家事法苑™婚姻家事法律资讯简报

《“家事法苑”™婚姻家事法律资讯简报》于 2008 年 2 月 15 日创办，“家事法苑”律师团队编辑，尝试搭建与律师同行、学者、法官、媒体、政府相关部门及社会组织进行业务研讨、正当交往、信息共享的桥梁与平台，共同促进中国婚姻家庭法制建设。每月 1-2 期，无偿赠阅。

如邮件给您带来不便，请回信 xiaolinlvshi@vip.sina.com 或来电 13366156089，立即在列表中取消！

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

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

第二届中国婚姻家事法实务论坛预通知

家事无小事，2014 年最高人民法院“两会”工作报告中显示，2013 年人民法院审结一审民事案件，婚姻家庭案件所占比重达 42.23%，继承案件占 3.13%，其他案由也多有涉及婚姻家事领域。婚姻家事继承案件在我国人民法院所受理民事案件中的比例始终居高不下，审判实践中问题仍较为突出。特别是 2007 年《物权法》实施之后，财产法与身份法的衔接及适用问题一直存有较大争议，由此导致实践中同案异判现象时有发生，损害司法的权威。与此同时，江苏、广东等地法院家事审判改革、试点工作继续稳妥推进，涌现不少好的经验和做法。

为加强婚姻家事法领域理论界与实务界的沟通与交流，共同研讨婚姻家事法实施中的疑难及热点问题以及人民法院家事审判改革、家事诉讼程序立法及完善，促进中国婚姻家庭法制建设，特举办本次论坛。

本次论坛由中国人民大学法学院、中国法学会婚姻法学研究会共同主办，中国人民大学法学院婚姻家庭法学研究所、北京天驰洪范律师事务所承办。

本次论坛拟邀请全国人大法工委及相关政府部门领导，婚姻法学、民法学、民事诉讼法学研究领域的专家学者，妇联、住建委、民政以及其他政府相关部门代表，最高人民法院、北京各级法院及部分省市家事审判改革试点法院的法官代表，中华全国律师协会及各地律师协会民事或婚姻家庭专业委员会及婚姻家事律师代表，中国公证协会及下属公证处公证员代表，社会公益组织代表及媒体参加论坛。

本次论坛除特邀嘉宾外，其他代表均需以文与会。诚挚邀请您参加并进行交流，欢迎积极申报主题发言，为研讨会增彩。

一、论坛主题：婚姻家事审判思维暨婚姻家庭领域内物权变动的法律适用

参考选题（参考但不限于）：

1、身份法与财产法之间如何衔接，包括但不限于《婚姻法》关于夫妻财产和家庭财产的规定与《物权法》关于共有的规定如何衔接和适用等；

2、夫妻财产归属之法律适用；

3、婚姻领域内物权变动的法律适用；

4、离婚案件房屋纠纷适用物权法若干问题研究；

5、夫妻赠与与夫妻财产约定的法律适用，我国夫妻财产约定制度的完善；

6、婚姻家庭纠纷中的借名买房审判思路；

7、婚姻家庭纠纷中的民间借贷纠纷审判思路及证据规则；

8、婚姻契约（婚前财产约定、婚内财产约定、分居协议、忠诚协议、保证书、承诺书、婚内财产分割协议、离婚协议、婚内借条）效力及裁判规则；

9、婚姻法与继承法的交叉适用；

10、继承案件审判实务中的难点问题；

11、夫妻一方擅自处分共有财产的效力问题；

12、身份法与行政法交叉领域的研究；

13、家事诉讼程序立法及完善；

14、各地法院婚姻家事专业化审判改革动态及经验交流.

二、会议的时间和地点

时间：2015 年 5 月下旬某周六一天。（5 月 23 日或 5 月 30 日，具体时间待正式通知确认）

地点:中国人民大学法学院。

地址：北京市海淀区中关村大街 59 号。

会议规模：120 人（含特邀嘉宾及以文与会的代表）

三、参会报名程序：

请拟参会人员于 2015 年 2 月 28 日以前通过 e-mail 方式提交参会回执及拟提交论文题目，回执用附件形式发送至：yangxiaolin@tchhf.com，邮件标题请注明“中国婚姻家事法实务论坛参会回执”。

四、论文撰写及典型案例征集

拟参会人员应围绕本次会议主题，自行确定具体的题目，近一年内已发表的文章也可重新修改、完善后提交。论文应当符合学术规范，字数不限，但应从解决婚姻家事审判实务中突出问题角度来展开；并请附作者姓名、所在单位、职称、电子邮件、电话、通信地址等具体联系方式；论文应以附件形式发送到前述邮箱，主办方收到邮件后将回复确认。

欢迎围绕本次研讨主题，提交本人代理或经办的典型案例（必须有真实案号、需提供判决书复印件备查），在做适当技术处理后提交论坛（含案号、案情简介、裁判要点及结果、简要评析），文责自负，字数不限，两三千字左右亦可，如能被采纳作为论坛研讨案例的，将会被特邀与会，论文集仅本次论坛内部交流，不会公开。

论文提交截止时间：2015 年 5 月 10 日。

五、论坛报名确认程序：

由于会场容纳有限，组委会将对论坛报名及投递论文情况进行初审，对符合要求的论文作者发送邀请函，会场对号入座，未收到邀请函者谢绝与会。

对于未能入选的论文作者、案例提供者，组委会将会寄送家事法研究资料表示感谢。

与会者需要书面会议通知及邀请函的，请会议期间向会务组索取，如果需要提前索取邀请函，请直接联系会务联系人。

六、本次论坛不收取会务费，所有参会者的往返交通费及住宿费自理，住宿可由承办方统一安排，会议当天午餐及晚餐由承办方提供。

七、 会务联系人：

杨晓林，手机：13366156089，邮箱：yangxiaolin@tchhf.com

主办：中国人民大学法学院

中国法学会婚姻法学研究会

承办：中国人民大学法学院婚姻家庭法学研究所

北京天驰洪范律师事务所

2015 年 1 月 16 日

附：中国婚姻家事法实务论坛报名回执

姓 名		单 位	
性 别		职称职务	
手 机		电子邮箱	
拟提交论文题目或发言主题			

2015 年总第 1 期 综合版 编辑时间：20150131

目 录

一、婚姻家庭审判动态

为争夺遗产利益 姑表亲反目为仇 宝山路街道司法所调解员采用“背对背”方式化解纠纷 2014 年 12 月 30 日 上海法治报 周寒梅
首家法院家暴庇护所徐州试水 期待反家庭暴力法给予法律支持----------2014 年 12 月 31 日 中国妇女报 李源
民事案件疑难问题研讨纪要----------2015 年 1 月 6 日 法眼观察
称同居期间为女方买房 分手后六旬翁起诉要回------2014 年 12 月 31 日 北京市第二中级人民法院 杨磊 曾巧艺
丰县法院建立社区婚姻家庭巡回法庭----------2015 年 1 月 5 日 丰县人民法院
南京中院与市妇联共同发布家事典型案例----------2015 年 1 月 13 日 南京市中级人民法院
海沧法院家事审判彰显人文关怀----------2015 年 1 月 15 日 福建高院 安海涛 付臻
行管家之责 育和谐之果——福建省厦门市海沧区法院家事法庭运行机制调查 2015 年 1 月 15 日 人民法院报 安海涛 付臻
广西出台《关于适用人身安全保护裁定问题的解答》----------2015 年 1 月 13 日 广西法院网 黄 建
安徽滁州琅琊区法院婚姻家庭法庭——让当事人到“公堂”而不“对簿公堂”2014 年 1 月 23 日 中国妇女报 王蓓
广西高院出台人身安全保护裁定适用细则 诉讼终结后受害人仍可提出以避免“分手暴力”2015 年 1 月 23 日中国妇女报高峰
【第 6 期】#法院动态#“小程序”发挥“大作用”----------2015 年 1 月 23 日 香洲法院

二、一般审判动态

广州中院涉外审判正式启用专家陪审和专家咨询制度----------2015 年 1 月 8 日 法律图书馆
数据解读：2014 年南京少年家事审判----------2015 年 1 月 12 日 南京市中级人民法院

三、立法动态

反家庭暴力法（征求意见稿）获社会各界高度评价 反家庭暴力工作迈出里程碑式一步 2014 年 12 月 31 中国妇女报书时
沪人大审议修订老年人权益保障条例：照料护理需求评估制度拟入法---------2015 年 1 月 7 日 翟珺 上海法治报
“反家暴”或上升为国家法律----------2015 年 1 月 8 日《法治动态》2014 年 11 月刊 张贺
国务院法制办、全国妇联在京开展反家庭暴力法立法调研----------2015 年 1 月 19 日 中国妇女报 周韵曦
北京市政协妇联界别提案建议：将反家暴法实施办法纳入立法计划---------2015 年 1 月 26 日 中国妇女报 金勇

四、媒体典型案例

（一）解除婚姻关系案例

【案件微播】妻子服刑丈夫拒探视 感情淡漠致双方分手-------2014 年 12 月 30 日 抚州市中级人民法院 何玲玲
奉父母之命娶聋哑女 因沟通有障碍诉离婚----------2015 年 01 月 04 日 京华时报 裴晓兰
误读“买断不婚”被驳 离婚财产处理仍有效---------- 2015 年 1 月 7 日 上海法治报 周寒梅
孕妻愤而引产后起诉离婚----------2015 年 1 月 7 日 京华时报 裴晓兰

（二）婚姻无效撤销案例

父母隐瞒儿子患智障 与残疾女结婚法院判婚姻无效----------2015 年 1 月 7 日 海峡导报 康泽辉

（三）子女抚养亲子关系案例

男子性侵 10 岁女儿被撤销监护权 系全国首例----------2015 年 1 月 9 日 扬子晚报 张叶

（四）财产分割案例

夫妻离婚，出租车经营权归谁？----------2014 年 12 月 31 日 南宁新闻网 何璨汐 莫俊雅 李玲

（五）损害赔偿案例

（六）扶养赡养案例

（七）离婚后财产纠纷及相关纠纷

离婚后取得的自主择业费原配偶可要求分割——云南德宏中院判决高某诉鄢某离婚后财产纠纷案 2015年1月8日 人民法院报汤 婧
女子为获得北京户口假离婚 向前夫索要房屋遭拒----------2015年1月9日 北京晨报 彭小菲
离婚后发现儿子非亲生 男子要求重新分割财产----------2014年12月4日 法制日报 郭宏鹏
女子离婚后起诉分房产被驳回 法院：为男方婚前财产----------2015年01月08日 西部商报 樊丽

（八）恋爱同居纠纷案例

六旬翁与女友分手后诉讨房产---------- 2015年1月7日 京华时报 杨凤临
同居女友卷走“财产”法院判归还----------2015年1月6日 辽宁法制报 孟锦阳
女方买豪车给准女婿做彩礼 解除婚约后要求返还----------2015年01月25日 红网 刘双

（九）其他相关案例

（十）赠与案例

丈夫私赠小三房产被妻子追回----------2015年1月19日 中国新闻网 陈立烽 陈春生

（十一）夫妻债务案例

夫妻离婚 前婆婆凭10万元转账凭条告儿媳讨债----------2015年1月3日 海峡导报 陈捷
恶意拖欠前妻钱款被拘 现任妻子代夫还款抵过---------- 2015年1月7日 上海法治报 王川 黄海骠

五、继承

（一）继承审判动态

（二）继承立法动态

“中国继承法论坛”在京召开，与会专家学者呼吁——“继承法确实需要修改了” 2014年12月31日 中国妇女报 王春霞

（三）继承典型案例

女友没有继承权 男子死亡赔偿被追回----------2014年12月30日 如东新媒体 王美霞
独生子女继承遇法律空白，父母遗产无法继承，99.99%的人都想不到!!! ------2015年1月5日 法律顾问工作室
打印遗嘱的法律属性与法律效力----------2014年10月30日 人民法院报 李春伟 邹久乐
本案遗产如何分割----------2015年1月13日 江苏法制报 陈德严 朱加荣
“遗赠”证据未被法院采纳 昆明中院二审判令杨某三兄妹享有房屋继承权----2015年1月20日 昆明中院 刘玲
母亲去世 女儿起诉母亲“同居男友” 要求继承母亲房产份额获法院支持---2015年01月27日 上海法治报 王川 张莹骅

六、房产、股权、信托

（一）房产

夫妻闹离婚 儿子户口未迁走 动迁遭隐瞒 起诉获得47万元----------2014年12月29日 上海法治报 胡珺
房产证写子女名酿大错，中国式买房你中招没----------2015年1月6日 法律讲坛 人民网
【典型案例】恶意串通订立房屋买卖合同 法院确认无效----------2015年1月11日 中国法院网 郭麟
父亲临终赠房给侄子 女儿起诉要求付房款----------2015年1月9日 浙江法制报
住了二十年的房子究竟该不该交回？----------2015年1月14日 北京一中院 朱文君 曾巧艺
打官司让儿腾房 父亲最终输二审----------2015年1月20日 北京晚报 朱文君

（二）股权

最高院判例 | 未经配偶同意股权转让无效？----------2015年1月19日 上海瑞富律师事务所

（三）信托

用家庭信托继承财产靠谱吗----------2015年1月15日 信托理财俱乐部

七、社会新闻

婚离得好好的，忽然杀出张百万借条----------2014年12月31日 成都商报 周茂梅
浙江土豪包养小三生双胞胎 鉴定发现大儿子非亲生----------2014年12月31日 人民网
油价大跌的“溢出效应”：离婚补偿要缩水----------2015年1月3日 华尔街见闻
关于放开部分服务价格意见的通知(发改价格[2014]2755号)------2015年1月5日 家事法苑团队编辑 家事法苑
时事资讯：上海市东方公证处首推“电子数据指纹公证系统”----------2015年1月12日 公证人
公安部拟推返回机制：香港新移民可重获内地户籍----------2015年1月13日 中国新闻网 杨伟民
政策解读：法制办、国土资源部负责人就《不动产登记暂行条例》答记者问-------2015年1月13日 国务院公报
【萝法说案】养父母缘何与刚成年的养女解除收养关系----------2015年1月14日 萝岗法院
北京首家继承调解中心成立----------2015年1月15日 北京青年报(北京) 李泽伟
男子越南买妻 嫌老婆太粘人5万卖给朋友被判刑----------2015年1月15日 华声在线
无锡男子“盗用”前妻住房公积金还房贷被判返还----------2015年1月5日 中国新闻网 孙权 陆芳芳
留学生情侣分手 女方越洋追债15.52万美元败诉----------2015年01月17日 潇湘晨报 刘志杰 彭丁云 何鑫
时事资讯：没认出假媳妇 买方房款公证处赔----------2015年1月19日 公证人

户籍登记出错 养父成了兄弟 继承遭遇波折 调解平息纠纷----------2015年01月19日 上海法治报 姜周健
“隔代抚养”隔开生命间的联结----------2015年1月20日 我和你文化传播 尹建莉
婚姻中的“试离婚情绪”----------2015年1月20日 中国妇女报 曾小亮
“夫妻共同承担”养家模式渐成主流----------2015年1月20日 中国妇女报 莫兰
中国政法大学外国法查明研究中心揭牌成立----------2015年1月19日 21CN网 查文晔
离婚案每年春节前最多，南京中院昨公布财产分割争议典型案例 老公偷偷给“小三”48万 老婆打官司把钱要回，接着就离婚----------2015年1月20日 现代快报 李绍富 项凤华 徐岑
【不动产特刊】不动产登记局局长谈《不动产登记暂行条例》--------2014年12月22日 中国国土资源报 李倩
今日独家关注:《联合国儿童权利委员会第8号一般性意见》----------2015年1月23日 今晚拍案AM603
三部门开展老年人生活状况调查——为制定人口老龄化政策提供支撑----------2015年1月26日 法制日报 张维
12位市政协委员联名呼吁废除遗产继承权公证----------2015年1月26日 北京晚报
湖北省在农村土地确权登记中有效保护妇女权益 确保妇女“证上有名，名下有权”2015年1月26日中国妇女报 姚鹏
男子求复合不成找人冒充前女友办结婚证----------2015年01月28日 现代快报 胡涓
遗产继承权公证制度的废与除----------2015年1月27日 警法时空
老公、老婆，婚前、婚外！婚姻的未来是什么？----------2015年1月27日 科学公园 赛先生

