社会保障功能尚不完善，抚育子女、赡养老人仍是大多数家庭的一项重要职能，也是我国法律明确规定的义务。因此，对婚姻家庭住房权予以优先保护，将为抚育子女、赡养老人所必需的居住环境提供可靠的制度保障。

第三，从社会看，有利于促进社会的稳定和发展。“天下之本在国，国之本在家”，家庭是社会的基石，家庭的和睦稳定是社会和谐安定的基础，而拥有稳定的居所则是婚姻家庭和睦稳定的前提，因为这与我国安居乐业的传统生活习惯息息相关。千百年来，国人都为能拥有家庭住房而奔波，大凡儿女婚配，父母必以准备婚姻家庭住房为头等大事，而不管付出多大代价。即便在目前我国房价畸高的情形下，父母仍为子女结婚购房，而不惜倾注毕生积蓄。住房之于国人，已视为家的概念，有了共同居住的“家”，才能“安居”，尔后“乐业”，进而为社会创造财富，促进社会稳步发展。因此，对婚姻家庭住房权给予优先保护，将是尊重我国传统生活习惯的表现，也将有利于促进我国和谐社会的构建。

#### （二）优先保护婚姻家庭住房权之法理基础

在我国，婚姻家庭住房权优先保护，不仅是保障家庭成员基本生存权利的要求，而且符合我国法律保护妇女、老人以及儿童权益的立法精神。

第一，保障家庭成员的基本生存权利。生存权利是最基本最重要的人权，是其它人权的基础，它不仅包括人的生命不受非法剥夺的权利，也包括维持人的生命存在所必需的生活保障的权利。{8}307 联合国 1948 年《人权宣言》明确规定：家庭是天然的和基本的社会单元，并应受社会和国家的保护，人人有权享受为维持他本人和家属的健康和福利所需的生活水准，包括食物、衣着、住房、医疗和必要的社会服务，任何人的私生活、家庭、住宅和通信不得任意干涉[4]。从此意义讲，优先保护婚姻家庭住房权是有效保护基本人权之生存权的基本要求。优先保护婚姻家庭住房权，就是优先保障基本人权。

第二，符合我国法律保护妇女、老人以及儿童权益的原则。实际生活中，妇女、儿童和老人属于弱势群体。为了保护他们的合法权益，我国法律对保护妇女、儿童和老人的合法权益有明确的规定，如我国《宪法》第 49 条明确规定，婚姻、家庭、母亲和儿童受国家保护。我国现行《妇女权益保障法》、《老年人权益保障法》以及《未成年人保护法》亦分别从各自所保护的主体出发，对他们权益的保护作出了专门规定[5]。依据上述各法规定之意旨，婚姻家庭住房权应当是他们享有的基本权利之一，应当受到法律的特殊保护。如果这些弱势群体当事人所居住房成为与善意第三人交易之标的，婚姻家庭住房权与善意第三人的利益两者孰应优先受到保护？如果优先保护善意第三人之利益，妇女、老人以及儿童将因无房可居，陷入生活无着的悲惨境地，这显然违背了上述各法规定的原则。因此，为了贯彻落实上述各法之保护妇女、儿童和老人合法权益的原则，切实保障他们的合法权益，对婚姻家庭住房权应当予以优先保护。

#### （三）优先保护婚姻家庭住房权之社会基础

在我国，随着社会经济的发展，我国居民生活条件包括住房条件已得到明显改善，但现阶段我国仍属于发展中国家，优先保护婚姻家庭住房权，存在着现实的社会基础。

第一，我国居民拥有住房的现实状况。改革开放以来，国家注重改善城镇居民的生活条件，采取系列措施使城镇居民逐渐从无房、租房向有房、住好房转变。2008 年我国城镇居民自有房屋拥有率达 87.8%，比 1983 年提高了 78.4 个百分点，{9}极大地提高了我国城镇居民的居住水平。然而，我国是一个人口众多、物质资源相对匮乏的国家，目前我国绝大多数家庭只拥有一套住房。为更进一步解决我国居民的住房问题，近年来，我国政府大力推进实施保障性安居工程建设，以切实保障居民的基本居住权利[6]。我们认为，在国家千方百计保障居民基本住房需求、改善民生的今天，对于社会民众的基本居住权利，法律应当给予保障，对于家庭成员的婚姻家庭住房权亦应当给予优先保护。

第二，现阶段，养老育幼仍是我国婚姻家庭的重要职能。在我国社会主义初级阶段，家庭除继续是婚姻家庭成员的情感交流场所外，大部分家庭仍然发挥着养老育幼、物质生产、家庭成员间的扶助和保护等基本职能。{10}虽然近年来，我国社会保障事业不断发展，社会保障体系日臻完善，但基于我国人口多、底子薄的基本国情，婚姻家庭承担的养老育幼职能不可能短期内改变，家庭住房仍是养老育幼的基本场所。目前我国人口老龄化日益加重，老龄事业发展任重道远[7]。同时，现阶段我国未成年人的监护仍以家庭监护为主，家庭仍是未成年人成长的重要场所。因此，为使老人能够颐养天年，子女能够健康成长，稳定的居住环境必须得到保证。对婚姻家庭住房权给予优先保护是我国婚姻家庭履行养老育幼职能，维护老年人、未成年人合法权益的必然要求。

#### （四）优先保护婚姻家庭住房权之法的价值

从制度价值的角度言，优先保护婚姻家庭住房权，体现和彰显了法律对公平、效益、秩序等价值理念的追求。

##### 1. 追求实质公平

公平是法的基本价值之一，其意在强调：人在法律地位上无差别，都有同等机会参与社会活动。然而，机会平等并不意味着实质公平，人与人之间事实上往往存在着经验、智力、机遇等各种差别，这将会导致在某些方面存在弱势的人在社会活动中处于不利境地，沦为经济弱者，其往往可能会丧失自由发展的空间，甚至直接威胁到基本生存。为追求实质的公平，保障弱者的基本人权，法律应当在制度上给予弱者的权益优先保护，以保障其为满足生存

的最基本需求。对婚姻家庭住房权给予优先保护，将为家庭成员中如妇女、儿童和老人等经济弱者的居住权益提供基本的制度保障，这是法律追求实质公平的价值理念的体现。当然，现实生活中可能存在善意第三人购买的房屋可能也为婚姻家庭居住用房的情况，此时若专门保护住房原所有权人的家庭成员的居住权益，对于善意第三人的家庭成员而言，是否有失公平？我们认为，在市场经济条件下，善意第三人在以合理的市场价格购房时，拥有很多的选择空间，他完全可以选择其他房源。而对于住房原所有权人的家庭成员而言，若其弃现居住用房而再寻找其他可供居住房源时，则可能产生不必要的成本和资源的耗费。因此，从机会选择和成本耗费的角度言，优先保护原权利人的婚姻家庭住房权，并非有失公平，而将彰显法追求实质公平价值的理念。

## 2. 彰显法之效益价值

法律对于效益的追求体现为，一方面通过对各种行为模式的规定，指引着人们的行为，为争取最优化的实际效果提高程序保障；另一方面，法律的效益价值要求人们以较小的投入，减少不必要的资源耗费。{11}144-147 从立法活动的产出和收益角度言，优先保护婚姻家庭住房权，可以增强立法效益，在一定程度上减轻人民法院的诉累，体现法的效益价值。我国《物权法》颁行后，审判实践中出现了一种新类型案件，即婚内夫妻一方要求确认财产共有权并在房屋产权证书上加名的诉讼。其原因在于该法确立了一种优先保护社会交易安全的善意取得制度。据此制度，只要符合善意取得的构成要件，房屋的所有权当然发生移转，而家庭成员的居住权则可能因此丧失。因此，该法颁行后，出现大量房屋产权加名的诉讼案件不是偶然的，而反映了婚姻家庭成员要求住房权得到法律优先保护的现实需求，这对于人民法院而言，无疑加重了工作负担。即从效益角度考量，如果仅仅保护善意第三人交易安全，而罔顾家庭成员的婚姻家庭住房权，其立法效益是低下的。因此，对婚姻家庭住房权给予优先保护，对善意取得的适用作出必要限制，将彰显法律对效益价值的追求。

## 3. 实现法之秩序价值

秩序是通过法律的调整而力图达致社会的有序化状态，{12}152 它是法的重要价值之一。法的秩序价值，是通过法的社会控制实现的，一方面通过划定、分配和调整利益，另一方面通过创设规范，实现法对秩序价值的预期追求。{13}400 现代社会是文明社会，一般通过预先创设某种行为规范，为人们行为提供指引、教育、预测和评价，以实现社会有序之状态。从此种意义讲，创设婚姻家庭住房权优先保护制度是必要的，是实现法之秩序价值的应然要求。家庭是社会的基本单位，家庭的稳定是社会和谐有序的重要保证，婚姻家庭成员的居住权益能够得到制度上的优先保障，则是家庭稳定的重要物质性条件。如果婚姻家庭住房权得不到优先保障，家庭之维系则丧失物质基础，家庭成员因此可能陷入居无定所、朝不保夕之命运，遑论家庭乃至社会之和谐有序。这里须注意的是，婚姻家庭住房权的优先保护，是否妨碍交易安全及秩序？我们认为，其并非妨碍交易安全及秩序，因为此制度之设立，旨在为保护家庭成员的居住权提供制度保障。对于买卖房屋的当事人而言，只是须对交易房屋的权属、用途等基本情况尽审慎审查义务而已。因此，对婚姻家庭住房权给予优先保护，将有力地维护家庭及社会秩序的稳定，突显法对秩序价值的追求。

## 四、婚姻家庭住房权：域外立法例考察与评析

考察国外立法，一些国家已经设有优先保护家庭成员住房权的法律规定。“他山之石，可以攻玉”，下文拟考察法国、瑞士、意大利、英国等四国在婚姻家庭住房权优先保护方面的立法，以资参酌。

### （一）域外立法例之考察

#### 1. 法国立法

《法国民法典》第 215 条明确规定，婚姻家庭住房是夫妻共同选定的家庭处所，未经他方同意，任何一方不得擅自处分以保障家庭住宅的权利，也不得处分住宅内配备的动产家具。依据该法，擅自处分婚姻家庭住房的行为在性质上属效力待定行为，没有表示同意处分的配偶一方有权在知道擅自处分行为之日起 1 年内予以撤销。第 220 条规定，若夫妻一方擅自处分婚姻家庭住房，严重违反其养老育幼义务，危害到家庭利益时，家事法官得命令采取家庭利益所要求的各项紧急措施，包括禁止该配偶一方在未经另一方同意的情况下处分其个人财产或夫妻共同财产，不论是动产还是不动产。另外，该法通过设立居住权，以保障家庭成员的居住权利。其第 633 条明确规定，居住权仅以其利益设定此种权利的人及其家庭成员满足居住需要为限，以限制住房所有人的权利[8]。

#### 2. 瑞士立法

《瑞士民法典》第 162 条规定，婚姻住所由夫妻双方共同决定，只有取得夫妻他方的同意，夫妻一方才能终止租约、出售家庭的房屋或公寓，或者通过其他合法交易限制家庭对住房的使用权。同时，对婚姻家庭住房（家宅）的设立采登记主义，依第 354 条规定，设立用于家庭成员居住生活的家宅必须满足供养家庭生活或居住的实际需要，但基于重要原因，经主管官厅批准，也可暂时用于其他目的。家宅设立后，不得对家宅设立抵押权或质权，所有人亦不能转让、出租，也不能为清偿债务而强制执行，但强制管理除外。家宅在所有人死亡时终止，但若按其遗嘱将家宅转移至继承人的，家宅仍继续存在，所有权人也可在生前终止设立的家宅，但如果终止设立家宅使家庭成员稳定居住生活受到影响的，家宅不得终止。另外，在“物权”编通过设定居住权制度以保障家庭成员的住房权，即家庭成员对所有权人住房的一部或全部享有居住和使用住房内公共设施的权利，所有权人不得干涉[9]。

#### 3. 意大利立法

《意大利民法典》第 184 条规定，如果婚姻家庭住房属于夫妻共同财产，未经夫妻他方必要的同意或者追认，

夫妻一方擅自处分婚姻家庭住房的行为属效力待定行为，有权表示同意的夫妻他方在知道该处分行为后1年内可以提起撤销之诉，在任何情况下，撤销之诉均应当自登记之日起1年内提起，未进行登记并且在共有关系解除前夫妻他方一直不知道该处分行为的，应当在共有关系解除1年后提起。同时，夫妻一方或双方可以根据需要以公证或遗嘱方式将登记的住房（特定的不动产）设立为家庭财产基金，由夫妻双方所有，未经共同同意，不得转让。有未成年子女的，还须法院议事室决定和法官的许可。另外，该法亦对在他人住房之上设立居住权作出一规定，以保护家庭成员的住房权。即对房屋享有居住权的人可以在自己和家庭需要的限度内享用房屋[10]。

#### 4. 英国立法

《英国家庭法》（1996年）在“家庭住宅与家庭暴力”一章中对婚姻家庭住房权做出专门规定。该法第30条规定，夫妻一方在另一方基于使用权、所有权、契约或者依法继续占有住房，而自己却不享有此项占有权利时应对该住房享有婚姻住房权益。婚姻住房权益包括：如果夫妻一方正占有住房，另一方不得将其逐出该住房，除非法院作出指令予以许可；如果未占有住房，经法院许可有权进入并占有该住房。上述婚姻住房权益仅适用于夫妻双方打算作为婚姻家庭住房的房屋。在婚姻关系存续期间，夫妻一方的婚姻家庭住房权视为对另一方住房所有权或收益权上的负担，若另一方将其住房进行托管，则夫妻一方的婚姻家庭住房权同样是另一方的受托人所有权或收益权上的负担。另外，当住房所有权人对住房进行抵押时，夫妻一方的婚姻家庭住房权对第三人的抵押权有对抗效力[11]。

#### （二）域外立法例之评析

上述各国法律对保护家庭成员的居住权利的规定内容虽不尽一致，但其立法目的是一致的，无论在立法体例之编排抑或规则设计上都充分体现了优先保护婚姻家庭住房权，同时兼顾保护社会交易安全及善意第三人利益的基本理念。

从立法体例看，前述四国立法一方面根据住房的用益性特征，法国、瑞士、意大利三国皆在民法典“物权”部分设立居住权，以保障公民住有所居的权利；另一方面根据婚姻家庭住房承载的养老育幼职能，均通过调整婚姻的一般义务和夫妻财产关系的法律规范，对保护婚姻家庭住房权作出特殊规定。但在立法体例的编排上，法国、意大利均通过规范夫妻财产制，以达到保护婚姻家庭住房权的目的。瑞士则将保护婚姻家庭住房作为夫妻的义务，在“婚姻的效力”和“家庭财产”中予以规定。英国则通过单行法对婚姻家庭住房权作出专门规定。

从立法内容看，前述四国既有相同之处，亦存在区别。其相同之处在于：四国立法都对夫妻一方擅自处分住房作出禁止性规定。其区别表现在：第一，擅自处分住房的法律后果不同。英国法规定婚姻家庭住房权在婚姻关系存续期间是所有权或收益权的负担，对善意第三人具有对抗效力。其他国家对夫妻一方擅自处分住房的行为规定为效力待定行为，夫妻他方有追认或撤销的权利。另外，为敦促权利人尽快行使追认或撤销权，法国、意大利、还对作出追认或撤销权的期间进行限制性规定，以兼顾保护婚姻家庭住房权和善意第三人的交易安全。第二，有的国家在程序上，对婚姻家庭住房权的保护作出特殊规定。如瑞士法规定家宅的设立必须登记，采登记生效主义；有的国家将婚姻家庭住房作为特殊财产，如意大利法准许将住房设定为家庭财产基金，予以保护。

#### 五、我国婚姻家庭住房权立法之反思与重构

##### （一）立法反思：以《婚姻法解释（三）》第11条规定为中心

2011年最高人民法院《婚姻法解释（三）》第11条规定，一方未经另一方同意出售夫妻共同所有的房屋，第三人善意购买、支付合理对价并办理产权登记手续，另一方主张追回该房屋的，人民法院不予支持。因擅自处分该房屋造成另一方的损失，离婚时另一方可以请求赔偿，人民法院予以支持。

从该条规定的意旨看，我们认为，有以下两点值得反思。

第一，无优先保护婚姻家庭住房权之特别规则设计。依据该条规定，若夫妻共有住房为婚姻家庭居住用房，且成为交易对象的情形下，法院仍将支持优先保护善意第三人利益，而对婚姻家庭住房权未予特别保护性规定。从其规则设计看，该条与我国现行司法解释有关处理夫妻财产管理与善意第三人关系的规则设计一脉相承，均优先保护善意第三人之交易安全[12]。我们认为，市场交易安全固然需要维护，但婚姻家庭住房权之优先保障更不能忽视。因为家庭的稳定是社会稳定的基础，若家庭成员之住房权得不到优先保护，其可能陷入无家可归的境地，遑论家庭乃至社会之稳定。因此，在规则设计上，立法应对婚姻家庭住房权作出优先保护性规定。

第二，欠缺优先保护婚姻家庭住房权之立法理念。依该条规定之精神，当夫妻一方擅自处分属于为维持婚姻家庭共同生活所必需的房屋，家庭成员因生存而享有的住房权益与市场因发展而需要维护交易安全，两者发生冲突时，其优先保护的是市场交易安全，遵循的是民法规则，与民法规则保持一致。这却有悖身份法需要优先保护婚姻家庭成员利益的立法宗旨，故此立法理念是不科学、不合理的。如前所述，目前在我国婚姻家庭住房仍是家庭成员日常生活的重要场所，是婚姻家庭养老育幼职能得以履行的重要载体，因此，婚姻家庭住房应当且必须得到法律的优先保护，以彰显法律尊重和保护人权的基本理念。

##### （二）我国婚姻家庭住房权优先保护之立法设计

住房是特殊的家庭财产，从静态属性看，是家庭成员最基本的生活场所，可满足其生存之需要；从动态属性看，属一般的物，自可成为交易之标的。因此，立法应当考虑住房的特殊性，一方面确立婚姻家庭住房权优先保护，另一方面亦要兼顾保护交易安全和善意第三人的利益。基于此，在考察我国基本国情，并借鉴国外立法经验的基础上，我们对优先保护婚姻家庭住房权拟定以下立法构想。

第一，鉴于婚姻家庭住房担负着婚姻家庭养老育幼的重要职能，建议在《婚姻法》中增加规定优先保护婚姻家庭住房权的内容。可以借鉴国外立法，区分住房属夫妻一方所有或双方所有的情况，分别立法。对于住房属于夫妻共同财产时，借鉴法国、瑞士、意大利之立法，规定夫妻一方在一定期间内对未经其同意的处分行为有主张撤销的权利；对于住房属于夫妻一方财产时，则借鉴英国立法，规定夫妻另一方的居住权利具有对抗善意第三人的效力。具体条文设计为：

“婚姻家庭住房受法律保护。婚姻家庭住房属于夫妻共同所有的，夫妻一方未经另一方同意，擅自处分婚姻家庭住房的，夫妻另一方可以在知道该处分行为后1年内依法提请法院撤销。”

“婚姻家庭住房属于夫妻一方所有的，夫妻另一方在婚姻关系存续期间有居住使用的权利。夫妻一方擅自处分该住房的，另一方可以未经其同意为由，对抗善意第三人。”

“因生活需要，居住在婚姻家庭住房内的其他近亲属，得以婚姻家庭住房权对抗善意第三人。”

第二，基于物权公示公信原则，在坚持不动产权属以登记为表征的前提下，为保护婚姻家庭成员的住房权益，我们建议，可以借鉴重庆、成都两地在办理房屋权属登记（买卖）实践中的做法。上述两地不动产登记部门规定：出卖人除出具一般的权属证明和材料外，尚须出具婚姻证明、配偶同意该房屋出售的书面证明等书面材料[13]。这种做法不仅坚持物权公示公信原则，而且亦保护了夫妻的财产权益和住房权。但不应忽视的是，现实生活中，婚姻家庭住房居住的成员除夫妻外，可能还包括子女和老人。对于他们的居住权益亦须保护，因此为保护其他家庭成员的住房权益，出卖人除出具上述书面材料外，尚须出具居住在该房屋内其他近亲属同意出售的书面证明（未成年人由其监护人代为出具书面证明）。具体条文设计为：

“出卖人除出具一般的权属证明和材料外，还须出具婚姻状况证明、已婚者须出具配偶同意该房屋出售的证明等书面材料。”

“有其他近亲属居住的，出卖人还须出具其他近亲属同意该房屋出售的证明等书面材料（未成年人由其监护人代为出具书面证明）。”

注释：

[1]依2007年《物权法》第106条第1款规定，无权处分人将不动产或者动产转让给受让人的，所有权人有权追回，除法律另有规定外，符合下列情形的，受让人取得该不动产或动产所有权。此即对善意取得的规定，但对其适用情形作了一定限制，即法律另有规定的除外。此除外规定为其他法律在特殊情形下作出限制性规定提供了法律依据。

[2]一是父母子女间的法定扶养义务包含了对住房权的保障；二是日益完善的社会保障可以保障家庭成员的住房权。

[3]我国古人就将家庭的含义释为居所、住宅。如《康熙字典》所录《说文》对“家”的解释为：“豕居之圈曰家，故从宀从豕，后人借为室家之意。”而“庭”则指“厅堂”，为“正房前的空地。”参见张文霞、朱冬亮：《家庭社会工作》，社会科学文献出版社2005年版，第12页。

[4]参见联合国1948年《人权宣言》第12、16、25条。<http://baike.baidu.com/view/3438497.htm>，访问时间：2012年8月4日。

[5]参见2005年修正后的《妇女权益保障法》第30、31条；1996年《老年人权益保障法》第10、11、13条；2006年修正后的《未成年人保护法》第3、10条。

[6]2011年《我国国民经济和社会发展十二五规划纲要》指出：要加快完善符合国情的住房体制机制和政策体系，逐步形成总量基本平衡、结构基本合理、房价与消费能力基本适应的住房供需格局，实现广大群众住有所居。这要求各级政府加大保障性安居工程建设力度，重点发展公共租赁住房，加快棚户区改造，规范发展经济适用住房，增加中低收入居民住房供给，提高住房保障水平。<http://news.sina.com.cn/c/2011-03-17/055622129864.shtml>，访问时间：2012年6月27日。

[7]2011年《中国老龄事业发展“十二五”规划》中指出：从2011年到2015年，全国60岁以上老年人将由1.78亿增加到2.21亿，平均每年增加老年人860万；老年人口比重将由13.3%增加到16%，平均每年递增0.54个百分点。该规划明确，要坚持家庭养老与社会养老相结合，充分发挥家庭和社区功能，着力巩固家庭养老地位，构建居家为基础、社区为依托、机构为支撑的社会养老服务体系。该规划进一步要求，要着力建设老年家庭，其中一项举措就是提高老年人居住条件。<http://www.gov.cn/zwgk/2011-09/23/content-1954782.htm>，访问时间：2012年6月27日。

[8]参见《法国民法典》第215、220、633条，《法国民法典》，罗结珍译，北京大学出版社2010年版。

[9]参见《瑞士民法典》第162、169、条，《瑞士民法典》，殷生根、王燕译，中国政法大学出版社1999年版。

[10]参见《意大利民法典》第184、167、169、1022条，《意大利民法典》，费安玲等译，中国政法大学出版社2004年版。

[11]参见《英国家庭法》第30、31、54条，《英国婚姻家庭制定法选集》，蒋月等译，法律出版社2008年版。

[12]参见现行《婚姻法》第17条；2001年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第17条。

[13] 参见重庆市《房屋权属转移登记（买卖）》第3条，载重庆市国土资源与房屋管理局公众信息网，[http://www.cqgtfw.gov.cn/zwgkml/xzjkjzp/xzjkjzpfwgl/fwfzxxk1/200912/t20091217\\_52756.html](http://www.cqgtfw.gov.cn/zwgkml/xzjkjzp/xzjkjzpfwgl/fwfzxxk1/200912/t20091217_52756.html)；成都市《私房（含政策性住房）买卖过户登记》之“提交要件”部分，载成都市房屋管理局，<http://www.cdfgj.gov.cn/BSZN/ShowInfo.aspx?WorkGuidelD=f01cc34e-7d28-4fae-89ed-47b747>，访问时间：2012年8月1日。

【参考文献】 {1}陈苇. 婚姻家庭住房权的优先保护[J]. 法学, 2010, (12):20-23.

{2}杜万华, 程新文, 吴晓芳关于适用婚姻法若干问题的解释(三)的理解与适用[J]. 人民司法, 2011, (17):22-29.

{3}杨立新. 关于适用婚姻法若干问题的解释(三)的民法基础[J]. 法律适用, 2011, (10):40-43.

{4}陈信勇, 蓝邓骏. 居住权的源流及其立法的理性思考[J]. 法律科学, 2003, (3):73-74.

{5}房绍坤. 居住权立法不具有可行性[J]. 中州学刊, 2005, (4):72-74.

{6}马克思恩格斯选集(第3卷)[M]. 人民出版社, 1995.

{7}苏勇. 当代西方管理学流派[M]. 上海: 复旦大学出版社, 2007.

{8}谷春德. 人权民主法治论丛[M]. 北京: 中国法制出版社, 2004.

{9}新中国60年: 城乡居民生活从贫困向全面小康迈进[EB/OL]. [2012-06-27]. 中国政府网, <http://www.gov.cn/gzdt/2009-09/10/content-1413985-4.htm>.

{10}陈苇, 冉启玉. 构建和谐的家庭关系——中国婚姻家庭法六十年[J]. 河北法学, 2009, (8):43-49.

{11}卓泽渊. 法理学(第4版)[M]. 北京: 法律出版社, 2004.

{12}文正邦. 法哲学研究[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2011.

{13}卓泽渊. 法的价值论[M]. 北京: 法律出版社, 2006.

出处:《法律科学》2013年第4期

## 对遗产酌给请求权的反思与重构

2014年4月30日 中国民商法律网 和丽军

关键词: 遗产酌给请求权, 反思, 重构

内容提要: 作为对非应继承人分享被继承人遗产的保护措施, 遗产酌给请求权制度对依靠被继承人扶养的缺乏劳动能力又没有生活来源的, 或对被继承人扶养较多的非应继承人提供了特别的保护, 但我国现行规定存在的缺漏及不合理之处也较为明显。只有对该制度存在的合理性及其基础进行充分论证, 对其权利主体、可分遗产份额及权利的行使方式等进行梳理并准确界定, 才能正确地构建此制度, 解决因该制度不甚完备而在实践中难以操作, 少有适用甚至不正确适用的局面, 以发挥该制度的应有价值, 保证其权利主体获得遗产利益。

根据《继承法》第14条规定, 依靠被继承人扶养且缺乏劳动能力又没有生活来源的或对被继承人扶养较多的人, 虽因与被继承人不具有婚姻关系或亲密的血缘关系不被纳入继承人范围, 但仍能以分得适当遗产的方式在利益上获得保障。这便是我国从前苏联继受并经调整的遗产酌给请求权制度。依规定, 遗产酌给请求权人取得的遗产份额按具体情况可多于或少于继承人, 在其权利受到侵害时, 还有权以独立诉讼主体资格向人民法院提起诉讼。[1]可见, 该制度不仅有实体法以权利的形式对之进行规范, 还有诉讼程序为其权利保障提供救济渠道。但就目前的规定而言, 该制度仍有较多不甚完备之处, 不仅授予权利的标准不甚统一, 即同类情况区别对待, 规定的内容也太过笼统而在实践中难以操作。故本文从该制度的理论基础展开论述, 重构完善的遗产酌给请求权制度, 以弥补该制度存在的缺憾。

### 一、遗产酌给请求权的概念及其作用原理

在我国, 遗产酌给请求权, 是指继承人以外的自然人, 由于与被继承人生前形成过扶养或被扶养的关系, 基于其客观需要而依法从被继承人处分得适当遗产的权利。该制度保证曾与被继承人存在过相当扶养关系的非继承人能够从被继承人处获得一定的遗产, 或作为基本生活的保障, 或作为曾对被继承人扶养较多的报偿, 同时, 该制度也形成对被继承人遗嘱自由的限制。世界上直接规定此制度的国家很少, 除我国及该制度的起源国前苏联外, 日本及我国台湾地区也有类似的相关规定, 但彼此规定甚有差异, 且与前苏联的规定大相径庭。

在继承制度的发展过程中, 遗嘱继承的产生晚于法定继承, 但随着个人权利独立于家庭与集体, 个人财产权受到极大的尊重并得到法律的直接确认与保护。基于对财产所有人意志自由的尊重, 遗嘱在不违反限制性规定的情况下, 其效力反而优先于法定继承。法定继承是以血缘关系、婚姻关系为基础来保护相应关系人权利义务的手段, 它将权利的主体限制在配偶与血亲之内。法律正是结合家庭、社会的需要来对被继承人的意愿进行最大可能地推定, 以此来确定法定继承人的主体范围及其享有遗产的顺序、份额等。而遗嘱的出现却给予死亡人自由安排其遗产的可能, 让其按意愿对遗产所作的安排优先于法律的安排。如此, 遗嘱自由让超出死亡得以延长的所有权自由得以实现。[2]但以法定的继承规则及标准来看, 在一部分人因遗嘱而优先受益时, 同时也意味着其他没有被遗嘱指定而被优先了的法定继承人的继承权受到了剥夺。正如学者所言, “财富的可继承性在社会规则的另一端也意味着贫穷的可继承性”[3]。一个正常有序的社会自然应当将此种“贫穷的可继承性”控制在社会发展可以接受与容忍的程度之



内。但当这种“贫穷的可继承性”违反了法定继承必须坚守的利益保护制度且与社会的人文关怀背道而驰时，遗产酌给请求权就作为一种限制性措施与利益平衡手段对遗嘱自由的任性作出限制与调整，以此对必须保护的法定继承人做一种优先于遗嘱继承的利益安排，特留份制度、必留份制度也正是因此而生。

在通过特留份、必留份对继承人中的配偶、亲密血亲及急迫需要遗产来维持生活的继承人进行特别保护后，在现实生活中，仍然还存在另一部分人，他们与被继承人无婚姻及亲密血亲关系，但因缺乏劳动能力又没生活来源而曾依靠被继承人扶养，或曾对被继承人扶养较多，在被继承人死后其需要继续得到被继承人遗产的帮助及补偿或慰藉，故在被继承人死后，被继承人对他们原所实施的扶养扶助行为是否需要延伸进行，及他们曾对被继承人实施的扶养扶助行为是否应该得到回报的问题便会产生。如果被继承人生前曾以遗嘱对此类关系人作了财产上的安排，那么他们将会通过遗嘱从被继承人处获得一定的遗产；如果被继承人生前没有以遗嘱对此类关系人作任何安排，那么他们基于与被继承人生前的扶养扶助关系而应该继续获得的扶养、帮助或回报，就需要以法律措施或制度予以保障。如果既想使继承的基础遵循传统而保持在婚姻、亲密血亲的范围之内，又想使被继承人的遗产除能留给法定继承人外，还能使其他应从遗产中受益的此类非法定继承人受益，比如使那些依靠被继承人生前扶养的缺乏劳动能力又没有生活来源的非继承人受益，以及那些继承人以外对被继承人扶养较多的人受益，那么就应采用非继承的方式对之进行规制，以此保证继承传统基础的正常继续与协调统一。正如特留份、必留份制度形成对遗嘱自由的限制一样，该类措施或制度也是通过对遗嘱自由的限制来保护与被继承人生前存在特别扶养扶助关系的非继承人的利益，以弥补特留份、必留份等继承制度基于法定继承的基础而仅保护法定继承人利益所导致的不足。如此，对与被继承人生前存有特别扶养扶助关系而应适当分得遗产的非继承人保护的缺位，便由遗产酌给请求权制度来补充解决。

至此，在继承制度中，遗嘱自由以充分尊重生者的意志自由而存在，特留份、必留份制度以法定继承人中特定继承人的利益关注为重点，遗产酌给请求权制度以与被继承人生前存有特别扶养扶助关系而需继续维护该非继承人的利益为重点，三种制度在限制遗嘱自由的同时发挥着利益的协调与平衡功能，杜绝遗嘱自由的任性可能导致的不利后果，而法定继承作为最后手段，基于对被继承人意愿的推定且结合社会的需求对被继承人的遗产作出最后安排，以示对死者的尊重和对生者利益的维护。

## 二、遗产酌给请求权的基础

继承必须以血缘、婚姻关系为基础，遗嘱自由也必须获得尊重，这一直是继承所信守的准则。但近现代以来，以前苏联为首，基于不同的利益需要，极少数国家将曾与被继承人存在一定扶养关系的非婚姻、非血缘关系人纳入继承人范围，使其替代发挥社会保障制度的功能以缓解社会的压力。实施类似制度的国家并不多，且大部分国家并未将此类人纳入继承人范围，但在实施遗产继承前，都会从被继承人的遗产中先取一部分对此类人的利益进行优先保护，这便是遗产酌给请求权，它在限制遗嘱自由的同时对特定非继承人的利益进行优先保护。可见，经由遗产酌给请求权对特定非继承人的利益进行保护已在部分国家成为共识，但具体措施的合理性及基础却需进一步论证，而部分国家将本该以遗产酌给请求权解决的问题以继承方式规制的做法，基于基础的同一更应该予以协调纠正。

“扶养，谓一定亲属间有经济能力者，本于身份关系，对于无力生活者，应予以扶助维持。”[4]所以，就其本义而言，扶养乃是基于身份关系而在亲属间发生的扶助维持行为，其对象为无力生活者，而无力生活的原因可以是年幼、年老、残疾等。可见，扶养作为相互间在经济上予以供养和生活上予以扶助的一项法定义务，只能存在于具有特定关系的近亲属之间，对象以亲属为限，条件都甚为严格。而在我国《继承法》所使用的扶养一词实为广义，为赡养、扶养、抚养的统称，主体间没有身份、辈分的差别。依法定扶养义务，不止要求义务人需以己助人，在某些特定关系人之间，比如夫妻、亲子间，甚至要求舍己为人。所以当该类亲属间的生前扶养行为延续为死后继续扶养时，生者（扶养权利人）从死亡人（扶养义务人）处获得遗产以保持扶养的持续进行就成为继承的根据及理由。按死后扶养思想，“一定范围内之宗族或亲属，负有扶养义务之人，不独其生存中，于死亡后亦应继续扶养”[5]。该扶养权利人在扶养义务人死亡后仍受其扶养的实质便为继承权。同时，它将取得继承权的人员范围限制在宗族或亲属之间，与婚姻、血缘紧密相关，仅让具有此类法定扶养权利义务的关系人才有可能得以在一方死亡后以遗产继承的方式维系对生存者的继续扶养。而且，就一些被继承人的血亲而言，即使他们已被列入继承人的范围，但只要其位于继承的后序位，也会因其为非应继承人而不能获得任何遗产，而其他因与被继承人血缘关系较远而未列入法定继承人范围的血亲自然也无继承遗产的可能。如果他们与其他被继承人的非血缘关系人一样，都曾于被继承人生前对之扶养较多，在被继承人死后，基于他们曾对被继承人扶养较多的客观现实，在对被继承人的遗产依法继承时，如果不对其曾为的扶养行为以被继承人的遗产有所报偿，实为不公平。

有学者认为，“扶养请求权为与一定身份（亲属、家长、家属地位）结合之一身的专属权，不但为享受的而亦为行使的专属权”[6]。此为基于婚姻、血缘关系产生的扶养请求权，其权利基础来源于身份关系。对于非婚姻、非血缘关系人之间的扶养，法律本着自愿的原则由当事人自行决定，但法律并非任由此类扶养扶助关系不受规制。事实上，当事人自愿选择对他人扶养扶助时所遵循的道德或伦理，其间自然就含有责任与义务，当然，此类责任与义务乃非法定而是道德伦理性的。当这类依道德或伦理产生的责任与义务维系到一定层面，达到一定的稳定程度时，社会就需要以某种形式将其固化，此时，法律便将其以法定的形式纳入权利义务范畴，防止再任由当事人自愿行为而导致已经形成的与社会伦理道德相契合的稳定的扶养扶助关系被随意中止，致使相应人失去曾有的生活依靠。由此，为维系家庭、社会及人伦，法律便须将特定人之间的扶养关系以权利义务的形式固定下来并于一方死亡后得以

继续延续。在将非法律层面的扶养扶助关系以法定权利义务的形式进行规范时，就存在一个选择的问题，即哪些非婚姻、非亲密血亲关系的扶养扶助行为应该得到法律的支持与保护，法律将以何种方式来保护上升到法律权利义务层面的此类扶养扶助行为，手段措施应怎样规范才为合理，这都必须得以解决。

因此，在与继承原理不发生冲突的情况下以遗产酌给请求权的方式对与被继承人存有扶养关系的人的利益进行保护始为正确。基于被继承人死后扶养思想及扶养行为报偿理论的法律适用，凡与被继承人曾存有特定扶养关系的人，如果其为被继承人的配偶或亲密血亲，其将以法定继承人身份获得继承权；如果其为法定继承人但却因位于继承的后序位而不能成为应继承人，或者虽为被继承人的血亲但因关系较远而未被列入法定继承人范围，或与被继承人无任何血缘关系，但其缺乏劳动能力又没生活来源并一直依靠被继承人扶养，或者曾对被继承人扶养较多，其均可通过遗产酌给请求权获得适当的遗产以维持生活之需或作为其曾为的扶养行为的报偿。

### 三、遗产酌给请求权的适用范围分析

从上升到法律保护层面的非婚姻、非亲密血缘关系人间的扶养关系来看，只有当此类扶养扶助行为已形成稳定持续的生活供给，对方非因此类供给不能生活，或者中断此类生活供给有违道德伦常，陷当事人于不义，于此情形，该非婚姻、非亲密血缘关系人之间扶养扶助行为方可纳入法律的调整范围。同理，曾为的扶养扶助行为若需于被继承人死后从遗产获得报偿，也得在被继承人生前对之在经济上资助、生活上扶助较多，或在其死前卧病时曾长期服侍方可。基于现实生活中扶养扶助行为的多样性及程度的不同，对其保护应从不同类型的分析出发，以便能准确把握究竟何种类型关系应该上升到法律保护的权利义务层面，以遗产酌给请求权的方式对其进行规制。笔者认为，基于实现被继承人死后扶养思想与给予对被继承人生前扶养较多的非继承人适当遗产的利益报偿，结合生活实际，遗产酌给请求权应统一适用于以下三类扶养扶助行为类型。

#### （一）非法定扶养扶助行为的法律维系

由于我国法定继承人的范围较窄，除配偶外，继承人范围被限制于两等亲以内，所以，在符合《继承法》第14条规定而与继承人形成扶养关系的非继承人中，除部分是位于继承后顺序的法定继承人外，有相当一部分是被继承人的姻亲或非法定继承人血亲。而且，随着经济的发展及人口流动的大量出现，中国家庭结构中的传统扶养模式也出现较大的变化，即使是与被继承人既具有血缘或婚姻关系又具有法定继承身份的人，也已经不再像过去一样多世同堂地生活在一起，而我国已实行二十多年的独生子女政策更是加剧了这种结果。如果再严格以法定继承人作为扶养人承担扶养义务，那么在不断增加的“四二一”家庭结构中，一对夫妇将要供养四位老人和一个孩子，该家庭结构模式让其间的扶养行为如实进行已经不可能，即使四位老人都有收入也是如此，更何况扶养并不仅仅是简单的经济供给，它还包括共同的情感交流及精神生活等。

根据2010年11月1日零时开始的第六次全国人口普查的主要数据，由于我国生育水平不断下降、迁移流动人口增加、年轻人婚后独立居住等因素的影响，我国家庭户的规模继续缩小，平均每个家庭户的人口为3.10人，比2000年人口普查的3.44人减少0.34人。从年龄结构上看，随着我国社会经济快速发展，人民生活水平和医疗卫生保健事业的巨大改善，生育率持续保持较低水平，老龄化进程逐步加快，60岁及以上人口占13.26%，比2000年人口普查上升2.93个百分点，其中65岁及以上人口占8.87%，比2000年人口普查上升1.91个百分点。[7]按相关标准，我国已经属于老年型社会或老年型国家。[8]根据全国人口普查结果数据分析，至2010年11月1日零时，我国有60岁及以上老年人口的家庭户占全国家庭户总数的30.59%（接近1/3）。在有60岁及以上老年人口的家庭户中，空巢家庭户占全国家庭户总数的9.99%，其中，单身老人户占全国家庭户总数的4.54%，只有一对老夫人的家庭户占全国家庭户总数的5.45%，地区间差异悬殊。[9]可见，以夫妇及其子女组成的核心家庭已经成为当代中国最普遍的家庭类型，而老龄化进程的加快及空巢家庭的不断增加更导致再固守以血缘近亲属及法定继承人来履行共同生活、相互扶助的传统扶养方式已经不再可能，年轻人就业形式的多样化与流动性、跨地域性更是加剧法定扶养义务人的现实缺位。仅从空巢家庭的增加对传统家庭养老产生的强烈冲击来说，以经济供给、生活照顾、精神慰藉三方面为主要内容的扶养扶助已经不再是血缘亲属中的法定继承人能够提供给老年人的传统生活保障方式，独生子女婚姻导致的“四二一”家庭结构的大量增多，更是让传统家庭内以血缘亲属中的法定继承人作为扶养人的传统扶养制度受到前所未有的挑战，而国家社会保障制度的不健全却让这一切都得由当事人自己面对和解决。

由此，一方面是共同生活的法定扶养义务人，特别是配偶之间相互扶养扶助义务被进一步强化，另一方面却因大量法定扶养义务人的现实缺位，导致扶养义务人主体从法定扶养义务人向非法定扶养义务人转换，既非法定继承人也非血缘亲属之间（熟人之间）的扶养扶助也成为解决扶养扶助问题的重要渠道。当此类扶养扶助关系人一方死亡时，生存方依其对死亡人所为的扶养扶助行为，自然应该有权分得被扶养人的适当遗产。对曾经长期而非一时性依靠被继承人扶养的缺乏劳动能力又没有生活来源的人，无论是否因其位于继承的后顺序而不能成为应继承人或根本就不是法定继承人，根据其客观需要，结合对死亡人原本存在的扶养行为会适当延续的合理推定，让其酌情从死亡人的遗产中分得部分以供生活扶助之用，自也应当。

可见，在当今社会，共同生活方式及家庭结构的变化已经导致传统的扶养方式难以满足现实的需要，非法定扶养义务人即远亲甚至熟人扶养已经成为缓解法定扶养人现实缺位最有效的一种方式。对当今社会客观存在，也需要其存在的此类扶养扶助行为，法律不仅应该承认并予以规范，更应当鼓励弘扬，以维护其优良传统。基于此，在法律上明确规定此类人享有遗产酌给请求权乃属应有之义。

## （二）同居扶养扶助行为的法律规制

在现实生活中，最具形式化外观但未得到法律直接认可与保护的一类扶养行为便是同居者间的扶养扶助行为。依规定，未按婚姻法有关规定办理结婚登记而以夫妻名义共同生活的男女，如果在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，一方死亡，另一方有权以配偶身份主张法定继承权；在1994年2月1日民政部《婚姻登记管理条例》公布实施以后，如果男女双方符合结婚实质要件且在案件受理前补办了结婚登记的，一方死亡，另一方有权以配偶身份主张法定继承权；如果男女双方符合结婚实质要件却未在案件受理前补办结婚登记的，一方死亡，另一方不得以配偶身份主张法定继承权，双方的问题按解除同居关系处理。〔10〕其后，2001年修订的《婚姻法》规定，无效或被撤销的婚姻，自始无效，其行为性质为同居，当事人之间不具有夫妻间的权利义务，相互间自无配偶的法定继承权。以上按解除同居关系处理的规定仅是从法律角度对二人长期共同生活的关系定性，其并不能抹杀二人共同生活期间相互扶养的事实，对此非婚同居期间存在的扶养关系仍然需要法律对之进行明确地规制。

对同居，我国社会、立法及司法界都有着一个随其发展从排斥到接受并继而纳入法律规范的过程。最初，我国在法律表述上对之使用的是“非法同居”这一具有贬斥性的词汇。基于该称谓具有强烈的谴责性，有学者认为采用“准婚姻关系”较为合适。〔11〕随着社会文化的多元发展及经济生活的变迁，同居关系大量出现且渐被社会接受认同，甚至成为一部分人生活方式的选择。从最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第5条的规定开始，法规中便不再使用“非法同居”一词，而是以不带任何评价色彩的中性词“同居”代替。无论社会对同居关系持怎样一种态度，同居者之间存在着持续性相互扶养扶助的行为是不可争辩的事实，如其具备事实婚姻的条件，同居者之间的权利义务将按婚姻关系处理，一方死后另一方将以遗产继承的方式保证其扶养关系得到继续维系。如其不具备事实婚姻条件，相互间自然不享有继承权，但这并不会导致同居者之间的扶养事实与前者有何实质的不同，更不能因此而否定一方死亡时生存的同居者希望得到适当遗产以保证其所受的扶养能在一定程度上得以继承维系的客观需要。对此，需以法律的手段作系统合理的安排与规范。

根据相关规定，属于非法同居的，同居生活期间一方死亡，另一方要求继承死者遗产，如认定事实婚姻关系的，可以配偶身份按继承法的有关规定处理；如认定非法同居关系，而又符合《继承法》第14条规定的，可根据相互扶养的具体情况处理。〔12〕根据该解释，对非法同居一方死亡后的处理模式，便回复到《继承法》第14条遗产酌给请求权上，即同居者之间虽不可互为法定继承人，但曾依靠他方扶养的缺乏劳动能力又没有生活来源的或对他方扶养较多的生者，于他方死亡后可分得适当遗产，或为维持基本生活之用，或为曾对他方进行扶养扶助的报偿。可见，对同居者间的扶养关系，法律也作出扶养人愿意在其死后继续维持原扶养状态或作出相应报偿的推定，该推定以同居者生前共同生活、持续相互扶养的事实为基础，推定死者愿意对曾经共同生活并相互扶养的生者继续扶养以维系生者的基本生活需要，或对生者曾为的扶养扶助行为有所报偿，最大程度上去遵从死者未及说出的意愿，这种推定甚为合理。而且，随着社会的发展，非婚同居在现代社会已经作为一种生活方式的选择大量出现，且随着量的逐渐增加其范围已经从异性扩展到同性，甚至“同性稳定的同居关系逐渐得到人们的认同，越来越多的国家承认同性的同居关系具有与通常的异性同居相同的法律后果”〔13〕。可以说，社会接受同居现象并对之进行具体地规范是必然的趋势。所以，当同居者间已经形成稳定的扶养关系时，对此类同性同居关系，也应比照上述意见的规定，在符合《继承法》第14条规定的条件下，根据相互扶养扶助的具体情况来处理。

## （三）姻亲扶养扶助行为的理性规范

根据《继承法》及相关司法解释，我国将对公、婆或岳父、岳母尽了主要赡养义务的丧偶儿媳与丧偶女婿纳入第一顺序法定继承人，同时，继兄弟姐妹间，以及旧社会形成的一夫多妻家庭中子女与生母以外的父亲的其他配偶间如形成扶养关系，也能互有继承权。该规定直接突破继承仅在配偶、血亲范围内的传统基础，将部分姻亲间的扶养行为延续性地往法定继承领域渗透，而不以酌给遗产的方式来解决。从该规定产生的源流分析，便能发现该做法的合理性值得商榷。

在历史上，姻亲及扶养关系从来不是继承产生的基础。最早以扶养为根据将法定继承人的范围无限扩展至非婚姻、非血缘关系人的国家是俄罗斯。《俄罗斯联邦民法典》规定的第八顺序继承人便属于此类人员。按其规定，如果没有其他七个顺序的法定继承人，在继承开始时无劳动能力并且在被继承人死亡前至少一年受被继承人供养和与之共同生活的公民，自动成为第八顺序继承人进行继承；在有其他法定继承人的情况下，他们与参加继承的该顺序的继承人享有同等继承权。这些无劳动能力的受供养人参加相应顺序继承遗产时，不论遗嘱的内容如何，均应继承至少每一法定继承人应得份额的一半（必继份额）。〔14〕此规定源于1922年颁布的苏俄民法典，其将法定继承权的基础从配偶、血亲延伸至曾有一定扶养关系的一切公民。该规定还突破性地将该类人的法定继承顺序规定为弹性，让其能与前七个顺序的任一继承人享有同位序的继承权。该规定只要求被继承人对无劳动能力的继承人曾有过一定时间的持续供养且共同生活行为，并不要求继承人对被继承人曾有赡养或扶助行为，即并不要求他们之间的扶养行为是双向。该规定继续贯彻被继承人愿意在其死后分出遗产中的一部分甚至全部，以继续帮助其死前曾常给予物质帮助的人的推定。就此，非血缘、非婚姻关系人便被引入继承领域，继承的根据也被扩展至生存的非继承人对被继承人死后扶养的需要之上。由此，非血缘、非婚姻的扶养关系作为继承权取得的根据，被首次纳入继承法的领域，它也成为苏维埃继承法的突出特点之一，同时还开创了把扶养关系作为取得继承权根据的先河。

紧跟前苏联步伐,20世纪四五十年代,东欧一些社会主义国家相继采用与前苏联相同的立法例,或把与被继承人“同居并对其实行照顾者”(《保加利亚继承法》第12条),或把与被继承人生前“经营共同家产并关心共同家产或被扶养的人”(《捷克民法典》第474条),甚至同居较长时间的男女(前南斯拉夫)列入法定继承人范围。[15]该类立法例都将非婚姻、非亲密血亲对被继承人曾有的扶养扶助行为作为继承权取得的基础,不再遵循传统的继承权的基础法则,其源起也不是因为传统的继承制度或理论已难以解决新出现的问题,而仅是一种特殊年代对社会主义道路上具有特色的同志般援助关系的法律宣告。这更多的是基于革命的需要,如所言,“对于同死者既无亲属关系又无婚姻联系,而只是处于自愿形成的同志般援助的实际关系—依靠生活的关系—中的人确认有继承权,这是只有社会主义的法才能具有的规范。这样的规范在任何一个剥削者国家的继承法体系中都是找不到的”[16]。引导继承法方面的各种关系走上社会主义的轨道,从而加速新的社会主义类型的家庭的形成过程,这一任务是促成法律上层建筑发生此变化的直接原因。它以巩固和发展苏维埃家庭为目的,要阻止旧的、腐败的家庭结构的复活。[17]不管在当时它是否真正发挥过阻止旧的、腐败的家庭结构复活的功能,非配偶及非血亲成为继承人却就此纳入继承人领域。随着前苏联走向资本主义道路,此基础与理由都不复存在,但该规定却在有的国家延续下来而没有修改,继续与继承权产生基础的根本法则相违背。

对此,我国遵循却没有完全照搬前苏联的立法例,并未将发生过一定扶养关系的一切人均纳入法定继承人的范围,而是对其区别对待,将符合一定扶养条件的姻亲中的丧偶儿媳及丧偶女婿纳入第一顺序法定继承人,而且,兄弟姐妹间,以及旧社会形成的一夫多妻家庭中子女与生母以外的父亲的其他配偶间如形成扶养关系,也能互有继承权,除此以外的一切人,无论达到何种扶养程度及条件,即使是姻亲,至多也仅能以酌给遗产的方式分得遗产,而不能作为法定继承人取得遗产。依学者言,“我国《继承法》之所以规定依靠被继承人扶养的缺乏劳动能力又没有生活来源的人可以取得适当的遗产,是国家对社会成员之间本着社会主义道德准则而进行的互爱互助行为的一种支持,是一种鼓励帮助他人的良好意愿的规定”[18]。但从取得继承权的该类扶养行为来看,以具有姻亲代表性的丧偶儿媳及女婿对公、婆及岳父母的赡养行为与其他非法定继承人对之进行扶养的行为相比较,实质上并无任何不同,与其他姻亲对被继承人的扶养行为更没有任何差别。由于他们与被继承人均无法定的扶养权利义务关系,故其扶养行为均基于彼此的自愿而发生,同样的扶养行为在法律上受到不同的待遇,前者取得第一顺序的法定继承权,后者取得遗产酌给请求权,这明显有违民法中的公平原则。而且,将对公、婆及岳父母尽了主要赡养义务的丧偶儿媳与丧偶女婿纳入第一顺序法定继承人分得遗产,这虽然能保障该部分人对被继承人遗产利益的需求,但在处理方式上却有违继承权产生的基础,并与继承法的源流、立法传统及民众继承习惯均不相符,不仅导致继承权的基础不统一,还使同属继承领域中的不同权利在规范上的协调性不足。因此,将姻亲间因发生扶养关系而获得继承权的做法调整为以遗产酌给请求权对其利益进行保护更为合理妥当。这既能达到保护扶养人享有遗产利益的目的,也能在继承法领域针对同类扶养行为采取同样保护措施,厘清继承及遗产酌给请求权产生的基础,让整个继承法体系更为逻辑严密、协调合理。

#### 四、遗产酌给请求权的重构

基于上述分析,对我国继承法领域的遗产酌给请求权进行重构很有必要。在此需对遗产酌给请求权的性质及权利主体进行明确地界定,并对权利人所享有的遗产份额确定具体明确的标准,而且,在对相关权利间的关系进行规范协调的同时,更需从手段上保证权利人能合法有效地行使自己的权利诉求。

##### (一) 遗产酌给请求权的性质

在我国台湾地区,源于死后扶养的思想,其现行“民法”第1149条明确规定,被继承人生前扶养之人,应由亲属会议依其所受扶养之程度及其他关系,酌给遗产。[19]该遗产酌给请求权,并不是对遗产的继承人享有请求其扶养的权利,而是以遗产本身作为对象,它是遗产的一种债务。在《日本民法典》,与被继承人共谋生计者、悉心治疗护养被继承人者及其他与被继承人有特别关系者之所以获得清算后的剩余遗产,原因仍在于生前扶养于死后的继承延续,故其性质为债权便已足。[20]我国《大清民律草案》第1469条曾规定的“受财”制度,其也规定“乞养义子,或收养三岁以下遗弃小儿,或赘婿素与相为依倚者,得酌给财产使其承受”。其性质与上均同。

依我国《继承法》第14条规定:“对继承人以外的依靠被继承人扶养的缺乏劳动能力又没有生活来源的人,或者继承人以外的对被继承人扶养较多的人,可以分给他们适当的遗产。”可见,遗产酌给请求权人分得适当遗产乃因其与被继承人曾有扶养扶助关系,故在被继承人死亡后,或出于对生存者生活条件的保障,或出于对生存者曾对被继承人所为的扶养扶助行为进行报偿,而非出于继承。且继承权本就只能由继承人享有,继承人以外的人自然不可能享有继承权。所以,将遗产酌给请求权定性为债权更为妥当。因此,在遗产酌给请求权人分享遗产时仅以其获得相应金额的遗产份额便可,非以获得被继承人的遗产实物为必要。而且,以债权对其定性既利于达到照顾生存者生活急需的目的,也利于在实践中对遗产进行分配处理。

##### (二) 遗产酌给请求权的主体

依我国《继承法》规定,按继承顺序应当继承遗产的人,即应继承人以外的人只要符合法定情形便为遗产酌给请求权的主体。这存在两种情形:当由前顺序的继承人继承遗产时,继承人以外的人便包括后顺序的法定继承人、可以代位继承人及法定继承人以外的人;当由最后顺序的继承人继承遗产时,继承人以外的人便仅指法定继承人以外的人,即无继承权的亲属和非亲属。根据该主体需具备条件的不同,可将其分为两类:一类为依靠被继承人扶

养的缺乏劳动能力又没有生活来源的非应继承人；另一类为对被继承人生前扶养较多的非应继承人。

依《继承法》规定，非应继承人获得遗产酌给请求权，除需存在其依靠被继承人生前扶养的事实外，还须具备“缺乏劳动能力又没有生活来源”的条件。但就客观而言，该限制条件较为抽象，如果不将其统一并具体化，在实践中将很难操作。具体分析，“缺乏劳动能力”并不是全无劳动能力，是指因未发育成熟而不具有劳动能力或因某些原因而丧失部分或全部劳动能力，其丧失劳动能力的原因为伤残或年老体弱等。而丧失部分劳动能力者往往还具有部分劳动能力，其往往仍能通过部分劳动能力获得一定的劳动收入，但该收入是否能保证其正常生活则是另一个层面的问题。故“缺乏劳动能力”包括两种情况：一是因未成年、残疾、年老等原因而不具有劳动能力；二是因残疾、年老而丧失部分劳动能力。而“没有生活来源”，是指不具备独立维持个人正常生活的最低物质生活水平的经济条件，即没有足够的收入供生活支出。如果有一定的收入或经济来源，但不能维持当地的一般生活水平标准均属于此类。故“没有生活来源”也包括两种情况：一是没有任何收入或经济来源；二是有部分收入或经济来源但不足以维持当地的一般生活水平标准。法律明确规定依靠被继承人扶养的非应继承人享有遗产酌给请求权时，“缺乏劳动能力”与“没有生活来源”两个条件必须同时具备，不能只具备其中一个条件。但对非应继承人享有此权利时应具备两条件的时点，该条及司法解释并没有明确规定。对此，应比照司法解释对必留份的规定，即请求人是否缺乏劳动能力又没有生活来源，应按继承开始时请求人的具体情况确定。[21]在继承开始时同时具备该两条件的就有资格享有遗产酌给请求权。在继承开始前不具备该两条件，而开始后具备的没有资格享有遗产酌给请求权。在继承开始时具备该两条件，而开始后不具备的不影响其正常享有遗产酌给请求权。

对被继承人生前扶养较多的非应继承人，该类人对被继承人本无法定扶养义务，但由于某些原因，或为家庭结构变化导致传统扶养关系的替代，或为新型的同居生活方式的自由选择，或为姻亲间的扶养扶助，或为熟人朋友间的扶养扶助等，其与被继承人之间形成了相对稳定的扶养扶助关系。他们对被继承人或因感情而给予扶养扶助，或在经济上给予帮助、生活上给予照顾，或对其生病进行护理及提供无偿的劳务等。对实施了此类扶养扶助行为的非应继承人，在被扶养一方死后都可以以遗产酌给请求权的方式对其行为进行鼓励、弘扬与补偿，对那些扶养老幼病残弱的人，更应对其曾为的扶养扶助行为予以适当的利益安排。

### （三）酌给遗产份额的确定

根据司法解释对《继承法》第14条“可以分给他们适当的遗产”的阐释，遗产酌给请求权人所享有的遗产份额不是一固定数，其即可高于也可低于继承人享有的遗产数额，而分得遗产数额的高低则取决于他们与被继承人生前的扶养关系及依赖程度。笔者认为，目前司法解释所规定的遗产酌给请求权人取得遗产的数额可高于继承人不甚妥当。如上所述，在当今社会各类非婚姻、非亲密血亲间的扶养行为日益增多且对稳定社会关系作用甚大，但这并不意味着此类关系就比亲人之间的继承关系更为重要。根据各类扶养关系的现状及客观上的不可替代性，结合前述分析及国外立法例，笔者认为，对这些因曾有扶养关系而不得以被继承人的遗产对其生活有所照料或对其扶养行为有所补偿的非应继承人，如果他们与被继承人间的扶养关系真如此重要，以至于对其权利的保护程度要超过法定继承人，那么被继承人自然会在生前以赠与或遗赠的形式对其利益作出安排。因此，在被继承人于生前未对此类人的利益作出安排而需以遗产酌给请求权对其权益进行保障时，其享有的遗产份额自然不得高于应继承人所得的遗产份额。参照与之最为相似的必留份的相关规定，我国遗产酌给请求权人所享有的遗产份额应结合其与被继承人生前的扶养关系作一概括统一的考虑来确定，但其分享遗产的最高份额不得高于应继承人应继份的1/2。在实践中如发生争议，其享有的具体数额可由法院根据请求人与被继承人生前的扶养程度及状况在上述限额内予以确定。

### （四）遗产酌给请求权的顺序

相较被继承人的遗嘱及其他人的债权等权利而言，遗产酌给请求权究竟处于哪一个受偿顺序，我国《继承法》对之没有明确规定。根据最相类似的必留份的相关解释，遗嘱人未保留缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人的遗产份额，遗产处理时，应当为该继承人留下必要的遗产，所剩余的部分，才可参照遗嘱确定的分配原则处理，而且，即使遗产不足清偿债务，也应为其保留适当遗产，然后再按继承法及民事诉讼法的相关规定清偿债务。但遗产酌给请求权人多为非法定继承人，即使其为法定继承人，且符合必留份权利人缺乏劳动能力又没有生活来源的条件时，其权利也只能通过《继承法》必留份的规定得到保护。只有当其既符合必留份权利人的条件又不得成为应继承人，且在被继承人生前依靠其扶养时，其方可成为遗产酌给请求权人。所以，尽管遗产酌给请求权与必留份最为类似，但两者的差别也注定不能以同样的顺序来保障其权利。在日本，有学者认为，被继承人死亡时其受扶养人应保有于相当期间由遗产受扶养的权利，此权利便为被继承人遗产的债务，该债务与被继承人在继承开始后所产生的债务处于同样的待遇，其债权人都能优先于其他继承债权人，通过遗产优先受偿。在我国台湾地区，有主张它“受偿”的顺序应该在遗产的其他债权人之后，受遗赠人之前，也有主张其在遗产的债权人之后，与受遗赠人同一顺序，但总体上都认为它不具有优先于其他遗产债权人的效力。笔者认为，在大陆，应比照普通继承权受偿的顺序，在遗产酌给请求权人依据法律规定时限提出权利请求时，其遗产酌给请求权的受偿顺序应后于其他遗产债权人而优于受遗赠人为妥。如果酌给遗产权利人在受遗赠人已经接受遗赠且已履行完毕才提出权利请求，那他只能就剩余的遗产主张权利。

### （五）遗产酌给请求权的行使

在被继承人以遗嘱的方式留有遗产给遗产酌给请求权人时，遗产酌给请求权人的权利因已实现，其请求权消灭。

但当被继承人的遗赠不足于遗产酌给请求权人应该享有的份额时，后者应仍有权就不足的部分请求补足差额。在继承开始后，遗产酌给请求权人可向继承人或遗产管理人请求其享有的遗产份额。在被继承人遗产收归国家或集体所有制组织时，其可从接受遗产的国家或集体所有制组织处取得其可得的遗产份额。当遗产酌给请求权人依法取得遗产的权利受到侵犯时，其有权以独立的诉讼主体资格向人民法院提起诉讼。但在遗产分割时，明知而未提出请求的，一般不予受理；不知而未提出请求，在两年以内起诉的，应予受理。[22]如学者认为，该规定的不足之处在于其确定的遗产酌给请求权保护时效的起算点有欠准确，应将权利人提起诉讼的期限规定为“在遗产处理前”而不是“遗产分割时”。[23]该观点实为正确，因为在遗产分割时提出并未包括遗产分割前提出和遗产处理前提出，而且在遗产继承人仅为一人而不需分割及遗产因无人继承又无人受遗赠而收归国家或集体所有时，遗产酌给请求权人仍然有权请求分得适当遗产，但该几种情形均不能适用“遗产分割时”这一遗产酌给请求权保护时效的起算点。

除此以外，依我国法律规定，在侵权损害赔偿中，依靠受害人实际扶养而又没有其他生活来源的人要求侵害人支付必要生活费的，也应当予以支持。[24]在国家赔偿案件中，受害的公民死亡，其继承人和其他有扶养关系的亲属也有权要求赔偿。[25]可见，我国对遗产酌给请求权人的保护已从继承法领域扩展至侵权法及国家赔偿法领域，且都以赔偿扶养费的方式进行保护，并未以其继承权受侵害的形式进行规范，可见，法律在此也并未认为遗产酌给请求权为继承权。

## 五、结语

基于前述分析，笔者建议，在《继承法》修订时，应对《继承法》原第14条规定的遗产酌给请求权内容作进一步地补充与完善。其相关条文的具体内容应为：

依靠被继承人扶养的缺乏劳动能力又没有生活来源的非应继承人，或者对被继承人扶养较多的非应继承人，其未获得适当遗赠的，在遗产处理前，可以向继承人或遗产管理人请求分得适当遗产。

继承人或遗产管理人应当根据请求人受被继承人扶养的程度或其对被继承人扶养的状况等扶养扶助因素，于遗产债务清偿后，确定分给遗产的份额，该份额至多不得高于应继承人应继份的1/2。该遗产份额的支付不以遗产实物为必要。

继承人或遗产管理人拒绝分给遗产或请求人认为其权利受到侵犯的，可以向法院提起诉讼，法院应根据请求人的条件及与被继承人生前的扶养程度及状况在上述限额内确定可分遗产的份额。但在遗产处理前，明知而未提出请求的，法院一般不予受理；不知而未提出请求，在两年以内起诉的，法院应予受理。

注释：

[1]参见《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31条、第32条、第33条。

[2][德]G拉德布鲁赫：《法哲学》，王朴译，法律出版社2005年版，第159页。

[3]同注[2]，第160页。

[4]史尚宽：《亲属法论》，中国政法大学出版社2000年版，第751页。

[5]同注[4]，第5页

[6]同注[4]，第773页。

[7]本部分数据参见中华人民共和国国家统计局官方网站，网址：[http://www.stats.gov.cn/was40/gjtjj\\_detail.jsp?searchword=%B5%DA%C1%F9%B4%CE%C8%AB%B9%FA%C8%CB%BF%DA%C6%D5%B2%E9%D6%F7%D2%AA%CA%FD%BE%DD%B7%A2%B2%BC+&channelid=6697&record=1](http://www.stats.gov.cn/was40/gjtjj_detail.jsp?searchword=%B5%DA%C1%F9%B4%CE%C8%AB%B9%FA%C8%CB%BF%DA%C6%D5%B2%E9%D6%F7%D2%AA%CA%FD%BE%DD%B7%A2%B2%BC+&channelid=6697&record=1)，2012年8月25日访问。

[8]根据联合国人口老龄化的标准，一个国家60岁及以上的老年人口占人口总数的比例超过10%，或65岁及以上的老年人口占人口总数比例超过7%，这个国家或地区就进入了老年型社会或老年型国家。

[9]本部分来源数据参见中华人民共和国国家统计局官方网站，网址：<http://www.stats.gov.cn/tjsj/pcsj/rkpc/6rp/indexch.htm>，2012年8月25日访问。

[10]参见《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5条、第6条的规定。

[11]参见杨立新：《亲属法专论》，高等教育出版社2005年版，第213页。

[12]参见最高人民法院《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》（法发[1993]32号）第22条、最高人民法院《关于人民法院审理未办结婚登记而以夫妻名义同居生活案件的若干意见》（法（民）发[1989]38号）第13条。

[13]陈苇主编：《婚姻家庭继承法学》，群众出版社2012年版，第102页。

[14]黄道秀译：《俄罗斯联邦民法典》第1148条、第1149条，北京大学出版社2007年版，第397页。

[15]刘文编著：《继承法比较研究》，中国人民公安大学出版社2004年版，第102页。

[16][苏]BC·安吉莫诺夫、K·A·格拉维：《苏维埃继承法》，李光谟、贾宝廉、潘同龙译，法律出版社1957年版，第46页。

[17]同注[16]，第47页。

[18]佟柔主编：《继承法教程》，法律出版社1986年版，第89页。

[19]陈聪富主编：《月旦小六法》，元照出版社2011年版，第3~173页。

[20]《日本民法典》第958条之三[对特别关系人的分与]规定：“(一)于前条情形，如认为相当时，家庭法院因与被继承人共谋生计者、悉心治疗护养被继承人者及其他与被继承人有特别关系者的请求，可以向这些人分与清算后剩余继承财产的全部或一部。(二)前款请求，应于第958条的期间届满后3个月内提出。”王书江译：《日本民法典》，中国法制出版社2000年版，第175页。

[21]参见《中华人民共和国继承法》第19条：“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。”《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》(1985年9月11日法(民)发[1985]22号)第37条规定：“遗嘱人未保留缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人的遗产份额，遗产处理时，应当为该继承人留下必要的遗产，所剩余的部分，才可参照遗嘱确定的分配原则处理。继承人是否缺乏劳动能力又没有生活来源，应按遗嘱生效时该继承人的具体情况确定。”

[22]《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》(1985年9月11日法(民)发[1985]22号)第32条规定：“依继承法第14条规定可以分给适当遗产的人，在其依法取得被继承人遗产的权利受到侵犯时，本人有权以独立的诉讼主体的资格向人民法院提起诉讼。但在遗产分割时，明知而未提出请求的，一般不予受理；不知而未提出请求，在两年以内起诉的，应予受理。”

[23]马俊驹、余延满：《民法原论》，法律出版社2007年版，第928页。

[24]《最高人民法院关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见》第147条规定：“侵害他人身体致人死亡或者丧失劳动能力的，依靠受害人实际扶养而又没有其他生活来源的人要求侵害人支付必要生活费的，应当予以支持，其数额根据实际情况确定。”

[25]《中华人民共和国国家赔偿法》第6条规定：“受害的公民、法人和其他组织有权要求赔偿。受害的公民死亡，其继承人和其他有扶养关系的亲属有权要求赔偿。受害的法人或者其他组织终止的，其权利承受人有权要求赔偿。”出处：《法治研究》2013年第10期

## (二) 法官视点

### 论民事起诉前之证据收集

2014年8月6日 民事审判参考 许少波

内容提要：为应对司法危机，诉前证据收集已成为世界性课题。诉前证据收集的指导理念是实质公正，诉讼程序一体论、诚实信用论、诉讼预防论及诉讼程序促进论则构成了诉前证据收集的基本理由。诉前证据收集是存在风险的，基于对申请人利益与被申请人利益、本案利益与案外利益、当事人利益与法院利益、当事人私益与社会公益平衡保护的考量，妥当的做法是通过法院在诉前收集证据，并将其条件设定为有利于预防诉讼和减免诉讼，以及裁判案件需要的关键性证据。

关键词：民事诉讼；诉前证据收集；预防诉讼；诉前证据保全

#### 一、引言

在现代证据裁判原则下，法官关于事实认定的“自由心证”，既不是假托某种超理性权威，也不是任由当事人对决，而必须仰赖证据对案件事实进行证明和还原。当事人能否收集到证据和收集证据的多少不仅直接决定着自身诉讼的成败，决定着法院作成裁判的客观性和正确性，而且在一定意义上还决定着审判程序的充实性。因此，证据收集构成了民事证据制度和民事诉讼制度的基石，如果不能保障当事人收集到案件裁判所必需的证据，民事诉讼的法理和程序架构就会发生动摇和坍塌。

在传统民事诉讼理论中，证据收集长期依附和寄宿于证明责任理论，包括诉前在内的证据收集根本没有独立的法律地位。实践中，由于诉讼理念和诉讼模式的偏差，法院和当事人收集证据均发生在当事人提起诉讼之后，诉前收集证据基本上是不可能的。〈1〉迫于现代社会纠纷解决的巨大压力，诉前证据收集的生命力似乎在一夜之间被激活，并一举成为世界各主要国家共同关注的课题。20世纪60年代以来，由于诉讼数量剧增，诉讼迟延，诉讼成本高昂，司法资源短缺，一般民众难以利用司法、接近正义等问题的出现引发了世界性的司法危机。为应对危机，世界各国主要在三个层面上进行了大规模的改革：一是突出诉前证据收集和证据开示程序，扩充当事人证据收集手段，强化审前准备程序的构建，以预防诉讼和减免诉讼；二是将纠纷从诉讼程序中分流出去，关注非讼机制纠纷解决，实行多元化程序设计和运作，实现纠纷解决文化的转型；三是增强诉讼程序自身消解纠纷的能力，分化程序和简化程序以促进诉讼。从改革成果看，作为摆脱危机的重要举措，诉前证据收集已被牢牢嵌入世界各国最新构筑的民事诉讼制度之中。在我国，虽然发轫于20世纪80年代末期的司法改革是以强化当事人的举证责任作为突破口的，证据收集问题由此受到了立法、司法和学者前所未有的关注，并且我们也同样面临诉讼案件剧增和司法资源短缺的困境，但诉前证据收集制度却依旧处于尘封状态，其价值和功效并没有被合乎逻辑地开发出来。〈2〉

以当事人起诉时间为界，起诉之前和起诉后的证据收集可分别称之为诉前证据收集和诉后证据收集。为了切实保护自身的权利和利益，避免纠纷的发生，凡稍具法律的人都会自觉地、妥善地将有关民事法律活动的证据收集起来予以保存，如收集并保存合同书、房产证、邮单、购物发票等。但这种带有自发性的、由当事人私人独自进行的诉前证据收集并非本文讨论的对象，因为这种自发的诉前证据收集与自觉的诉前证据收集制度之间并不存在直接的

关系。本文感兴趣的诉前证据收集，主要是指由一方当事人在诉前提出证据收集请求、有法律制度保障实施的诉前证据收集。在民事诉讼中，按照辩论主义的原理，为了胜诉，当事人必须向法院提出对己有利的事实主张和证据。但是，当事人并不总是十分清楚对己有利的事实，对自己有利的证据也并不总是掌握在自己的手中，如果对己有利的证据被对方当事人或第三人掌控，并且当事人只有收集到了一定的证据才会基本明白案件的事实从而提起诉讼，那么，法律应否赋予当事人收集证据的权利，对方当事人有无配合的义务，以及在诉讼尚未提起的情况下，法律为何赋予当事人收集证据的权利，对方当事人为何有配合的义务，诉前证据收集的形式、范围、条件是什么等，都是讨论诉前证据收集必须重点解决的问题。

## 二、为什么诉前证据收集

在民事诉讼理论中，收集证据主要与两个原理相关：一是辩论主义原理；二是证明责任原理。辩论主义原理从垂直关系上划定了法院与当事人在证据收集上的范围，而证明责任原理则从水平关系上划定了当事人相互之间在证据收集上的界线。辩论主义和证明责任是以自由主义为法哲学基础的，其思维模式是“二元对立”。按照自由主义民事诉讼理论，民事诉讼是当事人相互对立的争讼性（竞技性）诉讼程序，其主要任务是解决当事人私益方面的纠纷，私法自治原则仍然适用于民事诉讼领域，当事人是民事诉讼的主体和支配者，是否收集和提供证据、提供多少证据、提供哪些方面的证据以及何时提供证据的主导权归当事人享有。当事人之间是完全对立的，负担证明责任的人才收集证据和提供证据的责任，不承担证明责任的人无需提供证据；当事人只需提供对自己有利的证据，当事人没有义务提供对自己不利而对对方有利的证据；为了胜诉，当事人不提供对自己不利的证据、隐匿甚至毁灭对自己不利的证据也是无可厚非的。因此，在自由主义民事诉讼理论及证明责任理论中，诉前证据收集是没有任何理论根基的。一方面，一方当事人为了胜诉，不会愚蠢到请求对方当事人帮助他收集证据；另一方面，即便是一方当事人提出了这种愚蠢的请求，对方当事人也不会傻到提供对自己不利的证据导致自己败诉，更何况是在诉前，双方当事人根本还没有发生诉讼上的权利和义务关系。

自由主义民事诉讼是以“双方当事人势均力敌，能够公平对抗”为假设前提的，而实践中的民事诉讼当事人绝大多数都是“强弱有别，不能进行公平对抗”，因此，以个人主义和自由主义为哲学基础的“竞技”性民事诉讼虽然有利于保障和落实当事人的程序主体地位，但它忽视了对弱者诉讼权和证据接近权的保护，从而阻碍了案件真实的发现和诉讼效率的提高，造成了诉讼突袭、诉讼程序“游戏化”倾向和诉讼结果的实质不公正。在诉讼严重迟延、司法正义难以接近的背景下，受福利社会思潮及社会主义思想的影响，人们已经不自觉地转变原有的诉讼理念，不得不将民事诉讼视为国家必须公平分配的一种“福利”，最大限度地提高诉讼程序消解纠纷的能力，进而实现对弱者的平衡保护，追求诉讼的实质公正。人们已经非常清醒地认识到，诉讼不纯粹是当事人之间的私事，也不再是当事人相互之间的争斗和竞赛，诉讼之胜败，不应取决于证据资料的分布或当事人对其所掌握之实际状况，不应使一方当事人通过隐匿、销毁对自己不利的证据而获得胜诉判决。对于所有与诉讼相关的证据资料，不管对自己是否有利，都应推动之做到信息共享，以确保双方当事人能够平等地接近证据资料，并在此基础上由当事人向法院提出对各自有利的证据，进而作出客观、正确的判决。从这种观念和思路出发，诉前证据收集的地位就理所当然地得以凸显。

民事诉讼理念从形式公正到实质公正的转变，在一定程度上淡化了诉讼的对立和对抗，为双方当事人之间相互沟通、相互公开信息和证据、协同进行诉讼架起了一座桥梁，但这只是诉前证据收集的地位得以突显的前导因素，并非其据以兴盛的根据，也不足以诠释法律为什么于诉前保障当事人收集证据。诉前证据收集的要害是证据收集为什么能够发生在“诉前”，对方当事人为何在诉前也有配合收集证据的义务。

德国诉前证据收集的任务主要是通过独立证据调查程序来完成的，该程序原来的名称是证据保全。在1877年德国《民事诉讼法》的起草者看来，诉前证据保全程序与本案民事诉讼程序是一体的，在整体上它属于本案诉讼程序的一部分，在性质上它应归属于诉讼程序，而不应当将之归类为非讼程序。1888年德国帝国法院判例也认为，证据保全作为一种预先进行证据调查的程序与本案诉讼程序有最密切的联系，而应相当于本案诉讼程序中所进行的证据调查。（1）日本民事诉讼法明文规定的诉前证据收集手段是诉前当事人照会和诉前证据收集处分，这两种诉前证据收集手段均是以起诉预告通知及作答制度为基础的。日本学者在论及诉前证据收集的根据时是这样阐释的：“预告通知人尽管未被赋予起诉的义务，但却是以起诉为前提的，因此预告通知人及被预告通知人在起诉前实施的行为，可以被视为诉讼的准备行为，而且与诉讼系属中的当事人照会制度一样，这些行为也应当受到民事诉讼法第二条的规制，预告通知人及被预告通知人应当负有诚实信用义务。”（2）408可见，无论是德国还是日本，在学理上均是讲诉前收集证据的行为与起诉联系在一起，均认为诉前证据收集的实质是为将来的诉讼做准备，它与诉后收集证据并没有根本的不同。笔者将这种理论概括为“诉讼行为一体论”或“诉讼程序一体论”。

如果说“诉讼行为一体论”的重点是诠释证据收集发生在“诉前”的合理性，诚实信用则会较好地证成了当事人配合诉前证据收集的义务。在原理上民事诉讼法一般并不为当事人规定义务，当事人在诉讼中的行为应当由自己决定，法律只是要求当事人对自己疏忽行使诉讼行为的后果承担责任。但随着诉讼理念的转变，民事诉讼不再是当事人之间纯粹的对立抗争关系，而是一种协同诉讼的关系。民事诉讼的目的不纯粹是为了保护当事人的私权，维护社会公益、和平与秩序也必须兼顾。正是在此理念陶冶下，当事人的真实义务和诚实信用原则被引入到了民事诉讼法之中。真实义务是与诚实信用原则密切相联的一个概念，它在奥地利及瑞士各州的民事诉讼法中曾经出现过，1933



年德国修改民事诉讼法时采用了该概念，并将其规定在第 138 条第 1 款之中。德国修正该条的前言这样写道：“一具民族风格的（大众的）司法仅在一为大众所明了及确保迅速权利保护之程序中能被达成。当事人及其代理人应意识到司法不仅为其服务，且系为人民全体之法律安定性服务。任何当事人不得以虚伪陈述误导法院，或藉由恶意或疏忽而滥用法院之资源（人力）。任何人均有权要求权利保护，但亦应负有义务，经由诚实及谨慎地程序进行以减轻法官于法之发现。”（3）今天，真实义务的概念已完全被吸收进诚实信用原则之中。（4）173 真实义务的原意是当事人应当向法院承担“真实义务”，但随着诚实信用原则适用范围的扩展，民事诉讼象期待法院与当事人之间应当遵行诚信义务一样，当事人相互之间的诚信也必须守望。在与诉前证据收集的连接上，诚实信用原则要求当事人如实陈述案情，相互公开证据和信息，即便无证明责任，在一定情况下也应承担提供证据的义务。真实义务是一种真正的义务，而不仅仅是一种负担。如同私人交往一样，不赞同不诚实的行为，为权利而战不允许不择手段。（5）140

与诉讼过程中的证据收集相比，诉前证据收集首要的功用就是预防诉讼及促成诉讼外纷争解决。〈4〉诉前证据收集的实质是在诉讼即将发生但还没有发生的时候收集证据，证据收集的必然结果就是在诉前确定案件事实。〈5〉按照证据收集程序正当性的要求，双方当事人证据收集的过程中有在场见证和提出意见的权利，这样，当事人在诉前就肯定会看到并知悉案件的真实情况。当事人一旦在诉前把握了案件的事实关系，就能够理性地权衡诉与不诉、提起诉讼或进行和解、调解、仲裁的利害得失，进而作出智性的选择。这不仅可以避免很多无谓的诉讼，而且也可以促进和解、调解的达成，并最终防止和遏制诉讼的发生。从立法例考察，德国创设独立证据调查程序，导入根本不以保全证据为目的的诉前鉴定制度，其旨趣就在于预防诉讼，使当事人在诉前就能够明了纷争的事实关系，促成纷争的和解或其他非讼方式解决。按德国民事诉讼法第 485 条第 2 项的规定，当事人在诉前申请书面鉴定是以“申请人就鉴定事项有法律上的利害关系”为必需条件的，而“有法律上的利害关系”的判断标准则是“有助于避免诉讼的进行”。我国台湾地区司法院在 1999 年送请立法院审议民事诉讼法的部分条文修正案中，更明确地提出，按旧法的规定，证据保全制度固有事先防止证据灭失或者碍难使用，而避免将来在诉讼中举证困难的功能，只是如果能使准备主张权利的人，在提起诉讼前就能够收集事证材料，以了解事实和物体的现状，必将有助于当事人研判纷争的实际状况，进而成立调解或和解，以消弭诉讼，达到预防诉讼的目的。（6）可见，在诉讼原理及法律文本上，避免诉讼、预防诉讼及促成纷争诉讼外解决是构造诉前收集证据制度首要的功能考量。

在考虑诉前证据收集的功用时，比预防诉讼及诉讼外解决纠纷更实际、更可靠的功能则是准备诉讼和促进诉讼。从民事诉讼的程序系统来说，诉前证据收集程序及一般意义的证据收集程序的地位无论如何得到提升，都是民事诉讼程序的子程序，都是为民事审判程序做准备的，因此，诉前证据收集的本质是为诉讼做准备，其最直接的目的和功能只能是准备诉讼和促进诉讼。日本正是为了谋求诉讼程序的有计划进行，实现民事审理的充实化、集中化和迅速化，才于 2003 年通过修改民事诉讼法扩充了当事人诉前证据收集的手段，认可了当事人诉前照会和法院诉前证据收集处分这两种制度。前者使当事人能够在诉前就明显属于将来诉讼中准备主张及举证所必需的事项向对方进行照会；后者则使法院能够在起诉前就明显属于将来诉讼中准备举证所必需的证据具有了处分的权限。“这两种制度都使（欲起诉者或被诉者）在诉前尽早收集明显属于诉讼所必需的资料成为可能，从而有助于促进诉讼中争点的整理及证据调查的充实化和迅速化。”（2）414 与此基本相同的表达则是，利用诉前证据收集制度，“当事人在诉前就可以收集证据了。这样一来，诉状的记载就会更为准确，争点和证据整理程序也会更为充实，其结果就是进一步缩短了起诉后的审理期间。”（7）508

此外，完备的诉前证据收集制度能够保障当事人，尤其是在诉讼中居于弱势一方的当事人也能够及时确定案件事实关系，正确履行提出事实主张和证据的责任，这对于保障当事人证明权及诉权的实现，巩固辩论主义及证明责任的理论基础，有效矫治双方当事人实力不均衡、证据信息偏在所导致的实质不公正结果，贯彻实质性“武器平等”及发现真实的理念均具有重大的意义和价值。

### 三、诉前证据收集的形式、范围和条件

理念、价值、功用是无形的，它们必须通过有形的制度架构才能体现出来。诉前证据收集程序和制度虽然主要是在协同主义诉讼理念的指导下，以“诉讼行为一体论”和诚实信用原则为根据，为实现预防诉讼、准备诉讼、促进诉讼及诉讼外纠纷解决之目标，矫正和补救自由主义民事诉讼极端化之不足而创设，但就某一具体的诉前证据收集制度而言，由于诉前证据收集的形式、范围及条件的差异，在制度功能释放和目的达成之程度上就有很大的不同。为寻求适合我国社会需求的诉前证据收集模式，以形式、范围和条件为指标对诉前证据收集进行探讨就显得十分重要。

#### （一）诉前证据收集的形式

1999 年我国颁布的《海事诉讼特别程序法》（后称为《海事诉讼法》）第一次以法律的形式比较全面地规定了诉前证据保全，随后修订和颁行的商标法、著作权法、计算机软件保护条例和专利法等法律法规对诉前证据保全也都作了规定。尤其需要注意的是，2012 年最新修订的民事诉讼法专门增加一款明确规定了诉前证据保全：“因情况紧急，在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，利害关系人可以在提起诉讼或者申请仲裁前向证据所在地、被申请人住所地或者对案件有管辖权的人民法院申请保全证据”。按照学理，证据保全实质上是一种特殊的证据收集方法，是有别于正常诉讼程序的预先证据调查程序，是正常的证据调查的前置。（7）272-273 现在需要思考的问题是，我国诉前证据收集采用“诉前证据保全”这种特殊的形式能否实现诉前收集证据的目的呢？

证据保全被视为一种“特殊”的证据收集方法，主要是因为它不是证据收集的正常形态。正常形式的诉前证据收集与利用“证据保全”这一特殊形式于诉前收集证据的差别主要体现为以下几个方面：首先是制度前提不同。正常形式的诉前证据收集的假设前提是，在许多情况下，裁判案件的关键性证据都被对方当事人或第三人掌控，如果法律不能保障当事人在诉前收集到这些证据，他根本不可能知道是谁损害了他的合法权益，也不可能知道受害的具体情形如何，更不可能有提起诉讼所要求的必要的证据，因此，要起诉就必须于诉前先收集证据；诉前证据保全假设的前提是，在少数情况下，证据因主客观原因，可能会发生灭失的危险，或者以后很难收集得到，如果没有相应的制度将这些证据先行保存下来，将来诉讼时就无法利用。其次是制度目的不同。正常形式诉前证据收集的直接目的无疑是收集证据，其深层目的则是追求诉讼的实质公正；诉前证据保全第一位的目的，或者说直接的目的是保全证据，不是收集证据，只是在实现保全证据目的之同时，客观上也起到了收集证据的作用。因此，相对于保全证据目的之实现而言，收集证据完全是“无心插柳”，并非“有心栽花”。最后是案件适用的条件不同。作为一个相对成熟的程序，证据保全的主要特征是急迫性、暂时性、过渡性和例外性，实施证据保全必须具备的条件和理由就是证据存在“可能灭失或以后难以取得”的危险；而正常形式的诉前证据收集是无需以此为实施条件的。

可见，在传统证据保全程序架构下，“诉前收集证据”结果之获得完全是从“保全证据”的缝隙中散发出来的，是飘忽不定的。这种诉前证据收集的现状与已发生变革的诉讼理念是极其不适应的，也不能满足社会的实际需求。

在确定“诉前证据保全”并不能取代“诉前证据收集”的前提下，在诉前证据收集的具体形式上还需要进一步作出选择，是借助“诉前证据保全”的外壳通过松动诉前证据保全条件的方法实现诉前证据收集的效果，还是创立新的诉前证据收集形式？对比而言，采诉前证据保全形式的优势主要是节约立法成本，其缺陷前文已有详述。创立新的诉前证据收集形式必须经过广泛、深入的论证，并且其执行也必须有一个相当长的熟悉和适应过程，其立法和司法成本的高昂是可想而知的。但其优势也相当明显，经过缜密论证一旦固定为法律条文并被实践所掌握，诉前收集证据的目的和功能就能够获得充分实现，也不可能发生利用证据保全外壳的功能误导和混淆现象。

在比较法上也没有统一的形式，德国在实质上虽采“证据保全”之形式，却通过更换“证据保全”之名为“独立证据调查程序”的方式试图彰显诉前证据收集的存在和重要性。日本干脆抛弃了证据保全的外壳，另起炉灶创立了诉前当事人照会制度和法院诉前证据收集处分制度。<6>我国台湾地区则不避名讳，旧瓶装新酒，仍在证据保全之名下而行诉前证据收集之实。笔者认为，我国应建立多元化的诉前证据收集制度，在具体形式上既要考虑改造传统证据保全制度使其具有诉前收集证据的功能，又要创立新的诉前证据收集形式。其理由是：第一，在现代社会，科学与技术相结合已成为统治社会关系的最重要的力量，由此而产生的现代型诉讼的种类日趋增多，为保障当事人的诉权和其他合法权益，设置多元化的诉前证据收集制度是社会的实际需求。第二，我国民事诉讼法第108条和第110条明确要求当事人起诉应“有具体的诉讼请求和事实、理由”；起诉状应当记明“证据和证据来源，证人姓名和住所”。这实际上是要求当事人于诉前必须收集一定数量和份量的证据。第三，在我国目前这种证据收集体系中，当事人及其诉讼代理人自行收集证据是没有制度保障的，<7>审判制度改革又基本上取消了法院依职权收集证据，<8>这就出现了证据收集制度的“真空”。再加上当事人举证责任的加重，设置多元化的诉前证据收集制度是构建我国证据收集制度框架的必要组成部分。第四，我国诉前证据保全制度虽然从总体上仍以“保全证据”为主要目的，并不具有正面的诉前收集证据的功能，但毕竟民事诉讼法已对诉前证据保全作出明确规定，这至少表明在“证据保全”之躯体内已孕育出“诉前证据收集”的嫩芽，假意时日，将传统证据保全制度改造为诉前证据收集之森林也决非难事；第五，虽然在源流上我国民事诉讼法应归属于大陆法系的系谱，但近年来的司法改革在学界鼓噪和实务部门之捉刀下，借鉴英美法系国家立法经验的趋向已相当明显。其中，我国已经建立起来的证据交换制度就是对普通法国家证据开示制度加以吸收和借鉴的结果。事实上，德、日等大陆法系国家近年来新产生的诉前证据收集制度也是在普通法国家证据开示制度的启示下创设的。因此，诉前证据收集与证据交换可以说是同宗同源、同脉同流。我国既然已成功构建了证据交换制度，在此基础上创立诉前证据收集制度也不应该有太大的问题。<9>

诉前证据收集的形式可以是多样化的，但由当事人向法院提出申请，并由法院裁量是否进行诉前证据收集是必须的。因为我国传统上是一个国家本位、社会本位十分浓厚的国家，由当事人在诉前自行收集证据很难得到对方或第三方的配合。在一个经过正当诉讼程序制作的生效裁判都“执行难”的国度里，期待双方当事人会自行配合完成诉前证据收集是难以想象的。具体的形式可以参考日本的法院诉前证据收集处分形式，即当事人起诉要向对方当事人进行预告，以预告通知为基础，预告通知人或被告通知人都可以向法院提出诉前收集证据的申请，如果法院认为申请人不能自行收集已预告通知诉讼之证明所必要的证据时，在听取预告通知人或被告通知人的意见后，即可对相关证据作出相应的收集处分。

## （二）诉前证据收集的范围

由于案件将来是否起诉、案件主要事实及争点的不确定性，诉前证据收集往往会伴随着对证据持有人正当权利的更高概率的侵害，至少会给对方当事人或案外第三人造成某种“骚扰”，因此，在一定程度上限制诉前证据收集的范围是必然的，也是世界各主要国家的共同做法。但是，问题的要害是，我们究竟对诉前证据收集如何进行限制，采用何种模式进行限制。

美国联邦民事诉讼规则第27条规定了诉前录取证言制度，其实质是将诉前收集证据和开示证据的方式限定为“录取证言”，即只有“录取证言”这一方式才可以适用于诉前收集证据。至于诉前应否限定针对某种事实收集

证据,法院并未作出明确回答。几乎所有法院都认为,诉前披露程序(收集证据)可以用来协助当事人准备起诉状,但不得用作确定诉案是否存在的手段。(8) 373-374 而在“协助当事人准备起诉”与“确定诉案是否存在”之间是很难找到明确界线的。德国民事诉讼法第 485 条将诉前证据收集限制为“诉讼尚未系属于法院时,一方当事人可以申请由鉴定人进行书面鉴定”,即只能通过“书面鉴定”的方式进行诉前证据收集。并且进一步将鉴定的事项限定在三种情况:一是“确定人身状态或物的价值的情况”;二是“确定人身伤害、物的损害或物的缺少是否发生”;三是“确定为排除人身伤害、物的损害或物的缺少所支出的费用”。日本的诉前当事人照会的范围主要是诉讼所必需的信息,除涉及当事人的个人隐私和营业秘密等以外,基本上不受限制。而法院诉前的证据收集处分则将文书提出命令排除在外,主要的处分事项是文书之嘱托、交付;调查之委托、陈述之委托、物之现状的调查命令。我国台湾地区则将诉前证据收集的方式限制为“鉴定、勘验或保全证书”。

分析上述立法例可以看出,世界各国和地区主要采用收集证据的方法、案件涉及的事项来限制诉前证据收集的范围,具体的模式有:一是美国模式。美国是仅仅采用单一的证据收集方法(录取证言)来限制诉前证据收集的范围;二是德国模式。德国是通过证据收集方法(申请鉴定)和案件可能涉及的事项(人身伤害、物的状态等)这两个指标来限制诉前证据收集的范围;三是日本的模式。日本限制诉前证据收集范围的做法是根据诉前证据收集方法的不同,采用排除特殊情况的方法。

就我国而言,假如我们已经在形式上将诉前证据收集严格地限定为“当事人申请法院收集证据”,对诉前证据收集的范围则可以作灵活处理,即由法院视具体情况裁量。究其原因,一来基于我国的传统法律文化,预防诉讼、避免诉讼和无论与主流价值观更加契合,而这一目标的实现需要在诉前收集更多的证据;二来我国当事人已经习惯和适应法院“能动司法”,对裁判者的消极中立反而接受不了。2001 年《民事证据规定》有关举证时限及证明责任规则的适用情况就是很好的例证。〈10〉同时,2012 年民事诉讼法修订以前,我国曾经根据案件类型和法律关系的性质将当事人申请法院诉前证据保全的范围限定在海事诉讼和知识产权诉讼领域,将大量普通民事案件排除在诉前证据保全的范围以外。但这只是特殊历史条件下的产物,是当时与国际社会接轨的“政治”需求使然。2012 年民事诉讼法修改以后,已经取消这种限制。

### (三) 诉前证据收集的条件

形式、范围与条件是密不可分的,形式和范围往往以条件作经纬,条件则会更具体的划定范围。我国目前可以视为诉前证据收集的形式和范围限制是诉前证据保全,条件是“证据可能发生灭失或以后难以取得”,即必须是被收集和保全的证据处于“紧急状态”或“危险状态”。这一条件从根本上决定了诉前证据保全的正面的、直接的目的是将处于“紧急状态”的证据固定和保存下来,防止其发生灭失或以后难以取得,而不是收集证据。该条件也决定了诉前被保全证据的对象只能是处于“危险状态”的证据,而在数量上占绝对优势的证据是不能被保全的,因为毕竟发生危险的证据只是少数例外情况。这样,诉前证据收集的预防诉讼、准备诉讼、促进诉讼及促成诉讼外解决纠纷的功能就只能在例外情况下实现。我国目前以证据处于“危险状态”为条件的诉前证据保全从表面上看已经与国际接轨,但在理念、目的和功能上仍然是传统的、非现代的。因此,建立现代型诉前证据收集制度的关键是松动或取消诉前证据保全的“紧急性”条件。

松动或取消诉前证据保全的紧急性条件,并不意味着诉前收集证据可以不受任何限制。基于诉前证据收集的特殊性,处于对申请人利益与被申请人利益、本案利益与案外利益、当事人利益与法院利益、当事人私益与社会公益平衡保护的考量,我国宜将诉前证据收集的条件限定为:有利于预防诉讼和减免诉讼及裁判案件所需要的重要证据。反过来,假如不可能预防诉讼和减免诉讼,或者不是裁判案件所需要的重要证据,只是一般的可有可无的证据,完全可以等到当事人提起诉讼之后收集,根本没有必要于诉前收集。

国外的经验已经表明,如果诉前收集证据的范围过于宽泛,势必会导致拖延诉讼、抬高诉讼成本、逼迫弱势当事人一方和解的后果。正是基于这样的认知,美国联邦民事诉讼规则在 1993 年修正案中,要求法官不仅要考虑 Discovery 是否是相关的,而且要考虑 Discovery 是否是过分的、累赘的、重复的或造成不当负担的。2000 年最新修正案则将强制初始披露的范围从与在特定程序中所主张的争议事实相关的“所有信息”限定为当事人“会用于支持其请求或抗辩的信息”。〈11〉美国联邦民事诉讼规则第 27 条还明确要求法院只有在确信证言的保全可以“避免拖延诉讼”的前提下才可以作出命令指定或特定应被录取证言的人。因此,被收集的证据必须是将来“会用于支持其请求或抗辩的信息”且可以“避免拖延诉讼”就是美国诉前证据收集和保全的基本条件。在这一点上,德国民事诉讼法第 485 条第 2 款一方面要求当事人申请诉前书面鉴定必须是申请人就鉴定事项“有法律上的利害关系”,另一方面则明确指出:“此种确定有助于避免诉讼的进行时即为有法律上的利害关系。”日本民事诉讼法则将诉前当事人照会和法院证据收集处分的条件规定为“准备主张或举证明显所必需的事项”或“显著必需的事项”。(2) 408

美国的“会用于支持其请求或抗辩的信息”且“避免拖延诉讼”,德国的“有法律上的利害关系”有助于“避免诉讼”,日本的“准备主张与举证明显所必需”虽然基于不同的语境和国情有所不同,但其共同点是非常明晰的,即诉前证据收集的条件必须是预防诉讼、促进诉讼或促成诉讼外纠纷解决所必需的证据,而不是仅仅局限于“可能发生灭失或以后难以取得的证据”,也不是与将来可能产生的诉讼相关的所有的证据。

### 四、结语

为适应不断增长的新型诉讼的需求,应对日趋加深的司法危机,诉前证据收集已成为世界性课题。在我国现行

法律框架内，并不存在正常形态的以诉前证据收集为直接目的的法律制度，实践中的诉前证据收集主要通过诉前证据保全这种特殊的方法来获取。诉前证据收集的根基在于自由资本主义国家向垄断资本主义国家转变，自由主义国家理论逐步让位于社会国家、福利国家理论，当事人主义诉讼模式逐渐生长出协同诉讼的因素，以及民事诉讼理念从形式公正逐渐滑向实质公正。而诉讼程序一体论、诚实信用论、诉讼预防论及诉讼程序促进论则构成诉前证据收集的相对充分的理由。

在理论上推定诉前证据收集程序是本案诉讼程序的一部分，从而容忍司法权于诉前即介入公民之间并未涉诉的社会关系之中，与正统司法原理存在一定的紧张和冲突，稍有不慎，证据保全程序就有可能被滥用，损害被申请人甚至案外人的实体利益（财产权、人身权、营业秘密等）和程序利益（异议权、辩论权、在场权等），给对方当事人造成诉讼突袭，有损当事人对法院和司法的公平感，放大审判制度原有的弊端，滋养司法蛮横，成为当事人一方打压另一方的工具。〔12〕因此，必须慎重考虑诉前证据收集的形式、范围和条件。根据中国的实际，诉前证据收集不应局限于诉前证据保全，诉前证据保全在功效上也不能替代诉前证据收集，诉前证据收集应该通过法院来实现，其范围由法院作裁量。有利于预防诉讼，属于案件裁判需要的关键性证据是诉前证据收集必须具备的条件。

### 风险代理条款常见法律争点案例解析

2014年8月7日 田明亮（最高人民法院法官）

#### 一、风险代理条款的认定

##### 【案例1】〔1〕

上海市第X中级人民法院(2013)沪X中民X(商)终字第4X X号 上海XX宝X出租汽车有限公司与北京X X(上海)律师事务所诉讼代理合同纠纷上诉案：

本院〔2〕认为，风险代理不同于一般代理，主要表现在合同双方诉讼风险的承担和代理费的收取方式。从本案双方签订的协议内容来看，两份代理协议均属于律师风险代理合同，理由如下：相应案件的第一审代理合同即《聘请律师合同》，虽然没有明确写明“风险”两字，但从合同约定的律师费的计费方式来看，与普通律师收费的按件计费、按时计费等方式不同，是以“中X公司对车损的诉请与判决车损减少的数额的20%支付”为标准收费，该计费方式符合风险代理中以诉讼结果来决定代理费支付这一本质特征。……因此宝X公司认为该份代理协议不属于风险代理、收费标准过高的上诉主张，本院不予采纳。

##### 【评析】

案例1涉及的争点主要是委托合同中未明确出现“风险”或“风险代理”表述但约定内容实系风险代理的情况下，能否按风险代理计费的问题。在此问题上，案例1中审理法院选择的裁判路径，与法院的传统路径一致，即根据当事人约定的内容而不是名称来确定当事人的合同权利义务关系。早期典型的表明法院此种裁判思路的司法文件，系《最高人民法院关于经济合同的名称与内容不一致时如何确定管辖权问题的批复》（法复〔1996〕16号），该批复称，“当事人签订的经济合同虽具有明确、规范、名称，但合同约定的权利义务内容与名称不一致的，应当以该合同约定的权利义务内容确定合同的性质，从而确定合同的履行地和法院的管辖权。”此种思路常见的另一个裁判场合，就是当事人合同中具有违约金性质但却未冠以“违约金”名称的约定，法院通常按违约金条款认定且在过高时支持调减主张。

#### 二、风险代理与格式条款

##### 【案例2】

海南省X X市中级人民法院(2013)X中法民X终字第3XX号 海南XX律师事务所与XX市XX新区开发建设管理委员会等法律服务合同纠纷上诉案：

2004年12月，双方签订《委托代理合同》，其中约定XX新区管委会、XX新区总公司按实际执行财产金额的5%向富安律所支付风险代理费。二审法院认为，关于本案涉及的《委托代理合同》是否属格式合同条款的问题。格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定并在订立合同时未与对方协商的条款。本案中，上述《委托代理合同》虽由XX律所编订、使用，但无证据证明XX律所所代理的所有诉讼案件收取的风险代理费均按实际执行财产金额的5%计算，即无证据证明XX律所均是重复使用预先拟定好的按实际执行财产金额的5%计收风险代理费的合同条款，亦无证据证明该合同条款在订立合同时XX律所未与XX新区管委会、XX新区总公司协商条款，因此，该合同不属于格式合同条款。原审判决认定该合同为格式合同条款无事实和法律依据，本院予以纠正。

##### 【评析】

格式条款，又称定式条款，是指当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方专门协商的条款。为保护交易中处于弱势的一方（常见如消费者），《合同法》第四十条规定了格式条款无效的情形，第四十一条规定了解释格式条款时歧义不利提供者。争议较多的往往是特定条款是否是《合同法》第三十九条所指向的格式条款，审判实践中主要从如下几个方面对格式条款进行认定：1、该条款是否具有广泛性，至少不仅仅限于与纠纷对方当事人订立合同时使用；2、该条款是否重复使用，即一经确定较长时间内不修改；3、条款是否具体细致，难以让非专业人士在较短时间内理解其内容；4、订立时就发生争议的条款是否曾专门协商；5、订立合同的双方的订约能力、交易地位是否相当。〔3〕从本质上来说，对格式条款的认定应首先考虑双方的交易地位和订约能力是否明显不相当

及缔约过程中是否充分磋商。具体到通常情形下民商事案件委托代理合同的缔结过程，则很难认为律所在缔约时相对于委托人具有强势地位且作为委托合同最为核心内容的收费条款未经协商，因此上述案例2中法院关于风险代理约定并非格式条款的认定颇值赞同。

### 三、风险代理与收费违规

#### 【案例3】

海南省XX市中级人民法院(2013)X中法民X终字第2XX号 三亚市XX法律事务所与田XX法律服务合同纠纷上诉案：

本院认为，关于双方当事人约定的代理费用是否发生法律效力的问题。三亚市XX法律事务所接受田XX的委托后，其向法院提出的诉讼请求为判令陈XX支付田XX工资款68万元及琼中XX酒店实业有限公司承担连带清偿责任，该诉求内容为请求支付劳动报酬，依据《海南省律师服务收费管理办法》的相关规定，民事案件的请求为支付劳动报酬的，受托人不能按风险代理的方式收取代理费用，故三亚市XX法律事务所与田XX约定的代理费用13万元对双方当事人不产生法律效力。

#### 【案例4】

海南省XX市中级人民法院(2013)X中法民X初字第2X号 北京市XX律师事务所与海南(海口)XX学校委托代理合同纠纷案：[4]

关于XX律师所与XX学校签订的《委托代理协议》是否有效问题。XX学校抗辩称双方签订的《委托代理协议》因违反国家发改委和司法部制定的《律师服务收费管理办法》通知第十二条禁止行政诉讼案件实行风险代理收费的规定，故应认定无效。《中华人民共和国合同法》第五十二条第(五)项规定：违反法律、行政法规的强制性规定的合同无效。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(一)》第四条规定：合同法实施以后，人民法院确认合同无效，应当以全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规为依据，不得以地方性法规、行政规章为依据。而国家发改委和司法部制定的《律师服务收费管理办法》只是部门行政规章，并非是国务院制定的行政法规，XX学校据此抗辩合同无效没有法律依据，其抗辩理由由本院不予采纳。

#### 【评析】

《律师服务收费管理办法》(以下简称《律师收费办法》)的第十一条、第十二条、第十三条[5]对风险代理的范围、案件类型、方式和幅度均作出了严格限定，即只能适用于涉及财产关系的民事案件(且排除了婚姻、继承、劳动报酬等四类案件)，在订立风险代理条款前应告知委托人政府指导价，最高收费金额不得高于收费合同约定标的额的30%。律所和当事人订立的风险代理条款如果违反了《律师收费办法》的上述规定，是否无效？不少地方法院在判决中简单地援引《律师收费办法》或本地律师收费相关规定，并指出风险代理条款违背此类规定后，就直接判定此类条款无效或不发生法律效力(如案例3)，在说理上是有欠完整的。判定合同无效，必须援引具体的法条依据，在合同类案件中主要指《合同法》第五十二条的各项规定。

而按照法律文件的效力位阶，《律师收费办法》属于部门规章的层级，并不属于法律和行政法规的范畴，因此，从形式上看，不能因为律所和当事人签订的风险代理条款违背了《律师收费办法》而直接援引《合同法》第五十二条第五项判定其无效，这也是案例4判定相应合同有效的主要思路。但此种裁判思路，是否充分妥当，下文将通过案例进一步分析。

### 四、风险代理与效力性强制性规定

#### 【案例5】

上海市第X中级人民法院(2012)沪X中民X(民)终字第6XX号 上海市XX律师事务所与娄X等法律服务合同纠纷上诉案：

对于争议焦点二，本院认为，上诉人与被上诉人签订的委托代理合同第六条律师费的计费条款明确约定，其计费依据为“根据《上海市律师服务收费管理办法》以及其他相关规定”，据此，本院依法查实上述相关规定，得出结论如下：1、《上海市律师服务收费管理办法》规定，律师服务收费实行政府指导价和市场调节价，但对于代理民事、行政等诉讼案件，应实行政府指导价。根据本案中的委托代理合同所出现的“甲方因继承纠纷”、“乙方接受甲方的委托，指派王X律师为甲方与吴XX纠纷的第一审代理人。乙方以诉讼或者诉前和解、调解的方式代理”等内容，足以判断对系争委托代理合同的计费方式，应当实行政府指导价；2、《中华人民共和国价格法》第三条规定，政府指导价，是指依照本法规定，由政府价格主管部门或者其他有关部门，按照定价权限和范围规定基准价及其浮动幅度，指导经营者制定的价格。第三十九条规定，经营者不执行政府指导价、政府定价以及法定的价格干预措施、紧急措施的，责令改正，没收违法所得，可以并处违法所得五倍以下的罚款；没有违法所得的，可以处以罚款；情节严重的，责令停业整顿。由此可见，政府指导价是政府根据其权限和市场现状，给出的强制性的定价方式及范围；……根据国家发展改革委、司法部颁布的《律师服务收费管理办法》之规定，对于继承案件，律师事务所不得实行风险代理收费。由此可见，上诉人作为具备专业知识的律师事务所，在其拟定的委托代理合同中，对于继承纠纷采用了风险代理收费的方法，显然违背了具有强制效力的政府指导价的计费方式，因此，该计费条款不具备法律效力。

#### 【评析】

以下评析系对案例5裁判思路的一个更为细致的梳理。《价格法》第十二条规定：“经营者进行价格活动，应当遵守法律、法规，执行依法制定的政府指导价、政府定价和法定的价格干预措施、紧急措施。”同时《价格法》第三十九条规定：“经营者不执行政府指导价、政府定价以及法定的价格干预措施、紧急措施的，责令改正，没收违法所得，可以并处违法所得五倍以下的罚款；没有违法所得的，可以处以罚款；情节严重的，责令停业整顿。”从《价格法》第三十九条对不执行政府指导价的价格活动的强烈否定态度和合同中的价格条款与政府的价格管制在内容上的直接关联性出发，可以认为《价格法》第十二条对市场交易中的合同价格条款而言，系《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）》第十四条所界定的效力性强制性规定，即合同中的价格条款若直接违反《价格法》第十二条，可依据《合同法》第五十二条第五项判定此类价格条款为无效。[6]具体到当事人和律所订立委托代理合同的场合，如果其中的风险代理的收费条款违反了相应的政府指导价，即系违反了《价格法》第十二条的效力性强制性规定，可判定该风险代理条款为无效。[7]《价格法》本身没有列明各行业各地域的政府指导价，《价格法》第二十条中规定：“国务院价格主管部门和其他有关部门，按照中央定价目录规定的定价权限和具体适用范围制定政府指导价、政府定价。”发改委和司法部联合发布的《律师收费办法》的上位法渊源即是《价格法》第二十条。《律师收费办法》的第十一条、第十二条、第十三条则系对风险代理收费的政府指导规定。因此，可以将《律师收费办法》中关于政府指导价的条文规定与《价格法》第二十条、第十八条、第十二条、第三十九条作为一个整体来理解，风险代理条款违反《律师收费办法》第十一条、第十二条、第十三条的同时，即违反《价格法》第十二条的效力性强制性规定，可判定该条款为无效。[8]

## 五、风险代理与调解排除

### 【案例6】

上海市第二中级人民法院（2009）沪二中民四（商）终字第450号上海市弘正律师事务所与中国船舶及海洋工程设计研究院服务合同纠纷上诉案[9]：

2004年2月18日，双方（指上海市弘正律师事务所与中国船舶及海洋工程设计研究院）又签订《协议书》一份，约定在原有代理关系基础上实行风险代理，……被告如有接受调解、和解及终止代理等情形需与原告协商一致，否则以约定律师代理费数额补偿原告经济损失。……法院认为，接受调解、和解是当事人在诉讼中享有的权利，调解、和解是当事人为减少裁判风险、缓和与对方当事人之间的矛盾、或者基于其他方面利益的考虑，如为保留与对方当事人之间继续交易的机会等而作的处分。调解、和解有利于纠纷的迅速解决和彻底解决，有利于减少当事人的诉讼成本，有利于节约法院司法成本，更有利于减少社会矛盾，符合构建和谐社会的目的。而在诉讼代理中约定调解、和解必须当事人与代理人协商一致，否则应赔偿损失的条款，对诉讼当事人的调解、和解予以了限制，有悖公序良俗和社会利益。依据《中华人民共和国合同法》第五十二条第一款第（四）项，相关合同条款应为无效。

### 【评析】

风险代理条款往往约定诉讼代理人根据最终诉讼胜败结果按照一定比例计取费用，但当事人一旦与对方达成调解，则诉讼代理人失去了按风险代理条款计费的前提。案例6中双方即在协议中明确当事人不得擅自接受调解。此案的实质争议系此种当事人不得擅自接受调解、和解的合同条款是否无效的问题。案例6中审理法院以此约定损害了社会公共利益为由，依据《合同法》第五十二条第四项认定此约定无效，论述颇为有力。

另外一种意见认为，判断此类约定为无效，还可以从《合同法》第五十二条第五项着手。委托合同的订立目的是完成委托人所委托事务的处理，所以《合同法》第三百九十九条明确规定，受托人应当按照委托人的指示处理委托事务，需要变更委托人指示的，应当经委托人同意。如果案例6中的前述争议约定被认定为有效，则意味着上述条文在实践中可以扭曲为“委托人需要变更指示的，应当经受托人同意”，这显然违背了《合同法》关于委托合同的规范目的，因此，应当认为《合同法》第三百九十九条上述规定系为保护委托人的强制规范，当事人不得约定排除适用，从而可转引《合同法》第五十二条第五项，以争议约定违反法律的强制性规定为由，认定为无效。[10]如果将自然人之间就日常生活事项订立的委托合同作为典型样本来考虑，上述意见不无道理。但考虑到我国《合同法》并未将委托合同的主体限定为自然人，且纯粹商业交往中也在广泛建立各种非典型的委托合同关系，此种情况下，仅从典型样本出发，就将《合同法》第三百九十九条定性为效力性强制性规定，则对该条及类似条文在纯粹商事委托合同中的适用会造成困难，也不符合将合同法条文作为任意规范而非强制规范对待的默认设定。[11]因此，在判定此类约定为无效而在《合同法》第五十二条第四项与第五项之间选择法条依据时，应以第四项更为妥当。

## 六、风险代理条款的约定不明

### 【案例7】

上海市第X中级人民法院（2012）沪X中民X（商）终字第1XXX号A公司上海分行与B事务所法律服务合同纠纷上诉案：

现A公司上海分行上诉称，因其与D公司间的案件以和解方式结案，故第1号协议约定的其向B事务所支付代理费的条件事实上没有成立。就此，本院注意到，在第1号协议中就A公司上海分行支付代理费的金额和方法约定为，“如法院驳回D公司的再审申请，或在再审程序中支持A公司上海分行的诉请，A公司上海分行按案件标的的10%支付代理费。如果代理案件的再审结果对A公司上海分行不利，则A公司上海分行不支付任何费用。”上述案件最终以A公司上海分行和D公司达成和解协议后由D公司撤诉结案，本院并未发现，在该和解协议达成的过程中存

在违背 A 公司上海分行真实意愿的情形,和解协议产生的结果是 A 公司上海分行期待发生的。虽在第 1 号协议中未约定和解结案是 A 公司上海分行支付代理费的情况之一,但结合 A 公司上海分行自愿与 D 公司达成和解协议并接受 D 公司还款的行为,可以认为“法院在再审程序中支持 A 公司上海分行的诉请”。基于以上,本院认为, A 公司上海分行支付代理费的条件已经成就。

### 【评析】

案例 7 纠纷的发生,主要是因为风险代理条款中未明确表述“和解并撤回再审申请”的情况下,律所一方能否收费及如何计费。调解、和解等并非以判决、裁定结案的情形在诉讼实践中屡见不鲜,且如前所述,委托代理合同中排除委托人接受调解、和解权利的约定一般亦被法院认定为无效,在此种情况下,风险代理条款中应对调解、诉讼外和解、执行和解等情形下如何收费作出明确约定,以预防纠纷。同理,如果风险代理条款中出现“胜诉”等指向不明的表述,双方亦应协商后作出明确界定。

另,在债权清收案件中银行与律所订立风险代理条款时,亦应考虑到容易诱发纠纷的指定执行、提级执行、案件办理期限过长超出合同约定代理期限、银行后续转让不良资产包等可能情形;同样在工程类案件中,当事人与律所在订立风险代理条款时,亦应考虑到作为风险比例计算的基数款项是否排除了诉讼前(或诉讼中)已支付款项或无争议款项。

### 注释:

[1]案例内容均摘自裁判原文(数据主要来源:中国审判法律应用支持系统)。

[2]本文中的“本院”,均系所摘录典型案例的审理法院。

[3]参见田朗亮:《买卖合同裁判规则与案例适用》,法制出版社 2013 年第二版,第 171 页。

[4]此案上诉后,海南省高级人民法院二审判决维持了一审判决,二审中风险代理条款的效力问题未成为争点。

[5]《律师收费办法》第十一条规定:“办理涉及财产关系的民事案件时,委托人被告知政府指导价后仍要求实行风险代理的,律师事务所可以实行风险代理收费,但下列情形除外:(一)婚姻、继承案件;(二)请求给予社会保险待遇或者最低生活保障待遇的;(三)请求给付赡养费、抚养费、扶养费、抚恤金、救济金、工伤赔偿的;(四)请求支付劳动报酬的等。”第十二条规定:“禁止刑事诉讼案件、行政案件、国家赔偿案件以及群体性诉讼案件实行风险代理收费。”第十三条规定:“实行风险代理收费,律师事务所应当与委托人签订风险代理收费合同,约定双方应承担的风险责任、收费方式、收费数额或比例。实行风险代理收费,最高收费金额不得高于收费合同约定标的额的 30%。”

[6]法律禁令(强制性规定)可区分为内容禁令、实施禁令和纯粹秩序禁令三种,参见朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社 2013 年第一版,第 290-292 页。参照此种分类标准,《价格法》第十二条的法律禁令应更接近于上述分类中的内容禁令。

[7]对此类违反《律师收费办法》第十一条、第十二条、第十三条的风险代理条款的无效判定,另有一种从《合同法》第五十二条第四项出发的裁判思路,如重庆市高级人民法院(2012)渝高法民提字第 001XX 号民事判决书中所称:“合同法第七条规定:当事人订立、履行合同,应当遵守法律、行政法规,尊重社会公德,不得扰乱社会经济秩序,损害社会公共利益。刑事诉讼的本质并不是平等主体之间的利益之争,而是司法机关依法对犯罪嫌疑人追究刑事责任或者防止无罪人受到追究的一种法律程序。如果按胜诉结果收费,有可能会诱使律师违反职业道德,采取非法或者非道德的方法获取胜诉结果。无论从法律效果还是社会效果考量,这种做法都违背了社会公德,损害了社会公共利益,根据合同法第五十二条第(四)项之规定,应当属于无效约定。”又如,重庆市第五中级人民法院(2013)渝 X 中法民终字第 03XXX 号民事判决称:“工伤赔偿案件的受害人多为社会的弱势群体,需要得到社会的关爱,而律师事务所从工伤赔偿款中提取一定比例作为代理费,显然违反了社会的善良风俗,也不符合一般人的善良判断。善良风俗亦称为公共道德,属社会公共利益的范畴。……XX 律所与万 XX、刘 XX 在合同中对收费方式及标准的约定(注:系风险代理)损害了社会公共利益,应认定为无效。”

但《合同法》第五十二条第五项系引入其他私法规范及公法规范对合同效力进行评价,而《合同法》第五十二条第四项则系引入公序良俗对合同效力进行评价。“若法律对于悖俗行为另有规范的,则应优先适用该具体规范。”(参见朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社 2013 年第一版,第 295 页)也就是说,在《合同法》第五十二条第四项和第五项可同时适用时,应优先适用第五项。

此处还有一个未决的问题在实务中有可能出现,即高于 30% 的风险代理条款如果被法院认定为无效后,是直接及如何适用政府指导价,还是仅超出 30% 的部分无效(类似于超出四倍限度部分的民间借贷利息不予保护)?此种情况下律所依据何种标准向当事人主张合理报酬?此问题的探讨尚需注意《价格法》第四十一条关于“经营者因价格违法行为致使消费者或者其他经营者多付价款的,应当退还多付部分;造成损害的,应当依法承担赔偿责任”的规定可作为主张价款多付部分返还的特别法依据。

[8]有一种与上述案例 5 中裁判思路不同且较为有力的观点,此种观点认为:《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定》第四条和第六条明确规定,“民事裁判文书应当引用法律、法律解释或者司法解释。对于应当适用的行政法规、地方性法规或者自治条例和单行条例,可以直接引用。……对于本规定第四条规定之外的规范性文件,根据审理案件的需要,经审查认定为合法有效的,可以作为裁判说理的依据”。《律师收费

办法》只能在裁判文书的“本院认为”部分作为说理依据引用，不能在裁判文书的“综上”部分作为裁判依据引用，且“应当适用”即隐含了法官适用法律的审查和判断，但如何适用法律，人民法院应当结合案件情况，并根据有关法律规定进行”（参见吴兆祥：《〈关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定〉的理解与适用》，载《人民司法》2009年第23期）。《价格法》第十八条中规定了政府在必要时可以实行政府指导价的五种商品和服务价格，前四种与律师服务显然不相关，唯有第五种“重要的公益性服务价格”可能涵纳律师服务收费。在《国家计委和国务院有关部门定价目录》的“重要专业服务”大类的“部分中介服务”小类中规定，“评估、代理、认证、招投标等竞争不充分的服务实行政府指导价，具体按《中介服务收费管理办法》执行”，而《中介服务收费管理办法》第三条和第六条规定，“代理性中介机构具体指提供律师、会计、收养服务，以及提供专利、商标、企业注册、税务、报关、签证代理服务等服务机构；……对评估、代理、认证、招标服务收费等市场竞争不充分或服务双方达不到平等、公开服务条件的中介服务收费实行政府指导价”。所谓的“市场竞争不充分或服务双方达不到平等、公开服务条件的中介服务”，并不属于《价格法》第十八条所规定的任何一种可以实行政府指导价的类别。（在《上海定价目录》中，“重要专业服务”更是作为与“重要公益性服务”并列的大类）在《中介服务收费管理办法》和《律师收费办法》属现行有效的法律文件的情况下，相关行政机构虽仍可以依据《中介服务收费管理办法》和《律师收费办法》实施行政行为，但当事人和律所之间因风险代理收费事宜发生民事诉讼时，人民法院不宜将《律师收费办法》的相关规定作为适用《价格法》第十二条和《合同法》第五十二条的说理依据。进而言之，应当区分违反《律师收费办法》的风险代理条款的不同类型，运用《合同法》第五十二条第四项的公序良俗规定来检定不同类型风险代理条款的效力，比如，违反《律师收费办法》第十一条和第十二条的风险代理条款，倾向于判定为无效，而仅仅违反《律师收费办法》第十三条规定的30%的比例上限的，则倾向于判定为有效（此种民事合同上的有效，并不影响相关行政部门实施价格处罚等行政行为）。

[9]此案登载于《最高人民法院公报》2009年第12期。

[10]类似问题可参考我国台湾地区“民法”第五四九条的规定，“当事人之任何一方，得随时终止委任契约”。（与该条对应的我国内地《合同法》条文系规定随时解除权的第四百一十条。）由该条引发的讨论系此种随时终止权（随时解除权）得否预先放弃。“鉴于委任是否任意终止，所涉者系当事人信赖之维护，违反者虽不当然构成法律秩序之违反，但勉强不能信赖之人维持委任关系，实属残忍。是以，比较上似以抛弃无效说为妥，实务立场亦然。”参见邱聪智：《新订债法各论》（中），中国人民大学出版社2006年第一版，第183页。关于上文中所涉问题的讨论，从而还有一种近似观点系认为此种约定系间接排除了不得约定排除的随时解除权，所以亦应适用《合同法》第五十二条第五项判令无效。

[11]“法律可分为强行法和任意法，强行法，指不得以当事人的意思排除其适用的法规。任意法，指得以当事人的意思排除其适用的法规，其功能在补充当事人的意思，当事人未为排除者，仍具‘强行性’而应使用之。民法关于身份及物权的规定多属强行法，因亲属关系涉及人伦秩序，物权关系为社会经济制度的基础，不应任由个人意思加以变更。民法总则关于权利能力及法律行为能力的规定，因涉及人的权利主体性及行为自由，亦属强行规定。至于法律行为，尤其是契约及遗嘱部分则几乎全属任意法，旨在实践私法自治原则。民法上个别条文，究属强行规定抑仅具任意性质，有疑义时，应依其规范目的认定之。”参见王泽鉴：《民法总则》，北京大学出版社2009年第一版，第39、40页。

## 法官论坛：官渡法院分析离婚案件执行难的原因 并提出建议

2014年8月1日 昆明市官渡区人民法院

目前法院系统受理的离婚纠纷执行案件已经呈现出数量多、执行到位率不高和难度大的特点，此类案件执行难成为司法实践中亟待解决的问题。

### 一、离婚案件执行难的原因

1、孩子主体的特殊性导致抚养问题执行难。在一些偏远的农村，某些人有重男轻女的思想，其中男方父母等长辈这种观念甚为严重。他们往往把男孩看作是家庭传宗接代的希望。所以一旦法院判决男孩随女方一起生活时，男方及其亲属就会把孩子隐藏起来，千方百计阻挠法院执行。由于孩子的特殊性，法院无法将其作为执行标的列入强制执行的范围。因此，一旦被执行人横加阻挠，法院执行起来十分棘手。

2、双方矛盾的尖锐性导致实行探望权执行难。根据我国婚姻法第三十八条的规定，行使对子女的探望权是未与子女共同生活一方的法定权利，然而实际生活中，往往由于离婚双方矛盾尖锐等原因使未与子女共同生活的一方行使探望权十分困难，导致此类执行案件逐年上升，此类案件在执行过程中，由于对被执行人的协助义务界定困难、缺乏法定的执行措施以及执行程序不易终结等原因往往无法得到妥善解决。在司法实务中，探望权执行案件又往往和抚养费执行案件相牵连，增加了法院执行难度。

3、基层群众组织协助力度不够造成执行难。在离婚案件的执行过程中，对双方当事人的说服教育工作非常重要，而此项工作的开展，基层群众组织具有绝对的优势。实践中不乏出现法院“久调不解”而在居委会或村委会的主持下迎刃而解的现象。然而，有些地方的基层组织对辖区居民、村民的具体情况不甚了解，存在怕得罪人的思想，不愿给当事人做教育工作，也不愿意给法院执行提供方便。



## 二、意见和建议

1、由于法律禁止对人身进行直接强制，不能强行带走孩子以实现夫妻一方对子女的直接监护，对拒绝配合执行未成年人抚养归属裁判文书、探视权行使的，经执行人员做工作无效的，法院可以采取间接强制的办法，如代履行或执行罚，对妨害执行的执行义务人处以罚款、司法拘留等强制措施，用法律的威慑力敦促被执行人将子女交由申请人监护、抚养。经过罚款、司法拘留之后仍然妨碍破坏民事执行的，可以移交公安机关追究刑事责任。

2、针对探望权执行难的问题，必须深入做好当事人的思想工作，处理好三种法律关系，即权利人与原配偶之间、权利人与子女之间以及原配偶与子女之间的法律关系。同时，在探望权的具体实行问题上，采取各个击破的方式，逐渐化解被执行人及其家庭成员的情绪，并充分考虑父、母、子女的各种因素，包括父母的居住地点、工作性质、健康状况、生活情况以及子女的利益和需求，灵活采用见面性探望和逗留性探望的方式，以达到最佳的执行效果。

3、充分发挥当地基层组织的作用。特别是涉及子女抚养及探望权的案件，由于大部分案件的抚养费都是按月给付的，如果每次抚养费的给付都依靠法院来执行，这不但加大了法院的工作量，也增加了当事人不必要的麻烦。在这种情况下，法院可让农村基层组织代替法院履行监督职能，负责孩子抚养费的给付问题。而探望权行使案件的执行由于其时间的长期性和行使次数的反复性特点，更需要基层组织的配合和支持，法院应充分发挥和依靠基层群众组织的作用，加强对被执行人的监督使其能够准确合法地履行协助配合义务。

### “真功夫”发展陷入家族企业“魔咒”？

2014年8月3日 人民法院报 杨晓梅 何海涛

2014年5月5日上午，全国知名餐饮连锁企业真功夫餐饮管理有限公司与蔡达标股东知情权纠纷案，在广东省广州市中级人民法院终审宣判。但是，真功夫公司两大控股家族决裂引发的争斗尚未落幕，真功夫公司董事长蔡达标及其委托代理人蔡春红、公司法定代表人潘宇海、监事窦效嫫等人纷纷登场，一系列围绕公司控股权的商事纠纷是否将愈演愈烈，仍需拭目以待。

#### 查账风波：争夺公司控制权成焦点

真功夫公司董事长蔡达标因涉嫌犯职务侵占罪和挪用资金罪，2011年起被依法羁押，蔡达标因此丧失公司实际控制权，也无法了解公司经营现状及决策过程。蔡达标因而委托其妹蔡春红代为行使股东知情权，但被真功夫公司拒绝，蔡达标遂将真功夫公司告上法庭。

无独有偶，2010年8月10日，真功夫公司另一大股东，蔡达标前妻潘敏峰之弟潘宇海起诉当时由蔡达标担任法定代表人的真功夫公司，主张行使股东权利，要求真功夫公司将公司财务报告、财务账册等资料提供给潘宇海委托的会计师事务所进行账目审计，其诉讼请求得到一、二审法院的支持。相似的案情，相关联的当事人，不同的时间，诉讼地位大逆转：曾经的真功夫公司法定代表人蔡达标成了连行使股东知情权都受到限制的原告，曾经的原告潘宇海摇身一变成为公司的实际控制人。

2012年5月25日、6月1日、6月14日，蔡达标及其代理人蔡春红分别向真功夫公司发出《关于查阅、复制公司有关资料的函》等函件，真功夫公司则两次回函称，由于无法确认和核实函件中“蔡达标”的签名及授权是否真实等原因，未向蔡春红提供相关材料。蔡达标因此以股东知情权受损害为由向广州市天河区人民法院提起诉讼，请求真功夫公司安排蔡达标委托的代理人查阅公司自2011年3月至2013年7月18日止的全部股东会和董事会会议记录及决议、监事报告、财务会计报告及审计报告；安排其代理人及聘请的会计专业人员查阅公司上述期间的会计账簿；向蔡达标提供上述期间未经股东会、董事会审议批准而作出的可能影响股东权益的各项重大决策和行动的批准文件或决策程序信息，提供公司内部治理架构变更及高管人员变更及其职能等可能影响股东权益的信息。

