

## 家事法苑™婚姻家庭法律资讯简报

《“家事法苑”™婚姻家庭法律资讯简报》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”™婚姻家庭法律资讯简报》提出好的建议。

**“家事法苑”微信公众号：“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、实务探讨，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，每周精选一个婚姻家庭审判热点问题小专题资讯分享。



### “家事法苑”家事法主题微信群开通及暂行规则

- 1、建群宗旨：即时分享婚姻家庭法律领域审判动态、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，推进中国婚姻家庭法制进程。
- 2、本群定位：法律职业共同体阳光交流的平台，欢迎关心婚姻家庭法律的学者、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、说明一下，本群人数已达120多人，腾讯公司目前对微信群60人以上的入群需要先开通自己微信支付功能，这是其通过此手段绑定用户的功利做法，因微信本身是免费使用，不必跟它计较，关联一个银行帐号即可，微信支付功能是大势所驱，非常方便，也很安全，开通无妨，并不是加群收费，不轻易消费即可。
- 8、其他相关问题另定。

欢迎您加入“家事法苑”家事法主题QQ群（群号：153181612）

——即时分享最新中国婚姻家庭法制信息动态，真诚欢迎对婚姻家庭法感兴趣的律师、法官、学者、公证员、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™律师团队编辑、奉献

目 录

一、婚姻家庭审判动态

爷孙因18万起纷争 女法官巧断家务事-----2014年8月29日 吉安法院网 刘文彪 张骅  
法官善断家事 微信直播庭审-----2014年08月29日 厦门日报 郭睿  
法官赴监狱开庭 成功调解一离婚纠纷-----2014年9月2日 中国法院网 王铁石  
崇川试点先行“家事法庭”-----2014年9月2日 中国江苏网 顾建兵 黄晴  
海沧法院率先建反家暴保护机制-----2014年9月1日 台海网 陈捷  
山东省即墨市法院少年家事审判工作机制调查-----2014年8月28日 人民法院报 唐亚南  
灵宝法院多措并举和谐处理婚姻家庭纠纷案件-----2014年9月2日 光明网 赵勇  
荆门市首个婚姻家庭纠纷人民调解委员会月底挂牌-----2014年9月8日 荆门晚报 胡于梅  
浙江：记全省首个“少年及家事审判庭”-----2014年9月3日 平安浙江网  
法官召开“家庭会议”闹离婚夫妻和好如初-----2014年9月5日 北方新报 汤军  
宁津县法院设置“亲情沟通室”促家庭案件调解-----2014年9月9日 德州新闻网 柴晶晶  
黔县法院“五到位”调处婚姻家庭纠纷-----2014年9月11日 中国法院网黔县频道 舒兴信  
香洲区法院发出全国首份反家暴“迁出令” 施暴丈夫限期迁出妻子居所-----2014年9月11日 香洲法院  
嘉兴首个公益婚姻法律服务站在桐成立-----2014年9月12日 嘉兴日报 张应隆  
浦城：为妥善化解家庭矛盾成立家事审判合议庭-----2014年9月11日 中国法院网 季清惠  
福建法院：反家暴在行动-----2014年09月13日 光明日报 王逸吟 何晓慧  
内地首份反家暴“迁出令” 男子打老婆被逐家门-----2014年9月12日 广州日报 陈治家  
中澳莆田市反家暴联动机制试点培训班举行-----2014年9月11日 人民法院报 何晓慧  
探访全省首个婚姻家事法庭(图)-----2014年9月18日 武汉晚报(武汉) 高星  
珠海香洲法院发出全国首份反家暴“迁出令”在执行法官介入下,已执行完毕 2014年9月17 中国妇女报 林志文 程仁姬  
家暴刑事审判中应注意的两个问题——提高涉及家庭暴力刑事案件审理技能培训及研讨会发言摘要  
-----2014年9月24日 人民法院报 唐亚南  
石家庄市中级人民法院审理离婚案件返还彩礼的会谈纪要-----2014年9月28日 盈科石家庄律所

二、一般审判动态

上海高院民事诉讼涉及送达的若干问题解答(三)-----2014年9月1日 燃灯者  
上海高院民事诉讼涉及送达的若干问题解答(四)-----2014年9月2日 燃灯者  
民事诉讼涉及送达的若干问题解答(四)——关于涉外送达-----2007年11月22日  
珠海涉外涉港澳台民事案件集中管辖-----2014年9月17日 人民法院报 林劲标 张丹 谭炜杰  
深圳推动建立全国首个境外法律查明平台-----2014年6月6日 蓝海现代法律

三、立法动态

新法|“未成年人保护法修改应纳入立法规划”-----2014年8月30日 财新网 欧阳艳琴  
专家版反家暴法拟交人大 同居等亲密关系受保护-----2014年9月3日 中国新闻网-法制晚报 纪欣  
立法完善未成年人民事诉讼程序-----2014年09月17日 法制日报

四、媒体典型案例

(一)解除婚姻关系案例

余姚夫妻加拿大离婚 回国后是不是夫妻还得法院定-----2014年9月3日 现代金报(宁波) 华微珍  
男子为逃避抚养责任四次起诉离婚被驳回-----2014年9月3日 中国法院网 李巧玲  
丈夫怀疑妻子为同性恋起诉离婚 女方辩称是闺蜜-----2014年9月8日 人民网-京华时报 裴晓兰  
男子两次申请离婚均被驳回 法庭上殴妻证明不合-----2014年9月8日 贵阳网-贵阳晚报  
丈夫失控打爱妻被诉离婚-----2014年09月09日 京华时报 裴晓兰  
为回迁房写谁名字闹出走 丈夫无奈起诉离婚被驳回-----2014年9月5日 江苏法院网 刘志坚 许冬梅  
邵阳北塔法院审结一例宣告失踪人离婚案-----2014年9月3日 潇湘晨报 王蓓  
结婚两年还是处女 女子起诉离婚-----2014年9月18日 潇湘晨报 贺力平  
玩假离婚变真离婚 法院判决财产必须分割-----2014年5月27日 广州日报 徐一斐  
余姚夫妻加拿大离婚 回国后是不是夫妻还得法院定-----2014年09月03日 浙江在线 陈文铮

(二)婚姻无效撤销案例

妻以血亲关系为由解除婚姻-----2014年9月1日 河池日报 卢学知 韦佩琼 莫安娜

- 小三告老公与她人重婚 自己的婚姻反被判无效-----2014年9月3日 羊城晚报 赵晓楠  
无民事行为能力人登记离婚的,是否可撤销离婚登记-----2014年9月21日 南京市中级人民法院
- (三) 子女抚养亲子关系案例**
- 【萝法说案】变更未成年子女抚养权纠纷系列(一)-----2014年8月26日 萝岗法院  
【萝法说案】变更未成年子女抚养权纠纷系列(二)-----2014年8月27日 萝岗法院  
【萝法说案】变更未成年子女抚养权纠纷系列(三)-----2014年8月28日 萝岗法院  
【萝法说案】变更未成年子女抚养权纠纷系列(四)-----2014年8月29日 萝岗法院  
【萝法说案】变更未成年子女抚养权纠纷系列(五)-----2014年9月1日 萝岗法院  
离婚后母亲无力抚养 改变协议约定被驳回-----2014年9月5日 江苏法院网 刘志坚 许冬梅  
【第一百六十八期】女儿探望权发生纠纷 重庆一中院耐心调解-----2014年9月5日 重庆一中法院  
【典型案例】养父女关系恶化 八旬翁起诉解除收养关系-----2014年9月9日 沈阳市皇姑区人民法院  
曾巧艺离婚后,子女可以起诉要求父母探望吗?-----2014年9月12日 南京市中级人民法院  
浙江男子瞒着父母离婚4年死亡 前妻争夺监护权-----2014年7月16日 法制日报 王春  
少年状告父亲索要抚养费 封开法院判令父亲支付抚养费63180.8元-----2014年9月2日 肇庆都市 陆志锋  
【第一百六十八期】女儿探望权发生纠纷 重庆一中院耐心调解-----2014年9月5日 重庆一中法院  
夫妻协议离婚多次变更抚养权 儿不幸患病费用仍父母共承担-----2014年9月23日 许昌中级法院 孟俊克  
假离婚成真离婚 男子索抚养费与前妻对簿公堂-----2014年9月22日 中国法院网  
离婚时自愿不要抚养费 事后索要诉前妻被驳-----2014年9月24日 中国法院网讯 严波 杨杰  
独占女儿不成 反被变更抚养关系-----2014年9月24日 重庆法院网 晏万琴
- (四) 财产分割案例**
- 离婚时“夫妻公司”财产怎么分-----2014年9月4日 金陵晚报 林巧芬  
三明一丈夫遗物现婚外情 原配怒告“小三”讨百万财产-----2014年9月10日 海峡都市报 涂明  
女子出轨离婚 还想独占家产-----2014年9月15日 南方都市报 韩成良  
男子写忠诚保证后仍出轨 妻子要求男方净身出户-----2014年9月27日 大河网-大河报 韩景玮
- (五) 损害赔偿案例**
- 婚姻存续期间遭家暴 离婚后诉赔偿获法院支持-----2014年9月4日 中国法院网 付建国
- (六) 扶养赡养案例**
- 父女公堂相见两相厌 法院判决女儿需赡养父亲-----2014年9月6日 沈阳市皇姑区人民法院  
父子签订断绝关系协议被判无效 子女须尽赡养义务-----2014年9月18日 新华网 谭畅  
儿子贩毒被判无期徒刑并没收财产 母亲起诉毒贩儿子索要赡养费 法院:赡养费给付优先于刑事财产刑  
-----2014年9月25日 法制日报 邓新健  
协议断绝父子关系 子女仍有赡养义务-----2014年9月24日 法制周报 王健清
- (七) 离婚后财产纠纷及相关纠纷**
- 成都中院终审一登记离婚后财产纠纷案-----2006年4月12日 四川在线 黎黎  
禹州男子承诺离婚后为女方买房 未履约被告法庭-----2014年9月5日 河南法制报  
协议离婚后前夫“消失” 诉至法院判决房产过户-----2014年9月10日 江苏法院网 魏本亮  
协议离婚后认为财产分割“不公” 男方起诉撤销协议被驳回-----2014年09月02日 人民政协报
- (八) 恋爱同居纠纷案例**
- 隐瞒精神病史遭悔婚 女方返8.8万彩礼-----2014年8月29日 中国江西网-新法制报 陈雪萍  
广西夫妻离婚后仍同居 女方怀孕生子双双被罚-----2014年9月4日 广西新闻网 潘保民 曹颖  
北京三中院:这是“感情债”法律管不着? 情侣为婚房归属分手 打官司男方败诉不服 2014年9月9日 北京晚报 卢瑞华  
前女友赠与男子房屋后反悔 法院判决赠与有效-----2014年09月11日 东方今报 孙妍文  
昔日情侣为赠与房屋对簿公堂-----2014年9月12日 河南法制报 张书锋  
郑州:男子婚后要卖房遭前女友反对 拒绝过户-----2014年09月11日 大河网  
给女友买辆丰田车 分手后索要购车款-----2014年9月10日 重庆晚报 侯英俊  
热恋甜蜜送戒指 分手怒诉要赔偿-----2014年9月17日 许昌市中级人民法院 孟俊克
- (九) 其他相关案例**
- 结婚一年多离婚 男方索要改口费-----2014年9月21日 半岛晨报 佟亮  
无民事行为能力人登记离婚的,是否可撤销离婚登记-----2014年9月23日 漯河市中级人民法院
- (十) 赠与案例**
- 欠债不还 房产赠女儿法院判决撤销赠与-----2014年7月21日 南方都市报 朱鹏景

丈夫过户共有房产给儿子 妻子追讨产权获法院支持-----2014年08月26日 南方都市报 王卫  
 【典型案例】协议离婚房产赠亲儿 女方反悔要撤销赠与被驳-----2014年9月14日 沈阳市皇姑区人民法院  
 男子将自家轿车偷偷赠小三-----2014年9月18日 新华网  
 小三携女住进夫妻共有房 原配怒讨每月4万元租金-----2014年9月9日 解放日报 陈琼珂

### (十一) 夫妻债务案例

离婚后仍以夫妻名义同居生活 一方债务应共同偿还-----2014年8月29日 重庆法院网 李欧  
 【典型案例】借款未用于家庭生活妻子不承担还款责任-----2014年9月13日 沈阳市皇姑区人民法院  
 以案说法——离婚后补写欠条 难以推定为“夫妻共同债务”-----2014年9月23日 镇江经济开发区人民法院

## 五、继承

### (一) 继承审判动态

上半年全国新收继承案降4成-----2014年8月31日 法制日报 袁定波

### (二) 继承立法动态

### (三) 继承典型案例

父死子欲继承股权 村规说不法律判还 镇政府判定应给, 股份社将镇政府告上法院要求撤销决定, 未果  
 -----2014年9月2日 南方都市报 陈宇  
 自书遗嘱未注明日期 法院判定无效-----2014年09月03日 中安在线  
 继承权未公证, 遗产房无法过户告房管-----2014年9月5日 广西法治日报 莫积斌  
 丈夫去世后前妻之子争遗产 继母出具遗嘱却有瑕疵-----2014年9月5日 四川新闻网 张异同  
 背着前妻放弃父母遗产无效-----2006年06月10日 重庆晚报 罗彬  
 老汉遗嘱斥亲生女长期虐待 房产定养女继承获支持-----2014年09月10日 北晚新视觉网 林靖  
 宜昌再婚夫妻恩爱11年 病逝后子女为遗产上法庭-----2014年9月11日 三峡晚报  
 死亡赔偿非遗产 诉请还债被驳回-----2014年9月9日 六安新闻网 张凯  
 父亲意外死亡留债务 儿子继承遗产被判还债-----2014年8月25日 光明网 韦丽丽  
 父亲葬礼上突现“哥哥”要遗产 法院判决应分但可少分-----2014年8月7日 红网 罗建  
 儿媳私领死亡抚恤金 公婆起诉分割获支持-----2014年9月12日 中国法院网 刘玉珍  
 男子因公离世其父与两孙女公堂争遗产-----2014年9月18日 兰州晨报 李辉  
 遗嘱笔迹鉴定的举证责任由谁承担? -----2014年9月24日 抚州法院网 宜黄县人民法院 唐晓蓉  
 弟弟遗产引纠纷 同母异父姐姐享有继承权-----2014年9月12日 北京市密云县法院网 李慧英 吕书义  
 父亲将未进行分割的遗产过户给次子有效吗? -----2014年8月27日 抚州市临川区人民法院 李军 郭淑芬

## 六、房产、股权、信托

### (一) 房产

离婚分房产, 先过户还是先给钱? 双方互不信任, 警察充当支付宝-----2014年8月31日 重庆晨报 陈翔  
 房产加妻名 转眼被离婚-----2014年9月2日 阿克苏日报 贾萍  
 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  
 付了90万房款房子却“飞”了 因卖方私售家庭共有财产-----2014年9月13日 厦门网 郭睿  
 女婿代理岳父卖房子 十年后岳父过世反不认账-----2014年9月22日 房地产微报  
 房屋分给子女后反悔 老汉索要房屋被驳-----2014年9月18日 中国法院网 吕书义  
 父女反目争夺房产法院判决父亲胜诉-----2014年09月25日 京华时报 孙思娅  
 20年前卖房未过户 卖主想悔约被判协助过户-----2014年9月23日 北京法院网 李振雨  
 入赘女婿代售岳父房屋 遇拆迁女儿诉协议无效 证人证明卖房系老人真实意思法院驳回诉求  
 -----2014年9月26日 人民法院报 刘昌海 顾建兵

### (二) 股权

先是父告子 后是子告父就算上法庭 股份也不是想送就能送-----2014年8月26日 华龙网-重庆商报(重庆) 吴光亮

### (三) 信托

国内家族信托运作样本研究-----2014年9月1日 阳光财富 王俊丹  
 家族信托业务中的当事人-----2014年9月2日 汉坤律师事务所 陈汉  
 家族信托: 游走于现实与法律之间-----2014年9月7日 信托周刊 许海波  
 家族信托的事务性管理义务-----2014年9月10日 汉坤律师事务所 陈汉

## 七、社会新闻

独生女继承拆迁款是否“理所当然”-----2014年08月29日 嘉兴在线-嘉兴日报  
 本市拟建“遗嘱库” 律师服务全程免费-----2014年8月29日 半岛晨报

重庆今天起免费为60岁以上老人办理保管遗嘱服务——2014年8月28日 中国广播网 陈鹏  
大连拟建公益“遗嘱库”——2014年8月28日 海力网 苏琳  
《离婚律师》回应“重庆版小三”乌龙始末(图)——2014年8月31日 华龙网-重庆晚报 唐楸  
战时重庆离婚案大多不要“离婚律师”——2014年9月2日 重庆晨报 王寒露  
男子起诉离婚 发现结婚8年妻子系冒用她人身份——2014年9月2日 潇湘晨报 刘双  
遗产税 先分遗产还是先征税——2014年9月3日 北京日报 孔祥凤  
惠东今年离婚率下降近3成 复婚率同步下降——2014年9月2日 南方日报 卢慧  
那坡绿色通道为劳教者登记结婚——2014年9月2日 右江日报 黄波  
涉港网络上市公司离婚股权案 | 法庭:网龙 CEO 毋须公开身家——2014年9月2日 东方日报  
方圆关注 | 被家暴的女人:我是如何走上杀夫自救之路的? ——2014年9月3日 张慧 赵小堙 方圆  
离婚闹纠纷 影院就关门? ——2014年9月3日 法制晚报 石爱华  
司法部:公证工作已介入到涉外民商事交往等方面——2014年9月4日 法律图书馆 欧阳开宇  
大连将建遗嘱库整套流程10分钟——2014年9月5日 大连日报 刘湘竹  
香港家暴案飙升虐偶逾2000宗 女性受害人占84%——2014年9月8日 中国新闻网  
陕甘宁边区高等法院民事判决书——2014年9月9日 民事审判参考  
“三十岁立遗嘱”言论引关注 网友:没家没业怎么立——2014年9月8日 中国广播网  
女子不符二胎政策 要生必须与领养妹妹解除关系——2014年9月6日 浙江在线-今日早报 黄淼君  
丈夫因妻离婚开13万礼物清单——2014年9月9日 华商网-华商报 郑唯舒  
假离婚——一个错乱时代的莫名悲欢——2014年9月9日 柴青海律师  
婆婆多处被扎、骨折,请求法院从宽处罚儿媳;儿媳犯故意杀人罪获刑6年——2014年9月8日 新京报 刘洋  
中华遗嘱库负责人:别等了 30多岁就立遗嘱吧——2014年9月6日 澎湃  
婚外情写进离婚的判决书每次办事都招来异样眼光 法院的民事判决书能否换成离婚证? 2014年9月5日 南湖晚报  
监护权撤销制度年内出台 儿童被虐问题将非家事——2014年9月5日 南方周末  
婚姻家庭纠纷调委会将全覆盖——2014年9月9日 衢州日报 黄韵  
曝两性关系解除保证书 河北水利厅一干部受处分——2014年9月11日 新京报 赵力 刘刚 赵吉翔  
岳父持汇款单告女婿 证据不足被判决驳回——2014年9月12日 抚州市中级人民法院 罗淑萍 梅晏榕  
农村离婚潮汹涌:保卫“乡村爱情”成难题——2014年9月16日 半月谈网 刘巍巍 王菲菲  
胡美离婚声明和原帖对比——2014年9月14日 新浪体育  
令人伤痛的“父母去哪里了”——2014年9月15日 人民法院报 管元梓 王要勤  
房子和婚姻的秘密,准备买房换房的人快看!——2014年9月15日 婚姻与家庭杂志 张丽  
老龄人离婚频发 “黄昏散”成法院离婚案件新热点——2014年9月15日 中新浙江网 胡丰盛  
【典型案例】少女借“打胎”之名敲诈勒索 法院判决获刑罚——2014年9月16日 沈阳市康平县人民法院 赖艳军  
关注 | 监护权转移了就能落户吗? 无辜孩子“黑户”困境谁能来解——2014年9月16日 上海法治报 陈颖婷  
庭审 | 沪首例侵犯贞操权案落槌 这个权该怎么理解? ——2014年9月16日 上海法治报 陈颖婷 富心振  
北京婚姻登记信息下月有望与法院联网——2014年9月17日 法制晚报  
中国首例冷冻胚胎继承权案二审宣判:胚胎可继承——2014年9月17日 扬子晚报网 顾敏  
广州离婚率高企复婚率也猛增——2014年9月18日 北京晨报(北京)  
遗嘱公证公益活动下月举行,来看关于遗嘱公证哪些你需要了解——2014年9月17日 上海法治报 倪冬  
为什么总有丈夫对婚姻不忠? ——2014年9月18日 伊丽莎白·阿伯特 凤凰读书  
生命可否“继承”引发热议——2014年9月18日 科技日报 刘晓莹  
江西现“试离婚”服务 专家:避免离婚“硬着陆”——2014年9月16日 金羊网(广州) 王姣  
“黄昏散”成离婚案件新热点——2014年9月17日 金华日报 张黎明  
中国离婚率连续十年走高 “分离第三者”成职业——2014年9月17日 法制晚报  
为讨女友欢心 男子伪造30万元银行存单获刑——2014年9月17日 中国法院网 柳妍  
国外离婚判决在国内有效吗? ——2014年9月3日 东南商报 胡珊  
老年人可享受免费遗嘱公证——2014年9月19日 法制网-法制日报(北京) 蒋皓  
全市涉外结婚登记年均1200对——2014年9月17日 北京晚报(北京)  
弟弟替哥哥离婚被拆穿 兄弟二人被训诫罚款——2014年9月18日 四川新闻网(成都) 刘瑞  
蓝翔技校校长之妻谈荣兰祥:曾被她拿菜刀砍——2014年9月19日 大河网-大河报 陈海峰  
【资讯】怀疑妻子不贞将妻女杀害 吴呈建被执行死刑——2014年9月20日 菏泽市中级人民法院  
法力无边·争鸣 | 一则“以房养老”的物权案例引发的讨论——2014年9月20日 北京大学法学院学生会  
逻各斯 | 堕胎是对的吗? ——2014年9月21日 微思客 WeThinker  
性格不合感情不和 上周9成离婚者都这样说(组图)——2014年9月19日 重庆晨报(重庆)

- 不堪忍受妻子家暴 男子结婚纪念日起诉: 必须离婚-----2014年9月18日 金羊网(广州) 周文丹
- 全国妇联调研闵行 开展反家庭暴力立法(图)-----2014年9月18日 东方网
- 南昌简化房屋产权登记手续 房屋转移赠与无须提供公证件-----2014年9月17日 中国江西网 兆明
- 离婚多由女性提出多在节假日后-----2014年9月22日 兰州晚报 朱浩源
- 市住建局回应疑问: 经适房共同申请人继承权受法律保护-----2014年9月22日 深圳晚报
- 热点 | 偷拍“锋菲复合”四天四夜, 侵犯其隐私权? -----2014年9月23日 上海法治声音
- 【女泉视野】“赫敏”艾玛沃森在联合国发表女权主义演讲(附全文)-2014年9月23日 新媒体女性 WomenAwakening
- 遗产税: 到底是先分遗产还是先征税? !-----2014年9月23日 CPBCLUB
- 一场“生命种子”的争夺战-----2014年7月21日 民主与法制时报 周頔
- 在“冷冻受精胚胎案例研讨会”上, 专家认为 代孕可在规制中有条件放开-----2014年7月19日 检察日报 赵衡
- 法官评论 | 并不奇怪的争议—我也来说说“无锡胚胎案”-----2014年9月22日 扬州路漫法律博客 家事法苑
- 在继承冷冻胚胎上法律不能“打架”-----2014年9月20日 中国青年网 毕晓哲
- 澎湃新闻特稿: “中国好判决”是怎么出炉的? 无锡中院称“法情理融合”(附:中国首份法情理融合的判决书原文)
- 2014年9月21日 澎湃新闻 蓝天彬
- 一个法与情兼得的判决(附法院判决书原文)-----2014年9月22日 法制日报
- 你知道遗嘱可以委托保管吗? -----2014年9月23日 北京晚报 孙颖
- 狠心父母出卖亲生孩子终获刑-----2014年9月25日 香洲法院
- 农村股份社不允许子承父股 称符合社会发展规律-----2014年9月25日 南方农村报 陈立新
- 关注 | 为什么女人宁愿忍受暴力也不离婚? -----2014年9月24日 天涯社区
- “白丝带”开启男性接待处理家暴咨询服务-----2014年9月24日 中国妇女报 南储鑫
- 男子偷情妇 20万: 帮老婆还车贷 孝敬丈人-----2014年9月25日 检察日报 朱乐乐
- 杭州导游被新加坡富婆认作干孙子 获赠2亿财产引纠纷-----2014年9月25日 钱江晚报 胡大可 柏建斌
- 哈尔滨新规: 赚钱不给老婆花算家暴 11月起实施-----2014年9月25日 重庆晨报 李玥
- 法律人茶坊 28: 秦可卿与清代婚烟家庭法-----2014年9月24日 审判研究 王其见
- 别再说王菲了, 看看孔子离婚的故事吧-----2014年9月25日 澎湃新闻 李竞恒
- 为了少掏购房首付款 夫妻假离婚结果变成真抢房-----2014年9月25日 海峡导报 陈捷
- 唯一住房执行中的两个问题-----2014年1月19日 大兴法院网 程立
- 代孕: 面对道德与法律的追问(图)-----2014年9月27日 中工网-工人日报(北京)
- 深圳家暴调查: 受访家庭过半出现过暴力-----2014年9月26日 深圳新闻网
- 未成年人遭受家庭暴力侵害的特点变化-----2014年9月26日 儿童权利在线 张雪梅
- 北京市立遗嘱老人六成瞒子女-----2014年9月26日 京华时报
- 截至 2013 年底, 北京老年人增至近 280 万, 年增加 16.4 万人-----2014年09月27日 新京报 林野
- 赚钱不给老婆花属家暴是谣传-----2014年9月27日 中国广播网 周清石
- 多地出台约束“啃老”法规, 专家称操作虽难但立法善意-----2014年9月27日 澎湃新闻 邢丙银
- 新法速递】民政部出台管理办法规范家庭寄养-----2014年9月28日 萝岗法院

## 八、异域资讯

- 新后宫时代: 美国犹他州联邦法官判决正式支持一夫多妻-----2014年9月1日 法官之家 环球网
- 【讨论题】华裔女子带子登机离境 FBI 逼航班折返-----2014年9月9日 法律读库 华商报 袁金会
- 台男子贪小便宜偷免费保险套 意外曝光婚外恋-----2014年9月5日 中国台湾网 高旭
- 印度男子因妻子性欲旺盛起诉离婚-----2014年9月9日 环球网 张亢
- 美国一父亲将 22 个月儿子留在车内 男童活活被热死-----2014年07月05日 人民网-国际频道
- 日本男子在泰国代孕 15 子女 称是继承财产需要-----2014年9月10日 环球网 胡敏
- 台湾同性恋团体欲办“彩虹围城”包围台“立法院”-----2014年9月9日 华夏经纬网
- 美 9 旬新婚老人因遗产纠纷婚姻受阻-----2014年09月11日 环球网综合 武梦莹
- 原配发现 21 年邻居是小三 与夫离婚获赔 460 万-----2014年9月11日 凤凰网
- 保罗·乔治多嘴惹是非 置评家暴事件招致批评-----2014年9月12日 环球网 王珏
- 保罗 乔治为对家暴事件发表不当言论道歉-----2014年09月12日 ESPN
- 两人针对离婚问题专门做了约定-----2014年09月16日 西藏日报 尚栩
- 台名嘴于美人看儿子被前夫拒绝 报警处理-----2014年08月26日 凤凰娱乐综合
- 法院: 菲佣在港生子无居港权中国新闻网-----2014年9月18日
- 新加坡 离婚案中黑客证据增多-----2014年9月22日 北京晨报(北京)

4 亿财产分配好 施瓦辛格终于离婚-----2014 年 9 月 19 日 温州商报

## 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

【反思媒体】冯媛：媒体应避免无意中侵害女性权益-----2014 年 8 月 27 日 腾讯文化 冯媛  
现代快报报道的一起遗产过户官司入选最高法发布的典型案例 遗嘱公证不能成为强制性要求

-----2014 年 9 月 7 日 现代快报 马乐乐 王瑞  
此案是否应当适用《继承法》第 8 条？-----2014 年 09 月 07 日 新浪博客 我爱飞飞翔翔

“制度性羞辱”拷问假离婚-----2014 年 9 月 11 日 民事审判参考 马丽红

诉讼时效若干理论与实务问题研究-----2014 年 9 月 12 日 法学中国 刘贵祥

李银河：嫖娼看性欲望及界限-----2014 年 9 月 17 日 网易女人博客 李银河

“贞操权”并非女性独有——对话北大法学教授马忆南-----2013 年 12 月 25 日 中国妇女报 王春霞

农村年轻妇女“抛夫弃子外逃”的婚姻逻辑-----2014 年 9 月 21 日 法律读库 陈讯

学者视点 | 和丽军：丧偶儿媳与丧偶女婿继承权质疑-----2014 年 9 月 21 日 家事法苑 和丽军

人的冷冻胚胎的法律属性及其继承问题-----《人民司法·应用》2014 年第 13 期 杨立新

宜兴胚胎案二审之“敬法律”体现在哪里？-----南京师范大学法学院副教授 赵莉

法治论苑 | “私德”入法须慎行-----2014 年 9 月 24 日 上海法治报 杨力

应完善家暴司法干预与多机构协作机制——以陕西为视角-----2014 年 9 月 23 日 中国妇女报 张伟 马钰凤

“老年审判庭”的价值-----2014 年 9 月 25 日 人民法院报 华东政法大学教授 傅鼎生

完善预防和干预未成年人遭受家庭暴力法律制度的建议-----2014 年 9 月 28 日 儿童权利在线 张雪梅

【法律圆桌】上海首例贞操权案胜诉 是否逾界将道德问题法律化？-----2014 年 9 月 26 日 新法制报 郭俊

预防和干预未成年人遭受家庭暴力的难点问题-----2014 年 9 月 27 日 儿童权利在线 张雪梅

华裔母亲带子回京被捕引关注 英美等国法律严惩“国际诱拐”-----2014 年 9 月 28 日 民主与法 赵春艳

夏吟兰：“反家暴法”出台需各方转换观念-----2014 年 9 月 27 日 中国广播网(北京)

### (二) 法官视点

父亲将未进行分割的遗产过户给次子有效吗？-----2014 年 8 月 27 日 抚州法院网 李军 郭淑芬

人民法院案例选 | 张超军诉蔡丽珍遗赠纠纷案——遗嘱有效性审查-----2014 年 8 月 30 日 人民法院案例选

婚前个人财产在婚后发生形态变化不导致所有权发生变化-----2014 年 9 月 1 日 最高院民一庭 韩 玫

离婚协议中的内容不对等属于无效协议-----2014 年 9 月 3 日 中国法院网 杜东安

老人遭亲生女虐待将房赠养女-----2014 年 9 月 4 日 京华时报 张淑玲

超过最长诉讼时效再主张行使继承权不能获支持-----2014 年 9 月 3 日 中国法院网 肖知平

唐代“和离”制度与现代协议离婚辨析-----2014 年 9 月 5 日 中国法院网 赵金慨

何某、王某诉张某申请执行异议之诉纠纷案——房屋所有权转移登记的法律效果 2014 年 9 月 8 日 人民法院出版社

第 21 期 网络时代,拿什么 HOLD 住爱情？-----2014 年 9 月 7 日 宁波海曙法院

经验与逻辑共存：事实认定困境中法官的裁判思维-----2014 年 9 月 7 日 民事审判参考 陈科

卢某诉林某、颜某民间借贷纠纷案——借据持有人与实际债权人的关系-----2014 年 9 月 6 日 人民法院出版社

法官“借案夺妻占财”案民事判决书-----2014 年 9 月 6 日 民事审判参考

陈文杰、陈文霞等诉陈春芳、陈国芳等物权确认纠纷案——附期限分产协议中财产归属的认定 2014 年 9 月 5 日 人民法院案例

选

法海钩沉 | 最高人民法院司法解释背后的秘密(一)——由司法文件到司法解释 2014 年 9 月 3 日 Trialday Trialday

法海钩沉 | 最高人民法院司法解释背后的秘密(二)——司法解释的演进和规范 2014 年 9 月 5 日 Trialday Trialday

法海钩沉 | 最高人民法院司法解释背后的秘密(三)——司法解释的扩权与定型-----2014 年 9 月 11 日 Trialday

包如生、刘淑兰诉李自琼、孙济宁房屋购买人确认纠纷案-----顶名购房协议的效力认定 2014 年 9 月 4 日 人民法院案例选

瑕疵遗嘱的效力认定-----2014 年 9 月 10 日 人民法院报 潘玉君

段东诉段春法定继承纠纷案——农村承包土地经营权可否继承-----2014 年 9 月 11 日 人民法院案例选

被执行人死亡抚恤金可否供执行？-----2014 年 9 月 12 日 南城县人民法院 宁可行 钟绍华

儿子“出轨”要离婚 父亲侮辱“小三”被起诉-----2014 年 9 月 12 日 沈阳市皇姑区人民法院

【法官视点】夫妻共同债务推定规则的适用-----2014 年 9 月 12 日 法治之声

该案刘某是赠与房屋还是赠与购房款-----2014 年 8 月 8 日 中国法院网 刘小庚

母女间对共有财产如何处理-----2014 年 5 月 23 日 中国法院网 廖华英

以亲子鉴定为内容签订承诺书的性质认定-----2014 年 9 月 12 日 中国法律数字图书馆

吴晓芳“婚姻家庭案件审判实务”讲座之笔记-----2014 年 9 月 14 日 林盛整理 一些法一些情

听吴晓芳法官讲婚姻法 ——2014 年 9 月 14 日吴法官在广州律协讲座听课笔记 2014 年 9 月 15 广州婚姻继承律师李小非

- 宜兴市冷冻胚胎纠纷案二审审理结果-----2014年9月18日 无锡市中级人民法院
- 离婚时 如何处理虚拟财产-----2014年9月17日 保定市中级人民法院 吴成臣
- 【以案说法】上海首例侵犯贞操权案判赔3万元(附判决书)-----2014年9月18日 法眼观察
- 桂公梓:无锡胚胎案——法律和人情,孰轻孰重?-----2014年9月18日 法律读品 桂公梓
- 夫妻公司股权转让中的第三人利益保护/潘杰-----2014年9月22日 海坛特哥 潘杰
- 重婚情形已消失能否判定现存婚姻有效-----2014年9月19日 南京市中级人民法院
- 【典型案例】男子离婚后想起忘记分割住房公积金诉至法院——2014年9月19日 沈阳市康平县法院 刘德平 孙晶
- 首例冷冻胚胎继承案主审法官谈“十年罕见的好判决”怎样出炉-----2014年9月20日 上海法治报 蓝天彬
- 违反夫妻忠实义务的认定及赔偿责任-----2014年9月22日 燃灯者
- 法官论坛 103:婚内受赠财产成为夫妻特有财产的形式要件分析-----2014年9月23日 审判研究 李红 刘如浩
- 最高法院再审案件:夫妻公司股权转让中的第三人利益保护-----2014年9月24日 最高人民法院民一庭 潘杰
- 剥开家暴的洋葱-----2014年9月25日 海坛特哥 夏宁安
- 数字遗产可实现依法继承-----2014年9月24日 法制日报 吕丽娜
- 自然人出生标准宜采“生命体征说”-----2014年9月24日 人民法院报 李惊涛 汪洋
- 精神赡养与物质赡养的关系——江苏徐州中院判决付龙梅诉王广柱等六子女赡养纠纷案 2014年9月25日 人民法院王道强
- 孙某诉北京市某律师事务所律师服务纠纷案-----2014年9月18日 北京市第一中级人民法院网 白云
- 一方父母部分出资给婚后子女购房的如何认定? 2014年9月26日 燃灯者《人民司法》2013年第13期 司法信箱
- 离婚后股票收益分割的范围及诉讼时效——《人民司法》2014年第18期-----2014年9月25日 人民司法 丁英
- 否认亲子关系诉讼的必要证据认定——四川阆中院判决廖某诉廖姓二子女婚姻家庭纠纷案
- 2014年9月24日 恩施州中级人民法院
- 法官论坛 105:离婚协议中财产赠予子女条款是否可由一方撤销-----2014年9月28日 审判研究 赵春秀
- 法官论坛 104:民事诉讼中单位证明的证据效力分析-----2014年9月28日 审判研究 蔡保瑞 徐旭
- 借名购房案件所涉问题之研究——以法院裁判的案件为中心-----2014年9月28日 家事法苑 马强
- (三) 检察官视点**
- (四) 律师视点**
- 股权转让中无权处分的法律适用问题-----2014年8月15日 赫少华·律师博客
- 法院已经判决离婚了 民政窗口仍显示已婚-----2014年8月27日 春城晚报 宋金艳
- 中华遗嘱库负责人:30多岁是立遗嘱最佳时间-----2014年9月7日 中国广播网 温飞
- 今日说法:离婚半年后前妻要分前公公遗产告上法院-----2011年11月23日 海南特区报 王忠新
- 婚前协议-----204条-----2014年9月9日 慧剑法律圈 孟祥辉
- 境内公司及其离岸公司股东利益不公平损害的救济——贾明军律师-----2014年9月4日 贾明军律师
- 何为出生?-----2014年9月11日 海坛特哥 刘晔
- 法学探讨:从英外交官同性结婚,看待同性婚姻合法化问题-----2014年9月12日 法律工场
- 在韩离婚和婚姻无效的差异-----2014年9月14日 韩中法律新闻
- 专业律师吐槽《离婚律师》-----2014年9月15日 解放日报(上海) 沈轶伦
- 今天我们聊聊“夫妻忠诚协议”-----2014年9月15日 吕淮波法律博客
- 继承法中“有扶养关系的继子女”辨析-----2014年9月17日 人民法院报 杨航远
- 判出“人”味!(附我国首例胚胎继承案判决书)-----2014年9月17日 明月律师 婚姻家庭与资本市场
- 律剧故事 | 富豪婚姻的残忍真相-----2014年9月20日 上海法治声音 沈佳音
- 【讨论】并不奇怪的争议——说说“无锡胚胎案”-----2014年9月21日 扬州路漫 法律博客
- 【聚焦】婚姻信息联网能防范骗婚重婚吗?-----2014年9月21日 清扬 法律博客
- 涉港婚姻及家事法实务探讨-----2014年4月17日 中港法律汇 黄慧静律师
- (五) 文件选读**
- 国际性诱拐儿童民事方面的公约-----2011年9月5日 新浪网
- 浙江高院《关于执行生效法律文书确定夫妻一方为债务人案件的相关法律问题解答》-----2014年9月24日 口袋律师
- 关于审理民间借贷纠纷案件若干问题的指导意见-----2014年9月26日 光辉法官 安徽高院
- (六) 媒体视点**
- 《离婚律师》之问:你的婚姻自由吗?-----2014年9月4日 澎湃新闻(上海)
- 不动产登记应体现夫妻婚后财产共有制-----2014年9月16日 中华女性网 王春霞
- “啃老”日盛谁之过?如何消弭“被啃”老人不能承受之重?-----2014年9月17日 上海法治报 胡蝶飞
- 遗产为什么不愿留给亲人-----2014年09月18日 重庆晚报 代茂增
- 胚胎继承案改判之争的进步意义-----2014年9月19日 京华时报(北京) 王琳



冷冻胚胎可继承能否为代孕合法化破冰? -----2014年9月20日 红网(长沙) 赵志轩  
继承中易被忽视的问题-----2014年9月20日 工人日报  
上海首例贞操权案判决后,重读男女关系-----2014年9月22日 法律读库

### (七) 公证专题

儋州简化小额遗产继承公证程序 实现“二少一短”-----2014年8月29日 南海网 李晓梅  
【公证讲堂】浅谈老年人权益保护与公证工作的结合-----2014年9月1日 律政公证处 范斌  
海外资讯:为公证界服务的高新技术-----2014年9月1日 公证人  
时事资讯:一生中绕不开的公证:高收费是否合理?-----2014年9月2日 公证人  
我看委托监护公证--从夫妻离婚后直接抚养人对未成年子女实施委托监护的视角 2014年9月4日 公证人 周圣峻  
行业资讯:《公证人》前两部将杀青 高天变身中国夏洛克-----2014年9月9日 公证人  
1.7万份公证遗嘱 浓缩1.7万个家庭的爱恨悲欢-----2014年9月5日 重庆晨报 苑铁力  
他们为何要立遗嘱? 老年人:防子女扯皮-----2014年9月5日 重庆晨报  
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  
签名非本人,公证已撤销;当事人要求法院确认售房合同无效-----2014年9月11日 成都商报 周茂梅  
再婚财产协议不能确定继承权-----2014年9月11日 哈尔滨日报  
公证视点:论继承公证中的调查取证-----2014年9月15日 公证人  
肺腑之言|公证员提醒:别因免费反复立遗嘱,真心不划算-----2014年9月22日 上海法治声音 俞弢  
时事资讯:不动产登记立法征求意见将结束 部分问题争议较大-----2014年9月22日 公证人  
时事资讯:宜春试行新举措:房屋赠与不再需强制公证-----2014年9月24日 公证人

### 十、新书资讯

国际诱拐儿童民事问题研究:《海牙公约》解释、实施与适用-----2014年9月10日 杜焕芳

#### 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。

#### “家事法苑”家事法主题微信群开通及暂行规则

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;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。为保证群的质量,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)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;

欢迎您加入“家事法苑”家事法主题QQ群(群号:153181612)

——即时分享最新中国婚姻家庭法制信息动态,真诚欢迎对婚姻家庭法感兴趣的律师、法官、学者、公证员、在校学生、媒体、妇联及其他朋友加入,共建专业领域内交流正常、正当交流的和谐平台!

编辑:“家事法苑”律师团队

顾问:郝惠珍 主编:杨晓林 执行主编:段凤丽 编委会成员:刘强、邓雯芬

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>

## 正文

### 一、婚姻家庭审判动态

#### 爷孙因 18 万起纷争 女法官巧断家务事

2014 年 8 月 29 日 吉安法院网 吉安市中级人民法院 刘文彪 泰和县人民法院 张骅

吉安法院网讯 “大家都是一家人，爷爷年纪这么大了，你们也不体谅一下，爷爷难道真的这么绝情吗？”

“陈大爷，您看您两个孙子大老远跑回来，足见他们的诚心，您年纪也这么大了，有些事情也要放开些，到底是钱重要，还是你们爷孙几十年的亲情重要？”

8 月 27 日一大早，江西省泰和县人民法院执行局法官陈娟就开始给一对爷孙断家务事……

为了 18 万元 爷孙对簿公堂

事情还要从今年 1 月说起。80 岁的陈老有一儿子叫陈小军，陈小军生育了两个儿子，一个叫陈明、一个叫陈焕。陈明、陈焕都已经成年了。陈小军虽不再像当初那样拼命，但劳碌的命总是让自己闲不下来，于是到广东一家工地做点零活，可没成想到，做工的时候不幸遇难，后经有关部门调解，开发商赔偿了共计 78 万元。

亲人的去世，让陈老沉浸在悲痛之中，可更让陈老伤心的事情是这 78 万元全部让陈明、陈焕全部领走。陈老还没有走出老来丧子的悲痛，就立马将两个孙子起诉到了法院。

“儿子去世了，我现在连一分钱都拿不到。自己不甘心……，这两个崽子太狠心了……”陈老哭泣道。

不履行判决义务 孙子携款离家

泰和县人民法院受理该案后，经过审理，认定该 78 万元赔偿款，其中的赡养费应归陈老所有，同时作为死者的第一顺序继承人，除了丧葬费及赡养费外，其他赔偿款应该平均分割，为此法院判决：陈明、陈焕返还陈老赡养费及其他赔偿款共计人民币 18 万元。

判决生效后，陈明、陈焕并没有履行义务，更让陈老气愤的事，两人都离家出走去了广东。本来他也没有想走到这一步，这下彻底激怒了陈老，他向法院申请强制执行，要求陈明、陈焕尽快履行义务。

接到申请，平日里处事果断的执行法官陈娟却犯了难。“案情虽然简单，但如果强制执行，势必会加剧爷孙的矛盾，即使执行完毕，他们受伤的亲情也很难再弥补。”她决定力争和谐执行，尽全力挽救破裂的亲情。

维系爷孙关系 法官和谐执行

“陈明，你好，我是泰和县人民法院执行局工作人员，你爷爷要求你和陈焕归还 18 万元，你们为什么不履行义务呢，还离家去广东了。你们走了，你爷爷年纪这么大了，他怎么办呢……”陈娟语重心长地在电话里和陈明心交心。

“不是我们不给，而是爷爷年纪大了，有点糊涂了，给他这么多钱，他万一弄丢了这么办，我们当时和他说我们替他保管，每个月给他生活费……”陈明说。

“但是你们现在一分钱都没给过你爷爷，甚至让他一个人在家里，你们就忍心让他一个人在家里，还要他一个人来法院为了你们的事情跑前跑后吗？你爷爷这两天都已经住院了……”陈娟的话令陈明哑口无言。

陈娟见机，便晓之以理、动之以情，让陈明无言以对。陈明答应赶回来。第二天，刚从广东回来的陈明带着陈老来到法院处理这个案件，本以为这个案子没什么问题，没想到两人一进门就互相指责，陈老仍坚持要求法官强制执行，让陈娟以为可以缓和的矛盾迅速升温。

“你们不要吵，我就问你们一句话，到底是钱重要，还是爷孙的亲情重要？”这句话彻底问住了双方。“我就不信，难道几十年的爷孙亲情就让你这样翻脸相向？想想你们小时候是谁带大的……”

陈娟的苦口婆心，从生活的点点滴滴不断说服着双方，转眼两个小时过去了，在法官真诚的劝解下，双方达成了协议：自行处理此案，陈明答应每月定期给陈老一定的赡养费，陈老也同意，案结后，爷爷也露出了久违的笑容，爷孙相拥在一起。

#### 法官善断家事 微信直播庭审

2014 年 08 月 29 日 厦门日报 郭睿

“奇迹宝宝”刑事案件开庭前，海沧法院家事法庭法官带着被告人两个女儿一起看望奇迹宝宝赵平安。

多维信息化中心

家事法官调解案件。

2014 年 3 月，家事法庭正式挂牌成立。自试运行以来，家事法庭共受理家事类案件 226 件、未成年犯罪案件 21 件，民商事案件调撤率 63.06%，无一改判发回，无一信访投诉，做到案结事了人和。

名词

多维信息化

所谓多维，即多个维度，指对应司法公开三个层次受众的多元需求，开发相应的智能化系统。

海沧法院利用微信平台开办“普法学院”并开通庭审直播，让六亿微信用户都成为了潜在的学员和观众。

海沧法院还借用数字化的指挥中心和高清庭审系统实现当庭刻录、庭审指挥和远程审判，并以高清户外 LED 为

载体播放庭审实况，缓解群体性案件审理和安检压力。

运用大数据和云计算技术开发智能辅助办案系统，也是海沧法院的一项重要工作，它通过海量文书比对和分析把法官从适用法律不统一的担心中解放出来，实现“同案同判”，也让民众对办案质量更放心、对适法尺度更放心。

本报记者 郭睿 通讯员 海法官

在新近召开的全市法院深化司法品牌建设推进会上，海沧法院的“家事法庭”工作经验得到认可。也许你还不了解家事法庭，但这里审理过的案件你应该不会陌生，譬如几天前刚开庭的未婚少女杀子案，还有轰动一时的奇迹宝宝案。作为全省首个综合性家事法庭，海沧法院在专业化家事审判工作上做出探索。自试运行以来，它共受理家事类案件 226 件、未成年犯罪案件 21 件，民商事案件调撤率 63.06%，无一改判发回，无一信访投诉，做到案结事了人和。而信息化建设，同样在大数据时代为海沧法院司法改革工作再添助力。

家事

法庭

庭审在当事人家里举行

餐桌成了审判席

林先生已结婚七年，比妻子吴女士大 8 岁。婚后，因工作关系他长期在外，夫妻聚少离多。2012 年，两人都想结束婚姻关系，但因牵涉财产问题走入法律程序。海沧法院家事法庭的法官，在得知吴女士因病偏瘫卧床后，主动提出上门服务。

于是，一场特殊的庭审就在当事人家里开始了——餐桌成了审判席，放上印有“审判员”、“书记员”的牌子，沙发和板凳变成了原告席和被告席。这场餐桌上的庭审持续了近三小时才宣告结束，但法院的工作却远不止这些。海沧法院不仅启动了婚姻心理辅导机制，还带动民政部门和残联共同参与，为当事人切实解决困难作了许多努力，最终促使案件调解结案。这起离婚案是家事法庭充分利用多元调解网络解决纠纷、维护残疾女当事人权益的典型案列，也是家事法庭践行工作理念的一个侧面。毕竟，家事案件不同于一般的民事纠纷，传统的家事纠纷解决机制忽视了家庭案件具有伦理亲情、个人隐私和传统观念等因素，缺乏专门家事审判机构和程序规则，许多家庭问题甚至激化成危害公共安全与和谐的社会问题。

基于此，2013 年 4 月，海沧法院以司法改革联系点为平台，试运行全省首个综合性家事法庭，启动专业化家事审判工作，受理包括婚姻家庭、继承、未成年人监护权等在内的家事纠纷以及未成年人犯罪案件。

为确保家事法庭高效运转，海沧法院在先进理念引导、选配精兵强将、加强工作规范、营造和谐氛围上下足功夫。而这个新兴法庭也在实践中不断自我完善。将案件审判与区域特点、乡情民俗等有机融合，充分调动社会各界力量形成良性联动，探索创新工作机制，推动建立维权体系，对受害人给予有效保护。建立家事调查员机制，联合区妇联聘请 10 名具有社工、教育、心理学等专业背景的基层工作人员担任家事调查员；建立外地户籍未成年被告人监管与帮教机制，联合区司法局制定《外地户籍未成年罪犯监管帮教工作规范（试行）》，把外地户籍的未成年缓刑人员纳入社区矫正范围，对外地户籍未成年犯进行监管帮教；建立反家暴庇护所，依托海沧区社会福利中心设置妇女庇护室、儿童庇护室、心理辅导室等，对遭受家庭暴力或存在可能遭受家庭暴力的潜在危险的受害人提供临时救助；建立心理干预疏导机制，邀请专业心理咨询师对未成年被告人开展心理辅导，在社区开设“婚姻辅导班”。同时，还将法律权威的“刚性”与法官情怀的“柔性”相结合，以法官的“亲和桥梁”来消弭当事人之间的隔阂，将服务的触角延伸到庭前判后。

庭审

直播

开设微信普法学院

手机用户随时看

作为全国司法公开示范单位，海沧一直在实践中探索借助信息技术构筑司法公开的新模式。因此，海沧法院的信息化建设始终坚持“长期规划、阶段建设、内强管理、外促公开”的原则，紧紧围绕审判管理和司法公开进行，形成了独具特色的多维信息化中心。

经过八年的有序部署和建设，海沧法院的信息化工作在全省实现了“三个率先”：率先建立云计算及云存储系统，开启我省审判“云时代”；率先运用数字高清技术，实现庭审及监控数据的网络数字化处理；率先应用大数据技术，通过海量文书比对和分析助力“同案同判”。在阶段推进的过程中，法院还与高校建立合作机制，邀请厦门大学和华侨大学计算机系博导组成专家团对法院信息化建设方案进行论证，形成边建设、边改进、边完善的良性循环，有效解决规划与需求脱节的难题，实现办案和办公的智能化、集约化、精细化、高效化运行。

而面对司法工作暴露出的，与民众需求结合不紧密，缺乏系统化、体系化建设的弊端时，海沧法院则创造性地提出司法公开“层次论”——对应诉前、诉中、诉后三个阶段民众的不同需求，将司法公开按照信息公开、诉讼服务和司法公正三个层次推进，利用智能化系统贯穿其中，实现体系化的公开。具体到工作中，就要求法院先通过信息公开让民众借助互联网、移动通讯等各类媒体了解法律规定、审判程序及案件进度、法院动态等审务信息；其次通过智能化的诉讼服务系统为当事人提供撰写法律文书、提交和运用证据等专业服务，确保当事人在没有专业律师的协助下也能充分发挥诉权；最后则通过庭审直播等方式公开裁判过程，辅以能够为民众提供适法依据和裁判结果

比对的应用程序，使司法公正的操作层面以公开的方式展现出来，最终实现司法公信力的落地。

技术先行、理念创新、勇于实践，海沧法院的多维信息化中心在这样的理念引导下已初具规模。

如今，海沧法院正在与专业公司合作开发融合司法公开三个层次功能需求的“诉讼通”系统，并计划提供 APP 客户端方便用户随时使用。届时，该系统的正式运行，将成为智慧型司法公开体系建设的里程碑。

### 法官赴监狱开庭 成功调解一离婚纠纷

2014年9月2日 中国法院网 王铁石

丈夫因罪获刑，妻子诉请离婚。8月28日，湖南省邵阳市双清区人民法院法官远赴常德某监狱开庭调解，最终原被告和平分手。

原告黄某与被告唐某于2010年经人介绍相识后，双方互有好感，感情迅速升温。2011年，双方正式登记结婚，成为合法夫妻。2012年两人生育一子。婚后，唐某缺乏家庭责任感，不通过勤俭劳动发家致富，而是经常干些违法勾当，希望一夜暴富。2013年5月23日，唐某因贩卖毒品被法院判处有期徒刑十一年。

被告被判刑入狱后，原告只身前往广东打工养家糊口。在外打工期间，原告因难以承受金钱上的压力和感情上的折磨，要求与被告离婚。因被告在监狱服刑，原告往返监狱十几次，精力耗费了，金钱付出了，人也憔悴了，但是离婚依然没有结果。万般无奈之下，原告选择向双清法院诉请离婚，法院受理后，决定赴被告服刑的常德某监狱开庭。

8月28日，法官辗转数百公里，上午十点钟在监狱里临时布置的审判庭开庭。开庭过程中，考虑到案件的特殊性，审判人员首先对被告从精神上予以慰藉，安抚被告情绪，接着释法阐理，告诉被告法院可以判决离婚的几种情形，并将庭前收集的类似案例一个一个罗列出来，进一步将双方离婚的理由讲明白、讲透彻，最后从情理上入手，将原告一人独挑家庭责任的艰辛有理有据地娓娓道来。在法律严苛的规制面前、在原告有情有理的诉求面前，被告同意了离婚。在法官主持下，原被告达成调解协议：一是原告黄某与被告唐某自愿离婚；二是原、被告夫妻双方共同财产归被告唐某所有；三是原、被告之子由原告黄某抚养至18周岁，被告可随时探望；四是原、被告双方对其他事项无争议。

### 崇川试点先行“家事法庭”

2014年9月2日 中国江苏网 顾建兵 黄晴

中国江苏网9月2日讯（通讯员 顾建兵 黄晴）近日，南通市崇川区老龄协会会长沈建洪、南通大学婚俗文化研究所所长姜朝辉受邀到崇川法院家事法庭，就家事纠纷相关问题进行了研讨交流。

今年，我省将南通市确定为全省唯一的“白头偕老”和谐婚姻幸福家庭引导机制实践区。今年7月，南通市综治办、南通中院、南通市妇联、南通市民政局联合出台《关于建立“白头偕老”和谐婚姻幸福家庭引导机制的通知》，并确定在崇川区试点先行，通过创新建立日常宣传、多方调处、常态劝导、联动推进四大机制，以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。

会上，双方就家事法庭成立的方案、推进中的问题、对策措施等进行了共同商讨，并察看了即将试点的崇川区法院南通港法庭工作场地，现场提出了建设性意见和建议。

### 海沧法院率先建反家暴保护机制

2014年9月1日 台海网 陈捷

台海网(微博)9月1日讯(海峡导报记者 陈捷 通讯员 付臻)近日，海沧法院在全市率先建立反家暴人身安全保护协调机制。目前，海沧区人民法院、海沧公安分局和海沧区人民检察院已联合出台《建立反家暴人身安全保护机制的若干意见(试行)》。

该机制主要包括反家暴“人身安全保护令”和反家暴庇护救助两个方面的内容，旨在通过公、检、法各部门的协作，为涉及婚姻家庭家事纠纷中的受害人提供人身安全保护，使其免受家庭暴力威胁或侵害，以及为家暴受害人在特定场所内提供包括生活帮助、医疗救治、司法救助、心理疏导等临时救助服务。

据介绍，海沧法院家事法庭自去年试运行以来，审结家事类案件186件、未成年犯罪案件23件，民事案件调撤率62.36%，无一改判发回。

目前，市中级人民法院已发文决定在全市法院推广海沧法院家事法庭的做法。

### 山东省即墨市人民法院少年家事审判工作机制调查

2014年8月28日 人民法院报 唐亚南

增强专业效能 深化少年审判

——山东省即墨市人民法院少年家事审判工作机制调查

有关单位领导参观即墨法院少审庭设立的“档案”工作室。王浩 摄

站在少年审判的舞台上，她就像一名战士时刻做着准备；她是一位少审法官，却自学考取了国家三级心理咨询师。为了少年审判工作，她带领她的团队辛勤耕耘，当事人都亲切地称她为“法官妈妈”——她就是山东省即墨市人民法院少年审判庭庭长孙伟丽。

有些性情狂躁的青少年，对老师的话充耳不闻，对家长的话当做耳旁风，而对孙伟丽的话却言听计从；孙伟丽

带领她的团队先后帮助 120 余名少年犯走向新生。即墨法院采取了什么样的少年审判工作机制，锻造和培养出了这么一批优秀的少审法官？记者为此走进即墨，展开调查。

今年 6 月，即墨法院成立了少年家事审判庭，成为山东省首家获得正式编制的少年家事审判庭。这个领跑全省法院少年审判的法院，10 年间的少审工作，不断进行新的尝试……

五个团队：

打造少审专业化

为实现全方位保护未成年人合法权益，即墨法院院长陈显江多次带领和组织少审骨干、专家研讨少年家事审判工作机制，并邀请最高人民法院研究室少年法庭工作办公室主任蒋明多次亲临即墨法院指导少年家事审判工作，实现了团队化审判之路。即墨法院在“大少审、大家事”审判体系中建立了五个审判团队，专业化审理涉少刑事案件和离婚、继承、赡养、抚养等所有涉及未成年人的民事和家事案件，五个审判团队分工各有不同，实现专业化和团队审判相统一。每个团队包括 2 名法官、2 名人民陪审员、1 至 2 名辅助人员，法官在团队中居于核心地位，拥有案件的裁判权、文书签发权，法院对每个团队实行单独考核，真正建立“让审理者裁判、由裁判者负责”的审判权运行机制。

“我们团队主要负责审理涉及未成年人抚养的离婚纠纷案件。实行团队化管理以后，立案庭直接将案件分配到我这里，我自己签发自己的法律文书，这样更加明确了自身的审判职责，提高了审判质效。截至目前，第二团队共受理涉未成年人离婚纠纷案件 175 件，结案 127 件，调解 50 件，撤诉 64 件，调撤率达 90%，无一发生涉诉信访案件。”第二团队审判长于淑风向记者介绍。

该院政治处副主任刘玉杰说：“‘大少审、大家事’审判体系建立以后，切实解决了原先各法庭之间收案数量不稳定、不均衡及审判资源浪费的问题，而且通过团队化审判，解决了办案法官职、责、权不统一问题，大大提升了办案质效。”

三个品牌：

构建少审即墨模式

除了将预防犯罪体系及家事审判体系两大制度体系有机结合之外，该院少年家事庭也充分发挥品牌效应的作用，建立起了“心灵港湾心理干预工作室”、“家事心桥调解室”和“法官妈妈孙伟丽工作室”三个工作品牌，成为少年家事审判“即墨模式”的框架和支撑。

“目前，在‘大少审、大家事’审判体系中，我们的工作重点在于将涉少刑事审判中社会调查、圆桌审判、心理干预等工作机制纳入家事审判范畴，探索建立未成年人预防犯罪体系及家事审判工作体系有机结合的‘即墨模式’。”孙伟丽说，“经过一段时间的摸索，我们已经有了一些心得。”

孙伟丽介绍说，“小杨今年刚满 16 周岁，因对门邻居喝酒后在其门口骂人，小杨便一时冲动，将其打伤。受理后，案件被送到了‘法官妈妈孙伟丽工作室’。小杨对我们说‘我爸妈都不管我，你们凭什么管我！’通过交流，我感觉到小杨心理存在症结，而家庭就是症结的源头。正在准备启动心理干预程序之时，我又听到了这样一个消息，小杨的父母起诉到法院要求离婚，该离婚案件已分到了于淑风审判长手中。小杨父母对其不管不顾，见小杨出事，两人便想着干脆趁机离婚。对这一预防未成年人犯罪及家事审判两大制度体系有机结合的案件，我决定‘双轨并行’。”

在“心灵港湾”沙盘室里，心理咨询师兰老师通过沙盘游戏对小杨进行心理干预和疏导，慢慢地小杨吐露了自己的心声：“老虎和狮子代表我和对门大爷，一直在对峙，但没有什么冲突。这两个跳舞的人是我想象的未来的生活，我希望将来我有一个充满爱的家庭。”

而在另一边的“家事心桥调解室”里，心理咨询师杨老师耐心倾听了小杨父母的心声，通过一套婚姻情感心理测试题，准确把握了双方矛盾的重心，并运用心理学的知识，有针对性地对双方的心理情感障碍进行了疏导。

经过几次的心理咨询及调解之后，小杨父母慢慢认识到了自己的问题并开始检讨。当小杨哽咽着说“爸爸妈妈不要离开我”的录音在两人面前播放时，夫妻俩抱头痛哭，表示以后一定好好相处、好好教育孩子。

孙伟丽说：“我考虑到小杨犯罪情节较轻、有悔罪表现且没有再犯罪危险，结合心理咨询师出具的心理评估报告，判处其管制一年。小杨父母通过调解自愿和好。”

“将心理干预、法官寄语、司法援助、诉求表达等制度引入到家事审判以后，离婚案件的调解率较之前有明显的提升，而且孩子的权益也能够更好地得到保护。”于淑风告诉记者。

即墨法院研究室主任王浩说：“‘大少审、大家事’审判体系的构建，促进了涉少案件和家事案件在工作机制和审判经验上的有机结合，不仅使家事矛盾纠纷的解决更加合法、合情、合理，而且为失足未成年人的父母提供了系统、专业的家庭教育指导，从源头上维护好未成年人的合法权益。”

“心灵港湾”：

问题少年心灵栖息之地

未成年人年龄特点所形成的生理和心理矛盾贯穿于未成年人成长全过程，这些矛盾得不到合理的疏导和化解，很可能成为未成年人犯罪的动因。即墨法院在全省法院系统率先将心理干预引入少年刑事审判工作中，于 2010 年 6 月成立“心灵港湾心理干预工作室”，聘请三名国家二级心理咨询师及两名从事专业心理教育工作的教师，对未成

年被告人开展心理疏导。通过庭前心理辅导、庭中心理帮教、判后跟踪回访三个阶段，运用量表测试、沙盘游戏、团体活动等形式对未成年人开展针对性的心理辅导。青岛中院未成年人案件综合审判庭庭长刘伟告诉记者。

王浩说，到目前为止，即墨法院已为25名被判处非监禁刑的少年犯进行了心理干预。经过回访，他们的心理健康程度及对外界事物的认知、看法较辅导前有了较大的改善。即墨法院心理干预机制得到了国家、省市级领导的肯定与支持。2012年6月，青岛市委副书记王伟作出批示：“指出即墨法院的经验很好，应在全市推广，同时总结提高形成必要程序，可形成经验上报。”

源头预防：

遏制少年犯罪发生

面对越来越低龄化的犯罪现象，孙伟丽始终坚持认为：作为法官，既是司法工作者，也应该是社会管理的参与者，不仅要公正地审理案件，更要参与预防案件发生。孙伟丽带着她的团队主动走进学校、家庭、社区，不断创新法制教育工作的载体和方式，创造了一种重在激励、重在引导、重在互动的未成年人法制教育体系。她感到，现在孩子们思想活跃，自我意识强，法制教育必须符合他们的认知方式和思维习惯，才能取得成效。她努力了解年轻人的思想喜好，了解时下潮流风尚，并申请了QQ号，与年轻人交流谈心，走进他们的内心世界。

针对近年来即墨市未成年人违法犯罪的特点，孙伟丽自2008年起先后到10余所学校开展“送法进校园”法制讲座，并定期举办“庭审开放日”活动，组织学生到法院观摩庭审、举行“模拟法庭”竞赛等。同时，她主动担任多校的法制辅导员，把青少年违法犯罪的案例搬上课堂，以案释法。

针对校园伤害、溺水死亡、性侵害未成年人案件频发的特点，孙伟丽收集专门案例，结合青少年面临伤害时的应对措施、增强自我预防伤害的能力，将枯燥的法律条文与鲜活的案例相结合，收到广大师生的热烈欢迎。2013年起，孙伟丽将法制教育搬到了卡片及展板中，并将法制教育展板定期安置在即墨市青少年实践教育基地中，供全市小学生在开展拓展训练时接受法制教育。

据了解，即墨法院审理的未成年人犯罪案件从2008年的97件下降到2013年的25件，未成年人犯数从2008年的141人下降到2013年的30人；判处非监禁刑的434人中，重新犯罪率不到0.1%。

今年以来，即墨法院率先将涉少离婚案件纳入少年庭的受案范围，扩大了以往以抚养权纠纷、监护权纠纷、探视权纠纷等为主的民事案件受案范围。涉少案件和家事案件并轨审理符合两类案件的特性，二者在案件类型、保护对象、涉及法律关系等方面基本相近，将两类案件合一，更有利于加强对未成年人进行全方位的保护，家事案件与少年案件并轨审理后，原来未成年人案件审理中的特色机制，应用到家事案件审理当中，比原来单纯的家事案件审判效果要好得多。

对于今后的少审工作，即墨法院院长陈显江充满信心：“今后要继续努力，通过创新机制，培养出更多更优秀的少审法官，为青少年健康成长撑起一片蓝天。”（记者 唐亚南 通讯员 王浩 贾升宗）

### 灵宝法院多措并举和谐处理婚姻家庭纠纷案件

2014年9月2日 光明网 赵勇

本网讯 家庭是组成社会的最小单元，家庭的和谐稳定直接影响到社会的和谐稳定。河南省灵宝市人民法院在处理婚姻家庭纠纷案件中，从双方当事人最关心的问题入手，采取对应措施，有效避免了双方矛盾的激化，使双方在依法处理婚姻家庭纠纷的同时，更加体会到亲情的可贵，有效地促进了此类案件的圆满解决，促进了家庭和谐。

情况了解到位。在立案前和诉讼中认真了解当事人的婚姻家庭状况、婚前基础、婚后感情以及离婚的真正原因，有的放矢的做好调解和审理工作。

法律释明到位。在处理此类案件时，办案法官就双方当事人争议焦点所涉及到的法律问题，详细向双方当事人释明，使双方在法律的规定下，阐述各自的要求，避免无理取闹的现象发生，更好地促进案件的顺利解决。

交流互动到位。针对婚姻财产、赡养、抚养、监护等纠纷情况，该院办案法官积极引导双方当事人进行交流，就双方当事人关注的焦点问题分别进行磋商，在充分听取双方当事人意见的基础上，提出可供双方当事人接受的方案，最终促成意见一致。

亲情联动到位。该院在审理此类案件过程中，坚持以调解和好为原则，调解离婚为辅助，主动邀请双方当事人的父母亲参与，尽管孩子之间出现了问题，但绝大多数双方当事人的父母之间还存有一定的亲情基础，通过让双方父母亲参与进来，有利于事情的调和，在保证亲情关系存在的同时，也促进了社会的和谐。

法律和道德宣传到位。在诉讼和调解的整个过程中始终将法律和道德宣传贯彻始终，引导双方为家庭幸福创造条件，注重婚后夫妻双方对感情的维护和培养，提倡文明健康的生活方式，营造良好的婚姻价值观。

截至目前，灵宝法院受理婚姻家庭纠纷案件417件，已审结婚姻纠纷365件，其中调和97件，调和率达到27%。

### 荆门市首个婚姻家庭纠纷人民调解委员会月底挂牌

2014年9月8日 荆门晚报 胡于梅

摘要：记者从荆门市妇联获悉，荆门市将成立全市首个婚姻家庭纠纷人民调解委员会，办公室将于9月底挂牌（位于法之星律师事务所）。这标志着荆门市婚姻家庭纠纷调解工作步入法治化、正规化轨道。...

荆门晚报讯（记者胡于梅、通讯员陈亚妮）记者从荆门市妇联获悉，荆门将成立全市首个婚姻家庭纠纷人民调

解委员会，办公室将于9月底挂牌（位于法之星律师事务所）。这标志着荆门市婚姻家庭纠纷调解工作步入法治化、正规化轨道。

近年来，伴随着经济社会的快速发展，社会需求趋于多元化，婚姻家庭纠纷数量不断增多，形式多样，成因复杂，调处难度加大。正是基于这一背景，荆门市婚姻家庭纠纷人民调解委员会这一调解机构应运而生。

荆门市婚姻家庭纠纷人民调解委员会旨在及时将各类婚姻家庭纠纷化解在萌芽状态，夯实婚姻家庭矛盾纠纷调解“第一道防线”，促进家庭成员关系和谐发展。该机构由市司法局、市妇联发起筹建，聘请专业律师为人民调解员，主要调处我市范围内涉及妇女儿童权益保护的赡养、抚养、继承等婚姻家庭纠纷，帮助当事人排解各种婚姻、家庭危机，提供免费维权咨询服务。

据荆门市妇联相关负责人介绍，婚姻家庭纠纷调委会成立之后，还将开展法律知识进社区活动，免费到社区、厂矿、学校开展法律咨询、宣传、业务培训等活动。

## 浙江：记全省首个“少年及家事审判庭”

2014年9月3日 平安浙江网

今年6月，宁波鄞州法院的未成年人案件综合审判庭正式更名为“少年及家事审判庭”，该院成为全省首家设立家事审判庭的基层法院。少年及家事审判庭的审理范围除婚姻家庭纠纷外，还包括涉及未成年人权益的健康权纠纷等民事案件。副院长俞露烟认为，少年是祖国的未来，家是少年成长的港湾，只有每个小家和睦，才能换来社会大家庭的和谐与进步。

### 解纠纷更解困境

李胜利是少年及家事审判庭的一名80后法官，虽然刚结婚不久，但在婚姻家庭案件的审判中已是“老手”。然而，在接手萌萌的案子时，她心中还是泛起了阵阵凉意。

萌萌与丈夫都是85后。结婚不到2年，萌萌就得了一种怪病，需要长年吃药，不能工作，还丧失了生育能力。为此，丈夫伟东起诉至法院，要求跟萌萌离婚。

接到李胜利的电话时，萌萌泣不成声，她虽理解丈夫，但不知今后该如何生活。于是，李胜利把伟东叫到法院，询问他对财产分割的想法。伟东当即表示愿意将住房留给萌萌，其他婚后财产再对半分。但是因为经济条件一般，伟东拒绝萌萌进行额外的补偿。

“我相信你依然爱着萌萌。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，下半生可能要一个人度过。你是否想过这样的情景？”李胜利的话让伟东哽咽了。最终，双方达成调解协议，伟东另外补偿给萌萌25万元。

李胜利说，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，法官会适当延伸审判职能，帮助当事人化解困境。比如萌萌的案子，如果判决，她可能就拿不到25万元的补偿。

在少年及家事审判庭里，每个案件都体现了法官的良苦用心。

今年年初，初三学生小华骑电动自行车与小学六年级学生小敏相撞，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。

审理中，小华父母愿意赔偿小敏，但认为小敏也存在过错，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，双方消除了对立情绪，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

虽然少年及家事审判庭要审理很多与离婚有关的案件，但是每位法官都力求一个好聚好散的和睦结局。

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%产权赠与儿子，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，孙女士便以儿子的名义起诉至法院，要求老方履行赠与合同约定的义务。

收案后，承办法官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。但双方激动的情绪，更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，不是老方不愿将产权过户给儿子，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，俞露烟便亲自到房管部门进行调查，了解该房为何不能过户。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。于是，俞露烟将该信息及时向当事人反馈，让其凭银行还款资料先到房管部门注销贷款信息。

同时，考虑到当事人均系聋哑人，生活条件较为困难，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，并顺利办理了过户手续。

鄞州法院少年及家事审判庭庭长张宝琴说，由于婚姻家庭等民事案件的特殊性，法官们所扮演的角色不仅仅是一名裁判者，还必须是倾听者，要接纳当事人所有的不良情绪；也要当协调者，主动延伸审判职能，在各部门之间来回奔波。“我们庭是一个刚刚学会走路的小孩，未来的路还很长，我们将以最好的状态，全力以赴。”

（文中案件当事人均系化名）

### 法官召开“家庭会议”闹离婚夫妻和好如初

2014年9月5日 北方新报 汤军

日前，赤峰市敖汉旗人民法院速裁庭办案法官来到当事人家中现场开庭，将庭审变成了“家庭会议”，成功化解了矛盾，让一对准备离婚的夫妻和好如初。

李某和马某是一对再婚夫妻，2006年办理了结婚登记，双方都有自己的子女。在婚后的几年间，双方共同将子女抚养成人，现今双方子女都已成家立业，生活美满。近一段时间，夫妻二人因为家庭琐事产生了矛盾，丈夫李某向法院提出诉讼要求离婚，并要求妻子给付自己3万元生活费。办案法官考虑到他们是半路夫妻，双方都有子女，决定将庭审现场设到当事人家中，召开一次特别的“家庭会议”。在这个特殊的法庭上，这对夫妻所在村的村干部都被法官请来，对他们进行调解劝导。在调解过程中，办案法官充分听取了各方意见，进一步了解了双方当事人的相关情况，并对当事人耐心地做思想工作。在法官、村干部和家人的耐心劝说下，原告李某认识到了自身的不足，表示愿与妻子重归于好，并当场办理了撤诉手续。（记者 汤军 通讯员 王铁男）

### 宁津县法院设置“亲情沟通室”促家庭案件调解

2014年9月9日 德州新闻网 柴晶晶

关键词：宁津法院 亲情沟通室 家庭案件 调解

德州新闻网讯（记者 李智群 通讯员 郑春笋 高国义）淡黄色的墙壁，室内摆着沙发、茶几等家具，电视播放着由法院制作的家庭美德教育宣传片，整个房间营造出一种温馨、和睦的氛围。这是记者9月5日在宁津县人民法院柴胡店法庭看到的场景。当地法官给这间小屋起了一个温馨的名字——“亲情沟通室”。

“基层法庭审理的大部分案件是婚姻家庭案件，如何做到在审理中维护家庭和睦成为法庭的主要职责，柴胡店法庭的‘亲情沟通室’改变了婚姻家庭案件的传统办案模式，营造出温馨、和睦的氛围，使双方能够心平气和进行沟通交流，从而有效促进矛盾的化解。”宁津县法院党组书记、院长韩秀海说道。

据统计，自2013年3月以来，该庭利用“亲情沟通室”在诉前直接化解矛盾200余件，庭前调解案件430余件，有效提高了调解率，维护了社会稳定。

### 黟县法院“五到位”调处婚姻家庭纠纷

2014年9月11日 中国法院网黟县频道 舒兴信

针对婚姻家庭纠纷涉及到家庭乃至社会关系的特殊性，安徽省黟县人民法院在处理婚姻纠纷案件中，坚持从双方当事人最关心的问题入手，着重做好人文关怀和心理疏导工作，采取“五到位”措施，有效避免了双方矛盾的激化。截止目前，该院所审结婚姻家庭纠纷案件，以调解或撤诉结案达到82.4%。

情况了解到位。在立案前和诉讼中认真了解当事人的婚姻家庭状况、婚前基础、婚后感情以及离婚的真正原因，有的放矢的做好调解和审理工作。

法律释明到位。在处理此类案件时，就双方当事人争议焦点所涉及到的法律问题，详细向双方当事人释明，使双方当事人在法律的规定下，阐述各自的要求，避免无理取闹的现象发生，更好地促进案件的顺利解决。

交流互动到位。针对婚姻财产、赡养、抚养、监护等纠纷情况，积极引导双方当事人进行交流，就双方当事人关注的焦点问题分别进行磋商，在充分听取双方当事人意见的基础上，提出可供双方当事人接受的方案，最终促成意见一致。

亲情联动到位。该院在审理此类案件过程中，坚持以调解和好为原则，调解离婚为辅助，主动邀请双方当事人的父母亲参与，促进矛盾调和，在保证亲情关系存在的同时，也促进了社会的和谐。

法律和道德宣传到位。在诉讼和调解的整个过程中始终将法律和道德宣传贯彻始终，引导双方为家庭幸福创造条件，注重婚后夫妻双方对感情的维护和培养，提倡文明健康的生活方式，营造良好的婚姻价值观。

### 香洲区法院发出全国首份反家暴“迁出令” 施暴丈夫限期迁出妻子居所

2014年9月11日 香洲法院

近日，香洲区法院家事合议庭发出了一份与以往不同的人身安全保护裁定，责令一位动辄施暴并强占女方住房的男子限期搬离居所。这份裁定与该院以往发出的反家暴保护令最大的不同在于：除禁止男方殴打、骚扰、跟踪女方等保护措施外，还限令该男子15日内从双方居住的房屋搬出，从而保障女方享有一个安全的居住空间。这是该院发出的首份责令被申请人迁出固定居所的“迁出令”，也是全国第一份反家暴“迁出令”。

案情：遭遇家暴 弱女子申请保护令



吴苹与陈勇（均为化名）于2008年1月经婚姻介绍所介绍认识，同年5月登记结婚，双方均系再婚。婚后两人共同居住在吴苹婚前购买的位于唐家某小区的住房内。由于婚前了解不够，相处仅四个月就仓促结婚，吴苹在婚后才发现丈夫陈勇有严重的暴力倾向。自结婚起，陈勇就经常向吴苹索要钱财，一旦不能满足，便会恼羞成怒，实施殴打。

2013年4月3日，陈勇向吴苹索要3000元，吴苹没有答应，暴怒的陈勇便拿起一把斩骨刀扔在床上，威胁要砍死吴苹。受到惊吓的吴苹随即报警，并把斩骨刀带到派出所，珠海市公安局唐家派出所的值班日志对上述情况作了记载并将刀收缴。

2013年5月6日，陈勇又将吴苹堵在家中向其要钱，并扇吴苹耳光，争抢她的手袋及掐脖子，将其从客厅拖至卧室，之后抢走吴苹手袋里的现金。吴苹再次报警并于当日中午拍摄伤照，显示其右侧颈部红肿有多道血印。

深感人身安全没有保障的吴苹想尽快结束这段噩梦般的婚姻，但陈勇威胁说要用硫酸泼她，杀死其全家。陷入巨大恐惧的吴苹只有向市妇联维权站求助，在维权志愿者的帮助下，2013年底，吴苹向香洲区法院提起了离婚诉讼并申请了人身安全保护裁定。

**裁决：准予离婚 限期搬离女方居所**

香洲区法院家事合议庭代敏法官受理该案后，认真审查了吴苹提交的报警记录、伤情照片等证据材料，同时，代敏法官注意到双方居住的唐家某花园小区购买于2003年，系女方婚前财产。据吴苹陈述，其于2013年5月被殴打后就不敢回家居住，与同事挤在单位提供的狭小宿舍中，房屋一直由陈勇霸占。吴苹希望法院责令男方搬出该住所，结束她有家不能回的悲惨处境。然而，在2014年1月的庭审中，陈勇表示拒绝从该房屋搬离，还声称结婚时曾从自己的银行账号中取过8万元现金给吴苹用于偿还房屋贷款。法院要求陈勇提交银行取款记录，但其称时间长无法提交。为查明案件事实，代敏法官主动依职权调取了陈勇所称银行账号2008年全年的交易记录，经查询根本没有大额的取款记录。法庭对陈勇这种违背诚实信用在庭审做虚假陈述的行为予以了训诫。2013年4月，法院作出判决，认定陈勇殴打吴苹造成其身体伤害及精神上的恐惧，构成家庭暴力，准予双方离婚。同时法庭发出人身安全保护裁定，除禁止陈勇殴打、威胁、骚扰、跟踪、接触吴苹外，还责令陈勇于裁定生效之日起15日内从吴苹婚前个人所有的房屋内迁出。

**效果：移送执行施暴者搬离居所**

据家事合议庭代敏法官介绍，法院向陈勇送达离婚判决及“迁出令”后，陈勇并没有自觉履行限期搬离的裁定事项。为切实保障吴苹的合法权益，法官依法启动主动执行程序，将该人身安全保护裁定移送执行局强制执行。执行局柏文璋法官收案后向陈勇送达了执行通知书并督促其限期搬离，并告知其如果不自觉履行生效裁定确定的义务，法院将依法采取强制执行措施，在执行局法官的介入下，陈勇于近期自动搬离了位于唐家花园小区的住所。

**释法：法官解读 “迁出令”为何物？**

作为全国反家暴案件最早的试点法院之一，香洲区法院截至2014年8月，已发出各类人身安全保护裁定103份，裁定数量和种类居全国之首。家事合议庭的代敏法官告诉记者，在此前发出的人身保护裁定中，保护措施多为禁止被申请人殴打、威胁、骚扰、跟踪申请人。这次的“迁出令”也属于反家暴人身安全保护裁定中的保护措施之一。该份命令被申请人限期搬离双方居所的裁定，是全国首份反家暴“迁出令”，目的在于保障女方享有一个安全的居住空间，恢复正常生活秩序。代敏法官表示，在美国、加拿大及我国台湾地区的反家暴法中，均有类似规定，“迁出令”在这些国家和地区已经有了成熟的运用和发展，对于保护家庭暴力受害人成效显著。而在我国，最高人民法院中国应用法学研究所于2008年3月发布的《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》第二十七条第4项对“迁出令”作了相关的规定。根据该规定，即使是夫妻共有的房产，在男方施暴致女方人身安全没有保障，法院认为有必要并且具备条件的，可以责令施暴方暂时搬离双方共同的住处。在上述吴苹诉陈勇的离婚及申请人身安全保护裁定的案件中，陈勇所强占的住房为吴苹婚前个人财产，其更应该无条件搬离。

### 嘉兴首个公益婚姻法律服务站在桐成立

2014年9月12日 嘉兴日报 张应隆

本报讯昨天上午，桐乡市司法局联合民政局，在婚姻登记处设立了“婚姻法律服务”站。由浙江中锐律师事务所指派律师进驻服务站，为婚姻当事人免费提供法律服务。这是嘉兴地区首个公益婚姻法律服务站。

上午9时许，王女士与丈夫来到民政局婚姻登记处协议离婚。但在现场，两人却均不知如何草拟离婚协议书。“离婚协议书最重要的是把子女抚养权、共同财产分割、债权债务等3个问题写清楚。”在婚姻法律服务站屠骏蔚律师的帮助指导下，王女士夫妇才将离婚协议办妥。

“像王女士这样，不知如何撰写离婚协议书、或是撰写中出现疏漏的情况过去很多。”婚姻登记处主任朱海坤表示，离婚协议书具有法律效益，其中涉及的问题既繁且杂，如果出现问题，造成离婚后二次矛盾，甚至进而升级到上诉的案例也不在少数，但有了律师的帮助，此类问题的出现将大幅降低。

据了解，婚姻法律服务站成立后，今后每周四将有一名律师在婚姻登记处驻点，全天提供法律服务。同时，除撰写离婚协议书外，婚姻法律服务还包括：免费提供离婚劝和、法律咨询、调处离婚财产分割、子女抚养等法律服务。

## 浦城：为妥善化解家庭矛盾成立家事审判合议庭

2014年9月11日 中国法院网 季清惠

为妥善化解家庭矛盾，实现案结、事了、人和，近日，福建省浦城县人民法院在水南法庭、仙阳法庭、民一庭成立了家事审判合议庭。

据悉，“家事法庭”，受理包括婚姻家庭、继承、未成年人监护权等在内的家事纠纷，以及未成年人犯罪案件，还开设了“夜间法庭”，为工作时间不便前来开庭、调解的当事人提供便利。家事法庭最大限度地化解当事人之间的恩怨，寓教于审将法制教育、家庭伦理教育融入庭审当中，并充分考虑浦城地域风土人情，听取当地人大代表意见，积极邀请熟悉当地风俗习惯的妇女代表参与案件调解，在庭前、庭中、庭后给予当事人以心理咨询和辅导救助。

王某某与李某的离婚案件，虽开过两次庭，但因为二人的互不信任，使案件一度陷入僵局。承办法官便以了解情况为由将双方及其家属及当地妇联干部、人大代表通知到“家事夜间法庭”。在摆有花草，挂有家和万事兴的温馨调解室里，王某某和李某安静下来，法官不失时机地与他们拉起家常和儿子的学习情况，加上双方家属和人大代表、妇联干部的劝解，二人妥善化解了双方的恩怨。

## 福建法院：反家暴在行动

2014年09月13日 光明日报 王逸吟 何晓慧



各级法院发出的人身保护令，对防范家庭暴力起到了重要作用。CFP



厦门海沧法院家事法庭法官上门走访困难当事人，并送去慰问金。付臻摄

“不要让我碰到她，碰到就打死她！”盛夏的一天，被告人蔡横（化名）来到福建省福鼎市人民法院签收了材料，骂骂咧咧地走了。

这是一起因家庭暴力引发的离婚案件。妻子陈丽（化名）不堪忍受丈夫蔡横长年的殴打，带着年幼的儿子离开家，并向法院提起离婚诉讼。

一个星期后，在福鼎法院家事审判庭法官的调解下，这起矛盾异常激烈的案件圆满解决，蔡横同意离婚，并负担儿子的抚养费。

近年来，家庭暴力越来越成为一个严重的社会问题。家暴不仅导致婚姻破裂、家庭离散，更容易转化为以暴易暴的恶性刑事案件，酿成无法弥补的恶果。最高人民法院新闻发言人孙军工曾透露，我国大约有24.7%的家庭存在不同程度的家庭暴力，在全部故意杀人案件中，涉及家庭暴力的占到近10%。

在地处东南沿海的福建，2008至2012年，全省各级法院共审理16万多件离婚案件，其中当事人述及家庭暴力的14000多件，约占离婚案件总量的9%。面对严峻的局面，福建法院展开了一场应对家暴的接力行动。

“我们认真总结涉家暴案件的审判经验和规律，延伸司法服务，努力从审判角度参与和推动反家暴联动机制实践，取得了一定成效。”福建省高级人民法院副院长王成全说。

专业化审理：让受害者走出阴影

蔡横和陈丽来自农村，两人靠打工为生。蔡横脾气急躁，经常对妻子拳打脚踢。

邻居张大妈说：“作孽哟，天天听到他夫妻俩在打，儿子在一边哭。”

开庭当天，见到久未谋面的儿子，蔡横眼里也流露出一丝柔情。他张开手想抱抱儿子，谁知儿子怯生生往妈妈怀里躲，脸上写满了戒备。

庭审过程中，蔡横情绪激动，不仅不同意离婚，还几欲冲到原告席向陈丽施暴，都被法警制止。矛盾虽然激烈，不过法官郑秋卉认为事情还有转机，就展开了“背对背”的调解。

“伤害家庭成员一样要负法律责任，你懂吗？”

“我打我老婆，法院还管得着？”

“打老婆不只是你的家务事，也是犯法的。再说，你看你儿子，都已经害怕你了，再坚持对孩子也没好处。”

孩子的话题，触动了蔡横内心最柔软的部分。在法官和人民陪审员的共同劝说下，他终于同意离婚，并负担孩子的抚养费。

福鼎法院家事审判庭，原先是2012年5月成立的婚姻家庭审判庭，对婚姻家庭类案件实行统一立案、归口审理，并与少年审判庭相衔接。经过一年多的运行，2013年8月，这个审判庭正式更名为家事审判庭，专门审理涉及妇女及未成年人合法权益的刑事及民事案件。截至目前，除福鼎外，厦门市海沧区、三明市中级人民法院及沙县、永安法院均已试点设立家事法庭。郑秋卉告诉记者，将家事审判与涉少审判有机统一，有效避免了家庭暴力在家庭内部产生的蝴蝶效应，消除了家庭暴力的代际传递，有力维护了妇女和未成年人的合法权益。

“不幸的家庭各有各的不幸，家暴案件要求法官心细如尘，在审理过程中，不仅对案情了如指掌，更要了解双方当事人的内心世界，找准解决家庭矛盾的切入点，缩短争议解决的时间。”福鼎法院人民陪审员李德瑞深有感触地说：“家事法庭开展专业化的审判，有利于切实化解矛盾纠纷，减少施暴者与受害者接触机会，帮助受害者尽早走出家暴的阴影。”

首份涉台人身保护令：创全国先河

7月16日，莆田市城厢区人民法院向金门的被告人倪先生发出一份人身保护令，并通过台湾地区法务部门协助，向倪先生送达了裁定书。这是全国第一份涉台离婚案件人身保护令。

莆田人樊女士经媒人介绍，认识了台湾来的倪先生。2011年，双方办理了结婚登记，婚后两人常住在莆田。

樊女士说，由于婚前缺少沟通，两人的感情基础比较薄弱，经常为一些小事吵闹。2013年12月的一天，倪先生无端怀疑樊女士在外面有男朋友，便殴打她。樊女士向派出所报案，倪先生随即负气离开莆田，返回金门。

心灰意冷的樊女士向城厢法院起诉离婚，并提交了派出所的《报警回执单》及伤情照片等证据，申请法院对自己进行人身安全保护。

城厢法院经审查，认为樊女士的申请于法有据，便作出了人身保护裁定：禁止被告倪先生殴打、威胁、跟踪、骚扰樊女士。

城厢法院有关负责人告诉记者，该院高度重视反家暴工作，一直走在全国前列。2008年，城厢法院被最高法院确定为全国首批九个实施《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》试点法院之一。2010年3月，城厢法院成立福建省首家反家庭暴力合议庭，集中审理涉家庭暴力民事案件。2013年，城厢法院被确定为全国刑事涉家暴试点法院之一，并成立了全国首个刑民合一反家暴综合合议庭。

截至目前，城厢法院已经受理涉家庭暴力案件85件，发出人身保护令51份，并创下了多个“全国第一”：即召开了全国第一场人身保护令复议听证会；作出全国第一份保护男性现役军人的人身保护令；作出全国第一份驳回施暴者保护令申请的决定书；作出全国第一份保护留守儿童的人身保护令；成立全国第一个刑民合一的反家暴合议庭；全国首例对违反保护令的施暴者予以行政拘留；发出全国第一份涉台离婚案件人身保护令。

在审理涉家暴案件过程中，城厢法院探索并创建了人身保护、亲情调解、心理咨询、特殊支持、跟踪回访的“五环维权”工作法，被称为“反家暴的城厢样本”，多次在全国专门会议上介绍经验。2014年2月，最高法院向社会公布了十大涉家庭暴力典型案例，其中两件是城厢法院反家暴合议庭审理的。

反家暴联动：亟待立法支持

2014年4月，最高法院与澳大利亚相关机构合作开展的中澳反家暴联动机制试点，在莆田正式启动。

莆田市综治委有关负责人介绍，在反家暴联动机制框架下，全市公安、教育、卫生、司法行政、妇联等10个政府部门和社会组织各自明确了工作职责，制订了规范。根据反家暴联动机制的要求，莆田市公安局在基层派出所和社区警务室设立家暴案件报警点，将家暴报警纳入“110”出警范围；全市法院设立反家庭暴力合议庭，统一审理涉家庭暴力民事、刑事案件；市民政局在社会救助管理站设立“家庭暴力庇护所”等。各单位通过召开联席会议、信息共享、联动配合，形成事前预防、事中救助、事后救济与修复的反家暴联动机制，进行切实有效的干预，提供及时充分的救济，将家庭暴力遏制在萌芽阶段。

记者了解到，在厦门市海沧区法院推动下，海沧区依托社会福利中心建立了反家暴庇护所，设置妇女庇护室、儿童庇护室、心理辅导室等，对遭受家暴或可能存在遭受家暴危险的受害人提供临时救助，包括生活帮助、医疗救治、法律援助、司法救助、心理疏导等有针对性的全面综合服务。海沧法院还指导社区成立了“海沧沐阳反家暴联盟”，针对家庭暴力维权问题，为当事人提供法律咨询、家庭调解等服务。

王成全说，福建高院先后与省政法各单位、省妇联、省总工会等联合出台了规范性文件，明确各相关单位的分工与责任，规范各工作环节。“家庭暴力往往有多重复杂因素，也有一个愈演愈烈、矛盾逐步升级的过程，反家暴必须多措并举，相关部门联动，依法惩罚施暴者，并为受害者提供多渠道、多方位的支持与保护。只有措施环环相扣，才能切实维护家暴受害者的权益。”

王成全同时强调，目前我国法律对反家暴联动机制的规定还不够完善。宪法、刑法、婚姻法、妇女权益保障法、治安管理处罚法等法律都有反家暴的规定，但总体上比较原则，操作性不强，对联动机制缺乏系统全面的规定。他建议，应尽早制定颁布反家庭暴力法，明确界定、禁止家暴行为，系统规定相关职能部门职责，从而建立起反家暴的法治屏障。

(本报记者 王逸吟 本报通讯员 何晓慧)

## 内地首份反家暴“迁出令” 男子打老婆被逐家门

2014年9月12日 广州日报 陈治家

珠海香洲法院发出内地首份反家暴“迁出令”

本报珠海讯(记者陈治家通讯员苏倩雯、谭炜杰)昨日,记者从珠海市香洲区法院获悉,该院近日发出一份与以往不同的人身安全保护裁定,责令一位长期动辄施暴的丈夫15日内搬离女方居所。这是该院发出的首份责令被申请人迁出固定居所的“迁出令”,也是我国内地第一份反家暴“迁出令”。

吴苹与陈勇(均为化名)于2008年1月经婚姻介绍所介绍认识,同年5月登记结婚,双方均系再婚。婚后两人共同居住在吴苹婚前购买的位于唐家某小区的住房内。由于婚前了解不够,相处仅四个月就仓促结婚,吴苹在婚后才发现丈夫陈勇有严重的暴力倾向。自结婚起,陈勇就经常向吴苹索要钱财,一旦不能满足,便会恼羞成怒,实施殴打。

人身安全没有保障的吴苹想尽快结束这段噩梦般的婚姻,但陈勇威胁说要用硫酸泼她,杀死其全家。2013年年底,吴苹向香洲区法院提请了离婚诉讼并申请人身安全保护裁定。

据吴苹陈述,其于2013年5月被殴打后就不敢回家居住,与同事挤在单位提供的狭小宿舍中,房屋一直由陈勇霸占。吴苹希望法院责令男方搬出该住所。然而,在2014年1月的庭审中,陈勇表示拒绝从该房屋搬离。

由于双方居住的唐家某花园小区购买于2003年,系女方婚前财产,近期,法院作出判决,认定陈勇殴打吴苹造成其身体伤害及精神上的恐惧,构成家庭暴力,准予双方离婚。同时法庭发出人身安全保护裁定,除禁止陈勇殴打、威胁、骚扰、跟踪、接触吴苹外,还责令陈勇于裁定生效之日起15日内从吴苹婚前属个人所有的房屋内迁出。

据家事合议庭代敏法官介绍,法院向陈勇送达离婚判决及“迁出令”后,陈勇并没有自觉履行。后在执行局法官的介入下,陈勇于近期自动搬离了位于唐家花园小区的住所。

## 中澳莆田市反家暴联动机制试点培训班举行

2014年9月11日 人民法院报 何晓慧

9月10日,由最高人民法院和澳大利亚有关部门主办、福建省高级人民法院和莆田市中级人民法院承办的中澳莆田市反家暴联动机制试点培训班结束。

今年4月,中澳莆田市反家暴联动机制试点正式启动。该试点旨在借鉴澳大利亚反家暴的成功制度与经验,探索有效可行的中国反家暴模式,更好地预防、制止、惩治家庭暴力,保障儿童、老人和妇女的合法权益。

培训班邀请了最高人民法院反家暴课题组以及澳大利亚维多利亚州警察、法院、反家暴中心的专家学者为学员授课。来自莆田市法院、检察院、公安、妇联等反家暴工作协调小组成员单位以及律师、心理咨询师、人民陪审员、人民调解员、村(社区)干部代表共计100余人参加了培训。与会人员通过讨论互动、圆桌会议等形式就当前反家暴工作的热点难点问题进行了深入交流。

据悉,最高人民法院将进一步加强反家暴实务人员的培训,大力促进我国反家暴工作取得进一步发展。

## 探访全省首个婚姻家事法庭(图)

2014年9月18日 武汉晚报(武汉) 高星



婚姻纠纷当病例诊断

探访全省首个婚姻家事法庭

文/记者高星 通讯员徐丹丹 实习生廖玉笛 制图/陶刚

硚口法院仁寿法庭是全省首个家事法庭,5年来这里统一受理全区的婚姻、亲子、收养、遗产继承等家事案件,并在家事案件的审理中不断摸索总结,借鉴心理咨询技术,最终形成了“诊疗式调解法”,就是把一个个婚姻纠纷当作病例来治疗,经常能“药到病除”。仁寿法庭近3年共审结各类家事案件2765件,调撤率达92.26%。近日,记者对这个家事法庭进行探访,了解一组法官的“诊断”故事。

一次婚姻危机的紧急着陆

去年5月的一个下午,一对80后小夫妻来到仁寿法庭要求法官尽快出具离婚调解书。原来妻子此时已经怀孕6个月,如果拿不到离婚调解书,计生部门就不能批准引产。法官感到情况紧急:毕竟女方系高龄产妇,胎儿已经6个月大了,引产风险较大。而这段婚姻还有没有挽回的余地?打掉孩子对夫妻俩是不是明智的选择?法庭决定立即

启动速调程序，对当事人进行一次紧急“问诊”。

调解法官在“问诊”中发现，女方对婚姻不满的主要原因是认为男方“没有责任感、很冷漠”。女方提及某日下午，当两人驾驶私家车行至东湖植物园附近时，因发生口角，男方强行要求已怀孕数月的女方下车，自己开车驶离。男方表示确有其事，当时自己在气头上，一时冲动将女方赶下车，但事后也觉后悔，且担心女方安全，于是将车停在远处路口，从后视镜内看到女方坐上出租车后才离开。

女方又列举一例，某日深夜，当发现自己有先期流产的征兆时，惊恐万分，立即给男方打电话，可男方居然在外应酬，对女方言语十分冷淡。对此事，男方解释说，当晚自己在单位加班，深夜才吃上晚饭。女方来电时有同事在场，不便于表现得太过亲密，且自己认为女方所描述的症状不是特别紧急，决定加班结束后再做处理。事后男方的确陪女方去了医院，但女方却不领情，跟男方赌气和吵闹。

按照原告陈述、被告回应，然后进行角色交换的顺序，调解法官帮助双方消除了误会，引导双方重新认识夫妻相处过程中，对方看似“不可理喻”的行为背后隐藏的合理需求：如女方在孕期比较敏感，需要更多的关心和陪伴，男方则因追求事业及顾及“面子”，忽略了女方的感受等。

诊疗结束后，男方表示愿意和好，女方的态度也发生了变化，半个月后女方交来了撤诉申请书。连同交来的，还有一份产检报告。报告显示，胎儿一切正常。数月后法官回访，女方顺利产下一男婴。

一场家庭财产争夺战的平息

去年12月，71岁的李婆婆第4次起诉离婚。与丈夫相伴47年、育有二子一女的她，为何执意要放弃这段婚姻？

原来，李婆婆与爱人熊某于1967年9月结婚后，共同成立某有限责任公司，并分别占有30%和70%的股份。家族公司在经营过程中，夫妻俩及子女都付出很多。其中，二儿子一直全力支持公司的发展，不仅常年在外为公司跑业务，且在公司经营困难时期，主动变卖自己的房产帮公司还债，甚至表达过要与公司同生死、共存亡。但二儿子的言行却引起其父及兄妹的猜疑，被认为有独吞公司的“野心”。为继续把持对公司的控制权，熊某不仅召回了一直在外地工作的长子参与公司经营，更是背着李婆婆，将名下持有的过半数股份转让给长子和小女儿。

李婆婆对此感到极度不满，遂于2012年6月向武汉市经济技术开发区法院起诉，要求确认熊某作出的上述股权转让协议无效。获得法院支持后，李婆婆又坚持提起离婚诉讼，要求对公司股份、公司名下的土地使用权、厂房及夫妻共同财产进行分割。

仅仅因为家庭成员的利益分配不均，一个经营得大有起色的公司就要面临瓦解，而维系一个家庭多年的血缘亲情关系也要经历痛苦的撕扯。法官觉得有必要通过调解，让家庭成员间消除误会、解开心结，促成纠纷的内部解决。

通过一个上午的诊疗，各方消除了郁结在心中多年的误会，特别是在二儿子对企业贡献大小的问题上，一直持“公司专利是我的、他们都是给我打工的”观念的父亲首次作出让步，表示愿意考虑给予二儿子相应回报，重新分配企业股权。

诊疗结束后，李婆婆主动让出了名下股份，由熊某主持召开公司股东会对该公司股份和财产进行分配，李婆婆还就房产等家庭财产的分割问题与丈夫达成了协议。

2014年1月，双方在仁寿法庭平静地签署了离婚协议。在场的子女表示，会一起给两位老人养老送终。

### 珠海香洲法院发出全国首份反家暴“迁出令” 在执行法官介入下，已执行完毕

2014年9月17日 中国妇女报 林志文 程仁姬

作为全国反家暴案件最早的试点法院之一，广东珠海香洲区法院在反家暴审判方面屡有创新之举。近日，香洲区法院家事合议庭再发出一份与以往不同的人身安全保护裁定——责令一名动辄施暴并强占女方住房的男子15日内从双方居住的房屋搬出，从而保障女方享有一个安全的居住空间。这是珠海香洲区法院发出的首份责令被申请人迁出固定居所的“迁出令”，也是全国第一份反家暴“迁出令”。

遭遇家暴，受虐妇女申请保护令

9月15日，记者从香洲区法院了解到，吴苹与陈勇（均为化名）于2008年1月经婚姻介绍所介绍认识，同年5月登记结婚，双方均系再婚。婚后两人共同居住在吴苹婚前购买的位于珠海市唐家某小区的住房内。由于两人婚前了解不够，相处仅4个月就仓促结婚，吴苹在婚后发现丈夫陈勇有严重的暴力倾向。自结婚起，陈勇就经常向吴苹索要钱财，一旦不能满足，便会恼羞成怒，实施殴打。

2013年4月3日，陈勇向吴苹索要3000元，吴苹没有答应，暴怒的陈勇便拿起一把斩骨刀扔在床上，威胁要砍死吴苹。受到惊吓的吴苹随即报警，并把斩骨刀带到派出所，珠海市公安局唐家派出所的值班日志对上述情况作了记载并将刀收缴。2013年5月6日，陈勇又将吴苹堵在家中向其要钱，并扇吴苹耳光，争抢她的手袋及掐脖子，将其从客厅拖至卧室，之后抢走吴苹手袋里的现金。吴苹再次报警并于当日中午拍摄受伤照，显示其右侧颈部红肿胀有多道血印。

深感人身安全没有保障的吴苹想尽快结束这段噩梦般的婚姻，但陈勇威胁说要用硫酸泼她，杀死其全家。陷入巨大恐惧的吴苹于是向广东省妇女维权与服务站珠海站求助，在珠海市妇联工作人员及维权志愿者的帮助下，2013年底，吴苹向香洲区法院提请离婚诉讼，并申请人身安全保护裁定。

法院裁定，限期施暴者搬离女方居所

香洲区法院家事合议庭受理该案后，主审法官代敏认真审查了吴苹提交的报警记录、伤情照片等证据材料，同时注意到双方居住的唐家某花园小区购买于2003年，系女方婚前财产。据吴苹陈述，其于2013年5月被殴打后就不敢回家居住，与同事挤在单位提供的狭小宿舍中，房屋一直由陈勇霸占。吴苹希望法院责令男方搬出该住所，结束她有家不能回的悲惨处境。

然而，在2014年1月的庭审中，陈勇表示拒绝从该房屋搬离，还声称结婚时曾从自己的银行账号中取过8万元现金给吴苹用于偿还房屋贷款。法院要求陈勇提交银行取款记录，但其称时间长无法提交。

为查明案件事实，法官主动依职权调取了陈勇所称银行账号2008年全年的交易记录，经查询并没有大额的取款记录。法庭对陈勇这种违背诚实信用在庭审做虚假陈述的行为予以了训诫。2014年4月，法院作出判决，认定陈勇殴打吴苹造成其身体伤害及精神上的恐惧，构成家庭暴力，准予双方离婚。同时法庭发出人身安全保护裁定，除禁止陈勇殴打、威胁、骚扰、跟踪、接触吴苹外，还责令陈勇于裁定生效之日起15日内从吴苹婚前个人所有的房屋内迁出。

据家事合议庭法官代敏介绍，法院向陈勇送达离婚判决及“迁出令”后，陈勇并没有自觉履行限期搬离的裁定事项。为切实保障吴苹的合法权益，法官依法启动主动执行程序，将该人身安全保护裁定移送执行局强制执行。执行局法官柏文璋收案后，向陈勇送达了执行通知书并督促其限期搬离，并告知其如果不自觉履行生效裁定确定的义务，法院将依法采取强制执行措施。在执行局法官的介入下，陈勇于近期自动搬离了位于唐家花园小区的住所。

法官释法，“迁出令”也属人身安全保护裁定

香洲区法院民事审判第一庭庭长苏倩雯告诉记者，在该院此前发出的人身保护裁定中，保护措施多为禁止被申请人殴打、威胁、骚扰、跟踪申请人。这次的“迁出令”也属于反家暴人身安全保护裁定中的保护措施之一

“这份命令被申请人限期搬离双方居所的裁定，是全国首份反家暴‘迁出令’，目的在于保障女方享有一个安全的居住空间，恢复正常生活秩序。”苏倩雯表示，在美国、加拿大及我国台湾地区的反家暴法中，均有类似规定，“迁出令”在这些国家和地区已经有了成熟的运用和发展，对于保护家庭暴力受害人成效显著。而在我国，最高人民法院中国应用法学研究所于2008年3月发布的《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》第二十七条第4项对“迁出令”作了相关的规定。根据该规定，即使是夫妻共有的房产，在男方施暴致女方人身安全没有保障，法院认为有必要并且具备条件的，可以责令施暴方暂时搬离双方共同的住处。

在吴苹诉陈勇离婚及申请人身安全保护裁定案件中，陈勇所强占的住房为吴苹婚前个人财产，其更应该无条件搬离。

据了解，作为全国反家暴案件最早的试点法院之一，香洲区法院截至2014年8月已发出各类人身安全保护裁定103份，裁定数量和种类居全国之首。

## 家暴刑事审判中应注意的两个问题

### ——提高涉及家庭暴力刑事案件审理技能培训及研讨会发言摘登

2014年9月24日 人民法院报 唐亚南

由中国应用法学研究所和美国律师协会联合举办的“提高涉及家庭暴力刑事案件审理技能培训及研讨会”，于8月20日至28日在山东青岛举行。来自全国部分法院、检察院及公安机关代表出席会议，并就家暴专家能否作为专家证人出庭作证、涉暴刑事案件证据的收集等问题进行热烈研讨。

家暴问题专家能否作为专家证人出庭作证

最高人民法院刑四庭法官宋莹认为，司法裁判是根据现有证据推定已经发生的未知事实的专门活动，它对法官的能力有着非常严格的要求。虽说法官要有较一般人更强的专业知识、实务技能、人生阅历、社会经验等，但法官不是万能的。正如刑诉法第一百一十九条规定“为查清案情，需要解决案件中某些专门性问题的时候，应当指派、聘请有专门知识的人进行鉴定”的那样，若待证事实没有专家证人提供的专门知识协助，法官很难作出正确判断的，就应聘请相关专家证人进行评估、判断。

何为家庭暴力，家暴中施暴人和受害人的行为模式，受害人应对家暴的普遍行为，受害人在经历长期家暴后，是否会出现不同于常人的心理和行为模式，受害人最终采取的极端行为与受害经历是否有关联等等。总之，因家暴引发的刑事案件和因家庭纠纷引发的案件有哪些不同，这一跨学科问题并非法官能准确判断的，因此可借助家暴专家证人解决。

但是家暴专家证人参与审判的程序如何启动？专家证人既不同于专业鉴定人，与普通证人也似有区别，证据如何归类？证言效力等同于鉴定人员还是普通证人？另外，家暴专家的证言如同司法精神病鉴定专家证言一样，多出自主观判断，证言的排他性是否逊于依据科学得出的鉴定结论，如DNA鉴定、指纹鉴定等？家暴专家长期从事此研究，在情感上是否会更同情受害人，证言中立性如何？如何采信？等等问题都有待研究和探索。

在婚姻家庭民事案件审判中，法官可根据当事人陈述以及其他证据，适用优势证据原则，来推定家暴是否存在。而刑事案件更专注于当事人的人身自由乃至生命权利，案件事实必须清楚，证据适用必须依照确实、充分原则。正因如此，我个人认为，为准确判断案件是由家庭暴力还是由家庭纠纷引发，将家暴专家证人意见引入其中，协助法

官全面查清案件事实、明晰双方责任，对被告人准确定罪、适当量刑，不失为有益的探索。

中国应用法学研究所研究员陈敏认为，我国刑诉法和司法解释尚未明确规定专家证人制度，但是，立法总是滞后的，新的立法需要实践经验支撑。在过去的十余年中，人民法院根据司法实践的需要，屡屡创新，对一些先进制度进行探索，成功后被立法吸收。比如，在未成年人犯罪案件审理中引入社会调查报告，在涉家庭暴力婚姻家庭案件审理中引入人身安全保护裁定制度等。这些探索在实践中都取得了很好的效果。前者被刑诉法吸收，后者不仅被民事诉讼法吸收，而且成为我国反家暴立法（草案）的最重要内容。引入专家证人的探索也一样。法官是法律专家，而家暴是国际社会公认的属于复杂的涉及跨学科知识的领域，法官在自己关于家暴的相关知识和经验不足的情况下，借鉴国际成熟经验，请专家证人介入，协助合议庭把涉家暴相关事实查清楚，以便公平公正地定罪量刑，是很有必要的。

在国际上，专家证人参与审判的程序通常由控方或者辩方向法院提出申请而启动。控方通常为了解释被害人不愿意指控被告人有罪或罪重的原因，而辩方通常是为了解释家庭暴力及受害经历对以暴制暴被告人的影响，包括其心理和行为模式是否具有合理性、其对被害人的死亡威胁的恐惧是否真实存在、其为保命必须杀死被害人的确信是否符合“理性人”标准等。

专家证人必须具备较多的反家暴实践经验，只有理论知识而没有直接接触过受害人的，无论学历多高，著作多丰，都不是适格专家证人。在法律上，专家证人的地位与普通证人相同。她或他必须出庭，接受法庭对其资格的审查和对其证言的质证。

不少刑事法官质疑专家证人的中立性，其实，这不是一个真问题。专家证言虽有“专家”二字，但其证言并不具有如DNA鉴定、指纹鉴定等专家意见的排他性效力。对专家证言的采信与否，完全由法官决定。法官可以全部采信，也可以部分采信。如果法官根据生活阅历和逻辑，认为专家证人因同情受暴人而失去应有的中立性，可以对其证言完全不予采信。

湖南省永州市中级人民法院刑一庭法官徐国贤认为，专家证人在我国出庭无法律依据。英美法系的专家证人是指有科学、技术或专业知识，可以帮助事实裁判人理解证据，或就案件中有争议的事实做出判断的证人。专家证人在诉讼中的地位是证人，专家证人在法庭上的陈述属于证人证言。而我国刑诉法中的证人是指知道案件情况的人，知道案件情况的人就案件情况所做的陈述是证人证言。因此，专家证人引入我国法庭将导致证人制度的崩溃。专家证人制度与“有专门知识的人”制度不同，刑诉法第一百九十二条第二款规定“公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人可以申请法庭通知有专门知识的人出庭，就鉴定人作出的鉴定意见提出意见”，该款确立了我国刑事诉讼“有专门知识的人”制度。“有专门知识的人”在刑事诉讼中包括鉴定人和辅助控辩双方质证的人，而此款所指的“有专门知识的人”仅指辅助控辩双方质证的人，其出庭的目的是针对鉴定意见给予法官和控辩双方当事人一定的专业协助。“有专门知识的人”在法庭上的陈述不属于法定证据种类。

#### 涉暴刑事案件证据的收集

浙江省苍南县人民法院少年庭庭长陈雪雪认为，证据的收集对认定犯罪事实、正确适用法律起着至关重要的作用，收集证据必须遵循依法、全面的原则。对于涉家暴案件而言，家庭暴力因其“家丑不可外扬”的隐蔽性，受害者往往讳莫如深，执法机关也往往存在着“民不举官不究”的错误认识，使得家庭暴力事件暴露难、取证难、追究难，导致大部分的家庭暴力事件游离于法律之外。由于其对象的亲密性、空间的封闭性、行为的隐蔽性等诸多特点，导致在证据收集方面较为困难，除依法定程序收集相关证据外，还需对受暴者进行适当心理干预并把握好询问艺术。结合审判实践来看，首先，在询问被害人时要讲究技巧，为受害人提供一个受尊重、被理解和安全感的谈话环境，安抚其紧张、恐惧的心理，使其产生足够的信任感和安全感，最大限度消除其再次遭受报复的担忧和心理负担；其次，通过互动式的对话引导，促使受害者自愿如实告知受暴的背景、时间、地点、手段以及详细的经过。通过掌握了解受害人遭受家暴的具体经过及相关细节，并从中进一步挖掘关联线索和有利证据。

湖南省长沙市岳麓区检察院检察官谭小丹认为，家暴刑事案件取证的关键是受暴人的取证意识和取证能力。家庭暴力刑事案件多发生于家庭内部且多发生于住宅之内，家庭成员之外的不具有利害关系的第三人目睹的可能性很小，家庭暴力的这种隐蔽性导致该类案件的直接证据较少，取证也较困难。但因家庭暴力的发生往往不止一次，达到构成犯罪的严重程度往往是反复多次发生的结果，客观上使得多次亲历家暴过程且能与施暴人频繁接触的受暴人具有了留下证据的天然优势，如果受暴人有收集证据的意识并注意保留证据，将大大降低家庭暴力刑事案件的取证难度。而且家暴刑事案件涉及的罪名一般包括虐待罪、侮辱罪、故意伤害罪、故意杀人罪等，这些罪名大部分属于刑事自诉案件，公安机关并不参与侦查取证，必须由受暴人自行举证，这更说明家暴刑事案件取证的关键在于受暴人的取证意识和取证能力。那么受暴人如何取证呢？在家暴实施过程中，受暴人可以大声呼救以引起邻居或其他人的注意，也可以请求居委会、村委会及所在单位劝阻，从而可留下证人证言，还可以拨打110请求警方制止，可留下家暴案底作为证据。在家暴实施后，可及时拍下伤痕照片及家暴现场照片，保留家暴过程中毁坏的衣服、家具等物品，同时无论伤势如何都应去医院做检查，并告知医生是由于家暴致伤并要求在病历中做下记录；还可以告诉亲戚、朋友受到家暴的情况；如果施暴方事后道歉，最好要求其书写悔过书，留下书证；最后可以去当地派出所报案，记录下家暴过程。

浙江省温州市中级人民法院刑二庭法官夏宁安认为，家暴案件通常发生在封闭的家庭空间内部，多数案件在言

辞证据上都是被告人供述和被害人陈述一对一,无其他证人证言予以印证,导致在证据审查和判断上的两难。公安机关作为专业刑事侦查机关,在保护现场、提取证据方面具有无可替代的优势,因此,当事人应及时申请公安机关固定证据。

## 石家庄市中级人民法院审理离婚案件返还彩礼的会谈纪要

2014年9月28日 盈科石家庄律所

自最高人民法院《关于适用公布施行以来,各基层人民法院和中级人民法院对处理离婚案件时如何返还彩礼问题上理解和掌握的标准不一致。为此市中院民一庭和民二庭就上述问题展开调研并召开研讨会,形成了较为一致的意见。纪要如下,供两级法院在处理案件时参考。

1. 要注意把握解决此类纠纷时所坚持的基本原则。彩礼是否返还,应以当事人是否缔结婚姻关系为主要判断依据。给付彩礼后未缔结婚姻关系或缔结婚姻关系后未共同生活的,原则上收受彩礼一方应当返还。给付彩礼后,如果已经结婚的,原则上彩礼不予返还。

2. 哪些特殊情况下才支持当事人的返还请求。根据《第10条规定,当事人请求返还按照习俗给付彩礼的,如果查明属于以下情形,人民法院应当予以支持:

- (1) 双方未办理结婚登记手续的。
- (2) 双方办理结婚登记手续但未共同生活的。
- (3) 婚前给付并导致给付人生活困难的。

适用前款第2、3项的规定,应当以双方离婚为条件。

共同生活应当理解是指双方当事人按照当地风俗举行了婚礼,以夫妻名义公开同居,进行生产和生活,并且具有一定的连续性和长期性。虽未举行婚礼但已经共同居住和生产的,也应当认定为共同生活。

3. 根据第10条第3款,判决返还彩礼应当以给付人因给付彩礼造成生活困难为前提。生活困难,指依靠个人财产和离婚时分得的财产无法维持当地基本生活水平,这种困难是一种绝对困难。确定生活困难应考虑以下因素:(1) 给付人为缔结婚姻,全家共同举债,致使家庭背负债务较多。

- (2) 家庭成员没有固定收入。
- (3) 家庭成员中患有重大疾病。
- (4) 其他突发事件致使家庭生活困难。按照举证责任分配原则,给付人对自己生活困难的事由负有举证责任。

4. 返还额度的认定。

- (1) 双方未办理结婚登记手续的,一般应当全额返还。
- (2) 双方办理结婚登记手续但未共同生活的,一般应当全额返还。
- (3) 根据给付人的困难程度,酌定返还额度。
- (4) 根据结婚时间长短确定返还额度。结婚时间应以实际共同生活时间为标准。实际共同生活一年内提出离婚的,彩礼可在半数以上酌定返还额度。实际共同生活两年内提出离婚的,可在半数以下酌定返还额度。超过两年的一般不予返还。

(5) 根据导致感情破裂的过错责任确定返还额度。由于给付人的过错导致夫妻感情破裂的,一般不予返还。确系因为给付彩礼造成绝对生活困难的,可酌情在半数以下酌定数额。因接受人的过错导致夫妻感情破裂的,可相应酌定增加返还的数额。

5. 返还方式的确定。

(1) 接受人接受后,未用于置办结婚物品的,返还彩礼时应当返还现金。(2) 接受人接受彩礼后,确用于置办结婚物品的,女方以现金返还确有困难的,可以考虑分割共同使用的物品。

6. 对于未登记和登记后没有共同生活即解除婚姻关系彩礼的返还,同样适用普通的诉讼时效。诉讼时效的起算,应当分以下情形:第一,双方未缔结婚姻关系的,给付方应及时履行自己的权利,向对方主张。对方拒不返还的,诉讼时效开始起算。第二,如果双方登记结婚后的,自其解除婚姻关系之日起,给付方就应当知道自己的权利受到侵害,诉讼时效开始起算。此类纠纷案件的诉讼时效,也可以发生中止中断,延长等情况。

## 二、一般审判动态

### 上海高院民事诉讼涉及送达的若干问题解答(三) | 燃灯者

2014年9月1日 燃灯者

民事诉讼涉及送达的若干问题解答(三)

——关于公告送达

发布时间:2007年7月23日

为规范适用公告送达,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》)及其相关司法解释规定,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、受送达人下落不明的适用



受送达人下落不明是指除受送达人被宣告失踪、被申请宣告失踪外，送达人员按照原告提供的受送达人的地址通过直接送达等送达方式无法送达时，由受送达人住所地公安机关或者居民委员会、村民委员会等部门证实，其已处于下落不明的状态。

二、受送达人在本市有住所的，可在法院公告栏或者受送达人住所地张贴公告，即视为送达。

受送达人下落不明需公告送达的，自然人户籍所在地或经常居住地、法人或其他组织的主要办事机构所在地或登记注册地在受理法院所在行政辖区的，可以在该法院公告栏张贴送达公告，公告期满即视为送达。

当事人在本市其它辖区的，除在受理法院公告栏张贴送达公告外，还需在该当事人住所地辖区法院公告栏张贴送达公告，或者在该当事人住所地张贴送达公告，公告期满即视为送达。在当事人住所地张贴送达公告的，应当张贴在上述地址的明显位置并以拍照的方式予以固定，照片附卷。

受送达人户籍所在地或经常居住地不在本市的自然人，以及主要办事机构所在地或登记注册地不在本市的法人或者其他组织，应当在《人民法院报》刊登送达公告。

上述各类送达公告应同时在上海法院网(www.hshfy.sh.cn)上发布。

### 三、无需适用公告送达的情形

受送达人送达地址不明，但能通过电话录音等方式联系，其在法院电话通知后，拒不到庭参加诉讼，也不提供准确的送达地址且有恶意拒绝接受诉讼文书行为的，经电话等通讯方式释明相关法律后果，由法院送达人员做好电话录音记录后，可根据我院2007年4月12日印发的《民事诉讼涉及送达的若干问题解答(二)》第六条的规定，予以邮寄送达，法院收到邮寄回执后，即视为送达，无需适用公告送达。

电话录音的内容应明确受话人的身份，告知法院送达人员的情况，并释明相关具体内容及要求。

上述电话录音内容，送达人员应整理成书面记录。普通程序审理的案件由合议庭全体成员、简易程序审理的案件由独任法官及另一名资深法官签名后附卷。电话录音的原始资料应暂时予以保存，一审未上诉案件一般保存至上诉期满后一个月；上诉案件一般保存至该案二审宣判后一个月。

### 四、公告送达的费用负担

在《人民法院报》刊登送达公告的费用，由申请公告人预先支付。结案时，该费用由败诉方承担。

关于《民事诉讼涉及送达的若干问题解答(三)》的说明

民事诉讼公告送达作为一类重要的送达方式，因现行法律规定得较为简约以及司法适用中存在的问题，导致了司法资源的浪费和司法效率的降低，同时又损害了司法程序的公平和当事人的诉讼权益。为规范适用公告送达，研究室在前期调研的基础上，起草了《民事诉讼涉及送达的若干问题解答(三)》，现就解答的相关条文说明如下：

#### 一、受送达人下落不明的适用

《民事诉讼法》及《若干意见》明确规定了受送达人下落不明可适用公告送达，但由于规定得较为原则，对审判实践中如何适用没有具体规定。因此，在实践中带来两个突出的问题：一是不区分受送达人下落不明或是送达不能，但凡无法顺利送达的，便往往定性为受送达人下落不明，继而将一些并不复杂、疑难的案件转为普通程序审理，大大延长了审理时间，增加了当事人的诉讼负担，降低了司法效率；二是过于听信公告申请人(一般为原告)所提供的受送达人的地址，在申请人基于个人利益瞒报或虚报受送达人地址时，往往会侵害受送达人的诉讼权利和实体权益。如原告某女为了达到与其丈夫顺利离婚的目的，向法院递交起诉状时，虚构了其丈夫的地址，隐瞒了其丈夫的工作单位，法院的送达人员在几次送达不能后，遂采用公告方式进行了送达，被告未看到公告，在诉讼期间仍与原告正常共同生活，法院经缺席审理判决双方当事人离婚。待原告将判决结果告知其丈夫时，其丈夫找到法院大吵大闹，造成了非常坏的影响。若法院送达人员在直接送达时，到当地居委会了解情况，应很易查明原告虚构其丈夫地址的事实，从而避免被动局面的发生，所以“解答”试图对下落不明进行界定，以区分受送达人下落不明还是送达不能。关于由受送达人住所地公安机关或者居民委员会、村民委员会等部门证实的方式，可视情而定，既可以是询问笔录，也可以由其出具书面证明。同时，建议送达人员应充分利用上海法院信息网上业已建立的“当事人查询、检索系统”，了解当事人在同一时期可能参与不同诉讼的相关案件信息。

二、受送达人在本市有住所的，可在法院公告栏或者受送达人住所地张贴公告，即视为送达。

依据《民事诉讼法》及《若干意见》的规定，公告送达方式主要有三类：法院公告栏张贴、受送达人住所地张贴以及在报纸上刊登。根据市高院沪高法〔2006〕353号《上海市高级人民法院关于本市各级法院统一在〈人民法院报〉刊登公告的通知》要求，自2007年1月1日起，全市各级法院各类公告除直接张贴外，一律由《人民法院报》统一刊登。考虑到公告的实际告知效果，同时也考虑到在《人民法院报》刊登公告需要付出一定的时间和经济成本，为提高司法效率、降低当事人诉讼负担，“解答”明确对于地址在本市的受送达人，可以采取法院公告栏(含电子公告屏)或者在其住所地张贴公告的方式。对于住所地在外省市的受送达人，则应在《人民法院报》刊登公告。同时为尽量发挥公告的作用，积极依托上海法院信息网，“解答”要求各类送达公告应同时在上海法院网(www.hshfy.sh.cn)上发布。发布公告的方式以及格式、内容可登录上海法院信息网查询，近期高院研究室也将下发相关具体使用、操作的通知。本市第一、第二中院、海事法院、铁路运输中院受理的一审、二审案件，可参照本条规定处理。

#### 三、无需适用公告送达的情形

针对司法实践中经常遇到的，受送达人留有电话等联系方式且与其联系能确定身份，但拒绝提供有效地址、拒绝签收文书材料或者虽承诺签收但屡次无故拖延的，如适用公告送达反而使其达到拖延诉讼的目的。鉴于签收诉讼文书系受送达人的诉讼义务，针对此类受送达人恶意拒收诉讼文书的行为，可根据《民事诉讼涉及送达的若干问题解答(二)》第六条的规定邮寄送达，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。法院收到邮寄回执(或者改退批条)后，即视为送达，无需适用公告送达。各院可根据实际情况，为业务庭配备相关录音设备。同时，为避免异议，对该电话录音记录的整理、保存方式本解答予以了明确规定。至于“解答”中涉及在简易程序审理案件的电话录音记录中签名的另一名资深法官，一般指设有审判组的组长(审判长)、派出法庭庭长或者业务庭的分管副院长。

#### 四、公告送达的费用负担

公告送达的费用负担问题，主要集中在由何方预付公告刊登费用以及当事人不交付公告刊登费用应如何处理。依照2007年4月1日起施行的《诉讼费用交纳办法》第六条和第十二条第一款的规定，公告费用不属于诉讼费，人民法院也不得代收代付。因此，公告费用由何方预先支付以及由谁最终承担，审判实践中不无异议，对此本“解答”予以明确；针对审判实践中，申请公告人不支付公告费用的情况，受理法院除向申请公告人释明关于司法救助的相关规定外，可根据“谁主张、谁负担”的原则，视情个案处理。

### 上海高院民事诉讼涉及送达的若干问题解答(四) | 燃灯者

2014年9月2日 燃灯者

#### 民事诉讼涉及送达的若干问题解答(四)

##### ——关于涉外送达

发布时间：2007年11月22日

为规范涉外民事(包括商事、海事，下同)诉讼文书的送达，进一步缩短涉外民事案件审理周期，依据《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称“民诉法”)、最高人民法院《关于涉外民事或商事案件司法文书送达问题若干规定》(以下简称“涉外送达司法解释”)等相关规定，结合上海法院涉外审判实际，就相关问题解答如下：

##### 一、向出现在我国领域内的外国自然人的送达

受送达人是外国自然人的，法院可以向其在我国领域内的居所、工作场所直接送达；受送达人不在，其同住成年家属签收的亦视为有效送达。但同住成年家属为同一案件的对方当事人或依照受送达人本国法律禁止这种签收方式的除外。

法院向外国自然人或其同住成年家属直接送达时，应当核对有效护照或其它身份证明，以确认签收人的身份以及与受送达人的关系，并以复印、摘抄等方式固定上述证据。

##### 二、向出现在我国领域内的外国法人、其它组织的法定代表人、主要负责人的送达

受送达人是外国法人、其它组织的，法院可以向出现在我国领域内的该外国法人、其它组织的法定代表人、主要负责人直接送达。送达时应当核对有效护照或其它身份证明，以确认签收人的身份以及与受送达人的关系，并以复印、摘抄等方式固定上述证据。

外国法人的法定代表人系指依照登记国法律或法人组织章程规定，代表法人行使职权的负责人(包括且不限于董事长、执行董事或经理)。

##### 三、对外国受送达人的留置送达

外国受送达人或其义务签收人拒绝签收法院的送达文书时，可以适用留置送达，留置送达的方式参见我院《民事诉讼涉及送达的若干问题解答(一)》的规定。

##### 四、委托送达方式的适用顺序

涉外委托送达的方式包括并依次为依司法协助协定送达、依海牙送达公约送达和外交途径送达。当受送达人具备上述两种以上送达条件时，法院应依照顺序在前的方式向受送达人委托送达司法文书。当顺序在前的委托送达方式无法送达时，无需再采用顺序在后的委托送达方式，可直接采用民诉法规定的其它送达方式。

##### 五、委托送达费用的预收

以司法协助协定、海牙送达公约或外交途径方式送达司法文书，如委托的外国中央机关要求收取委托送达费用的，该费用应由申请送达人预先支付。法院在首次委托送达司法文书时，可视情一并预收其它后续裁判、执行文书的委托送达费用(包括裁判、执行文书的翻译费用)。

##### 六、运用传真、电子邮件等方式的送达

受送达人或其义务签收人已书面向法院声明采用传真或电子邮件方式送达，并指定相应传真号或电子邮箱的，法院只要确认已按声明的方式和指定的码址发出了送达文书，可视为送达。

受送达人未书面声明可以采用传真或电子邮件方式送达，法院向受送达人的传真号或电子邮箱进行送达的，则必须确认受送达人收悉才可视为送达。确认受送达人收悉的情形包括：1、已经按照所送达文书的内容履行；2、书面向人民法院提及了所送达文书的内容；3、确认收悉的其他情形。

##### 七、向受送达人代表机构的送达

当无法向外国受送达人在我国领域内设立的代表机构有效送达时，不能以此为由直接向该外国受送达人公告送达，而应当按照民事诉讼法第二百四十七条和涉外送达司法解释规定的送达方式向该外国受送达人进行送达。

#### 八、转递送达

受送达人是外国公司的，法院可以通过该外国公司在我国领域内的子公司或其它参股公司转递司法文书。转递后外国公司签收该司法文书或符合涉外送达司法解释第十三条所列情形之一的，视为送达。

#### 九、涉外公告送达下落不明的认定

认定涉外案件中的外国受送达人下落不明应符合以下两个条件：一是送达地址确为受送达人的住所地，二是有一种送达方式反馈其住所地无人接收（如委托送达回证上注明无法送达的原因是查无此人或已搬迁但不知迁往何处，或长期无人居住或无人办公，或邮寄送达被以查无此人而退回等）。

通过查询上海法院综合管理信息“当事人查询、检索”系统，发现在本市法院同一时期其他诉讼中显示受送达人下落不明的，在认真核实的前提下，亦可作为认定在本案中下落不明的依据。

#### 关于民事诉讼涉及送达的若干问题解答（四）的说明

《民事诉讼涉及送达的若干问题解答（四）》是针对涉外送达制定的规范，在结合审判实践中通行做法的基础上，注重涉外送达与国内送达的衔接，并在充分听取本院相关业务庭、室的意见后，形成本解答。

#### 一、向出现在我国领域内的外国自然人的送达

《民事诉讼法》第247条对在我国领域内没有住所的受送达人规定了七种送达方式，其中没有直接送达的规定。最高法院《涉外送达司法解释》对于外国受送达人及其义务签收人在我国领域内出现时，规定可以直接送达，但对于直接送达的场所未作明确规定。实践中，外国自然人在我国领域内有固定的住址，成年家属同住的情况日趋普遍。根据《民事诉讼法》第237条关于“在中华人民共和国领域内进行的涉外民事诉讼，适用本编规定。本编没有规定的，适用本法其他有关规定”的原则，参照《民事诉讼法》第78条、《民事诉讼法若干意见》第81条关于“受送达人是公民的（推广到自然人），本人不在居所的，可交他的同住成年家属签收”的相关规定，本条作出如前规定。该款但书，是考虑到涉外案件的特殊性，如同住成年家属为同一纠纷案件的对方当事人，或者受送达人本国法律明确禁止同住成年家属可签收的情况等。鉴于本条是根据《涉外送达司法解释》关于直接送达的新规定和《民事诉讼法》关于向公民同住成年家属送达的规定相结合而探寻的一种途径，在适用时应十分谨慎，注意核对签收人的身份及与受送达人的关系，并固定相应证据。

#### 二、向出现在我国领域内的外国法人、其他组织的法定代表人、主要负责人的送达

《涉外送达司法解释》对于外国企业的法定代表人、其他组织的主要负责人出现在我国领域内规定了可以直接送达。对于法定代表人，世界各国法律的规定不同，有的规定董事长为唯一的、当然的法定代表人，也有的采多元化标准。实践中还发现不少外国公司法定代表人并不一定需要办理法定登记，而是在发生纠纷后，才由公司董事会决议确定一名董事为诉讼期间的法定代表人（法人代表）。因此，本解答对外国法人法定代表人的范围采取半列举方式，力求在相关法律规定范围内尽可能地增加送达的成功率。基于与第一条同样的原因，送达人员应注意核对受送达人身份并固定相应证据。

#### 三、对外国受送达人的留置送达

《涉外送达司法解释》第12条规定法院向受送达人在我国领域内的法定代表人、主要负责人、诉讼代理人、代表机构以及有权接受送达的分支机构、业务代办人送达司法文书，可以适用留置送达。实践中涉及两个问题，一是《涉外送达司法解释》对受送达人为自然人的未明确规定可否适用留置送达，二是未明确规定具体的实施留置送达的方式。我们认为，作为受送达人的自然人应当签收法院送达的诉讼文书，这是送达制度题中应有之意，无须另作特别规定。其次，基于《涉外送达司法解释》的精神，对留置送达的场所应作广义理解。具体方式可参见我院《民事诉讼涉及送达的若干问题解答（一）》的相关规定。

#### 四、委托送达方式的适用顺序

《民事诉讼法》第247条第1款第（1）项规定的是按照我国缔结或共同参加的国际条约中规定的方式送达，实践中又可分为按照双边司法协助协定方式送达和海牙送达公约方式送达等两种情形，第（2）项规定的是按照外交途径送达。这三种方式都属于委托外国中央机关送达的方式，只是适用的前提条件不同。如果受送达人所在国与我国只有三种关系中的一种，则无需考虑适用顺序。如遇受送达人所在国与我国有两种以上送达方式约定的，显然无须对符合条件的每种方式都予以采用。之所以如此排序，系考虑双边约定的实际效果优于多边公约，两者又优于外交方式所致。

#### 五、委托送达费用的预收

在当事人向法院申请委托送达司法文书时，如果受委托送达的国家中央机关提出要收取委托送达费用的，应由申请送达人预先支付。目前，美国、加拿大在每次接受委托送达时均要求事先支付委托送达费用，新加坡是事后按实际发生的费用收取。为避免当事人因实体问题等原因拒付后续送达费用，法院可以根据实际情况一并收取全部委托送达费用（含外文翻译的费用）。

#### 六、运用传真、电子邮件等方式的送达

通过传真、电子邮件等方式进行送达，是《涉外送达司法解释》新规定的一种送达方式。为避免通过传真、电

子邮件等方式进行送达可能存在的稳定性，高院将适时推出法院传真、电子邮件发送平台，以供各级法院运用本条规定的方式进行送达，亦有利于固定相关证据。

#### 七、向受送达人代表机构的送达

本条系针对实践中当无法向国外当事人的驻华代表机构有效送达（如代表机构不在登记地址经营、办公，又找不到实际经营、办公地址）的情形发生后，部分法官直接向受送达人公告送达的做法。本解答明确上述情形不产生任何送达上的法律意义，而应当按照民事诉讼法第二百四十七条和涉外送达司法解释规定的送达方式重新向该外国受送达人进行送达。

#### 八、转递送达

随着我国投资领域的逐步开放，外国公司在我国领域内设立子公司或成为国内公司的参股股东的情况日益普遍。为提高送达效率，实践中，已经有法院开始尝试通过外国公司在我国领域内的子公司或其它参股公司转递司法文书，并取得较好效果。但应注意使用这种送达方式，应当在受送达人确认后始发生送达的效力，确认的方式包括直接签收或虽未签收但符合《涉外送达司法解释》第13条所列情形，如受送达人书面向法院提及了所送达文书的内容或者受送达人已经按照所送达文书的内容履行等。

#### 九、涉外公告送达下落不明的认定

公告送达的适用有一定的条件限制，不仅送达地址要确为受送达人的住所地，而且依据《民事诉讼法》第247条的规定还要穷尽其它可能的送达方式。但这种穷尽所有送达方式并非机械地对每一个案件均使用所有的方式进行送达，如果当采用一种送达方式证明受送达人下落不明的，则可以直接考虑适用公告送达。同样，法院在使用“当事人查询、检索系统”查询后，发现在本市法院同一时期其他诉讼中，受送达人因下落不明而被公告送达的，经核实无其他证据显示受送达人存在出现的可能性的，该受送达人在本案中也可被认定为下落不明，直接适用公告送达。

### 珠海涉外涉港澳台民事案件集中管辖

2014年9月17日 人民法院报 林劲标 张丹 谭炜杰

本报讯 从9月1日起，广东省珠海市除法律规定专属管辖以外的所有涉外、涉港澳台民事一审案件，将由横琴新区人民法院集中管辖。

据悉，为统一法律适用，提高办案质量，珠海市中级人民法院创新思路，在征求上级法院同意后，决定将辖区的涉外、涉港澳台民事案件实行集中管辖。实施集中管辖后，横琴新区法院受理的涉澳案件数量预计将跃升全国首位，突出地体现了横琴新区作为粤港澳紧密合作示范区的特点。

（林劲标 张丹 谭炜杰）

### 深圳推动建立全国首个境外法律查明平台

2014年6月6日 蓝海现代法律

2014年5月21日，全国首个境外法律查明平台——深圳市蓝海现代法律服务发展中心在前海公开亮相。该中心是深圳市司法局支持设立的非营利性民办非企业机构，中心成立于2014年初。经过几个月的探索，目前已形成关于建立深港法律查明机制的初步方案。

前海管理局副局长汤志江表示，香港是英美法系，建立深港查明机制不仅可引入香港制度来解决前海商事纠纷，还可以借鉴和学习香港的先进法律制度，打造与国际接轨的法律环境。在当日召开的专家咨询会，来自最高人民法院、广东省高院、广州海事法院、东莞中院、深圳中院、市司法局和香港大学、中国委托公证人协会、中国社科院、深圳大学等各方的法律工作者和学者为查明机制献言献策。

有代表指出，广东是涉港案件大省，占全国同类案件近八成，但由于法律查明工作耗时长、程序复杂、途径缺乏，目前涉港案件适用香港法律者不足一成。蓝海现代法律服务发展中心平台的设立，为查明香港法律提供了有效途径，将是推动前海法治化国际的关键配套。另悉，深圳拟以人大立法形式，探索制定前海涉港合同适用香港法律的若干规定。目前的前海法庭也将升级为前海法院，建立适应前海发展需要的商事审判制度，推动前海法治化国际化营商环境的建设。

（以上节选自《香港商报》、《文汇报》、《南方都市报》、《深圳特区报》、《晶报》等媒体报道）

## 三、立法动态

### 新法|“未成年人保护法修改应纳入立法规划”

2014年8月30日 律政观察 文|欧阳艳琴 来源|财新网

8月29日，十二届全国人大常委会第十次会议分组讨论未成年人保护法实施情况时，农村留守流动儿童保护问题引发与会的全国人大常委热议。

农村留守流动儿童的生存状况引起高层重视。8月25日，全国人大常委会副委员长王胜俊在做未成年人保护法实施情况报告时披露，全国每年约5.5万名未成年人意外死亡，近80%是农村地区学生。拐卖、遗弃、虐待、性侵、伤害等侵害未成年人人身安全案例，受害人多为缺乏家庭监护的农村留守儿童、城乡流动儿童等未成年人。

全国人大常委会副秘书长何晖说，未成年人的保护问题最突出的还是那些不能得到父母关爱的未成年人，包括农村留守儿童、城乡流动儿童、乞讨的儿童、家庭离异的子女，以及暂时失去生活依靠的未成年人，正在服刑的、

上访的这一部分人的子女。这部分未成年人群体的保护，应该是下一步工作重点。

全国人大环境与资源保护委员会副主任委员蒋巨峰建议，面对农村留守儿童关爱与保护缺位这种面广量大的现象，应立足于从根本上解决。一方面，劳务输入地要加快解决农民工落户问题，并同步解决好住房及社会保障等问题，使农村留守儿童能够与父母团聚。另一方面，劳务输出地要有意识地将招商引资与产业梯度转移结合起来，使劳务输入地的一些产业，特别是劳动密集型的产业，转移到劳务输出地，使外出农民工回乡在家乡打工，同时创造条件，出台引导和激励政策，让一部分有条件的农民工回乡创业，从而实现农村留守儿童与父母的团聚。

全国人大教科文卫委员会副主任委员吴恒说，在农村的留守儿童当中，父母双方都外出的与子女分离的高达43%以上，因此有必要把修改《未成年人保护法》纳入到本届全国人大常委会五年的立法规划当中，在立法中明确县、乡政府和农村基层组织对留守儿童的监护责任，加强建设和管理农村寄宿制学校。

全国人大常委会副委员长陈竺对未成年人保护法立法建议说，民法要进一步细化监护人应承担的责任，刑法则应该修改为，对未成年人的虐待案件既可以自诉，也可以公诉。

陈竺认为，民法应该明确哪些具体行为属于没有履行监护职责。“现在仍然有一些人认为，父母打孩子天经地义，周围邻居即使发现父母存在虐待行为，也未必有报案的意识。”对不履行监护职责的父母或其他监护人，应进行教育和采取应对措施。

陈竺说，未成年人由于年龄、智力、认知能力限制，往往是难以行使诉讼权利的，而且由于虐待行为具有经常性、隐蔽性特点，未成年人被虐待的案件往往取证困难，故该类案件即使进入诉讼程序，也往往会因为没有证据或者证据不足而难以定罪，这就导致未成年人合法权益难以得到有效的维护，不利于预防和制止家庭虐待行为的发生，因此应规定对未成年人受虐待的案件可以自诉，也可以公诉。

### 专家版反家暴法拟交人大 同居等亲密关系受保护

2014年9月3日 中国新闻网-法制晚报 纪欣

由中国政法大学夏吟兰教授等专家联合起草的反家庭暴力法立法建议稿已于日前完成，并计划提交全国人大。今年6月，全国妇联权益部部长、全国妇联法律帮助中心主任蒋月娥透露，2013年十二届全国人大常委会将制定反家庭暴力法列入五年立法规划，明确由国务院提请审议，国务院已将制定反家庭暴力法列入2014年立法工作计划。

目前，该送审稿已报送国务院。专家对法晚记者透露，“反家暴法”草案将于近期向社会公布并征求意见。

作为长期研究该问题的法学专家，中国政法大学夏吟兰教授和中国社科院法学研究所祁建建副研究员等专家曾多次参加相关立法研讨会。近期，她们将向全国人大等相关立法机构提交一份详细的国家反家庭暴力法立法建议稿。祁建建在接受《法制晚报》记者采访时表示，“要有效阻止家庭暴力，一部全国性的反家庭暴力法是必不可少的”。

综合中国签署的针对妇女、儿童、残障人士和老年人暴力相关的国际公约中的框架和要求，建议稿提出，应在立法中明确规定预防和制止家庭暴力是国家的责任，以保证法律得到有效执行。

“我们要从法律上明确，家庭暴力不是私人问题，也不是家庭内部问题。”祁建建说，明确国家义务意味着应有必要的预算投入来履行义务。

与很多国家一样，中国的家庭暴力严重性被低估。数据显示，全国妇联在2011年进行的一项全国调查发现，“约有四分之一的妇女在家里遭受过暴力，包括辱骂、虐待、限制自由以及强迫性行为”。

尽管目前我国已经制定了一些针对家庭暴力和对妇女的暴力的国家级和省级法律、法规及政策，但是，这些法律和政策中缺少对家庭暴力的全面定义以及保护受害人权利的可执行构架，难以为受害人提供充分的法律保护。

#### 建议 恋爱、同居均受反家暴法保护

建议稿指出，要进一步明确家庭暴力的概念。从家庭成员范围来讲，不应仅限于婚姻家庭关系，还应包括其他亲密关系，如未婚同居关系、恋爱关系包括同性恋爱，以及有抚养、赡养关系的其他家庭成员之间的关系。

同时，从暴力行为上来讲，精神暴力，针对妇女的性暴力、经济控制，针对儿童的疏忽照料、目击暴力，针对残障人士和老年人的虐待等，也应纳入其中。

而实施暴力行为的频率、严重程度或意图都不应作为家庭暴力定义的前提条件。

建议稿还提出，要建立多部门合作的反家庭暴力干预机制，这些部门机构包括公安机关、法院、检察院、教育部门、卫生系统、民政部门、社会服务机构和妇联等。

在制定对受害人的救济措施，以及对施暴人问责机制，包括在惩戒和矫治的过程中，必须考量受害人的经历。而反家庭暴力法必须明确法官、检察官、律师、警察、医护人员、教师的职责和履责程序，以确保反家暴法的实施能够终止所有形式的家庭暴力。

### 立法完善未成年人民事诉讼程序

2014年09月17日 法制日报

朱妙认为，近年来，随着我国民事诉讼研究的不断深入和民事诉讼立法的不断修改与完善，民事诉讼普通程序的整体框架已经相对完备。今后，我国民事诉讼的发展方向应该是围绕特殊具体问题而展开的更加精细、详尽并且实

用的制度设计,即构建针对特定主体、特殊类型的民事诉讼专门程序,而家事诉讼程序的构建无疑是我国未来民事诉讼制度需要完善的一个重要方面。未成年人民事诉讼特别程序的构建,既可以成为构建其他专门程序的先导,也可以促进我国民事诉讼制度的深化和发展。

原标题:立法完善未成年人民事诉讼程序

近日在中国预防青少年犯罪研究会主办的未成年人保护与司法制度改革研讨会上,有法官建议,应立法完善未成年人民事诉讼程序。

上海市高级人民法院少年法庭指导处处长朱妙提出,对于未成年人刑事案件,应当适用不同于一般刑事诉讼的特别程序,这早已成为司法界的共识,并付诸于立法和实践。然而,对涉及未成年人民事权益案件(以下简称少年民事案件)如何设立不同于一般民事诉讼的特别程序,以实现未成年人的特殊保护,理论界和实务界尚缺乏深入的关注和探讨。在民事诉讼法修改时,亦未能像刑事诉讼法一样设置未成年人特别程序专章。

“应构建我国未成年人民事诉讼特别程序。”朱妙说。

在谈到建立未成年人民事诉讼程序的必要性时,朱妙表示,建立未成年人民事诉讼特别程序源于少年民事案件类型的特殊性、对未成年人实行特殊保护的必要性以及促进我国民事诉讼专门程序规则充分发展的需要。

朱妙介绍,在当前少年民事审判改革试点工作中,尽管各地对于少年民事案件的收案范围尚不完全统一,但案件主体大多为婚姻家庭纠纷中涉及少年身份权益的案件,如上海法院全面推进少年民事案件专业化审理工作后,抚养费、抚养关系、探望权纠纷等案件占少年民事案件的绝大多数,也有的法院试行将涉及未成年人权益的离婚案件纳入少年民事审判。从类别来看,这类案件基于家庭关系引起,属于家事案件的一类。

“作为家事类纠纷案件,对少年民事案件中涉及的未成年人权益进行特殊保护尤为必要。”朱妙解释,这是因为未成年人自我保护能力差。未成年人生理、心理都未成熟,力量比较弱小,思想比较单纯,依赖性较强,一旦遇到突发事件,由于认知和判断力不足,往往难以独自应付,承受力较差的容易受到伤害。此外,未成年人在家庭中处于被支配地位。在我国,由于传统观念的影响,往往父母与未成年子女的地位不平等,未成年子女常常是家庭的“附属”部分,在生活中处于被支配的地位。如果他们的利益遭到漠视,内心情感遭到忽视,不利于他们未来的成长。

“在家事诉讼中未成年人的权益容易被忽视。”朱妙说,家事诉讼中的父母往往专注于自身的利益,有的甚至将未成年人作为自身利益最大化的“筹码”,或者将未成年人作为“私人财产”予以争夺,全然不顾孩子的感受;未成年人则不知道通过何种渠道或如何表达自己内心真实的意愿。

朱妙表示,现行民事诉讼中的当事人主义诉讼模式、对抗式程序不足以充分保障未成年人权益。少年民事诉讼的立法显得滞后。

朱妙认为,近年来,随着我国民事诉讼研究的不断深入和民事诉讼立法的不断修改与完善,民事诉讼普通程序的整体框架已经相对完备。今后,我国民事诉讼的发展方向应该是围绕特殊具体问题而展开的更加精细、详尽并且实用的制度设计,即构建针对特定主体、特殊类型的民事诉讼专门程序,而家事诉讼程序的构建无疑是我国未来民事诉讼制度需要完善的一个重要方面。未成年人民事诉讼特别程序的构建,既可以成为构建其他专门程序的先导,也可以促进我国民事诉讼制度的深化和发展。

在谈到建立我国未成年人民事诉讼特别程序的构想时,朱妙认为,应确立未成年人利益最大化为基本原则。在她看来,将未成年人利益最大化作为处理少年民事案件的基本原则,至少要涵盖三个方面:第一,在涉及未成年人利益的案件中,应当把未成年人视为一个独立的主体,要充分尊重未成年人的意愿和要求,确保其各项权利得到充分的保障;第二,在涉及未成年人利益的案件中,无论是父母还是其他任何机关、团体、社会组织,要从未成年人未来长远的利益出发,首先考虑未成年人的根本需求;第三,在办理涉及未成年人案件的过程中,司法机关要始终把未成年人的利益放在第一位,从最有利于未成年人健康成长的角度开展工作,将涉案诉讼对未成年人的伤害降到最小。

此外,朱妙认为,应设置心理辅导员、社会观护员等辅助人员参与诉讼制度。

“在刑事诉讼法及司法解释中对未成年人刑事案件诉讼程序,有关于社会调查、心理疏导和合适成年人参与诉讼的特别规定。建议今后在修改法律时,对少年民事案件的诉讼参与人或辅助人员也作出特别规定。”朱妙说。

## 四、媒体典型案例

### (一) 解除婚姻关系案例

#### 余姚夫妻加拿大离婚 回国后是不是夫妻还得法院定

2014年9月3日 现代金报(宁波) 华微珍

中国国籍的男女双方在国内办理离婚手续,离婚后分割财产是符合法律规定的,但如果他们在国外离婚并进行财产分割,那么这份离婚协议还是否有效呢?昨天,余姚法院对这样一起国外离婚案判决让我们长了不少知识。

通讯员 陈文铮 记者 华微珍

一桩离婚案

在加拿大办理离婚手续

在国内未被承认

俞先生和王女士原本是夫妻,两人都是余姚人。

俞先生经营一家电器公司，夫妻二人均持有加拿大绿卡。近些年生意越来越难做，2012年5月，因资金周转困难，俞先生向马某借款50万元，约定一周后归还。可过了还款期，马某几经催讨，都不见俞先生还款。

2013年3月，马某向余姚法院提起诉讼，要求俞先生归还借款，法院最终判决俞先生还款。今年6月，马某向余姚法院申请强制执行。

余姚法院受理此案后，立即对俞先生个人财产进行查控，并且查封了他名下的一套房产。根据浙江省高院相关规定，法院可对被执行人配偶的银行存款进行划扣。余姚法院法官在向民政部门核实俞先生婚姻存续关系后，又对被执行人俞先生妻子王女士的银行账户实施了“点对点”查控，发现王女士账户有8.8万元存款，法官划扣银行存款。

令法官意外的是，7月25日，王女士的代理律师向余姚法院提出执行异议，律师称王女士和俞先生在2013年2月由加拿大卑诗省高级法院判决离婚，双方还在离婚协议中对双方婚姻存续期间的共同财产进行了分割：夫妻双方共有的一套房产归王女士所有，王女士和俞先生对各自名下的债务各自承担清偿责任。律师指出，余姚法院划扣的银行存款属于王女士离婚后个人财产，法院查处的房产正是两人在离婚协议中约定的归王女士一人所有的财产，因此法院无权对这笔存款和房产进行处置。

为何这么判？

国外离婚判决书经过裁定承认才有效

离婚协议不承认

办案法官说：王女士与俞先生的离婚判决书虽然在加拿大具有法律效力，但要在中国获得法律效力，当事人还必须携带相关判决书向我国中级人民法院申请承认外国法院的离婚判决，而中级人民法院承认的仅仅包含判决中的人身关系，即认定王女士和俞先生离婚的事实。

对王女士提出的8.8万元存款非夫妻存续期间财产，王女士需到宁波市中级人民法院申请承认离婚判决，经中级人民法院裁定承认其法律效力后，即可认定该笔存款属于王女士个人财产。本案中涉及的另一项财产也就是一套房产，虽然在加拿大的离婚判决中双方约定了该套房屋归王女士所有，但是这项涉及财产的约定在我国是没有效力的，所以余姚法院仍可依照我国相关法律规定对该套房屋进行拍卖处置。但是对于国外判决的离婚财产分割问题，要得到中国法律的承认，俞先生和王女士只有向余姚法院另行起诉进行财产分割才具法律效力。

对案件中的一些疑问，法官最后给予解答：

俞先生和王女士是中国国籍，能在国外办理离婚手续吗？

夫妻俩虽是中国国籍，但持有加拿大绿卡，因此根据《国际法》相关规定，可以在加拿大办理离婚手续。

夫妻俩的加拿大的离婚判决书在中国是否有法律效力？

在人身关系方面，根据《外交部司法部民政部关于驻外使领馆就中国公民申请人民法院承认外国法院离婚判决书进行公证、认证的有关规定》第一条规定，婚姻当事人一方为中国公民的，外国法院的离婚判决书在国内使用，须经国内中级人民法院对该判决裁定承认后，才能为当事人出具以该外国法院离婚判决为标准的婚姻状况公证。

离婚判决书中财产约定的王女士的那部分能不能拿回来？

在财产关系方面，根据最高人民法院1991年发布的《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》相关规定：外国法院离婚判决中的夫妻财产分割、生活费负担、子女抚养方面判决的承认执行，不适用本规定。也就是说，国外离婚判决中关于财产的相关判决，在我国是得不到法律承认的。

### 男子为逃避抚养责任四次起诉离婚被驳回

2014年9月3日 中国法院网 李巧玲

日前，福建省屏南县人民法院审结一起因逃避家庭责任四次起诉离婚，一次按撤诉处理三次被判决不准离婚的婚姻纠纷案件。在现代婚姻法追求婚姻自由的同时，法院为什么会对原告一而再、再而三的作出不准离婚的判决，难道另有隐情？

承办法官了解到，原告张某、与被告郑某甲系自由恋爱结婚，婚后生育一男孩，取名郑某乙，婚生儿子的到来本该为这个家庭增添几分幸福，但孩子一出生便有智障，为日后的不幸买下隐患。尽管如此，原、被告依然风雨同舟，在一起生活了二十年，夫妻感情基本融洽。因婚生子病情加重，后来甚至发展成精神分裂症，原、被告因对孩子的治疗问题发生分歧，经常因经济问题发生争吵，原告便抛弃全家老小离家出走，中断与家庭一切联系，原告起诉离婚希望摆脱这个看不到丝毫希望的家庭。

原告张某经过多方法律咨询，了解到即使在被告不出现的情况下，原告第二次起诉离婚，法院一般都会判离。现在他是第四次到法院起诉了，总应该给他判离了，可是他是否能如愿呢？法庭调解中，承办人对原告耐心讲解：“被告作为一个农村妇女，靠种菇带着一个患有精神病的孩子生活艰难，你是他们娘俩的精神支柱，你不但不撑起这个家，反而你对他们不闻不问，现在多次提出离婚，在精神上由增加了他们的痛苦。如果原告没有对患有精神病的孩子今后的生活作出妥善安排，法官是不会判决离婚。”

经查，原告仅在第二次判决离婚之后六个月每月寄出300元至600元不等的生活费，始终以没有经济能力无力承担婚生子生活费和医疗费为借口，对孩子的医疗费和抚养费双方不能达成一致意见。本次是原告第四次起诉离婚，法院仍然判决驳回原告诉讼请求。

## 丈夫怀疑妻子为同性恋起诉离婚 女方辩称是闺蜜

2014年9月8日 人民网-京华时报 裴晓兰

一只传统手工月饼的“旅程”(组图)

实验告诉你液体酒精炉多危险 瞬间爆燃

• 男子因太难闻被赶下航班 自称曾喷迪奥香水 • 女子开课传授“傍干爹”秘诀(图) • 斗牛犬帮主人提购物袋 乖巧贴心获称赞(图) • 英国73岁老太性感火辣 爱穿超短裙黑丝袜细高跟 • 日本透明水糕吸引眼球 网友赞其神奇(图) • 幼童被装桶塞上电动车 网友：这是不是亲孩子(图)

原标题[怀疑妻子为同性恋丈夫起诉要求离婚]

京华时报讯 结婚9年的白先生发现妻子与一名女性有暧昧关系，怀疑妻子为同性恋，他起诉要求离婚。近日，丰台法院开庭审理此案，女方也同意离婚，但否认同性恋。

白先生诉称，他和妻子刘女士于2003年1月经人介绍相识，2004年2月结婚。婚后，他发现女方脾气怪异，不能处理好婆媳及家庭成员的关系，在老人生病时也不尽儿媳义务。今年1月，他无意中看到女方的微信，发现其与一女士语言暧昧，还常同处一室，最长时达七八天。白先生说，妻子和那名女士承认为女同性恋关系。白先生无法接受这样的事实，无法继续共同生活下去，必须离婚。

刘女士辩称，自己和那名女士只是感情很好的闺蜜，可能双方有一些举动过于亲密，让白先生产生误会。她同意离婚，要求分割夫妻共有的一辆轿车，并对二人的债务、孩子的抚养权问题一并进行处理。

此案没有当庭宣判。

## 男子两次申请离婚均被驳回 法庭上殴妻证明不合

2014年9月8日 贵阳网—贵阳晚报

摘要：开阳一男子想要和妻子离婚，但两次判决法庭均以夫妻双方感情破裂证据不足为由，驳回其诉求。9月5日，赵某为寻找“证据”，竟在法庭上当众殴打妻子。

开阳一男子想要和妻子离婚，但两次判决法庭均以夫妻双方感情破裂证据不足为由，驳回其诉求。9月5日，赵某为寻找“证据”，竟在法庭上当众殴打妻子。

5日10时许，开阳县公安局紫兴派出所接到报警称：县人民法院内有人被打。民警在现场了解到，当日10时，法院开庭审理赵某与其妻子伍某离婚纠纷案时，原告方赵某突然在法庭上殴打其妻伍某。

原来，去年11月到今年9月，赵某就以“夫妻感情破裂且不能修复”为由两次起诉到人民法院，要求法院判决离婚，而妻子伍某一直因双方经济原因不愿离婚。法院经过审判，两次均以夫妻双方感情破裂证据不足为由驳回赵某的诉求。

9月5日，当法官当庭宣判后，赵某拒不在判决书上签字。“谁说我们感情没有破裂，什么叫证据不足？”败诉的赵某恼羞成怒，在法庭上挥拳殴打伍某，使法庭一度混乱。

经询问，违法嫌疑人赵某对其公然藐视法律、殴打他人的违法行为供认不讳。目前，赵某已被警方处以行政拘留8日、并罚款两百元的处罚。

## 丈夫失控打爱妻被诉离婚

2014年09月09日 京华时报 裴晓兰

京华时报讯(记者裴晓兰)金先生酒后回家无故打骂妻子，被妻子起诉要求离婚。记者昨天获悉，密云法院判决驳回了妻子的诉求。

原标题：丈夫失控打爱妻被诉离婚

京华时报讯(记者裴晓兰)金先生酒后回家无故打骂妻子，被妻子起诉要求离婚。记者昨天获悉，密云法院判决驳回了妻子的诉求。

金先生与李女士结婚10年，两人均系再婚。李女士说，今年7月的一天，金先生一身酒气地被朋友送回家，她正要上前去扶，谁知金先生突然冲上来对她进行打骂，将她推倒在地，导致她脚踝受伤。她不满丈夫的暴力行径，起诉要求离婚。金先生不同意离婚，称自己与李女士感情一直很好，两人经自由恋爱结合，虽然都是再婚，但是感情基础牢固，生活中几乎没有什么矛盾，与继子女的关系也很融洽。他承认酒后打骂妻子，但称是喝醉酒控制不了自己的行为，在无意识的情况下发生的，他已经认识到错误，并表示以后绝不再饮酒，希望获得李女士的原谅。

法庭认为，金先生与李女士感情基础牢固，虽然金先生醉酒后的行为给李女士造成伤害，但金先生已深刻认识到错误，愿意戒酒。双方感情未到破裂的程度，应再给金先生一次机会，故判决驳回李女士的诉讼请求。

## 为回迁房写谁名字闹出走 丈夫无奈起诉离婚被驳回

2014年9月5日 江苏法院网 刘志坚 许冬梅

夫妻本是同林鸟，但在涉及到拆迁利益的面前，妻子却毫不示弱，要求丈夫将婆婆所有的拆迁回迁房登记在小两口名下，遭到丈夫拒绝后，带着小孩和家中财物出走不归，丈夫无奈起诉离婚。近日，盐城市盐都区人民法院审结了该起离婚案件，依法不准予原告陆某与被告徐某离婚。

2010年3月26日，陆某与徐某登记结婚，次年10月婚生一女孩。双方婚初夫妻感情尚可，近年来，双方常因



生活琐事发生争吵。原告诉称，2012年，徐某多次要求原告将原告父母所有的一套拆迁回迁房登记在原、被告名下，原告拒绝后，徐某时常借此制造矛盾。同年8月，徐某在未告知原告陆某的情况下，将小孩带走，并带走了家中的黄金首饰、电视机，原告及其家人曾多次劝徐某回家，徐某均予以拒绝。为此，原告以其与徐某间的夫妻感情已完全破裂为由，起诉要求与徐某离婚。

法院审理认为，原、被告系合法婚姻关系。夫妻间应当互相尊重，互相帮助，维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系。原、被告婚初夫妻感情尚可，后双方虽为生活琐事发生了矛盾，但只要夫妻间多加沟通，珍惜以往的夫妻感情，以家庭、小孩利益为重，双方和好是有可能的，究其夫妻感情尚未破裂，故原告要求离婚的请求，理由不充分。据此，遂作出上述判决。

### 邵阳北塔法院审结一例宣告失踪人离婚案

2014年9月3日 潇湘晨报 王蓓

妻子五年时间下落不明，男子起诉离婚，9月1日，邵阳市北塔区人民法院依法审结原告刘某甲与被告刘某乙离婚纠纷一案，被告刘某乙于2013年11月25日被法院宣告失踪，此案是邵阳北塔区人民法院审结的首例宣告失踪人离婚案。

妻子6年时间下落不明，男子起诉离婚，9月1日，邵阳市北塔区人民法院依法审结原告刘某甲与被告刘某乙离婚纠纷一案，被告刘某乙于2013年11月25日被法院宣告失踪，此案是邵阳北塔区人民法院审结的首例宣告失踪人离婚案。

原告刘某甲(男)与被告刘某乙(女)2006年1月在邵阳市北塔区民政局登记结婚，育有一女。婚后，刘某甲曾远赴广东省深圳市务工，而刘某乙则在邵阳的家中照看女儿。2008年10月6日，刘某乙从夫妻二人租住的深圳市某科技园的房子出走，至今下落不明，从未与家中亲友联系。2013年11月25日，经刘某甲申请，刘某乙被邵阳市北塔区人民法院依法宣告失踪。今年5月，刘某甲向法院起诉离婚，法院经公告送达程序后，依法对该案进行了缺席审理。

法院经审理后认为，被告刘某乙自2008年10月6日离家外出后，近6年时间未与原告及其家人联系，没有履行任何夫妻间应尽的义务，导致夫妻感情破裂，且于2013年11月25日依法被法院宣告失踪，依据相关法律规定，准予原告刘某甲与被告刘某乙离婚。此外，法院还就本案的子女抚养及夫妻共同财产的分割等问题，一并作出了处理。

潇湘晨报邵阳9月1日讯 通讯员王蓓

### 结婚两年还是处女 女子起诉离婚

2014年9月18日 潇湘晨报 贺力平

结婚快两年了，女子刘某到法院起诉要求离婚，原因是丈夫房事不行，致使她结婚两年还是处女身。9月17日，邵阳市双清区人民法院审结此案，一审判决准许刘某和丈夫李某离婚。

2011年11月，两人经人介绍相识，漂亮的刘某与高大帅气的李某两情相悦。婚前，两人也曾在一起生活过，但考虑到没领结婚证，一直没有突破底线。2012年9月，结婚酒宴之后，本是洞房花烛夜，李某却只顾呼呼大睡。一连几天，李某都是这样。没过半月，李某就说要到外地打工，之后刘某也来到李某工作的城市，但李某仍旧如故，经再三询问，他才将自己的病情如实告知刘某。

经过一年多的治疗，李某的病情并无好转，两人多次发生争吵，继而分居。刘某为了“性福”和实现做母亲的权利，决心提出离婚。她随后到中南大学湘雅二医院司法鉴定中心做了鉴定，证明处女膜无破裂。

法院审理认为，婚后被告的生理缺陷难以治愈，女方至今还是处女，且在共同生活中双方经常争吵，两人之间的夫妻关系应以解除为宜，遂作出上述判决。

潇湘晨报通讯员 贺力平

### 玩假离婚变真离婚 法院判决财产必须分割

2014年5月27日 广州日报 徐一斐

因妻子欠下巨额赌债，夫妻二人签订离婚协议。之后，一方却以“假离婚”为由，拒绝履行财产分割协议——近日，增城市法院对该案作出一审判决，认定离婚协议有效。

法院审理查明，阿东与阿红原为夫妻，因阿红赌博，欠下他人巨额借款，双方于2011年3月23日签订了《离婚协议书》，并于当日到增城市民政部门自愿办理了离婚。双方约定，坐落于增城某小区的两套由二人共同购买的房子归阿东所有。这之后，阿红却不配合其办理产权过户手续，阿东诉至法院。

庭审中，阿东主张，因妻子染上恶习，屡劝不改，双方这才离婚。

阿红则情绪激动，声称当初是“假离婚”，并称双方都有参与赌博，因为阿东是有单位的，怕影响，就假离婚，全部债务由阿红来承担，房产都归阿东。但在举证期限内，阿红没有向法院提供相关事实依据以证明其主张。

法院认为，阿东、阿红自愿办理离婚，其离婚时签订的《离婚协议书》是双方在平等、自愿的基础上协商签订的，并无违反国家有关政策法律的规定，为合法有效的协议。于是判决阿红协助阿东办理产权过户手续。

法官提醒，一般而言，债务产生于婚姻关系存续期间，用于共同生活，属于夫妻共同债务。虽然双方当事人离婚时对债务的处理进行了约定，但该约定只能约束双方当事人，不能对抗第三人（债权人）。债权人（合法之债）

行使债权时仍可以对夫妻双方主张债权。但是，若夫妻一方能够证明“债权人与债务人明确约定为个人债务”或者“债权人明知夫妻对婚姻关系存续期间所得财产约定归各自所有的”，应当认定为个人债务，债权人不能对夫妻双方主张债权。（记者徐一斐 通讯员申彬）

### 余姚夫妻加拿大离婚 回国后是不是夫妻还得法院定

2014年09月03日 浙江在线 陈文铮

中国国籍的男女双方在国内办理离婚手续，离婚后分割财产是符合法律规定的，但如果他们在国外离婚并进行财产分割，那么这份离婚协议还是否有效呢？昨天，余姚法院对这样一起国外离婚案判决让我们长了不少知识。

□通讯员陈文铮记者华微珍

一桩离婚案

在加拿大办理离婚手续

在国内未被承认

俞先生和王女士原本是夫妻，两人都是余姚人。

俞先生经营一家电器公司，夫妻二人均持有加拿大绿卡。近些年生意越来越难做，2012年5月，因资金周转困难，俞先生向马某借款50万元，约定一周后归还。可过了还款期，马某几经催讨，都不见俞先生还款。

2013年3月，马某向余姚法院提起诉讼，要求俞先生归还借款，法院最终判决俞先生还款。今年6月，马某向余姚法院申请强制执行。

余姚法院受理此案后，立即对俞先生个人财产进行查控，并且查封了他名下的一套房产。根据浙江省高院相关规定，法院可对被执行人配偶的银行存款进行划扣。余姚法院法官在向民政部门核实俞先生婚姻存续关系后，又对被执行人俞先生妻子王女士的银行账户实施了“点对点”查控，发现王女士账户有8.8万元存款，法官划扣银行存款。

令法官意外的是，7月25日，王女士的代理律师向余姚法院提出执行异议，律师称王女士和俞先生在2013年2月由加拿大卑诗省高级法院判决离婚，双方还在离婚协议中对双方婚姻存续期间的共同财产进行了分割：夫妻双方共有的一套房产归王女士所有，王女士和俞先生对各自名下的债务各自承担清偿责任。律师指出，余姚法院划扣的银行存款属于王女士离婚后个人财产，法院查处的房产正是两人在离婚协议中约定的归王女士一人所有的财产，因此法院无权对这笔存款和房产进行处置。

为何这么判？

国外离婚判决书经过裁定承认才有效

离婚协议不承认

办案法官说：王女士与俞先生的离婚判决书虽然在加拿大具有法律效力，但要在中国获得法律效力，当事人还必须携带相关判决书向我国中级人民法院申请承认外国法院的离婚判决，而中级人民法院承认的仅仅包含判决中的人身关系，即认定王女士和俞先生离婚的事实。

对王女士提出的8.8万元存款非夫妻存续期间财产，王女士需到宁波市中级人民法院申请承认离婚判决，经中级人民法院裁定承认其法律效力后，即可认定该笔存款属于王女士个人财产。本案中涉及的另一项财产也就是一套房产，虽然在加拿大的离婚判决中双方约定了该套房屋归王女士所有，但是这项涉及财产的约定在我国是没有效力的，所以余姚法院仍可依照我国相关法律规定对该套房屋进行拍卖处置。但是对于国外判决的离婚财产分割问题，要得到中国法律的承认，俞先生和王女士只有向余姚法院另行起诉进行财产分割才具法律效力。

对案件中的一些疑问，法官最后给予解答：

俞先生和王女士是中国国籍，能在国外办理离婚手续吗？

夫妻俩虽是中国国籍，但持有加拿大绿卡，因此根据《国际法》相关规定，可以在加拿大办理离婚手续。

夫妻俩的加拿大的离婚判决书在中国是否有法律效力？

在人身关系方面，根据《外交部司法部民政部关于驻外使领馆就中国公民申请人民法院承认外国法院离婚判决事进行公证、认证的有关规定》第一条规定，婚姻当事人一方为中国公民的，外国法院的离婚判决书在国内使用，须经国内中级人民法院对该判决裁定承认后，才能为当事人出具以该外国法院离婚判决为准的婚姻状况公证。

离婚判决书中财产约定的王女士的那部分能不能拿回来？

在财产关系方面，根据最高人民法院1991年发布的《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》相关规定：外国法院离婚判决中的夫妻财产分割、生活费负担、子女抚养方面判决的承认执行，不适用本规定。也就是说，国外离婚判决中关于财产的相关判决，在我国是得不到法律承认的。

## （二）婚姻无效撤销案例

### 妻以血缘关系为由解除婚姻

2014年9月1日 河池日报 卢学知 韦佩琼 莫安娜

摘要提示：一对夫妻因生活琐事发生矛盾，妻子以双方系三代以内旁系血亲关系为由向法院申请宣告婚姻无效。近日，环江毛南族自治县人民法院审理该案，认为两人结婚并不属于法律禁止结婚的情形，驳回原告诉讼请求。同...

一对夫妻因生活琐事发生矛盾，妻子以双方系三代以内旁系血亲关系为由向法院申请宣告婚姻无效。近日，环江毛南族自治县人民法院审理该案，认为两人结婚并不属于法律禁止结婚的情形，驳回原告诉讼请求。

同住大安乡的女子刘某与男子刘某系同一家族亲戚，两人长大后自由恋爱，2008年登记结婚。次年，其子出生。婚后家庭琐事增加，两人关系逐渐恶化。刘某便以双方系三代以内旁系血亲关系，登记结婚违反法律规定为由向法院申请宣告婚姻无效。

该县法院受理此案后，查明原、被告的曾祖父为同一人。按照我国婚姻法，三代以内旁系血亲是指在血缘上和自己同出于三代以内的亲属。这里的三代是从自己开始计算为一代的三代。原、被告之间是四代以内的关系，两人结婚不属于法律禁止结婚的情形。刘某向法院的申请没有事实依据和法律依据。

法官向刘某释明法律规定后，刘某却仍坚持诉讼请求，法院遂作出驳回其诉讼请求的判决。（卢学知 韦佩琼 莫安娜）

### 小三告老公与她人重婚 自己的婚姻反被判无效

2014年9月3日 羊城晚报 赵晓楠

羊城晚报记者凌越？ 通讯员赵晓楠

年轻漂亮女子张某认识收入不菲的中年男子李某，不顾李某已婚，以腹中胎儿作要挟，要求与李某结婚。待李某成功“上位”后发现，婚后丈夫仍然风流成性，和多名女子保持不正当关系，其中一名女子竟怀有身孕。

不甘心的张某到广州某区法院告丈夫与她人重婚，并要求分割房产。而李某因忍受不了张某婚后无理取闹，以婚姻关系破裂为由向从化市法院起诉与张某离婚。

令张某没想到的是，自己的婚姻被从化市法院证实无效，最终落得一场空。

小三以胎儿博上位

2006年，年轻女子张某经人介绍认识了比自己大13岁的中年男子李某。李某工资收入不菲，在广州还有几处房产，为人幽默风趣、慷慨大方。经过一段时间相处，双方互有好感。一次偶然，张某得知李某已婚，但因贪图物质享受，仍与李某保持联系。

原来，李某在来广州打拼之前已在湖南老家娶妻生子。原本打算将妻子和儿子的户口转入广州后，便将他们接过来一起居住。谁知中途认识了张某，一切从此改变。

2007年8月，张某怀孕，她以腹中胎儿作要挟，要求与李某结婚。李某不同意，张某扬言要将双方的事情公之于众。李某无奈，便到湖南省某法院起诉与妻子离婚。2008年3月4日，在法院离婚判决生效之前，李某迫于张某压力，与张某登记结婚。

岂知老公人外有人

张某与李某婚后初期，双方感情较好。然而，随着孩子的出生，李某对张某逐渐冷淡，且经常夜不归宿，双方常因生活琐事发生争吵。不久，张某发现李某手机里有暧昧短信。经调查发现，李某背着张某与程姓、刘姓两名女子有不正当关系，且刘姓女子已怀孕3个多月。

张某气愤之余，一纸刑事诉状将李某告上广州某区法院，指控李某与刘某重婚。而李某也因为受不了张某婚后无理取闹，干涉自己自由，以婚姻关系破裂为由，向从化市法院起诉与张某离婚。

【小标题】小三婚姻被判无效

从化市法院在审理过程中发现，李某在与前妻婚姻关系尚未解除时，又与张某登记结婚，存在重婚事实，李某与张某的婚姻可能是无效婚姻。而一旦查证李某与张某婚姻无效，则李某指控李某与刘某重婚的罪名便不成立。从化市法院遂告广州某区法院暂停李某刑事重婚案件的审理，待从化市法院民事判决后再恢复审理。

经从化市法院调取湖南某法院判决书，证实张某与李某的结婚登记日期为2008年3月4日，该日期在李某与前妻离婚判决生效之前，李某显然存在与李某的重婚事实。因此，法院根据《中华人民共和国婚姻法》第十条规定，宣告张某与李某婚姻无效。

庭审中，张某要求分割共同居住的房屋。经法院查实，张某所谓共同居住的房屋，其实是李某在与张某登记结婚之前的个人财产，不属于共同财产，不能予以分割。法院依法驳回了张某的诉求。

法官分析，张某意图通过刑事自诉惩治李某婚姻出轨，欲在民事诉讼中获取财产份额，但却因自身婚姻无效而意愿落空，令人唏嘘。编辑：王燕子

（原标题：小三告老公与她人重婚 自己的婚姻反被判无效）

### 无民事行为能力人登记离婚的，是否可撤销离婚登记

2014年9月21日 南京市中级人民法院

【裁判摘要】

无民事行为能力人或者限制民事行为能力人登记离婚的，在双方当事人均未再婚的情况下，一方可以申请人民法院依法撤销离婚登记。

【基本案情】

原告肖某（女，35岁）与马某某（男，41岁）于2003年10月13日办理结婚登记，后生育一子。肖某于2004

年9月在江西省某精神病院住院一个多月，被诊断为精神分裂症。2012年8月30日入住原高淳县精神病防治院，同年10月22日出院，被诊断为精神分裂症（未定型）。

2013年2月4日，肖某与马某某携带户口簿、身份证等材料到被告南京市高淳区民政局办理离婚登记。婚姻登记员经审查，向双方发送了《离婚登记告知书》，由马某某代肖某填写了《申请离婚登记声明书》及《离婚协议书》，肖某按指印后，被告即作出了符合离婚条件准予登记的《离婚登记审查表》，并于当日颁发了离婚证。

2013年3月，肖某向南京市高淳区人民法院提起诉讼，认为其在办理离婚登记手续时，不具有民事行为能力。民政局在办理离婚登记手续时疏于审查，请求法院撤销原告与第三人马某某的离婚登记。经南京脑科医院司法鉴定所鉴定：肖某患精神分裂症，2013年2月4日的离婚行为非其真实意思表示，无民事行为能力。

另查明，原告肖某与第三人马某某均未另行登记结婚。

#### 【法院裁判】

南京市高淳区人民法院认为：根据《婚姻登记条例》第十条第一款“内地居民自愿离婚的，男女双方应当共同到一方当事人常住户口所在地的婚姻登记机关办理离婚登记”的规定，被告对户口在其辖区内的原告与第三人负有依法履行婚姻登记的行政职能，其作出的离婚登记的行政行为对相对人的权利义务产生了实际影响，是可诉的具体行政行为。

原告肖某与第三人马某某协议离婚时，属无民事行为能力人，被告受理原告与第三人离婚申请并为其办理离婚登记的行为违反了《婚姻登记条例》第十二条“办理离婚登记的当事人有下列情形之一的，婚姻登记机关不予受理：……（二）属于无民事行为能力人或限制民事行为能力人”的规定。第三人马某某隐瞒原告精神病史，固然应当承担一定责任，但被告婚姻登记员明知原告与第三人均有初中文化，在《离婚协议书》及《申请离婚登记声明书》没有由双方亲自签字，而是由第三人为原告代签的情况下，没有进一步对原告是否自愿离婚、是否具有完全民事行为能力进行询问和审查，违反了《婚姻登记条例》第十三条“婚姻登记机关应当对离婚登记当事人出具的证件、证明材料进行审查并询问有关情况”和《婚姻登记工作暂行规范》第四十九条第（三）项“应当询问当事人离婚意愿以及对离婚协议内容的意愿”的规定，属于违反程序规定，未尽审查义务。被告的离婚登记行为侵犯了原告的人身权和财产权。鉴于肖某与马某某均未再婚，应当依法撤销离婚登记。

综上，南京市高淳区人民法院依照《婚姻登记条例》第十二条第（二）项、《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四条第（二）项第2目、第3目的规定，判决撤销南京市高淳区民政局为肖某与马某某办理的离婚登记。

### （三）子女抚养亲子关系案例

#### 【萝法说案】变更未成年子女抚养权纠纷系列（一）

2014年8月26日 萝岗法院

70、80年代生人，在童年的时候，大概都看过一部电影《妈妈再爱我一次》，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又交给了爸爸，母子分离的悲痛场景让电影院一片哭声。其实，现实生活中，也不乏这样的情况发生，夫妻离异时，会根据双方的协商或者法院的判决由一方主要抚养孩子，但是在出现某些情形时，没有抚养权的一方则会提起变更抚养关系的诉讼，要求法院判决改由自己抚养孩子。2009年以来，萝岗法院受理了变更抚养关系纠纷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，7件撤诉。接下来的几个精选案例将展示在何种情况下，离异一方可以申请变更孩子抚养权：

父亲被强制戒毒 母亲申请变更抚养权

阿容与阿权原来是一对恩爱的夫妻，可是自从阿权染上了毒品，幸福的日子就一去不复返了。2008年，二人在法院的主持下达成了离婚协议，约定女儿由阿权抚养。因调解离婚时阿权尚在广州市第二劳动教养管理所劳教，女儿实际上由阿容与阿权的父亲轮流照顾。

阿权从戒毒所回家后，负责照看了女儿一段时间，但好景不长，没多久又复吸，根本无力再照看女儿。阿容没有想到阿权甚至有一次吸毒后神智不清，将女儿丢到了鱼塘里，幸好有乡亲及时救出才没有酿成苦果。因阿权再次吸毒，被公安机关强制戒毒二年，阿容再也不放心继续将女儿并由阿权抚养，遂提起了诉讼要求变更抚养权，法院经审理后支持了其诉求。

法官语：哺乳期后的子女，如双方因抚养问题发生争执不能达成协议时，由人民法院根据子女的权益和双方的具体情况判决。现阿权因再次吸毒被强制隔离戒毒二年，其不具备抚养小孩健康成长的基本条件，由阿容原告抚养小孩较为利于小孩的健康成长。

#### 【萝法说案】变更未成年子女抚养权纠纷系列（二）

2014年8月27日 萝岗法院

单亲妈妈欲交出非婚生子抚养权

阿凤从外省来到广州打工，经人介绍和阿良认识，在明知阿良已有妻子和两个孩子的前提下，仍然和阿良同居并为阿良生下了儿子小明。生下了孩子没有多久，阿凤和阿良就分手了，小明则一直由阿凤抚养。

期间，阿凤曾诉至法院要求阿良支付儿子小明的抚养费，经调解，双方达成协议，阿良同意一次性支付儿子小明抚养费100000元，并已实际支付了80000元。

儿子小明四岁多时候，阿凤诉至法院，要求将孩子交由阿良抚养，理由是自己是一个外省人，没有广州户口，孩子跟着自己不便于上户口及上学，另一方面，自己经济条件不好，亦不利于抚养孩子。但是，阿凤的诉求并未获支持。

法官语：阿凤与阿良在法院主持下达成的调解协议对双方具有法律效力，因而，在没有满足变更子女抚养关系条件的情况下，原双方均应执行调解书的内容。在经济上，阿良已支付了约定的大部分抚养费，阿凤亦有固定收入，应可承担小明的生活和学习费用；另一方面，阿良已有两个未成年的婚生儿子，家庭经济负担亦较重，其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。

### 【萝法说案】变更未成年子女抚养权纠纷系列（三）

2014年8月28日 萝岗法院

养育多年的女儿竟然不是亲生，父亲诉请变更抚养

阿强与阿丽在十年前因为感情不合离婚，当时约定六岁女儿欣欣由阿强抚养。阿强一直把欣欣当作掌上明珠，特别宠爱，在离婚时亦主动争取欣欣的抚养权。但是阿强心里一直有一根刺，那就是阿丽在与他结婚前就有过别的同居男友，而婚后没有多久就生下了欣欣。随着欣欣的长大，阿强心里越来越介怀，最终在欣欣16岁的时候，带着她去做了亲子鉴定，结果证明欣欣果然不是自己亲生的孩子。阿强无法接受现实，觉得精神上受到重大打击，无法平复心灵创伤，遂诉请至法院要求变更抚养权，并要求赔偿精神损失50000元。最终，法官支持了阿强要求变更抚养权的诉求，不过将精神损失调整为5000元。

法官语：阿丽与阿强结婚后仍客观上存在向阿强隐瞒欣欣非为其亲生的事实，故阿丽的行为确实对阿强带来精神上的痛苦，阿强的精神损害抚慰请求合理，但数额过高，予以调整为5000元。

### 【萝法说案】变更未成年子女抚养权纠纷系列（四）

2014年8月29日 萝岗法院

阿晴和阿斌因为感情不和，在婚后不久就协议离婚了。儿子亮亮当时还在哺乳期，但是阿晴考虑到自己的经济条件没有阿斌好，而且自己的母亲身体也不太好，没法帮忙照顾亮亮，所以在协议离婚时忍痛放弃了亮亮的抚养权，但是就探视亮亮的时间和次数都有了一些具体的约定。

为了能够改变自己的经济状况，阿晴在离婚后工作异常努力，很快就在单位获得了提升，并且购置了房产与小车。由于工作原因，阿晴错过了许多次探视亮亮的机会，再加上与阿斌之前的一些误会，阿晴发现后来自己已经没有办法再看到亮亮，亦联系不上阿斌。在走投无路的情况下，阿晴向法院申请执行探视权，同时并诉请变更亮亮的抚养权。在法院工作人员的见证下，阿晴终于成功的探视到了儿子，但其变更抚养权的申请却未获支持。

法官语：虽然双方之间因行使探望权产生争议纠纷，但此种情形并非法定的变更抚养关系的法定事由。双方离婚后，亮亮随阿斌及祖父母共同居住生活，阿斌具备抚养亮亮的条件并履行了抚养义务，目前亮亮就读于幼儿园，学习、生活状况良好，维持现有的抚养关系显然更有利于年幼的亮亮的身心健康发展，且就探望权问题亦在法院执行法官的介入下得以解决，在没有必须变更抚养关系的法定事由发生的情形下，应维护抚养关系的稳定性。

### 【萝法说案】变更未成年子女抚养权纠纷系列（五）

2014年9月1日 萝岗法院

上周，小编通过萝岗法院的几个典型案例向大家解析了何种情形下可变更孩子的抚养权。虽然在离婚的时候双方对孩子的抚养达成了协议或者法院已判明了孩子的抚养权问题，一方仍然有权提起诉讼要求变更子女抚养关系，但并非所有的请求都能得到法院支持。

只有出现以下法定事由时，法院才会支持其诉讼请求：（1）与子女共同生活的一方因患严重疾病或因伤残无力继续抚养子女的；（2）与子女共同生活的一方不尽抚养义务或有虐待子女行为，或其与子女共同生活对子女身心健康确有不利的；（3）十周岁以上未成年子女，愿随另一方生活，该方又有抚养能力的；（4）有其他正当理由需要变更的。在无法定事由出现时，为保证儿童生活环境的稳定性，以利于其身心健康，法院一般不会判决变更抚养关系。

当然，抚养权纠纷的产生都是父母离婚造成的。只有父母和睦相处、家庭美满幸福，才能从根本上给孩子一个健康良好的成长环境。

### 离婚后母亲无力抚养 改变协议约定被驳回

2014年9月5日 江苏法院网 刘志坚 许冬梅

父母离婚后，女儿随母亲生活，五年后母亲失业在家，无力承担生活开支，便以女儿名义诉至法院，要求改变当初离婚时调解协议约定的内容。近日，盐城市盐都区人民法院审理了该起抚养费纠纷，依法判决被告陈某某自2013年10月起自原告陈某某独立生活时止，凭正式票据承担原告陈某某教育、医疗费的一半，于每年6月30日、12月31日分两次结清；驳回原告陈某某的其他诉讼请求。

2000年4月13日，徐某与陈某某办理结婚登记结婚；2001年2月10日生一女孩陈某某。2008年2月20日，徐某与陈某某因感情不和协议离婚，并办理了离婚登记，双方离婚协议载明：徐某与陈某某自愿离婚；婚生女孩陈某某随徐某生活，生活费由徐某自行负担，教育费、医疗费凭据由徐某、陈某某各半负担；双方无须经济帮助；陈某某

探视陈某，徐某给予协助，双方自领取离婚证书后互不干扰。协议还对财产分割、债权、债务的负担作了约定。现陈某为要求某某给付已由徐某垫付的教育、医疗费及其以后的抚养费而诉至法院。

法院审理认为，原告的母亲与被告协议离婚时约定原告的生活费由原告的母亲自行承担，教育费、医疗费由其父母凭据各半负担，该协议是原告的母亲与被告的真实意思表示，且不违反国家法律法规的规定。原告主张的已实际发生的并由其母亲垫付的教育费、医疗费，因该费用已由原告的母亲垫付，对该费用的负担，应由原告的母亲根据其与被告的约定向被告主张权利，现原告直接向被告提出给付请求，其诉讼主体不适格，依法不予支持。关于原告要求被告一次性给付其自起诉之日起至其独立生活时止的生活费的请求，虽我国法律规定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，但协议抚养原告的原被告母亲自与被告协议离婚时起至目前，其经济与身体状况均无发生重大变化，其与被告签订离婚协议时应当预见到抚养小孩的艰辛，现其代表原告向被告作出改变离婚协议约定内容的意思表示，有悖诚信，该请求不具备法定的必要条件。据此，依法作出上述判决。

### 【第一百六十八期】#案例博报#女儿探望权发生纠纷 重庆一中院耐心调解

2014年9月5日 重庆一中法院订阅号

再审申请人李某因与前妻龚某对婚生女李某某的探望权发生纠纷，甚至一度因此与前岳父和前妻发生肢体冲突，还闹到了派出所。眼见协商无果，2012年9月，李某将前妻龚某告上法庭，称其与父母思女心切，要求法院判决龚某将女儿带至其家中相见。后法院判决李某每月去龚某处探望女儿一次，但因前妻龚某拒不配合，李某仍未实现探望权。

无奈之下，李某遂以原审判决的探望方式不当为由申诉至重庆一中院，要求本院撤销原判，改判让龚某每周将女儿带至其家中相见。在再审审查听证过程中，因李某未留下任何联系方式，承办法官多方打听，辗转找到李某父亲居住地，终将传票送达。至开庭听证时，李某因故未能到庭，遂委托其母代为听证，但李母年高耳聋，询问过程不得不采取笔纸交流的方式进行，针对李母提出的每一个问题，承办法官都一一作出耐心、细致的解答。考虑到双方的关系，以及本案所涉标的法院难于执行的问题，承办法官对双方多次作沟通、拟方案，以期促成和解。最终，在承办法官的努力下，调解圆满达成，李某如愿实现探望权。

### 【典型案例】养父女关系恶化 八旬翁起诉解除收养关系

2014年9月9日 沈阳市皇姑区人民法院 曾巧艺

中国法院网讯（曾巧艺）近日，已年逾八旬的刘大爷将自己的养女刘某诉至法院，要求法院判决解除其与刘某的收养关系，并要求刘某补偿其在收养期间花费的生活费、教育费等共计二十余万元。近日，北京市第一中级人民法院审理了此案。

刘大爷称，其与爱人于1969年在北京一家医院收养了刘某，当时刘某出生仅仅七天，夫妇二人辛苦将刘某养大成人。刘大爷的爱人于2009年因病去世，而在2010年年初，刘某就不顾刘大爷尚处于失去老伴的悲痛之中，起诉要求继承遗产份额。其后，刘大爷想把自己的财产捐给红十字会，双方发生争执。刘大爷年迈体弱，做过三次心脏搭桥手术，还患有脑梗塞。但刘某竟然对其进行殴打，险些造成生命危险。刘大爷认为自己和老伴辛苦收养刘某，而刘某却无视养育之恩，不仅不尽赡养义务，反而虐待刘大爷，双方之间的养父女关系已荡然无存，故而请求法院支持其诉讼请求。

刘某在法庭上表示，其从未殴打、虐待过刘大爷，反而是为了照顾刘大爷，其从美国搬回到北京居住。双方之间的矛盾主要在于刘大爷不当交友，而且为了交友轻易许人钱财。刘大爷现在已经年老体衰，身患疾病，需要有人照顾，因此不同意解除收养关系，也不同意补偿生活费、教育费。

经一审法院查明：刘大爷的爱人去世后，刘某曾因遗产继承纠纷于2010年诉至法院，经过法院调解，刘大爷获得两套房屋和老伴生前基金账户的所有权，同时给付了刘某65万元的折价款。一审法院认为，刘某与刘大爷之间存在矛盾，二人关系已经恶化，继续在一起生活对双方均有害无利，现一方提出解除收养关系符合有关法律规定，应予以准许。但由于刘大爷未能提出证据证明刘某对其有虐待或遗弃行为，按照法律的规定无法支持其要求赔偿生活费、教育费的诉讼请求。

判决后，刘某不服，上诉至该院，不同意解除收养关系，要求撤销一审判决，驳回原告的诉讼请求。

目前该案还在进一步审理之中。

来源：中国法院网

### 离婚后，子女可以起诉要求父母探望吗？

2014年9月12日 南京市中级人民法院

离婚后，子女可以起诉要求父母探望吗？

#### 【裁判摘要】

离婚后，不直接抚养子女的父或母一方有探望子女的权利，同样也有探望子女的义务。探望权人如怠于行使探望权，子女起诉要求探望的，人民法院应当予以支持，并根据不直接抚养方的实际情况酌定探望的次数和方式。

#### 【基本案情】

原告朱某（女，12岁）系陆某与被告朱某某的婚生女。2012年3月2日，被告朱某某与陆某在民政部门协议离婚，双方明确约定将南京市江宁区一别墅（建筑面积363.74平方米）产权人变更为陆某、朱某；陆某负责抚养朱某至18周岁，并在朱某成年之前不得擅自处置该房产中朱某的份额；据前款约定，朱某某无需再支付抚养费。离婚后，被告朱某某未支付过抚养费，也一直未探望过原告朱某。

另查明，被告朱某某现暂居北京。2012年8月10日至2012年8月16日，被告朱某某在卫生部中日友好医院住院治疗，临床诊断身患脑梗塞、高血压等7种疾病。

#### 【法院裁判】

本案的争议焦点是：1. 被告朱某某是否应当支付抚养费；2. 被告朱某某是否具有探望原告的义务。

南京市鼓楼区人民法院认为：

关于被告朱某某是否应当支付抚养费的问题。被告朱某某与陆某在协议离婚时，以别墅产权应占份额作为替代一次性支付了女儿的抚养费，应视为被告已经完成了其给付抚养费的义务，且价值明显较高，足以满足原告实际生活、学习需求，且仅过一年多，原告的生活需要并没有发生重大变化，故原告要求被告给付抚养费，无法律和事实依据，法院不予支持。

关于被告朱某某是否应当探视原告的问题。根据婚姻法的相关规定，探望权是不直接抚养方基于父母子女身份关系而派生的一种法定权利。设立探望权制度的目的，一方面是为了满足不与子女生活的父母一方对于子女的情感需要，另一方面更是为了保障子女在父母双方的关爱下健康成长，最大程度降低父母离婚对于未成年子女在情感关爱和亲情呵护上造成的影响。因此，探望权不仅仅是法律创设的权利，更是基于亲子关系所衍生的自然权利；不仅仅是父母的权利，更是子女的权利，是父母与子女共同享有的权利。

根据婚姻法规定，离婚后，父母对于子女仍有抚养和教育的权利和义务。探望子女是不仅仅是父母与子女的见面和团聚，更是父母及时了解子女生活及学习情况的过程，是父母与子女的沟通交流和精神抚慰的过程，也是让子女感受父母关爱促进自身健康成长的过程。因此，探望也应当纳入抚养和教育的范畴。

本案原告尚未成年，希望得到父亲的关爱和教诲，实属情理之中，父亲关爱和教导对于子女健康成长的作用无可替代。尽管在被告与原告母亲离婚协议中并未约定被告对原告予以探望的相关内容，但原告获得父亲的关爱和探望，乃是未成年子女理应享有的一项天然权利和法定权利，并不因离婚协议中未予约定而消失。被告自离婚后一直未探望过原告，给原告的健康成长带来了一定的不利影响。故对于原告要求被告探望的诉请，法院予以支持。根据相关法律规定，探望的时间、地点、方式从有利于子女生活、学习等因素合理确定。因本案的被告已是六十多岁的老人，身患多种疾病，平时行动不便，现长期居住在北京，要求被告经常来南京探望女儿，有诸多困难。从保护未成年人的合法权益和保护老年人的合法权益两个角度考虑，应合理确定被告探视女儿的次数及方式，目前以被告每年来宁探望女儿两次，原告每年两次由母亲陪同到北京（被告住处）由被告探望为宜。

综上，南京市鼓楼区人民法院判决：一、驳回原告朱某要求被告朱某某给付抚养费的诉讼请求。二、被告朱某某在每年五月和十月第一个星期日，到原告住所地探望原告朱某；原告在每年寒假第一个星期日和暑假第一个星期日，由母亲陆某送至被告的住处由被告探望原告；如原、被告双方更换住址，应当及时告知对方。

#### 【法官解读】

当前夫妻双方离婚后引发的对于未成年子女的抚养和探望问题成为广受关注的社会现象，该案的裁判明确了探视权具有权利和义务的双重属性，确立了当探视权人不主动探视子女时子女享有要求探视权人探望的裁判规则，在司法实践上保障了未成年子女在家庭破裂后获得不直接抚养的父母一方关爱的权利，对于未成年子女的健康成长具有积极作用。

### 浙江男子瞒着父母离婚4年死亡 前妻争夺监护权

2014年7月16日 法制日报 王春

浙江一男子瞒着父母与妻离婚4年后打工死亡获赔15万元，父母在整理遗物时才发现他们的离婚证书，现前妻上法庭与原公婆争夺12岁儿子的监护权。7月16日，案经衢江法院廿里法庭调解，双方当事人达成了调解协议。

2003年6月26日，贵州女阿琴经人介绍与浙江衢州市衢江区湖南镇某村村民阿林登记结婚，婚生一子阿康，在阿康1岁半的时候，阿琴便离家外出打工，一年难得回家几次，阿林也常在外面打工，由于儿子阿康还小无人抚养，阿林的父母便住过来帮带阿康。

阿琴与阿林夫妻难得在一起，感情出现了裂痕，双方于2011年12月8日在民政局协议离婚，约定儿子阿康归父亲阿林抚养，母亲阿琴每年支付抚养费5000元。但是阿林拿到离婚证书后并未告知父母和哥哥、妹妹他们，因阿琴常年不归，父母亲人早已习以为常，离婚后阿林与儿子阿康和父母在一起的生活照旧安然无恙。然而，天有不测风云。2014年2月23日，阿林在给一老板砍毛竹时不慎从山的悬崖边坠落死亡，老板讲好赔偿阿林的儿子及阿林的父母15万元，并先付了10万元，其中4万多元已用于阿林的安葬费用。

阿林的父母亲人悲痛之余开始整理阿林的遗物，在一箱子底下发现了阿林与阿琴的离婚证书及离婚协议书，甚至还发现了2001年10月29日阿琴与余姚市的王某在余姚市法院的离婚判决书。由于信息闭塞，身居大山里的阿林的父母家人这才真相大白，原来阿琴嫁过人离过婚，与阿林系二婚，经进一步打听，还了解到阿琴在与阿林结婚

前还有一男一女两个孩子。

从贵州嫁到湖南镇农村的女人不少，老乡很快就把阿林死亡获赔 15 万元的消息传给了阿琴。阿林入土为安不久，阿琴也来祭拜了阿林，并提出由其抚养儿子阿康和由其监护阿康应得的阿林的遗产。当然，这一建议遭到了阿林父母亲人的强烈反对，阿林的父母认为，孙子阿康从小由他们带大，至今祖孙三人相依为命已经 12 年，阿琴虽然是阿康的生母，但 12 年来，阿琴基本上都在外面，陪伴儿子可以说是千载难逢，没有尽到做母亲的责任。阿康见到母亲阿琴也非常陌生，表示不愿意跟母亲离开爷爷奶奶。

阿琴则认为她与阿康是母子，血缘关系不能割断，阿康和王家人的反对不能剥夺她履行抚养监护阿康的权利，再说，阿康的爷爷（83 岁）奶奶（77 岁）年纪已大，不宜抚养阿康。2014 年 4 月 17 日，阿琴聘请了代理人，一纸诉状将阿康的爷爷奶奶告上了衢江法院廿里法庭，要求法庭判令阿康的监护权归原告阿琴所有。

7 月 16 日，案经法庭调解，双方当事人自愿达成四项协议，即原告阿琴对阿康享有监护权；阿康由其爷爷奶奶（两被告）抚养，在两被告居住地生活；阿林的遗产 8.4 万元（存款）、已到位死亡赔偿金 5 万元归阿康继承，款项存于衢江区湖南镇信用分社，存折由阿康所在村的村委会保管至阿康年满 18 周岁，村委会监督款项使用，原告阿琴有权查询使用情况；尚未取回的死亡赔偿金 5 万元归两被告继承；原告阿琴自 2014 年 7 月起每月月底前支付阿康抚养费 500 元，款项打入指定账户，存折归村委会保管，村委会监督款项使用，原告有权查询使用情况。

（原标题：浙江男子瞒着父母离婚 4 年死亡 前妻争夺监护权）

### 少年状告父亲索要抚养费 封开法院判令父亲支付抚养费 63180.8 元

2014 年 9 月 2 日 肇庆都市 陆志锋

今年 4 月 23 日，为了争取自己多年来的抚养费，17 岁封开少年黎康一纸诉状把父亲告上法庭。近日，封开法院对这宗抚养费纠纷进行了判决，判令其父黎海承担抚养费 63180.8 元。

事情还得追溯到 1997 年，当年年初，封开市民杨丽与黎海开始交往，并在其租住的出租屋同居。当年 11 月 27 日，杨丽生下了儿子黎康。之后，杨丽与黎海共同生活，一直没有领结婚证。黎康两岁后，杨丽带其外出打工，与黎海分开。期间，杨丽母子俩曾要求黎海支付儿子的抚养费，但一直未果。直至今年 4 月 23 日，已 17 岁的黎康诉至法院，要求判令其父亲黎海一次性支付 10.8 万元作为其抚养费。“你都不是我亲生的，我为什么要给抚养费？”黎海竟然否认黎康是其亲生。

父亲的“六亲不认”让黎康觉得非常愤慨，为了证明自己的“清白”，黎康遂提出做亲子鉴定。但让人费解的是，声称“黎康不是自己亲生的”黎海却坚决不同意做亲子鉴定。

期间，法院经又审理查明，2000 年，黎海将非婚生的黎康户口办理到以其为户主的户口簿里，户口簿上注明其与黎康的关系是父子关系。黎海与另一女子陈芳结婚至今。

主审法官认为，尽管杨丽与黎海没有领结婚证，但他们在黎康出生前一年租屋同居，而且黎康的户口在黎海为户主的户口簿里。虽然黎海否认黎康是其儿子，但黎康提出亲子鉴定时，黎海拒绝做亲子鉴定。根据我国婚姻法相关规定，黎康已提供必要的证据证明其与黎海之间的亲子关系，但黎海未能提出相反证据又拒绝做亲子鉴定，可以推定黎康是黎海与杨丽的非婚生子。

对此，封开法院依法判决黎海支付抚养费 63180.8 元给黎康。

（文中事主均为化名）

#### ■法官点评

肇庆中级法院法官认为，本案属于抚养费纠纷案件。黎康是否是黎海的亲生儿子成为案件的争议焦点以及法院判决的关键依据。

那么，一方当事人拒做亲子鉴定，法院如何判定？肇庆中级法院法官表示，根据法律规定，当事人一方起诉请求确认亲子关系，并提供必要的证据予以证明，另一方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定的，人民法院可以推定请求确认亲子关系一方的主张成立。这项法规，对于保障当事人权益、法院的审判给予了明确的法律指引。一方申请鉴定，另一方当事人仍然有权拒绝。但是，在证据充分的情况下，法院依然可以依据已知的事实作出不利于拒做鉴定方的判决。

而抚养费的给付标准问题又是如何核定？肇庆中级法院法官表示，抚养费的标准，根据最高人民法院《关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》第七条“有固定收入的，抚养费一般可按其月总收入的百分之二十至三十的比例给付……无固定收入的，抚养费的数额可依据当年总收入或同行业平均收入，参照上述比例确定，有特殊情况，可适当提高或降低上述比例”的规定，由于本案黎海无固定收入，以其农业户口，2013 年广东省农业行业在岗职工平均工资为每年 19744 元计算，承担抚养费比例酌定 20%为宜，因此黎海应承担的抚养费为 63180.8 元是恰当的。（记者 陆志锋 通讯员 叶志敏）

### 【第一百六十八期】#案例博报#女儿探望权发生纠纷 重庆一中院耐心调解

2014 年 9 月 5 日 重庆一中法院订阅号

再审申请人李某因与前妻龚某对婚生女李某某的探望权发生纠纷，甚至一度因此与前岳父和前妻发生肢体冲突，还闹到了派出所。眼见协商无果，2012 年 9 月，李某将前妻龚某告上法庭，称其与父母思女心切，要求法院判



决龚某将女儿带至其家中相见。后法院判决李某每月去龚某处探望女儿一次，但因前妻龚某拒不配合，李某仍未实现探望权。

无奈之下，李某遂以原审判决的探望方式不当为由申诉至重庆一中院，要求本院撤销原判，改判让龚某每周将女儿带至其家中相见。在再审查听证过程中，因李某未留下任何联系方式，承办法官多方打听，辗转找到李某父亲居住地，终将传票送达。至开庭听证时，李某因故未能到庭，遂委托其母代为听证，但李母年高耳聋，询问过程不得不采取笔纸交流的方式进行，针对李母提出的每一个问题，承办法官都一一作出耐心、细致的解答。考虑到双方的关系，以及本案所涉标的法院难于执行的问题，承办法官对双方多次作沟通、拟方案，以期促成和解。最终，在承办法官的努力下，调解圆满达成，李某如愿实现探望权。

### 夫妻协议离婚多次变更抚养权 儿不幸患病费用仍父母共承担

2014年9月23日 许昌市中级人民法院 孟俊克

夫妻双方当初协议离婚时先是约定子女抚养权归女方，男方每月支付抚养费，后又因男方拒不支付抚养费诉至法院变更为男方抚养，几经折腾。如今，又因儿子的大项医疗费，早已劳燕凤飞的前妻前夫对簿公堂。9月15日，许昌市中级人民法院审结了这样一起抚养权纠纷案件。

李某与吕某原系夫妻关系，二人在婚姻关系存续期间于2001年12月31日生育一子名小吕，双方于2005年6月16日协议离婚。协议离婚时双方约定，小吕由李某抚养，吕某承担抚养费每月200元。2007年4月16日，李某以吕某没有给付抚养费为由诉至法院，法院于同日作出民事调解书，调解内容为：李某和吕某的婚生子小吕跟随吕某生活，李某不负担抚养费。后小吕不幸患病，身为母亲的李某为了给小吕治病支付大量医疗费，生活窘迫，再次起诉要求变更抚养权，并要求吕某支付抚养费和医疗费。

原审法院审理后，判决小吕跟随原告李某生活，被告吕某自2014年2月起于每月月底之前向原告李某支付小吕的抚养费每月350元；被告吕某向原告李某支付小吕自2005年6月至2007年4月的抚养费共计4800元。李某不服提起了上诉。

许昌市中级人民法院二审审理后认为，李某上诉称被上诉人吕某实际平均月收入3000多元，原审判决认定抚养费350元过低，并申请本院调取被上诉人的工资收入证据，经调查核实被上诉人系临时招聘人员并非西关派出所巡警大队的正式干警，其每月收入并未超过许昌市最低工资，上诉人没有提供证据证明其主张，故原审判决被上诉人每月支付350元抚养费并无不当，上诉人的该上诉理由本院不予支持。关于上诉人要求被上诉人承担儿子小吕的大项医疗费支出10000元的问题，虽然上诉人提供的部分医疗费票据不是正规发票，但从上诉人提供的小吕历年来在许昌市中心医院、许昌市人民医院、郑州大学第一附属医院和北京儿童医院等医院的正规发票来看，小吕患病就诊属实，考虑到大医院治疗费用过高、家庭经济困难且无人报销等现实问题，上诉人带儿子到治疗费用较低的私人医院治疗未索要正规发票属于生活当中普遍存在的实际情况，因此上诉人在实际抚养小吕期间累计支出了大额医疗费客观属实，被上诉人作为孩子的父亲对该项费用应当适当分担，结合本案实际情况，被上诉人承担数额酌定为6000元为宜。

综上，许昌市中级人民法院终审判决：维持原审法院判决（小吕跟随原告李某生活，被告吕某自2014年2月起于每月月底之前向原告李某支付小吕的抚养费每月350元；被告吕某向原告李某支付小吕自2005年6月至2007年4月的抚养费共计4800元），吕某向李某支付小吕的大项医疗费6000元。

### 假离婚成真离婚 男子索抚养费与前妻对簿公堂

2014年9月22日 中国法院网

中国法院网讯 两年前，王先生与李女士是一对恩爱的夫妻，孩子牛牛出生后，李女士与王先生的母亲产生了矛盾，为了缓和婆媳矛盾，李女士提出与王先生协议离婚，待婆媳矛盾缓和后再复婚，离婚协议约定牛牛由王先生抚养，后王先生与李女士在民政局领取了离婚证。现在王先生将李女士诉至法院，要求李女士给付拖欠2年的抚养费，并要求与李女士轮流抚养牛牛。近日，北京市通州区人民法院审理了此案。

王先生诉称，其与李女士离婚后，李女士没有探视过孩子，也没有给付抚养费，现在孩子患有先天疾病，发育落后，现在近三岁没有任何行为能力，现在牛牛需要经常到医院做检查和治疗，现在孩子没有能力上幼儿园，靠自己的父母照顾，现在父母年迈，无力照顾，希望李女士支付拖欠的抚养费并要求与李女士轮流抚养牛牛。

被告李女士辩称，其和王先生是假离婚，其在怀孕期间和生育孩子后，与婆婆产生了激烈的矛盾，与婆婆一起生活让自己筋疲力尽，因生育牛牛自己的身体也有了产后疾病，身体状态很差，婆媳矛盾难以缓和，自己只好与王先生协商先在民政局办理离婚手续，但仍然生活在一起，这样自己心里能够好受一些，夹在婆婆与媳妇之间的王先生同意了李女士的意见。离婚协议约定孩子由男方抚养，李女士按照支出给付孩子生活费、医疗费等费用抚养费的一半。娘家陪嫁给李女士的车归王先生使用，用于带孩子看病。自己一直在等着与王先生复婚，没想到王先生现在已经再婚了，还要求与自己轮流抚养孩子，不同意王先生的诉讼请求。

经审理查明，王先生与李女士在协议离婚时都打算复婚。离婚时，牛牛已经查出患有疾病，发育迟缓。王先生与李女士办理离婚手续后，婆媳矛盾并未缓和，李女士搬离王先生家另外租房居住，牛牛与父亲王先生一起生活。李女士在此期间曾为牛牛购买过衣服等物品放在王先生楼下的传达室，王先生下班后取回。后王先生曾向李女士主

张牛牛的抚养费，李女士提出王先生使用自己娘家陪嫁的车辆，车辆的使用费折抵孩子的抚养费，王先生拒绝，后双方矛盾激化。李女士一直没有给付王先生牛牛的任何抚养费。由于牛牛患有先天疾病，医疗费支出较多，王先生渐渐有些吃力。由于在办理离婚手续后，王先生与张女士因为抚养牛牛一事产生矛盾，双方也联系较少。2014年年初，李女士将王先生正在使用的车辆开走，拒绝交给王先生使用。王先生认为李女士违反了离婚协议的约定，也不给付孩子抚养费，提出要求轮流抚养牛牛。

通州法院经审理认为，在李女士与王先生协议离婚时经医院检查，牛牛患有先天疾病，王先生同意抚养牛牛，现在牛牛与王先生生活两年多，形成了稳定的生活环境，轮流抚养不利于牛牛的健康成长，在王先生抚养牛牛期间，李女士应当支付抚养费，法院判决驳回了王先生要求轮流抚养的请求，判决李女士支付拖欠的抚养费3万元，判决自2014年6月起，李女士承担牛牛所有生活、教育、医疗费的一半。

### 离婚时自愿不要抚养费 事后索要诉前妻被驳

2014年9月24日 中国法院网讯 严波 杨杰

中国法院网讯（严波 杨杰） 2013年5月，四川省南江县居民翁某与黄某签订离婚协议书，并在南江县民政局办理了离婚。离婚协议书约定：孩子由翁某抚养并随其生活，翁某自愿不要黄某承担抚养费。近日，翁某向南江县人民法院提起诉讼，称由于自己没有正式工作和稳定收入，请求两人的小孩应有两人共同抚养。根据相关法律规定，法院驳回了翁某的诉讼请求。

2011年6月，翁某与黄某在南江县下两镇人民政府办理结婚登记，成为夫妻。2012年1月22日，黄某生下一女儿。2013年5月，翁某与黄某签订离婚协议书，并在南江县民政局办理了离婚。离婚协议书约定：女儿由翁某抚养并随其生活，翁某自愿不要黄某承担抚养费。但翁某认为，签订离婚协议书时，女儿还差八天才满一周岁零四个月，翁某在自己没有正式工作和稳定收入的情况下，放弃黄某每月向原告支付抚养费的行为，严重侵害了女儿的合法权益，不利于女儿的健康成长，何况黄某女儿的亲生之母，具有给付女儿抚养费的法定义务。据此，要求黄某从起诉之日起至2030年1月22日止每月向女儿支付抚养费800元。

法院认为，翁某与被告黄某于2013年5月双方协商自愿离婚，并在南江县民政局办理了离婚手续，领取了离婚证书。在离婚协议书中，关于子女抚养问题双方自愿达成协议，约定翁某不要求黄某承担抚养费内容是双方自愿的，符合法律规定。协议约定后，是否可就抚养费承担问题再次提起诉讼，人民法院是否支持，要视抚养孩子一方的家庭、工作等情况是否发生重大变化而定。现翁某要求被告黄某支付其抚养费，但未提供证据证明翁某的实际需要和经济等情况与协议离婚时有明显变化，故翁某要求被告支付抚养费的请求，因证据不足，法院不予支持，驳回翁某的诉讼请求。

### 独占女儿不成 反被变更抚养关系

2014年9月24日 重庆法院网 晏万琴

（通讯员 晏万琴）“我现在愿意和妈妈一起生活，今后我还是爱爸爸，希望爸爸以后少喝酒多吃饭，把自己的身体照顾好。”听着女儿写给自己的信件，倔强的丁某当庭流下了悔恨的眼泪，他已经意识到自己即将丧失两个女儿的抚养权。

2012年11月15日，因怀疑妻子孙某有外遇，丁某同意与孙某协议离婚，并约定7岁的双胞胎女儿丁某婷与丁某莹由男方抚养。由于对女方出轨的怨恨，离婚后，丁某怂恿两个女儿与孙某断绝往来，千方百计阻挠孙某对女儿的探视。丁某平时在黔江务工，偶尔回家首要之事就是检查女儿的通话记录，只要发现女儿与孙某有电话联系，便横加指责和体罚。2014年初，孙某从外地打工回家探亲，发现两个女儿单独在高谷场上租房居住，原本活泼可爱的女儿如今羞涩内向，房屋内衣物凌乱，卫生状况甚差，头上长了不少虱子，早晚吃饭均在街边小餐馆解决。看到女儿如此不堪的生活状况，孙某下定决心要回女儿的抚养权，经与丁某多次商量无果后，孙某向法院提起了诉讼。

庭前，丁某婷与丁某莹在信件中写下了对父亲的真心话，并表达了愿意跟随母亲生活的想法，听着女儿坚决的态度，关切的语言，丁某悔不当初。

法院经审理认为，丁某婷与丁某莹均系未满九岁的未成年人，现单独在高谷场上租房居住，生活起居无人照顾，丁某因工作原因不能完全履行对女儿监护和抚养的义务，不利于子女的健康成长，遂判决丁某婷与丁某莹由孙某抚养，丁某每月支付每个子女抚养费300元，直至子女年满十八周岁止。

来源：彭水县法院

### （四）财产分割案例

#### 离婚时“夫妻公司”财产怎么分

2014年9月4日 金陵晚报 林巧芬

□通讯员朱道海

金陵晚报记者

实习生傅秀

阿斌和阿洁曾是一对恩爱夫妻，开了一家“夫妻公司”，按照公司的股份持有，丈夫阿斌占有80%的股份，妻子阿洁占有20%的股份。然而，去年阿斌和阿洁因为感情破裂走上法庭闹离婚，阿洁认为，对于这家“夫妻公司”的

财产分割，应该按照《婚姻法》的规定，属于双方的共同财产，不应该是根据所占的股份多少进行二八分，而是应该五五分。究竟要如何分割？近日，溧水区人民法院对此作出判定。

夫妻婚后开“夫妻公司”

南京市溧水区的阿斌、阿洁原是自由恋爱，1998年5月，两人登记结婚。2001年7月，股东阿斌和江某创立云宇公司，注册资金50万元，其中阿斌的认缴出资额为40万元，江某的认缴出资额为10万元。江某并未实际出资，只是挂名股东，注册资金50万元全部系阿斌、阿洁夫妻二人出资。

2008年5月20日，阿斌和阿洁作为云宇公司的两个股东签订公司章程，其中章程第十四条约定：股东阿斌的出资额40万元，出资比例为80%；股东阿洁的出资额10万元，出资比例为20%。2008年6月4日，工商管理局根据该公司申请，颁发了《公司准予变更登记通知书》，并将云宇公司原股东阿斌和江某，变更为阿斌和阿洁，其中阿斌的认缴出资额为40万元，阿洁的认缴出资额为10万元。

至此，云宇公司成了名副其实的“夫妻公司”。

离婚时公司财产怎么分？

不过，2012年9月，双方因为感情破裂，阿斌向法院起诉要求离婚，同时对公司财产进行分割处理。阿斌认为，该公司有明确的公司章程，应该按照公司章程双方二八分。

然而，阿洁认为，夫妻关系存续期间，夫妻双方所得的工资、奖金、生产经营收益属于夫妻共同财产，夫妻双方对共同财产享有同等权利。“云宇公司成立于婚姻关系存续期间，该公司是夫妻共同财产。公司章程适用范围仅限于公司法，不能依公司章程改变婚姻法关于夫妻共同财产的权利规定。法院不能将公司章程中公司股份的比例理解为我们夫妻关系存续期间的分配协议，请求判决为阿斌和我各持有公司50%的股份。”阿洁在法庭上说。

法院经审理认为，阿斌要求离婚，阿洁同意离婚，夫妻感情确已破裂，对阿斌的离婚诉讼请求应予准许。对于阿斌、阿洁争议的公司股权份额问题，法院认为，云宇公司成立于阿斌、阿洁婚姻关系存续期间，该公司的财产确实应属于夫妻共同财产。

判定按公司章程分割财产

“但由于阿斌、阿洁在公司章程中约定，阿斌的出资比例占80%，阿洁的出资比例占20%，即阿斌享有公司80%的股权份额，阿洁享有公司20%的股权份额。双方离婚分割财产时，可以将双方在公司登记中载明的出资比例作为划分财产所有权份额的依据。因此，阿洁请求分割云宇公司50%的股权份额，理由不充分，法院不予支持。”法院工作人员说，因此法院判决，解除阿斌与阿洁的婚姻关系；云宇公司的股份由阿斌占80%，阿洁占20%。（文中名字均系化名）

### 三明一丈夫遗物现婚外情 原配怒告“小三”讨百万财产

2014年9月10日 海峡都市报 涂明

核心提示：魏女士联系到张某，张某承认与王某存在婚外情。

三明一名男子因病去世，其妻在整理丈夫遗物时，发现丈夫有“小三”，通过查询丈夫银行交易明细，发现七八年间，丈夫直接向“小三”及其亲属的户头汇款近百万元。女子怒将“小三”告上法庭，近日三明梅列区法院审理此案。

2014年年初，魏女士的丈夫王某因病死亡。魏女士在整理遗物时，发现王某早在2007年起就与一名张姓女子保持不正当关系。随后，魏女士联系到张某，张某承认与王某存在婚外情。

魏女士还发现从2007年至2014年，丈夫往张某银行账户陆续汇了56万余元，此外还给张某的儿子及兄长的银行账户汇入大量钱财，合计近百万元。

丈夫过世竟牵扯出婚外情，魏女士又气又悲。魏女士认为，在婚姻关系存续期间，王某私自把钱花在“小三”身上，严重侵犯了她为夫妻财产共有人的合法权益，遂将张某告上法庭，请求法院判令张某返还不当得利的90余万元。

张某辩称，王某是自愿赠予钱财，她没有能力识别王某赠予的款项是其私有还是夫妻二人共有，因此在接受赠予后，这笔款项理应属于她。目前，法庭尚未宣判此案。

解析：“婚外情赠予”无效

法律界人士指出，根据婚姻法的规定，夫妻在婚姻存续期间所获财产，除有特殊规定外，为夫妻共同财产。夫妻一方擅自处分夫妻共同财产的行为，应为无效行为。赠予第三人的款项多属大额，甚至送房送车，这都超出了日常生活需要，因此不属于夫妻一方能自由处分的范围。

夫妻一方在已有配偶的情况下与第三者同居，违反了婚姻法的禁止性规定，这种同居关系不受法律保护，婚外情人之间的赠予行为应当认定无效。（海都记者 涂明 通讯员 吉文珺）

### 女子出轨离婚 还想独占家产

2014年9月15日 南方都市报 韩成良

一家三口其乐融融地生活了几年，丈夫王先生才发现儿子不是自己亲生的，且妻子一直有婚外情。

南都讯 记者韩成良 通讯员黎谢荣 一家三口其乐融融地生活了几年，丈夫王先生才发现儿子不是自己亲生的，且妻子一直有婚外情。王先生起诉离婚分得一半家产，但妻子不但不给钱，还骗他写下一张 25 万元的“收条”，想独占全部家产。经过漫长的诉讼，日前东莞中院裁定该“收条”不能免除妻子的债务，要求她必须分割一半家产给王先生。

判决生效后，李女士一直没有分割财产给王先生，王先生表明想自己买下两人共有房产。李女士骗他先写下一张 25 万元的“收条”，表明他已收到李女士 25 万元钱，之后再谈买房的事。写下收条后李女士依旧占着房产不放。无奈之下，王先生向法院申请强制执行。此时，李女士却向东莞中院提出复议，称王先生已出具了收到她 25 万元的“收条”，虽然没实际给钱，但收条已说明双方债务两清。

东莞中院认为，王先生写下收条，但中间并没有实际支付钱财，且王先生没在收条上注明“放弃 25 万元债权”，因此单凭这张收条不能免除李女士的债务，最终法院裁定，李女士必须支付 25 万元财产给王先生。

### 男子写忠诚保证后仍出轨 妻子要求男方净身出户

2014 年 9 月 27 日 大河网-大河报 韩景玮

阅读提示|一对经营金店的夫妻经多年打拼，家财超千万。丈夫则背着妻子有了“第三者”，并生下俩孩子。为挽留家庭，丈夫给妻子写保证称：不和第三者再来往，否则家产全归女方。没想到丈夫再次出轨。妻子将丈夫起诉到法院，要求离婚的同时，请求法院判令丈夫净身出户。目前此案仍在审理阶段。

事件原委：男子给妻子写忠诚保证后仍出轨

原告马女士称，她和华某 1993 年 9 月结婚。1997 年，马向亲友借钱，和丈夫一起经营金银珠宝生意。因忙于生意，他们一直未生育子女。后来生意越做越大，仅在南阳就有 14 家分店，形成知名品牌。此时他们的婚姻出现危机。丈夫背着她，和公司的销售员唐某私通，并生下俩女儿。丈夫还给唐某在南阳买了多处房产。

马知道情况后，多次劝丈夫回心转意。为表示悔改，丈夫给马写保证书称：保证以后不再和唐某来往。如再来往，一切资产归妻子。

但此后丈夫背着她继续和唐某来往。2009 年 3 月，丈夫背着她，投资 1000 万元，在深圳开设珠宝专柜。2010 年，华某及其情人唐某因重婚罪先后被判刑。

由于感情彻底破裂，马女士提出离婚请求。要求法院解除她和华某之间的婚姻关系。并要求判令全部夫妻共有财产 1000 万元归女方所有。判令男方向女方赔偿精神损失费 10 万元。

法院判决：保证书有效，夫妻大部分财产归女方

南阳宛城法院审理认为，在原被告婚姻存续期间，被告与唐某以夫妻名义共同生活，已构成重婚罪，严重伤害了原告的感情。

被告向原告出具的保证书，不违反法律和社会公共利益，该行为从成立起，就具有法律约束力。被告写保证书后，仍与唐来往，其应按保证书约定，原被告共同财产应归女方所有。原告为无过错方。但考虑到财产全归女方，会造成被告生活困难，原告应当给予被告适当帮助，2011 年 1 月 28 日，该院判令两人离婚，夫妻共同财产包括位于镇平县的两个商铺、位于南阳和深圳的 4 套房，及公司 60% 的股权判给马女士所有，对另外 40% 股权及财产因有争议另行起诉。被告获一辆汽车、两套房产。另判华某给马女士 5 万元精神抚慰金。

法院再审：只判离婚财产另分割，女方不服已上诉

一审判决生效后，男方以对财产分割有异议为由，向法院提起再审请求，但马女士没接到通知，也未到庭参加诉讼。宛城法院以合法传唤未到庭为由，作出马女士自动撤诉的裁定。马感到诧异，就向南阳中院申请复议，南阳中院审理后认为，该案已审理完毕，宛城法院提起再审的程序有瑕疵，其以合法传唤未到庭为由，裁定马自动撤诉处理不当，应再审纠正。

去年年底，宛城法院再次审理此案。而马女士认为，该案已审判完毕，无需再审，并中途退庭，现场只有被告答辩。被告请求法院先判解除原被告婚姻关系，夫妻财产另案处理。今年 8 月 26 日，宛城法院向马女士送达再审判决，该判决准许马女士和被告离婚。被告华某赔偿马女士 5 万元精神抚慰金，原被告财产另案分割。马女士不服该判决结果，认为一审判决已将其婚姻财产分割清楚，且已生效，再审判决认定事实不清。马女士遂提出上诉。南阳市中级法院将择日开庭审理此案。

□记者韩景玮实习生邵婉云

## (五) 损害赔偿案例

### 婚姻存续期间遭家暴 离婚后诉赔偿获法院支持

2014 年 9 月 4 日 中国法院网 付建国

中国法院网讯（付建国） 婚姻关系存续期间，夫妻一方实施家庭暴力，致使另一方受伤，离婚时或离婚后能否获得赔偿？是否果真如民间习俗夫妻打架打了也白打？2014 年 9 月 4 日，黑龙江省大庆市高新区人民法院对这起婚姻期间家暴引发赔偿案进行了公开宣判，判决被告李某于赔偿原告康某医疗费、伙食补助费、误工费共计 7333.5 元，驳回原告康某的其他诉讼请求。

原告康某（女）与被告金某（男）2012 年 3 月份登记结婚。婚后双方缺点逐渐暴露出来，被告金某大男子主义

凸显，并从2013年1月起经常殴打原告，并于同年11月24日，再次殴打被告，康某被打后便跑回了娘家。当晚10时许，被告又跑到岳母家对原告继续殴打。岳母当即报警，公安机关对其作出行政拘留五日的处罚决定。事后原告在市医院住院治疗21天，其伤情经诊断为头外伤、身上多处软组织挫伤，为此原告花费医疗费10969.75元。康复后，原告康某坚决要求离婚，并于同年年4月经法院调解离婚。

离婚后，双方就被伤害赔偿事宜无法达成协议，故原告诉至法院，要求被告赔偿原告医疗费10969.75元、误工费798.5元、伙食补助费1050元，合计12818.25元。

在诉讼中，被告辩称，打架时双方处于夫妻关系存续期间，当时原告也负有一定的过错，不应承担赔偿责任，故应判决驳回原告的诉讼请求。

经法院审理后认为，公民的身体健康权受法律保护。被告将原告殴打，其违法事实经公安机关生效行政处罚决定书予以认定，被告的行为侵害了原告的身体权，应对其侵权行为给原告造成的合理损失承担赔偿责任。原告医疗费10969.75元，被告应当予以赔偿；原告主张伙食补助费1050元，合理合法，予以支持；原告主张误工费798.5元，其提交误工损失证明足以证实其实际的误工损失，故对该项诉求予以支持。因本案侵权事实及住院费用均发生在婚姻关系存续期间，故原告花费的医疗费用应属夫妻共同财产支出，对此被告应赔偿一半，即5485元，原告虽主张住院费是向亲属借的，但未能提交证据予以证实，故对此不予采信。鉴于上述情况，故法院作出支持原告部分请求的上述判决。

## （六）扶养赡养案例

### 父女公堂相见两相厌 法院判决女儿需赡养父亲

2014年9月6日 沈阳市皇姑区人民法院

都说女儿是父母的小棉袄，父母都不愿意将女儿嫁的远，秦大爷就是这样想的，便将女儿嫁给邻居，但是因为一件小事，两家却互不来往。秦大爷便“狠”下心，两次将女儿诉至法院，要求女儿赡养自己。日前，安徽省泾县人民法院对该起赡养纠纷案件作出判决，秦芳每月支付秦大爷赡养费210元，并承担一半秦大爷今后因病发生的医药费。

秦大爷夫妇生育了一儿一女，因为妻子去世的早，他含辛茹苦独自将儿女养大，现在两人都已经成家立业。秦大爷和儿子秦阳一起生活，女儿秦芳因为嫁于本村，与父亲相距很近。2013年1月份，秦大爷与秦芳的婆婆产生冲突，双方在秦芳家发生争吵，秦芳的婆婆在争吵中摔倒后骨折。两家人自此再没来往。2013年10月，秦大爷将秦芳诉至法院，经调解，秦大爷每隔一个月在女儿家生活。但由于秦芳长期在外务工不在家居住，秦大爷认为自己不适宜与女婿和亲家一起生活，便再次起诉要求秦芳每月给付赡养费800元，并承担自己一半的医疗费。

法院审理认为，秦大爷年老体弱，丧失劳动能力，又无其他生活来源，要求子女履行赡养义务，符合法律规定。秦大爷因与女儿的婆家人发生过冲突，女儿也常年不在家，勉强生活在一起的确不利于享有晚年幸福生活。关于秦大爷要求女儿承担一半医疗费费的诉请，与上一次调解书确定的内容一致，符合法律规定。遂综合考虑秦芳的具体情况，结合本地生活水平判决如上。

来源：中国法院网泾县频道

### 父子签订断绝关系协议被判无效 子女须尽赡养义务

2014年9月18日 新华网 谭畅

记者18日从湖南省津市法院获悉，该院近日审理一起父子协议断绝关系引发的赡养纠纷案。法官判定血缘关系不能凭一纸协议了断，子女不得以此为由拒绝赡养父亲。

据介绍，原告刘某年近70岁，有两个儿子和一个女儿。刘某年轻时与妻子感情不和，于1980年离婚。刘某离婚后长期外出务工，三子女由母亲抚养成年。这导致刘某与三子女产生矛盾，4人因此签署了一份“断绝父子关系协议”。协议注明，双方断绝关系，刘某的生活不用子女负责。最近，由于刘某没有收入来源，加之体弱多病，便一纸诉状将子女告上法庭要求支付赡养费。

法院审理认为，子女赡养父母是法律规定的义务。在父母年老生活困难、无劳动能力的情况下，凡有赡养能力的子女，都应当在经济上提供必要的帮助，担负一定的赡养费用。

法院判定，本案中刘某虽与子女签订了“断绝父子关系协议”，但这一协议没有法律依据，是无效协议。刘某与儿子之间的父子血缘关系并不因协议而解除，作为子女当然有赡养父母的义务。刘某完全有权利要求子女尽赡养义务。

### 儿子贩毒被判无期徒刑并没收财产母亲起诉毒贩儿子索要赡养费

#### 法院：赡养费给付优先于刑事财产刑

2014年9月25日 法制日报 邓新健

□本报通讯员李志金张房耿

吸毒儿子因以贩养吸终审被判无期徒刑，母亲因治病缺钱将被判刑的儿子告上法庭。这起特殊的赡养纠纷发生在去年9月。记者了解到，在这起案件中，贩毒的被告人除了被判无期徒刑，还被处没收全部财产。对于已经生效的刑事判决，老母亲的民事诉讼能否获得法律的支持？

今天,广东省中山市中级人民法院通报了此案的终审判决,法院认定赡养费给付优先于刑事财产刑,62岁的吴金娥(化名)获判12万余元赡养费。

#### 一审驳回赡养诉求

吴金娥今年62岁,与前夫黄某生育了女儿黄小娟、儿子黄某涛。1976年,吴金娥与前夫黄某离婚,女儿黄小娟由前夫抚养,儿子黄某涛由吴金娥抚养。1992年,吴金娥带着儿子再婚,与带着两个儿子的吴某重新组建了家庭。

早年间,吴金娥的儿子黄某涛染上了毒品。2011年9月,黄某涛因长期吸毒、以贩养吸被捕。儿子被抓后,吴金娥又在2012年年底患病入院,被诊断脑梗塞、高血压病3级。

2013年1月,中山市中级人民法院一审认定黄某涛犯贩卖毒品罪,判处有期徒刑,剥夺政治权利终身,并处没收个人全部财产。黄某涛不服上诉至广东省高级人民法院,后被驳回。

吴金娥因医治缺钱,于2013年9月向中山市第一中级人民法院提起诉讼,她认为儿子黄某涛不履行赡养义务,索要赡养费50万元。中山市第一中级人民法院审理认为:黄某涛确实对吴金娥有赡养义务,但他因犯罪被判处有期徒刑,被剥夺政治权利终身,并处没收个人全部财产。黄某涛正在服刑,不具有赡养能力。吴金娥如生活确有困难,可向另外的赡养人或扶养人主张权利予以解决。法院一审驳回了吴金娥的诉求。

#### 二审获判12万元

吴金娥随后向中山市中级人民法院提起上诉。

“儿子虽然因犯罪被判处有期徒刑并处没收个人全部财产,但他的赡养义务并不能因此而终止。儿子应支付的赡养费,可从还没有被执行没收的财产中扣除。”吴金娥称,她已年过六旬,体弱多病生活困难,退休工资不足以支付基本生活费用以及医疗费。

中山市中级人民法院经审理认为,吴金娥虽有退休金,但她患有脑梗塞、颈椎病、高血压3级等高危疾病,需要继续治疗。因此,她向子女追讨赡养费系出于实际需要,合法有据。从法律上看,吴金娥的女儿小娟、继子阿明、阿文与黄某涛4人负有共同赡养吴金娥的法定义务。

不过,吴金娥如今只是向黄某涛主张赡养费,并没有证据证明其他3名子女不具备支付赡养费的经济负担能力,因此黄某涛不应一人承担全部的赡养义务。由于吴金娥向黄某涛索要每月2000元赡养费,法院酌定黄某涛每月支付500元较为合理。

#### 私权获优先保障

同时,由于黄某涛在服刑,不具备每个月支付赡养费的条件,法院在终审作出改判,黄某涛一次性支付126500元给吴金娥(2011年9月至2032年9月的赡养费)。法院根据私权保障和私权优先的原理,认定赡养费应优先于黄某涛被没收全部个人财产的刑事责任。中山市中级人民法院是基于什么法律依据作出二审判决?