八、异域资讯

巴西共同监护子女法本月生效 减少对簿公堂现象有效节约司法资源----------2014年12月30日 法制日报 翟峰
俄罗斯反家暴法案有望出台----------2014年12月30日 法制日报 张春友
沈殿霞与郑欣宜遗产协议曝光----------2015年1月4日 网易娱乐 晨光洒满我屋
台湾男子将女儿房子赠自己 女儿成年后状告父亲胜诉----------2015年01月05日 中国新闻网
边控拦截雷厉风行 澳门“老赖”无处遁形----------2015年1月9日 香洲法院
台湾女子离婚与丈夫争监护权 只想养长女败诉----------2015年1月5日 中国新闻网
美国华人男子帮6岁女儿洗澡遭传唤听证会----------2015年1月16日 人民网
韩国社会的“大男子主义”是否依然存在？----------2015年1月23日 韩中法律新闻
南非总统长子拒交抚养费被诉逮捕 半年仍未执行----------2015年01月26日 中国新闻网 宋方灿

九、学者、法官、检察官、律师、媒体视点、公证专题

（一）理论学术动态、学者观点

论苑 | 涉外收养应保障儿童权益----------2014年12月31日 上海法治报 瞿琨
张作华：认真对待民法中的身份——我国身份法研究之反思（上）----------2015年1月1日 家事法苑 张作华
张作华：认真对待民法中的身份——我国身份法研究之反思（下）----------2015年1月1日 家事法苑 张作华
论婚姻法回归民法的基本思路——以法定夫妻财产制为重点（上）----------2015年1月2日 家事法苑 贺剑
论婚姻法回归民法的基本思路——以法定夫妻财产制为重点（下）----------2015年1月2日 家事法苑 贺剑
【法律热评】中国式家族企业的特点及治理进路----------2015年1月3日 广州市中级人民法院 张民安
域外配偶继承权制度立法修法之争及启示—以配偶继承权与夫妻财产制为中心----------2015年1月3日 家事法苑 赵莉
专家共识：干预家暴应该多机构合作联动----------2015年1月3日 海坛特哥
六个案例分析民间借贷案件证明过程丨法律参考----------2015年1月4日 法律参考 吴旭莉
遗嘱错误：反思潘得克吞体系的一条新路----------中外法学 赵毅
同居等亲密关系者之间的暴力应视为家庭暴力—专访中国社会科学院法学所研究员薛宁兰---2014年12月31日 中国妇女报 王春霞
体外早期胚胎[1]的法律地位----------2015年1月5日 海坛特哥 王丽莎
法刊辑要（2014090）：《法学家（双月刊）》2014年6期目录与摘要----------2015年1月5日 法学期刊目录通讯
关于继父母子女之间继承权的合理性思考----------房绍坤 郑倩
自书遗嘱的形式要件与法律效力----------2014年第10期法治研究 杨立新
“专家证人”意见的证据属性----------2015年1月7日 上海法治报 王俊民 李莉
民法典人格权部分立法体例研究----------2015年1月7日 中国民商法律网
《政治与法律》2014年第12期----------2015年1月8日 法学创新网法学学术前沿
梁慧星：为中国民法典而斗争！----------2015年1月8日 法学学术前沿 来源：法学创新网
妇女法律权益认知模型的建构与应用-----2014年12月29日 《河南财经政法大学学报》2014年第3期 郝佳、张伟
路径与选择：论民法对未成年人的保护—以民事能力制度为视角----------2015年1月6日中国民商法律网 叶锋
人的冷冻胚胎的法律属性及其继承问题----------2015年1月8日 中国民商法律网 杨立新
擅自处分共有物合同的效力设计—基于司法裁判的解释论----------张永（清华大学法学院，北京100084）
网上热传独生子女继承遗产存在困境专家回应 独生子女无法继承遗产是个伪命题--2015年1月15日 法制日报 朱宁宁
胚胎的地位及其法律问题——“冷冻胚胎案”判决评析丨视角--2015年1月14日 中国民商法律网 邓辉、张浩然、赵精武

创新家事审判机制 用法搭起“亲和桥梁”---2015年1月15日 人民法院报 厦门大学法学院副院长、教授 何丽新
生育权探析----------2014年11月14日 中国民商法律网 徐枭雄
婚内侵权制度探析----------2015年1月15日 中国民商法律网 徐枭雄
莫慌，独子继承公证渠道畅通----------2015年1月16日 中国妇女报 冯爱芳
婚内借款协议在离婚时的认定与处理丨法律参考----------2015年1月20日 法律参考 信法网
王泽鉴：学者的研究方向要转向法律的解释适用----------2015年1月23日 检察笔记 吴春岐
王利明：清官能断家务事----------2015年1月24日 民事审判参考 王利明
事实上的推定与法律上的推定----------2015年1月25日 法学中国 叶自强
常回家看看正式入法——基本权利的体系化保障及其软法性实践----------2015年1月29日 光辉法官 郑 毅

（二）法官视点

论民事诉讼中的法院调解之不足----------2014 年 12 月 30 日 光辉法官 杨秀华
以案说法 28丨借名购房合同关系的司法认定----------2014 年 12 月 30 日 點蓝色字關注 法眼观察
【龙法贴士】女方外遇并怀有他人孩子期间，男方能否提起离婚及如何处理相关财产纠纷？2014 年 12 月 30 日 黑龙江省高级人民法院
【以案说法】离婚协议书中抚养费的支付可否申请强制执行----2014 年 12 月 30 日 抚州市中级人民法院 蔡芳芳 江聪越
最高法院判例：工商登记不是确认股东资格的法定要件----------2015 年 1 月 3 日 红盾论坛
诉讼指南：离婚后财产纠纷案件诉讼费如何收取？----------2015 年 1 月 6 日 南京市中级人民法院
最高院对录音证据的超详解析(附取证技巧)----------2014 年 12 月 30 日 法务之家
2014 人民法院十大民事案件----------2015 年 1 月 7 日 最高人民法院来源：人民法院报
丈夫欲与患白血病妻子离婚 法院判决不准离----------2015 年 1 月 7 日 萝岗法院
夫妻一方承担的交通事故赔偿责任是否属于夫妻共同债务？----------2015 年 1 月 7 日 南京市中级人民法院
债权人撤销权成立的司法认定—浙江宁波中院判决郑国良诉金惠民等撤销权案 2015 年 1 月 8 日 燃灯者 浙江省宁波市江北区人民法院邹永明
谁动了失能失智老人“奶酪”----------2015 年 1 月 6 日 上海法治报 记者 王川 通讯员 余甬帆
伪造结婚证将女友房屋变卖的行为如何定性----------2015 年 1 月 7 日 人民法院报 彭洋 王丽霞
农村房屋赠与案件中判断所有权是否转移的标准探讨----------2014 年 10 月 28 日 高欣
谁动了配偶的财产？----------2015 年 1 月 9 日 民事审判参考 广东省湛江市中级人民法院 谢潮水
最高院《司法研究与指导》民商裁判规则 8 条----------2015 年 1 月 9 日 公证人
恋爱过程中的花销能否要回？----------2015 年 1 月 8 日 黑龙江省高级人民法院
夫妻财产约定协议公证中会存在哪些问题----------2015 年 1 月 8 日 法律快车 深圳罗湖区法院
律师见证未尽职，法院判赔 25 万----------2015 年 1 月 10 日 法官之家 北京市第一中级人民法院网 白云
谈抚养权的强制执行----------2012 年 7 月 20 日 来源：咸阳中院 作者：李俊 任宏伟
用虚假身份证骗取结婚登记的实体认定和诉讼程序----------2009 年 11 月 3 日 中国法院网 王礼仁
【法律实务】从一起案件浅析探望权的执行----------2015 年 1 月 11 日 菏泽市中级人民法院
假离婚时签协议 真离婚时没有效 法院认为系争条款无约束力未支持诉请------2015 年 1 月 11 日 人民法院报 李新卫
浙江高院民一庭副庭长叶向阳在浙江高院省司法厅规范民事诉讼鉴定工作新闻发布会上发言稿
----------2015 年 1 月 11 日 浙江省高院私人法律顾问
夫妻一方擅自将共同财产赠与他人的效力认定问题----------2015 年 1 月 13 日 深圳罗湖区法院 钟媛媛
夫妻一方对外负债是否属于共同债务的认定|燃灯者----------2015 年 1 月 12 日 燃灯者 王静波
假离婚时签协议 真离婚时没有效 法院认为系争条款无约束力未支持诉请------2015 年 1 月 11 日 人民法院报 李新卫
江苏高院民二庭关于当前商事审判若干问题的解答（二）----------2015 年 1 月 13 日 法律参考
审判实务 115：2014 年度《最高人民法院公报》45 个案例裁判摘要观点集成（婚姻家庭部分）
----------2015 年 1 月 13 日 审判研究 海意
最高院关于婚姻民事案件 49 个审判实务问题的解答（完整版）----------2015 年 1 月 14 日 法客帝国
婚前单方按揭婚后双方还贷的房屋如何分割----------2015 年 1 月 13 日 法律资讯 万里
限购政策下的车辆所有权归属—北京三中院裁定齐某诉王某所有权确认纠纷案 2015 年 1 月 15 日 人民法院报 张 婷 谢彩凤
分期给付抚养费没有约定具体时间的如何确定诉讼时效的起算点-----2015 年 1 月 6 日 重庆法院网 冉志明 陈静
最新出版的 2014 第 1 辑《判解研究》中三篇家事继承案例评析摘要------2015 年 1 月 16 日 判解研究 家事法苑
反家庭暴力立法应完善诉讼法思维----------2015 年 1 月 14 日 人民法院报 黄海涛
同居财产需明晰 证据保留要充分----------2015 年 1 月 15 日 民主与法制时报
审理赡养探视案应考虑哪些因素?----------2015 年 1 月 14 日 重庆法制报 胡腾云
如何认定夫妻间欠条的法律性质?----------2015 年 1 月 14 日 重庆法制报 张洪春
【法律实务】夫妻一方所负债务对于债权人的认定----------2015 年 1 月 19 日 山东高法 吴巧勇
到法院申请执还是到行政机关申请过户----------2015 年 1 月 17 日 王茂刚法官
法院视点：法人股东的股东资格继受问题法律分析----------2015 年 1 月 20 日 公证人 李蔚 赵炜 韩天岚

为家庭谋法律之福　让妇女免债务之害——长沙市妇联与市政法委联合举办夫妻债务研讨会 2015 年 1 月 15 日　王礼仁法官
探望权执行的思考----------2015 年 1 月 8 日　中国法院网　李河东
谈抚养权的强制执行----------2012 年 7 月 20 日　咸阳法院网　李俊 任宏伟
案例：QQ 聊天记录能否作为借名贷款的证据----------2015 年 1 月 22 日　法律资讯
最高院关于夫妻共同财产认定的观点集成丨法律参考----------2015 年 1 月 23 日　法律参考　南京市中级人民法院
反家暴不能只等起诉离婚----------2015 年 1 月 25 日　法制日报　徐小飞
访视制度：为孩子匹配监护人----------2015 年 1 月 26 日　人民法院报　张瑞雪　杨晓玲　蔡洪林
协议约定探望权诉变更 法院酌情主张隔周探望----------2015 年 1 月 26 日　中国法网　山东高法
离婚财产分割中著作权期待利益的处理规则分析----------2015 年 1 月 26 日　高杉 LEGAL　袁博
借名购买经济适用房协议的法律效力及房屋所有权归属丨燃灯者----------2015 年 1 月 26 日　燃灯者　高治
离婚协议中不动产约定 能否直接引起物权变动----------2015 年 1 月 28 日　人民法院报　王宗忆
一方举债是否双方担责　民间借贷中夫妻共同债务的法律判断|微信公号“审判研究”2015 年 1 月 28 日 家事法苑 杭宇
法官解惑独生子女遗产继承----------2015 年 1 月 29 日　民主与法制时报　赵春艳
深圳市福田区人民法院 ：离婚案件原告诉讼要素表----------2015 年 1 月 30 日　民事审判参考
家庭纠葛是非多　财产赠与能撤吗亲属间赠与合同纠纷法律解析---2015 年 01 月 27 日　上海法治报　陈颖婷
专家：武春华，上海市青浦区人民法院研究室审判长，具有多年民商事审判经验。“一套房”执行难之诱因及破解
----------2015 年 01 月 28 日 上海法治报　彭浩

（三）检察官视点

（四）律师视点

复恩对《反家庭暴力法（草案）征求意见稿》的修改意见和建议----------2014 年 12 月 31 日　复恩法律
【法律】外国人的离婚与滞留问题----------2015 年 1 月 2 日　韩中法律新闻　李旻静
离婚纠纷中寿险保单处理：可分割现金价值 ----------2015 年 1 月 5 日　上海家事律师网　李立伟
沈殿霞留给爱女郑欣宜的财产是遗产吗？----------2015 年 1 月 5 日 李魏律师 深圳李魏律师团队
结婚移民滞留资格的延长与离婚的问题----------2015 年 1 月 8 日　韩中法律新闻　李旻静
独生子女继承的困境，怎么破 | 家法----------2015 年 1 月 12 日　上海家事律师网　桂芳芳、杨大地
在韩同胞离婚事例（没有证据的离婚诉讼)----------2015 年 1 月 12 日　韩中法律新闻　李旻静
婚前投资应明确权利归属----------2015 年 01 月 12 日 上海法治报 古晓丹
【法律】结婚移民滞留资格的延长与离婚的问题----------2015 年 1 月 15 日　韩中法律新闻　李旻静
遗产税开征可行吗？----------2015 年 1 月 16 日　Hwuason 华税
离婚对拟/上市公司的“十大”影响（律所交流演讲整理稿)----------2015 年 1 月 24 日　贾明军律师
婚姻、继承对拟上市公司的“十大”影响（续）----------2015 年 1 月 25 日　贾明军律师
两岸三地婚姻中的干货数据——两岸婚姻面面观座谈会发言稿-2014 年 2 月 27 日　上海家事律师网　佳和律师团队
离婚时基本医疗保险个人账户中的资金能否作为夫妻共同财产分割---*2015 年 1 月 29 日*　家事法苑 邓雯芬 侯晓婷

（五）文件选读

浙江高院关于进一步规范民事诉讼鉴定相关工作若干问题的纪要（全文）----------2015 年 1 月 11 日　口袋律师

（六）媒体视点

跨性别者在中国----------2015 年 1 月 5 日　南方人物周刊　彭苏　邓郁
老人“失能失智”陷困境，如何让他们“老有所依”？------2014 年 12 月 16 日　上海法治报　冯联清　周寒梅
让新规激活“监护资格撤销”---------- 2015 年 1 月 5 日 上海法治报
中国妇女报：2014 妇女权益年度新闻报告----------2015 年 1 月 9 日　中国妇女报
讹帖正解丨独生子女无法继承父母遗产？吓一跳？未必！----------2015 年 1 月 13 日　上海法治声音　谢珊娟
分手费 双方工龄购房 无偿赠与协议——同居争议财产 法院怎么判？--------2015 年 1 月 14 日　北京晚报　林靖
独生子女无法继承父母遗产？假的----------2015 年 1 月 19 日　北京日报　袁京
面对家暴，“漠视”比“无知”更可怕——对话云南大学法学院副教授、法学博士张剑源 2015 年 1 月 20 日 中国妇女报 林木
强制“交出子女”案件执行为何那么难----------2015 年 1 月 18 日　法制日报　朱宁宁
夫妻为共同被告时送达不能简便化----------2015 年 01 月 21 日　上海法治报　田家俊　熊理思
让未成年人在合法监护下成长——电影《博比成长记》有感----------2015 年 1 月 23 日　人民法院报　姬广勇
反家暴的男性不爷们？----------2015 年 1 月 23 日　香港凤凰周刊　徐佳
今日独家关注：体罚——家庭暴力的萌芽----------2015 年 1 月 23 日　今晚拍案 AM603
继承遗产没那么难公证就行----------2015 年 1 月 26 日　陕西新闻网　郭卫艳
独生子女继承 能否自愿公证？----------2015 年 1 月 27 日　法制晚报　梅双
反思代孕：必须以女性的身体和孩子的权利为中心----------*2015 年 1 月 29 日　中华女性网　沈睿*