与潘宇海当年的诉讼不同，此次法院没有支持蔡达标的全部诉讼请求。由于蔡达标的诉讼请求中要求查阅、复制董事会会议记录、审计报告两项内容在我国公司法和会计法中均无相应的依据，而真功夫公司的《章程》中对查阅董事会记录及审计报告的规定仅针对公司董事而设立，蔡达标以股东的身份提起诉讼，要求行使的是股东知情权而非董事权利，因此，法院认为蔡达标要求对董事会会议记录、审计报告行使知情权缺乏事实及法律依据，不予支持。此外，由于真功夫公司未设股东会，故二审法院未支持蔡达标要求查阅、复制真功夫公司股东会会议记录及决议的请求。

尽管如此，考虑到股东知情权是公司法赋予股东的权利，股东知情权是股东行使其他权利的前提，从依法保护股东知情权的宗旨出发，法院终审判决实际上仍然支持了蔡达标的大部分诉讼请求。

#### 两起诉讼：蔡达标承担损害公司利益责任

2012年起，潘宇海之妻窦效嫫以真功夫公司监事身份两次向法院起诉，要求蔡达标承担损害公司利益责任，皆获法院终审支持，这是蔡达标失去真功夫公司控制权后受到的公司最严重的民事指控，涉案金额共计近4000万元。这也是在知情权纠纷案件中真功夫公司主张蔡达标要求查账具有不正当目的的主要由来和依据。

在第一起案件中，蔡达标以其个人信用为真功夫公司1.2亿元人民币的银行贷款提供连带责任担保，真功夫公司经董事会决议通过按照蔡达标担保金额的30%向其缴存反担保金，待真功夫公司清偿贷款后，蔡达标将反担保金退还真功夫公司。但真功夫公司清偿贷款后，蔡达标仍占用真功夫公司3600万元的反担保金，窦效嫫遂以蔡达标

损害公司利益为由，起诉要求蔡达标向真功夫公司返还 3600 万元的反担保金并赔偿利息损失。一、二审法院均认为，蔡达标向真功夫公司返还反担保金的条件在真功夫公司清偿全部贷款时已成就，蔡达标无权继续占用真功夫公司交付的反担保金，因此，判决支持了窦效嫫的诉讼请求。

2013 年 11 月，第二起损害公司利益责任纠纷案作出终审判决，窦效嫫起诉蔡达标在任职真功夫董事长期间利用职务之便，借公司之名擅自动用公司资金与中介机构签订法律服务合同，实质为个人事务提供服务，要求蔡达标返还 300 万元给真功夫公司。法院经审理后认为，蔡达标未经董事会决议以公司名义与律师事务所签订协议书并支付顾问费，已违反了公司章程的规定。而且，从律师事务所提供的系列文件表明各项脱壳计划制定的最终目的是为排除潘宇海对公司的控制，显然是为了蔡达标个人利益。综上，一审法院判决蔡达标赔偿真功夫公司 116 万元，二审法院维持原判。

未完待续：刑民案件接踵而至

在刑事案件方面，蔡达标因犯职务侵占罪和挪用资金罪，于 2013 年 12 月被广州市天河区法院一审判处有期徒刑十四年。2014 年 6 月，广州中院二审落槌，维持了一审法院对蔡达标的定罪和量刑。

在民事案件方面，一系列关联交易案、股权转让纠纷案、泄露商业秘密案等案件除部分因与刑事案件相关而中止外，其余案件正审理得如火如荼，起诉与抗辩、本诉与反诉相互对话，双方寸步不让。蔡达标行使知情权后是否会引发更多纠纷？只能拭目以待……

### ■法官说法

司法诉讼并非公司治理唯一良方

针对此案大量公司纠纷反映的公司治理问题，记者采访了广州中院商事审判庭庭长王天喜、副庭长王会峰。参与了个案审理的王会峰在接受记者采访时表示，公司纠纷审判的宗旨是通过公正裁判平衡公司和股东之间的利益，维护公司的正常经营，法律既不允许股东以行使权利的名义无理取闹影响公司正常经营，也否定公司在法律有明确规定情况下阻碍股东依法行使相应的权利。“合则两利，分则两弊，如果因为股东之间闹了矛盾把公司利益都搭上了，真的令人十分惋惜。”王会峰说道。

股东知情权如何规范

王会峰说，股东知情权是法律赋予股东通过查阅公司的财务会计报告、会计账簿等有关公司经营、管理、决策的相关资料，实现了解公司的经营状况和监督公司高管人员活动的权利。股东知情权是股东固有的、法定的基础性权利，无合理根据证明股东具有不正当目的，则不应限制其行使。但由于股东知情权可能涉及股东和公司之间的利益冲突，在保护股东利益的同时也应适当照顾公司的利益，使双方利益平衡，故知情权的行使应当符合一定的条件并受一定的限制。

法律设定的限制是什么？王天喜认为，限制之一，是公司法关于查账的前置程序规定。如何理解股东行权受阻？股东提出查账申请后，公司有可能明确表示拒绝，也有可能以各种理由拖延，还有可能不予回应，无论何种情形，只要公司在客观上没有让股东实现其权利，一般就应当认定股东已履行法定前置程序。限制之二，是股东知情权的行使范围应以法律和公司章程规定为限。当股东具有董事身份时，应当明确其请求权基础，不同的身份行使不同的权利，股东权利有其界限，股东的手不能伸得太长。限制之三，行使股东知情权应有正当目的。判断目的正当与否的标准是什么？王天喜说，公司运营过程中，股东之间、股东与公司之间可能因各种原因产生分歧，甚至为此打起官司，这是很正常的现象，不能以股东之间或股东和公司之间有诉讼就简单地推定股东行使知情权目的不正当。

对于股东涉嫌对公司犯罪被羁押的情况下，能否直接推断股东行使知情权有非法目的，在司法实践中是个难点。王天喜认为，应当考虑涉嫌犯罪的事实与民事权利的行使之间是否有直接的关联关系，根据具体案件事实综合全案判断。法律在维护股东权利和公司权利之间存在一个利益平衡的问题，首先，股东应就查账的请求进行合理解释，说明具有正当理由，避免滥用权利妨碍公司的正常运作乃至直接损害公司利益；其次，若公司主张股东查账要求存在不正当目的，需要承担相应的证明责任。

公司利益受损如何救济

“出于情感上的信任，家族企业往往被少数人掌控，其他人不参与经营或不控制企业，仅享受收益。这种模式的优势在于能让企业迅速形成决策，降低决策成本；但缺陷也十分明显，企业容易沦为实际控制人的个人财产，公司利益和股东利益遭受损害。”就损害如何索偿的问题，王天喜给出如下建议，若股东利益受损，股东可依据公司法第一百五十二条规定直接起诉；若是公司利益受损，可依据公司法第一百五十一条规定处理。

“有两个问题需要特别注意。”王天喜指出，一是监事是否可以主动起诉？在有限责任公司的股东没有书面请求监事起诉侵权股东的情况下，他认为，监事可以依职权提起损害公司利益责任之诉，因为监督公司董事和高级管理人员勤勉、忠实履职，维护公司和股东利益是监事的职责所在。二是诉讼的利益归属问题。股东提起诉讼既有可能为个人利益也有可能为公司利益，理论上，股东诉讼分为直接诉讼和派生诉讼两种，利益归属可依据“谁受损谁受偿”原则判断，而不应依据原告的身份来判断。

在记者采访中，两位法官坦言：“真功夫公司的内斗最终损害的将是公司、股东和员工的共同利益。司法诉讼的主要作用是纠纷解决，而公司治理更多的是管理上的问题，只有当公司治理出现问题，当事人请求法院救济权利的情况下，司法才会介入。”就真功夫公司系列纷争，两位法官寄语，司法有局限性，不能代替公司进行决策，只

能保障各方当事人最基本的合法权益,如何让公司继续走下去,甚至有更大的发展,还是要留待当事人本着诚信和善意共同努力。(记者 杨晓梅 通讯员 何海涛)

## 民间借贷纠纷新动向呼唤立法规制 虚假诉讼增多

2014年8月4日 法律图书馆 徐伟 李豪

从立法层面完善对民间借贷法律规制,引导和规范民间资本的正常、有序流动。正确认识和界定金融市场的发展规律,并修改和废止与市场规律不相符合的规定,完善民间借贷案件的法律适用规制,合理界定合法借贷与非法融资的界限

找银行贷款,额度少,审批慢;把钱存在银行,收益低,跑不过通胀。于是,作为一种资源丰富、操作简捷灵便的融资手段,民间借贷近年来飞速发展,一定程度上缓解了银行信贷资金不足,在融资领域特别是服务小微企业中起到了重要作用。

《法制日报》记者近日从重庆市第五中级人民法院获悉,该院2014年上半年共审理民间借贷纠纷182件,较2013年同期增长45.6%,占2013年全年审理民间借贷案件近80%,较2012年上半年增长71%以上。涉案标的额达78074.58万元,超过2012、2013两年同期民间借贷纠纷案件受理标的的总和。

重庆市第五中级人民法院民二庭庭长石磊在接受《法制日报》记者采访时表示,经过调研分析,民间借贷纠纷除了以往文书送达难、当事人缺席率高、合同不规范、调撤率低等特点外,出现消费型向融资型借贷转化、非民间借贷关系常套用“借条”结算等新趋势。

### 融资型借贷

从备受关注的“吴英”案,到温州、鄂尔多斯等地因资金链断裂引发的“跑路潮”,民间借贷乃至民间金融问题凸显。在我国现有的金融制度安排下,出于金融机构的自利本性和对风险的控制,银行主要为大企业特别是国有大企业服务。中小企业尤其是民营企业和个人,由于信息的不对称和可能的道德风险很难从银行贷到款,而资本市场的国有性质也基本堵塞了民营企业等直接融资的渠道。

因此,民间借贷的出现在很大程度上是为解决民营经济融资难问题。不过,民间借贷游走在法律的边缘,在高额回报的背后,也潜伏着巨大的风险。

记者获悉,2014年上半年民间借贷起诉标的1000万元以上的有25件,占民间借贷一审案件的37.31%;几十万上百万元的借贷金额的纠纷更是屡见不鲜,并且90%以上的借贷资金用于企业或项目的生产经营,民间借贷已经渐渐偏离了民间自助的“消费型”借贷的本意,而悄然转变成民间资本融资的重要渠道。

“这就要求法院对此类案件在证据要求、履行方式、裁判思路等方面及时作出调整。”石磊说。

### 套用“借条”结算

记者了解到,民间借贷纠纷的部分案件当事人以民间借贷的名义,通过出具借条的方式来达到其他资金往来的目的。这种情况主要存在于当事人抗辩为中止恋爱、同居等关系支付“分手费”、受人请托形成的债务、因内部承包工程向发包公司出具的为担保外欠材料款的借条,占民间借贷案件的10%以上。

陈应轩之夫陈权与杨胜利系师生关系。杨胜利于1995年8月10日与陈权签订了《关于集资开办“盛胜煤矿”的协议》。合同约定:陈权、陈应轩夫妻投借给杨胜利4万余元。考虑到办矿的风险,若挖不到煤,杨胜利所借之款将无力偿还,办矿之前陈应轩夫妇承担了风险,应分享开矿成功的利益,并对具体分配方式进行了约定。

2009年11月23日,陈应轩以杨胜利未按协议提成、分红向原审法院提起诉讼,要求确认双方对于重庆市永川区方石坎煤矿具有合伙关系。

庭审中,陈应轩出示了1998年1月25日杨胜利出具的借条复印件一份,欲证明双方系合伙关系,并当庭陈述此借条不是借款而是分红,是1996年11月7日至1998年1月24日期间的本金和利息的结算单。该主张得到一、二审判决的支持。

判决生效后,杨胜利也对其进行了补偿。而后,陈应轩又以杨胜利于1998年1月25日出具的借条作为民间借贷纠纷的依据诉至法院,要求杨胜利偿还借款及利息。

一、二审法院审理后均认为,综合争议借条的记载形式和内容以及双方对该借条的认识、处理分析,应当认为争议借条反映的实为合伙关系。鉴于争议借条已纳入双方的合伙关系,而合伙纠纷已经处理,陈应轩以争议借条再主张借款债权缺乏事实依据,其请求不应支持,故判决驳回其诉讼请求。

借条因其内容直观明了,可以大大减轻当事人的举证责任,因此除在民间借贷关系中应用之外,还常常用作其他法律关系结算的证据。除上述合伙分红的结算外,“借条”这一形式也被用作某些特定的违反社会善良风俗行为,如“分手费”、“赌债”等。

石磊告诉记者,法院在处理名为借贷、实为其他法律关系的案件中,借款人对借据有异议并证明存在其他基础法律关系的,法院将对基础法律关系进行审理,而非简单以民间借贷认定。

“此类案件在审理中被告经常以受胁迫、欺诈或已经通过其他方式偿还等理由抗辩借条非其真实意思表示,给法院查明真实的案件情况造成诸多困难,结果往往因被告无法充分举证而不能得到支持,甚至造成缠诉缠访等信访问题。”石磊分析。

## 虚假诉讼增多

“借条”作为民间借贷纠纷中最直接、证明力较强的证据同时,又是极易于伪造、变造的一种形式,并且实际生活中民间借贷活动本身的随意性、多发性、非规范性又给虚假诉讼提供了可能。

此类情况一般只有借条或借款合同存在,对履行行为也无充分证据,数百上千万元的借款均通过现金形式交付,甚至还存在出借本金系外贷而来、巨额借款却也未约定利息等非正常情形。

石磊举例说,原告王庆生诉被告马当民间借贷纠纷一案中,被告不仅对原告的诉讼请求等主张毫无异议,而且对巨额借款现金形式支付并且证人证言与待证内容不符、外借资金全部系拆借而来、巨额融资借款未约定利息等与通常的民间借贷不相符的情形也不予反驳。

该案经合议庭谨慎审理,依法作出驳回原告诉讼请求的判决,本案中当事人上诉后,二审法院维持了一审判决。

对于这类案件,法官戏称为“和气诉讼巧打默契牌”,不排除部分刑事罪犯为逃避刑事责任中罚金刑的执行、涉众多民事纠纷为转移财产而故意制造出虚假诉讼,企图通过法院的民事判决,利用对第三人的民事责任来对抗刑事处罚。

石磊告诉记者,在民间借贷案件中,法院在查明双方当事人的真实意思、证据确凿充分的基础上依法作出裁判,但这并不表明只要当事人双方认可借款事实,法院就会依照借款人的主张作出裁判。法院仍然要按照法律要件的构成、合同履行行为等进行综合认定判断。故意进行虚假诉讼的当事人可以被处以罚款、拘留,如果构成犯罪,甚至可以追究刑事责任。

## 民刑交叉难题

一些案件与非法集资等犯罪行为在非金融机构主体、从事融通资金、给予利益回报等方面都存在极大的相似性,很难清晰判断其是否超过了合法的民间借贷范畴。

例如,重庆市某信用担保公司从2008年起,以收取担保基金的名义以月息3%的高利率在社会上向不特定的人借款,期满后未归还本息,引发多起诉讼。现债权人以该公司不能清偿到期债务为由,申请对该公司破产清算。

石磊介绍,此类案件标的巨大、受害人众多、证据线索繁杂,一旦处理不当,极易扰乱金融秩序和影响社会稳定,必须引起高度重视。在司法实务中应在“先刑后民”原则的适用、借款合同的效力、标的金额及利息标准等方面认定和法律适用上审慎处理,规范适当。

“治理民间借贷中的乱象,有赖于国家金融管制的放开和金融市场化改革的深入。”石磊认为,现阶段,既要认识到民间借贷是融资市场重要和必要的补充,在尊重当事人意思自治的基础上有效保护民间借贷的合法利益,又要对民间借贷自身存在的自发性、不规范性、不易监控等特点加以监管抑制。

石磊强调,更为重要的是从制度层面加以规制:从立法层面完善对民间借贷法律规制,引导和规范民间资本的正常、有序流动。正确认识和界定金融市场的发展规律,并修改和废止与市场规律不相符合的规定,完善民间借贷案件的法律适用规制,合理界定合法借贷与非法融资的界限,对合法借贷予以保护。

## 【典型案例】儿子出租母亲房屋抵债 母亲诉合同无效获支持

2014年8月4日 沈阳市皇姑区人民法院

儿子因在外欠债,私自将母亲的房屋出租抵债,母亲发现自己的房子被一陌生人使用,要求对方搬出遭到拒绝,故一怒将该人和儿子一并告上法庭,要求确认租赁合同无效。近日,北京市通州区人民法院审结此案,依法支持了母亲的诉讼请求。

郭某某系颜某之母。2007年9月,郭某某出资购买了坐落于北京市通州区梨园地区某小区的一套房屋,房屋也登记在郭某某的名下。颜某与陈某系朋友关系。自2011年9月起,颜某因生意周转需要陆续从陈某处借款几十万元,但颜某却并未能依约还清借款。2012年5月,颜某以自己的名义与陈某签订《房屋租赁合同》,将其母郭某某的房屋以每月1800元的价格出租给陈某,并约定用该房屋的租金折抵欠款直至颜某还清欠款为止。合同签订后,陈某搬入该房屋内居住。不久,郭某某即发现自己的房屋已由外人居住。经过询问,颜某告诉母亲陈某只是暂时借住,但郭某某很快便知道了事情的真相。经过协商,陈某并未能同意将房屋交还给郭某某。2014年5月,郭某某将陈某和颜某一并诉至通州法院,要求确认陈某与颜某签订的《房屋租赁合同》无效。

庭审中,陈某则辩称颜某与其签订租赁合同时并未告知涉案房屋是其母亲的,根据自己的了解,涉案房屋是颜某的婚房,出租前也是由颜某居住使用,自己有理由相信颜某对房屋享有合法的处分权。颜某是在无法还清欠款的情况下自愿签订租赁合同的,该份租赁合同是双方的真实意思表示,应为合法有效。经法官调解,双方未能达成一致意见。而面对母亲郭某某的起诉,颜某则并未到庭参加诉讼。

经过审理,法院认为无处分权的人处分他人财产,经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的,该合同有效。陈某与颜某虽自愿就涉案房屋签订《房屋租赁合同》,但颜某作为出租方并非涉案房屋的权利人,其无权出租涉案房屋,且该《房屋租赁合同》并未得到涉案房屋权利人的追认,颜某亦未能在签订合同后取得相应的处分权,故陈某与颜某就涉案房屋签订的《房屋租赁合同》应属无效。最终,法院判决支持了郭某某的诉讼请求。

来源:中国法院网北京频道

## 关于“先行调解”的几个问题

2014年8月5日 民事审判参考 赵钢

在我看来，2012年堪称我国的程序法治年。这是因为，在过去的这一年中，第十一届全国人大及其常委会先后审议通过了《关于修改〈刑法〉的决定》和《关于修改〈民事诉讼法〉的决定》，并将于明年一月一日起同时施行，从而使得我国的刑、民诉讼程序立法在中国特色社会主义法律体系已建成的基础上得到了进一步的完善。其中，就《民事诉讼法》的修改而言，亮点颇多，对这些亮点的社会关注度也比较高，譬如，诚实信用原则的确立，公益诉讼制度和小额诉讼机制的设置等等，便是诸多亮点中的“璀璨之星”。不过，除此之外，也有一些虽然没有受到各界（包括法制新闻界、诉讼理论界和司法实务界）热捧，但却有可能对人民法院今后的民事审判工作产生重要影响的新的机制安排，或者说是《民事诉讼法》修改中的“非热点问题”、“非主流问题”，值得我们加以认真地研究、探讨，“先行调解”制度便是其中之一。

这里所说的“先行调解”，是指根据修改过的《民事诉讼法》第122条的规定而进行的调解。该条的规定是：“当事人起诉到人民法院的民事纠纷，适宜调解的，先行调解，但当事人拒绝调解的除外。”这一规定是《民事诉讼法》通过本次修改新增加的内容。从大的背景来看，作为矛盾纠纷解决的重要机制之一的调解制度，具有解决纠纷的独特优势。在诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的大框架内，调解可以分为两类：一类是诉讼外的调解机制，包括人民调解、仲裁调解、行政调解等，其中尤其是人民调解。2010年通过的《人民调解法》已经对人民调解的原则、程序等作了明确的规定。另外一类是诉讼中的调解，对此《民事诉讼法》第八章对于人民法院审理民事案件过程中的调解制度也作了专章规定。在本次《民事诉讼法》的修改过程中有意见提出，2007年修改过的《民事诉讼法》第9条当中规定，人民法院审理民事案件，应当根据自愿和合法的原则进行调解。这一规定容易使人理解为开庭审理程序启动以后才可以对案件进行调解，这就大大挤压了调解制度的适用空间，故而建议法律明确规定可予“先行调解”。也有意见提出，2009年最高人民法院出台的《关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》已经对立案前的调解<sup>①</sup>与立案后至开庭前的调解<sup>②</sup>作了规定，这些调解活动在实践中取得了良好的效果，故而建议将司法实践中已经取得积极效果的经验上升为法律。鉴于上述背景，此次修改《民事诉讼法》时便分别在第122条和第133条第（二）项对“先行调解”和“庭前调解”<sup>③</sup>这两个不同的机制作了规定。

由于“庭前调解”乃是立案后的调解，此时诉讼已在系属中，也就是说，民事诉讼法律关系业已发生并已确立，受诉人民法院已经取得或者说实现了对案件的管辖权，故而不存在任何理论上的障碍和规则上的空白或者含糊之处，所以我们今天也就不去涉及了。但是，对于“先行调解”来说，情况则不是如此。由于我国目前在立案环节仍然实行的是“审查受理制”而非“起诉登记制”，而“先行调解”乃是法院立案受理前的调解，此时案件尚未系属于法院，或者说民事诉讼法律关系并没有正式确立，受诉人民法院还没有最终实现对案件的管辖权，就此而言，尽管由于《民事诉讼法》第122条这一新的立法规定的确立似乎已经使得“先行调解”的形式合法性得到了确认，法官们完全可以据此行事而不必再作其他考虑。但就学界而言，或者说对于一个真正具有学科使命感和强烈探索精神的学者而言，“先行调解”机制的合理性乃至最最根本的正当性问题仍然是需要进一步论证的，因为一项诉讼机制的正当性应该是建立在合法性与合理性相加、累积的基础之上，也就是说，正当性=合法性+合理性。况且，《民事诉讼法》第122条关于“先行调解”的规定也还存在着两个方面的粗陋、模糊之处，或者说立法空白：一是“先行调解”的具体适用空间；二是“先行调解”的具体运作程序。为此，我就以上三个问题谈谈个人的看法，与大家作个交流。至于“先行调解”适用的案件范围或者说适用条件，以及应当遵循的规则等问题，我认为并不存在明显的认识分歧，因此这里就不去涉及了。

### 一、如何理解“先行调解”的正当性

如前所述，我国《民事诉讼法》第122条已经对“先行调解”作了规定，从这个角度来讲，它已经具备了最基本的合法性，明年一月一日以后，法官们当然可以据此操作，调解纠纷，而且无可厚非。但是，从诉讼理论界来讲，作为一个学者，能不能够站在理性的高度，对其提出几许“薄非”（不是“薄非”）呢？我想应该是可以的。原因在于，仅仅具备最基本的合法性，也即形式上的合法性，并不能够使得“先行调解”机制当然地具有十足的正当性，从而使得社会各界对于它的确立与适用“心悦诚服”。因为它的合理性问题仍然是需要进行充分的解释和论证的。否则，便无所谓“恶法”也即不好的法律的存在了。我们在这里所讲的合理性，是指“先行调解”机制的确立和适用必须符合法理，具体来说就是诉讼法理，能够自圆其说。那么，在这个问题上，传统的或者正统的诉讼法理是怎样的呢？简单地说，一个国家，尤其是大陆法系国家，当然包括我国，它的法院（具体来说要通过法官）如果要想开始实施某项具体的职权行为，或者说审判行为，其中包括调解行为，那么有一个前提，即：在完成立案以前，不管是域外大陆法系国家所实行的“起诉登记制”下的立案，还是我国迄今为止所实行的“审查受理制”下的立案，法院或者法官都是不能实施这些职权行为或者审判行为的。为什么？说到底，这是由于民事司法权的被动性本质所决定的。简单地讲，也可以表述为：“无原告即无法院”，“无起诉即无审判”！只有这样，才能对民事司法权起到切实的规范作用。否则，就有可能造成法院的“四面出击”，进而造成民事司法权的滥用。说到这里，可能有人会问，在这个问题上难道就没有例外吗？当然有！一般来讲，有原则就会有例外。具体就我国的民事诉讼立法而言，也是有例外的，而且有两个例外。其一，诉前保全。包括诉前的财产保全和诉前的行为保全。这次修改《民事诉讼法》以前仅仅叫做“诉前财产保全”，是由1991年的《民事诉讼法》第93条确立的，2007年修改《民事诉讼法》时具体内容和条文序号都没有变动，这次修改《民事诉讼法》除在具体内容上有所完善外，还将其余条文序号调整为第101条。至于在1991年以

前的《民事诉讼法（试行）》中，它的“诉讼保全”制度里并没有“诉前诉讼保全”的设置，而只有“诉中诉讼保全”的安排。其二，诉前证据保全。就我国的情况而言，从1982年开始施行的《民事诉讼法（试行）》算起，到1991年开始施行的现行《民事诉讼法》，中间经过2007年的修改，一直到完成此次修改以前，都是只有“诉中证据保全”的设置，而没有“诉前证据保全”机制的安排。在此背景下，诉前证据保全都是由公证机关来实施的，但这样很不及时，常常“贻误战机”，给后来的民事审判活动造成种种被动。因此，通过此次修改《民事诉讼法》，终于在第81条第二款确立了这一机制。由此可见，以上两个例外都不是在我国民事诉讼立法的最初阶段便得到确立的，而是经过了堪称漫长的“空白”时期，最终才实现了“从无到有”的转变。就此而言，究竟是将其单纯地理解为我国民事诉讼程序立法历史进步的具体体现，还是说回首往事，多少也反映出了以前对于传统诉讼理论的恪守，而后来乃至现在则逐步地有所突破、甚至颠覆呢？我们不得而知。说到这里，可能又有人会说，为什么“诉前保全”和“诉前证据保全”可以作为例外规定而突破传统诉讼理论的整体框架获得形式上的合法性，且人们也并不认为它不具有实质上的合理性，进而使得它最终获得了正当性，而“先行调解”机制为什么在诉讼理论界（当然不是所有的学者）那里却会如此这般地不受“热捧”，“命运迥异”呢？一句话，为什么单单要说诉前的“先行调解”并不具有十足的正当性呢？我的解释是，此例外不同于彼例外。”诉前保全”也好，“诉前证据保全”也罢，它们在适用前提上都有两个最基本的特点：其一，均是因为“情况紧急”，以至于“不立即申请保全将会使其合法权益受到难以弥补的损害”，或者使得“证据可能灭失或者以后难以取得”；其二，均须由“利害关系人”明确地向有管辖权的人民法院提出相应的保全申请。当然此外还有其他条件须要同时符合，否则人民法院仍然不得采取保全措施。比较而言，“先行调解”显然不具有与以上二者相同的背景和语境，换句话说，也即完全不具有“同质性”。所以，它的合理性乃至最终的正当性显然都是不足的。最后，围绕“先行调解”机制，我说三句话，然后暂时结束这个话题。

第一句话：我国立法机关一味迎合此前审判实践中“先行调解”的功利探索，而置普适性的诉讼法理于不顾，从而在一定程度上反映出了它是一个“没有多少主见”的立法机关，它在立法层面所描绘出的“中国特色”显然因为脱离了普适性诉讼法理的底蕴支撑而显得“俗艳”有余，但却并不靓丽。

第二句话：明年一月一日以后，我国的法院及其法官（以及其他相关调解主体），依照《民事诉讼法》第122条之规定，对民事纠纷“先行调解”，均无可厚非，因为这种操作“于法有据”，具有合法性。

第三句话：作为民事诉讼理论界，作为学者来讲，不能仅仅止步于“先行调解”机制在形式上的合法性，也即仅仅满足有形“法制”的具备，而应站在无形法治的高度，进一步探究“先行调解”机制的合理性乃至其正当性。否则，理论界也好，学者也罢，也就无法体现出他们与司法者之间在彼此的功能与使命上的差异性，并因此而使得这个群体失去了存在的价值和意义。当然，基于“现行法不容批判”的司法原则，司法者在司法的过程中是绝不能向学者们“看齐”的，不过司法者有兴趣的话也可以写写调研文章，在那个范围内，你已经完成了身份转换，因此你也完全可以对国家现行立法“评头品足”，甚至是“指手划脚”。

## 二、“先行调解”机制的具体适用空间

所谓“先行调解”机制的具体适用空间，是指其可以在什么时空范围内加以适用的问题。在这个问题上，目前看来是存在不同认识的。

首先，从立法机关的观点来看，他们认为，“先行调解的适用范围，主要指向法院立案前或者立案后不久的调解”，“案件受理之后尚未开庭审理前，人民法院仍然可以进行调解。”〔4〕

其次，从审判机关的角度来看，他们认为，“从2012年《民事诉讼法》第122条规定来看，对于先行调解的适用时间并未有所限制，只要是当事人起诉到人民法院即可，至于是收到当事人起诉状或者口头起诉后、尚未立案之前，还是人民法院依法立案受理后、移送业务庭审理之前，抑或是开庭审理前或者开庭审理后均在所不问。”〔5〕

我不敢说自己代表了民诉理论界，但我作为一个直接而且持续地从事了三十年民诉法教学和研究的学者，坦率地讲，我个人认为，不论是立法机关还是审判机关，在“先行调解”的适用空间问题上都背离了立法原意。〔6〕因为它们都把“先行调解”的适用空间由当事人起诉以后、人民法院“立案受理之前”，拓展到了人民法院“立案受理之后”至“开庭审理之前”；所不同的是，审判机关在这个问题上比立法机关走得更远，甚至将其“开疆拓土”，一直开拓到了“开庭审理后”，从原则上讲，这是很荒唐的（理由后述）。具体来讲，我主要有以下三个方面的理由：

第一，从《民事诉讼法》第122条（“先行调解”条款）的具体位置来看，乃是处于《民事诉讼法》第二编“审判程序”的第二章“第一审普通程序”的第一节“起诉和受理”的最后一个条文。这意味着什么？这意味着“先行调解”就是立案之前的调解，因为完成立案之后，就要进入下一个诉讼阶段，也即“审理前的准备”阶段了。如前所述，立法机关认为，“案件受理之后尚未开庭审理前，人民法院仍然可以进行调解”；审判机关亦认为，“立案受理后、移送业务庭审理之前”也可以进行调解，不错！确实如此，但须明确的是，“审理前的准备”阶段的调解，在名称上已经不再是“先行调解”了，此时的调解，正确的叫法应该是“庭前调解”或者“审前调解”，在其定位上应该属于“审理前的准备”阶段中最后一项工作也即“对案件进行分流处理”的一个内容，它与“先行调解”是并列关系，而不是被包容的关系。反过来讲，如果“案件分流处理”机制中的调解也是属于“先行调解”的话，那么《民事诉讼法》第133条关于案件分流处理的规定也就在相当程度上失去了独立的意义。

第二，从《民事诉讼法》第122条中“民事纠纷”而非“民事案件”概念的明确使用来看，也意味着“先行调解”就是立案受理前的调解。因为只有在立案受理前，当事人之间的私权之争才表现为纯粹自然状态的，或者说非司法

状态的“民事纠纷”而非“民事案件”。而一旦完成立案受理，纯粹自然状态的“民事纠纷”也就成为进入“司法状态”的“民事案件”。由此可见，“先行调解”无疑就是立案受理前的调解。这个道理，就如同“诉前保全”和“诉前证据保全”须由“利害关系人”提出申请，而“诉中保全”和“诉中证据保全”则可由“当事人”提出申请是一样的，对于申请主体的表述不同，实际上反映了诉讼程序是否已经开启的明显差异，二者之间的区别是泾渭分明的。

第三，正如审判机关所言，“开庭审理后”确实还有对案件进行调解的，但从面上来讲，这只是此前审判实践中某些法院的失范操作，而非《民事诉讼法》的明确要求。设想一下，一个民事纠纷，或曰民事案件，从“先行调解”开始，其后依次经过了“庭前调解”（或曰“审前调解”）和“审理中的调解”等多次调解，但是都未能够达成协议，或者达成协议后又反悔了，在此情形下依法开庭进行了审理，查明了事实，分清了是非，双方当事人之间的实体权利义务关系业已明确，试问，在这样的“开庭审理后”还有必要进行调解吗？你怎么还不制作判决书并依法宣判呢？真要急死我了！当然，不能排除实践中也许有些个案的情况比较特殊，比较复杂，因此开庭以后还需要进行调解，但这能叫“先行调解”吗？此时的调解相对于什么来讲是“先行”呢？相对于强制执行吗？荒唐！退一万步说，即便实践中有个别案件的类似调解效果比较好，但它能叫“先行调解”吗？它有普适性意义吗？真不理解该书为什么要对“先行调解”作这样的解释，当然我查了一下，具体作者都比较年轻，里面还有我的两个学生，[⑦]但这个部分的作者并不是我的学生，否则我就太失败了。我估计该书主编根本就没有认真审稿。怎么说这样都不太好。

其实，叫什么名称，对于地方各级法院来说，原本并不是太重要，“先行调解”+“庭前调解”（亦可叫“审前调解”）+“审理中的调解”，乃至再再加上“开庭审理后的调解”，无非是说明调解机制适用的广泛性，但是作为如前所述的“准立法解释”、“准司法解释”以及学理解释本身来讲，科学、严谨的态度与合乎逻辑的划分却是应该一体遵循并贯彻始终的。

### 三、“先行调解”机制的具体运作程序

正如审判机关中比较权威、比较有代表性的观点所认为的那样，修改后的《民事诉讼法》只是“作出了有关先行调解的原则性规定，这种规定并不等于在我国民事诉讼中设立了所谓的调解前置程序……”，《民事诉讼法》并“没有对调解前置程序作出一般性的相关配套的规定。”[⑧]一句话，也就是说，就《民事诉讼法》而言，目前只有“先行调解”的原则规定，而无“先行调解”的具体运作程序。当然，这样规定的出发点或许是好的，即意在以此避免实践中对“先行调解”作机械的理解和运用，从而使其在事实上成为一个必经的前置程序。但与此同时也因此而出现了新的问题：考虑到“先行调解”乃是立案受理之前的调解，此时诉讼系属并没有得到确立，民事诉讼法律关系也没有正式发生，人民法院尚未最终取得或者说实现对这个具体“案件”（其时只是表现为非诉讼状态的“民事纠纷”，或者说处在从“民事纠纷”向“民事案件”过渡的状态）的管辖权，因此，“先行调解”也就不同于立案受理后的调解，包括“庭前调解”（或者叫“审前调解”）、“审理过程中的调解”，甚至“开庭审理后的调解”。原因在于，“先行调解”必须要考虑到在调解“成”与“不成”，以及在事实上是否完全符合立案受理条件的种种错综复杂而且相互纠结的情形下，与后续程序的衔接处理问题。这个问题目前好像被大家“遗忘”了，因为已有的研究成果中都没有涉及这个问题。下面我就这个问题粗线条地谈谈自己的看法。

首先来看第一种情形。这里所讲的第一种情形是指人民法院在当事人的起诉在事实上完全符合法定的立案受理条件[⑨]的基础上所进行的“先行调解”。在此情形下，如果双方当事人达成了调解协议，我个人认为，人民法院此时应该依法立案受理，然后制作调解书，并依法结案；如果双方当事人未能达成调解协议，或者虽然达成了调解协议但是马上又反悔了，人民法院此时仍然应该依法立案受理，然后按照“案件分流处理机制”进行“庭前调解”，或者依法开庭审理。当然，在开庭审理的过程中，也是可以进行调解的。

其次来看第二种情形。这里所讲的第二种情形是指人民法院在当事人的起诉在事实上尚未完全符合法定的立案受理条件的基础上所进行的“先行调解”。有人可能会说，在尚未完全符合法定的立案受理条件的情况下，就不应该进行“先行调解”。我认为这种观点貌似正统，但却过于绝对，并不利于纠纷的妥善解决。具体来讲，我在这里所说的“当事人的起诉在事实上尚未完全符合法定的立案受理条件”，是说尚未完全符合《民事诉讼法》第119条第（三）项所要求的“有具体的诉讼请求和事实、理由”这一个立案受理条件，譬如虽然有具体的诉讼请求，但是在相关的“事实、理由”方面尚有些许欠缺。这种情形在实践中是很难完全避免的，因为毕竟是当事人刚刚起诉到人民法院嘛，毕竟人民法院还没有最终完成立案审查，更没有受理案件嘛。除此以外，如果当事人的起诉是在任何其他一个法定条件上尚有欠缺，譬如，原告不是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织；又如，被告不甚明确；再如，不属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖等等，人民法院都是不能（事实上也无法）进行“先行调解”的。在第二种情形下：

如果双方当事人达成了调解协议，人民法院即应令当事人限期补正上述条件，然后立案受理，并制作调解书，依法结案；当事人未按要求在期限内完成补正的，不予立案受理。

如果双方当事人未能达成调解协议，或虽然达成了调解协议但是马上又反悔了，人民法院则应令当事人限期补正上述条件，然后立案受理，并依法按照“案件分流处理机制”进行“庭前调解”，或者依法开庭审理。同样，在开庭审理过程中，也可以进行调解；当事人未按要求在期限内完成补正的，不予立案受理。

最后，补充说明一个问题，即就“先行调解”而言，调解的主体当然是人民法院，但是不应排除“协助调解”，即“人民法院进行调解，可以邀请有关单位和个人协助。被邀请的单位和个人，应当协助人民法院进行调解”。《民

诉法》第 95 条对此有明确的规定。但是，对于“先行调解”而言，人民法院是否能够“委托调解”？我个人认为是不能的。究其原因，并不在于《民事诉讼法》中仍然没有就“委托调解”问题作出规定，因为最高人民法院在相关司法解释和规范性文件中已经就“委托调解”问题有所安排。问题在于，“先行调解”不同于其他形式的法院调解，“先行调解”时人民法院并没有立案受理，并没有最终取得或者说实现对这个特定案件（其实应称为“纠纷”）的管辖权，法院自己都没有的东西怎么能够委托给其他主体呢？因此，在相应情形下，人民法院只能“推荐”或者“建议”当事人到人民调解委员会等调解机构去调解纠纷，而不能“委托”人民调解委员会等调解机构进行调解。附带说一句，在“先行调解”的适用空间范围内，人民法院如果将“纠纷”推荐到或者说“建议”到人民调解委员会去调解，且双方当事人达成了协议，那么他们可以依法向有管辖权的人民法院申请司法确认；如果没有能够达成调解协议，在当事人坚持向人民法院起诉的情况下，则应依法决定是否立案受理。

## 最高院民一庭吴晓芳法官：夫妻一方擅自将共同财产赠与他人纠纷的处理

2014 年 8 月 5 日 人民司法杂志 家事法苑

注：本文为扫描件，未与原文核对，仅供朋友圈内朋友研讨之用，如若引用，请务必查找原文。

### 一、基本案情

程某某与李某某系夫妻关系。程某某与冯某某于 2004 年 11 月开始婚外同居，当月程某某给冯某某 20 万元现金购买轿车，冯某某用该款购买轿车一辆且登记在自己名下。2004 年 6 月，程某某购买蓝湾俊园住房一套，向开发商支付 530500 元购房款。2005 年 4 月，程某某以合同更名的方式将该套房屋赠与冯某某，房屋产权登记在冯某某名下。2005 年 10 月至 2006 年期间，冯某某以办公需要注册资金为由向程某某索要资金，程某某共给付冯某某 3049928 元。2005 年 7 月 2 日，冯某某与张某签订借款协议，张某承认实际收到 290 万元借款。

2006 年 7 月，李某某诉至一审法院，请求判令：确认程某某赠与冯某某财产的行为无效，要求冯某某返还 304.90 万元、车牌号鄂 A-FL385 轿车一辆、蓝湾俊园住房一套，要求张某返还 290 万元。微信公众号：家事法苑；微信号：famlaw

### 二、法院裁判情况

一审法院经审理认为，冯某某与程某某年龄相差悬殊，明知其有配偶而以情人身份与之同居生活，并向程某某索取汽车、房产及将近 305 万元的钱款，其行为违反了社会公德，主观上并非出自善意。程某某未经李某某同意，将夫妻共有巨额财产赠与冯某某，侵害了李某某的合法财产权益，其赠与行为无效。第三人张某明知冯某某是通过不正当手段获得上述财产，却与冯某某恶意串通，以所谓长期借款的形式将 290 万元转移到自己名下，其应将该款项返还给李某某。据此判决：（一）冯某某向李某某返还轿车及房屋，过户费用由程某某承担；（二）冯某某向李某某返还 3049928 元；（三）张某对其中的 290 万元承担连带返还责任；（四）驳回李某某其他诉讼请求。

冯某某、张某不服提起上诉，二审法院认为，程某某向冯某某的赠与行为应依合同法的规定单独判断，赠与行为是程某某的真实意思表示，且已办理过户登记，故应当认定为有效。冯某某向程某某索取资金 3049928 元应予返还。二审判决维持一审判决第（二）、（三）项，撤销了第一项，即冯某某返还现金但不返还轿车和房屋。

某检察院抗诉认为：程某某将夫妻共同财产赠与冯某某的行为违反了公序良俗的法律原则，冯某某取得诉争房屋和车辆是基于其与程某某之间不正当的婚外同居关系，其取得财产主观上并非善意，且不是有偿取得，不符合善意取得的法定条件。终审判决认定程某某赠与冯某某房产与车辆的行为有效，系适用法律错误。

再审法院认为，程某某擅自处分夫妻共同财产的赠与行为无效，冯某某应返还当时购买车辆和房屋的对价 730500 元以及其索取的资金 3049928 元，张某应对其收到的 290 万元承担连带返还责任。微信公众号：家事法苑；微信号：famlaw

### 三、主要观点和理由

在本案审理过程中，对夫妻一方擅自将共同财产赠与他人的效力问题，存在两种不同的观点。

第一种观点认为：1. 程某某和冯某某婚外同居有违公序良俗，但该行为的无效并不能等同予赠与无效，对程某某向冯某某的赠与行为应依合同法的规定单独判断。而依合同法的相关规定，程某某对冯某某就车辆和房产的赠与行为已完成了所有权转移登记，故该赠与行为不应予以撤销。2. 程某某的赠与并不必然侵犯李某某的夫妻共有财产权。虽然婚姻关系存续期间所得的财产一般属于夫妻共同共有，但程某某作为夫妻一方应享有部分财产的独立处分权。程某某与李某某的夫妻共同财产总额较大，程某某在本案中单独处分的部分财产较之于夫妻共同财产比例较小，故该赠与并不必然损害李某某的夫妻共有财产权。而且，即使程某某侵犯了李某某的夫妻共有财产权，也应由程某某对李某某承担责任，而不应由冯某某承担责任。3. 程某某的社会地位和经济地位均高于冯某某，其与冯某某婚外同居，双方均有过错。如果判令冯某某将程某某赠与的财产完全返还，不能体现对于程某某作为主要过错一方的惩罚。故在判令冯某某已返还货币财产的情况下，鉴于程某某赠与冯某某的房屋和车辆均已登记在冯某某名下，该赠与行为应认定为合法有效，冯某某对诉争房屋和车辆享有所有权。

第二种观点认为：1. 程某某赠与冯某某的购车款和房产均系程某某与李某某的夫妻共同财产，程某某未征得李某某的同意将上述财产赠与冯某某，侵犯了李某某的财产权。2. 程某某基于与冯某某之间存在的不正当婚外同居关系将诉争房屋和车辆赠与冯某某，该行为违反了公序良俗的法律原则，依法无效。3. 冯某某取得诉争房屋和车



辆并非善意、有偿取得，而程某某非因日常生活需要、在未与其妻李某某协商一致的情形下，擅自将诉争房屋和车辆赠与冯某某，应认定无效。4. 从保证裁决结果之间一致性上考虑，既然认定程某某赠与冯某某货币财产的行为无效，那么赠与冯某某房产和车辆的行为亦同属无效。5. 从良好的社会导向考虑，亦应当认定程某某在未与李某某协商一致情形下、非因日常生活需要、对基于不正当婚外同居关系向冯某某无偿赠与的擅自处分行为无效。6. 二审判决认定赠与行为有效的依据不足，其抛开我国民法通则规定民事行为应遵循的公序良俗原则，仅依合同法规定单独判断赠与行为的效力显属不当。

#### 四、观点评析

本案是典型的有配偶者与他人婚外同居发生的赠与纠纷，处理时应从法律、情理与当事人之间利益平衡方面综合考虑。

其一，现行婚姻法第三条规定：“禁止有配偶者与他人同居”，程某某在已有配偶的情况下与冯某某婚外同居，其行为违反了婚姻法的禁止性规定，其与冯某某的同居关系属于违法关系。

其二，夫妻共同财产是基于法律的规定，因夫妻关系的存在而产生的。在夫妻双方未选择其他财产制的情形下，夫妻对共同财产形成共同共有，而非按份共有。根据共同共有的一般原理，在婚姻关系存续期间，夫妻共同财产应作为一个不可分割的整体，夫妻对全部共同财产不分份额地共同享有所有权，夫妻双方无法对共同财产划分个人份额，在没有重大理由时也无权于共有期间请求分割共同财产。夫妻对共同财产享有平等的处理权，并不意味着夫妻各自对共同财产享有一半的处分权。只有在共同共有关系终止时，才可对共同财产进行分割，确定各自份额。因此夫妻一方擅自将共同财产赠与他人的行为应为全部无效，而非部分无效。

对此问题德国民法典有明确规定：“配偶一方不得处分其在共同财产中的应有部分和在属于共同财产的各个标的中的应有部分”；瑞士民法典也规定：“任何配偶一方不得处分其在共同财产中的应有部分”；美国统一婚姻财产法规定：当一方配偶对婚姻财产行使管理、处分权时，其在1年内以婚姻财产赠与第三人的礼物累计金额不得超出500美元，或者根据该配偶的经济能力，其赠与的数额是合理的、恰当的，除非配偶双方共同赠与第三人，超过该数额之其他赠与必须经由配偶双方共同赠与。否则，另一方配偶有权启动返还原物之诉或恢复财产原状，要求损害赔偿之诉。该方配偶可起诉行使赠与的配偶一方、受赠方或者双方当事人。

虽然我国婚姻法缺乏上述有针对性的明确规定，但婚姻法司法解释（一）第17条规定：婚姻法第十七条关于“夫或妻对夫妻共同所有的财产，有平等的处理权”的规定，应当理解为：（一）夫或妻在处理夫妻共同财产上的权利是平等的，因日常生活需要而处理夫妻共同财产的，任何一方均有权决定。（二）夫或妻非因日常生活需要对夫妻共同财产作重要处理决定，夫妻双方应当平等协商，取得一致意见。他人有理由相信其为夫妻双方共同意思表示的，另一方不得以不同意或不知道为由对抗善意第三人。本案中程某某赠与冯某某大额财产，显然不是因日常生活需要而处理夫妻共同财产的行为，其未经妻子李某某同意赠与冯某某车辆、房屋及钱款，侵犯了李某某的财产权益，该赠与行为应认定为无效；冯某某明知程某某有配偶而与其婚外同居并接受大额财产的赠与，显然也不能视为善意第三人。

其三，超出日常生活需要对夫妻共同财产进行处分，双方应当协商一致，程某某单独将大额夫妻共同财产赠与他人，也是一种无权处分行为。在李某某事先不知情、事后未追认的情况下，根据合同法第五十一条的规定精神，除非权利人追认或处分人事后取得处分权，否则该处分行为无效；物权法第一百零六条也规定：“无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的，所有权人有权追回。”当财产被他人无合法依据占有时，所有权人有权根据物权的追及效力要求非法占有人返还财产，夫妻中的受害方可以行使物上请求权，以配偶和婚外同居者为共同被告，请求法院判令其返还财产。

其四，涉及具体处理问题，对于程某某赠与冯某某的轿车和房产，究竟是返还原物还是返还相应的款项，审判实践中做法不一。笔者认为，一般可分为两种情况：如果赠与人给受赠人钱款让其购房、购车等且登记在受赠人名下，赠与行为被确认无效后，受赠人应返还相应的钱款；如果赠与人是把原来登记在自己名下的房屋、车辆等变更登记为受赠人，受赠人应还原房屋或车辆等。

从本案的实际情况来看，程某某给冯某某20万元现金购买轿车，登记在冯某某名下，判令冯某某返还20万元应该争议不大；诉争房屋的情况有些特别，2004年6月程某某与开发商签订购房合同并支付购房款530500元，2005年4月程某某以合同更名的方式将房屋赠与冯某某且登记在冯某某名下。如果单纯从法律角度考虑，程某某2004年6月签订购房合同并支付购房款，可以说已经享有了房屋的准物权，以后房产登记时顺理成章地应以购房合同上的购买人为准。因此，一审法院判令冯某某向李某某返还房屋也有一定道理。但是，程某某赠与冯某某的房屋当时是以530500元的价格购买，现房价已大幅度增长，从不能让有过错的程某某在与他人婚外同居过程中不合理受益的角度考虑，即使判令冯某某返还，亦只应返还当时已支付车、房的对价730500元，而不应判令将房屋和车辆实物返还。

如果判令冯某某返还诉争房屋，程某某不仅没有财产损失，反而可以从房屋增值部分获利，这种人财两得的示范效应不利于婚姻家庭的和谐稳定，与婚姻法的立法本意相悖。

有观点认为，实际生活中一方不知道对方有配偶而“被小三”的情况也不鲜见，此种情况应区别处理，对“被小三”一方的利益该保护也得保护。笔者不赞同这种观点，审判实践中对一方是否属于“被小三”的事实，认定难

度比较大。另外，感情问题不是商业行为，有付出未必一定有收获，在当事人双方均为成年人的情况下，其应当明确预知自己行为的法律后果。

有人提出这样的问题，即夫妻一方擅自赠与婚外情人大额财产，是否属于婚姻法解释（三）第4条“转移夫妻共同财产”的情形？

从辞典的解释来看，“转移”一词是指改换位置，从一方移到另一方；另外还有“改变”之意。笔者认为，一方擅自赠与婚外情人大额夫妻共同财产的行为与转移夫妻共同财产的概念有重合之处，应当认定属于婚姻法司法解释（三）第4条的情形，即构成分割夫妻共同财产的重大理由，另一方可以要求在婚姻关系存续期间分割夫妻共同财产。

#### 五、倾向性处理意见

夫妻一方与他人婚外同居违反了婚姻法的禁止性规定，这种婚外同居关系属于违法关系。

在婚姻关系存续期间，夫妻双方对共同财产不分份额地共同享有所有权，夫或妻非因日常生活需要处分夫妻共同财产时，应当协商一致，任何一方无权单独处分夫妻共同财产。如果夫妻一方超出日常生活需要擅自将共同财产赠与他人，这种赠与行为应认定为无效；夫妻中的另一方以侵犯共有财产权为由请求返还的，人民法院应予支持。

（作者单位：最高人民法院）

夫妻一方擅自将共同财产赠与他人纠纷的处理，文 / 吴晓芳《人民司法·应用》2013年第13期，应用篇。（108页-110页）

注：本文为扫描件，未与原文核对，仅供朋友圈内朋友研讨之用，如若引用，请务必查找原文。

### 不想离婚的原告

2014年08月03日 法制日报 刘文基

这个案子让我明白，凡事皆有例外，离婚案件满足原告的诉讼请求，并不见得就是原告祈盼的，也不一定就能取得最佳的法律效果和社会效果。许多离婚案件的原告，往往是恨铁不成钢，因为被告饮酒、赌博、有外遇、不管家、实施家庭暴力，通过家庭内部不能解决而诉诸法庭，希望通过法庭的教育，使被告浪子回头、回心转意。对此，法官自然不能听风就是雨，将原被告在法庭上的气头话信以为真。如果贸然宣判，反而有可能造成不良后果。实际上，一些当事人到法院起诉离婚时往往是一时气愤，就算判决不准离婚，虽然当时原告会有怨言，但之后夫妻还是能和睦生活。

当法官多年，办理离婚案件案若干。离婚案件的原告主要诉讼请求是离婚，但同时也会涉及子女抚养与财产分割问题。但大千世界无奇不有，有的离婚案件原告其实并不想离婚，在所处理的案件中，就有这样一起离婚案件，让我记忆犹新。

原告是个女的，以被告不管家、夫妻感情破裂为由起诉离婚。像其他案件一样，应诉通知、诉状副本、举证通知都按部就班送达被告。完全不同的是，被告接到离婚诉状，丝毫也没有什么过激反应。一般的离婚案件，被告接到离婚诉状，往往情绪激动，暴跳如雷。本案被告面对离婚诉讼平淡、从容，并欣然表示同意离婚，反倒让人觉得事有蹊跷。

再次阅读诉状，并向被告了解情况，发现两人并无大的矛盾纠纷。因此建议被告多与原告沟通，最好庭外和解。但原被告谁都不愿意低头，这也正是许多案件发生并导致矛盾激化的原因。归根到底，还是人争一口气、佛争一柱香的思想在作怪。虽然法庭分别与原被告进行了多次联系，但原被告谁都不愿意主动开口，庭外调和无法实现。

如此一来，只能按部就班，通知开庭审理。开庭审理时，这起案件也与众不同，原被告平心静气，冷静地对簿公堂。法庭调查、辩论、调解，都是循规蹈矩、平心静气地进行。原被告对婚姻、财产状况都没有大的争议。原告诉称被告不管家，被告对此也并无异议。按照一般的离婚案件，这似乎可以认定双方都同意离婚。但让人意想不到的是，原被告在孩子的抚养问题上却针锋相对、毫不相让。原告以被告不管家为由，要求两个孩子都随自己生活，由自己抚养。被告坚决反对。

休庭之后，总觉得蹊跷。原被告青梅竹马，自由恋爱，夫妻感情很好，原告为什么起诉离婚呢？经向原被告的邻居、朋友了解，原告的一位知心朋友给我们解开了谜底。其实，双方感情很好，离婚也不是原告的真实意思。原告起诉离婚，只是因为被告不管家。

在与原告联系时，我们故意告知她，双方都同意离婚，其离婚请求可以支持。但即使夫妻离婚，父母子女关系也并不改变，孩子应当每人带一个。原告故作强硬，表示要坚决离婚并抚养两个孩子。但经长时间交谈，原告终于表白自己之所以起诉离婚，就是因为被告不顾家。原被告虽然结婚多年，工作、经济收入都不错，但并未购置房产。起诉离婚，只是恨铁不成钢，通过离婚向被告敲响警钟。

找到了突破口，我们立即与被告联系，做思想工作。被告对其不管家也并不否认，只是自己顾及面子，一味嘴硬。经过耐心细致的工作，被告终于认识到其错误，并主动与原告联系。后双方共同选定一处住宅楼，作为立足之地。原告也见好就收，向法院提交了撤诉申请，案件最终以双方和好生活为结局。

这个案子让我明白，凡事皆有例外，离婚案件满足原告的诉讼请求，并不见得就是原告祈盼的，也不一定就能取得最佳的法律效果和社会效果。许多离婚案件的原告，往往是恨铁不成钢，因为被告饮酒、赌博、有外遇、不管家、实施家庭暴力，通过家庭内部不能解决而诉诸法庭，希望通过法庭的教育，使被告浪子回头、回心转意。对此，法官自然不能听风就是雨，将原被告在法庭上的气头话信以为真。如果贸然宣判，反而有可能造成不良后果。实际上，一些

当事人到法院起诉离婚时往往是一时气愤,就算判决不准离婚,虽然当时原告会有怨言,但之后夫妻还是能和睦生活的。

(作者单位:甘肃省民勤县法院)

## 遗嘱纠纷五大误区

2014年7月24日 法制晚报(北京) 纪欣

法制晚报讯(记者 纪欣) 当前,在人民法院审理的遗产继承纠纷中,涉及遗嘱的案例日渐增多。其中,不被人民法院确认遗嘱有效的纠纷亦不在少数:有的是父亲留下遗言时已神志不清,有的是遗言内容太笼统可任意解释……

问题到底出在了哪儿?记者就此采访了西城区人民法院人民陪审员,总结出可能导致遗嘱纠纷的五大误区。

误区一:不着急立遗嘱

案例:赵奶奶有两处产权房,她很想多照顾一下无固定收入的大儿子。但当有人劝她立遗嘱时,赵奶奶却说:“我身体还行,不着急。”结果去年赵奶奶突发脑溢血去世。兄妹三人终于发生了遗产纠纷。

解答:不少老年人认为立遗嘱不吉利,其实这是一种误解。订立遗嘱的目的是以处理身后遗产为主,因此既可以在身体健康时立,也可以在临终时立。那种不着急立遗嘱的做法并不可取。

误区二:所有人都可以立遗嘱

案例:李大爷去世后,小儿子拿出一份遗嘱,称父亲已言明房产归他。哥哥姐姐们不服气,反驳该遗嘱落款日期之前,父亲已被诊断患有老年痴呆症。最终该遗嘱被法院确认无效。

解答:订立遗嘱应当符合以下条件:遗嘱人立遗嘱时必须具有完全民事行为能力,且精神正常;必须能够表达遗嘱人的真实意思。有些老年人年事已高,不能准确判决自己的决定时,所立遗嘱很容易出现问题。

误区三:各种遗嘱方式都有效

案例:孙强的父母当年在购买房改房时手中无钱,孙强便主动帮助父母垫付了购房款。父母多次说过:以后这个房子就归你了。孙强认为这是父母的口头遗嘱。不料父母过世后,法院并未支持这个遗嘱。

解答:在公证、自书、代书、录音和口头5种遗嘱中,除公证遗嘱外,其他遗嘱都需要经过确认程序才能生效。特别是“口头遗嘱”,必须是父母在紧急情况下且有两个以上无利害关系人在场作证才有效。

误区四:遗嘱内容不必太具体

案例:李大爷生前留下一份自书遗嘱,内容言明“他的所有财产均由后老伴继承!”他前妻的子女提出异议,在父亲名下的房产中,有与母亲婚姻关系存续期间所得,所以有母亲的份额。最后,法院因此判定这份遗嘱无效。

解答:遗嘱内容经常出现的错误包括:处分其他人的财产、剥夺继承人中无劳动能力又无生活来源的人的继承权等。公民在订立遗嘱时,应明确指出各继承人的遗产份额及分割方法,表述方式应当具体可行,内容要准确无误。

误区五:遗嘱订立后不能撤销

案例:李大妈有三个孩子,最疼爱小儿子,所以写了一份书面遗嘱,要将房产留给小儿子。后来,李大妈又觉得还是两个女儿对自己更加悉心照顾,就重新写了份遗嘱,称要将房产给两个女儿平均分配。儿子知道后则说,曾经立过遗嘱不能更改。

解答:继承法规定,遗嘱人可以撤销、变更自己所立的遗嘱。这是因为,遗嘱人订立遗嘱后,其财产可能增加也可能灭失,其继承人可能减少也可能增加等。所以法律允许遗嘱人变更和撤销已订立的遗嘱。

本版文/记者 纪欣

## 公证遗嘱撤销后其余遗嘱的效力之辨

2014年08月06日 上海法治报 沙兆华

随着我国家庭财富的增长及社会观念的转变,遗嘱已越来越成为人们处置身后财产的有效方式之一。公证遗嘱因其较强的法律效力,更是受到很多人的青睐。然而,由于种种原因,遗嘱人可能立有包含公证遗嘱在内的数份遗嘱,如果公证遗嘱被撤销,遗产应如何继承在实践中易引发争议。比如,遗嘱人生前曾立有两份遗嘱,一份自书遗嘱,一份公证遗嘱。自书遗嘱在前,公证遗嘱在后,两份遗嘱内容相互抵触。遗嘱人去世前主动至公证处撤销了公证遗嘱,但后来未再设立其他遗嘱。

有人觉得,该类案件应按照法定继承处理,理由为公证遗嘱撤销后自书遗嘱的效力不能恢复,且遗嘱人后来未再设立任何遗嘱,故应当依照法定继承的规定处理遗产。但笔者觉得应按照自书遗嘱处理。

遗嘱系单方法律行为。遗嘱设立后,遗嘱人可凭单方意思表示变更或撤销遗嘱,但应根据遗嘱的不同种类作出相应形式的变更或撤销。比如,对于自书遗嘱的变更或撤销,遗嘱人可在后一份遗嘱(包括公证遗嘱和非公证遗嘱)中作出不同的意思表示或作出明确撤销前一份遗嘱的意思表示。但法律对于公证遗嘱的变更和撤销则比较严格,《中华人民共和国继承法》(下称《继承法》)第二十条第二款规定,“自书、代书、录音、口头遗嘱,不得撤销、变更公证遗嘱。”公证遗嘱的变更和撤销,最适宜的是也采取遗嘱公证的形式,由遗嘱人立新遗嘱,表明原先所立遗嘱变更或无效。需要注意的是,单方法律行为具有很强的对世性,单方行为生效后对行为人具有较强的拘束力,发生遗嘱变更时,数份遗嘱均为有效,只不过应按法律确定的规则选择效力最高的遗嘱;而发生遗嘱撤销时,被

撤销的遗嘱自撤销的意思表示生效之日起即失去法律效力，对遗嘱人不再具有法律拘束力。

该类案件中，自书遗嘱在前，公证遗嘱在后，公证遗嘱的内容只是与自书遗嘱的内容相抵触，换言之，公证遗嘱并未明确表明撤销自书遗嘱。公证遗嘱设立后，自书遗嘱的效力始终是存在的。根据最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国继承法》若干问题的意见（以下简称《继承法若干意见》）四十二条“存在不同形式的内容相互抵触的数份遗嘱，有公证遗嘱的以最后一份公证遗嘱为准，没有公证遗嘱的，以最后所立的遗嘱为准”的规定，此时自书遗嘱的效力低于公证遗嘱，如该公证遗嘱未被撤销，应按其分配遗产。相反，那种认为“内容相互抵触的公证遗嘱撤销了自书遗嘱，自书遗嘱的效力自公证遗嘱生效时即行终止”的观点，是对单方法律行为变更与撤销效力的误读。遗嘱人仅是用公证遗嘱变更了之前的自书遗嘱，在没有明确的撤销意思表示情况下，不能推定自书遗嘱自动为公证遗嘱所撤销。

遗嘱人撤销公证遗嘱后，公证遗嘱的效力自始归于无效。根据《继承法若干意见》第四十二条的规定，没有公证遗嘱的，以最后所立的遗嘱为准。自书遗嘱顺理成章成为其存留的唯一遗嘱，也即“最后所立的遗嘱”，自书遗嘱的效力也随着公证遗嘱的撤销而自然“恢复”。但这种“恢复”并不是从无效到有效的转变，而是从低效力向高效力的转变。

在公证遗嘱中作出了与之前自书遗嘱相抵触的意思表示，表明遗嘱人其对自书遗嘱中遗产安排的变更。若遗嘱人主动撤销公证遗嘱，证明其对上述变更的否定。但这种否定并不必然是对自书遗嘱内容的再确认，我们必须综合遗嘱人的行为考量，探求其内心真实意思。若遗嘱人撤销公证遗嘱后，未再设立任何新遗嘱，亦未对之前自书遗嘱的内容作出任何改动，且从遗嘱人设立遗嘱以充分表达自身意志的能力来看，如果遗嘱人有第三种遗产分配方案，其设立新遗嘱的可能性大于其不设立新遗嘱的可能性。遗嘱人若未设立新遗嘱变更自书遗嘱，依反对解释，遗嘱人应该没有第三种遗产分配方案，从而间接证明遗嘱人对自书遗嘱内容的再确认。这从反面印证了遗嘱人想将遗产安排“恢复”到自书遗嘱中的状态，是一种“否定之否定”。

综上，对公证遗嘱撤销后其余遗嘱的效力认定，应当从遗嘱变更和撤销的一般规定出发，仔细辨析公证遗嘱设立及撤销对其余遗嘱的效力影响，努力探求遗嘱人内心真意。

（作者单位：上海市第二中级人民法院）

### 浅议“配偶名下财产”如何执行

2014年8月6日 人民法院报 王伟

本文所称“配偶”指的是在诉讼过程中或生效裁判文书中没有被列为当事人，而在执行过程中才出现的角色。“配偶名下的财产”指的是登记在配偶名下的动产、不动产或者配偶银行账户上的存款，以及以配偶名义的对外债权等可供执行的财产。

当案件进入执行程序后，执行人员往往先从被执行人本人名下的财产进行查控，有时应申请执行人要求，也会对被执行人配偶名下的财产进行查控。当查控到被执行人配偶名下的财产时，法院一般有两种做法：一种是直接裁定查封、扣押、冻结配偶名下的财产；另一种是先裁定追加配偶为被执行人，再查封、扣押、冻结配偶名下的财产，当然，为防止财产转移，也可以采取强制措施前置的做法。两种做法的法律依据都是依照我国婚姻法第四十一条中“共同债务应当共同偿还”以及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》（以下简称《婚姻法解释（二）》）第二十四条中“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”之规定。

一般来说，被执行人的配偶一般都会提出执行异议，主张欠款没有用于家庭共同生活，应属个人债务，不能用夫妻共同财产偿还，要求法院撤销追加裁定，中止执行。但几乎所有的配偶都拿不出证据来证明其在婚姻存续期间有财产分割的约定或债权人知道其约定，所以法院一般都会驳回异议。

执行“配偶财产”的另一种情形是，当被执行人的财产被执行殆尽时，就会开始执行担保人的财产，这就涉及到担保人配偶名下的财产是否可以执行的问题。同样，担保人的配偶几乎都会提出同一种执行异议，法院的做法是参照被执行人配偶的问题，一律予以驳回。但从2012年下半年逐渐出现了一种声音，担保人的配偶引用《婚姻法解释（二）》第二十四条后半句话的规定提出异议：“夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务，或者能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定情形的，可以不认定为共同债务。”以此为由，担保人的配偶认为担保人的对外担保行为属于其个人行为，而且因担保行为所产生的债务并没有用于家庭共同生活，家庭并没有从中受益，所以不应当以夫妻共同财产来偿还其因担保所产生的个人债务，而应以担保人的个人财产来偿还。

有的法院及时调整了执行思路及指导方向，对于登记在担保人个人名下的财产继续执行，对于担保人配偶名下的财产，谨慎执行。但新的情况又出现了，2013年，最高人民法院执行局在《执行工作指导》中认为，对于被执行人配偶名下的财产，如果生效裁判文书中未将其列为诉讼当事人的，法院也不宜强制执行其财产。若被执行人配偶提出执行异议时，法院应当依照民事诉讼法第二百二十七条的规定，将该异议以“案外人对执行标的提出异议的”，给予配偶一个诉讼救济权，并且，一些高级法院依照该意见已经将个别的执行异议案件进行了纠正。

这样看来，不管是主债务人的配偶还是担保人的配偶，执行局是没有权力直接裁判是否执行。也就是说追加被执行人的配偶为被执行人，执行机构直接引用婚姻法进行裁判是不合适的。如何对被执行人规避执行的行为进行有

效打击，同时又保护其配偶的合法财产权？要解决这个问题，两种情形都指向了同一个理论——析产诉讼。

笔者认为，从司法改革趋势来看，审判权和执行权应彻底分开，执行机构不能既当运动员又当裁判员，执行机构只负责对生效的裁判文书进行强制执行，仅对某些事项具有裁决权力，实体裁判权今后会从执行权中分离出去。

目前，应该如何执行登记在配偶名下的财产呢？笔者认为，首先，已经进入执行程序的，对登记在主债务人配偶名下的财产可以执行，配偶提出异议的，依照民事诉讼法第二百二十七条的规定，给予其诉讼救济权，逾期不行使诉权的，继续执行；其次，对登记在担保人配偶名下的财产，在查明的现有财产中，执行不要超过一半，可以选择容易变现的财产执行，对于银行存款、对外债权等可先予执行；再次，在当下的诉讼过程中，原告要有意识地将主债务人的配偶追加到诉讼程序中来，或者可由审判机构将配偶列为必要共同诉讼人追加到诉讼程序中来，将其列为被告，并在生效裁判文书的主文中确定“用共同财产偿还共同债务”；作为担保人，是以其个人财产承担担保责任还是以共同财产来承担，也需要在审判程序中进行查明；最后，原告也要提高财产保全和诉讼风险的意识。

（作者单位：内蒙古自治区鄂尔多斯市中级人民法院）

### 【新闻聚焦】夫妻“小争执”引发“大伤害”

2014年8月7日 东莞市第三人民法院 李金健 钟紫薇

夫妻因家庭琐事发生争执，夫要妻交出平时保管的婚后收入，妻不从，后夫殴打妻，妻掏出水果刀将夫捅成重伤。事后，妻子被鉴定出存在偏执性人格障碍。东莞市第三法院一审认为，被告人陶某霞已构成故意伤害罪，但鉴于其在本案中触犯的罪名、情节、精神状态、自首及被害人谅解、有过错等，判决对其免于刑事处罚。

妻子将丈夫捅成重伤

经审理查明，被告人陶某霞与被害人刘某原为夫妻关系。2009年12月12日19时许，陶某霞与刘某因家庭琐事发生争执，后刘要求陶交出平时保管的婚后收入，陶不从，双方遂协商到派出所处理此事。临行前，陶某霞担心途中被刘某殴打敌不过，遂将一把水果刀藏匿在身上。

当日晚上9点左右，陶某霞与刘某行至东莞市凤岗镇雁田村镇田中路时，两人再次发生争执，过程中刘殴打陶，陶遂拿出事先准备的水果刀刺伤刘的头部，刘受伤后抓住陶的头发与陶争抢水果刀。在争抢刀的过程中，刘某被水果刀刺伤腹部导致乙状结肠破裂。后巡逻经过的治安员报警，民警接报后，到现场将被告人陶某霞抓获归案，并起获涉案的一把水果刀。经法医鉴定，被害人刘某所受损伤为重伤，伤残等级为九级。

2010年1月9日，被告人陶某霞被东莞市公安局取保候审，期间弃保其潜逃，后于2013年10月8日被逮捕。

被告案发时系限制刑事责任能力人

事后，被害人刘某对被告人陶某霞的行为表示谅解。东莞市新涌医院法医精神病司法鉴定所出具司法鉴定意见书，认为被告人陶某霞存在偏执性人格障碍，对本案案发行为具有限定（大部分）刑事责任能力。

被害人刘某表示，其与陶某霞是家庭矛盾，因为当时很不服气，所以民警做工作的时候，其想着一定要追究陶的责任。现在考虑到她是其妻子，家里又有小孩、老人需要照顾，希望不追究陶的责任，请求给她一个机会。案发后，两人已于2010年5月份办了离婚手续。其身体已经恢复。

东莞市第三人民法院审理认为，被告人陶某霞持刀故意伤害他人身体并致一人重伤，伤残等级为九级，其行为已构成故意伤害罪，依法应予惩处。鉴于被告人陶某霞主动到案，归案后如实供述犯罪事实，系自首，依法可以减轻处罚。被告人陶某霞案发时系限制刑事责任能力人，尚未完全丧失辨认或者控制自己行为的能力，依法可以减轻处罚。被告人陶某霞已经取得被害人的谅解，可酌情从轻处罚。

本案中被害人刘某在案发时作为被告人陶某霞的丈夫，在婚姻关系问题上先动手对被告人陶某霞实施殴打，进而引发本案的发生，被害人对本案的发生存有严重的过错，对被告人陶某霞可酌情从轻处罚。鉴于被告人陶某霞的犯罪情节轻微，对社会危害不大，一审判决对其免于刑事处罚。

来源：东莞日报

### 相亲失败男子能否向媒人要回高价介绍费？

2014年8月7日 崇仁县人民法院 朱开平 裴晓伟

#### 【案情】

未婚男青年李某通过媒人曾某介绍，与一外籍女子刘某相识并订婚，当天李某向刘某支付了169000元礼金，并支付了媒人曾某的所谓“劳务费和电话费”4万元，当天晚上，刘某在李某家过夜。可订婚没多久，刘某便以种种理由要分手并避而不见，后在派出所协助下刘某退还了礼金。之后李某举家向媒人曾某索要介绍费，遭曾某的拒绝。

#### 【分歧】

就李某要求媒人曾某返还中介费4万元是否符合法律规定，有两种不同的观点：

第一种观点认为，曾某作为媒人，已经履行了媒人义务即介绍男女双方相亲成功，且原告支付中介费，系其自愿。根据民法领域的意思自治原则，法院不应当支持李某的诉求。

第二种观点认为，被告曾某没有从事婚姻中介的资质，其收取的远高于正常劳务费的中介费没有合法根据，应当予以返还。

**【分析】**

笔者赞同第二种观点，主要理由如下：

首先，根据《民法通则》第九十二条之规定：“没有合法根据，取得不当利益，造成他人损失的，应当将取得的不当利益返还受损失的人。”不当得利是债发生的原因之一。不当得利有四个构成要件：一方受益、他方受损、一方受益与他方受损之间有因果关系、受益人受益没有合法根据。本案中，被告曾慧香作为私人个体，没有婚姻中介执照，也没有相对固定的婚姻中介场所，其不具备办理婚姻介绍的合法资质。为此，男女双方签订的联婚协议书中有关中介费为劳务费和电话费不退的规定属无效条款。

其次，被告曾某作为无婚介资质的媒人收取了4万元中介费的事实，但其所受利益不具有法律上的正当性，且没有合法根据，属无效民事行为。同时其受益的事实给李某造成了损失，因此媒人曾某与李某之间构成不当得利的债的关系，李某是债权人，曾某是债务人，李某有权利要求曾慧香返还其收取的4万元不当利益。故此，法院应当依法判决被告曾某返还原告李某4万元。

**法官论坛：官渡法院分析“假离婚”购房背后的法律风险**

2014年8月8日 昆明市官渡区人民法院

近年来，由于国家房屋限购政策的深入实施，促使很多假离婚的现象出现，新国五条细则发布更是催生了各地离婚率高涨，据报道昆明主城区单日离婚数就破纪录，这其中很大部分是为了避税或规避限购令而进行的假离婚。但假离婚购房者仅仅看到假离婚带来的利益，却忽视了其中隐藏的法律风险。

一、“假离婚”之名可能导致真离婚后果。法律上并无“假离婚”的概念，即便离婚双方主观意识上并不是真的想要离婚，但只要双方按照法律程序办理了离婚手续，不管双方出于什么动机离婚，离婚的效力却是真实有效的，从身份上来说，双方婚姻关系解除，至于日后是否复婚取决于双方的自愿行为。如果一方不愿意复婚，另一方也无权强迫，因为结婚离婚均是自愿行为。同时，任何一方再与他人结婚，都是受法律保护的，另一方对自己离婚的效力无法用“意思表示不真实”主张无效或者要求撤销，也无法以双方之间只是假离婚并且约定了复婚的条件为由而主张对方的婚姻无效。

二、假离婚后存在的风险。为达到规避政策的目的，双方签署离婚协议时通常约定将房产归一方所有，另一方净身出户以便在重新购房时可享受优惠政策，这种协议即使看来不合情理，但是以双方完全自愿的表象呈现出来的。由此存在的隐患是，双方离婚后，一旦取得财产的一方反悔不同意复婚或主张财产已归自己所有不同意再变更所有权，另一方当事人往往无法简单用合同法中的“显失公平”予以撤销协议，由此将面临“人财两空”的境地而无法通过法律途径寻求救济。而且很多“假离婚”都是离婚不离家，在此期间发生的收入、赡养、继承、抚养、监护甚至夫妻忠诚义务都是夫妻双方不能预计的，其中蕴藏的法律风险、伦理风险和道德风险远不是一纸协议可以解决的。

三、复婚后易产生财产纠纷。假离婚后如果一方如愿购房且双方都同意复婚，按照我国现行婚姻法规定，一方的婚前财产属于个人所有，也就是说，离婚后以一方名义购买的房产在双方办理复婚登记后也不能依法认定为夫妻共同财产，而成为了购房者的婚前个人财产。再有就是假离婚时分得的财产，复婚后也成了一方的个人财产，不再认定为夫妻共同财产。可见，经过假离婚之后，婚姻关系的双方均需要承担一定风险，万一婚姻遇到危机，则可能产生无权参与分配对方名下房屋的情况。

四、影响社会稳定和法律权威。假离婚除对当事人自身及家庭造成危害以外，还会对社会的稳定以及法律的权威造成损害。家庭是社会的细胞，家庭的稳定与和谐是社会稳定与和谐的基础。在较大的利益诱惑面前，婚姻被工具化，假离婚破坏了婚姻关系的神圣与尊严，也是对社会整体道德体系的破坏，由此引发的刑事案件、民事纠纷日益增多应引起社会的共同关注。

**最高院民一庭辛正郁法官：夫妻共有房屋单方处分中的法律适用问题**

2013年8月14日 中外民商裁判网 辛正郁 最高人民法院

作为实践中大量存在的一类纠纷类型，因单方处分夫妻共有房屋引发的案件，已经成为民事审判实践中的热点、难点问题。妥善解决好其中的法律适用问题，对婚姻法、合同法、物权法及相关司法解释的精准理解与适用的要求和难度更高，一些分歧和认识殊值厘清。

**一、问题的提出**

最高人民法院《关于适用婚姻法若干问题的解释(一)》(以下简称《解释一》)第17条第2项规定：“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，夫妻双方应当平等协商，取得一致意见。他人有理由相信其为夫妻双方共同意思表示的，另一方不得以不同意或不知道为由对抗善意第三人。”2011年8月13日起施行的最高人民法院《关于适用婚姻法若干问题的解释(二)》(以下简称《解释三》)第11条第1款规定：“一方未经另一方同意出售夫妻共同所有的房屋，第三人善意购买、支付合理对价并办理产权登记手续，另一方主张追回该房屋的，人民法院不予支持。”

就两条规定的适用环境而言，有以下两点值得注意：1、都适用于夫妻一方未经对方同意的单方处分情形。《解释一》第17条第2项后段实际上隐去了这样一个前提，即“未经夫妻双方平等协商，没有取得一致意见”，至于《解

释三》第 11 条则明确表述为“一方未经另一方同意”。2、都适用于夫或妻单方处分重大共有财产(房屋)的情形。在此基础上,我们不难发现,同样的单方处分夫妻共有房屋行为,适用前述两条规定,结果迥然相异,主要为:适用《解释一》第 17 条第 2 项,则在第三人有理由相信其为夫妻双方共同意思表示的情况下。其权利救济归入有效合同制下,即使未办理转移登记,该第三人的权利仍可得到保护;适用《解释三》第 11 条,即使第三人善意购买且支付合理对价,只要未办理转移登记,其权利仍应让位于另一方共有人的追回主张。《解释三》第 19 条规定,该解释施行后,最高人民法院此前作出的相关司法解释与本解释相抵触的,以本解释为准。至此,如何解决两条规定的适用问题,不无疑问。从实践看,因单方处分夫妻共有房屋引发的纠纷数量很大,如何解决好上述问题,确实值得深入思考。笔者仅从解释论角度出发,就以上问题谈一谈个人观点。

## 二、《解释一》第 17 条第 2 项和《解释三》第 11 条的制定背景及其目的

《解释一》于 2001 年 12 月公布。自 2000 年以来,反对善意取得制度仅适用于动产的学术研究,由星星之火而呈燎原之势。在这股弃旧图新的学术思潮的推动下,不动产善意取得制度这一概念得到了一些人的认可。但亦应承认,不动产不适用善意取得制度仍为主流观点。在此情况下,《解释一》第 17 条第 2 项并未站在善意取得角度对所涉问题进行规范。从该条文义看,显然借鉴了合同法第四十九条有关表见代理的规定意旨,换言之,其是在合同法范畴内突出维护交易安全和保护善意第三人的价值取向。《解释三》是在物权法施行近 4 年后发布的,就其第 11 条文义考察,无疑是按照物权法第一百零六条规定,择取善意取得之路径,彰显维护交易安全和保护善意取得人的目的与宗旨。比较可知,前述两条规定的实质功能并无二致,但这正强化了司法实践中应妥善处理其适用问题的必要性。

## 三、不动产善意取得中的无权处分

如何解决两条规定的适用问题,有两个选项:一是按照《解释三》第 19 条规定,在单方处分夫妻共有房屋纠纷中,排除《解释一》第 17 条第 2 项的继续适用;二是区分两者适用前提,具体划定不同的适用环境。选项一的妥适之处或为,既然两条规定适用的情形相同(或者主要是相同的),那么新解释的专门规定当然应取代旧解释。但笔者认为,其结论是否正当,尚需研究。能否得出这个结论,关键取决于如何理解不动产善意取得中的无权处分。

在确定物权法第一百零六条规定所称“无处分权”的具体含义时,需要明确两点:1、物权法将不动产纳入善意取得范围之内的立法目的何在。2、该条与合同法相关规定的关系如何(合同法第五十一条等)。物权法将不动产纳入善意取得范围之中,主要原因在于物权法并未明确规定不动产登记的公信力,从制度层面看,该条规定意在有条件地缓和因法律未作此规定所带来的交易安全保护问题。据此,在不动产情形中,对物权法第一百零六条所称“无权处分”的理解,应当建诸受让人是否出于对登记所表彰的权利状态存在信赖,离开这个前提去探讨不动产善意取得的适用,无疑与物权法第一百零六条的本意相去甚远,换言之,只有在登记权利人处分不动产之时,才有可能产生受让人善意取得问题。否则,物权法规定的不动产善意取得制度在实践中就几乎没有适用的可能。因为在实际权利状态与登记所体现的权利状态一致的情况下,该处分为有权处分;而在处分人本身并非登记权利人的情况下,受让人的善意往往很难成立。至于第二点,合同法有关无权处分的规定(合同法第五十一条)意在解决无处分权人处分他人财产的行为(原因行为)的效力问题,其规定与物权法第一百零六条的规定有两点不同:一是两者的切入点不同。前者的制度目的本质上不在于解决物权变动是否能够完成,而这正是物权法第一百零六条所要解决的问题;二是合同法第五十一条中处分人之无处分权是确定的,当然,如果无处分权人满足该法第四十九条(表见代理)、第五十条规定(表见代表)条件,则虽为实质上的无权处分,但法律仍肯定该处分行为的有效性,同时排除了合同法第五十一条的适用余地,其维护交易安全的目的显而易见。而在善意取得中,处分人看起来是有处分权的,只不过这种“有处分权”没有相应的实际权利状态作为支撑。从这个角度看,前者适用于无处分权处分他人财产的情形,后者适用于处分人处分“自己”财产的情形。

对交易安全的保护是整个民法关注的问题,这是一个全方位、多维度的体系化事项,没有哪一个单项制度有能力担负起整个维护交易安全的使命。笔者进而认为,“交易行为有效”(即最大限度缩减形式与实质意义上的无权处分范围)才是对交易安全最为有力的保护,因此,有必要正确评估善意取得制度对交易安全的保护功能,它仅应在特定情形下发挥其应当发挥的作用。如果不当扩大不动产善意取得中无处分权的范围,将使物权法第一百零六条承受不能承受之重,也会造成物权法乃至整个民法体系的紊乱。具体表现为:1、仅以《解释一》和《解释三》为切入点,《解释一》中所称的“对夫妻财产做重要处理决定”肯定不仅指房产,如为机动车,是否也应适用《解释三》呢?从物权法第一百零六条规定看,如果将机动车纳入该条第一款第二项所称的“依照法律规定应当登记”的财产范围,那么其与不动产即应适用同样的规则。此时又应如何处理同种问题不同处理的问题,不无疑问。2、如果将视野从单方处分夫妻共有房屋拓展开来,物权法第一百零六条与合同法有关规定的着眼点并不相同,两者之间无法从一般法与特别法的关系计算中得出谁更优先适用的结论。在此情况下,如果将两部司法解释相关条文做替换处理,那么又如何协调处理其他共有财产单方处分的问题,显而易见,两者之间具有同质性。至于在比较法上存在夫妻共有重大财产排除善意取得规定立场问题,因我国法律中并无此种规定,而笔者仅从解释论而非立法论角度展开探讨。3、在前述基础上,我们势必会面对这样的难题,即同一种行为,如果当事人选择按照宽泛理解去适用物权法第一百零六条或者按照其他法律规定主张权利,则当事人权利保护的途径、思路和结果将大相径庭。仅就上述三点看,能否将其后果简单归结为法律体系的内在漏洞的必然,是否真的符合立法者之本意,殊值怀疑。

#### 四、《解释一》第17条第2项和《解释三》第11条的适用

单方处分夫妻共有房屋的情形主要有三：一是登记在双方名下，单方处分；二是登记在一方名下，另一方处分；三是登记在一方名下，该方处分。考量上述不动产善意取得中无权处分应为何指，笔者认为，只有第三种情形，即“登记在一方名下，该方处分”的时候，才产生善意取得制度的适用问题。由此进行抽象作业，笔者认为不动产善意取得中无权处分的含义应为：实际权利状态与登记所体现的权利状态不一致，且登记权利人的处分行为不符合法律规定或者当事人约定条件。

由此，笔者认为：《解释三》第11条的适用应当限定在“登记在一方名下，该方处分”的情形之中，而依据《解释三》第19条规定，在单方处分夫妻共有房屋纠纷中，排除《解释一》第17条第2项的继续适用，理由并不充分；至于单方处分夫妻共有房屋的前两种情形，则仍需交由《解释一》第17条第2项规定去解决。如此适用，既可以有效遵循物权法的体系安排，又可以协调好两部司法解释的相关条文的调整范围。否则，不当扩大不动产善意取得制度中无权处分的范围，必将导致本可求得其他民法制度救济的受让人，反而因无法满足物权法第一百零六条规定条件而丧失权利保护可能的严重后果，并使该条规定沦为背信一方的武器，最终受到损害的实际上就是交易安全。

#### 五、《解释一》第17条第2项和《解释三》第11条适用选择的价值考量

基于前述思路：按照《解释一》第17条第2项规定，在“登记在双方名下，单方处分”以及“登记在一方名下，另一方处分”情形中，第三人只要有证据证明其“有理由相信其为夫妻双方共同意思表示”，即使没有完成转移登记，其权利取得的请求仍可得到支持；按照《解释三》第11条规定，在“登记在一方名下，该方处分”情形中，第三人需满足“善意、支付合理对价、办理产权登记手续”条件后，才可得到保护。

由此或许带来如下疑问：较之“登记在一方名下，该方处分”，“登记在双方名下，单方处分”以及“登记在一方名下，另一方处分”情形中的受让人似乎在价值判断上更不值得保护，但其反而更容易得到保护，这种结果在价值判断上是正义的吗？

仅就法律规范给出的权利保护条件而言，不动产善意取得显然较之另者更为艰难和苛刻。但据此判断哪一项制度对交易安全的维护更为有力，对第三人权利的保护更为周全，还有失之偏颇之虞。假设前述疑问真实存在，经由实证分析可知，如果扩大不动产善意取得中无权处分的范围，其后果是物权法体系的紊乱（详如前述），而两分思路下则是本应得到更有力保护的第三人利益难以实现。抛开法律适用的规范和指引功能（可以最大限度消减前述疑问的实践支持力度）不谈，两种消极后果在价值判断上，孰轻孰重呢？除此以外，尚需考虑以下问题。

（一）在“登记在双方名下，单方处分”以及“登记在一方名下，另一方处分”情形中，交易的数量一般要少于“登记在一方名下，该方处分”的情形。笔者认为：任何一项制度，即使其倾斜保护的倾向再明显，亦有其兼顾考虑的利益存在。交易数量更多，说明统筹协调不同利益关系的必要性越强，即使权利选择保护的条件苛刻一些，也有其必要。

（二）在举证责任上，善意取得中当事人是否为“善意”，一般是通过真实权利人举证证明第三人并非善意来反向证成的。因为不动产善意取得的适用前提是，第三人信赖登记表彰的权利状态，此时，应首先推定第三人为善意。而在另一情形，是否“有理由相信其为夫妻双方共同意思表示”，需要第三人举证证明，笔者认为：两者难易之区分，似不好统而定论。

作为实践中大量存在的一类纠纷类型，因单方处分夫妻共有房屋引发的案件，已经成为民事审判实践中的热点、难点问题。妥善解决好其中的法律适用问题，对婚姻法、合同法、物权法及相关司法解释的精准理解与适用的要求和难度更高，一些分歧和认识殊值厘清。唯如此，司法的标准才能统一，法律规范调整社会生活的功能才能得到最大限度的发挥。

法官论坛：官渡法院分析“假离婚”购房背后的法律风险

2014年8月8日 昆明市官渡区人民法院

近年来，由于国家房屋限购政策的深入实施，促使很多假离婚的现象出现，新国五条细则发布更是催生了各地离婚率高涨，据报道昆明主城区单日离婚数就破纪录，这其中很大部分是为了避税或规避限购令而进行的假离婚。但假离婚购房者仅仅看到假离婚带来的利益，却忽视了其中隐藏的法律风险。

一、“假离婚”之名可能导致真离婚后果。法律上并无“假离婚”的概念，即便离婚双方主观意识上并不是真的想要离婚，但只要双方按照法律程序办理了离婚手续，不管双方出于什么动机离婚，离婚的效力却是真实有效的，从身份上来说，双方婚姻关系解除，至于日后是否复婚取决于双方的自愿行为。如果一方不愿意复婚，另一方也无权强迫，因为结婚离婚均是自愿行为。同时，任何一方再与他人结婚，都是受法律保护的，另一方对自己离婚的效力无法用“意思表示不真实”主张无效或者要求撤销，也无法以双方之间只是假离婚并且约定了复婚的条件为由而主张对方的婚姻无效。

二、假离婚后存在的风险。为达到规避政策的目的，双方签署离婚协议时通常约定将房产归一方所有，另一方净身出户以便在重新购房时可享受优惠政策，这种协议即使看来不合情理，但是以双方完全自愿的表象呈现出来的。由此存在的隐患是，双方离婚后，一旦取得财产的一方反悔不同意复婚或主张财产已归自己所有不同意再变更所有权，另一方当事人往往无法简单用合同法中的“显失公平”予以撤销协议，由此将面临“人财两空”的境地而无法通过法律途径寻求救济。而且很多“假离婚”都是离婚不离家，在此期间发生的收入、赡养、继承、抚养、监



护甚至夫妻忠诚义务都是夫妻双方不能预计的，其中蕴藏的法律风险、伦理风险和道德风险远不是一纸协议可以解决的。

三、复婚后易产生财产纠纷。假离婚后如果一方如愿购房且双方都同意复婚，按照我国现行婚姻法规定，一方的婚前财产属于个人所有，也就是说，离婚后以一方名义购买的房产在双方办理复婚登记后也不能依法认定为夫妻共同财产，而成为了购房者的婚前个人财产。再有就是假离婚时分得的财产，复婚后也成了一方的个人财产，不再认定为夫妻共同财产。可见，经过假离婚之后，婚姻关系的双方均需要承担一定风险，万一婚姻遇到危机，则可能产生无权参与分配对方名下房屋的情况。

四、影响社会稳定和法律权威。假离婚除对当事人自身及家庭造成危害以外，还会对社会的稳定以及法律的权威造成损害。家庭是社会的细胞，家庭的稳定与和谐是社会稳定与和谐的基础。在较大的利益诱惑面前，婚姻被工具化，假离婚破坏了婚姻关系的神圣与尊严，也是对社会整体道德体系的破坏，由此引发的刑事案件、民事纠纷日益增多应引起社会的共同关注。

### 复婚前同居期间所得能否认定为夫妻共同财产 ——海南高院判决张西中等诉汪欣丽等被法定继承纠纷案[1]

2014年8月9日 人民法院报 胡娜，詹润红

#### 【裁判要旨】

夫妻关系存续期间所得的财产，除约定的外，均属于夫妻共同财产。夫妻离婚后，同居一段时间再复婚的，只要同居符合事实婚姻构成条件，期间所得财产也应认定为夫妻共同财产。

#### 【案情】

张离系张西中、宋梦之子，张琳琳之父。1991年张离与汪欣丽结婚，两年后二人育有一女张琳琳，2001年张离与汪欣丽离婚。2003年3月，张、汪二人旧情复燃，汪又携女儿与张离同居，并于2007年1月1日办理了复婚手续。2009年11月30日张离因车祸身亡没有留下遗嘱，张西中、宋梦、汪欣丽、张琳琳四人成为张离的法定继承人。张离生前购买的房屋共有6处，其中多处系于2003年至2006年之间购买。此外，张离还拥有四家公司的股权、名下银行存款达380余万，另有基金股票及商业保险、其他债权等若干。

因张离的法定继承人之间就遗产分割问题协商不成，张离父母将其妻女诉至海口市中级人民法院。双方对于张离的财产数量本身没有异议，只是对于2003年3月至2006年12月30日张、汪二人同居期间，被继承人张离名下的财产是否属于张、汪二人的夫妻共同财产的问题存在争议。

张离的父母张西中、宋梦诉至海口市中级人民法院，主张张离去世前与汪欣丽的婚姻，只能从二人于2007年1月1日正式办理复婚手续时才产生法律效力，在二人于2002年离婚后至2007年1月1日正式复婚之前，张离名下的财产均属于张离生前的个人财产，应按法定继承处理，请求法院判令：依法分割被继承人张离的遗产。

#### 【裁判】

海口市中级人民法院审理认为：庭审期间，汪欣丽申请的5位证人出庭作证，均证明自2003年3月至2007年汪欣丽与张离在一起居住生活。同时，史林玥也承认其母汪欣丽与其父张离自2003年起一起居住生活。另外，结合汪欣丽为自己购买的中国平安人寿保险时的通信地址、张离为汪欣丽购买的中国平安人寿保险公司的保险及张离、汪欣丽及张琳琳分别于2003年、2005年、2006年合影的事实，参照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》（以下简称《婚姻法司法解释一》）第四条“男女双方根据婚姻法第八条规定补办结婚登记的，婚姻关系的效力从双方均符合婚姻法所规定的结婚的实质要件时起算”的规定，张离与汪欣丽双方婚姻关系的效力应从2003年3月起算。

海口市中级人民法院判决：2003年3月至2006年12月30日期间，张离名下的房产属于汪欣丽与张离的共同财产。

张西中、宋梦不服原审判决，向海南省高级人民法院提起上诉。

海南高院二审认为，张离与汪欣丽在2003年3月同居生活时已经符合婚姻实质要件。二人于2007年1月1日补办结婚登记，婚姻关系的效力应从2003年3月起算。因此，2003年3月至2006年12月30日期间张离名下的房产应属于汪欣丽与张离的共同财产。至于上诉人提出双方补办登记未填写补办登记的表格，系行政机关管理方面的瑕疵，并不影响上诉人汪欣丽与张离补办结婚登记的性质及效力。

2011年10月24日，海南高院终审判决：驳回上诉，维持原判。

#### 【法官评析】

1. 事实婚姻的认定条件我国婚姻法只规定符合婚姻登记条件但未办理结婚登记的，应当补办登记；但对于相同当事人离婚后又以夫妻名义同居，最终又办理了复婚登记的情形能否视为补办登记，从而使其复婚登记具有溯及力的问题并未明文规定。

根据2001年12月27日起施行的《婚姻法司法解释一》第四条，只要双方当事人符合婚姻法所规定的结婚的实质要件，并按照婚姻法第八条规定补办了结婚登记，他们之间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。也就是，变相承认了在补办结婚登记之前的事实婚姻的效力。承认补办登记具有溯及力，其目

的就是为了更好的保护事实婚姻关系存续期间夫妻的合法权益。将事实婚姻的效力确认到双方均符合结婚实质要件时起，而非溯及到双方同居时起，避免了将尚不符合结婚条件的双方认定为合法婚姻现象的发生。

本案多项证据可以证明张离和汪欣丽于2003年3月同居生活时已经符合结婚实质要件，其二人于2007年1月1日补办结婚登记，婚姻关系的效力应从2003年3月起算。因此，2003年3月至2006年12月30日期间张离名下的房产应属于汪欣丽与张离的共同财产。

2. 复婚登记的效力溯及本案中，张离与汪欣丽离婚后又以夫妻名义同居，最终办理的复婚登记手续，而不是按照《婚姻法司法解释一》第四条的规定补办结婚登记手续。从保护妇女、儿童的合法权益的法律原则出发，从有利于维护婚姻家庭关系的稳定和促进社会和谐的角度出发，追及立法本意，根据婚姻法和《婚姻登记条例》，补办结婚登记的实质条件是在登记之前男女双方已经以夫妻名义同居生活且符合结婚实质要件。补办登记的必要性仅仅在于弥补婚姻没有履行法定登记公示程序的形式欠缺。因此，判断婚姻关系的成立，主要看当事人在办理登记手续之前是否是以夫妻名义同居、符合结婚实质要件，至于在婚姻登记机关进行何种类型的结婚登记仅仅是程序要件，对实际影响不大。换言之，只要是在办理登记手续前是以夫妻名义同居，且符合结婚实质要件就应该认定婚姻关系的效力就溯及到双方当事人均符合结婚的实质要件之时。

因此，张、汪二人复婚的婚姻关系效力溯及至2003年3月双方均符合结婚的实质要件之时。2003年3月至2006年二人同居期间所得的财产，除约定的外，均属于夫妻共同财产，应当依法分割予以继承。

注释：

[1] 本案案号：(2010)海中法民一初字第40号；(2011)琼民一终字第38号

(案例来源：人民法院报 作者：胡娜，詹润红 单位：海南省高级人民法院)

### 离婚诉讼中精神病人的合法权益如何保护

2014年8月7日 中国法院网 张云华 林丽思

#### 【案情】

原告杨某某与被告吴某某于2000年9月18日办理结婚登记手续。2001年5月12日生育一女。被告于2006年2月患严重病毒性脑炎治疗后，留下癫痫病后遗症治疗至今被确诊不能痊愈。2013年3月原告杨某某以夫妻关系名存实亡为由，起诉至法院，要求与被告吴某某离婚，法院于2013年5月20日判决驳回原告的诉讼请求。判决后，原、被告未共同生活。2014年3月，原告再次起诉政和法院，请求判决原、被告离婚。

#### 【审理】

法庭审理后认为，被告身患疾病，丧失劳动能力及行为能力，生活不能自理，夫妻本应有相互扶养的义务，鉴于原告不愿继续照料被告生活，婚姻生活已无实际意义。后经法院主持调解，原告与被告的法定代理人之间就原、被告离婚后，原告对被告今后的生活、治疗方面的经济帮助及子女抚养、共同债务的分担达成协议。故法院判决：一、准予原告杨某某与被告吴某某离婚。二、婚生女由原告杨某某抚养，抚养费由原告杨某某自行承担。三、原告杨某某一次性补偿被告吴某某今后生活费及治疗费10万元。

#### 【分歧】

第一种观点认为，原、被告双方并未彻底破裂，未达到法定离婚条件，应判决驳回原告起诉。本案中，被告在病发前与原告自愿登记结并育有一女，婚后共同生活多年，夫妻间有一定的感情基础。且病毒性脑炎是婚后突发，并不是婚前隐瞒病史。原告起诉离婚并不是因为感情破裂，而是因为被告患有疾病，使夫妻关系受到影响，但双方感情尚未完全破裂，若准予离婚，有悖于社会的公序良俗。此外，夫妻作为长期生活伴侣，应当相互扶持，特别是一方年老、疾病、丧失劳动能力或没有固定收入的情况下，应当对其生活更加予以关心照顾，有经济能力的一方更应主动承担扶助和供养义务，夫妻间的扶养义务不能逃避，更不能通过离婚来逃避。故应判决驳回原告诉讼请求。

第二种观点认为，原、被告双方感情已经破裂，达到法定离婚条件，应判决准予离婚。本案中，被告身患疾病，丧失劳动能力及行为能力，生活不能自理，而且疾病从现有的医疗条件来说是不能痊愈的。夫妻本应有相互扶养的义务，且原告不愿继续照料被告生活，婚姻生活已无实际意义。被告与原告的关系，只靠一纸结婚证维系，没有夫妻之实，夫妻感情已经彻底破裂，在妥善安排好被告吴某某离婚后的生活后，法院应当判决离婚。

#### 【评析】

本案中，虽然我国《婚姻法》中对认定夫妻感情破裂的具体情形，并没有将已患就精神疾病丧失民事行为能力列为法定离婚的理由。但最高人民法院《关于人民法院审理离婚案件如何认定夫妻感情确已破裂的若干具体意见》中规定，婚前隐瞒了精神病，婚后经治不愈，或者婚前知道对方患有精神病而与其结婚，或一方在夫妻共同生活期间患精神病，久治不愈的。一方坚决要求离婚，经调解无效，可依法判决准予离婚。精神病人离婚案件是否准予，关键看精神病当事人是否能够治愈疾病。

此类案件中，在社会保障机制不健全的情况下，精神病人的配偶能否对精神病人离婚后的生活进行妥善安排成为法官审理案件时必须首先考虑的问题。若精神病人的配偶，为了逃避扶养义务，而与精神病人离婚，那么精神病人所享有的法律规定的接受其配偶扶养的权利就受到了损害。而我国现行的离婚经济帮助制度没有明确规定精神病人这一特殊群体离婚后对方的扶助义务，为防止离婚后精神病人生活陷入困境，及可能引发的道德危机，现实中法

院往往对精神病人的配偶作为原告提出的离婚诉求不予支持。若精神病人已被妥善安排今后生活，有了较好的保障，那么就有可能判决准予离婚。

本案中，杨某某已不是首次提出离婚诉求，且被法院驳回离婚诉讼请求后并没有和被告吴某某共同生活，而是外出打工。吴某某已经被证实病毒性脑炎在现有医疗条件下难以治愈，丧失行为能力，生活无法自理。杨某某不愿照料被告的生活，杨某某与吴某某的婚姻生活已经无法维系，应认定为夫妻感情已经破裂。本案原告杨某某在调解中同意一次性补偿被告吴某某今后生活费及治疗费 10 万元，尽到了对被告吴某某的扶养义务。故在对吴某某离婚后的生活有妥善安排之后，应判决原告杨某某与被告吴某某离婚。本案最终以判决的形式对原告与被告的法定代理人的调解协议予以确认，既解决了当事人的实际问题，也钝化了社会矛盾，达到了社会效果和法律效果的统一。

（作者单位：福建省政和县人民法院）

## 用儿子名字储蓄的存款是否属于遗产

2014 年 8 月 5 日 中国法院网 吴浩润

### 【案情】

李某是一名老中医，生有二子一女，老伴已去世十多年。人都说“手心手背都是肉”，可李某却偏爱小儿子。子女尚未成年时，可能相差还不大，当三个子女都成了家，李某的偏爱就更明显了。李某 1995 年退休，身体还十分硬朗，退休后就开办了诊所，收入颇丰，可大儿子和女儿基本得不到帮助，小儿子是有求必应。好在李某的大儿子和女儿生活都过得还可以，大家相安无事。2013 年 12 月 23 日，李某突发心肌梗塞去世，家人在整理李某的遗物时，发现一张以李某小儿子名字存的 50 万元定期存款单一张。李某的大儿子和女儿以为该笔存款是父亲的遗产，应予分割，李某的小儿子则认为是父亲赠与其个人财产，为此产生纠纷。

### 【分歧】

第一种意见，存单是银行凭以办理储蓄业务的一种信用凭证，存单在法律意义上是表明存款人与金融机构间存在存款合同关系的重要凭证，其性质属于合同凭证，用来证明存款人与金融机构之间的约定。根据我国实行存款实名制的规定，存单的户主即是存单的所有人。李某已用小儿子的名字存款，说明李某已有将存款赠与其小儿子的意愿，而赠与合同又系诺成合同，因此，李某小儿子就是权利人。

第二种意见，李某虽将 50 万元存款以小儿子的名义存入银行，但未将存单交给小儿子，也未告之其小儿子，存折和密码均由老人自己保管，说明李某即使有赠与的原望，但因尚未对其小儿子作出意思表示，缺少赠与的有效要件，故赠与不能成立。我国《继承法》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。这笔 50 万元存款不属于赠与物，因李某生前没有留下遗嘱，故应当作为老人的遗产由兄妹三人按法定继承。

### 【评析】

笔者同意第二种意见，理由如下：

首先，意思自治是私法的基本原则。其具体表现为，当事人有权根据自己的意志和利益，决定是否参加某种民事法律关系，决定是否变更或终止民事法律关系，民事权利可以由当事人在法定的范围内依自身意志取得，也可以依法自主地转移和抛弃，允许当事人通过法律行为调整他们之间的关系。承认民事主体根据其意志自主形成法律关系，并对其通过表达意思产生或消灭的效果予以承认。根据意思自治原则，民事主体有权选择其行为的方式并有权选择补救方式。

其次，民事法律行为是以意思表示为要素的行为，意思存于内心，是不能发生法律后果的。当事人要使自己的内心意思产生法律后果，就必须将意思表现于外部，即将意思发表。《民法通则》第 56 条规定：民事法律行为可以采取书面形式、口头形式或者其他形式。法律规定用特定形式的，应当依照法律规定。即民事法律行为以意思发表的载体可以分为明示与默示两种形式。其意义在于若非法律特别规定，以民事法律行为为处分权力的，须经当事人明示方可成立。意思表示按其是否以向相对人实施为要件，划分为有相对人的表示与无相对人的表示。向相对当事人作的的意思表示，为有相对人的意思表示，如要约与承诺、债务免除、合同解除、授予代理权等。意思表示有相对人时，如果意思表示到达相对人有传递的在途时间，则该意思表示以到达相对人时生效。为无相对人的意思表示，如遗嘱、捐赠行为等，该意思表示自完成时生效。

赠与合同是赠与人将自己的财产无偿地给予受赠人，受赠人表示接受赠与的合同，给予财产的一方称赠与人，接受财产的一方称受赠人。赠与合同作为财产所有人依法处分自己财产的一种法律形式，属于转移财产所有权的合同。通说认为赠与合同是一种双方法律行为，双方当事人意思表示一致时赠与合同成立。只有其中一方的意思表示，赠与不能成立。本案中，李某虽将 50 万元存款以小儿子的名义存入银行，但李某生前没有留下遗嘱，也未将存单交给小儿子，甚至未告之其小儿子，存折和密码均由老人自己保管，说明李某即使有赠与的原望，但因尚未对其小儿子作出意思表示，缺少赠与的有效要件，故赠与不能成立。是故，第一种观点错误。

最后，存单是一种提示证券，存单权利人享有存单权利以占有存单为必要，为了证明其占有的事实以行使存单权利，必须提示存单，如存款人向银行请求付款，存款人必须填写取款凭条并同存单一起交给银行业务员。但当然这有例外的情况，这就是存单遗失时，存款人可以根据法律和银行的具体规定进行挂失或者支取存款，以保护存款

人利益。但存单是物权凭证还是债权凭证，在我国理论界存在争议。我国立法对所有权转移根据标的物系动产还是不动产采不同立法例，对动产采交付时起发生所有权转移，不动产采变更登记时转移所有权。因此，不论存单是物权凭证还是债权凭证，但显然属于动产。本案中，李某虽以其小儿子的名字存款，可并未将存单交给其小儿子，故存款所有权并未转移，存款所有权仍属于李某，因李某未留下遗嘱，因此这 50 万元应按法定继承，由兄妹三人共同继承。

（作者单位：江西省乐平市人民法院）

### 鉴定人出庭作证若干适用问题探讨

2014 年 8 月 12 日 最高人民法院 陈龙业

随着近年来民事案件进入鉴定程序的日益增多，鉴定意见在案件事实认定方面发挥的作用越来越大，理论界和实务界对于鉴定意见的有关法律问题也更加关注，这其中尤为重要的便是如何明确鉴定人的出庭作证义务问题。2012 年民事诉讼法第七十八条明确规定了鉴定人出庭作证的具体情形及相应法律后果。为了准确理解和适用该条规定的基本规则和精神，下面笔者将对鉴定人出庭作证义务有关问题做一探讨。

#### 一、民事诉讼中有关鉴定人出庭作证义务的沿革

1991 年民事诉讼法规定了鉴定制度，但是并没有关于鉴定人出庭作证的规定。依据该法第七十二条第二款的规定，鉴定部门及其指定的鉴定人有权了解进行鉴定所需要的案件材料，必要时可以询问当事人、证人。但本款并没有规定必须在法庭上询问当事人和证人。该条第三款规定：“鉴定部门和鉴定人应当提出书面鉴定结论，在鉴定书上签名或者盖章。鉴定人鉴定的，应当由鉴定人所在单位加盖公章，证明鉴定人身份。”对于鉴定人出庭作证义务也无要求。《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》第七十二条仅是规定：“证据应当在法庭上出示，并经过庭审辩论、质证。依法应当保密的证据，人民法院可视具体情况决定是否在开庭时出示，需要出示的，也不得在公开开庭时出示。”依据该条规定，鉴定意见应当在法庭上出示并须要双方当事人质证，但是仍然没有要求鉴定人必须出庭作证。

鉴定人不出庭作证，会影响鉴定意见的权威性和公信力，也会由于缺乏对鉴定机构及鉴定人的必要约束，容易导致轻率、甚至随意鉴定的情形出现。如此，当事人对鉴定意见的效力也难以认同，这就导致了司法实践中多头鉴定、重复鉴定屡屡发生，不利于案件所涉矛盾纠纷的依法妥善化解。正因如此，《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（法释[2001]33 号）（以下简称《证据规定》）对上述规定作了很大改进，明确规定了鉴定人出庭接受质询的义务。其第五十九条规定：“鉴定人应当出庭接受当事人质询。鉴定人确因特殊原因无法出庭的，经人民法院准许，可以书面答复当事人的质询。”第六十条第一款规定：“经法庭许可，当事人可以向证人、鉴定人、勘验人发问。”此两条规定赋予了鉴定人出庭接受质询的义务和当事人可以询问鉴定人的权利，使得我国的鉴定制度更加符合程序正义的要求。但是在当时的背景下，由于体制的原因，在诉讼中鉴定人往往具有高于证人的特殊地位，因此《证据规定》第五十九条仅规定了鉴定人出庭接受质询而不是作证的义务，同时考虑到对鉴定人人身财产权益的保护，对鉴定人不出庭作证开了一个口子，规定了鉴定人因特殊原因无法出庭作证的，经人民法院准许，可以书面答复质询。这一规定的初衷是好的，但是后来的实践证明由于当时赋予鉴定人过高的法律地位，法律和司法解释又没有规定鉴定人不出庭作证的法律后果，使得鉴定人不出庭作证的口子越来越大。鉴定人出庭作证不仅会增加其成本，还会有受到打击报复的危险，其不出庭作证并不会导致其鉴定意见最终不被采信，人民法院也不能强制鉴定人出庭作证，但又必须依法（比如审限制度等）履行自身的裁判职责，使得上述有关鉴定人出庭接受质询的规定，在实践中没有得到很好的落实，鉴定人不出庭的情形依然较普遍存在。

2005 年，《全国人民代表大会常务委员会关于司法鉴定管理问题的决定》（以下简称《决定》）第十一条规定：“在诉讼中，当事人对鉴定意见有异议的，经人民法院依法通知，鉴定人应当出庭作证。”该条规定在明确规定了鉴定人应当出庭的同时，还第一次明确规定了鉴定人出庭作证义务而不是接受质询，宣示了鉴定人与证人同等的法律地位。在此基础上，《决定》第十三条又进一步规定了鉴定人不出庭作证的法律责任：“鉴定人或者鉴定机构有违反本决定规定行为的，由省级人民政府司法行政部门予以警告，责令改正。鉴定人或者鉴定机构有下列情形之一的，由省级人民政府司法行政部门给予停止从事司法鉴定业务三个月以上一年以下的处罚；情节严重的，撤销登记：（一）因严重不负责任给当事人合法权益造成重大损失的；（二）提供虚假证明文件或者采取其他欺诈手段，骗取登记的；（三）经人民法院依法通知，拒绝出庭作证的；（四）法律、行政法规规定的其他情形。鉴定人故意作虚假鉴定，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不构成犯罪的，依照前款规定处罚。”即在鉴定机构或鉴定人不出庭作证时，省级人民政府司法行政部门予以警告，责令改正，给予停止从事司法鉴定业务三个月以上一年以下的处罚；情节严重的，撤销登记。《决定》明确规定鉴定人出庭作证及相应法律后果，不仅有助于增强鉴定人的责任心，减少鉴定的暗箱操作，保证鉴定结论的客观准确，而且使得对鉴定结论有不同意见的当事人能在法庭上与鉴定人质证，从而体现了程序的公正。[1]但由于《决定》主要是关于司法鉴定管理活动的行政管理法，虽涉及了鉴定人不出庭作证的行政责任，对于其不出庭作证是否影响该鉴定意见的采信以及相应的民事责任问题则没有涉及。而且按照字义理解，依据《决定》第十一条的规定，鉴定人实际上可以先不出庭，当诉讼中出现对鉴定意见有异议后，再让鉴定人出庭，这无疑会增加法院开庭的次数，增加当事人的讼累，也浪费了宝贵的司法资源。[2]当然，《决定》的上述规定虽

未达到尽善尽美的高度,但是仍然可以称的上完善我国鉴定人出庭作证制度的里程碑意义的规范。

2012年民事诉讼法在《决定》规定的基础上,对于鉴定人出庭作证制度作了进一步完善,并明确规定了鉴定人出庭作证的义务,及拒不出庭作证的民事法律后果。为鉴定人出庭作证及对鉴定意见的采信提供了明确的法律依据。这对于完善民事诉讼中的鉴定程序乃至案件事实认定的程序,增强鉴定意见的权威性和公信力,促进案件依法妥善审理,具有积极意义。

## 二、赋予鉴定人出庭作证义务的必要性

2012年民事诉讼法明确规定鉴定人出庭作证义务有其现实必要性。具体而言,有以下三点:

第一,明确规定鉴定人出庭作证义务,符合鉴定意见自身特点的要求。一方面,鉴定意见作为鉴定人依据其专业知识对某一专门性问题所作的陈述,具有专业性和科学性的特点,鉴定意见是否能够客观地反映鉴定对象的真实状态,其所采取的鉴定方法是否科学,鉴定人所作的鉴定意见是否具有科学理论依据,该鉴定意见是否具有证明力,往往仅凭书面审查难以做到准确判断。另一方面,鉴定意见并不等同于案件事实认定的最终意见,因为对案件事实的认定属于人民法院行使审判权的重要组成部分,鉴定人不能越俎代庖。鉴定意见作为法定证据形式的一种,并不具有丝毫特殊的证据地位。正因如此,质证、认证环节对鉴定意见之证据价值的发挥有着不可或缺性:鉴定意见作为证据的一种,同样有着或真或假的可能性;鉴定虽然利用了科学的原理、先进的仪器、成熟的方法,但鉴定的操作及鉴定意见的得出均由人来完成,故人的主观因素的介入是同一鉴定事项出现不同鉴定意见的重要原因,程序性的规范、完善以及质量控制的介入可以减少、但绝不可能杜绝鉴定结论不一的现象的出现。鉴定意见的普通证据地位及鉴定意见的非唯一性特质决定了针对鉴定意见的质证和认证是诉讼程序中不可缺少的环节,而只有鉴定人出庭接受质证,法官才能在诉讼双方对鉴定意见有争议时,最终认定某一鉴定意见是否真实可靠、哪一鉴定意见最为真实可靠,能够真正成为其公正裁判的有力依据。[3]

第二,明确规定鉴定人出庭作证义务,符合程序正义的内在要求。现代法治理念不仅追求实体正义,更注重程序的公开和公正,程序正义是实现实体正义的首要前提。[4]程序正义是民事诉讼法的基本价值取向,贯彻在民事诉讼法制度设计的始终。直接言词原则作为民事诉讼法当中重要的证据规则之一,鲜明体现了程序正义的要求,是法庭审理过程中发现案件真实和提高诉讼效率的重要手段。具体而言,该原则要求法官调查核实证据,必须以直接的方式进行;除法律另有规定的情形外,法庭审理活动应当以口头陈述的方式进行。换言之,法官必须对证据保持直接接触,并在各方当事人到场的情况下才能进行证据调查,并在法庭上亲自听取双方当事人、证人以及其他诉讼参与人的陈述,从而产生直接的感知,进而形成对案件事实的内心确信。同时该原则还要求庭审质证活动应当以言词质证和辩论的方式展开,只有通过这种言词质证的方式,才能使法官对作为裁判基础的证据保持全面而充分的接触和审查,从而作出正确的判断。[5]按照这一原则的要求,《证据规定》确立了证据必须质证的规则,其第47条规定:“证据应当在法庭上出示,由当事人质证。未经质证的证据,不能作为认定案件事实的依据。当事人在证据交换过程中认可并记录在卷的证据,经审判人员在庭审中说明后,可以作为认定案件事实的依据。”因此,无论是书证、物证,还是证人证言等都要经过双方当事人的质证。鉴定意见作为言词证据也应当经过质证才能作为定案根据。没有经过质证,其就不具有证据能力。[6]从程序正义的角度讲,任何鉴定意见都必须经过程序性的审查认证,因为这种认证是正当程序的必然要求,能够保障控辩双方当事人充分行使诉讼权利,发表对鉴定意见的看法。[7]而有关鉴定意见质证程序中尤为重要的一项内容就是鉴定人的出庭作证制度。“质证的本质特征在于‘质’,即对证据的质疑和质问,而且这种‘疑’和‘问’都带有当面对抗的性质。”[8]鉴定人出庭作证,使得法官、当事人和鉴定人可以在法庭上直接接触,充分体现了直接言词原则的基本要求,使得鉴定意见的质证更为直观。法官亲自聆听当事人及其诉讼代理人对鉴定意见的辩论和鉴定人对质疑的回答,可以直接考察鉴定意见的可靠程度,易于准确判断有关证据的真伪以及证据与案件事实之间的关联性。同时,法官、当事人和鉴定人直接见面,加之言词方式具有传达信息简便、快捷的优点,有助于法官及时解决纠纷,从而推动诉讼迅速进行。[9]

第三,明确规定鉴定人出庭作证义务,与两大法系的通常做法相一致。对于鉴定意见的审查,无论是大陆法系国家还是英美法系国家,其审查方式都和证人的审查方式一样,在形式上表现为对鉴定人的审查。在大陆法系国家,鉴定人是否出庭作证由法官依职权决定,当事人可以向法院提出申请。英美法系国家则是以当事人主导为原则,有关鉴定人出庭作证也是由当事人引入。两大法系有关鉴定人出庭作证的具体规则虽有所不同,但都是通过对鉴定人的审查来实现对鉴定意见的审查。在审查鉴定意见时,除非双方当事人对鉴定意见所陈述的内容没有任何异议,鉴定人都必须出席法庭,从而实现对其进行的言词询问。[10]

## 三、鉴定人出庭作证义务的具体要求

### (一) 鉴定人出庭作证程序的启动

依照2012年民事诉讼法第七十八条的规定,启动鉴定人出庭作证程序必须以当事人对鉴定意见有异议或者人民法院认为鉴定人有必要出庭为条件。此外,结合2012年民事诉讼法第七十八条后半部分关于“经人民法院通知,鉴定人拒不出庭作证”的表述,以及《决定》第十一条、2012年民事诉讼法第七十三条关于证人出庭作证的规定,要求鉴定人出庭作证,还应当以人民法院通知为条件。

仅从2012年民事诉讼法第七十八条的文义上看,只要当事人对鉴定意见有异议而不问其异议是否成立或是否有正当理由,鉴定人均应出庭作证,此时人民法院并无关于鉴定人是否出庭的决定权;人民法院认为有必要,鉴定

人也应当出庭作证，至于人民法院认为必要的理由则再所不问。有人认为，无论当事人对鉴定意见是否有异议，鉴定人都必须出庭接受当事人对鉴定意见的质证。[11]我们认为，虽然2012年民事诉讼法第七十八条规定较《决定》而言，规定了更为宽松的鉴定人出庭作证的启动条件，但并不意味着鉴定人出庭作证程序可以随意启动，为防止诉讼拖延，节约司法资源，依法保护鉴定人的合法权益，防止当事人随意提出异议或人民法院滥用权力，人民法院对于当事人有关鉴定意见的异议，应有一定的审查权。通常而言，当事人对于鉴定意见中直接影响案件事实认定的内容存在异议，人民法院为查明案件事实所必须时，方可要求鉴定人出庭作证。对于除此之外的情形，人民法院则要予以一定的审查。如前所述，鉴定人并无高于证人的特殊地位，尤其是在当事人主义诉讼模式下，鉴定人更接近于证人，同证人一样，都有出庭作证的义务。而证人出庭作证也非绝对化，2012年民事诉讼法明确规定了证人可以不出庭作证的情形，故鉴定人在某些特殊情形下，也可以不出庭作证，比如双方当事人对鉴定意见并无异议，鉴定文书仅是存在标点、错别字或语言不规范等方面的瑕疵，当事人仅就此瑕疵提出异议的，不宜要求鉴定人出庭作证；鉴定人年迈体弱、患有重病或行动极不方便的，或者鉴定人已经死亡、失踪或者下落不明以及因自然灾害等不可抗力导致其无法出庭的情况下，要求鉴定人出庭作证也属于客观不能。

## （二）鉴定人出庭作证的内容

任何证据不经质证不能作为定案的依据，鉴定意见也不例外。鉴定人出庭作证是质证鉴定意见，贯彻直接、言词原则的前提和基础。[12]要求鉴定人出庭作证就是为了便于双方当事人对鉴定意见充分发表质证意见，同时为鉴定意见的科学性和公信力提供保障。鉴定人出庭作证主要有两方面的内容：

### 出庭陈述

鉴定人应当依照人民法院的通知，准时到庭作证。为方便双方当事人对鉴定意见发表质证意见和人民法院对鉴定意见进行依法认证，鉴定人出庭作证时应当在人民法院的主持下围绕鉴定意见的程序、内容进行必要的陈述。具体包括：（1）鉴定人的专业技术职称、鉴定资格；（2）鉴定的程序事项，比如委托鉴定的启动原因、有无应当回避的情形、送鉴定材料资料的提取、收集过程等；（3）鉴定意见作出的科学技术理论依据、标准等；（4）鉴定意见的最终结论。

通过鉴定人出庭陈述，人民法院可以更好的完成对鉴定人的资格审查，从形式上确认鉴定意见所反映案件事实的准确性，包括对鉴定程序是否合法，送检材料是否齐全，鉴定人是否具备相应专业知识，鉴定人是否应当回避等，也便于双方当事人展开质证，从而有利于人民法院最大限度的发现案件真实，实现案件所涉矛盾纠纷的依法妥善化解。

### 2. 接受询问

按照直接言词原则的要求，双方当事人都有权对鉴定意见发表质证意见，询问鉴定人。世界各国对鉴定意见的质证一般通过交叉询问程序进行。例如美国加州证据法典第721条（a）款规定：“按照b款，专家可以和其他证人在同等程度被交叉询问。”随着我国审判方式改革的不断深入，对证人出庭作证的，也已在采用交叉询问方式。对鉴定人的质证也应采取交叉询问的方式。人民法院为查明案件事实需要，也可以直接询问鉴定人。当然，在双方当事人对鉴定意见质证的环节，其对鉴定人的询问不可随意进行，仍应围绕鉴定意见的客观性、关联性、合法性相关的问题进行询问。在客观性方面，包括送检材料的收集、提取过程，鉴定人的专业技术水平，鉴定方法的科学性等内容，对于鉴定方法的科学性进行发问，具体又包括三个层次，“第一个层次：鉴定方法本身的科学性；第二个层次：鉴定方法选择的合理性；第三个层次：鉴定方法运用的正确性”[13]。在关联性方面，可以就鉴定意见针对的专门性问题与待证事实之间关联的形式是直接的还是间接的，关联的性质是必然的还是偶然的问题进行询问。如果鉴定意见与案件事实关联的形式是间接的，并且关联的性质是偶然的，那么鉴定意见的证明价值就比较小，当事人可以申请法官拒绝采信此鉴定意见。[14]在合法性方面，可以就鉴定人是否具有法定的回避的事由，鉴定人是否违反鉴定人职业道德和执业纪律，鉴定程序是否合法等内容进行询问。

## （三）鉴定人拒不出庭作证的法律后果

《决定》第十三条规定了鉴定人拒不出庭作证的行政责任，2012年民事诉讼法第七十八条进一步明确规定了“经人民法院通知，鉴定人拒不出庭作证”在证据采信及相应的民事实体领域的法律后果。结合此两条的规定，鉴定人拒不出庭作证，应当承担如下法律后果：

1. 该鉴定意见不得作为认定案件事实的根据，即该鉴定意见失去证据能力。
2. 支付鉴定费用的当事人可以要求返还鉴定费用。在鉴定人拒不返还鉴定费用时，支付费用一方当事人可以通过另行起诉的方式来获得相应救济。
3. 省级人民政府司法行政部门可以依法视情节予以司法鉴定的鉴定人或鉴定机构警告，责令改正，给予停止从事司法鉴定业务三个月以上一年以下的处罚；情节严重的，给予撤销登记的行政处罚。

### 注释：

[1] 卞建林、郭志媛：《规范司法鉴定程序之立法势在必行》，载《中国司法鉴定》2005年第4期。

[2] 奉晓政：《司法鉴定结论采信问题研究》，载《广西社会科学》2006年第2期。

[3] 李学军：《鉴定结论的专家论证及其他证据问题研究》，载《中国司法》2009年第1期。

[4] 唐磊、陈利红：《论鉴定结论的质证》，载《中国司法鉴定》2005年第6期。

[5] 沈德咏主编：《民事诉公司法解释理解与适用》，法律出版社2009年版，第243页。

[6]汤维建主编：《民事诉讼法学》，北京大学出版社2008年版，第201页。

[7]贾治辉：《鉴定结论的认证》，载《国家检察官学院学报》，2009年第5期。

[8]何家弘：《关于质证中几个基本问题之我见》，载《证据学论坛》第五卷。

[9]肖承海：《论鉴定结论质证的路径依赖》，载《证据科学》2008年第2期。

[10]肖建国等著：《民事证据规则与法律适用》，人民法院出版社2005年版，第381页。

[11]奉晓政：《司法鉴定结论采信问题研究》，载《广西社会科学》2006年第2期。

[12]李晶、唐滔：《最高院〈证据的若干规定〉中的鉴定书审查、质证规则》，载《中国司法鉴定》2005年第2期。

[13]许为安：《鉴定结论质证初探》，载《证据学论坛》第五卷。

[14]唐磊、陈利红：《论鉴定结论的质证》，载《中国司法鉴定》2005年第6期。

### 不能以未缴纳社会抚养费为由拒绝办理户口登记

2014年8月14日 人民法院报 陈婵

#### 【案情】

2010年2月，何某与张某结婚。2011年12月张某生下一女，2013年7月在未获得再生育服务证的情况下又生下一子，当地人口和计划生育行政部门发现后，要求缴纳社会抚养费，但何某与张某未缴纳。2013年12月，张某去当地派出所为其超生子办理户口登记，当地派出所以其未缴纳社会抚养费为由，拒绝办理。张某不服，以其子名义提起行政诉讼，要求确认派出所不予办理户口登记行为违法，并请求法院责令派出所予以办理。

#### 【分歧】

本案的争议焦点是：被告是否能够以未交纳社会抚养费为由拒绝为原告办理户口登记？

第一种意见认为，张某所生之子未办理再生育服务证，不符合计划生育基本国策和现行法律规定，属违法生育，在未按照规定缴纳社会抚养费的情况下，当地派出所所有权拒绝办理超生子的户口登记。

第二种意见认为，我国户口登记条例和人口与计划生育法均未规定超生子若不符合再生育条件，办理户口登记须以缴纳社会抚养费为前提，故派出所作为办理户口登记法定机关不能以此为由拒绝办理户口登记。

#### 【评析】

笔者同意第二种意见。

未交纳社会抚养费就不能为违法生育的超生子办理户口登记，这似乎已经在政府与社会公众之间形成了“共识”，目前我国部分地方政府也出台相应的规范性文件，明确规定户口登记机关只有在超生父母出示缴纳社会抚养费凭据的情况下才能为违法超生子办理户口登记。地方政府的这一规定，使得大量的违法超生子因其父母无力缴纳社会抚养费而不能办理户口登记，成为俗称的“黑户”，导致这一群体在教育、医疗、社保、就业、婚姻等诸多方面陷入困境。

然而，我国国籍法第四条规定：“父母双方或一方为中国公民，本人出生在中国，具有中国国籍。”户口登记条例第二条规定：“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……”第三条规定：“户口登记工作，由各级公安机关主管。城市和设有公安派出所的镇，以公安派出所管辖区为户口管辖区；……公安派出所为户口登记机关……”第七条规定：“婴儿出生后一个月以内，由户主、亲属、抚养人或者邻居向婴儿常住地户口登记机关申报出生登记。”人口与计划生育法第六条规定：“……县级以上地方各级人民政府计划生育行政部门负责本行政区域内的计划生育工作和计划生育有关的人口工作。”第四十一条第二款规定：“未在规定的期限内足额缴纳应当缴纳的社会抚养费的，自欠缴之日起，按照国家有关规定加收滞纳金；仍不缴纳的，由作出征收决定的计划生育行政部门依法向人民法院申请强制执行。”从上述条文所形成的法律逻辑可知，新生儿出生后，其父母可以向其常住地户口登记机关提出办理户口登记的申请，办理新生儿的户口登记只需依照国籍法的规定，提交证据证明新生儿符合获得中国国籍的条件即可，在满足上述条件的情况下，户口登记机关应当予以办理。至于违法超生子女的父母是否足额缴纳社会抚养费的问题，应是计划生育行政部门的职责范畴，户口登记机关不能以其未缴纳社会抚养费为由拒绝为违法超生子办理户口登记。超生子女的父母未缴纳社会抚养费，计划生育行政部门可以通过申请人民法院强制执行的方式予以解决。

本案派出所将社会抚养费的缴纳情况与违法超生子女户口登记的办理相互捆绑在一起，违反了行政法上的“禁止不当结合原则”，即行政机关的行政行为与相对人的给付间如无实质的内在关联的（特别从有无法律授权看），则不得互相结合（即不得互相有依存关系）。这一原则是基于行政机关与相对人的地位并不完全对等，如果行政机关可以无限制地结合各种“规定”对付相对人，相对人的地位将得不到应有的保障。因此，有必要禁止行政机关在作出行政行为时将无关事项随意捆绑。