中山市中级人民法院民一庭庭长张煌辉说,长期以来,“个人利益服从集体利益,局部利益服从整体利益”成了调整公权与私权关系的金科玉律,为公权而无条件牺牲私权是受到赞许和鼓励的,至少也是默认的。这种观念在司法实务中也不同程度存在影响。然而,二审则基于私权保障、私权优先的理念对此案予以了纠正。

“就这起案件而言,黄某涛基于子女的赡养义务应对吴金娥给付赡养费,这是民法上的责任;他因贩卖毒品罪被判处有期徒刑,剥夺政治权利终身,并处没收全部个人财产,这属于刑事法律规范调整的刑事责任。两者属于不同法律部门之间的责任。”张煌辉说,两者其实并不冲突,黄某涛被判刑,并不能免除其应负的赡养义务。

然而,黄某涛被判处有期徒刑并处没收财产,这又与他应承担的赡养义务发生金钱上的冲突,该如何处理?二审法院从私权保障和私权优先这一法理的运用出发,认定赡养费的给付优先于刑事财产刑的承担。

据介绍,关于赡养费的计算期限问题,吴金娥的寿命是一个不可确定的事项。对此,二审法院采用国家统计局关于我国人口平均预期寿命测算,参照最高人民法院人身损害赔偿司法解释关于扶养人生活费年限计算方式,以80岁作为吴金娥的寿命预期计算黄某涛应承担的赡养费符合法理。

本报广州9月24日电

## 协议断绝父子关系 子女仍有赡养义务

2014年9月24日 法制周报 王健清

近日,湖南省津市市人民法院审理一起父子协议断绝关系引发的赡养纠纷,法官判定血缘关系不能凭一纸协议了断,父子断绝关系是违反法律的行为,判决子女不得以此为由拒绝赡养父亲。

原告刘老汉年近70岁,育有二子一女。刘老汉与妻子感情不合,于1980年与妻子离婚。离婚后,刘老汉长期外出务工,三子女由母亲一人抚养成年。后来,刘老汉与三子女发生矛盾,一怒之下签署了一份断绝父子关系的协议书。协议书注明,双方就此断绝关系,刘老汉的生活不用三子女负责。最近,由于刘老汉没有收入来源,加之体弱多病,于是一纸诉状将三子女告上法庭要求支付赡养费。

#### 【法官说法】

法院认为,依据《婚姻法》第二十一条第一款“父母对子女有抚养教育的义务;子女对父母有赡养扶助的义务”、第三款“子女不履行赡养义务时,无劳动能力的或生活困难的父母,有要求子女付给赡养费的权利”之规定,子女赡养父母是法律规定的义务。在父母年老生活困难、无劳动能力的情况下,凡有赡养能力的子女,都应当在经济上

提供必要的帮助，担负一定的赡养费用。

该案中，虽然刘老汉与子女签订了“断绝父子关系协议”，但这一协议没有法律依据，是无效协议。与儿子之间的父子血缘关系并不因该协议而解除，作为子女当然有赡养父母的义务。故其子女并不因与父母双方签订了“断绝父子关系协议”而不再对他有赡养义务，父母完全有权利要求子女尽赡养义务。（通讯员 王健清）

## （七）离婚后财产纠纷及相关纠纷

### 成都中院终审一登记离婚后财产纠纷案

2006年4月12日 四川在线 黎黎

四川在线-消息 (成都中院 本网记者 黎黎)成都一夫妻在男方起诉离婚后数日，女方就以公证的方式放弃其父亲去世后其可继承的房产份额，后来双方经法院调解离婚后，男方又以放弃继承的房产应是婚姻关系存续期间已由女方继承取得，属夫妻共同财产等为由，起诉到法院，请求判令放弃行为无效，并对争议房产及其他尚未分割财产进行分割。

记者今(12)日从成都市中级人民法院获悉，此案已终审结案，该院判决驳回男方上诉，维持原判，即认定了女方放弃的应是遗产继承权，并不是夫妻关系存续期间的共同财产，女方的放弃行为是合法有效的。

原来，原被告双方在1994年就登记结婚，2000年5月女方父亲去世时，在市内却留有住房一套，此房系其与爱人所有，至今都未继承分割，由女方母亲一直居住着。2005年2月16日男方起诉离婚，24日女方即以公证的方式放弃继承该房产，当年3月二人调解离婚后，就因此引发纠纷。

被告认为放弃继承父亲财产，无需征得原告同意，且继承遗产与否，并不影响其应尽的义务，其放弃继承的行为应是合法有效。

法院一审认为，被告的放弃行为，虽然会影响到原告可主张的夫妻共同财产的多少，但这只涉及被告对自己权利的处分，却不涉及被告对原告法定义务的履行，依照相关规定并不存在欺诈，应属合法有效的，且在双方离婚时被告并未实际取得可继承房产的份额，故原告要求分割上述房屋的诉讼请求是不能得到支持的。

一审判决后，原告不服提出上诉，成都中院二审也没给予其支持。

法官说法：

就该案争议的焦点问题，记者对主审法官任华芬进行采访。

任法官谈到，根据《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〉》第二条规定，夫妻共同财产是指夫妻双方在婚姻关系存续期间所得的财产。而此案中女方放弃遗产继承权，并不是夫妻关系存续期间实际取得的共同财产，虽放弃行为的后果会影响到男方离婚时可能少分得财产，但不能以此为由抗辩女方的放弃权利，女方放弃遗产继承权，是依法处分个人权利，无需征得他人许可。

任法官讲到，该案要辨析放弃的是遗产继承权还是夫妻共同财产，就要把握好三个时点问题，即继承的时点、遗产分割处理的时点和继承权转化为夫妻共同财产的时点。

依照我国继承法的规定，继承的时点即继承从被继承人死亡时开始，继承权人是自继承开始时取得了继承权，被告于其父去世之日就取得了继承权。但继承权是可以放弃的，继承法规定，继承开始后，继承人放弃继承的，应当在遗产处理前，作出放弃继承的表示，没有表示的，视为接受继承，继承权的放弃是继承人单方面的意思表示，无须经他人同意。

而遗产分割处理的时点在该案中显得尤为重要，该案女方父亲去世后，其与妻共有房屋一直由其妻子使用，并未对该房屋中遗产部分进行过分割。但对遗产的分割处理，就是将被继承人遗产转化为继承人财产权，使遗产不再是遗产的过程，若没进行分割处理，女方享有的始终还是继承权。

婚姻法第十七条规定，夫妻共同所有的财产为：……（4）继承或赠与所得的财产，……显然，夫妻共有财产是一种物化的财产，而非权利。“所得”两字描述了这一财产的性质，是得到了的财产，而非期待的财产。

那么，根据不动产登记为公示要件的要求，该案继承权转化为夫妻共同财产的要件，是将房屋中属于被告方的那部分遗产登记在被告名下，即为继承权转化为夫妻共同财产的时间。

因此，在遗产分割前，何文表示放弃继承权，是有效的法律行为。而且在此案中，原被告双方已调解离婚，这样即使女方没有放弃继承权，争议房产也不能成为二人的共有财产，男方也无法要求进行分割，故一、二审法院不但对该放弃继承权的行为均予以了认可，同时判决男方无权分割房产。

### 禹州男子承诺离婚后为女方买房 未履约被告法庭

2014年9月5日 河南法制报

两年前，夫妻双方协议离婚，男方写下了一份离婚保证书，承诺“离婚后为女方购买一套房子，含装修家电”。因该协议未履行，女方将男方诉至法院。那么，男方离婚时所作承诺是否有效？

身边的事儿

男子韩某今年30岁，他的前妻许某32岁。2006年，韩某与许某登记结婚，婚后生育一子。可是，两人时常因为生活琐事发生争执，夫妻感情日渐冷淡，直至破裂。2012年，双方感觉婚姻无法再继续下去，一致同意协议离婚，

并办理了离婚登记，孩子由许某抚养。同时，韩某给许某出具了一份保证书，承诺“离婚以后给女方买一套房子，含装修家电”。

离婚后，许某带着孩子随父母一起生活，其间多次要求韩某履行离婚约定，为其购买房子，但均遭到了韩某的拒绝。无奈之下，许某告上法庭，要求韩某履行这项协议。

#### 争议

对于这份保证书内容的真实性，韩某未予否认。法庭上，韩某辩称，自己确实承诺为许某购买住房一套，但该承诺无购买时间，购买房屋的地理位置也不明确，为无效承诺。

许某认为，这份书面保证书作为离婚协议关于财产方面的补充，与离婚协议签订的时间是同一天，具有法律效力。

庭审中，双方对此争执不下，始终没有达成一致意见。不过韩某表示，他不给许某买房子了，但自愿补偿许某25万元。

#### 结果

禹州市法院审理后认为，许某要求韩某履行离婚保证，给其购买房子一套，含装修家电，但该项请求不具体明确，在诉讼中双方亦未达成一致调解意见，韩某就该项请求自愿补偿许某25万元，不违反法律规定，对此应予以支持。法院遂判决韩某补偿许某25万元，驳回许某的其他诉讼请求。

### 协议离婚后前夫“消失” 诉至法院判决房产过户

2014年9月10日 江苏法院网 魏本亮

丈夫与妻子协议离婚，约定将夫妻共同财产户名登记为丈夫的一处房产归妻子所有，离婚后前妻想把房子过户到自己名下，哪想到协议中明确约定的丈夫有协助妻子办理房屋过户手续的义务，前夫却玩起“消失”，怎么也联系不上。近日，金坛法院对这起所有权确认纠纷案作出判决，确认协议中的涉案房产权归原告王某所有；由其前夫刘某在判决生效后十日内，持相关手续协助王某到房产局办理过户手续。若刘某逾期未协助王某办理，由王某可申请法院协助过户。

王某与刘某是经人介绍相识，后感情升温于2009年元月结婚。结婚后原告王某发现丈夫刘某好吃懒，经常夜不归宿，和朋友一起打麻将，双方经常吵架，最后分居。双方于2013年6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被告刘某名下的房屋产权归原告王某所有。之后，王某要求刘某协助将房屋产权过户登记到王某名下，刘某刚开始答应协助办理，哪曾想后来联系不上刘某，刘某“消失”了。无奈之下，王某遂起诉至法院，请求确认涉案房屋归自己所有，刘某有协助王某办理房屋产权过户的义务。

法院通过走访在刘某父母家找到刘某，被告刘某是故意不想把房子过户到王某名下，法院及时向刘某送达了应诉材料。法院经审理认为，王某与刘某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涉案房产权归王某所有，该协议合法有效，王某请求该房屋归其所有并请求刘某协助过户到王某名下，法院依法应予以支持。遂法院作出上述判决。

### 协议离婚后认为财产分割“不公” 男方起诉撤销协议被驳回

2014年09月02日 人民政协报

夫妻自愿协议离婚，就子女抚养、财产分割等问题一并进行约定，并在民政部门办理备案。然而在离婚半年后，男方提出财产分割不公，并以此为由起诉要求撤销离婚协议。日前，北京市海淀区人民法院复兴路法庭审结了这起案件。

刘先生诉称，坐落在北京市海淀区青塔西路的两套房产系其与前妻李女士的夫妻共同财产，双方在离婚协议中约定将上述房屋过户至儿子名下，但儿子因随母生活，房产实际控制在前妻李女士手中，故其认为财产分割对其不公，因此请求法院撤销离婚协议关于“北京市海淀区青塔西路两套房屋过户至儿子刘某名下”的相关条款。

李女士辩称，她与刘先生签署的离婚协议书是双方的真实意思表示，对双方均具有法律约束力。诉争房产系夫妻共同财产，双方在离婚协议中明确写明，作为对儿子的补偿，二人自愿放弃房屋的所有权，将两套房屋无偿赠与儿子。因此，在离婚协议书已经办理备案登记的情况下，刘先生不能单方撤销将房产给予儿子的承诺。

法院经审理后认为，刘先生与李女士签订的离婚协议书，系二人的真实意思表示，且协议内容未违反法律、法规的强制性规定，该协议合法有效。该离婚协议书系双方以离婚为条件而达成之协议，现双方婚姻关系已解除，协议所涉的离婚部分已履行完毕；刘先生在未能证明离婚协议存在欺诈、胁迫等情形的前提下，对离婚协议中涉及财产部分单独提出异议，并以该部分协议内容显失公平为由主张撤销的请求于法无据，不能成立。最后，法院判决驳回了刘先生的诉请。

宣判后，刘先生提起上诉，二审法院维持原判。

#### 【法官说法】

根据婚姻法相关司法解释的规定，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，对双方具有法律约束力。男女双方协议离婚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，可以起诉。人民法院审理后，未发现订立财产分割协议时存在欺诈、胁迫等情形的，应当依法驳回当事人的诉讼请求。



根据上述规定，经双方合意达成之离婚协议对双方均具有约束力，虽然双方均有权在协议离婚后一年内就财产部分提起诉讼，但是若订立协议不存在欺诈、胁迫等情形的，其请求不会得到法院的支持，双方仍需按照离婚协议履行各自义务。对于本案而言，在双方办理离婚登记后，离婚协议已经生效，双方均应当按照协议约定履行自己的义务，故刘先生在无法证明离婚协议存在法定无效或可撤销情形的前提下，其请求无法得到支持。

但还有一种情况是，若双方以离婚为目的签订了离婚协议或财产分割协议，但最终协议离婚未成，一方在离婚诉讼中对已签订的离婚协议中的财产分割内容或财产分割协议不认可的，法院应当认定该协议未生效，并根据实际情况依法对夫妻共同财产进行分割。

(来源:人民政协报)

## (八) 恋爱同居纠纷案例

### 隐瞒精神病史遭悔婚 女方返 8.8 万彩礼

2014 年 8 月 29 日 中国江西网-新法制报 陈雪萍

#### □案 情

2013 年 2 月春节期间，长期在外务工的宁都县男子赖春泉（化名），在父母与媒人介绍下，与比自己小 5 岁的“90 后”女子邱花花（化名）认识，两人一见如故。

2014 年 2 月 15 日，赖春泉与邱花花举行了订婚仪式。仪式上，赖春泉按当地习俗为邱花花购买了一个价值约 15000 元的金手镯，并向邱花花家支付了 88000 元作为彩礼。

由于邱花花还不到结婚年龄，两家约定年底时再为两人举办婚礼。5 月 20 日，邱花花因头痛入院治疗，在医院被诊断为精神性头痛、精神分裂症。据医院提供的证明，赖春泉才知道原来未婚妻邱花花订婚前就患有精神病，且并未痊愈。感觉自己受骗的赖春泉向邱花花提出退婚，并要求邱花花退还金手镯及彩礼 88000 元。

然而邱花花却并不同意，她称自己已经与赖春泉发生了性关系，并且彩礼在看病时已经花完了。邱花花认为自己也是受害者，她提出只要赖春泉恢复自己的处女身和名声，她就将彩礼和金手镯归还给赖春泉。

由于双方意见分歧较大，6 月 9 日，赖春泉将邱花花诉至法院，要求其返还彩礼。

#### □说 法

法院认为，婚姻关系是以双方自愿为原则，以双方感情为基础。婚约是男女双方以将来结婚为目的所作的事先约定，订立婚约的行为称为订婚或定婚。婚约不是结婚的必经程序，依我国法律，婚约本身在法律上没有法律约束力，全凭双方自觉履行，一旦一方违反婚约并解除婚约时不能要求毁约人承担违约责任。婚前收受彩礼是一种约定俗成的民间习惯，对于双方没有结婚的，应当返还彩礼。

本案被告邱花花婚前收受原告赖春泉巨额彩礼，现原告赖春泉不同意与被告邱花花缔结婚姻，被告收受的彩礼应当予以返还给原告。对此，依照《关于适用中华人民共和国婚姻法若干问题的解释（二）》第 10 条第 1 款当事人请求返还按照习俗给付的彩礼的，如果查明属于以下情形，人民法院应当予以支持：（一）双方未办理结婚登记手续的……判决被告邱花花返还原告赖春泉支付的彩礼 88000 元及金手镯一个（价值 15000 元）。

(文/陈雪萍 见习记者蔡玉林 记者陈华世)

### 广西夫妻离婚后仍同居 女方怀孕生子双双被罚

2014 年 9 月 4 日 广西新闻网 潘保民 曹颖

广西新闻网河池 9 月 3 日讯（通讯员 潘保民 曹颖）夫妻离异后仍同居生活致使女方怀孕，冒用姐名医院产子后被举报，双双被人口和计划生育局处罚征收社会抚养费，二人不服，诉至法院。近日，广西河池市金城江区人民法院公开审理了此案，经审理后，法院判决维持被告计生局的处罚决定。

原告杨某与吴某宇均是广西河池人，两人于 1995 年经人介绍认识后自由恋爱，于 1996 年登记结婚，次年杨琼生育儿子吴某。2008 年初，杨某、吴某宇申请领取二孩生育证，审批表经二人所在单位和居委会同意盖章，但没有经过被告金城江区人口和计划生育局的同意盖章。

2008 年底，杨某与吴某宇因感情不和睦，离婚后双方仍居住在同一栋房屋的上下楼。之后几年，双方均未再婚。由于双方住得较近，偶尔也会发生性关系。2011 年底，杨某冒用姐姐的名字登记住院，生下二儿子，并将次子的户口登记到姐姐名下。之后杨某带小孩回到位于吴某宇楼下的家中生活，孩子由两人共同出钱抚养，并经常一起带小孩外出游玩。

2013 年，金城江区人口和计划生育局接到群众举报后，经过调查核实，认定杨某冒名生育的第二子系与吴某宇违法生育的孩子，对二人作出征收社会抚养费合计 12 万元的行政处罚决定。二人均不服，提起行政诉讼。

杨某在庭审过程中诉称自己有二孩生育证，生育二子是经过行政许可的；又诉称与吴某宇早已离婚，自己生育的孩子与吴某宇没有任何血缘关系，不应该对吴某宇进行处罚。

法院经审理后认为，杨某、吴某宇虽于 2008 年初提出生育第二子女的申请，但并未得到被告的批准和许可；至同年底原告二人离婚后，双方已不具备合法生育第二子女的前提条件，亦不符合《广西壮族自治区人口与计划生育条例》中所规定的生育第二子女的条件和规定。被告在作出行政处罚决定前曾调查核实过，杨某、吴某宇均已承认违法生育小孩的事实，且在被告工作人员告知两人如对违法生育的小孩有异议，可申请做亲子鉴定的情况下，两

人均明确表示不需要作鉴定。因此法院认定杨琼于2011年生育的第二子系吴胜宇亲子，二人违法生育事实清楚。遂作出上述判决。

## 北京三中院：这是“感情债”法律管不着？ 情侣为婚房归属分手 打官司男方败诉不服

2014年9月9日 北京晚报 卢瑞华

本报讯(通讯员卢瑞华)一纸欠条，引发一对旧情侣的讨债官司。女方认为是包含共同财产在内的分手费，男方则认为是不可诉的感情债。在一审法院判决支持了女方的诉求后，男方提起上诉。近日，北京市三中院受理了此案。

麦先生和王女士是一对80后情侣，经过三年的爱情长跑，二人准备结婚。麦先生的父母以麦母的名义买了一套小产权房作为二人婚房。因为房子的归属，麦先生和王女士发生争执，最终感情破裂分手。分手时，麦先生签了几份协议，内容分别为：“房子的一半钱归王女士所有，在三个月内给付王女士。本人将此款作为分手费，从此以后，两人再无来往”、“我欠王女士分手费五十万元整，三个月内还清，在此期间无任何联系”、“我因感情原因与王女士分手，自愿补偿她五十万元整，自即日起三个月内还清，若未按日期还清，她有权向法院起诉我。”

王女士表示，涉案房屋总价48万元，登记在麦母名下。买房时借了很多钱，这些钱由麦先生和王女士二人偿还。此外，她还投入精力和资金用于该房屋的装修、安装宽带、购买家具等。出于公平考虑，该房屋应登记在她与麦先生名下。但麦先生及其父母不同意，双方发生多次争议，在争吵中麦先生还对她实施暴力，导致她多次受伤，并最终感情破裂，决定分手。分手时麦先生承诺给她补偿，并书写了几份协议，因麦先生拒不给付补偿款，她诉至法院，要求麦先生履行。

麦先生则认为，他承诺给王女士的款项实际是“分手费”，而“分手费”是一种感情债，不属于民事法律的调整范围，不具有民法上强制执行力，希望法院驳回起诉。即使这五十万元是财产折价补偿，涉案房屋也是其父母出资，房屋装修和家具也是其父母出资置办，他无权对该房屋进行处分。

一审法院认为，麦先生出具的欠条和补偿款书面凭证是当事人的真实意思表示，不违反我国法律、行政法规的强制性规定，合法有效。上述协议中涉及的五十万元，结合麦先生与王女士同居，王女士家人对购买涉案房屋介绍房源、王女士为该房屋装修等投入资金和精力、麦先生书写协议及欠条均提及该房屋等事实，该款项可视为是对王女士财产投入的补偿，也可以是对王女士精力投入及其他事项的补偿。麦先生作为完全民事行为能力人，应信守承诺，按照协议约定履行自己的义务，给付王女士补偿款五十万元。据此判决支持了王女士的诉讼请求。

麦先生不服一审判决，认为双方没有同居的事实，王女士也没有对房屋装修出资，且“分手费”作为感情债，不属于法院受案范围，上诉至三中院请求撤销一审判决，驳回王女士的诉讼请求。J161

## 前女友赠与男子房屋后反悔 法院判决赠与有效

2014年09月11日 东方今报 孙妍文

简述：分手时签订赠与合同，之后称当时被胁迫，这样的赠与合同有效吗？昨日，郑州市惠济区法院审结一起赠与合同纠纷案，判决赠与行为有效。2007年6月，李军和相恋女友晓晴在郑州市惠济区购买一处住房，首付由两人共同出资……

分手时签订赠与合同，之后称当时被胁迫，这样的赠与合同有效吗？昨日，郑州市惠济区法院审结一起赠与合同纠纷案，判决赠与行为有效。

2007年6月，李军和相恋女友晓晴在郑州市惠济区购买一处住房，首付由两人共同出资，李军为房屋所有人，晓晴为共有人。2010年两人分手。分手后，李军和晓晴签署了一份赠与合同，合同约定晓晴将属于自己的部分房产赠与给李军，并对赠与合同进行了公证。

2013年，李军打算将此房卖掉，让晓晴协助办理银行贷款解押及房屋过户遭到拒绝后起诉至法院。

法庭上，晓晴说分手后李军经常骚扰她，她是受胁迫无奈之下才和李军签订了赠与合同，并办理了公证。

法院经审理认为，通过公证方式赠与房产，属于法定不可撤销的赠与合同，据此，法院判决涉案房屋为李军单独所有，晓晴协助办理过户手续（文中人物为化名）。

## 昔日情侣为赠与房屋对簿公堂

2014年9月12日 河南法制报 张书锋

●男方：房子是你给我的

●女方：我是被胁迫的

【中原经济网讯】一对情侣分手后，女方将共有房屋赠与男方，并办理了公证手续，但房屋未过户。事后，女方反悔，称赠与不是其真实意思，是因为受胁迫才订立的赠与合同。孰是孰非？9月10日，郑州市惠济区法院审结了这起赠与合同纠纷案件。

2007年6月2日，李军和相恋一年的女友晓晴开始渴望有一个家，经过和家人商量，两人决定在郑州市惠济区购买一处住房，并由两人共同出资支付首付。李军为房屋所有人，晓晴为共有人。由于之前相互了解甚少，加上长期两地分居，在一起之后，两人矛盾开始凸显。2010年两人决定分手。

分手后，李军和晓晴就共同购买的房屋签署了一份赠与合同，合同约定晓晴将属于自己的部分房产赠与李军，李军也表示愿意接受赠与，两人并就此赠与合同在惠济区公证处办理了公证。2013年，已经结婚的李军打算将此处

房屋卖掉，于是找到晓晴让其协助办理银行贷款解押及房屋过户，但是遭到了晓晴的严词拒绝。

在多次与晓晴交涉无果后，李军将晓晴诉至法院，请求法院判令确认位于郑州市惠济区的房屋为原告单独所有，并判令晓晴协助原告李军办理过户登记手续。

“房子也有我的一份，首付、装修我都曾出资。而且那份赠与合同是我在受胁迫的情况下订立的，应属无效。”法庭上晓晴委屈地说，在合同签署时，李军承诺给予她的经济补偿一直也没有实现，随后的时间里，李军的妻子也承诺给予晓晴5万元的补偿同样没有兑现。所以晓晴请求法院驳回原告的诉讼请求。

法院经审理认为，完全民事行为能力人对于自己的民事行为应该负责。双方之间签订的赠与合同，晓晴将讼争房屋中其个人所有的产权部分全部赠与李军，李军表示接受的行为，系双方当事人真实意思表示，且不违反法律的强制性规定，合法有效。

依法成立的合同，对当事人双方均具有约束力。被告通过公证方式赠与原告房产，属于法定不可撤销的赠与合同，故原告要求确认位于郑州市惠济区的涉案房屋为原告单独所有，被告协助办理过户登记手续的诉讼请求于法有据，法院予以支持。被告辩称其是在受胁迫的情况下签署的赠与合同，其申请出庭的证人证言不足以证明该事实，故该辩解意见法院不予采信。被告辩称签订赠与合同时原告曾承诺给予被告一定的经济补偿，也没有提交证据证明，法院不予采信。法院遂依法判决位于郑州市惠济区的涉案房屋为李军单独所有，晓晴于判决生效后30日内协助原告办理过户手续。（记者张书锋通讯员张冬菊）

### 郑州：男子婚后要卖房遭前女友反对 拒绝过户

2014年09月11日 大河网

情侣结婚前共同出资买了一套房子，但二人最终没能走入婚姻殿堂。分手后，女孩把房产中属于自己的那部分送给了男孩。可等到男孩结婚后打算卖这套房时，女孩不愿意了，拒绝帮男孩办理过户。

昔日的一对最终对簿公堂，究竟谁有理？

男方

前女友赠与房产我要卖房她不同意

2007年6月2日，小军和相恋一年的女友小晴决定在郑州市惠济区购买一套房产，并由二人共同支付首付。小军是房屋所有人，小晴是房屋共有人。

由于之前了解甚少，加上二人长期两地分居，矛盾逐渐增多，2010年二人选择分手。

分手后，小军和小晴就共同购买的这套房子签了一份合同，约定小晴将属于自己的部分房产赠给小军，小军表示愿意接受赠与。此后，二人在惠济区公证处对这份合同进行了公证。

2013年，小军结了婚，他打算把这套房子卖了，便找小晴让她帮忙办理银行贷款解押和房屋过户。但小晴说什么都不愿意。

多次交涉无果后，小军将小晴告上法庭，请求法院判令确认位于惠济区的房屋为原告单独所有，并判令被告协助原告办理过户登记手续。

女方

房子有我的一份当初赠与是被迫的

法庭上，小晴坚持认为那份赠与合同不是自己真实的意思。

“房子也有我的一份，首付、装修我都出资了。那份赠与合同根本不是我的真实意思。我是在受胁迫下签的，应该是无效的。”小晴说。

她表示，分手后，小军经常骚扰她，已经严重影响到正常生活和工作，她是受胁迫在无奈之下才和小军签订赠与合同，并办理了公证。

此外，她还称，在签合同同时，小军承诺给她的经济补偿一直没兑现，小军的妻子承诺给她5万元的补偿也没有兑现。据此，她请求法院驳回小军的诉讼请求。

判决

赠与合同合法有效经过公证不能撤销

法院经审理认为，完全民事行为能力人对于自己的民事行为应该负责，原告小军与被告小晴之间签订了赠与合同、被告小晴将讼争房屋中个人所有的产权全部赠与给原告小军、小军表示接受的行为，系双方当事人真实意思，且不违反法律的强制性规定，合法有效，依法成立的合同对当事人双方均具有拘束力。

原被告通过公证方式赠与被告的房产，属于法定不可撤销的赠与合同。因此，原告要求确认位于惠济区的涉案房屋为原告单独所有，被告协助办理过户登记手续的诉讼请求于法有据，法院予以支持。

被告小晴辩称其是在受胁迫的情况下签的赠与合同，其申请出庭的证人证言不足以证明该事实，故该辩解意见法院不予采信。此外，小晴辩称签订赠与合同时原告曾承诺给予被告一定的经济补偿没有提交证据证明，法院亦不予采信。

昨日，惠济区法院判决位于惠济区的涉案房屋为原告小军单独所有，被告小晴于判决生效后30日内协助原告办理过户手续。

提醒

提前算明经济账是更成熟的处理方式

热恋时“不分你我”，分手后“锱铢必较”。因分手或离婚而产生的房产分割纠纷，即便在法庭上分清了“是非”，在感情上等于输得一败涂地。

如何避免“情感尴尬”发生？本案主审法官在判后受访时称，对于婚前买房，如果是单纯由一方父母出资，最好只写子女一个人的名字，这个时候“伤伤感情也无妨”，或者可以将父母登记为房屋的共有人。

如果是双方共同出资，就要提前算清细账，最好签订协议并明确约定。算明经济账不是不信任，而是一种更成熟的感情处理方式。

对于一方的赠与，主审法官称，并非所有的赠与都可以撤回。根据合同法，赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与，但具有救灾、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。

### 给女友买辆丰田车 分手后索要购车款

2014年9月10日 重庆晚报 侯英俊

重庆晚报讯 热恋期间男方给女友买了一辆车，两人分道扬镳后，这车该归谁？日前，市一中院给出了明确的说法：既然车的所有人是女方，车就属于女方。恋爱期间，花钱买女友欢心，属于无偿赠与，所以女方没有还车、还钱的义务。

法院介绍，2011年年初，小李邂逅了在酒店工作的小艳，两人一见钟情。2011年8月，小李为了讨得小艳的欢心，花31万元买了一辆丰田轿车，登记在小艳的名下。

去年3月，两人关系闹僵。由于小李在用这辆车，去年4月，小艳告到重庆九龙坡区法院，要求小李返还车辆。去年7月，法院判决小李还车。

至此，两人关系彻底拉爆，从此分道扬镳。去年7月，小李又起诉到重庆沙坪坝区法院，称小艳不当得利，要求对方返还车款31万元。

法院开庭时，小李称自己之所以将车登记在小艳名下，是因为买车需要贷款，而银行要求买车人必须在重庆有产权房。自己在重庆没有产权房，需要借用小艳的名义办理按揭贷款手续，所以才将车的所有权登记在小艳的名下。但小艳认为，这车就是赠与自己的，并非是借名办按揭。

重庆沙坪坝区法院审理后认为，小李自愿将车登记在小艳名下，买车时两人的特殊身份关系，不能排除小李存在赠与的意思表示，小李不能证明小艳是不当得利。

去年9月，重庆沙坪坝区法院一审判决，驳回了小李的诉讼请求。小李上诉，日前市一中院维持原判。

重庆晚报记者 唐中明

热恋期间花钱送礼

哪些可以要回来

随着社会生活水平的提高，恋爱中的开支也越来越大，如果双方最终没能成为夫妻，这些开支该不该返还？

重庆佰城律师事务所主任葛斌律师称，恋爱期间的开支主要有三种：1、彩礼；2、房、车、贵重衣物等礼物赠与；3、礼尚往来互赠的小礼物。

一般的赠与只要交付，就不能随意要回，除非受赠人有下列情形之一的：严重侵害赠与人或者赠与人的近亲属；对赠与人有扶养义务而不履行；不履行赠与合同约定的义务。在这三种情况下，赠与人才可以撤销赠与。

如果是基于婚约基础上的赠与，属于附条件的赠与。由于婚约解除，赠与的条件无法兑现，赠送的财物应当返还，如彩礼。

如果不是借婚姻索取财产，又不是彩礼，那么从法律上来讲就不应该返还。比如婚前赠与财产、互赠小礼物，即使没有缔结婚姻，也是不能通过法律手段强行索回的。

葛斌律师表示，恋人、夫妻之间有财产关系，最好签订协议，这样做是理智对待财产与感情，可以最大限度避免以后发生纠纷。

### 热恋甜蜜送戒指 分手怒诉要赔偿

2014年9月17日 许昌市中级人民法院 孟俊克

恋爱中的人陶醉在甜蜜感情里，除了无数的情话，还需要精挑细选的礼物来表达爱意。小张在遇到女友小高后也不例外，甚至出高价买来戒指、手机讨女友欢心，并为订婚送了数万元彩礼。谁会料到就是这些彩物让分手后的两人对簿公堂。

小张和小高于2013年5月经人介绍相识。同年6月2日，两人举行见面仪式后，小高前后向小张索要现金32000元，小张为小高购戒指一枚支出4000元、购手机一部支出4000元。后小高提出分手，但拒绝返还财物。一怒之下，小张起诉到了法院。

一审法院审理后认为，给付彩礼是我国的民间婚俗，是男女双方以将来结婚为目的而为之的给付，从法律性质上是一种以结婚为成就条件的赠与行为。根据2004年4月1日起施行的《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（二）》第10条第一款明确规定：“当事人请求返还按照农村习俗给付的彩礼的，如果查明属

于下列情形之一的，人民法院应当支持：（一）双方未办理结婚登记手续的；（二）双方办理结婚登记手续但确未共同生活的；（三）婚前给付并导致给付人生活困难的。”的规定，就本案而言，原、被告订立了婚约并按习俗给付了彩礼，但双方最终并未办理结婚登记手续，因此，按照以上条款的规定，原告有权要求被告返还彩礼。根据庭审质证，本院认定彩礼总额为40000元（含现金32000元、购金戒指支出4000元、购手机支出4000元）。综上所述，依法判决被告小高返还原告小张彩礼40000元。后小高不服提起上诉。

许昌市中级人民法院审理后认为，彩礼是我国一种约定俗成习惯，它是男女双方以达成婚约为目的，由一方家庭向另一方给付的金钱或贵重物品，又称为聘礼、纳彩。在我们所在地区往往表现为小见面礼金和大见面礼金。本案中两人相识后，在交往过程中为女方出资购买手机、戒指的行为，并不属于彩礼的性质，应视为双方在交往过程中赠与行为。原审将该物品出资视为彩礼，是对彩礼性质的误读，本院予以纠正。二审上诉人虽提供有证人证言，但该证言称没支付彩礼，与原审中上诉人认可两次均接受了礼金只是第二次见面具体数额记不清楚了的陈述相矛盾，且证人系上诉人姐姐。故该证人证言本院不予采信。原审认定32000元彩礼系根据上诉人关于两次见面的陈述和媒人的证人证言。证据充分，并无不当。综上，遂判决被告小高返还小张彩礼32000元。

### （九）其他相关案例

#### 结婚一年多离婚 男方索要改口费

2014年9月21日 半岛晨报 佟亮

两人结婚一年零两个月，由于双方性格不合，男方起诉离婚，同时要求返还8万元“改口费”等。近日，法院一审判决，驳回男方要求返还“改口费”的诉讼请求。

##### 起诉离婚要求返还“改口费”

去年2月28日，张勇与李莉办理了结婚登记手续，婚前，李莉到张勇家认双亲时，张勇爸妈给了她8万元“改口费”，去年“五一”节，张勇和李莉到马尔代夫旅游度蜜月，其间，张勇出资3万元为李莉买了一枚钻戒。

由于两人是经朋友介绍相识的，婚前并不太了解。蜜月期刚过，双方发现性格迥异，张勇喜欢晚上跟朋友一起玩，有时彻夜不归，每个月工资不到半个月就花光了，不得不跟父母要钱救急，结婚不到一年的小夫妻就闹离婚。

今年春节，经双方父母相劝无效，两人感情彻底破裂。今年4月份张勇将李莉起诉到法院，要求离婚，同时要求李莉退回8万元“改口费”，并要求承担购买钻戒费用3万元的一半。

##### 法院不支持返还“改口费”

李莉称，8万元彩礼钱自己只得到4万元，另4万元全部购买了结婚用品，有电视、电脑，现在均在新房内，自己离婚时也不想拿了。关于3万元的钻戒，当时自己是不同意买的，毕竟自己刚刚毕业，没有积蓄，买这么贵重的东西确实不值，但张勇一意孤行，坚持要买。

法院经审理后认为，关于8万元彩礼问题，由于双方已经办理了结婚手续且婚后共同生活了一段时间，张勇要求李莉返还没有法律依据，不予支持；关于婚后张勇用3万元购买的钻戒，属于专属于女性的生活用品，应当归李莉所有，但购买这一高档首饰所支出的费用，属于夫妻共同财产，李莉应当返还一半。

近日，甘井子区法院作出一审判决，判决张勇与李莉离婚，李莉返还张勇钻戒折价款人民币1.5万元。

##### 律师解读

##### “改口费”应属个人婚前财产

辽宁青松律师事务所的王金海律师说，彩礼（大连称改口费）是我国旧时婚礼程序之一，是男方在婚姻约定初步达成时为了能与女方结婚向女方赠送聘金、聘礼。现行婚姻法禁止买卖婚姻和借婚姻索取财物的行为。男方向女方支付的彩礼，虽然是由男方付出，但很明显是由女方在婚前所得，因此，应当属于女方的婚前个人财产。

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第十条规定，“当事人请求返还按照习俗给付的彩礼的，如果查明属于以下情形，人民法院应当予以支持：（一）双方未办理结婚登记手续的；（二）双方办理结婚登记手续但确未共同生活的；（三）婚前给付并导致给付人生活困难的。适用前款第（二）、（三）项的规定，应当以双方离婚为条件。”

在本案中，张勇与李莉已经办理了结婚登记，并且共同生活了一年时间，且张勇也未能证明婚前的给付导致其生活困难。因此张勇要求李莉返还彩礼的请求将得不到支持。关于较大价值的一方专用商品，如女方的金、银首饰，如果是用夫妻共同财产购买，在离婚时，法院一般判归一方所有，并给付另一方相应的折价款。

#### 无民事行为能力人登记离婚的，是否可撤销离婚登记

2014年9月23日 漯河市中级人民法院

##### 【裁判摘要】

无民事行为能力人或者限制民事行为能力人登记离婚的，在双方当事人均未再婚的情况下，一方可以申请人民法院依法撤销离婚登记。

##### 【基本案情】

原告肖某（女，35岁）与马某某（男，41岁）于2003年10月13日办理结婚登记，后生育一子。肖某于2004年9月在江西省某精神病院住院一个多月，被诊断为精神分裂症。2012年8月30日入住原高淳县精神病防治院，

同年10月22日出院，被诊断为精神分裂症（未定型）。

2013年2月4日，肖某与马某某携带户口簿、身份证等材料到被告南京市高淳区民政局办理离婚登记。婚姻登记员经审查，向双方发送了《离婚登记告知书》，由马某某代肖某填写了《申请离婚登记声明书》及《离婚协议书》，肖某按指印后，被告即作出了符合离婚条件准予登记的《离婚登记审查表》，并于当日颁发了离婚证。

2013年3月，肖某向南京市高淳区人民法院提起诉讼，认为其在办理离婚登记手续时，不具有民事行为能力。民政局在办理离婚登记手续时疏于审查，请求法院撤销原告与第三人马某某的离婚登记。经南京脑科医院司法鉴定所鉴定：肖某患精神分裂症，2013年2月4日的离婚行为非其真实意思表示，无民事行为能力。

另查明，原告肖某与第三人马某某均未另行登记结婚。

#### 【法院裁判】

南京市高淳区人民法院认为：根据《婚姻登记条例》第十条第一款“内地居民自愿离婚的，男女双方应当共同到一方当事人常住户口所在地的婚姻登记机关办理离婚登记”的规定，被告对户口在其辖区内的原告与第三人负有依法履行婚姻登记的行政职能，其作出的离婚登记的行政行为对相对人的权利义务产生了实际影响，是可诉的具体行政行为。

原告肖某与第三人马某某协议离婚时，属无民事行为能力人，被告受理原告与第三人离婚申请并为其办理离婚登记的行为违反了《婚姻登记条例》第十二条“办理离婚登记的当事人有下列情形之一的，婚姻登记机关不予受理：……（二）属于无民事行为能力人或限制民事行为能力人”的规定。第三人马某某隐瞒原告精神病史，固然应当承担一定责任，但被告婚姻登记员明知原告与第三人均有初中文化，在《离婚协议书》及《申请离婚登记声明书》没有由双方亲自签字，而是由第三人为原告代签的情况下，没有进一步对原告是否自愿离婚、是否具有完全民事行为能力进行询问和审查，违反了《婚姻登记条例》第十三条“婚姻登记机关应当对离婚登记当事人出具的证件、证明材料进行审查并询问有关情况”和《婚姻登记工作暂行规范》第四十九条第（三）项“应当询问当事人离婚意愿以及对离婚协议内容的意愿”的规定，属于违反程序规定，未尽审查义务。被告的离婚登记行为侵犯了原告的人身权和财产权。鉴于肖某与马某某均未再婚，应当依法撤销离婚登记。

综上，南京市高淳区人民法院依照《婚姻登记条例》第十二条第（二）项、《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四条第（二）项第2目、第3目的规定，判决撤销南京市高淳区民政局为肖某与马某某办理的离婚登记。

### （十）赠与案例

#### 欠债不还 房产赠女儿法院判决撤销赠与

2014年7月21日 南方都市报 朱鹏景

南都讯 记者朱鹏景 通讯员 庞博莫宇 兴林茵 欠债40万元不还，却无偿将房产赠与女儿，债权人得知后向法院起诉撤销赠与行为。近日，香洲区法院判决撤销债务人将房产赠与女儿的行为。

吴某某去年6月向黎某借款40万元，并立借据承诺于同年7月还清。后吴某某逾期未还，黎某多次催讨未果情况下向法院提起诉讼，法院判决被告吴某某偿还40万元债务及利息。判决生效后，吴某某仍未主动履行判决。

吴某某在2013年将原登记在其名下的位于珠海香洲某房产中的50%房产权无偿转让给其女儿赖某某，并于7月办理了产权过户登记手续。2013年12月，被告吴某某及赖某某欲将房产出售与他人，原告黎某得知后，诉至法院要求撤销该赠与行为。

香洲区法院审理认为，吴某某作为债务人，在尚欠黎某40万元及利息未还的情况下，将其名下房屋产权的50%份额无偿转让给第三人赖某某，其转让行为存在主观恶意，导致其责任财产减少，清偿债务能力降低，直接造成原告黎某的债权无法全面实现。据此，原告黎某要求撤销赠与行为理据充分，予以支持。

#### 丈夫过户共有房产给儿子 妻子追讨产权获法院支持

2014年08月26日 南方都市报 王卫

南都讯 记者王卫 实习生李昊泽 通讯员钟春连 周斌 夫妻相差20多岁，丈夫生前瞒着少妻将房屋的土地使用权登记在儿子名下，少妻发现后与其子起纷争。近日，中山市法院审理了此案件，判决原告阿妹与其丈夫共同修建的房屋由阿妹和被告阿棠各享有50%份额，市中级人民法院亦作出“驳回上诉，维持原判”的终审判决。

原标题：丈夫过户共有房产给儿子 妻子追讨产权获法院支持

南都讯 记者王卫 实习生李昊泽 通讯员钟春连 周斌 夫妻相差20多岁，丈夫生前瞒着少妻将房屋的土地使用权登记在儿子名下，少妻发现后与其子起纷争。近日，中山市法院审理了此案件，判决原告阿妹与其丈夫共同修建的房屋由阿妹和被告阿棠各享有50%份额，市中级人民法院亦作出“驳回上诉，维持原判”的终审判决。

婚后20多年照顾继子女

阿妹与其丈夫阿新相差20多岁，婚后20多年里，阿妹照顾丈夫及丈夫与前妻所生的一对儿女，后阿妹又为阿新添了一个女儿小欣，还与阿新共同修建了一栋五层楼的钢筋混凝土构建的房屋。2012年4月，60多岁的阿新因病死亡。处理完阿新后事，阿妹突然发现，丈夫在1996年、1997年已经瞒着自己将双方共同修建的房屋的土地使用权分成两块登记在儿子阿棠的名下，地上房屋也表示同意转名至阿棠名下。

自己几十年来起早摸黑照顾一家大小、修建房屋，却发现什么都化为乌有，阿妹愤而将继子诉至法院，请求法

院判令，阿妹拥有其与丈夫阿新婚姻存续期间的所有的土地使用权及地上全部建筑物的5/8产权；女儿小欣拥有上述土地及地上全部建筑物的1/8产权。

被告称涉案土地是父亲个人财产

被告阿棠辩称，阿妹诉称阿新的房地产实际上是不存在的，阿新名下没有存在这样的房地产，请求法庭驳回阿妹的诉讼请求。本案是法定继承案纠纷，本案所涉财产已经有国土局颁发的土地证证明权属人是阿棠，意味着本案所涉财产不是阿新的遗产，阿妹以阿新单方面不能处理夫妻共同财产为由提起诉讼，是另外一种法律关系，与本案无关，请求法院驳回原告的诉求。

被告还辩称，本案所涉土地在1985年已经由阿新购买，只是在1989年才与别人交换的，原告诉称在1989年已经与蔡明新同居，且不论该陈述是否事实，但从时间上来看，在没有赠与之前，涉案土地都是父亲阿新的个人财产；本案所涉土地的两个土地证在1996、1997年过户给被告阿棠，时间长达十多年，原告作为阿新的妻子不可能不知道，按照合同法的相关规定，即使是共同财产，也可以认定原告阿妹对该过户行为是知情且同意的，这个过户也是成立的。

[法院判决]

夫妻共同财产

未征求对方同意赠与无效

法院经审理认为，涉案房屋建造于夫妻关系存续期间，应属夫妻共有财产。另，阿新将上述房产转移至阿棠名下，系阿新对夫妻共同财产的私自处分，无证据显示上述处分行为得到了作为妻子一方的阿妹的同意，也无证据证明阿新已将该处分情况告知妻子阿妹。因此，阿新在未与阿妹协商一致的情况下私自处分上述财产中属于阿妹份额部分的行为依法应认定为无效。

### 【典型案例】协议离婚房产赠亲儿 女方反悔要撤销赠与被驳

2014年9月14日 沈阳市皇姑区人民法院

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。

来源：中国法院网

### 男子将自家轿车偷偷赠小三

2014年9月18日 新华网

新华网重庆9月18日电 假如老公或老婆背着你，把家里轿车赠送给情人，该怎么办？重庆法院近日判决一宗案件显示：“小三”必须返还轿车。

该案主审法官表示，在婚姻关系存续期间，夫妻任何一方对共有财产有平等的处置权，若是因非日常生活需要对共同财产作出重要处理决定，须经过双方平等协商。

据了解，四川德阳的姚娟、万钧结婚已有6年，两年前万钧调到重庆工作后，买了一台现代索纳塔轿车。期间，万钧认识了另一名女子伍琳，并发展成情人关系。去年11月，万钧与伍琳发生争执打了起来，后经派出所调解，万钧和伍琳达成协议，双方解除情人关系，万钧将车辆过户给伍琳。今年4月，万钧背着老婆，悄悄把自己名下的轿车转移登记到伍琳名下。

今年8月，得知此事的姚娟将丈夫和“小三”伍琳一并告上法庭，要求伍琳返还轿车。法院审理认为，万钧的车虽然登记在他个人名下，但实际上属于夫妻共同财产；没有出于日常生活需要，没有和妻子商量，将车子无偿转移到他人名下，属于擅自处分。万钧与伍琳达成的赠与协议无效，伍琳须返还车辆。

(原标题：重庆：老公将自家轿车赠“小三”老婆告上法庭认定赠与无效终讨回)

### 小三携女住进夫妻共有房 原配怒讨每月4万元租金

2014年9月9日 解放日报 陈琼珂

本报讯(记者 陈琼珂) 丈夫养的小三居然住在自家房屋里，这让江芬异常愤怒，她打官司要求小三王玫支付

高额房屋使用费。面对一审法院 130 多万元的判决赔偿金，王玫认为不公平，“我养育他的孩子，他同意我住进去的。”近日，上海一中院作出终审判决，判令王玫支付房屋使用费 19 万元。

一审判小三赔付 130 多万元

江芬与曾雄系夫妻，早年一起移民至欧洲某国；由于工作关系，曾雄常居住在国内。两人在浦东潍坊路上有一套房产和车库，系 2004 年前后共同购买，权利人登记为曾雄。2008 年江芬提起诉讼并获胜，经过房地产登记部门核准，权利人变更为江芬和曾雄。

2009 年 3 月，曾雄安排婚外情人王玫和女儿住进潍坊路的房子。2012 年，江芬获悉情况后愤而起诉至法院，要求王玫迁出。2012 年 10 月 31 日，法院作出民事判决：王玫应于判决生效之日起十日内搬出。然而直到去年 8 月，王玫仍未搬离。于是江芬再次起诉，要求判令王玫支付房屋及车库的使用费，按每月 4 万元计算，自 2008 年 1 月 1 日起计算至王玫搬离之日止。经房产估价公司调查，确定 2009 年 3 月的月租金为 2.3 万元，去年 10 月的月租金为 3.1 万元。

今年 2 月，原审法院作出判决：王玫以每月 2.3 万元标准支付 2009 年 4 月至 2013 年 9 月的房屋使用费 125 万余元；以每月 3.1 万元标准支付 2013 年 10 月至今年 1 月的房屋使用费 12 万余元，同时还应支付至实际搬离之日的房屋使用费。

二审调整使用费为每月 1 万元

王玫不服，向上海一中院提起上诉，并认为一审中存在诸多不合法之处——

首先，原审没有依法追加曾雄为共同诉讼人，导致一系列事实未能查明。其次，王玫在权利人曾雄的同意下入住系争房屋，主要目的在于给非婚生子女一个安定的生活环境。最后，从购买至今，江芬对房屋从未过问，也从未有出租的意思，原审直接以租金判罚不妥，而且计算时间也有问题。

王玫入住系争房屋是否于法有据？如果确实存在违法之处，又该怎么计算房屋使用费？面对争议焦点，合议庭展开分析。

如王玫所言，入住房屋是为了给女儿一个安定的生活环境，故其最初入住系争房屋具备一定的合法性，并未通过不当手段非法占用系争房屋，也非租房居住。因此，江芬要求王玫支付自 2009 年 3 月 1 日起的房屋使用费，缺乏依据，合议庭不予支持。

2012 年 6 月，江芬起诉要求王玫搬离；根据法院判决结果，王玫 2012 年 11 月后继续居住在房屋内，缺乏合法依据，侵犯了江芬的合法权益，故王玫应当支付相应的房屋使用费。但如果以市场租金为标准计算房屋使用费显得过于苛刻，故合议庭酌情调整为每月 1 万元。从 2012 年 11 月 1 日算起至今年 5 月，王玫已居住 19 个月，因此应支付房屋使用费 19 万元。（人物系化名）

## （十一）夫妻债务案例

### 离婚后仍以夫妻名义同居生活 一方债务应共同偿还

2014 年 8 月 29 日 重庆法院网 李欧

汪某向朋友谭某借款 50 万元到期未能偿还，谭某一纸诉状要求汪某与前妻代某共同承担还款责任，近日，市三中院作出二审判决，由汪某、代某共同偿还谭某借款 50 万元及利息。

汪某与代某原系夫妻，双方于 2005 年 2 月 17 日在重庆市涪陵区民政局登记离婚，但对外仍以夫妻名义同居生活。2012 年 10 月，汪某因其经营的项目需要资金周转，需向谭某借款 50 万元。随后，谭某通过银行转账的方式向代某的农行卡汇入 50 万元。同年 11 月，汪某向谭某出具金额为 50 万元的借条一张，并约定还款期限及利息。由于汪某未能如期还款，谭某诉至法院，请求判决汪某与代某向其共同偿还借款 50 万元及利息。

汪某与代某辩称，二人早已离婚，离婚后未以夫妻名义生活，代某只是在特殊日子里带未成年的女儿省亲。汪某向谭某借款代某并不知情。谭某向一审提供的三位证人和代某一一审陈述均证实：汪某和代某离婚后均是以夫妻名义工作、生活。

法院审理认为，谭某与汪某的借贷关系合法有效，受法律保护。谭某请求利息按约定月利 2% 计算，符合法律规定，予以支持。汪某与代某虽已离婚 9 年，但此后双方一直对外以夫妻名义生活，二人不是夫妻关系的情形并不为谭某所知。尤其是代某于 2011 年 8 月 30 日办理了银行卡，谭某又将借款转入代某的该银行账户，说明谭某知晓的情况是汪某与代某系夫妻关系。故汪某与代某辩称该借款与代某无关的理由不能成立，该债务应当视为汪某与代某的共同债务。故一审判决代某与汪某向谭某共同偿还借款 50 万元及其利息。

代某不服一审，向重庆市第三中级人民法院提起上诉，该院二审判决驳回上诉，维持原判。

法官说法

该案中代某与汪某离婚多年，双方本不存在共同偿还离婚后一方所借债务的法律基础，但根据已查明的事实，二人离婚后对外仍以夫妻名义共同生活，同时代某长期将自己的银行账户提供给汪某使用，用以接收所借款项，使谭某无以知晓代某、汪某离婚的重大事实，谭某是基于对汪某、代某二人的共同信任，才提供本案借款，故代某在本案应认定为共同借款人。



**【典型案例】借款未用于家庭生活妻子不承担还款责任**

2014年9月13日 沈阳市皇姑区人民法院

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达清楚。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。

来源：中国法院网

**以案说法——离婚后补写欠条 难以推定为“夫妻共同债务”**

2014年9月23日 镇江经济开发区人民法院

基本案情：

被告赵某与被告颜某因感情不合于2011年被开发区法院判决离婚。被告赵某于2009年、2010年向潘某借款10万元，约定三四个月还，到期后，赵某以生活困难为由未还。2014年向赵某补写欠条两张，分别载明“今借到潘某现金人民币10万元整”，时间仍书写为2009年、2010年，并出具保证书一份，载明“保证在2014年5月底前还清欠款”。后因被告赵某未如期还款，潘某诉至镇江经济开发区法院要求赵某和前夫颜某共同归还本金及利息。

争议焦点：

庭审中，赵某只同意偿还借款5万元，要求其前夫颜某还款5万，其理由是该笔借款用于夫妻关系存续期间的房屋还贷。而其前夫颜某称赵某办理离婚手续时赵某也未提及此借款，是虚构债务，对该债务不予认可，并当庭出具了相关证据予以佐证。

法院审理认为：《婚姻法》若干问题的解释（二）第二十四条规定：“债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理，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”。该案中，被告赵某与原告潘某的借款合同及还款保证书合法有效，受法律保护，应予以支持。但该欠款合同和还款保证书是赵某所写，书写时间是赵某和颜某离婚后，赵某没有足够的证据证明该笔借款时夫妻关系存续期间的共同借款。此外，赵某和颜某离婚时，也没有提及该笔债务。因此，原告潘某及被告赵某主张被告颜某对该借款承担连带清偿责任的诉请，证据不足，法院不予支持。遂判决该借款由被告赵某清偿，驳回原告潘某的其他诉请。

**五、继承****（一）继承审判动态****上半年全国新收继承案降4成**

2014年8月31日 法制日报 袁定波

法制网北京8月31日讯 记者袁定波 记者今天从最高人民法院获悉，今年上半年，全国法院一审新收、审结传统民事案件同比上升9.81%和7.45%。

据介绍，合同纠纷案件增长较快，全国法院新收此类案件同比增长12.79%。其中，民间借贷纠纷和建设工程合同纠纷增长明显，上半年新收民间借贷纠纷541316件，同比增长22.19%；新收建设工程合同纠纷60667件，同比增长19.71%，反映出经济形势发展对司法审判的特殊需求。

全国法院新收权属、侵权类民事纠纷案件同比增长10.52%。其中，特殊侵权纠纷案件增长最快，新收118047

件，同比增长 32.61%；适用特别程序案件自 2012 年民事诉讼法修改后持续快速增长，新收 176812 件，同比增长 15.61%。婚姻家庭继承案件总体略有增长，全国法院新收此类案件 898832 件，同比增长 2.25%。其中婚姻家庭案件新收 853001 件，同比增长 6.46%；继承案件有较大幅度下降，新收 45831 件，下降 41.09%。

最高人民法院民一庭有关负责人表示，在案件数量增长较快的情况下，全结案率增幅较去年同期的 4.66%提高 2.79%。根据传统民事案件的特点和熟人社会的国情，法官在审判中认真贯彻落实“调判结合、案结事了”的工作原则，准确把握和灵活运用调判方式解决纠纷，定分止争的效果较好。上半年全国法院一审民事案件调解率为 36.28%，同比上升近 2 个百分点。

（原标题：上半年全国新收继承案降 4 成）

## （二）继承立法动态

## （三）继承典型案例

### 父死子欲继承股权 村规说不法律判还

#### 镇政府判定应给，股份社将镇政府告上法院要求撤销决定，未果

2014 年 9 月 2 日 南方都市报 陈宇

南都讯 记者陈宇 老股东死后，其儿子欲继承其股份社股份，但遭到了股份社的拒绝，镇政府判定股份应给。股份社拿自行制定的章程说事，政府以省、市政策为依据，双方打起了官司，村规民约与地方法律起了冲突。

年轻股民想继承股份

2001 年 9 月 30 日，原顺德市龙江镇东涌涌口股份合作社确认刘某为该社股东，持有股份 2 股，并发放《股权证》。2009 年 5 月 19 日，刘某死亡，涌口股份社于 2010 年开始停止向刘某的继承人发放股份分红和股权量化款。

2013 年 7 月 15 日，刘某享有涌口股份社股份的唯一合法继承人小刘向龙江镇政府提交了《申请书》，要求涌口股份社支付刘某在 2010 年至 2013 年 7 月中旬期间的股份分红款 15400 元，量化款 232580 元，合共 247980 元。

龙江镇政府经调查核实后作出《行政处理决定书》，支持了小刘的申请。涌口股份社对该《行政处理决定书》不服，向顺德区人民政府申请行政复议，该决定仍被维持。股份社进一步将龙江镇政府告上法院，要求撤销该决定。

涌口股份社认为，根据涌口股份社章程：“百年归老去世的村民，当年可分红，下年终止分红”、“从 2008 年 1 月 1 日起，凡去世的股民，一次性补助人寿金 2000 元，收回股权证归还股份社所有”，因此刘某所占有的股份不当享有相应的收益。

顺德法院一审认为，涌口股份社停止向小刘支付刘某的股份分红和量化分红款，违反顺发(2001)13 号文第三条第三款和顺办发(2001)22 号文的规定，驳回了股份社的诉求。

股份社：章程没有违法违规

涌口股份社提出了上诉称：涌口股份社章程是通过民主程序表决通过，按照《广东省农村集体经济组织管理规定》规定：“只要章程内容没有违反任何法律、法规、规章，都应当依法成为村民自治组织的自我规范。”而股份社的章程，该规定没有违反任何法律、法规、规章的有关规定，且完全符合人类社会的发展规律。

股份社还认为，根据《立法法》相关规定，《广东省农村股份合作经济联合社和股份合作经济社示范章程(试行)》只是属于地方农业部门制作的一个示范性文件，本质上没有法律效力，其作用在于供下级单位及股份社在制定股份社章程时参考，并非要求股份社严格按照该示范章程来制定属于自己的章程，股份社可以采用该示范章程的格式和条文，也可以不采用。再者，一审判决忽视了股份社章程的施行必须召开股东大会经过民主程序表决通过的程序，如认为《广东省农村股份合作经济联合社和股份合作经济社示范章程(试行)》具有法律效力，那么根本无需民主表决，直接强制适用于每一个股份社，其结果就与《中华人民共和国村民委员会组织法》、《广东省农村集体经济组织管理规定》的立法精神相违背。

法院：股份该给

佛山中院认为，根据涌口股份社章程规定，股东去世后停止享有收益。但省农业厅的相关章程规定：“本章程在执行中若与有关法律、法规、规章及政策抵触时，以法律、法规、规章及政策的规定为准，并依照有关法律、法规、规章及政策的规定进行修改。”顺德相关办法规定，“股东代表大会讨论决定的事项，不得违反法律、法规及有关政策。”

而原中共顺德市委《关于进一步深化农村体制改革的决定》规定：“股权固化后，股东的股份不再随年龄增长而变化，新生儿和迁入的农业人口不再配置股份；今后如要扩股的，须按市场行为用现金购买，并经股东大会讨论决定。股东迁出或死亡后，其股份可以转让、继承和赠与。”原中共顺德市委办公室相关通知规定“个人股东的股份可以继承、转让与赠与，但不能质押。”上述文件明确规定，该区农村集体经济组织的股份在股东死亡后可以继承、转让和赠与。

法院认为，由此可见，农村集体经济组织章程应当符合有关法律、法规、规章及政策。涌口股份社《章程》的相关规定因违反顺德相关规定而在本案中应不予适用。根据顺发(2001)13 号文和顺办发(2001)22 号文的相关规定，刘某生前系上诉人的股东，其去世后股份可以继承，故上诉人应向作为刘某股份继承人的原审第三人小刘支付相关

股份分红和量化款，维持原判。

## 自书遗嘱未注明日期 法院判定无效

2014年09月03日 中安在线

父亲过世后留下一套房产，儿子在办理房产过户时遭到继母阻挠，儿子拿出了父亲生前出具的一份自书遗嘱，但遗嘱却并未注明立遗嘱具体时间。日前，旌德法院审理了这起继承纠纷，认定未注明年月日的自书遗嘱不符合法律规定的形式要件，属无效遗嘱。

原标题：自书遗嘱未注明日期 法院判定无效

父亲过世后留下一套房产，儿子在办理房产过户时遭到继母阻挠，儿子拿出了父亲生前出具的一份自书遗嘱，但遗嘱却并未注明立遗嘱具体时间。日前，旌德法院审理了这起继承纠纷，认定未注明年月日的自书遗嘱不符合法律规定的形式要件，属无效遗嘱。

卢某甲、洪某系继母子关系。卢某甲系其父卢某乙（已亡）与前妻的婚生子，且为唯一子女。洪某与卢某乙于1996年4月登记结婚。卢某乙于1996年1月出资购买了单位房改房60%的产权，2000年12月又出资购买了该房屋剩余40%的产权，并于2003年6月办理了房产证，登记在卢某甲名下。卢某乙因患癌症立下自书遗嘱：房地产所有权归属卢某甲继承，洪某有居住终身权等。遗嘱落款处有立遗嘱人卢某乙的签名，但“年月日”均为空缺。2014年2月7日，卢某乙病逝。卢某甲依据遗嘱办理涉案房产过户时遭到洪某阻挠，卢某甲遂具状法院。

法院审理认为，自书遗嘱能够发生法律效力前提是必须符合法律规定的形式要件和实体要件。根据《继承法》第十七条第二款的规定，自书遗嘱应由遗嘱人亲笔书写、签名并注明年、月、日。庭审中，被告对遗嘱系卢某乙本人书写予以认可，但该份遗嘱上的年月日系空缺未填写，不符合法律规定的形式要件，故该自书遗嘱应认定为无效遗嘱，应按法定继承确定各继承人的份额。故依法判决涉案房屋40%产权归原告卢某甲所有，剩余60%产权归被告洪某所有。（宣城新闻网）

## 继承权未公证，遗产房无法过户告房管

2014年9月5日 广西法治日报 莫积斌

王大妈的丈夫病故后，她继承了丈夫遗留的房产。当她到房管所申请办理房产过户手续时，房管所要求王大妈先办理继承权公证，否则无法办理过户手续。王大妈觉得房管所的理由不成立，将其告上法院。

继承权未公证，遗产房无法过户告房管

□平安广西网/广西法治日报记者 莫积斌 通讯员 韦元臻

王大妈的丈夫病故后，她继承了丈夫遗留的房产。当她到房管所申请办理房产过户手续时，房管所要求王大妈先办理继承权公证，否则无法办理过户手续。王大妈觉得房管所的理由不成立，将其告上法院。

案情老妇状告房管所

现年65岁的王大妈和丈夫育有一儿一女，均已成家立业。夫妻俩在合山市城中街有一栋自建房，登记在丈夫名下。2年前，王大妈的丈夫病故。王大妈和两个子女成了那栋自建房第一顺位的继承人，而两个孩子明确表示放弃该房产继承权，并到公证部门作了公证。经评估，自建房的市场价为69万余元。

为将房产过户到自己名下，2013年11月18日，王大妈拿着相关材料到合山市房地产管理所申请办理房产过户手续。

“申请材料中还缺少‘继承权公证书’，补齐了才能办理。”办证人员认真审查王大妈提供的材料，发现没有关键的“继承权公证书”，遂口头告知她回去补办，或者提供法院、仲裁机构生效的法律文书，否则无法办理房屋所有权转移登记。

根据相关规定，办理房产继承权公证需按房产价格标的1.2%收费。如此算下来，王大妈继承丈夫价值69万余元的房产，要支付公证费8000多元。王大妈觉得很不合理，多次来到房管所提出抗议，称我国《公证法》已经规定继承权公证是当事人的自愿行为，不是法定行为，不办理继承权公证是她的自由，房管所依法应当给她办理过户。

王大妈据理力争，要求房管所为其办理房产登记手续，而房管所称这是依法办事，王大妈材料不全不予办理。双方僵持不下，王大妈决定民告官，今年1月，她将房管所告上合山市法院，请求法院确认房管所要求她必须办理继承权公证，没有公证书不给办理房产过户手续的行为违法，并责令房管所为她办理房产所有权转移手续。

争辩继承是否需公证

法院受理后，主办法官曾多次找到王大妈询问案情。而每当说起无法继承亡夫遗产的事，王大妈情绪都较为激动，始终认为房管所违反了《公证法》、《物权法》等法律规定，她受到了不公正待遇，房管所有义务、有责任为她办理房产登记手续。

房管所称，已口头要求王大妈提供“继承权公证书”，或者法院、仲裁委员会生效的法律文书。这一告知行为是行政事实行为，是行政主体单方面作出的外部行政行为，其目的不是要发生一定的法律效果，也没有对王大妈的权利义务产生实际影响，除非造成当事人损失，可提起行政赔偿，否则不具有可诉性。

房管所认为，继承权的证明权由法院、公证机构行使，房管所需要这些部门的结论为依据，因为房管所仅需要对基础民事法律关系的文书进行形式上审查是否齐备，无权对当事人的继承权进行确认，无需审查当事人的民事法

律关系。

#### 判决房管所行为合法

法院审理认为，房管所在办理房产登记规程中，依申请人申请，对申请人提交的材料主要以形式上审查为主，涉及到当事人的民事法律关系及确权等问题需要相关的法定机构予以配合。公证机构是依法设立的国家法定机构，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。公证机构的上述职能，为房屋登记部门对有关情况的真实性、合法性需要进一步证明，提供了法律保障。房管所要求王大妈提供继承权公证书的具体行政行为系其依法履行职责的行为，该行为合法，理由正当。

合山市法院一审判决驳回王大妈的诉讼请求。王大妈不服，向来宾市中级人民法院上诉。近日，来宾市中院审理后，判决驳回上诉，维持原判。

#### 延伸阅读

##### 办理房屋权属继承登记应注意的问题

审核继承人的继承权，不在房管部门的职权范畴，公证机构和法院等司法部门才具备认定或裁定继承人继承权的资格和权力。对因继承发生房屋所有权转移的，房管部门只能依据公证机构出具的公证文书或法院出具的生效法律文书等办理房屋权属继承登记的要件予以登记。

《房屋登记办法》规定，申请房屋所有权转移登记，应当提交下列材料：（一）登记申请书；（二）申请人身份证明；（三）房屋所有权证书或者房地产权证书；（四）证明房屋所有权发生转移的材料；（五）其他必要材料。其中第（四）项提到的“材料”，对要求办理房屋权属继承登记的是继承证明、法院或者仲裁委员会生效的法律文书。

1991年8月31日，司法部、建设部发出的《关于房产登记管理中加强公证的联合通知》规定，继承房产，应当持公证机关出具的“继承权公证书”和房产所有权证、契证到房地产管理机关办理房产所有权转移登记手续。《房地产登记技术规程》也明确，用于申请房地产登记的下列材料应经公证：因继承事实申请相关房地产登记的继承文书，但法院的生效法律文书确认相关房地产的继承事实的除外。

根据以上规定，继承人要求办理房屋权属继承登记，需提交“继承权公证书”或法院的生效法律文书，并完备上述办理房屋权属继承登记的要件后，房管部门方能为其办理房屋权属继承登记。

### 丈夫去世后前妻之子争遗产 继母出具遗嘱却有瑕疵

2014年9月5日 四川新闻网 张异同

摘要：老父生前立遗嘱，将房产及全部财产留给再婚妻子和女儿，但前妻的儿子认为自己也有继承权，坚持分割。今日，四川新闻网记者了解到，经彭州市致和司法所调解，双方终于握手言和，前妻儿子李树(化名)同意从父亲的遗产中分割1万元，其余放弃。

四川新闻网成都9月5日讯(记者 张异同)老父生前立遗嘱，将房产及全部财产留给再婚妻子和女儿，但前妻的儿子认为自己也有继承权，坚持分割。无奈，继母拿着遗嘱找到律师，却被告知遗嘱有瑕疵，建议双方参照继承法解决。今日，四川新闻网记者了解到，经彭州市致和司法所调解，双方终于握手言和，前妻儿子李树(化名)同意从父亲的遗产中分割1万元，其余放弃。

#### 丈夫去世 前妻孩子争遗产

李先生是彭州本地人，因与前妻感情不和，在儿子判给前妻后，又娶了第二任妻子文女士，并生下一个女儿。

6月4日，李先生因病死亡，留有80平米的私有房产(价值在25万元左右)和单位补助4万余元，还有社保局退的社保款和安葬费等遗产。妻子文女士料理完丈夫的丧事后，本以为自己和女儿是合法的遗产继承人，岂料丈夫的儿子李树突然出现，带着李家长辈们上门一起索要房产继承权。

文女士认为丈夫生前已经和李树母亲离婚，该承担的小孩抚养费也照常支付，没有亏欠他们的。如今丈夫去世，前妻的孩子不应该再回来争夺家产。李树却认为自己是李先生的血脉，理应继承遗产，于是带人威胁文女士，最好将李先生遗产“了结清楚”。

#### 找上司法所 才知遗嘱无效

为了确保自己的合法权益，名正言顺地和女儿继承丈夫遗产，文女士带着许多亲戚来到镇政府，希望致和司法所能对此事进行调解。然而，司法所律师在调查过程中发现，文女士所持遗嘱有瑕疵，继承遗产不能按照遗嘱进行。

那么，李先生的遗嘱是假的吗？据驻村律师何朝阳介绍，文女士提供的遗嘱，只有李先生病危时间的手印和签字的证据，没有代书人签字，又是打印的正楷文字，鉴于文女士承认当时并无代书人，对方(李树)有权不承认遗嘱的真实性。对此，司法所所长建议双方相互退让，既然遗嘱有瑕疵，暂不作为依据，建议参照继承法解决。

四川新闻网记者了解到，经双方同意，参照了继承法的规定，考虑到文女士还有一个小女儿，李树平时对其父亲尽赡养义务较少，李树最终同意从父亲的遗产中分割1万元，其余放弃。文女士同意自愿给李树1万元，双方握手言和，放弃其他争议，定于3日后付款。

### 背着前妻放弃父母遗产无效

2006年06月10日 重庆晚报 罗彬

丈夫背着妻子放弃继承父母遗产，离婚后妻子要求分配该遗产时才得知真相。江北区法院认为当初男方单方处理夫妻共同财产有违婚姻法“平等处理权”规定，一审判决该放弃行为无效。

互相告状

牵出一个秘密协议

据法官牟宏称，原、被告是离异两年多的张芬和王刚。由于他们在2003年11月离婚时未对房屋进行分割，今年初王刚诉诸法院，要求分割地处江北区、登记在前妻名下的90多平方米房屋。

得知自己成为被告后，张芬又反告前夫。理由是，他的父母在上个世纪去世时留下了一套房屋，房屋拆迁后获得30余万元的补偿款。她认为，公婆留下的遗产是夫妻共同财产，她应该有份。

然而，该案在审理中，王刚却称他已经放弃父母的遗产，并和同胞兄弟签订了协议。为了搞清楚这个放弃遗产的协议，法院中止审理此案。

再上法庭

前妻要求分割遗产

张芬得知前夫秘密签订放弃协议，今年2月28日，她把王刚两兄弟告上法庭。张称，前夫的父母去世时没留遗嘱，前夫作为法定继承人，对该房屋享有继承权。但前夫却在去年3月没有征得她同意，就和其兄签订放弃协议，这个协议应当无效。

王刚却称，他仅对父母留下的房屋享有继承权，而不享有所有权，协议也白纸黑字写着：放弃继承权而不是所有权。他作为继承人，放弃继承权根本不需要其他人同意。

法院判定

遗产也是夫妻财产

审判长徐建华认为，法律规定，夫妻在婚姻存续期间，因继承所得的财产，属于夫妻共同财产。王刚、张芬离婚时未分割财产，王背着张单方处理夫妻共同财产，有违婚姻法“平等处理权”规定，协议约定放弃继承是无效的。

徐建华称，继承财产权利的转移是从被继承人死亡时开始的，王虽未实际占有、控制，但他已取得了权利。而该权利是在婚姻存续期间取得的，夫妻双方应共同享有，夫妻离婚时和离婚后都可以分割。

目前，此案已上诉到市一中院。（当事人均为化名）

记者罗彬网络编辑：甘健

### 老汉遗嘱斥亲生女长期虐待 房产定养女继承获支持

2014年09月10日 北晚新视觉网 林靖

2014年9月10日 北京 晚年遭亲生女长期虐待，给喝自来水，任其尿在裤子里，常推搡父母致使其身上瘀青……近日，根据赵永老汉生前遗嘱中的自述，海淀法院判决照顾患病父母的赵永养女可依照遗嘱继承老夫人的房产，而老人的亲生女则不分遗产。

赵永与妻子李新婚婚后生下女儿赵俊梅，1989年他们还收养了一个女儿赵俊兰。退休后，李新与赵永老夫妇一直与亲生女儿赵俊梅一起生活，直到二人先后于2002年、2011年去世。赵永老人去世前立下遗嘱，其中自述女儿赵俊梅长期虐待自己和老伴：自己和老伴肠胃不好需要喝温水，而赵俊梅直接给喝自来水；自己和老伴行动不便后，赵俊梅经常对二老要上厕所的请求装听不见，任其直接尿在裤子里；在共同生活期间，赵俊梅对父母经常推推搡搡，不知轻重，夫妻俩常年碰的身上青一块紫一块。而在夫妻二人患病期间，养女赵俊兰倒是经常来探望、照顾，清理卫生，做饭熬药。因此在遗嘱中，赵永将他们夫妻名下的房屋指定由养女赵俊兰来继承。

但赵永去世后，由于房屋一直由赵俊梅居住使用，赵俊兰持遗嘱要求赵俊梅腾房，赵君梅却拒不搬离。后来赵俊兰只得起诉，请求法院判定房屋归她所有。

庭审中，赵俊梅不认可赵俊兰的养女身份，还对赵俊兰所持遗嘱的真实性提出质疑，认为那并非其父赵永亲笔书写。

海淀法院经审理认为，赵俊兰与赵永、李新按照有关规定办理了收养公证，收养关系合法有效。赵俊兰所持的遗嘱经鉴定机关鉴定，确系其养父赵永本人书写，该遗嘱系有效遗嘱。由于李新生前未留有遗嘱，故她去世后，诉争房屋中属于她的份额应由赵永、赵俊梅、赵俊兰继承。但鉴于赵永在遗嘱中自述了女儿赵俊梅对父母有虐待行为，故在分配李新的遗产时，赵俊梅应当不分。而赵永在遗嘱中明确表明愿将诉争房屋中属于自己的份额由赵俊兰继承。最后，法院判决支持了赵俊兰的诉讼请求。

法官释法

根据我国《继承法》第七条规定，继承人遗弃被继承人或者虐待被继承人情节严重的，丧失继承权；同时，该法第十三条第四款还规定，有抚养能力和有抚养条件的继承人，不尽抚养义务，分配遗产时，应当不分或者少分。而此案中的赵俊梅存在虐待父母的行为，法院通过其父亲遗嘱中的自述，综合考虑其实施虐待行为的时间、手段、后果等因素，最终认定在分配遗产时其应当不分。（文中当事人均系化名）

### 宜昌再婚夫妻恩爱 11 年 病逝后子女为遗产上法庭

2014年9月11日 三峡晚报

夫妻俩均为再婚，婚后未生育子女，双方子女也都未随其生活。再婚后，两人共同出资购得一套商品房，产权登记在女方名下。此后，男方女方相继去世，女方去世时留下遗嘱，指定房屋由其独子继承。现男方女儿及男方父母一纸诉状将对方独子告上法庭，要求分割房屋产权。

昨日，西陵区法院判决这样一起继承纠纷案件，最终认定房屋为夫妻共同财产，男方女儿、父亲、母亲各继承12.5%产权份额，女方独子继承62.5%产权份额。

房屋产权证上只有夫妻一方名字，婚后购买是否属于夫妻共同财产？再婚后，继子女在何种情况下享有继父母的继承权？记者昨就此进行了采访。

#### 外地人落户宜昌结缘

李继军，江西人，早前因与妻子感情不和，1998年离婚后独自来到宜昌做水产品生意。李继军与前妻育有一女，离婚时女儿判给前妻，自己每月支付1000元抚养费。

因精通水产品，又勤于跑业务，不到两年，李继军的水产品生意已在宜昌市场小有名气，为城区多家酒店餐馆供货。因生意上的往来，他结识了一家本地餐馆女老板田晓蓉。李继军负责给田晓蓉的餐馆送货，两人平日里接触多了，互生好感。

曾经有多个朋友给李继军介绍对象，但都因性格不合或者对方年龄太小，被他拒绝。因为自己离过婚，一直想找个也是离异的女性，这样的话能够更加理解对方。李继军得知田晓蓉也是离异后单身，便萌生了与她交往的想法。而李继军勤劳能干的个性也吸引了田晓蓉，这位来自江西的男子，让她觉得同命相怜。2000年，两人领取结婚证，并请了家里的亲戚朋友，简单的庆祝了一下。

#### 共同购房家庭融洽

婚后，两人都很珍惜来之不易的缘分，彼此相濡以沫，各自经营各自的生意。

李继军与田晓蓉商量，做生意赚了点钱，干脆一起买套房子，租房过日子总没有家的感觉。这一想法得到田晓蓉的同意。两人于2003年共同出资购买了一套位于西陵一路的商品房，130平米。经过精心装修，两人终于有了自己的家。

两人的孩子逐渐长大成人，经常到他们家里来玩或者小住，双方的关系一直处理的比较融洽。每次李继军的女儿来，田晓蓉都会亲自下厨，做一些可口的饭菜给孩子吃。同样，田晓蓉的孩子来了以后，李继军也是像亲生孩子一样对待，会给孩子上街买衣服或者给点零花钱。

#### 相继离世遗产生变

然而好景不长，李继军身体一直不好，患有高血压、糖尿病等多种疾病，且做生意起早贪黑，因疲劳过度于2011年病逝，享年55岁。

田晓蓉因长期一个人经营餐馆，身体透支，常年患有哮喘等病。李继军的死对她也有很大打击，没有了李继军的照顾和陪伴，身体每况愈下，在2013年也离开人世。田晓蓉曾留下一份遗嘱，遗嘱中称将自己名下的房产由其独子陈厚平来继承。

田晓蓉死后，房屋一直由陈厚平居住使用。但几个月前，这份平静被打破。时隔一年，李继军女儿及父母将陈厚平告上法庭，称购房时父亲也拿了钱，房子应属父亲与继母的共同财产，要求分得房屋产权。

庭审中，李继军的女儿及父母作为原告，称应由原告共同继承房屋50%的产权。

被告陈厚平则辩称，房屋登记的产权人是其母田晓蓉，该房屋为母亲的个人财产，而且母亲通过自书遗嘱的形式对遗产进行了处理，表明其遗产由自己继承。并称李继军的女儿与田晓蓉并未形成法律意义上的赡养关系，故请求法院判决驳回原告全部诉讼请求。

#### 法院做出清晰判决

法院经审理后认为，对于房屋产权的认定，因房屋为双方婚后所购房产，虽然房产证上只登记为田晓蓉的名字，但签订买卖合同、交款、颁证均发生于李继军、田晓蓉婚姻关系存续期间，按照《中华人民共和国婚姻法》第17条规定，该房屋产权应属夫妻共同财产。即李继军、田晓蓉各享有该房屋50%的产权。

李继军先于田晓蓉死亡，故首次继承是李继军享有的50%产权份额作为其遗产由其父、母、儿子、妻子田晓蓉平均继承，即各继承12.5%产权份额。田晓蓉死亡后，其名下的产权份额（50%+12.5%）由其子独自继承。

最终，法院判决房屋由原告三人各继承12.5%产权份额，陈厚平继承62.5%产权份额。

承办法官介绍，本案中有市民比较关心的两个法律问题。首先，立遗嘱处分财产，只能处分属于自己的财产，超出的部分应视为无效。本案中田晓蓉的遗嘱是合法有效的，但其只对其中的62.5%发生效力，对于属于李继军的那部分房屋产权不产生法律效力；其次，继子女与继父母是否形成抚养关系是法定继承的关键。认定形成抚养关系的主要标准是继父母是否承担了继子女全部或部分生活费和教育费。如果未承担任何费用，即使对继子女进行了教育和生活上的照料，亦不能认为他们之间形成了抚养教育关系，而只是一种姻亲关系。如果只是偶尔的给点零花钱或者外出旅游一次，不应视为具有法律上的抚养关系。而此案中，由于双方均未形成法律上的抚养关系，因此双方无权继承继父或继母的遗产。

### 死亡赔偿非遗产 诉请还债被驳回

2014年9月9日 六安新闻网 张凯

核心提示：六安新闻网讯 死者近亲属获得死亡赔偿金后，遭到死者生前债权人起诉，请求用死亡赔偿金偿还死者生前的债务。近日，金寨县法院审结这起民间借贷纠纷...

六安新闻网讯 死者近亲属获得死亡赔偿金后，遭到死者生前债权人起诉，请求用死亡赔偿金偿还死者生前的债务。近日，金寨县法院审结这起民间借贷纠纷案件，判决驳回原告诉讼请求。

2011年3月21日，朱某因做茶叶生意向邻居王某借款7万元，约定月息2分。后因生意亏本，朱某当年只结息，本金一直未还。2013年8月，朱某到江苏某建筑工地打工，12月27日因高坠致死。2014年1月，工地老板按协议给付朱某亲属“死亡赔偿金”42万元。朱某父亲领回后，除去花费，将30万元定期存入银行，留作日后孙子上学、娶亲用。王某向朱父索要欠债未果，于2014年7月20日提起诉讼。

法院审理认为：本案争议的焦点是死亡赔偿金是不是遗产问题。死亡赔偿金是赔偿死者近亲属因失去亲人和依靠所造成的损失，是对生者的补偿，具有精神抚慰性质。虽然对死亡赔偿金通常参照遗产继承来分配，但不能因此认为死亡赔偿金是遗产。既然死亡赔偿金不属于遗产，那么本案原告王某诉请用之清偿债务就没有法律依据。另外，法官释明原告变更诉请，要求继承人用死者遗产偿债，但原告拒不变更。法院只得依法驳回其诉请。（张凯）

### 父亲意外死亡留债务 儿子继承遗产被判还债

2014年8月25日 光明网 韦丽丽

本网讯（韦丽丽） 自古以来，大家都认为“父债子偿”乃天经地义之事，但事实上，“父债子偿”是需要满足一定条件的。2014年8月20日，广西河池市金城江区人民法院审结一起民间借贷纠纷，该院最终判决被告蒋文生在继承蒋大义遗产价值范围内偿还原告借款本金22万元及相应利息。

原告沈天因业务往来与蒋大义相识。2011年至2013年期间，蒋大义因生意资金周转困难先后向原告借款共计20余万元，并出具相应的《借条》给原告。蒋大义生意做得好好的，但天有不测风云，2013年12月，蒋大义因突发脑溢血死亡，留下多笔债务尚未清偿。索款无门的原告无奈之下将蒋大义的子女均诉至法院，要求其共同承担本案债务。

该案庭审过程中，蒋大义的长子蒋文权、女儿蒋苏均声明放弃继承蒋大义遗产的继承，只有儿子蒋文生表示继承蒋大义的遗产。

法院经审理认为，债务应当清偿。蒋大义向原告沈天借款，有其与原告签订的《借款协议》及其出具的《借条》为凭，沈天与蒋大义之间的债权债务关系明确，遂予确认。债务人蒋大义虽然已经去世，因被告蒋文权、蒋苏已明确表示放弃继承蒋大义的遗产，故其在本案中可以不承担责任。据此，法院作出前述判决。（文中人物系化名）

### 父亲葬礼上突现“哥哥”要遗产 法院判决应分但可少分

2014年8月7日 红网 罗建

红网湘潭县站8月7日讯（分站记者 罗建 通讯员 黄戊娟）家住湘潭县的20岁男子卢坤的父亲在一次交通事故中不幸身亡，对方共计赔偿了50万元。在父亲的葬礼上，突然出现了一个26岁的“哥哥”胡鹏，要求分走15万元的死亡赔偿金，这令卢坤和卢坤的母亲傻了眼，“父亲什么时候有个这么大的儿子？”（文中人物均系化名）

2013年11月23日下午5点左右，卢坤的父亲卢云海驾驶二轮摩托车与张某某驾驶的二轮摩托车在易俗河镇二大桥桥下地段相撞，致卢云海受伤，经医院抢救无效于同月25日死亡。事故发生后，卢云海在医院抢救过程中，一直由卢坤及其母亲王玲玲进行陪护护理。其丧葬事宜均由卢坤母子主持操办；在协商赔偿损失的过程中，卢坤及其母亲作了不懈的努力，为获取经济损失的赔偿，多方奔波，最终经协调达成赔偿协议，共计赔偿损失50万元。

胡鹏系卢云海与胡鹏母亲刘桂香之子，卢云海与刘桂香于1988年正月按当地风俗做酒办理结婚仪式并同居，同年10月生育小孩胡鹏。1989年12月，刘桂香带着小孩胡鹏离开卢云海，至此卢云海与刘桂香双方未再同居，刘桂香带着小孩胡鹏离开卢云海后，再嫁给胡冲。刘桂香于2013年9月因病去世。胡鹏得知其亲父卢云海车祸去世的消息后，便找到卢坤母子，要求他们支付自己应得的赔偿款15万元。卢坤母子拒绝支付，胡鹏遂起诉至法院。

法院经审理认为，胡鹏系卢云海生前与胡鹏之母刘桂香所生育之儿子。卢坤母子因卢云海死亡后所获得赔偿款，胡鹏依法应有应得份额。王玲玲、卢坤二人分别为卢云海的妻子和儿子，与卢云海一直共同生活在一起，形成了直接的抚养与被抚养关系；且在交通事故发生后，卢云海在医院抢救过程中，一直由王玲玲母子进行陪护护理，且卢云海的丧葬事宜均由王玲玲母子主持操办，王玲玲母子尽了应尽的义务；在协商赔偿损失的过程中，王玲玲母子作出了不懈的努力，为获取50万元的经济损失赔偿，作出了较大的贡献。依据案件实际情况，法院酌情认定对于因卢云海死亡后所获得的赔偿款王玲玲母子可以多分。

此外，胡鹏在一周岁时随母亲离开了父亲卢云海，后随母亲嫁入胡冲家，随母与继父共同生活在一起，且与继父形成了直接的抚养与被抚养关系；胡鹏没有与卢云海共同生活，在交通事故的处理及赔偿数额上，所作的义务及贡献较小，法院酌情认定，对于因卢云海死亡后所获得的赔偿款胡鹏可以少分。除去安葬费、建房欠款、医疗抢救费、食宿费等，剩余赔偿款约25万元，法院根据案件实际情况酌情认定胡鹏应得赔偿款为60000元，遂法院依法作出上述判决。（完）

### 儿媳私领死亡抚恤金 公婆起诉分割获支持

2014年9月12日 中国法院网 刘玉珍

中国法院网讯（刘玉珍） 儿子不幸患癌症去世，儿媳私自领取抚恤金，八旬公婆无奈将儿媳告上法庭。9月12日，江西省泰和县人民法院审理了此起纠纷，依法判决儿媳返还其公婆应得的抚恤金10600元。

原告陈志刚、王莲花夫妇均已年满八旬，其儿子陈晓明系某单位职工。1981年陈晓明与被告刘桂花结婚，婚后生育儿子陈博及女儿陈娟。2013年6月8日陈晓明不幸因患癌症医治无效去世。2013年8月份，陈晓明妻子被告刘桂花在陈晓明上班的单位领取陈晓明死亡抚恤金补助计26500元。

办完儿子陈晓明的丧事后，原告陈志刚、王莲花夫妇多次要求被告刘桂花归还其应得的抚恤金均遭拒。无奈之下，原告陈志刚、王莲花夫妇起诉至法院要求其儿媳被告刘桂花归还其应得的抚恤金10600元。

在诉讼过程中，被告刘桂花辩称，其领取了陈晓明单位因陈晓明死亡发放的死亡抚恤金26500元是事实。但陈晓明生前因建房还有8万元的债务需要偿还，该抚恤金应先偿还陈晓明生前所欠债务。故陈志刚、王莲花夫妇要求分割抚恤金无理由。

法院审理后认为，抚恤金是指国家机关、企事业单位、集体经济组织对职工死亡后按照有关规定给予其家属或其生前被抚养人的精神抚慰和经济补偿。抚恤金不是公民死亡时遗留的个人合法财产，故不能作为遗产继承折抵死者生前的债务。但抚恤金的分配方式可参照遗产分配原则处理，本案原告陈志刚、王莲花夫妇、被告刘桂花及陈博、陈娟均系陈晓明的直系亲属，均享有分割抚恤金的权利。陈晓明死后由其所在单位发放的抚恤金26500元应由该5人享有。据此，泰和县法院依法判决如上。

### 男子因公离世其父与两孙女公堂争遗产

2014年9月18日 兰州晨报 李辉

本报讯（记者李辉）刘先生两次婚姻均以失败告终，2011年11月23日，在其执行公务不幸去世后，其两个同父异母的女儿薇薇、欣欣及刘先生的父亲老刘（刘先生的生母在其幼年时去世），卷入了法定继承纠纷的旋涡中。9月17日，记者从七里河区法院获悉，目前，该案一审作出宣判，被继承人刘先生的遗产位于兰州市七里河的房产归欣欣所有，欣欣需支付老刘房屋折价款6794元；位于珠海市的房产归薇薇所有，薇薇需支付老刘房屋折价款31806元；一辆小型客车、住房公积金49173元及因其死亡发生的保险金20000元归老刘所有；抚恤金、互助金共计491660元，其中15万元用于偿还债务及相关花费，18527元归薇薇所有，其余323133元归老刘所有。

长女薇薇认为，其与同父异母的妹妹欣欣、爷爷老刘依法为刘先生的全部第一顺序继承人，依法应享有相应的份额。故其将欣欣、老刘诉上法庭，请求法院判令，依法分割被继承人的遗产，包括抚恤金、保险、兰州市七里河区房屋一套及位于珠海市斗门区房屋一套，并由继承人按比例分担此套房屋的贷款，遗产总额以分割时的实际数额计算。欣欣辩称，其同意对被继承人的遗产及公亡补偿、抚恤金进行分割。但被继承人还留有汽车一辆，要求依法分割。她还认为，被继承人的因公牺牲抚恤金、工资及各种补助应归其享有，因为其与被继承人共同生活，感情深厚，且其年纪尚小，正在上学，无生活来源，而薇薇经济条件较好，故其要求依法多分遗产。

七里河区法院审理认为，本案中继承人刘先生生前未立遗嘱，对其生前合法私有财产应按法定继承的顺序，由第一顺序继承人即其两女儿及其父亲老刘继承，遂作出上述决定。（文中人物均系化名）

作者：李辉

### 遗嘱笔迹鉴定的举证责任由谁承担？

2014年9月24日 抚州法院网 宜黄县人民法院 唐晓蓉

#### 【案情】

吴某生前育有两子，吴甲和吴乙。吴某死后，兄弟俩因为遗产分配问题发生分歧，吴乙主张平均分配遗产，而吴甲声称因吴乙未尽赡养义务，所以父亲已将全部遗产留给自己，并拿出了一份自书遗嘱予以证明。吴乙看过遗嘱后，认为遗嘱并非父亲亲笔所写，而是吴甲伪造的，但双方均未申请鉴定。

#### 【分歧】

对于该由谁对遗嘱笔迹鉴定承担举证责任，存在以下两种不同的观点：

第一种观点认为，应当由吴甲承担举证责任，即由吴甲提出鉴定申请。理由是：根据《最高人民法院关于〈关于民事诉讼证据的若干规定〉第二条“当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明”的规定，吴甲虽然提供了遗嘱，但其弟吴乙否认遗嘱系父亲亲笔所写，故吴甲还需进一步完成举证责任。

第二种观点认为，应当由吴乙承担举证责任，即由吴乙提出鉴定申请。理由是：吴甲提供遗嘱，其举证责任已经完成。现吴乙提出遗嘱系伪造的，应提供证据加以证明。

#### 【管析】

笔者同意第二种观点，即应当由吴乙承担举证责任。

首先，吴甲提交了其父的自书遗嘱，他的举证责任在一般情况下来说已完成。现吴乙反驳称，遗嘱并非父亲亲笔所写，根据《最高人民法院关于〈关于民事诉讼证据的若干规定〉第二条“当事人对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”的规定，吴乙对其提出的反驳意见负有举证责任。

其次，就笔迹鉴定的事项来说，必须由吴乙提供其父生前历史文字资料，或者平常书写习惯文字检材等等。此



案笔迹鉴定中，吴乙的配合也至关重要。

综上，笔者认为，在本案中，应该将对需要鉴定的事项即遗嘱的真伪的举证责任分配给吴乙，责令吴乙在法定期限内提出笔迹鉴定的申请。如果吴乙逾期拒不提交鉴定申请，则应承担相应的举证不能的法律后果。

### 弟弟遗产引纠纷 同母异父姐姐享有继承权

2014年9月12日 北京市密云县人民法院网 李慧英 吕书义

女子李某与三个弟弟系同母异父的姐弟，母亲、继父、三个弟弟相继去逝后，留有一处房产，最近，李某发现父母及弟弟的遗产被族人康某某占用，并拒绝返还，便诉至法院，要求继承父母及弟弟的遗产。日前，密云法院太师屯法庭审结了此案，判决支持了李某的诉讼请求。

李某诉称，李某三岁时生父便去世，母亲改嫁到邻村，与该村村民康某结婚，李某随母亲和继父康某一起生活。母亲与继父婚后共生育三子，母亲与继父先后去逝，现在三个弟弟也相继去逝了，且三个弟弟没有配偶也没有子女，父母、弟弟去逝后，留有一处房产，现该处房产被族人康某某占用，李某多次要求返还均未果，故诉至法院，要求继承弟弟的全部遗产。

庭审中康某某辩称，李某与康某未形成抚养关系，其对康某亦没有尽赡养义务，故李某对康某的遗产不享有继承权。李某与其三个弟弟亦没有形成继兄弟姐妹关系，对其三个弟弟的遗产没有继承权。故不同意原告的诉讼请求。

法院认为，李某在年幼时亲生父亲去世，后其母亲与康某结婚，李某跟随其母亲与康某一起居住生活，并由其母亲和康某抚养成成人，故李某与康某之间形成有抚养关系的继子女关系，李某和三个弟弟系其母亲和康某的第一顺序继承人。由于李某与其三个弟弟系同母异父关系，故李某系其三个弟弟的第二顺序继承人。现其三个弟弟均已去世，三人无配偶亦均未生育子女，其母亲和康某的第一顺序继承人只有李某，其三个弟弟的法定继承人也只有李某，故李某对其父母及三个弟弟的遗产享有合法继承权，最后法院支持了李某的诉讼请求。

### 父亲将未进行分割的遗产过户给次子有效吗？

2014年8月27日 抚州市临川区人民法院 李军 郭淑芬

#### 【案情】

老申与妻子婚后生育长子申大和次子申小，夫妻有一套房产，户名为老申。2004年申妻病故。2006年申小结婚时，老申将该房产以买卖形式作价27000元过户至申小名下，申小除实际上并未支付分文房款。2013年6月，申大得知老申房产过户的事情，要求确定父亲与弟弟之间的买卖合同无效。

#### 【分歧】

针对老申与申小之间的房屋买卖合同的效力，有以下三种观点：

第一种观点认为，合同有效。申大无证据证明老申和申小过户房产时恶意串通，且该不动产依照法律规定已经登记，故该合同已经生效。

第二种观点认为，合同部分有效、部分无效。老申依法享有该套房产50%的自有产权和继承其妻子的1/6产权，其处分自己的产权行为有效，其处分申大应继承的1/6的产权的行为无效。

第三种观点认为，合同无效。遗产未进行分割前，继承人对财产共同共有，在共有关系存续期间，部分共有人擅自处分共有财产的，一般认定无效。

#### 【评析】

笔者同意第三种观点，主要理由如下：

首先，共有分为共同共有和按份共有，共同共有是指两个以上的民事主体，根据某种共同关系而对某项财产不分份额地共同享有权利并承担义务。最高人民法院《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见（试行）》第177规定，遗产未分割的，即为共同共有，所以遗产分割前的共有是共同共有的一种形式，本案中申妻去世前，房产为老申与申妻夫妻共同共有，申妻去世后遗产未分割前，老申、申大、申小对该房产为遗产分割前的共同共有。

其次，《继承法》第二十六条规定，夫妻在婚姻关系存续期间所得的共同所有的财产，除有约定的以外，如果分割遗产，应当先将共同所有的财产的一半分出为配偶所有，其余的为被继承人的遗产，换言之，因为房屋本身具有不可分性，老申自有的一半房产只有在进行遗产分割时才能分离出其份额，而在遗产未分割前，老申亦不能对该部分财产单独进行处分。

再次，《物权法》第九十五条规定，共同共有人对共有的不动产或者动产共同享有所有权。最高人民法院《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见（试行）》第89条规定，共同共有人对共有财产享有共同的权利，承担共同的义务。在共有关系存续期间，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、有偿取得共有财产的，应当维护第三人的合法权益；对其他人的损失，由擅自处分共有财产的人赔偿。本案中老申擅自处分三人共同共有的财产，其行为无效，同时老申与申小私自将三人共同共有的房产进行房产过户，侵犯了申大的继承权，老申与申小以买卖形式掩盖赠与之实，申小并未支付房产对价，所以申小取得该共同财产，既非善意亦非有偿，不符合善意取得制度。

综上，老申与申小就该尚未进行遗产分割的房产的房屋买卖合同是无效的。

## 六、房产、股权、信托

### (一) 房产

#### 离婚分房产，先过户还是先给钱？ 双方互不信任，警察充当支付宝

2014年8月31日 重庆晨报 陈翔

重庆晨报讯（记者 陈翔）一对离异3年多的夫妻仍然同住在于海尔路的安置房里。因为关于这套房产的分割，二人一直未能达成一致，问题的焦点集中在“是该先过户还是先给钱”上面。最终，还是寸滩派出所的民警起了“支付宝”的作用，才将双方存在已久的问题圆满解决。昨天，男方及家人还专程赶到派出所表示感谢。

为了争厨房闹到派出所

37岁的王新和35岁的谢琳在3年前就离了婚，而这也自然而然地牵扯到了房产分割。二人在寸滩大桥附近有一套两室一厅的安置房，房子落的是夫妻二人和孩子的名字。

双方离婚协议约定，由男方支付14.25万元给女方，房子便可过户给男方。不过，男方不同意先付钱，而女方也不同意先过户。双方相互不信任，都怕自己吃亏。

由于一直达不成协议，双方就一直住在这套房里，各睡一间房。客厅里一件家具都没有，厨房和卫生间为二人共用。

8月17日，两人因为“谁使用厨房”的问题发生了纠纷。谢琳认为自己受了欺负，便报警称前夫要杀他。

把钱先给民警彼此才放心

寸滩派出所社区民警邓智勇接到报警后，立即赶到现场了解情况。“两人就是因为财产纠纷没解决好，住在一起闹矛盾。要是他们一直住在一起，可能还会继续闹矛盾。”为了能彻底解决事情，邓智勇决定帮助两人调解，将矛盾的根源解决好。但因双方互不信任，所以常规的调解方式根本没用。

女方坚持必须要见到现金，民警邓智勇便提出让男方将钱先交给自己，然后陪双方过户后，再将钱交给女方。对于这个建议，男女双方都认为可行。第二天上午，他们仅花3个小时就把事情办完了，民警还送谢琳去银行存了钱。

“现在想起来，还是觉得有点冒险，毕竟身上揣着巨款。”干了20年社区民警的邓智勇说，自己当时还真是有点“怂”，“还好啥事没有，当天花了3个小时，最终把事情办妥了。”

事后，谢琳还拿了300元给邓智勇表示感谢，但被他婉言谢绝了。昨天，王新和60多岁的母亲也专程赶到派出所对邓智勇表示了感谢。（除民警外，文中人物均系化名）

（原标题：离婚分房产，先过户还是先给钱？ 双方互不信任，警察充当支付宝）

#### 房产加妻名 转眼被离婚

2014年9月2日 阿克苏日报 贾萍

房产加妻名

转眼被离婚

本报沙雅讯（通讯员贾萍）男方婚前贷款买房，婚后，妻子在丈夫满足自己在房产证上加名的要求后，便向法院起诉离婚。近日，沙雅县人民法院审理了这起纠纷。

李先生和许女士于2013年8月登记结婚。婚前，李先生的父母出资，为李先生购买了一套住房，产权登记在李先生名下。结婚后，他答应了妻子在房产证上加名的要求。在办理产权登记后不久，妻子就提出离婚，被拒绝后，妻子向法院起诉离婚。

李先生认为，妻子离婚的想法由来已久，为达到分割房屋的目的，欺骗自己取得了一半的产权，因此他诉请法院撤销自己对妻子赠与房屋一半产权的要求。

法院审理后认为，该《赠与合同》是双方当事人的真实意思表示，没有违反法律法规的强制性规定，因此是合法有效的。

#### 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

### 付了 90 万房款房子却“飞”了 因卖方私售家庭共有财产

2014 年 9 月 13 日 厦门网 郭睿

厦门日报讯（记者 郭睿 通讯员 湖法宣）签订了《房产买卖协议》，就连钱款都付好了，还去做了公证，可房子却迟迟没拿到，市民阿盛为此将房东告上法庭。可让他没想到的是，法院并没有站在他这边，因为卖房者卖的是家庭共有的安置房，且未得到其他家庭人员的许可，买卖行为已然违规。

由于拆迁，家住岭下村的老陈一家得以在湖里区拥有 4 套房产。2009 年 11 月，阿盛等人看上了其中一套 132.98 平方米的房屋，遂与老陈夫妻签订了一份《房地产买卖协议》，约定以 90 万元的价格买下这套房。就这样，阿盛等人陆续支付了费用，双方还到市公证处做了公证。本以为可以拿到新房，可让阿盛等人诧异的是，老陈夫妻却在接收了这间安置房后，拒绝交房，也不配合办理相关过户手续。

几番讨要不得，今年，阿盛等人将老陈夫妻告上法庭，要求对方尽快过户。由于 1936 年生的老陈已经死亡，所以站上被告席的是他的妻子和一个儿子。在家人看来，当初老两口与阿盛签订的《房产买卖协议》是无效的。他们的理由是：争议房产为家庭共有财产，不是夫妻共有财产，未取得其他共有人的同意导致合同无效。这家人同时报料称，当初虽然是老父亲与原告达成的买卖协议，但在协议上签字的是老陈的另一个儿子阿春。阿春系吸毒人员，且是在其他兄弟不知情的情况下逼迫老父低价转让安置房中最大的一套。

近日，湖里区人民法院经审理查明，讼争的《房地产买卖协议》系当事人双方的真实意思表示，真实有效。不过，老陈家人口诸多，签订协议时被告与其他被安置家庭成员并未就讼争房产进行析产，且两原告提供的证据不足以证明两被告其他被安置家庭成员认可两被告就讼争房产的处置行为，事后亦未得到所有权利人的追认，故两被告关于讼争房产的买卖超越了其可处分的范畴。因此依法驳回了原告的请求。

### 女婿代理岳父卖房子 十年后岳父过世反不认账

2014 年 9 月 22 日 房地产微报

女婿代岳父卖了房子，十年后岳父过世却不认账，不肯过户给买房者。买房者程先生无奈向法院起诉，惠州中院日前作出终审判决，判令房屋买卖合同有效，要求代岳父卖房的李先生办理过户。

2001 年，李先生因工作调动至外地，将其居住的位于龙门县龙城镇的一套房屋卖给了其朋友程先生（该房产属于李先生的岳父李某清，由李先生居住），双方于 2001 年 3 月 20 日签订了《房屋转让合同书》，合同约定程先生支付 8 万元购房款、9000 元空调、窗帘款给李先生，由李先生负责办理房产及电话等过户手续。合同签订当天，程先生发现房产证的名字是李某清（被告李先生的岳父），便要求有李某清同意李先生卖房的字据。不久，李先生将李某清签名同意其卖房的《房屋产权转让同意书》（后经鉴定，《房屋产权转让同意书》上李某清的签名不属于本人）交给程先生。

合同签订后，李先生腾让房屋，程先生一直居住至今，期间办理了电话、闭路电视的过户。2010 年，程先生办理过户手续时发现李某清已死亡，其妻子及儿女（李某清遗产继承人）及被告李先生不合作办过户手续。2012 年底，程先生将李先生及李某清的妻子及儿女诉至龙门法院。龙门法院一审判决，程先生与李先生于 2001 年 3 月 20 日签订的《房屋转让合同书》为有效合同。

被告李先生及李某清的妻子儿女不服一审判决，随后向惠州中院提起上诉。惠州中院认为，本案的争议焦点为：李先生将涉案房屋转让给程先生是否符合代理的表象。涉案房屋产权人虽为李某清，但在程先生占有使用前由其女婿李先生居住使用，且程先生与李先生为朋友关系，在签订《房屋转让合同书》时，程先生有理由相信李先生具有

代理其岳父李某清处置涉案房屋的权利。另外，程先生已在该房居住十多年，没有证据证明李先生及李某清的妻子儿女在程先生未支付任何租金的情况下提出异议，被告李先生的代理行为及双方签订的《房屋转让合同》有效。惠州市中院于近日作出终审判决：驳回上诉，维持原判。

### 房屋分给子女后反悔 老汉索要房屋被驳

2014年9月18日 中国法院网 吕书义

中国法院网讯（吕书义） 赵某通过分家将房屋分别分给了子女，但赵某拥有在女儿分得房屋内的居住使用权，现赵某以女儿不与其居住为由，起诉要求撤销分家协议，重新确定女儿分得的房屋归赵某所有。日前此案经北京市密云县人民法院审理，认为赵某未提供证据证明其女儿不与其居住的事实，驳回了赵某的诉讼请求。

赵某与程某原系夫妻关系，为密云县某村村民，二人均已60多岁，但多年来经常打打闹闹。2014年4月5日，赵某和程某与子女分家，将家中的两处房屋分给了女儿赵甲和儿子赵乙，其中分家单中约定，赵某在有生之年在女儿分得的房屋中居住，女儿如果不让赵某居住，赵某可以通过法院将女儿分得的房屋收回。程某在儿子分得的房屋中居住，儿子如果不让程某居住，程某可以通过法院将儿子分得的房屋收回。赵某、程某及其子女均在分家协议书上面签字，并摁上了手印。4月8日，赵某与程某离婚。现赵某以女儿不与其居住房屋为由，要求撤销分家协议，重新确定女儿分得的房屋归赵某所有。

程某、赵甲、赵乙辩称：分家协议系参与分家人的真实意思表示，赵甲并没有不让赵某在房屋中居住。赵某起诉的真实原因是赵某想与别人再婚，而对方要求赵某必须有房，但赵某已经将房屋分给了子女，所以赵某便想通过起诉将房屋要回来。

法院经审理认为：依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定全面履行自己的义务。当事人对自己的主张，有责任提供证据。本案中，分家房产协议书系赵某、程某、赵甲、赵乙对家庭财产的处分，该协议书不违反法律法规的强制性规定，该协议书合法有效，赵某、程某、赵甲、赵乙均应当按照协议书的约定履行自己的义务。现赵某以赵甲不与其居住房屋为由，要求重新确定协议书中所涉及房产的归属，因赵某并不认可不让赵某居住房屋的事实，且赵某亦未提供充足有效的证据予以证明，故依法驳回了赵某的诉讼请求。

### 父女反目争夺房产法院判决父亲胜诉

2014年09月25日 京华时报 孙思娅

京华时报讯（记者孙思娅）父女反目，上法庭争夺一处各交纳了一笔购房款的房屋。昨天记者获悉，市一中院判决女儿一方败诉。

双方争夺的房产购买于2007年，父女二人各交纳了一笔购房款，房屋登记在父亲名下，并由父亲实际管理并对外出租。2011年，父亲将房屋变卖给案外人。

2013年4月女儿起诉至法院，主张其与父亲曾经达成过借名买房的口头协议，父亲将房屋卖掉，损害了自己的权利，要求父亲赔偿损失300万。

为佐证自己的主张，女儿向法院提交了父亲向其出具的保证书，父亲保证将房屋转移到女儿名下；两个弟弟向其出具的协议书，证明诉争房屋由姐姐出资的协议以及银行转账记录等等。

父亲不同意女儿的主张，认为双方真实的法律关系是借款关系。父亲主张，女儿确实向自己转账过一笔款项，但该款项是自己为购房向女儿借的借款。对于其他证据，父亲主张本希望百年之后将房屋分给三个子女一人一套，但后来事与愿违，自己就撤销了对女儿的赠与。

2013年12月，一审法院判决驳回了女儿的诉讼请求。判决后，女儿不服，上诉至市一中院。

市一中院经过审理后认为，父亲保证将房屋转移到女儿名下，双方的法律关系有两种可能：双方存在借名买房关系或父亲将房屋赠与女儿。

法院指出，女儿主张双方有借名买房关系，应当由女儿举证证明其主张。女儿与两个弟弟的协议书，女儿与父亲谈话的录音，银行转账记录达到的证明力与父亲的保证书并无二致，不能排除双方是赠与关系的可能性。

根据合同法的明确规定，在房屋过户之前，赠与人可以随时撤销赠与。父亲将房屋卖给案外人的行为，即表示父亲不愿再履行赠与协议，撤销赠与。

此外，本案中，诉争房屋的认购合同、购房款票据及房屋权属证书的原件均由父亲持有，父亲同时管理着诉争房屋，因此，法院认定女儿并非诉争房屋的实际物权人，双方不存在借名买房的约定。2014年8月，法院终审判决驳回了女儿的诉讼请求。

### 20年前卖房未过户 卖主想悔约被判协助过户

2014年9月23日 北京法院网 李振雨

老杨在20年前买了刘女士的一套房，但一直未办理过户，双方协商不成，老杨将刘女士告上了法院，而刘女士也对老杨提起了反诉。经密云法院审理，判决刘女士协助老杨办理房屋的过户手续。老杨随后向法院申请了强制执行。

老杨诉称，1993年10月自己购买了刘女士的一套房，房款47000元给刘女士后，刘女士便将房屋交付给老杨，老杨一直住到现在。但刘女士随后便一直不协助老杨办理房屋的过户手续，为此老杨诉到法院。

刘女士辩称，所卖楼房是其与丈夫的共同财产，刘女士丈夫后因病去世，此房产由刘女士及其女儿珊珊继承，刘女士认为自己擅自转让房屋，侵犯了珊珊的财产继承权，并且房屋交付后一直未办理过户手续，违反了国家强制性规定。因此提起反诉，要求判决解除双方房屋买卖合同。

老杨针对反诉辩称，房屋出售时，刘女士丈夫仍在世，卖房后一年才去世，已处分的财产不能再视为遗产。

经审理查明，1993年10月老杨购买了刘女士的房屋，刘女士与丈夫共同为老杨出具收条，称房屋总价款47000元，全部收齐。第二日刘女士将房屋交付给老杨，老杨一直在此房居住至今，双方未办理房屋过户手续。刘女士丈夫于1994年6月去世，该房屋的出售发生在其去世之前，该房屋的处分行为与刘女士女儿珊珊无关，不侵犯她的合法权益。因此法院判决刘女士协助老杨办理房屋的过户手续。

判决生效后，老杨向法院申请了强制执行。执行法官收案后立即去密云建委为老杨办理了房屋过户手续。

目前本案已执行完毕。

## 入赘女婿代售岳父房屋 遇拆迁女儿诉协议无效 证人证明卖房系老人真实意思法院驳回诉求

2014年9月26日 人民法院报 刘昌海 顾建兵

本报南通9月25日电 经岳父口头同意，入赘女婿韩某将房屋卖给他人。4年后，售出房屋面临拆迁，女儿认为丈夫韩某对该房屋无权处分，且房屋尚未过户，仍应属于其父，便将丈夫与买房人一起诉至法院，请求确认房屋买卖合同无效。今天，江苏省南通市中级人民法院对这起确认房屋买卖合同无效案作出维持一审的终审判决，驳回原告的诉讼请求。

徐某系海安青萍村村民，膝下有两女，长女建云，次女建梅。1989年9月，建云与韩某结婚，韩某入赘徐家，与徐氏夫妇共同生活。1999年，次女建梅出嫁到周某家。4年后，建梅因交通事故去世。2004年9月，徐某的老伴亦去世，徐某与建云夫妇共同居住于徐某名下的房屋中。

2009年，同村村民李某因自家房屋被拆迁，需要购房。经人介绍，韩、李两家达成以35000元买卖房屋的意向。7月2日，在徐某某、陆某、钱某三人见证下，双方签订房屋买卖合同，李某当即给付韩某押金2000元。协议签订后，李某按约将余款33000元交给韩某，韩某亦将登记户名为徐某的房屋产权证和土地使用证交给李某，同时将房屋腾空交给了李某。之后，韩某与妻子建云、岳父徐某一起搬至韩某入赘前的房屋中居住至今。而李某一家则对购买的房屋进行装修后，即搬入居住至2014年3月。2010年9月，徐某病故。

2013年10月，李某所购上述房屋被列入拆迁范围，拆迁补偿款达30余万元。

得知拆迁消息后，建云认为，丈夫出售房屋未获得房屋产权人即父亲的同意，李某明知韩某无处分权还与其签订房屋买卖合同，双方的行为属于“恶意串通，损害第三人利益”的情形，请求确认丈夫与李某签订的买卖合同无效。

庭审中，被告李某申请协议见证人徐某某、陆某、钱某出庭作证。三位证人当庭陈述，协议签订时，徐某到场并表示房屋出售事宜由孩子们做主，且建云亦始终在现场。

另查明，徐某的次女建梅出生于1977年，1993年徐某家建房时，建梅尚未成年，无稳定工作及收入。

海安县法院经审理认为，2009年7月2日，李某与韩某签订房屋转让协议，以双方平等协商的合理价格35000元购买案涉房屋，买卖双方均根据协议约定完成了钱、房交付。证人证言亦可以证明，韩某出售房屋时得到了徐某的授权，且建云对房屋出售应当知情，故该房屋买卖合同系双方真实意思表示，遂判决驳回原告的诉讼请求。

一审判决后，建云不服，向二审法院上诉称，证人的证言纯属伪证，签订协议时，徐某疾病缠身，无法到达现场。为证明其主张，建云提供了医院出具的病情证明及徐某的病历资料。

南通中院经审理认为，上诉人提供的证据尚不足以推翻上述证人证言，遂驳回上诉，维持原判。

（刘昌海 顾建兵）

### ■连线法官■

无反驳证据的证人证言可作定案依据

最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第七十八条规定，人民法院认定证人证言，可以通过对证人的智力状况、品德、知识、经验、法律意识和专业技能等的综合分析作出判断。

据该案一审承办法官吕群介绍，根据该规定，法院对证人证言的认定过程是法官结合案情和证人基本情况所作出的一种综合判断，如果证人的智力状况、品德等使法官对证人所述事实的真实性形成了内心确信，那么该证人证言可以作为认定事实的依据。此时，如果另一方当事人提出异议，则应提供充足的反驳证据。本案中，原告主张合同无效的主要依据是，韩、李签订协议时，韩某对房屋无处分权，双方系恶意串通。庭审中，被告方提供的三位证人分别系介绍人徐某某、村民调兼治保主任陆某、村委会主任钱某。三人均陈述，协议签订时，徐某到场表示此事由孩子们做主，且建云始终在场。综合证人的身份、品德等情况及本案已查明的其他事实，可以认定该证人证言的证明力。而原告提交的父亲患病不能行走的事实证据，尚不足以推翻证人证言的证明力，故法院予以驳回。

## （二）股权

先是父告子 后是子告父就算上法庭 股份也不是想送就能送

2014年8月26日 华龙网-重庆商报(重庆) 吴光亮

为了争股份，先是父亲把儿子告到九龙坡法院要求撤销股份赠与，后是儿子把父亲告到大渡口法院要求按约定赠与股份。到底怎么整？昨日，记者从大渡口法院了解到，就算你情我愿，股份也不是想送就能送的。

父告子：撤销股份赠与被驳

去年中旬，53岁的李涛和妻子张晓芬离婚了。李涛曾经在2010年与多名朋友共同出资开办了一家燃气有限责任公司。这家公司效益不错，当初李涛仅出资2万多元获得1100股股份，到了去年，这些股份已经每月能获得7000元左右的分红了。

李涛和张晓芬经过商量，专门在离婚协议上写了一条关于股份处置的内容，就是将股份悉数赠与26岁的儿子李进，而且每月的利润分红都由儿子李进享有。

哪知没过一个月，李涛就变了卦。因前妻和儿子户口都在九龙坡，李涛向九龙坡法院起诉，将前妻和儿子推上被告席，声称自己被欺诈，请求法院撤销离婚协议上约定赠与给儿子股份的内容。

九龙坡法院审理认为，李涛在签订离婚协议时并没有受到胁迫和欺诈，驳回了李涛的诉讼请求。

子告父：要求履行赠与被驳

李涛不愿赠与股份，这让前妻张晓芬和儿子李进非常恼怒，于是今年5月底，李进来到其父户口所在地大渡口，把父亲告上了大渡口法院，请求法院判决父亲李涛履行赠与。

法院开庭审理期间，父亲李涛并没有到场。令李进意外的是，大渡口法院一审宣判时，并没有判决其父李涛履行股份的赠与，而是驳回了李进的诉讼请求。

法官解惑

赠与条款与股东章程抵触

父告子被驳回，子告父也被驳回，咋回事？承办法官介绍，这是因为李涛和前妻离婚协议内的赠与条款，与燃气公司当初拟定的股东章程出现了相抵触的情况。

原来，当初开办燃气公司时，李涛在内的13名股东拟定了一份股东章程，内容大致为股东向股东以外的人转让股权，需要经过半数以上的股东同意，而且应出具书面通知，并且，其他股东对转让的股权有优先购买权。法官表示，这一约定内容完全符合《公司法》和《合同法》的相应法律条款。

本案中，虽然九龙坡法院依法未予同意父亲李涛撤销赠与的诉讼请求，但其中赠与股份的条款，因为没有事先按照燃气公司的规定以及《公司法》的规定经公司半数以上的股东同意，所以大渡口法院没有对儿子李进要求父亲转让股份的诉讼请求给予支持。

法官表示，虽然李进目前不能成为燃气公司的股东，但并不妨碍其享受股份带来的分红以及股份转让时带来的收益。同时，如果李进今后获得了燃气公司半数以上股东的同意支持，可以再行起诉，要求其父亲按照赠与条款转让股份。

(文中当事人为化名)

### (三) 信托

#### 国内家族信托运作样本研究

2014年9月1日 阳光财富

##### 一、国内家族信托案例分析

##### 1、平安信托：平安财富·鸿承世家系列单一万全资金信托

###### (1) 产品为单一资金信托

2013年年初，平安信托发行内地第一只家族信托——平安财富·鸿承世家系列单一万全资金信托。此信托产品募集规模为5000万元，合同期为50年，客户是一位年过40岁的企业家。根据约定，信托委托人与平安信托共同管理这笔资产。委托人可通过指定继承人为受益人的方式来实现财产继承。保护家族财富传承是“鸿承世家”系列产品的功能之一，该系列产品在设计之初并非专门针对家族信托领域。

###### (2) 定制式、可撤销信托，委托人受托人共同管理信托财产

在单一产品的设计时，可以根据委托人的意愿和特殊情况定制产品。同时，在产品存续期间，还可以根据委托人的实际情况和风险偏好来调整资产配置方式和运作策略。在受益人设置及信托财产的分配上，此类信托可设置其他受益人，可中途变更，也可限制受益人权利。信托委托人与平安信托共同管理信托资产。

###### (3) 利益分配多样化，产品运作信息向委托人公开

在信托利益分配上可选择一次性分配、定期定量(比例)分配、不定期不定量分配、临时分配、附带条件分配等不同的形式。家族信托不仅可以保障富二代、富三代的基本生活，还可“附带条件分配”以有效约束信托受益人，避免家族因继承、分割问题起纷争。同时，也通过遗产的整体运作把家族利益统一起来，继承人可以参与或监督信托管理，但谁也不能从其他继承人手里谋取不正当利益。信托会定期或不定期将信托财产运作情况以正式报告或邮件等方式与委托人/受益人沟通。信托公司做重大决策前，也会充分征询委托人意见，使委托人对运作信息有充分了解。如果委托人不在世了，则根据相关协议条款或法律执行信托。

(4) 信托资金组合运用，预计年化收益为固定+浮动

“万全资金信托”的模型此前主要针对高端法人客户销售，如全国五百强企业、事业单位、各类基金会等。其资金主要投向物业、基建、证券和加入集合资金信托计划，预计年收益在 4%-4.5% 之间。固定管理费年费率为信托资金的 1%，年信托收益率高于 4.5% 以上的部分，收取 50% 作为浮动管理费。

## 2、招商银行家族信托基金

(1) 委托人为超高净值客户，不可撤销跨代信托

招行的家族信托基金主要针对家庭总资产 5 亿元以上的客户设计，其资产门槛为 5000 万元，期限为 30-50 年(跨代)，为不可撤销的信托。招行私人银行 2013 年 5 月正式签约首单财富传承家族信托。第一个设立家族信托的客户杨先生年近 60 岁，在境内拥有多处自住和商用物业、股权及金融资产，两个儿子已成年，女儿年仅 8 岁。

(2) 受益人为子女，信托收益分配两种形式

受益人为三个子女，此家族信托基金的所得受益分为一定比例的定期与最终分配两种形式，设立的信托主要为现金资产，借此信托基金形式妥善安排传承其财富。杨先生此次设立的家族信托，其子女便可定期领取薪金，信托期限设 50 年。遇到婚嫁、买房买车、创业、医疗等大事，也都可以从信托基金中拿钱买单。

(3) 银行主导，信托公司参与且发挥主动作用

整个家族信托由招商银行主导，招商银行在其中承担财务顾问与托管角色。但与银信合作相比，信托公司的作用更大，信托公司要与委托人签订协议，会参与信托的设计，承担一些责任。

(4) 银行与信托共同受益，收取年费及超额管理费

年费按托管资产的一定比例收取，比例取决于信托的复杂程度，以及委托人生前还是过世。委托人生前多少会参与信托管理，收费比例低一些；过世后，完全由银行管理，责任更大，收费会更高。超额管理费则按照行规，超出委托人预期收益部分，招行按 20% 的比例提取。此外，作为受托人的信托公司，也按一定比例收取费用。招商银行将行内资产装入信托资产包，在客户端可以收取投资顾问费，在信托端可以收取项目咨询费，在代销费以外新增收入来源。

(5) 税务策划，法律咨询等专业服务，收费相对较低

在目前的法律框架下，境内资产是无法控制境外资产的。同样的，设立信托也无法解决境外资产的分配与隔离问题。目前处理的方式就是设立境外信托。由于家族信托的这些客户属于超高端，此类客户的资产大多全球布局，因而设立家族信托需要非常专业的税务筹划、法律咨询，其中税务筹划包括运用信托、离岸公司等工具进行的家族跨境投资税务规划、大股东企业上市税务规划、移民和财富传承的税务规划；法律咨询包括家庭关系中的婚姻资产保全、家族基金设立、境外资产保全等。家族信托中，律师事务所等第三方合作机构的收费以按服务次数为准，总体收费很低。招商银行与会计师事务所的收费机制是，以按税务筹划前后所节省出来的资金为基础，按一定比例提成。法律咨询的收费则相对较低。

## 二、国内家族信托现阶段的发展障碍

### 1、法律制度障碍

我国《信托法》并未明确家族信托这一信托类型，但家族信托的交易结构并未违反《信托法》的相关规定，家族信托在国内开展并无法律法规的禁止。但是，这不代表家族信托在国内开展没有障碍。

(1) 信托财产的登记

我国《信托法》并没有明确具体什么情形为“有关法律、行政法规规定应当办理登记手续”，由谁办理，如何办理等问题。作为一种立法活动安排，这些配套制度应当以其他法律或行政法规、部门规章的形式予以规定，使信托登记活动具有可操作性。由于缺乏配套制度，实践中人们就不知所措，或者对信托财产的登记有各种不同的理解，造成了很多混乱。在家族信托业务中，以需要办理登记手续的财产设立信托将面临无法办理移转(过户)手续，或者不能进行以公示信托活动为目的的登记活动。这将影响信托的效力，对家族信托活动的开展影响是很大。

此外，我国信托登记遵循的是“登记生效主义”原则，信托财产需要办理登记手续的，只有依法办理登记信托才能产生效力。因此，在我国，委托人以需要办理登记手续的家族财产设立信托，必须将其财产进行登记公示，这将对委托人设立家族信托的积极性产生重大影响，可能会引发高端客户的不安。

(2) 税收优势未得到体现

从信托业的发展历程来看，信托产生之初就带着强烈的避税动机，主要是遗产税。我国却是以流转税和所得税为主的双主体税制，而遗产税也迟迟没有出台。另一方面，我国的信托税收制度还不健全，信托活动本身固有的税收策划和节税功能未能得到有效体现，委托人设立家族信托的意愿自然也不强烈。

并且，在国内目前要实现不动产的产权转移成本非常高，甚至不可能。我国的房屋产权变更一律视为交易，会被征收交易税。而且以企业法人的名义持有房产的税费要高于个人，并以每年 1.25% 的比例递增。而委托人名下的商铺要想过户到信托计划这样一个非法人的名下，就更是难以做到。而不少富豪的财产中都有大量不动产。这部分财产不能信托将是制约家族信托发展的一大障碍。

(3) 受托资产确权仍有局限，破产隔离能否实现

受托资产确权有局限，目前已经推出的家族信托业务中受托资产主要是存款，比如金银珠宝和字画等作为受托

资产目前很难确权。

再者，信托财产的私有权对抗公权时是否具有独立性仍不明确，比如委托人涉及到刑事犯罪后，其信托财产是否不受追偿，这在当前法律环境下仍难实现。国内的信托法定义的信托法律关系还是明确在“委托关系”上，在财产隔离方面的效力具有不确定性；而海外的家族信托最基础的原则就是“所有权的转移”，即委托人把财产的所有权转移给受托人，实现资产的隔离，从而达到资产保护的功能，然后再在资产隔离的基础上，实现资产的集中管理、企业永续经营、避免法定的继承程序、对特殊人士的长期关怀、财富传承和税收筹划等目的。

如果委托人设立家族信托之后，委托人的企业因经营不善而被债权人申请破产清算。在有信托登记的情况下，家族信托作为信托财产，理应受“破产隔离”的保护，而不在清偿资产之列。但我国现在仍没有实现信托财产登记；其次，也没有破产隔离的相关实施细则。再加上目前的家族信托中，委托人仍对信托财产有相当的控制权。那么对于已经设立的家族信托财产的有效性的判定，只能由法院进行裁决。如此一来，家族信托财产的安全性就更加令人怀疑。

#### (4) 股权资产的管理

在国外，家族信托的一个重要功能，是通过托管家族企业股权，实现传承。目前，我国的家族信托的信托财产都为金融资产，金融投资、财富保增值的属性更重。由于我国信托法并未就股权资产管理作出明确规定，如家族信托采用信托持股的架构，则无法对企业所有权、管理权及分红权的清晰划分提供法律依据，尤其是在发生委托人死亡事件时，该如何确定企业的管理者成为亟待解决的问题。

#### (5) 外汇制度的管制

随着改革开放的深入和民营资本的发展，许多企业家在国外也有巨额投资和资产，但由于我国法律对于境内自然人持有外汇进行了一定的限制，因此如在境内设立信托，无法将委托人在境外的资产进行托管，将国内资产与国外资产统一打包于信托资产包，而是必须在境外就国外资产单独设立信托。繁琐的程序也阻碍了在境外有资产的企业家在中国境内设立家族信托的步伐。

### 2、缺乏专业化人才和专业化服务

国外的信托成立几十年甚至百年以上，在“代人理财”方面有长期良好的信用度和管理经验，与西方发达国家有着本质区别，我国信托业务的传统领域是融资类业务，而非资产管理类业务，无论业务经验还是人员储备都缺乏管理财产信托业务的能力。这加重了国内高净值人士将家族的资产完全交给机构来运作的顾虑。此外，中国股市10年来的表现与宏观经济完全背离，国内投资人员也相对缺乏全球投资经验，对于高净值人士的跨境资产配置手段有限，因此还需要进一步努力才能达成成为高净值人士财产保值增值的目标。

另一方面，家族信托的存续期限长，我国尚未对事务管理型信托明确收费标准。现行的作法主要还是按照年费的方式收取，但费用并不是固定的。每一单操作的难易程度、内容规模、目的要求不同，费用也不一样，还涉及到律师事务所、会计师事务所等固定费用。资产管理的规模越小，相对单位成本也就越高。

### 3、产品趋同，创新不足

在资金信托领域，基金、银行、券商和保险已经相当成熟，但信托公司要转型并继续发展资金信托，必须开辟新的领域与他们进行差别化竞争。信托公司必须立足于信托本源业务，以产业领域为重点，以资源组合为手段，以市场优化为原则，以金融创新为动力形成信托公司新的盈利模式。在新兴家族信托市场，每单信托产品的设计都需根据客户的自身情况和不同需求量身定制，这为家族信托产品的设计提供了想象空间。在家族信托产品的设计上，应充分发挥信托业的灵活性。根据委托人的意愿和目的，结合信托财产的自身特点，合理进行产品创新，开发技术含量高、个性化的家族信托产品。

### 4、瑞士银行告别保密，引发信息保护危机

数百年来，瑞士银行因严格的保密制度而享有信誉，但是迫于涉嫌帮助客户逃税所面临国际社会的压力，2014年5月6日，作为世界最大的离岸金融中心，瑞士承诺将自动向其他国家交出外国人账户的详细资料，代表着这个一直以来银行对客户隐私保护最严格的国家，对其所持的原则也有了一丝的松动。虽然瑞士此番接受的信息分享的范围和目的都很有针对性，只是一种极为有限的放宽，而且披露的对象只是账户户主的母国政府，以方便其追查避税行为，绝不是一些人理解的向社会公布，但是这一举措无疑让本来就重视私密性的家族信托客户对金融机构就金融隐私和信息安全的保护感到更加地不安，使得在国内开展家族信托业务更加地艰难。

## 三、家族信托业务的发展前景

### 1、家族信托客户需求的细化

总的来看，根据客户的需求，家族信托的服务内容可以分为三大类：一是治理类，从事于家庭价值观，调解纠纷，为下一代提供理财教育并协助家庭成员培养财务观念和财务独立性；二是策略类，规划客户财产的方方面面，包括税收和不动产筹划，财富转移规划，资产保护，投资和慈善规划；三是管理类，提供会计和簿记，积极的税收和规避，报表和现金管理。

### 2、家族信托产品服务的对接

事务管理类信托，即利用信托的制度优势为客户提供财产的事务管理，又被称为服务信托。信托公司在事务管理类业务中具有制度优势，在混业竞争的态势下，家族信托必将是发展的一个重要方向。我们认为家族信托产品的



核心在于服务。

从组织架构上,为了更好的服务客户,需要成立家族办公室。家族办公室是一种致力于管理家族财富和家族生活的机构。更具体地说,家族办公室能体现一种稳定性和影响力以帮助家族维持并发展他们的金融资产和遗产。家族办公室所需要具备的服务特征主要有以下几个方面:客观的理财建议;服务的宽度和一体化;技能的多样性和专业性;多世代规划;规模效益。信托公司需要按照客户要求和目标,管理、制定策略和经营。

### 3、家族信托与其他业务的协同

#### (1) 家族信托与移民信托相结合

理财周报金融研究院认为,家族信托的设计中加入移民这项服务,以做到用全球化的视角为高净值客户提供周到的全方位资产配置服务。通过满足家族信托客户的移民需求,保持家族财富管理的效率和整体一致性。

家族信托介入移民的程度上可以分为两个层次:

浅层次的业务开展,可以选取业内有规模,有声誉的移民机构签订战略合作协议。根据家族信托客户的移民需求和移民机构展开合作,帮助客户移民。公司以收取服务费的形式盈利。移民机构负责客户的移民后端全流程,包括移民的申请手续,资金出境等。

深层次的业务开展,需要信托公司利用其金融机构的优势和资源,帮助家族信托客户搭建移民全流程的桥梁。家族信托客户与信托公司签订信托合同之后,由信托公司负责在客户端筛选移民中介为客户办理移民申请流程;负责在通道端寻找资金通道(通常为银行)为客户办理资金出境;负责在项目端对接境外移民投资项目为客户挑选投资标的。

#### (2) 家族信托与海外投资信托相结合

随着中国高净值人士投资多元化的需求增加,其境外资产规模在逐步扩大,境外资产在高净值人士的全部资产占比由两年前的不到10%上升至20%左右。高净值人士拥有的境外收入、境外股权减持、抵押或变现后一部分资金滞留在境外。另外,由于近年来投资移民的需求增加也使得境外资产管理日益重要,直接以外汇进行投资避免了汇率风险。家族信托与海外投资信托的结合旨在实现投资的全球化配置,规避国内投资的风险。

随着近年中国企业“走出去”的步伐加快,如何参与中国企业海外实业投资和资产管理,成为信托公司自主创新的新设想。海外并购是条专业的道路,除了中外法律法规和地域文化的差异,审批难、周期长;送审严、门槛高;融资难,成本大;服务缺、弯路多等等都成了中国企业“走出去”的制度难题,但信托模式在解决自主投资的审批程序上具有优势。

目前的境外直投有金额和目的的限制,而通常情况下,只要在授权的QDII额度内,信托公司为投资者成立信托计划,省去换汇、开户等琐碎细节,用信托代持,以信托产品的名义去投资,借由专业渠道为审批提供了方便。

因此,信托模式赋予中国企业通过资金形式更隐蔽地参与海外资产投资,事后则可通过股权和收益权转让完成长期投资,为海外“实业投行”业务埋下了伏笔。(理财周报 王俊丹)

### 连载 | 家族信托业务中的当事人

2014年9月2日 汉坤律师事务所 陈汉

此前已经提到过,现行中国法律框架下的家族信托,是一个信托合同。按照《信托法》的规定,信托合同的当事人有委托人、受托人与受益人。因此,典型的家族信托架构中,这三者为主要的当事人。

#### 委托人

在家族信托业务中,委托人是具有完全行为能力的自然人,这是基本前提。关于委托人,常见的问题如下:

第一,外籍人士是否可以成为委托人。由于高净值人士中已经移民海外的不在少数,因此常常碰到这个问题。按照我们的理解,无论是《信托法》还是《合同法》,对于委托人的国籍无任何限制性的规定,我们的结论是:外籍人士可以成为家族信托的委托人。至于可能涉及到的在其国籍国的财产(变动)申报,则是另外一个法律问题,不属于中国法问题了。

第二,能否通过遗嘱来设立家族信托。《信托法》第8条第2款明确规定可以通过遗嘱设立信托,但是在实践中,通过遗嘱是无法设立家族信托的。因为从技术角度看,家族信托是以信托合同的形式出现的,信托公司无法通过当事人的一个单方法律行为即遗嘱来认可或者确认一个信托合同的效力。因此,遗嘱设立家族信托从技术角度看是不现实的,委托人必须生前与信托公司订立信托合同来完成家族信托的设立。

关于委托人撤销权及信托财产的“隔离”,后续会专题论述,在此不细说。

#### 受托人

关于受托人,常见的问题是:除了信托公司,其他主体能否成为受托人?

从立法的层面看,自然人也可以成为信托的受托人,即学理上的“民事信托”。但由于我国暂时没有“信托登记”,因而无法将该项信托财产明确独立于受托人的个人财产(或者其夫妻共同财产)。并且自然人也可能遭遇各种无法预测的人身意外(重疾甚至去世)。因此对于以财富传承为目的的家族信托,若委托给自然人,委托人及受益人承担的风险将额外巨大。

至于其他非信托公司的商事主体,由于经营范围的问题,更无法接受委托成为信托受托人。

因此，只有正常运营的信托公司才可以成为事实上的家族信托受托人。虽然没有信托登记制度，但是受托人通过信托专户，能从技术上和操作上将信托公司固有财产与委托人所委托的财产隔离开来。这也是将财产委托给信托公司的安全性之根本。

#### 受益人

首先关于受益人国籍问题，基于和上述关于委托人国籍一样的考虑，我们认为外籍人士成为信托的受益人不存在法律障碍。至于其因信托受益权而可能存在的个人所得税问题，则是另外一个法律问题，与信托无直接关系。

受益人不是信托合同的签字方，而是信托受益权的直接享受方。受益人可以放弃受益权，但是原则上不能修改信托合同对受益权可能规定的各种条件。

换句话说，信托受益人在家族信托中处于一个相对被动的法律地位，其受益权是否归入夫妻共同财产、是否绕开受益权的继承等，都可以通过信托合同来约定，即很大程度上取决于委托人与受托人的约定。事实上，这也是家族信托能实现按照委托人即通常所说的富一代的意愿稳定传承财产，而不受子女意愿干扰的法律基础。

为了避免全体受益人去世之后造成信托终止的意外事件，在设立家族信托的时候，我们都建议客户设立多轮次的受益人，并且对受益权进行条件限制，以便应对受益人挥霍、婚变、意外去世等特殊情况的出现。

#### 监察人

我国《信托法》并未规定有监察人这个角色，但是在各种场合都有专业人士谈起。监察人，也又称作保护人，是一个来自普通法的概念。英文原文称呼为“trust protector”。在普通法框架下，监察人的主要角色是监督受托人义务的履行，并且在受托人严重违约的时候，更换受托人。

在我国，虽然《信托法》并未直接规定，但是并不妨碍其成为家族信托中的相关人，其正当性源于合同法的意思自治原则与合同中的第三人制度。

监察人的现实需求来源于：家族信托往往期限很长，但是委托人可能因为年龄、健康等原因无法监督信托合同的履行，而受益人又未成年或者未成熟，此时设立一个监察人，有助于监督受托人，确保受益人的权益。

为了避免利益冲突，原则上建议监察人应与受益人无直接利益关系。同时，如何避免监察人“专权”或者“滥权”，在信托合同中如何设置监察人的权力，没有固定模式与统一的方案，需要专业人士根据受益人具体情况及信托合同中对受托人权利的限制等多项指标综合考虑后进行平衡。

### 家族信托：游走于现实与法律之间

2014年9月7日 信托周刊 许海波

“信托周刊”(Trustweek)持续向金融精英分享专业干货和实用成果!

在国外，家族信托早已发展成为相对成熟的信托产品，但在国内，家族信托还只是初露端倪。大部分时候，家族信托是服务于少数富裕社会阶层的金融工具，但随着社会富裕阶层的壮大，建设一个强大的财富管理业将成为国家金融产业的重要支柱。

而在当前的制度框架下，我们必须切实解决法律与现实两方面的问题，家族信托才能得到更加长远的发展。

#### 家族信托的现实需要

家族信托财富管理的范畴很广，可选择的制度工具也很多，信托只是其中的一种。但基于信托自身无可比拟的制度优势，家族信托在整个家族财富管理规划与执行中，已起到脊梁和架设的作用。通过信托合同文件来规划家庭关系、公司治理和代际传承的各种利益，已经逐渐成为一种国际惯例。

#### ● 选择家族信托的现实理由

围绕家族信托的讨论主要有四个核心议题，而这也正是超级富豪们选择家族信托的根本理由。

一是代际传承。人有生老病死。上一代的财富如何向后代子孙传递，如何更好地保护未成年子女利益，如何平衡家庭法律关系中的各种利害关系，是家族信托的核心议题之一。从代际传承的角度，信托之外，传统的财富传承方式一般有两种：一是生前赠与，二是遗产继承。但赠与与继承不具有信托制度的优势，也难以解决家族财产传承中所涉及的一些复杂问题。

二是全球范围内的资产配置。在全球化时代，世界政治与经济都存在很强的不确定性。对于财富规模庞大的家族来说，如何才能在全球范围内进行收益最大化的资产配置，保持合理控制，并达到有效传承，是家族信托实际控制人必须考虑的问题。

三是家族企业的财力聚合和永续发展。尤其对于拥有庞大商业帝国的家族而言，誓将家族财富永续发展下去，是家族财富所有人永远的重要议题。

四是遗产税问题。近年一直有传闻称国家正在酝酿出台遗产税，每每在市场上引起强烈反响。而如何才能合理、合法地节税向来是家族财富实际控制人考虑设立家族信托的重要原因之一。另外，跨境财富管理公司推广海外信托业务也一直惯于打遗产税这张王牌。

#### ● 家族信托的设立

至于要对什么样的家族财富进行管理以及如何利用家族信托进行家族财富管理，则取决于信托财产的种类、设立信托的目的、信托设立地司法管辖区的法律规定等。

通常而言，设立家族信托应当经过以下步骤：首先，确立设立信托的目的及诉求；其次，确定解决问题的信托方案及路径，构造整个信托安排的结构；再次，起草信托法律文件；最后，执行信托安排，确保信托有效设立。

那么，如何才能成为有效设立的信托？通俗地讲，家族信托就是为了个人和家庭利益，以私人财富的规划、管理、保护、传承为目的设立的信托。以此来看，家族信托应是一种民事信托。因此，一般情况下，有效设立信托需要满足以下几个条件：一是有合法的信托目的；二是有可确定的合法信托财产；三是有适格的受托人主体；四是有确定的受益人或受益人范围；五是不违反国家禁止性法律规定；六是信托财产所有权发生真实转移。资金信托与财产权信托的分类思考从信托财产的种类，可以将信托分为资金信托和财产权信托。从现阶段立法环境角度看，这种分类对探讨家族信托的实务问题尤其具有实际意义。

### ● 资金信托

在中国 2001 年通过的《信托法》中，对委托人、受托人和受益人的权利义务关系设定，充分尊重和体现了“意思自治”原则。尽管《信托法》的 74 个条款偏于原则化，但信托设立人及其顾问团队完全可以通过信托合同的具体条款安排来完善信托结构，更加有针对性地设定信托各主体之间的权利、义务关系，以确保信托目的的实现。

具体来说，如果仅是以现金财产设立信托，其财产交付和转移都非常容易，设立过程也相应简单。其核心仅在于两个文件的拟定：一个是信托设立的信托合同文件，一个是信托资金存管的资金监管文件。但要设立以现金为信托资产的家族信托，信托合同文件如何拟定便具有非常关键的意义。其核心问题包括：信托财产的投资管理、信托受托人的不当管理的监督与法律救济、信托受益人的设定及其变更、信托保护人的法律设定、信托利益在特定条件下的分配等。资金信托规避了目前国内信托的登记争议和税收争议问题，可以顺利实现破产风险隔离和财富的转移分配与代际传承，有效保护家庭成员的常规生活和子女的成长利益。

### ● 财产权信托

能不能有效设立财产权信托？由于信托财产登记制度的缺失，目前尚存在一些争议。有些权威机构的公开报告认为，在中国“一物一权”的物权法体系下，不能有效设立财产权信托，对此笔者并不认同。按照中国目前的法律框架，在家庭财富管理过程中可以有效设立财产权信托。

原因在于，财产权信托有效设立的关键条件，是财产权的让渡与转移。即委托人将设立信托的财产交付给受托人并发生可以依法确认的财产权转移。虽然《信托法》规定，信托财产应当独立于受托人财产，但由于缺失信托财产登记制度，目前尚做不到这一点，但并不能籍此否定信托的效力。

如以不动产而论，从当前的制度环境来看，尤其在避税的可行性与正当性备受质疑的情况下，对不动产作财产权让渡与转移的安排并不契合社会的普遍诉求。不过，这是否阻碍了信托的有效设立？对照《信托法》第十六条之规定，应非如此。

《信托法》第十六条规定，信托财产与属于受托人所有的财产相区别，不得归入受托人的固有财产或者成为固有财产的一部分。受托人死亡或者依法解散、被依法撤销、被宣告破产而终止，信托财产不属于其遗产或者清算财产。

如以公司股权而论，通过设立财产权信托进行企业传承与治理的安排，实际具有极大的待开发空间。但在此类财产权信托中，如何才能有效防范受托人的道德风险是值得特别关注的主要问题之一。

### 发展家族信托面临的法律问题

设立家族信托，目前还存在一些制度盲区，需要中国的金融立法和司法部门逐渐填补。如目前中国仅有信托公司能够选择性地开拓民事信托业务等。概括而言，这与当前制度环境下，信托公司作为非银行金融机构的属性及其信用是分不开的。

在中国，信托公司属于须经批准才能领取执照的营业信托机构，受到中国银监会的严格监管。但严格来讲，银监会的规定仅能约束营业信托公司。对民事信托、公益信托而言，应参照《信托法》第二十四条：“受托人应当是具有完全民事行为能力的自然人、法人。法律、行政法规对受托人的条件另有规定的，从其规定。”因而，在缺失信托财产登记制度的情况下，没有“信托业法”或“受托人法”的出台，受托人的道德风险将难以有效防范。

### ● 委托人的法律地位问题

如何理解委托人在信托设立、存续及终止过程中的法律地位，是个重要的问题。国外，有些国家和地区设有信托保护人制度，在中国对信托立法的过程中，对此问题应有一定考量，如在公益信托中设有信托监察人制度。但为何在中国《信托法》中没有相应设计对信托保护人的规定？

按照目前的《信托法》规定，委托人在信托有效设立前后的法律地位是发生变化的。在信托有效设立后，委托人即不再对信托财产享有所有权，在信托存续期间，委托人应被视为信托财产的法定保护人，并根据信托法的规定保护信托财产、确保信托目的的实现；信托终止后，委托人也会在特定条件下成为法定受益人（归复受益人）。

按此理解，则中国《信托法》的框架非常清晰。在此基础上，再根据信托合同文件的约定，合理设定委托人、受托人、受益人的权利和义务，家族信托设立的目的才会容易实现。

### ● 信托业法的缺失和谨慎义务规则

无论营业信托、民事信托，必然都会涉及目前中国“信托业法”尚属空白的法律问题。正是由于信托业法的缺失，受托人的谨慎义务规则目前在司法实践中，主要依赖于学理解释，包括商业准则下的评判和法律准则下的评判。

“信托业法”需要和“信托税法”、“信托财产登记法”结合，统筹考虑。在国家治理层面，如果已经确立建设强大的财富管理行业的目标和方向，信托业法、信托税法和信托登记法的空白应该尽快得到填补。

### ● 税收问题

撇开“信托税法”的空白问题，就家族信托和节税、避税的关系而言，税收问题本身也是一个微妙而敏感的问题。

目前，中国贫富悬殊问题仍非常严重，社会普遍存在“仇富”心理，对民营企业是否负有创业原罪的话题一直存有争议；民众获得财富的机会十分不均等，更加重了中下阶层对待财富阶层的理性缺失；再者，我国的私权保护状况并不理想，如避税不当，还有可能引起涉及刑事责任的争议。

因而，对于以服务中产以上阶层的家族信托而言，如何才能有效、合法地处理信托与税收的关系，是需要慎重对待的重大问题之一。

### 发展路径建议

家族信托作为民事信托的主要业务类型之一，尽管在国外已经非常成熟，但在国内仍然属于创新和拓荒阶段。法律服务行业对家族信托业务的参与，目前也非常有限。但尽管如此，家族信托的发展应是大势所趋。市场经济的开发性和富裕家庭的财富管理国际化，决定了家族信托会在将来得到良好的发展。从现阶段来看，主要有两条可建议路径：

其一，国内特定目的和功能的家庭信托产品。这一类信托产品已经开始落地，一些银行的私人银行部门和信托公司的家族事业部已尝试开始拓展这类业务。一般这类信托都是围绕着子女教育创业、家庭成员的养老保障、离婚后子女权益保护等展开。以子女教育类的资金信托为例，以不低于 3000 万元或 5000 万元的现金资产设立单一资金信托，确定受托人、受益人和信托保护人，受托人依据信托合同的安排来向受益人支付信托利益对应的款项。这部分资金从家庭企业中隔离出来，实现了破产隔离，以充分保障未成年子女的教育、婚嫁、创业利益等。

根据国内的资产管理现状，从单一功能的家庭信托产品入手，是非常务实的做法。当这样的产品多样化发展之后，家族信托将会被更广泛地接受，受托人规则、素养等也会逐渐得到发展，国家的法治环境也会逐渐改善，综合类的家族信托产品甚至家族办公室这一顶级家族信托业务也会得到发展。

其二，境内实际控制人对境外权益设立的离岸家族信托安排。境外司法管辖区的信托立法相当完善，随着市场的成熟与开放，国内企业的国际化越来越普遍，境内家庭的境外权益规模也越来越大。通过家族信托，这些企业实际控制人可以更好地实现跨境资产管理，解决代际传承问题、公司治理问题、资产配置问题、遗产税问题等，且是必然的选择。目前一些中概股的实际控制人家庭常常会做这样的信托安排。

（作者：许海波 系金诚同达(上海)律所高级合伙人）

## 连载 | 家族信托的事务性管理义务

2014年9月10日 汉坤律师事务所 陈汉

所谓事务性管理义务，主要是指对除投资以外的事项的管理，这些事项是需要受托人即信托公司主动管理的事项。

事务性管理义务主要指向受益权。典型的事务性管理义务包括：

1. 在特定的条件下增减受益权的份额。例如在某已经成立的家族信托中，委托人在信托文件中对其子女的受益权进行了附条件的调整：如果去境外上大学，年度受益份额为 30 万人民币；如果结婚，一次性分配 100 万人民币；如果生育，一次性分配 200 万人民币。

2. 在特定条件下，增减受益人。由于家族信托年限较长，家族成员会因为婚姻、生育、死亡等事件而发生变化，受益人名单可能也因此而改变。例如某委托人在信托文件中对受益人做了如下安排：“子女及子女的配偶”。因此如果子女离婚，原本在受益人名单中的配偶，因丧失了配偶的身份而丧失了受益权。所以对委托人家庭而言，子女婚姻的问题并不会导致家庭财产的流失。

3. 受托支付。在部分家族信托中，由于受益人年幼或者年龄过大，无法直接掌控所得到的受益财产，因此需要信托公司进行受托支付，避免分配的收益被第三人滥用。例如在某离异后抚养费信托中，委托人担心抚养费被挪用，因此要求信托公司直接向房东支付女儿和前妻租住公寓的租金，同时在核实后支付各种其他大额的开支。

事务性管理，对受托人而言，最大的挑战不是事务性管理的繁琐，而在于核实这些导致受益权份额增减或者受益人名单增减的条件是否成就。

众所周知，受托人往往是不直接与受益人进行接触，只是根据信托文件在条件成就的时候向受益人分配信托利益，而分配的方式，往往是直接向受益人此前已备案的银行卡汇入特定数额的款项。这样的操作方式为常态，但蕴含着特定的风险。

在没有任何立法与司法实践可供参考的情况下，我们只能凭法理来规范这种核实义务。但是如果说“受托人应尽善良管理人的谨慎注意义务”，仍然不能解决问题，因为善良管理人的谨慎义务，仍然是一个过于模糊的概念。

因此，为了防范受托人的风险，同时也是为委托人负责，可以通过以下几种方式来履行自己的核实义务：

第一，要求受益人的确认声明。即在交付受益份额之前，要求受益人自我声明其符合受益权所设置的条件，并

且保证如有不实声明应承担相应的责任

第二，由第三方（例如机构、监察人、外聘律师）出具相关证明。例如在当事人结婚、生育等情况下，要求出具相关证明文件，而不仅仅是一个声明；

第三，存疑之时提存或者暂停支付。例如在受益人死亡并且信托合同允许受益权被继承之时，对受托人而言，确定是法定继承或者遗嘱继承及继承人的范围，并不是一件容易的事情，此时最为稳妥的做法是对该收益进行提存或者暂停支付，等继承事项明朗之后再继续。

在私法领域，约定义务相对于法定义务优先适用，因此最妥善的做法是在信托文件中做尽可能详细的规定。但由于家族信托业务是项新业务，并且在过去的实践中往往缺乏熟悉家事法的专业人士参与其中，因此信托合同中这部分的义务约定还有很大完善空间。

上述观点，更多的是从受托人的角度出发来阐述的。从受托人的角度看，事务性管理是将其意志与价值观始终贯彻于家族财富分配的核心工具。因此事务性管理和财富的增值保值是家族信托的两辆并行的马车，对于长期管理而言任何一辆马车出现问题都将影响受托人与委托人或者受益人家族的信任关系，结果往往是用脚投票即信托的终止。

## 七、社会新闻

### 独生女继承拆迁款是否“理所当然”

2014年08月29日 嘉兴在线-嘉兴日报

最近，解放街道一社区的小洛遇到了一件事：母亲生前口头答应把房屋拆迁款给自己，但没有立下相关字据或遗嘱就离世了，而拆迁公司不同意把拆迁款直接给她。这该怎么办？

今年8月初，小洛来到解放街道调委会寻求帮助。街道“老娘舅”毛云飞听小洛讲了事情的来龙去脉。原来，洛妈妈在解放街道某厂生活区有一套50多平方米的住房，因洛妈妈只有一个女儿小洛，洛妈妈早已决定把该房屋的征迁补偿款都给女儿，又因为自己身体不便，便委托女婿小刘帮忙到拆迁办办理了相关拆迁手续。

拆迁手续是小洛夫妻办理的，房屋的钥匙也是小洛亲手去交的，小洛原本以为自己拿到钱也是理所当然的事儿，可是拆迁公司却表示：不能把钱给小洛。“拆迁公司的说法是，房屋的所有权人是我妈，妈妈过世后我并不是该房屋的唯一法定继承人。”小洛说，可妈妈明明答应拆迁款是留给她的，但是她没有可以出示的证据。

面对小洛的不知所措，毛云飞给予了法律上的解释。“洛妈妈过世后，房屋的法定继承人有4个，分别是洛妈妈的父母、再婚配偶和女儿，你并不是唯一的继承人。”“老娘舅”告诉小洛，小洛之前以为拆迁款是母亲赠送给自己的，但因无法拿出相关的证据无法得到法律的认可，“想拿到拆迁款，唯一的办法是要请4名法定继承人一起坐下来，听听大家对财产如何继承的意见。”

听了“老娘舅”的解释后，小洛请来了外祖父母、继父来到街道司法所。因为大家都知道小洛母亲的心意，对于让小洛全部继承拆迁款没有任何异议，所以当“老娘舅”向4人详细解释了遗产的继承方式及拆迁公司处理遗产的相关规定后，4人很快选择并签订了调解协议，小洛的继父、外祖父母均放弃对该房屋产权的继承，由小洛一人继承。在“老娘舅”的帮助下，4人向南湖区人民法院申请了调解协议司法确认，一旦司法确认完成后，小洛就可以从拆迁公司拿到拆迁款了。

“原本以为理所当然的事儿，没想到还需要法律的认可。”小洛说，感谢“老娘舅”的帮助，也提醒大家，在房屋征迁等涉及金钱问题的时候，一定要学会依法办事，用法律的眼光来思考问题。

### 本市拟建“遗嘱库”律师服务全程免费

2014年8月29日 半岛晨报

2014大连国际老龄产业博览会即将在星海会展中心开幕。组委会方面昨日通报本届展会情况时表示，目前大连正在筹建公益性质的遗嘱库，保证公民正确行使处理自己财产的权利。这一项目规划将在展会期间进行展示。

展会亮点：大连筹建“遗嘱库”项目

9月4日~7日，大连国际老龄产业博览会（以下简称老博会）将在星海会展中心开幕。本届展会展出面积近1万平方米，参展企业近200家，展位数量近300个。展会将分为四大展区，包括养老公寓区、康复医疗区、老年用品区和养老服务区，将有来自美国、德国、英国、韩国、日本等国家和地区的品牌及国内20余个省市区的老龄产品生产商、经销商及代理商前来参展，展示当前国际最先进的养老服务、产品及理念。

大连市老龄办主任张君玲介绍，截至去年底，大连60岁以上的户籍老人已达122万余人，占全市户籍人口总数的20.7%。这意味着每5个大连市民中就有一位60岁以上老人。受宜居等条件影响，外地人来连养老的数量一直呈递增状态，使得大连的老龄化程度在东北地区是居于首位的。

张君玲透露，本届“老博会”上，将首次举办养老产业高端论坛，同时，还将展示大连、也是国内唯一的绿色“适老住区”试点工程。另外，作为本届展会亮点之一，大连筹建中的“遗嘱库”项目将在展会期间进行介绍和展示，并针对市场反应进行下一步规划。

公益性质：遗嘱“存”起来，随时可以改

近年来，财产继承纠纷呈上升趋势。但在现实生活中，普通公民对如何制作和执行遗嘱存在不少认识盲区。张

君玲说，老人在制定遗嘱的过程中，可能随时会因财产、人际关系等变动而更改遗嘱内容，对于财产内容，一般还会涉及到公证环节，花费可能会达到数千元。最后未能实现自己的愿望并可能引发家庭纠纷，这种现象并不少见。

张君玲告诉记者，目前，大连市老龄办正在酝酿建起一个公益性质的“遗嘱库”。“‘遗嘱库’只是暂定名，毕竟有些老人对这个名称还有忌讳。”张君玲说，而该遗嘱库的形式主要是在市内建成类似银行“保险库”的场所，大连律师将组成志愿者团队，义务为老人服务。“一般来说，将有两名律师对一名老人服务，制作和更改遗嘱都具备法律效力。”张君玲说，老人可随时更改、取消遗嘱内容。由于该项目属于公益性质，律师服务全程免费，只对遗嘱文件收取几十元不等的保管费。老人去世后，家属可凭有效证件等来取遗嘱。

半岛晨报、海力网记者苏琳

按照《继承法》规定，遗嘱在法律效力上依次分为5种：公证遗嘱自书遗嘱代书遗嘱录音遗嘱口头遗嘱  
公益“遗嘱库”

遗嘱保管

市内建成类似银行“保险库”的场所

遗嘱制作

律师组成志愿者团队，义务帮老人制作和更改遗嘱，律师服务全程免费

遗嘱领取

老人去世后，家属可凭有效证件等来取遗嘱

### 重庆今天起免费为60岁以上老人办理保管遗嘱服务

2014年8月28日 中国广播网 陈鹏

央广网重庆8月28日消息（记者陈鹏）来自重庆市司法局的最新消息，从今天起，重庆市各公证处将免费为60岁以上老人办理保管遗嘱服务。

记者从重庆市司法局“驻所强基惠民生”专项活动视频推进会上获悉，自开展“驻所强基”活动以来，司法干部深入基层调研，了解到老年人对遗嘱公证服务有较大需求。针对这一情况，该局专门出台惠民措施：公证处免费为60岁以上老年人免费办理保管遗嘱服务，80岁以上老年人则免费办理遗嘱公证。此前，各公证处并没有设立专门保管遗嘱这项业务，而是参照遗嘱公证的收费标准，每次收费400元。

市公证处有关负责人表示，市民在办理遗嘱保管业务后，公证处将免费帮其保管遗嘱至申请人去世。如果申请人亲属未能按时领取遗嘱，公证处将继续帮其保管至亲属前来领取。申请人亲属可凭申请人死亡证明、户口簿等相关凭证，到公证处领取遗嘱并办理继承公证。

### 大连拟建公益“遗嘱库”

2014年8月28日 海力网 苏琳

9月4日，由大连市民政局、市贸促会主办的大连老年用品博览会将在会展中心开幕。近年来，财产继承纠纷呈上升趋势，但个人拟定遗嘱费用不低，涉及财产公证等则需要支付数千元。今天，市老龄办方面透露，大连正在筹建公益性质的遗嘱库（暂定名），在市内确定固定场地，像银行保险库一样，由律师志愿者帮助老人拟定具有法律效力的遗嘱，并可随时更改、储存。老人去世后，儿女可凭有效证件等来取遗嘱。这一新模式将在老博会上展示，并针对市场反应进行下一步规划。半岛晨报、海力网记者苏琳

### 《离婚律师》回应“重庆版小三”乌龙始末(图)

2014年08月31日 华龙网-重庆晚报 唐楸

原标题：

《离婚律师》回应“重庆版小三”乌龙始末

拍摄时论坛上截取网页画面

制作时没想到号码真实存在

微博上网友对小谭的态度有了转变

8月29日，重庆晚报A05版报道热播剧《离婚律师》中小三角色罗美媛的QQ、微博、陌陌号，与重庆24岁卖酒姑娘小谭的完全一致，导致小谭遭到网友炮轰。昨日，《离婚律师》剧组对此作出回应

坦言美术组处理不当

昨日下午，重庆晚报记者联系上《离婚律师》宣传负责人亚平。

亚平解释，小谭于8月10日发私信给编剧告知此事。剧组调查发现，剧本中原本没有这个信息，拍摄时，需要一个网页画面，所以美术组在一个论坛上截取了一个包含小谭QQ、微博、陌陌号的页面，但改动了名字。

亚平称，因网页画面较小，美术未对信息进行处理。后期制作时，特效人员没想到这些号码是真实存在的，将信息在画面上放大。美术组的失误给谭小姐造成困扰，剧方表示深深歉意。

曾主动沟通提出道歉

亚平说，8月10日当晚，剧组制片高女士与谭小姐取得联系，向她说明缘由，表达歉意和精神赔偿意向。之后3天沟通中，剧组提出道歉、在第二第三轮播出时遮挡住谭小姐的个人信息，还提出安排更换她的信息号码以免再

受干扰、沟通赔偿方案、在官微上道歉，但谭小姐表示希望由律师来处理。

亚平说，8月14日起，谭小姐拒绝与高女士继续联系。制片人罗刚接下来每日与谭小姐沟通。剧方提出希望通过报纸和网络发道歉声明，谭小姐未回复。

亚平呼吁，观众看戏时切勿对号入座，以免对他人造成不必要的困扰。

网友从炮轰转为同情

昨日，重庆晚报记者在小谭的微博上发现，网友从之前的误会辱骂炮轰慢慢转变，不少网友对小谭的遭遇表示同情。

昨日下午，重庆晚报记者再次致电小谭。记者询问，剧方曾经提出愿意公开致歉等，为何没有回应。小谭表示，自己已将一切交给律师打理，不愿再回应。

重庆晚报记者唐楸摄影报道

## 战时重庆离婚案大多不要“离婚律师”

2014年9月2日 重庆晨报 王寒露

重庆晨报讯（记者 王寒露）电视剧《离婚律师》的热播，让很多人看到了在离婚纠纷中律师的重要性。不过，在抗战时期的重庆，是没有离婚律师这一职业的，绝大多数家庭的离婚案件都需要一个第三方，从公正的角度对夫妻双方进行调解，主要是“劝和不劝离”。

在此次论坛上，来自台湾中原大学通识教育中心的柯惠铃副教授说，根据对战时重庆婚姻案例的研究，她发现，一般在夫妻双方无法达成离婚协议的时候，并不是进入司法程序，而是邀请第三方从中调解或仲裁。

除此之外，当时的国民政府还有一套民事调解程序，其中家庭所在保甲的保长，还会成为纠纷调解中的重要证人。

另外，战时离婚案件的民事调解费用，也不像《离婚律师》中那样要付给律师高昂的报酬。柯惠铃表示，民事调解的费用普通人都是可以负担得起，这也解释了战时重庆的离婚纠纷中，包括了不少工人和农民等低收入阶层。

（原标题：战时重庆离婚案大多不要“离婚律师”）

男子起诉离婚 发现结婚8年妻子系冒用她人身份

2014年09月02日 潇湘晨报 刘双

原标题：她是我老婆，可我不知道她是谁

本报怀化讯 和一名女子结婚，在一起生活了8年，还育有一子。但直到去法院起诉离婚，李强才知道妻子是冒用他人身份和自己结的婚。由于妻子两年前已离家出走，他到现在还是不知道自己这个神秘的妻子姓甚名谁。

近日，溆浦县法院审结了这样一起奇葩的离婚案件。

女子“田红”和浙江男子李强在浙江打工认识并相恋，最后登记结婚。2004年，两人在李强的老家浙江开化县登记结婚，并在第二年生育了一个儿子。

8年间，“田红”一直声称老家在溆浦，父母已过世，家中只剩她一人。

结婚前几年，夫妻二人相处比较融洽。之后，两人常因家庭琐事争吵，为此，“田红”也几次负气离家外出。直到2年前，两人一次大吵，“田红”彻底离家出走，此后再无音讯。

李强曾经尝试着去“田红”打工的地方打听，但也始终没有结果。因为除了知道妻子叫“田红”，老家在湖南怀化溆浦之外，其他的信息他全然不知。而直到这次提出离婚，他才发现连仅知道的信息都是虚假的。

溆浦县法院受理这起离婚纠纷案后，根据李强提供的地址信息，将相关法律文书送达溆浦的田红老家，田红父母顿时就惊呆了。

“不可能，我女儿没有跟什么浙江人结过婚。”老人说，田红在2003年就已与当地的一名男子结婚。担心女儿可能背上重婚罪名，他们赶紧把女儿叫回老家。

“夫妻”两人在庭上见面时，都愣住了，双方确实互不认识。调查核实，原来是田红在浙江务工时，丢失过一代身份证，被李强的妻子捡来登记结婚，并一直冒用该身份。

经过溆浦县法院调解，李强最后撤回了与田红的离婚诉讼，并赔偿了800元。回到当地后，他将向法院申请撤销与田红的结婚登记。只是直到现在，他也还是不知道自己这个神秘的妻子到底姓甚名谁。（文中人物均为化名）

记者刘双 通讯员粟汇文 王伟平

婚姻登记两年前才实现全国联网

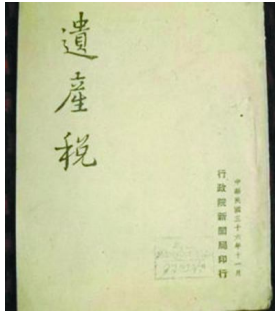
2012年7月24日，民政部召开婚姻登记信息全国联网新闻发布会，宣布已实现婚姻登记信息全国联网的目标，全国31个省（自治区、直辖市）均已建立省级婚姻登记工作网络平台和数据中心。

婚姻登记信息联网后，新人登记结婚时，工作人员输入其身份证号码，系统将自动显示两人近年来婚姻状况，包括结婚、离婚、再婚等。如已婚，显示“已登记”，便无法重复登记。

未联网前，对居民婚姻登记情况的查询，往往仅限于省内。专家称，由于这一技术漏洞，重婚者逍遥法外的案例不断，让“山寨婚姻”时常出现。

## 遗产税 先分遗产还是先征税

2014年09月03日 北京日报 孔祥凤



这三种不同的征税方式各有优缺点，英美国家的制度是先纳税后分遗产，计算简单，征管便利，税额有保障，还能有效避免纳税人偷税漏税。日本等国的制度是先分遗产再纳税，考虑到继承人的负担能力，鼓励财富分散，体现了公平原则。这两种制度中，一种制度的优点恰好是另一种制度的缺点。然而，结合了两者的优点的总分遗产税制度，无奈征收成本高，且存在重复征收的可能，在实际应用中较为少见。其实，遗产税的规定也并非固定、唯一的模式，如在美国，除了一般的总遗产税外，还有隔代遗产税等等，每个国家都会根据本国的政治、经济、法律环境来具体选择

原标题：遗产税 先分遗产还是先征税

2013年3月一项关于遗产税的网络调查。

孔祥凤

近些年来，不断有专家呼吁建立更加完整的财产再分配制度，特别是房产税、遗产税等财产税制度，从而保障社会的公平和起点公平。从世界范围内看，在被统计的188个国家中，有遗产税或赠与税以及对遗产赠与用其他税收调节的国家共有114个，约占检索国家的61%；不对遗产和赠与征税的国家74个，占39%，即世界上大多数国家在对遗产和赠与进行税收调节。

早期遗产税只针对不动产

遗产税是一个古老的税种。一般认为，最早产生于4000多年前的古埃及，埃及长老胡夫为了筹措军费，开征了遗产税的先河。到了1598年，近代意义上的遗产税在荷兰开征。其后，西方发达国家相继开征，主要目的都是为了筹措战争经费，战后即停征。比如在美国，美国联邦政府遗产税于1797年首次开征，现代意义上的遗产税是于1916年立法开征的，其目的是为应付世界大战而筹资。

关于遗产税的源头，有学者研究，认为主要有遗嘱检验税、土地继承金、遗赠权购置费和教会遗产税四种。所谓遗嘱检验税始于公元前7世纪，古埃及规定了财产转移税，只要转移财产就要纳税，包括死亡后遗产的转移，税率为10%。这种税是政府在登记时收取，因此也被认为是财产转移登记税。这种税不管遗产转给谁、转什么，都是统一标准，这也是后来遗产税的由来之一。

公元6年，古罗马皇帝奥古斯都迫使元老院通过了《关于1/20的遗产税的伏流斯法》，规定死者六等亲以外的遗产继承人应交纳所继承遗产的5%作为税金，因此是一种继承税。古罗马继承税的目的是使财产保留于家族或亲属集团内部，这是因为在当时，社会财富贫乏，要鼓励财富积累，以促进社会财富的创造。这与现代社会遗产税调节贫富分化的目标恰恰相反。当时的遗产税规定了专门的用途，用于士兵养老及屯田金，在这一点上，对现代遗产税专款专用制度有较大影响。

土地继承金起源于古日耳曼人的固有习惯，部下武士所用马匹、盔甲、武器系由主人提供，死后要交还主人。后来武士职业可以由后代继承，需要交纳一笔钱就可以将财物留下。封建社会中，封君为了维持服兵役的供应将封土赏赐给封臣，封臣死后，封土应归还。如后代想要继承封土，则要向封君提出请求，交纳一笔钱代替封土的归还，即土地继承金，经过核准，再行臣服、册封等诸礼。

受此影响，一些国家早期的遗产税只针对不动产。此外，在日耳曼民族有个牢不可破的法律习惯，只有亲子才可以继承不动产，如无亲子，该封地即复归部落或封君所有。但随着时间和观念的变化，即使无亲生子嗣，封地也可由死者的近亲属继承，但要交纳更高一些的继承金。现在不少国家的法律中也有类似的规定，如在荷兰关于遗产税的规定中，既要考虑遗产的总额，也要考量继承人与死者的关系。这种遗产税的实质是归还，随着土地的流转，土地被视为私有财产，这种一次性的税收逐渐消失。

遗赠权购置费买封君承诺

善慈税务官

在古代西方，如果封臣死后没有亲子继承遗产，可以提前和封君谈好，并交纳一笔钱，就可以将遗产遗赠给近亲属，这笔钱就是遗赠权购置费，这是购买封君一个承诺的价款，是附加在土地继承金之上的又一笔费用，是税外收费。在交了这笔费用后，继承人在继承时还要交纳土地继承金。遗赠权购置费一般并没有明确的法律规定，主要看谈判能力，这笔费用是封臣自愿交纳的。遗嘱检验税、土地继承金、遗赠权购置费，这三种税费是后世遗产税模式及区分亲等征收的制度起源。这些制度是先分遗产后征税，现在一些国家仍然保留类似的制度。



所谓教会遗产税，起初，基督教是由贫困的下层社会民众自愿加入的互助性宗教组织，大家把自己所有的财产捐献给教会，后来，随着基督教的发展壮大，富人不断加入，逐渐允许捐献部分财产，到后来不必捐献财产就能加入。此时，死后捐赠部分遗产给教会却成了一种信仰。基督教徒认为，他们的财富源于上帝，他们仅仅是上帝财富的保管者，他们追求财富不是为一己私利，而是荣耀上帝，由此，捐赠教会遗产税被认为是荣耀的事情。但这种捐献也并非全是自愿的，如欧洲基督教堂，就曾经有“若无遗嘱之死者或死而不划出一部分财产做超度灵魂或救济贫困者，要被以应遭永久浩劫之罪而宣告。”这种半自愿性质的遗赠至今存在，对于这种遗产税和其他慈善公益捐赠一样，现在很多国家都在税前扣除。

各国遗产税是怎么收的

进入20世纪以后，随着社会财富的积累，贫富分化的加重，遗产税逐步成为一个固定的税种，主要目的在于调节社会成员的贫富差距，而政府获取财富的作用大大削弱了。目前世界上主要有三种模式的遗产税。

在美国和英国，实施对死者的全部资产征税的制度，被称为总遗产税制。1976年，美国修改了联邦财产转移税，统一了生前赠与税和死后遗产税的税率为18%~55%，具体税率依据应纳税遗产价值的总额来确定。同时规定了60万美元为起征点。其后经过了多次变化，2013年，美国联邦遗产税的起征点是525万美元，超出部分税率为40%。在英国，起征点为32.5万英镑，夫妻俩共同继承的起征点为65万英镑，税率为40%。这种制度不管死者与继承人之间到底有什么关系或有没有关系，而是统一将继承财产或是管理财产的人员当作纳税人，一般设有起征点，并规定超额累进税率。

在日本、德国、荷兰等国，实施的是不同于英美国家的遗产税制度，其收税对象是分到遗产份额的各继承人，被称为分遗产税制，又称继承税制。当存在多个继承人时，继承税制才与总遗产税制不同，如果只有一个继承人，则是一样的效果。日本的遗产税采取累进税率，计算时以继承人所继承的纯遗产为基础，要先扣除被继承人的债务及丧葬费用。日本的遗产税税率最高达到70%，通常未亡配偶继承的遗产在一定限度内免征遗产税。分遗产税制通常采用累进税率，同等情况下，所得遗产越多，税率越高；继承人越少，税率越高。这种制度往往考虑继承者与死者的关系，关系越亲密，承担的税越少。

此外，还有一种制度被称为总分遗产税制。它是对遗产先征收遗产税，然后再对继承人所得的遗产收继承税。以前意大利采用这种模式，后来停止征收。

这三种不同的征税方式各有优缺点，英美国家的制度是先纳税后分遗产，计算简单，征管便利，税额有保障，还能有效避免纳税人偷税漏税。日本等国的制度是先分遗产再纳税，考虑到继承人的负担能力，鼓励财富分散，体现了公平原则。这两种制度中，一种制度的优点恰好是另一种制度的缺点。然而，结合了两者优先点的总分遗产税制度，无奈征收成本高，且存在重复征收的可能，在实际应用中较为少见。其实，遗产税的规定也并非固定、唯一的模式，如在美国，除了一般的总遗产税外，还有隔代遗产税等等，每个国家都会根据本国的政治、经济、法律环境来具体选择。

### 惠东今年离婚率下降近3成 复婚率同步下降

2014年9月2日 南方日报 卢慧

南方日报讯（记者/卢慧 通讯员/李有军 郑杰）去年底，惠州在全省首创诉讼离婚信息通报制度，意图杜绝假离婚拿二套房税收优惠等行为。半年多过去了，离婚信息通报制度实施效果如何？记者日前从惠东县法院了解到，离婚信息通报制度运行良好，根据惠东县民政局婚姻登记处提供的数据，今年1月至今，全县离婚率下降近三成，复婚率同步下降。

叶智是惠东县法院民一庭书记员，每月最后一个工作日，他负责将本月所有生效的离婚判决制成离婚信息通报表，然后附上所有生效的离婚法律文书，送到惠东县民政局婚姻登记处。“前三个月，我们都是每月最后一个工作日送达后，由民政部门归档录入的。但在运行中我们发现一个问题。”叶智所说的问题，就是在每月下旬判决的离婚案件，由于判决生效仍需十五个工作日，通常要等到下一个月才能归档录入，造成“时间差”。因此，4月起，惠东县法院在每月最后一个工作日送达相关法律文书后，民政部门在下月10日才进行信息归档录入。

“过去，因为拆迁补偿、贷款购买二套房、逃避夫妻债务等问题，确实存在假离婚。但实施离婚信息通报制度以后，类似意图的假离婚大大减少”，惠东县法院民一庭庭长陈泳通说，根据惠东县民政局婚姻登记处提供的数据，今年1月至今，全县离婚率下降近三成，复婚率同步下降。

惠州市中级法院民一庭审理婚姻家庭案件的二审，该庭副庭长郑杰表示，所谓的“假离婚”其实在法院判决后是实实在在的“真离婚”，“有的夫妻为买房假离婚，约定房子买好后复婚，后来又不肯复婚，”郑杰说，因此造成的纠纷法院解决起来很麻烦，“法院将参与社会管理创新堵塞漏洞，但同时，大家不要把婚姻当工具。”

### 那坡绿色通道为劳教者登记结婚

2014年09月02日 右江日报 黄波

“如果没有你们的帮助，我们还不知道什么时候才能办理结婚登记呢，非常感谢！”何某夫妇热泪盈眶地对在场的工作人员道谢。

在押人员何某，因盗窃罪被那坡县人民法院判处有期徒刑1年，将被送往钦州监狱服刑。近日，他出现思想波

动，经管教民警详细了解得知，其未婚妻孕产期日益临近，因双方此前未曾办理结婚登记，根据有关政策，其未婚妻不能为即将出生的小孩办理户口登记，很多需要户籍证明的惠民政策都将无法享受，何某为此茶饭不思，便抱着试试看的态度恳请监所能否准许与未婚妻进行结婚登记。

根据《婚姻法》相关规定，要求结婚的男女双方须亲自到婚姻登记机关进行结婚登记。根据在押人员何某提出申请的内容和实际情况，为解决其后顾之忧，使其今后安心接受改造教育，那坡县监所领导高度重视，并特事特办积极地与政务服务中心婚姻登记处就办理婚姻登记事项进行了沟通与协调，并制定了有效的方案。

8月14日上午，在监所干警的配合以及驻监所检察官的监督下，何某与未婚妻办齐手续领到了结婚证。望着手中红彤彤的结婚证，何某夫妻喜极而泣，见证这场特殊登记的干警、检察官、登记员等人纷纷向这对新人送上真挚的祝福。何某表示今后将安心服刑，积极改造，争取早日出狱和家人团聚，以实际行动报答社会。（黄波）

## 涉港网络上市公司离婚股权案 | 法庭：网龙 CEO 毋须公开身家

2014年9月2日 东方日报 家事法苑

法庭：网龙 CEO 毋须公开身家  
东方日报 9月2日

原始链接：[http://orientaldaily.on.cc/cnt/news/20140902/00176\\_100.html](http://orientaldaily.on.cc/cnt/news/20140902/00176_100.html)

注：本案原告原告陈文君（译音）由上海沪家律师事务所贾明军律师代理。

正在内地办理离婚的香港上市网络游戏公司网龙的行政总裁刘路远，今年七月被香港高院下令冻结其资产约一亿一千万港元，他并要向其妻披露所有资产详情；刘对此反对，已向法庭提出解除冻结令，案件将于十一月进行聆讯。另外，他亦就披露资产一事，提出紧急上诉。上诉庭昨颁下判词，认为刘间接持有的二千六百多万股网龙股份，已值近三亿七千万港元，足以保障其妻的利益，故判刘上诉得直，暂时不用刘披露其他资产，但判令改为刘需在五日内，披露这些股份是否仍属刘持有。

关键词 离婚诉讼、刘路远

网龙的行政总裁刘路远，昨获上诉庭批准暂不用披露全部资产。

原告陈文君（译音），被告分别是刘路远及 Richmedia Holdings Limited。判词透露，刘与陈于〇七年四月结婚，并育有两名孩子。早前他们在内地办理离婚，陈最初反对离婚，但现已接受现实及试图保障自己的财务利益。内地法院在今年七月底处理该离婚诉讼，暂时未颁离婚判令。

去年收二亿元特别股息

由于刘透过英属维京群岛公司 Richmedia Holdings Limited（下称 RHL）持有二千六百多万股香港上市公司网龙有限公司（下称网龙）的股份，以现时每股约十四元计，刘所持股份市值近三亿七千万港元。

陈声称按内地法律，她应拥有刘的一半网龙股份和股息，网龙在他们婚后价值上涨，去年每股派特别股息 7.77 元，刘的 RHL 因此收了约二亿元特别股息，连同其他股息，陈认为应可从中分到约一亿一千万港元。

刘路远紧急上诉获判得直

陈、刘去年八月分居，陈表示一直未分到该一半股息，又指刘正把 RHL 持有的网龙股份转让到第三者名下，她为此在港兴讼，获法庭批准她冻结刘的资产，及要刘披露所有资产详情。刘遂在上周提出紧急上诉，昨获判得直。

案件编号：CACV168/2014

## 方圆关注 | 被家暴的女人：我是如何走上杀夫自救之路的？

2014年9月3日 张慧 赵小堙 方圆

如果回到十八年前的那天晚上，还会不会杀害丈夫。张正玲的回答是“是”，因为她至今也“想不出”除了杀害丈夫之外更好逃避家暴的方法。

那一年，张正玲不堪丈夫的毒打，用刀结束了这桩不幸的婚姻。7月20日下午，《方圆》记者在甘肃省白银市看守所见到了张正玲，只见她一米五几的个头，身体微微地蜷缩着。“我这几年像得了抑郁症，一直睡不着，每次想来自首，但又不敢去。”说完，她的表情木然。

两个破碎的家庭

兴隆乡距离甘肃省靖远县城有 50 公里，黄河滋养的稻田正青，水梨佛枣结满枝头。沿着干涸的旧河道一直往东，就到了大庙村。这个大村四千多人口，分为五个组，张正玲和丈夫路慎国以前都是二组村民。

当判决的消息抵达村里时，75 岁的魏应新有点难以相信，在他印象中，这已是将近二十年的悬案，自从那名杀害丈夫的妻子连夜逃亡后，整个村子逐渐遗忘这个家庭。魏应新家位于村卫生所的北边，跟张正玲家相隔不到一百米的距离。他见证了这小两口从结合到反目的过程。谈到张正玲的被判死刑，魏应新报以同情，叹了口气“她也是个苦命人啊”。

7月21日，76岁的包兰清爬上厨房的屋顶修葺漏雨的窟窿，在旁边帮忙糊泥的年轻人是外孙路伟，他今年刚参加高考，母亲张正玲开庭的日子，正是高考的那几天，外婆包兰清说这个事影响到外孙的发挥。那次庭审中，包兰清携大女儿、二女儿一起到白银市中级人民法院现场，这是 18 年后，他们第一次见到张正玲，但母女、姐妹之间并没有交流的机会。

路伟在去年八月就得知母亲被捕的消息。今年春节，他去过奶奶家拜年，跪着求奶奶原谅母亲。从两岁起，路伟就被母亲张正玲送到舅舅家，一直到成年，学费靠的是村里的亲戚和镇政府的接济。在童年时候，他就从大人的口中，得知自己的父亲被母亲杀死，由于路家人难以平复的仇恨，他有奶奶叔叔也不敢认。

包兰清的丈夫在张正玲出走后不久离世。这对夫妇一共生育六个子女，三男三女，张正玲排行第五，女儿都外嫁了，大儿子早逝，二儿子张正彪1999年在煤井挖煤患上病，一次输液的第二天就死亡。唯一在世的小儿子张正忠如今在甘肃陇南打工。包兰清一家给村里的印象是老实巴交，即使当年张正彪医疗事故死亡，他们也没有去追究医院的责任。

包兰清的亲家路家情况也不算乐观。路家最年长的王有莲年近八旬，杀子之痛让她一直不能原谅儿媳妇张正玲。王有莲的丈夫在年轻时就去世，三个儿子很早就独立。王有莲的大媳妇生下两个儿子后，早早就逃离婆家，另嫁他人。如今，家里的一切重担落在小儿子夫妻身上。“他们家老三对媳妇挺好的，估计是看到老大老二的下场。”村里人向记者议论到。

但在周围的村邻眼中，路家和张家是日子过得最不正常的两家，相距不到50米的两亲家老死不相往来，隔阂的一切源于十八年前的的那场凶杀案。包兰清饱含泪水地对记者说：“要知道是这样的下场，那时候宁愿自己去死也不让闺女嫁给路家。”她回忆，当初将张正玲嫁给路家是无奈之举。

#### 不被看好的婚姻

如今的大庙村，大多数人不知道张正玲了。不过在二十年前，张正玲在村里的年轻人当中相当受欢迎。性格开朗有说有笑，而且很洋气。当时村里大多数女孩子在家里料家务，而她却跑到隔壁县乡打工。

“在外见的世面多，穿的比较洋气，年轻时还照了不少相片。”在白银市看守所，张正玲向记者回忆了当初跟路慎国结婚的过程。

张正玲14岁起就外出打工，尽管跟路家是邻居，但从小到大基本没跟路家兄弟说什么话。到23岁时，经村里的王婶拉媒，她开始跟路慎国谈恋爱。路慎国中等身材，眼睛不大，但看起来炯炯有神，张正玲对路慎国最初的感觉是“这个年轻人挺勤快，做事爱表现”。张正玲记得，一次她和同村的姑娘在地里干活，姑娘突然肚子痛，张正玲正着急时，路慎国二话没说背着这个姑娘往家里赶。

相处一段日子后，张正玲逐渐发现路慎国身上的缺陷。“他耳根软，心眼小，藏不住事”。张正玲家里人觉得路慎国的脾气有点喜怒无常，便提醒张正玲换一个男人交往。有一次在张正玲家，张正玲以开玩笑的语气说了自己的担忧：“你是不改变冲动的性格，要不咱俩分手算了。”路慎国听完立马变脸了，觉得张正玲一家在怀疑他谈对象的真诚和决心，“他说要去证明他有多爱我”。说着路慎国跑出张正玲家的堂屋。

张正玲和家人以为路慎国回家了，但很快听到自家厨房里传来痛苦的叫声，一看，路慎国跑到柴堆旁用柴刀砍下了一截自己左手的小拇指。当时鲜血直流，一旁的张正玲吓傻了。

这段恋爱本来就不被张家人看好，加上路慎国自残的失范行为，张的母亲包兰清更加反对他们结合，她退了路家人的聘礼。但这遭到路家的人反对，路慎国的母亲王有莲从一开始就站在维护儿子的立场上，认为儿子的断指是张家人逼迫的。因此，在路慎国看病的那段日子里，她三番两次跑到张家门口大哭大闹，引来邻居围观。年轻的张正玲那时自责，“感觉我们一家人受到了羞辱”，她认为自己的婚事拖累了一家人的正常生活，就跑到堂屋抓电灯泡要触电自杀，但最终被拦下。

“我那时安慰母亲，人都有缺点，就结婚算了。”张正玲回忆当时嫁给路慎国，很大原因是不希望看到路家人来闹事。

包兰清告诉记者，她是看着女儿寻死觅活，心里过意不去，勉强应许了婚事。但是这个决定让懊悔了后半生，“我当时哪怕让女儿到亲戚家避一避也不会出现后来的事情。”她觉得自己在跟路家人的交涉中完全落了下风。

就在结婚的前一天，按照当地习俗，男方要给女方张正玲送去新衣服、化妆品和一些日用品，张正玲当天下午邀了一帮姐妹同学围观，她看到化妆品有点变质就责备说路家在糊弄人，“路慎国听后，扑过来要打我，我们几个人拉都拉不开”。随后，路慎国跑到房顶说要往下跳，村里人纷纷前来劝说，有人故意激他说“明天就结婚了，你就跳吧”。

第二天婚礼照常进行。不过，路慎国对张正玲家的阻拦婚姻怀怨在心，特别是岳母包兰清，婚后，他一直认为包兰清向村里人指责自己的不是。

#### 生活在家暴阴影下

自从搬进路家生活，在朝夕相处中，张正玲才真正后悔“婚结得太草率”。她告诉《方圆》记者，她和路慎国虽然在吃穿住用的生活负担上没有大的矛盾，但是因为一些人情上的琐事，两人常常爆发口角之争，甚至动手。路慎国身体健壮，干活有劲，“经常练拳，能游过黄河”，张正玲根本没有还手的余地。

张正玲记得，她第一次遭遇家暴的情景，那时为了补贴家用，她和丈夫去黄河北岸的石林里捡“头发菜”，那是一种生长在当地山石缝隙中的野味菜。晚上回家后，张正玲用水漂清菜中的杂草，以待来日到市集上卖。但刚弄了几把，路慎国喊他去做饭，张正玲回应丈夫说，等弄完手中的一把菜再去做饭。“不知道哪里来的火气，他一把抓住我的脚脖子，拖着我的身子往门边一甩，接着就一顿毒打。”当时张正玲已有一个月的身孕，疼痛让她半个月下不了床。但“他每次打完后就道歉，说什么再打我就让‘天打五雷轰，死到六月生了蛆’”。

张正玲曾听路慎国说，那次剁手指的气头上，本来是想杀了他哥哥家的两个小孩，来吓唬张正玲的父母，幸好两侄子上学不在家。“我听后头发根子发麻，觉得这个人怎么这么阴毒。”张正玲说。

大庙村里张家路家的邻居大多数都目睹过张正玲所受的家暴，魏应新记得，有一次他去路慎国里取东西，看到路慎国正殴打张正玲，孩子在地上哭没人管。“路慎国脾气很暴躁，经常因为一些小事发脾气。”他说。

在怀孕八月时，张正玲记得，晚上人已睡下，路慎国突然拉起她说张正玲的母亲在外头骂她。路慎国当时推着张正玲到到黄河边，让她跳河，一直走到邻居哑巴家，才被人劝下来。那天夜里，路慎国撂下狠话说要跟张正玲离婚，两人奔向乡里派出所一前一后走了几十里地的鹅卵石河道，到第二天日出时分，张正玲二哥骑着车把她追上了，离婚之事不了了之。

然而当张正玲“特别盼着离婚”的时候，路慎国又不肯了。“威胁我说离了婚，杀我全家，然后他去跳河。”张正玲了解丈夫不顾一切后果的冲动性子，这也是她不敢离婚的原因。“路最容易被人挑唆，听到村里人说我妈说他，就回家打我”。而婆婆王有莲很多时候都向着儿子。

张正玲在1994年农历五月初四生下孩子，第二天端午节包兰清端了半碗肉过去。“路慎国说我妈小气，将碗扔到苹果树下，然后离家出走到亲家看西瓜地去了”。当时张正玲婆婆王有莲在二女儿家走亲戚，刚出生的孩子第二天就肺炎，在家里没人照料情况下，张正玲在院子里摘青涩的小苹果填肚子，“在坐月子时落下一身毛病，现在一饿就浑身发慌”。

### 致命的反抗

儿子路伟出世后多病，需要频繁就医，这让张正玲夫妇感到生活的担子变重了，路家田地本来不多，三兄弟又各分一块，糊口成问题。为了解决困境，1996年8月份，路慎国夫妇搬到黄河西岸泰和村路慎国的舅舅王有胜家。这一来可以照顾72岁的这个孤寡老人，二来可以靠舅舅家的几亩收成和果树过日子。

景泰县五佛乡泰和村与靖远县大庙村仅仅隔着一条黄河，但农业的地理自然条件明显要优越，有着西北旱地边缘少有盆地湿润小气候，这里是河湾的凹处，有大块适合种植水稻的滩涂。

张正玲认为，路慎国对她频繁施暴与他的家庭环境有关系，特别是婆婆等人的挑唆，移家到舅舅家，或许日子将会过得正常些。果然，在泰和村往后八个月中，张正玲记得遭受严重的家暴“仅仅”两次。这其中舅舅王有胜在中间调解起了很大作用。

好日子并不长久，1996年四月中旬的一天，张正玲的父亲在白银市长征医院住院治疗，她央求丈夫给她钱去探望。路慎国给了张正玲50块钱，并规定她只能去三天。

到第三天，张正玲马不停蹄地赶回家，邻居在她面前开玩笑说，“你男人说话真管用，说三就三天，一刻都不敢耽误”。

4月24日，张正玲对丈夫路慎国谈到自己父亲生病的事，说到父亲买了些想吃的东西，一下子挑起了丈夫路慎国的怒气，他责备张正玲花光了50元钱。紧接着路慎国一边辱骂张正玲的父母，一边对其拳打脚踢，张正玲忍受不了就反抗，路慎国见状，打得更凶了。一直到路慎国泄了气，便停手要张正玲去做饭。

就是在做饭的时候，张正玲一下子感觉这种生活没有尽头，“也许哪天我就会被路慎国折磨致死。”张正玲脑海产生念头：与其这样折磨死，还不如我自己早点下手，完了再上吊自杀。

在当晚22点，在确认路慎国已经进入深睡眠后，张正玲拿起屋里劈柴的斧头朝路慎国头部疯狂的砍去，之后她又用刀子在路慎国胸腹部连刺七刀，见路慎国似乎还有呼吸，遂用绿色尼龙绳勒紧路慎国的脖子，直至路慎国死亡。

“我当时的想法是，往后不是他死就死我死。”张正玲描述当时的场景，“我炕上的孩子看到后眼睛都吓绿了，还咬着牙发抖。”她想把儿子哄睡着，然后再上吊自杀。可是儿子一直睁大眼睛。

张正玲花了一个小时收拾完现场，换掉带血的衣服，她想到要将儿子托付给娘家人，便拿了家里仅有的500块钱抱着孩子连夜向白银市赶。

晚上金平渡口没有渡船，张正玲没法去黄河东岸的娘家，她只好绕道去父亲看病的医院。

一直到第二天下午太阳快落山时，张正玲才步行到医院，当时只有弟弟张正忠还在，父母出院回家了。张正玲对张正忠说：“你把娃看一会，我出去上个厕所。”这一去就再没有回来。

张正玲的不辞而别让张正忠感到十分担忧，便四处寻找。他去了王有胜家打听情况，王有胜说他也不知道。在侦查笔录上，王有胜说：“前一天晚上我还看着他们在侧面的二房里，我吃完饭就去打麻将了，回来时间不早了，我就睡了，第二天起来就看见门锁着，我以为他们有急事突然走了。”

### 常常梦到警察和警犬

路慎国在屋内死亡八天后，弟弟路慎峰来到王有胜家找哥哥，他凑到路住的耳房窗户前一看，发现炕上有血迹，而且屋内有股难闻的臭味，他想将门撬开清理一下，但王有胜不同意。

第二天，王有胜终于想起要掀开耳房的窗帘看看屋内的究竟，只见地上伸展出一条浮肿的小腿，他立刻向乡政府报案。公安机关经侦查后认定是张正玲所为，便在网上通缉张正玲。

时隔多年后，泰和村里的不少老人认为，杀害路慎国的凶手可能是张正玲和王有胜两人。他们的观点是，张正玲身材羸弱没有杀夫的力气，需要王有胜的帮忙。其次，路慎国死在耳房达十天之久而不被人发现，实在令人怀疑。

有王有胜隔壁的邻居声称，在事发的那天晚上，她见到王有胜拉着牛车将张正玲往黄河方向送。

但当时参与侦查的派出所警员栗国平否认王有胜跟凶手案有关，如今他已是景泰是公安局刑警大队队长。他告诉《方圆》记者：“现场没有证据说明王有胜跟凶手案有关。”据他分析，可能是一拨拨的媒体到村里走访后，村民间谣传得更厉害了。

至于牛车拉人到黄河边的故事，声称目击的夫妇俩也在几年前去世了。

张正玲告诉记者，她将儿子安顿好后，想的是尽快逃亡，“我不能到亲戚朋友家去，跑到谁家害谁家”。1996年4月26日，她到高速岔路口拦下一辆去往定西的班车，到定西后，张正玲觉得一辈子也没出过这么远的门，她在路边的小饭店吃了饭，打听定西属于哪个管，饭店老板说属于甘肃地界，“一听甘肃两字，我就觉得还不够远，想往远处跑”。

她向几个扛大包从外地打工回来的老乡打听到，“想找活干，就去郑州，那里大街上到处饭店”。张正玲按图索骥，先坐车到秦安，然后在水坐火车到郑州下。

张正玲先后在郑州找了三家饭店打工，这种不安定的日子让她心累交瘁，常常“梦到公安局的人来抓我，手铐脚链，还有警犬，追着我跑。要么就是像电视里国民党拷打共产党员的情景”。

1998年10月，化名为宋莉娟的张正玲经人介绍认识了河南省周口市的叶新义，一个憨厚老实的农村汉子，他们很快就举办了婚礼。领结婚证用的身份证是叶家用几包香烟眼托人在当地派出所办的。

1999年底，张正玲生了一对双胞胎儿子，但张正玲并没有因此真正放下包袱开始新的生活。经常性的失眠让她身体越来越差，精神也不太好。有时还会梦到自己被抓住的情节，她感到恐惧不安，想找人聊聊天，但又不敢对任何人说。

张正玲跟自己的现任丈夫关系很好，婆媳相处的也很融洽，但现任丈夫对她真实身份却一无所知，每当丈夫提起此事时，她总是假装生气的说：“不让你问的你就别问”，后来丈夫也就不再问了。

两个孩子长大上小学后，家里的开销也大了，感觉生活压力越来越大的张正玲经老乡介绍来到山西长治，干起了捡破烂的营生。工作时间不固定，总是早出晚归，心里的那件事更像一块石头一样压的她喘不过气来。有时候她干脆活儿也不干了，一直坐在门角的墙根下想事情。

“我这几年像是得了抑郁症，一直睡不着，每次想来自首，但又不敢去做。”张正玲觉得自己好不容易从一个火坑里逃出来，决心不再进监狱受罪。

然而，张正玲还是逃不过命运的追捕，2013年上半年，警方找到了她。今年7月3日，张正玲被法院判处死刑，缓期二年执行。

## 离婚闹纠纷 影院就关门？

2014年09月03日 法制晚报 石爱华

由于博纳集团老总于冬及其前妻臧黎璐离婚后财产纠纷，这让不少人猜测，影院关门可能与此有关。

原标题：离婚闹纠纷 影院就关门？

法制晚报讯（记者 石爱华）昨天，家住方庄附近的李女士想去看场电影，然而方庄地区唯一的博纳影院却大门紧闭。

由于博纳集团老总于冬及其前妻臧黎璐离婚后财产纠纷，这让不少人猜测，影院关门可能与此有关。

今天上午，博纳影院博纳影城方庄店的老板臧黎璐的代理律师告诉记者，电影院是被强制关门的。

现场 称设备升级 影院关门

昨天下午4时许，虽然北京还飘着小雨，但不少居民结伴来到方庄的博纳影院来看电影，然而迎接大家的竟然是一纸公告：“设备升级暂停营业”。

此前，在该影院的网站和微博上，博纳影院都没有发布有关的通知，不少居民只能扫兴而归。

记者在现场看到，电影院门口张贴的公告日期为9月1日，公告上写道，“影院进行设备维修，经集团公司研究决定，经营性整顿，暂停营业”。

记者注意到，公告上并没有通知再次开业的时间。记者试图进门询问情况，但工作人员并不让外人进入，记者询问其开业时间时，一个工作人员隔着玻璃用手比划了“3”，示意三天左右开门。

追访 疑与离婚纠纷有关

记者了解到，博纳影城方庄店的经理正是博纳影业老总于冬的前妻臧黎璐。

在两人离婚后，臧黎璐一直还就职于方庄博纳影院，两人也因财产问题对簿公堂。8月初，臧黎璐曾接到被免职的通知，但因为公章等问题，她认为免职通知违法。

据臧黎璐的代理律师武斌告诉记者，9月1日，有十几个自称博纳集团的人来到方庄博纳影院，向臧黎璐出示了一份免职通知后将臧黎璐和三十来名员工一起“赶”出影院，随后关门。

昨天下午，方庄博纳影院的员工还跟前来“接管”的人员发生了冲突，目前已经报案。

武斌律师告诉记者，除了免职的通知外，对方还出示了一份审计规定。武斌说，对方已经控制了方庄博纳影院的公章等财务资料，他认为这种强硬的审计方法不排除对方造假的可能性。

昨天，臧黎璐也在自己的官方微博上发声明，声明称博纳集团暴力处置的行为是野蛮的，不人道的。对于离职审计，臧黎璐希望公开公正进行才公平。

只是设备升级  
很快就会恢复

昨天，记者致电博纳影业集团，前台人员回应称并非因离婚纠纷引起的关门，只是设备的升级改造，很快就会恢复。今天上午，记者试图联系于冬，但电话并没有人接听。此前他曾回复媒体说公司进行财务审计并更新运营系统。对于停业期间给影城会员及已购票观众带来的不便，承诺予以相应补偿。

截至记者发稿，于冬的电话始终没有接通。

### 司法部：公证工作已介入到涉外民商事交往等方面

2014年9月4日 法律图书馆 欧阳开宇

中新社北京9月3日电（记者 欧阳开宇）中国司法部副部长赵大程3日在北京指出，现在公证工作已全面介入到国家经济社会活动、民生领域和涉外民商事交往的各个方面，中国公证机构年均办证量保持在1000万件以上。

国际公证联盟亚洲事务委员会第四次工作会议当天召开。赵大程指出，30多年来，中国在健全完善公证制度、发展公证员队伍、拓展和规范公证服务、加强公证职业道德建设、改善公证执业环境等方面，做了一系列的努力，公证事业取得历史性进展。

公证制度是国家司法制度的组成部分，是国家预防纠纷、维护法制、巩固法律秩序的一种司法手段。据官方透露，目前，中国有公证机构3000家，公证员12700多名，公证文书发往180多个国家和地区使用。

赵大程说，预防性是公证制度最为典型和本质的属性，在当前中国社会转型期，公证制度在构建多元化矛盾纠纷解决机制中具有更为积极的作用。

赵大程强调，任何时候都不能忽视、削弱、放弃。加强公证公信力建设是一个系统工程，需要建设一支敢于负责、能够负责的高素质公证队伍，建立一个职能完善、权责明确的公证工作体系。

公证同时又是国际通行的预防性法律制度。赵大程表示，公证制度发展有规律可循，有经验可鉴。中国发展公证事业，始终坚持立足本国基本国情，同时遵循公证制度发展一般规律，学习借鉴其他国家的有益做法和经验。“我们愿意分享公证制度创新发展的经验和做法。”赵大程说。

会议由中国公证协会承办，国际公证联盟主席桑戈尔、名誉主席德科尔、国际合作委员会主席莫洛提、亚委会轮值主席乌云其木格以及来自中国、韩国、蒙古国、泰国等国际公证联盟成员国和观察员国的代表参加会议。（完）

### 大连将建遗嘱库整套流程10分钟

2014年9月5日 大连日报 刘湘竹

大连市人大常委会视察水务现代化建设“双节”期间 沈阳开展食品安全专项整治鑫磊检测：让百姓住上“放心房”大连市政协督办公共交通管理类提案安监等六部门联合发布三十条禁令大连市工会第十六次代表大会昨日闭幕

大连日报讯（记者 刘湘竹）昨日，2014大连国际老龄产业博览会展会现场的遗嘱库咨询展台吸引了众多老人。“如果我行动不便了，你们能上门立遗嘱吗？”“我的房产证需要和遗嘱放一起吗？”……火爆的场面、多种多样的问题，说明遗嘱意识已在老年群体中日益普遍。据大连遗嘱库合作律师介绍，我市有望近期推出遗嘱库项目。

大连遗嘱库主要针对我市60岁以上老年人，将采用专业的登记流程软件，借助指纹扫描、现场影像、电子扫描、文件存档和密封报关等方式对遗嘱进行严格保管，还将提供国外专门书写重要文件的“防腐纸”，避免虫蛀或液体侵蚀，必要时将附加律师见证，以确保遗嘱真实性，整套流程只需10分钟，以此形成的证据在法庭上真实有效。遗嘱登记保管后，遗嘱订立者还可以根据自己的意愿修改或更新。大连遗嘱库将采取严格保密措施，遗嘱订立者可将查询或提取遗嘱的权利授权给指定的人，也可设置查询遗嘱或提取遗嘱的时间节点与条件要求，只有满足其所设置的全部条件的人方可查询或提取遗嘱。大连遗嘱库的设立既能保护老人在世时的遗嘱隐私，又能让子女在老人逝世后顺利执行老人生前遗嘱。遗嘱设立为免费，酌情收取保管费用。凡在大连遗嘱库登记的老人都可得到《遗嘱证》，可将《遗嘱证》与户口簿、房产证等放在一起，便于家人发现。

提醒想要在遗嘱库设立遗嘱的老年人注意：设立遗嘱需要在意识清醒时；只有产权清晰的房产可以设立遗嘱，军产、只有使用权的房子不能设立遗嘱；如果配偶过世，那么属于配偶的那部分财产需要配偶继承者支配，老人只能设立属于自己那部分财产的遗嘱；如果曾经有过公证遗嘱，那么必须先撤销原遗嘱才能再订立。

### 香港家暴案飙升虐偶逾200宗 女性受害人占84%

2014年9月8日 中国新闻网

和谐之家总干事陶后华指出，近年家暴个案接连上升，去年全年升40%，今年上半年已升22%，情况实令人担忧。和谐之家妇女热线也录得求助个案上升，庇护中心过去一年更有人满之患，入住率高逾110%，求助人数多达200人，远超可容纳70人的上限，部分要转介至其他机构。

她指出，求助施虐者以基层为主，当房居住环境较差及面对生活压力大，夫妻摩擦更易增加，另一半及长者易成“出气袋”，家暴个案往年一般在失业率高、经济气氛差时才上升，但今年上半年情况同现急升，情况令人忧虑。

她期望港府可增加资源协助受虐家庭、增加庇护中心名额等，和谐之家近月已进入学校，向初中生灌输恋爱拍拖融洽相处的重要性，避免施以暴力。

社署回应称，十分关注新呈报虐偶、虐老、性暴力个案数字上升情况，社署致力透过跨专业及三管齐下介入方式遏止家暴，包括个案社工统筹为受害人提供服务、危机介入及定期培训前线员工。

### 陕甘宁边区高等法院民事判决书

2014年9月9日 民事审判参考

侯丁、侯张氏离婚案

陕甘宁边区高等法院民事判决书

上诉人：侯丁，男，现年二十七岁，庆阳曹家嘴，农。

代理上诉人：侯贤儒，男，现年六十二岁，同。

被上诉人：侯张氏，女，现年廿五岁，同。

张明，男，现年三十岁，庆阳西川暂家寨子，农。

上列上诉人因婚姻涉讼一案，不服庆阳地方法院于民国三十一年七月廿九日所为第一审判判决提起上诉，本判决判决如下：

主文

上诉驳回。

事实

缘张明之妹侯张氏于民国廿二年，经媒说与侯贤儒之次子侯丁结婚，婚后侯张氏始知侯丁为神智不清之傻子，且有羊羔病。初冀请医诊疗，病可痊愈，时经九年，医诊无效，侯张氏以侯丁有不治之神经错乱病，不堪同居，要求离异，诉于庆阳地方法院，经判决侯张氏与侯丁离婚。侯丁不服，由其父侯贤儒代理上诉，主张侯丁年青力壮，并无不治症果，今后无子，亦可以侯丁之侄为嗣。并诉张明从中唆使侯张氏诉请离婚，图另嫁贪财，要求废弃原判，经本院传讯两造，侯丁确为不识五以上之数（在庭上数六个凳子为八件），不晓自己之年龄（二十七岁说十岁），不识农时（说正月可以种谷粟子），更不知男女之乐（同床各睡，不省房事），神经错乱，傻而且羊羔疯不治之恶疾。侯张氏以其空有夫妇之名，不能享天伦之乐，坚主离婚，自属人情之常；侯贤儒谓为由于张明唆使，另嫁图财一节，殊属无据。案经讯明，记录在卷。

理由

查侯丁神经错乱，不识五以上之数，不知自己年龄，更不知男女之乐及夫妇之情，且患有羊羔疯病，既已当据讯明，上诉人谓侯丁年青力壮，并无不治之病，显属遁词；而欲以侯丁之侄与侯张氏为嗣子，亦何能弥补侯张氏终身幸福之缺陷，侯张氏结婚以来苦恼九年，侯丁病愈无望，自念青春瞬逝，前途悲观，要求离婚，实出诸不得已异之衷心，更何得指为张明之唆使图财，原判依边区婚姻条例第十一条第二款、第八款之规定，判决侯张氏与侯丁离婚，于法于情均无不合。本件上诉为无理，故判决如主文。

中华民国三十一年九月廿八日

民事法庭庭长 任扶中

推事 王怀安

书记员 李仲民

### “三十岁立遗嘱”言论引关注 网友：没家没业怎么立

2014年9月8日 中国广播网

央广网北京9月8日消息 据中国之声《新闻纵横》报道，遗嘱对于我们中国人来讲其实是一个很熟悉的词，可能每一个人都知道遗嘱是干什么的，但是在生活当中真正能用到遗嘱或者我们生活当中有亲友用到的其实是很少的。

可能国人的传统思想里对于这个词会比较忌讳，尤其是很多老人，如果你要想说提一下遗嘱这个事，可能会觉得这个孩子是不是不吉利或者不太孝顺。而且可能我们大多数见到遗嘱的时候是在影视剧当中。不过在现实生活当中，对于立遗嘱这个事情，很多人没有这方面现实的经验。

近日，中华遗嘱库负责人陈凯在接受媒体采访时说，“30多岁是立遗嘱的最佳时间”，这个言论一出，引发了社会的关注。昨天晚上，我们的值班编辑王一棚也采访到了一些听众朋友，对于三十岁立遗嘱这件事，他们都表示没有考虑，理由却不尽相同。

观点一：太早了。

听众朋友：我觉得对于30岁立遗嘱的这件事情，首先我觉得现在结婚的年龄通常都偏晚，30岁可能还没结婚，甚至还没有孩子，所以我觉得30岁立遗嘱这个事还是比较早的，对于我来说，我不会去考虑。

观点二：不吉利。

听众朋友：我觉得30岁立遗嘱这个事情从人生的长期规划包括可能从经济上等各种角度来讲我觉得是可以接受的，也是正确的，但是放在国人的角度来讲，中国人毕竟比较觉得立遗嘱这种事情可能不太吉利，所以可能我个

人来讲我不会这么做，毕竟 30 岁我还很年轻，立遗嘱这种事情对我个人来讲不是一个很吉利的事情。

第三种观点：太麻烦。

听众朋友：这事还真没想过，不过你要说按道理讲 30 多岁的人这个时间上有老，下有小的如果突然就没了，不立遗嘱还真是挺麻烦的一件事。可是你话说回来了，这个时候你立遗嘱怎么立呀？把自己财产理清楚其实都是一件挺复杂的事，其实我觉得 30 多岁立遗嘱现在不太现实，如果你说有没有这个必要，有这个意识，反正我觉得要真是立的话，立起来就挺麻烦的，而且你还得时不长的就得换一换，到了三年五年之后财产状况又不一样了，还得再去那块更改挺麻烦的。

三种观点，各有代表性，听上去似乎都有那么些道理，昨天晚上，新闻纵横在在微博上也发起了相关话题的互动，我们再来看看网友是怎么看的：网友“Minho 丑小丫”他说：如果家庭关系复杂而且你小有财产的，个人觉得可以考虑早立，毕竟现今的生活节奏快，危机也多，未雨绸缪未尝不可。

网友“心跳\_ing”他就说：其实我觉得只要有想法后都可以立遗嘱，但是要设遗嘱启动权和什么情况启动遗嘱，想的还挺专业。

“一姗一世界”他说，感到的是无奈，因为“没家没业没房没车没孩，立遗嘱真不知道写点什么”。

的确，30 多岁也是一个人体力和思维最为旺盛的时期，活得好好的，为什么要立遗嘱呢？我们还是介绍说那位中华遗嘱库的负责人陈凯，陈凯说，主要是为了防患于未然。

陈凯：30 多岁的人，他在整个家庭里面是一个中流砥柱的作用，一旦他发生风险的话，整个的经济活动和家庭关系都面临着一种巨大的风险，这就是一种风险的意识。所谓风险意识就是有家庭，然后有一定的财产，这个时候一旦他们发生了意外死亡的这种情况，他们的家庭所承受的风险是更大的。从这个意义上来讲他们应该去立遗嘱，同时有这种责任意识，就是说通过立遗嘱来管理好自己的事物，并不是说考虑到自己怎么样，而是考虑到自己所关心、所爱的人，他们的未来要怎么样？第三个它是一种管理意识，遗嘱只是一种管理的一种方式。

谁都不希望发生意外，可是如果发生了意外在现实当中会遭遇到什么呢？有一份调查统计，在北京、上海这样的大城市，每年自然死亡的老人当中，立有正式遗嘱的不超过 25%。因为没有遗嘱，哪怕是独生子女家庭，对这个遗产的继承应该都毫无争议的情况下，也往往会因为现实遇到很多麻烦。遗嘱库的负责人陈凯就说了，在中年人意外死亡当中，因为没有遗嘱而引发的矛盾纠纷甚至是悲剧比比皆是。

陈凯：比如说我接触的一个案例，中年去世的这位张先生，由于观念的问题，他自己也没有考虑到，他身边的人也没有提醒他。那么等他去世以后，一些焦点问题上就家人就处于不可调和的地步，经过艰苦的调解，最后大家都调解成功了。但是这种调解的背后，其实是没有必要发生的一些痛苦的争执，因为如果当前有遗嘱的话，这些争执都可以不存在。就是遗嘱它不仅仅是处理财产，它其实是体现一种责任，它是一种很深刻的关怀。

其实说到这儿，我们每个人也应该适时的去改变一些传统的观点，去寻找一种更加文明的生活方式，就像刚才陈凯说了，它更是一种责任、一种深刻的关怀。

再来看看历史上的一些情况。根据资料，现存世界上考古发现的最早的遗嘱是一个埃及人在公元前 2500 年左右立下的。从那个时候到现在，4500 多年过去了，立遗嘱在西方国家已经相当普遍。老话都说了，人有旦夕祸福，我们生活的这个世界其实每一天都充满了意外，比如说交通事故、自然灾害等等，每天都会夺去很多人的生命。并且，随着咱们国家人口老龄化进程的加快，还有个人财富的不断积累，我们是否也应该想一想立一下遗嘱为身后事作一个妥善的安排呢？

陈凯：我非常赞赏爱因斯坦有一句话，他就是说，当我们的看法变化的时候，整个世界就变化了。那么在遗嘱的问题上也是一样，当我们的看法变化了以后，遗嘱对于我们来说也变化了，之前我们觉得它是黑色的，当我们看好变化以后，可能我们会觉得它是幸福的温馨的颜色。特别是处于转型期的中国社会来讲，许多旧的思想观念需要被改变，那么这个时候要朝着一个更积极的方向去发展，对我们的社会会更有实际的意义。

（原标题：“三十岁立遗嘱”言论引关注 网友：没家没业怎么立）

## 女子不符二胎政策 要生必须与领养妹妹解除关系

2014 年 9 月 6 日 浙江在线-今日早报 黄淼君

一边是亲如手足的妹妹，一边是腹中两个月大的孩子，杭州人谢琳（化名）从来没有这么焦虑过，她不停地问自己，难道只有走上法庭这条路了吗？

30 年来，谢琳全家有一个秘密，父母领养了一个被丢弃在他们家门口的小女孩，女孩后来成了谢琳的妹妹。这个秘密他们从来没打算公开，也计划一直保守到离开人世的那天。

但是，今年年初我省出台“单独二孩”政策，让他们全家陷入纠结与矛盾中。

“如果要生二孩，必须让父母和妹妹解除领养关系。30 年来，妹妹一直以为是父母的亲女儿，是我的亲妹妹，幸福快乐地生活着。一旦上了法庭，妹妹就知道自己被亲生父母抛弃的事实，这对她原本幸福的生活会带来怎样的影响，我想都不敢想。”纠结的谢琳给本报打来求助电话，“难道除了上法庭解除领养关系，就没有其他合法又合理的方式了吗？‘单独二孩’政策本意是好，可怎么就不考虑现实存在的各种状况呢？”

那年冬天，家门口有个弃婴



今年年初，我省率先在全国落地了“单独二孩”政策，这个政策让许多想生二娃的家庭很高兴，但是也让一些人陷入纠结，谢琳就是其中之一。

谢琳出生于1981年，家在杭州农村。身为农民的父母有着与生俱来的淳朴，所以30年前，当一个刚出生没多久的女婴被放在他们家门口的时候，父母毅然收养了她。

“当时还是冬天，这么个小孩被孤零零地放在门口，真的很可怜。父母心一软，就把她抱进门当女儿养了，一直视如亲生。对我来说，既多了个妹妹，也多了个玩伴，当然高兴。”谢琳说，自己和妹妹一同学习、考大学、参加工作，到现在陆续成了家，过着幸福的生活。而妹妹，也从来不知道自己是被好心的“父母”收养的。

平静的生活却在今年年初被打破了。

4年前，谢琳生了一个女儿，当时全家人都很高兴，也没有过多想法。但我省“单独二孩”政策出台后，一些原本隐秘在心底的想法，都陆续冒了出来。

虽然公婆很喜欢聪明伶俐的孙女，但在传统观念看来，孙子才是传宗接代的。在偶然听媳妇和儿子提到妹妹是收养的事情后，公婆就有意无意地开始了唠叨：“能不能再要一个孩子呀？你们这样的情况，事实上是在政策范围内的呀？”

受过大学教育的谢琳，并没有像公婆那样想要个儿子，她更多的是想让孩子多一个伴。

“我自己从小有妹妹作伴，现在长大了，和妹妹也有个相互帮衬。想想自己女儿，要是有个伴，确实也是件挺好的事情。既然政策允许，我就希望能再生一个。”谢琳说。

按照谢琳的理解，妹妹是父母领养的，她应该算独生子女。但是等到计生部门咨询后，她失望地发现，自己不能算“单独”，因为按照我省的政策规定，收养的孩子也算作子女，这样她就不能算独生子女了，无法享受到生育二孩政策。

在得到计生部门否定的答复后，谢琳并不死心，她开始寻求各种解决之道，陆续找计生部门、信访部门反映问题，每次兴冲冲去，却都身心疲惫而返。

“都说政策不符合，让我放弃这个想法，我很不甘心啊。”谢琳说，她也上网发了一些求助的帖子，想咨询法律人士对她的身份认定，也无果而终。

最后，她开始通过网络寻找有没有解决的办法，寻找的结果是又愤怒又纠结。

愤怒的是“单独二孩”政策根本没有提到像他们这样特殊情况家庭的解释办法，纠结的是唯一的办法可能就是上法庭让父母和妹妹解除抚养关系。

“我发现在农村，有我们这样情况的家庭不少。政策的出台，一方面很温情，给我们多了一次生育二孩的机会；但另一方面，为了再生一个孩子让我们不得不对簿公堂，实在是残酷。”谢琳说。

谢琳眼前不由自主地想起小时候，家里条件不是很好，有好吃的，懂事的妹妹反倒会让给自己；而自己一听说妹妹被村里淘气的孩子欺负后，总会“女汉子”似地捋袖子去找人家理论。谢琳怎么也不会忘记，长大了、上大学了、成家了、有了第一个孩子了……妹妹的那份开心以及忙前忙后。

“父母当时收养妹妹是善心之举，在当时的农村，大家也不知道有什么收养法律，抱过来就直接算我们家孩子了。没想到30年前的善举，现在却成为困扰我们的难题。”谢琳一度有点怨天尤人，觉得善举为什么会带来这么多麻烦？

平静下来，谢琳又想到了无辜的妹妹，一直没有捅破这层秘密。但直到两个月前，她发现自己怀孕了，这个想了很久的孩子，到底要还是不要？她不得不坐下来和父母商讨起来。

“孩子我们很想要，但是我和老公都是有固定单位，如果没有指标生孩子，不但要罚款，还有可能失去工作。如果告诉妹妹，30年来的姐妹情、父女情都有可能变味。”谢琳很苦恼。

孩子想要，姐妹情也想保留

现实中存在像谢琳这样情况的家庭，并不在少数。

谢琳向本报记者求助时，顺道带来了她找到的许多资料，资料中一些和她同样情况的家庭，为了生二胎，最终不得不走上法庭。

今年5月，宁波象山法院接到一起起诉：一对六旬夫妇将养女起诉到法院，要求解除收养关系，目的就是为了让自己的儿媳妇顺利产下二胎。

今年7月，宁波宁海县桥头胡人民法庭调解一起起诉：一对六旬老人为了让儿子生二孩，也请求和养女解除收养关系。

昨天，记者也咨询了杭州市区的一些法院，他们表示“单独二孩”政策出台后，受理过以和养父母关系恶化为理由起诉解除收养关系的案子，不清楚背后有无生二孩诱因。

“你看看这些案子，简简单单几行字，当事人却是怎样一把辛酸泪啊。”谢琳无奈地说，收养孩子不是收养小狗小猫，这么多年下来都是有感情的，现在却因为政策的不完善，导致类似家庭不得不面临一种艰难的抉择。

解除收养关系背后，一把辛酸泪

[相关部门]

政策法规修改

有一套严格程序

看着为二胎奔波的谢琳，周围有朋友安慰她，实在不行就再等等吧，说不定再过几年政策就放开了，所有家庭都可以生二孩了。

“你看我们，现在生孩子年纪都已经偏大了，再过几年还吃得消吗？而且未来到底要等几年啊，5年还是10年？我们等得起吗？”谢琳苦笑着。

谢琳还考虑过要不要去储存卵子，以备将来有政策的时候再生。但是当了解到女性取卵的过程后，她放弃了。

“过程很痛苦，而且现在省里也没有这个服务，即使有这个服务，以后有卵子也没有用了，女性年纪大了，孩子很难保住。”谢琳说，找过这么多部门，想过这么多办法，她最终还是下不了决心走法院这条路。

“我无法想象妹妹听到这个消息后的感受，但是我可以想象到的是，一旦和她说了这个事情，姐妹之情将不再像以前那样融洽了。”谢琳沮丧地说。

记者也将谢琳的情况向相关部门咨询。

相关部门表示，目前我省的“单独二孩”政策针对的就是有一方是独生子女的家庭，无论是亲生的还是领养的，夫妻双方家里有两个孩子的就是不行。工作人员表示，政策法规修改与否有一套严格的程序，并非单个部门或者个人就能决定。谢琳要想生二胎，目前只有走上法院解除收养关系这条路。

### 丈夫因妻离婚开 13 万礼物清单

2014 年 9 月 9 日 华商网-华商报 郑唯舒



“请你拿了我的给我送回来，吃了我的给我吐出来……”小于和丈夫小刘结婚一年多就闹起离婚，小刘不同意，还开出了一份高额礼物清单，要求小于按照上面的金额给予赔偿。

妻子有怨言

他心里只有摄影 洗衣机都不会用

27 岁的小于和 28 岁的小刘是大学同学，小于是陕北人，有时过节不回家，小刘就在学校陪她。慢慢的两人开始在一起，感情一直很好，毕业后没两年，他们不顾家人反对偷偷领了结婚证。

婚后两人在西安城南枫林绿洲小区租了一间房子，小于研究生毕业后在一家国企上班，薪水不错。而小刘大学毕业后一直钟情于摄影，也没有固定收入，只是偶尔接一两个散活。

“结婚后才发现，家用电器他只会用微波炉和电冰箱，连洗衣机都不会用。”小于说小刘心里只有摄影，每天回家唯一的事儿就是，整理他去外面采风的照片。

丈夫不离婚

“礼物清单”有手机、巧克力……

今年年初，再也受不了的小于提出离婚，没想到小刘坚决不同意。提出离婚后没两天，小刘给了小于一个笔记本，小于翻开笔记本，发现竟然是一份礼物清单，总共十来页，详细记录了他们相处 5 年来小刘送给自己的礼物，价格总计 13 万余元。

“宁夏枸杞 2000 元，比利时巧克力 4000 元，三星手机 4000 元，还有袜子、手套这些小东西……他列的礼物有几百个，我只记得几个金额较大的礼物。”小于说，万万没想到曾经豁达的丈夫会做这样的事情，“你说这像话么？礼物都送给我了咋还能要回去？”昨日，小于气愤地说，“而且，他列出的钱数都是胡扯，他怎么证明那些东西值那么多钱？”

朋友怎么看？

老公是想挽留妻子

现在，两人已经分居，但因为小刘坚决不离，两人还僵持着。

昨日，华商报记者试图联系小刘进一步了解清单的事，但小刘只说了句，“这是我的家事，”便挂断了电话。

记者辗转联系到了两人大学共同的朋友小钊，他说偶尔听小于抱怨过小刘缺乏生活自理能力，心里只有艺术。而且，小于在国企上班之后心态也有些变化，变得更现实了。小刘能够做出这样过激的行为，肯定是还想挽留妻子。旁人怎么看？

28人中，17人反对要回礼物

昨日，记者小寨街头做了一个“分手是否应该退还礼物”的小调查，28位接受调查的人中支持小刘做法的只有4人，7人觉得是否要回礼物得视情况而定，17人表示送出去的东西坚决不会再要回来。30岁的王先生说，他曾经给前女友送过一个iPad，当时是顶级的配置，花了5000多元，分手之后朋友劝他把这个iPad要回来，但他觉得毕竟曾经有感情，而且送人的东西再要回来显得太小气，就没有去要送出去的iPad。

华商报记者郑唯舒

(原标题：结婚一年多妻子要离婚 丈夫开出13万元礼物清单(图))

## 假离婚——一个错乱时代的莫名悲欢

2014年9月9日 柴青海律师

一个越来越多的现象闯进我们的生活，假如有一天聚会中听到同来的一对夫妇戏谈“我们真的离婚了”的时候，你大可不必惊讶，因为他们有可能说的就是真的，也就是真的假离婚。

翻看百度，输入“假离婚”词条，会有与此有关的多条显示跑出来，“假离婚买二套房”、“假离婚生二胎”、“假离婚买房法律后果”、“假离婚买房流程”、“假离婚证能查出来吗”、“假离婚证办理”、“假离婚证”、“假离婚买房”、“假离婚协议书”、“假离婚买房攻略”等等，看得出来，多与买房和生二胎有关，再细往下瞧，还有与上学有关的报道，报道称南京一些家长为了孩子上好的初中，夫妻不惜办理假离婚，一方把户口迁至学区所在的父母这边。还有大人的落户，前些年，笔者在一个部队单位供职，曾经目睹干部转业时为了留在京城13对夫妇办理离婚手续的大面积效应（按政策规定家属随军后军队干部须干满四年方才可以落户北京，遇到精简或裁军，不符合留京条件的须是单身才可以转业进入北京），无独有偶，近期部队开展的清房行动，又有一些夫妇假借离婚逃避政策规定的消息传来——

做律师，离婚案办过一些，个中滋味非当事人难以切身感受，但纠缠于爱恨情仇的泥淖中欲罢不能的情景历历在目（尽管自己是代理人），但看到这番假作真时真亦假的景象出现时，心中不免还是有些道不明说不清的滋味在发酵。

查看一下北京市关于两限房的政策。第四条：申请人购买限价商品住房应当以家庭为单位提出申请，并同时具备下列条件：（一）申请人须有本市户籍，年满18周岁，且具有完全民事行为能力。其中申请人为农业户口的，应是征地拆迁所涉及的家庭；单身家庭申请限价商品住房的，申请人须年满30周岁。（二）申请家庭人均住房面积、家庭收入、家庭总资产净值符合规定的标准。具体标准按照我市每年向社会公布的标准执行。北京市限价房申请标准：家庭人口、家庭年收入、人均住房使用面积、家庭总资产净值（3人及以下8.8万元及以下15m<sup>2</sup> 57万元及以下；4人及以上11.6万元及以下15m<sup>2</sup> 76万元及以下）