独生子女没法继承父母遗产？夸大!----------2015 年 1 月 29 日　法律图书馆　张璁
（七）公证专题
时事资讯:海峡银行首推新规 小额存款继承可免公证----------2014 年 12 月 30 日　公证人
时事资讯：周志扬：公证对于继承法律关系调整作用无可替代----------2014 年 12 月 31 日　公证人
公证视点:浅析个人独资企业的继承公证----------2015 年 1 月 4 日　公证人
公证视点：论继承权的行使——法律解释学的视野（上）----2015 年 1 月 9 日 公证人　青岛市市中公证处 张红光
公证视点：论继承权的行使——法律解释学的视野（下）----------2015 年 1 月 12 日　公证人　张红光
时事资讯：20 年前化名存 20 万密码忘了　公证档案里找到了----------2015 年 1 月 14 日　公证人　贾晓宁
独子继承困境，是个法律伪命题----------2015 年 1 月 14 日　冯爱芳
勿将继承公证费当作遗产税！----------2015 年 1 月 19 日　闵行公证
公证视点：论公证在股份代持协议中的价值——论公证在股份代持协议中的价值关于遗嘱，你不可不知道的那些事----------2014 年 1 月 23 日　中国妇女报　冯爱芳
关于遗嘱，你不可不知道的那些事----------2015 年 1 月 23 日　中国妇女报　冯爱芳
时事资讯：打破电子数据取证壁垒 “移动公证”APP 开辟公证新纪元------2015 年 1 月 26 日　凤凰财经　公证人
公证视点:试论继承公证的几点思考----------2015 年 1 月 27 日　公证人　李晓芳
从法治建设看待遗产继承话题——兼谈“法律话题”如何“讨论”----------2015 年 1 月 28 日　公证观止
公证视点：遗产继承是否适用司法确认程序（上）----------2015 年 1 月 28 日　公证人　张红光
公证视点:遗产继承是否适用司法确认程序(下)----------2015 年 1 月 29 日　公证人　张红光
行业周边:房产证过户给子女流程与费用详解----------*2015 年 1 月 30 日　两高法律资讯*　公证人
十、新书资讯
《家事法研究(2014 年卷）》出版----------2015 年 1 月 11 日 家事法苑 婚姻法学研究会
黄进、杜焕芳等：中国国际私法司法实践研究（2001-2010）----------2015 年 1 月 14 日　中国人民大学官网

特别声明
简报获取：“家事法苑”家事律师网 http://www.famlaw.cn 首页“资料下载”!
家事法苑™是杨晓林律师自 2008 年 11 月开始在先拥有、使用的具有唯一性的法律服务商标。
家事律师网™是杨晓林律师 2011 年 6 月 1 日在中华人民共和国工信部备案注册、使用的 http://www.famlaw.cn 的网站专用名称（京 ICP 备 10218255 号-1），并实际在先拥有、使用且具有唯一性的法律服务商标。
未经特别许可，任何人不得擅自使用、仿冒，违者必究。
欢迎您加入“家事法苑”家事法主题沙龙 QQ 群（群号：153181612）-----即时分享最新中国婚姻家庭法制信息动态，真诚欢迎对婚姻家庭法感兴趣的律师、法官、学者、在校同学、媒体、妇联及其他朋友加入，共建专业领域内交流正常、正当交流的和谐平台！

“家事法苑”微信公众订阅号：“家事法苑”，微信号“famlaw”

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
本期编辑：刘强
家事法苑™家事律师网 http://www.famlaw.cn
家事法苑™新浪微博：http://weibo.com/jiashifayuan
家事法苑™婚姻律师团队官方博客 http://blog.sina.com.cn/jiashifayuan
简报订阅、意见反馈邮箱：xiaolinlvshi@vip.sina.com

正　文

一、婚姻家庭审判动态

为争夺遗产利益 姑表亲反目为仇
宝山路街道司法所调解员采用“背对背”方式化解纠纷

2014 年 12 月 30 日　上海法治报　周寒梅

“房子是祖父留给父亲的，而且父亲出资翻修过数次，凭什么要给别人补偿款!”闸北居民王某与姑表亲李某日前因房屋拆迁问题闹得不可开交。眼见双方越来越僵持，宝山路街道司法所的调解员决定采用“背对背”方式深入调解，维系大家庭的和睦。

为争遗产亲人对簿公堂

2014 年 11 月中旬，王某和李某来到宝山路街道司法所要求协助调解他们之间的矛盾，但是在王某叙述过程中，细心的调解员发现李某对于该次调解一脸不屑与不信任，后经深入了解，两人曾在动迁公司等部门调解过，但均未调解成功，且通过李某的言语了解到，李某对于王某找到的调解员均不信任，认为与王某串通。

为此，调解员明确了自己的中立立场，不会偏向任何一方，同时在调解的过程中是始终坚持以法律为准绳，再讲究情理并融，李某稍稍放松排斥情绪。

在沟通的过程中，宝山路街道司法所的调解员了解到，王某与李某是姑表亲，王某的外公、外婆，即李某的爷爷、奶奶（均已故）名下房屋动迁，王某的母亲及李某的父亲均有继承权，由于王某母亲年事已高，便全权委托女儿王某代为办理房屋拆迁补偿事宜。介于李某父母已过世，李某及其兄妹享有代继承权，由李某代理房屋拆迁补偿事宜。

按照相关规定，一户一证只能由一方全权代理签订动迁协议，由于王某母亲户口不在动迁房屋内也不在该处居住，按照相关规定王某母亲只享有货币补偿，按照继承法，补偿额度为补偿总额的一半，而李某及其兄妹可享房屋安置，最后经商议决定由李某全权负责代理签订动迁协议，动迁公司将动迁补偿款打入李某账户，由李某将相应补偿返还给王某。

但是，动迁协议签订后，李某携款拒不返还王某，王某多次追讨，未果，又多次找相关单位调解均未成功，绝望之际找到街道。

而此时李某仍然拒绝返还补偿款，理由是，“房子是祖父留给父亲的，而且父亲出资翻修过数次，凭什么要给别人补偿款!”王某见状声称去法院。

“背对背”方式深入调解

眼见双方越来越僵持，宝山路街道司法所的调解员决定采用“背对背”的方式深入调解。首先，调解员到动迁公司查验相关材料，证明王某的确为其母亲委托人。

随后，又从王某处了解到其母亲早年生活在外地，且无工作，王某外公外婆在世期间很少回上海探望，只是在二老离世时参加了葬礼。此时，调解员找到了突破口，将继承法逐条解释给王某听，根据你母亲的情况，即便是到了法院，也只能给你母亲部分补偿，因为法律偏向履行赡养义务的子女，而且走司法程序是要付出成本的，包括物质成本和时间成本。

听到这里，王某改口说母亲在外地期间有寄过生活费，调解员立即反问有证据证明吗？比如邮政或银行流水等，在法庭上要的是证据，王某沉默了。调解员乘势劝说，你母亲远离家乡，无法尽孝，外婆无收入，外公虽然有些许收入，但非常微薄，舅舅在世一直与外公外婆同住，照顾他们终老，这也使得你母亲能够放心在外生活。从情理上来说，舅舅尽的义务更多，所以无论从法律上来说还是从人情上来说，舅舅都应分到更多遗产，王某最终松口。

其次，调解员约谈李某，开始李某情绪相当抵触，调解员为其释明相关法律条文后明确其父可继承稍多遗产，李某情绪立即缓和，同意继续调解。调解员重申自己的立场，坚持以法律为基础：“即便祖父真的口头答应房产归你父亲，但并没有真正过户，所以从法律意义上来说该处房屋仍然属于遗产，既然是遗产就要按照相关法律分配遗产，独占遗产是违法的，这一点法院是支持的，所以即使打官司，仍然是这样的结果。李某态度不再僵持，同时由于祖父母生前由你父亲赡养，包括丧事全由你父亲料理，所以依法你父亲可多分遗产，至于多少可协商。其次，表姐之所以未与你签订相关协议也是对你的信任，你握补偿款不返还于情于理都说不过去，祖父母在世一定不愿意看到孙辈如此相处，本是同根生，相煎何太急。”经过多次协调，终于使甲乙双方就补偿额度达成一致。同时，双方也握手言和。

【调解心得】

真情换和解　细心铸经典

宝山路街道司法所介绍，可以不完全概括本纠纷调解案例的成功之处，本纠纷因遗产引发的典型的家庭纠纷。本纠纷的成功调解有很好的示范作用：首先，立足亲情，准确寻找调解突破口。调解员从亲情着手，耐心释法引导，唤起当事人对和睦家庭的回忆和向往。其次，找准调解难点，创新调解方法。调解员准确把握纠纷的调解主线，即遗产的分配，了然于胸，为成功调解奠定基础。最后，最大限度实现当时人权益。调解员立足于彻底解决纠纷，处处为当事人利益着想，真正做到了案结、事了、人和。既实现了双方的继承权利，更维护了亲情和家庭和睦这一更高“利益”，同时弘扬了“和为贵”的家庭伦理和社会价值。

首家法院家暴庇护所徐州试水
期待反家庭暴力法给予法律支持

2014 年 12 月 31 日　中国妇女报　李源

布置温馨的徐州市贾汪区法院家暴庇护所

两张松木小床各放一边，中间一个写字台，旁边还有衣柜等日常家具；墙上的装饰画、暖色的窗帘，都让一个20多平方米的房间充满了家的味道……与庄严的法庭不同，在江苏省徐州市贾汪区法院家事诉讼司法服务中心长廊的深处，藏着一个温馨的空间——全国法院系统首家反家暴临时庇护所。

“法院成立反家暴临时庇护所是针对受害人遭受家庭暴力而又无处避难采取的临时性救助措施，可在短时间内为受害人提供安全保护，可为人民法院对施暴者采取强制措施预留一定的准备时间，可为受害人选择安全的避难方式预留思考时间。” 日前，在徐州中国矿业大学举办的“妇女庇护所能力建设与政策倡导研讨会”上，贾汪法院家事审判庭庭长王道强介绍了该院成立反家暴临时庇护所的初衷以及家事案件审理的经验。

两条主线探索家事案件审理

近年来，家庭暴力问题日益受到世界各国关注和重视，我国也加快了反家庭暴力的司法实践与单独立法的步伐。

“就贾汪区法院审理的离婚案件而言，约30%的案件原告主张离婚原因为不堪忍受家庭暴力的侵扰，经过开庭审理，约8%的案件可以认定家庭暴力成立。受害者因受家庭暴力的侵扰，不仅身体上受到折磨，精神上亦万分痛苦，长期生活在恐惧之中，造成婚姻解体、家庭破裂。更有甚者，愤然反抗，伤害甚至杀人，社会危害十分明显。”12月29日，王道强向记者介绍了该院近年来审理涉家暴案件的情况，并表示，“为此，我院不断探索反家暴司法审判，加快了实践步伐。”

2011年3月，贾汪区法院在民一庭内部设立家事审判合议庭，开始探索家事案件专业化审判的历程。2012年5月，贾汪区法院成立了具有独立编制的家事审判庭，家事案件的审理向系统化、精细化、规范化迈进。

“家事案件的审理一直围绕着两条主线进行探索：一是和谐主线，以维系亲情关系，倡导谅解、包容为主旋律，强调调解在化解家事纠纷中的作用；二是反家暴主线，以制止、制裁家暴行为，解除痛苦为重要选择，强调采用‘人身安全保护’等手段作为实现离婚自由的重要措施。”贾汪法院院长李徐州介绍，反家暴主线在家事案件审理中占有非常重要的地位。

据了解，在家事审判合议庭成立之初，贾汪区法院即把反家暴作为家事案件审理的重要内容，与妇联、公安联合制定《人身安全保护裁定实施细则》《关于涉及“家庭暴力”案件证据固定制度的实施意见》，2011年至今，已发出40份“人身安全保护裁定”。仅2014年1月至10月，该院审结的500件家事案件中，就有近150件涉及家庭暴力，其中近40件家庭暴力倾向明显，有12件受害人提出人身安全保护，经审查，该院发出人身安全保护裁定8例，有效地制止了家庭暴力行为。

“尚没有受害人反映再次受到施暴人的侵害，效果还是比较满意的。”李徐州说。

三个需要促成家暴临时庇护所成立

“人身安全保护”强制措施无疑对保护受害人的人身和自由、制止和制裁施暴人起到了非常重要的作用，“但实践中面临的一些问题引起了我们的思考，光有‘人身安全保护裁定’还不够，还需其他配套措施的出台。”王道强告诉记者，3个需要促成了“反家暴临时庇护所”的成立，“为缓解受害人心理郁结的需要；防止矛盾激化、避免高风险的需要；情况紧急，法院依法采取强制措施的需要。”

11月24日，在“国际消除对妇女暴力日”及《中华人民共和国反家庭暴力法(征求意见稿)》公布并向社会各界广泛征求意见前夕，贾汪区法院“反家暴临时庇护所”在家事诉讼司法服务中心成立。

“设立这个反家暴临时庇护所，主要是为那些遭受侵害的受害人提供一个临时的安身之处，这样既能够保护受害人的安全，也能获取充分的应对时间。临时庇护所原则上提供不超过24小时的救助，特别情况可以适当延长。”王道强介绍，“反家暴临时庇护所”计20多平方米，配有两张松木小床、写字台、衣柜等日常家具，屋内的装饰也让这里充满了家的味道。“目前，已经接待了一名当事人，为其提供了必要的庇护。”

贾汪区法院的做法，在徐州市家庭暴力庇护中心原主任、中国矿业大学教授马李看来是一种创新，“法院的保护令可以和庇护所有效结合”，对受害人而言确实是一种人性化的举措。

“法院的庇护原则是不超过 24 小时，在社工服务、转介服务尚不发达的今天，即使有其他各类庇护所，也有其必要性，其和民政的庇护（一般不超过 10 天）构成临时庇护的主体，和企业的长期庇护所（就业安置性质）构成一个完整的庇护体系。”而且，“法院和民政的庇护所安全性较好，对施暴人能产生震慑力。同时，法庭可以接触施暴者，有施展行为矫治的可能。”

虽然得到了认可，王道强还是理性地指出，“法院成立反家暴临时庇护所在理论上是对反家暴理论实践的有益补充，但各个法院应根据工作开展的具体情况进行，不能一概而论，我院亦是在探索中进行。”作为一项创新司法实践，王道强期待将来的反家庭暴力法能够给予明确的法律支持，“反家暴法出台后，反家暴的理论性、系统性都将趋于完善，反家暴庇护所在法律上也必定会有详细的规定。”

民事案件疑难问题研讨纪要

2015 年 1 月 6 日　法眼观察

2014 年 6 月份，上海高院民一庭召开了全市法院民事审判工作季度庭长例会，主要就侵权损害、婚姻家庭、消费纠纷等民事案件疑难问题进行了研讨，并形成了较为统一的意见，现将本次研讨意见纪要如下，供大家审理案件时参考。