综上，本案派出所因张某和何某未足额缴纳社会抚养费为由拒绝为其超生子办理户口登记的行为违法，派出所应当及时为张某和何某的超生子办理户口登记。

（作者单位：重庆市涪陵区人民法院）

### 离婚前男子欠债 离婚后前妻要还？

2014年08月14日 广州日报 章程

本报讯（记者章程 实习生肖艳娇 通讯员周艺）丈夫隐瞒妻子欠下的债务，妻子需要承担共同偿还义务吗？一男子在妻子不知情的情况下，借下28万元赌债，如今二人已离婚，妻子却被债主起诉，要求其替夫还债。昨日，记者从广州市花都区法院获悉，该院一审认为，这笔债务是男方的个人债务应由男方独自承担，女方有权不帮忙还债。广州中院二审后维持原判。

原标题：离婚前男子欠债 离婚后前妻要还？

法院：前妻不用还债

本报讯（记者章程 实习生肖艳娇 通讯员周艺）丈夫隐瞒妻子欠下的债务，妻子需要承担共同偿还义务吗？一男子在妻子不知情的情况下，借下28万元赌债，如今二人已离婚，妻子却被债主起诉，要求其替夫还债。昨日，记者从广州市花都区法院获悉，该院一审认为，这笔债务是男方的个人债务应由男方独自承担，女方有权不帮忙还债。广州中院二审后维持原判。

男子彭某游手好闲。2011年，他向李某借款人民币28万元用于赌博，且血本无归。此后两年多，李某多次催促彭某还钱，但他都无力偿还借款。2013年7月，李某一纸诉讼将彭某及其妻子毕某告上法院，请求法院判令该笔债务为彭某与毕某夫妻共同债务，毕某承担连带责任。因为彭某在借款时，他与毕某尚未离婚。

对此，毕某坚决表明双方已离婚几年了，不可能帮前夫彭某还款，且在离婚时已与前夫谈清楚了婚姻存续期间的债权债务问题，完全不知道这笔借款的存在，直到法院通知开庭才知道这笔借款的存在。再者，前夫签订借据与离婚时间只相差4天，她不可能因为逃避债务而离婚。彭某则声称，该28万元是赌债不是借款。当初李某要求写《现金借条》，自己在写的时候已经清楚说明本人是没有钱的，这些钱是在李某的赌场中输给李某的，“我是没有职业的，不存在因生意周转借款”。

花都法院审理认为，李某不能举证证实28万元借款是彭某与毕某夫妻合意借款，也不能证明彭某的借款用途，故李某认为债务是彭某与毕某的夫妻共同债务证据不足，故判决债务为彭某的个人债务。判决后，毕某不服一审判决，提起上诉，二审维持原判。

经办法官指出，债权人作为出借方，可以审查借款的用途、债务人偿债能力、借款是否夫妻双方的合意等等。如果债权人意欲夫妻双方共同承债，完全可以要求夫妻双方达成偿债合意，否则可以拒绝出借款项以规避自身风险，因此，债权人对自己的债权风险应当有一定的注意义务。

### 弃婴父母再玩失踪 或将失掉监护权

### 本市多部门探索困境儿童监护权转移 最高院通报一起成功案例

2014年08月13日 上海法治报 胡蝶飞

两岁半的木木（化名）已经在上海儿童医院住了超过两年，一直等待家人将她带回家乡。木木的亲生母亲是一起偷盗案的嫌疑人，早产生下孩子之后，偷偷从医院跑了，再也没出现。昨天，好消息传来，木木的外公从新疆赶来，终于将木木接回了家。

像木木这样滞留在医院的孩子不在少数。与此同时，遭父母虐待、监护不善的“困境儿童”案例时有见诸报端，引发社会关注。少年儿童失去正常监护之后怎么办？对于未尽监护义务的监护人如何对待？被撤销的监护人如何实现有效的转移？

日前，针对滞留医院的困境儿童，本市将尝试由妇联、民政、公安和高院等部门联合，探讨对滞留儿童的父母进行法律问责，并启动监护权转移。记者日前获悉，最高人民法院联合民政部、公安部等部门修改了《关于开展家庭监护失当未成年人监护权转移工作的指导意见（征求意见稿）》，并表示将建立完善未成年人监护干预制度，希望通过行政与司法衔接，撤销不尽责任监护人的监护权。

聚焦

无法认定“孤儿”幼童苦困医院

两岁半的木木已经在上海儿童医院新生儿科住了超过两年，一直等待家人将她带回家乡。木木的亲生母亲是一起偷盗案的嫌疑人，早产生下孩子之后，偷偷从医院跑了，再也没出现。

在医院做志愿者的邓瑛至今记得第一次见到木木的情景。那时候木木才8个月大，坐在新生儿科的小病床上，一脸不高兴的样子。看见邓瑛的时候，突然绽出笑容。

木木并不是唯一滞留在医院的孩子。2011年4月30日，7岁的王浩军因头部外伤，昏迷19个小时伴抽搐，被送往医院治疗，他的母亲转眼离去，杳无音讯；2009年5月30日，高丽（化名）在医院早产生下一名患有呼吸窘迫综合征、重度窒息、先天性心脏病等多种疾病的新生儿。经医护人员两个多月的治疗，孩子病情趋于稳定，但高丽却在某日突然不辞而别，院方多次联系高丽，均无任何回应……

据统计，2009年至2013年，仅上海儿童医院、儿科医院、新华医院、儿童医学中心四家医院，就有滞留儿童61人。这些孩子或是身边有包裹，里面放着父母留下的纸条；或是因重病被送入医院后，父母留了联系方式就离开了。因为无法被认定为“孤儿”，孩子只能滞留在医院。

即便有人想要收养像木木这样的孩子，也得先取消孩子父母的监护权，否则，孩子根本没法走出医院。



## 困境儿童监护权转移受关注

其实，不仅仅是医院，将儿童“扔”给法院、“扔”给公安的案例也时有发生。

去年，6岁的乐乐（化名）就被妈妈“扔”在了长宁区法院的门口。当法官发现他时，他正坐在立案大厅的角落里，手里拿着1000元钱，嘴角紧紧憋着，紧张地四处张望。妈妈告诉他去“上厕所”，却再也没有回来。

因为是非婚生子，爸爸、妈妈都不愿抚养他，无奈法官只好施予援手。乐乐并不是法官顾薛磊碰到的第一个被遗弃的孩子，据顾薛磊回忆，“自从我2007年到少年庭，至少已经发生过4起了，最大的16岁，最小的7岁”。最终，在各方努力下，历经波折后，乐乐还是被妈妈带回了家。

记者注意到，上海法院受理的案件中涉及困境儿童的案件还有一些其他类型，比如父母或者其他监护人不履行监护职责的、流浪儿童等失教儿童犯罪的。

所谓困境儿童，其实是指失去父母和事实上无人抚养的未成年人。比如，在南京发生的父亲入狱母亲出走后两名幼童在家中饿死事件中的两名幼童，长期遭家长虐待的儿童等，实际上也属于“困境儿童”范畴。

近年来，困境儿童各类报道屡见报端，社会对于这一群体的关注度也越来越高。建立儿童庇护机构、困境儿童监护权转移等问题也成为讨论热点。

### 建议

立法保障 同时完善儿童福利体系

其实，很多国家和地区将儿童权利置于所有社会问题之首。在最近半个世纪，英国、日本、瑞典、挪威以及我国香港、台湾地区都先后出台了儿童福利专门法案，从法律层面确立“困境儿童的监护权转移”原则。

姚建龙建议，重新立法的周期太长，可以先在现有法律基础上，让“困境儿童监护权转移”得到落实，“要完善立法，不能‘看上去很美’，却无法落地”，要从法律上明确撤销程序的申请主体，在撤销监护人资格诉讼过程中，应当确保实现儿童利益的最大化。与此同时，还应成立相应的国家保护机构，追求机构的专门化和人员的专业化。对父母监护以及监护权行使情况也应该有监督和评估机制，最根本还是应该从制度设计上去完善儿童福利制度。

还有专家认为，应明确规定监护人未尽监护职责时，相关义务人的报告职责。可以借鉴国外的经验，建立强制性报告制度。未成年人权益受到侵害不是“家务事”，医生、护士、教师、邻居、从事儿童看护的个人或组织、行政执法人员等，一旦发现未成年人权益受到其监护人侵害，应该立即报告公安机关，对未尽监护职责的人员和机构，应确定对其追究和处罚的具体责任。

### 探索

多部门联合探索启动监护权转移

幸运的是，上海的各个政府部门愿意在这件事上出一把力。近日，记者从有关部门获悉，针对滞留医院的困境儿童，本市将尝试由妇联、民政、公安和高院等部门联合，探讨对滞留儿童的父母进行法律问责，并启动监护权转移。

一旦发生困境儿童滞留医院的情况，公安部门将查询孩子父母信息，进行劝诫；如父母经劝诫仍不将孩子领回，将对其进行行政处罚，甚至采取刑事处罚措施。处罚后依然不改的，将由基层组织申请监护权转移，孩子的监护权将有可能被转移给符合资格的寄养家庭。也就是说，想把孩子遗弃在医院的父母，要掂量掂量后果了。

市民政局在同一天作出回应称，民政部门对包括滞留医院的儿童在内的困境儿童工作一直高度重视，一方面依靠现行法律法规来做好这方面工作，另一方面正在和妇联、公安、高院等有关部门密切协调合作，愿意做好“托底”。

最高院通报一起撤销监护权案

与此同时，撤销监护权在司法实践中也有了新的进展。上月底，在最高法公布的第四批典型案例中，就有一起撤销监护权案。

9岁的男孩林林（化名）遭到亲生母亲林丽某的长期虐待。林丽某用火烧脖子、剪耳朵、刀划脸等方式虐待自己的亲生儿子，林林的脸、手臂和整个后背布满深痕。

福建省仙游县人民法院依法判决，撤销林丽某对林某的监护人资格；指定申请人梧店村民委员会担任林林的监护人。考虑到村民委员会直接履行监护职责确实存在一些具体困难，林林最终被安排由当地民政部门代养。

最高法刑一庭副庭长李勇评价该案“对于依法保护未成年人合法权益具有重要意义”。

记者获悉，最高人民法院、公安部、民政部已联合召开家庭监护失当未成年人监护权转移工作座谈会，并就《关于开展家庭监护失当未成年人监护权转移工作的指导意见（征求意见稿）》进行深入研究讨论，并作出修改，内容包括起诉主体、适用范围、转移程序、部门职责、具体工作要求等。

这一指导意见的出台，令人期待。

### 三问

1 撤销失责父母的监护权，可不可行？

记者了解到，目前我国对于撤销监护权并非无法可依，《民法通则》和2007年新修订的《未成年人保护法》都有规定。

按照我国的《民法通则》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……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”。

2007年新修订的《未成年人保护法》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合法权益，经教育不改的，人民法院可以根据有关人员或者有关单位的申请，撤销其监护人的资格，依法另行指定监护人。被撤销监护资格的父母应当依法继续负担抚养费用”。

去年12月27日，上海市十四届人大常委会第十次会议修订通过的《上海市未成年人保护条例》第四十条规定，民政部门应当对孤儿、无法查明其父母或者其他监护人以及其他生活无着的未成年人，通过设立儿童福利机构、委托或者购买服务等方式收留抚养。

但时至今日，我国在撤销未成年人的监护人资格方面仍未取得更大进展，由法院裁定撤销未成年人监护人资格的案件少之又少。这又是为何，背后原因何在？

## 2 为何相关司法实践案例少之又少？

“法条看上去很漂亮，好像法律是管这些孩子的，但如果没有民政、妇联、公安这几个部门联手，不可能形成案例”，一直以来关注着困境儿童现状的上海市高院少年法庭指导处处长朱妙如是说。

在朱妙眼里，“困境儿童”面临着一个共同的问题：法律的缺失。

目前，我国并没有儿童福利法，针对儿童保护的条款散落在其他相关的法律中，大多只有原则性的规定，在现实中难以落实。

法律中对“有关单位和个人”的定义过于含糊，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，并且缺乏明确、细致的监护权转移司法程序。而撤销监护权之后由谁来抚养的问题，更使这类案件的裁定难上加难。

就算有人愿意向法院提出申请，并且有足够的证据支持取消家长的监护权，那接下来呢？民政部门是否有义务继续抚养这个孩子？万一孩子找不到寄养家庭怎么办？

“儿童福利保障急需从立法层面去推动，我国目前没有儿童福利法，而儿童保障绝不是民政部门一家的事，它同时涉及教育、医疗、财政、户籍、就业、住房、司法等多个部门。”朱妙说。

在上海市未成年人法研究会会长、上海政法学院教授姚建龙看来，目前困境儿童监护权转移就像一场接力赛，“现在是缺了跑第一棒的人”。从发现机制上来说，“比如虐童，在国外，如果一旦被发现，父母的监护权将予以撤销。”而对父母监护以及监护权行使情况，应该有监督和评估机制，法院毕竟只是司法机构，仅可以从事后的审判实践中发现儿童保护所存在的问题，但儿童保护最根本的应该从制度设计上主动发现问题，完善儿童福利制度。

## 3 监护权一旦转移，父母是否可再要回？

此外，困境儿童的监护权一旦从父母处转移出去，如果过几年，其父母有条件监护了，想再要回监护权，法律又该怎么回答？

有法律专家提出，法律现在只规定撤销监护人资格的程序，没有规定如何恢复监护人资格的程序。父母和子女之间的关系，首先是血缘关系，其次才是法律关系，如果因为父母侵害孩子权益而被撤销监护人资格，那么从现有的法律程序上来说，是很难被恢复的。

“撤销监护权本身就是一个很慎重的事情，只有在极为特殊的情况下，才会将未成年人从父母身边带走，”姚建龙表示，目前我国法律并没有对此作出明确规定。借鉴其他国家经验来看，撤销监护权会有一个缓冲考核机制，“一般是3个月到1年，在这个期限内，父母如果有条件有意愿提出恢复的，可以考核恢复。”

但是，姚建龙也表示，一旦超过了一定期限，未成年人已经被新的家庭领养并逐渐适应了新的监护环境，那么就不宜再去打破这一局面，“对孩子今后的成长也不利”。

## 汤翠连故意杀人案 ——经常遭受家暴致死丈夫获刑

2014年8月16日 中国法院网 沈阳市于洪区人民法院

### （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。杨玉洪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。

### 以亲子鉴定为内容签订承诺书的性质认定

2014年8月20日 人民法院报 赵克

**【案情】**

男方李某有婚前房产一套，并于2008年取得房产证。2012年10月，李某与王某登记结婚。2014年3月，王某生育一名女孩取名李某某。2014年4月，李某与王某签订承诺书一份，约定：“为消除彼此误解，夫妻一致同意将李某与女儿李某某做亲子鉴定，如李某某确系男方之女，则立即在李某婚前房产上加入王某姓名；反之则离婚。”经鉴定，检测结果支持李某与李某某之间存在血缘关系。事后李某拒绝变更房产登记，王某遂起诉至法院要求进行房屋过户登记。

**【分歧】**

本案的争议焦点是：李某以女儿是否与自己存在血缘关系为基本内容与王某签订的承诺书如何定性？

第一种观点认为，李某与王某签订的承诺书是双方真实意思表示，该约定符合赠与合同的成立要件。但赠与财产为不动产的，应办理不动产物权的变更登记手续。未办理变更登记之前，赠与人李某有权撤销赠与，据此应驳回王某的诉讼请求。

第二种观点认为，李某与王某签订承诺书的性质是附条件的民事合同，并非赠与合同。进行亲子鉴定是以伤害女方的感情为前提，感情的伤害和行为的完成本身也是合同对价，因此应当支持王某的诉讼请求。

**【评析】**

笔者赞同第一种观点。

1. 夫妻之间有互相忠实的义务。夫妻忠实义务，又称贞操义务，通常是指夫妻性生活的忠实，即不为婚外性行为，这种义务是一夫一妻婚姻制度所特有的要求。夫妻忠实义务不仅是道德义务，更是法律义务，目前世界上绝大多数国家都将忠诚义务规定为法律义务，我国婚姻法第四条也明确规定了夫妻应当互相忠实，互相尊重。

2. 李某与王某约定的亲子鉴定内容实质为夫妻忠诚协议。单就李某与王某签订的亲子鉴定约定来说，其不属于合同，本质是夫妻忠诚协议，其鉴定结论只能证明夫妻有无违反忠实义务。即使鉴定结论为李某某非李某亲生子女，也不能证明王某“有配偶者与他人同居”，只能证明女方违反婚姻法第四条，目前司法实践中不具可诉性，只具道德谴责性。

3. 李某与王某签订的房产变更登记的承诺性质为赠与合同。婚前财产属于个人所有，个人有权处置。且不论亲自鉴定的结果如何，李某同意在房产证上加入王某姓名，其实是把其婚前个人财产赠与女方。婚姻法司法解释（三）第六条明确规定：“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。”因此，李某在产权变更登记之前有权撤销赠与，王某的诉讼请求不能得到支持。

（作者单位：重庆市第五中级人民法院）

**反家暴须用权利武装弱者**

2014年8月20日 人民法院报 林济生

在反家暴的历程中，需要更加注重用权利武装弱者，建立起更加严密的法律制度和救济途径，真正做到有权利就有保障，有侵害就有救济，如此才是治理家暴的根本之道。

来自全国各地的160多位专家学者8月17日围绕深圳市妇女联合会起草的《深圳经济特区反家庭暴力条例（草案）》进行了热烈讨论。《草案》中家庭暴力的对象、界定等问题成为争议的焦点。当中语言暴力和经济暴力也被作为家庭暴力的表现形式，这有别于目前的地方性法规或政策对家庭暴力的界定。

一提起家庭暴力，人们的第一反应往往是家庭强势成员以殴打等肢体动作直接侵害、摧残家人身体。事实上，肢体暴力确实是家暴的重要表现形式，也是最容易引发矛盾升级的家庭隐患。2014年2月，最高人民法院公布了十起涉家庭暴力典型案例，其中所有刑事案件几乎都与肢体直接暴力相关。

然而，我们只有回到反家暴的原有初衷，才能对家暴给出最为科学的界定。反家暴正是在通过法律、政策、舆论等各种手段修护家庭内部恶性的倚强凌弱关系，纠正一切不平等的侵权行为，让家庭成员能够采用平和的方式平等对话，使每个人的权利能够最大限度行使，而不侵犯到他人权益。

实现家庭生活和睦，让相对弱势一方能够全面实现法定权利，其外延显然远远不止于禁止肢体暴力。一切依仗优势地位，对家庭成员进行身体、精神、经济侵害的行为，都应当纳入家庭暴力范畴，得到法律的有效控制。

人格尊严权是公民最起码的权利。婚姻法也规定着，“夫妻应当互相尊重；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。”如果对家庭成员进行言语攻击，侵害他人人格，这就形成了语言暴力。

婚姻法还规定着：“夫妻有互相扶养的义务。”除另有约定外，夫妻在婚姻关系存续期间所得财产，归夫妻共同所有。在法律上，夫妻双方都对共同财产有支配、使用的权利，如果一方对家庭成员实施经济封锁，这在本质上就是经济暴力。实际上，语言暴力、经济暴力给家庭关系造成的伤害、埋下的隐患与肢体暴力相比，有过之无不及。同时，也很容易形成几种暴力交错的局面。

深圳市本次公布《草案》，将语言暴力和经济暴力也作为家庭暴力的表现形式，正是回到了反家暴的立法初衷，

扩大家暴外延也正是立法原意。反家暴就是在和一切家庭侵权做斗争。

在确定好反家暴宗旨后，我们还将面临反家暴的路径问题。总体而言，建立反家暴制度有着两个重要途径。一方面，当家暴出现时，国家公权力与社会力量及时介入并有效纠偏。这在法律上，体现为对构成犯罪的家暴进行严惩，以人身保护令的形式对家暴者作出限制。

另一方面，也在于用权利平等武装相对弱势者，让家庭成员之间在各种权利上能够真正实现平等，以权利来对抗暴力。而在这个方面，我们在法律设计上还远远不足。以经济封锁为例，在目前婚姻法中，只有一方不履行扶养义务时，需要扶养的一方，才能要求对方给付扶养费。如果一方长期霸占、单边支配着夫妻共同财产，另一方除非提出离婚诉讼，要求分割财产以外，并无别的法律途径有效维权，即使是离婚，强势者也很容易以各种“看不见”的方式转移财产。

可见，以地方立法形式扩大反家暴外延，其创新善意难能可贵，也值得各地争相效仿，甚至有必要形成全社会的普遍共识，但是在反家暴的历程中，我们需要更加注重用权利武装弱者，建立起更加严密的法律制度和救济途径，真正做到有权利就有保障，有侵害就有救济，如此才是治理家暴的根本之道。

### 以权利武装弱者，回归立法初衷

2014年8月20日 中国妇女报 舒锐

深圳市妇联起草的《深圳经济特区反家庭暴力条例（草案）》将语言暴力和经济暴力也作为家庭暴力的表现形式，这有别于目前的地方性法规或政策对家庭暴力的界定。

一提起家庭暴力，人们的第一反应往往是家庭强势成员以殴打等肢体动作直接侵害、摧残家人身体。事实上，我们需要回到反家暴的原有初衷，才能对家暴给出最为科学的界定。反家暴是通过法律、政策、舆论等各种手段维护家庭内部恶性的倚强凌弱关系，纠正一切不平等的侵权行为，让家庭成员能够采用平和的方式平等对话，使每个人的权利能够最大限度行使，而不侵犯他人。

实现家庭生活和睦，让相对弱势一方能够全面实现法定权利，其外延显然远远不止于禁止肢体暴力。一切依仗优势地位，对家庭成员进行身体、精神、经济侵害的行为，都应当纳入家庭暴力范畴，得到法律的有效控制。

婚姻法规定，“夫妻有互相扶养的义务。”在法律上，夫妻双方都对共同财产有支配、使用的权利，如果一方对家庭成员实施经济封锁，本质就是经济暴力。实际上，语言暴力、经济暴力给家庭关系造成的伤害、埋下的隐患与肢体暴力相比，有过之无不及。同时，也很容易形成几种暴力交错的局面。

深圳市本次公布的反家暴条例草案，将语言暴力和经济暴力也作为家庭暴力的表现形式，正是回到了反家暴的立法初衷，扩大家暴外延也正是立法原意。反家暴就是在和一切家庭侵权做斗争。

在确定好反家暴宗旨后，我们还将面临反家暴的路径问题。总体而言，建立反家暴制度有着两个重要途径：一是当家暴出现时，国家公权力与社会力量及时介入并有效纠偏。这在法律上，体现为对构成犯罪的家暴进行严惩，以人身保护令的形式对家暴者作出限制；另一方面，也在于用权利平等武装相对弱势者，让家庭成员之间在各种权利上能够真正实现平等，以权利来对抗暴力。

而这个方面，我们在法律设计上还远远不足。以经济控制为例，在目前婚姻法中，只有一方不履行扶养义务时，需要扶养的一方，才能要求对方给付扶养费。如果一方长期霸占、单边支配着夫妻共同财产，另一方除非提出离婚诉讼，要求分割财产以外，并无别的法律途径有效维权。即使是离婚，强势者也很容易以各种“看不见”的方式转移财产。

可见，以地方立法形式扩大反家暴外延，其创新善意难能可贵，也值得各地效仿，甚至有必要形成全社会的普遍共识。总之，在反家暴的历程中，我们需要更加注重用权利武装弱者，建立起更加严密的法律制度和救济途径，真正做到有权利就有保障，有侵害就有救济，如此才是治理家暴的根本之道。

（作者系北京市西城区人民法院法官）

### 覃塘区法院：如何规范婚姻登记行为

2014年08月01日 覃塘区法院 林丽宁

【案例】2010年9月3日，自称为“韦某某”的女子持身份证和户口簿与杨某某到某婚姻登记处申请办理结婚登记手续。婚姻登记处的工作人员经对杨某某和“韦某某”提供的申请结婚登记材料进行审查，并对他们进行提问，作了口头和书面的申请结婚登记声明，认为他们的申请符合《中华人民共和国婚姻法》的规定，遂依照《婚姻登记条例》的程序，为杨某某与“韦某某”办理了结婚登记，并颁发给杨某某和“韦某某”《结婚证》。自称为“韦某某”的女子与杨某某登记结婚后不久，即于2010年9月10日离开出走，至今下落不明。杨某某为解除形式上的婚姻关系，于2013年10月到自称为“韦某某”提供给婚姻登记机关的身份证及户口簿所记载的住址某村屯查找，经该地公安机关派出所核实，辖区内韦某某于2012年7月6日因招工由原来的某村屯移入另一住址。《结婚证》上“韦某某”相片与原本户口地址的相片不相符，自称“韦某某”的女子是假冒某村屯实际存在的韦某某。杨某某遂以自称“韦某某”的女子冒充某村屯实际存在的韦某某骗取婚姻登记机关办理结婚登记手续为由向本院提起行政诉讼，请求撤销婚姻登记机关于2010年9月3日为杨某某与“韦某某”办理结婚登记颁发的《结婚证》。法院受理后认为虽然婚姻登记机关已经进行了相关的审查义务，但对自称“韦某某”的女子冒用的身份未能辨别真伪，给予“韦某

某”与原告杨某某办理结婚登记并颁发《结婚证》，存在认定事实方面的错误，依法判决撤销被告某民政局于2010年9月3日颁发给杨某某和“韦某某”的《结婚证》。

【评析】《婚姻登记条例》第二条规定，内地居民办理婚姻登记的机关是县级人民政府民政部门或者乡（镇）人民政府。本案被告是县级人民政府民政部门，根据原告杨某某与自称“韦某某”的女子的申请，为其办理婚姻登记，颁发《结婚证》，是履行其职责的行为。《婚姻登记条例》第五条规定，办理结婚登记的内地居民应当出具下列证件和证明材料：（一）本人的户口簿、身份证；（二）本人无配偶以及与对方当事人没有直系血亲和三代以内旁系血亲关系的签字声明。本案自称“韦某某”的女子冒充某村屯韦某某的身份、户口信息，采取欺骗手段与原告杨某某向婚姻登记机关申请办理结婚登记。婚姻登记机关应尽相关的审查义务，但对自称“韦某某”的女子冒用的身份未能辨别真伪，给予“韦某某”与原告杨某某办理结婚登记并颁发《结婚证》，最终被法院判决撤销。据了解，辖区婚姻登记信息的不共享，也是造成难辨别婚姻登记真伪的原因。且上述案例在某辖区发生的连续有几例，因此，为更好的防止骗婚骗财行为，如何进一步规范婚姻登记行为值得我们深思。

对如何规范婚姻登记行为，我们应该：

一、婚姻登记机关在办理登记过程中应主动告知当事人应当注意的事项，以及提交虚假材料可能引发的法律后果，警示当事人防范相应的登记风险，尽可能避免异常登记情形出现。

二、婚姻登记机关对受理的申请材料以及申请人身份信息的真实性履行审慎合理审查职责，即应尽到一般注意义务，若对材料的合法性有怀疑，即应进行材料的实质性审查。

三、民政部门应加强与公安机关的信息共享，增强信息真假的辨别能力，避免婚姻登记重复或错误，提高婚姻登记公信力。如案例中，因为公安、民政部门之间的个人资料信息的不共享，就难以辨别“韦某某”信息的真实性，造成婚姻登记错误。（林丽宁）

### 浅析夫妻财产约定的性质与效力

2014年5月19日 中国法院网 刘秀昌

#### 【案情】

原告兰某某与被告覃某某经人介绍相识，于2002年1月登记结婚，双方均系再婚，再婚后无生育子女。同时与原告、被告覃某某共同组建家庭的还有覃某某与其前夫离婚时，协议归覃某某抚养的尚未成年的兰某芝。2006年1月原、被告夫妻出资购买取得位于宜州市德胜镇屏风街的一块宅基地（面积67.20m<sup>2</sup>）。房屋建设前，即2008年12月31日，原告与被告签订一份《夫妻协议》，主要内容为：甲方（原告）、乙方（被告）双方于2002年登记再婚，甲方再婚前与前妻生育有三个女儿（即兰某柳、兰某杏、兰某岚三人均已结婚另行居住），乙方带有一女兰某芝跟随到男方家共同生活。为解决住房问题和避免建房后双方及其子女之间发生矛盾，双方经协商一致达成协议，其中的第三条约定：楼房建成后，房屋权属分为三等分，兰某某、覃某某、兰某芝各拥有一份产权；第四条约定：今后甲、乙双方均去世后，上述房屋归兰某芝个人及其子女继承，其他人不得干涉。

此后，原告即筹集资金建房，2009年2月办理建设房屋许可证，开始建房，房屋建成三层半，现已装修入住。后原告与被告覃某某因生活琐事产生矛盾而争吵，原告因此于2013年4月1日向法院提起诉讼，请求撤销《夫妻协议书》中第三条兰某芝拥有一份产权及第四条去世后上述房屋归兰某芝个人及其子女继承。

#### 【审理】

该案经过一审、二审、发回重审，经过重审法院作出如下判决：

1、对原告兰某某与被告覃某某于2008年12月31日签订的《夫妻协议书》中的第三条，关于原告兰某某与被告覃某某共同赠与被告兰某芝三分之一房产份额中属于原告兰某某自己名下赠与的份额（房产的六分之一）予以撤销。

2、对原告兰某某与被告覃某某于2008年12月31日签订的《夫妻协议书》第四条，关于原告兰某某与被告覃某某共同遗嘱给被告兰某芝个人及其子女继承中属于原告兰某某名下份额（房产的百分之五十）遗嘱予以撤销。

#### 【评析】

本案从《夫妻财产协议》形式上看，类似原告与被告就夫妻共同财产进行约定，而从本案协议书中第三、第四条协议内容分析实质为兼具赠与和遗嘱双重性质。理由是：

我国《婚姻法》第十九条第一款规定：“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……”，依据此规定，夫妻双方可以约定婚前或婚后财产归一方或双方共有，但不包括可以约定归夫妻之外的第三人所有。因此，本案协议书第三条的约定是原告与被告覃某某将夫妻共同财产（房产）的一部分无偿让与兰某芝，是赠与的行为。我国《继承法》第十六条规定：“公民可以依照本法规定立遗嘱处分个人财产，并可以指定遗嘱执行人。公民可以立遗嘱将个人财产指定由法定继承人的一人或者数人继承，……”，依照此规定，夫妻双方生前均可以立遗嘱将个人财产指定由法定继承人的一人或者数人来继承，因此，本案协议书中的第四条的约定，则是遗嘱的性质。

关于本案的赠与和遗嘱时效效力问题，《合同法》第187条规定，赠与的财产依法需要办理登记手续的，应当办理有关手续。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（一）》第9条规定，法律、行政法

规规定合同应当办理登记手续,但未规定登记生效的,当事人未办理登记手续不影响合同的效力,合同标的物所有权及其他物权不能转移。《物权法》第九条第一款规定,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。

依据上述规定,赠与的房屋需要办理登记过户手续,因未过户,致房屋的所有权没有转移。依据《合同法》第186条第1款规定,赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。因此,原告兰某某在房屋未办理登记转移为被告兰某芝共有手续时,有权撤销赠与合同,但本案属于夫妻共同赠与的行为,故兰某某仅有权撤回自己名下的百分之五十。

我国《合同法》第55条规定,具有撤销权的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内没有行使撤销权,撤销权消灭。但这条不适用赠与合同。第55条的行使范围限于《合同法》第54条规定的因重大误解、显失公平、欺诈胁迫和乘人之危所签订的合同。赠与合同不属于上述几种情形,故不能依照第55条规定的时间予以限制。赠与合同撤销的条件只要是所有权没有发生转移,就可能行使,不受时间限制。因此,本案的原告行使撤销权没有超过诉讼时效。

我国《继承法》第二十条规定:遗嘱可以撤销、变更所立的遗嘱。《夫妻协议书》第四条的约定,是原告与被告覃某某对自己的财产的处分,是一条共同的遗嘱。因遗嘱系遗嘱人死亡后才发生法律效力,原告兰某某与被告覃某某均尚未死亡,该条款尚未产生效力,故原告兰某某可以撤销,但原告兰某某也仅有权撤销自己名下的百分之五十。

我国的夫妻财产约定制度因婚姻立法的完善而规范,解决了现今社会对于夫妻之间财产约定时可能出现的纠纷。如果夫妻之间的财产约定不明,容易发生纠纷,因此,随着现代社会经济的发展,只有依法对夫妻财产进行约定,才能有效维护婚姻家庭和社会经济生活的稳定。对如何把握好夫妻约定财产的合法性,笔者认为:1、必须是夫妻双方真实意思的表示;2、只能就夫妻一方或双方的婚前、婚后财产加以协议;3、必须依据法律规定的形式设立;4、夫妻财产的约定不能处分家庭共有人的财产及逃避夫妻共同债务。

(作者单位:广西宜州市人民法院)

### 《最高院公报》案例:陈爱华诉南京市江宁区住房和城乡建设局不履行房屋登记法定职责案

2014年8月18日 中华人民共和国最高人民法院公报 2014年第8期 P40-42

#### 【裁判摘要】

国家对不动产实行统一登记制度。统一登记的范围、登记机构和登记办法,由法律、行政法规规定。司法部、建设部《关于房产登记管理中加强公证的联合通知》不属于法律、行政法规、地方性法规、规章的范畴,且与《物权法》、《继承法》、《房屋登记办法》等有关法律法规相抵触,不能成为房屋登记主管部门不履行房屋登记法定职责的依据。

原告:陈爱华,女,55岁,汉族,住江苏省滨海县。

被告:南京市江宁区住房和城乡建设局,住所地:江苏省南京市江宁区东山街道天元东路。

原告陈爱华因与被告南京市江宁区住房和城乡建设局(以下简称区住建局)发生不履行房屋登记法定职责纠纷,向南京市江宁区人民法院提起行政诉讼。

原告陈爱华诉称:南京市江宁区双龙大道833号南方花园A组团23-201室住房原为曹振林所有。2011年5月23日,曹振林亲笔书写遗嘱,将该房产及一间储藏室(8平方米)、以及曹振林名下所有存款金、曹振林住房中的全部用品无条件赠给陈爱华。后曹振林于2011年6月22日在医院去世。2011年7月22日,原告经南京市公证处作出公证,声明接受曹振林的全部遗赠。2011年8月3日,原告携带曹振林遗嘱、房产证、公证书等材料前往被告下设的房地产交易中心办理过户手续被拒绝。2011年10月10日,原告向被告提出书面申请要求被告依法为其办理房屋所有权转移登记,被告于2011年10月27日书面回复,以“遗嘱未经公证,又无‘遗嘱继承公证书’”为由不予办理遗产转移登记。综上,原告认为被告强制公证的做法,与我国现行的《继承法》、《物权法》、《公证法》等多部法律相抵触。故提起行政诉讼,要求法院确认被告拒为原告办理房屋所有权转移登记的行为违法,责令被告就该涉案房屋为原告办理房屋所有权转移登记。

原告陈爱华提交如下证据:1.曹振林所书《我的遗言》,证明曹振林将涉案房屋遗赠给原告;2.曹振林身份证及户籍信息证明复印件各1份,证明曹振林的身份;3.江宁房权证东山第J00043260号《房屋产权证》、宁江国用(2006)第19372号《国有土地使用权证》各1份,证明曹振林对遗言中所涉及房产有合法处置权;4.编号为0000974号《证明》1份,证明曹振林已过世并被安葬;5.南京市南京公证处出具《公证书》1份,证明原告已声明接受曹振林的遗赠;6.房产分层分户平面图、取号单、发票各1份,证明原告前往被告处办理房屋所有权转移登记,并办理好配图手续及交纳费用,但是被告拒绝为其办理的事实;7.《关于办理过户登记的申请》及国内特快专递邮件详情单各1份,证明原告向被告书面申请办理过户登记的事实;8.区住建局作出的《关于陈爱华办理过户登记的回复》1份,证明被告回复无法为原告办理房屋所有权转移登记;9.南京师范大学司法鉴定中心出具的鉴定意见书1份,证明曹振林所书《我的遗言》是其本人书写,是其真实意思表示;10.曹振林的死亡医学证明书1份,证明曹振林于2011年6月22日在南京市第一医院肿瘤内科病房去世的事实。

被告区住建局辩称:根据司法部、建设部《关于房产登记管理中加强公证的联合通知》(以下简称《联合通知》)

第二条之规定：“遗嘱人为处分房产而设立的遗嘱，应当办理公证。遗嘱人死亡后，遗嘱受益人须持公证机关出具的‘遗嘱公证书’，和‘遗嘱继承权公证书’或‘接受遗赠公证书’，以及房产所有权证、契证到房地产管理机关办理房产所有权转移登记手续。处分房产的遗嘱未经公证，在遗嘱生效后其法定继承人或遗嘱受益人可根据遗嘱内容协商签订遗产分割协议，经公证证明后到房地产管理机关办理房产所有权转移登记手续。对遗嘱内容有争议，经协商不能达成遗产分割协议的，可向人民法院提起诉讼。房地产管理机关根据判决办理房产所有权转移登记手续。”而本案原告陈爱华仅依据曹振林所立书面遗嘱为依据提出房屋所有权转移登记申请，该遗嘱并未经过公证，且原告也未提供该遗嘱分割协议，故不符合《联合通知》的规定，不应为其办理房屋所有权转移登记。综上，被告不予办理房屋所有权转移登记的具体行政行为事实清楚、程序合法、适用法律正确，请求法院依法驳回原告的诉讼请求。

南京市江宁区人民法院经审理查明：

南京市江宁区双龙大道 833 号南方花园 A 组团 23-201 室房屋所有权人为曹振林。2011 年 5 月 23 日，曹振林亲笔书写遗嘱，将该房产及一间储藏室（8 平方米）以及曹振林名下所有存款金、曹振林住房中的全部用品无条件赠给原告陈爱华。后曹振林于 2011 年 6 月 22 日在医院去世。2011 年 7 月 22 日，原告经江苏省南京市南京公证处作出公证，声明接受曹振林的全部遗赠。2011 年 8 月 3 日，原告携带曹振林遗嘱、房产证、公证书等材料前往被告区住建局下设的房地产交易中心办理房屋所有权转移登记被拒绝。2011 年 10 月 10 日，原告向被告提出书面申请要求被告依法为其办理房屋所有权转移登记，被告于 2011 年 10 月 27 日书面回复，以“遗嘱未经公证，又无‘遗嘱继承公证书’”为由不予办理遗产转移登记。综上，原告认为被告强制公证的做法，与我国现行的《继承法》、《物权法》、《公证法》等多部法律相抵触。故向本院提起行政诉讼，要求法院确认被告拒为原告办理房屋所有权转移登记的行为违法，责令被告就涉案房屋为原告办理房屋所有权转移登记。

本案的争议焦点是：关于司法部、建设部《联合通知》效力的认定。

南京市江宁区人民法院一审认为：

根据相关法律法规规定，房屋登记，由房屋所在地的房屋登记机构办理。被告区住建局作为房屋登记行政主管部门，负责其辖区内的房屋登记工作。本案中，曹振林书面遗嘱的真实性已进行司法鉴定，南京师范大学司法鉴定中心出具的鉴定结论为：曹振林该书面遗嘱中“曹振林”签名与提供的签名样本是同一人书写。

根据《中华人民共和国行政诉讼法》第五十二条之规定：“人民法院审理行政案件，以法律和行政法规、地方性法规为依据。地方性法规适用于本行政区域内发生的行政案件。”及第五十三条之规定：“人民法院审理行政案件，参照国务院部、委根据法律和国务院的行政法规、决定、命令制定、发布的规章以及省、自治区、直辖市和省、自治区的人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民政府根据法律和国务院的行政法规制定、发布的规章。”另《中华人民共和国物权法》第十条规定：“国家对不动产实行统一登记制度。统一登记的范围、登记机构和登记办法，由法律、行政法规规定。”《中华人民共和国继承法》第十六条第三款之规定：“公民可以立遗嘱将个人财产赠给国家、集体或者法定继承人以外的人。”以及第十七条第二款之规定：“自书遗嘱由遗嘱人亲笔书写，签名，注明年、月、日。”另《房屋登记办法》第三十二条规定：“发生下列情形之一的，当事人应当在有关法律文件生效或者事实发生后申请房屋所有权转移登记……（三）赠与……。”且《房屋登记办法》并无规定，要求遗嘱受益人须持公证机关出具的遗嘱公证书才能办理房屋转移登记。

本案中，《联合通知》是由司法部和建设部联合发布的政府性规范性文件，不属于法律、行政法规、地方性法规或规章的范畴，其规范的内容不得与《物权法》、《继承法》、《房屋登记办法》等法律法规相抵触。行政机关行使行政职能时必须符合法律规定，行使法律赋予的行政权力，其不能在有关法律法规规定之外创设新的权力来限制或剥夺行政相对人的合法权利。行政机构以此为由干涉行政相对人的合法权利，要求其履行非依法赋予的责任义务，法院不予支持。故，被告依据《联合通知》的规定要求原告必须出示遗嘱公证书才能办理房屋转移登记的行为与法律法规相抵触，对该涉案房屋不予办理房屋所有权转移登记的具体行政行为违法。

据此，南京市江宁区人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四条第（二）项、第（三）项之规定，于 2013 年 7 月 24 日判决如下：

一、撤销被告区住建局于 2011 年 10 月 27 日作出的《关于陈爱华办理过户登记申请的回复》。

一、责令被告区住建局在本判决书发生法律效力后 30 日内履行对原告陈爱华办理该涉案房屋所有权转移登记的法定职责。

区住建局不服一审判决，向南京市中级人民法院提起上诉，审理过程中，上诉人区住建局同意为被上诉人陈爱华办理涉案房屋登记手续并申请撤回上诉，南京市中级人民法院于 2013 年 10 月 8 日裁定如下：准予上诉人区住建局撤回上诉。

## “婚闹”为分手而大打出手

2014 年 8 月 18 日 人民法院报 陈志龙

近年来，福建省永定县人民法院在审理离婚案件过程中发现，当事人双方“婚闹”妨碍审理现象经常发生。据统计，2013 年 1 月至今年 8 月 11 日，该院共受理婚姻家庭纠纷案件 817 件，审结 744 件，当事人双方及亲属“婚闹”妨碍审理的 143 件，占离婚案件总数的 18.5%。

离婚案件的处理涉及人身关系、子女抚养、财产分割等多个方面，本来处理难度就比较大。“婚闹”现象的出现，不仅恶化了双方当事人本已脆弱的关系，而且对法官审案施加了压力和设置了阻碍，严重影响案件处理效果。

今年4月初，永定法院城郊法庭在调解一起离婚案件时，作为被告的丈夫不愿意离婚，在开庭前指着妻子钟女士说：“你还敢离婚，看来不教训教训你是不行啦，今天你就别想好好地走出这个法庭！”

当时被告还叫来了五、六名亲属帮忙，强行阻止，不让妻子乘车进入法庭。法庭干警迅速行动，劝服被告及其亲属让原告进入法庭，平息了被告及其亲属的聚众闹事事件。

原来，十五年前，原、被告双方以“姑换嫂”的形式按农村风俗举行婚礼并同居生活。同居生活期间，原、被告双方先后生育二子。钟女士与丈夫在一起生活后，因无法忍受丈夫的长期家庭暴力离家出走，与丈夫长期分居，并于今年3月向法院提起了离婚诉讼。最后，经法院审理，查明事实真相，法院判决准予原、被告双方离婚，原告支付二婚生子抚养费1万余元。

永定法院介绍，该案只是日益增多的“婚闹”现象中的一例，“婚闹”现象引发了一系列社会问题，亟待重视。

#### “激情”对立 调解难度加大

离婚案件中，男女双方当事人一般矛盾尖锐，情绪对立，此时如果一方“激情”对立，言行刺激，势必加大矛盾，既令己方骑虎难下，也让对方怨恨加重。

这大大加大了法官开展调解工作的难度，原本能够调解和好或调解离婚的案件成为无望，一个直接后果是：出现“婚闹”的离婚案件调撤率明显下降。据统计，2013年1月至今，该院审理的离婚案件调撤率仅55.4%，远远低于同期民事案件调撤率68.6%。

#### 群体斗殴 扩大社会矛盾

“婚闹”成员有当事人的亲戚、朋友，也有本宗族人员，更有专为图利的其他社会闲杂人员。在公开审理的案件中，常在庭审中随意指责对方，影响庭审。遇不公开审理案件则在庭前散布不当言论，庭后拦阻对方，以讨要说法为由扩大矛盾。在离婚案件中，“婚闹”的出现，不但增加离婚双方当事人之间的矛盾，而且也引起了“婚闹”之间的矛盾，易发生群体性的斗殴事件，引发新的人身损害赔偿纠纷，产生新的社会不稳定因素。

2013年1月至今，该院在审理离婚案件中，因“婚闹”引起故意伤害治安处罚10件，追究刑事责任3件。

#### 思想偏激 诱发暴力抗法

2013年3月，一农民因不服法庭判决，酒后带人冲击法庭，殴打一名现场执勤的法庭协警员，造成协警员受轻伤。最后，该农民被公安机关予以刑事拘留。

在矛盾激烈的离婚案件中，双方当事人及亲属思想易陷入偏激，有的以自杀或其他方式给法院施加压力，有的哄闹法庭，围攻法官。今年以来，该院审理的离婚案件中，发生当事人及亲属以自杀或其他方式给法院施加压力、哄闹法庭、围攻法官事件11件。

#### 对策：离婚案件审理需做“风控”

加大对离婚案件风险防控力度。规范审判工作人员司法行为，支持乡镇司法所、人民调解委员会和基层组织强化调解功能，加强巡回办案和司法宣传，引导群众树立正确的婚姻家庭观念。

加大普法教育力度。对“婚闹”现象应事先予以观察、预防，及早发现苗头。在开庭前，对“婚闹”者以案例对其进行严肃教育，提醒、警告其要按法律办事。

加大对“婚闹”的预警威慑力度。法院建立“婚闹”法庭预警制度，在开庭审理前积极采取防范控制措施，在庭审中安排法警维持法庭秩序，对哄闹法庭者，告知如继续哄闹法庭便按法律规定处理。

加大对“婚闹”的惩治追究力度。法院应当采取相关措施惩治“婚闹”者，对在庭审中寻衅滋事、借机谋财的“婚闹”者应依法予以处罚，对情节严重的“婚闹”者，应依法追究其法律责任。

### 男子出轨要离婚 父亲贴大字报辱骂其“情人”

2014年08月18日 法制晚报 王巍

法官表示，老王为儿子的家庭稳定着想，其出发点可以理解，但其冲动行为突破了法律底线，公开贬损他人人格，导致他人社会评价降低，就需要对自己的侵权行为承担相应民事责任。

原标题：公开侮辱女子 老人被判侵权

法制晚报讯（记者 王巍）儿子婚后出轨，老父亲看不过去，跟踪“小三儿”并在其住所张贴大字报辱骂，记者今天获悉，海淀法院判处老父亲承担相应的侵权责任。

2012年5月20日，将近不惑的王明在父母匆促之下成家，次年妻子诞下一子。

2013年6月，王明突然提出离婚。父亲老王从儿媳处得知儿子可能有了外遇，便开始跟踪儿子，发现一李姓女子和儿子多次一起就餐。

于是老王跟踪该女子，找到其住处，并在该女子所住小区张贴大字报对其辱骂，后李女士将老王诉至法院，要求老王停止侵权、赔礼道歉并赔偿精神损失费1万元。

庭审中，老王称李女士和王明曾是同事，李女士与自己儿子保持不正当关系导致儿子家庭破裂。老王对通过张贴大字报辱骂李女士的事实表示认可，但他称自己并非恶意诽谤，故拒绝道歉，也不同意支付李女士精神损失费。



## 法官说案

法院审理认为，老王在字报中使用侮辱性语言，污损李女士个人形象，主观上有贬损李女士和降低其社会评价的故意，其在小区公示栏内张贴字报进而将不当言论传播，客观上也致使李女士的社会评价遭到贬损，故其应当承担相应侵权责任。

法官表示，老王为儿子的家庭稳定着想，其出发点可以理解，但其冲动行为突破了法律底线，公开贬损他人人格，导致他人社会评价降低，就需要对自己的侵权行为承担相应民事责任。

虽然老王称没有恶意诽谤，但是侮辱他人亦是构成名誉权侵权的方式之一，故最终法院认定老王侵犯了李女士的名誉权。

（文中人物均系化名）

## 离婚协议中房产归属条款相关法律问题探析

2014年8月19日 《法律适用》2014年第7期 陈敏、杨惠玲

注：本文系扫描件，仅供学术实务研究参考，如若引用，请务必对照原文。

**摘要** 离婚协议中夫妻间房产赠与条款应视为一种有目的的赠与行为，在离婚这一目的条件就后，即使房产尚未办理变更登记手续，也不允许赠与方任意撤销赠与。离婚协议约定夫妻一方或双方房产归属子女的，并不是第三人利益条款，而应视为夫妻一方或双方允诺向子女进行给付，属于“经由指令而为交付”的合同，子女并未取得直接请求父母履行给付的权利。夫妻双方诉前达成的离婚房产归属约定在诉讼离婚中则没有法律拘束力。

**关键词** 离婚协议 房产 赠与 第三人 允诺

离婚协议是夫妻双方就离婚及财产分割、子女抚养等事项达成的协议。房产作为重要的财产之一，夫妻双方在财产分割上必然有所涉及，同时双方在协议财产分割的过程中必然会关注其子女的利益。现实生活中，离婚协议在约定子女抚养费之外，还约定将夫妻共同财产归属子女的情形并不少见。尤其是约定将夫妻共有的房产归属子女的情形居多。关于夫妻一方反悔要求撤销房产赠与条款、离婚协议中房产赠与条款对子女的效力、子女如何救济自身权益等问题，在审判实践中存在广泛争议。本文将就上述问题展开论述。

## 一、离婚后，离婚协议中夫妻间房产赠与条款可否撤销

## （一）观点碰撞

[案例1]甲（女）与乙（男）原系夫妻关系。2012年1月28日，双方登记离婚，且在离婚协议中约定：乙婚前购买的江苏省句容市某小区房屋一套归甲所有。离婚后甲即搬出该房，离婚协议中其他事项均履行完毕。后甲要求乙将上述房屋产权过户到甲名下，乙予以拒绝，甲遂于2013年4月向江苏省句容市人民法院提起诉讼，请求法院判令乙履行离婚协议，将约定房屋过户给甲。乙在一审中要求撤销离婚协议中将房屋赠与甲的条款。

此案即涉及夫妻间房产赠与条款能否撤销的问题。对此，存在三种不同的观点。第一种观点认为：离婚协议中约定一方所有或双方共有的房产归另一方所有，在性质上属民法的赠与行为，应适用《合同法》有关赠与合同的规定。根据《合同法》第186条规定：“赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。”对于房屋而言，在未办理房产变更登记手续之前，夫妻一方享有任意撤销权，据此可撤销房产赠与条款。第二种观点认为：夫妻双方基于离婚事由将夫妻共同所有或者一方婚前所有的房产处分给另一方的行为，可视为一种有目的的赠与行为，这种发生在特定身份关系当事人之间的、有目的的赠与，并不违反法律的规定，具有一定的道德义务性质，也属一项诺成性的约定，在双方婚姻关系因登记离婚而解除的情况下，应认为赠与房产的目的已经实现，故离婚协议中的房产赠与条款不能随意撤销。[1]第三种观点认为：夫妻双方基于离婚事由将夫妻共同所有或者一方婚前所有的房产处分给另一方，与赠与有相似之处，但不是赠与。主要理由在于：这种房产归属的约定并不一定都是无偿行为，还可能涉及夫妻债务的清偿、离婚经济帮助、经济补偿以及损害赔偿等内容，并且该行为与离婚这一形成的身份行为密切相关，系附随身份的法律行为，与《合同法》规定的赠与行为显著不同，故不应将该种行为直接比照《合同法》中的赠与合同处理，而应适用民事法律行为的基本准则，因此赠与人不享有任意撤销权。[2]

## （二）本文观点：夫妻一方无任意撤销权

在我国，夫妻离婚时约定将一方所有或双方共有的房产赠与另一方，一般包括两种情况：一是在婚姻登记机关登记离婚，在离婚协议中约定；二是一方向法院提起离婚诉讼，双方在法院的主持下进行调解达成离婚协议，法院制作离婚调解书解除婚姻关系，双方在离婚调解书中约定。因人民法院出具的民事调解书和判决书具有同等的强制效力，民事调解书作出后原则上不予以撤销，除非一方在法定期间内提出证据证明调解违反自愿原则或者调解协议的内容违反法律，可以向人民法院就房产分割问题申请再审，人民法院经审查属实的，予以再审。因此，只有双方在婚姻登记机关达成的离婚协议才涉及夫妻间房产赠与条款的撤销问题。

对此，笔者赞同第二种观点，即离婚协议中夫妻间的房产赠与应视为一种目的的赠与行为，在夫妻双方登记离婚后，应视为赠与目的已经实现，即使房产尚未办理变更登记手续，基于诚信原则，不允许赠与方任意撤销赠与。根据《合同法》规定，赠与是合同赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与的合同。离婚协议中约定原属于一方的房产转归对方所有，或当事人放弃或部分放弃共有房产中属于自己的份额归对方所有，对方亦在离婚协议中签字认可，该约定符合赠与合同基本特征自不待言。同时，该类赠与条款与整个离婚协议是一个整体，

与离婚这一目的密不可分，是“一种附协议离婚条件的赠与”，[3]在离婚这一目的条件成就后，不能允许赠与方任意撤销赠与，此点与《合同法》规定的经过公证的赠与合同、具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同有异曲同工之妙。之所以排除赠与方享有任意撤销权，主要基于以下三个方面的理由。

首先，从性质上讲，离婚协议中夫妻间的房产赠与条款实为一种附随身份的法律行为。[4]离婚协议是夫妻双方就离婚及财产分割、子女抚养等事项达成的协议，其内容具有复合性，是数个法律行为的混合，既有形成的身份法律行为，即解除夫妻关系的协议，也有附随的身份法律行为，即关于子女抚养和财产分割的协议。夫妻间房产赠与条款作为离婚协议中财产分割协议，属于附随的身份法律行为，在效力上从属于离婚行为。一旦离婚行为生效，附随的财产协议一并生效，对协议当事人产生拘束力，当事人不得单方面变更或撤销。

其次，在法律适用上，根据特别法优于一般法的规定，应当优先适用《婚姻法》的规定。《合同法》第2条第2款明确规定：“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”。原因在于“婚姻、收养、监护等协议的约定内容直接牵涉到身份关系的变动，而身份关系的变动对当事人的影响甚大，法律应更加慎重处理，而不能像对待财产关系的变动一样给予当事人更大的处分自由”。[5]《合同法》第2条第2款排除的身份合同仅指没有财产内容的身份，离婚协议中夫妻间房产赠与的约定以财产关系为内容，因此属于《合同法》的调整范围，但该约定附随于离婚这一身份行为，根据特别法优于一般法的规定，应当优先适用《婚姻法》等有关法律，这些法律没有规定时才适用《合同法》。根据最高人民法院关于《婚姻法》的司法解释（二）第8条、第9条规定，离婚协议中关于财产分割的条款或者当事人因离婚就财产分割达成的协议，对男女双方具有法律约束力。男女双方协议离婚后一年内就财产分割问题反悔，请求变更或者撤销财产分割协议的，人民法院应当审理；审理后未发现订立财产分割协议时存在欺诈、胁迫等情形的，应当驳回当事人的诉讼请求。可见，司法解释（二）强调了离婚协议中财产分割条款的法律约束力，表现为双方不得擅自变更或撤销。在该类纠纷中，应“以离婚协议中赠与条款的法律约束力对抗任意撤销权的任意性”，[6]赠与与人无任意撤销权。

最后，在法律效果和社会效果上，基于诚实信用原则和公平原则，不得允许赠与人享有任意撤销权。“一般情况下，当事人是否同意离婚、在什么条件下同意离婚都是多方考量的结果”，[7]一方将自己所有的房产赠与给对方或放弃原本可以分割的共有房产归对方，以达到离婚的目的或达到尽快离婚的目的，是当事人的真实意愿，并不违反法律，理应产生拘束力。如在离婚后，房产未变更登记之前，允许夫妻一方有权随意撤销赠与，则必然导致对另一方的不公平，同时有违诚实信用的基本原则。另外，若赋予赠与方任意撤销权，则会带来赠与方恶意利用该撤销权，达到既离婚又占有房产的目的，这不仅给原配偶造成了经济损失和新的精神伤害，也给法院增加了诉累，因此引起的负面法律效果和社会效果显而易见。不过，赠与与人依据《合同法》第192条规定享有的法定撤销权则不受影响。

另外，因夫妻对共有财产享有平等的权利，当事人通过离婚协议放弃了全部或大部分房产，审判实践中应充分考虑离婚协议的特殊性，对于当事人事后以“显失公平”或“重大误解”为由予以变更或撤销的，法院应严格审查。“离婚财产分割协议确实有不同于一般民事合同的地方。由于离婚双方毕竟有过夫妻名分，共同生活过一段时间，可能还育有子女，在订立共同财产分割协议时，除了纯粹的利益考虑外，常常会难以避免地包含一些感情因素”。[s]因此，在未办理变更登记手续，一方当事人根据《婚姻法》司法解释（二）第8条、第9条规定，申请撤销、变更房产赠与条款的，人民法院不能轻易将离婚协议中一方放弃主要或大部分房产的约定认定为“显失公平”或“重大误解”而予以撤销或变更。

同时，《婚姻法》司法解释（三）第6条规定，婚前或者婚姻关系存续期间，当事人约定将一方所有的房产赠与另一方，赠与方在赠与房产变更登记之前撤销赠与，另一方请求判令继续履行的，人民法院可以按照《合同法》第186条的规定处理。可以看出婚前或者婚姻关系存续期间，夫妻间房产赠与条款的效力，与《合同法》中规定的赠与合同并无不同，主要系前文所述的离婚协议中夫妻间房产赠与条款的特殊性所致。

## 二、离婚协议中房产归属子女约定对子女的效力

### （一）子女的法律地位

夫妻双方在协议财产分割的过程中必然会关注其子女的利益，现实生活中，离婚协议在约定子女抚养费之外，还约定将一方所有财产或者夫妻共同财产归属子女的情形并不少见，尤其是约定将一方所有房产或者夫妻共有房产归属子女的情形居多。该约定与离婚协议中夫妻间房产赠与的约定有无区别，子女是否也应视为受赠人，在审判实践中存在肯定说与否定说之争。肯定说认为该与夫妻间房产赠与的约定并无区别，也是一种“附协议离婚条件的赠与行为”。[9]否定说则认为，该约定虽是无偿行为，但并不是一种赠与行为，而是为子女设定的权利，该约定属于第三人利益条款，不能简单适用赠与合同的规则。[10]

笔者认为，肯定说将子女认定为赠与合同的受赠人，这一观点值得商榷。赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与的合同。赠与合同的成立，须赠与人和受赠人意思表示一致。换言之，如果只有赠与人赠与的意思表示，并没有受赠人接受赠与的意思表示，赠与合同则不能成立。夫妻双方作为离婚协议的主体，在离婚协议中将共有房产归属子女的约定，仅是夫妻作为处分权人单方形成的房产赠与合意，并不能体现出子女表示接受赠与的意思表示，该夫妻双方的该约定仅处于要约状态，并不符合赠与合同的构成要件。因此，不论是在婚姻登记机关登记离婚时达成的离婚协议，还是向法院提起离婚诉讼，在法院达成的离婚调解书，所确认的只是离婚夫妻单方达成的房产赠与意思，与子女并不形成房产赠与合同。即使成年子女在离婚协议之外作出接受赠与的

意思表示，但因子女并非离婚协议的当事人，子女也“无资格以权利人或第三人的身份在父母的离婚调解书或离婚协议中与父母达成房产赠与合同”，[11]何况现实中在离婚协议中约定将一方所有或夫妻共有房产归属未成年子女的情形居多。因此，将离婚协议中的房产归属子女的约定认定为房产赠与合同混淆了要约与合同的区分，因而是站不住脚的。

否定说则认为，夫妻之间的该约定实际上是为子女设定的权利，属于第三人利益条款，这一观点也值得商榷。第三人利益条款即第三人利益合同，又称为第三人利益合同或利他合同，“指当事人一方约定他方向第三人给付，第三人因之取得直接请求给付权利之契约”，[12]“缔约双方约定，一方应向第三人履行特定义务，其通常是使第三人成为当事人双方所订立的某个合同的受益人，使其取得该合同所设定的权利……合同使第三人对于债务人取得直接请求给付之债权”。[13]

在合同法理论中，第三人利益合同和“经由指定而为给付”[14]合同均属向第三人给付的合同。在第三人利益合同中，第三人有请求权，而在“经由指定而为给付”合同中，第三人无请求权。第三人利益合同实际上包括两个部分：一是允诺人向相对人作出允诺；二是允诺人向第三人的允诺。第一个允诺或为要约，或为承诺，均于到达相对人时生效；第二个允诺是允诺人向第三人发出的单方允诺，是允诺人在与相对人的合同以外专门作出的一个独立的允诺。[15]“判断向第三人给付合同之第三人有无请求权的根据，就是合同中是否包含第二个允诺：无第二个允诺，向第三人给付合同就是‘经由指令而为给付’合同，第三人无请求权，非受益人；有第二个允诺，向第三人给付合同就是利他合同，第三人有请求权，是受益人”。[16]夫妻双方在离婚协议中约定，一方所有或双方共有的房产归属子女，只是“夫妻一方向相对方允诺，将向子女给付指定房产：如约定双方共有房产归属子女，实际上是双方分别向相对方允诺，将向子女给付共有房产之二分之一份额”，[17]并无夫妻一方或者双方向作为第三人的子女的允诺。因此，该约定应视为夫妻一方或双方允诺向子女给付，属“经由指令而为给付”的合同，而非第三人利益合同，作为第三人的子女仅具有受领给付的地位，无请求权，非受益人。同时，如前文所述，离婚协议是数个法律行为的混合，既有解除夫妻关系的身份法律行为，也有子女抚养和财产分割等附随身份的法律行为，父母约定共有房产归属子女条款和夫妻间房产赠与条款一样，均属于附随的身份法律行为，因此在效力上从属于离婚行为。一旦离婚行为生效，附随的财产协议一并生效，对协议当事人产生拘束力，当事人不得单方面变更或撤销。因此，其属于附离婚条件的“经由指令而为给付”的合同。

## （二）子女权益的救济

如前文所述，离婚协议约定夫妻一方或双方房产归属子女，属于“经由指令而为给付”的合同，是债务履行的一种常见的特殊形式。该约定并非合同法上的赠与行为，因此，离婚当事人不享有任意撤销权。不过，离婚当事人在协议离婚后一年内有证据证明订立财产分割协议时存在欺诈、胁迫等情形的，可以请求变更或者撤销财产分割协议。另外，由于子女仅具有受领给付的地位，若夫妻离婚后，在没有办理房产变更登记手续前，协商变更离婚协议的，适用有关合同变更的规定，不受子女的限制。但是在夫妻一方不协助子女办理过户登记手续的情况下，子女的权益如何救济？子女能否作为原告提起请求继续履行离婚协议相关条款的诉讼？或者能否到法院申请强制执行父母已经达成的离婚调解书？在审判实践中则存在分歧。

[案例 2]甲与乙原系夫妻关系，共同育有一子丙（已成年）。2013 年 3 月 10 日，甲、乙协议离婚，约定双方婚后共同出资购买但登记在乙名下的住房一套归丙所有。后乙拒绝将房屋产权过户至儿子丙名下。丙依据离婚协议的约定，将甲、乙列为共同被告向法院提起诉讼，要求确认该房屋产权归其所有。

[案例 3]甲和乙因夫妻感情破裂，经法院主持调解协议离婚。离婚调解书载明：1. 甲、乙自愿离婚；2. 婚生子丙（15 岁）随乙生活，抚养费由乙一人承担；3. 甲、乙共同所有的住房一套归儿子丙所有，该房屋暂由乙居住。丙成年后，在多次要求乙腾房无果的情况下，向法院提出强制执行申请。[18]

案例 2 即涉及子女独立请求权问题。在合同法理论中，“在‘经由指令而为交付’的情形，请求权仍为债权人享有，债务人系基于债权人的请求（指令）而向第三人（被指令人）为给付，第三人并不能取得对债务人的直接请求权。所以，如果债务人未按债权人指示向该第三人为给付行为，债务人应对债权人承担违约责任，第三人无权对债务人提出履行请求，也无权对债务人主张违约责任”。[19]因此，离婚协议约定夫妻一方或双方房产归属子女，一方拒绝协助办理房产变更登记手续的，子女无独立请求权，无权作为原告提起诉讼，而只能由父母一方向另一方提起继续履行离婚协议之诉。具体到案例 2，丙不是离婚协议的当事人，不享有请求权，但甲有权请求乙履行离婚协议中的约定，向丙交付房产，并协助办理产权变更登记手续。

案例 3 则涉及离婚调解书的执行问题。笔者认为，根据《民事诉讼法》第 236 条的规定，调解书和其他应当由人民法院执行的法律文书，当事人必须履行。一方拒绝履行的，对方当事人可以向人民法院申请执行。父母虽在民事调解书中约定共有房产归属子女，但子女并不是民事调解书的当事人，对父母不享有请求权，因此子女没有权利到法院申请强制执行。具体到案例 3，丙不是离婚协议的当事人，不能向法院申请执行，但作为民事调解书的“对方当事人”的甲则有权申请法院强制执行，将房产过户至丙名下。

## 三、离婚前，离婚协议中房产赠与条款的效力

[案例 4]甲与乙原系夫妻关系，且均系再婚，婚后未生育子女。2012 年 12 月，甲、乙签订离婚协议分割财产，协议中约定：1. 位于江苏省句容市 A 小区的别墅一幢、B 小区的住房一套、C 市场的门市房一间系甲用婚前财产购

买，甲同意A、C处房产归甲所有，B处房产归乙所有；2. 位于江苏省句容市D小区的住房一套系乙用婚前财产购买，归乙所有。后双方未登记离婚。2013年1月，乙向法院提起离婚诉讼，并请求依法分割上述四套共同房产，甲同意离婚，并提交双方签订的离婚房产分割协议，用以证明A、B、C处房产属其婚前财产。

此案即涉及双方在离婚协议中约定房产赠与条款，但当事人并未依该协议登记离婚，该离婚协议的效力问题。在2011年7月4日《婚姻法》司法解释（三）出台前，司法实务界对此一直存在争议，有的法院认定为离婚协议对当事人有拘束力，有的则认为没有拘束力。《婚姻法》司法解释（三）第14条对此作出了明确规定：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。不过，夫妻双方在诉前达成的离婚协议在诉讼离婚中具有一定的证据效力，对当事人的感情状况、财产状况等有一定的证明效力。具体到案例4，甲、乙达成的离婚协议及房产赠与对双方不产生法律约束力，不过该约定对双方的婚前财产状况则有一定的证明效力。

（作者单位：江苏省镇江市中级人民法院  
江苏省句容市人民法院）

[1] 范瑜净：“目的赠与行为在赠与目的实现后不得随意撤销——夏小芹诉沈自立离婚登记后财产履行纠纷一案”，载《人民法院报》2006年10月30日第6版。

[2] 许莉：“离婚协议效力探析”，载《法学论坛》2011年第1期。

[3] 吴晓芳：“《婚姻法》司法解释（三）适用中的疑难问题探析”，载《法律适用》2014年第1期。

[4] 同注[2]。

[5] 李静：“离婚协议中的赠与能否撤销”，载《人民司法》（案例）2010年第22期。

[6] 同注[3]。

[7] 同注[2]。

[8] 参见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）》，沪法民一[2004]26号，2004年9月7日发布。

[9] 吴晓芳：“《婚姻法》司法解释（三）适用中的疑难问题探析”，载《法律适用》2014年第1期；李静：“离婚协议中的赠与能否撤销”，载《人民司法》

（案例）2010年第22期。

[10] 龚明辉、赵文清：“离婚协议中的第三人利益条款法律效力研究”，载《法律适用》2009年第4期。

[11] 扬慧文、郭晓菊：“离婚调解协议中房产赠与约定法律问题探析”，载《人民法院报》2009年1月13日第6版。

[12] 郑玉波：《民法债编总论》，中国政法大学出版社2004年版，第358页。

[13] 尹田：“论涉他契约——兼评合同法第64条、第65条之规定”，载《法学研究》2001年第1期。

[14] 又称“经由被指令人而为交付”，是指“债务人应债权人的要求，将债的标的物向第三人交付，如甲向乙花店订购鲜花一束，约请乙花店送至甲女友丙处。参见尹田：“论涉他契约——兼评合同法第64条、第65条之规定”，载《法学研究》2001年第1期；【德】迪特尔·梅迪库斯：《德国债法总论》，杜景林、卢谔译，法律出版社2004年版，第583页；李锡鹤：《民法原理论稿（第二版）》，法律出版社2012年版，第367页-368页。

[15] 李锡鹤：《民法原理论稿（第二版）》，法律出版社2012年版，第367-368页。

[16] 同上注，第367-368页。

[17] 同注[2]。

[18] 同注[11]。

[19] 同注[13]。

## 拒不履行法院生效判决 构成犯罪判处拘役四个月

2014年8月19日 漯河市中级人民法院

有能力履行法院生效判决而拒不执行，侵犯的是国家的法律威严和人民法院生效裁判文书的司法权威，其行为已构成拒不执行判决裁定罪。8月15日，沁阳市人民法院审结一起拒不执行判决罪案件，被告人任余粮因犯拒不执行判决罪被判处拘役四个月。

经审理查明：2006年6月16日，家住沁阳市紫陵镇紫陵村的任余粮向同村好友任文通借款7000元并出具借条一张。2007年5月29日任文通病故，次年3月，任文通的继承人均同意该债权由任家安继承所有。后经任家安多次催要未果。任家安将任余粮告上法庭。2008年7月，沁阳市人民法院判令被告人任余粮偿还任家安人民币7000元，并承担诉讼费50元。判决生效后，被告人任余粮未按期履行判决确定义务。任家安于2008年9月16日向法院申请执行。同年10月14日沁阳市法院执行局向被告任余粮送达执行通知书，限定被告人任余粮于10月17日前履行偿还义务，但逾期后被告人仍未履行。该案在执行期间经多方查找核实，被告人任余粮在中国邮政储蓄银行股份有限公司沁阳市西万镇支行开设账户，多次进行大额交易，拒不履行法院判决。后该案经沁阳市人民法院审判

委员会研究决定，被执行人任余粮涉嫌构成拒不执行人民法院生效判决、裁定罪，根据《中华人民共和国民事诉讼法》的有关规定，于2013年9月4日将该案移送公安机关侦查办理。2014年1月4日被告人任余粮向任家安支付本金及利息共计10000元，并取得谅解。同年1月20日被告人任余粮到沁阳市公安局刑侦三中队投案。

法院审理后认为，被告人任余粮对人民法院生效的判决书有能力履行而拒不执行，侵犯了国家法律的威严和人民法院生效裁判文书的司法权威，情节严重，其行为已构成拒不执行判决裁定罪。沁阳市人民检察院指控被告人任余粮犯拒不执行判决裁定罪，事实清楚，证据确实充分，被告人投案后能如实供述自己的犯罪事实，系自首，并已全部履行判决义务并取得申请人任家安的谅解，可酌情从轻处罚。遂依照《中华人民共和国刑法》的有关规定作出上述判决。法官当庭宣判后，被告人任余粮表示认罪服从法院判决。

### 对于具有道德义务性质的赠与合同的认定

2014年8月19日 北京市高级法院

申诉人（一审被告、二审上诉人）顾以健。

被申诉人（一审原告、二审上诉人）张丽贞。

#### 一、案情

张丽贞与顾以健之妻郑秀相识，后郑秀因身患尿毒症等多种疾病无人看护，于是郑秀与顾以健便请求张丽贞帮忙照料。1994年起，张丽贞一直照顾郑秀的日常生活，直至1999年郑秀去世。之后，因顾以健无人照料，便请求张丽贞对其继续照顾日常生活，张丽贞遂继续照顾顾以健3年多。

在此期间，1998年顾以健将其单位中国科学院行政管理局（简称中科院行管局）分配的北京市西城区育教胡同5号楼112号房屋借给张丽贞使用。2000年因顾以健住房面积未达标，中科院行管局对其住房进行面积补差。其间顾以健在国外，故补差房屋有关手续交由张丽贞代为办理。2000年1月7日，顾以健曾给中科院原办公厅主任李云玲写信，信中反映其想将育教胡同的房屋和补差房给张丽贞，并询问可否将以上房屋合在一起调整一套稍大的住房。2001年2月16日顾以健给中科院代表退休人员的分房委员翟处长写信，称其愿将补差面积给张丽贞，有关一切手续，包括签字请经张丽贞代表并处理相关事宜。2002年12月27日，顾以健与中科院机关服务中心签订《中国科学院机关2000年职工住房调整协议书》，约定顾以健购买中科院为其补差的位于北京市海淀区中关村903楼3层301号住房，并同意将育教胡同房屋交还中科院行管局。2005年12月1日顾以健取得中关村903号补差面积房屋的房产所有权证书，但顾以健未将该房交付张丽贞。2006年中科院行管局将张丽贞正在使用的育教胡同房屋收回。

张丽贞诉至法院称，我照顾郑秀、顾以健多年。为此，顾以健自愿将单位分得的房屋赠与我。该房屋已办理了房产证，但顾以健一直拒绝向我交付房屋。现要求将该房屋交付给我并办理过户登记手续。

顾以健辩称，公民的赠与成立以交付为准，现该房屋并没有交付张丽贞。根据合同法规定赠与人在财产权利转移之前是可以撤销的，现我已经撤销了该行为，赠与关系是不成立的，不同意张丽贞的诉讼请求。

#### 二、审理结果

一审法院经审理认为，赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与的合同。具有道德义务性质的赠与合同在财产权利转移之前不得任意撤销。本案张丽贞与顾以健虽未签订书面赠与合同，但顾以健在给中科院等领导的信函中已先后两次明确表示其愿意将补差面积房屋及育教胡同房屋赠与张丽贞，该意思表示真实有效，并且顾以健同意将育教胡同房屋借给张丽贞使用的行为亦视为其对张丽贞照料义务的认可，系赠与的实际履行。张丽贞在1994年到2001年间一直对顾以健前妻郑秀及顾以健给予生活上的照料，该行为已经具备法律上所称的“具有道德义务性质”，是基于友情等产生的道德上的义务。顾以健应在其取得诉争房屋所有权证后及时履行赠与物交付义务，不应有悖于原赠与目的而撤销赠与，故张丽贞有权要求顾以健履行中关村补差面积房屋的交付义务。对张丽贞要求顾以健交付赠与房屋的诉讼请求，予以支持。遂判决：顾以健将位于北京市海淀区中关村903楼3层301号房屋交付给张丽贞，该房屋归张丽贞所有。

一审宣判后，顾以健不服，提起上诉。

二审法院经审理认为，顾以健基于张丽贞对其及其前妻长期照顾而承诺将育教胡同房屋及补差面积房屋赠与张丽贞的表示属于“具有道德义务性质”的赠与合同。该赠与合同在财产权利转移之前不得任意撤销。中科院将房屋分配给顾以健后，张丽贞要求顾以健履行赠与合同义务，交付该房屋的诉讼请求应予支持。故判决：驳回上诉，维持原判。

二审判决生效后，检察机关提出抗诉，认为根据现有证据以及双方当事人的陈述，虽能认定张丽贞对郑秀、顾以健进行照料的事实，但不排除顾以健基于其他原因而为赠与的意思表示。

再审法院查明的事实与原审认定的事实一致。

再审法院经审理认为，合同法第185条规定：赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与的合同。第186条第2款、第188条规定，具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同不适用撤销的规定，赠与人不交付赠与财产的，受赠人可以要求交付。本案中，顾以健先后二次给诉争房屋产权部门领导写信，明确表示愿将分配给自己的补差房屋赠与张丽贞。虽顾以健赠与的意思表示是向房屋的产权部门作出，但张丽贞明知该事实，并代顾以健办理相关手续。故可以认定顾以健与张丽贞之间存在事实上的

赠与合同关系。

本案再审期间，顾以健虽然否认张丽贞对自己及前妻有过帮助照顾的事实。但顾以健在本案原审及中科院诉顾以健腾房案件中，均承认张丽贞对自己及其前妻有照顾行为；证人也证明张丽贞对郑秀、顾以健进行了较长时间的帮助和照顾；且检察机关的抗诉书中也明确表示张丽贞确曾对顾以健及其前妻尽了帮助照顾义务。对于检察院抗诉书的内容，顾以健一方明确表示认可。所以，根据现有证据可以认定其对顾以健及前妻郑秀帮助照顾的事实存在。

顾以健作出赠与房屋的意思表示时，未明确基于何种原因将诉争房屋赠与张丽贞。但鉴于张丽贞帮助照顾顾以健及其前妻在前，顾以健作出赠与房屋意思表示在后。在没有证据证明顾以健赠与房屋给张丽贞存在其他原因的情形下，可以推定顾以健将房屋赠与张丽贞是基于张丽贞对顾以健及其前妻帮助照顾行为所致。依照法律规定，具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同不适用撤销的规定，赠与人不交付赠与财产的，受赠人可以要求交付。这体现了法律对救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与行为的褒扬和对受赠人取得期待利益的保护。本案中，张丽贞对顾以健及其前妻进行过长期照顾后，顾以健自愿作出了将其享有的住房赠与张丽贞所有的意思表示，张丽贞对此产生了信赖，并获得了相应的期待利益。张丽贞对顾以健及其前妻的帮助和照顾行为应得到鼓励和弘扬，同时也应对张丽贞实施该行为获得的物质利益进行保护。因此，原判认定顾以健将房屋赠与张丽贞的行为属于道德义务性质的赠与并无不妥。基于法律的规定，顾以健作出赠与意思表示后，无权要求撤销该赠与合同，同时张丽贞有权要求顾以健交付赠与房屋。

综上，再审法院作出再审判决：维持原终审民事判决。

### 三、意见

本案所涉及的规范基础，是《合同法》第186条。该条第1款规定，“赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与”；第2款又规定：“具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，不适用前款规定。”在此，根据本案双方的争论问题及检察机关的抗诉意见来看，我们首先需要解决的是，第2款“道德义务性质的赠与合同”用语作如何理解才妥当，即张丽贞对顾以健及其妻郑秀的照料行为与该法条含义是否相符。

道德义务，是指全社会成员依据社会道德规范，自觉自愿地承担对他人、对社会的道德责任。《公民道德建设实施纲要》就规定，从我国历史和现实的国情出发，社会主义道德建设要坚持以为人民服务为核心，以集体主义为原则，以爱祖国、爱人民、爱劳动、爱科学、爱社会主义为基本要求，以社会公德、职业道德、家庭美德为着力点。在公民道德建设中，应当把这些主要内容具体化、规范化，使之成为全体公民普遍认同和自觉遵守的行为准则。

由于“道德义务”本身只是个价值性概念，因此法律并未明文罗列何种行为属于具有道德义务性质的行为，实际上也不可能作出如此规定，所以就其作出的判断，也仅仅是一种价值判断而不是事实判断。价值判断最基本的依靠方式，主要是目的判断，因为事物的主要价值包含在目的追求中，所以价值判断主要应从目的入手。

本案中，张丽贞对顾以健及其前妻郑秀进行了长期的帮助和照顾行为，根据张丽贞照料行为在先、顾以健赠与房产的行为在后的事实来看，张丽贞所作照料行为的目的并不是为了获取一定的物质利益，更非基于顾以健赠与房产而作出的行为，而是基于一种朋友之间友情作出的帮助行为，一种助人为乐的行为，蕴含了同事、邻里之间的友情和社会道德，符合社会主义道德规范的要求，应当予以鼓励和弘扬。正是鉴于张丽贞对其夫妇二人长期的细心照料与无私帮助，顾以健才自愿作出了赠与房屋的意思表示，该赠与行为正是一种具有道德义务性质的赠与行为，符合合同法第186条第2款的规定，赠与人不得任意撤销该赠与行为。

综上，原判决是正确的。

来源：北京市法院参阅案例第51期（总第1180期）北京市高级法院编 2011年10月15日

## 离婚案件中被告方下落不明该怎么办？

2014年8月20日 许昌市中级人民法院 董万军 杜东安

在日益增多的离婚案件中，被告下落不明情形的存在，使得法官无法与当事人接触，也就难以判断夫妻感情是否已经破裂，一旦处理不慎会导致矛盾更加突出。为更好地处理该类纠纷，笔者结合司法实践，从诉讼流程上谈谈自己的看法。

### 一、管辖权的确定

依据《民事诉讼法》的相关规定，一方提起离婚，只要被告下落不明，就可在原告所在地提起离婚之诉。但对于“被告下落不明”的界定，法律既未规定相应的适用条件，也未规定确认“下落不明”的部门，在具体案件的处理中，所采取的证明方式多种多样，主要有以下几种情形：一方亲戚或双方亲戚，包括父母所出具的书面证明材料；原、被告所居住的村委会或居委会所出具的证明；地方派出所出具的证明；被告单位出具的证明。对于这些证明的采纳，笔者认为不能一概而论。亲戚及父母的证明因个人情感因素较多，容易存有私心，不宜采纳；单位出具的证明，因单位与被告是工作关系，无法得知工作时间之外被告的去向，且被告可以选择单位工作，对其证明也不宜采纳；对派出所和村（居）委会的证明，因基层组织与被告的居住、生活最为紧密，有能力获知被告的去向，且无个人情感因素，对其证明的效力，可以相信。因此，在立案审查阶段，原告在所在地法院起诉离婚时，笔者建议必须要提供派出所或村（居）委会证明被告下落不明的材料才能受理。

## 二、应诉材料的送达

由于离婚案件的被告下落不明，正常采取的方式只有公告送达。但因婚姻案件的特殊性，笔者认为不能千篇一律地采取公告送达，应在公告送达之前，与被告的近亲属取得相应的联系，如果在本地，可以上门谈话；如果在外地，可以电话联系，也可以邮寄送达。如果被告的近亲属知道原告提起离婚诉讼后，既不接受应诉材料，又不通知原告参加诉讼，应当立刻进行公告送达。

关于离婚案件公告送达的方式，通常采取的是当地张贴公告和报纸公告。笔者认为采取当地张贴公告比较适宜，理由是：一是当地知道被告下落的群众，可以及时通知被告；二是原告的离婚诉讼可以在群众中引起反响，法官可能接收到有利于被告的信息，有利于案件的公正判决；三是当地张贴公告能够减少时间，减少程序，节省资源。但对于下落不明一方是外地人的，通过报纸公告和当地张贴公告相结合的方式进行，更有利于保护被告的权利。

## 三、案件的判决

《婚姻法》准予离婚所确定的原则是：夫妻感情确已破裂。笔者认为作为配偶的一方应当知道另一方的去向，如果不让对方知道自己在何处，夫妻之间的各项义务也就无法履行，夫妻关系形同虚设，更谈不上有何夫妻感情。故而该类案件只要能确定被告下落不明时间在一年以上，笔者建议应当准予离婚。如果下落不明的一方是外地人，经邮寄户籍所在地亦无人接收的，应引起足够的重视，因为户籍登记中有很多“空挂户”，仅依据户籍登记确定公告送达，很可能导致当事人失去举证的权利。因此对该类案件第一次诉讼，判决不准离婚为宜。

### 救妈？救媳妇？引起离婚诉讼案

2014年08月21日 成都商报 王超

“老婆和妈同时掉河里，先救谁？”38岁的陈江（化名）至今没想好该如何回答是好。几个月前，当80后妻子向他抛出这个“经典难题”时，他的回答是：“先救妈，老婆可以再娶”，这个回答让原本就岌岌可危的婚姻进一步破裂。几天后，随着再次因其他琐事争吵，妻子独自回到老家，然后到法院提起离婚诉讼，欲结束8年的婚姻。

原标题：救妈？救媳妇？引起离婚诉讼案

“老婆和妈同时掉河里，先救谁？”38岁的陈江（化名）至今没想好该如何回答是好。几个月前，当80后妻子向他抛出这个“经典难题”时，他的回答是：“先救妈，老婆可以再娶”，这个回答让原本就岌岌可危的婚姻进一步破裂。几天后，随着再次因其他琐事争吵，妻子独自回到老家，然后到法院提起离婚诉讼，欲结束8年的婚姻。

妻子：丈夫思想古板，常吵架

丈夫：吵架正常，吵过就和好

2005年7月，时年20岁的周丽经人介绍，与29岁的陈江相识恋爱，并于2006年1月登记结婚。因周丽是家中独女，陈江做了上门女婿，婚后到周家生活。同年，第一个女儿出生。

周家父母当时的想法是，女婿虽然年龄大点，但成熟稳重会更懂得照顾女儿，两人的生活也会幸福美满。但后来的情况未如周家人所愿。

在周丽眼中，丈夫脾气不好，婚后两人经常吵架。周丽说，自己是80后，有时候会开玩笑，作为70后的丈夫思想却有些古板，两人交流上有“代沟”，经常会因为一些琐事争吵。陈江说：“两口子吵架很正常，其实吵了过后就和好了”。

家人称，周丽和丈夫都曾想过离婚，但最后在周围亲人的劝说下，选择继续一起生活。但今年3月份发生的几件事情，让周丽下定决心：离婚。

“先救妈，老婆可再娶”

“那你去跟你妈过”

母亲和媳妇同时掉到河里，作为男人的你会先去救谁呢？

这个流传甚久的“经典难题”曾难住不少人，一条网络流传的“万金油答案”是：“（紧紧抱住她）我真没用，竟让你问出这样的问题……”

今年3月的一天，同在成都一工地上干活的周丽向丈夫抛出上述经典难题时，陈江的回答是：先救我妈，老婆可以再娶。

“我当时就是跟他开玩笑，并不期待他的回答，但最后一句‘老婆可以再娶’还是让人感到很不舒服，他就是不会说话。”昨天，周丽向成都商报记者回忆当时的对话场景说，她随后说了一句“那你去跟你妈过”。

“你说这个问题，该如何回答？”昨天，陈江在电话中反问记者，他表示不愿再谈此事。

丈夫：“经典问题”是导火索

妻子：常因琐事吵闹，太累

3月底，陈江和周丽又因琐事发生争吵，并发生过抓扯。4月初，想到这些年来和丈夫经常争吵，加之丈夫一句“老婆可以再娶”，让周丽觉得婚姻生活很累，随后便独自回到阆中，并于当月底向阆中法院提起离婚诉讼。

在陈江看来，关于“经典问题”的回答最终成了妻子提起离婚诉讼的导火索。而周丽向记者解释说“也不只是因为他所说的那句话，这么多年一直吵吵闹闹，觉得一起生活太累。”

7月29日，阆中市人民法院开庭审理了周丽的离婚诉讼案。周丽诉称与陈江婚前了解不够，婚后常因琐事争吵，

被告有娶其他女人的想法。被告陈江辩称，与原告常年在外共同务工，并共同养育两个女儿，虽有因琐事争吵，但夫妻感情没有破裂，不同意离婚。一位参加了庭审的知情人士告诉记者，陈江在法庭上也说过“如果老婆和妈同时掉河里，先救妈，老婆可以再娶”的话，但这些都是玩笑话。

最终，法院审理认为，夫妻因生活琐事发生纠纷实属正常，虽然对夫妻感情发展造成了一定影响，但只要双方加强沟通交流，是可以和好的，法院最终未支持周丽的离婚诉求。

昨天，周丽告诉记者，之后还会继续提起离婚诉讼。陈江在电话中告诉记者，如果妻子接下来还是坚持离婚，自己也会同意。

旷心怡 成都商报实习记者 王超

## 夫妻闹离婚分财产 网店估价无法理依据法官头疼

2014年08月21日 南方都市报

五华法院统计，该院近年审理离婚官司涉及分割网络虚拟财产的诉求，这类财产五花八门，包括“吉利”数字的网聊软件号码、电子邮箱，网络游戏中的装备、宠物、角色等级与角色技能等。

原标题：夫妻闹离婚分财产网店估价法官头疼

南都讯记者 任先博 通讯员 巫乐 庭江育娇六家网店价值多少？广东梅州五华法院近日审理一起离婚案，夫妻俩要求分割此前两人共同经营的网店。由于虚拟财产的价值难以认定，着实让承办法官有些头疼。

吴先生、李女士在一场婚礼上认识后不久相恋。婚后，他们觉察到淘宝商机，先后辞工在淘宝网开了一家化妆品店，很快有了大批买主，好评率、信用度越来越高，不久便获得皇冠信用等级。夫妻俩已拥有六间网店。但是，随着两女儿出生，两人生活有了摩擦，关系日渐疏离，经常因家庭琐事争吵不休。身心疲惫的吴先生决定离婚，但多次与李女士协商未果，最终起诉至法院。

庭审时，李女士表示若要离婚，必须分割六间网店，认为六间网店价值150万元。而吴先生同意分割网店，但认为网店是虚拟财产，并不值150万元，若真值那么多，他愿放弃网店，让李女士折款70万元给他。

由于本案焦点涉及的网店属于虚拟财产，而我国目前没有明确虚拟财产保护法，且虚拟财产价值难以认定。经承办法官调查后发现，六间网店确实属于夫妻共同经营。在此基础上，法官只好耐心调解，双方自愿达成协议离婚，关于网店的归属，各分得三间。

虚拟财产如何分割？

法官：法理跟不上，多数靠调解

五华法院统计，该院近年审理离婚官司涉及分割网络虚拟财产的诉求，这类财产五花八门，包括“吉利”数字的网聊软件号码、电子邮箱，网络游戏中的装备、宠物、角色等级与角色技能等。法官认为应尽快立法确认虚拟财产的属性。

网络虚拟财产算不算财产？本案主审法官李常安说，正因为虚拟财产具备一般商品属性，因此目前司法实践中，审理涉及虚拟财产纠纷虽认可虚拟财产具有法律意义上的财产属性，但没有明确法律条文依据。处理涉及虚拟财产分割离婚案，现在多数靠调解结案，法理跟不上，只能用情理。

对网店等虚拟财产，争议双方无法达成一致意见的，李常安认为法院可以判决分割在网店下的实体货物，对网店经营收入、债务一并分割。网店与实体店一样，除设实体店铺，也凝聚经营者智慧与付出，声誉、级别不亚于实体店，应认可其财产合法性。建议尽快出台司法解释，对网络虚拟财产的性质进行界定，对虚拟财产的占有、管理、使用、收益、处予以明确规定

## 不动产善意取得的溯及确认——兼议民事法律的溯及适用

2014年8月22日 审判研究 陈静

论及不动产善意取得的溯及确认，我们可以看这样一个司法实务问题：丙在2007年9月30日前[1]从乙处购得A房屋，2007年10月1日后[2]经司法程序确认，乙出售A房屋实为无权处分。[3]现在，甲（A房屋的真正权利人）起诉要求追回A房屋，对此，法院能否适用物权法第106条规定，认定丙对A房屋构成善意取得。本文论题简言之：法院当前审理案件，能否适用物权法，确认物权法施行前的购买房屋行为构成善意取得。由于该论题系属于民事法律的溯及力范畴，故试从民事法律溯及力理论出发，对其展开讨论。

### 一、空白溯及理论与相近司法解释的考察

所谓“空白溯及”系指，如果新法制定之前，对于有关事项法律没有规定，则法律适用机关可以参考新法的规定对该事项予以处理。孔祥俊先生认为，这主要发生在民事和行政法领域。[4]最高法院对合同法和公司法的空白溯及采取了认可态度：《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（一）》第一条规定：……合同法实施以前成立的合同发生纠纷起诉到人民法院的，除本解释另有规定的以外，适用当时的法律规定。当时没有法律规定的，可以适用合同法的有关规定。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的解释（一）》第二条规定：因公司法实施前有关民事行为或者事件发生纠纷起诉到人民法院的，如当时的法律法规和司法解释没有明确规定时，可参照适用公司法的有关规定。这两条司法解释可能自然地引发出这样的推断：物权法与合同法、公司法同属民事法律，且处于相同法律位阶，其空白溯及效力也应当为最高法院所认可。作者以为，这种



推断并不周延。毕竟，物权法与合同法、公司法分别属于民法和商法；毕竟，法律和司法解释均未对物权法的空白溯及效力作出明确规定。为此，物权法第一百零六条能否溯及适用的问题，仍有继续讨论的必要。

物权法实施以后，最高法院并没有如同侵权责任法实施后一样，专门制定司法解释[5]以明确如何适用。但是，最高法院就物权法部分内容出台的两个司法解释，还是体现了其对物权法如何适用的基本态度。《最高人民法院关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第十九条第二款规定：因物权法施行后实施的行为引起的建筑物区分所有权纠纷案件，适用本解释。最高人民法院民一庭对此提供的解读为：物权法实施之前的行为引起的建筑物区分所有权纠纷案件，是否适用本解释要区别对待：第一种情况是，物权法实施之前的行为，没有相关法律规定的，在本解释实施后尚在诉讼之中的，无论处于一审程序还是二审程序，都应当适用本解释。第二种情况是，物权法实施之前发生的行为导致的建筑物区分所有权纠纷案件，针对该纠纷，当时的法律法规有规定的，不适用物权法及本司法解释。第三种情况是，物权法实施之前的行为一直持续到物权法实施之后，且诉讼发生在物权法实施之后，则应当适用本司法解释。[6]《最高人民法院关于审理物业服务纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》的溯及力问题，最高法院民一庭提供的结论与上述适用方法基本一致。[7]其中，建筑物区分所有权与不动产所有权，在权利属性上有着高度的同类性，最高法院认可了前者规定的空白溯及效力，对于后者规定（《物权法》第一百零六条）的空白溯及效力，如果作出规定，应当不致于大相径庭。

综上所述，《物权法》第一百零六条可以溯及适用这一命题，从相近司法解释规定及其一以贯之体现的空白溯及原则来看，能够证成。不过需要指出：理论界对最高法院以司法解释形式确定民事法律溯及效力的做法存在着质疑：最高法院在法律没有明确溯及力，立法机关也没有授权的情况下，以司法解释的形式规定民事法律是否具有溯及力实际上已超越了最高法院司法解释的权限。法的溯及力问题作为法治的基本问题，本应属于立法层面而不是司法解释层面。[8]与此同时，现行法律对物权法第一百零六条能否溯及适用的问题，也确实未作出明确规定。所以，相关讨论仍然需要继续。

## 二、有利溯及理论和立法法第八十四条

有利溯及原则，一直作为“法不溯及既往原则”的例外而存在，在刑事、民事和行政法律领域均获承认。有利溯及的理论基础是，法不溯及既往原则是为了限制国家权力、保护公民权利而确立。我国确定该原则的法律规定为立法法第八十四条：法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章不溯及既往，但为了更好地保护公民、法人和其他组织的权利和利益而作的特别规定除外。由此出发论证《物权法》第一百零六条能否溯及适用，需按下列步骤进行。

### （一）民事法律进行有利溯及及是否需要法律作出专门规定

有学者提出立法法第八十四条中的“特别规定”之表述在理解上存在着歧义：它究竟是指“为了更好地保护公民、法人和其他组织的权利和利益”而作的“特别规定”溯及既往呢？还是指“为了更好地保护公民、法人和其他组织的权利和利益的规定”有“特别”之处呢。如果按照前一种解释，有利溯及既往必须以法律明确规定为前提，在没有法律规定的情况下，最高法院以司法解释方式进行规定就是侵犯了立法权；如果按后一种解释，最高法院在法律没有规定的情况下就可能以自己的理解而进行规定。[9]作者以为，该引中的第一种解释没有实际意义。假设，立法部门就某“更好保护民事主体利益的规定”能否溯及既往，专门作出“特别规定”。该“特别规定”本身只是关于法律溯及力的规定，它独立地溯及既往，之于“民事主体利益”并无任何意义；该“特别规定”只有与它所指涉的“更好地保护民事主体利益的规定”一并溯及既往，之于“民事主体利益”才有意义。由是可见，立法法第八十四条但书内容，就是指“更好地保护民事主体利益的规定”本身，而不是指立法部门就“更好保护民事主体利益的规定”能够溯及适用而作的“特别规定”，只存在前引中的第二种解释，不存在前引中的第一种解释。

据上分析可以推导得出：民事法律条文中哪些属于“更好保护民事主体利益的特别规定”，可以由司法机关在理解适用过程中把握与确定，可以不需要法律对此专门作出规定。该推导结论，客观上被最高法院的实际做法所证实。比如，我国2001年修改后的婚姻法规定了夫妻间离婚时的过错损害赔偿义务，最高法院在新婚姻法施行后所做的司法解释中规定，婚姻法修改后正在审理的一、二审婚姻家庭纠纷案件，一律适用修改后的婚姻法。新婚姻法（司法解释）无疑作了对婚姻关系中无过错一方有利的溯及既往的规定。最高法院的司法解释行为，不能视为法律对相关法律条文的溯及力问题作出专门规定，只能看作是司法机关的解释行为。该推导结论，事实上还为立法部门的实际做法所证实。立法法颁布实施到现在，已经长达11年之久，立法部门还从未就哪条“更好保护民事主体利益的规定”具有溯及力，作出过“特别规定”。立法部门这种不作为，绝不可能是出于“消极”或“疏忽”，而是应当理解为“实无必要”。

### （二）有利溯及原则含义的理解

这涉及到“更好保护民事主体利益的特别规定”的认定标准。民事法律领域，法律调整的是平等主体之间财产或人身关系，主体均为私权利主体，例外追溯应表现为“对当事人都有利或至少对无过错方及弱势一方有利”。有学者认为我国民法上有利追溯表现为，如果先前的某种行为或关系在行为时并不符合当时的法律规定，但依现行法律则是合法的，并且对相关各方都有利，就应当依新法律承认其合法性并予以保护。比如，我国1999年《合同法》较《民法通则》缩小了无效合同范围，在实践中如果对合同双方当事人都有利，应当溯及既往。[10]还有学者指出，这只反映了民法上有利追溯的一个重要方面。另一方面，在法律关系主体一方存在过错的情况下，新法如果对

无过错方更为有利，或者对“弱势群体”有利，则应确定新法溯及既往的效力。比如，合同法对格式合同的规定，“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”，即是保护弱势一方的立法例。[11]

### （三）不动产善意取得制度能否进行有利溯及

对此作者持肯定主张。首先，物权法第一百零六条第一款实际上规定了两项内容：其一是无处分权人处分财产的一般处理原则，所有权人有权追回；其二才是在符合善意取得要件情形下，受让人例外取得财产所有权的特别规定。从法条性质分析，不动产善意取得制度的规定，属于民事法律中的特别规定，符合立法法第八十四条但书中“特别规定”之形式要求。其次，从法条内容分析，不动产善意取得制度，是为了解决保护财产权利人的所有权与保护善意受让人交易安全之间的冲突而专门设立，立法部门经过价值权衡，最终选择保护后者，符合立法法第八十四条但书中“特别规定”之内容要求。第三，在不动产善意取得法律关系中，善意购买人属于无过错一方，出售人（无权处分人）通常均有过错。根据有利溯及原则含义的扩大理解，也应当赋予不动产善意取得制度溯及适用的效力。第四，从法律实施效果来看，否定《物权法》第一百零六条的溯及适用，意义不大且效果不好。本文引言案例中，如果丙在物权法实施后将A房屋又转卖了丁。对丁而言，总得确认其构成善意取得。而不承认丙的善意取得，法律意义并不明显，而且，法律的理解适用，如果使民事主体的财产权属始终处于不确定状态，也与法律追求社会秩序稳定的基本价值取向不相符合。

### 三、不真正溯及理论与法律类型分析

长久以来，理论界和实务界所认同的法的溯及力定义是以法律事实发生和法律生效的先后来界定的。据此定义，如果新法适用于发生在其生效以前并且在其生效时已经终结的行为和事件，则新法溯及既往；如果新法适用于其生效之后发生的行为和事件，则不存在溯及既往。但是，使问题复杂化的是，如果法律事实及其法律上的效果具有延续性，跨越新法生效时间点，那么，对于这样处于持续状态、横跨新旧两个法律生效期间的法律事实或其法律上的效果，究竟应该适用旧法，还是用新法来确定或改变其法律上的效果。[12] 本文引言案例即涉及此争议：丙购买A房屋及办理产权登记的行为发生在物权法实施之前，其拥有A房屋产权的状态持续到物权法实施之后。该类争议的存在，使民法溯及既往范围的界定，不仅涉及到真正溯及既往与不溯及既往之间的中间地带——不真正溯及既往，同时还涉及到法定状态法律与意定状态法律的区分。

#### （一）关于不真正溯及既往理论

德国学界和联邦宪法法院为廓清法的溯及既往的概念，率先提出将溯及既往分为真正溯及和不真正溯及。所谓真正溯及是指，法令适用于其生效前已经开始且已经终结的案例事实；不真正溯及是指法令虽然未适用于其生效以前已经终结的案例事实，但却适用于其生效以前已经开始而尚未终结的案例事实，并且针对未来予以影响。[13] 法国的即行效力理论与德国的不真正溯及理论存在相同的主张，认为：对正在发生的事实，新法律自生效时起调整其后发生的部分，同时旧法律继续适用于以前的事实部分。[14] 对于不真正溯及理论和即行效力理论，我国司法实践中存在予以认可的例证：《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国侵权责任法〉若干问题的通知》第二条规定：侵权行为发生在侵权责任法施行前，但损害后果出现在侵权责任法施行后的民事纠纷案件，适用侵权责任法的规定。

#### （二）关于法定状态的法律和意定状态的法律

法律上的效果有法定状态与意定状态的区分。前者指法律状态由法律强制规定，法定状态中权利义务的内容主要由法律强制规定；后者指法律状态依当事人的意思自治而形成，包括双方当事人约定的状态和单方法律行为。通常认为，在绝大多数情况下，[15] 有关法定状态的法律是即行适用（不真正溯及）的。具体体现为：一方面，新法生效时正在形成、变更或消灭的法律状态，新法对引起法律形成、变更或消灭的条件（原因），可即行适用（不真正溯及）；另一方面，关于物权（特别是所有权）及亲属关系及其直接效力、身份、能力的法律规定，可及于新法施行时已经成立之法律关系及身份能力。[16] 这可简单地归结为：有关法定状态的新法，就已经成立的法律关系和身份关系，发生向后的效力。

#### （三）针对不动产善意取得制度的分析

在不动产善意取得制度中，善意买受人取得所有权，是基于法律规定，而不是当事人意定，故物权法第一百零六条显然属于关于法定状态的法律，应当就其施行时已经成立且持续存在的法律关系（善意买受人系产权证项下的产权人），发生向后的效力。这样的法律适用并不违反物权法定原则，相反恰恰是对物权法定原则的充分尊重。本文引言案例中的法律关系，因物权法实施而发生重大变化：物权法实施前，丙善意购买A房屋的行为和成为名义产权人的状态，都不足以使丙成为A房屋的所有权人；不过，丙作为名义产权人的状态，一旦持续到物权法实施之日，丙将因物权法的追认或即行确认而获得A房屋所有权。此后，丙对于甲追回A房屋的诉讼请求，则可以提出善意取得的抗辩。

注：

[1] 2007年9月30日前，我国法律只对两种情形下的不动产善意取得作出了规定。一是共有人擅自处分共有财产（包括不动产）的情形。相关规定为《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89条：……在共同共有关系存续期间，部分共有人擅自处分共有财产的，一般认定无效。但第三人善意、有偿取得该财产的，应当维护第三人的合法权益，对其他共有人的损失，由擅自处分共有财产的人赔偿。二是通过

拍卖方式处分财产（含不动产）的情形。相关规定为2004年《拍卖法》第58条：委托人违反本法第6条规定，委托拍卖其没有所有权或者依法不得处分的物品或者财产权利的，应当依法承担责任。这里所说的责任，是指民事责任，包括对真正权利人的赔偿责任。这就是说，如果委托人委托拍卖其无权处分的财产（包括不动产），则善意买受人可取得对拍卖物的所有权。参见王利明：《物权法研究》，中国人民大学出版社2004年版，第264页。

[2] 2007年10月1日《物权法》实施，第106条规定：无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的，所有权人有权追回；除法律另有规定外，符合下列情形的，受让人取得该不动产或者动产的所有权……根据该条规定，我国法律将不动产的善意取得，扩大到所有的不动产交易情形。

[3] 这样的情形，在司法实践之中时有出现，成为本文论题研究的实务价值所在。如，因职务案件的侦办，发现乙是借助国家工作人员职务犯罪的行为，将甲名下的房屋所有权证过户到乙名下；又如，乙在出售某房屋时已经破产，但是将未纳入破产财产的职工住房加以出售；再如，乙所出售的某房屋，实为甲寄存在其名下的房产；等等。

[4] 张新宝、王伟国：“最高人民法院民商事司法解释溯及力问题探讨”，载《民商法学》（人大复印资料）2011年第2期。

[5] 参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国侵权责任法〉若干问题的通知》。

[6] 奚晓明主编：《最高人民法院建筑物区分所有权、物业服务司法解释理解与适用》，人民法院出版社2009年版，第246—247页。

[7] 上引书，第369页。

[8] 前引[4]，张新宝、王伟国文。

[9] 前引[4]，张新宝、王伟国文。

[10] 孙国华、朱景文：《法理学》，中国人民大学出版社2004年版，第302—303页。

[11] 朱力宇、孙晓红：“论法的溯及力的若干问题——关于法律不溯及既往的争议、实践、反思与主张”，载 <http://www.legal-theory.org/?mod=info&act=view&id=11739>，2011年10月19日访问。

[12] 孙晓红：《法的溯及力问题研究》，中国法制出版社2008年版，第8页。

[13] 上引书，第10页。

[14] 前引[12]，孙晓红书，第13页。

[15] 例外情况如，有关自然人和法人人格的法律，如果旧法规定有人格而新法规定无人格，就依旧法承认人格的存在；又如，物权的设立，依旧法可以设立，而依新法不得设立，应继续依旧法来认定物权。

[16] 前引[12]，孙晓红书，第154—156页。

## 判解研究 | 李佳伦：夫妻婚前不动产所有权归属问题研究

2014年8月22日 判解研究 李佳伦

8月13日，《婚姻法》司法解释（三）实施3周年，围绕它的争议一直没有停止过，本公号近期将陆续推送这三年围绕相关问题的争鸣文章，以利于大家参考。家事无小事，清官难断家务事，共同关注！

判解研究 | 李佳伦：夫妻婚前不动产所有权归属问题研究

《判解研究》2013年第1辑（总第63辑）人民法院出版社2013年9月第版

说明：本文系扫描转换，谢绝转发，仅供“家事法苑”圈内朋友学术实务研讨交流用，如若正式引用，请务必对照全文！向李佳伦博士致敬！

李佳伦\*

离婚时不动产作为夫妻财产分割的敏感部分，无论判决结果倾向于哪一方，都有另外一方承受不能继续对不动产享有使用权的风险。然而目前居住房屋对于个人生存的重要意义更加强烈地驱使我们从法律基础理论层面辨别夫妻婚前不动产的真正所有权归属。夫妻婚前不动产产权争议应该从物权移转的时间与婚姻缔结时间，夫妻一方婚前对购买不动产的意愿和实际履行情况是否与另一方有密切联系等因素而定。

### 一、夫妻财产制下的婚前不动产归属

夫妻婚前不动产的产权不是归属于夫妻一方个人财产，就是夫妻共同财产。我国属于婚后夫妻共同财产制国家，婚姻存续期间探讨夫妻婚前不动产产权的必要性不大，但在离婚进行夫妻财产分割时，不动产作为夫妻共同财产的主要部分，其归属事关重大。最高人民法院出台的《婚姻法司法解释（三）》征求意见稿第十一条和定稿第十条都是围绕着夫妻婚前不动产的产权的相关规定。

法律对婚姻关系存续期间个人财产权利的保护不但提高了婚姻双方当事人的自主性，使其可以在更大范围内行使个人权利，从而避免夫妻一方因婚姻状况改变而丧失其在财产上的独立人格，也有利于调动夫妻双方创造家庭财富的积极性。①然而单薄的法条文字表述仅仅对夫妻财产关系制度中的很多问题做出了较为原则化的规定和指引，可操作性不强，需要进一步分析和探究，从而能够让法官更加从容的使用，更好地解决夫妻财产关系中所存在的问题。在我国受到诸多社会历史因素的影响，夫妻财产关系涉及的不仅是单纯的经济利益，还包含了很多道德和情感的因素，夫妻财产的类型也随着经济发展呈多元化趋势发展，因此平衡夫妻双方利益是理解法条和司法解释的

核心。

夫妻财产制，是指关于夫妻婚前财产和婚后所得财产的归属、管理、使用、收益、处分，以及债务的清偿、婚姻关系解除时财产清算等方面的法律制度。<sup>②</sup>夫妻虽然各具独立、自由、平等的人格，但对于共同生活体的圆满维持应共同负责，所以，夫妻应共同分担家庭生活费用。<sup>③</sup>而负担共同生活费用、抚育子女、赡养老人费用等，都必须有财产来源，因此，夫妻的财产来源也构成夫妻财产关系，所以，夫妻应共同分担家庭生活费用。因此，对于共同生活体的圆满维持而共同分担家庭生活费用的财产关系，即夫妻财产关系是派生于夫妻身份关系和重要法律关系，是实现家庭经济职能的基础性要素。

夫妻个人财产是指夫妻在婚姻存续期间于夫妻共同财产之外享有个人所有权的财产。夫妻个人财产也称夫妻特有财产或者夫妻保留财产。夫妻个人财产是夫妻在实行共同财产制的同时，依照法律规定或者夫妻约定，夫妻各自保留的一定范围的个人所有财产。夫妻个人财产具有的最为明显的三个特征如下：一是夫妻个人财产独立于夫妻共同财产之外，即之于夫妻共同财产之外独立存在的财产；二是夫妻个人财产的权利主体是单个的人，即夫妻个人财产的主体只能是夫或妻一方；三是作为夫妻个人财产，该财产权利属于夫妻个人单独所有权，而不是共有权，即夫妻个人财产所有权是单独所有的、具有非共有性。我国婚姻法第十八条细致划分了夫妻个人财产的范围，其中包括：第一，婚前个人财产。婚前个人所有的货币及一般的生产资料、生活资料，归个人所有，不属于夫妻共同财产。第二，一方因人身伤害获得的具有强烈人身依附性的医疗费、残疾人生活补助费。第三，遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产。赠与或者被继承人明确以赠给、继承给个人为条件，所赠与或者所继承的物品具有极为鲜明的个人属性，也体现了财产所有人支配财产的真实意志，完全是所有权应有的内容，因此应当将遗嘱或者赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产规定和认定为夫妻个人财产，从而充分尊重赠予人和被继承人的意思表示。第四，一方专用的生活物品。例如个人衣物、书籍、资料等，都是极具个人属性的财产，为个人财产。在生活物品中，应当注意贵重物品和其他奢侈品应除外，因为这些物品中有些价值极大，完全归一方所有不公平，例如，贵重首饰等奢侈品属于生活用品，但是价值极大的首饰完全归一方所有，不但是显然不公平的，而且对对方的权益是有损害的。第五，其他应当归一方所有的财产。该条兜底内容应当包括：（1）婚前个人财产增值部分。婚前个人财产在婚后增值，应当分为两个部分：经过夫妻共同管理、经营部分的增值，为夫妻共同财产；自然增值和未经共同管理、经营部分的增值，为个人财产。（2）复员、转业军人的复员费、转业费、医疗补助费和回乡生产补助费，永远归个人所有。（3）夫妻一方的人身保险金。人寿保险金、伤害保险金等具有人身性质，只能作为个人财产。（4）其他个人财产。例如与个人身份密切相关的奖品、奖金，国家资助优秀科学工作者的科研津贴，一方创作的手稿、文稿、艺术品设计图、草图等，永远为个人所有。

《婚姻法解释（一）》第十九条是对婚姻法第十八条的补充：“婚姻法第十八条规定为夫妻一方所有的财产，不因婚姻关系的延续而转化为夫妻共同财产。但当事人另有约定的除外。”因此，婚前的不动产应该属于夫妻个人财产，不因为婚姻缔结行为而影响该不动产的归属。我国婚姻法关于夫妻财产制的发展，可以分为明显的三个阶段：一是家庭财产属于夫妻共同财产；二是规定婚后所得财产归夫妻共同共有；三是既强调对夫妻共同财产的保护，也强调对夫妻个人财产的保护。通过对这三个阶段的发展过程的研究可以看出，我国婚姻法规定的夫妻财产制是逐渐向着承认夫妻财产个性的立场进步。确认和保护夫妻个人财产有其必要性，尤其在现阶段，我国亲属法采取保护夫妻个人财产的立场的必要性是：第一，顺应时代的发展需要。我国现在实行的是市场经济，通行的是市场经济规律，如果过分强调共有制，在家庭领域完全不保护个人的财产所有权，不利于各个家庭成员平等独立的发展，也是与社会的市场经济形式的大环境不相符合的。第二，适应财产关系的变化需要。财产法的基本规律体现的是个性化，强调个人权利界限的清晰。在财产法领域，一旦出现财产权利的界限模糊，就会大大降低个人努力奋斗，创造财富的积极性。因此，亲属法应当在强调家庭共同生活的共同财产基础的同时，尊重个人的财产权利要求，特别是婚前财产，其所有权就是个人所有权，如果结婚后，对于自己的婚前财产的所有权都无法享有，显然是假借婚姻的名义，通过共同生活的方式而侵害独立个人的财产完全享有的支配所有权的圆满状态。第三，保护财产权利人的权利支配的需要。在婚姻存续期间，对于有些财产也应当确认为个人的财产加以保护，因为在缔结婚姻关系之后，共同财产已然成为夫妻所有财产中的主流，只有对某些需要保护的财产确认其个人的所有权，才能保护应当取得财产权利的主体对权利的支配。

## 二、影响夫妻婚前不动产的权利归属的因素

### （一）两个民事法律关系移转时间

婚姻家庭法作为民法的一个重要组成部分，自然秉承意思自治的原则，将双方自愿贯穿于始终，在个人婚前贷款买房时，由夫妻共同财产还贷的，在离婚时该房屋的归属可以由双方协商。这就赋予了夫妻双方根据自愿原则对不动产的归属进行约定，这是婚姻法对夫妻之间对夫妻财产分割的约定。如果双方当事人能够协商解决的事情，并且不危害公共利益和他人合法权益，就不必动用司法途径解决问题，这不但体现了法律对夫妻双方当事人权利的充分尊重，也能有效节省司法成本。

然而实务中大部分疑难案件中夫妻双方不能达成一致协议，都不想放弃对不动产的支配，因此法律及司法解释也是进一步规定了如果夫妻双方就不动产的归属不能达成协议，该不动产所有权由婚前首付方取得。之所以做这样的规定，是因为这其中涉及两个十分重要的民事法律关系的成立时间，一是不动产所有权取得的时间，二是夫妻婚

姻关系的缔结时间。这两个法律关系形成的时间先后对该不动产的权利归属存在一些影响。首先，如果该不动产所有权取得在婚姻关系缔结之前，那么房屋买卖合同的买受人是夫或妻一方，并且合同义务在婚前履行，因此该房屋买卖合同项下的权利应由该买受人享有，该房屋是买受人的婚前财产，属于婚姻法第十八条第一款规定的婚前个人财产。其次，如果该不动产所有权取得在婚姻关系存续期间，由于该不动产物权变动的合意是夫或妻一方于婚前与卖方共同达成，并没有夫或妻另一方的参与和意思表示，因此该不动产也属于夫妻婚前个人财产，其所有权的归属不因婚姻关系而从个人财产转化为共同财产。有的观点认为此类不动产如果是在婚后取得所有权的，无论产权登记在谁的名下，均应认定为夫妻共同财产，离婚时应作夫妻共同财产分割，对于一方婚前支付的首期贷款，由另一方返还一半，尚欠的贷款，作为夫妻共同债务，由双方返还。<sup>④</sup>但是笔者认为，由于该买卖合同形成于婚前，因此，还贷的义务属于买受人单方的个人债务。如果婚姻关系存续期间双方共同还贷，可认定为夫妻共同财产偿还一方债务，不动产的权利归属不因他人参与偿还借款而发生转移，虽然此类不动产的所有权系夫妻婚后取得，但购买不动产的价金却是登记名义人的婚前个人财产，由于这笔财产并不因婚姻关系的成立而成为共有财产，那么，不动产作为这笔价金的另一种表现形式，也同样应当认定为婚前个人财产，这也反映了婚姻法对“转化论”的否认。<sup>⑤</sup>

### （二）首付一方物权行为是否与另一方有密切联系

首付一方如果在进行物权行为的过程中，例如有购买居住房屋的意愿、与卖方签订房屋买卖合同、支付价金等行为受到了另一方的物质以及精神上支持，那么可以认为另一方对该不动产将来作为家庭生活的基石，并将在此场所之上进行家庭生活抱有一定的情感期待。首付方绝对获得不动产的所有权收到其物权行为是否完全脱离另一方的意志及行为支持。

### （三）保护妇女和儿童利益的法律原则

夫妻婚前不动产权利归属并不机械地受到民事法律关系成立的先后时间和一方物权行为与另一方的密切联系程度的制约。婚姻法第三十九条第一款中提到，在保护妇女和儿童原则的指导下双方就共同财产分割达不成协议时，人民法院根据财产具体情况结合照顾女方和未成年子女权益原则判决。

婚姻法上的夫妻财产制之所以与物权法和合同法不同，是由于夫妻之间并非简单的合作关系或者单纯的经济关系，婚姻法确立的夫妻财产制体现的是中国社会普遍认可的价值观，不仅仅延续了家庭财产共有的传统，也反映了夫妻同甘共苦，共同投资、共担风险的家庭伦理。婚姻法维护的不仅仅是平等、和谐的家庭关系，并且与抚养子女、赡养老人紧密相联，而物权法和合同法调整的是市场经济秩序规则，不适宜直接运用于家庭关系。<sup>⑥</sup>因此，不应将调整市场经济秩序规则的物权法和合同法直接运用于家庭关系。

《婚姻法解释（三）》一共 19 个条文，其中关于夫妻共同财产中房产确权的内容占的比例较大，这也从一个侧面反映了随着今年房价的上涨，不动产已经成为夫妻共同财产中一个相当重要的部分，也是最容易产生纠纷的症结所在。近几年不动产的价值已经今非昔比，按照目前只涨不跌的趋势，人们对不动产的是抱有看涨的心态的，因此在夫妻共同财产分割时，双方当事人不仅看到了不动产的现有价值，也大概能预测到不动产短时间内的增长价值，因此如果双方共同居住的一处不动产非要由夫妻双方中的一人取得时，那么两人势必都不愿轻言放弃。总之，处理好夫妻共同财产中不动产归属的争议是解决离婚中夫妻财产分割的重大问题，将夫妻个人财产从夫妻共同财产中抽离，也是对尊重婚姻家庭中个体的个人利益做出了巨大的贡献。

2001 年修订婚姻法，其根本出发点是限制夫妻共同财产范围和强调婚姻当事人的个人财产。因此在确认不动产的权利归属时，不仅要从物权法、合同法的角度分析，也要重视限制夫妻共同财产范围和强调婚姻当事人的个人财产。婚姻法确立的法定夫妻财产制是“限定的婚后所得共同制”。法律规定夫妻共同财产应当具备三个属性：第一，必须是在婚姻关系存续期间双方合法取得的财产。财产出的取得必须在婚姻关系存续期间，必须是双方合法取得的财产。婚前的个人财产，离婚后的个人财产，以及非法所得的财产不属于共同财产；第二，必须是没有被双方约定为个人所有的财产，以及约定无效的婚后所得。凡是通过双方约定被个性化的个人财产不属于共同财产；但是如果双方约定后归于无效的婚后所得仍属共同财产。第三，必须是法定个人特有财产以外的双方婚后所得财产。

另外，夫妻婚前不动产归属问题的司法解释定稿与征求意见稿的不同在于，征求意见稿的表述为：“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，婚后不动产登记于首付款支付方名下的，离婚时可将该不动产认定为不动产权利人的个人财产，尚未归还的部分贷款为不动产权利人的个人债务。婚姻关系存续期间由夫妻共同财产还贷部分，应考虑离婚时不动产的市场价格及共同还贷款项所占全部款项的比例等因素，由不动产权利人对另一方进行合理补偿。”与定稿相比，第一，定稿中增加了“不动产登记于首付款支付方名下”使指代更加明确，虽然征求意见稿中没有明确规定，但是通常的理解也是不动产登记权利人为支付首付款的一方，增加这一条件限定，是读法者更加不会产生歧义。第二，定稿还增加了“离婚时该不动产由双方协议处理”，赋予了双方自主决定优先权。第三，定稿中增加了夫妻婚后共同还贷，权利人一方向另一方补偿应遵循“婚姻法第三十九条第一款规定的原则”，即照顾女方和未成年子女的原则。在不动产归属问题上，允许夫妻双方协商，协商不成的则归登记一方处理，充分尊重了夫妻财产分割时的意思自治，也是贯穿婚姻家庭法始终的自愿原则的体现。该条第 2 款也增加了要求法院在处理该不动产归属时要依据照顾子女和女方权益原则判决，这样的补充性规定被很多人称之为“打补丁”，因为婚姻法本身已经规定了这一原则，在司法解释中再重新强调则是为了提示读法者这一原则贯穿婚姻法始终的指导作用，至于有些观点认为该规定并无存在必要，存在反而显得累赘，影响法律体系的逻辑性和整体

美观。但是有了总比没有好，至少可以一定程度上避免考虑问题不周导致处理不公的后果。

### 三、不动产增值部分和夫妻共同还贷行为的法律性质

#### (一) 不动产增值部分的法律性质

由于通货膨胀、房地产市场行情的变化以及房屋作为不动产本身的增值性，当事人婚前购买房屋时的价格往往和离婚时的市场价格有较大的差距，即实现了增值。对于该条中不动产增值部分的法律性质，学界有两种主流观点。一种观点认为，房屋增值部分属于投资收益，应当根据婚姻法的规定，按照“婚后所得”，即在婚姻关系存续期间双方合法取得的、没有被双方约定为个人所有及约定无效的婚后所得、法定个人特有财产以外的双方婚后所得财产，也就是夫妻共同财产来处理。另一种观点认为，从物权法角度来讲，财产的收益属于孳息，孳息又包括天然孳息和法定孳息，房屋增值属于法定孳息的一种，应归属于物的所有人。一个人的婚前财产的孳息不应转化为夫妻共同财产<sup>⑦</sup>，孳息的归属应与原物相同，既然原物为个人婚前财产，不因结婚而转化为夫妻共同财产，那么孳息也不应转化为夫妻共同财产。

夫或妻一方婚前购买不动产的行为类似于按揭购房，由于按揭房屋最初是英美法系概念，因此明确英美法对按揭房屋增值部分的性质十分重要。美国对于增值的个人财产的定性包括主动增值和被动增值两种：第一，将因通货膨胀或者其他不适因当事人主观努力而是因市场价值的变化而产生的增值视为被动增值，认定为个人财产；第二，将由于另一方或者双方所支付的时间、金钱、智力、劳动而增值的视为主动增值，认定为是夫妻共同财产并在离婚时予以公平分割。<sup>⑧</sup>《1970年英国婚姻诉讼和婚姻财产法》第37条规定：“如果男方或者女方以货币或者货币的价值的方式对不动产或者动产的增加做出了贡献，而且一方或者双方对于此种或者出卖此种财产的收益有使用权，那么如果这种贡献不是微不足道的，双方又无相反的书面或者默契的协议，做出此种贡献的男方或者女方就应根据自己的贡献和双方的协议占有财产使用权的一方份额或者增加所占有的份额。”香港地区也持类似观点：“夫妻一方以金钱或者物资改变了不动产或者动产的一部分或者大部分权益，份额的划分可由双方协商决定，无协议时，由法庭视情况决定。”以上观点表明在实行分别财产制时，有限度地承认无所有权一方可以取得占有、使用和收益权。

虽然学界对不动产增值部分的法律性质观点各异，但是大部分观点都认为在财产分割时要考虑非所有权人一方对房屋增值做出贡献的，例如共同还贷或者装潢等，应该获得所有权一方的适当补偿。如果将夫妻共同还贷的行为视为债权关系，既不符合配有另一方参与还贷的本意，变相剥夺了共同拥有自己房产或者投资获益的权利，又违背了公平原则。<sup>⑨</sup>总的来说，对于一方婚前购买并完成首付的不动产来说，婚后取得的不动产所有权是婚前享有的债权的转化，只要按揭是在婚前由夫或妻一方完成，包括签订商品房买卖合同和一方支付首期按借款，则该方即享有请求开发商转让房屋所有权的请求权，由其取得的不动产所有权，房屋产权登记是否发生在婚后则不论；在夫妻实行共同财产制时，以夫妻共有财产偿还一方婚前的房贷，该方由于从夫妻共同财产中获得经济利益，自然应当对共同财产给予补偿，然而此项结论的适用应排除两种例外情况：一是，如果夫妻对不动产的所有权归属问题另有约定的，那么从其约定；二是，如果有证据证明支付首付款并在银行贷款的行为是由夫妻双方共同完成的，那么任何一方都有取得不动产所有权的合法依据，即使不动产只登记在一方名下，仍然是夫妻共同财产。<sup>⑩</sup>

#### (二) 夫妻共同还贷行为的考量

仅将夫妻婚后共同还贷行为认定为一种单纯的债权，对非首付一方是不公平的。一方面，近年来房屋的市场价格持续上升，投资房地产被认为是稳赚不赔的投资之举，原告罗某对该套房屋的金钱投入也应随着房屋的市场价格的变化而增值。另一方面，如果将非首付一方帮助家庭居住用房还贷的行为认定为是简单的债权，就泯灭了婚姻家庭中各家庭成员同甘共患难的团结精神，尤其是在我国，男方买房是极普遍的现象，通常情况下，受到“男主外，女主内”的传统思想的影响，婚姻家庭中男方往往在持家方面没有女方付出的时间和精力多的实例不在少数。在离婚时处于弱势的女方虽为家庭能够创造更多财富付出了很多，但却得不到应有的回报，因此一般女方情理上应得到更多的补偿。该司法解释征求意见稿弥补了征求意见稿中的不足，将夫妻双方协商解决不动产权利归属摆在了首位，更有利于双方自愿协商，是法律尊重人权的体现，还规定了夫妻财产分割要根据财产的具体情况，协商行不通时按照照顾子女和女方权益原则进行处理，也更有利于保护未成年子女的成长和双方之间的利益平衡。

由于目前不动产价格攀升，在经济发达的省份和地区，适婚年龄的青年男女大都在事业上刚刚起步或者还在学校进修，想要依靠自己的经济实力负担一套婚房几乎是生命不可承受之重。我国传统婚俗中男女结婚一定要有婚房，婚房可以说是建立夫妻共同生活，建立幸福美满家庭的生活必需品，也是结婚的物质前提。在一些思想保守的地区，如果结婚没有婚房的话，“父母之命”的那一关恐怕没法过，甚至还会招致亲朋好友的疑虑甚至耻笑。贷款买房是可以解决问题的最好方法，既可以不用支付房屋全部价款，还可以提前居住使用。夫妻共同居住的房屋是唯一的，离婚时该房屋势必要归其中一方所有。如果该房屋是婚后夫妻贷款购买，那么毋庸置疑该房是夫妻共同财产，依据夫妻共同财产的规定进行分割即可，争议不大。如果该房是夫妻婚前以个人名义贷款购买的房屋，婚后由该个人以自己的个人财产还贷，在该房没有明确承认和变更登记另一方为该房屋共有人的情况下，另一方既没有参与购买房屋的买卖合同，缺乏买房的主观意思表示，也没有以自己的财产参与还贷，从头到尾都没有参与购买房屋的过程，那么该房屋不是夫妻共同财产，应该是支付首付和还贷一方的婚前个人财产。以上两种情况都比较好理解，值得深思和难以处理的是一方婚前贷款付首付买房，婚后二人用夫妻共同财产还贷，离婚时房屋归属的处理。如果双方协商的处理结果为上策，如果协商不成的话则该房自动归首付一方所有，但应就另一方还贷的款项由首付一方向其进

行补偿,此时为完成的贷款部分不再由二人共同还贷,由取得所有权一方继续支付,并向另一方支付之前还贷的补偿。这样基于不同的情况进行处理和分割夫妻共同财产中婚前一方贷款买房的问题,很好地平衡了夫妻之间的财产利益。

夫妻财产关系涉及的不仅是单纯的经济利益,还包含很多传统道德和伦理情感的因素。随着经济的发展,夫妻财产的类型也呈多元化,针对不同的财产类型和不同的时代背景,建立平衡夫妻双方利益规则体系才是理解法条和司法解释的核心。准确把握我国共同财产制下对发展夫妻个人财产的尊重和鼓励,落实个案中不动产物权移转与婚姻缔结时间的先后、首付一方物权行为与另一方的密切联系程度以及结合保护妇女利益和为未成年人成长教育提供优越便利条件的原则,配合不动产在婚姻存续期间的增值收益和非首付一方的还贷行为,最终公平认定不动产的归属。夫妻财产分割中不动产确权的争议问题还会不断涌现,但是无论何种情况的分割和处理都要遵守婚姻法最基本的规则,不能厚此薄彼,法官应通过自己的价值判断在法律法规空白的细微之处,维护夫妻双方利益的公平。

\*中国人民大学民商法学博士研究生。

①高学全:《论夫妻个人财产范围》,载《唐山师范学院学报》2006年第1期。

②参见李志敏主编:《比较家庭法》,北京大学出版社1988年版,第109页。

③参见林秀雄:《家族法论集(一):夫妻财产制研究》,中国政法大学出版社2001年版第213—214页。

④参见江苏省高级人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的讨论纪要》(征求意见稿)。

⑤参见田韶华:《婚姻领域内物权变动的法律适用》,载《法学》2009年第3期。

⑥孙若军:《离婚时处理按揭房屋的法律问题探析》,载《法学家》2009年第3期。

⑦参见欧彦峰:《离婚案件中按揭房屋分割难题之对应》,载《司法解决纠纷的对策与机制:全国法院第十九届学术讨论会获奖论文》,人民法院出版社2007年版,第398页。

⑧ Brett R. Turner, Unlikely Partners: The Marital Home and the Concept of Separate Property, 2006 American Academy of Matrimonial Lawyers, 20J. Am. Acad. Matrimonial Law. 69