看得出来，设置的条件还是很严格的（北京市已经不受理限价房申请，统一为保障性住房，一律通过公租房进行过渡）。

各地在生二胎的规定方面也设置了种种限制，落户问题上也是障碍重重（略）。

类似这类的限制条件还有许多，这里只说涉及到假离婚的现象（溯及以往）。

来自官方的解释一个是资源性稀缺，我们这个国度缺这少那，地区发展不平衡，配置不合理，不得已采取限制的举措（限制的滋味从限号行驶来说大家都可以切身体验过）等等，都会成为这番解释的绝好注脚。另外一个所谓的制度性匮乏（比如生二胎）。只是当政策制定者中某个人或者其家庭、家族成员沦为“政策”的“受用者”时，是不是也会感到一种莫名的无奈和无助？（针对计生和失独现象，笔者前些时发表的《谁动了我们的人生》[http://blog.sina.com.cn/s/blog\\_43feca4c0101dni5.html](http://blog.sina.com.cn/s/blog_43feca4c0101dni5.html)一文对此有专门述及）——

的确，通过这样的方式可以实现所谓的代价获取。当政策有足够多的限制时，它一定留有一个苛刻的通道，这种情况下，人们会绞尽脑汁想出各种各样的办法或方式来完成各种假设，以假离婚来绕开政策制度的藩篱，也就成了获取捷径的直接选项。只要获取的现实利益足够大，胜于假离婚所需承受的心理成本，又有什么不可以做的呢？何况，维持夫妻关系的不仅是一张证书，还有社会关系与传统观念等现实约束，这些会成为假离婚者的道德支持。

假离婚，坊间论的只是初衷，而在法律上却是不折不扣的真离婚事件。夫妻间既然要解除婚姻关系，就要走完相应的法律程序（包括家庭财产分割、子女抚养等相关内容），而一旦在离婚证上盖上公章签上字，那就意味着双方从此以后都是自由身了。当不再具有法律合法性的一对男女（这里不用夫妇二字）还在同一个居所共同生活时，曾经的琴瑟和谐和相濡以沫是否还会重现？一个家庭所独有的天伦之乐还会一如既往？

假离婚者面临的各类现实风险加大加重。一方面，由于法律约束已经消失，夫妻间任何一方扬长而去的法律成本实际为零；另一方面，由于财产分割、子女抚养问题已经达成协议，很可能对其中一方形成真离婚的诱惑。现实生活中与异性结缘的机会甚多，心动也就那么一瞬间，小心思会随着自由身随意（也可能是肆意）地放逐。媒体上也曾经报道，当初假离婚的夫妻，结果变成了事实上的真离婚，这在很大程度上也是夫妻间失去了法律保护的屏障造成的。当假离婚变成真分手，面对人生大课，其中的得失悲欢又该怎样估评？

如果这个世界上，有许多本来应该正常获取的东西一定要通过所谓的迂回和必要的“丧失”来获取时，这个真的不是一个好时代！

是不是可以刀戳笔伐我们的政策？

其实真正应该感到尴尬的是我们的制度设计者。正是因为制度设计时没有遵循传统的人文情怀，忽视了以人为本的应有之义，简单的推理判断加上不够成熟的细节考量，和我们所处这个时代一样错乱纷出，勾画出的举措与流弊齐飞，这才给人们提供了借助假离婚来规避政策（制度）的无限可能。

在政策定制环节、制度设计和执行层面遵守公序良俗并充分论证，考虑到各种可能性，出现类似现象的概率自然就会减少。口口声声打破资源垄断，要得可是切实可行的执行方案，增加资源供给，让人们不再面对匮乏的危机，资源分配上，按照公开、公平、公正的原则加以衡平，也许一时之间未必能够完全做到，但朝着这个方向努力，至少告诉我们这个时代还有希望——

十年积怨 儿媳挥剪刀欲害婆婆

### 婆婆多处被扎、骨折，请求法院从宽处罚儿媳；儿媳犯故意杀人罪获刑 6 年

2014 年 09 月 08 日 新京报 刘洋

新京报讯（记者刘洋）80 后的国某婚后和婆婆一直存在矛盾，在一次口角后，持剪刀欲将婆婆杀掉，结果导致对方重伤二级。

近日，国某因故意杀人罪被昌平法院判处有期徒刑 6 年。

检方：被告人有孩子需要抚养

公诉机关指控，2013 年 12 月 1 日 17 时 30 分许，国某携带预先准备好的剪刀到昌平区某小区夏女士家中，与夏女士发生口角后，持剪刀扎向对方腹部、背部、腿部、手臂等部位，欲将夏女士杀害。国某的行为造成夏女士全身多处开放伤口、血气胸及多处骨折。经法医学鉴定，夏女士损伤已构成重伤二级。

公诉机关认为，郭某故意杀害他人未遂，致人重伤，已构成故意杀人罪。

公诉人表示，国某的行为法定刑为十年以上、无期徒刑或死刑，但鉴于其认罪态度较好，取得被害人谅解，且有孩子需要抚养，建议法庭十年以下量刑。

婆婆：请最大限度从宽处罚儿媳

庭审时，国某认罪，称因结婚十年与婆婆一直有积怨，婆婆的强势以及对她拆迁分产不均、自己夫妻关系不和睦等原因，使自己觉得生活无望，决定杀掉婆婆。

国某的辩护人认为，国某的行为属于犯罪终止，事后电话报警符合自首情节。

但是，公诉人指出，国某在杀人过程中曾被他人制止，属于犯罪未遂。国某电话报警时并未完全配合警方，没有详细告知作案地址。

据了解，事发后，国某娘家赔偿了夏女士 35 万元，夏女士写了份谅解书，请求最大限度从宽处罚国某。

法院采纳了辩护人关于国某自动放弃犯罪、有自首情节的辩护，认为国某不能妥善处理家庭纠纷，因矛盾激化故意杀害他人，致人重伤，构成了故意杀人罪，综合考虑判处其有期徒刑 6 年。

#### ■ 案件回放

分房埋隐患 要钱酿血案

2009 年，夏女士家拆迁，让儿媳国某把户口转到婆家来，为了拆迁分房。

“我当时特别高兴，婆婆愿意把房子分给我们，户口迁进去就认可我是一家人了。”国某说，但房子下来，婆婆不打算分房给她。随后因为装修等问题，双方矛盾越来越严重。

在第一次交物业费时，婆媳的矛盾爆发了。

国某称，婆婆向她要交物业费的钱，她揣着剪刀，领着 7 岁的女儿准备去和婆婆理论。“我想问能不能让我好好过，如果她胡来，我就扎死她”。

邻居王女士证言称，事发当天，她正在夏女士家，国某来了，两人嚷嚷起来，夏女士抄起电话要报警。“我看到国某往夏背后打十几下，以为是拳头，就赶紧拉架……全是血”，这时她才发现夏女士被剪刀扎了，立刻报警。

“我只记得婆婆一边跑一边骂我，我才又扎了几刀。”国某交代，随后她拨打 110 称“我把婆婆杀了”，又打电话给丈夫说“我把你妈扎了，但是还没死”。

### 中华遗嘱库负责人：别等了 30 多岁就立遗嘱吧

2014 年 9 月 6 日 澎湃



据阳光老年健康基金会的估算，在北京、上海等大城市，每年自然死亡的老人当中，立有正式遗嘱的不超过 25%。  
CFP 资料

日前，中华遗嘱库负责人陈凯在接受媒体采访时称“30 多岁是立遗嘱的最佳时间”引发关注。

30 多岁该不该立遗嘱？有受访者觉得十分不解，30 多岁是一个人体力和思维最为旺盛的时期，活得好好的立什么遗嘱？

针对为何说 30 多岁是立遗嘱的最佳时间，陈凯 9 月 5 日向澎湃新闻进一步解释称，相对于老年人和 20 多岁的年轻人来说，30 多岁以上的中年人经济交往比较频繁，是家里的顶梁柱，他们一旦发生风险，对家里的影响更大，所以要立好遗嘱来处理他们的家庭事务。

陈凯说，人别等到自己老了、生病之后才想起要立遗嘱，立遗嘱就像买保险，有防患风险的作用，是对亲人关爱的传递与延续。

陈凯认为，中国人有一个误区，认为立遗嘱是老年人以及身体不好的人的专利，跟死亡有关，不吉利。

中华遗嘱库是由中国老龄事业发展基金会和北京阳光老年健康基金会共同发起主办、由北京市工商联信息化商会协办的公益项目，主要面向老年人进行免费服务，凡年满六十周岁的老年人，填写申请表后，可以免费办理遗嘱咨询、登记和保管。

陈凯说，目前全国老年人中，设立遗嘱的比例非常低，远低于英美等西方国家，他们希望未来中华遗嘱库能成为全国老年人选择登记、保管遗嘱的地方。

根据阳光老年健康基金会的估算，在北京、上海等大城市，每年自然死亡的老人当中，立有正式遗嘱的不超过 25%。因没有遗嘱，哪怕是独生子女家庭，对遗产继承毫无争议的，也往往会在继承的过程中遇到诸多麻烦。

作为非营利机构，中华遗嘱库的资金来源于政府的资助、上级基金会的拨款和社会爱心人士捐赠。（直击现场）

## 婚外情写进离婚的判决书每次办事都招来异样眼光 法院的民事判决书能否换成离婚证？

2014 年 09 月 05 日 嘉兴在线-南湖晚报



法院对于离婚的民事判决书能拿到民政局婚姻登记处换成离婚证吗？怎么样才能最快拿到想要的婚姻状况证明呢？这周的婚姻笔记，给大家普及一点婚姻登记方面的小常识。

法院民事判决书

不能换离婚证

前几天，王先生来到南湖区民政局婚姻登记处，拿出一份法院的民事判决书，想用它来换离婚证。

王先生说，前几年，他经不住诱惑，发生了婚外情，妻子发现后坚决要离婚。他们在财产分配和孩子抚养权上无法协商一致，最终闹上了法庭。法院宣判他们离婚，发给他们一份民事判决书。判决书的内容十分详尽，写明是因为王先生婚外情被妻子发现引发的离婚。收到判决书后，王先生就把它收在了房间抽屉中，完全没有预料到这份民事判决书将会给自己带来那么多尴尬。

去年，因为房产事宜，相关部门要求王先生准备一系列资料，包括婚姻状况证明。工作人员在审核资料的时候，看到民事判决书时，几次抬头打量他。“他们肯定是想看看搞婚外情的男人长什么样。”王先生觉得十分尴尬。今年，他又因房产事宜，再次把民事判决书交给他人审核，又一次经历了尴尬的打量。

“听说，日常生活中很多事情都要提供婚姻状况证明，比如办贷款、出国办签证等，想到以后还要被别人看笑话，真是太丢脸了。”王先生说，因为这些原因，所以他才想来婚姻登记处把民事判决书换成离婚证。

然而，婚姻登记处工作人员的回答让王先生的希望破灭了。工作人员表示，民事判决书与离婚证的法律效力是同等的，离婚夫妻只能选择其中之一。据介绍，在我国离婚有两种方法，一种是夫妻双方在财产、子女等方面协商一致，到民政部门登记离婚，领取离婚证；另一种是夫妻双方在财产、子女等方面无法协商一致，到法院起诉离婚，由法院下发判决书或调解书。

工作人员告诉记者，除了王先生外，他们还遇到过不少想把法院下发的民事判决书或调解书换成离婚证的，有的是办事情的时候，相关单位要求他们提供离婚证，有的是觉得民事判决书或者调解书厚厚一叠太不方便，也有的和王先生一样，觉得民事判决书或调解书暴露了他们的隐私。但是，一个人不能领取两份离婚证明。“协议离婚由民政局发放离婚证，诉讼离婚由法院判决。民事判决书和离婚证具有同等法律效力，离婚夫妻只能采取两种形式中的一种。”

隐瞒真实状况只会绕弯路

“我们从没有领过结婚证，今天想来补办结婚证。”刘大伯和老伴孙子都有了，说要补办结婚证的时候，工作人员还特别感动。但是，在办理的过程中，工作人员发现两人身份证上的住址和户口簿上的信息不符，就让他们去派出所把户口簿更新后再来。没想到，更新后的户口簿上，两人的婚姻状况栏里居然写着“离婚”。从来没有领过证的人怎么会是离婚状态呢？工作人员跟派出所核实后得知，两人在2004年的时候，在法院起诉离婚，法院判定他们离婚。

“你们已经离婚了，不能补办结婚证。”工作人员说。

“那么我们就复婚吧！”两人想了一会儿后说。

兜兜转转了这么多年，两人重新走到一起，工作人员也觉得很不容易。但是，办理过程中，问题又来了。“我们系统里显示，你老伴跟你离婚后，又在海盐跟别人结婚了。现在还是已婚状态，不能给你们办结婚证。”工作人员告诉刘大伯。

“我再婚的老公已经去世了呀！”刘大伯的老伴着急地说。

“那你需要到海盐那边的派出所，开份死亡证明，然后将户口簿上的婚姻状态改成‘丧偶’，才能和刘大伯结婚。”工作人员解释道。

几天后，带齐了资料的刘大伯和老伴再次踏进婚姻登记处。“本来跑一趟就够了，结果跑了三趟，还跑了好几次派出所……”这次他们告诉工作人员，其实他们不过想走点捷径，快一点拿到结婚证，没想到反而更费事。

工作人员表示，现在，婚姻登记信息已经实现全省联网，今后将实现全国联网。“以前没有联网，可能你在别的地方结婚或离婚了，这里查不到，但是今后不管你在哪里结婚、离婚，每一条婚姻记录都可以被查到的，隐瞒毫无意义。”该工作人员提醒市民朋友，前来办理婚姻证明，应该坦白告知自己的真实婚姻状况，反之只会绕远路，绝对不会是捷径。

记者旁白：

今天你所做的一切，都会成为将来无法抹去的一页。不想将来后悔，今天就要谨言慎行。

### 监护权撤销制度年内出台 儿童被虐问题将非家事

2014年9月5日 南方周末

编者按

传统观念上，儿童问题一直被视为“家事”而非“国事”。作为未成年人保护的重要司法制度，撤销、转移监护权的法律成为“僵尸条文”。福建判例和即将出台的四部门意见，意义不止在于激活一条法律，更重要的是再次提醒未成年人保护国家应负的重要责任。

一次多部门联合带有明显行政色彩的行动，意外促成了撤销监护权典型判例的诞生。判后政府不管，法官就不敢落槌。

“两高”、公安部和民政部四部门联合制定的意见有望在年内出台，如何处理监护人侵害未成年人权益行为，将有规则可循。

“国家是儿童的最终监护人，这是国际准则。而我们的做法通常是批评父母。政府做得不是过多，而是太少。”

[2014]仙民特字第01号，这份被列入最高法院典型案例的判决书，无意间创造了历史。

在此案中，福建省仙游县人民法院裁定剥夺了一位母亲对亲生儿子的监护人资格，将孩子从家暴阴影中解救出来，也让尘封27年之久的监护权撤销制度得以重见天日。

“福建的这个案例激活了《民法通则》第十八条和未成年人保护法第五十三条，为监护权转移的司法实践提供了一个探水经验。”上海政法学院刑事司法学院院长姚建龙说。

法条

《民法通则》

第十八条 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。

《未成年人保护法》

第五十三条 父母或者其他监护人不履行监护职责或者侵害被监护的未成年人的合法权益，经教育不改的，人民法院可以根据有关人员或者有关单位的申请，撤销其监护人的资格，依法另行指定监护人。被撤销监护资格的父母应当依法继续负担抚养费用。

监护权撤销制度自民法通则 1987 年 1 月 1 日施行即已确立，并在 2006 年 12 月 29 日写入修订的未成年人保护法。而司法实践才刚刚开始。上述案例为福建省首例，也是目前国内公开资料中的唯一一例。

南方周末记者获悉，由最高法、最高检、公安部 and 民政部四部门起草的《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为的意见》，最快有望在年内通过。

屡教不改的暴力母亲

2014 年 7 月 4 日上午，福建省莆田市仙游县法院的一个特别法庭内，仙民特字第 01 号诞生。

作为原告，仙游县榜头镇梧店村委会请求法院撤销被告林丽某对其儿子小龙的监护人资格，将之移交给村委会。

村民林丽某 2003 年在外地怀孕后回到家乡，次年 7 月 3 日生下私生子小龙。榜头镇是当地的经济重镇，以加工红木家具和生产佛珠闻名，但林家一直在贫困中挣扎。多年来，母子二人一直生活在垃圾满屋的一处土房子内。林丽某早出晚归，几乎对小龙不管不问，致使儿子常常挨饿，午饭全靠邻居施舍。

现在小龙已满十岁，连十以内的加减法还不会。近五年来，林丽某还经常用火钳鞭打小龙，用剪刀剪伤孩子的耳朵，甚至用菜刀多次割伤孩子后背。

2013 年 8 月中旬，小龙的遭遇被当地媒体报道后，引起了团市委领导的重视。“团市委书记（郑松青）就是我们镇出去的。”梧店村支书林国荣说。

很快，团市委主管的青少年阳光服务中心主任许如金和三级团委工作人员以及妇联、派出所等与当地记者一起探访了小龙，为林丽某捐款一万元。

如同大多数处理虐童事件的方法，团委、妇联、派出所等各部门展开教育攻势，他们告诉林丽某，她的行为涉嫌违法。林丽某则撒谎说，是邻居打的，“哪个母亲会这样打自己的孩子呢？”

劝说不成就软硬兼施。在各方的协调下，榜头镇为林丽某母子解决了户口和低保，并吓唬她说，如果再打孩子，就取消低保。

“后来她还是打，打了以后自己还告诉媒体，别人又来捐款。”村支书林国荣无奈地说。不少村民也多有反映，林丽某殴打孩子，屡教不改。

2014 年初，在当地团委、公安、妇联、村委会、学校等各方见证下，林丽某保证不再打孩子，并签字画押。妇联又给林丽某送了一笔慰问金。

然而，保证只是空话。5 月 29 日夜，林丽某顽疾复发，再次殴打小龙致其惨叫连连。邻居报了警，榜头镇派出所民警出警，将林丽某羁押，处以行政拘留十五天。小龙被临时送往莆田市救助站，由团市委安排志愿者轮流看护。

林丽某的哥哥告诉许如金：“要赶紧把林丽某抓起来，不然孩子会没命的。”

律师出身的许如金觉得不能再忍了。她考虑过以虐待罪控告林丽某。虐待属于自诉案件，小龙作为未成年人，提出告诉几乎不可能，由其监护人一打骂他的母亲来提起，更是悖论。“而且材料也不完善，法庭也拒绝了。”

在实践中，虐待罪的适用也不普遍。只有当致使被害人重伤甚至死亡时，司法机关才主动介入。姚建龙告诉南方周末记者，在英国等国家，儿童的伤害鉴定标准与成年人是不一样的，而国内对于伤情的鉴定是按照成年人标准来设的。“你把孩子打得伤痕累累，可能最多就是轻微伤，拘留几天得了。”

2013 年 5 月，贵州金沙县一名女童被父亲杨世某施以开水烫头、鱼线缝嘴、跪碎玻璃、针扎手指等“酷刑”。杨世某后来以故意伤害罪获刑一年六个月。

许如金转而想到另一条路子——申请撤销林丽某的监护人资格。“法律既然有规定，为什么不可以用呢？”

而现实不是简单的“依法处理”就行。那时许如金并没意识到，这将是福建乃至全国首例由第三方申请撤销监护权的案件。即使是处理过无数家事纠纷的法官，也将第一次直接面对这一制度。怎么启动，完全无例可循。

判决后的处置都安排好了

6 月 13 日，林丽某的拘留期限还有两天结束。许如金带上文书，从莆田市驱车去仙游县法院，准备立案。

许如金摊开条文，与法官一起研究。她告诉南方周末记者，法官很为难，“因为此前没有这个先例”。

上海市长宁区法院少年庭副庭长钱晓峰也告诉南方周末记者，他曾经在内网查找上海剥夺监护权的判决书，没有找到。

关于撤销监护权，民法通则只简单规定：法院可以根据有关人员或者有关单位的申请，撤销监护人的资格。而未成年保护法也只增加规定了起诉的条件，即监护人不履行监护职责或侵害被监护的未成年人的合法权益，“经教育不改的”。

“有关人员”和“有关单位”——谁起诉？

许如金说，他们努力游说小龙的亲属，但都不愿意管。她建议，由村委会起诉。

他们跟村委会保证说，打官司的事情，村里不必操心。村支书林国荣说，村委会对法律不熟悉，村委会主任郭清发在委托书上盖章，赋予许如金特别代理权，全权负责此事。

更关键的是，法院能不能受理？

“我们法院不是没有碰到过可以撤销监护权的案子，是我们不敢。”钱晓峰说，“撤销父母的监护权以后，孩子送到哪里呢？”

许如金早已想好：将孩子交由村委会监护。

团市委跟村委会表示，村委会是监护人，但市里会代管，他们不必担心。

或许是因为有了这样的周全安排，案子很快得到受理。不过，仙游县法院婉拒了采访。

孩子的不幸遭遇，也打动了法官。承办此案的是仙游县法院少年庭副庭长陈建红，有着近30年的审判经历。

据福建法院网报道，当她第一次见到小龙，眼前这个瘦小黝黑、伤痕累累的孩子撞击着她心底最柔软的地方，眼泪瞬间落下。这位细心的“法官妈妈”还发现7月3日是小龙的生日，她专门与有关部门一起，给孩子过了人生中的第一次生日。

7月4日上午九时，仙游县法院依照特别程序开庭审理此案。村委会委托的两名代理人是莆田团市委阳光服务中心主任许如金和仙游团县委书记杨国石。

林丽某没有请律师，她感谢政府，当庭表示希望政府代管，待小龙十八岁后再自行选择。开庭前，法官询问了小龙的意愿，小龙表示不愿意随母亲一起生活。

许如金原本足足准备了八组证据材料。这下，她松了一口气。“当时，如果林丽某拒绝，我还真不知道法庭会怎么开下去。”

上午十一时许，法官当庭宣判，撤销林丽某的监护人资格，另行指定梧店村村委担任小龙的监护人。

“法院和我们都没有经验，倍感压力，”许如金说，“好在法院最后同意立案，还判了。”

法槌为何总是不敢敲下

仙民特字第01号生效后，梧店村委会成了小龙的法定监护人，但是无力照顾。“市里现在帮我们代管，条件好，我们也希望这样。”林国荣说。

作为有母亲的孩子，小龙不符合民政部门收养的条件。于是，中国特色的处置办法再次登场。在此案审判期间，在莆田市有关领导协调下，救助站延长了小龙的居留时间。

“孩子很幸运。没有相关法规来支撑。都是领导在协调，我们愿意，领导支持。”许如金说。

目前，小龙被“协调”安置在民政部门主管的儿童村里。“也是属于临时性的，还有一些手续问题需要解决。”许如金仍担心，后期的安置问题是一个系统的工程，但法律也没有细化规定。“若根本性的问题没解决，那法院的判决对案件实质作用有多大，值得商榷。”

近年来发生的多起父母虐待子女的恶性案件，基本上都是以政府救助、社会捐款的方式收场。此前，从无经第三方起诉、法院判决撤销监护权、交由民政部门托底的案例。

“虽然民法通则规定民政部门是托底部门，但是现实中民政部门的具体职责与法律无法衔接。”上海市长宁区法院少年庭副庭长钱晓峰说，中国现行的儿童福利制度是“补缺型”的制度，福利院往往只接受孤儿或者找不到父母的弃儿。

姚建龙一直认为，没有保障就没有干预。“如果不能给孩子更好的生活，善良动机下的干预可能造成更加悲剧性的结果。”

他告诉南方周末记者，前几年，江苏有一个类似案例，也是监护人本人同意放弃监护权，然后借用诉讼的方式转移了监护权。“不过，我从事未成年人法研究十余年，还没有看到第三例类似案件，更不用说真正意义上的强制剥夺监护权的先例。”

政府不管，法槌就很难敲下去。

“这个案例出来以后，我想北京和上海都会有点遗憾。我们已经有案件进入程序了，但是还没有判下来，这样的案例在福建首先产生了。”钱晓峰说。

他所在的上海长宁法院最近受理了一起监护权转移案例，正处于公告程序中。“因为母亲下落不明，我们先要登报寻找母亲，大约两个月。”

近几年，一些地方也在进行转移监护权的试点。2013年底，一名吸毒女子与深圳市福利院签署转移监护权和抚养权的协议，将一岁的孩子交给了福利院。这种自愿委托监护的方式，与福建判例中由第三方起诉、经法院判决强制转移监护权明显不同。

国家是最终监护人

尽管事情看来算是暂时圆满落幕了，但作为一名职业律师，许如金也有反思。

“从一开始介入时，我们带有一定的行政色彩。一个孩子受虐多年没人管，媒体一报道，社会哗然，共青团、妇联、镇政府、服务中心等单位联合出动，大家的出发点是好，但我们的联合有法律依据吗？”

这样的疑虑可以打消了。在判决二十天后，仙民特字第01号案例就被最高法院作为典型案例向全国发布。这意味着，该案经验不仅受到肯定，还将成为法院处理该类案件的倡导方向。

不过，在法官和学者看来，福建判例能否复制，尚待制度的完善。

“这个条文（未成年人保护法第五十三条），看上去很美。但标准和程序还没有完善。”姚建龙说，“比如什么



叫严重侵害未成年人的权益，什么叫屡教不改，谁来干预，谁来调查，判决后如何安置，等等。至于起诉主体是‘有关人员’、‘有关单位’，究竟是谁？司法实践中的理解往往是‘有关’就是没有。”

钱晓峰表达了另外一种担忧：“我们的法律，要么不管，要么就撤销，缺少‘中止’这个过渡程序。撤销监护权对一个家庭影响很大，法院在判决时应当非常慎重。”

南方周末记者获悉，2014年初，最高法、最高检、公安部、民政部四部门联合起草了一份《关于开展监护失当未成年人监护权转移工作的意见》（征求意见稿），年内有望通过。

仙民特字第01号的诞生，可谓恰逢其时。“征求意见过程中，出现了莆田这个案例，非常有意义。”姚建龙说。

南方周末记者获得了这份征求意见稿的较早版本，其中几项关键要件与福建判例相互映照，如报告（邻居报警）、干预调查（警方）、临时安置（救助站）、起诉主体（村委会）、审判等各个环节。

关于有权提起诉讼的“有关人员”和“有关单位”，意见认为，未成年人父母所在单位、居委会（村委会）、未成年人救助保护机构、检察院都有资格。检察院在办理父母或其他监护人严重侵犯未成年人权益的刑事案件时，认为符合撤销监护权情形而相关单位和人员没有起诉的，应当代表未成年人提起撤销监护权诉讼。对妇联、团委等是否具有诉讼主体资格尚处于商榷中。

意见稿明确了撤销监护权的标准，具体列举了五种情形，包括对未成年人实施暴力、置之不管、因服刑等原因无法履行监护职责、令未成年人乞讨流浪、教唆未成年人违法犯罪等等。还规定了三种不得申请恢复监护权的情形：性侵、虐待遗弃六个月以上或暴力伤害造成重伤以上后果的，及侵害未成年人权益被判五年以上的。

在撤销原监护人后，谁来接手？意见优先认为应指定给亲属、朋友、未成年人父母所在单位或所在地的村委会或居委会。负责兜底的，则是民政部门所属的儿童福利院。

南方周末记者注意到，意见稿在征求意见和修改过程中，后又更名为《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为的意见》。除了司法保护措施，意见稿还规定了行政保护措施。公安机关接到未成年人被侵害的报警后，应当出警处置。除了诉讼以外，法院可以发出人身安全保护令。

许如金有些担心政府介入太多可能会侵犯私权，姚建龙则认为，在儿童保护领域遵循的是“国家亲权原则”，强调在父母不能或者不宜担任监护人时，政府有权力也有责任根据儿童最大利益原则的要求及时介入干预，包括接管监护权。

“国家是儿童的最终监护人，这是国际准则。而我们的做法通常是批评父母。政府做得不是过多，而是太少。”姚建龙再次提起南京女童饿死事件。“有关部门早已经对女童的困境与危险状态明知，但眼睁睁地看着两位女童活活饿死家中。在需要国家及时介入避免悲剧发生的时候，国家保持了冷漠。”

### 婚姻家庭纠纷调委会将全覆盖

2014年9月9日 衢州日报 黄韵

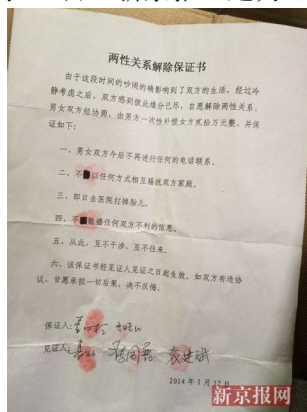
本报讯（记者黄韵通讯员宁婷）到10月底，我市各县（市、区）将全部建立相应的婚姻家庭纠纷人民调解工作委员会，这是记者9月5日从全市婚姻家庭纠纷人民调解工作推进会上获悉的。

据介绍，柯城区妇联于去年9月组建了全市首家婚姻家庭纠纷人民调解委员会，积极充当百姓家庭的“老娘舅”，通过法律咨询、维权指导、心理疏导等多项服务，为当事人排忧解难，截至目前，共受理夫妻感情不和、家庭暴力、债权债务、小孩抚养费等案件634起，接待来电来访群众200余人次，专业法律咨询服务20余人次。

继柯城区、衢江区、市本级组建婚姻家庭纠纷调委会后，到10月底，其它县（市、区）也将陆续组建，并通过规范婚姻家庭纠纷调解与人民调解工作的衔接，有效预防和化解婚姻家庭矛盾纠纷，切实保护好老人、儿童、妇女的合法权益，为促进家庭和睦、社会和谐稳定打下良好的基础。

### 曝两性关系解除保证书 河北水利厅一干部受处分

2014年9月11日 新京报 赵力 刘刚 赵吉翔



一份实名举报河北省水利厅一干部包养情人的帖子日前在网上热传。帖子中晒出了该干部和情人签订的“解除两性关系保证书”。今日（9月11日）下午4时许，河北省水利厅相关负责人告诉新京报记者，涉事干部今年6月因

生活作风问题已被河北省水利厅机关党委处分，并撤销相关职务。

新京报快讯（记者 赵力 刘刚 实习生 赵吉翔）一份实名举报河北省水利厅一干部包养情人的帖子日前在网上热传。帖子中晒出了该干部和情人签订的“解除两性关系保证书”。

今日（9月11日）下午4时许，河北省水利厅相关负责人告诉新京报（官方微信：bjnews\_xjb）记者，涉事干部今年6月因生活作风问题已被河北省水利厅机关党委处分，并撤销相关职务。

新京报记者注意到，这则题为“实名举报河北省水利厅董四栓包养情人”的网帖，在9月8日至今在各类贴吧论坛转载，而该帖最早出现在今年4月份。

网帖作者自称齐晓红，1984年2月出生，石家庄人，身份证号为：1301\*\*\*\*\*5123，齐晓红在网帖中附上了自己的照片和一份“解除两性关系保证书”的照片。

一份2012年的公开资料显示，被举报人董四栓系河北省水利厅科技外事处调研员，为正团职转业干部。

齐晓红在网帖中称，自己2010年和董四栓相识，后来成了他包养的情人，“每个月他都会给我三、四万块钱……在三年的包养生活中我多次怀孕，并被要求打胎。”

网帖中齐晓红讲述，2014年1月11日是董四栓带着老婆找到了她……6天后的1月17日董四栓找到她，要其签两性关系解除保证书。

齐晓红晒出的这份“解除两性关系保证书”签署于2014年1月17日，内容为：双方自愿解除两性关系，男方一次性补偿女方贰拾万元整，并保证：1、男女双方今后不再进行任何电话联系；2、不得以任何方式相互骚扰双方家庭；3、即日去医院打掉胎儿；4、不散播任何对双方不利的信息；5、从此互不干涉互不往来。

在这份保证书上，除了当事男女双方的签字和手印外，还有3名见证人的签字和手印。据新京报（官方微信：bjnews\_xjb）记者了解，3个见证人中其中一人系河北省水利厅干部。

齐晓红在网帖中还提到一些经济问题。“董四栓开的是几十万的车，平时抽的都是软中华，还有包养我期间，每年都有几十万的包养费，他一个月只有几千块钱的工资，大家想想他的钱到底是从哪里来的？”

今日（9月11日）下午，河北省水利厅科技外事处长武庆华向新京报记者介绍，齐晓红曾向水利厅纪检室反映过相关问题，经查，董四栓确实有生活作风问题但不构成包养，“齐晓红自己向纪检室称，平时董只是给她一些小礼物，两人在分手时董才给了20万，并签了保证书。”

武庆华证实，保证书确有其事，上面的第二个见证人冯同普为水利厅科技外事处的副处长。据其介绍，董四栓今年51岁，目前还在上班。

至于网帖所述的每月给三四万包养费的问题，武庆华称“都是胡说”。他透露，今年6月，董四栓因生活作风问题，被厅机关党委给予党内严重警告处分，并撤销其科技外事处党支部书记职务。

截至发稿，新京报（官方微信：bjnews\_xjb）记者多次拨打董四栓的手机号，均无法接通。

### 岳父持汇款单告女婿 证据不足被判决驳回

2014年9月12日 抚州市中级人民法院 罗淑萍 梅晏榕

因女儿女婿闹矛盾，岳父持汇款单状告女婿，要求归还欠款。9月10日，黎川县人民法院依法审结了这起翁婿之间的民间借贷纠纷案件，一审判决驳回原告金某的诉讼请求。

原告金某诉称，因周转资金不足，王某于2011年5月向他借款26000元，2012年7月，王某又向他借款22000元，并于同年9月再次向他借款2000元，他分三次汇款至王某账户。后女儿女婿因感情不和发生争吵，女儿金某梅离家外出去向不明，故诉至法院，要求王某归还欠款，并提交了3张汇款单据以证明王某共欠款50000元。王某承认收到该三笔汇款，但认为这些不是欠款。王某还称，其与岳父于2009年开始就合伙经营餐饮，双方常有金钱往来，双方于2010年年底经结算共盈利11万元，他应分得6万元，该款一直由岳父岳母保管，岳父金某汇出的50000元是他和妻子存放在岳父家的盈利款。

法院认为，王某是金某的女婿，双方曾经合伙做生意，并常有金钱往来。金某提交的三张汇款单据仅能证明金某曾经汇款50000元给王某，不能说明该笔汇款是赠与、还款及借贷等民事法律行为。金某虽持汇款单，但王某否认该款系借款，金某应进一步提供证据证明汇款属于借贷。金某无其他证据证明王某向其借款50000元，属于证据不足，遂依法作出上述判决。

法官提醒广大市民，以银行汇款形式借款给他人时应要求对方书写借条，有汇款凭证和借条才能确保借款证据的完整，汇款用途可以有多种解释，不一定是借款，借款时应多加防范，不能碍于情面而不要求对方书写借条。（黎川县人民法院 罗淑萍 梅晏榕）

来源：抚州法院网

### 农村离婚潮汹涌：保卫“乡村爱情”成难题

2014年9月16日 半月谈网 刘巍巍 王菲菲

编者按：“死生契阔，与子成说。执子之手，与子偕老。”与爱人相恋、相守，是任何时代人们都会追求的美好情感。然而，在当代农村，随着社会流动加速、人口结构嬗变和乡村文明转型，人们的婚恋观变得复杂多元，传统婚姻家庭秩序受到了冲击，农村离婚率连年攀升，并由此带来诸多亟待解决的社会问题。

岂一个“离”字了得

——农村婚变进入高峰期（上篇）

流动社会的冲击

“我现在觉得没什么稳定的！”张民（化名）不屑的语气里带着些许无奈。今年30岁的张民是山西临县安家庄乡朱家沟村人，与大多数同乡一样，他外出打工，盖房子、修车……努力赚钱养家。结婚8年，有一个6岁的儿子，但他的老婆最终还是跟别人跑了。

8年前，张民通过QQ聊天认识了刘琴（化名），两人一见钟情并很快结婚。他们所谓的结婚就是办了喜宴，并没有领结婚证。结婚后，张民和刘琴一起来到太原打工。尽管他们能吃苦，收入并不可观。

后来，张民认识了一帮社会上的朋友，经常三四天也不回家，和刘琴的感情也渐渐淡了。一天张民半夜回到家里，发现刘琴不在，追问之下才知道她在外面有人了。

“嫌我挣不来钱，不能给她想要的生活。”张民说，从此以后，他也开始放浪形骸。今年5月，刘琴最终选择离开张民，两人再也没有联系过。

“我们双方都有责任，来到城市受到的诱惑太多了，没有把持住。”张民说。

在广大农村，这样的例子并不少见。临县是山西省最大的劳务输出县。在2013年，该县有486对夫妻进行离婚登记，其中90%是农村人口，而在2007年，这一数据仅为71。临县人民法院一年受理700多起民事案件，其中农村婚姻家庭纠纷占到75%。这些数据还不包括在农村广泛存在的双方未领证但已经同居的。

“来这里登记离婚的人形形色色。”临县婚姻登记处工作人员李芳告诉半月谈记者，有的是因为夫妻性格不合，或是遭遇家暴；有的是为了规避买房限购假离婚，导致假戏真做；更多的则是因为夫妻一方有了外遇。

“离婚率攀升，与农民外出流动有着密切联系。”长期研究人口问题的山西省委党校研究员刘宁认为，外出打工使农民思维方式和价值观发生变化。城市光怪陆离的生活带给他们巨大诱惑，加上不少夫妻长期分居，感情疏远，婚外情便乘虚而入。城乡差异鸿沟和夫妻双方空间分隔，导致婚姻最终解体。

临县城庄镇太平村支书郭继平对此深有感触。“外出打工后，人们交际面广了，眼界开阔了。女的开始攀比，看到人家有车、有房，就想离婚，重找一个；挣了钱的男的也受不住诱惑，在外面乱搞。”郭继平说，他们村就有一对在外打工的夫妻，丈夫当电工，妻子在饭店当服务员，两人长期分居。后来，当服务员的妻子看上了饭店厨师，跟着厨师跑了，连孩子也不要了。

“环境改变了她，如果在村里，她可能还是个好媳妇。”郭继平说。

重财婚姻的隐患

临县人民法院审判员武广明说，很大一部分农村婚姻不是以感情为基础的。“在一些地方，结婚就像做生意一样，男女双方大致中意后，媒人就开始商量彩礼，谈妥之后就结婚了。”

农村娶妻花费巨大，少则几万，多则三四十万，给家庭带来巨大负担，这一习俗为以后夫妻双方的婚姻生活埋下隐患。“有的男人会认为女人是自己花钱买来的，是自己的私有财产。”武广明告诉记者，由于婚前感情基础较差，婚后一系列问题便涌现出来。

山西静乐县王村乡扶头会村吕学勇（化名）和张月娥（化名）经人介绍认识，不过一个月就结婚了。“当时什么也不懂，父母觉得合适，就跟了他。”张月娥说，结婚的时候男方花了十几万元，结婚后觉得男方家处处挑自己毛病。

“从一开始就是个错误。”吕学勇说，结婚太仓促，双方并不了解，导致婚后经常因为一些小事吵架。尽管他们已经有了一个3岁的孩子，但两个人还是决定离婚，寻找各自的幸福。

独立意识的增强

以前在农村，离婚被认为是件不光彩的事情，人们会因为害怕别人的眼光、为了自己的孩子而选择继续生活在一起。但现在人们不愿凑合，把离婚看得也很淡。

值得注意的是，不少离婚诉求都是女性先提出来的。在临县法院受理的农村婚姻家庭纠纷案中，由女方提起诉讼的占90%。

刘宁分析认为，一方面与农村的人口结构有关，男女比例失衡，女性离婚后较容易找到再婚对象；另一方面也与女性的独立意识不断增强有关系，她们不再恪守“从一而终”、“嫁鸡随鸡，嫁狗随狗”的传统观念，追求自身幸福的欲望甚至超越了家庭亲情。

乡土文明的失落

在乡村狭小的社会空间中，婚姻的裂变对于一个农民家庭的冲击不可低估。

武广明说，在一些诉讼离婚案件中，当事双方的纠纷常常转化为两个家庭乃至家族之间的矛盾，子女赡养和财产分割等问题容易导致恶性案件发生。尤其男方娶妻时花销巨大，离婚后造成人财两空，彩礼追不回来后不惜动用武力。

更为深远的影响还在于孩子。父母离异本来就是留守儿童他们蒙上了又一层挥之不去的阴影。

张宇飞（化名）是山西临县黄白塔寄宿制小学四年级学生。他的父亲长年在外打工，父母感情不和，今年离婚了。“他本是一个非常听话的孩子，成绩在班里是中上等，从不和同学打架。但自从知道父母离婚后，情绪变得很

不稳定。”张宇飞的班主任苗娟告诉记者，他曾两次离校出走，有一次甚至试图自杀。

苗娟说，他们学校离异家庭的孩子不断增加。留守儿童的心理极其脆弱，父母离异对孩子更是沉重打击，不利于孩子健康成长。

“婚姻是家庭的基础，家庭是社会的细胞。婚姻稳定关系到社会的和谐稳定。”刘宁说，在一些离婚事件中，人们不是为了追求真爱而离婚，对物质、金钱的追求占了上风，质朴、真挚的感情荡然无存。传统乡土文明中重家庭、重责任、重感情的美好品质被自私自利、不负责任所取代，社会风气和公序良俗遭受挑战。

“农村婚变在一定程度上折射了乡土文明的失落。传统价值观念受到冲击，新的价值观亟待重建。”刘宁说。（半月谈记者 王菲菲 刘巍巍）

保卫“乡村爱情”！

——农村婚变进入高峰期（下篇）

保卫“乡村爱情”，不仅需要努力建设新农村，还要加强基层工作，引导农民树立健康科学的婚恋观。

该离不该离的都离了

31岁的安徽阜阳女子小孙在老家早就结婚生子，迫于家庭经济状况，她只身一人来到南京打工。虽然阜阳离南京并不远，但为了多挣钱，省路费，小孙每逢春节才回家一趟。一个女人在外生活是苦闷的，慢慢的，同样孤身在南京打工的老陈接近了小孙。老陈是浙江人，在老家也有妻儿。他对小孙照顾得无微不至，很快两人便同居在一起，搭伙组建“临时夫妻”。

今年春节后，小孙的丈夫小曹提出要到南京打工，遭到小孙的反对。心中起疑的小曹决定采用突然袭击的方式来南京一探究竟，结果撞见妻子和老陈同居的一幕。经过警方协调，小孙夫妇选择回老家协商处理此事。

“其实，在外来务工人员中，‘临时夫妻’现象并不鲜见。”处理此事的警官介绍，不少农村夫妻因此选择离婚。

如果说出门打工有了外遇，离婚涉及情感选择，贵州姑娘小芬的离婚却无关感情。2013年，23岁的小芬结识了江苏海安农村的青年小兵。两人年纪相同，有着聊不完的话题。相处中，小兵经常提起自己家乡的变化，让小芬憧憬不已。两个月后，小芬义无反顾跟着小兵来到海安“闪婚”。丈夫家住着大瓦房，看着29英寸彩电，对于从西部偏远山村出来的她，一切都显得很新鲜。

不过，好景不长。为贴补家用，小芬来到海安县城打工，逐渐开阔了眼界，意识到原来海安有的地方还有三上三下的别墅，有落地电视，小兵给自己的并不是最好的生活。日子一天天过去，小芬开始不满足家庭条件和生活环境，与小兵及其父母产生矛盾。今年6月，夫妻发生争执，最终离婚。

农村婚变的多重诱因

海安县地处苏中，每年这里的农村转移劳动力达1万人左右。来自海安县人民法院的数据显示，2011年至2013年间，该县离婚案件受理数以每年200件左右的速度递增。

全国优秀法官、江苏海安法院曲塘法庭庭长孙翠燕说，丈夫出外打工，妻子留守农村，长期两地分居让夫妻感情慢慢变淡。“一到年节，在外打工的人回家，夫妻俩急着要办的事却是离婚。”今年春节前后，她接手了多起离婚案件，无一例外都是长期两地分居的打工夫妻。

与长期分居相比，小芬这样的“闪婚”也是农村婚变诱因之一。复旦大学社会科学基础部副教授邵晓莹表示，随着农村剩余劳动力向城市转移，农村青年一代对待婚姻和爱情的态度正在转变。他们在家长急于要求其成婚的心理下，被安排去相亲，见面认为还可以的，就匆忙结婚。“闪婚”容易，离婚自然也变为“儿戏”。

同时，随着农村城镇化建设的快速发展，拆迁频繁，不少人动起了通过“闪婚”、“闪离”甚至是“闪孕”的方式来为自己、家庭谋取利益。而在巨大拆迁收益面前，分配问题又成为引发夫妻矛盾、婆媳纠纷的导火索。

“人为财死，鸟为食亡”，老话一次次在现实中上演。老王和老李都已40多岁，夫妻恩爱生活了20多年，今年初却突然离婚了。原来，他们各自老家都要拆迁，如果离婚，那么就能多分一套房子。假离婚一切顺利，离婚证到手，拆迁安置房也到手。但当老王提出要和老李复婚时，老李却变卦了。20多年恩爱夫妻，因为一次假离婚，假戏真做，付诸东流。

改革开放后，农民的生活条件逐渐提高，开什么车、住什么房、收入如何，成为不少适龄农村男女择偶的首要标准。亲戚朋友相聚在一起时，这三个问题也成了主要话题。

盲目的攀比、错误的金钱观，导致夫妻间产生裂痕和冲突，恶言相向、争吵不休，加速原本薄弱的婚姻关系走向崩溃。

三管齐下挽救濒危家庭

若要免于农村婚姻家庭的破碎，必须针对三大诱因对症下药。

邵晓莹建议，要减少长期外出打工所造成的两地分居。地方政府应重视农村经济发展，吸引劳动力回流。加快构建新型农业经营体系，推进农业经营方式创新，大力培育新型职业农民。让更多农民能在家门口就业、创业，维持家庭成员的稳定。

“在让农民工回流的同时，司法部门也要发挥主观能动性。”江苏无锡市惠山法院民一庭副庭长周小娇建议，以“法”引领正确的婚姻家庭观念。通过走村入户以案说法等方式，宣传相关法律知识，从源头上防范重婚、畸形婚恋等现象发生；加大婚姻纠纷调解力度，整合社会资源，对婚姻双方进行心理疏导，让双方当事人能充分认识婚

姻变化对个人、家庭、孩子的影响，最大限度避免“闪离”、负气离婚等；当判则判，对于因婚外情等原因引起的感情破裂离婚纠纷，要充分保护弱者，指导当事人进行举证，在查明案情的基础上，在法定范围内使过错方受到严惩。

孙翠燕建议，还要发挥社会组织作用，努力将婚姻不稳定状态化解在基层。当前，妇联、基层调解组织需要发挥其熟悉民俗民情的优势，对婚姻家庭问题及时介入与调解，做到既尊重当事人的情感选择，又能充分宣传和引导正确的婚恋观念和行爲，帮助当事人修复情感裂痕，降低农村离婚率，促进社会和谐稳定。（半月谈记者 刘巍巍 王菲菲）

链接：两位法官的办案手记

5天受理26起离婚案，一年达969起

孙翠燕（江苏省海安县法院曲塘法庭庭长）

我所在的海安县是长江北岸的沿海小县，人口90余万。改革开放以来，外来人口激增，外出打工、外来妹嫁入引发的婚姻问题也越来越多。

记忆最深刻的是2013年春节后，短短5个工作日，我就受理了26起离婚案件。这几年，离婚案件可以用飙升来形容。2011年，我们受理的离婚案件是539起；2012年达到723起；到2013年，这一数量达到969起。

海安县农村不算富裕，外出打工族不少，离婚案很多发生在他们身上。曹某和刘某经人介绍相识、相恋，婚后第二年有了孩子，在外人看来这是个幸福的小家庭。婚后不久，丈夫刘某外出打工，只有过年才回来。今年正月初八上午，曹某向法院提出离婚诉讼。

我到村里了解情况，邻居们反映，刘某长期在上海打工，只有过年才回家住几天。就在这短短几天时间里，两人也难以和平相处，小则吵架拌嘴，大则动手打架，最终他们结束了这段婚姻。

这些离婚案给人启示：夫妻俩再难再累也要一起出去打工。只有在一起，才是维系婚姻最好的药方。

七夕节没过几天，我又接到一起离婚案。女方小郑曾有过一段婚姻，离异后带着儿子小磊居住在娘家。体谅女儿独自抚养孩子的艰辛，老郑夫妻着急为女儿寻找下一站幸福。

在亲戚的张罗下，30岁的小钟走入郑家人的视野。小钟大学毕业后一直在海安工作，为人老实，也不介意小郑曾有过一段婚姻，对小磊更是照顾有加。因此，两人认识没几天，就在老郑夫妻催促下订婚，并于七夕节领了结婚证。当天晚上，二人因礼金处置发生争执。5天后，小郑以双方缺乏了解、性格严重不合向法院提出离婚。

没有爱情，何来婚姻？这样一桩离婚官司本可避免。如果小郑家人不那么心急，让她慢慢寻找情投意合的人，也许就不会出现今天的结果；争吵发生后，如果两个人多些理解，或许还能继续生活下去。只是，婚姻没有“如果”。

家家有本难念的经。孙某和小燕婚姻的破裂，则因为他们的婚姻之船迷失在物质的汪洋大海中。

孙某家境贫寒，经人介绍认识了小燕。双方从认识到结婚相处3年多。经谨慎考虑，孙某入赘小燕家，两人走进幸福的婚姻殿堂。这几年，小燕娘家人的生意干得红红火火，但同时也凸显出孙某收入的微薄。

一次家族聚会时，亲戚们围绕收入话题聊得不亦乐乎。看着亲戚们脸上绽开的笑容，小燕心里酸酸的，想想自己老公，从年头忙到年尾，赚的钱就几万元，她实在没法开口，只能强颜欢笑。

回到家中，小燕开始不停埋怨孙某收入太低，没出息。久而久之，孙某彻底爆发了，他将累积在心中多年的怨言全部抛出。互不相让，争吵不休，加速了这段原本就千疮百孔的婚姻关系解体。

因攀比、经济压力而导致分道扬镳的夫妻，现在不在少数。我想提醒这些夫妻，别让欲望蒙蔽了双眼。扪心自问，我们需要的是什么？是金钱和表面的风光？还是一个真正对你好，可以与你同甘共苦、相濡以沫的爱人？

建立健康、负责、懂得付出的婚姻观

张艳（山西省临县人民法院审判员）

在基层法庭工作两年多，接触最多的就是离婚案。这对于我一个走上工作岗位不久，初为人母的年轻法官来说，无疑是个挑战。

在基层法庭，离婚案件开庭是件令人发愁的事情。当事人就两个，可是其随从的人员少则三五个，多则十来个，什么七大姑、八大姨也会来。你一言、我一语，如果两家抱着解决问题的态度来，还好调解；如果两家稍有言语不对，法庭很可能就变成了争斗场。

通过调解和庭审，我的体会是，农村婚姻出现问题有多种原因。比如，过去要求女子三从四德，可是现在的年轻女孩要求有独立的空间和生活，这两种观念一旦出现冲突，就会引发许多家庭矛盾。再比如，在农村结婚时，男方倾其所有给付女方高额彩礼，这种行为要么导致结婚后男方无条件满足女方要求，要么女方受人口舌，乖顺服从。不管是什么样的形式，一旦这种不平等观念在日常生活中确立，就会为以后的隐患埋下伏笔。还有就是隔代照顾小孩，致使年轻的父母家庭观念淡薄，夫妻之间、父母子女之间没有建立起真挚的感情，这种没有感情维系的家庭，没有责任约束的家庭，想要长久很难。

我常常想，在这个城乡差异明显、人口迁移频繁的社会大背景下，面对被媒体频频曝光的家暴、分居、婚外情、婆媳矛盾、抛家弃子等现实情况下，该如何拯救脆弱的婚姻？

离婚了，就真的能解决两个人遇到的问题吗？我不这样认为。现在人们选择离婚，就像吃快餐一样，以最便捷、最低廉的手段来解决。我认为这是最不健康的。

一个和谐美满的家庭，不光给自己，也给整个家族带来幸福感；一个离异的家庭，毁的不止是两人的感情，影响的还有孩子及双方家庭的心灵。我们常说“宁拆十座庙，不破一桩婚”，就是因为婚姻的破裂，不是两个人分了、散了，就没事了。要想解决当今农村婚姻中出现的问题，仅仅依靠个案说服教育或社会舆论谴责是不够的，必须建立健康、负责、懂得付出的婚姻观。

### 胡美离婚声明和原帖对比

2014年9月14日 新浪体育

9月14日消息，媒体曝出胡美离婚声明抄袭网帖，而其中的一些段落语句一字未变，原作者在文章中曾备注。“如想转载本帖中的任何内容，请在后面跟贴争得小鱼的同意，并注明出处是SOHU围城，作者小鱼”以下是原作者的文章——

我是一个已经离了婚的女人，当我走过离婚那一段艰辛的历程后，再看各位网友写下的关于离婚的文字，心中很多的感慨。下面根据我自己的经历，提出一些建议，不是一定劝合或者劝离，而是希望每个人都能找到属于自己的幸福生活！

1、当婚姻出现裂痕，是谁的错？起初，我总觉得自己是无辜的，是个“受害者”，这样就越想越委曲，不明白为什么自己这样一个好的女人，却得不到LG的真心。其实即使到现在，连我的前夫，也承认我们婚姻失败的原因90%以上在他自己，但是我已经不再这样看了。这个世界上好人很多，但并不是两个好人在一起都能幸福。而且，婚姻在某种程度上来讲有偶然性，你在一个合适的时间、合适的地点遇到了一个可以和你结婚的人，于是便结婚了。在这长长的一生里，人生还会有很多新的境遇，心情也会随之而改变。当你觉得不那么爱了的时候，往往婚姻就会出现。或者，其实两个人的婚姻从一开始就没有很稳固的基础，彼此在一起并不适合。所以，错的不是你，也不是他，而是缘份。

2、孩子是不是不能离婚的理由？我一直坚信，孩子不应该是左右两个成年人之间关系的理由和借口。我和前夫没有孩子，所以很多人说，在这一点上我是幸运的。我看过很多身边的例子，我认为，离婚家庭的孩子不一定是问题儿童、问题少年，而那些凑合着过的家庭的孩子，也不一定就因为父母的牺牲而健康成长。而且，当这些孩子长大以后，他们不会因为你牺牲了自己一生的幸福、给了他(她)一个稳定和家庭环境而感激。要是你说：“不是为了你，我早和他离婚了。”多数孩子都会反唇相讥(或者在心里说)：“谁不让你们离婚了？你以为不离婚整天吵架就是对我好？你们给我这样的家庭就能让我健康成长了？”我有一个朋友曾经对我说过这样一句让我终生难忘的话：只有你自己幸福快乐，你才能让你身边的人幸福快乐。

3、要不要继续残缺的婚姻？有很多网友都提出：婚姻就像是一只碗，破了很难再恢复原状，即使粘上了，裂痕也永远都在。这是非常真实的。我曾经试着去原谅，但是被原谅过的男人，似乎总是记性不好，即使当时再痛哭流涕，过不几天也会忘得一干二净。我也像很多留过言的网友一样，曾经LG的短信一响就心慌，打他的手机他不接我就会觉得他们又在一起……说白了，我不能说服自己再次信任他，这是我永远也战胜不了的心魔，而他，也确实一次次再让我失望。失去了信任的婚姻，就好象没有了地基的房子，经不起一点风雨。所以，我冷静分析了一下，首先我问自己，现在这个状态的婚姻是不是我想要的那一种？答案：不是。继续这个婚姻，我还能幸福吗？答案：我这辈子再也不能有幸福。如果离婚会怎样？答案：也许可以找到一个好的、适合自己的男人，也许找不到，所以机会是一半一半。也就是说，不离婚，我这一生是百分之百不会再幸福；如果离婚，那我至少还能有一半的机会找到自己的幸福。而且，我虽然不是一个完美主义者，但是我很注重感情生活，觉得精神比物质更为重要。就这样，我下了离婚的决心。

4、要不要顾及周围人(如父母等)的感受？当然要。我想除非对方是十恶不赦的坏人、罪犯，不然家人对离婚的第一反映肯定都是不同意。我曾经在离婚前反复和父母讲我的感受，而且一再重申我在这个问题上是很慎重的，但我父亲始终就是一句话：能不离还是别离。最后我是一个人单枪匹马地离了婚，事先和事后一年多都没有告诉任何人。一年多以后，我才找了个机会先告诉了父母，然后是亲戚朋友等其他的人。之所以这样，我是反复考虑过，觉得自己不是在冲动中做的决定，所以也不想让别人的想法而左右了自己。经历过离婚的人都知道，有的时候觉得自己下了最后的决心，但是也许别人的一句话，或者电视里的一个镜头，就会改变决定。这种反反复复，能使一个人丧失所有的自信和理智。我既要自己做自己决定了的事，也要顾及家人的感受，但是这是有主有次的。因为大家都听说过，婚姻如鞋，舒服不舒服只有自己知道。父母有再好的婚姻，孩子有再好的前程，也代替不了自己一辈子的幸福。我不赞成有的人说自己的婚姻“如鸡肋”，因为婚姻要是在你眼里已经“食之无味”而且不能改变了，那么就应该勇敢地去结束它，而不是整日怨天尤人，悲影自怜。幸福不是谁可以给予谁的，而是靠自己的勇气去争取。

5、用不用在经济上或人际关系等方面去惩罚有过错的对方？在这一点上，我觉得每个人考虑自己的感受和接受能力就好了。我选择了不。我在整个离婚过程中，没有去他的单位闹过，没有和他的任何一个亲戚、朋友去历数他的罪过，没有随便找个男人给他戴“绿帽子”，也没有找过那个所谓的“三”。因为我觉得，那些都不可能最终解决我和他之间的问题，要是他不打算改变，即使我找国家领导也没用，即使我和一百个男人上床也没有用，那只会使我们之间的关系更恶劣，还会让我自己有负罪感。再说，现代人的婚姻没有包办的，都是自己的选择。当初选择了那个人，他肯定有一些你欣赏的地方。离了婚，大家还要各自过各自的生活，还要各自在那个人际关系圈子里做

人。给别人留一条后路，不置人于死地，越是艰难越不能让自己丧失理智，这是我的做人原则，留白天地宽。关于经济方面，我只知道我们挣了一些钱，但我是一个没有数字概念的人，所以家里的钱都是他控制。起初他也想用经济来制约我不和他离婚（很奇怪，无论错在哪一方，多数情况下都是由女人提出离婚，而男人不愿意。），后来我很清楚地告诉他：即使我拿不到一分钱，我也要离婚，因为我和他结婚的时候就不是为钱。我们离婚的时候他给了我一笔钱，不多，我知道这不够我们家庭财产的一半，但是我什么也没说。从心里，我要的是解脱。有的人可能觉得我是站着说话不腰疼，反正我也没有小孩，离了婚一个人吃饱了全家不饿。现在的女性，无论好坏、无论挣钱多少，都有属于自己一份工作，养活自己是不成问题的。也许离婚会使生活的物质水平下降，但是想一想，哪个人离婚是因为物质上的不满足？所以，我觉得物质不应该是让自己从生活的阴影里走出来的障碍。因为可能得不到那份应得的财产而拖着不离婚，到头来只能耽误了自己的青春和再次得到幸福的机会。而且，有孩子的人在离婚的时候法院都会判对方每月出抚养费，虽然有时候不多，但是对于孩子来说，可以满足基本的生活条件就好了，他们盼望的不是新衣服、好玩具、几百块钱的书包、MP3，而是一个好的家庭氛围。当然，这只是我的选择，因为我知道，如果我选择了在什么方面去报复，以后我会后悔自己那么做。从和他相识、相恋到结婚到最后离婚，十年的时间，我一心一意地付出，就是为求得不愧对自己的选择，其实这并不是对于一个男人的忠诚，而是不想愧对自己对于婚姻的承诺，想求得自己内心的坦荡。但我说了，每个人要考虑自己的感受和接受能力，如果你觉得唯有报复和惩罚对方才能使你这辈子心里舒服一些，那就尽管去做吧，只要别违法乱纪就行。

6、离了婚还能做朋友吗？我的选择是不。离婚的时候我就表示，一旦离了婚，我希望我们之间不再有联系。他曾多次说，即使离了婚，他也把我当成是家人，甚至当成他自己身体的一部分，这辈子他有吃的就不会让我挨饿。但是我不愿。离婚后因为一些事，我们见过一两面，但我仍不能面对他。见到他的时候，我仿佛看到了自己的前世，那些付出、那些过往的青春岁月、那些在内心最深处不能示人的伤痕，都像潮水般无法阻挡地涌现在面前。我知道我今生都不会再忘记些，但是我真的不愿再一次想起，所以只能选择让这些往事尘封在记忆的某个角落。我无法像朋友一样对待他，所以我更愿意和他失去联系，和他成为陌路人。我甚至希望能有机会去另一个城市工作，这样就可以看不见那些熟悉的街道，不去触碰心中的伤痕。

7、可以有复婚的希望吗？这要看为了什么而离婚。我自己从来没有复婚的想法，因为我们离婚，是因为婚姻里没有了起码的忠诚，而且他是一个没有什么家庭责任感的男人，觉得家里的事就该女人来做。也许有的女人觉得男人在外面有事业、能挣钱就行，但那确实不是我想要的丈夫。我当然也欣赏事业成功的男人，但是如果一个男人根本就不懂经营家庭和夫妻感情，而且也不屑于在这方面花费一点时间和精力，那这个家庭中的关系如何维系？一个人的性格是很难改变的，即使他觉得他也许“应该”改变。我知道如果选择了复婚，我们的生活半年后又会变回原来的样子，我不能允许自己在同一个地方跌倒两次。当然有些家庭的情况可能不同。有时候两个人日子平时过得不错，离婚只是因为一些生活琐事，当时两个人在气头上，或者为了面子而都不肯低头认错，而离了婚以后又后悔，那么并不是不能有复婚的可能。但是我觉得复婚之前应该彻底谈一次，因为两个人已经共同生活了很长一段时间了，对于对方的性格、脾气、习惯都非常了解，所以应该借着这个机会，把一些平时没有很好沟通的方面说一说。婚姻里不可能只是单一方面的容忍、谦让、付出，两个人如果想天长地久地在一起生活，那么都要做出或多或少的让步和改变，这也是再一次牵手的基础和家庭生活稳定的保障。

（新体）

### 令人伤痛的“父母去哪里了”

2014年9月15日 人民法院报 管元梓 王要勤

当前，由于工作繁忙，许多年轻父母选择雇佣保姆来照顾自己的年幼子女。然而，北京市第二中级人民法院在审判实践中发现，家政保姆致婴幼儿伤亡的索赔案件时有发生，九成伤害事故发生在双职工家庭中，超八成的伤害事故发生在未成年人与保姆独处期间。

#### 保姆致儿童伤亡数量上升

2009年至2013年间，北京二中院及辖区法院审理的家政保姆致未成年人伤亡案件数量呈逐年上升趋势。

案件涉及的受伤未成年人中，7人不满周岁，2人不满3周岁，1人满3周岁。上述未成年人中，1人经抢救无效后死亡，9人受伤，大部分为骨折、烫伤等，多数需住院治疗。

案件所涉案由主要包括生命权、健康权、身体权纠纷，用人单位责任纠纷以及服务合同纠纷等三类。其中，生命权、健康权、身体权纠纷占80%；用人单位责任纠纷案件（即家政保姆作为家政公司员工，因执行工作造成他人损害的，由其用人单位即家政公司承担责任的案件）占10%；服务合同纠纷案件（即雇主与家政公司签订家政服务合同后，雇主认为家政公司提供的保姆不符合合同约定，要求家政公司退还中介费等，承担合同责任的案件）占10%。

#### 事发具体情况难查清

经统计，九成伤害事故发生在双职工家庭中，超八成的伤害事故发生在未成年人与保姆独处期间，没有其他成年人在场。在案件审理中，关于事发经过往往只有保姆单方陈述，一般没有其他旁证予以佐证，一些保姆否认曾发生事故，造成案件事实较难查清。

如在小玲与某家政公司生命权、健康权、身体权一案中，张阿姨独自在家照顾小玲，抱其玩“举高高”游戏，

不慎使小玲脚部受伤。在诉讼中，家政公司和张阿姨拒不承认曾摔伤小玲。最终小玲父母提交了与张阿姨的谈话录音，才还原了案件事实。

#### 部分保姆瞒报延误治疗

在此类案件中，大多数受伤的未成年人年龄较小，无法清楚表达受伤情况，只能通过哭闹、精神不好等异常表现引起家长注意。部分保姆在事发后，因怕承担责任对受伤情况隐瞒不报，甚至故意遮掩，造成家长无法及时发现并采取救治措施。

在小孙与某家政公司、于阿姨用人单位责任纠纷一案中，家政保姆于阿姨独自在家照顾新生儿小孙，不慎将小孙头部撞到五屉柜柜角，事发后怕担责，隐瞒了此事。三天后，小孙父母发现小孙时常哭闹、不爱吃奶，仔细检查身体后发现小孙头部肿胀，随后被诊断为顶骨骨折。小孙父母认为于阿姨隐瞒情况延误了对的救治，故起诉要求赔偿。

#### 家政公司拒赔现象较普遍

据统计，近九成家政公司或坚持保姆未造成伤害，或坚持与保姆不存在隶属关系，自己仅提供居间中介服务，以此拒绝承担赔偿责任。

上述家政公司往往与雇主签订格式合同，在合同中弱化自己的责任和义务，如在合同中写明：“保姆造成雇主人员伤亡、财产损失的，由保姆自己负责赔偿”，从而规避应承担的责任。

#### 父母和家政公司都应负起责任

针对保姆致未成年人伤亡案件暴露出的问题，北京二中院建议家长要切实承担起监护责任，选择正规家政服务公司，家政服务公司则应规范管理，提升保姆的护理能力。

一是家长应通过正规渠道选择信誉高、口碑好的正规家政服务公司，签订合同前应注意审查公司营业执照、相关经营资质等，并详细了解家政保姆与公司之间的隶属和管理关系。此外，家长在面试保姆过程中，应注意了解保姆护理经验、工作年限等，重点考察保姆在遇到婴幼儿烫伤、摔伤或者其他意外时的应急处置能力。

二是签订正式家政服务合同。首先审查合同主体，看是双方合同还是三方合同；其次审查合同内容，注意自身权利义务及家政公司所承担的义务，防止家政公司通过合同条款将其置于中介位置，规避责任；最后，审查家政公司是否为保姆投保了雇主责任险或其他家政综合险种。

三是家长切实承担起监护职责。父母作为未成年人的法定监护人，对看管、照顾和养育未成年人负有最主要的监护责任，即使已聘请专业人员照顾未成年人的饮食起居，也应切实承担起照顾、保护未成年人的责任。

四是家政公司应规范管理。家政公司在选聘保姆时应考察其健康状况、相关经验和护理能力，并对保姆开展与工作内容相匹配的岗前培训，如婴幼儿护理常识、辅食制作、急救包扎等。在与雇主签订合同时，应明确约定自身权利义务，对于影响雇主权益的格式条款，应作特殊说明。尽量为保姆投保家政相关险种，以分担风险，如遇伤亡事件应指定专人及时跟进，妥善处理后续事宜，已投保保险的，应及时协助受害人办理理赔手续。

### 房子和婚姻的秘密，准备买房换房的人快看！

2014年9月15日 婚姻与家庭杂志 张俐

本文发表自《婚姻与家庭》杂志，转载请注明文章来源，并标明微信公众号：婚姻与家庭杂志

新房子满足了妻子的多重心理需要：安全感的需要，一个人嫁到北京，感觉没有根基，寄人篱下；资格感的需要，只有重新购房，才有机会在房产证上写上自己的名字，确认自己是房子的主人；价值感的需要，期待自己能够驾驭家庭经济运作，期待丈夫看到自己的重要价值。在相处中，丈夫要侧重从安全感、资格感和价值感上满足妻子。

小雪和丈夫宏利都是“80后”，结婚还不到一年，因为在家务活上矛盾日益激化，闹到要离婚的地步。然而，随着咨询的深入，两人间真正的矛盾才浮出水面……

#### 家务活只是问题的伪装

一走进咨询室，小雪就委屈地说：“张老师，他不像结婚前对我那么好了！我怀疑，他真的爱我吗？”

小雪是个很有上进心的陕西女孩，既漂亮又聪明，考上北京的一所名牌大学。毕业后，进入一家外企工作，目前已经做到中层，工作能力很强。宏利是她的大学同学，北京本地人，工作比较轻松。结婚后，由于小雪工作压力大，宏利承担了大部分家务，天天做饭。但是，随着时间推移，宏利的怨气越来越大。

“张老师，您不知道我多累！每天下班到家已经筋疲力尽，连饭都懒得吃，更别提做饭了。宏利非得使唤我做这做那，他怎么就不能心疼一下我呢？”

宏利也是满肚子委屈：“早饭和晚饭都是我做，让她帮忙扒头蒜，都像受了多大委屈似的。每天一到家，她就瘫在沙发上，连句话都不跟我说！这日子过得还有什么滋味？”

看着小夫妻委屈的样子，我心中有些疑惑：家务活能把人搞得这么崩溃吗？会不会只是问题的表象？于是，我说：“听完你们的叙述，感觉你们俩在这段婚姻关系中，确实遇到了问题，也体会到一些令人不快的情绪。你们共同做一个沙盘，在沙盘里，我们可能会有新的发现和体会。”

夫妻俩欣然接受了我的建议，按照双人沙盘游戏规则，开始建设他们的心灵家园。

20分钟后，夫妻俩的沙盘完成了。我引导他们用心地感受沙盘上的每一个沙具，以及沙具之间的关系。



宏利盯着沙盘里的百宝箱皱眉。百宝箱是小雪放的，上面摆着一座大房子。他说：“我怎么觉得，房子建在百宝箱上，看着那么别扭呢！”

小雪马上解释说：“房子是我们的家，家要有足够的财富做保障。咱们的房子，每个月要还6000元房贷呢！”

在沙盘的另一角，宏利摆放了一座小房子。他指着小房子说：“其实，我原来住的老房子就挺好的。你以前和我说，换了新房更敞亮，交通方便，将来孩子也能有游戏空间。可我总觉得，为了换房子，我们付出的代价太大了。你天天加班，看着你这么拼命，我心里也不好受。”

小雪的眼泪“唰”地流了下来：“以前，我无论工作多辛苦，你都不领情，甚至还说我活该！这次，你能说出这些话，真是太难得了！”

我注意到，宏利提到“老房子”时，语气里饱含深情。于是，我问他：“原来的老房子对你来说，意味着什么？”

宏利动情地说：“我从出生就住在这套房子里，里面留下了很多美好的回忆。我爸也是在这套房子里出生的。所以，我一直想和小雪在老房子里生儿育女，延续我的生命。”宏利说这些话时，小雪的表情很惊讶。显然，她并不了解老房子对丈夫的重要意义。

我接着问小雪：“那么，新房子对你的意义是什么呢？”

小雪想了想说：“它是一个真正意义上的家。或许因为我是外地人吧，如果在北京没有自己名下的房子，心里就会很没有安全感。我劝宏利卖掉老房子付了首付，然后自己承担全部的房贷。新房子的房产证上，写着我俩的名字，是我们共同的家。将来邀请父母来京小住，我也会觉得自己有底气。”

当初换房子时，小雪刚刚升职，薪水足够还房贷。然而，房奴的日子比她想象得要辛苦。首先，为了保证收入，她成了工作狂；其次，因为还贷，她没有时间与丈夫一起沟通和娱乐，夫妻之间的亲密感被严重破坏了。最重要的是，宏利留恋老房子，不接纳新房子，所以不认可妻子的付出。只要小雪一抱怨，宏利就会冷嘲热讽。小雪心力交瘁，已经到了崩溃的边缘。

丈夫卖掉老房，想让妻子用“体贴”回馈他的牺牲；妻子供新房，想得到丈夫的赞赏，“心疼”她的付出。而“做家务”被他们认定为对方“体贴”“心疼”自己的标志。可家务活只是表面问题，是因换房产生的委屈情绪的发泄口，夫妻俩真正的冲突焦点是换房。

虽然在现实意义上，换房的事情无法改变。但是在心理层面，我们可以改变对新老房子的认知，调节我们的情绪。我对他们说：“现在，我们把注意力放在老房子上，好好地感受它。此刻，如果老房子会说话，它会对你们说什么？”

过了一会儿，宏利的眼睛湿润了：“老房子就像我最忠实的老朋友，我熟悉它，它也知道全部的我……我真的舍不得它……如果它能说话，它会说：‘娶了新媳妇，还是给新媳妇一个更漂亮的房子吧，我祝福你们！’”

小雪显得有些激动：“老房子好像对我说，‘宏利重情义，他舍不得卖我，但还是选择尊重你的决定，他心里可能会有过不去的坎儿，但他爱你，想和你一起过好日子。’我突然明白了宏利的心！老公，谢谢你！”夫妻俩深情地对视，整个咨询室的气氛变得轻松了。

我继续进行引导：“现在，我们把全部注意力放在新房子上，感受它，此刻如果它会说话，它会说些什么呢？”

小雪注视着百宝箱上的新房子，突然感觉很不安，提出请求：“我感觉这个房子不喜欢在百宝箱上待着，我可以重新摆放新房子吗？”征得宏利的同意后，小雪把房子从百宝箱上拿下来，重新安置：“现在感觉踏实了，还有些兴奋。我们同时成为这套房子的主人，一起装修布置……将来，还会在这里孕育我们的孩子。如果它会说话，它会说，‘请相信我，我一定是你们真实可靠的朋友，为了得到我，你付出了，这是因为你有付出的能力。’”

小雪从百宝箱上拿下房子后，宏利明显放松了。他说：“我感觉这套房子，就像一个新朋友，有些陌生，仔细感觉，我也挺喜欢的。它如果能说话，一定会说，‘你们有资格住进来！如果心情好，还贷的压力就没有那么可怕了。’”宏利又转头对小雪说：“媳妇儿，我心疼你，还贷不是你一个人的事，我们一起承担！”

我问宏利：“当你把妻子对家庭的付出看在眼里后，还在意她做不做家务活吗？”

宏利想了想说：“不那么在意了。恋爱的时候，小雪常夸我做菜好吃，我还挺幸福的。我只是希望小雪下班回家后，能到厨房陪陪我。如果你很累，可以不干活，陪我说说话。”

小雪说：“回家后，我在厨房门口放一把椅子。你做饭的时候，我就坐在你旁边，陪你聊天。老公，周末的时候，我陪你去看看老房子，跟老房子好好告别。咱们多拍几张照片，装进相框挂在新房子里。等以后有了孩子，我会告诉他，他的爷爷、爸爸小时候，都曾在那里玩耍……”

宏利感动地说：“媳妇儿，你真好！”

在分别感受老房子、新房子后，双方开始理解对方的心理需要，感激对方的妥协和付出，建立了新的情感连接。

专家结论：婚姻有救

这对夫妻的感情基础很好，只是不知道如何平衡彼此的需要。

新房子满足了妻子的多重心理需要：安全感的需要，一个人嫁到北京，感觉没有根基，寄人篱下；资格感的需要，只有重新购房，才有机会在房产证上写上自己的名字，确认自己是房子的主人；价值感的需要，期待自己能够驾驭家庭经济运作，期待丈夫看到自己的重要价值。在日后的相处中，丈夫要侧重从安全感、资格感和价值感上满足妻子。比如，多肯定妻子的工作表现，多让妻子参与家庭建设等等。

妻子不顾丈夫感受，执著地换房子，还源于她心中的“爱情神话”：他既然爱我，就应该满足我的任何愿望；他既然爱我，就应该愿意为我做一切……所以，要学会平衡，首先要打破“爱情神话”，停止用拼房、拼车、拼老公、拼孩子来证明自己的价值。

她需要意识到，现实和理想是有差距的，差距越大，压力就越大。长期生活在压力环境中，不仅夫妻关系会受损，自己的健康也会有影响。所以，必须学习平衡心中渴望与当下现实的能力。

妻子要完成的作业：先找到一种让自己感到压力、紧张的颜色，和一种让自己感到非常放松的颜色。再用这两种颜色画一幅道教中常见的“阴阳鱼”，做成“紧张—放松”图。把图贴在自己常见的地方，每天早晚用至少5分钟的时间感受这幅图。这能帮助她在紧张压力与放松的交替感受中找到平衡感。

### 老龄人离婚频发 “黄昏散”成法院离婚案件新热点

2014年9月15日 中新浙江网 胡丰盛

中新浙江网9月15日电(记者胡丰盛 通讯员付娟娟)近来，法院受理的老龄人离婚案件频发。据统计，仅2014年，浙江东阳人民法院受理的当事人一方或双方为60岁以上的离婚案件就有38件。老龄人离婚案件或继“闪婚闪离”、“暑期离婚”等现象后，成为时下离婚案件新特点。

#### 缺关爱 留守老人闹离婚

近日，82岁高龄的吴大爷前来起诉要求离婚，其妻黄大妈也已年过七旬，原本应当安度晚年的一对老人为何突然要闹离婚呢？法官了解到，老人两口子一直同吃同住，经常闹点小口角，并无大的矛盾，这次也是老两口吃过早饭在院子里乘凉时，因小事拌嘴，吴大爷认为老伴不够关心自己，觉得委屈，“一气之下”诉到了法院。

经了解，夫妻俩还有一对儿女，但常年在外地做生意，很少回家看望老人。

承办法官多次上门谈心、拉家常，吴大爷终于道出了个中缘由：因为儿女长期不在身边，夫妻俩都觉得“孤独了”，隔三差五的吵吵闹闹，只是希望儿女能够常回家看看。法官也联系二老的子女，向他们讲述了其父母的情况，建议他们抽空多回家看望父母。最终，吴某也向法院撤回了起诉。

法官表示，老人的晚年时光大多社交不多、精神生活空虚，也像小孩一样，需要儿女给予更多的关心与关注，长年在外的子女，应该常回家看看。

#### 老来伴 子女矛盾姻缘尽

67岁的老李，结发妻子多年前就去世了，那时两个女儿都还未长大成人。老李学有一手做木雕的好手艺，通过在红木家具厂做工赚钱供女儿读书，还在县城买了一套大房子。2013年春天，老李的小女儿也嫁人了，眼看着两个女儿都已成家立业，只剩下老李一人孤孤单单的。经邻居介绍，老李在2013年5月份认识了同在县城打工的小凤。小凤比老李小整整10岁，有过一段婚姻，与前夫育有一子，现已成年，儿子独立生活。一来而去，二人发现彼此有很多共同话题，一个迁就随和，一个善解人意。于是，两人刚认识不到一个月，就在未通知各自子女情况下登记结婚，并搬到了一起居住。

婚后小日子过得火红，直到有一天，小凤要求老李把房产证上加上她的名字以表“真心”。一辈子为生计精打细算的老李，遇到涉及财产的问题，变得谨慎起来，这才找到女儿商量此事。女儿得知父亲不但未取得她们同意就自作主张登记结婚，还打算把在县城的唯一一套房子写上别的女人的名字，一百个不愿意。姐妹俩找到了小凤，三个女人大吵一架后。小凤一纸诉状递到法院，称结婚太鲁莽，未经深思熟虑，对以后的婚姻生活没有了信心，要求解除这如“昙花一现”的婚姻。经办案法官耐心沟通，老李和小凤最终调解离婚。

承办法官表示，长期丧偶的老人，在年轻时为了子女的成长成才，把自己的个人问题抛诸脑后。等到子女各自成家后，他们的生活也失去了重心与动力，“黄昏恋”抚慰了他们的心灵，但子女矛盾、财产纠纷等问题也随之而来。为避免此类问题产生，子女们应多关心、体谅老人，老人也应在取得子女谅解的情况下再婚。

#### 解心事 多年忍让终到头

老林和小玉系同村人，均丧偶且各育有一子。2003年，在村里人的撮合下，二人走到了一起，并于同年秋天登记结婚。老林为人忠厚老实，小玉性格爽快泼辣、勤劳能干，虽然是半路结合，但也是令村里人羡慕的模范夫妻。老林系退休工人，基于夫妻间的信任，婚后老林主动将工资存折都给小玉保管，生活中里里外外也全由小玉作主。为此，他还曾被老朋友调侃“老了老了，却得了‘妻管严’”。

家家有本难念的经，双方也常因为各自子女的问题产生过一些小矛盾。老林需用钱时，小玉“严格把关”，有时少给、有时不给，老林总是怕伤害夫妻感情，任凭小玉吵吵骂骂，自己都不吭声。直到2011年的某一天，老林无意间发现小玉在其不知情的情况下将其存折中的约15万元的工资都取走，偷偷地给了自己的孩子，双方由此产生矛盾。2011年12月，63岁的老林向法院起诉离婚，法官考虑到二人仅因琐事发生争吵，感情尚可维系，判决不准予离婚。近日，老林又向法院递交了起诉状，称上次判决之后双方关系不但无任何改善，还过起了分居生活，双方互不往来，确已无和好可能。开庭时小玉痛哭流涕，对自己的行为非常后悔，然而此时却已无法挽回老林的感情，二人最终解除了婚姻关系。

承办法官表示，夫妻相处，平等、信任、包容、坦诚都是相互的，再婚家庭更需如此，凡事多从对方的角度想一想，如若小玉也能多从老林的立场思考问题，为老林的子女考虑，二人也不至至此。(完)

**【典型案例】少女借“打胎”之名敲诈勒索 法院判决获刑罚**

2014年9月16日 沈阳市康平县人民法院 赖艳军

“90后”少女以非法占有为目的，利用怀孕打胎、公布两人不正当关系为由，多次向受害人敲诈勒索财物，其行为已构成敲诈勒索罪。7月14日，广西宜州市人民法院审结了这起敲诈勒索案，“90后”被告人王美被判犯敲诈勒索罪，判处有期徒刑四年，并处罚金六万元。

2013年3月的一天晚上，“90后”少女王美以“杨音音”之名通过“QQ”搜索“附近的人”，将40岁的已婚男子陈小兵加为好友，并迅速与其发展成情人关系。

开房期间，王美利用酒店房间的电脑摄像头拍下两人发生性关系的照片，并将两人开房时的谈话进行录音。

同年5月，王美向陈小兵谎称其已怀孕，以需要钱打胎为由多次向陈小兵索要财物，并威胁称如果不给钱就把孩子生下来到陈小兵家里及单位去闹事，并公开两人发生性关系的照片及录音。

陈小兵信以为真，因担心与王美的关系被家人发现、名誉受损，因此，被迫陆陆续续给了王美部分现金并往其提供的户名为“杨音音”的银行账户汇款共计13余万元。

至此，王美仍不满足，而是继续通过打电话、发短信的方式向陈小兵索要轿车和钱款。陈小兵被逼走投无路之下，向公安机关报案。

法院经审理后认为，被告人王美以非法占有为目的，利用怀孕打胎、公布两人不正当关系为由，多次向受害人敲诈勒索财物，数额巨大，其行为已构成敲诈勒索罪，遂作出上述判决。

来源：中国法院网(赖艳军)

**关注| 监护权转移了就能落户吗？无辜孩子“黑户”困境谁能来解**

2014年9月16日 上海法治报 陈颖婷

宁宁是个典型的“上海小囡”，从小生长在上海，讲着一口上海话，外公外婆也是地道的上海人，然而她却是一个没有户口的“黑娃”。因为亲生母亲的不负责任，宁宁从小就没报上户口，最近一年，吸毒的母亲更是人间蒸发。为此，近日，外公外婆向长宁区法院递交诉状，要求变更监护权，将宁宁的监护权转到外公外婆名下，以期解决宁宁的户口问题。

记者了解到，此案有望成为本市首起撤销监护权案件。已经尘封27年的监护权转移制度“重建天日”，对于像宁宁这样的困境儿童，意味着什么？她的监护权转移是否能成为户口“破冰”的关键？去年，本市法院、民政局、妇联，以及有条件临时接纳困境儿童的民间慈善组织负责人第一次因为“困境儿童”坐到了一起，商讨设立困境儿童临时庇护所。然而，框架协议签署已过一年，上海首个儿童庇护所仍迟迟不见踪影。困境儿童解困之路究竟卡在何处？

一犯 愁一

十载“黑娃”源于生母“甩手”

今年10岁的女孩宁宁和同龄的孩子一样，是小学三年级的学生。但宁宁也知道，她和其他小朋友并不完全相同：“春游时同学们可以去科技馆，我不能去。”原来，宁宁从小没有户口，十年来她既没有户籍也没有学籍。上海科技馆向学生免费开放，需要学生出示电子学籍卡，这也是宁宁被“拒之门外”的原因。

宁宁和她的外公外婆生活在长宁区的一幢老式公寓楼内。一室户的房间被简单的家具隔成里外两小间，外间摆放了一张不足半米的写字台供小宁宁做功课。记者来到宁宁的家时，宁宁正在与两个社工哥哥交流学习情况。年迈的外婆坐在一旁，一脸慈爱地看着外孙女。梳着两个辫子的小女孩就是宁宁，见到记者，宁宁没有小女孩的扭扭捏捏，而是落落大方打着招呼，眼神里透露出同龄孩子少有的成熟。

记者没有见到递交诉状的黄先生，也就是宁宁的外公。“外公住院了，他得了再生障碍性贫血。”宁宁流利地说出了一串医学名词。“你知道这是什么病吗？”记者问道。宁宁摇了摇头：“我听外婆和别人说的。”宁宁的外婆则拉着记者进入了里间，避开外孙女，说起她的身世。原来，宁宁的母亲是黄先生夫妇的养女。黄先生夫妇对这个领养的女儿视同己出，甚至为了照顾好她而舍弃了腹中的亲生骨肉。谁知，这个养女却很顽劣，初中毕业以后就经常不回家，还染上了吸毒、偷盗的坏毛病。因失望至极，黄先生夫妇与养女解除了收养关系，把她的户口迁到浦东的一处房屋内。虽然解除了收养关系，但几十年的感情并不能就此中断。之后几年，养女还是断断续续地与前养父母联络着，直到5年后，养女将自己才出生3个月的女儿送到了养父母家中。“她说暂时让我们带着。起初，她隔段时间就会过来看小囡。”善良的黄先生夫妇便帮忙带起宁宁。谁知，养女从此当起“甩手掌柜”，将孩子丢给了黄先生夫妇。到了宁宁一岁的时候，黄先生夫妇想给宁宁报户口，问养女要出生证明，“但她一会儿说找不到了，一会儿说没有开过，拖拖拉拉到了宁宁6岁要上小学的年纪，才勉强同意带着孩子做一次亲子鉴定。”

拿着亲子鉴定报告这份唯一的证明，黄老先生四处托人找学校，终于有一所小学勉强同意接收小宁宁。由于没有户口报不了学籍，小宁宁只好做起了借读生。更让黄先生夫妇担心的是，小学毕业后，没有户口的宁宁又该到何处就读。当宁宁的母亲消失1年多后，黄先生决定为外孙女维权，撤销其母亲的监护权。这一场迟来的诉讼归根结底还是希望解决宁宁的户口问题。黄先生夫妇都已年过古稀，他们对外孙女的将来充满担忧。

一担 忧一

## 无学籍无户口孩子心态失衡

在宁宁的记忆中，“父亲”是一个只存在于书本上的称谓，而妈妈的样子，宁宁也记不清了。宁宁最近一次见到妈妈是在去年春节。“她来看我的时候，没讲几句话就走了。”提起和妈妈相处最温暖的记忆，“妈妈拿出一个 iPad 教我玩。”而更多的时候，宁宁描述的母亲则是脾气暴躁的，“好多次我看到妈妈打妹妹，妈妈不打我，但也不理我。”当记者问起宁宁是否想念妈妈，会不会做梦梦到妈妈时，宁宁的回答干脆得出乎意料，“我从来没有梦到过她。她不好，我不想她！”宁宁说自己最大的愿望是能当名演员，以后赚很多钱，让外公外婆过上好日子。

宁宁的遭遇也让许多同学的家长唏嘘不已，通过家委会，不少爱心妈妈、爱心爸爸在宁宁的身边给她带去了久违的父爱与母爱。陈妈妈与宁宁一家是邻居，“宁宁比我儿子小 2 个月，我是看着她长大的。”在陈妈妈眼中，宁宁乖巧懂事，有时又早熟得令人心疼。“我们家委会的妈妈爸爸每次带孩子出去玩时，总会带上宁宁。今年，我们还给宁宁过了 10 周岁的生日会。”但陈妈妈也感受到了宁宁这两年的变化。“以前宁宁对妈妈非常想念，但上学之后，她对妈妈开始渐渐有了恨。”陈妈妈告诉记者，宁宁比同龄孩子更敏感，而没有户籍这件事是她心中永远的痛，她常常感觉自卑，为此，她将自己的遭遇迁怒于母亲的失职。“考虑到宁宁的外公外婆年纪已大，我们今年开始尝试培养宁宁的生活自理能力，如教她如何买菜、付水电费等。”而更让爱心妈妈们担心的是，将进入青春期的宁宁如何调整心理。“作为女孩子要自尊自爱自立，这些应该由父母传授的理念，宁宁又该如何获得呢？”

陈妈妈的担心并非多余，尽管宁宁平时表现得性格开朗，学习成绩良好，但父母教育的缺失给宁宁带来的伤害已经日渐显现。近日，长宁区法院少年庭委托华东师范大学心理与认知科学学院给宁宁做了一份民事案例心理咨询报告，报告显示，宁宁虽然表面开朗活泼，但内在表现出了孤独与封闭。宁宁的自我要求与现实情况差别太大，长期发展下去容易引发焦虑和忧郁。在心理咨询中，宁宁表示不愿与女孩玩耍，而愿意与男孩在一起。心理咨询师认为，宁宁对母亲和女性存在着质疑和不安的情绪体验，生活中缺少女性玩伴。因此，需要加强对宁宁的性别教育，明确性别角色，了解性别差异，促进她的身心健康发展。

## 一转 折一

## 监护权转移以求户口“破冰”

“宁宁已经 10 岁了，即将面临中考，没有学籍，她该怎么升学呢？”说起外孙女的将来，宁宁的外婆满脸忧愁。她说，宁宁没有户籍，当初读小学也是外公辗转多重关系后进入的。因为没有户籍也没有学籍卡，给孩子正常参观学习带来了许多困难，尤其是将来面临中考和高考的学籍和身份证等问题。“我们年纪都大了，一旦有个万一，宁宁又该怎么办呢？”宁宁的外婆表示，孩子一直由他们老夫妻俩照料着，他们行使着实际意义上的“监护人”责任，因此，他们期望通过变更监护权，让宁宁能够跟随外祖父母落户。而根据《民法通则》第十六条规定，未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的，可由以下人员担任监护人：祖父母、外祖父母；兄、姐；关系密切的其他亲属、朋友愿意承担监护责任，经未成年人的父、母所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会同意的。

据了解，宁宁是私生女，其父情况不详。亲生母亲黄女士也早已将自己位于浦东新区的房屋变卖，目前自己是“袋袋户口”。2011 年，黄女士与宁宁做了亲子鉴定，经鉴定黄女士是宁宁生物学母亲。母亲是上海户籍、外祖父母也是上海户籍，看似宁宁落户顺理成章。然而，承办此案的长宁区法院少年庭的顾薛磊法官却为了宁宁的落户问题，走访了许多部门。“派出所表示宁宁要落户，必须由其亲生父母出面。”顾薛磊告诉记者，目前派出所只对亲生父母为上海户籍，或由民政部门福利机构确定的孩子准予落户，而监护关系的转移不是落户的必要条件。至于亲子鉴定中宁宁与黄女士的亲子关系，户籍部门指出，落户必须由其亲生母亲提出。“我们现在找不到黄女士，宁宁的情况能否特事特办？”顾薛磊有些无奈地说，相关部门的答复是“这样的情况太多了”。

## 一探 究一

## 困境儿童谁来托底

顾薛磊法官与家委会的“爱心妈妈团”依旧在为宁宁的落户问题而奔走，它的结果也还是个未知数。但宁宁是上海困难儿童群体的缩影，宁宁外公提起的监护权转移有望成为上海首例撤销监护权的案子。

长宁区法院少年庭副庭长钱晓峰告诉记者，关于撤销监护权，民法通则只简单规定：法院可以根据有关人员或者有关单位的申请，撤销监护人的资格。而未成年人保护法只增加规定了起诉的条件，即监护人不履行监护职责或侵害被监护的未成年人的合法权益，“经教育不改的”。但是，27 年来上海没有一例被撤销监护权的案子。“我们法院不是没有碰到过可以撤销监护权的案子，是我们不敢这么做。”钱晓峰说，“撤销父母的监护权以后，孩子送到哪里呢？”

今年年初，最高法、最高检、公安部、民政部四部门联合起草了一份《关于开展监护失当未成年人监护权转移工作的意见》（征求意见稿），年内有望通过。意见稿明确了撤销监护权的标准，具体列举了五种情形，包括对未成年人实施暴力、置之不管、因服刑等原因无法履行监护职责、令未成年人乞讨流浪、教唆未成年人违法犯罪，等等。还规定了三种不得申请恢复监护权的情形：性侵、虐待遗弃六个月以上或暴力伤害造成重伤以上后果的，及侵害未成年人权益被判五年以上的。

在撤销原监护人后，谁来接手？意见优先认为应指定给亲属、朋友、未成年人父母所在单位或所在地的村委会或居委会。负责托底的，则是民政部门所属的儿童福利院。但是现实中，民政部门的职责与法律无法衔接。钱

晓峰说，中国现行的儿童福利制度是“补缺型”的制度，福利院往往只接受孤儿或者找不到父母的弃儿。在钱晓峰看来，撤销监护权只是第一步，其后有更加系统的工作要进行下去。如本案中，撤销了宁宁母亲的监护权，是否能解决其户口问题。而这些都是需要民政、公安等各部门的协作。如果政府不管，法槌自然很难敲下去。

2013年，一份出自基层法官之手的区政协提案曾震动上海法律界。提案呼吁，政府针对困境儿童尽快出台社会保障的“兜底”机制，设立困境儿童临时庇护所。通过协调，法院、民政局、妇联，以及有条件临时接纳困境儿童的民间慈善组织负责人第一次因为“困境儿童”坐到了一起，最后逐步形成了多方基本认同的困境儿童临时庇护机制。然而，框架协议签署后，上海首个儿童庇护所却迟迟不见踪影。究其原因还在于，根据现行的民政部门规定，无法对父母健在的未成年人进行临时救助。钱晓峰告诉记者，目前，最乐观的结果是在救助站里开设几个专供困境儿童的房间，但与成人混居，又会对儿童安全带来隐患。而如果有了困境儿童庇护所，这个难题将引刃而解。

“为孩子们而做，永远不会嫌多。”钱晓峰指出，上海在法制建设、资金保障上无疑是全国领先的，但对于困境儿童的保护却显得过于保守。“最近公布的第二批未成年人保护试点地区名单中，又没有上海。”钱晓峰认为，上海应当勇于探索试点，形成一个多部门协作机制，通过分色管理困难儿童，建立及时发现、紧急带离、妥善安置的体系。

■ 《上海法治报》2014年9月16日

## 庭审 | 沪首例侵犯贞操权案落槌 这个权该怎么理解？

2014年9月16日 上海法治报 陈颖婷 富心振

文 | 陈颖婷 富心振

有妇之夫欺骗未婚女子发生性关系，受伤害女子以该男子的行为严重侵犯了她的贞操权和健康权为由诉至法院。

近日，上海首例侵犯贞操权案在浦东新区法院作出一审判决，李先生应向陈小姐书面赔礼道歉（内容须经法院审查），并赔偿陈小姐精神损害抚慰金3万元。

### 一段真情一场梦

2009年，时年30岁的陈小姐通过某交友网站认识了李先生，之后几年仅是维持普通朋友关系。从2013年9月开始，陈小姐与李先生频繁约会，双方感情急剧升温，在微信联系中亲昵的互称“老公”、“老婆”。李先生以各种方式热烈地追求陈小姐，致使陈小姐认为李先生是一个处于单身状态，无人照顾的单身汉。不久，李先生称为了陈小姐去新加坡提前熟悉他的事业，共同到了新加坡考察，期间双方发生了性关系，李先生并承诺会给陈小姐一个惊天动地的求婚。之后日子，双方又多次发生性关系。

2013年12月开始，陈小姐与李先生的关系开始疏远，李先生表示要中断两人的恋爱关系。2014年2月3日，陈小姐由于无法联系到李先生便撬门进入位于金桥的李先生家，正好撞到李先生及其妻子从斯里兰卡度假归来，后李先生妻子告诉她，他俩已在2013年1月结婚，以前李先生已经离过一次婚了。此时，陈小姐才如梦初醒。

### 状告男子求维权

2014年3月26日，受到情感伤害的陈小姐以李先生采取欺骗手段侵犯其贞操权和健康权为由向浦东新区法院提起诉讼。

法庭上，陈小姐诉说，自己是大龄女青年，对待感情非常谨慎，很认真地付出了感情。他俩在交往中，李先生一直谎称自己未婚，多次要求其做女朋友，对其以“老婆”相称，也要求其称他为“老公”以表达娶其为妻的愿望，并采取各种方式骗取自己的感情，直到李先生隐瞒已婚事实被揭穿。可见，李先生的行为严重侵犯自己的贞操权和健康权。现起诉要求判令李先生书面赔礼道歉，赔偿精神损害抚慰金50万元、治疗妇科病的医疗费1540.60元。

李先生的委托代理人辩解，陈小姐所述无事实与法律依据，不予认可。李先生确实追求过陈小姐，但是双方未建立恋爱关系，也没有发生性关系。

在审理中，法院要求李先生本人亲自到庭陈述相关事实，但其未出庭。

### 法院依法作公断

法院审理后认为，所谓贞操是指男女性纯洁的良好品行，其主要表现为性的不可侵犯性，以使民事主体保持自己性的纯洁性。而贞操权作为一种独立的以人的性自由、性安全、性纯洁为特定内容的人格权，应当由法律予以保护。

根据侵权责任法规定，行为人因过错侵害他人民事权益，应当承担侵权责任。而侵害贞操权可能会导致受害人身体、健康、自由和名誉等方面的损害，上述损害在行为人具有过错的情况下应当予以赔偿。

本案中，被告隐瞒了已婚的事实，并以结婚为目的与原告交往，诱使原告与其发生性关系，显然已侵犯原告的贞操权。现原告要求被告赔礼道歉并赔偿精神损害抚慰金，符合法律规定，予以支持。然而，原告主张的精神损害抚慰金50万元过高，法院根据本案事实酌定为3万元。

鉴于原告提供的证据不能证明其支出的医疗费与被告侵权行为存在因果关系，故原告要求被告就此赔偿的诉请，不予支持。当然，在审理本案中，法院要求被告亲自到庭陈述相关案件事实而被告予以拒绝，其应当承担相应的法律后果。综上，法院依法作出上述一审判决。

## 延伸

## 贞操权 VS 独立人格权

贞操权是否为一项独立的人格权？对此，民法学界不无争议，总的说来，有否定说与肯定说两种主张。

否定说认为，贞操权不是一项独立的人格权。持这种观点的学者论述又各不相同。有的认为，贞操一方面为身体权，他方面为名誉权；有的认为，贞操不外乎是基于性关系所享有的名誉权之一种；也有人认为，贞操被侵害，应包含于身体权被侵害之内，但又不仅限于身体的被侵害，同时又有自由权和名誉权的被侵害。中国台湾学者有不承认贞操权是一项独立的人格权者。中国学者张新宝先生也持否定观点，认为贞操权不是独立的人格权，贞操侵害应包含在身体权中。

肯定说认为，贞操权是一项独立的人格权。其表述也不一致。有的认为，在承认一般人格权的法律保护制度下，具体权益的保护未必一一列举。被害人贞操被侵害，其内部品位及性的纯洁性也受到侵害，它与受害人的名誉受侵害不同，后者只是贞操受侵害的结果。有的认为，贞操权乃以“保全人之性的品格利益为内容的权利。妇女之贞操不仅是一种生命，且有时妇女认为，其贞操被玷污，毋宁死亡。所以，不能不承认贞操权为人格权之一种。贞操虽与名誉相关，但两者范围毕竟不同，所以贞操被侵害者以侵害名誉权为依据，不能使贞操受蹂躏所产生的损害得到充分赔偿。因此，贞操权不是名誉权的一种，而是独立的法益。”在中国，王利明先生等多数学者则认为贞操权是一项独立的人格权。

## 贞操权 VS 同意抗辩

按照中国学者张新宝的观点，受害人同意作为一种正当理由的抗辩，是指由于受害人事先明确表示自愿承担某种损害后果，行为人在其所表示的自愿承担的损害结果的范围内对其实施的侵害，而不承担民事责任。

在贞操权侵权问题上许多学者主张如果侵害贞操权的行为经过被害人的同意，则行为人不承担侵害贞操权的侵权责任。

依上述见解，被害人的同意阻却侵权人的违法，基于此，实践中，双方同意而发生性行为的，将不按照侵犯贞操权处理。这种主张有一定的道理。但我们认为，将“双方同意而发生性行为的情形不按侵犯贞操权处理”的理论依据作如下解释可能更为妥适：贞操权以保全人的性的品格为标的，贞操权的侵害系指以违法和不当的方法与被害人发生性行为，贞操权之所以值得保护究其原因，是在被害人意志不自由的状态下实施不法性行为，损害了被害人性的品格。

相反，如果性行为的发生系基于双方自愿，则双方所获得的将是身体和内心的愉悦，彼此之间并无侵害贞操利益可言，更不发生贞操权的保护问题。所谓当事人同意阻却违法，系指权利虽然受到侵害，但由于事先曾征得被害人的允许，足以阻却其违法性；如果行为本身根本不具有违法性，自无违法阻却问题。贞操权侵权的发生既以被害人因意思不自由而为性行为为成立要件如果经其同意而为性行为，则不发生贞操权问题，于贞操权尚未发生情形，更谈不上同意阻却侵权的问题。因此，此项同意与权利受侵害之被害人允许，性质应有不同。

## 贞操权 VS 配偶权

贞操权与配偶权是性质迥然不同的两项民事权利，分属于人格权和身份权两大范畴，二者的差异是显而易见的，但在个案中对其明确区分有时是比较困难的，特别是已婚男女之一方与第三者发生性行为，侵犯配偶对方的何种权利？尚有研讨之必要。

所谓配偶权，是指基于合法婚姻关系而在夫妻双方之间发生的，由夫妻双方平等专属享有的要求对方陪伴生活、钟爱、帮助的基本身份权利。配偶权的客体是配偶之间的身份利益。

配偶权作为基本身份权，还包括诸多派生的身份权，而且，配偶权“不独立为权利人之利益，同时为受其行使之相对人之利益而存在”，这决定了配偶权从本质上讲是权利，但却以义务为中心，权利人在道德和伦理观的驱使下自愿或非自愿地受制于相对人的利益，因而权利人中包含义务。

基于此，有的学者称配偶权为“合权利、义务为一体的新型权利”，配偶权作为一项基本身份权，其最基本的一项义务就是贞操忠实义务。贞操忠实义务又称配偶性生活排他专属义务，它是指配偶专一性生活的义务，它要求配偶双方互负贞操忠实义务，不为婚外性生活。

## 贞操权 VS 婚内强奸

婚内强奸是一个敏感的话题，刑法学界对婚内强奸是否构成犯罪存有争议。与此相联系的问题是，婚内强奸是否侵害一方的贞操权？基于婚姻关系，夫妻负有同居义务。同居义务是指男女双方基于配偶身份都负有同对方共同生活的义务，夫妻性生活是同居义务的重要内容。

同居义务是一种法定义务，是夫妻双方共同的、平等的义务，非有正当理由夫妻任何一方不得拒绝履行同居义务。由于同居义务的存在，于一般情形，不宜将夫妻间违反一方意志发生性关系的行为界定为侵害贞操权。

但是，应当看到，国外法律在规定夫妻同居义务的同时，也规定在一定情况下夫妻可以暂时或部分中止同居义务，在这些情况发生时，违反一方意志发生性关系的行为将构成侵害贞操权。

这些情况是：（一）一方因生理原因对同居义务部分或全部地不能履行；（二）配偶一方在其健康、名誉或者经

济状况因夫妻共同生活而受到严重威胁时，在威胁存续期间有权停止共同生活；（三）提起离婚诉讼后，配偶双方在诉讼期间均有停止共同生活的权利。

现实生活中，此类案件已有发生：钱某因与丈夫王某感情不和而向法院起诉离婚，法院判决准予离婚，但在上诉期内，王某强行与钱某发生了性关系。此案中，法院判决虽未生效，钱某和王某的夫妻关系在法律上还合法存在，但由于已经提起了离婚诉讼，法院也已经判决准予离婚，在这一特殊期间，钱某享有与王某停止共同生活的权利，王某违背钱某的意志，强行与之发生性关系，构成强奸罪，也侵害了钱某的贞操权。

（来源：互动百科，地址：<http://www.baike.com/wiki/贞操权>）

北京婚姻登记信息下月有望与法院联网

2014年9月17日 法制晚报

法制晚报讯 本市婚姻登记信息有望在10月和法院联网。届时，在法院办理过离婚手续的当事人，婚姻状况将即时传送到民政部门，能更好地防范重婚、骗婚等犯罪行为。

记者上午从民政部门获悉，男女双方除了协议离婚是到民政局办理手续外，如有争议，都是到法院起诉离婚，但由于法院与民政部门并未联网，经法院判决离婚的信息婚登部门并不掌握，容易形成漏洞。

本市民政部门今年正在推动婚登信息与公安、法院等部门实现信息联网共享，目前正在做技术层面的沟通，进行两个系统数据共享的对接，最快有望在10月份实现和高法数据的对接。也就是说，今后法院判决离婚的信息将被民政婚登部门掌握。

释疑 婚史对另一方当事人是否能“瞒天过海”？

市民政局婚登处相关负责人表示，本市在婚姻登记过程中，当事人需要提交“声明书”证明自己的婚姻状况，例如离异或未婚等。如果当事人“作假”，登记员输入数据时，发现与系统中状况不一致，将无法办理婚姻登记。可以说，有了“审查”这一关，企图隐瞒对方的当事人是无法蒙混过关的。

相关 涉外婚姻 美、加、澳位列前三

从9月25日起，本市范围内的涉外、涉华侨、涉港澳台婚姻登记不再需要“扎堆”到市民政局办理，可以前往就近的区县民政局办理。

本市涉外婚姻登记自1982年7月1日起统一由市民政局办理，截至目前共办理2.9万对，涉及114个国家和地区。此次将涉外婚姻登记下放到区县办理，是本市婚姻登记体制的重大改革。

婚姻登记双方当事人的身份及需要办理业务的类别，市民政局对涉外婚姻登记管辖权做出了明确规定。计划近期办理涉外婚姻登记的当事人，可具体咨询北京市民政局境外婚姻收养登记中心，咨询电话是65395015、65395016、65395018和96156，也可直接与户籍所在区县民政局婚姻登记处联系，咨询相关办理事宜。

今起，涉外婚姻登记当事人可登录“北京民政信息网”预约婚登，预约日期在9月25日后的，办理地点即可选择所在区县民政局。

涉外婚姻登记的人数在近些年没有明显变化。从2011年至今，平均每年有1200对结婚、160对离婚，数据稳定。办理结婚的当事人主要集中在除了石景山区的城五区。其中，朝阳区、海淀区较集中，在300对左右；东城区、西城区在150-200对。

涉外婚姻中“外男中女”或“外女中男”的组合方面，数量相当，没有特别倾向。同时，本市办理的涉外婚姻登记涉及世界100多个国家和地区，其中，数量较多的国家有美国、加拿大、澳大利亚、日本、韩国等，另外我国台湾和香港地区也较多。

此外，在涉外婚姻中，如果外国人一方是允许“一夫多妻制”的国家，婚登人员会做出提示。当事的外国人也需提供证据保证单身无配偶。“在我国境内办理婚姻登记必须符合我国婚姻法，遵循一夫一妻制。”相关负责人也提醒，如果当事外国人回国后再娶妻，并符合所在国法律，仍不受限制。

### 中国首例冷冻胚胎继承权案二审宣判：胚胎可继承

2014年9月17日 扬子晚报网 顾敏

原标题：中国首例冷冻胚胎继承权案二审宣判：胚胎可继承

宜兴一对双独年轻夫妻不幸车祸身亡，小两口生前做试管婴儿在南京某医院留下冷冻胚胎，为争夺胚胎保留香火，双方老人对簿公堂。一审驳回后，这起中国首例冷冻胚胎继承权纠纷案今天在无锡中院二审落槌，法院最终支持双方老人共同处置4枚冷冻胚胎。（新华日报记者顾敏）

新闻回放

备受关注的中国首例冷冻胚胎继承权纠纷案5月15日下午在江苏宜兴法院一审宣判。庭审中，法院以手术过程中留下的胚胎所享有的受限制权利不能被继承为由，驳回了原告沈某要求从南京市鼓楼医院拿回其儿子、儿媳身亡后留下的冷冻受精胚胎的诉讼请求。据了解，原告沈某之子与儿媳因自然生育存在困难，于2012年2月在南京市鼓楼医院生殖医学中心采用人工辅助生育技术繁育后代。当时，该夫妇二人与鼓楼医院商定，计划在2013年3月25日进行胚胎移植手术。不幸的是，同年3月20日，夫妻二人在一起交通事故中死亡。之后，双方家属因冷冻胚胎的处置与医院产生分歧，后沈某将儿媳父母告上法院，并将鼓楼医院追加为第三人，要求取得冷冻胚胎的继承

权。

庭上，鼓楼医院方面表示，冷冻胚胎不具有财产的属性，原被告双方都无法继承。“这对夫妻生前已签署手术同意书，同意将过期胚胎丢弃；胚胎的作用为生育，现这对夫妻已去世，在原被告双方都不具备处置和监管胚胎条件的情况下，胚胎被取出后，唯一能使其存活的方式就是代孕，但该行为违法。”鼓楼医院代理律师称，本案中的原、被告双方无权行使死者的生育权，故要求法院驳回原告的诉讼请求。院方还表示，对于“试管婴儿”技术及相关管理问题，卫生部先后出台了《人类辅助生殖技术规范》及《人类辅助生殖技术和人类精子库伦理原则》等文件规定。作为医疗机构，院方不可能违反主管部门规定而对少数个人特殊对待。

原告的代理律师称，原告想拿回这些冷冻胚胎，为两家人保住最后的“血脉”，却没想到遭遇了法律空白。

“本案中所涉夫妻均已死亡，通过手术达到生育的目的已无法实现，故其留下的胚胎所享有的受限制的权利不能被继承。”主审此案的法官陆亚琴称，在此基础上，法院依法驳回了原告的诉讼请求。

### 广州离婚率高企复婚率也猛增

2014年9月18日 北京晨报(北京)

离婚率持续高企，早已不是新鲜话题。而广州市民政局提供的数据显示，复婚数量也猛增。2009年广州市复婚为1299对，2013年猛增到4015对。一般而言，复婚数约占离婚数的10%，而在2013年，复婚数占到离婚数的17%。有关负责人分析，这反映出冲动离婚不容忽视。

### 资讯 | 遗嘱公证公益活动下月举行，来看关于遗嘱公证哪些你需要了解

2014年9月17日 上海法治报 倪冬

文 | 倪冬

昨天，上海市公证协会透露，今年10月，上海市公证行业将继续在全市举办为80周岁以上老年人免费办理遗嘱公证、为60周岁以上老年人办理免费遗嘱保管的“公益服务月活动”，且今后每年10月都将持续举办。

根据《上海市公证协会遗嘱库遗嘱对外查询办法》规定，申请人办理的公证遗嘱和保管遗嘱都将进入“公证遗嘱库”，凡立遗嘱人死亡后，其法定继承人和其他相关人都可通过遗嘱库查询被继承人有无遗嘱。据介绍，上海的“公证遗嘱库”于2007年建立，目前已拥有遗嘱10万余条，今年已与中国公证遗嘱库对接。

市公证行业工作人员还特别提醒，有不少市民以为遗嘱公证费用昂贵，因此赶着10月一蜂窝前来办理。事实上，正常遗嘱公证按件收费为每件400元，遗嘱代书费为200元，“最多600元就办妥了”；遗嘱保管业务则是按年收取，每年200元，价格并不高。而且，考虑到以后每年10月均开展“公益服务月活动”，建议老人大可不必一蜂窝排队办理。

—法律问题释疑—

遗嘱为什么要公证？

效力优于其他遗嘱形式

据悉，遗嘱继承和法定继承是我国《继承法》规定的两种继承遗产的方式。

遗嘱是立遗嘱人在法律允许的范围内，依法对其遗产或其他事务所作的处分，并于死亡时发生效力的民事法律行为。公证遗嘱是指立遗嘱人向公证机构提出申请，在公证员面前做出在自己去世后如何处理财产的真实意思表示，并经公证证明予以合法性确认的遗嘱形式。

根据我国《继承法》的规定，遗嘱有公证遗嘱、自书遗嘱、代书遗嘱、录音遗嘱、口头遗嘱等形式，其中公证遗嘱在效力上优于其他遗嘱形式。

谁都可以办理遗嘱公证吗？

无行为能力人不能办理

根据法律规定，“无行为能力人或者限制行为能力人所立的遗嘱无效”。

因此，患有老年痴呆导致行为能力丧失或受限的老人，是不能办理遗嘱公证的。

不过，在去年的免费服务月中，不少公证员发现，前来咨询的市民中，有一部分人法律继承关系比较简单，不做遗嘱公证也可以。

公证后遗嘱可以更改、撤销吗？

可以，须到公证机构办理

在“遗嘱公证热”的背后，也出现了老人被子女带到公证处“被公证”的现象。

比如，有的老人是由子女代理前来预约的，到了正式办理时，公证人员才发现老人已经神志不清；还有的老人是被子女用轮椅推到公证处的，但老人本人并不想办理遗嘱公证；还有的老人因子女众多，迫于无奈，甚至先后做了多份遗嘱公证。

市公证行业工作人员介绍说，老人们大可放心，做遗嘱公证时，作为立遗嘱人的老人是单独面对公证人员的，遗嘱内容完全保密，而且还可以办理遗嘱保管服务。

也就是说，除了立遗嘱人本人外，其他人是无法知道遗嘱的真实内容的，而这份遗嘱直至立遗嘱人死亡时才发生效力。



当然，遗嘱订立后，立遗嘱人也可以变更、撤销或重新设立遗嘱；但是经过公证的遗嘱，必须经过公证程序，即应当至公证机构办理《撤销遗嘱声明书》公证或者重新办理新的遗嘱公证。

—实用信息链接—

★ 活动开展时间

2014年10月8日至2014年10月31日。各公证机构于2014年9月22日起开始接受预约登记。

★ 活动服务对象

1954年12月31日前出生的申请人（不限户籍）可向全市任何一家公证机构申请预约办理免费遗嘱保管；  
1934年12月31日前出生的申请人（不限户籍）可向全市任何一家公证机构申请预约办理免费遗嘱公证。

★ 活动基本内容

（1）预约办理。申请人宜亲自向公证机构进行预约或委托代理人预约办理上述事务；

（2）亲自办理。申请人应在约定的时间内亲自向已经预约的公证机构申办免费遗嘱公证或免费遗嘱保管事务；  
申请人因故在约定的时间不能前来办理的，应重新预约；

（3）保管遗嘱形式。保管遗嘱的形式限于公证遗嘱、自书遗嘱、代书遗嘱。

★ 活动注意事项

凡是符合年满80周岁或持有中华人民共和国残疾人证或当事人病重无法出门之一条件的，均可向公证机构提出绿色通道服务需求。

对当事人病重无法出门的，在预约办理的三天时间内或与当事人商定后3天内应当提供就近上门服务。

公益服务月期间，公证机构对于免费遗嘱类业务不提供上门服务。

■ 《新闻晨报》

## 为什么总有丈夫对婚姻不忠？

2014年9月18日 伊丽莎白·阿伯特 凤凰读书

情妇生活无法摆脱与人类最基本的机制——婚姻的联系，而且几乎自动地意味着有时是丈夫有时是妻子对婚姻的不忠。的确，婚姻是决定谁是情妇谁不是情妇的关键因素。虽然许多人认定通奸破坏婚姻，但许多人又自相矛盾地相信，通奸也支撑婚姻。例如，法国人就会为下班后男人享受与情妇的约会做出辩解，他们引用作家大仲马精辟的观察来说明这个问题：“婚姻的链条太过沉重，通常需要两个人甚或三个人来挪动。”

婚姻和情妇生活以及东方纳妾之间的这种联系，穿越时空，几乎深深地根植于每一种主要文化之中。英国巨富吉米·戈德史密斯（Jimmy Goldsmith）去世时，就有妻子、前妻们和情妇们围在身边。他曾经有过这样的著名论断：“当一个男人和他的情妇结婚，他就创造了一份自动的工作空缺。”并不使人吃惊的是，北美人对西方的模式比对东方的模式更加熟悉，东方有着不同的、更加复杂精细的形式，最显著的就是制度化的纳妾和豢养女眷。

在所有社会的所有时代中，包办婚姻的习俗一直都最有可能带来寻找情妇或纳妾的后果。父母或其他亲友为他们的孩子选择配偶时，通常都是出于经济考虑，或者为了加强家庭的关系、生意的联系或政治的联盟等等，而把浪漫的爱情作为婚姻关系中无关的、自我放纵的、有时甚至是邪恶的基础加以抛弃。人们指望丈夫和妻子同居，在一个经济单元中生活，并且生儿育女。人们并不指望夫妻间有相互触摸带来的颤栗、相互爱慕或者相互满足对方的情感需要。

有时候，既成婚姻也可能会演绎出浪漫的爱情，但更加常见的却是人人都希望看见的尊重、容忍和顺从，所以许多婚姻极其不幸福。除了道德极其严格的社会，所有社会都不愿男人压制或升华他们浪漫和好色的冲动，以满足他们婚姻之外的欲望，具体做法就是寻找情妇或纳妾。然而，几乎从来都不鼓励女人有外遇，如果她们被捉奸的话，就会受到严厉的惩罚。但还是有许多女人我行我素，甘愿冒险。

不可逾越的阶级和等级鸿沟，也使得一些本可以成为妻子的人成了情妇。圣·奥古斯丁（Saint Augustine），公元4世纪时希波（Hippo）的主教，就遵从了北非社会禁止与低于自己阶级的人结婚的法令，只能把自己所爱、地位低于自己的那个女人收纳为妾，并与她生活在一起。当他决定要结婚的时候，他的母亲为他找到了一个合适的、出身良好的姑娘。

由民族、种族或宗教所决定的等级，也会使女人降到情妇这种较低的社会地位。例如，恐惧和憎恨外国人的古希腊，禁止它的公民与外国人通婚，这样，雅典领袖伯利克里（Pericles）就一直不能娶阿斯帕齐娅（Aspasia）——他心爱的米勒西亚嫔妃和他儿子的母亲——为妻。

在许多东方文化中，纳妾是婚姻的组成部分，而不是比婚姻次要或与婚姻平行的另一件事情。妾的职责和权利在法律及社会习俗中都得到阐明。在普通人家，一两个妾协助一个妻子料理日常家务。妾要像妻子一样接受性责任的约束，包括要忠诚，并且她们的活动区域被限制在家庭的范围之内。他们认为这么做有充分的理由。与西方的情妇形成鲜明对比的是，东方的妾的主要职责之一，就是为她们的主人生养后嗣。

在一些国家，尤其是封建时期的中国和土耳其，一些皇室成员、贵族和特权人士靠妻妾成群的方式来展示他们的财富和权力，这些妾常常是抓来或者买来的。这些人数众多、由太监管理的女眷是一个混乱纷繁的群体，在她们中间，阴谋、竞争和冲突——生孩子的事就更不用说了——此伏彼起。那些岁数较大、不那么受宠的女眷则变成操

持家务劳动的苦工。另一些年纪较轻、还有希望的同事们在百无聊赖的日子里成天精心打扮，而且和太监们、妻子们、亲戚们、孩子们、佣人们既相互勾结，又明争暗斗。她们的目标就是和主人睡上一觉，如果幸运临到，她们会怀上一个孩子，而这个孩子可以使母亲从卑微的身份中摇身一变，迅速过上优越的生活，甚至还可能爬上权力的宝座。

形成鲜明对比的是，西方社会的法律几乎一直以宣布情妇的后代为私生的方式来强化婚姻的首要地位，从出身最低微的奴隶到地位最高的公爵的女人都是如此。在法律和文化上，父亲不但没有义务承担对情妇所生孩子的责任，而且还可能把他们视为耻辱和私生行为带来的危险因素。的确，即便父亲有认养这些“外来”孩子的倾向，法律也使得他们的行为变得异常困难。

但也有些人公然对抗社会反对抚养私生孩子的禁忌。像英国的查尔斯二世（Charles II）这样的王室成员，就把他许多情妇的儿子提升到公爵的地位，以至于今天 26 位公爵中有 5 位就是他的后代。查尔斯二世认为，这些孩子的血统高贵，足以超越他们的瑕疵而使他们成为合法的王室后代。受个人激情驱使的平民也嘲笑他们社会的价值观。例如，一些奴隶主，就冒着被他们根深蒂固的种族主义同胞严重报复的危险，承认自己是他们奴隶情妇的孩子的父亲。但在西方社会，承认自己的私生子，始终不是主流的规则。

今天的情妇无疑指望她和情人所生的任何一个孩子都能得到更好的待遇。就像她的先辈们一样，她是男女关系的先导，她的地位反映了这些关系是如何发展的。妇女状况的改善、关于家庭和个人关系的法律的自由化、对 DNA 检测越来越多的接受，都大大地增加了她的情人认养或者部分地抚养她孩子的可能性。（约翰·爱德华兹就是这方面一个极坏的例子。在要求他的助手夹一块弗朗西斯·奎因的尿布秘密地去做 DNA 检测以确定他是不是她的父亲之后，他全力否认他可能是或者就是奎因的父亲，直到公众一再追问他的谎言以至于不可挽回地败坏了他的名声时，他才承认他就是奎因的父亲，并且请求饶恕，尤其是请求他暴怒的妻子伊丽莎白的饶恕。）同时，可采用的有效的避孕措施以及合法的人工流产的出现，也大大地减少了情妇可能生下孩子的数量。

.....

女权主义扩大了妇女的权利，有效的、可采用的避孕措施改变了情妇生活的变量和可能性。围绕婚前性行为的道德观念越来越放宽，建立在习惯法基础之上的生活安排越来越成为准则，随着这种趋势，情妇和女朋友之间的界限变得越来越模糊。今天，许多情况下，到底是何种身份必须要看性伙伴们对于他们自己状态的感知，在一定程度上也要看社会对他们的认知。现代的情妇和她们的先辈相比，不那么可能嫁给她们的情人，在经济上也不那么依赖于她们的情人了。今天的情妇，通常爱上的是不愿意离婚的已婚男人，并和他们保持固定的关系。除分手之外的唯一选择，就是使自己心甘情愿地接受一段不正当的关系。但是这些情妇经常不愿意接受这样的现状，她们希望有朝一日以某种方式，她们的私通关系能够通过婚姻得以合法化，就像卡米拉·帕克·鲍尔斯那样。

风流韵事本身——浪漫和激情，欲望被唤起以及得到疯狂的满足——才是真正要紧的事情，这并没有什么稀奇。即使负罪感与性冒险的刺激以及蔑视社会准则的挑战同时存在，也不能消除二人共享的黏合力以及隐藏在这种黏合力之中的相互信任。这种关系遭到禁限的规模影响着其中权力的平衡，这部分是由未婚情妇的克制和慎重所制约的。虽然这种关系强加给她大量的空闲时间，尤其是在传统节假日期间，但是也把她从做妻子的家庭生活中解放出来，而使她进入一种只显现她最好面容和最好行为的神秘生活方式之中。而且这种关系感觉起来是或者实际上就是平等主义的，双方都可以带来他们能够带来的东西，也可以带走他们想要的东西。

《婚外：另类女人的历史》/[加]伊丽莎白·阿伯特著/中央编译出版社/2014-07

### 生命可否“继承”引发热议

2014 年 09 月 18 日 科技日报 刘晓莹

原标题：生命可否“继承”引发热议

本报记者 刘晓莹

备受关注的失独老人主张获得儿子、儿媳冷冻胚胎监管权和处置权案 17 日在无锡市中级人民法院二审落槌，法院最终决定撤销一审民事判决，支持上诉人失独老人获得已故儿子、儿媳留下的 4 枚冷冻胚胎的监管权和处置权。据悉，这是我国首例由失独老人提起的已故夫妻冷冻胚胎权属纠纷案。

去年 3 月，江苏宜兴一对年轻夫妻不幸因车祸身亡，小两口生前曾在南京鼓楼医院做试管婴儿，并留下 4 枚冷冻胚胎。由于双方都是独生子女，为争夺胚胎保留香火，双方老人与医院对簿公堂，要求医院归还胚胎。今年 5 月 15 日，江苏省宜兴市人民法院对此案进行一审宣判。庭审中，宜兴法院以手术过程中留下的胚胎所享有的受限制权利不能被继承为由，驳回了原告沈某要求从鼓楼医院拿回其儿子、儿媳身亡后留下的冷冻受精胚胎的诉讼请求。

虽然很同情这家人的遭遇，但由于国家对辅助生殖技术及胚胎处置有明文规定，因此无法将冷冻胚胎交给其处置。宜兴法院审理认为，施行体外受精——胚胎移植手术过程中产生的受精胚胎，为具有发展为生命的潜能、含有未来生命特征的特殊之物，不能像一般之物一样任意转让或继承，故其不能成为继承的标的，一审驳回原告诉求。原告不服该判决，上诉至无锡中院。

胎儿作为特殊的生命主体，我国法律对此研究尚浅，对于辅助生殖技术如试管婴儿、冷冻胚胎的研究和立法更是缺乏，因此引发了人们在生命伦理、社会道德领域的诸多争论。考虑到这些因素，案件审理过程中，法院追加南

京鼓楼医院为第三人参加诉讼。

无锡市中级人民法院 17 日下午在其官方微博中发布了这起冷冻胚胎争夺案二审判决书，从伦理、情感和特殊利益保护三个方面阐述了支持失独老人获得子女冷冻胚胎监管权、处置权的理由。认为“双方父母与涉案胚胎亦具有生命伦理上的密切关联性”，又是“唯一关心胚胎命运的主体”，“应当是胚胎之最近最大和最密切倾向性利益的享有者”。

根据卫生部的相关规定，胚胎不能买卖、赠送和禁止实施代孕。判决书认为，这并未否定权利人对胚胎享有的相关权利，且这些规定是卫生行政管理部门对相关医疗机构和人员在从事人工生殖辅助技术时的管理规定，南京鼓楼医院不得基于部门规章的行政管理规定对抗当事人基于私法所享有的正当权利。

主审法官表示：“这对年轻夫妻留下来的胚胎，已成为双方家族血脉的唯一载体，承载着哀思寄托、精神慰藉、情感抚慰等人格利益。涉案胚胎由双方父母监管和处置，既合乎人伦，亦可适度减轻其丧子失女之痛楚。”作为我国首例冷冻胚胎继承权纠纷案，有网友对判决结果点赞：这才是真正的“法”，法为道德而立，法通人性，亦有情；但同时也有网友表示，想要解决胚胎面临的法律“尴尬”，后续的监管与处置恐怕是接下来要面对的更重要的问题。

（科技日报北京 9 月 17 日电）

### 江西现“试离婚”服务 专家：避免离婚“硬着陆”

2014 年 9 月 16 日 金羊网(广州) 王姣

“我希望通过这次模拟离婚，能够让我们更加珍惜彼此。”江西九江 80 后小伙陈阳(化名)告诉记者，在亲友的介绍下，自己和妻子认识了一个月就登记结婚。“‘闪婚’之后的几个月，我们才发现性格不合，致使婚姻关系破裂，但我还想挽救，不想离婚。”

为了挽回这段为期不久的婚姻，陈阳准备劝妻子一起接受“试离婚”服务。

近年来，随着社会不断发展，步入婚期的年轻人婚恋思想日益开放、生存压力过大等原因，中国的离婚率呈现逐年增高的趋势。据公开数据显示，2004 年以来，中国内地离婚率连续 10 年递增，2013 年中国内地依法办理离婚手续的共有 350 万对，比上年增长 12.8%。

随之，规劝要离婚的夫妻进行“试离婚”、“模拟离婚”的服务应运而生。中新社记者了解到，近年来，江西省也出现了“试离婚”服务，对象多为“80 后”的年轻夫妻。

江西婚姻家庭咨询师童心分别在南昌、九江等地开设了“试离婚”服务。童心告诉中新社记者，自己在提供“试离婚”服务前，会对夫妻双方进行考察，根据实际情况确定实施方案。

“很多年轻夫妻是因为一时冲动才要求离婚，这是非常不理智的。”童心说，自己之所以会推出“试离婚”服务，是看到越来越多的年轻人在经历“闪婚”、“闪离”，并为此感到惋惜。“‘试离婚’能够让夫妻双方冷静地对婚姻进行反思，重新认识婚姻。”

童心向记者介绍说，“试离婚”一般为期 3 个月至半年。夫妻双方在接受服务前，需要签订协议，协议条款需要双方共同拟定，一起遵守。“‘试离婚’后，双方需要分房，不得干涉对方交友，并且像正式离婚那样处理好财产、子女抚养等问题。”

“我们有律师、心理咨询师、婚姻家庭咨询师组成的专业团队，在夫妻双方模拟离婚后，全程对他们进行家庭观、婚恋观的心理辅导，监督双方遵守协议规定。”

童心向记者透露，目前要求“试离婚”的夫妻不是很多，但有夫妻已经成功和解。

南昌市社科院社会所副所长戴庆锋认为，“试离婚”在一定程度上可以让离婚避免“硬着陆”的问题，给夫妻双方一定的空间，来重新衡量婚姻和家庭问题。但另一方面，也应防止不合理的操作带来的不必要的次生问题。“比如，在服务资质的确定上，‘试离婚’应具有相对比较规范的认证或者监督条例，才能让服务增强实效性。”

作者：王姣

### “黄昏散”成离婚案件新热点

2014 年 9 月 17 日 金华日报 张黎明

近年来，我市法院受理的老龄人离婚案件频发，仅东阳市法院受理的当事人一方或双方为 60 岁以上的离婚案件就有 38 件。老龄人离婚案件或继“闪婚闪离”、“暑期离婚”等现象后，成为时下离婚案件新特点。

缺关爱，留守老人闹离婚

近日，82 岁高龄的吴大爷到法院起诉离婚，其妻黄大妈已年过七旬，这对原本应当安度晚年的老人为何要离婚呢？

法官了解到，他们有一对儿女，常年在外地做生意，很少回家看望老人。老两口同吃同住，经常会闹点小口角，但并无大的矛盾。这次也是因小事拌嘴，吴大爷认为老伴不够关心自己，觉得委屈，一气之下诉到法院。

承办法官觉得有调解的可能，就多次上门谈心、拉家常。原来，因为儿女长期不在身边，夫妻俩都觉得孤独了，于是隔三岔五吵吵闹闹，目的是希望儿女能够常回家看看。法官联系二老的子女，建议他们抽空多回家看望父母。最终，吴某向法院撤回了起诉。

老来伴，子女矛盾姻缘尽

67岁的老李，结发妻子多年前就去世了，那时两个女儿都还未长大成人。老李学有一手做木雕的好手艺，通过在红木家具厂做工赚钱供女儿读书，在县城买了一套大房子。

2013年春天，老李的小女儿嫁人了，家中只剩下老李一人孤孤单单。经邻居介绍，老李认识了同在县城打工的小凤。小凤比老李小10岁，有过一段婚姻，与前夫育有一子，现已成年，儿子独立生活。一个迁就随和，一个善解人意，两人认识不到一个月，没通知各自子女就登记结婚，并搬到一起居住。

婚后，两人的日子过得火红，直到有一天，小凤要求老李在房产证上加上她的名字以表“真心”。一辈子为生计精打细算的老李，遇到涉及财产的问题，变得谨慎起来，这才找到女儿商量此事。女儿“一百个不愿意”，姐妹俩找到小凤，三个女人吵了一架。

小凤一纸诉状递到法院，称结婚太鲁莽，未经深思熟虑，对以后的婚姻生活失去信心，要求解除这如“昙花一现”的婚姻。经办法官耐心沟通，老李和小凤最终调解离婚。

解心事，多年忍让终到头

老林和小玉是同村人，均丧偶且各育有一子。2003年，在村里人的撮合下，两人走到了一起，并于同年秋天登记结婚。老林为人忠厚老实，小玉性格爽快泼辣、勤劳能干，虽是半路结合，但也是令村里人羡慕的模范夫妻。

老林系退休工人，婚后主动将工资存折都给小玉保管，生活中里里外外也全由小玉作主。为此，他被老朋友调侃“老了老了，却得了‘妻管严’”。

2011年的一天，老林无意间发现，小玉将其存折中约15万元工资取走，偷偷给了自己的孩子，双方由此产生矛盾。

2011年12月，63岁的老林向法院起诉离婚，法官考虑到二人仅因琐事发生争吵，感情尚可维系，判决不准予离婚。

近日，老林又向法院递交了起诉状，称上次判决之后双方关系不但无任何改善，还过起了分居生活，双方互不往来，已无和好可能。开庭时小玉痛哭流涕，对自己的行为非常后悔。此时已无法挽回老林的感情，二人最终解除了婚姻关系。

## 中国离婚率连续十年走高 “分离第三者”成职业

2014年9月17日 法制晚报

“分离第三者”成职业 30招瓦解婚外情发现抚养权遭利用游走于灰色地带“分手大师”析出法律无奈

电影《分手大师》中，“分手大师”受雇于人，竭力让女主角爱上自己，以让雇主顺利脱身。

影视作品折射的是现实，根据民政部数据，中国离婚率已连续十年走高。南京大学一项调查显示，离婚诱因之中，“小三”以74.6%的高比率居首。而在上海长宁区，就有几位专门针对第三者的“分手大师”。

《法制晚报》记者试图解析两位从业十年的婚姻咨询师的入行动因和工作方式。他们活跃在婚外恋这一灰色地带，在维护婚姻、“分离第三者”的同时，客观上为一部分人消除劣迹提供了便利。他们的出现，在一定程度上折射出婚姻法对婚外情约束乏力。

婚外情中的消防员凌晨挽救求死者

作为一名婚姻咨询师，46岁的舒心随身带着三部双卡手机，被依照“丈夫”、“妻子”和“第三者”分类，全天24小时开机，其中最常用的一部存有5700多个联系人。此外，他还有北京、深圳等地的20多张电话卡，他每年至少一半时间都在各地与别的家庭的第三者打交道。

舒心是上海一家“婚姻医院”的负责人。自2008年之后，“分离第三者”已成为这家“医院”最主要的服务。

最急迫的咨询电话总是在凌晨打来。在舒心看来，人在黑夜中最易感到孤独无助，对方能够在此时打入电话，一定是痛苦到难以熬至天明。

一位女士发现了丈夫的“不忠”，趁他熟睡之机，拧开了厨房的燃气阀门。她拿着打火机，拨通了舒心的手机，“如果你明天看到燃气爆炸的新闻，那就是我干的。”

像过去无数次一样，从睡梦中醒来的舒心接了电话。一听“爆炸”二字，他顿时感到“头大”，赶紧询问对方住址。但这位女士避而不谈，只一股脑向舒心倾诉自己求死的缘由。

自杀者在最后一刻与外界联络，往往是想获得他人理解。舒心深谙其中道理，于是反问对方：“你如果想了断，也应该把妈妈安顿好。你死了，她怎么办？”

劝导40分钟后，她最终关掉了燃气并打开了窗户。等舒心再回访时，对方表示：“我想开了，不会有什么事发生了。”

类似的经历，也无数次发生在舒心的同事、“婚姻医院”副院长明丽身上。她与舒心一样，手机24小时开机，而凌晨三四点是“最后”求救的高峰。

在45岁的明丽看来，如果对方用固定电话呼入，她还能稍微安心。一旦是用手机打来的，她的心就会悬起来，因为她不知道对方在哪里，会干什么傻事。

无论是站在黄浦江边的第三者，还是欲从高架桥上跳下的丈夫，在明丽看来，既然他们能给自己打电话，就表明他们对人生还有所留恋。即便再晚，她也要赶去救援。出于安全考虑，丈夫也时常陪她同去，“万一对方跳河，

丈夫还能游泳救援。”

“在婚外情冲突爆发的那一刻，我们就成了消防员。”明丽说。

第三者的引导者劝她们“止损”

而在明丽看来，所有第三者涉足的婚姻，只是“一部分女人为难了另一部分女人”。

“‘小三’其实也很可怜、很受罪。”明丽说，婚外情需要瞒着所有亲朋，有妇之夫成为第三者唯一的精神寄托。

而一旦冲突爆发，第三者则陷入孤立无援的境地。为此，她时常要寸步不离地守着第三者，“扔下她们就如同手术开刀了没有缝起来。”

一位上海商人在妻子赴美国陪读期间，与一位小自己23岁的青岛女孩发生了婚外情。但妻子回国后，他决定与女孩断交。盛怒之下，女孩扬言要从高421米的上海金茂大厦上跳下，并将两人交往的视频公诸网络。

商人向明丽求救。明丽用了三天两夜的时间，寸步不离地陪着女孩吃饭、睡觉、购物和聊天。

她劝导女孩：“你就当在情感路上走了一条弯路，如果现在回头，还可以止损……”

转过年来，女孩决定与商人分手，但提出见最后一面。商人夫妇因为担心女孩做出过激行为而惶恐不安，但明丽却表示：“如果有危险，我一定挡在前面。”

事实上，女孩只是将商人曾经赠送自己的物品归还对方，借此了结过去。

原中纪委常委祁培文曾在一次报告中披露：“在中纪委查处的大案中，95%以上都有女人的问题。”

而处理婚外情多年的舒心对此深有体会，在他所接触的客户中，就有一类属于“见不得光”的类型。

一名年轻女护士，在照顾住院的县长时被对方以不正当手段发生了关系。他与她口头约定，让她做自己五年的情人。

到第三年，双方关系急转直下，女护士被县长拖进了电话黑名单。精神抑郁的她穿着内衣跑到县政府。县长忙向舒心求救。

“一些官员心存侥幸，总以为别人不知道。他们一面教育别人，一面又做出违反道德法纪的事情。其实官员更应该洁身自好，为民众做典范和榜样，尤其在生活作风上，不能堕落。”时至今日，与舒心一起为县长做咨询工作的明丽依然记得他求救时懊悔的窘态，“他说自己非常后悔，将来一定以家庭为重，再也不做这种事了，因为玩火必自焚。”

纠纷中的斡旋者 30 招瓦解婚外情

对于如何瓦解婚外情，舒心一口气说出五六种方法——转移情感（让第三者移情别恋）、调动位置（在距离上分开彼此）、亲友介入（亲友或组织介入形成威慑）、知难而退（让彼此看到对方丑陋的一面）、阳光疗法（让几近崩溃的人脱离旧环境，看到新光明）……

“常用的方法共有30种。”舒心说。

事实上，“分离第三者”并非易事。妻子通常态度坚决，要丈夫断绝婚外情；丈夫通常只想维持婚内婚外的平衡；而对第三者来说，目的通常只有一个，即“转正”。

婚姻咨询师便要在这其中斡旋。

上海一位身价超十亿的老板与26岁的女助理产生了婚外情。妻子为保住婚姻，找到明丽。四人在会所约见。

会面时，才貌俱佳的女助理首先向妻子发难：“你能帮他什么？我不仅能帮他成就事业，也懂得感情。我还准备给他生个小‘孔子’。你知道孔子的父母年龄相差多少岁吗？就是我和他的年龄差。”

妻子无言以对。

明丽要求与女助理单独交流：“男人如果真铁了心离婚，可以起诉。可是他没有，说明他不想离。他和妻子由恋爱到结婚，有那么多亲朋的见证，还有了儿子，这样的誓言都能违背，对你的承诺又算什么？如果他真离了，他老婆的今天就是你的明天。而你也没人同情，因为你本身就是个‘小三’。”

听完这一番话，女助理放声大哭，“我只是在背后觉得很快乐。”几番谈判之后，她最终同意不再与老板往来。

在舒心和明丽看来，第三者无非分为“爱钱”、“爱人”和“爱钱又爱人”三类。这其中，最难处理的当属“爱人”型。

在电影《分手大师》中，邓超饰演的“分手大师”受雇于人，竭力让深爱着雇主的女主角爱上自己，从而让雇主脱身。

电影中的这一幕，就发生在明丽的案例中。

一位IT企业的高管与下属发生了婚外情。聪明的妻子从中发现了端倪，向明丽求助。

此时，这段婚外情已持续了五年。第三者见自己迟迟不能“转正”，与上司的感情也处于拐点。

明丽找来一名帅气的男演员，装扮成第三者喜欢的类型，频频在其上班和休闲的途中制造偶遇。一来二去，第三者逐渐与这名男演员产生了暧昧的情愫。

这一情况被高管知晓，一气之下，结束了婚外情。而男演员则借故分手。

专家法律对无过错方保护力度弱

在创立“婚姻医院”之前，舒心已在上海一家报纸写了8年的情感专栏。大批的读者给他写信，多为反映外遇和家庭问题。

这让舒心感到婚姻咨询有潜在市场。2004年，他与明丽成立了国内首家“维护婚姻情感”的机构。到2008年，“分离第三者”已成为公司最核心的业务。

明丽估算，从业十年，她已处理不少于3000起婚外情。而舒心也“矫治外遇行为”2000多人。

民政部2013年社会服务发展统计公报显示，当年全国共有350万对夫妻离婚，这是自2004年以来，我国离婚率连续第十年递增。

而最近南京大学一项调查表明，在“离婚诱因榜单”中，“小三”以74.6%的比率稳居榜首。

舒心介绍，根据婚姻法，非婚生子女享有与婚生子女同等的抚养权和继承权，许多第三者正是瞅准这一点，挖空心思也要生下子女，“这样她就有了饭票”。

资深婚姻家庭律师、婚姻家庭咨询师郭万华认为：“有关婚生子女和非婚生子女享有同等抚养权和继承权的立法本意是对的。至于实践中某些人利用法律达到不良目的，则因人而异。”

“现在很多寻找第三者的人也很胆大，知道如何规避构成重婚罪的条件，即便构成重婚罪，也最多判处两年刑罚。”明丽表示，许多妻子向她哭诉，既然道德无法形成有力约束，难道法律对第三者就没有任何办法了吗？

“要想根本解决这些问题，还得通过扩大立法范围。”郭万华表示，法院在审判实践中，对于没有达到同居程度的偶尔发生的性关系、一夜情，在离婚财产分割时会有酌定的考量，但仍存在一定分歧，标准并不统一。总体来说，对无过错一方的保护力度还是较弱。

解决这一切的方法，显然不是靠舒心和明丽这样的“分手大师”，而需要未来更加完善的法律，或许到那时，我们就需要舒心和明丽这样的“分手大师”了。文并摄/丽案调查工作室记者蒲晓旭

舒心为一对夫妇提供婚姻咨询，其间妻子突然起身，控诉丈夫的“不忠”

### 为讨女友欢心 男子伪造30万元银行存单获刑

2014年9月17日 中国法院网 柳妍

中国法院网讯（柳妍） 向女友借款10万元后因无力偿还，男子竟伪造30万元存单讨好女友，后女友拿着存单办理业务时被识破。9月12日，陕西省宝鸡市金台区人民法院以伪造金融票证罪判处被告人刘某有期徒刑10个月，并处罚金3万元。因其在缓刑考验期内又犯新罪，法院数罪并罚决定执行有期徒刑3年6个月，并处罚金3万元。

2010年，刘某因犯诈骗罪被法院判处有期徒刑3年，缓刑5年，后其认识了女友李某，二人开始同居生活。期间，刘某称需资金周转向李某借款10万元。但随着二人的相处，李某感觉刘某整天不务正业，便想与其分手，遂多次向刘某催要借款，刘某却以种种借口推脱。

2014年4月底，无力还债的刘某为了留住李某，通过办理假证的渠道，花700元为自己伪造了一张30万元的某银行定期储蓄存单。随后他将该存单交给李某，还大方地表示除偿还欠款外，剩余的20万让其用于做生意。然而，当李某要求二人一起去银行取钱时，刘某却以各种理由拖延。5月15日，趁刘某外出，李某携带存单和刘某的身份证到银行办理转存业务时，该存单被识破系伪造，后刘某被抓获。庭审中，刘某后悔不已，他称自己只是想留住女友，却没考虑太多后果，以致酿成大错。

法院经审理认为，刘某故意伪造银行存单，其行为已构成伪造金融票证罪，因其在缓刑考验期内又犯新罪，遂依据《中华人民共和国刑法》相关规定，作出如上判决。

### 国外离婚判决在国内有效吗？

2014年9月3日 东南商报 胡珊

余姚的王女士一年前跟前夫在加拿大法院判决离婚，原本财产、子女抚养关系已经厘清。可让她始料未及的是，最近前夫因身陷债务纠纷，导致她名下的现金和房产均被法院查封。难道国外的离婚判决无效吗？

记者 胡珊 通讯员 陈文铮

受前夫牵连存款被查封

王女士的前夫俞某经营着一家电器公司。2012年5月，因资金周转困难，俞某向马某借款50万元，约定在一周后归还。可马某几经催讨，无果。

去年3月，马某向余姚法院起诉，要求俞某归还借款。俞某败诉。今年6月，马某向法院申请强制执行。

法院受理后，立即对俞某个人财产进行了查控，并查封了他名下的一套房产。

根据浙江省高院的相关规定，法院可对被执行人配偶的银行存款进行划扣。法官在向民政部门核实双方的婚姻存续关系后，又对王女士的银行账户实施了“点对点”查控，发现王女士账户里有8.8万元存款。法官当即划扣了该存款。

7月25日，王女士的代理律师向余姚法院提出执行异议，称王女士和俞某在2013年2月由加拿大卑诗省高级法院判决离婚，双方还在离婚协议中对婚姻存续期间的共同财产进行了分割：夫妻双方共有的一套房产归王女士所有，各自名下的债务各自承担清偿责任。那8.8万元是王女士在离婚后存入银行的，房产也是离婚协议中约定归她一人所有的财产，因此法院无权对该笔存款和房产进行处置。

国外离婚判决国内有效吗？

主审法官说,根据我国关于驻外使领馆就中国公民申请人民法院承认外国法院离婚判决书进行公证、认证的有关规定,外国法院的离婚判决书在国内使用,须经国内中级人民法院对该判决裁定承认后,才能为当事人出具以该外国法院离婚判决为婚的婚姻状况公证。

王女士与俞先生的离婚判决书要在中国获得法律效力,还必须向我国中级人民法院申请并得到承认,而我国法院承认的仅包含其判决中的人身关系,即认定离婚事实。

至于外国法院离婚判决中的夫妻财产分割、生活费负担、子女抚养方面判决的承认执行,根据司法解释,不适用上述规定。也就是说国外离婚判决中关于财产的相关判决,在我国是得不到法律承认的。

因此对于王女士提出的存款非夫妻存续期间财产,她必须向宁波市中级人民法院提出申请,并经中级人民法院裁定承认其法律效力后,即可认定该笔存款属于其个人财产。

虽然在加拿大的离婚判决中,双方约定了该套房屋归王女士所有,但是这项涉及财产的约定在我国是没有效力的,因此余姚法院仍可依照我国相关法律规定对该套房屋进行拍卖处置。

### 老年人可享受免费遗嘱公证

2014年9月19日 法制网-法制日报(北京) 蒋皓

本报讯 记者蒋皓 为使老年人获得优先、优惠的公证法律服务,全国公证行业将在今年第四季度启动敬老公益行动,届时老年人可享受免费办理遗嘱公证服务。

中国公证协会相关负责人表示,上海、江苏、安徽等省市此前已相继推出免费办理遗嘱公证服务,引发强烈反响。在上海,2013年10月公证公益服务月期间,全市接受免费办理遗嘱公证和遗嘱保管预约有1.2万件,实际办理遗嘱公证6100余件、遗嘱保管近2000件,相当于以前一年的数量。协会将在各地经验基础上在全国推广,以惠及更多老年人。

据悉,公益服务活动的具体活动时间、活动方式、年龄要求等由各地公证协会根据本地实际自行规定。公益服务活动开展期间,全国公证遗嘱备案查询平台将先期在北京、天津、上海、重庆4个直辖市开通公证遗嘱查询服务。有条件的公证机构可以依托全国公证遗嘱备案查询平台试行开展免费遗嘱保管工作。

(原标题:老年人可享受免费遗嘱公证)

### 全市涉外结婚登记年均1200对

2014年9月17日 北京晚报(北京)

自9月25日起,本市范围内涉外、涉华侨、涉港澳台婚姻登记(以下简称涉外婚姻登记)将由区县民政局办理,市民政局不再办理。从即日起,有需求的市民可以直接登录北京市民政信息网进行9月25日以后的涉外婚姻登记预约。

据悉,此次将涉外婚姻登记下放区县办理也是落实国务院和市政府关于深入推进行政审批制度改革,促进政府职能转变,进一步简政放权、便民利民的体现,同时也是本市婚姻登记体制的重大改革。

发布

本市涉外婚姻登记

共办理2.9万余对

据统计,本市涉外婚姻登记自1982年7月1日起统一由市民政局办理,截至目前共办理2.9万余对,涉及到114个国家和地区,对扩大对外开放、促进国际交往、推动经济和社会发展发挥了积极的作用。

“近几年,本市涉外婚姻登记数量一直较为平稳。”市民政局婚姻登记处处长吴蓓今天上午在接受记者采访时列举相关数据,其中2011年办理涉外结婚登记1260对,离婚登记149对;2012年办理结婚登记1243对,离婚登记163对;2013年办理结婚登记1070对,离婚登记173对;2014年至今已办理结婚登记818对,离婚登记136对。“总体来看,全市涉外结婚登记年均1200对,离婚登记年均160对。这个数据近几年来一直比较平稳,没有太大波动。”

对于涉外婚姻登记涉及到的国家和地区,吴蓓介绍说,本市办理的涉外婚姻登记涉及世界100多个国家和地区。今年,登记涉及较多的国家有美国、加拿大、澳大利亚、日本、韩国等。另外,我国台湾和香港地区也较多。

而提到涉外婚姻登记在各区县的数量分布情况,吴蓓介绍说,从历史数据来看,本市涉外婚姻登记主要集中在东城、西城、朝阳、海淀、丰台等城区,其他区县数量比较少。

当事人可就近选择

区县民政局办登记

提到涉外婚姻登记与内地居民婚姻登记有哪些不同,吴蓓介绍说,首先是办理婚姻登记时所持证件不同。内地居民办理婚姻登记须持本人的户口簿和身份证,境外当事人须持本人的有效护照、通行证及身份证等。二是提交的证明材料不同,内地居民办理婚姻登记时不需出具未婚、离婚或丧偶证明,婚姻状况以户口簿上的记载及个人声明为准,境外当事人则需要所在国(地区)有权机构出具的婚姻状况证明,经过相关部门公证或认证,并提供相应的中文翻译文本。三是结婚证使用方法不同。结婚证在内地可以直接使用,在港澳台地区使用需要办理公证,在国外使用还需要办理公证和认证。其他婚姻登记的办理程序相同。

“涉外婚姻登记下放区县办理是政府进一步简政放权、便民利民的体现。”吴蓓表示，下放区县办理后，当事人可以在北京居民一方户口所在区县民政局婚姻登记处就近办理，不用再集中到北京市民政局办理。

为保证区县婚姻登记处顺利承接此项业务，市民政局对婚登工作人员开展了涉外婚姻登记业务专题培训，同时组织涉外婚姻登记员分批次在市民政局涉外婚姻登记处进行实训，另外还将派市局的专门工作人员到各区县实地指导办理并随时解答区县婚姻登记处及当事人的疑难问题。

#### 提醒

据介绍，根据婚姻登记双方当事人的身份及需要办理业务的类别，市民政局对涉外婚姻登记管辖权做出了明确规定。计划近期办理涉外婚姻登记的当事人，可具体咨询北京市民政局境外婚姻收养登记中心，咨询电话是65395015、65395016、65395018和96156，也可直接与户籍所在区县民政局婚姻登记处联系，咨询相关办理事宜。

另外，下放区县办理后涉外婚姻登记同内地居民婚姻登记一样，可以通过“北京民政信息网”实现婚姻登记网上预约。当事人办理网上预约后，区县民政局可以提前做好准备工作，减少当事人排队等候时间。

#### 相关

涉外婚登 25 日起可以网上预约

离婚判决

将即时到达

民政部门

记者上午了解到，本市婚姻登记信息有望在 10 月份和法院联网，届时在法院办理过离婚手续的当事人，婚姻状况将即时传送到民政部门。

据了解，男女双方除了协议离婚是到民政局办理手续之外，如有争议，都是到法院起诉离婚，但由于法院与民政部门并未联网，经法院判决离婚的信息婚登部门并不掌握，容易形成漏洞。

本市民政部门今年正在推动婚登信息与公安、法院等部门实现信息联网共享，目前正在做技术层面的沟通，进行两个系统数据共享的对接，最快有望在 10 月份实现和高法数据的对接。这也意味着今后法院判决离婚的信息将被民政婚登部门掌握。

此外，市民政局婚登处相关负责人表示，本市婚姻登记过程中，当事人需要提交“声明书”，证明自己的婚姻状况，例如是离异或未婚等。

如果当事人“作假”，登记员输入数据时，发现与系统中状况不一致，将会无法办理婚姻登记。可以说有了“审查”这一关，企图隐瞒对方的当事人是无法蒙混过关的。

另据数据显示，今年截至 9 月 15 日，全市共办理结婚登记 122766 对，与去年同期相比增长了 4.7%；离婚登记 38162 对，与去年同期相比增长了 1.8%。

本报记者 左颖 J170

王金辉 制图 H120

办理须知

办理机关：

北京居民一方常住户口所在区县民政局婚姻登记处

所需材料：

一、北京居民：本人户口簿（婚姻状况一栏应与实际婚姻状况一致，不一致的须到户口所在地派出所变更；集体户口者须持本人户口卡原件及集体户口簿首页复印件并加盖保管部门印章）；本人的居民身份证。

二、外国公民：

本人的有效护照或者其他有效的国际旅行证件；

所在国当地司法公证机构出具的本人无配偶证明，经过该国外交部或外交部授权机构认证，再经中国驻该国使（领）馆认证；或者所在国驻华使（领）馆出具的本人无配偶证明。证明材料中的本人信息须和本人有效护照或者其他有效的国际旅行证件保持一致（自出具之日起 6 个月内有效）；

翻译机构的全文同等格式中文译本（包括当事人的情况、公证机关的说明、外交部的认证、人名、地名、签字、印章等所有外文内容），并加盖翻译机构印章。

三、3 张大二寸（5×3.8cm）近期免冠合影证件照片

### 弟弟替哥哥离婚被拆穿 兄弟二人被训诫罚款

2014 年 9 月 18 日 四川新闻网(成都) 刘瑞

四川新闻网自贡 9 月 17 日讯（尹红梅 记者 刘瑞）

41 岁的杨平与妻子分居近 10 年，10 年来，就连妻子的去向，杨平也丈二和尚摸不着头脑。为了解除这段有名无实的婚姻关系，杨平向法院申请离婚，但由于常年在外务工来回不方便，杨平让弟弟杨安冒充自己打官司，没想到偷鸡不成蚀把米，最后不仅婚没有离成，兄弟二人还因妨害民事诉讼行为被贡井区人民法院训诫，并分别处 1000 元和 500 元罚款。



外出务工来回不便 找弟弟“帮忙”离婚

现年41岁的杨平，是自贡市贡井区人，与妻子分居近10年，就连妻子的去处也不知晓。近10年来，双方维系着一种有名无实的婚姻关系。2012年，杨平向法院申请离婚，因为联系不上妻子，法院依法进行了缺席审理。由于缺少能证明双方夫妻关系不和的证据，法院最终驳回了杨平的离婚申请。2年后，杨平决定再试一次。

因为常年在外打工，杨平于是与比自己年龄小一岁、相貌差别不大的同胞弟弟杨安商量，希望弟弟杨安帮个“忙”，冒充自己向法院提起离婚诉讼。杨安答应了，从立案、领取法律文书，甚至庭审，杨安都“一手操办”，甚至没有透露丝毫破绽。

争夺女儿抚养权露破绽 法官细致处理得真相

杨平与妻子育有一女，名字叫杨宁。为了争取到杨宁的抚养权，法庭上，“杨平”出示了一份杨宁的证明书，上面写着由于父母离婚，自己愿意跟着父亲一起生活，并附有签名和手印。法官认为，孩子的抚养权问题应该慎重，这关系到孩子以后的成长及幸福，需要杨宁当面表态才行。

经过联系，8月26日，杨宁跟随外婆回到自贡。在当面交流过程中，杨宁告诉法官，自己从来没有写过书面证明。法官觉得事情很蹊跷，便叫来“杨平”。当面对质时，杨宁拆穿了杨安的身份。一场偷梁换柱的把戏被拆穿。

身份被揭穿后，杨安表示，自己之所以冒充哥哥，是因为哥哥在常年外面打工不方便回来，于是就想着“好心”帮哥哥一把，本认为离婚就是个程序，没有想到这么复杂。最终，杨平的离婚起诉被驳回。

今日上午，四川新闻网记者从贡井区人民法院了解到，目前，法院以妨害民事诉讼活动的行为，对杨平、杨安兄弟二人进行训诫，并分别处1000元和500元罚款。

法官提示：离婚诉讼因涉及身份关系而具有一定的特殊性，原则上必须当事人本人亲自参加诉讼，不允许他人冒名顶替，否则应依法承担不利的法律后果和相应的法律责任。

作者：刘瑞

### 蓝翔技校校长之妻谈荣兰祥：曾被他拿菜刀砍

2014年09月19日 大河网-大河报 陈海峰

9月5日，在天伦花园小区内，蓝翔技校副校长率众强制“换防”，引发群殴事件，记者了解到，目前双方各有4名涉案人员仍处于被刑拘状态，孔家被拘的，是孔素英的两个亲妹妹及两个堂兄。

群殴现场

天伦花园大门前成了停车场

原标题：蓝翔技校校长闹离婚引发群殴？

副校长率领近200人从济南到商丘与校长岳父斗殴校长妻子称这场争斗皆因离婚纠纷引起

□记者陈海峰实习生张帅领文图

阅读提示|9月5日，蓝翔技校副校长率众从济南赶到商丘，与荣兰祥（蓝翔技校校长）岳父斗殴一事，经媒体报道后，多家网站转载，迅速飘红网络。9月18日，记者在没有挂牌的天伦花园小区门口看到，小区大门紧锁，看守人员已经由荣兰祥的岳父方换成荣兰祥委托的代表，荣兰祥妻子孔素英告诉记者，这场争斗，皆由她和荣兰祥的离婚纠纷引起的。

现场走访|天伦花园看守人员一言不发

9月18日下午，记者赶到商丘市神火大道168号天伦花园看到，大门前明显已成了一个停车场，小区的大门紧闭，门前的两根柱子上都粘贴了一份山东省济南市天桥区人民法院的民事裁定书和一张委托授权书。

天桥区人民法院的裁定书上显示，荣兰祥向法院提出了财产保全申请，裁定为“冻结和查封原告孔素英与被告荣兰祥名下的银行存款、房产等财产3亿元”。

授权委托书上面写着，“根据济南市天桥区人民法院（2014）天民四初字第415号财产保管委托书，荣兰祥保管‘位于河南省商丘市神火大道168号天伦花园全部房产及商丘市团结中路36号天伦小区5号楼2单元104室住房一套’。”委托人为荣兰祥，受托人为周美莲、高飞等30人。

与以往不同的是，群殴事件后，这里的看守人员“换防”成荣兰祥一方的。

大门内坐着一名男子，但当记者问其是不是蓝翔技校的，蓝翔技校是否有负责人在此时，该男子一言不发就走进了屋内。

记者等待了10多分钟后，该男子重新换了件衣服出来，但仍是一句话不说。

一方回应|离婚纠纷引发“换防”大战

事件回放|天伦花园内百人互相打砸

9月18日下午，商丘市一家咖啡厅，孔素英接受记者的采访。

孔素英说，此前，这个已经建好7年的楼盘，由荣兰祥手下的3个工作人员看守，两个月前，孔家人发现，荣兰祥有转移资产的嫌疑，与看守人员交涉后，进行了“换防”，变由孔素英78岁的父亲孔令荣和另外两个老者看守。事后，荣兰祥方的看守人员报了警，警察赶到后，听说是家庭纠纷，没有深究，这个状态一直延续至9月5日。

之所以“换防”成功，孔素英有她的理由，今年6月19日，荣兰祥与孔素英及6个子女共同签字，并有山东

蓝翔房地产开发有限公司的印章，出具的一份证明材料显示，荣兰祥名下所有山东蓝翔房地产开发有限公司及河南天伦花园工程项目、商丘 310 公路南蓝翔加油站、山东蓝翔高级技工学校、山东宏达技校、山东蓝翔职业技术学院的全部资金资产和债权债务归子女所有。

9月5日，在天伦花园小区内，蓝翔技校副校长率众强制“换防”，引发群殴事件，记者了解到，目前双方各有4名涉案人员仍处于被刑拘状态，孔家被拘的，是孔素英的两个亲妹妹及两个堂兄。

9月18日下午，孔素英的父亲孔令荣告诉记者，9月5日上午11点左右，有八九个人找到他，说天伦花园是荣兰祥的房子，让孔令荣和另外两名看门的老人马上离开。

“我肯定不能走，那是我闺女的房子，他们夫妻还在打离婚官司，我受我闺女的委托在那看守，防止他（荣兰祥）转移资产。”孔令荣说。

9月5日下午1点多，山东蓝翔高级技工学校的副校长王继忠（音）、白常华（音）和荣兰祥的三哥荣兰强带着四五十人闯入值班室，将孔令荣的电风扇、床、洗脸盆、锅碗等生活用品全部扔了出去，一些零碎的木板和铁皮也堆放在床边。

孔令荣报警后，民警赶到现场维持秩序，王继忠等人便暂时离开了。

不料，到了当天下午两点多，王继忠带领近200人，拿着棍和铁锨、戴着白手套再次来到天伦花园，恐吓孔令荣立即离开小区。双方争吵时，孔令荣的八九个亲属闻讯后也赶到现场，一些看热闹的商丘市民得知有人从济南到商丘来打架，也参与进来。

据一名目击者称，随后，整个天伦花园内外瞬间一片混乱，骂声、铁锨声、惨叫声混成一片。下午5点40分左右，一名男子被打伤，满头鲜血地躺在地上，原本围观拍照的人群看到这种场面吓走了一大半。10多名民警在现场阻止打斗，效果不佳，后来又调来100多名民警，包括20多名防暴警察，才将事态控制住。

随后，被打伤的男子被赶到的120救护车送往医院治疗。

诉说纠纷| 起诉离婚多次交涉均未谈妥

“我坚决要和荣兰祥离婚，提起他，我有一种恐惧感……”孔素英谈话间，眼泪止不住流淌，从去年农历十二月初四，孔素英起诉离婚，近一年来，双方虽经过多次交涉，但均未谈妥。

“2007年的一天，他把我背上砍3刀，胳膊上砍一刀，用菜刀砍的。”孔素英撸开袖子，还能看清胳膊上的伤疤。

2009年冬天，孔素英从山东回到河南虞城娘家生活，“生活很困难，此后，他没有给过我一分钱，经济困难时，靠娘家亲戚接济。”

至于为什么离婚不成，孔素英说：“一些离婚条件，我不能接受，孩子的事情他也不问……”

18日下午，记者致电荣兰祥求证，电话处于无法接通状态。荣兰祥的二哥荣兰胜在电话中告诉记者：“我离开济南20多年了，两个多月没见过荣兰祥了，所以不清楚前段时间聚众斗殴的事情，至于荣兰祥两口子闹离婚的事情，也不清楚，但实际情况是，我知道荣兰祥给几个孩子在济南买车、买房、还买家具，这是我看到的……”

对于这一情况，孔素英说，这是她与荣兰祥离婚谈判时争取过来的条件：每个孩子300万元买车买房，“但至今荣兰祥只落实了3个孩子，另一个孩子的房子是她与荣兰祥合资购买，其他两个孩子还没落实。”

### 【资讯】怀疑妻子不贞将妻女杀害 吴呈建被执行死刑

2014年9月20日 菏泽市中级人民法院

吴呈建因怀疑其妻与他人有染，女儿非亲生，将其妻女杀死；李金刚、赵小三、王艳秋报复他人，分别将被害人朱某某、刘某甲、刘某杀死。近日，菏泽市中级人民法院遵照最高人民法院签发的执行死刑命令，依法对故意杀人犯吴呈建、李金刚、赵小三、王艳秋执行死刑。

吴呈建，男，小学文化，山东曹县人。

1999年，吴呈建与陈某某（歿年38岁）结婚，2007年陈某某生育次女吴某某（歿年4岁）。吴呈建怀疑陈某某与他人有不正当关系，吴某某不是自己的亲生女儿，经常与陈某某发生争吵。2012年6月19日零时许，吴呈建与陈某某再次发生口角，吴呈建心生恼怒，即用手捂住陈某某嘴部，持屋内的裁纸刀割陈某某颈部数刀，致陈某某因颈部创伤大失血死亡。尔后，吴呈建又用手捂压吴某某口鼻部，持屋内的菜刀砍击吴某某颈部一刀，致吴某某因颈部创伤大失血死亡。

李金刚，男，小学文化，山东鄄城人。

李金刚、被害人朱某某（歿年61岁）和郑某某均系鄄城县某村村民，李金刚、朱某某分别与郑某某保持不正当关系。2012年春节前，李金刚认为郑某某与朱某某有不正当两性关系后受到疏远，遂怀恨在心，欲杀死朱某某进行报复。同年2月8日上午，李金刚将朱某某骗至其家中，趁朱某某不备，持砖块、秤砣、铁锤等工具猛击朱某某头面部，致朱某某因严重颅脑损伤死亡。李金刚恐朱某某未死，又用塑料袋套其头部，用电线勒其颈部。当晚，李金刚将朱某某的尸体用棉被包裹，用电动车运至村沿黄公路临濮段抛于一水渠内。

赵小三，男，文盲，山东嘉祥人。

2011年8月，赵小三经巨野县某村民刘某某等人做媒与一名女子开始交往，在赵小三给予一些财物后，该女子

去向不明。赵小三认为刘某某等人与该女子合伙骗其钱财，遂扬言报复。2012年4月一天夜间，赵小三携带一瓶汽油，骑自行车至刘某某家院内，从堂屋窗户处将汽油倒进屋内并点燃，被暂住该处的刘某某之侄被害人刘某甲（殁年25岁）扑灭。同月29日凌晨1时许，赵小三携带一桶汽油和挂锁等，再次骑自行车到刘某某家院内，先用挂锁将堂屋门从外面锁上，后将汽油从堂屋门底下倒入屋内，点燃汽油后逃离现场，将在堂屋内睡觉的被害人刘某甲全身大面积烧伤，后死亡。

王艳秋，自报名“王三”，男，小学文化，河北深州人。

2011年12月13日晚，王艳秋与曹谜（已判刑）酒后到曹县某网吧上网。当日21时许，曹县公安局组织对网吧集中清查。该局某派出所协警刘某随队清查至腾振网吧时，因制止曹谜抽烟并拍照取证，与王艳秋发生言语冲突，并踢打了王艳秋。该所警长张某某见王艳秋醉酒，即让王艳秋回家。后王艳秋将被打之事告诉曹谜，曹谜提议报复刘某，两人为此购买了两把单刃尖刀，并各持一把到某派出所外守候刘某。当日23时许，曹谜、王艳秋尾随下班离开派出所的刘某至附近的意友网吧。曹谜上前质问刘某为何殴打王艳秋，并辱骂刘某，刘某打曹谜一耳光，曹谜即掏出尖刀捅刺刘某胸背部数刀，至刘某心脏及主动脉破裂失血性休克当场死亡。意友网吧管理人员陈某某、王某上前欲劝解，王艳秋掏出尖刀捅刺陈某某胸腹、背部数刀，捅刺王某胸背部、手部数刀，致陈某某被刺破右锁骨下静脉致失血性休克当场死亡，王某经抢救脱险，损伤程度为轻伤（重度）。

菏泽中院一审先后以故意杀人罪，分别判处吴呈建、李金刚、赵小三、王艳秋死刑，剥夺政治权利终身。

菏泽中院宣判后，吴呈建、李金刚、赵小三、王艳秋均不服，分别提出上诉，山东省高级人民法院经二审审理，分别裁定驳回吴呈建、李金刚、赵小三、王艳秋的上诉，维持原判。最高人民法院经复核，分别裁定核准对罪犯吴呈建、李金刚、赵小三、王艳秋判处死刑，剥夺政治权利终身。

菏泽中院遵照最高人民法院签发的执行死刑命令，已于近日分别将吴呈建、李金刚、赵小三、王艳秋验明正身，执行死刑。

## 法力无边 · 争鸣 | 一则“以房养老”的物权案例引发的讨论

2014年9月20日 北京大学法学院学生会

学期第一节物权课上，薛军老师提出了一个有关“住房养老”的案例，这个案例引起了大家的讨论...

案例

一个老人没有任何钱，但是老人拥有一套房屋的所有权，她想住在房子里养老，又想要利用这套房子赚钱，请问老人应该怎么办？

讨论

我觉得这个老人可以把房子抵押出去，但是要考虑实际操作性，比如向谁抵押、老人可否一直居住的问题。之后我刚好上网查到国家在14年上半年实行了以房养老政策，老人可以将自己的产权房抵押出去，以定期取得一定数额养老金，在老人去世后，银行或保险公司收回住房使用权。我觉得这样就可以解决他既想继续居住又要获得养老金的问题。

——法学院 娜米芽

我也觉得这个方案在目前来讲比较合适！但个人觉得要实施“以房养老”政策，单就现在看来也并不轻松。例如，怎样的机构来推行这个政策较合适？社区、政府，还是专门的商业机构？是否应该考虑一下房屋的价值等因素，如果房屋地处经济不发达的地区，价值过低或者不易变现的话，是否在反向抵押时会有难度？其次，有些老人的房屋比较老，甚至可能出现超出住房建设用地使用期限的情况（当然这种情况比较极端）。《物权法》虽然有规定“住宅建设用地使用权期间届满的，自动续期”，但“自动续期”是否会与这种反向抵押产生冲突，目前也没有确定说法。以及，如果在“以房养老”的过程中如果出现国家因公共利益需要征用这块土地的情况，老人该怎么安置似乎也需要进一步讨论……从各方面信息反馈来看，自7月该政策试行以来，一直障碍重重，还有许多环节亟待完善。好像思考得有点偏离法律了，但个人觉得这个问题确实非常复杂，我国似乎还没有专门的法律规范与之对接。嗯，目前我的思考就是这些，希望能有抛砖引玉的作用~

——元培计划委员会 赵恬艺

我是这样想的，老人将该房屋出卖，用买房子的所得养老，但是订立买卖合同时，基于意思自治，老人可在合同中与对方当事人约定，在老人有生之年，老人可继续享受该房屋的居住权（可以看作是租金为0的租赁）。这样一来，就可以同时满足老人居住房屋与用房子养老的需求了~~

——法学院 李佳益

我觉得让老人找到原意与她合住的租户可能更保险一点，这样她既有稳定的每月租金收入保证基本的生活开支，另外还可以不用担心自己没有房子住。

——法学院 乔婧

看了同学们的讨论，也粗略了解了一下“以房养老”，发现该制度还是不太明朗，房产市场的飘忽不定，70年产权问题的漏洞，相应保障制度的不完善，养儿防老观念的根深蒂固，交易双方所冒的风险，都是不可忽略的问题。首先，我们要考虑的是，老人是否愿意以失去房屋使用权的方式来度过余生，甚至可能在10年后面临没钱也

没房的窘境？

其次，保险公司或银行是否愿意承担房价下跌或其他不确定因素，而最后所得抵押价款无法与其付出的金额相当？

再次，如前面同学所说，住宅建设用地使用权期间届满的，自动续期。自动究竟是何意？现在 70 年的年限的问题虽还未暴露出来，但还是不可忽视的。在这个问题上，还需要政府的配合。

观念是很难在短时间内改变的，但是制度的创设和改变较之稍快。所以，我认为在还有其它方法的时候不要让老人失去房屋的产权，如前面同学所说的租房置换即通过房屋获取租金，最终通过租金收入来入住养老院，我认为还是比较合理的。当然，这样的制度还是存在问题，现在的养老机构参差不齐，许多老人也不愿意入住养老机构。我想，这还是需要一定的完善，譬如设定租房置换机构，养老机构需经过审核批准，既为老人提供程序上的方便，也能保障老人晚年生活的优质。当然“以房养老”制度仍然是非常具有发展潜力的，而租房置换制度可以说是拓宽了老人养老的渠道。

——法学院 严婉怡

关于“以房养老”，我认为在实际操作中是有很多难处的，比如对双方经济利益的均衡，由于各种因素如地段、面积等等，用于抵押的产权房屋的价值也大不相同，再较之该地区的本身生活标准，定价高于房屋价值，则会给接受抵押的机构带来亏损和负担。同时，如果该房屋存在可预见的变现困难或者利润过低又是否能够有机构愿意接受这种抵押；如果定价过低或房屋本身价值比较低，又可能导致该笔资金无法负担老人的生活。所以我认为这种方式还需要在制度和法律上加以规范。

我比较同意的是差价养老的办法，即将房屋出租然后换租较为比较小的房屋的做法，这样既保证有房可住，同时两个租赁合同始于租房之日，终于老人去世时，期限相同，避免了像“先卖后租”中有可能出现的如由于老人寿命长而导致所付租金接近甚至高于卖房所得的情况。

——法学院 陶然

我个人对老师所留的思考题有以下想法：

此题中的老人有两个愿望：

- 1) 心安理得地长久住在他目前所有的这套房子里；
- 2) 用这座房子养老。

实现第一个愿望意味着他住在这套房子中这一事实要合情合理、有理有据。所以，他要拥有这套房子的所有权或者租赁这套房子（我目前想到的只有这两种方式）。实现第二个愿望意味着他要有钱。问题就在于题目中说老人没有钱。所以，问题就转化为老人要住在这套房子里而且要利用这套房子获得钱。针对这一问题，我想出了两种方案：

1) 老人将这套房子出售给他人，获得一定金额的钱；之后，他再与新房主签订房屋租赁合同，承租这套房子，居住在其中。根据我们的生活经验，租房子住的价格是要低于购买一套房子的，所以老人出售房子的钱除了支付房租之外，还可以用来养老。

2) 老人可以将这套房子出租给他人，然后与承租者一同住在这套房子里（类似于国外的 host family）。如此一来，他就可以安心地住在这套房子里，又可以利用承租人支付的租金养老。

就我个人而言，我会选择第二种方案。因为老人的余生并不确定，第二种方案至少确保了老人拥有住处；加之房价不稳定、物价持续上涨的问题，拥有一套房子至少是比较心安的也更为稳妥。

——法学院 田俊鑫

居住权作为物权，其特征是直接支配性和排他性，是一种以他人的物的占有为前提、由特定人对他人所有的物进行用益的物权，属于用益物权。根据薛军老师论文观点，居住权可以通过房屋买卖而产生，也即可以通过签订合同设定，这与房屋租赁合同设定租赁权有一定相似性，二者都构成了对所有权的限制。

区别是：

1、租赁权尽管物权化，但本质上依然是债权。承租人必须通过租赁合同请求出租人转移房屋占有来实现租赁权，如果出租人转移占有给承租人之前又将其转给他人使用，那么承租人是无权交付房屋的占有的，只能根据合同约定请求对方承担违约责任。而居住权属于物权，其设定以登记为生效要件。一旦成立，不管房屋是否已经现实地转移了占有，根据物权排他性，居住权人对任何对该权利的行使造成妨害的行为都可以直接对抗，无需借助原设定居住权合同的效力。相比而言，这种方式比起租赁更能保护居住权人的利益。

2、但对于老人未来生活的保障来说，居住权未必优于租赁权。物权公示公信的原则要求不动产权属的变动必须登记，不登记则权利不发生转移。如果居住权没有经过登记，那么老人仅能以有效成立的合同请求（可以是买卖合同中关于居住权的设定）保护，这样无疑不利于承租人。

我国法律对房屋租赁合同的登记未做强制性规定，只在《城市房地产管理法》中有相关登记要求。但是实务中大量租赁合同并未登记备案，而且也不认为是无效合同，即租赁合同是有效的。但是未经登记的租赁合同不能对抗善意第三人。因此，如果出租人将房屋所有权转让给善意第三人并办理登记手续，那么老人的租赁权是不能对抗受让人的所有权的。

因此，两种方式似乎都有一定风险。

3、如果是租赁，那么承租人肯定得向出租人支付租金。但根据我查的资料，居住权一般是无偿性的，即居住权人无须向对方支付一定价金。即使居住权通过合同设定的时候约定一定对价，但并不是取得居住权的必须，而且其数额肯定远低于租金。

4、我国合同法规定，承租人负有不得随意转租的义务，即不经出租人同意，承租人不得将房屋转租给他人，否则出租人可以解除合同。但是居住权作为用益物权，具有被抵押、转让的效力。居住权人虽然不能处分标的物，但是可以处分用益物权自身。所以，居住权人可以部分房屋出租以解决生活之需，这是法律所允许的，所有权人无权干涉更不能因此解除当初设立居住权的合同。这么看，居住权的成本似乎要小于租赁权~

5、最后，从时间期限上，合同法规定租赁权的期限一般不得超过20年，期限届满后当事人可以续订。如果20年后老人尚在世，而我国法律未规定优先购买权，那么到时老人的权益怎么保护？而居住权由于其人身依附性，期限一般是永久和终身的，当然我觉得绝大部分老人应该不存在这个问题……

最后，如果我国物权法承认了居住权，那么总体上居住权应该是优于租赁的（这么说不知道对不对……）。但是物权法并未承认居住权，那么租赁应该是目前比较好的一种方式了。

——法学院 杨济玮

## 逻各斯| 堕胎是对的吗？

2014年9月21日 微思客 WeThinker



（哲学家 Peter Singer，图片来自网络）

★本文转载自“紫烟亭”博客，转载符合该博客要求。如果需要，请完整转载，并注明原始出处，并注明简体字版转自“微思客 WeThinker”微信公号（wethinker2014）。

【编者按】“堕胎在道德上是对的吗？”“我们应该拥有堕胎的自由吗？”堕胎是一个很敏感且非常富有争议的议题。今天，我为大家选择一篇短文，谈及“反堕胎论证”。哲学是讲求根据和论证的。在这里，不妨请大家思考，这样的论证禁得起推敲吗？另外，你能来信与各位读者分享，你对堕胎的看法吗？在这里，想与大家分享一本有关这个问题的经典之作 *Life's dominion: an argument about abortion, euthanasia, and individual freedom*。这本书也经过译者的努力，翻译成了中文。译名是《生命的自主权》。作者是大名鼎鼎的哲学家、思想家德沃金。如果你不了解他，不要紧，在未来的逻各斯版块，你一定会逐渐了解他。联系邮箱：wethinker2014@163.com（编辑：@在远方写作）

一个反堕胎论证

记得小时候看港剧，有段时间常有角色被搞大肚子，要跑到内地找黑市医生堕胎，但却也常常因为黑市诊所素质参差，最后落得不孕的下场。那时候我就常纳闷：为甚么有香港的医院不去，要跑黑市诊所堕胎？（对不起我太笨了）后来我才知道原来堕胎手术并不是你想要医院就会提供，有某些国家甚至将堕胎列为违法行为，例如英国在1861的法案规定堕胎可被判监禁三年，瑞士在1937到2001年间一直有堕胎法禁止堕胎。可是，为甚么要禁止堕胎？

Peter Singer 在 *Practical Ethics* (2011, 3rd ed., p. 125) 谈到反对堕胎的论证（但他本身并不是这个论证的忠实支持者）。这个论证——我相信——同时也是很多反堕胎支持者之所以会反对堕胎的原因：

前提一：杀死无辜的人是错的

前提二：胎儿是无辜的人

结论：杀死胎儿是错的

这个论证在形式上是有效的 (valid)。但若果它两个前提都成立，那么我们似乎无可避免要一并接受它的结论，而它的结论则相当于「堕胎是错的」。换句话说，同意前提一和前提二的人，似乎很难一致地宣称自己赞成堕胎。

第一个前提似乎没有问题。就算杀人不一定是错的，比如杀死罪大恶极的歹徒，但杀死无辜的人显然是道德上错的。第二个前提宣称胎儿是人。的确，胎儿会发展成婴儿，虽然婴儿在各方面仍不够完整，但基本上已经算是人，说「胎儿是人」难道有错吗？

## 性格不合感情不和 上周9成离婚者都这样说(组图)

2014年9月19日 重庆晨报(重庆)



当初扯证时大家都满怀希望，打脱离时是否该冷静一点呢？（资料图片）



婚姻观察室让不少冲动型离婚夫妻重归于好。（资料图片）

中山大学在上海、广州曾进行过一项小样本调查。结果显示：70后、80后的已婚人士中，离婚人数达到或接近一半。

70后、80后已婚人士中，离婚人数近半？晨报《都市婚姻观察》栏目主持记者调查发现，70后、80后，已成离婚人群中的绝对主力军。来自于婚姻登记窗口的定期数据显示：上周“打脱离”夫妻中，超过一半都是70后、80后！

为啥要离 因性格不合感情不和

位于珊瑚公园里的渝中区婚姻登记处，提供了上周办理的进行了离婚登记的人的年龄情况。上周，该处一共有86人到离婚登记处登记离婚。其中70后80后，就有49人，占了离婚总人数的57%。

通过数据统计，我们发现，离婚者中，70后比80后要多3个人。70后26人，80后23人。90后，只有1个人。60后比80后要少，50后比60后要少。重庆晨报记者从其他区县了解到的情况，和这个规律大体一致。而且有一个共通之处：就是上周“打脱离”夫妻中，超过一半都是70后、80后！

他们为啥要离婚？从登记的原因来看，有对方有了婚外情、有第三者插足、有家庭不和谐等！不过离婚原因填写得最多的，占了90%以上的仍是这8个字：性格不合、感情不和。

为啥这两个年龄阶段的人最多？“关于婚姻，一直都存在5年之痒、6年之痒、7年之痒这些说法，这两个年龄段的人，婚姻处于这个阶段的不少。”一位从事离婚登记处10多年的工作人员，一句话道出了这个普遍性现象出现的原因。

70后现象 很多人离婚但不离家

“娃儿和他在一起，我不放心。娃儿和我在一起，他不安心。现在也只有这样了，住在一起。生活各管各，但都要管娃儿。毕竟，孩子上高二了，我可以照顾孩子生活。他可以管管孩子学习。”一位出生在1972年新离异女士说，其实她如今的婚姻生活，和离婚前没有区别，不一样的，是将结婚证换成了离婚证。

本报《都市婚姻观察》栏目主持记者通过采访70后、80后新离异人士，观察到了一个特别的现象，就是不少70后离异夫妻，属于“离婚不离家”。

上述女士说，孩子的父亲和她离婚时，协议了一个特别内容，大房子产权归她，但男方有权使用房子次卧，期限为两年。女儿上了大学后，此权利终止。“我们属于典型的，离婚不离房。”她有些自嘲。实际上，离婚不离房的不少。

这是一个特别现象，在70后离异夫妻中，离婚不离房，除了考虑孩子的感受暂时不离房之外，还有其它原因，比如说有的考虑到面子，不想让人知道他们已离婚。有的是一方还想挽回婚姻或缠住婚姻而不走。当然，有的是已经和好，只是没去办复婚手续。“对感情并无完全破裂，冲动型离婚的，还是有帮助。”上述离婚登记处的工作人员说。

80后情况 离异者半数随父母住

“我离婚就搬回娘家了。”一位83年出生的女士说，家里就她一个女儿，结婚后爸妈心里失落，现在回娘家了，他们在念叨的同时，多数时候还是一种关心。“我觉得很温暖。”

“我也是回爸妈家了，家里方便，生活上几乎可以不管。”另外一位80后新离异男士说，离婚后，他把父母给他买的房子租出去了，节约开支的同时，还有了一笔收入。

记者观察发现，80后新离异人士中，若他们和父母生活在同一个城市，半数以上的选择回到父母身边。

在婚姻家庭指导师李威樾看来，80后新离异夫妻随父母住，这也是80后这代人的独有现象，因为80后几乎都是实施计划生育政策后的第一代，他们也几乎都是家中的独苗，离婚后回家，父母家里还有自己的生活空间。“而且从心理上讲，80后从小对父母依赖性就很强。他们婚姻破裂后，第一个想到的去处，就是父母家。作为父母，也想让失落的子女回到自己身边来，给予关爱和照顾。”李威樾说。

是否再婚 70后矛盾 80后期待

走进70后和80后新离异人士，还会发现，他们对再婚，也就是下一段婚恋，态度迥然不同。

总的来说，70后一代离异后，内心里不太急于再婚，但迫于周围亲友的看法，又需要再婚或开始一段新的恋爱。所以，70后的新离异人群，内心是矛盾的。

而80后，不少人对婚姻有一种不太现实的期待，尤其是女士，甚至可以说，对下一段恋爱还有一种不太现实的期待。而80后新离异男士，更多的人认为，有了事业才会有爱情，才会有更好的婚姻。

“总的来说，离异后再婚，不是找什么样的人，而是自己需要成长。”李威樾说，新离异人士要从一个崭新的角度去查找自己的一些问题。“因为自己都没有成长，就想通过对方来达到一个美满的关系，这是不现实的。只有人格独立的个人，才会拥有一个幸福美满的婚姻家庭。”

“当然，疗愈离婚伤痛，出路在于自我的成长。从真正爱自己开始。自己成长了，才能重建爱与亲密关系。”李威樾说。

婚姻是人生大事。

每一个人都应该慎重对待婚姻。本报每周推出的《明眼看婚姻》，关注都市里的聚散离合。

我们将收集整理上一周都市里结婚、离婚的数据，讲述幸福或者失败的婚姻故事，并邀请婚姻专家和婚姻心理咨询师为你解除困扰。

幸福的婚姻应该会有幸福的经验，不幸的婚姻应该各有各的故事。如您在婚姻方面有成功的经验或失败的教训，请打电话或发邮件告诉我们。（来源：重庆晨报）

### 不堪忍受妻子家暴 男子结婚纪念日起诉：必须离婚

2014年9月18日 金羊网(广州) 周文丹

“今天我也不怕家丑外扬了，给法官看看我被你打成什么样！”话音还未落，杨先生突然掀起衣服，露出了带着暗红伤痕的后背。

忍了妻子3年家暴的杨先生，为了离婚求解脱，这回主动揭开了“伤疤”。

今年7月的一天，杨先生到法院起诉离婚。这一天本是他和妻子结婚三周年纪念日。“如果不是实在过不下去了，我也不会选择这天来终结婚姻。”

前两天，两人调解离婚，杨先生长舒一口气，“心里最大的一块石头总算是落地了”。承办法官说，以往的离婚案件中，多是由女方控诉被男方家暴，像本案男方被家暴的情形，还是比较少见的。

怀疑老公找小三，妻子施暴长达3年

杨先生与妻子赵女士是经人介绍认识的，相处不到半年后，两人就结婚了。按照杨先生的说法，“没想到噩梦就此开始了”。

“婚后她像变了个人似的。”杨先生说，妻子一改之前的温柔体贴，动辄发脾气，家里的电视、冰箱等电器都不知道砸坏了几台，最过分的是还对他大打出手。“我是男人，总不好对女人动手的，只好忍了。”

一年后，赵女士变本加厉。杨先生提过离婚，可妻子扬言要在他熟睡时用乱刀捅死他。“这日子没法过了，可我也害怕，只能跟她分房睡。即便这样，我卧室的门也被她砸坏了很多次。”杨先生说，碍于面子，实在不好意思跟外人说一个大男人被家暴，就这么忍了3年。

至于家暴的原因，赵女士说得理直气壮。“还不是因为他找小三，回家之后不愿意与我亲近，我气不过才砸东西打人的。”

“没有的事袄！”杨先生叫屈，可两人根本没法沟通。今年7月份，他越想越憋屈，“总不能一辈子都这么过了，只要她肯离，我净身出户都行！”

他撂下话，狠狠心到法院起诉离婚。

当着法官的面，男人掀衣露伤痕

可家暴的案件往往有取证难的通病，因为两人是第一次提出离婚，法官本也想抱着劝和的心态做调解工作。

这时，杨先生突然当众掀起了衣服，说要给法官看看赵女士的恶行。法官一看，杨先生的后背伤痕累累，有的已经很淡了，有的还带着暗红的颜色。撩起衣袖，手臂上也有很多伤痕。

“你也不是没还过手啊，我身上也有伤的。”赵女士反驳。也许确实是过累了这样打闹的日子，她也表示愿意离婚，不过要求杨先生作出补偿。

见妻子松口了，杨先生说愿意付出一切代价，“只要她肯离就行”。

调解后，两人的财产是这样分配的：双方婚后购买的房子与车子均归赵女士所有，债务由各自承担，另外杨先生再贴补赵女士5万元。

看到妻子在“同意离婚”的调解协议上签字之后，杨先生长舒了一口气，说了句“自由了，可以过正常人的生活了”。（钱江晚报记者 周文丹通讯员 北瑜 北瓔）

作者：周文丹

（来源：钱江晚报）

## 全国妇联调研闵行 开展反家庭暴力立法(图)

2014年9月18日 东方网

9月17日上午，全国妇联权益部原部长、中国婚姻家庭研究会副会长蒋月娥，中华女子学院书记、教授李明舜带领全国妇联反家庭暴力立法调研组及上海市妇联刘琪副主席一行来闵行开展调研。闵行区党委副书记戴骅、区委委员、政法委副书记、区综治委副主任、区政府党组成员、副区长、市公安局闵行分局党委书记、局长、督察长吴培根陪同调研。

调研组一行首先来到闵行区吴泾镇派出所，实地参观了“家庭暴力案件受理点”并召开调研座谈会。在座谈会上，闵行区吴泾镇派出所、塘湾派出所、吴泾镇党委、“白丝带”社会组织、闵行区妇联、闵行公安分局代表围绕反家暴工作实践做法、工作重点难点问题等，相继发言交流，积极建言献策，并配合调研组开展个别访谈，共同推进反家庭暴力工作立法进程。

近年来，闵行区始终以“平安家庭建设”为切入点，逐步构建起了“预防为主、调解为先、综合治理、公权干预”的反家暴工作体系，有效遏制家庭暴力案件发生率。在区委、区政府的大力支持下，区妇联开通妇女维权热线，与区司法局共同培育社会组织闵行老舅妈工作者协会、创建“她保护”法律服务志愿者沙龙，与区司法社会工作促进会联手设立白玉兰社工服务站，与闵行公安分局合作在全区25个公安派出所治安窗口、100个社区警务室设立“家庭暴力案件受理点”，在区案件审理队设立“警花议站”，与区法院合作设立妇女维权合议庭，创建“零家庭暴力”社区（村），依托区妇联“三尺讲堂”和“三八维权月”有利时机开展各类反家暴宣教活动，借力“白丝带”社会组织引导男性参与到矫正施暴者的工作中来，实现“四个一”工作目标：即建立起一个多层次、全覆盖的组织网络，组建起一支“社工+妇工+义工”近千人的工作队伍，搭建起一个多部门合作平台，建立起一个集预防、受理、处置和联动效能于一体的反家暴社会支持系统。

李明舜教授从专业角度对闵行反家暴工作机制作出了“流畅高效、富有内在逻辑性和外在可操作性”的高度评价。蒋月娥副会长则谈到，上海市属于全国范围家暴低发地区，但是闵行区妇联在预防和制止家庭暴力、依法维护妇女权益方面做了大量工作，取得明显成效。其经验做法具有“好、实、新”的风格，体现出“在思想上高度重视、形式上与时俱进、方法上有智慧力量、效果上可复制可持续”的特点，对反家暴全国工作推进具有示范效应。



## 南昌简化房屋产权登记手续 房屋转移赠与无须提供公证件

2014年9月17日 中国江西网-信息日报 兆明

记者16日从南昌市房管局了解到，为简化房屋产权登记手续，该局近日下发了《关于办理房屋登记中取消无法律依据公证证明的执法管办告知书》，对于房屋转移赠与、夫妻间房屋产权的登记，不需要提供公证证明。而处理无民事行为能力人、限制民事行为能力人房屋登记的，监护人仍需提供公证证明。

此登记新规事实上从9月1日起就开始执行。

申请人持房屋赠与合同即可办理登记

据悉，以往南昌市房屋产权交易管理处在办理个别房屋登记事项中，要求申请人提交无法律依据公证证明。为减轻居民负担，减少行政成本，该局对房屋产权登记进行简化。

对于房屋转移赠与登记，《江西省房屋登记条例》规定办理房屋转移赠与登记的材料为赠与合同，并未要求当事人提供公证证明。在房屋转移赠与登记中要求当事人提供公证证明无明确法律依据。因此，在南昌申请房屋转移赠与登记，申请人持赠与合同即可以办理登记。

夫妻申请房产登记只要提交书面材料

《婚姻法》第十九条规定：“夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有，共同所有或部分各自所有、部分共同所有，约定应当采用书面形式。”夫妻共有房屋财产约定情形，由于有关房屋登记的法律法规并未明确要求当事人提供公证证明材料。对此，在南昌市，夫妻申请约定房屋财产登记，只要申请人提交书



面形式的材料即可办理。

监护人处理房产仍需提供公证证明

而对于监护人处分被监护人（无民事行为能力人、限制民事行为能力人）房屋申请登记是否需要公证的情形，由于相关法律法规未明确要求提供公证证明，《江西省房屋登记条例》只规定，监护人应当提供处分房屋财产是为了被监护人利益的书面保证。但由于该项登记事项的特殊性，出于保护被监护人利益以及规避登记风险的考虑，南昌暂时保留该项登记要求监护人提供有关内容的公证证明。

■信息日报记者秦谦/文

## 离婚多由女性提出多在节假日后

2014年9月22日 兰州晚报 朱浩源

兰州晚报讯（记者朱浩源蔡宁祯）在过去的2013年，兰州市全年办理结婚登记的共有28663对57326人，而办理离婚登记的共有6531对13062人，离婚率约为1.809%（离婚率=离婚对数÷年平均人口数），离婚对数比去年增加了1054对2108人，同比增长为18.91%。虽说离婚率低于全国平均水平，但同比增长速度却高出全国总体水平6个百分点以上。对比2009年至2013年的数据，兰州离婚人数呈逐年增加趋势。

离婚年龄日趋年轻化

在过去的2013年，兰州市全年办理结婚登记28663，离婚登记6531对。对比2009年-2013年的数据，兰州离婚人数呈逐年增加趋势。其中，2009年办理结婚登记26523对，离婚登记4775对，较上一年增加708对；2010年办理结婚登记24678对，离婚登记5405对；2012年办理结婚登记24989对，离婚登记5477对；2013年较上年离婚登记增加1054对。近年来，我市的离婚登记人数逐年增长。据了解，离婚的年龄层主要集中在25—45岁之间；女性提出离婚居多；离婚的年龄日趋年轻化，23—33岁之间离婚率上升比较明显。

据民政局信息处的张迈介绍，离婚人数逐年增多的原因，主要是现代人对婚姻生活品质的期望提高，现在独生子女越来越多，很多人只关心自己的想法、自己的感受而很少会换位思考，导致夫妻矛盾越来越多。还有就是女性经济地位的提高、家庭功能的改变以及婚外情等。

高学历人群对婚姻生活品质的期望值更高

“现代人物质生活丰富以后，更加追求个人理想的实现，不愿意家庭影响自己发展。80后90后进入婚恋阶段，优越的成长经历，难以承受婚姻家庭责任之重。”甘肃省心理咨询学会副会长莫兴邦如是说。

莫兴邦表示，现在很多离了婚的人都有一个共同的感受，那就是自己过于计较了对方的某些问题。而学历越高离婚的可能性越大的原因是，高学历的人群对婚姻及生活品质的期望值更高。

我市离婚登记人数逐年增长

针对有些人所说的每年高考结束后，都会迎来一波中年夫妇“离婚潮”的现象。市民政局信息处的张迈分析称，“我市高考后来离婚的人数和往年差不多，一直比较平稳。而且每个年龄段的都有，专门为了孩子高考而延迟离婚的，有这种现象，但是并不多，远远不能称之为‘离婚潮’。离婚高峰期一般出现在节假日后，一是因为节假日里矛盾的双方有足够的时间协商离婚事宜。二是长时间的节假日激化了矛盾的双方。”另外，现在独生子女越来越多，主要集中在80后，长期受家里人的宠爱，成长过程中太过“自我”，只关心自己的想法、自己的感受而很少会换位思考，独立承担家庭和社会责任的能力差，年轻人“闪婚”、“闪离”的近年来越来越金我。

对于“闪婚、闪离”现象，莫兴邦解释说：“这是对婚姻认识不足，经营意识差，依赖意识严重，对家庭、社会责任感缺失，完全凭感觉，归根结底还是父母的家庭教育不够。呼吁教育行政部门、妇联、团委、工会、关心下一代委员会等部门加大家庭教育力度、共同构筑自尊自信、理性平和、积极向上的社会心态，经营幸福的婚姻。”对于逐年增长的离婚登记人数，莫兴邦建议：夫妻双方要学习了解对方，愿意给双方一点时间，慎重处理婚姻矛盾。因为一时冲动闹到离婚的地步，夫妻双方应冷静对待，反省自己，与对方沟通。必要时寻找心理咨询师，借助专业知识，判断婚姻是否真的走到了尽头，找出症结，尽力挽救婚姻。

## 市住建局回应疑问：经适房共同申请人继承权受法律保护

2014年9月22日 深圳晚报

经济适用房的继承和增值收益分成成为各方争议的焦点问题。“暂行办法”由市住房建设局组织起草，已于9月9日通过媒体向社会公布，广泛征求意见。

市住建局回应经适房业主疑问

经适房共同申请人继承权受法律保护

9月19日，7名经济适用房业主代表与深圳市人大代表、政协委员以及有关政府职能部门负责人展开了一场座谈会，热议《深圳市经济适用房取得完全产权和上市交易管理暂行办法（征求意见稿）》（下称“暂行办法”）是否具有合法性、科学性、合理性和可操作性。经济适用房的继承和增值收益分成成为各方争议的焦点问题。“暂行办法”由市住房建设局组织起草，已于9月9日通过媒体向社会公布，广泛征求意见。

增益和继承问题成焦点

桃源村三期业主代表孟先生首先发问，他认为如果（经济适用房）上市的话，政府要收益分成，这个条款公平

合理。同时他也提问，“我购买经济适用房可能是市场价的80%，现在增值收益按50%收取，公不公平？你怎么算这个账？”

桃源村三期另一位业主郑先生则主要提到了“继承”这个问题：“（经济适用房）产权到底是多少年？如果我今天晚上回去一下‘挂了’，明天这个房子是不是政府要收回，不能继承？”

建议“把经适用房改成廉租房”

市人大代表郑学定则建议“换一个思维来考虑这个问题”：“如果我们把现在的经济适用房统统改成廉租房，我看就不存在这个问题。”

“现在这个办法也给了业主一个选择权，就是可以不交（房），你永远住下去，但是继承权要考虑到，到底能不能继承，或者继承条件是符合廉租房的，他依然可以继承。这个继承跟我们权益继承是两个不同概念，不是遗产的继承，因为这个产权不是你的，这是一种使用权的继承。”

## 热点 | 偷拍“锋菲复合”四天四夜，侵犯其隐私权？

2014年9月23日 上海法治声音

对于“隐私权”，我们从来不陌生，从法律定义上来讲，隐私权就是指自然人享有的私人生活安宁与私人信息秘密依法受到保护，不被他人非法侵扰、知悉、收集、利用和公开的一种人格权。然而，在各大娱乐版，我们总是能看到某某艺人的经纪人又发出一封申明或是律师函，捍卫自家艺人的隐私权。

这不，上个周末的宁静就被“锋菲复合”的新闻打破，两人在王菲的新公寓内的多个亲密瞬间都被风行工作室捕捉拍摄到，并发表视频和图片进行报道。随后，谢霆锋经纪人霍汶希发声明斥责偷拍行为。

申明中说：“虽然霆锋身为公众人物，但他本身对其私人事情一向保持低调，故恳请大家让霆锋保留其私人空间。另经过律师建议商讨后，本公司有以下忠告，敬请各位务必注意。根据《中华人民共和国侵权责任法》第二条规定：侵害民事权益，应按照本法承担侵权责任。本公司艺人遭他人非法跟踪，并被偷拍私生活镜头，被窥探室内情况，相关个人信息被发布和传播，该行为侵害了谢霆锋的隐私权。我们保留追究侵权人法律责任的权利。”

连处事低调，对此类事件显有发声的歌手孙燕姿，也发微博写道：“艺人就不能有在家里的隐私权吗？”呼吁尊重艺人隐私，疑似声援锋菲。

我们不禁有这样的疑问，明星，作为“特殊群体”拥有和普通人一样的“隐私权”吗？如果有，这样的事情为何还是屡见不鲜，没有人来管吗？

或许网友们对事件的讨论，可以道出其中的分歧所在。网友们的意见大致可以划分为两个阵营：一部分人认为，明星也是普通人，也享有法律对自然人隐私权的保护，涉及到私人生活的部分就不应被他人非法侵扰；另一部分人认为，明星作为公众人物，他们的利益所得有时和公众兴趣密不可分，媒体对此也极为热衷，换句话说，一般而言那些曝光率高的明星，其收入也相对较高，甚至不排除有许多明星借自己的私人问题炒作，获取更高关注度的可能。

从法律的角度来说，公众人物隐私权确实有充满争议的部分，尤其是在它与公众知情权、舆论监督权发生冲突的时候。一方面，为满足大众知情权，明星的隐私权就应当受到一定程度的限制；另一方面，新闻自由的行使，不得侵犯明星与社会公共利益无关的基本隐私。

一场关于明星隐私权、新闻自由、新闻伦理的讨论正在进行。

在全世界，公众人物隐私权也是极具争议性的议题，但主要集中在隐私权让渡边界的问题上。而在中国，隐私权问题不止在法律上模糊，伦理道德上也充满了各种奇怪的悖论和矛盾。多年前，刘嘉玲被迫拍下的裸照被香港某杂志刊登，舆论是压倒性地支持刘嘉玲，但文章和姚笛的相关报道一出来，马上有人质疑“媒体是否被买通删去了尺度大的照片”，一副不见“床照”誓不罢休的态势。如果说刘嘉玲是被强行拍下裸照应值得同情，而文姚是婚外恋不为道德和法律所容，那么背后的逻辑显然站不住脚。难道明星本身行为的道德判断足以成为明星隐私权让渡多少的依据吗？

当然，伦理层面的争议直接与相关法律上的模糊界定有关。长期以来，“隐私权”在我国司法上一直处于一个模糊的位置，直到2009年《侵权责任法》的颁布，隐私权作为民事权利才第一次被法律所规定，其中也涉及到公众人物隐私权的特殊性。但即便如此，由于没有专门的《新闻法》，对于具体的公众人物隐私让渡问题，包括对公众人物的界定，在不同情况下让步到什么程度，媒体在何种情况下可以或被禁止曝光公众人物的隐私，我国都没有明确规定。

尽管有法律规定，隐私权仍然是一个充满争议的议题。“人的天性是八卦的，所谓狗仔队，电视、报纸，这些媒体很多时候出发点其实是销量和卖点，而不是真的就是公众利益。目前全世界相对来说并没有很健全的概括性的法律去保护公众人物隐私。因此这个话题本来就是充满争议的，是新闻界经常辩论的问题，很多时候靠的是记者本身的操守。”香港中文大学新闻与传播学院专业应用教授黄俊东如是说。

如果说以上讨论，是针对明星隐私与新闻自由的争议的话。那么，另一件有争议的事件，就涉及到隐私权双重标准的问题了。

也是在前不久，网络上盛传的“《监狱风云》演员名单”，就让我们看到了明星们不一样的“待遇”。从薛蛮子到李代沫再到房祖名、柯震东，明星们屡屡被爆出嫖娼、赌博、吸毒的丑闻，但是，在电视新闻上，我们不难发现，

他们有的脸部被打上了马赛克，也有的完全露脸；字幕有的用“某某”代替，也有的直接用真名。

央视一档法制栏目相关负责人称，他们内部也就该问题进行过讨论，觉得新闻栏目操作手法有些双重标准，容易引起公众猜疑。一般情况下，法治节目出现视频画面，对受害者、犯罪嫌疑人、未成年、警方线人及警方人士都会打上马赛克，同时马赛克还要严格按照“看不出任何脸部特征”的要求执行，如受访者有要求还需要对声音进行特殊处理。

目前中国法律没有这方面的详细规定，但是如果按照《刑法》未经判决，不得确定任何人有罪”的规定来看，涉案人员在法律意义上的尊严和权利理应受到保护。公众人物享有的隐私权在一定程度上比普通人物要小，但不意味着没有，为避免先入为主，影响司法公正或舆论，应打上马赛克，或尽量不露面。

虽然关于明星隐私权的问题，尚有较大争议，不过小猫还是建议大家在关注这些新闻的同时，适当调整心态，虽然大众有言论自由，也别伤及到明星的家人，更为重要的是，我们还有自己的生活，不要花费太多时间去参与明星的私人世界，关注影视歌曲作品可以给我们的娱乐生活带来丰富的乐趣，用那些正能量的事件来激励自己，不是更好吗？

## 【女泉视野】“赫敏”艾玛沃森在联合国发表女权主义演讲（附全文）

2014年9月23日 新媒体女性 WomenAwakening

近期出任“联合国妇女署亲善大使”的艾玛·沃森，上周六在联合国和联合国秘书长潘基文等一起出席促进性别平等的活动“*HeForShe*（他为了她）”，并发表了12分钟演讲，呼吁男女平等，男性也该参与，不要置身事外。24岁的艾玛虽然声音有点颤抖，但发言真诚且动情，结尾一句“如果不是我，谁会站出来？如果不是现在，要到何时？”博得大会起立鼓掌。视频和演讲文字片段在昨天引爆微博后，众多网友点赞称艾玛是“三次元的赫敏”“真正的女神”，还有网友想到了《哈利波特》中赫敏组织的家养小精灵权益促进会。

六个月前，联合国妇女署宣布艾玛沃森被指派为亲善大使。她将“从事于年轻女性赋权的工作，并将倡导推进联合国妇女署发起的*HeForShe*”运动。早在2012年，沃特森成为女性教育运动的亲善大使。

艾玛对从事于*HeForShe*运动的工作感到尤其兴奋。同时她也将支持联合国妇女署有关年轻女性战略支柱的相关工作，包括经济赋权、抵制妇女暴力、政治参与权、和平及安全等方面。

以下为艾玛·沃森演讲全文（中英对照），感谢译者@HathorOfDendera（新浪微博ID）的贡献：

Emma Watson: Gender equality is your issue too

艾玛·沃森：性别平等也关乎你

Speech by UN Women Goodwill Ambassador Emma Watson at a special event for the *HeForShe* campaign, United Nations Headquarters, New York, 20 September 2014

联合国妇女亲善大使艾玛·沃森在2014年9月20日纽约联合国总部为“他为她”运动举行的特别活动上的演讲

Today we are launching a campaign called “*HeForShe*.”

I am reaching out to you because I need your help. We want to end gender inequality—and to do that we need everyone to be involved.

This is the first campaign of its kind at the UN: we want to try and galvanize as many men and boys as possible to be advocates for gender equality. And we don't just want to talk about it, but make sure it is tangible.

今天，我们启动了一项名为“他为她”的运动。

我向你伸出手，因为我需要你的帮助。我们希望终结性别不平等——为此，我们需要所有人都参与其中。

这是联合国同类运动中的第一项：我们希望努力并激励尽可能多的男人和男孩倡导性别平等。而且希望这（性别平等）不只是空谈，而是确实确实的看得见摸得着。

I was appointed six months ago and the more I have spoken about feminism the more I have realized that fighting for women's rights has too often become synonymous with man-hating. If there is one thing I know for certain, it is that this has to stop.

For the record, feminism by definition is: “The belief that men and women should have equal rights and opportunities. It is the theory of the political, economic and social equality of the sexes.”

六个月前，我被任命为联合国妇女亲善大使。而随着我谈论女权主义越多，我越发现，“争取女性权益”太容易被当作是“憎恨男人”的同义词。如果说有一件事是我确实知道的，那就是，这样的误解必须停止。

必须郑重声明，女权主义的定义是：“相信男性和女性应该拥有平等权利和机会。它是性别间政治、经济和社会平等的理论。”

I started questioning gender-based assumptions when at eight I was confused at being called “bossy,” because I wanted to direct the plays we would put on for our parents—but the boys were not.

When at 14 I started being sexualized by certain elements of the press.

When at 15 my girlfriends started dropping out of their sports teams because they didn't want to appear "muscly."

When at 18 my male friends were unable to express their feelings.

8岁时，我开始质疑某些基于性别的假设。我不明白，为什么我想在为家长上演的戏剧里担任导演，就会被说成“专横”，而男孩们则不会；

14岁时，我开始被媒体报道的某些元素性别化；

15岁时，我的女性朋友们开始退出各自的运动队，因为她们不希望显得“肌肉发达”；

18岁时，我的男性朋友们无法表达他们的感受。

I decided I was a feminist and this seemed uncomplicated to me. But my recent research has shown me that feminism has become an unpopular word.

Apparently I am among the ranks of women whose expressions are seen as too strong, too aggressive, isolating, anti-men and, unattractive.

Why is the word such an uncomfortable one?

我认为自己是一名女权主义者，这（身份认定）对我来说并不难。但我最近的调查发现，女权主义已经成为一个不受欢迎的词。

显然，我成了那些言辞看起来过于强势、过于激进、孤立、反男性、不吸引人的女性行列中的一员。

为什么这个词如此令人不安？

I am from Britain and think it is right that as a woman I am paid the same as my male counterparts. I think it is right that I should be able to make decisions about my own body. I think it is right that women be involved on my behalf in the policies and decision-making of my country. I think it is right that socially I am afforded the same respect as men. But sadly I can say that there is no one country in the world where all women can expect to receive these rights.

No country in the world can yet say they have achieved gender equality.

我来自英国，我认为身为女性，我应该和男性同行获得一样的报酬。我认为我应该自己为自己的身体做决定。我认为应该有女性代表我参与政治，以及我的国家的决策制定。我认为在社会上，我应该和男性获得相同的尊重。但遗憾的是，世界上没有一个国家能使所有的女性都能获得上述权利。

世界上没有一个国家能说，他们已经实现了性别平等。

These rights I consider to be human rights but I am one of the lucky ones. My life is a sheer privilege because my parents didn't love me less because I was born a daughter. My school did not limit me because I was a girl. My mentors didn't assume I would go less far because I might give birth to a child one day. These influencers were the gender equality ambassadors that made who I am today. They may not know it, but they are the inadvertent feminists who are. And we need more of those. And if you still hate the word—it is not the word that is important but the idea and the ambition behind it. Because not all women have been afforded the same rights that I have. In fact, statistically, very few have been.

这些权利，我认为是每个人都该享有，然而（事实是）我只是众多幸运儿中的一个。我的生活是完完全全的特例，因为我的父母没有因为我生为女儿而减少对我的爱，我的学校没有因为我是女孩而限制我，我的导师没有因为我将来可能要生孩子而认为我会走不远。这些影响了我的人，都是性别平等大使，是他们造就了今天的我。他们也许并不知道，但他们是无心的女权主义者。而我们现在，则需要更多这样的人。所以，如果你仍然憎恨这个词——重要的不是这个词，而是它背后的想法和抱负。因为并不是所有女性都能够享有我所拥有的权利。事实上，从统计数据看，真的非常少。

In 1997, Hilary Clinton made a famous speech in Beijing about women's rights. Sadly many of the things she wanted to change are still a reality today.

But what stood out for me the most was that only 30 per cent of her audience were male. How can we affect change in the world when only half of it is invited or feel welcome to participate in the conversation?

1997年，希拉里·克林顿在北京做了一个关于女性权益的著名演讲。很遗憾，很多她希望改变的事实今天仍存在。

我注意到，听众里只有30%是男性。当只有世界上的一半的人参与并融入这场对话时，我们怎么可能做出影响世界的改变？

Men—I would like to take this opportunity to extend your formal invitation. Gender equality is your issue too.

Because to date, I've seen my father's role as a parent being valued less by society despite my needing his presence as a child as much as my mother's.

男人们——我希望利用这个机会正式的邀请你们加入。性别平等也与你们有关。

因为到目前为止，我看到，我父亲作为家长所发挥的作用被社会所低估，虽然作为孩子，我所需要的他的陪伴和我需要母亲的一样多。

I' ve seen young men suffering from mental illness unable to ask for help for fear it would make them look less “macho” —in fact in the UK suicide is the biggest killer of men between 20-49; eclipsing road accidents, cancer and coronary heart disease. I' ve seen men made fragile and insecure by a distorted sense of what constitutes male success. Men don' t have the benefits of equality either.

我看到，年轻男性因为害怕自己显得不够“男子汉大丈夫”，从而在承受心理困扰时窘于寻求帮助——事实上，在英国，自杀已经是20-49岁男性的第一死亡原因，比交通事故、癌症和冠心病造成的死亡都多。我看到，男人因为对男性成功的扭曲理解而感到脆弱和不安全。性别不平等对男性也没有好处。

We don' t often talk about men being imprisoned by gender stereotypes but I can see that that they are and that when they are free, things will change for women as a natural consequence.

If men don' t have to be aggressive in order to be accepted women won' t feel compelled to be submissive. If men don' t have to control, women won' t have to be controlled.

我们并不常谈及男人因为性别刻板印象而入狱，不过我可以看到，事情真是这样。并且当他们自由时，女性的境遇也会自然发生变化。

如果男性不再为了被认可而变得强势好斗，女性也不会再感到被迫逆来顺受。如果男性不再被迫掌控一切，女性也不会再被迫受掌控。

Both men and women should feel free to be sensitive. Both men and women should feel free to be strong... It is time that we all perceive gender on a spectrum not as two opposing sets of ideals.

男人和女人都可以敏感；男人和女人都可以强壮……是时候把性别理解为光谱，而不是南辕北辙的两派。

If we stop defining each other by what we are not and start defining ourselves by what we are—we can all be freer and this is what HeForShe is about. It' s about freedom

I want men to take up this mantle. So their daughters, sisters and mothers can be free from prejudice but also so that their sons have permission to be vulnerable and human too—reclaim those parts of themselves they abandoned and in doing so be a more true and complete version of themselves.

如果我们不再把对方定义为自己的对立面，而是把对方定义为我们的一员——我们都会更加自由。这就是“他为她”运动所倡导的。这就是自由。

我希望男性负起这个责任。这样他们的女儿、姐妹和母亲都能够拥有免于偏见的自由，同时，他们的儿子也能被允许脆弱和感性——拥有这些他们曾经摒弃的特质，他们才是更真实和完整的自己。

You might be thinking who is this Harry Potter girl? And what is she doing up on stage at the UN. It' s a good question and trust me I have been asking myself the same thing. I don' t know if I am qualified to be here. All I know is that I care about this problem. And I want to make it better.

And having seen what I' ve seen—and given the chance—I feel it is my duty to say something. English statesman Edmund Burke said: “All that is needed for the forces of evil to triumph is for enough good men and women to do nothing.”

你可能会想，这个从《哈利波特》里走出的姑娘是谁？她在联合国的讲台上做什么？这是一个好问题。相信我，我也问过自己相同的问题。我不知道我是否够格站在这里。我所知道的是我关心这个问题。我希望它能变好。

同时，因为我目睹过那些事情——并且我又有机会——我感到自己有责任说些什么。英国政治家埃德蒙德·伯克曾说：“恶势力要想取胜很容易，只要足够多的、善良的男人和女人们什么都不做就可以了。”

In my nervousness for this speech and in my moments of doubt I' ve told myself firmly—if not me, who, if not now, when. If you have similar doubts when opportunities are presented to you I hope those words might be helpful.

Because the reality is that if we do nothing it will take 75 years, or for me to be nearly a hundred before women can expect to be paid the same as men for the same work. 15.5 million girls will be married in the next 16 years as children. And at current rates it won' t be until 2086 before all rural African girls will be able to receive a secondary education.

当我为这次演讲感到紧张和疑虑时，我坚定的告诉自己——如果不是我，那又该是谁；如果不是现在，那又该是何时？如果当你面对机会时也有类似的疑虑，希望这些话能对你有所帮助。

因为现实是，如果我们什么也不做，那么女性实现与男性同工同酬需要花上75年，而我要说，这恐怕得花上几乎一百年。1550万女孩会在未来16年被迫童婚。同时，按现在的发展速度，在2086年以前，非洲农村都无法实现所有女孩都能接受中等教育。

If you believe in equality, you might be one of those inadvertent feminists I spoke of earlier.

And for this I applaud you.

We are struggling for a uniting word but the good news is we have a uniting movement. It is called HeForShe. I am inviting you to step forward, to be seen to speak up, To be the he for she. And to ask yourself if not me, who, if not now when.

Thank you.