民事案件疑难问题研讨纪要

民一庭调研与参考[2014]17 号

一、侵权损害纠纷

（一）未投保交强险的机动车发生交通事故的，投保义务人与侵权人不一致时，投保义务人在承担全部的赔偿责任后，可否向侵权人追偿？应按照何种比例追偿？

倾向意见认为：《最高人民法院关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第十九条明确了当投保义务人与侵权人不是同一人时，侵权人与投保义务人在交强险限额内承担连带责任，即连带赔偿受害人因机动车未投保交强险从而不能从交强险中获得赔偿的损失。至于投保义务人与侵权人内部责任的分担，则应根据《侵权责任法》第十四条的规定来确定。由于侵权人即实际驾驶人系基于未审查机动车是否投保交强险的注意义务而承担赔偿责任，而投保义务人则是违反了应当投保交强险的法定义务而承担赔偿责任，二者的责任性质不同、责任大小也难以区分，根据《侵权责任法》第十四条关于连带责任人之间难以确定责任大小的平均承担赔偿责任的规定，未投保交强险的投保义务人在承担全部赔偿责任后，可按 50%的比例向实际驾驶人追偿。

（二）医疗损害责任纠纷的过错推定问题？

关于《侵权责任法》第五十八条规定，患者有损害，因下列情形之一的，推定医疗机构有过错：（一）违反法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范的规定；（二）隐匿或者拒绝提供与纠纷有关的病历资料；（三）伪造、篡改或者销毁病历资料。实践中对于该条应当如何把握有一定争议。

倾向意见认为：首先，《侵权责任法》第五十八条的规定，是推定过错，并非是推定责任。也就是说当医疗机构存在《侵权责任法》第五十八条罗列的情形时，可以推定医疗机构有过错，但并不等于医疗机构应当承担全部责任。如医疗机构存在的过错与患者的损害后果之间没有因果关系或只存在部分因果关系的，则应据此分别承担相应的法律责任。其次，当医疗机构存在《侵权责任法》第五十八条规定的情形时，并且因此导致无法进行损害后果与过错之间的因果关系的鉴定，例如隐匿相关重要病历资料导致无法进行因果关系的鉴定等情形，应当认为患方完成了因果关系的举证责任。如医疗机构否认过错与损害后果之间存在因果关系的，应当提供相应的证据。医疗机构不能提供证据的或所提供的证据不能达到高度盖然的标准的，应认定因果关系成立，医疗机构应对患者的损害后果承担赔偿责任。患者自身对损害后果的发生有过错的，可依据《侵权责任法》第二十六条的规定，减轻医疗机构的责任。

（三）农保、镇保养老金是否属于收入来源？受害人的已享受农保、镇保待遇的近亲属能否作为被扶养人？

随着社会养老保障体系的逐步完善，除了城镇职工养老保险制度以外，农村居民、城镇居民也都可享有城乡居民养老保险待遇。实践中，对于受害人的已领取了农保、镇保养老金的近亲属能否作为被扶养人，有不同的观点。

倾向意见认为：农保、镇保待遇虽属于收入来源，但有别于城保，往往金额较低，难以维持基本生活需求。如一概认为有农保、镇保收入的就不作为被扶养人范围，不仅可能违背客观事实，也有失公允。故可参照受害人的近亲属生活当地最低生活保障金额标准，如农保、镇保养老金收入低于该标准的，则受害人的已享受农保、镇保待遇的近亲属可以作为被扶养人，并以城镇居民人均消费性支出或农村居民人均年生活消费支出与镇保、农保收入两者之差作为被扶养人生活费的计算基数。

（四）代驾的法律属性及其责任承担原则？

代驾现在已经逐步地进入平常百姓的生活，其中既有以个人名义直接推出代驾服务的，也有代驾公司提供服务，还有网络平台集合代驾人推出服务的。在不同的情形下，代驾人与被服务对象之间是何种法律关系，将直接影响到发生交通事故后的责任承担。

倾向意见认为：在有偿代驾的前提下，不论代驾人是以个人名义还是以公司形式推出代驾服务的，均在召唤代驾人与代驾人或代驾公司之间形成服务合同关系。根据机动车运行支配者和运行利益享有者承担事故损害赔偿责任的

原则，代驾人或代驾公司应当对代驾中发生的交通事故损害承担民事赔偿责任，如果机动车车主或召唤代驾人等对损害发生也有过错的，可以减轻代驾人或代驾公司的民事赔偿责任。

二、婚姻家庭纠纷

（一）分家析产案件中，涉及夫妻共同财产的，是否可以对该部分共同财产一并予以分割？

倾向意见认为：根据《最高人民法院关于适用<中华人民共和国婚姻法>》若干问题的解释（三）》第四条规定，婚姻关系存续期间，夫妻一方请求分割夫妻共同财产的，人民法院不予支持，除非具有司法解释规定的重大理由且不损害债权人利益的。因此，在分家析产案件中涉及夫妻共同财产的，除非存在符合最高院司法解释规定的情形，否则对该部分共同财产不予在夫妻间分割，但对家庭其他成员的份额可以进行析产。

（二）夫妻共同债权，仅夫妻一人主张，另一人未主张，如何处理？

倾向意见认为：在合同之诉中，仍应考虑合同相对性原则，若夫妻双方共同与他人签署合同产生债权，一方起诉的，则应追加对方为共同原告；若夫妻中一人与他人签署合同产生债权，则签署合同的夫妻一方可以作为原告主张债权。

三、消费纠纷

（一）关于无理由退货规定的理解与适用

新修订的《消费者权益保护法》（以下简称《消法》）增加了第二十五条无理由退货的规定，实践中对于该条的理解适用存在一定争议。

1、如何理解无理由退货的除外规定？

《消法》第二十五条规定了四类商品不适用无理由退货，并规定“根据商品性质并经消费者在购买时确认不宜退货的商品，不适用无理由退货。”目前，部分经营者在出售商品时明确声明“本商品不适用无理由退货”、“非质量问题概不退换”、“签收后超过 24 小时不再受理退货”等，此类格式条款的效力如何认定？

倾向意见认为：除法律规定不适用无理由退货的商品外，商品性质和经消费者在购买时确认是不适用无理由退货规定的构成要件。因此，法院在审查上述条款效力时，应结合商品性质不同进行区处。若商品性质属于可退货范围，经营者以上述类似格式条款否定消费者法定权利，违反法律的强制性规定，应为无效。若商品性质属于不宜退货性质，且消费者在购买时确认的，则该格式条款的排除适用约定有效。因为消费者在知晓相关提示的情况下，再行购买的行为，应视为接受了相关的排除无理由退货的约定。否则，其可以选择到其他商家购买类似商品。

至于如何判断商品是否适宜退货，一般应结合消费习惯、公众认知等情况予以合理确定。如内衣、化妆品、食品、饮料等，由于涉及健康卫生等因素，消费者对于退货商品一般较难接受，为了平衡消费者和经营者之间的利益，可认为商品性质属于不宜退货。

2、如何判断商品完好无损？

《消法》第二十五条第三款规定“消费者退货的商品应当完好”，实践中对于商品已拆封的，如何认定商品完好？

倾向意见认为：商品完好不以商品是否拆封作为判断的唯一标准。判断商品是否完好，关键看是否会影响商品的再次销售。若消费者为检查、试用拆封商品，但商品本身不污不损的，可以认定商品完好。

（二）关于《消法》第五十五条第二款的理解与适用

《消法》第五十五条第二款规定：“经营者明知商品或者服务存在缺陷，仍然向消费者提供，造成消费者或者其他受害人死亡或者健康严重损害的，受害人有权要求经营者依照本法第四十九条、第五十一条等法律规定赔偿损失，并有权要求所受损失二倍以下的惩罚性赔偿。”实践中，对于该条款中惩罚性赔偿损失的范围存在不同理解？

倾向意见认为：该惩罚性赔偿损失仅指受害人因人身受损害而产生的损失，不包括财产损失。该条款规定“受害人有权要求经营者依照本法第四十九条、第五十一条等法律规定赔偿损失，并有权要求所受损失二倍以下的惩罚性赔偿。”而第四十九条、第五十一条所规定的损失仅为人身损失，故该惩罚性赔偿损失也仅指人身损失。

（三）《食品安全法》中惩罚性赔偿的理解与适用

《食品安全法》第九十六条规定：“生产不符合食品安全标准的食品或者销售明知是不符合食品安全标准的食品，消费者除要求赔偿损失外，还可以向生产者或者销售者要求支付价款十倍的赔偿金。”（以下简称“十倍赔偿”）实践中，对于该规定的理解存在一些争议。

1、“十倍赔偿”是否可以调整？

倾向意见认为：除原告放弃部分请求外，法院不对十倍赔偿进行调整。因为十倍赔偿为法定赔偿，法律并未规定在十倍以下调整。对于不安全食品，严格适用惩罚性赔偿，加重食品生产者、销售者的违规成本，更有利于促进食品质量安全。

2、若当事人主张不符合“十倍赔偿”构成要件，但符合《消法》第五十五条第一款“退一赔三”规定，是否可在当事人未变更诉请的情况下直接适用？

倾向意见认为：不能直接适用。“十倍赔偿”与“退一赔三”规定的适用条件存在差别，前者是以食品不符合安全标准为前提，后者则以经营者存在欺诈为前提，二者的请求权基础明显不同。当事人仅提出“十倍赔偿”的诉请，但又不符合该法条构成要件的，其请求明显无法成立。法官可根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第三十五条的规定进行释明。经释明，当事人仍坚持不变更诉讼请求的，人民法院应驳回其诉请。

称同居期间为女方买房 分手后六旬翁起诉要回

2014 年 12 月 31 日　　作者：杨磊 曾巧艺　北京市第二中级人民法院

王大爷今年已经六十多岁，其与宋某原系师生关系，后共同生活，现今双方发生矛盾分手。因认为共同生活期间付出较多，王大爷对分手心存不悦，将女方诉争法院。

王大爷称，其与宋某原是师生关系。后因为宋某女儿补习功课，双方联系，并于 2004 年在一起。宋某离婚后，称要为其养老送终，双方同居。同居期间，其提供租房费用，并给付宋某生活费。自己的收入也全部交给宋某，每月均在万元以上。2006 年双方以宋某的名义贷款购买一套房屋，房屋登记在宋某名下。首付款中其出资大部分，之后的月供也是由其负担。房屋装修、购置家具家电、供暖物业等费用也全部由其支出。现如今双方产生矛盾，宋某已经不让其回家，其认为房屋基本全部由其出资购买，应当属于其所有，只是当时其没有离婚才将产权办到宋某名下，故起诉至法院要求将购买的房屋判决归其所有。

宋某在法院辩称，其当时是有求于王大爷，双方才在一起的，但是诉争房屋的房款全部由其个人出资，而且购房的时候双方并没有同居，诉争房屋登记的所有权人是宋某，房屋应归其个人所有。故不同意王大爷的诉讼请求，请求法院予以驳回。

一审法院审理后认为，根据在案的证据，诉争房屋购买时间为 2006 年，而双方确认的同居时间在此时间之后。故购得的房屋不能作为同居期间的财产进行处理，且王某亦不能证明其对诉争房屋的出资情况，因此对其要求分割同居期间房屋的诉讼请求，法院不予支持。

王大爷不服一审判决，向二审法院提起上诉。其认为双方同居时间是在 2004 年，同居之后由其出资购买诉争房屋，首付款及贷款绝大部分都是其负担，女方当时根本没有能力支付这些款项。请求二审法院支持 上诉请求。

二审中王大爷提交了一些证据，试图证明自己的诉讼请求，其中包括：其前妻对于上诉人与被上诉人之间同居的证人证言，上诉人给被上诉人女儿购买汽车的机动车登记证书，上诉人用于提前归还房贷和购买汽车的银行存取明细等等。

二审法院经过审理后认为，本案的诉争房屋登记在被上诉人宋女士名下，相关购房手续均由被上诉人宋女士签字办理，上诉人王大爷尽管提交了银行的存取明细等证据，但仍不能充分有效证明该房屋是在同居期间由其出资购买的，因此王大爷要求将房屋判决归其所有没有事实和法律依据，法院不予支持。

丰县法院建立社区婚姻家庭巡回法庭

2015 年 1 月 5 日 丰县人民法院

2014 年以来，丰县人民法院在全县 13 乡镇，161 个村(居)成立社区法庭，专门调处涉及妇女儿童及家庭成员的赡养、抚养、继承及其他婚姻家庭纠纷。

该院以社区法庭为依托，挂牌建立婚姻家庭纠纷巡回法庭，由巡回法庭就地立案、就地开庭。为有效预防、减少和化解婚姻家庭纠纷，法院与民政局、妇联进一步加强配合，强化服务，共同深入社区提供法律咨询、举办法制讲座、宣传《婚姻法》、《妇女权益保障法》、等有关婚姻家庭方面的法律和相关政策，为营造和睦婚姻家庭环境提供法律服务。

南京中院与市妇联共同发布家事典型案例

2015 年 1 月 13 日　南京市中级人民法院

南京中院与南京市妇联

共同举办家事典型案例评选及发布

婚姻家庭生活中出现的矛盾纠纷非常普遍，社会公众也十分关心在此类纠纷发生后如何来保护自己的合法利益，南京中院与南京市妇联共同举办家事典型案例评选及发布，让社会公众了解此类案件的裁判模式，了解婚姻家庭方面的法律知识，从而通过法律来加强自我保护。

同时，这些案例在普及法律知识的同时，也弘扬中华传统道德，对社会公众起到一个引导示范的效应。希望通过这些案例的发布，以司法审判助推社会主义道德建设，以道德规范树立司法权威，形成以案释法、以法明理、以理立信的良性循环，在全社会树立法治意识，形成法治信仰。

近日起，我们将选取部分案例，通过微信、微博发布。小编还为大家争取到了 100 本免费赠送的福利，可以私信联系我们！

家暴受害方在离婚时是否有权请求损害赔偿？

一、案情简介

李某（男）与华某（女）于 2002 年 4 月结婚，2004 年 9 月 26 日生一子李某某。2012 年 8 月，李某向法院起诉，请求解除婚姻关系。法院审理中，华某认为李某经常殴打自己，多次严重受伤，存在家庭暴力，请求损害赔偿。李某对此不予认可，认为华某受伤是自己摔倒的，而非其殴打，其确实打过华某，但事出有因，并华某经常在公众场合辱骂自己，殴打自己。

本案的争议焦点是：李某是否具有实施家庭暴力的行为；法院是否应当判决离婚；如存在家庭暴力，无过错方是否有权请求损害赔偿。

二、判决结果

法院认为，华某提供的证据及法院调取的证据可以证明李某对华某实施家庭暴力的事实，华某有权请求损害赔偿，据此判决：1.准予李某与华某离婚；2.婚生子李某某由华某抚养，李某每月给付抚养费2000元，至李某某十八岁时止；3.李某给予华某赔偿款。

三、相关法律规定

《中华人民共和国婚姻法》第三十二条：实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员，调解无效的，应准予离婚。

第四十六条：实施家庭暴力，导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿。

《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）》第一条：婚姻法第三条、第三十二条、第四十三条、第四十五条、第四十六条所称的“家庭暴力”，是指行为人以殴打、捆绑、残害、强行限制人身自由或者其他手段，给其家庭成员的身体、精神等方面造成一定伤害后果的行为。持续性、经常性的家庭暴力，构成虐待。