⑨参见吴晓芳:《有关婚姻家庭案件的问题探讨》,载《人民司法》2008年第7期。

⑩参见田韶华:《婚姻领域内物权变动的法律适用》,载《法学》2009年第3期。

### 法官建议:精神疾病患者组建家庭前应重视婚检

2014年8月15日 中国新闻网-广州日报 章程 余一帆 杨晓梅

俗话说,家和万事兴。然而,精神疾病患者组合的家庭却与和气的家庭憧憬背道而驰,无论是经济、情感还是性生活方面都得不到很好的保障与维系。昨日(8月14日),记者从广州市萝岗区人民法院获悉,从2011年至今,该院每年都会审理大约2~3件牵涉精神病人的案例,程度轻微的因此起诉离婚,家庭破裂;情况严重的则触碰法律的高压线,担上刑责。

经济:压力大负担重

相比普通疾病而言,精神疾病的治疗和诊断有不可预测性、持续性、反复性等特点,在萝岗法院审理的案件中牵涉的精神病患者,每次发作都要花上好几个月时间住院治疗。因难以承受高昂医疗费而放弃治疗或暂缓治疗,则会导致精神病患者病情恶化、复发,也将使经济负担进一步升级。

妻子患白血病精神病

夫不堪重负诉离未准

2004年,阿剑和阿妍走入了婚姻殿堂,3年后阿妍不幸患上白血病。每天的折磨让阿妍心理状况一再低迷。2012年,阿妍患上精神病。这个噩耗让原本负债累累的家庭更加吃力。阿妍无法外出工作补贴家用,40多万元的医疗费全靠东拼西凑,由于经济太过拮据和紧张,他们不得不向父母发出援助信号。2014年3月,阿剑不堪重负来到法院请求离婚。阿妍表示两人感情没有破裂,而是丈夫不想尽扶养义务,企图以离婚方式免除责任,逃避经济上的压力。

萝岗法院认为,无证据显示两人夫妻感情确破裂,亦无证据显示两人之间存在不可调和的重大矛盾,虽然阿妍患病系客观事实,但身为丈夫应尽到关心、照顾妻子的义务,阿妍也应积极治疗,尽早康复,促进夫妻关系改善,故不准两人离婚。

情感:

如定时炸弹随时爆发

幻听、幻想是部分精神病患者常出现的情况,倘若这些虚幻的构想得不到及时有效解决,很容易实施危害自己、危害他人的行为。怒气、哀怨、愤懑,这些负面情绪不知什么时候会爆发,也不知会对谁爆发,这种不定期、不可把控的因素导致家庭水准每况愈下,因此惶惶不可终日。

母亲勒死儿子后自杀

2013年7月1日,阿霞在家中使用一条红绳将其儿子勒死。之后,阿霞将儿子尸体放置在亲戚家门口,再返回家中使用剃须刀片割脉,并服用大量抗精神病药物企图自杀,后被邻居发现送医院抢救。经鉴定,阿霞患慢性精神分裂症,案发时无刑事责任能力。

萝岗法院判决对阿霞采取强制医疗措施。

夫妻生活：

容易被牵引误导

精神疾病家庭的组合除了生活自理能力、情感排泄等方面备受阻力外，在夫妻生活上也会有不顺之处。由于精神病患者智力、思考能力等方面的不成熟、不完善，其分辨是非、处理事务的能力也相对低下，很容易被他人牵引和误导。

精神病丈夫不知妻被强奸

阿飞为抑郁症及精神分裂患者，阿溪为癫痫病患者，只有5岁小孩的智力，两人均为一级精神残疾人。婚后两人都饱受精神疾病的困扰，争吵、打架成为家常便饭。由于两人婚后一直不孕，村里人就提出了一个标新立异的建议：“干不成事就一起看碟学生BB呗！”

2013年8月的一天，没有太多独立思考能力的两人去到同村男子程某家一同看碟，之后程某与阿溪发生了关系。

对于阿溪是否被强奸，阿飞与阿溪说词不一，阿溪称整个过程阿飞都在现场，阿飞却反驳，自己上楼到程某家时才看到阿溪和程某在发生关系。由于缺乏保护意识和法律意识，阿溪事发后次日才将事情经过讲述给家人听，可惜这个时候已经错过了证据保留的最佳时期。阿飞无法接受，故到法院起诉离婚。

萝岗法院认为，根据两人以其亲属的陈述，存在阿溪可能被诱骗的情形，而且，阿飞作为当时的旁观者，并未及时制止、保护阿溪，负有一定责任。在两人均为一级残疾的情况下，双方家属亦应注意保护、指引，故不准予两人离婚。

法官建议

精神病患者组建家庭后面临压力和问题在所难免。经办法官建议，男女双方结婚前应重视婚检，周边亲人朋友也要给予关怀和帮助，此外，精神病患者在繁衍下一代这个问题上尤其要慎重考虑。

1. 加强婚检

婚检有利于了解双方过去和现在的病史，以便及时发现疾病，及时治疗，通过婚检可确认对方病情是否在可以结婚的范畴内，同时，能有效避免患有精神病的一方为获取婚姻关系而故意隐瞒病情的情况发生。

2. 加强关怀

精神病患者在精神、生理等方面存在阻碍和苦难，家人、邻里等更应给予关怀帮助，过往案例中有的正是因为周边人法律知识淡薄、社会伦理感不强，才提出不切实际、不合道理的建议，从而影响精神病家庭的稳定。

3. 加强对下一代的关注

由于患有精神病具备一定遗传倾向，所以在繁衍下一代这个问题上尤其要慎重考虑，正常家庭主要考虑下一代的教育、学习、工作等，精神病家庭更多地会从身体健康、心理素质、情绪操控等方面加强培养和扶持。

来源：中国新闻网-广州日报

## 物权法框架内解决房地产历史遗留问题的探索

### ——兼论最高人民法院《关于房地产案件受理问题的通知》第三款

2014年8月6日 中国法院网 李翔

“物权法定”是我国物权制度的一项重要原则，要妥善解决不动产历史遗留问题，需要通过梳理不动产物权确定方式，将最高人民法院法发[1992]38号《关于房地产案件受理问题的通知》规定的纠纷情形纳入《物权法》第二十八条调整。从而为此类型纠纷解决提供逻辑指引。

最高人民法院法发[1992]38号《关于房地产案件受理问题的通知》（以下简称《通知》）第三款规定：“三、凡不符合民事诉讼法、行政诉讼法有关起诉条件的属于历史遗留的落实政策性质的房地产纠纷，因行政指令而调整划拨、机构撤并分合等引起的房地产纠纷，因单位内部建房、分房等而引起的占房、腾房等房地产纠纷，均不属于人民法院主管工作的范围，当事人为此而提起的诉讼，人民法院应依法不予受理或驳回起诉，可告知其找有关部门申请解决。”该《通知》规定了“历史遗留问题”的不可争诉性，在适用过程中产生了一些争议，但经过22年，在高位阶的《物权法》颁布后，《通知》仍然有效。因此，厘清涉及“历史遗留问题”不动产在的《物权法》框架内的位置，规范《通知》的适用对进一步在制度的框架内探索定纷止争的方式，增强判决文书的说服力有着重要作用。

一、司法实践中发现的问题

2006年1月1日至2014年6月20日期间，可被检索到的援引《通知》第三款的裁判文书共有151篇，其中大部分对《通知》的适用持以下两种观点之一：

（一）涉及“历史遗留问题”的不动产所有权状态无法判断，故“不予受理”

采取这种处理方式的判决理由为：涉及“历史遗留问题”的不动产，特别是“房改房”是基于“落实政策”而存在，不动产所有权往往具有强烈的“身份价值”属性，是对“特殊行业”人群进行的一种“福利补贴”，具有“政策性、福利性、局限性、排他性，不是普通民事法律关系”。这类不动产在“取得”时，“现金”出资只占很小的比例，“福利补贴”等“非现金”利益往往无法体现在不动产产权证上。因此，在纠纷产生时，如果仅仅从购买者的出资角度考量房屋所有权有失公允。同理，在婚姻关系中，将其依法认定为“夫妻共同财产”也会触碰该隐含利益。此类不动产处于一种所有权不明的状态，法院无法受理，因此，援引《通知》裁定“不予受理”为“宜”。



例如：

#### 案例 1：刘某诉庞某无权处分案

案情概要：刘某庞某系夫妻。1991 年，刘某与庞某以夫妻共同财产出资参与庞某所在单位集资建房，房屋建成后以大产权证的形式登记在庞某所在单位名下。2008 年房改时登记时，庞某未经刘某同意，将房屋赠与知情第三人，并在房改登记时以第三人为所有权人直接办理了房产登记。刘某不服，提起行政诉讼，要求房产管理部门撤销涉案房屋房产证，刘某诉请得到一审法院支持。二审法院援引《通知》第三款裁定驳回起诉。刘某提起民事诉讼，一、二审法院以同样理由驳回。此类案件核心是将《通知》第三款中“不予受理”视作所有权归属状态不明，且认为法院无权对所有权归属作出判断。

分析：回避物之所有状态这一事实，必然导致后续纠纷的处理丧失判断前提，进而导致“历史遗留问题”适用的扩大化。例如：

#### 案例 2：许某诉某市妇幼保健院房屋拆迁安置补偿合同纠纷案

案情概要：许某系某市妇幼保健院（以下简称“保健院”）职工，双方签订《拆迁补偿协议》后许某房屋被拆除，保健院未支付拆迁补偿。许某依协议提起违约之诉，要求保健院支付拆迁款。裁判法院认为：“原、被告间的房屋拆迁安置补偿合同纠纷即属历史遗留的落实政策性质的房地产纠纷和因单位内部建房、分房等而引起的占房、腾房等房地产纠纷，不属于法院主管工作的范围，故原告提起的诉讼，应予驳回。”

此类案件裁判依据：历史遗留问题不动产归属状态无从判断，故所涉合同是否违约也无法判断，因此，历史遗留问题的债权纠纷也应适用《通知》第三款不予受理。

分析：上述观点认为，所有权不明的不动产处分权也不明，因此后续转卖行为缺乏权利基础，当属无效，因此“历史遗留”问题不动产再度流通行为的合法性无从判断——此观点的荒谬性开始显现。须知，物之所有的状态是事实，且无法借口“不予受理”而忽略。

#### （二）认为《通知》只在行政案件中适用

由于《通知》适用范围存在扩大化倾向，许多法院都在积极的探索解决方式。其中《沈阳市中级人民法院关于审理房地产案件若干问题的处理意见（之一）》（以下简称《处理意见》）规定：“5、单位内部分房过程中发生权属纠纷的受理问题依照最高人民法院法发[1992]38 号关于房地产案件受理问题的通知……审查单位与职工之间的房产纠纷是否属于人民法院受理范围，不能机械地适用这一司法解释，应审查纠纷双方是否属于平等主体，如果是平等主体间的纠纷，法院应予受理。例如，单位与职工之间的房屋租赁纠纷以及单位分配的住房房改后，职工依法取得了房屋所有权，因其他职工占房引起的纠纷等等，均属于平等主体之间的权属纠纷，人民法院应当依法受理。”

《处理意见》在《通知》适用问题上相较之前有很大的进步。但仍然存在两个问题：

第一，用“平等主体”直接排除了所有“民事关系”的适用，而仔细研读《通知》表述，应只对“不符合”民事诉讼起诉条件的案件适用。因此，《处理意见》缩小了《通知》适用范围，是违反上位法的。

第二，《处理意见》并未解决问题 1 中《通知》适用上存在的困境。

为了解决上述问题，有必要首先理顺《通知》在物权制度框架中的位置，并在物权制度的框架内探索纠纷解决方式。

### 二、房地产历史遗留问题在物权法框架内的位置

#### （一）历史遗留问题不动产物权的取得方式

##### 1、不动产物权取得

在我国《物权法》框架内，不动产物权的取得方式有原始取得和继受取得两种，其中原始取得包括合法建造、法定继承、以及依行政或司法文书（法令行为）取得等……涉及平等、或非平等主体。继受取得包括买卖、赠与、遗嘱继承等……

其中依行政或司法文书（法令行为）取得和继承（包括法定继承和遗嘱继承）取得，其物权之取得无需登记。

##### 2、涉及历史遗留问题不动产物权取得

《通知》第三款所述之“历史遗留问题”是由“落实政策、行政指令而调整划拨、机构撤并分合、因单位内部建房、分房等而引起”，其中，内部建房是合法建造行为，但由于此类建房一定是基于行政决定或命令，所以涉及“历史遗留问题”的不动产纠纷的共同特征是基于“法令行为”而引起，可见，涉及历史遗留问题的不动产物权取得方式是原始取得，且无需登记即具物权效力。

因此《通知》是用“历史遗留问题”此以描述划分了一种特殊的基于法令行为的物权取得方式，并明确人民法院对基于此种特殊的物权取得方式的效力不予质疑（不予受理）。

#### （二）“物权法定”框架下的历史遗留问题不动产物权

我国主张物权法定原则，不动产物权的产生、变更和消灭方式及存续状态只能由法律规定，《物权法》并未规定不动产物权取得以法院具有判断权为前提，因此，无论法院是否受理涉及历史遗留问题的不动产纠纷，其物权归属状态都是客观且明确的。

##### 1、物权法定原则的含义

物权法定原则是指“物权的种类、内容、效力以及公示方法由法律规定，原则上不能由法律之外的规范性文件

进行规定，也不能允许当事人自由创设物权的种类以及确定物权的内容、效力和公示方法。”在我国，“物权法定”中的法通常包含法律、司法解释。最高人民法院的《通知》不能成为物权创设、变更和效力的指引，只具有程序法意义，不具备对物权内容作出规定的效力。

2、分房决定一经作出，不动产物权已经依法确定且所有权人明确

物权法定的推论是物权的取得不以是否经过司法判断为前提。物之所有是一种事实状态，无论法院是否介入了司法判断，其状态都是确定的，更不会因为涉及历史遗留问题就变得模棱两可，在后续所有权变动时，物权流转归属不得含混，只是当归属涉及历史遗留时，不得进行司法再判断而已。

3、清晰的物权在定纷止争中的优势

在学理上，物权与债权是否独立以及独立程度等问题上存在很多观点，但在司法实践中，物、债关系的相对独立已经越来越被广泛的接受，而清晰的物权是物债独立或相对独立的基础。在解决历史遗留问题上，明晰的物权具备天然的纠纷化解优势。当历史遗留问题不动产的物之所属状态得以明确，以物权处分为对价的负担就变得清晰可辨，此时，即便在历史遗留问题不动产物权初次被获得时，传统民法中的共有理论和“军人复员费和自主择业费”就有了适用或参照适用的空间。法律体系这一法官化解纠纷的强大武器就得以发挥作用，当权利在法律体系下存在救济的途径，则纠纷的洪水便可以被妥善的导引，并在诉与辩的过程中得到解决。

三、物权语境下历史遗留问题的试解决

(一) 案例1 刘某诉庞某无权处分案分析

刘某诉庞某无权处分案中涉及如下法律关系：

首先，庞某单位集资建房行为，该行为是物之建造，是物权的原始取得，所有权人为庞某单位。如此时针对该不动产物权提出物权确认之诉，则应适用《通知》之规定，不予受理。

其次，庞某单位的分房行为，此系法令行为，是物权的原始取得，受《通知》调整，法院不应受理，但应注意，在分房决定作出之时，不动产物权已经转移庞某夫妻共同所有，在不动产变更登记前，庞某单位不再享有该不动产物权，但有义务协助庞某夫妻办理过户登记，且无民事关系审查义务。如此时针对该不动产物权提出物权确认之诉，则应适用《通知》之规定，不予受理。

再次，庞某私自将涉案不动产赠与第三人属于无权处分，庞某在房改登记时以第三人为所有权人直接办理房产登记的情形属于指示交付，第三人继受取得不动产物权行为由于处分人欠缺处分权而无效，且不属于涉及历史遗留问题的不动产纠纷，不受《通知》调整，法院应当受理。

(二) 案例2 许某诉某市妇幼保健院房屋拆迁安置补偿合同纠纷案

该案标的为合同权利义务关系，应予受理，但对涉案负担行为进行判断时，涉案不动产物权因拆迁决定而产生的所有权变更应作为客观事实予以认定。

四、明晰历史遗留问题的物权法框架位置的现实意义

矛盾通常不会自我化解，当纠纷解决之门被关闭时，它总会不择手段的夺门而出。

(一) 慎用“不予受理”，妥善化解纠纷

以“不予受理”方式处理纠纷看似简单快捷，实质对纠纷解决毫无助益。在人民群众看来“不予受理”常常是对试图通过合法途径解决纠纷愿望的“当头棒喝”，在心理上会瞬间造成对司法机关的“不信任”，产生畏难情绪，对抗情绪……群众眼中的“不予受理”常常与“不愿受理”、“不敢受理”同义，而其真正含义——“不符合起诉程序”很少有人知晓。

不动产历史遗留问题本身并未超出司法审判权的范畴，只是按照程序，以法定方式明晰物权的规范演绎，其基础上产生的纠纷与其他纠纷并无实质差别。但当“不予受理”与“历史遗留问题”结合之后会产生过大的想象空间，并使人民法院失去对纠纷化解的引导功能，进一步激化纠纷，损害司法公信力。

(二) 明晰适用条件，减少纠纷化解对诉讼技巧的依赖

笔者接触的累诉和涉诉信访案件中，主诉一方通常同时具备以下两个特点：第一，表达能力相对薄弱；第二，在纠纷解决初期缺乏专业指引，或因代理人素质原因误入诉讼歧途。

如在案例1 刘某诉庞某无权处分案中，刘某代理律师误以为：庞某要求其所在单位直接将涉诉不动产过户给第三人的行为中，权利义务双方为庞某单位和第三人，因此属于行政诉讼，从此将刘某陷入歧途。事实上，房改之后，庞某单位对涉诉房屋以经丧失所有，应庞某要求直接向第三人过户属于对庞某指示交付行为为辅助，本身并不是物权处分行为主体。而二审法官亦未正确理解《通知》第三款之涵义，致使刘某层层碰壁。

但是，让每一名群众先断制度框架下的法律关系内容再提起诉讼是不现实的，在群众同时缺乏表达能力时，要求法官在纷繁的法律关系中不出纰漏也过于苛责。于是，明晰制度含义，规范法律适用可以有效的减轻法官工作负担，只有审慎的对待案件中的法律关系，将看似游离在制度框架之外的特殊规定纳入制度体系，才能为法官适用规则提供明确具体的指引，才能“让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义”这一“核心价值 and 终极目标”和“让胜诉者当然胜诉”之一理想得以迫近。

(三) 维护司法权威，增强法官审判独立性

无论司法“拒绝判断”的本意如何，“不予受理”都在客观上赋予了上述非“传统”纠纷解决机构以“判断”

可能，特别是“历史遗留问题”和“不予受理”同时结合并被错误运用之后，群众对司法信心将受到严重打击，司法在群众主观上的权威性动摇不仅关系到个案的审理，还会影响到整个社会对司法体制的质疑，司法权威将受到不必要的影响。

此外，明确《通知》第三款适用条件将减少裁判者受到外界因素“干扰”，被迫适用《通知》的可能。笔者通过检索，仅自2006年1月1日始，截至2014年7月1日，已经网上公开的援引《通知》的判、裁判文书共计151篇（不包括案例1所涉文书），其中99篇出自案例1所在的省，且法律关系简单。将程序意义上的“不予受理”作为“不愿受理”的替代已经形成默契。

明确的法律适用条件不仅是裁判者解决纠纷的“武器”，更是保护裁判者审判独立性的“盾牌”，在审判独立性面临干扰时，明确的、不容妥协的规则往往具有重要的安全保障意义。因此，将细碎的制度纳入法理学框架并明晰适用是科学的维护司法权威，增强法官审判独立性的重要途径之一。

#### 参考文献

- 1、河南省安阳市文峰区人民法院（2009）文民一初字第734号，河南省安阳市文峰区人民法院（2009）文行初字第23号，河南省安阳市中级人民法院（2010）安行终字第70号，河南省高级人民法院（2013）豫法行申字第72号，河南省安阳市文峰区法院（2014）文民立字第1号，河南省安阳市中级人民法院（2014）安中民立终字第40号。
- 2、河南省新乡市红旗区人民法院（2011）红民一初字第723号。
- 3、《沈阳市中级人民法院关于审理房地产案件若干问题的处理意见（之一）》一、5。
- 4、[德]鲍尔·施蒂尔纳：《德国物权法》（上册）。张双根译，法律出版社2004年版。第15页
- 5、王利明，《物权法定原则》，《部门法专论》第5页。
- 6、【德】K·茨威格特、H·克茨：《比较法总论》第15章，《抽象物权契约理论—德意志法系的特征》，孙宪忠译，载《外国法译评》，1995年第2期。
- 7、Dr. Joachim Kuntze / Dr. Hans Herrmann usw. : GRUNDBUCHERCHT, seite 112.

（作者单位：上海市徐汇区人民法院）

来源：中国法院网

### 本案案由应确定为不当得利纠纷还是继承纠纷

2014年8月4日 中国法院网 刘小斌 黄民青

#### 【案情】

2014年4月10日，黄某的丈夫陈某因直肠癌术后复发被送往江西省泰和县人民医院住院治疗，期间黄某先后四次共计预交了32000元医疗费。5月8日，陈某医治无效死亡，尚结余医疗费23650元。5月14日，陈某的父亲陈甲瞒着黄某向法院谎称黄某丢失了预交金收据，从医院全部领走了预交医疗费余款。后黄某得知陈甲骗领了自己预交医疗费余款，要求陈甲返还，未果，黄某遂以不当得利为由将陈甲诉至法院，要求其返还该23650元。

陈甲辩称自己对该预交医疗费余款享有继承权，本案案由应定为继承纠纷，然后追加其他继承人为当事人，对此遗产进行分割。

#### 【分歧】

本案的首要争议为确定何种案由。对此有两种观点：

第一种观点认为，陈甲对本案争议的23650元预交医疗费享有法定继承权，故应将本案案由定为继承纠纷；

第二种观点认为，本案结余的23650元预交医疗费本为黄某与其丈夫陈某的共同财产，陈某死后，虽然陈甲对陈某的遗产的部分享有法定继承权，但本案无法一并处理继承事宜，故应将案由确定为不当得利纠纷。

#### 【评析】

笔者同意第二种观点，具体分析如下：

陈甲对陈某的遗产确实享有继承权。黄某与陈某系夫妻，故黄某预交的32000元医疗费应为黄某与陈某的夫妻共同财产，该23650元预交医疗费结余款也应为黄某与陈某的夫妻共同财产。现陈某因病死亡，该23650元的一半应属于黄某的个人财产，另一半属于陈某的遗产，即11825元为陈某的遗产。陈某生前并未留有遗嘱，故应按照法定继承的相关规定处理其遗产。陈甲作为陈某的父亲，为第一顺位继承人，对陈某的遗产当然享有继承权。

但是，案由确定的基本原则为根据双方争议的法律关系的性质予以确定。本案双方争议的关键为陈某冒领该医疗费结余款是否有合法根据。如没有，则陈甲冒领该医疗费预交款的行为即应认定为不当得利行为。该医疗费预交款系黄某所交，与陈甲无关；陈某死后，陈甲仅仅是对该预交医疗费的一小部分享有继承权，还包括黄某、陈某的母亲和子女对陈某的该遗产均享有继承权，故陈某的遗产在为进行分割前，为黄某、陈甲、陈某的母亲和子女的共同财产。陈甲一人不能独自冒领并将该医疗费结余款据为己有，即陈甲的冒领行为没有合法根据，其行为造成了其他权利人权利受损，系不当得利行为，其应将医疗费结余款返还与黄某。

同时，本案不能追加当事人一并处理继承事宜。因为当陈甲将医疗费结余款返还与黄某后，黄某是否会将其其他权利人享有的继承份额分割与其他权利人还无法确定，只有当黄某确定不分割陈某的遗产时，才产生继承纠纷事宜，

故本案不能直接追加当事人。

综上，陈甲的冒领行为构成不当得利，且不能在本案中追加当事人一并处理继承事宜，故本案案由应确定为不当得利纠纷。

（作者单位：江西省泰和县人民法院）

## 虚拟财产在离婚时的分割

2014年8月24日 民事审判参考 王克先

### 案情介绍

董成2007年与空姐方琳登记结婚，婚后未生育子女。2008年5月，方琳在淘宝网实名注册了一个店铺，起名为飞来飞去母婴用品店（下称网店），认证了关联的支付宝、手机、银行卡、旺旺等，主要经营进口的奶粉和母婴护理用品。

因为网店以空姐代购为招牌，开张不久就吸引了大批客户，交易量不断上升，好评率和信用度也越来越高，不久便获得了两个皇冠的信用等级，成为淘宝网上的知名商铺，其营销模式也转为直接通过海关从国外进口奶粉。2010年，董成离开原单位专职经营网店，方琳则继续空姐的工作。

可就在这时，两人的婚姻出现问题，随着时间的推移，两人的矛盾越来越深，最终决定分手。2011年11月22日，方琳与董成签订了《离婚协议书》，自愿解除婚姻关系。《离婚协议书》对网店分割作了详细约定：网店现有资产平分，方琳将网店转给董成一人经营，董成支付方琳400000元。网店任何有关联的密码，比如淘宝密码、旺旺密码、支付宝密码，手机、银行卡等无偿给董成使用。由于淘宝网规定网店实名制，暂时不能变更店主，在不能变更店主期间，方琳协助办理网店相关事宜。另外，在没有变更店主期间，网店由董成一个人经营，一切违反淘宝网规定或触犯法律的行为都由董成承担责任。网店所有债权债务由董成负责，未经董成同意方琳无权再使用网店。

但此后二人发生纠纷，方琳修改了网店密码。董成要求方琳将网店归还给他。方琳胸有成竹地回复他：网店是我实名认证的，根据淘宝网规定，一人只能注册一个网店，而且不能更名，如果将网店转给你经营违反了淘宝网的服务规则。而且我将不能再在淘宝网上开店，这将导致巨大的潜在法律风险，对我会造成巨大的损失，还将导致欺骗消费者。你想要网店，去法院告我吧，法院认为可以转给你，我就给你。

2012年3月12日，董成将方琳告上了北京市朝阳区人民法院，要求方琳将飞来飞去母婴用品店店主变更到董成名下，并将淘宝密码、旺旺密码、支付宝密码等交付董成。

（案例来源：《民主与法制周刊》2013年第4期，作者：晓红）

### 律师分析

互联网改变了人们的生活，在离婚这个问题上同样如此。在 network 科技日益发展的时代背景下，现在离婚时除了争房争车，一些虚拟财产也被要求作为夫妻共同财产进行分割。然而，由于立法稳定而滞后，虚拟财产仍然处于法律空白地带。

#### 一、虚拟物品概述

##### （一）虚拟物品

在早期的网络世界，网民只是通过注册ID进行简单的网上浏览、游戏，每个ID都具有唯一性与排他性，代表网民在网络特定空间内的身份。随着互联网的高度发展，产生了诸如网店账号、QQ、UC、陌陌及其他即时通讯账号、网络游戏账号、虚拟货币、虚拟装备、电子邮箱账号及微博、微信、域名等众多的虚拟物品。

##### （二）虚拟物品是否属于财产的争论

虚拟物品是否属于财产，在我国现行法律体系中没有明确规定，《民法通则》没有，《物权法》也没有。

司法界与学术界对虚拟物品是否属于法律意义上的财产，存在两种截然不同的观点。

有人认为，虚拟物品属于财产。网民获得虚拟物品，必须花费金钱、时间、精力。且虚拟物品本身既有使用价值，也有价值，可以直接用人民币进行交易，甚至一些虚拟货币与人民币之间已经形成固定“汇率”，具备了商品的一般属性。

有人则认为，虚拟物品不是法律意义上的财产。虚拟世界的物品，其本身没有任何经济价值。它只是用一种形式表现出来的一组数据，这些数据在某个软件运行的时候，才起作用，如果从网络空间独立出来就什么价值也没有。

#### 二、虚拟物品的可交易性

虚拟物品在专业人士面前只是0或者1组成的虚拟电子信号，但在网民眼中无异于真金白银。

##### （一）虚拟物品取得方式

取得虚拟物品一般有二种方式，一是从服务商那免费申请所得；二是直接花钱从服务商或他人那里购得。

##### （二）虚拟物品交易种类

虚拟物品交易可分为三类：一是网民间的交易；二是服务商与网民间的交易；三是其他交易商与网民之间的交易。

##### （三）虚拟物品价格

虚拟物品早已不仅仅在网络中存在的，它已和现实的货币产生了联系。虚拟物品价格主要有两类。

#### 一是服务商官方价格

许多服务商为了获取利润而出售虚拟物品。如，腾讯官网公布，获得精品靓号需支付初选费和若干月 QQ 会员，如 QQ 号码 1435888889、1441888889 的初选费为 788Q 币（1Q 币为 1 元人民币）

但服务商制定的价格是从自身利益出发的，其高低完全取决于特定物品的运营和利润状况，以及服务商的营销发展策略。因此服务商确定的价格并不能直接作为虚拟物品价值标准。

#### 二是网民之间的离线交易价格

网民之间的离线交易则具有无序性和不稳定性特点，并带有很强的个体因素。以淘宝皇冠级店铺为例，转让价格因皇冠数量、需求差异有高有低，便宜的在一万元左右，高的则要十几、二十几万。

因此，网民之间的离线交易价格也不能准确说明虚拟物品的价值，不能直接作为确定虚拟物品价值的标准。

#### 三、虚拟财产概念

至此，我们可以认为虚拟物品是财产，而这种财产是有别于有形财产的一种新型财产，因法律至今未有定论，姑且称其为虚拟财产。虚拟财产在本质上只是一组保存在服务器上的数字信息，一个电磁记录。但是虚拟财产的价值并不限于电磁记录，电磁记录的价值非常有限，有时甚至是可以忽略不计，而虚拟财产的价值千差万别。

虚拟财产可以定义为：虚拟财产是依赖于互联网，以电磁记录为存在形态，具有使用价值和价值，具有流通性，可以现实货币化的虚拟物品。

#### 四、夫妻共同所有虚拟财产分割

离婚不仅解除了夫妻之间的人身关系，也终止了夫妻之间的财产关系，自然产生夫妻共同财产的分割问题。所谓夫妻共同财产就是婚姻关系存续期间，夫妻一方或双方取得的依法由夫妻双方共同所有的财产。我国现行婚姻法采取的夫妻共同财产制是法定财产制与约定财产制相结合的制度，并明确规定，在没有约定或约定不明确时，才适用法定财产制。

《婚姻法》第三十九条规定，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。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》8、夫妻共同财产，原则上均等分割。根据生产、生活的实际需要和财产的来源等情况，具体处理时也可以有所差别。属于个人专用的物品，一般归个人所有。

分割夫妻共同财产一般采用如下方法：

(1) 实物分割，可以分割的财产，在不影响财产使用价值的前提下进行分割，双方取得应得的财产。

(2) 价款分割，财产不能分割，或者分割后其使用价值将会降低或者消失的情况下，进行变卖，双方就变卖所得的价款进行分割。

(3) 作价补偿，对于不能进行实物分割，而一方愿意取得财产，可以作价由一方取得，而另一方获得相当于一半价格的补偿。

尽管目前关于夫妻共有虚拟财产在离婚时如何分割法律没有明确规定，但虚拟财产也是财产的一种，离婚时可以按分割普通财产的原则和方式进行。但由于虚拟财产的特殊性，虚拟财产分割时应特别注意以下三点：

##### 1、虚拟财产的分割及归属原则

并不是所有的虚拟财产都可以分割转移，只有那些具有经济价值，同时又没有人身依附性的虚拟财产才可以分割转移，比如，游戏装备，网店等等。而 QQ 等即时聊天工具、电子邮箱等具有人身依附性的虚拟财产可以分割但不转移，也就是说这种虚拟财产应归原使用人，这既是对原使用人的人格尊重，同时也有利于原使用人与信息相对人的隐私保护。这不但符合法律原则，也符合相关司法解释“属于个人专用的物品，一般归个人所有”的规定。只是收藏没有作为通讯工具使用的 QQ 号码应视为没有人身依附性的虚拟财产。

##### 2、虚拟财产的归属还应考虑服务商的服务协议

能不能转移虚拟财产，不不仅仅凭当事人意愿，还要看服务商的服务协议。当事人达成分割协议，尚需服务商支持，否则转移很难实现。

虚拟财产在网民注册时产生，服务协议是虚拟财产取得的基础。通常，服务商大多通过服务协议排除虚拟财产转移。

如，腾讯公司的《QQ 号码规则》规定，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，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。如果腾讯发现并非号码初始申请注册人，腾讯有权在未经通知的情况下终止使用该号码。如果存在长期未登陆使用 QQ 号码等情形，腾讯有权终止该号码的使用。

又如，淘宝规则一直以来规定淘宝店铺只能由实名认证的店主经营，不可买卖、出租、赠与他人，店主不再经营的店铺只能关闭。2013 年 7 月，淘宝网店铺过户线上入口开放，符合协议离婚、判决离婚以及法定继承三种情形的淘宝店铺可申请过户；过户后淘宝店铺信誉保持不变，所有经营性行为都会被保留。总之我们应该注意到，虚拟财产不同于传统财产。虚拟财产处分权利虽由网民行使，但必须在服务商提供服务的基础上才能实现，故确定虚拟财产归属时应考虑服务商的服务协议。

### 3、虚拟财产价值的确定

虚拟财产的分割还有一个难点，就是难以确定其具体价值。

如果有数个相同的虚拟财产，就不用考虑价值，均等分给双方即可。但在虚拟财产不能分割且必须归属一方的情况下，则需确定它的价值。此时首先可以由双方协商确定价格，这是解决问题的最好出路。当协商不成时再考虑其他方法。

普通财产可以由估计机构来评估，而虚拟财产尚无相应的评估机构也无相应的评估标准，但可以让评估机构出具咨询意见，作为定价参考。评估机构出具咨询意见则可以收集参考虚拟财产的市场交易价格，价格是价值的外在表现，根据市场价格来确定价值，符合市场经济的规律，虚拟财产的市场交易价格最能直接反映出虚拟财产价值。当然，市场交易价格也容易受到不同网民个体差异的影响。因而，还须参考服务商的定价、网民投入的成本等内容来综合确定虚拟财产价值。

有的虚拟财产则可以直接确定其价值，如，淘宝店铺的价值大致来自四方面，一是存货；二是支付宝账户中的资金；三是店铺的客户资源和信用评价所带来的无形价值；四是店铺的债务。存货、资金和债务是典型的实体财产，分割时直接适用相关法律即可。

对虚拟财产的无形价值，及双方志在必得的虚拟财产，可以用竞价的方式，由出价高的一方获得虚拟财产，补偿对方一半价款的款项，这既确定了虚拟财产的归属，同时也确定了虚拟财产的价值。也可以将虚拟财产出售，通过虚拟财产与现实货币之间的转化，变现后再分割资金。

具有人身依附性的虚拟财产的价值只考虑购入与实际投入的资金即可，以其他方式定价难以体现人身依附性。

法律依据

#### 1、《中华人民共和国婚姻法》

第十七条 夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，归夫妻共同所有：

- (一) 工资、奖金；
- (二) 生产、经营的收益；
- (三) 知识产权的收益；
- (四) 继承或赠与所得的财产，但本法第十八条第三项规定的除外；
- (五) 其他应当归共同所有的财产。

夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权。

第十八条 有下列情形之一的，为夫妻一方的财产：

- (一) 一方的婚前财产；
- (二) 一方因身体受到伤害获得的医疗费、残疾人生活补助费等费用；
- (三) 遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产；
- (四) 一方专用的生活用品；
- (五) 其他应当归一方的财产。

第十九条 夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。约定应当采用书面形式。没有约定或约定不明确的，适用本法第十七条、第十八条的规定。

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。

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。

第三十九条 离婚时，夫妻的共同财产由双方协议处理；协议不成时，由人民法院根据财产的具体情况，照顾子女和女方权益的原则判决。

.....

第四十一条 离婚时，原为夫妻共同生活所负的债务，应当共同偿还。共同财产不足清偿的，或财产归各自所有的，由双方协议清偿；协议不成时，由人民法院判决。

#### 2、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》

第十九条 婚姻法第十八条规定为夫妻一方所有的财产，不因婚姻关系的延续而转化为夫妻共同财产。但当事人另有约定的除外。

#### 3、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》

第八条 离婚协议中关于财产分割的条款或者当事人因离婚就财产分割达成的协议，对男女双方具有法律约束力。

当事人因履行上述财产分割协议发生纠纷提起诉讼的，人民法院应当受理。

第九条 男女双方协议离婚后一年内就财产分割问题反悔，请求变更或者撤销财产分割协议的，人民法院应当受理。

人民法院受理后，未发现订立财产分割协议时存在欺诈、胁迫等情形的，应当依法驳回当事人的诉讼请求。

#### 4、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》

第五条 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。

第十四条 当事人达成的以登记离婚或者到人民法院协议离婚为条件的财产分割协议，如果双方协议离婚未成，一方在离婚诉讼中反悔的，人民法院应当认定该财产分割协议没有生效，并根据实际情况依法对夫妻共同财产进行分割。

第十八条 离婚后，一方以尚有夫妻共同财产未处理为由向人民法院起诉请求分割的，经审查该财产确属离婚时未涉及的夫妻共同财产，人民法院应当依法予以分割。

5、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》

8. 夫妻共同财产，原则上均等分割。根据生产、生活的实际需要和财产的来源等情况，具体处理时也可以有所差别。属于个人专用的物品，一般归个人所有。

处理结果

北京市朝阳区人民法院审理后认为，飞来飞去母婴用品店是董成与方琳婚姻关系存续期间开办的，夫妻双方无论何人登记为店主，相关权益与经营收入都属于夫妻共同所有，发生债务也由夫妻共同偿还。现在董成和方琳解除婚姻关系，网店不能分割为两个，只能在双方之间进行分配，此行为属于财产分割，不属于网店的转让。因此董成和方琳协议分配飞来飞去母婴用品店不违反淘宝网的相关规定，《离婚协议书》依法有效，网店归董成所有。2012年5月23日，北京市朝阳区人民法院作出一审判决：飞来飞去母婴用品店归董成所有，方琳需将其注册的飞来飞去母婴用品店变更为董成实名经营。

方琳不服一审判决，上诉于北京市第二中级人民法院。

北京市第二中级人民法院开庭审理后于2012年10月18日作出判决，驳回上诉，维持一审判决。

### 夫妻共有房屋单方处分中的法律适用问题

2013年8月14日 中外民商裁判网 辛正郁

作为实践中大量存在的一类纠纷类型，因单方处分夫妻共有房屋引发的案件，已经成为民事审判实践中的热点、难点问题。妥善解决好其中的法律适用问题，对婚姻法、合同法、物权法及相关司法解释的精准理解与适用的要求和难度更高，一些分歧和认识殊值厘清。

一、问题的提出

最高人民法院《关于适用婚姻法若干问题的解释(一)》(以下简称《解释一》)第17条第2项规定：“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，夫妻双方应当平等协商，取得一致意见。他人有理由相信其为夫妻双方共同意思表示的，另一方不得以不同意或不知道为由对抗善意第三人。”2011年8月13日起施行的最高人民法院《关于适用婚姻法若干问题的解释(二)》(以下简称《解释三》)第11条第1款规定：“一方未经另一方同意出售夫妻共同所有的房屋，第三人善意购买、支付合理对价并办理产权登记手续，另一方主张追回该房屋的，人民法院不予支持。”

就两条规定的适用环境而言，有以下两点值得注意：1、都适用于夫妻一方未经对方同意的单方处分情形。《解释一》第17条第2项后段实际上隐去了这样一个前提，即“未经夫妻双方平等协商，没有取得一致意见”，至于《解释三》第11条则明确表述为“一方未经另一方同意”。2、都适用于夫或妻单方处分重大共有财产(房屋)的情形。在此基础上，我们不难发现，同样的单方处分夫妻共有房屋行为，适用前述两条规定，结果迥然相异，主要为：适用《解释一》第17条第2项，则在第三人有理由相信其为夫妻双方共同意思表示的情况下，其权利救济归入有效合同制下，即使未办理转移登记，该第三人的权利仍可得到保护；适用《解释三》第11条，即使第三人善意购买且支付合理对价，只要未办理转移登记，其权利仍应让位于另一方共有人的追回主张。《解释三》第19条规定，该解释施行后，最高人民法院此前作出的相关司法解释与本解释相抵触的，以本解释为准。至此，如何解决两条规定的适用问题，不无疑问。从实践看，因单方处分夫妻共有房屋引发的纠纷数量很大，如何解决好上述问题，确实值得深入思考。笔者仅从解释论角度出发，就以上问题谈一谈个人观点。

二、《解释一》第17条第2项和《解释三》第11条的制定背景及其目的

《解释一》于2001年12月公布。自2000年以来，反对善意取得制度仅适用于动产的学术研究，由星星之火而呈燎原之势。在这股弃旧图新的学术思潮的推动下，不动产善意取得制度这一概念得到了一些人的认可。但亦应承认，不动产不适用善意取得制度仍为主流观点。在此情况下，《解释一》第17条第2项并未站在善意取得角度对所涉问题进行规范。从该条文义看，显然借鉴了合同法第四十九条有关表见代理的规定意旨，换言之，其是在合同法范畴内突出维护交易安全和保护善意第三人的价值取向。《解释三》是在物权法施行近4年后发布的，就其第11条文义考察，无疑是按照物权法第一百零六条规定，择取善意取得之路径，彰显维护交易安全和保护善意取得人的目的与宗旨。比较可知，前述两条规定的实质功能并无二致，但这正强化了司法实践中应妥善处理其适用问题的必要性。

三、不动产善意取得中的无权处分

如何解决两条规定的适用问题，有两个选项：一是按照《解释三》第19条规定，在单方处分夫妻共有房屋纠纷中，排除《解释一》第17条第2项的继续适用；二是区分两者适用前提，具体划定不同的适用环境。选项一的

妥适之处或为，既然两条规定适用的情形相同(或者主要是相同的)，那么新解释的专门规定当然应取代旧解释。但笔者认为，其结论是否正当，尚需研究。能否得出这个结论，关键取决于如何理解不动产善意取得中的无权处分。

在确定物权法第一百零六条规定所称“无处分权”的具体含义时，需要明确两点：1、物权法将不动产纳入善意取得范围之内的立法目的何在。2、该条与合同法相关规定的关系如何(合同法第五十一条等)。物权法将不动产纳入善意取得范围之中，主要原因在于物权法并未明确规定不动产登记的公信力，从制度层面看，该条规定意在有条件地缓和因法律未作此规定所带来的交易安全保护问题。据此，在不动产情形中，对物权法第一百零六条所称“无权处分”的理解，应当建诸受让人是否出于对登记所表彰的权利状态存在信赖，离开这个前提去探讨不动产善意取得的适用，无疑与物权法第一百零六条的本意相去甚远，换言之，只有在登记权利人处分不动产之时，才有可能产生受让人善意取得问题。否则，物权法规定的不动产善意取得制度在实践中就几乎没有适用的可能。因为在实际权利状态与登记所体现的权利状态一致的情况下，该处分为有权处分；而在处分人本身并非登记权利人的情况下，受让人的善意往往很难成立。至于第二点，合同法有关无权处分的规定(合同法第五十一条)意在解决无处分权人处分他人财产的行为(原因行为)的效力问题，其规定与物权法第一百零六条的规定有两点不同：一是两者的切入点不同。前者的制度目的本质上不在于解决物权变动是否能够完成，而这正是物权法第一百零六条所要解决的问题；二是合同法第五十一条中处分人之无处分权是确定的，当然，如果无处分权人满足该法第四十九条(表见代理)、第五十条规定(表见代表)条件，则虽为实质上的无权处分，但法律仍肯定该处分行为的有效性，同时排除了合同法第五十一条的适用余地，其维护交易安全的目的显而易见。而在善意取得中，处分人看起来是有处分权的，只不过这种“有处分权”没有相应的实际权利状态作为支撑。从这个角度看，前者适用于无处分权处分他人财产的情形，后者适用于处分人处分“自己”财产的情形。

对交易安全的保护是整个民法关注的问题，这是一个全方位、多维度的体系化事项，没有哪一个单项制度有能力担负起整个维护交易安全的使命。笔者进而认为，“交易行为有效”(即最大限度缩减形式与实质意义上的无权处分范围)才是对交易安全最为有力的保护，因此，有必要正确评估善意取得制度对交易安全的保护功能，它仅应在特定情形下发挥其应当发挥的作用。如果不当扩大不动产善意取得中无处分权的范围，将使物权法第一百零六条承受不能承受之重，也会造成物权法乃至整个民法体系的紊乱。具体表现为：1、仅以《解释一》和《解释三》为切入点，《解释一》中所称的“对夫妻财产做重要处理决定”肯定不仅指房产，如为机动车，是否也应适用《解释三》呢?从物权法第一百零六条规定看，如果将机动车纳入该条第一款第二项所称的“依照法律规定应当登记”的财产范围，那么其与不动产即应适用同样的规则。此时又应如何处理同种问题不同处理的问题，不无疑问。2、如果将视野从单方处分夫妻共有房屋拓展开来，物权法第一百零六条与合同法有关规定的着眼点并不相同，两者之间无法从一般法与特别法的关系计算中得出谁更优先适用的结论。在此情况下，如果将两部司法解释相关条文做替换处理，那么又如何协调处理其他共有财产单方处分的问题，显而易见，两者之间具有同质性。至于在比较法上存在夫妻共有重大财产排除善意取得规定立场问题，因我国法律中并无此种规定，而笔者仅从解释论而非立法论角度展开探讨。3、在前述基础上，我们势必会面对这样的难题，即同一

种行为，如果当事人选择按照宽泛理解去适用物权法第一百零六条或者按照其他法律规定主张权利，则当事人权利保护的途径、思路和结果将大相径庭。仅就上述三点看，能否将其后果简单归结为法律体系的内在漏洞的必然，是否真的符合立法者之本意，殊值怀疑。

#### 四、《解释一》第17条第2项和《解释三》第11条的适用

单方处分夫妻共有房屋的情形主要有三：一是登记在双方名下，单方处分；二是登记在一方名下，另一方处分；三是登记在一方名下，该方处分。考量上述不动产善意取得中无权处分应为何指，笔者认为，只有第三种情形，即“登记在一方名下，该方处分”的时候，才产生善意取得制度的适用问题。由此进行抽象作业，笔者认为不动产善意取得中无权处分的含义应为：实际权利状态与登记所体现的权利状态不一致，且登记权利人的处分行为不符合法律规定或者当事人约定条件。

由此，笔者认为：《解释三》第11条的适用应当限定在“登记在一方名下，该方处分”的情形之中，而依据《解释三》第19条规定，在单方处分夫妻共有房屋纠纷中，排除《解释一》第17条第2项的继续适用，理由并不充分；至于单方处分夫妻共有房屋的前两种情形，则仍需交由《解释一》第17条第2项规定去解决。如此适用，既可以有效遵循物权法的体系安排，又可以协调好两部司法解释的相关条文的调整范围。否则，不当扩大不动产善意取得制度中无权处分的范围，必将导致本可求得其他民法制度救济的受让人，反而因无法满足物权法第一百零六条规定条件而丧失权利保护可能的严重后果，并使该条规定沦为背信一方的武器，最终受到损害的实际上就是交易安全。

#### 五、《解释一》第17条第2项和《解释三》第11条适用选择的价值考量

基于前述思路：按照《解释一》第17条第2项规定，在“登记在双方名下，单方处分”以及“登记在一方名下，另一方处分”情形中，第三人只要有证据证明其“有理由相信其为夫妻双方共同意思表示”，即使没有完成转移登记，其权利取得的请求仍可得到支持；按照《解释三》第11条规定，在“登记在一方名下，该方处分”情形中，第三人需满足“善意、支付合理对价、办理产权登记手续”条件后，才可得到保护。

由此或许带来如下疑问：较之“登记在一方名下，该方处分”，“登记在双方名下，单方处分”以及“登记在一方名下，另一方处分”情形中的受让人似乎在价值判断上更不值得保护，但其反而更容易得到保护，这种结果在价



价值判断上是正义的吗?

仅就法律规范给出的权利保护条件而言,不动产善意取得显然较之另者更为艰难和苛刻。但据此判断哪一项制度对交易安全的维护更为有力,对第三人权利的保护更为周全,还有失之偏颇之虞。假设前述疑问真实存在,经由实证分析可知,如果扩大不动产善意取得中无权处分的范围,其后果是物权法体系的紊乱(详如前述),而两分思路下则是本应得到更有力保护的第三人利益难以实现。抛开法律适用的规范和指引功能(可以最大限度消减前述疑问的实践支持力度)不谈,两种消极后果在价值判断上,孰轻孰重呢?除此以外,尚需考虑以下问题。

(一)在“登记在双方名下,单方处分”以及“登记在一方名下,另一方处分”情形中,交易的数量一般要少于“登记在一方名下,该方处分”的情形。笔者认为:任何一项制度,即使其倾斜保护的倾向再明显,亦有其兼顾考虑的利益存在。交易数量更多,说明统筹协调不同利益关系的必要性越强,即使权利选择保护的条件苛刻一些,也有其必要。

(二)在举证责任上,善意取得中当事人是否为“善意”,一般是通过真实权利人举证证明第三人并非善意来反向证成的。因为不动产善意取得的适用前提是,第三人信赖登记表彰的权利状态,此时,应首先推定第三人为善意。而在另一情形,是否“有理由相信其为夫妻双方共同意思表示”,需要第三人举证证明,笔者认为:两者难易之区分,似不好统而定论。

作为实践中大量存在的一类纠纷类型,因单方处分夫妻共有房屋引发的案件,已经成为民事审判实践中的热点、难点问题。妥善解决好其中的法律适用问题,对婚姻法、合同法、物权法及相关司法解释的精准理解与适用的要求和难度更高,一些分歧和认识殊值厘清。唯如此,司法的标准才能统一,法律规范调整社会生活的功能才能得到最大限度的发挥。

作者单位:最高人民法院

### 赠与子女的财产能否撤销

2014年8月19日 江苏高院 曹钟允

#### 【案情】

原告谷某某系被告谷某与朱某的婚生子,被告谷某与朱某于2010年6月13日协议离婚并签订《自愿离婚协议书》。《自愿离婚协议书》中约定“夫妻双方婚后购有坐落在南京市江宁区胜太路xx号xx公寓西区20栋602室的楼房一套,登记在双方名下,属夫妻共有财产。离婚后,该房产归女方和儿子谷某某所有(双方各50%所有权),双方相互配合办理产权登记手续”。二人离婚后,谷某某随母亲朱某生活。协议签订后,被告迟迟未履行过户手续,目前,诉争房产已由朱某出租,房租由朱某收取用于其和谷某某的日常生活。现原告诉至法院,要求判令被告谷某配合办理诉争房产的过户手续并承担本案诉讼费用。

#### 【评析】

本案的争议焦点为:被告赠与原告房产的行为是否可以撤销。

《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《解释(二)》)第八条第一款规定,离婚协议中关于财产分割的条款或者当事人因离婚就财产分割达成的协议,对男女双方具有法律约束力。因此,在男女双方婚姻关系已经解除的情况下,双方在离婚协议中就财产分割达成的约定已经生效,双方均应按照约定履行。由于离婚协议关于财产分割的约定是一个有机整体,对于其中任意一条的反悔行为均意味着对整个财产分割协议的反悔,因此,不能将其中赠与子女财产的条款独立于整个协议来看。另,《解释(二)》第九条规定,男女双方协议离婚后一年内就财产分割问题反悔,请求变更或者撤销财产分割协议的,法院应当受理。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,应当依法驳回当事人的诉讼请求。由此可见,如非存在欺诈、胁迫的情形,男女双方不得变更或撤销财产分割协议。本案中,被告要求撤销其在离婚协议中对原告房屋赠与条款,不满足变更协议的条件,应不予认可。

离婚协议中对子女的财产赠予是夫妻分割共同财产的一种方式,属于共同共有人对共有财产的共同处分行为,与协议中其他财产分配行为构成有机整体,对于共同财产的处分行为,其中一个共有人不应享有单独的撤销权,除非共有人共同行使撤销权。虽然赠与人在赠与财产权利转移之前可行使任意撤销权,但就本案而言,由于该赠与行为系被告与原告母亲在离婚协议中作出的对夫妻共同财产的处分行为,系二人的共同赠与,在原告母亲不同意撤销的情况下,被告不可单独作出撤销赠与的决定。因而,离婚协议中对子女的财产赠与,父母单方是不可行使任意撤销权的。

综上,被告既不能行使离婚协议的变更、撤销权,也不能单独行使赠与合同的任意撤销权,其在离婚协议中赠与子女的房产应按约定协助过户。

### 恋爱期间共同购房,分手后如何分割?

2014年8月26日 燃灯者

江某诉廖某某共有纠纷案

——恋爱期间共同购房,分手后如何分割

#### 【裁判要旨】

恋爱期间男女双方以结婚为目的出资购买住房，分手后双方对如何分割相持不下，法院应根据双方的出资比例和贡献大小进行公平合理分配。

#### 【案情】

原告（被上诉人）：江某。

被告（上诉人）：廖某某。

江某、廖某某曾系男女朋友关系。2006年11月12日，江某与案外人林某某签订《房产转让协议》，约定林某某将其订购的位于厦门市“某大厦”7跃8层F单元的房屋以1165900元的价格转让给江某，林某某、陈某某夫妻俩累计收到购房款382756元，收条载明付款人为江某。2006年11月25日，江某、廖某某共同与开发商签订了《商品房买卖合同》，购买讼争房屋，面积130.54平方米，购房总价款979049.99元。同日，江某交付开发商购房款99049.99元，开发商开具了购买人为江某、廖某某，金额为299049.99元的《厦门市不动产转让（销售）专用票据》。2007年3月29日，江某、廖某某与银行、开发商签订一份《个人住房组合借款（担保）合同》，江某、廖某某共同向银行借款680000元，用于购买讼争房屋，借款期限为20年，按月还款，江某、廖某某以所购房屋为其借款设定抵押担保并办理了房屋抵押登记手续。2007年4月12日，银行依约向江某、廖某某发放贷款680000元。自2007年5月13日起，每月从江某的银行卡中偿还按揭款。

2009年10月，江某起诉廖某某，请求确认讼争房屋90%份额归江某所有并依法分割。在该案庭审中，江某确认廖某某支付80000元。后江某撤回起诉，法院予以准许。

2010年8月2日，廖某某起诉江某、开发商、按揭贷款银行、请求协助办理讼争房屋的产权登记。一审法院认定江某、廖某某系讼争房屋的共同所有权人，判决支持了廖某某的诉讼请求。江某上诉，因未在法定期限内预交二审案件受理费，二审法院依法裁定按自动撤回上诉处理。

2010年11月4日，廖某某又起诉江某，请求判令江某停止对讼争房屋装修，恢复原状。法院判决驳回廖某某的诉讼请求。讼争房屋现由江某及家人居住。

江某、廖某某确认双方是以结婚为目的购买讼争房屋。

廖某某主张其分别于2006年11月11日取现40000元、2006年11月18日取现40000元、2006年11月16日取现27000元、2006年12月15日取现16000元；2006年11月19日建行存款凭条，载明廖某某存入江某建行卡50000元；于2006年11月11日取现9000元，于2006年12月12日取现4000元，于2007年1月11日取现18000元，上述取款分别用于支付购房款或偿还江某向其兄江涛所借“购房款”。

讼争房屋的按揭贷款均由江某偿还，至2012年5月13日商业贷款剩余208833.13元，公积金贷款剩余250007.32元。

诉讼中，法院根据江某申请，依法委托评估公司对讼争房屋的价值进行评估。厦门同建土地房地产评估咨询有限公司接受委托并于2012年9月5日作出房地产估价报告，估价结果为：估价对象单价22251元/平方米，总价值为290.46万元（不含装修价值）。廖某某在购房中出资总额为469525元，占实际总购房款1161805.99元的40.41%，江某所占份额为59.59%。江某以其为该房屋的实际购买人，该房屋的资金始终均由其一人承担，廖某某没有付款，现该房屋由其单独出资装修并入住。请求：确认该房屋为双方按份共有，按照出资额确认江某享有相应的产权份额；并依法进行分割，将该房产判归江某所有，由江某按房产原购价值及廖某某所占份额支付对价。

#### 【审判】

厦门市思明区人民法院经审理认为：根据《商品房买卖合同》、付款票据及借款合同，结合江某、廖某某系为结婚而购买讼争房屋的事实，应认定讼争房屋为双方共同共有。民法通则若干问题的司法解释第90条的规定，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。鉴于江某、廖某某的共有基础已经丧失，对讼争房屋的分割无法达成协议，应按此规定处理。讼争房屋出资分为两部分，即首期购房款481805.99元（包括支付给林某某382756元及向开发商支付的99049.99元）和按揭款680000元。上述付款中，结合收条内容，可以认定382756元的付款人系江某（包括江某自认廖某某支付的80000元）。开发商开具的购买人为江某、廖某某，支付给开发商的99049.99元为双方共同付款。银行按揭贷款为双方共同出资。认定廖某某的出资为469525元（80000元+49525元+340000元），占实际总购房款1161805.99元（382756元+99049.99元+680000元）的40.41%，江某所占份额为59.59%。鉴于讼争房屋现已由江某及家人居住使用，故讼争房产归江某所有为宜。根据评估结论，讼争房屋总价值为290.46万元，故江某应支付对价1173748.86元给廖某某。判决：一、址于厦门市浮屿小区一期3号楼协成通商大厦7跃8层F单元的房产归原告江某所有；二、原告江某于本判决生效之日起十日内，支付被告廖某某讼争房产所占份额的对价1173748.86元；三、驳回原告江某的其他诉讼请求。

一审宣判后，江某、廖某某分别提起上诉。二审诉讼中，江某申请撤回上诉，厦门市中级人民法院依法裁定准许江某撤回上诉（民事裁定书已另行制作）。廖某某的上诉理由为讼争房屋为共同共有，双方均需要住房，应由双方对讼争房产拍卖、变卖取得的价款予以分割，以切实保障各自的合法权益。厦门市中级人民法院经审理，判决驳回上诉，维持原判。

#### 【评析】

本案是男女恋爱交往中共同购房分手后引发的纠纷。双方当事人都要求享有房屋所有权，并为此打了六场官司。随着房价不断飙升，恋爱不成，如何分割房产是本案的关键。

#### 一、关于共有的认定

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，或者约定不明确的，除共有人具有家庭关系等外，视为按份共有。”本案讼争房屋已经生效判决认定江某、廖某某系共同所有权人，虽然江某与廖某某没有协议过房屋共有情况，江某在廖某某起诉要求协助办理讼争房屋的产权登记时，对一审判决认定双方系共同所有权人提起上诉，但因没有预交上诉费被二审法院按自动撤回上诉处理，且江某之后亦未对共有的情况提出异议，因此，生效判决的认定可视为双方对房屋享有共有权，认定讼争房屋为江某与廖某某共有。

#### 二、关于共有房屋分割的法律依据及事实依据

《物权法》第 99 条规定：“……；没有约定或者约定不明确的，按份共有人可以随时请求分割，共同共有人在共有的基础丧失或者有重大理由需要分割时可以请求分割。……”，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 90 条规定：“在共同共有关系终止时，对共有财产分割，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。……”本案中，江某与廖某某对讼争房屋的共有基础是恋爱关系，现两人恋爱关系已经终止，原有的共有基础已经丧失，江某有权主张对讼争房屋进行分割。由于双方在终止共有关系时对讼争房屋的分割并未达成协议，且诉讼中双方均要求享有讼争房屋，仍未对如何分割达成协议，一、二审法院根据双方的出资额来确定所占份额，认定江某所占份额 59.59%，廖某某所占份额 40.41%，并综合考虑到江某在出资购买房屋时贡献较大，且已装修入住使用，兼顾江某还在负担因购买讼争房屋所欠银行贷款的还款义务，将本案讼争房屋判归江某所有，由江某按讼争房屋现值支付对价给廖某某。

#### 三、关于共有房屋项下债务的承担

至于本案讼争房产项下的贷款应认定是该不动产产生的债务，双方对债务未作约定，应按上述双方共有所占份额比例承担债务。江某归还了全部贷款，其偿还的债务超过自己应当承担份额。在此情形下，江某可就超出部分向廖某某追偿，要求廖某某归还相应份额的债务。但在案件审理过程中江某未提出诉求，也未提出以廖某某应还份额债务抵扣相应房屋折价款的诉求，故法院在本案中未对讼争房产产生的债务进行处理，双方可另行协商解决。

#### 四、延伸思考

恋爱期间购置新房，分手时又不得不对所购房屋予以分割，实际生活中，像本案情况会越来越多。由于恋爱期间男女双方关系融洽，碍于情面，一般未留存房屋共有的证据，所以这类纠纷产生后普遍存在举证难的现象。因此，法官建言：在恋爱期间双方置办价值较大的动产或者不动产，一般最好形成书面的协议，对双方的份额做出明确约定。如果由于各种原因不能形成书面协议，一般最好能保留证明自己出资等的有效证据，以便在发生纠纷时，证明自己对于共有财产的贡献，从而维护自己的合法权益。

本案双方当事人均只有该套房源，虽然一、二审判决房屋归江某，由江某支付相应对价 1173748.86 元给廖某某。但二审也了解到：双方均系工薪阶层，江某收入平平，其还得偿还讼争房的银行贷款，存在着住宽敞楼宅（讼争房系挑高层，地处厦门繁华商业地段）却无法履行对价的可能，廖某某实现该债权或许并无保障。因此，二审在双方对房屋如何分割相持不下的情况下，曾试图建议双方对讼争房产拍卖、变卖取得价款予以分割，可以在厦门较周边地段购置二套二房一厅面积适中的房屋，以解决可能存在的执行不能的情形，但江某拒绝此建议。为此，对于此类型案件法官如何运用自由裁量权，衡平双方的权益，合乎情理法度地审理，有待最高法院给予明确规定。

（编写人：厦门市中级人民法院 林巧玲）

来源：福建法院参阅案例

### 房管局因遗嘱无效不受理房产转移登记申请是否违法

2014 年 8 月 26 日 漯河市中级人民法院

#### 【案情】

许某和吴某共有四位儿女，分别为吴大、吴二、吴三、吴四，吴某先于许某死亡，但未对遗产进行分割。后许某重病，自感时日不多，立下书面遗嘱，其中写明将自己和丈夫吴某购买的坐落在一座房屋（该房屋登记在许某名下）由女儿吴大继承。许某死亡后，吴大先后三次以遗嘱继承为由向县房产管理局申请，要求将房屋的所有权转移登记给自己，但县房产管理局以吴大提交的“遗嘱”不符合 1991 年《司法部、建设部关于房产登记管理中加强公证的联合通知》、《中华人民共和国住房和城乡建设部公告第 1307 号》第 4.2.1 条及附表 c.1.3 的规定，未提供继承权公证书为由，不予登记，并提出该房屋系许某和吴某的共同财产，并非许某个人财产，许某一入无权对该房屋作出处分，其遗嘱无效。吴大不服，向人民法院提起行政诉讼，请求法院确认被告县房产管理局不予受理房屋所有权转移登记行政行为违法。

#### 【分歧】

本案在处理过程中，存在以下两种分歧意见：

第一种意见认为，许某处分了不属于自己的财产，其遗嘱无效。房产管理局不予受理该房屋所有权转移登记申请是正确的，应当驳回原告吴大的诉讼请求。

第二种意见认为，不动产登记有多个步骤，每个步骤中房产管理局的审查程度不同，受理阶段只进行形式审查。吴大提供的申请材料符合法定形式，应当受理。

#### 【评析】

笔者同意第二种意见。

《房屋登记办法》第七条规定“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。”可见，房屋登记的受理和审核是两个不同阶段，在这两个阶段中，房产管理局对申请资料的审查程度不同。在受理阶段，房产管理局对申请人提供的材料进行初步的形式审查，只要申请人按照《房屋登记办法》第三十三条的规定提供了齐全的申请资料，房产管理局即应当予以受理，至于申请材料的真实性、合法性则是在审核阶段应当审查的内容。

本案中吴大向县房产管理局提出房屋所有权转移登记申请时，已经提供了房屋所有权证、房屋所有权人的遗嘱、申请人自己的户口登记卡，符合《房屋登记办法》第三十三条的规定。至于许某是否有权全部处分该房产、其遗嘱是否有效，是房产管理局受理登记申请后在审核过程中应当处理的问题。至于县房产管理局在受理阶段要求吴大提供公证遗嘱，依据《中华人民共和国继承法》第十七条规定，公证遗嘱和自书遗嘱均是遗嘱的法定形式，都具有法律效力。县房产管理局要求提供公证遗嘱不符合法律规定，属适用法律错误。故笔者认为被告拒绝受理吴大房屋所有权转移登记申请的行为违法。（乐安县人民法院 黄淑娟 刘卫兰）

### 情侣买房纠纷：出资 30 万元，是房款还是聘金

2014 年 8 月 26 日 房地产微报

经过 5 年恋爱，最后还是分了手，而且还经历了一场房产诉讼。近日，经宝山区法院审理，小伙子小庄赢了官司。尽管如此，小庄仍像得了一场重病，心情沮丧不已。

#### 【案情回放】

小庄与浙江姑娘小陆原是本市某大学同学，学生期间两人就进入热恋阶段。2006 年毕业后，两人在本市租房，开始共同生活。虽然双方父母并不看好这桩婚事，但由于两人已难舍难分，便开始为他们的将来做准备。

2007 年 5 月，在双方父母要求下，小庄与小陆准备买房，并由小庄与小陆一家同去看房，确定购买逸仙路 1238 弄一套近 100 平方米的房子，总价 119 万余元。商量后，决定由男方出资 30 万元，女方出资 40 万元，余款以小陆名义贷款。

之后，小庄父亲与小陆父亲签署了一份《出资购房凭证》。当日，小陆父女与房产公司签订《商品房出售合同》，约定小陆父女以 119 万余元价格购买系争房屋。同日，双方拿出钱款一起支付给了房地产公司，公司向小陆父女出具了首付款发票。

不久，小庄与小陆住进了新房。虽然两人已过起了家庭生活，但始终没有办理结婚登记。去年 8 月，两人关系彻底崩溃，小庄离开了这套房屋。

去年 9 月，小庄经查询得知，系争房屋产权只登记在小陆父女名下，自己根本与这套房屋没有关系，便向宝山区法院起诉，要求确认自己为系争房屋的产权人之一。

法庭上，小庄认为，因为他比较信任小陆父亲，所以整个购房过程都由陆父操办。签订买卖合同当日，小庄与小陆及双方父母都在场，之后的手续男方没有参与，但约定产权证上写小庄、小陆、陆父三人。

而女方则认为，小庄当时是作为小陆的男朋友参与看房过程，没有主导权。小庄提出如果双方今后结婚，也不用再另行买房，系争房屋就作为婚房，所以小庄父亲以聘金形式赠予未来媳妇小陆 30 万元用于购房，但没有共同购房的意愿。签订合同时，小庄一家都在场，也知道并同意房产证上只写小陆父女名字。现两人已解除婚约，小庄也已搬出系争房屋。女方愿意返还 30 万元，但不同意小庄作为房屋产权人之一。

#### 【以案说法】

法院认为，女方辩称男方支付的 30 万元性质为聘金，但没有证据佐证，法院难以采信；且根据双方签署的《出资购房凭证》，该 30 万元作为男方出资用于购房，可见当时双方家长已确定该款性质。法院据此认定该 30 万元系小庄为购买系争房屋的出资。小庄作为系争房屋出资人之一，要求确认其为系争房屋产权人之一的请求，法院应予支持。

#### 【法词典】

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第二十二条：当事人结婚前，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。

### 《婚姻法》解释（三）三周年反思 | 程律、吴晓芳：一方个人财产婚后收益问题探析

2014 年 8 月 25 日 程律、吴晓芳 家事法苑

8 月 13 日，《婚姻法》司法解释（三）实施 3 周年，围绕它的争议一直没有停止过，本公众号近期陆续推送这三年以来围绕相关问题的争鸣文章，以利于大家参考。家事无小事，清官难断家务事，共同关注！

今日关注第5条“一方婚前财产婚后增值”问题，同时收录：

最高人民法院民一庭（吴晓芳法官执笔）：一方个人财产婚后收益问题的认定与处理

贺剑：“理论”在司法实践中的影响——以关于夫妻个人财产婚后孳息归属的司法实践为中心

法官视点 | 程律、吴晓芳：一方个人财产婚后收益问题探析

发布时间：2014年6月23日，程律 吴晓芳 来源：《法律适用》2013年第12期

中国私法网 [http://privatell.bjx23.host.35.com/Web\\_P/N\\_Show/?PID=9749](http://privatell.bjx23.host.35.com/Web_P/N_Show/?PID=9749)

[关键词]：夫妻共同财产；个人财产；婚后；婚姻关系；婚姻法；存续期间；自然增值；房屋装修；投资收益；住房公积金

[案情]

王某某与李某于2008年8月登记结婚，未生育子女。婚后李某用出售自己婚前房屋的款项购买了××小区房屋一套，总价款为181800元，房屋产权登记在李某自己名下，王某某用自己婚前住房公积金账户上的45000元对该房屋进行了装修。2011年6月，李某将该房以448000元的价格卖给他人。婚后双方购买的家具及海尔冰箱、康佳彩电、三洋洗衣机、煤气灶等在卖房时也一并留给了买房人，大约估价为8000元，包含在448000元房价中。王某某婚前炒股开设一账户，结婚登记时账户余额31000元，婚后王某某一直关注股市行情，经常买进卖出，离婚时账面余额为73000元。李某婚前买了20000元基金，因基金净值状况不佳，李某婚后没有操作基金，离婚时也没有赎回，基金账面市值21950元。王某某在婚姻关系存续期间定期购买彩票，因李某坚决反对，王某某只好用自己婚前积蓄购买，2011年8月彩票中奖100万元，扣除税金后尚余80万元。王某某婚前借给别人50000元，按照借款协议的约定，其婚后连本带息拿到56000元。2011年10月王某某诉至法院，要求判令双方离婚，并对夫妻共同财产依法分割，包括分割李某出售婚后所购××小区房屋的增值收益。李某同意离婚，但认为诉争房屋及其增值收益属于其个人财产，与王某某无关。王某某购买彩票所得80万元，因系婚姻关系存续期间所得，应当认定为夫妻共同财产。

[裁判]

一审法院经审理认为，王某某与李某夫妻感情确已破裂，现双方当事人均同意离婚，故准予王某某与李某离婚。在财产分割方面，××小区房屋是李某用其出售自己婚前房屋的款项购买，属于一方的婚前财产在婚后的转化形式，即由李某一方的婚前房产转化为货币形式，然后再由货币形式转化为诉争房产，不应影响其个人财产的性质认定。李某购买××小区房屋用于家庭居住，并非投资，其将该房屋卖给他人的增值部分，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》（以下简称《婚姻法解释》）（三）第5条的规定，该增值属于自然增值，离婚时应归李某个人所有；婚后双方用夫妻共同财产购买的家具、电器等，出售房屋时一并转让，总房款中的8000元应认定为夫妻共同财产。王某某用婚前住房公积金账户上的45000元对房屋进行了装修，虽然《婚姻法解释》（二）第11条规定，婚姻关系存续期间夫妻双方实际取得或者应当取得的住房补贴、住房公积金，属于夫妻共同财产的范围，但前提是该住房补贴、住房公积金是婚姻关系存续期间取得的。而个人住房公积金账户中的数额可能包括婚前取得和婚后取得两个部分，本案中王某某系用婚前取得的住房公积金45000元装修房屋，该部分住房公积金应认定为王某某一方的婚前财产。由于装修材料已添附到房屋上，成为房屋不可分割的组成部分，离婚时对房屋价格整体评估时，应一并考虑房屋的实际装修状况，故448000元总房款中也包含房屋装修部分。考虑到房屋装修的折旧因素，李某应支付王某某40000元的房屋装修补偿款。王某某婚前炒股本金31000元，离婚时账面余额为73000元，其投资收益部分42000元应作为夫妻共同财产予以分割；李某婚前购买基金20000元，虽然婚后一直未予操作，但购买基金属于投资性质，与单纯的储蓄不同。无论是婚前购买还是婚后购买，其婚姻关系存续期间所得投资收益，依照《婚姻法解释》（二）的相关规定，离婚时账面余额21950元扣除本金后的1950元，应认定为夫妻共同财产进行分割。关于王某某购买彩票所得80万元一节，根据我国《婚姻法》的规定，双方在财产方面没有特殊的约定，婚姻关系存续期间购买彩票中奖所得属于一方的其他合法收入，应当属于夫妻共同财产。关于王某某的债权收入6000元，虽然亦是婚后所得，但性质属于法定孳息，应认定为王某某一方的个人财产。综上，一审法院判决：准予王某某与李某离婚；李某支付王某某房屋装修补偿款40000元及出售夫妻共同所购家具、电器的款项4000元以及购买基金的收益975元；王某某支付李某彩票所得40万元，并支付李某购买股票所得收益21000元。一审判决后王某某与李某均不服提出上诉，二审法院经审理后判决：驳回上诉，维持原判。

该案情并不复杂，其中所涉的问题却有一定的普遍意义。笔者将其分类，并分析不同的观点，以期有所助益。

[评析]

一、关于李某用于婚后购房的资金来源于出售其婚前个人所有的房屋，诉争房屋是否属于夫妻共同财产的范围，增值部分应如何处理

第一种意见认为，位于××小区的房屋，系李某用出售自己婚前房产所得资金购买，虽然该购房行为发生在双方婚姻关系存续期间，但购房款来源于李某的婚前财产。从性质上来说，这只是李某一方的婚前财产由原来的房产转化为货币再转化为诉争房产，该房屋应属李某个人所有。李某将诉争房屋再次转让，由于房价上涨的市场因素而获利丰厚，但该收益属于自然增值，根据相关司法解释的规定，增值部分也应属于李某一方所有。至于，婚姻关系存续期间对房屋进行装修的事情，应考虑装修款来源及相应的折旧因素，由李某对王某某予以合理补偿。第二种

意见认为，双方登记结婚在前，李某出售原房屋继而再购新房在后。取得结婚证即确立夫妻关系，除法律规定和双方另有约定外，原则上婚后所得都应认定为夫妻共同财产。故李某婚后所购的房屋应定性为夫妻共同财产，出售房屋所得增值收益也属于夫妻共同财产，离婚时应当依法予以分割。

笔者认为，上述第一种意见是适当的。本案中李某在婚后用出售自己婚前房产所得资金购买诉争房屋，不能机械地认为该房屋系婚后购买就属于夫妻共同财产，还要审查购买房屋的资金来源。根据民法的基本原理，货币形式和其他财产形态之间的转化并不改变所有权的性质。从国外法律的规定来看，一些国家通过明文规定的方式将“夫妻个人财产的替代物”，认定为夫妻一方的个人财产。如瑞士民法典第 198 条规定，以下财产为夫妻一方个人所有的财产：1. 夫妻一方专有的个人使用物品；2. 结婚时属于夫妻一方所有的财产，或在婚姻关系存续期间通过继承或其他方式无偿取得的财产；3. 因精神赔偿所获得的补偿金；4. 夫妻一方个人财产的替代物。

## 二、关于王某某婚后购买彩票所得 80 万元的性质

一种观点认为，购买彩票是一种投资行为，中奖是投资取得的收益，即便使用一方的个人财产购买彩票，中奖的收益也属于夫妻共同财产。另一种观点认为，彩票奖金为射幸孳息，既然《婚姻法解释》（三）规定一方财产的婚后孳息属于个人财产，那么王某某用个人积蓄婚后购买彩票所得奖金应当属于其个人财产。笔者认为，彩票属于射幸合同，当事人在订立合同时，并不知道必然中奖，能否中奖具有赌博色彩。如果认为彩票中奖的奖金是孳息，中奖人在领取奖金时，依照孳息取得不以原物消灭为代价的原则，彩票发行人应当支付奖金、并返还购买彩票的价款。实际上中奖人只能主张支付奖金，而无权要求返还购买彩票的价款。另外，如果认为彩票中奖所得奖金属于孳息，依照《物权法》第 34 条：“无权占有不动产或者动产的，权利人可以请求返还原物。”彩票发行人对彩票买受人购买彩票所支付的价款就构成了物权占有，彩票买受人可以依照物权请求权，请求彩票发行人返还购买彩票的价款，而实际上结论显然是否定的。《牛津字典》给“射幸”下了这样的定义：“取决于死亡的降临；因此，取决于不确定的偶然性。”罗马法学家把与射幸合同有关的买卖活动正确地称为“买希望”，即一方当事人支付一定的代价所得到的只是一个机会或一个希望。射幸合同的一方当事人支付代价可能获得巨大利益，也可能一无所得。因此，彩票法律关系属于射幸合同法律关系，彩票是射幸合同法律关系的证明，彩票购买人支付购买彩票的价款是履行射幸合同约定的给付义务，彩票和奖金不构成原物和孳息关系。

## 三、关于王某某婚后的债权利息 6000 元及李某购买基金的收益 1950 元应如何处理

一种观点认为，王某某婚后取得的债权利息 6000 元属于婚姻关系存续期间所得，因双方当事人没有约定债权利息的归属问题，按照我国法定夫妻财产制的规定，应认定为夫妻共同财产；李某于婚前购买基金 20000 元，婚后没有进行任何操作，账面收益 1950 元完全是基金市场变化所致，应当认定为自然增值，属于一方的个人财产。也就是说，如果是在婚前买入股票、基金后一直未加操作管理而产生的股票、基金增值，那么增值部分应当视为一方个人财产的自然增值，属于夫妻一方的财产。如果在买入股票、基金后进行了积极地管理操作，或者以婚后财产追加投入的，应当视为投资所得收益，其增值部分应当认定为夫妻共同财产。

另一种观点认为，王某某婚前借款给他人，婚后是依据借款协议取得的利息，由于借款本金系王某某的婚前财产，借款利息是依照法律规定必然取得的收益，应当归属于法定孳息，就像银行存款获得的利息一样；李某的基金购买于婚前，本金属于李某没有争议，账面收益 1950 元系投资基金的收益，虽然婚后没有再行购买或赎回，但购买基金本身是一种投资行为，投资获得的收益当属夫妻共同财产。如果审判实践中将夫妻一方婚前购买的股票和基金，婚后进行交易所得视为投资收益，而婚后没有任何操作获得的收益视为自然增值，结果显然是不公平的。笔者更倾向于另一种观点。

## 四、对夫妻婚后财产收益问题的理论分析

随着经济发展的日新月异，夫妻一方或双方所拥有的个人财产从数量、种类、规模等方面都大幅增长，如何在既保护、稳定婚姻关系又保障夫妻双方各自的独立人格、财产权益之间取得良好平衡，的确是摆在我们面前的重要课题。从现行《婚姻法》的内容来看，对于夫妻一方个人财产在婚后所产生的收益问题存在规定上的缺失。收益一般包括生产经营性收益、投资收益、知识产权收益、孳息、自然增值等等，《婚姻法》本身明确了生产、经营的收益和知识产权的收益归夫妻共同所有，而《婚姻法解释》（二）中明确了一方以个人财产投资取得的收益属于“其他应当归共同所有的财产”。投资行为包括设立公司及购买股票、基金、保险产品、银行理财产品、期货期权等等，一方个人财产在婚姻关系存续期间用于投资所产生的收益属于夫妻共同财产。《婚姻法解释》（三）则明确了孳息和自然增值的个人财产属性。

按照《辞海》上的解释，投资即为企业或个人以获得未来收益为目的，投放一定量的货币或实物，以经营某项事业的行为。根据是否直接投资于企业经营活动可将投资区分为直接投资和间接投资。直接投资是指将货币或实物直接投资于企业生产经营活动，投资者对企业具有经营决策的权利，其投资收益通常与投资者的经营行为相伴相随。间接投资则并不直接投资于企业，其收益通常与企业的经营活动并不直接相关，主要表现为购买股票、债券、投资基金等有价证券获得的红利、利息、基金投资收益及转让上述证券所得与扣除本金的差额等。投资是货币的资本化，投资收益是资本产生的剩余价值，带有风险性、不确定性和主观性，投资收益的这些特性与孳息形成了鲜明的对比。

股票和股票投资收益不构成原物和孳息关系。股票是股份有限公司公司签发的证明股东权利的凭证，股东有权依照股票记载获取红利、承担风险。向公司投资成为公司股东，能否取得红利，则取决于公司的盈利情况。众所周

知，投资都是有风险的，既可能亏损，也可能盈利，是不具有收益必然性的。因此，股票收益不是孳息，是偶然所得，股票的增值利益从法律性质上来看，与孳息有着本质区别。

孳息与投资相比最突出的特性在于“定期性”，通常按法律的规定或法律关系即可定期的获得收益。孳息有天然孳息与法定孳息之分。天然孳息是指依物的自然属性而获得的收益，包括采摘下的果实、产出的幼崽及其他依通常用法所得的出产物。对于法定孳息而言，目前我国学界对法定孳息的定义多参照我国台湾地区“民法典”，认为法定孳息是“因法律关系所得的收益”，包括利息、租金及其他因法律关系所得之收益。但是这一概念并没有明确界定法定孳息的本质，也无法解释为何买卖合同中的价款、委托合同中的报酬不是孳息。有鉴于此，有学者主张将法定孳息的本质界定为“用益之对价”并参考《日本民法典》的规定，将孳息定义为：“因财产供他人用益而产生的收益”。笔者赞同这一观点。

法律意义上孳息是原物派生的，是指由原物所产生的额外收益。我国《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。”《合同法》第163条也有关于孳息的规定，即“标的物在交付之前产生的孳息，归出卖人所有，交付之后产生的孳息，归买受人所有。”法定孳息一般按持续的时间来收取。如《日本民法典》第89条中规定：“法定孳息，于收取权利存续期间，以日计算取得。”我国台湾地区《民法典》第70条第2项规定：“有收取法定孳息权利之人，按其权利存续期间内之日数，取得其孳息。”《婚姻法解释》（三）中关于“夫妻一方个人财产在婚《婚姻法解释》（三）中关于“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”的规定，之所以引起一些学者的争议，其实根源在于学者们对何谓“孳息”的解释不尽相同，有广义的解释也有狭义的解释，我国法律又对“孳息”的概念未做规定。我们认为，“收益”一般来说是“孳息”的上位概念，收益包括孳息但远远超出孳息之范围。《婚姻法解释》（三）第5条的“孳息”一词应做限缩解释，专指非投资性、非经营性的收益。投资、经营收益与孳息收益的不同之处在于其具有风险性、不确定性和主观性的特点，台湾学者黄立就认为：“因拥有公司股票所获得之红利，系于公司经营有盈余时才会有红利的分配，若有亏损则无法分派红利，此种属于投资风险所得之利益，并非法定孳息。”（1）虽然房屋租金在民法理论上认为属于法定孳息，仅仅从法律定义的角度分析，房屋租金是依据租赁合同收取的法定孳息，应归租赁物的所有人所有。但是，租赁行为本身也是一种经营活动，也需要付出时间、精力和劳动。考虑到租金与单纯的银行存款利息不同，出租方对房屋还有维修等义务，租金的获取与房屋本身的管理状况密切相连，需要投入一定的管理或劳务，故将租金认定为经营性收益比较适宜。尤其对那种夫妻一方依靠房租收益维持生计的情形，如果将一方所有的房屋婚后出租的租金收益认定为个人财产，而另一方的工资、奖金收入则属于夫妻共同财产，结果显然是极不公平的。

有观点认为，对于一方个人所有的房屋婚后出租取得的租金收入，应确立一个推定原则。即一方婚前所有的房屋在婚姻关系存续期间所得的租金首先推定为夫妻共同所有，但若房屋所有人有证据证明房屋出租的经营管理仅由一方进行的，则婚姻关系存续期间的租金收益应归房产所有人个人所有。比如发布租赁信息、寻找租户、带人看房、签订房屋租赁合同、催收租金等均由房屋所有人负责，另一方从始至终没有参与，对于经营出租房屋并无任何贡献。此种情况下应认定房屋租金归属房产人个人所有。我们认为，当今世界主流越来越强调家务劳动与出外工作、投资经营对于家庭具有同等价值，上述观点忽略了家务劳动应有的价值，不利于妇女权益的保护及婚姻家庭关系的稳定。另外，从证据的角度来说，判断一方是否对经营出租房屋作出过贡献，恐怕也有一定的难度。

一方婚前所有果园中的果树，婚后由夫妻双方共同劳动、管理，该果树所结果实就不能简单认定属于天然孳息。《法国民法典》中称之为“人工孳息”，主要指因耕作而获得的果实。从我国现有法律规定的內容来看，将“人工孳息”归于《婚姻法》中的生产、经营性收益，可能更为合理合法。增值，顾名思义就是物或权利在价格上的提升，根据发生原因不同，可分为自然增值（也有称被动增值）和主动增值。如果物或权利价格的提升是基于人为努力而产生的，应当属于主动增值，原则上按照夫妻共同财产处理。《婚姻法解释》（三）实际上对夫妻一方个人财产在婚姻关系存续期间的增值，是以该增值所基于的主观能动性行为或客观被动性行为作为划分标准强调了客观被动性的自然增值属于一方的个人财产。之所以司法解释条文中没有出现“主动增值”的字眼，主要考虑到主动增值的原因包括进行生产、经营或者投资行为等，有些概念是交叉重合的。该条司法解释采用规定孳息、自然增值除外的方法，便于法官具体操作及统一裁量尺度。

夫妻一方个人财产在婚姻关系存续期间的自然增值，是指该增值的发生因通货膨胀或市场行情的变化而致，与夫妻一方或双方的协作劳动、努力或管理等并无关联。比如夫妻一方婚前所有的房屋、古董、字画、珠宝、黄金等，在婚姻关系存续期间因市场价格上涨而产生的增值，由于抛售后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行为作用的结果，仍应依原物所有权归属为个人所有，将该部分增值认定为一方的个人财产。值得注意的是，理论界讨论夫妻一方财产在婚后产生的收益归属问题时，往往将着眼点放在“夫妻一方婚前财产”在婚姻关系存续期间所产生的收益上，而《婚姻法解释》（三）第5条关于“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”的规定，并未将“夫妻一方个人财产”仅仅局限在“婚前”这个时点上。夫妻一方个人财产还包括一方因人身伤害获得的医疗费及残疾人生活补助费、遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产、一方专用的生活物品等等，上述夫妻一方个人财产在婚姻关系存续期间产生的孳息和自然

增值收益，应当归属于一方所有。

综上，在审判实践中适用《婚姻法解释》（三）第5条时，应当根据具体案情准确理解和适用。

第一，对一方用婚前财产婚后购买房产所带来的收益，需要区分是投资购房还是家庭居住。在将婚前房产用于非自住的投资用途时，另一方有权主张其投资收益。比如，夫妻一方用婚前个人存款婚后购买反租式酒店公寓，期间获取租金收益，虽然房产的所有权是一方个人的，但租金收益归属夫妻双方。有的炒房客用自己的个人财产在婚后不断买进卖出房产，花费大量的时间和精力，所获收益认定为夫妻共同财产比较公平。例如，冯先生在1998年投资310万元购买了6套房产，1999年12月冯先生和张女士结婚。婚姻期间伴随着房地产价格的上涨，冯先生不断地将房屋卖出、买入。经过一系列的“炒房”操作，到2005年3月国务院颁布“国八条”开始第一轮房地产价格调控时，原来的6套房屋已在冯先生手中变成了9套。2006年3月就在房屋价格再次大幅上涨时，冯先生预感到国家将会采取新一轮的调控措施，便将手中的9套房产全部抛出，扣除税费后得款960万元。同年8月冯先生和张女士感情破裂，面临离婚。冯先生的6套房产虽然是个人婚前房产，但该房产并非用于自住，而是用于投资。在双方结婚后，上述房产继续由冯先生用于投资经营。因此，该6套房产所产生的收益应当属于夫妻共同财产。故可以将960万元扣除冯先生310万元的个人财产后，650万元的投资收益部分应作为夫妻共同财产予以分割。虽然审判实践中“婚前个人所有的财产经过若干年可视为夫妻共同财产”的做法，已被2001年4月28日修正后的《婚姻法》所否定，但《婚姻法解释》（二）中也明确了在婚姻关系存续期间用个人财产投资所得的收益仍然属于夫妻共同财产。因此，在将婚前房产用于非自住的投资用途时，夫妻另一方有权主张分割投资收益。

第二，一方婚前个人房产婚后变卖，双方又添加若干夫妻共同财产购买新的房产，离婚时应考虑婚前房产变卖价款在新购房产价款中所占的比例，公平合理地予以分割。比如，一方婚前拥有一套较小的住房，婚后将其变卖后得款50万元，双方又添加夫妻共同财产100万元购置了一套较大的住房，离婚时房产增值为300万元。涉及到具体分割问题，变卖较小住房的50万元及其自然增值部分，应作为一方的个人财产进行处理，而100万元及相应自然增值部分应作为夫妻共同财产予以分割。

第三，一方用自己个人所有的房产作为家庭共同生活的居住用房，婚姻关系存续期间，因种种原因将该房屋出售后另购住房，仍然用于家庭自住，如果没有夫妻共同资金或另一方个人资金的再投入，离婚时对于出售房屋所带来的增值收益，应当认定为一方的个人财产。

来源：《法律适用》2013年第12期

### 前夫不协助房产过户 女子凭判决“自行”办理

2014年8月26日 中国法院网 黄戎娟 张飞兵

中国法院网讯（黄戎娟 张飞兵）江西省武宁县的陈玮玲女士与丈夫协议离婚，约定将夫妻共同财产户名登记为丈夫的位于湘潭县的一处房产归陈玮玲所有，当陈玮玲要求前夫过户时，前夫以路途遥远为由拒绝协助。近日，湖南省湘潭县人民法院对这起所有权确认纠纷案作出判决，确认协议中的湘潭县某房产权归陈玮玲所有；由其前夫刘家华在判决生效后十日内，持相关手续协助陈玮玲到湘潭县房产局办理过户手续，刘家华逾期未协助陈玮玲办理，由陈玮玲持生效判决自己到湘潭县房产局办理有关手续，由此产生的费用，刘家华、陈玮玲各负担50%。

据了解，陈玮玲与刘家华于2000年元月结婚，于2012年2月在民政局自愿达成离婚协议并办理离婚手续，离婚协议约定婚姻关系存续期间夫妻共同财产登记在刘家华名下的位于湘潭县的某房屋产权归陈玮玲所有。之后，陈玮玲要求刘家华协助将房屋产权过户登记到陈玮玲名下，刘家华因在浙江省工作，以路途遥远为由而拒绝协助陈玮玲将房屋产权过户。陈玮玲遂起诉至法院。

法院经审理认为，刘家华和陈玮玲已自愿办理离婚登记，并约定夫妻婚姻关系存续期间的共同财产位于湘潭县的某房产权归陈玮玲所有，该协议合法有效，陈玮玲请求该房屋归其所有并请求刘家华协助过户到陈玮玲名下，法院依法应予以支持。遂法院作出上述判决。

来源：中国法院网

### 借款未用于家庭生活妻子不承担还款责任

2014年8月26日 中国法院网 农国宾

中国法院网讯（农国宾）在妻子毫不知情的情况下，丈夫以做生意为由在外向朋友借钱10万元，这欠款属于夫妻共同债务吗？8月26日，广西天等县人民法院对该起民间借贷纠纷案作出一审判决，认定该笔借款妻子并不知情，且并未用于家庭生活，属于丈夫个人债务，妻子不承担连带偿还责任。

广西天等县龙茗镇益山村的黄某和赵某是夫妻关系。2013年春节后，双方因家庭琐事双方经常发生矛盾纠纷。为此，妻子赵某曾当面向黄某提出离婚。为了避开妻子赵某的纠缠，黄某离家来到天等县城某家电商务工。期间，黄某与一名离婚女子陆某相识，黄某对陆某谎称其已离婚现在单身，陆某信以为真。不久，双方发展成男女朋友关系。2013年12月，黄某向陆某流露出想做电动车生意但没有资金的意思，陆某亦觉得做电动车有发展前途可挣钱，表示可以借钱给黄某经营电动车生意。经双方协商黄某向陆某借款10万元作为经营电动车生意的本金。半年后有朋友告诉陆某，黄某有家有老婆并欠了很多人的钱已经“跑路”。陆某遂找到黄某的妻子赵某要求还钱。但赵某却拿出法院的调解书，说她在1个月前已经和黄某在法院调解离婚，黄某在外面的借款她是一点都不知道，黄某也从



来没有拿回家里来用。陆某遂将黄某和赵某作为共同被告一起告上法庭，以该笔借款是在黄某和赵某婚姻关系存续期间借款为由，要求赵某对黄某的借款承担连带偿还责任。

一审法院审理后查明，黄某和赵某夫妻从2013年春节开始感情不和闹离婚，2014年4月经法院调解双方自愿离婚。法院认为虽然黄某向陆某借款时，黄某和赵某的婚姻关系依然存续，但是陆某在借款时黄某自称单身，陆某也认为黄某是单身，陆某借款给黄某个人使用意思表示清楚。且经法庭查明的证据证明，黄某在本地并未做什么生意，无证据证明妻子赵某知晓该笔借款或该笔用于夫妻家庭生活。综上，法院只判决被告黄某负责偿还借款，驳回了原告陆某要求赵某承担连带偿还责任的请求。

法官释法：婚姻关系存续期间，夫妻一方以个人名义所欠债务，应当属于夫妻共同债务。除非夫妻一方在借款时，有相关明确约定其借款为个人借款，或有证据证明所借款项未用于夫妻共同生活。否则，婚姻关系存续期间以一方名义所欠债务，须由夫妻共同偿还。

### 征地补偿款不是遗产

2014年8月28日 人民法院报 赵颜锋

城镇化进程中，建桥修路、基础设施建设、棚户区改造以及商业开发等项目均涉及土地房屋征收补偿问题，由此也引发了许多矛盾纠纷。

前不久，内蒙古自治区赤峰市红山区人民法院先后审结了两起土地承包纠纷案件。两起案件表面上看很类似，但判决结果却大相径庭。

李某系红山区某镇甲村村民。1996年1月，李某与甲村签订了土地承包合同：承包土地面积为10.5亩，承包户人口的6人分别为李某、李某的妻子、两名子女以及李某的父母，该户口粮田使用期限至2025年。2007年前后，李某父母相继去世。2012年，李某土地承包合同内的土地被政府征占，征地补偿款合计约85万元，甲村村委会为代征单位。2013年1月，李某领取了补偿款56.5万元，剩余约28.5万元被甲村村委会扣留。李某索要未果，遂以甲村村委会扣留上述补偿款为由，诉至法院，请求判令甲村村委会返还土地补偿款28.5万元。该诉请得到法院支持。

张老汉系红山区某镇乙村村民。2000年3月，乙村村委会召开村民代表会议，决定将乙村所有的38亩“河滩地”承包给张老汉，承包期限为25年，承包费总计5万元，一次性交清，双方签订了承包合同。张老汉承包后，对“河滩地”进行了平整和改良，打了机电井，栽上了果树，建起了蔬菜大棚。2012年，张老汉因病去世，“河滩地”由其三个儿子继续管理耕种。2013年底，乙村村委会以张老汉去世、承包合同终止履行为由，欲收回“河滩地”，张家三兄弟拒绝。乙村村委会遂将三兄弟告上法庭，要求停止耕种，返还土地。该诉讼请求被法院判决驳回。

#### ■案外评点■

都是“土地”惹的祸

我国农村土地承包法将农村土地的类型分为耕地、草地以及其他依法用于农业的土地，将农村土地承包分为家庭承包和其他方式承包两类。家庭承包的承包方是本集体经济组织的农户，承包的是耕地，也称“口粮田”，案例一就属于此类承包。其他方式承包是指不宜采取家庭承包方式的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等农村土地，通过招标、拍卖、公开协商等方式的承包，承包方的主体可以是本集体经济组织成员，也可以是本集体经济组织以外的单位或者个人，案例二中的张老汉承包河滩地就属于此。

我国土地承包法确定对耕地实行家庭联产承包，即家庭承包。这种承包经营方式是以户为单位，而不是以个人为单位。因此，家庭成员对于土地承包权在性质上是财产的共有关系，即用益物权的共有。这种用益物权是农户基于本集体经济组织成员的身份，通过合同方式无偿取得的一种财产权。耕地的所有权归集体所有，在此限制下，明确了土地承包经营权严格限定为本集体经济组织农户享有，这种财产权具有严格的人身属性，不具有可继承性。所以，家庭中部分成员死亡，只要作为承包方的户还在，就不发生继承的问题，而由家庭中的其他成员继续承包。

其他方式承包的承包方则不受户和本集体经济组织成员的限制，既可以是个人，也可以是单位，所取得的土地承包经营权也有着特殊性质。承包人为了获取更好的收益往往要先期投入、进行改良等等，为了维护承包合同的长期稳定性，保护承包方的利益，也为了鼓励对荒地的治理，充分利用土地，法律规定承包人死亡后，在承包期内，其继承人可以继续承包。值得强调的是，这里的继承人继续承包并不等同于继承法所规定的继承。

上述案件李某所在的户中其父母虽然死亡，但户内还有4名家庭成员，所以该户原来承包的耕地应由剩余成员继续承包下去，相应的土地征收补偿费也全部归其所有，所以法院支持了李某的诉讼请求。张老汉的承包方式不属于家庭承包，明显属于后者，按照土地承包法的规定，承包期内，由其继承人继续承包经营。

### 妻对夫见死不救致夫死亡构成遗弃罪吗？

2014年8月27日 抚州法院网 资溪县人民法院 周全 黄武明

#### 【案情】

2000年，胡某与邹某结婚，婚后经常发生争吵，分居生活。2013年11月的一天，胡某和其弟回家取衣物时，发现邹某躺在床上，不省人事。胡某既没有将邹某送医院诊治，也不请医生上门诊断，而是将邹某抬放在大院内就离开了。次日上午8时许，胡某朋友找邹某有事时，发现邹某已经死亡。

### 【分歧】

本案中，对胡某行为构成遗弃罪，还是故意杀人罪有二种不同意见。

第一种意见认为，胡某的行为构成遗弃罪。本案中，胡某与邹某具有夫妻间的扶养义务，在丈夫患病不省人事时，胡某不履行扶养义务，对邹某病情置之不理，致邹某病情延误而死亡，符合本罪对负有扶养义务而拒绝扶养，情节恶劣的情形，因此，构成遗弃罪。

另一种意见认为，胡某的行为构成故意杀人罪。因为故意杀人罪也可以通过行为人拒不履行扶养义务的不作为形式来实现。

### 【评析】

笔者认为，胡某的主观心理状态和客观行为表现符合第二种观点。

不作为的故意杀人罪与遗弃罪的区别在主观方面表现为，遗弃罪是为逃避或转嫁扶养义务，而遗弃没有独立生活能力的婴儿、老人或患病者，主观上没有杀人的故意，客观方面主要表现为将被害人丢弃在容易被人发现的场所，便于及时得到他人救助。故意杀人罪的行为人主观上有非法剥夺他人生命的故意，即明知自己的行为会导致具有扶养义务或救助义务的人死亡的后果，却仍希望或放任这种结果的发生，客观方面主要表现为将被害人丢弃在不容易被人发现的场所，导致得不到他人救助。

本案中，胡某与被害人邹某系夫妻，具有夫妻间的扶养义务，相互扶养包含了对扶养一方的健康、生命的关心，照料和救助。事发时，胡某发现其丈夫邹某不省人事后，有义务对其进行救助，但胡某既不将其送医院诊治，也不请医生诊断，没有采取相应的措施，使邹某的病情延误 14 多小时而死亡，胡某的行为符合不作为故意杀人罪构成要件，构成故意杀人罪。

## 人民法院案例选：王鹤英诉王萌借贷合同纠纷案——司法实践中如何认定电子数据证据效力

2014 年 8 月 28 日 人民法院案例选 家事法苑

注明：本文系扫描件，仅供家事法苑圈朋友内部研讨交流用，谢绝转发，如若正式引用，请务必对照原文！

2013 年·第 2 辑(总第 84 辑)《人民法院案例选》 人民法院出版社 2014 年 3 月第 1 版

22. 王鹤英诉王萌借贷合同纠纷案

——司法实践中如何认定电子数据证据效力

关键词：电子数据 短信 鉴定 修改

### 【裁判要点】

电子数据证据因其易修改、难固定之特性，在没有旁证的情况下，应当以排除合理怀疑为认定规则，即除非排除一切对其真实性的合理怀疑，否则不能确认其证明力。

### 【相关法条】

2007 年《中华人民共和国民事诉讼法》第六十三条① 证据有下列几种：

- (一) 书证；
- (二) 物证；
- (三) 视听资料；
- (四) 证人证言；
- (五) 当事人的陈述；
- (六) 鉴定结论；
- (七) 勘验笔录。

以上证据必须查证属实，才能作为认定事实的根据。

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二十二条 调查人员调查收集计算机数据或者录音、录像等视听资料的，应当要求被调查人提供有关资料的原始载体。提供原始载体确有困难的，可以提供复制件。提供复制件的，调查人员应当在调查笔录中说明其来源和制作经过。

《互联网上网服务营业场所管理条例》第二十三条 互联网上网服务营业场所经营单位应当对上网消费者的身份证等有效证件进行核对、登记，并记录有关上网信息。登记内容和记录备份保存时间不得少于 60 日，并在文化行政部门、公安机关依法查询时予以提供。登记内容和记录备份在保存期内不得修改或者删除。

### 【案件索引】

原审一审：天津市河东区人民法院(2008)东民初字第 431 号(2008 年 7 月 21 日)

原审二审：天津市第二中级人民法院(2008)二中民一终字第 1178 号(2008 年 11 月 12 日)

重审一审：天津市河东区人民法院(2008)东民重字第 0002 号(2009 年 8 月 10 日)

重审二审：天津市第二中级人民法院(2009)二中民一终字第 2241 号(2010 年 8 月 19 日)

### 【基本案情】

王鹤英诉称：被告与原告之子李世鹏 2007 年 3 月举办了订婚仪式，并确定日期举办婚礼（尚未进行婚姻登记）。2007 年 5 月，被告以暂时用款为由向原告提出借款要求，承诺“只借款一个月，不耽误原告为原告之子结婚购房”，

于是原告借给被告 40 万元。后原告之子与被告之间关系破裂，决定结束恋爱关系。后原告向被告催要其借款，被告至今未还。故诉至法院要求被告偿还原告借款 40 万元。

王萌辩称：被告从未向原告借款，是原告之子李世鹏从家中要走 40 万元，用于炒股及帮亲戚，造成亏损。原告提供短信无法证实真实性，通过手机软件 MAGICSIM 即可创建类似短信，应依法驳回原告的起诉。

法院经审理查明：王鹤英所有号码为 139×××1866 手机中，在“我的文件夹”里存有短信一条，该短信显示为被告王萌所有号码为 159×××8288 的手机于 2007 年 9 月 30 日发送的短信，内容为：“伯母四十万房款节后我凑够就还给您，都是因为我的贪心压了这么久……”王鹤英委托北京信诺司法鉴定所对其短信数据是否进行删改的情况进行完整性的行为鉴定，鉴定结论为：“根据该移动电话存储的短信数据情况，未发现该移动电话中存储的数据（短信数据）存有删改的痕迹。”鉴定手机的型号为三星 SGH-D900i。被告另辩称原告的手机与送鉴的手机型号不同，原告称因三星 D508 与 SGH-D900i 两个型号的手机外观相同，故误认为三星 SGH-D900i 即是 D508 手机。经原告申请要求对原告型号为 SGH-D900i 三星手机的短信是否存在人为修改的痕迹进行司法鉴定，天津市河东区人民法院依法委托国家信息中心电子数据司法鉴定中心进行鉴定，鉴定结论为：“委托书中指定的短消息中未见修改痕迹”。被告申请要求对送检的程序 MAGICSIM 是否具有创建、修改短信的功能；是否具有复制 SIM 卡的功能进行司法鉴定，天津市河东区人民法院依法委托国家信息中心电子数据司法鉴定中心进行鉴定，鉴定结论为：“送检程序 MAGICSIM 具有在 SIM 卡上创建短信的功能；送检程序 MAGICSIM 具有在 SIM 卡上修改短信的功能；送检程序 MACICSIM 具有复制手机 SIM 卡的功能。”经原、被告共同申请，中国移动通信集团天津有限公司经法院调查后，出示短信记录一份，证明在 2007 年 9 月 30 日 10:59:52 秒号码为 159×××8288 手机给号码为 139×××1866 号的手机发送过短信。但该公司称因时间太久，不能提供短信内容的记录。经调查，原告之夫李延瑞在中国建设银行股份有限公司天津分行于 2007 年 5 月 14 日共支取人民币 35 万元。原告之子李世鹏在中国建设银行股份有限公司天津川府新村储蓄所于 2007 年 5 月 14 日存入现金人民币 30 万元，同日由建行转账到李世鹏在渤海证券有限责任公司天津云际道证券营业部的账户 30 万元。

#### 【裁判结果】

天津市河东区人民法院于 2008 年 7 月 21 日作出(2008)东民初字第 431 号民事判决：本判决生效之日起十日内被告王萌一次性偿还原告王鹤英借款人民币 40 万元。宣判后，被告王萌提出上诉。天津市第二中级人民法院以原审法院判决认定事实不清，证据不足为由，于 2008 年 11 月 12 日作出(2008)二中民一终字第 1178 号民事裁定，撤销一审判决，发回重审。天津市河东区人民法院据此重新审理此案，于 2009 年 8 月 10 日作出(2008)东民重字第 0002 号民事判决：驳回原告王鹤英的诉讼请求。宣判后，原告王鹤英不服，提出上诉。天津市第二中级人民法院于 2010 年 8 月 19 日作出(2009)二中民一终字第 2241 号民事判决：驳回上诉，维持原判。

#### 【裁判理由】

生效判决认为：本案双方的争议焦点在于原、被告之间是否存在借贷关系。依照《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 2 条规定：当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。现原告提交的短信内容属于数据、电文形式，根据证据规则的相关规定，录音、录像及数据电文可以作为证据使用，但手机短信具有一定的不稳定性 and 不准确性的，故此短信的效力低于书证和物证。虽然原告存于其手机的短信经鉴定未见修改痕迹。而从现在科技发展上看，能以被上诉人手机号码的名义发送到上诉人手机中的短信有多种途径。现上诉人不能证明本案中的短信内容就是被上诉人发送的，即不能证明证据的唯一性。且随着时间的推移，在电信部门存储的短信内容、短信的字数均已不复存在，亦不能证实上诉人手机中的短信内容。本案中，原告称其在家中将 40 万元交给被告，无其他证据佐证原告所称的该事实。在原审中，原告称分两笔将 40 万元给被告，而在本案审理中，原告称一次给了被告 40 万元，其陈述前后矛盾，同时综合当事人的陈述，原告现提交的证据不足，故本院对原告的予支持。

#### 【案例注解】

本案是一起孤证证明借贷关系存在的债务纠纷案件，唯一能证明案件事实的证据是一则手机短信。本案的争议焦点在于短信是否具备真实性。由于原、被告双方及审理法官对此证据的认定均有不同看法，导致本案经过四次诉讼程序，审理时间长达两年半，期间三次鉴定，多次开庭，耗费了大量人力物力，最终法院判决出现了两种截然相反的结果。此案审理终结一年半后，《刑事诉讼法》将电子数据与视听资料并列作为证据类型之一，2012 年 8 月 31 日，《民事诉讼法》修订草案通过，修订后的《民事诉讼法》第 63 条在以前七种证据的基础上增加了电子数据作为新的证据类型，进一步确认了电子数据作为独立证据的地位。本案审理时虽无电子证据的概念，但通过该案的审理，真实地反映了电子数据证据认定在司法实践中面临的困境，同样也指出了电子证据认证制度急需完善的态势。

#### 一、法官面对电子数据证据的司法权衡

假设本案的证据系一份普通的书证：纸质借条，证明的内容与短信记载的内容相同，那么本案的法律关系应该不难厘清，司法实践中普通民事借贷纠纷的原告一般只要提供了借条的原件，就完成了举证责任，被告如反驳，应当由被告提供相反证据或提起相关鉴定，以证明原告证据不具有真实性，否则被告就可能承担败诉的后果。而本案中，原告在提供电子数据证据后，被告在庭审中展示了 MAGICSIM 软件修改短信以假乱真的过程，但这一主张并不

能证明原告证据不真实，而只能证明原告证据存在不真实的可能性，即被告提出了对原告证据真实性的合理怀疑，至此，就应该由原告再次举证以排除这种合理怀疑。本案中，原告申请司法鉴定，尽管两次鉴定意见均认为短信未见删改痕迹，也证实被告确于当日给原告发送过短信，但这些证据均不能排除对原告可以在手机上通过 MAGICSIM 程序创建、修改短信或复制 SIM 卡的合理怀疑，且也没有其他证据佐证原告的主张，所以法官最终没有确定原告短信证据的证明效力。

## 二、电子数据证据认定的司法之维

电子数据由简单的“0”和“1”组成，即使经过多次复制，只要未经修改，一般都能证明案件事实；但同时，这又导致电子数据没有严格的原件与复制件的分别，而鉴定只能对某一个特定数据在一个特定环境里是否被修改给出意见，但无法确认该数据是否是原始数据，是否在其他环境中曾被修改过。因此《民事诉讼法》经修订将传统证据中的“鉴定结论”更新为“鉴定意见”，也表明法官在决定是否采纳鉴定意见时应更加谨慎。在电子数据证据的认定中，尤其应当注意要全面考虑，排除合理怀疑。

1. 关键是审查电子数据证据是否存在修改的可能性。电子数据自其产生至证据展示的整个过程中，只要存在一丝修改的可能性，而质证方也对此提出了反驳意见，该证据的真实性就不能直接认定，应参考旁证综合认定，如无旁证该证据不予认定。本案即是因循这一排除合理怀疑的规则，即使原告经过两次鉴定确认其提供证据未经修改，但被告反驳某软件可对其修改并以假乱真，原告未提供其他证据佐证，法院驳回了其诉讼请求。

2. 应当注重司法能动性的发挥，准确认定电子证据效力。电子数据如未经过严格的收集程序，反驳方总能指出其存在修改的可能性，而随着电子数据案件的日益增多，如果未经充分调查就不予认定电子证据效力，有可能制约电子商务的发展，也与经济社会发展趋势和充分保护人民利益的司法宗旨不符，应充分发挥法院的司法能动性，从以下几个方面综合认定。(1) 严格审查当事人陈述，通过庭审技巧合理引导当事人作出事实陈述，通过当事人自认，为查证事实提供依据。本案就是典型的范例，原审中被告起初抗辩该手机短信并非其发送，其后审理中又表示曾于该时间向原告手机发送过短信，但短信内容与原告提供的不符，原告所提供的短信内容系经过删改，前后内容不一致，加之法官对鉴定内容的确信，支持了原告诉请。而重申中，原告对于借款时间和次数又出现前后不一致的情况，加之短信修改工具的佐证，导致原告最终败诉。(2) 合理引导鉴定。综合上述庭审，最终法院采纳的鉴定为 MAGICSIM 工具可以修改短信的鉴定，原告所作的短信未经修改鉴定成了无用功。根据案件最终的审理情况，MAGICSIM 工具修改短信的过程已经当庭演示，MAGIC-SIM 工具可修改短信已是不争的事实，即使不通过鉴定，法庭亦可采纳其观点。因此法官应积极学习相关知识，充分运用法庭功能，以此前的案例为范例，取长补短，合理引导鉴定，慎重确定鉴定对象。(3) 充分发挥法院调查职能。对于类似的电子数据记录，国家均要求相关机构予以记录。如国务院出台《互联网信息服务管理办法》，以行政法规的形式对于电子证据的保全进行了规定。如该办法第 14 条规定：“从事新闻、出版以及电子公告等服务项目的互联网信息服务提供者，应当记录提供的信息内容及其发布时间、互联网地址或者域名；互联网接入服务提供者应当记录上网用户的上网时间、用户账号、互联网地址或者域名、主叫电话号码等信息。互联网信息服务提供者和互联网接入服务提供者的记录备份应当保存 60 日，并在国家有关机关依法查询时，予以提供。”类似规定还有《互联网上网服务营业场所管理条例》第 23 条等，但类似记录的查询一般不面对个人，需当事人申请或者法院依职权调取，在很多情况下，没有此类证据的证明，案件事实很难查清。而现实生活中，即使法院的民事调查也会造成部分机构的拒绝，如本案对于短信内容的调查即受到过拒绝，随着电子数据案件的增多，司法机关应借助案件推动相关机构对相关电子数据记录的重视力度。

## 三、逐步完善电子证据相应法律法规

(1) 订立准确可靠的证据收集规则，以保证所有证据从最初的收集到当庭提供都保证完整、真实，比如可以用录像方式将采集过程加以证明，以证明没有任何信息的添加和更改；再如，加强电子证据公证制度。(2) 完善电子证据推定规则，国外对于电子证据均推崇间接认定的方法，如计算机系统是否合格并运行正常可以推定电子证据属实、对方当事人自认的推定电子证据属实、负责监控计算机的人作证的推定电子证据属实、电子公共记录系履职时正常制作的推定电子证据属实。随着时代的发展，类似的推定规则将不断出现，如通过现有的电子签名系统，电子证据系统确认的电子证据，在没有反证的情况下推定属实。这需要我们不断地总结和归纳，并作为宝贵的经验加以推行。对于电子证据的认定，并不片面追求制定专门的电子证据法规，亦可吸收大陆法系国家立法的特征，在诉讼法中确定地位，证据分类及相关原则，在司法解释中规定详细的认定办法，或从指定某法院相应规章制度开始，逐级提高法规级别，完善电子证据制度。

（原审第一审法院合议庭成员：沈志辉 常 静 李 茜

原审第二审法院合议庭成员：张 晶 王广利 哈 欣

重审第一审法院合议庭成员：咎淑娟 冯春涛 安呈民

重审第二审法院合议庭成员：王广利 王国庆 李金江

编写人：天津市河东区人民法院 孙 伟

天津市高级人民法院 王忠诚

责任编辑：丁广宇

审稿人：曹守晔）

①2012年《民事诉讼法》对本条进行了修订，修订后的条文内容为：证据包括：（一）当事人的陈述；（二）书证；（三）物证；（四）视听资料；（五）电子数据；（六）证人证言；（七）鉴定意见；（八）勘验笔录。

## 法官不应做“法律的奴隶”而应做法律的主人 ——以婚姻法解释二第24条等司法解释为视角

2014年 北大法律信息网 王礼仁

【学科分类】法哲学

【出处】北大法律信息网首发

【摘要】法官的真正价值是追求司法正义，法律只不过是法官用以实现正义的工具。法官不能盲目崇拜法律，更不能认为法律就是对法官下达的命令。法律是社会现象的有限抽象与立法者意志结合的产物，其客观基础和主观认识都是有限的。立法者制造法律，法官验收法律。法官对法律的虔诚和敬仰，乃对正义法律符号的虔诚和敬仰，非对法条文字符号的虔诚和敬仰。法官虔诚和敬仰法律，就必须对法律追问，从中发现正义价值或与之相反的东西，从而正确适用法律。所谓法官造法，乃系通过“母法”之桥到达释法目的地，而不是生硬造法。法官释法不仅要有充分的法理基础，还要有高超的法律技术。

【关键词】法官；法律的奴隶；法律的主人

【写作年份】2014年

【正文】

“为了自由，我们当了法的奴隶。”这是古罗马思想家、法学家西塞罗在《论法律》中的名言。意思是说，公民只有受法律约束或守法，才有自由。这句话在一定范围内有其哲学意义。但如果机械地套用这句话，把它适用到一切场所，则未必正确。比如，有人据此认为，“法官或司法者也是法律的奴隶”。并认为，“恶法良法都是法，在没有修改前都要执行”。我并不赞同这种观点。如果是这样，法官就没有存在的价值。法官的职责是适用法律，但法官的真正价值，则在于通过适用法律伸张正义，依法服众，安民止争。因而，法官在适用法律判决案件时，首先需要对法律识别和判断。法官适用法律判断案件的过程，则是选择和判断法律价值的过程。法官所判决的案件只是适用法律的一个载体，法律精神才是其内核。如果判决的案件所承载的是法律真谛，那么，这样的判决才能算是成功的。

法官的真正价值是追求司法正义，法律只不过是法官用以实现正义的工具。法官不能盲目崇拜法律，更不能认为法律就是对法官下达的一道命令。法律是社会现象的有限抽象与立法者意志相结合的产物，其客观基础和主观认识都是有限的。法官与立法者不是一种隶属关系，只是分工不同，即立法者制造法律，法官验收法律。法官对法律的虔诚和敬仰，乃对正义法律符号的虔诚和敬仰，非对法条文字符号的虔诚和敬仰。法官虔诚和敬仰法律，就必须寻求法律的真谛或追问法律的精神，逐句逐字地审查法律，从中发现正义价值或与之相反的东西，从而正确适用法律。

法官不是法律的搬运工，而是法律的验收师。法官适用法律需要对法律甄别和验收，一是要挖掘法律的真正价值，准确把握法律的内涵，不能曲解法律；二是要善于发现和识别“恶法”与“良法”，对不同性质、不同类型的“恶法”，采取不同的立场和态度，尽量趋利避害，弘扬法律的正义功能。

至于什么是“恶法”？历来没有一个统一的概念和标准，事实上也无法统一。我认为，对“恶法”的认识应当与时俱进，采取多样性标准。这样有利于正确适用法律，也有利于推进立法的进步。“恶法”应当有“大恶”与“小恶”之分。所谓“大恶”性质的“恶法”，主要指那些邪恶的法律，不包括某些不科学或有缺陷的法律。所谓“小恶”性质的“恶法”，是指含有不同程度恶之内容或缺陷，非为“尽善”的法律。它包括具有一定“恶”的内容，或有“恶”的立法技术缺陷的法律。因而，“恶法”也有广义和狭义之分。狭义的“恶法”，是指“大恶”性质的邪恶法律。广义的“恶法”，包括“大恶”与“小恶”性质的恶法。在现代社会，那种真正完全邪恶的法律几乎少见或者难以出台。但由于主客观原因，法律又不能都是“尽善”的。因而，现在的“恶法”，主要是那些或多或少存在一些“恶”的内容，或者存在“恶”的立法技术（即存在严重立法技术缺陷），以致人们无所适从，或者造成司法不公或司法混乱的法律。[1]为了正确适用法律，可以将各种不同表现形式之“恶法”，根据其不同性质加以分类，便于在适用法律时区别对待。为此，我做了一个简单梳理，起码下列几类不同性质之“恶法”，法官是不能执行或无法执行的：

- 1、与宪法和基本法相抵触之“恶法”，不能执行。
- 2、与上位法相抵触之“恶法”，不能执行。
- 3、与法律法规相抵触之“恶”的司法解释，不能执行。
- 4、法律条文逻辑混乱之“恶法”，在适用时应当从“善法”“良法”的逻辑去解释。
- 5、法律条文不周延或者范围宽泛之“恶法”，在适用时应当从“善法”“良法”的范围去解释。
- 6、时过境迁、不符合当代社会实际、应当废弃而尚未废弃之“恶法”，应当结合现实客观情况解释或执行。
- 7、严重违反人性或者不符合多数人意志或利益，或者含有种族歧视或性别歧视之“恶法”，由于受到民众强烈抵制而执行不通，事实上在修改或废弃前已经死亡，根本难以执行。

8、不符合客观经济规律，或者显失公平或明显不合理之“恶法”，凡有解释空间或救济渠道的，应当从客观经济规律或公平合理的原则去解释；确实是一个“死”的无法变通之“恶法”，也应当呼吁立法机关尽快废弃。

总之，只要真正认识了“恶法”，它的生存空间是有限的，至少是短命的！

由于法律并非都是尽善尽美，法官当然不应做“法律的奴隶”，而应做法律的主人。只有这样才能走出“恶法”的魔窟，真正实现司法正义。

美国的爱德华·S·考文说，“法官乃会说话的法律，法律乃沉默的法官”。我很欣赏这句话。如果我们挖掘出这句话的真正内涵，对我们理解法官的职责非常重要。这句话表面上可以理解为：法律是一种刻板的教条，法官是一部活动的法律。但它实际上还有一个更为重要或深刻的含义，那就是“法官就是法律，而且是会说话的法律，即活的法律”。因而，只有真正理解这句话内涵，才能真正理解法官的价值或意义。这样，我们才能懂得做一个活的法官，做一部活的法律；也只有这样，我们才能明白法官有责任把一个死的法律变成活的法律，把一个“恶法”变成“良法”，而不是墨守成规，做“法律的奴隶”。

马克思也指出：“法官的责任是当法律运用到个别场合时，根据他对法律的理解来解释法律。”这也是强调法官的责任就是要善于结合具体案件或客观情况理解和适用法律，而不是照搬法律或机械司法。

法官解释法律，除了文义解释外，更重要的是要对法律内容作出扬善抑恶的解释，不断发展和创新法律精神。所谓法官造法，实际上是以既有法律即“母法”为基础，通过法官的说理论证，赋予法律以新的内涵，而不是脱离“母法”生造法律。一个聪明的法官，都会通过“母法之桥”到达自己释法的目的地，而绝不会另起炉灶，犯生硬造法的越权错误。[2]因而，法官在适用法律中规避恶法，不仅要有充分的法理基础，还要有高超的法律技术。

下面我结合婚姻法解释二第24条等司法解释，谈一谈如何做一个活的法官，如何识别“恶法”与“良法”以及如何规避“恶法”。

第一个问题：关于婚姻法解释二第24条的理解与适用

一、婚姻法解释二第24条适用情况简介

婚姻法解释二第24条适用情况或效果，可以概括四句话：

助生虚假债务、坑害无辜良民、树立检察院威信、毁损法院形象（各类典型案例略）。

适用第24条和“内外有别论”判决的案件，“三多”现象突出：

即申诉上访的多、检察院抗诉的多、再审改判的多（“三多”典型案例略）。

二、姻法解释二第24条规定和当前理解24条的主要观点

姻法解释二第24条规定：“债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务，或者能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定情形的除外”。

目前，包括最高法院吴晓芳法官、江苏高院等法官和学者认为，该条判断夫妻共同债务的标准就是看债务是否于婚姻关系存续期间形成，凡是发生在婚姻存续期间的债务，都是夫妻共同债务，夫妻双方都要对外承担连带责任，并由此衍生出了所谓的“内外有别论”。“内外有别论”认为，债权人主张夫妻共同债务时，只要债权人证明该借款发生于夫妻关系存续期间，无论债务是否用于夫妻共同生活，只要没有两种例外情形，就应当直接按照第24条推定为夫妻共同债务，由夫妻共同偿还。但在夫妻内部之间确认夫妻债务时，则要区分是否用于夫妻共同生活，举债方必须证明其举债用于夫妻共同生活，否则不能认定为夫妻共同债务。并认为这样处理，即使非举债一方对外偿还了不当债务，也可以向另一方追偿。

实践证明，姻法解释二第24条存在严重缺陷，上述“内外有别论”更是谬论。

三、正确理解和适用第24条的思维与方法

第24条之所以适用效果差，主要原因有两个：一是24条的内容存在严重缺陷，属于“恶法”表现形式之一；二是一些法官不能识别和发现第24条的问题，更不能有效规避。

判断夫妻债务，要把科学标准与科学方法相结合，科学标准是前提，科学方法是补充。鉴于24条存在严重缺陷，目前理解和处理夫妻债务，应当具有“立体思维模式与方法”，即：识别三个错误，走出十个误区，明确两个重心，掌握两种方法。

（一）识别三个错误（24条有三个错误，需要发现和识别）

一是以“婚姻关系”作为债务推定根据的理论基础错误。其致命缺陷在于混淆了婚姻关系期间夫妻对外交往中的家事代理与非家事代理甚至违法活动的界限，把夫妻之间的一切行为都视为家事代理。从而导致“婚姻关系是个筐，任何债务往里装”的错误现象。

二是保护第三人的立法目的和范围错误。保护第三人的目的是为了维护交易安全，其范围仅限于善意第三人，并非是无原则或无边界的保护。而“内外有别论”则另立标准，无条件保护债权人，甚至保护“莫须有”的假债权人。其结果是破坏了交易安全，造成虚假债务满天飞。

三是举证责任分配错误。在共同财产制下，债权人与债务人没有约定为个人债务的情形，其举证责任由谁承担，第24条事实上并没有规定，处于“空挡”状态。第24条错误地以两项几乎不存在的排除事由，替代其举证责任，从而实现了举证责任“暗度陈仓”的转换，并由此产生了荒唐的错误推定。

(二) 走出十个误区(目前认定和处理夫妻债务存在十个误区)

- 1、夫妻逃避债务的误区;
- 2、债权人不能举债的误区;
- 3、夫妻共同债务中一般夫妻债务与准夫妻债务认定标准的误区;
- 4、夫妻内部追偿的误区
- 5、确认夫妻共同债务与偿还夫妻债务的误区;
- 6、夫妻借贷型家事代理与其他家事代理认定标准的误区;
- 7、家事代理与非家事代理的误区;
- 8、一方滥用家事代理权承担连带责任的误区;
- 9、法定所得共有制与共同债务关系的误区(即逻辑连接错误);
- 10 夫妻债务“内外有别论”的误区。

十个误区,此不详述。这里仅就“夫妻内部追偿”的误区,做一个简要说明。根据“内外有别论”的观点,在未确认是否属于夫妻共同债务的前提下,非举债一方对第三人承担连带责任后,可以向举债方追偿。这完全是误区。第一,追偿只能发生在具有连带责任的债务中,即对于符合连带责任条件的债务,另一方偿还后可以追偿。而不是任何债务都替他人偿还后再追偿。对于另一方的违法债务或虚假债务,非举债方依法不应当承担责任的,不存在先偿还再追偿问题,“先偿还”缺乏法律根据。第二,追偿事实上是“水中月”“镜中花”,也根本无法实现。从司法实践来看,对于虚假举债或恶意举债之后,由债权人出面主张非举债一方配偶承担连带责任的,往往是举债人已经转移、隐匿财产或者举债人因赌博等恶意举债身陷困境,毫无给付能力时,债权人主张非举债方给付。不论属于哪种情况,追偿都只是一个逻辑上的推论,根本无法实现。而且所谓非举债一方的连带责任,往往变成了事实上的全部责任。因而,这种“追偿说”实质上是一种“无理说”“坑人说”。

(三) 明确两个重心(认定夫妻债务应当明确两个重心)

夫妻协议离婚分担债务、夫妻协议分割财产,其重心是防止逃债;第三人主张债权、夫妻一方主张债务,其重心是防止虚假债务或恶意债务。

(四) 掌握两种方法(认定夫妻债务应当掌握的两种方法)

一是三角关系定位法。对于债权人起诉的夫妻债务案件,首先要确定夫妻双方与债权人之间的三者利害关系链,即谁与谁是利益攸关方?在此基础上确定举证责任和审理重点。

二是虚假债务与债权人善意辨别法(略)。“两种方法”属于经验法则,需要法官根据审判经验和具体案情加以甄别,无法面面俱到。

总之,处理夫妻共同债务,应当把司法解释与婚姻法相结合;把法条与法理相结合;把已然规则与应然规则相结合;把科学标准与科学方法相结合。只有这样,才能准确把握夫妻共同债务的本质,正确认定和判断夫妻债务。

四、应当重新构建债权人利益与夫妻利益平衡保护规则

(一) 应当建立一般夫妻债务与准夫妻债务的不同概念

(二) 应当以家事代理为平衡木构建平衡保护规则

(三) 夫妻债务分担和财产分割约定对债权人效力的认定

五、对最高人民法院正在起草的《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定(征求意见稿)》中关于修改夫妻债务规定的不同看法。

第二个问题:关于婚姻法解释三第1条、第8条的理解与适用

婚姻法解释三第1条关于婚姻效力行政诉讼、第8条代理无行为能力人起诉离婚必须变更监护关系等司法解释,都存在严重缺陷,也属于“恶”的司法解释。

其中婚姻效力行政诉讼导致“有婚离不了,无婚摆不脱”等“一卡二乱三慢”现象十分严重,民政机关当被告更是绝无仅有的“冤大头”。

而代理无行为能力人起诉离婚必须变更监护关系,则使一场官司变成数场官司,无端加重当事人负担。其规定既缺乏法律根据,更没有法理基础。

现行法律或司法解释中的不少问题,都需要法官在适用法律过程中及时发现并有效规避。

小结

通过对上述司法解释的分析,我们不难发现,法官如果机械执行法律或司法解释,就会造成案件处理失当甚至铸成错案。因而,法官不应做“法律的奴隶”,而应做法律的主人。法官要创造性执行法律,只有这样,法律才有生命力,司法才有正义感。长沙市天心区人民法院对24条的理解和执行,充分体现了做法律主人的品质。他们能够冲破第24条的羁绊,在处理夫妻债务时,牢牢把握夫妻债务的本质,以婚姻法关于夫妻债务的规定作为主要根据,科学地规避了24条的弊端,其效果很好,对遏制虚假债务和恶意举债具有积极意义,值得全国各地法院学习和借鉴。

【作者简介】

王礼仁,宜昌市中级法院三级高级法官,担任婚姻家庭合议庭审判长10余年。

【注释】

\*这是在长沙天心区法院讲授婚姻诉讼理论及审判实务摘选。限于篇幅，关于婚姻法解释二第24条等司法解释存在的缺陷及其理解和适用，这里只提及主要观点和相关要点内容。

[1]此处的法律包括司法解释，本文其它地方关于法律或恶法的称谓，除特指宪法或法律外，一般也包括司法解释。

[2]这主要是对大陆法系国家的法官而言。

转载请注明出自北大法律信息网

### 以案说法——恋人反目为争房产法院按份额判决归属

2014年8月28日 镇江经济开发区人民法院

【案情回放】

王亮与张丽是情侣，两人关系融洽，想着买个房子结婚。2011年1月，张丽的父亲老张与镇江新区一房产公司签订一份房屋认购书，购买一栋面积为260多平方米的别墅，交了5万元定金。几天后，又将认购书的购房人变更为张丽。一个月后，张丽与房产公司签订商品房买卖合同，购买总金额为182万多元，首付了50万余元。张丽还向银行贷款127万元，约定贷款期限为30年，每月还款8000多元。王亮又为此贷款向银行出具还款承诺书。此后两人还陆续交了房屋的契税和住宅维修基金。2011年5月张丽拿到了房产证。自2011年4月至2012年4月，两人向银行还贷款10.2万余元，2012年5月直至审理时，均是王亮用他的工资卡还款。

2011年7月，王亮又花了183万元给别墅装潢，其后，王亮和父母入住进该别墅。2013年年初，因情侣间琐事的纠纷，张丽起诉至法院，认为房产证是她的名字，产权应归她，要求王亮及家人搬出房屋。王亮却坚持认为自己出资大部分购房款，房子应归实际出资人所有，便要求明确了房屋的权属。

【法官释法】

承办法官魏震介绍，本案的争议焦点即诉争房屋所有权的确认。王亮和张丽没有约定共有份额，而在购房中，两人却都出资，应按出资比例确定所有权份额。

魏震说，房屋购置价款分为四部分。一是定金5万元，根据购房认购书、收据等证据，定金由老张支付，购房合同又是张丽署名的，可视作老张对张丽的赠与，故定金认定为张丽出资；二是首付款50万余元，两人都称自己支付了该款，因两人都未能提供充分证据证明各自支付首付款项，故认定两人共同出资，各占50%份额；三是贷款127万元。2011年4月至2012年5月双方均未能提出证据证明单独还款，认定双方各出资50%，之后的还款是王亮用工资偿还的，法院得以确认；四是购房杂费，包括契税因王亮的银行卡支付，认定归其所有，住宅维修基金、房屋所有权登记费双方也都没有证据证明是其出资，也认定各出资50%。

因此确定了房屋的份额（不含房屋装修价值）由王亮、张丽按份共有，王亮占有81.05%份额、张丽占有18.95%份额。房屋尚欠贷款部分由王亮负责偿还。目前，该判决已生效。

（以上均为化名）

### 父母离婚男婴判给了民政局 因双方均无监护能力

2014年8月28日 现代快报

父母离婚后，孩子的监护权一般都会判给其中一方。镇江一8个月大男婴在父母离婚后由谁监护，却成了困扰法官的难题，因为这名男婴的父母都是残疾人，没能力抚养，而其他近亲属也无监护能力。最终，镇江经济开发区法院适用特别程序，人性化处理，将孩子的监护权判决指定给了民政局。据悉，由法院直接指定民政部门担任未成年人监护人，这在江苏还是首例。通讯员 徐吉梅 现代快报记者 林清智

残疾父母离婚，孩子判给谁成了难题

镇江开发区法院平昌法庭法官杨柳告诉现代快报记者，柯子明是镇江新区姚桥镇一名8个月大的男婴，他的父亲柯强今年33岁，视力一级残疾，母亲李红今年28岁，智力二级残疾。两人没有工作，靠低保和补助度日，因家庭贫困，两人产生了矛盾。

今年7月，柯强向法院提出离婚申请。经审理，法院依法判决准予柯子明的父母离婚。

按规定，哺乳期的子女应该跟随母亲，但李红是无民事行为能力人，无法担任柯子明的监护人。而柯强是视力一级残疾人，他的妹妹和母亲也有视力残疾，他们无力照顾一个婴儿。而柯子明的外祖父母年迈多病，也都无力抚养。

杨柳指出，根据相关规定，父母是未成年人的监护人；父母已经死亡或者没有监护能力的，由有监护能力的祖父母、外祖父母、兄、姐担任监护人；没有上述规定的监护人的，由未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门担任监护人。据此，法院想到了民政局，并就该想法征求了柯子明父母的意见，两人都希望能够得到社会救助。

民政局成监护人，福利院代为抚养

“但对于何种情况下才能由民政部门担任未成年人监护人、如何变更未成年人的监护人为民政部门等问题，法律并没有作出明确详细的规定。”杨柳说，为了帮助柯子明，法院联系了镇江市民政局，将柯子明的情况告知对方，



并就法院准备直接指定由他们担任柯子明监护人的想法与其进行了交流。

昨天，镇江市民政局社会福利和社会事务处处长李正云告诉记者，他们在了解了柯子明的情况后，认为应该由民政部门担任柯子明的监护人，同意由法院直接指定其担任柯子明的监护人。

近日，镇江开发区法院适用特别程序进行审理，并判决指定由镇江市民政局担任柯子明的监护人。镇江市民政部门告知法院，柯子明将在体检后，由民政局下属的镇江市社会福利院代为抚养。

现代快报记者昨天了解到，8月22日，柯子明进行了体检，体检显示，柯子明存在身体缺陷，他的眼睛只能感受到光，看不到东西，此外他还有癫痫症。今天，柯子明就将被送到福利院，福利院将帮他进行治疗，待身体健康后，若有人愿意收养，柯子明也可以回归家庭。

### （三）检察官视点

#### 私家侦探“探”隐私缓刑一年

2014年08月27日 北京晚报 王蕾

本报讯（记者王蕾）两名私人侦探通过跟踪、拍照等方式，从事打假、讨债及调查婚外情等业务，非法获取大量公民个人隐私。日前二被告戴某和李某因犯非法经营罪，被东城法院分别判处有期徒刑1年，缓刑1年的刑期，并处罚金10万元。

原标题：私家侦探“探”隐私缓刑一年

本报讯（记者王蕾）两名私人侦探通过跟踪、拍照等方式，从事打假、讨债及调查婚外情等业务，非法获取大量公民个人隐私。日前二被告戴某和李某因犯非法经营罪，被东城法院分别判处有期徒刑1年，缓刑1年的刑期，并处罚金10万元。

戴某大学学的是法律。2011年他开了一家商务公司，和公司经理李某在网上发布信息招揽业务，有偿从事讨债、婚姻调查等私人侦探业务。其中婚外恋的调查是根据委托人提供的信息进行跟踪、拍照，以查清是否有婚外恋。

事主吴依（化名）从网上找到了戴某的商务公司，委托该公司调查其丈夫婚外情的情况并签了协议书，约定调查费是1万元。调查前，吴女士先支付了5000元给戴某。

李某跟踪吴女士的丈夫20多天后，发现其丈夫确实有婚外情，并掌握了“小三”的家庭住址。吴女士担心丈夫离婚，想事先将名下的财产转移，于是又让戴某查其老公名下的账户。戴某提出要另付调查费2000元。

没过多长时间，戴某将查询结果给了吴女士，并得到吴女士支付的剩余7000元调查费。

2012年4月，警方开展打击非法侵害公民个人信息的统一行动，戴、李随之被抓。警方在其公司电脑内发现大量通过非法渠道获取的公民个人信息。

日前东城法院一审判决，戴某、李某犯非法经营罪，分别被判处有期徒刑1年、缓刑1年，并处罚金10万元。戴某和李某违法所得9.7万元被予以没收。

背景链接

“私家侦探”极易犯法

到目前为止，所谓“私家侦探”在我国一直还是一个非法存在。

2008年底，北京市高级法院、公安局、检察院联合发布《查处讨债公司、调查公司违法犯罪的指导意见》，规定如果发现调查公司采取非法拘禁、故意伤害或者侮辱等方法，构成非法拘禁、故意伤害应数罪并罚；采取监听、非法侵入住宅或者使用跟踪器、骚扰方法，不能直接认定犯罪的，则按照非法经营罪追究刑事责任。

此外《刑法修正案八》规定了“非法获取公民个人信息罪”这一新罪名，禁止窃取或非法获取通过“国家机关或者金融、电信、交通、教育、医疗等单位在履行职责过程或者提供服务过程中获得的公民个人信息”。

尽管如此，这一行却因其市场需求而回报颇高。据东城检察院检察官张莉介绍，戴某等人从“上家”购买一条个人信息仅仅花了40元，却因此获利数万元。他们花了几百元买了一个GPS定位器，让委托人偷偷安装在被调查者的汽车上，跟踪成功后会得到一两万元的回报。

张莉检察官说，凡是非法使用窃听、窃照、跟踪、GPS定位等专业设备，实施了监视、围堵、纠缠、滋扰、威胁、恐吓等软暴力或暴力活动，均属违法犯罪行为。如果没有实施上述行为，律师或个人进行调查是合法的。J178

### （四）律师视点

#### 残疾、死亡赔偿金应顺应户籍制度改革作出调整

2014年8月6日 北京道信律师事务所 万欣 1

国务院于2014年7月发布了《国务院关于进一步推进户籍制度改革的意见》，第三条规定：“建立城乡统一的户口登记制度。取消农业户口与非农业户口性质区分和由此衍生的蓝印户口等户口类型，统一登记为居民户口。”<sup>2</sup>我国自1958年1月开始实施的《户口登记条例》所建立的城乡分割的二元户籍制度，即将走入历史。显然，现行的、基于二元户籍制度为主要计算依据的残疾赔偿金、死亡赔偿金的规定也应随之作出调整。笔者认为，人身损害赔偿中残疾赔偿金、死亡赔偿金应当调整为以个别化赔偿为原则的机制。

## 一、 残疾赔偿金、死亡赔偿金的属性

最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》)自2003年12月26日颁布以来,对于《解释》中规定的残疾赔偿金、死亡赔偿金就产生了极大的争议。《解释》第二十五条、二十九条分别对残疾赔偿金、死亡赔偿金确定了计算标准,即“按照受诉法院所在地上一年度城镇居民人均可支配收入或者农村居民人均纯收入标准”。这样的规定,在理论界引发了诸如“同命不同价”的热议,也引发了社会的广泛关注。热议的风潮一直持续到《侵权责任法》实施以后,还在不断地有学者著文进行讨论,蔚为盛况,成为民商法学界少有之盛事。<sup>3</sup>

在《解释》颁布之初,因最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》(以下简称“法释(2001)7号”)第九条规定:“精神损害抚慰金包括以下方式:(一)致人残疾的,为残疾赔偿金;(二)致人死亡的,为死亡赔偿金;(三)其他损害情形的精神抚慰金。”故有学者认为,作为精神损害抚慰金性质的残疾赔偿金、死亡赔偿金不应当存在城乡二元差别。<sup>4</sup>

《解释》起草人之一、最高人民法院法官陈现杰在《〈关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释〉的理解与适用》(以下简称《适用》)一文明确指出,残疾赔偿金、死亡赔偿金均系对未来收入损失的赔偿,属于财产损失的赔偿范围,不属于精神损害抚慰金性质。<sup>5</sup>《侵权责任法》第十六条规定:“侵害他人造成人身损害的,应当赔偿医疗费、护理费、交通费等为治疗和康复支出的合理费用,以及因误工减少的收入。造成残疾的,还应当赔偿残疾生活辅助具费和残疾赔偿金。造成死亡的,还应当赔偿丧葬费和死亡赔偿金。”进一步确定了残疾赔偿金和死亡赔偿金均属财产损失的赔偿而非精神损害赔偿,其属性自无疑义。

## 二、 现行残疾赔偿金和死亡赔偿金制度难以适应户籍制度改革

《侵权责任法》并未对人身损害赔偿的具体计算方式做详细规定,故《解释》仍然是人民法院在审理人身损害赔偿纠纷案件中的主要依据。如前所述,《解释》将被直接受害人的户籍作为计算残疾赔偿金和死亡赔偿金的标准。但是国务院户籍制度改革后,将取消城乡户籍二元化,统一登记为居民户口。也就是说,2020年后根据国务院的时间安排至迟在2020年完成改革—将不再能够根据城乡户籍作为判断标准来计算相应赔偿。故,户籍制度改革显然将对人身损害赔偿纠纷产生重要影响。在现行规定不变的情况下,笔者认为有如下几种可能。

其一,仍然沿用现在做法不变。即城乡户籍二元化虽然取消,但是直接受害人是城市工作、居住、生活,还是在农村居住生活并从事农业生产,还是可以确定的。统计局如果仍然会根据居民主要生活、工作区域发布不同的统计指标,就如同发布不同职业的统计数据一样。那么,人民法院仍然可以在查清直接受害人属于城镇居民还是农村居民的情况下,“按照受诉法院所在地上一年度城镇居民人均可支配收入或者农村居民人均纯收入标准”来计算相应赔偿金。这样做的好处是无需修法。但是会产生一些问题,如:在“全面放开建制镇和小城市落户限制”<sup>6</sup>的规定下,实际上难以准确界定城镇居民和农村居民。还可能会产生不良社会效果,社会舆论会认为,国家都取消了城乡户籍差别,为什么法院还坚守不放?