如果你相信平等，你可能是我前头说到的那些无心的女权主义者的一员。

为此，我为你鼓掌喝彩。

我们正在努力争取一个团结的世界，好消息是，我们已经有了一个团结的运动。它叫做“他为她”。我邀请你站出来，展示自己，畅所欲言，成为一个为女性权益奋斗的男性。以及，问自己：如果不是我，那又该是谁；如果不是现在，那又该是何时！

谢谢。

## 遗产税：到底是先分遗产还是先征税？！

2014年9月23日 CPBCLUB

遗产税：到底是先分遗产还是先征税？！

近些年来，不断有专家呼吁建立更加完整的财产再分配制度，特别是房产税、遗产税等财产税制度，从而保障社会的机会公平和起点公平。从世界范围内看，在被统计的188个国家中，有遗产税或赠与税以及对遗产赠与用其他税收调节的国家共有114个，约占检索国家的61%；不对遗产和赠与征税的国家74个，占39%，即世界上大多数国家在对遗产和赠与进行税收调节。

早期遗产税只针对不动产

遗产税是一个古老的税种。一般认为，最早产生于4000多年前的古埃及，埃及长老胡夫为了筹措军费，开征了遗产税的先河。到了1598年，近代意义上的遗产税在荷兰开征。其后，西方发达国家相继开征，主要目的都是为了筹措战争经费，战后即停征。比如在美国，美国联邦政府遗产税于1797年首次开征，现代意义上的遗产税是于1916年立法开征的，其目的是为应付世界大战而筹资。

关于遗产税的源头，有学者研究，认为主要有遗嘱检验税、土地继承金、遗赠权购置费和教会遗产税四种。所谓遗嘱检验税始于公元前7世纪，古埃及规定了财产转移税，只要转移财产就要纳税，包括死亡后遗产的转移，税率为10%。这种税是政府在登记时收取，因此也被认为是财产转移登记税。这种税不管遗产转给谁、转什么，都是统一标准，这也是后来遗产税的由来之一。

公元6年，古罗马皇帝奥古斯都迫使元老院通过了《关于1/20的遗产税的伏流斯法》，规定死者六等亲以外的遗产继承人应交纳所继承遗产的5%作为税金，因此是一种继承税。古罗马继承税的目的是使财产保留于家族或亲属集团内部，这是因为在当时，社会财富贫乏，要鼓励财富积累，以促进社会财富的创造。这与现代社会遗产税调节贫富分化的目标恰恰相反。当时的遗产税规定了专门的用途，用于士兵养老及屯田金，在这一点上，对现代遗产税专款专用制度有较大影响。

土地继承金起源于古日耳曼人的固有习惯，部下武士所用马匹、盔甲、武器系由主人提供，死后要交还主人。后来武士职业可以由后代继承，需要交纳一笔钱就可以将财物留下。封建社会中，封君为了维持服兵役的供应将封土赏赐给封臣，封臣死后，封土应归还。如后代想要继承封土，则要向封君提出请求，交纳一笔钱代替封土的归还，即土地继承金，经过核准，再行臣服、册封等诸礼。

受此影响，一些国家早期的遗产税只针对不动产。此外，在日耳曼民族有个牢不可破的法律习惯，只有亲子才可以继承不动产，如无亲子，该封地即复归部落或封君所有。但随着时间和观念的变化，即使无亲生子嗣，封地也可由死者的近亲属继承，但要交纳更高一些的继承金。现在不少国家的法律中也有类似的规定，如在荷兰关于遗产税的规定中，既要考虑遗产的总额，也要考量继承人与死者的关系。这种遗产税的实质是归还，随着土地的流转，土地被视为私有财产，这种一次性的税收逐渐消失。

遗赠权购置费买封君承诺

在古代西方，如果封臣死后没有亲子继承遗产，可以提前和封君谈好，并交纳一笔钱，就可以将遗产遗赠给近亲属，这笔钱就是遗赠权购置费，这是购买封君一个承诺的价款，是附加在土地继承金之上的又一笔费用，是税外收费。在交了这笔费用后，继承人在继承时还要交纳土地继承金。遗赠权购置费一般并没有明确的法律规定，主要看谈判能力，这笔费用是封臣自愿交纳的。遗嘱检验税、土地继承金、遗赠权购置费，这三种税费是后世遗产税模式及区分亲等征收的制度起源。这些制度是先分遗产后征税，现在一些国家仍然保留类似的制度。

所谓教会遗产税，起初，基督教是由贫困的下层社会民众自愿加入的互助性宗教组织，大家把自己所有的财产捐献给教会，后来，随着基督教的发展壮大，富人不断加入，逐渐允许捐献部分财产，到后来不必捐献财产就能加入。此时，死后捐赠部分遗产给教会却成了一种信仰。基督教徒认为，他们的财富源于上帝，他们仅仅是上帝财富的保管者，他们追求财富不是为一己私利，而是荣耀上帝，由此，捐赠教会遗产税被认为是荣耀的事情。但这种捐献也并非全是自愿的，如欧洲基督教堂，就曾经有“若无遗嘱之死者或死而不划出一部分财产做超度灵魂或救济

贫困者，要被以应遭永久浩劫之罪而宣告。”这种半自愿性质的遗赠至今存在，对于这种遗产税和其他慈善公益捐赠一样，现在很多国家都在税前扣除。

各国遗产税是怎么收的

进入 20 世纪以后，随着社会财富的积累，贫富分化的加重，遗产税逐步成为一个固定的税种，主要目的在于调节社会成员的贫富差距，而政府获取财富的作用大大削弱了。目前世界上主要有三种模式的遗产税。

在美国和英国，实施对死者的全部资产征税的制度，被称为总遗产税制。1976 年，美国修改了联邦财产转移税，统一了生前赠与税和死后遗产税的税率为 18%~55%，具体税率依据应纳税遗产价值的总额来确定。同时规定了 60 万美元为起征点。其后经过了多次变化，2013 年，美国联邦遗产税的起征点是 525 万美元，超出部分税率为 40%。在英国，起征点为 32.5 万英镑，夫妻俩共同继承的起征点为 65 万英镑，税率为 40%。这种制度不管死者与继承人之间到底有什么关系或有没有关系，而是统一将继承财产或是管理财产的人员当作纳税人，一般设有起征点，并规定超额累进税率。

在日本、德国、荷兰等国，实施的是不同于英美国家的遗产税制度，其收税对象是分到遗产份额的各继承人，被称为分遗产税制，又称继承税制。当存在多个继承人时，继承税制才与总遗产税制不同，如果只有一个继承人，则是一样的效果。日本的遗产税采取累进税率，计算时以继承人所继承的纯遗产为基础，要先扣除被继承人的债务及丧葬费用。日本的遗产税税率最高达到 70%，通常未亡配偶继承的遗产在一定限度内免征遗产税。分遗产税制通常采用累进税率，同等情况下，所得遗产越多，税率越高；继承人越少，税率越高。这种制度往往考虑继承者与死者的关系，关系越亲密，承担的税越少。

此外，还有一种制度被称为总分遗产税制。它是对遗产先征收遗产税，然后再对继承人所得的遗产收继承税。以前意大利采用这种模式，后来停止征收。

这三种不同的征税方式各有优缺点，英美国家的制度是先纳税后分遗产，计算简单，征管便利，税额有保障，还能有效避免纳税人偷税漏税。日本等国的制度是先分遗产再纳税，考虑到继承人的负担能力，鼓励财富分散，体现了公平原则。这两种制度中，一种制度的优点恰好是另一种制度的缺点。然而，结合了两者的优点的总分遗产税制度，无奈征收成本高，且存在重复征收的可能，在实际应用中较为少见。其实，遗产税的规定也并非固定、唯一的模式，如在美国，除了一般的总遗产税外，还有隔代遗产税等等，每个国家都会根据本国的政治、经济、法律环境来具体选择。（来源：北京日报）

## 一场“生命种子”的争夺战

2014 年 7 月 21 日 民主与法制时报 周頔

专家学者热议“冷冻受精胚胎”案例

去世的子女寄存在医院的受精胚胎能否被父母合法处置和继承？法律专家与法院判决给出了相悖的结论。一个看似个体性的案件，却引来了众多法律专家的关注与研讨。

随着生命科学的不断发展，人工辅助生育技术的成熟应用已经造福了成千上万的不孕家庭。进行胚胎移植手术，渐渐成为不孕家庭圆自己生育子女梦的必然选择。然而，受精胚胎作为“生命种子”，在我国的法律规范方面尚不完善，许多相关法律问题还存在争议。

2013 年 3 月 20 日，一场突如其来的车祸，一对年轻夫妇的意外身亡，引发了双方父母对孩子特殊遗物的处理争执——“受精胚胎”。

2014 年 5 月 15 日，江苏省宜兴法院一审审结了这起争夺冷冻胚胎处置权引发的继承纠纷案，案件内容和一审结果得到了社会各界的广泛关注，也引发了法律学界对受精胚胎案件的深入讨论。

夫妻双亡，双方父母争夺胚胎

不幸身亡的沈某夫妇，生前因为自然生育存在困难，在依法取得准生证后，决定到南京鼓楼医院生殖医学中心采用人工辅助生育技术繁育后代。医院确定于 2013 年 3 月 25 日进行胚胎移植手术，但是就在即将手术的 5 天前，意外不幸夺去了两个年轻的生命，也让寄存于医院的受精胚胎成为众人关注的焦点。

冷冻胚胎，是已故夫妇留下的“生命种子”，也是双方父母延续孩子生命的全部寄托。为了争夺“冷冻胚胎”，男方父母将女方父母告上法庭，要求取出存放于鼓楼医院生殖医学中心的 4 个受精胚胎，由男方父母保管。而作为被告的女方父母也坚称，受精胚胎是女儿留下的唯一东西，要求享有对受精胚胎的处置权。

然而，让人意想不到的，作为案件第三人，鼓楼医院却向法院辩称，冷冻胚胎不具有财产的属性，原被告双方都无法继承。沈某夫妻生前已签署手术同意书，同意将过期胚胎丢弃。鼓楼医院认为，胚胎的作用为生育，现沈某夫妻均已去世，在原被告双方都不具备处置和监管胚胎条件的情况下，胚胎被取出后，唯一能使其存活的方式就是代孕。但代孕行为在我国为法律所禁止，原被告双方也无权行使死者的生育权，所以鼓楼医院请求法院驳回原告的诉讼请求。

宜兴法院经过审理认为，“施行体外受精胚胎移植手术过程中产生的受精胚胎，具有发展为生命的潜能，是含有未来生命特征的特殊之物，不能像一般之物一样任意转让或继承，故其不能成为继承的标的。”

由于担心原告与被告双方会以违法代孕的方式处理冷冻胚胎，所以宜兴法院一审判决驳回了原告的诉讼请求，判决这个“含有未来生命特征的特殊之物”不能被双方父母继承。

研讨座谈，专家学者各抒己见

宜兴法院给出原告败诉的一审判决之后，许多法律界的学者和专家都发表了不同的意见。

7月13日，中国消费者权益保护法学研究会、中国婚姻家庭法学研究会、中国管理科学研究院地方政府管理研究所联合召开了“冷冻受精胚胎案例研讨会”。针对这起案件涉及的法律问题，展开座谈研讨。

中国婚姻家庭法学研究会会长夏吟兰专注于研究《亲属法》与《继承法》多年，对于宜兴法院一审判决有着自己的看法。她认为，需要研讨的案件症结在于该不该判定“冷冻胚胎”是“物”，这是认定“冷冻胚胎”能否被继承的根本所在。

夏吟兰指出，随着生命科学的发展，法律面临的伦理、情感挑战会越来越多。“冷冻胚胎”从情感上讲，可以被视为死者的遗留物，即使不能被继承，亲属也应该有处置、保留的权利。

中国消法研究会副秘书长李伟民对“冷冻胚胎”提出了3个权利关系：所有权、处置权和继承权，来具体分析本案中“冷冻胚胎”是否可以被双方父母继承。

李伟民指出，胚胎不是人类代孕的唯一用途，由于胚胎没有植入母体，是一个权利客体，应属公民合法私有财产。在本案中，沈某夫妻去世之后，双方父母作为第一顺序继承人，理应成为胚胎的所有权人；沈某夫妇与鼓楼医院系委托保存合同关系，并非委托处置关系，院方收取保存费用属于商业行为，对争议胚胎只具有完好保存义务，不具有处置权，根据双方合同约定，胚胎的处置权人应为继承人，即双方父母；根据民法理论，离开人体的器官血液、卵子、精子等均可作为私有财产，由继承人依法继承，受法律保护。所以，李伟民认为，一审法院的判决存在一定问题，冷冻胚胎理应依法被继承。

对外经济贸易大学徐海燕教授也认为双方父母应该具有冷冻胚胎的处置权。冷冻胚胎应该是介于法律主体与法律客体之间的特殊之物，在美国的约克诉琼斯一案中，弗吉尼亚州法院就把受精胚胎定性为保管合同标的的财产，裁定医疗机构将其保管的此等受精胚胎返还提供者。

中国人民大学民商事法律科学研究中心杨立新教授、博士生吴焯经过商讨后认为，冷冻胚胎作为不同于一般物的伦理物，理应具有最高物格，出于体现法律保护的目的，应属于合法遗产，可以被当事人双方继承。为此，杨立新还专门发表了学术论文《人的冷冻胚胎的法律属性及其继承问题》探讨这一问题。吴焯还指出，本案在诉讼程序上也存在因为争诉的诉因不当而产生的错诉情况。

本案中男方父母作为原告，女方父母作为被告，以继承为由来起诉，要求第三人交付争议的“冷冻胚胎”，在事实上是不存在的，是一个虚构的诉因。合理的诉讼程序应该是由被继承男女双方父母联合起诉第三人南京鼓楼医院，交付“冷冻胚胎”。

与会的其他专家学者一致认同沈某夫妻的父母对胚胎具有合法处置权，医院方面无权对“冷冻胚胎”进行处置。但是其在继承、处置、所有的形式上还有一定争议。

质疑反思，受精胚胎依法管理

除了针对本案案情的研讨之外，徐海燕还提出了我国对代孕合法性的探讨，以及本案中冷冻胚胎能否孕育成胎儿的假想。

2001年卫生部颁布的《人类辅助生殖技术管理办法》第三条规定：“人类辅助生殖技术的应用应当在医疗机构中进行，以医疗为目的，并符合国家计划生育政策、伦理原则和有关法律规定。禁止以任何形式买卖配子、合子、胚胎。医疗机构和医务人员不得实施任何形式的代孕技术。”徐海燕认为这个条款不仅不符合伦理常情，而且存在一定漏洞。

“条例中规定‘医疗机构和医务人员不得实施任何形式的代孕技术’，那么非医疗机构的非医务人员，比如医学研究所与研究人员有进行代孕的技术，那么是否就可以实施代孕行为呢？这是否就是合法行为了呢？”徐海燕提出了自己的质疑。

在许多国家，代孕并不是违法行为，甚至我国台湾地区也开始逐步放开代孕管制。徐海燕认为，在充分论证双方老人抚养意愿和抚养能力的情况下，根据民法中司法自治原则，应当可以允许老人以代孕形式完成子女生命的延续。



已经 85 岁高龄的全国人大法律工作委员会经济法室前主任魏耀荣也参加了研讨会，谈到了《牛津法律词典》《布莱克法律词典》中关于“胚胎收养”的概念以及国外法律关于胚胎判决的先例。魏耀荣指出，在美国的法律规范中，对于“胚胎”的收养、继承有着明确的法律规范，我国在此方面的法律规范有待加强。

中国消法学研究会会长河山在总结发言时说道：“这是一个非常新颖的案例，尽管对于本案的结论大家近乎一致，但是所呈现的观点却存在一定分歧，给中国法律留下了很多值得深入探讨的问题。”河山谈到，从这次“冷冻胚胎”案的判决，到受精胚胎法律地位的认定，再到科学技术对法律未涉及新领域的挑战，以及我国实行禁止代孕的法律法规合理性，都是我国法律需要进行研究的方向，也一定会推动我国法律建设的进程迈向新的台阶。

### 在“冷冻受精胚胎案例研讨会”上，专家认为 代孕可在规制中有条件放开

2014 年 7 月 19 日 检察日报 赵衡



夏吟兰

李伟民

徐海燕



资料图片

门诊问题：“代孕”能否合法化

门诊专家：中国人民大学教授杨立新中国法学会婚姻家庭法学研究会会长 夏吟兰

中国消费者权益保护法学研究会副秘书长 李伟民

对外经济贸易大学法学院教授 徐海燕

◇对于冷冻胚胎，可首先使用对物的保护方法，同时对其潜在人格予以特殊保护

◇禁止代孕虽然可以预防违法行为，却没有考虑到情理因素

◇建议立法机关针对人类胚胎进行立法

不孕夫妇在成功培植受精胚胎后身亡，亲属对胚胎享有处置权吗？这是一个涉及法律和伦理的问题，引起专家关注。2014 年 7 月 13 日，中国消费者权益保护法学研究会、中国婚姻家庭法学研究会、中国管理科学研究院地方政府管理研究所在北京召开“冷冻受精胚胎案例研讨会”，与会专家就江苏省宜兴市法院 5 月 15 日一审审结的一起冷冻胚胎继承纠纷案相关法律问题进行了研讨。

夫妻死亡，冷冻胚胎怎么办

家住江苏省宜兴市的沈某与刘某夫妇因自身原因无法自然生育，于 2012 年 2 月至南京市鼓楼医院生殖医学中心采用人工辅助生育技术冷冻保存了 4 枚受精胚胎。医院确定于 2013 年 3 月 25 日进行胚胎移植手术，但在 2013 年 3 月 20 日，沈某与刘某遭遇车祸双双身亡。双方父母因冷冻胚胎归属权发生争执，沈某父亲沈某某将亲家诉至法院。法院查明，2012 年 9 月 3 日，沈某、刘某与医院签订《胚胎和囊胚冷冻、解冻及移植知情同意书》，医院在该同意书中明确，胚胎不能无限期保存，该中心冷冻保存期限为一年，首次保存费用为三个月，如需继续冷冻，需补交费用，逾期不予保存。刘、沈二人在签署同意书时对于胚胎超过保存期如何处置事项，选择将胚胎丢弃。据此，法院判决认为，由于沈某与刘某夫妻均已死亡，通过手术达到生育的目的已无法实现，故夫妻两人在手术过程中留下的胚胎不能被继承。对于原告提出的其与被告之间应由其处置胚胎的诉请，不予支持。

为什么要禁止代孕

对于该案法院为什么如此判决，中国法学会婚姻家庭法学研究会会长夏吟兰解释，一是由于受精胚胎是具有发展为生命的潜能之物，不能像一般之物一样任意被转让或继承，故其不能成为继承的标的。二是冷冻胚胎的所有权人沈某与刘某夫妇已经死亡，两人父母如果要想实现冷冻胚胎“延续香火”的目的，只有代孕一途，而代孕是违法行

为。记者查阅卫生部2001年发布的《人类辅助生殖技术管理办法》第3条规定，禁止以任何形式买卖配子、合子、胚胎。医疗机构和医务人员不得实施任何形式的代孕技术。这就意味着，4位老人如果获得了冷冻胚胎，可能会出现代孕这样的违法行为。因此，法院驳回了老人对胚胎的处置权诉求。

那么，国家为什么禁止代孕行为？据新华社报道，卫生部2013年3月12日回应社会关于“借腹生子”问题时称，卫生部组织相关机构开展了人类辅助生殖技术管理相关政策研究，并邀请医学、法学、伦理学、社会学等领域的有关专家就代孕等相关问题进行了探讨。大多数专家认为，代孕会带来诸多严重的法律、伦理和社会问题，扰乱社会伦理秩序，可能给代孕母亲和孩子带来身体和心理的伤害。

#### 冷冻胚胎的属性

代孕问题其实涉及到民法上冷冻胚胎的属性问题，目前民法还没有将冷冻胚胎定性为生命还是物的规定，导致不能对其进行转让、继承、移植。对于冷冻胚胎的属性，专家有不同观点。中国消费者权益保护法学研究会副秘书长李伟民认为，从医学上讲，人类受精后42天内是胚胎，在49天之后才能形成胎儿；并且，体外人类胚胎不是人类代孕的唯一用途，因而除法律明文规定外，其可以被定性为继承法上的合法财产。

而对外经济贸易大学法学院教授徐海燕则持不同观点，认为体外人类胚胎既不能认定为作为民事法律关系主体的人(生命体)，也不能认定为作为民事法律关系客体物，因为体外人类胚胎尚未形成独立的神经系统，尚未获得基本生命特征，被定性为民事法律关系主体不利于胚胎的科学研究与合理利用；如果将胚胎作为人被定性为民事法律关系主体，那么医院就无权对胚胎进行冷冻保存，因为这等于冷冻人；此外法律还必须为作为民事法律关系主体的胚胎建立特别监护制度。因此，将胚胎视为生命，将会严重阻碍医学研究和医疗技术的创新与进步，不利于增进现有人类的生命与福祉。

但是，把体外人类胚胎定性为物，当作民事法律关系客体也不合适，因为这意味着当事人可随意制造或处分胚胎，使基因单一化，会导致众多同基因的兄弟姐妹诞生，容易引起法律纠纷；并且，由于其具有了财产属性和自由转让性，会导致体外人类胚胎商业化，违背人类伦理。所以，胚胎既非纯粹的民事法律关系主体，也非纯粹民事法律关系客体，而是介于人与物之间的人体组织，兼有准主体与准客体的双重法律元素，应当受到特别对待。

#### 国外规定可以借鉴

随着生活压力、食品安全和环境污染等因素的日益加剧，我国患有不孕不育的人数比例增大。这为代孕的存在和发展提供了基础。据记者了解，虽然有卫生部禁止代孕的规定，但违法代孕现象层出不穷，并且代孕价格看涨。也有不少人选择到国外代孕，因为有些国家的代孕行为合法，诸如到美国和印度代孕已经成为了一种产业。夏吟兰认为，科技发展到今天，这一类事情会越来越多，生命科学的技术对法律的挑战已经产生了冲击，禁止老人继承冷冻胚胎、禁止代孕虽然可以预防违法行为，却没有考虑到情理因素。

对此，很多专家认为可以借鉴国外的立法。徐海燕介绍，美国路易斯安娜州于1986年颁布《人类胚胎法》，以色列于1987年颁布《公共健康(体外受精)条例》，西班牙于1988年颁布《关于辅助生殖技术的法律》，瑞典于1988年制定《试管受精法》，德国于1990年颁布《胚胎保护法》。这些法律均可以为我国立法所借鉴。

#### 应在规制中适当放开

其实，社会生活中，我们经常会发现，有些制度被制定出来企图改变社会现实，但恰恰是社会现实决定了该制度的效力。制度如果驾临于社会生活之上，不能深嵌于社会生活之中与礼俗合榘，就不会得到人们的悉心遵守。徐海燕认为，前述案例表明，我国还缺乏调整人类胚胎的法律和行政法规。为推动我国试管婴儿技术的健康发展，确保人类胚胎的培育、使用与处分有法可依，建议我国立法机关针对人类胚胎进行立法，明确什么是代孕行为。当前的代孕行为有两种：一种是人身性代孕，这类代孕者不提供卵子，将有生育要求夫妇的受精卵植入自己体内帮助他人代孕；一种是基因型代孕，妻子不能怀孕，丈夫与代孕者发生性行为，即当前禁止的借腹生子。对于后一种行为当然不能提倡，但是前一种代孕却是符合情理的，能给一些不能自然生育的夫妇带来福音。立法可将代孕行为明确定义为：有孕育能力的女性接受他人的委托同意将他人的胚胎植入自己的子宫并孕育出新生儿的行為。如此规定可以避免出现出租子宫、借腹生子等非法行为。

此外，立法还应当明确人类胚胎的法律地位。精子供体、卵子供体、胚胎(受精卵)的预期夫妇分别是精子、卵子及受精卵的所有权人，拥有无可争辩的所有权包括处分权。医疗机构和精子、卵子、胚胎供体之间是委托合同关系或保管合同关系，医疗机构不享有对精子、卵子及胚胎的所有权及处分权。此外，将胚胎转让给其他不孕夫妇只能是无偿捐献，而不能买卖。当夫妻拒绝或怠于对剩余胚胎的处分达成合意并通知医疗机构时，医疗机构有义务在法定期限内(如十年内)为当事人保存生育胚胎，超过法定期限的，医疗机构有权根据科学、合理、必要的原则行使处

分权。供体事前签署的处分人类胚胎协议原则上具有法律拘束力，除非存在显失公平可予撤销的情形。

## 法官评论 | 并不奇怪的争议——我也来说说“无锡胚胎案”

2014年9月22日 扬州路漫法律博客 家事法苑

微博最近热议的无锡胚胎案，算是法律圈子里面的一个比较小众又比较热门的话题了，作为一个相对空白、敏感的问题，产生争议本不足为奇，个人看来，一审法院和二审法院代表了我国法律圈子当中甚至于可以说是法律圈子中的两个历史悠久的流派，此案所反映出的对抗逻辑今后很长一段时间仍然会主导我们的思维、行为和价值观。

### 一、 一审法院宜兴法院的主要理由及支持者

宜兴法院一审判决认为，原告主张沈杰与刘曦夫妻手术过程中留下的胚胎作为其生命延续的标志，应由其负责保管。但施行体外受精-胚胎移植手术过程中产生的受精胚胎具有发展为生命的潜能，是含有未来生命特征的特殊之物，不能像一般之物一样任意转让或继承，故其不能成为继承的标的。同时，夫妻双方对其权利的行使应受到限制，即必须符合我国人口和计划生育法律法规，不违背社会伦理和道德，并且必须以生育为目的，不能捐赠、买卖胚胎等。本案中沈杰与刘曦夫妻均已死亡，通过手术达到生育的目的已无法实现，故其夫妻两人对手术过程中留下的胚胎所享有的受限制的权利不能被继承。从司法层面，本着尊重伦理道德和维护人类生命繁衍自然规律的秩序为原则，持相对保守的态度。

该判决拥护者不少，简单的说，就是符合现行法律的精神和规范，也符合现有的国际伦理规范。现有中国法律明确禁止代孕等一切“反伦理”生育行为，也并不承认胚胎的“人权”，国际一般伦理规范也从未允许非双亲意志下的人类再造行为。

我个人觉得，一审判决拥护者最明确的理由来自于所谓“法的精神”，我认识的一名优秀、经验丰富的司法工作者在微博上痛斥二审判决是“丧心病狂”、“玷污法律”，可见争议触动灵魂之深。法的精神是什么，就是尊重现行法，这一派人认为所谓的神的意志，高于法律的法律是扯犊子的存在，追溯至二战结束审判德国军官，创制所谓的“反人类罪”实际是战争胜利者的诡辩，是反逻辑、反理性的行为。

### 二、 二审法院翻盘的理由和支持者

二审无锡中院，由我们扬州曾经的中院院长，现在的无锡中院院长时永才亲自主审。无论出于什么动机，二审法院改判理由如下：

1.沈杰、刘曦生前与南京鼓楼医院签订相关知情同意书，约定胚胎冷冻保存期为一年，超过保存期同意将胚胎丢弃，现沈杰、刘曦意外死亡，合同因发生了当事人不可预见且非其所愿的情况而不能继续履行，南京鼓楼医院不能单方面处置涉案胚胎。

2.在我国现行法律对胚胎的法律属性没有明确规定的情况下，结合本案实际，应考虑以下因素以确定涉案胚胎的相关权利归属：一是伦理。受精胚胎具有潜在的生命特质，不仅含有沈杰、刘曦的DNA等遗传物质，而且含有双方父母两个家族的遗传信息，双方父母与涉案胚胎亦具有生命伦理上的密切关联性。二是情感。白发人送黑发人，乃人生至悲之事，更何况暮年丧独子、独女！而沈杰、刘曦遗留下来的胚胎，则成为双方家族血脉的唯一载体，承载着哀思寄托、精神慰藉、情感抚慰等人格利益。涉案胚胎由双方父母监管和处置，既合乎人伦，亦可适度减轻其丧子失女之痛楚。三是特殊利益保护。胚胎是介于人与物之间的过渡存在，具有孕育成生命的潜质，比非生命体具有更高的道德地位，应受到特殊尊重与保护。在沈杰、刘曦意外死亡后，其父母不但是世界上唯一关心胚胎命运的主体，而且亦应当是胚胎之最近最大和最密切倾向性利益的享有者。综上，判决沈杰、刘曦父母享有涉案胚胎的监管权和处置权于情于理是恰当的。当然，权利主体在行使监管权和处置权时，应当遵守法律且不得违背公序良俗和损害他人之利益。

3.至于南京鼓楼医院在诉讼中提出，根据卫生部的相关规定，胚胎不能买卖、赠送和禁止实施代孕，但并未否定权利人对胚胎享有的相关权利，且这些规定是卫生行政管理部门对相关医疗机构和人员在从事人工生殖辅助技术时的管理规定，南京鼓楼医院不得基于部门规章的行政管理规定对抗当事人基于私法所享有的正当权利。

时永才院长还作了附加解释：虽然冷冻胚胎判给了老人，但老人在行使权益时，并非没有限制。法院在判决书中对此给出了明确限定：一，后续处置必须符合法律；二，不得违背公序良俗；三，不能损害他人利益。只要符合这三条，怎么处置胚胎，是老人自己的事情。法院裁判只解决归属问题，并不解决使用问题。冷冻胚胎是否会用来代孕，已超出了审判范围。

这个天差地别的判决同样得到了一部分人的狂热支持，范凯洲律师的观点很有代表性：本案中，双方家庭的“对垒”，目标就是冷冻胚胎。由具有生育能力的奶奶、外婆处置，或是不以金钱为目的的志愿者，或到允许代孕的国家

家操作，都不违法。对于胚胎的处置，要看小两口当时是否有限制使用等相关禁止性约定。“假如说小两口一方去世，另一方委托别人代孕，代孕的要求不被允许的话，岂不意味着这一方的生育权也被侵犯了故此说存在悖论。”生命科技的发展，就是为了更好地延续生命，更况小两口当初冷冻胚胎，就是为了孕育、延续生命，所以法院现在的判决与生育权并不冲突。

更大立场在于对“官权”的限制：长期来，国人大多畏官权及“红头文件”。但略懂法律之人均知，法无明文规定不禁止、法无明文禁止不为罪，而此“法”是指全国人大、人大常委会、国务院制定的法律法规等；对其他部门制定的“红头文件”，即使有所违反，但如不违反社会公共利益、公序良俗或他人合法权益，也不导致违法、禁止。对此，最高人民法院有关司法解释及有关案例也多次明确，如违反部门规章的合同并不因此无效。而再深究此理，实际上也就是一再普道的“公权力不应过多介入私权领域”，公权更多是服务、引领为主，而不是以官人的身份张扬权势。

### 三、 笔者也想说几句

大家吵得很热闹，各有各的“大义”，我也想说两句。

第一、中国社会的传统主要诉求不能被现代性彻底忽视。

近百年现代化以来，虽然有很多人前赴后继地消灭和企图消灭一些东西，但现在看来吧，不是很成功。亲情、亲权、亲人，随着和平的日益长久，总是成为最后左右国人的重大砝码，中国如果还算有一种信仰，那就是亲属，其余的拜鬼拜神、迷信活动、家长里短都是这个根本意识的附属品。本案中最大的利益是可能成为失去后代的四位老人的最大精神支柱的潜在活人，这一点，正反双方都难以否认，问题在于，谁高于谁，现行法律和现有伦理更值得保护，还是潜在于大多数中国人内心难以言说的精神利益更值得保护，我本人，无权定夺，只怕就连无锡中院也绝非真正的终局裁判。无锡中院说了“顺天理、存人伦”这样诡异的非法律语言，想表达什么其实很清楚，问题是，在现今中国，有资格来裁决天理人伦的，只怕已经不复存在。

第二、现行法律应当得到一定程度的尊重。

在中国，但凡懂点法的，都对法律有一定程度的不满，这已经不局限于法律圈子，连我夫人每天看看《天网》、《一线》都对我国法律一肚子不满意。但不满意归不满意，除去一些有中国特色的“口号法”以外，比如那个什么尊敬老人法，要儿女一年回家几次的那种，其余的法律应当得到一定程度的尊重。本次争议中一审方面引用了一部冷门法律，《人口与计划生育法》这部法律极少出现在审判中，主要由于一般的看来这部法律主要是讲计划生育的，这种法律的口号性部分，也就是非操作性语言，“不违背社会伦理和道德，并且必须以生育为目的，不能捐赠、买卖胚胎”能否直接作为一般审判的依据，其实也是有争议的。另外，计划生育制度本身在一定程度上的争议也影响了一部分人对本案的理性判断。

第三、中国社会政权强势带来的反机构思维不容忽视。

本案第三人，就是那个鼓楼医院，在一定程度上受到了不太公正的对待，主要是社会性原因。我国政府由于历史原因，几乎对社会的方方面面都有直接管理和占有的行为，使得一切的机构身上都带有长久以来的“公家病”，而个人与社会机构之间的对抗很容易上升到官逼民反的层面去解读。笔者每天在政府大院上班，哪一天看不到堵门的，总觉得太阳没有正常升起，而有人躺在路中央，或者打成一片，才会觉得一天的机关工作正常开始。更加神奇的是，门口人的诉求一般都和政府无关，有私立学校倒闭的，有私营企业裁员的，有因为买的房子降价的。之所以如此，是因为当个人与机构产生矛盾，一旦法律对机构有利，只要用民意政府权力，就可以得到利益的最大化。当然，中国的一切机构高度行政化、官僚化，也是失去社会信任的理由之一，不要说机构了，就连一些小偷公司、丐帮、流氓团伙都定期召开会议、撰写报告和总结，有的还记账、搞绩效考核、记功奖励，更有甚者还每年召开年终总结会，一开就是一天，“长老、帮主”的报告一念几个小时，这都不是杜撰的笑话，都是真人真事。机构官僚化与盲目反对政府这一对双胞胎，只怕还会长期存在下去。

最后说一句，这事真没有对错之分，过分执着于对错，永远看不见正义和真理。

来源：扬州路漫的法律博客

<http://gameoverlu.fyfc.cn/b/826688>

## 在继承冷冻胚胎上法律不能“打架”

2014年9月20日 中国青年网 毕晓哲

宜兴一对双独年轻夫妻不幸车祸身亡，小两口生前做试管婴儿在南京某医院留下冷冻胚胎，为争夺胚胎保留香火，双方老人对簿公堂。一审驳回后，这起中国首例冷冻胚胎继承权纠纷案今天在无锡中院二审落槌，法院最终支

持双方老人共同处置4枚冷冻胚胎。(9月17日《扬子晚报》)

一对同样身为独生子女的夫妻二人，因为车祸殒命，对于夫妻二人背后的四名“失独老人”而言，将是极大的情感打击。在这样一个无法回避的情感伤痛面前，四名老人要求医院返还他们子女冷冻在医院的胚胎，不仅有着情感慰藉上的需求，也有道义上的继承和承接子女“遗物”的现实需要，这一心理和诉求可以理解，也值得同情。但从法律规定层面，至少从目前并不具有完全充足的法律依据，甚至是多个法律规定在“打架”的现状。

当事老人提起诉讼的一审判决中，否决了老人提出的诉求，判决他们败诉。5月15日，宜兴法院一审判决认为，施行体外受精—胚胎移植手术过程中产生的受精胚胎具有发展为生命的潜能，是含有未来生命特征的特殊之物，不能像一般之物一样任意转让或继承，故其不能成为继承的标的。同时，夫妻双方对其权利的行使应受到限制，即必须符合我国人口和计划生育法律法规，不违背社会伦理和道德，并且必须以生育为目的，不能捐赠、买卖胚胎等。一审法院也并非在“葫芦僧判葫芦案”，认真分析不能说没有道理。二审法院最终支持双方老人诉求，也并非是自做出的裁判，按照二审法院的判决依据，我国相关法律并未将受精胚胎定性为禁止继承的物，过世的当事人受精胚胎又成为可以“继承的合法财产”，另外，根据《合同法》相关规定，鼓楼医院只有在手术成功后才具有对剩余胚胎的处置权利。现沈杰、刘曦均已死亡，手术并未进行，鼓楼医院无论是依据法律规定还是合同约定，对涉案胚胎均无处置权利。从道理和法律上同样能讲得通。

同样一个事实，在两家法院手中得出的是截然相反的结论，究其原因不能完全怪法院，最根本的原因还是相关涉及胚胎的法律在“打架”。在法律打架的时候，诉讼当事人得到什么样的结果，要么就是靠运气，要么就是靠“哪一个法官层级更高”了。这样的结果显然不是公众希望出来的，也往往因为法律打架或法律规定中的“盲区”，出现一种损害当事人权益权利的不当判决。

随着社会的发展、科技的进步，一些过去不会发生的事情和案例，会逐步进入人们视野，而一些新生的社会事物和现象往往囿于法律规定的“滞后性”、“模糊性”给公正审判造成困扰。尤其是这类涉及家庭伦理和高科技手段的民间纠纷，更需要尽快进入法律界人士的视野，及时对法律争议问题进行厘清，从法律规定上予以明确。这不仅是法律需要的需要，也是保护相当于合法权益的需要。针对此类比较特殊的也日益常见的，涉及“失独家庭”情感、试管婴儿、冷冻胚胎等敏感的社会问题、道德问题，法律是时候主动自觉担当公平公正的责任了，以适当“超前”设计而不是“滞后”时代的规定，已成为当代法律须具有的优良品质。(毕晓哲)

### 澎湃新闻特稿：“中国好判决”是怎么出炉的？无锡中院称“法情理融合”

(附：中国首份法情理融合的判决书原文)

2014年9月21日 澎湃新闻 蓝天彬

无锡市中级人民法院院长时永才就中国首例冷冻胚胎归属案回答记者提问。

江苏宜兴一对双独年轻夫妻不幸车祸身亡，小两口生前做试管婴儿，在南京鼓楼医院留下冷冻胚胎。为争夺胚胎保留香火，双方老人对簿公堂。宜兴法院一审判决冷冻胚胎不能继承。这起中国首例冷冻胚胎继承权纠纷案，因为涉及法律、伦理、道德等方面，引发各方关注。2014年9月17日，无锡市中院二审宣判，支持双方老人共同处置4枚冷冻胚胎。

澎湃新闻(www.thepaper.cn)获悉，终审判决的大逆转，引起各方热议。著名民法专家、江苏省人大法制委员会副主任委员刘克希说，这是十年来全国少见的好判决。

9月19日，无锡市中院就该案回答了澎湃新闻等多家媒体记者的问题。无锡中院院长时永才说，此案从“顺天意、存人伦、敬法律”三方面综合考虑，力求融合“法”、“情”、“理”，判决书不仅仅是冰冷的条文，背后有法官温暖的智慧，有智慧的结晶。

#### 无锡中院院长亲审，“沉浸在案子里”

澎湃新闻注意到，该案二审的审判长就是无锡中院院长时永才。两名审判员是范莉、张圣斌。

时永才说，案子上诉到无锡市中院后他才注意到了这起诉讼，然后他开始逐渐有兴趣，最后沉浸在这个案子里。

对冷冻胚胎的归属，包括胚胎是人还是物，法律上都没有明确界定，是本案引起争议的根本原因。难以界定胚胎是物还是人，也就难以确定其是否适用于继承条款。

时永才说，对胚胎的属性的确定，成为基础性的问题，而现有法律中找不到具体的条款。“胚胎属性是个空白，怎么适用法律是个空白，但不能因为法律的空白，就不判决。怎么解决，应有担当”。

法官范莉说，学界有三种观点：一种认为胚胎属于物，根据继承法、物权法，可以继承；一种认为是人，也有相关法律；还有一种折中说，认为是介于人与物之间的过渡存在，具有潜在的生命特质，“我们也倾向于这种说法，这就面临法律的空白”。

在2014年7月受理案件后，无锡中院反复搜集国内外相关资料，研究了理论界、实务界的意见，并注意了舆论、网民的看法。

法官张圣斌对澎湃新闻说，他们“上穷碧落下黄泉，动手动脚找材料”，紧急翻译了国外的最新资料供参考。比如2014年初，美国德克萨斯有个相似的案件。一对年轻夫妇身亡，留下2岁儿子和11枚冷冻胚胎。没有留下遗嘱，胚胎怎么处置成了个问题。法院最后判决，儿子到了18岁，胚胎处置权归他，在此之前，由相关医疗机构保管。此外，2014年7月，北京学者召开冷冻受精胚胎案例研讨会，“通过一些渠道，我们拿到了相关材料”。

“顺天意、存人伦、敬法律，综合考虑民意、伦理道德、人情、法理、法律精神，我们作出了判决。”时永才说。

无锡中院副院长顾铮铮对澎湃新闻说，根据法律精神作出判决，包括民法通则第五、六、七条，公民、法人的合法的民事权益受法律保护，任何组织和个人不得侵犯。民事活动必须遵守法律，法律没有规定的，应当遵守国家政策。民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益，扰乱社会经济秩序。

### 判决书“背后有法官温暖的智慧”

对于“情感”方面，无锡中院有相当人性化的论述，引起网友的共鸣。判决书中，还出现了感叹号，该怎么看？

判决书称，白发人送黑发人，乃人生至悲之事，更何况暮年遽丧独子、独女！而沈杰、刘曦遗留下来的胚胎，则成为双方家族血脉的唯一载体，承载着哀思寄托、精神慰藉、情感抚慰等人格利益。涉案胚胎由双方父母监管和处置，既合乎人伦，亦可适度减轻其丧子失女之痛楚。

时永才说，法官是严肃的，不代表判决书就要冷冰冰的。判决书既要融合法理，也要融合人情，不能仅仅是冰冷的条文，背后要有法官温暖的智慧，有智慧的结晶。

为何一审和二审判决相差如此巨大？时永才说，这不代表一审判决错了，只是认识、论述的角度不一样。既然法律上空白，法官可以综合各个因素判决。

该案件的判决对今后的影响如何？时永才说，网友说这是冷冻胚胎第一案，有开创性意义，这不好说。也许会对今后类似的案件的判决起到参考作用。如果被最高法院收入裁判范例、典型案例，会有指导意义、甚至法律效力。就目前来讲，这个判决具有一定的前瞻性。

张圣斌对澎湃新闻说，外界称“4名老人获得胚胎的继承权”，这是一种误读。胚胎的属性法律上不明确，也就难以说继承权，实际上我们在某种程度上是绕过了继承权，从处置权和监管权归属于4名老人的角度去判。

### 冷冻胚胎是否可能拿去“代孕”？

判决冷冻胚胎处置权和监管权归属于4名老人，他们是否可能去做非法的代孕？是否意味着给他们做代孕，留了个口子？

时永才说，今后他们怎么处置胚胎，已经超出法院目前的范围。在判决书中，我们已经明确提出，在处置这4枚胚胎时，双方老人应当遵守法律，而且不得违背公序良俗，损害他人的利益。

法院秉持一种开放式的态度，也许随着社会的发展，人们观念的转变，冷冻胚胎这个新生事物会逐渐为社会所接受，代孕也可能在哪一天会被赋予合法性。时永才说，到时候，四位老人延续血脉的心愿，也许能合法化实现，可以有小孩。而冷冻胚胎可以保管几十年，也就留下一个想象的空间。

根据卫生部的相关规定，胚胎不能买卖、赠送和禁止实施代孕，这些规定是卫生行政管理部门对相关医疗机构和人员在从事人工生殖辅助技术时的管理规定。范莉说，关于代孕，暂时没有相关法律规定，这是部门规章，但也有法律效力，建议相关法律能更加完善。

无锡中院副院长顾铮铮对澎湃新闻说，这一判决是立足于权利的归属，而不是权利的行使，“我们应该充分尊重当事人的权利，而不是主观判定他可能做什么。”

澎湃新闻报料：4009-20-4009

关键词 >> 冷冻胚胎归属权第一案, 无锡市中级法院, 时永才, 指导性案例

来自澎湃新闻 thepaper.cn

附：判决原文

江苏省无锡市中级人民法院

## 民事判决书

(2014)锡民终字第01235号

上诉人(原审原告)沈新南。

上诉人(原审原告)邵玉妹。

两上诉人的共同委托代理人郭小兵,江苏瑞莱律师事务所律师。

两上诉人的共同委托代理人郭伟,江苏瑞莱律师事务所律师。

被上诉人(原审被告)刘金法。

被上诉人(原审被告)胡杏仙。

原审第三人南京鼓楼医院,住所地南京市鼓楼区中山路321号。

法定代表人韩光曙,该院院长。

委托代理人王玠,该院生殖中心医生。

委托代理人郑哲兰,江苏永衡昭辉律师事务所律师。

上诉人沈新南、邵玉妹因与被上诉人刘金法、胡杏仙,原审第三人南京鼓楼医院监管权和处置权纠纷一案,不服宜兴市人民法院(2013)宜民初字第2729号民事判决,向本院提起上诉。本院于2014年7月2日受理后,依法组成合议庭审理了本案,现已审理终结。

原审法院经审理查明:

沈杰与刘曦于2010年10月13日登记结婚,于2012年4月6日取得生育证明。2012年8月,沈杰与刘曦因“原发性不孕症、外院反复促排卵及人工授精失败”,要求在南京市鼓楼医院(以下简称鼓楼医院)施行体外受精-胚胎移植助孕手术;鼓楼医院在治疗过程中,获卵15枚,受精13枚,分裂13枚;取卵后72小时为预防“卵巢过度刺激综合征”,鼓楼医院未对刘曦移植新鲜胚胎,而于当天冷冻4枚受精胚胎。治疗期间,刘曦曾于2012年3月5日与鼓楼医院签订《辅助生殖染色体诊断知情同意书》,刘曦在该同意书中明确对染色体检查及相关事项已经了解清楚,同意进行该检查;愿意承担因该检查可能带来的各种风险;所取样本如有剩余,同意由诊断中心按国家相关法律、法规的要求代为处理等。2012年9月3日,沈杰、刘曦与鼓楼医院签订《配子、胚胎去向知情同意书》,上载明两人在鼓楼医院生殖医学中心实施了试管手术,获卵15枚,移植0枚,冷冻4枚,继续观察6枚胚胎;对于剩余配子(卵子、精子)、胚胎,两人选择同意丢弃;对于继续观察的胚胎,如果发展成囊胚,两人选择同意囊胚冷冻。同日,沈杰、刘曦与鼓楼医院签订《胚胎和囊胚冷冻、解冻及移植知情同意书》,鼓楼医院在该同意书中明确,胚胎不能无限期保存,目前该中心冷冻保存期限为一年,首次费用为三个月,如需继续冷冻,需补交费用,逾期不予保存;如果超过保存期,沈杰、刘曦选择同意将胚胎丢弃。2013年3月20日23时20分许,沈杰驾驶苏B5U858车途中在道路左侧侧翻,撞到路边树木,造成刘曦当日死亡,沈杰于同年3月25日死亡的后果。现沈杰、刘曦的4枚受精胚胎仍在鼓楼医院生殖中心冷冻保存。

后因对上述4枚受精胚胎的监管权和处置权发生争议,沈新南、邵玉妹遂诉至法院,认为其子沈杰与儿媳刘曦死亡后,根据法律规定和风俗习惯,胚胎的监管权和处置权应由其行使,要求法院判如所请。审理中,因涉案胚胎保存于鼓楼医院,与本案审理结果存在关联性,故原审法院追加该院作为第三人参加诉讼。

原审另查明,沈杰系沈新南、邵玉妹夫妇之子;刘曦系刘金法、胡杏仙夫妇之女。

上述事实,由病历简介、病历资料、准生证、事故认定书、结婚证、户籍资料、知情同意书及原审法院开庭笔录等证据在卷佐证。

原审法院认为:

公民的合法权益受法律保护。沈杰与刘曦因自身原因而无法自然生育,为实现生育目的,夫妻双方至鼓楼医院施行体外受精-胚胎移植手术。现夫妻双方已死亡,双方父母均遭受了巨大的痛苦,沈新南、邵玉妹主张沈杰与刘曦夫妻手术过程中留下的胚胎作为其生命延续的标志,应由其负责保管。但施行体外受精-胚胎移植手术过程中产生的受精胚胎为具有发展为生命的潜能,含有未来生命特征的特殊之物,不能像一般之物一样任意转让或继承,故其不能成为继承的标的。同时,夫妻双方对其权利的行使应受到限制,即必须符合我国人口和计划生育法律法规,不违背社会伦理和道德,并且必须以生育为目的,不能买卖胚胎等。沈杰与刘曦夫妻均已死亡,通过手术达到生育的目的已无法实现,故两人对手术过程中留下的胚胎所享有的受限制的权利不能被继承。综上,对于沈新南、邵玉妹提出的其与刘金法、胡杏仙之间,应由其监管处置胚胎的诉请,法院不予支持。依照《中华人民共和国民事诉讼法通则》

第五条、《中华人民共和国继承法》第三条之规定，原审法院判决驳回沈新南、邵玉妹的诉讼请求。案件受理费 80 元，由沈新南、邵玉妹负担。

上诉人沈新南、邵玉妹不服原审判决，向本院提出上诉称：1. 一审判决受精胚胎不能成为继承的标的没有法律依据。我国相关法律并未将受精胚胎定性为禁止继承的物，涉案胚胎的所有权人为沈杰、刘曦，是两人的合法财产，应当属于继承法第三条第（七）项“公民的其他合法财产”。在沈杰、刘曦死亡后，其生前遗留的受精胚胎，理应由上诉人继承，由上诉人享有监管、处置权利。2. 根据沈杰、刘曦与鼓楼医院的相关协议，鼓楼医院只有在手术成功后才具有对剩余胚胎的处置权利。现沈杰、刘曦均已死亡，手术并未进行，鼓楼医院无论是依据法律规定还是合同约定，对涉案胚胎均无处置权利。一审法院认定胚胎不能被继承，将导致涉案胚胎在沈杰、刘曦死亡后即无任何可对其行使权利之人。综上，请求撤销原审判决，判决 4 枚冷冻胚胎的监管权和处置权归上诉人。

被上诉人刘金法、胡杏仙辩称：涉案胚胎是女儿女婿遗留下来的，上诉人和被上诉人均有监管权和处置权。要求法院依法判决。

原审第三人鼓楼医院辩称：胚胎是特殊之物，对其处置涉及到伦理问题，不能成为继承的标的；根据《人类辅助生殖技术管理办法》等卫生部的相关规定，也不能对胚胎进行赠送、转让、代孕。要求驳回上诉，维持原判。

二审查明的事实与原审查明的事实一致，本院予以确认。

另查明，南京市鼓楼医院现已更名为南京鼓楼医院。

本案的争议焦点为：涉案胚胎的监管权和处置权的行使主体如何确定？

本院认为，公民合法的民事权益受法律保护。基于以下理由，上诉人沈新南、邵玉妹和被上诉人刘金法、胡杏仙对涉案胚胎共同享有监管权和处置权：

1. 沈杰、刘曦生前与南京鼓楼医院签订相关知情同意书，约定胚胎冷冻保存期为一年，超过保存期同意将胚胎丢弃，现沈杰、刘曦意外死亡，合同因发生了当事人不可预见且非其所愿的情况而不能继续履行，南京鼓楼医院不能根据知情同意书中的相关条款单方面处置涉案胚胎。

2. 在我国现行法律对胚胎的法律属性没有明确规定的情况下，结合本案实际，应考虑以下因素以确定涉案胚胎的相关权利归属：一是伦理。施行体外受精-胚胎移植手术过程中产生的受精胚胎，具有潜在的生命特质，不仅含有沈杰、刘曦的 DNA 等遗传物质，而且含有双方父母两个家族的遗传信息，双方父母与涉案胚胎亦具有生命伦理上的密切关联性。二是情感。白发人送黑发人，乃人生至悲之事，更何况暮年遽丧独子、独女！沈杰、刘曦意外死亡，其父母承欢膝下、纵享天伦之乐不再，“失独”之痛，非常人所能体味。而沈杰、刘曦遗留下来的胚胎，则成为双方家族血脉的唯一载体，承载着哀思寄托、精神慰藉、情感抚慰等人格利益。涉案胚胎由双方父母监管和处置，既合乎人伦，亦可适度减轻其丧子失女之痛楚。三是特殊利益保护。胚胎是介于人与物之间的过渡存在，具有孕育成生命的潜质，比非生命体具有更高的道德地位，应受到特殊尊重与保护。在沈杰、刘曦意外死亡后，其父母不但是世界上唯一关心胚胎命运的主体，而且亦应当是胚胎之最近最大和最密切倾向性利益的享有者。综上，判决沈杰、刘曦父母享有涉案胚胎的监管权和处置权于情于理是恰当的。当然，权利主体在行使监管权和处置权时，应当遵守法律且不得违背公序良俗和损害他人之利益。

3. 至于南京鼓楼医院在诉讼中提出，根据卫生部的相关规定，胚胎不能买卖、赠送和禁止实施代孕，但并未否定权利人对胚胎享有的相关权利，且这些规定是卫生行政管理部门对相关医疗机构和人员在从事人工生殖辅助技术时的管理规定，南京鼓楼医院不得基于部门规章的行政管理规定对抗当事人基于私法所享有的正当权利。

本院还注意到，原审在本案的诉讼主体结构安排方面存在一定的瑕疵，本应予以纠正。但考虑本次诉讼安排和诉讼目的指向恒定，不会对诉讼主体的程序和实体权利义务的承担造成紊乱，本院不再作调整。另外，根据上诉人在原审中的诉请以及当事人之间法律关系的性质，本案案由应变更为监管权和处置权纠纷。

综上，沈新南、邵玉妹和刘金法、胡杏仙要求获得涉案胚胎的监管权和处置权合情、合理，且不违反法律禁止性规定，本院予以支持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第五条、第六条、第七条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（二）项之规定，判决如下：

一、撤销宜兴市人民法院（2013）宜民初字第 2729 号民事判决；

二、沈杰、刘曦存放于南京鼓楼医院的 4 枚冷冻胚胎由上诉人沈新南、邵玉妹和被上诉人刘金法、胡杏仙共同监管和处置；

三、驳回上诉人沈新南、邵玉妹其他诉讼请求。

一、二审案件受理费共计 160 元，由上诉人沈新南、邵玉妹和被上诉人刘金法、胡杏仙各半负担。



本判决为终审判决。

审 判 长 时永才  
审 判 员 范 莉  
审 判 员 张圣斌  
二〇一四年九月十七日  
书 记 员 庄绪龙

### 一个法与情兼得的判决（附法院判决书原文）

2014年9月22日 法制日报

关注理由 这边,白发人送黑发人,父母承欢膝下、纵享天伦之乐不再。失独老人想拿回孩子生前存放于医院的胚胎,从此有个念想;那边,医院认为个人取回胚胎的唯一流向是代孕,法规禁止代孕。一边是人情冷暖,一边是法律规定。如何取舍?

上周,江苏省无锡市中级人民法院对中国首例冷冻胚胎继承权纠纷作出终审判决,胚胎的监管权归老人。有法律专家认为,这是一个法与情兼得的判决,厘清了多重法律问题和伦理问题,具有典型的判例价值。

□本报记者余飞丁国锋

阳光穿过薄薄的窗帘,并没有洒在卧室里。地板的漆面借着些许光亮,映出邵玉妹的影子。

邵玉妹默默地坐在转椅上,她面前是儿子儿媳常用的电脑。如今,电脑已盖上了一层布。

儿子儿媳离世一年多了,邵玉妹和老伴沈新南总是走进这间卧室,坐着、站着、看着,他们想在这里找到一点念想。

沈新南夫妇刚刚接到江苏省宜兴市人民法院的一审判决书。他们希望监管儿子儿媳生前留下的4枚冷冻胚胎,法院驳回了他们的诉求。

窗外是5月的和煦。一帘之隔,卧室的凄冷让他们难以接受法院的判决。

上诉,二审。

转眼入秋。在接到二审法院的终审判决时,两位老人有些意想不到。江苏省无锡市中级人民法院将4枚冷冻胚胎判给他们和亲家共同监管处置。

在这个秋天,4位失独老人收获了“孙辈”;中国的法院判例库也收获了一个前所未有的判决。

两个家庭的悲剧

2014年3月20日,是胡杏仙的生日。不过,胡杏仙早早就把日历上“3月20日”这一页撕去了,“就当没有这一天”。

胡杏仙无法面对这一天。

1年前,女儿刘曦和女婿沈杰特意赶回家里为胡杏仙过生日。夜深席散,刘曦和沈杰驾车回家,在离家只有1公里的地方,车子侧翻撞到树木。刘曦当天死亡。5天后,沈杰也离开人世。

胡杏仙后悔不已,她责怪自己为什么不留女儿女婿在家过夜。

自从女儿走后,胡杏仙很少用手机了。以前,女儿每天总要给她打四五个电话;现在,她见到手机就伤心。

胡杏仙的老伴刘金法只能拿着手机躲到厕所。手机里存着女儿练习舞蹈的视频,刘金法看着、笑着,不经意间,泪水滴到手上。

两位老人很少出门了,他们不敢参加婚礼,更不敢看到一家老少漫步街头。他们经常拉上窗帘,似乎这样可以挡住外面的笑声。

亲家邵玉妹也喜欢拉上窗帘,一个人坐在儿子儿媳的卧室里。有时候,她会跟老伴沈新南在这里“偶遇”,两人相拥哭泣。

两位老人试图走出去。邵玉妹时而坐在客厅看电视,也出去打打麻将,但不经意间总会走到离家1公里的地方。在那里,她对着空气念叨菜又涨价了、家里太大不好打扫……

沈新南照旧出门做生意,但每次出门总避不开那个地方。路过那里,沈新南会突然把车停在路旁,头靠在方向盘上大哭一场。

一切都改变了。4位失独老人想到跟着孩子一起去。亲戚们拦下老人,“不是还有孩子的胚胎吗,那也是血脉啊”。

4位老人想到了存放在江苏省南京市鼓楼医院的4枚冷冻胚胎。

沈杰和刘曦婚后多年未孕。2012年8月,夫妻俩到鼓楼医院,希望施行体外受精-胚胎移植助孕手术。在治疗过程中,医院获卵15枚,受精3枚,分裂13枚。取卵后72小时,为预防“卵巢过度刺激综合征”,鼓楼医院并没有马上对刘

曦进行新鲜胚胎移植。当天,鼓楼医院将4枚受精胚胎放在医院生殖中心冷冻保存。

4位老人跑到鼓楼医院,他们都想拿回这4枚胚胎。鼓楼医院拒绝了老人的请求,因为“法律不允许”。

4位老人事后得知,法律不允许代孕,而医院以为他们拿胚胎的目的就在于此。

无奈之下,沈新南找到律师咨询。律师郭伟的建议是,两家“得先确定胚胎属于谁”。

2014年春节前,刘金法收到了应诉通知书。

从法院发出应诉通知书起,从未起过争执的4位老人再未见面,偶尔的电话联系也总是以争执收场。

沈新南认为,嫁夫从夫是中国的传统,江浙地区的传统也是女儿不继承家产。所以,他觉得儿子留下的胚胎理应由他继承。

刘金法却不这么看,他觉得胚胎是小夫妻双方所有,他作为女方家长也应有继承权。为此,他还准备了辩护词。

法与情的初次交锋

开庭时,4位老人互不相让。随着庭审的进行,他们发现,阻碍自己拿到胚胎的,不是亲家,而是鼓楼医院。

法院在受理案件后,依法追加鼓楼医院为第三人。

法庭上,沈新南夫妇的代理律师郭伟提出自己的观点:胚胎在没有植入母体前,是一个权利的客体,是可以继承的“物”。“胚胎在法律上的性质规定不明确,因为根据我国民法通则第九条规定,胎儿出生前不可以作为民事主体,继承法中也规定了在母体中的胎儿预留一定份额,出生后如果为活体即享有一定份额。而继承法第七款又称公民的其他合法财产可以继承”。

为了证明自己的观点,郭伟还搬出了法学专家王利民、梁慧星“助阵”。“王利民、梁慧星等法学专家在民法草案建议稿中也认为离开人体的器官血液、精子、卵子都可以作为‘物’来继承”。

郭伟坚持:在没有法律明确胚胎地位之前,胚胎属于沈杰和刘曦的私有物,是可继承的财产。

第一轮交锋,郭伟开门见山,鼓楼医院也直接抛出三个观点:

冷冻胚胎的性质尚存在争议,不具有财产的属性,原被告双方都无法继承;

沈杰夫妇在生前已签订手术同意书,同意将过期胚胎丢弃;

胚胎的作用为生育,如今沈杰夫妇已去世,在原被告双方都不具备处置和监管胚胎条件的情况下,胚胎被取出后唯一能使其存活的方式就是代孕,但代孕行为违法,原被告双方也无权行使死者的生育权。

三个观点归结为一点:鼓楼医院请求法庭驳回原告的诉讼请求。

第二轮交锋,郭伟引用了原卫生部出台的《人类辅助生殖技术管理办法》。他认为,《人类辅助生殖技术管理办法》第三条没有涉及到未植入人体胚胎的属性,对于胚胎的归属没有明确的规范和调整,仅仅强调了医院的责任。4个受精胚胎该如何处置,取决于4位老人的意愿,不存在商业代孕问题。

鼓楼医院代理律师郑哲兰也引用原卫生部出台的一部规章支持自己的观点:根据《人类辅助生殖技术规范》等规范的要求,处置和监管冷冻受精胚胎要有相应的医疗资质及人员、场所、设备等条件,原告方显然不具备上述条件。另外,沈杰夫妇曾签订《胚胎和囊胚冷冻、解冻及移植知情同意书》,“同意书”中约定了胚胎超过保存期同意丢弃,所以原告无权要求对胚胎进行处置。

郑哲兰推断沈新南夫妇取回冷冻受精胚胎的唯一流向就是代孕。

作为医院的代理人,这位律师从医学伦理、法律的角度分析:代孕行为违反了我国“人不能作为商品”的法律精神,是变相将人体出租的一种行为,是法律明令禁止的行为。另外,代孕会造成严重的社会问题及伦理问题。作为医院,不可能将冷冻受精胚胎赠送给原告帮助其实施代孕。提供胚胎的夫妻双方不幸去世,生育权主体不复存在,任何其他人包括他们的父母都无权决定其后代的生育。

原告与鼓楼医院针锋相对的观点,最终由宜兴市法院作出定夺。

宜兴法院在判决书中写道:夫妻双方已死亡,作为双方父母的原被告均遭受了巨大的痛苦,原告主张沈杰与刘曦夫妻手术过程中留下的胚胎作为其生命延续的标志,应由其负责保管,但施行体外受精-胚胎移植手术过程中产生的受精胚胎为具有发展为生命的潜能、含有未来生命特征的特殊之物,不能像一般之物一样任意转让或继承,故其不能成为继承的标的。同时,夫妻双方对其权利的行使应受到限制,即必须符合我国人口和计划生育法律法规,不违背社会伦理和道德,并且必须以生育为目的,不能捐赠、买卖胚胎等。沈杰与刘曦夫妻均已死亡,通过手术达到生育的目的已无法实现,故夫妻二人对手术过程中留下的胚胎所享有的受限制的权利不能被继承。依照《中华人民共和国民法通则》第五条之规定,驳回原告诉讼请求。

一审判决宣布,沈新南转头看了看被告席上的亲家刘金法,两人苦笑着对视片刻后,各自带着老伴缓缓走出法院。

法律是有温度的

回家的路上,4位老人坐上同一辆车。这是自打决定“法庭上见”以来,他们第一次坐在一起。车里,泣声不停。他们决定互相之间不争了,他们希望说服医院、说服法院。

实际上,不管是医院还是法院,他们都曾在法与情之间难以抉择。

宜兴市法院十分同情4位老人的遭遇,但法院面临法律规定的种种限制,又考虑到将胚胎权属判归父母可能引发更多伦理道德和法律争议,一审法院只能基于法律规定作出不利于原被告的判决。

医院也有不可逾越的障碍,那就是原卫生部出台的《人类辅助生殖技术管理办法》、《人类辅助生殖技术规范》等一系列规章。

一审法院和医院有同样一个担心,一旦法院判决同意原告从院方取回冷冻受精胚胎,那么很多身体条件不适宜生育的夫妻,将会根据此案判决向法院索要冷冻受精胚胎以实施人工代孕。这不仅突破了法律底线,而且会产生巨大的伦理道德危机。

一边是失独老人渴望留点念想的人情,一边是一系列的法律规章,这确实是一个难以取舍的选择题。

4位老人也明白其中道理。二审开庭时,他们都没有去法院,他们不敢面对极有可能出现的第二次“驳回”。

事情的发展完全出人意料。

律师拿回了终审判决书,4位老人有些难以置信地看着上面的文字:

在我国现行法律对胚胎的法律属性没有明确规定的情况下,应考虑到受精胚胎具有潜在的生命特质,不仅含有死者夫妇DNA等遗传物质,且含有双方父母两个家族的遗传信息,双方父母与涉案胚胎亦具有生命伦理上的密切关联性,不但是世界上唯一关心胚胎命运的主体,而且亦应当是胚胎之最近最大和最密切倾向性利益的享有者。

卫生行政管理部门有对相关医疗机构和人员在从事人工生殖辅助技术时的管理规定,南京鼓楼医院不得基于部门规章的行政管理规定对抗当事人基于私法所享有的正当权利。

撤销一审判决,基于伦理、情感、特殊利益保护等情节,认为沈新南、邵玉妹(沈杰父母)和刘金法、胡杏仙(刘曦父母)要求获得涉案胚胎的监管权和处置权合情、合理,且不违反法律禁止性规定,依照《中华人民共和国民事诉讼法》相关规定,判决沈杰、刘曦存放于南京鼓楼医院的4枚冷冻胚胎由上诉人沈新南、邵玉妹和被上诉人刘金法、胡杏仙共同监管和处置。

有人认为,这一次,二审法院在法与情之间选择了情,留下一些法律争议。

担任二审审判长的无锡市中级人民法院院长时永才对此并不认同。

时永才解释,在现行法律中,没有任何一个具体条文对此做出了明确性。经过多方研究、参考网友意见并参考国外相关案例,法院最终认为,“冷冻胚胎是具有生命潜质的特殊存在”,将冷冻胚胎判给老人,并不等于说“它是一个物”,更不等于说“它可以被继承”。老人获得的只是冷冻胚胎的监管权和处置权。

二审判决是否突破了代孕的法律限制?时永才的回答是,法院在判决书中对此作出了明确限定:后续处置必须符合法律;不得违背公序良俗;不能损害他人利益。“只要符合这三条,怎么处置胚胎,是老人自己的事情。法院裁判只解决归属问题,并不解决使用问题。冷冻胚胎是否会用来代孕,已超出了审判范围”。

不得不说,这是一个法与情兼得的判决,既符合法律规定,又符合伦理道德;既符合公平正义,又符合公序良俗。

相较于层出不穷的新鲜事物,法律是滞后的。如何用固有的法律判断新事物中的人情,如何在法律与人文关怀之间寻找平衡点,这是对司法者的莫大考验。

一个法与情兼得的判决来之不易,其中考量着法官的法律把握能力,检验着法官是否通达人情伦理。

法律是有温度的。

秋风萧瑟的季节,4位老人能感受到法律的热度。

他们不想找人代孕,因为“国家是禁止代孕的”。尽管膝下无欢,但胡杏仙多少有了些释然,因为对孩子有了个交代。

### 你知道遗嘱可以委托保管吗?

2014年9月23日 北京晚报 孙颖

写遗嘱,可以放进中华遗嘱库,这是一个2013年3月发起的公益项目,为60岁以上的老人免费提供遗嘱咨询、遗嘱登记和遗嘱保管的服务,因受到老人欢迎,但接待能力有限,预约老人排到了2016年。在今年的北京两会和全国两会上,市政协委员吴世民、康军和全国政协委员尚绍华都提出扩大中华遗嘱库服务覆盖面的提案。

中华遗嘱库管委会主任陈凯今天介绍,有关遗嘱库的报道引起了各界的关注,在北京市民政局、市老龄办、首都公益慈善联合会和市社区服务中心的支持下,中华遗嘱库终于设立了第二登记中心,位于朝阳区北苑绿色家园媒体村,老人前往预约登记前最好先打96156咨询。此外,今年底中华遗嘱库还将在东部和西部城区再增设两个登记

中心，力争在明年底完成现有预约的老人的遗嘱登记服务，对于此后新增预约老人的排队时间也将控制在3个月以内。

为给老人提供方便，中华遗嘱库还推出五大便民措施，其中，将在东城、西城、朝阳、海淀、丰台、石景山的9个社区服务中心设置预约咨询点，老人可就近领取《预约卡》。X133

上门集中

登记遗嘱

为满足老人需要，中华遗嘱库将走进社区集中为老人办理遗嘱登记。这种服务分为固定服务点和流动服务站，可集中时段为附近的老人办理遗嘱登记，免除老人的奔波之苦。需要此项服务的街道、社区或养老院、干休所、老年活动中心等，可拨打96156与中华遗嘱库联系。

推出22种

遗嘱范本

除了遗嘱登记服务外，新增为老人免费起草遗嘱的服务项目，推出了22种遗嘱范本，配合使用遗嘱范本自动适用软件，可以为90%以上的老人一次性出具遗嘱草稿，这意味着前来办理遗嘱登记的九成老人可以一趟办完。

社区服务

中心预约

在东城区社区服务中心（东四十三条53号A座）、朝阳门街道社区服务中心（大方家胡同38号）、东四街道社区服务中心（朝阳门内北小街8号）、西城区综合服务中心（西直门内大街235号）、朝阳区社区服务中心（劲松中街405楼）、海淀区社区服务中心（科学院南路31号）、丰台区社区服务中心（兴隆中街6号）、石景山区八角街道杨庄北社区居委会（杨庄北区9号附近）、八角南路社区居委会（八角南路10号楼北侧）设置预约咨询点，老人可就近领取《预约卡》。遗嘱库将根据就近原则安排老人办理遗嘱登记。《预约卡》将在10月2日后开始发放。

寄排队卡

提醒老人

针对一些老人忘记或记错预约的办理登记时间，将向老人邮寄写明办理时间、办理地点、联系电话、所需材料等内容的《排队卡》。接下来的3个月内，中华遗嘱库将陆续致电已办理预约的老人并邮寄《排队卡》。

建继承纠纷

调解中心

中华遗嘱库主办的北京和谐继承调解服务中心有望在近日挂牌，这将是我国第一家专业继承纠纷调解中心。调解中心成立后，将承接法院与社区移交的诉前调解案件，为居民提供调解服务。调解人由退休法官、资深律师和心理咨询师组成。

## 狠心父母出卖亲生孩子终获刑

2014年9月25日 香洲法院



2014年9月12日，香洲区法院对一起特殊的拐卖儿童罪一案作出一审判决。

网上找买家 高价卖孩子

被告人肖某、武某系夫妻关系，已生育两个男孩。2013年6月份，被告人肖某意外怀孕后，便与被告人武某商量，如果产下女婴就自己抚养，如果产下男婴就送人抚养。随后，被告人肖某利用QQ群在网上发布信息寻找收养男婴的买家，很快便与买家刘某取得联系并且谈好收养事宜。被告人肖某提出，因怀孕期间不能工作，需要刘某支付人民币6万元的补偿费，买家刘某也爽快地答应了被告人肖某的要求。2013年9月30日，被告人肖某在珠海南屏某医院产下一男孩，买家刘某要求按照约定带走男婴，被告人肖某和被告人武某虽有所犹豫，但是基于家中已有两个男孩和经济压力过大的原因，最终还是将男婴交给了刘某，并收取了刘某8万元人民币。随后，民警在一次的日常盘查中，对武某进行调查，被告人武某因没有意识到把亲生孩子卖给别人也会触犯刑法，就主动如实交待了自己的犯罪事实。随后，民警将其妻子肖某也一并抓获归案。

出卖亲生孩子属于拐卖儿童罪

香洲法院根据上述事实认定被告人肖某犯拐卖儿童罪，判处有期徒刑五年，并处罚金人民币一万六千元；被告

人武某犯拐卖儿童罪，并具有自首情节，判处有期徒刑三年，缓刑四年，并处罚金人民币一万六千元；违法所得人民币八万元，予以没收。

法律上对“借送养之名出卖亲生子女”与“民间送养行为”的界定区分

最高人民法院、最高人民检察院、公安局、司法部们联合出台的《关于依法惩治拐卖妇女儿童犯罪的意见》第17条对借送养之名出卖亲生子女与民间送养行为作出区分，二者的区别关键在于行为人是否具有非法获利的目的。通过审查将子女“送人”的背景和原因、有无收取钱财及收取钱财的多少、对方是否具有抚养目的及有无抚养能力等事实，综合判断行为人是否具有非法获利的目的。具有下列情形之一的，可以认定属于出卖亲生子女，应当以拐卖妇女、儿童论处：（1）将生育作为非法获利手段，生育后即出卖子女的；（2）明知对方不具有抚养目的，或者根本不考虑对方是否具有抚养目的，为收取钱财将子女“送”给他人的；（3）为收取明显不属于“抚养费”、“感谢费”的巨额钱财将子女“送”给他人的；（4）其他足以反映行为人具有非法获利目的的“送养”行为的。不是出于非法获利目的，而是迫于生活困难，或者受重男轻女思想影响，私自将没有独立生活能力的子女送给他人抚养，包括收取少量“抚养费”、“感谢费”的，属于民间送养行为，不能以拐卖儿童罪论处。

### 农村股份社不允许子承父股 称符合社会发展规律

2014年9月25日 南方农村报 陈立新

南方农村报讯(记者 陈立新)在农村集体经济组织当中，父亲的股份，儿子可以继承吗？股份社说不行，镇政府认为可以，股份社将镇政府告上法庭。近期，广东顺德区龙江镇发生的一起纠纷，将农村集体经济股权流转面临的尴尬暴露在大众视野。

南方农村报记者在佛山调查发现，农村集体经济组织股权流转遭遇阻碍，部分股份社的规定和村民流转意愿不强，是最大的因素。

股份不能继承，合理吗？

顺德区的农村集体经济股权固化完成于2001年。那年，龙江镇东涌涌口股份合作社的刘某洪被确认持有两股股份。2009年5月刘某洪逝世后，涌口股份合作社拒绝刘某洪的唯一继承人刘某钊继承股份，理由是根据涌口股份社2008年通过的章程，“去世的村民，当年可分红，下年终止分红。”

2013年7月15日，刘某钊向龙江镇政府提出申请，要求继承股份，经济社应补发三年来停发的股份分红款和量化款。龙江镇政府支持了刘某钊的申请。涌口经济社不服，向顺德区人民政府申请行政复议，结果依旧。随后，涌口股份合作社将龙江镇政府告上法院。顺德区法院初审和佛山市中级人民法院二审都判决维持龙江镇政府的行政处理决定。

经济社认为，章程是村民表决通过的，章程内容没有违反任何法律、法规和规章，应当有效，“且符合人类社会的发展规律。”

近日，南方农村报记者来到涌口经济合作社，一位负责人表示“没什么可说的”，对于章程如何“符合人类社会的发展规律”，也言辞闪烁。

“股份如果不能继承的话，那么股权固化就没有任何意义。”中国社会科学院农村发展研究所宏观室主任党国英表示，确权的目的就是为了保障村民对于财产的完全权利，继承是最基本的，“既然固化了股份，那么个人股份就属于财产；财产不让继承，哪能说是符合人类社会的发展规律呢？”因此股份不能继承是不合理的。

集体经济股份是福利

2013年6月，佛山市南海区启动“南海区集体经济组织成员股权(股份)管理交易平台”，录入全区76万集体经济持股成员资料以及股权和分红信息，实时在线动态监管。平台的另一目的是推动股权有序流转。

“目前我区农村股权福利性强，资本功能相对弱化，只有建立集体经济组织成员股权管理交易平台，大力推进‘确权到户、户内共享、社内流转、长久不变’的股权管理模式，才能改变股权‘封闭福利性’的方式，真正推进股权资本化和市场化。”南海里水镇城乡统筹局副局长杜柏盛告诉记者。

“现在平台主要发挥管理股东、兑现分红的作用，对股权转让的作用将在确权之后逐步显现。”杜柏盛说。

里水镇河村经联社社长麦宜镜告诉记者，目前河村下属六个经济社采取的都是“添人有股、死人收股、随年增股”的形式：新生儿和外来媳妇有基本股5股，另外可买一股发展股，发展股买一赠一；此后每9年可以买一股发展股，也是买一赠一，即每九年可增两股，15股为满股。股东死后，股权由经济社收回。发展股的价格大约为年股份分红的三到四倍，也就是说在买一赠一的情况下，两年多即可收回买股成本。

“根据南海关于集体经济分红的相关规定，南海区集体经济的股份分配大多采取这种方式。”麦宜镜介绍。

“这基本上可以说是作为村民的一种福利，从来没想过要买卖。”河村下属的雄星经济社的郑先生家里有3口人，共40多股，去年分得4万多元。

河村石荣经济社社长吴德满告诉记者，石荣村集体经济股东大约有580人，共6000多股，股东和股数每年都在变动，“每年到了股东变动的时候都是最头疼的，稍微处理不好就会出现很大问题。”吴德满觉得，“还是早点固化为好。”

专家：价格合适就有市场

顺德区乐从镇劳村村支书劳照德告诉南方农村报记者，现在劳村集体经济股权可以在经济社内转让和赠予，还可以由社外直系亲属继承。但是几年来，继承不少，赠予和转让尚无一例。

劳村的状况在一定程度上可以代表顺德股权流转的现状，这个全国最早进行股权固化的地方，股权交易量依旧几乎为零。

南海河村下属西紫经济社的张永祥家有5口人，共持有69股，去年全家分到了55000多元。“只要不是到了最艰难的时刻，我肯定不卖，因为每年都有可观的分红。”

南方农村报记者在顺德区乐从镇、龙江镇、均安镇，南海区里水镇、大沥镇等采访了多位村民，他们均表示即使放开股权买卖，也一般不会想要买卖股权。

“我不觉得交易会一直冷下去，主要还是一个价格问题。”党国英打了一个比方：假如每股每年分红是100元，银行年利率是5%，那么只要有人肯出高于2000元的价格，就可以买到股份。

“集体经济股权交易在破除制度性障碍后，尤其是股权不是只能在社内流转之后，会向着投资性的方向发展。这会促进集体经济改善经营，以实现集体资产的保值增值，就像现在的股票市场一样。”党国英说。

（原标题：股份社不让儿子继承父亲股份 称符合人类社会发规律）

## 关注 | 为什么女人宁愿忍受暴力也不离婚？

2014年9月24日 天涯社区

看了央视12的《中国反家暴纪事》，没想到有那么多女人过的生不如死。看着这么多妇女被身体暴力，性暴力，精神暴力，经济控制，真的气得我骂人。最让我痛心的是，家暴受害女性在求助警察或者妇联的时候，平均已经被家暴35次了!!!!

向公益组织求助的女性，最短的，遭受家暴的年限也有3年，也就是说大部分女性在被虐待3年后才去求助！推荐各位去看看，去了解，不管男女，都要反对这种暴力，因为那些女人也都是别人的女儿。

希望我们中国的妇女能爱护自己，勇敢的远离伤害，希望看到的遭受暴力的姐妹，能够不再委曲求全，打破“男人打老婆天经地义”的恶习。

### 案例1

一日夫妻百日恩。可是家住崇明城桥镇的施某在30多年的婚姻生活中，饱尝丈夫张某的家暴，为此曾经自杀，幸好被亲戚救下。虽然提出过离婚，但是在丈夫的暴力威逼下，施某选择了忍受。今年5月20日凌晨，丈夫又因琐事对妻子施某拳脚相加。施某不堪忍受，趁丈夫熟睡时，用榔头敲击丈夫脑袋。事发后施某后悔，当即拨打120，称丈夫摔跤受伤。由于伤势过重，当日中午经抢救无效死亡。

被告人 施某：我想用榔头把他脑子敲傻。

日前，崇明法院对此案进行公开审理。由于施某平时为人谦和，表现良好，村里有百余人联名请愿，希望法庭对其从轻处罚，其中还包括丈夫的亲属。

### 案例2

袁女士十几年的婚姻生活使她苦不堪言。袁女士的丈夫经常对她恶语相向，后来甚至拳脚相加，大打出手。

对于丈夫的粗暴行为，袁女士一贯采取退让隐忍的态度，每当她忍无可忍时，就离家出走一段时间，而丈夫会发疯地去找她。找到她以后，每次都是痛哭流涕、捶足顿胸、作揖下跪，向袁女士道歉，哀求她不要离开自己，表示没有她，自己就活不下去了。

袁女士相信丈夫还是深爱自己的，也就每每原谅了他，跟随他回家去“好好过日子”。可是过不多久，丈夫又故态复萌……于是，袁女士这十几年的生活，就在丈夫的打骂——道歉——再打骂——再道歉——这个怪圈中周而复始地度过。

袁女士的生活为什么会陷入这样一个周而复始的怪圈中呢？心理学中有一种“心理游戏”的理论可以对此进行解释。心理游戏是指人们通过扮演“迫害者”、“受害者”和“拯救者”这样一些心理角色来进行的争斗。玩“心理游戏”的人，不管他想扮演什么样的角色，他都至少要拉一个人，来给他当“配角”。

袁女士和丈夫之间多年以来就是在玩一场如火如荼的“心理游戏”，当袁女士丈夫扮演“迫害者”对她辱骂和殴打时，她乖乖地成为逆来顺受的“受害者”；而当袁女士离家出走时，她丈夫又把自己打扮成一个“受害者”，表示如果袁女士离开他，他就活不了，袁女士又乖乖地跳到“拯救者”的位置上，成为丈夫的“救世主”……

跟帖：

作者：离离角

作为一个基层法院审离婚案的审判员，我太希望家暴这个问题引起足够重视了！审判实践中想要认定一个家庭暴力要有多难！明明知道女当事人说的都是真的，明明看出男当事人是畜牲不如，但是因为证据达不到认定标准，或者干脆没有任何证据，只能眼睁睁看着男的嚣张下去，没法判决离婚，也没法判赔偿！我都快要难过到麻木了！

作者：oreily

### 【几大误区】

百科里的，转过脸大家看一下

反对家庭暴力，需要全社会的参与，但是受中国传统观念的影响，可能有人会认为家庭暴力是家里的事情，是一种隐私，不可外扬。中国社会的百姓们对家庭暴力现象存在着几大误区：

误区一：没有家庭暴力现象，即使存在，也是极少数。

误区二：家庭暴力是私事，4128 个调查对象中，57.51%认为家庭暴力是家务事。

误区三：家庭暴力就是伤害身体，而不包括精神暴力、经济暴力、性暴力。

误区四：文化素质高的家庭没有家庭暴力，4128 个调查对象中，施暴者中 62.7%具有大专以上学历

作者：whosiquanjia

楼主，以前我还未出嫁时，在大学里面也很热血青年，而且我是独生子女，父母全部都是公务员，不愁吃穿，每次看见家暴还忍着的女人，我都说那些女人傻，有什么离不开走不开的！然后我嫁了个清华的硕士，农村的！结果我挨家暴，我自己都闹不清楚自己怎么就中奖，我谈恋爱时挨打，怀孕挨打，孩子有了之后少挨了，但是一旦挨又是浑身淤青，我确实走不开离不了婚！不是我忍着，是我真的很无奈！老公很爱他的孩子，我的婆家也很懂人事道理，虽然他们也很爱让他们光宗耀祖的老公！我离婚，我的孩子就不幸福，他很幸运，每次我挨打他看不见，老公会选择没孩子时候吵架打人！然后我身心巨痛，但是孩子回来我还得笑嘻嘻地给他讲故事，说爸爸妈妈爱你，一副之前没事的样子，我也不想让自己父母操心！

而且我老公打完我之后，也会在别人面前或者孩子面前一副没有过的事，然后会对我特别好给别人看，这个就是最可怕的地方！所有的人都觉得我老公很爱我，因为他比我大，所以人家都说我老公可疼我了！你说我老公是纯农村的村夫，那我能理解他粗暴，可是他是读过书的人，三好学生的证书，优秀干部的，从小学堆到大学，我家婆都堆在柴棚箱子里，上了清华大学的人，楼主你告诉我，你想像得出来吗，他可是学生会的副主席以前！再过 4 年他就 40 了！我心里真的一点滋味都不是！

作者：云归何处寻

要女人团结起来真的很不容易

我敢说国内大部分女人热衷的都是互相攻击，借此在男权世界争宠，想想真挺寒心。我多年前看过一部电影，叫做《末路狂花》，这是我女权意识的启蒙，推荐大家看看。

更多案例及讨论请戳原帖阅读

### “白丝带”开启男性接待处理家暴咨询服务

2014 年 9 月 24 日 中国妇女报 南储鑫

本报记者南储鑫 发自北京 9 月 24 日，中国第一个男性接待处理性别暴力的公益服务站将正式开门服务。中国白丝带志愿者网络北京服务站，每周三、周日接待家庭暴力、性暴力当事人（受暴者、施暴者、目击者、重要他人）来访，提供心理、法律咨询服务。接待日期间，将有熟悉性别暴力的心理咨询师、律师、社会工作者提供免费公益咨询服务。

以往，针对包括家庭暴力、性暴力进行服务与咨询工作的，主要是女性。而由联合国人口基金支持成立的中国白丝带志愿者网络则强调以男性为主导，致力于推动男性参与终止性别暴力的公益组织。白丝带已经开设了白丝带热线咨询和白丝带网络咨询。北京服务站正式开始对外服务，意味着面对面的咨询与帮助也开始启动。据悉，白丝带近期还将在上海、淮南、秦皇岛开设公益服务站。

### 男子偷情妇 20 万：帮老婆还车贷 孝敬老丈人

2014 年 9 月 25 日 检察日报 朱乐乐

女子和已婚男有婚外情，多半是贪图对方的钱财。但凡事总会有例外，已婚男齐传云如“蚂蚁搬家”似的，从情妇卡里取走近 20 万元。更令人惊讶的是，他拿着这些钱，竟用来补贴自己老婆，甚至还孝敬老丈人。

湖北籍女子阿霞(化名)，今年 30 多岁。由于跟丈夫感情不和，她带着孩子，来到浙江平阳打工。阿霞平日里省吃俭用，辛辛苦苦积攒下 20 余万元。2014 年初，她认识了河南籍已婚男子齐传云。齐传云 30 岁出头，长相帅气，很会讨女人欢心。虽然齐传云也有家室，但他和阿霞还是抛开伦理道德开始交往。阿霞为了和齐传云在一起，不惜跟家里闹翻，两人决定私奔到温岭去开餐饮店，开始新的生活。

2014 年 6 月上旬，他们来到温岭，齐传云建议阿霞办张温岭本地的银行卡，这样不仅方便，取款还不用手续费。阿霞想想也是，就和他一起去银行办卡。

趁阿霞办卡之际，齐传云在一旁偷偷记住了她的密码。银行卡办好后，阿霞将之前打工攒下的 20 多万元，全数转存到新卡内，为了省钱，她甚至没有办理短信提醒业务。

有一次，齐传云带着阿霞和表弟到横店玩。这次出行齐传云没有带钱，他趁阿霞不注意，从其包内偷偷拿走银行卡，并找借口到附近的 ATM 机上取走了 1.8 万元现金，再偷偷地藏在了他自己汽车的车垫下面。次日，他们回到平阳，齐传云再次偷拿阿霞的银行卡，并取走了卡内的 2 万元。

在平阳的第二天中午，齐传云跟阿霞说要去温岭找开面馆的店面。阿霞说跟他一起去，但齐传云以两人来回费用贵为由，说服她交出银行卡和身份证，人留在平阳等消息。

到了温岭后，齐传云找到了一家满意的店面，但房东不同意租客做餐饮，租店之事没谈成。正当齐传云准备返

回时，突然想起老婆的车贷还没有还清，于是他分3次取走阿霞银行卡里共计12万元。接着，他来到温岭一家店里消费了2万元钱。

之后，齐传云接到阿霞打来的电话，原来她孩子在老家不见了，让齐传云一起帮忙找人。两人在湖北一宾馆安顿好后，阿霞拿回放在齐传云那里的银行卡和身份证。就在当天上午，齐传云再一次偷偷借机取走卡内的2万元。

阿霞找到孩子，安心回到平阳不久，她偶然发现自己银行卡里居然只剩下几千元，于是马上报警。很快，齐传云就被民警抓获归案，这时的他，早已还不出偷走的钱。原来除了自用外，这笔钱大多被他拿去孝敬岳父、贴补家用了，还帮老婆还了6万多元的车贷。

9月19日，齐传云被浙江省平阳县检察院以盗窃罪提起公诉。

### 杭州导游被新加坡富婆认作干孙子 获赠2亿财产引纠纷

2014年9月25日 浙江在线-钱江晚报 胡大可 柏建斌

浙江在线9月25日讯（钱江晚报记者 胡大可 柏建斌）据新加坡《联合晚报》报道——9月以来，新加坡全国都在关心一桩巨额财产纠纷案件。

案件的一方主角，是一个老家在杭州的男人，他叫杨天，40岁，已成家，膝下一子一女。

另一位主角，则是新加坡的一位老太太，现年87岁，姓邹。老太太的丈夫已经走了，他们没有子女，比较近的亲属是她也已60岁的外甥女莫翠玲。

杨天曾经是一名导游，经介绍，2008年做了老太太的私人导游，最终情同祖孙。后来，老太太索性把杨天认为了干孙子，在4年前立的一份遗嘱中明确说明，洋房及屋内所有物品包括画作和艺术珍藏品，全归干孙子一人所有。

这笔资产，总额达4000万新加坡元，折算成人民币的话，大约是2亿元！

近日，老太太的外甥女莫翠玲找上门，说杨天骗取了老太太的信任，鹊巢鸠占，要为老太太讨回公道。目前老太太已经出现了老年痴呆的症状，无法叙述整个过程。

“让我的财库朝5000万进军”微博炫富晒幸福引发老太亲属怀疑

《联合晚报》曾报道，杨天两年前就在署名“文韬武略样样精”的微博上炫富晒幸福，说是要“让我的财库朝5000万进军”，还有一句“Come on! Money, I Love You.”（快来吧，钱，我爱你）

杨天也不时在微博上分享古玩名画及名贵家私和石雕等，有些自称是他自家珍藏。

还有一点蹊跷的，杨天分享的数百张照片，没有一张上能看到老太太的身影。

此刻，不少帖子已经被删除。

实际上，杨天可能已经处理了老太太收藏的不少字画和珠宝，因此他和妻子等已经过上了富豪的生活。当地媒体采访后披露：在查到的杨天微博的帖文和图片可以看到，显示他喜爱古玩，同时穿戴名牌，生活非常奢华。

杨天正在接受当地警方调查

来自新加坡媒体消息，目前杨天正接受当地警方调查。

9月17日，杨天因涉嫌失信被当地警方逮捕调查，次日上午得到保释。当地针对杨天的调查显得多方面，其中当地媒体披露了杨天在一份申请书上填写所念的“大学”，在网上查不到资料。而新加坡移民关卡局的调查显示杨天涉嫌违反申请永久居留证的条例，或在申请时提供假资料。如果最终被判有罪，杨天的永久居留资格将被取消，遣返回中国。而目前，杨天护照已遭移民局扣留。

显然，目前的种种证据表露对杨天的不利，当地律师说，如果杨天罪成可能面临坐牢，而那近2亿的资产也可能不保。

### 哈尔滨新规：赚钱不给老婆花算家暴 11月起实施

2014年9月25日 重庆晨报 李玥

重庆晨报【哈尔滨：赚钱不给老婆花算家暴新法11月起实施】在哈尔滨，赚钱不给老婆花就算家暴。《哈市妇女权益保障条例》将于11月1日起施行，新法规定：除打骂外，精神恐吓、禁闭、冻饿、经济封锁等都属家庭暴力范畴。赚钱得给老婆花，以后不许欺负她，你赞同吗？

此前报道：

家庭暴力就是打老婆吗？当然不是。在哈市近3年来接到的家暴投诉中，除了打骂等，精神恐吓、禁闭、冻饿、经济封锁等都属于家庭暴力的范畴。近3年来，哈市家暴每年以2.7个百分点递增，记者从有关部门了解到，哈市去年共接到家暴投诉2511件。

处理不当

“家暴投诉女王”背后的软弱

“从现在接到的女性维权热线来看，大部分的投诉都是忍无可忍的殴打，甚至残害身体。”市妇联权益部的工作人员告诉记者，很多女性一再遭受家庭暴力，都是因为第一次家暴处理得不得当，才会日后经常遭受家暴。

36岁的梁可（化名）是目前投诉次数最多的女性，因为遭受家庭暴力她曾3次投诉家暴，第一次婚姻中被丈夫殴打，好容易结束噩梦般的婚姻后，迈入第二次婚姻没两年，又遭受家庭暴力，这次她被丈夫掰断了小手指。丈夫喝完大酒回来嫌她开门慢，打她，说她洗衣服洗得不干净，打她……任何鸡毛蒜皮的小事都能成为随意打她的理由，



可梁可每次都是以“孩子还小”、“年纪大了就好了”等理由安慰自己，没有给对方任何震慑和惩罚，一味忍让导致了多次的家暴。

#### 经济封锁

买东西超过 20 元都要请示

刘霜（化名）结婚后一直没有工作，家里开销都是做生意的丈夫来承担。可结婚多年，等待刘霜的并不是舒适美满的“全职太太”生活，而是经济全面封锁。丈夫早就扔下话，买东西超过 20 元一律不能自作主张，必须要请示，丈夫同意才能买。

在投诉电话中，刘霜哭着说，在家里她感觉自己更像个保姆，一切大事小情，自己不但没有权利做主，甚至连说话的权利都没有。家里的一切财产都归丈夫管理支配，稍多问一句，即会遭到丈夫的斥责“钱是你挣的吗？有你说话的份儿吗？”

记者从哈市相关部门了解到，近年来在接待家暴投诉中，经济上和家庭地位上遭受家暴的投诉案例在逐年增多。一些男士尽管受过高等教育、也有着较高的社会地位，可却在骨子里有着浓厚的“大男子主义”，认为自己是家中的“顶梁柱”，对妻子实行经济封锁，一切都是自己说了算。

#### 家暴受害者比例

女性

90%

男性

10%

本报制图/李迪

链接

哈市建反家暴网络

近年来，家庭暴力是哈市侵害妇女人身权利的一个突出现象，由于家庭暴力发生在家庭内部，取证难、处理难，且往往被认为是“家庭内部矛盾”而处置不力。为了维护妇女权益，目前全市已建立反家暴报警投诉站 179 个，家暴庇护中心 12 个，全市各县（市）妇联开通了 11 条 12338 妇女维权热线，形成了反家暴网络。妇联将进一步发挥 12338 妇女维权热线、“姐妹港湾—妇女维权服务站”等维权阵地作用，为受家暴侵害的妇女提供政策咨询、法律帮助、心理抚慰等服务。

#### 预防

明确家暴救济途径

即将施行的《哈尔滨市妇女权益保障条例》中，把预防和制止家庭暴力作为一项重要内容。《条例》对禁止家庭暴力作出了详细的规定，对公安机关、民政部门、司法部门、妇联组织、城乡基层性自治组织在预防与制止家庭暴力方面的职责进行了明确；明确了妇女在遭受家庭暴力后的各种救济途径；针对家庭暴力案件取证难问题，规定了公安机关、社区居民委员会、村民委员会、当事人所在单位、医疗机构等应受害妇女要求及时为其提供受害情况证明的责任。

妇女权益保障条例 11 月 1 日起施行

对象黄了

纠缠人家犯法

本报记者 李玥

作为哈市首部以妇女为主体，全面维护妇女合法权益的地方性法规，《哈尔滨市妇女权益保障条例》将于 11 月 1 日起施行。昨天，市人大常委会法工委、市妇联的相关负责人就市民比较关心的方面作了解答。

现实中，有很多人在解除夫妻关系后，或者恋爱关系终止、被拒后，对女方及其亲属实施报复性质的行为，严重影响女方及其亲属的正常工作和生活。《条例》第 22 条规定：男方在女方提出离婚、拒绝或者终止恋爱关系后，以及在解除夫妻关系后，不得对女方及其亲属施以纠缠、骚扰、侮辱、威胁、打骂等行为。

在人身权利方面，《条例》规定了公安机关、用人单位和公共场所管理单位在预防和制止性骚扰方面的责任，明确了受到性骚扰的妇女的救济途径。《条例》第 23 条规定：用人单位和公共场所管理单位应当采取措施预防和制止对妇女的性骚扰行为。妇女受到性骚扰，可以向公安机关报案或者向所在单位、公共场所管理单位求助。接到报案、求助的单位应当及时处理。《条例》对性骚扰用人单位的处理责任作了规定，明确性骚扰的受害者有权向当事人所在单位、妇女联合会或者公安机关投诉，接到投诉的单位和机关应当及时处理。

针对有的企业女职工劳动和社会保障权益受侵害的情况，《条例》第 14 条明确规定：用人单位应当保障女职工职业卫生安全，减少职业病的发生，并按规定每月给女职工发放卫生费用。第 15 条规定：工业企业新建、扩建、改建生产作用用房时，应当根据女职工的需要和国家有关工业企业设计卫生标准的规定，设计、配备保护女职工的设施。第 16 条规定：有条件的用人单位应当安排女职工进行妇科疾病检查，并承担费用。（新晚报 记者 李玥）

网友热议

支持：

情感作家伊宸：上联：不给老婆花钱算家暴，下联：花老婆钱必须判无期。横批：老婆最大

丽人淘：这真是一个对广大妹纸有利的好政策，“老公工资全上缴”这种无数已婚女性向往的事情，原来可以依靠行政法规来保障了。还说什么，赶紧组团嫁哈尔滨男生去吧。这不会是哈尔滨市为了缓解光棍增多的压力，故意出台的促进女生嫁过来的政策吧？

艺 Key 是阿霖霖霖霖...：我们东北人就是这么霸气！

反对：

RITOUKIN：何为经济封锁？够奇葩的规定，有钱就多花，没钱就少花。如果女人偏要大手大脚的花钱，男人不给还犯罪了？

轩轩满：中国的女权已经太过了，当个男人真特么累！

人小 1：这叫什么以妇女为主体啊？！好多人居然还觉得这是好事。根本就是女权主义倒退啊！这种直接认为女人就需要男人来提供经济支持的假设完全就是歧视，很多人还浑然不觉。真是愁人。

吐槽：

杜涛先森 Dotow：为了能配合政策的实施，请先给配个老婆！

jerrymixh：在大中国一般都是老婆控制家庭收支，我认为不给老公钱花算家暴吧。

## 法律人茶坊 28：秦可卿与清代婚姻家庭法

2014年9月24日 审判研究 王其见

秦可卿列位金陵十二钗正册，她的命运判词是这样，“情天情海幻情深，情既相逢必主淫；漫言不肖皆荣出，造衅开端实在宁。”她是《红楼梦》中一个争议极大的神秘人物，刘心武研究她的原型，还专门形成了一门学问谓之“秦学”。而引起我对秦可卿兴趣的，主要在于她的短暂一生所折射出来的清代婚姻家庭法。

婚姻关系的缔结

对秦可卿与贾蓉婚姻的缔结，书中第八回一笔带过，“因素与贾家有些瓜葛，故结了亲。”谁素与贾家有些瓜葛？当然不是秦可卿。清朝不比现代。现代讲求婚姻自主权，结不结婚，与谁结婚，由婚姻双方当事人说了算。清朝实行家长主婚，讲求的是父母之命。《大清律例·户律》规定子女“嫁娶皆由祖父母、父母主婚，祖父母、父母俱无者，从余亲主婚。”

此处所谓“主婚”，并非单指“主持婚姻”之形式上的证婚权，它的核心权力是家长对子女婚姻的全面支配，包括子女婚姻对象的选择与确定。婚姻关系的缔结完全体现双方家长的意愿，子女的意愿则全无表达余地，更无选择心仪之人的自由可言。所以素与贾家有些瓜葛的是秦邦业，也只能是秦邦业，且秦邦业瓜葛的对象又只能是贾家，而不会是贾蓉个人。贾蓉和秦可卿不可能从相识到相恋，再从相恋到走进婚姻殿堂，来一场无悔青春的浪漫婚姻之旅。他们只可能在各自家长的安排下“结了亲”，短短三个字既可以很复杂也可以很简单。

往复杂里说，二人要成为合法夫妻，必须按部就班地履行“六礼”程序。“六礼”确立于周沿用至清，分为纳彩、问名、纳吉、纳征、请期、亲迎六个步骤，环环相扣，前一步走完了，才能走下一步。纳彩指男方请媒人到女方家提亲，即媒妁之言；问名指男方向明欲聘女子的姓名和生辰八字；纳吉指问卦占卜，看看男女双方的八字合不合，犯不犯冲；纳征指占卜好了，男方下聘礼；请期指选个好日子准备结婚；亲迎指新郎将新娘迎娶回家，从此相敬如宾举案齐眉。

复杂不复杂？确实复杂。但婚姻大事复杂一些也无可厚非。从使婚姻关系取得法律上的效力来看，“六礼”相当于我国的婚姻登记制度。按 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 5 条，夫妻关系不经婚姻登记，1994 年 2 月 1 日前双方已符合结婚实质要件的，视为事实婚姻，具有法律上的效力；否则视为非法同居关系，哪怕你极端复古，和爱人一步不差地走完“六礼”程序，也成不了合法夫妻，不受《婚姻法》的保护。

登记制度有事实婚姻之例外，六礼制度同样有例外。这就是往简单里说了，而“结了亲”的简单一说背后，却又离不开刘心武的复杂原型探究，即秦可卿实为皇室血脉，因政治权力斗争阴谋，被贾家对外以童养媳的名义从小抚养长大，直到与贾蓉完婚。至于书中所说秦可卿乃秦邦业养女，则是曹雪芹于不得已之下打的一个补丁。

婚姻的简单结法

且不去管刘心武的考证，先看曹雪芹是怎么交代秦可卿身世的，她父亲秦邦业“因当年无儿无女，便向养生堂抱了一个儿子并一个女儿。”在我们所处的时代，一个完全民事行为能力人可以仅仅“因无儿无女”，就去收养他人的子女，收养人与被收养人之间因收养这一民事法律行为形成拟制血亲关系。但在清代看待这一问题，就不能仅仅停留在曹雪芹交代的表层原因了。

依《大清律例·户律》，“其遗弃小儿，年三岁以下，虽异姓，仍听收养，即从其姓。”只不过为维护宗族利益根本，防止外姓乱宗，该条的律注又说，“但不得以无子，遂立为嗣。”嗣子有严格的条件限制，如同姓同宗且昭穆相当等。所抱养之异性子既无法作为嗣子承继宗祧，那秦邦业抱养儿子只能是为了养老。可惜“谁知儿子又死了，只剩女儿，小名唤可儿。”儿子没好好养，女儿倒是精心养大了。

秦邦业没有预知未来的本事，肯定算不到自己在五旬之上还能得一个亲生儿子秦钟，那他从养生堂抱养一儿一

女，且明显更关注女儿的行为，该如何解释？更离奇的是，秦家既非望族，秦邦业也只是一个现任工部营缮郎的小官，但他从养生堂抱来的弃婴长大后竟然嫁给了贾蓉。

贾家贵为国公之后，百年诗书旧族，号为金陵四大家族之一。谚口碑云，“贾不假，白玉为堂金作马。”说的就是其家世的赫赫扬扬。宁国府一系自贾代化开始，三世单传才传到了贾蓉这么一根独苗，按理说秦可卿的家世地位即使不如贾蓉，也不该相差太多。恩格斯在《家庭私有制国家的起源》一书中论述家长制婚姻，“结婚是一种政治行为，是一种借新的联姻来扩大自己势力的机会；起决定作用的是家世的利益，而绝不是个人的意愿。”

秦贾联姻对秦家还好说，而对贾家来说，何来扩大自己势力的机会？家世的利益又在何处起了决定作用？如按刘心武的研究结论，上述疑问便能得到合理解释了。秦可卿是废太子的女儿，被贾家秘密收养，对外宣称是贾蓉的童养媳，以为奇货可居。败露的风险诚然很高，然而一旦废太子一系能在权争中胜出，相应的回报也会很高，高到足以让贾家为家世的利益考虑，心甘情愿地承受其中的高风险。何况“宿孽总因情”，贾家原是废太子一系，诸般感情利益纠缠，避也避不过去。

对童养媳我们大概不会陌生。诗人艾青的乳母就是童养媳，“她的名字就是生她的村庄的名字，她是童养媳，大堰河，是我的保姆。”童养媳的婚俗起于宋代，至清代成为社会普遍现象。1950年颁布施行的第一部《婚姻法》第二条明文禁止童养媳，童养媳遂逐渐成为旧社会的代名词，但在一些边远地区一直未被彻底杜绝。2003年2月，福建省莆田市东海镇发生了一起杀妻案，一个“童养媳村”随之浮出水面。该镇坪洋村900余户4300余人，有童养媳近千名，几乎家家都有童养媳。

清代童养媳的婚姻无需经“六礼”程序，只在适婚年龄上有要求。关于适婚年龄，清律仅有原则性规定，“男女婚姻，各有其时。”一般指男子弱冠，女子及笄。《大清通礼》对此予以明确，男子适婚年龄16岁，女子14岁。民间则从各地习惯，早婚亦有之。家有童养媳的，待男女双方达至适婚年龄，圆房礼仪一切从简，不拘一定方式，周知亲朋好友即可。简单不简单？确实简单。

秦可卿死亡前后

金陵十二钗正册最后一页的画中人是秦可卿，“诗后又画一座高楼，上有一美人悬梁自尽。”说得是秦可卿的死法，她系上吊自尽而亡，不是病死的。曹雪芹起初也是这样写的，第十三回上半回的本来回目叫“秦可卿淫丧天香楼”。后来脂砚斋觉得不忍，劝曹雪芹改写了秦可卿的结局，即“秦可卿死封龙禁尉”，并回转回到第八回打了一个补丁，交代秦可卿的身世。

改是改了，却不彻底。书中多处留下了蛛丝马迹，如焦大喝醉了酒乱嚷，说秦可卿与公公贾珍偷情，说秦可卿与贾宝玉有染，正应了“情既相逢必主淫”一句。通奸一事发生在现代中国也还罢了，除破坏军婚外，最多被施以道德上的谴责，但在伦理秩序极为严格的清代，违背道德是要受刑事处罚的。按照清律，对通奸男女处以杖刑，并允许民间私刑乃至当场打杀。翁媳相奸的，颠覆家庭纲常，处以斩刑。

淫丧天香楼也好，死封龙禁尉也好，总之，“形容袅娜，性格风流”的秦可卿死了。一个丫鬟名瑞珠的，触柱而亡。又有一个丫鬟名宝珠的，愿为秦可卿义女，“请任摔丧驾灵之任。”摔丧也叫“摔盆”，是在出殡起灵柩时，摔碎棺前烧纸的瓦盆；驾灵是在出殡的过程中抬扶灵柩或在灵柩前引路。摔丧驾灵不是随便挑一个人，得孝子才行。孝子也不是随便当的，牵涉到死者家产的承继。只是在清代家族财产制下，秦可卿身为女子，丈夫和公婆都在，谈不上个人家产的承继，如此宝珠被允为义女，也无关利害。贾珍倒没亏待了宝珠，“即时传命，从此皆呼宝珠为‘小姐’。”

秦可卿毕竟是皇室血脉，政治法律见识远超贾府众人。她死后托梦王熙凤，起头务虚，从理论高度上指出贾家有覆亡之祸，“‘否极泰来’，荣辱自古周而复始，岂人力所能常保的。”接着务实，“但如今能于荣时筹画下将来衰时的世业，亦可以常永保全了。”所筹画的世业是在祖莹附近多置田庄房舍地亩，一备祭祀供给钱粮，二备家塾运行之费。祭祀产业之能达成筹画目的，在于其法律地位，“便是有罪，己物可入官，这祭祀产业，连官也不入的。”

《礼记·祭统》云，“礼有五经，莫重于祭。”《左传》云，“国之大事，在祀与戎。”足见得祭祀在古代中国的重大意义。祭祀祖先是尽孝行为，受到官方褒扬鼓励，祭祀产业由此而有特殊法律地位。今天的台湾地区，仍有祭祀公业，即以祭祀祖先为目的所设立之独立财产。秦可卿身处清朝承平之日，站在家族的立场，堪称大事的无非祭祀祖先和读书做官。为防“盛筵必散”，此时多置祭祀产业，将来“便败落下来，子孙回家读书务农，也有个退步，祭祀又可永继。”脂砚斋之所以不忍见曹雪芹用史笔写秦可卿，正因她为贾家这一番眼光高远的尽心筹画。

### 别再说王菲了，看看孔子离婚的故事吧

2014年9月25日 澎湃新闻 李竞恒

成天说王菲几离几婚有几个意思啊，人家圣人孔子也曾经离婚呢，孔子曾云：“唯女子与小人为难养也，近之则不孙，远之则怨。”他对女人的这个印象，就是来自于婚姻生活的不幸。不过，在当下主题思想激烈讨论回归孔子的时候，我们“八”人家的婚事家事，这样真的好吗？

图为楷木圣像，相传孔子逝世后，为谢师恩，弟子们在墓前结庐服丧三年，子贡独为多守三年。此间，子贡采孔林的楷木，为老师和师母亓官氏精心雕刻一对像。文中提到的也正是这位亓官夫人，她最后与孔子离婚。

孔子离婚的故事

■李竞恒

圣人，也是有自己的家庭生活的，比如孔子。

从子贡开始，孔子就被称为“圣人”。历史越是往后靠，圣人的思想传播越来越广，而圣人的私生活，细节则越是模糊。自宋代以来，《论语》确定了作为儒学核心经典的地位。可是，这部经典却丝毫没有谈论到孔子的夫人，《史记·孔子世家》中也没有详细的记载。给人的印象是孔子一直独来独往，除了儿子伯鱼偶尔友情客串一下之外，他的家庭似乎是残缺的。可是，孔子的夫人究竟是谁？为何在《论语》中，却没有一字提到她呢？

受不了女人太“腻”太“粘”

原始儒家文献《礼记·檀弓上》曾记载说，“伯鱼之母死”，唐代孔颖达正义解释：“时伯鱼母出，父在”。伯鱼是孔子的独生子，《论语》曾记载孔子教导伯鱼要学习《诗》和《礼》。伯鱼的母亲，自然就是孔子的夫人了。通过这条珍贵的古代文献，我们才得知，原来孔子还活着的时候，他的夫人已经“出”了。什么叫“出”呢？古汉语中有“七出之条”的说法，也就是和配偶离异。这就意味着，孔子是离过婚的，而他的儿子伯鱼是生活在单亲家庭，从小跟着爸爸一起长大。了解到这一点，《论语》中没有提到孔子夫人也就不难理解了。

实际上，《论语》中也有一点蛛丝马迹，透露了孔子婚姻生活的质量。《论语·阳货》中，孔子说过一句著名的话叫：“唯女子与小人为难养也，近之则不孙，远之则怨。”在这句名言中，孔子将女人与小人归为一类，并抱怨到：和女人走近了，女人就不讲规矩，远离女人一点吧，她又成了怨妇。正如李泽厚的说法，孔子对女人性格的这种描述，其实还是蛮准确的。

《论语·乡党》中记载，孔子是一个严肃的人，从吃饭到睡觉、穿衣、行礼、走路都严格按照绅士风度要求自己。那么，这样一个严肃的绅士，自然受不了女人太“腻”，太“粘”。孔子对女人的这个印象，当然也来自于婚姻生活的经历。看来，这位夫人当年很可能是孔子的一块“鸡肋”，食之无肉，弃之有味——离得近了吧，就经常“粘”人并且“不逊”，拿孔子开一些亲昵的玩笑。可是离得远了吧，又抱怨孔子不讲情谊，哭哭啼啼。如此一来，久而久之，再加上孔子后来忙于政治，最后还周游列国，离家远行，家庭矛盾自然上升，最终导致了离婚。

由此看来，孔子的婚姻生活确实算不上幸福。那么，这位与他离婚的太太究竟是谁呢？《孔子家语·本姓》记载：“（孔子）至十九，娶于宋之亓官氏，一岁而生伯鱼。”看来，孔子十九岁时就娶了这位太太，她来自孔子祖籍地宋国的“亓官氏”，一年之后，生下了儿子伯鱼。也正是这位亓官夫人，最后与孔子离婚。当然了，李零先生根据《礼器碑》和唐代《孔子家语》的内容，认为孔子的太太“亓官氏”应当作“并官氏”。那我们就按照李零先生的观点，将孔子的太太称为“并官氏”。

孔子有离婚经历，显示出早期儒家对男女婚姻持较为宽松的态度。晚清谭嗣同对孔子离婚的经历有一个解读：“夫妇者，嗣为兄弟，可合可离，故孔氏不讳出妻，夫妇朋友也。”（《仁学》）谭嗣同高度赞扬早期儒学而批评清朝理学和礼教，实际上正是看到了早期儒家持有一种较为宽松、人性的态度。在他看来，先秦儒家所理解的夫妻关系应该像朋友那样轻松和平等——要是咱俩合不来，“分开就分开”。

孔子儿媳再嫁，孙子也曾离异

早期儒家对夫妻关系的“理解之同情”，也体现在孔子允许儿媳妇再嫁这一点上。据《礼记·檀弓上》记载，“子思之母死于卫”，汉儒郑玄注：“伯鱼卒，其妻嫁于卫”。子思是伯鱼的儿子，也就是孔子的孙子。伯鱼早死，他死后其妻并没有树立贞节牌坊，而是自然地改嫁到卫国。伯鱼死于公元前483年，这一年孔子六十九岁。白发人送黑发人，儿子早逝，孔子自然悲切，但他却没有因为疼爱儿子而阻止儿媳妇再嫁，显示出一种通达的气象。这一点也正如孔子离婚那样，自然而然，毫不造作，丝毫没有明清两朝道学家的虚伪气息。

孔子的孙儿子思，父亲死后之后母亲又再嫁，心中留下了一些伤痕。根据儒家原始文献记载，他也曾有过离婚经历。据《礼记·檀弓上》记载，“子上之母死而不丧”，郑玄注：“子上，孔子曾孙，子思伋之子，名白，其母出”。由此可知，孔子的曾孙子上，他的妈妈也曾经与他的爸爸子思离婚。

这样看来，孔子本人有过离婚经历，儿媳改嫁，孙子也离过婚。可是，文献并没有记载子思离婚的原因是什么，只能根据文献推测。

《檀弓上》说，子思在离异的妻子死后，告诉儿子子上，这个女人作为我妻子，也是我儿子的母亲，但她现在不是我的妻子，也就不能算儿子的母亲，因此我儿子不必为她行丧母之礼。在对待离婚问题上，子思显得没有孔子豁达，对前妻有一股说不出的怨气。不知这源于自己母亲改嫁的记忆，还是和前妻感情不和。但无论怎样猜测，孔子一家祖孙三人，都有过离婚或再嫁的经历，确实显示出早期儒家对男女和婚姻上较为豁达的态度。

饮食男女乃人之大欲

早期儒家认为，男女之间正常的欲望是完全符合自然法则的。《礼记·礼运》一篇，李学勤先生认为属于孔子弟子子游一派，当然很能代表早期儒家的观点。《礼记·礼运》中强调“饮食男女，人之大欲存焉”，明确承认了人的正常欲望符合自然法则。《礼记·内则》中甚至提出：“妾虽老，年未五十，必与五日之御。”也就是说，即使你的太太老了，但只要还不到五十岁，就应该照顾到她的性要求。这一背景，对于我们理解孔子离婚，以及允许儿媳改嫁是有帮助的。

到了战国时期，孟子也承认男女之欲为自然。《孟子·万章上》：“好色，人之所欲”，《孟子·告子上》：“食色，性也”。《孟子·梁惠王下》中还希望“王如好色，与百姓同之”。这种对待男女问题上的豁达态度，正是能够接受自

由离婚的基础。

实际上，根据江晓原先生的说法，早期儒家除了自由离婚和改嫁之外，甚至还提出过类似于现代“试婚”的观点。《礼记·曾子问》中记载，新婚妻子三个月后才到男子家去拜见祖先，如果三个月之内双方不和谐，这婚姻仍可取消（江晓原：《云雨：性张力下的中国人》）。这种对待婚姻的态度，是清朝道家所不敢想象的。

正因为早期儒家对人性有一种通达的认识，在离婚、改嫁等问题上都从容自然，因此在以追求复兴早期儒家精神为目标的宋代，这一态度遥接先秦，对妇女离婚持自然而宽容的态度。

例如，在大儒范仲淹制定的义庄规定中，明确提出，如果自己家族的妇女离婚后要再嫁，家族就支援她二十贯钱，而如果是本家族男子要再娶，家族就不给钱。可知，宋代的儒家不但允许妇女再嫁，还愿意在经济上给予支持。对于男子的再娶，经济上则不持鼓励态度，这恰恰是对弱者的保护。因为离婚后的妇女，处于弱势地位，更需要资助。

孔门一家祖孙三人离婚和改嫁的故事，充满了人间烟火的气息。了解这一背景，不但有助于理解早期儒家对待男女婚姻的通达，更有助于理解《论语》中核心价值之一的“恕”道，也有助于理解早期儒学的人性观念。

### 为了少掏购房首付款 夫妻假离婚结果变成真抢房

2014年9月25日 海峡导报 陈捷



海峡导报9月25日讯 假戏真做，酿成悲剧。夫妻假离婚，竟变成了真抢房。他们曾经相爱，儿子都已经5岁。如今却反目成仇，为了一套房子，不惜对簿公堂各执一词。假离婚变真离婚，房子还能不能共有？近日，家住湖里区五缘湾的一对夫妻为此闹上法庭。

#### 假离婚 只为买学区房

孔先生是一家建材店的老板，今年36岁，他说，自己比妻子大了足足7岁，因此平时很是体贴照顾妻子。

两人结婚之后，家庭和睦幸福，5年前孩子出生，更给一家人带来了欢乐。他原本出于对婚姻的信任，才和妻子共同决定假离婚购买房子，没有想到，结果却成了假戏真做。

他们买的房子在五缘湾一豪宅小区内，还是一套学区房。买房，主要是为了给儿子落户，让孩子有一个好的生活和教育环境。

不过，当时孔先生在福州已经购房，如果在厦门再购房，首付比例需达到60%，而如果假离婚，按首套房算，他们夫妻可以少付好几十万元的购房款。

于是，他们二人商量好，于2010年8月17日办理了离婚登记。离婚四个多月后，2011年1月，他们以妻子廖女士的名义，购买了这套豪宅，购房总价为281万元。这套房子登记在廖女士名下，但首付款及每个月的按揭款大部分由孔先生支付。

据孔先生说，虽然办理了离婚手续，但是，夫妻二人自2008年4月结婚后，至今都一直生活居住在一起。真抢房 夫妻反目成仇

不过，今年年初，双方争吵日益频繁，妻子提出分手，还说房子是她的，要让孔先生“出去”。近日，妻子还率先向法院起诉，请求判决让孔先生搬出她的房子。

孔先生一看假离婚变成了真离婚，也担心房产被妻子独占。于是，他也立即起诉到法院，请求确认豪宅是“夫妻共有财产”。“这套房子是我个人的财产！”妻子在法庭上说，夫妻二人于2010年8月17日协议离婚，而她购房是发生在2011年。因此，豪宅是在双方离婚后购买的，而且，产权证上也只有她一个人的名字。可见，豪宅与孔先生没有任何关系。

至于购房前孔先生转账支付给开发商的75万元购房款，还有孔先生平时转账给廖女士还房贷的钱，廖女士解释说，因为孔先生是开建材店的，而她离婚后仍然在店里“打工”。所以，孔先生每月都会给她一些工资和提成。另外，二人离婚时，孔先生在财产分割上占了很大便宜，后来她有点后悔，孔先生也承诺给她一定补偿。而孔先生支付的购房首付款，就是他给的经济补偿。“我为孔家付出了很多。”廖女士说，她刚嫁到孔家时，孔先生不但没有财产，还背负巨额债务，后来，二人一起经营建材店，由于廖女士业务能力强，店里的生意主要是她做起来的。

#### 法院判决

##### 豪宅双方共有

法院审理后查明，虽然房子登记在妻子名下，但购房款大多数都是孔先生支付的。除了首付款他付了75万元之外，去年他又通过转账，一次就向开发商提前还款128000元。

另外，离婚之后，孔先生也多次向妻子的银行账户汇款，最多的一次汇款额50000元，最少一次也汇款数千元，

从购房后至打官司为止，他一共转账 670565 元。

近日，湖里区法院审理后采纳了孔先生的大部分观点，作出一审判决，认为房子应归“夫妻双方共有”。案件受理费 14640 元，也由被告廖女士负担。

法官分析说，虽然房子登记在妻子名下，但首先，从支付首付款、偿还贷款及装修，大部分的钱都是孔先生支付的。其次，夫妻二人虽然办理离婚手续，但仍然长期共同居住共同生活至今。可见，购买讼争房屋应是双方的共同决定，双方基于共同的购买意思表示，以共同出资方式购房，对房屋均享有财产权利，因此应属于双方共有。

(导报记者 陈捷 通讯员 湖法宣/文 陶小莫/图)

## 唯一住房执行中的两个问题

2014 年 1 月 19 日 大兴法院网 程立

当法院在执行过程中发现被执行人除唯一住房外无其他财产可供执行时，很难在实现生效法律文书内容、遵守民事诉讼法执行豁免规定和维护社会稳定和谐三者之间找到平衡点。最高人民法院《关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》(以下简称《规定》)第七条规定：“对于超过被执行人及其所扶养家属生活所必需的住房和生活用品，人民法院根据申请执行人的申请，在保障被执行人及其所扶养家属最低生活标准所必需的居住房屋和普通生活必需品后，可予以执行。”这为唯一住房的执行提供了法定依据，但并没有明确限定“生活所必需居住房屋”的具体标准和如何保障“最低生活标准的居住房屋”的操作模式，实践中做法不一。笔者对此略述己见。

### 一、被执行人住房超过生活所必需的认定

#### (一) 被执行人住房超过生活所必需的认定标准。

笔者认为，不能单纯以登记在被执行人名下的房屋数量为标准，应结合被执行人的居住情况、房屋面积、房屋价格等多种因素予以认定。

1. 被执行人享有其他固定的租赁房屋。实践中经常存在这样的情况，被执行人名下有一套住房，同时因从事生产经营又从第三人处租赁房屋，并且长期固定在租赁房屋内从事日常生活；或者被执行人在城镇购置了商品房，同时又在农村承包集体土地从事畜牧养殖或经济作物种植，为了生产便利和生活需要，在承包土地上修建房屋或临时建筑长期居住。《规定》第七条并未规定被执行人对住房享有所有权，因此笔者认为，只要被执行人享有稳定的居住权，即使该第二处住房并未登记在被执行人名下，也可以认定被执行人的住房已经超过了生活所必需的标准。

2. 被执行人共同居住的家庭成员名下有其他房产。尽管被执行人除唯一住房外无其他财产可供执行，但与被执行人共同居住的家庭成员名下有其他房产。如果被执行人长期居住在家庭成员名下的房屋，并将自己名下的房屋出租给第三人用于收益。笔者认为，由于被执行人具有相对稳定的其他住所，符合《规定》第七条规定的条件，因此此种情况下可以认定被执行人的住房已经超过了生活所必需的标准。

3. 被执行人的唯一住房面积过大。对于被执行人的房屋面积明显超过生活所必需的认定标准，可以参照当地建设部门公布的上年度人均最低住房标准建筑面积，以及建设部发布的《城镇最低收入家庭廉租住房管理办法》规定的第三条第二款，“城镇最低收入家庭人均廉租住房保障面积原则上不超过当地人均住房面积的 60%”的规定。

4. 被执行人的唯一住房价格过高。考虑到我国各地经济发展不平衡的实际情况，对于认定被执行人住房是否超过生活所必需的另一标准就是价格判断原则，法院可以依照被执行人住房在当地的市场价格作为参考标准。因为在经济发达地区或者大城市，不同地段的房屋价格差异很大，当被执行人的唯一住房因所处的位置、地段、结构或用途等条件使其实际价值较大，评估变现后即使安置被执行人及其所扶养家属后仍有足额房产变价款实现债权，则法院可以认定被执行人的住房已经超过生活所必需的标准。

#### (二) 被执行人住房超过生活所必需的认定程序。

对于执行超过生活所必需的唯一住房时，法院必须持十分谨慎的态度。只有公平、公正、透明地进行认定，合理地保障被执行人的异议权、复议权，才会有较强的说服力和实践操作性。

1. 以申请执行人提出申请为前提。目前对被执行人住房超过生活所必需的认定程序存在两种观点：第一种观点认为应由法院依职权启动认定程序，第二种观点认为应由申请人提出申请以启动认定程序。

笔者赞同第二种观点，主要有以下几方面的原因：第一，根据最高人民法院《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》第一条的规定，申请执行人有向法院提供被执行人财产状况的法定义务。第二，《规定》第七条规定，人民法院应当根据申请执行人的申请，才能对被执行人超过生活所必需的房屋予以执行。第三，如果法院未经申请而是依职权予以执行的，在保障被执行人及其所扶养家属最低生活标准所必需的居住房屋时，很难得到申请执行人的配合和协助。

2. 由被执行人对执行行为提出异议。当法院收到申请执行人的申请书和材料后，应当严格按照上述四项标准，及时地对被执行人住房是否属于生活所必需进行审查。法院审查后认为被执行人的住房超过生活所必需的范围，根据申请执行人的申请，依法对该住房予以查封，但暂不采取拍卖、变卖或者抵债措施。被执行人可以依照民事诉讼法第二百二十三条的规定提出执行异议，并提供相应的材料和证据以证明该房屋属于生活所必需的。如果被执行人没有在规定时间内提出异议申请的，应视为被执行人放弃了申请异议的权利。

3. 组成合议庭举行听证会。当被执行人对执行行为提出异议时，法院应当在十日内组成合议庭，通过举行听证

会的形式进行审查，并通知申请执行人与被执行人参与听证会。如果被执行人的异议理由成立，法院裁定撤销或者改正。如果异议理由不成立，法院裁定驳回异议申请，依法被执行人的房屋进行拍卖、变卖或者抵债。被执行人对驳回异议申请的裁定不服的，可以自裁定送达之日起十日内向上一级人民法院申请复议，但复议期间不停止执行。

## 二、对被执行人最低生活标准所必需居住房屋的保障

法院对被执行人超过生活所必需的唯一住房予以强制执行后，如何保障被执行人最低生活标准所必需居住房屋就成为关键。

笔者认为，建立“周转房”机制可作为应对和解决唯一住房执行问题的新途径。此处的“周转房”是指功能齐全、面积较小、能够满足一个家庭基本生活需要的廉价租赁房，租赁方能及时提供充足的房源。具体而言，“周转房”机制应包含以下几个方面的内容。

### （一）由政府提供公租房、廉租房作为“周转房”。

供房主体应当具有及时提供房源、随时订立租赁合同的资格，有人主张由申请执行人来寻找和确定供房主体。但是实践中申请执行人很少配合，对于申请执行人而言，自己非但没有实现法律文书所确定的权益，还得先行为对方当事人解决问题，这让申请执行人普遍难以接受。笔者认为最适合的供房主体为政府，由政府长期提供一定数量的公租房、廉租房作为“周转房”，而公租房、廉租房与商品房相比的最大特点就是价格低廉且稳定，不会出现因房租上涨而预留租金不足的情形。

### （二）法院不作为租赁合同的当事人。

法院与政府签订的只是供房意向书，双方约定由政府长期提供一定数量的公租房、廉租房给法院，以作为“周转房”用于安置被执行人及其所扶养家属。当实际发生租赁关系时，并不由法院与政府签订房屋租赁合同，而是由政府与被执行人直接签订房屋租赁合同，被执行人可以根据自身的情况决定是否签订租赁合同。

### （三）法院从房产变价款中先行扣除 20 年公租房、廉租房标准的租金。

由法院从房产变价款中先行扣除 2 年公租房、廉租房的租金交给政府，预留 18 年公租房、廉租房的租金交给被执行人。当 2 年租赁期满后，被执行人不愿搬出“周转房”且仍符合公租房、廉租房条件的可申请续签合同，被执行人自愿搬出“周转房”的则自行安排住房。如果被执行人不愿居住公租房、廉租房，未与政府签订租赁合同的，法院可以参照公租房、廉租房的租金标准，从房产变价款中先行扣除 20 年的租金交给被执行人，由被执行人自行解决居住问题。

## 代孕：面对道德与法律的追问(图)

2014 年 9 月 27 日 中工网-工人日报(北京)



交“货”

漫画 赵春青

### 交“货” 赵春青/画

新华网报道：日前，一对澳大利亚夫妇抛弃了代孕生下的、患有唐氏综合症和先天性心脏病的男婴，事件随即引起了世界各国对代孕的争论。经新华社记者调查发现，在我国，“租用”别人的子宫生下自己的孩子，也已悄然形成了一个巨大的非法产业链。最低花 40 万元，“专门机构”就可以从掌握的档案中选择代孕母亲，甚至在落地国生产拿绿卡等一切环节，均由“专门机构”负责搞定。

代孕有自然代孕和人工代孕，人工代孕又分为很多种，但不论哪种代孕形式，目前都不受我国法律保护。

我国相关部门制定的《人类辅助生殖技术管理办法》明确规定：“禁止以任何形式买卖配子、合子、胚胎。医疗机构和医务人员不得实施任何形式的代孕技术”。法律明确了代孕的违法性。

随着代孕灰色产业的发展，其背后的法律、伦理冲突日益加剧。孩子是婚生子女吗？孩子的妈妈是谁？由此涉及的抚养、继承、探视等法律关系又该如何判定？此外，代孕母亲难舍与孩子的骨肉亲情，把孩子带走怎么办？孩子要求寻找代孕母亲怎么办？

这些“麻烦”，都成为代孕双方不得不严肃考虑的问题。

代孕协议有效吗？

任何形式的代孕合同都不具有法律效力

为了达到代孕的目的，代孕委托方和代孕方一般都会事先签订协议，内容大体包括孩子的归属、孕期的待遇和代孕总补偿金等。记者在一家代孕公司网站提供的《爱心代孕合作协议》范本中看到，协议内容第一条为“甲乙双方（甲方为代孕需求者，乙方为代孕公司—编者注）是在完全自愿的基础上达成的代孕协议。乙方指定的代孕方完

全自愿为甲方代孕。”为了防止意外发生，协议一般还会写明相应的解决办法。例如发生流产或者死亡事故，委托方需按照协议对代孕方进行补偿或赔偿。

即便代孕协议是代孕双方自愿协商、真实意思的表示，协议依然无效。中国人民大学法学院副教授、中国婚姻家庭法学研究会常务理事孙若军表示，按照我国合同法规定，违反国家法律和行政法规的强制性条款订立的合同被认为不具有法律效力。有关部门2001年制定的《人类辅助生殖技术管理办法》明令禁止代孕行为，该规定属于行政法规，禁止代孕是强制性条款，因此，当事人签订的任何形式的代孕合同都不具有法律效力。

既然代孕合同不合法，一旦代孕服务产生纠纷，没有任何法律依据，相关利益方的权益都难以得到保障。据了解，目前的代孕机构一般都无法在工商部门注册公司以进行代孕中介服务，没有正规的办公地点，工作人员也往往未经过任何培训。一旦出了问题，这些非法经营的代孕机构人去楼空，已经花了钱的委托方和处于孕期的代孕母亲便成了最大的受害者。

自由行使生育权也违法？

法律不保护公民对他人行使生育权

有观点认为，代孕母亲运用代孕合同，帮人生育，是行使其生育权的一种行为。孙若军对此表示：“公民的生育权是人格权，人格权是支配权，权利人对自身的人格利益享有支配的权利，无须经他人同意或他人协助即可实现。但生育权具有其特殊性。”孙若军解释，“生育权的实现不能基于个人的独立意志完成，需要相关关系人的配合，现代法律的精神是不允许任何人对他人人身行使支配权的。因此，国家保护公民的生育权，不包括公民对他人行使生育权。”

事实上，整个代孕行为中，代孕母亲的完整人格和基本尊严都面临被破坏和贬低的质疑。由于大部分代孕是以营利为目的的商业行为，代孕母亲将自己的子宫作为“物”来出租使用，这实际上是将身体商品化。

记者对网上代孕中介的调查发现，代孕母亲的个人信息被详细分类，单双眼皮、直发卷发、牙齿状况等都被细化。代孕需求者可根据个人信息对代孕母亲进行选择，包括年龄、身高、体重、相貌、学历等。不同特征的代孕母亲被明码标价，年轻漂亮、学历高的代孕母亲一次可获报酬20万元。女性靠生育赚钱，这无疑是对女性作为人的尊严和人格的践踏。

“国家禁止代孕的原因很多，保护代孕妇女是其中一方面。”孙若军表示，如同国家禁止买卖人体器官一样，为避免妇女为生计沦为生育工具，法律需要适度干预。目前绝大多数允许代孕的国家也都是禁止商业代孕行为的。

孩子的法律地位如何？

属有血缘关系委托人的非婚生子女

代孕子女是不是婚生子女？孩子有几个妈妈？据了解，关于代孕母亲与孩子可能有的生物意义上的关系，目前有三种情况：求孕男方的精子与代孕母亲的卵子结合孕育；捐精者的精子与代孕母亲的卵子结合孕育；以及受精卵来自求孕夫妇而孕育。前两种情况，代孕母亲与孩子之间有基因联系，第三种情况，两者间则没有基因联系。

孙若军认为，代孕子女生物意义上的父母就是法律上的父母，代孕子女是与其有血缘关系的委托人的非婚生子女。

婚姻法对非婚生子女的法律地位作了明确规定：“非婚生子女享有与婚生子女同等的权利，任何人不得加以危害和歧视。”父母和子女作为第一顺序继承人，有相互继承遗产的权利。另外，如果没有阻隔代孕母亲与孩子的亲子关系，根据婚姻法规定，不直接抚养非婚生子女的生父或生母，应当负担子女的生活费和教育费，直至子女能独立生活为止。

“如果孩子不具有委托夫妻的基因，其出生后由委托夫妻抚养，就形成事实上的抚养关系。”孙若军表示，与代孕子女没有血缘关系的委托人，除办理收养手续外，在法律上不具有父母子女关系，不享有法律上的权利和承担法律上的义务，相互间没有法定的继承权。

生育是以婚姻为前提的，生育权必须按照国家的计划行使，这是必须严肃对待的事情。而或许更值得代孕双方反思的是：代孕子女无法选择自己“商品化”的出生方式，这些处于复杂亲子关系中的孩子或许将来还会面临复杂的利益关系。这对他们又是否公平？

## 深圳家暴调查：受访家庭过半出现过暴力

2014年9月26日 深圳新闻网

施暴者的年龄在28-50岁之间，相对集中于低收入人群。85.8%的家暴发生在夫妻之间，老婆打老公的仅占6.1%。9月6日，宝安区沙井街道某小区，一名日本籍男子因不堪忍受妻子家庭暴力，情绪失控杀死妻儿后自杀身亡；9月22日，家住罗湖区嘉宝田花园的43岁男子江先生，因供养小孩、赡养老人等生活琐事，与岳父产生家庭纠纷，被老丈人用斧头活活砍死。

短短一个月不到，深圳发生了两起极端的家庭暴力致死事件。

据统计，2012-2013年，深圳市先后发

生了34起恶性家暴事件，“母亲打死8岁女儿焚尸”，“丈夫浇汽油烧妻子”，“丈夫用刀挑妻子手脚筋”等，手段极为残忍，影响极为恶劣，非死则重伤，造成



了无可挽回的人间悲剧。家暴为何频频上演？那些本是最亲最爱的人，为何屡屡遭毒手？近日，晶报记者就家暴问题走访市妇联、以及家暴防护中心等专业社会组织，直面家暴这一问题。

#### 调查 1

妇联问卷调查：

过半受访家庭出现过暴力

家暴是近年来深圳市妇联一直很关注的问题之一。深圳建立了以心理咨询师、律师、社会工作者、婚姻家庭咨询师等四师联动维权服务的服务机制，并培育了全国第一个反家庭暴力的民间专业社会组织：深圳市鹏星家庭暴力防护中心。

深圳反家暴工作取得了一定的成效，但也遇到了很多困难——家庭暴力案件取证难、受害者维权意识低……今年上半年，深圳市妇联与深圳大学法学院社会学系合作，面向全市发放了两三千份调查问卷。调查显示，家暴发生在社会各阶层，相对集中于低收入家庭；被访者遭受过家庭暴力的人数比例高达 55.5%，妇女是主要的受害者。对配偶的肢体暴力，以推搡、用力抓、用脚踢对方，以及拉扯对方、向对方丢东西等几种方式为主。

“在 2010 年，我们做过一项类似的调查，当

时在南山和宝安发放了 1600 多份问卷，调查数据显示，被访者中 18.9%的家庭出现过家庭暴力。而仅仅是 4 年之后，这个数字上升到了 55.5%。”深圳

鹏星家庭暴力防护中心主任李孟表示，2010 年的调查，是以家庭中出现过两次家庭暴力为标准，而 2014 年的调查，以出现一次家庭暴力为标准。尽管调查确

定标准变低，但是两个数字的对比，仍足以说明家庭暴力问题不可小觑。

“截至今年 8 月份，我们中心共接到 64 宗家暴个案。前两年，每年约有 10 名女性向我们防暴中心寻求庇护，而今年比往年多，现在才 9 月份，已经有 8 名女性前来寻求庇护。”李孟介绍，一般能主动找上门寻求庇护的，都是比较严重的情况，基本上属于被逼得走投无路了。

更多的女性在遭受家暴的时候，往往是选择沉默。

调查发现，施暴者多为男性，受害者多为妇女，并且施暴家庭多发生于深圳非户籍家庭，施暴者的年龄在 28-50 岁之间。对此，鹏星的心理咨询师孙晓梅分析，中青年人群生活压力比较重，包括子女教育、赡养老人、性生活不满意等诸多因素都可能引发家庭暴力。

#### 调查 2

坂田样本：

家暴者集中在 21-40 岁

采访中，晶报记者发现了一个名为“馨宁之家-坂田街道家暴防护”的独特样本——2013 年年初，坂田街道辖区曾发生了多起典型的家暴事件，对此，坂田街道特别实施了这个项目，并在同年开展家暴抽样调查。

“坂田街道是深圳市高新技术产业带的重要组成

部分，为全市电子信息、生物技术、新材料等先进工业生产基地，聚集了华为、新天下等 10 多家国内外知名企业，本地人多，外来人口也比较密集，人口的构成比

较复杂。”李孟表示，施暴的多为低收入者，多居住在出租屋，经济压力比较大，而且由于社会支持系统薄弱，家庭内部发生矛盾和冲突的时候，很难得到亲朋好友的帮助。

相对深圳其它地方，坂田的施暴者更加年轻化。李孟分析，这里的家暴实施者，主要集中在 21-40 岁这个年龄段，厂区的青年中，第二代来深建设者的比例逐步增加，而且很快就步入恋爱、结婚、生子的三部曲中，当婚前缺乏交流，婚后抚养子女，家庭经济、家务等琐事显现，矛盾逐渐积累，再加上年轻气盛，在发生冲突时各不相让，家庭暴力很容易就产生了。

坂田街道的一份家庭暴力现状调研报告显示，家

暴实施者相对集中于低收入人群，但高收入的施暴者也占一定比例。其中，43%的施暴者月收入在 2000 元以内，32%的施暴者收入在 2000-6000

元，21%的家暴实施者收入在 6000-10000 元，另有 4%的家暴实施者收入在 10000 元以上。

孙晓梅分析，家庭的经济状况，同家庭暴力的发

生有一定的关系，家庭收入较少的，容易产生家庭暴力。另外，下岗群体不容忽视，因为一旦下岗，使家庭失去了固定收入，必然造成夫妻间因经济收入的不平衡，而产生各种矛盾。如果矛盾激化，又没有及时合适的化解，很容易导致更严重的家庭暴力。

#### 调查 3

儿童家暴：问题较为隐蔽

更无辜的是家暴中的孩子。

在这一调查中，近两成被访者及其配偶对孩子有过家庭暴力，其他家庭成员对孩子进行过暴力行为的比例在5%左右。

提及此现象，市妇联副主席、市妇女发展研究会会长蔡巧玉感到非常痛心，“尊老爱幼是人伦天理，对老人、孩子使用暴力的行为，希望能引起社会足够的重视。”

“曾经有个小学生前来寻求庇护，这是我在家暴防护中心工作2年来，接待过的年龄最小的求助者。”孙晓梅回忆，这个孩子十分可怜，父母对其管教十分严厉，而且父亲具有严重的控制欲和暴力倾向。他逃课会被暴打、考试成绩不好会被暴打、贪玩也会被暴打，总之，每次他如果没有按照父亲设定的轨道走，父亲就会暴打他一顿。

“那种暴打不是普通的打法，而是被吊起来打，一吊就是两个多钟头，而他的母亲对他也很是失望，每次他被吊起来的时候，母亲也没有制止。这么小的孩子，哪能承受这样的伤害？后来他连家都不敢回了，也不去学校上课。”

事情虽然过去了一年多，但是当再次提及此事，孙晓梅语气中依然满是心疼，她从事心理咨询工作多年，接触的基本上都是成人间的家暴，虽然从电视上看过不少家暴儿童的事件，但是，当这个小女生满身伤痕就这样真实地站在她面前时，她还是感到极为震惊。

“儿童是弱势群体，在遭遇家暴的时候，他们不

懂得主动寻求庇护，无法进行自我保护，而且对儿童施加家庭暴力的往往又是他的监护人，这也使得儿童家暴具有隐蔽性，外人难以察觉，就无法帮助他们，社会救

助也无法为他们提供庇护。”孙晓梅说，现在所能发现的儿童家暴只是极少的一部分，更多的家暴还在不为人知地进行着。

同样可以参照的就是，近期汕头男子被指殴打虐待3岁亲生儿子事件，如果施暴男子不把家暴照片往QQ空间上传，或者说他上传的照片没有被网友发现，家暴要进行到什么时候？是不是等到一具小小的发凉的尸体被发现以后，才会引发社会的关注和谴责？

让人无语的现实：

婚前、离婚后暴力不属于家暴

案例1

小玉（化名）是一名年轻的姑娘，两个月前从外地来到深圳宝安打工，而她之所以来深圳，是为了逃离未婚夫的魔掌。

小玉的未婚夫收入不高，脾气却很暴躁，在老家时他们俩已经同居了一段时间，同居期间，小玉经常遭受未婚夫的虐待，轻者遭受语言上的侮辱，重则拳打脚踢，狠狠暴打，小玉身上到处青一块、紫一块。

由于遭受多次虐待，小玉肉体和精神上都受到很大的伤害，她连做梦都经常梦到自己被打，常常从噩梦中惊醒。小玉每次提及分手都未果，为开始新生活，她最终只能选择偷偷离开。

近日，经过几番打听之后，小玉的未婚夫找到了

小玉所在的工厂，由于小玉不敢见他，他便天天堵在工厂门口，致使小玉十分担心和焦虑。小玉工友实在看不下去了，就帮她向鹏星家暴防护中心求助，后来在心理

老师的建议下，为避免与未婚夫发生冲突，小玉偷偷地转移出工厂，并暂住在安全的地方。

小玉遭受的暴力属婚前暴力，随着人们对性观念开放度的提高，婚前暴力越来越多，但是，一个让人无语的现实是：根据我国现行法律的规定，男女朋友之间的暴力不属于家暴。

李孟表示，鹏星家暴防护中心在处理此类事件时，常常会感到无能为力。

案例2

深圳市民王霞（化名）遭受的则是另一种暴力：离婚后暴力。王霞跟前夫离婚将近十年了，但是，王霞至今也不能摆脱老公的控制。

“我不能离开深圳，不能离开这个家，他要我做什么，我必须完全服从，不能有一丁点反抗，否则就是一顿打。”结婚了大半辈子，同在一张床上共枕了几十年的丈夫，是王霞这辈子最不愿意提及的男人。

王霞跟前夫多年前来深圳经商，两人都受过高等教育，家庭经济条

件优越，女儿也很懂事。对于这样的一个家庭，在常人眼中，应该是很和谐、很完美的家庭。然而，多年来，因为丈夫经常对她施暴，她没有一天过得踏实。“除了

挨打、恶言侮辱外，家里这些年所有经济收入都被他控制着，婚后买的房子、车子全部都写他的名字，不能写我的。女儿早到谈婚论嫁的年纪了，但她就是不谈恋

爱，我觉得她是有心理阴影了。”

“好不容易离婚了，却依然恢复不了自由身。他威胁我，如果不听话，他绝不放过我的父母。”受访的王霞不肯面对记者的镜头，她的眼里充满恐惧：“我了解他，他是个偏执型的疯子，说到一定会做到。”

目前，在市妇联和鹏星家暴防护中心的帮助下，王霞准备走法律渠道，维护自己和亲人的人身安全和财产安全。

“我们一直积极的倡导，将恋爱暴力与前夫

（妻）间的暴力纳入家庭暴力的范围。”李孟说，“婚前暴力常常发生在同居阶段，准备走入婚姻的两个人之间。而前夫前妻间的家暴更是因为他们曾近有过家庭关系。从案例中可以看出，这两类暴力的成因都与家庭关系密切相

关，我们希望未来能把恋爱、离婚暴力都纳入到深圳特区反家庭暴力法，保护受害者的权益。”

性暴力问题凸显：多发生于孕期

调查显示，在家庭暴力中，85.8%的家暴发生在夫妻之间。其中，丈夫对妻子施暴的比例是93.9%，仅有6.1%的比例是妻子对丈夫施暴。而近年来，夫妻家暴中的性暴力问题更是凸显，4%-10%配偶之间，存在不同形式的性暴力。

因为性别上的差异，从体格而言，男人相对强壮，女人相对弱小，一般而言，家暴的施暴方往往是丈夫，但也有些是夫妻间的互殴，当然也有极少的妻子会殴打丈夫。近期发生在宝安区沙井街道某小区的一名日本籍男子杀死妻儿后自杀事件，究其原因，就是该男子长期遭受妻子的暴力，最终选择极端的方式。

夫妻间发生的暴力除了身体暴力、精神暴力、以及经济控制带来的暴力之外，更应引起重视的是性暴力。蔡巧玉表示，性暴力已经成为夫妻间常见的暴力，“4%-10%配偶之间，存在不同形式的性暴力，一年发生的次数大多在1-2次。其中，以不理会对对方戴安全套的要求以及以非武力方式强制与对方发生性关系这两种形式为主。但仍然有4%-5%的配偶以威胁或武力方式来强迫对方。”

今年以来，在深圳鹏星家庭暴力防护中心接到的个案中，一般的性暴力发生在女性孕期，也有一部分发生在绝经期，丈夫不顾妻子的反对，强行发生性关系。

专家：“施暴者”应得到专业治疗帮助

在家庭暴力中，我们往往会忽略了另一个主体，就是家暴的实施者。孙晓梅表示，其实他们也是家暴的受害者，也是应该被帮助和关心的人群，而不是一味地隔离他们、谴责他们。

“施暴者普遍存在易怒、焦虑、紧张、烦躁等心理特征，这些属于个性特征，具有可塑性，相对而言，比较容易得到改善。部分施暴者存在一定程度的人格障碍，他们极度的感觉过敏，对侮辱和伤害耿耿于怀，偏执，敏感多疑，爱嫉妒。”孙晓梅表示，后者属于心理疾病，更应该得到专业的心理治疗。

“在我从事家暴防护工作的这两年中，仅仅接受过两起施暴者求助案例，这两名施暴者都是男性。”孙晓梅说，他们都知道打老婆不好，而且也十分痛恨自己的行为，可是，他们就是控制不住自己，总是遇到一点小事就找老婆泄愤。从内心深处，他们更希望有人能够帮助他们，为他们提供治疗。

“但是，能够走出来面对家暴的男人并不多，很多男人碍于面子，都不愿意接受帮助，我们也不能强制要求人家接受心理辅导。”孙晓梅表示，我们希望能够针对家暴实施者出台一些相关的条例，比如说，强制施暴者上培训班、上心理辅导课等。

遇到家庭暴力怎么办

我国的《刑法》、《婚姻法》、《治安处罚法》

等部分法律法规虽然对家庭暴力有部分规定，部分地区的法院也依据新的《民事诉讼法》零散地实施一些人身保护令，没有一部系统的专门针对反家庭暴力的综合性法律法规。但是，目前我市已建立了以心理咨询师、律师、社会工作师、婚姻家庭咨询师等四师联动维权服务的

服务机制，市民们在遭遇家暴时，可寻求庇护。

“市民们如果遭遇家暴，一定要及时拨打110报警求救，之后也可以找社区的工作人员干预。现在大部分社区都配备了人民调解员、妇干和社工。”

李孟表示，很多妇女在遭遇到家暴时，都选择保持沉默，这样反而会让自己再次被家暴的风险大大增加。

“社区有很多专业社工，他们可以根据个案的实际需求去整合资源，从个案辅导、家庭辅导、调解、心理咨询、法律援助等诸多方面帮助妇女摆脱困境，遭遇家庭暴力的妇女们可以到身边的街道、居委会等部门寻求帮助。妇联也一直在社区提供法律宣传、咨询、援助，提高女性的权利意识；对受害妇女给予心理辅导与治疗；对施暴者进行宣传教育；做好受害者与其丈夫的调解工作等。”李孟说，专业的援助有利于预防家暴的再次发生。

上个月，深圳市首个由民间社工机构(深圳市鹏星社会工作服务社)出资捐赠成立的冠名基金“深圳市慈善会·鹏星关爱基金”在深启动。基金投入的其中一个重要方向是资助妇女家庭、家暴防护等服务领域的社会公益慈善项目。

李孟说，他们一直积极争取在深圳建立一家地址保密的民间妇女儿童庇护中心，最大程度保证入住妇女儿童的个人隐私和人身安全，该基金将面向社会筹集运营经费，同时在经济上给予妇女一定的援助，比如说，医疗费用、验伤费用、临时儿童生活救济等。

深圳市家庭暴力防护相关机构联络表

全国妇女维权热线

12338

深圳市鹏星家庭暴力防护中心

25950003

深圳市法律援助处

83053830

深圳市救助管理站

82434840 白天

82433326 晚上

深圳市人民医院法医临床司法鉴定所

82190459

深圳市第二人民医院法医临床司法鉴定所

83285566

深圳市康宁医院法医精神病司法鉴定所

25506566

## 未成年人遭受家庭暴力侵害的特点变化

2014年9月26日 张雪梅 儿童权利在线

2011年1月前后三年间

未成年人遭受家庭暴力侵害的特点变化

经过对比分析2008年1月至2011年1月期间的300例案件与2011年2月至2013年12月的397例案件，三年以来，未成年人遭受家庭暴力案件的特点出现一些变化，主要表现在：被报道的案件明显增多，发生在城镇的比例快速增高、男童和3周岁以下的婴幼儿受暴比例上升，遗弃案件和出卖子女案件比例增高，家庭结构发生变化的家暴案件比例上升等方面。

（一）从发生地点看，被媒体报道的城镇案件比例明显高出农村

被媒体报道的农村案件比例由2011年1月前三年的56.33%下降到后三年的34.26%，被媒体报道的城镇案件比例大幅上升，由42%上升到56.42%，另外还有9.32%的案件在媒体报道中无法分辨发生地点。综合近六年内发生的697例案件，城镇比例明显高于农村，分别为50.22%、43.76%。

正如上所言，通过统计我们发现，发生在城镇的案件更容易受到媒体的关注和报道，一方面由于各大媒体主要都在城市，更容易关注城市，而偏远农村容易受到忽视。另一方面，相对于农村，城市中案件的发现渠道更广泛，因此容易受到关注。我们对发生地的统计不代表事实上发生在农村的未成年人遭受家庭暴力案件肯定就少于城镇，只是农村中更多的家暴案件还未引起媒体和社会的关注。

（二）从受暴儿童性别看，受暴儿童性别比例发生变化，女童比例有所下降，男童比例有所上升

综合统计六年内发生的697例案件、739名受害儿童，女童人数的比例仍然高于男童，分别为51.42%、45.20%。但是在2011年1月以来的397例案件中，受害人为男童的200人，由2011年1月前三年的44.77%上升至后三年的45.56%。受害人为女童的214人，由55.33%下降至48.75%。另外有24名儿童在报道中没有表明性别，还有1名双性婴儿被遗弃。

（三）从受暴人年龄看，3周岁以下的婴幼儿受暴案件比例明显上升

与2011年1月前三年的300例案件相比，2011年1月以来的397例案件中，受暴未成年人年龄不满1周岁案件比例上升，从33.67%上升到33.71%；1-3周岁由14.67%上升到18.91%；4-6周岁的由15%下降到12.30%；7-10周岁的由15%下降到12.30%；11-17周岁的由20.67%下降到14.81%。可以看出，遭受家庭暴力的未成年人中，10周岁以下未成年人仍然占绝大多数，但3周岁以下婴幼儿受暴案件比例明显上升，由48.34%上升至52.62%（包括不满1周岁和1-3周岁儿童）。

综合六年来的697例案件、739名受害儿童，不满1周岁的占33.68%，1-3周岁的为17.19%，4-6周岁的占13.40%，7-10周岁的占13.67%。11周岁至17周岁的为17.19%，年龄不详的占4.87%。其中，3周岁以下的婴幼儿比例共占50.87%，已经超过了一半。

（四）从家庭情况看，结构发生变化家庭的家暴案件比例有所上升

2011年2月-2013年底的397例案件中，发生在单亲、父母离异或一方离家出走、再婚等特殊家庭的由2011年1月前三年的19%上升至后三年的23.17%，上升明显。相对来说，其他原因比例下降也较为明显。例如，受流动影响的家庭由20.33%下降至15.37%，非婚生的案件由14%下降至12.34%；发生在正常家庭的由40.67%下降到33.50%。另外，无法判断家庭环境的案件由6%上升到15.62%，其中绝大部分为被遗弃找不到亲属而无法判断。

综合六年发生的697例案件，发生在正常家庭的为36.59%，父母离异、单亲、再婚、离家出走等家庭结构变化家庭的占21.38%，受流动影响的家庭占17.50%，非婚生家庭的占13.06%，家庭状况不详的占11.48%。

（五）从家暴原因看，仍呈现多样化特点，暴力管教案件、因孩子病残、父母恶习而遗弃、出卖子女的案件比例增加

同2011年1月前三年的300例案件相比，家暴原因后三年来上升趋势最为明显是暴力管教案件的比例上升，由前三年的9.66%上升至后三年的12.09%。其次，因孩子身体病残而虐待、杀害、遗弃的，由前三年的6.34%上升

至后三年的 8.82%，例如，综合六年的总体情况看，遗弃案件中除无法判断原因的外，一半以上的案件都是因为孩子病残，占到 52.38%。

为赚钱、摆脱累赘而出卖孩子的案件由 6.33% 上升至 11.34%。在这部分案件中，有些是因为家里收入微薄、抚养存在困难而出卖，也有些是因为父母严重不负责任、父母存在吸毒、赌博、不务正业等不良行为从而出卖孩子赚钱，或者因为考虑到再婚等情况嫌孩子是累赘而出卖。根据案情分析，这类案件中的父母真正由于生存不下去了的原因还是极少的。

此外，因父母吸毒引发的家庭暴力案件需要引起关注，仅在 2012 年 7 月至 2013 年底一年半的时间里，就有 9 例涉及父母吸毒的案件，具体表现形式包括了因无力抚养而出卖子女、外出吸毒放任子女饿死、为贩毒方便而引诱子女吸毒、因吸毒导致精神异常而劫持或杀害子女等。本次统计中还发现了 4 例父母教唆孩子盗窃、吸毒的案件。

同时，因为施暴人精神心理异常导致的案件有所增加，由 9.67% 上升至 10.47%，在后三年的统计中发现，母亲患有产后抑郁症的情形应当引起重视。

因家庭矛盾拿孩子出气报复的案件比例虽然有所下降，但仍然是施暴的主要原因，占据 24.43%，约四分之一的比例。下降比较明显的原因有：因生活困难、压力大导致的家庭暴力案件，由 9.67% 下降至 6.05%，父母失手伤害、杀害子女的案件由 3.33% 下降到 1.76%。

综合 697 个案件，因家庭矛盾拿孩子出气引发的案件最多，占到 25.82%，其次是因错误的管教方式而对孩子施暴的案件，占 11.05%。

（六）从暴力形式看，多种形式的家庭暴力并存，出卖儿童和遗弃的案件比例上升

与前 300 例案件相比，2011 年 1 月以来的 397 例案件中身体暴力案件由前三年的 65.33% 下降到后三年的 63.48%，遗弃案件由 12.33% 上升至 13.85%，性侵害的案件由 10.67% 下降到 8.82%。但是，出卖孩子的案件比例由 11.67% 上升至 13.85%，上升较为明显，多存在于超生、非婚生、女童以及父母有吸毒、赌博等恶习的家庭，出卖的原因包括了因家庭矛盾报复家人、父母严重不负责任或恶习为赚钱、摆脱累赘出卖孩子、重男轻女出卖女童等。其中为赚钱出卖孩子的比例达到了此类案件的 81.82%。

综合六年发生的 697 例案件，身体暴力占 64.28%，主要是极端或残忍杀害导致儿童非死即残的案件；性侵害案件占 9.61%；出卖子女的案件占 12.91%；遗弃案件占 13.20%，在 92 例遗弃案件中，除无法判断原因的 29 例外，一半以上的案件都是因为孩子病残，共 33 个，占到 52.38%，另外未婚生子而遗弃案件也占到了 22.22%。

（七）从施暴主体来看，亲生父母、祖父母、外祖父母、其他亲属施暴案件比例略有上升

与 2011 年 1 月前三年的 300 例案件相比，2011 年 1 月以来的 397 例案件中，亲生父母施暴的比例略有增长，由 74.67% 上升至 74.81%（其中生父施暴的由 39.66% 下降到 30.48%，生母施暴的由 30.67% 上升到 34.01%，需要注意的是父母双方施暴的由 5.67% 上升到 10.33%），继父母、养父母施暴的比例有所下降，由 10.33% 下降至 9.82%，祖父母、外祖父母、其他亲属施暴的由 11.67% 上升至 12.34%，而施暴主体不详的遗弃案件稍微有所下降，由 3.67% 降到 3.02%。

综合六年来的 697 例案件，亲生父母施暴的比例为 74.75%，继父母、养父母为 10.04%，祖父母、外祖父母、其他亲属为 12.05%，施暴人不详的占 3.16%。

与 2011 年 1 月前三年的 300 例案件相比，2011 年 1 月以来的 397 例案件，仍然是只有在造成严重后果的情况下才会引起社会的关注，实施家庭暴力的人员除后果特别严重的受到刑事处罚，一般案件仍然没有得到有效处理。可以说，六年来，社会、政府和司法机关对未成年人遭受家庭暴力案件的认识、干预和处理的方法没有发生明显变化。社会大众、政府和司法机关仍然认为只有严重的暴力才是家庭暴力，才会引起关注，未成年人遭受家庭暴力仍然缺少及时的发现、报告、反应机制，政府行政部门和司法机关仍然无法发挥对家庭的必要的、有效的干预。

此外，从统计中发现，媒体报道是否详细对于数据统计影响很大。一些报道由于过于简略，导致最终统计数据中大量的“不详”情况出现。希望媒体在今后对家庭暴力案件的报道中，能够对施暴主体、家庭状况、报案人员、施暴原因、孩子的安置等情况多进行关注，并注意追踪案件的最终处理结果。

（节选自《别让孩子在家暴的阴影下成长——未成年人遭受家庭暴力案件调查与研究报告》）

## 北京市立遗嘱老人六成瞒子女

2014 年 9 月 26 日 京华时报

京华时报讯 北京市民政局昨天透露，计划明年覆盖全市街乡镇的养老照料中心已建成 90 多个，下一步将根据老人需求引入遗嘱登记服务站点，老人可在养老照料中心内办理遗嘱登记。据统计，目前登记遗嘱的老人中，有六成左右瞒着子女。

目前北京 60 岁及以上常住老年人口达 300 万，而且老年人口正以每天 400 人、每年 15 万人的规模增长。预计到 2020 年，全市老年人口将超 400 万，每 4 人中将有 1 位老人。有关专家表示，即使 10% 的老人有立遗嘱的需求，目前遗嘱服务机构的接待能力也远远不能满足。

针对这一问题，北京市民政局昨天透露，民政部门下一步将为遗嘱库提供平台。市民政局副局长李红兵表示，明年全市所有街乡镇都要建成居家养老照料中心，目前已建成 90 多个。下一步，民政部门将在养老照料中心内设

置遗嘱登记服务站点，有需求的老人在社区就可进行免费的遗嘱登记服务。

此外，遗嘱库也计划在老人集中的社区或单位设置固定服务点和流动服务站，集中时段为老人办理遗嘱登记。有需求的社区或单位可拨打社区服务热线 96156 与中华遗嘱库联系。

#### 1 遗嘱内容主要是什么？

大部分遗嘱涉房产问题

作为免费为老人提供遗嘱登记的公益组织，中华遗嘱库管委会主任陈凯介绍，目前北京共有 6700 多名老人在遗嘱库登记，还有约 3.8 万人进行了预约，“现有 3.8 万预约遗嘱登记服务预计在明年底前可完成”。

据统计，前来立遗嘱的老人绝大部分为 70 多岁，最高龄的是 100 岁的老人，也有不满 60 岁就预约的老人。陈凯说，在 60 多岁刚出头的老人中，所立遗嘱九成以上涉及房产问题，“许多老人担心子女离婚后房子被分割，所以遗嘱中都特意明确，名下房子只作为子女个人财产，不作为夫妻共同财产”。数据显示，拆迁地区老人立遗嘱的愿望非常强烈，比如大兴、房山等地，办理遗嘱登记的基本都是户籍在农村的老人，所立遗嘱也多是关于遗产分配的问题。

除了房产，也有个别遗嘱涉及股份、基金等，还有老人在遗嘱中表示了捐献眼角膜、遗体的愿望，也有老人提出希望丧事从简等要求。

现状

#### 2 老人一般如何立遗嘱？

大部分瞒着子女登记

陈凯介绍，到遗嘱库登记遗嘱的老人中，有六成左右是瞒着子女的，“不想让子女们知道自己立了遗嘱”。

老人去世后，遗嘱如何被家人知道？陈凯表示，遗嘱库为每名登记的老人发放遗嘱证，并建议老人将其与户口本、房产证等放在一起，老人去世后，子女可持老人死亡证明前来查询遗嘱内容。同时，遗嘱库也设立了对社会公开的查询平台，市民可上网查询是否有留给自己的遗嘱，如符合相关条件，即可在老人去世后凭相关证件前来领取。

北京户籍人口 超两成是老人

### 截至 2013 年底，北京老年人增至近 280 万，年增加 16.4 万人

2014 年 09 月 27 日 新京报 林野

新京报讯（记者林野）北京市老龄工作委员会办公室昨日发布《北京市 2013 年老年人口信息和老龄事业发展状况报告》，《报告》显示，截至 2013 年北京市 60 岁及以上户籍老年人口 279.3 万人，比上年增加 16.4 万人，北京市老龄化进程仍在加速。

北京加速进入老龄化

市老龄工作委员会办公室副主任李辉指出，《报告》显示，户籍老年人口数量年增长超过 10 万人，这种增长速度将持续到 2020 年，人口老龄化加速发展，将成为未来一个时期北京市人口变动的基本特征之一。

数据显示，北京市户籍总人口 1316.3 万人，其中，60 岁及以上户籍老年人口 279.3 万人，占总人口的 21.2%；男性老年人口 134.3 万人，占 48.1%，女性老年人口 145 万人，占 51.9%。

李辉介绍，80 岁及以上户籍老年人口有 47.4 万人，比上年增加 4.8 万人，占总人口的 3.6%。其中，女性占比在 2/3 左右。北京百岁老年人共计 589 人，比上年增加了 45 人。

户籍人口中，纯老年人家庭人口 48.8 万人，占老年人口总数的 17.5%，比上年增加 0.4 万人。

约 3 个劳力养一位老人

《报告》显示，户籍人口老年抚养系数（即人口中非劳动年龄人口数中老年部分对劳动年龄人口数之比）有小幅增加。按 15 岁—59 岁劳动年龄户籍人口抚养 60 岁以上户籍人口计算，老年抚养系数为 31.5%，比上年增加 2.1 个百分点。

此外，截至 2013 年底，全市养老服务机构有 410 所，比 2012 年增加 10 所，其中政府办 211 所，比 2012 年减少 1 所，社会办 199 所。投入运营的养老服务机构床位总数达到 80516 张。

北京市民政局副局长李红兵介绍，老年抚养系数为 31.5%，说明抚养一位老年人大概需要 3.1 个劳动力。他认为，养老系数会不断增大，虽然一两年的数字体现不了什么，只是一个平缓的变化，但趋势是中青年人越来越少，老年人和儿童越来越多。

李红兵还提到，“重阳节”临近，北京今年仍将评出万名“孝星”。同时，还将首次评选“二十四孝星”，即评选出体现新时代特色的 24 种孝行。

### 赚钱不给老婆花属家暴是谣传

2014 年 9 月 27 日 中国广播网 周清石



央广网哈尔滨9月27日消息(黑龙江台记者周清石)据中国之声《央广新闻》报道,最近两天,一则11月起,在哈尔滨“赚钱不给老婆花就算家庭暴力”的消息在网上被众多的媒体转载,并引发了网友热议。

《哈尔滨市妇女权益保障条例》当中有没有这样的内容?就这个报道的表述记者采访了哈尔滨市妇联宣传部副部长王晓秋,得到的答复是,实际条例中根本没有这样的内容,他们也不知道为什么会有人杜撰出这样的稿件,如果不信可以查看条例的原文。之后记者查看了条例,发现条例中的确没有“除了打骂,精神恐吓、禁闭、冻饿、经济封锁等都属家庭暴力范畴”这样的表述,更不要说“赚钱不给老婆花就算家暴”这样雷人的话了。

通过采访和详细阅读,事实应该是这样的:《哈尔滨市妇女权益保障条例》将于2014年11月1日号起施行,这是哈尔滨市首部专门维护妇女权益的地方性法规。该《条例》加强了妇女社会权利保护以及人身权利保护。关于预防和制止家庭暴力。调查也显示说,哈尔滨市家庭暴力的受害方90%以上是女性,并且是且呈逐年上升趋势,平均每年上升2.7个百分点。因此,预防和制止家庭暴力也是条例草案重点规范的内容之一,《条例》对于预防和制止家庭暴力用35条中6条法律条文大幅度的做出了规范,对上位法进行了细化、补充和完善:那也明确了各相关政府、妇联、社区等相关单位的责任。

#### 相关背景:

哈尔滨市妇女权益保障条例(2014年6月20日哈尔滨市第十四届人民代表大会常务委员会第15次会议通过,2014年8月14日黑龙江省第十二届人民代表大会常务委员会第13次会议批准)

第一条 为了维护和保障妇女合法权益,促进男女平等,根据《中华人民共和国妇女权益保障法》、《黑龙江省实施〈中华人民共和国妇女权益保障法〉办法》等有关法律、法规,结合本市实际,制定本条例。

第二条 本市行政区域内的妇女权益保障适用本条例。

第三条 国家机关、企业事业单位、社会团体、城乡基层群众性自治组织以及其他组织应当采取必要措施消除性别歧视,保障男女两性享有同等机会,获得共同发展。

第四条 市、区、县(市)妇女儿童工作委员会是同级人民政府的妇女权益保障机构,负责组织、协调、指导、督促有关部门、单位在职责范围内做好妇女权益保障工作。

第五条 各级妇女联合会依照法律、法规和中华全国妇女联合会章程,代表和维护妇女的利益,做好维护妇女权益的工作。

工会、共产主义青年团、残疾人联合会等社会团体,社区居民委员会、村民委员会等城乡基层群众性自治组织,按照法律、法规的规定,做好维护妇女权益工作。

第六条 市、区、县(市)人民政府应当建立和完善社会性别统计制度,做好相关经济社会发展的分性别统计、监测、评估工作,定期发布社会性别统计报告。

第七条 大众传播媒体应当加强维护和保障妇女权益的宣传,不得制作、播放、发布含有歧视女性内容的节目、广告。

第八条 市、区、县(市)人民政府在提供公共服务或者建设公共服务设施时,应当兼顾女性的特殊需求。

第九条 市、区、县(市)人民政府在制定公共政策时,对涉及妇女权益的重大问题,应当听取妇女联合会的意见,并公开征求各界妇女意见。

第十条 卫生、文化和新闻出版、民政等部门,妇女联合会等社会团体,城乡基层群众性自治组织应当采取措施,加强对留守妇女和空巢、失独、年老等妇女的人文关怀和心理疏导。

第十一条 市、区、县(市)人民政府应当采取措施,促进妇女就业,支持妇女自主创业,并为就业困难妇女提供就业援助。

农业部门应当针对农村妇女开展实用技术培训和职业技能培训,帮助农村妇女就业创业。

第十二条 用人单位在招聘、录用人员时,除国家规定的不适合妇女的工种或者岗位外,不得设置性别要求,不得以性别、婚姻、生育等为由提高妇女的招录标准。

第十三条 用人单位可以与女职工订立女职工权益保护专项集体合同,或者将女职工的特别保护内容纳入集体合同。

第十四条 用人单位应当保障女职工职业卫生安全,减少职业病的发生,并按规定给女职工发放卫生费用。

第十五条 工业企业新建、扩建、改建生产工作用房时，应当根据女职工的需要和国家有关工业企业设计卫生标准的规定，设计、配备保护女职工的设施。

第十六条 有条件的用人单位应当安排女职工进行妇科疾病检查，并承担费用。

第十七条 市、区、县(市)人民政府应当采取措施预防人口出生缺陷，免费为准备结婚的男女双方提供婚前医学检查服务。

第十八条 市、区、县(市)人民政府应当完善流动妇女权益保障制度，逐步实现流动妇女享有与本行政区域妇女同等的权利和服务。

第十九条 农村集体经济组织中的女性成员在农村集体经济组织中的收益分配、股权配置、土地征收或者征用补偿费分配、宅基地使用等方面，享有与男性成员平等的权利。

农村集体经济组织不得因妇女未婚、结婚、离婚、丧偶等原因，侵害其在本集体经济组织中的各项权益。

第二十条 乡、镇人民政府或者街道办事处发现所辖行政区域内的村民自治章程、村规民约、农村集体经济组织章程、村民会议或者村民代表会议的决定有侵害妇女合法权益内容的，应当责令其改正。

第二十一条 夫妻对双方共有的房产、农村土地承包经营权、林权以及其他共有财产申请共有登记的，登记机构应当依法办理。

第二十二条 男方在女方提出离婚、拒绝或者终止恋爱关系后，以及在解除夫妻关系后，不得对女方及其亲属施以纠缠、骚扰、侮辱、威胁、打骂等行为。

第二十三条 用人单位和公共场所管理单位应当采取措施预防和制止对妇女的性骚扰行为。妇女受到性骚扰，可以向公安机关报案或者向所在单位、公共场所管理单位求助。接到报案、求助的单位应当依法及时处理。

第二十四条 市、区、县(市)人民政府、企业事业单位、社会团体、城乡基层群众性自治组织和其他组织应当将预防和制止家庭暴力工作纳入本地区、本单位社会管理综合治理工作范围，开展预防和制止家庭暴力的法制宣传教育，共同做好预防和制止家庭暴力工作。

第二十五条 社区居民委员会、村民委员会应当依法做好家庭矛盾疏导和调解工作，预防家庭暴力的发生。

第二十六条 遭受家庭暴力的妇女可以自行或者委托他人向所在地公安机关报案或者向社区居民委员会、村民委员会、妇女联合会以及当事人所在单位求助。

公安机关接到报案后，应当及时出警并依法处理。

社区居民委员会、村民委员会、妇女联合会以及当事人所在单位接到求助请求后，应当及时进行救助、调解，不得拒绝、推诿。

第二十七条 家庭暴力受害妇女要求提供受害情况证明的，公安机关、社区居民委员会、村民委员会、当事人所在单位、医疗机构等应当及时为其提供。

第二十八条 区、县(市)人民政府应当根据实际情况设立或者指定家庭暴力庇护场所，为家庭暴力受害妇女提供庇护和其他必要的临时胜救助。

第二十九条 妇女儿童工作委员会应当根据工作需要，组织公安、司法行政、卫生、民政、妇女联合会等有关单位建立工作协调机制，为家庭暴力受害妇女提供法律援助、医疗救治、心理咨询等服务。

第三十条 妇女合法权益受到侵害向妇女联合会求助的，妇女联合会应当就侵害事件了解相关情况，必要时可以向有关部门或者单位发出维权意见书。有关部门或者单位应当研究办理，并在接到维权意见书之日起二十日内书面答复查处情况。

有关部门或者单位对侵害妇女合法权益的行为不依法查处的，妇女联合会可以建议同级妇女儿童工作委员会督促该部门或者单位依法履行职责。有关部门或者单位应当自收到妇女儿童工作委员会书面督促意见之日起三十日内书面报告查处情况。逾期不处理也不报告的，妇女儿童工作委员会可以提请同级人民政府责令有关部门或者单位改正。

第三十一条 对于经济确有困难申请法律援助或者司法救助的妇女，法律援助机构或者人民法院应当依据法律和相关规定提供法律援助或者司法救助。

妇女联合会应当协助经济确有困难需要帮助的妇女依法获得法律援助或者司法救助。

第三十二条 国家机关、企业事业单位、社会团体、城乡基层群众性自治组织、医疗机构及其工作人员对在工作中知悉的妇女个人隐私，应当予以保密。

第三十三条 违反本条例规定侵害妇女合法权益，应当予以行政处罚的，由有关部门按照法律、法规的规定处罚。

第三十四条 国家机关及其工作人员未依法履行职责，对侵害妇女合法权益的行为未及时制止或者未给予受害妇女必要帮助，造成严重后果的，由上级机关或者其所在单位依法对直接负责的主管人员和其他责任人员给予行政处分。

第三十五条 本条例自2014年11月1日起施行。

(原标题：“赚钱不给老婆花就算家庭暴力”被证为不实消息)

来自 [http://m.thepaper.cn/newsDetail\\_forward\\_1268923](http://m.thepaper.cn/newsDetail_forward_1268923)



## 多地出台约束“啃老”法规，专家称操作虽难但立法善意

2014年9月27日 澎湃新闻 邢丙银

有独立生活能力的子女，再想过“啃老”的日子，要行不通了。

继江苏之后，山东也立法遏制“啃老”。修订后将于明年1月1日起实施的《山东省老年人权益保障条例》明确规定：有独立生活能力的成年子女要求老年人经济资助的，老年人可以拒绝。成年子女或者其他亲属不得以无业或者其他理由索取老年人的财物。

澎湃新闻（www.thepaper.cn）注意到，除了江苏、山东以外，今年8月，杭州也拟立法把对“啃老”族的约束写入法规，预计将于年底前审议通过。

### “啃老”案件频发

所谓“啃老族”是指依靠父母等长辈资助，获取基本生活能力或超享受的成年人。近期接连发生的几起事件，使“啃老”问题备受关注。

据《北京晚报》7月29日报道，29岁的徐某大学毕业后，赖在家里“啃老”7年，父母在无奈之下，将儿子徐青告上法庭，请求判令徐青搬出去，并限期腾房，法官强制执行腾房时，徐某冲着父母喊：“我让你们断子绝孙！”

被父母赶出家门的还有长沙男子匡某。据《三湘都市报》8月29日报道，29岁的匡某因“啃老”被父母赶出家门，他欲请求法律援助，状告父母“不养之罪”。

还有的“啃老”族实现不了愿望，做出极端的行径。据中新网8月7日报道，吉林男子郑某年过40岁，却是标准的“啃老族”，大学毕业后闲在家中，每月父母打工挣钱支付其生活费。因父母曾答应给其买房买车未兑现，在今年6月，郑某将6旬老母杀死。

### 多地立法约束“啃老”

针对“啃老”一族，江苏是较早为被“啃”父母“撑腰”的。2011年1月，江苏审议通过《江苏省老年人权益保障条例（草案修改稿）》，其中规定：“有独立生活能力的成年子女要求老年人经济资助的，老年人有权拒绝。子女或者其他亲属不得以无业或者其他理由，骗取、克扣或者强行索取老年人的财物。”

继江苏之后，山东于今年6月公布《山东省老年人权益保障条例（修订草案）》（征求意见稿），规定“有独立生活能力的成年子女要求老年人经济资助的，老年人有权拒绝。”

据《人民日报》报道，山东省法制办相关负责人介绍，此次《条例》的修订是新时期为了进一步保障老年人合法权益，发展老龄事业，弘扬中华民族敬老、养老、助老的传统美德，促进社会和谐和必然要求。

杭州也把《杭州市老年人权益保障规定》列入今年市人大常委会和市政府立法工作计划的地方性法规项目。据《都市快报》报道，今年8月，《杭州市老年人权益保障规定（草案）》第二次征求意见稿开始征求意见，预计年底前审议通过。

### 专家称应读懂立法背后的善意

南京航空航天大学教授邱建新认为，立法不仅具有强制的功能，还有引导和教育的功能，虽然从具体操作上来看，和“常回家看看”入法一样，在操作上都有点难以实施，但该法可以提醒人们关注老年人的合法权益。

邱建新说，“啃老”不仅增加了老年人的经济负担，还加重了老年人的心理负担，而且面对“老龄化”问题将越来越突出的现实，人们应当读懂约束“啃老”的立法善意。

山东律师刘坚勇认为，我国《婚姻法》规定，父母对18岁以下未成年人具有抚养义务，但对18岁之后成年人虽无“抚养义务”，是否还有继续赞助、扶助的义务，并没有明确规定，老年人权益保护条例作为一部专项法规来做出明确规定，让老年人有权利拒绝可以独立生活的成年人“啃老”，从完善法律法规的角度讲是有必要的。

来自澎湃新闻 m.thepaper.cn

## 新法速递】民政部出台管理办法规范家庭寄养

2014年9月28日 萝岗法院

新华网北京9月26日电（记者黄小希）记者从民政部26日举行的新闻通报会获悉，民政部日前正式出台《家庭寄养管理办法》。相比于2003年制定的《家庭寄养管理暂行办法》，新规更加突出人性化、专业化、规范化。

在人性化方面，管理办法扩大了寄养儿童范围，不仅规定未满十八周岁、监护权在县级以上地方人民政府民政部门的孤儿、查找不到生父母的弃婴和儿童可以被寄养，还提出“对流浪乞讨等生活无着未成年人承担临时监护责任的未成年人救助保护机构开展家庭寄养，参照本办法执行”。

民政部社会福利和慈善事业促进司副司长徐建中在通报会上指出，按照管理办法，对暂时查找不到父母或其他监护人的流浪未成年人，在继续查找的同时，要通过家庭寄养等多种方式予以妥善照顾。

在规范化方面，管理办法提高了寄养家庭的准入“门槛”。为了让适合寄养的儿童回归到更具稳定性且健全功能的家庭，管理办法明确了寄养家庭在居住条件、收入水平、健康状况、道德品行、主要照料人年龄等方面应当具备的条件。管理办法还提出，每个寄养家庭寄养儿童的人数不得超过二人，且该家庭无未满六周岁的儿童。寄养残疾儿童，应当优先在具备医疗、特殊教育、康复训练条件的社区中为其选择寄养家庭。

与此同时，管理办法还对寄养关系确立和解除程序进行了规范。

在专业化方面，管理办法对儿童福利机构主要承担的职责进行了明确，包括培训寄养家庭中的主要照料人，组织寄养工作经验交流活动，监督、评估寄养家庭的养育工作等。管理办法还提出，具有社会工作、医疗康复、心理健康、文化教育等专业知识的家庭和自愿无偿奉献爱心的家庭，同等条件下优先考虑。

徐建中介绍说，目前全国由儿童福利机构抚养的儿童中，大约有3万名儿童实行了家庭寄养。管理办法的出台将进一步推动家庭寄养工作向规范化、法制化发展，保障寄养儿童的基本权益，同时也是对儿童福利法制体系的进一步完善。

管理办法自2014年12月1日起施行。来源：新华网

## 八、异域资讯

### 新后宫时代：美国犹他州联邦法官判决正式支持一夫多妻

2014年9月1日 法官之家 环球网

2014年8月27日，盐湖城一名联邦法官 Clark Waddoups 对布朗家族一夫多妻案做出了最后判决。信奉一夫多妻制的布朗(Brown)家族于2011年吃上了官司，因为当时犹他州当地法律规定同居违法。

2013年12月，布朗家族赢得了属于他们的巨大胜利，当时法官说犹他州一夫多妻制违法这一法律条款本身就违法宪法。之后这一案例悬而未决，而布朗家族的合法权利在多年的犯罪调查中是否受到侵犯也存在争议。

法官的最后判决解决了所有悬而未决的事情，布朗家族也因此取得了巨大的胜利。法官不仅判决犹他州反一夫多妻的法律违反宪法，他还认为布朗家族的权力受到了侵犯，予以布朗家族律师费和精神损失费。

这意味着犹他州合法的一夫多妻时代正式到来。

犹他州不是原本就一夫多妻吗？

犹他州确实以一夫多妻制而闻名于世，当地甚至还有一种啤酒名为“一夫多妻制”(Polygamy Porter)，过去这里也曾因为非一夫一妻制的婚姻而饱受争议。犹他州的一夫多妻制源自其建立者摩门教拓荒者，他们的信仰包括“一夫多妻制的婚姻”。主流的摩门教于19世纪晚期禁止了一夫多妻制婚姻，但摩门教的一些人拒绝接受这一政策的变化，逐渐脱离了主流摩门教，形成了他们自己的组织。

如今，在犹他州有很多不同的组织都实行一夫多妻制，但这些组织大部分都很小，几乎都住在乡下或者城区的边缘。(也有一些例外，比如非常开放的 Darger 家族或者更神秘一些的 Kingston 组织。)普通的犹他州人并不是一夫多妻制拥护者。

不管怎样，犹他州拥护一夫多妻制的组织违反了法律，因为当地曾有法律反对同居。

反对同居？那么和男朋友或者女朋友一起住也算违法咯？严格地根据法律来说是这样没错。然而在实际中，该法律面对一夫一妻制的夫妻时并不实行。相反，该法律是官员用来反对一夫多妻制家庭的一种手段。尽管很少有一夫多妻制家庭被告上法庭，但一夫多妻制家庭面临着这种潜在威胁。当检察官对布朗家族暗示的时候，布朗家族就意识到了这一点。

不过，随着该案的结案，在犹他州与人同居再也不违法了。

既然在犹他州一夫多妻合法，那么每个人都能去犹他州法院与多个人结婚吗？不行。虽然在犹他州一个男人与多个女人同居并不违法，但在犹他州一个男人与多个女人结婚依然违法，这叫重婚罪。

更准确地说，任何人与别人同居(不管你是一夫多妻还是一夫一妻)不违法。一夫多妻制能合法化是因为犹他州大多数一夫多妻制家庭实际上并没有试过领结婚证；第一段婚姻之后加入的姐妹，只不过是简单唱唱“圣歌”或者举行宗教仪式。过去一夫多妻制违法是因为这些人非法同居，但现在不是了。

接下来会怎样

去年12月，犹他州誓要上诉。作为对27日判决的回应，犹他州司法部长发言人说犹他州接下来的决定如下：

司法部长办公室近期正在审查 Waddoups 法官对于 Brown v Herbert 的判决，办公室将最终决定是否上诉。合理判定该裁决的影响范围和该裁决对今后诉讼的影响很重要。

Brown 的律师在其博客上指出犹他州没有义务上诉，事已至此犹他州可以放手了。一直以来犹他州都面临着更大的战斗，尤其是犹他州之前败诉的同性恋案例。而犹他州司法部长自去年年底上任以来就将一夫多妻作为主要问题对待。

相对来说，大多数一夫多妻制家庭的生活不会改变；去年12月判决出来后，犹他州支持一夫多妻制的人说他们怀疑这一判决能否有如此大的影响。影响是局部的，因为一夫多妻制支持者并不追求合法化的一夫多妻制婚姻，另外，多年来密切的监视也促使一些一夫多妻组织采用相对孤立的文化。

### 【讨论题】华裔女子带子登机离境 FBI 逼航班折返

2014年9月9日 法律读库 华商报 袁金会

来源于华商报综合报道，作者袁金会。原标题：妻带子登机离境 FBI 逼航班折返。

据美国全国广播公司6日报道，9月4日，因儿童监护权存在争议，美国联邦调查局(FBI)下令飞往中国的美国联合航空班机返回美国机场。据悉，飞机上的4岁男童的母亲是中国人，父亲是美国人，而母亲在未获其父亲同意的情况下把孩子带出美国。飞机折返后，孩子母亲因违反监护令遭拘捕，被控国际绑架罪。

关注焦点

## 1. 母亲是否涉嫌绑架

母亲：

刘文静给丈夫威廉写了封电子邮件，称9月3日得知身在中国的奶奶病危，她和儿子必须马上返回北京，他们返回美国时会告诉威廉。

父亲：

刘文静在8月27日就订了单程票，怀疑她是早已计划好准备带孩子离开，违反监护令，涉嫌国际绑架罪。

## 2. 争子纠纷如何解决

美国法律：

夫妻分居期间，两人对孩子拥有共同监护权。但监护令明确禁止在未获得另一方同意的情况下把孩子带出美国。

国际法：

《海牙公约》签署国之间的此类纠纷较容易解决。

比如，一名比利时母亲带着在法国出生、且父亲是法国人的孩子回到比利时，可以要求比利时当局按照《海牙公约》条款解决纠纷。比利时当局会根据教学环境等因素来判定孩子更适合在哪里生活。但目前中国并不是《海牙公约》签署国。

事件

### 航班折返遭拘捕 被控绑架罪

4日，中国母亲刘文静（音译）带着4岁的儿子从美国乘飞机前往中国北京。据悉，这对母子乘坐的美国联合航空班机在当天下午从美国华盛顿杜勒斯机场起飞前往北京。在飞机飞行约5小时后，飞行员在FBI的下令要求下将飞机折返美国。这架飞机当时已飞到加拿大领空，随即又折返杜勒斯机场。

FBI表示，由于监护权存在争议的一名儿童被母亲擅自带上该美联航班机离开美国，FBI接到孩子父亲的举报后才下令拦截飞机返航。飞机返回降落后，刘文静因违反监护令而遭拘捕，被控绑架罪。4岁的儿子则被交还给他的美国父亲。

据悉，该航班在美国当地时间4日晚7:47再次从杜勒斯机场起飞，飞往目的地北京。飞机上的乘客贝利表示，刚开始乘客被告知班机有机械问题折返，当刘文静和母亲、儿子三人被带下飞机后，机长才向乘客解释称刚才撒谎是因飞机折返涉及绑架不好明说。

原因

### 未完成离婚程序 争子抚养权

据美国华盛顿特区法庭文件显示，2007年，刘文静和美国男子威廉在弗吉尼亚州费尔法克斯县结婚。

2010年，刘文静与威廉的儿子在中国出生。2013年，夫妻两人分居，并开始办理离婚手续，但美国的离婚程序十分漫长，两人至今尚未完成离婚程序，一直在争夺儿子的抚养权。

据法庭起诉书显示，9月4日，刘文静给丈夫写了封电子邮件，称3日得知身在中国的奶奶病危，她和儿子必须马上返回中国。

威廉收到邮件后，回复称儿子不能离开美国，若是刘文静担心无法送儿子上学，他会将儿子接来同住并负责接送儿子上学，直到刘文静从中国回来。

但刘文静回复称，她已买了机票，她和母亲以及儿子马上就要登机回中国，飞机20分钟后就起飞，他们返回美国时会告诉威廉。

收到邮件后，威廉发现刘文静在8月27日就订了票，而且是单程票，威廉怀疑她是早已计划好准备带孩子离开。

当威廉到达机场时，飞机已起飞。于是，他向FBI报案称妻子刘文静违反监护令。

法律

### 未经同意擅自带走孩子恐坐牢

9月5日下午，刘文静在没有律师陪同下独自在联邦法院出庭，8日将出席保释听证，目前已被拘留关押。在法庭上，刘文静承认未获孩子父亲同意就把孩子带出美国，违反监护令。她被控非法蓄意把儿子带出美国未遂，意图妨碍合法行使父母权。她在法庭上辩称，带儿子走是因为自己急需返回中国探望病危的奶奶，但法庭的调查显示刘文静早在知悉奶奶病重前就已买下机票。

美国律师表示，争夺孩子监护权的夫妻未经另一方同意将孩子带出法庭管辖区，不仅会丧失孩子监护权，而且会面临刑罚坐牢。

华人父母常将孩子视为自己的“财产”，在跨国婚姻的离婚官司中，母亲一方往往因为无法忍受漫长的离婚诉讼过程和巨大的精神压力而产生一走了之的念头，但这对争夺孩子监护权非常不利。有时夫妻吵架，一方负气将孩子带走，在没有通知另一方监护人的情况下，也都可能会涉及绑架罪。

现象

国际间的父母绑架案越来越多

由于全球移动人口增多，跨国婚姻逐渐增多。但跨国婚姻在婚姻破裂时，父母一方常常在未经他方同意下，擅自将子女带离出境，国际间的父母绑架案例越来越多。之前，一名法国男子和俄罗斯裔前妻争夺3岁女儿爱丽斯抚养权的事件曾演变成法国和俄罗斯的一场外交风波。法俄混血女孩爱丽斯更是被父母轮番绑架。两人离婚后，母亲带着女儿回到了俄罗斯。此后，父亲通过法国法院取得了女儿的抚养权，但母亲当时并未出庭。为了找回女儿，父亲学习了俄语并偷偷跑到俄罗斯将女儿接回法国。而孩子的母亲也从俄罗斯司法部门得到了孩子的抚养权，俄罗斯司法部门认为父亲绑架了孩子，对他发出国际逮捕令。因为害怕孩子的母亲再来绑架，父亲带女儿回到法国经常更换住房。一天，父亲接女儿从幼儿园放学回家的途中遭遇事故，爱丽斯被绑架。父亲声称是俄罗斯裔的前妻策划绑架的，法国警方及国际刑警介入调查，在全球发出寻人通告。女童最终在

匈牙利被发现，父亲去接女儿回法国令俄罗斯不满，向匈牙利提出抗议。最终，匈牙利准许父亲带女儿返回法国。

### 台男子贪小便宜偷免费保险套 意外曝光婚外恋

2014年9月5日 中国台湾网 高旭

据台湾“中广新闻”报道，新竹一名有妇之夫，因为贪小便宜，带越南籍女子上宾馆，离去时顺手将宾馆提供免费保险套带走。不料保险套掉在车上，被搭车的妻子发现后奸情曝光。妻子怒控小三妨害家庭，刑事部分已判刑，民事求偿部分，法官判处越南籍女子应赔偿20万元(新台币，下同)。

新竹一名已婚洪姓男子，恋上越南籍阮姓女子，洪姓男子还背着妻子，在外租套房共筑爱巢。去年七月间，洪姓男子带着越南小三到苗栗游玩。二人在摩铁炒饭，离去时洪姓男子随手将摩铁提供免费保险套带走，却不料这个免费保险套掉在座车上。被之后搭车的妻子无意间发现，经过一再追问，洪姓男子才坦承与越南籍小三在外共筑爱巢。妻子气的怒控越南小三妨害家庭，民事部分求偿50万元。

洪姓男子庭讯时坦承与越南小三在出租套房内，两个月来发生约30次的性行为。刑事部分法官已对越南小三判刑，但民事求偿部分，洪姓男子元配主张越南小三侵害她配偶权益，向被告求偿50万元。法官审理后，衡量双方收入和身份地位等因素，法官最后判处越南阮姓女子，应赔偿洪姓男子元配20万元。(中国台湾网 高旭)

### 印度男子因妻子性欲旺盛起诉离婚

2014年9月9日 环球网 张亢

原标题：印度男子因妻子性欲旺盛起诉离婚

【环球网综合报道】据美国合众国际社报道，印度孟买法院受理了一名男子的上诉请求，该男子因为妻子性欲过旺而要求离婚。最终，法院批准了该男子的上诉请求，解除了他与妻子的婚姻关系。

该男子在法庭中诉苦称，他认为妻子太过“顽固”、“好斗”，经常没有任何理由地吵斗。男子还说妻子性欲太过旺盛，经常强迫他与之发生性关系。每次男子反抗时，妻子会辱骂他。该男子对自己的生活和生命深感担忧。

法官根据情况批准了男子的上诉请求，结束了该男子与其妻子的这段婚姻。(实习编译：张亢 审稿：郭文静)

### 美国一父亲将22个月儿子留在车内 男童活活被热死

2014年07月05日 人民网-国际频道

人民网7月5日电 据台湾《中国时报》援引英国《每日邮报》报道，美国乔治亚州亚特兰大市发生狠心父亲被控谋杀亲儿的人伦悲剧。33岁的哈里斯(Justin Ross Harris)上月涉嫌把近2岁的稚子库柏刻意留在车内达7小时，导致男童活活被热死。而儿子受折磨的期间，哈里斯却忙着与多名女性互传讯息调情。

法官3日裁定，由于哈里斯有潜逃之虞，被控谋杀和虐儿的他不得保释。法官透露，哈里斯恐被判死刑。

这起悲剧发生在6月18日。哈里斯带着22个月大的库柏到速食餐厅吃早餐后，没把儿子送去托儿所，就直接开着运动休旅车到1.6公里外的地点上班，并把儿子留在闷热的后座长达7小时，导致男童死亡。

当天气温高达30度，而法医的验尸报告指出，库柏死于体温过高。

警探史托达指出，小库柏活活被热死的那段期间，哈里斯一边工作，一边用手机通讯软体与6名女子互传露骨讯息与裸照，其中1女甚至是17岁未成年少女。

史托达还说，哈里斯婚姻不睦，工作不顺。警方调查发现，哈里斯曾在社群网站搜寻“没有孩子的生活”、“如何在监狱生存”等资料，并两度观赏动物在车里被活活热死的影片。

哈里斯与妻子莉安娜也承认，他们曾在网路搜索“车内温度多高才会杀死儿童”的资料。但他们坚称是因为害怕类似的事情会发生。耐人寻味的是，莉安娜当天到托儿所接儿子，当她得知丈夫没把儿子送来时，莉安娜说：“哈里斯一定是把儿子忘在车上了。”

此外，警方指出这对夫妇有经济问题，莉安娜曾抱怨哈里斯购物或信用卡刷爆的事。据悉，他们在2012年11月曾为儿子购买价值2万7千美元(约台币81万元)的保险。

### 日本男子在泰国代孕15子女 称是继承财产需要

2014年9月10日 环球网 胡敏

【环球网综合报道】据台湾“联合新闻网”9月10日报道，日前，24岁日籍男子繁田在泰国雇用代理孕母产下至少15名子女引发争议。他透过律师告诉泰国警方，他想要生20名子女继承财产。

为繁田进行代孕手术的泰国医生披西 9 日终于向警方报告，但他强调诊所领有执照并否认不法。

《曼谷邮报》9 日报道指出，繁田透过律师告诉泰国警方，他想要生下 20 名子女，日后继承家族事业与 40 亿泰铢(约合人民币 7.7 亿元)财产。

报道称，繁田每年继承 8000 万铢(约合人民币 1530 万元)家产，他计划投资泰国房地产，在柬埔寨也有 12 万平方米土地，也已转入 110 万日元(约合人民币 6.3 万元)给由孕母产下的子女。

泰国警方表示，目前尚未发现繁田有不合法的地方，但仍要求他到泰国厘清疑点。

繁田在代孕事件爆发后即离开泰国。(实习编辑：胡敏 审核：谭利娅)

### 台湾同性恋团体欲办“彩虹围城”包围台“立法院”

2014 年 9 月 9 日 华夏经纬网

由同性恋团体协助草拟，“立委”郑丽君提案的“婚姻平权民法”修正草案，去年底送入台“立法院”后，迟未被排入议程。担心议案胎死腹中，今天上午同性恋团体前往“立法院”抗议，宣布 10 月 5 日举办“彩虹围城”，包围“立法院”。

台湾伴侣权益推动联盟秘书长简至洁表示，活动由台湾地区 99 个同性恋团体组成的婚姻平权革命阵线共同推动，希望能加速“婚姻平权民法”修正草案通过。

配合 10 月 5 日的彩虹围城活动，阵线已制作 112 个象征各“立委”的大锁，即日起开放全台关心同性恋权益民众赞助认购。

活动当天，遭锁定“立委”将被邀请至现场，以平权钥匙打开恐同锁，象征解除恐同疑虑，愿意支持婚姻平权。来源：台湾《联合报》

### 美 9 旬新婚老人因遗产纠纷婚姻受阻

2014 年 09 月 11 日 环球网综合 武梦莹

据英国《每日邮报》9 月 9 日报道，美国 96 岁的老人伊迪斯·希尔(Edith Hill)和 95 岁的艾迪·哈里森(Eddie Harrison)于今年年初在弗吉尼亚州结为夫妇。但由于法律和家人遗产继承的原因，他们的婚姻并不顺利。

据了解，希尔几年前曾被认定为“在法律上无行为能力的人”，而此次结婚并没有得到法律的许可，因而法官认为这段婚姻不合法。此外，财产继承问题也使希尔的家人对这段婚姻抱有质疑的态度。据悉，希尔拥有一套亚历山大市老城周边地区价值约 47.5 万美元(约合人民币 291.18 万元)的房产。而她的家人丽贝卡·怀特(Rebecca Wright)和巴伯(Barber)对她的房产分配问题一直有争议。最终，法官杰姆斯·克拉克(James Clark)宣布取消希尔的女儿作为希尔监护人的资格，指定律师杰西卡·尼森(Jessica Niesen)为其监护人。

目前，两位老人由女儿丽贝卡和孙女罗宾·怀特(Robin Wright)照顾居住在安南达尔。而尼森律师正在努力搜集资料，希望维持希尔和哈里森来之不易的婚姻。(实习编译：武梦莹 审稿：郭文静)

### 原配发现 21 年邻居是小三 与夫离婚获赔 460 万

2014 年 9 月 11 日 凤凰网

据台湾媒体报道，台北丁姓男子 1990 年与陈姓女子出轨并产下一女，还安排陈姓女子母女与他同住一社区。2011 年，丁的林姓妻子与陈发生争吵时，陈宣称：“你老公和我连小孩都生了”，丁的妻子才发现 21 年邻居竟是小三，愤而起诉申请离婚，要求分配夫妻剩余财产并补偿精神抚慰金，法院不仅判定可以离婚，另判决原配可获得精神抚慰金 100 万元新台币(约 20 万元)并可分得丁财产 2269 万余元新台币(约 460 万元)；仍可上诉。

林女士指出，她发现丈夫有外遇后，体重从 42 公斤暴瘦成 36 公斤，丈夫还说：“这没什么，就像成龙说，是全天下男人都会犯的错。”丁坦承有外遇，但反指责林女士 1994 年起以他睡觉打呼、爱放屁，要求分房睡，他一直忍让。2011 年林女士拿电棒要电他，他只好在外面租房保命，反指控妻子对婚姻破裂也有责任。

林女士之前曾控告丁及小三陈姓女子涉通奸罪，但通奸罪仅有 5 年的追诉期，丁辩称 20 多年前与陈姓女子出轨并产下一女后，二人就没再性交，因检察官查不出近 5 年内丁与小三有性交证据，林女士于 2011 年提起诉讼，离案发已 21 年。

### 保罗·乔治多嘴惹是非 置评家暴事件招致批评

2014 年 9 月 12 日 环球网 王珏

【环球网综合报道】此前在美国男篮的队内训练中，步行者当家人保罗·乔治不幸右腿严重骨折，并有可能缺席整个 2014-2015 赛季。目前乔治正处于伤势恢复之中，但或许是由于“静极思动”，这名步行者球员却因为随意置评日前的 NFL 球星家暴事件而招致批评。

日前有媒体曝光一段视频，NFL 球星雷·赖斯此前曾在电梯中打晕自己的未婚妻(如今二人已经结婚)。雷·赖斯随后被球队终止合约，NFL 也宣布对其无限期禁赛。美联社报道称，乔治之后通过“推特”发文反对对女性施暴，“在恋爱关系中，即使是女人先动手，男人也不应该还手，家庭不应有暴力。”但他同时认为 NFL 应当允许雷·赖斯继续打球，因为雷·赖斯当时可能只是反应过度。

乔治的这一“冒天下之大不韪”的言论随即在社交媒体圈引起轩然大波。遭到众人指责的步行者当家人不仅急忙删掉了推文，还赶忙就这一敏感事件公开道歉。

对于乔治引发的这场风波，步行者队篮球运营总裁“大鸟”拉里·伯德也对他的不当言论提出批评。同时，伯德也为乔治开解道：“乔治先前的言论欠考虑，他当时并未想到当今社会家庭暴力这一问题的严重性。球队已经找乔治谈过话，并且明确表示步行者队绝不允许和容忍类似这样的言论。乔治本人也意识到了错误并且深感抱歉。”（实习编译：王珏 审稿：仲伟东）

### 保罗 乔治为对家暴事件发表不当言论道歉

2014年09月12日 ESPN

北京时间9月12日，据ESPN记者报道，印第安纳步行者正在养伤的球星保罗-乔治为此前自己在Twitter上发表的有关橄榄球星家暴事件的评论表示道歉。

乔治在看到报道后首先是发了一条信息，内容是：“我们应该像对待警察暴力一样对待这次案件！挺住啊兄弟！”然后他在Twitter上连续发表评论：

“我不会谴责打女人的行为，也不觉得这事很酷，但是如果被打的女人没什么，我也不觉得有什么问题……我们都向前看，就让那人自个玩去吧！”

“如果你正在恋爱中，一个女人先来打你，来袭击你……你很显然也不能打她。兄弟你做错事了！#挺住”而后他可能发觉自己观点表达不明，又补充道：“虽然我知道，NFL么……但就是不要打女人啊！”

他的言论立即引发了许多网友的不满，各大媒体也是一片哗然，一时将他推到了风口浪尖之上。

乔治的言论还引起了步行者总裁拉里-伯德和NBA方面的注意。伯德十分愤怒，并发布了一份措辞强烈的声明，称“我们已经和保罗进行了谈话，并强烈地表达了我们的不满。我们也明确表示，NBA和步行者都不会原谅或容忍这种性质的言论。”

乔治随后删除了他关于这次事件的所有言论，美国时间9月11日晚，乔治在Twitter上发表了致歉：

“我为我的过激言论向当事人和家庭暴力的受害者表示道歉。我的本意并不是说这件事是小题大做……”

另外，乔治还通过球队发表了另一份道歉声明。他在声明中说：“我想要为我在Twitter上说的过激言论向所有家庭暴力的受害者道歉。他们的处境和事态的严重性显然没有得到很好的理解，说出那些不当言辞我感觉非常后悔。”

整个事件的起因是美国NFL联盟巴尔的摩乌鸦队跑锋雷-赖斯（Ray Rice）被拍到在电梯中对未婚妻大打出手，甚至将她打得不省人事。赖斯现已经被球队开除，且被NFL无限期禁赛。

两次全明星球星保罗-乔治在此前美国国家队的一场训练赛中严重骨折，现正在休养之中。步行者方面表示医生并没有排除乔治能在赛季末期回归的可能，但也无计划让他过早复出。

### 两人针对离婚问题专门做了约定

2014年09月16日 西藏日报 尚栩

据新华社巴黎9月13日电（记者 尚栩）好莱坞影星安吉丽娜·朱莉与布拉德·皮特8月23日在法国南部小镇秘密完婚后，一直是法国媒体重点关注的对象。《更近》杂志网站11日披露说，朱莉为她和皮特的婚姻“留了后手”：两人在结婚前签署了一份婚姻契约，针对离婚问题专门做了约定。

原标题：两人针对离婚问题专门做了约定

据新华社巴黎9月13日电（记者 尚栩）好莱坞影星安吉丽娜·朱莉与布拉德·皮特8月23日在法国南部小镇秘密完婚后，一直是法国媒体重点关注的对象。《更近》杂志网站11日披露说，朱莉为她和皮特的婚姻“留了后手”：两人在结婚前签署了一份婚姻契约，针对离婚问题专门做了约定。

朱莉和皮特在婚姻契约中规定，如果两人的婚姻是因为皮特的“出轨”行为而出现问题，那么在两人离婚后，朱莉将获得他们孩子的抚养权。

契约还规定，如果两人分手，他们将分别保留各自的婚前财产，而两人在婚姻期间获得的财产将平均分配给他们的孩子。据悉，朱莉的婚前财产为1.85亿美元，皮特的婚前财产达到2.4亿美元。

### 台名嘴于美人看儿子被前夫拒绝 报警处理

2014年08月26日 凤凰娱乐综合

于美人与丈夫王维伦

据台湾媒体报道，名嘴于美人与James（王维伦）在2013年签字离婚，前段时间双方就监护权问题2度开庭，谈论5小时得出共识，子女由双方共同监护，没想到好日子才过了2天，近日晚间却传出儿子和前夫争吵，她接获儿子电话后赶紧报警处理。

于美人在22日和前夫协议子女监护权，因细项繁琐，又要尊重小孩意见，进行时间长达5小时马拉松式，最后得出“共同监护子女”共识，律师表示：“算是替社会做出不错的示范。”据报道，她24日晚间接到儿子抱怨和前夫吵架的电话，前往探视被拒，于是便报警处理，她在警局做笔录满面愁容，结束后便匆匆赶回家中，一路上不愿对多谈细节，只以时间太晚，以及“没有、谢谢”应对，最后进入家门。

后来于美人在活动上被问到报警原委，她解释是儿子打来，紧张之下才想去探访，被问到是否会以此改变近日监护权协议，她摇头说已和James协商和解，无法再翻案，儿子也会继续和爸爸住；James听到消息后反应不知道

为何于美人要讲这些，无法回答问题。

## 法院：菲佣在港生子无居港权

中国新闻网 2014年9月18日

中新社香港9月18日电 香港特区终审法院18日裁定，一名菲律宾佣工在香港出生的儿子没有居港权。

案中的菲佣1991年开始在香港工作，1996年12月诞下儿子。儿子出生后一直以访客条件留在香港。2006年，菲佣为儿子申请成为香港永久性居民，遭特区政府入境事务处拒绝。母子其后提出司法覆核，一直上诉至终审法院，最终败诉。

终审法院18日颁下的判词指，裁决主要考虑上诉人是否已确立以香港为永久居住地，并符合规定连续居港7年以上的条件。但案中并没有证据显示上诉人确立以香港为永久居住地，也不符合入境条例“通常居住”连续7年的定义。

香港大律师苏俊文表示，目前香港沿用英美的判例法制度，这次裁决对其后的案件具有法律约束力，可以成为日后法官审判类似案件的基本准则。这意味外籍佣工在香港出生的子女没有居港权。

作出上述裁定的终审法院，2013年3月25日还裁定外籍家佣不能取得居留权。终审法院当时颁发的判决书指，外佣在香港居留的性质有限制，居住的特质已远离传统上获承认为“通常居住”的范围。香港现行的入境条例亦不允许居港满7年的外籍佣工申请居留权。(完)

(原标题：香港特区终审法院裁定菲佣在港生子无居港权)

## 新加坡 离婚案中黑客证据增多

2014年9月22日 北京晨报(北京)

新加坡离婚案中越来越多的证据来自手机、电脑等电子设备，一些当事人雇用电脑专家，以类似黑客的手段获取另一方信息。新加坡法律存有一些灰色地带，例如，丈夫碰巧看到妻子手机内容是否也算黑客式入侵，比较模糊。有律师认为，应该为此设定清晰的指引。

## 4亿财产分配好 施瓦辛格终于离婚

2014年9月19日 温州商报

施瓦辛格离婚？这不算什么新闻了吧？她老婆玛丽亚·施赖弗早在2011年就递交了离婚申请，但两人对高达4亿美元的财产分配问题一直没能达成一致。最近，有消息说，两人终于达成“和平协议”，正式离婚大概是在今年12月。

施赖弗与施瓦辛格结婚25年，有四个子女。三年前，施瓦辛格婚外情与私生子丑闻曝光，令施赖弗愤然提出离婚。虽然离婚事宜拖到现在还没办妥，但施赖弗已经大方地带着新男友马修·多德亮相，此人是施瓦辛格竞选州长时的重要军师之一，这引发了人们对施赖弗在婚姻存续期内也“没闲着”的猜测。新华社微特稿

## 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

#### 【反思媒体】冯媛：媒体应避免无意中侵害女性权益

2014年8月27日 腾讯文化 冯媛

性别平等视角可以让媒体报道时更加有专业精神，而且让我们可以看见平时看不见的东西，照亮盲点，帮助我们消除误区，让我们的报道有新的视角、新的解读，从而更有新意。

2014年8月11日，由腾讯文化“反思媒体”栏目和多元机构共同举办的“反思媒体：媒体与公共利益——第二十期法律记者沙龙”在京举行。近30位媒体高管、NGO专家、法律学者、执业律师应邀出席，从媒体伦理、传媒法律、技术规范等维度探讨了当今媒体行为的边界。在题为“媒体是保障了还是伤害了公共利益”的圆桌讨论中，“反思媒体”作者、中国妇女研究会理事、哈佛尼曼学者、妇女传媒监测网络发起人冯媛女士分享了：“媒体应避免无意中侵害女性权益”。以下为现场实录：

冯媛：媒体作为一个公共平台，无论是在媒体人的主观意愿上或客观上都发挥了保障公共利益的作用，但同时，从妇女权益角度来看，很多时候不管是在伦理上还是在法律上，也有伤害或者侵害妇女权利的情况。这种情况常常不是有意发生，而是无意为之。无意发生里分好几种情形：一种情形是性别歧视。根据《联合国消除对妇女一切形式歧视》的国际公约定义，歧视包括对女性不利的区别、限制和排斥，无论是有主观故意还是虽然无意但客观产生的对女性不利的区别、限制和排斥，都是歧视。我国是这个公约的首批签署国，并制定了妇女权益保障法，但有意思的是，在法律上有反对歧视、禁止歧视，但没有定义歧视。为此，联合国消歧公约委员会审议中国实施公约报告时，多次敦促中国政府定义歧视并完善法律政策措施。

目前，媒体上体现出来的性别歧视主要有几方面：第一，直接贬损女性的态度和语言。第二，传播陈规定型的性别观念和规范，这会巩固对妇女不利的社会态度和性别制度。第三，在有些问题上的性别盲点，对女性的群体和女性的利益视而不见，这种对妇女权利的漠视、无视也可能导致损害。第四是错失机会，很多议题本来可以是媒体通过报道来促进社会平等的包括地位平等的，但由于对机会视而不见，或者加上前面说的盲点、陈规定型和贬损造

成的歧视，让我们的媒体不能发挥促进妇女权益的积极作用，甚至有时还对妇女造成权益的损害或者侵犯。

然而微妙的是，不管是记者本人还是媒体机构，会很在意避免报道对个体可能造成的侵权。例如，我写一篇张三李四的报道上，我会很在意，不要侵犯他的权益。但对伦理上的伤害未必有意识，而且，对于可能造成的女性群体的利益侵犯常常是在无意中产生。例如，当大家一提到妇女时，就会说“妇女、儿童、老人、残疾人、性少数”。仔细想想看，我们说得对吗？妇女里有老人、儿童、残疾人，有性少数。但当我们“妇女、儿童、老人、残疾人、性少数”，就包括我们有意无意对妇女的忽视。

举一个相对具体的例子来说，去年我曾做了近年来对于人口贩运（也就是国内常说的人口拐卖）问题的报道的研究，尽管这些年来在有些地方有进步，但存在几个方面的问题。其中最突出的问题是，这类新闻报道很多时候纯粹是把受害妇女当成完全无助的受害者或者牺牲品，把她们的被解救完全当成公安破案的成绩，或者仅仅描绘为法院判决中惩罚了加害者、作案者，让她们的权利或者正义得到伸张。但实际上报道中完全忽略了：“几乎所有这些案子的破获都是由于受害者千方百计逃出来，或者千方百计把信息送出来，让公安得以破案”。在这些报道中，完全抹杀了受害妇女的能动性，并且以两个主要陈规定型的形象呈现：一个是无助者，一个是被拯救者。她们被国家、被法院、被公安拯救了，几乎是将妇女看成是没有行为能力的个体。

还有伦理层面上的问题。媒体报道参政妇女、报道各行各业优秀女性时，常常会问问：你是一个很成功的专家学者或者杰出人士，但作为一个妻子、一个女儿、一个儿媳，你有没有遗憾？这时，受访者会说，我不是一个好女儿、好母亲、好儿媳。其实男性、女性都会面临角色冲突，但为什么媒体会有双重标准与双重看法？这与我们的定型化的性别观念有关系，而性别观念常常是影响我们看问题但却不察觉的。

突破性别陈规和双重标准，有助于媒体改善另外一个问题，即专业精神。现在媒体开始讲专业精神。但有时候一说到女性权利时，就把重视女性权益和专业精神、客观公正对立起来。其实在我看来，抽象的专业精神是不存在的，每个人多多少少都有自己的立场和观点，如果看不到很多貌似公正、中立的观点，后面都有排斥妇女的性别视角的话，在操作上才会真正失去专业精神。

性别平等视角可以让媒体报道时更加有专业精神，而且让我们可以看见平时看不见的东西，照亮盲点，帮助我们消除误区，让我们的报道有新的视角、新的解读，从而更有新意。

## 现代快报报道的一起遗产过户官司入选最高法发布的典型案例

### 遗嘱公证不能成为强制性要求

2014年9月7日 现代快报 马乐乐 王瑞

现代快报去年报道过一个离奇案件，张东（化名）去世前给恋人马艳艳（化名）留下了一份手写遗嘱，其中写明要将房产留给对方。张东去世后，马艳艳到房产部门办理过户手续时，却被告知根据相关规定，遗嘱没办公证，是不能办理过户手续的。“人已经去世，公证还怎么办？”无奈之下，马艳艳只好将南京江宁区住建局告上了法庭。一审判马艳艳胜诉。近日，该案成为了最高法发布的典型案例。

现代快报记者 马乐乐 王瑞

#### 案例回放

#### 恋人去世后留下“自书遗嘱”

今年55岁的马艳艳曾经有过一段婚姻，离婚后她独自带着女儿生活。2010年，经人介绍，她认识了张东并开始交往。2011年5月，两人已经打算步入婚姻殿堂。

然后天有不测风云，张东突然被查出患上癌症，仅仅一个多月后，就去世了。在收拾张东的遗物时，马艳艳无意中发现了一封遗书，遗书中张东称将房产无条件赠给马艳艳，并有张东的签名。

处理完张东的身后事，马艳艳拿着遗嘱以及相关手续，到江宁区住建局要求办理房产登记过户手续。令她没想到的是，工作人员给出的答复是，“根据《关于房产登记管理中加强公证的联合通知》的规定，这个遗嘱没公证过，房产过户没法办。”

通过咨询马艳艳了解到，由于张东已经去世，要办理公证，必须找到张东的所有法定继承人，且他们都对这份遗嘱没有异议。可是张东跟他的亲属已多年没来往，马艳艳也不知道到哪里找。无奈之下，马艳艳一纸诉状将江宁区住建局告上了法庭，希望通过法院为自己讨个说法。

法院委托鉴定机构为张东的遗嘱作了鉴定，证实确实是本人亲笔所书。最终作出一审判决，要求江宁区住建局为马艳艳办理过户手续。对于这一结果，江宁区住建局提出上诉，不过后来撤诉了，并为马艳艳办理了房产过户登记手续。

#### 最新进展

#### 入选最高法典型案例，遗嘱公证不能成为强制性要求

近日，该案成为了最高院发布的典型案例，并指出《通知》不属于法律、行政法规、地方性法规、规章的范畴，其中有关遗嘱公证的规定与《物权法》《继承法》《房屋登记办法》等有关法律法规相抵触。也就是说，市民凭借遗嘱办理房屋产权转移登记时，所谓的“公证”手续既不能成为强制性要求，也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。



南京市公证处相关人士说，这起案件在公证业界内的反响很大，对这个判决结果，他感到遗憾：“表面上看，公证好像是多余的，但在实际操作中，很多遗嘱行为都或多或少会有潜在纠纷，从法院的民事案件中看，涉及遗嘱类的纠纷从来就没有少过。而给遗嘱作过公证，可以在很大程度上避免纠纷的发生。”他指出，此案本身还有一定的“特殊性”，原因是这份遗嘱并没有引发其他继承人的异议，如果遗嘱有其他人提出不同意见的话，那么这个判决结果就很难说效果好了。

那么判决对房产登记部门会有影响吗？公证处这位人士私下说，房产登记部门将对这个判决“感到头疼”，原因是一些遗嘱继承不需要公证也能去办理，这样一来就严重加剧了房产登记部门的风险，万一发生差错，房产登记部门将面临赔偿责任。南京市房地产交易登记中心相关人士昨天表示，确实已经了解到这个案件，该中心为此也采取了一些对策，但对于具体情况还不便透露。

专家

法律仍需协调完善

“司法部、住建部要求遗嘱必须办理公证，是有道理的。”东南大学法学院副教授任丹丽认为，遗嘱继承是一种特殊的物权处置行为，表面上看公民有权处置自己的财产，但房产牵扯的东西比较复杂，比如说房产证上写着一个人的名字，但实际上对这套房产拥有权利的人还不止一个。因此当公民在办理遗嘱继承权的公证时，公证处会把房产涉及的相关利害关系人都找齐，到现场确认，这会大大避免可能产生的纠纷。任丹丽认为，这起案件反映出的问题是，当出现不同法律之间可能有“冲突”的情况时，需要立法者协调，法律本身以及法律适用还有待进一步完善。

### 此案是否应当适用《继承法》第8条？

2014年09月07日 新浪博客 我爱飞飞翔翔

【博主点评】2014年9月3日的中国法院网登载了湖南省桂阳县人民法院肖知平的案例分析文章《超过最长诉讼时效再主张行使继承权不能获支持》（见下文），但仔细阅读完此案例，发现有一重要事实，该文未提及，进而导致该案极有可能是个错案。而其原因则在于法官对《继承法》第8条的理解不透。《继承法》第8条的规定，“继承权纠纷提起诉讼的期限为二年，自继承人知道或者应当知道其权利被侵犯之日起计算。但是，自继承开始之日起超过二十年的，不得再提起诉讼。”这里必须注意，是“继承权纠纷”而不是继承纠纷，一字之差，性质迥然不同。第8条，在理论上被称为继承恢复请求权的诉讼时效，适用于继承权被侵害后提起的权利恢复之诉而不是继承的遗产分割之诉。根据我国《物权法》第29条的规定“因继承或者受遗赠取得物权的，自继承或者受遗赠开始时发生法律效力。”故被继承人死亡后，物权转移至被继承人而不须登记，登记起对抗第三人之作用。因此，在继承发生后，继承人未分割遗产前，继承人系遗产的共有人，在分割产生纠纷提起继承诉讼时，严格说是析产纠纷，无时效限制。如果其中一个继承人在另一继承人不知的情况下，将产权转移至自己名下或动产、存款据为己有，方产生继承权被侵害，此时发生的纠纷，乃继承（权）恢复请求权之诉，才适用《继承法》第8条。在司法实践中，最典型的就是李白后人继承案，已经历经100年了，继承人都是被继承人的第四、第五代人，尚无时效问题。（见附件资料）本案中的讼争房屋——位于桂阳县城郊乡某组土砖屋（约20m<sup>2</sup>）及该屋前的土砖杂房（约40m<sup>2</sup>）是否有产权证，不得而知。如果没有，则本案提起继承之诉，却无法证明该诉争房屋乃被继承人的遗产，则当以无遗产可继承为由驳回原告的诉讼请求（另注：本案是否原被告写颠倒了？）而无适用《继承法》第8条的余地，陈某可在被驳回后提起确权之诉，确认该房屋系其父母所有；如果本案诉争房屋写有其父母的名字，则本案并无侵害其继承权的情形，乃继承析产之诉，法院不应以超过了诉讼时效为由驳回。如果本案诉争房屋写有其父母的名字后改为继母雷母的名字，则涉及继承权恢复请求权的诉讼时效，可适用《继承法》第8条之规定，鉴于继承开始之日起已经超过二十年的，不得再提起诉讼，则可驳回陈某的起诉。超过最长诉讼时效再主张行使继承权不能获支持

<http://www.chinacourt.org/article/detail/2014/09/id/1431850.shtml>

2014年9月3日 中国法院网 肖知平

#### 【案情】

原告雷某系被告李某之继母，大约在1954年被告母亲去世后，原告与被告生父李xx再婚，且共同把年幼的被告抚养长大。1989年李xx去世，之后原、被告关系变差，原告起诉要求解除母女关系，后双方协商同意解除母女关系。法院调解书下达后，原、被告为各自财产发生争执。原告雷某现住土砖房住房一间约20余平方米，系被告生父李xx居住的祖传分配下来的房子，在生父李xx去世后一直由原告居住管理至今。在70年代原告与其丈夫李xx在其居住土砖屋前建有一放杂物的土砖屋约40平方米。因住房困难，被告与原告及生父李xx商量，在李xx祖辈传下来的土砖屋地基上建红砖屋，1986年由被告支付建房费用（在现原告住房右边）撤除土砖屋建一两层楼红砖屋，原告与丈夫李xx支持了被告建房，该房在1992年由被告出面办理了被告所有的房屋产权证和土地使用证，登记在被告李某处。2011年因原、被告间的矛盾，对房屋所有权发生争执，原告认为现在居住的位于桂阳县城郊乡某组土砖屋（约20m<sup>2</sup>）及该屋前的土砖杂房（约40m<sup>2</sup>）应归其所有。而被告辩称原告现住土砖屋住房系被告生父母祖传下来的财产，原告只享有3/8所有权，原告对该房屋只有居住使用权。为此，李某向法院请求依据《中华人民共和国继承法》相关规定，依法行使遗产继承权予以分割。

## 【分歧】

第一种意见认为：因诉争房产系被告生父祖传下来的房子，李某又是李 xx 的子女，李某可以行使继承权，可以向法院提起诉讼。

第二种意见认为：被告李某不能提起诉讼，胜诉权已消灭，法院不应支持其请求。

## 【评析】

笔者赞同第二种意见：李某不能行使继承权，不得再行提起诉讼。理由如下：

一、根据《中华人民共和国继承法》第 8 条的规定：继承权纠纷提起诉讼的期限为二年，自继承人知道或者应当知道其权利被侵犯之日起计算。但是，自继承开始之日起超过二十年的，不得再提起诉讼。另外《继承法意见》第 18 条也规定：自继承开始之日起的第 18 年后至第 20 年期间内，继承人才知道自己的权利被侵犯的，其提起诉讼的权利，应当在继承开始之日起的 20 年之内行使，超过 20 年的，不得再行提起诉讼。结合本案，诉争房产已由原告居住超过 20 年，现在被告再要求行使继承权，理应不应该得到支持。

二、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十条：诉讼时效因提起诉讼、当事人一方提出要求或者同意履行义务而中断。从中断时起，诉讼时效期间重新计算。从该案表明，被告李某无任何证据和事实证明有中断的法定事由。加上最长诉讼时效 20 年的限制，被告李某的向法院提起法律诉讼的权利消灭。

综上所述，若无法定中止、中断事由，因法律继承权纠纷向法院提起诉讼的最长诉讼时效为 20 年。超过 20 年的，当事人向法院起诉行使继承权，也会因超过诉讼时效的规定致不会被支持。因此本案中，被告李某不能提起诉讼，胜诉权已消灭，法院不应支持其请求。

（作者单位：湖南省桂阳县人民法院）

附件：老宅继承人达 130 余人 疑系李白后人

<http://news.sina.com.cn/s/2010-01-23/030219527681.shtml>

魏应宏与罗丽琼继承权纠纷一案判决书

<http://sifaku.com/falvanjian/77/zfecbpaw519b.html>

## “制度性羞辱”拷问假离婚

2014 年 9 月 11 日 马丽红 民事审判参考

近几年，为规避国家相关制度和政策的制约，中国式“假离婚”开始粉墨登场——婚姻因此成为许多夫妻的获利工具。这也使得公共政策决策者面临着空前压力——既要考虑社会各个方面的利益，也要适当给婚姻家庭松绑。

不用斥巨资买学区房，“假离婚”就能让孩子上名校，你想离婚吗？在拆迁补偿中，“假离婚”能得到双份补偿，你离不离？“假离婚”可避开数十万甚至上百万元的二套房产税，你会离吗？

“假离婚”的种种好处，让许多夫妻不惜离婚，占得利益后再复婚。某专业房产网站曾推出一个“为买房子假离婚，你愿意吗”的网络调查问卷，结果有 64% 的网友说“可以试一试”。一次，华远地产董事长任志强在电视访谈节目中也调侃说，买一套价值 100 万元的二套房，离婚能省下几十万元的高额利息，“要是我有这个购房需求，恐怕也要假离婚。”

因此，近年来，为规避国家各种制度和政策，中国式“假离婚”粉墨登场，婚姻成为许多夫妻的获利工具。俗话说，宁拆十座庙，不毁一桩婚。但各种制度和政策却沦为了婚姻家庭的“第三者”。

直言不讳的任志强说，夫妻为买房“假离婚”不止悲壮，而且是“逼良为娼”。在中国这么大的一个国家里，房地产行业得的不是同一种病，却只吃一种药，这一定会有副作用的。“假离婚只是副作用中的一部分，还有其他更大的副作用在后面。”

2014 年全国两会上，财政部部长楼继伟在回答记者提问时也坦承：“如果一个政策造成一些人间的悲喜剧，这个政策肯定是有缺陷的。”

## 制度性羞辱

《生活新报》曾报道，一位教师家访时发现，昆明某名校附近一座公厕的门牌号居然落了 24 个人的户口。

所谓“制度性羞辱”，是社会伦理学家马格利特在《正派社会》一书中所提出的一个概念。在该书中，他大力提倡建立这样一种社会伦理规范：“不让社会制度羞辱社会中的任何一个人。”通俗地讲，制度性羞辱就是某种不合理的制度，让人不得不受到羞辱。有学者认为，“假离婚”就是一种制度性羞辱。

回顾 2008 年，房地产“国十条”出台，首次以政策性文件对于家庭购房做出限制，将政策与婚姻家庭捆绑，如规定家庭贷款买二套房首付款不得低于 50%，利率不得低于基准利率 1.1 倍；2013 年 2 月，房地产“国五条”出台，限购措施继续加码，各地细则不断强化，“婚姻家庭”又一次成为调控标准限制需求。

当频频出台的房产政策使婚姻红线不能承受房价之重时，传统的婚姻家庭观念开始受到冲击，家庭结构遭遇解体，制度性羞辱——“假离婚”现象出现。

据媒体报道，“国五条”甫一出台，北京、上海、天津、南京的离婚率就呈爆发式增长，北京市一天的离婚数高达 1000 余对，比平时多一倍；天津市民凌晨 3~4 点到婚姻登记中心外面排队等着办离婚手续；一个月后，南京市登记离婚数 4684 对，是过去同期的 2.4 倍；去年 2 月，上海市民政局统计的离婚数据为 3277 对，3 月份就骤增

至7080对。

针对频频发生的假离婚现象，上海社会科学院研究员、外国经济史研究中心主任梅俊杰称，归根结底是一些政策规定不恰当，特别是出售二手房征20%个税和限购买房的规定，“如果想彻底解决为买房假离婚现象，最有效的方式就是取消这两条规定。”

然而，捆绑婚姻家庭的除了房产政策外，还有拆迁政策、教育制度、低保发放政策和计划生育政策等。

例如，拆迁时为了多分一套房，夫妻之间“假离婚”的，在全国各地并不鲜见，其中更是不乏年逾古稀的老人。夫妻离婚后，一户分为两户，每个户头不仅可以分到一笔补偿款，而且还能各补偿一套安置房。而办理离婚只需花几十元的费用。所以在上海浦东，曾有十余对夫妻为分到更多拆迁补偿上演了一场“集体假离婚”。

与婚姻家庭挂钩的还有教育制度。根据我国《义务教育法》规定，义务教育阶段取消择校，学生需在户籍所在地就近入学。为让子女上名校，“假离婚”也不失为一剂“良药”：孩子的户口跟随离异家长净身出户后，通过假结婚迁入名校学区房，以满足“在户籍所在地学校就近入学”要求。《生活新报》曾报道，一位教师家访时发现，昆明某名校附近一座公厕的门牌居然落了24个人的户口。《中国青年报》记者采访时也发现，乌鲁木齐市城区有近300万固定人口，人户分离总数超过20万人，其中18万人是“为了孩子上学，户口跟着名校走”。

“如果假离婚就能上名校，这样对那些花上百万元买学区房的家长来说不是很不公平吗？”一位家长发表看法说。因此，当家庭户口与入学门槛挂钩时，“假离婚”也暗流涌动。

除此之外，许多夫妻为使生二胎披上合法外衣，穿梭在“假结婚”与“假离婚”的路上：找一个信任的未婚或未生育亲友，让妻子假结婚后取得准生证。生下来之后，他们再离婚，然后夫妻俩重新领证复婚。

为拿到低保，许多夫妻也“假离婚”：双方户口分家后，没有收入的一方要求抚养孩子，另一方不付或者仅付少量生活费用，那么抚养孩子的一方就可按照低于当地城市低保的标准，向有关部门申请两个人的“低保”。因为根据《城市居民最低生活保障条例》规定，城市低保的对象，为共同生活的家庭成员人均收入低于当地城市低保标准的持非农业户口的城市居民。低保审核不考虑家庭总收入，仅以家庭成员人均收入为准。

达到了“低保”条件后，低保人员不仅可以领取低保工资、粮油帮困补贴，还可享受医疗救助，申请廉租房，孩子上学亦可申请减免学杂费等优惠政策。

“我们不是感情不好，而是被逼的，搞一个假离婚相当于工作半辈子，甚至一辈子，这样的好事谁不动心？”上海浦东被拆迁的一位村民如是说。所以，当婚姻家庭不堪重负时，“假离婚”这种制度性羞辱应运而生。当然，“假离婚”也不可避免地羞辱了制度，它绕过国家制度和政策，瓦解了制度的公平正义，消解了政府公信力。

### 隐患重重

“假离婚”的受益者往往也是受害者，全国许多地方都曾出现过因“假离婚”变真离婚导致人财两失的案例。

曾几何时，离婚一词，是百姓们羞于启齿、避而不谈的话题。而今，“假离婚”已成为堂而皇之的攫利理由，更成为一种规避制度的获利工具。

依据《婚姻法》，公民享有结婚和离婚的自由，只要遵循法定的申请登记程序即可自由结婚或者离婚。夫妻离婚、复婚均是依据《婚姻法》的规定办理的结婚和离婚手续，因此法律人士认为，从《婚姻法》角度来看，反复结婚、离婚的行为并不违法。

但是，“假离婚”中存在诸多隐性风险，如法律风险、伦理风险和道德风险等往往被人们忽略。所以，“假离婚”的受益者往往也是受害者。全国许多地方都曾出现过因“假离婚”变真离婚导致人财两失的案例。

2013年9月，北京市海淀区法院就审理了一件“假离婚”案件：耿先生与李女士想买二套房，为了享受首套房的优惠政策，于2012年底协议离婚。买完房子以后，2013年3月，李女士向耿先生提出复婚，但耿先生拒绝了，告诉李女士自己另有所爱，并打算结婚。随后，耿先生还一纸诉状将李女士告上法庭，争夺孩子的抚养权，最终法院驳回了耿先生的诉讼请求。二套房虽然买了，原来的夫妻却分道扬镳。

因此，在离婚与复婚之间，夫妻共同财产和婚前财产的定义随之发生变化。分割财产的比例，只能按照最后一次“婚姻状况”和最后一次“婚姻持续时间”计算。而且“假离婚”期间发生的收入、赡养、继承、抚养、监护甚至夫妻忠诚义务等问题都是夫妻双方不能预计的，其中的风险远不是一纸离婚协议可以解决的。

北京京华律师事务所资深房产律师李洪云曾从多种渠道得知类似纠纷案件，有“婚托”和购房者结婚后，拒绝按原协议离婚，要求分割包括房子在内的共同财产，购房者要通过漫长的诉讼保护财产，或多支付一笔额外费用才能息事宁人。

同时，我国《刑法》第201条规定：“纳税人采取欺骗、隐瞒手段进行虚假纳税申报或者不申报，逃避缴纳税款数额较大并且占应纳税额百分之十以上的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；数额巨大并且占应纳税额百分之三十以上的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。”依据该规定，如果能够有充分的证据证明夫妻双方结婚、离婚的目的就是为了躲避房产税收，则其行为涉嫌违反税收法律，应当受到相应的行政处罚，如果其逃避的数额较大，还可能受到相应的刑事处罚。

广东经纶律师事务所合伙人、广州市律师协会婚姻家庭法律专业委员会主任游植龙说：“我们都不鼓励假离婚，因为很可能会因小失大。”

复旦大学教授谢百三也认为，单从经济学来看，“假离婚”的利益确实很诱人，想想看，几十万元要赚多久？

如果能想办法省出来，自然是求之不得的事情。但问题是，我们肯定不能仅仅从经济学来看问题。“假离婚”是赚到了利益，却伤害了契约精神。“为利益而离婚”，将导致整个社会价值观念的紊乱。反复的离婚与复婚，不仅影响政府形象，对于家庭关系、社会风气、法律威严、社会心态的危害也是很大的。

“政策性烦恼”

“一旦发现假离婚，夫妻所取得的优惠政策应该立即取消。”

作为经济实体的家庭，在合法范围内寻求自身利益最大化是人之常情，但是面对假离婚的监管，各方均表示“有困难”。

业内人士分析，“假离婚”是对资源分配不公的一种诉求表达，公共政策在制定时应充分考虑社会各个方面的利益，适当给婚姻家庭松绑，并给予伦理和道德关怀。

财政部部长楼继伟在今年两会上也提出，“不能再按家庭征收出售二套房款 20% 的个人所得税，下一步改革的时候，就要适当考虑改成综合所得税。”

对于如何遏制“假离婚”现象，浙江大学公共政策研究院副院长范柏乃则认为，夫妻双方“假离婚”的原因是为了获得利益好处，如果能提高假离婚的成本和风险，那假离婚的人数将大大下降。

他建议，一对夫妻在离婚后，如果被发现还有同居和拥有银行共同存款等这些假离婚现象，国家可以出台一些处罚措施对他们进行惩处，甚至可以让他们为假离婚而承担法律责任。“一旦发现假离婚，夫妻所取得的优惠政策应该立即取消。”

范柏乃还指出，在夫妻离婚时，政府部门应延长对离婚夫妻的调解时间，并要对离婚夫妻的离婚原因进行深入调查，若单位发现员工假离婚，就应该对其进行处分。

“只有加强监管、增加处罚力度及离婚难度，才能在一定程度上遏制假离婚现象的频出。”范柏乃说。

专栏作家魏英杰则认为，要从根本上杜绝“假离婚”现象，还在于政府合理配置资源、打破资源的垄断或稀缺状态。一方面增加资源供给，让人们不至于面对资源匮乏危机；另一方面，就是在资源分配上，按照公平公正原则加以平衡。前者，一时之间未必能够做到，后者则是对政策公平性的考验。

举例来说，当优质教育资源集中时，势必会造成“僧多粥少”的激烈竞争格局，若教育部门不但不取消所谓“优质学校”“名牌学校”，还将有限的教育经费向着他们倾斜，使得各学区学校在硬件设施、师资配备和教学质量上悬殊越来越大。若严格按照户口划分学区，最终会导致家长屡次“假离婚”。所以，教育部门应该尽快打破教育资源的垄断或稀缺状态，推动公办教育资源均衡化，这样“假离婚”现象才会消失。否则，“假离婚”将愈演愈烈。

对于社会秩序而言，国家可以加大对“假离婚”者的法律惩罚力度，以便建立良好的规范秩序。但法律或制度本身并未获得大家普遍服从时，那么法治就无从谈起。正如费孝通所倡导的文化自觉那样，社会规范的制定必须建立在群体认同的基础之上，只有认同制定的规范，才能对规范建立起发自内心的敬仰与尊重。

拉斯韦尔曾指出：“公共政策科学是一门以社会中人的生活的更大问题为方向的解决问题的科学。”这就意味着，决策者在研究政策时，不能偏离伦理与道德之轨，否则，就会带来无数“政策性烦恼”。

诉讼时效若干理论与实务问题研究

2014年9月12日 法学中国 刘贵祥

追寻法学人的信仰——这里是【法学中国】

法学中国（微信号：faxuezhongguo）

文 I 刘贵祥 最高人民法院。原载《法律适用》2004年第2期。

尽管诉讼时效制度是一项有着悠久历史的民商事法律制度，尽管各国民商事立法中对这一制度概莫能外的予以规定和承认，但对有关诉讼时效诸问题的理论之争始终没有偃旗息鼓。而在中国的审判实务中所涉及到的有关诉讼时效的一系列棘手问题，时时困扰着殚精竭虑寻求公平与公正的法官们。学界针对频频出现的实务问题，孜孜不倦的进行着理论上的研究与探讨，提出了许多颇具指导意义的见解与解决方案。本文拟在归纳、整理前人研究成果的基础上，结合审判实务中的一些体会，对诉讼时效的若干问题进行评析，以期能对中国的民商事审判实践有所裨益。

### 一、诉讼时效基本理论问题的归纳与评析

所谓时效，是指一定的事实状态，持续一定期间，而发生一定法律效果的民事法律制度。根据引起时效发生的事实状态不同及由此产生的法律效果不同，可将时效分为取得时效和消灭时效。取得时效又称为占有时效，其事实状态为占有他人财产达到法定期限，其法律效果为占有人取得财产所有权。消灭时效又称为诉讼时效，其事实状态为在法定期限内不行使权利，其法律效果是导致权利的丧失或权利效力的减损。

时效制度起源于古罗马法，后被西方资本主义各国民法所继承，只是在立法体例上有所区别。法国、奥地利、日本民法将两者作为统一的时效制度一并规定。而德国、我国台湾地区将取得时效作为所有权的取得方法之一规定于物权编，而将消灭时效列入总则篇。

从我国民法通则第七章的规定看，我国立法未设立取得时效制度，仅设立了消灭时效，亦即诉讼时效制度。我国的诉讼时效制度分为两种：一是普通诉讼时效。指由民事基本法统一规定的，普遍适用于法律没有作出特殊诉讼时效规定的各种民事法律关系的时效。除特别法另有规定外，所有的民事法律关系皆适用普通时效。《民法通则》第135条规定的普通诉讼时效的期间为2年；二是特别诉讼时效。指由民事基本法或特别法就某些民事法律关系规

定的短于或长于普通诉讼时效期间的时效。根据《民法通则》第136条规定在身体受到伤害要求赔偿等四种情形，适用1年的特别诉讼时效。另根据我国《合同法》第129条规定，因国际货物买卖合同和技术进出口合同发生纠纷，要求保护权利的诉讼时效期间为4年，亦属特别诉讼时效。对于我国的诉讼时效制度，引起学界争论的问题主要集中在下列几个方面：

（一）关于民法通则第137条有关规定的性质问题。民法通则第137条规定，诉讼时效期间从知道或者应当知道权利被侵害时起计算。但是，从权利被侵害之日起超过20年的，人民法院不予保护。对此款后段规定的性质，学说上解释不一。有学者认为它是关于最长诉讼时效的规定，有学者认为它是关于除斥期间的规定，还有学者认为它是关于权利的最长保护期限的规定。笔者认为，上述20期限规定被设置在民法通则的诉讼时效一章，似为诉讼时效制度的组成部分，但其恰恰是关于在特定情形排除诉讼时效制度适用的规定。其适用条件及具体规则与诉讼时效明显不同。诉讼时效以权利人知道或应当知道权利被侵害而不行使权利为条件，而该20年期限规定以不知道或不应当知道权利被侵害，进而无法行使权利为条件；诉讼时效自权利人知道或应当知道权利被侵害开始起算，而该20年期限规定以权利被实际侵害之日开始起算。此外，该规定的期限是不变期限，不同于诉讼时效期间可以中断、中止。因此，最长诉讼时效说存在理论上的缺陷。从该条款关于20年期间的规定系不变期间而言，与除斥期间相似。但该期间是权利保护期间，过此期间导致权利不受法律强制保护的效果，期间届满后义务人自愿履行的，权利人接受履行并不构成不当得利。而除斥期间是权利存续期间，过此期间导致丧失实体权利的后果，其旨趣迥异。此外，该期间适用于请求权，与除斥期间适用于形成权亦显然有别。因此，除斥期间说同样缺乏说服力。“依诉讼时效制度的本旨，权利人不知道或不应当知道权利被侵害，诉讼时效期间即不应开始。但如果权利人在任何期间一旦知道或应当知道权利被侵害，只要在2年内采取保护权利的措施，法院就必须对权利予以保护，这样就可能产生与时效制度维护社会关系的确定性的目的相违背的情况”<sup>1</sup>。因此，该期限无非是为克服诉讼时效制度在实现维护社会关系的稳定性这一目的方面存在的不足，而作出的既不同于诉讼时效又不同于除斥期间的特殊的期间制度，将其理解为权利的最长保护期限应是妥切的。

（二）关于诉讼时效的适用范围。诉讼时效的适用范围，又被一些学者称为诉讼时效的客体。大陆法系民法理论根据权利的作用不同而将权利分为支配权、形成权、抗辩权及请求权。那么，诉讼时效究竟适用于哪种类型的权利，即属于诉讼时效适用范围问题。所谓支配权是指直接支配权利客体的权利，如物权人对物的直接支配权，知识产权人对无形智力成果的直接支配权等；形成权是指因一方之行为而使某种权利发生或消灭之权利，如撤销权、解除权、催告权、承认权等；抗辩权是指他人请求给付时可以拒绝的权利。如我国合同法规定的同时履行抗辩权、担保法规定的先诉抗辩权等。抗辩权不以权利关系的发生、变更为目的，故不同于形成权；请求权是指要求他人作为或不作为的权利。有人认为请求权与债权系同一概念，其实不然。债权的主要作用在于受领他人之给付，请求权并非债权内容的全部。而请求权亦不以债权为限，如物权被侵害处于不圆满状态时，产生物权请求权。在上述四种类型的权利中，诉讼时效究竟适用于那一种？尽管大陆法系各国立法例存在细微的差别，但基本上均解释为诉讼时效仅适用于请求权，而除斥期间适用于形成权。我国民法通则所规定的诉讼时效亦仅适用于请求权，对此并不存在争议。问题在于，请求权可分为债权请求权及物权请求权，诉讼时效是否适用于一切请求权？对此争议颇大，可谓众说纷纭，见仁见智，主要可归纳为四种观点：其一是否定说。认为物上请求权与物权不可分离，既然物权不适用诉讼时效，则物上请求权亦不能适用之。否则物权将变成空虚的物权，无存在之价值。其二是肯定说。认为诉讼时效制度以请求权为适用对象，所有物返还请求权为请求权的一种，不应例外。此外，所有物返还请求权为债权或准债权，所有物返还请求权理所当然应适用诉讼时效。其三是有限肯定说。认为应将不同之物上请求权区别对待，只有返还财产请求权与恢复原状请求权这两种物上请求权适用诉讼时效，其他的物上请求权皆不适用。其四是有限否定说。认为已经登记的不动产物权所生的物上请求权不宜因诉讼时效而消灭，但未登记的不动产物权所生的物上请求权及由动产物权所生的物上请求权则适用之。否定说为目前我国学界的主流观点，但笔者赞同有限否定说。理由是：虽然物权为支配权，其权利不因时效而消灭，但对于物权之侵害，所产生的请求权是以特定人一定的作为或者不作为为内容的，与债权请求权没有实质性区别。物上请求权若不因消灭时效而消灭，容许有多年不行使的权利继续存在，同样有害于交易安全，除非有重大的价值考量，不应厚此薄彼。因此，原则上物权请求权应适用诉讼时效。但是在登记所有权场合，因登记具有公信力，以登记为确定所有权归属的依据，不以占有不动产的事实为准。所以，即使登记簿上记载的所有权人长时期不主张不动产占有的返还，不论占有不动产的人占有的时间多长，不动产所有权都不变化，亦不会影响交易的安全。因此，于此情形不应适用消灭时效。

（三）关于诉讼时效完成的效力。诉讼时效期间届满，即为诉讼时效的完成。诉讼时效完成后产生何种效力？大陆法系各国存在三种立法例：一是实体权消灭主义，即将诉讼时效完成的效力规定为直接消灭实体权。如日本民法典167条规定：债权，因10年间不行使而消灭，债权或所有权以外的财产权，因20年间不行使而消灭；二是诉权消灭主义，即诉讼时效完成后，权利本身仍然存在，只是诉权归于消灭。如法国民法典第2262条规定：一切物权或债权的诉权，均经30年的时效而消灭；三是抗辩权发生主义，即时效完成后，义务人因而取得拒绝履行的抗辩权，如义务人自动履行的，视为抛弃其抗辩权，该履行应为有效。如德国民法典第222条第1款规定：消灭时效完成后，义务人有拒绝给付的权利。台湾民法典的规定与此相同。