四、案件点评

本案是夫妻一方实施家庭暴力是否准予离婚和请求损害赔偿的典型案例。

发生在夫妻之间的家庭暴力的方式，主要体现为一方通过暴力或胁迫、侮辱、经济控制等手段实施侵害另一方的身体、性、精神等方面的人身权利，以达到控制另一方的目的的行为。根据有关国际公约、国外立法例以及被普遍认可的学界理论研究成果，家庭暴力包括身体暴力、性暴力、精神暴力和经济控制四种类型：（1）身体暴力是加害人通过殴打或捆绑受害人、或限制受害人人身自由等使受害人产生恐惧的行为；（2）性暴力是加害人强迫受害人以其感到屈辱、恐惧、抵触的方式接受性行为，或残害受害人性器官等性侵犯行为；（3）精神暴力是加害人以侮辱、谩骂、或者不予理睬、不给治病、不肯离婚等手段对受害人进行精神折磨，使受害人产生屈辱、恐惧、无价值感等作为或不作为行为；（4）经济控制是加害人通过对夫妻共同财产和家庭收支状况的严格控制，摧毁受害人自尊心、自信心和自我价值感，以达到控制受害人的目的。家庭暴力不仅使受害人身体受伤，还会导致受害人产生抑郁、焦虑、绝望和厌世等不良情绪，当家庭暴力的严重程度超过受害人的忍耐限度时，受害人就可能转为加害人，以暴制暴杀死或致伤加害人，社会秩序为此付出的代价不可低估。

对家庭暴力的认定应区别于夫妻间偶尔的争执。一般夫妻纠纷中也可能存在轻微暴力甚至因失手而造成较为严重的身体伤害，但其与家庭暴力有着本质的区别。家庭暴力的核心是权力和控制。加害人存在着通过暴力伤害达到目的的主观故意，大多数家庭暴力行为呈现周期性，并且不同程度地造成受害人的身体或心理伤害后果，导致受害一方因为恐惧而屈从于加害方的意愿。而夫妻纠纷不具有上述特征。

本案中，华某提交的病历、门诊记录、手术同意书、多次报警记录，可以证明李某在婚姻关系存续期间，有多次、连续、不间断殴打华某的行为，致华某受伤，且伤害程度较重，该行为属于法律意义上的家庭暴力行为。对实施家庭暴力的行为，法院经调解无效，应判决准予离婚，且无过错方华某主张损害赔偿时，法院应当予以支持。因此，法院考虑到李某作为施暴方对婚姻解体存有重大过错，故判决李某应给付华某相应的损害赔偿款。

本案判决进一步说明，最大限度保护和实现弱势群体的权利是司法永恒的价值取向。在审理涉及家庭暴力的婚姻家庭案件过程中，法院将充分保护受害人，以及因此直接或间接受害的未成年子女的合法权益。同时，家庭暴力是一个社会问题，需要多机构合作，才能有效预防和制止家庭暴力。在日常生活中，则应当倡导夫妻之间互相忠实、互相尊重的原则，维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系，夫妻双方应互谅互让、加强沟通，不能以任何借口和理由实施家庭暴力，否则将承担相应的法律责任。

海沧法院家事审判彰显人文关怀

2015年1月15日　　福建高院　安海涛　付臻

家和万事兴，家庭和谐是实现社会和谐的前提。然而家庭纠纷不同于一般的民事纠纷，往往更加复杂，涉及家庭成员之间的人身关系、财产关系、未成年子女保护、个人隐私以及亲情伦理等范畴，具有强烈的伦理道德色彩和特殊的司法审判规律，更需要人文关怀。

正是基于这种理念，福建省厦门市海沧区人民法院启动了家事审判改革，将家事案件从民事审判格局中剥离出来。2013年4月，福建省首个综合性家事法庭开始试运行，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，开启了家事纠纷审判的专业化之路，既彰显了司法的人文关怀，也推进了社会治理方式的有益创新。

新角色：定分止争的“社会医生”

“这就是家事法庭的‘三室一厅’。‘会客厅’其实是一个开放式的等候区，藤制的桌椅、暖色的灯光都营造出一种家的氛围。” 家事法庭讲解员小李向记者娓娓道来，“这面背景墙利用剪影浓缩了人的一生，从嗷嗷待哺的婴儿到青春少年，到结婚、生子，直至步入人生的晚秋……其实在每个阶段，家庭都是我们生活中最温暖的底色，而我们家事法庭正是希望能够唤起当事人心中的强烈共鸣。”

在讲解员的带领下，记者走进了家事法庭的调解室，舒适的沙发椅，米色的窗帘，墙上挂着“家和万事兴”、“举案齐眉，琴瑟和鸣”的书法作品，让人仿佛置身家中。

“在布置上，我们淡化了原、被告的对立，没有高高在上的审判席，没有原告、被告席，没有刻板的规劝语，

只有法官、丈夫和妻子的称谓。”小李说。

与硬件相配套的是扎实的“软件”架构，家事法庭目前有 4 名女性工作人员，平均年龄 36 周岁，均为本科以上学历，庭长郭静还是“全国维护妇女儿童权益先进个人”，有非常丰富的家事纠纷审判经验。

这种结构将女性耐心细致的工作优势发挥到了最大化，她们不再单纯 “坐堂听案”，更多的是“下堂听案”，深入到当事人家庭中去近距离观察，洞察双方情感的微妙变化，寻找利益平衡点，找到解决矛盾的钥匙。用当事人的话说，她们不仅仅是审判者、调解者，更是具有医者仁心、定分止争的“社会医生”。

郭静向记者讲述起不久前的一个案件：夫妻结婚多年，婚后丈夫被派到外地工作，夫妻聚少离多。直到去年，吴女士因脑膜瘤偏瘫，卧床不起，丈夫才调回厦门。但由于长期的隔阂，两人闹起了离婚。考虑到吴女士的身体状况，家事法庭的法官决定为她“上门服务”。

去年 12 月 2 日，一场特殊的庭审开始了——餐桌变成了审判席，摆着“审判员”、“书记员”的牌子，沙发和板凳变成了原告席和被告席。由于双方情绪激动，争执激烈，这场餐桌上的庭审持续了近 3 个小时。

庭审虽然结束了，但法院的工作却远远不止这些。庭后，法官们不仅启动了婚姻心理辅导机制，还多方走访，请来了民政部门和残联共同为二人做思想工作。功夫不负有心人，最终促使双方调解结案。

为了巩固和扩大调解家事纠纷的效果，家事法庭充分调动妇联、共青团、司法局、民政局、街道等社会各界力量形成整合联动，建立起了家事案件多元调解立体网络和特色调处机制。吴女士离婚案即是她们充分利用多元调解网络解决纠纷、维护残疾当事人权益的典型案例。

海沧法院院长傅远平介绍，家事法庭试运行至今，审结的案件不仅无一例发回重审、改判，许多当事人还把法官当成了自己的贴心人。

新理念：“善”断家务事的法庭

家事法庭注重将法律的“刚性”权威与法官的“柔性”情怀相结合，以“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。

2014 年 3 月 18 日，一辆土方车和一辆摩托车相撞，导致摩托车上夫妻二人当场死亡，妻子腹中的胎儿被撞出母体，后经抢救奇迹生还，这个孩子被网友称为“奇迹宝宝”。

这起交通肇事案和“奇迹宝宝”的命运受到了社会各界的高度关注。在审理此案时，家事法庭把化解双方的仇怨作为突破口，接连数日在两个家庭间奔走忙碌，还为婴儿送去了“雨露基金”和慰问品。

为了在两个家庭之间搭建起一座爱心桥梁，法官们带着肇事司机的两个女儿一起上门去看望取名“小平安”的“奇迹宝宝”。在众人感动的泪水中，两个大孩子的手和小婴儿的手握在了一起。

第二天这一新闻见诸报端与网络，人们对法官们的真情和爱心赞许有加。

在家事法庭，法官们将调解工作贯穿审判始终，她们集体创作了“劝和歌”、“致夫妻书”、“致父母书”，与随案调查问卷一同在庭前发放。通过探索实践，她们还总结出了一套“感情修复四步法”，帮助当事人重归于好。

小宋和小曹在工作中结缘，小宋家境优越，当初不顾家人的极力反对，坚持娶小曹为妻。孩子出世不久，两人因婆媳关系及抚育孩子等琐事产生矛盾，妻子负气携子回到娘家，一走就是大半年。由于缺乏沟通，加上两个家庭的介入，负气之下的妻子选择了起诉离婚。

“在庭审中，我注意到双方都在赌气，互望的眼神更多的是哀怨，而不是冷漠。于是，我们家事法庭特有的‘感情修复四步法’派上了用场。”承办法官林焕华介绍说，她先让双方一起回忆热恋时的甜蜜，再让男方当庭说出当时不顾家人力阻而坚持与女方结合的原因。

这时，庭上的气氛明显发生了变化，双方都流下了眼泪。林焕华抓住时机，让这对小夫妻单独到调解室沟通。很快，小曹终于哭诉了一直困扰她的心结——原来，双方结婚时未办婚礼，这对处在山区农村的女方家庭来说是莫大的屈辱，加之孩子出生后婆媳因孩子抚养问题而生嫌隙，她才离家出走。丈夫不明就里，不仅不安慰，甚至觉得她无理取闹。误会就这样越结越深，最终对簿公堂。

听完妻子的哭诉，小宋立刻表示，回家后马上补办一场盛大的婚礼！一对差点劳燕分飞的夫妻终于捐弃前嫌，携手回家。

此外，傅远平告诉记者：“早在 2009 年，我们就引入心理辅导制度，邀请专业的心理辅导老师帮助未成年被告人进行心理疏导，为离婚纠纷当事人提供婚姻质量评估服务，并在社区开设婚姻辅导班，将婚姻、家庭心理辅导工作常态化，取得了良好的效果。”

新定位：参与社会治理的平台

“判决前后，其实有许多问题需要社会各方一起解决。比如弱势群体需要社会伸出援手；对于有纠纷但是感情未破裂的夫妻，社区可以前置干预，积极走访，重塑和谐；即使是离婚者也需要心理辅导；许多未成年人犯罪的背后，都存在着家庭不和睦、家长疏于教育或方式不合理等问题，这些都需要多方合力才能化解。只有全社会一起努力，家事问题才不会激化演变成社会问题。”对于家事法庭所涉的案件特点，郭静有着更深入的体会。

为了更有效地解决这些问题，家事法庭在机制上展开了一系列探索创新。

针对海沧区外来人口多，外来务工人员被告人几乎不适用缓刑的困境，家事法庭率先建立了“外地户籍未成年罪犯监管帮教机制”，对符合一定条件的外地户籍未成年罪犯依法判处缓刑，并纳入本地社区矫正范围。她们还成

立了“法官妈妈团”，连年对辖区未成年犯罪人员回访，并通过相关机构的帮扶，重点解决他们的就学、就业困难。

初中毕业后，在海沧打工的小张误入歧途，在赌场打杂被以开设赌场罪起诉。法院认为小张未成年，又系从犯，悔罪深刻，社会危害性小，决定判处缓刑。判决后，法官们联合司法局一起对小张进行多角度全方位的监管帮教，介绍他去监管帮教基地企业工作。

除此之外，家事法庭还在全省首创了家事调查员制度，聘任具有社工、教育、心理学等专业背景，具备一定婚姻家庭、妇女儿童权益保护知识，擅长沟通和调查，熟悉社区事务的基层工作人员担任。

“我们负责受法庭委托，通过实地调查，了解当事人的成长经历、婚姻家庭及财产等状况，向法庭出具书面调查报告或意见，并协助法庭对被调查人员及其家庭进行回访。”调查员廖老师告诉记者。

针对家事审判中发现的特点、难点，法官们还积极提出司法建议，推出审判白皮书，开办案例讲座、开展法制宣传、举办妇女专场开放日等活动。

对涉及侵害子女权益等问题的当事人，主动提供法律咨询服务，引导他们向法院起诉或申请人身安全保护令。推动成立“反家暴联盟”，设立“雨露基金”，帮扶困难家庭，组织志愿者送法上门，针对常见婚姻问题为群众答疑解难。

“下一步，家事法庭还将创新惠民举措，将尝试对新人开放，为新人举行结婚仪式提供一个庄严、神圣的场所。这是热心群众提出的一个惠民建议，我们觉得不错，相信新人们在庄严肃穆的氛围里牵手，一定会更加珍惜他们的婚姻。”郭静对此举充满了信心。（安海涛 付臻）

行管家之责 育和谐之果
——福建省厦门市海沧区法院家事法庭运行机制调查

2015 年 1 月 15 日　人民法院报　安海涛　付臻

家和万事兴，家庭和谐是实现社会和谐的前提。然而家庭纠纷不同于一般的民事纠纷，往往更加复杂，涉及家庭成员之间的人身关系、财产关系、未成年子女保护、个人隐私以及亲情伦理等范畴，具有强烈的伦理道德色彩和特殊的司法审判规律，更需要人文关怀。

正是基于这种理念，福建省厦门市海沧区人民法院启动了家事审判改革，将家事案件从民事审判格局中剥离出来。2013 年 4 月，福建省首个综合性家事法庭开始试运行，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，开启了家事纠纷审判的专业化之路，既彰显了司法的人文关怀，也推进了社会治理方式的有益创新。

新角色：

定分止争的“社会医生”

“这就是家事法庭的‘三室一厅’。‘会客厅’其实是一个开放式的等候区，藤制的桌椅、暖色的灯光都营造出一种家的氛围。” 家事法庭讲解员小李向记者娓娓道来，“这面背景墙利用剪影浓缩了人的一生，从嗷嗷待哺的婴儿到青春少年，到结婚、生子，直至步入人生的晚秋……其实在每个阶段，家庭都是我们生活中最温暖的底色，而我们家事法庭正是希望能够唤起当事人心中的强烈共鸣。”

在讲解员的带领下，记者走进了家事法庭的调解室，舒适的沙发椅，米色的窗帘，墙上挂着“家和万事兴”、“举案齐眉，琴瑟和鸣”的书法作品，让人仿佛置身家中。

“在布置上，我们淡化了原、被告的对立，没有高高在上的审判席，没有原告、被告席，没有刻板的规劝语，只有法官、丈夫和妻子的称谓。”小李说。

与硬件相配套的是扎实的“软件”架构，家事法庭目前有 4 名女性工作人员，平均年龄 36 周岁，均为本科以上学历，庭长郭静还是“全国维护妇女儿童权益先进个人”，有非常丰富的家事纠纷审判经验。

这种结构将女性耐心细致的工作优势发挥到了最大化，她们不再单纯 “坐堂听案”，更多的是“下堂听案”，深入到当事人家庭中去近距离观察，洞察双方情感的微妙变化，寻找利益平衡点，找到解决矛盾的钥匙。用当事人的话说，她们不仅仅是审判者、调解者，更是具有医者仁心、定分止争的“社会医生”。

郭静向记者讲述起不久前的一个案件：夫妻结婚多年，婚后丈夫被派到外地工作，夫妻聚少离多。直到去年，吴女士因脑膜瘤偏瘫，卧床不起，丈夫才调回厦门。但由于长期的隔阂，两人闹起了离婚。考虑到吴女士的身体状况，家事法庭的法官决定为她“上门服务”。

去年 12 月 2 日，一场特殊的庭审开始了——餐桌变成了审判席，摆着“审判员”、“书记员”的牌子，沙发和板凳变成了原告席和被告席。由于双方情绪激动，争执激烈，这场餐桌上的庭审持续了近 3 个小时。

庭审虽然结束了，但法院的工作却远远不止这些。庭后，法官们不仅启动了婚姻心理辅导机制，还多方走访，请来了民政部门和残联共同为二人做思想工作。功夫不负有心人，最终促使双方调解结案。

为了巩固和扩大调解家事纠纷的效果，家事法庭充分调动妇联、共青团、司法局、民政局、街道等社会各界力量形成整合联动，建立起了家事案件多元调解立体网络和特色调处机制。吴女士离婚案即是她们充分利用多元调解网络解决纠纷、维护残疾当事人权益的典型案例。