其二,统一按照居民可支配收入计算。即取消城乡户籍区别后,统计局不再分别发布城镇居民和农村居民的收入统计数据,仅发布当地居民的人均可支配收入的统计数据。这个统计数据显然是将城乡居民的收入进行平均后得出的,必然高于农村居民纯收入而低于城镇居民可支配收入。如此一来,如果仍然按照现有规定,则法院只能统一适用一个标准计算。显然这样做的好处是法院比较省事,但是主要弊病也是非常明显的。即农村居民可能获得高于其实际损失的赔偿,而城镇居民所获赔偿不足以弥补其实际损失。这显然违反了侵权赔偿的填平原则。

分析以上两种可能性,我们可以看出,继续沿用现有规定,显然难以适应国家户籍制度改革带来的变化。

## 三、 残疾赔偿金、死亡赔偿金应当以个别化赔偿为原则

民事法律关系的核心内容是权利义务关系,这种权利义务关系在法律上是相对的。当这种法律关系遭到破坏而失衡时,就需要用法律对这种失衡状态进行矫正,以求恢复平衡。因此,当一方当事人违反民事义务,使他人受到损害时,只有让另一方补足受害人的损失,方可使当事人双方在物质利益上达到新的平衡。因此在侵权责任的赔偿损失上,除经营者故意欺诈等法律规定的应承担惩罚性赔偿外,基本的原则就是赔偿全部损失,包括直接损失和间接损失。因此,《侵权责任法》第二十条就明确规定:“侵害他人人身权益造成财产损失的,按照被侵权人因此受到的损失赔偿。”

《解释》对残疾赔偿金和死亡赔偿金等财产损失采取了区别定型化赔偿的方式。之所以如此规定,《适用》介绍:“第一,与过去的有关立法、解释相衔接;第二,已被审判实践所肯定并被社会普遍接受;第三,有法理依据;第四,具有社会妥当性。但是从多年来的实践来看,笔者认为《解释》所确定的区别定型化赔偿存在一系列的问题,应当顺应改革,改为根据直接受害人的实际收入损失作为计算赔偿依据,即以个别化赔偿为原则。”

其一,社会是在不断发展变化的,法律要不断适应社会发展变化。《解释》将残疾赔偿金、死亡赔偿金作为财产性赔偿,就与法释(2001)7号将残疾赔偿金和死亡赔偿金作为精神损害抚慰金的规定大相径庭。所以不能以与过去的有关立法、解释相衔接作为定型化赔偿的依据。面对已经开始的户籍制度改革,如果人身损害赔偿计算标准不相应地做出调整,才是落后于时代的。

其二,区别定型化赔偿并未被社会普遍接受。相反,社会公众对此普遍感到不满。笔者代理的大量人身损害赔偿纠纷案件中,多数收入高于人均水平的城镇居民对于残疾赔偿金和死亡赔偿金按照人均可支配收入计算表示不

满，认为这样计算使得其损失无法得到完全弥补。特别是一些高收入人群，其完全可以提供完税证明以证明其合法收入水平。而在医疗损害责任纠纷中，大多赔偿义务人对于外地来京就医的患者在获得赔偿时按照北京市的标准计算赔偿也表示不满。例如一起医疗纠纷中，患儿系河北某县居民，在当地就医过程中发生过敏性休克，急送北京抢救无效死亡。家属在北京起诉，将河北某县医院和北京医院一起诉至法院。最终认定北京医院无责，河北某县医院承担40%责任。法院按照北京统计标准计算并判决河北某县医院赔偿患儿家属将近30万元。河北某县医院感到非常不满，认为如果应用河北标准，该医院即便是全责也赔不了这么多钱。导致之后的执行也一波三折。总体而言，只有收入水平低于平均水平的直接受害人才接受区别定型化赔偿，收入水平高于平均水平的，基本都不接受区别定型化赔偿，只是囿于最高法院司法解释不得以息事宁人而已。但从另一个角度来看，对于收入水平低于平均水平而按照平均水平获得赔偿的纠纷来讲，这实际上又加重了赔偿义务人的负担。所以，正是由于区别定型化赔偿的表面上公平而实际上的不公平，致使侵权纠纷各方均不满意。而如果根据直接受害人的实际收入水平来计算赔偿金额，显然更具有公平性，更为社会公众所认可。

其三，区别定型化赔偿与法律原则不符。按照《适用》的说法，“残疾赔偿采劳动能力丧失说。”即根据残疾等级抽象评定劳动力丧失程度，并以此评价受害人逸失利益损失。而死亡赔偿金的设立是为了弥补受害人的被继承权人的“继承损失说”，而不是对受害人生命权的补偿——因为生命是无法挽回并且定价的。在这里，法律就技术性地将生命这一伦理性的且很难在法律上操作的语词转化为了其继承人可以在法律上主张的“继承的损失”。由于每个人的劳动能力、收入水平都有差异。因此，从填平原则来讲，残疾赔偿金和死亡赔偿金必须是依据单个的个体而定的主观的收入，而不可能是一个固定而统一的人均收入。像德国、法国、瑞典、葡萄牙、瑞典、英国等欧洲国家基本都是根据受害人具体情况评估，进行个别化赔偿。<sup>7</sup>我国现有的区别定型化赔偿完全忽视了受害人的具体情况，如受教育程度、年龄、受害人的实际收入等因素。<sup>8</sup>那种不考虑被侵权人年龄、收入等个体性的定型化模式，在学者看来“不过是另一场‘共产风’——‘死亡共产风’！”<sup>9</sup>所以区别定型化赔偿并无法理依据。

其四，区别定型化赔偿并不具有社会妥当性。所谓差额化赔偿(即本文的个别化)客观上导致损害赔偿的两极分化和贫富不均的说法实际上是一个伪命题。如前所述，财产损失的基本原则就是赔偿直接受害人的全部损失，达到一种填平的效果。作为低收入家庭来讲，其实际收入水平低，获得的赔偿也低，获得与其损失相当的赔偿并不能成为使其愈加贫穷的原因。同理，对于高收入家庭来讲，由于法院在认定高收入家庭的收入情况时更为严格，例如要求出具收入的完税证明等，这样认定的损失显然不会高于其实际损失，更不可能成为富者愈富的原因。所以，个别化赔偿不会成为贫富差距加大、两极分化的原因，关键在于如何创设一套公平、客观认定直接受害人的损失的规则。

其五，个别化赔偿有助于建立社会诚信。如果法律确定了以个别化赔偿作为残疾赔偿金、死亡赔偿金的基本原则，那么在认定直接受害人的劳动能力水平、收入水平时，最有效的证据显然是完税证明。这样通过审查完税后的合法收入作为认定直接受害人收入水平的重要证据，显然有利于引导社会公众养成依法纳税意识。未经纳税的收入不被法律认可，直接受害人也难以提出任何怨言，更不会加重赔偿义务人的负担。

#### 四、关于残疾赔偿金、死亡赔偿金的建议

如前所述，残疾赔偿金、死亡赔偿金应当以个别化赔偿为原则，即以直接受害人的实际状况作为判定其损失的依据。同时对难以个别化赔偿的，例如直接受害人为未成年人或者丧失劳动能力的自然人，可以以区别定型化赔偿为补充。笔者认为可以主要考虑如下因素：

其一，实际收入状况与职业。应以直接受害人受到伤害前的实际收入状况作为判定其经济损失的一个重要依据。对于在职人员，可以通过其劳动聘用合同、工资卡明细、完税证明、所在行业的上年平均工资等证据综合评定其经济损失；对于已经领取退休金的人员，应当按照其退休金水平计算经济损失；对于农村居民，也可通过相应证据综合考察其实际收入，例如承包土地面积、近三年农林牧副渔生产情况等；对于无固定收入的自由职业者、家庭妇女、失业者、无收入的未成年人等，可由法院综合案件具体情况，参照直接受害人所在地城镇居民平均收入来确定其经济损失；对于因侵权行为致残但未影响其固有收入、未降低其劳动能力的，残疾赔偿金应当酌减。

其二，年龄。现有规定也已考虑到了年龄因素，《解释》第29条规定“……收入标准，按20年计算。但60周岁以上的，年龄每增加1岁减少1年；75周岁以上的，按5年计算。”（25条关于残疾赔偿金的规定基本一致）这样规定乍一看是公平的，但是在客观上容易造成不公平。如，一个25岁的健康青年和一个59岁的晚期肝癌妇女所获赔偿年数是一样的，这显然不具有合理性。故笔者认为，对于被侵权前年轻、健康情况良好或虽有疾病，但自身疾病对侵权损害后果无关的直接受害人，应当考虑的年限相对较长。例如德国对于新生儿考虑的经济损失年限就为21岁至65岁，时间长达34年。<sup>10</sup>而对于被侵权前年龄已经较大、自身疾病较重的直接受害人，就应当考虑的年限较短。

其三，区域。《解释》规定了两个因素作为确定残疾赔偿金、死亡赔偿金的区域标准，其一为受诉法院所在地，相当于地域因素；其二为根据各省、自治区、直辖市以及经济特区和计划单列市上一年度相关统计数据确定，相当于级别因素。这个规定显然不具有科学性。例如由于以受诉法院所在地作为地域因素，就出现了选择管辖的诉讼，很多外地患者出现医疗纠纷以后纷纷到北京就医，然后在北京起诉，以期获得更高赔偿。以省一级区域作为级别因素，显然对于各省经济发展存在较大差异的地区也是不公平的。所以，如果在个别化赔偿时，需要参考相应统计数据时，就不应再沿用受诉法院所在地的省一级统计数据，而应当采用直接受害人最密切联系地的统计数据作为依据。

可以是直接受害人的居住地、主要收入来源地等，并且应当采用最小区域的统计数据，例如设区的市、县级等，力求最大限度贴近实际。

其四，不再另行计算被扶养人生活费。《侵权责任法》第十六条规定的赔偿项目中已经取消了被扶养人生活费。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国侵权责任法〉若干问题的通知》（法发〔2010〕23号）中第四条规定：“人民法院适用侵权责任法审理民事纠纷案件，如受害人有被抚养人的，应当依据《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第二十八条的规定，将被扶养人生活费计入残疾赔偿金或死亡赔偿金。”但是如果按照个别化赔偿，直接受害人获得的赔偿相当于其实际经济损失，则无需另行计算被扶养人生活费，这也符合《侵权责任法》的规定。同时从另一个侧面印证了侵权责任法的立法原意是因为残疾赔偿金、死亡赔偿金直接按照受害人个别化赔偿计算，已经足以弥补其经济损失，而无需另行支持被扶养人生活费。

#### 五、司法体制改革为个别化赔偿创造了条件

综合上述因素可以看出，残疾赔偿金和死亡赔偿金的个别化赔偿更多的依赖于法官的自由裁量权。在原有司法体制下，一审法官考虑到种种因素，例如二审法院错改率、重大案件的请示汇报等制度，实际上并不希望有更多的自由裁量权。更希望如同一个工匠一样，直接套用法律规定得出结论，这样二审法院改判、发回重审的可能性就很小。但是这样一来，就失去了司法的公平正义的基本原则。

党的十八届三中全会审议通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》，对深化司法体制改革作了全面部署。中央全面深化改革领导小组第二次会议审议通过的《关于深化司法体制和社会体制改革的意见及贯彻实施分工方案》，明确了深化司法体制改革的目标、原则，制定了各项改革任务的路线图和时间表。其中完善主审法官责任制、合议庭办案责任制，突出法官办案的主体地位，明确法官办案的权力和责任，对所办案件终身负责，严格错案责任追究，形成权责明晰、权责统一、管理有序的司法权力运行机制。并且通过加大司法公开力度，全面推进办案工作全程录音录像、生效裁判文书上网；充分发挥律师在诉讼中的作用，确保司法权依法公正运行。<sup>11</sup>

通过上述改革，我们有理由期待，法官可以通过对案件的审理，对事实的查明，达到内心确信的程度，通过对残疾赔偿金、死亡赔偿金的个别化赔偿，更好的维护法律的尊严，社会的公平正义，受害人的合法权益！

（2014年8月5日于北京）

#### 注释：

1 作者简介：万欣，男（1975~），中国卫生法学会理事，北京师范大学教培中心客座教授，北京市律协医药卫生法律专业委员会副主任，朝阳区律协民事业务研究会侵权法研究部部长，长期从事医药卫生法律实务和理论研究。邮箱：wanxin@ch-lawfirm.com。

2 摘自新华网，2014年7月30日，[http://news.xinhuanet.com/ziliao/2014-07/30/c\\_126815727.htm](http://news.xinhuanet.com/ziliao/2014-07/30/c_126815727.htm)

3 周玉辉：《死亡赔偿金：性质与算定——以〈侵权责任法〉第16条后段及第17条为中心》，系教育部人文社科青年项目（09YJC820007）“民事责任基本理论研究”的前期成果之一。

4 孔繁军：《区别赔偿：城里人乡下人就不一样？》，《南方周末》2004年12月9日。

5 陈现杰：《〈关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释〉的理解与适用》，《人民司法》2004年第2期。

6 摘自新华网，2014年7月30日，[http://news.xinhuanet.com/ziliao/2014-07/30/c\\_126815727.htm](http://news.xinhuanet.com/ziliao/2014-07/30/c_126815727.htm)

7 [荷]米夏埃尔·富尔、[奥]赫尔穆特/考茨欧：《医疗事故侵权案例比较研究》，丁道勤、杨秀英翻译，中国法制出版社出版，2012年12月第1版，第144页，156页，215页，239页279页。

8 全国人大常委会法制工作委员会民法室编：《中华人民共和国侵权责任法条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社，2010年第一版，第61页。

9 张新宝：《侵权责任法立法研究》，中国人民大学出版社2009年版，第499页。

10 [荷]米夏埃尔·富尔、[奥]赫尔穆特/考茨欧：《医疗事故侵权案例比较研究》，丁道勤、杨秀英翻译，中国法制出版社出版，2012年12月第1版，第17页，第26页。

11 《司法体制改革《框架意见》和《上海改革方案》获中央通过》，2014年6月16日 <http://www.shanghai.gov.cn/shanghai/node2314/node2315/node4411/u21ai888132.html>

### 《离婚律师》把律师写偏了 律政剧应引入行业审查制度

2014年08月12日 北京晚报 邱伟

2014年8月12日讯，热播剧《离婚律师》除了看吴秀波、姚晨这对欢喜冤家外，剧中呈现的执业律师日常生活和业务表现也引起观众很大兴趣。但让人遗憾的是，作为一部涉及法律的电视剧，剧情过多渲染“离婚律师们”如何钻空子斗心机，创作者似乎热衷于以诉讼技巧去架构精巧的剧情，却完全忽略律师这个法律人角色所应具有的职业内涵。在专业法律工作者看来，电视剧中的律师明显缺乏正义感和是非观，不讲职业道德底线。一位花甲之年的老律师告诉记者，他做了近30年的律师，《离婚律师》中的那些手法他没做过，也不敢做，“这不是一个律师该做的事情。”

现实的律师行业中，并没有离婚律师、房地产律师、移民律师这样的行业划分，只是有些律师术业有专攻，在

某个领域有特长，“离婚律师”这个概念是个噱头，因为婚姻问题是个敏感的社会问题，而律师在社会生活中又是个具有神秘色彩的行业。过去涉及律师的电视剧中，都没有把律师执业和生活作为主线，《离婚律师》则系统地表现了律师对案件的操作环节和对当事人利益的处置。

剧中，吴秀波饰演的律师池海东为当事人董大海出谋划策，以规避房产税的方式作为理由说服董妻同意假离婚，最终达到真离婚的现状，而董大海这样做的目的是为了和小三保持不正当的婚外关系。作为律师，池海东明知假离婚中暗含着风险和欺骗，却帮着出主意、做合同，使得女方觉得受到了极大的欺骗。然后发生了原配到小三的公司去闹，在网上披露小三的隐私，在众目睽睽之下给小三泼油漆。正是律师给当事人的“点拨”，导致了随后一系列恶性事件发生。

在另一起案件中，男女双方签署离婚协议后，十年没有办理离婚登记，男方在外面有小三生了孩子，在已经构成事实婚姻的情况下，律师出主意找人与小三登记结婚，通过假结婚规避事实婚姻应承担的法律责任。

此外，池海东为了获得代理费，故意给法庭对手罗鹏制造矛盾，导致罗鹏的当事人对罗鹏产生不信任，最终双方解除委托，并将罗鹏的代理费从50万降为5000元，而池海东因此获得了10万元代理费。

生活有时的确充满了狗血剧情，律师职业或许是看到社会阴暗面和丑恶嘴脸最多的一个行业，当事人之间的尔虞我诈，商场上的没有诚信，司法的不公。但这并不意味着，律师这个职业就可以利用自己的专业能力，不择手段地助长社会丑恶现象，成为诉棍一样的角色。《离婚律师》剧情中，无论是明显违反律协规范的“风险代理”，还是用不光彩的手段获取证据，这些超出了律师职业操守底线的做法被堂而皇之地呈现在荧屏上，体现出的是创作者对法律精神缺乏理解和认同感。

声誉是律师的生命，当事人委托律师打官司，是在不了解律师的能力、专业水平、敬业精神，无法确定诉讼结果的情况下先签委托合同，在诉讼过程中还可能还要向律师和盘托出自己的个人隐私或商业秘密，建立信任关系是双方合作的基础。在《离婚律师》中，律师私自接触对方当事人，甚至双方男女律师同居一室，作为当事人来讲，恐怕很难相信自己的律师还能站在自己的立场去维护自己的权益。其实在现实生活中，遇到这样的情况，律师是要主动避嫌的，即使双方庭下和解，也通常只通过电话沟通，就是为了防止当事人产生疑虑。像剧中表现的两个律师喝着红酒，穿着睡衣，互相把当事人的底牌都漏了，这在真正律师的执业生涯中是不可想象的事情。

律师的职责是最大程度地维护当事人的合法权益，促使法律的正确实施，为社会追求公平正义，所以律师职业价值的实现对树立社会法律信仰的作用是巨大的。虽然《离婚律师》中表现一些律师的丑陋行为是可能发生在现实中的，但这毕竟是律师职业道德所不允许的，也是律师执业环境所不提倡的。如此描摹一个法律人的行业，对忠实于操守的律师是一种形象丑化，对于刚刚执业、初入行的新律师也是一种误导。

真正的律师对记者说：最不愿意看到的是自己投入毕生精力的行业，在荧屏上被塑造成这样一个唯利是图的形象，但观众恰恰是从每个角色身上去体会一个行业。他认为律政剧应该像医疗剧一样，引入行业审查制度，以维护律师行业整体的社会形象和商业信誉。

#### 案例评点

#### 离婚官司会打成

#### “净身出户”吗

作为披着“律政”外衣的情感剧，《离婚律师》为了达到情节的戏剧化，往往采用极致化的表现手段，比如剧情开篇为了让池海东这个原来号称“池一亿”的大牌律师变得一无所有，从头再来，特意安排他在自己的离婚官司中净身出户。池海东一夜之间失去了所有财产，包括一套别墅、一套公寓和200多万资产，搬入普通公寓，恰好和对手律师罗鹏住在一个楼中，进而两人产生了各种情感纠葛。而在司法实践中，离婚官司打成净身出户的情况并不常见。

“什么样的过错，才能让一方在离婚诉讼中什么都不能得到，被判净身出户呢？”丰台法院卢沟桥法庭负责人刘辉在接受记者采访时表示，除了在个别案件中，当事人为了追求离婚放弃财产会出现净身出户的情况，通常情况下，法庭在判决中都会根据当事人的过错程度进行财产分配，一般不会有净身出户的情况发生，比如夫妻双方有两套住房，如果都判给一方，就会影响到另一方的基本居住需求，所以法院往往会让过错方从钱上来找齐儿，而不会让过错方无处可住。

剧中，还有为在离婚中争到更多财产，男方与小三签署8000万元的虚假债务协议的情节。刘辉法官表示，在实践中这种情况的确经常发生，也就是婚姻一方当事人与他人假借贷，以此达到多分财产的目的。但这种手法不会轻易骗过法庭，法官审理时都会详细审查，通常会要求证人出庭质证，同时要详细查证资金往来的过程及资金用途，如果是假借贷，当事人则要用更多的谎言去圆这个谎，由于当事人和证人提供不了资金往来的相关证据，这样的谎言常常会被法庭识破。此外，如果借贷没有用于夫妻共同生活，仅仅属于个人债务，也不会作为夫妻共同债务来分担。

#### 律师评说

#### 观众莫把剧中手段

#### 当作司法实践

《离婚律师》不知为何总是贬低离婚律师的敬业精神，把离婚律师刻画成为代理费可以不顾一切的小人。看来

编剧绝不是个法律人，所以对律师明为捧杀，实为棒杀。

尽管《离婚律师》有诸多法律适用的瑕疵，但不得不为编剧的奇妙构思“喝彩”，连律师粉们都把剧中的取证手段当作司法实践的教学突破，这是其他律政剧所没有的特色。

剧中谈到的离婚协议书，当事人双方尽管已经签字，但只要没在民政部门登记过，如果在人民法院起诉离婚时，任何一方反悔，人民法院是要依法判决的，不会支持原来离婚协议中的约定。

第二集中，被告的代理律师竟在原告住处为其安排晚餐，难道就不怕自己的当事人不信任而被投诉吗？律师与异性对方当事人私下过密接触为行业大忌，艺术高于生活，但不得贬低律师行规。

第三集中，专业的婚姻律师竟然把离婚的民事案件代理律师说成刑事案件的辩护律师，简直是天壤之别。如此误导大众，要引以为戒。

第四集中，离婚专业律师谈到如果当事人一方有过错，离婚分财产就要少分，这不符婚姻法的规定。婚姻法规定的是：一方有过错，另一方可以提起损害赔偿。但这并不影响离婚财产的分割。损害赔偿的数额有限。

剧中，律师帮当事人从挽回损失中提成不符合律协规范。“不当获利”表达不正确，法律术语应为“不当得利”。法律应当严谨，艺术也不能例外。

北京晚报-北晚新视觉网 记者：邱伟

### 虚拟财产分割：离婚时的现实难题？

2014年8月19日 中国妇女报 籽言



当下，“80后”“90后”的离婚现象增多。与以往不同的是，年轻夫妻离婚往往会涉及一个尴尬的问题：夫妻名下的虚拟共同财产该怎么分割？今年以来，各地已发生多起离婚夫妻为争夺网络虚拟财产最终闹上法庭的案例，引发人们关注。

“虚拟财产”是随着互联网络游戏的发展而出现的新词，是指在互联网空间存在的非物化、数字化的一种财产形式。一旦夫妻离婚，网络游戏里的装备、宠物和网站上的网店、域名、积分等这些看不见摸不着的虚拟财产，要进行分割时会遇到怎样的尴尬？

网聊、网游、网婚成婚姻杀手

近年来，随着网络游戏、网络交友工具的流行，婚姻的不稳定因素也越来越多。苏州市姑苏区法院对近年来的离婚案件分析后发现，因“网聊”“网游”“网婚”而引发的离婚案件数量呈逐年上升趋势，而这些离婚的夫妻大多有着相似的特点。

小高和妻子都刚30岁出头，5年前他们通过某公园的相亲活动认识，恋爱一年后便登记结婚。婚后不久，双方就有了摩擦和矛盾。小高有一个自己创建的网站，平时除了上班外就一心扑在网站上，还时常玩网络游戏到深夜，与妻子交流很少。妻子指责小高长时间沉溺于网络，对家庭不管不顾。小高则说妻子性格怪异，难以沟通。婚后第二年，小高搬回自己父母家住，妻子随后也搬回了娘家。就这样，两个人冷战了一年。今年年初，妻子提出离婚。在离婚诉讼过程中，双方就对小高创建的网站进行财产分割一事进行了争论。最终，法院认为双方感情并未破裂，判决不予离婚。

同为“80后”的小刚与小丽在2003年经人介绍确立了恋爱关系并于2007年登记结婚。第二年，小丽生下了儿子。之后，小丽向法院提起了离婚的诉讼请求。据了解，婚后，小刚每天沉迷于网络游戏，对家中的事情很少过问。小丽搬回娘家居住后，小刚依然把主要时间都花在玩游戏、赢游戏装备上。在法庭上，小丽不仅要求分割夫妻共同财产，还要分割婚后小刚玩游戏获得的游戏装备。小刚对此并不认同。经过法院调解，小刚承诺今后不再沉迷于网络游戏。据此，姑苏区法院驳回了小丽的诉讼请求。

法官介绍说，因沉迷网络诱发的离婚案件，当事人以年轻人人居多，且原告多为女方。由于男方沉迷网络而与配偶疏于沟通，终日不见踪影或对家务事不闻不问，构成了家庭“冷暴力”。遇到这种情况，夫妻在离婚时，一方会提出分割虚拟财产，加大了协议离婚的难度。

虚拟财产分割越来越受关注

近几年来，在离婚财产分割时，虚拟财产渐受重视。

2011年，有媒体报道称，一对年轻夫妻离婚时，女方要求分割婚姻关系存续期间双方因共同玩游戏而获得的网游装备。但男方认为，该游戏账户是他本人注册登记的，由此获得的游戏装备应归自己所有。而法院的看法是，只有虚拟财产与现实的社会关系发生具有法律意义的联系时，才能进入现实法律调整的范畴。因此法院最终判决双方离婚，驳回女方要求分割网络游戏装备的诉讼请求。

据统计，今年1月至6月，姑苏区法院共受理婚姻家庭、继承等案件488件，其中离婚案件350件，同比上升2%左右。在目前的离婚案中，虚拟财产分割正被越来越多的离婚夫妻所关注。

虚拟财产之所以在夫妻共同财产中地位日重，是因为它在一定条件下可以转换成现实中的财产。

一般而言，“虚拟财产”包括淘宝店、网络游戏账号、游戏货币、游戏者拥有的各种装备，以及网民的电子邮件、网络寻呼等一系列信息类产品。

据了解，目前最主流的虚拟财产就是游戏装备和淘宝店铺这两类。一款热门游戏的游戏装备在各大网络平台都可以明码标价，用人民币直接交易。以网游“剑侠情缘III”为例，某热门网站的装备交易排行榜显示，该游戏的90沉沙玄晶价格在1.8万元左右。而热门淘宝店更是可以直接进入交易平台，进行交易。在某网店交易平台上，一家5皇冠的淘宝店，售价在6万元左右；而一家3皇冠的淘宝店，售价也达到了4万元左右。

律师观点

虚拟财产可以分割

网络虚拟财产是无形的，但又是有价值的。那么，这些虚拟财产在夫妻离婚时，究竟该怎么分割呢？

蒋勇伟律师表示，不管是虚拟财产还是实体财产，只要是有价值的，就可以估价。证实是夫妻共有财产后，可以进行分割。虚拟财产因其具有有用性、稀缺性、可交易性等特性，与传统财产的基本属性相吻合，能够成为法律意义上的财产。游戏账号、游戏金币和虚拟装备、网店及域名、网聊软件号码、电子邮箱、名人微博等都属于虚拟财产。如果说夫妻离婚涉及虚拟财产，一方或双方提出分割请求的，可以进行分割。在夫妻离婚过程中，双方可以协商确定价格。如协商不成，则可委托评估价值之后再分割，还可在法院主持下竞价，以“拍价高者”获胜，且向对方补偿一定金额。

蒋勇伟同时也呼吁，尽快制定《虚拟财产保护法》，对网络虚拟财产的概念、性质进行界定，对虚拟财产的占有、管理、使用、收益、处分，共同所有权利如何分割等作出明确规定。

### 骄纵的一审、无奈的二审

2014年8月18日 法学在线 高嵩 上海市段和段律师事务所北京分所

诗云：和谐笔，维稳词，案子来了就维持。刀光剑影，锱铢必较刻文法，弹指挥间，法官窗外尽乘时。递进式，难化解，几处冤情新夺锦，管它公平与正直。

起首拙诗诵罢，进入正文。但凡是打过官司的天朝讼师，无不知道二审改判难，难于上青天。以至于鄙人每每领到“驳回上诉、维持原判”的判决书，都难免在心中像黄健翔一样呼喊：

维持！维持！维持！法官立功了，法官立功了，不要给被上诉人任何的机会。伟大的法官，他继承了八荣八耻、科学发展观光荣的传统，马锡武、宋鱼水、包拯在这一刻灵魂附体、法官他一个人，他代表了不懂就维持的悠久的历史传统，在这一刻，他不是一个人在宣判，他不是一个人……。

改判究竟有多难呢，巧了，在2012年的北京市两稞上，北京市高院院长池强大人的2011年法院工作报告中有这样的数据：“……审结二审案件43258件，改判、发回2833件。发挥再审纠错作用，审结再审案件1013件，改判、发回574件……”。由此可以得出结论，二审的改判发回率是将近6.5%，也就是说，在每15件上诉案中，只有1件是改判或发回，而其余14件，都是维持或者调解。本人于是顺藤摸瓜，查阅了北京市高院2008年以后的历次工作报告，可惜的是，都没有改判数这个数据出现。

然而，在2009年作出的2008年工作报告中，有这样的陈述：……2008年，新修订的《民事诉讼法》于2008年4月1日起施行，当事人对原生效裁判不服的，不再向原审法院申请再审，而向上一级法院提出申请，市高级人民法院受理的申请再审案件陡增，4月份以来共受理2830件，同比上升186.7%，这对高级人民法院发挥审判监督职能提出了新的要求……

那么，如何应多剧增的再审案件呢，于是早在2010年的3月份，我首骗之区的高级人民法院就公布了一个名为《关于递进化解方式解决案件纠纷的实施办法（试行）》的工作文件（以下姑且简称为“办法”）。可以负责任地说，该文件没有公布，您在网上根本就找不到，只能在只言片语的描述中看到它的存在。于是，一个叫做“递进式化解”的幽灵徘徊在了北京法院，谈及“递进式化解”，广大中院法官无不闻风丧胆。

那么，这是个什么东东呢？此事说来话长，还得从《民事诉讼法》2007年的修订说起。2007民诉法的重大修改之一就是明确了申请再审的诸多问题，最令高院郁闷的估计就是181条，当事人申请再审，必须在3个月内出裁定。这下可好，二审败诉的当事人，恨不能转身就前往高院立案。民诉法修订之前呢，高院无非就是向申请人发个驳回通知了事，现在可好，必须得出裁定。可是我高院申诉庭法官的工作勤奋程度显然无法满足人民群众日益增长的申诉热情，于是高院调了大量法官进行申诉工作，可惜依然是不堪重负。虽说3个月的审限可以延长，但每案必结，弄得高院申诉庭干脆成了三审法院了。

经过将近 1 年的不懈努力，高院终于想出了一个歹毒的主意，名曰“递进式化解”。一言以蔽之，就是，申诉案件来了，我先不铲事，由责任法院（也就是惹事法院）的信访办先行“铲事”（惹事人语言贫乏，但总觉得只有这两个字能准确表达所谓递进式化解的精髓），实在铲不了的，再回到高院来铲。

敝人有幸，得览全文，下面我们来详解一下办法的精神以飨读者，看看什么叫和谐司法，什么叫科学发展观。

1、定义：递进式化解方式是指对当事人已经向高级人民法院提出申诉、申请再审的案件，在案件立卷审查前，由责任法院按照法官、庭长、主管院长的顺序，逐级先行化解的工作机制。

2、基本原则：高级法院申诉审查庭接到当事人申诉、申请再审材料后，按照“二审维持的，由一审法院负责；二审改判的，由二审法院负责”的原则，于三日内将待化解案件的基础信息通知责任法院信访办。

3、化解第一阶段：责任法院接到通知后，即指定原来的法官作为责任人（二审维持的，为一审法官，二审改判的，为二审法官）。责任人谈话时应主要听取当事人的申诉意见，针对当事人的各项诉请，结合原裁判做好判后答疑和服判息诉工作，并就谈话内容制作笔录。此为第一阶段，期限为两个月。

4、化解第二阶段：如果责任人没能成功铲事，也就是没能让申诉人服判息诉，就进入第二阶段，这回出马的是庭长或副庭长。干的事还是一样，就是说服申诉人，您服了吧。第二阶段的期限是一个月。

5、化解第三阶段：如果庭长或副庭长还没能铲事，则责任审判庭主管院领导亲自出马了，第三阶段的化解工作应在一个月内完成。

6、化解成功的标志是，申诉人签署《息诉罢访保证书》，也就是逼着申诉人说，我实在受不了了，我不告了。还有，对于生活困难的，法院可以给予补助，潜台词就是说，即使原判没有问题，如果当事人闹得太厉害了，法院可以给您一笔钱，用钱封您的嘴和腿。

7、以上各种办法都没能铲事，就只能把案件交还到高院，这时，才真正进入申诉审查的程序。

您看明白了吧，您如果对生效判决不服，申诉到高院，光前置的递进式和解就得至少耽误您四个月，期间是法官、庭长、院长如走马灯一般在您面前动之以情，晓之以理。反正不是窦娥、林彪、聂树斌等冤情的，一般人还真扛不住，只能具结保证，没准还能搞一笔钱回来。即使您是同意原判的当事人，在法官、庭长、院长的轮番聒噪下，估计也很难抗拒，只能在原生效判决的基础上让步了事。

头上始终悬着递进式化解这把利剑，二审法院的审理思路成了“能不改判就不改，一审的毛病实在太看不过去了，能发回就发回”。这样一来，一二审之间的审级关系就弄得更加扭曲变态了。

一二审之间是个什么关系呢？举个例子来说，就好比一审是炒菜的厨师，二审是尝菜的品菜师。二审审理的过程就是一个尝菜的过程。品菜师尝罢，觉得味道不错，哪怕是差强人意，也就吃了——此之谓“维持原判”；尝罢，觉得味道不好，于是自己亲自加点油盐酱醋，勾兑一下味道，然后吃掉——此之谓“部分改判”；尝罢，觉得根本无法下咽，于是自己亲自回锅重炒一遍再吃下去——此之谓“全部改判”；尝罢，您厨师完全就炒错了，比如我点的水煮牛肉，您却上了盘松鼠桂鱼，先不说味道如何，根本这就不是品菜师想要吃的东西，那没办法，倒掉，您大师傅重做我再尝——此之谓“发回重审”。

可是在递进式化解的思路下，可怜的品菜师为了不给自己找麻烦，只要您大师傅的菜做的不是“粘痰打卤蛔虫面”，再难吃我也一律得给丫咽下去。实在咽不下去的，就找个辙“发回重做”，反正我自己是不动手了。

以上各种现象，来源于我国对于法官的“错案追究制度”。在发达国家，是没有这个制度的，法官只对自己的违法行为和不当行为承担责任，而不是对判决的实体内容承担个人责任。而我们却将案件的改判率作为衡量法官是否称职的重要标准，这样，无论是一审还是二审，法官都会明哲保身，宁愿采取安全的糊弄方法而不是受正义的驱使去判案。在这种制度的设计以及递进式化解的促进下，一二审之间发生了很多严重违反程序法甚至是荒唐的做法。

其一，是向上级法院汇报，由上级法院的对口庭室的负责人出意见，目的仅仅是保证案件上诉后一定维持。这种做法的恶劣程度要比法院内部法官向庭长、院长汇报的做法更甚，它完全使两审终审形同虚设。而且，据我所知，很多的所谓汇报也不是正经八百的，所谓汇报笔录也非常不正规，甚至有些案子还是在觥筹交错中定下来的。所以，即使是上级点了头，真正的二审审理也不是板上钉钉。比如，听取汇报者调走了，换的新人可未必买你一审的账。再比如，二审法官完全可以说，你们当初汇报的时候有很多关键事实就没说清楚，甚至是没说，所以该改还改。本人遇到的跟上级法院打完招呼后依旧遭受改判的事情有好几起。

其二，二审法院内部的汇报制度。以前本人在法院任职的时候，客观地说，审判长的权力还是比较大的，许多改判的案子都不用汇报，或者说是否需要汇报，完全由审判长自己决定。可是近来，尤其是递进式化解闹的，改判发回似乎成了天大的事情，每个有可能改判的案件，都一律要向庭长汇报，不行再向主管院长汇报。仔细想想是很滑稽的，基层法院一个独任法官做出的判决，二审法院合议庭 3 个人再加上正副庭长甚至主管院长，都改不了？有人说，法院内部对于疑难重大案件的汇报制度是为了防止法官滥用手中的审判权，而加以限制。况且二审法院是终审，更加要慎重。本人当然同意，终审要慎重，可是难道维持一个错误判决，就可以随随便便，不用向任何人汇报，而改正一个错误判决，就要层层请示，需要这么难吗？

本人看来，汇报制度恰恰是司法腐败的肥沃的土壤。荣誉因为分享的人多而微不足道的，责任也因为决策的人多而无人负责。之所以这么说，首先，汇报制度的假设前提是领导的业务水平和道德水平都高于下级，这个观点根



本不值一驳，连本朝太祖都做过“高贵者最愚蠢，卑贱者最聪明”的圣谕。领导通过听取汇报来控制审判方向以渔利，还美其名曰“指导审判工作”。其次，一个试图权力寻租的法官，恰恰一边做那个啥，一边立那个啥，最后出了问题就是一句话“领导定的，我也没辙”。殊不知，有的法官是“真没辙”，而有的法官是带着倾向性意见汇报，让领导给自己顶雷。汇报制度最终成了上下相愚的工具、互相渔利且推卸责任的法宝。

其三，二审法院在改判前要与一审法官沟通意见。按照不成文的规定，改判之前，二审法官要给一审法官打电话，了解其判案思路，同时求得对于改判发回的谅解。这种做法尤其诡异，一审的案子思路从判决书和卷宗里都看不懂，就得问问一审法官，您判案时是怎么想的，好像这里面有着深重且不为人知的玄机，需要亲自去求证，如果一审法官给出了听似很有道理的解释，于是二审法官“恍然大悟”，“高！就是高”，于是顺手维持。这完全将二审审理的过程当成了灯谜游戏啊！您一审法官审的案子让人家看不懂，说明您没认真审，至少也是不负责，改判发回是很正常的。再说，改判之前打电话，说“您的案子有毛病，我们得动，请您谅解”，这就更滑稽，一审要是说“我不谅解，我也不服气”，您难道就不改了吗？一审的判决有没有毛病，其实一审法官心里最清楚，跟他们沟通的必要性完全就不存在。

以上种种怪诞现象根本无法让人理解，但仍旧在我们的法院内部运行着。其荒谬指数完全可以跟“康师傅”大战“天线宝宝”这样的造句方式相提并论了。

在“递进式化解”这一更加荒谬的制度下，二审法院完全变成了“维持会”，而一审法官也使出各种手段让二审干瞪眼没辙，只得含恨维持。本人遇到的手法有：

1、无端将原告的部分诉讼请求称之为“另一法律关系”，本案不予审理。这样的话，表面上原告的诉权还有，但实际上无论从立案还是“一事不再理”的角度，都将原告置于及其凶险的境地。这种情况，二审一般都是维持。

2、滥用自由裁量权，尤其是违约金的降低，而只要基本事实没有问题，二审一般不会用自己的自由裁量权来改判一审的自由裁量权。

3、通过所谓“释明权”诱导当事人作出对自己最不利的选择，如法律关系的取舍、诉讼请求的变更、对某一被告的撤诉。这种情况，二审也基本没辙。

总之，二审法官在审理案件的过程中，处处掣肘，经常觉得有劲使不出，非常难受。

就在北京市高院为自己“递进式化解”这一伟大发明高呼“伟光正”的时候，报应来了。最高法院对于北京市高院的一审案件，也玩起了递进式化解，这下北京市高院终于知道啥叫“出来混、迟早要还的”。据说，最高法院对“递进式化解”这个东东也甚感兴趣，打算将其推广的天朝每一个角落……

法之难行，已成为我们这个社会的顽疾，对于规则的践踏使得法律这种东西制订出来就是供违反之用，更加令人痛心的是违反法律的主体竟然还是司法机关。司法之不独立固然有外部因素，但在我看来，法院内部的因素也是重要的推手。解药在哪里呢，答案很简单，只是好些人假装“好傻好天真”。

### 夫妻及亲属间房屋产权归属及变动的法律规定

2014年8月19日 君合法律评论

作者：君合律师事务所 李立山 程虹 罗永强 张蓉 何佳青

配图：巩军

引言

《中华人民共和国婚姻法》（以下简称“《婚姻法》”）在经过2001年的重大修改后，最高人民法院在2001年、2003年和2011年陆续颁布了关于《婚姻法》适用的三个司法解释。特别是2011年8月13日实施的《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》（法释〔2011〕18号）（以下简称“婚姻法释（三）”），针对审判实践中亟待解决的婚前财产、夫妻共同财产、结婚登记瑕疵处理、不动产善意取得等问题作出了进一步规定。其中，针对夫妻一方财产和共同财产的认定和处理的规定，经过持续发酵和热炒，引发了社会舆论的广泛关注和讨论，但充斥其间的各路“专家观点”和“操作解读”也不乏误读和错漏。

本报告拟沿着《婚姻法》中有关夫妻共同财产的原则，综合历次司法解释中有关夫妻共同财产的演进性规定，梳理出现行有效规定下有关夫妻一方所有房产和共同所有房产的界线标准。同时，本着务实和厘清实践操作的态度，本报告也就实践中常见的有关房产证“加名”、“减名”、亲属间房屋过户、交易税费等内容进行相应的总结。

#### 1、夫妻共有房产的界定

根据《婚姻法》规定[1]，夫妻在婚姻关系存续期间所得的财产，归夫妻共同所有，由此确立了夫妻共有财产认定的基本原则。其后，在婚姻法释（二）、婚姻法释（三）中就各类具体情形做了进一步规定。具体到房屋而言，综合该等规定，应认定为夫妻共有房产的情形如下表1所示。

表1

序号	具体情形		法规依据
1.	购置	在婚姻关系存续期间以夫妻共同财产所购置的房屋	《婚姻法》第 17 条
		由一方婚前承租、婚后用共同财产购买的、权属证书登记在一方名下的房屋	婚姻法释（二）第 19 条
2.	继承或受赠	在婚姻关系存续期间继承或赠与所得的房屋。但遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的除外	《婚姻法》第 17 条
		当事人结婚后，父母为双方购置房屋所提供的出资。但父母明确表示赠与一方的除外	婚姻法释（二）第 22 条
		当事人结婚前，父母为双方购置房屋出资的，明确表示赠与双方的房屋	婚姻法释（二）第 22 条
		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	婚姻法释（二）第 22 条

## 2、夫妻一方所有房产的界定

与夫妻共有房产相对应，《婚姻法》相应规定了应属于夫妻一方所有房产的情形[2]。综合三个司法解释，应认定为夫或妻一方所有房产的情形如下表 2 所示。

表 2

序号	具体情形		法规依据
1.	婚前房屋	属夫或妻一方婚前财产的房屋	《婚姻法》第 17 条
2.	继承或受赠	夫妻在婚姻关系存续期间继承或接受赠与所得的财产，遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的房屋	《婚姻法》第 17 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	婚姻法释（二）第 22 条
		当事人结婚后，父母为双方购置房屋出资的，明确表示赠与一方的，该出资应当认定为该一方所有	婚姻法释（二）第 22 条
		婚后由一方父母出资为子女购买的、产权登记在出资人子女名下的房产	婚姻法释（三）第 7 条
3.	书面约定	夫妻采用书面形式约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产中的房产全部或部分归各自所有	《婚姻法》第 19 条
4.	特殊情形	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。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，离婚时应根据财产的具体情况，照顾子女和女方权益的原则判决，由产权登记一方对另一方进行补偿	婚姻法释（三）第 10 条
		婚姻关系存续期间，双方用夫妻共同财产出资购买以一方父母名义参加房改的房屋，产权登记在一方父母名下，离婚时另一方主张按照夫妻共同财产对该房屋进行分割的，人民法院不予支持。购买该房屋时的出资，可以作为债权处理	婚姻法释（三）第 12 条
5.	与夫妻共有房屋的关系	为夫妻一方的所有的房屋，不因婚姻关系的延续而转化为夫妻共同房屋。当事人另有约定的除外	婚姻法释（二）第 19 条

## 3、房屋产权变动

前文第一、二部分界定了夫妻共有房产与一方所有房产的判断标准，在此基础上，如果相关房产权属在夫妻间发生变动，例如产权人由夫或妻一方增加为夫妻双方（简称“加名”），或由夫妻双方变更为夫或妻一方（简称“减

名”），或由夫或妻一方变更为另一方（简称“换名”），与房屋产权变动相关的税费（例如契税、营业税、个人所得税、印花税等）如何征收？夫妻以外的亲属之间（包括近亲属和非近亲属）发生房产权属变动的，如何征收税费？下文将就此予以详细介绍。

### 3.1 夫妻间房屋产权变动

#### (1) 加名、减名、换名

在婚姻法释（三）实施后，众多家庭为避免夫妻间房屋归属问题出现争议，纷纷扎堆办理房产证“加名”手续，而各地最初对待此种“加名”的房屋产权变更登记是否需要征税的问题，经历了由混乱到统一的过程。直至 2013 年 12 月 31 日，财政部、国家税务总局发布《关于夫妻之间房屋、土地权属变更有关契税政策的通知[3]》（财税[2014]4 号），对夫妻间房屋、土地权属“加名”、“减名”、“换名”等情形的契税政策有了全面、明确规定。即属于下列四种情况之一的，夫妻间的房屋产权变更免征契税：

- i 加名：房屋、土地权属原归夫妻一方所有，变更为夫妻双方共有的；
- ii 换名：房屋、土地权属原归夫妻一方所有，变更为夫妻另一方所有的；
- iii 减名：房屋、土地权属原归夫妻双方共有，变更为其中一方所有的；
- iv 份额变更：房屋、土地权属原归夫妻双方共有，双方约定、变更共有份额的，免征契税。

#### (2) 继承、赠与

除加名、减名、换名所涉契税外，就夫妻间其他形式房屋产权变动所涉税种、税率，请参见表 3。

表 3

序号	事由	税费		法规依据
1.	继承（含法定继承、遗嘱继承）	契税	不征契税	《国家税务总局关于继承土地、房屋权属有关契税问题的批复》（国税函[2004]1036号）
		营业税	暂免征收	《财政部国家税务总局关于个人金融商品买卖等营业税若干免税政策的通知》（财税[2009]111号）
		个人所得税	不征	《财政部国家税务总局关于个人无偿受赠房屋有关个人所得税问题的通知》（财税[2009]78号）
		印花税	征收，税率为核定金额的万分之五	《中华人民共和国印花税法》（中华人民共和国国务院令 第 11 号） 《中华人民共和国印花税法暂行条例施行细则》（财税字[1988]第 225 号）
		土地增值税	不属于应缴纳土地增值税的情形	《中华人民共和国土地增值税暂行条例》、《中华人民共和国土地增值税暂行条例实施细则》（财法字[1995]第 6 号）
2.	赠与	契税	全额征收契税，税率视地区不同在 3—5%之间	《国家税务总局关于加强房地产交易个人无偿赠与不动产税收管理有关问题的通知》（国税发[2006]144号）
		营业税	暂免征收	《财政部国家税务总局关于个人金融商品买卖等营业税若干免税政策的通知》（财税[2009]111号）
		个人所得税	不征	《财政部国家税务总局关于个人无偿受赠房屋有关个人所得税问题的通知》（财税[2009]78号）
		印花税	征收，税率为核定金额的万分之五	《中华人民共和国印花税法》（中华人民共和国国务院令 第 11 号） 《中华人民共和国印花税法暂行条例施行细则》（财税字[1988]第 225 号）
		土地增值税	不属于应缴纳土地增值税的情形	《中华人民共和国土地增值税暂行条例》、《中华人民共和国土地增值税暂行条例实施细则》（财法字[1995]第 6 号）

### 3.2 近亲属间房屋产权变动

除配偶关系外，就近亲属（指父母、子女、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女、兄弟姐妹）间的房屋产权变动，相关政策与表 3 规定一致，在此不再赘述。

需要特别说明的是，以北京市的实践操作为例，办理近亲属间房屋赠与免税手续时，需要提交公证机构出具的赠与人 and 受赠人亲属关系的公证书、经公证的赠与合同（或赠与公证书）等文件；办理近亲属间房屋继承免税手续时，需要提交公证机构出具的继承权公证书等文件。

此外，在近亲属之间，如果房屋产权变动形式为买卖，则适用商品房买卖的一般规定。因其非本文关注重点，故不再赘述。

### 3.3 非近亲属间房屋产权变动（继承/赠与）

为行文方便，前文所述夫妻、近亲属范围以外的具有亲属关系的个人，统称为非近亲属。针对非近亲属间的房

屋继承、赠与，相关规定也存在特殊的税收政策，但总体而言，其与近亲属间房屋产权变动的税费政策趋同，唯契税、个人所得税和营业税略有不同，具体请见下表 4。

表 4

序号	事由	税费		法规依据
1	遗嘱继承	契税	非法定继承人根据遗嘱承受死者生前的房屋权属，属于赠与行为，应参照赠与行为征收契税，税率视地区不同在 3—5%之间	《国家税务总局关于继承土地、房屋权属有关契税问题的批复》（国税函[2004]1036 号）
		营业税	同表 3	《财政部国家税务总局关于个人金融商品买卖等营业税若干免税政策的通知》（财税[2009]111 号）
		个人所得税	房屋产权所有人死亡，依法取得房屋产权的遗嘱继承人或者受遗赠人，对当事双方不征个人所得税	《财政部国家税务总局关于个人无偿受赠房屋有关个人所得税问题的通知》（财税[2009]78 号）
		印花税	同表 3	《中华人民共和国印花税法暂行条例》（中华人民共和国国务院令 第 11 号） 《中华人民共和国印花税法暂行条例实施细则》（财税字[1988]第 225 号）
		土地增值税	同表 3	《中华人民共和国土地增值税暂行条例》、《中华人民共和国土地增值税暂行条例实施细则》（财税字[1995]第 6 号）
2	赠与	契税	同表 3	《国家税务总局关于加强房地产交易个人无偿赠与不动产税收管理有关问题的通知》（国税发[2006]144 号）
		营业税	个人无偿赠与不动产、土地使用权属于下列情形的，暂免征收营业税：（a）无偿赠与对其承担直接抚养或者赡养义务的抚养人或者赡养人；（b）房屋产权所有人死亡，依法取得房屋产权的遗嘱继承人或者受遗赠人	《财政部国家税务总局关于个人金融商品买卖等营业税若干免税政策的通知》（财税[2009]111 号）
		个人所得税	以下情形的房屋产权无偿赠与，对当事双方不征收个人所得税：（a）房屋产权所有人将房屋产权无偿赠与对其承担直接抚养或者赡养义务的抚养人或者赡养人的，（b）房屋产权所有人死亡，依法取得房屋产权的遗嘱继承人或者受遗赠人	《财政部国家税务总局关于个人无偿受赠房屋有关个人所得税问题的通知》（财税[2009]78 号）

#### 4、结论

根据官方统计数据显示，近几年来全国法院一审受理婚姻家庭纠纷案件呈逐年上升趋势，且案件相对集中于婚前贷款买房、夫妻之间赠与房产、亲子鉴定等争议较大的问题。在婚姻法司法解释特别是婚姻法释（三）出台前，缺乏明确、统一的标准。相关司法解释的出台，对结婚登记程序瑕疵的救济手段、父母为子女结婚购买不动产的认定、离婚案件中一方婚前贷款购买不动产的处理等问题做出了规定，在一定程度上给出了相对明确的法律适用标准，提高了审判实务中的工作效率。

但现行婚姻法及相关司法解释在法理上仍存在诸多值得商榷之处。

例如，对于夫妻财产制，我国采用的是以法定财产制为主，以约定财产制为补充的制度。法定财产制在我国即共同财产制，表现为婚姻法第 17 条[4]的规定。约定财产制主要表现为婚姻法第 19 条[5]规定以及此后的婚姻法司法解释。在婚姻法释（三）施行前，在婚姻法及其司法解释中，立法倾向为将夫妻关系存续期间获得的赠与财产规定为夫妻共同财产，但在婚姻法释（三）中出现了逆转，主要表现为婚姻法释（三）第 7 条规定。

又如，将产权登记即视为父母对自己子女一方的赠与的意思表示，虽然在司法实践中便于司法鉴定，但其合理性值得商榷，并且，其收窄了当事人意思表示的表现形式类型，未能充分体现上位法的立法本意。

现行婚姻法及其司法解释弱化了夫妻财产的身份性和伦理性，吸收了很多财产法的规定。但显然二者有交叉亦有区别，简单的植入财产法的规定而不考虑该等财产上附加的身份性和伦理性未必能真正有效理顺夫妻间的财产关系。

房产作为夫妻财产关系中的重要内容，尤引人关注。其不仅事关夫妻财产关系本身，也会影响近亲属、非近亲属间的房屋产权归属及变动。但不论法律条文如何规定，在具体条文背后应有一以贯之的价值导向，而非为解决一时之需的权宜之计。婚姻法释（三）中的很多内容是在以前的法律条文中所没有的，这些改变是否适合我国国情，是否会成为好的价值导向等都值得深入探讨。

[1] 第十七条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。

[2] 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。

[3] 《财政部国家税务总局关于房屋土地权属由夫妻一方所有变更为夫妻双方共有契税政策的通知》（财税〔2011〕82号）同时废止。该文仅规定在婚姻关系存续期间，对房屋、土地权属原属夫妻一方所有，变更为夫妻双方共有的，免征契税。

[4] 第十七条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。

[5] 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、部分共同所有。约定应当采用书面形式。没有约定或约定不明确的，适用本法第十七条、第十八条的规定。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。

### 兄弟上演奇葩事：弟用哥名义结婚 哥和弟媳离婚

2014年8月22日 搜狐网



凌乱：哥哥要和弟媳离婚

南宁市邕宁区黄氏三兄弟的故事让人有点凌乱：老二因为没到法定结婚年龄，便冒用老大的户籍材料登记结婚，而后老三又冒用老二的户籍材料登记结婚。时隔16年后，当大哥想结婚时，由于是“已婚人士”无法办理结婚登记，三兄弟才傻眼了。如今要重新更改各自的婚姻信息，还要等法院判决才行

弟弟冒用哥哥信息登记结婚

据了解，黄氏三兄弟（以下称黄大、黄二、黄三）是南宁市邕宁区某乡镇的村民。黄大，1976年出生；黄二，1977年出生；黄三，1978年出生。1998年，黄二与女友李某相恋，由于女友怀孕，急着结婚，而黄二只有21岁，未到法定年龄，他就偷偷拿着大哥的户籍资料到乡镇的婚姻登记处，以大哥的名义与李某登记结婚。登记后，他才把冒用资料的真相告诉大哥。

当时大哥没有女友，既然二弟已经冒用了自己的信息，大哥认为对生活也没有影响，就默许了二弟的做法。没想到第二年，老三的情况跟二哥是一样的，于是，老三如法炮制，冒用二哥的户籍信息登记结婚。

诉请法院撤销结婚证

黄二说，这些年来，大家都相安无事，由于父母把户籍表弄丢了，他的三个子女一直没得上户口，即使到了读书的年龄，也只是村里出证明子女系他所生，派出所核实盖章后，凭着证明到学校读书。

黄二说，大哥在广东打工时找到了女朋友，准备今年带回南宁登记结婚。没想到因为三兄弟当年的愚昧无知，害得大哥终身大事至今还没个着落。他们曾多次咨询过邕宁区婚姻登记处，是否可以先离婚再跟各自的原配结婚。

针对他们的情况，婚姻登记处表示可以办理离婚，但不能办理结婚。无奈之下，8月18日，三兄弟和老二妻子来到邕宁区法院立案接待大厅，黄大指着弟媳对立案庭的法官说：“她是我兄弟的老婆，我要和她离婚。”

法官了解来龙去脉后，对三兄弟进行了严肃批评，指出冒用他人的户籍材料去办理结婚手续不仅是欺骗行为，更是违法行为，根据相关法律的规定，黄大是无法通过民事诉讼程序办理离婚的，只能通过行政诉讼来撤销民政部门原来颁发的结婚证。据了解，此案已移交青秀区法院受理。黄二说，从春节后他们三兄弟就为这事情一直折腾，现在只能等法院判决后才有最后的结果。他希望三兄弟原先错乱的户籍信息早日回归正轨。

本案的起诉对象—邕宁区婚姻登记处的相关负责人表示，当年村民们登记结婚是到乡镇的婚姻登记处登记，那时的婚姻登记部门没有与公安部门联网，因此对于婚姻登记的户籍信息把关不严。2005年后，乡镇的婚姻登记处才归城区统一管理，如今把该登记处当做起诉对象，确实有点冤。该负责人说，当时是由乡镇管理，现在起诉对象应该是镇政府。

#### 冒用身份易产生法律纠纷

这样冒用他人身份证登记，会引发什么纠纷呢？广西一律师事务所律师唐涌泉表示，根据我国《婚姻法》的规定，本案中，黄二、黄三在未达到22岁的法定结婚年龄时，分别冒用哥哥的名义办理结婚登记，属于无效婚姻，应当由婚姻登记部门依法予以撤销，在撤销以后，再分别用自己的名义与女方重新登记结婚。

唐涌泉说，冒用他人姓名登记结婚，侵犯了他人的姓名权。此外，作为婚姻登记机关，应当对前来登记的当事人进行严格把关。在本案中，由于婚姻登记部门工作人员的过失，给黄二、黄三发放了结婚证，黄大可以要求追究有关人员的行政责任。

唐律师说，侵犯他人姓名权，会引发债权和债务纠纷、物权归属纠纷，造成社会对被冒用人评价的降低，因此，如果行为人确实构成侵权且达到一定程度，应根据不同的侵权情节作出不同的处理。

### 我看《离婚律师》中的法律问题

2014年8月24日 海坛特哥 @法律梦想家王率先

#### 我看《离婚律师》中的法律问题

从8月初《离婚律师》在江苏等几大卫视开播以来，收视情况应该还是很火爆的，以至于我几个未婚的同学都开始问我律师办离婚是怎么回事儿……之前我个人是很期盼这部电视剧的，因为我是波酥的粉！他的气质在大多数时候是很符合一个成熟、成功的律师形象，特别是在这个看脸的世界……从我身边的情况来看，收看这部剧的律师还是很多的，大家基本都把《离婚律师》定性为一部以律师为引子，拿离婚官司做外衣的都市爱情剧，但是作为偶尔闪耀的光点——剧中一些有关法律事务的桥段，特别是其背后的法律问题还是值得思考的。今天决定动笔写篇文章，我的小伙伴们，特别是一些在专业方面我佩服的朋友们，且听我探讨一下这些我觉得是“问题”的问题，然后提出你们的宝贵看法。

桥段1：池海东被罗鹞“色诱”酒后吐“真言”并录音，且该录音成为罗鹞的制胜“杀器”。

在律师圈儿内有句行话：“证据是诉讼之王。”打官司不管有理没理先把证据拿出来，只要是专业的律师，每当听当事人陈述完事实之后，肯定都会礼貌并微笑地问上一句：“请问刚才你说的这个情况，能提供相应的证据嘛？”因为再复杂的法律关系，都有厘清的时候，但是如果如果没有相关证据支撑，就像巧妇难为无米之炊，神仙也束手无策。有律师曾经调侃：“为什么法庭上要讲证据？因为开庭的时候当事人和律师都太能说了，只有证据不会说话，所以要相信它。”这是一句玩笑话，但是足以突出在诉讼中证据的重要性，在剧情中，罗鹞正是凭借这份证据帮助焦艳艳打赢与池海东的离婚官司，同时也因此打败了池海东这个“业界神话”而一战成名。

我在看这部分的时候其实已经游离，因为我在脑补自己印象深刻的另一个画面。在一次劳动仲裁的过程中，我方提交了一份当事人与公司管理人员的电话录音作为证据使用，对此，对方律师的质证意见为：“该证据属于私自录音，不具有证据的合法性（请诸小伙伴儿自动搭配义正言辞的表情）。”那么剧中同样是私自录音到底合法吗？

答案是——看情况。

最高人民法院在1995年曾经对河北高院作出过名为《关于未经对方当事人同意私自录音取得的资料能否作为证据使用问题》的批复，在批复中，最高院“傲娇”地强调：“未经对方当事人同意私自录制其谈话，系不合法行为，以这种手段取得的录音资料，不能作为证据使用。”但是，在2002年最高院出台的《关于民事诉讼证据的若干规定》中重新进行了规定：如果录音证据的持有者采用了侵犯他人隐私或者违反法律禁止性的规定，则被排除使用。法律思维就是要求不同情况区分对待不能一概而论，罗鹞录下的是池海东承认自己存在婚外情，那么这是合法证据；可是如果罗鹞录下的是池海东婚外情的劲爆画面（此处省略一万字），那么这就是非法证据，不能使用。因此，剧中的录音是可以作为合法证据使用的，上文那个劳动仲裁的录音证据也是合法的，当然我愿意相信对方律师是被逼无奈才会那么说。在剧情外的现实中，对待一些无（死）法（无）固（对）定（证）的证据，只要是专业的律师都会指导当事人用录音的方式去搞定，当然律师也会提醒当事人怎么去防止被别人录音，这就是技术和策略的较量，也是律师这个行业的魅力和乐趣所在。

这个桥段中还有几个小细节。

其一，罗鹞手中的这份录音真的起到了胜诉的作用吗？其实并不必然，当然这也是剧情交代的，这是池海东对

前妻“爱的奉献”，这份证据即使在合法的前提下仍然是存在问题的，池海东在醉酒的情况下说出的话是其真实的意思表示？如果池海东当庭否认这份证据内容的真实性，法院还会采信？我想答案应该都是否定的，真正起作用的是池海东当庭对这份证据的当庭自认，这也反面印证了律师常对当事人说的话：“一会儿开庭的时候千万别乱说话…”

其二，罗鹞当庭提交证据是明显违反举证时效的，简单地说证据的提交是有时间限制的，剧情中罗鹞好像是瞬间从桌子底下拿出来。当然了，由于我们国家幅员辽阔，各个地区法院在具体执行时的规矩是不一样的，可是好歹你也要庭前拿出来啊，一般的律师都会心照不宣一笑而过的。不过鉴于剧情设置是在帝都（好几次都看到是东城区人民法院），因此罗鹞这种行为应该是不会被法庭允许的。

其三，即使池海东甘愿被“婚外情”也并不必然导致他“净身出户”。在社会上，“净身出户”被看做是对婚姻中的不忠者最大的惩罚，在法律实务中也不断地有当事人提出让对方“净身出户”的诉求。但是，“净身出户”并不是标准的法律用语，你翻遍《婚姻法》绝对没有这个词，因为“净身出户”仅是一种离婚过程中妥协的结果，并且即使一方存在婚外情，也并不必然导致这一方承担不分财产的后果，这是一个复杂的问题，在这就不详解了。因此我脑补了一下，池海东“净身出户”的结果应该是法院调解的，而不是法院判决的。剧情这样设置也就是为了突出人物形象。

桥段 2：原配与小三之战中，苗锦绣和罗美媛互相要求对方公开道歉，老池和小罗都说：道歉不能强制执行。

其实并不是每一个人一辈子都会跟官司打交道，这是一件好事，但是只要打官司无非为了两个目的：撒气和求财。在神似王 X 和田 XX 旷世爱情的董大海离婚案中，苗锦绣为了一口气，罗美媛为了一笔钱，但是双方神同步地要求对方公开道歉，传说中的“女人何苦为难女人”。公开道歉是一种精神权利受到损害时的法定补偿手段（理论层面总结的如果有误，请小伙伴们指出），被广泛地应用于人格权、知识产权等权利的保护中，那么，法院能不能强制一方对另一方说“对不起”呢？

《民事诉讼法》中明确规定，强制执行的标的应当是财物或者行为，也就是说，道歉作为一种行为是可以被强制执行的，但是法律上涉及到行为的执行都很艰难，就比如 2013 年反响很强烈的《老年人权益保护法》，有些规定的立法意图是很值得称赞的，比如子女在一段时间内，必须回家看自己父母，否则老人起诉的话，法院可以强制执行，后来还真有判例，判决子女一个月回家看望父母几次，但是做法律实务的应该都清楚，实行起来恐怕没有那么容易。在道歉这个问题上同样如此，法院不可能派出一队法警，押着道歉者，撬开他的嘴去道歉，那法院判决公开道歉是不是没有意义呢？当然有变通的办法，道歉的方式有很多，常见的口头的是道歉，落在纸上的也是道歉。法院一般会找一家指定的报刊，“替”道歉者登报道歉，费用由道歉者承担。不过话说回来，严格意义上根据最高院《执行规定》，拒不执行生效判决是可以罚款、拘留甚至是刑事处罚的，但是为了避免激（有）化（人）矛（上）盾（访），法院轻易不会因为拒不道歉就抓人。

桥段 3：曹乾坤被公司辞退。

曹乾坤这个“凤凰男”是标准的小苦逼——帝都打拼，贷款买房，迎娶富美，死命搬砖…我下面要谈的问题与他的离职有关，这是一个小片段，如果我没记错的话（记错也原谅我吧，没时间返回去看了）梗概应该是曹乾坤因为池海东法律顾问解聘受到牵连，公司把他辞退了，但是理由是很奇葩的：年轻人人脉广是好事，但是交往太广有的时候也不好。之后曹乾坤就开始了他的职场失意，情场得意，然后职场得意，情场失意的故事，问题在于：公司辞退曹乾坤合法吗？

曹乾坤与公司之间是一个解除劳动合同的法律关系，在我们伟大的社会主义国家必然存在着的一部凸显社会主义优越性的法律——《劳动合同法》，不得不承认，随着 2008 年、2012 年该法一次又一次的修改，劳动者的地位和权利保护被一次又一次的提升，用人单位早就不可能像旧社会地主对长工一样——让你滚你马上就得收拾铺盖滚蛋。从法律的角度，用人单位既要有合法的理由，又要遵循合法的程序才能无风险地让一个员工离开。因此剧情中曹乾坤完全可以不理睬公司的所谓离职安排，或者以违法解除劳动合同为由拿到一笔补偿金。同时，这也从一个小小的侧面反映出，企业所谓的成本已经不单纯是运营成本了，法律成本已经日益凸显，并且一定会逐步提高所占总成本的比例，一个老板连随意开除一个员工都不能，还不足以引起重视？

桥段 4：董大海为罗美媛购置了房产、汽车，且被罗鹞无意发现，成为官司中的王牌砝码。

婚姻双方如果形同虚设，离心离德，甚至随时准备 saygoodbye 的话，转移隐匿共同财产的行为是必然发生的，特别是对于土豪而言。董大海为罗美媛购置房产、汽车的行为从剧情来看，实际上就是在转移隐匿夫妻共同财产。

《婚姻法解释三》中对转移共同财产的行为作出的明确的规定，但董大海为罗美媛购置房产、汽车实际上是一种民事赠与行为，简单说就是“白给，心甘情愿地花钱”，这种婚内赠与行为是否属于转移共同财产事实上是具有争论的，恰巧上星期看到最高院民一庭吴晓芳法官写的一篇文章，它山之石与大家分享。文中提到：婚姻法司法解释（一）第 17 条规定：婚姻法第十七条关于“夫或妻对夫妻共同所有的财产，有平等的处理权”的规定，应当理解为：（一）夫或妻在处理夫妻共同财产上的权利是平等的，因日常生活需要而处理夫妻共同财产的，任何一方均有权决定。（二）夫或妻非因日常生活需要对夫妻共同财产作重要处理决定，夫妻双方应当平等协商，取得一致意见。他人有理由相信其为夫妻双方共同意思表示的，另一方不得以不同意或不知道为由对抗善意第三人。

超出日常生活需要对夫妻共同财产进行处分，双方应当协商一致，一方不知情的情况下实际上是一种无权处分

行为，除非权利人追认或处分人事后取得处分权，否则该处分行为无效；物权法第一百零六条也规定：“无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的，所有权人有权追回。”当财产被他人无合法依据占有时，所有权人有权根据物权的追及效力要求非法占有人返还财产，夫妻中的受害方可以行使物上请求权，以配偶和婚外同居者为共同被告，请求法院判令其返还财产。

简单地讲夫妻双方处理共同财产的权利是平等的，但要以日常生活需要为限度，超出这个范围就要采取共同一致的意见，任何一方不能单独做决定，否则该行为无效，这就是为何现在这种婚内赠与第三者（这个第三者不是特指小三）财产的结果都是原物返还。

这部剧我就看了二十多集，因为时间原因我没有看完，我有印象且认为有意义的法律问题就以上四个，其他的像什么民事案件中的代理人无数次说自己在辩护，罗鹂毕业三年就神奇般地开了一家以自己名字命名的个人事务所还出现了合伙人等等我就不想提了，当然，跟《X牌律师》里欧美法庭布局审案，律师开庭满地乱走，当庭质询对方当事人这些比起来，《离婚律师》算是小巫见大巫了。

花一个周末晚上几小时的时间写这篇文章不是为了晒法律知识，我说的这些只要是这个圈子里的人，外加平时总结积累的话都知道，甚至有一些是法律常识。国内出现律政剧是好事，这毕竟是一条让公众了解法律实务的渠道，但是任何的专业知识，究其本质都是无趣的，听说以前全国律协想尝试将真实的庭审搬上荧幕让老百姓看，后来放弃了，原因是真实庭审的枯燥和无聊，律政剧就是律政剧，情感剧就是情感剧，基本的区分还是要有的。有律师开玩笑地说：“如果你开庭结束后，当事人对你失望地说‘我看过《X牌律师》，你的表现还没有朱丹好呢！’你怎么办？”《legal high》中古美门说过：“真相与我们无关，因为谁也不知道事情的真相！”但是我认为在必要的时候说明真相是法律人的责任，因为尽管有人说人生如戏，大家都靠演技活着，但是打官司不是演戏，律师更不是演员。

### 商界大佬的离婚律师那些事

2014年8月22日 中欧商业评论 贾明军

近来《离婚律师》热映，离异后变身钻石王老五的大律师池海东与感情受挫的单身女律师罗鹂法庭上是对手，终日打离婚官司。企业家群体时常成为他们的客户，为何企业家容易遇到情感问题？那些精于算计、理智严谨的企业家，却一再将自己拖进情感纠葛、舆论评说，甚至导致满盘皆输，原因到底是什么？离婚对企业家以及不同发展阶段的企业有何影响？如何避免或降低离婚带来的损失？

文/贾明军 上海沪家律师事务所首席律师、中国人民大学客座教授

财富千千万，最终归家园。从一个“创业者”变为“企业家”大致要经历艰苦创业期、事业起步期、事业稳定期以及功成名就时四个阶段，不同阶段发生婚姻问题给企业家及企业带来的影响不同，影响程度也有巨大差异。

**艰苦创业期：避免隐患**

创业期，生存便是一切，此时夫妻关系紧密，不可能有明确的共同或个人财产的界定。所以，公司股权结构基本都会是对半，或者夫妻二人份额相差不多。在公司管理上的表现是，经营、决策的所有环节夫妻都会共同参与。在公司发展壮大后，如果夫妻之间产生矛盾，就会出现“一山不容二虎”的窘境。企业发展得越好，婚姻问题的影响就越大。

真功夫案例最能说明这一点。蔡达标和潘敏峰是典型的创业夫妻，在小舅子潘宇海的共同努力下，把一家简陋的甜品店做到即将上市。但兄弟反目、夫妻结仇，篡班夺权、银铛入狱等家族悲剧的上演，让人唏嘘不已。夫妻共同创业企业的所有权、管理权从一开始便盘根错节、难以梳理，如果有人要从中抽身，就会牵一发而动全身。家族企业若想走得长远，对于创业初期遗留的不规范操作应及早剪除，消除隐患；如若出现权力纷争则应该尽量以协商的方式解决，以真功夫为前车之鉴。

**事业起步期：慎重选择**

事业起步期的婚姻往往是甜蜜的，但创业者在婚姻中并不占有绝对的强势地位，所以签订婚前协议的可能性很小。更重要的是，起步阶段企业价值有限，天使投资只需很低的成本就可以换取20%甚至更多的原始股权。如果企业发展平稳，并且能够借助资本的力量迅速增长，则婚前资产婚后的收益将是巨大的。事业起步期的创业者婚姻问题给企业和个人带来的影响仅次于艰苦创业期，土豆网是非常典型的案例。从结果来看，王微最终选择在法庭上与杨蕾和解，并且同意拿出上千万的补偿金后，公司才得以顺利上市。

土豆网是中国第一家互联网视频分享网站，为王微所创。杨蕾出现并和王微结婚是在公司创立之后。结婚还不到一年，王微就向法院提出了离婚，当时土豆网正在筹备上市，王微既是上市公司的股东，也是国内ICP公司的股东。杨蕾的财产分割请求中，最关键的一项就是要求分割王微名下ICP公司的股权，这样的请求直接影响到土豆网核心资产的稳定性，一旦中国法院判决分割ICP公司股权，土豆网上市必受影响。事实上土豆网也确实因此耽搁了上市进程。土豆网案例让众人看到了年轻创业者不计后果的惨痛教训，同时也提醒着还没发生但可能发生纠纷的年轻创业者们，婚姻需慎重。

**事业稳定期：相对平静**

事业稳定时期创业者基本已经完成了到企业家的蜕变，无论社会经验、认知程度还是心态较企业挣扎时期都产生了质的变化。通常，处于这种状态的企业家不会轻易缔结婚姻关系，如果已缔结婚姻关系则主要考虑的是家业传



承。此时对待婚姻问题一定会比较慎重，并且一般都会签署保障自身权益的婚前协议或者婚内协议等。此时，因为双方层次一般都相对较高，发生离婚事件时，撕破脸皮的情况并不多见。很多双方都颇有身价的离婚案件最终都以调解的方式解决。所以，事业稳定期的婚姻问题影响程度相比前两个阶段要小很多。

#### 功成名就时：继承问题

在功成名就时第一次结婚的情况非常罕见，相比之下，第二次或第三次结婚的可能性要大得多。功成名就时婚姻问题的影响几乎可以忽略不计，因为多数情况下婚姻双方实力相差悬殊，各种严格的协议都会签署，基本没有争辩空间。但相比婚姻，继承的影响要大得多，尤其是企业家存在几段婚姻时，同父异母或同母异父的兄弟姐妹之间的摩擦和矛盾是难以避免的。

以一桩在当地影响力很大的继承案件为例，企业创始人生前有两段婚姻、子女5人，目前二婚的遗孀还健在并且实际控制家族企业。在继承纠纷中，一份遗嘱和一份婚内协议是案件的核心，因为两份文件都极具偏向性地将所有遗产列入二婚遗孀及其所生孩子名下。一场同父异母兄弟姐妹之间的遗产纷争就此拉开序幕。

功成名就后的婚姻让人揪心的多半是如何料理身后事。前几年发生在香港、澳门世家的继承大案，其共同点就是几段婚姻留下的子女以及几段婚姻的当事人之间在企业家去世以后的各种遗产纷争。探究起来，企业家在处理不同时期婚姻关系时留下的隐患是这类问题的主要原因。因此，功成名就后的婚姻关系同样需要妥善经营，同时，如何调和子女之间的关系也是非常重要的学问。

婚姻问题带来的风险，可从三个维度剖析，每个维度的风险表现不同，但风险极有可能在各个维度上集体爆发。

#### 1. 财产风险规避

个人主要财富流失：中国婚姻法将夫妻婚后取得的财产和婚前个人财产的婚后增值认定为夫妻共同财产，所以结婚以后，赚得越多，未来离婚时有可能被分走的也就越多。过去几年，“天价离婚案”字样常常博取眼球，很多富豪因为离婚而失去巨额财富，生意场上损失的百万或千万收益相比离婚时分走的真金白银简直不值一提。

当然也有成功避免财产分割的富豪，比如默多克。默多克的律师提供的一纸婚前协议和信托计划浇灭了所有看戏人的期待，最终，邓文迪只是象征性地获得了北京和曼哈顿的两处房产。默多克的婚前协议一时成为中国顶级富豪圈争相拜读的圣经。从法律角度看，签订婚前协议是富豪们规避婚姻风险的最佳利器。同时，财富去私人化的方法也成为越来越多富豪的选择。具体来说，无论未来是否结婚，富豪都会将原本登记在自己名下的财产通过代持或设立信托等方式变更形式上的所有权，表面上还是风光无限的企业家实际上是一个“穷人”，名下没有任何财产，即使结婚以后不签婚前协议，离婚时实际也没有共同财产可以分割。

当然，如果真的到了必须要分割巨额财富的地步，龙湖地产的吴亚军和蔡奎是学习的榜样。吴蔡这对创业夫妻将龙湖地产打造成中国顶尖的房产开发商，并且于2009年完成香港上市。2013年，二人离婚的消息不胫而走，市场最关心的是龙湖控制权问题，因为两人共同持有30%以上的股权，一旦对半分割，原本的第三大股东可能就会变成第一大股东，对公司的控制权造成实质性的影响。但龙湖紧接着的几则澄清公告打消了市场的顾虑，因为早在公司上市前，两人就已经通过各自的信托公司持有上市公司股票并且已经达成财产分割协议，蔡奎也将股票的投票权全部交给吴亚军行使，自己只享有分红权，继而打破实际控制人变更的谣言。有个细节值得深思，两人在公司上市时就已经做出决定，为了共同的利益，等到公司股票解禁时再正式办理离婚手续。吴蔡离婚虽然也导致巨额财富的缩水，但相比因为离婚导致公司停滞甚至破产的案例来说，结果要好太多。

#### 2. 隔离核心资产

哪些资产属于核心资产因公司商业模式而异。以互联网公司为例，ICP证、域名就是核心资产，因为有了证件才能从事相关行业。互联网公司在创始人遇到婚姻问题需要分割股权时，有的会通过直接转移核心资产来规避，这样做的风险不容小觑，因为如果核心资产公司已经有风险投资的参与或者公司已经处于上市的过程中，转移核心资产无异于断送自己的上市前程。

#### 3. 拯救声誉

离婚可能对企业家个人声誉的影响主要有两个方面：

##### 【原罪暴露】

企业的原始积累往往与“原罪”相伴进行，要从外部攻破难度极大，因为非上市公司的保密性很强，更多的情况是从内部瓦解，尤其是核心人员之间产生矛盾以后。夫妻创业公司属于这类案件的重灾区，创业期间有些违法行为一般来说只有老板或会计知道，这也是很多家族企业将自己最信任的人安排在这些岗位的原因。

真功夫案例中蔡达标希望独占真功夫，小舅子潘宇海奋起反击。本来“家丑不外扬”，但因双方矛盾日益加深，加上投资人催着上市使得蔡达标在处理问题时非常激进，比如将和自己有关联的投资公司硬拉进公司，以期达到一股独大的局面，又或者在挤兑潘宇海的事情上变本加厉。潘宇海一直忍气吞声酝酿着绝地反击，他联合已经和蔡达标结仇的潘敏峰一起对抗蔡达标，“公章门”、“二奶门”相继曝出，蔡达标最后因职务侵占罪和挪用资金罪锒铛入狱。

真功夫案例折射出中国家族企业管理的复杂，然而和婚姻关系更密切的刑事犯罪当属重婚罪。企业家中触碰法律底线甚至同时保持几段婚姻关系的并不鲜见。昆山企业家徐牛保重婚案件被挖出算是比较悲剧，还有许多“徐某保”们在担心自己的事情也被曝光。这类事件除了企业家自律目前尚无更好的解决办法。

### 【家丑降低社会评价】

疯狂英语的李阳在家里也这么疯狂？“中国巴菲特”赵丙贤竟将自己的妻子送进监狱！有些家丑一旦外扬，企业家就会被扯下神坛，沦为千夫所指。离婚因被视为没有能力管理家庭，本身就会降低一个企业家的社会评价，而其更深层次的影响在于，离婚过程中一方通过媒体之口传播一些夫妻之间的秘密或者爆出一些丑闻，有的甚至捏造事实故意抹黑以期达到目的。

有些企业家认为社会评价无所谓，只要不妨碍赚钱就行，但事实证明企业和企业家是不可分割的，其一举一动都会影响公司的股价。社会评价的打理需要考虑许多方面，如平时与媒体保持良好关系，注意自我包装和参与有影响力的社会公益活动等。而婚姻家庭事务的打理则需要更多的沟通、包容，在发生纠纷时，尽量以协商解决，避免诉讼或公开化。

### 避免传承战争

如今中国一代企业家们面临的最严峻问题是传承给下一代。下一代如果是由企业家亲自培养的倒还好办，但试想如果自己唯一的继承人远在前妻身边与自己形同陌路，接班还会顺利吗？再复杂些，如果企业家有三段婚姻，三个成年子女，均是不同妻子所生，最后谁来接班，关系怎么处理？所以，家族企业的成员离合一定会带来家族传承的困惑，就如前面介绍的案例，当实际控制人去世以后，不同母亲（父亲）的子女之间就传承问题展开激烈的诉讼，无论谁来接班都会引起其他方的强烈抵制，企业岌岌可危。

借鉴国外家族企业的经验，无论是否同父异母或同母异父的继承人，都归入同一个基金会或信托，再分离出不同的子信托归各自所有，继承事宜均交给由律师担任的遗产管理人善后，企业引入职业经理人，并且在家族成员之间由遗产管理人选出合格的子女担任未来企业的实际控制人。这种制度是西方国家几百年的积累和沉淀后创造出的游戏规则，有其实用性。但从目前中国的家族企业现状来看，没法直接套用，企业家一旦去世，子女、兄弟和遗孀之间的纠纷几乎是必然的。所以企业家在身前能够有意识地梳理家族成员的关系，提前定好基调，该转让的财产，生前就处理清楚，是目前避免未来纠纷最好的办法。

全文刊登于《中欧商业评论》

## 反“家暴”是否需要“扩容”

2014年8月25日 上海法治报 陈宏光

【主持】 陈宏光

【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：

近日，来自全国各地的160多位专家学者围绕深圳市妇女联合会起草的《深圳经济特区反家庭暴力条例(草案)》进行了热烈讨论。《草案》中家庭暴力的对象、界定等问题成为争议的焦点。其中，语言暴力和经济暴力也被作为家庭暴力的表示形式，这有别于目前的地方性法规或政策对家庭暴力的界定，被视为一种反“家暴”的“扩容”。

那么，这样的“扩容”是否确有必要呢？

“家暴”立法确需完善

目前，我国在反家庭暴力方面还没有专门的法律法规，涉及反家庭暴力的规定散见于多部法律之中。

李晓茂：

目前，我国在反家庭暴力方面还没有专门的法律法规，涉及反家庭暴力的规定散见于《宪法》、《民法通则》、《婚姻法》、《妇女权益保障法》、《刑法》、《治安管理处罚法》等多部法律之中。

2001年修改后的《婚姻法》在总则部分明确规定“禁止家庭暴力”，这是我国法律首次采用“家庭暴力”这一提法。

此后，《妇女权益保障法》、《未成年人保护法》、《残疾人保障法》相继修改，其中都含有禁止家暴内容。

此外，有关家庭暴力的司法解释和文件也已陆续出台。例如，2001年的《〈婚姻法〉司法解释（一）》，2007年7部委出台《关于预防和制止家庭暴力的若干意见》，2008年最高法批准试行的《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》等。

但从这些涉及反家暴内容的法律规定来看，内容都过于笼统，缺乏具体的惩戒措施，或者将家暴作为一般的暴力伤害行为来处理，缺乏有针对性的制裁制度。

从传统观念来说，发生于家庭内部尤其是夫妻之间的“家暴”，往往被视为清官难断的“家务事”，只要伤害不达到严重的程度，公权力通常很少介入制裁。

在现阶段，对家庭暴力处罚的主要依据是《治安管理处罚法》，但公安机关采取措施时主要参照刑法的相关内容，只有在家庭暴力的伤害达到轻伤以上程度时，公安机关才会使用拘留处罚。

然而家庭暴力的特点是长期、持续，但单次伤害的程度往往并未达到构成伤害罪的程度，这就使得目前对许多

家庭暴力的处罚仅仅停留在说服教育上，无法体现法律的威慑力。对于精神暴力、语言暴力、冷暴力、经济控制等变相家庭暴力更是无所适从、无能为力。

当务之急并非“扩容”

从反家暴立法来看，当务之急并非对家暴内容“扩容”，而是如何完善针对肢体暴力的制裁规定，以及建立一系列反家暴机制。

潘轶：

对于“家庭暴力”，目前法律层面最明确的定义是《〈婚姻法〉司法解释（一）》第一条的规定：

“婚姻法第三条、第三十二条、第四十三条、第四十五条、第四十六条所称的‘家庭暴力’，是指行为人以殴打、捆绑、残害、强行限制人身自由或者其他手段，给其家庭成员的身体、精神等方面造成一定伤害后果的行为。持续性、经常性的家庭暴力，构成虐待。”

从这一针对《婚姻法》的司法解释来看，家庭暴力主要是指肢体暴力和肉体伤害。

至于是否有必要“扩容”，纳入言语暴力、经济控制或者冷暴力，我个人认为，从完善反家暴立法方面来看，当务之急并非对家暴内容“扩容”，而是如何完善针对肢体暴力的制裁规定，以及建立一系列反家暴机制。

因为上述传统认识中的家暴，对受暴一方造成了实实在在、有迹可循的伤害，且较易取证和认定。

而就言语暴力、经济控制来说，现实中取证和认定更为困难，即使立法将其纳入家暴范畴，能否切实起到效果是存有疑问的。

此外，所谓言语暴力、经济控制往往是肢体暴力的伴生品，在许多遭受家暴者的身体伤害问题都难以有效解决、免受暴力威胁的权利都不能保障的情况下，简单地对家暴内容进行扩容，并不能有效改善受暴者的境遇。

制度设计还须落实

反家暴当然急需立法，但最需要完善的我认为还是相应的配套制度，以及制度的落实。最重要的并不是一味扩大打击面，而应是加强力度和精准度。

秦建铭：

反家暴当然急需立法，但最需要完善的我认为还是相应的配套制度，以及制度的落实。

就目前反家暴的现状来说，既有制度缺失的原因，也有对现有规定执行不力的因素。

从法律规定的落实情况来看，目前对家暴的制裁已有《治安管理处罚法》、《刑法》作为依据，但现实中却鲜有实施家暴者遭受治安乃至刑事处罚的事例，导致施暴者有恃无恐。

在这方面，相关部门其实已经有所意识，比如全国妇联等七部委联合制定的《关于预防和制止家庭暴力的若干意见》中，就已经明确要将家庭暴力纳入“110”出警范围，并有相应的出警规范。

如何进一步落实相关规定、细化追责标准、强化相关部门的追责责任，是需要持续思考的问题。

从制度设计的层面来看，亟需建立的包括社会对家庭暴力的发现报告机制、干预解救机制、医疗救助机制、法律援助机制、心理辅导机制等，还包括对受暴者和受害家庭的服务机制，以及相应的跟踪回访、民政救助等制度。

总之，对于“反家暴”立法来说，最重要的并不是一味扩大打击面，而应是加强力度和精准度。

—相关报道—

深圳拟立法反家暴 首将经济伤害列入范围

据《法制日报》报道，家庭暴力已成为各界高度关注的社会现象。目前，全国已有 29 个省区市出台了地方性法规或政策，90 余个地市制定了相关政策文件。而有着特区立法权的广东省深圳市，急需出台一部专门的反家庭暴力条例。

在 8 月 17 日举行的深圳反家庭暴力立法研讨会上，来自北京、广州、香港、深圳等地的专家学者围绕深圳市妇女联合会起草的《深圳经济特区反家庭暴力条例(草案)》进行了热烈讨论。草案中有关家庭暴力对象的界定等问题成为争论焦点。

记者从研讨会上了解到，深圳市人大常委会已将《深圳经济特区反家庭暴力条例》列入立法计划。

在我国，反家暴立法从 2001 年修改婚姻法首次写入“禁止家庭暴力”开始，到今天专门的反家庭暴力法正式列入全国人大常委会五年工作规划，已经走过了十多个年头。而反家暴专门立法是从地方开始的：2000 年，湖南省人大常委会出台了全国第一个预防和制止家庭暴力的地方性法规，截至目前已有 29 个省区市出台了反家庭暴力的地方性法规或政策，90 余个地市制定了相关政策文件。

根据今年深圳市妇联与深圳大学法学院社会系联合进行的问卷调查显示，55.5%的家庭曾出现过暴力行为。而根据立法调研数据，有高达九成的市民赞成深圳市进行反家暴立法。因而，及时制定《深圳经济特区反家庭暴力条例》不仅符合广大市民的愿望，更是深圳建设文明城市、法治城市的需要。

据介绍，深圳反家暴条例草案不同于其他地方性家暴法规的分散立法，而是从预防和治理家庭暴力等多方面考量后的专门立法，是一部涵盖面广、操作性强、多方参与的法规。

对家庭暴力的定义应如何作出准确界定，是条例草案的立法难点之一。

草案规定，家庭暴力指行为人对其家庭成员实施的身体、精神、性、经济等方面的伤害行为。同时，草案采用列举的方式对家庭暴力范围进行了清晰界定。在家庭暴力防护中心接受的大量家暴投诉中，常常遇到施暴者对家庭

成员实施经济控制的行为，对家庭成员造成了很大的伤害，因而草案首先将经济伤害行为纳入家庭暴力范围。

对于家庭成员的界定，既包含了配偶，也包含了亲属中的老人和小孩以及在同一家庭中共同生活的其他成员，而对于同居、前配偶关系等争议较大的身份成员，并未纳入草案。

■ 《上海法治报》2014年8月25日

## 搜集夫妻共同财产的证据

2014年8月25日 法律小帮

“法律小帮”公众微信是由资深律师组成专业尽职的律师团队发布专业的法律知识，为客户提供律师诉讼代理、聘请法律顾问、尽职调查、出具法律意见书等法律服务。请在“法律小帮”对话框中发送“预约律师”，或者加微信，与我们联系。我们立足山东淄博结成为广大需要法律支持和帮助的朋友服务。

### 1. 银行存款调查

在调取对方的银行存款情况时，要调查两个方面的内容，即存款余额及一定期限内的存取款明细。

一般情况下，对方的银行存款情况当事人或律师均无法直接到银行申请查询，只能由律师向法院申请调查令或直接申请法院至银行调取。而法院接受申请的前提是，必须提供对方的具体开户银行名称及银行账号。为此，当事人及律师要做的是查询到对方的银行账号。搜集途径为：（1）对方留在家中的存折及银行卡，对这些材料进行复印或抄录即可；（2）对方留在家中的银行卡刷卡消费凭证；（3）对方的银行存、取款凭证；（4）对方记录在笔记本上的备忘银行账号。

有时候，可能只知道银行账号，但是不知道在哪个银行及具体的储蓄所开立。此时，可根据银行账号向各银行的客服咨询热线查询。有的当事人，还能猜到对方的银行密码，那么在电话中就能查询到对方的银行存款余额。当事人可根据这些信息，决定是否采取相应的保全措施，及明确要保全的金额。

### 2. 股票交易及资金账户信息调查

由于股票的市场价值波动性较大，既可能增值，也可能出现贬损的情况，此时该以何种价格标准进行分割就需要双方当事人进行协商。若协商不成，法院会取一个时间点（一定期限内的平均值）确定股票的价格，判由持有股票的一方支付一半的对价给另一方。

对于股票交易信息的查询，若能举出具体的证券开户公司最好，法院可依申请直接到该证券公司调取对方的开户信息。若不能给出具体的证券开户公司，则必须凭对方的身份证号至中国证券上海结算公司或中国证券深圳结算公司调查，但手续上会烦琐得多。

由于股票交易的特殊性，现如今的股票交易都会委托第三方银行进行资金托管，即股票的资金均由第三方银行转入或转出。为此，申请法院调查的内容亦有两部分，一为股票交易对账单；一为账户资金对账单。

### 3. 房产信息查询

实务中常遇到的问题，知道在具体的小区内，不知道具体的房间号，一般可凭律师调查介绍信根据对方当事人的姓名及身份证号码找物业公司查询。物业公司常会配合。查询到具体的位置后，再向当地的房地产管理部门查询房屋产权登记情况。需要注意的是，房屋的所在地址并不一定是房屋产权登记证上的地址名称，有的房地产管理部门发现名称不符，便不会提供查询，即便产权人的名称是一致的。为此，一定要向物业公司询问清楚，产权登记证上的地址描述是怎样的。遇有物业公司不予配合的，律师可向法院申请出具调查令或由法院直接调查对方在该小区购买房屋的具体地址。

一般情况下，律师凭调查介绍信向房屋管理部门提供了详细的地址及产权人的名称，能够获得产权登记查询证明，依此就可主张房屋产权分割。

### 4. 保险信息查询

家庭中的保险一般涉及两类，一为财产保险，一为人寿保险。此两类保险，基于保险公司的不同，又有多种保险品种。在离婚争议中，能作为夫妻共同财产分割的，在财产保险种类下，已缴纳的保险费及已获得的保险金都是夫妻共同财产；在人寿保险种类下，只有已缴纳的保险费可作为夫妻共同财产分割。而保险金，则因具有特定的人身关系，应属于夫妻一方的个人财产，不属于夫妻共同财产。

对于对方保险信息的查询，可根据保险费收据、保险合同、保单凭证、保险公司的家访信息等获知。一般来说，到具体的保险公司，凭当事人的具体身份信息可以查询投保情况。而通常情况下，当事人及律师均无法直接到保险公司查询，需要凭人民法院的调查令或人民法院直接至保险公司调查。保险公司会以复函或提供保险合同、缴费凭证的复印件等形式答复。

### 5. 工资报酬查询

在离婚财产分割中，一方的工资报酬并不能直接作为夫妻共同财产分割的依据，最主要的原因是，离婚时夫妻共同财产的分割是以现有财产为基础。因此，查询对方的工资报酬往往是作为对方应承担的抚养费的一个衡量标准。

在查询对方的工资收入信息时，要注意以下三个方面的问题：（1）现在大多数的单位都以银行转账的方式支付工资，而银行工资账户内的资金往往会比单位对外出具的工资证明要多。因而，除了要求对方单位出具工资收入证明外，还应要求提供发放工资的银行账号。（2）对方在婚姻关系存续期间获得的住房公积金及住房补贴亦属于夫妻

共同财产，在查询工资收入时，可一并要求提供住房公积金及住房补贴的发放情况。(3) 对方的辞职经济补偿金(买断工龄)，与一般意义上的工资所得不同，与身份具有严格、密切的关系，属于一方的个人财产，不作为夫妻共同财产分割。

在正常情况下，律师开具律师事务所的调查介绍信至单位查询时，能够得到对方的工资收入证明，但对于银行工资账号、住房公积金及住房补贴的发放情况则会要求法院调取。所以，在查询对方的工资收入情况时，不如直接向法院申请开具调查令或申请法院直接调取。有的时候，对方可能在短时间内变换了几个不同的单位，则需要到这些单位一一调取。

#### 6. 公司股权信息查询

夫妻在公司中的股权情况，相较以上各类财产的查询更为简便一些，但在价值的评估上却是最为困难的一类。在财务在处理上，守法经营、客观作账的公司实在少之又少。而经济交往的便捷，仍有大量的“皮包公司”存在，这些公司每年的营业额大得惊人，利润也是不菲，而每年的财务报表上则可能是亏损。而公司价值的模糊，以及《公司法》对股东权益的特殊保护(股东的股权转让只需经过股东会通过即可)，给非公司股东一方的配偶维权带来极大的困难，建议当事人向法院申请对对方的股权进行保全，以防止对方进行貌似合法的股权转让。

### 女律师看热剧《离婚律师》：根本看不下去！

2014年8月26日 上海观察 刘昌美

在执业过程中，律师的所有行为都受《律师法》、《律师执业行为规范》、《律师执业管理办法》、《律师事务所管理办法》等法律法规的约束，底线并非你想跨就能跨。《离婚律师》对一些“有术无道”的无良律师的行为方式进行集中渲染，本身就是不妥当、也不符合事实的。

最近有几个朋友都和我谈起《离婚律师》这部电视剧，据说单集售价300万，有“剧王”之称。

说实话，作为一名执业多年的以诉讼法律业务为主的女律师，我本人理性有余、感性不足，很少看都市情感剧，且认为国产律政片鲜有“高质”，更何况是这种一地鸡毛的以离婚剧情为主线的都市情感剧，更引不起我的兴趣。

直到看到网上一些同行对此剧的评价后，我出于好奇围观了下。只看了一至八集，后面的就不想逼自己再看下去了。为了了解剧情，我匆匆浏览了后面剧集的分集剧情，在此想简单说说我的看法。

我个人非常不喜欢《离婚律师》这部影视剧，原因有三点：

第一，传递太多的负能量，夸大了人与人之间充满了欺骗、隐瞒、利用的现象。片名看着像律政片，其实根本没能摆脱婚恋肥皂剧趣味不高的套路。

比如，该剧以一场庭审开始，女人诉说男人家暴，吴秀波主演的池海东律师举证说明女人背着男人在外养小白脸，池海东开庭后回家发现自己的老婆在家里会情人；姚晨主演的律师罗鹂一直跟自己的老师及上司是情人关系，谁知这个吴律师是有老婆和孩子的，罗鹂一直不知道；池海东的哥们罗乾坤娶了罗鹂的同学汤美玉，婚后不久罗乾坤就与他俩共同的朋友石姜搞起了暧昧……

虽然类似剧情，某种程度上确实反映了一些现实生活中存在的现象，但无限放大，让剧中的主角们都进入这一怪圈，看不出编剧到底想借此说明什么？

第二，丑化了律师群体。剧中的律师大都是见钱眼开，无视事实、玩弄法律，为了利益不择手段的人，不少做法完全超出了律师职业的底线，这一点许多同行也有吐槽过，我也很认同。

比如，剧中的池海东律师以规避房产税为由，说服当事人董大海妻子同意假离婚，最终达到真离婚的目的。董大海这样做，主要也是为了和小三保持不正当的婚外关系。

作为律师，池明知假离婚中暗含着风险和欺骗，却帮着出主意、做合同，令女方觉得受到了极大的欺骗，然后发生了原配在网上披露小三的隐私、对小三泼油漆的情节。

另外一点，池海东为了获得代理费，故意给法庭对手罗鹂制造矛盾，导致罗鹂的当事人对罗鹂产生不信任，最终双方解除委托，并将罗鹂的代理费从50万降为5000元，而池海东因此获得了10万元代理费……这种为了利益不择手段的律师形象在剧中集中“展示”，损害的是整个律师群体的形象。

律师是一种职业，通过提供专业的法律服务获得报酬的，报酬多少与案件本身的难易程度以及律师个人工作能力、专业水平、个人声誉有关系。而在执业过程中，律师所有行为都受《律师法》、《律师执业行为规范》、《律师执业管理办法》、《律师事务所管理办法》等法律法规的约束，底线不是你想跨就能跨。该剧对“有术无道”的无良行为进行集中渲染，不妥当、也不符合事实。

以我十年多的从业经历看，身边大多数同行选择从事律师职业，绝不仅仅是因为律师挣钱多，很多人对公平和正义其实有相当的追求。如果只是为了金钱，许多人在从事律师职业之初就坚持不下去了。能够坚持下来的律师，往往在工作能力、专业水平、工作经验方面比较大的优势。

第三，以律政为题材，却缺乏基本法律常识。仅从前8集看，至少有如下几处存疑：

1、罗鹂律师事务所的设立存在问题。罗鹂研究生毕业后执业3年，尚未达到律所规定的设立个人所要有5年以上的执业年限。如果罗鹂的律所是合伙律所的话，又不符合法律规定的要有3名以上执业满3年的律师合伙人的条件，总之这个律所的存在形式很怪。

2、诉讼程序问题。剧中当事双方前一天在争取协议离婚，协议不成决定打官司了，第二天就开庭了。这也太虚幻了，搞得法院好像是专门为这两律师开的。

一个民事诉讼案件的诉讼流程是：原告到法院起诉——法院受理——送达起诉副本给被告，并留给被告不少于15天的答辩期——正式开庭。现实中，从决定打官司到正式开庭，最快也要差不多30天左右的时间，从来没有今天准备起诉、明天就开庭的。

3、离婚纠纷是民事案件，律师的身份是代理律师而非辩护律师。律师只有在刑事案件中作为犯罪嫌疑人或者被告人的辩护人时，其身份才是辩护律师。本剧中的律师、案件当事人都把代理律师称为辩护律师，显然太缺乏法律常识了。

4、庭审过程中的问题。剧中的庭审环节上，原、被告双方律师唇枪舌战，你一言我一语，完全没有法官什么事。事实上，庭审过程由法官主导，没有法官的允许，代理律师不能随便说话，那种在辩论赛上出现的自由辩护，在中国的庭审上是看不到的。

总之，尽管这部剧的两名主演吴秀波、姚晨是我个人比较喜欢的演员，但这种粗糙的剧情和莫名其妙的价值观，实在令人不敢恭维。我只能说，《离婚律师》，真心看不下去！

### 律政剧热播，律师有话说：娱乐无妨 更请严谨

2014年8月27日 上海法治报 王川

近来，电视剧《金牌律师》和《离婚律师》的热映在国内掀起了一股律政剧潮流，但观众对此却褒贬不一，有的觉得好看，有的却认为不够专业。

今天下午，专业律师谈律政剧沙龙活动在上海市律协举行，活动吸引了50余名专业律师和媒体人参与，共同点评律政剧的利与弊。与会律师认为，律政剧可以娱乐，但内容更需严谨。媒体代表则呼吁能对新生的律政剧多一份包容之心。



图为沙龙活动现场

沙龙一开始，主办方先为大家播放了几段《离婚律师》的电视剧视频。虽然在座的不少人都看过这几段情节，但依然看的很仔细，并不时被其中的言语或画面“逗乐”。

一位入行多年的家事律师率先发言，她指出，目前国内的律政剧多以离婚案件为切入口，因为这样比较贴近观众日常生活，会吸引更多的人来观看，而离婚案件往往会有不少的“槽点”，一些情节也与我们日常的生活所见有所不同。对此，不少观众总是喜欢“揪着不放”。该律师认为，其实完全没必要“穷追猛打”和“过分挑刺”，毕竟电视剧是一种艺术表现形式，不可能把生活照搬到荧屏。不过对于其中的一些不够严谨的情节，该律师倒是认为应该改一改，“能够成为一名律师其实非常不容易，工作态度必须要严谨，如果一名女律师动不动就跑到当事人家里，还拉上窗帘，这样的桥段绝对有损律师形象”。

另一位女律师也非常支持上述观点，同时，她认为，不管这两部律政剧的内容如何，作为一名律师，首先应该是感谢，毕竟这两部律政剧让更多的人开始了解了律师这一行业，同时在一定程度上为普法增添了趣味性。

不过，上海大成律师事务所的张寅律师却认为，律政剧之所以称为律政剧，内容显然非常重要，“律政剧可以有娱乐元素，但更需要严谨，起码不能出错，否则将为正常的普法造成困扰”。

此外，《离婚律师》中多次提到婚姻官司的输赢问题。对此，上海知名婚姻律师谭芳有自己的看法，她指出，现实中的婚姻官司并非一定要像电视剧中那样分出输赢，现实中60%的离婚官司以调解结案，家事律师应当更多地为当事人家庭着想，尤其是那些有孩子的家庭，尽可能去帮助他们弥补家庭的裂痕，而非刻意分出输赢，毕竟这牵涉到伦理问题。

沪上另一位知名婚姻律师贾明军也强调，电视剧中的情节增加一些“戏说”的成分没有问题，但是作为看电视剧的律师一定要“拎得清”，千万不要随意模仿，尤其避免单独前往当事人家中，不然可能会“摊上大事”，例如有一次他与同事为了从当事人家中脱身，就不得不把随身携带的电脑摔碎。

相对于律师谈律政剧的内容专业性，媒体人则更关注律政剧的意义。沪上知名媒体人黄飞珏认为，中国的律政剧从无到有，本身就是一种突破，作为新生事物，应该有一个成长、完善的过程，在此期间，恳请社会各界能够多一份宽容，少一份指责。

### 律师吐槽离婚律政剧，女律师集体反对办公室缠绵戏

2014年8月27日 上海法治声音

家事法苑™律师团队编辑、奉献

近来，律政剧掀起一股大热，《金牌律师》刚刚唱罢，《离婚律师》又呼啸而来。电视剧中的诸多情节，引发了大众对于律师行业的各种关注和讨论。家事律师这个小众群体更是成为了千家万户热议的话题。

今天（8月27日）下午，上海报业集团新媒体法治文化沙龙（第五期）暨上海手机报读者活动举行，聚焦最热的离婚律政剧。此次活动由上海法治声音与上海律师协会民法研究委员会共同举办，上海滩知名家事律师齐聚一堂，聚焦真实版“罗鹞”和“池海东”，吐槽律政剧中的各种雷点，揭秘家事律师的真实生活。

#### 【雷点一】

律师=私家侦探？

沙龙一开始，主办方先给大家观看了一些饱受争议的电视剧选段，虽然在座的不少人都看过这几段情节，但依然看的很仔细，并不时被其中的言语或画面“逗乐”。乐过之后，便是各种反思。

罗鹞代理了池海东与前妻的离婚官司后，于开庭前孤身前往池海东家，灌醉之并套话；而池海东代理了一起离婚案件后，“指导”当事人在对方家里安装摄像头……在《离婚律师》中，两名主角律师分别采用了多种极端手法，取得对方当事人出轨的证据。

现实中，律师真的可以使用这样的方式吗？申汇律师事务所律师葛珊珊从事家事案件代理20多年，她表示，律师并不是私家侦探，原则上是不可以采用跟踪、秘密拍摄等方式取证。而且现实中，这些方式取得的东西并不能完全称为证据，在法庭上几乎没有证明力。律政电视剧的热播虽然让老百姓了解了家事律师这个小众群体，但是影片中有些细节可能误导老百姓。现实中，确实也有当事人看了电视剧向律师提出跟踪、监控等方式取证，但“我们不可能去做”

上海律协民委会副主任、大成律师事务所合伙人吴卫义律师补充说，跟踪、私自安装摄像头乃至灌醉偷偷录音这些取证方式，大部分情况下是不合法的。因此，作为有职业操守的律师是不会采取这样的方式取证，当然不排除一些当事人使用这样的方式。不合法方式取得的证据在法庭上很可能因为来源不合法而不被法院采信，最终也没有证明力。

当然，律师并不是不调查不取证，只不过要采取合法的方式。“律师依法调查取证，就像带着镣铐舞蹈，不能像律政剧那么大胆，我总结的调查取证三宝是‘卖笑示弱还能跑’。”华诚律师事务所律师桂芳芳说。卖笑和示弱，是指和人套近乎，博取好感和同情；能跑，是指在调查取证的过程中，很多部门之间来回跑，有时候几分钟就可能要拖到第二天乃至下周。

知名家事律师、华诚律师事务所高级合伙人、上海市律协民法研究委员会主任谭芳律师强调，家事律师不是调查者，现实中大部分的精力是放在梳理案情和调解上。家事律师需要一遍一遍的与当事人沟通，通过对现实情况法律的分析，找到有理有据的论点。而对于离婚案件来讲，律师更希望双方调解，特别是有小孩的离婚案件。“父母双方因为感情问题对簿公堂，甚至还让孩子出庭作证，这对于孩子的伤害是巨大的，因此我们倾向调解解决，这样利于孩子的成长和执行。”

当然，调解的前提和基础是法律依据。“一般不会一来就谈调解，不然对方凭什么让步，我会先干一仗再谈。”有“沪上第一离”称号的沪家律师事务所律师贾明军说，调解一般是双方各让一步，达到利益的平衡点。但没有任何证据和法律意见的情况下，对方凭什么让步，因此家事律师必须在调解之前做大量的准备工作，才有资格谈调解，这样也才能最终达到调解目的，尽最大可能维护当事人权益。

#### 【雷点二】

有小三=净身出户？

《离婚律师》一开场，就是罗鹞与池海东的交锋。为了帮助自己的当事人获得最大利益，罗鹞灌醉了池海东，并让他亲口承认自己有外遇。拿着这份录音，罗鹞在法庭上大获全胜，随后让号称“池一亿”的池海东净身出户，以至于订单全失，租房度日。

有外遇，就只能净身出户？谭芳表示，这是戏剧化的处理，现实中显然不可能。

仅有这份录音证据，如果男主角当庭否认出轨且质疑证据的合法性，法庭不可能认定男主角出轨。退一万步说，法庭采信证据认定男主角出轨，也不可能判决男主角净身出户，特别是涉及的房产还是男主角婚前财产。“当然，如果调解结案，当事人自愿净身出户法庭是会予以准许的。”

大成律师事务所律师张寅表示，别说净身出户，即使是“一方过错可以不分或者少分”的说法，都是对法律的误读。根据我国现行婚姻法46条，一方有过错，无过错方只能请求损害赔偿。吴卫义说，2010年新婚姻法颁布以前，确实有司法解释规定，在财产分配中要适当照顾无过错方。但这一规定被随后的新婚姻法废除，2010年新婚姻法实施以后，对过错方的处罚和对无过错方的保障并不予财产分配直接挂钩。换言之，即使有小三，财产该怎么分还怎么分，不过分完之后，过错方要支付一定的精神赔偿费给无过错方。

此外，在现实中，财产的分配很复杂，要考虑的情况很多，以房产为例，产权人有几个，出资情况如何，婚前还是婚后购买？

#### 【雷点三】

做律师=光鲜亮丽？

《离婚律师》中，罗鹞28岁，是一个研究生毕业3年的执业律师，从师傅的律所辞职之后，开了自己名字的

律师事务所，生活中除了办理案子，便是各种衣香鬓影，出入高档场所，随便一件衣服，就是上万元的大牌。

事实上，此前上海曾经发布过青年律师生存状况调研，结果显示，由于收入较低、没有案源、缺人指导，使得执业前三年成了青年律师普遍反映的最为艰难的一段时期。有近 10%的青年律师因种种原因挨不过这段时期，最终不得不放弃职业理想而转投其他行业。

而对于成熟律师而言，生活也常常被工作“所累”。贾明军律师是乘坐飞机前来参加沙龙的，在此之前，他刚刚结束在武汉的庭审。贾律师戏言，在平时生活中，他最大的乐趣就是“睡觉”。压力大、时间紧、家人怨，已经越来越成为律师们共同的生活状态。

**【雷点四】**

艺术化=各种出位？

此外，电视剧中还有很多专业律师眼里的槽点。

上海华诚律师事务所律师朱晶晶主要从事娱乐法的代理和研究，她提出，现在律政剧中用得比较多的题材是“离婚律师”，这可能跟整个影视行业发展的切入点有关，也比较贴近生活。电视作品必然会有一个艺术化和娱乐化的处理，但在她看来，《离婚律师》中的一些情节在触及到律师的专业形象和专业精神方面，已经有些出格。“时时刻刻塑造自己的专业形象，爱惜自己的羽毛，是每一名律师入行之后都必须恪守的自律。”朱晶晶说。

反观《离婚律师》一开始，姚晨饰演的女律师在办公室，门一关就开始与方中信饰演的情人万分缠绵。这一情节几乎遭到了当天在场所有女律师的反对。“律师特别是女律师非常注重自己的职业形象，不可能在办公室这样的场所做出这样的行为，艺术化可以，但这一点太夸张了。”上海律协民委会委员方洁律师也深有同感。方洁从小看着 TVB 长大，那些描写大状的影片或多或少成为她入行的启蒙，在真正从事律师职业之后，她明白，生活中的情节或许比影片更狗血更夸张，而生活中所要用到的法律，也是更为细致和严谨。

《离婚律师》中男主角因为打输了自己的离婚官司，其合作单位纷纷与其解约，最后“落魄”到只能代理离婚案件。“律师的分工其实越来越细，专业形象也不可能因为一次离婚案件而全面被否定。离婚律师也不是落魄了才能做的。”谭芳说，“这简直在高级黑我们家事律师嘛！”

律师直接跑到对方当事人家里取证。“这简直太小看当事人的力量了。“我曾经和当事人一起到家里去，结果被对方的七姑八婶团团围住，要求我交出电脑，我最后是自己摔碎了电脑才从家里走出来。”贾明军说，在现实中，离婚案件有些家属情绪极为激动，代理律师也很少直接接触对方当事人，更别提到对方当事人家里去。

肯定和鼓励

尽管大家都有各种吐槽，但嘉宾们也同样认为，连续两部律政剧的热播，全新地展示了律师形象，对于律师行业的发展有着极好的推动作用。而青年律师更应该关注度渐长之下，有信心，有恒心，有选择地成长。

相对于律师谈律政剧的内容专业性，媒体人则更关注律政剧的意义。传媒经营博士、沪上知名媒体人、影评人黄飞珏用两个段子引出了他的观点。他认为，两部热播律政剧从艺术创造上来讲是非常成功的，比较好地融合了浪漫主义与现实主义。当然，影视创作必然有瑕疵，但要看到的是，中国的律政剧从无到有，本身就是一种突破，作为新生事物，应该有一个成长、完善的过程，在此期间，恳请社会各界能够多一份宽容，少一份指责。

**离婚时房产争议的 20 种类型以及处理和补偿款的计算公式！**

2014 年 8 月 22 日 曹成

作为专题讲座的提纲，把离婚时有关房产分割的常见类型、处理意见，还有最核心的补偿款计算公式问题，根据个人经验及婚姻法解释二、解释三，归纳总结了一下，和大家分享。

序号	购房时间	出资类型	处理办法（不考虑另有约定/有无房本等情况）
1	婚前购房	双方（包含双方父母）共同出资，落在一人名下	1、如果在同居期间，那法院基本会按共同生活期间、以结婚后共同使用为目的，作为共同共有处理，通常不作为按份共有处理。
2			2、如果不是同居期间购房，按共同财产处理还是按借款或赠与处理，不确定，法官会综合购房背景、出资数额，尤其是公平角度来判定，没有统一定论。
3		双方出资，落在二人名下	不考虑出资情况，一概平分
4		一方出资，落在对方一人名下	通常是出资方不具备购房条件的，才以对方名义购房，按共同共有处理。如果没有特殊情形，多会视为以结婚为目的的赠与，按登记方个人财产处理。



5		一方出资，落在自己名下	个人财产。婚后共同还贷的，给对方补偿款即可
6	婚后购房	一方父母出资的，房子在自己子女名下；	如果是全部房款或者是全部首付款，视为对自己子女的赠与，适用解释三。共同还贷的部分，核算后给对方一半的补偿。
7			如果是部分首付款，那适用解释二，视为对双方的赠与。
8		一方父母出资的，房子在对方或双方名下；	对双方赠与，共同共有。
9		双方父母出资的，房子在出资方子女一人名下的；	1、双方父母共同支付了首付款，由子女还贷的，按解释二，共同共有，这样更公平，依据明确；
10			2、双方父母出全资的，按份共有，适用解释三。这完全符合解释三的立法本意。
11			3、与子女婚后财产共同出资构成的首付款，那父母出资视为对方的赠与，适用解释二，房子为夫妻共同共有。
12		双方父母出资，房子在子女双方名下的	即便出资额不等，也是平分。
13		一方用婚前个人财产出资的；	房子在自己名下的，如果支付的是全部首付款，先按份处理后再按共同共有处理；如果支付的是全部房款，按个人财产处理
14			如果房子在双方或对方名下，那个人财产出资行为视为对对方的赠与，整个房子按共同共有处理。
15		婚后双方共同借了全部或部分购房款的	共同房产，共同债务
16		婚后一方借了全部购房款的或全部首付款的；	双方认可且共同还款的，共同房产，共同债务
17			如果一方私自借款，对方事后认可并共同还贷的，共同房产，共同债务。
18			极端情况是一方私自借款，房子在借款方名下，由借款方父母还借款的，如果没有其他因素，那就是个人财产了。
19	离婚时房产不予处理的情形	1、没有取得房产证且双方协商不了的	取得房本后另诉
		2、只有一处住房，且有贷款，双方都要房的	离婚后另诉。
		3、两限房的申请表中有第三人参与申请的	协商不了的，另诉。
		4、都主张是个人财产，双方都不同意评估的；或者一方主张是个人财产，另一方主张是共同财产的，	另诉。

		诉讼中任何一方都没有申请评估的	
		5、房产中有父母的名字	涉及第三人，另诉。
20	政策房	1、经济适用房	尽量以登记方取得产权为主，但掌握的比较松。分割价格基本按市价走，评估的话通常会对政策价和市场价分别进行评估，然后调解结案。
		2、从单位或部队取得的产权房	基本都是让员工、军人一方取得产权。有房本的，完全按市价分割。
		3、两限房	调解为主，价格绝不是市场价，比经济适用房严格
	补偿款计算公式	适用情形：一方用个人财产支付全部首付，用共同财产还贷的，对于还贷的本金及增值部分的计算。	1、共同还贷部分/（总房款+共同偿还的利息）*当前房屋市场价。
			2、共同还贷部分/（总房款+全部利息）*当前房屋市场价。
			3、按增值倍数计算，适用于调解，易于当事人理解
			4、共同还贷部分/（个人已付部分+共同已还部分偿还）*（当前房屋市场价-未还贷部分）。

## （五）文件选读

### 上海高院民事诉讼涉及送达的若干问题解答（一）

2014年8月28日 燃灯者

#### 民事诉讼涉及送达的若干问题解答（一）

##### ——关于留置送达

发布时间：2007年1月15日

为充分发挥送达制度的积极作用，切实提高送达效率，有效规制部分当事人恶意拒收法院诉讼文书的现象，依据《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）、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》（以下简称《若干意见》）的相关规定，结合审判经验和上海的实际，就相关问题解答如下：

##### 一、留置送达的适用条件

留置送达是指受送达人或者义务签收人拒绝签收向其送达的诉讼文书时，送达人依法将诉讼文书放置于受送达人住处而视为送达的方式。留置送达的条件，一是送达人有直接送达诉讼文书给受送达人的行为；二是受送达人或者义务签收人有恶意拒收的行为（如受送达人或者义务签收人无理由拒绝签收、当众撕毁送达回证、送达人表明身份后拒不开门等）。

##### 二、留置送达见证人的范围

根据《民事诉讼法》第79条、《若干意见》第82条规定，留置送达要求送达人员应当邀请有关基层组织或者所在单位代表到场见证。但《民事诉讼法》及《若干意见》对“基层组织”这一概念均未作出解释，以致基层组织的界限难以把握。一般认为“基层组织”仅指村委会或居委会。在人民法院送达人员邀请村委会或居委会作为见证人十分困难的情况下，基层组织还应包括基层公安派出所、人民调解委员会、司法服务所以以及社区物业公司等。