我国民法理论中长期来占主导地位的观点是诉讼时效届满，权利人的胜诉权消灭。有人据此认为我国民法通则

系采诉权消灭主义。而另有人提出质疑<sup>2</sup>，认为诉权消灭主义难以解决权利人仍有权提起诉讼的问题，笔者以为然。无论诉权的确切含义及具体内容若何，毋庸置疑，起诉权应属诉权中之意。因此，得出诉讼时效届满导致诉权消灭的结论，确实无法解决诉权消灭而权利人仍可以提起诉讼的矛盾。而且，这种解释亦不符合我国民法通则第135条、138条所规定的精神。正是为解决诉权消灭后权利人仍有权提起诉讼的问题，我国学者将所消灭的诉权进一步具体化，在理论上概括为胜诉权，以区别于程序意义上的起诉权。根据我国民事诉讼法第108条的规定，是否超过诉讼时效不是法院是否受理案件的条件，法院当然不能以超过诉讼时效为由裁定不予受理。即使在受理后，经过审查认定超过了诉讼时效，亦不应裁定驳回起诉。因为根据最高人民法院关于适用民事诉讼法若干问题的意见第139条之规定，只有在立案后经审查不符合108条规定的起诉条件的，才裁定驳回起诉。而超过诉讼时效显然不属裁定驳回起诉之情形。因此，基于诉讼时效届满权利人丧失胜诉权这一理念及民事诉讼法的规定，对超过诉讼时效的情形，只能以判决的形式驳回权利人的诉讼请求。然而，质疑者进一步认为：民事立法和民法理论中根本没有胜诉权这一概念，胜诉权纯属臆造，没有科学依据。而且，既然明知超过诉讼时效权利人不能胜诉，何必还允许其起诉呢，岂不是浪费司法资源。其实不然。胜诉权一语无非是为区分于起诉权，为更精确的体现民法通则有关诉讼时效条款所定的内容，所作出的理论概括，已在民法理论研究及司法裁判实践中被广泛采用和接受，即使在传统民法理论中无据可查，亦不至于产生歧义，何谈纯属臆造及无科学依据？在权利人起诉后，义务人可能行使拒绝履行的抗辩权而导致权利人败诉，但义务人亦可能抛弃时效利益，不行使诉讼时效届满的抗辩，而导致权利人胜诉。于此情形，权利人起诉权存在的意义是显而易见的，何谈浪费司法资源？事实上，诉讼时效系可变期间，往往存在中断、中止、延长等事由，不经实体审理难以判断诉讼时效是否完成。如果权利人起诉权就不存在，就会陷入当事人因诉讼时效是否完成产生争议而不能通过司法裁判解决的境地。因此，我国多数学者关于诉讼时效届满胜诉权消灭的理论概括是科学的，亦是切合实际的。

（四）关于法院可否依职权主动适用时效问题。我国民法通则没有明确规定法院是否可以不基于当事人的主张而主动适用诉讼时效，故在学界存在争论，司法裁判中法官的理念亦不一致。有人认为法院可以依职权审查诉讼时效是否届满，无需当事人主张。而多数人认为法院无权主动适用诉讼时效。笔者认为多数人的观点可取。诉讼时效届满对于权利人而言丧失胜诉权，而对于义务人而言取得时效抗辩权。时效抗辩权既然是一种民事权利，当事人可以行使，亦可以放弃，在义务人选择放弃时效利益抗辩权的情况下，法院主动援用诉讼时效，有违民法的意思自治原则，亦与民法通则第138条关于超过诉讼时效期间当事人自愿履行的，不受诉讼时效的限制的规定相悖；此外，法院不能主动援用诉讼时效是绝大多数国家的通例。早在罗马法上就有一项重要原则，即时效只能由当事人主张而不能由法院主动援用。大陆法系多数国家继承了这一原则，禁止法庭主动适用诉讼时效。例如，法国民法典第2223条规定：法官不得主动援用时效的方法。日本民法典第145条也规定：除非当事人援用时效，法院不得根据时效进行裁判。瑞士债务法第142条也规定：审判官不得以职权调查时效。德国和我国台湾地区的民法典虽未明文规定，但学说与判例一致认为法官不得依职权主动援用丧失时效。我国《民法通则》对此问题虽然没有明确规定，但在解释上应借鉴多数国家的通行作法。

## 二、诉讼时效的起算及实务中的几种特殊情形

按照民法通则第137条之规定，诉讼时效自知道或者应当知道权利被侵害时开始起算。对于约定了履行期限的合同之债，履行期限届满，义务人不履行债务，则构成对权利人债权的侵害，权利人的请求权产生，诉讼时效自履行期限届满时起算，自不待言。但是，实践中情况要复杂得多。即使我们撇开物权请求权不论，仅债权请求权就可以划分为基于合同之债产生的请求权、基于损害赔偿之债产生的请求权、基于不当得利之债产生的请求权、基于无因管理产生的请求权等多种类型。而不同类型的请求权，在依据民法通则第137规定的规则确定其诉讼时效的起算点时均有一定的实务问题需要解决。本文仅就常见的几个问题作以分析。

（一）合同未约定履行期限的，诉讼时效如何起算。民法通则第88条第二款第二项规定，履行期限不明确的，债权人可以随时向债务人主张履行，但应给予对方必要的准备时间。合同法第206条对借款合同未约定还款期限的，亦作出了类似规定。据此可以认为，当合同未约定履行期限的情形，债权人第一次向债务人主张权利时，即为合同履行期限届满时，债务人从此时具有履行债务的义务。如不履行，则构成对债权人权利的伤害，且该伤害为债权人所应知，诉讼时效当然应从此时起算。当然，如果债权人给债务人必要的准备时间的，诉讼时效从准备时间届满时起算。《人民法院报》2003年10月5日第三版发表了亓述伟的《论债权履行期限与诉讼时效期间的起算》一文。该文通过一个具体案例的分析，随后得出没有规定具体履行期限的债权，其诉讼时效应当从权利成立之时起算的结论，笔者不敢苟同。权利成立之时，究竟是指债权成立之时，还是请求权成立之时？如果是请求权成立之时，与民法通则关于诉讼时效起算时间的规定的实质是一致的。但从该文的具体表述看，似指债权成立之时。但是，债权成立后，履行期限没有届满，债权人的请求权就没有发生，当然亦不存在对权利的伤害，开始计算诉讼时效与民法通则关于诉讼时效从知道或应当知道权利被侵害时开始起算的规定相悖。就没有约定履行期限的债权而言，履行期限自债权人第一次主张权利之时或债权人确定的一定的宽限期到来之时届满，只有在此时债务人不履行债务才构成对权利的伤害，在此之前不存在对权利的伤害的问题，何以计算诉讼时效？既然有关法律已对未约定履行期限的债权的履行期限问题作出了明确的界定，履行期限可以作出甄别，笔者实在不知将未约定履行期限的债权的诉讼时效起算点区别于约定了履行期限的债权的理由何在。至于元文认为的“如果债权人永不行使权利，债务人也永不主

动履行，即使权利人在20年之后才第一次行使权利，仍不受普通诉讼时效期间和最长诉讼时效期间的限制”，从理论上而言，在我们国家未建立取得时效制度的情况下，完全可能会出现这一情形。但如果建立了取得时效制度，这一担忧是不必要的。即使未建立取得时效制度，亦没有因一些实践中的个别现象去动摇诉讼时效起算点的基本理念的必要。

最高人民法院《关于债务人在约定的期限届满后未履行债务而出具没有还款日期的欠条诉讼时效期间应从何时开始计算的批复》（法复〔1994〕3号）是否表明诉讼时效应从权利成立之时起计算呢？当然不是。该批复所依据的案件事实是，购销合同约定的支付货款的期限届满，债务人因无力支付而写一欠款条，欠款条未注明还款期限。批复认定在购销合同的诉讼时效期间内，债务人写欠条的行为，引起诉讼时效中断，诉讼时效自写欠条之时重新计算。显然，批复是基于诉讼时效中断的原理确定本案诉讼时效的起算点的。如果将该批复理解为因本案买方所写欠款条没有注明还款日期，故从欠款关系成立时，亦即写欠款条之时起算诉讼时效，则与该批复的本旨南辕北辙。

（二）关于分期履行的合同的诉讼时效的起算。分期履行的合同，其诉讼时效应按每一期的期限届满日分别起算还是从最后一期届满后起算，存在争议。有人主张从最后一期届满后起算，理由是：尽管合同是分期履行，但其义务的设定是依据同一份合同，其义务内容是作为一个整体构成了相对人的权利内容，权利人基于该合同所享有的权利同样也是一个整体的合同权利，其主张合同权利也是对整体权利的主张，故权利人可以在该项作为整体的权利最终到期而未能实现时，才就该项权利提出主张，诉讼时效自然应从整体义务的履行期限届满后开始计算。笔者不同意这一观点。虽然基于同一合同所约定的债务是一个整体，但在合同约定分期履行的情况下，实际是将整体的债务分割为若干个数额、履行期限，甚至是法律后果互不相同的、相对独立的债务。债务人应当在各相对独立的债务的履行期限届满时履行义务，否则构成违约，亦即构成对债权人相对独立的这部分合同权利的侵犯。根据民法通则关于诉讼时效自知道或者应当知道权利被侵害时计算的规定，应按每笔相对独立的债权履行期限届满时分别起算。对此，最高法院2003年11月对有关法院类似问题的个案请示中作出了如是答复。

（三）保证债务诉讼时效的起算。原则上，债权人在保证期间内向保证人主张了权利，则保证期间的使命完成，功成身退，而让位于诉讼时效，保证责任的诉讼时效从此开始计算。如果保证期间内，没有向保证人主张权利，则免除保证人的保证责任，无保证债务的诉讼时效可言。担保法实施之前，根据有关司法解释的规定，没有约定保证期间的，法定的保证期间与主债务诉讼时效期间相同，即为两年。无论是连带责任保证，还是一般保证，在2年的法定保证期间内主张权利的，从主张权利之时开始计算保证债务的诉讼时效，并且诉讼时效随着主债务的诉讼时效的中断而中断。而按照担保法司法解释的规定，一般保证与连带责任保证的诉讼时效起算点存在差别：在连带责任保证场合，保证债务诉讼时效起算点与担保法实施之前司法解释的规定相一致。在一般保证场合，在保证期间内，债权人起诉主债务人的，保证诉讼时效从生效判决之次日起开始计算。这一规定在债权人对主债务人、保证人分别起诉的情形是有意义的。但根据我国担保法司法解释关于“一般保证的债权人向债务人和保证人一并提起诉讼的，人民法院可以将债务人和保证人列为共同被告参加诉讼”的规定，债权人可以同时起诉主债务人及保证人。于此情形，司法解释关于保证债务诉讼时效起算的上述规定则无实际意义。

有学者认为，在一般保证场合，保证人享有先诉抗辩权，只有对主债务人经依法强制执行仍不能履行时，才能向保证人主张权利，既然如此，一般保证债务的诉讼时效应从此时开始计算；在连带责任保证场合，主债务履行期限届满，债权人即可向保证人主张权利，连带保证债务的诉讼时效应从此时开始计算。该观点基于民法通则关于诉讼时效起算的本意来确定保证债务诉讼时效的起算点，有一定的道理。但鉴于担保法及司法解释亦有具体明确的规定，在实务中仍应适用此规定。对于该规定存在的一些缺陷，只能在以后的立法中予以弥补。

（四）合同无效情况下诉讼时效的起算。合同无效场合，学界存在两个方面的争议，一是合同无效是否适用诉讼时效制度，二是如果适用诉讼时效制度，诉讼时效应从何时起算。合同无效，其法律后果包括不当得利返还、损害赔偿，返还原物等。不当得利返还请求权、损害赔偿请求权均系债权请求权，适用诉讼时效，自不待言。请求返还原物的，系物权请求权，是否适用诉讼时效制度本文第一部分已有分析。基于前文之分析可以认为，如果请求返还不动产的，因不动产属于登记所有权，不适用诉讼时效。而动产的返还请求权适用诉讼时效。在得出合同被确认无效后有关请求权应适用诉讼时效的结论之后，需要进一步解决的一个问题是诉讼时效从何时起算。对此大体有两种观点：一种观点认为，当事人受领给付之时，合同就是无效的，换句话说，受领给付无法律根据，构成不当得利，返还义务立即产生。因此，诉讼时效期间应自受领给付之时的次日起算；另一种观点主张，合同未被法院等确认为无效时，在实务中当事人往往遵守“合同”，继续履行“合同”义务，而不出现返还不当得利的现象；只有合同被确认为无效后，才发生不当得利返还的问题，并且返还的时间时常由判决或裁决确定，因此，应按如此确定的返还时间作为诉讼时效期间起算的时间点。此外，有些场合，当事人一方乃至双方确实不知道合同存在着无效的原因，自然也就不知道不当得利返还义务的产生，给付的当事人不知道也不应当知道其债权受到侵害。于此场合，诉讼时效期间起算的事由不出现，自然谈不上时效期间起算问题。

目前，最高法院正在起草的相关司法解释基本上采第二种观点。但笔者对上述两种观点均不能苟同。当事人在签订合同后，在合同未被确认无效的情况下，既然因当事人不知道或不应当知道合同无效，其合理的预期应是合同有效，双方按合同约定期限履行。在合同约定的履行期限届满后，其虽然不应行使因合同无效产生的请求权，但起码其应行使合同有效情形的请求权。如果权利人在合同履行期限届满后，不行使任何请求权，只能说明其怠于行使

权利。如果合同无效场合，当事人不受合同约定的履行期限的约束，随时提起请求确认合同无效的诉讼，相关的请求权随时受到法院的保护，其法律关系岂不是长期处于不稳定的状态，这与诉讼时效制度的本旨岂不是背道而驰。因此，在合同无效场合，诉讼时效仍应以双方当事人合理预期的合同有效情况下的履行期限届满日作为有关请求权诉讼时效的起算点。

（五）合同解除情况下诉讼时效的起算。合同解除如果系解除权行使的结果，为形成权及其行使的问题，应适用除斥期间制度，而不适用诉讼时效制度。合同解除如果系双方当事人协商一致的结果时，也不是请求权行使的表现，故亦不适用诉讼时效制度。虽然合同解除本身不适用于诉讼时效，但因解除而生的有关请求权则有适用诉讼时效之可能。首先，在合同解除返还原物，因该物权返还请求权自合同解除生效之时产生，其诉讼时效期间的起算点应为合同解除生效之时。因为于此场合的物的返还请求权自合同解除生效之时成立。其次，在合同解除产生不当得利返还请求权场合，同样适用诉讼时效，其起算时间及理由与前者相同；再次，根据合同法第九十七条规定，合同解除后当事人有权要求赔偿损失。那么损害赔偿请求权当然亦应适用诉讼时效。因解除合同，产生损害赔偿请求权的情形不同，应区别对待：在协议解除的情况下，当事人有损害赔偿的约定时，依其约定。该损害赔偿请求权适用于诉讼时效，其起算点应为当事人约定的支付损害赔偿金的期限届满的次日；合同因不可抗力致使不能实现目的而解除，一般无损害赔偿，但在因是当事人一方迟延履行发生不可抗力，不可抗力造成合同部分不能履行，根据合同法第117条规定当事人未采取补救措施致使损失扩大等情况下，可能存在着损害赔偿。此类损害赔偿请求权适用于诉讼时效，其起算点为损害赔偿责任成立的次日，而非合同解除生效之时；在当事人一方违约，给对方造成损失，构成损害赔偿责任。该请求损害赔偿，并非另外因合同解除所产生的新损害赔偿请求权，而是因债务不履行所生的旧损害赔偿请求权，不因合同解除失去存在。其消灭时效自该损害赔偿请求权可行使时，也就是自债务不履行时起算；在约定解除的情况下，如果当事人有关于损害赔偿的约定，或者虽无此类约定但当事人一方违约的，存在着损害赔偿。因约定而生的损害赔偿，其诉讼时效期间的起算点，为约定的支付赔偿金期限届满的次日，无此类约定时则为合同解除生效之时。因违约而生的损害赔偿，其诉讼时效期间的起算点，为违约责任成立亦即损害赔偿请求权产生的次日。

### 三、诉讼时效中断及实务中的几种特殊情形

诉讼时效期间中断，指在诉讼时效进行期间，因发生一定的法定事由，使已经经过的时效期间统归无效，待时效期间中断的事由消除后，诉讼时效期间重新计算。依《民法通则》第140条的规定，可使诉讼时效期间中断的法定事由包括权利人提起诉讼、当事人一方提出要求或者同意履行义务。

1、提起诉讼。起诉显然是权利人请求国家强制力的保护。基于这一性质，应对提起诉讼作扩张解释，不仅包括权利人向法院起诉的行为，而且包括权利人具有同样性质的其他行为，如向有关行政机关提出保护权利的请求，向法院申请强制执行，依督促程序向法院申请支付令，向仲裁机构申请仲裁，向人民调解委员会请求调解等。

诉讼时效中断的效力，自权利人提起诉讼时即发生，而不是送达给相对人之时。因为提起诉讼即表明权利人行使权利，如果在送达相对人时才发生中断的效力，在因法院的原因迟延送达的情况下，可能影响权利人的权利。权利人起诉后又自行撤诉，或因起诉不合法被法院驳回的，是否构成诉讼时效中断？笔者认为，撤诉，应视为自始没有起诉，不能引起诉讼时效的中断。即使因未缴纳诉讼费等原因法院按自动撤诉处理的情形，亦同样不能引起诉讼时效的中断。但起诉后被法院裁定不予受理或驳回起诉的情形，因非当事人之意志，与当事人以自己的意志决定撤诉不同，如果起诉状已送达给相对人的，可视为向相对人主张权利，引起诉讼时效的中断。

2、权利人主张权利。指权利人向义务人作出的请求其履行义务的催告。包括向义务人的代理人或财产代管人主张权利或向清算人申报破产债权等。无论以何种方式，只要将主张权利的意思通知或表达给义务人即可。

在债务人分散且众多的情况下，权利人可以公告的形式向义务人主张权利。有关司法解释有条件的确认了以公告形式主张权利具有引起诉讼时效中断的效力；在以口头形式催告的情况下，只要有证据予以证明，同样应当认定其效力；在书面催告的情况下，义务人的传达室、收发人员签收，或其工作人员签收即可发生效力，而无需法定代表人签收或加盖法定代表人公章；在以挂号信或特快专递形式邮寄催告函的情况下，如果有证据证明义务人收到了邮件，可以推定该邮件系主张权利的函件。易言之，主要义务人不能证明所邮寄的内容系与主张权利无任何关系的函件，法院即可认定该邮寄系主张权利的函件。不前，笔者曾接触这样一个案例：权利人提供了其向义务人主张权利的邮件存根，该存根载明邮寄内容为催款。但义务人抗辩称其未收到该邮件，且邮局的记载因超过半年而未保存。有人主张因权利人不能证明义务人收到了该函件，故不应认定诉讼时效中断。但笔者认为，挂号信或特快专递在邮寄过程中丢失或不能送达给收件人的比例微乎其微，在权利人能够提供其向邮局交邮且邮寄内容系催款函的情况下，应对其主张予以采信。对此情形，最高人民法院的有关请示，作了如是的答复：在实践中，权利人亦可以通过一定的行为行使权利，如银行在还款期限届满直接从借款人账户扣息的行为、向义务人提供对账单进行对账的行为、部分债务抵消行为等均属行使权利，均应产生诉讼时效中断的效果。在目前社会信用缺失，债务人逃废债务现象严重的情况下，法院在认定诉讼时效中断方面，不能对权利人过于苛刻。实践中，权利人为避免举证的困难，往往向义务人主张权利时进行录音、录像，甚至请公证机关公证，导致行使权利的成本提高。不可否认，这一现象与法院在审理民商事案件对权利人的举证责任的苛刻要求有一定关系。

3、义务人承认。即义务人对权利人表示承认其权利的存在，愿意履行义务。义务人对权利的承认，可以各种



方式作出。以口头或书面方式对权利人或其代理人作出通知、请求延期给付、提供担保、支付利息或租金、清偿部分债务等义务人的行为，在法律上都构成承认。

#### 四、诉讼时效届满后义务人对时效利益的放弃及实务中几种特殊情形

通说认为，如果允许当事人预先约定抛弃时效利益，背离诉讼时效中断的宗旨。因此，许多国家的立法明确规定时效不得预先抛弃。但是，诉讼时效期间权利人不行使权利，对权利人而言即胜诉权消灭，而对于义务人而言取得时效利益，产生时效抗辩权。既然是一种民事上的利益或权利，义务人自然可以自由处分，即可以行使，亦可以放弃。实践中放弃时效利益，除了以实际履行债务、提供履行债务的担保等方式外，主要还有：

1、通过协议的形式。是指与权利人达成协议，同意履行原债务。最高院1997年4月16日发布的（1997）4号批复中规定：“根据《民法通则》第九十条规定的精神，对超过诉讼时效期间，当事人双方就原债务达成还款协议的，应当依法予以保护。”；2、通过单方意思表示的形式。是指单方面向权利人表示放弃时效抗辩权或愿意继续履行的意思表示。如最高院在1999年7月21日发布的法释（1999）7号批复中规定：“对于超过诉讼时效期间，信用社向借款人发出催收到期贷款通知单，债务人在该通知单上签字或盖章的，应当视为对原债务的重新确认，该债权债务关系应受保护。”超过诉讼时效期间，债权人催款，债务人本有权予以拒绝，但债务人没有作出拒绝履行的表示，反而在催款通知上加盖公章，批复由此推定债务人放弃时效利益。3、实践中，存在另外一种情形，即在诉讼时效届满后，债务人向债权人出具还款计划，载明具体的还款期限。债权人接受该还款计划，视为双方对原债务的偿还达成了协议，当然可以参照第一中情形中最高法院批复所确定的规则处理。在1、3两种情形，对原债务的偿还达成协议是建立在义务人放弃时效利益的基础上的，这毫无疑问。但问题是，协议中约定了新的履行期限，是否应按新的履行期限确定义务人的履行义务呢？笔者认为，既然是一种新的协议，自然应尊重当事人的意思自治，按协议约定的期限履行。而且，由于当事人达成了新的协议，新的诉讼时效应依据新的协议起算，并且可以中断、中止。在第2种情形，由于不能视为达成新的协议，是否义务人在催款函上加盖公章之后，权利人随时可以向义务人主张，而没有时效的限制。笔者认为，基于诉讼时效关于督促权利人及时行使权利的基本宗旨，于此情形，可考虑从义务人加盖公章之时重新起算诉讼时效。否则，权利人不受诉讼时效的约束，随时行使权利，对义务人是不公平的，亦与诉讼时效的目的相背离。

声明：凡注明来源的作品，均转载自其它媒体，目的在于传递正能量，分享法学学术思想，本平台的公益性，并不代表赞同其观点和其真实性负责。若作者或版权人不愿被使用，请及时来函指出，编者则会即予改正。法学中国

### 李银河：嫖娼看性欲望及界限

2014年9月17日 网易女人博客 李银河

为什么那么多很优秀的人会去买春，他们受到的惩罚是应得的吗？

本文作者：李银河（著名社会学家，网易女人写时评作者。）

王全安是我非常喜欢的一个导演，《白鹿原》刚拍好时，片长有三四个小时，他给我单独安排了一个看片会，我猜是因为电影中的性表达稍稍超出审查尺度，他知道我是研究这个的，所以让我提前看看，提提意见。最近看到他因为嫖娼被抓捕的消息，动了恻隐之心，决定要好好想想这个问题：为什么那么多很优秀的人会去买春，他们受到的惩罚是应得的吗？

人的欲望有主观和客观的界限。主观的界限是生理极限，饱是食欲的界限，快感是性欲的界限。客观的界限是社会规则，强加于人是犯罪，通奸是违规，在中国，卖淫嫖娼也违反行政法规（刑事犯罪法只惩罚淫媒，不惩罚性工作者和嫖客双方）。

如果没有规则，社会将不成其为社会。具体到人的性欲这件事上，社会的规则有以下几种：

第一种是不可强迫。只要对方不同意，无论是强奸、猥亵、性骚扰，全都不允许，一旦发生，要受刑法处罚。否则天下大乱，或者像印度那样出现光天化日之下强奸游客的事情。

第二种是不可通奸。既然结了婚，对配偶就有忠诚承诺，否则为什么要结婚？单身就可以不犯通奸错误了。虽然根据统计调查，婚外性关系的发生率在40%上下，其中包括性交易但不都是性交易，但是也不能说发生率高就不是犯错误。

第三种是不可交易。这第三种规则涉及问题较多，不同国家和社会有不同规定。主要有两大类型，一类允许性交易，如荷兰、德国；一类不允许性交易，如中国。多数国家处于中间状态，即有轻微约束，不严厉，如英国只禁止性工作者强行拉客行为，其余不禁；如香港的“一楼一凤”等。

对于性交易的处置为什么会有不同？原因在于性交易是人类社会中性质模糊不好定义的一种活动。狭义性交易只包含一次性的用金钱购买性服务；广义性交易却可以包含长期包养关系（包二奶），甚至包含妻子不工作完全由丈夫供养的夫妻关系（恩格斯所谓“资产阶级婚姻中的卖淫”）。如果采用对人类性交易的广义定义，那就绝对无法实施惩罚（例如不能用刑法惩罚二奶），按照这个定义，单独把一次性金钱交易的行为拿出来惩罚，理由就不够充分。

王全安等人的买春行为除了违反现行行政法规之外，引人深思的还有以下几点：

一是中国的性交易到底有多大规模？抓到的只有王全安、黄海波、薛蛮子，没抓到的还有多少？从他们的轻易得手，至少证明这种服务是很容易找到的，性服务业从业人员据调查统计当以十万百万计，看来所言不虚。

二是仅仅从效果看，现行对卖淫嫖娼的处置方式是否能够缩小性交易行为的规模？如果说十起交易中只抓到一起，如果说百起交易中只抓到一起，如果说万起交易中只抓到一起，那么这种处置方式能有什么效果？

三是从性交易的广义定义看，我们到底应不应当坚持现行的处置办法？可不可以思考一下荷兰德国等国家以及世界上大多数国家对性交易的处置方式的内在逻辑，可不可以借鉴一下他们的成功经验，把中国人的同等行为处置得更合理一些？

## “贞操权”并非女性独有——对话北大法学教授马忆南

2013年12月25日 中国妇女报 王春霞

### 新闻背景

近日，福建厦门法院对全市首例“骗色索赔案”作出终审判决，驳回了原告小美(化名)针对骗色行为的索赔请求。

2012年年初，小美和刘勇(化名)在婚恋网上相识，随后，两人多次约会并发生性关系。相识一个多月后，刘勇向小美提出了分手。之后，小美得知刘勇已婚。

针对小美状告刘勇“侵犯未婚女子性行为纯洁性”，二审法官判决认定，这不属于人民法院受理民事诉讼的范围，裁定驳回这一部分的起诉。

之前，一审法院支持了小美的起诉。一审判决认定，小美所主张的“性行为纯洁性之权益”，属于建立在一定社会和法律基础上有关女性的“不可侵犯性之贞操利益”，该人格利益具有私法权利等民事权益的基本特征，属于《侵权责任法》所保护的民事权益范畴。法官认定，刘勇的行为已经构成侵权。此外，贞操利益与名誉权、隐私权同属公民的一般人格权益。

记者：对于福建厦门首例“骗色索赔案”，一审、二审法院给出了完全不同的判决，您认为，为什么会出现两种截然不同的判决？

马忆南：在这个案件中，一审法官在适用法律方面更具有开创性，二审法官则相对保守。如果法官具有更多保护妇女权益的意识，会更倾向于作出与一审法院类似的判决。我个人支持一审法院的判决，说理站得住脚，社会效果更好。现在这种骗色现象较普遍，一方当事人隐瞒自己已婚的事实，以谈恋爱为名，玩弄女性。女性因其特殊的生理、心理特点，更易受到侵害。

记者：贞操权是什么？

马忆南：贞操权是一种以性为特定内容的独立人格权。它所抽象的特定内容不能完全由其他权利所代替。侵害贞操权可能会造成受害人身体、健康、自由、名誉等方面的损害，并且可以通过救济侵害身体权、健康权、自由权、名誉权的方法进行救济，但是它们不能概括贞操权所抽象的性的特定内容。贞操权的核心内容——性，不可能简单地由身体利益、健康利益、自由利益、名誉利益所涵盖，因而，贞操权以此与其他所有的人格权相区别。

记者：贞操权并未在《侵权责任法》中明确列举，是否应得到法律保护？

马忆南：贞操权属于《侵权责任法》的保护对象。《侵权责任法》第2条规定“侵害民事权益，应当依照本法承担侵权责任。”“本法所称民事权益，包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益。”

考虑到民事权益多种多样，立法中难以穷尽，而且随着社会、经济的发展，还会不断地有新的民事权益纳入到《侵权责任法》的保护范围，因此，《侵权责任法》没有将所有的民事权益都明确列举，但不代表这些民事权益就不属于《侵权责任法》的保护对象。“等人身、财产权益”中应当包含贞操权。

记者：贞操权是否只针对女性而言？

马忆南：贞操权并非女性所独有。贞操是指男女性纯洁的良好品行。男女均有贞操，性纯洁的良好品行，为男女均应保持的节操，仅认为女子有贞操，男子无贞操可言，是旧社会男女不平等，将女子视为男子附属品的陈腐观念。在法律上，贞操表现为性的不可侵犯性和当事人保持自己性的纯洁性的权利。

习惯上理解贞操，常将其定性为义务，并将其强加给女子，认为其不贞为堕落，是罪行，这种理解既不正确，也不公正。贞操是一种品行、操守，表现为保持性的纯洁性，排斥他人的非法侵害。为了彰显贞操权的现代性和权利主体对性的自我主宰，也有人将贞操权定义为性自主权。

记者：侵犯贞操权应当如何认定？

马忆南：侵害贞操权的具体行为常见的如强奸行为、强迫他人卖淫、猥亵行为等。以欺诈的手段，诱使女子在非正当承诺的条件下发生性关系也是侵害贞操权的行为。侵权行为人隐瞒事实、制造假象，使被害人足以产生错误的理解，而承诺与之发生性关系。这种承诺基于侵权人的欺诈行为产生，因而不是被侵权人真实的意愿，侵权人与之发生性关系的行为仍然违法。

记者：侵犯贞操权是否应当得到赔偿？

马忆南：我国《侵权责任法》第22条规定，侵害他人人身权益，造成他人严重精神损害的，被侵权人可以请求精神损害赔偿。其他国家和地区也有这样的规定，如德国民法典第253条规定：由于侵害身体、健康、自由或性自主权而须损害赔偿的，受害者也可基于非财产损害请求合理的金钱赔偿。

记者：为更好地保护贞操权，您认为相关法律还需要在哪些方面进行完善？

马忆南：现行《侵权责任法》只是笼统规定，侵害他人人身权益，造成他人严重精神损害的，被侵权人可以请求精神损害赔偿。法律还需要进一步明确精神损害赔偿的适用范围。我主张受害人因生命权、健康权、身体权、姓名权、名称权、名誉权、信用权、肖像权、隐私权、人身自由权、贞操权（性自主权）、婚姻自主权等人格权以及监护权等身份权受到侵害的，受害人均可以请求侵权人承担精神损害赔偿。

法律还要界定何为“严重精神损害”，比如侵权人的行为使受害人遭受医学上可证明的生理或精神损伤的，造成不良社会影响的，或者给受害人的生活造成较大影响的等等。

此外，还有学者建议建立名义损害赔偿制度，侵害他人人身权益，虽然没有造成严重精神损害，人民法院可以根据实际需要，确定侵权人承担名义损害赔偿。确定名义损害赔偿的数额，由人民法院根据实际情况确定，但数额不宜过高。中国妇女报

## 农村年轻妇女“抛夫弃子外逃”的婚姻逻辑

2014年9月21日 法律读库 陈讯

来源：三农中国网，作者陈讯，原文标题：《抛夫弃子：理解农村年轻妇女追求美好生活的一个视角——基于黔南S乡的调查与分析》。此文刊于《贵州社会科学》2014年第9期，略有修改。链接：

[http://www.snzg.cn/article/2014/0916/article\\_39310.html](http://www.snzg.cn/article/2014/0916/article_39310.html)

摘要：近些年来，我国西部农村贫困地区悄然出现年轻妇女“抛夫弃子外逃”现象，这种现象的出现，不仅透视出转型期农村社会中传统的婚恋模式、婚姻行为和婚姻观念及婚姻伦理正在发生巨大的变化，还隐含着农村年轻妇女追求美好生活的一种选择，值得进一步深入研究。

关键词：抛夫弃子 年轻妇女 美好生活 仪式婚姻 事实婚姻

### 一、引言

#### （一）问题的提出

改革开放以来，随着国家体制转型，经济转轨，人口城乡流动加速，社会转型加快，农村传统的婚恋方式、婚姻行为、家庭观念等发生了巨大变化。当前，学者们主要从农村的婚恋模式、婚姻行为与家庭观念的视角来进行相应的研究，主要可以归纳为：一是认为打工潮对农村婚姻家庭带来众多影响。[1]它不仅导致了青年人的婚恋模式变化，而且还引发了婚姻观念的变革。[2]二是认为在国家体制转型和社会变迁下，打工潮的兴起是女性婚姻观念变化的诱因。[3]也有学者认为在“性解放”、“性自由”等思想观念的冲击下，农村社会中传统的婚姻观正在发生了嬗变。[4]三是从闪婚的动因分析农村青年人的婚姻行为，[5]认为闪婚现象跟农村的社会基础和村庄性质紧密相关。[6]同时，也有学者认为闪婚与跨省婚姻是农村打工青年面临的婚姻结构性困境的一种选择。[7]并进一步分析了导致闪婚闪离现象的背景、原因及其内在机制。[8]四是对“新逃婚”现象的形成机制进行了相应的分析，认为农村社会中出现的“新逃婚”现象是地方性规范式微带来的结果。[9]

综上，在既有的研究中学者们分别从不同视角对农村婚姻行为和婚恋模式进行了相应的研究，这就为认识和理解转型期农村社会中的婚姻家庭变化提供了很大的帮助。但是，这些研究中仍缺乏对“抛夫弃子外逃”现象进行深入调查和分析，亟待深入研究。鉴于此，本文以黔南S乡为例，结合婚恋行为、婚姻观念、家庭伦理与婚姻责任来对“抛夫弃子外逃”现象的进行分析，揭示出转型背景下农村年轻妇女为追求美好的幸福生活的形成机制，为理解转型期农村社会中的婚姻家庭嬗变提供一个新视角。

#### （二）黔南S乡“抛夫弃子外逃”现象

黔南S乡(以下简称S乡)2011年年末人口为17358人，人均收入为3300元，其中外出打工青年人为3877人(女性为1648人)，人均耕地面积约为0.6亩，家庭经济来源主要依靠外出务工。其婚姻形式可以分为两类：一是合法婚姻，即通过民政部门办理手续缔结的婚姻。二是事实婚姻，因当事人双方(或一方)未达合法的结婚年龄，只能通过举办婚姻仪式而缔结的婚姻。在本文中，“抛夫弃子外逃”现象主要是指35岁以下女性抛弃丈夫、丢弃孩子逃离家乡，两年以上不回家，不与家中联系，既不承担夫妻义务也不承担养育孩子的责任，在外地独自生活或与异性同居现象。在S乡，“抛夫弃子外逃”现象产生后，若是合法婚姻，当事人要么通过自己或亲朋好友去处理，要么寻求政府及相关部门帮助；若是事实婚姻，那么当事人只能自己处理或寻求亲朋好友帮助，在寻找未果的情况下则被迫放弃婚姻过着单亲家庭生活，也有少数当事人会重新组建家庭。经统计自2000年至2009年S乡“抛夫弃子外逃”共为36例。其中，2001年1例，2002年0例，2003年1例，2004年2例，2005年3例，2006年4例，2007年6例，2008年9例，2009年10例，呈递增之势。

### 二、“抛夫弃子外逃”现象的特征

#### （一）年龄与文化程度

从36例“抛夫弃子外逃”现象的年龄统计看，20岁以下共7例，占19.44%；21岁至25岁共18例，占50%；26

岁至30岁共8例,占22.22%;30岁至35岁仅为3例,占8.33%。可以看出,25岁以下的妇女占相对多数。同时,从文化程度上统计看:具有小学文化共7例,占19.44%;具有初中文化共27例,占75%;具有高中文化(及以上)共2例,占5.56%。可以看出,初中文化以下占绝大多数,呈现出文化程度普遍偏低的特征。

### (二)原因与子女状况

从36例“抛夫弃子外逃”现象的原因统计看,家庭贫困型为29例,性格不合型为2例,女方越轨型为3例,男方施暴型为1例,其他型为1例。可以看出,因家庭贫困导致“抛夫弃子外逃”现象的占80.56%,是主要原因。同时,从子女状况统计看,生育一个小孩共29例,生育2个小孩共6例,没有生育小孩仅为1例;其中小孩年龄最大为11岁,年龄最小为2.5岁。在孩子抚养问题上,由男方单方抚养共35例,占97.22%;女方抚养仅为1例,仅占2.78%,这说明一旦“抛夫弃子外逃”现象出现后,大多数孩子是由男方来抚养。

### (三)通婚圈与类型

从36例“抛夫弃子外逃”现象的通婚圈统计看,跨省婚姻共13例,占36.11%;跨县婚姻共21例,占58.33%;县内通婚仅为2例,占5.56%。这表明跨省跨县通婚更容易导致“抛夫弃子外逃”现象的产生。同时,从类型上统计看主要有几类:一是丈夫外出打工,妻子在家逃跑共7例,占19.44%;二是夫妻双方都进城市打工,但不在同一城市,妻子逃跑共9例,占25%;三是夫妻双方都在同一城市打工,但不在一起上班,妻子逃跑共14例,占38.89%;四是夫妻双方都在家,妻子逃跑共6例,占16.67%。可以看出,夫妻双方都进城打工导致妻子“抛夫弃子外逃”的现象占相对多数,而夫妻双方都在家的情况所占的比率相对较小。

### 三、“抛夫弃子外逃”现象的婚姻逻辑

在《礼记·正义》中指出:“婚礼者,将合两性之好,上以事宗庙,下以继后世也,故君子重之”。[11]古德在《家庭》一书中曾指出婚姻本身是一桩公共事务,对局外人和亲属都至关重要。[12]雷洁琼在论述《中国的婚姻制度变革》中则认为,婚姻的目的是传宗接代,延续香火,继承家庭私产。[13]费孝通曾对婚姻作出过精辟的论述,指出婚姻的目的是确立社会性父亲,婚姻的意义是建立双系抚育。[14]可见,婚姻不是男女之间个体性行为,它是建立在相应的社会规范之上,受社会规范约束,其本质在于它的社会性,是传宗接代和延续香火以及继承家产的重要载体,是家庭再生产的保障。

#### (一)婚姻目的手段化

从1990年代中期以来,受人口流动的影响,S乡的通婚圈逐步扩大,青年女性远嫁他乡的现象逐步增多,出现了适婚男性难娶现象。这对于那些已达到婚龄的青年男性的父母来说,迫于为儿子娶妻生子来延续香火的压力,使他们对儿子的婚姻预期逐步降低,尤其是家庭贫困的父母更是如此,千方百计为儿子娶媳妇来完成传宗接代便成为主要目的。同时,对于那些大龄适婚男性来说,娶妻生子不仅是完成自己人生任务,还隐含着实现父母的愿望的重任。在这种背景下,导致了传统的婚恋模式、婚姻观念和婚姻行为开始嬗变,婚姻的目的异化,其手段性逐步增强。因此,外出打工便成为他们找对象的主要目的,导致了未婚同居、或以不正当的手段使女性怀孕现象层出不穷,而女方一旦在恋爱中怀孕,男当事人千方百计要求女性生下孩子,已完成人生任务的目标。而对于恋爱中怀孕的女性来说,因自我保护意识不够和受教育程度较低,使她们过早进入婚姻的围城之中,当她们体验婚姻并不幸福和美满时,“抛夫弃子”外逃便成为她们摆脱不幸的途径。

#### (二)婚姻意义个体化

婚姻的意义在于确立双系抚育,以用社会的力量保证出生的孩子由父母双方共同抚养,这客观上要求夫妻双方共同承担相应的责任和义务,使婚姻保持稳定,为家庭的更替提供保障。从S乡的调查表明,在现代性的渗透和市场化的冲击下,婚姻的意义发生了巨大的变化,把婚姻当成手段去实现美好生活的目标不断增强,导致双系抚育责任削弱,从而使婚姻的意义走向个体化。按照当地人的话说:“只顾自己,不顾孩子”的现象逐步增多。因此,在一些年轻夫妻之中,一旦没有物质作为后盾的情况下,往往导致妻子“抛夫弃子,一走了之”,重新寻找自己的幸福生活。同时,作为婚姻的男当事人,当妻子生完孩子为自己完成了人生任务后逃跑,他们中大多数人也能坦然接受,正如笔者访谈孟某时,他说:“她要逃就逃吧!腿长在她身上我也阻止不了,她已经给我生了个儿子,没有她我照样把儿子养大。反正我也有儿子,我也对得起父母和祖宗了,没有女人日子也一样能过下去”。可以看出孟某对婚姻意义的理解,即他的婚姻意义表现在传宗接代上,至于孩子的抚养则次之。可见,在S乡婚姻的意义逐步远离了双系抚育,并逐步异化为当事人双方各取所需的个体化行为,这无疑进一步催化了年轻妇女“抛夫弃子外逃”现象的不断涌现。

#### (三)婚姻责任弱化

在传统的乡土社会中,婚姻不是当事人双方的私事,它需要承接家族联姻和承担起相应的社会功能,从而立足于村庄社会中。作为婚姻当事人双方不仅要生育孩子,而且还要承担起养育孩子以及教育孩子的责任,从而完成人类的繁衍和家产的继承,实现家庭的再生产。改革开放以来,在打工潮冲击下婚姻的目的和意义正在发生了剧烈的变化,主要表现为婚姻主体的婚姻责任逐步降低,双系抚育的功能逐步弱化,婚姻的工具性逐步增强。从S乡年轻妇女“抛夫弃子外逃”的现象考察表明,随着物质在维系婚姻稳定中的作用不断增强,年轻妇女追求物质生活上的要求逐步提高,以个体化生活为体验的目的在婚姻维系中日益凸显,从而导致了对孩子的抚养责任和义务弱化。笔者访谈罗某时,她说:“没有物质基础,就没有办法过日子,婚姻还有什么意义,那里还有心思去抚养孩子。”可

见，罗某的婚姻责任意识正在逐步弱化，而她的这种婚姻观念与婚姻价值取向正契合了“抛夫弃子外逃”的行为。当然，在那些“抛夫弃子外逃”的年轻妇女中，因大多数人不懂事、文化低，他们往往是凭借一时的激情就跨入了婚姻，激情过后没有物质作为保障的情况下“抛夫弃子外逃”便成为一种重新追求美好生活的选择。同时，在那些妻子外逃后，作为婚姻中的男当事人并不一定会千里寻妻，而是与父母一起将孩子抚养大，甚至有的男当事人将孩子扔给父母抚养，自己继续外出打工。

#### 四、“抛夫弃子外逃”现象的形成机制

在转型背景下，人口城乡流动加速，农村社会中的通婚圈逐步扩大，传统的“受父母之命、媒妁之言”的婚姻缔结方式逐步瓦解与自由婚恋逐步形成，婚姻梯度转移现象日益凸显，女性在婚姻市场的博弈中逐步取得优势地位，导致了农村社会中“女好嫁、男难娶”的现象，无疑为农村的婚姻家庭带来巨大冲击。

##### (一) 国家体制转型与地方规范弱化

新中国成立以来，婚姻制度经历了从严审批向程序简化转变，这对婚姻的缔结、维系和解体带来了较大的影响。改革开放前，在办理结婚和离婚时当事人不仅要出具相关的手续，还要可能会面对来自基层政府和村委会的阶级成分审查，不仅审查严格，而且程序也较为繁琐。改革开放后，结婚和离婚办理逐步走向简化，尤其是离婚过程中基层政府和村级组逐步退出了婚姻调解，是婚姻逐步变成了家庭内部事务和个体性行为，无疑为婚姻的解体提供了宽松的政策环境。如：在S乡，在1990年代中期前若婚姻当事人要申请办理离婚手续，不仅村级组织会介入调解，而且乡政府的相关部门也会介入，这客观上加大了离婚的难度。但是，取消农业税后，国家嵌入到农村社会中的行政权力全面退潮，基层政府和村级组织对离婚的干预越来越少，这就为离婚从制度层面上提供了便利。按照当地人的话说：“现在婚姻自由，只要双方自愿，结得快、离得也快”。同时，在转型背景下农村社会中的地方性规范逐步弱化。受婚姻自由的影响，在农村社会中父母、长辈及亲朋好友对婚姻的干预度越来越低，婚姻逐步变为当事人的家庭事务，若夫妻不和或矛盾加剧时，大多数情况下只能依靠夫妻双方自行解决，这客观上为婚姻的解体创造了条件。以及受人口流动的影响，村庄舆论对婚姻破裂现象逐步失去了制约力，这不仅为年轻妇女“抛夫弃子外逃”行为提供了宽松的舆论环境，而且也客观上消解了男当事人在村庄中“丢脸”的舆论压力。

##### (二) 人口流动加快与婚姻梯度转移

受打工潮的冲击，S乡从1900年代中后期以来人口大规模流动逐步形成，据统计在2003年外出打工为1989人(其中女性为773人)，到2011年外出打工人数增加到3877人(其中女性为1648人)，增加了1.95倍。在人口大规模流动背景下通婚圈不断扩大，使跨省跨县通婚逐步增多，婚姻市场逐步形成，这就导致了婚姻梯度转移现象加剧，使农村社会中优质女性嫁入城镇的机会成本增大。相反，男性想娶城镇女性或优质女性的难度增大，造成了婚姻供需失衡，导致了“女好嫁，男难娶”的现象。如：在S乡海洋村22岁至35岁的青年男性中，没有找到对象的情况达67人(全村总人口为1023人)，而20岁以上的女孩子要么出嫁，要么已经有了对象。因此，在一个既定的婚姻市场内一旦出现供需失衡，那么以物质为后盾开展竞争就不可避免，而那些因家庭贫困或自身条件差的男性就意味着有“打光棍”的潜在风险，迫使他们进城打工后，找对象结婚生子便成为了首要任务和人生目标，这往往会导致他们不择手段的找异性，甚至特意使女朋友怀孕来达到结婚的目的。而那些未婚怀孕待产的青年女性因年龄小、文化低和不懂事，过早地被拉进了婚姻的围城，这客观上为“抛夫弃子外逃”现象埋下了隐患。

##### (三) 物化下的婚姻价值变革

在市场经济理性行为的冲击和现代性因素的全面渗透下，物质要素在维系婚姻稳定的作用逐步增强，人们的择偶观也随之发生了变化，有钱就可以娶，不管你的钱是从哪里来，关键是要有钱，没有钱就意味着“打光棍”的潜在风险。按照当地人的说法：“男人能偷蒙拐骗是本事，只要有钱就行，有钱就可以娶”。而那些结婚的夫妻中，一旦物质上陷入困境，婚姻的不稳定性就呈现出来。因此，这就导致了婚姻陷入恶性循环，即：女性不分美恶丑地嫁，男性不择手段地娶。当他们组建家庭并生育孩子后，往往因物质匮乏导致婚姻解体。从S乡“抛夫弃子外逃”现象统计看，因家庭因经济贫困逃跑的共29例，占80.56%，这表明物质要素已深深地渗透到婚姻维系之中，婚姻的传统价值正在逐步沦陷。在传统的乡土社会中，婚姻附属于生育制度，其意义在于建立双系抚育，是在“家”的意义下派生出来的婚姻观念和婚姻行为。在打工潮的冲击下，人们的婚姻责任意识逐步弱化，追求个体性生活体验和浪漫爱情的欲望增强，这就导致了一些年轻妇女抛弃丈夫和扔下孩子外逃，以便于她们轻装上阵，重新开始追求美好的生活。因此，当下农村社会中，婚姻逐步远离了生育制度，婚姻主体追求个体性生活体验的欲望逐步增强，婚姻的价值正在发生革命性的变化。

#### 五、结语

从S乡年轻妇女“抛夫弃子外逃”现象的调查表明，当前农村社会中的婚姻家庭正在发生蜕变，以物质为基础的个体性生活体验逻辑深深嵌入到婚姻之中，婚姻赋予人们的意义发生了革命性的变化，而这种变化不仅强烈地冲击了传统的婚恋模式、婚姻行为和婚姻观念，而且还造成了农村社会中单亲男性家庭增多，为农村的婚姻家庭带来巨大的影响。随着打工潮的大规模形成与通婚圈的扩大，男性在婚姻市场博弈中逐步处于劣势，女性的优势地位逐步凸显，导致了那些因家境贫寒或自身条件较差的未婚男性，他们进城打工的首要目的便成为娶妻生子，当他们达到目的后又无法提供相应的物质条件来维系婚姻时，造成了妻子“抛夫弃子外逃”现象。这种现象的不断出现，与其说是年轻妇女无情地“抛夫弃子外逃”，还不如说是她们追求美好生活的一种无奈抉择。

参考文献:

- [1] 风笑天:“农村外出打工青年的婚姻与家庭:一个值得重视的研究领域”,《人口研究》,2006年第1期。
- [2] 谢芬芳:“打工潮下农村青年婚恋观的变革”,《传承》,2008年第7期。
- [3] 陈穗:“从历史角度看当代女性婚姻观的变化”,《.科教文汇》,2007年第3期。
- [4] 方卫虎:“农村婚姻状况的忧与思”,《安徽商贸职业技术学院学报》,2004年第2期。
- [5] 施磊磊:“青年农民工‘闪婚’现象的动因探析”,《青年研究》,2008年第12期。
- [6] 王会:“闪婚现象及其村庄社会基础研究”,《南方人口》,2011年第3期。
- [7] 陈锋:“‘闪婚’与‘跨省婚姻’:打工青年婚恋选择的比较研究”,《西北人口》,2012年第4期。
- [8] 王会、欧阳静:“‘闪婚闪离’打工经济下的农村婚姻变革”,《中国青年研究》,2011年第3期。
- [9] 陶自祥、邢成举:“摇摆的家庭:农村‘新逃婚’的呈现及其产生机制”,《南方人口》,2012年8月第4期。
- [10] 《礼记正义》卷61,见《十三经注疏》(下),北京:中华书局影印,1980年,第1680页。
- [11] 威廉·J·古德著,魏章玲译:《家庭》,社会科学文献出版社,1986年,第73页。
- [12] 雷洁琼:“新中国建立以后婚姻与家庭制度的变革”,载高健主编《中国家庭及其变迁》,香港:香港亚太研究所出版社,第24页。
- [13] 费孝通:《乡土中国 生育制度》,北京:北京大学出版社,1998年第127、129页

### 学者视点 | 和丽军: 丧偶儿媳与丧偶女婿继承权质疑

2014年9月21日 家事法苑 和丽军

本文仅供学术实务研讨交流使用,如若正式引用,请务必对照原文。

丧偶儿媳与丧偶女婿继承权质疑

《判解研究》2012年第3辑(总第61辑)人民法院出版社2013年4月第1版

和丽军\*

原始链接: <http://211.153.22.231/goods.php?id=370>

引言

继承法第十二条规定:“丧偶儿媳对公、婆,丧偶女婿对岳父、岳母,尽了主要赡养义务的,作为第一顺序继承人。”据此规定,我国将尽了主要赡养义务的丧偶儿媳、丧偶女婿放置于第一顺序法定继承人的地位,这对在中国保障实现少有所养,老有所依,发扬中华民族传统美德,具一定的作用。但该规定并非我国特有,它是继前苏联之后,将非血缘关系纳入继承人范围的进一步细化。并非如学者所称之为我国继承法在法定继承顺序上的一个突出特色,也是对新中国建立以来司法实践的总结和发展。(1)目前,中国正进入老龄人口社会,保障对老人的赡养,让老人安度晚年,国家不仅要道德上提倡,更要通过立法等手段从制度上给予保障。在国家社会保障制度尚不完善时,通过法规进行规范,对老年人的生活从其他途径进行保障,这是社会制度的应有之义。立法的目的是维护道德秩序和以特有的形式增进这种秩序。(2)在需要从法律的角度对道德范畴内容进行具体规定,将其纳入具体的法律制度体系时,这就涉及一个立法安排是否合理、妥当的问题。现行继承法第十二条的立法本意实为不错,但其合理性仍有值得探讨的地方。在我国继承法修订过程中,针对此规定,就存在一个如何完善、以何种方式发挥其最佳效果的问题。

#### 一、将非婚姻、血缘关系人纳入法定继承领域的缘起

从继承权的取得根据来看,它或者依据法律直接规定而取得(法定继承),或者依据合法有效的遗嘱而取得(遗嘱继承)。本文所探讨的问题只存在于法定继承的情形。法定继承权的取得根据主要是血缘关系和婚姻关系。将血缘关系作为取得法定继承权的依据,并依血缘关系的远近来确定法定继承人的范围和顺序,这是古今中外各国的立法通例。该规定方式可以从制度上保证死者的财产尽量保留在其血缘亲属范围之内,据此通过财产在限定范围内的转移以确保家庭亲属之间的抚养互助,从而保证家庭在社会中的各项功能得到正常发挥。除血缘关系外,将婚姻关系作为取得继承权的依据,更是对家庭的繁衍功能的一个后继保障,是对生存配偶合法权益有力的保护措施。以血缘关系、婚姻关系作为法定继承权的取得根

据,是各国继承权取得制度发展的主要方向。

我国继承法确定法定继承人顺序的依据,也主要是各法定继承人同被继承人之间亲属关系的亲疏远近及其相互之间在家庭经济关系、日常生活方面的相互依赖程度。(3)我国的亲属从理论上分为配偶、血亲和姻亲三个种类。姻亲,指的是夫妻一方对于他方的血亲间所发生的亲属关系,包括配偶的血亲和血亲的配偶,但不包括配偶血亲的配偶。(4)儿媳、女婿与公婆、岳父母之间就属于姻亲关系。我国婚姻法没有明文规定亲属的种类,在条文所体现的亲属种类中,亲属只包括血亲和配偶,并不包括姻亲。姻亲关系在世界范围内从古到今都不是产生继承权的基础,它被纳入继承的领域并直接赋予继承权是二十世纪在少数国家里出现的现象。

二十世纪初,一些新的社会主义国家建立后,经济落后,社会保障制度缺乏,老人、儿童、残疾人或其他生活有特殊困难者的生活保障问题成了严重的社会问题。为了更好地发挥家庭的养老育幼功能,保障社会秩序的稳定及

社会系统的正常运行，国家通过将扶养关系纳入法定继承的方式，主要由家庭来承担起本应由国家承担的责任。这就突破了以往那种完全由血缘关系、婚姻关系作为取得继承权根据的做法。最早将扶养关系作为继承权取得根据的国家是前苏联。对前苏联将扶养关系纳入继承权领域的源起及发展进行分析，有助于全面了解继承权根据的发展变化，以助于分析其行为的合理性。

前苏联于1918年4月27日颁布的“关于废除继承制度”的法令第2条规定，“直至有关普遍社会保证的法令颁布之前，死亡人的贫困的（即缺少必要生活资料的）没有劳动能力的直系下辈亲属和直系上辈亲属，全血缘和非全血缘的兄弟姐妹以及配偶，可以从死者遗留的财产中获得赡养。”此条规定同任何一种资产阶级法对继承制度的规定都有着明显的不同，即被召集前来从被继承人的财产中领取赡养费的继承人，只能是没有劳动能力的人。它和以后苏维埃法中确定的继承人范围的原则是一样，都是由近亲属关系、配偶关系、收养关系等因素确定。据此规定，当时苏维埃对继承权进行规范时，就继承权的取得根据仍然秉承世界的通例，仍将继承人的范围限定于血亲（直系下辈亲属和直系上辈亲属，全血缘和非全血缘的兄弟姐妹）与配偶之内，并没有将继承权的取得根据扩大至血缘关系、婚姻关系以外的范畴。可见，在当时的苏维埃仍然是与被继承人有最密切关系的家属才能享有继承权。可紧接着1922年颁布并自1923年1月1日起施行的苏俄民法典却直接确认了依靠被继承人生活的人享有继承权，其第418条在规定法定继承人的范围时，出现了1918年4月27日颁布的法令中所没有的一类继承人，即“在死者去世前一年以上的时间内实际完全依靠死者生活的贫穷的人。”根据1918年4月27日颁布的法令第2条附则2的规定，依靠被继承人生活的人总是他的配偶或近亲属，至于同死者没有亲属关系的局外人，只有当他通过收养或过继的关系参加到死者的家庭中来时，才可能取得在被继承人死后继承其遗产的权利。但根据其1922年民法典第418条的规定，被召集参加继承的、曾经依靠死者生活的贫穷的人，可能并不是被继承人的亲属、养子女或继子女，而是一切生存着的人都可能成为此类人。至此，扶养关系作为继承权取得的根据，被首次纳入继承法领域。该做法也就在继承法领域开创了把扶养关系作为取得继承权根据的先河。它也成了苏维埃继承法的突出特点之一，按其说法，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。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。(5)

1945年3月14日，苏维埃对继承法进行重大修改并颁布了“关于法定继承人和遗嘱继承人”的法令，其法令扩大了法定继承人的范围，将被继承人的有劳动能力的父母和兄弟姐妹包括在法定继承人的范围内。同时，依靠被继承人生活而取得继承权的人，不仅包括曾经完全依靠被继承人维持生活的人，而且还包括在被继承人去世前最后一年的曾经从被继承人处取得主要生活资料的一切没有劳动能力的人。在确定法定继承人的范围时，法律从被继承人可能召集的最大范围继承人的推定出发，将其推定逾越亲属范围而扩及至依靠被继承人生活的人，这就导致是否存在血亲关系便不再具有法律意义。该推定的出发点是：如果说被继承人在生前而且甚至在死亡前不久还对某些人给予经常的物质帮助的话，那么可以大有把握地断定，他不会拒绝在他死后分出他的遗产中的一部分继续给予这种帮助。(6)其后，1964年的《苏俄民法典》继续维持将扶养关系作为继承权产生根据的做法，法定继承人的范围除配偶、子女等婚姻、血缘关系的亲属，仍然包括死者生前扶养的不少于一年以上的无劳动能力的人。

苏联解体后，作为其继承主体的俄罗斯法律仍然强有力地支撑着俄罗斯的经济、社会、国家的运作。为了反映社会财产关系的重大变化，俄罗斯从1994年10月至2006年12月用长达12年的时间分四部分通过了《俄罗斯联邦民法典》，涉及继承法体系的部分出现了较大的变化。2002年3月1日起施行的《俄罗斯联邦民法典》将法定继承人分为八个继承顺序，

按其规定，在没有其他七个顺序的法定继承人时，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。(7)该民法典仍然保持1922年颁布的苏俄民法典的做法，将法定继承权的基础远远超出血亲、姻亲等范围，囊括了达到法定条件的一切公民，但其将1964年《苏俄民法典》规定的“死者生前扶养的不少于1年以上的无劳动能力”调整为“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”的基础上，又增加了“与之共同生活”这一条件。该规定还突破性的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任一参加继承的该顺序的继承人享有同等的继承权。但该规定只要求被继承人对无劳动能力的继承人曾有一定时间的持续供养且共同生活行为，而并不要求继承人对被继承人有赡养或扶助行为，更不要求他们之间形成扶养关系。这就更大程度的继续坚持了被继承人愿意在死亡后分出他遗产中的一部分甚至全部遗产以继续帮助其死亡前给予经常物质帮助的人的推定，而这种推定有多少合理性仍值得怀疑。

紧随前苏联的步伐，二十世纪四五十年代，东欧一些社会主义国家相继仿效前苏联的立法方式，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。(8)

## 二、我国将姻亲关系纳入继承领域的沿革、理由及学界观点

我国作为当时紧跟前苏联步伐的社会主义国家，涉及与此相关的规定，最初见于1951年7月18日《最高人民

法院西南分院关于赘婿要求继承岳父母财产的问题的批复》的规定：“赘婿与岳父母是姻亲关系，与收养及血亲关系有所不同，……原则上是没有继承权的。”“如当地有习惯，而不违反政策精神者，则可酌情处理。”1953年5月14日《最高人民法院华东分院对有关继承问题的批复意见》规定：“儿子已死而未改嫁之媳妇，对于公婆的遗产，一般应有与公婆其他子女共同继承之权；其应继分如无直系血亲卑亲属，即为已死儿子应继分的全部，如有直系血亲卑亲属，则与直系血亲卑亲属按人数平均继承。”前后两批复，前一个直接答复赘婿原则上没有继承权，理由是赘婿与岳父母之间是姻亲关系；后一个涉及儿子已死而未嫁之媳妇时，却分两种情况处理：在无直系血亲卑亲属时，未改嫁媳妇的应继分为已死儿子应继分的全部，这完全是按代位继承的方式来处理，这种处理方式于理于法都有待商榷；在有直系血亲卑亲属时，未改嫁媳妇与直系血亲卑亲属按人数平均继承，此时，没再区分血亲与姻亲，也没有考虑从被继承人遗产中酌分出一部分由未改嫁媳妇继承，更没考虑继承人的顺序问题，而是将本应由直系血亲卑亲属代位继承的部分，直接规定由未改嫁的媳妇与代位继承人均分，这实质上直接侵害了直系血亲卑亲属的利益。该两批复仅相隔一年，针对同样的问题却答复了相反的处理方式，可见，当时我国对姻亲继承问题并没形成统一、协调的处理方式。

1984年8月30日，《最高人民法院在关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》中规定：“丧失配偶的儿媳与公婆之间、丧失配偶的女婿与岳父母之间，已经形成扶养关系至一方死亡的，互有继承权。儿媳或女婿继承了公婆或岳父母遗产的，仍有继承生父母遗产的权利。”在该规定中，要求丧偶儿媳与公婆、丧偶女婿与岳父母之间，不仅存在扶养关系，而且要求该扶养关系要维持到一方死亡时，双方就互相享有继承权。该规定中虽然使用了“扶养”一词，但实践中是指丧偶儿媳、丧偶女婿对公婆、岳父母的扶养，即赡养，而不是公婆、岳父母对丧偶儿媳、丧偶女婿的扶养。该规定虽然没有涉及在此情况下的代位继承问题，但其涉及的内容较现行继承法广。我国现行继承法第十二条的规定没再使用“扶养”一词，而是使用了“赡养”，将丧偶儿媳、女婿与公婆、岳父母间的继承权调整为单向，当丧偶儿媳、女婿对公婆、岳父母尽了主要赡养义务时，作为第一顺序继承人享有继承权。在1985年9月11日《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》中，进一步规定了丧偶儿媳、丧偶女婿子女的代位继承权。2005年8月28日颁布的《妇女权益保障法》，再次重申“丧偶妇女对公、婆尽了主要赡养义务的，作为公、婆的第一顺序法定继承人，其继承权不受子女代位继承的影响。”至此，我国姻亲享有继承权的规定，就规范于继承法领域。

从我国将姻亲关系纳入继承领域的过程可以看出，我国并没有完全遵循前苏联的做法。我国将非血缘关系与婚姻关系外的其他关系纳入继承领域的范围较前苏联等国家为小。前苏联是不考虑其他因素而只考虑事实的扶养关系就将继承权产生的基础扩大至存在扶养关系人这一领域。根据前苏联1922年民法典第418条的规定，被召集参加继承的、曾经依靠死者生活的贫穷的人，可能并不是被继承人的亲属、养子女或继子女。按其规定，纳入继承领域的并不仅包括姻亲关系的范畴，而且还包括其他一切可能与被继承人形成事实扶养关系的人，只要满足苏俄民法典第418条的规定，即“在死者去世前一年以上的时间内实际完全依靠死者生活的贫穷的人。”就可以成为法定继承人继承财产。我国将此范围进行了限缩，仅将其限制在对岳父、岳母尽了主要赡养义务的丧偶儿媳与丧偶女婿。同时还规定形成扶养关系的继父母子女间相互享有继承权。

根据我国继承法的规定，只要在满足了丧偶和对公婆或岳父母尽了主要赡养义务这两个条件，不论有无代位继承人，丧偶儿媳或者丧偶女婿都能够以第一顺序继承人的身份参与继承。从儿媳与公婆、女婿与岳父母的关系角度来看，无论其丧偶与否，儿媳对公婆、女婿对岳父母在法律上均无赡养扶助义务。按我国传统，儿媳、女婿在其夫、其妻尚生存时，是与夫、与妻或代其夫、代其妻对公婆、岳父母承担赡养扶助义务。继承法在此将属于传统道德伦理调整的范畴直接纳入法律的调整范围，这应有合理且正当的理由才值得认同。根据时任全国人大法工委主任的王汉斌在《关于〈中华人民共和国继承法〉草案的说明》第四部分的说明：“宪法规定成年子女有赡养扶助父母的义务，禁止虐待老人。继承法草案为了贯彻这个精神，从继承权、继承遗产的份额等方面作了规定：……第五，丧偶儿媳赡养公、婆直至其死亡，丧偶女婿赡养岳父、岳母直至其死亡，为第一顺序的继承人。这些规定都是为了有利于更好地赡养老人。”实际颁行的继承法却放宽了条件的要求，将“赡养岳父、岳母直至其死亡”条件改为了“尽了主要赡养义务”。可见，现行继承法作此规定的目的主要是为了激励丧偶儿媳、丧偶女婿发扬赡养老人的传统美德。仅仅基于该理由而直接从法律上赋予没有继承权的人第一顺序继承权，这与传统不符，也不甚公平，有值得商榷的余地。

从世界范围来看，将姻亲关系作为享有继承权的基础只是很少一部分国家的做法。针对我国将尽了主要义务的丧偶儿媳及女婿纳入法定第一顺序继承人的做法，学界主要有三种不同的看法。

肯定说认为，我国确定法定继承人范围和顺序的形式根据主要是一定范围的亲属关系，但是，由于现实生活纷纭复杂，有时单靠血缘关系为依据来确定法定继承人范围还不能反映某些财产所有人处分身后财产的愿望。在丧偶儿媳或女婿对公婆、岳父母尽了主要抚养义务的情况下，由于他们之间存在着长期的经济联系，感情极为密切，所以公婆或岳父母生前总是乐意将身后财产的全部或一部遗留给继续抚养他们的丧偶儿媳或女婿。在这些情况下，就要借助于继承人对被继承人的扶养事实或继承人与被继承人之间相互扶养关系作为确定丧偶儿媳或女婿继承权的形式根据。这一形式根据也反映了社会主义道德的要求，它的作用在于提倡赡老育幼和相互扶助的优良社会风尚。

(9) 这样规定既可以鼓励丧偶儿媳和丧偶女婿承担起赡养公婆和岳父母的义务，使年老的公婆和岳父母在生活上得



到照料，精神上得到安慰，发扬中华民族尊老、爱老、养老的优良传统，促进精神文明的建设，也可以发挥家庭的社会职能，体现权利与义务一致的民法原则和继承法原则。(10)持此观点的学者，对丧偶儿媳、女婿取得公婆、岳父母遗产继承权的条件问题及何为“尽了主要赡养义务”的理解上，也存在着一定的差异，但这只是理论见解大方向相同基础上存在的小差别，现行继承法贯彻着肯定说的观点。

否定说认为，继承法作此规定，立法意旨在于通过赋予丧偶儿媳与女婿继承权以激励其赡养老人，但因儿媳对公婆、女婿对岳父母无论其丧偶与否，在法律上都无赡养义务，继承法如此规定实际上是将本就应由道德规范调整的问题纳入了法律规范调整的范畴，是一种立法的失误。从实务上看，这与我国传统不符合，也会出现不公平。(11)这不符合氏族社会发展至今的传统习惯，即财产尽可能留在本家族内的原则，也不符合世界各国均不承认姻亲有继承权的习惯。(12)如丧偶儿媳对公婆、丧偶女婿对岳父母尽了主要赡养义务的，可以作为法定继承人以外的人，适用酌给遗产制度来实现其权利义务的一致，这同样也可以达到保护其合法权益之目的。(13)为了强调丧偶儿媳与女婿的特殊身份，强调这种赡养行为的特殊意义，可以规定，分给他们的遗产可以比照第一顺序继承人的应得份额，这样既可坚持继承人资格的确定性和严肃性，又可坚持权利义务的一致性。(14)该作法既不符合世界通例，也有违公平原则，在表述上还有失严谨，因为儿媳对公、婆，女婿对岳父母并无赡养义务。(15)

折中说认为，继承权是基于特定身份的亲属关系而享有的财产权利，古今中外姻亲关系均不在其中，儿媳与公婆、女婿与岳父母只是姻亲而非血亲，原则上应当不发生继承问题，规定其为第一顺序继承人与法定继承人以血缘关系为基础相违背，会破坏整个继承法的体系。如此规定与我国的传统不符，也不公平。为了达到赡养老人、淳化社会风俗的目的，可以规定将其作为继承人以外的可适当分得遗产的人给予适当补偿。主张丧偶儿媳或女婿赡养公、婆或岳父、岳母直至其死亡，没有代位继承人的，为第一顺序继承人；有代位继承人的，应当分给他们适当遗产。(16)另一种立法建议是：丧偶儿媳对公、婆，丧偶女婿对岳父、岳母，尽了主要赡养义务的，没有代位继承人的，作为第一顺序继承人参加继承；有代位继承人的，应当按照遗产酌给请求权的规定分得适当的遗产。(17)该类建议根据代位继承人的有无在授予继承权或遗产酌给请求权之间进行选择，而选择的标准仅在于赡养程度的不同。

### 三、姻亲与继承权的关系分析

继承权，是指自然人按照被继承人所立的合法有效的遗嘱或法律的直接规定而享有的继承被继承人遗产的权利。(18)继承人可以基于自身的权利接受或放弃继承，请求遗产分割，享有继承权恢复请求权等。法律规定哪些人属于法定继承人的范围因而享有继承权，其实质就是决定哪些人具有继承某个具体被继承人遗产的资格。法律在权衡且决定何人为继承人，在何种情况他可以去继承何人的财产时，所依据的原理或者标准就决定了法定继承人的范围。立法者设立规则时所考虑的标准或因素是否合乎社会的发展也就决定了继承制度是否系统与完善。继承权是一项独立的财产权利，它基于特定身份而取得，继承人享有继承权必须与被继承人存在一定的亲属关系而非交换关系为前提。在法定继承人范围的确定上，各个历史时代和各个国家的继承法关于法定继承人范围的规定，都是根据当时社会统治者的根本利益和意志，以婚姻、血缘和家庭关系为基本要素，同时参考各时代和各国的具体情况而制定。(19)从中国大陆继承法的历史演变来看，中国古代财产继承是以宗祧继承为前提的，并受宗法观念的限制。财产继承人的范围，与宗祧继承相适应，一般限于被继承人的直系血亲卑亲属中的男子及嗣子，赘婿只是酌分遗产承受人，继父母和继子女即使有扶养关系也因为姻亲而不能为财产继承人。

在古罗马的历史上，曾出现过儿媳作为自家继承人享有继承权的情形，但其实质含义与我们今天所说的丧偶儿媳、丧偶女婿享有继承权存在着实质的不同。在古罗马法中，“家父”死亡时，处于夫权之下的妻子也是丈夫的自家继承人，因为，她被视为女儿。同样，处于儿子的夫权之下的媳妇也是自家继承人，因为，她被视为孙女。但是，只有在儿子当父亲死亡时不处于其支配权下的情况下，儿媳妇才是自家继承人。同样的说法也适用于因婚姻而处于孙子夫权之下的女子，因为，她被视为重孙女。(20)在此情形，儿媳妇作为自家继承人存在，是以公公死亡时其丈夫不处于公公支配权下为前提。她作为自家继承人存在是以失去独立的财产权为代价。她对自己从“家父”处继承得来的遗产并不享有独立的财产所有权，其对财产的所有权将被新的“家父”所享有，她仍将置于被监护的地位。其享有的继承，表面为儿媳的个人继承，但从严格意义上来说，仍然是家庭意义上的继承，而非自己的独立继承，其仍然处在一个“有名无实”的地位。

婚姻关系和血缘关系，作为制定继承规则时决定法定继承人范围及顺序所遵循的基础，已经为现代世界各国所认同。各国继承法大多依照法定继承人与被继承人的亲属关系的亲疏远近而决定其继承顺序先后，一般以亲等近者优先。(21)法律对法定继承人范围的规定是以继承人与被继承人之间存在一定的亲属关系为前提的。即自然人之间的身份关系是法律赋予其继承权的基础及前提。对于亲属关系的范围，世界各国的规定不尽相同，但根据古今中外继承法所信守的法则，姻亲不在其内，它不属于法定继承人的范围。就算是共同生活的男女之间，也只能基于合法的婚姻关系成为配偶后而互为继承人。这是传统社会中唯一接受的基于婚姻而在没有血缘关系的两人间互相享有继承权的情形。法谚语“无婚姻，无寡妇产”，就算是继承夫之遗产，也须为合法之妻，否则也无继承之权利。在今日配偶互有继承他方遗产之权利，则不独妻须为合法之妻，夫亦须为合法之夫始可。(22)合法的夫妻关系，是没有血缘关系的两人间互享继承权的基础，但享有继承权的范围也只及于配偶彼此的范围，并不及于第三人。其他人只

能作为血亲，在其所处的支系中作为继承人或被继承人存在。除此之外，目前世界普遍接受的也是以血亲为基础的继承关系。儿媳与公婆、女婿与岳父母是姻亲关系而非血亲关系，原则上应当不发生继承问题，规定其为第一顺序继承人与法定继承人须以血缘关系为基础相违背，这样规定会破坏整个继承法的体系。(23)

在大陆继承法中，涉及姻亲继承权的规定目前有两处。一处为形成抚养关系的继父母子女间互享有继承权，另一处就是尽了主要赡养义务的丧偶儿媳与丧偶女婿可以继承公、婆及岳父、岳母遗产的规定。在我国的港、澳、台地区，都不承认继父母与继子女互有继承遗产的权利，更不承认尽了主要赡养义务的丧偶儿媳、丧偶女婿可以继承公、婆及岳父、岳母的遗产，原因就在于该三地都非常重视且将继承权建立在血缘基础上，也都认为他们之间只是姻亲关系而非血亲关系。在香港，甚至因为认为全血缘兄弟姐妹与被继承人之间的关系较半血缘兄弟姐妹与被继承人之间的关系更为密切，所以在《无遗嘱者遗产条例》第4条规定半血缘兄弟姐妹享有继承权，但其继承顺序次于全血缘兄弟姐妹。同样，在叔、伯、姑、舅、姨继承遗产的时候，无遗嘱者的父或母的全血缘的兄弟姐妹优先于半血缘的兄弟姐妹。按现代继承法的发展来看，该规定不甚合理，但可看出血缘关系作为继承权产生基础的重要作用。

依现行继承法的规定，丧偶儿媳与丧偶女婿属于法定继承人的范围，当他们作为独立的第一顺序继承人继承遗产时，不仅可以与被继承人的配偶、子女、父母等其他第一顺序继承人一并继承遗产，在没有其他第一顺序继承人时，他们还可以直接排除其他顺序继承人继承遗产的机会，独自继承遗产。这样规定实为不妥。在我国的传统中，基于按支继承的基础，各支承担的赡养义务也基本相同。如果丧偶的儿媳或女婿承担了主要的赡养义务却不能在丧偶人死后得到一定的利益补偿，也实为不公平，当其夫或妻先于被继承人死亡时，如果留有子女，那这种不公平尚可通过子女的代位继承来协调。如果丧偶的儿媳或女婿尽了主要的赡养义务，却没有子女作为代位继承人继承已死之夫或妻的份额，那这种不公平就尤为突出。在前一种情况，孙子女的代位继承权与丧偶儿媳或女婿所尽的赡养义务之间并没有任何必然的联系。依据法律规定，儿媳与女婿也并没有赡养公婆及岳父母的义务。所以，丧偶儿媳或女婿尽了主要义务后应承认其行为的价值，在被继承人的遗产分配时，对之应有所体现，但这种体现不应该是授予其继承权。继承权是一种权利，它的产生应该有其既定的规则与原则，不应该是基于某种嘉奖性行为产生后的授予，更不应该是的对价性行为的产物。如果基于丧偶儿媳或女婿的这种行为可以授予其继承权并将其列入第一顺序继承人，那么对于尽了主要赡养义务的未丧偶儿媳或女婿，也应当授予其继承权而列入第一顺序继承人的范围。在某种程度上可以说，未丧偶的儿媳或女婿可以与其丈夫或妻子一同赡养扶助公婆及岳父母，相较而言，他们尽主要赡养义务的可能性与现实性都远远大于丧偶的儿媳或女婿独自一人。按此原理，那些向被继承人尽了主要赡养义务的其他公民在满足一定条件时也应当被授予继承权。同时，不授予尽了主要赡养义务的未丧偶儿媳或女婿继承权，这说明对之实行是否授予继承权的标准既不是赡养行为也不是姻亲关系，对尽了主要赡养义务的丧偶儿媳或女婿却授予继承权，各专家学者却在说对之实行授予继承权的原因是因为存在赡养行为加上姻亲关系，二者的差别只在于一个未丧偶，一个丧偶，实质相同的两种情形却遭遇完全不同的对待，其间的矛盾不言自明，实为法律上的不该。

#### 四、我国民众继承习惯中姻亲的赡养行为与继承的关系

在传统社会中，关系较近的亲属成员常常照顾长辈、赡养长辈，并给予其关爱与帮助。当长辈死亡时，长辈在情感上也更愿意将财产留给曾经照顾过自己且关系较近的晚辈亲属，这些关系较近的亲属通常属于法定继承人的范围。仅从曾经给予照料并事后取得遗产的角度看，继承是一种在互惠基础上的迟延支付。通过被继承人可能会给予继承人更多遗产可能性这一经济手段的刺激作用，让法定继承人或可能获得遗产的人能更积极主动的去履行义务、发扬美德，这可以说是互惠原则在继承制度领域的推广运用，它鼓励为老年人提供更好的照顾与赡养。尽管说法定继承人范围的确定，更多的是立法政策选择的结果，但在世界范围内，除了夫妻这种婚姻配偶关系外，具有赡养性质的互惠原则也只应作为以血缘关系为基础，在继承人享有继承权的前提下对其享有继承份额的“量”作出调整的一个指标，而不应该作为产生继承权的根据。在非血亲而具有赡养性质的互惠行为之间，这种赡养行为就更不应该是一种产生继承权的根据。如果因此而授予其继承权，那么继承权就成了一种变相的交易行为的结果，而非婚姻、血缘关系基础上的权利。

依据我国的传统习惯，对于父母的赡养与遗产的继承一般都是按支进行的。从赡养的角度看，各支对其父母都应承担基本相同的赡养责任，这种责任实际也是一种义务。在我国，就被继承人而言，每一支的结构在现实生活中多表现为由丈夫、妻子及他们的子女构成的家庭。从整体上看，赡养义务是由每一支的总体人员共同承担履行的，但具体到个人而言，每一支里只有被赡养人的晚辈直系血亲才是法定的赡养扶助义务人，与被赡养人形成姻亲关系的人对其并没有法律层面的赡养扶助义务，比如儿媳、女婿对公婆、岳父母就没有法定的赡养义务。而我国大量存在的妻子代丈夫、女婿代妻子对其父母尽赡养义务的情形，表面上是在履行家庭的责任，实质却是在履行各支对老人的赡养扶助义务。可以说，我国的法定赡养义务与继承实质上存在着一种对应关系。赡养的按支进行，真正的法定赡养扶助义务人只是被赡养人的晚辈直系血亲一人，但表面上表现出来的赡养行为一般是由丈夫、妻子及其子女构成的家庭。继承的按支进行，因为每个子女及其后裔为一支，所以实质上也是每个子女只取得一份继承权。可见，对于父母的赡养及对其遗产的继承，都仅限于其子女这个晚辈直系血亲的范围，从“量”上而言，每一子女这个晚辈直系血亲也只有且只承担一份赡养义务，只享有一份遗产继承权。在被赡养人或继承人的子女结婚后，其丈夫或妻子与被赡养人或继承人之间会形成姻亲关系，即儿媳与公婆、女婿与岳父母的关系。但这种新的姻亲关系

的形成,均不会导致既存的赡养扶助义务及继承权的增加与减少。就算是规定“女婿和儿媳也应当并且在相同情况下对公婆、岳父母负相同义务”(赡养义务)的法国,也明确规定“在产生姻亲关系的夫妻一方及其与配偶的婚姻所生子女均已死亡时,此种义务即告停止。”(24)而且还明确将尽了法定赡养义务的女婿和儿媳排除在法定继承人之外。同样规定了女婿及儿媳需承担法定扶养义务的意大利,也没有规定其享有对岳父及岳母的继承权。(25)

从整个体系上看,现行继承法除了对丧偶儿媳、丧偶女婿特别规定外,它对非婚姻及非血亲关系的继承其实也是持一种排除的态度。其法条规定对被继承人尽了主要扶养义务的继承人可以多分得遗产,有扶养能力和扶养条件却不尽扶养义务的继承人应当不分或者少分遗产,这都是在其本身具有继承权的基础上,对所继承财产在量上的增减。多分遗产并不是因为其有了新的继承权,少分或未分得遗产也不是被剥夺了其继承权。他们只是在按支继承的过程中,基于其应尽义务的“量”的不同而导致其所继承遗产的“量”存在差异。其他对被继承人扶养较多的非继承人,法律也并没有授予其继承权,而只是给予他们可以适当分得遗产的权利。

根据我国学者近年对“当代中国民众继承习惯调查”的结果显示,被调查民众在对法定继承人范围和顺序的选择中,婚姻关系和血缘关系的远近仍然是最主要的确认标准。首先,民众基于婚姻关系,在继承习惯中对配偶的地位予以充分肯定,这一特点表现得特别明显。其次,对“侄子女”和“外甥子女”这类血缘关系较远的亲属之法定继承的排序,被调查的民众一般将其列为第三、四顺序法定继承人。而选择“与死者长期共同生活的其他人”这一选项的,在各调查地区都属于少数。被调查的民众在继承习惯中十分重视血缘关系的远近,血亲继承人的利益仍被看重,子女、父母、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母等血亲属均被四地区(北京、重庆、武汉、山东)受调查的民众列入法定继承人的范围。从调查中可以看出,被调查的大部分民众都不承认儿媳和女婿为法定继承人。关于形成扶养关系的继父母与继子女为法定继承人问题,也有一至二成半的人赞同继子女作为法定继承人。(26)可见,被调查民众仍然将婚姻关系和血缘关系的远近作为确认继承人资格最主要的因素,在他们期待配偶的法定继承地位将被进一步加强的同时,血亲继承人的利益仍被看重。他们不但更愿意

让尽了主要赡养义务的丧偶儿媳和丧偶女婿以及形成扶养教育关系的继父母与继子女以酌分遗产而不是以继承的方式得到利益,而且还普遍强调亲属关系的存在对酌分遗产的重要性,这便与现行法的立法意旨有一定差异。从调查的结果综合看来,在民众心目中,确认继承人资格时,婚姻关系、血缘关系而非姻亲关系才是主要的确认标准。就算出现法定继承人以外的人请求酌分遗产的情形时,被调查民众对请求酌分遗产人的确认标准也比较强调其本身的亲属关系。丧偶儿媳、丧偶女婿与被继承人之间的关系也只属于姻亲而非血亲关系的范围,他们在民众心目中,也只是作为酌分遗产人的对象而存在。

## 五、结论

从丧偶儿媳与公婆、丧偶女婿与岳父母之间的赡养关系来看,法律并没规定丧偶儿媳或女婿有赡养义务。当其夫、其妻死亡时,其仍然对公婆、岳父母承担赡养扶助义务,这行为本身的性质与其他关系要好的人之间基于自己的自愿而承担赡养扶助义务并没有任何实质的不同。法律对此类行为进行鼓励的方式不应是设定赡养扶助人享有继承权,而应采取适当分得遗产的方式来处理。在世界范围内都统一以婚姻、血缘关系设定法定继承制度的背景下,没有特殊且正当的理由,就没有必要仅仅基于扶养行为的存在而单独授予丧偶儿媳或女婿法律意义上的继承权。

遵从世界范围内按血亲决定继承人范围的按支继承标准,考虑我国民众对非血亲关系人是否应该享有继承权的习惯及意见,也为统一继承法中非血亲关系人取得遗产时遵从的原理及执行的依据,保证继承法内部的协调且合理,在修订继承法时,应对尽了主要赡养义务的丧偶儿媳或女婿的权利从保障手段上进行调整,以保证法律规定内部的协调性。正如密尔所说,法律的每个条款,必须在准确而富有远见地洞察到它对所有其他条款的效果的情况下制定,凡制定的法律必须能和以前存在的法律构成首尾一贯的整体。(27)立法者在立法时要充分考虑、尊重人心人情所向所愿所望,充分考虑、尊重民众的习惯和风俗等。(28)笔者认为,将姻亲纳入继承领域,直接授予其继承权,与立法传统、源流及民众继承习惯均不符,也容易导致继承领域中继承权产生的根据不甚统一,致使相关法律规定间的协调性不足。为了解决基于儿媳或者女婿尽了主要赡养义务就突破血亲继承、按支继承的传统而授予其继承权的行为所带来的不公及与习俗不合的做法,可直接规定尽了主要赡养义务的丧偶儿媳或女婿对被赡养人的遗产享有酌分遗产请求权。在实际操作中,在酌分遗产的“量”上可以比照第一顺序继承人的应得份额。这样做,既不会减损丧偶儿媳或女婿对公、婆或岳父母进行赡养的积极性,也还能将非血亲关系人之间因赡养扶助等互惠行为而获得的分享遗产权利的基础统一起来,不会再导致其与继承权产生基础的矛盾与不协调。

\* 云南司法警官职业学院副教授,中国人民大学法学院民商法学博士研究生。

(1)何勤华、殷啸虎:《中华人民共和国民法史》,复旦大学出版社1999年版,第313页。

(2)[法]巴札尔、安凡丹:《圣西门学说释义》,王永江、黄鸿森、李昭时译,商务印书馆2011年版,第216页。

(3)参见刘素萍:《继承法》,中国人民大学出版社1988年版,第213~214页。

(4)杨立新:《婚姻家庭法》,人民法院出版社2009年版,第30页。

(5)参见[苏]B. C. 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46~47页。

(6)同上,第142~143页。

(7)黄道秀译:《俄罗斯联邦民法典》第1141、1145、1148条,北京大学出版社2007年版,第395~397页。

- (8) 刘文编：《继承法比较研究》，中国人民公安大学出版社 2004 年版，第 102 页。
- (9) 周强：《论我国继承法中的若干基本问题》，载《中国法学》1985 年第 2 期。
- (10) 参见刘春茂主编：《中国民法学·财产继承》，人民法院出版社 2008 年版，第 169~170 页。
- (11) 郭明瑞、房绍坤、关涛：《继承法研究》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 75 页。
- (12) 杜江涌：《论尊重习惯法原则在继承立法中的贯彻》，载《内蒙古社会科学（汉文版）》2005 年第 1 期。
- (13) 张玉敏（课题负责人）：《中国继承法立法建议稿及立法理由》，人民出版社 2006 年版，第 85 页。
- (14) 李红玲：《继承人范围两题》，载《法学》2002 年第 4 期。
- (15) 参见张平华、刘耀东：《继承法原理》，中国法制出版社 2009 年版，第 177~178 页。
- (16) 参见郭明瑞、房绍坤、关涛：《继承法研究》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 74~75 页。
- (17) 王利明（项目主持人）：《中国民法典学者建议稿及立法理由：人格权编·婚姻家庭编·继承编》，法律出版社 2005 年版，第 518 页。
- (18) 杨立新、朱呈义：《继承法专论》，高等教育出版社 2006 年版，第 64 页。
- (19) 侯放：《继承法比较研究》，澳门基金会 1997 年版，第 31 页。
- (20) 《盖尤斯法学阶梯》，黄风译，中国政法大学出版社 2008 年版，第 137~138 页。
- (21) 刘素萍：《继承法》，中国人民大学出版社 1988 年版，第 215 页。
- (22) 郑玉波：《法谚（二）》，法律出版社 2007 年版，第 247 页。
- (23) 张平华、刘耀东：《继承法原理》，中国法制出版社 2009 年版，第 179~180 页。
- (24) 参见《法国民法典》，罗结珍译，第 205 条（1972 年 1 月 3 日第 72-3 号法律）、第 206 条（1919 年 8 月 9 日法律），北京大学出版社 2010 年版，第 66 页。
- (25) 参见《意大利民法典》，陈国柱译，第 433 条（1975 年 5 月 19 日第 151 号法律）、434 条（1975 年 5 月 19 日第 151 号法律），中国人民大学出版社 2010 年版，第 90 页。
- (26) 参见陈苇（项目负责人）：《当代中国民众继承习惯调查实证研究》，群众出版社 2008 年版，第 68~71 页。
- (27) [英]J. S 密尔：《代议制政府》，汪瑄译，商务印书馆 1982 年版，第 76 页。
- (28) 周旺生：《立法学》，法律出版社 2009 年版，第 406 页。

### 人的冷冻胚胎的法律属性及其继承问题

《人民司法·应用》2014 年第 13 期（总第 696 期），2014 年 7 月版

文 / 杨立新\*

**内容提要** 在我国，冷落胚胎的法律属性有客体说、主体说和折中说三种观点。将脱离人体的器官和组织例如冷冻胚胎认定为器官权的意见，是不符合民法的权利学说的；将尚不具有民事权利能力的冷冻胚胎作为人来予以保护，在民法上是说不通的。民法上的物分为伦理物、特殊物和普通物三个类型，将冷冻胚胎等脱离人体的器官和组织认定为具有人格属性的伦理物的意见是正确的，而不是将其作为主体，能够体现其特殊的法律属性和法律地位，能够得到民法的充分保护，因而没有必要将其界定为主体，也没有必要在主体和客体之间创设第三类民法的基本范畴。既然冷冻胚胎的法律属性是物，那么在物的所有权人死亡后，冷冻胚胎当然就成为遗产，是继承人继承的标的。

**关键词** 冷冻胚胎 伦理物 遗产

目前，司法实践中新类型案件的出现<sup>①</sup>引发了各界对辅助生殖领域人的冷冻胚胎的法律性质及其可否继承的讨论。

冷冻胚胎继承否定论并不否认冷冻胚胎的物的属性，认为人的冷冻胚胎在法律属性上属于特殊之物，而不属于人的范畴，这样的认识在民法学说中具有重要意义，体现了冷冻胚胎等脱离人体的器官和组织作为物而对其所有权人行使权利予以限制的特殊性，原则上是正确的，但对有的问题还有进一步探讨的余地，不能绝对化。

冷冻胚胎的法律性质及其可否继承问题，涉及民法总则、物权法、合同法和继承法等法律规则 and 法理的适用。要解决这个问题，首先需要厘清学界的观点。

#### 一、对冷冻胚胎等脱离人体的器官和组织法律属性的不同认识

人的冷冻胚胎属于脱离人体的器官和组织的范畴。对于脱离人体的器官和组织的法律属性问题，学界有以下几种主要学说。

##### （一）认为冷冻胚胎等脱离人体的器官和组织为物的“客体说”

这种观点认为，冷冻胚胎等脱离人体的器官和组织的法律属性为民事法律关系的客体，具有物的属性。

笔者的基本观点是：人体具有特殊的属性，是人格的载体，不能将其视为物，是民法世界中与物相对立的物质形式，是民事主体的物质形式，因而人体器官与组织在没有与人体发生分离之前，是与人的人格相联系的，是民事主体的物质性人格的构成要素。当人体器官和组织脱离了人体，用于移植的人体器官和用于利用的人体组织应当属

于物的范畴，能够建立所有权，只不过这种所有权的行使将受到法律的适当限制。<sup>②</sup>

笔者曾提出物格的概念，也就是对物的类型化的看法。<sup>③</sup>民法上的物分为伦理物、特殊物和普通物三个类型，在伦理物中，包括人体变异物，即脱离人体的器官和组织、尸体以及医疗废物。之所以对物的类型进行如此划分，是因为随着人类对世界的认知能力和控制能力的不断增强，能够控制的物的范围越来越宽，种类越来越多，已经远远超过了传统民法的有体物的范围，突破了人体不能成为物的限制，使物成为一个庞大的概念。这个法律概念能够适应当代人对物质、精神生活的更广泛需要。将脱离人体的器官和组织、尸体以及医疗废物等界定为人体变异物，作为物格中的最高格即伦理物中的物，使其在物的类型中具有最高的法律地位，对其权利行使予以最大的限制，有利于对这种特殊的物的法律保护，建立更为和谐的市民社会秩序。<sup>④</sup>

有学者赞成这样的主张，认为按照物是否具有特殊的自然属性为第一标准，将物分为一般物和广义特殊物；按照物是否具有生命属性为第二标准，将广义特殊物分为生命伦理物和狭义特殊物。由于脱离人体的器官和组织对于人类来说，具有重要的生命价值，应当对其进行高规格的法律保护，因此应当将其视为生命伦理物。<sup>⑤</sup>

无独有偶，有的学者提出了“人格物”的概念，也具有如上的意义。冷传莉教授通过对最高人民法院司法解释提出的“具有人格象征意义的特定纪念物品”概念<sup>⑥</sup>的解读，认为在司法实践中涉及人格与财产融合，进而在特定物上彰显人格利益与财产利益的典型案例通常涉及具有人格象征意义的特定纪念物品，其中就包括遗体、器官、基因、精子等。她认为，人格物概念并非一个创造，而是一个现实的客观存在。不仅在民法理论体系内，可以更好地反映该类型权利与一般物权与人格权的关系，而且在司法实践上，人格物的概念便利了提出这类物的产权确认，能够更有效地满足民法救济以恢复原状为主的原则，更好地坚持只有在恢复原状不可能的情况下，才适用侵权救济和精神损害赔偿的一般民法原则。<sup>⑦</sup>

在美国，1992年发生的戴维斯诉戴维斯案件中，争议的焦点是，胚胎究竟是人还是物。美国生育协会伦理学委员会成员约翰·罗伯森在作证词中针对胚胎究竟是人还是物的问题上提出看法，认为准胚胎是一群可能发展成一个人甚至更多人的细胞，科学界一直认为它不是人，不是权利主体，但它们是潜在的生命，所以应当比其他人体组织得到更多的尊重。<sup>⑧</sup>这样的认识，更接近于我们提出的伦理物的概念，具有重要的价值。

显然，上述学说和理论对我国司法实践发生了重要的影响，因而判决认为“实行体外受精一胚胎移植手术过程中产生的受精胚胎为具有发展为生命的潜能，含有未来生命特征的特殊之物”。<sup>⑨</sup>这样的认识，显然与学界的主流学说具有共同的认识基础。

## （二）认为冷冻胚胎等脱离人体的器官和组织非为物的“主体说”

认为脱离人体的器官和组织的法律属性非为物的学说，主要认为这些器官和组织从属于人的身体，因而属于法律关系的主体。

### 1. 学说

民法的传统学说否认脱离人体的器官和组织的物的属性，主张脱离人体的器官和组织是限定的人的范畴，主张为了对人的身体的完整性保护，在一定条件下，活体的脱落器官仍视为人的身体，如果侵犯这些分离的部分，亦构成对人的身体完整性的侵犯，必须对受害人承担类似侵犯他人手足四肢一样的过错侵权责任。随着现代医学的发展和科学技术的进步，人的身体的许多部分在脱离人体以后，仍可通过医生的努力而使之与人的身体相结合。此种医学的进步表现在多个领域，诸如断指、断肢再造、肌肤移植、卵细胞的提取以及血液的提取等。如果这些身体的组成部分与人的身体相分离，其目的在于事后根据享有身体权人的意图再将它们与身体连为一体，以实现身体正常机能的保护目的，在他人实施过错侵权行为并导致这些脱离权利人身体的部分损坏时，权利人的此种目的即得不到实现，其人身完整性也得不到保障。因此，应根据侵害他人身体完整性的权利责令侵害人承担损害赔偿责任。<sup>⑩</sup>

### 2. 实践

新的民法实践也有采取否定脱离人体的器官和组织的物的属性的“主体说”意见的。

随着现代医学技术的发展，对于胚胎等脱离人体的器官和组织的法律属性为非物说在实践中有新的发展。澳大利亚维多利亚议会上院处理的美国公民里奥斯夫妇所遗胚胎案，是直接针对受精胚胎的法律属性的典型案例。里奥斯夫妇死于飞机失事，在澳大利亚墨尔本医院的胚胎库中，留有里奥斯夫人的卵子与匿名供体的精子受精而成两个胚胎。如何处理这两个胚胎，澳大利亚专门成立了一个国际研究委员会，经反复研究，提出了破坏这两个胚胎的建议。维多利亚议会上院讨论决定，要把胚胎植入代理母亲的子宫中孕育，待该子女长大后继承遗产。<sup>⑪</sup>这一件对胚胎生命予以法律保护的判例，尽管没有看到在学理上究竟怎样认定脱离母体的胚胎的法律属性，但其基础，显然是认定受精胚胎具有生命的人格属性，因而才会采取这样的做法。这样做是人道的，也是符合民法的公序良俗和正义

精神的。

在德国，联邦最高普通法院判例采取的是传统学说的主张。一男子在医院要实施手术，但手术后原告将会丧失生育能力。为了使自己还能有后代，原告让医生在术前冷冻保存了自己的一些精子。医院由于疏忽，将原告保存的精子给销毁了，使原告无法实现储存精子的目的。该原告向法院起诉。法院认为，精子作为人体的一部分，属于身体的组成部分，在其脱离人体之后，仍然具有生命特征和生理活性，能够发展成为一个人，仍然属于人的身体的组成部分。因此，对储存的精子的损害，就是对人的身体的侵害。<sup>[42]</sup>可以推论，在法律的立场上，对冷冻的精子都这样认定，对于受精的冷冻胚胎的法律属性的认定更是可想而知。认为冷冻胚胎等具有人格的性质，是人体的组成部分，自然有其道理。

### （三）对冷冻胚胎等脱离人体的器官和组织法律属性的“折中说”

所谓折中说，是认为体外受精胚胎等脱离人体的器官和组织既不属于主体，也不属于客体，而是在主体说和客体说之间存在的折中立场，应从我国的国情出发，把胚胎定位为特殊客体，从尊重他们成为生命的潜在可能的前提下出发进行制度安排，设计法律条文，解决诸如离婚后受精胚胎在原配偶之间的归属问题。<sup>[43]</sup>

除此之外，还有器官权说认为，脱离人体的器官和组织的性质不属于物的属性，该权利为器官权，为身体权的类权利，跨越人身权与物权两大领域，兼有完整的人格权与绝对的所有权双重属性。<sup>[44]</sup>

## 二、认定冷冻胚胎等脱离人体的器官和组织为伦理物的正确性

### （一）认定冷冻胚胎等脱离人体的器官和组织为主体的意见值得商榷

在上述不同学说中，将脱离人体的器官和组织例如冷冻胚胎认定为器官权的意见，是不符合民法的权利学说的。在民法的权利中，尽管人格权并非实行法定主义，并不绝对禁止创设新的人格权，但是确定一项新的人格权，必须符合一定的规格，且须具有一定的必要性。因为对脱离人体的器官和组织需要民法予以保护，就要创设出一个器官权这样的新权利，这样下去，将要出现的新权利不知道会有多少。当市民社会出现一个新的客体须予法律保护时，首先应当考虑传统民事权利能否将其涵括，如果能够涵括，就通过解释的方法，将其纳入传统的民事权利体系中去，而非动辄就要创设一个新的权利。将对脱离人体的器官和组织的权利认定为器官权，既不属于人格权，也不属于物权，而是横跨人格权与物权两大权利体系的新权利并不适当，也不知道这样的权利在民事权利的分类中应当属于何种类型。

认为脱离人体的器官和组织为主体，具有人格的属性，仍然属于具有生命的身体组成部分，有一定的道理。但是，由于冷冻胚胎等脱离人体的器官和组织已经脱离了人体，不再是身体的组成部分，将其性质仍然界定为人格的载体，用保护人格的方法予以保护，最大的障碍就在于它没有人的外形，而只是一个潜在的人。因而，冷冻胚胎等与人之间的最大区别，就在于一个没有民事权利能力，一个有民事权利能力。将尚不具有民事权利能力的冷冻胚胎作为人来予以保护，在民法上是说不通的。在医学上，通常认为受精之后的胚胎还不是胎儿，只有在其发育到具有初步的人形即受精胚胎着床后第九周开始后可以称之为胎儿，至其出生后才能成为一个人，享有民事权利能力，具有人格。以往，民法在保护胎儿的利益上，突出地表现在继承上，在继承开始时，须为胎儿保留继承份额，待其出生后对遗产进行继承。在侵权法领域，如果侵权行为侵害了胎儿致使其受到损害，也须在其出生之后行使权利。冷冻胚胎还不是胎儿，况且还不在于母体之中，认定其具有人格而非物的形态，属于主体而不是客体，是说不出道理的。因此，可以说，将冷冻胚胎或者冷冻精子、卵子等作为人格载体并以主体的地位予以保护，尽管可以在法律保护上能够更好地体现保护目的，但是在学理上存在不可克服的障碍，其表现就是，它从属于人而不是人，从属于主体而不是主体，因而主体不是其法律属性。

### （二）认定冷冻胚胎等脱离人体的器官和组织为伦理物的正当理由

将冷冻胚胎等脱离人体的器官和组织认定为具有人格属性的伦理物的意见是正确的。其理由在于：

第一，人体器官或者组织脱离人体之后，不再具有人格载体的属性，应当属于物的性质。民法认为，市民社会的基本物质构成从来就是两分法，即人和物的两种基本类型，据此构成市民社会的主体和客体，非此即彼，不存在第三种类型。即使使用人格物的概念，其“人格”是修饰“物”的限定词，“物”则是中心词，构成偏正结构的概念，而不是既是人格又是物。那种认为冷冻胚胎等脱离人体的器官和组织属于主体说和客体说之间的折中说主张，尽管在处理具体问题时有一定的好处，但刻意制造民事法律关系的主体和客体之间的第三种概念，是不能成立的，况且这种主张也还是将其称之为“特殊客体”，而并非构成主体的性质。

第二，认定冷冻胚胎等脱离人体的器官和组织的法律属性为物，并不否认其所具有特殊性。与普通物相比较，冷冻胚胎等脱离人体的器官和组织尽管具有有体物的外形，但其内容中包含着潜在的生理活性，甚至存在生命的形

式。有的学者将其称之为人格物并非没有道理，那就是因为在冷冻胚胎中具有人格的因素，具有潜在的生命，日后可能发展成为人，具有市民社会的主体资格。而在普通的物中，无论如何不会存在这样的因素。就是那些具有人格象征意义的特定纪念物品，例如订婚戒指、定情物等，也是因为具有了特定纪念意义而使其具有一定的人格象征意义，而非其中包含了潜在的人格。这正是人格象征意义和潜在人格之间的区别。

第三，用伦理物的方法完全可以保护具有潜在人格的物的安全。将冷冻胚胎等脱离人体的器官和组织定性为主体或者准主体等，目的是为了体现其特殊性，在法律上对其予以更为特殊的保护，防止其中包含的潜在人格受到损害，因此而不惜损害传统民法对市民社会物质构成的基本划分方法和民法的基本逻辑思维。同样，我们主张用伦理物的概念界定冷冻胚胎等脱离人体的器官和组织的法律属性，认定其为特殊的伦理物，同样可以对其进行特别的保护。笔者曾经提出，作为物的三种基本类型的伦理物、特殊物和普通物，伦理物具有最高的法律物格，应当对其权利的行使进行适当限制，予以最为充分的保护，其目的就在于保护伦理物的特殊性。在冷冻胚胎等具有潜在人格的物中，仍然使用对物的保护方法，但采用更谨慎、更周到的方法予以保护，就能够保障其包含的潜在人格受到特殊保护，避免受到损害。

综上所述，将冷冻胚胎等脱离人体的器官和组织作为民法领域中的伦理物，而不是将其作为主体，能够体现其特殊的法律属性和法律地位，能够得到民法的充分保护，因而没有必要将其界定为主体，也没有必要在主体和客体之间创设第三类民法的基本范畴。

### 三、冷冻胚胎应当作为继承权的客体即遗产由继承人予以继承

在明确了上述问题之后，再研究对冷冻胚胎等的继承问题就顺理成章、水到渠成了。那就是：无论是在学理上，还是在实务中，都应当将冷冻胚胎的性质界定为特殊之物。既然它的法律属性是物，那么在物的所有权人死亡后，冷冻胚胎当然就成为遗产，是继承人继承的标的。这个结论是不存在疑问的。

#### （一）冷冻胚胎是否能够作为遗产

依照继承法第三条规定，遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产。在该条中，还详细列举了主要遗产的范围，即公民的收入，公民的房屋、储蓄和生活用品，公民的林木、牲畜和家禽，公民的文物、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，以及公民的其他合法财产。在上述列举中，确实没有冷冻胚胎一项。将冷冻胚胎作为遗产，必须将其列入“公民的其他合法财产”项下。有疑问的是，将冷冻胚胎认定为“合法财产”听起来似乎并不贴切，原因在于冷冻胚胎与合法财产的概念有诸多不合之处。

其实这个问题并不复杂。在继承法领域，各国继承法一般并不像我国继承法那样列举遗产的范围和类型，而是对遗产仅作笼统的一般性规定。例如加拿大魁北克民法典第 614 条规定：“在确定遗产时，法律不考虑财产的来源或性质。全部财产作为整体构成的一份遗产财团。”我国台湾地区“民法”第 1148 条规定：“继承人自继承开始时，除本法另有规定外，承受被继承人财产上之一切权利、义务。但权利、义务专属于被继承人本身者，不在此限。”我国继承法另辟蹊径，除了一般界定遗产概念之外，还具体列举遗产的范围和类型，除了具有昭示遗产主要部分的作用之外，并没有其他特别价值，反而会对遗产概念的理解造成误解。

应当看到的是，民法领域中的财产概念，是一个大的范畴，包括静态财产（物）、动态财产（债权）和无形财产（知识产权）。冷冻胚胎既然属于物的法律属性，当然就属于静态财产范围。当冷冻胚胎的所有权人死亡之后，该冷冻胚胎就必然成为被继承人的遗产，成为继承人行使的继承权的客体。

#### （二）阻碍冷冻胚胎成为遗产的其他原因及其不合理性

如前所述，否定冷冻胚胎可以继承的原因是：第一，实行体外受精一胚胎移植手术过程中产生的受精胚胎为具有发展为生命的潜能，含有未来生命特征的特殊之物，不能像一般之物一样任意转让或继承，故其不能成为继承的标的；第二，夫妻双方对其权利的行使应受到限制，即必须符合我国计划生育法律法规，不违背社会伦理和道德，并且必须以生育为目的，不能捐赠、买卖胚胎等；第三，冷冻胚胎的夫妇已经死亡，通过手术达到生育的目的已无法实现，故其夫妇两人对该胚胎所享有的受限制的权利不能被继承。<sup>⑮</sup>

上述三个理由都不是阻碍冷冻胚胎继承的正当理由：

第一，从“含有未来生命特征的特殊之物”的前提中，不能推导出其“不能成为继承的标的”的结论。在市民社会，人的生命是最高的人格利益，因此法律设定生命权对自然人的生命予以保护。任何侵害生命权的行为都属于最严重的侵权行为，都要受到法律的制裁。正因为生命需要得到特别尊重，因而对于包含有未来生命潜能的冷冻胚胎就更须受到法律尊重，应当竭尽全力予以保护，使其包含着的生命潜能能够继续存在，并且让其发育成为一个新的生命。在冷冻胚胎的所有权人双双去世之后，对于能够延续他们生命的冷冻胚胎必须予以充分的民法保护，让其

保存下去，并且使之能够采取适当的办法成为一个新的生命。一个不尊重生命的规则或者判决，违背的是尊重生命为最重要的人格利益的市民社会最基本的规则，是应当受到谴责的。正因为如此，对包含潜在生命的伦理物必须得到法律的特别保护，反之，就违反了市民社会的基本规则。

第二，对冷冻胚胎进行继承不违反我国计划生育政策，也不违反社会伦理道德。诚然，冷冻胚胎是不能非法转让和买卖的，这完全没有争议。但是，冷冻胚胎的所有权人即该对夫妇享有生育子女的权利。无论是多么严厉的计划生育政策，都不禁止已婚夫妇生育子女，只是在数量上有要求而已。冷冻胚胎是其所有权人双方生命的结合体，尽管具有物的属性，但它可以孕育成为他们的子女。既然该对夫妇对其孕育的胚胎享有合法的权利，那么在他们死后由继承人予以继承，将他们孕育的胚胎孕育成为人，怎么会违反国家计划生育政策呢？将冷冻胚胎当作商品进行买卖，当然是违反社会伦理道德的，但是，将配偶合法拥有的冷冻胚胎由他们的父母继承，并且有可能将其孕育成为他们的后代，怎么会是违反社会伦理和道德呢？冷漠地对待生命，冷漠地对待包含潜在生命的冷冻胚胎，禁止继承的做法，才是违反社会伦理和道德的行为。

第三，夫妇作为冷冻胚胎的所有权人，他们享有对冷冻胚胎的所有权，有权利决定在何种时候将冷冻胚胎植入女方的子宫，将其孕育成人。在他们死亡后，并非通过手术达到生育的目的已经无法实现。在当代医学技术下，通过辅助生殖技术，有非常稳妥的方法保障这一目的的实现。唯一值得斟酌的倒是通过代孕的方法是否符合政策的要求而已。在一般情况下，通过代孕进行辅助生育是国家政策有所限制的，但在特殊情况下，这一政策并非没有可以突破的缺口。在尊重人的生命，尊重人的根本权利的法律要求下，仅仅以现行政策禁止进行代孕为理由而拒绝继承人的正当要求，显然是不近人情的，也是不尊重人的生命和尊严的。用这样的理由否定冷冻胚胎的继承权，没有说服力。

### （三）政策不能绑架法律

在讨论上述问题时，涉及一个特别重要的问题，即政策能否绑架法律。法院和法官在决定对具体案件适用法律时，应当服从法律，保障法律的严肃实施。这正像有些国家的法典上绘制的正义之神在举起天平时需要蒙上眼睛一样，法院和法官应当只服从法律，不受违反法律的政策干扰，更不能被其绑架。如果被蒙住眼睛的正义女神在裁判案件时睁开双眼，可能就会被世俗所左右。女神尚且如此，平凡的法官更应当谨慎。面对宪法、民法通则、物权法和继承法关于尊重人格尊严、保护物权、保障继承权的实现等明确规定，仅以卫生部颁发的《人类辅助生殖技术规范》和《人类辅助生殖技术和人类精子库伦理原则》等部颁规章为依据，拒绝当事人合理、合法的继承权，是不适当的，有法律被政策绑架之嫌。

### （四）小结

在讨论了上述问题之后，回到冷冻胚胎的继承问题上来，能够得出的结论就是，既然冷冻胚胎是具有发展为生命的潜能，含有未来生命特征的特殊之物，那么就应当允许将其作为遗产继承，并且予以特别保护，使其能够孕育成为一个人，不仅延续他的父母的生命，还应当继承他的父母的遗产。只有这样认识问题和处理这种纠纷，才能够体现以人为本和公平正义的要求。如果不将冷冻胚胎作为可继承物处理，其后果十分可怕，那就是由医院“丢弃”这对夫妇的冷冻胚胎，将已经孕育的潜在生命作为医疗垃圾处置，恰恰是违反人类基本良知与道义的。

## 四、冷冻胚胎原所有人生前向医院签署的知情同意书的性质

实践中，还有一个特别值得研究的问题，就是冷冻胚胎的所有权人与辅助培育和保存冷冻胚胎的医院之间签署知情同意书的问题。一般情况下，这些文件上会载明：当事人同意医院按国家相关法律、法规的要求代为处理和丢弃多余的配子（卵子和精子）或胚胎；对于已经成功的囊胚由医院负责冷冻保存，有一定保存期限，如果需要继续冷冻，须补交费用，逾期不予保存；如果超过保存期，则同意将胚胎丢弃。

患者在就医前签署的知情同意书，是证明医院已经尽到告知义务的法律文书，它的功能在于，对于就医的有关事项，医务人员已经尽到告知义务，并且作出了自己的选择。这是患者行使自我决定权的行为。<sup>⑩</sup>在知情同意书中，患者最为重要的意思表示，一是对多余的配子的代为处理和丢弃，二是对冷冻胚胎逾期后予以丢弃。前一个问题已经不存在问题，存在问题的是：知情同意书中关于对冷冻胚胎逾期予以丢弃的表述，是否能够作为在患者死亡后对冷冻胚胎进行处置的意思表示。

应当明确，在医院就诊时患者签署的知情同意书，尽管只有患者或者其近亲属一方的签字，但属于双方的意思表示，构成合同法上的格式条款，应当适用合同法有关格式条款的规定。合同法第四十条规定：“格式条款具有本法第五十二条和第五十三条规定情形的，或者提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该条款无效。”依照这样的规定，应当讨论以下几个问题：



第一，这个意思表示是死者生前的意思表示，但他们在作出这个意思表示的时候，并没有预见到自己在近期内会死亡。因此，他们在知情同意书中作出的上述表示，不能作为死者的共同遗嘱，不能对其死亡之后的遗产处理发生拘束力。

第二，对多余的配子的处理，符合表意人的真实意思。在处理上也没有问题。但是，对于表意人对冷冻胚胎超过保存期后授予医院的丢弃权，不能用于在其死亡后对冷冻胚胎的处置上。表意人通过意思表示对于医院的授权，仅限于在冷冻胚胎保存逾期的情形，不适用于其他任何超出该范围的情形。将其解释为对冷冻胚胎的全部处置，违反表意人的意思表示，属于无效解释。

第三，对于包含有潜在生命的冷冻胚胎应当予以特别的保护，应当不受知情同意书的限制，只服从于法律的规定。既然冷冻胚胎的所有权人在其生前仅就冷冻胚胎的逾期处置作出意思表示，并未对其死亡后的冷冻胚胎的处置进行表示，那么在冷冻胚胎所有权人死亡后，只能依照继承法的规定，将冷冻胚胎作为遗产，由被继承人的继承人依法继承。

应当特别指出的是，依照我国继承法的规定，被继承人死亡后，其遗产由其继承人在继承开始时予以继承；如果继承人有数人则为共同继承。冷冻胚胎的所有人的双方父母都是冻胚胎的继承人，在所有权人死亡之时，他们没有相反的意思表示，已经共同继承了该冷冻胚胎。在诉讼时，他们应当以医院为被告，主张遗产交付之诉，由医院交付冷冻胚胎。至于继承人继承了这些遗产之后如何处置，不是本诉中的问题，更不应成为否定当事人冷冻胚胎继承权的理由。

\*作者系中国人民大学民商事法律科学研究中心主任，教授、博士生导师。

①赵玲：“辅助生殖领域法律空白亟待填补”，载2014年5月20日《人民法院报》。

②杨立新、曹艳春：“脱离人体的器官和组织的法律属性及其支配规则”，载《中国法学》2006年第1期。

③杨立新、朱呈义：“动物人格权之否定——兼论动物之法律‘物格’”，载《法学研究》2004年第5期。

④杨立新、陶盈：“人体变异物的性质及其物权规则”，载《学海》2013年第1期。

⑤霍原、崔东、张衍武：“脱离人体的器官和组织之法律属性及权利归属”，载《卫生与法》2011年第12期。

⑥最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》第4条。

⑦冷传莉：《论民法中的人格物》，法律出版社2011年版，第39页。

⑧徐国栋：《民法的人文精神》，法律出版社2009年版，第228页。

⑨赵玲：“辅助生殖领域法律空白亟待填补”，载2014年5月20日《人民法院报》。

⑩张民安、龚赛红：“因侵犯他人人身完整性而承担的侵权责任”，载《中外法学》2002年第2期。

(11)邱仁宗：《生命伦理学》，上海人民出版社1987年版，第51页。

(12)[德]马克西米利安·福克斯：《侵权行为法》，齐晓琨译，法律出版社2006年版，第13页。

(13)徐国栋：《民法的人文精神》，法律出版社2009年版，第238页。

(14)唐雪梅：“器官移植法律研究”，载《民商法论丛》（第20卷），法律出版社2001年版，第155-165页。

(15)赵玲：“辅助生殖领域法律空白亟待填补”，载2014年5月20日《人民法院报》。

(16)杨立新、刘召成：“论作为抽象人格权的自我决定权”，载《学海》2010年第5期。

### 宜兴胚胎案二审之“敬法律”体现在哪里？

南京师范大学法学院副教授 赵莉

（经赵莉老师授权首发，转发本文请务必经过作者授权同意）

家事案件判出情与法之结合，乃最具说服力与感染力的佳作判决，在媒体一片宜兴胚胎二审案判出“人”味，融合了“情与法”的喝彩中，作为家事法的教学研究人员，我想就本案中的重要程序问题提出质疑，以期民法学界重视此案在审理中的问题。

宜兴胚胎二审案上诉人的上诉理由第一点即认为胚胎是两死者的合法财产，“应当属于继承法第三条第（七）项‘公民的其他合法财产’”，进而提出了“理由由被上诉人继承、由被上诉人享有监管、处置权利”，被上诉人的答辩则认为和上诉人共同“有监管和处置权”。最高人民法院在《民事案件案由规定》中指出，案由是为了“规范人民法院民事立案、审判和司法统计工作方面”而规定，“民事案件案由应当依据当事人主张的民事法律关系的性质来确定”、“当事人在诉讼过程中增加或者变更诉讼请求导致当事人诉争的法律关系发生变更的，人民法院应当相应变更案件的案由”。显然，案由是以当事人的诉讼请求为前提的，但二审将案由从继承变更为监管权和处置权纠纷，去掉了上诉人据此为前提的继承，表面是变更案由，实际是撤掉了当事人的核心诉讼（上诉）请求，处分了当

事人的诉讼请求，且本案的当事人不以继承为权利的来源，何来“监管权和处置权”？法院对此阐述了三考虑因素，即“一是伦理”、“二是情感”、“三是特殊利益保护”，特别是第三点，采了胚胎性质的过渡说。应该说是参考了美国“朱利耶·路易斯·戴维斯诉玛丽·苏·戴维斯”离婚后争夺冷冻胚胎案中田纳西州最高法院在1992年的判决中确立的“过渡说”，但此说，如果用于配子提供者夫妻离婚争冷冻胚胎的案例，是有考虑余地的，因配子提供者即诉讼当事人双方对胚胎都是有决定权的；而在配子提供者夫妻都已经死亡时，“过渡说”是无立足之地的，因为，胚胎已处于无人可决定向人过渡的可能，除非法院明确可以继承，从而确定新的有决定权的人，但这只能建立在将胚胎性质定性为物的前提下。当配子提供者夫妻都已经死亡时，也让代孕成为了不可能，而一国是否允许代孕没有关系，因为代孕也是要由配子提供者来决定并成为出生婴儿的父母。是故，二审法院在判决胚胎的监管权和处置权归四个老人后，又强调，行使权利不得违反法律和公序良俗、侵害他人利益！有媒体说，此案判出了“人”味，但我说，此案判出了“雾”味！

之所以说本案判出了“雾”味，是因为二审合议庭谈到判决的出炉时说到，参考了美国德克萨斯州今年2月的一个类似判例。“这桩案件中，夫妻双双去世，只留下2岁的儿子，11枚冷冻胚胎存世。法院判令胚胎由医疗机构保管，等唯一继承人成年后决定处理”。笔者查阅到了此案（附后，感谢在美访问学者湖南师范大学王葆蒨老师提供），必须注意的是该案是德州遗产法院为孩子指定的法院事务官（The Master in Chancery）提出的基于胚胎的“准财产”性质（quasi-property status），要求遗产法院指令医疗机构保存冷冻胚胎至孩子18岁，而由于该案走的是非讼程序，在涉胚胎上无对立的当事人且该处置亦不影响其他遗产事项，则上述建议很可能被遗产法院采纳（Since there is no party asserting a claim over the embryos and their disposition will not affect other estate issues, the Master's well-reasoned recommendations are likely to be followed by the probate court.）。但无锡胚胎二审是基于的诉讼程序，在当事人明确要求继承胚胎的诉讼请求下，为了“绕”开继承，无变更案由之必要及权限却通过变更案由的方式，采“过渡说”，未审理当事人的诉请，作出了“十年鲜见的好判决”，实则没有解决本案涉及的重要法律问题：胚胎能不能继承？如果本案能直面继承问题，以“顺天意、存人伦、敬法律”为原则，阐述肯定或否定胚胎继承的理由，再从“综合考虑民意、伦理道德、人情、法理、法律精神”的角度，将胚胎的监管权和处置权判归四位老人，或否定继承胚胎后判决医院在一定时间内不得处置胚胎，以抚慰四位“失独老人”之痛，才是名副其实的融情与法一体的、“十年鲜见的好判决”，起到我院民诉法陈爱武教授所言的“具有生成法的功能，对待新的权利和利益通过司法谨慎裁判推动实体法完善的重要意义”的作用！

另一方面，宜兴胚胎案被冠以我国首例，从继承的角度确属首例，但如果从监管处置权的角度，则并非首例，在2012年山东日照东港法院就审理了一对离婚夫妻在谁有权决定“冷冻胚胎”的归属问题上发生纠纷的案例。而未成讼引发的涉胚胎问题更早已有之，报载2004年10月13日，广东一名妇女在申诉多月后得到卫生部特批，成为全国首例在丈夫死后利用其夫妇俩冷冻的胚胎进行人工辅助生殖技术治疗的“单身女子”，而当2006年四川一名女子从亡夫身上取精子冷冻的事件被报道后即刻引发伦理之争和医学界的担忧。此次，宜兴案“绕”开继承，将胚胎判给四位老人监管处置，有媒体解读为胚胎可继承，是媒体的误读吗？回避胚胎可否继承这样一个极具价值的问题，作出撤销一审判决的二审判决，能不让人“误读”吗？

在大陆法模式下，继承人可监管处置胚胎会怎样？我们来看一个日本死后怀胎出产生案。案情是，原告丈夫因罹患癌症，在化疗前将精子冷冻，死亡后原告未将该死亡事实告知医院而接受了体外授精（此后，该医疗机构受到处罚），胎儿顺利出生后原告将孩子作为夫妻双方的婚生子女向政府提出登记，但未被受理，为此以国家为被告提起诉讼。2003年11月，松山地裁以死后出产违背社会常识为理由驳回了原告的诉讼请求，原告不服上诉。二审的高松高裁于2004年7月以“自然血亲的血缘关系以外，还取得过丈夫生前的同意”为由支持了原告请求，被告国家不服提起三审。2006年9月4日，日本最高裁第2法庭判决撤销了高松高裁的二审判决，驳回了一审原告的诉讼请求。主要理由为“因为父亲在该孩子怀胎前死亡，父亲已经没有取得死后怀胎子的亲权；在抚养上，死后怀胎子也无法得到父亲的监护、养育、抚养；在继承关系上，死后怀胎子无法成为父亲的继承人”，因此“死后怀胎子和死亡的父亲的关系上，已经没有产生上述法律规定的法律上的亲子关系的余地”。

因此，在立法滞后的情况下，宜兴案一审判决采“特殊物”说，驳回原告的继承诉讼请求，虽说理不够充分，缺乏“人情味”，但一审审判人员勇于担当，不回避问题，不绕开问题，回答了一个极具价值的胚胎能否继承的问题，审理了本案当事人的继承诉讼请求，这才是真正的“十年鲜见的好判决”！可惜，被二审撤了！

附：

## Two year Old Boy to Inherit 11 Frozen Embryos

By John A. Robertson, Law School, University of Texas at Austin

A new twist on frozen embryo litigation is now before a Dallas probate court facing what to do with 11 frozen embryos after the parents were murdered. They left no will and gave no instructions to the fertility clinic for disposition if they both died. Under the Texas intestacy statute the only heir is a two year old boy. The Master in Chancery appointed by the Probate Court has recommended that the embryos be maintained by the clinic until the two year old heir is 18, at which time he would acquire all rights to their disposition.[\[1\]](#)

Since there is no party asserting a claim over the embryos and their disposition will not affect other estate issues, the Master's well-reasoned recommendations are likely to be followed by the probate court. A key point is that there are no Texas or United States cases involving inheritance of frozen embryos when both parties have died and left no instructions with the clinic or in a will. Almost all litigation in this area involves divorcing couples who want a different disposition than that to which they had agreed (*A.Z. v. B.Z.*) [\[2\]](#) or have left no instructions at all (*Davis v. Davis*). [\[3\]](#) Most courts have refused to enforce prior agreements for use, despite the analytic weakness of the claim that doing so would force the other party, who has willingly provided gametes to create embryos, to procreate against his or her will.

Without a contesting party who provided gametes, the main question under Texas law is whether the embryos were "property" that would pass under the intestacy statute. Noting that no Texas court had held them to be "property," the Master also found that no Texas court had found them to be worthless.[\[4\]](#) Since they can be the subject of an enforceable contract, the Master concluded that they have an implicit value under Texas law. She recommended that if the probate court does not affirmatively rule that the embryos are property, it should follow the *Davis v Davis* decision that they have a quasi-property status "in the nature of an ownership interest" that is subject to probate orders for settlement or distribution of an estate.[\[5\]](#)

It is refreshing to see a direct grappling with the charged term "property" for embryos. The widespread reluctance to describe dispositional control of embryos as "property" arises from the fear that if so designated they would have no special status and could be treated like any object or thing. But "property interest" also connotes dispositional control—who decides what is done with embryos within legal limits of what can be done with them. The Master is correct that if not designated as "property" under Texas law, there can still be an ownership or dispositional interest in them. Indeed, they can be valued in terms of the cost of their production, a more accurate assessment than the cost of storing them which the Temporary Administrator of the estate had listed on an inventory of estate assets. Recognizing dispositional control of embryos in no way negates the "special respect" that the *Davis* court, drawing on American Fertility Society recommendations, had assigned them.

What about the oddity of a two year old orphan having dispositional control over eleven frozen embryos that could become his younger siblings? Of course, he can make no decisions about them until he is 18 nor can a conservator make those decisions for him. The strangeness of the situation might accrue from the long wait until a decision about them is made, based on the Master's reliance on the vitrification method of freezing as keeping frozen embryos viable for 40 years or longer. It also is strange that at 18 he may then be asked to decide whether to continue paying storage fees, discard them, or donate to others or to research. In past cases no one so young has been asked to make such decisions, though the case is not that dissimilar to adolescents storing sperm or eggs prior to cancer treatment giving directions for disposition of stored gametes if they do not survive.

With further reflection the strangeness of the idea that a two year old boy will inherit 11 frozen embryos begins to fade. Yes, it is a bit novel, but as the Master persuasively shows, the embryos are part of his deceased parents' estate and as heir he is entitled to have them maintained for his dispositional control until he is 18. The same outcome should occur whatever the age of the heir. Making sure that persons creating embryos give directions for what should be done with embryos if they both die will avoid such situations in the future.

[1] Report and Recommendations of Master in Chancery, In the Estate of Yenenesh Abayneh Desta, Deceased, No, PR 12-2856-1. Probate Court No. 1 Dallas County, Texas

[2] 725 N.E.2d 1051 (Mass. 2000).

[3] 842 S.W.2d 588 (Tenn. 1992).

[4] Note 1 at 16.

[5] Id.

This entry was posted in [Bioethics](#), [John A. Robertson](#), [Reproductive Technology](#) by [jrobertson](#). Bookmark the [permalink](#).

(文章网址:

<http://blogs.law.harvard.edu/billofhealth/2014/02/23/two-year-old-boy-to-inherit-11-frozen-embryos/>  
)

## 法治论苑 | “私德”入法须慎行

2014年9月24日 上海法治报 杨力

□ 什么样的道德可以引入法律？二战后，具有很大影响力的观点来自于德夫林，尽管这一观点现在看来流于肤浅和谬误。他认为，道德不存在公共道德与私人道德之分，所以法律对道德实施强制理所应当。

□ 哈特认为肯定存在私人道德，以及它不应受到法律的强制。根据这一观点，我们要避免的是以道德为名实施法律暴政，这已是现代法治社会极为深刻的共识，值得探讨禁止啃老入法时加以借鉴。

□ 私人道德不入法的前提是“不造成他人损害”。对此，应以阿马蒂亚·森提出的“降低不道德”为宗旨。在啃老问题上，就应让标准代表的道德更贴近理想道德的目标，把资源分配跟个人转化资源的能力结合起来。

杨力

继江苏、山东之后，杭州又拟在当地老年人权利保障法案中，列入“有独立生活能力的成年子女不得以无业或其他理由要求老年人提供经济资助”，涉此交织于媒体与坊间的褒贬之争，再一次被推上风口浪尖。

褒者认为，禁令入法的目的不是“一刀切”根治“啃老”，而只是借助于重申法律上原本就应归属于老年人的财产独立支配权，把现实中的“孝悌”良俗，以更直接、明确的法律形式加以记录，期待凭借法律的相对确定性形成恒久的公序；贬者则以为，评价“啃老”属于道德范畴，当外部压力巨大而社保难以跟进，不能排除许多老年人仍会主动“被啃老”，因此非要让法律强行置喙，恐怕会适得其反。

两种立场莫衷一是的根因在于，即使遭到伦理否定的道德，是否就应受到法律调整？换言之，类似于“啃老”这样的道德，即使不被所谓主流认同，难道就一定要受到法律的惩罚吗？其实，这是一个上世纪中叶世界学界就早已有过数轮交锋的经典命题。现让我们通过回顾那些论战中的深厚知识积淀，续议及深度回应本不该再引争议的“禁止啃老”入法问题。

道德入法的经典论辩

道德与法律有许多重合之处，可以说大部分的道德都为法律所承认。不过，已有的共识是，道德与法律既有重合的部分，也有各自独立的范畴。把属于道德的问题当作法律问题处理，就会导致将不道德行为与违法行为、道德责任与法律责任混为一谈。

针对这一问题近现代最有影响力的论战，开始于二战后纽伦堡和东京两大军事法庭审判期间那场著名的大交锋。除了牛津的哈特与哈佛的富勒两位之间，有关法律本身是否应有道德性的论点对抗，同时比较有意思的，还有作为英国保守派勋爵的德夫林高级法官加入战团后，又进一步更为深入地提出了需要把什么样的道德引入法律的问题，而这正是类似“禁止啃老”入法的一场经典论辩。

就像“禁止啃老”入法之议中的褒扬派那样，德夫林面对当时英国法律对同性恋的宽容，提出了激烈反对意见，强调禁止同性恋需要入法。不过，他的这一观点遭到哈特和富勒的一致反对，乃至被当成一个典型的反面标靶，最终把问题的讨论引向了深入。正是在此基础上，安乐死、堕胎等一些颇受争议的道德私人领域问题，被连续不断引入成为论辩的延伸对象。德夫林对此认为，道德判断不是简单个人观念的集合，而是社会共同体意义上的一种公共判断。基于此，道德不存在公共道德与私人道德之分，所以法律对道德实施强制理所应当，这一立场在今天看来流于肤浅和谬误，但在当时却具有很大影响力。

私德不应受到法律强制

其实类似“啃老”等一些明显属于私人道德领域的问题，毕竟区别于经济、安全等公共领域。因此解决问题的核心就在于，原本这些属于私人道德的领域，即使被所在社会的主流道德所否定，它们作为私人道德是否还应继续受到法律的调整。

回答“是”，就是期待借助于法律维持主流道德的水准不被降低，以保持社会不崩溃；回答“不是”，就是认为私人道德不存在所谓的底限正义内容，亦即有独立生活能力的成年子女啃老、安乐死对他人生命的处分权等，法律都无权过问。

对此英国法理学家、新分析法学派创始人哈特给出的答案极为清晰，他认为肯定存在私人道德，以及它不应受到法律的强制。因为法律只有在防止造成对他人伤害时才产生作用，所以，无权对没有造成他人损害的不道德行为加以制裁；以所谓的社会共同体作出的道德公共判断，除了给人家长主义的印象，不会让人觉得它真的代表了整个社会的道德意见；同时，属于私人领域而于社会无害的边界之内，哪怕是唾弃的道德，也不是理所应当受到法律管辖；此外，以所谓的多数人认可的道德作为主流道德，会让人产生对多数人暴政的担忧。可见，哈特反对德夫林把那些隐私的私人道德纳入法律。

根据哈特的观点，对应啃老禁令的热议，要求没有造成他人和社会损害的私人道德必须符合所谓“集体反对啃老”的主流道德，只是一种道德理想，而不是法律与道德所共同要求的底限正义内容，所以法律不能轻易出场。当然，这里所捍卫的实质上是对以道德为名实施法律暴政的警惕，这已是现代法治社会极为深刻的共识，值得探讨禁止啃老入法时加以借鉴。

以不造成他人损害为边界

不过问题的讨论并未到此结束。私人领域的道德不应接受法律的调整，不代表它们在法律上完全没有意义。私人道德往往与法律也只是一步之遥。

因而啃老禁令应慎行，不代表法律对恶意啃老行为只能避而远之或置之不理。就像一些国家会以司法判例的方式划出安乐死适用的严格前提。作出这种边界的划定，目的在于告知人们，不受法律强制的私人道德，是以“不造成他人损害”为前提的。简单地说，当啃老被认定为恶意或明显造成老年人的损害，法律仍有权以维护老年人的独立财产处分权为由予以干预。

那么，什么叫不造成他人损害？判断的关键不是仅对行为本身的判断，更为重要的是对行为背后的影响因素分析。之所以当下中国啃老现象泛滥，相当程度上离不开青年一代面临的巨大生存压力。于是问题转化成为，法律上如何划定不造成他人损害的边界？

正如现实中不同的人确实会从不同角度对完美道德提出自己认为正确的看法。同理，啃老禁令即使在纯粹的道德论证上至今也尚难定论，又一次印证了不存在所谓主流的完美主义道德，因此，私人道德领域内划定不造成他人损害的边界标准，逻辑的线条上就是以诺贝尔奖得主阿马蒂亚·森提出的“降低不道德”为宗旨。

沿着这一思路，降低不道德的奋斗过程中，能否寻找到一个判定贴近或远离不道德目标的标准？

通常，我们立即会想到幸福指数、权利状况、资源利用以及自由程度等。但需要提醒的是，不要忽略能力上的平等。就像啃老一族除了部分游手好闲者，相当数量却是基于刚步入社会或缺乏足够的生存技能等，而在职业上暂时处于劣势。

其实从某种意义上说，社会公正、道德与否的判断，就在于每个人拥有平等的能力，因为它代表了所能获得的公平的起点、均等的机遇和正当的过程等。如果说一个人拥有的能力来源于天赋，那么一个人拥有的能力平等与否，则来源于国家和社会的公平安排，而一味简单地禁止啃老，恐怕与建立机会均等的目标在一定程度上南辕北辙。此时，涉及判定啃老问题的标准，就应是让标准代表的道德更贴近理想道德的目标，即不只是单纯考虑资源的合理分配，而是更应把资源分配跟个人转化这些资源的能力结合起来。这是一条极其重要而又易被忽视的真谛。

围绕法律与道德历时性论战已达成的经典共识启示我们，禁止啃老作为私人道德范畴，将之入法应慎行。不过，面对已明显造成老年人损害的恶意啃老现象，法律仍可以从降低不道德角度出发，以维护老年人的法定独立财产支配权为由进行必要的干预。

（作者系上海交通大学凯原法学院教授、副院长）

■ 《上海法治报》2014年9月24日

## 应完善家暴司法干预与多机构协作机制 ——以陕西为视角

2014年9月23日 中国妇女报 张伟 马钰凤

## 反性别暴力系列讨论

调研显示：大部分家暴案件当事人都投诉到妇联，投诉到司法机关的比较少；公安、司法机关工作人员对家暴不够重视，认识有偏差，执法不够规范和严格；家暴防治立法仍处于初创阶段。为此，应切实提高公安、司法人员的综合素质，注重培养他们的社会性别意识使其善尽职责，并制定全国统一、专门的防治家暴法及完善家暴司法干预和多机构协作机制。

## ■ 张伟 马钰凤

家庭暴力严重影响家庭和睦与社会和谐，它对妇女、儿童和老人等人身权益的侵害尤为突出，应该引起社会各界的高度关注和重视。为此，笔者和项目组（即陕西省妇联、省社科联重点研究项目“妇女权益保障法与陕西省《预防和制止家庭暴力的决议》的执法调查——以家庭暴力的司法干预为视角”〈SWS-0903〉）成员分别于2009年5月~8月和2014年6月重点调查了西安、榆林、咸阳、商洛和安康市所辖县区内的部分法院、检察院、公安机关等部门，主要了解了《中华人民共和国妇女权益保障法》与陕西省《预防和制止家庭暴力的决议》在省内主要地区的执行情况，分析研究陕西省家暴产生的原因、类型、特点及危害后果，了解收集陕西省司法、公安等部门行使干预家暴的职能、职责分工、工作机制、处理措施及存在的问题，为陕西省乃至全国制定反家暴立法和完善家庭暴力司法干预及多机构协作机制提供法理依据和学术支撑，并提出相关建议与对策。

## 家庭暴力司法干预不足及其主要原因

调研中，笔者发现大部分家暴案件当事人都投诉到妇联，投诉到司法机关的比较少；自2010年8月9日陕西省旬阳县法院首发了全省第1份人身安全保护裁定，到2013年7月为止，陕西省共有6个基层法院下发了30份人身安全保护裁定，从实施效果看，没有发生一例涉及违反保护裁定情形，法律效果较好，但也存在一些问题，如申请数量较少、试点情况不均衡、裁定内容单一、法律适用难、证据规则把握难、裁定执行难等。

调研显示，家庭暴力司法干预不足的主要表现为：公安、司法机关工作人员对家暴的认知程度较低，存在一些认识上的误区，执法不够规范和严格；对相关法律、法规、规章及规范性文件的了解和理解程度不够，对防治家暴的法定干预职能认识不够明晰，也未将家暴案件进行分类专项统计等。

同时，公安、司法机关处理家暴案件中也存在一些困惑：如公安机关对家暴司法干预尺度难把握及对家暴案件的认定存在疑惑、缺乏处理家暴案件的专门机构与人员及部分警力不足、公安机关与其他相关机构的沟通协作缺乏制度性的规划和保障等。而法院对家暴行为也存在认定难与取证难、家暴受害人获得精神损害赔偿少、当事人对家暴救济措施知晓程度低、未设立专司审理家暴案件等家事案件的专门法庭（家事法庭）及未配备专职与有经验的审判人员，也未适用独立的家事诉讼程序与特别的证据规则等。

通过分析，我们发现家庭暴力司法干预不足的主要原因是：

首先，相关部门的人员对家暴不够重视、认识不足或有偏差。如认为家暴是家务事，能推则推，或认为只有在离婚的情况下，才对受害人的权益损害予以补偿，因家暴案件在受理的整个案件中相对较少，认为深入研究解决方法意义不大，故重视不足，理解也不到位。

其次，公安、司法人员素质参差不齐，专业人员配备不足及专业培训与在职进修的缺乏。如缺乏处理家暴案件的专门机构与专业人员及辅助人员，法律意识、理论水平不高，喜欢凭经验、直觉办事。

最后，全国及陕西省欠缺一个统一的体系化的防治家暴的立法。陕西省乃至我国的家暴防治立法仍然处于初创阶段，处在一个零散的、非体系化的较低的立法水平上，欠缺一个统一的体系化的防治家暴的立法，执法缺乏法律依据和明确具体的操作程序。现行家暴防治规范操作性不强，缺乏执行力。

## 制定专门法律并完善相关机制之建议

“国以家为基，家以和为贵”。让家庭暴力远离家庭成员，是我们共同的愿望和努力的方向，也是公安、司法人员的神圣职责。笔者认为，应切实提高公安、司法人员的综合素质和执法水平，尤其应注重培养公安、司法人员的社会性别意识，使其善尽法律赋予的职责。与此同时，急需制定陕西省防治家暴的地方性法规与全国统一、专门和综合性的防治家暴法及完善家暴司法干预和多机构协作机制。

——立法建议：第一，尽快制定陕西省有关防治家暴的地方性法规，并进一步推动制定全国统一、专门和综合性的防治家暴法。同时，在制定、执行及监督反家暴立法和相关政策时，应将性别意识和性别平等原则纳入并贯彻于整个过程，注重维护弱势及少数边缘群体的合法权益。第二，可参照最高人民法院应用法学研究所《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》，结合陕西省实际情况，制定《陕西省法院家庭暴力婚姻案件审理指导意见》。

——对公安机关的建议：第一，应提高公安机关执法人员素质和水平，加强法律、法规的学习。第二，应严格执法。派出所作为打击家暴的第一线，在接到受害人求助电话后，应立即到现场处理。必要的话或对受害人构成严重威胁或情节严重的，可立即依法拘留施暴人，以免警察走后，施暴人因恼羞成怒，对受害人的暴力升级。应强调对家暴这种严重的违法犯罪行为，实行“零容忍”，依法严惩，决不宽贷。

——对法院的建议：第一，在法院中设立专司审理家暴等家事案件的家事法庭，有必要选取具有专业知识和实践经验的法官作为家事法庭的法官及配备专职辅助人员，同时，在家庭隐性暴力诉讼中引入举证责任倒置规则，实现公正的司法救济。建议制定独立的家事诉讼程序和特别的证据规则。第二，进一步推广和完善在陕西省基层法院

试点开展的家暴受害者的司法保护措施（民事保护令），即人身安全保护裁定制度。如积极宣传加大释明力度；在证据把握上要不同于一般民事诉讼证据规则；建议将人身安全保护裁定统一由法院执行庭落实执行，以免相互推诿；积极推进立法，制定不依附于诉讼的独立的人身安全保护令制度等。

——对检察院的建议：检察机关对公安机关移送审查的家暴案件，如证据确凿，事实清楚，应依法提起公诉，不得以家庭纠纷为由不起诉。

——完善家庭暴力司法干预与多机构协作机制体系的建议：强化对家暴的司法干预和完善多机构协作机制，整合司法、公安、民政、卫生、教育和妇联等部门的力量，加强多机构联动，完善救助措施，这对优化资源、提高办案效率、有效防治家暴非常重要。即应建构和完善以“人身保护、行为矫治”为主要内容的司法干预机制与多机构协同合作的家暴防治基础体系及救助措施。

——提高公民自我保护的法律意识的建议：加强普法宣传及相关知识的培训，强化当事人的证据保护、收集、固定及保全意识。另外，应将家暴案件作专门分类统计。笔者建议公安和司法机关在统计案件类型时，将家暴案件列为单独的统计项目，这样可以随时监测家暴案件的发生率、引起的原因等，以利于我们及时作出应对策略。

（张伟为西北政法大学民商法学院教授，马钰凤为该学院副教授）

### “老年审判庭”的价值

2014年9月25日 人民法院报 华东政法大学教授 傅鼎生

20年前，随着上海人口老龄化进程的加快，为老年人社会服务的需求迅速增长，上海市静安区人民法院首创了专门审理涉老案件的“老年审判庭”。老年审判庭不仅仅是一种形式、标签，而是一个人口老龄化社会背景下贯彻老年人权益保护的司法载体，其积极意义在于使涉老案件的审理工作专门化。

涉老案件办理的专门化，创造了独特的服务老年人的民事审判工作模式。老年人的基本人权应受到特别关注，老年人在审判活动中应得到特殊照顾。专司涉老民事审判工作的老年庭，为了解老人之需、解决老人之难提供了一种有益的形式。老年庭的法官们针对老年人的特点，探索出一系列适合老年人的工作方法。诸如，从立案、审理、执行三个环节，确立了优先受理、方便诉讼、着重调解、审执兼顾、依法保护五项工作原则；为方便老人，老年庭成员采取上门受理、上门谈话、上门开庭、上门执行、上门回访的工作方式；在审理中，法官积极指导老年人正确、及时行使诉讼权利和履行诉讼义务。这一切造就了涉老案件办理特色。

涉老案件办理的专门化，确立了涉老案件办理工作的长效机制。静安法院制定了《关于进一步加强涉老民事审判工作的若干意见》，该意见从“设立涉老案件立案绿色通道”、“提供涉老案件审理便捷服务”、“加强涉老案件优先执行”、“完善老年人维权社会网络”、“强化涉老纠纷化解宣传引导”五个方面对涉老民事审判工作进行了全方位的规定。规定具体、明确、针对性强，具有可操作性，不仅体现了尊老、敬老、爱老、护老的宗旨，而且还反映了司法能动作用，实现了法律效果和社会效果的统一。

涉老案件办理的专门化，形成了“司法护老”的理念。老年审判庭的设立并不在于超越或改变实体法和程序法以及人民法院组织法规范，而是在于创新一种护老的工作机制。静安法院在老年审判庭工作中形成了“司法护老”的理念，并运用这个理念指导工作。人口老龄化是社会文明的表现，法律护老更是人类文明的标志，法律护老包括立法护老、司法护老。《联合国老年人原则》要求各国保证对老年人状况进行优先注意，并强调老年人的“独立”、“参与”、“照顾”、“自我充实”和“尊严”。我国在全国人口老龄化到来之际，适时地制定了老年人权益保障法，2012年又对该法进行修订。修订后的老年人权益保障法凸显了对老年人的倾斜保护。立法的护老要求司法的护老。用“司法护老”的理念指导审判工作实践，既保护了老年人的权益，又实现了案结事了，还教育了相关群体，营造了尊老、敬老、爱老、护老的社会氛围。

老年审判庭的价值已经远远超过了作为一种组织机构的本身，其意义在于形成一整套适合老年人的审判工作模式，建立涉老民事审判工作的长效机制，确立“司法护老”的社会理念。

### 完善预防和干预未成年人遭受家庭暴力法律制度的建议

2014年9月28日 儿童权利在线 张雪梅

完善预防和干预未成年人遭受家庭暴力法律制度的建议

由于未成年人的身心尚不成熟，加上缺少针对性的法律规范和社会干预机制，未成年人遭受家庭暴力具有很强的隐蔽性。“棍棒之下出孝子”等传统文化和习俗对于针对未成年人的家庭暴力有相当程度的容忍甚至是鼓励和支持。因此，此种暴力不仅难以发现，而且还存在一些预防和干预的障碍，需要克服陈规陋习的影响。

同时，长期以来，未成年人作为家庭暴力的主要受害群体之一，一直隐藏在针对妇女的家庭暴力之后，没有被独立的或有区别的对待。其实，未成年人在生理、心理、表达能力和行为能力等方面与成年人都有很大的不同，在受到家庭暴力后的各种需求具有自己的特殊性，在权利实现方面具有相当程度的依赖性。因此，在立法、执法和司法实践中，应当将未成年人的特殊保护作为一项重要内容给予特别关注。

目前，《反家庭暴力法》已经纳入十二届全国人大常委会五年立法规划，最高人民法院正在研究制定涉家庭暴力刑事案件的司法解释，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、民政部正在研究制定关于处理监护人侵害未成年人权益行为的司法解释。据了解，正在制定中的《反家庭暴力法》主要从保护家庭成员合法权益，维护家庭关系

角度，并不是以未成年人保护为主线。最高人民法院正在研究制定的涉家庭暴力刑事案件司法解释主要侧重于家庭暴力的概念界定、家庭暴力行为的分类以及如何定罪量刑，对于一般民事案件的司法干预没有涉及，而未成年人遭受家庭暴力还有很多处于隐形案件没有被发现，不利于对这一类案件的监督和干预。最高人民检察院、公安部、民政部正在研究制定关于处理监护人侵害未成年人权益行为的司法解释，相对来说，是以未成年人家庭监护干预为核心内容和主线的司法解释，强调干预措施之间和部门工作之间的衔接，强化行政保护和司法保护的衔接，但是由于受监护制度立法现状和相配套的未成年人社会保护制度影响，也存在一定局限。

我们建议，在完善相关立法方面，应当充分考虑未成年人这一特殊群体在反家庭暴力和家庭监护干预立法中的保护问题，一方面需要调整对施暴人的惩治机制，另一方面需要建立对家庭监护的支持、监督和干预体系以及系统的预防、发现、报告、反应机制。

#### （一）立法的基本原则应当秉承对未成年人进行特殊优先保护的原则

《儿童权利公约》要求缔约国开展立法审查，以确保禁止对儿童的任何程度的暴力行为。公约第3条规定的儿童最大利益原则是整个公约的核心原则；通过吸收和转化，该原则在我国《未成年人保护法》和《中国儿童发展纲要》中已经规定为特殊、优先保护原则。

未成年人权利保护的特殊性要求我们禁止对未成年人实施家庭暴力，并从更有利于未成年人的生存和发展的观念出发，遵循未成年人特殊优先保护的原则，建议在相关立法的基本原则中规定：“对受到家庭暴力侵害的未成年人和目睹家庭暴力的未成年人给予特殊、优先保护，保障未成年人的合法权益不受侵犯。”

并在家庭暴力的定义、预防措施、干预手段、处理程序、司法程序介入等具体条款的设计上具体体现该原则。

#### （二）家庭暴力的定义应当体现儿童视角

我国法律引入家庭暴力的概念已有多年，2001年修订的《婚姻法》最早将家庭暴力规定其中。2006年修订的《未成年人保护法》也引入了家庭暴力的概念，正式明确未成年人家庭暴力的问题。但是这些法律都没有对家庭暴力的定义做出界定。我国关于家庭暴力的定义是在《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》中规定的：所谓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。2008年《关于预防和制止家庭暴力的若干意见》也沿用了这一界定。但现有司法解释中对家庭暴力的概括性定义，没有突出未成年人遭受家庭暴力的特殊性，忽略和排除了一些对只有对未成年人才构成的家庭暴力行为，不利于对未成年人遭受家庭暴力的干预和保护。

由于未成年人没有独立的生存能力，不具备法律上的完全行为能力，针对未成年人的家庭暴力范围肯定不同于针对完全民事行为能力人的家庭暴力。家庭暴力对于未成年人而言，不仅是只有暴力的手段能造成伤害，非直接暴力的行为也会构成身心的伤害，例如父母对未成年人的饮食照顾、安全与医疗等方面基本需求的忽视以及遗弃等不作为行为；不仅是父母恶意伤害才属于暴力，父母因为管教而实施的体罚行为也属于暴力。

在实施家庭暴力的主体方面，也应体现和成年人之间暴力的不同。对未成年人的施暴主体主要是对未成年人负有照管责任的人员，其人员范围应当适当扩大。除了父母等家庭成员外，寄养家庭的抚养人及其家庭成员、对未成年人承担委托监护、实际抚养职责的人员都应当作为施暴的主体，例如留守儿童的事实抚养人等。

建议反家庭暴力法和最高人民法院的司法解释在界定家庭暴力的定义中，充分考虑针对未成年人家庭暴力的特殊性，以使父母和社会大众更新传统的观念，准确的认识和理解哪些行为是家庭暴力，使处理案件的专业工作者更容易准确地对案件做出识别和认定，及时有效保护未成年人权利。

#### （三）规定未成年人遭受家庭暴力的预防措施

反对儿童暴力问题正在极大地挑战着我国的传统文化，但是整个社会的思想观念还没有发生明显的改变。在特定的社会历史以及发展背景下，整体的意识改变也许需要一段时间，但是通过完善立法、执行立法并且宣传法律本身就是改变现状的过程。

未成年人遭受家庭暴力有很多种因素，根深蒂固的传统管教观念、家庭缺少监护支持与监督是重要原因。因此建议在立法中规定预防条款，一方面加强宣传与倡导，转变社会观念，开展长常规性的教育培训，设立社区早期筛查系统，预防轻微的家庭暴力行为。另一方面规定对家庭履行监护职责的支持和帮助措施，对家庭提供相关支持服务，消除严重的或反复发生的家庭暴力危险因素。例如，对于因为监护人缺乏正确的家庭教育指导方法而暴力管教的，对其开展有针对性的指导；对于养育残病儿童的监护人提供养育补贴；对于非婚生家庭、父母患有重大疾病或服刑以及面临其他现实困难无力履行监护职责的，对其给予物质帮助、经济救助和代为照料服务；对于因为监护人问题导致未成年人流浪乞讨的督促监护人有效改正，提供帮助措施避免未成年人再次流浪乞讨；对于留守、流动等未成年人，加强社区保护与对抚养人和监护人的指导与监督；对于监护人因身体、外出务工等原因无法履行监护职责需要委托监护，又没有具有监护能力的人员予以委托的，应当提供或协调发展公共服务提供委托监护。

#### （四）确立未成年人遭受家庭暴力的强制报告制度

强制报告制度是及时发现未成年人受到家庭暴力、为其提供保护的关键途径。由于我国法律中没有规定未成年人遭受家庭暴力后相关人员应当报告的义务，实践中大部分人也缺乏报警以及帮助孩子的意识，致使很多未成年人遭受家庭暴力的案件容易成为隐形案件，受害未成年人得不到及时保护。美国、澳大利亚等很多国家对强制报告义



务做出了比较详细的规定值得我们借鉴。

为了使即将出台的《反家庭暴力法》和最高人民法院、民政部等部门制定的关于依法处理监护人侵害未成年人权益的政策，能够成为保护未成年人免遭暴力的重要保障，有必要确立强制报告制度。强制报告义务的规定是发现儿童伤害的第一道关口，只有具备发现问题的渠道才能提供进一步的干预。因此，建议规定具体的强制报告义务主体的范围，并对报告的时间、接受报告的部门、知情不报的法律责任做出具体、可操作的规定。

从加强可操作性角度讲，具有报告义务的主体不能是泛泛所有人，必须明确几类能与未成年人密切接触的人具有强制性的报告义务。建议规定未成年人的其他监护人、事实抚养人、共同生活的其他家庭成员以及居住地的村居委会、学校、幼儿园及其他教育机构、医疗卫生保健机构、救助福利机构的工作人员具有强制报告的义务，在其生活和工作中发现或者应当发现未成年人可能或者已经受到家庭暴力侵害时，应当及时向公安机关报告。强制报告意味着该报告时必须报告，知情不报将承担法律责任。建议规定具体法律责任条款，以使该强制报告义务条款能够在实践中得到执行。例如具有强制报告义务的人员应当报告却没有报告的，公安机关可以对其予以警告，导致未成年人发生伤亡等严重后果的，由其所所在单位或上级行政主管部门予以行政处分，情节严重的吊销其职业资格。

同时，为了鼓励报告义务人员积极报告未成年人的家庭暴力行为，还应当规定一系列保护措施，例如保护报告人的身份信息，报告人对事实了解不全而发生误告、错告或报告失实的，不追究报告人的责任。当然，捏造事实诬告陷害他人的除外。

#### （五）规定危险状态下将未成年人带离家庭的紧急干预措施

对于未成年人的生命健康可能会遭受严重威胁的紧急状态，由于缺少法律明确的规定，公安机关介入案件后，往往不能将其带离家庭，进行紧急救助和临时安置，未成年人自己不了解也没有能力主动申请庇护，导致这些未成年人不得不继续留在危险的家庭，可能面临着再次遭受暴力的风险。因此，立法中，应当规定紧急情况下对未成年人的保护措施，如果未成年人正在受到严重的家庭暴力、面临严重人身安全威胁、目睹家庭暴力已经危及自身安全或者处于无人照料等危险状态的，公安机关应当优先保护未成年人的健康和生命安全，将其带离家庭，协调民政部门设立的儿童保护救助福利机构给予临时安置。

#### （六）设立临时安置的机构和程序，健全行政干预机制

首先是民政部门应当设立未成年人救助保护机构，对遭受家庭暴力侵害需要帮助的未成年人提供临时庇护，承担临时监护责任，尤其是对公安机关紧急带离家庭的未成年人进行临时安置，使未成年人能暂时脱离暴力环境，得到应有的救助。

完善未成年人临时安置制度，还应当确定具体的安置程序，规定公安、民政等部门具有依法启动安置程序的法定职责，并且应当互相配合，帮助未成年人脱离危险家庭环境或申请其他人身保护措施对未成年人进行保护与救助，未成年人也可以自己到紧急庇护机构寻求帮助。采取临时安置措施后，未成年人救助保护机构应当组织专业力量对与未成年人监护有关的事项，例如家庭监护条件和监护状况、家庭暴力风险、临时安置的必要性和期限等内容进行评估，为是否回归家庭还是交由政府或符合条件的亲属临时监护提供科学参考。对于经过评估和教育、支持，未成年人家庭能够有效承担监护职责，消除家庭暴力危险的，可以让监护人领回未成年人，但须继续接受社区服务和监督。如果未成年人父母拒不承担监护职责或继续存在家庭暴力危险的，应当立即启动司法干预程序，撤销其监护人资格，另行指定监护人。在此期间，救助保护机构对未成年人承担临时监护责任。

在未成年人获得临时安置期间，并不意味着孩子的问题就得到了解决。家庭暴力使未成年人遭受身体伤害、心理创伤、安全失保，甚至影响学业，这些问题单纯依靠行政干预和司法途径是解决不了的，需要多专业的社会服务相衔接。因此，除了紧急救助与庇护外，还要整合多专业的社会服务资源，完善现有的社会服务体系，来帮助受暴未成年人康复，如物质帮助、医疗救助、法律援助、心理康复、教育服务等。同时建议设立未成年人遭受家庭暴力专项救助资金，以使受暴未成年人能够享受到这些综合的救助与服务。

#### （七）强化行政干预和司法干预的有效衔接，增强司法干预的可操作性

未成年人遭受家庭暴力案件的处理中，司法程序的介入存在很多难题。一般情况下对未成年人实施家庭暴力涉及三种法律责任：一是刑事责任，二是行政责任，三是撤销监护人资格的民事责任。撤销监护人资格是《民法通则》和《未成年人保护法》规定的对监护人最严厉的民事责任追究，对于符合撤销监护人资格的严重情形，由有关人员和单位向法院提起的撤销监护人资格的诉讼。但是，什么情况下应该提起诉讼、由谁提起诉讼并不明确，致使这条保护未成年人非常重要的法律规定在实践中很少被适用。

因此，在反家庭暴力法和最高法院、民政部等部门关于处理监护人侵害未成年人合法权益的政策中，应当强化行政干预和司法干预的有效衔接，增强司法干预的可操作性。

首先是明确撤销监护人资格诉讼的申请主体。对于提起撤销监护人资格诉讼的主体，建议首先规定为民政部门的责任，一方面是因为撤销监护人资格是非常重的一种处罚，在很多国家都是由政府提起；另一方面是考虑到，撤销监护资格诉讼与撤消后的监护和安置紧密相连，民政部门作为提起撤销监护人资格诉讼的主体比较适合。如果成立家庭暴力专门机构，家庭暴力专门机构基于对案件的调查能够了解案件情况，也能够做出是否提起撤销监护人资格诉讼的决定。当然，法律必须考虑到如果民政部门或家庭暴力专门机构应当提出申请而没有申请的情况，因此，应当为未成年人近亲属和相关组织保留诉权。规定其他具有监护资格的人、住所地的村居委会、共青团、妇联等社

会团体、未成年人保护组织也可以向人民法院提出申请。

其次是规定申请撤销监护人资格诉讼的法定情形，即什么情形下可以启动司法程序进行干预。建议规定出现以下情形的，可以提起撤销监护人资格的诉讼。

- 1、对未成年人实施伤害、虐待、性侵害遗弃等家庭暴力严重损害未成年人身心健康的；
- 2、多次对未成年人实施家庭暴力经教育不改的；
- 3、严重忽视未成年人基本需求或不履行监护职责，使未成年人基本生活缺乏保障或流浪、乞讨等生活无着，经教育不改的；
- 4、教唆未成年人实施严重违法犯罪行为，或利用、携带、出租未成年人乞讨，经教育不改的；
- 5、使未成年人目睹家庭暴力严重影响未成年人身心健康，经教育不改的；
- 6、其他应当撤销监护人资格的情形。

再次是修改针对未成年人的家庭暴力类犯罪案件的追诉程序和犯罪标准，加强对施暴人的惩治。建议将针对未成年人的虐待罪纳入国家公诉程序的范围，以保证刑事司法程序的及时介入和对案件的有效司法干预。同时建议在犯罪标准上，针对未成年人遭受家暴暴力行为规定低于普通成年人的构成标准，以惩治家庭暴力行为。对没有达到犯罪标准的案件，司法机关还应当探索更有效的处置方法和干预措施，如对施暴人的强制培训、行为矫正等。

（八）完善国家监护制度，保障监护干预的顺利进行

撤销监护人资格的法律条款在实践中很少适用的另一个主要原因是没有国家监护制度做坚强的保障。《民法通则》虽然规定了民政作为兜底的承担监护资格的单位，《未成年人保护法》虽然也规定了对孤儿等生活无着的未成年人，由民政部门设立的儿童福利机构收留抚养。但是目前实践中儿童福利机构接收的对象只是孤儿、弃婴，对于被撤销监护人资格的未成年人或监护缺失生活无着的未成年人，实践中很难进入到儿童福利机构。

因此，建议相关立法中，完善国家监护制度，扩大国家监护的范围，明确民政部门作为未成年人的最终监护人，并打通临时安置和对未成年人最终安置的环节，实行无缝对接，对被撤销监护人资格又没有合适监护人的未成年人、以及监护缺失的未成年人，由民政部门设立的儿童福利机构收留抚养，根据其具体情况采取儿童福利机构抚养、家庭寄养、收养等方式对其进行最终安置。

### 【法律圆桌】上海首例贞操权案胜诉 是否逾界将道德问题法律化？

2014年9月26日 新法制报 郭俊

日前，上海首例贞操权案在浦东新区法院宣判，当事人获赔精神损害抚慰金3万元。

据悉，2013年，李某热烈追求陈某，两人频繁约会，陈某误认为李某是单身。不久，李某邀请陈某外出游玩，其间双方发生性关系。但从12月开始，李某便向陈某表示要中断恋爱关系。2014年2月3日，陈某得知李某已婚。

3月，陈某向上海浦东新区法院提起诉讼，以李某采取欺骗手段侵犯其贞操权和健康权为由，要求判令李某书面赔礼道歉，赔偿精神损害抚慰金50万元、医疗费1540.6元。

法院审理后认为，被告隐瞒了已婚的事实，并以结婚为目的与原告交往，诱使原告与其发生性关系，显然已侵犯原告的贞操权。现原告要求被告赔礼道歉并赔偿精神损害抚慰金，符合法律规定，予以支持。

判决随即引发外界诸多争议，因为贞操权是否是一项独立的民事权利在民法理论界一直存有争议，我国现行法律及司法解释也未对其予以规定，《民法通则》虽对

人身权作了规定，但并没有规定贞操权。那么法律上该如何定义贞操权，它能否作为一项独立的人格权获得精神赔偿？法院的判决法律依据是否充足？

主持人

戴平华

嘉宾

朱巍 中国政法大学副教授

颜三忠 江西师范大学法律系主任

胡可 南昌大学法学院讲师 婚姻法、民法专家

庞琨 广东翰泰律师事务所专职律师

贞操权能否视为一项独立的人格权？

新法制报：“贞操权”是否为一项独立的民事权利，目前在法学界仍存有争议，现行法律及司法解释也未对其予以规定。大家怎么看待这一特殊的女性权利？

胡可：虽然法律界有不同的观点，但我个人认为贞操权就是一项独立的人格权。人格权是人身权的一部分，人身权保护的客体是人身利益，而人身利益包含了人格利益，其中人格利益是人格尊严、人格独立、人格自由和人格完整的总称。贞操对于一个人来讲，明显属于人格利益的范畴，所以它能成为权利保护的对象，自然也就可以作为一项独立的人格权了。那么在法律上对它下定义就可以这样表述：贞操权就是自然人为保护其性的纯洁和良好品行的权利。

朱巍：人格权与其他民事权利不同，例如，物权需要法定，没有法律明文规定就没有物权。但是人格权是一个发展的概念，有很大外延。人格权本身既有物质性也有精神性，贞操权就是典型的兼有物质性和精神性两种性质的权利。法院判决的请求权基础在于侵权责任法第六条第一款，即侵权人因过错侵害他人合法权益的应承担民事责任。这个合法权益究竟是什么，可以由法官根据人格权外延结合实际进行判断。

颜三忠：虽然目前“贞操权”在法律中没有明确规定，但在人权理论与民法理论中，“贞操权”的存在没有任何问题。因为法律不可能一一列举民事主体的具体人格权，民事主体享有的其他权利都可列入一般人格权中，因此贞操权理应属于一般人格权的一种，应当受到法律的保护。

被侵害人索赔法律依据是否充足？

新法制报：有观点认为，考虑到贞操于女性的重要性，惟有贞操被侵害者以侵害贞操权为依据，才能使贞操受蹂躏所产生的损害得到充分赔偿。据此，法院的判决有法律依据么？

胡可：主张精神损害赔偿也是有充足的法律依据，根据我国《侵权责任法》和最高法的相关司法解释，侵犯人身权，不论是物质性的人格权还是精神性的人格权，即便是身份权的损害，受害人主张精神损害赔偿都是能得到支持的。因为侵权赔偿的前提是损害事实，即有损害就应该有赔偿，而贞操权造成的人身利益损害一定包含有精神损害，所以法律依据也是充足的。

庞琨：目前，我国立法对贞操权没有作出规定，法院是按照法理进行推理判决，并不能完全说没有法律依据，但是这样的推理是否符合民法通则和侵权责任法的基本原则，值得商榷。法官这样的判决有点像英美法系法官造法的做法，在目前的司法实践中尝试可以，但应当非常慎重。

朱巍：法院判决依据有三个：一是侵权法规定的过错责任和精神损害赔偿；二是贞操权被视作为人格权的延伸；三是依据公序良俗原则。无论这三个请求权基础的哪一个，都可以完全推定本案判决的正确性。

颜三忠：目前，由于大多数司法机关对于贞操权不认可，导致理论上对于贞操权的研究很薄弱。更为重要的是，这种判决也会引发司法界和立法界的关注，如果贞操权的判决不

断增多，并使贞操权普遍成为公民的一种权利诉求时，它就有必要从一般人格权中分离出来，像名誉权与肖像权一样单独成为一种具体的人格权，那么司法高层与立法机关也可能会看到这种人们的权利诉求，从而加快对于贞操权的立法步伐。同居期间当事人自愿能否作为抗辩理由？

新法制报：虽然男方有隐瞒已婚的事实，但事实上双方发生关系更多是基于自愿，那么女方自愿这一前提，能否作为男方抗辩侵害陈某贞操权的理由？

庞琨：侵权的责任承担方式有三种，过错责任、无过错责任和推定过程责任。本案中，由于法律没有特别规定，所以应当适用过错原则。如果要判李某承担责任，原告陈某应当要证明自己的权利受损，李某有过错，并且权利受损与李某的过程之间具有因果关系。如果这三点达成，李某就要承担责任，双方是否自愿似乎不是本案审查的重点。

颜三忠：贞操权不可庸俗化，不是一个筐，什么都可往里面装。对于强奸行为、欺骗行为损害贞操的，我个人认为受害者可以主张贞操权要求赔偿，但因为自愿的行为发生性关系，不应当以“贞操权”名义提出赔偿。这种对“贞操权”的不同认识，都必须经过充分讨论，才能形成相对一致的法律共识。个人认为，侵犯贞操权必须具备以下条件：1. 违背对方（主要是女性）意愿；2. 采取暴力、胁迫、隐瞒已婚事实等欺骗手段；3. 以玩弄异性为目的，明显违背公序良俗原则。对于双方同居时基于自愿发生性关系，事后反悔的，不能以贞操权被侵犯为由主张权利。

胡可：不可否认，受害人的同意在一般情况下是作为侵权的免责事由，但它有前提的，那就是受害人的同意必须是在符合公序良俗原则和合法的前提下。本案中，李某是已婚人士，他和陈某的性关系本身就是违法的，再者李某故意隐瞒了已婚事实，骗取了陈某的自愿，在这种情况下陈某的同意是不完全真实的意思表示，所以陈某的自愿既是违反公序良俗，也不是真正的自愿，李某不能依此来抗辩。

朱巍：自愿当然可以成为抗辩事由。因为贞操权的基础在于人格自由。不过，如果是基于欺骗基础上的“自愿”则不能成为抗辩事由。毫无疑问，刻意隐瞒的情况属于欺诈，也就是违背了被侵权人的真实意思表示，当然要承担侵权责任。当然，自愿的贞操权也不是没有界限，必须以公序良俗原则为边界，不然就无法解释卖淫和聚众淫乱的非法性。判决是否有将道德问题法律化之嫌？

新法制报：许多人评论该案是将道德问题法律化，让贞操权这种道德观得到了司法确定，是没有法律依据的胡乱创新；同时，也有众多法律人士认为，李某的侵权行为严重违反了公序良俗原则，理应受到惩罚。大家怎么看？

胡可：个人认为，判决是没有逾越法律界限的。我想说的是，法律和道德本身就没有这么明显的界限，我们的法律只不过是最低的道德底线，民法的诚实信用和公序良俗原则不就是道德的法律化吗？社会的公共秩序不就是靠法律和道德这两个基本手段来调整吗？法律对于道德来讲，就是道德调整作用的最后支撑。如果一个高度进步的文明社会，不能充分利用各种合法合理手段保护私权，那么社会的进步带给人民的幸福感和尊严感又在哪里？

庞琨：任何问题都可以司法化，是法治的一个发展方向。道德问题与法律的界限本来并不是都能分得很清楚，发生争议后提交到法庭上解决还是值得提倡的。只是法院在处理新型创新案件时，应当在法律理论、司法实践和民众舆论上达成一个统一。

朱巍：如果不承认贞操权的话，被侵权人所受伤害就会因没有造成实际物质性损害而无法主张，因为精神损害赔偿的前提是侵害了“合法权益”，若权益没有贞操权做基础，则无法真正落实对人格自由的保障。同时，按大陆

法系一般规则，法院也不能因法律没有规定为理由拒绝裁判。李某因欺诈致使他人人格受损，理应承担侵权责任，那么最好的落脚点也只能在贞操权之上。

颜三忠：民事案件与刑事案件审判原则不同，刑事审判基于被告人与国家司法机关不对等关系，从保障人权限制刑罚权角度，规定罪刑法定原则，对于法无明文规定的行为不得定罪量刑；民事案件则涉及平等主体之间的人身财产关系，在法律没有明文规定的情况下，可以依据公平、诚实信用等法律原则和法律精神，对案件进行审理，这在社会转型时期尤其重要。因为侵犯贞操权不仅仅是一个道德问题，而且是涉及公民重要人格权益的法律问题，法律不应该缺席。当然有必要明确侵犯贞操权的构成要件及责任承担方式，把道德问题留给道德，把法律问题交给法律。 ◎文/图 记者郭俊

## 预防和干预未成年人遭受家庭暴力的难点问题

2014年9月27日 儿童权利在线 张雪梅

### 预防和干预未成年人遭受家庭暴力的难点问题

通过对以上697例案件的详细分析，说明未成年人遭受家庭暴力的现实情况非常复杂，案件发生的原因以及救助和处理中都存在着普遍的共性。从这些案件来看，预防与干预未成年人遭受家庭暴力在立法和司法实践中还存在着以下难点问题：

#### （一）传统观念根深蒂固

“不打不成材”、“棍棒之下出孝子”、“子不教父之过”的传统观念在父母和社会大众的意识中根深蒂固，使得很多父母和未成年人认可“暴力训儿”，认为孩子是父母的、自己有权打骂，不把打骂都当成暴力，认为打骂、体罚等暴力如果没有造成严重伤害则属于正常不算是违法。受社会传统文化影响，普通公民、社会大众对未成年人的家庭暴力也往往采取包容或习以为常的态度，社会大众一般认为管教孩子是家庭内部事务，外人不便干预，同时大多数人也将暴力理解为程度严重的伤害，对于未成年人受暴案件在没有造成严重后果时，往往没有人或组织进行报告和干预。俗话说“意识是行为的先导”，观念的陈旧、报告意识的缺失是预防、发现和干预未成年人遭受家庭暴力实践中的首要难点问题。

#### （二）立法不完善，缺少针对性、系统性、实施性和儿童视角

针对未成年人遭受家庭暴力的现实情况，为了预防和减少未成年人遭受家庭暴力的发生，我国制定并修订了相应的法律和行政法规、政策。《婚姻法》及其司法解释、《关于预防和制止家庭暴力的若干意见》等法律法规对禁止家庭暴力进行了一般规定。2006年修订的《未成年人保护法》专门规定了“禁止对未成年人实施家庭暴力”，并对监护人不履行监护职责或者侵害未成年人合法权益的行为规定了治安处罚和撤销监护人资格的法律责任。《治安管理处罚法》和《刑法》规定了对家庭暴力行为的行政处罚措施和刑事法律责任。

除了国家层面的法律和政策外，各地未成年人保护条例或实施办法、预防和制止家庭暴力办法等法规对禁止对未成年人实施家庭暴力也有原则性规定。如《北京市未成年人保护条例》对遭受家庭暴力伤害的未成年人庇护问题做出规定：政府设立紧急救助机构，对因为遭受虐待或者其他家庭问题需要帮助的未成年人提供救助。但实践中，北京一直没有建立这样的场所；湖北省《实施〈未成年人保护法〉办法》规定了民政部门对弃儿和因受虐待等需要及时救助的未成年人负有及时救助的义务；陕西省《实施〈未成年人保护法〉办法》将受暴力伤害未成年人的庇护问题纳入民政部门救助机构的救助范畴并对变更监护人或者指定监护人进行规定；《浙江省预防和制止家庭暴力条例》对学校、幼儿园或其他教育机构发现未成年人遭受家庭暴力的义务报告制度进行特别规定。

通过上述归纳，可以发现针对未成年人的家庭暴力已经进入立法的视野，尤其是，已经纳入十二届全国人大常委会五年立法规划的《反家庭暴力法》和最高人民法院正在研究制定涉家庭暴力刑事案件的司法解释，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、民政部正在研究制定关于处理监护人侵害未成年人权益行为的司法解释，对未成年人遭受家庭暴力的预防与干预问题开始关注。但是，现有法律政策还难以有效应对未成年人遭受家庭暴力的预防与干预，目前立法还存在以下不足：

1、未成年人遭受家庭暴力问题并没有成为立法的重要问题，没有区分于普通成年人适用的程序和标准，且现有的规定散见于不同的法律法规之中，缺少系统性和完成性，这给预防和干预未成年人遭受家庭暴力带来更多的问题，使未成年受害人的生活 and 生命安全更加没有保障。

2、现有法律法规缺少实施性条款，实践中很难得到有效执行，很难依据这些规定对暴力家庭进行有效干预和对未成年受害人进行有效救助与服务。如《未成年人保护法》规定禁止对未成年人实施家庭暴力的原则性条款缺少具体可操作性。再如《未成年人保护法》中规定的撤销监护人资格的法律条款，由于缺少细化的规定和解释，导致撤销监护人的规定在人民法院处理未成年人受暴受虐案件的司法实践中很少适用。北京青少年法律援助与研究服务中心曾经办理的多件未成年人父母不履行监护职责的案件就遇到了这种困境，由于没有单位和亲属愿意提起诉讼，未成年人本人又没有资格独立提出申请，案件根本无法进入司法程序。

3、现有法律法规缺少足够的儿童视角，对家庭暴力问题主要关注妇女，对未成年人保护的的规定明显不足，将未成年人掩埋在成年人保护中，没有将未成年人与成年人区别开来并体现特殊、优先保护的原则。例如，对家庭暴力的定义，没有体现未成年人不同于妇女的主体特殊性，在紧急救助与庇护方面也缺少专门的、符合未成年人行为

能力的规定和措施。

### （三）缺少专门的儿童保护或儿童福利部门以及综合系统的干预工作机制

我国专门的儿童保护或儿童福利部门还没有建立起来，也没有专门处理家庭暴力的政府机构。根据2008年的《关于预防和制止家庭暴力的若干意见》，我国虽初步建立了处理家庭暴力案件的协调联动工作机制，但多部门参与的家庭暴力干预机制还十分不完善，尤其缺少专门部门负责。因为缺少强有力的主导部门，各职能部门在处理未成年人遭受家庭暴力案件中缺少有效合作。接到家庭暴力报案的机构主要是公安部门，但是公安部门只是负责制止家庭暴力的继续，而临时安置和救助受害人却不是公安部门的职责，公安部门和民政部门又缺乏在处理案件方面的合作，这导致很多未成年人遭受家庭暴力被发现后，也无法获得有效的干预和保护。目前，各级妇联积极开展家庭暴力的预防和相关工作，但一个未成年人受暴案件的处理会涉及公安、民政、卫生、教育、社区、妇联等多个部门，妇联是协调部门，不具有执法权，因此协调其他部门难度大，一些个案只能依靠打破常规、特事特办处理。

### （四）未成年人遭受家庭暴力缺少及时发现和报告的信息渠道

前边调研中发现，被报道的案件基本是未成年人遭受家庭暴力致残致死的案件，如果未成年人遭受家庭暴力能够早点被发现和报告，也不会等到发生如此严重后果。很多国家规定有未成年人遭受暴力的强制报告制度，医生、教师、社区工作人员等与未成年人密切相关的人员和专业工作者发现未成年人遭受家庭暴力的有义务进行报告，但我国缺少这样的规定，实践中也没有建立起这样的制度，又受传统文化影响，社会公众和相关责任人员很难形成对未成年人家庭暴力的报告意识并主动去报告，导致未成年人在家庭中的权利状况缺乏有效监督，未成年人遭受家庭暴力的案件也很难被及时发现和得到有效干预。如调研中发现，村委会、居委会报告的家庭暴力案件只有一件，邻居、市民、村民等与未成年人可能存在密切接触的人员报告的占32.85%，医务人员、教师、记者等专业工作者报告的案件占10.61%。

由于案件不能得到及时报告，有的未成年人长期反复遭受暴力，也不利于相关部门及时采取干预措施。例如，2013年广州女孩遭母亲殴打后，因急性腹膜炎死亡的案件，法医发现女孩皮包骨头，身上数个硬币大小的新伤呈鲜红溃烂状，而全身则遍布大量七八年累积的旧疤痕。该事件中，最让人震惊的不仅是孩子被打致死的严重后果，而是在长达七八年的时间里，尽管老师、周围的人知道这件事情，但并没有人报警，虐待的情形一直没有中断。调研中发现时间最长的是一个刚刚成年的女孩儿遭受父亲的性侵害长达14年，她的两个妹妹也各被父亲侵犯过一次。再如另一起案件，一个12岁女童在其2岁时妈妈不堪忍受爸爸的家庭暴力离家出走，父亲便经常以其和哥哥、妹妹不听话为由对他们进行毒打，有时用竹条、电线抽打，有时用石头砸，甚至用铁钉钉手，这种暴力一直持续10年，因为被父亲将其眼睛、腿打残，外祖母报案才得以案发。

### （五）缺少及时有效的行政干预措施

一个未成年人遭受家庭暴力后，至少需要同时解决几个问题，如对案件的调查，对父母的教育和对家庭的干预，对人身处于危险家庭的未成年人提供人身保护措施或临时安置，对受暴未成年人提供综合的救助和服务，司法程序的启动和介入，对案件的后续跟踪等等。目前的法律政策规定了对家庭暴力的一些干预和救助措施，如居委会村委会劝解、制止，治安管理处罚，紧急庇护等，但在实践中这些干预和救助措施还非常不完善，如对监护困难家庭缺少必要的福利支持、对父母缺少科学的家庭教育指导，对施暴父母缺少行之有效的矫治方法和处罚措施，对受暴未成年人缺少完善的人身安全保护措施等。调研中发现，不少案件派出所介入后，在施暴父母简单的承诺下，就让其将孩子领回家中，还有不少案件派出所只是对父母进行简单的批评教育。

例如，贵州11岁的女童小丽在长达5年的时间里多次遭受父亲的殴打，甚至被倒提着将头按进开水里，村民报警后，因小丽伤情不严重，民警只是对父亲杨某批评教育，父亲在写下保证书后将小丽领回家，回家后不但没有悔改反而一次次变本加厉的继续进行虐待。再如，南京女童被吸毒母亲饿死家中的案件中，因为缺乏有效的救助和干预措施，两名女童无法被送到救助福利机构，民警只能多次联系女童的母亲、发放救助金，但最终女童还是因为母亲外出不归而失去生命。

### （六）缺少临时安置场所和紧急救助程序

目前，在政府民政部门设立的紧急庇护和救助场所中，没有专门对遭受家庭暴力未成年人的紧急庇护场所，流浪儿童救助场所和妇女庇护场所也没有在全国范围内建立，公安等部门介入案件后也没有安置场所对受暴未成年人进行临时安置，导致这些受暴未成年人只能继续留在危险的家庭，可能面临着再次遭受暴力的风险。对遭受家庭暴力的未成年人，法律政策也没有规定具体的紧急救助制度和程序，实践中，对于紧急危险状态下能够将未成年人带离危险家庭以及如何救助受暴未成年人缺少专门明确的法律依据。

### （七）受刑事自诉制度限制，未成年人遭受家庭暴力案件很难进入刑事司法程序

根据《刑法》及其司法解释，故意伤害只有构成轻伤才能追究刑事责任，在实践中，很多父母实施家庭暴力的案件经过鉴定如果不构成轻伤，却又属于持续、反复受到侵害的，公安机关一般不会立案侦查。而虐待罪又属于自诉案件范围，只有致使被害人重伤、死亡的，才能进入国家公诉程序。但是在司法实践中，未成年人一般不会控告父母的暴力行为，这就导致很多家庭暴力案件进入不了司法程序。还有虐待罪的犯罪认定标准不明确、现行对未成年人遭受性侵害案件的立案标准过于严格，都致使一些本应属于犯罪的未成年人遭受家庭暴力案件很难进入刑事司法程序，施暴人得不到法律的有效追究。如2006年中心提供咨询的一起案件，15岁的小雨在父亲去世后，因无生

活来源状告自己的母亲，索要抚养费，可法院未予立案受理，理由是，未成年人起诉须由其监护人代理，而其所告的母亲正是她的唯一法定监护人，不符合立案条件。

#### （八）对未成年人家庭监护的民事司法干预非常薄弱

尽管法律规定了父母或其他家庭成员实施家庭暴力类犯罪的刑事处罚措施，但只有对未成年人造成严重伤害的虐待行为才构成犯罪，大多数案件可能达不到犯罪标准，对没有构成犯罪的家庭暴力案件，目前还缺乏有效地民事司法干预措施。对父母不履行监护职责和严重侵害未成年人权益的案件，《民法通则》第18条和《未成年人保护法》第53条都规定了撤销未成年人监护人资格的法律后果：父母或者其他监护人不履行监护职责或者侵害被监护的未成年人的合法权益，经教育不改的，人民法院可以根据有关人员或者有关单位的申请，撤销其监护人的资格，依法另行指定监护人。但是这条规定在司法实践中存在一些困境导致司法对未成年人家庭监护的干预非常薄弱：如谁有权起诉？法律规定的有关人员和单位具体指谁？没有有关人员和单位愿意起诉的又如何进入司法程序？什么情况下能起诉？起诉以后指定谁来担任监护人？监护人资格撤销后是否可以恢复，什么条件能够恢复？由于考虑到撤销父母监护人资格后，没人愿意担任监护人，又缺少国家监护制度的配合，有关人员和单位一般不会主动向法院提出申请，法院在不能为未成年人找到合适监护人的情况下也没办法做出撤销监护人资格的判决。因此，撤销监护人资格的法律规定在司法实践中很少适用，这条法律规定很难得到落实。二十几年来，司法实践中只有个别2、3例撤销监护人资格案件，也是最近一两年发生的，例如2014年7月，福建省仙游县法院在村委会提出申请下，对一名虐儿的生母判决撤销母亲监护人资格，另行指定村委会担任监护人。

类似这样的撤销监护人资格的案件在实践中是凤毛麟角，绝大多数案件还不能顺利进入司法程序。例如北京青少年法律援助与研究中心曾经援助的两件父母不履行监护职责的案件，一个14岁男孩在父母离婚后，随父亲生活，其母不知去向，父亲经常对其实施家庭暴力，致使其不敢回家，经常在社会上流浪，后被送往工读学校，学校老师多次做其父工作，但其父根本不愿让其回家，也对其不管不问。另一起案件是一个13岁男孩，父亲去世，母亲对其遗弃不管，爷爷半身不遂靠大姑照顾，大姑也不愿承担抚养义务。男孩有时住在学校里有时住在母亲男友家楼道里，村委会多次对其母进行说服教育并为其解决住房、工作等困难，又为孩子办理低保，但其母仍不履行监护职责，经常不回住处，后不知去向。经过村委会努力做工作，小孩暂时被安排在其小姑家。这两起案件中的父母，都经过了村委会、居委会、街道办事处司法所等部门或学校的多次批评教育，但对自己的行为拒不悔改。由于找不到谁来抚养这两个孩子，村委会、居委会和学校谁也不愿以自己名义或代理孩子向法院提出撤销监护人资格、另行指定监护人的诉讼，法院对案件也无法进行有效干预。

再如，在2011年8月中心处理的另一起案件中，景德镇9岁女童婷婷被父亲和继母持续虐待，人身安全无法得到保障。中心希望能通过撤销监护人资格诉讼，变更婷婷的监护人，但是婷婷的两个姑姑碍于亲情，不愿意提起诉讼，民政部门也不愿意作为原告，最后案件只能以父亲与大姑签订委托抚养协议，父亲向大姑每月支付400元抚养费的方式暂时解决。然而半年后，据大姑反映，婷婷父亲一直不履行支付抚养费的义务，大姑本人也不想再抚养婷婷，因此直到现在，婷婷的监护权问题仍然悬而未决。

（节选自《别让孩子在家暴的阴影下成长——未成年人遭受家庭暴力案件调查与研究报告》）

### 华裔母亲带子回京被捕引关注 英美等国法律严惩“国际诱拐”

2014年9月28日 民主与法 赵春艳

据美国媒体9月8日报道，美国一名华裔母亲9月4日涉嫌违反监护令，擅自带走4岁中美混血儿子登机赴北京，结果美国当局下令该航班中途折返华盛顿杜勒斯国际机场。航班返抵机场后，这名女子遭逮捕，男童回到父亲身边，受阻航班当晚再次起飞前往北京。

携子回国被控涉嫌绑架

据美国媒体报道，男童母亲刘文静（音译，亦称琳达·刘）是中国公民，父亲威廉·鲁伊佛洛是美国人，住在美国弗吉尼亚州费尔法克斯县。

报道称，9月3日，刘文静向鲁伊佛洛发电邮，宣称临时得知外祖母病危，要带儿子立即返回中国。鲁伊佛洛反对，并称愿意暂时照顾儿子，但刘文静坚持带走男童，并连同母亲三人登上联合航空当地时间下午12时20分前往北京的897号航班。

当刘文静带着孩子乘飞机前往北京约5小时后，鲁伊佛洛赶往机场，向地方执法人员及联邦调查局（FBI）通报了事件，后者审视有关监护令后，下令航班折返。飞机返回降落后，刘文静遭拘捕，被控绑架罪。

据悉，刘文静与鲁伊佛洛于2013年启动离婚程序。根据美国法律规定，两人在此期间对孩子拥有共同监护权。但监护令明确禁止在未获得另外一方同意的情况下把孩子带出美国。

刘文静在法庭上承认未获得孩子父亲鲁伊佛洛同意把孩子带出美国，违反了监护令。目前，她被控非法蓄意把儿子带出美国未遂，意图妨碍合法行使父母权。

国际家庭法专家、中国人民大学法学院副教授杜焕芳对此分析认为，美国之所以对该事件如此重视，与美国历史上父母诱拐儿童现象突出有关。

杜焕芳表示，作为移民国家，美国是世界上父母诱拐儿童现象最突出的国家，其历史由来已久，而且案发量逐

年增加。据 2010 年美国司法部年报显示，美国每年发生在国内、国际的父母诱拐儿童案已超过 20 万件。

根据美国学者的一项调查表明，在父母诱拐儿童案中（多选），77%是为报复对方，23%是处于对婚姻破裂的愤怒，16%是希望与孩子在一起，13%是出于其他人的压力，13%是对探视不满意，9%是因对方有了新的婚姻或关系。

杜焕芳表示，美国历史上曾将父母诱拐儿童行为当作家庭内部事项，但随着此后父母诱拐儿童案的频发，这种观念逐渐改变。目前，美国关于诱拐儿童立法的法律体系较为完备，既有联邦统一的法律，又有各州的法律；既有涉及民事的法律，又有涉及刑事的法律。

父母诱拐儿童案的高发也促使美国立法不断完善，先后颁布了《国际诱拐儿童救济法》《国际父母绑架子女犯罪法》等。

1988 年 4 月 29 日，美国国会颁布了对各州和联邦均有约束力的《国际诱拐儿童救济法》。依据该法，美国州法院和联邦法院对《海牙公约》规定下的案件同时具有管辖权，就非法转移或滞留儿童案件或探视权案件，申请人可以向儿童现所在地有权行使管辖权的任何法院提起民事诉讼申请，并规定除非满足州法院适用的条件，任何法院都无权从有权看护儿童的父母那里迁移儿童。

1993 年 11 月 2 日，美国国会颁布《国际父母绑架子女犯罪法》将儿童非法转移出美国或滞留在国外的行为刑事化，且定为联邦级犯罪。该法规定任何人故意阻碍父母权利的合法行使，将儿童转移出美国或将在美国的儿童滞留在国外的，应当处以罚金，或者处以 3 年以下监禁，或者并处。

### 父母诱拐子女也会涉罪

研究国际家庭法多年的杜焕芳认为，父母诱拐儿童尽管不同于传统意义上作为陌生人的第三人对儿童的诱骗、绑架、偷盗，但是由于不同国家的法律制度不同，父母诱拐自己孩子的行为有时也会涉嫌犯罪。

据日本新华侨报网报道，1999 年，秦惟杰把两个女儿带回中国。2000 年，他与日本妻子离婚后，日本法院将其女儿抚养权判给了日本妻子，但秦惟杰拒绝交出女儿，结果被告上法庭。2009 年 12 月 3 日，日本东京地方法院立川分院认定秦惟杰犯有“国外转移诱拐罪”，判处其有期徒刑 2 年，缓期 3 年执行。

据杜焕芳介绍，随着类似于刘文静带子回北京现象的日益增多，目前越来越多的国家认为诱拐儿童行为的性质严重，需要刑法介入和保护，而对诱拐者予以刑事追诉和惩罚。

比如：英国在《儿童法》《诱拐儿童法》中规定了父母诱拐儿童罪，法国和德国分别在《刑法典》里规定了“妨碍行使亲权罪”和“诱拐未成年人罪”。有的国家在普通绑架罪中设置了针对父母诱拐子女的特殊条款（如埃及），有的国家专门规定儿童脱离监管罪（瑞典）、改变对未成年人的监护罪（匈牙利）、滞留或劫持儿童罪（土耳其）、诱拐未成年人罪（葡萄牙）、绑架未成年人罪（菲律宾）、不遵守儿童监护规定罪（罗马尼亚）等。父母诱拐子女行为的刑事化已渐成趋势。

1980 年，海牙国际私法会议通过了《国际诱拐儿童民事方面的公约》（又称《海牙公约》，以下简称公约）。该公约成为跨国婚姻破裂后夫妻双方争夺子女抚养权时的重要判定依据。根据该公约的规定，除非符合特定的排除情形，如果非法迁移或者滞留任何缔约国的儿童侵犯“监护权”，那么必须将该儿童迅速交还至其经常居所地国。

针对刘文静带子回京案，中国律师协会会员、北京市律师协会婚姻家庭专业委员会委员石清盼告诉记者，依据国际私法规定，如果父母双方国籍都是《公约》缔结国家，那么在判决时，要先适用公约，而后适用所属国法律，但该案刘文静若是美国籍，则判决适用美国法律。

杜焕芳介绍称，截至 2014 年 4 月 10 日，已有 92 个国家签署、批准或加入了《公约》。目前，中国大陆还没有加入该公约。该公约仅单独适用于中国香港、澳门。因此，在刘文静带子回京案中，如果刘文静已经把孩子带到中国，孩子是可以不被送还美国父亲的。

杜焕芳认为，由于中国没有加入《公约》，且在法律规定中没有对父母绑架、诱拐自己子女刑事责任的认定，在具体案例的处理中，可能会非常繁琐而困难。

杜焕芳建议，在处理跨国诱拐儿童案件问题上，中国一方面要加强对《公约》研究，并在适当时候加入《公约》，另一方面要加强与涉案国家之间的合作，制定和完善相关立法。

### 夏吟兰：“反家暴法”出台需各方转换观念

2014 年 9 月 27 日 中国广播网(北京)

央广网 9 月 27 日消息 据《央广夜新闻》报道对于反对家庭暴力的相关法律问题，《央广夜新闻》连线了中国政法大学教授夏吟兰女士，她在连线中强调“反家暴法”出台需各方转换观念、达成共识，并且对中国相关法律法规的现状提出了五大建议。

她提到，“从 2003 年，我们就开始向全国人大提交我们的‘中华人民共和国家庭暴力防治法议案’，这之间其实多次包括全国妇联也都提过这样的议案和提案，至于为什么要经过这么长的时间十几年的时间，我觉得主要的原因，其实还是对于是否需要立法有不同的看法。主要有两种对这个立法有影响，一种观点是认为，中国的家庭暴力没有那么严重；另外还有一些人认为，我们国家实际上从《国家婚姻法》有了一个“禁止家庭暴力”之后，那么有关家庭暴力其实已经有了禁止性规定了，同时我们在《民法》、《刑法》一些相关规定当中也有一些比如关于‘侵权

行为’的规定，比如关于‘虐待遗弃’‘故意伤害’‘故意杀害’这样的明确规定，也就是说法律有相应的规定了，不一定非要制定专门的法律。我觉得这其实是一个思想观念的问题，所以实际上这十几年他的过程是一个逐渐改变观念达成共识的过程。”

据相关媒体9月初的报道，夏吟兰近期将和其他一些法学专家将向全国人大等相关立法机构提交一份详细的国家反家庭暴力立法建议稿。连线总，她针对这个问题，给出了详细的说明，“这个建议报告当中我们主要提出这么几点，一个在中国必须明确规定，‘反家暴’是国家承认，国家应该出人出力，第二要明确规定‘家庭暴力’的概念，包括要适当扩大家庭成员的范围，要增加家庭暴力涉及的种类。第三要明确规定，民事保护令要及时保护受害人，防止家庭暴力升级。第四要减轻受害者的举证责任，一定情况下要举证情况转移。第五要从轻或者减轻以暴制暴者的刑事责任。”

(原标题：夏吟兰：“反家暴法”出台需各方转换观念)

## (二) 法官视点

### 父亲将未进行分割的遗产过户给次子有效吗？

2014年8月27日 抚州法院网 抚州市临川区人民法院 李军 郭淑芬

#### 【案情】

老申与妻子婚后生育长子申大和次子申小，夫妻有一套房产，户名为老申。2004年申妻病故。2006年申小结婚时，老申将该房产以买卖形式作价27000元过户至申小名下，申小除实际上并未支付分文房款。2013年6月，申大得知老申房产过户的事情，要求确定父亲与弟弟之间的买卖合同无效。

#### 【分歧】

针对老申与申小之间的房屋买卖合同的效力，有以下三种观点：

第一种观点认为，合同有效。申大无证据证明老申和申小过户房产时恶意串通，且该不动产依照法律规定已经登记，故该合同已经生效。

第二种观点认为，合同部分有效、部分无效。老申依法享有该套房产50%的自有产权和继承其妻子的1/6产权，其处分自己的产权行为有效，其处分申大应继承的1/6的产权的行为无效。

第三种观点认为，合同无效。遗产未进行分割前，继承人对财产共同共有，在共有关系存续期间，部分共有人擅自处分共有财产的，一般认定无效。

#### 【评析】

笔者同意第三种观点，主要理由如下：

首先，共有分为共同共有和按份共有，共同共有是指两个以上的民事主体，根据某种共同关系而对某项财产不分份额地共同享有权利并承担义务。最高人民法院《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见（试行）》第177规定，遗产未分割的，即为共同共有，所以遗产分割前的共有是共同共有的一种形式，本案中申妻去世前，房产为老申与申妻夫妻共同共有，申妻去世后遗产未分割前，老申、申大、申小对该房产为遗产分割前的共同共有。

其次，《继承法》第二十六条规定，夫妻在婚姻关系存续期间所得的共同所有的财产，除有约定的以外，如果分割遗产，应当先将共同所有的财产的一半分出为配偶所有，其余的为被继承人的遗产，换言之，因为房屋本身具有不可分性，老申自有的一半房产只有在进行遗产分割时才能分离出其份额，而在遗产未分割前，老申亦不能对该部分财产单独进行处分。

再次，《物权法》第九十五条规定，共同共有人对共有的不动产或者动产共同享有所有权。最高人民法院《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见（试行）》第89条规定，共同共有人对共有财产享有共同的权利，承担共同的义务。在共有关系存续期间，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、有偿取得共有财产的，应当维护第三人的合法权益；对其他人的损失，由擅自处分共有财产的人赔偿。本案中老申擅自处分三人共同共有的财产，其行为无效，同时老申与申小私自将三人共同共有的房产进行房产过户，侵犯了申大的继承权，老申与申小以买卖形式掩盖赠与之实，申小并未支付房产对价，所以申小取得该共同财产，既非善意亦非有偿，不符合善意取得制度。

综上，老申与申小就该尚未进行遗产分割的房产的房屋买卖合同是无效的。

### 人民法院案例选 | 张超军诉蔡丽珍遗赠纠纷案——遗嘱有效性审查

2014年8月30日 人民法院案例选 家事法苑

本文为扫描件，仅供理论实务研讨交流适用，如若正式引用，请务必对照原文。

#### 26. 张超军诉蔡丽珍遗赠纠纷案

##### ——遗嘱有效性审查

《人民法院案例选》2013年·第3辑（总第85辑），人民法院出版社2014年3月第1版。

关键词：遗嘱 遗赠 公序良俗原则

#### 【裁判要点】

根据《中华人民共和国继承法》规定，公民可以依照该法规定立遗嘱处分个人财产，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。但遗嘱人所立遗嘱中就遗产继承设定的约束内容有违法律规定，该遗赠应属无效。

#### 【相关法条】

《中华人民共和国婚姻法》

第二条第一款 实行婚姻自由、一夫一妻、男女平等的婚姻制度。

《中华人民共和国继承法》

第二十二条 无行为能力人或者限制行为能力人所立的遗嘱无效。

遗嘱必须表示遗嘱人的真实意思，受胁迫、欺骗所立的遗嘱无效。

伪造的遗嘱无效。

遗嘱被篡改的，篡改的内容无效。

#### 【案件索引】

一审：江苏省无锡市锡山区人民法院(2012)锡法湖民初字第 0307 号（2013 年 1 月 9 日）

二审：江苏省无锡市中级人民法院(2013)锡民终字第 0453 号（2013 年 4 月 28 日）

#### 【基本案情】

原告张超军诉称：其系立遗嘱人张建元的侄子，蔡丽珍系张建元妻子，蔡丽珍与张建元婚后未生育子女，张建元于 2006 年 12 月 4 日去世。张建元去世之前就其居住的坐落于锡山区东港镇港下社区张巷上 9 号三间平房及 10 号三间二层楼房立下遗嘱：张建元去世后如妻子蔡丽珍嫁人，则归张超军所有。在张建元去世后，蔡丽珍即与张坚平结婚，一直占据上述房屋，张超军曾多次要求蔡丽珍将房屋归还，但无果，故现要求判令上述房产归张超军所有。

被告蔡丽珍辩称：其与张建元于 1994 年 5 月以夫妻名义共同生活，不久即向张文兴购买坐落于锡山区东港镇港下社区张巷上 10 号三间二层楼房，该楼房系夫妻共同财产，其中列入张建元遗产的份额应由第一顺序法定继承人即妻子蔡丽珍继承，故张超军无权分得该楼房的房产份额；位于锡山区东港镇港下社区张巷上 9 号三间平房系张建元建造，其与张建元婚后一直居住在该平房内。张建元遗嘱的真实意思是其如在张建元病故后离开所居住的平房嫁到别处去，平房才归张超军所有。而在张建元病故后蔡丽珍与张坚平再婚一直居住在该平房内，实际未离开该平房，且蔡丽珍与张坚平婚后对该三间平房进行了翻造。在翻造平房及蔡丽珍与张坚平结婚、养育女儿、摆女儿百日酒席等过程中，张超军从未提出过将平房归张超军所有，故张超军现主张平房归其所有已超过继承时效，请求驳回张超军的诉讼请求。

法院经审理查明：张祥妹与张巧生婚后先后生育长女张宝妹、长子张胜元。张巧生病故后，张掌仁入赘与张祥妹再婚，并生育儿子张建元。张胜元与张建元系同母异父的兄弟关系。母亲张祥妹子 1994 年 8 月去世，张建元之父张掌仁于 2004 年 11 月去世。1994 年 5 月蔡丽珍与张建元以夫妻名义共同生活，于 2006 年 10 月 31 日办理结婚登记手续，双方未生育子女。张建元已于 2006 年 12 月 4 日病故，生前与蔡丽珍共同居住在锡山区东港镇港下社区张巷上 10 号三间二层楼房和张巷上 9 号的三间平房内。张建元于 2006 年 11 月 19 日在病重期间书写遗书一份，载明：“我去世后，东面三间楼房使用权归我妻蔡丽珍，西面三间平房也归我妻蔡丽珍安身之处，如我妻蔡丽珍今后嫁人，三间平房归我侄子张超军所有。”在遗书上有蔡丽珍、张胜元、兄长朱荣法、姐夫孙进德、蔡建东等作为见证人签名。遗书中所列张超军系张胜元之子、张建元之侄子。

另查明：蔡丽珍与张坚平于 2007 年 6 月 12 日登记结婚，于 2007 年 10 月对三间平房进行修缮和墙面粉饰，2008 年 4 月生育一女，同年 11 月在该平房内为女儿举办“百日酒”。

#### 【裁判结果】

无锡市锡山区人民法院于 2013 年 1 月 9 日作出(2012)锡法湖民初字第 0307 号民事判决驳回张超军诉讼请求。宣判后，张超军提起上诉，在二审期间申请撤回上诉，2013 年 4 月 28 日无锡市中级人民法院准许张超军撤回上诉，原审判决即发生法律效力。

#### 【裁判理由】

法院生效判决认为：公民可以依法立遗嘱处分个人财产。本案中张建元亲笔书写遗书及签名、注明年、月、日，并经数名见证人见证签名，就其居住的房产予以处分，故其书写的遗书为自书遗嘱。公民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，为遗赠。张超军系张建元之侄子，属于法定继承人以外的人，其诉讼主张基于遗赠法律关系而提出，故本案案由应为遗赠纠纷。张超军在本案中提起的诉讼主张涉及两处房产，即张巷上 9 号三间平房与张巷上 10 号三间二层楼房，本案的争议焦点是上述两处房产是否应归张超军所有。

关于张巷上 10 号三间二层楼房，因张建元书写的遗书中涉及遗赠的部分为张巷上 9 号三间平房，而张巷上 10 号三间二层楼房并未列入遗赠的范围，张超军也非张建元的法定继承人，也不存在代位继承、转继承等情形，故张超军要求判令张巷上 10 号三间二层楼房归其所有的诉讼请求，无法律依据，本院不予支持。

关于张巷上 9 号三间平房，因张建元所立遗嘱中就该处遗产的继承设定了约束内容，即“如我妻蔡丽珍今后嫁人，三间平房归我侄子张超军所有”，该约束内容有违法律规定，故涉及遗赠的内容无效，张超军无受遗赠权，理由如下：婚姻自由是我国宪法规定的一项公民基本权利，是我国《婚姻法》规定的基本婚姻制度，具体而言体现为婚姻自主权这一人格权利，即自然人有权在法律规定的范围内，自主自愿决定本人的婚姻，不受其他任何人强迫与

干涉。张建元去世后，蔡丽珍是否再婚应完全由蔡丽珍自行决定，如蔡丽珍选择再婚也是人之常情，故张建元立下遗嘱但设定了约束内容，限制蔡丽珍的婚姻自由，违反了有关婚姻自由的法律规定，故张建元所立遗嘱中“如我妻蔡丽珍今后嫁人，三间平房归我侄子张超军所有”的内容应属无效，即张超军受遗赠的内容无效。

需要指出的是，即使张建元的遗赠行为有效，根据法律规定，受遗赠人应当在知道受遗赠后两个月内，作出接受或者放弃受遗赠的表示。到期没有表示的，视为放弃受遗赠。本案中张建元死亡后，蔡丽珍与张坚平于2007年6月起在原蔡丽珍与张建元共同生活的房屋中结婚、共同生活、修缮房屋，且于2008年11月生育女儿举办“百日酒”。张超军作为遗书持有人并居住在同村，应当知道张建元遗产内容中其受遗赠的“条件”成就，但张超军未举证证明其在“条件”成就后两个月内作出接受遗赠的表示，亦应视为放弃受遗赠。综上，张超军在本案中的诉讼主张，无法律依据，法院不予支持。

### 【案例注解】

#### （一）违反法律规定的遗嘱及遗赠应属无效

遗嘱，是立遗嘱人在生前对其财产所做的处分或对其身后的事务所做的安排，并在其死亡时发生效力的单方民事法律行为。遗嘱是要式民事法律行为，每种遗嘱形式都应当符合形式要件。《继承法》第17条规定，自书遗嘱由遗嘱人亲笔书写，签名，注明年、月、日。代书遗嘱应当有两个以上见证人在场见证，由其中一人代书，注明年、月、日，并由代书人、其他见证人和遗嘱人签名。而遗赠，是指立遗嘱人通过立遗嘱形式将其个人财产赠给国家、集体或法定继承人以外的人。本案中，张建元所写遗书中对死后其个人财产处分的内容，确为其真实意思表示，有其本人亲笔签名并注明了年、月、日，系自书遗嘱，形式合法。

遗嘱除形式合法之外，内容不得违反宪法和法律的规定，不得违反社会公德和损害社会公共利益。

《民法通则》第58条规定：“下列民事行为无效：……（五）违反法律或者社会公共利益的；……无效的民事行为，从行为开始起就没有法律约束力。”遗嘱是单方民事法律行为，必须遵守法律和国家政策，否则相应遗嘱内容一律无效。《婚姻法》第2条第1款、第3条第1款分别规定：“实行婚姻自由、一夫一妻、男女平等的婚姻制度”；“禁止包办、买卖婚姻和其他干涉婚姻自由的行为”。本案中，张建元所立遗嘱以蔡丽珍是否再婚作为蔡丽珍取得相应财产继承权先决条件，并且作为张超军接受遗赠开始的条件，显然侵犯了蔡丽珍婚姻自由的基本权利，违反了法律规定，属于无效民事行为，故该部分遗嘱内容无效。

#### （二）接受遗赠需以明示的方式

《继承法》第25条第2款规定，受遗赠人应当在知道受遗赠后两个月内，作出接受或者放弃受遗赠的表示。到期没有表示的，视为放弃受遗赠。可见我国法律要求接受遗赠需以明示的方式，而放弃受遗赠采取默示推定原则。本案中，即使张建元所写遗书对遗赠开始设置的条件有效，张超军也应在知道蔡丽珍结婚的情况下两个月内作出接受遗赠的表示，到期没有表示的，视为放弃受遗赠。本案中张建元死亡后，蔡丽珍与张坚平于2007年6月起在原蔡丽珍与张建元共同生活的房屋中结婚、共同生活、修缮房屋，且于2008年11月生育女儿举办“百日酒”，张超军作为遗书持有人并居住在同村，应当知道张建元遗产内容中其受遗赠的“条件”成就，但张超军未举证证明其在“条件”成就后两个月内作出接受遗赠的表示，亦应视为放弃受遗赠。根据《继承法》第27条规定：“有下列情形之一的，遗产中的有关部分按照法定继承办理：（一）遗嘱继承人放弃继承或者受遗赠人放弃受遗赠的；……”而张超军是张建元的侄子，不是法定继承人，故对诉争的房产也不享有继承权。

#### （三）婚姻自由与遗嘱自由冲突的处理

婚姻自由是我国基本的婚姻制度，而且是宪法规定的公民的基本权利。从法律条文本身来看，“婚姻自由”直接由法律明文规定，而所谓“遗嘱自由”并没有明确的条文字样。因此，“婚姻自由”具有更高的宪法和法律上的效力。

再从限制性来看，《婚姻法》规定的禁止结婚的情形只有第7条的两种，除此之外，只要符合法定年龄、本人自愿并经结婚登记，都可以确立合法的夫妻关系。而遗嘱自由虽然也是公民的合法权利，但在立遗嘱这种单方民事行为时，除必须符合法律规定外，所受到的相关法律限制更多且更为严格，如我国《继承法》第13条第2款规定：“对生活有特殊困难的缺乏劳动能力的继承人，分配遗产时，应当予以照顾。”第19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。”第28条规定：“遗产分割时，应当保留胎儿的继承份额。胎儿出生时是死体的，保留的份额按照法定继承办理。”《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第37条第1款规定：“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。”这些规定在理论上被称为“必继份制度”，都是对遗嘱自由的限制。由此可见，遗嘱必须遵守法律和国家政策，否则相应遗嘱内容一律无效。

综上分析，结合本案情形，当“婚姻自由”与“遗嘱自由”发生冲突时，由于遗嘱人张建元所立遗嘱中，将其妻子是否再婚作为取得遗产的限制性条件，明显侵犯了妻子蔡丽珍的婚姻自主权，故该遗嘱中相关遗赠的内容应属无效。作为张建元的合法配偶及唯一法定继承人，其婚姻自主权和法定继承权均应受到保护，原告张超军以蔡丽珍再婚为由要求将张建元“无效遗赠”的房产归其所有的诉讼请求没有法律依据，不能得到支持。

虽然婚姻自由的基本权利已被宪法所确定，但禁止寡妇再婚或者以再婚为丧失遗产继承的条件现象依然存在

在，公然干涉了生存配偶的婚姻自由。本案受诉法院就是通过认定张建元“遗赠”无效，维护了婚姻自由这一公民的基本权利和国家的婚姻制度。

（第一审法院合议庭成员：周伟良 赵玲洁 华强

第二审法院合议庭成员：潘志江 张红 陈丽芳

编写人：江苏省无锡市锡山区人民法院 赵玲洁

责任编辑：冯文生

审稿人：曹守晔）

## 最高人民法院民一庭 | 婚前个人财产在婚后发生形态变化不导致所有权发生变化

2014年9月1日 最高院民一庭 韩玫

本文系扫描文件，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，请务必对照原文！

### 【指导性案例】

婚前个人财产在婚后发生形态变化不导致所有权发生变化

最高人民法院民一庭

《民事审判指导与参考》2013年第1期（总第53辑）

人民法院出版社2013年7月第1版

### 一、案情简介

2012年1月，陈芝芝诉请与赵连理离婚，5岁的婚生女赵莲由陈芝芝抚养，赵连理每月给付抚养费3000元。夫妻共同财产中的楼房一套80平方米归陈芝芝所有。赵连理同意离婚，对子女抚养及财产分割方式没有异议，但提出抚养费每月3000元过高，要求仅支付1500元。双方当事人一审法院主持下即达成调解协议时，陈芝芝突然提出增加诉讼请求，要求分割赵连理名下的另一处90平方米的房产。理由是，虽然该套房屋是赵连理变卖其婚前个人所有的一套房屋又添置了部分款项购买的，但是在婚姻关系存续期间所购置，属于夫妻共同财产，应当对半分，由赵连理按该房屋现值的一半对其进行补偿。赵连理认为该房屋属于其个人财产、共称自己系独生子，当年因父亲脑血栓后生活无法自理，故自己变卖婚前所有的一套房产并添加了个人婚前存款购置了90平方米的商品房将父母从外地接来安置。赵连理举证证明其本人因系再婚，故在与陈芝芝结婚前作过财产公证。婚前个人所有的房屋及存款均在公证书中有明确记载。陈芝芝承认赵连理之父母现居住的房屋是赵连理变卖婚前个人所有的房屋所购。赵连理可以举证证明添加的15万元系从其婚前个人存款账户上支出，用于交纳购房的定金。该房现由其父母居住，故坚决不同意分割。

### 二、法院裁判情况

一审法院审理认为，婚姻法第十九条第一款规定：“夫妻可以约定婚姻存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同共有或部分各自所有、部分共同共有。没有约定或者约定不明确的，适用本法第17条、第18条的规定。”而婚姻法第十七条第一款第（三）项，将生产、经营的收益明确规定为夫妻共同财产，据此应认定赵连理于婚后将原属于其婚前个人财产的房屋变卖，添置部分款项重新购置房屋属于经营行为，该房屋为夫妻共同财产。故判决：一、赵连理与陈芝芝离婚；二、婚生女赵莲由陈芝芝抚养，赵连理每月支付抚养费1800元至赵莲18岁止；三、夫妻共同财产中80平方米楼房一套归陈芝芝所有。赵连理名下90平方米房屋归赵连理所有，赵连理应给付陈芝芝该房屋价款一半即80万元；四、家具、电器随房屋产权一并分别归属个人所有；五、其他个人物品归个人所有。

赵连理不服一审判决关于就90平方米房屋向陈芝芝给付80万元房价款的判项，提起上诉。

二审法院经审理认为，赵连理变卖其婚前所有的房屋一套，添加其婚前个人存款购置房屋一事，购房所支付的款项来源清楚有据，确系其个人婚前财产。其购置房屋是为了安置因病需要照顾的父母，且该房屋购入后确为其父母居住使用，赵连理的上述行为不属于生产经营行为。自其购置房屋后，该房屋因房地产市场的升温而自然增值，不属于生产经营性收益，该房屋本身亦不属于夫妻共同财产，故判决支持了赵连理的上诉请求，将赵连理名下90平方米的房屋一套认定为赵连理的个人财产，撤销了一审判决中关于赵连理给付陈芝芝该房屋现值一半的判项，维持了一审判决的其他部分。

### 三、主要观点及理由

本案二审期间，审判人员中曾经存在三种不同观点。第一种观点是同意一审法院的意见，维持一审判决。第二种观点认为，根据婚姻法第十七条第一款第（二）项之规定，在婚姻关系存续期间，生产经营性收益归夫妻共同所有。根据婚姻法司法解释（二）第十一条第（一）项明确规定，婚姻关系存续期间，“一方以个人财产投资取得的收益”属于“其他应当归共同所有的财产”，换句话说就是在婚姻关系存续期间投入生产、经营的无论是婚前个人财产、还是夫妻共同财产，只要婚姻当事人没有约定，其收益都属于夫妻共同财产。因此，赵连理于婚姻关系存续期间变卖个人婚前财产并从其婚前个人存款中添加部分款项购置房屋应视为一种投资行为，所产生的收益即离婚时房屋的增值部分应当属于夫妻共同财产，陈芝芝要求分割，理应得到支持。第三种观点则认为，赵连理购置一套90平方米房屋的目的是安置自己因病需要照顾的父母，购房资金全部来源于其婚前个人财产，双方当事人对此并无争议。

问题的关键在于赵连理的行为是否属于一种投资经营行为。如果属于投资经营行为，则依据婚姻法第十七条第一款第（二）项之规定和婚姻法司法解释（二）第十一条第（一）项之规定，即使投资经营行为用的是赵连理的婚前个人财产，所产生的收益也应当属于夫妻共同财产，陈芝芝于离婚诉讼中请求分割该财产，则应当予以支持。如果将赵连理在婚姻关系存续期间以婚前个人财产购房安置其父母的行为视为其使用婚前个人财产的一种方式，这种使用行为仅仅使得其婚前个人财产的存在形式发生了变化，由于其并不属于生产、经营行为，因此，即使该房屋随着房地产热而自然升值，也不应当认为系生产经营性收益，而且，该房屋不属于赵连理与陈芝芝的夫妻共同财产，陈芝芝主张分割该房屋的诉讼请求，不能予以支持。而第二种观点中将该房屋的增值部分视为投资经营性收益，作为夫妻共同财产分割的观点，也是不对的。

我们认为，第三种观点是正确的。本案中，双方当事人对于赵连理购置讼争房屋的款项全部来源于其婚前财产的事实并无争议，只是陈芝芝认为赵连理变卖其婚前所有的房屋，添加部分婚前存款购置的新房为婚姻关系存续期间取得的财产，因此认为离婚时应当作为夫妻共同财产分割。而二审法院持第二种意见的审判人员虽然不认可赵连理婚后使用其婚前财产购置的房屋属于婚后取得的夫妻共同财产，但认为其购房行为属于经营行为，对于婚姻关系存续期间的生产经营性收益，无论婚姻当事人投入的是自己的婚前财产还是夫妻共同财产，其所得收益都属于夫妻共同财产。至赵连理与陈芝芝离婚诉讼时，经陈芝芝单方找人评估得知，赵连理所购房屋确实较购房时的房价有较大幅度的上涨，这部分价差应视为经营性收益，陈芝芝可以请求作为夫妻共同财产分割。陈芝芝本人的观点错误，不能得到支持，主要是因为，当事人婚前个人财产不能仅仅因为形式变化而致所有权发生变化。一方面，从赵连理购房的资金来源看，其以变卖婚前个人所有的房屋所得款项加上从个人婚前存款中拿出的部分款项一起，购置了90平方米的楼房一套，是使用个人婚前财产的行为。从其购置上述房屋的用途看，很明显，赵连理是为了安置自己因病需要照顾的父母，而不是进行投资经营。而且，至双方离婚时，赵连理名下的该套房屋并未出售，因此没有也不可能取得了什么经营性收入。根据婚姻法司法解释（三）第五条的规定精神，夫妻一方个人财产在婚后产生的收益属于夫妻共同财产，但自然增值和孳息除外。那种将赵连理离婚诉讼时房屋的评估价与其购房时房价之差认为是经营性收益的观点，缺乏事实和法律依据。

在婚姻关系存续期间，如果认为婚姻当事人只要在婚姻关系存续期间使用个人婚前财产并使之存在形式发生了变化，就属于投资经营行为，并因此改变所有权的性质或者将其自然增值认定为夫妻共有的观点，明显不利于发挥物的使用价值，不利于财富的流转，也使得人们为了保有自己的婚前个人财产而不敢正常使用上述财产，这样的裁判理念不符合现代民事立法鼓励充分发挥物的效用，鼓励正常的财产流转的基本精神。

#### 四、最高人民法院民一庭意见

最高人民法院民一庭认为，当事人以生产、经营之外的其他方式使用自己的婚前个人财产，即使该财产的形式因此发生了变化，不导致上述财产所有权及其自然增值归属的变化。

（执笔人：最高人民法院民一庭 韩 玫）

### 离婚协议中的内容不对等属于无效协议

2014年9月3日 中国法院网 杜东安

#### 【案情】

2013年9月，张某（男）与赵某（女）夫妇于婚姻存续期间签订了一份协议，这份协议的内容为：若男方（张某）提出离婚，男方将放弃房子的产权，且房贷按揭依然由男方承担，另外男方需支付女方抚养费人民币100万元；若女方（赵某）提出离婚，女方将支付男方抚养费人民币30万元。协议签订后，男方（张某）提出离婚，赵某则提出张某须履行协议方同意与其离婚，但张某认为该协议违背了婚姻自由原则，属于无效的协议。

#### 【分歧】

第一种意见认为，该协议违反了婚姻自由原则，属于无效的协议。

第二种意见认为，该协议有效，因为该份协议属附生效条件的合同，且双方具有完全的民事行为能力，签订协议时是真实的意思表示。

#### 【评析】

笔者同意第一种意见，张某与赵某的这份协议属于无效协议，理由如下：

首先，根据我国《婚姻法》第二条的规定：实行婚姻自由、一夫一妻、男女平等的婚姻制度。这起案件中，张某与赵某的这份协议以放弃房产及支付巨额的所谓赡养费为要挟不得离婚的条件，显然限制了婚姻自由原则中的离婚自由，并且这份协议内容是不对等的，也违反了婚姻法的男女平等原则。

其次，根据最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》第七十五条规定：附条件的民事行为，如果所附条件是违背法律规定或者不可能发生的，应当认定该民事行为无效。本案中的协议内容实际上已经侵犯了离婚自由，显然已经违反了《婚姻法》的规定，属于无效的合同。

（作者单位：重庆市第五中级人民法院）

### 老人遭亲生女虐待将房赠养女

2014年9月4日 京华时报 张淑玲

京华时报讯(记者张淑玲通讯员文海宣)赵永与李新夫妻有一个亲生女儿,还有一个养女。妻子去世后,因认为受亲生女儿虐待,而养女却尽心照顾,赵永去世前立下遗嘱,将房产赠与养女。记者昨日获悉,海淀法院一审判决老人房产归养女,亲生女儿腾房。

赵永与李新的亲生女儿叫赵俊梅。1989年,两人收养了一个女儿,起名叫赵俊兰。

自退休后,夫妻俩一直与亲生女儿生活。2002年3月、2011年7月,李新与赵永两人先后去世。赵永去世前立下遗嘱,称其女儿赵俊梅长期虐待自己和老伴。自己和老伴肠胃不好,需要喝温水,而赵俊梅直接给喝自来水;自己和老伴行动不便后,赵俊梅经常对两人要上厕所的请求装听不见,任其直接尿在裤子里;赵俊梅对父母经常推推搡搡,夫妻俩身上常年被碰得青一块紫一块。赵永遗嘱称,在两人患病期间,养女赵俊兰常来照顾、清理卫生、做饭熬药。故将夫妻名下的房屋指定由养女赵俊兰继承。

赵永去世后,由于房屋一直由赵俊梅居住使用,赵俊兰持遗嘱要求赵俊梅腾房,但赵俊梅拒不搬离。后赵俊兰诉至海淀法院,请求判定房屋归其个人所有。

庭审中,赵俊梅不认可赵俊兰是养女,也未赡养过其父母,不应当继承其父母遗留的房产;另外,赵俊梅认为赵俊兰所持的遗嘱是伪造的。

海淀法院认为,赵俊兰与两位老人按规定办理了收养公证,形成了收养关系。赵俊兰所持的遗嘱,经鉴定机关鉴定,确系其养父赵永书写,遗嘱有效。由于李新生前没留遗嘱,其去世后,诉争房屋中属于其份额的依法应由赵永、赵俊梅、赵俊兰继承。但鉴于赵永在遗嘱中自述了女儿赵俊梅对父母有虐待行为,故在分配李新的遗产时,赵俊梅应当不分。而赵永在遗嘱中也明确表明,愿将诉争房屋中属于自己的份额由赵俊兰继承。最终,海淀法院判决支持了赵俊兰的诉求。

>>法官释法

根据《继承法》规定,公民可以立遗嘱处分个人财产,指定由法定继承人的一人或者数人继承。该案中,赵俊兰是法定继承人。继承人遗弃被继承人或者虐待被继承人情节严重的,丧失继承权;同时,该法第13条第4款规定,有扶养能力和有扶养条件的继承人,不尽扶养义务,分配遗产时,应当不分或者少分。

(原标题:老人称遭亲生女虐待房产归养女)

### 超过最长诉讼时效再主张行使继承权不能获支持

2014年9月3日 中国法院网 肖知平

#### 【案情】

原告雷某系被告李某之母,大约在1954年被告母亲去世后,原告与被告生父李xx再婚,且共同把年幼的被告抚养长大。1989年李xx去世,之后原、被告关系变差,原告起诉要求解除母女关系,后双方协商同意解除母女关系。法院调解书下达后,原、被告为各自财产发生争执。原告雷某现住土砖房住房一间约20余平方米,系被告生父李xx居住的祖传分配下来的房子,在生父李xx去世后一直由原告居住管理至今。在70年代原告与其丈夫李xx在其居住土砖屋前建有一放杂物的土砖屋约40平方米。因住房困难,被告与原告及生父李xx商量,在李xx祖辈传下来的土砖屋地基上建红砖屋,1986年由被告支付建房费用(在现原告住房右边)撤除土砖屋建一两层楼红砖屋,原告与丈夫李xx支持了被告建房,该房在1992年由被告出面办理了被告所有的房屋产权证和土地使用证,登记在被告李某处。2011年因原、被告间的矛盾,对房屋所有权发生争执,原告认为现在居住的位于桂阳县城郊乡某组土砖屋(约20m<sup>2</sup>)及该屋前的土砖杂房(约40m<sup>2</sup>)应归其所有。而被告辩称原告现住土砖屋住房系被告生父母祖传下来的财产,原告只享有3/8所有权,原告对该房屋只有居住使用权。为此,李某向法院请求依据《中华人民共和国继承法》相关规定,依法行使遗产继承权予以分割。

#### 【分歧】

第一种意见认为:因诉争房产系被告生父祖传下来的房子,李某又是李xx的子女,李某可以行使继承权,可以向法院提起诉讼。

第二种意见认为:被告李某不能提起诉讼,胜诉权已消灭,法院不应支持其请求。

#### 【评析】

笔者赞同第二种意见:李某不能行使继承权,不得再行提起诉讼。理由如下:

一、根据《中华人民共和国继承法》第8条的规定:继承权纠纷提起诉讼的期限为二年,自继承人知道或者应当知道其权利被侵犯之日起计算。但是,自继承开始之日起超过二十年的,不得再提起诉讼。另外《继承法意见》第18条也规定:自继承开始之日起的第18年后至第20年期间内,继承人才知道自己的权利被侵犯的,其提起诉讼的权利,应当在继承开始之日起的20年之内行使,超过20年的,不得再行提起诉讼。结合本案,诉争房产已由原告居住超过20年,现在被告再要求行使继承权,理不应得到支持。

二、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十条:诉讼时效因提起诉讼、当事人一方提出要求或者同意履行义务而中断。从中断时起,诉讼时效期间重新计算。从该案表明,被告李某无任何证据和事实证明有中断的法定事由。加上最长诉讼时效20年的限制,被告李某的向法院提起法律诉讼的权利消灭。

综上所述,若无法定中止、中断事由,因法律继承权纠纷向法院提起诉讼的最长诉讼时效为20年。超过20年

的，当事人向法院起诉行使继承权，也会因超过诉讼时效的规定致不会被支持。因此本案中，被告李某不能提起诉讼，胜诉权已消灭，法院不应支持其请求。

（作者单位：湖南省桂阳县人民法院）

## 唐代“和离”制度与现代协议离婚辨析

2014年9月5日 中国法院网 赵金慨

“和离”就其字面意思来看，应当是以当事人双方自愿为基础，以不被强迫为主要条件。作为离婚制度之一的“和离”制度，其律文最早见于《唐律疏议》：“若夫妻不相安谐而和离者，不坐。”意思是说，如果夫妻确实不能和睦相处，就可以协议离婚，而不用承担法律责任。和离制度做为唐律法典中的一个创新，不仅在当时礼法结合的封建传统下是难能可贵的，而且一直为后世所沿用。

### 和离制度的特点

《唐律·户婚》对离婚做了三种规定。一是协议离婚，指男女双方自愿离异的“和离”；二是促裁离婚，指男方提出的强制离婚，即“出妻”；三是强制离婚，夫妻凡发现有“义绝”和“违律结婚”者，必须强制离婚。

“和离”是唐代较普通的离婚形式，类似于现代法律制度下的协议离婚。其特点主要体现在以下几个方面：

妇女法律地位的提升。和离的主体是男女双方，其外在形式上被赋予平等的法律地位。从法律条文表述中可以看出，有权实施“和离”这一行为的主体是“夫妻”，同时强调“和”以及“两愿”。这些表述，无论是从一般词义上来讲，还是从法律术语的角度来看，都含有强调两个独立平等的主体意思。这与强制离婚是不同的。因为在法律强制离婚的规定中，我们看到的是法律的强制，是丈夫的特权，而妻子仅仅是作为离婚行为的客体出现的，根本不具有任何表达离婚意愿的主体资格。

对婚姻关系的感情强调。和离强调的是夫妻的情感因素，即夫妻生活的和谐。若夫妻双方“彼此情不相得，不相安谐”，则可以离婚。和离对于夫妻双方合意的强调，使妻子或妻方对“七出”、“义绝”之外的离婚请求享有否决权，使其在无法确定过错的情况下对婚姻解除也有一定决定权。这就说明，和离的发生是由于夫妻感情方面的原因引起的，而和离制度亦是通过婚姻的基础——夫妻感情，来调整家庭内部关系的。这与现代法律中的“情感破裂主义”存在诸多的相似之处。

对解除夫妻关系程序的慎重。和离既要双方通过协议，达成愿意解除夫妻关系的意志一致，又要符合一定的程序和形式。和离的发生有着较为复杂的程序要求和形式要求，当夫妻双方达成离婚的合意后，要写“放妻书”，不仅要求夫妻双方签字画押，同时也要“会及诸亲”，即双方的六亲眷属都要作为见证人且一同签字，放妻书才能生效，否则视为“私放”，并且由此而导致和离行为无效。放妻书往往一式两份，男女双方各留一份作为自己再婚时的凭据，这对于当时的女性来说不仅是极大的尊重，而且再婚尤为重要。

需要指出的是，《唐律疏议》规定的和离制度几乎具备了中华法系的所有特点：以儒家思想为理论基础，摆脱了宗教神学的束缚；维护封建伦理，确认家族法规。但是，中国封建社会是以家族为本位的，因此，宗法的伦理精神和原则渗入并影响着整个社会，诸法合体。法与社会是紧密相连的，和离制度不可能突破时代的限制，做到男女完全平等。在现实生活中，也存在法律条文与法律事件处理的差异。可在中国封建社会的立法中，和离制度算是够先进了，几乎与目前的“自由离婚主义”如出一辙。可以说，在奉行“三从四德”、“三纲五常”的封建社会里，和离制度已为礼教束缚制约下的封建婚姻制度抹上了一层浓厚的人性关怀的温情色彩。

### 和离制度与现代协议离婚的关系

唐代“和离”制度与现代协议离婚既有契合又有区别。

从作用上看，均有利于社会和谐稳定。中国古代的离婚制度贯彻了家族主义精神，无论是“七出三不去”，还是“义绝”、“和离”，都体现了封建统治者对家族社会的关切。虽然立法者构建了较为完善的离婚法律制度，但无论从礼教还是法律乃至人们的观念，并不轻言解除。而现在随着经济社会的发展，人们思想观念的提升，虽然越来越多的家庭走向解体，但是协议离婚注重双方同意，尊重个人自由，并不会造成太大的社会影响，相对于诉讼离婚更是显得平和得多。

从价值目标上看，均注重对人性的追求。自古至今，人们对幸福、自由的追求都不曾改变过。古代婚姻以“父母之命，媒妁之言”作为成立条件之一，旨在维护父权和男尊女卑的封建家庭纲常伦理，但和离制度的确立使古代婚姻关系的解除具有了某些程度的灵活性和人情味，并对妇女的合法权益有所关注。而现代协议离婚则是以男女双方自愿为基础，注重感情，保护双方追求自由幸福生活，被人们称为一种自由、合理的离婚方式。

和离制度与现代的协议离婚的区别在于，首先，古代“和离”注重保障男性权利，而现代协议离婚平等地保障男女双方权利。所谓“和离”大多是一种协议休妻或“放妻”，往往成为男方为掩盖“出妻”原因，以避免“家丑外扬”而采取的一种变通形式，其主动权还是在男性手中，而妻方一般不能主动提请“和离”，一般只能做出同意或不同意的选择。在“和离”过程中，夫妻双方地位并不完全平等，因为妻子无权以丈夫有过错而平等“休夫”，所以在“和离”时无法与丈夫权利平等。丈夫可以以任何事由要求“和离”，妻子或妻方则只能就“七出”、“义绝”以外的事由要求“和离”。而现代协议离婚则是双方自愿，任何一方不同意都不能协议离婚。其次，“和离”以保护家庭为主，协议离婚以注重个人意愿为主。唐代非常重视封建伦理，不仅注意保护家庭利益，强调个人情感必须服