海沧法院院长傅远平介绍，家事法庭试运行至今，审结的案件不仅无一例发回重审、改判，许多当事人还把法

官当成了自己的贴心人。

新理念：

“善”断家务事的法庭

家事法庭注重将法律的“刚性”权威与法官的“柔性”情怀相结合，以“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。

2014 年 3 月 18 日，一辆土方车和一辆摩托车相撞，导致摩托车上夫妻二人当场死亡，妻子腹中的胎儿被撞出母体，后经抢救奇迹生还，这个孩子被网友称为“奇迹宝宝”。

这起交通肇事案和“奇迹宝宝”的命运受到了社会各界的高度关注。在审理此案时，家事法庭把化解双方的仇怨作为突破口，接连数日在两个家庭间奔走忙碌，还为婴儿送去了“雨露基金”和慰问品。

为了在两个家庭之间搭建起一座爱心桥梁，法官们带着肇事司机的两个女儿一起上门去看望取名“小平安”的“奇迹宝宝”。在众人感动的泪水中，两个大孩子的手和小婴儿的手握在了一起。

第二天这一新闻见诸报端与网络，人们对法官们的真情和爱心赞许有加。

在家事法庭，法官们将调解工作贯穿审判始终，她们集体创作了“劝和歌”、“致夫妻书”、“致父母书”，与随案调查问卷一同在庭前发放。通过探索实践，她们还总结出了一套“感情修复四步法”，帮助当事人重归于好。

小宋和小曹在工作中结缘，小宋家境优越，当初不顾家人的极力反对，坚持娶小曹为妻。孩子出世不久，两人因婆媳关系及抚育孩子等琐事产生矛盾，妻子负气携子回到娘家，一走就是大半年。由于缺乏沟通，加上两个家庭的介入，负气之下的妻子选择了起诉离婚。

“在庭审中，我注意到双方都在赌气，互望的眼神更多的是哀怨，而不是冷漠。于是，我们家事法庭特有的‘感情修复四步法’派上了用场。”承办法官林焕华介绍说，她先让双方一起回忆热恋时的甜蜜，再让男方当庭说出当时不顾家人力阻而坚持与女方结合的原因。

这时，庭上的气氛明显发生了变化，双方都流下了眼泪。林焕华抓住时机，让这对小夫妻单独到调解室沟通。很快，小曹终于哭诉了一直困扰她的心结——原来，双方结婚时未办婚礼，这对处在山区农村的女方家庭来说是莫大的屈辱，加之孩子出生后婆媳因孩子抚养问题而生嫌隙，她才离家出走。丈夫不明就里，不仅不安慰，甚至觉得她无理取闹。误会就这样越结越深，最终对簿公堂。

听完妻子的哭诉，小宋立刻表示，回家后马上补办一场盛大的婚礼！一对差点劳燕分飞的夫妻终于捐弃前嫌，携手回家。

此外，傅远平告诉记者：“早在 2009 年，我们就引入心理辅导制度，邀请专业的心理辅导老师帮助未成年被告人进行心理疏导，为离婚纠纷当事人提供婚姻质量评估服务，并在社区开设婚姻辅导班，将婚姻、家庭心理辅导工作常态化，取得了良好的效果。”

新定位：

参与社会治理的平台

“判决前后，其实有许多问题需要社会各方一起解决。比如弱势群体需要社会伸出援手；对于有纠纷但是感情未破裂的夫妻，社区可以前置干预，积极走访，重塑和谐；即使是离婚者也需要心理辅导；许多未成年人犯罪的背后，都存在着家庭不和睦、家长疏于教育或方式不合理等问题，这些都需要多方合力才能化解。只有全社会一起努力，家事问题才不会激化演变成社会问题。”对于家事法庭所涉的案件特点，郭静有着更深入的体会。

为了更有效地解决这些问题，家事法庭在机制上展开了一系列探索创新。

针对海沧区外来人口多，外来务工人员被告人几乎不适用缓刑的困境，家事法庭率先建立了“外地户籍未成年罪犯监管帮教机制”，对符合一定条件的外地户籍未成年罪犯依法判处缓刑，并纳入本地社区矫正范围。她们还成立了“法官妈妈团”，连年对辖区未成年犯罪人员回访，并通过相关机构的帮扶，重点解决他们的就学、就业困难。

初中毕业后，在海沧打工的小张误入歧途，在赌场打杂被以开设赌场罪起诉。法院认为小张未成年，又系从犯，悔罪深刻，社会危害性小，决定判处缓刑。判决后，法官们联合司法局一起对小张进行多角度全方位的监管帮教，介绍他去监管帮教基地企业工作。

除此之外，家事法庭还在全省首创了家事调查员制度，聘任具有社工、教育、心理学等专业背景，具备一定婚姻家庭、妇女儿童权益保护知识，擅长沟通和调查，熟悉社区事务的基层工作人员担任。

“我们负责受法庭委托，通过实地调查，了解当事人的成长经历、婚姻家庭及财产等状况，向法庭出具书面调查报告或意见，并协助法庭对被调查人员及其家庭进行回访。”调查员廖老师告诉记者。

为被家暴的受害者及时撑起法律的保护伞

广西出台《关于适用人身安全保护裁定问题的解答》

2015 年 1 月 13 日　广西法院网　黄 建

为指导全区各级法院在审理婚姻家庭案件中更好地运用法律保护遭受家暴的受害人及其特定亲属的人身安全，促进社会和谐稳定，自治区高级人民法院于去年十月制定下发了《关于适用人身安全保护裁定问题的解答》。昨天下午，自治区高级法院召开新闻发布会，就该《解答》出台的背景、制定过程和主要内容对媒体公布，并回答了媒体记者的提问。

新闻发布会由自治区高级法院新闻发言人、宣传处处长韦伟强主持。自治区高级法院审判委员会专职委员何艳斌作新闻发布。自治区高级法院副巡视员、民一庭庭长林立回答了记者提问。

受“男尊女卑”封建残余思想的影响，家庭暴力是我国长期存在的一个社会问题，它不仅严重地侵犯了家庭成员的合法权益，也影响着社会的安宁与稳定。为了掌握审判工作中涉及家暴案件的社会态势，自治区高级法院于2014年分别组织开展了对婚姻家庭案件中涉及家庭暴力情况及广西女性犯罪情况的专题调研，从随机抽取的100件婚姻家庭纠纷案件中，对近年来广西女性所犯故意伤害和杀人罪的原因进行了分析。在充分调研的基础上，以新修订的《民事诉讼法》为法律依据，结合试点法院积累的成功经验以及广西审判实际，制订并出台了《解答》。

《解答》共有十一条，明确了人身安全保护裁定的适用范围和目的所在，确立了人身安全保护裁定的具体申请条件，确定了人身安全保护裁定的有效期限，扩大了有资格作出人身安全保护裁定的管辖法院，加快了审查节奏，确立了有利于保护弱势家庭成员利益的证据认定标准。

自治区高级法院审判委员会专职委员何艳斌在新闻发布中指出，法院发出人身安全保护裁定并不代表已经对家庭暴力事实作出了认定，对家庭暴力事实的认定，还需要通过法庭审理程序，根据原告举证，结合被告质证意见和辩解来予以确认。这意味着对人身安全保护裁定的证据审查标准，要低于对家庭暴力事实认定的标准。只要申请人提供的初步证据足以使法官内心确信，其可能遭受家庭暴力危险的，即可批准申请，发出人身安全保护裁定。

《解答》中列举了人身安全保护裁定六项可供选择的措施，可以一项或多项同时适用，包括禁止被申请人殴打、威胁申请人或其子女及特定亲属；禁止被申请人用骚扰、跟踪等手段，妨碍申请人或者其子女、特定亲属的正常生活；中止被申请人对其未成年子女行使监护权或者探视权等，并设置了兜底条款，明确在上述六项措施之外，只要起到保护申请人及其特定亲属人身安全的作用，仍不妨碍人身安全保护裁定的适用。

新闻媒体记者提问的焦点多集中在人身安全保护裁定的可执行性方面。自治区高级法院副巡视员、民一庭庭长林立就《解答》的具体实施办法进行了进一步地说明和释疑。他指出，各级人民法院在发出人身安全保护裁定时将会抄送辖区公安机关、村（居）委会或当事人单位等有助于裁定执行的其他相关组织，共同监督被申请人履行裁定保护申请人的人身安全。同时，明确告知被申请人违反裁定的法律后果，对于被申请人在人身安全保护裁定生效期间，继续骚扰、殴打或者威胁受害人及其亲属，威逼受害人撤诉或者放弃正当权益，或者有其他拒不履行生效裁定行为的，人民法院将根据《民事诉讼法》的相关规定，视其情节轻重处以罚款、拘留。拒不执行裁定情节严重的，将由人民法院向公安机关移送侦查，依照《刑法》有关规定追究刑事责任。

安徽滁州琅琊区法院婚姻家庭法庭——
让当事人到“公堂”而不“对簿公堂”

2014年1月23日　中国妇女报　王蓓

埋头在每年300多件婚姻家庭类案件的15年里，安徽省滁州市琅琊区法院婚姻家庭审判庭第三任庭长刘艳从没有觉得自己的工作有什么特殊。

只有当其他省地市法院，来这里学习婚姻家庭案件审判经验时，她才会下意识地觉得 “自己所在的区法院在审理这一类案件时，先走了一步”——1999年，为了探索婚姻家庭类案件不同于其他民事案件的审判经验，该院在法院系统率先成立了婚姻家庭审判庭。

2013年，琅琊区法院婚姻家庭审判庭又探索“圆桌审判”，将威严的法庭改造成温馨的家庭式“和谐屋”，撤去高大庄严的审判台、泾渭分明的原被告席，换成舒适的沙发，让当事双方放下戒备、敞开心扉，到“公堂”而不“对簿公堂”，最大可能调解劝和，把令人生畏的法庭变成保卫“家”的最后一道法律防线。“这是一场婚姻家庭的‘保卫战’，我们试图让战场上针锋相对的双方最后握手言和。”刘艳说。

“六大调解法”与“和谐屋”并举

数据显示，近3年来，琅琊区法院婚姻家庭法庭担负着年均300多件案件的审判任务，年均结案率达98%，调撤率保持在80%以上，无一上访、缠诉案件，80%以上的审执联动“案结事了”——而这要归功于该法庭根据当地实际同时借鉴外地经验总结出来的“六大调解法”，“针对不同案件单独运用或交叉运用，调解效果很好。”刘艳说。

寻根求源法。善于从根源上找出问题所在，找出当事双方矛盾焦点，再从中突破。

社会帮助法。要善于利用当事人所在单位、街道居委会或亲戚朋友等其他社会力量帮助解决矛盾。多方协作更利于当事人接受调解意见，避免审判人员孤军作战，达到事半功倍的效果。

情感重温法。主要用于离婚案件，引导当事人回忆初建家庭时的甜蜜，劝解双方重新审视婚姻。

消除隔阂法。将调解现场变成当事人沟通交流的平台，引导当事人明白家庭内、夫妻间也要及时沟通。

展望未来法。主要是劝导当事人不要计较家庭琐事，引导当事双方看到孩子成长、家庭兴旺的未来，营造双方共同努力的氛围。

子女维系法。利用为人父母的心情，让当事双方冷静思考婚姻的责任与义务。

2013年，琅琊区法院推出借用“圆桌审判”理念的“和谐屋”后，将“六大调解法”使用得炉火纯青的法官们，更提升了调解的成功率。

采访中，记者一走进写着“家和万事兴”5 个红艳艳的大字、摆放着绿油油的幸福树的“和谐屋”，看到墙壁上悬挂着的一幅幅合家欢照片，就有一种暖融融的感觉。“这样的氛围无形中会引导当事人回忆、向往着去创造和谐幸福的生活。”

在刘艳的记忆中，近两年来，数百位当事人走进这个 30 多平方米的“和谐屋”，通过沟通，有的冰释前嫌破镜重圆，继续幸福生活；有的放下恩怨和气分手，寻找新的幸福生活。

调解不成，司法先行扶助善后

也并非所有的案件，经过调解都能妥善解决。

当一起延宕了 10 年的赡养案，经琅琊区法院婚姻家庭法庭最终办结，当事的芦老太领到第一笔低保金的时候，所有法官“终于松了口气”。

30 多年前，从江苏淮阴嫁到安徽泗县农村的芦老太，随丈夫到滁州市打工，养育了 4 个子女，建起了住房。10 年前，老伴去世，芦老太没了生活依靠，为了赡养问题跟子女闹上了法庭。芦老太子女生活困难，老人跟子女关系也不好，调解不成，婚姻家庭法庭最终判决每个子女每月支付 50 元赡养费。

老人子女不愿主动履行，法院为执行费了不少力气。芦老太的子女有的远在外省，执行来的款项不够出车的油钱，法院还是坚持执行。“它牵涉老年人的合法权益，我们必须维护司法权威。”刘艳说。

10 年来，为了彻底帮助老人，婚姻家庭法庭的法官们主动“加码”工作量，帮老人办理了城市户口，联系街道社区为她申请了低保和医保。

芦老太的案子，在琅琊区法院婚姻家庭法庭办理的案件中并不是个例。“法庭每年有近两成的案子调解不成，简单的判决后将所有事情推给社会和其他部门，绝不是好的解决方法，司法先行、扶助善后，是我们的基本原则，尽可能让这场‘婚姻家庭保卫战’里没有输家。”刘艳说。

广西高院出台人身安全保护裁定适用细则
诉讼终结后受害人仍可提出以避免“分手暴力”

2015 年 1 月 23 日　中国妇女报　高峰

日前，广西高级人民法院召开新闻发布会，正式公布该院制定的《关于适用人身安全保护裁定问题的解答》（以下简称《解答》）。

广西高院审判委员会专职委员何艳斌介绍，该院于 2014 年分别组织开展了对婚姻家庭案件中涉及家庭暴力情况及广西女性犯罪情况的专题调研。从随机抽取的 100 件婚姻家庭纠纷案件看，原告以遭受家庭暴力起诉离婚的案件有 30 件，其中有 28 件经法院审理确认；通过对近年来广西女性所犯故意伤害和杀人罪的原因分析，发现不少女性是家庭暴力的受害者，因不堪忍受家暴最终以暴制暴走上犯罪道路。

为了有效预防和制止家庭暴力，保护遭受家暴一方当事人的人身安全，广西高院在对人身安全保护裁定制度进行专题调研的基础上，以民事诉讼法为法律依据，结合试点法院积累的成功经验以及广西审判实际，于去年 9 月底制定了《关于适用人身安全保护裁定问题的解答》。

该《解答》共有十一条，内容涉及裁定的适用范围、申请条件、有效期限、管辖法院、审查原则以及裁定的主要内容、违反裁定的法律后果等方面，并附有人身安全保护裁定的裁判文书参考样式。

《解答》第一条中明确了人身安全保护裁定是人民法院采取的一种民事强制措施，仅限于审理婚姻家庭案件适用。目的是为了保护家庭暴力受害人及其特定亲属的人身安全，防止家庭暴力发生，也确保民事诉讼程序的正常进行。根据该条规定，法院只有在审理婚姻家庭案件诉讼中才能作出人身安全保护裁定。

依据《解答》条文，遭受家暴的一方当事人可以在提起离婚诉讼前、诉讼过程中以及婚姻案件诉讼终结 6 个月内提出申请人身安全保护裁定。现实中，“分手暴力”屡见不鲜，即施暴人为阻止受害人离开自己、对受害人或者支持受害人离婚的亲友实施暴力。考虑到受害人可能面临的分手暴力威胁，允许受害人在离婚诉讼终结后仍可申请人身安全保护。因此，《解答》第三条意见中将人身安全保护的有效期设定为离婚诉讼期间及诉讼终结后的 6 个月内；有特殊情形需延长的，报经院长批准，还可以延长至 12 个月。