上述组织是同一案件中另一方当事人的，不适用前款规定。

##### 三、留置送达的场所

当事人的住所地如自然人的户籍所在地或经常居住地、法人的主要办事机构所在地为留置送达的场所。同时，在当前市场经济活跃、人口流动频繁的情况下，受送达人的居所（如暂住地）、从业场所以及法人的营业场所、办公场所、受委托的律师事务所等凡能够直接向受送达人或其指定代收人送达诉讼文书的地方，均属留置送达的场所。

##### 四、义务签收人的范围

根据《民事诉讼法》第78条、《若干意见》第81条规定，义务签收人的范围主要包括，受送达人是公民的，

本人不在可交他的同住成年家属签收；受送达人是法人或者其他组织的，应当由法人的法定代表人、其它组织的主要负责人，或者该法人、其他组织的办公室、收发室、值班室等负责收件的人签收；受送达人有诉讼代理人的，可以送交其代理人签收；受送达人已向人民法院指定代收人的，送交代收人签收。上述义务签收人在应送达场所拒收诉讼文书的，适用留置送达。

受送达人的同住成年家属或者法人、其它组织负责收件的人是同一案件中另一方当事人的，不适用前款规定。

#### 五、诉讼代理人的代收义务

除受送达人在授权委托书中明确表明其诉讼代理人无权代为接收有关司法文书外，其委托的诉讼代理人为民事诉讼法第 78 条规定的有权代其接受送达的诉讼代理人，人民法院可以向该诉讼代理人送达。

#### 六、见证人不愿签字证明甚至拒绝到场见证或找不到见证人情况下的留置送达

见证人不愿签字证明的，送达人可直接依据《若干意见》第 82 条规定，由送达人在送达回证上记明拒收事由、时间和地点以及被邀请人不愿见证的情形，将诉讼文书留在受送达人的应送达场所，即视为送达；

见证人拒绝到场见证或者送达人找不到见证人的，送达人可对受送达人或者义务签收人拒绝签收诉讼文书的现场，以拍照或者录像的方式予以固定，将诉讼文书留在受送达人的应送达场所，即视为送达。但送达人应在送达回证上记明拒收事由、时间和地点，并把照片或录像资料存入卷宗；对情况紧急，不具备拍照或录像条件的，须由法院两名送达人员在送达回证上记明相关情况及拒收事由、时间和地点，即视为送达。

#### 关于《民事诉讼涉及送达的若干问题解答（一）》的说明

送达难一直是制约诉讼效率进一步提高的瓶颈，受高院党组委托，高院研究室在认真听取各方面意见的基础上，起草了《民事诉讼涉及送达的若干问题解答（一）》（以下简称“解答”）。

#### 一、留置送达的依据

“解答”共 6 条，主要涉及有关留置送达中的问题。留置送达的适用，有的在相关法律或司法解释中已有规定，但散见于各法律文件中，本解答予以集中明确；有的问题法律或司法解释规定的较为抽象，有的并无明确规定，本解答根据法律精神以及审判实践中的惯常做法提出了意见。

#### 二、留置送达的条件

签收诉讼文书是受送达人享有的诉讼权利，亦是其应当履行的诉讼义务。司法实践中，受送达人拒绝签收诉讼文书，不利于人民法院及时、公正的审理案件，也不利于当事人诉讼权利的行使。因此，准确理解和掌握留置送达的适用条件，有利于法院正确行使司法职能。适用留置送达，一要有送达人直接送达诉讼文书给受送达人或义务签收人的行为，若受送达人或义务签收人确实不在送达场所，则不能适用留置送达；二要有受送达人或义务签收人恶意拒收的行为，对恶意拒收可从主、客观两个方面理解，主观上不愿参加诉讼程序或不愿接受诉讼结果的故意，客观上有不履行其签收义务的行为，如无正当理由拒绝签收、当众撕毁送达回证、送达人表明身份后拒不开门等。

#### 三、见证人的范围

法律规定见证人的本意在于证明送达行为的规范性，依据民事诉讼法和若干意见的规定，见证人的范围包括基层组织或者所在单位代表，但民事诉讼法及若干意见对“基层组织”这一概念均未作出解释，以致基层组织的界限难以把握。“解答”依据实践中的惯常做法，对见证人的范围予以明确。

#### 四、留置送达的场所

民事诉讼法规定了以当事人的住所地，如自然人的户籍所在地或经常居住地、法人的主要办事机构所在地为送达地的立法模式。但随着城市的动迁以及外来务工人员的大量增加，造成我国现行的户籍制度和工商登记管理无法准确反映当事人的实际住所地。审判实践中不断增多的公告案件一定程度与此有关，严重侵害了相对当事人的实体权利。如一起执行公告案件中，被执行人对法院在诉讼过程中仍以其户籍地为诉讼文书送达地表示强烈不满，因动迁其早已搬入安置地，法院的公告判决使其失去庭审抗辩的权利，造成判决结果不公正。因此，不考虑普遍存在的受送达对象的‘住所地’往往与居住地、生活场所、工作场所等不一致的现状，简单坚持仅以受送达人的住所地为送达地的认识，有违程序正义原则。

#### 五、义务签收人的范围

义务签收人的范围以现行法律及司法解释的规定为依据，本解答未采纳要求适当扩大义务签收人范围的建议，仅对义务签收人的具体对象进行了诠释。

#### 六、诉讼代理人的代收义务

民事诉讼法第 78 条规定，受送达人有诉讼代理人的，可以送交其代理人签收。但在案件的审理过程中，有的诉讼代理人以诉讼委托书未明确授权为由，拒绝接受人民法院送达的诉讼文书。究其原因，诉讼代理人怕承担责任，或以拖延诉讼时间为目的。

#### 七、留置送达的方式

我国对留置送达方式规定的较为严格，立法要求留置送达必须有见证人在场见证，其本义在于限制法院送达职权的滥用。但由于法律并未规定公民或基层组织的见证义务和法律责任，从而导致将留置送达的有效实施建立在见证人的自觉意识上，不仅给司法实践中合法有效地适用留置送达带来种种困难，使留置送达难以实施，也为恶意当事人拖延诉讼时间提供了空间。当前，随着民事案件大量增加，部分当事人恶意利用诉讼程序规则拖延诉讼时间的

情况不断出现,实践中见证人不愿见证的情况也很普遍。依据民事诉讼法理论,送达行为本身具有权义合一的性质,签收诉讼文书既是当事人的权利,也是其应当履行的义务,而送达行为只是一项程序事项,对当事人的实体权利并无直接实质影响。所以,建立在法官素质不断提高以及予以充分信任的基础上,对见证人不愿签字证明甚至拒绝到场见证或找不到见证人的情况,增设的适用留置送达方式是可行的。

## 上海高院民事诉讼涉及送达的若干问题解答(二)

2014年8月29日 燃灯者

### 民事诉讼涉及送达的若干问题解答(二)

发布时间:2007年4月12日

当事人提供准确的送达地址,是人民法院有效送达诉讼文书,保证及时审理案件的关键。为切实提高送达效率,发挥送达制度的积极作用,依据《中华人民共和国民事诉讼法》、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》及相关司法解释,结合上海法院审判、执行的实际情况,就相关问题解答如下:

#### 一、在简易程序中确认的送达地址可以在普通程序中适用

以简易程序审理的案件转入普通程序审理后,当事人原填写的送达地址确认书,可以继续与普通程序审理中适用;以普通程序审理的案件,按当事人申报确认的地址送达,当事人拒收的,邮寄送达的以文书退回之日视为送达之日,直接送达的可适用留置送达。

#### 二、送达地址确认书适用于一审、二审和执行程序,以及该当事人同期在本市人民法院审理的其它案件

送达地址确认书除适用一审程序外,当事人未明确声明适用范围或者未向法院告知其送达地址变更事项的,可继续在二审和执行程序以及该当事人同期在本市人民法院审理的其它案件中适用。

#### 三、法院以当事人确认的地址送达诉讼文书,与受送达人有密切联系的人自愿签收的,视为直接送达

受送达人是自然人的,与其有密切联系的人包括同住成年家属以及具有相当识别能力的同住人、受送达人雇用的人(如保姆)、邻居、所在单位的同事、以及居住地的物业管理部门;受送达人是法人或者其他组织的,包括法人的法定代表人、其它组织的主要负责人,或者该法人、其它组织的办公室、收发室、值班室等负责收件的人以及该办公地点其他有辨别能力的职员或雇员。上述签收人自愿签收有关诉讼文书的,视为直接送达,但送达回证上应注明其与受送达人的关系。

上述签收人是同一案件中相对方当事人的或者有证据表明其不宜签收的,不适用前款规定。

#### 四、电子邮件和传真可以作为有效送达的方式

当事人在送达地址确认书中明确,法院可以电子邮件或者传真送达诉讼文书的,送达人员可以按照当事人提供的电子邮件地址或者传真号码送达诉讼文书。有效发出并确认收悉后,由送达人员在送达回证上记明相关情况即视为送达。

#### 五、法院向送达地址确认书以外的地址送达诉讼文书,义务签收人签收的,视为有效送达

当事人确认的送达地址不便送达的,法院向送达地址确认书以外的地址也可以实施有效送达,以防止恶意拖延诉讼行为的发生。送达地址确认书以外的地址及义务签收人的范围,参见高院于2007年1月15日正式公布的《民事诉讼涉及送达的若干问题解答(一)》中关于送达的场所以及义务签收人范围的相关规定。

#### 六、当事人拒不提供送达地址的处理

在法院公告向下落不明的被送达人送达相关诉讼文书期间,被送达人向法院提出管辖异议或要求回避等书面申请,但又未明确提供送达地址的,视为当事人拒不提供送达地址。法院作出的管辖异议裁定或者申请回避决定无需再公告送达,可依据最高法院《邮寄送达若干规定》执行,即自然人以其户籍登记中的住所地或者经常居住地为送达地址;法人或者其他组织以其工商登记或者其他依法登记、备案中的住所地为送达地址。诉讼文书未能被受送达人实际接收的,邮寄送达的文书退回之日视为送达之日。

#### 七、当事人指定其委托的律师事务所(律师)所在地为送达地址的法律效力

当事人将其诉讼文书送达地址确认为其委托的律师事务所(律师)代收的,在当事人未书面通知法院解除该委托之前,法院依送达地址确认书的送达行为,对当事人有法律约束力。律师事务所(律师)拒收的,邮寄送达的以文书退回之日视为送达之日,直接送达的可适用留置送达。

#### 关于《民事诉讼涉及送达的若干问题解答(二)》的说明

《民事诉讼涉及送达的若干问题解答(二)》的制定,是为了明确送达地址确认书的适用范围,提高诉讼文书的送达效率,进一步解决送达难,并有效规制部分当事人恶意利用程序规则,拖延诉讼的行为。

#### 一、在简易程序中确认的送达地址可以在普通程序中适用

虽然《最高人民法院关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》(以下简称《简易程序若干规定》)首次明确了送达地址确认书制度,但是依据在其后颁布的《最高人民法院关于以法院专递方式邮寄送达民事诉讼文书的若干规定》(以下简称《邮寄送达若干规定》)的精神以及当事人应依诚实信用原则参与诉讼的法理,送达地址确认书在普通程序中可以适用具有制度依据和理论基础。

#### 二、送达地址确认书适用于一审、二审和执行程序,以及该当事人同期在人民法院审理的其它案件

审判实践中，当事人在对其不利的一审裁判提出上诉后，又拒不接受法院按一审确认的送达地址送达的各类司法文书，以借机拖延诉讼，实现转移资产、逃废债务的目的。另外还有的当事人同一时期参与了多起诉讼，在对其有利的案件审理中积极提供了送达地址确认书，而在同期审理的对其不利的其它案件中却不予应诉或者拒绝提供有效的送达地址，以规避法律或者拒绝履行相应义务。当事人在一审中确认的送达地址，能否适用二审程序或者同期审理的其它案件，审判实践中虽有不同意见，但送达行为的本质是使当事人及时知晓相关诉讼事项，以便当事人积极行使诉讼权利、履行诉讼义务，在当事人已明确知悉相关诉讼事项的情况下，仍恶意拒绝参与诉讼，确有违诚实信用原则。依据《邮寄送达若干规定》第四条以及上海高院关于《统一使用当事人送达地址确认书的通知》的相关规定，上述规定是可行的。在上海法院信息网近期建立的“当事人查询、检索系统”，将提供当事人在本市法院（含本院）诉讼的情况，通过该系统可以方便、及时了解当事人同一时期参与不同诉讼的相关案件信息。

三、法院以当事人确认的地址送达诉讼文书，与受送达人有密切联系的人自愿签收诉讼文书的，视为直接送达民事送达中签收人范围过于狭窄，是实践中当事人逃避或拒绝签收法律文书现象屡见不鲜的原因之一。在围绕送达问题调研的过程中曾有法官提出，希望明确受送达人的同住未成年子女或者所在单位的同事等与受送达人有密切联系的人自愿签收相关诉讼文书是否为有效送达的问题。在制定涉及留置送达相关解答的过程中，为规范送达行为以及减少不必要的矛盾激化，当时没有采纳有关扩大义务签收人范围的建议。但法院以当事人确认的地址，直接送达诉讼文书时，与受送达人有密切联系的人自愿签收诉讼文书的，应视为有效送达，此对切实解决送达难，提高送达效率将具有积极的作用。当然，如有相反证据表明上述签收人是同一案件中相对方当事人的或者不宜由其签收的（如邻里之间有矛盾等），从而使当事人可能无法知悉相关送达内容的，则不适用该款规定。

#### 四、电子邮件和传真可以作为有效送达的方式

随着计算机技术和互联网业务的迅速发展，通过电子邮件和传真等便捷方式传送信息日趋普遍，使法院通过互联网送达诉讼文书成为可能。因此，充分利用现代信息技术进行送达，对进一步提高诉讼效率、节约司法资源和降低邮寄送达的成本具有十分重要的意义。审判实践中适用这一送达方式，送达人员应做好相关材料的备份工作。

#### 五、法院向送达地确认书以外的地址送达诉讼文书，义务签收人签收的，视为有效送达

通常情况下，当事人确认的送达地址，法院可实施有效送达。但在特定情况下，有恶意当事人为规避法律、拖延诉讼，故意填写不方便送达的地址。如在产品质量纠纷中，当事人在上海有固定的营业场所，但在送达地确认书上却填写其在外省市的注册登记地为送达地；再如在涉外诉讼中，外资企业在国内有代表机构或者分支机构可以送达，但在送达地确认书上填写了国外地址。这些恶意规避法律的行为，为人民法院及时处理纠纷，有效保护当事人的合法权益带来重重障碍。因此，规定送达地确认书以外的地址也可以实施有效送达，将有助于减少类似情况的发生。

#### 六、当事人拒不提供送达地址的处理

审判实践中，部分被告送达人在知悉相关诉讼事项后，不是积极参与诉讼，而是恶意提起无任何事实依据的管辖异议或者回避申请，且故意不提供有效的送达地址，以达到拖延诉讼的目的。针对此情况，是否需要再次公告送达，常常引发争议。但积极、诚信地参与诉讼，既是当事人的权利更是其应当履行的义务，在当事人知道诉讼事项后仍不提供明确地址，且向法院书面提起相关异议，明显具有规避法律、拖延诉讼的主观恶意，对其应予以相应规制。

#### 七、当事人指定送达地址的法律责任

审判实践中，部分当事人因担心承担诉讼风险，故意不提供真实的地址，以其委托的律师事务所为送达地址，在诉讼对其不利时，以其已解除委托为由，恶意拒收诉讼文书。规定律师事务所的代收义务，并明确当事人在书面通知法院解除委托之前的送达行为仍然有效，对有效防范当事人规避法律、恶意拖延诉讼将起到积极作用。

## （六）媒体视点

### 评论：假结婚判离 假离婚判什么？

2014年7月31日 北京晚报 苏文洋

围绕着房屋和户口，一些人假结婚，另一些人假离婚。“假作真时真亦假，无为有处有还无。”真真假假，悲欢离合，最终闹到法院，求得法律的裁决。但是，法律不是万能的，有时候法律也爱莫能助。

本周一，本报第9版报道了一个假结婚的案例，一个假离婚的案例，证明我上面所言之不虚。

先说结婚案例。买卖二手房时要交20%的差额个税。张女士是名“80后”，她想出售一套房屋，在网上发布了出售信息。据张女士介绍，2013年9月中旬，刘某打电话联系她，提出欲以185万元的价格购买其房屋。为了避税，双方同意先结婚，然后通过夫妻更名手续办理房产过户，最后再办理离婚手续。然而，结婚之后，刘某假戏真唱，不同意离婚，并要求在张女士的房屋内居住。所幸双方有《婚前协议书》，张女士据此起诉离婚。市三中院审理后，近日终审判决双方离婚。

再说假离婚案例。本周一上午，密云法院开庭审理“假离婚假结婚房屋纠纷案”。王女士诉称，她是外地户籍，2010年在密云购买了一套房屋。2011年年初，她和黑龙江人刘某登记结婚。因为王女士离过婚，又有孩子，觉得

刘某对她们娘俩挺好，将自己购买的房屋变更为和刘某共同所有。为了给孩子办北京户口，刘某和家人多次谈到“如果王女士与刘某先离婚，再找一个北京人结婚，她就可以办上北京户口”，打动了王女士。很快，王女士通过刘某的家人认识了吴某，并商定了“假结婚办理户口”计划。为此，吴某收取了王女士1万元，并与其签订了办理户口的协议。假结婚前，王女士将房屋过户给刘某单独所有，防止她和吴某结婚再离婚时，吴某可能要求王女士名下的房子。结果，户口计划泡汤，假离婚却成真，前夫刘某说房屋产权是自己的，跟王女士没关系。王女士一方面和前夫刘某打官司，另一方面向警方报案刘某诈骗。目前，法院已经开庭审理，警方也已经立案。一位律师认为，在此案中，王女士把房屋过户给了刘某，等于是赠与了前夫，表面上虽然是假离婚，但却是产生真离婚的法律后果。如果单是反悔索要房屋，法律上很难获得支持。

前一个假结婚案子，法官可以明断，判俩人离婚。后一个假离婚案子，不管法官如何明断，也无法判俩人重新结婚。毕竟，“捆绑不成夫妻”。

中国有句俗话：“刀伤药再好，不如不拉口子。”现在，一些人为了钱财或其他目的，拿假结婚假离婚不当一回事。一旦真有事了，就去求助法律。其实，法律也有捉襟见肘的时候，并非一切问题都可以解决。那些通过假结婚假离婚获取逃税或取得户口的人们，也不要因此视政策和法律为儿戏，以为凭个人的聪明钻过政策和法律的漏洞占了便宜。敬畏法律，才能够使自己成为一个现代社会的合格公民。

### 对离婚的限制只能来源于法律

2014年8月19日 人民法院报 黄黔川

“限号”办理离婚，严格意义说来，这是在法律之外变相限制离婚自由，在本质上是披着善意的滥用职权行为。

陕西省西安市长安区民政局每天“限号”办理离婚，这样的规定对于要离婚的当事人来说可能是多了些麻烦，但在长安区民政局婚姻登记处的工作人员看来，可以说是用心良苦，一方面它节约了当事人时间，另外最主要的是，它又留出了一点时间让夫妻双方慎重考虑。

虽然当地民政局“限号”办理离婚的初衷毋庸置疑，在某种程度上确实可能也起到了挽救因冲动离婚家庭的效果，但严格意义说来，这是在法律之外变相限制离婚自由，在本质上是披着善意的滥用职权行为。

婚姻自由可谓婚姻制度的根基，既包括结婚自由，也包括离婚自由。任何自由都有着限制，离婚自由也不例外。我国在法律上对此也做出了一些限制。如离婚必须遵循一定的法定形式；判决不准离婚和调解和好的离婚案件，没有新情况、新理由，原告在六个月内又起诉的，不予受理；女方在怀孕期间、分娩后一年内或终止妊娠后六个月内，男方不得提出离婚等等。

在法治国家中，离婚自由一方面表现于，除了法律明确规定外，婚姻主体双方行使离婚自主权排除包括国家在内的一切干涉，另一方面也在于对于离婚不能设定法外程序。而“限号”正是在设定法外程序，公民只有排上号才能离婚。这将离婚权变成了稀缺资源，在一定程度或将带来权力寻租。如此看来，当地民政局为让离婚夫妻双方慎重考虑而开出的“药方”并不可取，甚至已经涉嫌违规。

也须指出，近年来，各地离婚率飙升，带来了诸多社会问题，如何在保障离婚自由与反对轻率离婚之间做出合理权衡，值得我们深思。笔者以为，有必要通过法律修改程序，增加相应法律条款，除了一些存在家暴等特殊情形外，以法律的名义，在离婚过程中设立一定幅度的考验期，这个期限须综合考虑双方是否有子女、双方对于子女抚养权及财产达成了较为一致的协议等因素。

通过法律给当事人一段考虑时间，既有利于避免一时冲动，轻率离婚，让当事人以更为理性、更负责任的态度，去考量是否真的一定要走出那座围城，同时，即使经过考验期，双方还是认为必须离婚，通过一段时间“缓冲”，也将使双方能够达成更为深思熟虑、更符合双方真实意思、真正利益的离婚协议，使离婚对整个家庭所造成的动荡降到最低。

### 桑胜高：法院与民政之间婚姻信息共享“盲区”亟待填补

2014年8月4日 齐鲁网 桑胜高

[提要]法院和民政之间由于缺少“婚姻信息”互联的机制和设施，造就了婚姻信息不能共享的“盲区”。随着当前各类婚姻纠纷事件的不断出现，这一“盲区”亟待填补。

当前，到民政局登记办理协议离婚和到法院起诉离婚，两种离婚方式并轨运行，但法院和民政局之间的信息并不联网。一些当事人通过法院离婚后，没有到民政局更改婚姻状况，造成从民政系统查询的婚姻信息不真实，一些骗婚、骗贷等违法犯罪行为也因此时有发生。（8月2日工人日报）

婚姻对于家庭和个人而言是严肃的，结成或解除婚姻更应该体现出真实性和严肃性。然而，由于法院和民政之间不能信息共享，造成的一些特殊“婚姻”游离在两者之间，让“婚姻”二字的严肃性受到一定程度的挑战。法院和民政之间由于缺少“婚姻信息”互联的机制和设施，造就了婚姻信息不能共享的“盲区”。随着当前各类婚姻纠纷事件的不断出现，这一“盲区”亟待填补。

该“盲区”的存在，不仅给当事人带来了诸多不便，而且给民政和法院的相应工作也带来了一定程度的被动。今年5月，河南南召法院判定的一起补办结婚证的案件，就涉及到该县民政部门依据《婚姻登记条例》相关规定补办的当事人的结婚证，与法院离婚调解书内容相悖的情况，最后法院判定县民政局为当事人补办结婚证无效，予以

撤销。这看似“补证”惹的麻烦，实际上是法院与民政之间没有第一时间实现信息“沟通”所致。此外，由于不能实现“婚姻信息”共享，一些人为了避税、逃债、骗取住房、社会福利等，利用这一“间隙”，上演假离婚、假结婚的“大戏”，一出接着一出，这不仅挑衅了婚姻的严肃性，而且还挑衅了社会的公平正义。

应当看到，这一“盲区”的根源在于夫妻双方到民政部门协议离婚和到法院诉讼离婚这两种当前我国存在的法定离婚方式。两种离婚方式并轨运行，双方信息不通，诉讼离婚判决生效后，法院并不负责通知变更登记，民政部门婚姻登记仍然显示“已婚”状态。只有当事人主动到民政部门进行婚姻状态变更后，才会更新婚姻状态。而事实上，法院离婚判决生效后，当事人主动前往民政部门登记的极少。

填补法院和民政之间的婚姻信息“盲区”迫在眉睫。有法学人士认为：“当前应及时出台应对之策，推动法院与民政部门之间建立公民婚姻信息查询、交换和共享机制。”这不仅反映了法学界的心声，更反映了公众的心声。期待各级各地法院和民政部门之间，能联起手来，尽快破解这一课题。通过整合“婚姻信息”资源，强化建设措施，打造信息共享平台，让“婚姻信息”更加客观、实在，从而避免因婚姻信息“盲区”而导致的各类纠纷出现。

### 时事资讯：民间借贷纠纷新动向呼唤立法规制 虚假诉讼增多

2014年8月6日 公证人 徐伟 李豪

从立法层面完善对民间借贷法律规制，引导和规范民间资本的正常、有序流动。正确认识和界定金融市场的发展规律，并修改和废止与市场规律不相符合的规定，完善民间借贷案件的法律适用规制，合理界定合法借贷与非法融资的界限。找银行贷款，额度少，审批慢；把钱存在银行，收益低，跑不过通胀。于是，作为一种资源丰富、操作简捷灵活的融资手段，民间借贷近年来飞速发展，一定程度上缓解了银行信贷资金不足，在融资领域特别是服务小微企业中起到了重要作用。

《法制日报》记者近日从重庆市第五中级人民法院获悉，该院2014年上半年共审理民间借贷纠纷182件，较2013年同期增长45.6%，占2013年全年审理民间借贷案件近80%，较2012年上半年增长71%以上。涉案标的额达78074.58万元，超过2012、2013两年同期民间借贷纠纷案件受理标的的总和。

重庆市第五中级人民法院民二庭庭长石磊在接受《法制日报》记者采访时表示，经过调研分析，民间借贷纠纷除了以往文书送达难、当事人缺席率高、合同不规范、调撤率低等特点外，出现消费型向融资型借贷转化、非民间借贷关系常套用“借条”结算等新趋势。

#### 融资型借贷

从备受关注的“吴英”案，到温州、鄂尔多斯等地因资金链断裂引发的“跑路潮”，民间借贷乃至民间金融问题凸显。在我国现有的金融制度安排下，出于金融机构的自利本性和对风险的控制，银行主要为大企业特别是国有大企业服务。中小企业尤其是民营企业和个人，由于信息的不对称和可能的道德风险很难从银行贷到款，而资本市场的国有性质也基本堵塞了民营企业等直接融资的渠道。

因此，民间借贷的出现在很大程度上是为解决民营经济融资难问题。不过，民间借贷游走在法律的边缘，在高额回报的背后，也潜伏着巨大的风险。

记者获悉，2014年上半年民间借贷起诉标的1000万元以上的有25件，占民间借贷一审案件的37.31%；几十万上百万元的借贷金额的纠纷更是屡见不鲜，并且90%以上的借贷资金用于企业或项目的生产经营，民间借贷已经渐渐偏离了民间自助的“消费型”借贷的本意，而悄然转变成民间资本融资的重要渠道。

“这就要求法院对此类案件在证据要求、履行方式、裁判思路等方面及时作出调整。”石磊说。

#### 套用“借条”结算

记者了解到，民间借贷纠纷的部分案件当事人以民间借贷的名义，通过出具借条的方式来达到其他资金往来的目的。这种情况主要存在于当事人抗辩为中止恋爱、同居等关系支付“分手费”、受人请托形成的债务、因内部承包工程向发包公司出具的为担保外欠材料款的借条，占民间借贷案件的10%以上。

陈应轩之夫陈权与杨胜利系师生关系。杨胜利于1995年8月10日与陈权签订了《关于集资开办“盛胜煤矿”的协议》。合同约定：陈权、陈应轩夫妻投借给杨胜利4万余元。考虑到办矿的风险，若挖不到煤，杨胜利所借之款将无力偿还，办矿之前陈应轩夫妇承担了风险，应分享开矿成功的利益，并对具体分配方式进行了约定。

2009年11月23日，陈应轩以杨胜利未按协议提成、分红向原审法院提起诉讼，要求确认双方对于重庆市永川区方石坎煤矿具有合伙关系。

庭审中，陈应轩出示了1998年1月25日杨胜利出具的借条复印件一份，欲证明双方系合伙关系，并当庭陈述此借条不是借款而是分红，是1996年11月7日至1998年1月24日期间的本金和利息的结算单。该主张得到一、二审判决的支持。

判决生效后，杨胜利也对其进行了补偿。而后，陈应轩又以杨胜利于1998年1月25日出具的借条作为民间借贷纠纷的依据诉至法院，要求杨胜利偿还借款及利息。

一、二审法院审理后均认为，综合争议借条的记载形式和内容以及双方对该借条的认识、处理分析，应当认为争议借条反映的实为合伙关系。鉴于争议借条已纳入双方的合伙关系，而合伙纠纷已经处理，陈应轩以争议借条再主张借款债权缺乏事实依据，其请求不应支持，故判决驳回其诉讼请求。

借条因其内容直观明了,可以大大减轻当事人的举证责任,因此除在民间借贷关系中应用之外,还常常用作其他法律关系结算的证据。除上述合伙分红的结算外,“借条”这一形式也被用作某些特定的违反社会善良风俗行为,如“分手费”、“赌债”等。

石磊告诉记者,法院在处理名为借贷、实为其他法律关系的案件中,借款人对借据有异议并证明存在其他基础法律关系的,法院将对基础法律关系进行审理,而非简单以民间借贷认定。

“此类案件在审理中被告经常以受胁迫、欺诈或已经通过其他方式偿还等理由抗辩借条非其真实意思表示,给法院查明真实的案件情况造成诸多困难,结果往往因被告无法充分举证而不能得到支持,甚至造成缠诉缠访等信访问题。”石磊分析。

#### 虚假诉讼增多

“借条”作为民间借贷纠纷中最直接、证明力较强的证据同时,又是极易于伪造、变造的一种形式,并且实际生活中民间借贷活动本身的随意性、多发性、非规范性又给虚假诉讼提供了可能。

此类情况一般只有借条或借款合同存在,对履行行为也无充分证据,数百上千万元的借款均通过现金形式交付,甚至还存在出借本金系外贷而来、巨额借款却也未约定利息等非正常情形。

石磊举例说,原告王庆生诉被告马当民间借贷纠纷一案中,被告不仅对原告的诉讼请求等主张毫无异议,而且对巨额借款现金形式支付并且证人证言与待证内容不符、外借资金全部系拆借而来、巨额融资借款未约定利息等与通常的民间借贷不相符的情形也不予反驳。

该案经合议庭谨慎审理,依法作出驳回原告诉讼请求的判决,本案中当事人上诉后,二审法院维持了一审判决。

对于这类案件,法官戏称为“和气诉讼巧打默契牌”,不排除部分刑事罪犯为逃避刑事责任中罚金刑的执行、涉众多民事纠纷为转移财产而故意制造出虚假诉讼,企图通过法院的民事判决,利用对第三人的民事责任来对抗刑事处罚。

石磊告诉记者,在民间借贷案件中,法院在查明双方当事人的真实意思、证据确凿充分的基础上依法作出裁判,但这并不表明只要当事人双方认可借款事实,法院就会依照借款人的主张作出裁判。法院仍然要按照法律要件的构成、合同履行行为等进行综合认定判断。故意进行虚假诉讼的当事人可以被处以罚款、拘留,如果构成犯罪,甚至可以追究刑事责任。

#### 民刑交叉难题

一些案件与非法集资等犯罪行为在非金融机构主体、从事融通资金、给予利益回报等方面都存在极大的相似性,很难清晰判断其是否超过了合法的民间借贷范畴。

例如,重庆市某信用担保公司从2008年起,以收取担保基金的名义以月息3%的高利率在社会上向不特定的人借款,期满后未归还本息,引发多起诉讼。现债权人以该公司不能清偿到期债务为由,申请对该公司破产清算。

石磊介绍,此类案件标的巨大、受害人众多、证据线索繁杂,一旦处理不当,极易扰乱金融秩序和影响社会稳定,必须引起高度重视。在司法实务中应在“先刑后民”原则的适用、借款合同的效力、标的金额及利息标准等方面认定和法律适用上审慎处理,规范适当。

“治理民间借贷中的乱象,有赖于国家金融管制的放开和金融市场化改革的深入。”石磊认为,现阶段,既要认识到民间借贷是融资市场重要和必要的补充,在尊重当事人意思自治的基础上有效保护民间借贷的合法利益,又要对民间借贷自身存在的自发性、非规范性、不易监控等特点加以监管抑制。

石磊强调,更为重要的是从制度层面加以规制:从立法层面完善对民间借贷法律规制,引导和规范民间资本的正常、有序流动。正确认识和界定金融市场的发展规律,并修改和废止与市场规律不相符合的规定,完善民间借贷案件的法律适用规制,合理界定合法借贷与非法融资的界限,对合法借贷予以保护。

(作者:徐伟 李豪)

## 法律文化 | 也谈调解与判决的关系

2014年8月10日 上海法院网 孟 崧

调解和判决都是人民法院解决民事纠纷的方式,法官在运用这两种方式处理纠纷时要灵活掌握和运用,不可过度倚重一种方式。其实,就法院的性质而言,判决才应是主要的方式,因为法院是司法机关而非其他社会团体,其性质决定了其主要职责就是中立地判断,就是明辨是非、定分止争,就是根据法律的规定确定当事人的权利和义务。故最高人民法院江必新副院长说:“不要把调解看作解决矛盾纠纷的唯一路径,不要把调解视为完美无缺的解纷方式。”

前几年有法院提出“零判决”的口号,本意是要追求百分之百的调解率。这样的做法不但违背司法规律,也是根本不可能实现的。司法是解决纠纷的最后一道途径,若案件真的如此容易调解,当事人在前几道途径都会解决了,也不会到法院来打官司。进入法院的案件往往都是“公说公有理,婆说婆有理”,当事人无法达成共识才会请求中立的司法机关进行明辨。追求百分之百的调解率这一要求和做法看似会“和谐”地解决纠纷,可实际的结果必然会严重侵犯当事人的正当权益——若原告的请求正当就应及时得到支持,为了追求调解率而“迫使”其放弃部分权利的行为本身就是不正当的。如此的结果只会使权利人的利益受损,而有利于助长被告的不诚信,只会使其在以后更



加急于履行自身的义务。

若法院审理民事案件都能达到百分之百的调解率，那么法院就成了调解委员会，法官的职业化、专业化建设就根本没有必要。须知在调解上，与居委会的阿姨们相比，法官们未必占有优势。法官的优势在于其会以法律的规定和自身专业的学识来定分止争，法院的判决会起到引导社会大众行为的重大作用，而调解难以拥有这样的功能。

并非所有的民事案件都可调解，这一点极易明白，只有不懂得司法为何物的人才会糊里糊涂。比如特别程序案件、被告无法送达的案件、确认之诉的案件等等都是不可能调解的。还有的案件虽然存在调解的可能，可是若要调解成功，却要花费过长的时间、花费巨大的成本，这样的案件也不宜调解，否则会浪费过大的司法资源、损害司法的效率。

要准确判断可调解案件的范围。对接手的案件能否调解的判断，考验着一个民事法官的办案水平。明明不可能调解的案件，却要千方百计地利用法律赋予的权力“逼迫”当事人调解，说轻点，这是法官能力的问题；说重点，这是一种违法的行为。

要正确处理好判决和调解的关系。有人认为，调解就是和稀泥，没有水平；又有人认为，调解才是最高的司法能力。这些观点都是偏颇的。作为一名好的法官，要宜调则调，当判则判，即使在调解的过程中，也要做好判决的准备。没有对案件法律关系、当事人权利义务的准确判断，调解也是难以成功的，即使成功也是糊里糊涂。因为司法虽是解决纠纷的手段，可是却又不能仅仅理解为一种解决纠纷的手段和方法，否则既不利于整个社会的法治建设和法治国家的建立，也是对法律功能的曲解。梁治平先生说：对法律的认识应当超越功能主义，法律在任何时候都应当体现价值，都与目的相关，而不能把法律简单归结为解决纠纷的手段和技术。

判决往往给人以冷冰冰的印象，而调解却应带有真情，要耐心，要设身处地，要有理解之同情。上海铁路运输中级法院院长许一新曾经说过：“无论何时，无论何地，法官那颗善良的心总在与调解结伴而行，调解中对法的认知、对理的思辨、对情的感知缺一不可，不能有丝毫偏移和分离。”

法官肩负着引导社会价值的社会责任，我们要勇于通过判决的方式辩证析理，通过扎实的法律功底、有理有据的论述来裁判当事人之间的是非。只有这样，我们才能以良好的表现来赢得当事人的尊重和信任，才能不断地提高司法权威，才会为建设法治国家做出我们应有的贡献。

### 深圳市妇联起草反家庭暴力条例 经济控制将首次纳入家暴范围

2014年8月20日 中国妇女报 叶海燕

“深圳反家庭暴力条例已列为市人大常委会2014年度立法计划调研项目。”8月18日，深圳市妇联主席马宏告诉记者，在由中国妇女发展基金会、深圳市政协社会法制和民族宗教委员会、市妇联联合主办的“2014深圳反家庭暴力立法研讨会”上，来自北京、广州、香港等地的学者、专家以及深圳市妇联干部、反家暴社会工作者等围绕深圳市妇女联合会起草的《深圳经济特区反家庭暴力条例（草案）》（以下简称“条例草案”）展开热烈讨论，条例中家庭暴力以及家庭暴力对象的界定等问题成为争议的焦点。

列入人大立法计划调研项目

2012年~2013年，深圳市先后发生了34起恶性家暴事件，家庭暴力已经成为社会关注的焦点。深圳市妇联今年与深圳大学法学院社会系联合进行的问卷调查显示，55.5%的家庭曾出现过暴力行为，根据立法调研数据，市民中有93%的受访者支持反家庭暴力立法。有着特区立法权的深圳，及时制定《深圳经济特区反家庭暴力条例》不仅符合广大市民的愿望，更是深圳建设文明城市、法治城市的需要

“市委市政府一直高度重视并指导市妇联充分发挥组织优势开展反家庭暴力宣传教育、调查研究和专业化维权服务，推动出台内地首部性别平等地方法规——《深圳经济特区性别平等促进条例》。今年，深圳市人大又将《深圳经济特区反家庭暴力条例》正式列入立法计划调研项目，标志着深圳反家庭暴力立法工作迈入了新的发展阶段。”马宏表示。

16日~17日，市妇联作为条例起草单位，以今年上半年与深圳大学法学院社会学系合作开展的持续3个月的专题调研为基础，在研讨会上提交了《深圳经济特区反家庭暴力条例（草案）》，与会专家学者以及公检法司等相关部门，先后结合自身的研究和本系统工作实际，从不同的角度对草案提出了许多有价值的意见和建议。

据介绍，深圳反家暴条例草案，有别于其他地方性家暴法规，重点是从预防和治理家庭暴力等多方面考量，多方参与，涵盖面广，操作性强。

将经济控制纳入家暴范围

家庭暴力的定义应该如何作出准确界定，是条例草案的立法难点之一。

一般的界定是比较概括的，操作起来难度比较大，为了更加明确、更有操作性，此次条例草案采取列举式的方式，对家庭暴力范围进行了清晰的界定，列举为六条，包括：

（一）以殴打、捆绑、非法剥夺或者限制人身自由等手段伤害家庭成员的；（二）以恐吓、侮辱、诽谤、宣扬隐私等手段对家庭成员造成精神伤害的；（三）强制猥亵、性侵妇女、未成年人的；（四）遗弃或者严重忽视患有疾病或者没有独立生活能力的家庭成员的；（五）毁损共同财物或对家庭成员实施经济控制的；（六）其他对家庭成员

实施的身体、精神、性、经济等方面的伤害行为。

条例草案规定，家庭暴力指行为人对其家庭成员实施的身体、精神、性、经济等方面的伤害行为，第五条争议比较大，因为条例草案首开先将经济伤害行为纳入家庭暴力范围，作为家庭暴力的一方面。

条例草案的起草人之一、深圳大学法学院教授、深圳市鹏星家庭暴力防护中心理事长易松国告诉记者：“一般来说家庭暴力主要涉及身体、精神和性三个部分，但是因为深圳本身经济发达，有城市自身的特点，在家庭暴力防护中心接受的大量家暴投诉中，常常遇到施暴者对家庭成员实施经济控制以及语言恐吓、侮辱等行为。控制经济的手段，其实和软禁一样，也会对对方造成很大的伤害，经济封锁和身体暴力只是方式不同而已。”

“所以深圳的这个草案中把经济控制纳入家庭暴力也算是一大创新和亮点。”易松国说。

#### 多方参与防治家庭暴力

条例草案对于家庭暴力的预防和治理，涵盖了行政干预、社会干预、司法干预等方方面面，明确了政府机关、街道办事处、社区工作站等行政部门的职责，要求其建立相应的实施细则和工作机制来应对家暴行为，并详细列举了公安机关对家暴行为的处置；同时明确列出了教育机构、医疗卫生机构、基层单位、社会团体和组织等社会力量的职责，利用社会力量防治家庭暴力；条例草案还规定了法院、检察院等司法干预，例如设立针对家庭暴力案件的审判庭等。

此外，在对受害人的救济上，条例草案提出，设立家庭暴力庇护所，可以由各区政府主办，采取政府购买服务方式，由专业家庭暴力防护机构进行管理和服务，也可以直接由政府设立。同时对家庭暴力庇护所的职能、人身安全保护令、监护权变更等作了明确规定。

由于家庭暴力存在取证难、证据认定难的问题，使得家暴受害者往往陷入尴尬境地。为此，检察机关建议成立家庭暴力致伤鉴定中心，当存在家庭暴力的情形下，受害者不需要公安机关开具委托书就可以要求伤情鉴定。

条例草案还设置了公安机关对施暴人的告诫制度，“这个有一定的威慑力。之前其他的相关制度中比较少见，家暴构成轻伤以上判刑、轻微伤行政拘留，但是轻微伤以下呢？没办法了，不处理了。现在不是了，有一个告诫制度，告诫书也就成为今后涉家庭暴力案件的一个有力证据。”中山大学法学院副教授卓冬青说。

#### 土地确权助离异妇女分割经营权

2014年8月20日 中国妇女报 李欣

近日，记者和哈尔滨市妇联在尚志市调研农村土地确权试点工作，家住庆阳镇驿马河村的石金霞赶到座谈会会场。

“我离婚三年一直为没有分到承包地发愁。没想到今年6月，妇联在土地确权登记工作中，把我和女儿的土地划分了出来并且单独登记。”石金霞激动地对记者说，感谢妇联娘家人实实在在给自己办了实事。

据尚志市妇联主席张国红介绍，2010年5月，石金霞和丈夫方希太离婚后，女儿由石金霞抚养，但房屋、承包地一直没有分割。方希太再婚后，石金霞几次要求分割并经营自己和女儿应有的土地，都没有成功。

石金霞求助于尚志市妇联，后在庆阳镇妇联的协调下，石金霞于2012年5月诉讼到尚志市人民法院，要求分割财产。经法院调解，下发了民事调解书，但方希太拒不履行。尚志市人民法院又在2013年12月下发了执行裁定书，但几次执行，都没有结果。

“分割土地这样的事情很难处理。都在一个村子住着，从人家地里分地就等于割人家的肉，这样的事情没人愿意办！”当地一位村官告诉记者。

今年4月，尚志市妇联在调研农村土地确权工作时了解到石金霞的事情，市妇联认为这次土地确权登记是解决石金霞土地问题的好机会。

于是，市妇联积极沟通联系庆阳镇，庆阳镇妇联主席高晓迎深入到驿马河村走访调查，掌握了第一手材料。之后，妇联干部和村干部到方希太家耐心细致地做工作，晓之以理，动之以情，最终解决了石金霞和女儿的承包地问题。

今年6月，驿马河村进行土地确权登记，22亩旱田归石金霞和女儿经营，在8亩水田中分割出3亩归石金霞和女儿经营。至此，在两级妇联组织的出面协调帮助下，困扰石金霞三年的土地问题得到了解决，合法权益得到了保障。

#### 离婚限号不如增加调解服务

2014年08月20日 中国产经新闻报 李书娜

据媒体报道，近日，30多岁的王女士和丈夫到西安长安区民政局办理离婚手续，但被工作人员告知，办离婚需排队，今天号已排完，明天再来。

该消息被曝出后，不少人认为当事方触犯了离婚者的权利。

长安民政局婚姻登记处相关负责人表示，民政部门不会干涉或阻止夫妻双方办理离婚，之所以离婚采取“限号”，目的是希望挽救一些气头上冲动离婚的家庭。因为有的夫妻虽然排了号，最终有时间冷静思考，没来办理离婚。

“宁拆十座庙，不破一桩婚”，这是中国人传统的价值观念。“劝和不劝离”从来都是人们面对婚姻危机的夫妻所持有的态度。从这个角度来说，长安民政部门的做法似乎是合乎情理的。

但中国人素来都注重家庭伦理，事实上，双方在考虑离婚时或多或少都会顾及双方父母感受、子女成长影响以及各自单过之后未必能幸福等各种因素。绝大部分人选择离婚并不是一时冲动之举，而是深思熟虑的结果。

当然，长安区民政局之所以会采取这样的办法，和现在居高不下的离婚率有关。以西安为例，据西安民政部门数据显示，2013年西安有17670对夫妻协议离婚，比2012年增长了10.6%，较5年前上涨了55.4%。长安区2011年办理离婚者1900多对。2012年“限号”离婚实行后，当年办理离婚者较2011年下降了140多对，2013年较2012年下降40多对。

从这个角度来说，在“闪婚”、“闪离”已经司空见惯的今天，长安区民政局的“限号”离婚措施可谓用心良苦，而且事实上他们的限号措施也似乎取得了一定的效果。

但是通过“离婚限号”这样一种“土方法”来达到降低离婚率的目的，真的妥当吗？

如果夫妻双方真想离婚，他们完全可以提前排队。从这个角度来说，长安区民政局的“限号”措施反而给要离婚的人带来了不便。

相对于“离婚限号”来说，如果政府部门真的想要降低离婚率，其实可以采取更多措施。

首先，从法律的角度出发，可以通过修改相关法律程序，增加相应法律条款，以法律的名义，在离婚过程中设立一定幅度的考验期。这样使双方能够达成更为深思熟虑、更符合双方真实意思，使离婚对整个家庭所造成的动荡降到最低。

在欧美许多国家，从夫妻双方提出离婚，到官方下达离婚批准，都会留有一定的时间给夫妻双方充分思考。一旦回心转意，可以立刻终止离婚程序，比如美国纽约州的等候时间为40天、加州的时间为6个月。这种设置就给夫妻间的矛盾一个缓冲时间，确保双方是在理性的情绪之下，而非意气用事就结束婚姻。

其次，还可以通过在法律允许的范围内建立家庭协调机制。其实，现在的“居委会大妈”就扮演这样的角色。如果将居委会劝说的方式形成一种机制，这对于要离婚的双方来说也起到“缓冲剂”的作用。

除此之外，相关部门还可以通过耐心劝说来做工作。比如，安排一些经验丰富的婚姻或心理咨询师在现场进行疏导，引导一些离婚者慎重抉择，或者对婚姻出现问题的夫妻提供家庭顾问、夫妻咨询之类的服务等。如果这些辅助配套工作到位了，就能让公众更好地去理解和接受。

在电影《非诚勿扰》中，孙红雷和姚晨在离婚时办了一个像结婚一样隆重的离婚仪式，这说明离婚是双方经过冷静思考做出的结果，对于双方并不是一件坏事。如果民政部门增加类似的离婚仪式、程序等服务，和离婚“限号”这样的简单方式相比，“离婚服务”也许更合乎人性。

## 离婚律师大起底

2014年8月20日 法治周末 俞飞

穿越时光隧道，镜头拉回到民国“黄金十年”。经济飞速发展，社会急剧变迁，无一不是推动新时代的宠儿——律师登上历史舞台，崭露头角

电视剧《离婚律师》的热播，掀起了夏季一波波的追剧热潮。

细看这部史无前例的内地律政剧，超大手笔制作，1.3亿元投资，幕后还有强大的法律顾问后援团加持。剧中姚晨尽展“女王”风范，吴秀波逗趣卖萌，二人屡次在法庭上针锋相对，不知不觉中擦出爱情火花。剧中“录音取证”是否触法等法律专业问题，引发粉丝疯狂讨论，离婚律师话题持续发酵。

银幕上的民国离婚律师

穿越时光隧道，镜头拉回到民国“黄金十年”。经济飞速发展，社会急剧变迁，无一不是推动新时代的宠儿——律师登上历史舞台，崭露头角。抗战前，上海滩的律师人数不下1300人，民事诉讼数量多达全国七分之一。号称时尚风向标的沪上电影业，领潮流之先，塑造了极具代表性的多重律师形象。

以张爱玲编剧的《太太万岁》为例，中产阶级气息浓厚。贤惠大度、自我牺牲的家庭主妇陈思珍，面对另寻新欢的丈夫，强颜欢笑，受尽委屈，最后决定离婚。两人来到律师事务所办理相关事宜。巧遇在此秘密登记结婚的弟弟。陈女士为顾全大局，改口为特意参加婚礼。最后在这位善解人意的律师朋友的大力调解下，与丈夫重归于好。

这部喜剧电影刻画人物生动，笑料百出，不愧为当年卖座电影。本片中的离婚律师不啻为中产阶级之友，展现了专业人士风采，广交朋友，与人为善，在市民阶层日常生活交往中穿针引线。当当事人面临是否分手的重大考验时，离婚律师体贴入微，排忧解难，扮演不可或缺的润滑剂角色。

从西方移植的现代法律理念——结婚离婚自由，为市民欣然接受。电影折射的历史性进步，令人印象深刻。

律师帮末代皇妃离婚

现实当中，民国不少名人的离婚，都少不了律师的参与。上海滩大律师吴凯声常常给当事人减免费用，对于富商巨贾，则下手毫不客气，代理一起地产大王离婚案件，一次入账两部汽车。

1931年8月25日，末代皇妃文绣不愿桎梏在封建堡垒中毁灭自己，决心与溥仪彻底决裂。她秘密聘请三位天津大律师张士骏、张绍曾、李洪岳，准备离婚文件。当天下午，她乘坐汽车，驶出天津协昌里的静园大门，直接开向民国饭店。

进房后，妹妹文珊告诉太监：“你先回去吧，淑妃就留在这儿啦，还要向法庭控告皇上呢！”文绣从袖中取出三

封密函，交付太监。见势不妙，太监溜烟去了。轰轰烈烈的末代皇妃家庭“革命”就此拉开大幕。

文绣 14 岁入宫，一直到出走，犹是处女之身。在给溥仪的信中，道出真情：“事帝九年，未蒙一幸，孤衾独抱，悲泪暗流，备受虐待，不堪忍受。”1930 年，《中华民国民法典》出台，明确规定允许自愿离婚。

友人玉芬提醒：“现在是民国时代，溥仪又被撵出宫来，他也不再是‘小皇上’了，也要守法、平等待人。你可以根据‘男女平等’的法律条文，请律师写状子，告溥仪虐待妻子，和他打离婚官司，向他要赡养费。”

律师在信中，明确告诉溥仪：他们已经接受文绣的诉讼委托，正式代理了这桩离婚案件，并向溥仪说明了文绣出走的原因和要求。接到律师函，溥仪如五雷轰顶。

妃子与废帝闹离婚！爆炸性新闻不胫而走，各报争相刊载。天津地方法院发来传票和副状：当事人无正当理由，不于调解日期到场者，罚款十元。溥仪又羞又恼，吩咐律师林荣和林廷琛：“我已没时间耗下去了，尽快私下解决此事。只要不上法庭，一切都好说。”

张士骏律师表示：“在现在的情况下，文绣女士拒绝会见任何人。如果溥仪先生有诚意，允许文绣女士择居另住、照给用度，我们尽力调解，以求和平解决！”

双方律师几番折冲，两个月后签订《离婚协议书》：二人脱离关系，溥仪一次性给付文绣终身生活费 5.5 万元。文绣归北平母家，独身念书安度，绝不再向清皇室主人有任何要求。脱离之后，双方亦不得有互相损害名誉之事。

溥仪恩怨分明，后来任命己方律师林荣为伪满洲国“最高法院”院长，林廷琛为“帝室会计审查局”局长。张士骏因代理文绣离婚名动一时，溥仪一直耿耿于怀，1934 年后多次派人到天津缉拿、行刺，张士骏被迫迁居天津意租界。

#### 律师调解 好说好散

著名画家徐悲鸿，早年与名门闺秀蒋碧微私奔。艺术家浪漫成性，爱上学生孙多慈。几经波折，徐蒋婚姻走到尽头。

1945 年夏，离婚的议题摆在徐悲鸿面前。蒋致书徐悲鸿，索要巨额赡养费。“碧微迫不得已乃延律师致书于君，而所提条件，咸为君力所能，至其价值，实卑不足论。因微只求度过抗战难关，初不忘此区区者，能惠及将来。然君犹以为苛求，不惜诉苦言穷，一再议价，至今闻者莫不窃笑。因此等事故不能如货物之贸易，其理甚明。”

妻子狮子大开口，徐悲鸿忙请教著名律师沈钧儒（新中国首任最高法院院长）。“你们不存在什么关系，你们又没结婚。”大律师沈钧儒一针见血，提醒徐无须支付天价赡养费，因为他们从未正式结过婚。

徐悲鸿侄女徐雪嘲讽：“蒋碧微那么骄横，你说她也蛮可怜的。她这一辈子，实际上从来也没结过婚。她跟徐悲鸿，两个人是私奔的，根本没结婚，没办什么手续。”

宅心仁厚的沈钧儒，也不拒绝调解结案。画家常任侠日记记载：8 月 3 日：“往访沈钧儒先生，沈为徐悲鸿之委托律师，与蒋碧微办离婚手续，拟为调解。”8 月 5 日：“晨由中大渡江，至磬溪徐悲鸿处，为之商洽与蒋碧微离婚条件，画一百张，款一百万元，悲鸿已允，惟精神未复元。画须分期缴付耳。”8 月 7 日：“晨，作书寄蒋碧微，劝其与悲鸿和平解决离婚事件。访沈钧老，并以此意告之。”

同年底，沈钧儒作证，徐蒋多年分居后签署了离婚协议。26 年前，他们冲破包办婚姻之网，携手踏上相爱的旅程。26 年后，他们像两个精疲力竭的对手，遍体鳞伤地站在婚姻终点。

大名鼎鼎的章含之，她的生身父母，可都是十里洋场提起名来呱呱叫的人物。上海最有名的永安百货公司，文具部有一钢笔柜台，专卖世界名牌金笔。卖钢笔的小姐谈雪卿，国色天香。柜台生意好得不得了。

拜倒在美女石榴群下的公子王孙，不可胜数。大家明争暗斗，给她取了个外号——康克令小姐（美国著名钢笔商标 Canklin）。一位翩翩佳公子独占花魁，和康克令小姐花好月圆，两人双宿双飞。不久十月珠胎，生下一个女孩，就是章含之。

公子也不是凡人，乃是安徽都督陈调元之子。得知儿子金屋藏娇，都督大为恼怒，逼子割爱。多情公子挥一挥衣袖，留下一对弱女子，好不凄惨。康克令小姐见多识广，毅然向大律师章士钊求救，起诉负心汉。章士钊拔刀相助，帮康克令小姐要来赡养费 5 万大洋。恰章士钊二夫人奚贞生育无望，为感谢大律师相助，康克令小姐将爱女托付给律师收养。

#### 离婚律师 高手过招

放眼海外，美国离婚律师业务多多。去年，媒体大亨默多克再度婚变。犹记得 15 年前，他与第二任妻子安娜离婚，庞大的新闻帝国如何分割，首次提上谈判桌。按照法律，安娜有权要求平分他们 32 年携手打拼积累的 120 亿美元财富。

最后她同意仅拿走 17 亿美元，离开新闻集团董事会。她请来的律师自作聪明，在离婚协议书附加苛刻条件——默多克死后，继任妻子邓文迪无权继承任何遗产，除非女方婚后生育子女。此时，男方 68 岁，患有前列腺癌，将失去正常生育能力。

默多克的律师眉头一皱，计上心来。他巧解难题，催促客户婚前提取冷冻精子。婚后，多亏现代医学技术帮忙，邓文迪接连生下两个试管婴儿，成功扳回一城，争取到家庭财产争夺战话语权。前妻傻眼，大呼上当。

传闻布莱尔与邓文迪偷情。头上戴了绿帽子的默多克，立马聘请美国离婚律师第一人加尔，着手离一个干干净净的婚！兵贵神速，律师建议默多克突然提出离婚诉讼。朋友称邓文迪之前毫不知情。

须知离婚财产分割，最为棘手。美国离婚律师调侃：“法院要是真分一半财产给邓文迪，默多克得先看心理医生，而非律师。”好在默多克的律师，再三提醒客户签署婚前协议，生下两女再附加秘密修正条款。饶是邓文迪急忙请来纽约离婚名律师帕梅拉，也无计可施，只得败下阵来。法庭战速战速决，邓文迪仅分得默多克不足 1/100 的资产。

反观中国，离婚律师也火了起来。李阳、王菲、土豆网 CEO 王微、赶集网总裁杨浩然等一干名人相继离婚，外界瞠目结舌。河北钢铁大王杜双华的离婚财产纠纷，备受国人注目，牵涉 500 亿人民币巨额财富，有“国内第一离婚案”之称。

民政部发布《2012 年社会服务发展统计公报》显示，2012 年依法办理离婚手续的共有 310.4 万对，增长 8%。离婚率为 2.3%，平均每分钟有 6 对夫妻劳燕分飞。这一年，离婚率的增幅超过了结婚率的增幅，前所未有。

2012 年上海沪家律师事务所报告：婚姻家庭纠纷案件争议焦点繁杂，关联案件日趋增多。同年，沪家律师代理的离婚案件争议标的额在 1 亿元以上的案件就有 15 件，其中不乏讼争标的额高于 10 亿元的案件。

“新离婚时代”来临！

### 经济控制纳入家暴补强法治短板

2014 年 8 月 19 日 法制日报 乔子轩

经济控制对家庭成员的伤害不容小觑，它可以摧毁受害家庭成员的自尊心、自信心和自我价值感，有时还能在一定程度上限制人身自由，造成的伤害并不逊于强行限制人身自由

来自全国各地的 160 多位专家学者近日围绕广东省深圳市妇女联合会起草的《深圳经济特区反家庭暴力条例(草案)》(下称《草案》)进行了热烈讨论。《草案》中家庭暴力的对象、界定等问题成为争议的焦点。当中语言暴力和经济暴力也被作为家庭暴力的表示形式，这有别于目前的地方性法规或政策对家庭暴力的界定(8 月 18 日《新快报》)。

俗话说，家和万事兴。不管何种表现形式，家暴都是家庭和睦的天敌。深圳市妇联起草的《深圳经济特区反家庭暴力条例(草案)》，先行先试，把经济控制纳入家暴，不仅在一定程度上弥补了当前反家暴法律法规的不足，而且对保护家暴受害者合法权益大有裨益。可以说，经济控制纳入家暴范围，是反家暴立法的一道亮丽风景。

家暴一般发生在私生活和家庭内部，隐蔽性较强，特别是经济控制，对家庭成员没有打骂、残害等通常意义上的家暴行为，即便经济控制如何升级，刑法、治安管理处罚法等法律法规介入的可能性也比较小，毕竟没有任何外在伤害。其实，经济控制对家庭成员的伤害不容小觑，它可以摧毁受害家庭成员的自尊心、自信心和自我价值感，有时还能在一定程度上限制人身自由，造成的伤害并不逊于强行限制人身自由。

揆诸现实，也有不少家庭因不堪忍受经济控制而走向破裂，有的受害家庭成员就因为受到家庭经济暴力要求损害赔偿。虽然根据我国婚姻法的相关规定，实施家庭暴力导致夫妻双方离婚的，无过错方才可要求过错方赔偿损失，但按照我国婚姻法相关司法解释，家庭暴力指的是行为人以殴打、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。由于经济控制未纳入家庭暴力范围，受害家庭成员的诉讼请求也往往得不到司法支持，家庭关系存续期间，受害家庭成员依据民事诉讼法向人民法院请求发出“人身保护令”裁定也存在法律障碍，也就说对经济控制，依据当前法律无能为力。

当然，有人会搬出 2008 年最高人民法院中国应用法院研究所制定的《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》来说明经济控制已纳入法律范畴。的确，该指南对家庭暴力进行了列举式规定，其中身体暴力、性暴力、精神暴力和经济控制悉数在列，并根据有关国家公约、国外立法例以及被普遍认可的学界理论研究成果，一一予以定义。可应当注意的是，该指南的本质性质不是司法解释，只是为法官提供的参考性办案指南，不能作为法官裁判的法律依据。

在家庭暴力屡屡发生的现实背景下，经济控制不该成为反家暴的法外之地，而应及时纳入法治保障范围内。放眼国外，不少国家把经济控制纳入家暴范围。《深圳经济特区反家庭暴力条例(草案)》的规定正好是对我国当前反家暴法律短板的补强。然而，深圳是经济特区，根据法律地域性特点，条例只能适用于深圳市，加之经济特区立法，相对其他城市，具有显著的破格性和试行性，对于破格把经济控制纳入家暴范畴的立法，其他城市即便想借鉴，也苦于缺乏上位法支撑和如深圳一样的立法权，而无法成行。

所以，建议尽快出台全国性质的反家暴法律，明确把经济控制纳入家暴范围，也可待《深圳经济特区反家庭暴力条例》出台试行后，逐步弥补试行过程中呈现出的不足，再把经济控制纳入家暴范围，以便更好保护受害家庭受害者。

### “激情离婚”需要“离婚折腾”来过滤

2014 年 08 月 20 日 成都商报

家庭稳定是社会的基石，公共政策通过增加离婚成本而捍卫婚姻符合公共利益，也符合法理基础。我国司法上对离婚有明确的“缓冲程序”，行政上也应配套。限号未必妥当，但它的思路是对的，离婚也需要一个“行政折腾”的程序，关键是要有法律的明确。在折腾过程中，“激情离婚”的概率会降低，原本可以被挽救的婚姻就会沉淀出来，这对一个家庭而言真是善莫大焉。

原标题：“激情离婚”需要“离婚折腾”来过滤

针对西安市长安区民政局办理离婚每日“限号”10 到 15 个，排完不再办理引多方热议一事。该民政局回应称，

他们不干涉婚姻自由，采取此项措施旨在挽救盲目离婚家庭。据介绍，这项政策从2012年3月份开始实行，背景是近年来西安市离婚率一直上升，2013年西安离婚夫妇数量比2012年增长10.6%，与5年前比上涨了55.4%。

西安长安区“离婚限号”其实是旧闻，不光西安，广州、大连、青岛的一些区也早有离婚限号的做法。这种“普遍性”的背后是一种行政控制思维，行政控制是现实中迅速解决问题最有效的办法之一，但它的问题在于行政权力很容易据此逾越法律界限。

据民政局统计，2013年全国依法办理离婚手续的共有350万对，比上年增长12.8%，过去我国离婚率已连续10年递增。离婚率连年递增给社会造成很多困扰，社会风气、家庭纠纷、子女教育等等。即便法律明确规定婚姻自由，一个社会的公共政策也不可能以“方便离婚”为导向。

这一点，在我国司法中体现的非常明显。按常理和法理，当事人打官司有权拒绝调解，直接进入诉讼环节，但离婚官司中，不管当事人愿不愿意，必须要走调解程序，调解程序走完后不能和解的，才能进入诉讼程序。而且调解结案的在一定期限内不能再次提起离婚诉讼。这一系列强制规定目的是在司法程序上为离婚划出“缓冲区”，现实中也确实奏效，有些夫妇调解中就后悔了，又合好了。从表面看，这样的程序规定似乎干涉了当事人婚姻自由的权利，但事实上它通过“程序麻烦”，既没有实质性地侵犯婚姻自由的权利，又实现了法律善的目的。

离婚限号如果目的真是为了降低离婚率，那么它与离婚调解的实质是一样的，区别只在于，后者有明确法律依据。

事实上，批评离婚限号违法有些牵强。这涉及两种可能，一种是如果每天离婚的人太过，工作人员忙不过来，采取限号排队措施，这既不违法，而且可视是为防止混乱，提升效率和行政服务水平的做法，现在很多银行下班前也会这么做。这是行政部门“自由裁量、随机应变”的范围，不但不违法，而且是合法的。另一种情况是，工作人员闲着却通过限号不办理离婚手续，这属于懒政。总之，说限号违法，侵害了人们的婚姻自由，限制了人们离婚，多少有些夸张。最多只能说限号是没有法律依据的不法行为，而不能说是违法行为。其实，限号就像调解一样只可能拖延离婚，而不可能实质性地限制离婚。

家庭稳定是社会的基石，公共政策通过增加离婚成本而捍卫婚姻符合公共利益，也符合法理基础。我国司法上对离婚有明确的“缓冲程序”，行政上也应配套。限号未必妥当，但它的思路是对的，离婚也需要一个“行政折腾”的程序，关键是要有法律的明确。在折腾过程中，“激情离婚”的概率会降低，原本可以被挽救的婚姻就会沉淀出来，这对一个家庭而言真是善莫大焉。

### 对离婚的限制只能来源于法律

2014年8月19日 人民法院报 黄黔川

“限号”办理离婚，严格意义说来，这是在法律之外变相限制离婚自由，在本质上是披着善意的滥用职权行为。

陕西省西安市长安区民政局每天“限号”办理离婚，这样的规定对于要离婚的当事人来说可能是多了些麻烦，但在长安区民政局婚姻登记处的工作人员看来，可以说是用心良苦，一方面它节约了当事人时间，另外最主要的是，它又留出了一点时间让夫妻双方慎重考虑。

虽然当地民政局“限号”办理离婚的初衷毋庸置疑，在某种程度上确实可能也起到了挽救因冲动离婚家庭的效果，但严格意义说来，这是在法律之外变相限制离婚自由，在本质上是披着善意的滥用职权行为。

婚姻自由可谓婚姻制度的根基，既包括结婚自由，也包括离婚自由。任何自由都有着限制，离婚自由也不例外。我国在法律上对此也做出了一些限制。如离婚必须遵循一定的法定形式；判决不准离婚和调解和好的离婚案件，没有新情况、新理由，原告在六个月内又起诉的，不予受理；女方在怀孕期间、分娩后一年内或终止妊娠后六个月内，男方不得提出离婚等等。

在法治国家中，离婚自由一方面表现于，除了法律明确规定外，婚姻主体双方行使离婚自主权排除包括国家在内的一切干涉，另一方面也在于对于离婚不能设定法外程序。而“限号”正是在设定法外程序，公民只有排上号才能离婚。这将离婚权变成了稀缺资源，在一定程度或将带来权力寻租。如此看来，当地民政局为让离婚夫妻双方慎重考虑而开出的“药方”并不可取，甚至已经涉嫌违规。

也须指出，近年来，各地离婚率飙升，带来了诸多社会问题，如何在保障离婚自由与反对轻率离婚之间做出合理权衡，值得我们深思。笔者以为，有必要通过法律修改程序，增加相应法律条款，除了一些存在家暴等特殊情形外，以法律的名义，在离婚过程中设立一定幅度的考验期，这个期限须综合考虑双方是否有子女、双方对于子女抚养权及财产达成了较为一致的协议等因素。

通过法律给当事人一段考虑时间，既有利于避免一时冲动，轻率离婚，让当事人以更为理性、更负责任的态度，去考量是否真的一定要走出那座围城，同时，即使经过考验期，双方还是认为必须离婚，通过一段时间“缓冲”，也将使双方能够达成更为深思熟虑、更符合双方真实意思、真正利益的离婚协议，使离婚对整个家庭所造成的动荡降到最低。

### 正反方：经济伤害纳入家暴是创新吗？

2014年8月19日 法制晚报



法制晚报讯 来自全国各地的 160 多位专家学者昨日围绕深圳市妇女联合会起草的《深圳经济特区反家庭暴力条例(草案)》(下称《草案》)进行了热烈讨论。《草案》中家庭暴力的对象、界定等问题成为争议的焦点。当中语言暴力和经济暴力也被作家庭暴力的表示形式,这有别于目前的地方性法规或政策对家庭暴力的界定。(据《新快报》)

反对

反家暴立法不宜扩大化

立法宽不如管得宽

虽然深圳在改革历程中敢开风气之先一向令人敬佩,但这次立法却可谓有些冒进。因为我国法律对反家暴已有规定,仅以婚姻法为例,其就有 6 个条款涉及,其规定不可谓不丰富。地方性法规的作用应当是“为执行法律、行政法规的规定,需要根据本行政区域的实际情况作具体规定的事项”,而不是别出心裁玩新概念。

深圳的这个正在起草的反家暴条例,引起热烈讨论的也正是由于这个原因。笔者认为,家暴定义扩大化的缺陷,一是扰乱了本来清晰的概念,二是难以执行,三是混淆了国家权力和市民生活、法律和道德的界限。

首先,深圳立法者把语言和经济行为纳入,看似保护更全面了,实际上却是把水搅浑了,把不恶劣的行为和恶劣的行为等同,从而变相为恶劣的行为开脱。

常言道,清官难断家务事。家庭暴力更不是“一个好人和一个坏人”的故事那么简单。物理暴力行为突破了道德底线而需要被法律制裁,早已得到了社会共识。但所谓语言暴力、经济暴力行为的发生原因往往却复杂得多,把本来内容简单的家庭暴力的概念扩张后,反而会令家庭纠纷的是非更加含糊不清,损害真正的社会弱势群体。

其次,物理暴力行为有许多有形的客观痕迹可作为支持相应法律主张的证据,而语言和经济行为一来在举证上困难得多,二来其正当性不能被孤立地看,而必须结合情境考察,主观性较强。受害人如果满怀热情去寻求法律保护,却因法律本来就对此难有客观说法而自认为求告无门,反而会损害法律的尊严。

第三,和谐的家庭生活是每个个人和社会都追求的,但法律并不是万能的。家庭是人类生活最后的隐秘城堡,情理交织纠缠,其中的运作机制、是非标准并不一致。法律需要保障的是人们进入和退出婚姻时的自由和公平,而不是过分地指手画脚,否则是公权对私权的践踏。

缪因知:中央财经大学法学院讲师、法学博士

习惯上,我国的反家庭暴力立法,讨论、争议的多,立法成功的少;尝试反家庭暴力的形式多,长期坚持的少。其原因在于,反家庭暴力是以公权力介入家庭私问题,立法时,人们的讨论与争议往往是一种“想当然”,一些不切实际的思路一碰到具体问题,就会出现障碍而打退堂鼓,甚至不了了之。

早在 2007 年,公安部拟将 110 报警中心受理的家庭暴力案件,作为单列案件统一备案查办,而之前,警方会根据案情将家庭暴力案件归入一般婚姻、家庭纠纷或伤害案件。但这一预防和制止家庭暴力的举措,并未兑现。遏制家庭暴力靠公安部一己之力,也不现实,如何处理施暴者,如何保护受害者,都不是警方能解决的事情。

再比如,为保护不堪忍受丈夫殴打逃回娘家的妻子,珠海市香洲区法院曾发出内地首份反家庭暴力“远离令”。即禁止被申请人在距离申请人现住处 100 米范围内活动,禁止其夫在距离申请人父母现居住小区 100 米范围内活动。家庭夫妻生活需要继续,“远离令”制止暴力行为的作用可见一般。若“远离令”长期有效,司法部门就成了促使家庭破裂的因素,该结果并不是公众所愿意看到的。

反家庭暴力立法宽,远不如管得宽。妇联、司法、社区等部门应在现有法规的基础上,对家庭暴力现象进行更多的探索和研究。在这个基础上,由不同部门介入,或提出解决、缓解家庭暴力的方案,才是最实实在在的努力。

卞广春

支持

纳入经济暴力是法制的进步

对反家暴专门立法势在必行

无论从标准上还是惯例上,经济暴力作为家暴的一部分都是社会进步的表现,将其纳入法制化也应当值得充分的肯定。反之,若因为效果不佳或者时机不成熟,就否定其立法的善意,无疑是漠视权利的削足适履,更是社会治理的本末倒置。

其因在于，一方面社会治理的理念必须进步于社会观念，如此才能摆脱传统观念的束缚，从而与国际惯例接轨；另一方面随着社会的进步，个体的权利层次将会不断提高，对于权利保护的内涵和手段也应当升级，同时，立法具有超前性才能彰显社会的进步。

虽然各国在家暴的解读上有些差异，但很多国家都将经济控制认定为家庭暴力，由此不难看出对于个体权利的保护，已经上升到了从身体到精神的各个层面。将经济伤害纳入家暴范围体现了法制的进步，也彰显了对个体尊严和人格的保护，无疑是社会进步的一大标志。虽然实现全面的保护还有很长的路要走，但不用效果去质疑目的之善，同样是检验社会成熟的一个标准。唯有从进步维度看待经济家暴立法之善，如此才能构建以法维权的社会共识。唐伟（法律工作者）

世界各国中有许多国家就反家暴问题进行了专门的立法，其中以美国反家暴立法体制最为完备。《虐待保护法》于1977年由宾夕法尼亚州颁布实施，在美国反家庭暴力立法史上具有里程碑的意义。而我国没有像美国那般有关反家暴专门的立法文件，其中有关反家暴的规定散见于相关的法律文件中，所以，我国现阶段的反家暴法律条文过于分散，体系还不完备。

笔者建议，为反家暴专门立法，在法律规定中将经济暴力和语言暴力方面的内容纳入，这样才能更大好地保护婚姻家庭中受害的一方。

经济控制会引发心灵重创、感情破裂，进而导致家庭离析。正因此，经济控制被列入家庭暴力，近年来在国内国外几乎没有多少异议，很多国家已将经济控制（包括损害家庭成员共同财产）定为家庭暴力之一。比如南非使用的字眼是“经济虐待”、澳大利亚使用的字眼是“过度支配占有、隔离孤立和剥夺物质与经济资源”。当下在我国，没有自己的工作或收入较低的女性，在家庭中所占比例仍比较大，对“经济暴力”的反对，确实应该在有关法律中得到体现。董平（法官）

## 关注 | 7年后终揭开“面纱” 不动产登记将会带来什么？

2014年8月18日 上海法治报 陈颖婷

综合报道 | 陈颖婷

“姗姗来迟”的不动产登记制度，终于在7年后揭开“面纱”。国务院法制办公布《不动产登记暂行条例（征求意见稿）》，要求建立统一的不动产登记信息管理基础平台，集体土地和房屋所有权、宅基地和建设用地使用权等，都被纳入登记范围。不动产登记暂行条例，将给我们带来什么？不动产登记暂行条例，何以发挥“四两拨千斤”作用？

法律界人士认为公开征求意见的《不动产登记暂行条例》将为开征房产税解决“技术问题”，也从客观上解决了“房叔”、“房姐”的置业“谜案”，将对反腐有所助力。据悉，今年以来，各地省级层面职责纷纷进入整合阶段。目前全国28省份已经采取措施，开展不动产统一登记职责和机构整合工作。12省份已经建立不动产登记联席会议制度。

一条例亮点一

为开征房产税打下良好基础

“《不动产登记暂行条例》的出台是中国社会的一大进步。”暨南大学教授胡刚认为，除了在廉政建设等方面的作用以外，《不动产登记暂行条例》的征求意见稿也强调对查询方式的规范化，对社会而言有利于增加财产收入的透明程度，也有利于公民的财产保护。同时，不动产统一登记为将来开征房产税打下了良好的基础，除了会一定程度上改变市场预期，也会促进楼市的健康发展。

在上海市律师协会房地产业务研究委员会委员、大邦律师事务所合伙人张黔林看来，《不动产登记暂行条例》没有太多“新意”，最主要的目的是为将来的房产税开征解决技术问题。他告诉记者，我国目前实行的是多部门、多等级的不动产登记制度，且各地往往信息都不联网。开展统一登记，有利于不动产登记、交易的效率和安全，能更有效地保护权利人合法不动产财产权。“如上海房产登记的凭证是房地产权证，而有些省市是土地证和房产证。登记部门信息不统一，导致相关人士不能跨省市查询房产。”张黔林表示说。

据反映，在司法实践中，权利人如果在胜诉后要求法院查封对方的不动产时，往往需要前往多个部门查询不动产信息，不但不方便，也可能遇到部门间互相推诿的情况。

而统一登记便解决了开征房产税最主要的技术问题。“要征收房产税，最起码要知道需要缴税的人有多少房产。”张黔林指出，“税收总是朝着税基最大的地方去，过去，房产火爆在交易环节，所以在房屋流转上税收较多。而现在，我国的房地产已经慢慢向持有环节转换，所以在持有环节收取房产税也是大势所趋。上海和重庆已经开始试点房产税。”张黔林认为，正是由于《不动产登记暂行条例》是房产税的“前兆”，所以它的出台或多或少会对房价有一定影响。“对于持有套房屋的投资人士来说，持房成本增加了，毕竟房地产的黄金时代过去了。”张黔林说。

对反腐有积极作用

2012年以来，各地曝出的“房爷”、“房姐”等事件，线索大多来自举报。不动产登记制度被民间寄予厚望，很大程度上是因为它被称作“反腐利器”，被认为是“反腐治本”的一剂药方。征求意见稿中对于不动产登记的可查询规定，也让许多网友提出，以后“以人查房”是不是更方便了？对此，张黔林认为，《不动产登记暂行条例》是



适用于每个人，不是特定官员。它的出台主要作用还是在于为房产税开征“摸清家底”。

根据记者了解，目前各地均可以通过法院、公安等查询利害关系人的房产，比如，涉及民间借贷、银行借贷，债权人可以通过法院查询对方的房产信息，公检法系统也可以查询，但不允许公民查询官员信息。根据意见稿的规定，“权利人”和“利害关系人”有查询的权利。按照利害关系人的界定，普通公民不能随意“以人查房”。

但法律专家也指出，从反腐层面来看，不动产登记制度一方面有助于强化管理；另一方面可以发挥“预警”功能，对非法拥有多套房产的官员形成一定的震慑作用。张黔林认为，在司法实践中，一些“贪官”往往多地置业，过去因为登记的“技术原因”，反贪部门往往要查清所有房产，需要的时间长，手续多。随着房产统一登记施行后，反贪部门对于这类跨省市的房屋查询将更加方便。“所以说，《不动产登记暂行条例》出台对反腐有一定的积极作用，但是仅仅依靠不动产登记条例推进反腐进程肯定不行，反腐工作始终离不开制度层面的保障。”张黔林表示说。记者了解到，部分省市的房管局已开始定期向纪检部门提供信息。

然而，法律专家认为，从立法本意上来说，《不动产登记暂行条例》不会像公众要求的官员财产公示一样，产生立竿见影的效果。因为即使官员有多套房产，也很可能不是以自己的名义买房子。所以，《不动产登记暂行条例》即使启动，估计也只能显示出全国楼市的整体情况。

#### —法律完善—

##### 或将“倒逼”多个法律修改

“物权法的落实、土地管理法的修改、‘小产权房’问题破题，甚至由此产生的公证制度、赔偿救济制度等问题，都会因为《不动产登记暂行条例》的实施形成‘倒逼’改革的压力。”有法律专家这样表示，向社会征求意见，公众层面对管理改革和创新形成“倒逼”。

法学专家指出，不动产统一登记是被市场经济迅速发展“倒逼”出来的，随着征求意见稿向社会公开征求意见，必然有力促进相关法律法规修改，进而“倒逼”我国不动产管理制度改革和创新，深化改革将获得更多的“地”气。

《不动产登记暂行条例》立法依据为物权法。清华大学法学院副教授程啸撰文指出，我国法律牵连不动产登记的有很多，如物权法、土地管理法、森林法、草原法等。然而，行政法规位阶低于法律，因此必须对现行法律中妨碍不动产统一登记的条文进行修改或废除。对于不动产登记问题上的空白，也要通过增加相应的法律条文予以明确。

##### 与物权法还需进一步“配套”

张黔林告诉记者，此次《不动产登记暂行条例》主要是根据物权法而拟定的。由于是国务院出台的，所以与过去是建设部的《房屋登记办法》和国土部《土地登记办法》等部门规章相比，立法的层级更高。“以后，上述部门规章中与《不动产登记暂行条例》中相左的条款就要废止。”张黔林说。

然而，张黔林也指出了《不动产登记暂行条例》中与物权法不一致的条款。如条例第二十四条规定，“不动产登记机构、不动产登记信息共享单位及其工作人员应当对不动产登记信息保密。查询不动产登记资料的单位、个人不得将查询获得的不动产登记资料用于其他目的；未经权利人同意，不得向社会或者他人泄露查询获得的不动产登记资料。”张黔林认为，这个条款的设置不够严谨，没有设定保密的范围。他表示，物权法规定了“权利人、利害关系人可以申请查询、复制登记资料，登记机构应当提供”，“目前，在上海，只要用身份证就可以查询到房产的权利人、有无抵押登记等基本信息。这也是符合物权法相关的立法精神，即不动产公示。”张黔林认为，法律上对利害关系人的界定是广义的，只要不用于违法目的，就应当可以查询到房屋的基本信息。而现在《不动产登记暂行条例》中对这一权利进行了限制，却又没有明确规定哪些房产信息应当保密，哪些应当公布，这和上位法就有所冲突。

同时，《不动产登记暂行条例》中还就不当登记的行为，出台了“罚则”：“不动产登记机构工作人员损毁、伪造不动产登记簿，擅自修改登记事项，串通他人进行虚假登记，或者有其他滥用职权、玩忽职守行为的，依法给予处分；给他人造成损失的，依法承担赔偿责任；构成违反治安管理行为的，依法给予治安管理处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任。”张黔林认为，条款中的赔偿主体与物权法中的相悖。物权法规定：“因登记错误，给他人造成损害的，登记机构应当承担赔偿责任。登记机构赔偿后，可以向造成登记错误的人追偿。”“物权法的赔偿主体是登记机构，而《不动产登记暂行条例》中却成为犯错误的员工。”张黔林认为，“登记机关的工作人员行使的是职务行为，他们出现的错误，理应由登记机关来赔偿。”

#### —预测—

##### 未来房价会下降吗？

不动产登记对房价的影响，在于能在多大程度上逼出空置房入市。《不动产登记暂行条例》出台对房地产市场将意味着什么？房产税等相关配套政策将很快出台吗？房价将因此下降吗？

此前，作为中国房地产界的舆论领袖之一，潘石屹公开表示，《不动产登记暂行条例》出台，将使房价大跌。业内人士分析，不动产登记可以挤出部分二手房，降低二手房价。

“《不动产登记暂行条例》的出台将产生深远影响，它将提升房屋使用效率，有利于政府提高对房地产业的管理水平，但不会对房价产生直接的作用。”克而瑞研究中心研究总监薛建雄认为，《不动产登记暂行条例》能进一步解决产权模糊的情况，通过全国性的住房信息联网系统，有关部门不仅能有效监控房地产投资的资金流向和楼市销售等运行情况，同时还能通过监测实时的数据，进行准确的统计分析，进而制定相关的引导措施。例如，针对房产

税的实施、空置房的税收等系列问题，总之，有助于楼市的“精确管理”。

链家地产市场部张旭预测，不动产登记全国联网后，为执行房地产税提供了前提。有多套房子的业主为避免房产税，可能会有抛售行为，但一则，这部分房源的总量在二手房市场中占比较小；二则，今年3月，国土资源部部长姜大明表示，要用4年左右时间，运行统一的不动产登记信息管理基础平台，也就是说，国家给出了4年的“缓冲期”，所以不会引发二手房市场“集中抛售潮”。

“不动产统一登记的短期影响还不算太大，配合今后出台的房产税，对市场的效应才会更大。而这，更取决于未来征税的房屋面积、家庭房屋套数认定标准以及税率等诸多关键因素。”满堂红研究部高级经理周峰分析，虽然不动产统一登记短期内对市场有一定冲击，但是长远而言，可以挤出市场上以灰色收入购房等不合理需求的入市冲动。

## 法院与民政应尽快共享婚姻信息

2014年08月24日 法制日报 桑胜高

原标题：法院与民政应尽快共享婚姻信息

办理离婚，可以到民政局登记协议离婚，也可以到法院起诉离婚，两种离婚方式并轨运行，但离婚信息两家单位却没有共享。于是，有的当事人通过法院离婚后，不到民政局更改婚姻状况，造成从民政系统查询的婚姻信息不真实，一些骗婚、骗贷者等便从中钻空子。

今年5月，河南省南召县法院判决一起补办结婚证案件。案由为该县民政部门依据《婚姻登记条例》相关规定，给当事人补办了结婚证，而此举与法院离婚调解书内容相悖。最终，法院宣判县民政局为当事人补办的结婚证无效，予以撤销。这看似“补证”惹的麻烦，实际暴露出法院与民政部门之间因缺少信息沟通出现管理“盲区”。利用这一“间隙”，个别人为了避税、逃债，或骗取住房、社会福利等，上演假离婚、假结婚的“大戏”，直接挑衅社会公平正义。

诉讼离婚判决生效后，根据规定，法院并不负责通知变更登记，民政部门婚姻登记仍然显示“已婚”状态。只有当事人主动到民政部门进行婚姻状态变更后，才会更新婚姻状态。但事实上，法院离婚判决生效后，当事人主动前往民政部门变更登记的极少。

填补法院和民政部门之间的婚姻信息“盲区”迫在眉睫。有法学人士认为：“当前应及时出台应对之策，推动法院与民政部门之间建立公民婚姻信息查询、交换和共享机制。”这不仅是专家学者的看法，也是公众心声。期待各级各地法院与民政部门尽快联网，整合婚姻信息资源，打造信息共享平台，让婚姻信息更加客观、实在，从而避免因婚姻信息“盲区”而导致的各类纠纷出现。

作者单位：山东省宁阳县审计局

(来源：法制日报)

## 结婚买房同是人生两件大事 先结婚还是先买房？

2014年8月24日 房地产微报

结婚，买房，原本是两件人生中的大好事，可一旦把这两件事绑在一起，就变成了一桩烦心事。到底是先买房再结婚，还是先结婚再买房，“婚”与“房”的讨论，已成为当前年轻人迈向婚姻的道路上必经的一道坎。

某婚介公司统计，其会员中有房子的相亲成功比例最高，超过70%的女性登记征婚时，房子都是必不可少的条件。从某种角度上说，女性对房子的重视程度，甚至要高于相亲对象。

房子=婚姻？婚姻、房子孰轻孰重，恐怕每个人心里都有一杆秤。

“结婚不买房，就是要流氓”

持有观点：先买房后结婚

坊间有这么一句话，“结婚不买房，就是要流氓”，不买房真就算要流氓？那倒不至于，但有一点是可以肯定的，不买房的，就等于先天失去了一些优势，注定在相亲、恋爱中要比买了房的少那么一分底气。尽管你觉得不买房也并无大碍，但并不意味着你的另一半会如此“通情达理”，更别提你的未来丈母娘了。

“没有房子，谈结婚会很现实，所以得先买房后结婚。”这是绝大部分80后最为实际的做法。从观念上来看，“先有家，后成家”仍受到大多数市民的认可。家住桂花新村的李先生认为，房子就是安身的地方，因此，他坚持用自己的积蓄给即将结婚的儿子买了一套房，用作孩子的婚房。

李先生的观点与大多数持先买房再结婚的年轻人有着共同的出发点，买房是为了给婚姻上保险，为今后的生活提供一个质量保证。“国内的人，对家的理解是很深的，有了家，才有依靠，才会牵挂，这也是我当初强烈要求我老公一定要买房的原因。”作为先买房后结婚的观点持有者和行动践行者，市民徐女士的话更倾向于情感方面。

而苏报小新在实际调查中发现，凡是坚持认为结婚一定要有自己房子的年轻人，一般家庭经济条件较好，拥有稳定的工作，家庭归属感较强，对物质生活追求较高。在他们看来，结婚不是儿戏，是一辈子的终身大事，房子是家的象征。

还有人认为，房子是爱情的物质保障。先买房子再结婚，今后过日子才会踏实，尤其对女方来讲。再说，有了房子组成的家，一对新人才能培养爱情的“结晶”。而且从另一个角度看，做房奴可以看做是一种磨练，而对未来

的家庭，这也是一种担当。

然而在实际过程中，不少 80 后，以及一些父母在婚房的选择上，盲目攀比，盲目追求舒适，要求买大户型、买好地段，甚至提出“没有房子就不结婚”等，结果导致住大婚房舒适，但贷款额巨大，月供超负荷，生活压力加大、质量下降，反而影响了夫妻之间的感情，所以还是要“量财而行”。

“我是跟他生活，不是跟房子生活”

持有观点：先结婚再买房

有人坚持先买房后结婚，也有人则“重情轻房”，尤其在高房价的压力下，不少年轻人开始转变思路，选择暂不买房，与父母同住或是在外租房。

“家里的情况自己很清楚，父母肯定没钱资助我买房的。我有一些存款，再向亲戚朋友借一些，筹齐首付的钱应该没问题。可是，现在我们既然打算结婚了，拍婚纱照、摆酒席等结婚花费也是一笔不小的支出。如果现在买房子，就暂时没钱结婚了。”前段时间，余先生一直在纠结一个问题，到底是买房还是结婚？

余先生算了一笔账，他月收入六千元，结婚的成本暂且忽略不计，如果他想在苏州买房的话，起码要准备二十多万元的首付，而这些钱甚至都不足以在市区、园区等好地段买上房子，而且这二十多万元的首付，已是他全部能力了。

“一套总价 90 万元的房子，贷款 60 万，月还款额在三千五以上，等于占去了我二分之一以上的收入。”生活质量的严重下降是显而易见的，随之而来的是心理上的严重束缚，任何娱乐和休闲都必须以还上房贷为前提，曾经远大而有抱负的理想，也会被现实慢慢消磨掉。“想想实在有些心力不从心。”

经过商量，余先生和女友决定先不买房。“我在想，我们不当房奴行不行？租房住，省出钱来可以去旅行，乃至环游世界，或者留到以后够数了再去买房。”

虽然余先生还没有把想法说给丈母娘听，但他有信心说服丈母娘，何况女友也站在他这边，“我是跟他生活，不是跟房子生活。”余先生女友如是说道。

苏报小新叨两句：婚房诚可贵爱情价更高

婚姻的本质是两个人的感情，两情相悦走在一起，房子是它的外在条件，应该是属于锦上添花。如果你们的感情好，这是锦，有了房子则是花，不应将其视为必要条件。所以对于已经准备买房的 80 后来说，不要想着一步到位，这个年纪的人一般进入社会不久，往往经济实力有限，虽说家里可以提供帮助，但一手打拼来的天下和别人给的，有着本质上的区别，这对于增强一个人的责任感和上进心尤为重要。所以，购房梦不一定做得太满，选择新婚房，还是要以两人的经济条件和居住实用性为标准。

### “夺妻占财”实为舆论先入为主

2014 年 8 月 26 日 人民法院报 闻文

媒体对司法进行必要的舆论监督本是理所当然，但前提是必须尊重法律、尊重事实、尊重人民法院的判决。

前段时间备受媒体和网民关注的永州法官周新华所谓“夺妻占财”案有了官方结论：8 月 22 日，湖南省永州市中级人民法院官方微博发布了一则《关于永州市冷水滩区法院法官周新华有关问题的调查处理情况通报》。《通报》显示，对于周新华所审理的离婚案件，经永州中院再审，认为原审判决认定事实清楚、审判程序合法、实体处理适当，决定维持原判。但周新华作为该案一审承办法官，在与该案当事人冯某结婚后仍积极参与案件执行，应当回避而未回避，其行为已构成违纪，且影响恶劣，当地纪委决定给予开除党籍处分，另周新华已被撤销审判员职务，并被调离法院。

应该说，法院对于媒体反映的问题及时查处，对于法官的违纪行为严厉惩处，这是值得肯定并令人欣慰的。但随后媒体对于此事的报道却让笔者颇感错愕：中新网在第二天刊发了《永州被指“借断案夺妻占财”法官调离法院》一文并被多家门户网站转载，将此事再次推至舆论热点。纵观整篇文章，这名法官从标题到内容都已经被深深地打上了“夺妻占财”这样一个十分狗血的烙印，似乎法官是因为“夺妻占财”而被处理，以致网友们在跟帖评论中纷纷质疑：如此恶劣行径，怎一个撤职、调离就算了！然而，事实果真如此吗？

我们先来说说“夺妻”。此事最先在媒体曝光始于今年 7 月 22 日《三湘都市报》发出的《永州一法官借断案“夺妻占财”》一文。从文章中我们可以看出，2006 年当事人成某与冯某就已经到法院进行离婚诉讼，当时在一名女法官的调解下双方达成了调解协议。周新华是成某、冯某两年后第二次到法院进行离婚诉讼时才担任的主审法官。也就是说冯某的离婚行为与周新华没有半点关系，并不是因为这位法官的存在而导致了离婚，而是夫妻双方多年矛盾使然。而且，法院既然已经判决双方离婚，周新华和冯某都属单身，有再婚的权利和自由，更有择偶的权利和自由。所以笔者认为，说法官“夺妻”纯属无稽之谈。

再来说说“占财”。根据永州中院的情况通报，该案经过二审、再审都维持了原判。也就是说本案在一审审理和判决上并没有问题。既然案件中涉及的财产判决部分没有问题，那么人民法院依据生效的民事判决对判决中涉及的财产部分进行执行，保障胜诉方的合法权益，何来“占财”之说？另一方面，从法律上讲，在离婚时，法院判决给冯某的财产均属于冯某个人所有，即便是冯某和周新华结婚，这些财产也只是冯某的婚前财产，并不属于冯某、周新华的共同财产，所以“占财”一说也就无从谈起。当然，周新华在与冯某结婚后仍然主动参与案件执行，违反

了回避规定，肯定属违纪行为。这也是法院对其进行处理的主要原因，周新华是因为违反了回避规定受到党纪政纪处分而不是所谓的“夺妻占财”受到党纪政纪处分。

众口铄金，积毁销骨。说你“夺妻占财”了，你就“夺妻占财”了，这是典型的网络时代舆论暴力。从最开始《三湘都市报》的首发报道，媒体在法院再审结果出来之前就先入为主地武断法官“夺妻占财”；到官方公布调查结果后，国内某些媒体仍然罔顾法院官方结论，再次为这名法官加上“夺妻占财”的标签。可以说，各路媒体对周新华完成了一次赤裸裸的网络暴力。这名法官完全是“被”“夺妻占财”了！尽管他已经从法院离职，但也许他将终身背上这个恶名，恐怕一辈子跳到黄河都洗不清了！

不难想象，媒体之所以如此乐此不疲地使用“夺妻占财”这个抓人眼球的噱头，无非是为了给报道增加一些戏剧化的色彩，吸引读者眼球，提高文章卖点。可是，媒体和记者在享受公众狂欢的快感的同时，又可曾考虑过，在这个信息碎片化、阅读“快餐化”的时代，简单的“法官夺妻占财”几个字，给我们本来就比较脆弱的司法公信力带来了多大的打击和伤害！媒体对司法进行必要的舆论监督本是理所当然、应有之责，但前提是必须尊重法律、尊重事实、尊重人民法院的判决。特别是对于司法个案的报道一定要慎之又慎，不能站在道德制高点上作主观倾向性报道，更不能歪曲事实、恶意炒作，误导社会公众，损害司法公信和司法权威。这既是媒体记者应有的职业操守，更是法治社会人人应当始终坚守的一份社会责任。

### 永州被处分法官缘于违反回避规定

2014年8月27日 人民法院报 艾民

如何从源头上保证新闻的客观真实并不夹杂任何个人因素进行事实报道，如何在传播过程中尊重而不任意歪曲与编纂新闻内容，这理应被当作是树立媒体公信力的最高准则，也应作为媒体良心而被谨记。

2014年7月22日，有媒体报道反映湖南省永州市冷水滩区人民法院法官周新华在审执案件中存在“夺妻占财”的违纪行为。日前，永州市中级人民法院通报了由该院和永州市冷水滩区纪委及冷水滩区人民法院组成的联合调查组对周新华有关问题的调查处理结果。

通报指出，周新华作为冯迪诉成森林离婚纠纷一案一审阶段的承办法官，在调入执行局工作并与冯迪结婚后仍积极参与该案执行，应当回避而不回避，其行为已构成违纪，且情节较重。因此，冷水滩区纪委决定给予其开除党籍处分，冷水滩区人大常委会已撤销其审判员职务，周新华已被调离法院。

对此处理结果，大多数网友认为充分体现了永州方面对司法活动中违纪行为零容忍的态度，是值得肯定的。但也有少数网友认为对周新华处罚过轻，而应追究其刑事责任。

网络上之所以会出现不同的声音，是由于部分网民一直被媒体此前的“夺妻占财”噱头所蒙蔽。永州方面对周新华违纪的处理结果究竟是否恰当？看来还是有必要从旁观者的角度对相关事实做个梳理与澄清。

一是周新华违纪违在何处？媒体在报道时，之所以会使用“夺妻占财”这样的字眼，关键在于没有明了案件中时间界限或者选择性失明。在审理离婚纠纷案时，周新华并没有和冯迪结婚，两人仅仅是当事人与承办法官的关系。申请案件执行时第一承办人也不是周新华。周新华只是中途从同事手中接手此案参与执行。周新华作为冯迪诉成森林离婚纠纷一案一审阶段的承办法官，在调入执行局工作并与冯迪结婚后仍积极参与案件执行，应当回避而不回避，这显然违反了审判纪律。对法院工作人员而言，法律的底线、纪律的底线是不容触犯。根据《人民法院工作人员处分条例》第三十条之规定：违反规定应当回避而不回避，造成不良后果的，给予警告、记过或者记大过处分；情节较重的，给予降级或者撤职处分；情节严重的，给予开除处分。因此，永州方面对其作出撤销审判员职务的处分也是有纪律依据的。

二是对周新华的处理是否罚当其过？纵观永州方面对此案的处理过程，基本上做到了公开、公正，不仅在网上公布了处理结果，而且同时公布了再审的相关法律文书。对周新华的处罚过程也是严格依据有关纪律处分程序进行的。对周新华的处分主要是两方面，一是党纪处分，二是政纪处分。其处分依据为《中国共产党纪律处分条例》第一百三十四条第二款和第二十四条第（五）项。由于周新华违反了《中华人民共和国民事诉讼法》第四十四条规定的回避原则，执行自己审理判决的案件和亲自主持为自己妻子离婚案件的执行，造成了恶劣的社会影响，因此冷水滩区人大常委会对其作出撤销审判员职务的处理并无不妥。

有网友担心，冷水滩区人力资源和社会保障局将周新华调离法院，是否只是作个幌子，过两年再调回去。至于这种担心个人认为纯属多余，既然周新华已调离法院，如果要再回法院工作，必然要经过严格的组织程序。就全国被撤销审判职务的人员来看，目前还没有被重新任命的先例。

三是周新华有没有“夺妻占财”？通报显示，2008年5月28日，永州市冷水滩区人民法院对原告冯迪诉被告成森林离婚纠纷一案作出一审判决（承办法官为周新华），成森林对该判决不服，向永州中院提出上诉。同年10月28日，永州中院驳回上诉，维持原判。永州中院二审后成森林仍不服，申请再审。2014年8月22日，永州中院经过再审认为，原审判决认定事实清楚、审判程序合法、实体处理适当，维持原判，判决书已上网公布。

由通报我们得知，冯迪与成森林之间虽然有两个案子纠纷，周新华仅审理了其离婚纠纷案，媒体此前报道所称的“夺妻占财”，应该包含“夺妻”与“占财”两方面内容。而永州中院通报显示，周新华是于2011年与冯迪结婚，此时距2008年永州中院驳回成森林不服冯迪诉其离婚纠纷案已过去两年多时间。此时，冯迪诉成森林离婚纠纷一案

案的判决早已生效，也就是说冯迪与成森林的婚姻关系已经解除，冯迪因此也就不存在“被夺”一说。

至于有无“占财”的问题，永州中院8月22日再审已经认为，原审判决认定事实清楚，审判程序合法、实体处理得当，这也就说明离婚纠纷案件中涉及的财产部分的审理是不存在问题的。周新华虽参与执行，只要他是依据生效判决执行的，也就不存在“占财”一说。

值得一提的是，就在永州中院公布处理结果后，新华视点仍发微博称“周新华作为这一离婚纠纷案一审阶段的承办法官，应当回避而不回避，造成恶劣影响，其行为已构成违纪”，这条微博不加区分审判和执行两个阶段而笼统地说周新华不回避，显然再次误导了公众视听。

由是观之，作为第四种权力的媒体，如何从源头上保证新闻的客观真实并不夹杂任何个人因素进行事实报道，如何在传播过程中尊重而不任意歪曲与编纂新闻内容，这理应被当作是树立媒体公信力的最高准则，也应作为媒体良心而被谨记。

## 农村离婚案件增多 “凑合” 组成家庭无共同语言

2014年8月26日 华夏经纬网 许圣义 刘晓燕

笔者在家乡——河南省内乡县进行了一系列农村婚姻家庭问题调研，发现近两年来，农村离婚案件逐年增多，其中打工者家庭居多，女方主动提出离婚的居多，一改过去农村妇女大多被动离婚的情形，妇女成了离婚的主导者。河南省人民法院立案庭庭长郑德欣告诉笔者，内乡县民事法庭近两年共受理民事案件182件，其中离婚案件就有68件，占37%，而其中女方为原告的57件，占离婚案件的83%以上。根据这些乡村妇女休夫的离婚经历，笔者大致分出以下几种情形。

### 凑合组成家庭，没有共同语言

河南省内乡县马山口镇法庭曾审理过一个在海南打工者回乡要求离婚的官司。庭上，法官很明显地看出两位当事人的差距：从海南归来的这位女青年，无论着装、谈吐都比男青年强很多。这位女青年在庭上讲话时，不自觉地改用普通话进行答辩。法官感到，由于女方外出打工的经历，男女双方确实出现了不少差距，“没有共同语言”成为很多离婚官司的直接诱因。

由于经济和其他方面的原因，在农村存在着不少的“凑合婚姻”。内乡县板场乡的一位姑娘，家在穷困的大山深处，父亲多病，一家人日子过得十分清贫。在她18岁那年，有人上门提亲。媒人说：“招个上门女婿，不愁没有男人挣钱养家，你的父母也用不着那么艰难度日了。”

就这样，姑娘很快就结婚了。上门女婿对她的父母十分孝顺，也比较勤快能干，家里家外都打理得头绪清干。亲戚和乡里都说，这女娃儿真是有福气，寻了这么个好女婿。可是，由于缺乏感情基础，婚后两个人关系不好，大吵三六九，小吵天天有。不久，女方便外出打工去了。

婚后两年来，父母曾多次打电话让她抓紧回来与丈夫好好过日子，生个孩子，夫妻感情自然就会好起来。她的丈夫也几次来信、托人找她，但她都不回去。她也明白，丈夫在家照顾她的父母，对她有恩，但是她说：“爱情与报恩是两码事儿，我不能为了报恩回家和他过毫无情趣的日子。”

就这样，在外出打工几年后，她终于提出了离婚。她的父母深感内疚，为此认了离异的女婿为“义子”，并办理了供养关系证明，还托人又为义子做媒，今年夏初，终于为义子找到了合适的伴侣。一家人快乐和睦，两位老人的心里才略微有些平静。作为补偿，再婚时，那位姑娘应父母之要求，为代她尽孝的前夫提供了部分再婚的费用。

### 主角配角换位，夫妻心理失衡

农村女性正在从传统的家庭配角慢慢向主角转变，独立自主的意识也在不断增强，这使她们对于自己的婚姻产生了新的思考与选择。

陈娟（化名）是某村小学的代课教师，婚后在家办了一个印刷厂，生产学生作业本。办厂以来，她的生意越做越大，产品销往附近几个乡，忙时甚至要聘请七八个工人。而她丈夫却帮不上手，成天守着一亩三分地，种出来的粮食还不够工人吃加班饭。陈娟成了一家之主，是家庭收入的主要支柱；而丈夫成了“家属”，心里愈加不平衡。感情出现了危机，夫妻俩常常斗嘴。最终，陈娟提出与丈夫离婚。

河南省内乡县灌涨镇后营村的韩莹（化名）在镇上开了个理发店，收入颇丰，丈夫领着孩子在家种地持家。时间一长，两个人思想上缺乏沟通，矛盾越来越大。韩莹觉得丈夫太“土”太“木”，丈夫看她思想太“花”，二人感情开始出现隔阂。一次次争吵之后，韩莹终于一纸诉状，和丈夫离了婚。

### 丈夫不思进取，导致婚姻破裂

在众多离婚案件中，约一半的女性起诉离婚，是因家庭经济贫困而引起的，主要原因是男方赚不到钱，而妻子的收入难以应付日常开销，导致家庭经济拮据，从而女方起诉提出离婚。

马丽（化名）和丈夫因家贫一起到县城打工。她很快就在一家四星级宾馆当上了服务员，可丈夫没什么技术，文化程度又低，只能到建筑工地打短工，但是体力又差，没有多久就回家了。过了一段时间，丈夫要求马丽也辞工回家，但她不想再过那种贫困的日子，就和丈夫离了婚。

桃园镇吴窑村的王倩（化名）结婚后一心想过富裕生活，计划着盖房、买小轿车等，可是小两口除了几亩薄地外毫无积蓄。王倩想办法贷款买来机动三轮车到镇上拉客，但丈夫想让她回家生孩子。王倩坚持要挣够钱，盖完新

房再生孩子，还提出让丈夫外出打工挣钱盖房。丈夫不同意，王倩感觉生活没有指望，于是和丈夫离了婚。

眼下，赌博在农村的一些地方成为主要的娱乐活动，在影响了社会治安的同时，也摧毁了一个个家庭。邵东阳（化名）结婚前就是村里出了名的赌博高手，婚后仍然恶习不改，不听妻子魏瑞芳（化名）的劝阻，整日沉迷于赌博。开始还是小打小闹，到后来发展到输赢动辄数千上万，在本村赌博不过瘾，还常常坐车到外地赌博。农忙时节，妻子让他下地干活，他却说：“庄稼能值几个钱？我赢一次够吃一年的。”时间一长，邵东阳因赌博债台高筑，东躲西藏，追债者常常上门讨债，搞得鸡犬不宁。魏瑞芳常年被人上门讨债，感到备受羞辱，伤心至极，终于向法院起诉了离婚。

婚姻“洗牌”重组，婚外感情所致

随着农村青年生活观念的转变，第三者插足等婚外情现象呈增加趋势，“围城”里逐渐出现了许多“跳槽”的身影，一些女性主动选择了走进新的感情与生活。

袁梅（化名）勤劳本分，婚后一心一意奔小康。平时丈夫下地种田，她在家养猪喂鸭。后来，她听说种植香菇能发财，便请丈夫的表哥来教她。

“表哥”常常来帮助袁梅种植香菇，日子长了，袁梅喜欢上了这个“表哥”。在她心目中，“表哥”懂技术，脑筋活络，靠种植香菇发了家。对比之下，自己的丈夫像个榆木疙瘩。

于是，袁梅想重新选择婚姻，想要嫁给“表哥”。“表哥”开始并不愿意拆散表弟的家庭，但袁梅下定决心表白，还向丈夫提出了离婚。半年之后，两个家庭解体，袁梅还是嫁给了“表哥”。

追求“实惠”生活，离开旧有婚姻

由于受社会上某些不健康思想的影响，一些进城农民工的婚姻价值取向发生了偏离，有些人追求以物质享受为基础的“实惠”，有些妇女为追求所谓的“实惠”主动离开，有些妇女因为不堪忍受丈夫追求“实惠”而选择离婚。

江丽娜（化名）来自河南省西峡县农村。因为家庭贫穷，她提出结婚条件：谁能够帮她把父亲重病住院时所贷的2.5万元钱给还了，她就嫁给谁。就这样，她嫁到了内乡县赤眉镇东沟村。

婚后，为了改变仍然贫困的生活，江丽娜只身到深圳打工，在一家宾馆做服务员。进城不久，她便不想再回去过那种脸朝黄土背朝天的农民生活了。她感到，靠自己留在城市生活难于登天，一直打工并不能改变她乡下人的身份，要改变自己，一个省力的办法就是在城里找一个“婆家”。于是她主动向比自己大十几岁的宾馆经理发起了“进攻”，在得到经理的一些许诺后，江丽娜立即回家，向法院提交了离婚诉状。

庞玉涛（化名）是结婚3年后被妻子赶着到外边打工的。因为家庭实在贫困，妻子要求他出去三五年，挣些钱回来把3间平房盖成小洋楼。

庞玉涛到深圳后，因为文化程度不高，又身体单薄，曾在几家建筑工地干活，都因无法承担繁重的体力劳动而昏倒，于是只好在一家酒店做保洁工，收入依然少得可怜。没想到，在酒店工作期间，他竟被一个大他23岁的“富婆”看中。庞玉涛经不起金钱诱惑，被“包养”了起来。他开始频繁地往家里寄钱，妻子很高兴，全村人都都认为他很能干。

后来，庞玉涛被“包养”的事情还是败露了，村子里的人都看不起他。妻子知道真相后，相当失望，愤而提出了离婚。离婚后的庞玉涛从此也很少回村了。

婚姻大事，须慎重对待

如今农村妇女外出打工经商，或在家从事种植养殖，成为市场经济的弄潮儿。经济的独立自主，使妇女史无前例地实现了自强与自尊，“不靠男人养活”，使妇女掌握了离婚的主动权，这是社会和时代进步的表现。但同时，我们也应当看到问题的另一面：人口流动、思想多元的社会，导致诱惑和变数增加，一些农民工禁不住各种诱惑，导致了夫妻反目，家庭分崩离析。

“外面的世界很精彩，外面的世界很无奈”。由于人口流动的加快和增多，由于金钱与物质的诱因增加，由于人们思想观念的转变，由于日常生活的实际需求，离婚现象的确在逐年增多，孰是孰非，我们还是不要一下子下结论。

河南省内乡县菊城律师事务所许健律师表示，从他所受理的一些打工者离婚纠纷案来看，之所以最后婚姻无法挽回，确实是“感情破裂”。提醒打工者要有意识地保护、维护好自己的家，夫妻双方加强沟通，增进感情，才是最可靠的保证。同时，许律师还说，在离婚这个较为敏感的问题上，也要实事求是，如果一对夫妻确实是感情破裂了，再生活在一起只有痛苦，那么离婚对提高他们的生活质量是有益处的。总之，不该离婚而离了不妥，而该离婚又不判离也不当，凡事要讲实际。

河南省内乡县民政局婚姻登记中心主任杨玉芬提醒打工者，在婚姻关系中要注意以下几点：

- 一是结婚时要慎重择偶，婚前要充分了解对方的品德、性格、爱好及能力，不要草率结婚；
- 二是慎重处理家庭夫妻关系。外出务工经商固然比较忙，且背井离乡不方便，但是如今交通、通讯发达，经常保持电话联系，互诉衷肠还是有条件的。同时，遇事要多沟通、多商量，平心静气解决问题；
- 三是相互忠诚，不能放纵性情，因喜新厌旧或生活琐事而草率离婚；
- 四是夫妻要同甘共苦，不能因贫富变化等原因而抛弃对方；
- 五是自觉抵制外界“黄、赌、毒”等不良嗜好的诱惑；

六是创造条件，争取夫妻双双结伴外出打工，或共同在家乡创业致富，防止夫妻感情的异化；

七是即使一时夫妻感情产生变异，也要冷静处之，先给对方一定时间进行慎重考虑，并充分依靠基层组织的力量，化解夫妻矛盾，协调夫妻感情。

如果夫妻实在感情破裂无法弥补，也要稳妥处理好离婚事宜，依法友好地分手，再重新安排好自己的生活。有下一代的，要特别对孩子说清楚，把孩子的生活、教育和成长安排好。

来源：中国妇女报

## 女性不结婚 或者离婚后如何

2014年8月25日 公务舱

我妈的第一个结婚对象，也就是我的生父，是她的大学同学。我妈研究生毕业以后两人结婚，到我出生。我不知道生父在外面偷情了多久，在我关于他的唯一的记忆里，深夜他回家，和我妈发生了争吵，撕坏了我的玩具兔子，摔门出去。我妈也就是在那时候，知道了那个女人的存在。那时候我3岁。

和那个年代多数的女人不同，也和现在的多数女人不同。我妈在非常快的时间里完成了离婚和抚养权的争夺，抛弃了在长春某大学的讲师工作，离开了祖祖辈辈生活的东北，带着我和2000块钱来到了上海，在远郊的一所初中当起化学老师。

如果故事到这里截止，那我也只能跟你们讲述一个离异女人的生活。可是我妈碰到了我爸。

我爸那时刚从新加坡回来，有着上海人的傲气和那个年代留学工作归来的意气风发。据说他俩一见钟情，可惜他们总是背着我谈恋爱，顶多一起带着我逛逛超市出去玩。在我记忆里，他俩从相识到结婚，可能也就半年一年的时间。我爸给了我妈一个我所知道的最宏大的婚礼。那年他们订了奥利安娜号游轮，在甲板上放起烟花，直到17年后的今天家人亲戚说起来仍津津乐道。我妈也曾打趣到，我爸求婚时候说，我没钱，银行卡里就2万，准备全拿来给你办婚礼。我妈说，哦，好呀。婚礼之后，我爸银行卡上只剩2块钱了。

学校给了校办厂里的房间，公厕和公共厨房。我爸在墙上糊上纸，用头半年在上海的工资给家里买了空调和录音子母电话机。那时候是1999年。（最高规格的家当）

之后我爸说，要去天津上班。我妈说，好啊，你去吧。

在我儿时的记忆里和我爸总是聚少离多，他在地上了7-8年的班，从天津到深圳。每年可能就回来过个年呆10几天。初三那年他回上海呆了一年，之后去了舟山，高三那年重回上海，呆到现在。尽管如此，我父母仍然是所有人眼里的模范夫妻。只要是我爸在，所有的家务都归他，最近的4年里，我妈没有洗过一天碗。只要我爸在家，风雨无阻的去车站接送她。每天晚上吃完饭，打热水给我妈泡脚，然后他去洗碗，好了再来给我妈擦脚。他买双300块的鞋会心疼半天，给我妈买衣服从来不愿意低于500，几千块的真丝睡衣买起来眼睛都不眨一下。他上班背的还是当年他从新加坡带回来的帆布包，却会叮嘱我看好每年c字打头奢侈品的新款，现在在攒钱想给我妈买个C2.55款。

我妈有时候会回东北老家，我爸为了送她，给她买了软卧，自己偷摸买了硬座，第二天火车上睡醒了再告诉她。把她送到老家再坐回来。等我妈要回来了再去东北接她。我妈今年又回东北了，再过10来天我爸就要出发去接她了。当然两个人也会有争吵，这么多年来我没有见过我爸对我妈说过一句难听的话，实在生气了会自己跑到小房间呆着，给我妈塞小纸条。我爸没有骂过我，唯一一次打我耳光是因为我和我妈吵架，我推了她一下。

我不知道大家如何看待我父母的婚姻，我也不知道我妈如何看待她的第二次婚姻。作为女儿，我觉得自己终于见到了这个世界上婚姻里的爱情。两个人在相互扶持，相互包容，相互陪伴的过程里，没有被琐事消磨，没有随时间流逝，十几年如一日的相处。

接下来就回到正题。

我曾问过我妈，担不担心我结婚晚或者嫁不出去。我妈表示婚姻只是生活的一个状态，你也许会碰到可以相互陪伴的人，也许碰不到，这些都不是大问题。她担心的只是万一生孩子太晚对身体不好。

所以女性不结婚或者离婚后如何，即使我也有种浓浓的无助感。

每个人的命运如何，只和你这个人有关系。

你的婚姻状态，由你自己决定。

如果因为“高不成低不就”而没有结婚日子过的惨淡

希望能明白一点，日子过的惨淡不是因为没结婚，而是自己的心态。我妈是89年正经的省重点大学硕士，却是二婚带着孩子的外地人。我爸是出国回来的上海人，99年月入上万，比我妈小3岁，疯疯癫癫的大专学历。两个人（尤其我爸）都有高不成低不就的理由，却仍然幸福快乐的生活到现在。

当然，如果双方性格不合，没有结婚反而是好的。因为即使结婚，这种不般配的性格仍不会过的好。

如果结婚了却遇人不淑，过的惨淡

我想说抱歉，生活会不如意，但你碰上了不对的不合适的人，却没有反抗的能力。我的生父出身官宦之家，我母亲出身贫寒，念大学前没有吃过白米饭。然而她在面对婚姻的失败时仍能有壮士断腕的心，毅然决然带着我来到上海。

一击即中的人实在太少，生命中会有很多不如意和失败。如果你不曾努力改善，或是在无力扭转后没有壮士断腕的决心离开，只能选择默默承受，那样即使没有结婚，也会被其他的不如意打到的。

没有结婚却寂寞无助，过的失落

我妈如今已是高级教师，她仍然每天会看专业书，写论文。也会去跳操，做瑜伽。和学校里的东北老乡组成东北会，定期聚会。关注商场打折，她不会开车，和要好的同事一起坐车去折扣馆。在我爸不在身边，家里家境最差，买菜都得掐着算的那几年，她带着我住在乡下的破房子，听不懂当地土话，下雨天房间里有漫山遍野的虫。我也曾双腿严重烫伤。她依然扛起了生活的重担，没有钱乘公交车，她带着我早起，一路背诗词走到学校。我的记忆里她没有抱怨也没有愁眉苦脸，每天都是高高兴兴的。

一个人的生活状态是由自己决定的，要学会自己给自己找事情做，要勇敢面对生活里的无助，要有一颗坚强的心。

我妈也曾回忆起那几年，乡下窗半夜被人打开，老鼠爬上被子，她笑谈当时心里也非常害怕，却只能自己安慰自己。

总而言之，这么多年来，我母亲一直向我灌输一点，生活的不如意，和婚姻无关，他人无关，只关乎自己。

来源：品读生活

### “禁啃老”立法引热议：老年人主动要求“被啃老”

2014年8月26日 法律图书馆

继江苏省、山东省等地之后，杭州市也将通过地方立法禁止有独立生活能力的子女“啃老”，而这次和以往一样引起广泛关注，质疑的声音也不在少数。

赞成的人表示，“啃老”虽属家庭内部问题，一直以来是民不告、法不究，但老年人有了这项权利，会对“啃老族”产生更强的震慑力。反对的人则认为，是否资助子女老年人本来就有决定权，立法实属“多此一举”。政府应该从社会保障机制和关心关怀上下功夫，扶持和引导那些暂时不能自立的社会群体，让他们能尽快摆脱对老人的生活依靠和经济依赖，通过一纸条例强行介入最后可能吃力不讨好。

但也有部分律师和学者认为并非多此一举。他们认为，之所以会产生“啃老族”，既有年轻人心理承受能力差、不能吃苦等主观原因，也有就业、住房等社会压力过大造成的影响，赋予老年人对“啃老”说不的权利之后，会不会行使这一权利，大部分老年人是可以具体情况做出良好判断的。

老年人主动要求“被啃老”

对于条例中“老人有权拒绝子女资助要求”的说法，似乎也隐含着制定者对年迈父母“被啃老”的恻隐之心。一项随机的抽样调查显示，不少老年家长表示自己是心甘情愿甚至主动要求“被啃老”的。

在受访的老人中，大部分表示乐意于子女投资购房。其中有已经为孩子支付首付或正在看房的，也有为孩子积极支持装修费用的。还有两位经济方面不太富裕的父母称，因无力为子女提供物质帮助反而感到歉疚。甚至有一位家长称自己孩子不愿被父母资助而考虑租房，但受到了她和老伴的一致反对。

由此可见，很多父母群体是支持“啃老”的积极参与者，并非是“被啃老”的消极受害者。

想一点都不“啃老”很难

除了溺爱型的“襁褓青年”和幻想乌托邦的“家里蹲”，社会中占较大比例的“啃老一族”更多的是有正常工作、按时领薪水的年轻一族。为何这些有独立生活能力的子女反倒需求家中老人的经济资助？涌入大城市，追求高品质的城市生活成为主要原因。

“孩子们都上班有工资，但是现在什么东西都贵，如果在老家生活的话还可以。但是孩子们愿意来北京，我们不能给孩子扯后腿，趁着现在还有能力，帮帮他们也是应该的。”接受采访的老人说，“我们就这一个独生子，他愿意来北京我们肯定是支持的。但是北京生活成本太高了，靠他自己打拼太难了。”

时下，社会高速发展带来的经济压力无疑大大增加了年轻人的生存成本，当成本高到一代人已经不能够独立承担的时候，也就出现了“啃老”，即两代人共同分摊城市化成本。

立法并没有“一刀切”

其实，当地法律本无打算一刀切地禁止或者根除“啃老”，只是在将生活中现有的公序良俗更为直观、更为明确地以法律形式记录下来。成年子女和父母本是独立的法律主体，在没有经过父母明确同意的情况下，使用父母财产这本是无权处分的侵权行为，这就已经超出了道德的范畴。同时，成年人独立承担法律责任，父母没有给“好手好脚”的成年子女提供经济资助的义务，这本是最基本的常识和法理。

严格说来，立法“禁啃老”禁止的只是对老人财产进行侵占的恶意行为以及强行要求“啃老”的无理要求，初衷更在于保护老人的独立财产权益，营造尊重老人、责任独立的社会氛围。

至于老人出于同情或者亲情，主动给子女提供经济帮助，当地法律也并未禁止，相反，对老人的财产独立支配权再度重申，更加能够体现出，老人给子女提供帮助是超越了法定义务的奉献行为，子女应该为之感恩，而非陷入理所应当的麻木。

主动“啃老”是教育的失败



今年 29 岁的徐青(化名)大学毕业后一直闲在家里啃老,还将一名女网友带回家长期同居。面对父母劝说,他称父母有义务养自己。最近,徐青的父母徐先生和朱女士将儿子诉至北京市海淀区法院,强制将独生子赶出了家门。

按照相关法律规定,对于徐青这样身体健康的成年人,父母已经没有抚养义务了。不过,父母诉诸法律将啃老孩子赶出家门很罕见。有人称,这具有破冰意义。诚然,这样的司法判例,对后来啃老者有警示意义,但是能狠下心来这么做的父母有几个?

法律不过是最后的救济手段,赶走了啃老孩子,看似胜利了,亲情却丢失了。其实,在此事件中,即使能赶走孩子也赶不走失败的教育:徐青是独生子,父母对其百般疼爱,可谓衣来伸手饭来张口,这导致徐青从小就好吃懒做。

用法律禁啃老不过是治标,通过好的教育让孩子拥有健康人格,才是治本之策。

禁“啃老”立法有积极意义

随着我国社会老龄化进程的加快,“啃老”问题也日益突出,而且“啃老族”呈现高龄化趋势。有报道称,“啃老”引起的家庭纠纷大约占整个家庭纠纷的四分之一。可见,并非所有老龄人都乐意、都能承受“啃老”之重。有学者将“啃老”上升为“代际剥削”,虽然从亲情的角度难获认同,却也揭露出某些子女的贪婪。

费孝通认为,中国的代际关系是反哺模式:亲代抚养子代,子代赡养亲代。为人子女,成年不仅意味着生理的成熟,也要求其在心理上相应的成熟起来,承担起相应的社会责任。为人子女最起码的要求,就是尽快独立,报答父母的养育之恩。很难想象,如果一个人连自己父母的养育之恩都不能报答,成年之后还在“啃老”,还奢谈什么对社会做贡献?

因此,山东等省以立法的方式禁止年轻人“啃老”,对于保障老年人的合法权益,弘扬中华民族敬老、养老、助老的优良传统,鼓励和促进年轻人自强自立,尊老孝亲,都有着积极的意义。

禁止“啃老”,入法更要入心。相关部门应该从社会保障机制和关心关怀上下功夫,营造良好的赡养老人的社会氛围。同时,扶持和引导那些暂时不能够自力更生的成年子女,让他们能尽快摆脱“啃老”状态。

### 读透“禁啃老”入法 尊重责任独立

2014年8月27日 中国妇女报 舒锐

《杭州市老年人权益保障规定(草案)》第二次征求意见稿已经开始面向社会征求意见。这部法规在保护老年人权益方面作出了多项规定,其中包括禁止有独立生活能力的子女“啃老”,对于虐待老人的养老机构最高可罚款3万元。

继江苏省、山东省等地之后,杭州市也将通过地方立法禁止有独立生活能力的子女“啃老”,而这次和以往一样引起广泛关注,质疑的声音也不在少数。反对声音主要集中在,法律不应该过多地介入道德,“不能轻易搞道德立法”;如此立法不利于形成和谐互助的家庭关系;相关立法在现实中难有强制性;法律难以根治“啃老”,很多子女确实生活上存在困难,这是个民生问题。

笔者以为,也许大多数反对者并没有读懂草案原文,更没有读透立法原意。草案的原文为:“老年人对本人的合法收入以及其他合法财产,依法享有占有、使用、收益、处分的权利。有独立生活能力的成年子女不得以无业或者其他理由要求老年人提供经济资助。”

在现阶段,一些子女尤其是独生子女,误认为父母的财产就是自己的,或者说迟早得留给自己,心安理得地使用着父母的财产,没有任何道德负罪感,更没有任何侵权感知,觉得找父母要钱花是理所应当的。如果父母不给,反而有诸多怨言,甚至打击报复。

事实上,成人子女和父母本是独立的法律主体,在没有经过父母明确同意的情况下,使用父母财产这本是无权处分的侵权行为,已经超出了道德的范畴。同时,虽然上位法没有直接明文规定,但是成年人独立承担法律责任,父母没有给“好手好脚”的成年子女提供经济资助的义务,这本是最基本的常识和法理。

实际上,当地法律本无打算一刀切地禁止或者根除“啃老”,只是在将生活中现有的公序良俗更为直观、更为明确地以法律形式记录下来。严格说来,立法“禁啃老”禁止的只是对老人财产进行侵占的恶意行为以及强行要求“啃老”的无理要求,初衷更在于保护老人的独立财产权益,营造尊重老人意思自治、尊重责任独立的社会氛围。

至于老人出于同情或者亲情,主动给子女提供经济帮助,当地法律也并未禁止。相反,对老人的财产独立支配权再度重申,更加能够体现出,老人给子女提供帮助是超越了法定义务的奉献行为,子女应该为之感恩,而非陷入理所应当的麻木。如果读透了相关法律条款的原意,我们还有什么理由反对呢?