从于家庭利益，而且公开确认男女不平等，即男尊女卑。唐代社会的这一特征，反映到整个婚姻家庭立法中，就形成了以保护家庭利益为中心，以男尊女卑为两性关系基本特征的婚姻家庭立法。具体到离婚法律制度中，就表现为以男方家庭利益为中心，强调男方专权离婚。因此，“和离”离婚虽然是对强制离婚的突破，但仍旧摆脱不了当时封建制度的强大时代背景，其所保护的仍是家庭利益关系。同时我们也要认识到，“和离”的产生很大程度上是为了消抵强制离婚所带来的两个家族之间的利益冲突。协议离婚是以感情破裂当事人双方同意为前提，注重个人意志和个人选择。再次，“和离”协议的双方当事人实际上一般不是当事人夫妇本人，而是双方的父母或家长。“放妻”文书强调“会及诸亲”、“聚会二亲”的手续，不应看成只是做见证，更应该看成是家长或家族代表人的参与审查并行使同意权。这与今日协议离婚仅由夫妻二人自行协商决定是大为不同的。另外，“和离”的法律手续仍是以夫方片面文书（“放妻书”）方式出现，与今日离婚协议书以男女平等方式出现有所不同。

#### 和离制度的现代价值

唐代婚姻中的和离制度由于受封建礼教的影响，表现出一定的局限性，虽不能和当今法律中的协议离婚完全等同，但其中不乏一些良法美制，其积极和进步的意义仍是很大的，对后世的影响也不可低估。借鉴其合理之处，吸收其经验教训，以期对健全我国当代婚姻制度能有所启示。和离制度自古就有其存在的合理性，既不会伤害双方感情，也不会对财产分配产生较大分歧，同时注重对家族利益的维护，至今能沿袭下来，可见其适应不同时代的政治、经济、文化变迁的能力很强。协议离婚制度就是和离制度在现代的运用，是现代法律制度对传统法律的继承和发展，也体现了历史发展中的连接性和一体化。在法的现代化发展过程中，传统法不是一种保守的、无变化的静态结构，也不是与现代法泾渭分明，水火不容的，两者往往交融在一起作为一个活的历史连续的过程。传统法并未因其“传统性”而完全丧失自身的价值，它在一定程度上还会以某种新的形式获得延续，进而在现代法律文化中发挥新的作用。另外，值得一提的是，唐代婚姻制度的包容性与开放性启示我们，不仅要借鉴我国古代婚姻制度的合理成分，还要借鉴国外有关婚姻制度方面的先进立法经验，针对我国多民族、经济发展不平衡的国情，注重婚姻制度的灵活性，允许一些变通性的规定。唐代婚姻制度强调保护妇女权益和尊老爱幼、家庭和睦、亲情和谐的传统美德，在当代对我们坚持以人为本，构建社会主义和谐社会下的和谐婚姻制度仍然具有重要价值和意义。

（作者单位：内蒙古自治区太仆寺旗人民法院）

### 何某、王某诉张某申请执行异议之诉纠纷案——房屋所有权转移登记的法律效果

2014年9月8日 人民法院出版社 家事法苑

本文仅供学术实务研讨交流用，如若正式引用，请务必对照原文。

#### 32 何某、王某诉张某申请执行异议之诉纠纷案 ——房屋所有权转移登记的法律效果

《人民法院案例选》2013年第3辑（总第85辑），人民法院出版社 2014年3月第1版。

原始链接：<http://211.153.22.231/goods.php?id=603>

关键词：执行 居住权 赠与

#### 【裁判要点】

赠与人在赠与合同中为受赠人设定了一定义务，受赠人办理产权转移登记后，应当履行合同约定义务。在受赠房屋上设定有他物权时，人民法院不能仅依据房屋过户已经完成，即作为受赠人的财产予以执行。

#### 【相关法条】

《中华人民共和国合同法》

第四十五条第一款 当事人对合同的效力可以约定附条件。附生效条件的合同，自条件成就时生效。附解除条件的合同，自条件成就时失效。

#### 【案件索引】

一审：山东省青岛市中级人民法院（2012）青民一初字第60号（2012年12月12日）

二审：山东省高级人民法院（2013）鲁民一终字第66号（2013年4月17日）

#### 【基本案情】

张某的儿子韩某因杀人被判处死刑。在刑事附带民事案件中，判决韩某赔偿何某、王某（受害人的父母）经济损失423236.8元。韩某已死亡。上述刑事附带民事判决生效后，何某、王某申请执行登记在韩某名下的坐落于青岛市某区某号2单元某户房屋（以下简称涉案房屋）。在青岛市中级人民法院执行何某、王某与韩某附带民事赔偿纠纷一案[案号：（2011）青执字第210号]过程中，张某向该院提出执行异议申请，请求确认其对涉案房屋享有居住权。后经青岛市中级人民法院执行庭开庭审理后，于2012年5月31日作出（2012）青执裁字第30号裁定书，中止对涉案房屋的执行。

何某、王某认为：（1）青岛市中级人民法院（2012）青执字第210号执行案应该继续执行，不应中止。韩某在被执行死刑之前，其承担的附带民事赔偿义务没有履行。死刑执行后上述执行案件便无被执行主体。但韩某名下的房产因其母亲张某作为第一顺序继承人应当由青岛市中级人民法院依职权追加为被执行人。从法理上讲，韩某死亡后发生一个继承的事实。但在本案的情况下，没有必要等到韩某名下的房屋由其母亲继承并过户登记后再追加为被执

行人。从程序上讲,此环节毫无意义。故张某理应作为被执行人承担青岛市中级人民法院(2012)青执字210号执行案的义务。(2)张某与韩某就涉案房屋约定的居住权能否对抗青岛市中级人民法院刑事附带民事判决确认的原告申请执行权。从第一部分论述的角度即可得出被告张某不能对抗青岛市中级人民法院的执行。再者,约定的人役权——居住权不能对抗受司法权力确认的第三人的权利。况且,原告因女儿被杀获得赔偿的生命权高于其母子二人约定的居住权。另外,该居住权的享有以韩某在世为前提,约束的是韩某而不是其死亡后他或其继承人负有赔偿义务的第三人。故被告张某的居住权不能对抗司法权保护的申请执行权。(3)居住权在我国仅是利益而不是权利,居住权在我国现行法律当中没有规定。在被告张某已有诸城住房且有其他子女赡养的情况下,为赡养目的设立的居住权仅是其利益。在此利益可以通过其他方式保护的情况下,不能妨碍原告女儿被杀获得赔偿之权的行使。更何况被告张某作为被执行人可以用其他方式履行赔偿义务来保留对涉案房屋的居住权。何某、王某遂向青岛市中级人民法院提起诉讼,请求判令对涉案房屋许可执行。

张某辩称:依据赠与合同第三条约定,房屋的赠与是有条件的,即受赠人保证赠与人对赠与的房屋享有居住权。其对该房屋的居住权不能因受赠人的死亡而丧失。因此,其对该房屋仍享有居住权。被告系青岛到诸城的下乡知青,后安置在诸城市工作,由于被告的两个儿子均患有精神性疾病,被告患有癌症,在诸城市确实无法生活下去,才回青投靠父母。按照其所在单位的规定,将在诸城市的房屋已交回原单位,韩某因触犯法律受到惩罚,被告的另一个儿子同样患有精神性疾病,且被告在青岛市唯一的合法居住场所即本案争议房屋,并无其他住所。韩某的犯罪行为给原告造成了精神上的痛苦,同样也给被告带来了巨大的痛苦,在韩某案发后其父因忍受不了突来的打击含恨离世,被告在身患癌症的情况下还要承受着丧失亲人的痛苦,同时还要面对有精神疾病的小儿子,在无其他住所的前提下,无奈向法院申请中止执行。综上,请法院查明事实,依法作出判决,以维护被告的合法权益。

青岛市中级人民法院经审理查明以上事实,并查明:涉案房屋是张某及其丈夫韩建伟(已故)于2003年购买。张某、韩建伟作为赠与人于2008年12月26日与其子韩某作为受赠人签订赠与合同,合同第三条约定:“赠与人继续享有在该房屋无偿居住的权利,受赠人无条件保证赠与人有居住权;若受赠人处分上述房产,必须保证不给赠与人造成居住困难。”合同还对其他事项进行了约定。该赠与合同经青岛市市中公证处进行了公证。合同公证后,受赠人于2009年1月4日取得该房产,并办理了房产证。

一审判决后,何某、王某不服提起上诉称:被上诉人张某与其子韩某不但订立了赠与合同,并办理了公证,而且已经办理了过户登记手续,韩某依据经过公证的赠与合同已经取得了物权,根本不存在赠与合同的附条件的情形。即使韩某取得的物权受到其母张某居住权的限制不能自由处分,但该约定是对韩某享有的所有权的限制,而不是对赠与合同附生效条件。赠与合同中约定的被上诉人享有居住权是以韩某在世为前提,约束的是韩某,而不是第三人。受害人被杀后其父亲作为民事赔偿的原告,享有的具有生命权基础的赔偿权利,高于没有法律明确规定的居住权。上诉人的申请执行权应该予以维护。请求撤销一审判决,依法改判支持上诉人的一审诉请。

#### 【裁判结果】

青岛市中级人民法院于2012年12月12日作出(2012)青民一初字第60号判决:驳回原告何某、王某的诉讼请求。山东省高级人民法院于2013年4月17日作出(2013)鲁民一终字第66号判决:驳回上诉,维持原判。

#### 【裁判理由】

法院生效裁判认为:关于原审法院认定赠与合同系附生效条件的合同问题,涉案赠与合同中仅约定了赠与人将赠与房屋转移给受赠人后,受赠人有义务保证赠与人的房屋居住需要,并未约定附生效条件。由合同约定内容来看,应当理解为赠与人在赠与合同中为受赠人设定了一定义务,受赠人办理产权转移登记后,应当履行合同约定的义务。此合同性质上应属于《中华人民共和国合同法》第190条规定的附义务赠与合同,受赠人是否履行所附义务均不影响赠与合同成立和生效。虽然赠与合同已生效,并已办理过户手续,但韩某对该房屋的所有权因赠与人享有居住权而受到限制。因此,原审法院以尚未达到可执行的条件,中止执行并无不当,申请执行人可待具备执行条件时,恢复执行。所以原审法院驳回上诉人对涉案房屋许可执行的诉讼请求并无不当,应予维持。

#### 【案例注解】

关于赠与合同是否附生效条件的合同问题,原一、二审法院意见不一。一审法院认为构成附生效条件的合同,因所附条件未成就,赠与合同未生效;二审法院认为赠与合同并未约定附生效条件,只是为受赠人设定了一定义务,受赠人是否履行所附义务不影响赠与合同成立与生效。笔者认为,二审法院的认定是正确的。这是因为,从赠与合同的内容来看,并没有为合同是否生效设立条件,赠与合同应当从成立时起生效。

关于物权的取得,要准确理解和适用不动产物权登记的法律效力。不动产物权变动采用债权形式主义的物权变动模式,即登记生效,这是我国物权法规定的基本原则,也是世界各国物权立法的通例。但对登记和不动产物权变动之间的关系,应作出正确的理解。物权登记本身并不产生物权,登记仅是政府行政主管部门对物权这一私权利的确认,因而从内部效力来说,确定不动产物权的归属仍应审查其所依据的基础法律关系。

本案中,对上诉人负有赔偿义务的主体是韩某,而不是张某,所以,在被执行人韩某死亡后,韩某的债务只能在韩某生前所有的财产或权益范围内清偿。韩某在取得涉案房屋时,与赠与人约定了限制条件。由于所有权是一个整体的权利,是对标的物全面支配的权利,而不是占有、使用、收益和处分等各种权能在量上的总和。根据《中华人民共和国物权法》第39条的规定,“所有权人对自己的不动产或者动产,依法享有占有、使用、收益和处分的权



利。”而韩某因张某对涉案房屋享有居住权，使其对所有权的行使受到一定限制。根据《中华人民共和国物权法》第15条的规定，设立、变更、转让和消灭不动产物权，是以合同生效为基础的。未办理物权登记，不影响合同效力。韩某取得所有权的根据是赠与合同的约定，而不是过户行为本身。房屋转移登记，只是产生物权的公示公信效力效果，即从外部效力来说，如果第三方由于相信产权登记的公示公信效力，认为韩某拥有完整所有权而为一定行为，韩某应当作为产权人对不知情的善意第三方承担相应的责任。张某不能以其有居住权而对抗善意第三人。这是基于物权登记的公示公信效力而产生的。但物权登记本身并不是产生物权的原因。按照赠与合同的约定，应该是赠与人死亡后，韩某才取得全面支配的完整权利。如果仅以房屋转移登记手续已办理完毕为由，将涉案房屋作为受赠人的财产予以执行，则使得张某基于赠与合同约定而享有的合法居住的权利落空，无法得到保障。所以，虽然赠与合同已生效，并已办理过户手续，但从内部法律关系来看，因有赠与合同第三条的约定，韩某取得完整所有权的情形尚不具备。因此，不能仅依据房屋过户已经完成，即作为韩某已拥有物权的财产予以执行。一、二审法院待具备执行条件时恢复执行的处理是正确的。

（第一审法院合议庭成员：张信林 林荣家 徐明

第二审法院合议庭成员：张爱华 张豪 刘卫红

编写人：山东省高级人民法院 张豪

责任编辑：丁广宇

审稿人：曹守晔）

## 第21期 网络时代，拿什么 HOLD 住爱情？

2014年9月7日 宁波海曙法院

互联网时代，人与人的沟通交流似乎变得更加快捷。然而，关系的建立是容易了，但关系的维持呢？人与人之间的联系方便了，但心与心的沟通呢。

宁波市海曙区人民法院整理近一年来审理的离婚案件，发现有着网络因素的案子占据了不小的比例。很多是在网络中相恋，在现实中分手，在网络中生爱，在现实中成恨。网络时代，数据流转，信号奔波，一切都轻盈飘渺，是否让爱情也成为“不能承受之轻”？

### QQ里的爱情

林先生和洪女士一个是七零后的尾巴，一个是八零后的开端。两人的相识纯属偶然：读大学时就申请的QQ上，不知什么时候就添加了对方为好友。起初只是有聊没聊的打过招呼，2007年的时候，林先生在宁波找了工作，租住的地方没有电视没有网络，他就经常去附近的一家网吧打发时间。而洪女士则在临安上班，晚上也喜欢挂着QQ看看电视剧。渐渐地，两人聊天的次数就多了起来。作息时间相近，兴趣爱好也相似，让两人有了很多共同语言。虽然隔着两百公里，但两人的关系却慢慢拉进了。

“他很风趣幽默，也很会关心人。”就算是最后闹到离婚收场，洪女士谈起最初那段时光，好是充满了甜蜜回忆。“以前上网就是为了看电视剧，QQ只是挂着；后来上网就是为了聊QQ，韩剧只是想花絮一样插播着。而聊QQ基本上也只会和他聊。”

洪女士说，那台破旧的笔记本上，打开QQ，两人的两天记录有上千页。等到没什么话题可聊的时候，两人已经互相产生了依赖。

对此，林先生倒也有着类似的回忆。“聊得很投机。后来没有新鲜事了，上线就打个招呼，我看我的球赛，她看她的电视剧。下线时道一声晚安，就感觉好像两个人是在一起上网一样。”

那是什么让他们最终分道扬镳呢？“07年相恋，10年结婚。我们谈了三年，真的是‘谈’，基本上都是在QQ上联系，线下就见过几次面。结婚到现在，我搬到宁波住在一起后，我也忍了三年。”洪女士说，现实中的他和网上的完全不一样。现实中他不善言辞，很木讷，网上却文采飞扬，很善谈，

而林先生也有他的小失望：“真人没有QQ空间上的照片漂亮。不过也还过得去。只是网上那个可爱的她现实中却很懒。当然可爱和懒并不冲突，甚至有些懒就是可爱。只是我在网上欣赏她的可爱但是现实中却接受不了她的懒。”

互相迁就、互相忍让了三年。这三年可比网恋的三年更加漫长。尽管女儿也两岁了，但最终他们还是选择了离婚。因为一些财产分割的事项谈不拢，闹上了法院。

“谈到钱，我们两个人都变成了另外一个人，现实得可怕。”洪女士说，他们以一个非常浪漫的相识作为开始，以一个非常庸俗的理由作为结局。

由于双方都同意离婚，只是对财产和子女抚养权上有争议，法院最终作出了准予离婚的判决，相关财产做了依法分割，女儿由洪女士抚养，林先生则支付每月2000元的抚养费至女儿成年。

### 相亲网的姻缘

家住宁波海曙的韩先生37岁才结的婚，可谓是大龄青年。妻子郭女士小他4岁，也属于“晚”婚。两人均错过了最美好的年华，等到醒悟过来想解决终身大事时，已经有点迟了。最终他们都把希望寄托在一个相亲网站上，结果果然在那里结识了对方。

只是郭女士工作在嘉兴，离得有点远。起初两人不以为意，觉得走杭州湾跨海大桥，也就两个小时不到的车程。

加之双方的年龄不等人，两人觉得彼此相处还可以，就在2011年——也就是在网站上相识一年后，把婚礼办了。

起初小日子过的可以。嘉兴房子便宜，两人房子买在那边，每个周末韩先生就驱车回家。新鲜感很大程度上弥补了很多不足。

但是渐渐地，由于韩先生工作繁忙，偶尔几个周末没能回家。这种不回家的频率还有上升趋势。郭女士觉得委屈。结婚前觉得最不是问题的距离问题，最终让郭女士于2013年10月提起了离婚诉讼。

依照郭女士所言，距离确实产生美。当时两人都很珍惜对彼此的想念，由此也更珍惜在一起的时光。电话粥一煲就是两三个小时，打到手机没电。短信每个月要发上千条。

但距离，最终产生的，是裂痕。

郭女士表示，韩先生回家次数越来越少了，担心他已经有了外遇。另一方面，就算能每周回家，这频率也低了。婚姻和家庭应该是朝夕相处的存在。

但韩先生却不同意离婚。他觉得两人只是缺少面对面的交流。他承认电话也好短信也好是代替不了近距离的接触的，但他坚信双方感情还没破裂。

法院最终没有支持郭女士的离婚诉请，但郭女士表示半年后还会再次提起诉讼的。

韩先生虽然暂时保住了这段婚姻，但他对未来也不报什么希望：“绝大部分异地恋都没好下场。”

网络似乎消灭了距离，但网络爱情最终却被距离消灭。一方坐在显示器前，仿佛另一方就坐在显示器的另一面。而实际上这两个面的距离正是理想和现实的距离。同样的，相亲网站把很多身处异地的牵在了一起，但没考虑到现实。“如果我们最终还是离婚了，如果下次还要在相亲网站上找对象的话，我会把地理位置限制在宁波大市。”韩先生这样总结经验教训。

“摇”来的苦果

小牧和小珍都是八零后，今年都刚满三十周岁。2012年元旦，家住宁波海曙某小区的小牧用微信的“摇一摇”功能玩，“摇”到了附近的小珍。

相约出来见面、吃饭，当晚就发生了关系。这本来是一个庸俗的“一夜情”故事，但是小珍就在那个晚上怀上了小牧的孩子。

和很多奉子成婚的少男少女一样，小牧和小珍也因此事加快了婚事的进度，3月份，距离两人第一次见面也就两个月左右的时间，两人便登记“闪婚”了。10月，小珍生下了儿子。

但两人甚至都来不及知根知底，更谈不上性格上的磨合了。婚后，两人便矛盾不断，多次因家庭琐事发生正常。

2013年6月，小牧一走了之，搬出去居住，从此开始分居。

本来就不负责任的开始，注定有一个不负责任的结束。结婚时草率，离婚更像甩头发一样轻松。今年春节刚过，小牧就到海曙法院起诉，要求和小珍离婚，并想要儿子的抚养权。

本来就缺少感情基础，小珍对小牧提出的离婚没有多大异议，她的大部分心思已经放在儿子身上，只要能获得小孩的抚养权，这婚离也无妨。两人围绕抚养权争执不下，最终在法官的调解下达成一致协议，儿子还是由母亲抚养，男方则每月支付1800元的抚养费至儿子独立生活。

这起案例再一次让人们对诸如微信、陌陌这类的社交工具提出质疑。很多时候，这类工具竟然充当着“皮条客”一般的身份。多数男女一夜过后后会无期，也有比较“不幸”的如小牧小珍，因为怀上了孩子，不得不草率结婚。微信等工具的使用人群，也在向90后甚至00后等更年轻的一代转移。这是个人作风问题还是性观念开放与否的问题，又或仅仅是加速了“垮掉一代”的腐朽，拷问着全社会的道德底线。

海曙法院刑事审判庭还审理过一起想在微信上找艳遇结果挨了姑娘男友一顿老拳的案子，媒体上也不乏关于利用微信约女孩见面然后强奸的报道。尽管不能把罪恶归咎于微信这样的工具，但是，在普遍缺乏约束和管制的网络空间，“摇一摇”这样的“实用”功能，岂不是刚好让犯罪分子的作案手段丰富、成本降低，也让那些或无知或无畏的女子遇到风险或堕落的几率大大增加了么？

微博上的出轨

去年6月中旬，海曙法院西郊法庭开庭审理的一个案子中，原告提供的证据中有一叠厚厚的书面材料，内容是微博私信的聊天记录。

在这个案子里，原被告都是八零后，小张状告妻子小茵，要求离婚，理由是怀疑小茵出轨，而证据就是这叠私信聊天记录。

两人都是宁波人，结婚已有五年，小孩也有四岁，平时感情一般，平平淡淡，偶尔还会有几句小争吵，当然似乎天下所有的夫妻都是如此。但是去年年底，小张怀疑小茵利用微博私信和另一男子在网上聊天，关系暧昧。今年年初，他偷偷登录了这个疑似小茵账号的微博，把其中的私信聊天记录都打印了出来。

这份聊天记录有二十多页，果然是男女之间亲密的聊天，用词暧昧甚至露骨，还带着浓郁的文艺腔，也难怪小张会受不了。但在法庭上，小茵却说这个微博账号并不是她的，更不承认自己和别的男子有往来。她表示不愿意离婚。

微博如果没通过实名认证，法官还真不好确定谁是谁。现在小茵否认，小张也拿不出证据证明这个微博账号确属小茵，那么这份证据效力远远不够，不能被法庭认定。

法官也告诉小张，虽然新的《民事诉讼法》中增加了一类“电子证据”，如电子邮件、QQ聊天记录等在一定程度上确实可以作为呈堂证供，但对电子证据的认定一般都比较严格，一般需要其它证据来相互佐证。更何况，就现在的情况看来，也有可能仅仅是小张的捕风捉影。

所以法院最后认为，小张无确实证据证明被告小茵有外遇，故可认定夫妻感情并未彻底破裂，法院对原告离婚之请求不予准许。法官也希望原、被告加强沟通和交流，共同建设和谐家庭。

庭后法官说，夫妻之间，要想情比金坚，关键还是“信任”二字，这不仅仅是说双方应当互相信任，也包括自己应当对得起这份信任。但看小张的样子，基本上是对这桩婚姻死心了，他对妻子已经不再信任，内心认定了出轨的事实。有了这道坎，就很难迈过去。

他说，就算此事能迈过去，他对她已经设了防。可他防得住么？防住了电话防不住短信，防住了短信防不住微信，防住了微信，谁知道她有几个微博小号呢？就算真都被你防住了，无懈可击天衣无缝了，但人心已经不在你怎么防？何况，当夫妻之间开始有防备的时候，还有什么意思呢？

海曙法院法官整理这些离婚案件后发现，绝大多数涉及网络因素的案子，当事人是八零后，正是互联网产业兴起时最早接触到的那一代。他们有的沉迷于网络和虚构中的美好，一旦遇到现实中油盐米醋的冰冷残酷就不知所措，或者关系构建在QQ、微信等远程交流，忽略了婚姻和家庭更需要男女双方肩并肩的共同营造。网络时代，微博、朋友圈……看似丰富了人们的社交圈，但它能HOLD住爱情么？

网络世界最多看做是现实世界的一个投射，婚姻这座大厦的地基，永远搭建在现实中。网络中的爱情再美，也只是海市蜃楼，回归现实时，小心摔个支离破碎。

### 经验与逻辑共存：事实认定困境中法官的裁判思维

2014年9月7日 民事审判参考 陈科

司法审判的主要任务是认定事实和适用法律，而认定事实又是适用法律的前提和基础，因此在司法实践中准确认定案件事实对于纠纷的解决具有重要的意义。但案件事实毕竟是已经“过去”的事实，司法审判却是“当下”的审判。司法审判中所查明的事实并非过去发生的事实本身，而只能是经由一系列证据所证成的“重述”事实。基于事实探知的技术制约和法官的有限理性，无法根据既有证据查清事实真相——事实认定困境的出现是司法实践的常情。司法实践中，面对扑朔迷离的事实真相和当事人的自说自话，在穷尽各种方法所掌握的证据不足以准确认定案件事实的情况下，法官应当如何作出裁决？这是一个值得重视和探讨的问题。

#### 一、问题引出：事实认定的困境与法官的裁判义务

[案例一]：原告朱女士患有癫痫病，发作时一般持续时间在30分钟以上。某天她乘坐一辆出租车，在出租车上癫痫病发作，此后就什么都不知道了。醒来时发现自己躺在离家1000多米的街道旁边。朱女士认为是司机趁自己昏迷时把她拖下车的，为此诉至法院，要求司机公开赔礼道歉，并赔偿自己的精神损失。司机承认朱女士坐过自己的车，而且在车上发病了，不过主张朱女士是在神志恢复后自己下的车。

这个案例中原告朱女士认为是出租车司机在其昏迷时将其拖下车的，而司机则主张是朱女士自己下的车，双方都没有证据证明自己的主张，而双方所陈述的事实又是互相矛盾的。这便出现了事实认定的困境，即双方当事人均已举证完毕并且已经针对所有要件事实进行了辩论的攻击与防御，但是根据双方提供的证据和所作的陈述，法官仍无法直接认定事实真相的局面。事实认定困境的出现与自由心证制度紧密相关。自由心证制度是指“证据的取舍及其证明力，由法官根据自己的理性和良心自由判断，形成确信并依此认定案情的一种证据制度。在自由心证制度下的事实认定，一方面要求从证据出发认定事实，另一方面要求法官根据理性和良心认定事实，而这两个方面又不能总是保持一致，当两者都无法认定事实或者两者对事实的认定冲突时，事实认定的困境也就出现了。

面对事实认定的困境，法官是否可以拒绝裁判？答案是否定的。拒绝裁判意味着纠纷无法得到及时解决，而纠纷的长期存在不仅会进一步恶化双方当事人之间的关系，也不利于社会民事法律秩序的稳定。法官的职责是对提起的诉讼作出裁判，即便需作出判断的纠纷在事实上或法律上极为困难，法官也不得以此为理由逃避履行职责。有的国家甚至将拒绝裁判规定为犯罪行为，如《法国民法典》第4条规定：“法官借口法律无规定、不明确或者不完备而拒绝审判者，得以拒绝审判罪追诉之。”该规定虽然是针对法官以法律上的原因而拒绝裁判的现象，但一般认为，它设立了法官不得拒绝裁判的一般性义务。拒绝裁判意味着法院拒绝对当事人的权利作出保护，这与法治国家的要求是背道而驰的，也明显违背了通过司法来保护人权的历史潮流。因此，在事实认定出现困境时，法官如何做出裁判正是本文关注的重点。

#### 二、实践考察：证明责任的滥用与事实推定的失范

为了准确把握司法实践中法官应对事实认定困境的方式选择，笔者进行了一次调研，随机选取了某市中院的100份二审民事判决书，并对其中事实认定的情况进行了考察和统计，形成如下数据。

根据证据直接认定事实 占 37%

动用经验法则进行事实推定 占 4%

完全不采纳上诉人的主张 占 36%

部分不采纳上诉人的主张 占 11%

部分不采纳被上诉人的主张 占 8%

完全不采纳被上诉人的主张 占 4%

统计数据显示,在抽取的 100 份二审民事判决书中,37 份判决书根据证据直接认定事实,4 份判决书在现有证据基础上运用经验法则进行事实推定,59 份判决书使用了证明责任进行案件裁决。这个数据告诉我们,在案件审理中事实认定困境是经常出现的,在解决困境时,法官主要将目光投向了证明责任制度,通过运用证明责任制度,让相关当事人“承担举证不能的法律后果”来破解案件事实认定的难题。59%的比例告诉我们,证明责任制度已经深入到法官的内心深处,并成为法官在司法实践中信手拈来的法律理论。相比之下,运用经验法则进行事实推定则属于事实认定中的特殊情形,法官很少主动进行事实推定。这是一种值得研究的司法现象。

### (一)证明责任的引入与滥用

证明责任是指当诉讼已经进行到终结而案件事实仍处于真伪不明状态时,主张该事实的当事人要为此承担不利的诉讼后果。面对不可避免的事实真伪不明,证明责任制度面临受命,“真伪不明应当通过证明责任判决来克服……证明责任判决,是指事实问题不清但仍然要对争议作出的裁决。”证明责任具有规范性,法官在应对事实真伪不明情形时,可以根据一个确定的规则将不利益的诉讼后果判决给某一方当事人承担,而不是由法官任意决定不利益后果的归属。我国在 2001 年颁发的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《证据规定》)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。”这种一般规则的确立,使得法官对事实真伪不明的处理在形式上具有了不证自明的正当性,这种形式合理化“意味着把实质合理性尽可能的转化为可计量的形式合理性体系,并借助于这个体系来实现实质合理性的要求”。

[案例二]:原告樊某向法院起诉要求姜某偿还欠款 60 万元并出具一张由被告签名的借条,姜某辩称欠条是由于原告以自杀相要挟要求赔偿青春损失费,为了安抚原告而不得不写的,内容不是真实意思表示。法院认为,被告本身认可该欠条是其自主书写,但称是受原告胁迫所致却并未向本院提供切实、充分的证据,本院无法采信亦无法认定该意思表示存在瑕疵。故对被告的辩解不予采信。

这个案例中原告提供了一张由被告签名的借条,证据确凿;而被告主张该借条是原告以自杀相要挟才书写的,言辞恳切,双方对事实的主张明显冲突。此时,法官无从判决客观事实的真相,在经过一番探知事实真相的努力之后,仍然毫无进展,法官对被告的主张“无法采信”,即无法认定被告书写借条的“意思表示存在瑕疵”,最后只能运用证明责任进行裁判。

证明责任的规范性使得法官在面临事实真伪不明的困境时可以气定神闲地运用逻辑推理认定案件事实,使原本扑朔迷离的真相探知过程变成有章可循的逻辑推理过程。不管运用证明责任所认定的案件事实与客观事实是否完全吻合,法官都不会被追究责任,因为证明责任本身具有正当性。因此,波斯纳敏锐地指出:“法律制度常常对它必须解决的法律纠纷的是非曲直没有任何线索,但是,通过运用举证责任,以它来作为缺乏这种知识的代位者,法律制度就避开了这种耻辱。”这也正是法官在面临事实认定困境时倾向使用证明责任的主要缘由所在。当然,证明责任的效率性也加剧了法官的这种倾向,在案件量不断加大而每一个案件都具有审理期限的情况下,法官很自然地会想到证明责任这条“逃避之路”,以避免无休止地审查事实,实现按期结案之目的。所以正如学者指出的,“在我国民事审判实践中,存在着简单地适用证明责任规范的做法,而不是尽量综合考虑案件的证据资料解决主要事实真伪不明的问题。”滥用证明责任的做法是非常危险的,因为它无形中降低了证据在事实认定中的价值,助长了法官裁判简单化的惰性思维,即法官不注重对证据本身和质证过程的综合考量,而倾向于直接依据证明责任制度作出裁决。这种惰性思维已经偏离了证明责任制度的初衷。

### (二)事实推定的规避与失范

司法实践中应对事实认定困境的另一种思路是运用经验法则进行事实推定。事实推定是指法官在诉讼过程中,依据已知事实,根据有关经验法则推出待证事实的一种诉讼证明方法。当司法审判中所掌握的证据只能证明其中某一事实(已知事实),无法证明另一事实(待证事实)时,而两种事实之间存在一种或然关系,法官可以从经验法则出发,对两种事实之间的或然关系做出选择,进而对另一事实予以认定。我国现行的诉讼制度肯定了运用经验法则进行事实推定的做法,《证据规定》第 9 条规定:“下列事实当事人无需举证证明……(三)根据法律规定或者已知事实和日常生活经验法则能推定出的另一事实……当事人有相反证据足以推翻的除外”。第 64 条规定:“审判人员应当依照法定程序全面、客观地审核证据,依据法律的规定,遵循法官职业道德,运用逻辑推理和日常生活经验,对证据有无证明力和证明力大小独立进行判断,并公开判断的理由和结果。”这两条规定是目前我国司法审判中进行事实推定的规范依据。

但是,正如我们随机对 100 份民事判决书调研所显示的情况一样,目前司法实践中法官很少运用经验法则进行事实推定,换言之,法官在有意或无意之中规避事实推定。这是由事实推定本身的局限性决定的,即事实推定具有或然性和主观性。事实推定所运用的经验法则是人们运用归纳推理方法获取的结果,但是归纳推理无法穷尽所有待考察的对象,可以说经验法则是建立在不完全归纳基础上的,不能采用全称判断的形式来表述,因此依据经验法则进行的事实推定便不可避免地具有或然性。而且事实推定实际上是个体的法官运用经验判定已知事实与待证事实关系的过程,而个体法官之间因知识结构和生活阅历的不同会造成他们对已知事实与待证事实间之间关系的判定有所

不同，如此使得事实推定具有较强的主观性色彩。事实推定的或然性和主观性的存在，意味着事实推定的结果有可能与真相不符。面对司法实践中事实认定的困境，很多法官不愿承担因推定事实与真相不符而被认定为错案的风险，转而运用证明责任进行裁决。这种将事实推定束之高阁的行为与滥用证明责任是相辅相成的两个方面。

同时，我们不可忽视司法实践中存在的另外一种情况，“由于证据规则的疏漏以及法官法律素养普遍比较低下这一现实，实践中法官在认定案件事实上处于一种‘超自由心证’的状态，法官对于证据的取舍、事实认定权限过大，严重影响当事人权益”。曾经引起舆论广泛关注的南京彭宇案，虽然最后以双方的和解而结束，但一审判决书运用经验法则所推定的事实成为批评者一致攻击的对象。彭宇案一审法官运用经验法则推定事实的思路没有错，但是他所运用的经验法则本身存在问题，因为审判法官所依据的“常理”是如果“仅仅是好心相扶，就不是见义勇为做好事”，这一所谓常理显然不是社会普遍认可的观点，不能成为经验法则。彭宇案凸现了事实推定缺少制度约束的司法问题，进一步表明了司法实践中事实推定的“失范”。

### 三、理论分析：明晰两种制度的不同适用情形

证明责任制度为破解事实真伪不明的状态提供了一条可行之路，但是我们必须清楚一点：证明责任的本质是以规范的形式赋予法官在事实真伪不明时以某种既定标准拟制案件事实的权利，继而使得三段论的裁判逻辑得以进行。依据证明责任制度所认定的事实在多数情况下是与客观事实相符的，但作为事实拟制的结果，必然会在个案中出现事实认定错误的情况。因此，“证明责任判决始终是‘最后的救济(uhima ratio)’，或者说‘最后一招’，如果为了使法官达到裁判之目的，就别无选择。”换言之，证明责任制度的适用是有严格条件的，“证明责任的适用是以法官不能对要件事实的真实性形成心证为前提条件的，它是大陆法系为贯彻自由心证原则所作的理论上预置和实践性补充。”不少学者直接将证明责任的适用条件表述为“事实真伪不明”，因此有必要具体考察“事实真伪不明”的内涵。按照汉斯·普维庭的观点，一项争议事实“真伪不明”的前提条件是：（一）原告方提出有说服力的主张；（二）被告方提出有实质性的反主张；（三）对争议事实主张有证明必要，在举证规则领域，自认的、不争议的和众所周知的事实不再需要证明；（四）用尽所有程序上许可的和可能的证明手段，法官仍不能获得心证；（五）口头辩论已经结束，上述第3项的证明需要和第4项的法官心证不足仍没有改变。简言之，“事实真伪不明”就是经过庭审中双方当事人举证和质证，口头辩论结束后，在法官用尽所有可能的手段仍不能获得确信心证的情形。必须强调的是，运用证明责任制度必须以“自由心证用尽”为前提，即在现有证据状况和双方当事人对事实真相分别作出陈述的情况下，法官的内心世界无法对案件事实做出“真”的内心确信，也无法对案件事实做出“伪”的内心确信，此时方可利用证明责任来摆脱事实的模糊不清状态，直接将事实拟制为“真”或“伪”。

如果从证据角度考察，现有证据无法对事实做出明确认定，然而法官的内心深处对案件事实则有了比较明显的倾向性认识，换言之，法官对案件事实形成了“真”或“伪”的内心确信。此时，证明责任已经丧失了适用的前提，法官需要借助经验法则进行事实推定。

[案例三]：原告董某向法院起诉要求被告伏某偿还借款5万元并出具借条一张。被告伏某辩称借条虽然是自己写的，但事实上双方没有履行借款行为，这张借条是原告以死及危害其家人安全相威胁情况下被迫写的。法院认为，董某与伏某之间存在不正当男女关系，董某有过多次以自杀相要挟的过激行为并经派出所处理，伏某写下借条后及时报案要求公安机关处理。上述行为虽无直接证据证明借款事实并未发生，但所有间接证据之间均能够形成证据链，相互印证，证明事件的来龙去脉，符合常理。故驳回原告的诉讼请求。”

案例三和案例二的案情具有很大的相似性，而法官却做出截然相反的裁决结果。案例三中的法官在裁判理由中罗列了一系列案件审理过程中查明的与借款无直接关系的事实，最后得出一个结论：认定借款事实并未发生“符合常理”。“常理”这一用语是与法学上的“经验法则”对应的，可以说，案件三中的法官运用经验法则进行了事实的推定，从而做出了“驳回原告的诉讼请求”的判决。

事实推定具有或然性和主观性，为何仍然能够成为法官解决事实认定困境的路径之一，且要优先于证明责任规则而选择适用？这是由事实推定所依据的经验法则的高度盖然性决定的。经验法则是从日常生活经验中归纳后形成的关于事物属性以及事物之间常态联系的一般知识或法则，它是法官在司法审判中对证据进行评价和对事实进行认定时，所运用的为社会广泛认可并具有高度盖然性的准则。这种准则独立于法律规范和逻辑规则之外，来源于日常生活经验。“我们如果没有经验和观察的帮助，要想决定任何个别的事情或推出任何原因或结果，那是办不到的。”作为生活中一般性知识和规律的总结，日常经验在人类认识事实的过程中具有重要的作用，而且这种作用的发挥是人类无法拒绝的。因此，具有高度盖然性的经验——经验法则不可避免地存在于司法审判之中。

经验法则中的“经验”不是一时之经验，也不是个别人所特有的特殊经验，而是表现为普通人或一定范围内的人们所共有的经验。这种经验是经过长期积累和反复验证的，并为大众所普遍认同的知识。经验法则的高度盖然性与我国当前诉讼中的证明标准相一致，使其成为评价证据和认定事实的依据。在事实认定出现困境时，现有的证据不能直接证成案件事实，如果依据经验法则可以推断出案件事实，由于经验法则具有高度盖然性，则所推断的事实与客观事实相吻合的概率较高，如此裁判的案件获得大众普遍认可的可能性也相应较高。否则，如果法官没有运用经验法则，而是在已然形成内心确信的前提下，直接适用证明责任判决未能举证的一方败诉，往往会造成有理的一方承担了败诉的法律后果，是为社会所不能接受的。这也正是证明责任的使用以无法形成内心确信为前提的原因所在。

#### 四、接近正义：构建经验与逻辑互补的事实认定机制

正义作为人类一直追求的至高理想，散发着迷人的光芒，但作为只具备有限理性的人类只能无限接近正义，却很难实现理想中的正义。司法审判中对案件事实的认定是一个逐步还原事实真相的过程，而真相的查明是实现正义的前提，因此，这是一个无限接近正义的进程。在证明案件事实的困境中，法官可以借助证明责任或经验法则来认定事实，但不论是偏好运用证明责任的逻辑思维进行裁决，还是滥用民事推定的经验思维进行事实认定，都不是解决困境的理想之道，唯有在事实认定过程中综合运用逻辑和经验方可最大程度地接近事实真相。

司法实践中法官偏好运用证明责任，是因为在认识到人类固有弱点和既定方式对于目的实现的保障作用的基础上，人们更愿意相信逻辑推理的力量，而不是相信人自身的觉悟。但是逻辑只能保证法律推理过程的正确性，不能保证推理结论的真理性。而经验法则作为事物性质、状态以及事物之间常态联系的一般知识和法则，恰恰能弥补逻辑的局限和不足。文章前面提到的案例一中的事实认定困境，最终就是通过运用经验法则妥善解决的，法官在查明朱女士的病情和癫痫病的通常表现后，认为朱女士在病情发作后，没有自己下车的可能，推定是出租车司机将朱女士置于车下，法院判决支持了朱女士的诉讼请求，一审判决后原告和被告均没有提起上诉。可见在司法实践中正视经验的价值，可以充分调动法官的司法能动性，进而最大限度地查明事实并依法做出裁决，实现法律效果和社会效果的统一。当然，过分夸大经验的作用也是不可行的。

在经验与逻辑并存的事实认定过程中，什么情况下可以运用经验法则进行事实推定，而什么情况又必须运用证明责任的逻辑进行事实的拟制，是司法审判中的关键问题，文章的前述内容已经对这两个问题分别进行了回答。下面对诉讼中法官进行事实认定的过程进行描述和说明。

当双方当事人庭审中已经进行了实质性的攻击和防御，但法官对要件事实未形成内心确信，此时尝试运用经验法则考察现有证据，而经验法则的获取可以是来自法官本人的日常生活经验，也可以是一方当事人提出的某项习俗，或者是法院向有关专业机构查询的专业知识，在遵守事实推定的相关规则的前提下，如果法官形成了内心确信，则可以直接根据法律规范进行裁量。如果围绕案件事实没有相关经验法则，或者法官获取的经验法则不足以形成内心确信，则意味着出现了事实真伪不明的情形，法官可以依据证明责任规则进行裁量。这里强调了在运用证明责任规则以前，法官必须运用经验法则考察现有证据，以验证能否形成内心确信，这无形中突出了经验法则的作用。从规范司法行为，防止滥用审判权的角度来看，有必要对司法实践中运用经验法则进行事实推定的行为设置相应的规则。

为了克服经验法则的局限性，结合我国实际并参考国外经验，建议我国司法实践中运用经验法则推定事实时遵循以下规则。

第一，采取心证公开原则。“没有公开则无所谓正义”，法官在适用经验法则进行事实推定时，必须把内心的思维过程适时地向当事人公开，为当事人进行质疑提供机会，同时促使法官以更加谨慎的态度适用经验法则进行事实认定。心证公开有两个层面的含义：一是心证形成过程中的公开，法官在遇到事实认定困境时，需要运用经验法则考察现有证据，以确定能否形成内心确信，此时，法官应当主动向当事人告知现有证据所能证明的事实以及法院可能采用的经验法则，以便当事人就经验法则提出质疑和反证。二是心证形成后的公开，法官应当在判决书中详细阐述事实推定的过程并说明判决的理由。通过心证结果的公开，可以让当事人知晓法官做出裁判的过程，进而息诉止争，也可以在一定程度上防止法官滥用自由裁量权，保障经验法则适用的合理性。

第二，诉讼过程中允许当事人对事实推定提供反证和质疑。因为经验法则的盖然性和法官运用经验法则推定事实的主观性，如果涉及利害关系的一方当事人没有对事实推定进行质疑和反驳的机会，有可能会产生经验法则适用错误，不仅影响程序正义的实现，而且导致实体结果的不公。所以，在诉讼过程中如果当事人对已知事实和经验法则本身有异议，可以举证质疑进而推翻事实推定。允许当事人对事实推定进行反驳和质疑，可以合理限制法官适用经验法则，有利于程序和实体正义的实现。

第三，确立合议庭意见统一决定制。合议制有效避免了法官个人的主观片面性，用审判集体的智慧和力量来弥补个人知识经验上的缺陷。尤其是对于采用事实推定的案件，合议制的实行，一方面可以防止承办法官因私利而违背经验法则，另一方面可以互相弥补个人知识经验的欠缺，确保所运用之经验法则具有高度盖然性。因此，要避免合议制成为“走过场”的形式，切实发挥合议制的功能优势。同时，鉴于事实推定具有或然性和主观性的局限，有必要对适用事实推定的案件提高合议庭决定标准，由一般的“多数人意见决定”机制变更为“意见统一决定制”。因为，如果案件中运用的经验法则在合议庭成员之间都无法达成一致，那就很难保证该经验法则具有高度盖然性，也就失去了进行事实推定的基础。

另外，需要指出的是，我国《民事诉讼法》对于经验法则和证明责任规则并未做出明确规定，只是在最高人民法院发布的《证据规定》里有相关内容的表述。而且《证据规定》中关于经验法则和证明责任规则的条文设计并不合理，其将证明责任规则规定在第2条，而将运用经验法则的事实推定规定在第9条“当事人无需举证证明”的事实之中。一方面，第9条的规定过于简单，造成事实推定的适用缺少制度约束。另一方面，《证据规定》第2条将证明责任的适用条件设定为“没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张”，第9条将运用经验法则推定出的另一事实规定为无需举证证明的事实，虽然两者并不冲突，但是这样规定并不科学，因为两个条文相隔甚远，且第2条容易使人简单理解为只要没有证据或证据不足以证明当事人的事实主张的，就要直接适用证明责任，易造成证

明责任的滥用。因此，有必须将证明责任适用的前提条件设定为事实真伪不明，同时对事实推定的运用设置相应约束机制，这样才能更好地将证明责任规则与事实推定规则相兼容，使法官在司法实践中能够自如地运用经验和逻辑进行更加接近理想正义的案件裁决。

## 人民法院案例选 | 卢某诉林某、颜某民间借贷纠纷案——借据持有人与实际债权人的关系

2014年9月6日 人民法院出版社 家事法苑

注：本文仅供学术实务研讨交流用，如若正式引用，请务必对照原文。

### 27. 卢某诉林某、颜某民间借贷纠纷案

——借据持有人与实际债权人的关系

《人民法院案例选》2013年第3辑(总第85辑), 人民法院出版社 2014年3月第1版

原始链接：<http://211.153.22.231/goods.php?id=603>

关键词：借据持有人实际债权人善意履行

#### 【裁判要点】

1. 在出借借款时未在借条上载明出借人的，一般情况下基于日常经验规则，则推定持有人为出借人。但若根据具体案情，仅凭借条难以达到高度盖然性之标准的，则这种推定不能成立。

2. 借款人有理由相信系借款的经办人筹集借款而向借款经办人履行债务的，属善意履行，产生消灭债权债务的效力。

#### 【相关法条】

《中华人民共和国合同法》

第四十九条 行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》

第二条 当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实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。

#### 【案件索引】

一审：浙江省温岭市人民法院(2009)台温新商初字第176号(2010年7月16日)

二审：浙江省台州市中级人民法院(2010)浙台商终字第443号(2010年11月3日)

#### 【基本案情】

原告卢某起诉称：两被告系夫妻关系。2007年8月22日，被告林某因资金周转困难，向原告借款20万元，双方约定以月利率1.5%计算，还款日期至2007年9月5日，如超过还款日期除支付上述利息外，借款人还要支付每日万分之五的违约金（法律起诉等其他追还费用由被告全部负责），并由被告林某向原告出具了亲笔签名的借条一份。后原告多次催讨，被告以各种理由搪塞。现原告起诉请求判令：两被告共同偿还原告借款20万元及利息（从2007年8月22日起至实际履行之日按月利率1.5%计算）；诉讼费、律师费由被告负担。在审理过程中，原告放弃要求被告支付律师费的诉讼请求。

被告林某、颜某答辩称：被告并没有向原告借过钱。其是经过陈某介绍，向案外人应某借了20万元，该款也是通过陈某给被告的。借条亦是向应某出具的，在场人只有被告、应某及陈某三人，借条上只有被告及应某的笔迹，而出借人一栏当时是空着的。被告已分多次向应某还清本金和利息。而被告与原告一直不认识，后原告确有就该笔款项向被告讨要，但被告认为其与原告素不相识，原告是敲诈，便与原告发生了争打，并向派出所报案。因为应某是原告朋友，应某把被告出具的借条送过来交与卢某，派出所也便没有再继续处理此事。就该争打之事，经黄某调解，后被告向原告支付了2万元的医药费。借款本息被告已向应某支付完毕，应某委托原告将该借条还于被告，但原告现却填上自己的名字并以此借条起诉被告。故请求驳回原告诉讼请求。

一审法院经公开审理查明：被告林某、颜某系夫妻关系。2007年8月22日，被告林某因需借款20万元，出具借条一张，该借条上载明了借款金额为20万元，还款日期为2007年9月5日，利息以月利率1.5%计算，逾期还款违约金为日违约金0.05%。出具借条时，证人应某在场，借条上的借款金额“200000”、“贰拾”及还款时间均由应某当场亲笔书写；借款人“林某”由被告林某当场亲笔书写、按印；出借人一栏并未填写。出借人“卢某”三字系形成于借条出具之后，具体时间无法确定。2009年8月31日，原告持借条起诉两被告。

另查明：被告林某于2007年10月10日、2008年7月30日、2008年9月28日、2009年1月25日、2009年2月18日、2009年2月21日及2009年3月21日向应某浙江省农村合作银行账户1010002144154049分别存款2万元、2万元、5万元、2万元、3万元、10万元、2万元，共计26万元。

卢某不服一审法院判决，上诉称：(1)原审判决认定事实不清。林某与应某之间的借款与本案无关，上诉人持有借据应当具有原告的主体资格。被上诉人否认上诉人系本案债权人，应当提供相关的证据，原审判决仅以几点合理性的怀疑便否定上诉人系实际出借人是很草率的。应某作为本案关键证人，证言前后矛盾，其填写借条虽不符合

日常交易，但不能以此否定上诉人的债权人资格。原审判决认为上诉人将随身携带的现金 20 万元交付给被上诉人林某缺乏合理性，但没有对应某的 20 万元借款来源进行进一步审查，而应某、林某两人在款项交付的陈述上回答截然不同，原审判决凭借这些不清楚的事实来推翻上诉人为债权人错误。(2) 一审判决适用表见代理以被上诉人归还了应某的借款来认定本案债权债务消灭错误。本案缺乏表见代理构成要件，被上诉人林某在主观上有重大过失，其相信应某有代理权的理由不充分。请求撤销原审判决，依法予以改判。

二审查明的事实与原审法院查明的事实一致。

#### 【裁判结果】

浙江省温岭市人民法院于 2010 年 7 月 16 日作出 (2009) 台温新商初字第 176 号判决：驳回原告卢某的诉讼请求。浙江省台州市中级人民法院于 2010 年 11 月 3 日作出 (2010) 浙台商终字第 443 号判决：驳回上诉，维持原判。

#### 【裁判理由】

法院生效裁判认为：本案争议的焦点是被上诉人林某是否向上诉人卢某借款 20 万元。

上诉人提供的借条除借款时间、还款时间、借款人、借款金额等是填写的外，其他条款均事先打印。双方一致认可借条上“林某”的签名及指印是被上诉人林某所为，借款时间等其他空白处均由应某填写，出具借条时出借人一栏空白，“卢某”三个字是上诉人卢某事后填写。因此，借条能够证明借款时应某在场，而不能证明上诉人同时也在现场。如果存在被上诉人向上诉人借款，即使出借人没有在场，借条上应当载明出借人，而不是该栏空白，由债权人事后填写，这显然不符合常情。上诉人在二审中陈述：当时向谁借款不确定，应某和卢某两人谁出钱就写谁的名字。即便如此，也说明出具借条时债权人尚未确定。由于出借人一栏空白，上诉人也没有提供证据证明被上诉人明知上诉人是出借人，而且应某系联系人及经办人，被上诉人有理由相信所借款项系应某筹集，故其向应某履行债务并无不当。虽然上诉人持有借条原件，但该借条明显存在瑕疵，而且上诉人在一、二审中对款项来源及借款经过等陈述存在矛盾，又无相关证据证明自己是本案借款的出借人。鉴于被上诉人已向应某履行了债务，且属于善意履行，上诉人虽持有债权凭证，但其要求被上诉人偿还借款的主张，不予支持。

#### 【案例注解】

本案系因在出借借款时未以书面形式表明具体出借人而引起关于借条持有人是否便系实际债权人的典型民间借贷纠纷。

#### 一、借条持有人、实际出借人的关系认定

《合同法》第 12 条第 1 款规定：“合同的内容由当事人约定，一般包括以下条款：（一）当事人的名称或者姓名和住址……。”《合同法》第 197 条第 2 款规定：“借款合同的内容包括借款种类、币种、用途、数额、利率、期限和还款方式等条款。”在民间借贷中，借条被视为一种简化的借款合同。一般情况下，借条由借款人书写，标题为“借条”或“借据”，另起一行为“今向××借到人民币××元……”，再另起一行为借款人签名、按印，最后一行为借款日期。而且与普通借款合同不同的是，借条一般是在双方已达成借贷合意：并且款项实际交付后，才由借款人向出借人出具。若借款人还清了借款，则借条由借款人收回或当场撕毁或由出借人出具收条。若借条已标明出借人，权利及义务主体均非常明确。而即使在借条中未表明出借人身份，仍可基于日常经验规则，将借条的持有人推定为权利人。从传统的司法实践来看，民间借贷案件似乎就是审查有无借条、借条真假及签名真假的简单案件。

但随着社会发展，特别是在金融危机后，涌入司法领域的民间借贷不仅在数量上迅猛增加，在案件难度上呈复杂化的趋势。“专业放贷”“高利放贷”等非常规借贷案件亦涌入诉讼程序中。司法实践中出现了大量的“格式化”借条，即除出借人、借款人、借款金额、借款期限、利息等内容，其余内容均预先打印好，出借人在出借借款时，再由出借人或借款人填入借款金额、利息等，由借款人在落款的借款人处签名并按印。“格式化”借条便往往不填写出借人，或出借人一栏由借条持有人事后填写。分析其原因主要是以下情况：

1. 资金所有人并不亲自参与到借贷活动中，而是将资金交由他人并委托他人进行放贷，借贷的经办人不言明资金来源，也未在出借借款时向借款人披露实际债权人，而是要求借款人空余出借人一栏，借款人出具借条后，经办人再将该借条交与资金所有人，或者经办人仍持有借条并负责借款催讨事宜。

2. 出借人可能需将借条作为债权凭证转让于他人，为了避开转让债权的程序要求，在出借借款时便让借款人空余出借人一栏，以后借条转让于谁，就让谁填上自己的名字或一直保留出借人一栏空余；

3. 出借人因种种原因并不想以自己名义起诉逾期仍未还款的借款人，而是交由第三人起诉，在起诉前由第三人在出借人一栏填写第三人自己的名字或者一直保留出借人一栏空余。

4. 出借人、借款人确认为不填写出借人一栏并不影响借贷事实而未填写的。

就上述情形，只有第 4 种情况才为单纯的民间借贷关系。而就上述 1、2、3 种情况，所涉法律关系已非单纯的民间借贷关系，不能简单的推定借条持有人为实际出借人。第 2、3 种情况所涉其他法律关系还是较为清楚，实际出借人与借条持有人之间分别成立债权转让关系及委托代理关系，并且实际出借人与借条的最终持有人并不同一。第 1 种情况则较为复杂。根据《合同法》第 403 条第 1 款“受托人以自己的名义与第三人订立合同时，第三人不知道受托人与委托人之间的代理关系的，受托人因第三人的原因对委托人不履行义务，受托人应当向委托人披露第三人，委托人因此可以行使受托人对第三人的权利，但第三人与受托人订立合同时如果知道该委托人就不会订立合同的除外”及第 3 款“受托人行使受托人对第三人的权利的，第三人可以向委托人主张其对受托人的抗辩。第三人选



定委托人作为其相对人的，委托人可以向第三人主张其对受托人的抗辩以及受托人对第三人的抗辩”的规定，实际出借人与经办人之间形成的是隐名代理关系。当借款人未履行还款义务时，若经办人将借条交与实际出借人的，借条持有人最终与实际出借人同一，并有权直接向借款人主张权利；但若经办人受实际出借人委托仍持借条向借款人主张权利的，则借条持有人并非实际出借人。

综上所述，借条持有人为实际出借人只是基于日常经验规则的一种推定，并非绝对。当然，在借条持有人最终与实际出借人系同一或者意志相一致的情况下，因“借款人应当知晓不填写出借人的法律风险”、“借款人借款是实，则还款理所当然，而无需过问最后应向谁还款”，只要借款人无合理异议的，法院可以推定借条持有人为实际出借人，而无需深入到借条持有人与实际出借人之间的法律关系当中进行审查。但若借款人有合理异议，或借条确存在种种异常，法院应当要求借条持有人对其便系实际出借人进行进一步说明、举证。

具体到本案，双方一致认可借条上“林某”的签名及指印是林某本人所为，借款时间等其他空白处均由应某填写，出具借条时出借人一栏空白，“卢某”三个字是卢某事后填写。因此，借条能够证明借款时应某在场，而不能证明原告同时也在现场。假如正如卢某所陈述的在出具借条时其本人在场，其并非文盲，而却让应某去书写借款金额、还款时间等借条重要内容，而事后再由其自己填写自己的名字为出借人，完全无此必要，显然不符合常情。而且可以确定的是应某是借款经办人之一，其陈述与卢某主张完全相左。故虽然卢某持有借条原件，但该借条明显存在瑕疵，林某亦已提出合理异议，故卢某应对款项来源及借款经过等作进一步说明，但其陈述亦先后矛盾，不合常理，又无其他相关证据证明自己是本案借款的出借人，故不能仅以其持有此瑕疵借条便认定其为实际出借人。

## 二、向借款经办人善意履债的相关法律关系分析

如前所述，由他人经办出借事宜而借款人并不知晓实际出借人的，实际出借人与经办人之间系隐名代理关系，即实际出借人为委托人，经办人为受托人。在经办人未披露实际出借人之前，就借款人而言，经办人系出借人，则借款人向经办人履行债务的，当然产生清偿债务的效力。在经办人披露实际出借人后，就借款人而言，基于合同的相对性，其再向经办人履行债务仍会产生清偿债务的效力。所要提出的是，若经办人收取还款的行为已超越实际出借人的授权范围，那么向经办人清偿债务是否仍应有效？笔者认为，只要借款人并不明知经办人无权收款，则其履债行为均应认定为是善意履债，并应确认具有清偿债务的效力。

理由一：从合同相对性来分析。不管是经办人披露委托关系前还是披露后，就借款人而言借款合同确实只发生在借款人与经办人之间，只不过实际出借人基于法律的特别规定取得了向借款人主张债权的权利。即使已经披露，借款人亦无义务去探究实际出借人与经办人间的法律关系。

理由二：从合同法关于表见代理和隐名代理的规定来综合分析，可以得出隐名表见代理制度。《合同法》第49条规定：“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。”此即我国法律关于表见代理的规定。但从文义理解，似乎它要求行为人须以被代理人名义为民事法律行为才能构成表见代理，即表见代理的前提是显名代理。但就立法目的而言，法律之所以将表见代理这种属广义的无权代理作有权代理处理，是为了鼓励交易、维护交易安全，使被代理人善意相对人的利益均得到保护。显名表见代理与隐名表见代理的唯一区别在于，行为人是否在形式上以被代理人名义为民事法律行为。而该形式不是决定表见代理成立的有效要件，决定有效成立的实质要件仅为外表现象和相对人善意。因而不能仅以形式的不同而硬将隐名表见代理排除出表见代理制度中。再结合《合同法》第403条第3款“委托人行使受托人对第三人的权利的，第三人可以向委托人主张其对受托人的抗辩”的规定，完全能得出隐名代理中代理人超越委托权限的行为对委托人亦能产生效力的结论，即存在隐名表见代理制度。综上，基于隐名表见代理制度，民间借贷中借款人向出借借款的经办人善意履债的，即使经办人的收款行为已超越委托权限，则仍然对实际出借人产生清偿债务的效力。

再回到本案中，二审法院是以出借人一栏空白，卢某也没有提供证据证明林某明知卢某是出借人，而且应某系联系人及经办人，被上诉人有理由相信所借款项系应某筹集，故其向应某履行债务并无不当为由来认定林某的还款具有清偿债务的效力，主要是基于合同的相对性，至于卢某与应某的具体关系在所不问；而一审则是假设卢某关于其为实际出借人、应某亦无权收款的主张成立，而以隐名表见代理来认定林某的还款具有清偿债务的效力。一二审的处理均是正确的。

（第一审法院合议庭成员：江伟 陈泳滨 朱云富

第二审法院合议庭成员：阮丹军 胡精华 梅矫健

编写人：浙江省温岭市人民法院 江 伟

责任编辑：丁广宇

审稿人：曹守晔）

## 法官“借案夺妻占财”案民事判决书

2014年9月6日 民事审判参考

湖南省永州市中级人民法院

## 民事判决书

(2014)永中法民再终字第25号

申请再审人(一审被告、二审上诉人):成某甲,男,1964年3月6日出生,汉族,湖南省祁阳县人,永州市金洞管理区职工。

委托代理人:李春光,湖南海天律师事务所律师。

委托代理人:李国清,湖南博大律师事务所律师。

被申请人(一审原告、二审被上诉人):冯某某,女,1970年12月3日出生,汉族,湖南省永州市冷水滩区人,居民。

委托代理人:张水清,湖南新星律师事务所律师。

申请再审人成某甲因与被申请人冯某某离婚纠纷一案,不服本院(2008)永中法民一终字第421号民事判决,向本院申请再审。本院于二〇一四年五月二十一日作出(2014)永中法立民申字第47号民事裁定,再审本案。2014年6月11日移送审理。本院依法另行组成合议庭,于2014年7月14日在本院第五审判庭公开开庭进行了审理。申请再审人成某甲及委托代理人李春光、李国清和被申请人冯某某及委托代理人张水清到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

2008年4月18日,一审原告冯某某起诉至永州市冷水滩区人民法院称,原、被告于1998年相识,1999年夏天,在一起同居生活。2001年10月17日生育一女取名成某乙,现已随被告生活。2003年9月5日,双方登记结婚,婚后感情一般。2003年底,被告开始原形毕露,在外面经常与别的女人鬼混,致使原告感染性病,同时还对原告拳脚相加。由于被告经常夜不归宿,导致双方感情恶化。2005年被告在网上与别的女人进行裸聊,严重影响夫妻感情。面对被告的无情背叛,原告苦口婆心规劝,遭来的却是毒打。2005年12月31日,被告将原告打得遍体鳞伤(见法医鉴定书)。2006年被告与一个叫黄××的女人同居,并于同年8月27日生育一女,致使原告身心倍受伤害。被告自2005年12月31日离家出走,2006年6月15日凌晨两点,被告又与一女人在零陵区美伦大酒店8920房间鬼混,被徐家井派出所及110干警抓获。被告离家分居至今达二年半之久,在分居期间,被告与黄××以夫妻名义同居在一起,有被告认可的签字和邻居的证明并签字。综上所述,原、被告双方感情确已彻底破裂,婚姻关系早已名存实亡。为此,请求法院判决:1、准予原、被告离婚;2、双方所生小孩成某乙归被告抚养,抚养费全部由被告负担。3、夫妻共同财产:零陵区永(芝)国用(2004)字第900613号土地一宗,土地面积984.3平方米,原购买价108,000元(现已修建正在收益之中),住房一套(冷水滩潇湘东路75号)价值9.62万元,债权40,698元,被告与他人同居,存在过错,应少分或不分。4、夫妻共同债务:中国建设银行永州市分行贷款20万元,购住房欠款66,200元、借现金款29,000元,由法院判决偿还;5、由被告偿还婚前所借人民币34,610元;6、被告赔偿原告精神损失费3万元;7、本案诉讼费由被告承担。2008年4月24日,原告冯某某向永州市冷水滩区人民法院增加诉讼请求:请求将夫妻共同财产永(芝)国用(2003)字第003300号土地一宗(面积460.3平方米)作为夫妻共同财产进行分割。成某甲辩称,1、同意离婚;2、原告现住房归女成某乙所有;3、永(芝)国用(2004)字第900613号土地已卖;4、永(芝)国用(2003)字第003300号土地已被法院查封;5、原告说被告有婚外恋及生小孩无事实根据,被告不赔偿精神损失。

永州市冷水滩区人民法院一审查明,原告冯某某、被告成某甲于1998年相识,2001年10月17日生一女孩取名成某乙。2003年9月15日,原、被告自愿在永州市零陵区民政局登记结婚,婚后感情尚可,由于被告不珍惜夫妻感情,经常与别的女人有婚外恋并进行网上裸聊等,使用家庭暴力,2005年12月31日将原告打伤后离家出走至今,后公开与零陵区黄××非法同居,并于2006年8月23日在双牌县中医院生一小孩。原告曾于2006年6月23日向法院起诉离婚,但因原告交不起诉讼费而被法院按自动撤诉处理。原告提出离婚,被告表示同意,但是对小孩的抚养费有争执,小孩成某乙现随父生活,原告不知道女孩成某乙的地址。

原、被告夫妻关系存续期间共同财产有永(芝)国用(2004)字第900613号土地一宗,面积984.3平方米,已于2007年7月10日被被告成某甲作价22万元低价转让,其价款被被告占有。永(芝)国用(2003)字第003300号土地一宗,面积460.6平方米,经双方在庭审中竞价,作价52万元,被原告冯某某竞得。位于冷水滩区潇湘东路75号二单位七楼702号住房一套,面积148平方米,买价9.62万元,实交房款3万元,下欠房款6.62万元,该房产权证在卖主手中,经双方在第一次起诉中对房子及房内财产竞价18万元,本次庭审质证,双方认同。又查明夫妻有共同债权40,790元。其中唐老六13,000元,谢爱国11,300元,颜国志5,000元,跃进机械厂15,490.8元。共同债务,欠假飞字20,000元,欠于彩霞9,000元,欠建设银行永州分行贷款本息265,984.36元(截止日2008年4月30日)、银行诉讼费4,900元,财产保全费2,000元,共计欠银行272,884.36元,欠小孩学费1,900元。

另查明,被告成某甲婚前借原告冯某某现金34,610元。

原、被告婚姻关系存续期间所投资三项基建工程即芝山城区粮店工程、永州市劳动就业服务处工程、芝山区饲料公司工程。被告对利润及利润的去向不予说明,但在永州市劳动就业服务处有质保金2万元未收。

原告在起诉中认为被告与他人同居并生育小孩,导致夫妻感情破裂有过错,要求被告赔偿原告精神损失费3万元。

以上事实，有原、被告的陈述，证人证言、录音录像资料，合同及结算资料，房地产相关资料，借条及欠条，第一次起诉开庭笔录等，经庭审质证，足以认定。

永州市冷水滩区人民法院一审认为，原、被告自由恋爱、自愿结婚，婚后生育一女孩现年7岁，夫妻感情尚可。但2005年以来因被告与她人有婚外恋并生育小孩，从而导致夫妻感情彻底破裂，故原告要求与被告离婚之主张，被告表示同意，法院依法应予准许。因导致夫妻感情破裂之过错在于被告，因此，原告要求财产分割时照顾无过错方应多分的主张，法院依法应予支持。2000年期间被告婚前借原告款34,610元至今未还，原告主张该款系个人婚前财产，法院依法予以支持。原、被告夫妻关系存续期间购买的土地二宗，其一、永（芝）国用（2004）字第900613号土地已被被告在原告第一次向法院起诉后，即2007年7月10号私自作价22万元转让给魏季亮，该土地位于零陵城区永州市三中对面，面积984.3m<sup>2</sup>，作价22万元，明显低于市场价，属于恶意转移夫妻共同财产行为，其价款归被告所占有。其二、永（芝）国用（2003）字第003300号土地位于零陵区东山景区内（该土地政府不许转让、开发），经双方在庭审中竞价，原告冯某某出价52万元，被告成某甲出价50万元，考虑到被告已转移一宗土地，原告提出该土地归原告所有的主张应予支持。

原、被告位于冷水滩潇湘东路75号房产，被告在庭审中要求判给女儿成某乙违反夫妻共同财产的处置原则，考虑到原告现已下岗无住房屋，被告在零陵区也有住房，故原告要求占有该房应予支持。关于该房及房内财产的价格，双方均同意以第一次开庭意见为准即18万元。原、被告双方的共同债权40,690.8元，都出具在被告名下，应为被告收取。共同债务建设银行永州分行债务272,884.36元，是用永（芝）国用（2004）字第003300号土地抵押，该款应为该土地实际占有人冯某某偿还。另欠假飞宇2万元，于彩霞9千元，欠小孩学费1,900元，欠购买冷水滩潇湘东路75号住房款66,200元，应归被告偿还。

原告要求赔偿精神损失费3万元的主张过高，应以1万元为准。原告在起诉中提出投资三项工程即芝山城区粮店工程、芝山区饲料公司工程、永州市劳动就业服务处工程的利润要求分割，因前二项工程系原、被告分居前所做，且利润不明，不予支持。对永州市劳动就业服务处工程结算是2006年1月10日在分居后结算，利润不明，但对其质保金2万元归原告所有的理由应予支持。据此，依据《中华人民共和国婚姻法》第十八条第（一）项、第三十二条第（一）、（二）、（四）项、第三十七条、第三十九条、第四十一条、第四十二条、第四十六条、第四十七条第（二）、（三）项、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、第二十八条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十条之规定，于二〇〇八年五月二十八日作出（2008）永冷民初字第182号民事判决：一、准予原告冯某某与被告成某甲离婚；二、婚生小孩由被告抚养，原告每月支付抚养费200元至小孩成年。抚养费从2008年5月22日起开始支付，且于每年12月30日一次性支付当年的费用。三、原、被告婚姻关系存续期间土地一宗，即永（芝）国用（2003）字第003300号（价值52万元），冷水滩潇湘东路75号住房及房内财产归原告所有。永（芝）国用（2004）字第900613号土地已被被告低价22万元转让，该款归被告所有。四、共同债权，其中40,690.8元，其中唐老六13,000元，谢爱国11,300元，颜国志5,000元，跃进机械厂15,490.8元，归被告所有。永州市劳动就业服务处质量保证金2万元由原告所有。五、共同债务，建设银行永州分行272,884.36元（截止2008年4月30日止）归原告偿还，欠购买冷水滩潇湘东路75号房款66,200元，欠假飞宇2万元，于彩霞9千元，欠学校学费1,900元，由被告偿还。六、被告支付婚前所借原告现金34,610元。七、被告赔偿原告精神损失费1万元。本案诉讼费200元，诉讼保全费1,000元，财产分割费3,000元，共计4,200元，减半收取2,100元，原告负担375元，被告负担1,725元。

成某甲不服一审判决，向本院提出上诉称，原判认定事实错误，处理不当，永（芝）国用（2003）字第003300号土地是上诉人与陈用标共同购买，只有上诉人出资份额才能归上诉人夫妻共有。永（芝）国用（2004）字第900613号土地，上诉人出卖后已用于偿还信用社借款和代被上诉人弟弟还债。同时，原判对债权债务的认定和处理以及对上诉人存有过错的认定等错误，判决上诉人赔偿被上诉人精神抚慰金不当。请求维持原判第一、二项，撤销原判第三、四、五、六、七项，依法另行作出公正判决。

本院二审确认了一审认定的事实。

本院二审认为，“谁主张、谁举证”。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条明确规定，当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或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。本案上诉人成某甲提出的“原判认定事实错误，处理不当，永（芝）国用（2003）字第003300号土地是上诉人与陈国标共同购买。只有上诉人出资份额才能归上诉人夫妻共有。永（芝）国用（2004）字第900613号土地，上诉人出卖后已用于偿还信用社借款和代被上诉人弟弟还债。同时，原判对债权债务的认定和处理以及对上诉人存有过错的认定等错误，判决上诉人赔偿被上诉人精神抚慰金不当”的上诉理由，经查，由于上诉人一直没有提供确实有效的证据支持自己的主张，也未提供足够证据推翻和反驳被上诉人的证据和主张，因此，上诉人的上诉理由不能成立，本院不予支持。基上，原判认定事实清楚，适用法律正确，程序合法，处理恰当，应予维持。据此，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）项之规定，于二〇〇八年十月二十八日作出（2008）永中法民一终字第421号民事判决：驳回上诉，维持原判。

成某甲申请再审称，原判决认定的基本事实缺乏证据证明，认定申请再审人在零陵区有房子没有任何证据证明，

却将双方在冷水滩河东潇湘东路75号的唯一房产判决归被申请人所有；在处理永（芝）国用（2003）字第003300号土地时认定申请再审人竞价50万元低于被申请人的52万元缺乏证据证明，当时双方并没有竞价。成某甲在再审中提出，转让原芝山区木材公司土地的原因，是申请再审人为被申请人的亲弟弟的一笔借款提供担保，在债主逼债的情况下，申请再审人和被申请人商量后，进行了有效处置，22万元已还债，离婚时这块土地已经不存在了，不应再作为离婚财产进行分配。请求再审法院：1、判决撤销（2008）永冷民初字第182号民事判决、（2008）永中法民一终字第421号民事判决除了婚姻关系之外的财产和债权债务分配部分等判决事项；2、判决双方各分得50%的共同财产和分担50%的共同债务；3、本案诉讼费用全部由被申请人承担。

在再审庭审中，成某甲又提出了如下请求：1、小孩抚养费过低，要求增加；2、原一、二审未认定的债务，要求再审处理；3、婚前借款，不属于婚姻财产分割范围，作出判决不当，应予撤销。

被申请人冯某某辩称，申请再审人申请再审没有任何理由，法院认定的事实完全有证据支持。原判认定申请再审人零陵区有住房，是认为申请再审人有房住，而不是拥有住房，在原审中只对一套住房进行财产分割。竞价是在法庭上公开进行的，申请再审人的委托代理人是特别授权的，是完全有资格参与竞价的，在竞价过程中通过电话给申请再审人请示确定竞价价格，双方是同意52万元竞价结果的，所以根据综合事实，将土地判给被申请人的。请求法庭驳回申请再审人的申请，维持原判。再审必须按再审申请书提出的具体的再审请求内容进行审理，申请再审人提出的新请求，不属于再审审理范围。

本院再审查明，成某甲购买原芝山区煤炭公司土地，2003年登记证号为永（芝）国用（2003）字第003300号，土地面积为460.6平方米，当时土地上有附着物尚未拆迁处理。后经登记机关清查处理，2005年10月17日为成某甲重新办理土地登记，变更土地面积为227.7平方米，土地证号改为永（芝）国用（2005）字第905462号。因成某甲隐瞒土地面积已改变的事实，导致原一、二审判决仍认定该地面积为460.6平方米。原判对原芝山区煤炭公司土地面积认定错误，本院予以纠正。其他事实与一、二审查明的事实一致，本院予以确认。

本院再审查认为，根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百零二条“当事人对已经发生法律效力的解除婚姻关系的判决、调解书，不得申请再审”的规定，本案审理的是离婚诉讼中的财产分割等内容，对于解除婚姻关系的内容，本院不予审理。本案的争执焦点有五，现分述如下：

第一个焦点问题：原受让零陵区木材公司的土地使用权[永（芝）国用（2004）字第900613号国土证]及转让款是否可作为离婚时夫妻共同财产进行分割？

成某甲再审中提出，冯某某于2008年4月18日提起离婚诉讼，永（芝）国用（2004）字第900613号土地已于2007年7月10日转让他人，土地使用权已不复存在，土地转让款22万元已用于偿还借款和代冯某某弟弟还债。一、二审法院在没有证据证明22万元现金或存款仍然存在的情况下，将土地使用权或者转让款作为共同财产，分配给成某甲，该判项缺乏证据支持。经查，成某甲、冯某某夫妻关系存续期间购置土地二宗，其一永（芝）国用（2004）字第900613号土地已被成某甲在冯某某第一次向法院起诉后即2007年7月10日作价22万元转让给魏季亮，其价款被成某甲所占有。根据《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”的规定，离婚时一方转移夫妻共同财产，可以少分或不分。本案中成某甲与冯某某于2005年底分居，2006年6月冯某某向法院起诉离婚，后因诉讼费原因被法院按自动撤诉处理。成某甲于分居期间的2007年7月10日以22万元的低价将永（芝）国用（2004）字第900613号984.3平方米的土地使用权（即木材公司土地使用权）擅自转让，应考虑在共同财产分配时少分。木材公司的土地使用权已经转让，不再是夫妻共同财产，但所得转让款22万元应作为夫妻共同财产分割。成某甲在一、二审中没有提供证据证明22万元转让款用于家庭的共同生产、生活，亦没有证据证明冯某某对转让土地知情或同意，申请再审时仍没有提供新证据证明该事实，应承担举证不能的后果。成某甲自己主张转让款已用于代冯某某弟弟偿还由其担保的借款，也没有提供证据证明，即使还款事实存在，成某甲也只能依据担保法的规定向冯某某的弟弟追偿。

第二个焦点问题：原受让原零陵区煤炭公司土地使用权价值是多少？双方竞价的事实是否存在？成某甲申请再审提出，原判在处理原受让原零陵区煤炭公司土地使用权[永（芝）国用（2003）字第003300号国土证]时认定申请再审人竞价50万元低于被申请人出价52万元，因此判决土地归被申请人所有，缺乏证据证明。申请再审人并没有和被申请人因此宗土地而竞价，土地价值也远远不止于50万元，土地价值近100万元，且该宗土地是其与陈用标共同购买，只有申请再审人出资份额才能归申请再审人夫妻共有，法院直接处理不当。经查，原一审开庭审理中对003300号土地征询双方意见是当庭竞价或申请评估，成某甲的特别授权代理人王晓海同意竞价，竞价结论是52万元。该土地证成某甲为使用权人，成某甲虽然提出与他人共有，但未提供充分证据证明，法院未予采信，故竞价的标的应为整块土地。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第六十二条“离婚案件有诉讼代理人的，本人除不能表达意志的以外，仍应出庭；确有特殊情况无法出庭的，必须向人民法院提交书面意见”的规定，夫妻双方应出庭参加诉讼，本案中虽然成某甲（同意离婚无异议）没有参加开庭，但对财产的争执已授权特别代理人处理，成某甲应对代理人的代理行为承担民事责任。至于成某甲提出土地价值100万元明显与事实不符，其一，成某甲购买该土地的价格为6万元；其二，该土地在双方离婚后，2010年政府征收的价格为90余万元；其三，2008年一审开庭中，

双方对该土地最终竞价 52 万元体现了双方对共有财产价值的共同认定，反映了土地的当时价值。

第三个焦点问题：对共有房产的分配是否公正？成某甲申请再审提出，对共有房屋分配给冯某某判决不公，认定其在永州市零陵区有房子没有任何证据证明，致其带着 7 岁的女儿流落街头。一审法院认为，原、被告位于冷水滩潇湘东路 75 号房产，被告在庭审中要求判给女儿成某乙违反夫妻共同财产的处置原则，考虑到原告现已下岗无居住房屋，被告在零陵区也有住房，故原告要求占有该房应予支持。本院再审认为，本案认定夫妻共同所有房产仅有一处，共有房屋判给无过错的女方，彰显了婚姻法保护无过错方的法律精神，且成某甲长时间离家出走，有其他居所，居住的条件不至于因财产分割而下降。

第四个焦点问题：婚内过错的确定是否妥当？原审法院适用了《中华人民共和国婚姻法》第四十六条（二）、（三）项的规定，认定成某甲有与他人同居和实施家庭暴力的过错行为，应当承担损害赔偿的事实，有相关证据证实，本院予以确认。成某甲在再审中提出，冯某某曾有几段婚史，婚前对成某甲隐瞒婚史是导致离婚的主要原因，法院应不支持冯某某的精神抚慰金要求。本院再审认为，成某甲所述冯某某对其隐瞒婚史并不属于《中华人民共和国婚姻法》第四十六条规定的导致离婚的过错情形，故不能认定冯某某婚内有过错。

第五个焦点问题：对共同债权的分配是否公平？一审法院判决给成某甲的夫妻共同债权为 40,690.8 元，申请再审人成某甲提出异议，认为这些债权属不良债权，不是债务人失踪、死亡，就是投资项目已解散，债权无法实现。因这些债权均出具在成某甲名下，实现债权的风险，成某甲应负直接责任，由出借人收回债权，亦符合常理，故判决由成某甲收取并无不当。

另外，原判婚前借款的判定，有被申请人冯某某具体的诉讼请求，在离婚诉讼中一并处理，有减少诉累，方便当事人诉讼的现实性和可操作性，且不违反法律禁止性规定，可予维持。申请再审人成某甲要求提高小孩抚养费，增加原判未作处理的债务分配等请求，不属于再审审理范畴，可另行依法解决。

综上所述，原一、二审对申请再审人成某甲与被申请人冯某某在夫妻存续期间购置的两宗土地，因考虑成某甲擅自低价转让了一宗 984.3 平方米土地，将另一宗经当庭竞价 52 万元的土地（227.7 平方米）判给冯某某，不违反公平原则。且冯某某还承担了该土地抵押贷款本息 27 万余元，大于成某甲承担的购房等借款共计 9.71 万元。另将房产判给冯某某，亦符合照顾无过错女方权益的原则。原一、二审对财产分割的判决体现了财产公平分割和兼顾无过错方利益的精神。原判认定事实清楚，审理程序合法，实体处理适当，应予维持。申请再审人要求改判的理由与事实不符，本院不予采信。本案经本院审判委员会讨论决定，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百零七条、第一百七十条第一款（一）项之规定，判决如下：

维持本院（2008）永中法民一终字第 421 号民事判决（不予再审的离婚判项除外）。

本判决为终审判决。

审 判 长 曾 辉

审 判 员 胡明华

代理审判员 谢 琼

二〇一四年八月三日

书 记 员 桂丽萍

附相关法律条文：

《中华人民共和国民事诉讼法》

第二百零七条 人民法院按照审判监督程序再审的案件，发生法律效力的判决、裁定是由第一审法院作出的，按照第一审程序审理，所作的判决、裁定，当事人可以上诉；发生法律效力的判决、裁定是由第二审法院作出的，按照第二审程序审理，所作的判决、裁定，是发生法律效力的判决、裁定；上级人民法院按照审判监督程序提审的，按照第二审程序审理，所作的判决、裁定是发生法律效力的判决、裁定。

人民法院审理再审案件，应当另行组成合议庭。

第一百七十条 第二审人民法院对上诉案件，经过审理，按照下列情形，分别处理：

（一）原判决、裁定认定事实清楚，适用法律正确的，以判决、裁定方式驳回上诉，维持原判决、裁定；

（二）原判决、裁定认定事实错误或者适用法律错误的，以判决、裁定方式依法改判、撤销或者变更；

（三）原判决认定基本事实不清的，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审，或者查清事实后改判；

（四）原判决遗漏当事人或者违法缺席判决等严重违反法定程序的，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审。

原审人民法院对发回重审的案件作出判决后，当事人提起上诉的，第二审人民法院不得再次发回重审。

### 陈文杰、陈文霞等诉陈春芳、陈国芳等物权确认纠纷案——附期限分产协议中财产归属的认定

2014 年 9 月 5 日 人民法院案例选 家事法苑

注：本文仅供学术实务研讨交流用，如需正式引用，请务必对照原文！

22. 陈文杰、陈文霞等诉陈春芳、陈国芳等物权确认纠纷案

——附期限分产协议中财产归属的认定

《人民法院案例选》2013 年第 4 辑（总第 86 辑），人民法院出版社 2014 年 5 月第 1 版

原始链接：<http://211.153.22.231/goods.php?id=647>

关键词：物权确认 分产协议 法定继承

### 【裁判要点】

父母子女之间约定父母的房产在父母死亡后归子女所有的协议，属分产协议而非父母所立遗嘱。父母子女在分产协议中所附期限排除了父母对该房产的继承权，应取得该房产所有权的子女先于父母死亡的，对该房产的期待权应由该子女的其他法定继承人继承。

### 【相关法条】

《中华人民共和国民法通则》第五十四条 民事法律行为是公民或者法人设立、变更、终止民事权利和民事义务的合法行为。

《中华人民共和国继承法》第十条 遗产按照下列顺序继承：

第一顺序：配偶、子女、父母。

第二顺序：兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。

继承开始后，由第一顺序继承人继承，第二顺序继承人不继承。没有第一顺序继承人继承的，由第二顺序继承人继承。

本法所说的子女，包括婚生子女、非婚生子女、养子女和有扶养关系的继子女。

本法所说的父母，包括生父母、养父母和有扶养关系的继父母。

本法所说的兄弟姐妹，包括同父母的兄弟姐妹、同父异母或者同母异父的兄弟姐妹、养兄弟姐妹、有扶养关系的继兄弟姐妹。

### 【案件索引】

一审：浙江省宁波市鄞州区人民法院(2011)甬鄞民初字第358号（2011年8月5日）

### 【基本案情】

原告陈文杰、陈文霞、王玉琴诉称：原告陈文杰、陈文霞是原告王玉琴的子女。陈惠昌的长子、原告王玉琴的丈夫陈世芳于1999年11月病故。1983年2月，陈惠昌与陈世芳等六子签订父子协议一份，对家中原有和当时在建楼房作了析产，因长子陈世芳未分得楼房，协议约定：等楼房造好后再造二间小屋给陈惠昌夫妇居住，待陈惠昌夫妇过世后该二间小屋归陈世芳所有。被告陈国芳将按约建造的二间小屋登记在自己名下，后经鄞州区国土资源局纠正登记，将该二间小屋登记在陈惠昌名下。2004年5月，被告陈国芳隐瞒父子协议事实，经鄞州区公证处公证，将陈惠昌名下二间平屋的50%产权以赠与形式取得。2005年3月，三原告向贵院提起诉讼，请求确认赠与合同无效。法院经审理认为，该二间平屋待陈惠昌夫妇去世后，应归陈世芳所有，被告陈国芳以赠与形式将二间平屋50%的产权进行了转移，损害了三原告可期待的利益，并据此判决赠与合同无效。现陈惠昌夫妇已于2007年4月和2008年8月30日先后去世，三原告可期待的利益应得到实现，但被告陈国芳以原判决产权归属尚未明确为由，阻碍原告办理拆迁调产登记手续。三原告认为，上述父子协议是各方当事人真实意思表示，现陈惠昌夫妇已经去世，该房屋产权安置权应归陈世芳所有。因陈世芳已于1999年去世，该房屋产权安置权应归三原告继承所得。据此，请求判决确认坐落在宁波市鄞州区钟公庙街道后周村陈惠昌名下已被拆迁的房屋安置权归三原告所有。

被告陈国芳辩称：陈惠昌遗留房产已被拆迁是事实，但被告陈国芳并未对房屋实施侵权行为，三原告起诉被告毫无事实及法律根据。在以陈惠昌名义审批的宅基地上建造的此二间小屋，并非1983年2月3日父子协议中约定要准备在陈春芳小屋西边空地建造的小屋，该二间小屋系被告陈国芳独自出资出力建造的。已被拆迁讼争的二间房屋与父子协议中指定准备建造的小屋地点、面积、出资等情况均是不同的。权利与义务是对的，三原告未按父子协议约定履行出资义务，也未履行对老人的赡养义务，即使这二间小屋是陈惠昌的遗产，也依法应由陈惠昌的子女共同继承，不能仅由三原告来享有。

被告陈小芳辩称：未按父子协议建过房屋，被告陈小芳也没有出过建房屋的钱。陈惠昌名下遗留的二间小屋是被告陈国芳一人出资出工建造的，一间给陈惠昌居住，一间由被告陈国芳自己做厨房用，该二间小屋的安置权应归被告陈国芳所有。如果三原告可以享有两间房子的份额，那被告陈小芳也主张继承权。

被告陈开芳辩称：父子协议未成立过，那时候都没有出资出力。土地审批表上被告陈开芳也有份，如果陈惠昌的房子可以继承的话，被告陈开芳也主张三分之一的份额。

被告陈利娥辩称：这两间房子是被告陈国芳建造的，建好后一间给陈惠昌居住，一间由被告陈国芳自己做厨房用。被告陈利娥如有继承份额，也主张继承的权利。

被告陈春芳、陈根芳均未作答辩。

法院经审理查明：陈惠昌和周菊明系夫妻，生育陈世芳、陈国芳、陈春芳、陈根芳、陈小芳、陈开芳、陈利娥七名子女。陈世芳和王玉琴系夫妻，生育陈文杰、陈文霞二名子女。1983年2月3日，陈惠昌与陈世芳、陈国芳、陈春芳、陈根芳、陈小芳、陈开芳签订父子协议一份，对家中财产进行了分割，并对父母的赡养问题作了约定。其中第二条约定：陈世芳因早已成家立业，对现有房产不再参加分配，每年负担父母生活费捌拾肆元……第四条约定：等到楼屋建好后，要造二间小屋给父母居住，费用由六个儿子平均负担，待父母都亡故后，该二间小屋归陈世芳所有。1989年12月，陈惠昌向所在村申请建房用地36m<sup>2</sup>，经批准后，于1991年、1992年建造了建筑占地面积分别

为 23.67 m<sup>2</sup>和 14.53 m<sup>2</sup>的平屋二间。陈世芳于 1999 年 11 月 12 日死亡，周菊明于 2002 年 8 月 30 日死亡。2004 年 4 月 16 日，陈惠昌与陈国芳签订赠与合同一份，约定：陈惠昌将坐落在宁波市鄞州区钟公庙街道前周村后周的砖木结构平屋三间（其中一间建筑面积为 11.7 m<sup>2</sup>，另外二间系上述建筑占地面积分别为 23.67 m<sup>2</sup>和 14.53 m<sup>2</sup>的平屋）其享有的 50% 产权赠与给陈国芳。本院于 2005 年 5 月 18 日作出（2005）甬鄞民一初字第 1912 号民事判决书，判决陈惠昌、陈国芳于 2004 年 4 月 16 日签订的赠与合同中关于陈惠昌将平屋二间（建筑面积 38.2 平方米）的 50% 产权赠与给陈国芳部分的合同无效。2006 年 3 月 22 日，陈惠昌与钟公庙街道新农村建设办公室签订拆迁调产协议书，确定陈惠昌享有被拆上述二间平屋的安置权。陈惠昌于 2008 年 4 月 20 日死亡。

### 【裁判结果】

浙江省宁波市鄞州区人民法院于 2011 年 8 月 5 日作出（2011）甬鄞民初字第 358 号民事判决：位于宁波市鄞州区钟公庙街道后周村陈惠昌名下已被拆迁的建筑占地面积分别为 23.67 m<sup>2</sup>和 14.53 m<sup>2</sup>的平屋二间的安置权利属原告王玉琴、陈文杰、陈文霞所有。

宣判后，双方当事人均未上诉，一审判决已经发生法律效力。

### 【裁判理由】

法院生效裁判认为：《中华人民共和国民法通则》第五十四条规定“民事法律行为是公民或者法人设立、变更、终止民事权利和民事义务的合法行为。”陈惠昌与陈世芳、陈国芳、陈春芳、陈根芳、陈小芳、陈开芳签订父子协议，分割家庭财产，约定赡养父母事宜，该协议系各方当事人的真实意思表示，对协议签订各方当事人均具有法律约束力。父子协议中“由六个儿子造二间平屋给陈惠昌、周菊明夫妇居住，待陈惠昌、周菊明夫妇都去世后，该二间平屋归陈世芳所有”的内容是协议各方对该二间平屋所有权归属的约定，即在陈惠昌、周菊明夫妇去世这一期限届满时，该二间平屋即属陈世芳所有，陈世芳享有取得该二间平屋所有权的期待权。陈世芳去世后，其享有的对该二间平屋的期待权理应由其法定继承人享有。陈世芳去世时，其第一顺序法定继承人有其父母陈惠昌、周菊明、配偶原告王玉琴和子女原告陈文杰、陈文霞，第二顺序法定继承人有其弟妹被告陈国芳、陈春芳、陈根芳、陈小芳、陈开芳、陈利娥。但在陈世芳去世时，陈惠昌、周菊明夫妇仍是该二间平屋的所有权人，且根据父子协议的约定，该二间平屋只有在陈惠昌、周菊明夫妇均去世后才能使陈世芳原本享有的期待权得以实现，所以陈惠昌、周菊明夫妇不能继承陈世芳对该二间平屋的期待权。陈世芳对该二间平屋的期待权只应由除陈惠昌、周菊明以外的其他第一顺序法定继承人即原告王玉琴、陈文杰、陈文霞继承，被告陈国芳、陈春芳、陈根芳、陈小芳、陈开芳、陈利娥作为陈世芳的第二顺序法定继承人无权继承。该二间平屋在陈惠昌去世前已被拆迁，在陈惠昌去世后，该二间平屋的安置权利应属原告王玉琴、陈文杰、陈文霞所有。被告陈国芳、陈小芳、陈开芳、陈利娥关于该二间平屋的安置权利应属被告陈国芳所有以及各自享有继承份额的辩解意见，因缺乏事实和法律依据，本院不予采信。

### 【案例注解】

本案在已认定争议的二间平屋属陈惠昌、周菊明财产的前提下，被告陈国芳、陈春芳、陈根芳、陈小芳、陈开芳、陈利娥是否享有继承该二间平屋的权利，成为本案双方当事人争议的焦点。法院裁判首先认定父子协议的性质是分产协议，而不是陈惠昌夫妇所立遗嘱。陈世芳虽先于陈惠昌夫妇去世，该二间平屋也不应作为陈惠昌夫妇的遗产由其法定继承人继承，而应根据分产协议的约定确定权利归属。然后，法院裁判分析分产协议对二间平屋权属约定所附期限的性质，认为在陈世芳去世时，陈惠昌夫妇不能继承陈世芳对该二间平屋的期待权，最终得出该二间平屋的期待权应由原告王玉琴、陈文杰、陈文霞承受的结论，并作出判决。

#### 一、本案父子协议系分产协议而非遗嘱

分产协议与遗嘱一般均系在家族亲属内部进行财产权利的无偿让与，都存在家族长辈将自己的财产分配给子女的情形，二者存在一些共同之处。但分产协议与遗嘱在本质上还是有较大区别，主要表现在：（1）法律性质不同。遗嘱是立遗嘱人的单方法律行为，体现立遗嘱人的个人意志，不受他人意志影响，立遗嘱人可以单方将之变更或撤销。分产协议则须两个以上的民事主体达成合意，体现的是所有协议主体的共同意志，如不符合法定或约定的条件，协议一方不得单方变更或撤销；（2）处分的财产不同。遗嘱是对立遗嘱人对其本人所享有的个人财产的处分。分产协议所处分的财产不限于家族长辈的个人财产，也可以是家庭成员的共有财产；（3）发生法律效力的时间不同。遗嘱自被继承人死亡之日起发生法律效力。分产协议一般自协议各方签字之日起生效，如附有条件或期限，则自条件成就或期限届满时始发生法律效力。

本案陈惠昌与其子女陈世芳、陈国芳等人在父子协议中对家庭财产进行了分割，作为对陈世芳未分得现有财产的补偿，协议各方约定为陈惠昌夫妇建造的二间平屋在陈惠昌夫妇均去世后归陈世芳所有。该协议是陈惠昌与其子女陈世芳等人就家庭共同财产的处分所达成的合意，体现的是陈惠昌父子的共同意志，而不是陈惠昌夫妇处分其自己财产的单方意志。虽然该协议约定了在陈惠昌夫妇均去世后，陈世芳才能实际享有二间平屋的所有权，但该约定是对协议效力所附的期限，期限届满时，将产生协议所约定的法律效力，但不能产生该二间平屋作为陈惠昌夫妇的遗产由其继承人继承的法律效力。所以本案陈惠昌与其子女陈世芳、陈国芳等人所签订的父子协议属分产协议而不是陈惠昌夫妇所立遗嘱。

#### 二、陈惠昌夫妇不能继承分产协议所处分之二间平屋

有观点认为，在陈世芳死亡后，陈惠昌夫妇作为陈世芳的继承人有权继承陈世芳对该二间平屋的权利，陈惠昌

夫妇死亡后，对于该二间平屋中属陈惠昌夫妇应继承的份额，被告陈世芳、陈国芳、陈春芳、陈根芳、陈小芳、陈开芳、陈利娥有权继承。我们认为，该种观点是不正确的。如上所述，本案陈惠昌与其子女陈世芳、陈国芳等人在父子协议中约定陈世芳在陈惠昌夫妇均去世后取得该二间平屋的所有权，是对分产协议效力所附的期限，在期限届至也就是陈惠昌夫妇均去世前，该二间平屋仍属陈惠昌夫妇所有，陈世芳并未实际取得该二间平屋的所有权，而仅享有对该二间平屋的期待权。陈世芳先于陈惠昌夫妇死亡后，陈惠昌夫妇虽然也是陈世芳的第一顺序法定继承人，但其并不能继承仍属自己的财产。陈世芳虽先于陈惠昌夫妇死亡，但分产协议所附期排除了陈惠昌夫妇对该二间平屋的继承权，陈世芳对该二间平屋的期待陈世芳的其他第一顺序法定继承人即原告王玉琴、陈文杰、陈文霞承二间平屋以陈惠昌的名义被拆迁后，陈惠昌对该二间平屋的物权已转化安置权利，在陈惠昌夫妇均死亡后，分产协议所附期限届至，该二间平迁安置权利应属原告王玉琴、陈文杰、陈文霞所有。

（第一审法院合议庭成员：缪苗韩涛冯友华

编写人：浙江省宁波市鄞州区人民法院 韩涛

责任编辑：冯文生

审稿人：曹守晔）

## 法海钩沉 | 最高人民法院司法解释背后的秘密（一）——由司法文件到司法解释

2014年9月3日 Trialday Trialday

配图：Boston Legal 剧照

Trialday 小编按

Trialday 小编作为一名诉讼律师，每个案子中必不可少的工作就是检索。而大多数中国诉讼律师的经验是，检索最多的并不是法律，而是最高人民法院的司法解释。美国联邦最高法院大法官杰克逊说过：“我们说了算并不是因为我们正确，我们正确是因为我们说了算。”同理，我们孜孜不倦地检索最高人民法院的司法解释，是因为最高人民法院“说了算”！

但是，每每查到最高法院的司法文件时，小编面对这解释、规定、批复、答复时，隐隐中总会有些担心——这算是“司法解释”么？对同类问题具有普遍约束力么？可以作为另案裁判依据引用么？

其实，最高人民法院也不是生来就会颁布司法解释的，Trialday 小编将用一系列的文章推送，慢慢掀开最高人民法院司法解释背后的秘密。

### 最高人民法院司法解释背后的秘密（一）

#### ——由司法文件到司法解释

建国伊始，司法制度百废待兴，并无司法解释的称谓。一段时间以来，最高人民法院像其他政府部门一样，以“文件”办公，通过颁布司法文件的形式，指导各地司法机关统一裁判。

说到最高人民法院的司法文件，公开资料上能检索到的最早的一份，是最高人民法院于1949年11月3日颁布的《最高人民法院关于北京市、天津市法院今后案件判决须于判决载明向何法院提起上诉的命令》。由于时代背景原因，冠以命令称谓，全文最后也以“此令”结尾。

最高人民法院关于北京市、天津市法院今后案件判决须于判决载明向何法院提起上诉的命令（1949年11月3日）

北京、天津市人民法院：

查华北人民法院业已结束。今后京、津两市人民法院须于判决书后载明：“如不服本判决，得于判决送达后××日内（民事判决20日，刑事判决10日）向本院提起上诉，由本院转送上级法院”等字样，使当事人得知应向何法院提起上诉为要。

此令

建国初期，最高人民法院出具文件的原因、内容、形式也远比现在丰富。仅以文件名称为例，除了命令外，还有：指令（如《最高人民法院关于经县法院判处死刑的犯人因病死亡是否需要复核问题的指令》）、解答（如《最高人民法院华东分院徒刑期满可否酌情延长问题的解答》）、复函（如《最高人民法院对人民日报转来读者全德林所提有关程序问题的复函》）、指示（如《最高人民法院华东分院关于财产刑罚使用问题的指示》）、批示（如《最高人民法院对北京市人民法院1949年审判工作总结和该院组织机构及工作概况报告的批示》）、批复（如《最高人民法院对察哈尔省山阴县司法处1949年报告中提出处理婚姻案件存在的几个问题的批复》）、通令（如《最高人民法院关于陪审婚姻案件办法的通令》）、处理意见（如《最高人民法院关于魏诚与张平生婚姻案的处理意见》）、答复（如《最高人民法院关于陈小辰婚姻案件所提处理办法及商榷意见的答复》）、解释（如《最高人民法院关于邮局对无行为能力人、限制行为能力人汇兑问题的解释》）等等。

值得注意的是，最高人民法院早期文件，除了部分文件没有公开文号，仅标明颁布日期外，文号也十分丰富。目前小编可查到的第一个具有文号的文件，是《最高人民法院、司法部关于审级诸问题的批复》（1950年5月3日，司示字第89号），不过从编号89可知，前面应该还有一系列文件，只是藏于高阁不示人罢了。

最高人民法院、司法部关于审级诸问题的批复（1950年5月3日，司示字第89号）



上海市人民法院：

……特先将所提问题解答如下：

……

二、关于审级问题，在法院组织法未颁布前，目前一般案件如对县（市）法院判决不服时，可向省人民法院或其分院上诉，再不服，可向最高人民法院分院上诉，最高人民法院分院，即为终审机关；而对某些重大案件，也可经由省法院、大行政区直属市院或最高人民法院分院受理。所以对审级要看案件实际情况而定，不必拘泥于“三级三审”制。

……

四、法院的领导问题，目前应为双重领导，它是同级政权中的组成部分之一，应受政府委员会及其主席之领导，但在审判上，上下级法院，应有垂直领导关系，一般案件之终审判决权属于最高人民法院分院，但分院对于政策性的重大的或疑难的案件，应事先向大行政区人民政府或军政委员会主席请示意见，或送请决定后，再以法院名义判决。日常业务的行文，可以法院名义向上请示或向下指示，但政策性的重大事件或与其他部门有关的事件，以用政府名义行文为宜。……

……

此复

此外，在此期间最高法院使用的相关文号还有“法编字”、“法督字”等法院内部工作标号，也有“法民字”、“法经字”、“法行字”、“法研字”等等根据业务庭室编列的文号。

1966年至1978年间最高人民法院颁布的文件，公开资料中提及甚少。其后，最高人民法院逐步恢复工作，开始陆续通过颁布文件统一全国的司法审判尺度。但是，最高人民法院的各项文件的名称、编号仍然繁杂，效力性质也不甚明确。

直到1981年，全国人民代表大会常务委员会颁布《关于加强法律解释工作的决议》，其中明确规定，“凡属于法院审判工作中具体应用法律、法令的问题，由最高人民法院进行解释。”这是立法机关首次确认，最高人民法院有权就司法审判中的问题进行具体解释。由此，最高人民法院的司法解释，逐渐开始规范化、体系化，并在司法实务中发挥越来越大的作用。

## 法海钩沉|最高人民法院司法解释背后的秘密（二）——司法解释的演进和规范

2014年9月5日 Trialday Trialday

Trialday 小编按

上回说到建国后，最高人民法院从司法文件逐渐过渡到司法解释的过程（请回复关键词“20140903”或“司法解释一”查看），那么，我们今天所熟知的司法解释的样式，是如何确定下来的？是一步到位的变化吗？

请跟随 Trialday 小编，来看看司法解释的演进和规范之路。

最高人民法院司法解释背后的秘密（二）

司法解释的演进与规范

文/Trialday

1997年6月23日，最高人民法院颁布《关于司法解释工作的若干规定》（法发[1997]15号，下称15号文），正式落实《全国人民代表大会常务委员会关于加强法律解释工作的决议》中，对最高人民法院进行法律解释的具体要求。而这一文件，也划开了最高人民法院司法解释规范化的历程。

15号该文的内容，有四项重要意义：

其一，明确了司法解释的效力，该文件第四条规定，“最高人民法院制定并发布的司法解释，具有法律效力。”且不论此条是不是有越权之嫌，但标志着在司法审判领域内，最高人民法院的司法解释与法律一样具有普遍约束力。

其二，是明确了司法解释诞生程序：1、立项：由最高人民法院各审判业务庭、室，经研究室协调后，分别报分管副院长批准；2、起草：由最高人民法院各审判业务庭、室负责；3、论证、修改；4、审核：研究室协调提出意见后，由起草部门报请分管副院长审核；5、审判委员会讨论通过（必经程序）；6、以最高人民法院公告的形式在《人民法院报》上公开发布。

其三，明确了司法解释的形式。该文件第九条规定，“司法解释的形式分为“解释”、“规定”、“批复”三种。对于如何应用某一法律或者对某一类案件、某一类问题如何适用法律所作的规定，采用“解释”的形式。根据审判工作需要，对于审判工作提出的规范、意见，采用“规定”的形式。对于高级人民法院、解放军军事法院就审判工作中具体应用法律问题的请示所作的答复，采用“批复”的形式。”

其四，明确了司法解释内容格式。该文件第十条规定，“司法解释在首部写明司法解释的名称，××××年××月××日最高人民法院审判委员会第×××次会议通过；文件编号；如属“批复”，还应写明主送机关。在正文部分，写明司法解释的具体内容。”文件后附“公告”、“解释”、“规定”、“批复”的文书样式。

除了上述四项外，Trialday 小编还从后附的文书样式中发现，无论“解释”、“规定”还是“批复”，均采用“法释（××××）××号”的文号规范。由此可推知，最高人民法院统一要求司法解释采用“法释”文号。

上述规定或许只是最高人民法院的内部流程要求，但我们可从司法文件最终公布的形式，是否符合上述规定的形式条件，如是否经审委会讨论、是否有法释文号等等，反向推断是否属于具有普适效力的司法解释。

比如，15号文颁布后的第一份司法解释——法释[1997]1号文件《最高人民法院关于城市街道办事处是否应当独立承担民事责任的批复》，就是在上文颁布后的第四天，即1997年6月27日由最高人民法院审判委员会第917次会议通过。

最高人民法院关于城市街道办事处是否应当独立承担民事责任的批复

(1997年6月27日最高人民法院审判委员会第917次会议通过 法释[1997]1号)

四川省高级人民法院：

你院《关于城市街道办事处能否独立承担民事责任的请示》(川高法〔1996〕117号)收悉。经研究，答复如下：

街道办事处开办的企业具有法人资格的，街道办事处只在收取管理费范围内承担民事责任；其开办的企业不具有法人资格的，应先由企业承担相应的民事责任，不足部分由街道办事处在企业注册资金范围内独立承担。街道办事处财产不足以承担时，不能由设立该街道办事处的市或区人民政府承担民事责任。街道办事处进行自身民事活动产生纠纷的，应当独自承担民事责任。

此复

是否可以认为从1997年6月起，只有法释文号才能被称为“司法解释”呢？遗憾的是，最高人民法院仍会不时地以其他文号颁布部分文件，但也属于司法解释的。至于如何确认这些文件的“司法解释”身份，这还是要从15号文说起。

15号文不仅规定了司法解释的诞生程序，也规定了司法解释的“死亡”程序。该文第十五条规定，司法解释的清理由最高人民法院审判委员会决定。其实，对司法解释的清理工作，最高人民法院从1994年就已经开始了。自《最高人民法院关于废止1993年底以前发布的部分司法解释的通知》(法发〔1994〕16号)起至2013年，最高人民法院陆续发布了十批的“废止目录”，清理了一大批失效司法解释。

从2002年3月的《最高人民法院予以废止的2000年底以前发布的有关司法解释目录(第五批)》起，开始涉及1997年6月之后颁布的司法解释，其中就有部分文件并非“法释”文号，也不具备15号文要求的形式要件。但从这些司法解释的“墓志铭”中，确认了他们的“司法解释”身份。(值得注意的是，从第三批开始，废止目录本身也属于司法解释，具备15号文的相关要求)。

例如，第五批目录中的《最高人民法院关于不宜冻结证券交易账户的函》的文号是“法函[1997]91号”，《最高人民法院执行工作办公室关于不宜冻结、划拨证券经营机构在其交易资金结算账户上的存款问题的函》的文号甚至是“法明传[1997]324号”。两文件虽然在文件类别上是“函”，不属于“解释”、“规定”、“批复”三种形式；在文号上也未使用“法释”，更未列明经最高人民法院审判委员会讨论通过。但是，由于两文件都被列入上述第五批废止的“司法解释”目录，只能认为被最高人民法院确认归入“司法解释”的范畴。

更为引人侧目的是，废止上述两份文件所依据的《最高人民法院关于冻结、划拨证券或期货交易所证券登记结算机构、证券经营或期货经纪机构清算账户资金等问题的通知》竟也只是文号为“法发”的一份通知。

最高人民法院执行工作办公室关于不宜冻结、划拨证券经营机构在其交易资金结算账户上的存款问题的函(法明传(1997)324号)

陕西省高级人民法院：

海南省证券公司向我院反映：你院在执行陕西省证券公司与该公司证券回购纠纷案件中，于今年6月2日冻结了该公司深圳证券营业部在深圳城市合作银行桂园支行23220047账户中的存款1600万元，此账户是深圳证券营业部在银行开立的股票交易资金结算账户，用于划往深圳交易所进行股票的清算交割，其资金均是股民的交易保证金，所有权属于股民个人。此资金的冻结，影响股民进行股票交易和提出存款，有可能发生挤兑，导致金融风波。

我认为：股民为进行股票交易存放在证券经营机构的保证金，是其从事股票交易的资金保证。其所有权属于股民，证券经营机构必须通过保证金账户保证股民交易的正常清算支付：证券经营机构在银行开立的证券交易资金结算账户是股民保证金账户的存在形式。人民法院在执行以证券经营机构为被执行人的案件中，不宜冻结、扣划证券经营机构在其证券交易资金结算账户上的存款。

请你院接此函后，立即进行核查，如海南省证券公司反映的情况属实，你院应即对其上述账户予以解冻。

因此，司法解释的规范历程，也不是一朝一夕形成的，就如同我们国家的法治建设，伴随着新规定和旧习惯的不断冲突、交错。曲折但前进，或许这仍是司法改革的节奏吧，无论过去、当下还是将来！

### 法海钩沉| 最高人民法院司法解释背后的秘密(三) —— 司法解释的扩权与定型

2014年9月11日 Trialday

配图: Boston Legal 剧照

Trialday 小编按

上回讲到，最高人民法院以1997年15号文统一了司法解释的具体格式、程序等事项。(请回复关键词“20140905”

或“司法解释二”查看)

但是,该文件颁布之后,最高人民法院内部却未能严格遵守,未经审判委员会讨论颁布司法解释、不使用法释文号等等情形比比皆是,而下级法院和其他法律工作者在适用、研究司法解释时,也出现不少的麻烦。而15号文也在2007年被废止,司法解释的制定又将面临怎样的调整呢?

请跟随 Trialday 小编,来看看司法解释的扩权与定型。

最高人民法院司法解释背后的秘密(三)

司法解释的扩权与定型

2007年3月,最高人民法院发布《关于司法解释工作的规定》(法发〔2007〕12号,下称12号文)。值得注意的是,12号文印发通知中明确的对象,并不是往常的下级法院,而是“本院单位”,表明最高人民法院也意识到,只有自身统一司法解释颁布工作,才有可能树立司法解释的权威性,并在全国范围内推行实施。2007年12号文,实则是将最高人民法院的司法解释的内部制定过程规范对外公开,就立项、起草与报送、讨论、发布、实施与备案分别进行了专章规定。

最高人民法院关于司法解释工作的规定

第二条 人民法院在审判工作中具体应用法律的问题,由最高人民法院作出司法解释。

第三条 司法解释应当根据法律和有关立法精神,结合审判工作实际需要制定。

第五条 最高人民法院发布的司法解释,具有法律效力。

第六条 司法解释的形式分为“解释”、“规定”、“批复”和“决定”四种。

对在审判工作中如何具体应用某一法律或者对某一类案件、某一类问题如何应用法律制定的司法解释,采用“解释”的形式。

根据立法精神对审判工作中需要制定的规范、意见等司法解释,采用“规定”的形式。

对高级人民法院、解放军军事法院就审判工作中具体应用法律问题的请示制定的司法解释,采用“批复”的形式。

修改或者废止司法解释,采用“决定”的形式。

第二十七条 司法解释施行后,人民法院作为裁判依据的,应当在司法文书中援引。

人民法院同时引用法律和司法解释作为裁判依据的,应当先援引法律,后援引司法解释。

第三十一条 本规定自2007年4月1日起施行。1997年7月1日发布的《最高人民法院关于司法解释工作的若干规定》同时废止。

对比两份文件不难发现,12号文新增的第三条规定:“司法解释应当根据法律和有关立法精神,结合审判工作实际需要制定。”最高法院此次着重强调了立法精神对司法解释的重要意义。

“立法精神”一事,就像“有关部门”一样神秘,必然是未在法律条文中体现的“统治阶级的意志”。而一般认为,司法解释不应超出法律规定的范围。全国人民代表大会常务委员会《关于加强法律解释工作的决议》也规定,“凡关于法律、法令条文本身需要进一步明确界限或作补充规定的,由全国人民代表大会常务委员会进行解释或用法令加以规定。”而最高法院解释的范围,应限于“属于法院审判工作中具体应用法律、法令的问题”。12号文第三条,则将司法解释的权力范围从法律规定的具体应用,扩大到法律规定之外,并冠以“立法精神”的名义。

当然,相较于日新月异的社会实践,立法活动必然是滞后的,最高法院通过司法解释,及时调整和统一司法标准,有助于在法律粗线条框架内建立一套行之有效的“实施细则”。相较判例法国家“法官释法”,有最高法院进行“法院释法”也未尝不可。虽然这种模式是现阶段能逮到耗子的一只好猫,但在法理上仍存讨论空间。最高法院在15号文和12号文中反复强调的“最高人民法院发布的司法解释,具有法律效力”,不得不实有心虚之意。

无论如何,司法解释在实务工作中的作用有目共睹,现实工作中有大量的法律适用问题,需要司法解释予以填补空白。有人戏称,对司法解释掌握的熟练程度,可以基本区分法学院学生和法律职业人员。Trialday 小编粗略统计近五年来,最高法院每年颁布的“法释”文号司法解释均在20个以上,其中2013年28个、2012年23个、2011年23个、2010年20个、2009年21个,而2014年至今已过去大半,今年的法释文号才编到第10号,不过纵观历年司法解释颁布时间,年底阶段特别是每年12月份是司法解释集中出台的时期。静待今年12月,也许又将有一大波司法解释袭来。

## 包如生、刘淑兰诉李自琼、孙济宁房屋购买人确认纠纷案——顶名购房协议的效力认定

2014年9月4日 人民法院案例选 家事法苑

本文仅作学术实务研讨交流使用,如若正式引用,请务必对照原文!

19. 包如生、刘淑兰诉李自琼、孙济宁房屋购买人确认纠纷案

——顶名购房协议的效力认定

《人民法院案例选》2013年第2辑(总第84辑) 人民法院出版社 2014年3月第1版

人民法院出版社网上书店链接: <http://211.153.22.231/goods.php?id=355>

关键词: 民事 顶名购房 顶名贷款 实际购买人

**【裁判要点】**

在顶名办理购房及按揭贷款的情形下，顶名方主张顶名协议无效，并拒绝协助将房屋权属登记在委托方名下的，法院应查明双方达成的顶名协议内容，以及顶名协议是否为其真实意思表示，是否存在《合同法》第52条规定的合同无效的情形，进而作出顶名协议是否有效的认定。在认定顶名协议有效的情况下，应按照顶名协议约定的名为顶名协议、实为委托代理的内容并综合考虑案件其他事实确认房屋的实际购买人。

**【相关法条】**

《中华人民共和国合同法》

第八条 依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或者解除合同。

依法成立的合同，受法律保护。

第四十四条 第一款依法成立的合同，自成立时生效。

**【案件索引】**

一审：山东省东营市河口区人民法院(2011)河民初字第406号(2011年9月7日)

**【基本案情】**

原告包如生、刘淑兰诉称：2006年8月份，我们欲购买河口区丽水园小区某单元101室楼房，因资金不足需向银行贷款，由于我们是外地人，不符合当时银行的贷款条件，经协商，两被告自愿为我们顶名购买了该楼房，并顶名办理了银行按揭贷款，之后我们按月以被告李自琼的名义向银行偿还贷款。现两被告违反当初的约定，不配合办理产权登记手续，甚至有意登记在自己名下。为此诉至法院，请求依法确认东营市河口区丽水园小区某单元101室房屋的所有权人为原告包如生、刘淑兰，诉讼费用由被告承担。案件审理过程中，两原告将诉讼请求变更为：请求依法确认东营市河口区丽水园小区某单元101室房屋的实际购买人为原告包如生、刘淑兰，诉讼费用由被告承担。

被告李自琼、孙济宁辩称：(1)涉案楼房是被告李自琼的姐姐李自荣购买的，首付款也是李自荣交付的。2006年8月份李自荣欲购买河口区丽水园小区某单元101室楼房，因当时李自荣的丈夫在监狱服刑，无法办理贷款，李自荣即请求两被告顶名购房并办理贷款；(2)原告包如生让被告李自琼、案外人李自荣签名的协议，不是被告李自琼的真实意思表示，协议注明的时间与李自荣、李自琼的实际签名时间相差太久，被告孙济宁对该协议不知情，该协议应属无效协议。截至起诉之日止原告仅偿还了银行贷款39200元，双方签订的协议未实际履行；(3)李自荣自2008年5月1日搬入涉案楼房居住，而原告自2010年1月份才与其儿子一起搬入涉案楼房居住，2011年3月21日原告之子与李自荣离婚后，两原告强行将李自荣赶出，并扣留了购房和贷款的全部资料，原告不是该房屋的实际使用人。综上，请求依法驳回原告的诉讼请求。

反诉原告李自琼、孙济宁诉称：包如生、刘淑兰与李自琼、案外人李自荣签订的协议书中注明的时间与李自琼、李自荣的实际签名时间相差太久，且不是李自琼的真实意思表示。孙济宁对该协议根本不知情。包如生、刘淑兰未交付首付款，亦未清偿贷款，协议未实际履行，其未实际取得该楼房的使用权。请求法院依法确认该协议为无效协议。

反诉被告包如生、刘淑兰辩称：双方签订的协议书是对已经发生的民事权利义务的确认，其内容不违反法律的强制性规定，为有效协议，反诉原告的反诉请求不成立。

法院经审理查明：2006年9月25日，李自琼以买受人的身份与胜利油田胜利房地产开发有限责任公司签订了商品房买卖合同，合同约定李自琼购买胜利油田胜利房地产开发有限责任公司开发的位于东营市河口区丽水园小区的某单元101号房，建筑面积为143.25平方米，附属物1-3号车库（建筑面积为37.88平方米），总房款为321860元，付款方式为签订合同时交纳121860元，其余20万元于签订合同后30日内到出卖人指定的银行办理按揭贷款手续。该房屋首付款的实际交付情况为：2006年8月19日交付了5万元，2006年8月21日交付了46860元，2006年10月19日交付了25000元。双方对于剩余购房款20万元均认可以下事实：李自琼、孙济宁作为借款人、李自荣作为保证人与中国工商银行东营市河口支行签订了按揭贷款合同，借款金额为20万元，该笔贷款直接打入了开发商房款账户。双方对于还贷情况均认可以下事实：自2007年4月份起，包如生、刘淑兰按月向银行偿还贷款，截至2011年9月份 共计偿还了9万余元。

对于涉案房屋的购买和贷款事宜，包如生、刘淑兰作为甲方与李自琼、孙济宁作为乙方以及案外人李自荣作为丙方达成了协议，并签订了书面协议书一份，协议书写明：甲方包如生、刘淑兰在东营市河口区丽水园购买楼房一套（某单元1楼东户，面积143.76平方米，车库37平方米），房款共计332760元。因甲方购房资金不足，需在工商银行贷款20万元，包如生、刘淑兰户口不在本地无法办理贷款，经甲、乙、丙三方协商，达成以下协议：1. 由甲方包如生、刘淑兰的儿媳李自荣的妹妹李自琼、妹夫孙继宁出面代甲方在工商银行贷款20万元，由丙方李自荣提供贷款担保；2. 以上房产以包如生、刘淑兰名字办理房产证，20万元银行贷款全部由包如生、刘淑兰偿还，办理房产证等手续的一切费用也由包如生、刘淑兰承担。甲方包如生、刘淑兰及乙方李自琼、丙方李自荣分别在协议中签了名，乙方孙济宁的签名是李自琼代签。协议书落实日期为2008年10月28日。双方均认可协议中的“孙继宁”指的是被告孙济宁。另查，李自琼、孙济宁系夫妻关系，案外人李自荣曾系包如生、刘淑兰的儿媳，李自琼系李自荣的妹妹。

**【裁判结果】**

东营市河口区人民法院于2011年9月7日作出(2011)河民初字第406号民事判决:一、东营市河口区丽水园小区某单元101室的实际购买人为原告包如生、刘淑兰;二、驳回反诉原告李自琼、孙济宁的反诉请求。宣判后,原被告均未提起上诉,判决已发生法律效力。

**【裁判理由】**

法院生效裁判认为:本案双方争议的焦点问题有两点:(1)两原告作为甲方与两被告作为乙方以(2)外人李自荣作为丙方签订的顶名购房、顶名贷款协议是否具有法律效力;(2)涉案房屋的实际购买人是两原告还是案外人李自荣。关于第1个争议焦点:本院认为,顶名协议中甲方包如生、刘淑兰及乙方李自琼、丙方李自荣的签名均系本人所签,应认定是其真实意思表示。孙济宁的签名虽非本人所签,但李自琼在庭审中认可其代孙济宁签名时孙济宁在场未表态,庭审查明孙济宁在以后亦未提出过否认表示,因此应视为被告孙济宁同意李自琼的代签行为。两被告主20协议中李自琼签名的真实时间为2009年8月份,李自荣签名的真实时间为2010年2月7日,但未能提供有效证据证明,且两被告主张的签名时间并不影响协议的效力。原告包如生、刘淑兰自2007年4月份起按月偿还银行贷款,该行为是对双方签订的顶名协议的实际履行。综上,该顶名协议是甲乙丙三方的真实意思表示,且不存在《合同法》规定的无效情形,应认定是有效协议。

关于第2个争议焦点:本院认为,顶名协议中明确写明了甲方包如生、刘淑兰是顶名委托人,乙方李自琼、孙济宁是顶名受托人,丙方李自荣是顶名贷款的保证人,据此能够认定原告包如生、刘淑兰是涉案房屋的实际购买人。

综上,原告包如生、刘淑兰要求确认其两人为涉案房屋的实际购买人的主张,事实清楚、证据确凿,应予支持。反诉原告李自琼、孙济宁要求确认顶名协议无效的诉讼请求,无事实和法律依据,本院不予支持。

**【案例注解】**

此案是因顶名购房、顶名办理银行按揭贷款引发的纠纷,对于双方签订的顶名协议的法律效力以及如何认定房屋实际购买人的问题,在审理过程中存在两种不同意见:

第一种意见认为顶名协议应为无效,不能认定两原告是房屋实际购买人。理由如下:

1. 李自琼在顶名协议中代孙济宁签名的行为属无权代理,孙济宁事后未进行追认,故孙济宁对该代理行为不应承担民事责任,该协议因未得到乙方孙济宁的同意而无效。
2. 协议中约定的顶名购房、顶名贷款事宜,违反了国家金融法律、法规的规定,且属于双方恶意串通,损害国家金融利益的行为,按照《合同法》第52条第1款第(2)项、第(5)项的规定,应认定为无效。
3. 首期购房款收据及开发商的催款通知书是两被告所提交,说明原告手中无首付款发票,原告虽主张首付款是其委托李自荣代为交付的,并向法庭提供了银行存款对账单,但其存取款记录不能与房款实际交付时间、交付金额完全吻合,因此,不能认定两原告交付了房屋首付款。两原告手中虽持有20万元的贷款凭证及交付按揭贷款的收据,但考虑到两原告与案外人李自荣曾是婆婆与儿媳的关系,亦曾共同在涉案房屋中居住生活,两被告及案外人李自荣主张该资料是两原告在李自荣离婚后所扣留,亦有此可能性。截至庭审结束前两原告仅偿还了39200元银行贷款,仅以此确认两原告是实际购房人实为不妥。

第二种意见认为顶名协议应为有效,根据协议内容能够认定两原告是房屋实际购买人。理由如下:

1. 《中华人民共和国民法通则》第66条第1款规定: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。李自琼在庭审中对代孙济宁签名作以下陈述:原告包如生持顶名协议到两被告家中找两被告签名时,孙济宁在玩电脑,不说话也不签字,李自琼就代孙济宁签了名字。由此可以认定孙济宁对李自琼代其签名是知情的,之后孙济宁从未表示过否认,应认定孙济宁对此代理行为同意。协议中其他当事人的签名均为本人所签,应认定是他们的真实意思表示。本案顶名购买房屋、顶名办理银行按揭贷款发生在2006年下半年,顶名协议的落款时间为2008年10月28日,两被告主张的李自琼签名时间2009年8月份、李自荣签名时间2010年2月7日,均在购房和贷款之后,无论哪个时间,均能够认定协议是对以前发生的民事行为的确认,不影响协议的效力。

2. 顶名协议的内容虽属于规避金融政策性规定的行为,但两原告按照贷款合同约定按月足额偿还贷款,不存在恶意套取金融资金的意图,未损害国家、集体或者第三人的利益,不符合《合同法》第52条第1款第(2)项规定的“恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益”的情形。

3. 按照《合同法》第52条第1款第(5)项及《合同法解释(二)》第14条规定,只有违反效力性强制性规定的,才认定为无效合同。本案顶名协议的内容未违反法律、法规的效力性强制性规定,因此不应认定无效。

4. 按照顶名协议约定的内容,能够直接认定两原告是涉案房屋的实际购买人。

笔者同意第二种意见,主要理由:

一是关于认定顶名协议是否因违反效力性强制性规定而无效的问题。根据《合同法》第52条第1款第(5)项规定,违反法律、行政法规的强制性规定的,为无效合同。《合同法解释(二)》第14条进一步将此“强制性规定”限缩解释为“效力性强制性规定”。本案双方达成顶名协议的目的是为规避金融机构关于按揭贷款的政策性规定,不属于违反法律、行政法规的规定,更不违反效力性强制性规定。根据合同自治原则,只要协议内容系双方当事人的真实意思表示,未违反效力性强制性规定,签订过程中不存在欺诈、胁迫等手段的,协议应认定为有效。

二是关于认定协议是否因恶意串通损害国家、集体或第三人利益而无效的问题。恶意串通损害国家、集体或第

三人利益的无效合同，表现为合同双方明知所订合同的内容将会损害国家、集体或者第三人利益，仍相互串通订立，谋取非法利益。本案协议各方当事人虽存在规避金融机构关于按揭贷款的政策性规定的合意，但从协议中约定的“由甲方包如生、刘淑兰偿还按揭贷款”可知，双方不存在损害国家、集体、第三人利益的意图。事实上，协议签订后甲方包如生、刘淑兰严格按照贷款合同约定的还款时间及还款金额履行还款义务，未损害任何他人利益。因此，本案顶名协议不适用该条款规定的情形。

三是关于无权代理情形下代理行为的认定问题。《民法通则》第66条第1款规定：没有代理权、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，被代理人才承担民事责任；未经追认的行为，由行为人承担民事责任。但同时亦规定：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。笔者认为，本案李自琼代孙济宁在协议中签名时，孙济宁在场但未当场作出否认，在以后直至诉讼发生前亦未作出过否认表示，该代理行为应适用后一种情形进行认定，即认定孙济宁同意代理人李自琼的代理行为。第一种意见实际是对该条款的片面理解。

四是关于认定房屋实际购买人的问题。在双方签订有顶名协议的情形下，首先应按照顶名协议约定的内容认定实际购房人，若顶名协议约定不够明确的，再结合其他证据综合认定。本案双方签订的顶名协议对顶名委托人、受托人、保证人的身份及顶名事项作出了明确约定，能够直接得出协议甲方包如生、刘淑兰是顶名委托人（实际购房人），乙方李自琼、孙济宁是顶名受托人，丙方李自荣是贷款保证人的结论，不能仅以案外人李自荣持有首付款收据这一事实确认实际购房人。

（第一审法院合议庭成员：薄一才 王建彩 徐秀红  
编写人：山东省东营市河口区人民法院 徐秀红  
责任编辑：丁广宇  
审稿人：曹守晔）

### 瑕疵遗嘱的效力认定

2014年9月10日 人民法院报 潘玉君

#### 【案情】

王某与妻子育有一子二女，即子王甲，女王乙、王丙。王某妻子于2003年去世，王某于2012年7月20日去世。王甲育有一子王丁。

王某夫妻去世后遗有房屋一处，2012年11月15日，该房屋被政府有关部门征收，应得征收补偿款146万元。2013年初，王甲在整理父亲遗物时发现其生前于2012年4月8日留有遗嘱，内容为“房子拆了儿孙王丁卖一套大房子”。王甲、王丁父子便主张上述拆迁补偿款应归其享有，王乙、王丙亦主张享有。因协商未果，王甲、王丁父子遂对王乙、王丙提起诉讼，要求对拆迁补偿款的分配应遵从父亲的意见分配，即优先满足给王丁购买一套大房子后，如有余额再分配。王乙、王丙抗辩称：父亲的遗嘱中写的是“卖”而非“买”，且该遗嘱表述不明应为无效，应适用法定继承。

#### 【评析】

本案中，王某书写的遗嘱内容为“房子拆了儿孙王丁卖一套大房子”的字据中，基于王某的年龄、文化结构、书写习惯、想表达的意思等因素考虑，对字据上的“卖”字判断为系“买”的别字，当无异议；本案争议的焦点问题即解决问题的关键则在于对该遗嘱内容的解读。

第一种意见认为，该遗嘱中关于“一套大房子”的表述过于抽象，无法界定，也不具有可操作性，因此，该遗嘱属表述不明，应为无效，应适用法定继承。

第二种意见则认为，该遗嘱内容虽不具体，但通过该遗嘱的内容可以判断王某生前知晓拆迁信息，希望房屋如拆迁，拆迁补偿款用于给其孙子即王丁购买一套大房子，即王某的真实意思表示是将其自己的财产处置给其孙子王丁，因此可推断其通过设立遗嘱的方式将其遗产赠与王丁所有。因王丁非系其法定继承人，因此，王某书写的字据名为遗嘱，实为遗赠，即以立遗嘱实为遗赠的方式对其财产作了处置。故王某的遗赠是有效的，王某遗产即其应分得的拆迁补偿款应由王丁享有。

从上述的意见分歧中不难看出，王某手书的字据内容是存在瑕疵的，法官在作出判断以弥合存在的瑕疵时，需要探究当事人的真实意思，因为公民有处分其个人合法财产的权利和自由。现被继承人王某已年过八十，如单纯从字据的文字上理解“一套大房子”确实比较抽象，难以把握。但对于被继承人处分其财产的意思解读，应结合被继承人的文化程度、知识结构、年龄状况、身体状况及当地的风俗习惯、房价等诸多因素，探讨被继承人的真实意思表示。其所书“房子拆了儿孙王丁卖一套大房子”，从扩张文字含义的角度来理解，实则是其处置自己财产的意思表示，即将其意思表示解读为将自己的财产处置给其孙子王丁，更符合被继承人王某的真实想法。故第二种意见是正确的。

（作者单位：江苏省南京市浦口区人民法院）

### 段东诉段春法定继承纠纷案——农村承包土地经营权可否继承

2014年9月11日 人民法院案例选 家事法苑

本文仅供学术实务研讨交流用，如若正式引用，请对照原文。

## 21. 段东诉段春法定继承纠纷案

——农村承包土地经营权可否继承

2013年第4辑（总第86辑）《人民法院案例选》人民法院出版社2014年5月第1版 原始链接：

<http://211.153.22.231/goods.php?id=647>

关键词：农村承包经营土地 农村土地承包经营权

### 【裁判要点】

以“户”为单位取得的土地承包经营权，在该户的户主或者其他成员死亡后，若该户仍有成员，则该户不丧失土地承包经营权，该户的其他人员持续享有承包经营权。该土地承包经营权因不属于《农村土地承包法》第三十一条、第五十条规定的“承包收益”，不得依照《继承法》的规定继承。

### 【相关法条】

《中华人民共和国农村土地承包法》

第十五条 家庭承包的承包方是本集体经济组织的农户。

第三十一条 承包人应得的承包收益，依照继承法的规定继承。

林地承包的承包人死亡，其继承人可以在承包期内继续承包。

第五十条 土地承包经营权通过招标、拍卖、公开协商等方式取得的，该承包人死亡，其应得的承包收益，依照继承法的规定继承；在承包期内，其继承人可以继续承包。

《最高人民法院关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》

第三条 承包合同纠纷，以发包方和承包方为当事人。

前款所称承包方是指以家庭承包方式承包本集体经济组织农村土地的农户，以及以其他方式承包农村土地的单位或者个人。

第二十五条 林地家庭承包中，承包方的继承人请求在承包期内继续承包的，应予支持。

其他方式承包中，承包方的继承人或者权利义务承受者请求在承包期内继续承包的，应予支持。

### 【案件索引】

一审：河南省夏邑县人民法院(2012)夏民初字第790号（2012年7月10日）

二审：河南省商丘市中级人民法院(2012)商民二终字第770号(2013年1月8日)

### 【基本案情】

原告诉称：其与被告段春系同胞兄弟，另有一姐段丽。其父母均已病故后，他们的承包地、宅基地和房屋不便分割，均由被告一人管理。2011年，夏邑县规划南区，土地和房屋均被依法征收，原、被告父母的土地补偿款85257元和房产、宅基地补偿款46878元，合计132135元均为被告领取占有，拒不向原告支付应得份额，原告为此提起诉讼。段丽已经明确放弃继承权，故请求被告将其占有的父母遗产给付原告二分之一，计款66067.5元；同时请求按月息2分计算至付清之日。

被告辩称：本案不属于继承纠纷，因原告诉请的财产不属于父母的遗产。该宅基地是被告的父母在世时为被告结婚建房申请的，只是父母无处建房，才在被告的宅基地空闲处修建了三间小房，但宅基地始终是被告的；且该宅基地取得时原告已经分家另过，与原告没有任何关系。父母所建小房的补偿款，原告应得的部分已经得到。承包地系被告与父母共三人作为一个承包经营户签订承包经营合同取得的，当时原告已经另外作为一个承包经营户取得了承包经营权，其与该承包地没有关系；父母去世后，该承包地由被告继续承包经营至被征收，原告长期没有主张分割，起诉已经超过法定诉讼时效。

法院经审理查明：原告段东、被告段春与案外人段丽系同胞姐弟，其父段明及其母亲分别于2001年和1998年去世。段明生前，与被告段春一起作为一个承包经营户，与所在村集体签订了农村承包经营合同，依法取得了3.6亩土地的承包经营权，并领取了承包经营权证书。段明夫妻去世后，承包经营的土地由被告段春继续承包经营至该承包地被征收。段明自有一处住房，但建筑面积和占用土地面积以及房屋价值，双方均未明确陈述，亦未提供证据证明。

2011年，原、被告所在的村土地和地上房屋因城市建设被征收，涉案的承包土地以及段明的房屋和所占土地亦被同时征收。被告段春领取了涉案承包土地的补偿款129475.92元和宅基地补偿款109382元。原告段东以该承包地和他的父母的宅基地均属其父母的遗产，所得补偿款其应分得相应份额为由要求被告支付，被告予以拒绝。

### 【裁判结果】

河南省夏邑县人民法院于2012年7月10日作出(2012)夏民初字第790号民事判决：驳回原告段东的诉讼请求。宣判后，段东向河南省商丘市中级人民法院提起上诉。商丘市中级人民法院于2013年1月8日以同样的事实作出(2012)商民二终字第770号民事判决书，驳回上诉，维持原判。

法院生效裁判认为：《中华人民共和国农村土地承包法》第十五条规定：“家庭承包的承包方是本集体经济组织的农户。”第十六条规定：“承包方享有下列权利：……（二）承包地被依法征收、征用、占用的，有权依法获得相应的补偿……”从以上法律规定看农村承包地征收补偿的对象是合法拥有土地承包经营权的农户。从一、二审查明

的事实，结合本案涉案土地承包经营权证书等证件材料看，被上诉人段春与其父母属于同一农村承包经营户。本案中，被上诉人父母现已去世，丧失了农户的身份，自然无法得到征收补偿，但作为同一农户成员之一的被上诉人仍然存在，并享有涉案承包地的农户身份，上诉人系另一农村土地承包经营户的主体，其诉请分割涉案承包地补偿款缺乏法律依据，原审判决由被上诉人享有涉案承包地的补偿利益并无不当。本案对涉案宅基地及房屋属于双方当事人父母的部分，原审判决已经确认双方当事人及案外人段丽均享有继承权，被上诉人对此并未提出异议，但上诉人原审提供的证据中未显示有房屋补偿款，且宅基地补偿款包含有被上诉人自有宅基地部分，上诉人未提供充分证据证明其父母宅基地在涉案宅基地补偿款中应享有的份额，原审判决对其诉请未予支持并无不当。

### 【案例注解】

该案例涉及农村土地承包经营权权利主体的认定及继承问题。我国《农村土地承包法》第十五条以及《最高人民法院关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》第三条之规定，家庭承包的承包方是集体经济组织的农户。通说认为“户”是只属于农户整个家庭，而不是属于其中某一个家庭成员。任何将该承包土地的用益物权从该“户”分离，人为分割由该户内的某个成员分别享有或者按份享有的观念，有悖于法律规定。因此，当家庭中某个成员死亡后，作为承包方的“户”还存在，因此不产生继承问题，此时该户内的其他人员都是承包经营权人，应当持续经营。

在司法实践中，一般认为，法条中的“其继承人”是与已死亡的承包人共同生活，作为一个农村承包经营户与村集体经济组织签订土地承包经营合同，依法取得了承包地的承包经营权人，即属于“户”范畴内的人。本案中，被告段春与其父母作为一个农村承包经营户，依法签订承包经营合同，取得承包经营权。在其父母过世后，被告段春理所当然可以继续以该户的名义依法享有承包经营权。根据我国《农村土地承包法》第十六条之规定，农村承包地征收补偿的对象是合法拥有土地承包经营权的农户。在承包经营的土地被征收后，因被告段春的父母已过世，丧失了农户的身份，自然无法得到征收补偿，但作为同一农户成员的被告段春仍然存在并享有农户的身份，有权获得征收补偿。

我国《农村土地承包法》第五十条以及《最高人民法院关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》第二十五条之规定，承包人应得的承包利益，依照继承法的规定继承。根据该法第三十一条以及《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》，这里的“承包利益”是指承包人生前投入资金和付出劳动，却还没有取得的劳动收益，对这部分财产应当允许继承，其继承人既可以是本集体经济组织的成员，也可以是非集体经济组织的成员。第三十一条第二款规定，林地承包的承包人死亡后，其继承人可以在承包期内继续承包。

与此同时，根据《农村土地承包法》第五十条规定，通过招标、拍卖、公开协商等方式取得的土地承包经营权，当承包人死亡后，在承包期内，其继承人可以继续承包。

因此，在司法实践中，一般认为家庭土地承包经营权不存在继承问题。首先，农村土地承包经营权是用益物权，其物权产生基于承包合同。承包经营合同作为合同的一种，适用合同相对性原则。具有作为承包合同主体的承包经营户的成员死亡，主体资格丧失，承包合同终止。其次，农村的承包土地，种植的农作物有季节性和周期性，不比林地的承包期限久、收获周期长等特点，若以户为单位的农村承包经营户的成员全部死亡的情况下，可以在死亡前将投入的资金和劳力收回，终止承包合同不会损害其利益。最后，基于公平角度来讲，家庭土地承包经营权不能继承。因为如果承包经营权可以继承，则本集体经济组织以外的继承人也可能成为承包地的经营权人，这样势必造成本集体经济组织成员以外的人享有了本集体组织成员的待遇，从而侵害了本集体经济组织成员的利益。另外，如果集体经济组织以外的人本身已经享有一份土地承包经营权，对于该继承人而言，同时拥有两份承包地，在我国目前农村人与地矛盾比较突出的情况下，显然有失公平。

（第一审法院合议庭成员：赵艳 黄舒林 张建华

第二审法院合议庭成员：刘一字 黄明志 许长峰

编写人：河南省夏邑县人民法院 赵艳 孙康君

责任编辑：冯文生

审稿人：曹守晔）

## 被执行人死亡抚恤金可否供执行？

2014年9月12日 南城县人民法院 宁可行 钟绍华

### 【案情】

王某向吴某借款20000元，未按时还款。后经法院判决王某应归还吴某20000元借款。案件进入执行阶段后不久王某因病去世。执行法官经过调查了解到王某生前参加了社保，其死后有20000元的抚恤金在当地社保局尚未领取。

### 【分歧】

关于本案中，王某死亡后的抚恤金能否作为财产执行，存在三种不同意见。

第一种意见认为，可以执行此抚恤金。被执行人王某已经死亡，抚恤金可以作为其死后的遗产用于执行。



第二种意见认为，死亡抚恤金是对死亡职工直系亲属的抚养和抚恤费用，不属于遗产范围，不能作为被执行人的财产供执行。

第三种意见认为，应视具体情况而定，如领取被执行人死亡抚恤金的亲属继承了死者的遗产，则在其继承的遗产范围内可将相应金额内的抚恤金进行抵扣执行。

#### 【评析】

笔者同意第三种意见，理由如下：

首先，应当明确死亡抚恤金并不属于死者的遗产，不可以继承。抚恤金是指工人、职员因工死亡时，按其供养的直系亲属人数，每月付给供养直系亲属抚恤费，至受供养人失去受供养的条件为止。实践操作中往往是参照一定数额一次性发放给死者家属，而发放对象则是死者生前需供养直系亲属或配偶。

其次，既然死亡抚恤金不属于遗产，而应归死者亲属所享有，那么一般情况下死亡抚恤金则不应作为被执行人的财产用于执行或偿还其生前债务。

第三，如领取被执行人死亡抚恤金的家属同时继承了死者生前的财产，则按照《继承法》第三十三条之规定，继承遗产应当清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务，缴纳税款和清偿债务以他的遗产实际价值为限。超过遗产实际价值部分，继承人自愿偿还的不在其限。据此规定，只要继承人继承了财产，其就应当在其所继承的财产范围内对死者的债务承担偿还责任。据此规定，法院可依法追加继承人为共同被执行人，而作为共同被执行人所享有的抚恤金则理所当然的可供执行。

综上，本案中，如王某的亲属既领取了死亡抚恤金又继承了王某的遗产，则法院可以执行该抚恤金用于偿还王某生前的债务，但执行抚恤金的数额不得超过该亲属继承遗产的份额。

### 儿子“出轨”要离婚 父亲侮辱“小三”被起诉

2014年9月12日 沈阳市皇姑区人民法院

中国法院网讯 2012年5月20日，将近不惑的王明在父母百般匆促之下终于成家，次年妻子诞下一子。但2013年6月，王明突然向妻子提出离婚。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，并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字报，对其“小三行径”大肆辱骂，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。近日，北京市海淀区人民法院受理了此案。

庭审中，老王称李女士和其子王明曾经是同事，李女士与其子保持不正当关系，是李女士的行为导致儿子王明家庭破裂。同时，老王对通过张贴字报方式辱骂李女士的事实表示认可，称确实将写有谩骂、侮辱性语言的字报张贴在李女士家附近多个小区公示栏内，但老王称其并非恶意诽谤，故拒绝道歉，也不同意支付李女士精神损失费。

法院经审理后认为，公民享有名誉权，禁止用侮辱、诽谤等方式损害公民的名誉。对侵犯名誉权行为之认定，参照一般侵权行为之认定标准结合侵犯名誉权行为之特殊性，应考查侵权人有无因故意或过失，将不当言论传播于第三人，致使他人的社会评价因此遭到贬损，或减少其应受信任与尊敬等因素。本案中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。

#### 【法官讲法】

名誉系指对特定人格价值的一种社会评价。公民享有名誉权，禁止用侮辱、诽谤等方式损害公民的名誉。侮辱是使对方人格或者名誉受到损害、蒙受耻辱。侮辱方式有多种，包括行为、言辞、文字方式。诽谤则是指通过捏造并散布某些虚假事实，损害他人名誉的行为，因此诽谤只能以语言方式进行，通俗地说就是“捏造事实，无中生有”。

本案中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。虽然其称没有恶意诽谤，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）

来源：中国法院网

### 【法官视点】夫妻共同债务推定规则的适用

2014年9月12日 法治之声

#### 【案情】

2011年1月6日、1月7日，被告H公司向交通银行宁波分行借款2000万元，借款期限六个月。时近期限，H公司等筹措还贷款项。同年7月1日，原告谢某通过其公司网银账户，将1400万元汇至H公司账户。同日，相关当事人向原告出具了一份《借据》，载明的借款人为H公司、H公司的法定代表人李某及D公司。

被告李某与被告刘某于2002年2月结婚。2011年7月5日，李某与刘某签署了一份《离婚协议书》，称因经济原因，致使夫妻感情破裂，双方同意协议离婚，并约定将房产归刘某所有，双方无共同财产及债权债务。若有债权债务各人名下自行承担或享有。同日，该两被告在民政部门办妥离婚手续。

H公司成立于2008年8月，注册资本1000万元，经营范围为第一类医疗器械的制造、加工，股东为被告李某、

胡某和张某，对应的股份分别为50%、30%和20%。2012年7月31日，胡某将其30%股份转让给被告李某，H公司的股权结构变更为被告李某占80%，张某占20%。同年7月，被告H公司在年检中向工商部门提交了一份报告，称其公司开发制造的SET脑功能检测系统医疗设备，因尚未取得国家注册批文而不能买卖，所以该公司未发生销售。

原告谢某要求《借据》上列明的借款人还款付息，同时以涉案借款发生在被告李某、刘某夫妻关系存续期间为由，要求被告刘某对被告李某承担连带责任。

被告李某辩称：其未向原告借过款项，要求驳回原告对其的诉讼请求。

被告刘某辩称：因借款未用于夫妻共同生活，不能认定为夫妻共同债务，其无需对李某承担连带责任，要求驳回原告对其的诉讼请求。

### 【裁判】

法院经审理后认为，涉案借款虽发生在被告李某、刘某婚姻关系存续期间，但该笔借款用于被告H公司经营，借款发生时被告李某在被告H公司的股份为50%，被告刘某无股份，并且被告H公司的产品因未取得国家注册而尚无销售。同时就涉案借款而言，现有证据也难以证明被告李某、刘某有共同借款的合意，或借款实际用于夫妻共同生活，故涉案借款不宜认定为被告李某、刘某夫妻共同债务，对被告刘某的辩称予以采信。法院判决被告H公司、李某和D公司归还原告谢某借款1400万元，并自2011年7月5日起至生效判决确定的履行之日止，按照中国人民银行同期同类贷款基准利率四倍支付利息。

### 【法官评析】

夫妻共同债务的推定不仅涉及到夫妻之间财产的调整，更涉及到夫妻双方之外的债权人财产权利的保护。我国婚姻法并没有构建夫妻共同债务制度，只是在处理离婚财产分割问题时，提出了夫妻共同债务的推定规则。这些规则包括用途推定规则、合意推定规则和身份推定规则。

1950年婚姻法第二十四条及2001年婚姻法修正案第四十一条，都规定了凡所欠债务用于夫妻共同生活的，即可认定为夫妻共同债务。

根据1993年《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》第十七条规定，凡夫妻双方名义所欠债务，或者虽以夫妻一方名义所欠债务但经过对方同意的，应当视为夫妻共同债务。

2003年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第二十四条规定：“债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应按夫妻共同债务处理。但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。”以举债时间是否发生在婚姻关系存续期间，也即夫妻双方的身份关系作为认定夫妻共同债务的标准。

三项推定规则在司法实践尤其在举证责任分配问题上，存在很大的冲突与矛盾。要求债权人根据用途推定规则或合意推定规则证明借债用于夫妻共同生活，或者借债从事生产经营活动，并且其收益实际用于夫妻，否则承担举证不能的不利后果，对债权人尤其是善意债权人来说很不公正。从夫妻内部来说，一方根据用途推定规则的抗辩理由很容易成立。由此容易诱发夫妻双方相互串通，以离婚规避法律，逃避债务的道德风险。而身份推定规则将举证责任几乎绝对地分配给了否认共同债务的夫妻一方，只有当他（她）举证证明债权人与债务人明确约定为个人债务，或者债权人知道夫妻之间采取了约定财产制的情形下，才无需共同承担债务。其举证责任甚至比用途推定规则推定中的债权人还要严苛。审判实践中，也由“过去更多的夫妻双方串通损害债权人利益”，发展到“更多的债权人与债务人串通，损害对方配偶的利益”。

为消弭三种推定规则的冲突，各地法院也出台相应的指导意见，例如规定：“婚姻关系存续期间，夫妻一方以个人名义因日常生活所负的债务，应认定为夫妻共同债务。超出日常生活需要负债的，应认定为个人债务，但债权人能够证明负债所得用于家庭共同生活、经营所需的，或者夫妻一方事后追认债务的除外。不属于家庭日常生活需要负债的，债权人可以援引合同法第四十九条表见代理的规定，要求夫妻共同承担债务。”这种意见以用途推定规则或合意推定规则为原则，债权人的举证责任还是没有减轻。尤其是最高人民法院2009年《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》对表见代理的构成要件作了比较严格的规定，要求债权人在主观上善意且无过失，并承担举证责任。这在私营经济发达、民间借贷活跃的地区，不利于保护债权人的合法权利，同时也会冲击社会本已脆弱的诚信体系。有鉴于此，又有观点提出另一种规则体系，即以身份推定规则为原则，以用途推定规则或合意推定规则予以衡平、修正，即凡是发生在婚姻关系存续期间的债务，原则上推定为夫妻共同债务，在债权人起诉，夫妻双方均抗辩为举债一方个人债务情形下，由夫妻双方共同举证；在举债一方抗辩为夫妻共同债务的情形下，由其承担举证责任。这种推定体系对各方的举证责任作了较为合理的分配，不至于成为“不可能完成的任务”。

本案审理中，法官正是根据这种体系，在李某坚持借款非其个人，而为H公司行为的情形下，将举证责任分配给刘某。刘某提供的H公司的工商登记资料证明该公司因研发的医疗设备尚未取得批文而未有销售业务。无销售即无利润，李某未将其在H公司的经营所得用于夫妻共同生活，故刘某无需承担还款责任。根据《借据》上相关被告的签名、盖章方式及当事人的意思表示，认定涉案借款的债务人为被告H公司、李某和D公司，判令相关被告共同还款付息。

(作者单位:浙江省宁波市中级人民法院)

## 该案刘某是赠与房屋还是赠与购房款

2014年8月8日 中国法院网 刘小庚

### 【案情】

原告刘某与被告李某系母子关系。被告李某与被告陈某经他人介绍相识后,于2013年4月28日办理结婚酒席。同年4月17日,原告刘某以被告李某为买受人的名义与某房产开发公司(出卖人,以下简称开发公司)签订了购买华府商品房第3栋506号房屋的《华府住宅买卖合同》,合同编号为3-506。该合同约定:“买受人于2013年4月17日交纳定金人民币20,000元,于2013年4月27日前付房款(含定金)人民币206,090元,余款人民币10,000元在交房时付清”。按照该约定,原告刘某分别于4月17日、4月24日以被告李某的名义向开发公司交纳了购房款(含定金)共计人民币206,090元。同年8月21日,被告李某与被告陈某办理了结婚登记手续。结婚登记后,被告李某、陈某以自己的名义一并向开发公司提交了办理该房屋所有权证的相关资料。2013年10月4日,原告刘某就所购房办证向开发公司及房管部门提出了异议登记申请,并于2013年11月2日向法院起诉,请求法院依法将华府商品房第3栋506号房确认为原告买受。

另,刘某提出异议登记申请时,华府商品房第3栋506号房屋开发公司尚未交房,亦未办理房屋所有权证。

### 【分歧】

对原告的诉讼请求应否支持,焦点问题是原告刘某对儿子是赠与房屋还是赠与购房款,对此问题,案件审理中有两种意见:

第一种意见:原告刘某是房屋购买的实际主体,刘某亲手经办了购房的签约、付款等事宜,其以儿子李某名义购房的行为,系房屋赠与行为。但刘某在该赠与房屋办理所有权登记完成之前向开发公司及房管部门提出登记异议申请,应视为是原告对房屋赠与行为的撤销。现原告刘某要求将房屋确认为自己买受,应与支持。

第二种意见:原告刘某的行为不能认定为系赠与房屋给儿子李某,而系赠与购房款给儿子李某,现购房合同中买受人系李某,房屋当属李某买受。

### 【评析】

笔者同意第二种意见,理由如下:

依《中华人民共和国合同法》第一百八十五条、第一百八十七条及最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第一百二十八条的规定,赠与行为构成的要件有三:一是赠与与接受赠与的意思真实;二是对赠与的财产赠与人有处分权;三是赠与的财产已完成交付,需要登记的已进行登记。

本案,开发公司属预售房产,原告对开发公司预售的华府商品房第3栋506号房屋只是预交了人民币206,090元,余款人民币10,000元还未交清。鉴于原告对购房款未全部交清、开发公司还未交房,而售房合同买受人又系李某,显然,对此房不能认定为系原告的财产。原告不仅对此房无处分权,更谈不上对其进行了登记和交付给了被告李某,故原告的行为不构成将华府商品房第3栋506号房屋赠与给了被告李某。

然而,原告刘某为了自己儿子结婚,意欲儿子购置新房,并愿对儿子购房无偿提供支持帮助之意愿真实,且于2013年4月27日前为儿子即被告李某交付购房款206,090元人民币,而李某未提出异议,即表示愿意接受,依据最高人民法院关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释(二)第二十二条的规定:当事人结婚前,父母为双方购置房屋出资的,该出资应当认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。故对原告刘某交付的购房款应当认定为对自己儿子购房资金的赠与。

2013年10月4日,原告刘某就其办证向开发公司及房管部门提出异议登记申请,当视为是原告对自己赠与行为的意欲撤销。《中华人民共和国合同法》第一百八十六条规定:赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。赠与的财产已转移其权利的,赠与人不得任意撤销赠与。鉴于原告已将人民币206,090元购房款交付了开发公司,并依此款以儿子李某为房屋买受人与开发公司签订的《华府住宅买卖合同》,应视为原告将赠与的财产已转移给了儿子李某。而后,此赠与又不具法定撤销情形,故原告对儿子赠与人民币206,090元购房款的行为不得撤销。

综上,依据被告李某与开发公司签订的《华府住宅买卖合同》,华府商品房第3栋506号房屋应当认定为被告李某买受,原告的诉讼请求于法无据,应予驳回。

(作者单位:湖南省新田县人民法院)

## 母女间对共有财产如何处理

2014年5月23日 中国法院网 廖华英

### 【案情】

孙某清与何某系母女关系。孙某清与丈夫离婚之后,4岁的何某便与母亲孙某清相依为命。何某参加工作后,劳动所得大部分交给了孙某清保管,仅在2006年2月至2010年7月期间,何某给了孙某清17万余元。母女在共同生活期间,收入共同消费,不分彼此。2005年7月,孙某清以个人名义购买商品一套,支付首付款131750元(其中使用母女共同收入71750元、银行贷款60000元),房产登记在孙某清名下。孙某清原指望找个上门女婿为其养老,何某未遂其意,为此母女俩产生矛盾。何某诉至法院,要求对该房屋权属进行分割,既何某占80%,孙某

清占 20%。

#### 【分歧】

在该房屋分割上，存在两种不同观点：

第一种意见认为：按按份共有处理。应贯彻权利与义务相一致原则，何某与孙某清出资额不同，应按出资比例分割该房屋。

第二种意见认为：按共同共有处理。双方未对该房屋各自所占份额进行约定，且不能确定母女俩各自出资额，故按共同共有处理。

#### 【评析】

笔者同意第二种观点，理由为：

我国《物权法》第一百零三条规定，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。第一百零四条规定，按份共有人对共有的不动产或者动产享有的份额，没有约定或者约定不明确的，按照出资额确定；不能确定出资额的，视为等额享有。

结合本案分析，孙某清与何某系家庭关系，《物权法》第一百零三条明确规定具有家庭关系的共有人，对不动产的分割排除适用“按份共有”，如此规定主要基于保护家庭成员之间存在的复杂权利与义务关系。从权利角度考虑，何某在未成年之前享有了母亲孙某清对其进行抚养的权利，同样母亲孙某清在何某成年之后享有其赡养的权利；从义务角度考虑，孙某清在何某成年之前对其负有抚养义务，同样何某在成年之后对孙某清负有赡养义务。何某劳动所得虽然大部分交给了孙某清保管，但其中多少用于赡养？多少又用于购房？在他们没有约定或者约定不明情况下，按照按份所有分割该房产缺乏操作性。《物权法》第一百零四条，对第一百零三条作出了补充性规定，即不能确定出资额的，视为等额享有，即为共同共有。综上，该房屋应当按共同共有处理，而不能按按份共有处理。

（作者单位：江西省丰城市人民法院）

### 以亲子鉴定为内容签订承诺书的性质认定

2014年9月12日 中国法律数字图书馆

点击标题下方文字链接“中国法律数字图书馆”，快速关注本微信，获取更多权威、深度、最新法律知识和信息。

以亲子鉴定为内容签订承诺书的性质认定

#### 【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。且不论亲子鉴定的结果如何，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。

## 吴晓芳“婚姻家庭案件审判实务”讲座之笔记

2014年9月14日 林盛整理 一些法一些情

### 一、夫妻一方(赠与人)将共同财产赠与“小三”的处理

因侵犯另一方财产权利,故若赠与人配偶起诉请求确认赠与无效、返还全部财产,法院应予支持,按照合同无效的规则处理,即取得的财产,原物返还,比如老公送给小三一套房子,就返还房子,老公送给小三一百万买了一套房子,就返还一百万;若赠与人起诉请求返还财产,法院按不法给付的规则处理,不予支持(和赌资或嫖资一样)。另外,如果赠与人配偶请求返还财产,法院支持后,赠与人与小三的孩子以赠与财产属于赠与人给予子女的抚养费为由,行新民诉所规定的第三人撤销之诉,怎么处理?上海法院的做法是立案庭实质审查后,认为不是赠与合同的当事人,是不同的法律关系,不予受理;北京法院的做法是受理后,驳回起诉;最高院可能还是认为在立案审查不受理为妥。同时,吴法官认为,新民诉的第三人撤销之诉制度有多余之虞,因再审制度可以替代该制度。

### 二、婚姻无效

婚姻无效分为绝对无效和相对无效。达到法定婚龄重婚的,次婚姻因涉嫌重婚罪,且不可补正,故自始无效,即第二次婚姻不因第一次婚姻已离婚而有效。

### 三、探望权问题

关于婚姻关系存续期间探望权受限的问题,有个案件,婚姻关系存续期间,妻子把小孩带去其他地方居住,丈夫起诉要求妻子配合给小孩探望。一审驳回诉请,二审支持。吴法官认为,二审处理不妥,因在婚姻法的探望权规定中,是离婚后不直接抚养一方享有探望权。至于没有离婚的探望权如何,法律没有规定。

关于离婚后,探望权滥用的问题,有个案件,夫妻协议离婚后,小孩由妻子抚养,丈夫可以探望,但没有约定探望的次数,于是丈夫每天都去看孩子。于是,妻子起诉要求限制丈夫探望权,每月一次。吴法官认为,这种诉请难以支持,因为父亲探望小孩,天经地义;除非父亲探望小孩,严重影响孩子生活,那么母亲可诉请中止探望。当然,中止探望的司法审查应严格,像美国,即使父亲有艾滋病或者同性恋,中止探望的理由也不足。

另外,还有一个小问题,爷爷奶奶能不能起诉请求探望孙儿?一般认为是不行的,除非有法律规定的如孙儿一直由爷爷奶奶抚养等的情形。

### 四、父母出资购房的认定

父母出资全款给自己子女买房,登记在子女名下,那么按婚姻法解释三第7条认定为子女个人财产。但是如果父母只是出资部分款项,房子也是登记在出资人子女名下,吴法官倾向性认为房子属夫妻共同财产,而父母的出资部分为出资人子女个人财产。

关于这个问题,还有两个特殊情形。第一个是,一般来说商品房有房产证,产权登记可以推定赠与的意思表示,但农村房子很多是没有房产证的,那么就难以推定了。第二个是,婚姻法解释三第7条的出资人,不限于父母,其他亲属也可。

### 五、配偶身故后购买的房改房是否属于夫妻共同财产问题

《最高人民法院关于在享受本人工龄和已死亡配偶生前工龄优惠后所购公房是否属夫妻共同财产的函的复函》([2000]法民字第4号)认为,如果配偶死后,用个人财产购买房改房,属于个人财产。该函于2013年被废止,理由与现行房改政策不一致。因为实际上,房改房的优惠,一个家庭只能享受一次一套房子,由夫妻双方工龄计算而得,故即使配偶身故后,使用个人财产购买房改房,也应认定为夫妻共同财产。

### 六、夫妻之间财产赠与的处理

关于这个问题,婚姻法没有规定,而且是财产协议,故可适用合同法关于赠与的规定。即赠与人有任意撤销权,一般只要没有交付,都可以撤销赠与。

但若离婚协议生效,且有关于夫妻个人财产赠与的约定,则不能依合同法任意撤销权撤销,因属身份关系的协议(解除婚姻关系的协议)。

### 七、夫妻共同债务问题

关于夫妻一方借款是否用于夫妻共同生活的举证责任分配问题,各地法院不统一。目前部分法官机械适用婚姻法解释二24条,过于保护债权人。

关于夫妻共同债务的认定问题,可以适用《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17条。

另外,吴法官还提到,夫妻一方对外担保的,或者夫妻一方非在履职中侵权的,都不是共同债务。

### 八、忠诚协议效力问题

北京等多地法院均认为忠诚协议有效,认为是夫妻财产约定或者是一般民事合同;部分法院认为无效;上海法院的做法是,婚姻关系存续期间请求认定忠诚协议效力的,不受理;离婚纠纷中请求的,不处理。

吴法官说到,忠诚协议根本上不是夫妻财产约定,她原先认为有效的,后来在参加世界婚姻法会议时,她向与会的其他国家法律人士询问,对方说到“像世界杯期间,老公要看球,老婆要倒好啤酒,并不能打扰老公看球,这种协

议法院不处理”。于是吴法官现认为，忠诚协议的内容，多是基于感情，也约定的是夫妻感情问题的处理，这种约定，法院不宜参合；而且，法院若认为忠诚协议有效，大家都集中精力在抓小三这种事情，将不利于大家生产生活和社会主义建设（该句笔者瞎猜的），司法效应不良。

以上就是吴晓芳法官于2014年9月14日早在广东科学馆出席“婚姻家庭案件审判实务”讲座里的观点。

吴法官的观点笔者大多数是同意的，虽然观点推导过程还需要更严密的论证。但是有个问题我想单独拿出来讲，在讲座里面，吴法官提出这样一个观点：夫妻之间没有同居权利（义务），理由一是法律没有规定，二是不能强制执行（在座律师都笑了）。

我想，吴法官想表达的应该是“行房”，而非同居。不过无论行房还是同居，笔者认为夫妻双方都有权利。理由如下：

一、先进行房和同居的联系。行房一词的意思是夫妻性生活，同居指的是夫妻持续、稳定地共同居住；一对男女居住一天后分离，就不叫做同居，也不叫行房，我们一般礼貌性地称之为偶然性的性关系。可见，同居包括行房。

二、首先，行房/同居不能强制执行能不能推论出没有行房义务？不能。为什么呢？因为司法审查后赋予强制执行权力，与申请司法审查的当事人有没有相应权利没有关系。举个例子，父母对子女有教育的权利和义务，若父亲就是不教他儿子怎么脱裤子小便，你法院可以强制执行？

三、其次，法律是否真的没有规定夫妻之间的行房权利和义务？

（一）生育权角度

《人口与计划生育法》第十七条规定，公民有生育的权利。

《妇女权益保障法》第五十一条规定，妇女有不生育的自由。

《婚姻法》第十三条规定，夫妻在家庭中地位平等。

那么从法官个人生活经验也可以判断，正常夫妻，不行房是不能生育的。也就是说行房是生育一个必要程序。所以行房/同居是生育权下位的权利。然而，妇女有不生育的自由，男方虽没有直接规定有不生育的自由，但因夫妻地位平等，所以男方也有不生育的自由。也就是说，夫妻任何一方有要求行房的权利和拒绝行房的权利。

（二）无救济则无权利

律师朋友们应当知道，夫妻一方不行房，或者一方性需求过大，另一方是可以起诉离婚并且法官多予以支持的。不同居就更不用说了。逆推，不行房/同居可以救济，也就当然有权利存在。

（三）从中华民族的伟大复兴说起（这里笔者开始瞎扯了），繁衍中华民族的后代，是我们每个中华儿女不可推卸并应引以为荣的神圣使命。而我国实行一夫一妻制和计划生育政策，每个人只能有一个合法配偶，只能生育一定数量的小孩。在如此苛刻的法律面前，如果同房/同居不是权利，不予保护的话，那我们整个民族，都面临灭亡的危险。此言不虚！

以上。

## 听吴晓芳法官讲婚姻法 ——2014年9月14日吴法官在广州律协讲座听课笔记

2014年9月15日 广州婚姻继承律师李小非

听吴晓芳法官讲婚姻法已经不是第一次了，总体感觉这次的讲座一如既往地轻松和幽默，但囿于时间关系，讲述的内容不如往次那么全面。但毕竟我们身在广州，难得有机会聆听最高法权威专家的“面授机宜”，还是抓紧时间，把讲座内容和大家分享下吧！

开篇吴法官提及《婚姻法司法解释三》刚刚出台时引起的热议和争论，现在仍记忆犹新：很多人说它冷冰冰、充满了算计；说它不保护妇女的权益，会导致离婚率大幅增长等等。吴法官解释说司法解释的作用就是给法官审理案件所用，而并非提供给老百姓的离婚指南；且从这几年的实施效果上看，整体的运作还是很平稳的，并没有出现所谓的导致离婚率攀升等负面效果。

接下来，吴法官逐条对当下婚姻家庭案件审理过程中的难点和热点问题进行了解析：

一、对《婚姻法司法解释三》第5条所说的孳息及自然增值的解释。

《婚姻法司法解释三》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。”

1、对孳息应作限缩性解释。

孳息分为天然孳息和法定孳息。其中，我们一般认为，果树上结的果实是天然孳息，按照第5条的规定应为夫妻一方个人财产。但如果是夫妻一方婚前经营的果园，在婚后，夫妻共同对果园里的果树进行培育，付出了劳动，那么果树结出的果实便不再属于天然孳息，应为投资收益，属夫妻共同财产。

另外，在一般看来，租金是法定孳息。而且在法学教材上一般也把夫妻一方婚前财产在婚后出租的租金收益认定为法定孳息。但是，我们知道，实际生活中，出租人承担有很多的法定义务，这些法定义务的承担往往不是一方可以完全履行的，通常都有夫妻中另一方的配合。因此，在审判实践中，更倾向于把婚前财产婚后出租的租金收益认定为经营性收益，也即夫妻共同财产。此前，上海的法院认为，如果确有证据证明对方没有参与协助出租事宜的，也可把租金认定为孳息。吴法官对此表示不认同。第一，要举证没有参与协助出租事宜是十分困难的；第二，即使

夫妻一方没有对出租事宜有直接的贡献，但也存在间接贡献，如家务劳动等，也是对此出租活动的一种支持。

## 2、对自然增值的理解。

自然增值应是不为主观所影响，完全由市场决定的增值部分。吴法官举了几个例子来说明如何区分投资收益与自然增值。(1) 一方婚前的股权，在婚后通过股权置换、公司上市等原因增值了，该增值部分应为投资收益，属夫妻共同财产。吴法官认为，股权的增值不能完全靠市场来决定，必定有人主观上的因素；另外，虽然看似一方的努力使股权增值，但这其中也必定含有夫妻另一方的贡献和付出，因此属于夫妻共同财产。(2) 股票投资零操作，股票增值部分倾向于认为是自然增值，因为此部分的增值完全由市场决定。(3) 一方婚前购置的名画，婚后增值，增值部分为自然增值，不属于夫妻共同财产。但如果该画的保存条件十分苛刻，另一方于婚后对该画的保存等方面有贡献的话，在离婚时，可以适当予以补偿。

对此，吴法官表明了一个重要的观点，夫妻之间，即使家务劳动也是对家庭的贡献，也是有价值的，对夫妻共同财富的增长有着不可忽视的作用，这种作用，同样应该在分割夫妻共同财产时有所体现。

## 二、一方擅自把夫妻共同财产赠与第三人问题的处理。

1、一方擅自把夫妻共同财产赠与第三人，赠与应认定无效，返还赠与财产。夫妻共同财产在性质上是共同共有，夫妻一方把夫妻共同财产赠与第三人，侵犯了配偶的财产权利，故配偶可起诉请求确认赠与无效、返还夫妻共同财产。需要强调的是，这里返还的共同财产，应是全部返还，而非仅返还配偶一方在共同财产中所占有的份额。因在婚姻关系存续期间，夫妻共同财产是不区分份额的共同共有，因此，该赠与的行为就应是全部无效，而非部分无效，应当返还全部赠与财产。

2、对于返还财物的方式，吴法官表示，赠与什么便应返还什么。比如男方赠与小三 80 万去购置房产，登记在小三名下。三年后房产升值至 300 万，此时男方配偶撤销赠与，也只能对赠与的 80 万作返还的主张，而不能主张返还房产；若男方赠与的是房产，那么其配偶可以主张返还房产，而不是返还购房支付的款项。

最后，关于诉讼主体的问题。如原配起诉，主张一方在未经共有人同意的情况下，擅自处分共有财产，侵犯了夫妻共同财产权益，要求返还的，法院应予支持。但如其他的主体起诉，则未必会获得支持：如男方赠与了小三 100 万，后反悔，起诉要求撤销赠与，法院会因为男方的行为构成不法给付而不予支持；另外，如果是小三起诉，比如两人好的时候，男方书面承诺要给 100 万，给了 50 万之后反悔不给了，小三起诉要继续履行，法院将不予支持，当然已经给了的，也不支持男方要回来。

## 三、对无效婚姻的规定。

吴法官举了一个典型案例：一个香港人先后在内地不同地方与两名女子登记结婚，登记在后的那名女子向出入境管理部门申请到香港定居，出入境管理部门一查，该港人有两次结婚登记，遂驳回该女子的申请；后该名女子又去申请，称香港人已与登记在先的妻子离婚，再次要求批准其到香港定居的申请。

针对婚姻无效的问题，可以区分相当无效和绝对无效两种情况。绝对无效是指婚姻关系自始无效、完全和彻底无效，例如重婚；《婚姻法》规定的其他导致婚姻无效的情形，如未达法定婚龄，患有禁止结婚的疾病和原有亲属关系等均属于相对无效的情形，如产生争议时无效的情形已经不复存在的，可认定婚姻关系有效。

## 四、探视权问题的处理。

1、探视权的主体应是离婚后不直接抚养子女的父亲或母亲一方。因此，在婚姻关系存续期间，就此问题提起诉讼，法院不予受理。比如，夫妻双方闹矛盾，一方把孩子带回老家，禁止对方探视，此时，若仅就探视权起诉至法院，法院将不予受理。

2、关于离婚后，一方滥用探视权，另一方要求限制探视的问题。吴法官举了个案例，一对夫妻协议离婚后，小孩由妻子抚养，但对丈夫探视的次数未作约定，于是丈夫每天都去看孩子，令妻子不胜其烦，于是，起诉到法院要求对丈夫的探视次数作出限制。吴法官认为，此种诉求因起诉的主体不对所以不能支持。除非是父亲探视小孩的情况，已经严重影响了孩子的正常生活，那么母亲可诉请中止探视。当然，申请中止探视必须有充分的理由和证据。

3、祖父母、外祖父母能否起诉请求探视孙子女？一般认为是不行的，理由同上，即祖父母和外祖父母亦不是法律规定的探视权的主体，除非孩子一直是由他们抚养长大。

4、放弃探视权的问题。实际中，有很多人约定一方以放弃探视权为条件，不支付子女抚养费。吴法官表示，这样的协议是无效的。因为探视权不仅仅是一种权利，同样的也是一种义务，是为了孩子健康成长所必须履行的义务，因此是不能够任意放弃的。

## 五、关于父母出资购房，《婚姻法司法解释二》第 22 条与《婚姻法司法解释三》第 7 条的关系及理解。

1、《婚姻法司法解释二》第 22 条规定，“当事人结婚后，父母为双方购置房屋出资的，该出资应当认定为对夫妻双方的赠与，但父母明确表示赠与一方的除外”，其中父母出资可以是部分出资或是全部出资，侧重点在于出资；《婚姻法司法解释三》第 7 条规定，“婚后由一方父母出资为子女购买的不动产，产权登记在出资人子女名下的，可按照婚姻法第十八条第(三)项的规定，视为只对自己子女一方的赠与，该不动产应认定为夫妻一方的个人财产”，这里的情况前提是父母出全资购房，不能是部分出资，或仅支付首付款。相比解释二第 22 条，侧重点在于房产归属的问题。

2、若婚后一方父母出部分房款购买房产，登记于一方名下，夫妻共同还款的情况的认定及处理。目前有两种

处理方式：(1) 房产认定为夫妻共同财产，父母出资的部分认定为是对自己子女一方的赠与。在进行分割时，对赠与自己子女的本金部分先予以扣除，同时房子的全部增值部分均作为共同财产来处理；(2) 房产认定是夫妻共同财产，按照《婚姻法司法解释二》第 22 条的规定，父母出资的部分认定为是对夫妻二人的赠与；但在实际分割时，可考虑按《婚姻法》第 39 条的规定，按实际情况对投入部分房款的父母一方的子女适当多分。以上两种处理方法中，吴法官更倾向于第一种做法。

3、吴法官补充说，《婚姻法司法解释三》第 7 条的出资人，不限于父母，其他亲属也可；同时对非不动产，如股权、机动车亦适用于此条。

#### 六、用已故配偶工龄购买房改房的问题。

吴法官表示，对这个问题的认识有一个过程，2000 年最高院的函意见认为工龄优惠是一种政策性优惠，而非一种财产或财产权益，房屋的归属主要看购买房屋时使用的是健在一方的个人财产还是共同财产，如使用个人财产购买的，该房屋应当认定是健在一方的个人财产。但这个函在 2013 年时被废止了，理由是与现行的房改政策不一致。对此，目前尚无明确的法律规定。基于工龄的可存续性，倾向性意见认为还是应当认定为夫妻共同财产。

#### 七、夫妻间赠与问题的处理。

《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。”根据该条的规定，夫妻之间赠与房产，未及时办理变更登记的，赠与方享有任意撤销权。实践中有的法院认为，如属于将夫妻一方的房产约定为夫妻共有的，或将原本共有的房产约定为归一方所有的情况的，应按照《婚姻法》第 19 条的规定区别对待，不能任意撤销。对此，吴法官认为：无论哪种情况，都应适用《合同法》的调整，即房产权属一方都可以行使任意撤销权。

对于夫妻离婚时约定将共同财产赠与子女能否撤销的问题，吴法官认为，答案是否定的，因为相比起单纯夫妻之间的财产赠与，此处的赠与和解除婚姻关系是一个整体，《婚姻法司法解释二》也有明确的规定，除非离婚协议存在欺诈或者胁迫的情况，否则是不得随意撤销的。

此外，以法院调解形式确认的赠与内容，亦不得撤销。

#### 八、夫妻共同债务问题的处理。

2004 年的《婚姻法司法解释二》第 24 条规定“债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务，或者能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定情形的除外。”这条规定是因应当时大量出现的夫妻双方通过离婚恶意躲债的情况，随着后来实际情况的变化，这条规定也因为过分保护债权人的利益而广受诟病。针对 24 条规定的局限性，各地的司法实践也采取不同的规定：比如，上海的法院规定，先按第 24 条规定的原则处理，但如果债权人或夫妻一方能够证明所借债务没有用于夫妻共同生活的则属于例外情况；有的法院认为，在夫妻日常生活的消费合理范围内举债的部分为夫妻共同债务，超出此部分的款项，须有证据证明负债方配偶知道此情况的，才认定为夫妻共同债务；有的法院认定，若债权人知道或应当知道该债务没有用于夫妻共同生活的，即该债权仅为个人债务。

另外，吴法官表示，对配偶一方因工作等行为侵权所产生的债务，应当认定为夫妻共同债务，因其工作行为的收益是用于夫妻的共同生活的。而其他的个人侵权行为所产生的债务，一般不认定为夫妻共同债务。

#### 九、《忠诚协议》的效力问题。

对于此问题，目前是有争议的。部分法院认为《忠诚协议》应该有效，认为这是夫妻双方的真实意思表示，是对夫妻财产处分的约定；然而，部分法院却对此问题不作处理，原因是这是涉及到夫妻感情问题，法律不宜过多干涉，要靠自觉实行。

#### 演讲人介绍：

吴晓芳，最高人民法院民事审判第一庭高级法官，中国人民大学法学硕士，中国法学会婚姻法学研究会常务理事，中国人民大学律师学院客座教授，2014 年被最高人民法院授予“全国审判业务专家”称号。参与起草婚姻法司法解释（一）、（二），负责起草婚姻法司法解释（三）。

### 宜兴市冷冻胚胎纠纷案二审审理结果

2014 年 9 月 18 日 无锡市中级人民法院

江苏省无锡市中级人民法院

民事判决书

(2014)锡民终字第 1235 号

上诉人（原审原告）沈某某。

上诉人（原审原告）邵某某。

两上诉人的共同委托代理人郭小兵，江苏瑞莱律师事务所律师。

两上诉人的共同委托代理人郭伟，江苏瑞莱律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）刘某某。



被上诉人（原审被告）胡某某。

原审第三人南京某医院，住所地南京市某区中山路 321 号。

法定代表人韩光曙，该院院长。

委托代理人王玠，该院生殖中心医生。

委托代理人郑哲兰，江苏永衡昭辉律师事务所律师。

上诉人沈某某、邵某某因与被上诉人刘某某、胡某某，原审第三人南京某医院监管权和处置权纠纷一案，不服宜兴市人民法院（2013）宜民初字第 2729 号民事判决，向本院提起上诉。本院于 2014 年 7 月 2 日受理后，依法组成合议庭进行了审理，现已审理终结。

原审法院经审理查明：

沈 A 某与刘 B 某于 2010 年 10 月 13 日登记结婚，于 2012 年 4 月 6 日取得生育证明。2012 年 8 月，沈 A 某与刘 B 某因“原发性不孕症、外院反复促排卵及人工授精失败”，要求在南京市某医院（以下简称某医院）施行体外受精-胚胎移植助孕手术；某医院在治疗过程中，获卵 15 枚，受精 13 枚，分裂 13 枚；取卵后 72 小时为预防“卵巢过度刺激综合征”，某医院未对刘 B 某移植新鲜胚胎，而于当天冷冻 4 枚受精胚胎。治疗期间，刘 B 某曾于 2012 年 3 月 5 日与某医院签订《辅助生殖染色体诊断知情同意书》，刘 B 某在该同意书中明确对染色体检查及相关事项已经了解清楚，同意进行该检查；愿意承担因该检查可能带来的各种风险；所取样本如有剩余，同意由诊断中心按国家相关法律、法规的要求代为处理等。2012 年 9 月 3 日，沈 A 某、刘 B 某与某医院签订《配子、胚胎去向知情同意书》，上载明两人在某医院生殖医学中心实施了试管手术，获卵 15 枚，移植 0 枚，冷冻 4 枚，继续观察 6 枚胚胎；对于剩余配子（卵子、精子）、胚胎，两人选择同意丢弃；对于继续观察的胚胎，如果发展成囊胚，两人选择同意囊胚冷冻。同日，沈 A 某、刘 B 某与某医院签订《胚胎和囊胚冷冻、解冻及移植知情同意书》，某医院在该同意书中明确，胚胎不能无限期保存，目前该中心冷冻保存期限为一年，首次费用为三个月，如需继续冷冻，需补交费用，逾期不予保存；如果超过保存期，沈 A 某、刘 B 某选择同意将胚胎丢弃。2013 年 3 月 20 日 23 时 20 分许，沈 A 某驾驶苏 B5U858 车途中在道路左侧侧翻，撞到路边树木，造成刘 B 某当日死亡，沈 A 某于同年 3 月 25 日死亡的后果。现沈 A 某、刘 B 某的 4 枚受精胚胎仍在某医院生殖中心冷冻保存。

后因对上述 4 枚受精胚胎的监管权和处置权发生争议，沈某某、邵某某遂诉至法院，认为其子沈 A 某与儿媳刘 B 某死亡后，根据法律规定和风俗习惯，胚胎的监管权和处置权应由其行使，要求法院判如所请。审理中，因涉案胚胎保存于某医院，与本案审理结果存在关联性，故原审法院追加该院作为第三人参加诉讼。

原审另查明，沈 A 某系沈某某、邵某某夫妇之子；刘 B 某系刘某某、胡某某夫妇之女。

上述事实，由病历简介、病历资料、准生证、事故认定书、结婚证、户籍资料、知情同意书及原审法院开庭笔录等证据在卷佐证。

原审法院认为：

公民的合法权益受法律保护。沈 A 某与刘 B 某因自身原因而无法自然生育，为实现生育目的，夫妻双方至某医院施行体外受精-胚胎移植手术。现夫妻双方已死亡，双方父母均遭受了巨大的痛苦，沈某某、邵某某主张沈 A 某与刘 B 某夫妻手术过程中留下的胚胎作为其生命延续的标志，应由其负责保管。但施行体外受精-胚胎移植手术过程中产生的受精胚胎为具有发展为生命的潜能，含有未来生命特征的特殊之物，不能像一般之物一样任意转让或继承，故其不能成为继承的标的。同时，夫妻双方对其权利的行使应受到限制，即必须符合我国人口和计划生育法律法规，不违背社会伦理和道德，并且必须以生育为目的，不能买卖胚胎等。沈 A 某与刘 B 某夫妻均已死亡，通过手术达到生育的目的已无法实现，故两人对手术过程中留下的胚胎所享有的受限制的权利不能被继承。综上，对于沈某某、邵某某提出的其与刘某某、胡某某之间，应由其监管处置胚胎的诉请，法院不予支持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第五条、《中华人民共和国继承法》第三条之规定，原审法院判决驳回沈某某、邵某某的诉讼请求。案件受理费 80 元，由沈某某、邵某某负担。

上诉人沈某某、邵某某不服原审判决，向本院提出上诉称：1. 一审判决受精胚胎不能成为继承的标的没有法律依据。我国相关法律并未将受精胚胎定性为禁止继承的物，涉案胚胎的所有权人为沈 A 某、刘 B 某，是两人的合法财产，应当属于继承法第三条第（七）项“公民的其他合法财产”。在沈 A 某、刘 B 某死亡后，其生前遗留的受精胚胎，理应由上诉人继承，由上诉人享有监管、处置权利。2. 根据沈 A 某、刘 B 某与某医院的相关协议，某医院只有在手术成功后才具有对剩余胚胎的处置权利。现沈 A 某、刘 B 某均已死亡，手术并未进行，某医院无论是依据法律规定还是合同约定，对涉案胚胎均无处置权利。一审法院认定胚胎不能被继承，将导致涉案胚胎在沈 A 某、刘 B 某死亡后即无任何可对其行使权利之人。综上，请求撤销原审判决，判决 4 枚冷冻胚胎的监管权和处置权归上诉人。

被上诉人刘某某、胡某某辩称：涉案胚胎是女儿女婿遗留下来的，上诉人和被上诉人均有监管权和处置权。要求法院依法判决。

原审第三人某医院辩称：胚胎是特殊之物，对其处置涉及到伦理问题，不能成为继承的标的；根据《人类辅助生殖技术管理办法》等卫生部的相关规定，也不能对胚胎进行赠送、转让、代孕。要求驳回上诉，维持原判。

二审查明的事实与原审查明的事实一致，本院予以确认。

另查明，南京市某医院现已更名为南京某医院。

本案的争议焦点为：涉案胚胎的监管权和处置权的行使主体如何确定？

本院认为，公民合法的民事权益受法律保护。基于以下理由，上诉人沈某某、邵某某和被上诉人刘某某、胡某某对涉案胚胎共同享有监管权和处置权：

1. 沈A某、刘B某生前与南京某医院签订相关知情同意书，约定胚胎冷冻保存期为一年，超过保存期同意将胚胎丢弃，现沈A某、刘B某意外死亡，合同因发生了当事人不可预见且非其所愿的情况而不能继续履行，南京某医院不能根据知情同意书中的相关条款单方面处置涉案胚胎。

2. 在我国现行法律对胚胎的法律属性没有明确规定的情况下，结合本案实际，应考虑以下因素以确定涉案胚胎的相关权利归属：一是伦理。施行体外受精-胚胎移植手术过程中产生的受精胚胎，具有潜在的生命特质，不仅含有沈A某、刘B某的DNA等遗传物质，而且含有双方父母两个家族的遗传信息，双方父母与涉案胚胎亦具有生命伦理上的密切关联性。二是情感。白发人送黑发人，乃人生至悲之事，更何况暮年遽丧独子、独女！沈A某、刘B某意外死亡，其父母承欢膝下、纵享天伦之乐不再，“失独”之痛，非常人所能体味。而沈A某、刘B某遗留下来的胚胎，则成为双方家族血脉的唯一载体，承载着哀思寄托、精神慰藉、情感抚慰等人格利益。涉案胚胎由双方父母监管和处置，既合乎人伦，亦可适度减轻其丧子失女之痛楚。三是特殊利益保护。胚胎是介于人与物之间的过渡存在，具有孕育成生命的潜质，比非生命体具有更高的道德地位，应受到特殊尊重与保护。在沈A某、刘B某意外死亡后，其父母不但是世界上唯一关心胚胎命运的主体，而且亦应当是胚胎之最近最大和最密切倾向性利益的享有者。综上，判决沈A某、刘B某父母享有涉案胚胎的监管权和处置权于情于理是恰当的。当然，权利主体在行使监管权和处置权时，应当遵守法律且不得违背公序良俗和损害他人之利益。

3. 至于南京某医院在诉讼中提出，根据卫生部的相关规定，胚胎不能买卖、赠送和禁止实施代孕，但并未否定权利人对胚胎享有的相关权利，且这些规定是卫生行政管理部门对相关医疗机构和人员在从事人工生殖辅助技术时的管理规定，南京某医院不得基于部门规章的行政管理规定对抗当事人基于私法所享有的正当权利。

本院还注意到，原审在本案的诉讼主体结构安排方面存在一定的瑕疵，本应予以纠正。但考虑本次诉讼安排和诉讼目的指向恒定，不会对诉讼主体的程序和实体权利义务的承担造成紊乱，本院不再作调整。另外，根据上诉人在原审中的诉请以及当事人之间法律关系的性质，本案案由应变更为监管权和处置权纠纷。

综上，沈某某、邵某某和刘某某、胡某某要求获得涉案胚胎的监管权和处置权合情、合理，且不违反法律禁止性规定，本院予以支持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第五条、第六条、第七条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（二）项之规定，判决如下：

一、撤销宜兴市人民法院（2013）宜民初字第2729号民事判决；

二、沈A某、刘B某存放于南京某医院的4枚冷冻胚胎由上诉人沈某某、邵某某和被上诉人刘某某、胡某某共同监管和处置；

三、驳回上诉人沈某某、邵某某其他诉讼请求。

一、二审案件受理费共计160元，由上诉人沈某某、邵某某和被上诉人刘某某、胡某某各半负担。

本判决为终审判决。

审 判 长 时永才

审 判 员 范 莉

审 判 员 张圣斌

二〇一四年九月十七日

书 记 员 庄绪龙

## 离婚时 如何处理虚拟财产

2014年9月17日 保定市中级人民法院 吴成臣

在离婚诉讼中如何处理网络虚拟财产需要相应的法律规定和现实操作依据以便来定分止争、保护人们合法的财产权益。

据报道，有一对90后小夫妻因网游步入婚姻殿堂，婚后又因网游产生分歧要求离婚，但在游戏装备、Q币等虚拟财产分割上却无法达成一致。此事件引起了网上的热议，游戏装备等虚拟财产能否作为婚姻共同财产进行法律上的分割。

游戏装备、Q币、淘宝店铺等虚拟财产是人们在网络游戏或者利用网络创业过程中投入时间、精力、个人智力等得到的，存在于互联网空间中的非物化、数字化的一种财产形式。网络虚拟财产一般存在于互联网上需要身份认证等方式或者途径才能获得，具有虚拟性、信息性和人身专属性等特点，在离婚诉讼中，其能否作为法律意义上的共同财产进行分割以及如何进行评估、分割或者处置，既有法律上的认定困难，也有技术上的操作难题。

一方面，我国没有在法律上确立网络虚拟财产的独立财产地位，更没有对其评估、分割或者处置进行明确的法律规定；另一方面，因为一些网络虚拟财产的获得需要身份认证以及密码确认等方式才能获得以及其本身的虚拟性、信息性，在财产的具体分割处理上也存在着实际操作的难题。

虽然我国法律对网络虚拟财产没有明确的法律界定，但是如果网络虚拟财产与现实的社会关系发生具有法律意

义的联系成为具有法律意义上的财产时，因其具有财产属性与一般财产属性相吻合，在一定条件下网络虚拟财产也可以转化为现实中的财产，理应受到现实法律的调整。在离婚诉讼中，对于网络虚拟财产的分割，夫妻双方可以通过双方的约定或者协商的方式自行进行分割，如果双方没有协议约定或者协商不成，一方或者双方提出分割虚拟财产的请求，也仅能对具有一般财产属性的网络虚拟财产进行分割，且这一财产在一定条件下能转化为现实中的财产。

当然，在离婚诉讼中，并不是所有的具有一般财产性质的虚拟财产都能进行分割，诸如有些网络游戏账号、网络装备等与一定网络游戏玩家相联系，有强烈的人身依附性，具有人身专属性。这些虚拟财产虽具有有用性、稀缺性、可交易性等与传统财产相吻合的基本性质，但因其具有人身专属性，应属于其夫妻一方的财产或者应归其一方所有的财产，也不应作为夫妻共同财产进行分割。

随着网络社会的发展，人们的财产所有权也不断延伸，网络虚拟财产也逐渐成为人们拥有财产的一部分。在离婚诉讼中，当事人请求分割网络虚拟财产的案件也时有发生。对于在离婚诉讼中如何处理网络虚拟财产需要相应的法律规定和现实操作依据以便来定分止争、保护人们合法的财产权益。首先应从法律上明确界定和厘清网络虚拟财产的概念、性质等，以便有明确的法律依据对其进行认定和规制。其次法律还应依据网络虚拟财产性质等特征明确规定相应的评估、分割和处置等条款，使其真实价值和相应的权利人受到法律应有的保护。

来源：人民法院报

### 【以案说法】上海首例侵犯贞操权案判赔3万元（附判决书）

2014年9月18日 法眼观察

欢迎关注“法眼观察”，有知识，有内涵，靠谱的法律人！

编者按：《侵权责任法》第二条规定，侵害民事权益的应当承担侵权责任，故我国侵权法保护的民事权益，是指私法上的权利或利益。民事权利是指为了保护主体的某种利益而赋予的法律上的力，是利益和法律之力的结合。民事利益，是指虽然受到法律保护但未被确定为权利的利益。贞操权并非侵权法中列明的权利，故对贞操权是否应该予以保护实践中有争议。本案判决认为贞操权属于一般人格权的范围，应该予以保护，对以后相关案件的处理有很好的借鉴意义。

案情回顾（来源：中国新闻网）：

相识4年多，陈小姐与李先生不但发生了性关系，而且还常互称“老公”、“老婆”。今年初，陈小姐意外发现，李先生已是有妇之夫。感觉自己被骗后，陈小姐将李先生告上法庭，认为对方严重侵犯了她的贞操权和健康权。

近日，浦东新区法院对该案作出一审判决，李先生应向陈小姐书面赔礼道歉（内容须经法院审查），并赔偿陈小姐精神损害抚慰金3万元，这也是上海首例侵犯贞操权案。

“老公”竟是有妇之夫

2009年，30岁的陈小姐通过交友网站认识了李先生，之后几年，双方偶尔通过微信、短信等方式联系。

2013年9月，双方感情急剧升温，两人频繁约会，在微信中亲昵地互称“老公”、“老婆”。面对李先生的热烈追求，陈小姐一直认为他是一个处于单身状态、无人照顾的单身汉。不久，李先生邀请陈小姐去新加坡，提前熟悉他的事业，期间双方发生了性关系。此后李先生又承诺会给陈小姐一个惊天动地的求婚。之后，双方多次发生性关系。

2013年12月开始，李先生逐渐疏远陈小姐，表示要中断恋爱关系。今年2月3日，由于无法联系到李先生，陈小姐便撬门进入他位于金桥的家，正好撞到李先生及其妻子从斯里兰卡度假归来。陈小姐这才知道，李先生已在2013年1月结婚，而且之前他已经离过一次婚了。此时，陈小姐如梦初醒。

状告侵犯贞操权、健康权

今年3月26日，陈小姐以李先生采取欺骗手段侵犯其贞操权和健康权为由向浦东新区法院提起诉讼。

法庭上，陈小姐诉说：在交往中，李先生一直谎称未婚，多次要求其做女朋友，对其以“老婆”相称，也要求其称他为“老公”，以表达娶其为妻的愿望，并采取各种方式骗取感情，直到李先生隐瞒已婚的事实被揭穿。李先生的行为严重侵犯自己的贞操权和健康权。要求判令李先生书面赔礼道歉，赔偿精神损害抚慰金50万元、治疗妇科病的医疗费1540.6元。

李先生的委托代理人辩解，陈小姐所述无事实与法律依据，不予认可。李先生确实追求过陈小姐，但是双方未建立恋爱关系，也没有发生性关系。

在审理中，法院要求李先生本人到庭陈述相关事实，但其未出庭。

索赔医疗费未获支持

法院审理后认为，所谓贞操是指男女性纯洁的良好品行，其主要表现为性的不可侵犯性，以使民事主体保持自己性的纯洁性。而贞操权作为一种独立的以人的性自由、性安全、性纯洁为特定内容的人格权，应当由法律予以保护。根据侵权责任法规定，行为人因过错侵害他人民事权益，应当承担侵权责任。而侵害贞操权可能会导致受害人身体、健康、自由和名誉等方面的损害，上述损害在行为人具有过错的情况下应当予以赔偿。

本案中，李先生隐瞒已婚的事实，并以结婚为目的与陈小姐交往，诱使女方与其发生性关系，显然已侵犯陈小姐的贞操权。现陈小姐要求被告赔礼道歉并赔偿精神损害抚慰金，符合法律规定，予以支持。然而，陈小姐主张的

精神损害抚慰金 50 万元过高，法院根据本案事实酌定为 3 万元。

对于陈小姐关于相关医疗费用的诉求，鉴于提供的证据不能证明其支出的医疗费与李先生的侵害行为存在因果关系，所以要求李先生就此赔偿的诉请，不予支持。

在审理过程中，法院曾多次联系李先生，要求对方到庭陈述相关案件事实，但李先生始终拒绝到场，法院也就此认定其应当承担相应的法律后果。综上，法院依法作出上述一审判决。

法院判决（来源网络）：

（诉辩部分及事实查明部分因涉及隐私省略）

本院认为，根据民法通则的规定，公民的合法的民事权益受法律保护，任何组织和个人不得侵犯。所谓贞操是指男女性纯洁的良好品行，其主要表现为性的不可侵犯性，以使民事主体保持自己性的纯洁性。而贞操权作为一种独立的以人的性自由、性安全、性纯洁为特定内容的人格权，应当由法律予以保护。

根据侵权责任法规定，行为人因过错侵害他人民事权益，应当承担侵权责任。而侵害贞操权可能会导致受害人身体、健康、自由和名誉等方面的损害，上述损害在行为人具有过错的情况下应当予以赔偿。对于是否侵犯贞操权应当从以下几个方面进行衡量，包括存在贞操权被侵害的事实；侵害行为具有违法性；侵害行为与损害事实具有因果关系，行为人主观上具有过错等。本案中，被告隐瞒了已婚的事实，以结婚为目的与原告交往，诱使原告与其发生性关系，显然已侵犯原告的贞操权。原告要求被告赔礼道歉并赔偿精神损害抚慰金，符合法律规定，本院予以支持。但是，原告主张精神损害抚慰金 500,000 元过高，本院根据本案事实酌情确定为 30,000 元。鉴于原告提供的证据不能证明其支出的医疗费与被告侵害行为存在因果关系，故原告要求被告赔偿医疗费力的诉讼请求，本院不予支持。本院要求被告亲自到庭陈述相关案件事实而被告予以拒绝，应当承担相应的法律后果。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第五条、第一百零一条、《中华人民共和国侵权责任法》第二条、第六条第一款、第十五条、第二十二条、《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》第一条第一款、第十条的规定，判决如下：

1. 被告 XX 在本判决生效之日起十日内向原告 XX 书面赔礼道歉（内容须经法院审查）；
2. 被告 XX 于本判决生效之日起十日内赔偿原告 XX 精神损害抚慰金人民币 30,000 元；
3. 驳回原告 XX 要求被告 XX 赔偿医疗费力的诉讼请求。

负有金钱给付义务的当事人，如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

案件受理费人民币 3,021 元，减半收取计人民币 1,510.50 元，由被告 XX 承担。

法条链接：

一、《中华人民共和国民事诉讼法》

第五条 公民、法人的合法的民事权益受法律保护，任何组织和个人不得侵犯。

第一百零一条 公民、法人享有名誉权，公民的人格尊严受法律保护，禁止用侮辱、诽谤等方式损害公民、法人的名誉。

二、《中华人民共和国侵权责任法》

第二条 侵害民事权益，应当依照本法承担侵权责任。

本法所称民事权益，包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益。

第六条 行为人因过错侵害他人民事权益，应当承担侵权责任。

.....

第十五条 承担侵权责任的方式主要有：

- （一）停止侵害；
- （二）排除妨碍；
- （三）消除危险；
- （四）返还财产；
- （五）恢复原状；
- （六）赔偿损失；
- （七）赔礼道歉；
- （八）消除影响、恢复名誉。

以上承担侵权责任的方式，可以单独适用，也可以合并适用。

第二十二条 侵害他人人身权益，造成他人严重精神损害的，被侵权人可以请求精神损害赔偿。

三、《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》

第一条 自然人因下列人格权利遭受非法侵害，向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理：

- （一）生命权、健康权、身体权；

(二) 姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权;

(三) 人格尊严权、人身自由权。

.....