人身安全保护裁定的目的是预防家庭暴力的发生和再次发生。为此，《解答》第五条和第六条分别明确了家暴证据审查的认定标准及作出裁定的时限。法院在接到人身安全保护申请后，应当在 48 小时内作出是否准许的裁定，“只要申请人提供的初步证据足以使法官内心确信，其可能遭受家庭暴力危险的，即可批准申请，发出人身安全保护裁定，但是裁定并不代表已经对家庭暴力事实作出了认定。”何艳斌向记者解读《解答》条文时强调说。

人身安全保护裁定能否发挥有效作用，关键在于被申请人是否能够履行裁定。为了有效制止家暴，法院在发出人身安全保护裁定时将抄送辖区公安机关、村（居）委会或当事人单位等有助于裁定执行的其他相关组织，共同监督被申请人履行裁定保护申请人的人身安全。同时，将明确告知被申请人违反裁定的法律后果，对于被申请人在人身安全保护裁定生效期间，继续骚扰、殴打或者威胁受害人及其亲属，威逼受害人撤诉或者放弃正当权益，或者有其他拒不履行生效裁定行为的，人民法院可以根据民事诉讼法的相关规定，视其情节轻重处以罚款、拘留。拒不执行裁定情节严重的，可由法院向公安机关移送侦查，依照刑法有关规定追究刑事责任。

“法院发出的人身安全保护裁定对受害人来说，是一种心理上的安全保障，对施暴人来说，是一种国家法律的

威慑。” 何艳斌解释说，“虽然全国已有不少法院开展相关的试点工作，但由于目前尚无法律的明确规定和司法解释的具体操作模式可供参考，在这方面我们的审判经验还不足，高院将会根据审判实践中反映出来的问题对《解答》做进一步的修改完善。”何艳斌表示，广西高院民一庭将对这一制度的实效继续跟进，加强研究与业务指导。

记者了解到，目前广西各级法院已认真组织民事审判人员学习、理解并掌握《解答》精神，加强与公安机关、妇联组织、社区组织等相关部门的有效联动，探索并积累审判经验，切实保护家暴受害人的人身安全，促进社会的和谐稳定。

【第 6 期】#法院动态#“小程序”发挥“大作用”

2015 年 1 月 23 日　香洲法院

2014 年 4 月，香洲法院合理配置审判资源，在立案一庭设立调解速裁工作室，主要负责立案调解、诉前调解及小额诉讼案件审理，实现对案件进行两次繁简分流，积极维护当事人合法权益，实现高效化解纠纷的目标。

据了解，调解速裁工作室通过优化审判资源和吸收社会力量，配备了一支多方参与、搭配合理的调解员队伍，包括 5 名法官、2 名专职人民调解员、5 名由人民陪审员担任的兼职人民调解员，以及由 15 名由律师、人大代表和政协委员担任的特邀调解员。调解速裁工作室自成立以来，共对 1769 宗纠纷进行了诉前调解，调解成功 320 件；受理司法确认和小额诉讼案件 571 件，审结 539 件。一大批矛盾纠纷被化解在诉前，调解速裁工作室的工作取得明显成效，构建香洲特色的“1+2+3”调解速裁模式。

细数诉前调解三宗“最”

诉讼成本最便宜

2012 年修改的《中华人民共和国民事诉讼法》第 122 条规定“当事人起诉到人民法院的民事纠纷，适宜调解的，先行调解，但当事人拒绝调解的除外。”据此，香洲法院大胆探索，先行先试，引入诉前调解机制。对于婚姻、赡养、抚养、扶养、收养等婚姻家庭纠纷和集成纠纷，道路交通事故、医疗损害等人身损害赔偿纠纷，不动产相邻关系纠纷，追索劳动报酬纠纷，买卖、租赁等合同纠纷等适宜进行诉前调解的民商事案件，引入诉前调解，通过人民陪审员、律师、人民调解员等社会调解力量化解矛盾纠纷。

有这么一个案例，能够看到调解工作室充分发挥迅速解决纠纷的作用。潘某为购买房屋，与某房地产公司签订了一份《商品房买卖合同》，合同签订后，潘某按照合同的约定向某房地产公司支付了 20 万余元的首付款并通过银行按揭的方式支付了剩下的房款 47 万元。后经潘某、某房地产公司协商，双方同意由原告将房屋退还给被告，被告将购房款全额退还给原告，并根据《商品房买卖合同》的约定按原告累计已付款的 10%向原告支付违约金，并且，潘某已经还清了银行的全部贷款并到珠海市房地产登记中心办理了注销预告抵押登记。但潘某和某房地产公司到珠海市房地产登记中心后得知，如果要注销房地产预告登记必须要有法院的生效文书，所以潘某特向法院提起民事诉讼。该纠纷导入诉前调解程序后，调解员征询到双方均有调解的意向，则立马安排调解时间，通知双方前来法院进行调解，将双方的调解协议记录调解笔录，并告知双方可申请司法确认程序，当日即可将调解笔录和调解协议等材料交由立案庭立案，再交由调解速裁室的法官审查，审查通过后即可获得法院出具的确认裁定书，与裁判文书具有同等的强制执行力。

如果通过正常简易或普通程序等诉讼途径，那么当事人可能时间上必须等上一年半载，还可能需要支付上万元的案件受理费，但是通过诉前调解，双方达成协议并申请司法确认，不仅能够节约一大笔诉讼费用，还可在最快的时间内获得法院的生效文书。对当事人来说，无疑是免费享受了快速高效的司法服务。诉前调解能够发挥不收取案件受理费的优势，减轻当事人经济负担及诉累。

解决纠纷最及时

现实中，当事人可能会经常遇到对方不按约履行义务的情形，经过多次沟通未果，只能诉诸法院。由于香洲法院近年来案件受理数逐年增长，但是若进入简易或普通程序，至少要耗时数个月，往往还难以达到及时化解纠纷的目的，当事人之间矛盾往往会随着时间的拖延越聚越多，加重双方当事人的敌对情绪。

2014 年，某科技公司诉称广州某公司发生货款合同纠纷，要求广州某公司支付拖欠的展示标价牌货款 2 万多元。该纠纷导入至诉前调解程序后，由诉前调解员电话联系广州某公司，告知其通过诉前调解化解纠纷的好处以及进入诉讼程序可能面临的风险。广州某公司的工作人员表示愿意尽快将货款直接转账至某科技公司。通过调解员的多次督促，广州某公司在一星期内及时汇入某科技公司账户内，某科技公司在收到货款的次日前来我院表示愿意以和解方式结案，并取回起诉材料。

某科技公司工作人员表示，“万万没有想到，诉讼费用都不用缴纳，就能在如此短的时间内收回货款，法院设置的诉前调解程序真是为老百姓着想”。诉前调解快速高效化解矛盾纠纷，有助于当事人及时定纷止争。

解决成效最显著

对于案情复杂、当事人争议较大的案件也可以通过诉前调解成功化解矛盾纠纷。2013 年，黄某驾驶的小型轿车与霍某发生碰撞，造成霍某受伤。经珠海市公安局交通警察支队香洲大队现场勘察后，认定黄某承担该事故的全部责任，霍某不承担此事故的责任。事故发生后，霍某即被送往医院救治，经司法鉴定，鉴定原告此次交通事故造成的伤残构成九级。因肇事车辆在太平财产保险有限公司珠海中心支公司购买交强险和商业险，霍某与黄某多次协商未果后，霍某为维护自身的合法权益，将黄某、保险公司诉至法院。

上述交通事故致被害人伤残的案件，因赔偿项目涉及医疗费、伤残赔偿金、抚养费、误工费、住院伙食补助费、营养费、精神损失费、鉴定费、交通费、后续治疗费等诸类，双方争议较大。但是通过调解员的耐心劝导和积极沟通，双方当事人最终达成调解协议并进行司法确认，保险公司依据法院的生效文书，及时将赔偿费用直接支付给受害人。大量的成功案例证明通过调解员的积极沟通和耐心调解，争议较大的案件也能调解成功并且调解成效显著。

据悉，香洲法院调解速裁工作室不仅可以进行诉前调解，还可以审理小额诉讼案件。对于部分诉前调解不成功的案件，符合小额诉讼条件的，进入小额诉讼程序。小额诉讼案件一般在立案之日起一个月内审结，答辩期或举证期一般不超过 7 天。若当事人均已到庭，且明确表示放弃答辩期和举证期限的，在告知放弃答辩期和举证期限的法律后果后，可立即开庭审理。小额诉讼程序实行一审终审制，即适用小额诉讼程序作出的判决为生效裁判，当事人不得上诉。一审终裁，不存在上诉的问题，相对于少则三个月审限的简易程序，多则六个月审限的普通程序，而且还可能面临漫长的二审程序，其快捷高效性是显而易见的。

小额诉讼显效率

当庭作出民事调解书或撤诉裁定书

曹某、张某于 2013 年 9 月份起在某物业公司工作，由某物业公司派往香洲区香宁某小区担任保安一职，每月工资为 1600 元，每天工作 12 小时。某物业公司因其自身经营原因，于 2014 年 10 月份将曹某、张某解雇。截止解雇之日，某物业公司尚欠付曹某、张某 2014 年 7、8、9 月份工资合计 4800 元。曹某、张某多次催讨，但某物业公司迟迟未能支付。

因曹某、张某等人均为退休人员，与某物业公司没有签订任何书面协议，判断双方是否存在用工关系，只能根据本案查明的事实，结合双方的举证情况，进行综合认定。在本案第一次开庭审理中，某物业公司未出庭，虽然曹某、张某提供的举证亦可证明其与某物业公司建立了雇佣关系。但是，法官在庭后还是积极主动联系某物业公司，并说服某物业公司参加下一次庭审。第二次庭审时，某物业公司不仅当庭承认与曹某、张某之间的雇佣关系，还当庭与曹某、张某签订调解协议，承诺于调解书生效之日起三日内向曹某、张某支付工资。庭审当天，法官根据调解笔录制作民事调解书，并当场送达给原、被告双方。减少了当事人往返法院的次数，也提高了结案的效率。

诉前调解和小额诉讼作为多元化民事纠纷解决体系中的两大新机制，有助于减轻当事人的经济负担、缩短解决矛盾纠纷的时间、提高审判质效。据记者进一步了解，香洲法院在 2015 年还将继续推进诉前调解和小额诉讼审判工作，完善案件繁简分流与快速处理机制，最大限度地发挥诉前调解和小额诉讼制度的优越性，努力把矛盾化解在萌芽状态，更好地维护社会和谐稳定。

二、一般审判动态

广州中院涉外审判正式启用专家陪审和专家咨询制度

2015 年 1 月 8 日 法律图书馆

新华网广州 1 月 7 日电（记者毛一竹） 7 日上午，一宗涉外民间借贷纠纷案在广州市中级人民法院开庭审理，与以往不同的是，法庭上多了一名来自法院外部的“专家陪审员”——中国人民银行广州分行外汇综合处副处长陈莉虹。

广州中院副院长舒扬说，这标志着广州中院在涉外案件审判中，正式启用专家陪审和专家咨询制度。

据广州中院统计，近三年来，广州市两级法院涉外商事案件每年收案量都接近 1 0 0 0 件，数量逐年递增。除了过去传统的国际货物买卖合同纠纷、合资合作合同纠纷等，还有不少新类型案件，如外资企业解散纠纷、因隐名投资产生的股权纠纷、利用外资处置不良债权纠纷、金融衍生品交易纠纷等。

由于涉及行业知识和专业知识，案件往往具有复杂性、疑难性、专业性。“光是一堆的专业术语就已经让人头晕，更不用说理解艰深的交易、投资过程了。”广州中院涉外商事审判庭庭长姚义堂告诉记者，法官虽然精通法律，但也不可能精通每一个行业，法官辛辛苦苦调查研究得出的结论在行业人士看来也许并不专业，在审理过程中常常有做门外汉、说外行话的困惑。

为应对这些新问题，广州中院在原先成立的专家咨询委员会的基础上，又专门设立了涉外专业委员会作为子专家库，同时建立了涉外专家陪审员制度。姚义堂说，专家将凭借在各自领域丰富的专业知识，为法院查明事实、正确适用法律提供专业支持。

记者采访了解到，涉外专家主要来自政府机关、科研机构、高等院校，是相关领域中具有较高专业权威、良好职业操守和实践经验丰富的学者、专业人士。通过选任程序成为涉外专家陪审员后，在审判中与法官享有同等权利。

数据解读：2014 年南京少年家事审判

2015 年 1 月 12 日 南京市中级人民法院

1 月 12 日上午，南京中院与南京妇联共同举办未成年人及家事案件审判情况暨保护女儿儿童合法权益新闻发布会。

数据解读：2014 年南京少年家事审判

提要：离婚案件中女方要求离婚的居多；财产分割是主要焦点，房产仍为主要诉争标的；未成年人犯罪逐年下降；幼女性安全教育亟待加强。下文将通过数据为您详细解读 2014 年南京法院涉少刑事案件、婚姻家庭案件的特

点，并对如何认定家庭暴力、离婚的主要原因、妇女儿童最应当知道哪些保护措施等热点问题作出解答。

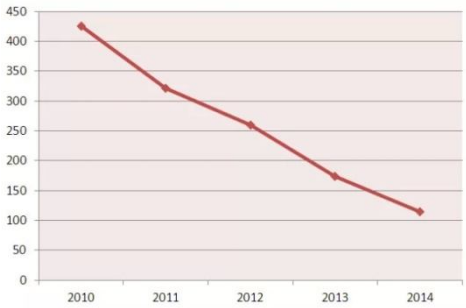
2014 年南京中院少年家事庭(南京中院少年家事庭负责审理各类涉少刑事、民事、行政、减刑假释案件，及婚姻、家事案件)理各类案件 771 件，同比增长 94.2%。其中涉少民事及婚姻、继承等家事案件 583 件、刑事案件 20 件、行政案件 1 件、减刑假释案件 167 件。审结案件 736 件。

2014 年全市基层法院少年家事庭共受理各类案件 5297 件，同比增长 31.6%。审结案件 5445 件。

南京市涉少刑事案件特点

（一）未成年人犯罪案件

1、未成年人犯罪案件数量及涉案人数呈逐年下降趋势。2010 至 2014 年，全市法院生效判决共判处未成年犯 1295 人。其中 2010 年为 425 人，2011 年 321 人，2012 年 260 人，2013 年 174 人，2014 年 115 人，呈逐年下降趋势。



2、未成年犯的文化程度普遍偏低，且多为社会闲散人员。今年全市法院判处的未成年犯中，高中及以上文化程度的仅占 12.4%，大多数分布在初中文化程度，占 58.1%。未成年犯中，在校生占 6.7%，多为社会闲散人员。

3、未成年犯适用非监禁刑的比例较高。今年判处的 115 名未成年犯中，被判处缓刑、单处罚金的非监禁刑适用率为 41%，远高于成人犯罪案件。原因在于对未成年人犯罪，重在挽救失足未成年人，“教育为主、惩罚为辅”，对犯罪情节不严重，社会危害性较小的未成年犯判处非监禁刑，通过社区矫正开展帮教，有利于其改过自新，尽快重返社会。

4、未成年人犯罪案件类型仍以侵财类犯罪为主，今年未出现重大恶性未成年人犯罪。侵犯财产类案件（主要为盗窃罪、抢劫罪等）仍然为未成年人犯罪的主要类型，占未成年犯总数的 65.7%。