(作者系北京市西城区人民法院法官)

## (七) 公证专题

### 违法公证遗嘱 公证员停业3个月

2014年07月17日 成都商报

公证员违规办理的遗嘱公证被法院采信,母亲名下套房产被判归兄弟一人继承。近日,因不服法院判决,成都市民刘辉向成华区检察院申请监督。经审查,检察院发现公证书存在多项违法情形,并依法向法院和公证机构发出了检察建议。目前,公证处已撤销该案的公证书;对经办公证员张某处以暂停办证3个月并全处通报。

公证员违规办理的遗嘱公证被法院采信，母亲名下一套房产被判归兄弟一人继承。近日，因不服法院判决，成都市民刘辉向成华区检察院申请监督。经审查，检察院发现公证书存在多项违法情形，并依法向法院和公证机构发出了检察建议。目前，公证处已撤销该案的公证书；对经办公证员张某处以暂停办证3个月并全处通报。

#### 两兄弟为遗产闹上法庭

去年，刘辉与刘洋兄弟二人在母亲去世后因房屋继承发生纠纷并起诉至成华区法院。在审理过程中，法院将刘洋提交的公证书直接作为证据予以采信，判决房屋由其一继承。

但刘辉很纳闷，母亲什么时候办理的遗嘱公证，他一点也不清楚。因对遗嘱的效力产生怀疑，刘辉向成华区检察院申请监督。

#### 一份公证遗嘱多处违法

成华区检察院查明，2009年1月，刘母因病入院治疗，次子刘洋于当日通过其代理律师与成都市国力公证处的公证员张某联系，申请为其母办理遗嘱公证。随后，公证员张某在未向申请人发送受理通知单的情况下，独自到医院办理遗嘱公证。在公证过程中，刘洋作为遗嘱受益人见证了全过程。谈话记录也是张某一人记录，没有他人的签字。张某也未对谈话过程予以录音、录像。

次月，国力公证处出具公证书，遗嘱主要内容为，刘母指定将其位于成都市成华区某处的一套房屋在其去世后由刘洋继承。

办案检察官介绍，根据《公证程序规则》和《遗嘱公证细则》等有关规定，张某的行为存在以下违法之处：一是刘洋作为遗嘱受益人未进行回避；二是刘母系双目失明的盲人，按规定必须进行录音、录像；三是办理公证应由两名公证员进行。检察官告诉成都商报记者，调查中，张某不承认受益人在场，但受益人自己承认在场；对于没有录音录像的问题，张某的说法是当天是假期，无法拿到别人保管的设备；张某也提出自己是两个人去的，但检察官说，调查显示笔录上只有张某一个人的签字。

#### 公证员被停业3个月

根据调查的事实，成华区检察院在向法院发出再审检察建议的同时，依法向国力公证处发出了检察建议，建议该处撤销该案的公证书，并对相关责任人予以适当处罚。

近日，国力公证处收到上述检察建议后，经该处复查委员会讨论后已决定撤销该案的公证书；对经办公证员张某处以暂停办证三个月并全处通报；同时完善制度建设，加强对公证人员的教育及管理，并书面回复了检察院。（文中人物均为化名）

## 公证视点：中国公证功能之重构（上）

2014年8月6日 公证人 山东省青岛市市中公证处 张红光，

内容提要：本篇旨在通过法律解释学的运用，对公证的内容与形式、公证的结构与功能等进行比较和历史分析，提出全新的公证功能论，并以此作为选择和厘定我国公证的属性、归类及发展路径的基础与核心概念。

关键词：公证 法律解释 功能 结构 重构

### 一、功能概述

“功能”是一个被广泛使用的概念，直到目前为止，对其并无统一认识，人们从不同的领域，以不同的观点，给出不同的定义。有人认为它是事物的任务，有人认为它是事物的用途……日本学者T·富山等对这种现象评价说，“就功能来说，没有一种清楚和唯一的定义，而且似乎不可能客观地描述功能，这是因为功能是一种直觉概念，它取决于设计者或使用者的意图”。

在人们最初提出“功能”这个概念时，是把它作为一个反映客体本质属性的重要概念来使用的，客体的功能是由客体的固有属性决定的。因此，只要客体的定义恰当，就有可能准确地描述其功能；也只有客体的定义准确，才有可能准确地描述其功能。同时，一个客体的固有属性以及由其固有属性决定的特征可能是多方面的，所以选择哪方面的属性或特征来表征“功能”就成为解决功能描述问题的关键。

任何事物都是一个系统，任何系统都是一个有机的整体，它不是各个部分的机械组合或简单相加。系统的整体功能是各要素在孤立状态下所没有的性质，因此探究事物的功能，必须借助于系统论。系统论是研究系统的一般模式、结构和规律的学问，其核心思想是系统的整体观念，为研究和解决自然科学、社会科学的各种问题提供了方法论基础。一个主系统可以分解为若干个子系统，子系统还可以继续分解，直到不必再分解的组成要素为止。主系统有系统的功能，子系统有子系统的功能，单个要素有单个要素的功能。一个功能表达系统应该能够表达技术系统各个层次的功能。在系统论下，功能与结构相对，指有特定结构的事物或系统在内部和外部的联系和关系中表现出来的特性和能力；结构则是事物或系统内各组成要素之间的相互联系、相互作用的方式，它既是系统存在的方式，又是系统的基本属性，是系统具有整体性、层次性和功能性的基础与前提。研究系统的功能，可以根据已知对象的内部结构来推测。源自社会学理论的“结构——功能论”（structural functionalism）经帕森思和卢曼等人的努力，已经被广泛运用到法律功能的分析上，并形成了日臻完美的理论体系。

一个客体究竟具有多少种功能，是由客体的固有属性决定的；使用条件不能决定客体的功能是否存在，但能决定客体的功能能否实现。在设计系统中，人们引入了“任务”和“用途”来解决功能的描述，但“任务”和“用途”

与客体的固有属性无必然联系，而只是与客体的设计者或使用者的意图有关。一个客体的实际应用效果与设计者或使用者的意图在本质上并不是一回事，只有当二者一致时设计或使用才是成功的，这就是为什么会出现“设计失败”或“使用不当”的本质所在。就设计者来说，必须使客体具有正确的固有属性才能使客体具有预期的功能；就使用者来说，必须就客体配备正确的使用条件才能使客体实现预期的功能。

在通常情况下，人们只是关注客体的那些已经被人们了解并与使用目的直接有关的功能，把一个客体的所有功能逐个地表达清楚是难以做到的。这正是因为一个客体的某些功能只有在特定的使用条件下才能被人们认识和利用，而使用条件与使用目的有关，使用目的的多样性导致使用条件也是多种多样的，要想把一个客体的各种使用条件全都枚举出来同样是难以做到的。充分利用了既存的使用条件，使得客体的某个或某些功能得以实现，叫“功能实现”；有使用条件但没有发现或发现了但没有利用这一条件，使得客体的某个或某些功能没有实现，叫“功能隐藏”；失去一种既存的使用条件，使得客体的某个或某些功能难以实现，不能满足某种需求，叫“功能失灵”；既存的使用条件发生变化，使得客体的某个或某些功能难以完全实现，不能完全满足某种需求，或“功能弱化”；创造一种新的使用条件，使得客体的某个或某些功能得以实现，从而满足某种需求，则叫“功能发现”。

## 二、公证功能概述

“世界各国基于不同的文化传统和法治理念，基于不同的经济和社会管理机制，基于对设置公证制度的不同功能预期和赋予公证证明不同的内涵与效力，逐渐形成了两种迥然不同的公证制度，即英美法系模式和大陆法系模式”。拉丁公证体系之所以区别于英美公证体系，表面上看是由于历史传统、法律文本、公证方式的差异，实际上是由两者不同的公证功能决定的。

2003年，中国公证员协会加入国际拉丁公证联盟，时任司法部副部长段正坤表示，“中国公证员协会加入国际拉丁公证联盟，不仅标志着中国的公证制度作为一个完整的法律制度被联盟的各成员国所认可，也标志着中国的公证制度已成为世界公证体系的一个组成部分。”2004年，时任司法部部长张福森说，“我国是成文法国家，公证制度一开始就接受大陆法系的作法……由大陆法系国家组成的拉丁公证国际联盟已接纳我国公证员协会为正式会员，我国的公证制度进一步得到大陆法系国家公证组织的普遍认同。可见，借鉴大陆法系国家公证制度的作法，对重大经济活动和公民重要法律行为进行必要监管和‘适度干预’，符合我国社会主义市场经济建设的实际需要，也符合未来我国公证制度发展的客观规律。”显而易见，我们在审视中国公证时，是将拉丁公证这一客体假定为事物的本体，意图按照这一假定本体的属性建立一个与之同质的客体——中国公证法律制度，并具备和实现相同的功能。

但法律的运作显然不是法律愿景和法律移植。任何事物包括公证法律制度，在哲学上都分为“内容与形式”两个方面，两者是辩证统一的，没有无形式的内容，也没有无内容的形式：内容决定形式，形式依赖内容，并随着内容的发展而改变；但形式又反作用于内容，影响内容，对内容的发展起促进或掣肘作用。事物的属性由事物的内容和形式共同决定。公证作为旨在实现社会控制的一种法律制度，哪怕是神学派和自然法学派的原教旨主义者，也会认为其不过是人为设计的结果而已，只是由于法律借鉴和法律构建的需要，拉丁公证才成为了一个假定的本体性客体、属于存在。但中国公证显然是意志选择的产物、属于意识，因此我们的意志赋予了公证法律制度什么样的内容和形式，它就会在实践中展示和发挥什么样的功能；同时实践的结果又会反过来或印证、或强化、或否定我们的意志选择。因此，中国公证具备怎样的功能，取决于以下几点：第一，它整体上是否符合拉丁公证的固有属性；第二，设计者的意图是否与实际结果一致；第三，使用者的意图与实际结果是否一致；第四，在条件与结果的逻辑关系上，“功能实现”、“功能隐藏”、“功能失灵”、“功能弱化”、“功能发现”各自的表现是怎样的？

同时，在系统论下，公证本身是一个系统，在其上有“母系统”，在其下有“子系统”。因此，讨论中国公证的功能，还必须在系统论下，通过中国公证的结构，去分析中国公证的系统功能，而不是限于个体功能和个别功能。当然由于我们无法厘定公证的各种使用条件，这种讨论所能给出的结论是有限的，正所谓“可无限接近，但不能到达”。

## 公证视点：中国公证功能之重构（中）

2014年8月7日 公证人 山东省青岛市市中公证处 张红光

### 三、中国“公证”的演化——文本分析

#### （一）建国初期的“公证”

1949年新中国成立之后，废除了国民党政府的六法全书，也中止了中国移植西方资本主义国家司法制度的活动。在向苏联“一边倒”的基本国策下，新中国开始了全面移植苏联司法制度的进程，公证制度概莫能外。但是同我们与历史“一刀两断”的果决不同，苏联的民商事立法虽然强调意识形态的不同，但“不否认苏俄的民法是继受罗马法的，罗马法是历史渊源”。从历史传承来看，俄罗斯是以东罗马帝国的继受人自居的，“在社会主义制度建立之前，俄罗斯就是一个具有法典编纂的充分条件的国家，俄国没有欧洲大陆国家那样齐全的法典，但为了有法典，它做好了一切准备”。列宁向来强调社会主义不是凭空建立的，他认为“不要忘记，我们今天的社会就是建立在欧洲文明基础之上的，而欧洲文明，则是在古代希腊和罗马奴隶社会所创建的文明基础上发展起来的”，因此苏联民商立法及由此为肇端形成的社会主义法系跟罗马法及集罗马法之大成者的《法国民法典》和《德国民法典》存在着天然的承继关系，公证制度也是如此。从我国中央人民政府法制委员会编译的《苏俄国家公证章程》及《苏

联公证工作资料汇编》来看，除了基于对马克思主义的信仰将公证人变更为国家公证处外，苏联公证的业务范围与功能并没有偏离法德两国既已设定的轨道，甚至在某些方面推陈出新，如保全证据领域。从北京政法学院民法教研室、民法教研室编辑的《公证参考资料（下）》一书来看，建国之初我国的公证业务范围及功能在很大程度上跟苏联亦步亦趋，在公私合营合同公证方面更是大显身手。文革之前，虽然我国没有当下严格法意义上的公证立法，但地区性的公证办法及司法部1956年的《关于公证业务范围的通知》等依然构成了公证制度的雏形，如按此趋势发展下去，那么我们今天可能就不必为“公证的功能”这一课题而如此伤神了，但可惜的是在经历了辉煌的二十世纪五十年代之后，随着法律虚无主义的盛行，曾经是董必武等老一辈革命家和法律人眼中之宠儿的公证遭遇了灭顶之灾，其功能自然也就消弭殆尽。

## （二）《公证暂行条例》时代的“公证”

司法部于1980年发布《关于恢复国内公证业务的通知》（[80]司发公字第29号），国务院于1982年发布《公证暂行条例》，中国公证由此得以重生并逐渐发展壮大。但此时其已经出现与建国初期的公证渐行渐远的端倪，由下列变化可以管中窥豹：

1、公证处不再是按业务需求设置，而是按行政层级体系设置。建国初期，公证处一开始设立在法院；1954年《人民法院组织法》通过后，公证处由法院移交司法部；1959年司法部被撤销，此后21年里公证工作由法院负责，在这一时期内，公证处并没有“遍地开花”，而是根据业务需求，“作为革命的一块砖，哪里需要哪里搬”。司法行政机关重建后，公证处一开始也是根据具体业务需求设立的，甚至权宜之下不要求设立在司法行政系统内，但是随着地方司法行政机构的逐渐健全，尤其是1982年司法部去大部化、职能和权力相对弱化之后，公证处最终成为了各级、各地司法行政机关都配备的一个部门。它的首要任务不再是提供和满足国家、社会、民众对于公证法律服务的需求，而是满足司法行政机关自身的科层制构建需求。嗣后中国公证功能的日益异化和今日公证改革的步履维艰莫不缘于此，它无法在业务需求的开放性与科层需求的封闭性这一对先天的不可调和的矛盾之间寻得平衡。

2、公证处不再是司法系统的组成部分，而是行政系统的一个枝桠。建国之初，司法部实行大部制，文革之前的公证处，虽然也属于国家机关的一部分，但无论是归属人民法院还是归属司法部的时候，都属于司法系统的一部分，其处理的是非讼案件，与处理诉讼案件的审判庭并足而立、分工合作，仿西欧及苏联例，“公证事务如有不当时，当事人或关系人得向法院提出异议”。文革之后，公证制度虽然仍被视为“我国司法制度的组成部分”，但公证处却改换门庭至行政系统。《公证暂行条例》第七条第三款关于公证从业人员任免的规定、第二十五条第二款关于公证申诉的规定、第二十六条关于撤销公证书的决定提供了文法支撑。《公证暂行条例》发布之后于当年进行的司法行政职能的调整，则使得被弱化的司法行政机关加强对公证处的行政控制成为必然。1986年的《办理公证程序试行细则》、1991年的《公证程序规则（试行）》、1999年的《公证投诉处理办法（试行）》、2002年的《公证程序规则》莫不体现了这一点。最高人民法院行政审判庭《对〈关于审理公证行政案件中适用法规问题的请示〉的答复》（法行[1999]4号）则对此做出了司法确认。公证处行政化的结果就是其不是按司法制度的规律去运行，而是按行政体系的规律去运行，而当事物背离了其本身的运行规律时，其功能出现异化就不可避免。

3、公证不再是作为独立的非讼程序存在，而是化身“国家证明权”。公证通常被认为属于程序法的范畴，在程序法中予以研究。但民事程序法又分为非讼程序法和诉讼程序法，非讼程序法又称非讼事件法，大致上可分为两种类型：一是法国式，没有独立的非讼程序立法，而是在诉讼法典及民法典等实体法中予以特别规定；二是德国式，有独立的非讼程序法典，与民法典等实体法相配合进行法律调整和控制。两种类型下的非讼事件均由公证人和法院根据法律规定或分别处理或协同处理，只是在主导权和各自的作业范围上会有所区别。苏联采取了法国式，因此建国之初，虽然我们翻译的苏联公证法律资料和自己制定的公证法律规范中，介绍和定义公证的时候，“证明”一词经常作为主谓语出现，但其功效却决不限于证明，如此时区分公证和认证且两者的文本载体不一样、如非讼家事案件几乎均由公证处办理、如可以对众多的合同之债注以执行许可、如继承权公证不限于出具继承证明书还包括公告继承、遗产管理，等等。因此，此时我们对“公证”这个词，抛却意识形态的因素，还是在“语境解释”的前提下作为一种独立的非讼程序使用的。1982年3月公布的《民事诉讼法（试行）》开始将“公证”与“证明”连接使用，一个月后发布的《公证暂行条例》也正式在立法上使用“证明”一词作为公证定义的主谓语。虽然有人清楚地认识到《公证暂行条例》规定的公证职能并不限于证明，虽然司法部公律司也曾经认为“程序法分为两类，一类是诉讼程序，一类是非诉讼程序，后者主要是公证”。但如同法学界忘却了“法律行为”属于民法特定的法律概念一样，我们也逐渐模糊了作为专业术语的“公证”、作为公证制度下的“证明”与其各自的一般汉语词汇并非是一概念。其典型表现有二：第一，1991年《民事诉讼法》正式颁行的时候，条款中“公证证明”的表述依然；第二，司法部根据《公证暂行条例》第二十九条的授权，于1994年解释说“公证处是行使国家证明权的机关（当然包括司法证明权），代表国家统一行使公证证明职能”，从此“国家证明权”作为官学在公证界大行其道。

## （三）《公证法》时代的“公证”

从事物的状况与时间维度的联系而言，这并非是与《公证暂行条例》泾渭分明的时代。之所以将其分列，是因为业界不仅没有借《公证法》立法的契机，实现公证功能的回归与拓展，相反却将“证明”论推至登峰造极；而公证本身所具有的作为权利保障和实现的独立非讼程序的属性及其功能等，却被逐渐淡化。

在1986年举行的公证制度研讨会上，时任司法部副部长鲁坚表示，“公证制度建设落后于其他制度建设20来

年，公证制度研究也落后于其他制度研究 20 来年。这造成了我国公证制度研究工作落后、被动的状况。这种状况突出反映在两个方面：一方面，理论工作者还未能完全把公证制度作为一项独立的法律制度进行整体的综合性的研究，往往限于在研究民事诉讼法制度中附带研究；另一方面，公证工作者还未充分认识理论研究对于公证制度建设的重要性，往往拘泥于对具体实务的个别经验总结。这种状况如不迅速改变，将会贻误战机，影响公证制度建设的迅速发展”。由此次研讨会的论文集内容看，与会者对公证的业务范围、作业方式以及功能价值等进行了深刻反思。1993 年，十四届三中全会做出《关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》，要“发展市场中介组织，发挥其服务、沟通、公证、监督作用。当前要着重发展会计师、审计师和律师事务所，公证和仲裁机构，计量和质量检验认证机构，信息咨询机构，资产和资信评估机构等”。可见，我们曾经是在思想层面和政策层面都有着突破《公证暂行条例》的简单证明模式的准备和契机的。但可惜的是，及至《公证法》颁行，又一个 20 年过去了，我们不能说没有进步，但整体而言并没有超出当年言辞的深度和广度，反而是在自筑藩篱。

公证界现在对外宣称公证具有“服务、沟通、证明、监督”的作用，与十四届三中全会决定中的相关内容相比，由“公证”到“证明”，一字之差，改变的不仅仅是言辞，更重要的是它直接反映了中国公证设计者和使用者的主观心理意图和客观执行方式。它延续了《公证暂行条例》时代的“证明论”。但公证具有证明作用，其他组织和个人没有吗？于是乎，我们只能在“特殊证明论”上下工夫，以显示自己的优越和与众不同。虽然期间不乏公证是否属于国家证明权的反思，但有着《民事诉讼法》赋予的“证据之王”的坚强支撑，以“特殊证明论”为核心的公证功能论的声音从未减弱。《公证法》第十一条规定了公证事项，第十二条规定了公证事务，其范围远非“证明”所能涵摄，即便是最“正统”的观点至少也会将第十二条所列之事视为“非证明业务”；《公证法》第三十六条 在规定公证书的证明效力时更是改变了既往立法中“公证”与“证明”一并出现连接表述的方式，只保留了“公证”二字。可惜的是，法律的解读者和实践者没有理解立法者的这番苦心造詣。

《公证法》第二条规定，“公证是公证机构根据自然人、法人或者其他组织的申请，依照法定程序对民事法律行为、有法律意义的事实和书的真实性、合法性予以证明的活动。”由法律出版社主编的《公证法释义》一书就本条做出的解释是：“本条是关于公证定义的规定……公证证明的对象是民事法律行为、有法律意义的事文书……公证证明的法律意义是被证明对象的真实性和合法性……”。《公证法》第六条规定，“公证机构是依法设立，不以营利为目的。依法独立行使公证职能、承担民事责任的证明机构。”上书就本条做出的解释是：“本条是关于公证机构性质的规定……未依本法设立的机构，不得行使公证证明权……公证机构的职能是法律赋予的专门证明职能……证明是一种非常普遍的现象。证明就是据实以明真伪，用可靠的材料来表明或者断定人或事物的真实性。证明的形式是多种多样的，例如，公证、合同鉴证、认证、律师见证等。公证证明区别于其他证明形式之处在于公证证明是特定的主体通过特定的程序对特定的事项进行证明并产生特定效力的证明活动。公证机构区别于其他证明机构在于公证机构行使的是专属的公证证明权……”。《公证法》第四十条规定，“当事人、公证事项的利害关系人对公证书的内容有争议的。可以就该争议向人民法院提起民事诉讼。”上书就本条做出的解释是：“公证是对事实的证明，是一项证据，不是一个行政决定，不需要单独对其效力进行认定。作为证明事实的一项证据而言，公证同其他证据在性质上是一样的，公证与其他证据的不同仅在于其证明力更强一些”。

《公证法》的第二条、第六条、第十一条、第十二条、第三十六条、第四十条之间的立法条文显然是存在矛盾的，不过这一矛盾是可以通过法律的体系解释弥补的。但法律解释存在二元化或多元化的可能，“有时你会发现，如果你找到一条为你自己辩护的准则或规则，你的对手也会找到一条反驳你而为他自己辩护的准则或规则”，即便是“事实清晰、规则确定的案件，其答案也可能有两条开放的、通向不同目的地的道路”，公证可以选择向立国之初的回归，也可以继续选择“特殊证明论”，但不幸的是公证选择了后者。《公证法》实施之后，《民事诉讼法》历经 2007 年和 2012 年两次修订，“公证证明”的表述未曾改变；最高人民检察院《关于公证员出具公证书有重大失实行为如何适用法律问题的批复》（高检发释字（2009）1 号）也将公证行为定为证明行为，将公证书定为证明文件。

#### 四、证明论下的“公证”——经验分析

“理论指导实践”，“思想支配行动”。在“特殊证明论”的影响和指引之下，中国的公证实践几乎不可避免的在整体上向单纯的证明模式挺近：因为只是证明，所以我们忽视非讼程序与诉讼程序的对接；因为只是证明，所以公证行为的司法审查均采证据规则；因为只是证明，所以我们的《公证程序规则》更像是证明规则；因为只是证明，所以我们只制定证明业务规则不制定非证明业务规则；因为只是证明，所以我们只拟定证明业务公证文书而忽略非证明业务公证文书；因为只是证明，所以是公证处的印章而不是公证员在向社会提供服务；因为只是证明，所以我们的工作高度同质化容易劣币驱逐良币；因为只是证明，所以我们的收费只有政府规制没有协商；因为只是证明，所以我们放弃了取证中的职权主义；因为只是证明，所以我们不需要区分公证和认证；因为只是证明，所以我们更重视《公证法》第十一条而忽视第十二条；因为只是证明，所以我们的工作内容和方式是被动和单一的，以盖章出证为终点……同时，这些实践又进一步强化了“特殊证明论”的正当性：将其实只是拉丁公证不动产事务“删节本”的昆明模式要么视为离经叛道的异端要么视为高不可攀的圣地；将在拉丁公证中最为传统的司空见惯的民间借贷视为洪水猛兽；将在拉丁公证中不言而喻的不动产中介业务视为不务正业误入歧途……“斯德哥尔摩综合症”在中国公证身上出现，形成了一个无解的循环论证的死结。

公证行业常叹息我国没有欧陆国家的法定公证制度，无法有效发挥公证的功能和作用，十分希望获得立法的青

昧，并为此做出了一定的努力。但现实是，不仅相关努力没有收到实效，而且以收养公证的失去为开端，即便法律或其他规范性法律文件中写上了应当公证条款，也相继失了守。观察这些年我国的各种规范性法律文件，普遍排斥公证，它们只有在迫不得已的情况下才会设立公证条款作为权宜之计；一旦条件改观或认定了公证的“庐山真面目”是“证明”，就会毫不犹豫的改弦更张，《证券质押登记业务实施细则》的变迁就是最明显的例子。赠与公证也已经在北京等地溃坝了，它会在全国形成多米诺骨牌反应吗？有人将此归咎于《公证法》第十一条和第三十八条之限制，此不无一定的道理，在这其中的确有设计失当和解读错误的原因。但如果行业真能够具备并发挥拉丁公证的系统功能，解读和实践的结果可能会完全不同。以不动产赠与公证与继承公证为例，基于历史习惯和部门规章，它们在我国几乎就是法定公证。但只要看看我们的房屋赠与公证规则与服务模式，再看看法国同行对不动产业务的处理模式；看看我们的继承公证指导意见和服务模式，再看看俄罗斯同行的处理模式，就会明白什么叫“淮南为橘淮北为枳”。虽然都叫“某某应当经过公证”，但相同的只是文字的对译而已，内容与形式都相去甚远。其结果就是拉丁公证的这两项业务坚如磐石甚至得到了强化，而公证却被冠以妨害自由和垄断收费的帽子，遭到了社会各界猛烈的口诛笔伐。前者在各地相继失守，后者先降收费、前途未卜。

另一个实在的例子发生在我国的近邻越南身上。作为与法国有着深厚渊源的国家，越南在1995年制定民法典的时候规定了许多公证条款，其中就包括了不动产转让合同必须公证的内容。这部法律出台后在世界上赢得了很高的声望，获得了包括星野英一教授在内的诸多法学家的赞誉。然而，越南在2005年修订民法典的时候，将其中法定公证的条款悉数删除。涉及的原因有很多，一方面，有譬如英美法的入侵、形式主义的衰落等等；另一方面，越南的公证人理论上如同我国采用特殊证明论和单纯证明模式，甚至在实践中可能还不及我国公证人严谨。这些都导致越南公证徒有拉丁公证之名，而无拉丁公证之实；法定公证事项也最终被视为阻碍自由、影响效率的因素被立法者放弃。

卡多佐认为，“一项法律规则在较好地发挥了应有功能时，才会如同被颁发了许可证似的易被公众所认可”，没有内容和形式、只有文字言说的法定公证，其属性和功能必然是空洞无物的，是没有说服力和生命力的。法定公证在越南只存在了十年，越南公证创造了世界公证史上的一个短命王朝。特殊证明论下的中国公证即便有了法定公证，能存续多久呢？会打破这一纪录吗？上市公司证券质押合同公证可是只存活了三年半。如果法国公证人也采“特殊证明论”并以我国模式办理公证，其结果也是可以想见的。

按照法兰克福特大法官的说法，“法律的制定和实施都必须以一种哲学观的指导下进行”，如果我们坚持国家证明论或其他特殊证明论，那么中国公证几乎已经将其功能发挥到极致，这在相关立法和司法实践中得到了广泛支持和确认，我们对此应该感到非常欣慰和满足而不是抱怨与愤懑。“特殊证明论”造就的是一种既不同于拉丁公证又不同于英美公证的中国式公证，其以英美公证的见证模式与拉丁公证的审查模式相结合，希图既具有英美公证的轻松惬意又具有拉丁公证的尊崇荣耀。但可惜的是，国家、社会、民众都不认可这一“创新”，我们自己也不满意。如果我们将新中国成立之初学自苏联的公证当做社会主义中国公证的历史源头的話，那么我们不仅背离了拉丁公证，也背离了我们的血统和传承。

笔者猜测，司法部在提出“国家证明权”这一观点之时，可能更多是强调中国公证的意识形态成分，这一点是可以理解的。但事与愿违的是，反而是其中的证明论成分迅速占据了我们的头脑并指引了我们的行为；当其意识形态成分松动的时候，“证明论”已经成为一个更顽固几乎是坚不可摧的堡垒。当下，证据法学上的法定证据理论已经昨日黄花；而按照经济学的理论，只要其他形式的证明可资采信取代公证证明的话，那么就应该选择那些更简便、更效率的证据形式及证明方式。司法改革的推进、法官自由心证能力和权力的扩大将为此提供肥沃的土壤、丰富的营养和充足的阳光雨露。照此趋势发展下去，除非法的世界化停止，否则中国公证极可能在潜移默化中蜕变为英美公证，最好的结果也是成为公证与律师合一而功能被大大弱化的“韩国公证”。

##### 五、“公证”的法律解释——定义与功能

古希腊德尔菲神庙上有一句名言：“认识你自己”，令人警醒。如果不能正确的认识自己，就很可能出现东施效颦、邯郸学步、互相矛盾的笑话，结果就会或是自怨自艾或是自暴自弃。公证功能的客体是公证，公证功能可以由公证的概念来推导和描述，因为只要客体的定义恰当，就有可能准确地描述其功能；也只有客体的定义准确，才有可能准确地描述其功能。

国内的教科书和文章在介绍中国公证时，都认可作为法律制度的公证是一种舶来品。而在体系上，中国公证无论过去、现在还是未来都属于拉丁公证。卡多佐大法官曾言，“当我们谈起法律时，最重要的不是探究法的起源，而是探究法的目的。如同我们选择了一条道路，如果不知它通往何处，那么便无智慧可言”。从我国《公证法》第一条规定的立法目的、第十一条和第十二条规定的业务范围及第五章规定的公证效力来看，中国公证也的确是视拉丁公证为本来进行构建的。在实在法的整体系统之下，除了法定公证制度缺失这一重大区别外，中国公证和拉丁公证真的很像师出同门，修的是同一门武艺；只是家底比较薄，属于“富家翁”的“穷亲戚”。但仔细甄别之后，会发现两者存在着云泥之别。

汉语的“公证”一词也有名词和动词之分，作为名词，它是指公证制度；作为动词，它是指公证活动。现代社会中，法律是社会控制的主要手段，名词“公证”作为一种法律制度设计，自有其功能和价值，但需要由公证主体通过动词“公证”去实现。名词“公证”的功能为何、能否实现及如何实现，不仅取决于制度设计（决策力——法

律制定),更取决于公证活动中的制度解读(理解力——法律解释)和制度执行(执行力——法律实践)。古训云“徒法不足以自行”;非洲谚语说“大象的眼里鼻子最伟大,犀牛的眼里牛角永远是第一位”;霍姆斯大法官说“法律的生命在于经验而不是逻辑”。制度设计上再美的愿景,只要制度解读和制度执行任一出现“歪嘴和尚念经”的情况,那么就会“名相如实不相如”,导致或事倍功半或谬以千里或南辕北辙的结果;如果制度设计本身就存在问题,那结果就会更糟。因此,讨论中国公证的功能,就必须对中国公证的制度设计、制度解读和制度执行进行反思甚至重造,这需要借助于法律解释对“特殊证明论”进行清算。

法律应当“清楚明了、内部逻辑一致……”、“清晰性要求是合法性的一项最基本的要素”,但由于语言的开放性和模糊性、预见力和表达力的有限性等原因,使得“任何法律、具体的法律规定以及受合同约束的协议在能够恰当地适用或执行之前都需要解释”。在法律解释上,“传统的方法论,如由萨维尼创立和自萨维尼以来的方法论,仍显得是一个足够坚实的基础,我们时代的法律者可以将之信任为其思想活动的基石”。当今的法律解释,有“文义解释、论理解释、比较法解释、社会学解释,其中论理解释包括体系解释、法意解释、扩张解释、限缩解释、当然解释、目的解释、合宪性解释”等各种方法。各种方法之间也并非壁垒森严,常常是几种解释方法彼此融合、协同作用,如“法律概念是否过度抽象化或者具体,是相对于其规范功能而言的,需要通过对其意欲达到的规范目的进行衡量而作出判断,因而限缩解释、扩张解释与立法目的也就难解难分”。本文将根据具体需要主要综合运用文义解释、法意解释、目的解释三种方法对“公证”进行解释。

“概念是法律思想的载体,是将杂乱无章的具体事项重新整理归类的基础”,法律概念“将大量彼此不同,而且本身极度复杂的生活事件,以明了的方式予以归类,用清晰易辨的要素加以描述,并赋予其中法律意义上‘相同’者同样的法律效果”。但法律中绝对确定的概念是罕见的,大多数法律概念至少是部分的不确定——既有清晰的“概念核”又有模糊的“概念晕”,对之“按照法律条文用语之文义及通常使用方式,以阐释法律之意义内容”进行文义解释就无可避免,文义解释被尊为法律解释的首选和边界。法意解释又称历史解释、沿革解释,我们通常所讲的历史解释是指“通过探求立法者在制定法律之时所作的价值判断和意欲实现的目的,确定立法者的意思,在此基础上得出法律规范的含义”。卡多佐大法官和罗斯科·庞德教授还通过法律的发展史来判断法律的存废与含义,历史方法对于法学研究和法律适用具有重大的价值,因为“历史在照亮昔日的同时也照亮了今天,而在照亮了今天之际又照亮了未来”。目的解释,是“指以法律规范目的为依据,阐释法律疑义的一种方法”。德国学者耶林认为解释法律,必先了解法律所欲实现何种目的,以此为出发点,加以解释,始能得其要领,目的为解释法律之最高准则。目的解释之所谓目的,除法律之整个目的外,还应包括个别法条、个别制度之规范目的,个别规定之规范目的。

正义是人类和法律永恒的追求,作为法律制度的公证必然以正义为名并行正义之实,但法律是发展的,而发展中又有质变和量变之分,因此“正义有着一张普洛透斯似的脸,变幻无常,随时可呈不同形状并具有极不相同的面貌”。既然西方的公证制度也经过了漫长的历史演化,至今有拉丁公证制度和英美公证制度之分,拉丁公证制度内又有法国公证、德国公证、意大利公证、日本公证等之分,英美公证制度内又有英国公证和美国公证等之分,那么就说明“公证”的内涵与外延一直处于变动不居的状态之中。拉丁公证与英美公证固然不同,昨日之拉丁公证与今日之拉丁公证也有区别,拉丁公证联盟内同一时期不同国家和地区之间的公证也同中存异。因此我们在谈论一个国家和地区的公证制度及其功能时,必须将之放在特定的历史时空背景下,否则就失去了参照而晦暗不明。

法律是发展的,但法律又是稳定的;正义的脸谱会发生变化,但正义之脸的“碳水化合物”成分不会发生变化。在现代公证制度诞生地的法国,公证一词的法文词语为 *authentifieur* (动词)、*authentification* (名词),原意为对事实的确认。就笔者手中拥有的翻译资料来看,《法国公证机关条例》第一条规定:“公证人……受理当事人必须或愿意使真实性得到确认的一切文件和合同,赋予其公证效力……”;《比利时公证法》第一条规定:“公证人……职责是受理当事人必须或希望通过当局的公证行为来确认具有真实性的文件和契约,确认其日期,保管存款,送达公证书的大字抄本和副本”;《西班牙公证人职业法》第二十三条规定:“公证人可以对在公证证书及其文件的特别性质上有必要确认与当事人是否相识的事件,或对有必要根据法律、规章所规定的补充方法,确认某人确系本人的事件进行公证”;《罗马尼亚国家公证处组织与职能法》第五条规定:“在法律规定的情况下,对由国家公证人员个人确认的法律事实签发公证证书”。德国、意大利、日本等国的公证立法中虽然没有明确使用“确认”一词,但运用体系解释的法律方法,也很容易推导出这些国家的公证立法中,“公证”概念的核心是“确认”而不是“证明”。因此,拉丁公证作为客体的本质属性就是“确认”而不是证明,其功能自然也就是“确认”——可能包含证明但不限于证明更不仅仅是证明。我国曾经有人准确地描述过这一点,西北政法学院科研处于1983年汇编的《公证手册》就分别这样定义公证和公证行为:“公证是公证机关根据当事人的申请,依照法定程序,对法律行为及有法律意义的文件和事实确认其真实性和合法性的一种活动”、“公证行为是公证机关对公证的对象(一定的法律关系或法律事实)予以确认的行为”。可惜的是,此书当时因为涉及泄密受到了批评,而且似乎也没有公开出版发行,其定义更没有成为官学或主流学说。

近年来,法的世界化、世界经济一体化、欧盟一体化的发展等给拉丁公证带来了冲击,也导致了这颗参天大树发生了量变,某些枝桠被剪除;但并没有发生质变,其根基、树干和树冠都岿然不动,甚至长出了新的枝桠,所谓量变不过是“失之东隅收之桑榆”。1803年拿破仑《风月法令》中关于公证的表述是,“……除了调解和裁决纠纷

的官员外，公众的安定还需要有其他的公务人员，这些公务人员对于当事人既是无私的顾问，也是他们意志的公正的表述人；他们使当事人明了对契约应当承担的全部义务，明白地表明了这些义务，并赋予契约以公证性质和终审裁决的效力；他们使当事人保持对契约的记忆，并且完整地保管契约文本，防止善意人之间产生分歧，同时，满怀信心地使那些贪婪的人放弃提起不正当要求的念头。这些无私的顾问，这些公正的文书起草人，这些作为使契约当事人恪守义务的一种自愿的法官，就是公证人，这种制度就是公证制度”；拉丁公证联盟的座右铭是“我们写的是法律”；“我们忠实的记录历史”、“开一家公证处，等于关一家法院”是拉丁公证隽永的格言。这些都是现代拉丁公证制度的“圣经”，指引着拉丁公证的制度设计、制度解读及制度执行。在实践中，拉丁公证的旗手法国公证在“家庭”、“不动产”和“公司”等事务领域，通过“顾问”、“谈判”、“文书的起草”、履行“行政手续”、“管理”、“保管”等活动，在推进金融融资、推动不动产建设和转移、实现个人财产和社会财产的转移、支持行政机关、推进法律发展发挥着不可替代的或极为重要的作用。我国台湾地区的公证人郑云鹏先生将拉丁公证的功能归纳总结为“保障私权与预防纠纷、保全证据与促进程序、法院助手、国民法律生活之规划”，虽不完全，亦不远矣。

在拉丁公证中，我们找不到“特殊证明论”的影子，只能转向中国的本土资源论。作为汉语的“公证”一词，并非吾国原有，而是“日语外来语”。日本明治维新，立法上先宗法国后宗德国，他们在翻译西文中的“公证”时，颇费踌躇，因为无论是在汉语中还是日语中，他们都找不到一个能够与之相匹配的词汇。权衡之下，他们劣中选优，择取了汉语“公证”一词，并进而于1886年（明治十九年）借鉴法国的公证制度制定了日本最初的公证工作规范——《公证人规则》。但他们也非常清楚，这是一种特定概念的指代，而非一般语言学上的同义替换。清末沈家本修律，日本法律专家松冈义正为顾问，“公证”一词作为日语外来语首次出现在《大清民事诉讼律草案》中，并一直被国人沿用至今。西文中的“公证”，是一个不需要其他词汇进行修饰就能独立表达意思的词汇；但汉语的“公证”，却是一个由“公”和“证”两个字构成的组合词，其词语结构可以做多种选择。在《辞源》和《辞海》中，“公”和“证”各自都有多种含义，其排列组合的含义更多。这样在不了解拉丁公证制度之内核的情况下，或者基于某种特定的目的，人们就很容易望文生义或者根据自身的偏好来赋予“公证”这个词以自己想要的涵义。清朝，还来不及回味“公证”的出处就亡了；民国，战乱频仍时局震荡，亦无暇穷究其意；建国之初，拷贝苏联即可，知其然不需知其所以然；法律虚无主义时期，“皮之不存毛将焉附”；改革开放之后，我们舍文义解释中通行的现代分析力学的“情境思维”和“个别化的方法”而不用，根据最符合当时的意识形态、最符合司法行政机关科层制建设的需要，在一般语言学选择了一——“公”为国家，“证”为证明，前者限定后者形成偏正结构，结果就是“国家证明”——这样一种官方解释路径，后又在此基础上衍生了各种各样的与私证二元对立的“特殊证明论”。

“特殊证明论”的立论基础有两个：一是拉丁公证的核心概念是存立证据，二是认为“合法性是公证职能的应有之义”。这两个理由其实不值一驳：第一，存立证据是拉丁公证的核心概念之一，但不是拉丁公证唯一的概念，看看《风月法令》就知道了。证明当然能够存立证据，但不是只有证明才能存立证据，登记、裁判等行为也能存立证据并产生不弱于公证的公信力，故证明是存立证据的充分条件而非必要条件。第二，拉丁公证能存立证据，英美公证也能存立证据，在英美法中的宣誓主义和伪证罪的配合下，英美公证只是在立法文本中欠缺优势证据能力的规定而已，但其真实性几乎毋庸置疑，其证明力未必就弱于拉丁公证。第三，合法性是一种价值判断，真实性是一种事实判断，合法性是意志的产物，真实性是体验的结果，批判法学派早已雄辩的证立，合法性是一种价值取舍的结果，具有恣意的因子，既不能被体验，在终审法院之外也不存在所谓的正确性，故证明与合法性两者之间在一般语言学上即是风马牛不相及，更遑论在法逻辑上去“关公战秦琼”了。第四，即便抛开欧陆国家公证的功能不谈，特殊证明论也无法涵摄我国公证当下的业务范围和功能，如继承公证属于对非讼遗产案件中既存事实和权利的确认——根据分工，法院处理有纠纷的遗产案件，你能说法院就此作出的审判是证明行为吗？保全证据公证属于法律规定的取证方法——法院也有保全证据的职能，你能说法院的保全证据行为是证明行为吗？公证抵押登记属于设权行为——房屋抵押登记由不动产登记机关办理，你能说不动产登记机关的抵押登记是证明行为吗？公证提存属于清偿行为——即时借付也是清偿行为，你能说支付宝的“当面付”是证明行为吗？如此等等。第五，古今中外，有哪一个证明人必须承担“判断”的义务，并负担“证成”的法律責任？

法律史上曾经存在一个建立在意识形态基础上的恢宏的社会主义法系，苏联为蓝本，我国也曾经是其中的一员，但“特殊证明论”与意识形态也没有必然的联系。由于西欧封建时期公证人的滥权和贪婪，马克思对公证人深恶痛绝，他在《法兰西内战》中说，“公社能使农民免除血税，能给他们一个廉价政府，能把现今吮吸着他们鲜血的公证人、律师、法警和其它法庭吸血鬼，换成由他们自己选出并对他们负责的领工资的公社勤务员”。虽然我们无法获悉封建时期法国公证人的全貌，但由巴尔扎克、伏尔泰等人的文学著作中还是可以管中窥豹，那时的公证人至少还是放贷人而不仅仅是证明人。如果仅仅是证明人，他们不至于让马克思如此光火，也不至于能够成为特权阶层甚至像法国国王一样被送上断头台。马克思主义的践行者列宁在十月革命之后将自由的公证人变成了国家公证处，但不是只有社会主义国家才有国家公证处，德国在法院中设立“拿工资”的纯公职的公证人要早于苏俄，该国及受其影响的我国台湾地区等就至今还存在纯公职的法院公证人。而且苏联的公证处从来没有将“证明权”作为自己的帅旗，他们在业务范围之内，只是因国家公证之名行拉丁公证之事。与法国公证相比，他“特殊”但不是“证明”；与德国公证相比，他就既不是证明也没有那么特殊了。同理，几乎全面拷贝自苏联的新中国建国之初的公证也不是“证明”。苏联解体之后，作为其继承者的俄罗斯之公证则迅速、全面向拉丁公证靠拢并扩大了自身的权利，倒是我们



十八年公证立法、三十年公证实践，搞出来“特殊证明论”这样一个怪胎。

综上，在学习和借鉴拉丁公证制度的过程中，我们定义中国公证时已经背离了作为客体的拉丁公证的本质属性，从而也就引发了制度设计、制度解读和制度执行的一系列异化，功能的异化自然也就不可避免。

### 公证视点：中国公证功能之重构（下）

2014年8月8日 公证人 山东省青岛市市中公证处 张红光

#### 六、“公证”的结构分析——结构与功能

公证是一个系统，由更小的子系统和要素细胞构成，并处于更大的系统之中，公证功能是系统功能，它取决于自系统的结构，也取决于其子系统和要素细胞的机构，还取决于更大系统的构成。因此，要界定公证的系统和系统结构是困难的，即便能够界定也是一个过于宏大的工程，笔者力不能逮，故只能尽量客观但不无偏好的择其决定性结构构成予以阐释。

##### （一）公证的基础效力

拉丁公证的核心和本质是确认，它通过公证人的“确认”行为，在不同的被确认对象上发生不同的公证效力。公证人的确认，存在于所有的公证行为中，加附于所有的公证事项之上，没有公证人的确认，就没有有效的公证法律文书，就不可能有公证效力的发生。因此，“确认权”是公证权的基本属性，“确认力”是公证效力的基础效力，其他的公证效力都由此出发、扩展或衍生。

确认是一个适用范围较广泛的概念，凡特定的主体依法认定并公开宣告特定的法律事实或法律关系是否存在、是否真实以及行为是否合法的活动或制度，都属于确认的范畴。确认有官方确认与民间确认之分，其中官方确认具有国家的可信性和证明度，它主要有立法确认、司法确认和行政确认三种，最常见的是司法确认和行政确认，均会产生公定力、确定力、拘束力和执行力。自古以来人们就认识到，对于民事法院的职能，除了争讼裁判外，尚有监护性、参与性介入私人生活的内容。于是罗马帝国时期，司法权扩张了，“除处理纠纷的争讼管辖权外，还赋予法官自愿管辖权，而自愿管辖权的职责是对协议进行公证”；查理大帝敕令要求“在审判机构中任命公证人”协助法官办理公证；在十到十一世纪，公证人逐渐将公证的各种职责集于一身，同法官一样，成为国家印玺的执掌人，并且直接以公共权力机关代表的资格对于私人间的契约进行公证；《风月法令》完成了切断自愿裁判和争讼裁判之间联系的演变，非讼法官的职权自此之后专属于公证人。但由于作为自愿裁判的公证本身就是司法权发展和扩权的结果，因此它依然属于司法权的组成部分，“公证行业一直处于司法权力的保护之下，它的职业结构也与司法管辖区的划分一致”。这在立法上至少表现为以下六个方面：第一，确定公证属于司法辅助活动，公证人属于司法辅助人员，如《法国公证机关条例》第一条；第二，公证人的任职资格与法官的任职资格具有高度的一致性，如《德国公证人法》第五条；第三，赋予公证文书以裁判文书的效力，如《法国公证法》第十九条；第四，赋予法院对公证人或公证业务的监督权，如《法国公证法》第二十三条、《德国公证人法》第九十二条；第五，公证辖区与上诉法院辖区的高度一致，如《德国公证人法》第十一条第一款；第六，公证争议的解决按照司法争议的解决途径进行，如《德国公证人法》第十五条第一款。因此，拉丁公证制度依附于司法而存在，拉丁公证中的确认，属于司法确认或准司法确认。

《公证暂行条例》时代，我国就有学者清晰地认识到公证权为确认权，但受到宪法理论中关于国家机关的分类以及《公证暂行条例》中“公证处是国家公证机关”、“公证处受司法行政机关领导”规定之影响，将之归类为行政权中的行政确认权；另外，我国没有独立的、明确的针对公证的司法审查规定，司法解释将之定位为行政行为。公证机构脱离行政机关体系后，仍然有人主张将公证行为纳入行政诉讼的审查范围。行政确认是指行政主体根据法律、法规的规定或授权，依职权或依当事人申请，对一定的法律事实、法律关系、权利、资格或法律地位等进行确认、甄别、证明等的行政行为。的确，公证确认与行政确认有许多相似之处，如在特征方面，都具有要式性、羁束性、证明性、中立性、阶段性、中间性和预备性，在形式方面，都包括确定、认可、证明、登记、勘察等。如果我们坚持的是一种狭隘的国家主义立场，走的是一条特别逻辑下的中国式公证之路的话，那么这一归类大概是没有问题的。但如果我们认为自己是拉丁公证体系的一部分，那么这一归类在法律解释学上就存在着致命的缺陷：（一）忽略了公证在西欧、前苏联、东欧及我国建国之初的历史传承；（二）德国有在法院供职的公证人、在司法行政机关供职的公证人、私人执业的公证人，他们行使的难道不是不同类别的确认权？（三）法国和日本的公证人也归司法行政部门管理，难道他们行使的也是行政权？（四）行政确认是一种具体行政行为，它和公证在形式、内容、效力等方面还是存在着诸多不同。

我国有人认为是“公证中不应具有确认权”，或者有的只是等同于证明权的有限的确认权，因为“确认权包含的内容比证明权广泛，它不仅证明某事项的真实性和合法性，而且对于不真实、不合法的事项要加以确认，并由此判断其法律后果，所以确认权一般用于解决纠纷”、“公证的证明活动不直接产生、变更、消灭民事法律关系，而确认权的使用则直接产生、变更、消灭民事法律关系”。这一观点的理论之基显然是笔者在前述中已经证伪的“特殊证明论”，并且根本不符合数学上的包含关系论证，否认了公证的法律要件效力，不足为凭。

当下，将公证视为行政权的观点无论是在理论上、立法上还是司法中都已经没有市场，但公证作为一种公共权力却依然被视为圭臬。如此一来，作为确认权的公证就只有两条路可走，一条是回归拉丁公证的正统，归类为司法

确认权或准司法确认权；二是根据方兴未艾的公共权力社会化和第三部门概念，归类为全新的公共确认。前者的障碍是在长期的行政化管理和运作模式下，学理及法律实践的主流似乎都不认可公证为司法确认或准司法确认。另外受英美法系的影响，司法权在我国被狭隘的理解为是一种判断权，“是法院享有的对纠纷当事人的事实和法律主张进行判断，以维护法律权威的终局性权力”，并且司法确认目前在我国具有特定的含义和指向。后者的障碍是公共权力社会化和第三部门概念理论尚没有深入人心成为主流学说，更没有在立法和司法实践中得到贯彻，尤其是在大变革时期，这一归类下的公证，为何以及如何能够作为最主要的非讼程序，辅助、补充和限制法院，还需要借助于马克思·韦伯的权力类型理论和ADR理论等进行探究、阐释。目前学界和公证界都已经有人开始关注和阐释这一问题，但要创设和构建一种全新的公证基础理论体系，非一日之功，尚需进一步深入。

## （二）作为非讼程序的公证

公证是施动者对受动者的确认，受动者由此具有了法律规定的公证效力。但法律不是任意武断的结果，公证效力不是单纯基于公证法的强行规定就能“独在小楼成一统”而自在自为、自我圆满的发生。法律具有历史的因子，又处于法律制度的整体体系之中，霍姆斯大法官说，“一页历史抵得上一卷逻辑”，公证效力产生的原因与路径需要在历史和其他的法律中找到其来源和依归。

拿破仑“风月法和民法典中有关公证文书的规定构成了法国公证的宪章”，“直至今天仍具效力”，它们赋予了公证人非讼法官的地位，赋予了公证文书以裁判文书的效力，其实现的路径就是“切断自愿裁判和争讼裁判的演变”。早在罗马法时期，根据司法权管辖的规定将案件分为了诉讼事件和非讼事件。司法权的行使因诉讼事件和非讼事件而不同：法院处理不具有纷争性质或纷争性质不明显的民事案件所适用的程序称为“非讼程序”，不具有纷争或纷争性质不明显的民事案件则叫做“非讼案件”（或称非讼事件）。非讼审判权（裁判权）不仅是民事审判权的组成部分，也是民事审判权项下一种相对独立的权力。风月法和法国民法典之后，大陆法系的非讼程序主要是公证，其经验例证就是，“公证在西方国家或在旧中国，都是在法院里面附带办理的。法院不是通过诉讼程序处理的事项就叫做非讼活动……公证相对于诉讼程序来讲，它不是通过诉讼程序处理的，所以称为非讼活动”。正是在这种二元区分之下，公证效力获得了在法理上和法律体系中的得以解释和证立的正当性。

《法国公证法》第十九条规定，“公证证书不仅具备裁判上的证明力，而且在法兰西共和国的全部领域内具有执行力……”。无论认为现在的公证是否仍属于司法权或准司法权，但公证文书的效力脱胎于民事裁判文书的效力这一事实是毋庸置疑的。关于民事判决的效力，各种学说的体系有些不同，但都包括了拘束力、形式上的确定力、实质上的确定力（既判力）、执行力和形成力，其中既判力、形成力和执行力分别是由官方确定的中国公证的“证据效力、强制执行效力和法律要件效力”的渊源。这不是附会而是考据，不管现在对公证的感观如何，但它的本源的确如此。红粉美人即便已经化为骷髅，她也曾经风华绝代；汉高皇帝万乘至尊，也曾经是邻家刘三。

所谓拘束力，是判决经过宣示（不宣示的经过送达）后，作出判决的法院应该受判决的拘束，除非有特殊理由，否则不能将判决自行撤消或变更的效力。它强调了判决对于法院的一种确定性，即非有法定原因而不能更改判决和裁定的效力。而公证文书也是如此，其一经做出，非有法定事由、非经法定程序，公证机构和监管法院均不能任意撤销或更改之。我们将公证效力分为“证据效力、执行效力和法律要件效力”的三分法强调的是对“他者”的力量，其实对公证机构自我的拘束力也是一种不言自明的效力。否则朝令夕改、恣意妄断，公证文书就失去了其权威性，其它的效力也将不复存在。

判决确定后，发生当事人不得以上诉之方法，请求将该判决废弃或变更之效力，此谓之判决之形式上的确定力。它是一种对判决文书效力之发生的时间限制，作出判决的法院虽然不能变更判决或撤消判决，但如果当事人还可以依诉讼程序提出申请从而有可能改变判决和裁定，则裁判还没有发生形式上的确定力；只有当该裁判在诉讼程序之中已失去了可能被撤消的机会时，形式上的确定力才会发生，其一般要迟于拘束力发生的时间。公证文书也具有形式上的确定力，但由于公证系无上诉期间的非讼程序，故其发生的时间与拘束力发生的时间，一般情况下是同一的，当该公证文书被撤消时，则自始无效。

既判力的含义为“法院作出的生效（确定）判决中，关于诉讼标的的判断所具有的通用力或确定力”，通说认为既判力是生效裁判对法院和当事人的一种拘束力。既判力制度的价值在于维护诉讼经济和法的安定性，其本质是禁止当事人对同一纠纷再度提出争议的强制性效力，同时要求法院亦受其约束。非讼案件的判决通常无既判力，但在证据规则上则不同。既判力理论应用在证据规则上，就是法院生效裁判所确认的事实具有较强证明力，可径直通过司法认知而采信，公证文书本系自愿的非讼裁判文书，所以才可以在立法和证据规则上取得与生效判决一样的司法认知地位。

执行力根据大多数学者的观点，其含义为当判决之中具有给付内容时，判决所赋予给当事人的可以据此在义务人没有履行义务的情形下为了使给付义务得以实现而申请法院强制执行的效力。大多数学者认为有执行力之判决限于给付判决。债权文书公证书之所以具有强制执行效力，公证之所以可对给付之私人文书签署执行许可，盖因其被视为通过非讼程序的自愿裁判做出的判决。

判决的形成力，又称判决的创设力，是指确定判决具有使原民事实体法律关系变更或使新民事实体法律关系产生的效力。判决的形成力于判决确定之时发生，但是，形成判决一旦确定，根据民事实体法的具体规定，其效力可能溯及已往。一般情况下，形成判决的形成力及于当事人和任何第三人。在许多国家和地区公证之所以能够作为法

律行为的要件，如婚姻缔结、亲子认领等，就是因为它可以像司法判决一样产生形成力。

与诉讼程序法是独立的部门法不同，非讼程序法只是民事实体法的助法，是民事实体法中规定的民事权利实现的途径。而且非讼事件过于芜杂，非讼程序仅仅是一个集合概念，其对不同的非讼事件分而治之，不同的事件加以不同的程序解决。各个程序之间是并列关系，并不具有直接的条件关联。因此严格法上并没有所谓的“非讼程序法”文本，有的只是特别程序和非讼事件，故可以说非讼程序与非讼事件是合一的，且基本上是以非讼事件的面目出现。

当下，以法国法和德国法为代表，非讼事件的立法体例、非讼事件的范围、非讼事件的形式与内容等规定并不一致，学理上也是众说纷纭，但其共同点就是视公证为非讼程序、公证事件为非讼事件。在罗马法时期，监护事件、公证事件、继承事件以及登记事件为古典非讼事件的代表。公证制度的完善以及登记制度的雏形则是中世纪非讼事件发展的标志性事件。《法国民法典》确定了公证独立的处理非讼事件的职权，自此之后，在大陆法系国家和地区，作为非讼程序，公证被广泛应用于执行许可、夫妻财产案件、认领亲子案件、收养案件、监护案件、继承案件等。公证不仅突破了古典非讼事件的限制，介入了监护事件、继承事件、登记事件，更在家事事件之全域和商事案件甚至社会主义法系的保全证据领域开疆拓土。就如同诉讼程序与非讼程序无法划出一个绝对的界限来一样，公证与法院处理的非讼事件，有些分工明确，有些则均可处理或需要由公证辅助法院协同办理，故“许多国家公证人的业务范围与其法院管辖的非讼事件是互相交叉的，有国家经过比较后认为原由法院管辖的某些非讼事件交由公证人处理更为合适，而转由公证管辖的”。公证在非讼事件管辖上的扩张，也带来了公证效力的扩张，如登记公示力。

理论上一般认为我国《民事诉讼法》中的特别程序部分在性质上属于非讼事件，除此之外，《民法通则》、《继承法》及《公司法》中也有部分非讼事件的规定。但非讼程序和非讼事件的研究在我国尚处于起步阶段，不仅民事诉讼法没有非讼事件和非讼程序的概念，即便相关的学术著述很少。有限的研究也主要集中于比较法上的分析与论证，并且还是围绕“法院中心主义”而展开的。即便是有个别人在个别时候意识到欧洲的非讼司法制度并不仅限于法院审理与裁定，但也淹没在注释学的汪洋大海和宏观的叙事之中。在没有对欧洲的司法制度进行历史和体系的分析、掌握的情况下，在不能从民商实体法与非讼事件法的辩证关系出发的情况下，非讼事件的研究只能是隔靴搔痒、一叶障目、以偏概全。

有学者认为，“我国缺乏诉讼和非讼区分的历史传统、思维观念以及立法样本”，但是如果将历史的起算点从建国之初计，将拨乱反正之前零散的公证法令作为思维观念的表现和立法样本的话，我们其实并不是一无所所有。如果能够以此为基点，根据非讼程序的分散性特点，参照其他立法例，及时、全面地制定和修订公证事件规则，而不是痴迷于几乎是行政程序法之类的公证步骤规则的公证程序规则的话，那么作为公证作为非讼程序观念就不会如此陌生。

### （三）作为构成要件的公证

要件，是指必须具备的条件。构成要件，是“法律构成要件”的简称，由日本转译而来。日本现在认为这种翻译是不准确的，但出于历史原因而加以沿用。构成要件有广义和狭义之分，广义的概念，是指一定法律效果发生的前提条件；狭义如刑法上的构成要件，是指刑法中抽象规定可以作为科刑根据的行为类型或犯罪类型。本文在广义上使用这个概念。公证能够使法律关系的内容产生什么样的法律效果，那么它就是该法律效果的要件。

从前文的论述可知，在非讼程序和非讼事件的视野下，公证不仅具有我们习以为常的证据效力、执行效力和法律行为要件效力，还有不言自明的拘束力和形式上的确定力，还有因为在非讼事件法上的扩张而产生的新效力，因此它就具有使非讼事件产生这些法律效力的全部要件功能。但是，我们在谈到公证的要件效力时，却存在四大误区：一是受机械程序论的影响，认为公证是事物运动程序体系中的一个环节和步骤；二是受古典形式主义的影响，认为公证是对法律行为的形式强制；三是受法注释学的限制，认为公证只是法律行为成立和生效的要件；四是受教条主义的影响，拒绝或忽视官学定义之外的其他效力要件。

机械程序论不了解民事实体法与非讼事件法之间的关系，不了解作为非讼程序的公证只是实体民事权利实现的一种表征方式。它化简为繁、主次不分，将当事人的权利变成公证的权力，将公证的协助义务变成干预职能，将当事人的行为与公证分离，与人类避繁就简、趋利避害的心理追求背道而驰，当然会遭到排斥和抛弃。其在理论上失败的例证之一，就是子虚乌有地认为《德国民法典》规定了物权变动的强制公证，立法上失败的例证之一自然是《物权法》法定公证的阙如。

形式强制论囿于传统的法律行为方式分析和形式崇拜，无视理论上和司法上已经成熟的强制性规范与任意性规范、效力性规范与管理性规范的区分，将公证一律视为法律行为效力要件，漠视其纯粹秩序管理要件的外延，当然在意思自治和契约自由的民法基本原则下已无立锥之地。其理论上失败的例证之一，就是将《公证法》第三十六条的规定曲解为“只有法律、行政法规才能规定必须公证事项”，立法上失败的例证就不胜枚举了。

法注释学论置法律效果的整体评价于不顾，重视各种公证效力的区分而忽视相互间的内在关联，不仅与公证效力的来源和系统构成发生龃龉，而且大大缩减了其他要件功能适用的空间。其在理论上失败的例证之一，就是本为执行许可的所谓强制执行公证的范围一直争论不休；在立法上失败的例证之一，就是在《民事诉讼法》中担保物权的实现的规定上失去了作为执行名义的机会。

教条主义不关注社会的变迁和法律的发展，在官学给定的圈子里自娱自乐、自说自听。其在理论上失败的例证之一，就是至今鲜有著述探究公证的公示力；在立法上失败的例证之一，就是从《担保法》到《物权法》抵押登记

范围的限缩。

#### （四）作为业务形态的公证

在公证法律关系中，公证人是法律主体，公证行为是法律内容，公证对象是法律客体。公证人作为施动者，通过确认这一行为，使得公证效力在受动者公证对象上得以体现或产生，当事人由此获得了某种法律保障。由于当事人的需求目的不同，公证对象不同，作为非讼程序的公证及其公证法律关系的内容就不同，公证作为构成要件的类型就不同，产生的效力就不同。公证的业务形态因此呈现出百花齐放的形态，公证的功能在业务形态上以实证的方式得以体现。

公证确认，从当事人的需求目的讲，或仅为求真实性如复印件与原件相符公证，或仅为求合法性如公证仪式结婚，或既求合法性也求真实性如一般契约公证，或既求合法性也求真实性还求执行救济如强制执行公证……从公证人的角度讲，或基于经验事实进行如声明书公证，或基于证据梳理进行如出生公证，或基于法律判断进行如一般契约公证，或基于法律政策进行如保全证据公证，或基于辅助义务进行如公证登记，或基于职能和手段的综合运用进行如强制执行公证……当事人和公证人由此形成的公证法律关系内容就不一样，各自就此享有的权利和承担的义务就不一样，各个公证行为所产生的效力和功能就不一样。

《公证暂行条例》中规定公证业务是第四条，《公证法》关于公证业务的规定是第十一条第一款和第十二条。与《公证暂行条例》的条文相比，《公证法》的规定在体例上有如下几个变化：第一，将公证业务区分为公证事项和公证事务分条规定；第二，将公证对象按法律事实、有法律意义的其他事实、有法律意义的文书分项规定；第三，将法律事实按法律行为、法律事件和事实构成分项规定；第四，将法律行为按多方法律行为和单方法律行为分项规定；第五，将拉丁公证意义上的认证类业务事项合并规定；第六，将公证效力的规定调整出去单独成章。在范围上有如下几个变化：第一，增加了现场监督公证，即招标投标和拍卖公证；第二，增加了商事行为公证，如公司章程公证；第三，增加了事实行为公证，即保全证据公证；第四，增加了公证登记、公证提存、保管遗产财产、提供法律咨询等新型业务。应该说，这一变化整体上是科学的、进步的，它不仅在体例上符合事物的分类标准，在范围上也呼应了法律的发展、公证实践的进步和社会的现实需求。

对于《公证暂行条例》的公证业务形态，近三十年前有人对其归纳分类如下：“1. 确认类，即对设立某一法律行为给予承认；2. 认可类，即对某法律行为和法律关系的批准成立；3. 签署类，即对民事流转的债权文书审查后载明强制执行；4. 证明类，即对过去的事实查明真相；5. 认证类，即对个人或单位出具的文书证明印鉴属实；6. 辅助类，如保管文件、保全证据等。”这一分类基本上是适当的，《公证法》中也依然规定有这些形态的业务，只是在类别的概念上，还可以根据法学理论和法律进步的结果与时俱进精益求精的予以雕琢：第一，确认权是公证的基本属性，确认力是公证的基本效力，确认存在于所有的公证业务之上。虽然我们可以根据“语境解释”的原则对“确认”一词分别予以阐释，但为避免时过境迁物是人非发生歧义，以“证立”取而代之更为合适。第二，我国所称的强制执行公证在拉丁公证国家及我国建国初期称“执行许可认证”，大陆法系国家和我国《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉执行程序若干问题的解释》（法释〔2008〕13号）对执行异议称为“许可执行之诉”。而“签署”一词不仅直观上难以显示该项公证业务的特质，也容易与德国、日本等国家由诉讼法院作出的执行条款和执行签注制度相混淆，又为避免和纯粹认证类公证发生词语的重叠使用，此类公证可名为“执行许可类”，简称“执许类”。第三，“证明”一词在哲学上、法律上和一般语言学的涵义各不相同，如果我们是以其在哲学上“发现与证明”二元分立情况下的涵义来阐释公证的属性，基本中的。但是它对于哲学专家以外的人，包括中国公证的从业者来说实在是太生僻、太深奥了，而且任何公证都会被作为法律上的证据（名词证明）使用并产生相应的证明力（动词证明）的。为达到以最简洁的表述致“明心见性”的效果，建议以“证实类”一词取代“证明类”。第四，固定和留存证据是拉丁公证的核心概念之一，因此从广义上说，任何类型的公证都是对证据的保全。单独作为一类业务的保全证据公证虽然是司法政策关于取证手段的权衡之策，但它能生成独立的效力并与作为其证实对象的证据的效力发生分离，正如同遗嘱公证的效力不同于公证遗嘱的效力一样。故它是一种独立的公证业务而不是辅助业务，可直接名之为“保全类”。在这些形态的业务之外，《公证法》又增加了：（1）“监督类”，如拍卖公证，如保全证据公证一样，此类公证其实早已有之只是在《公证法》中予以正式宣示而已；（2）“公示类”，如公证抵押登记；（3）“管理类”，如遗产和其他财产的保管；（4）“交付类”，如公证提存。

综上，在立法文本上，中国公证的业务形态大概有如下几种：证立类、认可类、执许类、证实类、认证类、保全类、监督类、公示类、管理类、交付类、辅助类。以一个早已远离了哲学上之涵义的“证明”来涵摄这些如此众多形态的公证业务之行为方式与功能，何其谬哉！

当然，文本上有这么多的业务形态只是意味着中国公证在应然上可以具备它们所承载的功能，但是由于“（1）一个客体的实际应用效果使用者的意图一致使用才是成功的，使用者必须就客体配备正确的使用条件才能使客体实现期望的功能；（2）一个客体的功能只有在特定的使用条件下才能被人们认识和利用，而使用条件与使用目的有关，使用目的的缺位或偏离将导致使用条件的不具备或不具备”，故中国公证在实然中究竟会发挥怎样的功能，还取决于我们赋予了其什么样的内容和形式等这些条件。既往我们在对中外公证进行比较分析和阐释中国公证的属性与功时，基本上只是停留在文本分析和应然性分析上，对于实证分析和实然性分析意兴阑珊。

## 公证视点：中国公证功能重构之二（上）

2014年8月11日 公证人 山东省青岛市市中公证处 张红光

## 七、中国公证功能之重构

国内著述在介绍法国公证时，经常不无鄙夷或揶揄的说，“1789年，法国资产阶级大革命时期，革命者曾打算取消公证制度，但由于资产阶级更加需要有法律安全保障的契约制度，所以公证制度非但未被取消，反而变得更加必要。”但拉丁公证制度的存续和发展，不仅仅是因为“资产阶级”这一早被标签化、污名化的阶层的意志需要，“物质基础决定上层建筑”，更重要的原因是因为它适应了欧洲近现代以来社会经济发展和民众生活的需要，它以成文法形式面世为其他成文法国家修习提供了极大方便，否则为何苏联及东欧的社会主义国家不干脆取消公证制度？令马克思愤怒的是贪婪吸血的公证人，而不是公证制度本身。自清末以降，我们之所以舍英美法而师大陆法，不仅因为欧洲大陆是世界经济的重心和两大法系的发源地，具有最典型、最完善、最具代表性的商品社会法律，更重要的是大陆法与中国的国情和法律传统有着先天的契合之处，但作为或然项的中国公证未必就一定走上拉丁公证之路，因为它至少欠缺了萨维尼所说的历史的因子，这不是靠单纯的法律移植所能弥补的，“一个完美的法律制度必须建立在历史上具有影响的法律原则之上”。

物竞天择适者生存。三十年多来，是中国法制大发展的三十年，也是各种法律理念、法律制度、法律主体角力和逐鹿的三十多年，不说成王败寇但也绝对是此消彼长。在这场竞争中，“特殊证明论”下的中国公证丧失了大好的发展机遇，致有今日步履维艰之窘境。当下的中国公证，更是面临着法的世界化、经济自由化、司法能动主义、公信力不足、供给过剩和供给不足同时存在等一系列重大的挑战，“此诚生死存亡之秋也”，不破不立，是该改变的时候了，这场改变应以体系论为指引，以重构中国公证功能为核心，其他的公证制度设计必须围绕如何发挥和实现公证的功能而展开，也就是要在逻辑和实证上、在内容和形式上都给予公证功能的实现提供恰当而必要的条件。“在现代法律科学中，最重要的推进也许就是以分析形态转向以功能性态度对待法律”，公证制度作为经世致用的世俗性事物，其功能被发现、被利用、被实现、被认可的程度，是判断制度设计、制度解读、制度执行成功与否的标志，也是定义我们的公证属性以及评价这一制度是否正当的依据，正所谓“实践是检验真理的唯一标准”。

## （一）言说前提

探究中国公证功能之重构，有一个给定的假定本体，那就是拉丁公证；有一个言说范围的限制，那就是只谈那些主管机关及公证业界能够控制的因素，回避那些牵一发而动全身太过宏达的家国叙事；有一个言说方式的限制，那就是不喊口号和梦呓，只作“说事”与“说理”。

## （二）公证功能之今说

关于公证的功能，在我国可谓是众说纷纭异彩纷呈。有人认为是“预防纠纷、减少诉讼”，有人认为是“规范法律行为，预防纠纷，减少诉讼，保障国家法律的实施”，有人认为是“引导和规范民事法律行为、证明和确认权利义务关系、保全和增强证据法律效力”，有人认为是“协调利益关系、维护社会公平、营造法治环境及促进社会稳定，有效地保障民商事活动的交易安全，预防矛盾纠纷的发生，促进经济活动依法有序地进行”，有人认为是“引导、预防、保障、媒介”，有人认为是“服务、沟通、证明、监督”……在给定的条件下，一个客体的功能一般情况下在观念上基本是一致的，偶有差池也在毫厘之间，像公证功能这样的各说各话实在罕见，这也印证了我们在公证认识论和实践论上的混乱。

应该说，这些观点都羚羊挂角，和公证功能有一定的联系，但它们最大的问题就是混淆：有的混淆了职能、功能与作用的区别，有的混淆了价值和功能的区别，有的混淆了目的和手段之间的区别，如此等等。其实，在概念上对公证功能进行定义是毫无必要的，“只要客体的定义恰当，就有可能准确地描述其功能”，“结构是事物或系统内各组成要素之间的相互联系、相互作用的方式，它既是系统存在的方式，又是系统的基本属性，是系统具有整体性、层次性和功能性的基础与前提。研究系统的功能，可以根据已知对象的内部结构来推测”，只要我们对公证的概念及公证的结构有准确的把握，就足以描述公证的功能（这一点本文在前面已经做了尝试性论证，结论尽可以仁者见仁智者见智，但笔者力能及处仅止于此），剩下的就是对公证功能进行分类了。

## （三）拉丁公证功能

事物的功能，按从属关系，分为基本功能（是与对象的主要目的直接有关的功能，是对象存在的主要理由）、必要功能（就是满足使用者的需求而必须具备的功能）、辅助功能（是为更好地实现基本功能而服务的功能，是对基本功能起辅助作用的功能）、衍生功能（因事物之间的相互联系，此事物对彼事物发生影响或作用的功能）。公证的功能也可以按此进行分类。

## 1、作为法律的功能

法理学著述中对于法律的功能通常分为五个：指引（是指法律所具有的、能够为人们提供一种既定的行为模式，从而引导人们在法律范围内活动的功能）、预测（是指法律通过其规定，告知人们某种行为所具有的、为法律所肯定或否定的性质以及它所导致的法律后果，使人们可以预先估计到自己行为的后果，以及他人行为的趋向与后果）、评价（是指法律所具有的、能够评价人们行为的法律意义的功能，标准是合法与不合法）、教育（是指法律所具有的、通过其规定和实施而影响人们思想，培养和提高人们法律意识，引导人们依法行为的功能）、强制（是指法律

能运用国家强制力制裁违法和犯罪，保障自己得以实施的功能)，这五个功能协同作用，实现社会控制的规范目的。公证作为法律系统的一个子系统，自然也拥有这全部功能，但它是法律的普遍功能，是法律这一个母系统存在的直接理由，而不是公证制度存在的直接理由，所以业界有人引以为傲的“引导”和“规范”不属于公证功能自系统的基本功能。

## 2、拉丁公证的功能分类

### (1) 基本功能——衡平性的顾问和规划功能

公证人和律师都是为当事人提供法律服务的法律专家，律师也可以做当事人的顾问并规划其法律生活，但“律师其定义是代表一方与另一方对抗，而公证人并不代表其客户”，“那些有着各自不同利益，甚至是相反利益的人来到公证人面前时，公证人有义务中立、不带任何偏见地为他们提供咨询”，“公证事务协助当事人创设新的法律关系或法律状态，为充分发挥公证人应有之功能，常须使其力能协助当事人或关系人面对未来拟定顾虑周全的生活蓝图或交易行为计划”。可见，公证人作为顾问和规划者具有律师所没有的衡平性，这是由公证人作为中立者的身份决定的，其实现的途径就是藉由咨询义务之履行和“阐明权之行使，探求当事人之真意，说明法律上之效果，使当事人相互折冲，寻求利益之平衡”，这就是为什么风月法说公证人是当事人“无私的法律顾问”、拉丁公证认为自己是“国民法律生活的规划者”的原因，故“衡平性的顾问和规划功能”可谓是公证的基本功能。

关于咨询义务，“全世界所有的公证法都规定公证人有义务为当事人提供咨询，使当事人弄明白，并向当事人解释法律和专业术语，涉及各方面利益的时候要保持中立的立场等等”，关于阐明权，表面看来未见于实在法，但它的存在是不言自明的，因为权利和义务总是伴生的，不可能只有咨询义务而没有阐明权，没有阐明权则咨询义务的内容也就无法实现，更勿论更深层次的规划了。

### (2) 必要功能

①保障性的信用与疏导功能。我们通常认为“预防纠纷、减少诉讼”是公证的功能也是最重要的功能，但实际上并非如此。的确，“透过公证制度，由公证人对于文书之成立予以公权之保障，使文书之证据力更为加强，交易内容更为明确”，“当事人在事前，因为已经有作成公证书面的事实存在，往往发挥督促债务人不为无益之争执或进而自动履行债务，此又称为心理压力之效力”，但一者纠纷和诉讼发生的原因和目的是多种多样的，二者如公证对象的内容存在疑义或公证行为不当更容易引发纠纷和诉讼，因此，公证在逻辑上并不必然具有“预防纠纷、减少诉讼”的功能，它是一种预测性结果更是一个实证结果，是公证功能实现之后发挥的作用，进而成为公证制度的核心价值之一，就如同“公平正义”是法律的价值，但你不能说“公平正义”是法律的功能。

诚实信用被视为民法的基本原则和帝王条款。根据经济学的观点，人都是追求利益最大化的动物，我们可以一方面允许和鼓励追求私益，另一方面又要求讲究诚信，是因为有宗教、法律和道德的三重制约。超验的宗教不去论它，法律和道德作为世俗的约束，离不开信息的公开、传播和获取。法律包括公证法律制度的作用主要体现在矫正信息不对称、促进重复博弈两个方面。如果信息不完全、不对称、不透明，或者说信息失灵，就会给欺诈等行为造成可乘之机，而如果缺乏有效的信息供给体系，在客观上将鼓励交易主体优先选择一次性博弈的作用，在这种情况下，按照登宁的因马克思引用而广为流传的经典利润论述，诚信可能一文不值。公证人作为法律专家和国民法律生活的规划者，利用自己掌握的法律、社会、经济、经营或生活管理等多方面的知识，通过咨询义务的履行和阐释权的行使，解决了当事人之间的信息不对称问题，并因为自身的中立地位和过错赔偿机制，强化了善意当事人彼此之间的信任和对公证人、公证行为的信任，从而构建了一种信用保障体系，这一体系是一个预警器、疏导器、过滤器，让过“法律的顺民”拒绝“法律的窃贼”，达到良币驱逐劣币。

②促进性的秩序与救济功能。法律为秩序与正义的综合体。在法哲学家眼里，“秩序”是相对于“正义”的一个概念，意指“在自然进程和社会进程中都存在着某种程度的一致性、连续性和确定性”。法律的本质决定了法律必然具有秩序价值。在民法上，秩序指的是民事生活自身进程的和平、稳定与安全；所谓和平，表现为由于利益分配结果的确定性而在权利主体之间形成的一种相安无事的状态，所谓稳定，即表现为即有利益分配结果连贯性和持续性，又表现为交换利益分配中的诺言的信守与交易结果的维护；所谓安全，表现为正常行为发生预期之正常结果的确定性，包括我们常说的“静的安全”和“动的安全”。民法是私权的宪章，“有权利就有救济”，一旦权利受到侵害，秩序遭到破坏，就会有法律上的救济产生，以修复权利恢复秩序。

公证主要是为保障私权而设立的。公证人通过顾问与规划、信用与疏导，对民事法律关系的创生、存续与消灭予以确认，对当事人的权利义务予以确认，拒绝贪婪的当事人“提起不正当要求的念头”，督促当事人正当履行义务，满足了民事法律主体对于个体秩序的需求，并在个体秩序满足的基础上满足整体民法秩序的需求，且会有“整体大于部分之和”之功效。由于公证能够固定和存立证据，尤其是当公证拥有“保全类”形态的业务时，“纵使竟然发生纷争，在其解决过程，事前作成之公证书面则常可发挥促进程序而助益节省劳费之作用。更且，在作成有执行力之公证书场合，债权人即可迅速实现其权利，避免因必须透过诉讼程序所可能造成之时间、金钱、劳力等之浪费。”

### (3) 辅助功能——作为助手的功能

①拉丁公证和司法权力深深的历史渊源和现实关系、拉丁公证具有的固定证据和强制执行许可的功能、拉丁公证和司法机关在非讼事件法领域的协同等，决定了其具有法院助手的功能。

②拉丁公证的公证人还是行政机关的助手。在法国，他们“延伸了某些数量的公证机构的活动，尤其是对法律的监督与实施”；他们“作为房地产公告机构的联系人”，“公证事务所则成为具与公众联系的窗口”；“为国家征收赋税”；“协助行政机关实现地产改革和市政规划”……其他国家的公证人也具有大同小异的此种功能。

③拉丁公证的公证人还是当事人的助手。所有的公证法都规定，公证人应当当事人申请，可以代替或协助其起草和修改法律文书；力是相互的，当公证事务所成为行政机关具与公众联系的窗口的时候，其一方面是行政机关的助手，另一方面就是当事人的助手；至少在法国，公证人还要协助私人管理放贷；德国《公证法》第二十四条更有明确规定，“只要法律没有限制性规定，公证人可以在法院和行政机关代理当事人进行活动”。

④在法国等国家，公证人可以管理不动产和私人信贷资产；在有些国家如俄罗斯及罗马尼亚等，由于公证人比之法德更多的介入遗产继承事务，分享了遗产法院更多的权力，所以公证人具有更大的遗产管理的职能。从资产管理的角度讲，这些公证人是国家、社会与民众实现财产保值增值、“传递财富传递爱”的助手。

#### (4) 衍生公证——作为资源的功能

①记录历史。法国人认为，“我们国家的历史，它的社会、经济史、日常生活史、各省和首都的历史都包括在由公证人所描述的事实和由他们所撰写的文书中，正是公证人书写了历史，或者是至少是公证人记载了构成全部历史的所有事实。”其他国家的公证人可能没有这么夸张，但由于公证介入私人及公共生活是如此之广、之深，而且公证书是被固定和存立的证据，其记载的内容被推定为真实，所以它也必然部分记录了这些国家的历史。

②金融工具。只要我们看过莎士比亚和巴尔扎克时代的外国文学著作，就会知道公证人是现代银行业成熟之前欧洲最早的放贷人，甚至曾经“在组织信贷中占据首要位置”；即便在现代，由于公证人提供资金寄存和私人间借贷等服务，公证行业占有和支配着大量的资金，在向银行提供储蓄、向国库提供资金、向当事人提供贷款等方面具有无与伦比的作用，因此具有了金融工具的功能。正因为此，2001年FATF类型报告关注到网络赌场、在线赌博和律师、公证人、会计师等职业的洗钱风险；2001年12月，欧洲议会和欧盟理事会在布鲁塞尔通过了欧盟的第二个反洗钱指令，即《关于修订理事会〈关于防止利用金融系统洗钱的指令〉的指令》(2001/97/EC)，将履行必要义务的对象进行了扩展，对公证人等专业人员的相关行为和成员国应负义务做出了一定规定。FATF2003年版反洗钱《四十项建议》明确规定了承担反洗钱义务的特定非金融机构的范围包括：赌场、房地产代理商、贵金属和宝石交易商、律师、公证人、其他独立法律专业人士、会计师、信托和公司服务提供者等；2005年FATF类型报告再次对专业服务如何协助洗钱问题进行研究，认为犯罪分子从律师、公证人、会计师和其他类似专业人士获得专门技术，以便谋划洗钱方案。

③信息供给。在公证行业介入的领域，尤其是公证行业垄断或更为擅长的各领域，公证人收集、掌握了大量的真实可靠的信息，在保护商业秘密和个人隐私的前提下，这些信息按照一定的范式经过整合、分析，就会形成一个庞大的数据库，经提交、公布或出版后，就会成为个人选择、政府决策和社会评价的权威甚至是唯一的依据，从而为实现数字化科学管理发挥助力。为什么FATF和欧盟将公证人列为反洗钱义务人？为什么法国在制定城市规划的时候要征询公证人高等理事会的意见？为什么欧洲公证人的数据会成为反映其不动产甚至是整体经济状况的晴雨表？盖因如此。

④发展法律。由于公证人每天都要与公众的需求打交道，因此非常清楚法律与社会实际相适应的水平。公证人不只是简单的适用法律和法规，他们还要在进行日常活动的同时开展研究工作，而这些研究往往导致法律的改革。在法国，公证人大会研究的不是职业保护的问题，而是需要适应的法律部门的问题，公证人的报告对所涉及的问题进行全面的分析，是具有很高质量的文件，不仅可以作为大学教授及法律实际工作者的参考资料，也促进了婚姻家庭法、继承法、不动产法、公司法等法律的变革。

#### (四) 中国公证功能

##### 1、文本功能

中国公证有一些可能大多数拉丁公证国家（俄罗斯及部分东欧国家可能除外）的公证没有的功能或不那么显赫的功能：第一，公示功能，其业务形态为公证抵押登记。当然，在规定不动产转移应经公证且采意思主义的国家，公证事实上也具有公示的功能，但由于公示发生的历史缘由就在于表征抵押权的设定而不是所有权的转移，故可作为中国公证的特色功能强调之。第二，受领功能，其业务形态为提存公证。在国外，提存机关的确定一般采取由法律直接规定或由法院在法定范围内指定的方式，提存机关一般为法院，法院指定的银行、信托商行、仓库营业人也可以办理提存业务。前苏联和东欧一些国家的提存机关为公证机关，我国《公证法》第十二条将提存列为公证机构的业务，虽然还不能公证机构是严格法意义上的法定提存机构，但司法实践中一般予以承认。第三，监察功能，其业务形态是监督类公证。拉丁公证中也有国家如德国规定公证人可以对拍卖行为等进行公证，但没有资料显示其深介其中且作为自己的标志性业务，更未见其如其他公证业务一样骄傲的对外宣扬，但是在中国则完全不同，公证人在射幸、招投标、抽签等领域频频出境，几乎成为了普通人心目中的公证形象标准照，而且近几年还介入了司法领域（如法院执行）和宪法领域（如村委会选举）。这三项功能都可以归于公证的“辅助功能”类。至于实际上绝大多数属于认证事项的涉外涉港澳台公证业务，其功能可以归为“辅助功能”类中的“当事人助手”这一子类。

因此，如果我们将拉丁公证视为事物的本体，将中国公证比附拉丁公证，那么中国公证应当具有的功能有：

##### (1) 基本功能——衡平性的顾问与规划功能；

(2) 必要功能——包括保障性的信用与疏导功能、促进性的秩序与救济功能；

(3) 辅助功能——包括助手功能、公示功能、受领功能、监察功能，其中助手功能包括作为法院的助手、作为行政机关的助手和作为当事人的助手。

(4) 衍生功能——作为资源的功能，包括记录历史、金融工具、信息供给和发展法律。

## 2、实证功能

拉丁公证之所以有如此崇高的荣耀，之所以能够在英美法系携美经济帝国优势的冲击下还不坠其势，很重要的一个原因就在于其功能得到了较为完美的实现，不仅没有或极少出现功能隐藏、功能弱化或功能失灵的情况下，甚至不时有“功能发现”，其衍生功能几乎全部就是功能发现的结果，而近期的美国次贷危机又迫使一向对拉丁公证嗤之以鼻欲置之死地而后快的美国人重新审视公证人的秩序保障功能。

但可惜的是在中国，除了(1)保全证据公证充分发挥了其救济功能(2)涉外涉港澳台公证充分发挥了其“当事人助手”功能(3)继承公证充分发挥了其秩序功能(4)拆迁事务公证充分发挥了“行政机关助手”的功能外，(5)金融机构信贷合同公证部分发挥了信用与疏导功能(6)强制执行公证部分发挥了救济功能(7)遗嘱公证部分发挥了顾问与秩序功能外，其他公证业务在功能实现上基本乏善可陈，这方面的例证简直不胜枚举：

(1) 我国《公证法》第六条和《公证程序规则》第三条虽然规定了公证机构独立行使职权，但以指令服从为行动模式的行政科层制下的公证根本就不可能做到拉丁公证的“中立性”，这也是公证为什么能够在拆迁事务中充分发挥“行政机关助手”的原因，而让中国公证大受挫折和倍感耻辱的“西安宝马案”同样有行政干预的影子存在。

(2) 我国《公证法》第二十七条第二款和《公证程序规则》第二十一条虽然也规定了公证人的咨询义务，但我国的公证从业人员似乎更愿意把它看成是一个公证步骤限制而不是内容限制，兼之中国机会主义盛行，以公证结果论英雄，当事人也不是特别在意，所以这一功能并没有能够充分发挥。

(3) “公证人作为为双方当事人公平之信托者，且为法律专家，有义务为双方当事人寻求并规划符合双方利益之方案”，但这需要公证人除具备深厚法律专业素养外，尚“兼须有关社会、经济、经营或生活管理等多方面之知识见闻”，一来这个要求对中国公证人来说可能太高了，二来它也似乎从未进入管理者的视野之中，因为我们的公证书格式和收费项目规定里几乎就没有规划功能展示的任何空间，所以作为拉丁公证生命力之一的“规划功能”在我国依然是藏在深闺人未知。

(4) 在特殊证明论下，我们不承认可行性是公证的基本原则，所以我们不像拉丁公证那样“公证人在完成签字之后，还要履行一系列不同的手续，否则，文书将是不完整的，并且不能产生全部的效力。这些手续包括文书登记、不动产公告、商业注册。手续必须在规定的期限内完成，并且要向各公共机关提供所有必要的说明”，我们以“出证”为工作的终点，剩下的就是公证书的使用者自己的事情了，所以在助手功能这一项上，我们基本上毫无作为，当年我们还曾经代理当事人办理涉外公证书认证，如今造成昨日黄花，而当下在业界备受瞩目的“昆明模式”更是个异数。

(5) 在信贷领域，我们局限于满足《民法通则》第五十五条规定的要件和强制执行效力的发挥，从未将眼光放远到信息供给和金融工具的领域，所以当金融机构自身的风控体系逐渐完善、同业竞争加剧时，以金融机构为一方当事人的信贷公证就江河日下，所以我们在所谓的民间借贷这一本属于拉丁公证传统的作业领域要么是无知者无畏要么是不敢越雷池一步，所以我国的《反洗钱法》对公证不屑一顾，长此以往，随着《物权法》及《民事诉讼法》中关于担保物权实现之规定的落实，强制执行公证将很快消失在历史的长河之中。

(6) 公示的价值在于通过具有公信力的登记行为，解决权利设定和变动的信息不对称问题，从而维护市场交易和财产流转的安全性。收养本属于公证机构的业务范畴，可是我们没有就此建立起一套登记公示机制，所以轻易的被民政部门拿走了；《担保法》规定了公证机构具有办理抵押登记的职能，可是分而治之的公证行业并没有建立统一的登记公示机制，其代价就是《物权法》将公证抵押登记的范围大大限缩，现在天津更是通过司法政策将公证的此项职能完全取消；我们早已经意识到了建立全国公证遗嘱登记查询平台的重要性，可是迟至2013年末才算是完成“框架结构建设”，如果没有“中华遗嘱库”的刺激，还不知道等到什么猴年马月。

(7) 看看这些年公证业界的著述，各种宣扬主旋律和呼吁加强职业保护的文字几乎汗牛充栋，但就是对法律的钻研甚少，以我们最常适用亲属法、婚姻法、继承法、强制执行法为例，它的每次修订几乎都看不到行业拿出像样的意见，个别处、个别人的努力如沧海一粟于事无补，其结果就是我们不仅不能促进法律的进步，令人尴尬的是却反而成了法律进步的反面典型，业内有人辛辣的评价“每有一次与之相关的立法行为就丢一块业务”，而且即便是别人把机会拱手让与你也抓不住，看看人民调解协议之确认方式的变迁就知道了。

.....

我们熟人之间有一句玩笑话“别说你认识我”，就中国公证所表现出的实证功能，如果拉丁公证能言，会不会说“别说你认识我”？中国公证加入拉丁公证联盟，并且在其中占据副主席国的位置，其原因是国家的力量还是公证的力量？是因为认知差异还是认知趋同？是因为文化输出还是价值认同？是因为抗曹（英美法）而孙刘结盟还是“我们是相亲相爱的一家人”？其中深意不可不察也。

## (五) 公证功能关系



公证功能有基本功能、必要功能、辅助功能也衍生功能之分，但这并不意味着前序功能就比后序功能更重要甚至说后序功能就是可有可无的，这是由事物发展变化的规律决定的。

唯物辩证法认为，一切事物都是发展变化的，其原因有内因和外因之分。事物的各要素是相互联系又发展变化的，联系是指事物内部诸要素之间和事物之间的相互作用、相互影响的关系；相互联系是事物存在的基本条件；联系构成事物的运动、变化和发展；事物内部要素之间的相互联系、相互作用构成事物运动的内因，事物内因的改变，最终造成了事物的运动变化和发展。此外，一切事物的存在，都是相对的，一切事物的存在，都是以它事物的存在为条件的，没有它事物的存在，就没有此事物的存在；由于它事物的存在是相对的，所以此事物的存在也是相对的；一切事物的变化，都与它事物的作用相关联，没有它事物的作用，就没有此事物的变化。而它事物的作用是无限的，所以此事物的变化也是无限的。

公证的各大类功能，从一开始就是相互联系的，只不过由于认知不足或供给条件有限等原因，有的能够显现，有的是隐藏的，但你不能说因为没有显现就不存在。也许起始阶段公证的前序功能重于后序功能，但公证内部的各要素在不停的运动，公证外部的供给条件也在不停的运动，所以公证功能也在不停的发展变化，这种能量积累到一定程度就会改变“主次矛盾”之间的均衡对比，此时公证功能孰轻孰重已经需要再费思量了，当积累到足够大的能量的话，就会发生“主次矛盾”的倒置，此时那些无心插柳成荫的功能可能就会变成支撑公证生存与发展的主要的或不可或缺的功能了。

我们一直认为法定公证是拉丁公证的标志和基石，在法律历史的传承及政治制度的设计的视野上，这或许没错，但这是我们不可企及的因子。西方有句法谚：“预防胜于治疗”，这也常常成为论证拉丁公证之合理性的依据，但预防的虚无缥缈总不如治疗的目见耳闻让人感觉真实、信服和认同，就如同被广为传播的这一则故事：

魏文王问扁鹊三兄弟谁的医术最好。扁鹊答：“长兄最好，中兄次之，我最差。长兄治病，是治病于病情发作之前；中兄治病，是治病于病情初起时。而我是治病于病情严重之时。”

而且公证作为一种制度设计，其秩序功能虽然是通过个体之秩序达到整体之秩序，但其着眼的是整体之秩序，而对于当事人来说，其所能体验的只是个体秩序而已，如果公证不能让其有内容及形式等方面的完美体验的话，那么他就会攻击这一制度并谋求废除或改变这一制度，三人成虎，路不平众人踩，有着糟糕体验的人多了就会发生由量变到质变的情况。

我认为，在原始的历史和政治的因子之外，当下支撑拉丁公证的恰恰是它的助手功能和辅助功能，这两类功能使得公证：（1）介入社会治理的程度是如此之深，以至于国家、社会都需要依赖公证人处理大量的财富，根据公证人的数据和意见来做出决策和评价；（2）介入私人事务的程度是如此之深，以至于私人除了必须要亲力亲为的事项之外，其他的都可以交给公证人去思考和完成，其只需要做出选择决定然后做税收掌柜；（3）在政府部门和私人之间充当联系人的角色，这样它在相关事务上就切断了政府部门和私人之间的直接联系，起始因为它省却了双方的诸多劳顿和破费皆大欢喜，时间长了就会形成难以逆转的“思维定势”和“路径依赖”，正所谓“让一个人变瘸的最好办法就是给他一个拐杖”；（4）让社会和私人都获得了比较完美的或难以割舍的体验，以至于让人遗忘或忽略了“天下没有免费的午餐”和“最美的往往是有毒的”之教诲。

在这种情况下，要在欧洲大陆废除拉丁公证是不可能的，因为这不仅仅涉及到欧洲中心主义以来其放不下的历史传承和文化尊严问题，还因为这会引发其社会治理模式、私人生活方式等方面的重大变革，这个成本实在是太高了，且其后果之得失成败实难预测，这决不是谨慎的政治家想要的，也决不是激进的政治家想改就能改的，说句难听的其“已成尾大不掉”之势。

因此，即便是世界银行等组织给了欧洲巨大的压力，即便是欧盟以及欧洲民众也对公证有这样那样的不满，但也仅仅是在法令上对公证效率、公证管辖、个别业务进行修正，像中国这样“每有一次与之相关的立法行为就丢一块业务”的现象绝不会出现，而中国公证之所以“为什么受伤的总是我”，除了观察者的“傲慢与偏见”外，正因为我们没有践立拉丁公证的这些助手功能和辅助功能，废除成本不仅可以忽略不计，还由于免除一道手续和公证费用成了节约成本的惠民之举。

其实，事物的功能还可以按照主体与客体的关系来分类，分为主观功能（即设计上认为其具备的功能）、客观功能（即具有使用意义的功能，它的特性通常带有客观性）、品味功能（就是与使用者的精神感觉、主观意识有关的功能），我们通常谈的中国公证功能是其主观功能，并未关注其客观功能和品味功能，而恰恰是客观功能决定事物是否事物在系统中的价值和地位，是品味功能决定事物的价格和受众。这个道理在经济学和商业领域随处可见：拿中国来说，如果不是因为张瑞敏的一锤子砸出来的高质量和独占鳌头的售后服务体系，海尔怎么成就白色家电的王朝？拿世界来说，“苹果”如果不是乔布斯赋予了其石破天惊的改变并给果粉们带来了前所未有的体验，它怎么能以异乎寻常的高价去占领市场、打败昔日的霸主摩托罗拉和诺基亚，以一己之身与谷歌帝国的诸侯们分庭抗礼？

（作者：山东省青岛市市中公证处 张红光）

### 公证视点：中国公证功能重构之二（下）

2014年8月12日 公证人 山东省青岛市市中公证处 张红光

#### （六）功能重构之线路

业界很多人将中国公证功能的失落归咎于法定公证的缺失等外部原因，的确，施动者不能离开受动者独立存在，如英雄无用武之地，英雄也可能变狗熊。但以上的分析表明，如果我们仅仅将此归咎于别人的傲慢与偏见的話，就背离了事物运动的內因与外因的辩证关系，要么是天生阿呆，要么是认知不足，要么是卸责懒证。笔者认为，即便没有法定公证，但如果能够对社会、经济、技术等发展的脉络予以认真关注和准确把握的话，我们也可以活得很好并带来法定公证的实现，譬如我们已经意识到要建立并已经建立了公证遗嘱登记查询平台，可是为什么我们不：（1）将其他遗嘱一并纳入，作为统一的遗嘱登记查询平台呢？（2）改变公证遗嘱形式的自我设限将密封遗嘱等纳入其中从而丰富其内容呢？（3）不在其中设置“遗嘱信托登记”的模块呢？（4）在其中设置“遗产处置”信息登记、公告与交易模块呢？再譬如，遗嘱统一登记查询平台已经建立了，我们为什么不建立和运行统一的动产抵押和权利质押登记查询平台呢？难道真的要“天津模式”将中国公证的登记功能在全国赶尽杀绝？再譬如，我们为什么不建立“（1）夫妻财产约定（2）离婚协议（3）非婚生子女亲子关系（4）赠与公证（5）保全证据公证”等统一的登记查询平台呢？再譬如，民间借贷面临着监管上的巨大难题，其根本原因在于信息的不对称、不透明、不完整，我们为什么不建立统一的登记查询平台来完成这一他者目前根本不可能完成的任务呢？有人反对说：第一，没有法律的授权，你做这些要么是滥权、要么是意淫？第二，没有法定公证，你做这些就是没人住的空房子？这种反对是典型的“不见兔子不撒鹰的”中国式实用哲学的表现。古语云：“预则立不预则废”，俗语说：“早起的鸟儿有虫吃”，显而易见，遗嘱信托、婚姻财产约定、离婚协议、亲子关系、赠与等传统婚姻家庭继承法上的事务都会在未来的民法典中确立登记制度的，动产抵押和权利质押的统一登记制度也会确立的，今天的民间借贷未来也会有类央行和银监会这样的政策、信息和业务监管机构以及 A.M. Best、标准普尔、穆迪和惠誉这样的信用评级机构，谁今天早早做好了准备，即便不能像物权那样“先占取得”，也会成为立法者的优先选择项或备选项，否则临时抱佛脚，香客那么多，王侯将相士农工商贤与不肖三教九流都有，佛哪能“在茫茫人海中发现了你”，乔布斯的产品开发哲学就是：用户是闷骚的，他们不会向你诉说自己的欲望，所以问卷调查没什么用，但当你把直抵他们内心秘境的产品放到面前，他们就会两眼放光，大叫“就是它！”？自古以来，连目不识丁从未走出寨子的老农都知道，是先盖房子再娶媳妇，我们自诩为学富五车的公证人倒好，却总奢望“七仙女和董永”的神话在自己身上上演，连傻子都知道这只能是一枕黄粱。另外，在竞争的领域，成功与否是由许多必然的和偶然的因素共同决定的，不存在只许成功不许失败，否则怎么会有“风险投资”的存在？

因此，笔者认为，重构中国公证之功能，必须抛弃“主观不努力客观找原因”的思维定势，应根据唯物辩证的理论，从公证业内部（包括主管机关、公证协会、公证机构和公证从业人员）因素的发展变化着手，其线路图大致如下：

### 1、拆掉篱笆和修正理论

已故的陈桂明教授曾经对公证研究中僵化的注释法学研究方法、简单的拿来主义研究倾向、狭隘的国家主义研究方法进行过激励的批评，笔者深以为然。既有的公证理论对公证的本质属性等做出了严重的误读，让公证行业作茧自缚，大大限制了公证功能的发挥。视界决定行为，理论指导实践，中国公证要凤凰涅槃浴火重生，就必须“拆掉思维里的墙”，对公证理论体系进行全面梳理与修正，恢复公证的庐山真面目，这并不是什么特别困难的事情，公证行业有充足的人脉资源、粮草储备、资料信息和考察对象，只要决定行动抛却浮华，透过现象看本质，通过内部挖掘、外部引援等，完全可以在短时期内完成这一工作。

### 2、回应社会与经济效益

“在历史上，法的观念曾与法治模型那些特殊的理想、思维方式和制度装置密切联系。在这个阶段，法律秩序使自己与周围的社会政治秩序截然有别，因而轻而易举地就能主张一种专门的技能和一种独特的责任”，由此形成了自治型法和压制型法两个法律模型，但法律在当下已经迈向回应型法，它“代表着比自治型法和压制型法更高的一个法律发展阶段”，“法律秩序皆丧失固定的制度界线的保护而变成政府和政治的一个组成部分，独具特色有法律的观念和思维模式不断减少”。中国公证的一大问题就是不能回应社会的变化和需求，我们的体制改革的停滞、我们的各种办证规则的滞后、我们在遗产管理和平台构建方面的迟钝、我们很多人对遗嘱公证的拒绝、我们对广泛的社会权利的空白地带如民间借贷监管的踌躇，都体现了这一点，于是我们只能在自我构建的封闭范式里自我陶醉自我欺骗自我沉沦不能自拔，由此和受众者形成了厚厚的“无知之幕”的隔阂。

庞德认为普通法较之于大陆法具有天然的优越性，波斯纳认为英美法系具备更高的司法效率、更符合经济效益原则；而欧洲的法学家则对英美的滥讼嗤之以鼻，认为大陆法系的法律调和功能要远胜于英美法系。但随着经济学帝国主义的扩展和法的世界化的进展，法律实施的成本和效益问题，无论是在英美法系还是大陆法系都已经成为需要重点考量的问题——即便不是最重要的问题的话，“我们所有的法律活动和全部法律制度的最终目的就是为了最有效的利用自然资源和最大限度的增加财富”，拉丁公证在论证自己存在的合理性时也是拿此说事的，当然世界银行和英国《经济学人》的结论恰恰与此相反。因此只要中国公证不能在制度经济学和制度法学的框架下证成自己是经济效益的——这非常困难，那在立法上建立法定公证制度的可能性就微乎其微，因为它因此会被视为压制型法具有道德的瑕疵而被抛弃。相对于理论证成的困难，倒是在实践中，公证通过提供“高性价比”、“完美体验”等品味功能的服务，让受众形成思维定势和路径依赖要简单的多，在这一点上公证需要向工商业好好学习——不要看不起营销，这是解决供给者和受众认知差异形成共识的智慧，所有外化的行为都是营销行为连政府也不例外，马化

腾说：“没有对人的认识，产品再精妙、先进，充其量也就是玻璃窗里供人叹赏的牙雕”，公证排斥营销是公证自己的低能不是营销的错。

在这里，公证要特别注意以下几点：（1）需求决定供给。对于供需两者之间的关系，在经济学界一直以来都存在着两种截然不同的观点，一种观点认为是供给决定需求，而另外一个观点则认为，是由需求决定供给，两派之间至今仍然是势若水火，目前似乎后者占据上风，《需求为王》一书大热和电商对传统商业的蚕食就是例证。对于没有法定公证的中国公证来说，需求决定供给是必然的，它不能无中生有或自给自足，公证开拓业务如同商业开拓市场，不是创造需求而是提供供给信息和选择机会。（2）降低机会成本。何美欢教授在评价中国法学教育与社会需求存在的差距时，说：“国家对高端法律人才的需要是迫切的，如果法学院不能满足这个需求，自然就会出现其他的供应方。”公证也是如此，如果你不能满足社会的需要，自然就有他人取而代之，中华遗嘱库的出现实际上就是一个征兆，然后你再到网上去查查我们根本就不重视的遗产管理和民间借贷监管现在有多少人在虎视眈眈？俗话说“商场如战场，机会稍纵即逝”，公证的机会可能持续时间长一点，但一旦错失同样会一败涂地、无力回天，公证的机会本就不多，其机会成本之高令人不堪回首。（3）不可替代性。凡是能够被复制的都是可以被替代的，凡是容易被复制的都是容易被替代的，如果公证的作业模式是很容易被复制的，那么就很容易被取代，公证的优势证据效力改变不了这一点，因为林林总总的担保机制也可以取代对证据形式要件的要求。因此，公证必须将自己的作业模式尽量多内容化、多形式化，让其不仅有本体的价值还有附加值，并缩短与使用者的距离，因为“离消费者最近的终端最有价值”；还要利用机会成本的理论，早早占山为王、跑马圈地，让落后一步的他者无机可乘或加大其进入其中的成本；还要与时俱进不停更新换代其内容和形式，因为事物是发展变化的，不可替代性只是满足特定条件的情况下才可能具有期间性的绝对性。（4）要杜绝涸泽而渔。恩格斯说，“我们不要过分陶醉于我们对自然界的胜利。对于每一次这样的胜利，自然界都报复了我们。因此我们必须时时记住：我们统治自然界，决不像征服者统治异民族一样，决不像站在自然界以外的人一样，——相反地，我们连同我们的肉、血和头脑都是属于自然界，存在于自然界的；我们对自然界的整个统治，在于我们比其他动物强，能够认识和正确运用自然规律。”这是环保主义者的圣经，同样也应该成为我们公证的警世恒言，掠夺式、征服式的野蛮生长都是涸泽而渔，透支的是公证的信誉和未来的发展潜力和生存空间，那种“今朝有酒今朝醉哪管身后天地沉”的态度是绝对要不得的。

### 3、集体行动和平台建设

集体行动是社会心理学、经济社会学、政治经济学（尤其是公共选择学派）、和公共管理学研究的一个共同主题，凡是涉及到群体或集体的行为或行动的现象都离不开集体行动这一范畴的探讨。“集体行动，就是有许多个体参加的、具有很大自发性的制度外政治行为”，它属于查尔斯·梯利所说的“斗争政治”范畴。通过对拉丁公证尤其是法国公证的学习，我们已经很清楚的知道，法国公证特别注意集体行动，其一个重要的里程碑是1912年法国公证人协会的成立——该协会于1942年演变为法国公证人高等理事会，公证人高等理事会以及省公证公会和县公证公会的成立，在组织上保障了采取集体行动的可能性，它们为确保集体行动的实现，建立或推动建立了统一的资格准入机制、统一的培训机制、统一的价格机制、统一的资料与信息中心、统一的赔偿机制、统一的社会保险机制等等。集体行动的结果就是将分散而存在个体利益冲突的法国公证人变成了一个具有强大凝聚力和战斗力的利益共同体，其一个极为重要的表现就是我们在前面提到的在理论研究和立法方面的建树，另一个更为直观的表现就是挫败了律师出身的萨科齐总统意图将公证与律师合一的法案。

中国公证也走上了集体行动的道路，中国公证协会与各省公证协会的成立、全国公证赔偿保险基金的设立、中公协各专业委员会的运作等，都是集体行动的表现，但比之法国同行，我们无论在形式上还是内容上都还差得很远，需要付出更大的努力。需要集体行动的方面很多，但最迫切也最可掌控的是加强业界的业务平台建设。大数据时代，平台为王，这是一个已经被普遍承认的定律，所以互联网领域的巨金并购让人眼花缭乱目不暇接，所以马云才能以支付宝取代公证提存成为实际上的全国最大最著名的公证人。中国公证虽然有点后知后觉，但中公协官网咨询中心的运行总算是开业大吉，2013年末公证遗嘱登记查询平台的运行又锦上添花，以后的日子中国公证需要大力进一步加强前文提到的各种平台建设，这既是着眼未来的未雨绸缪的策划、宣传与造势，更是以便借此收集、分析各种数据，从而加强自己的言辞和行动力量。举例来说，如果我们能把全国所有的保全证据公证进行整合，我们就会发现此项公证存在的法律和事实问题，从而及时规范本行业的行为并与最高司法机关进行沟通提出自己的法律意见，然后每年出版一本“公证与知识产权保护状况”白皮书，那么中国公证将会给政府、社会和民众带来多么不一样的观感和体验？作为“证据之王”和“法院助手”的地位能不能得到进一步的巩固？如果其他形态的业务也能有这样的报告，形成梯队攻击和团体作战，其效果又会是怎样壮观？为什么证券市场严厉禁止内幕交易，是“在信息不对称的领域，信息最值钱！”为什么马云和马化腾能够缔造阿里巴巴帝国和腾讯帝国？是因为淘宝平台和微信本质上就是一个信息平台，而如马化腾所言，“没有微信腾讯就完了”，诺基亚等过去的产品帝国就是这么衰落的。为什么四大评级机构能够让举世谈虎色变一体遵行？是因为其掌握了实质上的权威的评价的权力，虽然它们不是政府机关。中国公证目前就拥有很大的信息宝藏如果努力未来可能还会获得更大更多的宝藏，但如果不能有效开发和利用这些宝藏，那也只会是明珠蒙尘、剑藏匣中，有等于无，致后人有所和之叹。

美国经济学家曼库尔·奥尔森在《集体行动的逻辑》揭示了一个具有共同利益的集体并非必然产生集体行动的根本原因在于集团内广泛存在的“搭便车”现象，正因为集团共同利益是一种公共物品，即使成员不付出成本也能坐享

收益的物品，因而，一个理性的人是不会参与到集体行动中来的，因为这要花费私人的成本，而收益却是集体共享。目前阻挠中国公证集体行动和平台建设的一大因素就是业界的搭便车现象普遍存在。为了克服这种“搭便车”困境，奥尔森设计了一种强制和“选择性激励”的组织策略，前者指依靠一种中央集权的方式来迫使集团成员参与集体行动，而后者指正面的奖励与反面的惩罚相结合，对参与集体行动的成员实施奖励，而不参与者进行惩罚，这可供中国公证参考和借鉴。

#### 4、扔掉拐杖和勇于担当

如果说在泛意识形态的时代，处于行政权力保护之下的中国公证获得了原始的资源积累的话，那么今天是扔掉这一拐杖的时候了，如果猿人没有扔掉拐杖就不会学会直立行走，就不会成为真正意义上的人，而如果你想让哪个人变瘸，那最好的办法就是给他一个拐杖，因为“被什么所庇护，就被什么所限制”。

扔掉拐杖就要去科层化、去地方化。科层制下的公证，除了存在前文已经提及的问题外，还有如下几个重大弊端：（1）缺乏动力。公证是润物细无声的工作，不能像法官、检察官、律师那样酣畅淋漓的享受实现正义的快感，这样从业人员就不会把它作为一项事业，而是作为一项工作来对待。事业给人满足感，而工作给人疲惫感；事业会让人投入，工作会让人远离；事业的评价人是自己，工作的评价人却是上位者；事业让人关注各种利益并作出取舍的理性选择，工作更让人关注现实利益短期效益从而做出非理性选择。事业心与工作心之间的差距，不是靠政治说教能够弥合的，这两种状态哪一个对公证发展更为有力不言而喻。（2）反映迟钝。这是科层制无法避免的弊端，这是由它根深蒂固的决策机制和责任机制决定的，只要不是避无可避，它不会有改变的动力；只要不是利害攸关，没有人愿意去承担改变的风险和行动的责任；科层制下每个人的具体利益是分化的，所以除非基于强力命令，难以形成集体行动。譬如早在2004年，我们就已经认识到建立统一的动产抵押和权利质押登记系统的必要性和重要性，但到现在还只是观念模型，而腾讯公司则将危机感视为最大的财富，它们将“微信”的开发当成生死攸关、时不我待的一等要事。（3）道德危机。按照彼得原理，科层制下的人都有升迁的欲望，这种欲望会在机构内部形成张力，这就是为什么官僚机构比非官僚机构多是非的原因，科层制还可能会把人升迁到一个其不能胜任的位置，这样机构的荣辱兴衰往往取决于上层者个人的品质、思维和能力，而不是集体的智慧和行动。中国十四届三中全会、国务院的一系列文件都早已指明了公证去科层化的方向，中共十八届三中全会又一次做出了提示，我们还要在犹豫的路上徘徊多久？

我们经常说要促进公证行业的全面发展、保护公证行业的整体利益，但是这个“全面发展”和“整体利益”的主体是谁呢？它是一个种属上的集中的唯一的抽象概念（即“公证业”）还是一个地域上的分散的众多的形象概念（即各公证处）呢？举国都承认南北差异、东部、中部、西部的不均衡；《立法法》之所以规定多层次多阶位的立法体系，也是基于因地制宜、因时制宜的效率性现实需求，那么要公证忽略这种差异，人不分南北地不分东西一个模式下来，是科学的吗？是符合现实的吗？是符合公证的整体利益的吗？在现行的公证机构设置和执业区域范围规定下，在业务上本应全国一盘棋的公证机构被分而治之、碎片化，想进的进不来想出去的出不去，形成了一个莫名其妙的围城，这能符合公证行业的整体利益吗？以经济便民和反不正当竞争来为此找借口是站不住脚的，因为当事人有成本计算的理性，这点小学数学还难不住工于计算的中国人，而在集体行动的逻辑上，妄图以劣币驱逐良币的反叛者一定会因为违反游戏规则被逐出牌局。公证机构地方化的最大受益者不是公证行业，而是司法行政机关，因为它维系了其科层制的完整性。在公证机构地方化、执业区域碎片化的背景下，行业采取集体行动是非常困难的，通过术业专攻、互通有无来为当事人提供优质服务也是不可能的，甚至连满足当事人最基本的需求也会出现问题，你只要上网查查有多少地方的当事人在苦苦等待办一个继承公证或遗嘱公证就明白了，因此公证必须去地方化，未来的公证服务，应该是“天猫+微信+海尔+顺丰”的模式，“天猫”指的是品质保证、信息供给和用户选择，“微信”指的是多渠道、个体化和用户体验，“海尔”指的是信誉和售后服务，“顺丰”指的是效率和性价比。中共十八届三中全会决定司法去地方化，历史上公证机构的设置和执业区域都是和司法机关的设置与管辖区域一致的，这一次我们能跟上司法改革的步伐吗？

没有一个懦弱的组织和个人会被大家认同，拉丁公证的历史告诉我们，公证人要勇于承担才能成就自己的光荣与梦想。这包括四个方面：（1）不卸责。这包括两个方面，一是当社会治理需要你的时候，出现了相应的契机的时候，就要及时把握、主动出击，秩序的实现就是功能的体现就是服务的体现。二是如果出现了公证行为不当，不要推诿更不能耍赖，一次义无反顾、痛痛快快的赔偿，胜于十年费尽心机、唠唠叨叨的广告。（2）懂放弃。这也包括两个方面，一是在秩序构建上，为了更大的正义目标，如现实需要之则应放弃自己拥有的部分利益，以免授人“唯利是图之辈”之口实和观感，破坏容易建设难，荣誉毁了，就可能什么都没有了。二是决不能蛇鼠两端，进退失据。晚清的历史证明，“中学为体西学为用”是不可能成功的，而历史上“脚踩两只船”者又有哪一个能成大器呢？

#### 八、结语

这一谱系被帕森思描述为“法律体系功能上的无上命令”，对于公证的研究者和实践者来说，不可不察。认识论、方法论和实践论共同构成了我们认识事物、分析事物、利用事物和发展事物的武器库。在对待公证这一事物上，虽然我们曾经迷失过，但亡羊补牢犹未为晚。虽然我们面临前所未有的挑战，但法治国家建设、诚信社会建设、社会治理转型、马克斯·韦伯权力分类理论的复兴、社会公共权力理论的兴起、新经济模式的出现、信息技术与大数据的运用等，也给我们带来了千载难逢的机遇。如果我们想让中国公证这颗幼苗长成参天大树——甚至只是为了

自救，也要抛却“拉丁公证灵魂附体”的幻想，“临渊羡鱼不如退而结网”；要抛却各种特殊论的借口，事物“若已经效于世间，不必皆从己出”；要临机应变、居安思危，“时移世易变法宜矣”、“国无外患国恒亡”，“好战必亡忘战必危”。何美欢教授在目睹法学教育虚假繁荣之际，中肯提出针对法学教育的盛世危言：“中国法学教育需要进行大规模的、深层次的改革。在传统的课程上添加一些律师技巧之类的课程充其量也只能治标，绝不能治本，能骗人于一时，不能骗人一世。国家对高端法律人才的需要是迫切的，如果法学院不能满足这个需求，自然就会出现其他的供应方。为了自救，中国的法学院也应该正视问题，下决心进行改革。”这个逻辑和结论同样适用于公证而且更为迫切，危局之下，搞一些冠冕堂皇的花里胡哨的标语和动作不过是欺世盗名、饮鸩止渴而已。

也许你并不同意本文的观点，但在行走的道路上，无论你的出发点在哪里，无论是你主张漫步、暴走还是奔跑，无论你是主张海陆空单行还是三路齐头并进，请记住：“上帝会惩罚那些浪费机会的人”。

作者：山东省青岛市市中公证处 张红光

### 有遗赠书，她却无法继承财产

2014年8月12日 扬子晚报

一个月之前，市民王女士拿着自己的叔叔王大爷留下的一份遗赠书，到南京公证处办理继承公证。一般来说，继承只有遗嘱继承和法定继承，按说老爷子立一份遗嘱并公证就可以把房子给王女士继承，为啥还要多费一道手续，写这么个遗赠书呢？

对此，公证员对王女士进行了询问，王女士介绍，王老爷子的老伴不能生育，所以二老一辈子都没有养育子女。十几年前，老伴去世了，老爷子伤心之余，生活也失去了依靠。近些年，老爷子更是渐渐失去了自理的能力。王女士见此，就主动把老爷子接到家里来，照顾他的饮食起居。出于对王女士的感激，王老爷子咨询过有关部门后自己手写了一份遗赠书，将自己的财产都留给了王女士。然而再次检查遗赠书的时候，公证员发现了点问题：首先是遗赠书的字迹比较潦草，看得出来书遗赠书的时候王老爷子的手已经有点不听使唤了；其次是王老爷子立遗赠书的日子距离他去世的日子没几天。虽然说是亲自所写的遗赠书，但是老爷子在立遗赠的时候是否处于神志清醒、拥有完全的民事行为能力状态恐怕无法贸然断定。

为了将事情调查清楚，公证员来到王老爷子户籍所在的村子，向邻居了解事实情况。邻居们所述与事实相差无几，王老爷子确实一辈子没有子女，不过生活起居并不像王女士所说的那样早年独居，后几年跟着王女士过。而是一直由同村的一位张大叔照顾的，而且张大叔照顾王老爷子的生活起居很是尽心，王老爷子也常在邻居前夸赞张大叔为人很好。听到这里，公证员不由得警觉起来，说不定二人曾经签订过遗赠抚养协议。于是公证员找到张大叔，果然王老爷子与张大叔之间确实有一份遗赠抚养协议，而且还办理过公证。听到王女士已经到公证处申请办理公证，张大叔着急地向公证员解释，最近这十几年确实是自己在照顾老人，而王老爷子的侄子侄女们没有一个管过老爷子的生活起居，也从来没有掏过一分钱。之后王老爷子被查出肺癌晚期住院了，王老爷子的侄子侄女们才一个个突然冒了出来，三天两头地往医院里跑。而且王老爷子最后一个月病得很厉害，有时候头脑清楚，有时候头脑不清楚，记忆力也时好时坏。随后公证员前去王老爷子生前所在的医院，证实了王老爷子最后一个月确实大多时候都神志不清。

将事实调查清楚之后，公证员通知王女士，她的公证办不起来了，对此王女士非常不满，但当公证员告知已查明王老爷子与张大叔有遗赠抚养协议；且王女士向公证处虚构、隐瞒真实情况，公证处有权不予办理公证的理由后，王女士最终放弃了。

公证员点评>>>

在需办理继承公证的情况，逝者若同时留有遗赠抚养协议和遗嘱，遗赠抚养协议的效力是最高的，优于遗嘱和遗赠，就连公证过的遗嘱效力也低于遗赠抚养协议。另一方面，办理公证的时候，当事人不能够虚构、隐瞒事实或是提供虚假材料，否则公证机构将有权不予办理。

资料来源：扬子晚报

### 公证视点：我国信托财产登记现状及公证参与的作用研究（上）

2014年8月18日 公证人 南京市南京公证处 张鸣

英美法系的信托制度在被大陆法系国家移植过程中，为使英美法系衡平法环境下信托的“二元”所有权理论能够被大陆法系“一物一权”所有权原则所兼容，大陆法系国家创设了信托财产独立性原则，使得英美法系信托的核心理念在变通后得以在大陆法系国家顺利推广。信托财产的独立性保障了信托财产独立于信托当事人的固有财产，但这只是针对信托关系的内部而言，如果对信托财产不采取一定的方式加以公示，对外部而言，信托财产和信托当事人的固有财产仍然是难以区分，信托财产本身及财产交易的安全稳定性无法得到保障，信托的价值便无法体现。为了维护信托当事人及第三人的利益，确保信托财产和交易的安全和稳定，需要将财产已设立信托的事实向社会予以公布，信托登记制度遂应运而生。

我国《信托法》规定：“设立信托，对于信托财产，有关法律、行政法规规定应当办理登记手续的，应当依法办理信托登记。”但直到今日，我国尚未正式建立信托登记制度，处在“有法可依，无法操作”的尴尬境地，随着信托逐渐为社会所熟悉，信托在社会经济生活中扮演的角色也越发重要，无论是我国信托法律的规定还是信托财产

独立性的现实需要，明确信托登记相关法律问题并建立我国的信托登记制度是十分必要和迫切的。然而，国家制度的完善不是一蹴而就的，是需要有一个科学的循序渐进的过程。那么，可否在现行的制度框架下引入社会公共机构辅助建立并完善信托登记？我们认为公证制度是个不错的选择。

我国《公证法》确定：公证机构是依法设立，不以营利为目的，依法独立行使公证职能、承担民事责任的证明机构，并且公证机构可以依法律、行政法规规定对特定事务进行登记。同时，我国《担保法》中也明确了相关抵押物登记由公证机构作为法定的登记机构，实践中通过公证进行财产抵押登记也很普遍。公证的社会认知度及公信力不断提高，公证已具备了广泛的群众基础，具有“高精尖”特性的公证员已逐渐成为公证队伍的主力军，其法律素养和专业能力足以应对信托中的各种法律关系。由此可见，作为公共法律服务机构的公证处，其职能定位正是为社会提供有效证明和信用增级服务，公证机构从事信托登记无论是法理上还是实务上都有天然的优势。本文拟对我国信托登记制度及公证参与信托登记等的可行性及对策进行粗浅分析。

## 第一章 信托财产的独立性

现代意义上的信托制度源于英国衡平法的创造，并在悠久的英国衡平司法传统下不断积淀和升华，而信托之所以被已经拥有代理、行纪等法律制度的大陆法系国家突破传统的所有权绝对原则予以移植引入，并在这些国家得到了充分的应用，除了其法律关系具有高度的弹性和灵活性，能够创设适应市场需要的信托产品，管理处分财产功能、节税功能外，信托财产的独立性是信托制度得到飞速发展的最为重要的原因。

### 第一节 信托财产独立性表现

我国《信托法》承继了大陆法系国家在信托立法上的基本观点和做法并有着鲜明的中国特色。根据大陆法系物权理论以及信托原理，信托财产的独立性既是信托财产所有权的四大权能分离的外在体现，也是信托制度最本质的优势所在。信托财产独立性体现为信托财产经由委托人根据信托文件转移给受托人后，在信托存续期间，该信托财产即独立于委托人的其他固有财产，又独立于受托人其它固有财产及其受托管理的其他信托财产，而且还独立于受益人的其它固有财产，同时，还独立于委托人、受托人和受益人（以下称信托当事人）的债权人；信托财产依法不被强制执行和破产清算，不得抵销、混同或继承，在受托人违反信托目的使第三人取得的信托财产时受益人得享有追及权。具体来说：

#### （1）信托财产独立于委托人

委托人依信托文件将其合法拥有且确定的信托财产转移给受托人后，对信托财产的占有、使用、处分权能自动转移给了受托人。信托财产的所有权能即脱离并独立于委托人之外，委托人不得以信托法律法规和信托文件之外的原因对该信托财产主张权利。我国《信托法》规定：“本法所称信托，是指委托人基于对受托人的信任，将其财产权委托给受托人，由受托人按委托人的意愿以自己的名义，为受益人的利益或者特定目的，进行管理或者处分的行为。”虽然我国信托法对信托财产所有权的移转使用的是“委托”而不是直接的“转移”，对此，我们在查阅了信托当年的立法资料后发现《信托法》最终审议稿中确实采取的是“转移”的表述方式，同时，结合我国《信托法》第十五条对信托财产与委托人未设立信托的其他财产相区别的规定及信托基本原理，我们认为：原因是立法者对于信托制度的理论认识在当时还不够深入，因此对于信托的概念界定出现用语上的摇摆现象，为了回避立法上的被动所采取的技术处理，所以我们在理解该定义时，仍应将“委托”理解为是一种财产权的转移。当信托成立后，委托人对信托财产不再享有任何的财产性权利，除法定事由外，委托人已经不能再对外主张物权。

#### （2）信托财产独立于受托人

信托存续期间，受托人依据信托文件拥有的仅仅只是对信托财产名义上的所有权，受托人对信托财产应恪守“空有其名而无其实”，不得将信托财产转为其固有财产。受托人应当遵守信托文件的规定，严格按照委托人的意愿，为受益人的最大利益处理信托事务，受托人以自己的名义管理信托财产，必须恪尽职守，履行诚实、信用、谨慎、有效的义务，审慎地占有、管理、使用和处分信托财产。同时，使信托财产保值增值是受托人的天职，但对信托财产所带来的利益，受托人不得享有也不得利用信托财产为其个人谋取私利。

#### （3）信托财产独立于受益人

信托财产独立性原则使得信托财产所有权的四种职能相分离，受托人享有占有、使用、处分信托财产的权利，而受益人仅享有受益权。信托财产虽然是为了受益人的利益而设置并转移给受托人占有、管理、使用和处分，受托人的职责也正是服务于受益人利益最大化，但受益人在信托存续期间不能直接享有对信托财产的实际控制和处置权，其受益权体现在按照信托文件规定（信托文件约定信托终止时信托财产归属于其他人的除外）向受托人主张支付信托利益及在信托终止后获得信托财产实际所有权的期待权。

#### （4）信托财产独立于信托当事人的债权人

信托财产独立于信托关系中信托当事人的债权人。信托设立后，信托财产的所有权从委托人处移转至受托人，信托财产与委托人相隔离，委托人已经不能对其主张所有权，故委托人的债权人通常不能对信托财产主张权利。对受托人而言，因其并未实质拥有信托财产的所有权，仅是名义上的所有人，实际只是获得了所有权能中的部分权能，所以对于专属于受托人的非因履行信托义务而形成的债务，只能以受托人的自有财产进行清偿，其债权人不能就信托财产主张对受托人的债务进行清偿。对受益人而言，由于受益人对信托财产拥有的仅仅是受益请求权和信托终止后的信托财产取得期待权，在信托存续期间并未直接取得信托财产的所有权，故受益人的债权人对信托财产无追及

权，不能直接通过信托财产实现债权，而仅能对受益人的受益权或信托终止后受益人可能获得的信托财产主张行使权利。

#### (5) 信托财产不被强制执行和破产清算

信托财产的独立性使得其与受托人固有财产相分离，信托存续期间，信托财产与外界隔绝封闭运转，不论是受托人的债权人，还是受托人所管理的其他信托财产的债权人，都不能对该信托财产申请强制执行。从信托当事人的债权人方面来讲，委托人的债权人除了以设定信托有害于债权人为由而请求撤销信托外，对于信托财产不能强制执行。我国《信托法》规定：“除因下列情形之一外，对信托财产不得强制执行：（1）设立信托前债权人已对该信托财产享有优先受偿的权利，并依法行使该权利的；（2）受托人处理信托事务所产生债务，债权人要求清偿该债务的；（3）信托财产本身应负担的税款；（4）法律规定的其他情形。对于违反前款规定而强制执行信托财产，委托人、受托人或者受益人有权向人民法院提起异议”。我国《信托法》规定：“受托人被宣告破产，信托财产不属于清算财产。”这是我国信托法对于信托财产在受托人破产时不列为清算财产的表述。目前，我国法律规定的破产制度尚不适用于自然人，因此，只有受托人是法人时，才存在适用上述规定的情形。信托财产原则上不被破产清算和强制执行，既是信托财产独立性的程序法体现，也是信托目的得以实现的一个重要保障。

#### (6) 信托财产不得抵销、混同或继承

抵销作为民法中债的消灭方式之一可以提高交易效率，降低成本。抵销成立的最基本的要件是双方的债务均已届清偿期且债务标的物的种类、品质相同。因信托财产的债权与受托人固有财产的债务以及其他信托财产的债务，虽名义上都同为受托人持有或承担，但实质上，债权与债务的主体是不一样的，因此，如果允许抵销，那么受托人将可能以信托财产清偿自己的债务，这就违反了信托制度中受托人“为受益人或者特定目的”对信托财产进行管理和处分的宗旨。因此，受托人在管理、运用、处分信托财产过程中，信托财产所生的债权，与受托人的固有财产所产生的债务，以及受托人管理处分不同委托人的信托财产所生的债权和债务，都不能相互抵销。

混同，是指债权和债务同归一人，原则上致使债的关系消灭的事实。信托财产的独立性是信托制度的最大优势所在，其核心就是通过使得所有权、处理权和收益权相分离，最大限度的利用信托财产创造利益，如允许信托财产适用混同制度，那么信托财产就可能因受托人的行为产生混同而消灭，从而使信托终止。显然，这样受益人的利益得不到保护，有违“为受益人或者特定目的”的信托宗旨。所以禁止混同是各国立法的普遍做法。

信托存续期间，信托财产的独立性使其与信托当事人的其他固有财产相分离，当委托人或受托人死亡时，其遗产范围自然不包括信托财产，不能将信托财产列为委托人或受托人的遗产。如果委托人是信托的唯一受益人，当受托人死亡或破产时，信托财产应当列为其遗产或清算财产。同时，由于受益人在信托期间并未获得信托财产的所有权，仅能请求受托人支付信托利益，因此，当受益人死亡时，除非信托文件规定，否则信托财产一般也不列入受益人的遗产范围。

#### (7) 受益人的追及权

信托制度赋予了受托人对信托财产准所有权人般的管控处理权利，除非在信托文件中明确规定外，受托人行使其信托管理权无须接受委托人或受益人的任何指示。受托人如因过错行为将信托财产转让给第三人，或因追求自身利益最大化，将信托财产据为己有或为不当管理，必将给受益人造成损害。因此，明确受益人的权利保护机制，防范道德风险及追究过失责任，不可或缺。我国《信托法》并未明确规定受益人的追及权，但依据《信托法》中信托终止后信托财产归属的规定以及信托原理，可以得出信托受益人是信托财产的最终事实所有权人，所以基于物权的追及性，不论物权标的流转到什么入手中，所有权人都可以依法请求其返还原物，其权利不仅可以对抗受托人及其债权人，而且可以对抗受托人因其过错行为将信托财产让与的第三人，当然，物权的追及效力并不是绝对的，要受到善意取得制度的限制。

### 第二节 信托财产独立性的法律限制

信托财产的独立性使得信托制度比其他财产制度有着天然的优越性，与此同时，信托财产独立性所展现出来的“闭锁效应”、“破产隔离效应”及“可追及效应”等独特属性也更易被恶意利用以达到逃避债务，规避法律的目的，一旦被恶意利用，信托独立性的所拥有的灵活度和弹性将可能产生反向效应对社会和他人的财产造成巨大的损失，所以，为了预防不轨，衡平利益，对信托财产独立性适用的合理限制是必要的，以实现法律公正，保障交易安全和社会经济秩序。考察大陆法系国家对信托财产独立性的法律限制，主要是以下两个方面：

#### (1) 信托目的必须合法

信托目的合法性包括信托要有信托目的，而其目的又必须符合法定要求这两重意思。首先，信托关系的产生是起源于为了一定的目的而委托他人管理财产，在信托定义中则表述为，为受益人的利益或者特定的目的。这是在社会经济生活中所以逐步形成信托制度并持续存在的一个直接原因，如果人们不因一定的目的而需要信托，则信托是不会存在的，或者即使出现也不会持久，所以设立信托，必须是有其目的的。信托目的的具体内容应当说是很丰富的、多样的，这与人们在社会经济生活中的多种需要是一致的。不同的人、不同的团体、不同的领域、不同的背景、不同的愿望，等等，都会形成不同的目的，所以信托目的是多种多样的，这是客观事实。在法律中没有对信托目的的内容作出具体的规定，实际上也是难以作出要求。它是委托人设定信托的出发点，也是检验受托人是否完成信托事务的标志。确认信托行为的成立必须要有一定的目的，信托目的由委托人提出，可以基于各种原因和意愿。可以

说，信托目的是以信托财产为中心，影响信托关系的产生、存续、消灭的第一要素。

同时，信托行为作为民事行为的一种，自然设立的前提应是自愿，因此，对信托目的的范围理应由委托人自主决定，委托人可因各种各样的目的设立信托，但根本的一点则是民事行为应具备合法性，合法性是其能得以存在、承认、运动和产生结果的根本前提，是其能通过一系列活动产生预想效果的重要因素。我国《信托法》也明确规定有“信托目的违反法律、行政法规或者损害社会公共利益”以及“专以诉讼或者讨债为目的设立信托”无效的条款。这个限定是强制性的，包括所有的各种各样的信托都不得有例外，法律的普遍性在信托设立条件中同样有效。信托目的合法性也就是要求在法律允许的范围内确定信托目的，不能有违反法律的非法的信托目的，这里所指的法律是国家制定的所有法律，并不仅仅是有关财产的。要求信托目的具有合法性，实质上是限定只能在法律许可的范围内管理运用财产，不允许利用信托去实现非法的目的，也就是只能为合法的目的理财。所以，设立信托目的必须合法，不得违反法律法规的强制性、禁止性规定，不得违反公共秩序和善良风俗，更不能为逃避债务侵害债权人利益或规避法律而设立信托。信托制度发展到今天，作为一种专门的财产管理制度，其结果是信托法一方面充分肯定信托目的设定的自由原则，另一方面又在信托法中明确规定信托目的的合法性，违法性信托为无效信托。