第十条 精神损害的赔偿数额根据以下因素确定:

(一) 侵权人的过错程度, 法律另有规定的除外;

(二) 侵害的手段、场合、行为方式等具体情节;

(三) 侵权行为所造成的后果;

(四) 侵权人的获利情况;

(五) 侵权人承担责任的经济能力;

(六) 受诉法院所在地平均生活水平。

法律、行政法规对残疾赔偿金、死亡赔偿金等有明确规定的, 适用法律、行政法规的规定。

### 桂公梓: 无锡胚胎案——法律和人情, 孰轻孰重?

2014年9月18日 法律读品 桂公梓

【编注】本文经作者授权转载, 在此致谢, 原文发表在微信公众号“桂公梓(guigongzi930)”, “法律读品”转载时有删节。小编欢迎广大“读友”提出批评建议, 更欢迎分享您的观点和思想, 来稿请发送至: leo1934@qq.com。

#### 案情提要

因自然生育存在困难, 2012年2月沈某与妻子刘某在依法取得准生证后, 到南京市鼓楼医院生殖医学中心采用人工辅助生育技术繁育后代。治疗过程中, 医院冷冻保存了4枚受精胚胎, 并确定于2013年3月25日进行胚胎移植手术。然而, 就在手术前5天, 沈某驾车途中车辆侧翻, 撞到路边树木, 造成沈某当日死亡, 同车的妻子刘某也于同年3月25日死亡。

此后, 双方父母因处理冷冻胚胎事宜发生争执, 沈某的父亲因此起诉至法院要求判令沈某与刘某存放于鼓楼医院生殖医学中心的受精胚胎(四支)归原告监管处置。所谓监管处置即将胚胎从医院取出, 由原告自行保管。被告, 女方父母刘某某、胡某某则辩称, 胚胎系他们的女儿留下的唯一东西, 要求处置权归其夫妻所有。

这起民事诉讼中的第三人鼓楼医院辩称, 冷冻胚胎不具有财产的属性, 原被告双方都无法继承; 沈某夫妻生前已签署手术同意书, 同意将过期胚胎丢弃; 胚胎的作用为生育, 现沈某夫妻已去世, 在原被告双方都不具备处置和监管胚胎条件的情况下, 胚胎被取出后, 唯一能使其存活的方式就是代孕, 但该行为违法, 原被告双方也无权行使死者的生育权, 故要求驳回原告的诉讼请求。

宜兴法院在充分调查的基础上一审判决认为, 受精胚胎具有发展为生命的潜能, 是含有未来生命特征的特殊之物, 不能像一般之物一样任意转让或继承, 故其不能成为继承的标的。同时, 夫妻双方对其权利的行使应受到限制, 即必须符合我国人口和计划生育法律法规, 不违背社会伦理和道德, 并且必须以生育为目的, 不能捐赠、买卖胚胎等。本案中沈某与刘某夫妻均已死亡, 通过手术达到生育的目的已无法实现, 故其夫妻俩人对手术过程中留下的胚胎所享有的受限制的权利不能被继承。判决驳回原告的诉讼请求。(以上摘自新华网新闻稿)

2014年9月17日, 无锡中院作出二审判决, 改判涉案胚胎由双方父母共同监管和处置。

#### 观点

正方: 支持二审判决。主要理由: 1、法官不应是铁石心肠的裁判机器, 法律大不过人情。2、法律没有把胚胎排除在继承物之外, 双方父母享有基于私法的正当权利。3、二审判决从更为深刻、更为长远和更为自觉的层面和角度, 影响着社会观念的变迁和新的权利的证成, 也影响到法律规范和道德伦理关系的重置, 就此而言, 二审判决的意义和价值超越了案件本身。

反方: 觉得一审判决有理。主要理由: 1、一个生命是否诞生在这个世界上, 应当只有他/她的父母有决定权。2、胚胎含有生命潜质, 不能简单作为民法意义上的“物”进行继承。3、代孕在我国不合法, 也就是说, 双方父母得到胚胎的管理和处置权后, 在不违法的前提下, 胚胎并不能转化成为孩子, 二审判决也明确了双方父母“在行使监管权和处置权时, 应当遵守法律且不得违背公序良俗和损害他人之利益”, 所以把胚胎判给双方父母非但不能减轻其痛苦, 可能还会使其陷入两难境地。

#### 二审判决书

江苏省无锡市中级人民法院

#### 民事判决书

(2014)锡民终字第01235号

上诉人(原审原告)沈新南。

上诉人(原审原告)邵玉妹。

两上诉人的共同委托代理人郭小兵, 江苏瑞莱律师事务所律师。

两上诉人的共同委托代理人郭伟, 江苏瑞莱律师事务所律师。

被上诉人(原审被告)刘金法。

被上诉人（原审被告）胡杏仙。

原审第三人南京鼓楼医院，住所地南京市鼓楼区中山路 321 号。

法定代表人韩光曙，该院院长。

委托代理人王玠，该院生殖中心医生。

委托代理人郑哲兰，江苏永衡昭辉律师事务所律师。

上诉人沈新南、邵玉妹因与被上诉人刘金法、胡杏仙，原审第三人南京鼓楼医院监管权和处置权纠纷一案，不服宜兴市人民法院（2013）宜民初字第 2729 号民事判决，向本院提起上诉。本院于 2014 年 7 月 2 日受理后，依法组成合议庭审理了本案，现已审理终结。

原审法院经审理查明：

沈杰与刘曦于 2010 年 10 月 13 日登记结婚，于 2012 年 4 月 6 日取得生育证明。2012 年 8 月，沈杰与刘曦因“原发性不孕症、外院反复促排卵及人工授精失败”，要求在南京市鼓楼医院（以下简称鼓楼医院）施行体外受精-胚胎移植助孕手术；鼓楼医院在治疗过程中，获卵 15 枚，受精 13 枚，分裂 13 枚；取卵后 72 小时为预防“卵巢过度刺激综合征”，鼓楼医院未对刘曦移植新鲜胚胎，而于当天冷冻 4 枚受精胚胎。治疗期间，刘曦曾于 2012 年 3 月 5 日与鼓楼医院签订《辅助生殖染色体诊断知情同意书》，刘曦在该同意书中明确对染色体检查及相关事项已经了解清楚，同意进行该检查；愿意承担因该检查可能带来的各种风险；所取样本如有剩余，同意由诊断中心按国家相关法律、法规的要求代为处理等。2012 年 9 月 3 日，沈杰、刘曦与鼓楼医院签订《配子、胚胎去向知情同意书》，上载明两人在鼓楼医院生殖医学中心实施了试管手术，获卵 15 枚，移植 0 枚，冷冻 4 枚，继续观察 6 枚胚胎；对于剩余配子（卵子、精子）、胚胎，两人选择同意丢弃；对于继续观察的胚胎，如果发展成囊胚，两人选择同意囊胚冷冻。同日，沈杰、刘曦与鼓楼医院签订《胚胎和囊胚冷冻、解冻及移植知情同意书》，鼓楼医院在该同意书中明确，胚胎不能无限期保存，目前该中心冷冻保存期限为一年，首次费用为三个月，如需继续冷冻，需补交费用，逾期不予保存；如果超过保存期，沈杰、刘曦选择同意将胚胎丢弃。2013 年 3 月 20 日 23 时 20 分许，沈杰驾驶苏 B5U858 车途中在道路左侧侧翻，撞到路边树木，造成刘曦当日死亡，沈杰于同年 3 月 25 日死亡的后果。现沈杰、刘曦的 4 枚受精胚胎仍在鼓楼医院生殖中心冷冻保存。

后因对上述 4 枚受精胚胎的监管权和处置权发生争议，沈新南、邵玉妹遂诉至法院，认为其子沈杰与儿媳刘曦死亡后，根据法律规定和风俗习惯，胚胎的监管权和处置权应由其行使，要求法院判如所请。审理中，因涉案胚胎保存于鼓楼医院，与本案审理结果存在关联性，故原审法院追加该院作为第三人参加诉讼。

原审另查明，沈杰系沈新南、邵玉妹夫妇之子；刘曦系刘金法、胡杏仙夫妇之女。

上述事实，由病历简介、病历资料、准生证、事故认定书、结婚证、户籍资料、知情同意书及原审法院开庭笔录等证据在卷佐证。

原审法院认为：

公民的合法权益受法律保护。沈杰与刘曦因自身原因而无法自然生育，为实现生育目的，夫妻双方至鼓楼医院施行体外受精-胚胎移植手术。现夫妻双方已死亡，双方父母均遭受了巨大的痛苦，沈新南、邵玉妹主张沈杰与刘曦夫妻手术过程中留下的胚胎作为其生命延续的标志，应由其负责保管。但施行体外受精胚胎移植手术过程中产生的受精胚胎为具有发展为生命的潜能，含有未来生命特征的特殊之物，不能像一般之物一样任意转让或继承，故其不能成为继承的标的。同时，夫妻双方对其权利的行使应受到限制，即必须符合我国人口和计划生育法律法规，不违背社会伦理和道德，并且必须以生育为目的，不能买卖胚胎等。沈杰与刘曦夫妻均已死亡，通过手术达到生育的目的已无法实现，故两人对手术过程中留下的胚胎所享有的受限制的权利不能被继承。综上，对于沈新南、邵玉妹提出的其与刘金法、胡杏仙之间，应与其监管处置胚胎的诉请，法院不予支持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第五条、《中华人民共和国继承法》第三条之规定，原审法院判决驳回沈新南、邵玉妹的诉讼请求。案件受理费 80 元，由沈新南、邵玉妹负担。

上诉人沈新南、邵玉妹不服原审判决，向本院提出上诉称：1. 一审判决受精胚胎不能成为继承的标的没有法律依据。我国相关法律并未将受精胚胎定性为禁止继承的物，涉案胚胎的所有权人为沈杰、刘曦，是两人的合法财产，应当属于继承法第三条第（七）项“公民的其他合法财产”。在沈杰、刘曦死亡后，其生前遗留的受精胚胎，理应由上诉人继承，由上诉人享有监管、处置权利。2. 根据沈杰、刘曦与鼓楼医院的相关协议，鼓楼医院只有在手术成功后才具有对剩余胚胎的处置权利。现沈杰、刘曦均已死亡，手术并未进行，鼓楼医院无论是依据法律规定还是合同约定，对涉案胚胎均无处置权利。一审法院认定胚胎不能被继承，将导致涉案胚胎在沈杰、刘曦死亡后即无任何可对其行使权利之人。综上，请求撤销原审判决，判决 4 枚冷冻胚胎的监管权和处置权归上诉人。

被上诉人刘金法、胡杏仙辩称：涉案胚胎是女儿女婿遗留下来的，上诉人和被上诉人均有监管权和处置权。要求法院依法判决。

原审第三人鼓楼医院辩称：胚胎是特殊之物，对其处置涉及到伦理问题，不能成为继承的标的；根据《人类辅助生殖技术管理办法》等卫生部的相关规定，也不能对胚胎进行赠送、转让、代孕。要求驳回上诉，维持原判。

二审查明的事实与原审查明的事实一致，本院予以确认。

另查明，南京市鼓楼医院现已更名为南京鼓楼医院。

本案的争议焦点为：涉案胚胎的监管权和处置权的行使主体如何确定？

本院认为，公民合法的民事权益受法律保护。基于以下理由，上诉人沈新南、邵玉妹和被上诉人刘金法、胡杏仙对涉案胚胎共同享有监管权和处置权：

1. 沈杰、刘曦生前与南京鼓楼医院签订相关知情同意书，约定胚胎冷冻保存期为一年，超过保存期同意将胚胎丢弃，现沈杰、刘曦意外死亡，合同因发生了当事人不可预见且非其所愿的情况而不能继续履行，南京鼓楼医院不能根据知情同意书中的相关条款单方面处置涉案胚胎。

2. 在我国现行法律对胚胎的法律属性没有明确规定的情况下，结合本案实际，应考虑以下因素以确定涉案胚胎的相关权利归属：一是伦理。施行体外受精胚胎移植手术过程中产生的受精胚胎，具有潜在的生命特质，不仅含有沈杰、刘曦的DNA等遗传物质，而且含有双方父母两个家族的遗传信息，双方父母与涉案胚胎亦具有生命伦理上的密切关联性。二是情感。白发人送黑发人，乃人生至悲之事，更何况暮年遽丧独子、独女！沈杰、刘曦意外死亡，其父母承欢膝下、纵享天伦之乐不再，“失独”之痛，非常人所能体味。而沈杰、刘曦遗留下来的胚胎，则成为双方家族血脉的唯一载体，承载着哀思寄托、精神慰藉、情感抚慰等人格利益。涉案胚胎由双方父母监管和处置，既合乎人伦，亦可适度减轻其丧子失女之痛楚。三是特殊利益保护。胚胎是介于人与物之间的过渡存在，具有孕育成生命的潜质，比非生命体具有更高的道德地位，应受到特殊尊重与保护。在沈杰、刘曦意外死亡后，其父母不但是世界上唯一关心胚胎命运的主体，而且亦应当是胚胎之最近最大和最密切倾向性利益的享有者。综上，判决沈杰、刘曦父母享有涉案胚胎的监管权和处置权于情于理是恰当的。当然，权利主体在行使监管权和处置权时，应当遵守法律且不得违背公序良俗和损害他人之利益。

3. 至于南京鼓楼医院在诉讼中提出，根据卫生部的相关规定，胚胎不能买卖、赠送和禁止实施代孕，但并未否定权利人对胚胎享有的相关权利，且这些规定是卫生行政管理部门对相关医疗机构和人员在从事人工生殖辅助技术时的管理规定，南京鼓楼医院不得基于部门规章的行政管理规定对抗当事人基于私法所享有的正当权利。

本院还注意到，原审在本案的诉讼主体结构安排方面存在一定的瑕疵，本应予以纠正。但考虑本次诉讼安排和诉讼目的指向恒定，不会对诉讼主体的程序和实体权利义务的承担造成紊乱，本院不再作调整。另外，根据上诉人在原审中的诉请以及当事人之间法律关系的性质，本案案由应变更为监管权和处置权纠纷。

综上，沈新南、邵玉妹和刘金法、胡杏仙要求获得涉案胚胎的监管权和处置权合情、合理，且不违反法律禁止性规定，本院予以支持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第五条、第六条、第七条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（二）项之规定，判决如下：

一、撤销宜兴市人民法院（2013）宜民初字第2729号民事判决；

二、沈杰、刘曦存放于南京鼓楼医院的4枚冷冻胚胎由上诉人沈新南、邵玉妹和被上诉人刘金法、胡杏仙共同监管和处置；

三、驳回上诉人沈新南、邵玉妹其他诉讼请求。

一、二审案件受理费共计160元，由上诉人沈新南、邵玉妹和被上诉人刘金法、胡杏仙各半负担。

本判决为终审判决。

审 判 长 时永才

审 判 员 范 莉

审 判 员 张圣斌

二〇一四年九月十七日

书 记 员 庄绪龙

## 夫妻公司股权转让中的第三人利益保护/潘杰

2014年9月22日 海坛特哥 潘杰

夫妻公司股权转让中的第三人利益保护

-蔡某诉李某、麦某股权转让合同纠纷案

最高人民法院民一庭 潘杰

法理提示：夫妻二人未作出分割夫妻共同财产的约定，二人以共同财产投资设立有限责任公司并将股权分别登记在各自名下，仅是为了满足有限责任公司的设立要求，不构成对夫妻共同财产的分割约定，登记在各自名下的股权由夫妻二人共同共有。夫妻共同财产制决定了夫妻公司实质为一人公司，共同共有人在共有关系存续期间不享有财产分割请求权，而股权的转让应发生在两个交易主体之间，故公司法第七十二条规定的股东优先购买权不适用于未作财产分割的夫妻股东。夫妻一方以公司名义向第三人转让公司全部股权，第三人有合理理由相信转让股权是夫妻双方共同的意思表示，并支付了合理对价的，另一方不得以不知道或者股权转让未经其同意为由对抗善意第三人。

一、案情简介

一审原告、反诉被告，二审被上诉人：蔡某。

一审被告、反诉原告，二审上诉人：李某。

一审被告、二审被上诉人：麦某。

蔡某与麦某于1992年结婚，双方未曾对夫妻共同财产进行分割。甲公司最初是由麦某和其哥哥麦兄于2002年5月15日设立，麦某占90%的股份，是公司的法定代表人。2004年6月，麦兄将其持有的甲公司10%的股权转让给蔡某。2006年7月7日，蔡某因涉嫌职务侵占罪被逮捕。麦某向李某借款1500万元用于归还妻子蔡某挪用公款的缺口。同年8月6日，麦某代表甲公司以甲方甲公司的名义与乙方李某签订《协议书》（以下称8月6日《协议书》）一份，约定将甲公司全部股份及名下某山庄项目以1.3亿元整体转让给乙方，由于特殊原因暂无法办理工商登记手续，该股份及项目转让事宜已事先取得甲公司全体股东决议通过。同日，双方签订《确认书》一份。8月8日，麦某与李某签订《甲公司股东转让出资协议》（以下称8月8日《协议书》），麦某将其持有的甲公司90%的股份以人民币1800万元转让给李某，并注明该协议经甲公司股东会同意并由各方签字后生效。同日，双方签订《确认书》一份，确认8月8日《协议书》仅作为到市工商局办理股份变更登记之用，甲公司股份及某山庄项目转让的相关事宜以双方8月6日《协议书》及《确认书》为准。2007年3月26日，蔡某在某日报上刊登《声明》，表明对麦某未通知、也未经其同意就将股权转让的行为不予同意。2007年4月24日，蔡某提起本案诉讼，以侵害股权和股东优先购买权为由，请求确认麦某与李某签订的8月8日《协议书》及其他涉及股权转让的行为无效。李某于同年6月25日提起反诉，一是请求确认其与麦某签订的8月8日《协议书》有效；二是确认蔡某丧失对麦某持有90%股权的优先购买权；三是判令蔡某、麦某夫妻共同履行将甲公司100%股权全部变更登记至李某名下的义务。

## 二、东莞中院一审审理情况

一审法院认为，一、麦某与李某签订8月8日《协议书》后，双方随后签订《确认书》，确认前述《协议书》仅作为到工商局办理股份变更登记之用，而转让相关事宜以8月6日《协议书》及《确认书》为准。可见，8月8日《协议书》并非双方当事人真实意思表示的合意，该协议不具有法律效力。二、8月6日《协议书》将甲公司的全部股份转让于李某，处分了蔡某10%的股权，而没有证据表明处分蔡某股权事先取得了蔡某的同意，蔡某也明确表示对麦某的行为不予追认。因此，麦某处分蔡某股权的行为系无权处分行为，且无效力补正事由，应认定为无效。三、《公司法》第七十二条第二款作出了关于股东转让股份须征得其他股东同意、其他股东在同等条件下有优先购买权的规定。本案没有证据表明麦某将股权转让的事实向蔡某履行了书面告知义务，但蔡某在2007年3月28日某日报上刊登了落款日期为3月26日的《声明》，据此依法应认定蔡某于2007年3月26日知悉股权转让事实，并以刊登《声明》方式表示不同意麦某转让股权。此后，蔡某依法应当购买该转让的股权，不购买的，视为同意转让。事实上，蔡某虽然不同意麦某转让股权，但一直未实质性购买所转让的股权。因此，涉案股权转让协议及股权转让行为处于效力待定状态。蔡某于2007年4月24日起诉要求确认股权转让无效，李某随后反诉要求确认股权转让协议有效并要求蔡某与麦某共同履行股权转让合同。但在蔡某行使对麦某股权的优先购买权之前，蔡某的诉讼请求与李李某的反诉请求依法应驳回。鉴于涉案股权转让协议及股权转让行为长期处于效力待定状态不利于民事法律关系的稳定，也不利于保护双方当事人的合法权益，而蔡某起诉主张股权转让合同及股权转让行为无效的目的宜在于实现对麦某拟转让股权的优先购买权，该优先购买权事实上包含于蔡某的诉讼请求之内。据此，应支持蔡某对麦某拟转让的90%股权行使优先购买权的主张，但应对行使优先购买权的期限作出合理的设定，参照该公司章程，该合理期限应以两个月为宜。一审法院判决如下：一、确认8月8日《协议书》无效；二、确认8月6日《协议书》中麦某转让蔡某股权部分的协议内容无效；三、限原告于本判决发生法律效力之日起两个月内对麦某拟转让的甲公司90%股权行使优先购买权。四、驳回蔡某的其他诉讼请求。五、驳回李某的反诉诉讼请求。

## 三、广东高院二审审理情况

一审法院宣判后，李某不服，提起上诉。

二审法院认为，一、麦某与蔡某在甲公司的股权，系两人婚姻关系存续期间取得的财产。两人在本案一、二审中均未提出对夫妻共同财产作出分割。根据《婚姻法》第十七条的规定，麦某和蔡某在甲公司各自的股权，都属夫妻共同财产。麦某与蔡某各自作股权分别登记，并没有改变两人的股权都为夫妻共同财产的属性。二、甲公司是由麦某与蔡某夫妻设立，麦某是占股权90%的大股东，蔡某只占10%的股份，李某有理由相信麦某与蔡某夫妻在蔡某因涉嫌挪用公款被刑事拘留之后通过转让甲公司全部股权获取现金以弥补挪用公款的空缺，减轻对蔡某的刑事处罚。而李某借出的1500万元也确实被用于弥补蔡某挪用公款的空缺，客观上减轻了蔡某挪用公款所造成的社会危害性。蔡某是股权转让的受益人，麦某代表蔡某转让股权符合情理。8月6日《协议书》也写明，股权转让已经过甲公司的全体股东通过。基于麦某与蔡某的夫妻关系，李某有理由相信这是夫妻双方共同的意思表示。三、在蔡某被刑事拘留之后，先由麦某托人主动向李某借款，尔后麦某再与李某签订协议转让甲公司的全部股权，并不存在李某趁人之危的事实，可以认定李某为善意第三人。

二审法院判决如下：一、撤销东莞市中级人民法院（2007）东中法民二初字第156号民事判决；二、驳回蔡某的诉讼请求；三、麦某与蔡某应于收到本判决书之日起三十日内，将其名下甲公司的股权全部过户给李某。

## 四、最高法院再审审查情况

蔡某不服二审判决，以本案应适用《公司法》，二审判决错误适用《婚姻法》为由向最高法院申请再审。最高法院经审查认为，蔡某的申请再审理由不成立，裁定驳回蔡某的再审申请。

（一）关于本案股权转让应适用公司法还是婚姻法的问题。麦某与蔡某在甲公司的股权，系两人婚姻关系存续期间以夫妻共同财产投资取得的财产。夫妻双方未对共同财产进行分割，故股权分别登记在各自名下，仅是为了



满足有限责任公司的设立条件和办理工商登记的需要，麦某名下 90%的股权和蔡某名下 10%的股权由夫妻二人共同共有。麦某代表蔡某转让甲公司全部股权，是对夫妻共同财产的处分，不同于一般的股权转让，应适用婚姻法有关处分夫妻共同财产的规定。婚姻法第十七条规定，“夫或妻对夫妻共同所有的财产，有平等的处理权。”《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》（以下简称婚姻法司法解释一）第十七条第（二）项对“平等的处理权”作出进一步解释：“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。”麦某作为甲公司的法定代表人和蔡某的丈夫，在向李某借款弥补了蔡某挪用公款造成的空缺后，向李某转让其名下 90%和蔡某名下 10%的股权，并在 8 月 6 日《协议书》中写明股权转让已经甲公司全体股东通过，股权转让款优先抵扣 1500 万元借款。这些客观事实足以使李某有理由相信，转让股权是蔡某与麦某夫妻双方共同的意思表示，李某主观上是善意的。蔡某不得以不知道或者不同意股权转让为由，对抗善意第三人李某。二审判决适用婚姻法的规定并无不当。

（二）关于股权转让是否侵害了蔡某的优先购买权的问题。夫妻共同财产制度决定了夫妻公司实质为一人公司，而股权的转让应发生在两个交易主体之间，故公司法第七十二条规定的股东优先购买权不适用于夫妻股东。就共有关系而言，民法通则以及物权法也只规定了按份共有人的优先购买权。共同共有关系存续期间，共同共有人不享有财产分割请求权，不能在共有财产中确定自己的份额，不能转让自己的权利，因此共同共有人蔡某不享有优先购买权。

综上，讼争股权转让行为应认定为有效，蔡某的再审申请不符合民事诉讼法第一百七十九条（指 2008 年民事诉讼法）规定的应当再审的情形，裁定驳回蔡某的再审申请。

## 五、法理评析

夫妻公司的财产关系和股东关系具有特殊性，受婚姻法与公司法的共同调整。本案一、二审判决的法律适用和裁判结果截然不同，反映了司法实践对夫妻公司的相关法律问题存在认识分歧。

### （一）关于分别登记在夫妻名下的股权性质和归属

#### 公司股权能否共有的问题

这一问题之所以出现争议，是因为理论上关于股权如何共有不明确。在公司法中，股东权是指股东在法律上对公司享有的权利，主要包括以下权利：出席股东会及会上表决权、股利分配权、选举权和被选举权、股东知情权、股东质询权和建议权、依法转让股权时的优先购买权、公司增资时的优先购买权、异议股东股份收购请求权、剩余财产分配权、股东会提案权、提议召开临时股东会会议的权利、股东会会议的召集和主持权、股东诉权。公司法理论依据股东权的不同性质，将之区分为自益权和共益权两种权利，自益权是股东以自己利益为目的而行使的权利，体现为一种财产权；共益权是股东为自己利益并兼有为公司利益而行使的权利，体现为一种管理权。由于公司股权包含人身属性和财产属性，故从性质上说是一种社员权。民法上的共有关系本质上是一种财产关系，指的是两个或两个以上的公民或法人对同一项财产享有所有权。因此，研究股权的共有问题，针对的是股权的财产属性，股权的共有不是对股东权的所有内容共有，只能是其中的财产权、自益权部分，而不可能是非财产权、共益权部分。

如同股份继承中，继承人继承的是死亡股东的自益权，而体现身份属性的共益权则随着死亡事实的发生当然地归于消灭。换言之，共益权不能被继承而只能由继承人通过其他渠道（如公司事后同意或公司章程的事先规定等）来获取。因此，严谨的表述应当是：婚姻关系存续期间，夫妻一方成为有限责任公司股东的，股东只能是该名股东一个人，而相应的股权中的财产权部分则属于夫妻共同财产。还应当强调的是，夫妻对股权的共有是基于以共同财产出资，夫妻共同出资的财产属于夫妻共同共有的财产，故夫妻对股份的共有是共同共有，而不是按份共有。当然，如果投资或购买股权的财产来自夫妻一方的婚前个人财产，则股权应归个人所有，但婚姻关系存续期内取得的投资收益，依据《婚姻法司法解释二》第十一条第（一）项的规定，应当归夫妻共同所有。

#### 2. 夫妻公司注册登记时的股份分配是否属于财产分割约定

实践中夫妻二人共同设立有限责任公司，以不同比例出资并注册登记，主要依据国家工商行政管理局在 1995 年 11 月 28 日发布的《关于公司登记管理中几个具体问题的答复意见》（工商企字〔1995〕第 303 号）第五条的规定：“家庭成员共同出资设立有限责任公司，必须以各自拥有的财产作为注册资本并各自承担相应的责任。登记时需提交财产分割的书面证明或协议。”上述规定是基于 2006 年修订前的《公司法》未承认除国有独资公司以外的一人公司，有限责任公司必须具有两个以上股东的立法规定，要求夫妻共同设立有限公司要以不同股份、不同股东办理工商登记。

2006 年修订的《公司法》承认了一人公司的法律地位，夫妻共同财产制度不再是妨碍其法人人格存在的障碍，使夫妻公司的设立有了法律依据，因此《关于公司登记管理中几个具体问题的答复意见》也相应予以废除。从上述立法演变可以看出，在夫妻双方无特别约定的情况下，夫妻公司注册登记时的股份分配并不是夫妻对财产的分割约定，不同于《婚姻法》规定的财产制度，只是设立公司的需要，满足的是登记部门的要求。以未分割的夫妻共同共有财产出资设立公司或受让股权，公司的股份虽然登记在夫或妻名下，但却是在婚姻关系存续期间所得，不能因在一方名下而否定其作为共同财产的性质。

#### （二）夫妻公司涉及的交易安全问题

## 家事代理权和表见代理制度对善意第三人的保护

夫妻一方处分共同财产，关系到第三人的利益和交易安全，也关系到共同共有人的利益。我国《婚姻法》在夫妻财产制度中较多关注夫妻财产的静态归属，却相对忽略了夫妻财产的动态规范，夫妻财产的占有、使用、收益和处分问题主要通过婚姻法司法解释来加以解决。为解决交易相对人与共有人的利益冲突，《婚姻法司法解释一》第十七条分别规定了夫妻间的事事代理权和非因日常生活需要处分夫妻共同财产的表见代理制度，意在保护善意第三人和交易安全，促进经济往来。

夫或妻处分夫妻共同财产，包括两种情形：

(1) 因日常生活需要而处分夫妻共同财产。日常的食品采购、数额较小的共有财产处分等行为，对共有财产的变动影响不大，依据《婚姻法司法解释一》第十七条第(一)项的规定，夫或妻之间具有家事代理权，任何一方都有权代表另一方处分夫妻共同财产，其处分行为视为双方的意思表示。夫妻间的这种相互代理权是基于夫妻身份而产生的，不以明示为必要条件。

(2) 非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理。这对共有财产而言是一种相对重大的处理决定，夫妻之间应当平等协商，取得一致意见，共同对外作出决定，未经一方同意，另一方无权作出处分，即非因日常生活需要处分夫妻共同财产，夫妻相互之间不具有代理权。然而，夫妻间代理权的限制很难为第三人知晓，对于信其有代理权且无过失的第三人的利益应如何保护，我国立法规定了表见代理制度。1988年颁布的《最高人民法院〈关于贯彻〈民法通则〉若干问题的意见〉第89条规定：“共同共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。”1999年实施的《合同法》第四十九条对表见代理制度作出了原则规定：“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。”《婚姻法司法解释一》第十七条第(二)项针对夫妻一方非因日常生活需要处分共同财产的情况，作出了类似表见代理的制度设计，规定“他人有理由相信其为夫妻双方共同意思表示的，另一方不得以不同意或不知道为由对抗善意第三人。”

对比国外有关立法，可以看到《美国统一婚姻财产法》有类似的制度设计，该法规定：“‘善意购买者’指财产的有偿购买者，该人为：在交易中无诈欺意图或无不影响配偶他方或交易方利益的一方当事人；不知配偶一方的相反主张；在交易中以诚信行事。‘购买’指通过出售、租赁、折扣、谈判、抵押、质押、留置或其他自愿的财产处理行为而获得财产，但不包括赠与。善意购买人从对婚姻财产有管理、处分权的配偶一方获得婚姻财产的，对方配偶无任何请求权。”

关于表见代理的构成要件，学术界一直存在争论，主要分歧在于是否以被代理人的过错为必要条件。一种观点认为，被代理人对于无代理人取得代理权外观的事实，应具有可归责性；另一种观点认为，不应以被代理人过错为必要条件，只要存在使第三人有理由相信行为人有代理权的客观情况，即可成立表见代理。笔者认为，从法律条文和有关司法解释来看，《合同法》第四十九条对表见代理设置的构成要件较为宽泛，仅规定“相对人有理由相信行为人有代理权”，未对被代理人的过错作出要求；《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)》第十三条关于“被代理人依照合同法第四十九条的规定承担有效代理行为所产生的责任后，可以向无权代理人追偿因代理行为而遭受的损失”的规定，也未将被代理人过错引入表见代理制度。

2009年7月施行的《最高人民法院关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》(法发〔2009〕40号)第13条规定：“合同法第四十九条规定的表见代理制度不仅要求代理人的无权代理行为在客观上形成具有代理权的表象，而且要求相对人在主观上善意且无过失地相信行为人有代理权。合同相对人主张构成表见代理的，应当承担举证责任，不仅应当举证证明代理行为存在诸如合同书、公章、印鉴等有权代理的客观表象形式要素，而且应当证明其善意且无过失地相信行为人有代理权。”该条指导意见同样未将被代理人过错作为表见代理的构成要件。因此，认定表见代理的构成，不应苛求被代理人有过错，其构成要件为：一是行为人无权代理却以被代理人的名义与相对人订立了合同。二是客观上须有使相对人相信无权代理行为人有代理权的理由。三是相对人主观上是善意、无过失的。

## 2. 夫妻公司的法律人格与交易安全保护

相比一般的有限责任公司，夫妻公司的股东关系和内部治理具有特殊性，股东之间是夫妻关系，股东与董事往往两位一体，这为股东利用公司进行损害债权人与社会公共利益的活动提供了可能。例如：夫妻股东可能滥用公司法人人格，利用公司从事欺诈、非法交易、隐匿财产等行为以逃避债务，为自己谋取非法所得。基于有限责任原则，债权人和其他受害者又无法对股东的个人财产主张权利。

为此，在2006年《公司法》修订之前，司法实践对夫妻公司法律人格的认定存在两种做法：一是直接否定夫妻公司的法人人格，认定其为合伙企业或者个人独资企业，追究夫妻的连带责任，保证债权人充分受偿；二是认定夫妻公司为一人公司，根据修订前的公司法认定其为设立瑕疵，但不否定股东承担有限责任。前一种做法的理由是夫妻公司的公司财产权与股东股权混同；后一种做法承认夫妻公司的公司财产权与股东股权分离，但认为夫妻股东实际是同一投资主体，因为《公司法》修订前未承认除国有独资公司以外的一人公司的存在，故夫妻公司的存在属于设立瑕疵。

过去对夫妻公司法人人格予以否认的裁判思路旨在避免单一主体设立公司，其实质是认为公司财产与夫妻共同财产可能发生混同，导致单一主体设立有限责任公司，违反了修订前《公司法》设立有限责任公司的法律规定。实际上，上述观点没有认识到公司财产独立性的法律内涵：一是法人财产是独立的财产所有权，它并不等同于夫妻共同财产权。二是夫妻股东股权不等同于公司法人财产权。公司法人的投资者依法认缴投资之后，必须失去投资的所有权。投资者获得的是股权，而股权与公司法人财产所有权是性质不同的两种民事权利。

因此，以未作分割的夫妻共同财产出资并不损害公司财产的独立性，关键在于夫妻双方是否就出资达成合意，是否将出资财产的所有权转移给公司。2006年修订的《公司法》承认了除国有独资公司以外的一人有限责任公司的合法地位。以未分割的夫妻共同财产出资成立的夫妻公司，其股权的所有权实质是一个集合整体，故应认定为一人公司。如果要否认夫妻公司的法律人格，必须依据《公司法》第二十条关于股东滥用权利的责任的规定妥善处理此类案件，不能随意否认法人人格。只有这样，才能使夫妻公司既发挥经营灵活、转向迅速的优点，又具有公司股东既承担有限责任、有利于吸引投资的特性，使它充分发挥繁荣社会主义市场经济秩序的作用。

### 重婚情形已消失能否判定现存婚姻有效

2014年9月19日 南京市中级人民法院

重婚情形已消失能否判定现存婚姻有效

——河南郑州金水区法院判决田雄华诉田华、郭淑云婚姻无效纠纷案

裁判要旨

重婚行为违反一夫一妻制，申请确认婚姻无效时，重婚者无论是存在两个婚姻关系，还是只存余一个婚姻关系，人民法院都应判决宣告构成重婚的婚姻无效。

案情

田华与黄丽华于1983年5月16日结婚，婚后生育两子田雄华、田雄飞。田华与郭淑云于1991年9月19日在河南省郑州市金水区民政局登记结婚，婚后生育两女田文华、田国华。1996年1月3日，田华与黄丽华经湖北省天门市人民法院调解离婚。

2011年4月12日，田雄华诉至河南省郑州市金水区人民法院，要求宣告郭淑云与田华的婚姻无效。该院于2011年10月19日作出（2011）金民一初字第1973号民事判决，宣告田华与郭淑云之间的婚姻关系无效。该判决生效后，郭淑云不服，向金水区法院申诉，经该院审判委员会讨论决定，于2012年10月8日作出（2012）金民监字第12号民事裁定，该案进入再审。

裁判

金水区法院再审认为，田华在与郭淑云登记结婚时并未与黄丽华离婚，即田华一人同时存在两个婚姻关系，其行为违反婚姻法规定的一夫一妻制，已构成重婚。田雄华申请宣告田华与郭淑云之间的婚姻无效，符合婚姻法规定的认定无效婚姻情形，应予以支持。遂于2014年1月9日作出再审判决：维持（2011）金民一初字第1973号民事判决，宣告田华与郭淑云的婚姻无效。该判决已发生法律效力。

评析

1. 无效婚姻的情形。无效婚姻是指因欠缺婚姻成立的法定要件而不具有法律效力的违法婚姻，即男女双方的结合由于不符合法律规定的结婚实质条件，因而自始不具备婚姻的法律效力。无效婚姻的本质特征就是违反法定结婚条件的法律后果。

婚姻法第十条规定了四种无效婚姻的情形：（一）重婚的；（二）有禁止结婚的亲属关系的；（三）婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病，婚后尚未治愈的；（四）未到法定婚龄的。只要存在上述四种情形，婚姻关系当事人及其利害关系人，即有权向人民法院就已经办理结婚登记的婚姻申请宣告婚姻无效。

2. 申请宣告婚姻无效的阻却事由。考虑到婚姻行为的私权性、稳定性和对当事人利益的保护，国家在监督干预的同时，也从实际情况出发，特别是针对现实生活中有些无效婚姻在经过一定时间后无效事由已经消除的情况，又规定了申请宣告婚姻无效的阻却事由。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第八条“当事人依据婚姻法第十条规定向人民法院申请宣告婚姻无效的，申请时，法定的无效婚姻情形已经消失的，人民法院不予支持。”

违法导致无效是法律逻辑的自然延伸，如果无效婚姻欠缺的法定条件一旦被补足，则无效婚姻转化为合法、有效的婚姻，请求权人不能再提起无效婚姻的请求，这是与无效婚姻制度设立的目的相一致的，也是为了尊重当事人婚姻的事实性，保护当事人的合法权益，维护社会关系的稳定。但该司法解释没有区分无效婚姻情形消失的具体情况，这就意味着近亲婚、重婚同样存在转化的可能性。

3. 重婚情形已消失能否判定重婚有效。本案中，田雄华是以田华与郭淑云结婚时构成重婚为由申请宣告田华与郭淑云婚姻无效的，案件审理过程中形成两种观点：一种意见认为既然最高人民法院规定当事人申请宣告婚姻无效时法定无效婚姻的情况已经消失的，就不再支持宣告婚姻无效，那么本案田雄华提出申请时，因田华与黄丽华已经法院调解离婚，田华的重婚情形已不存在，就应当驳回田雄华的诉讼请求，不再宣告田华与郭淑云婚姻无效。第二种意见认为重婚是婚姻法明令禁止的，所以无论申请宣告婚姻无效时重婚是否仍然存在，都应宣告构成重婚的婚姻

无效，本案应支持田雄华的诉讼请求，宣告田华与郭淑云的婚姻无效。

最高人民法院虽以司法解释的形式规定了宣告婚姻无效的阻却事由，但阻却事由是存在于所有四种婚姻无效情形还是仅适用于部分情形，并没有作出明确规定。就重婚而言，是否因前一婚姻关系的终止而合法化？对此，应当从婚姻法的基本原则进行分析：重婚行为违反一夫一妻制，有悖于社会的公序良俗，是我国法律明令禁止的严重的婚姻违法行为，从性质上不当存在阻却事由，产生从违法到合法转化的问题。因此无论申请确认婚姻无效时，重婚者是存在两个婚姻关系，还是只存余一个婚姻关系，都应确认构成重婚的婚姻无效。即使前婚已合法终止，后一婚姻关系仍为无效。最终金水区法院再审后采纳了第二种意见，宣告田华与郭淑云的婚姻无效。

本案案号：(2011)金民一初字第1973号，(2012)金民再初字第13号

案例编写人：河南省郑州市中级人民法院 闫明 钟晓奇

来源：人民法院报

### 【典型案例】男子离婚后想起忘记分割住房公积金诉至法院

2014年9月19日 沈阳市康平县人民法院 刘德平 孙晶

夫妻离婚时，对双方共同财产进行了协议分割，但遗忘了女方的住房公积金。离婚1个月后，男方忽然想起此事，要求对女方公积金予以分割。近日，湖南省石门县人民法院判决支持了男方请求。

本案原告殷某系下岗职工，被告唐某系国家公职人员，双方结婚多年，因性格不合于2014年7月在石门县民政局办理了离婚手续，并对夫妻共同财产进行了分割，但当时双方均遗忘了唐某账户内的住房公积金。离婚一个月后，殷某忽然想起唐某的住房公积金从未动用，金额较大，但离婚时未能分割。经向石门县公积金管理处查询得知，唐某的住房公积金累计已达115148元。于是，殷某向石门县人民法院起诉，要求分割唐某的住房公积金。

石门法院受理了这起特殊的离婚后财产纠纷案件后，在充分掌握了解情况的基础上，多次分别采取“背对背”与“面对面”的调解方式，建议双方看在夫妻共同生活多年的情分上协商处理，但双方无法达成一致意见，多次调解无果。

石门法院经审理认为，住房公积金的提取人仅限于公积金账户的所有人，且必须在购买、建造、翻建、大修自住房或离、退休时，方可提取公积金账户余额。夫妻关系存续期间的公积金虽为夫妻共同财产，但殷某无法实际分割唐某公积金账户内的缴存数额，因此该款项应确定归唐某所有，同时由唐某对殷某给予适当补偿。根据照顾女方权益的原则，同时结合被告唐某的经济条件，法院判决由唐某给殷某补偿现金50000元。

来源：中国法院网(刘德平 孙晶)

### 首例冷冻胚胎继承案主审法官谈“十年鲜见的好判决”怎样出炉

2014年9月20日 上海法治报 蓝天彬

江苏宜兴一对双独年轻夫妻不幸车祸身亡，小两口生前做试管婴儿，在南京鼓楼医院留下冷冻胚胎。为争夺胚胎保留香火，双方老人对簿公堂。宜兴法院一审判决冷冻胚胎不能继承。这起中国首例冷冻胚胎继承权纠纷案，因为涉及法律、伦理、道德等方面，引发各方关注。2014年9月17日，无锡市中院二审宣判，支持双方老人共同处置4枚冷冻胚胎。

记者获悉，终审判决的大逆转，引起各方热议。著名民法专家、江苏省人大法制委员会副主任委员刘克希说，这是十年来全国少见的好判决。

9月19日，无锡市中院就该案回答了澎湃新闻等多家媒体记者的问题。无锡中院院长时永才说，此案从“顺天意、存人伦、敬法律”三方面综合考虑，力求融合“法”、“情”、“理”，判决书不仅仅是冰冷的条文，背后有法官温暖的智慧，有智慧的结晶。

无锡中院院长亲审，“沉浸在案子里”

该案二审的审判长就是无锡中院院长时永才。两名审判员是范莉、张圣斌。

时永才说，案子上诉到无锡市中院后他才注意到了这起诉讼，然后他开始逐渐有兴趣，最后沉浸在这个案子里。

对冷冻胚胎的归属，包括胚胎是人还是物，法律上都没有明确界定，是本案引起争议的根本原因。难以界定胚胎是物还是人，也就难以确定其是否适用于继承条款。

时永才说，对胚胎的属性的确定，成为基础性的问题，而现有法律中找不到具体的条款。“胚胎属性是个空白，怎么适用法律是个空白，但不能因为法律的空白，就不判决。怎么解决，应有担当”。

法官范莉说，学界有三种观点：一种认为胚胎属于物，根据继承法、物权法，可以继承；一种认为是人，也有相关法律；还有一种折中说，认为是介于人与物之间的过渡存在，具有潜在的生命特质，“我们也倾向于这种说法，这就面临法律的空白”。

在2014年7月受理案件后，无锡中院反复搜集国内外相关资料，研究了理论界、实务界的意见，并注意了舆论、网民的看法。

法官张圣斌说，他们“上穷碧落下黄泉，动手动脚找材料”，紧急翻译了国外的最新资讯供参考。比如2014年初，美国德克萨斯有个相似的案件。一对年轻夫妇身亡，留下2岁儿子和11枚冷冻胚胎。没有留下遗嘱，胚胎怎么处置成了个问题。法院最后判决，儿子到了18岁，胚胎处置权归他，在此之前，由相关医疗机构保管。此外，

2014年7月，北京学者召开冷冻受精胚胎案例研讨会，“通过一些渠道，我们拿到了相关材料”。

“顺天意、存人伦、敬法律，综合考虑民意、伦理道德、人情、法理、法律精神，我们作出了判决。”时永才说。

无锡中院副院长顾铮铮说，根据法律精神作出判决，包括民法通则第五、六、七条，公民、法人的合法的民事权益受法律保护，任何组织和个人不得侵犯。民事活动必须遵守法律，法律没有规定的，应当遵守国家政策。民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益，扰乱社会经济秩序。

判决书“背后有法官温暖的智慧”

对于“情感”方面，无锡中院有相当人性化的论述，引起网友的共鸣。判决书中，还出现了感叹号，该怎么看？

判决书称，白发人送黑发人，乃人生至悲之事，更何况暮年遽丧独子、独女！而沈杰、刘曦遗留下来的胚胎，则成为双方家族血脉的唯一载体，承载着哀思寄托、精神慰藉、情感抚慰等人格利益。涉案胚胎由双方父母监管和处置，既合乎人伦，亦可适度减轻其丧子失女之痛楚。

史永才说，法官是严肃的，不代表判决书就要冷冰冰的。判决书既要融合法理，也要融合人情，不能仅仅是冰冷的条文，背后要有法官温暖的智慧，有智慧的结晶。

为何一审和二审判决相差如此巨大？史永才说，这不代表一审判决错了，只是认识、论述的角度不一样。既然法律上空白，法官可以综合各个因素判决。

该案件的判决对今后的影响如何？史永才说，网友说这是冷冻胚胎第一案，有开创性意义，这不好说。也许会对今后类似的案件的判决起到参考作用。如果被最高法院收入裁判范例、典型案例，会有指导意义、甚至法律效力。就目前来讲，这个判决具有一定的前瞻性。

张圣斌说，外界称“4名老人获得胚胎的继承权”，这是一种误读。胚胎的属性法律上不明确，也就难以说继承权，实际上我们在某种程度上是绕过了继承权，从处置权和监管权归属于4名老人的角度去判。

冷冻胚胎是否可能拿去“代孕”？

判决冷冻胚胎处置权和监管权归属于4名老人，他们是否可能去做非法的代孕？是否意味着给他们做代孕，留了个口子？

史永才说，今后他们怎么处置胚胎，已经超出法院目前的范围。在判决书中，我们已经明确提出，在处置这4枚胚胎时，双方老人应当遵守法律，而且不得违背公序良俗，损害他人的利益。

根据卫生部的相关规定，胚胎不能买卖、赠送和禁止实施代孕，这些规定是卫生行政管理部门对相关医疗机构和人员在从事人工生殖辅助技术时的管理规定。范莉说，关于代孕，暂时没有相关法律规定，这是部门规章，但也有法律效力，建议相关法律能更加完善。

无锡中院副院长顾铮铮说，这一判决是立足于权利的归属，而不是权利的行使，“我们应该充分尊重当事人的权利，而不是主观判定他可能做什么。”

## 违反夫妻忠实义务的认定及赔偿责任

2014年9月22日 燃灯者

违反夫妻忠实义务的认定及赔偿责任

原告那某，男。

被告陈某，女。

### 一、案情

原告那某与被告陈某于2001年3月登记结婚，2002年5月生一子，取名那小小（化名）。由于婚后二人感情不和，于2005年7月经法院调解离婚，那小小由陈某抚养，双方就子女抚养及财产分割达成调解协议。2006年1月再次经法院判决将原被告共同居住的朝阳区观音景园213楼5单元501号房屋（以下简称501号房屋）归陈某所有。在原被告双方婚姻存续期间，那某及其家人发现陈某与其他异性关系暧昧，对那小小和那某的血缘关系产生怀疑。2007年3月，那某从幼儿园接走那小小，进行了亲缘关系鉴定，鉴定结论认为不支持那某是那小小的生物学父亲。那某遂起诉至法院，认为陈某的行为，严重侵害自己的合法权益，故要求陈某返还自己抚养费3万元、精神损害赔偿金10万元、经济损失65万元。

诉讼中，经过另一鉴定机关的血液鉴定，确认排除二人亲缘关系的几率达到99.99%，那某不是那小小的生物学父亲。庭审中，法院对离婚后被判至陈某名下的501号房屋进行了价值评估，结论是该房屋在商品房状况下价值为68.12万元，但因属农村集体所有土地上的房屋、不能进入商品房市场流通的状况下，房屋的重置价为21.85万元。

### 二、审理结果

一审法院经审理认为，根据陈某与那某在婚姻存续期间及那小小出生之后的情况，陈某违背了夫妻之间应当互相忠实、互相尊重的义务，严重侵害了原告作为配偶应当享有的权利。那某因此事承受了巨大的精神痛苦，被告应当承担精神损害的赔偿责任。因那小小并非原告的亲生子，原告为其支付的抚养费被告应当返还。原告称经济损失是被告依法院判决取得的501号房屋的价值。正是由于陈某养育双方所生之子，法院才判决被告取得房屋权利，而

如果在原、被告离婚前，那小小的真实身份被公开，基于我国现行的离婚损害赔偿制度，那某几乎不可能丧失对房屋权利，因此 501 号房屋的价值正是那某实际受到的经济损失，根据房屋价值评估折算确定为 45 万元。

据此，一审法院判决被告陈某返还原告那某抚养费 2 万元、赔偿原告那某精神损害抚慰金 10 万元、赔偿原告那某经济损失 45 万元。判决后陈某不服，提出上诉。二审法院驳回其上诉，维持原判。

### 三、意见

#### （一）违反夫妻间忠实义务的认定

《中华人民共和国婚姻法》第 4 条规定“夫妻应当互相忠实，互相尊重；家庭成员间应当尊老爱幼，互相帮助，维护平等、和睦，文明的婚姻家庭关系”。由于该条款中的“忠实义务”仅是被作为倡导性规范，而不是裁判规范，所以其在法律适用上的作用是指导性要大于操作性。对违反忠实义务的行为界定和法律后果，必须结合婚姻法的其他具体规定才能确定。

婚姻法第 46 条规定：“有下列情形之一导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿：（1）重婚的；（2）有配偶与他人同居的；（3）实施家庭暴力的；（4）虐待、遗弃家庭成员的。”这些规定中“重婚”和“有配偶与他人同居”，属于典型的违反夫妻忠实义务的行为。

实践中，还有一种经常被主张要求离婚损害赔偿的情形，即“有第三者”。“有第三者”与以前人们常说的“通奸”有很多相似点，一般不单纯是指情感关系，还包括在婚外存在相对隐秘的两性关系。从司法实践看，婚外性关系的存在一般是被作为违反夫妻忠实义务的行为看待的。

本案中被告陈某在与那某婚姻存续期间并没有被发现有重婚或与他人同居的行为，但是由于其所生子并非与那某之子，直接证明了陈某与他人存在婚外性关系。这种婚外性关系的存在和与他人之子的出生，是对夫妻忠实义务的违反，对配偶另一方的伤害是巨大的，因此应当被看作是违反了夫妻忠实义务。

#### （二）违反夫妻忠实义务的赔偿责任

##### 1、精神损害赔偿。

违反忠实义务对配偶的情感和精神所造成的伤害经常可能是很严重的，这和传统上我国社会对婚姻家庭的认识有一定关系。因此，最高人民法院《关于适用〈婚姻法〉若干问题的解释（一）》第 28 条明确了违反忠实义务可以发生精神损害赔偿请求权，具体规则适用最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》的有关规定。适当的精神损害赔偿数额，应当具有抚慰性和个案性：抚慰性是指金额能够抚慰无过错方受到的精神伤害和情感打击；个案性是指不同的案件、不同地区、不同当事人的经济状况，赔偿额会不同，从而与当事人的支付能力对应。

本案中，那某生活地区原本是农村，周围都是十分熟悉的人，在其与陈某离婚后，陈某所生之子系他人之子一事沸沸扬扬，这让那某本已受到的精神伤害雪上加霜。结合陈某的支付能力，法院最终酌定精神损害赔偿额为人民币 10 万元。

##### 2、财产损害赔偿。

违反夫妻忠实义务也会产生财产损害赔偿请求权，这来源于 2001 年婚姻法修改的成果之一离婚损害赔偿制度。虽然学者至今没有停止对它存废之争，但在司法实践中，过错方的财产赔偿已在相当程度上使无过错方获得了物质补偿和精神安慰，在平衡离婚诉讼当事人的权利义务关系方面起到了很大的作用。

财产损害赔偿额的考量，一方面要与违法行为相适应，一方面也要符合行为人的承受能力。本案中，陈某在离婚时以抚养婚生子为名，通过诉讼取得了夫妻共有的房屋。而最终被证明，陈某取得财产的事实即“抚养双方所生之子”并不存在。如果陈某违反忠实义务的事实离婚时已被披露，陈某几乎不可能取得房屋，因此可以认定陈某取得的房屋正是那某受到的财产损害。由于涉案房屋是小产权房，暂不具备商品房所有权，但根据当地的情况，假以时日该房屋又即将取得所有权，为此，法院将房屋在两种权利状态下的价值进行折算，得出一个中间值，作为原告那某财产损失的数额是可行的。同时，那某为那小小成长支出（付）的抚养费，在不存在父子血缘关系时，也属于那某的财产损失。由于陈某和那某离婚前发生了拆迁等事由，陈某有足够的支付能力。因此，法院判决陈某赔偿那某上述两项经济损失。

综上，一、二审法院的判决是正确的。

来源：北京法院参阅案例第 70 期（总第 1110 期）北京市高级法院编 2008 年 12 月 31 日

### 法官论坛 103：婚内受赠财产成为夫妻特有财产的形式要件分析

2014 年 9 月 23 日 审判研究 李红 刘如浩

宋某和陈某于 2008 年结婚后感情不和，宋某于 2011 年 10 月诉请离婚，庭审中提出夫妻双方有共同动产汽车一辆，要求分割。

陈某则提出该车属于其个人私产，理由有两点：一是用于购车的 13 万元是陈某父母赠与陈某一人，并且有书面赠与合同，合同写明：为了解决女儿陈某和我俩外出方便，我们将 13 元现金存入女儿陈某的银行卡上，用于购买汽车；这些钱是给一人的，归陈某所有。落款处有被告和被告父亲签名，时间是 2011 年 6 月 10 日。二是被告母亲在 2010 年 5 月 26 日把 13 万现金存入被告户头，同年 6 月 4 日被告用该笔款项购买汽车一辆，具体有银行存

单、购车发票以及购车收款凭证三张单据予以证实。被告陈某用该笔款项购买汽车一辆，并登记在自己的名下。

原告抗辩称，购车是被告父母出资，但购车时间在婚姻存续期间，款项是对夫妻双方赠与，并非对被告的单方赠与，以该款项购买的汽车也是共同财产。此外，原告认为父母与子女之间签订赠与合同于理不合，赠与合同疑为事后签订，并且原告不知该赠与协议存在。

根据《婚姻法》第17条第3项规定，夫妻在婚姻关系存续期间继承或赠与所得的财产，归夫妻双方共同所有，属于双方共同财产。但是第18条第3项又规定，遗嘱或者赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产为夫妻一方的财产。据该法条，可以确定的是原则上在婚姻存续期间第三人赠与夫或妻的财产为夫妻共有财产，只有第三人以赠与合同或者遗嘱方式表明夫或妻单方为受益人时，该赠与财产才是夫妻个人私产。本案事实似乎相当明确，被告提供手写协议作为书面证据，符合第18条的规定，该汽车属于被告陈某个人财产。然而纵观整个案情，笔者以为其中有些问题值得思考。

### 一、思考：赠与合同欲对夫或妻另一方有效是否需要某种形式要件

案情中还有一个重要事实，原告在抗辩中声称从不知道该赠与协议的存在。《婚姻法》这方面的规定也是语焉不详，并未明确接受单方赠与的夫或妻一方是否有告知另一方的义务，也没有规定未尽告知义务应该承担的法律后果。从各方面考虑，此类赠与协议如果要对夫或妻另一方产生约束效力，除了协议本身合法有效，还应该具备一定的形式要件——赠与合同须为另一方所知。

#### 1. 利害关系人的合法利益应予以保护

由于夫妻关系的特殊属性，法律规定夫妻财产制不同于一般财产制。在区分夫妻财产时，除非夫或妻一方能够证明财产属于法定的个人私产，否则推定该财产为夫妻共同财产。如果没有赠与协议，即使陈某将购买的汽车登记在自己名下，也属于夫妻共同财产。现实中夫妻间财产往往并不区分所有权，婚前财产进行登记的情形也不多，婚姻存续期间区分各自财产则更是少见。原告在未知该赠与合同的情况下认为该车为夫妻共同财产是情理所在。赠与合同的出现将导致原告丧失期待利益，因此原告并非与案件无关之人，而是涉及自身利益的利害关系人。根据合同相对性，合同仅仅能在当事人之间创造权利设定义务。如果要突破合同相对性，原则是仅仅限于单纯使第三人受益的情形。本案中赠与合同并不仅仅是在被告陈某与其父母之间创设权利设定义务，而是突破了合同相对性，使得原告的期待利益受到损失。我们不妨将该赠与合同作为一种内部约定来看，那么原告宋某便是第三人。该赠与合同要对抗第三人，必须具备形式要件——第三人已经知道内部约定存在。[1]为了维护当事人权利义务的平衡，必须保障宋某知晓该赠与协议存在以便早有预备。

#### 2. 夫妻忠实义务使然

夫妻忠实义务包括夫妻不得恶意遗弃配偶他方，不得为第三人利益或者个人私益牺牲、损害配偶他方的利益。《婚姻法》没有对夫妻之间的财产忠实义务加以详尽的规定，这无疑是立法的不足。现实生活中，夫或妻一方侵犯双方共同财产或者对方财产的情形并不少见，常见如夫或妻一方在未告知另一方的情形下将财产赠与情人的情形，由此可见，规定夫妻之间财产忠实义务是十分重要的。被告在原告完全不知晓的情况下在诉讼阶段将赠与协议拿出，对于原告来说也是不公平的。

#### 3. 维护社会交易安全

婚姻存续期间，夫妻财产权利的对象往往一致。民事交往中基于一般常识和惯例，如无特例，第三人可以视夫或妻一方为双方共同财产的处分权人，夫或妻中的不知情人基于对共同财产信赖而认可对方就财产作出某种处分，第三人也可能基于同样的信赖作出相应的表示和行为。比如在本案中，如果原告将该汽车送去修理但是拒绝支付修理费，修理方遂将汽车留置，如果被告此时主张该车是自己私产而原告完全不知情，这不但增加了社会关系的复杂性，还不利于修理方维护自己合法的留置权。从维护社会交易安全，减少民事风险的角度来说，赠与协议欲对另一方发生效力也需要具备上文讲的形式要件。

### 二、探析：形式要件细节分析

#### 1. 何为“为夫或妻另一方所知”

“为夫或妻另一方所知”指的是如果夫或妻中一方接受单方赠与，赠与合同应该为夫或妻中另一方所知。首先，受赠人有义务主动告知另一方，正如上文分析，这应是受赠人义务。其次，当受赠人没有告知另一方，但是能够举证证明其已经知道单方赠与合同存在时，一定的形式要件也应是具备的。正如诉讼时效制度是为了催促权利的行使，夫或妻中的另一方在获知赠与合同的情况下并未提出抗议或者其他积极性行为，代表了对单方赠与事实的默认，自然不能事后以此为由提出夫妻共同财产的抗辩。此外，法律保护善意者而不是恶意者，如果夫妻中的一方获知赠与合同却故作不知，甚至欺骗第三人，是法律上的恶意者，法律自然无保护之必要。

#### 2. 夫或妻一方如何履行告知义务

民事法律行为以意思表示为核心要素，所以民事法律行为形式，也就是意思表示形式。《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。民事法律行为按意思表示的载体，可分为明示和默示两种形式。夫或妻一方接受单方赠与，值得思索的是接受单方赠与的受赠人能不能用默示的方式告知对方呢？

默示又分为推定和沉默。推定指的是行为人用语言以外的可推知含义的作为间接表达内心意思的默示行为。所

谓可推知，是指一般人能够轻易推知出行为的内容。沉默，即行为人依法或者依约以不作为间接表达内心意思的默示行为。我们认为默示不适用于夫或妻一方告知对方。[2]原因在于，首先默示形式只有在有法律规定或交易习惯允许时才被使用，此处显然不存在法定或者交易习惯允许的情形。其次也是最主要的，在我国，婚姻关系存续期间夫妻的财产如无例外则推定为夫妻共同财产，夫妻双方也有理由相信如此，接受单方赠与的夫或妻一方欲对抗该推定，必须以清楚确定的外在表示表明该财产为个人特有财产，而以默示这种相对模糊的方式来告知难以保证对方准确获知真实意思，徒然增加社会关系和法律关系的复杂性。

### 三、总结：不具备形式要件的赠与合同效力应如何认定

“谁主张谁举证”是我国民事诉讼程序中一个基本原则，除了法律规定举证责任倒置等情形，一方当事人提出某项主张，需要对该主张存在的事实或法律依据承担举证责任，否则将承担举证不能的后果。以本案为例，被告宋某提供赠与协议证明该汽车属于《婚姻法》第18条规定的情形，因此不属于夫妻共同财产。该赠与协议在赠与人和受赠人之间自然是有效的，但是如果要对抗属于善意的原告，需要具备为对方所知这一形式要件。如果被告不能举证证明已经告知了原告或者原告已经确定知道该事实，则需要承担举证不能的后果。根据最高法院《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》规定：“对个人财产还是夫妻共同财产难以确定的，主张权利的一方有责任举证。当事人举不出有力证据，人民法院又无法查实的，按夫妻共同财产处理。”如果被告不能举证证明原告已知单方赠与的事实，法院宜认定该汽车为夫妻共同财产，具体分割时可考虑所购汽车的来源、出资等情况，被告适当多分。

注：

[1]实际上民事领域中大量存在“内部约定不得对抗善意第三人，除非该第三人已经知道该内部约定的存在”的情形。

[2]王利明等：《民法新论》（上），中国政法大学出版社1988年版，第373页。

## 最高法再审案件：夫妻公司股权转让中的第三人利益保护

2014年9月24日 最高人民法院民一庭 潘杰

法理提示：夫妻二人未作出分割夫妻共同财产的约定，二人以共同财产投资设立有限责任公司并将股权分别登记在各自名下，仅是为了满足有限责任公司的设立要求，不构成对夫妻共同财产的分割约定，登记在各自名下的股权由夫妻二人共同共有。夫妻共同财产制决定了夫妻公司实质为一人公司，共同共有人在共有关系存续期间不享有财产分割请求权，而股权的转让应发生在两个交易主体之间，故公司法第七十二条规定的股东优先购买权不适用于未作财产分割的夫妻股东。夫妻一方以公司名义向第三人转让公司全部股权，第三人有合理理由相信转让股权是夫妻双方共同的意思表示，并支付了合理对价的，另一方不得以不知道或者股权转让未经其同意为由对抗善意第三人。

### 一、案情简介

一审原告、反诉被告，二审被上诉人：蔡某。

一审被告、反诉原告，二审上诉人：李某。

一审被告、二审被上诉人：麦某。

蔡某与麦某于1992年结婚，双方未曾对夫妻共同财产进行分割。甲公司最初是由麦某和其哥哥麦兄于2002年5月15日设立，麦某占90%的股份，是公司的法定代表人。2004年6月，麦兄将其持有的甲公司10%的股权转给蔡某。2006年7月7日，蔡某因涉嫌职务侵占罪被逮捕。麦某向李某借款1500万元用于归还妻子蔡某挪用公款的缺口。同年8月6日，麦某代表甲公司以甲方甲公司的名义与乙方李某签订《协议书》（以下称8月6日《协议书》）一份，约定将甲公司全部股份及名下某山庄项目以1.3亿元整体转让给乙方，由于特殊原因暂无法办理工商登记手续，该股份及项目转让事宜已事先取得甲公司全体股东决议通过。同日，双方签订《确认书》一份。8月8日，麦某与李某签订《甲公司股东转让出资协议》（以下称8月8日《协议书》），麦某将其持有的甲公司90%的股份以人民币1800万元转让给李某，并注明该协议经甲公司股东会同意并由各方签字后生效。同日，双方签订《确认书》一份，确认8月8日《协议书》仅作为到市工商局办理股份变更登记之用，甲公司股份及某山庄项目转让的相关事宜以双方8月6日《协议书》及《确认书》为准。2007年3月26日，蔡某在某日报上刊登《声明》，表明对麦某未通知、也未经其同意就将股权转让的行为不予同意。2007年4月24日，蔡某提起本案诉讼，以侵害股权和股东优先购买权为由，请求确认麦某与李某签订的8月8日《协议书》及其他涉及股权转让的行为无效。李某于同年6月25日提起反诉，一是请求确认其与麦某签订的8月8日《协议书》有效；二是确认蔡某丧失对麦某持有90%股权的优先购买权；三是判令蔡某、麦某夫妻共同履行将甲公司100%股权全部变更登记至李某名下的义务。

### 二、东莞中院一审审理情况

一审法院认为，一、麦某与李某签订8月8日《协议书》后，双方随后签订《确认书》，确认前述《协议书》仅作为到工商局办理股份变更登记之用，而转让相关事宜以8月6日《协议书》及《确认书》为准。可见，8月8日《协议书》并非双方当事人真实意思表示的合意，该协议不具有法律效力。二、8月6日《协议书》将甲公司的全部股份转让于李某，处分了蔡某10%的股权，而没有证据表明处分蔡某股权事先取得了蔡某的同意，蔡某也明确表示对麦某的行为不予追认。因此，麦某处分蔡某股权的行为系无权处分行为，且无效力补正事由，应认定为无效。



三、《公司法》第七十二条第二款作出了关于股东转让股份须征得其他股东同意、其他股东在同等条件下有优先购买权的规定。本案没有证据表明麦某将股权转让的事实向蔡某履行了书面告知义务，但蔡某在2007年3月28日某日报上刊登了落款日期为3月26日的《声明》，据此依法应认定蔡某于2007年3月26日知悉股权转让事实，并以刊登《声明》方式表示不同意麦某转让股权。此后，蔡某依法应当购买该转让的股权，不购买的，视为同意转让。事实上，蔡某虽然不同意麦某转让股权，但一直未实质性购买所转让的股权。因此，涉案股权转让协议及股权转让行为处于效力待定状态。蔡某于2007年4月24日起诉要求确认股权转让无效，李某随后反诉要求确认股权转让协议有效并要求蔡某与麦某共同履行股权转让合同。但在蔡某行使对麦某股权的优先购买权之前，蔡某的诉讼请求与李某的反诉请求依法应驳回。鉴于涉案股权转让协议及股权转让行为长期处于效力待定状态不利于民事法律关系的稳定，也不利于保护双方当事人的合法权益，而蔡某起诉主张股权转让合同及股权转让行为无效的目的宜在于实现对麦某拟转让股权的优先购买权，该优先购买权事实上包含于蔡某的诉讼请求之内。据此，应支持蔡某对麦某拟转让的90%股权行使优先购买权的主张，但应对行使优先购买权的期限作出合理的设定，参照该公司章程，该合理期限应以两个月为宜。一审法院判决如下：一、确认8月8日《协议书》无效；二、确认8月6日《协议书》中麦某转让蔡某股权部分的协议内容无效；三、限原告于本判决发生法律效力之日起两个月内对麦某拟转让的甲公司90%股权行使优先购买权。四、驳回蔡某的其他诉讼请求。五、驳回李某的反诉诉讼请求。

### 三、广东高院二审审理情况

一审法院宣判后，李某不服，提起上诉。

二审法院认为，一、麦某与蔡某在甲公司的股权，系两人婚姻关系存续期间取得的财产。两人在本案一、二审中均未提出对夫妻共同财产作出分割。根据《婚姻法》第十七条的规定，麦某和蔡某在甲公司各自的股权，都属夫妻共同财产。麦某与蔡某各自作股权分别登记，并没有改变两人的股权都为夫妻共同财产的属性。二、甲公司是由麦某与蔡某夫妻设立，麦某是占股权90%的大股东，蔡某只占10%的股份，李某有理由相信麦某与蔡某夫妻在蔡某因涉嫌挪用公款被刑事拘留之后通过转让甲公司全部股权获取现金以弥补挪用公款的空缺，减轻对蔡某的刑事处罚。而李某借出的1500万元也确实被用于弥补蔡某挪用公款的空缺，客观上减轻了蔡某挪用公款所造成的社会危害性。蔡某是股权转让的受益人，麦某代表蔡某转让股权符合情理。8月6日《协议书》也写明，股权转让已经过甲公司的全体股东通过。基于麦某与蔡某的夫妻关系，李某有理由相信这是夫妻双方共同的意思表示。三、在蔡某被刑事拘留之后，先由麦某托人主动向李某借款，尔后麦某再与李某签订协议转让甲公司的全部股权，并不存在李某趁人之危的事实，可以认定李某为善意第三人。

二审法院判决如下：一、撤销东莞市中级人民法院（2007）东中法民二初字第156号民事判决；二、驳回蔡某的诉讼请求；三、麦某与蔡某应于收到本判决书之日起三十日内，将其名下甲公司的股权全部过户给李某。

### 四、最高法院再审审查情况

蔡某不服二审判决，以本案应适用《公司法》，二审判决错误适用《婚姻法》为由向最高法院申请再审。最高法院经审查认为，蔡某的申请再审理由不成立，裁定驳回蔡某的再审申请。

（一）关于本案股权转让应适用公司法还是婚姻法的问题。麦某与蔡某在甲公司的股权，系两人婚姻关系存续期间以夫妻共同财产投资取得的财产。夫妻双方未对共同财产进行过分割，故股权分别登记在各自名下，仅是为了满足有限责任公司的设立条件和办理工商登记的需要，麦某名下90%的股权和蔡某名下10%的股权由夫妻二人共同共有。麦某代表蔡某转让甲公司全部股权，是对夫妻共同财产的处分，不同于一般的股权转让，应适用婚姻法有关处分夫妻共同财产的规定。婚姻法第十七条规定，“夫或妻对夫妻共同所有的财产，有平等的处理权。”《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》（以下简称婚姻法司法解释一）第十七条第（二）项对“平等的处理权”作出进一步解释：“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。”麦某作为甲公司的法定代表人和蔡某的丈夫，在向李某借款弥补了蔡某挪用公款造成的空缺后，向李某转让其名下90%和蔡某名下10%的股权，并在8月6日《协议书》中写明股权转让已经甲公司全体股东通过，股权转让款优先抵扣1500万元借款。这些客观事实足以使李某有理由相信，转让股权是蔡某与麦某夫妻双方共同的意思表示，李某主观上是善意的。蔡某不得以不知道或者不同意股权转让为由，对抗善意第三人李某。二审判决适用婚姻法的规定并无不当。

（二）关于股权转让是否侵害了蔡某的优先购买权的问题。夫妻共同财产制度决定了夫妻公司实质为一人公司，而股权的转让应发生在两个交易主体之间，故公司法第七十二条规定的股东优先购买权不适用于夫妻股东。就共有关系而言，民法通则以及物权法也只规定了按份共有人的优先购买权。共同共有关系存续期间，共同共有人不享有财产分割请求权，不能在共有财产中确定自己的份额，不能转让自己的权利，因此共同共有人蔡某不享有优先购买权。

综上，讼争股权转让行为应认定为有效，蔡某的再审申请不符合民事诉讼法第一百七十九条（指2008年民事诉讼法）规定的应当再审的情形，裁定驳回蔡某的再审申请。

### 五、法理评析

夫妻公司的财产关系和股东关系具有特殊性，受婚姻法与公司法的共同调整。本案一、二审判决的法律适用和

裁判结果截然不同，反映了司法实践对夫妻公司的相关法律问题存在认识分歧。

## （一）关于分别登记在夫妻名下的股权性质和归属

### 1. 公司股权能否共有的问题

这一问题之所以出现争议，是因为理论上关于股权如何共有不明确。在公司法中，股东权是指股东在法律上对公司享有的权利，主要包括以下权利：出席股东会及会上表决权、股利分配权、选举权和被选举权、股东知情权、股东质询权和建议权、依法转让股权时的优先购买权、公司增资时的优先购买权、异议股东股份收购请求权、剩余财产分配权、股东会提案权、提议召开临时股东会会议的权利、股东会会议的召集和主持权、股东诉权。公司法理论依据股东权的不同性质，将之区分为自益权和共益权两种权利，自益权是股东以自己利益为目的而行使的权利，体现为一种财产权；共益权是股东为自己利益并兼有为公司利益而行使的权利，体现为一种管理权。由于公司股权包含人身属性和财产属性，故从性质上说是一种社员权。民法上的共有关系本质上是一种财产关系，指的是两个或两个以上的公民或法人对同一项财产享有所有权。因此，研究股权的共有问题，针对的是股权的财产属性，股权的共有不是对股东权的所有内容共有，只能是其中的财产权、自益权部分，而不可能是非财产权、共益权部分。

如同股份继承中，继承人继承的是死亡股东的自益权，而体现身份属性的共益权则随着死亡事实的发生当然地归于消灭。换言之，共益权不能被继承而只能由继承人通过其他渠道（如公司事后同意或公司章程的事先规定等）来获取。因此，严谨的表述应当是：婚姻关系存续期间，夫妻一方成为有限责任公司股东的，股东只能是该名义股东一个人，而相应的股权中的财产权部分则属于夫妻共同财产。还应当强调的是，夫妻对股权的共有是基于以共同财产出资，夫妻共同出资的财产属于夫妻共同共有的财产，故夫妻对股份的共有是共同共有，而不是按份共有。当然，如果投资或购买股权的财产来自夫妻一方的婚前个人财产，则股权应归个人所有，但婚姻关系存续期内取得的投资收益，依据《婚姻法司法解释二》第十一条第（一）项的规定，应当归夫妻共同所有。

### 2. 夫妻公司注册登记时的股份分配是否属于财产分割约定

实践中夫妻二人共同设立有限责任公司，以不同比例出资并注册登记，主要依据国家工商行政管理局在1995年11月28日发布的《关于公司登记管理中几个具体问题的答复意见》（工商企字[1995]第303号）第五条的规定：“家庭成员共同出资设立有限责任公司，必须以各自拥有的财产作为注册资本并各自承担相应的责任。登记时需提交财产分割的书面证明或协议。”上述规定是基于2006年修订前的《公司法》未承认除国有独资公司以外的一人公司，有限责任公司必须具有两个以上股东的立法规定，要求夫妻共同设立有限公司要以不同股份、不同股东办理工商登记。

2006年修订的《公司法》承认了一人公司的法律地位，夫妻共同财产制度不再是妨碍其法人人格存在的障碍，使夫妻公司的设立有了法律依据，因此《关于公司登记管理中几个具体问题的答复意见》也相应予以废除。从上述立法演变可以看出，在夫妻双方无特别约定的情况下，夫妻公司注册登记时的股份分配并不是夫妻对财产的分割约定，不同于《婚姻法》规定的财产制度，只是设立公司的需要，满足的是登记部门的要求。以未分割的夫妻共同共有财产出资设立公司或受让股权，公司的股份虽然登记在夫或妻名下，但却是在婚姻关系存续期间所得，不能因在一方名下而否定其作为共同财产的性质。

## （二）夫妻公司涉及的交易安全问题

### 1. 家事代理权和表见代理制度对善意第三人的保护

夫妻一方处分共同财产，关系到第三人的利益和交易安全，也关系到共同共有人的利益。我国《婚姻法》在夫妻财产制度中较多关注夫妻财产的静态归属，却相对忽略了夫妻财产的动态规范，夫妻财产的占有、使用、收益和处分问题主要通过婚姻法司法解释来加以解决。为解决交易相对人与共有人的利益冲突，《婚姻法司法解释一》第十七条分别规定了夫妻间的事事代理权和非因日常生活需要处分夫妻共同财产的表见代理制度，意在保护善意第三人和交易安全，促进经济往来。

夫或妻处分夫妻共同财产，包括两种情形：

（1）因日常生活需要而处分夫妻共同财产。日常的食品采购、数额较小的共有财产处分等行为，对共有财产的变动影响不大，依据《婚姻法司法解释一》第十七条第（一）项的规定，夫或妻之间具有家事代理权，任何一方都有权代表另一方处分夫妻共同财产，其处分行为视为双方的意思表示。夫妻间的这种相互代理权是基于夫妻身份而产生的，不以明示为必要条件。

（2）非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理。这对共有财产而言是一种相对重大的处理决定，夫妻之间应当平等协商，取得一致意见，共同对外作出决定，未经一方同意，另一方无权作出处分，即非因日常生活需要处分夫妻共同财产，夫妻相互之间不具有代理权。然而，夫妻间代理权的限制很难为第三人知晓，对于信其有代理权且无过失的第三人的利益应如何保护，我国立法规定了表见代理制度。1988年颁布的《最高人民法院〈关于贯彻〈民法通则〉若干问题的意见〉第89条规定：“共同共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。”1999年实施的《合同法》第四十九条对表见代理制度作出了原则规定：“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。”《婚姻法司法解释一》第十七条第（二）项针对夫妻一方

非因日常生活需要处分共同财产的情况，作出了类似表见代理的制度设计，规定“他人有理由相信其为夫妻双方共同意思表示的，另一方不得以不同意或不知道为对抗善意第三人。”

对比国外有关立法，可以看到《美国统一婚姻财产法》有类似的制度设计，该法规定：“‘善意购买者’指财产的有偿购买者，该人为：在交易中无诈欺意图或无不法影响配偶他方或交易方利益的一方当事人；不知配偶一方的相反主张；在交易中以诚信行事。‘购买’指通过出售、租赁、折扣、谈判、抵押、质押、留置或其他自愿的财产处理行为而获得财产，但不包括赠与。善意购买人从对婚姻财产有管理、处分权的配偶一方获得婚姻财产的，对方配偶无任何请求权。”

关于表见代理的构成要件，学术界一直存在争论，主要分歧在于是否以被代理人的过错为必要条件。一种观点认为，被代理人对于无代理人取得代理权外观的事实，应具有可归责性；另一种观点认为，不应以被代理人过错为必要条件，只要存在使第三人有理由相信行为人有代理权的客观情况，即可成立表见代理。笔者认为，从法律条文和有关司法解释来看，《合同法》第四十九条对表见代理设置的构成要件较为宽泛，仅规定“相对人有理由相信行为人有代理权”，未对被代理人的过错作出要求；《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）》第十三条关于“被代理人依照合同法第四十九条的规定承担有效代理行为所产生的责任后，可以向无权代理人追偿因代理行为而遭受的损失”的规定，也未将被代理人过错引入表见代理制度。

2009年7月施行的《最高人民法院关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》（法发〔2009〕40号）第13条规定：“合同法第四十九条规定的表见代理制度不仅要求代理人的无权代理行为在客观上形成具有代理权的表象，而且要求相对人在主观上善意且无过失地相信行为人有代理权。合同相对人主张构成表见代理的，应当承担举证责任，不仅应当举证证明代理行为存在诸如合同书、公章、印鉴等有权代理的客观表象形式要素，而且应当证明其善意且无过失地相信行为人具有代理权。”该条指导意见同样未将被代理人过错作为表见代理的构成要件。因此，认定表见代理的构成，不应苛求被代理人有过错，其构成要件为：一是行为人无权代理却以被代理人的名义与相对人订立了合同。二是客观上须有使相对人相信无权代理行为人具有代理权的理由。三是相对人主观上是善意、无过失的。

## 2. 夫妻公司的法律人格与交易安全保护

相比一般的有限责任公司，夫妻公司的股东关系和内部治理具有特殊性，股东之间是夫妻关系，股东与董事往往两位一体，这为股东利用公司进行损害债权人与社会公共利益的活动提供了可能。例如：夫妻股东可能滥用公司法人人格，利用公司从事欺诈、非法交易、隐匿财产等行为以逃避债务，为自己谋取非法所得。基于有限责任原则，债权人和其他受害者又无法对股东的个人财产主张权利。

为此，在2006年《公司法》修订之前，司法实践对夫妻公司法律人格的认定存在两种做法：一是直接否定夫妻公司的法人人格，认定其为合伙企业或者个人独资企业，追究夫妻的连带责任，保证债权人充分受偿；二是认定夫妻公司为一人公司，根据修订前的公司法认定其为设立瑕疵，但不否定股东承担有限责任。前一种做法的理由是夫妻公司的公司财产权与股东股权混同；后一种做法承认夫妻公司的公司财产权与股东股权分离，但认为夫妻股东实际是同一投资主体，因为《公司法》修订前未承认除国有独资公司以外的一人公司的存在，故夫妻公司的存在属于设立瑕疵。

过去对夫妻公司法人人格予以否认的裁判思路旨在避免单一主体设立公司，其实质是认为公司财产与夫妻共同财产可能发生混同，导致单一主体设立有限责任公司，违反了修订前《公司法》设立有限责任公司的法律规定。实际上，上述观点没有认识到公司财产独立性的法律内涵：一是法人财产是独立的财产所有权，它并不等同于夫妻共同财产权。二是夫妻股东股权不等同于公司法人财产权。公司法人的投资者依法认缴投资之后，必须失去投资的所有权。投资者获得的是股权，而股权与公司法人财产所有权是性质不同的两种民事权利。

因此，以未作分割的夫妻共同财产出资并不损害公司财产的独立性，关键在于夫妻双方是否就出资达成合意，是否将出资财产的所有权转移给公司。2006年修订的《公司法》承认了除国有独资公司以外的一人有限责任公司的合法地位。以未分割的夫妻共同财产出资成立的夫妻公司，其股权的所有权实质是一个集合整体，故应认定为一一人公司。如果要否认夫妻公司的法律人格，必须依据《公司法》第二十条关于股东滥用权利的责任的规定妥善处理此类案件，不能随意否认法人人格。只有这样，才能使夫妻公司既发挥经营灵活、转向迅速的优点，又具有公司股东既承担有限责任、有利于吸引投资的特性，使它充分发挥繁荣社会主义市场经济秩序的作用。

## 剥开家暴的洋葱

2014年9月25日 海坛特哥 夏宁安



剥开家暴的洋葱

温州市中级人民法院 夏宁安

官 家暴是个涉及到社会学、心理学、犯罪学的复杂问题，研究家暴就像剥洋葱，剥开一层又一层。——鲍尔斯法官



图片作者：Michael lechner

“家暴不就是老公打老婆吗，这么简单的问题还能讲个四天？”这是多数学员在拿到中美提高涉及家庭暴力刑事案件审理技能培训日程表时的困惑，面对中国学员的困惑，拥有多年家暴培训工作经验的鲍尔斯法官在培训伊始就以题记中的洋葱妙喻开宗明义地阐明家暴这个寻常词汇背后的不寻常。如果单单一个比喻还不能完全解释学员们的疑惑，那么接下来的四天培训则足以完成对他们既有观念的颠覆——老公打老婆不一定是家庭暴力，家庭成员间的暴力分为控制型暴力、防卫型暴力、偶发性暴力，只有控制型暴力才是真正的家庭暴力；家暴案件审理也并不简单，不单涉及家庭暴力的界定、家暴证据的采信、受害人询问技巧等等家暴案件本身的问题，甚至还包括针对家暴案件经办法官自身的人文关怀——如何缓解法官的替代性创伤；培训也不单单是老师在上面讲，它还可以有小组讨论、视频观摩、角色扮演等丰富多样的形式……

诚然，因为中美之间司法制度鸿沟的存在，美国法官关于具体家暴案件审理技能的西方经验并非可以直接照搬至中国，但这些林林总总审判技能背后所蕴含的先进司法理念，却值得中国法官吸收借鉴，故这次培训最大的意义也许不在于技能传授，而在于观念洗礼，可以说，这次培训让与会的中国法官重新认识了什么是家庭暴力。

长久以来，中国的一些法官都存在一个认识误区，即认为家庭暴力就是夫妻间的磕磕绊绊，是是非难断的家庭内部纠纷，属于公权力无法也不应介入的家庭自治范畴。于是我们经常看见，在一些因为被告人对被害人长期殴打、虐待并构成犯罪的案件中，法官往往无视被告人的长期家暴背景，仅根据双方的夫妻关系即笼统认定为家庭内部纠纷，然后依据宽严相济的刑事政策对长期施暴的被告人予以从轻处罚；而在一些以暴制暴的涉家暴刑事案件中，对被告人辩解的被害人有长期家暴背景，法官也往往不予核查，就以“因为家庭琐事纠纷”而一笔带过，未对被害人的家暴过错进行具体认定。

这些对家庭暴力和家庭纠纷不加区分、均码处置的做法其实归根结底都源于对家庭暴力的认识误区，那么到底什么是家庭暴力呢？它是一个世俗的生活用语？还是一个严谨的学术概念？通过此次培训大家发现，其实家庭暴力是一个横跨社会学、心理学、法学的严谨学术概念，它特指发生在亲密关系中一方侵害或威胁要侵害另一方的身体、性、精神等方面的人身权利以达到控制另一方目的的行为模式。如果说偶发的家庭纠纷是情怨纠缠的日常摩擦，是猫狗打闹，是人民内部矛盾，则有周期性、控制型特征的家庭暴力则是血泪交织的残暴折磨，是狼羊之战，是阶级斗争，如果不将贬义的家庭暴力从中性的家庭纠纷概念中独立出来，则无疑会大大稀释、泛化家庭暴力的危害性，让罪恶找到了可以逍遥法外的庇护所。只有在严谨学术视角下对家庭暴力重新定义后，我们才能理解和认识一些家暴受害人的“反常”行为，比如在施暴人长期的控制型暴力下，类似于患有斯德哥尔摩症候群的人质，一些受害人并未表现出常人所预期的那样，采取报警、离婚或者离家出走等行为进行自救，而是“心甘情愿”地和施暴人继续一起生活，但从心理学意义上来说，受害人的该意思表示明显系基于心理受控下的不自由，她表面虽“心甘情愿”，其实内心是心“干”情“怨”。而在受害人因为心理受控而委曲求全地依附于施暴人时，整个家庭作为抽象的社会主体已经明显不具备自治能力，故此时公权力采用人身保护令、禁止令、刑罚等外力救济措施，非但不是对家庭意思自治的干预，反而是对家庭意思表示瑕疵的修正。

另外，在一些受害人因为遭受家庭暴力摧残多年，反抗无力、求助无门，最终走投无路以暴制暴将施暴人杀死

的案件中，受暴人更是有着迥异于常人的心理互动模式，她的绝望、无助以及由此导致的愤怒和残忍更需要接受专业的心理评估，需要专家证人对其特殊心理规律进行说明，因为“受虐妇女综合征”是一个严谨的专业学术概念，他和身体伤害、车辆构造一样，都是一个专业问题，需要有专门知识的人辅助法官进行判断。人身保护令也好，专家证人也好，所有的这些审理技能其实都是耕植于家暴理念之上的，一旦理念更新了，相应的技能自然水到渠成，但恰恰又是理念的定势最为顽固，更新非为朝夕之功。不过从学员在互动中的发言以及事后对培训效果的评估反馈来看，家暴理念已经春风化雨般润入多数学员的审判思维方式中，如果从理念传播的角度评判，这次培训无疑是成功的。

来自美国的鲍尔斯法官可能不知道，在中国，剥洋葱除了寓意着层层剥落外，还意味着剥落过程中伴随的泪流满面，本次培训中，无论是培训中展示的影视片段，还是现实的家暴案例，受暴人的不幸和无助一次次的震撼和拷问着法官的内心，剥开家暴的洋葱，我们不仅更进一步认识了家暴，也更深层次地发掘了自己内心的悲悯，那是作为一名刑事法官所必需的悲悯。



图片作者：Michael lechner

### 数字遗产可实现依法继承

2014年9月24日 法制日报 吕丽娜



CFP/张建辉



石景山区法院 吕丽娜

#### 新闻背景

美国特拉华州众议院近日通过《数字访问与数字账号委托访问法》，并经州长签署后生效。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。

#### 数字遗产属于可继承的财产

网络业已渗透到了人们生活的方方面面，网上购物、玩网络游戏、发微博、传照片等等已经成为人们生活中不可或缺的一部分，相应地便产生了账号、密码、文字、图片、虚拟货币、游戏装备等网络虚拟财产。网络虚拟财产使得人们越来越关注，自己百年后，这些遗留的数字财产该如何处置。

数字遗产是被继承人死亡时遗留的个人所有的网络权益和财产。2002年，联合国教科文组织制定《数字遗产保护草案》专门规定了对数字遗产的相关保护。但对于数字遗产是否可以继承则在各国司法实践中存在争议，争议焦点主要集中在数字遗产的法律属性上。

对于网络虚拟财产，有人认为其仅仅是电子数据，不是严格法律意义上的财产。以游戏装备为例，网络游戏中用户积累的武器装备只是网络服务器上的电磁记录，这种数据可能对某个游戏软件的运行发挥作用，一旦独立出来

就没有价值了。当然,大多数观点认为网络虚拟财产属于法律意义上的财物,应纳入法律的保护。

网络虚拟财产分为两种,一种是虚拟空间本身,即用户通过与网络服务商签订协议获得一定的网络虚拟空间,另一种是存在于网络上的虚拟财产,即用户在网络虚拟空间中通过实际劳动付出,创造出在这个空间内有价值的网络虚拟财产,如密码、照片、视频、文字等。网络虚拟财产在满足用户娱乐、学习的同时,其交易也非常普遍,如买卖游戏装备、QQ号等,由此可见,网络虚拟财产具备使用价值和价值,与现实世界中法律认可的财产利益并无本质区别,应属法律意义上的财产。自然人死亡后,其所拥有的网络虚拟财产可以作为遗产予以继承。

#### 数字遗产继承需解决现实障碍

数字遗产的继承从学理角度来看具备可行性,同时从互联网的发展而言具备必要性,但实践中,无论是技术障碍还是法律依据的缺乏均使得数字遗产的继承面临多重困难。因此,在立法明确数字遗产的继承前,应先行扫除这些障碍。

从技术角度而言,网络服务协议中的格式条款排除了继承人对数字遗产的继承权。用户在与网络服务商签订服务协议后,可以获得虚拟空间,但根据服务协议的格式条款,一定时间内未使用或服务期满后,某些即时通讯账号可能会被服务商收回,如QQ账号,某些电子邮箱账号也可能因为长时间未登录使用而被冻结。类似这些格式条款与网络虚拟财产的继承是矛盾的,因此继承人很难实现对数字遗产的继承,这就需要尽快修改网络服务商与用户之间的服务协议。

从法律依据角度而言,我国现行继承法仅规定了对实物财产的继承,未涉及网络虚拟财产的继承问题,这与立法之时互联网的发展程度是密切相关的,但遗漏的这一空白造成了司法实践中很难实现对网络虚拟财产的继承。关于网络虚拟财产的法律保护,我国台湾地区通过立法明确了虚拟账号及物品在现实生活中有一定价值,发生账号被盗事件等应以盗窃罪处理;韩国同样认为网络财物与银行账号中的钱财在性质上无本质区别;美国部分州也通过立法承认网络虚拟财产的价值。

纵观国外及部分地区的立法,可以发现,很少有法律明确回答自然人死亡后,其个人的网络生活痕迹究竟该如何处理。美国《数字访问与数字账号委托访问法》在这个问题上应当是第一次给出了较为完整的回答,这对我国法律在相关方面的完善具有借鉴意义。

#### 数字遗产继承服务开始出现

在立法明确规定数字遗产的继承问题之前,各式各样的数字遗产继承服务可以弥补数字遗产继承的空白。目前,为客户代理保管数字遗产的网站正在流行,这些网站提供数字遗产继承服务,让人们在生前把重要的数字遗产、想说的话提前准备好,在网站确认当事人去世之后发给指定的收件人。

国外很多网站均提供数字遗产继承服务,用户可以选择去世之后删除或保留账户。汶川大地震两周年纪念日那天,我国也出现了为用户在网上保管遗嘱、财物信息的网络遗嘱服务平台,可以在用户意外死亡后将其网络虚拟财产转交给事先设定的联系人。

不少用户质疑数字遗产继承服务的安全性,担心账号被黑客盗走,或者自己只是一段时间没有上网,而信箱内容却被发送到了指定继承人的信箱。运营商表示对此会建立专属数据传输安全通道,确保会员数据在网络传输中不被窃取,而且会员设置的密码通常为多重密码,这样即使黑客窃取数据,也只会显示乱码。另外,会员从最初注册到最终遗嘱传递给指定联系人的全过程都将接受公证部门监管,以确保该服务的合法性。

#### 延伸阅读

##### 数字遗产继承可能会涉嫌侵权

数字遗产继承会面临很多问题。在对数字遗产进行法定继承时,用户是否希望其拥有的网络虚拟财产被他人继承?是否希望里面包含的一些隐私信息被继承人看到?这些都有可能涉嫌侵犯被继承人的隐私。

同时由于网络社交媒体具有交互性,网络虚拟财产中还可能包含其他人的隐私,如果无限制地允许数字遗产得到继承,可能会侵犯他人的隐私。

数字遗产具备可继承性,但在对其立法保护时,需要解决上述问题,才能真正实现对网络虚拟财产权益的保护。

### 自然人出生标准宜采“生命体征说”

2014年9月24日 人民法院报 李惊涛 汪洋

#### 【案情】

2010年4月20日13时,肖某驾驶小型轿车与顾某驾驶的小型轿车发生碰撞,致顾某车内同乘人员张某(系孕妇)受伤。随即,张某被送到医院进行剖宫产手术,医院诊断为:“妊娠34周,因外伤后胎儿宫内窘迫、胎盘早剥。男婴出生时有心跳、没有呼吸,经吸痰方式救治,出生5分钟后死亡。根据医学APGAR评分标准,满分为10分,张某的婴儿被评分为2分,属于活体。”

出院后,张某及其丈夫以遭遇车祸导致“早产儿”死亡为由,提起了诉讼。

#### 【分歧】

本案的焦点问题是,张某所生的“早产儿”是否属于法定的自然人,是否享有民事权利能力。

一种意见认为,“早产儿”具有生命体征,属于医学上的“活体”,因而应认定其已出生并存活,在脱离母体后

即具有民事行为能力。

另一种意见认为，根据我国民法上通行的“独立呼吸说”，该“早产儿”因无“独立呼吸”而不能认定为民法意义上的“自然人”，从而不具备民事行为能力。

#### 【评析】

笔者同意第一种观点。

民法通则第九条规定，公民从出生时起至死亡时止，具有民事行为能力，依法享有民事权利，承担民事义务。据此规定，自然人的民事权利始于出生。然而，在“出生”标准这一问题上，出现了分歧。学界就婴儿出生的具体时间点存在着不同观点：“独立呼吸说”认为，胎儿全部脱离母体，且在分离之际有呼吸行为，为完成出生；“生命体征说”认为，胎儿产出有呼吸、心跳、脐带搏动及随意肌收缩四项生命体征之一，为完成出生。

笔者认为，对于出生标准的问题，“生命体征说”更有利于对自然人权利的保护。许多“重症新生儿”在脱离母体后，虽未独立呼吸，但按照医界普遍采用的对新生儿的评分方法，由于具有生命体征，仍属“活体”，因而仍有通过抢救存活的可能性。如果不承认这种“活体”具有生命权等权利，可能会导致医护人员怠于抢救的行为或者父母遗弃的行为无法受到法律追究。因此，确认脱离母体后具有一定生命体征的新生儿具有一定的民事行为能力，是与医学上“出生”的概念相吻合的，也符合当前民法学界对“胎儿法益”进行保护的普遍趋势。

我国没有将“独立呼吸说”作为出生标准在法律、司法解释中明确加以规定，在《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）》（以下简称《意见》）第一条中有如下规定：“公民的民事行为能力自出生时开始。出生的时间以户籍为准；没有户籍证明的，以医院出具的出生证明为准，没有医院证明的，参照其他有关证明认定。”本案中，法院在没有医院出生证明的情况下，采取了医院通行的新生儿阿普加评分法来确定婴儿出生后是否为自然人的标准，应当是符合《意见》精神的。因为医院的出院记录完整地记载了张某剖宫产的婴儿属于新生儿、5分钟后死亡，该出院记录应当理解为“其他有关证明认定”。

（作者单位：江苏省盐城市亭湖区人民法院）

### 精神赡养与物质赡养的关系

#### ——江苏徐州中院判决付龙梅诉王广柱等六子女赡养纠纷案

2014年9月25日 人民法院报 王道强

#### 裁判要旨

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法定义务，照顾老年人的特殊需要。赡养人未尽精神赡养义务，对以被赡养人到养老院居住加大了赡养人的支出为由拒绝支付增加部分赡养费的，不予支持。

#### 案情

原告付龙梅（时年79岁）与丈夫王继臣均系陈山村3组农民，王广柱等6名被告均系原告之子女。付龙梅与王继臣因家庭琐事产生矛盾，付龙梅不愿意继续在陈山村居住，由于与丈夫及儿女未达成一致意见，于2012年7月自行到夏桥托老院生活。

该托老院收费标准为每月650元，夏季和冬季3个月每月分别收取空调费50元和100元。2013年全年，付龙梅计欠夏桥托老院托老费8100元，另因看病等日常支出的需要，向夏桥托老院借支1600元。自2014年2月起，夏桥托老院每月上调托老费100元。

原告付龙梅提起诉讼，要求王广柱等6名被告偿还欠款9700元，自2014年1月起每月支付赡养费200元。

#### 裁判

江苏省徐州市贾汪区人民法院经审理认为，6名被告不希望付龙梅到托老院生活，应主动与付龙梅进行心灵上的沟通，分析问题的根源，尝试解决问题的办法。在付龙梅思想认识尚不能与老伴、子女达成一致的情况下，其选择到本区居住生活条件一般、收费标准偏低的夏桥托老院生活，根据其6名子女经济条件可以分担的实际情况，社会能够给予理解，法律应该予以支持，同时亦应该得到6名子女的尊重。因付龙梅所欠的托老费及借款计9700元，系付龙梅日常生活所必需，应作为6名子女支付赡养费的范围，予以偿还。遂判决6被告偿还欠款9700元，每月各支付赡养费200元。

判决后，6名被告不服，提起上诉。江苏省徐州市中级人民法院经审理后判决驳回上诉，维持原判。

#### 评析

据《中国老龄事业发展报告（2013）》蓝皮书指出，截至2012年底，我国老年人口数量达到1.94亿，比上年增加891万，占总人口的14.3%。面对中国老龄社会的到来，一个基本的道理就是：人人都会老，孝道既是对历史和昨天的维护，也是对明天的保障。

#### 1. 赡养人的赡养义务内容

老年人权益保障法第十四条规定：“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。”经济上供养是指物质和金钱上的供给，用以保障老年人的物质生活条件，基本满足老年人的日常生活需求。生活上照料是指对老年人的起居、饮食、睡眠、活动、安全、居住条件以及卫生条件、心理状况等诸多方面的策划、安排与照顾，使老年人的生活无现实上的障碍亦无后顾之忧。精神上慰藉是指与老年人进行

思想沟通和交流，听取老年人的心声，减轻老年人的思想负担和精神压力，让老年人感受到天伦之乐和生活踏实，保持老年人的愉悦心情，提高老年人的生活质量。

赡养人的赡养义务具有法律强制性，赡养人不得以放弃继承或其他理由拒绝履行赡养义务。

## 2. 赡养方式之间的关系

精神赡养既是满足被赡养人自尊的需要，亦是满足被赡养人对子女期待和亲情的需要。倘若赡养人精神赡养做得好，被赡养人心情愉悦，生活质量提高，则更有利于身心健康，可以相对地减少赡养人的经济支出，减轻生活上照料的负担。如若赡养人精神赡养做得不好或不尽精神赡养义务，赡养义务变得物质化或纯物质化，被赡养人得不到亲情的呵护，对子女的期望得不到应有的回馈和反应，感受不到应有的尊重和关爱，心灵得不到安慰，只能与孤独相伴、与寂寞为伍，长期处于身心不平衡状态，此种状态下若要保证赡养质量的整体水平，必然导致赡养人经济上支出的增加和生活上照料负担的加重。

本案两审判决均以情理交融的方式告诫赡养人，被赡养人入住托老院固然有其自身的原因，但赡养人精神赡养义务做得不够亦是赡养人入住托老院的重要原因之一。要维持被赡养人的生活质量，保持被赡养人的身心健康，适当增加赡养人的经济支出，法律是支持的，赡养人应予以理解和自觉履行。

## 3. 裁判的导向作用

赡养人的赡养义务具有道德性、传统性和法律强制性。精神赡养被写进了老年人权益保障法，具有了法律强制性，但精神赡养的强制执行无疑是摆在执法者面前的一道难以逾越的难题。

笔者认为，一方面，精神赡养作为法律强制性规定，其最大的功能是它的宣示和导向作用，该条款时时告诫赡养人，赡养老人是法定义务，精神赡养是法定赡养义务的重要内容，不履行精神赡养义务即是违法，不仅受到社会的否定评价，还要承担相应的法律责任；另一方面，对因不履行或怠于履行精神赡养义务造成赡养人经济支出增加或赡养人的生活照料负担加重的，人民法院应依法支持被赡养人的请求。支持的幅度可从三个方面进行考量：一是赡养人违反精神赡养的程度；二是赡养人的实际经济负担能力；三是被赡养人的要求是否超出了社会的普遍认知。判决的说理要有情有义，以教育感化及赡养人能够接受为原则，避免死板地套用法律。最佳的效果是促使赡养人在履行生效判决的同时能够进行思考和反省，从而达到自觉履行经济上供养、生活上照料和精神上慰藉三位一体的赡养义务。

本案案号：(2013)贾家民初字第710号，(2014)徐民终字第1422号

案例编写人：江苏省徐州市贾汪区人民法院 王道强

### 孙某诉北京市某律师事务所法律服务纠纷案

2014年9月18日 北京市第一中级人民法院网 白云

孙某诉北京市某律师事务所法律服务纠纷案

相关法条

1、《中华人民共和国合同法》第八条

2、《中华人民共和国律师法》第三十条

基本案情

孙某以其母经北京某律所见证订立的遗嘱，在继承诉讼中被法院认定无效，导致其未能依其母的遗嘱享有相应继承份额为由诉至法院，要求某律所赔偿其经济损失二十五万元。

某律所认为其事务所依据律师法及相关办案细则指派适格的律师尽职尽责的承办完成了委托事项，并没有违反合同约定的事项发生。孙某在继承诉讼中没有得到支持，系因为其没有合理使用诉权，且在一审判决后自行放弃上诉权利所致，与该所的见证行为无关，故不同意孙某的诉讼请求。

经审理查明：2010年3月20日，孙某之母李某（甲方）与某律所（乙方）签订《非诉讼委托代理协议》，约定：乙方接受甲方的委托，代理李某律师见证的相关事宜。乙方的代理权限为：为李某立遗嘱见证。后某律所指派其律师至李某所住医院为李某出具《见证书》及遗嘱，在该份遗嘱中写明：我（李某）自愿将北京市宣武区红线胡同33号房屋中我享有的全部份额中的50%，在我去世后由我的次女孙某继承，其他子女均不得对此份额主张任何权利且不得干涉。李某于2010年4月17日去世。后孙某之兄弟姐妹以孙某为被告向法院提起民事诉讼，要求继承京市宣武区红线胡同33号房屋，该次庭审中，孙某向法庭出示了李某2010年3月20日的遗嘱，北京市宣武区人民法院于2011年11月25日作出（2010）宣民初字第8039号民事判决书，该判决书中对于孙某提交的见证遗嘱写明：该份遗嘱存在以下瑕疵点：1、由两位执业律师签字并加盖北京市某律所公章确认的见证书中载明的李某订立医院的名称为北京市普祥肿瘤医院，这与被继承人李某住院治疗的医院名称北京市大兴区普祥中医肿瘤医院明显不一致，本院无法确认由律师进行见证订立遗嘱的李某是否为本案的被继承人李某；2、出庭的见证律师刘某不接受当事人的询问，另一位见证律师王某未出庭陈述事实并接受询问…3、立遗嘱人身份的核实确认系进行见证遗嘱的前提要件…两位执业律师仅凭提前打印的人口信息表如何确认李某的真实身份…见证律师如何确认李某的身体状况具有民事行为能力；4、见证律师称该遗嘱系在医院为李某制作谈话笔录后，回到律师所打印…但该份由执业律师打印的遗嘱存在诸多不严谨之处；综合以上见证遗嘱存在的瑕疵点，法院对此遗嘱效力不予确认，基于此，判决结果为：



北京市宣武区红线胡同 33 号房屋按照法定继承由案外人孙某博、孙某玲共有，孙某获得房屋补偿款。

庭审中，就孙某要求某律所赔偿 25 万元的依据，孙某认为：涉诉房屋评估价值为 180 万，如果某律所所出具的见证遗嘱有效，其可以获得母亲李某 50% 的份额，即可以获得 72 万元的房屋补偿，而其现只获得 47 万元的补偿，故差额 25 万元，是由于某律所错误造成，故某律所应予赔偿。现孙某坚持诉讼请求，某律所辩称理由不同意孙某的诉讼请求。

#### 审理结果

一审法院 2012 年 11 月 15 日作出民事判决：一、自本判决生效之日起十日内，北京市某律所赔偿孙某二十五万元。二、驳回孙某其他诉讼请求。判决后，北京市某律所向北京市第一中级人民法院提起上诉，北京市第一中级人民法院于 2013 年 4 月 20 日作出（2013）一中民终字第 1941 号民事判决：驳回上诉，维持原判。

#### 裁判理由

《中华人民共和国律师法》第三十条规定，律师担任诉讼法律事务代理人或者非诉讼法律事务代理人的，应当在受委托的权限内，维护委托人的合法权益。

委托律师做见证人，更多是出于律师是掌握法律知识、具有专业技能的法律从业人员，能以自己掌握的法律知识为立遗嘱人服务，使所立遗嘱符合法律要求的考虑。被上诉人孙某的母亲李某委托某律所为其立遗嘱见证，其目的显而易见，即通过律师提供的法律服务，使自己所立遗嘱具有法律效力，从而使孙某在其去世后能顺利继承其所有的北京市宣武区红线胡同 33 号房产份额的 50%。某律所作为专业法律服务机构，应当明知李某的合同目的，该所有义务为李某提供完善的法律服务，维护当事人的合法权益。李某与某律所签订的《非诉讼委托代理协议》中约定律师事务所的代理权限为：为李某立遗嘱见证，现某律所不能证明“为李某立遗嘱见证”只是对李某在遗嘱上签字、盖章行为的真实性进行见证，也不能证明该所已告知李某“为其立遗嘱见证”的含义是仅对其在遗嘱上签字的行为见证而非对遗嘱见证。原审法院作出某律所接受李某的委托制作遗嘱并出具见证书，应当对遗嘱效力负有直接责任的认定，并无不当，律师见证之所以不同于一般人的作证，就在于见证律师还担负着对见证事物是否符合法律规定存在审查义务。

孙某不能按照遗嘱继承李某遗产的原因在于某律所指派的律师在为李某制作遗嘱并出具见证书的过程中，未尽职责，致使李某所立遗嘱被生效判决认定为存在瑕疵，据此瑕疵，法院对李某所立遗嘱效力不予确认，按照法定继承原则平均分割遗产。某律所的行为存在过错，亦违反代理协议确定的义务。因此，该所应当对孙某的损失承担赔偿责任，赔偿范围应限于孙某因遗嘱效力未被法院确认而减少的份额。

孙某虽与某律所未有直接法律合同及委托代理关系，但孙某作为李某所立遗嘱的直接受益人，在其母亲李某去世后，其有权就其所受损害提起诉讼。

#### 裁判解析

律师见证是律师非诉讼法律业务的一种，常见于合同见证和遗嘱见证。对于律师见证制度，我国尚无明确的立法规定。司法部《关于基层法律服务所有限制地开展见证工作的通知》，仅可以作为律师办理见证业务的参考，从立法层次上讲，只有个别地方如上海、广东等地的规章对此有相应的规范调整。

依通说，律师见证是指律师应客户的申请，根据见证律师本人亲身所见，以律师事务所的名义依法对具体的法律事实或法律行为的真实性、合法性进行证明的法律行为。作为见证业务之一的遗嘱见证也同样如此。

律师见证应遵循自愿、真实、合法三大原则。首先，律师见证必须经当事人自愿申请、委托律师进行。其次，律师要审查被证明的法律事实和法律行为是否真实可靠，当事人提交的材料和介绍的情况是否足以证明是客观存在的，如资料不足，律师应进行必要的调查，掌握准确情况，以正确见证。其三、律师办理见证要审查当事人所发生的法律事实，法律行为内容是否违反国家法律、法规规定，以及是否属于国家强制要求以其他证明形式证明的事件，只有合法且属于非国家限制范围内均事项律师方能办理见证。司法部《关于基层法律服务所有限制地开展见证工作的通知》第 2 条也规定：法律工作者办理见证必须当场目睹或亲自调查核实，查明当事人的身份和行为能力，申请事项及所提供的证件材料是否真实、合法，并主动开展法律咨询、代书和审查修改合同等工作，帮助当事人完善其法律行为，然后方可以法律服务所的名义予以证明。

本案中，李某与某律所签订的《非诉讼委托代理协议》中注明的委托事项为：代理李某律师见证的相关事宜，代理权限为：为李某立遗嘱见证。因此，某律所是仅对李某在遗嘱上签字真实性进行见证，还是对李某立遗嘱的真实性、合法性见证是本案的争议焦点。依据上述相关理论及规范，律师接受委托人委托进行遗嘱见证服务时，应当审核委托人法律行为的合法性及真实性，实际上已经排除了仅对签名的真实性见证的可能性，律师还需要对所见证行为的合法性进行见证。从当事人的行为目的出发，律师与普通公民都有权利作遗嘱的见证人，之所以选择律师作为见证人是出于对其专业知识的信赖，律师能以自己掌握的法律知识为立遗嘱人服务，使所立遗嘱符合法律要求的考虑。被上诉人孙某的母亲李某委托某律所为其立遗嘱见证，其目的显而易见，即通过律师提供的法律服务，使自己所立遗嘱具有法律效力，从而使孙某在其去世后能顺利继承其所有的北京市宣武区红线胡同 33 号房产份额的 50%。某律所作为专业法律服务机构，应当明知李某的合同目的，该所有义务为李某提供完善的法律服务，维护当事人的合法权益。

当事人是否可以在合同中对律师在见证过程中应尽的义务进行约定？对律师见证的要求，已经超过了“见证”

的范围,“见证”两字已经不足以涵盖此项业务的要求,律师承受的风险较大,因此应当允许当事人优先在合同中约定只负担签名的真实性见证的义务。本案中某律所不能证明该所已告知李某“为其立遗嘱见证”的含义是仅对其在遗嘱上签字、盖章行为的真实性进行见证,而不包括对遗嘱的内容是否符合法律规定、是否具有法律效力见证。

现某律所指派的律师在为李某制作遗嘱并出具见证书的过程中,未尽职责,致使法院生效判决对李某所立遗嘱效力不予确认,该所违反了合同义务,应当对遗嘱受益人蒙受的损失予以赔偿。

### 一方父母部分出资给婚后子女购房的如何认定? | 燃灯者

2014年9月26日 燃灯者 《人民司法》2013年第13期 司法信箱

一方父母部分出资给婚后子女购房的如何认定?

婚后一方父母支付了房屋价款的一部分,其余款项由夫妻双方共同支付,房产证办理在出资一方子女名下,该房屋是否为夫妻共同财产及父母出资如何认定?本期燃灯者小编为您推送《人民司法》司法信箱关于此问题的问答。

编辑同志:

最高人民法院婚姻法司法解释(三)第7条规定:“婚后由一方父母出资为子女购买的不动产,产权登记在出资人名下的,可按照婚姻法第十八条第(三)项的规定,视为只对自己子女一方的赠与,该不动产应认定为夫妻一方的个人财产。”审判实践中对如何适用该条文存在较大分歧。这里的“一方父母出资”是指出全资买房还是部分出资?如果一方父母部分出资,夫妻共同还贷,离婚时应如何处理?

天津市西青区人民法院张潇

张潇同志:

从婚姻法司法解释(三)第7条规定的内容来看,我们仅从字面语法上简单理解,“婚后由一方父母出资为子女购买”是对后面“不动产”的修饰,是一个定语,它所强调的是不动产,赠与标的物是不动产而非出资。第7条并没有“婚后用夫妻共同财产还贷”或“婚后用夫妻共同财产部分出资”的用语。适用第7条的前提条件是:其一,一方父母全额出资且产权登记在出资人子女名下的;其二,购买不动产的目的是“为子女”,而非为父母本身。现实生活中,有的父母可能出于子女单位能够报销相关物业费、暖气费等原因,也有的考虑到将来可能发生的遗产税等问题,将父母自己出资购买的不动产登记在子女名下,实际上并无赠与子女的意思表示。父母挂子女之名购房,用子女的名义登记产权,但实际是父母本身的财产,没有赠与的真实意思。审判实践中,应区分“赠与”与“挂名”的实际情况,否则离婚时因挂名登记导致父母与子女之间争夺产权,极有可能损害父母的切身利益。

婚姻法司法解释(三)第7条把“产权登记”与“确定赠与一方”进行链接,使父母出资购房的真实意图之判断依据更加客观合理,即婚后由一方父母出资为子女购买不动产,产权登记在出资人子女名下,等于已经向社会公开了不动产的所有者只是自己的子女。这种情况下视为只对自己子女一方的赠与,有利于均衡保护婚姻双方及其父母的权益,也便于司法认定及统一裁量尺度。

实际生活中,父母出资为子女买房的情况复杂多样,司法解释的规定只是提供一个基本裁判规则,不太可能穷尽各种情况。

如果离婚时尚未取得不动产权属证书又缺乏明确赠与一方的证据,婚后父母为子女购房的出资应视为对夫妻双方的赠与。

如果一方父母出资,而房屋产权却登记在另一方名下,按照日常经验法则,除非当事人能够提供父母出资当时的书面约定或声明,证明出资父母明确表示向子女的配偶赠与,一般应认定为向夫妻双方的赠与;当然,如果婚后一方父母为子女出资购房,产权登记在夫妻双方名下的,该房屋应当认定为夫妻共同财产。

如果父母只是支付了房屋价款的一部分,其余款项由夫妻双方共同支付,则出资父母并不能取得房屋的所有权,也就无法决定将房屋赠与自己子女并将房屋登记在自己子女名下。父母部分出资时一般只能决定其出资份额赠与何方,在欠缺出资时而非离婚诉讼时确定赠与一方的有关证据情况下,按照婚姻法婚后所得赠与归夫妻双方共有的原则,将父母出资部分认定为向夫妻双方的赠与更加合理合法。

从债务承担方式的角度考虑,当事人婚后购房办理按揭贷款时,银行通常会要求夫妻双方到场签字,由夫妻双方连带承担银行的债务。既然债务由夫妻双方承担连带责任,根据权利义务相一致的原则,该不动产的产权也应由夫妻双方共同享有。

总之,婚后一方父母部分出资为子女购买不动产,夫妻双方支付其余款项,产权登记在出资人子女名下的,其不符合婚姻法司法解释(三)第7条规定的情形。对父母出资部分应按照婚姻法司法解释(二)第22条的规定处理,当事人另有约定的除外;在具体分割诉争不动产时,可对出资父母的子女一方予以适当多分。

本刊研究组

来源:《人民司法》2013年第13期 司法信箱

### 离婚后股票收益分割的范围及诉讼时效 ——《人民司法》2014年第18期

2014年9月25日 人民司法 丁英 家事法苑

【裁判要旨】离婚时双方未就夫妻关系存续期间购买的公司股票进行分割,离婚后一方持有股票并经过数次转化和投资,最终股票大幅增值,另一方发现并起诉分割股票收益的,基本原则是将股票的原始价值及产生的自然增

值、孳息认定为共同财产，这涉及分割节点的选择与自然增值、孳息、投资性收益等概念的辨析，并根据分割节点相应地调整财产范围。同时，若请求分割具有物权属性的共有物，则不适用诉讼时效制度。

□案号 一审：(2012)石民三初字第165号 二审：(2013)常民一终字第102号

### 【案情】

上诉人（原审原告）：吴桂林。

上诉人（原审被告）：鲁良山。

原、被告于1993年5月登记结婚，婚后均曾在安徽海螺集团有限责任公司（以下简称海螺集团）下属的宁国水泥厂工作，1999年9月原告调离该厂，被告则继续留在该厂工作。2000年4月和10月，被告分别出资1万元和5000元，先后申购海螺集团下属的荻港公司内部职工股1万股、池州公司内部职工股5000股。2001年11月19日原、被告协议离婚，双方仅对一套估价为11万元的住房进行了分割（约定归原告所有），未涉及其他财产。离婚后，被告对登记在其名下的内部职工股进行了两次转换，一次是在2006年7月将现金价值涨至438783元的内部职工股折算为持有海创公司（安徽海螺创业投资有限公司，其为海螺集团的关联公司）债权438783元，一次是在2009年8月将438783元的海创公司债权兑换成32991股“海螺水泥”流通股股票。2010年6月，安徽海螺水泥股份有限公司实施分红派息与资本公积金转赠活动，被告获得现金红利10392.2元与转赠股票32991股，持股数变为65982股。2010年7月，被告将股票托管给平安信托投资有限公司，平安信托根据海螺集团工会的指令在二级市场出售，被告共获得123.83万元的收益，被告又委托以18.99元的价格重新买入61000股“海螺水泥”股票（后于2010年12月全部出售）。2010年，原告以被告离婚时隐瞒了上述股票为由要求分割该批股票的处置价款，遭到拒绝后先后两次诉至法院（第一次因未预交诉讼费被裁定按撤诉处理，第二次起诉的受案时间为2012年5月）。

原告诉称：在婚姻关系存续期间，被告购买了海螺集团的内部职工股共15000股，全部登记在被告名下，但双方协议离婚时未对该共同财产进行分割处理，请求法院对被告的股票收益进行分割，从被告的收益（被告证券交易资金账户的累计转出额为255万余元）中分得人民币100万元。庭审中，原告明确表示对被告所得的现金红利不主张权利。

被告辩称：婚姻关系存续期间所购的原始股属于内部职工股，既不属于物权，也不应视为夫妻共同财产；2001年协议离婚时，原、被告已经对该批股票口头约定归被告所有，不存在故意隐瞒的情况；原告起诉已经超过诉讼时效，不应受到法律保护。

### 【审判】

湖南省石门县人民法院经审理认为，一、案中所涉的15000股内部职工股系原、被告在婚姻关系存续期间购买，无任何相反证据证明其属于被告的个人财产，应当认定为夫妻共同财产。被告虽然辩称双方登记离婚时口头商定将该笔财产分给自己，但未举出有力的证据证明，依照最高人民法院《关于适用婚姻法若干问题的解释（三）》（以下简称婚姻法解释（三））第18条规定，应当认定其为双方离婚时未处理的夫妻共同财产，可依法予以分割。二、分割的对象应当是15000股内部职工股的原始价值及其自然增值部分，也就是2006年7月股转债时的现金价值438783元。但原告要求分割438738元债权转为流通股后的增值收益，以及被告从证券交易账户累计转出的资金总额的主张，不应获得支持。被告再次将债权兑换为上市公司股票、用变现款重新投资所获的收益，与被告经营方式的转换、委托专业机构管理密切相关，已超出了夫妻共同财产自然增值的范围，不属于夫妻共同财产。三、夫妻共同财产包括双方共同的房产、存款、股票以及增值收益，被告的“内部职工股不属于物权，也不应视为夫妻共同财产”抗辩理由不能成立。由于婚姻法解释（三）对离婚后一方另行主张分割财产并没有适用诉讼时效的规定，应当认为原告的起诉未超过诉讼时效期间。

石门县法院判决：一、被告鲁良山向原告吴桂林支付其应得的内部职工股股票处置价款219391.50元（438783元×50%），限本判决生效后10日内履行完毕；二、驳回原告吴桂林的其他诉讼请求。

宣判后，原告吴桂林、被告鲁良山均不服一审判决，提起上诉。

湖南省常德市中级人民法院经审理认为，一审以股转债作为夫妻共同财产分割的时间节点并无不当，但对438783元的共同财产亦应计算法定孳息，自2006年7月计算至吴桂林发现未予分割之日（即2010年6月29日）止。此期间按照中国人民银行同期贷款利率计算的利息共计108597元，应当与15000股内部职工股原始价值及其增值收益438783元一起作为夫妻共同财产予以分割。故鲁良山应当支付吴桂林的财产分割款为273690元。

常德市中院判决：维持一审判决第二项；变更一审判决第一项为鲁良山于本判决生效后10日内向吴桂林返还财产分割款273690元。

### 【评析】

随着我国经济社会的飞速发展，财产类型不断增多，在认定夫妻共同财产的过程中出现了许多新问题，难以简单地依据法定财产制界定个人财产或共同财产，其中股票及其收益的分割历来是司法实践的难点。股票不同于一般的财产，其价值（格）具有波动性。本案由于请求分割的时间（离婚后9年）、请求分割的对象（婚内购买离婚后增值的股份的收益）较为特殊，具有较强的新颖性。

一、离婚后请求分割原内部职工股的处置价款是否属于夫妻共同财产

夫妻共同财产，是受婚姻法调整的在夫妻关系存续期间双方共同拥有的财产。夫妻共同财产的范围，应遵照婚

婚姻法第十七条、第十八条、第十九条的规定确定，总体来说，凡是夫妻双方没有明确约定的，都适用法定财产制，即在婚姻关系存续期间获得的任何财产，只要不能证明是夫或妻一方个人所有，都属于共同财产。本案由于分割时间、分割对象的特殊性，虽然也应当在婚姻法及相关司法解释的框架内进行处理，但裁判的过程考验法官的智慧，具有研讨意义。

### （一）适用于离婚后财产分割的基本原则

婚姻法解释（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。该条文从表面观察，并不适用于本案，因为本案争议的是夫妻共同财产在离婚后的分配。但笔者认为，该司法解释第5条所体现的财产认定原则具有共通性，即财产本身的性质不因婚姻关系的存废而改变：原属个人财产的，其财产及自然增值、孳息不因婚姻关系的缔结而转化为共同财产；原属共同财产的，其财产及自然增值、孳息也不应该因婚姻关系的解除而转化为个人财产；不论是个人财产还是共同财产，以其为基础在婚内产生的投资与经营收益，都应当作为共同财产；不论是个人财产还是共同财产，以其为基础在婚外产生的投资经营性收益，不应作为共同财产。

### （二）本案争议的共同财产是股份收益

本案争议的共同财产实际上是股份收益，而非股票本身。被告购买股票的时间为2000年4月和2000年10月，2001年11月原、被告协议离婚。一审法院查明，双方并没有财产分别所有制的约定。由于股票系双方婚姻关系存续期间所购买，无任何证据证明属于被告个人财产，因此股票及其处置价款应当认定为夫妻共同财产。由于原告仅请求从被告处分割股票收益，且本案所涉股票已于2010年12月全部出售，不再涉及复杂的股权分割。因此，最高人民法院《关于适用婚姻法若干问题的解释（二）》第15条、第16条关于离婚时夫妻一方持有公司股权之分割的规定，并不适用于本案。

### （三）确定共同财产范围的过程

根据上文的基本原则，可以初步确定，本案的内部职工股及其自然增值、孳息应属于夫妻共同财产，但由于原告明确表示对被告所得的现金红利不主张权利，即自动放弃了对部分孳息的权益；由于截至双方离婚时原职工股从未投入市场，没有投资收益的任何证据，视为不存在婚内投资收益；双方离婚后股票产生的投资经营性收益，应予以排除。共同财产的具体范围如何，还需结合案情来确定。

1. 透视股份的数次转化。被告在婚姻关系存续期间购买的内部职工股具有身份性，是限制流通的股票，但在2001年至2010年期间，原内部职工股已发生一系列的转化：

(1) 初次转化：内部职工股→关联公司债权。《定向募集股份有限公司内部职工持股管理规定》第二十二条规定，内部职工持有的股份在公司配售三年内不得转让，三年后也只能在内部职工之间转让。本案的15000股内部职工股在2006年前没有参与任何流通交易，可以剔除市场的因素，在2006年7月（双方离婚后第5年）被告将股票兑换成关联公司债权（股转债）时，才作出市场价格的认定现金价值涨至438783元。这是综合考虑企业经营状况与可得红利的结果，被告名下的股票开始市场化转型。

(2) 二次转化：关联公司债权→上市公司股票。股转债后的2009年8月，被告将债权兑换为上市公司股票，将438783元的海创公司债权兑换成32991股“海螺水泥”流通股股票（按发行价每股13.30元）。至此，被告名下的股票完成市场化的转型。

(3) 再次转化：上市公司股票的投资操作。二次转化之后被告在2010年获得现金红利、转赠股票，后又通过股票托管，出售股票变现、重新委托购买等等，属于新的投资行为，被告依靠个人经验与专业机构管理，在股市投资取得较好的业绩。

2. 选择分割的时间节点。在把握股份转化脉络的基础上，由于股票的特殊性，分割节点的选择直接影响共同财产范围的大小。一审法院以股转债作为节点，二审法院也认可该种划分。选择节点需要考虑财产共同关系的延展，夫妻间的人身共同关系固然解除于离婚时，但财产的共同关系可能在离婚后延展，无论是主观（未意识到分割的必要性）或客观的原因（不便于及时分割）。这种共同关系在承担夫妻债务时多有体现，在知识产权的收益分割也有体现（如保留一方诉权，待今后取得经济利益后再行分割）。以初次转化即股转债作为节点，优势是简便明晰，既容易确定原股份相对公允的价值，也不涉及进入市场之后证券市场的风险因素，以入市的起点作为共同财产关系的终点。本案中，股份的价值增幅大大超出预期，如果以原、被告离婚时（2001年11月）作为分割节点，仅以发行价格结合当时的企业经营状况确定股份收益，一方面存在实际操作的困难（与法院审理时已相距11年，并且“海螺水泥”的上市时间为2002年2月，若以2001年为节点欠缺市场参考价格），另一方面对原告来说也显失公平、无法合理地分享共同财产的增值利益。

3. 共同财产范围的具体化。被告名下15000股内部职工股的原始价值为15000元，以此为基础在10年的时间内原股份产生了大幅增值，对此需要：

(1) 区分自然增值与孳息。自然增值是财产所有人拥有的财产，因所有人以外的因素而出现了价值增长，所有人并未将财产投入价值再生产的过程，对增值未起到积极推动的作用。例如，商业中心地段的不动产因其稀缺性和不可替代性而大幅升值，但所有人并未对该种升值付出主观努力。本案中，内部职工股在近6年的时间里处于限制流通的状态，之所以升值，源自海螺集团与其下属企业良好的经营业绩、企业净资产在增长，原告或被告未施加任

何人为影响，其增值应属于自然增值；债转股之后，虽然被告并没有追加任何投资，但一直积极地管理与操作股票，明显体现了他个人的主观能动性，其获利则不属于自然增值。

孳息分为天然孳息与法定孳息，天然孳息是原物产生的果实或动物的出产物，法定孳息则因法律关系而得到收益，该法律关系既可因法律行为产生，也可因法律规定产生。通说认为，法定孳息的本质是取得他人财产用益权能的对价，以金钱借贷取得利息、出租不动产收取租金最为典型。有观点认为，婚姻法解释（三）中的孳息应作限缩解释，专指非投资性、非经营性的收益，投资、经营收益与孳息的不同之处在于其具有风险性、不确定性和主观性。<sup>①</sup>笔者赞同该观点。本案涉及的是法定孳息，一般认为股票孳息包括送股孳息、分红孳息和派息孳息，后两者主要以金钱形式存在。<sup>②</sup>本案中的分红、送股本来属于股票的法定孳息，原告即使自愿放弃现金分红，也应享有送股孳息，但由于送股的时间（2010年）位于股转债的时间节点之后，就不能进入共同财产的范围，原告对此无权主张。

（2）排除投资性收益。婚内的投资与经营收益属于夫妻共同财产，如果投资性收益产生于婚姻关系解除之后，则应当排除。就本案而言，婚外的投资性收益从初次转化股转债即开始，直至本案起诉，被告用股份变现款重新投资，产生新的获利，不能视为内部职工股的当然衍生收益。换句话说，限售性、人身依附性强的职工股已变更为可流通、高风险、高收益的股票，增值的原因力来自被告投资方式的调整以及投资机构的有效管理，共同财产关系的原因力已经中断，原告也从未对该等增值施加任何积极的影响。原告以证券账户的累计转出额为分割依据的主张，明显不能成立，因为流经证券账户的资金不等同于投资收益、更与自然增值或孳息无关。

至此，可以确定本案的共同财产范围为：内部职工股的原始价值及其自然增值。结合上文，此部分共同财产的市场价格为438783元，由于适用法定财产制，原告应得的份额即为219391.50元（438783元×50%）。

此外，值得商榷的是，二审法院以股转债时438783元的共同财产为基础计算法定孳息，按照人民银行同期贷款利率自2006年7月计息至原告发现未予分割之日止。对此，笔者持有不同意见：法定孳息的本质是取得他人财产用益权能的对价。由于股市的波动性，金融资产属于虚拟资产，虽然被告的股票最终取得良好业绩并成功变现，并通过法官事后的审查将2006年7月的股份价值锁定为438783元，但这毕竟是在股票处置后的认定，不宜溯及当时将股份作为普通的财产或资金，并以其为基础计算法定孳息。换句话说，股票始终是收益与风险并存的，既可能暴涨，也可能暴跌，股价之随时变化性与虚拟性，决定着它无法担负起用益的权能（用益即要求物具有稳定性），也就没有产生法定孳息的空间。

## 二、离婚后请求分割共同财产不适用诉讼时效制度

本案中被告辩称，原告的诉求（在离婚9年后才起诉）已经超过诉讼时效。法院在审理时也有意见认为，原告的起诉已经超过诉讼时效，不应受到法律保护。这就提出一个问题，离婚后请求分割共同财产的，是否适用、如何适用诉讼时效制度？

在法律与司法解释的层面，根据婚姻法第四十七条规定，离婚时一方隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产，离婚后另一方发现有上述行为的，可以向人民法院起诉请求再次分割。最高人民法院《关于适用婚姻法若干问题的解释（一）》（以下简称婚姻法解释（一））第31条对此作出回应，针对婚姻法第四十七条的情况，当事人请求再次分割夫妻共同财产的诉讼时效为两年，从当事人发现之次日起计算。婚姻法解释（三）第18条规定，确属离婚时未涉及的夫妻共同财产，一方起诉请求分割的，人民法院应当依法予以分割，但并未提及是否适用诉讼时效。

有观点认为，根据上述规定，离婚后再次分割夫妻共有财产的请求权应当适用诉讼时效。但是，婚姻法解释（一）关于诉讼时效规定的适用前提主要是夫妻一方侵占双方共有财产的情形，此行为已属于侵权行为，产生的是侵权法上的请求权而非分割请求权，该规定并非是对共有物分割请求权的限制。<sup>③</sup>由于共有人之间并不存在债权债务关系，分割请求权实际上是基于共有物而产生的消灭共有关系的权利，在性质上应属于基于物权的请求权。

具体到本案，从双方提交的证据来看，不能确定被告一方是否存在隐瞒财产的情况。如果被告确实存在隐瞒行为，则应按侵权行为适用诉讼时效制度，原告有权在发现之日起两年内请求分割（本案原告在两年内提起诉讼，未过时效）；如果被告不存在隐瞒行为，只是双方在离婚协议中未涉及此部分财产，鉴于婚姻法对此没有明确规定应当适用诉讼时效，婚姻法解释（三）亦未规定是否适用，应当理解为不适用，以保护当事人的合法权益。笔者认为，除存在婚姻法第四十七条明确列举的行为之外，无论是离婚时双方因疏忽而漏分共同财产，还是离婚时双方自愿约定在离婚后仍维持财产的共同状态，如果在离婚后请求分割财产的，都应视为行使共有物分割请求权，因具有物权请求权的属性而不受时效限制，否则就会损害某一方共有人的利益。

（作者单位：湖南省常德市中级人民法院）

<sup>①</sup>程律、吴晓芳：“一方个人财产婚后收益问题探析”，载《法律适用》2013年第12期。

<sup>②</sup>杨叶茂、石涛锋：“浅析股权孳息及其质权”，<http://hngyfy.hncourt.org/public/detail.php?id=3892>，访问于2014年1月8日上午10时。

<sup>③</sup>耿燕红：“共有物分割请求权不适用诉讼时效探究”，载《合作经济与科技》2011年第5期。

## 【法官说法】否认亲子关系诉讼的必要证据认定 ——四川阆中院判决廖某诉廖姓二子女婚姻家庭纠纷案

2014年9月24日 恩施州中级人民法院

### 裁判要旨

在涉及身份关系的亲子关系否认诉讼中，不对提出诉讼的一方科以较为严格的举证责任，证据只需要达到民事诉讼中的高度盖然性标准即可。

### 案情

原告廖某同董某于1996年5月17日登记结婚。2000年4月董某做葡萄胎手术后，医生告知其两年之内不能生育。同年5月廖某离家前往部队服役，7月董某在医院检查得知已受孕50多天。2001年2月董某生下一对双胞胎即廖大、廖二，廖某对廖大、廖二是否与自己存在血缘关系心存异议。2009年2月，廖某、董某协议离婚，并约定“非婚生的双胞胎养女廖大、廖二由女方抚养，女方自行承担孩子所需要的一切费用，男方有探望权”。廖某再婚后在办理子女生育手续时，被告知因其名下已有两个子女，不符合生育条件，相关机构未予办理生育手续，因此廖某诉至法院，请求否认与廖大、廖二存在亲子关系。

### 裁判

四川省阆中市人民法院经审理认为，虽然廖某已与董某离婚，但子女与父母之间的关系不因父母离婚而当然消除，故廖某有权提出否定亲子关系的诉讼。廖某就其“廖大、廖二非其亲生子女”的主张提交了同董某离婚时签订的离婚协议书加以证明，廖大、廖二的法定代理人虽辩称“当时为了达到离婚的目的而签订此协议”，却不同意廖某在诉讼中提出的“进行亲子鉴定”的申请，依照《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》，应由二被告承担举证不能的法律后果。据此判决原告廖某同被告廖大、廖二之间不具有亲子关系。

廖大、廖二及董某不服一审判决，提起上诉。四川省南充市中级人民法院经审理后判决驳回上诉，维持原判。

### 评析

本案主要涉及两个问题，一是离婚后一方提起否认亲子关系之诉，主体是否适格；二是离婚后一方拒不做亲子鉴定，另一方提供直接证据的，是否达到必要证据的要求

1. 子女出生时双方婚姻关系仍然成立，离婚后一方提起否认亲子关系之诉的，主体适格。

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(三)》(以下简称婚姻法解释(三))的条文来看，提起否认亲子关系之诉的主体为夫妻中的任何一方。法律意义上的夫妻是指，进行了结婚登记，取得了结婚证；一旦离婚，婚姻关系解除，便称不上夫妻。从此意义上来说，夫妻一方向人民法院起诉请求确认亲子关系不存在，只能是在夫妻关系存续期间提出，婚姻关系解除了，就不能提起亲子关系否认之诉。

本案中，原告直接以二子女为被告，董某为第三人提起诉讼。原告同董某已经离婚，看似并不满足婚姻法解释(三)“夫妻一方”的限定。但笔者认为，第一，子女同父母的关系并不因为父母离婚而消除；第二，婚姻法解释(三)相关法律条文更为强调的是亲子关系否认诉讼的子女须为父或母在婚姻关系存续期间所生。

亲子关系否认是引起父母同子女权利义务关系消灭的诉讼，生物学意义上的父或母的存在是提起否认亲子关系之诉的基础。我国婚姻法认可夫妻在婚姻关系存续期间所生的子女，当然具有生物学意义上的血亲关系，因此子女同父母的关系并不因离婚而消除。

一种法律关系的形成离不开主体、客体、内容三要素。提出亲子关系否认的主体，从婚姻法解释(三)第二条来看是夫或妻。此处的夫或妻，除强调提起诉讼的主体，也强调了另一方主体——否认的对象。此条文可以引申为否认的对象是婚生子女，这是因为从实践出发，非婚姻关系存续期间生育的子女在婚姻法中并不当然认可其具有法律意义上的血亲关系。也就是说夫或妻的用词并不仅强调婚姻关系的存在，还强调子女为婚姻关系存续期间所生。

综上，法院认可原告的主体资格，同时因否认亲子关系直接涉及父母与子女的关系，因此以二子女为被告，以董某为第三人均是适格主体。

2. 涉及身份关系的亲子关系否认诉讼，在坚持从严的同时，还应考虑证据是否达到民事诉讼中的高度盖然性标准。

亲子关系否认制度必须优先保护未成年人的利益，考虑到隐私权、家庭和睦等问题，法律规定了双方自愿，即在一方不同意的情况下，亲子鉴定程序难以启动。而在亲子关系纠纷中最为重要、最具有证明力的亲子关系鉴定，因一方拒绝配合而难以提供。不仅如此，还要科以对方提供必要证据的义务，这无疑加重了对提出否认亲子关系一方的举证责任。

本案原、被告是否具有亲子关系，还得看是否达到必要证据的要求。笔者认为，“必要”的认定不应有过多的限制，可从以下几个方面把握：第一，提起否认之诉一方穷尽举证手段，并已达到举证不能的程度。第二，提起诉讼的一方提供的证据已形成证据链条，达到高度盖然性证明标准，这也要求在亲子关系案件中，孤证并不能达到亲子关系的证明标准。第三，自认排除，《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第八条第一款明确规定了证据中的自认原则，但涉及身份关系的案件并不在此列。因此，需要相应证据予以佐证。第四，法官在审查证据后能形成自由心证，即使在缺少亲子关系鉴定的情形下，也认可在原、被告之间不存在亲子关系。

为了达到亲子关系否认的证明目的，以及“必要”条件所蕴含的逻辑关系，在审查证据时，应从待证的不具有亲子关系的“事实”推出证据成立，并不一定要求从证据能推出待证事实。即婚姻法解释(三)第二条所要求的“必要证据”并非一定要达到能够完全证明事实的目的，或者在审理中对提出否认之诉的一方进行严格的证据审查。

本案中，在董某拒不同意做亲子关系鉴定的情况下，廖某提供的证据形成了证据锁链，能达到高度盖然性证明标准。因此，法院认定廖某的举证已达到必要证据的要求，根据婚姻法解释（三）的规定，判决原告同被告之间不具有亲子关系。

需要特别指出的是，婚姻法解释（三）第二条规定了请求确认亲子关系的诉讼，但现有的《民事诉讼案由规定》却没有相应案由，这为各级人民法院精准地确定立案案由带来了难度，故笔者在本案例编写时采用了婚姻家庭纠纷案由，建议最高人民法院在婚姻家庭纠纷案由中增加第三级民事案由，即确认亲子关系纠纷、否认亲子关系纠纷的案由。

本案案号：(2013)闽民初字第01983号，(2014)南中法民终字第780号

案例编写人：四川省阆中市人民法院 赵英颖

### 法官论坛 105：离婚协议中财产赠予子女条款是否可由一方撤销

2014年9月28日 审判研究 赵春秀

#### 案情

被告张某和被告徐某原系夫妻关系，2012年6月11日经法院主持调解二被告自愿离婚，并约定将二被告夫妻存续期间共有财产即某房屋一处（包括车库及装修）赠与双方的孩子原告徐某甲。后原告要求二被告履行赠与协议，二被告拒不履行，故诉至法院，请求依法判令二被告协助原告办理涉案房屋产权过户手续。被告张某辩称：我同意协助原告办理。被告徐某辩称：除涉案房屋外，我别无其他住房，故不同意办理涉案房屋产权过户手续。

#### 审判

法院认为：二被告的赠与行为属真实意思表示，不违反相关法律规定，符合赠与合同的法律特征。该赠与行为亦系二被告人共同约定，共同赠与人之一单方反悔不具有撤销效力。赠与合同未被撤销，赠与人便有义务协助受赠人办理产权变更登记手续，该义务属于赠与合同的附属内容。据此判决：二被告协助原告办理涉案房屋产权变更登记手续。

#### 评析

该案涉及的法律问题是，夫妻离婚协议约定房产归子女在办理过户前一方能否反悔及应否协助办理过户手续。这需要从以下几个方面进行分析。

#### 一、离婚协议中财产赠与子女条款的性质

离婚协议中财产赠与子女条款，实质是离婚过程中的财产分割协议，并非普通的赠与合同，是夫妻双方在自愿平等协商的基础上作出的关于财产分割的意思表示，在某种程度上，是夫妻能否解除婚姻关系的一个条件因素，具有身份性质。该意思表示经过法定程序即夫妻双方签字、受赠人表示接受后即发生法律效力。对作为赠与人的离婚双方和受赠人均具有约束力。该协议实质包含两个法律关系，其一是婚姻解除法律关系，其二是共同赠与合同法律关系。这两个法律关系相互联系，相互影响，不能孤立对待和处理。

#### 二、对离婚协议中财产赠与子女协议单方反悔的处理

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。最高人民法院关于适用《婚姻法》若干问题的解释（二）第8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。第9条规定，男女双方协议离婚后一年内就财产分割问题反悔，请求变更或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。

由此可见，离婚双方中的一方对赠与条款反悔，并不自然生效，需经过必要的法律程序予以撤销，撤销又有严格的限制，即必须存在订立财产分割协议时存在欺诈或胁迫等情形，否则不符合撤销条件。因此，一方反悔非经法律程序不能产生撤销效力。虽然合同法第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。但离婚协议中财产赠与子女协议，是夫妻双方对共同财产共同处分的意思表示，也必须经双方共同协商才能共同撤销，即处分权是共同的，撤销权也应是共同的，前者是积极处分，后者是反向处分，本质上都是处分，必须共同行使，单方意愿并不能形成撤销赠与的共同意思表示，故不发生法律效力。

#### 三、赠与人是否负有协助办理房产过户手续义务

离婚协议中财产赠与子女条款，赠与人与受赠人之间系赠与合同法律关系，应受合同法约束。合同法第187条规定，赠与的财产依法需要办理登记等手续的，应当办理有关手续。房产系不动产，只有办理登记才能发生物权转移的效力，才能完成赠与过程。所以对房产的处分，即使不对过户作出约定，过户也应包含在合同履行义务中。

### 法官论坛 104：民事诉讼中单位证明的证据效力分析

2014年9月28日 审判研究 蔡保瑞 徐旭

#### 一、民事诉讼中单位证明的证据概况分析

在基层法院审理的案件中，离婚案件、交通事故等侵害人格权案件占案件总量的绝大部分，笔者从这几类案件着手，查阅部分案件并作了分析汇总。

1. 离婚案件占基层法院受理民事诉讼案件的比例较高，该类案件中采用单位证明的情况较有典型性。单位证

明主要用来证明当事人身份、登记结婚情况、婚姻及子女抚养现状以及家庭财产状况等，在一方下落不明另一方起诉离婚的案件中，必然有一份甚至多达五六份单位证明用以证明各项待证事实。双方到庭的案件中，出现单位证明主要是各自陈述主张理由不一致甚至相反，而街坊邻居、亲戚朋友又不愿意出庭证实婚姻问题，这就使单位证明成为必然。当下，农村村民委员等单位出具证明已经成为为本组成员提供服务的重要内容。其中，证明婚姻现状的单位证明均表现为书面证言形式，因为证明并不是随案情发生而做成。在采信率方面也是比较高的，除了撤诉案件外，单位证明均得到了完全的采用；即便是撤诉案件，其有关证明身份的证明也得到了采用。仅仅是有关证明案件实体争议事实的单位证明类证据材料因当事人放弃请求或法院驳回其请求，因而裁判未作评判、采纳。

2. 道路交通事故损害赔偿案件中有单位证明的情形比较突出，公安机关和医疗机构出具的占绝大多数。一般来说，肇事方对具体受伤不会否认，这就使事发时有公安交警大队的调查和勘验即可，伤情与医疗费之间的因果关系就需要医疗机构来证明，而当事人家庭状况及肇事方赔偿能力，居、村委会比较了解，故出具书面证言的情况稍多。

3. 一般人身损害赔偿案件占基层法院受理民事诉讼案件的一成甚至更多。当事人斗殴、打架一般是由相关的基层单位先行处理。单位证明主要证明当事人身份、受伤情况、以及各方经济能力和处理纠纷过程等等。农村发生争夺田边地角、宅基地以及小孩甚至家禽引发伤害或互相伤害纠纷，主要是农村基层组成人员在第一现场或者第一时间了解案情，他们的证明最有说服力。在左邻右舍不愿意出庭作证的情形下，单位证明就成为必然。当下，农村村民委员会等单位出具证明已经成为为本组织成员服务的重要内容。其中，证明受伤及纠纷处理和各方具体情况单位证明均表现为书面证言形式，因为证明并不是随事情产生而做成。

单位证明能否作为诉讼证据使用在理论上较大的分歧。肯定论认为，单位具有证人资格，由单位出具证言或由代表单位的个人出庭作证很有必要，符合司法实践需求。肯定论认为，民事诉讼法第七十二条规定：凡是知道案件情况的单位和个人，都有义务出庭作证，有关单位的负责人应当支持证人作证。这是以立法形式明确赋予了单位的证人资格。否定论者认为单位不是证人，单位证明不具有法律效力，因为单位无法感知案情也无法出庭作证，更无法承担伪证的法律后果。国外并无单位证明的做法以及国外学者对单位证人的否定，也给否定论者提供了充分的佐证。此外，还有一种务实的、有限制的单位证人资格肯定论。这种观点认为，单位在有限的范围内可能构成提供证言的主体。

目前单位证明在诉讼实务中大量存在已为不争的事实，特别是基层法院审理传统民事案件单位证明材料大量被当事人作为证据材料提交法庭，作为证明案件事实的依据。然而，单位证明材料究竟归属于证据种类中的哪一类，证明效力如何等相关问题困扰着理论界和审判实践中。对该问题的正确梳理将直接影响着对案件事实的认定和裁判的公正。

## 二、单位证明作为证据广泛存在的分析

单位证明在司法审判实务中的应用非常广泛，我们有必要去探究一下这一现象出现的原因，这一分析有助于理解单位证明现实存在的客观性和必然性。

### 1. 单位证明的社会基础分析

笔者在基层法院工作实践中发现，单位作为我们每个人的工作场所，在我国的重要性非常之大。我们长期所实行的人事管理制度和严格的人员流动管理制度，无论是工人、干部、教师还是农民，都是依附于某个单位或集体的，每个人与单位都或多或少地存在着联系。单位组织不仅有职业方面的专业功能，而且具有经济、政治、社会等多方面的功能，或多或少的起着社会管理作用，对每个个体影响之大超出想象。出于对单位的这种现实依赖感和信任感，在司法实践中，加盖了单位印章的情况说明或其他证明材料与个人出具的证人证言相比，当事人及其普通公民对单位出具的证明相对来说更为认同。

### 2. 单位证明的证据法分析

所谓单位证明，是指以单位名义出具并加盖单位公章的、能够证明案件真实情况的书面材料。

作为民事诉讼证据必须具备传统上的三项本质特征，即客观性、关联性和合法性，这是传统民事诉讼法上民事证据的必要且充分条件。若依最高法院民事诉讼证据若干规定，亦可概括出客观性、关联性和证据形式、证据来源的合法性三项特征。判断单位证明能否作为证据，亦当以上述三项特征为具体标准。

首先，从证据的客观性看，单位证明虽然是以文字材料的形式存在，但其真正的诉讼价值在于文字所表达的内容，即对案件真实情况的忠实反映，其内容必须是真实可靠的，而不能虚构杜撰或人为加工。单位证明由于是以单位的名已出具，往往能够真实某一特定事实的真相，真实性较有保障。尤其是在案发前已经形成的公文材料，对案件有关情况的记录，不受提供或收集主体对案件事后态度的影响，具有明显的既定性、客观性和不可逆性，可信度更高。其次，从证据的关联性看，单位证明所反映的事实，要成为某一特定事实的证据，必然与事实之间存在客观联系，并对案件事实具有证明作用。再次，从证据的合法性看，单位证明必须具备来源、形式与收集程序合法的条件下。

笔者认为依法收集的与案件事实有关联的单位证明材料是一种证据，具有法律上的证据资格，能作为证据使用。而且就证据来讲，这样定义更为妥当。

### 3. 单位证明的出具具有随意性、便捷性



单位证明的出具具有极强的随意性。由于大家对单位证明具有较强的信赖感，当某个人需要去证实某项事实时，很自然地都会想到找一个相关联的单位，让单位出具一个证明。这个单位如果与自己非常熟悉的话，这个证明自然很快就能出具。即便是不熟悉的单位，也可以通过寻找熟人解决，中国社会自古就是一个人情社会。加之，有些单位负责人的法律意识不强，对单位出具证明的法律效果认识不足。所以，单位证明出具的随意性和便捷性导致了其作为证据材料获得的非常容易，这也导致了社会生活中单位证明的大量存在。

### 三、单位证明材料的证据资格分析

单位出具的证明材料在诉讼中是否具备证据资格及其证据种类的归属，理论和实务上争论不休。笔者认为，应区分不同证明材料的形式、争讼的性质具体分析单位证明材料的适格性及证据种类。

所谓证据的适格性，亦即证据资格，“乃指得利用为严格的证明资料之法律上适格之义”，是指事实材料成为诉讼中的证据所必须具备的条件，及法律对事实材料成为诉讼中证据在资格上的限制。本文着眼于证据资格（证据能力），是因为证据能力系依法律加以形式的限制，不许法院之自由判断；而证据的证明力是由法官自由心证为判断；且证据能力是证据证明力的前提条件，“如其证据，并无为证据之能力，既无为证据之资格，自不生证明力问题。”

证据适格性是基于法律的许容性和限制性而产生，如果仅拘泥于法律规定对单位证明材料作实然性研究，则只能陷入长期的争论。法律是否应当承认某种形式的事实材料以证据资格，关系到法律实体和程序的安排。笔者认为，拨去单位证明材料单位的外衣，具体分析不同形式材料的属性，并不存在区别于一般物证和人证的其他证据形式。

#### 1. 单位证明材料的内涵和外延

所谓单位证明材料，是指单位以其名义向司法机关（人民法院）出具并加盖公章、用以证明案件待证事实的书面材料。主要的特征有：主体是单位或以单位的名义，至于何谓“单位”，在法律上并无统一的解释，致使“单位”一词的外延和内涵并没有确切范畴，因此，它甚至不能作为法律上的一种标准概念；它是一种书面材料，内容与案件有表征上的关联性；该材料是在诉讼过程中向司法机关出具的，目的是证明相应的案件事实。

#### 2. 单位作证问题的争论

民事诉讼法第72条规定，凡是知道案件情况的单位和个人都有义务出庭作证。不能正确表达意志的人，不能作证。我国民事证据法认为单位具有同一般自然人一样的作证资格，这在各国证据法中应当说是独有的。单位作证问题的争论也由此而展开，主要集中在两个焦点上，一是单位能否作证，二是单位作证的证据种类。

##### (1) 单位能否作证的肯定说与否定说

肯定说认为，法律如民事诉讼法第72条、刑事诉讼法第42条已经明确规定了单位作证的证据资格，认为单位证明具备证据的客观性、关联性和合法性，因此“依法收集的与案件有关联性的单位证明材料是一种证据，具有法律效力的，能作为证据使用”。并且，以单位的名义出具，“真实性较为保障”，“可采信程度更高”，认为“单位不能作证”的传统主张，正是“否认了单位的刑事法律人格，无视单位证明对案件事实固有的证明力司法实践对单位证实案情的客观需要”，实践中也需要大量的证明如工商机关的歇业证明、银行机构的资金流动证明、用人单位所属职员的证明等，都需要单位出具证明材料。针对单位不是自然人不能作为证人的观点，还有论者认为，需单位作证的事实不是一般事实，而是“与单位职能相关的事实”，自然人的感知行为是职务行为，“自然人的感知如不转化为单位的集体性意志，其感知的可信度是极低的，这种感知，需要单位审查认可。”

否定说认为单位具有证人的适格性是不科学的，不符合证人的本质要求，“在我国，它不过是作为扩大证据资源的一种不尽理想的变通方式”。主要理由有：（1）证人能力属于人身权的一种，单位不能享有，不能作为证人；（2）证人以感知的事实作证，单位并无感知能力；（3）证人应当接受询问，单位无法接受；（4）行政诉讼法和刑事诉讼法都没有直接规定单位作为证人；（5）单位不能作为伪证罪的主体，也不能享有证人的权利和承担证人的义务。特别有论者提出随着质证制度的改革和交叉询问规则的推行，“如果赋予单位以作证资格，相关的改革恐怕难以实现。”

“单位证人”现象在证据理论和实践的研究和争论有着深厚的背景，其中“否定说”占有一定的优势。“肯定说”强调对客观真实的追求，认为“证明案件真实情况的一切事实，都是证据”，是适应司法实践对单位证明的客观需要。

##### (2) 单位证明材料证据形式的书证说和证人证言说

肯定说中对于单位证明材料属于何种证据种类也有不一致的意见。书证说”认为以单位名义出具的，并加盖单位公章的证明材料是一种书证，是一种公文性书证。证人证言说认为既然法律赋予了单位以证人资格，其提供的书面材料应当是“单位证人”的证言。还有折衷说认为单位提供证明材料多样，因情况不同而分为书证、证人证言、被告人供述和被害人陈述等。

#### 3. 单位证明材料的证据能力辨析

证据材料是否具有证据资格（证据能力），取决于证据法关于证据许容性与限制（禁止）性的规定，只有符合法律规定、具备法定证据种类的证据材料才能经过质证、认证等程序采纳为证据，才发生证明力的问题，这就是证据资格的合法性要件，亦即证据的法律属性。法律对证据能力的许容性与限制性是建立在证据本身特性的基础上，证据材料是否具备关联性和客观性是证据的前提条件，亦即证据的自然属性。因此，诉讼证据是证据的自然属性和法律属性的结合，必须同时具备证据的关联性、客观性和合法性，而自然属性是法律赋予证据资格的应有之义。“肯定

说”过分关注司法实践对单位证明的客观需要，强调法律（证据立法）的创造功能，正是无视证据基本属性的结果。笔者认为，只有在对单位证明材料的“三性”全面辨析的基础上，才可揭开“单位”神秘的面纱。

#### (1) 单位不具备证人资格

证人资格是由以下特征决定的：首先，证人应当是了解案件事实的自然人，只有自然人才能凭借感官感知案件事实；其次，证人须具备一定的语言表达能力，以便真实、清晰地表达自己所感知的案件事实，并接受法庭询问；再次，证人应当承担伪证的法律后果。因此，在两大法系各国看来，只有自然人才能充当证人，证人能力的自然属性，包括感知能力、记忆能力和陈述能力，具有不可替代性。

从证据的“三性”看，单位也没有证人的适格性。单位证明材料表征上好像具备证据的关联性、客观性和合法性，其实不然。所谓关联性是指证据材料必须同案件事实存在某种联系，这种联系产生于案件的客观内在的事实，证人是案件本身决定的，证人提供的证言是陈述自己通过耳闻目睹所了解的案件事实。单位证明材料的内容与案件事实认定之间的联系缺乏内在的客观性，这种客观性“是指它形成时的状态而言，而这种状态是经得起双方当事人质证的”。因此，单位证明材料并非“单位证人”的证言，也没有合法的渠道通过质证、认证的关口。

#### (2) 单位不具备提供书证的“单位”身份性

单位提供的证明材料一部分符合书证的特征，因此有论者认为书证是单位作证能力的表现，而且因为有单位公章的证明材料是公文性书证，是单位的职务行为。笔者对此观点颇有不同意见，单位本身并无作证能力，作为书证的部分证明材料是独立于单位的属性而存在的。

首先，大部分证明材料是不具备书证的条件的，不具备证据资格。不是所有的文字材料都是书证，实践中大量的证明材料如“事件经过的说明”、“类似行为证明”等都是单位事后制作的，不符合书证的客观性要件。所谓书证的客观性是指书证是形成于纠纷发生之前或纠纷发生过程中的文字材料，无论纠纷发生与否，它都客观存在。单位事后创造的书证根本就不是书证，无法经受考验。

再者，部分符合书证条件的证明材料是由单位持有和提供的，但其所以为证据与单位本身的属性无关。“证据是来源于案件发生之前或发生过程中遗留下来的物体或痕迹”，书证作为实物证据基于其本身的案件关联性和客观性，由谁持有和提供与书证的证据能力毫无关系。书证客观地记载纠纷发生之前和纠纷发生过程中的权利义务关系，并不反映单位的作证能力。

综上，单位并没有作证能力，单位证明材料的证据资格及证据种类是由该材料自身的条件决定的，正是对单位提供证据的真实性和保障性的畸形重视导致了对单位作证资格的误解。

#### 四、单位证明材料证据种类的归属

根据单位证明内容来源，可以分为两类：

一类是依据本单位所保有的书证、物证、视听资料等原始证据而出具的证明。这类证明的基础来源是书证等其他原始证据，其性质则是通过转述方式生成的传来证据。单位对所出具的证明与原始证据的一致性负责。此类证据的真实性是能够得到验证的。对此类证据的效力认定仍应区别对待：对于国家机关依单位职权出具的证明，如婚姻登记机关出具的无婚姻登记记录证明等，法院可推定其具有证据效力，当事人可举证予以推翻；对于其他单位证明，如用人单位出具的工资证明等，法院可按照一定的程序确认其效力：或者对方当事人认可，或者核对其与原始证据的一致性。

另一类是依据单位有关人员的看法、观点、回忆等所出具的证明，如职工表现证明、有关情况说明等。此类证明虽然以单位名义作出，但实际上是知道案件事实的人对案件事实的一种主观表达。将此类证据又可分两种情况：一种是证明中没有写明其内容来源于何人，仅以单位的名义作出。此类证据一般没有证据效力。因为单位不能亲身感知案件事实，故单位不能作为证人；真正的证人隐在单位证明背后，既不披露真实身份更不出庭作证，当事人无法质证，法院对证明内容的真实性也无从认定。另一类证据是署上个人姓名，或者表明证明内容为何人的意思，此类单位证明则为加盖公章的书面证人证言，应依照证人证言的审查程序进行审查。

### 法官观点摘登 | 马强：借名购房案件所涉问题之研究——以法院裁判的案件为中心

2014年9月28日 家事法苑 马强

#### 借名购房案件所涉问题之研究

##### 一以法院裁判的案件为中心

马强

【摘要】借名购房合同涉及出名人、借名人和房地产开发商三方关系，属于无名合同。对借名购房合同纠纷，应当按照无名合同的有关规定处理。对于借名购房合同纠纷，要区分房屋的性质而分别处理。对于借名购买政策性保障住房的，因违反了社会公共利益，借名购房合同应当认定为无效，借名人主张确认房屋归其所有或者依据双方之间的约定要求登记人办理房屋所有权转移登记的，不予支持。出名人主张返还房屋的，在房屋增值分配问题没有解决之前，不宜判决互相返还财物，而应维持现状。对于购买商品房的，由于“借名购房”行为实际上是为了规避限购政策或信贷政策，只涉及合同双方当事人的利益，不影响社会公共利益，对此类合同应当认定为有效。至于约定能否履行，必须遵循《合同法》第110条关于合同客观上是否具备履行条件的规定，若借名人尚不具备购房资格，

则不得支持其相关诉讼请求。

【关键词】借名购房；合同案件；法院裁判

【作者简介】马强，北京市第三中级人民法院副院长，法学博士，管理学博士后，研究员，教育部重点科研基地中国人民大学民商事法律科学研究中心兼职研究人员（北京 100012）

【原文出处】《政治与法律》（沪），2014. 7. 12~22

复印报刊资料《民商法学》2014年第9期第59页~第69页

一、借名购买经济适用房案件类型化研究

（一）返还原物之诉

（二）所有权确认之诉

（三）买卖合同无效之诉

二、借名购买商品房的案件类型化研究

（一）为规避限购政策借名购买商品房的案件

（二）为规避信贷政策借名购买商品房的案件

（三）因亲属关系借名购买商品房的案件

三、对借名购房案件判决结果的评述

（一）对借名购房合同性质的分析

（二）关于借名购买经济适用房合同无效的依据

（三）对为规避限购政策、信贷政策和基于亲属关系而借名购房合同效力的评述

四、简短的结论

借名购房合同案件的处理，关键在于借名合同的认定标准，对于借名合同的认定，应区分有无书面约定：有书面约定的从书面约定，无书面约定的可依据查明的事实进行推定。推定时，应当重点考虑房屋的出资情况、占有使用情况、购房票据及房屋权属证书的持有情况、借名购房有无合理解释等。通常情况下，同时符合以上要求的，可以认定双方之间存在“借名买房”约定。

在借名购房约定存在的前提下，要区分房屋的性质而分别处理。

第一，对于购买政策性保障住房的，包括经济适用房、两限房、廉租房及公租房，因其是有限产权，产权主体、收益权、处分权以及对价等均受限制，借名购买违反了社会公共利益，借名购房合同应当认定为无效，借名人主张确认房屋归其所有或者依据双方之间的约定要求登记人办理房屋所有权转移登记的，不予支持。出名人主张返还房屋的，由于房屋升值，双方利益失衡，在房屋增值没有解决之前，不宜判决互相返还财物，而应维持现状。

第二，对于购买商品房的，由于“借名购房”行为实际上是为了规避限购政策或信贷政策，只涉及合同双方当事人利益，不影响社会公共利益，因此，对此类合同应当认定为有效。至于约定能否履行，由于借名人的请求基础是债权请求权，必须遵循《合同法》第110条关于合同客观上是否具备履行条件的规定，若借名人尚不具备购房资格，则不得支持其相关诉讼请求。

（三）检察官视点

（四）律师视点

## 股权转让中无权处分的法律适用问题

2014年8月15日 赫少华·律师博客

【楔子】

梁慧星老师在谈及无权处分的“处分”适用范围时认为，合同法第51条所谓“他人财产”，是指他人享有所有权的有形财产，即动产和不动产，最高人民法院公报2012年第5期（总第187期）第7页刊登的一个案例，明示“股权转让不适用无权处分”。

本律师团队最近研究的一个专题，即夫妻一方擅自出售共同财产，其合同效力及履行情况，其中主要是以共有房产为切入点。

股权和产权是交易中的擎天柱，不同的权利形态及交易程序（行政管理），也现实地影响着法律适用的思维方向。股权转让中的无权处分问题的司法实践究竟如何，以两个经典案例为渠道，管中窥豹。

【参阅案例】

[参阅案例一]：

广东达宝物业管理有限公司与广东中岱企业集团有限公司、广东中岱电讯产业有限公司、广州市中珊实业有限公司股权转让合作纠纷案||《最高人民法院公报》2012年第5期(总第187期)

案件字号：(2010)民提字第153号，审理法官：王东敏，王富博，杜军

…

本院认为：达宝公司与中岱电讯公司、中珊公司签订的《合作协议书》约定三方共同对目标地块进行房地产开发，中岱电讯公司将其持有的中珊公司100%股权中的10%股权转让给达宝公司。虽然在该协议签订时中珊公司的

股东是夏乘风、苏雄，中岱电讯公司不持有中珊公司的股权，但该协议只是使得中岱电讯公司负有向达宝公司转让股权的义务，而没有使得达宝公司实际获得股权从而导致中珊公司股权发生变化，该协议也没有为中珊公司的股东夏乘风、苏雄设定义务，没有侵害夏乘风、苏雄对中珊公司享有的股权，故《合作协议书》不因中岱电讯公司不是中珊公司股东这一事实而无效。

[参阅案例二]:

季洁诉俞明景等股权转让案（家事代理权在股权转让中的适用及例外）

裁判字号：（2010）宝民二（商）初字第708号；（2010）沪二中民四（商）终字第1283号民事裁定书。

上海市宝山区人民法院经审理认为：如果夫妻双方没有特别约定，则其婚姻关系存续期间所得的财产为其夫妻共同财产。虽然两被告辩称俞明景并非蓝庭装潢公司的实际股东，仅是名义股东，登记于俞明景名下的蓝庭装潢公司50%股权的实际出资人为蓝庭服务公司，但对该项事实应当由蓝庭服务公司等相关当事人向法院提起股权确认之诉并以相应的裁判结果加以证明，本院在本案中不宜对此直接进行认定。鉴于两被告目前尚无有效的证据推翻工商行政管理机关对蓝庭装潢公司出资人所作的登记内容，而该登记内容显示俞明景系以25万元货币向蓝庭装潢公司进行出资，该出资行为发生于俞明景与原告婚姻关系存续期间，其又未能举证证明曾与原告约定该项财产权利属其个人所有，故由此形成的该公司50%股权应被认定为她和原告的夫妻共同财产。

本案中，虽然俞明景可以依照我国公司法及蓝庭装潢公司章程的规定转让其所持有的该公司股权，但因该种处分行为系非因日常生活需要而对其夫妻共同财产作出重要处理决定，故应和原告协商一致后方可进行。如果未能协商一致即作处理，则构成擅自处分，其行为一般应当被确认为无效，但是第三人善意、有偿取得该股权的情况除外。

本案中，受让俞明景所持蓝庭装潢公司股权的第三人为俞远景，两人系兄弟关系，俞明景将其股权转让给俞远景的行为发生于原告提起离婚诉讼之后，俞远景应当知道俞明景与原告之间的婚姻关系尚处于存续期间但是已经出现危机的状况，但其不仅未能提供证据证明其已对该股权转让行为是否已经征得原告同意进行了审查，而且未能提供证据证明其已支付了转让合同约定的对价，故其受让行为不能构成善意取得。

【律师视点】:

季洁诉俞明景等股权转让案的着力点，在于配偶单方转让股权的效力。

配偶单方转让股权，在“履行完毕，善意取得”的认定也是关键，除支付对价等，股权登记或许也能成为“最后一根稻草”，上海市第二中级人民法院的观点，“股东名册以及公司登记机关的相关登记应当作为认定股东身份以及公司股本结构是否变化的主要证据”。即若是未能完成此类登记，也不能认定已“取得”。

若是单纯论无权处分下【在符合公司法规定的转让程序时】，股权转让协议的效力，最高院公报案例的观点正逢其时，即：

股权转让合同中，即使双方约定转让的股权系合同外的第三人所有，但只要双方的约定只是使一方负有向对方转让股权的义务，而没有实际导致股权所有人的权利发生变化，就不能以出让人对股权无处分权为由认定股权转让合同系无权处分合同进而无效。。

该审判观点（2010年）无异应和了《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》（2012年7月1日起实施）观点。

其第三条：当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的，人民法院不予支持。出卖人因未取得所有权或者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或者要求解除合同并主张损害赔偿的，人民法院应予支持。

### 法院已经判决离婚了 民政窗口仍显示已婚

2014年8月27日 春城晚报 宋金艳

长期以来，由于法院判决、调解离婚信息未与民政部门婚姻登记机关联网共享，一些人员为满足特定利益需求，利用政策空子重婚、骗婚，影响了婚姻登记信息的真实性，相关信息共享机制亟待建立。

法官信息沟通不畅带来问题多

昆明市西山区法院法官李文华说，由于法院与民政局关于公民婚姻状况的信息并没有共享，所以，法院判决双方离婚的判决书或调解书，民政局并不掌握；民政局为婚姻关系双方调解离婚的情况，法院也不掌握。由此，会带来一些问题。

李文华说，起诉离婚时，法官会要求双方把结婚证交到法院，到民政局办理离婚，民政局也会要求双方把结婚证交给民政局。但实践中，仍有个别当事人会伪造结婚证到法院或民政局办理虚假离婚。比如：个别当事人经法院判决离婚后，不去民政部门变更婚姻登记，反而继续利用民政部门的婚姻登记信息中显示的“已婚”状态，实施逃债、诈骗等，“家里有房有车，四处借钱不还”，等债权人起诉到法院后，才发现债务人早已由法院判决离婚，资产在另一方名下，导致债权难以实现。

律师盼望有关部门尽快立法规范

针对民政部门和法院都可以办理离婚，但各机关之间信息不能互通，导致出现了若干问题。就此，记者采访了云南云都（原云南天台）律师事务所主任尚显达。

尚显达说，关于办理离婚后由于信息不能互通的问题，婚骗的案例也不少。依照我们国家《婚姻法》的规定，夫妻双方需要办理离婚的，可以通过两种方式解决：一是双方商议离婚的，只需到民政机关进行登记解除。二是双方争议较大的，可以通过人民法院依法裁判解除。无论是协商解除还是判决解除，均具有同等法律效力。“因民政部门的登记部门与审判机关没有进行信息互通，也没有完全打通这一通道，确实被一些不诚信的人钻了空子。”尚显达说，出现了人民法院判决离婚的，婚姻登记部门的登记上还是合法夫妻。甚至还出现了，婚姻登记部门办理登记解除后，还向人民法院起诉离婚，又导致人民法院再次判决离婚。

尚显达说，制度的完善是规范和制约社会乱象的前奏，如果婚姻登记机关和司法机关能进行信息互通，关于用婚姻行骗、多处结婚、四处离婚的现象将会受到遏制。因此，盼望有关部门尽快立法规范。本版稿件除署名外

由本报记者柏立诚实实习生黄翹楚采写

民政

信息不畅民政同样为难

“法院和民政信息不畅通，的确会存在问题，民政部门也很为难。”记者从民政部门了解到，法院的离婚信息没能共享到民政窗口，所以的确存在夫妻通过诉讼离婚后，在民政窗口查询时仍然是已婚的问题。目前我省乃至国家层面尚未有明文规定，诉讼离婚后一定要来民政窗口办理离婚证。

记者了解到，由于婚姻登记信息不畅，便会带来讨债、避税、诈骗等一系列问题。尤其是2003年《婚姻登记条例》实施以来，来办理结婚证的人不需要单位开具证明，少了这道把关后，各种问题便凸现出来。为此，我省采取了男女双方婚姻状况声明的办法，民政部门相关人员透露，这仍然不能确保其声明的真实性。为此，他建议，国家层面应当尽快建立法院与民政系统婚姻登记信息的共享机制，架通信息查询、交换的桥梁。

本报记者宋金艳

### 中华遗嘱库负责人：30多岁是立遗嘱最佳时间

2014年9月7日 中国广播网 温飞

央广网北京9月7日消息（记者温飞）据中国之声《新闻晚高峰》报道，接下来要说的这个话题，有点严肃，是关于人生的终点，都说到这终点之前，得把一切交代好，安排好。这就是我们常说的要立遗嘱，说到立遗嘱你会想到什么？

我恐怕会想到影视作品当中，比如一位老人去世了，他的儿孙都在旁边，这个时候一位律师走进病房，庄重地打开一份密封的文件，来宣读遗嘱。比较戏剧化的可能就是，会有人脸上比较惊喜，得到一份巨大的遗产，也有人比较愤恨，说这个遗产为什么没有我的，恨不得当场掐起来。

都说这个艺术来源于生活。其实这样的现象，在生活当中每天都上演，亲人往往为了遗产打得不可开交，大家打开电视机，谈话节目经常会有这样的内容。

或者一些真人秀的节目，还真的会因为这个遗嘱没有立好，或者是遗产分的不好而不可开交。

所以打官司的也有，因此法院每年受理的遗嘱纠纷不在少数，更不用说那些我们没有看到的，私下里的明争暗斗了。

但是在中国，其实遗嘱是一个非常敏感和忌讳的词汇。尤其是你当着一个老人的面，提起立遗嘱的事往往会被视为非常的不孝，或者说特别不吉利。

根据一份调查统计，在北京、上海等大城市，每年自然死亡的老人当中，立有正式遗嘱的不超过25%。因为没有遗嘱，哪怕是独生子女家庭，对遗产的继承毫无争议的，也往往会在继承的过程当中遇到很多的麻烦。

所以在这两天，中华遗嘱库负责人陈凯在接受媒体采访的时候就说，“30多岁是立遗嘱的最佳时间”，这一言论一出，立刻引发了社会的关注。

30多岁就要立遗嘱最佳时间我们先不谈，先说一说这个中华遗嘱库是个什么机构？

中华遗嘱库，是由中国老龄事业发展基金会和北京阳光老年健康基金会共同发起主办、由北京市工商联信息化商会协办的公益项目，主要面向老年人进行免费服务，凡年满六十周岁的老年人，填写申请表后，可以免费办理遗嘱咨询、登记和保管。中华遗嘱库采取了及其严格的保密措施，遗嘱订立后，订立者还可以根据自己的意愿，进行修改和更新。

按说，这30多岁是一个人生命最为旺盛的时期。活得好好的，为什么要立遗嘱呢？

遗嘱真的应该这么年轻就提前立出来吗？中央台记者今天下午独家专访了陈凯：

提起遗嘱，很多人认为立遗嘱是老年人以及身体不好的人的专利，跟死亡有关，不吉利。那么，30多岁该不该立遗嘱？在记者随机采访的受访者中，绝大部分认为，30多岁是一个人体力和思维最为旺盛的时期，活得好好的为什么立遗嘱呢？对此，中华遗嘱库负责人陈凯认为，立遗嘱就像买保险，有防患风险的作用，体现的是风险意识、责任意识和管理意识。

陈凯：所谓风险意识就是有家庭，有一定的财产，这个时候一旦他们发生了意外死亡，他的家庭所承受的风险是更大的。从这个意义上来讲，他们应该立遗嘱，同时也是责任意识是指通过立遗嘱，来管理好自己的事物，并不是说考虑到自己怎么样，而是考虑到自己所关心和爱的人，未来要怎么样。第三是一种管理意识。遗嘱是一种管理

的方式。

针对为何说 30 多岁是立遗嘱的最佳时间，陈凯进一步解释称。

陈凯：30 多岁的人在家庭中经济生活和家庭作用发挥着中流砥柱的作用，一旦他发生风险的话，整个经济活动和家庭关系都面临着一种巨大的风险，那这就是一种风险的意识。

陈凯说，在年轻意外死亡中，因为没有遗嘱而引发的矛盾纠纷、甚至悲剧更是比比皆是。

陈凯：在工作中接连不断的会碰到这样的案例。比如说我接触的一个案例，去世的张先生其实有机会写遗嘱，但是因为观念的问题，他自己也没有考虑到，他身边的人也没有提醒他，等他去世了以后，一些焦点问题上，家人处于不可调和的地步，通过艰苦的调节最后大家都调节成功了，但是这种调节成功的背后，其实是没有必要发生的一些痛苦。因为当前如果有遗嘱，这些东西都可以不存在了。

根据资料，现存世界上考古发现的最早的遗嘱是一个埃及人在公元前 2500 年左右立下的。那么从那时候到现在，4500 多年过去了，立遗嘱在西方国家已经相当的普遍了。比如，许多西方国家的家长在孩子刚出生的时候就把遗嘱立好了，因为一份遗嘱不仅会牵涉到孩子的抚养问题，还会牵涉到很复杂的税务问题。

另外，在美国，遗嘱是社会生活当中一份非常重要的法律文件，因为它是用来保障个人的私有财产权。俗话说，人有旦夕祸福，我们生活的这个世界也是充满了意外。所以转念想想，随着中国人口老龄化进程的加快和个人财富的不断积累，我们是否也应该想一想立下遗嘱为身后事作一个妥善的安排呢？

陈凯说，目前在我国的老年人中，设立遗嘱的比例非常低，相比于英美等西方国家，这种差距可以说是天壤之别。

陈凯：我得到的一些数据，比如成年的美国人里调查，有 49% 成年美国人立有遗嘱，在 2009 年做的一项调查，就 6% 的英国人更新了自己的遗嘱，我想这是一种观念，就像英国的戴安娜王妃，她 36 岁去世，但是她的最后一份遗嘱是在 32 岁写下的。在她的遗嘱里面，最主要关照的是她的两个儿子，事实最后也证明她的遗嘱给她的儿子带来了很大的安慰，包括把她的珠宝留给她的儿媳妇，用珠宝的形式来出席儿子威廉王子的结婚仪式。

在陈凯看来，一个人的遗嘱里不仅可以看出他对家人、亲朋的关心和爱护，甚至能看出他对国家、对社会、对人类的责任感。

陈凯：我非常赞赏爱因斯坦有一句话，当我们的看法变化的时候，整个世界就变化了。之前我觉得他是黑色的，当我们看法变化以后，是幸福的温馨的颜色。特别是处于转型期的中国社会来讲，很多一些旧的和观念，需要被改变。

## 今日说法：离婚半年后前妻要分前公公遗产告上法院

2011 年 11 月 23 日 海南特区报 王忠新

今日说法

关注法理人情，体察世间冷暖。欢迎海南省内广大市民和律师朋友发短信至《海南特区报》“今日说法”栏目：13518849833(记者王忠新)，电子邮箱 hntqb2008@163.com；13637651945(记者刘江浩)，电子邮箱 tqbljh@126.com。热线电话：66538155

(仅限于海南省内读者法律咨询)

一男离婚半年被前妻告上法院

女方要求分割前公公留下的遗产；陵水法院成功调解，男方向女方支付 4.5 万元

本报讯 11 月 10 日，陵水县法院成功调解了一起离婚后财产纠纷案。这起案件经过一审、二审后又发回重审，最终在办案法官的细心调解下得以圆满解决，双方当事人感谢办案法官的公正处理。

黎虹与丈夫柳东原是一对恩爱夫妻，2010 年 6 月，因感情不和，经法院判决离婚。

今年 1 月 13 日，黎虹以离婚后财产尚未分割为由，向陵水县法院起诉前夫，要求前夫柳东依法分割其父亲柳天留下的遗产。

法院受理后，依法追加柳东的母亲冯某、姐姐柳丁为第三人参与诉讼。同年 3 月 28 日，法院一审宣判，被告柳东向原告黎虹支付 84153 元。

被告与第三人均不服，上诉至省一中院。二审期间，第三人认为，一审程序有误，其母女未到庭而开庭。同时，二审法官也组织双方调解，但因双方争吵激烈，难以达成协议。今年 8 月，二审裁定此案发回重审。

重审立案受理后，承办法官了解到，女方认为她与柳东婚姻存续期间柳天去世，留下了百万遗产，该遗产应由柳东、柳东的母亲冯某及柳东姐姐依法继承。柳东继承的财产属夫妻共同财产，婚后须依法分割，她应分得柳东继承遗产的二分之一。

但被告及第三人却认为，柳天留下的遗产不属黎虹与柳东的共同财产，不能按照夫妻共同财产进行分割。柳天死亡后虽然产生了继承，但柳东及柳丁愿意放弃继承，遗产则应全归冯某继承。同时，按当地习俗，离婚媳妇不能回家争夺父母的财产，因此，不同意将遗产分割。

为此，法官采用了“背靠背”的调解方法，一方面跟女方指出被告及第三人不同意分割财产的原因，另一方面，向男方及第三人指出，《继承法》的规定涉及到了原告的权利，双方在未离婚前，原告对这个家庭仍然是有贡献的，

并且离婚后，虽然儿子判给了男方，但女方也一直尽了母亲的责任，一直关爱患病儿子，双方不要因财产分割结仇，否则将影响儿子的健康成长。

通过法官巧妙劝说和解释，庭审上双方终于达成调解协议，柳东同意一次性付给黎虹 4.5 万元。（文中人物为化名）记者王忠新通讯员林小丽

律师结合案例解读保护离异家庭子女合法权益

本报讯当前，离婚率居高不下，家庭的离散，也直接影响到子女的成长。如何保护未成年子女，如何保护离异家庭中未成年人的合法权益，成为社会各界普遍关心的问题。记者王忠新通讯员许平飞林筱发梁海英

洋浦

包办婚姻致夫妻离婚瘫痪儿成累赘

法官细心调解俩孩子得到妥善安置

本报讯洋浦经济开发区一对夫妻闹离婚，两个可怜的瘫痪儿子成了“累赘”，夫妻俩谁也不愿抚养。近日，洋浦经济开发区法院成功化解该起纠纷，两个可怜儿童得到妥善安置。

1985 年，符某与妻子羊某由父母包办，按当地风俗举行婚礼，随后同居。二人先后生育两个女儿、两个儿子，但不幸的是两个儿子分别在五岁、六岁时瘫痪，生活不能自理，致使本来就拮据的家境蒙上一层阴影，虽然政府为了照顾他们，给夫妻俩解决了就业问题，可自此俩人却经常因琐事吵闹不休，夫妻关系逐渐恶化。

今年 3 月，符某向法院起诉要求与羊某离婚，了解到这个家庭的特殊情况，法官多次邀请村委会干部做调解工作，最终符某撤诉。可好景不长，10 月，符某再次起诉到法院坚决要求离婚。

法官深感这段婚姻维持的可能性几乎为零，通过多次与羊某沟通，羊某也意识到双方的婚姻已经无法挽回，表示同意离婚，但坚决不同意抚养两个残疾孩子，而符某则坚持必须每人抚养一个残疾孩子、一个健康孩子。

同时，在家庭财产的分割上双方也互不相让，法官两次组织双方进行调解，终因积怨太深，互相恶语相向，争得面红耳赤，险些大打出手，均以失败告终。

简单判决，可能导致今后为照顾两个瘫痪孩子引发更大矛盾，有可能愈演愈烈，对孩子的身心健康造成更为严重的伤害。

法官开庭后，让双方将彼此的怨气和不满发泄出来，然后再视情况寻找突破口。

11 月 1 日上午，天气不错，洋浦法院的大法庭内，符某、羊某分别说出了二十多年来各自所受的委屈，从两人的激愤之情可以看出，所有这些都是包办婚姻惹的祸。

律师点评

我国法律保障未成年子女合法权益

海南新概念律师事务所冯桦律师认为，结合《未成年人保护法》，在离婚司法实践中，应注重保护未成年子女的合法利益，因为离婚中父母感情破裂、婚姻失败、家庭失和，甚至放弃、推脱对未成年（或残疾）子女的抚养义务，将严重影响未成年人的健康成长。

《婚姻法》第 36 条第 2 款也规定：“离婚后，父母对子女仍有抚养和教育的权利和义务。”父母子女之间的血缘关系，不因父母的离婚而受影响。离婚后，父母基于客观存在的父母子女关系，对于未成年子女仍有照顾的权利和义务。

另外，我国《婚姻法》规定：“禁止包办、买卖婚姻和其他干涉婚姻自由的行为。”包办婚姻，也称包办强迫婚姻，是指包括父母在内的第三者违反婚姻自主的原则，包办强迫他人婚姻的行为。目前，少数家长受封建余毒的影响，不顾儿女反对，还在坚持包办婚姻，这已侵犯了公民婚姻自由的权利。

### 婚前协议——204 条

2014 年 9 月 9 日 慧剑法律圈 孟祥辉

发布者：孟祥辉律师

<http://www.huijian365.com/孟祥辉>

#### 一. 合同填写说明

1. 【填写说明】本合同总共包括 7 章内容，为了在确保合同执行力度的同时简化夫妻双方对于本合同的法律学习过程，设置本填写说明，本填写说明双方都应确保认真阅读，以最大限度保护自身权利义务

2. 【填写说明】拿到合同后先从第二章和第三章开始填写，描述双方的姓名，基本的权利义务，婚前婚后财产及区分的时间，所有的下划线都应当填写

3. 【填写说明】第四部分和第五部分由男女双方分别填写，请注意男女双方应当如实填写，当婚姻关系存续期间因不实的承诺发生纠纷时，协议内容将视为婚前双方互相的承诺，违背该承诺做出的不实陈述有可能导致严重后果

4. 【填写说明】第六部分描述争议发生时的解决方案，请不带有抵触情绪的认真阅读并共同填写；

5. 【填写说明】第七部分描述违约责任，违约责任在本协议中分为 5 级，每个条款前面有一个括号，请将您认为合适级别填入括号中，没有填写的，视为 2 级违约；

6. 【填写说明】节约时间的填写合同是怠于行使权利和对自己不负责任的表现，即便不需要的条款，仍然希望填写合同的双方认真地阅读，以增强对婚姻相关法律及合同约定的认识，本协议大部分条款都与法律规定相同，法律没有规定的部分适用当事人意思自治的原则

7. 【填写说明】本协议由男女一方填写或代笔的，不影响其对双方产生约束力

8. 【填写说明】本协议正式签订后，双方可以协商进行修订，修订可以撰写本协议的补充协议，或者对协议条款进行增添和修改，但修改和增加需经相对方在修改处附近签字方具有对相对方的约束力，否则只约束书写方

9. 【填写说明】由于本协议空白处的填写内容无法区分时间，为避免事后发生争议，协议原则上应当一次用同一支笔书写完毕，协议空白的地方尽量全部填满，不填写内容的可以划叉。

## 二. 背景与通则

10. 【男方身份】男方姓名\_\_\_\_\_身份证号\_\_\_\_\_

11. 【女方身份】女方姓名\_\_\_\_\_身份证号\_\_\_\_\_

12. 【真实性承诺】双方声明签署本协议所有空白不隐瞒真实情况，隐瞒真实情况视为违约，且可作为相对方；

13. 【法律适用】本协议适用中华人民共和国婚姻法及相关司法解释；

14. 【管辖法院】本协议产生的纠纷由被告住所地法院管辖，被告离开住所地超过一年的，由原告住所地法院管辖

15. 【结婚时点】双方约定于\_\_\_\_\_年\_\_\_\_\_月\_\_\_\_\_日作为婚姻登记的时间，当实际婚姻登记时间与约定的时间不一致时，以办理婚姻登记的时间为准

16. 【个人财产】双方约定在婚姻登记之前取得的财产为双方个人财产，离婚时不参与分割

17. 【个人财产】男方在签署本协议时，将男方名下的\_\_\_\_\_银行的账户/卡号\_\_\_\_\_作为男方和女方相处过程中永远属于个人财产的部分，该部分不因婚姻关系的存续与否改变其婚前个人财产的性质，但是除女方外，或本协议约定外其他任何人无权将婚后的共同收入存入该账户

18. 【个人财产】女方个人财产：男方在签署本协议时，将女方名下的\_\_\_\_\_银行的账户/卡号\_\_\_\_\_作为男方和女方相处过程中永远属于个人财产的部分该部分不因婚姻关系的存续与否改变其婚前个人财产的性质，但是除男方外，或本协议约定外其他任何人无权将双方婚后的共同收入存入该账户

19. 【个人财产】男女双方个人财产的账户（以下简称个人专用账户）用于双方在相处过程中区别个人财产及发生的转化，以及履行本协议过程中发生违约行为及其他引起钱款支付的行为时，用于支付罚金或违约金；

20. 【个人财产】男女双方不得未经对方同意将应属于双方共同财产的收益归于个人账户

21. 【个人财产】任意一方违反上条规定的，其个人账户将永久视为男女双方共同账户，凡流经该账户的财产，无论转移至何处，相对方皆有权要求分割；

22. 【个人财产】条件允许的情况下，男女双方自愿出资\_\_\_\_\_元作为履行本协议的保障金，双方应在\_\_\_\_\_银行建立银行资金监管账户/卡号

23. 【个人财产】双方同意，男方每月可将\_\_\_\_\_元收入作为男方个人财产予以保留，女方每月可将\_\_\_\_\_元收入作为女方个人财产予以保留

24. 【个人财产】双方同意，男方每月可将\_\_\_\_\_元收入作为女方个人财产予以保留，女方每月可将\_\_\_\_\_元收入作为男方个人财产予以保留

25. 【个人财产】双方同意，下列财产无论自然增值、孳息、一方或双方投资行为导致的增值，皆不影响其个人财产的性质：

(1). \_\_\_\_\_

(2). \_\_\_\_\_

(3). \_\_\_\_\_

26. 【共同财产】双方共同财产的计算时间自 本协议签订之日起 结婚登记之日起

27. 【共同财产】共同财产的使用和支配，本协议有约定的遵照协议约定，本协议未约定的，一次性支付\_\_\_\_\_元以下的部分不需要征得相对方的同意，高于此数额事先未征得相对方同意的，若事后相对方不同意，则使用该费用的一方构成违约

28. 【共同财产】男女双方共同享有财产的收益权和使用权，共同享有对共同财产的一切知情权，男女双方持有共同财产的比例为\_\_\_\_\_（默认为50%：50%）

29. 【共同财产】若上述条款约定男女双方持有共同财产的比例不同，则持有较大比例的一方，在协商不一致的情况下可以最终确定财产的支配和使用，但支配和使用如果侵犯了相对方的利益，则该行为构成违约

30. 【共同财产】一方个人财产在婚后产生的收益，除孳息和自然增值外，应认定为共同财产。

31. 【自然增值及孳息】下列情况属于自然增值或孳息：

(1). 房价上涨导致的房屋升值

(2). 在婚姻登记前买入的股票未经过任何交易的股权增值



- (3). 在婚姻登记前通过借贷关系在婚后取得的利息
- (4). 在婚姻登记前买入的贵金属、收藏品、奢侈品等投资品未经交易价格变化导致的增值
- (5). \_\_\_\_\_

32. 【婚前赠与】双方经协商以结婚为目的互赠财物，赠与以结婚为目的，具有彩礼的性质，若双方未办理结婚登记，或受赠方过错导致双方感情破裂并离婚的，当事人可要求返还该赠与，不能返还的，应按照实际市场价格进行补偿。下列财产属于该财产：

- (1). \_\_\_\_\_
- (2). \_\_\_\_\_

三. 双方约定

33. 【财产保管】银行卡及存折的保管：

- (1). 名称 银行卡 A 卡号/存折号\_\_\_\_\_ 用户名\_\_\_\_\_ 开户行\_\_\_\_\_ 由\_\_方负责保管；
- (2). 名称 子女教育储蓄存折 卡号/存折号\_\_\_\_\_ 用户名\_\_\_\_\_ 开户行\_\_\_\_\_ 由\_\_方负责保

管；

- (3). \_\_\_\_\_
- (4). \_\_\_\_\_
- (5). \_\_\_\_\_
- (6). \_\_\_\_\_
- (7). \_\_\_\_\_

34. 【财产保管】网银账户及网银U盾的保管：

- (1). 网银U盾

35. 【财产保管】财务记录的保管：由男方负责 由女方负责 双方共同负责

36. 【财物保管】投资理财：由男方负责 由女方负责 双方共同负责

37. 【劳动分工】消费品采购：由男方负责 由女方负责 双方共同负责

38. 【劳动分工】费用交纳（水、电费等）：由男方负责 由女方负责 双方共同负责

39. 【劳动分工】洗衣服：由男方负责 由女方负责 双方共同负责

40. 【劳动分工】叠衣服：由男方负责 由女方负责 双方共同负责

41. 【劳动分工】整理衣柜：由男方负责 由女方负责 双方共同负责

42. 【劳动分工】扫地：由男方负责 由女方负责 双方共同负责

43. 【劳动分工】擦窗：由男方负责 由女方负责 双方共同负责

44. 【劳动分工】洗杯子：由男方负责 由女方负责 双方共同负责

45. 【劳动分工】买菜：由男方负责 由女方负责 双方共同负责

46. 【劳动分工】准备早点：由男方负责 由女方负责 双方共同负责

47. 【劳动分工】准备午饭：由男方负责 由女方负责 双方共同负责

48. 【劳动分工】准备晚饭：由男方负责 由女方负责 双方共同负责

49. 【劳动分工】洗碗：由男方负责 由女方负责 双方共同负责

50. 【劳动分工】整理家具的摆放：由男方负责 由女方负责 双方共同负责

51. 【劳动分工】保持窗台、桌面整洁：由男方负责 由女方负责 双方共同负责

52. 【劳动分工】日常家居装饰：由男方负责 由女方负责 双方共同负责

53. 【劳动分工】铺床：由男方负责 由女方负责 双方共同负责

54. 【劳动分工】床单被套清洗：由男方负责 由女方负责 双方共同负责

55. 【劳动分工】照顾子女：由男方负责 由女方负责 双方共同负责

56. 【劳动分工】接子女上学：由男方负责 由女方负责 双方共同负责

57. 【劳动分工】送子女上学：由男方负责 由女方负责 双方共同负责

58. 【劳动分工】交通工具的保养维护：由男方负责 由女方负责 双方共同负责

59. 【劳动分工】服装采购：由男方负责 由女方负责 双方共同负责

60. 【劳动分工】照顾男方父母及其他亲属：由男方负责 由女方负责 双方共同负责

61. 【劳动分工】照顾女方父母及其他亲属：由男方负责 由女方负责 双方共同负责

62. 【劳动分工】慰问品、礼品采购：由男方负责 由女方负责 双方共同负责

63. 【劳动分工】药品及医疗采购：由男方负责 由女方负责 双方共同负责

64. 【劳动分工】婴幼儿换洗尿布：由男方负责 由女方负责 双方共同负责

65. 【劳动分工】婴幼儿日间（早8点到晚12点）喂奶：由男方负责 由女方负责 双方共同负责

66. 【劳动分工】婴幼儿夜间（晚12点到早8点）喂奶：由男方负责 由女方负责 双方共同负责

67. 【劳动分工】照料婴幼儿入睡：由男方负责 由女方负责 双方共同负责

68. 【劳动分工】其他关于劳动的补充一：\_\_\_\_\_
69. 【劳动分工】其他关于劳动的补充二：\_\_\_\_\_
70. 【劳动分工】在没有相反约定的情况下，上述劳动为日常事务的，每周至少工作 6 天，上述劳动为常态事务的，每周原则上不少于一次，为突发性事件的，原则上由承担义务的一方负责，雇佣他人或委托他人完成工作的，应征得相对方的同意；
71. 【隐私权/知情权】下列工具及密码属于隐私权/知情权的范围：
72. 【隐私权/知情权】QQ 账号及密码 隐私权 知情权
73. 【隐私权/知情权】MSN 等其他通讯工具账号及密码 隐私权 知情权
74. 【隐私权/知情权】银行卡账号及密码 隐私权 知情权
75. 【隐私权/知情权】身份证 隐私权 知情权
76. 【隐私权/知情权】户口本 隐私权 知情权
77. 【隐私权/知情权】工作资料 隐私权 知情权
78. 【隐私权/知情权】个人电脑 隐私权 知情权
79. 【隐私权/知情权】个人手机 隐私权 知情权
80. 【隐私权/知情权】个人博客 隐私权 知情权
81. 【隐私权/知情权】电子邮箱 隐私权 知情权
82. 【隐私权/知情权】选为隐私权的项目，双方皆有权拒绝透露给相对方，任何未通过当事人授权而进行盗取、监听、跟踪或偷看的行为，皆属于违约；
83. 【隐私权/知情权】选为知情权的项目，双方皆应无条件的公开给相对方，任何隐藏、修改密码、刻意隐瞒的行为皆属于违约；
84. 【异性朋友】双方（ 可以 不可以）有异性朋友；
85. 【异性朋友】下列异性不属于本协议约定的异性朋友范畴：
- （1）. 年龄差距 10 岁以上且不大于 18 岁或大于 40 岁的女性；
- （2）. 下班时间一小时外不往来的异性同事；
- （3）. 三代以内直系异性亲属；
86. 【异性朋友】暧昧尺度：与异性朋友单独共同进餐每月不超过\_\_\_\_\_次；
87. 【不良嗜好】不良嗜好：不得有下列不良嗜好
88. 【不良嗜好】嗜烟：每天抽香烟\_\_\_\_\_根以上的视为嗜烟；
89. 【不良嗜好】酗酒：每周醉酒\_\_\_\_\_次以上的视为酗酒；
90. 【不良嗜好】赌博：进赌场赌博或其他一切性质的赌博活动，或涉及一次性赌注\_\_\_\_\_元以上属于赌博；
91. 【不良嗜好】彩票：每周购买彩票现金价值超过\_\_\_\_\_元的属于不良嗜好；
92. 【不良嗜好】吸毒：吸毒即构成违约；
93. 【不良嗜好】嫖娼：嫖娼即构成违约，出入声色场所每周不超过\_\_\_\_\_次；
94. 【生活费】生活必需品：生活必需品包括食材、房租、水电、交通费、卫生纸等；
95. 【生活费】生活必需品每月支出不超过\_\_\_\_\_元；
96. 【生活费】服装购买：
- （1）. 男方每月购买服装的费用不应超过\_\_\_\_\_元
- （2）. 女方每月购买服装的费用不应超过\_\_\_\_\_元
97. 【生活用品】男方个人用品：男士香水、领带、衬衣、鞋油、剃须刀等；
98. 【生活用品】男方个人用品可由双方购买，男方用共同财产采购个人用品的支出每月不超过\_\_\_\_\_元；
99. 【生活用品】生活必需品：生活必需品包括食材、房租、水电、交通费、卫生纸、卫生巾等；
100. 【生活用品】生活必需品由女方负责购买，每月支出不超过\_\_\_\_\_元；
101. 【生活用品】女方个人用品：包括化妆品、奢侈品、服装箱包、女鞋等；
102. 【生活用品】女方个人用品可由双方购买，女方用共同财产采购个人用品的支出每月不超过\_\_\_\_\_元；
103. 【吵架】吵架：
- （1）. 每周主动挑起争吵不得超过两次
- （2）. 每次吵架不得超过 10 分钟
104. 【吵架】无论对错事后一定要先和对方道歉的一方是：男方 女方 双方
105. 【离家出走】一方有过错的，另一方可以离家出走
106. 【离家出走】一方没有过错的，另一方在争吵后离家出走视为违约
107. 【其他日常生活】避孕：\_\_\_\_\_
108. 【其他日常生活】教育：一方有机会接受教育和培训，该培训有益于双方共同的事业和生活时，另一方应无条件支持

109. 【其他日常生活】做饭/忌口：\_\_\_\_\_
110. 【其他日常生活】外卖：一方负责做饭的时间，负责做饭的一方提出外出就餐或外卖的，另一方有权拒绝；
111. 【其他日常生活】女方需定期服用避孕药避孕直到双方登记结婚之日；
112. 【其他日常生活】做饭：女方需负责\_\_\_\_\_的做饭；
113. 【其他日常生活】外卖：女方负责做饭的时间，女方提出外出就餐或外卖的，男方有权拒绝；

四. 女方填写部分：

114. 【女方说明】女方的身高：\_\_\_\_\_
115. 【女方说明】女方的血型：\_\_\_\_\_
116. 【女方说明】女方的民族：\_\_\_\_\_
117. 【女方说明】女方的信仰：\_\_\_\_\_
118. 【女方说明】女方的工作及收入情况：\_\_\_\_\_
119. 【女方说明】女方的房产情况：\_\_\_\_\_
120. 【女方说明】女方的家庭情况：\_\_\_\_\_
121. 【女方说明】女方的股权情况：\_\_\_\_\_
122. 【女方说明】女方的债务情况：\_\_\_\_\_
123. 【女方说明】女方的其他财产情况：\_\_\_\_\_
124. 【女方说明】女方结婚前的婚姻状态是 未婚 离异 丧偶
125. 【女方说明】女方是否患有不适合结婚的疾病 是 否
126. 【女方说明】女方是否曾经进行过整容手术 是 否
127. 【女方说明】如果进行过整容手术，具体的手术内容为：\_\_\_\_\_
128. 【女方说明】女方患有哪些需要男方注意的疾病：\_\_\_\_\_
129. 【女方说明】因上述疾病女方需要男方进行的照顾包括：\_\_\_\_\_
130. 【女方说明】女方是否曾经流产 是 否
131. 【女方说明】女方是否能够怀孕 是 否
132. 【女方说明】女方是否要求必须生育 是 否
133. 【女方说明】女方是否已有子女 是 否
134. 【女方说明】女方写给男方的话：\_\_\_\_\_
135. 【女方说明】女方的缺点包括：( )，男方应尽可能容忍女方上述缺点，不应因上述缺点作为主张感情破裂的原因

五. 男方填写部分：

136. 【男方说明】男方的身高：\_\_\_\_\_
137. 【男方说明】男方的血型：\_\_\_\_\_
138. 【男方说明】男方的民族：\_\_\_\_\_
139. 【男方说明】男方的信仰：\_\_\_\_\_
140. 【男方说明】男方的工作及收入情况：\_\_\_\_\_
141. 【男方说明】男方的房产情况：\_\_\_\_\_
142. 【男方说明】男方的家庭情况：\_\_\_\_\_
143. 【男方说明】男方的股权情况：\_\_\_\_\_
144. 【男方说明】男方的债务情况：\_\_\_\_\_
145. 【男方说明】男方的其他财产情况：\_\_\_\_\_
146. 【男方说明】男方结婚前的婚姻状态是 未婚 离异 丧偶
147. 【男方说明】男方是否患有不适合结婚的疾病 是 否
148. 【男方说明】男方是否曾经进行过整容手术 是 否
149. 【男方说明】如果进行过整容手术，具体的手术内容为：\_\_\_\_\_
150. 【男方说明】男方患有哪些需要女方注意的疾病：\_\_\_\_\_
151. 【男方说明】因上述疾病男方需要女方进行的照顾包括：\_\_\_\_\_
152. 【男方说明】男方是否能够生育 是 否
153. 【男方说明】男方是否要求必须生育 是 否
154. 【男方说明】男方是否已有子女 是 否
155. 【男方说明】男方写给女方的话：\_\_\_\_\_
156. 【男方说明】男方的缺点包括：\_\_\_\_\_，女方应尽可能容忍男方上述缺点，不应因上述缺点作为主张感情破裂的原因

## 六. 离婚

157. 【感情破裂】凡属下列情形之一的，视为夫妻感情确已破裂，且对相对方违约
158. 【感情破裂】一方患有法定禁止结婚疾病的，或一方有生理缺陷，或其它原因不能发生性行为，且难以治愈的。
159. 【感情破裂】婚前缺乏了解，草率结婚，婚后未建立起夫妻感情，难以共同生活的。
160. 【感情破裂】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。
161. 【感情破裂】一方欺骗对方，或者在结婚登记时弄虚作假，骗取《结婚证》的。
162. 【感情破裂】双方办理结婚登记后，未同居生活，无和好可能的。
163. 【感情破裂】包办、买卖婚姻、婚后一方随即提出离婚，或者虽共同生活多年，但确未建立起夫妻感情的。
164. 【感情破裂】因感情不和分居已满3年，确无和好可能的，或者经人民法院判决不准离婚后又分居满1年，互不履行夫妻义务的。
165. 【感情破裂】一方与他人通奸、非法同居，经教育仍无悔改表现，无过错一方起诉离婚，或者过错方起诉离婚，对方不同意离婚，经批评教育，处分，或在人民法院判决不准离婚后，过错方又起诉离婚，确无和好可能的。
166. 【感情破裂】一方重婚，对方提出离婚的。
167. 【感情破裂】一方好逸恶劳、有赌博等恶习，不履行家庭义务、屡教不改，夫妻难以共同生活的。
168. 【感情破裂】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。
169. 【感情破裂】一方下落不明满二年，对方起诉离婚，经公告查找确无下落的。
170. 【感情破裂】受对方的虐待、遗弃，或者受对方亲属虐待，或虐待对方亲属，经教育不改，另一方不谅解的。
171. 【感情破裂】女方擅自中止妊娠，男方因是否生育发生纠纷（本协议中选择必须生育），致使感情确已破裂。
172. 【感情破裂】签订本协议时隐瞒了真实情况，致使双方感情破裂的。
173. 【感情破裂】双方可起诉至法院请求离婚，但在不能证明感情破裂的前提下，起诉方将面临败诉风险，并且在六个月内不能再次提起离婚诉讼；六个月后再次提出离婚诉讼的，起诉方将有较大的可能离婚。本条款为风险告之条款，不具有法律效力。
174. 【分居】男女双方在婚姻关系存续期间因感情不合而分居的，不影响本协议的效力及夫妻共同财产的认定。
175. 【财产分割】本协议并非离婚协议，不对离婚时的财产进行约定，但本协议在任何离婚发生时，若当事人经三次有录音的两小时以上的磋商不能达成合意，则双方所有共同财产转化为个人财产，转化的比例为各自50%；
176. 【股权分割】一方婚前持有的股份，婚后因双方共同努力增值，但增值部分无法举证的，另一方可要求获得不低于20万元的现金补偿；
177. 【股权分割】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，男女双方协商一致将出资额部分或者全部转让给另一方，过半数股东同意、其他股东明确表示放弃优先购买权的，另一方可以成为该公司股东；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，男女双方就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，另一方可以成为该公司股东。
178. 【股权分割】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，若持有股份的一方过错大于另一方，则另一方有权选择是否无条件取得相应份额的股份。
179. 【股权分割】无过错方认为其他股东行使优先购买权的对价显著低于市场价格的，可以请求按照20万元的方式计算股权；
180. 【房产分割】有证据证明的一方父母出资，无论父母意思表示如何，该份额约定由双方持有的，则双方成为相应份额的债务人，应在父母需要返还时将相应的出资返还；
181. 【房产分割】在没有相反约定的前提下，婚前登记由一方出资登记在出资方一方名下的房产为婚前个人财产，一方出资登记在另一方或双方名下的，为共同财产；
182. 【房产分割】一方婚前个人房产，婚后用共同财产还贷的部分，还贷部分增值部分的50%在离婚时应补偿给另一方；
183. 【房产分割】双方共同出资对个人房屋进行翻盖的，该房产将转化为共同财产，转化的比例为翻盖费用占翻盖前房屋价值比例的一半。
184. 【房产分割】一方个人拥有的房屋，在婚姻存续期间发生拆迁、房改导致一方获益的，该情形视为婚前个人财产的转化，但参与拆迁或房改时涉及另一方工龄、户口或其他身份权利时，另一方应取得25%的份额；
185. 【房产分割】双方共同拥有的房屋，由计算过错影响的比例后，持有比例较高的一方决定房屋的归属，

相对方应得到对应市场价值的现金补偿；双方持有比例相同的情况下，由愿意支付较高补偿的一方取得房屋；双方都不同意支付补偿，或者没有支付能力的，应将房屋拍卖对现金价值进行分割；双方既不能支付对价，又都不同意拍卖房屋的，该房屋暂不进行分割；

186. 【其他财产分割】双方共同共有，登记在一方名下的股票、理财产品、保险等财产的现金价值的分割，一方要求将股票、理财产品、保险兑现的，另一方应当同意，不同意视为违约；

187. 【财产分割的举证责任】一方有证据或充分理由表明自己不具备举证条件而相对方具备举证条件的，一方可提出任意价值由另一方提供反证，另一方能够提供反证而拒绝提供的，应承担举证不能的后果。

188. 【财产分割的比例】男女双方发生本协议约定及法律规定的过错时，财产分割时每一项过错为无过错方增加的比例为 25%。当一方比例超过 100%时，另一方应当赔偿。

189. 【房产分割】房产分割：双方在婚内共同出资取得的房产，分割时房屋由持有较大比例的一方享有，向另一方做出不低于市场价格的补偿。

190. 【子女抚养权】子女的抚养权在分居或离婚期间，若男女双方经三次有录音的两小时以上的磋商不能达成合意，则 1 周岁以上、10 周岁以下的子女抚养权由无过错方或过错较小的一方决定。双方过错程度相当时，双方皆无过错时，或子女年龄小于 1 周岁时，女方可以优先获得抚养权，女方拒绝抚养子女的，男方同意取得子女的抚养权，男方不同意的视为违约，子女年龄大于 10 周岁时，子女的抚养权优先尊重子女本人的意见，子女要求一方抚养而拒绝抚养的，视为违约

191. 【抚养费】不抚养子女的一方，应按月向子女支付生活费\_\_\_\_\_元，百分之\_\_的医疗费，百分之\_\_\_\_\_的教育费；一次性支出超过\_\_\_\_\_元的需双方协商方可支出，包括且不限于出国留学、大学学费、夏令营等支出。双方同时约定\_\_\_\_\_

192. 【抚养费】女方有过错的，或女方过错大于男方的，离婚时男方不支付抚养费；男方有过错的，或男女双方过错相当的，女方有权取得\_\_\_\_\_元/月抚养费直至女方再婚之日止。男方有证据证明女方与他人同居超过 6 个月的，视为再婚。

#### 七. 违约责任

193. 【违约责任】本协议违约责任共分为 5 个级别，违约责任的级别以条款前括号中的数字为准，没有填写的，视为 2 级违约

194. 【违约责任】1 级违约应承担违约金\_\_\_\_\_元（推荐为 100 元），应在违约事由发生 3 日内支付；

195. 【违约责任】2 级违约应承担违约金\_\_\_\_\_元，由守约方保持追索权利直至婚姻关系终止后两年；

196. 【违约责任】3 级违约应承担违约金\_\_\_\_\_元，由守约方保持追索权利直至婚姻关系终止后两年；

197. 【违约责任】4 级违约应承担违约金\_\_\_\_\_元，由守约方保持追索权利直至婚姻关系终止后两年；

198. 【违约责任】5 级违约应承担违约金\_\_\_\_\_元，由守约方保持追索权利直至婚姻关系终止后两年

199. 【违约责任】违约金由一方个人财产出资，打入另一方个人财产账户，若支付违约金的财产为共同财产，则需支付违约金的二倍

200. 【违约责任】违约事由发生后，守约方应将违约事由的发生记入守约方保管的本协议的补充协议后，1 级违约金不需要相对方的签字确认

201. 【违约责任】违约金的追索，守约方应将违约事由追索的时间记入守约方保管的本协议的补充协议后，相对方应签字，并在 7 日内支付违约金

202. 【违约责任】婚姻关系存续期间发生但未追索的违约金，可在离婚时追索

203. 【违约责任】违约金的追索不影响过错方财产分割时的比例，亦不计入财产分割，或在分割时累计入被分割的财产份额中

204. 【违约责任】本协议涉及的所有现金利益的交付，包括且不限于分割财产、补偿金、赔偿金、违约金，逾期支付超过合理期限的，应向相对方承担逾期支付的罚金，该罚金为\_\_\_\_\_元/日。

### 境内公司及其离岸公司股东利益不公平损害的救济——贾明军律师

2014 年 9 月 4 日 贾明军律师

注：2014 年 8 月 29 日下午，上海市律协国资国企业务研究委员会在市律协报告厅举办了主题为“境内公司及其离岸公司股东利益不公平损害的救济”的讲座。本次讲座由上海市律师协会国资国企研究委员会主任洪亮律师主持，邀请了韦业显律师（香港）、贾明军律师与宋海佳律师围绕股东纠纷中的利益救济问题展开了深入的交流。共有 135 名沪上律师参与本次讲座。

讲座背景：

伴随着中国企业走出去的步伐，大量境内企业在境外设置股权架构，导致股东纠纷从境内蔓延至境外。

如何解决跨境股东纠纷问题、如何配合境外股东纠纷诉讼、如何预防与控制股东纠纷的发生成为中国律师日益关心并积极开拓的业务领域之一。由于跨境企业结构设置多达数层，涉及大陆、香港、维尔京群岛、开曼群岛等多地，对律师的综合能力是极大的挑战，需要我们广泛地与境外律师进行合作，从交流中汲取经验并创造价值。

## 一、律师在跨境股权纠纷的业务办理与创新

主讲人：贾明军律师

简介：贾明军律师为上海沪家律师事务所的首席合伙人，专注于婚姻法与公司法的交叉问题的研究与实践，办理了大量涉及跨境离岸股权分割及离岸公司信托纠纷。出版了包括《法院审理股权转让案件司法观点集成》在内的多部专著。

### 1、近期遇到的涉及离岸公司股东权益的婚姻案件总结（部分）

（1）离岸信托无效。无论是赴美上市、赴港上市，公司往往设置了两层或多层股权架构，将部分 BVI 股权做到信托里，无论设信托在前或在后，这其中常常涉及以夫妻共同财产所有的 BVI 财产设置的信托是否有效的问题。在很多案例中，当事人在婚前个人就持有 BVI 公司股权，但在经营实体公司（上市公司）的过程中，因该股权架构的关系，BVI 公司反映到该当事人的股东收益为婚后取得收益，此时的转让能否视为对夫妻共同财产的转让而致可被禁止就是值得探讨的问题。

在处理此种案件中，一般与香港律师、BVI 律师合作申请法庭禁令。其中，在香港采取较多的措施为申请披露资金流向。当然，实践中也有通过从境外法院申请判令查询 BVI 公司或其信托财产结构的判例（如香港高等法院：CACV168/2014 号案件）。

（2）离岸公司分割。这涉及到的一个很大的问题为管辖问题，现有的《涉外法律关系适用法》也为境内律师解决离岸公司股权分割创造了机会。

（3）离岸财产冻结。

（4）境外股票的赠与。目前绝大多数离岸公司股权做信托采取的是赠与的形式，这样就会产生一个漏洞，即为在中国法院适用管辖提供机会。

（5）离岸基金的架构。

### 2、离岸公司的不同架构——从公司架构层面看

常见的离岸公司架构从公司架构层面看，主要有自然人直接持股、设立多层次离岸公司间接持股、设立离岸基金/信托架构等。

以龙湖地产为例

在龙湖地产的结构中，虽然的确避免了巨额财产争议，但结构设计我个人认为设计上并无特别高明之处，难得的一点在于两个人在公司上市之前就达成了协议，搭建了如上结构。之所以做信托，主要考虑到未来财产的可持续性、政治风险、法律风险。

假如说蔡奎或吴亚军再婚，有新添子女，则会带来风险。在设置信托时，若设置人将非婚生子女新列入信托范围内，则会产生婚生子女和非婚生子女之间的矛盾冲突，宜分别设置信托。

### 3、离岸公司的不同架构——从财产分布看

从财产分布来说，以 BVI 公司为例，其主要财产类型为：

（1）红筹上市公司的股票，由自然人直接持股或是代持；

（2）现金，主要包括上市公司每年的分红，通过层层公司转到设在香港或其它易为控制地的账户，并通过各种渠道转回国内；

（3）各类有价证券的投资。

### 4、离岸股权的风险之信托无效

从中国的《婚姻法》第 17 条和《婚姻法司法解释（三）》第 5 条规定，婚姻关系存续期间所获得的财产以及个人婚前的财产在婚后的增值部分属于夫妻共同财产，夫妻双方拥有平等的处分权。

股权在处分时应考虑多方因素，所以在设置信托时，最好设置在认为夫妻财产为 AA 制的地区。

在涉及信托是否有效的问题时，还要考虑设立信托所在地的法律问题，即对于夫妻共同财产的处分是否有效。信托成立的一大原则是委托人有处分权。

如，某案例中，男方将自己名下在纳斯达克上市公司的股票赠予给其哥哥，在离婚财产分割时，由于中国法院在受理案件时较为遵循“成文法”原则，只处理在立案时登记在夫妻名下的财产，至于已转移的财产，会告知当事人此非同一法律关系，需要另案解决。不论是公司股权、房产都是如此处理。

在此类案件中，首先涉及境外公司股权转让的法律适用问题。当时，大部分人的观点认为，股权转让行为是否有效，应适用公司及行为发生地所在法律。我们通过给美国证监会写信，美国证监会回函称，根据美国上市规则，允许在上市锁定期内，在亲属之间进行股权转让，因其认为此种转让并不会改变该股权的实际控制人，但美国证监会是依据商事法律层面判断转让是否有效并办理相应变更手续，而不考虑民事层面的有效性。

借此回函，律师目的是向有管辖权法院展示，美国证监会的行为仅具有公示效力，但不排除依据其他法律该行为无效的可能性。我们现在手上的案件中，香港证监会也有回函案例，表明美、港两地监管层对于质询的中国律师之意见甚为重视。

一审立案时，某省高院不予受理。上诉到最高院，最高院认定可以适用当时《民事诉讼法》、《民法通则》中的相关规定，有管辖权。

解决管辖权问题后，其次应解决实体法律适用问题。此时，双方再次产生争议。女方认为应适用中国法律，而男方认为应适用美国法律。适用美国法律的问题在于，美国没成文法律，只有判例。法官决定让双方当事人依据自己的请求找到支持自己观点的法律。男方虽整理并翻译了很多美国判例，但通过仔细阅读，我们认为并不能支持本案中男方的观点。同时，在审理本案的过程中，《涉外法律关系适用法》出台，本案的法律适用问题随之更为顺利得到解决。

本案的最大影响是，最高人民法院明确了夫妻一方婚前公司股权在婚后的收益，不管是境外公司还是境内公司，如果有收益，均属共同财产，且已经与婚前个人财产混同，意味着这家公司的股权已经包含了婚后收益部分，对共同共有财产应由夫妻共同处分。

目前在信托方面，绝大部分通过赠与形式搭建，贾律师建议此处通过多地律师合作，但不需要直接打信托无效的诉讼，只需通过香港律师申请禁止转移、强制披露或是通过 BVI 律师申请法庭列禁止行为清单即可曲线在国内设计诉讼解决问题。

因此在解决类似问题时，并不需要直接前往境外开展诉讼，可以通过境内关联诉讼，同样能达到击穿信托的目的。

#### 5、离岸股权的风险之因恶意转移财产导致少分/分不到财产

男方通过名下的全资 BVI 公司持有香港上市公司的股权，面对离婚纠纷，男方将该全资 BVI 公司转移到信托公司下成为信托资产，在中国法律框架下我们认为这实际为股权转让，而非信托，并且是无对价转让。则此案中，完全可以适用于上述案件中最高院的相关判决，使女方请求得到支持。

从解决实际问题的角度，走到这一步，女方并不需要要求实际分割股权，而只需通过要求对价就可以维护自身权益。

#### 6、防范措施与启示建议

- (1) 设立离岸架构时，应充分咨询境内、外律师，确保信托有效；
- (2) 离婚或其他影响财产的风险出现时，尽量避免相关操作，或在专业人员的指导下操作；
- (3) 发生离婚纠纷并且需要分割巨额财产涉及信托时，以谈判协商为主，尽量避免信托结构被破坏。

END

感谢上海市宋海佳律师事务所章亚萍律师整理笔记

贾明军，著名婚姻律师，上海沪家律师事务所首席合伙人，沪家网创始人。中华全国律师协会民事专业委员会婚姻家庭论坛副主任，中国法学会婚姻法学研究会理事，上海市律师协会证券业务研究委员会委员，中华遗嘱库公益项目律师志愿团副团长，中国法学会会员。曾任上海市律师协会理事、上海市律师协会民事委员会主任。《法制日报》婚姻律师信箱特邀点评律师，《上海法治报》律师顾问团成员，中国人民大学、华东政法大学律师学院客座教授。

诚挚感谢贾明军律师授权魏绍玲婚姻律师团队首发本文。

### 何为出生？

2014年9月11日 海坛特哥 刘晔

何为出生？

上海市海上律师事务所 刘晔

何为出生？或许有人认为这是一个没有技术含量的问题，出生不就是从母体内分娩出来了嘛。或者有点技术含量地说，出生要么是胎儿经剖宫产从子宫内取出，要么经顺产从阴道内分娩出，总之胎儿离开母体就是出生。

但是事情并没有这么简单。当我们结合法律讨论出生的概念时，就会发现简单的出生竟然存在那么多的中间地带，出生的定义竟会变得如此艰难。

《民法通则》第9条规定，公民的民事权利能力始于出生，终于死亡。根据这一规定，在侵权法上，出生后死亡，视为一个生命的死亡，如果存在侵权责任，侵犯的是生命权，权利人享有死亡赔偿金；出生前死亡，则不能视为一个生命的死亡，如果存在侵权责任，侵犯的是健康权而不是生命权，权利人不享有死亡赔偿金。同样的理由，在刑法上，如果出生后死亡，属于生命权的剥夺，如果存在犯罪行为，嫌疑人承担的是导致公民死亡的责任，如非法行医致人死亡，过失致人死亡，故意杀人罪等；如果是出生前死亡，则属于损害健康权，嫌疑人不应承担导致公民死亡的法律后果。

而在继承法上，出生后死亡还是出生前死亡，所导致的继承后果也截然不同。

绝大多数情况下，容易判断死亡是发生在出生前还是出生后。但是如果死亡发生在分娩过程中，介于出生前后这一个中间时间，法律上的生死判断就出现了灰色地带。

比如，胎儿在子宫内具有生命特征，但分娩出来后仅有心跳而没有呼吸，经抢救仍无自主呼吸，数分钟后死亡，此时的新生儿死亡能不能定性为出生后死亡？

更极端一点，如果胎儿在母体内正常，但娩出母体后，既无呼吸也无心跳，经抢救后仍未恢复呼吸心跳，后宣告死亡。此时的新生儿死亡能不能定性为出生后死亡？

前述两个例子，如果定性为出生后死亡，则在出现侵权责任时，权利人享有死亡赔偿金，这不是小数目，与没有死亡赔偿金相比，可谓天差地别；如果出现刑事责任，则嫌疑人承担的是导致公民死亡的责任，与导致重伤、轻伤的刑罚后果也可能存在天差地别。而导致法律后果出现重大差别的竟然就是胎儿娩出母体后的数分甚至数秒钟。

所以从法律上厘清《民法通则》第9条规定的出生概念是何等重要！厘清了出生的概念，也为厘清死亡概念打下基础。

国内民法学家关于出生的概念大致有断脐说、独立呼吸说、独立心跳呼吸说、脱离母体说等等。这些学说的内容从字面上就可以理解，不赘述。

但是，我认为这些学说存在法律和医学上的重大缺陷，主要是：

1、将胎儿出生后的状态视为一个独立状态，而没有考虑到胎儿生命在出生前后的连续性。由于视出生后的新生儿为独立状态，故只考察胎儿出生后的生命状态，而没有考虑到新生儿的生命状态系直接延续子宫内的胎儿生命。当宣告新生儿死亡的时间与上述定义的出生时间不一致时，出现了时间上的断档。

比如断脐说、脱离母体说，假如断脐或者脱离母体之后经过一段时间抢救方才宣告新生儿死亡，那么断脐或脱离母体时刻至宣告死亡时刻之间的这段时间算死亡还是生存？如果属于生存，那么一方会辩解说，断脐或脱离母体之时胎儿已无心跳呼吸，之后的抢救属于无效抢救，死亡其实在断脐或脱离母体之时已经发生，应当回顾性诊断新生儿在出生时已经死亡，即在法律上不能视为出生后死亡。如果属于死亡，那么一方亦会辩解，既然能够判断已经死亡，为何抢救？既然临床并未宣告死亡，那么就是没有证据证明已经死亡，所以应当属于生存，即应当从法律上视为出生后死亡。

独立呼吸说、独立心跳呼吸说亦存在上述缺陷。

所以，当割裂出生前后新生儿生命的连续性，单独考察新生儿的生命状态时，将会出现上述难以解决的逻辑矛盾。

2、没有考虑到刚出生婴儿的独特生理特征。刚出生之婴儿，因为刚脱离子宫内环境，肺未张开，未开始肺通气，并无独立呼吸，常需在外力刺激下（如击打足底）开始独立呼吸；鉴于这个生理特性，新生儿如果存在宫内重度窒息，出生后即使经足底击打也可能短期内无独立呼吸，但是这种状况经及时抢救常能恢复健康。

假如采独立呼吸说，就会出现这样的情况：

胎儿娩出时因重度窒息没有独立呼吸，上呼吸机机械辅助呼吸，3-5天因抢救无效宣告死亡，至宣告死亡时仍未出现独立呼吸。按独立呼吸出生说，由于新生儿娩出后始终没有独立呼吸，不能算作出生，那么抢救的这3、5天就不是对一个已经出生的新生儿进行抢救，这个新生儿的死亡也不能视为出生后死亡。这显然与常识相违背、也与现代医学相违背，是非常荒谬的一个结论。

采独立心跳呼吸出生说，在现代医学尤其是有人工心脏情况下，存在同样的问题。

因此，我认为：

法律上的出生概念，首先必须考虑宫内生命与娩出后生命的连续性，然后结合娩出时间，具体地说就是：

如果根据现有医学检测手段包括胎心监护、B超、胎儿生物物理监测、胎动等，能够判断胎儿在子宫内是存活的，或者没有相反证据证明胎儿在娩出前是死亡的，应当推定胎儿在娩出时是存活的；

如果满足上述条件，即使胎儿在娩出瞬间能够宣告死亡（实际上，如果满足前项条件，几乎不可能在娩出瞬间宣告死亡，因为宫内存活者，娩出后应当抢救而不能立即宣告死亡），也应当认定新生儿是出生后死亡。根据《民法通则》第9条之规定，这样的新生儿在出生后获得民事权利能力，其死亡视为一个民事权利能力人的死亡。同理，这样的新生儿也不能视为《继承法》第28条规定的死体，其继承应当按照该新生儿的法定继续办理。

所以，我的出生法律概念基本采脱离母体说，但与仅考虑脱离母体后新生儿生理状况不同，而是兼考虑了新生儿娩出前的生理状况。

其实这一观念，与国际主流的生命观念是符合的。许多国家将生命的概念定义在妊娠20周左右，因为20周左右的胎儿已经发育成较为完善的神经系统，具有人的独特特征。因各种侵权或犯罪行为导致大于20周胎龄儿死亡的，视为对生命权的侵犯，承担致人死亡的法律责任。如果采这一观念，关于出生法律概念的许多歧义将不存在。因为如果更早胎龄的胎儿尚且视为生命，那么临近分娩的成活胎儿更属于生命，其在分娩期间的任一时间死亡，都属于生命权的丧失，都是出生后死亡。

但在我国，由于长期计划生育政策的影响，堕胎、流产不仅是自由的，对于二胎、多胎甚至是强制的，由此形成了胎儿只有在出生后才视为生命的错误观念。这一错误观念也深深影响到民法领域关于胎儿生命权的概念：侵犯胎儿，只是视为侵犯母亲的健康权，而不是对胎儿生命权的侵犯。如果构成民事侵权，无死亡赔偿；如果构成犯罪，最多算重伤后果。

## 法学探讨：从英外交官同性结婚，看待同性恋婚姻合法化问题

2014年9月12日 法律工场

参考消息网9月10日报道 一名英国外交官与其美籍男友9月6日在北京结婚，成了中国社交媒体上的热门新



闻。

据美国《外交政策》双月刊网站9月8日报道，这不是一场名人婚礼，但因为同性婚姻在中国不合法而成了大新闻。无论如何，英国驻上海总领事馆总领事戴伟绅与其美籍华人男友张志鹄的婚姻是有约束力的，因为婚礼是在英国驻华大使吴思田的官邸——受英国法律管辖——举行。戴伟绅在新浪微博上晒出的他们打着领结的照片被赞超过3.3万次，被转发也超过3万次。

你认识同性恋吗？

同性恋 (homosexual, 普遍称 gay、玻璃、BL (对男同的简称); lesbian、蕾丝、拉拉、百合、GL、毫升 (mL) (对女同的简称)。同性恋者大约占人口的比例为3-5%，无论是否从外显行为中表露出来。同性恋有动物同性恋和人类同性恋，有三个分别的意义：同性恋倾向、同性恋行为，同性恋权利运动 (或称同志运动)。同性恋是极具争议性的，自由主义者及性解放运动人士形容同性恋为一种自我身份认同和社会标签。同性恋曾经被认为是一种性心理障碍，但不被自由主义者认可。由于文化传统或者宗教信仰等方面，同性恋被认为是不可以接受的，从古到今一些国家甚至对这一群体产生恐惧、排斥乃至憎恶，有中立者不恐惧同性恋，但对其诉求有所批判及质疑。

这一事件也引得人们纷纷讨论中国是否应将同性婚姻合法化。在中国人生活的很多方面，同性恋仍是一个禁忌。让我们首先回顾一下同性婚姻合法化在其他国家的历程。

回顾世界同性婚姻合法化过程

世界首个支持同性婚姻的国家——丹麦

1989年，丹麦通过了《民事结合法》，成为世界上第一个承认同性伴侣关系的国家。但丹麦的同性伴侣仍不能收养子女，人工生殖也被视为非法。

世界首个立法承认同性婚姻的国家——荷兰

2001年，荷兰从法律上承认同性婚姻，成为世界上第一个给予同性恋者完全婚姻权利的国家。相较丹麦，荷兰在同性恋家庭权利方面取得很大进步。

其他立法承认同性婚姻的国家：

目前，包括比利时、加拿大、西班牙、瑞士、挪威等国都已容许同性结婚。挪威最近通过的同性恋婚姻法，允许同性恋在教堂举行婚礼，可以收养儿童或者进行人工受孕。

其他对同性恋伴侣持宽容态度的国家

法国、德国、芬兰、英国、瑞典和克罗地亚等国家虽未立法承认同性恋婚姻，但同样赋予同性伴侣在法律上能享有和异性伴侣同等法律地位，如税务减免及遗产权等。

同性婚姻在中国

深圳首对同性恋结婚

“我愿意娶他，不管他以后健康还是有疾病，是贫穷还是富有，都爱他尊敬他，直到永远……”2011年9月10日，在罗湖区一家酒楼4楼，一场不同寻常的婚礼冷清上演：切蛋糕、拜天地、互换钻戒、动情互吻……和其他“中西合璧”的婚礼没有什么不同，只不过主角是两个男人——25岁的马克和23岁的安安，到场祝福的亲友也只有寥寥数人。这是深圳首对公开举行婚礼的同性恋者，他们希望以这种方式得到社会的理解和祝福。但亲友却拒绝出席婚礼。

安徽芜湖首对同性恋结婚

2012年10月27日，安徽芜湖首对女同性恋结婚新百金鹰酒店举行婚礼，芜湖新百金鹰酒店迎来一对特殊的新人。“新郎”我们称呼他为吉先生，一身笔挺的黑色西服，看上去英俊帅气。“新娘”叫雪琴，一身洁白的婚纱，满脸幸福的笑。所与众不同的是，两人都是“女孩”，她们是芜湖首对公开结婚的“女同”。27日中午两人包下了酒店二楼整个餐厅，婚宴为西餐自助形式，大约有60余人参加了她们的婚礼，但不确定双方父母是否参加。

北京同性恋者街头举行婚礼

2009年2月14日，27岁的辛迪和24岁的小寒是女同性恋者，两个女孩都穿上婚纱，在北京前门大街的铛铛车旁，在路人惊异的注视中，她们举行了婚礼。一起“出镜”的，还有一对男同性恋者——章义和海北。

常州首对同性恋结婚

2010年11月20日，常州君临酒吧，一场特殊的婚礼正在举行。新郎名叫张真，年近四十，个子不高但有个漂亮的鹰钩鼻。“新娘”叫英梓，二十出头，清秀瘦弱且抹了香水。他们是江苏首对男同性恋公开举行婚礼的。

同性婚姻在中国获得法律认可吗？

根据目前我国《婚姻法》的相关规定，我国婚姻实行一夫一妻制，要求结婚的男女双方必须亲自到婚姻登记机关进行结婚登记，所以，目前在法律上，我国法律并不承认同性婚姻的合法地位。

中国距离同性婚姻合法化有多远？

中国社会——尤其是精通网络的年轻人——对同性婚姻正变得越来越宽容。9月7日微博上进行的一项调查显示，8.9万多人投票支持同性婚姻，只有8000人表示反对。微博上对戴伟绅和张志鹄婚礼的反应与之相似，绝大多数人都为这对新人送上了祝福。成都的一名男子写道，同性婚姻合法化在很大程度上标志着一个国家在人权方面的进步。他说，这场婚礼对中国来说是一个“好例子”，他希望有朝一日此类婚姻在中国也能合法化。

与此同时，一些反对者在网上对这场婚礼发起了牢骚。一名北京男子写道，同性婚姻可能危及家庭伦理和社会稳定。另一名成都的微博用户写道，同性婚姻“是不正常的，而我们却坚称其为真爱”。

中国距离同性恋婚姻合法化有多远？在回答这个问题之前，我们必须首先正确对待同性恋现象。同性恋自古有之，且不是什么精神疾病，只是在性取向上不同于异性恋者。随着人类社会的不断进步，人们对于同性恋的包容与理解日益增强，西方许多国家已对同性婚姻权采取法律保护。我国社会发展迅速，同性恋者的权益保护问题日益突出，同性婚姻立法符合社会进步的要求，中国需要一部相关法律来保护这一群体的权益，可是传统观点与社会舆论等方面的阻力，中国很难在近一段时间内实现，但也不是不能实现，需要我们一步一步的前进与努力。相信在同性恋者及其支持者的不断争取和斗争，加之社会民主的进步，立法的健全等前提下，同性婚姻合法化在中国实现指日可待。

### 在韩离婚和婚姻无效的差异

2014年9月14日 韩中法律新闻

婚后能过上幸福的婚姻生活是所有人的共同愿望，但幸福的婚后生活并未那么容易。尤其是当两个国籍和文化不同的人结婚时就会比别人需要更多的谦让和体谅，自然而然双方间的纠纷和矛盾相比也会更多。而最近在国内的整体结婚比例大幅下降，相反与中国同胞及外国人的结婚比例却与日俱增，因而现今多文化家庭的离婚并不再是一件新奇的事情了。随着多文化家庭的离婚率增加，有关离婚的商谈也越来越多，其中也有很多咨询有关婚姻无效可能性的顾客。

#### 离婚与婚姻无效的差异

离婚和婚姻无效在很多方面不同。离婚是以离婚日期为基准开始发生婚姻无效的效果，而婚姻无效是从起初开始就能确认不存在真正婚姻，因此两者间在效果方面有着不同差异。查看家族关系登录簿的记载内容便可知属离婚的情况时离婚的事实会记录在公簿上而属婚姻无效的情况时会在家族关系登录簿上更正婚姻事实。

因此离婚和婚姻无效的条件各不相同，也不能盲目地请求婚姻无效。离婚的情况一般会以婚姻破裂的事实及责任在于对方的理由来提起诉讼，而婚姻无效的情况只能是从起初开始双方间就没有婚姻想法的情况（民法第815组）。若婚后在中途上发生与配偶不和而无法继续维持婚姻生活的情况的话即便导致婚姻破裂的责任全部在于配偶方面也只能以离婚来处理，因为婚姻无效的主张并不会被采纳。

#### 认可条件非常苛刻的婚姻无效

即便是属于从一开始双方间就没有婚姻想法的情况而提起了婚姻无效诉讼，法院也不会轻易认可。首先，属于虽然做了婚姻登记但因对方从一开始就没有露面而没能维持婚姻生活的情况时能看出对方并没有想要婚姻的想法而这种情况可以被认可为是婚姻无效。有关多文化婚姻发生最多问题的情况是希望结婚的一方通过中介的介绍亲自到国外与另外一方相亲而最终协议成两方结婚并回到韩国做完婚姻登记邀请了对方，对方却迟迟不入国也失去了联系方式。这种情况很难看出对方有着婚姻想法，因而法院也会按照民法第815组第1号的理由承认为是婚姻无效。

虽是短短几天，只要是与对方维持了婚姻生活并在途中离家出走而失去联系的情况是属于婚姻生活开始后中途婚姻破裂的情况而无法认可为婚姻无效，因而这种情况需要通过离婚诉讼来解除婚姻关系。

#### 有关婚姻无效诉讼需要法律专家的帮助

虽说属于短暂期间维持了婚姻生活的情况但通过各种资料 and 情况会发生及其例外的被认可为婚姻无效的情况。笔者处理的案件中就存在如同事例。当事者在中国与对方约定好结婚并来到韩国后一起生活了1个月左右，但期间并没有过性关系并且向法院递交了记录了有关向周围的人之前说过自己入国会立马离家出走而就业的内容的文件最终被认可为是婚姻无效。因此会成为婚姻无效还是提起离婚诉讼取决于法律上的评价而对当事者来说很难去预测，因而为轻易解决此类状况尤其需要法律专家的帮助。

### 专业律师吐槽《离婚律师》

2014年9月15日 解放日报(上海) 沈轶伦

最近，《离婚律师》在各个电视台热播。紧张曲折的剧情让不少观众对律师的工作充满好奇，也让不少年轻人对这一职业充满憧憬。

不过，剧中诸多对故事情节推动起着转折性作用的律师行为，在专业律师眼中却一点都不专业。日前，上海律师协会与“上海法治声音”合办的沙龙“专业律师谈律政剧”上，数十位律师一起“吐槽”了这部当红律政剧中不严谨之处。

事实上，不只是《离婚律师》存在这样的问题。近年来热播的许多涉及法律的律政剧中，都或多或少地存在不合法理的情节。这次活动上，几乎所有参加讨论的律师都认为，律政剧的热播对于传播法治和宣传律师是有益的，如果在法律上更加严谨就会更好。

#### 访谈嘉宾

谭芳 华诚律师事务所律师

贾明军 上海沪家律师事务所首席律师

张寅 北京大成(上海)律师事务所

方洁 上海律协民委会委员

葛珊南 上海申汇律师事务所律师

吴卫义 上海律协民委会副主任

离婚会导致净身出户？

剧情：《离婚律师》中，男主角池海东的妻子出轨，被池海东发现。罗鹞律师去池海东律师家，借着聊天之际灌醉池海东，池海东在醉酒时说是自己有外遇。罗鹞将对话录音。根据这份录音，为池夫人做代理的罗鹞在法庭上大获全胜，让池海东在离婚案件中净身出户。

方洁：这与现实是不符合的。池海东完全可以当庭否认出轨且质疑证据的合法性，法庭也不会仅靠一份录音证据认定男主角出轨。即便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。因为财产中有池海东的婚前财产。特别是涉及房产还是男主角婚前财产。

张寅：坊间流传的“在财产分割时候，过错方可以不分或者少分”的说法，都是对法律的误读。通常婚外情的证据，分为三大类：第一类是一般婚外情相关证据。包括一般的婚外性行为、婚外恋；第二类是《婚姻法》说的“有配偶者与他人同居”的婚外情证据；第三类最为严重，是涉及重婚罪的婚外情证据。我国现行法律认为，婚外情的过错，与离婚时候的夫妻共同财产的分割，并无必然的联系。根据我国现行婚姻法46条，如果一方有过错，无过错方只能请求损害赔偿。

吴卫义：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与财产分配直接挂钩。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，都是要被考虑的因素。

律师可以自己取证调查？

剧情：《离婚律师》中，主角代理一起离婚案件后，通过跟踪、安装摄像头等方式甚至翻垃圾桶取证等方式取得对方当事人出轨的证据，或者出现律师直接跑到对方当事人家里取证。现实中，律师真的可以使用这样的方式获得证据吗？

葛珊南：律师并不是私家侦探，原则上是不可能采用跟踪、秘密拍摄等方式取证的。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。确实有当事人看了电视剧向律师提出跟踪、监控等方式取证，但我必须告诉他们真正的律师不会这么做。

吴卫义：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。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。现实中，我们必须借助法院的调查令、借助公安机关的力量进行调查。

谭芳：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。真正的家事案件的律师，不是在于案子最终的输和赢，而是真正帮当事人解决他们的问题，最大限度地解决对他们这个家庭所造成的伤害。对离婚案件来讲，律师并不想看到当事人当庭剑拔弩张，尤其是当事人有孩子时，我们更希望在孩子面前维护家庭的形象，律师更希望双方调解。有时父母双方因为感情问题对簿公堂，让孩子出庭作证，这对于孩子的伤害是巨大的。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，尽最大可能维护当事人权益。

贾明军：我曾经为一起离婚官司中的女方做代理，当我和当事人一起到家里去时，被当成女方的男朋友，结果被男方的七姑八姨团团围住，要求我交出电脑，我最后是自己摔碎了电脑才从他们家里走出来的。其实在现实中，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了。

中国律师上庭不戴假发套

剧情：在法庭上，代理律师双方常常走来走去，盘问证人，口若悬河，随意发问，在关键时刻拿出一份足以颠覆此前所有认知的证据，赢得官司的“逆转胜”。

葛珊南：戴假发套、律师随意走动等，在英美法系国家确实存在，但在我国的法庭上并不存在。我国的法律体系属于大陆法系，与英美国家的法庭程序不同。我国的法庭审理案件有严格的既定程序。原被告、证人的座位在法庭上是固定的，律师不能随意移动和走动。发问、提交证据都要按照严格的程序和法庭的安排，不可能像电视剧那么夸张，当庭提供一份证据让对方措手不及，然后赢得官司，这种情况几乎不存在。（来源：解放日报）

## 今天我们聊聊“夫妻忠诚协议”

2014年9月15日 吕淮波法律博客

夫妻忠实义务该不该成为法律上的义务？在我国三部《婚姻法》起草过程中都存在争议。主流认识是——夫妻忠实义务本质上是一个道德问题，夫妻忠实不可强制的性质决定了，若将这种道德范畴的义务上升为法律义务，既缺乏理论基础，又无实践上的可行性，甚至会在司法实践中致法律陷于尴尬的境地。基于这样的认识，我国1950年、1980年两部《婚姻法》都没有对此作出规定。但这种情况在2001年修改《婚姻法》时发生了变化。面对“婚外情”、“第三者”、“包二奶”现象日益增多，已严重败坏社会风气，冲击一夫一妻婚姻制度的情况，要求运用法律制裁婚姻中的出轨者，保护合法婚姻中弱势方、无过错方的社会呼声越来越高，最终致那些主张夫妻忠实入法的意见占了上风，于是2001年的新《婚姻法》不仅在第四条中规定了“夫妻应当互相忠实，互相尊重”，而且还在第四

十六条中规定配偶一方有重婚或者与婚外异性同居行为的，另一方在离婚诉讼时可以要求其损害赔偿。正是这样的规定，激发了以“不忠受罚”的约定来维系婚姻关系稳定的思维，“夫妻忠诚协议”越来越多地在婚姻家庭生活中出现，由此引发了更广泛、更深入的社会讨论和争议。

要回答的问题就一个——夫妻忠诚协议究竟有没有效？

我们先来看看在司法实践中法官们的态度。

新婚姻法实施后不久，全国各地就相继发生因离婚而牵扯出的“夫妻忠诚协议”是非纠纷的诉讼案。各受案法院对“夫妻忠诚协议”是否有效，认识不同，判决各异。有影响的案件有：

**【夫妻忠诚协议第一案】**1999年，同是离异的曾明与贾雨虹认识，后登记结婚。由于双方均是再婚，为慎重起见，2000年6月二人经“友好协商”，签署“忠诚协议书”，特别约定“若一方在婚期内由于道德品质的问题，出现背叛另一方不道德的行为（婚外情），要赔偿对方名誉损失及精神损失费30万元”。后因曾明有不忠行为，二人的婚姻终于破裂。2002年5月，曾明向上海闵行区法院提起离婚诉讼，随后贾雨虹以曾明违反夫妻忠诚协议为由提起反诉，要求法院判令曾明支付违约金30万元。闵行区法院认定曾明存在违约行为，遂判令其支付给对方违约金30万元。曾明不服一审判决，上诉至上海一中院，但不久后撤诉。最终，曾明一次性赔偿贾雨虹25万元。这是婚姻法修改后，全国第一份支持夫妻忠诚协议的判决，也成为道德协议具有法律效力的首个判例。此后，不少法院效仿此判例，通过判决支持“夫妻忠诚协议”的法律效力。

**【南京溧水偷情日记案】**案件当事人于1999年结婚，婚后育有一子。2000年女方发现男方与另一女子通奸而提出离婚，男方表示痛改前非，并立下“忠诚协议”保证若再发生婚外情，自愿与妻子离婚并赔偿10万元。2005年女方发现男方记录其与其他女性发生性行为的时间地点等偷情日记，遂向法院起诉要求离婚，并提出诉请要求法院按照“忠诚协议”，判决男方支付其10万元的赔偿金。经审理，法院判决双方离婚，但驳回原告关于忠诚协议规定的10万元赔偿金的请求。

**【重庆九龙空床费案】**均系再婚的王樑渝与尹春于1990年1月登记结婚。2003年7月因尹春经常以工作忙为由不回家居住，王樑渝对尹春在外的交往产生怀疑，双方约定如尹春晚上12时至凌晨7时不回家居住，每一小时支付空床费100元。事后由于尹春不回家居住，双方常发生打架纠纷，尹春共计向王樑渝出具了欠其空床费4000元的欠条。后王樑渝提起离婚诉讼，并针对空床费提出请求，九龙坡区法院认为空床费属于精神损失赔偿范畴，应予支持，遂判令尹春给付王樑渝精神损害抚慰金4000元。王樑渝不服九龙坡区法院（2004）九民初字第2307号民事判决，向重庆一中院提起上诉。重庆一中院在（2004）渝一中民终字第3442号民事判决书中认为，空床费实为补偿费，该约定系双方当事人真实意思表示，且不违背法律规定，应属有效约定，依法判令尹春给付王樑渝补偿费4000元。间接认定了夫妻忠诚协议的效力。

**【山东日照女方净身出户案】**通过网络认识的白某和李某于2010年11月登记结婚，结婚登记当日订立“夫妻忠诚协议”，约定双方在夫妻关系存续期间，任何一方必须忠诚于婚姻，存在不忠情形而导致离婚的，过错方应主动放弃夫妻共同财产和孩子抚养权。后李某发现白某背着自己与其他男性不正常交往，而于2012年8月向山东日照岚山区法院起诉离婚，请求法院依据夫妻忠诚协议将夫妻共同财产判归自己所有，其此项请求得到法院支持。

值得一提的是在夫妻忠诚协议第一案发生两年后，上海市高级人民法院发布内部司法解答意见，明确指出“《婚姻法》第4条规定的忠实义务，是一种道德义务，而不是法律义务，夫妻一方以此道德义务作为对价与另一方进行交换而订立的协议，不能理解为确定具体民事权利义务的协议”，并据此规定类似诉讼法院不予受理，对夫妻忠诚协议的法律效力表明了和闵行区法院不同的态度。此后，上海法院对因忠诚协议而提出的诉讼请求或不受理，或不支持。

时至今日，此类案件仍不断发生。资料显示北京、广东等地多出现支持夫妻忠诚协议的判决，上海、浙江、江苏等地法院则倾向于不予受理或不予支持。最高院在婚姻法司法解释（三）起草过程中，原来草稿中有这一条款规定法院应当支持夫妻双方“自愿”、“且不违反法律规定”的忠诚协议。但是随后的建议稿中该条款被修改为“对于这类协议，法院应该不予受理”，再之后的公布的征求意见稿中，该条款已经不见了，最终生效的婚姻法司法解释（三）没有对夫妻忠诚协议作出明确规定，由此反映出最高院对这一问题举棋难定的矛盾心理。

司法实践中审判机关对夫妻忠诚协议是否有效认识不一、判决不同，那么在学术界专家学者的看法又是如何呢？实际上司法实践中认识、判决的相左正是源于学术理论界对此问题的观点不同，甚至是尖锐对立。

认为“夫妻忠诚协议”无效的主要观点有：

1、夫妻忠诚协议具有非道德性和不可执行性，其忽视了忠诚的自愿本质、违背婚姻自愿原则，其将金钱赔偿作为不忠诚的对价，将导致婚姻关系的异化并可能沦为守信方攫取钱财的工具，其以金钱责任约束夫妻彼此的人格将导致婚姻自由名存实亡，夫妻关系的私密性和家庭生活的非计算性、情感性决定了法院不得以公权力对夫妻忠诚协议的效力进行肯定性评价。

2、夫妻忠诚协议更多可能是情绪化的产物，不具有合同法上的效力，不属以违反忠实义务为条件的赠与合同，其订立时的自愿与一般合同订立时的自愿大不相同。夫妻忠诚协议的约束力与夫妻一方的经济能力成反比，无法很好的保护婚姻关系中的弱者，用金钱维系的忠诚具有虚伪性、脆弱性。

3、《婚姻法》规定“夫妻应当相互忠实”而非“必须忠实”，“应当”意在提倡，只有“必须”才是法定义务；

《婚姻法》规定的四种赔偿情形并不包括一般婚外情，判定“不忠赔偿”显然扩大了对法律的解释；法律不允许通过协议来设定人身关系，人身权是法定的，不能通过合同来调整。

认为夫妻忠诚协议有效的主要理由是：

1、《婚姻法》没有明确禁止夫妻就忠诚问题进行约定，协议又出自平等双方的真实意愿，既不损害他人利益，且有利于淳化善良风俗，制约放纵之行为、经济性补偿无过错方的功能，完全为法感情所接受，理应得到法律层面的保护。夫妻忠诚协议不失为聪明女性的明智选择。

2、夫妻忠诚协议使得《婚姻法》中“夫妻应当互相忠实”的原则性规定得以具体化、具备了可诉性，夫妻忠诚协议符合婚姻法的基本精神，给付的金钱具有违约赔偿性质，这种协议应当受到法律保护。

3、将道德义务约定为合同义务的夫妻忠诚协议属于广义的民事契约、符合我国民法中的“合同”之含义，其因涉及到身份关系而不由现行合同法来调整，但这不能成为否定其具有“合同”之本质特点的理由；完全民事行为能力人签订、意思表示真实且不违反法律之禁止性规定和公序良俗原则的夫妻忠诚协议可被认定为有效。

看来，不论是在司法实践中还是在学术理论界，对这个问题的回答至今仍是莫衷一是，没有定论。面对这种情形我们百姓该如何看待，需求者又该如何拟定、使用夫妻忠诚协议呢？吕淮波律师有不系统的研究、思考，初有心得、管见和建议，不妨在此道来，供朋友们参考：

首先，以新《婚姻法》第四条和第四十六条的规定为据，当然地认为夫妻忠诚协议有效，有误。

许多人以为既然“夫妻应当互相忠实”已经规定在新《婚姻法》第四条中，那么此就是法定的义务，夫妻就这种法定义务的遵守订立的协议当然有效。殊不知，法定义务的强制性决定了当行为人违反这一义务时，法律就应强制其履行这一义务。而“忠实”的不可强制执行性（试想我们怎么可能要求法院判决并通过强制执行，让不忠行为人为履行所谓的对配偶的忠实义务呢？）决定了《婚姻法》中的此条规定并不是法定的强制性义务，而是一种原则性规定、倡导性规范，本质上仍是道德义务。还有人以为新《婚姻法》第四十六条规定在离婚诉讼中可以判决过错方对无过错方损害赔偿的两种情形，即“重婚”、“有配偶者与婚外异性同居”，就是对有违夫妻忠实义务行为的法律制裁。据此，夫妻双方在此法定情形之外约定可以制裁的其他不忠行为，符合此规定维护夫妻忠实的精神，故当属是有效的。实际上新《婚姻法》第四十六条规定要制裁的是这两种行为对“一夫一妻”婚姻制度的危害，而并非是所谓对夫妻忠诚义务的违背。所以，这两个规定不能成为夫妻忠诚协议有效的法律依据。

其次，以传统的观念否认“夫妻忠诚协议”的效力，已难令人信服。

归纳否认“夫妻忠诚协议”有效的意见不难看出，其中大多还是传统的所谓“爱情无价”、“忠诚”不能用金钱换取的观点。在我看来金钱固然不能换来爱情和忠诚，但夫妻双方只要相互承诺了“不忠受罚”，那么，双方约定的这种财产性惩罚，就是背信弃义者应付出的代价，同时是受害一方依约应获得的补偿。在精神损害应当通过物质赔偿获得救济、慰藉已经成为公认共识的道理，并早已为我国法律所确认的今天，还以所谓的“爱情无价”、“忠诚”不能用金钱换取的传统认识简单地否认“夫妻忠诚协议”的效力，显然已不能令人信服。

再次，个案中法官们的态度表明，区别情况、甄别内容，有条件地承认“夫妻忠诚协议”的效力，将是司法实践的大势所趋。

我始终认为，撇开具体的内容不谈，夫妻双方协商同意订立“忠诚协议”，不仅不违反法律的禁止性规定，甚至还与法律的倡导性规范相适应，因此，笼统地否认这种行为的合理性、合法性肯定是错误的。判定“忠诚协议”是否有效，应区别情况、甄别内容，即关键要看每一具体的“夫妻忠诚协议”的内容是否违反法律规定。基于这样的认识，我以为在“夫妻忠诚协议”中，那些以财产给付为内容的损害赔偿的约定（如不忠一方应给付另一方一定财产或者金钱、不忠一方丧失对夫妻共同财产享有权利等内容的约定），并不违背法律的禁止性规定，不损害他人的权益，符合社会道德规范和法律倡导性规范，因此应当认定其是有效的，而且基于夫妻可以就婚内财产约定为个人所有和共同所有的法律规定，这种损害赔偿的约定应被视为附忠诚义务的夫妻财产约定，具有法律效力。即便约定的财产惩罚过严厉，超出了受处罚人的赔偿能力，或者致受处罚人正常生活受到影响，那也属法官在审案过程中可予以调整的事项，不能因此轻易否认这种约定的效力。

具有下面内容的“夫妻忠诚协议”，应当认定约定的内容无效：

1、限定了法定的人身自由权的内容。人身自由权是宪法赋予公民的权利，不能依当事人的约定而被剥夺。如果“夫妻忠诚协议”中约定了不忠行为人不得提出离婚的内容，那么这种约定违反了包括离婚自由在内的婚姻自由的法律规定，这样的协议或者条款是不能够被认可为有效。

2、剥夺了基于身份关系所生权利的内容。与人身自由权一样，基于身份关系的权利同样是法定的、不可被剥夺的“自然权利”。因此，“夫妻忠诚协议”中那些不忠者“丧失对子女的抚养权、监护权、探望（视）权”约定，显然是不可能被认定为有效的。需要指出的是在“夫妻忠诚协议”中完全可以约定，一方出现不忠而致双方离婚时，孩子由另一方抚养，但从法律而言，这时要解决的实际上是孩子随哪一方生活的问题，而不是抚养权的归属问题。与不能被放弃的抚养义务相对应，离异夫妻任何一方对孩子的抚养权并不因孩子按约定，或者按法院的判决随另一方生活而被剥夺。

3、以体罚、侮辱为内容的约定。曾看到“夫妻忠诚协议”中有这样的内容：一方被发现违约的“应自扇耳光500下”、“应当众高声骂自己‘无耻’、‘下流’”等，无需赘言，这样的约定肯定是无效的。

尽管面对“夫妻忠诚协议”是否有效的问题，最高人民法院三缄其口，不敢草率拍板定论，但其毕竟没有表达否认的态度，在司法实践中毕竟从无到有出现了认定“夫妻忠诚协议”有效的判决，考虑到学术理论界越来越多的声音肯定“夫妻忠诚协议”效力的因素，我认为区别情况、甄别内容，有条件地承认“夫妻忠诚协议”的效力，将是司法实践的大势所趋。

好了，该说说如何拟定“夫妻忠诚协议”的内容了。现在网上鱼龙混杂的所谓范本不少，居然看到一份不错的，我就偷个懒，移花接木转到此，供需要的朋友选用——

协议书

立协议双方：

甲方：XXX，男，年月日出生，现在XXXX就职，住XXXX

乙方：XXX，女，年月日出生，现在XXXX就职，住XXXX

甲乙双方于 年 月 日结为夫妻，婚后育一子（女），名XXX。为兑现双方百年好合之承诺，互相督促履行夫妻忠实义务，经双方平等协商，自愿订立以下协议：

一、双方在婚姻关系建立之日，以及存续期间，应当互相遵守忠实义务，不得发生任何婚外性行为，违反夫妻互相忠诚的义务。

二、若任何一方有下述行为，视为对本协议第一条规定的违反。

- 1、一方有嫖娼、卖淫行为。
- 2、一方与异性的偶然的婚外性行为。
- 3、一方与异性的长期通奸，同居行为。
- 4、一方出现配偶所不知晓的血缘关系儿女。
- 5、一方出现配偶所不知晓的婚恋关系。

三、若任何一方有下列行为，可推定对本协议第一条规定的违反。

- 1、一方与异性在非合理场合存在明显超出正常交际的亲密行为。类如接吻、爱抚等情形。
- 2、一方与异性在非正常时段、单独相处在封闭、隐秘场所，同时明显无法给予合理解释的情形。
- 3、一方与异性在非正常时段，长期、频繁的存在有通讯联系，同时明显无法给予合理解释的情形。
- 4、有异性出现，主动承认自己为第三者。并且能提供相关证据予以直接证明的。
- 5、一方与异性长期存在赤裸淫秽言语、图片、视频信息往来，经配偶劝阻过一次不予悔改的。

四、任何一方违反本协议第一条约定致双方离婚的，则双方所生之子女由无过错方抚养，过错方每月应承担孩子的抚养费3000元（或其月收入的三分之一，由无过错方选择），直至孩子成年。

五、任何一方违反本协议第一条约定致双方离婚的，除双方婚姻关系存续期间的共有财产（可列明具体的财产）归无过错方所有外，过错方还应赔偿无过错方30万元人民币。

六、双方确认，在签订本协议时均精神状态正常，冷静而理性，并都认为上述约定是公平、有效的。

本协议一式两份，双方各执一份，自双方签名之日起生效。

甲方（签名）：

乙方（签名）：

年月日

年月日

### 继承法中“有扶养关系的继子女”辨析

2014年9月17日 人民法院报 杨航远

我国继承法第十条规定，第一顺序继承人中的子女，既包括婚生子女、非婚生子女、养子女，也包括“有扶养关系的继子女”。在司法实践中，对于有扶养关系的继子女理解不一：有的认为是特指在形成继父母子女关系时未成年的子女，扶养关系特指继父母与继子女形成了抚养与被抚养的关系；有的认为是指对继父母尽到了赡养义务的继子女，包括形成继父母子女关系时已经成年的继子女。为更好地说明问题，试举一例。

老人张某，育有三子均已成年，老伴去世后与李某结婚安度晚年。张某、李某结婚十年后，张某去世，留下婚内所购的一套房产。张家三子对待李某视同生母赡养如初，三年后，李某去世。三子对其生养死葬，恪尽孝道。李某在与张某婚前有一养子，李某去世后，要求继承继母李某的全部遗产，其中包括张某所购房屋的四分之三。张家三子不同意，形成纠纷。

一种意见认为，两个老人结婚时，继子女已经成年，成年继子女没有继承权。至于对继母李某有没有过赡养都不重要，应该支持李某养子的主张，养子才是李某全部遗产的法定继承人。另一种意见认为，成年继子女对继父母只要尽到了赡养义务，成年继子女和养子都是第一顺序法定继承人。如果养子没有对养母李某尽到赡养义务，应当不分或者少分遗产。

以上两种意见，就缘于对有扶养关系的继子女的不同理解。笔者认为，第一种观点有失偏颇。

从文义解释角度来看，与有扶养关系的继子女相关的法律条文中，没有涉及继父母和继子女形成抚养与被抚养关系的文字内容和文义内容。有扶养关系是继子女的限制定语，要准确理解有扶养关系的继子女的法律内涵，就要考察扶养关系的法律文义。

在继承法第十条里，为了确定特定亲属的继承权，有三处用到的都是扶养关系一词：在论及子女相对于父母的身份关系时用“有扶养关系的继子女”；在论及父母相对于子女的身份关系时用的是“有扶养关系的继父母”；在论及兄弟姐妹之间的身份关系时用的是“有扶养关系的兄弟姐妹”。从中可以看出，扶养关系泛指家庭成员之间经济上的供养、生活上的照顾、精神上的关爱，即包括长辈对晚辈亲属的抚养、平辈亲属之间的扶养、晚辈对长辈亲属的赡养三种具体形态。第十三条规定：“对被继承人尽了主要扶养义务或者与被继承人共同生活的继承人，分配遗产时，可以多分。有扶养能力和有扶养条件的继承人，不尽扶养义务的，分配遗产时，应当不分或者少分。”这个条文中的扶养，也是泛指继承人对被继承人所尽的扶助供养义务。更重要的是，这个条文确立了继承人的权利义务对等原则，强调继承人继承权的合法性主要来自于其对被继承人的特定贡献，弱化其亲属身份特性。第十四条确立了继承人以外的人与被继承人之间的扶养继承关系。该条文中的扶养关系完全淡化了继承人与被继承人之间的亲属关系，强调了继承人的权利义务对等原则。第三十一条确立了集体所有制组织遗赠扶养权利义务。在这个条文里，扶养的行为人可以不是自然人，是组织。刑法第二百六十一条遗弃罪中也规定了扶养法律关系，其中的扶养也是泛指家庭成员之间的扶养责任。

比较上述法律条文可以知道，扶养关系采广义理解是我国立法通例。有扶养关系的继子女从文义理解的角度解释，就是对继父母尽到了赡养义务的继子女。如果理解成继父母和继子女有抚养与被抚养关系是继子女获得法定继承权的前提，就变成了“有被扶养关系的继子女”，这是没有法律依据的，是完全错误的。

继承法的立法宗旨是鼓励家庭成员之间在物质与精神方面相互帮扶、供养，鼓励家庭成员之间和睦亲善。从立法宗旨来理解，有扶养关系的继子女强调的只能是继子女继承权来源于其对继父母尽到赡养义务的先期行为，与继子女是否成年无关。继承法第十二条规定：“丧偶儿媳对公、婆，丧偶女婿对岳父、岳母，尽了主要赡养义务的，作为第一顺序继承人。”这里法律特别强调对姻亲的认可，对家庭互助、权利义务对等的肯定。成年继子女对继父母的赡养和继承关系与之法律关系和社会伦理相同，应当按照同理对待，都按照第一顺序法定继承人确定其法律权利。未成年的继子女与继父母的关系，与其说是由于姻亲形成，从本质上来说，更是一种抚养与被抚养的关系，类似于养子与养父母的关系，对此类关系在养父母子女的法律权利义务中已经包括。继承法之所以特别规定有扶养关系的继子女的法定继承权，重点强调的还是对继父母尽到赡养义务的成年继子女的继承权。

从法律文化和公序良俗角度理解，再婚家庭的继父母子女就是一家人，所有的情感恩怨都会被理解为家庭纠纷。现实社会，老年人再婚已经是一种很常见的社会现象。老人再婚以后，有些成年子女出于对自己父亲或母亲的亲情，对继父或者继母也会尽赡养义务，甚至当成亲生父母对待。社会和法律应当鼓励成年继子女对重组家庭的认同，这样才是一种积极的社会导向。如果把有扶养义务的继子女仅仅理解为形成了抚养与被抚养关系的继父母子女关系，把成年继子女排除在外，使得成年继子女和继父母不具有一家人的法律内涵，成年继子女即使对于继父母尽到了赡养义务，也只能被当成人外人对待，这就使原本不好融合的再婚家庭成员之间的关系更加雪上加霜，会产生负面的社会效果，也有违公平的社会公序良俗。

（作者单位：北京市炜衡律师事务所）

### 【明月说法】判出“人”味！（附我国首例胚胎继承案判决书）

2014年9月17日 明月律师 婚姻家庭与资本市场

明月律师：胎儿作为特殊的生命主体，我国法律对此研究尚浅，对于辅助生殖技术如试管婴儿、冷冻胚胎的研究和立法更是缺乏，因此引发了人们在生命伦理、社会道德领域的诸多争论。学术界对于中国首例冷冻胚胎继承权纠纷案判决结果的意见不一，从一定程度上折射了胚胎在法律地位上的“尴尬”，也给人们提供一个现实难题——胚胎能否继承？

本案中，当事人、一审法院、二审法院对胚胎的法律属性的认知及说理各不相同：

当事人认为：胚胎是父母的财产，法律没有规定胚胎为禁止继承的物，因此父母死后，胚胎就是可以继承的遗产。

一审法院认为胚胎为“含有未来生命特征的特殊之物，不能像一般之物一样任意转让或继承，故其不能成为继承的标的……”

二审法院首先认可一审法院的部分观点“胚胎为特殊之物，比非生命体具有更高的道德地位”。但是既然胚胎不是纯粹的“物”，又不是真正的“人”。那么不论判决支持继承或不可继承都难以服众。明月律师可喜的看到，二审法院并未囿于“继承”之概念，而是从更高的立意，且更可行的角度来处理。二审法院绕开了“继承权”的概念，认为本案要处理的并不是继承权，而是对胚胎的“监管权”和“处置权”（实际上，这也是当事人所真正诉求的内容）。

从“监管权”和“处置权”的角度而言，法院认为“胚胎系双方家族血脉的唯一载体，承载着哀思寄托、精神慰藉、情感抚慰等人格利益”，由双方父母监管、处置，是最合乎人伦的（这是从传统、伦理的角度来分析）。另外，从特殊利益保护而言，由双方父母作为这世界上唯一关心胚胎命运的主体来监管、处置，也符合对胚胎之最近、最大和最密切倾向性利益的原则（这是从法律保护胚胎利益原则来分析）。

综上所述，明月律师认为二审法院的判决，寓情、理、法于一文，既妥善解决了这一棘手争议，也为之后的类

似情况树立了一个可供参考的判例。法律是冰冷且滞后的，人文、传统、伦理却是鲜活的，如何判出一个不违法又接地气的案子，这绝对考验法官的法律功底和人文素养。因此，社会的发展、法治的进步，既需要立法者的远瞩，更离不开司法者的智慧。让我们为无锡中院的终审判决叫好！