## （2）信托财产独立性所产生的效果必须公平合理

信托除了目的合法，其财产在独立性的相对封闭环境下运行所产生的效果和利益也应当是公平合理的。须知信托财产独立性所展现出来的“闭锁效应”、“破产隔离效应”及“可追及效应”等独特属性可以随时击穿大陆法系民事和物权理论，并可被轻松利用来按照信托当事人的意愿创造利益模式和输送通道，所以，不受规制的信托制度将造成原有法律制度的明显失衡，带来社会风险，有悖大陆法系引进信托制度的本质目的。在保障信托财产独立性的基础上，考虑了防止以信托为手段逃避债务，损害债权人合法权益的情况，明确了信托财产本身所应承担的责任。

结合我国《信托法》的规定，对于信托财产独立性的限制主要体现在以下方面：

第一、委托人设立信托前，其债权人已对该信托财产享有优先受偿的权利，并依法行使该权利的，委托人不得主张强制执行的禁止；

第二、受托人对基于处理信托事务所产生的债务或税赋义务，不得主张强制执行的禁止；

第三、在自益信托中，因此时委托人与受益人归于一人，委托人得随时终止信托，故如委托人或受益人非以信托财产不能清偿到期债务时，委托人的债权人得申请撤销信托，使信托财产丧失因信托财产独立性而产生的“闭锁效应”、“破产隔离效应”及“强制执行的排除效应”，从而就信托财产享有权利。

## 第二章 信托登记制度

信托制度在被大陆法系国家移植过程中，为了克服英美法系“二元所有权”理论与大陆法系“一物一权”原则的冲突，大陆法系国家创设了信托财产独立性原则，使英美法系信托核心理念最终得以在大陆法系物权理论基础之上展现其魅力。而在大陆法系广袤的法律制度的大地上，信托财产独立性原则恰似根基尚浅的幼苗，天生的需要有守护者般得登记制度呵护其成长为参天大树。与此同时，信托财产独立性又天生是一柄“双刃剑”，可能被恶意利用损害他人利益，因此，需要寻求这么一种方式，实现信托财产与信托当事人的自有财产相分离的事实能被公众所知晓的效果，使信托财产为外部所知，在外部也能保持其独立性。而信托登记就是这样一种方式，通过登记，明确哪些财产是信托财产，哪些财产是当事人的固有财产。

### 第一节 建立信托登记制度的必然性

对大陆法系国家而言，信托制度的核心价值莫过于信托财产的独立性，确保独立性是其信托理论的必然要求。信托财产独立性原则是信托原理能被大陆法系“一物一权”原则接受的体现，是英美衡平法理念下的信托制度得以在大陆法系环境下存在的必然结果。信托财产独立性原则本身决定了其需要在最广大的范围内被外界最广泛地知晓，同时，大陆法系的“一元制”所有权制度无时无刻不要求信托财产宣誓其所有权四项权能分离的事实并对外体现其分离效用和属性，因此，登记公示是展现信托财产独立性的必然选择，信托登记是大陆法系国家完整引进信托制度、体现其内在本质的必然需求。

其次，基于信托文件，信托财产应当由委托人处转移给受托人所有，信托财产独立性使得信托财产独立于信托当事人的固有财产，但这仅是从信托当事人内部进行了区分，对于外部的第三人来说，并不能够及时、明确的了解到信托财产和当事人固有财产的区分情况，而这一缺陷可能导致两种风险：

首先，道德风险。如果受托人未善意履行信托职责，过失或主观上故意将管理的信托财产和其固有财产或其他财产混合，基于现行的制度，委托人或受益人是无法证明财产的独立性也不能将信托财产从受托人财产中分离出来，特别是在信托财产为非种类物时更是如此，这将严重损害委托人或受益人的权益。通过登记，明确哪些财产是信托财产，哪些财产是受托人固有的财产十分必要。

其次，交易风险。在受托人与第三方买卖信托财产时，受托人基于利益原因，希望取消交易行为，可能恶意援引信托财产独立性来对抗不知情的第三人，始双方的交易可能随时处于不稳定的状态，使得交易安全备受压力。可以说，在整个信托法律关系中，受托人处于相对强势的地位，其履行义务与否，对委托人、受托人的利益，甚至是整个信托的运营有着非常重要的影响。因此，为了较好的监督受托人履行义务，迫切需要从外部采取一种方法使信托财产能够始终保持独立性，信托登记就是这样一种方法。

再者，信托实践也迫切需要建立登记制度。信托登记制度的缺失，使财产类信托受权属困扰难以高效开展，制



约了信托向社会纵深发展的脚步，最为明显的例子如信托公司为了避险，分分选择集合资金型信托，客观上造成信托品种单一，没有充分发挥信托弹性设计空间的优越性。客观上造成信托当事人为了财产安全设置各种避险模式，增加了信托的成本，也妨碍了信托领域的金融创新，如信托登记制度不健全时，信托公司只能选择转让登记的方式接受信托财产，不但要带来巨大的税负问题，而且也将使信托的效力处于不确定状态，从而使委托人、受托人和受益人权利义务关系不明，无法体现信托的魅力。在民事类信托中，由于缺乏登记制度，财产范围无法明晰，权利义务关系界定不明，尤其是遗嘱信托这一项，目前国内遗嘱信托基本上还是空白，基本没有有效开展遗嘱信托业务的很大的原因就是登记制度上的缺陷造成对于信托财产的状况无法明确，制约了遗嘱信托功能的发挥。

## 第二节 信托登记的作用和内容

根据通说，信托登记一般定义为：信托设立时对信托财产进行登记并使之加以识别的一种法律行为。信托登记的实质是确保信托财产的独立性，防范风险，保护交易安全，维护受益人的利益。

首先，信托登记的作用，主要有以下几个方面，一是信托生效的基础条件；二是确立信托财产的权属，实现信托财产的独立性并与信托当事人的固有财产相区别；三是保证信托目的合法性及确保交易安全；四是有利于监督部门的管控。对信托登记的作用具体分析如下：

### （1）信托生效的基础条件

我国《信托法》采取了信托登记生效模式，即对于法定的应登记信托类，登记是信托生效的基础要件。依法需要登记的信托如果不登记则不产生信托的效力，这可以从两个方面来理解，从信托当事人的内部关系角度而言，没有进行信托登记，信托法律关系成立但尚未生效，无法产生法定的信托效果，信托财产的独立性并未得到法律的认可，委托人可因信托未生效而取回信托财产，受托人无权处分、管理信托财产，受益人也不享有受益权。从外部关系角度而言，因为信托尚未生效，信托财产的所有权并未转移至受托人，受托人在与第三人交易信托财产的时候属于无权处分，委托人可根据民法上的无权代理和物权的追及力从第三人处要回信托财产。

### （2）确立信托财产的权属并实现信托财产的独立性

经过信托登记，委托人将信托财产转移至受托人的名下，成为受托人名义上的财产的事实得以确认；在法律上确认了受托人是信托财产名义上的所有权人地位和根据信托文件约定管理、使用和处分信托财产的权利。通过登记，将信托财产已经进入“独立性”的状态对外公示，信托财产特有的“闭锁效应”、“破产隔离效应”及“可追及效应”等独特属性开始展现，信托财产之外的任何人都不得以对信托当事人拥有债权或其他权利而对信托财产采取查封、冻结、变卖、强制过户等法律强制措施，受益人的债权人虽然可以对信托的受益权主张权利，但不能直接对信托财产本身采取法律强制措施，信托财产开始与外界之间建立起了防火墙，将可能危及信托财产安全和稳定的因素全部阻隔在信托财产本身之外，同时，防范受托人滥用权利的风险，使受益人的利益得到最大限度的保护。

### （3）保证信托目的合法性及确保交易安全

通过登记，一方面可以有效的防止损害权利人利益信托情况的发生，使非法目的的信托无法得逞。信托经过登记具有对外公示的作用，债权人或有利害关系的第三人可以知晓信托事实，从而对损害自身权益的信托提出信托设立无效之诉，维护自身权益，同时，信托财产及当事人的信息经过登记，能够为有关方面对涉及的财产及时进行锁定或冻结提供资料，能够防止损害方进一步的损害行为，为权利人减少损失。另一方面，明确了信托当事人对信托财产的权利、义务，使信托关系保持稳固，也有利于保护交易的安全。登记公示后，使信托财产的权属及性质等信息得以全面公开，可以有效杜绝交易欺诈或妨碍交易秩序的行为，使善意第三方可以充分了解信托财产的权利状况及各种相关信息（包括受托人是否真正享有处分权、财产有无负担等），有利于当事人识别和规避风险，提高交易的安全性，确保交易的善意第三人免受损失以及提高交易效率，从而平衡受益人和第三方的利益关系。

### （4）有利于监督部门的管控

信托的本质是一种财产管理制度，是制度就需要有监督，有效的监管将促进信托健康发展。通过对信托登记信息依法分析，监管部门可以了解到第一手的信托动向状态信息，掌握一段时间内社会对信托的诉求，准确定位信托发展面临的热点、焦点、重点，促使监管部门改变以往对信托监管法律处置手段单一，缺乏灵活性和针对性的旧有模式，有的放矢的采取有针对性的措施对出现的问题进行管控，保障信托财产安全性，维护受益人利益。

其次，信托登记内容主要包括登记范围、登记的主体、登记的主要事项、信托权限等。具体分析如下：

#### （1）登记范围

根据我国《信托法》的规定，登记范围包括法定应当登记和当事人约定登记两方面。法定登记是指依照有关法律、行政法规应当办理登记手续的财产，是作为财产权取得和变更要件，主要涉及的法律包括：土地管理法、商标法、专利法、城市房地产管理法、物权法、道路交通安全法、海商法、民用航空法、证券法等；当事人约定登记是不作为财产权取得和变更要件，但经过登记的信托财产可以对抗第三人。从目前来看，财产主要是资金、有价证券、不动产和动产，以及各种有价值的权利。虽然可以作为信托财产的种类非常宽泛，但法律、行政法规对信托的财产也作出了限制性规定，信托法规定：“法律、行政法规禁止流通的财产，不得作为信托财产。法律、行政法规限制流通的财产，依法经有关主管部门批准后，可以作为信托财产。”可见，法律、行政法规禁止流通的财产之外的其他财产和财产权，原则上均可以作为信托财产进行登记。

#### （2）登记的主体

信托登记的主体包括登记申请人和登记机构。

关于信托登记由谁申请的问题，我国信托法并未明确，我们认为基于委托人和受托人协商一致设立信托的目的以及双方订立信托文件的事实，应以双方共同作为登记申请人为宜。同时，由委托人和受托人同为登记申请人时，如果由于信托财产存在瑕疵或双方各自原因等情形无法登记的，双方共同承担信托登记产生的法律后果，可以对双方形成必要的制约，减少争议的发生。

关于信托登记机构，我们认为需要区分法定登记和约定登记，对于法定应当登记的信托财产，由现行的财产权转移登记机构同时担任信托登记机构比较合适。比如信托财产为房地产的，由房地产管理机关担任信托登记机关；信托财产为非上市公司股权的，工商行政管理机关为信托登记机关，信托财产为上市公司股权的，证券交易所为信托登记机关等。对于约定登记的信托财产，我们认为由公证机构负责登记既有法律的支持，同时又符合社会实践的需要，具体内容将在后文中阐述。

### （3）登记的主要事项

信托登记的作用包括使信托生效，确立信托财产的权属，体现信托财产的独立性并与信托当事人的固有财产相区别，保证信托目的合法性及确保交易安全，有利于监督部门的管控等。通过登记可以向社会公众告知特定财产已被设定信托的事实，信托登记事项是对信托合同内容的反映，明确相关当事人的权利义务，保护其合法权益不受侵犯，在涉及诉讼时，登记事项可以成为证明财产信托存在以及当事人间权利义务的证据。参照国外立法经验和司法实践，我们认为，信托登记事项至少应包括：

信托当事人基本信息。委托人、受托人、受益人的姓名（名称）、性别、国籍、公民身份号码、地址及住所，法定代表人和代理人的姓名、性别、国籍、公民身份号码、地址及住所等；

信托财产的状况。信托财产的权属、名称、数量、品牌、型号规格、号码、出厂日期、使用年限、价值、存放地等。

信托期限。信托期限可以是一个时间区段，比如几年为限，也可以信托目的是否实现为依据，即信托目的实现之时即为契约终止之时。对于民事信托，期限由信托当事人决定或者协商约定，可长可短，甚至可以是无限期，即为永久信托。对于商事信托，根据《信托公司集合资金信托计划管理办法》，信托公司设立的集合类信托期限不得少于1年，而单一类的项目没有该限制。

信托权限。信托权限可以分为全权和限权两种。所谓“全权”，即受托人行使所有权人的全部权利，而受托人只行使部分权利则是“限权”。如选择“全权”，意味着善意第三人可以认为受托人对信托财产享有完全的所有权，但是信托内部还是依据信托合同确定各方权利义务；如果选择“限权”，登记机关应将合同列入该信托财产资料的组成部分，供公众查阅。

### （4）、信托登记与其他财产登记的区别

我国《信托法》所规定的登记与财产登记是两种性质完全不同的登记类别，主要区别体现在：

首先，登记客体不同。据上文可知，能够信托登记的财产范围十分广泛，除法律、行政法规禁止流通的财产之外的其他财产和财产权，原则上均可以作为信托财产进行登记，而依据现行法律需要登记转移权属的范围有明确的规定。

其次，权利性质不同。信托财产独立性使得所有权的四项权能分离并由不同的信托当事人行使，因此，信托财产权不同于物权中的所有权，也不同于基于使用价值的用益物权或基于交换价值的担保物权，与知识产权、股权、债权之间的差别就更为明显。

再次，登记作用不同。其他财产登记的作用在于公示物权的设立、转让、变更或消灭，并将物权登记到具体的自然人或法人等法律主体的名下；而信托登记的作用是确认将信托财产登记到受托人名下的事实，确保信托财产独立性的实现。

（作者：南京市南京公证处 张鸣）

## 公证视点：我国信托财产登记现状及公证参与的作用研究（下）

2014年8月19日 公证人 南京市南京公证处 张鸣

### 第三章 信托登记制度完善建议及公证参与模式设计

虽然我国《信托法》第十条规定：“设立信托，对于信托财产有关法律、行政法规规定应当办理登记手续的，应当依法办理信托登记。未依照前款规定办理信托登记的，应补办登记手续，不补办的，该信托不产生效力”。但是，这条规定自2001年10月实施以来，始终是一条原则性的表述，截至目前，具体的信托登记制度一直没有出台，包括如何进行登记、由哪些部门具体负责登记尚未明确，这让强调操作性、实务性的信托登记在信托实践中陷入了“有法可依，无法操作”的窘境。仅上海成立了国内首家信托登记中心，作为地区性的信托登记平台，并未被纳入银监会监管范围，迄今也没有任何部门明确其法律地位。由于缺乏明确的法律授权，上海登记中心的登记结果事实上并不被司法机关所采信，对信托业健康发展造成重大的障碍。信托登记制度的缺失使得信托制度的完备性受到挑战，信托关系的效力处于不定状态，信托财产的独立性无法完全体现，导致信托业社会监管的空白，同时，也直接阻碍了信托法律制度在民事信托以及资产证券化、两融等金融衍生领域的运用，登记信托制度“得人信，受人之

托，代人理财，履人之嘱”的根本受到动摇。与此同时，依据我国《公证法》的规定，公证机构是依法设立，不以营利为目的，依法独立行使公证职能、承担民事责任的证明机构，并且公证机构可以依法律、行政法规规定对特定事务进行登记。我国《担保法》中也有关于特定抵押物登记由公证机构作为法定的登记机构的规定，同时，实践中通过公证进行财产登记也很普遍。自《公证法》施行以来，在广大司法行政与公证人员的共同努力下，公证机构完成了社会法律服务机构的职能转变，公证的社会认知度及公信力不断提高，公证已具备了广泛的群众基础，公证员任职资格的严格规定从制度上保证了公证员队伍的高素质、高水准。由此可见，公证机构作为公共法律服务机构，其职能定位正是为社会提供有效证明和信用增级服务，公证机构从事信托登记无论是法理上还是实务上都有天然的优势。

### 第一节 对信托登记制度完善的建议

基于以上分析可以看出，信托登记制度是确保信托财产独立实现信托价值的重要保障，信托制度能否真正实现“受人之托，代人理财”的根本，可以说，在“无法操作”的大背景下，目前中国信托全行业一直从事着没有信托登记、不受法律保护的“信托”业务。所以从法律层面重构登记制度，完善登记规则势在必行。但是考虑到任何一部法律法规的出台往往要经过起草、审议等多项环节，此外，鉴于信托登记制度对我国来说仍处于摸索阶段，各地对信托的社会认知和发展水平差异极大，不宜开始阶段就在全国适用，所以我们认为目前由中央授权以地方立法形式对信托登记制度先行先试是切实可行的。

以江苏为例，自国务院办公厅《关于当前金融促进经济发展的若干意见》下发后，我省加大了对金融产业创新的支持力度，更加完善金融服务，金融业已经深入社会生活的方方面面，同样，信托制度的在江苏，尤其是苏南认知度逐年提高，信托金融已成为人们管理财富的选择之一，信托业的蓬勃发展急需登记制度的支持，社会已对信托产生强烈的需求，银监会作为信托主管机构，也在不同场合表达过支持有条件的省份针对信托登记进行试点的态度，江苏针对信托登记进行单独地方立法的社会条件已经成熟。我们建议江苏版的地方信托登记办法可以对信托登记规则从以下几个方面着手：

#### 一、解决信托登记的效力问题

我们认为在符合《信托法》第 10 条的立法精神的前提下，对登记条款进行细化，赋予有权属登记要求的信托财产和无权属登记要求的信托财产已明确的不同的登记效力。具体来说：

对于以诸如土地管理法、商标法、专利法、城市房地产管理法、物权法、道路交通安全法、海商法、民用航空法、证券法等法律法规中规定的需要登记生效的财产信托的，应当在相关的登记机构办理财产的转移登记，登记后，信托才生效并产生对抗第三人的效果。

对于无权属登记要求的信托财产，在鼓励自愿登记的同时采取登记对抗主义，即信托财产登记与否不作为信托生效的条件，但是未登记的信托财产不得以独立性原则对抗善意第三人。同时，建议将公证机构作为无权属登记要求的信托财产法定登记机构。之所以做如此的制度设计，主要基于以下几点：

第一、自《担保法》实施以来，在广大司法行政人员和公证人员的共同努力下，公证机构可以作为特定财产抵押登记机构的概念得到了普遍的宣传，在社会上形成了一定的共识。与此同时，自《公证法》实施以来，公证知识更是在社会上得到了广泛深入的普及，群众对于公证的信赖感与日俱增，愿意通过公证解决问题维护权益的人群正在不断壮大，所以公证作为登记机构有着很好的群众基础。

第二、公证机构依托司法部的规章和指引，在多年办理抵押物登记的过程中形成了一套严密而完整的登记流程，同时，在落实司法部规范化建设要求的过程中，各公证机构在软硬件方面都全面得以提升，完全能够胜任信息化条件下的登记工作。公证人员作为法律专业人士，对法律条款和规则程序的执行准确度和效率是其他登记机构及其从业人员无法比拟的，可以从根本上保障登记的准确和效力。

第三、公证机构作为法定的证明机构，其社会公信力为社会所普遍接纳。同时，通过公证的专业法律服务可以最大程度的为当事人提供信用增级的事实也易于被信托当事人和第三人所接受。抵押登记与信托财产登记有着诸多相似的程序和属性，公证机构作为统一的对抗性信托财产登记机构在实际操作中能够很好地适应。

#### 二、确立信托登记机构

直到目前，仅上海成立了国内首家信托登记中心，作为地区性的信托登记平台，并未被纳入银监会监管范围，迄今也没有任何部门明确其法律地位。由于缺乏明确的法律授权，上海登记中心的登记结果事实上并不被司法机关所采信，对信托业健康发展造成重大的障碍。所以明确信托登记机构势在必行。建立统一的信托登记机构是最佳的解决办法，但是考虑到技术、监管部门以及和其他部门协调是一系统工程，不是一朝一夕所能完备，在过渡时期，由其他财产登记机构代行登记职能以及公证参与部分登记工作的模式较可行。具体来说：

对于以诸如土地管理法、商标法、专利法、城市房地产管理法、物权法、道路交通安全法、海商法、民用航空法、证券法等法律法规中规定的需要登记生效的财产信托的，在国家没有统一立法之前，由地方的对应权利登记机构办理财产的转移登记并进行信托登记较为合适，这种做法可以避免在独立的信托登记机构及其效力未建立之前出现“一物双重权属”现象，同时节约社会资源，也符合社会现阶段的认知程度和习惯模式。

对于无权属登记要求的信托财产建议将公证机构作为无权属登记要求的信托财产法定登记机构，具体理由同上文。同时，可以考虑公证机构与本地相关权属登记机构协作互动，开展形式多样的交流和信息对接、共享，使公证

机构与相关权属登记可以实时获取对方的登记信息，提高登记信息公示的整体性和信息维度。

### 三、完善信托登记程序

程序是保证登记过程合法、真实和准确的重要前提，所以制定严格可操作的程序尤为重要。考虑到有权属登记要求的信托财产和无权属登记要求的信托财产特点的不同和登记的效力因素，建议采取不同的登记程序。

对于有权属登记要求的信托财产的登记程序，应当立足于《信托法》对信托行为的规定，从其目的、身份、财产合法性、管理处分方式、受益人范围、是否损害第三人利益等方面严格审查，同时，建立公告和公示制度，力求使信托财产登记状况能在最短的时间内使最广大的相关人群获悉。

对于无权属登记要求的信托财产的登记程序，由司法行政部门制定登记规则或由地方立法机构制定细则较为合适。公证机构依据公证法、信托法、公证程序规则和信托登记规范可以很好的履行信托财产登记职能，保证信托财产信息的及时发布和真实性。

同时，司法机关应当出台配套的涉及信托登记的司法解释，使得从司法角度能够最大程度的为信托财产登记的高效、安全、准确提供司法支持。

值得一提的是，随着我国国际化脚步的加快，涉外信托及其纠纷将越来越多，遗憾的是，我国《信托法》对涉外内容并未规定，仅《涉外民事关系法律适用法》对此有原则性的规定。具有涉外因素的信托纠纷是一个综合性的法律问题，司法机关在审理涉外信托纠纷适用法律时，要针对信托法律关系的特点，选择好适用涉外信托法律关系的准据法。具体来说，应当首先适用当事人意思自治原则，即适用信托人所选择的法律；在当事人没有作出选择或其选择被认为无效时，应当适用最密切联系原则决定所应适用的法律，即与信托有最密切联系的法律。目前，国际上涉外信托法律适用的国际条约为《海牙关于信托的法律适用及其承认的公约》，我国尚未加入该公约，同时，我们注意到香港特别行政区为该公约的成员，为避免区际法律冲突加剧，也为了更好的和国际接轨，促进国际合作，我们认为及时加入该公约并适时制定涉外信托法律冲突法十分必要。

## 第二节 公证参与民事类信托

### 一、公证在遗嘱信托中的作用

随着公民私有财产增加，法律意识增强，越来越多的公民希望通过遗嘱信托的方式确保其死后的家族财富能够传承。遗憾的是，我国《信托法》重点在于投资类资产的信托，主要用于规制信托的商事利用，对以遗嘱信托为代表的民事信托鲜有涉及，但是社会需求是客观存在的，所以人们便自发的将目光投向了擅长处理遗嘱、遗产继承分配，并保持相对中立地位的公证机构。所以，公证机构参与遗嘱信托有其天然的社会需求。

我们认为公证机构在遗嘱信托中的作用主要体现在以下几个方面：

首先，公证机构在遗嘱人订立遗嘱时依法对信托遗嘱的合法和适当性提出意见。我国信托法中规定了遗嘱信托除符合信托法的基本要求外，还应当符合继承法的规定。所以，公证机构在办理遗嘱信托公证时，应从信托法和继承法的角度去审查如下内容：

1、遗嘱信托采取书面形式，遗嘱人具备相应的行为能力，必须明确表示出用遗嘱的方式对特定的财产设立信托的意愿，同时信托目的必须真实合法。

2、遗嘱信托文件应明确委托人，受托人，受益人三方当事人内容。同时，对于受托人是否为遗嘱执行人，受益人是否为继承人应当明确。

3、遗嘱信托文件应明确信托财产的范围、种类及状况，信托财产必须合法、有效、明确，信托财产须属于遗嘱人个人所有，无产权瑕疵。同时，对于信托终止后的信托财产归属作出规定。

4、遗嘱信托文件要明确信托财产的管理与运用的方式（例如每月给付受益人多少钱），及信托终止后信托资产如何处理的方式。信托中最好指定“信托监督人”，以便监督受托人在管理与运用信托财产时，有无违反信托合同。

5、遗嘱信托文件中应考虑对继承法中规定的特留份内容作出妥善处理。

其次，公证在办理信托遗嘱时的优势明显，主要体现在以下两个方面：

公证机构作为不以盈利为目的的社会事业组织，其社会公信力得到广泛的认可；作为中立、专业的法律服务机构，能够从专业法律的角度去指导和帮助当事人，最大程度的按照遗嘱人的意愿设计遗嘱信托条款，以满足当事人的个性化需求，运用法律专业知识进行对信托条款合法性进行审查，提出法律建议，剔除与法律法规、公序良俗相冲突的内容，以确保信托条款的真实有效，平衡各方的利益，达到最佳的社会效果。

根据《继承法》和最高人民法院司法解释的有关规定，经公证的遗嘱具有最高的法律效力，这从法律层面确定了公证遗嘱的效力。同时，遗嘱业务作为公证机构的常规业务，在理论和实践中已经非常成熟，办理过程中，将有两名公证人员全程负责，公证遗嘱的设立要遵循严格的程序规则，详细的记录询问内容，并辅以录音录像，全方位的保障当事人订立遗嘱意愿和遗嘱内容的真实性。

再者，公证机构在信托遗嘱执行时的独特作用。

信托文件选任的受托人是使信托遗嘱目的得以实现的关键所在。如受托人是信托公司或其他理财能力的机构时，虽然这些机构在管理财产和增值方面具备实力，但其不是专业的法律机构，无法时刻从法律角度去考虑立遗嘱人的意愿维护受益人的权益，在遇到纠纷时也没有能力去及时有效处理；如受托人是自然人，不论是立遗嘱人的亲朋还是挚友，都无法完全排除日后的道德风险而且也未必有足够的的能力使得财富保全、增值及处理各种突发情况。

而公证机构作为法定不以营利为目的，依法独立行使公证职能、承担民事责任的证明机构，具有较强的中立性和法律专业能力以及严密的组织管理，因过错承担民事赔偿责任的能力也明显较强，同时，《公证法》第十二条的规定也从法律上为公证机构担任受托人提供了充分的依据，综合公证机构具备了担任遗嘱执行人或受托人的充分条件。对于简单的如按月支付金额，购买物资的信托条款，公证机构完全可以胜任；对于较复杂的信托条款，如财产的保值增值，红利分配等金融性业务，当事人也可以根据《信托法》第三十一条之规定，指定公证机构和金融机构为共同受托人等方式实现，如在遗嘱中明确由公证处负责处理信托财产涉及之法律事务而由金融机构处理财产投资业务，如此，由公证机构全程参与、负责、管理、看护、处分财产和信托执行过程监督的模式将有利于保障信托目的的最大化实现。

虽然公证参与信托遗嘱具有明显优势，但在实际操作中，仍存在理论障碍和具体操作上的困难，主要涉及以下几方面：

(1) 关于遗嘱信托成立、生效的规定存在冲突。根据我国《信托法》第十三条的规定：“设立遗嘱信托，应当遵守继承法关于遗嘱的规定”。根据我国《继承法》的相关规定，订立遗嘱是立遗嘱人的单方意思表示，意思表示作出后遗嘱便成立，其成立不以受益人的同意为条件，而以死亡作为成立条件。但依据我国《信托法》第八条：“设立信托，应当采取书面形式。书面形式包括信托合同、遗嘱或者法律、行政法规规定的其他书面文件等。采取信托合同形式设立信托的，信托合同签订时，信托成立。采取其他书面形式设立信托的，受托人承诺信托时，信托成立”，由此条可知，遗嘱信托属于“采取其他书面形式设立信托”，应当是“受托人承诺信托时，信托成立”。如此一来，除非遗嘱人在死亡前就已经取得了受托人的同意，否则立遗嘱人死亡后，遗嘱即使生效了而信托却尚未成立，由此可能造成的社会影响不言而喻。在这里，两部法律对遗嘱信托何时成立产生了冲突。

同时，由于两部法律对信托遗嘱成立时间的冲突规定，也直接导致《信托法》第十三条本身的冲突，即如受托人未承诺，那么依据信托法此信托尚未成立，信托文件中设立的信托受益人便不具备赋予的身份效力，如此由受益人或其监护人再指定受托人也不可能完成。

通观两部法律对于遗嘱信托的成立时间存在的冲突规定，其实正体现了法律对民事主体的权利从不同角度予以平衡的结果。《继承法》的出发点是充分保障立遗嘱人对自己财产处分的自由，而《信托法》则是更加侧重尊重受托人是否接受选任的自由决定权，因保护的侧重点的不同客观上造成了法律规定间的不协调。所以，我们建议在修改信托法时，对信托法第八条增加一款：“设立遗嘱信托的，遗嘱生效时，信托成立”。如此，在两者之间找寻了合理的平衡点，两部法律的冲突得以解决，同时也符合客观实际和实践需要。

(2) 关于公证机构作为遗嘱执行人执行遗嘱或作为受托人管理遗产缺乏明确定义和实施细则。遍寻继承法及相关司法解释，对于遗嘱执行人的概念提及不多，缺乏有效的制度和概念设计，对执行遗嘱的程序也缺乏明确规定，导致遗嘱执行人执行遗嘱时的地位以及权利义务缺乏明确依据。

(3) 信托财产的独立性原理使得其具有债权阻断效力，容易成为立遗嘱人恶意逃债的工具，公证处如作为受托人或是执行人如何能够有效解决恶意逃债，防止陷入诉讼等被动不利地位，值得深入研究。

(4) 对于遗嘱中涉及的信托财产，如是有权属登记要求的信托财产，信托法规定的很清楚，不办理登记不产生信托效力，但依法向谁登记，如何登记，何时登记，法律都没有规定，需要深入研究；对于无权属登记要求的信托财产，如何设计登记机制用于对抗第三人，公证机构能否尝试建立适宜的登记机制，主动介入信托财产登记领域，成为行之有效的登记机构，政策走向尚不明朗。

## 二、公益信托现状及公证在公益信托中的作用

当年我国信托法起草时日本顾问中野正俊曾颇有风趣地说：“北京的十三陵应该搞公益信托，如果搞公益信托，参观的人肯定会比现在多，社会效益肯定也会比现在好”。中野正俊教授的话正好点明了公益信托的价值所在，即公益信托是为公共利益的目的，使社会公众或者一定范围内的社会公众受益而设立的信托。具体来说，为了救济贫困、救助灾民、扶助残疾人，发展教育、科技、文化、艺术、体育、医疗卫生事业，发展环境保护事业、维护生态平衡，以及发展其他社会公益事业而依法设立的信托。公益信托最普遍的形态是由委托人将信托财产交给受托人管理、处分，并将信托财产用于信托文件制定的公益目的。我国《信托法》对公益信托有着专章规定，但由于都是原则性规定缺少配套措施，同时，公益信托这样一个全新的慈善制度，为社会所接受尚需时日，所以，我国的公益信托业务尚处于萌芽状态，运作模式不够清晰，具体做法还不确定，与境外情况比起来，我国的公益信托活动还有非常大的差距。

### (一)、我国目前公益信托的现状

首先，我国《信托法》对公益信托的监管主体规定过于原则。公益事业管理机构，从其确定性来说，是指国家依法设置的对公益事业实施管理的机构，比如，对救济贫困、救助灾民事业实施管理的民政机构，对发展教育、文化、体育事业实施管理的教育机构、文化机构、体育机构，对发展医疗卫生事业实施管理的卫生机构等。公益事业管理机构对公益信托的管理原则和管理事项由信托法作出规定。法律没有明确各监管机构的具体职责，事实上造成监管机构难以到位，从而导致公益信托的诸多事项均无从批准。公益信托的监管主体缺位在很大程度上导致公益信托运作不畅，实践中对于发起设立、公益信托合同的签订、公益信托财产管理、委托人权利义务、受托人权利、受益人权利、监察人制度等内容，公益信托不得不参照商事信托运行模式，在一定程度上没有能够体现公益信托的特

点。

同时，缺少信托财产登记制度，使得公益信托财产的独立性及善意第三人的利益无法保障，依法需要登记的财产无法登记，信托效力无从谈起，很大程度上制约了公益信托向纵深发展。

此外，由于公益信托的受益人通常是指某一类受益人，没有明确的受益对象，因此《信托法》规定，公益信托应当设置信托监察人。这是为监督公益信托事务处理，维护受益人权益而专门设置的。信托法规定信托监察人的产生采取由信托文件规定的方式，如果在信托文件中未作规定，则由公益事业管理机构指定。但是信托监察人的选任方式和相关的权利义务、及未履行监察职责时的责任认定等问题，信托法或其他法规并未明确规定，公益信托监察人制度的过于原则化也成为阻碍公益信托发展的原因之一，具体来说：

1、我国《信托法》虽然在专章中明确了公益信托监察人制度，但《信托法》并没有给出公益信托监察人的法理解释。学者们一般认为我国的公益信托监察人是指：委托人或公益事业管理机关指定的，依照法律和信托文件的规定保全信托受益权、监督受托人管理信托事务的人。但缺少官方定义，使得公益信托监察人的定位和实际操作陷入停滞。

2、公益信托监察人的规定过于原则。我国《信托法》关于信托监察人的规定仅有四条，与大陆法系其他信托制度比较发达的国家如日本、韩国相比，我们发现有很多对于监察人非常重要的内容并未纳入。首先，公益信托监察人的资格。究竟什么样的主体有资格担任公益信托监察人，《信托法》对此没有任何规定，主流的观点及证监会传出的消息认为由律师事务所、会计师事务所担任较为合适。

3、公益信托监察人的人数。我国《信托法》对此没有规定，考察日本、韩国的相关规定，应该可以设置2名以上的监察人。但如果公益信托监察人之间意见不一，那么最终的决议由谁做出？采取何种方式做出决议？这些都有待立法部门进一步完善或监管机关予以明确。

4、公益信托监察人的辞任、解任。监察人出现无法履职情形时，该如何辞任，法律无规定。当监察人怠于行使其监察职务时，委托人或公益事业管理机构如何将其解任，法律同样没有规定。

## （二）、公证在公益信托中的作用

基于以上公益信托监察人的制度的不足，公证机构作为公益信托监察人有其独特的优势。

首先，公益信托的目的是为了公共利益，因此，公益信托的实施和管理也涉及公共利益，受托人违反信托管理和处分信托财产，或者管理信托事务不当，将损害公共利益。公证机构作为依法设立，不以营利为目的，依法独立行使公证职能、承担民事责任的证明机构，其职能定位和工作宗旨与公益信托的目的天然吻合，具有天生的身份优势。

其次，公证机构履行社会管理职能，不以盈利为目的，在作为公益信托监察人时，不会与委托人、信托财产之间产生利益关系，能够依法公平公正的履行职责。

再者，公证机构作为法律服务机构，其从业人员已具备较高的法律水准，公证特有的公正、审慎的职业特点使得公证机构可以对公益信托的运转过程进行有效切实的监察，并有能力在必要的时候履行公益信托监察人向法院提起诉讼或实施其他法律行为的职责。

最后，公证机构作为公平正义的代表，其社会公信力为社会所普遍接受，由公证机构作为公益信托监察人能够被普遍接受并能使公益信托在社会上被广泛认知，扩大公益信托的影响力，促进其健康发展。

## 第三节 在大资管背景下公证参与“大信托”架构的策略

创新是金融领域不断发展壮大的不竭动力，所以面对金融业的变化，公证机构应当与时俱进，充分认识自身的价值和功能，发挥专业特性，积极应对市场需求，提供高质量的法律服务。

### 一、资产证券化过程中公证模式的设计

资产证券化是指将缺乏流动性但能够产生未来现金流的资产（典型的如信贷资产、房地产投资），通过结构性重组，转变为可以在金融市场上销售和流通的证券，并据以融资的过程。具体来说，规范的资产支持证券业务，是指发起人将缺乏流动性但可产生稳定现金流的资产，出售给一个特殊目的机构（简称SPV），并由SPV作为发行人通过一定的结构安排、信用评级和信用增级，分离与重组资产的收益和风险（包括信用、流动性、利率、外汇等风险），转化成以资产产生的现金流担保的证券并最终出售给投资者，投资者凭所持有的证券享受基础资产所产生的收益。在这一过程中，SPV以资产产生的现金流偿付投资者持有的资产支持证券权益，以该证券发售收入偿付发起人资产出售价款。

我们认为，不管是对于发行以《金融机构信贷资产证券化试点监督管理办法》规定的银行信贷资产为支持的证券，还是发行以《证券公司资产证券化业务管理规定》中所列明的财产权利或者财产（可以是企业应收款、信贷资产、信托受益权、基础设施收益权等财产权利，商业物业等不动产财产，以及中国证监会认可的其他财产或财产权利）为支持的证券，其基本要求都是必须提供高质量的基础资产，所以客观上必然会要求发起人或发行人（如信贷资产证券化中的银行或房地产信托投资基金（REITs）中的信托公司）在事前对诸如贷款人的还款能力和抵押物状态、房产项目特点和结构、未来收益模式等进行尽职调查，在尽职调查过程中，必然要对目标物和参与因素进行各种法律关系分析、法律风险判断等法律事务，而习惯于看书面报表和业绩表现的银行及并不精通法律事务的信托公司而言本身是不具备这种审查能力的，所以借助具有预防纠纷和风险职能的公证机构帮助其审核资质、辨明关系、

揭示风险、提供相关资信信息并对相关协议等赋予强制执行效力用以增强其资产信用等级和质量便成为自然。

在发行人、信用评级机构对项目风险、资产质量尽职调查时，所需收集的相关证明材料可以公证书的形式提交，所形成的工作底稿和决议同样可以保管及保全，证明其独立性和原始性。

在资产“真实出售”环节，对双方提交的相关证明文件予以公证确认，并对转让协议公证以及对于转让的信息予以公证保管；如采取信托的方式完成风险隔离，对于各方之间的法律关系及各方的法律风险予以释明，并对相关协议予以公证。

对于资产重组和结构梳理过程中，必然涉及对债务人、第三人的相关通知，通过公证形式证明或保全邮寄、送达通知文件行为过程应是最佳选择。

在信用增级时，对于相关机构的声明、财产的独立性、文件的合法性均可以通过公证强化证明力。对于采取“超额抵押”、“资产支持证券分层结构”、“现金抵押账户”、“利差账户”、“第一损失责任”、“清仓回购”等方式信用增级的，引入公证强化其可靠性和安全性也很有效果。

在全过程中的电子数据，尤其是在信贷资产转移给受托人的手续，都可以借助诸如我处的电子保管箱公证予以保管，在必要时予以提取，确保数据的真实完整。同时，值得一提的是，通过对信贷资产转移协议参与设计及公证，可以预防银行和发行人间的“抽屉协议”，以公证的职能尽可能避免出现系统性风险。

同时，资产支持证券的发行过程中，SPV的选定是资产证券化成败的重要因素，从央行、银监会和证监会的相关规定来看，目前仅有信托公司和证券公司设置的资管计划可以作为合格的SPV。SPV的目的是隔离来自于包括发起人和发行人在内的对基础资产可能造成的风险，使得基础资产可以安全稳定的产生现金流，其本身也必须的安全可靠，不受破产影响的。所以，在此我们大胆认为公证机构的特性与SPV有诸多的相似处，公证机构是否可以作为合格的SPV值得深究。

## 二、公证参与银行、券商、期货、保险、基金及其子公司资管业务

考察“一行三会”发布的各种规章、规范文件，我们认为，在大资管时代来临之际，混业发展已经是个不争的事实，不管“一行三会”是否明说，资管的方式从本质上说都是采取了信托模式，确保信托财产独立性必然要求信托登记，当下，资管领域野蛮生长，各种法律关系并未厘清，各种风险正在不断积累，长此以往，对于金融发展和社会稳定绝非利好，而公证作为预防纠纷避免矛盾的有效机制，通过公证参与信托登记并综合运用合同公证并赋予强制执行效力、数据保管及保全、相关文书邮寄、送达行为保全等方式，可以全方位介入资管内部，起到对风险缓释的独特作用，通过公证的介入，尤其通过参与起草相关资产或权益转让合同并公证，可以有效的避免金融系统性风险。

## 三、PE/VC 私募股权投资基金运行中的公证

中央编制办公室明确，证监会负责私募股权基金的监督管理，实行适度监管，保护投资者权益。自此，证监会对PE/VC私募股权投资基金的监管权正式确立，在大资管时代背景下，明确了监管机构的PE/VC私募股权投资基金凭借其敏锐的市场嗅觉及灵活的资金配置或将迎来大发展的机会，然而不可忽视的是，借基金名义进行非法集资或利益输送的事件时有发生，如何及时发现至关重要，对协议备案之前进行公证是一种不错的选择。公证机构可以对投资基金和被投资对象之间签署的投资协议进行公证，公证机构在办理此类协议时，将会对双方的资质和目的进行尽职调查，对收集来的信息和证据综合评判，对有非法集资特征或是利益输送嫌疑的案例及时上报监管机构，防止社会风险的积聚，同时对涉及“对赌”以及危机股权稳定和企业健康经营的内容进行正确的引导和充分提示，防止因此给投资人利益造成的损害。

## 四、附溢价回购承诺的收益权类信托现状及公证应对对策

在商事信托领域，信托公司在实务操作中，为了能给欠缺条件的项目创造“合法条件”来设立信托成功融资，创设了附溢价回购承诺的项目收益权、股权收益权、合同收益权、应收账款收益权等一大堆所谓的“特定资产收益权”概念。交易对手作为委托人将其对基础资产所享有的“特定资产收益权”信托给信托公司，信托公司再将“特定资产收益权”设立信托项目出售给社会大众，并将收取的资金支付给交易对手。信托公司之所以不直接向交易对手融资而要采取如此复杂的信托模式，无非是为了规避监管规定和交易方便。以房地产信托为例，在“房信合作”的早期，为了规避房地产信托贷款的“432”规定（“4”代表的是房地产公司“四证”齐全，“四证”即指《国有土地使用证》、《建设用地规划许可证》、《建设工程规划许可证》和《建设工程开工许可证》。“3”是指项目中房地产公司至少要有30%的自有资金。“2”是指融资方至少有二级或以上的资质），信托公司通过“特定资产收益权”信托的方式，成功绕开了监管规定，为部分“四证”不全的房企提供资金。

如今，信托公司采取该信托模式的初衷则更多是为了规避公司净资本管理相关规定的需要，因为贷款类信托需要计提较高的风险资本，诸多信托公司通过此信托模式试图掩盖实质上的融资而采取形式上的收益权形式来规避相关规定。但是我们注意到，银监会已出台规定明确：“对各类形式的受（收）益权信托业务，除TOT和上市公司股票收益权业务外，原则上均应视为融资类业务，并应按照融资类业务计算风险资本”，所以现在如采取此模式而不按融资类业务计算风险资本将会受到重罚。

另一方面，考察信托公司在设立特定资产收益权信托时和交易对手签订的各种协议，我们可以清楚地看到，创设出收益权概念并不是真正的金融创新或是出于风险控制的实际需要，之所以这么说是因为此信托业务的真实风险

控制手段和实际效果实现是通过《还款协议》或《信托贷款合同》及配套的抵押及质押合同得以确认的，只不过为了规避监管，《还款协议》或《信托贷款合同》是以私下隐形的方式存在，对外并不公布，大多仅是在出现纠纷时才提出。该模式从形式上是信托公司与交易对手签订《特定资产收益权转让合同》等法律文件，信托公司在形式上受托“特定资产收益权”这一特殊的信托财产后，将该信托财产重新设计和安排后转卖给合格投资者，信托公司将出售的资金向交易对手（其实就是融资方）提供资金，随后，在信托计划到期时，由交易对手溢价受让“特定资产收益权”来实现信托资金退出。这一模式看似就是信托公司“放贷”以及交易对手“还贷”，但“昆山纯高信托纠纷案”的一审判决结果却传递出不一样的司法声音：司法机关对于存在《特定资产收益权转让合同》等法律文件的信托纠纷并非如信托公司认为的那样都判定为信托贷款合同纠纷。

当前，涉及“特定资产收益权”信托纠纷中最具代表的案例要算是安信信托诉昆山纯高投资开发有限公司（下称昆山纯高）金融借款合同纠纷一案。此案一审结果为法院认定纠纷性质为营业信托纠纷而非信托公司认为的信托贷款合同纠纷，对安信信托以贷款纠纷为诉由不予支持。从一审法院的判决来看，不难看出司法实践对目前信托公司在资产收益权信托背后所普遍采用的“阴阳合同”模式绕开监管行放贷之实的做法是持否定态度的。在报备银监会的资产收益权信托信息中，信托公司与资金需求方之间为信托经营关系，而资金需求方与实际投资人之间是信托财产买卖的债权债务关系，在该模式中，虽然信托公司确实起到了收取和发放资金的功能，但是其资金来源是出售信托财产所得并非信托财产，信托公司的地位仅仅是一种代理收付的中介功能。因此，信托公司以所募集的资金为基础，签署一份名义上的放贷协议即宣称其实施了贷款行为必然是难以得到法律支持的。

与此同时，信托公司为实现信托财产的信用增级和风险管控，会要求实际融资方提供担保，并对信托合同及抵押（质押）担保合同进行公证及赋予强制执行效力，我们认为公证机构办理此类合同公证没有明显的法律障碍，但要审慎对待，充分告知，对要求赋予强制执行效力的则因有超越法律对强制执行公证的范围规定之嫌，不宜办理。

首先，“特定资产收益权”并非法定的概念，而是信托当事人的合同约定，存在许多的法律风险。收益权的目的是为了获得基础资产而仅仅是为了获得基础资产在未来一段时间内的收益，由于信托的财产是“特定资产收益权”而不是基础资产本身，基础资产无法受到信托财产独立性原则的约束和保护，基础资产的固有风险和来自于外部的威胁并未消除，所以基础资产未来状况及盈利能力对收益权直接影响，利益的产生依赖很多未来可变动的因素，存在很多不确定性，所以有学者提出严格说来其是否属于信托法中规定的确定的信托财产有待商榷。在这一系列的法律关系中，由于基础资产的权利关系未发生改变，所隐藏的各种风险是公证机构无法管控或避免的，公证机构应当谨慎把握该法律关系的特征，对办证当事人充分告知法律结构和法律后果，尽到审慎的公证告知和注意义务。

其次，公证机构对附回购承诺的收益权信托合同赋予强制执行效力存在法律和实践障碍。合同执行标的有超出最高人民法院、司法部《关于公证机关赋予强制执行效力的债权文书执行有关问题的联合通知》规定的公证机构赋予强制执行效力债权文书的范围之嫌，从强制执行公证的立法目的、双务合同的抗辩权、合同权利义务不对等、强制执行公证书的不可诉及赔偿风险、出具执行证书核实的现实不可操作性、收益权所涉及复杂法律关系、司法实践中对公证强制执行的认识等方面来看，公证机构赋予此类合同强制执行效力是不合适的。具体的分析详见我处柏建中撰写的《股权收益权转让及回购协议能否被赋予强制执行效力》一文，此处不再赘述。

再者，即使采取变通的方式对文书赋予了强制执行效力，但各类收益权都是信托公司在实践中为特定目的所创设的概念，并没有法律明确依据，在司法实践中的认识也不尽相同。法院执行机构有足够的理由对这些收益权转让回购合同的转让标的本身属性产生异议，并拒绝受理相应执行申请。即便法院接受了收益权的概念，也不排除执行机构或被执行方提出异议认为收益权转让及回购合同属于复杂的双务合同，且债务属于履行特定行为之债，而非可执行的简单金钱债权，不符合公证债权文书强制执行的受理条件。所以，至少在目前的司法认知下，此类合同赋予强制执行效力存在一定的法律障碍和无法控制的风险，不鼓励办理。

至此，我们认为信托制度的作用和发展已是不可逆的现实，我们认为解决信托登记制度已经迫在眉睫，正视信托在社会生活中财富管理和增值的价值是监管部门负责的表现，同时，公证作为公共服务机构，其在社会生活中的作用愈发凸显，其职能定位也符合社会需要和信托发展的规律，让社会充分认识并发挥公证的价值，让公证能够在信托及登记领域发挥特有的作用，对于我们来说责无旁贷。

另外，在信息化发展背景下的大数据时代，个人信息也越来越多的和个人信用紧密联系在一起，公证机构作为一个社会公众信息产生、储存、提供平台的作用日渐凸显，作为掌握了大量公众主体信息（包括登记相关信息）的社会服务性事业单位，通过公众信息的有效管理来预防纠纷避免矛盾已经也必将成为公证机构未来的重要职能，面对越来越丰富公众信息，是漠不关心得过且过还是积极响应社会需要，是新形势下公证如何发展应当考虑的问题，公证机构对所掌握的数据信息如何进行有效的整理、加工、分析、归类，做基于大数据的法律增值服务和信用提供，对于公证机构以后朝着信用增级平台等战略方向发展大有裨益。

（作者：南京市南京公证处 张鸣）

### 公证视点：对公证书证据效力的思考

2014年8月20日 公证人 北京市信德公证处 刘珊珊

引言



二〇一三年四月，正值江南烟雨蒙蒙之季，我和同事一同南下浙江，此行目的并非为了欣赏如画美景，而是为了某知名品牌的知识产权维权办理保全证据公证。根据申请人此前进行的市场调查，该品牌的仿冒品在一些地方大量销售，对正品市场产生了巨大的冲击。为了维护合法权益，申请人向公证处申请对购买侵权产品进行保全证据公证。

我们跟随代理人辗转于城乡村镇，短短四五天的时间，就在几十家店铺购买到了各种侵权产品。这让我深切地感受到这些生产商和经销商对知识产权的漠视以及国家保护力度的欠缺。同时，愈发感到在当前我国知识产权法律保护不够完善的情况下，我们的取证工作对于权利人通过维权来树立保护知识产权的现代法治观念，促进和完善国家司法保护制度所具有的重要意义。

然而，这样重要的公证证据，面对百般狡辩的侵权责任人，面对维护公平正义的裁判者，却没能正常发挥其证据效力，遭到了漠视和冷待。当案件诉至当地法院，当公证书及证物作为证据提交法庭后，主审法官不仅未保持公正立场，按照民事诉讼法的规定要求被证明方举出相反证据，反而要求公证处对公证员亲自到现场办理公证进行证明，甚至对公证书提出了怀疑。在向公证处核实公证书的真实性情况后，法官依然致函公证处并要求提供公证人员前往当地的飞机票及食宿发票。更有甚者，有的法官还要求公证处提供承办公证员的近照给法院，作为证据补充。对于这些要求公证处自证公证书的做法，我们常常深感困惑，由此也引发了我对公证书在诉讼中的证据效力究竟如何，以及如何塑造公证的社会价值等问题的思考。

### 证据之王

公证证据作为一种诉讼证据及其效力的特性，我国法律已有明确规定。《中华人民共和国民事诉讼法》第六十七条规定：“经过法定程序公证证明的法律行为、法律事实和文书，人民法院应当作为认定事实的根据。但有相反证据足以推翻公证证明的除外。”本条规定了公证书是人民法院认定案件事实的有力证据。《中华人民共和国公证法》第36条是对民事诉讼法前述规定的补充：“经公证的民事法律行为、有法律意义的事实和文书，应当作为认定事实的根据，但有相反证据足以推翻该项公证的除外。”此外，最高人民法院颁布的《关于民事诉讼证据的若干规定》第9条规定：“下列事实，当事人无需举证证明：……（六）已为有效公证书所证明的事实。前款（一）、（三）、（四）、（五）、（六）项，当事人有相反证据足以推翻的除外。”；第77条规定：“……经过公证、登记的书证其证明力一般大于其他书证、视听资料和证人证言。”从以上法律规定以及最高人民法院对民事诉讼案件甚至行政诉讼案件相关司法解释的规定中可以看出，公证证据相对于其他证据种类具有免证力和优越性。在诉讼过程中，如果没有足以推翻公证书效力的相反证据，公证书具有无可辩驳的证明效力；而对同一事实存在多个证据时，公证书的证明力则大于一般的证据效力。

法律之所以赋予公证证据如此优势的证据效力，原因在于公证书是公证机构以国家法律信用为基础，严格按照法定程序出具的。《中华人民共和国公证法》第二条明确规定：“公证是公证机构根据自然人、法人或者其他组织的申请，依照法定程序对民事法律行为，有法律意义的事实和文书的真实性、合法性予以证明的活动。”据此，公证书作为诉讼证据的效力根源在于其真实性和合法性，其社会基础是社会公信力。具体来说，经公证后的法律行为、文书、事实之所以享有高于一般证据的效力，是源于公证书的出具必须具备实体法和程序法关于真实、合法等要求的规定，并在内容和形式上都有严格的法律规定。公证机构是国家的司法证明机构，在公证过程中，公证机构要对证明对象进行认真全面的调查、核实，因此，公证书不同于一般的私证文书，它的形成经过了公证机构的形式审查及实质审查，固然具有较强的社会公信力。

不论是在诉讼活动还是非诉讼活动中，公证证据都应具有优先、优质的证据效力，即如前述相关法律所规定，在没有足以推翻其的相反证据的情况下，公证证据应被视为最为令人信服、最有说服力和最佳证明力的证据。世界上绝大多数国家均在其相关法律中明确了公证书的证据效力，公证书作为证据形式在国际上得到了广泛认可，在域外也发挥着强大的法律证明力。所以，在一定意义上说，公证书是唯一能够通用于全世界的有效法律文书。据此，公证证据可称之为当之无愧的“证据之王”。

### 司法涅槃

然而，作为得到这样广泛应用并具有强大证明力的公证书，由于受地方保护影响或缺乏对公证书的认识等因素，在我国的司法审判实践中时常会遭到藐视、甚至排斥，未能发挥其应有的作用。如本文开头所述案例，法官在对方既没有提交足以推翻公证书的相关证据，公证书本身又无瑕疵的情况下，随意猜测怀疑，并要求公证机构提交证据来证明公证书的真伪。暂且抛开公证机构不作为诉讼主体是否有举证义务的程序问题不论，仅就上述要求本身而言，直接将公证书的证据效力与一般私证证据等同相论，已经明显有悖于民事诉讼法等相关法律的规定。如果公证证据还需要其他证据加以佐证和支持才能使用，那么当事人就没必要花费成本取得公证证据，完全可以自行收集证据，公证证据也就失去了应有的法律地位。然而，事实是，我们在实践中又常常会遇到当事人因自行取证而不被法院采信的情况，反过来又要求当事人提交经过公证取得的证据。

我们在公证实践中所遇到的困境，即当证明权遇到审判权，二者该如何相互衔接和作用，实现司法体制的结合和统一，实现司法资源的有效配置。正如前面所述，我国民事诉讼法和公证法均对有效公证书的免证原则做出了规定，即“除有相反证据推翻外公证书应当作为认定事实的依据”，确立了公证书在诉讼中是一种可供人民法院直接采用的证据，而且“应当”作为认定事实的依据，除非其他证据“足以推翻”公证证明，否则法院应确认其效力。

所以，从立法层面看，公证制度设计的职能之一就是为审判提供可信赖的证据，并在一定程度上简化诉讼程序中对公证证据的认定过程，达到有效节约司法资源的目的。

法官对于公证证明应采用形式审查，是因其证明的客观真实性已由公证行为的合法性、中立性所保证。我国是大陆法系国家，公证程序规则要求公证员对所承办的公证事项进行实质审查。从受理当事人的公证申请开始，公证员对每一份证据材料的审查核实、对公证书证词的反复斟酌推敲，其中所运用的法律思维和判断力均具有较高的法律水准，不逊于其他法律工作者。因此，在司法审判中，法院只需认定该公证书是由依法成立的公证机构依法做出、客观存在并真实的即可。如果一方当事人提出异议，或当人民法院有异议时，法院可以向出证公证书的公证机构调取相关案卷以确认公证书的真实合法性，从而决定是否在该案件中将公证书作为证据采纳并确定其证据效力。从这个意义上而言，法官对于公证书的证据效力没有自由裁量权，公证书的证明力不能因法官自由裁量权的恣意而削弱。

国家赋予公证机构证明权，使公证书成为一种具有社会公信力的证明并产生强大的证据作用。这样一种具有特殊法律地位的公证证据，如果依然要接受法官的自由裁量，将会导致公证书的证据效力大打折扣，也有违公证制度设立的初衷，于情于理都有失公允。

诚然，审判独立是我国宪法规定的人民法院审判工作的基本原则之一。公证书作为诉讼证据，不应免除同其他证据一样必须经过法庭出示和质证的程序。这与人民法院对公证证明的确认并不矛盾。这一点体现在人民法院在审查作为证据的公证证明的侧重点与其他证据不同。诉讼中对公证证明的审查重点应放在推翻它的相反证据是否充分以及公证书是否具有合法性上。只有这样才能实现证明权和审判权的各自独立，并实现权力的分工和制衡。随着我国法治进程的加快，公证书在千变万化的审判实践中不断淬炼完善，从积极的一面看，这对于公证机构改进工作方法以及公证行业的长远发展来说不无裨益。

#### 价值彰显

时至今日，公证书对于社会普通大众来说已不再陌生，它正以各种方式参与到人们的经济关系和法律行为中，并从中起承转合，发挥着不可替代的作用。然而，在这种社会环境下，公证书的证据效力仍然频繁遭来自官方或民间的无端猜疑或排斥，这一现象发人深省。

诚然，从公证机构自身建设来看，办证程序甚至执业理念上还有很多需要完善的地方。如本文所述案例，法官的要求是否合理虽然有待商榷，但是却引起我们的反思，也为我们今后办理类似保全证据公证拓宽了思路。比如：公证员是否可以考虑将往返交通、住宿票据复印存卷备查；在对保全行为发生地点进行拍照时，可否在不危及到人身安全的情况下，拍摄有公证人员身影的照片，以应对公证人员是否亲自到场的质疑。从中不断汲取经验和教训，也是公证书铸就和提升自身证明力的有益过程。只有公证机构通过增强自身的业务能力，真正做到审慎负责地出具公证书，才不会给他人留下指责和怀疑的机会。

当前公证机构改革方兴未艾，立法对公证机构的发展方向和未来前景尚未知晓，社会民众对于公证机构的社会职能及公信力的认知程度也不尽相同。把办公证当成普通消费、认为只要交了费公证处就必须出具公证书的人也不在少数。这也从一个侧面反映出公证行业在社会上并未广泛建立应有的尊严和强大的公信力。这里有我们自身的原因，在市场经济中，公证员时刻面对着理性与诱惑、正义与利益的抉择，如果我们留给公众的印象是只注重经济效益而忽视办证质量，那么付出的代价就是损害公证书的证明力。公证制度作为一项现代国家制度中不可缺少的信用保障制度，是社会信用体系的重要组成部分。因此，相对于其他行业，公证行业的从业人员更要秉持克己奉公、诚信自律的执业理念。公证人员要严格按照法律规范来要求自己，增强社会责任感、不触犯职业底线，才能从根本上确保公证价值的实现。

从外部执业环境来看，公证机构在国家司法体系内的权重远不如法院、检察院位高权重，法定公证事项也不够明确。这其中我国公证制度起步较晚先天不足的原因，也与后来立法支持力度不够有关。造成的结果就是公证在我国的社会认可度和信任度过低，从而导致公证书的权威性被削弱，甚至不被采信。

为了改善公证行业目前面临的尴尬局面，除了从上述公证行业自身加强制度建设、优化素质以外，从我国司法制度的整体设计上，加强与各项制度的良好衔接和配合，也是实现公证制度社会价值的应有之意。贺卫方教授曾经提出过“法律职业共同体”的概念，这一理念在一定程度上不无道理。假如一个国家的法律工作者在精神或理念上相互契合，那么对彼此的职业也会有更深入的理解和认同。法律职业人员都应理性地本着以法律规范为最高权威的原则，无私配合、充分信任，合力打造整个国家法律职业不可动摇的公信力。如果多进行换位思考，就不会再出现“法官打公证”、“律师打法官”这种极大损害法治建设的负面事件。因此，打造公证与行政、司法制度良好衔接工作机制，对公证书在市场经济建设中的效力畅通以及公证制度的良性发展都大有益处，相应地，公证制度也能更加高效地在诉讼和非诉活动中发挥它应有的作用，彰显诚信价值形态。

#### 结语

公证事业的健康发展归根结底依赖于社会对公证制度的信赖和对公证证明力的肯定。公证价值的实现既需要通过公证机构的自觉行为，也需要不断与司法机关、行政机关配合衔接，为公证工作营造一个良好的社会平台。当今社会，公证制度是法治国家必不可少的一项法律制度，诚如国际公证联盟主席安贝托尔·卡波拉的精辟陈述：“无论过去、现在还是将来，任何其它的法律制度都不能像公证制度那样，对个人和国家提供如此的实利和安全保障。”因此，我们作为公证队伍的一员，对公证事业的未来发展充满希望和憧憬，坚定信念、维护正义是我们一贯坚守的

执业理念,在这条漫长而不平坦的道路上,我们将继续勇于实践,勤于探索,砥砺前行,铸就辉煌。

(作者:北京市信德公证处刘珊珊)

## 【公证讲堂】浅谈老年人权益保护与公证工作的结合

2014年8月20日 律政公证处 业务五部 范斌

内容摘要:为老年人提供必要的法律援助对于公证行业来说,意味着公证处将老年人权益的保障起着积极的影响和重要的作用,在公证实务中,办理公证的老年人一般涉及到的都是关于自己财产的处理问题,在这方面老年人自我保护的法律意识不强,法制观念淡薄,观念陈旧,有的不知道自己享有哪些合法权益,更不懂得如何去维护自己的权益。尤其是有关遗嘱、继承、赡养等最容易引起纠纷的几个问题,老年人值得注意。

关键词:人口老龄化 老年人权益保障法 遗嘱 赠与 赡养义务 再婚自由权 自由处分财产

正文:

老年人现在作为社会群体的一部分,具有双重身份。他们既是公民,又是老年人,因此对其权益的保护,既有普遍性,也有特殊性。我国现在正面临着中国人口老龄化,资料显示,自1999年始中国60岁及以上老年人口占总人口比例超过10%,标志着中国正式迈进老年型国家的行列。截至2013年底,全国60岁及以上老年人口20243万人,占总人口的14.9%<sup>①</sup>。中国现有老龄人口已超过1.6亿<sup>②</sup>,且每年以近800万的速度增加,中国政府的最新数据显示,21世界头10年的年均人口增长率为0.57%,低于上世纪最后10年一直保持的1.07%的年增长率,因此,中国人口正在进入老龄化,有专家预测,到2050年,中国老龄人口将达到总人口的三分之一<sup>③</sup>。人口老龄化不仅是个人和家庭的现实问题,它涉及政治、经济、文化、社会等领域。积极应对人口老龄化关系到国计民生、民族兴衰和国家的长治久安。

如何更好的保障老年人的权益,更客观的反映了老年人的心愿,1996年8月29日第八届全国人民代表大会常务委员会第21次会议通过了我国历史上第一部专门保护老年人权益的法律——《中华人民共和国老年人权益保障法》<sup>④</sup>,该法是我国保护公民特殊群体权益的一部重要法律。该法适应了中国人口老龄化发展和老年人权益保障的客观要求外,更重要的是法律规定的內容符合中国的实际,体现了中国的国情,保持了中国的传统,反映了老年人的心愿,是一部有中国特色的保护老年人合法权益的法律。老年人权益保障法作为一部构建和发展和谐稳定社会关系的重要法律,对于保护老年人的合法权益,将会发挥其重要作用。老年人不仅增强了自身法律保护的意识,还会从各个层面提高生活质量与幸福满意度。《老年人权益保障法》主要有四个特点:即坚持以家庭养老为主;提倡老年人积极养老;强调家庭养老和社会保障相结合;为老年人提供必要的法律援助<sup>⑤</sup>。

为老年人提供必要的法律援助对于公证行业来说,意味着公证处将在老年人权益的保障方面起着积极的影响和重要的作用。在《老年人权益保障法》中明文规定了老年人的五种权益,分别是受赡养权、扶助权、再婚自由权、自由处分遗产权以及继承权,但也是目前最容易被老年朋友忽视以至于使得自己受到侵害的权益。在公证实务中,办理公证的老年人一般涉及到的都是关于自己财产的处理问题,在这方面老年人自我保护的法律意识不强,法制观念淡薄,观念陈旧,有的不知道自己享有哪些合法权益,更不懂得如何去维护自己的权益。尤其是有关遗嘱、继承、赡养等最容易引起纠纷的几个问题,老年人值得注意。

### 一、用遗嘱表达老年人的真实意愿

随着居民个人财富的积累增加,遗产继承问题成为了常见问题,由于遗嘱引发的继承纠纷诉讼也时常见到。老年人有权利立遗嘱,但是立遗嘱不恰当,往往引起老年人家庭赡养纠纷以及继承纠纷,破坏家庭的和睦。遗嘱分类共有五种分别是:公证遗嘱、自书遗嘱、代书遗嘱、录音遗嘱、口头遗嘱。其中公证遗嘱要到公证机关办理,而这种遗嘱的法律效力是最高的,公证处办理遗嘱公证时,“二服务一”(二个公证人员为一个老人)遗嘱办理,更好的为老年人提供了办理遗嘱优良条件。在没有儿女参加的情况下,公证人员能更全面的为老年人解释相关的法律条文(《婚姻法》、《继承法》等),让老年人更清楚的了解遗嘱办理后所产生的法律效力及会到达的法律效果。

### 二、办理赠与合同公证应谨慎

目前,房产纠纷成为不少老人家庭中的难题。公房改革后,许多老人手中有自己的房产,有些老人便将房产作为筹码,把房子赠与其中一个子女或孙辈,希望这个子女或孙辈能照顾自己的生活起居。但许多老人赠房后却不能如愿以偿。有的还因此引起子女之间的互相争夺,伤害了亲情。有的老人把房子赠与子女后,子女反而不如以前孝顺了。案例:家住青岛市浮山后、78岁的张某有4女1子,张某对儿子一直非常偏爱。2005年,张某到公证处办理了房产赠与公证,把他的房子赠与儿子,并且很快办理了过户手续。可是半年以后,张某的孙子要结婚,儿子坚决要把该房子作为新房。张某只好搬出来。没办法,张某又来到公证处,要求撤销赠与,但是根据法律规定,经过公证的赠与不能撤销,老人后悔不已<sup>⑥</sup>。

将房产记于子女名下而引发诉讼的案件已发生多起,无论最后结果如何,老人都会受到伤害。面对这样的情况,法律有心无力,因为将自己的合法财产预先过户给已婚子女,该财产的所有权就发生了转移。所以为保障自己的权益,老年朋友们还是不要轻易把房产赠与给子女。这是我们在平时办理赠与公证时会遇到的情况,公证机构虽然只是个证明机构,但当老年人提出公证申请时,我们是应该更深刻的告知对方办理完赠与公证后涉及到的法律后果。赠与公证是不可撤销的法律文书,一旦办理后并完成了过户手续,即成为了板上钉钉的事情,老年人在这个时候反

悔是没有任何意义的。所以老年人在办理完赠与公证前一定要考虑行处，三思而后行。

### 三、赡养老人，子女终身有责

曾有一子女要求与老人签订协议，内容是不把老人名下的房产过户到子女名下，以后就不再尽任何赡养义务。老年人一定要清楚这样的协议是无效的。法律规定：亲生子女对父母的赡养扶助义务是不能解除的，而继父和继母与受其抚养教育的继子女间的权利义务同样适用《婚姻法》中关于父母与亲生子女关系的有关规定。因此，子女一次性付赡养费以后不再尽赡养义务的行为是不合法的。2013年7月1日起，新修订的《中华人民共和国老年人权益保护法》正式施行，该法首次将“常回家看看”精神赡养写入条文。当天上午，无锡市北塘区人民法院对一起赡养案件进行公开开庭审理，判处被告人马某、朱某除承担原告储某一定的经济补偿外，还需至少每两个月到老人居住处看望问候一次。这起对“常回家看看”诉请的判决，是《中华人民共和国老年人权益保护法》施行后的国内首例判决<sup>⑦</sup>。该法第十四条规定：赡养人应当履行对老年人经济上供养、生活上照料和精神上慰藉的义务，照顾老年人的特殊需要。在第十八条条文里面，又着重指出：家庭成员应当关心老年人的精神需求，不得忽视、冷落老年人。与老年人分开居住的家庭成员，应当经常看望或者问候老年人。此番北塘法院的判决，正是依据于此。

近几年来，随着老年人再婚率逐年上升的趋势，父母再婚后的赡养问题也变得日益突出起来。新修改后的《婚姻法》，针对现实生活中出现的新情况、新问题，例如，父母再婚后，有的子女推卸责任，不愿继续负担对父母的赡养义务，对父母再婚后的生活造成很大影响；有的老人，因经济条件比较差，担心再婚后子女不再给予赡养费从而忽略了自己再婚的权利。基于此，为了切实保障父母再婚后生活的幸福、安定，修改后的《婚姻法》特别增加此方面的内容。对此，《老年人权益保障法》也作了明确规定：赡养人的赡养义务不因老年人的婚姻关系变化而消除。另外，《老年人权益保障法》第四十七条规定：对老年人负有赡养义务、扶养义务而拒绝赡养、扶养，情节严重构成犯罪的，依法追究刑事责任。这些具体规定充分体现了我国对老年人合法权益的保护。保护老年人的合法权益是婚姻法的一项基本原则。老年人权益保障法以保障老年人的合法权益为立法宗旨，以实现“老有所养、老有所医、老有所学、老有所乐”为主要内容，对《婚姻法》作了重要补充。我国修改《婚姻法》，将《老年人权益保障法》中有关老年人婚姻自由权以及再婚后的赡养等内容吸收进来，对保障老年人的婚姻家庭生活具有积极作用。

### 四、老人财产权利得到切实保障

针对老年人在财产保护上遇到的特殊问题，《老年人权益保障法》第二十二条作出了非常切实的规定。例如，对老年人的住房，明确规定子女或者其他亲属不得侵占，不得擅自改变产权关系或者租赁关系，保障了老年人居住的合法权利。此外，不但老年人的个人财产，而且其所继承或受赠的财产，也不受子女或者其他亲属的干涉和侵犯。对盗窃、诈骗、抢夺、侵占、勒索、故意损毁老年人财产的行为，不但可以要求赔偿，对行为人还可以处以治安处罚，甚至追究刑事责任。

自由处分财产的权利，是包括老年人在内的公民一项非常重要的权利，国家尊重和保护公民合法处分自己财产的权利所为。所谓自由处分包括以下两方面含义，一是老年人可以把自己的财产留给自己多个子女中的一人或几人，也可以把财产留给法定继承人以外的人；二是老人可以在生前将财产交付给他们，也可以通过遗嘱的方式留给他们。有这么一个案例：刘大娘只有一个儿子，但老人生前并没得到亲生儿子的赡养，而是邻居王国强一直照顾老人。一年前，刘大娘因病住院并叫来自己的亲人，当着大家的面宣布了遗嘱：“邻居王国强照顾我多年，我决定将自己名下的两套房产送给王国强，其他人无权继承我的房子。”老人去世后，儿子得知房子没留给自己，与王国强交涉未果，于是提起诉讼。庭审时，刘大娘的儿子强调，虽然自己不在母亲身边照顾，但每月都付给了老人生活费，而且自己是母亲的唯一合法继承人，房产应当由他来继承，母亲所立遗嘱无效。法院审理认定，刘大娘所立遗嘱为其本人真实意思表示，合法有效，两套房产归王国强所有，其儿子无权再主张继承<sup>⑧</sup>。很多子女会认为，“不管孝不孝顺，反正老人的财产最后都归我。”其实这种想法完全错误。老年人对自己的财产有自由处理的权利，法律没有规定老人的财产一定由子女继承。近年来，已经有越来越多的老年人表示：“子女不孝顺，就把财产送给对我好的人。”这种观点和做法都是受法律保护的。财产的处分权归老人自己。老年人个人所有的财产，不论收入、房屋和日用品都是维持生计所必需的。侵犯老年人这些财产权等于侵犯老年人的生存权，是法律所不容许的。只有老年人本人才具有使用和处分的权利，其他任何人，包括子女、亲属都无权侵占，否则就是违法行为。

### 五、再婚自由权与个人财产的处分

随着人们的物质文化和生活水平不断提高，观念的不断更新，中老年人再婚已成为普遍现象，但引发出来的家庭和财产纠纷十分突出，矛盾的焦点就是财产继承问题。为了避免再婚所引发的经济和民事纠纷，很多再婚者选择了公证，前来公证处咨询的中老年再婚者也越来越多。

刘大爷丧偶多年，随着年纪的增长，在生活方面越来越需要人照顾，而子女们都忙于工作，无暇顾及父亲的生活，因此，刘大爷萌生了再婚的念头。现在张大爷名下有一套房屋，是在老伴去世后，自己出资购买的，他怕在婚后因为房子的问题产生纠纷，特意来公证处咨询，该房产是不是在婚后就属于和再婚老伴的共同财产了；将来自己去世后，房子是怎样继承的等一些问题。

针对刘大爷提出的问题，也是很多老年再婚者所关心的问题。首先，由于房产是刘大爷在婚前购买，我国《婚姻法》第十八条规定有下列情形之一的，为夫妻一方的财产：（一）一方的婚前财产；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19条规定：“婚姻法第十八条规定为夫妻一方所有的财产，不因

婚姻关系的延续而转化为夫妻共同财产。”因此，刘大爷的房产在再婚后依然属于他的个人财产。刘大爷也可以选择办理婚前财产约定公证，约定夫妻各自财产。其次，就上述房产的继承问题，刘大爷可以申请办理遗嘱公证明确自己所有的财产在自己去世后由谁继承。把双方及其子女担心的财产问题明确写进婚前财产约定和遗嘱中，给再婚老人双方及其子女都交一个底。

老年人在再婚时，存在着很多矛盾与烦恼，而公证业务深入到经济建设和群众日常生活的各个领域，承担着化解纠纷、维护权益、减少摩擦的职能。通过公证的帮助，可以在最大限度保护老年人的权益，解决家庭纠纷，让老年人再婚不再有后顾之忧。

随着经济的发展、法制的健全、社会的进步，老年人的权益将会得到社会各界的重视，通过政府、社会、基层的共同努力，老年人的权益将会得到应有的重视和保护。作为公证法律工作者，我们应发挥公证在老年人权益保障中的积极作用，加强对老年人进行公证法律知识的宣传，让更多老人了解自己关心和关注的公证法律知识，使他们在今后的生活中能更好的运用公证这一法律武器维护自身合法权益。同时，用心为每一位老年人办好公证，让他们的真实意愿得到正确表达，让他们的合法权益得到确实保护。

① 《我国 60 周岁及以上人口达 2 亿零 243 万，占总人口的 14.9%》中国老年科学研究中心网站 2014.1.21

② 《卫生部：中国成首个未富先老发展中国家》凤凰网 2012.9.7

③ 《日媒：中国崛起的最大挑战是自己》参考消息网 2012.9.4

④ 《中华人民共和国老年人权益保障法》经 1996 年 8 月 29 日八届全国人大常委会第 21 次会议通过；根据 2009 年 8 月 27 日十一届全国人大常委会第 10 次会议《关于修改部分法律的决定》修正；2012 年 12 月 28 日十一届全国人大常委会第 30 次会议修订，2012 年 12 月 28 日中华人民共和国主席令第 72 号公布，自 2013 年 7 月 1 日起施行。中国政府网 . 2014.03.15

⑤ 《老年人权益保障法主要有什么特点？》法律教育网 2006.6.19

⑥ 《老人办理房产赠与应谨慎》青岛新闻网 2006.3.20

⑦ 《女子被判“常回家看看”系国内首例判决》腾讯新闻网 2013.7.1

⑧ 《〈老年人权益保障法〉解读之十一——老年人可自由处分自己的财产》黑龙江新闻网

### 成都 22 家公证服务机构承诺 单笔办理 2000 元内的继承公证免费

2014 年 8 月 21 日 四川在线-四川日报 庞莹

本报讯（记者 庞莹）为向群众提供优质高效的公证法律服务，维护群众合法权益，8 月 20 日，成都公证处、蜀都公证处、龙泉公证处等 22 家公证服务机构作出多项服务承诺：即日起，为群众提供免费咨询和预约服务，对 70 周岁以上的老人申办公证优先办理，对个别事项提供公证法律援助和免收公证费用。

提供公证法律援助的 3 个事项包括：低保户家庭、五保户和确属经济困难的残疾人办理公证；涉及申请办理领取抚恤金（或劳动赔偿金）、劳动保险金的公证事项；涉及申请办理养老金、子女助学金的公证事项。

5 项公证事项免收费用：涉及申请办理将财产赠与或遗赠给国家、社会福利机构或其他公益部门的公证事项；涉及救灾、扶贫、遗体捐赠等有关社会公益的公证事项；涉及请求给予社会保险待遇或者最低生活保障待遇的公证事项；涉及单独办理存款金额在 2000 元以下的继承公证；政府及其授权机构申办的涉及廉租房、公租房公开出租的现场监督公证。

据了解，提供公证法律援助和免收公证费用的 8 个事项，之前都会分具体公证类别，然后根据公证标的额不同按照一定比例收取。

（原标题：成都 22 家公证服务机构承诺 单笔办理 2000 元内的继承公证免费）

### 时事资讯：专家建议不动产登记引入公证制度强化法律保障

2014 年 8 月 21 日 新华网

千呼万唤始出来的《不动产登记暂行条例（征求意见稿）》正在向社会公开征求意见。一些专家学者以及来自法律实务部门的人士表示，必须高度重视不动产登记审查环节，确保不动产登记真实性，对“由谁来审查，错了谁负责”的问题进行相应的制度设计，或可借鉴国外经验引入公证制度，更好地保护人民群众的合法权益。

“为保障登记真实、合法，登记审查的范围必须包括对申请登记主体、登记物以及引起物权变动法律关系的审查。”中国社会科学院法学所民法室主任孙宪忠教授说。

然而，在不动产登记特别是遗产继承的现实案例中，不乏登记主体信息不明确甚至造假的情况，从而引发问题甚至矛盾纠纷。对此，孙宪忠表示，我国人口多、流动人口数量大，户籍、婚姻、亲属关系等变动无法及时统计，相关信息尚未全国联网，仅依靠申请人出示的相关资料往往达不到不动产登记需要的真实性，而登记部门又很难进行实际考察，这可能就会产生错误或遗漏。

不动产登记实务中，引起物权变动的因素包括房地产买卖合同、抵押合同、继承等民事法律行为。孙宪忠提出，这些行为如果不真实、不合法，会导致登记不真实，进而带来登记撤销、登记赔偿等不利后果。此外，物权的复杂性也干扰了不动产登记的进程，我国不动产的大家底在农村，而农村不动产关系较复杂，审查过程中仅依靠登记部门很难理清。

孙宪忠介绍,《物权法》规定了“因登记错误,给他人造成损害的,登记机构应当承担赔偿责任”,房屋等不动产动辄价值成百上千万元,不动产登记机构在审查中如果出错,就可能造成重大赔偿。

“在不动产统一登记制度发达的国家和地区,审查职能是交由第三方法律专业机构来行使的。”孙宪忠说,例如德国、法国的公证人,日本的司法书士等,既实现了专业性审查,保障登记的真实、合法,同时也保障了登记的稳定,分担了登记机构的法律责任。

孙宪忠表示,不动产登记的审查,说到底就是对法律关系的审查,这种审查具有很强的专业性,像对主体资格、权利状态、意思表示的审查,有必要借助公证,同时也可以降低登记机构的责任风险。

“不动产登记中,涉及继承、遗赠、委托和监护的应当经过公证。”中央财经大学法学院教授尹飞认为,登记机构在审查的时候,不但要审查材料形式上是不是合法、真实、完整,还要审查材料所反映的事实是不是存在,所反映的法律关系是不是合法有效。比如谁对房屋有继承权,登记机构是很难审查的,只能公证机构来做,就实践来看也是被社会普遍认可和接受的。

一些业内人士表示,公证制度实际发挥着真实合法的证明者、法律责任的分担者等作用。将公证作为不动产登记的前置程序,即使出现错误,也可由公证机构承担赔偿责任,登记机构可以比较“超脱”地行使登记权。而且公证行业已建立全国性公证职业责任保险制度,对因公证造成的登记错误有赔偿能力,这比国家赔偿更加公平、快捷。

### 公证视点:担保有假公证被撤 公证处简单不负责?

2014年8月21日 天府早报

公证被撤销导致债权人无法申请强制执行,公证处称他们不是专业鉴定机构

2013年,成都某公司向张明借款600多万元,并由另一家公司做担保并由蜀都公证处公证了借款担保协议。但在今年债务人逾期未还款后,张明申请强制执行时,经鉴定担保方的法人与公章为虚假,该公证处遂作出撤销对借款担保协议的公证,而最终张明无法向法院申请强制执行还款。对此,张明对公证处做法提出质疑,认为直接撤销公证,“这样的做法过于简单,不负责任”。记者17日了解到,债权人方已就此事向成都市公证协会提起公证争议的复查申请。

担保借款

逾期不还申请强制执行

2013年,成都某公司因生意事由向张明(化名)借款600多万人民币,由于金额较大,该公司又找了另一家据称实力雄厚的荣利公司(化名)作为担保人。当张明得知荣利公司的“优质背景”后安了心,便同意将钱借给成都某公司,并约定还款最后期限为2014年3月11日。

2013年9月12日,张明、成都某公司与荣利公司一起签订了借款担保协议,并于2013年9月13日在成都蜀都公证处对该协议进行公证。在公证处的审查人员审核后认定“协议上各方当事人的签名、印章、名章、捺指均属实”,便对该借款担保协议进行了公证并出具了公证书。公证之后张明便将钱借给了成都某公司。

然而到了约定还款期限,债务方成都某公司并未按约定还款。由于当初签订了借款担保协议,张明便凭此协议于2014年5月5日向法院申请强制执行还款,并在蜀都公证处进行了强制执行书的公证。

突发意外

担保方印章虚假公证撤销

就在强制执行书被公证后,担保方荣利公司却对此提出质疑,并向蜀都公证处申请复查。荣利公司认为,公司并未派人做过该协议的担保,并拿出许多证明材料证明协议上的印章是虚假的。

接受复查申请后,蜀都公证处对此进行了调查,将荣利公司在公安机关的备案印章及法人代表的印章,与协议上担保方的印章进行对比,并做了司法鉴定。司法鉴定的结果表明:担保方的印章与荣利公司的真实印章确实不一致,也就是说当初的担保方印章是虚假的。2014年6月18日,蜀都公证处出具了复查决定书,撤销了对借款担保协议的公证。

由于这份协议的公证被撤销,张明无法向法院进行强制执行的申请,也无法取回自己的资金。随后张明及其律师向蜀都公证处提出退还公证费的请求,但由于借款担保协议的公证费是由债务方成都某公司支付的,且该协议中还有造假的部分,因此这份协议的公证费不能退还,但强制执行书的公证费一万元整则退还给了张明。

■各执一词

借款方

为何不出具补正公证书?

张明及其律师认为,如今债权人无法取回资金与公证处的疏漏也有关系,如果当初经公证的协议中有造假部分及早被发现,那么就不会出现以后的事情。张明及其律师也同时质疑了蜀都公证处的做法,称不应直接撤销公证,其实可以出具补正公证书,“该做法过于简单,不负责任”。

张明方面提出三点质疑。

第一,蜀都公证处在一开始出具的公证书上写“协议上各方当事人的签名、印章、名章、捺指均属实”,但后来复查发现担保方的印章与法人印章都是造假。在未经核实的情况下公证处不应随便做出“各方均属实”的判断。

第二,根据《公证程序规则》第63条第四款规定:公证书的部分内容违法或者与事实不符的,可以出具补正公证书,撤销对违法或者与事实不符部分的证明内容;也可以收回公证书,对违法或者与事实不符部分进行删除、更正后,重新发给当事人,然而蜀都公证处并未按照规定对违法或与事实不符部分作出处理,而是直接撤销公证。

第三,按规定公证处保留追究三方法律责任的权利,但蜀都公证处并未追究担保方造假这一事实,而是交给当事人自己解决。“公证处应该保障当事人的权益,但蜀都公证处的行为却体现不了这一点。”张明及其律师认为。

公证处

从没遇到过这种情况!

针对此事的疑点,天府早报记者也来到蜀都公证处了解情况。蜀都公证处复查办公室主任杨德惠称知晓此事,也对张明及律师质疑作出回应。

就印章及签字真伪验证,杨德惠说,公证处不是专业鉴定机构,目前审查员都是通过肉眼判定及相关程序来看是否值得信任,只有身份证可以通过专门识别器来鉴别真假。每年蜀都公证处要进行几十万的公证,难免遇到作假的。就此事,当时做借款担保协议的公证时,三方的人都来了,各种需要准备的材料都是齐全的,公章也由他们自己提供,三方当时已协商好才签订的合同。

另外就直接撤销公证而为何不出具补正公证书的问题,杨德惠说,他们签订的协议是将借款协议与担保协议合为同一份协议,而现在出问题的只有担保方,若担保协议是单独成立的,那么公证处就会只撤销担保协议,但合为同一份协议就只能撤销这份协议的公证。并且这是一个三方合同,若要做补正,就要扣掉出问题的担保方,这样的话补正不好表述,以前也从来没遇到过这种情况。对追责的问题,杨德惠称,第三,公证处不是审判机关,不能裁定谁错谁应该怎样,并已建议债权人走法律程序,“若法院判定蜀都公证处应承担一定责任,我们自然会承担。”杨德惠表示,对出的问题,公证处也会有错必纠。

最新进展

向公证协会提出投诉

目前,债权人方已经向成都市公证协会提出了复查争议投诉,希望能进行重新公证或补正。蜀都公证处也表示,现在就看公证协会的裁定,若要求蜀都公证处重新作出复查决定或作出补正,他们会照办。

按照规定,公证当事人、公证事项的利害关系人对公证机构作出的撤销或者不予撤销公证书的复查决定有异议,可以向成都市公证员协会提起公证复查争议投诉。协会在收到申请之日起10日内作出是否受理申请的决定,口头或书面通知投诉人;协会于正式受理之日起60日内作出处理意见,书面通知投诉人。情况复杂的,经主管领导批准,可以延长30日。

■律师观点

公证处存在多处不合理

北京市惠诚(成都)律师事务所律师孙阳升、梁冰、肖莉莎(以上为债权人代理律师)表示,在这起事件中蜀都公证处确实存在多处不合理的地方,导致债权人的合法权益得不到保障,也会使公证处的公信力受损。若无此借款担保协议的公证书,债权人则无法申请强制执行,只能通过诉讼来维护自己的权益,这样即使能取回自己的资金,所花费的时间成本与经济成本都会增加。

(资料来源:天府早报)

## 北京遗嘱公证信息将全国可查 开通造假警示平台

2014年8月23日 千龙网 贾竹

千龙网北京8月23日讯(记者 贾竹)年底,市民可以通过北京市司法局开通的公证信息管理平台,查询遗嘱信息。23日上午,北京市司法局公证管理处处长萧骊珠告诉记者,该局现已完成全国遗嘱公证信息的录入工作,共计录入30年来全市遗嘱公证信息6万多条,未来还将继续录入,实现全国跨省可查。

到今年年底,北京市民前往法院或公证处办理遗产继承,就不用再被问及是否办理过公证遗嘱了。23日上午,北京市司法局公证管理处处长萧骊珠在接受千龙网记者采访时介绍,今年年底北京市将开通公证信息管理平台,形成全市统一的公证信息化管理服务体系。

萧骊珠说,该平台现已完成页面的搭建工作,目前已经进入测试阶段。平台开通后,不仅使公证处内部的受理、申请、出证等系统更加规范,对于办证人的相关的信息查询也会更加便利有效。

值得关注的是,随着公证信息管理平台的开通,北京市司法局还将进一步细化工作内容,使遗嘱工作可以随时查询。截至目前,北京市司法局已完成全国遗嘱公证信息的录入工作,共计录入30年来全市遗嘱公证信息6万多条,数量占全国10%。

未来,北京市司法局还将继续录入遗嘱公证信息,实现全国跨省可查。萧骊珠说,今后不仅能够保证北京的遗嘱可以查询,除了遗嘱的信息共享,房屋登记等也将陆续进行信息共享。

对于办证人的身份核实方面,萧骊珠说,下半年,北京市司法局还将与公安局、民政局等进一步合作,实行信息共享,对于人身的查询、核实身份信息等工作都会进一步拓展,

此外,为了保证公证处的职业秩序,北京市司法局对于办理假证的,或者是真证假人等人员,将会开辟一个警

示平台，对相关人员进行警示。

## 北京公证信息年内联网共享

2014年08月24日 北京晚报 孙莹

本报讯（记者孙莹）北京市公证协会已经完成了公证信息管理平台的模拟运行，预计办证软件年内即可投入使用。今后，通过这一平台，有人用“假人”、假证骗取公证书被发现，全市各公证处都能收到“预警”；老人办理多份遗嘱，也可以很方便地查到最后最有效的一份；公证行业也有望与其他部门信息共享，公证程序将更加统一规范。这是记者昨天从北京市公证协会第五次会员代表大会上了解到的。

原标题：北京公证信息年内联网共享

本报讯（记者孙莹）北京市公证协会已经完成了公证信息管理平台的模拟运行，预计办证软件年内即可投入使用。今后，通过这一平台，有人用“假人”、假证骗取公证书被发现，全市各公证处都能收到“预警”；老人办理多份遗嘱，也可以很方便地查到最后最有效的一份；公证行业也有望与其他部门信息共享，公证程序将更加统一规范。这是记者昨天从北京市公证协会第五次会员代表大会上了解到的。

去年，北京市公证协会举办了北京公证管理信息平台交流演示会，目前已经完成了业务软件测试版的模拟运行，预计办证软件年内即可投入使用，届时将实现全市一体的区域性公证综合信息化管理服务体系。

北京市司法局公证行业管理处萧骊珠处长介绍说，这个平台建立起来之后，全市各公证处从受理、办证、出证各个程序将更加规范统一，实现信息共享。比如有人来办理继承公证，被继承人有没有立遗嘱公证，或者立了多份遗嘱公证，可以很容易地从信息平台上查询到最后最有效的一份，保证立遗嘱人的意愿得以实现。

此外，以前曾出现过有人通过雇假人拿着真证件，或者用假证件材料试图骗取公证书，在一个公证处被发现后，又继续转到另一公证处继续欺诈的情况。今后有了信息管理平台，欺诈行为被识破后，马上就会向全市各公证处预警。

同时，公证行业也希望信息平台能与其他政府部门实现信息共享，在房产信息查询、人身信息查询方面更加便利。

记者从会上还了解到，中国公证协会已经启动建立全国遗嘱公证信息库，北京正在进行遗嘱信息采集录入工作，目前已录入30年来全市遗嘱公证信息6万多条，数量占全国的10%。这个庞大的信息库建立起来之后，公证行业还可以实现跨省查询遗嘱信息。

据介绍，截至目前，全市共有25家公证处，执业公证员300名，公证员助理及其他辅助人员约500名。2013年，全市办证量达80多万件，业务收入首次突破5亿元。J001

## 莘县公证：一起特殊的继承公证

2014年8月26日 大众网 王倩

关键词：在校大学生 张强 精神病院 监护人 张福

近日，莘县公证处受理了一起特殊的继承公证，之所以说特殊，是因为来办理公证的是一位在校大学生，而他又是以继承人的监护人的名义。

大众网聊城8月26日讯（记者 王倩 通讯员 邹东亮 张筠石）近日，莘县公证处受理了一起特殊的继承公证，之所以说特殊，是因为来办理公证的是一位在校大学生，而他又是以继承人的监护人的名义。

来的在校学生叫张强，他的大爷张祝过世后留下一笔存款，其大爷终生未婚，也没有生育或抚养子女，张祝的父母，也即张强的爷爷奶奶也去世多年。现在的情况张祝没有第一顺序的继承人，只能由第二顺序的继承人继承。在第二顺序继承人中，张祝的祖父母、外祖父母都去世很多年了，张祝有两个弟弟，其三弟张福，也即张强的父亲，于去年去世，只有二弟张满一人健在，即张强的二大爷，而张满有严重的精神病，一直在精神病院住院治疗。公证员了解案情后，即感到案情的复杂，需要提供和调查的情况众多，又很同情眼前的这位在校大学生。张强今年上大三，其马上就快开学了。

公证处随后带着张强先后去被继承人张祝的村里和继承人张满所在精神病院了解情况，张强所说的情况完全属实，当地村主任说张强这一家的情况很特殊，其父亲张福去年过世了，大爷张祝终生未婚，二大爷张满是精神病，张强这孩子很争气，上大学考上了一本。村委会还开具了张祝的亲属关系证明和村委会研究决定的以张强为张满的指定监护人的证明。精神病院的院长向公证员述说张强这孩子经常来看望张满，张满现在也就这一个亲人了，并且出具了张满精神病的证明。公证员调查完后回到处里，以张强为张满的监护人出具了公证书，并减免了公证费用。拿着公证书，张强激动地眼含热泪，一向公证员道谢，说：感谢公证的好心人，帮我处理了这么棘手的难题，我一定会照顾好我大爷。没想到公证这么高效，这么为民，我还可以按时回校报到，我一定争取学有所成，不辜负大家的期望。

## 公证！百姓身边的法律保健医

2014年8月27日 公证人

“我被单位违法解除劳动合同，打官司需要对我和单位的往来邮件进行证据保全。”“我准备出国留学，需要对毕业证书、成绩单等材料进行公证。”“我母亲去世了，我们要办理继承公证”……北京市长安公证处接待大厅的长椅



上,坐满了等待办理公证的人,他们办理的公证种类各不相同,有的俨然是老客户,指名道姓要找某一位公证员,有的则是初次来办公证,对于公证这项法律服务本身并不十分熟悉。

就在这个不大的空间里,每天都在发生着各种各样的公证故事。

#### “无声”的遗产继承公证

“请 号到 2 号接待室。”从早上 9 点开始,这样的叫号就在长安公证处的办证大厅内不停响起,两个国内业务窗口和两个涉外业务窗口,在高峰期的接待量每天会超过 150 件。

记者在公证处前台,遇到了一位特殊的当事人,他是一大早就赶过来,向老公证员翟加平表示感谢。这位当事人叫王力(化名),几年前,当年逾花甲、一脸憨厚的他第一次走进接待室时,正在值班的翟加平并没看出什么异样。他照例询问:“请问您要办理什么业务?”

谁知,这名男子竟然一通咿咿呀呀,两手不停地比划。这是一位聋哑人。

公证接待 30 多年,翟加平还是极少遇到聋哑人,因为不会哑语,两人的交流自然就从口头变成了纸上。“我要办继承,我媳妇去世了,房子是我的。”王力首先写明来意。

翟加平经过询问得知,王力和妻子都是聋哑人,曾一起在一家福利工厂工作。不久前,妻子因病去世,两人又没有子女,王力就想把他们共同居住的房屋过户到自己的名下,以后要出售也比较方便。

“你要办理的属于继承权公证,需要准备以下材料。”翟加平又拿出一张空白纸,详细写出了相关清单。考虑到王力的特殊情况,翟加平担心王力在准备材料上可能会遇到麻烦,于是主动将自己的电话写在了纸张右上角。“有问题就让你们单位人事部门给我打电话。”翟加平“说”。

这一次的公证接待,翟加平的笔录有厚厚一叠。后来,王力单位人事部门果然打电话找翟加平咨询了几次,才帮助将其所需材料备齐,没有让王力再跑冤枉路。

不过,翟加平告诉记者,由于继承公证是对当事人实体权利的确认,所以公证要求非常高,即使当事人提供了充分的材料,公证员也还是要实地核实,以防有当事人弄虚作假或隐瞒重要信息。为此,他还专门到王力的单位查档复核,最终顺利为他办理了遗产继承公证。

在此之后,王力因在卖房过程中遇到困难,还来公证处咨询过几次,每次他都会找翟加平。前几天,房屋买卖的手续终于办妥,王力专程来到公证处向翟加平表示感谢。

#### “让人揪心”的遗嘱公证

在公证处,每天接触的当事人形形色色,需要办理公证的事项也是多种多样。对于公证员来说,除了礼貌接待、热情服务外,还必须时刻保持清醒的头脑,有些时候甚至还需要点“察言观色”。

陆晓冬是长安公证处一名年轻的公证员。不久前,他接到一个电话,一男子表示,他母亲年过九旬,行动不便,希望公证处能够上门为母亲办理遗嘱公证。几天后,陆晓冬与同事一起来到了当事人家中。见到这位老人时,陆晓冬发现老人虽然年事已高,但思维非常敏捷,表达也清楚准确,见到公证人员还热情地和他们唠起了家常。

按照公证程序要求,陆晓冬将老人的子女请出房间,只留老人与他们两位公证人员一起,架起摄像机,准备开始办理遗嘱公证。公证员先向老人了解了一下她的个人信息和家庭情况,老人一一做了清楚的回答,可正当要切入遗嘱的实质内容时,老太太忽然问公证员:“你们干什么来了啊?”

陆晓冬当时就觉得不对劲,紧接着老太太又说:“我儿子、儿媳妇请你们到我们家玩来了吧?欢迎啊!”之后,老人便开始和公证员讲起了自己的人生故事,每次公证员想提及订立遗嘱的事情,老人都巧妙地回避掉了。

“这回我看明白了,老人根本就没想立遗嘱,这事完全就是儿子、儿媳妇鼓捣的。”了解到老人真实想法后,陆晓冬没有办理这次遗嘱公证业务。

陆晓冬告诉记者,类似这样的事情,在公证处不是什么新鲜事,特别是一些涉及老年人的公证中,有些子女裹挟老人到公证处,违背老人意愿订立遗嘱、签订委托书等,此时公证员就必须与老人耐心沟通、交流,通过细致的工作,维护老人合法权益。

#### “解后顾之忧”的夫妻财产公证

随着房屋价格的不断走高,年轻人结婚时的房屋产权问题日渐成为热点。“经常有父母来咨询,说自己辛辛苦苦挣来的钱帮孩子购买了婚房,万一将来小两口离婚了,房子被对方分走一半怎么办?”长安公证处副主任张浩告诉记者,其实这个问题通过夫妻财产约定公证的形式就能解决。

前来公证处“订约”的许文和李璐就是这样的一对“小夫妻”。在谈婚论嫁时,住房问题成了他们一个大大的心病。他们刚刚参加工作,双方父母的积蓄加起来也不够付房屋的全款,只能先由父母资助首付款后再用两个人的收入还贷。现在父母希望许文和李璐明确一下这套房子各自的份额,小夫妻也觉得确有必要,于是找到公证处来办理公证。

可两人都不是法律专业出身,协议的具体内容要如何写?“公证员可以提供代书服务。”张浩告诉记者,公证这个行业的起源就是从事代书工作,根据当事人的意思表示为他们起草法律文书是公证员的基本功。

“其实公证员就是为当事人提供法律服务的法律专家。通过公证的顾问、规划和疏导,对法律关系进行确认,对权利义务进行确认,帮助当事人正当履行权责,实现当事人依法实施法律行为的目的。”长安公证处主任周志扬用一个形象的比方称,公证就是百姓身边的法律保健医,能够帮助大家及时发现病情、指导预防病情、妥善治病于病情发作之前,这种服务都是在为社会稳定、为保障老百姓权益做努力。

## 我国建世界最大公证遗嘱信息库 已存逾百万条公证遗嘱数据

2014年8月29日 法制日报

本报北京8月28日讯 记者蒋皓全国公证遗嘱备案查询平台自今年1月开通试运行以来,截至8月27日,已存有104.2万余条公证遗嘱数据,成为目前世界最大的公证遗嘱信息库。

据了解,我国法律规定“公证遗嘱效力优先”,在办理继承公证时,查实遗嘱人(被继承人)最后一份公证遗嘱成为实现其真实意愿的关键。为提高办证效率,有效快捷查实遗嘱人(被继承人)最后一份公证遗嘱,司法部与中国公证协会建立了公证遗嘱备案查询制度以及相配套的全国公证遗嘱备案查询平台。

据中国公证协会有关负责人介绍,全国公证遗嘱备案查询平台现有包括全国所有公证机构和主要管理部门在内的3300个用户,自今年1月2日录入第一条遗嘱公证数据以来,已存有公证机构自1980年恢复重建以来办理的1042111条公证遗嘱数据。

全国公证遗嘱备案查询平台试运行以来,各地高度重视,目前已有北京、天津、上海、江苏、内蒙古、新疆等21个省区市全部完成了历史数据补录和上传工作。黑龙江、福建、陕西、河北4省也已基本完成数据补录及上传工作。

这位负责人表示,根据平台建设的整体规划,公证遗嘱备案信息除面向公证机构查询外,将来适时向司法机关、行政机关及有关机构开放查询。目前,上海、江苏等地已经实现公证遗嘱等信息与当地房地产登记、金融、税务、工商等机构之间的资源共享。

### 公证视点:从国际私法角度看我国涉外继承公证相关法律问题

2014年8月29日 公证人 青岛市市中公证处 刘大鹏

近年来随着经济全球化的发展,国际民商事交往的日益增多,中国公民或与外国人结婚,或在国外拥有财产,越来越多的公民选择出国移民,由此导致我国继承的涉外因素不断增多,越来越多的继承公证呈现出涉外因素。当继承开始时,这些事实要件就要求相应的冲突规范加以指引,以适用正确的准据法。涉外继承公证由于自身的涉外因素,适用法律的过程复杂,办证难度较大。但目前在公证理论界对涉外继承公证的研究很少,公证立法中对此规定几乎没有,这就使得我们公证员办理此类涉外继承公证的时候显得无所适从,本文将从国际私法的角度对我国涉外继承公证的相关法律问题进行阐述。

#### 一、涉外继承公证的概述

涉外继承在国际私法领域属于涉外民事法律关系,它是指在继承法律关系构成要素中有一个或几个涉外因素的继承,即指在继承法律关系的构成要素或与继承遗产有关的法律事实中,有涉外的因素。其主要表现在以下三个方面:1.主体涉外 2.客体涉外 3.继承有关的法律事实涉外。我国现行的继承法律制度与许多国家一样将继承分为法定继承与遗嘱继承。

根据涉外继承的定义我们可以得出涉外继承公证的概念,即在继承法律关系的构成要素或与继承遗产有关的法律事实中,有涉及外国因素的继承公证。同样,涉外继承公证也存在两种类型,即涉外法定继承公证与涉外遗嘱继承公证。在此需要明确涉外的具体含义,对于涉港澳台的继承法律关系是否属于涉外民事法律关系,可否按照涉外民事法律规范来办理公证?笔者认为答案是肯定的,因为港澳台地区虽然在地理和主权上属于我国固有领土,但是各自法律制度是不同的,内地与他们之间是属于同一主权国家的不同法域,显然属于涉外所涵盖的范围。

涉外继承公证具有以下特点:1.在继承法律关系中具有涉外因素,所涉及的情况比较复杂,办证难度较高;2.适用的法律较复杂,往往是依据法律规定的冲突规范的指引,找到正确的准据法予以适用;3.在不违反我国法律的前提下,办理涉外继承要有一定灵活性,出具公证书应以便于适用为原则,不拘泥于一种格式,以方便当事人的使用;4.涉外继承公证书如需发往国外使用,通常都需要办理领事认证手续。

在传统的继承公证领域一般只涉及到国内的继承法律关系,但是随着经济全球化的发展,国与国之间的交往越来越紧密,世界各国人口的正在高速流动,一个继承很容易涉及到涉外因素,比如继承人是外国人,被继承人是外国人,或者有遗产在国外。由于每个国家的继承法律关系受到政治、经济、历史、宗教、伦理等各方面因素的影响,对继承的法律规定都或多或少的存在差异。面对这种局面,我们在办理涉外继承公证时,如何适用正确的冲突规范以确定准据法,如何正确分辨各种法律关系,如何有效保障当事人的权益避免纠纷的产生,已成为了我们不得不重视的问题。

#### 二、涉外继承领域的法律冲突

在国际民商事领域,只要有涉外因素,就必然会有法律适用问题。在国际私法领域,法律适用也就是法律选择问题,因为同一个法律关系可以受到几个不同国家的法律来调整,之所以会出现这种情况,是因为发生了法律冲突。

##### 1. 法律冲突的含义

法律冲突是国际私法领域普遍存在的一种现象,德国学者温格勒尔(Wengler)认为,法律冲突包括当事人法律义务的矛盾、法律义务或法律规范的不一致或不平等以及各国实体法之间存在空缺等。我国学者对法律冲突定义为:“法律冲突乃是因内容不一致的两个或两个以上国家法律同时适用在某一涉外民商事法律关系上产生的法律抵触

现象。”目前包括英美学者在内的国际私法学者，对法律冲突的研究主要是在国际民商事领域。而法律冲突简单地说就是法律适用上的冲突，就是当不同的法律调整相同的法律关系时，适用何种法律的问题。匈牙利学者萨瑟曾指出，法律冲突一词必须在比喻意义上加以理解，它仅仅是明喻，指明受法律支配的事实或法律关系与几种法律制度相联系，并且必须决定哪一种法律制度中的规则适用于实际案件。

具体到涉外继承领域，这种法律冲突体现在各国继承法律制度的不同，导致对于同一继承法律关系各国的规定各不相同。例如在法定继承中法定继承人的顺位规定上，我国《继承法》规定第一顺位的法定继承人是配偶、子女、父母。而普通法系和大陆法系国家的规定与我国有较大的不同，其立法趋势是增强对死者生存配偶的保护。生存配偶在继承人顺序中居首要地位。例如根据爱尔兰《1965年继承法》的规定，被继承人第一顺位法定继承人为配偶、子女，父母是第二顺位法定继承人。根据美国《1990年统一遗嘱验证法典》第2-102和2-103条的规定，生存配偶为法定继承的首要受益人，子女次之，父母再次之。因此根据我国的法律规定，被继承人的财产应由其配偶、子女、父母共同继承，而依据爱尔兰和美国的法律，该财产的继承就会产生明显不同的结果。

## 2. 涉外继承领域法律冲突产生的原因

(1) 各国继承法律制度的不同。各国对继承法律关系的调整受多方面因素的影响，继承法律制度的规定各不相同。正是这种法律制度差别的存在，对于相同的继承法律关系，适用不同国家的法律往往产生不同的结果，有的结果甚至截然相反，这是涉外继承领域法律冲突产生的前提。

(2) 经济全球化的发展，各国之间存在越来越多的民商事交往，形成了大量的国际民商事法律关系。一国公民在国外拥有财产、或定居国外或移民国外，这些情况的出现使得继承法律关系不仅仅局限在一个国家的法律制度下，同一个继承法律关系可以适用不同国家的法律解决。虽然各国的继承法律制度规定各不相同，但如果各国均处在静止状态，相互之间很少或者没有来往，那么国际民商事法律冲突也就无从产生，因此各国之间越来越频繁的民商事交往是涉外继承领域法律冲突产生的客观条件。

(3) 各国在一定条件下承认外国民事法律在内国发生域外效力。法律的域外效力是指一国法律不仅适用于本国境内的一切人，而且还适用于居住在国外的本国人。这种域外效力仅仅是一国自设的效力，只有当别国根据主权原则和平等互利原则承认其域外效力，才能真正产生域外效力。正是由于各国可以在一定程度上承认外国民事法律在内国发生域外效力，才出现了不同国家的法律调整同一法律关系的情况，这是涉外继承领域法律冲突产生的法律基础。

## 3. 涉外继承领域法律冲突的解决

法律冲突的解决是通过制定国内或者国际的冲突规范来确定各种不同性质的涉外民商事法律关系应适用何国法律。民商事法律冲突在本质上是各国民事法律适用上的冲突，而冲突规范则是规定某一民事法律关系应适用何种法律的规范，这是目前解决法律冲突最行之有效的途径。冲突规范是由国内法或国际条约规定的，指明某一涉外民商事法律关系应适用何种实体法的规则，是一种特殊类型的法律规范。〔4〕之所以说它特殊，是因为冲突规范只指定有关涉外民商事法律关系应适用何种法律，而没有明确地直接规定当事人的权利义务，它对涉外民商事法律关系只起到间接调整的作用。在我国《民法通则》、《继承法》和《涉外民事关系法律适用法》当中规定了关于涉外民事继承的相关冲突规范，这也成为我们公证机构在办理涉外继承公证时解决法律冲突的重要依据。

为了消除涉外继承领域的法律冲突，近几十年来，国际社会展开了统一冲突规范的种种努力。到目前为止，这方面的国际公约已有四个，即1934年11月19日订立的《丹麦、芬兰、冰岛、挪威、瑞典关于遗产继承和清理的公约》、1961年10月5日订立的《遗嘱处分方式法律冲突公约》、1973年10月2日订立的《遗产国际管理公约》和1988年10月订立的《关于死者遗产继承的准据法公约》。此外，还有一些涉及这方面内容的国际公约，如《布斯塔曼特法典》和众多双边条约和协定。这些表明，涉外继承立法的国际化倾向日趋明显。这其中以1988年10月订立的《关于死者遗产继承的准据法公约》的影响力最大，该公约在法律适用上采用“同一制”继承制度，同时采用了以惯常居所地为主的多元连接因素。该公约最大的特色在于，对遗嘱继承的法律适用问题中，引入了意思自治原则，有限制地允许被继承人选择继承准据法的规定成为了立法上的一大突破。该公约的第5条、第6条和第11条中都规定了允许被继承人生前指定适用于遗产继承和继承协议的法律。

## 三、我国涉外继承的法律适用

如前文所述，由于涉外继承不可避免地会涉及到涉外因素，而我国与其他许多国家之间的继承法律制度存在着很多不同之处。因此，如果一个继承关系既与我国有关又与其他国家有关联时，则对该涉外继承关系的调整将面临着应适用中国继承法律还是其他国家继承法律的问题，这就是国际私法上的法律冲突。法律冲突的出现使得我们不得不寻求制定相关的冲突规范来解决这种法律适用上的冲突。我国涉外继承的法律适用问题的解决主要依靠我国相关法律中所规定的冲突规范，具体又分为涉外法定继承的法律适用与涉外遗嘱继承的法律适用。

### 1. 涉外法定继承的法律适用。

#### (1) 涉外法定继承法律适用的基本原则。

由于各国对于法定继承人的范围、法定继承人的顺序、遗产分配原则等问题的立法与实践是不尽相同的，所以在办理涉外法定继承公证时，适用不同的法律所产生的结果可能是不同的。继承法律关系中既涉及到财产关系又涉及到身份关系，因此各国针对涉外法定继承法律冲突的解决和制定冲突规范的原则，有的注重于与身份有密切联系

的因素，如国籍、住所地。有的注重与财产有密切联系的因素如物之所在地，由此产生了两种制度，即同一制和区别制。同一制，也称单一制，是指在涉外继承中，不将遗产区分为动产和不动产而是作为一个整体依据同一个法律适用原则确定准据法，即继承适用被继承人的属人法。区别制，也称分割制，是指在涉外继承中，将遗产分为动产和不动产，分别依据不同的法律适用原则确定准据法，即动产适用被继承人的属人法，而不动产适用物之所在地法。区别制强调不动产继承的财产关系，因此适用物之所在地法。而对动产继承则认可其身份关系的性质，适用被继承人的属人法。纵观各国的理论和实践，对于不动产，大多数国家都是一致的，即对于不动产的准据法的确定，适用不动产所在地法。正如美国学者斯托雷所说：“不动产无遗嘱继承排他适用物之所在地法，是一条确定且得到普遍承认的原则。”究其原因，主要是因为不动产价值较大，同所在地国家密切相关，适用物之所在地法，可保证有关判决的执行。

## （2）我国涉外法定继承的法律适用

我国对于涉外法定继承的法律适用原则采用的是区别制，即将遗产区分为动产和不动产，分别依据不同的法律适用原则确定准据法。主要体现在：我国的《民法通则》第149条规定：“遗产的法定继承，动产适用被继承人死亡时住所地法律，不动产适用不动产所在地法律。”我国《继承法》36条规定：“中国公民继承在中华人民共和国境外的遗产或者继承在中华人民共和国境内的外国人的遗产，动产适用被继承人住所地法律，不动产适用不动产所在地法律。”以及我国《涉外民事法律关系适用法》第31条规定：“法定继承，适用被继承人死亡时经常居所地法律，但不动产法定继承，适用不动产所在地法律。”由于《民法通则》第149条与《涉外民事法律关系适用法》第31条中都明确写明了法定继承，因此这两个条文是严格意义上的我国涉外继承公证中应当适用的冲突规范。在办理涉外法定继承公证事项时，要严格根据我国《民法通则》第149条与《涉外民事法律关系适用法》第31条的规定，运用正确的冲突规范选择准据法。

## 2. 涉外遗嘱继承的法律适用

我国是一个海外侨民较多的国家，并且在国内外置有相当数量的财产，而遗嘱现今已经成为人们处理财产的常用方式。对这些涉外财产，在其产权人死后，能否按照其遗嘱处理，该遗嘱在何种法律框架内才能有效等问题尚未引起立法部门的应有注意。如果有当事人拿着在外国立的遗嘱来到公证机构要求办理遗嘱继承，继承国内当地的财产，我们公证人员该如何办理？我们该如何认定这份遗嘱的效力？相信这是绝大多数公证人员所没有碰到的问题，但是却是今后将会频繁碰到的问题。要想办理遗嘱公证，必须以存在有效遗嘱为前提，而一个有效遗嘱的设立要符合实质要件和形式要件，其中最主要的因素包括：遗嘱能力、遗嘱方式、遗嘱的实质有效性。

### （1）遗嘱能力

遗嘱能力一般是指什么人有权资格可以立遗嘱，也就是立遗嘱的行为能力问题。遗嘱能力的准据法主要是用来判断立遗嘱人生前所立遗嘱的行为是否有效，它所涉及的是立遗嘱人的意思表示能力问题，而遗嘱的实质有效性的准据法主要是用来判断该遗嘱能产生什么样的结果，所涉及的是根据遗嘱可为何种行为的问题。因此广义上的遗嘱效力包括立遗嘱能力与遗嘱的实质有效性。关于遗嘱能力的法律适用，从法条表达形式来看，有的国家将其以独立的条文规定，如泰国、前南斯拉夫、俄罗斯、美国路易斯安那州；有的国家将它合并到遗嘱的实质要件中加以规定。如日本、希腊、阿根廷。目前大多数国家采用的是同一制，统一适用属人法。在采用属人法确定法律适用时，有的适用立遗嘱人本国法，有的适用住所地法。如《泰国国际私法》第39条规定：“遗嘱的能力，依立遗嘱当时遗嘱人的本国法。”《美国路易斯安那州国际私法立法》规定，某人在立遗嘱时根据其立遗嘱时或死亡时住所地州法律具有立遗嘱能力，则其具有立遗嘱能力。

关于遗嘱能力的法律适用问题，各国法律规定各不相同，目前国际上出现了一种立法趋势，那就是放宽限制，采用选择性的冲突规范，尽可能使遗嘱保持法律效力。例如，1987年《瑞士联邦国际私法》第94条规定：“根据立遗嘱人的住所地法律、惯常居所地法律或其任何一个本国法律的规定，立遗嘱人有遗嘱能力的，即可作出遗嘱处分。”我国法律目前对遗嘱能力法律适用的规定是合并到遗嘱效力中规定的，并没有独立的条文。我国《涉外民事法律关系适用法》第33条规定：“遗嘱效力，适用遗嘱人立遗嘱时或者死亡时经常居所地法律或者国籍国法律。”该规定适用了当前的立法潮流，体现了尽可能使遗嘱有效的立法精神。

### （2）遗嘱方式

在决定涉外遗嘱方式的法律适用问题上，两大法系传统的冲突规范相差较大。英美法系采用区别制，规定动产的遗嘱方式适用遗嘱人最后住所地法，不动产遗嘱方式适用不动产所在地法；而大陆法系采用同一制，规定遗嘱方式不论动产和不动产，一律适用遗嘱成立地法。无论是哪种冲突规范，都存在着共同的弊病，僵硬地规定一两个连接点以决定对其适用的准据法，缺乏灵活性和可操作性，使得遗嘱人的真实意愿往往得不到尊重，遗嘱往往被认定为无效。基于此，两大法系的冲突规则都开始在选择点的选择上趋向弹性化。英美法系开始规定更多的选择性连接点，大陆法系则使“遗嘱方式依遗嘱成立地法”的强制性规则转变为任意性规则，接下来又采取了在行为地法或遗嘱人属人法的择一适用的作法。随着时间的推移，在连接点的规定上尽量多元化、趋于弹性化，更好地保护遗嘱人的意思表示，已经成为一种国际潮流。

我国目前对遗嘱方式法律适用的规定与当前国际立法的潮流保持一致，在我国《涉外民事法律关系适用法》第32条中规定：“遗嘱方式，符合遗嘱人立遗嘱时或者死亡时经常居所地法律、国籍国法律或者遗嘱行为地法律的，

遗嘱均为成立。”这是我们在办理涉外遗嘱继承公证时，涉外遗嘱方式是否有效且应适用何种法律进行判断的依据。

### （3）遗嘱的实质有效性

遗嘱的内容和效力即遗嘱的实质有效性问题，涉及法律对遗嘱内容的认可，有遗嘱能力的人订立的形式有效的遗嘱，也有可能因为其中的条款未被法律承认，导致遗嘱无效，或者全部或部分不能执行。例如我国《继承法》第17条规定，遗嘱人须为缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额。其他国家一般也对遗嘱人以遗嘱处分其财产的权利做了必要限制，如爱尔兰《1965年继承法》第111条规定，未有子女时，生存配偶有权得到遗嘱人遗产的一半。有子女时，生存配偶有权得到遗嘱人遗产的三分之一。

对于遗嘱实质有效性的法律冲突，采用区别制的国家，对遗嘱的实质有效性的法律适用问题，就动产而言适用立遗嘱人死亡时住所地，不动产适用物之所在地法。例如《美国第二次冲突法重述》第239条规定：“处理土地的遗嘱的有效性和效力，遗嘱能否使土地权益发生转移以及被转移权益的性质，依土地所在地法院将予适用的法律。”采用同一制的国家，对遗嘱的实质有效性的法律适用问题采用立遗嘱人的属人法原则（立遗嘱人的本国法或住所地法），例如《日本法例》（1964年）第26条规定：“遗嘱的成立及效力，依其立遗嘱时的本国法。”《埃及民法典》（1948）第17条规定：“继承、遗嘱以及其它死亡遗嘱，适用被继承人、遗嘱人或遗赠人死亡时的本国法。”《泰国国际私法》（1939）第41条规定：“遗嘱的效力与解释以及遗嘱全部或部分无效，依遗嘱人死亡时住所地法。”

而1988年的《关于死者遗产继承的法律适用公约》在涉外遗嘱继承的法律适用问题上做出了巨大贡献，公约在准据法的适用上采取了合同法上的意思自治的做法，将意思自治原则纳入了继承领域。该公约有限制地允许被继承人选择继承准据法，这一规定代表了这一领域未来的立法趋势。我国关于遗嘱实质有效性的规定较好的结合了法律适用的确定性与灵活性，在我国《涉外民事法律关系适用法》第33条规定：“遗嘱效力，适用遗嘱人立遗嘱时或者死亡时经常居所地法律或者国籍国法律。”

目前我国《涉外民事法律关系适用法》是唯一解决涉外遗嘱继承法律适用问题的法律，其立法采用同一制原则，不区分动产还是不动产，都适用统一的规则。在解决遗嘱继承相关的法律适用问题上，采用了现在世界上比较先进的立法理念，尽可能地尊重当事人的意思表示，保证遗嘱有效性。该法律的出台填补了我国长期没有涉外遗嘱继承法律适用规则的空白，意义重大，也为我国今后加入相关公约奠定了法律基础。由于长期以来没有一个明确的法律规定涉外遗嘱继承法律适用问题，使得我们公证机构在办理此类涉外继承公证时不得不请示司法部的公证律师司，因此司法部公证律师司曾经以复函的形式对相关法律适用问题做了指导性意见，其中一些意见与现行的《涉外民事法律关系适用法》相抵触，对此应以《涉外民事法律关系适用法》为准，这点应该引起我们足够的重视。例如司法部公证律师司（87）司公字第65号与（88）司公字第60号复函中，均采用是否符合立遗嘱时行为地法律的标准来确定遗嘱的效力。而根据我国现行的《涉外民事法律关系适用法》第33条规定，遗嘱效力，适用遗嘱人立遗嘱时或者死亡时经常居所地法律或者国籍国法律。

### 四、我国涉外继承公证的管辖

我国《公证法》第25条以及《公证程序规则》第14条对公证机构的执业区域，也就是公证机构的管辖权做了明确的规定：“公证事项由当事人住所地、经常居住地、行为地或者事实发生地的公证机构受理。涉及不动产的公证事项，由不动产所在地的公证机构受理。”这是我国公证机构确定是否有权管辖的主要依据。根据该条的规定，在办理涉外继承公证时，如果继承的财产标的涉及到不动产的，要由不动产所在地公证机构受理。若继承标的是动产的，当事人住所地、经常居住地、行为地或者事实发生地的公证机构均可以受理继承公证事项。但是在涉外继承公证中是不是只要当事人在上述的公证机构提出公证申请，公证机构就可以受理并且为其办理继承权公证书呢？这从司法部公证律师司《关于涉外遗产继承的公证书如何出具事的复函》（[85]司公字第124号）中可以得到答案。在该复函中，司法部公证律师司对于何种情况下可以出具继承权公证书，何种情况下不能出具做出了明确的解释。根据该复函的意见，中国公民继承居住在国内和国外的中国人或者外国人在境外的不动产、继承居住在外国的中国人或者外国人在境外的动产和继承居住在外国的外国人在境内的动产，都不宜直接出具继承权公证书，可出具国内有关当事人与死者的亲属关系证明书、结婚证明书或者有关当事人的出生证明书，依照被继承人住所地法律或不动产所在地法律继承遗产。如果被继承人住所地法律和被继承人不动产所在地法律规定，遗产继承适用我国法律，公证处则可根据继承人的申请，为其出具继承权公证书。如果中国公民继承居住在国内的中国人或者外国人在境外的动产，继承居住在国内的外国人在境内的动产或者不动产和继承居住在外国的外国人在境内的不动产，公证处则可根据继承人的申请，按照我国继承法的规定，为其出具继承权公证书。因此我们在办理涉外继承公证时，一定要明确被继承人和遗产标的的具体情况，再决定是否可以出具继承权公证书。

### 五、涉外继承公证的办证程序与相关注意事项

#### 1. 办证基本程序

首先要了解基本情况，确定继承公证的是涉外法定继承还是涉外遗嘱继承。在确定继承公证的类型后，进一步确定被继承人与继承标的的情况，判断被继承人死亡时住所地在国内还是国外，继承标的是动产还是不动产，从而确定是为当事人出具继承权公证书还是为当事人出具其与死者的亲属关系证明书、结婚证明书或者有关当事人的出生证明书。如果可以出具继承权公证书，则根据我国《继承法》、《民法通则》和《涉外民事法律关系适用法》的相关规定，选择正确的冲突规范确定准据法，依据所确定的准据法对当事人提交的相关材料进行审查，着重审查被继

承人死亡的时间、被继承人的家庭成员关系、遗产标的等事项。对于涉外遗嘱继承还要着重审查如下事项：遗嘱人的具体情况（包括遗嘱人的国籍、出生时间、死亡时间、亲属状况、遗嘱人的住所地、立遗嘱的行为地）；遗嘱人住所地或遗嘱行为地国家对遗嘱效力的有关法律规定，以确定遗嘱人在立遗嘱时是否符合相关法律；遗嘱人在遗嘱中所处分的财产是否属于本人所有；当事人向公证处提交的遗嘱是否办理了公证、认证等。最后经过审查符合办理公证的条件，而且手续材料齐备的，公证员应当制作相应的谈话笔录和公证书。公证书出具后，联系当事人了解公证书的使用情况并及时总结问题与经验。

## 2. 相关注意事项

(1) 被继承人死亡证明问题。在笔者接触到的涉外继承公证中，有一个在美国死亡的被继承人，其移居到国外多年，但是其在国内的户籍一直没有注销，当事人到公证处办理继承公证继承位于国内的房产，提交的是美国当地出具的医学死亡证明，以证明被继承人已死亡。笔者认为应该由我国驻美国使领馆对被继承人的死亡事实予以证明，然后其亲属拿该证明到其户籍所在地派出所出具死亡证明。因为被继承人死亡事实发生在我国领域外，如果没有在户籍所在地派出所注销户口，没有派出所的死亡证明，那么该被继承人在法律层面上还是没有死亡的，只是在事实上死亡了。我们在办理涉外继承公证时经常会遇到这种情况，被继承人在本国以外的国家死亡，其死亡证明必须是具有法律效力的证明，而不应该仅仅是一个事实上的证明材料，因为继承的开始必须以法律上承认的死亡事实发生为前提。

(2) 公证书的内容与形式。虽然司法部相关部门规定了我国公证书的内容与形式，但是在涉外继承公证中，有的公证书可能会在域外使用，如果机械地按照我国的公证书格式出具公证书，很有可能不会被域外使用部门认可。因此我们应当尊重公证书使用部门和使用地的习惯，为当事人出具恰当、充分的公证书，而不应拘泥于国内固定的内容与形式。必要时还可以向有关部门征求意见，以确定公证书的内容与形式能否被使用地有关机关所认可。

(3) 时效问题。各个国家对继承的时效规定长短不一，有的国家办理认证手续时间很长。为了防止因超过继承时效而给当事人带来不必要的经济损失，公证机关应及时办理涉外继承公证，及时出具相关公证文书。

(4) 对于在国外订立的遗嘱的效力，根据司法部[88]司公字第 006 号复函的意见，遗嘱必须经过当地法定机关检验认定有效，并经过我国使、领馆认证，公证机构才可以直接承认其效力。

(5) 根据《司法部公证律师司关于办理涉外继承公证中应注意的几个问题》（(84)司公字第 161 号）文件，我们在办理涉外继承公证还应当注意以下问题：①国内继承人继承国外亲属的遗产，可根据当事人申请，为其办理继承权证明或出生证明、亲属关系证明、婚姻状况证明等，无要求将国内继承人应得的遗产份额先汇回国内，才为其出具有关公证书；②如果国内继承人申请办理放弃继承权的公证，公证处无要求当事人提供遗产数额、产权证等，更无要求当事人先把应继份额调回国内后再给办理放弃继承权公证书；③国内继承人在办理有关继承公证事项时，一般待遗产调回后，公证处按比例收取公证费。如果继承人出境办理继承事宜，为保证收取公证费，可请申请人提交一份保证在遗产调回国内后照章缴纳公证费的保证书，作为公证处日后向其收取公证费的凭证。

## 结语

随着国际交往和经济全球化的加速，今后我们在办理继承公证时，会出现越来越多的涉外因素。目前无论是公证立法还是公证理论界对涉外继承公证的研究很少，实践需要理论的支撑，理论是实践的垫脚石，作为一名公证机构的公证人，我们要不断地创新和完善我们的公证理论，只有这样公证行业才能充满活力和生机。

（作者：青岛市市中公证处 刘大鹏）

## 误将钱存入故去亲人银行卡 继承权公证解了难题

2014年8月29日 四川在线 庞莹

本报讯（记者 庞莹）8月28日一早，一面写有“创新服务 为民解忧”的锦旗送到了成都市公证处。送锦旗的是家住武侯区的江阿姨，当天她拿到了公证处出具的《遗产继承公证书》。

今年2月，江阿姨来到成都市芳草街一家银行存款一万元。离开银行后，发现这是去世母亲的卡，却不知卡的密码。她向银行说明情况，想取出一万元，但银行表示，只有出具公证机构的证明才能取钱。

江阿姨到几家公证处咨询，都被告知必须要办理继承权公证。但江阿姨和她的6个兄妹都要到公证处现场签字确认，其余6人放弃继承，这笔钱才能被江阿姨领取。

成都市公证处经过调查核实，启动小额银行存款继承公证简易程序，让江阿姨的6位兄妹每人写一份《放弃遗产继承说明书》，并到本人所在工作单位或户口所在地街道办事处盖章，然后寄到成都，就可以证明银行卡上的存款由江阿姨继承了。

（原标题：误将钱存入故去亲人银行卡 继承权公证解了难题）

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

家事法苑™是杨晓林律师自2008年11月开始先拥有、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），并实际先拥有、使用且具有唯一性的法律服务商标。

未经特别许可，任何人不得擅自使用、仿冒，违者必究。

欢迎您加入“家事法苑”家事法主题沙龙QQ群（群号：153181612）——即时分享最新中国婚姻家庭法制信息动态，真诚欢迎对婚姻家庭法感兴趣的律师、法官、学者、在校学生、媒体、妇联及其他朋友加入，共建专业领域内交流正常、正当交流的和谐平台！



“家事法苑”微信公众订阅号：“家事法苑”，微信号“famlaw”

（北京天驰洪范律师事务所“家事法苑”团队主办，谨防其他假冒平台）

每天精选家事审判动态、典型案例，每周六“周末家事影院”或“家事剧场”推荐一部国内外经典婚姻家庭法律或伦理题材影视剧，每周日精选婚姻家事审判热点问题小专题资讯分享。

---

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>

简报订阅、意见反馈邮箱：[xiaolinlvshi@vip.sina.com](mailto:xiaolinlvshi@vip.sina.com)