江苏省无锡市中级人民法院

民事判决书

（2014）锡民终字第 01235 号

上诉人（原审原告）沈新南。

上诉人（原审原告）邵玉妹。

两上诉人的共同委托代理人郭小兵，江苏瑞莱律师事务所律师。

两上诉人的共同委托代理人郭伟，江苏瑞莱律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）刘金法。

被上诉人（原审被告）胡杏仙。

原审第三人南京鼓楼医院，住所地南京市鼓楼区中山路 321 号。

法定代表人韩光曙，该院院长。

委托代理人王玠，该院生殖中心医生。

委托代理人郑哲兰，江苏永衡昭辉律师事务所律师。

上诉人沈新南、邵玉妹因与被上诉人刘金法、胡杏仙，原审第三人南京鼓楼医院监管权和处置权纠纷一案，不服宜兴市人民法院（2013）宜民初字第 2729 号民事判决，向本院提起上诉。本院于 2014 年 7 月 2 日受理后，依法组成合议庭审理了本案，现已审理终结。

原审法院经审理查明：

沈杰与刘曦于 2010 年 10 月 13 日登记结婚，于 2012 年 4 月 6 日取得生育证明。2012 年 8 月，沈杰与刘曦因“原发性不孕症、外院反复促排卵及人工授精失败”，要求在南京市鼓楼医院（以下简称鼓楼医院）施行体外受精-胚胎移植助孕手术；鼓楼医院在治疗过程中，获卵 15 枚，受精 13 枚，分裂 13 枚；取卵后 72 小时为预防“卵巢过度刺激综合征”，鼓楼医院未对刘曦移植新鲜胚胎，而于当天冷冻 4 枚受精胚胎。治疗期间，刘曦曾于 2012 年 3 月 5 日与鼓楼医院签订《辅助生殖染色体诊断知情同意书》，刘曦在该同意书中明确对染色体检查及相关事项已经了解清楚，同意进行该检查；愿意承担因该检查可能带来的各种风险；所取样本如有剩余，同意由诊断中心按国家相关法律、法规的要求代为处理等。2012 年 9 月 3 日，沈杰、刘曦与鼓楼医院签订《配子、胚胎去向知情同意书》，上载明两人在鼓楼医院生殖医学中心实施了试管手术，获卵 15 枚，移植 0 枚，冷冻 4 枚，继续观察 6 枚胚胎；对于剩余配子（卵子、精子）、胚胎，两人选择同意丢弃；对于继续观察的胚胎，如果发展成囊胚，两人选择同意囊胚冷冻。同日，沈杰、刘曦与鼓楼医院签订《胚胎和囊胚冷冻、解冻及移植知情同意书》，鼓楼医院在该同意书中明确，胚胎不能无限期保存，目前该中心冷冻保存期限为一年，首次费用为三个月，如需继续冷冻，需补交费用，逾期不予保存；如果超过保存期，沈杰、刘曦选择同意将胚胎丢弃。2013 年 3 月 20 日 23 时 20 分许，沈杰驾驶苏 B5U858 车途中在道路左侧侧翻，撞到路边树木，造成刘曦当日死亡，沈杰于同年 3 月 25 日死亡的后果。现沈杰、刘曦的 4 枚受精胚胎仍在鼓楼医院生殖中心冷冻保存。

后因对上述 4 枚受精胚胎的监管权和处置权发生争议，沈新南、邵玉妹遂诉至法院，认为其子沈杰与儿媳刘曦死亡后，根据法律规定和风俗习惯，胚胎的监管权和处置权应由其行使，要求法院判如所请。审理中，因涉案胚胎保存于鼓楼医院，与本案审理结果存在关联性，故原审法院追加该院作为第三人参加诉讼。

原审另查明，沈杰系沈新南、邵玉妹夫妇之子；刘曦系刘金法、胡杏仙夫妇之女。

上述事实，由病历简介、病历资料、准生证、事故认定书、结婚证、户籍资料、知情同意书及原审法院开庭笔录等证据在卷佐证。

原审法院认为：

公民的合法权益受法律保护。沈杰与刘曦因自身原因而无法自然生育，为实现生育目的，夫妻双方至鼓楼医院施行体外受精-胚胎移植手术。现夫妻双方已死亡，双方父母均遭受了巨大的痛苦，沈新南、邵玉妹主张沈杰与刘曦夫妻手术过程中留下的胚胎作为其生命延续的标志，应由其负责保管。但施行体外受精-胚胎移植手术过程中产生的受精胚胎为具有发展为生命的潜能，含有未来生命特征的特殊之物，不能像一般之物一样任意转让或继承，故其不能成为继承的标的。同时，夫妻双方对其权利的行使应受到限制，即必须符合我国人口和计划生育法律法规，不违背社会伦理和道德，并且必须以生育为目的，不能买卖胚胎等。沈杰与刘曦夫妻均已死亡，通过手术达到生育的目的已无法实现，故两人对手术过程中留下的胚胎所享有的受限制的权利不能被继承。综上，对于沈新南、邵玉妹提出的其与刘金法、胡杏仙之间，应为其监管处置胚胎的诉请，法院不予支持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第五条、《中华人民共和国继承法》第三条之规定，原审法院判决驳回沈新南、邵玉妹的诉讼请求。案件受理费 80 元，由沈新南、邵玉妹负担。

上诉人沈新南、邵玉妹不服原审判决，向本院提出上诉称：1. 一审判决受精胚胎不能成为继承的标的没有法律依据。我国相关法律并未将受精胚胎定性为禁止继承的物，涉案胚胎的所有权人为沈杰、刘曦，是两人的合法财产，



应当属于继承法第三条第（七）项“公民的其他合法财产”。在沈杰、刘曦死亡后，其生前遗留的受精胚胎，理由上诉人继承，由上诉人享有监管、处置权利。2. 根据沈杰、刘曦与鼓楼医院的相关协议，鼓楼医院只有在手术成功后才具有对剩余胚胎的处置权利。现沈杰、刘曦均已死亡，手术并未进行，鼓楼医院无论是依据法律规定还是合同约定，对涉案胚胎均无处置权利。一审法院认定胚胎不能被继承，将导致涉案胚胎在沈杰、刘曦死亡后即无任何可对其行使权利之人。综上，请求撤销原审判决，判决4枚冷冻胚胎的监管权和处置权归上诉人。

被上诉人刘金法、胡杏仙辩称：涉案胚胎是女儿女婿遗留下来的，上诉人和被上诉人均有监管权和处置权。要求法院依法判决。

原审第三人鼓楼医院辩称：胚胎是特殊之物，对其处置涉及到伦理问题，不能成为继承的标的；根据《人类辅助生殖技术管理办法》等卫生部的有关规定，也不能对胚胎进行赠送、转让、代孕。要求驳回上诉，维持原判。

二审查明的事实与原审查明的事实一致，本院予以确认。

另查明，南京市鼓楼医院现已更名为南京鼓楼医院。

本案的争议焦点为：涉案胚胎的监管权和处置权的行使主体如何确定？

本院认为，公民合法的民事权益受法律保护。基于以下理由，上诉人沈新南、邵玉妹和被上诉人刘金法、胡杏仙对涉案胚胎共同享有监管权和处置权：

1. 沈杰、刘曦生前与南京鼓楼医院签订相关知情同意书，约定胚胎冷冻保存期为一年，超过保存期同意将胚胎丢弃，现沈杰、刘曦意外死亡，合同因发生了当事人不可预见且非其所愿的情况而不能继续履行，南京鼓楼医院不能根据知情同意书中的相关条款单方面处置涉案胚胎。

2. 在我国现行法律对胚胎的法律属性没有明确规定的情况下，结合本案实际，应考虑以下因素以确定涉案胚胎的相关权利归属：一是伦理。施行体外受精-胚胎移植手术过程中产生的受精胚胎，具有潜在的生命特质，不仅含有沈杰、刘曦的DNA等遗传物质，而且含有双方父母两个家族的遗传信息，双方父母与涉案胚胎亦具有生命伦理上的密切关联性。二是情感。白发人送黑发人，乃人生至悲之事，更何况暮年遽丧独子、独女！沈杰、刘曦意外死亡，其父母承欢膝下、纵享天伦之乐不再，“失独”之痛，非常人所能体味。而沈杰、刘曦遗留下来的胚胎，则成为双方家族血脉的唯一载体，承载着哀思寄托、精神慰藉、情感抚慰等人格利益。涉案胚胎由双方父母监管和处置，既合乎人伦，亦可适度减轻其丧子失女之痛楚。三是特殊利益保护。胚胎是介于人与物之间的过渡存在，具有孕育成生命的潜质，比非生命体具有更高的道德地位，应受到特殊尊重与保护。在沈杰、刘曦意外死亡后，其父母不但是世界上唯一关心胚胎命运的主体，而且亦应当是胚胎之最近最大和最密切倾向性利益的享有者。综上，判决沈杰、刘曦父母享有涉案胚胎的监管权和处置权于情于理是恰当的。当然，权利主体在行使监管权和处置权时，应当遵守法律且不得违背公序良俗和损害他人之利益。

3. 至于南京鼓楼医院在诉讼中提出，根据卫生部的有关规定，胚胎不能买卖、赠送和禁止实施代孕，但并未否定权利人对胚胎享有的相关权利，且这些规定是卫生行政管理部门对相关医疗机构和人员在从事人工生殖辅助技术时的管理规定，南京鼓楼医院不得基于部门规章的行政管理规定对抗当事人基于私法所享有的正当权利。

本院还注意到，原审在本案的诉讼主体结构安排方面存在一定的瑕疵，本应予以纠正。但考虑本次诉讼安排和诉讼目的指向恒定，不会对诉讼主体的程序和实体权利义务的承担造成紊乱，本院不再作调整。另外，根据上诉人在原审中的诉请以及当事人之间法律关系的性质，本案案由应变更为监管权和处置权纠纷。

综上，沈新南、邵玉妹和刘金法、胡杏仙要求获得涉案胚胎的监管权和处置权合情、合理，且不违反法律禁止性规定，本院予以支持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第五条、第六条、第七条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（二）项之规定，判决如下：

一、撤销宜兴市人民法院（2013）宜民初字第2729号民事判决；

二、沈杰、刘曦存放于南京鼓楼医院的4枚冷冻胚胎由上诉人沈新南、邵玉妹和被上诉人刘金法、胡杏仙共同监管和处置；

三、驳回上诉人沈新南、邵玉妹其他诉讼请求。

一、二审案件受理费共计160元，由上诉人沈新南、邵玉妹和被上诉人刘金法、胡杏仙各半负担。

本判决为终审判决。

审判长 时永才

审判员 范莉

审判员 张圣斌

二〇一四年九月十七日

书记员 庄绪龙

### 律剧故事 | 富豪婚姻的残忍真相

2014年9月20日 上海法治声音 沈佳音

上海法治声音微信号:fazhishengyin

上海报业集团新媒体发展研究中心出品。为百万白领、公司法务、法律工作者搭建交流平台。从法治视角关注

世态人心，传播法治精神。众筹选题，申城首家！上海法治声音网站也已同步上线，输入 [www.lawsvoice.com](http://www.lawsvoice.com) 或者点击文末的阅读原文均可进入！

### 【编者按】

看多了韩剧里面灰姑娘嫁入豪门变身白雪公主的故事，但是在现实生活中这样的故事又有几成可能发生？今天给大家介绍一篇文章，来自离婚律师的感悟。

来源 | 报刊文摘

作者 | 沈佳音

“男人是增值资产，我每打赢一场官司就增值一次，女人则像华尔街暴跌的股票，随着时间流逝年老色衰。”《离婚律师》里池海东这段台词出自律师陈旭，他也是这部电视剧的法律顾问。与池海东一样，陈旭也是京城有名的律师，这些年看过太多离婚大战中的尔虞我诈、薄情寡义、利益纠缠。

现实很残酷

陈旭代理过许多亿万富豪离婚案，做女方代理律师的时候居多，男方在离婚前后的言行常让他感慨万千。他现在手头就有个标的千亿的离婚官司，额度远超此前代理过的钢铁大亨杜双华离婚案。

这个富豪今年才四十多岁，当年是个农家子弟，爱上了当地铁路局局长的女儿。他跑到人家家门口租房子，守了半年，两人到底好了。男方从此飞黄腾达，成为中国有数的隐形富豪。但男方后来跟自己的秘书好了。女方知道后一直隐忍着，不愿意离婚，但男方一定要离，非常强势。不过陈旭觉得这并不是一个简单的“痴情女子负心汉”的故事。回顾他们几十年的婚姻历程，就能看到当年女方高高在上的样子，稍有不顺就指着鼻子骂：“没有我，你能有今天？”

“跟陈律师聊天最好的地方就是，他会为你还原官司背后的生活场景。”编剧陈彤把这些真实的故事都融到自己的剧本里，“现实很残酷，我已经尽量在每一集里都加点小温暖了。”

出轨只是小感冒？

陈旭代理的富豪离婚案无一例外都有小三的存在，但不是只要有小三他就主张离婚。他向记者讲了黄顺兴的故事。黄顺兴是台湾人，担任第七届全国人大常委，是人大历史上第一个投反对票的人。他七十多岁时爱上了家中的小保姆，闹离婚。作为代理律师，陈旭找到了他的妻子，结果老太太特别淡定地说，他这是小感冒，好了自然就回来了，他一辈子这种事情多了，不用太当回事。后来，这事不了了之，两人过了一辈子。

“我年纪越大，碰到的事情越多，越觉得老太太的话有道理。”陈旭觉得，出轨是男人的天性，金钱和地位为此提供了条件，“男人有钱就学坏，有些没钱的吊丝也是这个德性。稍微有点成功的男人，你问问他们谁敢发誓说什么事没有？”

曾经有个四十多岁的女富豪来找他咨询。她老公在外有了情人，她因此要离婚，但男方不想离，要求她每周给他两天自由时间，五天回家，剩下两天不要管他。陈旭给她分析离婚的利弊：老公顾家，孝敬父母，对她也不错，本质不坏。“如果你现在要离了，你还能找到你老公这样的人吗？年龄比你小的帅哥都是吃软饭的，奔你钱来的。同龄人让你看得上的，对不起人家看不上你。年龄比你大的，找个大10岁的，你照顾他，你不甘心。”在他的劝说下，两人没离婚。

对此，陈彤非常愤怒：“一开始一周两天，你答应了，最后就会变成三天、四天，最后变成一周，慢慢地，你没有任何谈判地位。人家在外面跟小三过得好就跟你离了，如果跟小三过得不好就回来找你养老。在他心里，你就是一个保姆，而不是平等的爱人。”这些男律师的观点让她抓狂。

利益最坚固

其现在富豪也都学聪明了，不会轻易让人在自己的财富上切走一大块。陈旭每次见到他们，身边都是不同的女伴。

他们告诉陈旭，以10万元为底线，就是买完包，上完床，玩上两个月，10万元花完了，新鲜劲也过了，就再换一个。那些女孩也不在乎，她们也会立马再换一个。

即使真的结婚了，他们还是会把财产牢牢地抓在自己的手里。前几天，有个28岁的漂亮妈妈来找陈旭咨询。她嫁给了一个富二代，孩子刚一岁。她怀孕期间老公就在外面找人同居，不高兴了两个月都找不着人。“现在富二代的爹妈也很贼的，那个富二代没有收入，名下也没有任何不动产。”对于这种情况，陈旭坚决支持她离婚，因为这个男人完全指望不上。

在观察了这么多富豪婚姻之后，陈彤觉得，他们的生活里面情感只是一小部分。富豪的婚姻能够走得比较长的，一定得是伙伴关系，有共同的公司，有共同的事业，有共同的目标。

### 【讨论】并不奇怪的争议——说说“无锡胚胎案”

2014年9月21日 扬州路漫 法律博客

微博最近热议的无锡胚胎案，算是法律圈子里面的一个比较小众又比较热门的话题了，作为一个相对空白、敏感的问题，产生争议本不足为奇，个人看来，一审法院和二审法院代表了我国法律圈子当中甚至于可以说是法律圈子中的两个历史悠久的流派，此案所反映出的对抗逻辑今后很长一段时间仍然会主导我们的思维、行为和价值观。

### 一、一审法院宜兴法院的主要理由及支持者

宜兴法院一审判决认为，原告主张沈杰与刘曦夫妻手术过程中留下的胚胎作为其生命延续的标志，应由其负责保管。但施行体外受精-胚胎移植手术过程中产生的受精胚胎具有发展为生命的潜能，是含有未来生命特征的特殊之物，不能像一般之物一样任意转让或继承，故其不能成为继承的标的。同时，夫妻双方对其权利的行使应受到限制，即必须符合我国人口和计划生育法律法规，不违背社会伦理和道德，并且必须以生育为目的，不能捐赠、买卖胚胎等。本案中沈杰与刘曦夫妻均已死亡，通过手术达到生育的目的已无法实现，故其夫妻两人对手术过程中留下的胚胎所享有的受限制的权利不能被继承。从司法层面，本着尊重伦理道德和维护人类生命繁衍自然规律的秩序为原则，持相对保守的态度。

该判决拥护者不少，简单的说，就是符合现行法律的精神和规范，也符合现有的国际伦理规范。现有中国法律明确禁止代孕等一切“反伦理”生育行为，也并不承认胚胎的“人权”，国际一般伦理规范也从未允许非双亲意志下的人类再造行为。

我个人觉得，一审判决拥护者最明确的理由来自于所谓“法的精神”，我认识的一名优秀、经验丰富的司法工作者在微博上痛斥二审判决是“丧心病狂”、“玷污法律”，可见争议触动灵魂之深。法的精神是什么，就是尊重现行法，这一派人认为所谓的神的意志，高于法律的法律是扯犊子的存在，追溯至二战结束审判德国军官，创制所谓的“反人类罪”实际是战争胜利者的诡辩，是反逻辑、反理性的行为。

### 二、二审法院翻盘的理由和支持者

二审无锡中院，由我们扬州曾经的中院院长，现在的无锡中院院长时永才亲自主审。无论出于什么动机，二审法院改判理由如下：1. 沈杰、刘曦生前与南京鼓楼医院签订相关知情同意书，约定胚胎冷冻保存期为一年，超过保存期同意将胚胎丢弃，现沈杰、刘曦意外死亡，合同因发生了当事人不可预见且非其所愿的情况而不能继续履行，南京鼓楼医院不能单方面处置涉案胚胎。

2. 在我国现行法律对胚胎的法律属性没有明确规定的情况下，结合本案实际，应考虑以下因素以确定涉案胚胎的相关权利归属：一是伦理。受精胚胎具有潜在的生命特质，不仅含有沈杰、刘曦的DNA等遗传物质，而且含有双方父母两个家族的遗传信息，双方父母与涉案胚胎亦具有生命伦理上的密切关联性。二是情感。白发人送黑发人，乃人生至悲之事，更何况暮年丧偶独子、独女！而沈杰、刘曦遗留下来的胚胎，则成为双方家族血脉的唯一载体，承载着哀思寄托、精神慰藉、情感抚慰等人格利益。涉案胚胎由双方父母监管和处置，既合乎人伦，亦可适度减轻其丧子失女之痛楚。三是特殊利益保护。胚胎是介于人与物之间的过渡存在，具有孕育成生命的潜质，比非生命体具有更高的道德地位，应受到特殊尊重与保护。在沈杰、刘曦意外死亡后，其父母不但是世界上唯一关心胚胎命运的主体，而且亦应当是胚胎之最近最大和最密切倾向性利益的享有者。综上，判决沈杰、刘曦父母享有涉案胚胎的监管权和处置权于情于理是恰当的。当然，权利主体在行使监管权和处置权时，应当遵守法律且不得违背公序良俗和损害他人之利益。

3. 至于南京鼓楼医院在诉讼中提出，根据卫生部的相关规定，胚胎不能买卖、赠送和禁止实施代孕，但并未否定权利人对胚胎享有的相关权利，且这些规定是卫生行政管理部门对相关医疗机构和人员在从事人工生殖辅助技术时的管理规定，南京鼓楼医院不得基于部门规章的行政管理规定对抗当事人基于私法所享有的正当权利。

时永才院长还作了附加解释：虽然冷冻胚胎判给了老人，但老人在行使权益时，并非没有限制。法院在判决书中对此给出了明确限定：一，后续处置必须符合法律；二，不得违背公序良俗；三，不能损害他人利益。只要符合这三条，怎么处置胚胎，是老人自己的事情。法院裁判只解决归属问题，并不解决使用问题。冷冻胚胎是否会用来代孕，已超出了审判范围。

这个天差地别的判决同样得到了一部分人的狂热支持，范凯洲律师的观点很有代表性：本案中，双方家庭的“对垒”，目标就是冷冻胚胎。由具有生育能力的奶奶、外婆处置，或是不以金钱为目的的志愿者，或到允许代孕的国家操作，都不违法。对于胚胎的处置，要看小两口当时是否有限制使用等相关禁止性约定。“假如说小两口一方去世，另一方委托别人代孕，代孕的要求不被允许的话，岂不意味着这一方的生育权也被侵犯了故此说存在悖论。”生命科技的发展，就是为了更好地延续生命，更况小两口当初冷冻胚胎，就是为了孕育、延续生命，所以法院现在的判决与生育权并不冲突。

更大立场在于对“官权”的限制：长期来，国人大多畏官权及“红头文件”。但略懂法律之人均知，法无明文规定不禁止、法无明文禁止不为罪，而此“法”是指全国人大、人大常委会、国务院制定的法律法规等；对其他部门制定的“红头文件”，即使有所违反，但如不违反社会公共利益、公序良俗或他人合法权益，也不导致违法、禁止。对此，最高人民法院有关司法解释及有关案例也多次明确，如违反部门规章的合同并不因此无效。而再深究此理，实际上也就是一再普道的“公权力不应过多介入私权领域”，公权更多是服务、引领为主，而不是以官人的身份张扬权势。

### 三、笔者也想说几句

大家吵得很热闹，各有各的“大义”，我也想说两句。

第一、中国社会的传统主要诉求不能被现代性彻底忽视。

近百年现代化以来，虽然有很多人前赴后继地消灭和企图消灭一些东西，但现在看来吧，不是很成功。亲情、

亲权、亲人，随着和平的日益长久，总是成为最后左右国人的重大砝码，中国如果还算有一种信仰，那就是亲属，其余的拜鬼拜神、迷信活动、家长里短都是这个根本意识的附属品。本案中最大的利益是可能成为失去后代的四位老人的最大精神支柱的潜在活人，这一点，正反双方都难以否认，问题在于，谁高于谁，现行法律和现有伦理更值得保护，还是潜在于大多数中国人内心难以言说的精神利益更值得保护，我本人，无权定夺，只怕就连无锡中院也绝非真正的终局裁判。无锡中院说了“顺天理、存人伦”这样诡异的非法律语言，想表达什么其实很清楚，问题是，在现今中国，有资格来裁决天理人伦的，只怕已经不复存在。

第二、现行法律应当得到一定程度的尊重。

在中国，但凡懂点法的，都对法律有一定程度的不满，这已经不局限于法律圈子，连我夫人每天看看《天网》、《一线》都对我国法律一肚子不满意。但不满意归不满意，除去一些有中国特色的“口号法”以外，比如那个什么尊敬老人法，要儿女一年回家几次的那种，其余的法律应当得到一定程度的尊重。本次争议中一审方面引用了一部冷门法律，《人口与计划生育法》这部法律极少出现在审判中，主要由于一般的看来这部法律主要是讲计划生育的，这种法律的口号性部分，也就是非操作性语言，“不违背社会伦理和道德，并且必须以生育为目的，不能捐赠、买卖胚胎”能否直接作为一般审判的依据，其实也是有争议的。另外，计划生育制度本身在一定程度上的争议也影响了一部分人对本案的理性判断。

第三、中国社会政权强势带来的反机构思维不容忽视。

本案第三人，就是那个鼓楼医院，在一定程度上受到了不太公正的对待，主要是社会性原因。我国政府由于历史原因，几乎对社会的方方面面都有直接管理和占有的行为，使得一切的机构身上都带有长久以来的“公家病”，而个人与社会机构之间的对抗很容易上升到官逼民反的层面去解读。笔者每天在政府大院上班，哪一天看不到堵门的，总觉得太阳没有正常升起，而有人躺在路中央，或者打成一片，才会觉得一天的机关工作正常开始。更加神奇的是，门口人的诉求一般都和政府无关，有私立学校倒闭的，有私营企业裁员的，有因为买的房子降价的。之所以如此，是因为当个人与机构产生矛盾，一旦法律对机构有利，只要用民意政府权力，就可以得到利益的最大化。当然，中国的一切机构高度行政化、官僚化，也是失去社会信任的理由之一，不要说机构了，就连一些小偷公司、丐帮、流氓团伙都定期召开会议、撰写报告和总结，有的还记账、搞绩效考核、记功奖励，更有甚者还每年召开年终总结会，一开就是一天，“长老、帮主”的报告一念几个小时，这都不是杜撰的笑话，都是真人真事。机构官僚化与盲目反对政府这一对双胞胎，只怕还会长期存在下去。

最后说一句，这事真没有对错之分，过分执着于对错，永远看不见正义和真理。

来源：扬州路漫的法律博客

<http://gameloverlu.fyfc.cn/b/826688>

### 【聚焦】婚姻信息联网能防范骗婚重婚吗？

2014年9月21日 清扬 法律博客

导读

北京市民政局昨日表示，北京的婚姻登记信息有望在10月份和法院实现联网，届时在法院办理过离婚手续者，其婚姻状况实现即时传送到民政部门，以此更好地防范骗婚、重婚行为。（9月18日《新京报》）

民政部门是法定婚姻登记和查询机关，办理男女结婚与协议离婚手续，但如果双方存在争议、协议离婚不成的，则须到法院起诉离婚，由法院通过调解或判决决定是否离婚。当然，当事人也可不经过民政部门，而直接到法院起诉离婚，两种离婚方式并轨运行。

不过，目前大部分地区民政与法院系统的婚姻信息并未“并轨”，而是“各司其职”，经法院调解或判决离婚的婚姻信息，法院不会主动通知民政部门，而离婚当事人拿到法院的生效判决书或调解书，就等于拿到了“离婚证”，具有同等法律效力，也几乎不会专门去民政部门变更婚姻登记状况。但就法理而言，同样是解除婚姻关系，改变一个人的婚姻状态，经法院调解判决离婚的婚姻关系，也应纳入法定婚姻登记机关的信息平台。

2012年6月底，民政部门婚姻登记信息已实现全国纵向联网，给全体公民带来极大便利和保障。但法院与民政系统离婚信息未能“横向联通”，存在婚姻信息共享的管理“盲区”，造成从民政系统查询的婚姻信息不真实、不可靠，有失婚姻登记的严肃性、权威性不说，还很容易形成法律漏洞，让隐瞒婚史、违法借贷、恶意逃债避税等别有企图的骗婚、重婚、假结婚、假离婚、骗贷骗福利者等钻空子，破坏婚姻家庭秩序和社会公平正义，损害公民婚姻和金融体系的安全，导致大量的矛盾纠纷发生，影响到社会的和谐稳定。

而法定离婚机构“各扫门前雪”，婚姻信息“失联”失真，不但会导致违法犯罪者钻法律空子，挑战法律的尊严和正义，也会给守法公民增添不必要的麻烦，妨碍正常的婚姻信息档案查询和身份证明资料提供，因而其负面效应不可小觑。

堵塞法律漏洞，疏通婚姻信息不通的“肠梗阻”，推进民政、法院系统判决、调解离婚信息的查询、交接和共享工作，法院离婚信息状况即时传送到民政部门，婚姻登记管理信息系统随即变更，实现法院民政系统的离婚信息第一时间互联共享，避免出现当事人婚姻法律关系的实质状况与登记状况不一致的尴尬局面。不但维护法制的统一和婚姻登记的严肃性，有效提升公民的婚姻安全指数，也有助于筑牢整个社会信用安全体系。而民政与法院、公安

婚姻数据平台的密切对接，也将极大便利公民婚姻信息资料的正常查询和依法使用。

来源：清扬的法律博客

<http://7900.fvfz.cn/b/826558>

## 涉港婚姻及家事法實務探討

2014年4月17日 中港法律匯 黃慧靜律師

隨著香港於1997年回歸中國，中港兩地不論在經濟或文化上，聯繫日漸緊密，兩地人民的接觸不斷增加，因此，中港跨境婚姻越趨普遍。根據香港政府統計處及司法機構年報，由1997年到2012年期間，在香港註冊結婚的人士，其中一方為內地人士的數目每年遞增，由1997年的百分之7增加至2012年的百分之35.2。隨著社會經濟發展，人民對婚姻的看法也有所改變。近年，離婚數字日益增加。由2001年大約13,000宗增長至2012年的21,000多宗，當中涉及內地人士的，占大約百分之30。這種趨勢無疑對香港社會帶來重要的影響。由於香港採用訴訟離婚，這種趨勢同時亦對香港家事法庭帶來新的局面，司法管轄權爭議，平行訴訟，以及挑選法院的情況越趨常見。

本篇文章將會闡述香港家事法及香港離婚程式輔以案例，深入探討司法管轄權爭議及平行訴訟等問題。

### 一、香港離婚訴訟概要

香港的法律制度採用訴訟離婚，即婚姻當事人必須通過法院批出離婚判令，方可解除婚約。

根據香港法例第179章《婚姻訴訟條例》第3條，不論婚姻是否在香港註冊，如屬以下其中一項情況，香港家事法庭具有司法管轄權，婚姻任何一方，可以在香港家事法庭呈請離婚：

- (1) 在呈請或申請提出當日，婚姻的任何一方以香港為居籍；
- (2) 在緊接呈請或申請提出當日之前的整段3年期間內，婚姻的任何一方慣常居於香港；或
- (3) 在呈請或申請提出當日，婚姻的任何一方與香港有密切聯繫。

即使香港家事法庭有司法管轄權處理該離婚呈請，呈請人亦需證明「婚姻已破裂至無可挽救」，法庭方會批發離婚判令。根據香港法例第179章《婚姻訴訟條例》第11A條，要證明“婚姻已破裂至無可挽救”，呈請人可以基於以下一項或多於一項的事實作為依據：-

- (1) 答辯人曾與人通姦，而呈請人認為無法忍受與答辯人共同生活；
- (2) 因答辯人的行為而無法合理期望呈請人與其共同生活；
- (3) 婚姻雙方在緊接呈請提出前，已分開居住最少連續一年，且答辯人同意由法院批出判令；
- (4) 婚姻雙方在緊接呈請提出前，已分開居住最少連續2年；
- (5) 答辯人在緊接呈請提出前，已遺棄呈請人最少連續1年。

離婚呈請啟動後，香港家事法庭需要處理的事宜有三項：分別為

- (1) 解除婚姻的離婚主體訴訟；
- (2) 子女安排（如有）；及
- (3) 附屬濟助。

解除婚姻分為兩個階段：如果法庭認為離婚依據及理由充分，就會批出「暫准離婚判令」。頒發「暫准離婚判令」至少六星期後，以及在法庭滿意子女及附屬濟助的安排後，法庭會根據第192章《婚姻法律程式與財產條例》第18條發出「絕對離婚判令」，正式解除婚姻。換言之，如子女安排及附屬濟助的爭議尚未解決，法庭不會發出「絕對離婚判令」。

子女的安排可分為三種：

- (1) 管養權；
- (2) 照顧及管束；
- (3) 合理探視權。法庭會以子女的利益為依歸，決定管養權、照顧及管束權誰屬。如一方獲判管養權、照顧及管束權（即「單獨管養命令」），另一方可享有合理探視權。近年，法庭鼓勵雙方共同管養（即「共同管養命令」），希望藉此讓離婚父母共同參與子女成長的重要決定，從而減低父母離異對子女，尤其年幼子女的傷害。

附屬濟助就是處理配偶及子女的經濟給養（即贍養費），以及家庭資產分配的問題。法庭評定配偶及子女贍養費時，會考慮一籃子的因素，包括家庭在婚姻期間的生活水準及雙方各自的經濟狀況等。一般而言，配偶贍養費由「絕對終離婚判令」批出後開始支付直到受養一方死亡或再婚，以較先為準。至於子女贍養費的責任則由「絕對離婚判令」批出後直到其18歲或完成高等教育，以較後為準。

如家庭資產龐大，資產分配爭議往往最為激烈。根據香港現行案例，一般而言，夫妻分配資產的原則以平分為起點，法庭再會考慮案情事實背景及其他考慮因素後，作出公平的分配。

### 二、香港家事法庭的司法管轄權

中港跨境離婚訴訟的特色是案件尚未進入實體離婚訴訟前，婚姻當事人往往提出司法管轄權爭議。如上文，只要符合以下其中一項情況，香港法院具有司法管轄權：

- (1) 在呈請或申請提出當日，婚姻的任何一方以香港為「居籍」；
- (2) 在緊接呈請或申請提出當日之前的整段3年期間內，婚姻的任何一方「慣常居於香港」；或

(3) 在呈請或申請提出當日，婚姻的任何一方「與香港有密切聯繫」。

「居籍」是普通法的一個法律概念，是一個人與一個地方的關係，有別於國籍或居留權。根據香港法例第 596 章《居籍條例》第 3 條，每名個人均有居籍。《居籍條例》第 5 條說明居籍共分為兩種：任何個人于成為成年人時，保留在緊接成為成年人之前的居籍，稱為「原生居籍」，此概念與內地的「戶籍」相似；而成年人如身處某國家或地區，而且意圖無限期以該國家或地區為家，則取得該國家或地區居籍為新居籍，稱為「選擇居籍」。

除了居籍外，另外一個確立司法管轄權的條件是，婚姻的一方於呈請或申請提出當日之前的 3 年內慣常居於香港。一般的情況下，「慣常」的重要性體現於以下兩點：

(1) 自願選擇居住；及

(2) 以定居為目的。法例並沒有對「慣常居住」定下確實的準則，但法庭會考慮整體案件的背景，包括居留日數及素質，而決定婚姻的一方是否慣常居於香港。

同樣地，在考慮第三個條件，即是在呈請或申請提出當日，婚姻的任何一方是否“與香港有密切的聯繫”時，法庭會視乎每個案件的案情，例如在香港居住的年期、居住的物業、生意及投資、工作等，以決定婚姻的一方與香港是否存有關係，以及關係的程度是否密切。

於案例 Y v W(2011)，香港家事法庭就婚姻當事人是否居籍於香港作出判決，從而判定香港家事法庭是否具有司法管轄權。

#### 【Y v W 案】

此案婚姻雙方皆於內地出生及成長，青梅竹馬。妻子于 1995 取得香港永久性居民身份證，於 1997 年在美國大學畢業後並到香港工作，2001 年在香港成立了一間有限公司，從事公關業務。妻子後來在北京與丈夫重遇，並於 2002 年在北京與丈夫同居。妻子于 2003 年懷孕並到香港誕下兒子，雙方于同年年底在香港註冊結婚。婚後，雙方繼續在北京生活，2008 年雙方開始分居。2010 年年底，丈夫先在北京朝陽區法院提出離婚訴訟，而妻子亦在 2011 年年初在香港家事法庭提出離婚訴訟。丈夫隨後在香港提出司法管轄權爭議，而妻子也同樣地在北京法院提出司法管轄權異議，並迅速於兩個月內獲得勝訴，北京法院不具司法管轄權，該離婚訴訟應由香港法庭處理。丈夫提出上訴，後被駁回。

在香港的司法管轄權爭議中，丈夫提出的理據為：雙方的居籍在內地，雙方均慣常居於內地；雙方與香港沒有密切聯繫。故此，香港法院不具司法管轄權處理該離婚訴訟。此案無需爭議的是，雙方的原生居籍均在內地。法庭要考慮的是：妻子是否因為她於 1997 年返回香港工作以及于 2001 年成立了一間香港公司而取得「選擇居籍」？再者，即使妻子在香港獲得新的「選擇居籍」，她是否於 2002 年隨丈夫返回內地長住而放棄香港的選擇居籍，並恢復其原生居籍於內地？

最後法庭裁定：雙方原生居籍在內地，婚姻居所在北京，家庭及子女都在北京生活及成長，雙方於香港沒有資產。雖然妻子于 1995 年取得了香港永久居民身份證，但純粹擁有身份證不能證明妻子的選擇居籍在香港。即使妻子于 2001 年在香港成立了一間公司，但該公司大部分活動皆於內地，而且她由 2002 年至 2004 年間一共逗留在香港少於 1/3 時間，期間只是借住朋友家或酒店，並不構成無限期地以香港為家的意圖。再者，就算妻子于 1997 年返回香港工作而取得了選擇居籍，但亦因 2002 年隨丈夫返回北京長住而恢復了其于內地的居籍。基於以上，香港法庭裁定丈夫勝訴，認定香港法庭沒有司法管轄權處理該離婚訴訟而撤銷香港離婚訴訟。

於 Y v W(2011) 一案，法官特別指出香港永久居民身份不能直接證明該名人士的「居籍」在香港，而在考慮是否具有司法管轄權時，北京法院的判決不影響香港法庭的決定。

#### 三、中港離婚平行訴訟及不方便法院原則

除了司法管轄權爭議外，兩地發生平行訴訟也是跨境離婚訴訟的一大特色。當香港及內地法院均對該段婚姻具有司法管轄權時，婚姻當事人分別挑選對自己有利的法院作離婚申請，引致「平行訴訟」，後果可能是兩地法院作出不同，甚至有矛盾的判決，此局面不但造成兩地法院尷尬，更甚者是造成執行上的困難。

當發生平行訴訟時，婚姻當事人可以「不方便法院原則」向香港法庭申請擱置香港離婚呈請。香港法庭需通過三個階段考慮不方便法院原則。第一階段是，表面上是否明確地另有更合適的法院審理該離婚訴訟。如是，法庭會進入第二階段，考慮該離婚案件於另一法院審理是否對申請人有個人或司法上的利益。進入第三階段，法庭會評估擱置香港訴訟是否公平及對雙方有利。

LS v AD(2012) 一案，正是展現了香港法庭如何經過以上三個階段的考慮，最後裁定當事人不能通過不方便法院原則，而繼續處理香港離婚呈請的好例子。

#### 【LS v AD 案】

婚姻雙方皆於內地出生，皆擁有香港永久居民身份證。雙方於 2001 年在北京正式註冊結婚。丈夫為香港某上市公司主席及大股東，婚後因工作關係主要居住在香港，只在節日及假期時返回北京與妻子及家人團聚。雙方育有一子一女，皆於香港出生。子女出生後均隨妻子回北京生活和就學，並一直由妻子獨力照顧。

2012 年 1 月妻子于香港法庭提出離婚呈請，一星期後丈夫在北京市朝陽區法院亦提出離婚訴訟。妻子隨後在北京法院提出司法管轄權爭議，而丈夫也在香港法庭以不方便法院原則要求擱置香港離婚呈請。3 個月後，北京法院判妻子的司法管轄權爭議勝訴，駁回北京離婚訴訟。丈夫提出上訴，並於同年 8 月上訴成功，離婚訴訟被發還北京

法院繼續審理。

同年9月，香港法院就丈夫提出的擱置申請進行聆訊。經考慮雙方提交的證據，香港法庭認為，妻子與兩名子女長期居於北京，妻子在北京擁有多個物業，而且丈夫與北京關係密切，雙方與北京的關係不容置疑。加上，北京上訴法院已批准丈夫繼續于內地進行離婚訴訟，所以表面上，的確是另有合適的法院審理該離婚訴訟，第一階段通過。

至於在內地法院審理該離婚訴訟是否對丈夫有個人或司法上的利益，香港法庭考慮到妻子在香港的離婚呈請是基於丈夫的不合理行為。就此，丈夫表明必會強烈抗辯，並且將會傳召大批證人到香港作證。相反，如該離婚訴訟由北京法院審理，北京法院無需就丈夫的不合理行為進行審理，離婚訴訟相對簡單，因此法庭同意從司法利益的角度上，北京法院對丈夫有個人及司法上的利益。第二階段通過。

第三階段，香港法庭需要評估，如果擱置香港訴訟是否公平及對雙方有利。法庭考慮到該案件所涉及的資產龐大，最大的爭議無疑在於財產分配。香港的司法程式可提供完整及詳盡的檔披露機制，如果該離婚訴訟由內地法院審理，法官認為妻子在資產的爭議上將會面臨極大的困難，對妻子不利。基於此點，香港法庭認為第三階段未能通過，最後判決妻子勝訴，駁回丈夫提出的擱置離婚訴訟申請，即香港法庭將繼續處理該離婚訴訟。

兩地法院的判決造成平行訴訟的局面，在前路茫茫之際，訴訟雙方其後就子女管養權及財產分配達成共識，並選擇在北京解除婚約，避免了平行訴訟可能導致兩地法院作出不同判決時的情況。

#### 四、香港法律的最新發展

香港司法程式提供完整及詳盡的檔披露機制，對爭取附屬濟助方面尤其有利，以致跨港婚姻當事人都希望選擇由香港法庭處理財產分配的問題。在推行新法例香港法例第192章《婚姻法律程式與財產條例》第29AB條至第29AF條以前，附屬濟助必須“附屬”在離婚主體訴訟。換言之，離婚必須由香港法庭處理，婚姻當事人方可同時要求香港法庭處理附屬濟助的申請，因而引發一連串涉及跨港婚姻的司法管轄權爭議及平行訴訟問題。

2011年3月1日，第192章《婚姻法律程式與財產條例》第29AB條至第29AF條正式生效。根據第29AB條，如一段婚姻是籍在香港以外地方的司法或其他法律程式，而遭解除或廢止，或婚姻雙方籍在香港以外的司法或其他法律程式而合法分居，及該項離婚、廢止或合法分居獲香港法律承認為有效，婚姻的其中一方按照法院規則，向法院申請經濟濟助命令。當然，申請人亦需要通過第29AE條所訂下的司法管轄權條件，並取得香港法庭的許可，方可向香港法庭申請經濟濟助。新法律的目的是舒緩跨港婚姻當事人爭相到香港法院提出離婚程式的鬥爭。

#### 五、結論

因為兩地司法制度的不同，跨港婚姻當事人在香港呈請離婚需要經過不同的挑戰及考驗，包括司法管轄權爭議及平行訴訟帶來的風險。隨著中港婚姻及離婚數字日漸增加，中港離婚的平行訴訟相對增多，也產生了不一致裁決及執行判決等問題。香港法例第192章的新法例擴大了香港法庭的權力，以處理在香港以外離婚後之經濟濟助。但是新法例是否有效地解決當前的問題，仍是未知之數。

作者：黃慧靜律師（香港杜偉強律師事務所顧問律師）

黃慧靜律師于2004年加入杜偉強律師事務所，2006年成為香港特別行政區認可律師，2008年取得英格蘭及威爾士認可律師資格，於2012年晉升為杜偉強律師事務所顧問律師至今。黃律師在民事、商業和婚姻訴訟有廣泛經驗。黃律師代表本港和跨國企業處理各類民事和商業糾紛，包括強制令申請及公司清盤，及提供法律意見。同時，她亦處理家事及婚姻法案件，包括中港離婚訴訟之司法管轄權爭議及經濟索償。

#### （五）文件选读

### 国际性诱拐儿童民事方面的公约

2011年9月5日 新浪网

国际性诱拐儿童民事方面的公约

本公约签字国，

深信儿童利益是有关儿童监护的最重要问题，

愿意就国际范围保护儿童免遭非法带走或扣留的有害後果，制定程序以保证其迅速返回惯常居所地国家，并为保护探望权提供保证，

决定为此目的缔结一项公约，并议定下列条款：

第一章 公约的适用范围

第1条

本公约的目的是：

（一）保证在任何缔约国中遭非法带走或扣留的儿童迅速返回；以及

（二）保证缔约国法律所规定的监护权和探望权在其他缔约国获得有效尊重。

第2条

缔约国应采取一切适当措施以保证在其境内实现本公约的目的。缔约国应为此采取最迅速的程序。

第3条

带走或扣留儿童，应视为非法的，如果：

（一）根据儿童被带走或被扣留前当时的惯常居所地国家的法律规定，如有侵犯属于个人、机构或任何其他团体的共同或单独监护权；而且

（二）在带走或扣留的当时，实际上业已共同或单独行使上述监护权，或者如无带走或扣留情事，则将行使此项权利。

特别是上述第1项述及的监护权，可因法律的规定或因司法判决或行政决定，或因依该国法律具有法律效力的某项协定而产生。

#### 第4条

本公约适用于监护权或探望权刚受侵犯之前惯常居住在某个缔约国内的任何儿童。本公约在儿童年满十六岁时停止适用。

#### 第5条

为实施本公约的目的：

（一）“监护权”应包括有关照顾儿童人身的权利，特别是决定儿童居所地的权利；

（二）“探望权”应包括在一定的期限内将儿童带往儿童惯常居所以外地方的权利。

### 第二章 中央主管机关

#### 第6条

各缔约国应指定一个中央主管机关，负责本公约所规定的任务。

联邦国家、有一个以上法律制度的国家，或有自治地区组织的国家，得指定一个以上的中央主管机关，并详细规定其职权的地域范围。指定一个以上中央主管机关的国家，应指定可受理申请的中央主管机关以便申请书转达其国内适当的中央主管机关。

#### 第7条

中央主管机关应相互合作，并促进各自国内主管机关之间的合作以保证儿童迅速返回，并实现本公约的其他目的。

尤其是应当直接或者通过各种中间渠道，采取一些适当措施：

（一）确定非法带走或扣留的儿童的下落；

（二）防止因采取或使之采取临时措施而造成进一步危害儿童或损害有关系的当事人；

（三）保证自愿返还儿童或设法以和平方式解决问题；

（四）需要时交换有关儿童的社会背景材料；

（五）提供他们国家有关适用本公约一般性法律材料；

（六）为了获得儿童返回，进行诉讼或协助进行司法或行政诉讼程序并在必要时为组织或保证有效的行使探望权作出安排；

（七）必要时提供或协助提供法律援助和法律咨询，包括律师和法律顾问的参与；

（八）为保证儿童安全返回，提供可能需要的适当行政措施；

（九）就本公约的实施方面互通情报，并尽可能排除不利于适用公约的各种障碍。

### 第三章 儿童的返回

#### 第8条

任何个人、机构或其他团体对因监护权受到侵犯而被带走或扣留的儿童要求返回时，得向该儿童惯常居所地中央主管机关或任何其他缔约国的中央主管机关提出申请，请求协助返还该儿童。

申请书应载明：

（一）有关申请人和儿童的身分，以及被指控为带走或扣留儿童者的身分材料；

（二）儿童的出生日期（如果可能获得的话）；

（三）申请人请求返还该儿童的根据；

（四）一切可以获得的有关儿童下落，以及认为可能与儿童在一起者的身分材料；

申请书可以附加或补充下列文件：

（五）有关的判决或协议的正式副本；

（六）由儿童惯常居所地国中央主管机关或其他主管机关，或由该国有关法律规定的合格人士所出具的证明书或宣誓书；

（七）任何其他有关文件。

#### 第9条

中央主管机关接到第8条规定的申请书后，如果有理由相信该儿童在另一缔约国时，应迅速将此申请书直接转至该缔约国的中央主管机关，并将情况通知提出请求的中央主管机关，或有可能时，通知该申请人。

#### 第10条

儿童所在国的中央主管机关应采取或设法采取一切适当措施以达到自愿返还该儿童。



## 第 11 条

缔约国的司法或行政机关对于返还儿童的诉讼程序应予迅速进行。

如果有关的司法或行政机关自诉讼程序开始之日起六个星期内未作出判决时，申请人或被请求国家的中央主管机关有权主动或应请求国中央主管机关的请求要求说明拖延理由，被请求国中央主管机关接到答覆后，应将答覆转达请求国中央主管机关，或有必要时，转达申请人。

## 第 12 条

遇有儿童被非法带走或扣留符合第 3 条的规定时，如果儿童所在的缔约国司法或行政机关开始诉讼程序的日期，在从其非法带走或扣留之日起算不满一年者，有关机关应命令立即交回该儿童。

即使此种诉讼程序是在前款所规定一年期满之后开始，司法或行政机关也应命令交回儿童，除非能证明该儿童现已转居于新的环境之中。

被请求国的司法或行政机关如有理由相信该儿童已被带至另一国家时，得停止诉讼程序或者撤销请求返还该儿童的申请。

## 第 13 条

尽管有前条的规定，如果反对返还的人、机构或其他团体能证实下列情况时，被请求国的司法或行政机关就无义务命令返还该儿童：

(一) 在带走或扣留儿童时，应当照顾该儿童的个人、机构或其他团体实际上并未行使监护权，或对其带走或留住已经事先同意或事后默认；或者

(二) 其返回会使儿童在身体上或心灵上遭受伤害的重大危险，或会使儿童置于不能忍受的境地。

司法或行政机关如发现该儿童拒绝返回，并已达到适宜考虑其观点的年龄及成熟程度时，也得拒绝命令返还该儿童。

在考虑本条所规定的情况时，司法及行政机关应重视儿童惯常居所地中央机关或其他主管机关所提供关于该儿童社会背景的材料。

## 第 14 条

被请求国的司法或行政机关在确定某一非法带走或扣留是否属于第 3 条意义上的范围时，得直接援引儿童惯常居所地国的法律和经正式或非正式承认的司法或行政判决而不必采取特定程序来证实其法律，也不必对外国判决需要经过承认手续。

## 第 15 条

缔约国的司法或行政机关，在作出返回该儿童的命令前，得要求申请人取得儿童惯常居所地国主管机关按照公约第 3 条意义上该儿童确是非法带走或扣留的判决或其他决定，如果此种判决或决定在该国是可以取得的。缔约国的中央主管机关应尽可能协助申请人取得此种判决或决定。

## 第 16 条

在接到第 3 条意义上非法带走或扣留的通知后，被带走或被扣留儿童的缔约国司法或行政机关，除非依据本公约规定已经决定不予返回，或者在接到通知后未根据本公约于合理时间内提出申请，不得就监护权的实质作出决定。

## 第 17 条

已经作出关于监护权的判决或判决应为被请求国承认这个唯一的事实，不应作为拒绝依照本公约返还儿童的根据，但被请求国司法或行政机关在适用本公约时得考虑该判决的理由。

## 第 18 条

本章条款并不限制司法或行政机关得随时命令返还儿童的权力。

## 第 19 条

依照本公约规定所作出的关于返还儿童的判决，不影响监护权的实质问题。

## 第 20 条

按照第 12 条规定交回儿童的请求如果为被请求国保护人权和基本自由的根本原则所不容许的，得予以拒绝。

## 第四章 探望权

## 第 21 条

为安排或保证探望权得到有效行使而作出措施的申请书，得按申请返还儿童的同样方式送交缔约国中央主管机关。

中央主管机关负有第 7 条所规定的合作义务，以促进和平享有探望权，完成行使此种权利的条件。中央机关应尽可能采取步骤排除行使此种权利的各种障碍。

中央主管机关得直接或通过中间渠道提起或协助提起诉讼，以便安排或保护这些权利，并使行使此种权利的条件得到完成。

## 第五章 一般条款

## 第 22 条

在本公约规定范围的司法或行政诉讼，不得以担保或保证金等任何名称要求作为支付讼费和费用的担保。

#### 第 23 条

本公约所载有关文件无需经过认证或类似手续。

#### 第 24 条

任何送交被请求国中央主管机关的申请书、通知或其他文件，均应用申请国文字写成，并附以译成被请求国官方文字或官方文字之一的译本，或如有实际困难，则附以法文或英文译本。

但缔约国得依照第 42 条规定作出保留，对送交其中央主管机关的各种申请书、通知或其他文件拒绝使用法文或英文，但不得对两者均加拒绝。

#### 第 25 条

缔约国国民和在缔约国内常住的人，应在任何其他缔约国内在关于适用本公约的事项上所得到的法律援助和法律谘询，有权享受同常住在该国的该国国民一样条件。

#### 第 26 条

各中央主管机关在适用本公约时应自行承担各自的费用。

缔约国的中央主管机关及其他公务机关对依本公约规定而提出的申请不应收取任何费用，特别是不得要求申请人给付讼费和费用，或者在可能发生的情况下，由于律师或法律顾问的参加而引起的费用。但可要求支付因实施儿童的返回所已发生或将发生的费用。

但缔约国得依第 42 条规定作出保留，声明它不应承担前款规定的由于律师或法律顾问的参加或因法院诉讼而产生的费用，但此项费用在依其法律援助及法律谘询制度所规定的范围内应支付者不在此限。

按本公约的规定命令返还儿童或发布有关探望权的命令时，司法或行政机关可在适当情况下，指令带走或扣留儿童者或阻止行使探望权者支付由申请人或以申请人名义所负担的必要费用，包括旅费、为安置儿童而支出的费用以及申请人的法定代理费用和送还儿童的费用。

#### 第 27 条

当本公约规定的必要条件显然未被履行或申请显然缺乏足够根据时，中央主管机关并无义务接受此种申请。在此场合，中央主管机关应立即将其理由通知申请人，或在必要时通知其转达申请的中央主管机关。

#### 第 28 条

中央主管机关得要求申请书附具委托书，授权它为申请人进行活动或指定代理人进行活动。

#### 第 29 条

不论是否根据本公约的规定，对于主张第 3 条或第 21 条意义上的监护权或探望权受到侵犯的个人、机构或团体，本公约概不妨碍其直接向缔约国司法或行政机关提出申请。

#### 第 30 条

依照本公约规定向中央主管机关或直接向缔约国司法或行政机关提出的申请，连同所附的或由中央主管机关提供的文件及各种其他材料，均应为缔约国法庭或行政机关接受。

#### 第 31 条

关于儿童监护事项上有两个或两个以上的法律制度可适用于不同领土单位的国家：

- (一) 任何指称该国惯常居所应解释为该国领土单位内的惯常居所；
- (二) 任何指称惯常居所地国法律应解释为儿童常住的该国领土单位的法律。

#### 第 32 条

关于儿童监护事项上有两种或两种以上法律制度适用于不同种类之人的国家，任何指称该国的法律，应解释为该国法律规定的法律制度。

#### 第 33 条

国内不同领土单位在儿童监护方面有其各自法则的国家，如具有统一的法律制度的国家不负有适用本公约的义务时，则不应受适用本公约的约束。

#### 第 34 条

本公约对于同时参加 1961 年 10 月 5 日关于保护未成年人管辖权和法律适用的公约的当事国之间，就有关本公约范围的事项，本公约应优先被适用。此外，本公约为非法带走或扣留的儿童得到返回，或安排探望，并不限制适用请求国与被请求国之间有效的国际性文件，或被请求国的其他法律。

#### 第 35 条

本公约在缔约国之间仅适用于本公约在其国内生效後所发生的非法带走或扣留。

在依据第 39 条或第 40 条规定作出声明的情况下，前款所指的缔约国应认为是指适用本公约的有关领土单位。

#### 第 36 条

本公约并不阻碍两个或两个以上缔约国，为限定返还儿童的限制而在它们之间达成的协议，以减损本公约中可能含有此种限制的条款。

#### 第六章 最後条款

### 第 37 条

本公约应向海牙国际私法会议第十四次会议的会员国开放签字。

本公约须经批准、接受或认可；批准书、接受书或认可书应存放於荷兰王国外交部。

### 第 38 条

任何其他国家均得加入本公约。

加入书应存放於荷兰王国外交部。

本公约对加入国在其存放加入书後第三个历月的第一天起生效。

加入仅在加入国与发表声明接受其加入的缔约国之间生效。在加入後批准、接受或认可本公约的各会员国也应发表这种声明。声明应存放於荷兰王国外交部，该外交部通过外交途径将经核证无误的副本送交各缔约国一份。

本公约在加入国与声明接受其加入的国家之间应於存放此种接受声明後第三个历月的第一天起生效。

### 第 39 条

任何国家得在签字、批准、接受、认可或加入时，声明本公约的效力应扩及其负责国际关系的全部领土或其中的一处或数处。此项声明在本公约对该国生效时发生效力。

此种声明以及嗣後的任何扩大适用，均应通知荷兰王国外交部。

### 第 40 条

如果缔约国有两个或两个以上领土单位而在本公约的所处理的事项上适用不同的法律制度，得在签字、批准、接受、认可或加入时声明本公约的效力应扩及其全部领土单位或仅适用於其中的一处或多处，并得随时以新的声明修改原来声明。

此种声明应通知荷兰王国外交部，并应指明适用本公约的领土单位。

### 第 41 条

遇有缔约国的政府体制规定，其国内的行政权、司法权和立法权由其中央机关和其他机关分掌时，其对本公约的签字、批准、接受、认可或加入，或依第 40 条规定所作的声明，概不影响该国家内部权力的分配。

### 第 42 条

任何国家，至迟得在批准、接受、认可或加入时，或依第 39 条或第 40 条规定发表声明时，按照第 24 条及第 26 条第 3 款规定作出一项或两项保留。

任何其他保留概不允许。

任何国家均得随时撤销其保留。撤销应通知荷兰王国外交部。

保留应在依照前款规定发出通知後第三个历月的第一天起停此生效。

### 第 43 条

本公约应在第 37 条和第 38 条述及的批准书、接受书、认可书或加入书其第三份存放後第三个月的第一天起开始生效。

此後，本公约的生效日期应为：

（一）对嗣後批准、接受、认可或加入本公约的各国，在其存放批准书、接受书、认可书或加入书第三个月的第一天起；

（二）对依照第 39 条或第 40 条规定扩大适用本公约的领土或领土单位，在其依照该条规定通知後第三个历月的第一天起。

### 第 44 条

本公约依第 43 条第 1 款规定生效之日起存续有效五年，对以後批准、接受、认可或加入本公约的国家亦同。

如果未经废止，本公约每五年自动更新有效一次。

任何废止至少应在五年期限届满六个月前通知荷兰王国外交部。废止得限於适用本公约的某些领土或领土单位。

废止的效力仅及通知废止的国家。本公约对其他缔约国仍应存续有效。

### 第 45 条

荷兰王国外交部应将下列事项通知本会议的会员国及依第 38 条加入本公约的国家：

（一）第 37 条述及的签字、批准、接受和认可；

（二）第 38 条述及的加入；

（三）第 43 条规定本公约的生效日期；

（四）第 39 条述及的扩大适用；

（五）第 38 条和第 40 条述及的声明；

（六）第 24 条和第 26 条第 3 款述及的保留，以及依第 42 条述及的撤销；

（七）第 44 条述及的废止。

下列签字人经正式授权签署本公约，以资证明。

1980 年 10 月 25 日订於海牙，用英文及法文写成，两种文本具有同等效力，合成一份，应存放於荷兰王国政府

档案库，其经核证无误的副本应通过外交途径，送交海牙国际私法会议第十四次会议的各会员国一份。

德意志联邦共和国：

阿根廷：

澳洲：

奥地利：

埃及：

西班牙：

美国：

芬兰：

比利时：

加拿大：

Georges H. Blouin.

Allan Leal.

丹麦：

以色列：

日本：

挪威：

荷兰王国：

瑞典：

捷克斯洛伐克：

委内瑞拉：

法国：

J. D. Jurgensen.

H. Batiffol.

希腊：

D. Evrigénis.

爱尔兰：

意大利：

卢森堡：

葡萄牙：

联合王国及北爱尔兰：

瑞士：

Franck Vischer.

苏里南：

土耳其：

南斯拉夫：

经证明与正本无讹之副本。

荷兰王国外交部条约司司长：

### 浙江省高级人民法院《关于执行生效法律文书确定夫妻一方为债务人案件的相关法律问题解答》

2014年9月24日 口袋律师

我们

浙江审判研究网 zjspsyj.com | 口袋律师微信及APP终端是由陈石律师（微信号 peluchen）运营的法律公益自媒体。专注于：审判指导文件采集分享、审判实务经验交流、法律应急指南发布、免费法律咨询。点击上方“口袋律师”关注我们，随时掌握最新审判指导动态。

浙高法【2014】38号

本省各级人民法院：

为规范执行生效法律文书确定夫妻一方为被执行人的案件，平等保护当事人和案外人的合法权益，我院审判委员会讨论通过了《关于执行生效法律文书确定夫妻一方为债务人案件的相关法律问题解答》，现印发给你们。请结合执行工作实际，认真贯彻执行。实践中如遇有问题，请及时报告我院执行局。

2014年2月26日

浙江省高级人民法院

一、执行依据确定夫妻一方为债务人的案件，应当如何采取执行措施？

答：执行依据确定夫妻一方为债务人（指夫妻一方参加诉讼、仲裁或者公证），且未明确债务性质的，可以执行该债务人个人名下的财产或者夫妻共同财产中属于债务人的份额。

执行机构根据相关证据经审查判断属于夫妻共同债务的，可以执行夫妻共同财产。夫妻共同财产经执行仍不足清偿的，可以执行夫妻另一方的个人财产。

个人财产是指《中华人民共和国婚姻法》及其司法解释明确规定属于夫妻一方个人所有的财产。

二、执行程序中如何把握债务性质的判断标准？

答：执行依据对债务性质未予明确的，执行程序中可以根据《中华人民共和国婚姻法》及其司法解释的规定进行判断和审查，即以债务是否发生在夫妻关系存续期间作为判断标准。

发生在夫妻关系存续期间的下列债务，执行机构在案外人异议审查时可以认定为个人债务：

1. 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《中华人民共和国婚姻法》第十九条第三款规定情形的；

2. 夫妻一方擅自举债资助与其没有赡养、抚养、扶养义务人所产生的债务；

3. 夫妻一方因继承或者受赠归其个人所有的财产过程中产生的债务；

4. 夫妻一方管理个人财产所产生的债务；

5. 夫妻一方擅自对外担保且另一方未因担保行为获益产生的债务；

6. 夫妻一方因刑事犯罪被判处的财产刑部分；

7. 夫妻一方因赌博、吸毒等违法犯罪行为所产生的债务；

8. 为支付夫妻间诉讼而产生的诉讼费用所产生的债务；

9. 法律、行政法规和司法解释规定的其他个人债务。

三、债务性质经判断为夫妻共同债务的，执行程序应当如何进行？

答：执行机构可直接作出裁定查封、扣押、冻结、变价夫妻共同财产或者非被执行人的夫妻另一方名下的财产，而无需裁定追加夫妻另一方为被执行人。

执行裁定书主文部分应当写明执行的具体财产。

四、债务性质经判断为个人债务，申请执行人对此有异议，应当如何处理？

答：债务性质经判断为夫妻一方个人债务的，执行机构不得对夫妻另一方个人所有的财产采取执行措施，申请执行人对判断为个人债务有异议，执行机构应当告知其另行诉讼解决。

申请执行人提起诉讼的，立案部门应当受理，案由为夫妻共同债务确认纠纷。

五、夫妻一方以正在执行的债务不属于共同债务，法院执行夫妻共同财产不当为由而提出异议，应当如何处理？

答：夫妻一方以正在执行的债务非共同债务，法院执行夫妻共同财产不当为由而提出异议，系对执行机构采取执行措施的财产概括主张实体权利，该异议可视为案外人异议，按照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十七条的规定办理。执行机构可按本解答第二条明确的标准进行审查作出裁定。异议人或者执行申请人不服裁定的，可以依法提起案外人或者执行申请人执行异议之诉。

六、案外人执行异议之诉审理期间，执行机构可否对夫妻另一方的财产采取处分性执行措施？

答：该夫妻另一方提出案外人执行异议之诉是为了阻却执行程序进行，且执行程序中对债务性质的判断主要是依据表面的证据，可能与审判部门经过实体审理后的作出的判断不一致，故此类案件在案外人执行异议之诉审理期间，一般情况下不宜对相应财产采取处分性措施，执行机构应当根据判决结果再行执行。但申请执行人提供足额有效担保并要求继续执行的，执行机构可采取处分性措施。

七、经判断为夫妻个人债务的案件，需要执行被执行人夫妻共同财产中的份额，或者登记在夫妻另一方名下的共同财产，应当如何执行？夫妻另一方提出异议，如何救济？

答：经判断为夫妻个人债务的案件，应当执行属于被执行人所有或者其个人名下的财产。

被执行人所有或者其名下的财产不足清偿的，可执行夫妻共同财产中的一半份额。如登记在夫妻另一方名下的财产系夫妻共同财产的，也可执行。执行机构可直接对上述共同财产采取相应的执行措施。

夫妻另一方对被执行人个人名下的财产主张权利，或者对登记在其名下的财产是否系共同财产或者财产份额提出异议的，按照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十七条的规定处理。

夫妻另一方就财产份额提出异议，或者对被执行人个人名下的财产主张权利，案外人执行异议之诉审理期间不停止执行。

八、债务性质判断为夫妻共同债务，但被执行人已经离婚，申请执行人要求执行原夫妻另一方离婚时分得的财产或者其个人财产，该如何处理？

答：可以裁定执行原夫妻另一方离婚时分得的财产或者其个人财产，而无需追加其为被执行人。原夫妻另一方对执行其财产不服而提出异议，属于案外人异议，应当按照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十七条规定处理。

## 关于审理民间借贷纠纷案件若干问题的指导意见

2014年9月26日 光辉法官 安徽高院

为公正审理民间借贷纠纷案件，统一裁判尺度，平等保护借贷双方的合法权益，根据有关法律法规和《最高人民法院关于人民法院审理借贷案件的若干意见》的规定，结合我省实际，提出以下意见。

第一条 借款合同或借条、收条、欠条等债权凭证载明的出借人和借款人为民间借贷纠纷的当事人。

第二条 保证人为借款人提供连带保证，出借人仅起诉保证人的，人民法院认为需要借款人参加诉讼的，可以追加借款人为共同被告；保证合同未明确约定保证人承担连带责任，出借人仅起诉保证人的，应当追加借款人为共同被告。

第三条 出借人或借款人为两人以上的，仅一人或部分出借人提起诉讼的，应当通知其他出借人参加诉讼；出借人仅起诉一个或部分借款人的，可以追加其他借款人为共同被告。

第四条 夫妻一方向他人借款，出借人仅起诉借款人的，诉讼时婚姻关系仍然存续，一般不依职权追加借款人的配偶为共同被告；诉讼时借款人已经离婚，出借人申请追加借款人的原配偶为共同被告，人民法院应予准许。

第五条 主合同借款人涉嫌犯罪或构成犯罪并不必然导致担保合同无效，出借人起诉请求连带责任保证人承担民事责任的应予受理，应当在认定主合同效力的前提下，依法确定担保人的民事责任。

第六条 民间借贷合同自出借人将资金或支付凭证交付给借款人时生效。

第七条 自然人与非金融机构法人之间的借贷，意思表示真实且已交付借款的，应当认定借贷行为有效。

第八条 非金融机构法人及其他组织之间变相从事金融业务的借贷行为应认定无效，但确因生产经营需要以自有资金相互借款的应认定有效。

第九条 出借人明知借款人借款用于赌博、吸毒等违法犯罪活动仍然进行借贷的，借贷行为不受法律保护。

第十条 原告依据债权凭证提起诉讼，被告提供证据证明纠纷确因其他法律关系引起并对双方基础法律关系性质或履行事实提出抗辩的，应当按照其他相应法律关系审理。

第十一条 借款人为借款而与出借人签订买卖合同，借款到期后借款人不能还款，出借人要求以借款本息冲抵买卖合同价款的，应当将民间借贷合同与买卖合同合并审理。

第十二条 当事人为自然人的民间借贷纠纷案件，自然人本人不到庭参加诉讼无法查明事实的，应依照民事诉讼法的规定传唤当事人本人到庭。无正当理由拒不到庭的，依法承担相应的法律后果。

第十三条 出借人主张现金支付的，应当提供相应的证据予以证明。人民法院应当根据借贷金额大小、款项交付、出借人的经济能力、交易细节、交易习惯、出借人与借款人的关系亲疏程度等因素，综合判断借贷事实是否发生。

第十四条 借款人将动产质押给典当行借款而产生的债务履行纠纷，应当适用物权法和担保法有关质押的法律规定。

第十五条 借贷双方对支付利息没有约定或者自然人对支付利息约定不明，出借人主张支付利息的，不予支持。

第十六条 债权凭证载明的借款金额，一般认定为本金，预先在本金中扣除利息的，本金应当按照实际出借的金额认定。

第十七条 借贷双方对本金、利息的偿还顺序有约定的从其约定，没有约定的按照先息后本的顺序认定。超过应付利息数额的部分，应当抵扣本金。

第十八条 借款人对已经支付的利息，以不当得利为由要求出借人返还的，经审理认为没有损害国家、社会公共利益和第三人合法权益的，不予支持。

第十九条 债权凭证没有载明债权人时，债权凭证持有人提起诉讼的应予受理，能够认定原告不享有债权的，应当判决驳回原告的诉讼请求。

第二十条 人民法院审理民间借贷纠纷案件应认真甄别是否存在虚假诉讼。属于虚假诉讼的民间借贷纠纷案件，应当判决驳回原告的诉讼请求，并依法予以处理。

第二十一条 本意见自2014年1月1日起施行，法律、法规和司法解释另有规定的从其规定。

## （六）媒体视点

### 《离婚律师》之问：你的婚姻自由吗？

2014年9月4日 澎湃新闻(上海)

电视剧《离婚律师》是一部描绘女性主义上扬时代的婚姻状态的都市喜剧。该剧所追踪的是80年代中期的自由主义思潮之后的婚姻观，尤其是女性在获得经济独立，甚至取得比男性更优越的社会地位之后，现存婚姻与家庭关系所遭受的挑战。

在感情不可挽回的前提下，尽量争取经济利益最大化是“离婚律师”这一群体的社会职能。剧中不同年龄阶段的女性，在各自的文化与成长背景的影响下，一边努力挽救自己的婚姻与感情危机，一边努力保护与争取自身的经济权利。

此剧中的男女主人公构成了制造婚姻裂痕的两种因素——男性往往是婚姻裂痕的直接制造者（出轨，家暴，冷落妻子等），而女性却是加剧或弥合这一裂痕的催化剂与胶合剂（或多疑，敏感，不甘寂寞，伤害男性自尊；或顾

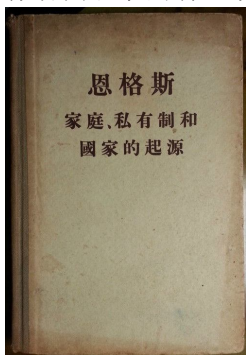
全大局，自我牺牲等等）。为了取悦主流想象，此剧设置了诸多脸谱化的人物与情景：主人公池海东律师与她的前妻焦艳艳就是这样一种女性主义所着力批判的“郎才（财）女貌”的配对；美玉与老曹是众人眼中的模范夫妻；而董大海则是抛弃糟糠之妻的负心汉。



为了取悦主流想象，此剧设置了诸多脸谱化的人物与情景。

然而，在剧中人物的种种脆弱，焦虑、与善变背后，剧本隐含了大量的对婚姻关系中的社会牵绊的指涉。即使是决定双方最终离合的主要因素，双方婚前的社会地位差别与婚姻生活中经济关系的改变，才是威胁婚姻的最根本原因。剧中大多数人都在生活的激变中做出了理性的选择，而经济关系的牵制依然是这种“理性”的主要根据。什么才是真正的婚姻自由？

“自由的缔结婚姻”是所有的文明社会的主流价值追求。但是何谓自由的婚姻？用契约来规定婚姻的权利与义务这一原则是不是“天赋”的？自资产阶级革命以来的现代社会的婚姻自由的条件为何？婚姻不自由的根源为何？这也是恩格斯在《家庭、私有制和国家的起源》一书中发出的询问。在第20集，池海东向罗鹂推荐了恩格斯的《家庭、私有制和国家的起源》，并指出婚姻的实质是保护私有资产。或许池海东向罗鹂提及此书并不是偶然的，而是剧本作者向该书的有意致敬。



恩格斯认为，现代文明社会（即资本主义社会）的一夫一妻制的婚姻是阻碍真正的自由恋爱的枷锁，而且这种婚姻往往是以通奸与卖淫为补充的。在文艺复兴之后的资本主义社会，婚姻自由是有产者为了社会地位的延续与资产的保全而设计的谎言。在有产者的婚姻关系中，夫妻双方的权利与义务也是不对等的，女性的社会劳动转入家庭内部，成为男性的私产，而在此过程中有产阶级男性有比女性多的多的机会消费其他女性提供的性爱（嫖娼，情人等）。所以资本主义契约无法保护婚姻自由，真正的婚姻自由的实现一定仰赖于现存的资本主义经济关系的崩解。池海东向罗鹂推荐了恩格斯此书，书中认为资本主义契约无法保护婚姻自由，真正的婚姻自由的实现一定仰赖于现存的资本主义经济关系的崩解。

恩格斯过度美化了无产者的婚姻，他认为只有在没有私产牵挂的前提下，婚姻的缔结才不是权衡利害的，而是出自人的本性的。那么无产者婚姻真的如恩格斯所描绘的那般美好么？答案是否定的，当代马克思主义学者大卫·哈维在《巴黎——现代性之都》中描述了更多的关于19世纪西方社会的家庭关系的细节，在第二帝国时代的巴黎，许多无产者家庭的少女少妇以不同的形式充当着富人们的情欲宣泄工具（情人、女仆、妓女等），而整个社会也对这种不正常的婚外性消费习以为常。同时，有产者家庭的妻子则被限制进入公共生活，她们自身的爱欲诉求是被严重扭曲的。那么，真正的婚姻自由与爱情自由必须是在人对人的消费（剥削）完全成为历史之后才能成为常态。

作为知名律师的池海东，他的两次婚姻正是恩格斯所批判的典型的有产者社会的婚姻。池的前妻焦艳艳是校花，毕业后就结婚当上了全职太太。焦艳艳是一个毫无谋生技能与社会经验，却又爱慕虚荣的花瓶。对于如池海东这样的精于算计的情场老手，焦艳艳其实是一个最理想的阔太太，她是人生赢家池海东的成功标志，是一个被物化的、被消费的家庭用具。由于没有任何工作经验而又养尊处优，离开了池海东的焦艳艳事实上连谋生都成问题。但是只有焦艳艳才是这样一个贵太太的最好人选。池海东如此决绝的同焦艳艳离婚，焦艳艳的出轨固然是一方面原因，另一方面原因其实是池对焦艳艳这个全职太太的表现不满：他已经无法支撑焦艳艳奢侈的生活，焦艳艳也幼稚到以为没有孩子的婚姻可以保鲜。因为从剧中池海东的生活态度来看，他的拈花惹草比他前妻的偶尔出轨严重太多。

当代婚姻的实质：一种即时的合伙人关系？

能够为离婚请知名律师的，几乎都是社会的中坚力量。既然一夫一妻制的契约婚姻是新兴中产阶级一生中所面

对的诸多社会契约中的一种，那么不仅仅是池海东与罗鹞，其他的人物在衡量婚姻关系的变化中的考量标准，也都纳入了对自身的社会形象与经济关系的考虑。这种对经济理性的妥协其实与本剧表面上的女性主义主题，在逻辑上其实互相违背的。剧中的成功人士们，无论男女在婚姻关系激变中的抉择固然各有不同，却都是符合经济理性的。在整个社会气候不改变的前提下，在阶层与经济关系决定其他社会关系的前提下，女性主义只能附属于整个由经济行为所控制的社会关系，而根本无法在脱离社会现实，进行针对女性地位的单独革命。

当女性进入社会，戴上同男性一样的社会角色面具时，她们所表现出来的适时的老成持重与多数时候的不择手段（也包括一点点的虚伪）其实同传统社会所要求的女性特征是相左的。比如主人公罗鹞就是一个私心与心机都极重的职业女性，她所有的大度与忍让都是出自职业道德与公众形象考虑，而不是她自身的真性情流露。剧中用了大量篇幅用来渲染池海东与女主人公、一名成功的事业女性罗鹞的恩怨离合。然而，其实二人的结合在感情上与逻辑上都是牵强的。罗鹞是一个众人眼中的“剩女”，外部的压力促使她对婚姻的各种成本十分敏感，对婚后的生活的预期也非常现实。从感情上判断，罗鹞更倾向男二号吴文辉，但最终因等待成本太高而放弃。罗鹞出现在池海东生活中的时机非常特别，这正好是池海东事业的低谷期，罗鹞的出现填补了池的感情空白，池海东的经验与资源则对罗鹞的事业大有帮助的。二人的关系更接近一种生意上的合伙人关系，是“权衡利害”的结果。但是这可能正是剧本所表现的当代婚姻的实质——当代婚姻已经变成了一种生活上的即时缔结的合伙人关系。

只有女强人才能谈女性独立？

在《家庭、私有制和国家的起源》中，恩格斯试图展望一个阶级社会消灭以后的，即所谓的现存的经济基础都消亡了之后的婚姻关系。在恩格斯看来，这不是一夫一妻制的消亡，而是真正的一夫一妻制的开始。如果女性的解放是真正的自由婚姻的内在要求，那么《离婚律师》中展现的高调的女性自由，其实也是十分虚假的。女性只是从被消费的一面，依靠着经济理性，转换成了消费者。

剧中的田香梅是一个成功的商界女性翘楚，她与洪老师的婚姻本来是池海东与焦艳艳的婚姻的翻版。她的离婚与其说是她女性意识的崛起，还不如说是她在婚姻关系中已经依靠经济成功，转变成为了一个可以消费男性的女强人。在这些婚姻故事中，情感的落脚点都是利益权衡，女性的对自由婚姻与爱情的向往也建立在这种利益权衡的前提下。这让本剧的女性主义诉求在全剧对现存的经济理性的妥协下显得黯淡无光。在缺乏现实批判的前提下，女性主义的诉求与理念在此剧中一再被强化，并不断渲染主人公罗鹞为代表的女性独立意识。但无一例外的，这些女性获得独立的方式就是成为“成功人士”，她们的经济地位决定了她们可以开始独立的选择自己的两性生活而几乎不必受到婚姻的羁绊。这种心态与以池海东为首的中产阶级男性别无二致，这样的“女性解放”无助于女性获得更为自由的婚姻。

（原标题：《离婚律师》之问：你的婚姻自由吗？）

## 不动产登记应体现夫妻婚后财产共有制

2014年9月16日 中华女性网 王春霞

国务院法制办正在就《不动产登记暂行条例（征求意见稿）》面向社会公开征求意见。“实行不动产统一登记制度”“权利人、利害关系人、有关国家机关有权依法查询、复制不动产登记资料”……征求意见稿包含了多个令人欣喜的亮点。从平等保护妇女合法权益的角度，还需要在哪些方面加以完善？本报记者就此采访了相关专家。

增加有关共有不动产登记规定

“条例应增加有关共有不动产登记的规定，体现与物权法、婚姻法、妇女权益保障法等法律规定的有机衔接。”全国妇联权益部负责人说，在实践中，因为共有的不动产未在登记簿上载明共有情况，或虽在登记簿上载明却未向所有共有人核发权属证书，引发了许多纠纷，不仅损害了共有人的权利，而且直接影响社会和谐稳定。

长期关注婚姻家事案件的北京天驰洪范律师事务所合伙人、婚姻家事法专业律师杨晓林告诉记者，按照我国婚姻法的有关规定，除另有书面约定外，夫妻双方婚后财产原则上属于共同所有。“房产登记应该体现婚姻法规定的夫妻婚后财产共有制。”杨晓林说，没有书面特别约定的，婚后取得的房产原则上应登记为夫妻双方共同共有。在出售房产时，应征求配偶的意见，不能仅凭房产证的名字直接出售。在现有的规定下，房产证上如果只有夫妻一方的名字，一方很容易私自出售房子而规避配偶的约束，侵犯配偶的权利。

“登记机关在登记簿上载明不动产的共有情况，对于明确和保障共有人的权利，减少和避免纠纷具有重要意义。”全国妇联权益部负责人说，尤其是对于以户为单位进行登记的农村土地承包经营权、宅基地使用权等，在登记簿上载明共有的家庭成员情况，对于解决目前反映较为集中的农村妇女土地权益及相关利益受损等问题具有积极的作用，有利于保障妇女合法权益，促进男女平等。

建设部2008年颁布的《房屋登记办法》第十三条规定：共有房屋，应当由共有人共同申请登记。全国妇联权益部负责人建议参考该条，规定在不动产登记申请中，涉及共有不动产的，应当由共有人共同申请登记。同时规定，不动产登记簿必须载明共有情况，不动产登记机构受理登记时须查验不动产是否为共有，在权属存在争议时应当向申请人、利害关系人或者有关国家机关进行调查，确定不动产为共有的，应当向所有共有人核发相应的不动产权属证书。

“这一系列措施将有利于维护不动产共有人的知情权，切实保障其不动产权利，也有利于减少权属争议，降低



执法和司法成本。”全国妇联权益部负责人说。

进一步明确查询规定

征求意见稿第二十三条第一款规定，权利人、利害关系人可以依法查询、复制不动产登记资料，不动产登记机构应当提供。

“应明确规定不动产查询的条件及程序。”全国妇联权益部负责人说，目前查询不动产的依据不很明确，例如夫妻一方难以查询仅登记在另一方名下的不动产，导致权利难以得到保障。条例应当就查询的具体条件及程序作出明确规定，为相关权利人提供查询的法律依据。如不宜在条例中详细规定，可以在实施细则中予以明确。

对于查询配偶的名下房产，杨晓林在实践中也常常遇到困难。他告诉记者，在婚姻关系存续期间想查询配偶名下房产，必须向房产登记机关提供房产所在的详细地址。要求不知情的婚姻当事人一方提供此类信息显然是非常困难的。杨晓林建议在条例或者实施办法中明确，婚姻关系存续期间，夫妻一方可以凭有效身份证和结婚证查询配偶名下的房产，切实保障配偶的财产知情权。

征求意见稿第二十四条第二款规定，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。

“‘其他目的’的表述不清，容易产生歧义。”全国妇联权益部负责人说，应将“其他目的”修改为“非法目的”，因为查询不动产登记资料通常都有特定的目的，如用于遗产继承、财产分配、离婚诉讼等，应当允许依法使用查询获得的不动产登记资料，以保护权利人、利害关系人的合法财产权。

### 关注 | “啃老”日盛谁之过？如何消弭“被啃”老人不能承受之重？

2014年9月17日 上海法治报 胡蝶飞

最近几年来，随着我国社会老龄化进程的加快，“啃老”问题日益突出，而且“啃老族”呈现高龄化趋势。据中国老龄科研中心统计，在城市里，我国有65%以上的家庭存在“老养小”现象，有30%左右的成年人依靠父母为其支出部分甚至全部生活费。有报道称，“啃老”引发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。

为此，江苏、山东、杭州等地先后立法，禁止有独立生活能力的子女“啃老”，引发社会热议。当老人的亲情，遇上子女的懒惰和贪婪，老人该如何维护自己的合法权益？立法能否消弭“被啃”老年人不能承受之重？

专家指出，社会类立法在目前虽难以有效执行，但这类立法能引领社会价值观的走向；同时，“啃老”是综合性的社会问题，破解需各层面努力。

一案 一例一

“啃老儿”为还赌债设下圈套“坑爹”

日前，住在愚园路的老瞿，为了替儿子借款，不惜出售了自己原来居住的房屋来筹钱，一片好心却遭儿子儿媳算计，最终竟落了个无家可归。

几年前，老瞿老伴过世了，儿子成了他唯一的依靠和期盼。他因此也格外用心，尽自己所能让儿子过得好一些。

老瞿的儿子叫阿震，今年28岁，已经成家。可惜这个儿子不怎么争气，整日游手好闲，四处惹事生非。3年前，阿震因赌博欠了一大笔债，每次债主催讨，他就伸手向老瞿要钱。

老瞿年事已高，仅靠养老金维持生活，家中仅有的一点积蓄，都给儿子花费完了。阿震知道父亲的底子，竟打起父亲房子的主意。他谎称自己在社会上认识一个大哥，叫林哥，并和父亲商量，暂时把家中现有的这套房子抵押给林哥，然后他就能向林哥借钱，度过眼下还债的难关。

“你放心，这套房子三年后就能还给你，只是抵押出去，这样一来，钱的问题解决了，房子还能继续住着，前后并没有什么损失，”阿震信誓旦旦。老瞿一听，只要能解决儿子的困难，他都情愿，反正也只是抵押，于是二话不说便同意了。

他怎么也没有想到，儿子会设下圈套让他往里钻，把房子卖了。几天后，老瞿和儿子阿震一起到林哥的办公室签订了承租权转让合同，约定将房子的承租权以60万元的价格转让给林哥。而私下里，阿震则已和林哥说好，虽然房子已经出售了，但考虑到老人家对老屋感情很深，一定要把原有的房屋以每月2800元的租金，返租给老人家住，租期为三年。

之后，阿震瞒着父亲和林哥悄悄进行了变更交易，将老瞿的房屋租赁户名正式变更为林哥，而老瞿对此浑然不知。直至三年后的一天，突然几个人跑到院子里来，对他说，上月的房租你还欠着没交，这个月要立即付清5600元，否则就马上搬出去！

老瞿一听傻眼了，明明是自己家，这是怎么回事？在与对方的争论中，老人才逐渐明白了事情的真相。儿子儿媳早就搬出去了，离家前没有将新地址留给老人，平时有事也是儿子单线联系他，他现在要找儿子，可去哪儿找呢？他都快两年没有见过儿子的面了。

一个老同事叫来了居委会的人员，但他们也没办法找到老瞿的儿子。

之后，林哥还将老瞿告上了法庭。由于白纸黑字不可抵赖，老瞿不得不接受法院的最后判决：在十五天内迁出所在房屋。

## — 现状 —

## 涉老民事案件呈增长趋势

从各种案例中不难看出，并非所有老龄人都乐意、都能承受“啃老”之重。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。

率先在全国成立老年审判庭的静安区法院在审判实务中发现，子女侵害父母权益类的案件不在少数。有的成年子女多年来不履行赡养义务，甚至伸手问父母要钱，令年迈老人不能安度晚年；有的子女为侵吞父母亲的房产，从老人处骗得相关证件后擅自将房屋过户至自己名下。这些行为严重有悖于社会公序良俗，也违反了现行法律规定。

据统计，2013年，静安区法院共受理60岁以上涉老民事案件573件，同比增长26.2%。所受理的侵权、权属类纠纷案件共215件，占全部涉老民事案件近4成，与2012年相比增长了约24%。

静安区法院结合审判实践建议，尽管去年7月1日起实施的《老年人权益保障法》中，对于老年人自主指定监护人、家庭成员经常看望问候老年人等情况作了原则性规定，但缺乏有效的配套措施及保障性规定，亟需有关部门结合法律修改和实务问题，制定相应的法律实施细则。

## 四成大学毕业生还在“啃老”

据媒体披露，本月初，北京大学市场与媒介研究中心发布的一份调查显示，今年新就业大学生的平均月薪只有2400元左右，呈逐年下降走势，四成大学毕业生还在“啃老”。

更有甚者，近日，湖南一名即将步入而立之年、身体健全的29岁男子，竟然请求法律援助，要状告自己父母的“不养之罪”，而他的理由是：我没能力，父母有能力，何乐而不为？

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？当老人的亲情，遇上子女的懒惰和贪婪，老人又该如何维护自己的合法权益？

## — 探索 —

## 多地立法禁止“啃老”

有独立生活能力的成年子女，要求老人经济资助，老人怎么办？杭州准备把对“啃老”一族的约束写入法规。

日前，《杭州市老年人权益保障规定（草案）》第二次征求意见稿面向社会征求意见，并于9月11日举行立法听证会。该法规提出，禁止有独立生活能力的子女“啃老”，一时引发社会强烈关注。

在听证会上，有人提出，“啃老”不能仅停留在道德层面上谴责，必须要有法律法规来制裁。同时有人建议，在立法时充分考虑弱势老人进入养老机构后的维权问题，建立由民政部门牵头，养老、公证、司法等多方合作的平台，更好地为这些老年人群体提供保障。

其实，杭州并不是将“禁止啃老”规定写入地方法律的首例。早在2011年1月，江苏省人大常委会就审议通过了《江苏省老年人权益保障条例（草案修改稿）》，新增了对子女“啃老”行为的约束，规定，“有独立生活能力的成年子女要求老年人经济资助的，老年人有权拒绝”。这条规定被不少人解读为江苏立法禁止“啃老”。

今年6月，《山东省老年人权益保障条例（修订草案）》公开征求社会意见，其中规定，“有独立生活能力的成年子女要求老年人经济资助的，老年人有权拒绝。如果子女有能力而不赡养父母，父母可以到人民法院去起诉。”

然而，对于多地将禁止“啃老”入法的现象，质疑的声音也不在少数，主要认为“啃老”并不是简单的家庭问题，没有必要通过立法来禁止。

## — 声音 —

## 道德范畴问题不应以法律禁令约束

在华东政法大学法律学院副教授潘小军看来，“啃老”这一词汇并不是一个严肃的法律词汇，法律上对于“啃老”并没有明确的定义，放在立法中使用并不严谨。

“从整体上来说，这是一个道德层面的问题，属于道德范畴，不适合以法律禁令来约束”，潘小军认为，“啃老”和“被啃”属于人们私生活当中的问题，是否资助子女，老年人本来就有决定权，公权力不应过分介入，可以适当加以提倡和引导。

## 立法有积极意义

## 但不宜一刀切

市人大代表厉明则认为，“啃老”并不单单只是社会道德领域的问题，部分子女的行为实际上已经在法律范畴之内。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，使用父母财产即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。

“从立法本身来说，是有积极的意义的，因为法律本身也带有宣传引导和震慑作用”，厉明表示，但立法的同时，还需明确“啃老”的定义和界限，不能一刀切。“法律上所禁止的‘啃老’更多应该针对对老人财产进行侵占的恶意为和强行要求‘啃老’的无理要求，以及完全有能力自食其力却懒惰依赖父母的行为”，其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，各地的法律也并未禁止，老人仍享受自主权。

“啃老”是社会综合问题

破解需各层面努力

华东师范大学社会学研究所所长、教授文军在接受记者采访时表示，“禁止啃老”和“常回家看看”等立法都属于社会类立法，这类立法一出来，很多人往往是站在执行层面等刚性角度看问题，认为难以施行，因此予以批评。

“但其实，这类立法从社会学上来说，有着一个重要功能：引领社会价值观的走向”，文军表示，他个人对立法表示赞同。

文军认为，目前，我国年轻人的“啃老”问题已是一个综合性的社会问题，其背后隐藏着更为深层次的原因。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，“这背后，也反映出我国在就业扶持、教育、社会福利保障等方面还不够完善”。

因此，文军认为，要破解这一问题，不仅光靠立法就能解决，还需社会各个层面共同努力，一起谋划。政府部门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。同时，也应充分发挥社会组织等力量来共同参与。

厉明也建议，应增强老年人的维权意识，对超出家庭可承受能力范围之外等“啃老”行为，要勇于拿起法律武器，适时说“不”。

## 遗产为什么不愿留给亲人

2014年09月18日 重庆晚报 代茂增

“老人家劝也劝了，哭也哭了，甚至抱着老伴的遗像哀求儿子戒毒，表示只要儿子回心转意，愿意将房子过户给他。然而，老人的规劝都是徒劳。儿子清醒的时候，不断给父亲道歉，发誓要改过自新。可誓言尚在老人耳边转悠，儿子又跟毒友混到一起。为筹集毒资，儿子不断逼迫老人卖房，遭到屡次拒绝后，开始动手打人。”袁野称，70多岁的老人，被儿子一脚踹地上，雪白的衬衣上留下一个很深的鞋印，头上的礼帽也滚落一边，儿子已经到了不卖房子不罢休的地步。无奈之下，李大爷6月初来到市公证处咨询，房子是否可以留给外人。

原标题：遗产为什么不愿留给亲人

昨天，重庆晚报记者从市公证协会了解到，自去年11月我市推出为80岁以上老人免费办理遗嘱公证、为60岁以上老人免费保管遗嘱后，已办理了500多件遗嘱公证，95%涉及房产，其次是存款、基金、股票等。

令人关注的是，这些遗嘱中注明的遗产继承对象，80%是孙子女、子女、配偶、直系亲属；15%是不给没尽赡养义务的子女；5%是给自己尽赡养义务的外人，比如邻居、保姆，以及居委会、单位等。

公证人员介绍了几起不把遗产留给子女的典型案列。

重庆晚报记者 代茂增

70岁李大爷

遗产留给养老机构

“满纸心酸言，一把辛酸泪。都云寡人痴，谁解其中味？”这是一个很有文学造诣的老人，在办理了遗赠养老协议公证后，含着热泪吟出的一首自己改编的诗。

市公证处副主任袁野介绍，70岁的李大爷在主城有两套价值30多万元的住房，老伴去世多年，膝下有一个40多岁的独子。李大爷退休前从事文化工作，个人素质、文化修养较高，但不争气的儿子10多年前染上了毒瘾。

由于吸毒，儿子将家中值钱的东西都卖得差不多了，妻子也离他而去。在没有变卖的物品后，他又将目光对准父亲的房子。

“我是你的独生子，你的房子早晚是我的，早点拿给我嘛……”每次找父亲要房子，儿子都这么大吼大叫。

“老人家劝也劝了，哭也哭了，甚至抱着老伴的遗像哀求儿子戒毒，表示只要儿子回心转意，愿意将房子过户给他。然而，老人的规劝都是徒劳。儿子清醒的时候，不断给父亲道歉，发誓要改过自新。可誓言尚在老人耳边转悠，儿子又跟毒友混到一起。为筹集毒资，儿子不断逼迫老人卖房，遭到屡次拒绝后，开始动手打人。”袁野称，70多岁的老人，被儿子一脚踹地上，雪白的衬衣上留下一个很深的鞋印，头上的礼帽也滚落一边，儿子已经到了不卖房子不罢休的地步。无奈之下，李大爷6月初来到市公证处咨询，房子是否可以留给外人。

今年8月，李大爷再次来到公证处，办理了遗赠养老协议公证，“把两套房子卖掉一套出租一套，自己搬到一个比较高端的养老机构，离开那个令他爱又恨的儿子。遗嘱注明，在他去世后，出租的那套房子就留给养老机构。”袁野说。

老人离开公证处时，从怀里掏出一张摄于上世纪70年代的全家福照片。照片中，年轻帅气的李大爷穿着雪白的衬衣，胖乎乎的儿子骑在他的脖子上。旁边，烫着大波浪发型的妻子正幸福地注视着父子二人。

75岁郝大妈

遗产留给好心邻居

沙坪坝区的郝大妈今年75岁，无儿无女，2005年老伴去世后，50多岁的邻居谭强（化名）夫妇义务帮她买菜、洗衣、煮饭。期间，郝大妈瘫痪过两次，都在邻居的精心照顾下痊愈。

郝大妈有一个亲侄子，但他对老人基本不闻不问。为了感谢邻居的照顾之恩，今年2月份，郝大妈委托居委会找来公证处工作人员，欲把自己居住的房屋（公房）、5万元存款及金银首饰，在自己去世后赠给无私照顾自己的谭

强夫妇。

公证员解释，她对公房没有处置权。于是，老人同谭强夫妇签订了遗赠扶养协议，由谭强夫妇服侍老人送终，老人将5万元现金及首饰赠给谭强夫妇。公证员为他们办理了公证。

5月份，郝大妈去世。她的侄子获悉后，找来一伙人到她家中搜寻钱物，并阻挠谭强夫妇处理丧事。居委会工作人员赶到现场，对其行为予以严厉批评，并出示了老人的遗赠扶养协议公证书。

见此情况，侄子知道自己已无法得到财产，只得悻悻离开。

73岁田大爷

遗产留给再婚妻子

家住主城区的田某有两次婚史，与前妻生有三个子女，均已成年。去年6月，田某患重病入院，期间三个子女都不出面照顾，一直是现任妻子赵某精心照顾。

考虑到长期以来三个子女的行为，田某找来公证员，立遗嘱，将名下房屋等大部分财产交由现任妻子赵某继承，部分给父母。公证人员为他办理了公证。

今年8月，73岁田某在医院病亡。弟弟从外地赶回重庆，为侄儿、侄女主张遗产继承权，“自己有三个娃儿，哪个可能把财产拿给一个外人哦。”弟弟等人长期将田某的妻子称为外人，“大哥肯定是被骗起去做的公证。”他质疑公证书的真实性。

公证人员出示了田某立遗嘱时的录音录像，视频里田某说话条理清晰、思维敏捷，没有任何被胁迫的意思，弟弟只得放弃分遗产。

老人心中有杆

重庆市协和心理顾问事务所所长谭刚强表示，老人生前将财产做社会化选择，关键有三点：子女有没有尽孝、财产对子女有无帮助、财产赠与他人能否产生更多社会价值。

谭刚强说，这几个案例说明，子女不孝，或者为财产闹得不可开交，都会严重伤害老人的心。于是，当保姆、邻居等外人给予老人悉心照顾时，很多老人都会将财产予以赠送。

“签订遗赠扶养协议，为的就是过一个安心、幸福的晚年。子女与外人，谁好谁不好，老人心中自然有杆秤。在一个和谐欢乐的家庭里，老人怎么舍得将财产赠与别人呢？”袁野说。

一年三次

变更遗嘱

“有位老人，一年多时间办理了三次变更遗嘱公证，问他为啥，他说这样两个子女才更孝顺，我们听后都觉得无语。”袁野介绍。

据悉，老人家住主城区，独居，在江边有一套三室一厅的房子，可能是老人性格孤僻的原因，两个子女都不愿跟他一起生活。

“老人心眼比较多。去年6月，他找到儿子说：你看，你妹妹对我一点不好，反正你们两兄妹哪个对我好，我就把那套房子留给谁，我还要去做遗嘱公证，法院都是要认可的哦。”袁野介绍，老人的儿子一听，立马将老人接到家中。

可没几个月，老人的古怪毛病让儿媳妇招架不住，两人开始吵架拌嘴，“去年12月份，这个老人来变更遗嘱，将房产留给女儿。”

老人一气之下，决定将房产留给女儿，不给儿子留一分钱。在女儿面前，他说着同样继承财产的话。

结果，在女儿家住了大半年，女儿女婿又跟他发生一些不快。今年7月份，老人再次来到公证处，又变更遗嘱，将房产留给儿子。

办遗嘱公证有缓冲期

昨天下午重庆晚报记者从市公证协会获悉，本月底，我市公证系统将开展公益服务月活动，通过现场登记、网上预约的方式，接受老年人免费办理、保管遗嘱公证，并且在接受登记后，办理时间可放宽到年底前。

“这等于给老年人办理遗嘱公证增加了一个犹豫期，你可以先来做好登记，等回家考虑几个月之后再办理。”工作人员称。

市公证协会相关统计表明，2013年我市遗嘱公证1500余件，2014年上半年600余件，数量较10年前增长了8倍左右。

### 胚胎继承案改判之争的进步意义

2014年9月19日 京华时报(北京) 王琳

按照二审判决支持者的观点，在理论上，双方父母有权继承其子女的冷冻胚胎。至于继承之后双方父母偷偷找人代孕，则并不在法院考虑之列。这在司法技术上，较之一审裁判确属进步。

全国首例冷冻胚胎继承案曾经引发舆论的颇多关注。近日该案在无锡市中级人民法院二审落判。因二审推翻了一审裁判，在法律圈也引发了激烈的争议。就目前来看，正反双方还没有相互说服的可能。

此案缘起于宜兴一对双独年轻夫妻在南京鼓楼医院留下了冷冻胚胎，但未及生育双方就不幸离世。男方父母起

诉亲家，要求继承冷冻胚胎，并追加拒绝交出胚胎的医院为第三人。之前的一审，宜兴市人民法院直接驳回了原告的诉讼请求。9月17日，无锡中院则在二审裁判中，改判涉案胚胎由双方父母共同监管和处置。

一审和二审的裁判结果完全相反，各自的支持者也大致相当。认同二审的，主要是在超越“情法冲突”上寻找理据。他们认为，法官不应是铁石心肠的裁判机器，法律大不过人情。而法律也没有把胚胎排除在继承物之外，因此双方父母享有基于私法的正当权利。一审中援引为据的卫生部规章，并不能否定双方父母基于继承法的继承权。

认同一审的则认为，一个生命是否诞生在这个世界上，应当只有其父母有决定权。且胚胎并不是民法意义上的“物”，它有生命潜质，应受医学伦理和科学伦理的制约。不能只看到双方父母对于延续家族血脉的情感，却忽略对医学伦理和科学伦理的尊重。双方父母“在行使监管权和处置权时，应当遵守法律且不得违背公序良俗和损害他人之利益”。

看上去，双方都有“伦理”依据，只是结论互不相同。若按二审所论，“情法冲突”其实并不存在。卫生部《人类辅助生殖技术管理办法》只是禁止“代孕”，而并未涉及继承。法与情的冲突其实发生在判决之后：这样的双独家庭，在痛失独子之后，是否可以基于其血脉之情突破卫生部的一纸禁令（法），以代孕圆其延续后代之梦想。而这，应该在卫生部的执法范围。

所以说，按照二审判决支持者的观点，在理论上，双方父母有权继承其子女的冷冻胚胎。至于继承之后双方父母偷偷找人代孕，则并不在法院考虑之列。这在司法技术上，较之一审裁判确属进步。尤其是二审判决书行文感情充沛、说理清晰，实属难得。如法官在判决理由中写道，“白发人送黑发人，乃人生至悲之事，更何况暮年遽丧独子、独女！沈杰、刘曦意外死亡，其父母承欢膝下、纵享天伦之乐不再，‘失独’之痛，非常人所能体味。而沈杰、刘曦遗留下来的胚胎，则成为双方家族血脉的唯一载体，承载着哀思寄托、精神慰藉、情感抚慰等人格利益。涉案胚胎由双方父母监管和处置，既合乎人伦，亦可适度减轻其丧子失女之痛楚。”这样的文采飞扬，就连反对其判决结果的论者，也在点赞。

从法律效果和社会效果上分析，截然有别的一审判决和二审判决很难分出高下。所谓“睹物思人”，永远都是物是人非。将胚胎判给双方父母，未必就能减轻其痛苦。落判之后，双方父母就胚胎的保管和处置，也未必能达成一致。法院固然不需为这一道难解的题作答，并不表示它不存在。

### 冷冻胚胎可继承能否为代孕合法化破冰？

2014年9月20日 红网(长沙) 赵志轩

江苏宜兴一对双独年轻夫妻不幸因车祸身亡，小两口生前曾在南京鼓楼医院做试管婴儿，并留下4枚冷冻胚胎。为争夺胚胎保留“香火”，双方家长与医院对簿公堂，要求医院归还胚胎，结果一审被驳回。9月17日，中国首例冷冻胚胎继承权纠纷案二审迎来大逆转：无锡市中级人民法院决定撤销宜兴市人民法院一审判决，由4位老人共同监管和处置南京鼓楼医院的4枚冷冻胚胎。（9月19日《京华时报（微博）》）

两对老人失去唯一独生子女的伤感和痛楚，假如我们换位思考一下也是能感同身受的，此时留给他们唯一念想的一是一双独年轻夫妻留下4枚冷冻胚胎。两对老人不怕费尽周折、不怕打官司、据理力争终于赢得了子女遗留胚胎的监护权。

然而，两对老人不辞辛劳、费尽周折，拿回子女遗留胚胎监护权的最终目的，恐怕不只是一个监护权的问题。其实，他们更希望子女遗留下的胚胎，能够孕育生命“香火相传”。这对双独失去子女的家庭而言，也多少是一种安慰和抚平心灵创伤的良药。两对失去独生子女的老人，其养老问题又该如何解决？假如能够让子女遗留的胚胎，孕育生命，将来对这两对老人的养老问题而言，是不是也多少是一种保障呢？

可是，这两对老人要想使自己的夙愿成真，就必须通过“代孕手段”才能实现。然而，我国的相关法律又严格规定“禁止非法代孕”，这不得不使这两对老人倍感失望。不仅如此，实际上，现实生活当中，有很多父母不能生育的又渴望得到一个子女，在现代医学允许的情况下，是不是可以允许代孕？实际上是很值得讨论的。

说到底，冷冻胚胎可继承能否为“代孕合法化”破冰？既然现有法律“存在局限”和“美中不足”的地方，那么，要讨论代孕是否可以合法化，是完全禁止还是在一定条件下允许合法化，合法化的条件是什么？如果这样一个案件能为“有条件代孕”破冰，给人们带来这些思考的话，是不是也很有积极意义呢？

### 继承中易被忽视的问题

2014年09月20日 工人日报

随着城乡居民家庭财富的不断增长，不少人在生前对身后财产的处理不明确，引发了遗产继承纠纷。这类纠纷近年来有持续增长趋势。以北京市朝阳区法院为例，2011年，该院受理继承类案件474件，2012年、2013年继承类案件持续突破1000件，2014年仅上半年受理继承类案件已达到728件。通过审理此类案件，法官总结出以下几个容易被忽视的法律问题。

他人代写遗书，缺见证人不能生效

案例：

马老先生育有子女3人。2002年马老先生去世，4年后老伴也过世，两人身后留下一套房屋。2002年，马老先生曾由大儿子代笔书写了一份遗嘱，内容为“二儿子对本家庭未有贡献，其妻、其子对我夫妻二人遗产不具有继承

权”，最后有马老先生的落款和签名。之后，大儿子和三女儿起诉至法院，要求按照该遗嘱内容各继承房屋的一半份额，二儿子则认为大哥代笔时没有见证人在场，该份遗嘱并非代书遗嘱，涉案房屋应按法定继承进行分割。法院最终判决该代书遗嘱不符合法定要求，房屋按照法定继承平均分割。

解析：

本人书写的自书遗嘱无需见证人在场，而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。其中不能作为遗嘱见证人的有三类：一是无行为能力人、限制行为能力人；二是继承人、受遗赠人；三是与继承人、受遗赠人有利害关系的人。本案中大儿子提交的遗嘱非马老先生亲手所写，应属代书遗嘱，但因为遗嘱上没有法律规定的代书人和见证人签名，故该份遗嘱不符合法定要求应属无效。

丈夫放弃遗产，妻子离婚无权主张

案例：

王女士与李先生因感情不和要求离婚并依法分割夫妻共同财产。李先生有三位兄弟姐妹，父母去世后遗有房屋两套尚未进行继承分割。王女士要求对李先生即将取得的父母所留遗产作为夫妻共同财产予以分割。但李先生表示未对父母尽到赡养义务，要放弃遗产继承权。王女士认为未经其同意，李先生不能私自放弃属于她应得的“夫妻共同财产”。法院最终判定李先生父母的遗产尚未实际分割不宜作为夫妻共同财产处理，故驳回了王女士的该项请求。

解析：

继承权是一种因身份关系而可能获得财产的期待权利，在遗产分割之前，继承人可以选择继承也可以选择放弃继承遗产。婚姻关系存续期间因继承所得财产应当属于夫妻共同财产，在离婚诉讼中应当予以分割；如果因继承权所应得财产在继承人之间尚未实际分割，离婚诉讼中主张分割的一方当事人可在继承人之间实际分割遗产后另行起诉；如果夫妻一方在分割遗产时明确表示放弃遗产继承，另一方则无权干涉。本案中，因李先生明确表示放弃遗产继承权，所以王女士无权对李先生可继承遗产份额进行分割。

儿子早逝，尽孝儿媳享有继承权

案例：

张大爷和老伴有三个儿子。他的老伴早逝，大儿子也于2006年亡故，其妻李女士在丈夫去世后同张大爷继续共同居住生活，并与张大爷另外两个儿子一起承担了赡养的义务。张大爷生病住院期间，李女士与两位小叔子轮流伺候，并承担了相应医疗费等。张大爷的遗产中有十万元现金，但另两位儿子持有该十万元后不同意分配给李女士，因此李女士诉至法院，要求继承。法院判决李女士作为继承人与张大爷的另外两个儿子共同继承张大爷的十万元。

解析：

我国《继承法》第十二条规定“丧偶的儿媳和女婿对公、婆、岳父、岳母，尽了主要赡养义务的，作为第一顺序继承人。”丧偶的儿媳和女婿对公、婆、岳父、岳母之间存在有姻亲关系而无血缘关系，如果儿媳或者女婿丧偶后对公、婆、岳父、岳母提供了主要的经济支持、精神抚慰，使其安度晚年，可视为尽了主要的赡养义务，可享有第一顺序继承人的权利。本案中，李女士在丈夫去世后继续同张大爷共同居住生活，照顾张大爷饮食起居可视为尽了主要赡养义务，故其要求作为第一顺位继承人继承张大爷遗产的诉讼请求应得到支持。

(来源:工人日报)

## 上海首例贞操权案判决后，重读男女关系

2014年9月22日 法律读库

上海法治声音微信号:fazhishengyin

上海报业集团新媒体发展研究中心出品。为百万白领、公司法务、法律工作者搭建交流平台。从法治视角关注世态人心，传播法治精神。

【编者按】9月16日，上海首例侵犯贞操权案在浦东新区法院作出一审判决，判处被告向原告书面赔礼道歉（内容须经法院审查），并赔偿原告精神损害抚慰金3万元。

贞操权到底是个什么权？

怎样才算侵犯贞操权？

这其实是个在司法界争议很大的话题，到底情况如何，且听专业律师解读。

案例回放

2009年，30岁的陈小姐通过交友网站认识了李某，从2013年开始，两人频繁约会，双方感情急剧升温，在微信中以老公、老婆互称，李某热烈追求陈小姐，致使陈小姐认为李某是单身。不久，李某称要让陈小姐熟悉他的事业，共同去新加坡考察。期间双方发生关系，李某承诺会给陈小姐一个惊天动地的求婚。

2013年12月开始，李某开始与陈小姐疏远，表示要中断两人的恋爱关系。2014年2月3日，陈小姐无法联系到李某便撬门进入其在浦东金桥的家，正好撞到李某和妻子从斯里兰卡度假归来，后李妻告诉陈小姐，他俩已在2013年1月结婚，而且李某已经离过一次婚。

2014年3月，陈小姐以李某采取欺骗手段侵犯其贞操权和健康权为由向浦东新区法院提起诉讼。陈小姐起诉要

求判令李某书面赔礼道歉，赔偿精神损害抚慰金 50 万元、医疗费 1540.6 元。

法院审理后认为，被告隐瞒了已婚的事实，并以结婚为目的与原告交往，诱使原告与其发生性关系，显然已侵犯原告的贞操权。现原告要求被告赔礼道歉并赔偿精神损害抚慰金，符合法律规定，予以支持。然而，原告主张的精神损害抚慰金 50 万元过高，法院根据本案事实酌定为 3 万元。

■ 法律人辣评来源：嘉琦法律咨询平台

### 1 贞操权 VS 独立人格权

贞操权是否为一项独立的人格权？对此，民法学界不无争议，总的说来，有否定说与肯定说两种主张。

否定说认为，贞操权不是一项独立的人格权。持这种观点的学者论述又各不相同。有的认为，贞操一方面为身体权，他方面为名誉权；有的认为，贞操不外乎是基于性关系所享有的名誉权之一种；也有人认为，贞操被侵害，应包含于身体权被侵害之内，但又不仅限于身体的被侵害，同时又有自由权和名誉权的被侵害。中国台湾学者有不承认贞操权是一项独立的人格权者。中国学者张新宝先生也持否定观点，认为贞操权不是独立的人格权，贞操侵害应包含在身体权中。

肯定说认为，贞操权是一项独立的人格权。其表述也不一致。有的认为，在承认一般人格权的法律保护制度下，具体权益的保护未必一一列举。被害人贞操被侵害，其内部品位及性的纯洁性也受到侵害，它与受害人的名誉受侵害不同，后者只是贞操受侵害的结果。有的认为，贞操权乃以“保全人之性的品格利益为内容的权利。妇女之贞操不仅是一种生命，且有时妇女认为，其贞操被玷污，毋宁死亡。所以，不能不承认贞操权为人格权之一种。贞操虽与名誉相关，但两者范围毕竟不同，所以贞操被侵害者以侵害名誉权为依据，不能使贞操受蹂躏所产生的损害得到充分赔偿。因此，贞操权不是名誉权的一种，而是独立的法益。”在中国，王利明先生等多数学者则认为贞操权是一项独立的人格权。

### 2 贞操权 VS 同意抗辩

按照中国学者张新宝的观点，受害人同意作为一种正当理由的抗辩，是指由于受害人事先明确表示自愿承担某种损害后果，行为人在其所表示的自愿承担的损害结果的范围内对其实施的侵害，而不承担民事责任。

在贞操权侵权问题上许多学者主张如果侵害贞操权的行为经过被害人的同意，则行为人不承担侵害贞操权的侵权责任。

依上述见解，被害人的同意阻却侵权人的违法，基于此，实践中，双方同意而发生性行为的，将不按照侵犯贞操权处理。这种主张有一定的道理。但我们认为，将“双方同意而发生性行为的情形不按侵犯贞操权处理”的理论依据作如下解释可能更为妥适：贞操权以保全人的性的品格为标的，贞操权的侵害系指以违法和不当的方法与被害人发生性行为，贞操权之所以值得保护究其原因，是在被害人意志不自由的状态下实施不法性行为，损害了被害人性的品格。

相反，如果性行为的发生系基于双方自愿，则双方所获得的将是身体和内心的愉悦，彼此之间并无侵害贞操利益可言，更不发生贞操权的保护问题。所谓当事人同意阻却违法，系指权利虽然受到侵害，但由于事先曾征得被害人的允许，足以阻却其违法性；如果行为本身根本不具有违法性，自无违法阻却问题。贞操权侵权的发生既以被害人因意思不自由而为性行为为成立要件如果经其同意而为性行为，则不发生贞操权问题，于贞操权尚未发生情形，更谈不上同意阻却侵权的问题。因此，此项同意与权利受侵害之被害人允许，性质应有不同。

### 3 贞操权 VS 配偶权

贞操权与配偶权是性质迥然不同的两项民事权利，分属于人格权和身份权两大范畴，二者的差异是显而易见的，但在个案中对其明确区分有时是比较困难的，特别是已婚男女之一方与第三者发生性行为，侵犯配偶对方的何种权利？尚有研讨之必要。

所谓配偶权，是指基于合法婚姻关系而在夫妻双方之间发生的，由夫妻双方平等专属享有的要求对方陪伴生活、钟爱、帮助的基本身份权利。配偶权的客体是配偶之间的身份利益。

配偶权作为基本身份权，还包括诸多派生的身份权，而且，配偶权“不独立为权利人之利益，同时为受其行使之相对人之利益而存在”，这决定了配偶权从本质上讲是权利，但却以义务为中心，权利人在道德和伦理观的驱使下自愿或非自愿地受制于相对人的利益，因而权利人中包含义务。

基于此，有的学者称配偶权为“合权利、义务为一体的新型权利”，配偶权作为一项基本身份权，其最基本的一项义务就是贞操忠实义务。贞操忠实义务又称配偶性生活排他专属义务，它是指配偶专一性生活的义务，它要求配偶双方互负贞操忠实义务，不为婚外性生活。

### 4 贞操权 VS 婚内强奸

婚内强奸是一个敏感的话题，刑法学界对婚内强奸是否构成犯罪存有争议。与此相联系的问题是，婚内强奸是否侵害一方的贞操权？基于婚姻关系，夫妻负有同居义务。同居义务是指男女双方基于配偶身份都负有同对方共同生活的义务，夫妻性生活是同居义务的重要内容。

同居义务是一种法定义务，是夫妻双方共同的、平等的义务，非有正当理由夫妻任何一方不得拒绝履行同居义务。由于同居义务的存在，于一般情形，不宜将夫妻间违反一方意志发生性关系的行为界定为侵害贞操权。

但是，应当看到，国外法律在规定夫妻同居义务的同时，也规定在一定情况下夫妻可以暂时或部分中止同居义

务，在这些情况发生时，违反一方意志发生性关系的行为将构成侵害贞操权。

这些情况是：（一）一方因生理原因对同居义务部分或全部地不能履行；（二）配偶一方在其健康、名誉或者经济状况因夫妻共同生活而受到严重威胁时，在威胁存续期间有权停止共同生活；（三）提起离婚诉讼后，配偶双方在诉讼期间均有停止共同生活的权利。

现实生活中，此类案件已有发生：钱某因与丈夫王某感情不和而向法院起诉离婚，法院判决准予离婚，但在上诉期内，王某强行与钱某发生了性关系。此案中，法院判决虽未生效，钱某和王某的夫妻关系在法律上还合法存在，但由于已经提起了离婚诉讼，法院也已经判决准予离婚，在这一特殊期间，钱某享有与王某停止共同生活的权利，王某违背钱某的意志，强行与之发生性关系，构成强奸罪，也侵害了钱某的贞操权。

## （七）公证专题

### 儋州简化小额遗产继承公证程序 实现“二少一短”

2014年08月29日 南海网 李晓梅

南海网儋州8月28日消息(南海网记者 李晓梅)为了几千元甚至几百元的遗产，前往办理继承公证所需的事项却与大额继承公证一模一样，需要耗费大量的时间与精力，让不少市民放弃继承。针对这一现象，海南省儋州市公证处对小额遗产继承公证率先试行简易程序，实现了公证的“二少一短”（申请人少、提供材料少、办证时间短）。自5月至8月下旬，该处共利用简易程序办理了60件小额遗产公证，涉及约200人次。

原标题：儋州简化小额遗产继承公证程序 实现“二少一短”

儋州简化小额遗产继承公证程序

南海网儋州8月28日消息(南海网记者 李晓梅)为了几千元甚至几百元的遗产，前往办理继承公证所需的事项却与大额继承公证一模一样，需要耗费大量的时间与精力，让不少市民放弃继承。针对这一现象，海南省儋州市公证处对小额遗产继承公证率先试行简易程序，实现了公证的“二少一短”（申请人少、提供材料少、办证时间短）。自5月至8月下旬，该处共利用简易程序办理了60件小额遗产公证，涉及约200人次。

“本以为继承丈夫3000多元的存款要公证很费事，没想到几天就办好了。”家住儋州市雅星镇的陈女士的丈夫因病去世，并留下了3000多元的存款。今年7月中旬，她前往儋州公证处申请办理继承公证。“办理遗产继承公证有着一套极为严格的程序。”儋州市公证处负责人说，按照遗产继承的普通程序，陈女士应提供丈夫的死亡证明、亲属关系证明、婚姻状况证明和丈夫遗留的财产证明等一系列的证明材料，还需要被继承人的所有继承人全部到场，填写申请表。公证员还要一一制作询问笔录和对相关证明材料逐一进行核实，程序比较繁琐。“从申请到出具公证书需要很长时间，给当事人造成了很大的不便。”

儋州市公证处工作人员经过了解，陈女士的公公已逝，婆婆年已80岁，行动不便。她和丈夫共生育有一男四女，都住在农村，基本上都外出打工。其中一名女儿已嫁到保亭。“为了领取数额较小的几千元甚至区区几百元的遗产而专程从外地赶回来申办公证很不现实，也很不实惠。”儋州市公证处负责人说，为了减少小额遗产继承公证的繁琐程序，儋州市公证处根据省公证协会今年5月出台的《关于办理小额遗产继承公证简易程序的意见》规定，在当事人共同继承、当事人举证、审查核实、出证时间等程序方面进行简化，实现了公证的“二少一短”。

简易程序究竟有多方便？“‘二少一短’，即申请人、所需材料变少，办证时间缩短。”儋州市公证处负责人告诉记者，公证员对陈女士提供的证明材料进行了审查和询问，进行最低限度的核实后，认为陈女士的陈述和她提供的证明材料无疑义。公证员根据陈女士丈夫的实际情况，草拟了放弃继承权的声明书，让陈女士转交给其婆婆和4个子女，要求他们在当地村委会的监督下，亲自签署并加盖村委会的公章后送交公证处，省去了他们亲临公证处办理的诸多麻烦。

通过“二少一短”的简化程序，大大地降低了当事人的办证成本，提高了办证效率，也方便了人民群众，大家办理小额遗产继承公证的积极性更高了。自5月份至今，儋州市公证处共利用简易程序办理了60件小额遗产公证，涉及约200人次。

那小额遗产如何界定？根据《关于办理小额遗产继承公证简易程序的意见》规定，小额遗产，即动产不超过人民币贰万元，通过简化公证程序，也为小额遗产继承公证申请开辟了一条“绿色通道”，真正做到了利民惠民。

### 【公证讲堂】浅谈老年人权益保护与公证工作的结合

2014年9月1日 律政公证处 范斌

作者：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内容符合中国的实际，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、自由处分财产权以及继承权，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，许多老人手中有了自己的房产，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障法》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障法》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——老年人可自由处分自己的财产》黑龙江新闻网 2013.4.2

## 海外资讯：为公证界服务的高新技术

2014 年 9 月 1 日 公证人

导言

简单回顾法国公证界无纸化办证的演变历程

1970/1975

在 1970 到 1975 年间，大型的计算机系统问世（IBM36 等），采用被动型显示终端。作为法国公证界的合作伙伴，计算机公司与公证人小组合作

1/ 推出早期的综合办证系统。计算机不仅能根据样本和变量办证，而且还推出副产品，比如索引、文书摘录等。

2/ 推出早期的会计和税务软件

1980

1980 年起，微型计算机问世，1985 年起大规模普及。

20 年间，信息技术服务公司始终与公证人合作，不断改进撰写文书的软件。

就在这个时期，法国公证事务所都从用电脑处理文字，升级为计算机辅助起草文书。由公证人助手拟定文书，建立局域网系统，每个助手都有一台电脑。

1995

因特网问世。局域网系统普及，公证事务所的计算机系统逐步对外开放。1997 年，巴黎率先建立安全网络系统，每个公证人、每个助手都拥有接受电子信息的地址。法国公证人高等理事会建立 REAL 系统，供法国全体公证人使用的安全网络系统，依靠智能卡进入系统。

十年间，信息工具的地位发生了巨变。它不再是经过改良的打字机。除了办证功能之外，它成为公证事务所的信息和交流的工具。

A - 网络

通过《统一威胁管理》盒子，（统一威胁管理 UTM，是一个智能信息盒，内含防火墙和虚拟专用网络），公证事务所拥有两种接入方式，一是进入安全网络，传递公证类的信息，二是接入英特网，传递其他信息。

整个系统由一家或者几家运营商管理，配备一个或数个“数据中心”。一家运营商负责网络和《统一威胁管理》盒子，另一家负责数据中心，第三家负责信息通讯。

这些数据中心分别接纳公证行业的应用项目，法国公证人公证原本保管中心、电子公证书设在 Venelles，服务器 Télé@ctes，Planète 平台，遗嘱中心等……另一个数据中心用于信息专递，IP 通话，电视会议，Real 系统门户网站，远距离工作等……

B - 安全电子签名

法国民法典只规定了手写签名，因此立法者被迫修改民法，引入电子签名。

法律文献：

2000 年 3 月 13 日法律，第 1316 条及以后

第 1316-1 条“电子文书如同纸质文书，可以作为证据采信，只要能按照规定核实电子文书订立者的身份，而且文书在确保其完整性的条件下进行办理和保存。”

满足某些条件之后，电子文件可以作为证据被采信。

第 1316-3 条“电子文书与纸质文书具有同等证据效力”

第 1322-1 条“电子文书证实权利义务并且经过签名之后，便获得同样的证据效力。”

证据独立于载体；没有建立任何等级之分。

公证人安全签名

从 2007 年 8 月起，法国公证人在欧洲率先成为拥有安全签名系统的行业。

如何实现安全签名？

- 芯片的技术核准，芯片包括公证人证书，以及公证人的手写签名和印章。
- 授予激活芯片密码的程序核准。公证行业开发并掌控的 SACRE 软件，公证书确认当面进行。

C- 我们与合作方的关系 - 异乎寻常的超前性

公证人不仅创造高效的文书办理、交流工具，供自己使用，而且与其他合作方配合，开发应用软件，依靠他们的超前意识，如今成为政府机构信息交流现代化的最佳典范。

Télé@actes 远距离文书系统

从 2000 年起，公共财政总局找到公证人高等理事会，缔结合作关系，完成《不动产法律电子文献库》(FIDJI) 之后，顺理成章地推出 Télé@actes (远距离文书系统)，其目标很明确，就是在更新和查询地产公告数据库的时候，避免重复输入，以节约成本。2003 年多维尔公证人大会之际，公证人与公共财政总局进行初步接洽。几个月之后就作出决定，建立抵押状况查询和不动产出售公告的信息系统。

约 15 家公证事务所和同样数量的保管员组成“技术使用小组”，经过 3 年工作，拟定了 Télé@actes 第一版项目任务书。

与此同时，只有当不动产支付也采用电子形式的时候，抵押状况查询和不动产出售公告才会真正有效率。另一个工作小组得到国家信托局的帮助，研发转帐支付系统，会计只要书写一次，就能实现电子转账并作账目记录。

2012 年 7 月在总共 4564 家公证事务所，其中 4329 家使用 Télé@actes 系统进行远距离查询（在办理买卖公证前核查抵押状况）。

平均每月 258000 次查询，其中 80%来自公证人。4159 家公证事务所通过电子载体传递售房公证书，大约为 50000 份，占售房公证书总数的 25%至 30%。

D - 电子公证书

两千多年来，各种形式的文书都写在某种载体之上——纸莎草、羊皮纸、纸张等——，只是书写工具从钢笔、打字机、电脑的演变。

2005 年 8 月 10 日政府令确定了公证书无纸化的法律框架。

无纸化文书的真实性必须确凿。政府令在这方面的严格要求推动了公证人电子签名的演变，以及“合格”的电子证明的使用。

文书的办理没有变。文书的办理借助软件完成。

而文书的附件有所变化，或通过扫描，或将经信息网络收到的文件附在文书上。

办理完毕之后，文书采用 WORD 格式出具，附件转变为 PDFa (匿名便携式) 格式。

转变为 PDFa (匿名便携式) 格式是必须的，因为这种格式可以确保文件的完整性，便于长久保存，计算机专家认为，与目前市场上所有的工具相比，PDFa 格式的生命周期最长。

观察：在现阶段，我们可以看到，由于文书办理不再采用纸质载体，而且在绝大多数场合，文书的附件都是经英特网接收的，所以在签字之前，就不存在纸质的文书。

之所以需要出具纸质的公证书和附件，那只是为了让当事人进行小签和手书签名。

信息技术的演变使得我们能够在电子公证书上签字，公证人可以利用一切技术手段电子文书上签名，因此他们舍弃纸质文书就在情理之中了。

完成这个操作之后，还要：

- 借助电子板，把当事人、证人、参与人等的签名图案加在屏幕显示的公证书上，然后加在附件的末尾……在国家向公民提供电子签名工具之前就这么操作。
- 公证人使用安全签名工具在全部文书上签名。
- 签名完毕之后，电子公证书立刻被自动收入法国公证人公证原本保管中心 (MICEN)。

法国公证人公证原本保管中心负责保存并确保其真实性，为期 70 年。

2008 年 10 月 28 日在法国公证人高等理事会总部首次签署不动产交易公证书，司法部长拉希达·达蒂夫人、负责公共政策展望和评估的国务秘书埃里克·贝松先生亲临现场。

这个划时代的项目从 2012 年初开始启动，截止 2012 年 7 月 31 日，195 家事务所进入实际办证操作，219 家处在人员培训阶段，可以推测，迄今大约有 500 多家公证人事务所部分或者全部以电子载体办理公证书。

截止 2012 年 7 月 30 日，已经提交了 17200 份电子公证书。

E-欧洲公证人网络

欧盟委员会格外关注一切有助于全体公民在线获得各种形式“公正”的项目：《E-公正》。

欧盟公证人理事会通过信息技术工作小组，做出了非常具体的回应：

- 公证人签名的协同操作以及用于核实签名的平台。
- 欧洲公证人网络于 2007 年底投入运行，22 个成员国的公证人可以联系每个国家的全国负责人。
- 遗嘱登记信息实现联网

F-信息安全

信息技术

按照信息语言，安全被定义为“保护措施，旨在维护以电子方式储存、处理或传输的数据之机密、完整、可用、规定用途及其价值”。

我们应该关注以下几个方面：

- 提醒使用者注意安全问题，使用密码保护自己使用的电脑，U 盘的危险性等……
- 电信安全（网络、服务器、路由器、机顶盒等）计算机病毒的威胁，设置密码的必要性、反电脑入侵测试等……
- 制定招标任务书，不仅有工程师参与设计，而且有使用者参与，确保某种程度的协调，简便事务所之间传递信息，目的在于避免使用各种可能危及我们网络安全的平行工具。

个人信息的保护

1978 年 1 月 6 日的法律，2004 年 8 月 6 日修订，强调在处理自然人的个人数据时要保护自然人。

公证人肩负恪守职业机密的义务，更应该身体力行，遵守这部法律的条款。

考虑到这些因素，以及经济、行政、刑事惩戒，法国公证人高等理事会通过公证服务发展协会（ADSN），设置保护个人数据联络员办公室，可以在年度检查时，核实您的事务所是否遵守这部法律。

结束语

纸质载体必然消亡。身份登记即将电子化，办理文书所需的一切其他文件已经或者即将无纸化。

从文书的制作、签名到存档，公证人采取一切措施，确保信息安全。

网络技术使得当事人可以在两地签署一份公证书，一个在马赛公证事务所签字，另一个在巴黎的公证事务所签字。

电子公证书是一件了不起的工具：

安全：

- 文书的完整性
- 副本的一致性
- 优化保存，为公证事务所节约场地

效率：

- 签字时间大大缩减：用不了 5 分钟时间，而在纸质文书上签字，需要花 15 至 30 分钟。
- 不必来回奔波
- 立刻获得信息

符合时代潮流：

- 公证人的形象：客户们赞同这种现代化，
- 可持续发展：不再使用纸张，不再外出跋涉

### 时事资讯：一生中绕不开的公证：高收费是否合理？

2014 年 9 月 2 日 公证人

车牌摇号、彩票摇奖，现场从未少过公证员的存在；出国留学、遗产继承，难免要去公证处走一遭；在离婚率持续走高的城市，婚前财产公证也逐渐被人选择。现如今，五花八门的事情似乎都绕不开公证这道关。

尽管北京市公证协会日前已经完成公证信息管理平台的模拟运行，预计年内实现联网，一定程度上将为公证的办理提供便利，但少则百十元，多则数万元的公证费依然让许多人觉得花得冤枉。

读者质疑

“公证一下就 2 万多元，够交多少年暖气费了！”

最近，83 岁的柳奶奶遇到一桩烦心事。去年老伴过世后，留下一套两人于 2003 年共同出钱购买的位于三里屯附近的两居室。由于之前希望集中在一个单位报销暖气费，只在房产证上写了老伴一人的名字。如今，柳奶奶要想改在自己单位报销，必须把房产过户到自己名下。到了房管局，柳奶奶被告知需要进行房产继承公证。

公证处工作人员给柳奶奶算了算账，“目前四环以内的商品房最低可以按照 2009 年的计税价 25907 元每平方米来计算，乘以房屋建筑面积 110 平方米，大约 285 万元，也就是受益额。根据去年 10 月最新公布的收费标准，受益额 20 万元以下的部分，按 1.2%收取，也就是 2400 元；超过 20 万元不满 50 万元的部分，按 1%收取，也就是 3000 元；超过 50 万元不满 500 万元的部分，按 0.8%收取，也就是 1.88 万元，公证费加起来总共 2 万 4 左右。”

这个数字让柳奶奶吃了一惊，“我跟老伴儿一起买的房子，现在从他的名改成我的名，就要多花 2 万多？”公证处的工作人员安慰柳奶奶，“这已经是最低价了，如果按照实际市价，可能要翻倍呢。要是在去年 10 月调价以前，统一按 2%收取，得要 5 万 7 呢。”然而，这样的解释丝毫没有让柳奶奶觉得舒坦，“就算 2 万多，也够交多少年暖气费了！”

柳奶奶不甘心，又咨询了多家公证处，可惜得到的答复无一例外，“公证处的收费标准不是自己说了算，而是发改委、物价局等部门统一制定的。”位于朝阳门附近的方圆公证处大厅墙上，便挂着这样的收费标准，同样的条

目，也出现在中信公证处的网站上。

像柳奶奶一样为公证费头疼的人每天都有。据报道，仅在2013年，全市25家公证处办证量就达80多万件，而业务收入更是首次突破5亿元。

在公证处咨询的王先生也在为父母留下来的老房子纠结。尽管王先生目前是唯一继承人，但由于房产证上只有父母的名字，想要卖房的他还是被要求先进行公证。“刚一问，算下来怎么着也得将近2万了，总觉得这钱花得冤枉。自己家的房子顺理成章继承，为什么非得让公证处插一脚？房管局跟公证处是一伙的？再说了，不管房子值多少钱，公证处做的事情不都差不多吗？一个章盖下去就要上万，这么收合理吗？”

查问

“不是公证惹的祸，而是房价惹的祸”

“很多人对公证的理解可能就是盖个章而已，觉得是无成本的。事实上，在出具公证书之前，他们必须进行审慎的核查。”中国政法大学法学院副教授袁钢举例称，“比如，即使我个人知道这个杯子是你的，但由于公证机构出具的文书是有法律效力的，所以还是必须找到相应的证据。再比如，有的当事人已经八九十岁，按常理判断，公证人员也知道他的父母应该已经去世了，但在做公证时，不能只听当事人说，还是要有相应的调查去证明这件事情。”

而在北京市方正公证处主任王士刚看来，每份公证书背后，更是沉甸甸的一笔账。“在公证方面，定什么价格都会有人觉得高，收得再低也会被认为不合理，总觉得我们已经拿了国家的钱，还要再收老百姓的钱，可事实上，自从十几年前改制以后，我们已经从原来的行政机关变为自收自支的事业单位，国家不仅不拨款，我们还要给国家交税，公证处的所有开销只能靠自己解决。”

其中，房租始终占“大头”，“目前租金每年500万，但这边很快就让我们不再租了，找的新地方最低也要每年1000万。”除此之外，无论是日常运营中的电费、网费，还是核查过程涉及的交通、餐费，都是每月必须面对的支出。“单单是档案管理，在外面租的库房一年就要四五十万，更别提还要养活公证处的文书制作等一批工作人员。”

相比起这些成本而言，王士刚更担心的是风险。“目前所有涉及产权转移的经济类公证都是按标的价值收费，例如买卖、赠与、继承等，因为一旦出现问题，公证处是要承担相应民事赔偿的。之前就有公证处因为未能识别出当事人作假，最后被法院判决赔偿120万。理论上来说，公证处有权向作假的一方追责，可上哪儿去找当事人呢？办完公证以后，人就消失了。而公安机关认为这种行为不属于诈骗，难以定罪的结果是实际追偿很难实现，出了事通常只能由公证处自己来赔。”

高风险带来高收费？袁钢觉得另有缘由，“十多年前，财产方面的公证也是按标的价值收费，人们并没有多大异议，而最近几年这方面的质疑越来越多，其实是因为房价飙升。所以这不是公证惹的祸，而是房价惹的祸。”

“即使在北京，一些小公证处都快活不下去了”

至于社会上呼吁已久的一律按件收费，王士刚觉得未必就如想象中合理有效。“以房产继承为例，由于房产价值差异很大，如果按件收费，定一万块钱肯定有人不干，甚至一千块钱都有人嫌贵。而对公证员来说，如果价格太低，付出跟收入不能对等，可能就会选择不受理，最后大家都不愿意做，也解决不了问题。”在他看来，很多时候，公证机构是在帮一些行政机关规避风险，“国家是否可以考虑购买服务，让老百姓只出一些成本费即可？”

自从改制，公证处便似乎成了一种尴尬的存在：没有国家拨款，却要执行统一定价；在外人看来是“公家人”，实际却像企业一样运转；老百姓对高收费诟病已久，公证员却为低标准叫苦不迭。

“说句实话，即使是在北京，也有一些小的公证处都快活不下去了，外地更是有很多面临运营困难。”袁钢表示，“如果把公证机构彻底放开，跟律师事务所一样变成纯粹的社会中介机构，大家可能还觉得好接受一些。”而身在其中的王士刚更是直言，“如果国家愿意把我们收回去，还像公务员一样给我们发工资，那即使是公证费全免，我们也会做，总比现在压力重要好。”

王士刚所说的压力往往与业务量直接挂钩。“现在的业务量总体来说是多了，但实际上国家给的业务全部在一点点减少。一种是因为‘不用办’，例如赠与，从7月份开始不再要求办理公证。另一种是因为‘不敢办’，以前遗嘱是一个大项，但因为风险太大，现在很多公证处都不愿做。”对于公证处的前景，王士刚并不乐观，“即使是现在接的证据保全、赋予执行效力等业务，也可能在下一步受到冲击。可以说，整个公证行业处在人人自危的状态。”

观点

如果有完善的系统可以查……

如此进退两难，公证究竟是否有存在的必要？

“公证是预防纠纷的一种方式，”王士刚谈到，“以房产继承为例，一个子女向房管局提出要继承，那要审查合法继承人都有哪些，否则，很容易产生一系列问题。一旦爆发出来，就很可能要去法院打官司，以后打官司的越来越多，而法官的工资是国家在负担，这样一来社会成本会增加很多，等于要把费用摊到所有纳税人头上，更不合理。”

但在袁钢看来，公证并非都有必要。“现阶段，社会对公证的一些需求还跟制度缺失有关。目前社会诚信制度，包括不动产登记制度始终没有建立起来，一些行政机关只能利用公证的法律效力去规避风险。而如果有完善的系统可以查，那干吗还要找公证？以后真正实现各个部门的个人信息联网，很多事情就可以不证自明了。”

（资料来源：北京晚报）

## 公证视点：我看委托监护公证——从夫妻离婚后直接抚养人对未成年子女实施委托监护的视角

2014年9月4日 公证人 安徽省六安市皋翔公证处 周圣峻

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（以下称“民通意见”）第二十二條的规定，奠定了我国委托监护制度的立法基础。公证实践中，委托监护的运用也较为常见，例如：未成年子女出国留学、参与国外的学习、娱乐活动等，所在国通常都要求监护人出具经过公证的委托监护协议或者委托监护书，以延续未成年子女的被监护状态，确保其人身、财产安全。可以说，委托监护制度一定程度上缓释了法定监护制度在时间、空间甚至是物质条件上面临的天然障碍，对于保护被监护人具有重大的现实意义。而委托监护公证使得跨国、跨区域的委托监护成为可能，助益了委托监护制度功能的进一步发挥，其重要性同样不言而喻。

然而，就夫妻离婚后直接抚养人对未成年子女实施委托监护而言，囿于民通意见第二十一条及《中华人民共和国婚姻法》（以下称“婚姻法”）第三十六条第一、二两款的规定，部分业内人士认为，离婚后夫妻双方与未成年子女之间的身份关系并未变更，夫妻各方对未成年子女的监护权利或资格尚存，进而认为，委托监护需离婚夫妻双方共同实施，委托监护公证也不能由直接抚养人单方申请办理。由此，常有直接抚养人前来申办委托监护公证，但是因为非直接抚养子女一方不愿配合、或因时间久远根本无法联系上等原因办理不能，给监护人、被监护人的合法权益造成了损害的同时，也一定程度上限制了公证在“家事”法律关系中的服务功能。

笔者认为：在夫妻离婚，未成年子女由一方直接抚养的情形下，直接抚养人对未成年子女的监护权应当得到强化，直接抚养人有权自主安排监护事宜，不受包括非直接抚养子女一方在内的任何个人、组织的干预乃至干涉；委托监护及公证亦只需由直接抚养人单方或者与受托监护人共同实施、申请办理，而无需事先征得非直接抚养人的同意。这样的想法是基于：

## 一、权利、义务对等原则

没有无义务的权利，更无无权利的义务，权利义务互为边界，此消彼长，共生共灭。权利、义务的这种结构上的相关关系，数量上的等值关系，功能上的互补关系以及价值意义上的主次关系被学者称之为权利、义务的对等原则。监护的性质究为权利还是义务不无争议，但通说认为监护同时具有权利与义务的双重属性，是权利、义务的集合体。具体到上述直接抚养人委托监护的情形，直接抚养人因直接抚养未成年子女的事实，无疑在“抚养、教育、保护、监督”未成年子女方面付出更多，履行了更多的监护义务。按照权利、义务对等原则其应当享有更为广泛的监护权利，而单方实施委托监护仅仅是其自主行使监护权的一种表现。

## 二、利益一致性原则

未成年子女与父母之间天然的血缘、地缘关系构成了二者之间利益一致性的伦理基础。所谓“虎毒不食子”，一般情况下，父母会自然、本能的维护未成年子女的利益。当然，不排除极端情况的存在，但是，立法总是以规制一般情形为原则，特殊情形为例外，如此才能降低法律的运行成本，符合法律的运行规律。利益一致性原则在立法上也已经有所体现。例如《中华人民共和国保险法》（以下称“保险法”）第二十六条规定了投保人对保险标的应当具有保险利益，该第五十五条、五十六条规定了投保人为无民事行为能力人投保以死亡为给付保险金条件的人身保险的例外，即：仅允许父母为未成年子女投保此类人身保险。保险法的该部分规定显然是以利益一致性原则作为立法基础的。我国婚姻法同时规定父母对子女的抚养、教育义务及子女对父母的赡养、扶助义务，双向约束父母、子女间的权利义务关系也体现了利益一致性原则。回归本文探讨的话题，父母双方无论是协议离婚还是判决离婚的情形，相较于另一方，直接抚养人通常均是与未成年子女感情更为深厚，时间、经济等监护条件更具优势，也更为符合未成年子女意志的一方监护人，其与未成年子女之间的利益一致性根基更为稳固。因此，由其单方实施委托监护、办理公证具有相当的正当性。

## 三、民通意见第二十一条及婚姻法第三十六条一、二两款的应有之义。

民通意见第二十一条规定，夫妻离婚后，与子女共同生活的一方无权取消对方对子女的监护权……人民法院认为可以取消的除外。该条意在强调离婚一方不因婚姻关系的解除而丧失对子女的监护资格。婚姻法第三十六条一、二两款重申，父母子女之间的身份关系不以离婚而解除，离婚后，父母对于未成年子女仍有抚养和教育的义务。该部分立法奠定了我国离婚父母对未成年子女监护问题处理的基调，即：离婚双方的监护资格均存续。但能否因此推导出双方应当共同行使监护权不无疑问。笔者认为应当给予否定回答。因为除父母共同监护的情形外，民通意见还确认了其他类型的“同一顺序中的数人”共同监护的情形，但无论是哪一类型的共同监护均未要求监护人共同行使监护权。民通意见第二十三条规定：“夫妻一方死亡后，另一方将子女送给他人收养……其他有监护资格的人不得以收养未经其同意主张收养关系无效”，该条未将“其他有监护资格的人”的同意作为送养行为的前置条件亦未对各“有监护资格的人”共同实施送养行为作出强制性要求。依据体系解释，离婚双方亦无需共同行使对子女的监护权。送养涉及身份关系变更的情况尚且如此，“举重以明轻”，委托监护仅仅是暂时的、全部或部分的委托他人代为行使监护权，当然可以由直接抚养人单方实施。

如此一来，立法赋予非直接抚养人监护资格的意义何在？笔者认为意义在于两点，一是补充不足，二是监督救济。所谓补充不足是指直接抚养人监护能力（包括监护条件）不足的情况，非直接抚养人基于监护资格应当予以补充，婚姻法第三十七条关于非直接抚养人负担必要生活费、教育费的义务以及子女必要时向父母任何一方请求支付

超过原定数额费用权利的规定即是适例。所谓监督救济是指直接抚养人对子女利益（人身、财产）造成侵害或有侵害可能的，基于监护资格，非直接抚养人有权代理子女要求停止侵害、排除妨害乃至赔偿损失。尽管这种监督救济侧重于事后救济而非事前介入干预，但是在我国监护制度缺乏公权力监督背景之下显得尤为重要。概而言之，民通意见第二十一条及婚姻法第三十六条一、二两款的应有之义并非在于限制甚至弱化直接抚养人自主决定监护事宜的权利，而在于充分保障其行使的正当性。

尽管如此，监护制度、委托监护制度构建的终极目标之一尚在于弥补被监护人意思能力之不足，保护被监护人的人身、财产安全。因此，在委托监护公证实践中，公证人应当以被监护人的利益作为最核心的考量因素。能否办理、如何办理都应当围绕维护被监护人利益展开，具体来说我们应当：1、通过对受托人与被监护人的关系密切程度、委托目的、委托期限、受托人及监护人的监护能力（监护条件）、受托人配偶或同住成年家属意见的审查，从客观上对委托监护的实施是否符合被监护人利益进行裁量；2、征询有相当意思能力的被监护人自身的意愿。该点常被忽略，监护不是对人身、财产的支配。被监护人有一定意思能力的，监护人无权绕过其本人决定监护事宜，相应的委托监护公证亦不得办理；3、在委托监护书或委托监护协议上明确委托、受托双方的监护职责、分工以及监护责任承担。权责明晰，方能“定分止争”。

（作者：安徽省六安市皋翔公证处 周圣峻）

### 行业资讯：《公证人》前两部将杀青 高天变身中国夏洛克

2014年9月9日 公证人

由导演哈斯朝鲁监制，青年演员高天、司珂华主演的国内首部公证人员题材系列电影《公证人》，前两部近日即将杀青。因出演热播电视剧《美妙的奇遇情缘》、《双生花》而被观众喜爱的内地实力战将高天在剧中饰演“中国版夏洛克”男一号叶永彬。

据悉，在该剧选角期间，以拍摄故事片见长的哈斯朝鲁对演员提出了诸多要求，要有一种“廉洁清正，人民公仆”的感觉，更要有阳光的外形、积极进取的精神面貌，还要求演员必须有扎实过硬的表演功底，因为该片中的主人公是我国公证人员的形象代言人，心理戏份特别多，要求演员把握角色的能力必须要快速准确。既要真实自然地呈现人物的现实状态，又要求在艺术与现实中拿捏住恰到好处的分寸。高天凭借《美妙》中塑造的阳光形象，以及《双生花》中多变的心理戏份轻松获得导演青睐，但高天坦然自己也有压力，“虽然演了温暖的形象也演了心理戏很多的形象，但是如何把这两者结合在一起而不让观众感觉这个角色过于生硬，必须对角色有正确的认识，以及独到的转换能力，才不会出差错。”

（资料来源：搜狐娱乐）

### 1.7万份公证遗嘱 浓缩1.7万个家庭的爱恨悲欢

2014年09月05日 重庆晨报 苑铁力

2014年2月18日，农历新年刚过没多久，雷大庆就去了律师事务所，在两名律师的见证下，立下遗嘱，老人说，之所以做这样的决定，是小儿子的做法令他太心寒，老伴去世得早，他将3个子女拉扯大不容易，本想着一碗水端平，但他实在不愿意辛苦一辈子挣来的钱让小儿子败掉。

原标题：1.7万份公证遗嘱 浓缩1.7万个家庭的爱恨悲欢

公证处的工作人员海键（左二）和周祺询问需要立遗嘱的市民相关问题，并全程用相机记录。重庆晨报记者 苑铁力 摄

对于任何人来说，直面生死，注定是一堂必修课。有人说，立遗嘱就像买保险，将生死两头的事，完成交接。

去年8月，重庆市公证系统开始为80岁以上老人免费办理遗嘱公证，并为60岁以上老人免费保管遗嘱公证。如今，重庆遗嘱库的遗嘱公证已增长到1.7万份。

这些以法律文书形式，将生死焊接在一起的群体，八成以上，是年逾60岁的老人。每一份遗嘱背后，都有一个有关爱恨悲欢的故事。

小儿子太让我心寒 遗产没他的份

在城市家庭，最值钱的莫过于房产，所以教了一辈子数学的雷大庆，打算在自己65岁前，理清这辈子最难算的一笔账：两套房产，究竟如何分割给3个儿女。

“除了要钱，他从来不来看我一眼，我摔了，他看都不来看我一眼！”“太坏了，他不是我儿子！”……这些话语发泄般反复出现在雷大庆的第一份遗嘱中，在前往律师事务所办理代理书遗嘱时，他自理了一份草稿，打印的5页A4纸，3页是在讲述他与小儿子的恩怨情仇。

但最终，雷大庆这份类似于控诉状的“遗嘱”被律师告知，格式、表述等主体结构错误，今后若闹上法庭，遗产官司还有得打。经过好长时间的沟通，雷大庆才终于同意，在遗嘱上不控诉小儿子的“罪状”，只说关键内容。

“我依据中华人民共和国法律及本人意愿，订立遗嘱内容如下：

我去世以后，我的以下遗产（属于我的份额）由长子和次女继承……如果前述继承人或受遗赠人先于我去世，或者他放弃、丧失继承权，则本应由其继承的这部分财产由我另作安排。儿子雷学军丧失对我财产的继承权……”

2014年2月18日，农历新年刚过没多久，雷大庆就去了律师事务所，在两名律师的见证下，立下遗嘱，老人



说，之所以做这样的决定，是小儿子的做法令他太心寒，老伴去世得早，他将3个子女拉扯大不容易，本想着一碗水端平，但他实在不愿意辛苦一辈子挣来的钱让小儿子败掉。

因为事前有沟通，30分钟，雷大庆就完成了后半辈子最重要的交代，郑重地立下遗嘱，整个过程有摄像、录音，对准摄像头，雷大庆自报家门，清晰说出姓名、年龄、家庭住址等信息，并回答出律师针对性的提问。

来立遗嘱，这事老人只告诉了最信任的二女儿，瞒住了家里的其他人，包括有继承权的大儿子。“我好强了一辈子，不想百年之后，子孙后代为钱扯皮，丢不起那个人。”

雷大庆妻子去世，留下3个子女，小儿子原本是他最心疼的一个，但父子俩的关系在儿子结婚后快速恶化，“他变得越来越自私，我存了一辈子的钱，12万，他骗走了，说好是借，几年没个信，借钱那段时间对我很好，之后就变了，我生病去要钱，他还骂我。”

退休后，雷大庆打算在三个子女家轮流住，唯独小儿子不愿意。“好吃懒做、好高骛远、人情淡漠”，他反复用这几个词来形容现在的小儿子。

最近几年，自己身体越来越不好，如何处理好人生结尾时最重要的事情，雷大庆想了很久，尽管遗嘱上不留任何遗产给小儿子，但他说，还是给通情达理的女儿交代，若弟弟有难，钱能帮得了的，就把留给她的一部分拿出来。

不到落笔那一刻 不清楚放不下的是什么

跟雷大庆不同，吴岗立遗嘱时，身体无恙，每年坚持做体检，很健康。吴岗需要处理的财产，跟雷大庆一样，同样是房产。对于这一点，他想得比较清楚，“像我这样的离异重组家庭，关系复杂，先说断后不乱，否则，身后太容易扯皮。”

今年4月21日，41岁的吴岗在民政局领证再婚。一周后，他去律师事务所找专门的遗嘱律师立下遗嘱：婚前财产归其儿子一人所有，婚后财产，儿子与现任妻子共同分配。

重组家庭立遗嘱提前将各自财产分割清晰，无论是在公证处还是律师事务所，这类遗嘱，最近几年都在成倍上涨，特别是中产一族。

2006年，吴岗离婚，儿子只有3岁，最近几年跟朋友合开江湖菜馆，之后转战建材生意，如今，手上累计有大大小小4套房产，3间门面。

去年，经朋友介绍，吴岗认识现任妻子，对方也带有一个儿子，吴岗说，重组家庭前，他就在犹豫，复杂的家庭结构，会不会导致今后在财产分割上会出现纠纷，仍成为心头大石。

“我们都忌讳谈论生死，但不到书写的一刻，你不会明白自己最放不下的是什么，落笔那一瞬间，我算是明白了，我最重要的是我儿子，这些年欠的，不能亏待了他。”

立遗嘱这事，吴岗是瞒着现任妻子的，“我们这种家庭比较复杂，如果一方知晓遗嘱的存在，肯定会影响关系；但不立遗嘱，涉及数百万的房产，谁不想给自己小孩多分一份？”

吴岗有个朋友，38岁时离世，突发脑溢血倒在酒局上，身前，未留下一字半句，身后，为争夺两套房产，前妻带着幼子，跟二任妻子反目，打得头破血流，这事，对吴岗触动很大。

但不管怎么说，在遗嘱上按下指纹的一瞬间，吴岗还是觉得轻松了，他说，或许每一封遗嘱都承载着不同的人生，犹如缤纷万花筒，折射出苦乐酸甜。

趁早作个交代 可以更从容地面对生死

遗嘱似乎从来就很难与20多岁的年轻人扯上关系，所以当85后顾宇出现在公证处，表示要立一份遗嘱时，连干了20多年公证的公证员都觉得诧异。

顾宇，29岁，就职于外企，未婚。今年7月，他立遗嘱，将一套位于九龙坡区87平米房产留给母亲和继父，生父在他16岁那年死于意外。

“我只是希望当最不愿意的死亡到来，比老人先走一步时，我的父母能够老有所养。以后每隔几年，我都会来更改自己的遗嘱。”

活得好好的地，为啥要立遗嘱，顾宇身边的很多朋友不能理解，但他一再强调，自己不是一个悲观主义者，在国外，不管什么年龄，人们都会把立遗嘱当作一件生活中常会去做的事。“能讲清楚的事，何必因为忌讳，不趁早做出交代，活着可以更从容地面对生死和意外。”

现实生活中，顾宇活得很阳光，但父亲是死于车祸，这令他很清楚，死亡是他人生中最无法预判的风险。

通过网络，顾宇了解到，有一位大学老师，早在10多年前就将这一生死体验带进了课堂，每一位选修他课程的学生，需要完成一个作业——为自己写遗嘱和墓志铭。他也很赞成这位老师的做法，这样做，会对生命的理解更加完整。（文中人物均为化名）

## 他们为何要立遗嘱？ 老年人：防子女扯皮

2014年09月05日 重庆晨报

重庆市公证处副主任袁野说，立遗嘱的人，以老人为主，超8成是年龄在60岁以上的老人，老人们的出发点，大多是不想身后子孙为钱扯皮。此外，老人黄昏恋的增多，以立遗嘱方式提前交代清财产分配，防止身后扯皮，也比较普遍。

原标题：他们为何要立遗嘱？ 老年人：防子女扯皮

公证处的遗嘱受理室，每天，不同的人生在这里轮回上演，在这个由不同年龄、性别及身份的群体组成的世界里，每一份遗嘱，仿佛都能看尽人情冷暖，上演人生百味。

重庆市公证处副主任袁野说，立遗嘱的人，以老人为主，超8成是年龄在60岁以上的老人，老人们的出发点，大多是不想身后子孙为钱扯皮。此外，老人黄昏恋的增多，以立遗嘱方式提前交代清财产分配，防止身后扯皮，也比较普遍。

年轻人：重组家庭

袁野说，立遗嘱的“年轻人”，多以40岁到50岁为主，20岁到30岁的极少。中青年来立遗嘱的原因有四：突然患重病，安排好身后事；经常出远门办公，在外面跑，担心意外发生；事业有成，身家丰厚，为防止纠纷而立遗嘱；还有就是重组家庭，将各自财产分割清晰。

遗嘱里都写了些什么？

9成事关房产

以及股权股票和存款

2000年以来，最近10多年，房产作为遗嘱的主要内容和继承财产，在重庆没有发生变化，市民遗嘱9成以上事关房产，内容逐渐多元化，涉及股权、股票、基金和存款等内容。

10年前，周祺还是助理公证员时，一周也遇不上几个来做遗嘱公证的，但现在，有意识立遗嘱的人明显增多，为避免子女间陷入遗产纷争，不少人改变了“生前不谈身后事”的观念，他们选择立遗嘱。

现在，市民订立一份公证遗嘱的费用是400元/件，费用并不高。但相对而言，有这样意识的人，整体并不算多。

遗嘱公证如何进行？

旁人不得进入

全程摄像拍照

位于渝中区两路口的重庆市公证处，一间10多平米的小房间，坐落于5楼，不少老人在此进进出出，有时，公证员会拿着摄像机或照相机进入。

立遗嘱者会被安排到该受理间，关闭房门，私下交谈，除了公证员和当事人，第三方不得进入，以防止立遗嘱者的意志被左右。

安静地对话后，会开始立遗嘱的正常程序，整个过程，会被摄像头记录下来，遗嘱内容绝对保密，直至立遗嘱人去世。

立遗嘱者有什么特点？

以老人为主

普遍多病多子女

重庆市公证处的数据显示，立遗嘱的人，以老人为主。重庆市两路口公证处监审部副部长周祺说，来公证处立遗嘱的群体，大多是白发苍苍的老人，他们会根据子女经济条件好坏和与子女关系融洽程度决定遗产分配，这个群体还有个共性：体弱多病，普遍育有多个子女，立遗嘱的人，也早由过去的富裕群体朝如今的普通人群过渡。

## 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

引言

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界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，图片来源：百度网）

## 签名非本人，公证已撤销；当事人要求法院确认售房合同无效

2014年9月11日 成都商报 周茂梅

如此“公证”

如何保证公正？

程序：审查委托人“周先生”的身份证件——填写询问笔录——办理委托公证。

辩称：“对方提供的是第一代身份证，上面的照片看不出与办理业务的男子的区别。”蜀都公证处一负责人杨德惠告诉记者，事后查明，相关材料和手续都是真实的，只是前来办理业务的这个“周先生”是冒充的，现场的签名也被冒充。

周先生与前女友郑女士恋爱同居十余年，并以二人名义共同购买了一套160多平米的住房。分手前，郑女士找人冒充前男友，到成都市蜀都公证处办理了委托公证，委托自己代为办理共有房屋的贷款偿还及出售处置等事务。拿到这份虚假公证书后，郑女士卖掉了这套共有房屋。

今年3月，周先生找到公证处，称自己的房屋因公证处的这份不实公证书被郑女士出售。蜀都公证处经查证后，撤销了这份冒充委托人的公证书。目前，周先生将前女友郑女士告上法庭，并要求确认郑女士的售房合同无效。

一问：为何本人没签名却能通过公证？

司法鉴定 公证书签名非周先生本人所签

周先生与前女友郑女士于1999年12月，共同购买了位于武侯区晋阳路的一套商住楼，登记在二人名下。2006年6月，郑女士带着周先生的身份证、户口簿和一个自称是周先生的男士前往成都市蜀都公证处，办理了一份委托

公证。公证内容为：由郑女士代表周先生结清贷款余额，代为办理注销抵押登记；代为办理房屋出售、过户等相关事务。

蜀都公证处在按程序审查了委托人周先生的身份证件，填写了询问笔录后，为其办理了委托公证。“对方提供的是第一代身份证，上面的照片看不出与办理业务的男子的区别。”蜀都公证处一负责人杨德惠告诉成都商报记者，事后查明，相关材料和手续都是真实的，只是前来办理业务的这个“周先生”是冒充的，现场的签名也被冒充。

拿着这份虚假公证书，郑女士出售了登记在自己和周先生两人名下的房屋。

此后，两人分手各自生活。2014年3月，周先生前往蜀都公证处，称自己并未委托郑女士办理房屋产权事宜，公证的委托书中的签名也并非本人签名。

“时隔8年才来反映情况，我们感觉事情蹊跷，但谨慎起见，还是受理了这个案件，并告知周先生对公证书的签名进行司法鉴定。”杨德惠介绍，司法鉴定意见显示，公证委托书中的签名并非周先生本人所签。据此，蜀都公证处撤销了这份公证。

随后，周先生向武侯区法院起诉了郑女士，要求确认其出售房屋的合同无效。9月9日开庭当天，作为原告的周先生及代理人并没有到庭应诉。据武侯区法院介绍，如果原告在法定期限内没有提交书面情况说明，将视为撤诉处理。

二问：开具虚假公证，公证处是否应担责？

调查取证 公证虚假，目前已撤销

事发后，蜀都公证处对郑女士和周先生分别进行了调查。

郑女士在办理委托公证时，仍与周先生处于同居状态。因此郑女士顺利拿到了周先生的身份证和户口簿。对此郑女士在调查笔录中称，当时两人已经谈好分手，这套房屋归自己所有，一百多万的工程款和车位归周先生，“他默认了这个事情，但手续让我自己去办。”郑女士在笔录中称，因此自己就找了个人冒充周先生办理了委托公证，“冒充这个事情公证员不晓得，但周先生晓得，他2007年的时候去房管局和公证处查询过这套房屋产权的情况，因此而产生的纠纷，也有朋友调解过。”

对此，周先生在询问笔录中表示，由于当时两人仍一起同居，证件都放在家中，公证时所提交的手续都是真的，但对于郑女士办公证卖房屋的事情并不知情，自己也没有去房管部门和公证处查询过房屋产权情况。直到今年2月20日，才发现自己的这套房屋已经被郑女士卖掉，而她卖掉房屋的核心材料在于公证处的这份虚假委托公证，于是找到公证处要求撤销。

由于周先生目前重病，一直住在重症监护室而未能接受采访。周先生的代理人表示，不排除追究公证处的责任。对此，成都市蜀都公证处表示，目前公证处已经撤销了这份虚假公证，在整个公证过程中，公证员已经尽到了合理审查义务。对于公证处是否承担法律责任，由法律和法院来裁判，“如果裁判其有过错需担责，我们将勇于担责，绝不推卸。”蜀都公证处负责处理此事的杨德惠称。

昨日下午，成都商报记者拨通郑女士电话表明身份后，郑女士直接挂断了电话。

现象揭示

冒充事件频发

公证处该如何应对？

据介绍，像郑女士这样找人冒充当事人办理公证的，绝非个案。“冒充妻子的、冒充丈夫的、冒充父母儿子的，还有偷来自家房产证，办个假房产证蒙骗亲友的。”杨德惠介绍，去年有一个大爷，因长期炒股亏掉家中财产，为了筹集股金，找个陌生人冒充自己儿子，到公证处办理了委托公证，并成功拿到了儿子的房产手续，在银行办理了抵押登记，后因无力偿还抵押款，银行向其子追偿债务才东窗事发。“老头子事后承认自己找的那个人跟自己的儿子长得太像了，不可能发现是冒充的。”杨德惠介绍，“当事人自己都觉得长得很像，公证员更难发现不是本人。事后公证处也撤销了这份委托公证。”

面对冒充事件频发，蜀都公证处从2010年开始，对当事人照相存档，同时引入第二代身份证识别系统，对身份信息的真伪进行鉴定识别，“但身份证上的照片是否是当事人本人，这很难辨别，因此公证员和公证机构也承担着很大的身份识别风险。实行照相存档后，能够避免一部分冒充。”杨德惠说，为了打击这类行为，“我们将成都市公安局、市司法局曾联合下发的文件放大了张贴在办证大厅，以示震慑。”

公证法规

公证若合理审查

可免除法律责任

四川法银律师事务所律师刁玮伟表示，依据《买卖合同纠纷案件适用法律问题》的司法解释第三条的规定，当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的，人民法院不予支持。如果买受人是知情的，其买卖行为属于恶意串通，其合同无效。

刁玮伟律师称，受害人可依据《侵权责任法》向找人冒充当事人的侵权人主张权利，并向公证处主张权利。公证处是否担责的关键在于其是否尽到了合理审查义务。《公证法》及相关公证规定，其是否尽到合理审查义务的关键在于其是否严格按照公证法及相关公证规定办理的公证业务，如果尽到了合理审查义务，则可以免除其法律责任，



如果没有尽到，则需要担责。 成都商报记者 周茂梅

最高法：

公证未尽到审查义务

应承担相应补偿责任

《最高人民法院关于审理涉及公证活动相关民事案件的若干规定》第五条：当事人提供虚假证明材料申请公证致使公证书错误造成他人损失的，当事人应当承担赔偿责任。公证机构依法尽到审查、核实义务的，不承担赔偿责任；未依法尽到审查、核实义务的，应当承担与其过错相应的补充赔偿责任；明知公证证明的材料虚假或者与当事人恶意串通的，承担连带赔偿责任。

### 再婚财产协议不能确定继承权

2014年9月11日 哈尔滨日报

张先生和王女士2008年结婚，均是再婚，各自的子女已成年独立生活。2009年，张先生出资30万元购买了一套商品房。为防止将来子女在继承财产时发生纠纷，张先生和王女士签订了一份协议，内容为将来二人去世后，财产由各自子女继承。二人一起来到公证处打算把协议公证一下，却被公证员“拒绝”。

哈尔滨市北方公证处公证员介绍，张先生和王女士所签的协议属于夫妻财产约定，这个协议虽然明确说明了张先生所购房产和王女士名下的存款分别是张先生和王女士的个人财产，但此协议解决不了财产将来的继承问题。根据法律规定，继承从被继承人死亡时开始，夫妻一方死亡后，其父母、配偶、子女均为第一顺位法定继承人。如果张先生先去世，王女士有权要求和张先生的子女一起继承上述房产，如果王女士先去世，情况也是一样。而通过协议事先声明放弃继承权或者剥夺继承权的约定属于无效约定。

公证员建议，再婚夫妻可以通过签订夫妻财产协议，将各自的财产约定为全部归个人所有，再签订遗嘱，将各自的财产指定由自己的子女继承。虽然夫妻财产协议和遗嘱不办理公证也具有法律效力，但由于公证具有特殊的证据效力，而且将来在办理房产和存款更名时也需要办理公证，所以应当考虑办理夫妻财产协议和遗嘱公证，免得将来给子女留下麻烦。

### 公证视点：论继承公证中的调查取证

2014年9月15日 公证人

民事公证中，继承公证是比较复杂的一项业务工作，其核心是通过对一些证据和事实的认定来确定当事人的继承人资格，关键在于做好认真细致的调查取证。继承公证中的调查取证，直接涉及到对当事人实体权利的认定，能充分体现出公证员所具有的准法官的角色和职能。目前，国内对与公证有关的证据规则问题研究得较少，笔者主要根据有关法律并结合日常公证业务实际，围绕继承公证（包括接受遗赠，下同）中的调查取证对公证证据规则方面的一些理论和实务问题做点粗浅的探讨，以期抛砖引玉，与同行商榷。

#### 一、继承公证中的证明主体、证明对象、证明责任和证明标准

公证制度是一种非诉讼的司法证明制度，证明活动贯穿于整个公证过程的始终。诉讼中的证明是诉讼主体运用证据和证据规则求证案件事实的诉讼活动，公证中的证明是公证机构根据当事人的申请，依法证明法律行为、有法律意义的事实和文书的真实性和合法性的非诉讼活动。

有学者认为，“继承公证是指公证机构依法证明继承人的继承行为真实、合法的活动。”也有学者把继承公证定义为“公证机构根据当事人的申请，依照国家法律的有关规定，对他们所享有的继承权是否真实与合法予以确认的活动”，并把继承权公证划归具有法律意义事实公证的范畴。根据《中华人民共和国公证暂行条例》第二条的规定，继承公证法律关系的主体是公证机构和当事人，相应地，继承公证中的证明主体同样是公证机构和当事人。笔者认为，继承公证中的证明对象（或称证明客体、证据标的）是指由继承法律规范所确定的、应当由当事人提供证据加以证明的当事人的继承人资格或者继承权（受遗赠人资格或者受遗赠权）。

我国民事诉讼法学界一般认为，证明责任或称举证责任包括双重含义：即，行为意义上的证明责任和结果意义上的证明责任。前者指当事人对所主张的事实负有提供证据证明的责任；后者指在事实处于真伪不明状态时，主张该事实的当事人所承担的不利诉讼结果。

根据《民事诉讼法》第六十四条第一款“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据”的规定，有学者认为民事诉讼中的证明责任是当事人向法院负担的诉讼义务；法院有权要求当事人及时、适当、全面地履行证明责任。类似地，根据《公证程序规则》第二十二条“公证人员应当通过询问证人、调取书证、物证、视听资料、现场勘验、进行鉴定等方式，认真收集证据。当事人应当如实陈述与公证事项有关的事实，并提供相应的材料”的规定，笔者认为继承公证等公证证明活动中的证明责任主要是当事人向公证处承担的义务，公证处和公证人员的调查取证则是一种依照职权的补充证明责任；在当事人是否享有继承权的事实处于真伪不明状态时，主张该事实的当事人应当承担不予出证的不利公证结果。此时，公证人员的角色与民事诉讼中的法官非常相似，因为二者都处于一种中立的审查者、判断者的地位，最终都要对当事人的实体民事权利加以确认，区别仅在于继承公证等公证案件中只有一方当事人，且该方当事人之间对申请公证的事项无争议或者虽有争议但愿意协商解决，而民事诉讼案件中则有双方当事人，且双方当事人之间对申请法院裁决的事项往往存在争议。因此，笔者认为：在继承公证等确认当事人实体性民事

事权利的公证证明活动中的证明责任承担，应当同样坚持民事诉讼中的当事人主义原则——谁申请，谁举证，否则全部由公证处代替当事人去调查取证，不仅有违公证的中立原则，而且会大大增加公证处的调查取证负担和错证风险；而在证据保全等维护当事人程序性民事权利的公证证明活动中的证明责任承担，则应当采取公证处与当事人共同分担原则，但此时公证处与当事人的证明对象和证明角度完全不同，当事人将承担用所保全的证据证明其主张权利存在的全部证明责任，而公证处只承担证明当事人进行证据保全过程的证明责任，对所保全的证据并不作出任何审查和判断。

关于证明标准可以从两方面来理解，一方面，它指的是承担证明责任的人提供证据对案件事实加以证明所要达到的程度，另一方面，它也是法官审理民事案件和公证员办理继承等公证案件时对证据进行审查判断的依据。对民事案件的证明标准，英美法系采取“证据优势”或“盖然性占优势”标准，即某一事实的证据的份量和证明力比反对其事实存在的证据更有说服力，或者比反对证明其真实性的证据的可靠性高；而大陆法系采取“高度盖然性”标准，即依据日常经验可能达到的那样的高度，疑问即告排除，产生近似确然性的可能。<sup>⑤</sup>我国立法和司法中“案件事实清楚、证据确实充分”这种带有浓厚哲学认识论色彩的“客观真实”证明标准，现在已普遍受到学者们的质疑，大家一致建议用“法律真实”的证明标准取而代之。<sup>⑥⑦</sup>笔者完全赞同在民事诉讼案件和继承等公证案件中采用“法律真实”的证明标准。法律真实又称形式真实、程序真实，是指当事人的主张和证明行为只要遵守证据法，其证明达到相当程度的高度盖然性，法律就应当确认该案件事实已经得到了证明。

最高人民法院审判委员会于2001年12月6日通过并自2002年4月1日起施行的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第七十三条规定：“双方当事人对同一事实分别举出相反的证据，但都没有足够的依据否定对方证据的，人民法院应当结合案件情况，判断一方提供证据的证明力是否明显大于另一方提供证据的证明力，并对证明力较大的证据予以确认。因证据的证明力无法判断导致争议事实难以认定的，人民法院应当依据举证责任分配的规则作出裁判。”该条规定表明，我国在司法实践中已经采纳了前已述及的证明责任“双重含义说”，并且承认了“证据优势”或“法律真实”的证明标准。

应当指出，“法律真实”的证明标准实际上承认和突出了法官和公证员内心确认的作用。内心确认所要追求的目标应当是：以证据为手段，以理性判断为基础，以法律和道德为保障，以程序上的真实为终点，去求证案件事实。

## 二、继承公证调查取证的法律依据

多数学者认为，公证处和公证人员的“调查权，是指就待证公证对象所涉及的人及事物了解情况，考察实情，获取证据，以确认是否真实的权利”，并认为调查是公证人员的一项权利，而不是义务，他们不赞同有的学者所持公证人员调查取证既是权利也是义务的观点。<sup>⑧</sup>基于前面对公证证明责任的分析，笔者同意多数学者的意见。

继承公证等公证中公证处的调查取证权主要来源于以下法规、规章的规定：

1、国务院1982年4月13日发布、施行的《中华人民共和国公证暂行条例》第十九条：

“公证处对当事人提供的证明，认为不完备或有疑义时，有权通知当事人作必要的补充或者向有关单位、个人调查，索取有关证件和材料。有关单位、个人有义务给予协助。”

2、司法部1990年12月12日第13号令发布，自1991年4月1日起施行的《公证程序规则（试行）》（已于2002年8月1日废止，被新的《公证程序规则》取代）第二十五条：

“公证处认为当事人提供的证据材料不完备或有疑义的，应通知当事人作必要的补充或向有关单位、个人调查索取有关证明材料，并有权到现场作实地调查。”

3、司法部2002年6月18日第72号令发布，自2002年8月1日起施行的《公证程序规则》第二十五条（内容与前述《公证程序规则（试行）》第二十五条完全相同，此处略）。

按照目前的公证法规，公证员是具有公证员资格证书或法律职业资格证书，依法取得公证员执业证，并在公证机构中办理公证事务、履行公证职责的法律职业人员，其在具体公证业务中的执业行为是一种代表公证处进行的法律证明活动，因此，上述公证处调查取证权的法律依据也就是公证员在继承公证中调查取证权的法律依据。《公证程序规则》第二十二条虽然没有直接提到公证人员的调查取证权，但从立法原意可以认为该条是对公证人员调查取证权的进一步细化，概括地讲可以归纳为五个方面：第一，询问证人；第二，索取有关证明材料；第三，现场勘验；第四，进行鉴定；第五，其它方式。

另外，在《继承法》、《民法通则》、《民事诉讼法》以及最高人民法院的有关司法解释中与证据、证明有关的一些规定，虽然不是直接针对公证调查取证的具体规定，但对继承公证中调查取证的途径、方式、证据材料的审查、事实的认定等都具有十分重要的指导作用，因此，公证员在继承公证调查取证中同样应当遵守这些规定，以确保继承公证调查取证活动本身的合法性。

## 三、继承公证调查取证的途径和方法

诉讼活动的基础是证据，属于非诉讼领域的公证证明活动的基础同样是证据。证据，是指能够证明案件真实情况的事实，它是人民法院及公证机构据以认定事实，适用法律的关键所在。所谓继承公证调查取证，就是指公证人员在办理继承公证案件时，依照职权调查材料，获取证据的活动。

虽然笔者认为“谁申请，谁举证”是公证工作中应当坚持的一项基本原则，但这并不排除公证处和公证人员依照职权进行的补充调查取证，而且实践证明公证调查取证是继承公证中的关键性环节，其本身就是公证人员进一步

发现证据、审查证据的过程。民事案件中的法官，可以通过开庭审理，让原、被告双方质证等方式审查核实证据，法官依照职权主动进行的调查取证是极个别情况；而公证案件只有一方当事人举证，不存在原、被告双方，自然不存在双方质证，使得公证人员审查核实证据的难度加大，因此，公证人员依照职权主动进行的补充调查取证就变成了一种审查核实证据的重要方式，尤其在继承公证案件中，就目前来讲，公证人员调查取证仍是必不可少的。

《民事诉讼法》第六十三条第一款规定了民事诉讼中的七种法定证据种类：书证、物证、视听资料、证人证言、当事人的陈述、鉴定结论、勘验笔录。《公证程序规则》第二十二条基本上包含了《民事诉讼法》中的七种法定证据种类，它一方面可以理解成是对公证人员调查取证权的进一步细化，另一方面也可以理解成是对公证人员调查取证途径和方法的概括表述。

在继承公证日常业务中，经常使用的调查取证途径和方法主要有以下几种：

#### 1、 当事人谈话笔录

通过询问当事人，以查明当事人及被继承人的身份、被继承人和已死亡继承人的死亡情况、被继承人的亲属关系、被继承人生前有无遗嘱或遗赠扶养协议、被继承人的遗产凭证、有无遗嘱见证人和其他证人、有无在外地和域外的继承人、继承人是否继承的意思表示等。

#### 2、 证人调查笔录

通过询问证人，以核实被继承人的死亡情况、被继承人的亲属关系、遗嘱人设立遗嘱的情况等。在询问当事人和查阅被继承人档案时，应当有意识地寻找证人线索，证人应当找不属于继承人或受益人的被继承人的同事、旁系亲属、邻居等。

#### 3、 单位书面证明

在当事人前来咨询和正式申请继承公证时，应当让当事人提供或者补充被继承人生前所在单位人事部门、派出所、居委会或村委会出具的被继承人的亲属关系证明，医院等机构出具的被继承人死亡的证明等。

#### 4、 人事档案摘记

通过到被继承人生前所在单位组织、政工、人事或劳资部门查阅其干部或职工档案，以核实被继承人的死亡情况、被继承人的亲属关系等。

#### 5、 核对书证、视听资料、物证等证据材料

到有关单位查询、核对被继承人的房屋所有权证、土地或宅基地使用证、股票或股票对账单、债券、银行存款单等遗产凭证的真伪，向经办公证处或见证人核对遗嘱、遗赠扶养协议及相应录音、录像资料的真伪，通过查档核对遗嘱人、遗赠人的照片、笔迹、印鉴等是否一致。

#### 6、 电话、传真核实

通过电话、传真向有关单位和个人核实被继承人的死亡情况、被继承人的亲属关系等。

### 四、继承公证调查取证的重点和难点

#### (一)、与被继承人有关的法律事实的调查取证

1、 姓名。有时被继承人身份证、户口上记载的姓名与其房屋所有权证等遗产凭证上的姓名不一致，这直接影响对被继承人遗产的确认。此时，可以通过查档、核对被继承人的工作证、军官证、资格证、执业证、结婚证、离退休证、下岗失业证等其他身份证件，来确定被继承人的其他姓名。

#### 2、 出生年月。

3、 生前住所。指被继承人生前的最后住所，是决定继承公证的管辖和涉外继承公证法律适用的关键事实。确定的法律依据如下：

《民法通则》第十五条：“公民以他的户籍所在地的居住地为住所，经常居住地与住所不一致的，经常居住地视为住所。”

《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第9项：“公民离开住所地最后连续居住一年以上的地方，为经常居住地。但住医院治病的除外。公民由其户籍所在地迁出后至迁入另一地之前，无经常居住地的，仍以其原户籍所在地为住所。”

#### 4、 死亡及死亡的日期、地点。

被继承人死亡是继承人继承的前提之一，必须查清。

有人认为只有公安局和医院才有权确认自然人的死亡，这种认识是十分片面的。根据法律规定和公证实践，被继承人的死亡事实可以依据以下一种或几种证据加以确认：

① 有关医院出具的死亡证明；

② 殡仪馆出具的火化证；

③ 被继承人生前户籍所在地派出所出具的死亡注销户口证明；

④ 公墓证；

⑤ 死亡人员丧葬费、抚恤金审批表。该审批表要经死者生前所在单位、上级主管部门、人事局或财政局或民政局审批盖章，可信用度较高；

⑥ 死亡公证书；

⑦ 法院宣告死亡判决书；

⑧ 有关单位或居委会、村委会出具的死亡证明。此类证明不宜作为认定被继承人死亡的唯一证据使用。

继承从被继承人死亡时开始。被继承人的死亡日期还是界定遗产数量、遗嘱或遗赠扶养协议生效的重要事实。死亡日期根据上述死亡证明确定。被宣告死亡的人，判决宣告之日为其死亡的日期。

根据《公证程序规则》第十二条第一款“公证事项由当事人住所地、法律行为或者事实发生地的公证处管辖”的规定，被继承人死亡事实发生地可以成为其主要动产的公证管辖地。被继承人的死亡地点可以根据上述死亡证明确定。

5、 所遗财产的购置时间、凭证颁发时间以及财产的权利状况。

笔者所在的公证处曾经遇到这样一桩接受遗赠案，案情如下：爷爷生前与再婚妻子按房改政策购买取得70%产权的房屋一套，爷爷立有一份遗嘱，将其在该套房屋中拥有的产权遗赠给孙子，爷爷去世后，其再婚妻子个人出资交清了另外30%产权的购房款并最终取得100%产权的房产证，孙子单独来本处要求按爷爷所立遗嘱继承该套房屋50%的产权，但爷爷的再婚妻子作为利害关系人对此提出异议，认为孙子只能继承该套房屋35%的产权，双方为此争执不下，达不成一致，又不愿到法院通过诉讼解决，最终本处对孙子单方要求办理接受遗赠公证的申请作出不予受理的决定。

此案表明，遗产在共有财产之中时，必须首先查明整个财产的购置时间（可依据购房合同、购房发票确定）、凭证颁发时间与被继承人死亡时间之间的关系，把遗产和他人财产界定清楚，否则可能产生纠纷。对此，《继承法》第二十六条已有明确的规定：“夫妻在婚姻关系存续期间所得的共同所有的财产，除有约定的以外，如果分割遗产，应当先将共同所有的财产的一半分出为配偶所有，其余的为被继承人的遗产。遗产在家庭共有财产之中的，遗产分割时，应当先分出他人的财产。”

严格地讲，以被继承人死亡时间为界，遗产是被继承人在其死亡之前合法取得的属于其个人所有的财产，包括债权和债务，而在其死亡之后以其名义取得的财产不属于其遗产；继承从被继承人死亡或被宣告死亡之时开始，而不是从以其名义取得最终的全部财产开始。我国由于在二十世纪九十年代采取允许职工通过两次购买取得全部产权的房改政策，实际生活中，经常出现这样的情形：一方生前用其本人名义购买了部分产权的房改房，并取得相应的房产证，在其去世后，其配偶、子女等未办理继承公证手续，仍然用其名义购买剩余部分产权，取得享有全部产权的房产证之后才来办理继承公证手续；有的被继承人仅交清了第一次购房款，在取得70%产权的房产证之前就去世了；有的被继承人已取得70%产权的房产证，且交清了第二次购房款，但在取得100%产权的房产证之前去世了。诸如此类，不一而足。那么，这类在其死亡之后仍以其名义取得的剩余部分的产权就不应当作为被继承人的遗产，其遗产只能是其在世时已取得的与其配偶共同所有的那部分产权的一半。所以，笔者认为上述接受遗赠案中再婚妻子的主张应予支持，但由于公证机构并不拥有审判权，对于该案的最终处理，本处也只能以有利害关系人提出异议，涉案当事人之间存在争议为由而不予受理。

当然，在大多数情况下，继承公证的当事人相互之间并无争议，或者虽有争议但最终愿意通过公证解决，即使出现上述被继承人死亡之后才取得以其名义办理的房产证的房屋产权继承案，公证处有时从“主持公平、兼顾效率”的角度出发，也会倾向于模糊处理，将在被继承人死亡之后取得的产权就视为被继承人的遗产出具继承权公证书。此类案件是继承公证中的难点。从依法公证的观点来看，模糊处理的法律依据不足，最好请有关权威部门作出相应的司法解释。

另外，应当指出，被继承人生前有无债务和欠缴的税款，公证处实际上难以查清，除非继承人主动、如实地告知。

(二)、与继承人有关的被继承人亲属法律关系的调查取证

此类调查取证的目的在于确定继承人、受遗赠人和其他受益人的范围。

广义的继承人包括法定继承人、遗嘱继承人、代位继承人、转继承人、受遗赠人、转受遗赠人。受益人包括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，以及作为遗腹子的胎儿。

应当注意，第一顺序法定继承人中的子女包括婚生子女、非婚生子女、养子女和有扶养关系的继子女；父母包括生父母、养父母和有扶养关系的继父母；对公、婆尽了主要赡养义务的丧偶儿媳，对岳父、岳母尽了主要赡养义务的丧偶女婿，也视为第一顺序继承人。

被继承人的亲属法律关系，可依据前已述及的查阅被继承人的人事档案等办法进行调查取证。该类调查取证的难点有以下几个方面：①被继承人的父母是否健在；②有无非婚生子女；③事实收养关系的确定；④继父母、继子女之间扶养关系的确定；⑤丧偶儿媳对公、婆或丧偶女婿对岳父、岳母是否尽了主要赡养义务；⑥有无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；⑦遗嘱继承或遗赠附有义务时，继承人或受遗赠人是否已经全面履行了义务；⑧继承权以及受遗赠权的取消。

对《继承法》第二十五条第二款“受遗赠人应当在知道受遗赠后两个月内，作出接受或者放弃受遗赠的表示。到期没有表示的，视为放弃受遗赠”的规定，有人理解为受遗赠人应当在知道有设立遗赠的遗嘱或遗赠扶养协议存在时起的两个月内就作出表示，笔者认为这种理解是完全错误的。因为已经有效成立的遗嘱或遗赠扶养协议只有在

遗赠人死亡时才开始生效，在遗赠人死亡之前，该遗嘱或遗赠扶养协议并未生效，受遗赠也没有开始，所以，如果受遗赠人知道有设立遗赠的遗嘱或遗赠扶养协议存在，并且从知道之日起的两个月内作出了表示，但该表示是在遗赠人死亡之前作出的，那么这种表示根本不能产生接受或者放弃受遗赠的法律效力，即该表示无效。受遗赠人两个月的表示期，应当是指受遗赠已开始并且知道受遗赠后的两个月。

但是，在日常生活中，受遗赠人往往是在从受遗赠开始并且知道受遗赠后的两个月以后又过了很长一段时间，才来要求办理公证，此时公证处有无权利宣布该受遗赠人丧失受遗赠权呢？对此，《继承法》、《公证暂行条例》、《公证程序规则》都没有作出明确的规定，也需要有关权威部门作出相应的司法解释。

(三)、与设立遗嘱或遗赠扶养协议有关的法律行为、法律文书的调查取证

只有当公民设立遗嘱或遗赠扶养协议的民事行为符合法律规定的形式要件和实质要件时，才能被认为是有效的民事行为，即民事法律行为。

《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：

- (一) 行为人具有相应的民事行为能力；
- (二) 意思表示真实；
- (三) 不违反法律或者社会公共利益。”

根据《民法通则》第五十六条和《继承法》第二十二条的规定，以及《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》和《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》中的相关解释，当设立遗嘱或遗赠扶养协议的行为在设立之时存在以下情形之一的，应当认定所设立的遗嘱或遗赠扶养协议部分或全部无效：

- 1、 无民事行为能力人或限制民事行为能力人所立；
- 2、 确能证明是间歇性精神病人在发病期间所立；
- 3、 行为人在神志不清的状态下所立；
- 4、 受胁迫、欺骗所立；
- 5、 被伪造的；
- 6、 被篡改的部分；
- 7、 处分了属于国家、集体或他人所有的财产的那部分内容；
- 8、 违反法律或者社会公共利益的。

对与设立遗嘱或遗赠扶养协议有关的法律行为、法律文书，可以通过前述的证人调查笔录等方法进行调查取证。只要不存在上述无效情形，就应当认定所设立的遗嘱或遗赠扶养协议有效。该类调查取证的难点有两个方面：

- ① 设立遗嘱或遗赠扶养协议的次数；
- ② 未经公证的自书遗嘱的认定。

五、继承公证调查取证应注意的问题

公证人员进行继承公证调查取证时，还应当注意以下问题：

- 1、 外出调查取证时，应当随身携带并出示执业证和或公证处专用介绍信。
- 2、 外出调查获取证人证言时，应当有两名公证人员共同进行，特殊情况只能由一名公证人员进行调查的，应有一名见证人在场，见证人应在笔录上签名。
- 3、 公证人员在有关单位摘抄人事档案时，应将摘抄记录交该单位管理人事档案的人员核对，请其批注“摘抄记录与某某人档案一致”字样并加盖公章。在办理遗嘱继承或接受遗赠公证时，最好能复制人事档案中有立遗嘱人签字、印章的登记表、总结、自传等材料，以便于同遗嘱上的笔迹及签字、印章对比，进行同一性认定。另外，应当注意，一般的中小学教职工人事档案存放在当地教育行政部门，而退休职工和下岗、破产企业职工人事档案有的已转交存放在当地劳动社会统筹行政部门。
- 4、 询问证人应当分别进行，并复印其身份证件或在笔录中详细记录身份证件的内容，留下其电话号码以备进一步核查。
- 5、 请证人核对遗嘱时，应先询问其与立遗嘱人的关系，是否知道立遗嘱人立遗嘱的事情，让其自己陈述当时的时间、地点、在场人，立遗嘱人是否神志清醒，遗嘱的书写、打印及签字、盖章、份数情况，最后再向证人出示遗嘱原件，请其认真核对是否是当时所立的遗嘱。
- 6、 应注意审查证人是否具备证人资格。

《继承法》第十八条规定：“下列人员不能作为遗嘱见证人：

- (一) 无行为能力人和限制行为能力人；
- (二) 继承人、受遗赠人；
- (三) 与继承人、受遗赠人有利害关系的人。”

《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36条规定：“继承人、受遗赠人的债权人、债务人，共同经营的合伙人，也应当视为与继承人、受遗赠人有利害关系，不能作为遗嘱的见证人。”

《民事诉讼法》第七十条第二款规定：“不能正确表达意志的人，不能作证。”

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第五十三条规定：“不能正确表达意志的人，不能作为证人。待证事实与其年龄、智力状况或者健康状况相适应的无民事行为能力人和限制民事行为能力人，可以作为证人。”

具体判断证人资格时，可以通过询问考察其有无感官缺陷、精神状态、品格、有无偏见、陈述是否自相矛盾等，只要不存在法定的排除情形，就应当认定该证人具备证人资格。

7、询问聋哑当事人、证人时，应当找一名会聋哑人手语的人作翻译，复印或记录其身份证件，并请其在笔录上签名，如果该聋哑当事人、证人本人只哑不聋，又会写字，那么，对关键性的问话，应当让其直接在笔录上用文字书写的方式作答，并同时签名。

8、单位出具的证明务必核实，或与其它证据材料印证无误后才能使用。

因为有的单位并无人事档案，仅凭当事人意见开证明，有的单位虽有人事档案，但经办人没有认真核对档案就开证明，有的居委会、村委会对新来的居民根本不了解，其证明的可信度不高，还有个别当事人私自篡改单位出具的证明。比如，笔者经办过一起继承公证，该案当事人为图省事到其父亲单位开证明时故意不让单位写上远在深圳的弟弟，笔者在电话核实时，该单位经办人说出了实情，最后，在当事人寄来其深圳弟弟的放弃继承权声明书公证书后，本处才予以出证。还有，去年十一月中央电视台一套《今日说法》节目披露了大庆市萨尔图区公证处办理的一起继承公证错案，起因固然是当事人在单位出具的证明后私自加上其公公、婆婆已去世的字样，篡改了单位证明，但公证处没有认真履行审查核实的职责，也是引起错证的原因之一。

9、电话核实情况，也应制作笔录以备查。应记录核实开始和结束的准确时间，受话人的电话号码、姓名、单位、职务等，先让其自己陈述，再重点询问。

## 六、继承公证中证据的审查判断

《民事诉讼法》第六十三条第二款规定，证据必须查证属实，才能作为认定事实的根据。同样，继承公证中的证据也必须查证属实，才能作为定案的依据。证据的查证包括两个阶段，即调查取证和对证据的审查判断。

继承公证中证据的审查判断是继承公证调查取证的延续，是出具继承权公证书之前必须进行的法定程序。公证按事项可分为实体性公证和程序性公证（认证），相应的公证审查可分为实质审查和形式审查。很显然，继承公证审查应当属于实质审查范畴。公证程序中的审查，实际上就是对公证调查取证过程中所获取的证据材料进行审查判断，审查其客观性、关联性、合法性，判断其证据能力和证明力。

证据的证明能力或称证据的可采性、证据资格，是指证据材料被作为证据采纳而应当具备的资格和条件，具体即客观性、关联性、合法性。而证据的证明力，又称证据价值，是指证据在证明案件事实方面的说服力。

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第六十三条一第七十九条，是迄今司法界对证据的审核认定作出的最为明确、具体并且具有法律效力的规定，在继承公证中进行证据的审查判断时，自然应当予以采用。

应当注意，根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第六十八条“以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法取得的证据，不能作为认定案件事实的依据”的规定，在民事案件中，未经对方当事人同意私自录制的录音、录像资料，只要其取得的方法不侵害他人合法权益或者没有违反法律禁止性规定，就应当作为认定案件事实的依据，这已经有法院的相关判例为证。

关于证据的证明力的判断，应参照上述规定中第七十七条的规定：“人民法院就数个证据对同一事实的证明力，可以依照下列原则认定：

（一）国家机关、社会团体依职权制作的公文书证的证明力一般大于其它书证；

（二）物证、档案、鉴定结论、勘验笔录或者经过公证、登记的书证，其证明力一般大于其它书证、视听资料和证人证言；

（三）原始证据的证明力一般大于传来证据；

（四）直接证据的证明力一般大于间接证据；

（五）证人提供的对与其有亲属或者其他密切关系的当事人有利的证言，其证明力一般小于其它证人证言。”

对继承公证中的每一个证据而言，只要其具备客观性、关联性、合法性并且证明力较高，就可以作为定案证据。对继承公证中的全案证据来讲，则应当采取“证据优势”或“法律真实”的证明标准，进行综合审查判断，只要认定继承权事实成立的可能性大于其不成立的可能性，公证人员就可以出具继承权公证书。

## 七、关于继承公证调查取证的几点建议

1、适当引入视听手段，进行继承公证调查取证。

对于当事人提供证据不足需要依靠证人证言和或电话核实定案的继承公证案，或者当事人之间虽已发生争议但共同选择公证解决的继承公证案，有条件的话，应尽量同时采用录音、录像工具尤其是数码录音机、数码摄像机，以获取实时记录调查取证过程的视听资料，佐证调查笔录或电话记录，使定案证据更加坚实有力。

2、强化继承公证中的委托公证调查取证工作。

在日常公证实际工作中，当涉及到需要核实被继承人在外地的亲属关系时，为求简便，大多采用向有关单位进行电话、传真核实的方法，此种核实有些类似传来证据，从证据可靠性来讲，其证明力相对较弱。为弥补远程通讯方式核实的不足，应当积极开展公证处之间的业务合作，加强委托公证调查取证工作，这在原先的《公证程序规则

(试行)》和新的《公证程序规则》中,都有具体规定。

3、借鉴民事诉讼证据规则,尽快建立公证证据规则体系,以使继承公证等公证调查取证程序更加严谨、更加统一。

4、对公证人员的调查取证权和公证当事人的举证责任,应当在今后出台的《公证法》中作出明确、具体的规定,以使公证人员的调查取证活动在法律上得到充分的保障,同时,通过法律条文的形式把“谁申请,谁举证”确立为公证制度中的一项基本原则。

5、通过立法,加大对作假证者的惩治力度。

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第八十条第二款规定:“当事人或者其他诉讼参与人伪造、毁灭证据,提供假证据,阻止证人作证,指使、贿买、胁迫他人作伪证,或者对证人、鉴定人、勘验人打击报复的,依照《民事诉讼法》第一百零二条的规定处理。”因此,在法院进行民事审判时作伪证者,轻者要受到司法强制措施制裁,重者则可能构成伪证罪或包庇罪,难逃法律的严惩。

但是,在办理公证过程中提供伪证者却是最“轻松”不过的,除了被公证处查出后拒绝公证外,无须承担任何法律后果,甚至经常出现一些持伪证的不法之徒到各个公证处碰运气,失败了再尝试的怪现象,这在继承公证中也不罕见。原因很简单,我国大陆地区法律对公证中的作假证者,没有规定刑事制裁。

在我国澳门地区,公证确认继承资格时,需要“由三名人士或由待分割财产管理人作出声明,内容为指出待确认资格人为死者之继承人,且不存在任何较其优先继承或与其共同继承之人。”为防止声明人作假证,澳门《公证法典》第九十七条第二项规定,“声明人须接受提醒,其内容为如声明人故意及为损害他人之目的作虚假声明,则会被处以适用于在官员面前作虚假声明罪之刑罚;以上提醒应于公证书内明确载明。”

国内外的立法经验和司法实践告诉我们,对公证中的作假证者必须引入刑事制裁制度,对此,可以在未来的《公证法》中作出相应的规定。

6、宜建立继承公证案件公证托管制度和公示制度,以解决继承公证中长久以来一直未解决的一些难点问题。

在我国香港地区,遗产继承是由高等法院遗产管理处负责处理,其中的法定程序包括:在死者死后一年内,向香港税务局遗产税署申报和交纳遗产税,该署有权向遗产管理人追收死者生前所欠的个人入息税或薪俸税;申报纳税后,向遗产所在地法院申请继承,经审查符合要求者,发给经办律师“遗产管理证明书”;律师登报公告债权人,为期一个月,以便清偿死者生前所欠债务,逾期作放弃债权论。这种继承程序十分严密,值得大陆地区在完善继承法律制度时学习参考。

鉴于大陆地区非诉讼继承案件由公证处办理,笔者认为应当效法香港的做法,及早建立

继承公证案件公证托管制度和公示制度,自申请人申请公证之日起,被继承人的遗产交由公证处托管,同时由公证处登报公告债权人,为期可定为两个月,以便清偿死者生前所欠债务和税款,逾期公证处可依据已查证属实的证据,迳行出具继承权公证书,对当事人提供证据不足,事实难以认定的,公证处可不予出具继承权公证书或者终止公证。

这样做的好处是:第一,能从根本上落实“谁申请,谁举证”的原则,让当事人承担完全的举证责任,并最终承担举证不能的法律后果,使公证调查成为有期限的、个别的、特殊情况下的活动,从而大大减轻公证处调查取证的负担,从程序上弥补了公证处调查取证挂一漏万的不足。第二,为潜在的尚未申请继承公证的继承人、受遗赠人和其他受益人提供了主张其合法权利的机会。笔者建议,将受遗赠人知道受遗赠后的两个月内作出接受或者放弃受遗赠的表示期的起点宜界定为公证处公告之日,逾期公证处则有权宣布该受遗赠人丧失受遗赠权,并按法定继承办理,这样处理会更为公平合理。第三,有利于保护债权人的合法权利和国家税收的及时征缴。将来,一旦开征遗产税,可以将缴纳遗产税获得完税证或免税证,作为继承公证的法定前置程序。

(作者:湖北省宜昌市公证处 李新辉)

## 肺腑之言 | 公证员提醒: 别因免费反复立遗嘱, 真心不划算

2014年9月22日 上海法治声音 俞弢

[编者按]

上海市公证行业今年将于10月推出老人的免费遗嘱公证及保管的公益服务月活动(回复“遗嘱”可获取相关新闻)。去年该行业首次推出该公益项目之后,“行情火爆”,公益服务月里,全市有1.2万件预约登记,不少公证处做到今年7月才做完。对今年的活动,一些公证员表示,愿意做公益,但是一些老人来立遗嘱有点太轻率,因为免费,所以不当回事,反复多次。为此,一位公证员特意在今年活动之初,给出相关提醒,希望老人平常心面对免费福利。

老年人如何正确面对“免费遗嘱”

上海法治声音独家供稿 | 俞弢

上海公证行业2014年的“公益服务月”活动继去年后又一次拉开了大幕,2013年本市公证行业“为老年人免费办理遗嘱公证和遗嘱保管”公益服务月活动得到了社会广泛的认可和赞誉,成为使百姓欢迎的服务举措。在今年的“公益服务月”活动经媒体宣传后,虽尚未到预约登记时间,今天(9月18日)已经有多位符合办理条件的老年

人前来我处咨询相关事宜，热情和意愿可见一斑。

笔者亲历过去年公益月活动预约阶段的“火热行情”，也在近期的接待工作中陆续碰到老年人在去年办理“免费遗嘱”后，重新回到公证处，要求撤销或者变更遗嘱内容的情形。在前后不到一年的时间内，这些老年人为何会对订立遗嘱如此重大的民事法律行为，作出撤销或者变更内容的决定？

在笔者遇到的案例中，不少要求撤销或者变更遗嘱内容的老人坦言，是当初面对“免费遗嘱”考虑不够慎重。近期笔者接待的一对老夫妻，正是去年办理了“免费遗嘱”后，又来要求撤销遗嘱的，在耐心询问之下，老夫妻都表示：膝下有一子两女，平时轮流在三个子女家居住，由子女轮流照顾，去年“公益服务月”期间正好在儿子家居住，在收看电视新闻后，经不起儿子的软磨硬泡，前来公证处办理了遗嘱公证，指定去世后将老两口的一套房屋留给儿子一人继承，老两口拿到遗嘱公证书后，并未妥善收藏保管，在居住到女儿家之后，被两个女儿发现了老两口订立的遗嘱，虽未吵闹，但两个女儿对待老两口的态度却起了变化，不再像以往体贴关怀，越来越冷漠。老两口坦言，之前并没有太多考虑今后遗产的处理问题，但听到自己可以办理“免费遗嘱”时，想想总得把身后事安排妥当，加之当时和儿子在一起居住且儿子对老两口照顾尚可，考虑到中国人的传统，没有考虑成熟就写了遗嘱，事后觉得两个女儿其实对自己也一直很好，觉得对两个女儿不公平，为保持家庭和睦，所以决定撤销遗嘱，今后另作考虑。

这一案例是一个缩影，反映出不少老年人面对“免费”二字，考虑不够周到，加之有子女的怂恿甚至干预，产生了“反正是免费的，不办不划算”的想法。但在办理遗嘱之后，结合其他各种因素，使家庭矛盾凸显，使老人懊悔不及。

为此，笔者善意提醒广大老年人：一、订立遗嘱是重大的民事法律行为，应在慎重考虑之后作出决定，目的是要为了今后实现自己的遗愿，而非仅仅出于免费或者收费上的考虑；二、订立遗嘱时应该遵从自己的内心需求，不受他人的干涉，更不受子女意志所摆布，《上海市老年人权益保障条例》第十四条规定：“老年人依法立遗嘱处分个人财产或者与他人签订遗赠扶养协议，子女或者其他亲属不得干涉。”所以订立遗嘱是老年人民事权利实现的具体表现，而非受他人需求产生的民事义务；三、订立遗嘱完成后，应妥善保管、收藏遗嘱，理论上讲，遗嘱在生效之前都应当是对外保密的，随意公开可能会引起不必要的家庭矛盾，如此反而违背了当初订立遗嘱时期望预防日后纠纷的初衷。

上海公证行业绝不会因为“免费”而降低公证遗嘱的办理水平和质量，在“公益服务月”常态化的背景下，也希望广大老年人抱着一颗平常心对待“免费”二字，真实表达自己的内心意愿，通过本次活动，既实现了自己的民事权利，又预防了今后家庭纠纷，真正享受到“公益服务月”带给老年人的福利。

(作者系上海市浦东公证处公证员)

## 时事资讯：不动产登记立法征求意见将结束 部分问题争议较大

2014年9月22日 公证人

9月15日，为期一个月的《不动产登记暂行条例(征求意见稿)》(以下简称“征求意见稿”)公开征求意见将结束。

“国家对不动产实行统一登记制度”是已经实施6年多的《物权法》中的一项规定。《物权法》同时规定，统一登记的范围、登记机构和登记办法，由其他法律、行政法规另行规定。多年来，国内许多民法学者一直呼吁制定“不动产登记法”。

直到2013年3月，国务院办公厅发布《关于实施国务院机构改革和职能转变方案任务分工的通知》，提出了时间表，2014年6月底前出台不动产登记条例。

但是，征求意见稿还是延迟了一个半月才公布，距离7月30日国务院常务会议提出将征求意见稿公布，面向社会公开征求意见，也过去了半个月。

多名参加国土资源部不动产登记立法起草小组的学者向中国青年报记者表示，征求意见稿之所以一再延迟公布，原因在于“有些问题争议较大，短期内很难达成共识，为了尽快出台，只好回避争议，对于必须涉及的问题，只作原则性、模糊的规定，条例的名称也用了‘暂行’”。

据了解，国土资源部上报给国务院的不动产登记条例草案建议稿有90条，但公布的征求意见稿只有30条，对不动产登记类型的具体区分整章被删除，建议稿中对不动产登记的区分、建立不动产登记官制度、不动产登记机构的过错赔偿责任以及如何进行不动产登记信息查询等细化规定的内容，都未能出现在征求意见稿中。

一直参与国土部不动产登记条例起草工作的清华大学法学院副教授程啸对中国青年报记者表示，不动产登记法或不动产登记条例，性质上是一部不动产权利登记程序法，既然是程序法，“就应该详细规定不动产登记机构在进行不动产登记时应遵循的程序，比如申请各种不同类型的登记时要提交哪些材料，不动产登记机构如何受理申请等，不能仅仅是对物权法法条的简单重复，只作出原则性规定，从这个意义上说，即使条例在征求公众意见之后很快出台，建立登记机构、登记簿册、登记依据和信息平台四统一的不动产登记制度还有很多难题待解”。

由哪个机构、哪些人进行不动产登记

程啸表示，不动产登记机构的统一是整个不动产统一登记中最为关键，也最受关注的问题。也正是由于解决这个问题的难度很大，《物权法》留了个口子，交由“法律、行政法规”另行规定。



2013年11月20日的国务院常务会议决定,由国土资源部负责指导监督全国土地、房屋、草原、林地、海域等不动产统一登记职责,各地在中央统一监督指导下,结合本地实际,将不动产登记职责统一到—个部门。

由于国务院没有明确地方的登记监管机关和不动产登记机构如何统一,因此,在《不动产登记条例》起草过程中,有不同的观点。一种观点认为,国务院明确规定了由国土资源部负责指导监督全国的土地、房屋等不动产统一登记的职责,那么出于管理与业务指导上的方便和—对口,省、自治区、直辖市的登记主管部门也应当是国土厅(局),至于县、市的不动产登记机构就应当为县、市的国土局。

目前,全国已有17个省(自治区、直辖市)明确了由国土资源部门牵头负责不动产统一登记职责整合工作。其中,河北、黑龙江、山东、湖北、江西等5省已建立不动产登记联席会议制度,北京、辽宁、黑龙江、广东、四川5省(市)已在国土资源厅(局)内成立了不动产统一登记领导小组,启动了相关工作。

另一种观点认为,我国各地社会经济—发展的差别很大,应当尊重各地实践,不应都统一到国土部门。

征求意见稿规定,不动产登记机构由县级以上地方政府指定,并接受上级政府的登记主管部门指导、监督。

“这就是说,各地按照自己的实际情况确定登记机构,可能是国土部门,也可能是住建部门,也有可能是其他部门。”参与过国土资源部建议稿起草的中央财经大学法学院不动产法研究所所长尹飞对中国青年报记者解释说。

但他认为,最理想的做法是,单独设立—个不动产登记机构,将国土、住建、农业等部门原本负责登记的人员纳入其中。

这种设想是程啸—直以来认可的方法,他认为,不动产登记机构应当成为—个独立机构,独立于现有的土地、房屋、海域等不动产的行政管理部门,至少在县、市这个层面应当独立于住房和城乡建设部门、国土资源行政管理部门。

在程啸看来,我国建立统一的不动产登记机构时应当排除部门利益、行业利益—干扰,摒弃将不动产登记仅作为一种行政管理措施或手段的狭隘认识,通过分离不动产登记与不动产管理来保持登记机构的中立性。

据了解,我国—些地方如珠海、厦门等已经采取了这种机构设置方式,取得了不错的效果。

多名参与立法的学者对中国青年报记者表示,从不动产登记数量看,与房产相关的不动产登记最多,与此对应,在登记人员的配置方面,住建部门的人员数量也远大于国土、林业、海洋等其他机构。在这种情况下,不动产统一登记的权力归属,已经成了部门之间的博弈。

程啸和尹飞都对征求意见稿中没有确定谁来进行不动产登记提出了意见。国土资源部的90条建议稿中规定,不动产登记实行不动产登记官制度,不动产登记官是—不动产登记机构负责对不动产登记内容进行审查和登簿的公职人员,经过国土资源主管部门考核合格、具有专业资格,并取得国务院国土资源主管部门颁发的不动产登记官证书。

“不动产登记是—个专业—性很强、对于法律专业素质要求—比较高的工作。在国外,不动产登记官和律师、法官—样,都有准入门槛,立法中应该—有一些原则性规定。”尹飞表示。

中国青年报记者了解到,立法过程中,—一些人曾质疑不动产登记官的名称,并对它是否属于—种行政—许可提出了质疑,这也是导致征求意见稿删除登记官制度的—个重要原因。程啸认为,究竟是叫不动产登记官还是不动产登记员并不重要,重要的是,这个制度对于确保登记的—真实和准确是非常必要的,这也是世界上实行不动产登记制度的国家都普遍认可的制度。而且,国土部与住建部在物权法颁布之后都在推行相应的制度,如土地登记人员持证上岗与房屋登记官制度,实践证明,它们取得了良好的效果。

根据程啸的介绍,目前全国从事房屋登记的人员有30万人左右,其中约3万人已经取得房屋登记官资格。

如何审查申请材料

由于目前从事不动产登记的各部门在审查登记申请材料时的做法不尽相同,征求意见稿中关于材料审查的内容也受到关注。

据了解,目前住建部门对房屋登记申请材料的验证,一般是直接询问申请人,只有对材料真实性产生怀疑时,才会要求申请人提供进一步的证明;国土、林业部门的登记规程中,更倾向于对申请登记的—土地、森林以及—权属关系等进行实质审查。

在国土资源部90条的建议稿中,对申请材料的审查基本承袭了住建部《房屋登记办法》的表述,以审查—书面材料、询问申请人为主,必要时才—对申请材料的真实性进行查—验。但在征求意见稿里,对申请材料的审查与国家林业局的《林木和林地权属登记管理办法》十分接近,明确要求登记机构对不动产的位置和面积、申请材料内容的—真实性以及—权属—争—议进行—全面—查—验。

“全部进行实质审查,几乎是不可能的。”尹飞说,现实中,各类地方登记机构、尤其是房屋登记机构多是—行政—机关—下—属的事业—单—位,办事人员基本不具备专业—审—验能力,“如果按照征求意见稿的规定,登记机构需要—审—查—法—律—事—实、—法—律—关—系,以—现—有—登—记—人—员—的—素—质,根本—达—不—到—”。

尹飞认为,不同的不动产登记,登记机构的—审—查—权—限是不—样—的。例如土地—使—用—权—和—房—屋—所—有—权—第—一—次—进—入—登—记—簿—的—时—候,比—如—新—盖—的—房—子,这—个—环—节—需—要—进—行—实—质—审—查,但是—如果—进—行—二—手—房—交—易,还—用—再—去—现—场—勘—察—吗?只—用—审—查—不—动—产—登—记—簿—就—可—以—了。

此外,程啸还认为,征求意见稿完全不对—公—证—的—问—题—作—出—规—定,也是—错—误—的。他认为,在—有—些—不—动—产—登—记—中,如—因—继—承—、—受—遗—赠—而—取—得—房—地—产—或—者—涉—外—、—涉—港—澳—台—的—房—地—产—买—卖—中,如—果—不—强—制—公—证,登—记—机—构—很—难—审—查,无—法—确—保—登—

记的真实、准确。此外,我国公证法规定,只有法律和行政法规才能规定哪些事项必须进行公证。现在不少地方的登记机构,为了推卸责任,往往随意要求人民群众进行公证。条例对强制公证的具体情形予以明确,也能很好地解决这个问题。

谁能查询不动产登记信息

对于备受关注的不动产信息查询问题,国土资源部不动产登记局常务副局长冷宏志8月27日表示,2017年我国不动产登记将实现信息共享和依法公开查询。

谁能查询不动产登记信息?征求意见稿作出了原则性规定:将查询的主体界定为权利人和利害关系人。

权利人、利害关系人可以依法查询、复制不动产登记资料,不动产登记机构应当提供。有关国家机关可以依照法律、行政法规的规定查询、复制与调查处理案件有关的不动产登记资料。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。

程啸对于这种“没有细化,基本照搬物权法”的规定提出了批评,“不动产登记暂行条例作为物权法的配套行政法规,应该对权利人和利害关系人的范围作出具体明确界定,从而解决实践中的分歧”。

在90条国土部的建议稿中,较为详细地规定了哪些人可以查询不动产信息:权利人以及经权利人同意的单位、个人有权查询该权利人的不动产登记结果和不动产登记原始资料。

因不动产交易、互换、赠与等涉及的利害关系人有权查询相关的不动产登记结果。

社会公众有权查询不动产登记簿记载的不动产登记结果信息,涉及国家秘密和依法受保护的商业秘密、个人隐私的事项除外。

人民法院、人民检察院、国家安全机关、公安机关和监察机关有权查询与调查、处理案件有关的不动产登记结果和不动产登记原始登记资料。

中国社会科学院法学研究所民法室主任孙宪忠认为:“只有涉及当事人双方的交易,当事人和与不动产交易有关的利害关系人才有权利去查询不动产登记信息。”

据了解,国土资源部已经开始着手制定不动产登记暂行条例的实施细则。9月10日,不动产登记制度建设专家组第一次会议在国土资源部召开,国土资源部不动产登记局负责人透露,目前已经初步形成不动产登记簿的样式。

“统一的不动产登记制度是市场经济的基础性制度,对于完善社会主义市场经济体制,建设社会主义法治国家至关重要。现在,条例还在征求意见当中,征求意见稿还有很多可以补充、修改和完善的地方,不动产登记暂行条例作为一部行政法规,其立法层级较高,非常重要,因此一定要对应由其规定的问题作出规定,不能回避矛盾,认为有争议就不规定,更不能因为赶时间就牺牲立法的质量,仓促颁行。当然,即便条例作出了应有的规定,作为不动产登记程序法,颁布实施后,也只是建立统一的不动产登记制度迈出的第一个实质性步伐而已,今后还有很多问题要留待实施细则、登记技术规程等规章文件加以解决。”程啸说。

(资料来源:中国青年报)

### 时事资讯: 宜春试行新举措: 房屋赠与不再需强制公证

2014年9月24日 公证人

办理房屋赠与,不再需要公证处开具赠与公证书,而只要赠与双方当事人到场,直接凭产权交易中心的赠与合同办理。近日,记者获悉,从今年8月13日起,宜春市房屋产权交易中心开始启用房屋赠与合同,对房屋赠与业务程序进行了简化。

房管局: 不违反政策规定 便民又利民

在以前,按照政策要求,房屋赠与是需要经过正规的公证手续的。1991年司法部、建设部联合出台了《关于房产登记管理中加强公证的联合通知》,规定接受赠与房产的受赠人,应持房产所有人的“赠与公证书”和本人“接受赠与公证书”,或持双方共同办理的“赠与合同公证书”,以及房产所有证、契证、到房地产管理机关办理所有权转移登记手续。

那么,宜春市“房屋赠与不强制公证”的新举措是否有依据?宜春市房管局房地产交易中心吕胜告诉记者,目前很多地方确实是按照1991年司法部和建设部出台的联合通知进行业务操作的。而宜春房管局之所以会做出“取消强制公证”的新尝试,主要是基于两方面的考虑:首先,取消强制公证既简化了办理赠与的程序,又能为老百姓减少一笔公证费;其次,2012年住建部出台的技术规程中,并未对房屋赠与需强制公证做出规定。因此,宜春市房管局认为这一便民之举并不违反相关政策规定。

记者查阅相关资料,资料显示,2012年住建部编制了《房地产登记技术规程》,在这一技术规程中,关于“用于申请房地产登记材料需要公证的几种情况”中确实没有提到“房屋赠与”需要强制公证。

律师: 取消强制公证 不会产生太大法律问题

业内人士认为,强制公证的规定对预防纠纷,减少诉讼,保证法律行为的合法性和真实性起到了重要作用。那么,取消强制公证后,是否会带来或增加当事人双方的法律纠纷?

对此,吕胜表示,由于赠与行为需要双方都在场的情况下签订赠与合同,能够视为双方真实意愿的表达,与公证书一样具有法律效力,因此,可以不需要强制公证。

江西豫章律师事务所廖军民认为，房屋赠与不强制公证在某种程度上会增加一定的法律风险，但毕竟赠与方和受赠方是面签合同的，况且现场办理时也需要提供身份证件，登记部门有能力审查赠与行为的真实性，因此这种风险是可控的，即便真有一方违约，也可以遵照合同的约定，让违约方承担相应责任。从这个角度看，不强制公证问题不大。

税务部门：存在税收风险 现在仍是试行

吕胜告诉记者，“房屋赠与不强制公证”这一新举措，是宜春市房管局根据实际需要与宜春税务等部门协商后的结果。

8月28日，当记者向宜春市地税局求证时，工作人员告诉记者，此前确实与宜春市房管局就“房屋赠与与取消强制公证”达成了一致意见，也实际操作办理了几例，但是由于这一做法不符合税务系统上级文件的精神和要求，因此，情况可能有变动。

宜春市地税局税政三科科长付海华透露，虽然取消强制公证在一定程度上确实便民利民，但是由于这一做法与国家税务总局的文件精神指示不相符合，因此，在实施这个新举措的过程中压力很大；此外，不强制公证会催生一定的税收漏洞和风险。

据介绍，如果不是房屋无偿赠与的情况，而仅是房屋转让或买卖的话，受赠方是需要全额缴纳营业税的。付海华认为，不排除部分人为了逃避营业税，而以房屋赠与的名义来实现房屋买卖过户的可能。这也是税务部门在实施“不强制公证”这一新举措过程中有所顾虑的重要原因。

经讨论研究，宜春市地税局最终仍决定执行“取消强制公证”这一新举措。付海华表示，目前只是处于试行阶段，最终怎么做，还要在试行阶段进行风险评估后再行决定。

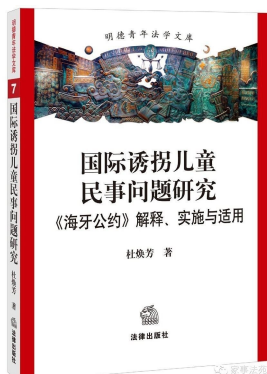
付海华告诉记者，为了规避税收风险，除了在签订房屋赠与合同之外，税务部门还会补充一份承诺书，由赠与方与受赠方同时签订，确保赠与双方是真实的无偿赠与。如果发现有人以房屋赠与为由，实施房屋买卖以逃避营业税等作假行为，除了追缴相应税款之外，还会对赠与方额外追加应缴税款的50%以上5倍以下的罚款，同时，受赠方也会受到相应的处罚。

（资料来源：中国新闻网，图片来源：百度网）

## 十、新书资讯

### 国际诱拐儿童民事问题研究：《海牙公约》解释、实施与适用

2014年9月10日 杜焕芳 家事法苑



国际诱拐儿童民事问题研究：《海牙公约》解释、实施与适用 [平装]

本期资讯来自 亚马逊网

杜焕芳（作者）

本书描述

出版日期：2014年5月1日

国际民事交往的频繁发展、跨境婚姻及离异事件不断增多以及出入境手续日益简化，使父母跨国诱拐子女现象不断出现。本书在对此现象进行社会分析的基础上，阐述了国际诱拐儿童的多层次法律规制体系，并以《海牙公约》为中心，着重研讨其文本的解释、立法的实施和司法的适用等问题。在父母诱拐子女的问题上，除了保护和尊重父母对儿童的监护权和探视权外，更应关注被诱拐儿童的利益及心理感受。我国应认真反思该主题，重视对跨境诱拐儿童民事问题的研究，不仅在国际诱拐儿童方面，而且在区际诱拐儿童方面，相应的立法和司法实践均应及时跟进。

基本信息

出版社：法律出版社；第1版（2014年5月1日）

丛书名：明德青年法学文库

平装：272页

语种：简体中文

开本：16

ISBN: 9787511863454

条形码: 9787511863454

商品尺寸: 22.8 x 17 x 1.4 cm

商品重量: 481 g

品牌: 中国法律出版社

ASIN: B00KL80M86

商品描述

编辑推荐:

国际诱拐儿童民事问题研究(海牙公约解释实施与适用)》由杜焕芳著,本书的出版即为笔者近年来关注这一话题的阶段成果,借此希望学术界能够对这一重要课题的研究更全面,探讨更深入,成果更丰富,对策更实效,并推动中国外交部、司法部、民政部等政府有关部门积极研判中国加入海牙《国际诱拐儿童民事方面公约》的必要性、可行性和具体设计,以及有效解决内地与港澳台之间跨境诱拐儿童民事问题的合作路径选择。

作者简介:

杜焕芳,1976年1月生,浙江上虞人。2005年毕业于武汉大学国际法学专业,获法学博士学位。中国人民大学法学院副教授、院党委副书记,兼任中国人民大学国际仲裁研究所秘书长、中国人民大学纠纷解决研究中心研究员、中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员、中国国际私法学会常务理事、中国国际经济法学会理事。国家留学基金委公派美国宾夕法尼亚大学访问研究学者(2012.8~2013.8)。

主持国家社会科学基金项目、教育部人文社会科学规划项目、司法部国家法治与法学理论研究项目、团中央青少年工作研究课题等多项。出版《国际民商事司法与行政合作研究》(专著,2007)、《国际私法案例分析》(主编,2009)、《国际私法专题研究》(主编,2010)、《国际私法学关键问题》(主编,2012)、《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法建议稿及说明》(副主编,2011)、《国际私法》(主编,2014)、《国际私法学原理与案例教程》(副主编,2012)等,在Chinese Journal of International Law、Frontiers of Law in China、《中国法学》、《法学家》、《中国国际法年刊》、《中国国际私法与比较法年刊》等中外报刊上发表论文若干篇。

目录

导言:应当重视对国际诱拐儿童问题的研究

一、舐犊情深与研究之背景

二、星火燎原与研究之现状

三、抛砖引玉与研究之框架

第一章国际诱拐儿童的社会分析

第一节国际诱拐儿童的界定和现状

一、国际诱拐儿童的界定

二、国际诱拐儿童现状

第二节国际诱拐儿童的动因和影响

一、国际诱拐儿童的动因

二、国际诱拐儿童的影响

第三节国际关注和传统的处理方法

一、国际社会组织

二、传统处理方法

第二章国际诱拐儿童的法律规制

第一节国家法律规范

一、英国

二、美国

三、法国

四、德国

五、瑞士

六、家庭诱拐的刑事化

第二节双边法律规制

一、瑞典与埃及

二、澳大利亚与埃及

三、加拿大与黎巴嫩

四、联合王国与巴基斯坦

第三节多边法律体系

一、联合国框架

- 二、欧洲公约体系
- 三、美洲公约体系
- 四、海牙公约体系
- 第三章《海牙公约》的文本解释
- 第一节序言和适用范围
- 一、序言
- 二、公约的目的
- 三、缔约国的一般性义务
- 四、迁移或滞留的非法性
- 五、对人管辖范围
- 六、特定术语
- 第二节中央机关
- 一、中央机关的提出和发展
- 二、中央机关的设立和指定
- 三、中央机关的功能和义务
- 四、中央机关的问题和完善
- 第三节交还儿童
- 一、交还儿童的申请要求
- 二、交还儿童的一般义务
- 三、交还儿童义务的判定
- 四、交还儿童义务的例外
- 五、交还儿童的程序要求
- 六、交还儿童裁决的范围
- 第四节探视权
- 一、保护探视权的申请
- 二、通过法律程序保护探视权
- 三、中央机关之间的合作义务
- 第五节一般条款
- 一、担保、文件认证和译本
- 二、法律援助、咨询和费用
- 三、申请程序要求与不受理
- 四、多法制国家的解释适用
- 五、与其他公约之间的关系
- 六、公约在缔约国间的适用
- 第六节最后条款
- 第四章《海牙公约》的立法实施
- 第一节公约在英国的实施
- 一、概况
- 二、中央机关
- 三、司法态度
- 四、司法实践
- 五、小结
- 第二节公约在美国的实施
- 一、概况
- 二、执行难题
- 三、实际做法
- 四、改善措施
- 五、小结
- 第三节公约在德国的实施
- 一、概况
- 二、实施问题
- 三、宪法挑战
- 四、修约建议

## 五、小结

## 第四节公约在加拿大的实施

## 一、概况

## 二、具体措施

## 三、司法实践

## 四、存在问题

## 五、小结

## 第五节公约在亚洲地区的实施

## 一、公约在韩国的实施

## 二、日本正在加入公约

## 三、公约在新加坡的实施

## 四、公约在中国香港的实施

## 第五章《海牙公约》的司法适用

## 第一节监护权构成要件的司法判定

## 一、儿童住所要件

## 二、照顾儿童要件

## 第二节监护权的确定依据和行使标准

## 一、监护权的确定依据

## 二、监护权的行使标准

## 第三节监护权的承认与约束力：第 15 条

## 一、监护权的承认

## 二、第 15 条的适用范围

## 三、被请求国监护权判决的约束力

## 四、申请人主动提出请求的特殊情形

## 第四节公约的解释：以美国最高法院为例

## 一、美国法院的条约解释方法

## 二、阿伯特案的事实与法律争点

## 三、美国最高法院对公约的解释

## 四、阿伯特案对条约解释方法的影响

## 第五节强制交还儿童的司法裁量：第 12 条第 2 款

## 一、问题的提出

## 二、第 12 条第 2 款的司法判定

## 三、第 12 条第 2 款的剩余裁量

## 四、第 12 条第 2 款的统一解释

## 五、小结

结语：《海牙公约》前景展望与我国之应对

## 参考文献

## 附录

## 后记

## 序言

## 出版说明

中国人民大学法学院（以下简称人大法学院）是新中国成立后党和国家创办的第一所正规的新型高等法学教育机构，已走过 60 年历程。在国家教育部于 2004 年、2009 年组织的两次一级学科评估中，人大法学院均位列法学学科第一名。高水平的科研成果和社会影响力是该评估的重要指标。这一排名，既说明了人大法学院教师具有雄厚的科研实力，也意味着人大法学院教师必须担负的社会责任与使命。

法学院之间的竞争实质上是青年学者之间的竞争。人大法学院拥有一支学术造诣深厚、具有良好学术品格的教师队伍，不仅要一如既往地关心、尊重资深老教授及中年教授，更要呵护、扶持和关心青年教师的成长。从某种意义上说，青年学者的学术竞争力决定着人大法学院的未来。

以现有学科优势为基础，人大法学院未来 10 年的远景规划是：以学科建设为中心，以提高人才培养质量为重点，以高水平的科研成果为平台，不断提高学科竞争力，构建合理的教师梯队，培养高级法律人才，建设国际化、现代化的法学学科。通过 10 年左右的努力，将人大法学院的法学学科建设成为世界一流的学科。

在此背景下，本着长远发展的战略眼光，着眼于未来，为保证持续性发展，人大法学院特与法律出版社合作，出版一套开放式系列法学图书——《明德青年法学文库》。拟通过本文库的出版，达致以下目的：

第一，培养和发现一批青年法学才俊。本文库主要资助具有学术潜质并有一定学术影响力的青年学者。人大法学院的青年学者均具有博士学位，毕业于一流法学院，其中大多数毕业于国外一流大学法学院，具有非常良好的学术素养和学术潜质。

第二，促使青年学者尽快成才。青年学者有志于学术研究，但有时缺乏出版学术成果的平台。希望通过本文库，既给这些在学术界已有一定知名度的青年学者施加一定的学术研究压力，也使他们能够在学术研究方面尽快成长起来。

第三，与法律出版社强强联合，共同打造人大法学院坚实的人才梯队。法律出版社是目前国内法律出版行业的第一大社，学术品位一流，具有良好的社会影响和社会评价，图书设计和装帧美誉度高。通过强强合作，共同打造一套高水准的学术出版物，有助于推动我国法治的发展与进步。

本文库由人大法学院负责组织，人大法学院学术委员会负责具体实施。本着“高品位、高水准、出精品”的出版目的，纳入文库的图书必须是既能够代表作者的最高学术水准也能够代表人大法学院水准的个人独著。文库入选著作采申请制，由作者向人大法学院学术委员会提出出版申请，并提交著作的初稿，供学术委员会图书质量初步审查之用。人大法学院学术委员会对书稿的初步审查主要针对书稿的体例和内容，确认其是否符合文库的学术定位。在初审的基础上，人大法学院学术委员会对拟纳入文库出版的书籍，交与相关专业具有重大学术影响的资深教授或外聘同行资深教授，就书稿内容的学术水准进行再审查。人大法学院学术委员会依据审稿教授的意见，最终决定是否将书稿交付出版。

本文库为开放式系列法学图书，每年出版3~4本学术专著，不出版主编著作、教材、论文集、译著等。

多年来，人大法学院与法律出版社之间形成了良好的合作关系，本文库即是这一良好合作关系的体现和进一步深度拓展。同时，人大法学院亦非常感谢法律出版社多年来的支持和帮助，感谢法律出版社对本文库的大力支持！

《明德青年法学文库》编委会

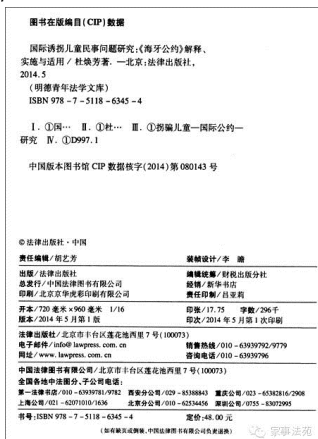
2010年9月10日

2008年，澳大利亚收到《海牙公约》成员的16个中央机关的交还申请，而2003年和1999年的数量分别为13个和14个。来自儿童交还申请案最多的国家是新西兰（41件），而2003年和1999年来自新西兰的交还申请数量分别为15件和22件；其次为美国（8件，同比2003年和1999年分别为15件和11件）和联合王国（英格兰和威尔士，6件，同比2003年和1999年分别为3件和14件）（见表4）。

（2）比利时。①2008年，比利时的中央机关共处理99件申请，收到外国申请47件和向外提出申请52件，总数比2003年（80件）增长24%，比1999年（15件）增长近6倍（见表5）。其中，比利时收到儿童交还申请40件，比2003年（25件）增长60%，收到儿童探视申请7件，比2003年（2件）增长125%；比利时向外提出儿童交还申请43件，比2003年（44件）下降2%，向外提出儿童探视申请9件，与2003年（9件）持平。

2008年，比利时收到《海牙公约》成员的19个中央机关的交还申请，而2003年和1999年的数量分别为14个和7个。来自儿童交还申请案最多的国家是法国和荷兰（各8件），而2003年和1999年来自法国的交还申请案分别为3件和2件，2003年和1999年来自荷兰的交还申请案分别为4件和1件；其次为波兰（4件，同比2003年和1999年分别为3件和0件）（见表6）。

（3）加拿大。①2008年，加拿大的中央机关共处理113件申请，收到外国申请62件和向外提出申请51件，总数比2003年（136件）下降17%，比1999年（103件）增长10%（见表7）。其中，加拿大收到儿童交还申请49件。



订婚礼金是结婚彩礼的一部分。订婚礼金数额及其他礼物由男、女方和媒人按照当地风俗惯例进行商定。决定订婚礼金的返还，以当事人是否缔结婚姻关系为主要判断依据。给付订婚礼金后未缔结婚姻关系的，原则上应返还订婚礼金；如果已结婚的，原则上订婚礼金不予返还（一些特殊情形除外）。还有必须是当地确实存在婚前给付礼金的习俗。

一般来说，礼金问题主要大量存在于我国广大的农村和经济相对不发达地区，人们迎亲嫁娶，多是按民风、习俗形成的惯例。如果当地没有此种风俗存在，就谈不上给付礼金的问题。对于不能认定为订婚礼金的、属于男女交往间所为的给付财物如何处理，要视其具体情况及性质，由法院依法作出处理。还要区别礼金给付时当事人的主观意愿。一般来讲，礼金的给付往往迫于当地习俗及社会压力而不得不给，完全自愿给付且无任何附加条件的属于一般赠与行为，如果没有特殊规定，通常不予支持返还该礼金的请求。

### 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。

### “家事法苑”家事法主题微信群开通及暂行规则

- 1、建群宗旨：即时分享婚姻家庭法律领域审判动态、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，推进中国婚姻家庭法制进程。
- 2、本群定位：法律职业共同体阳光交流的平台，欢迎关心婚姻家庭法律的学者、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）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、说明一下，本群人数已达120多人，腾讯公司目前对微信群60人以上的入群需要先开通自己微信支付功能，这是其通过此手段绑定用户的功利做法，因微信本身是免费使用，不必跟它计较，关联一个银行帐号即可，微信支付功能是大势所驱，非常方便，也很安全，开通无妨，并不是加群收费，不轻易消费即可。
- 8、其他相关问题另定。

欢迎您加入“家事法苑”家事法主题QQ群（群号：153181612）

——即时分享最新中国婚姻家庭法制信息动态，真诚欢迎对婚姻家庭法感兴趣的律师、法官、学者、公证员、在校学生、媒体、妇联及其他朋友加入，共建专业领域内交流正常、正当交流的和谐平台！



---

编辑：“家事法苑”律师团队

顾问：郝惠珍 主编：杨晓林 执行主编：段凤丽 编委会成员：刘强、邓雯芬

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)