（二）被害人为未成年人的案件

1、以严重暴力手段伤害未成年人的案件时有发生

以严重暴力手段伤害未成年人的案件是一直是社会关注的重点。今年我庭审理了两起重大社会影响的伤害未成年人的案件。其中，蔡士林故意伤害罪一案为被告人因与受害人母亲的恋爱纠葛，通过泼硫酸的方式伤害被害人，造成年仅十周岁的被害儿童面部多处重伤、二级伤残的严重后果。蔡士林一审被判处无期徒刑，剥夺政治权利终身。郑东故意伤害罪一案为被告人郑东因教育女儿方式不当，采用严重暴力方式持续殴打未成年女儿，造成女儿死亡的严重后果。郑东一审被判处无期徒刑，剥夺政治权利终身。对于此类严重侵害未成年人生命健康权的行为，人民法院坚持依法严惩。

2、性侵害未成年人的犯罪多发，对 14 周岁以下幼女的保护尤其应当引起社会关注

2014 年全市基层法院少年家事庭共审结性侵未成年人案件 34 起。应引起注意的是，23 起强奸罪案件中，被害人为 14 周岁以下幼女的有 11 起，占强奸罪总数的 47.8%，其中绝大多数在整个过程中无反抗，严重缺乏自我保护意识，家长和学校亟待加强此类安全教育。

3、出现多起杀害婴儿犯罪

今年南京法院审理三起杀害婴儿的犯罪案件，此类案件的被告人均为年轻女性，文化水平较低，缺乏基本的性保护意识及生育等常识，未婚产子，出于恐惧心理，担心被他人发现，以高空抛掷、纸巾塞其口鼻等方式杀害初生婴儿。其中一名被告人尚未成年。

南京法院婚姻家事案件特点

1、离婚案件中多数为女方起诉要求离婚。2014 年，全市法院共受理一审婚姻家庭、继承纠纷 10823 件，同比增长 5.6%。其中女方起诉要求离婚的占 62.44%。

2、财产分割是主要焦点，房产仍为主要诉争标的。离婚纠纷中，双方当事人的争议基本集中在三个方面，一是是否同意离婚，二是夫妻共有财产的分割问题，三是子女由谁抚养的问题。其中，夫妻共同财产的分割成为今年离婚诉讼的最主要争议焦点。而在夫妻共同财产分割的问题上，涉及到房产分割的占财产争议总数的 91.7%。此外，离婚纠纷中夫妻双方有婚前财产约定的仅占 4.7%，这一财产约定形式在我国仍较少使用。

4、继承纠纷的诉争标的主要为房产，继承纠纷中存在遗嘱的相对较少。继承纠纷中，涉及到继承人之间对房产分割争议的占继承纠纷总数的 77.3%，占据了继承案件的绝大多数。继承纠纷中存在遗嘱或其他类型财产协议的占 19.9%，相对较少。

涉少及婚姻家庭类案件热点问题解读

1、在审判实践中，法院对家庭暴力是如何认定的？

省法院、省妇联于2013年出台了《江苏省家庭暴力告诫制度实施办法》，南京中院也制定了《关于贯彻<江苏省家庭暴力告诫制度实施办法（试行）>的通知》，该办法提到当事人在遭受家庭暴力并报警后，公安机关可在查清事实后出具《家庭暴力告诫书》，对于公安机关出具的告诫书，法院在认定家庭暴力时可以作为证据使用。遭受家庭暴力的当事人也应加强自我保护和证据收集的能力，遭受家暴后应及时报警、注意收集留存接处警记录、医院病历、伤情照片等证据。

对于已经认定的家庭暴力，如加害人继续存在骚扰、干扰行为，使受害人的健康和生命处于现实危险中，可以申请法院通过签发“人身安全保护令”的方式对受害人加以人身保护，惩治家庭暴力行为。

2、离婚案件在家事案件中所占比例是多少？男性和女性谁更多地选择以诉讼方式解决离婚问题？造成离婚的原因有哪些？

今年全市法院受理离婚纠纷8105件，同比增长6.6%，占今年全年婚姻家庭及继承案件总数的74.9%，在家事案件中占据了绝对多数。

提起离婚诉讼的主体中，女性占62.44%，男性占37.56%，这也可以看到现代女性的独立意识增强，婚姻观念也不同于传统“从一而终”的思想，对于婚姻生活质量有较高的要求。

造成离婚的原因主要有：一是当事人在缺乏深入了解的情况下草率结婚，为导致离婚率上升的一个重要原因，也就是现在“闪婚闪离”的现象，其中婚龄在一年以内的数量较高；二是外遇、家庭暴力等仍是破坏婚姻关系的主要杀手；三是夫妻一方缺乏家庭责任感，或有赌博、吸毒等恶习诱发离婚；四是因婆媳、翁婿等家庭关系不和诱发离婚，等等。

3、南京中院在加强妇女儿童保护方面有哪些创新举措？何为家事审判十项工作机制？妇女儿童最应当知道的措施是哪些？

南京中院少年家事庭落实“宽严相济”的刑事政策，贯彻“教育为主、惩罚为辅”的原则，建立了庭前社会调查、合适成年人参与诉讼、前科封存等涉少刑事审判制度。对于家事审判工作，我们借鉴涉少刑事审判工作机制，结合家事案件所具有的道德伦理性等特点，创立了家事审判十项工作机制，得到了最高院的肯定，具体为：家庭暴力预防惩治制度、财产申报制度、归并优先调解制度、未成年人利益表达制度、心理疏导干预制度、亲和的圆桌审判制度、司法救助制度、向弱者倾斜的举证分配制度、国家代理制度、社会联动制度。

其中与妇女儿童利益保护最为密切的是：

未成年人利益表达制度，一是诉讼监护人制度。子女为案件当事人，但其法定代理人无法出庭或因利益相反不宜出庭的情况下，可以申请由诉讼监护人代理未成年子女出庭参与诉讼，表达子女的独立意志，保障子女权益的实现。二是家庭关护员制度。在不以未成年子女为当事人的案件中，因涉及到子女的切身利益，需要其参加庭审或参与调解的，由志愿者、社工作为关护员陪同子女出席，为子女提供及时的关怀，保证子女不受他人干扰地表达自己的独立意志，维护自己合法权益。

向弱者倾斜的举证分配制度。在依法分配举证责任的基础上，应考虑弱势群体利益及当事人的诉讼能力，建立特殊的举证分配机制。在确认婚姻无效等问题上，可不限于当事人举证，由法院依职权主动调查当事人未主张或提出的事项。同时，加大释明力度，向举证能力较低的当事人释明具体案件需要证明的对象、所需证据种类及相关事实的证明程度，弥补当事人在诉讼能力上的不足。

4、妇联和法院是如何建立预防机制减少性侵儿童、暴力致儿童死亡等伤害儿童的案件？

性侵儿童、暴力致儿童死亡等伤害儿童一直在全国各地屡有发生，南京近两年也发生过乐燕故意杀人案、蔡士林故意伤害案、郑东故意伤害案这样几起社会影响较大的案件。这些案件，非常令人痛心。人民法院除了依法严惩被告人之外，更希望以个案推动促进未成年人的保护，让这样的悲剧不再发生。

乐燕案审理结束后，南京中院就一直积极推动和参与未成年人监护权制度完善的立法工作。我们会同团委、民政等部门调研、论证未成年人监护权具体制度框架，推动《南京市未成年人保护条例》纳入了南京市立法库。积极参与最高院关于未成年人监护权相关规定的调研。监护权撤销问题的调研在《人民法院报》刊登。

最高院近日公布了《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》，我院已经和民政、妇联、团委等部门多次协调、沟通，具体落实。明年我们的重点工作将是未成年人监护权问题。我们在案件审理中也注重主动发现未成年人的生活状况，是否处于危险之中，对于困境未成年人，主动报告和救助。

最后，也要提醒全社会共同努力的是，要加强普法教育工作。一方面是对未成年人的教育，未成年人因身心尚未成熟，不具备独立生活能力，自我保护能力较弱，应加强对其科学文化知识和法律知识的教育，使其在遇到危险时具备自我保护的意识和常识。

另一方面是加强对未成年人监护人的法制教育，可以看到，越来越多的侵害儿童恶性案件发生在家庭里，被告人为未成年人的监护人。监护人作为未成年人利益保护的第一道防线，应充分认识到应认识到子女并非父母的私有财产，而是具有独立人格的生命体，子女的生命健康权受法律保护。父母不应漠视子女的生命权，随意处分。父母在教育子女时，应摒弃传统“棍棒教育”的理念，学习科学的管教子女知识，了解子女在不同成长阶段的身心发展

特点，加强与子女的交流沟通，促进与子女的良性互动。

三、立法动态

反家庭暴力法（征求意见稿）获社会各界高度评价
反家庭暴力工作迈出里程碑式一步

2014 年 12 月 31 日　中国妇女报　书时

2014 年 11 月 25 日，国务院法制办公布了《中华人民共和国反家庭暴力法（征求意见稿）》（以下简称征求意见稿），并公开征求社会各界意见，这意味着中国反家庭暴力将制定专门性法律，这是中国反家庭暴力工作向法制化进程迈进具有里程碑意义的一步。一个月来，社会各界通过媒体报道、召开研讨会、网络留言、“快闪”行动、行为艺术、公益构思以及联名信等多种方式，赞扬反家庭暴力法的历史性意义，积极建言、宣传反家庭暴力法，呼吁保障好妇女、儿童、男性以及其他性别群体的合法权益，为完善反家庭暴力法，全面推进依法治国贡献力量。综合媒体、网络报道、评论，现就征求意见的讨论意见、建议综述如下。

征求意见稿全文公布并征求社会各界意见，是多年来全国妇联等机构积极推动反家庭暴力相关法律出台、不断完善的重要成果，标志着我国反对家庭暴力工作迈出历史性一步，是贯彻落实党的十八届四中全会精神的具体体现，将进一步完善中国特色社会主义法律体系，推动我国妇女儿童的人权保护迈上一个新台阶。反家庭暴力法（征求意见稿）积极回应社会关切，可谓亮点纷呈，获社会各界高度评价。

1.使反家庭暴力步入法制化轨道。家庭暴力是对个人权利的侵犯，是应当受到法律惩罚的犯罪行为，反家庭暴力法的出台，不仅具有必要性、重要性、紧迫性，而且标志着我国反家庭暴力法步入法制化轨道，社会各界予以高度评价。专家们认为，制定专门的反家庭暴力法十分必要，有利于提高全社会反家庭暴力意识，加大反家庭暴力工作力度，预防和制止家庭暴力，维护家庭和谐，促进社会稳定。征求意见稿公开征求意见，是中国法律界一件具有里程碑意义的大事，对于全面推进依法治国的进程，对于保障家庭中弱势群体的合法权益、保障人权具有重要意义。全国妇联反家庭暴力法起草组的专家组组长、中华女子学院党委书记李明舜教授认为，征求意见稿最大意义是国家专门制定了反家庭暴力法，使反家庭暴力步入了正常的、不可逆转的立法轨道，呈现了制度创新和中国特色，是反家庭暴力立法史上的里程碑。

2.明确反家庭暴力工作中的国家责任。家庭暴力不是家庭私事，而是社会公害，需要政府和全社会共同关注、解决。征求意见稿明确规定，各级人民政府应当加强反家庭暴力工作，给予经费保障，规定了各部门的具体职责等。中国社科院法学研究所研究员陈明侠等专家认为，这是从国家具有反家庭暴力职责的角度加以明确规定的，包括从国家到地方在内的各级人民政府都要加强反对家庭暴力工作。这将有利于推动整个社会反对家庭暴力工作的氛围，对于有效预防和制止家庭暴力，对于反对家庭暴力工作实质性开展具有积极的重要的意义。

3.体现受害人本位的精神。预防和制止家庭暴力，保障受害人的合法权益，是反家庭暴力法的初衷，这部征求意见稿很多方面都体现了受害人本位的精神。意见稿规定了处理家庭暴力案件应当保护受害人的安全和隐私，尤其是对受到家庭暴力侵害的未成年人、老年人、残疾人、重病患者给予特殊保护，人民法院等各机构应当将反家庭暴力工作纳入本系统的业务培训和统计等规定，以及家庭暴力的处置过程、人身安全保护裁定、书面告诫、撤销监护等规定都体现了受害人本位的理念。全国律协未成年人保护专业委员会副主任、北京青少年法律援助与研究中心执行主任张雪梅等认为，征求意见稿在处理家庭暴力案件的原则和要求中明确了对遭受家庭暴力侵害的未成年人、老年人等弱势群体给予特殊保护，在一定程度上体现了对遭受家庭暴力侵害的未成年人的特殊保护。

4.合理分配举证责任，医疗记录可维权。针对家庭暴力案件取证难、证明难度大的特点，征求意见稿将举证责任的分配权交由法院裁量，由法院在受害人和加害人之间合理分配举证责任。其中医疗记录可以作为暴力发生及其严重程度的证据，是今后受害人依法维护自己权益的依据。中国社会科学院法学研究所副研究员祁建建等人认为，这条规定创设了民事诉讼“谁主张、谁举证”一般原则的特殊情形。强调法院职权调查，也在一定程度上减轻了家庭暴力案件受害人的举证责任。北京源众性别发展中心主任李莹律师认为，“这就把此前需要暴力行为产生后果才能认定为家庭暴力的要求去掉了，这是一个很大的亮点。”

5.强制报告义务，降低家庭暴力侵害。反对家庭暴力是全社会的共同责任，需要社会各种力量协同参与、系统应对。征求意见稿强调，对家庭暴力行为，任何组织和公民有权劝阻、制止，或者向公安机关报案。征求意见稿规定了特定机构对特定群体受家庭暴力事件的强制报告义务，规定了违反报告义务造成严重后果的，要承担不利法律后果。一些专家认为，弱势群体中的未成年人心智未成熟，精神病人心智受损，老人、残障人士及重病人由于年老、残障或者重病也可能丧失基本的表达沟通能力，缺乏自我保护和自我救济能力，也不了解报警求助的渠道。规定与这些弱势群体有密切联系的机构有义务及时报案，可以最大限度地保护家庭暴力案件中弱势群体受害人的合法权益，使其尽早摆脱家庭暴力。

6.撤销监护权有利于保障被监护人的合法权益。针对监护人实施家庭暴力严重侵害被监护人合法权益的情况，征求意见稿就撤销监护权做了相关规定。征求意见稿中规定该项制度，该规定既回应了现实的需求，也是保障未成年人权益的必然要求。中央财经大学法学院副教授李伟等认为，与之前相关法律规定的撤销监护权制度相比，此条有两个亮点：第一，明确了依法负有赡养、扶养、抚养义务但被撤销监护资格的监护人，应当继续负担相应的赡养、

扶养、抚养费用。也就是说，即便被剥夺了监护权，该承担的赡养、抚养、扶养义务还须承担。第二，规定了监护权复权制度，被撤销监护权的人，如果撤销监护的原因消失，可以在 3 个月后向人民法院书面申请恢复监护人资格。

7. 人身安全保护裁定：将事后惩罚变为事前保护。人身安全保护裁定能够防止家庭暴力演变成恶性刑事案件，将事后惩罚变为事前保护，对于预防和制止家庭暴力，保护受害人的人身财产权益，维护社会和谐，都具有重要的现实意义。中国人民大学法学院教授肖建国等认为，征求意见稿将人身安全保护裁定的有关内容予以单章规定，是将修改后的民事诉讼法规定的行为保全内容的进一步细化，可以让家庭暴力受害人人身权获得更加有效的保护，同时，也强化了家庭暴力的司法干预力度，一定程度上改变了法院司法消极、被动的传统形象。

沪人大审议修订老年人权益保障条例：照料护理需求评估制度拟入法

2015 年 1 月 7 日　翟珺　上海法治报

上海市老年人照料护理需求评估制度拟写入法规，明确将以全市统一的标准对符合条件的老年人进行评估，以确定其照料护理需求等级。

今天，上海市人大常委会听取并审议了《上海市老年人权益保障条例（修订草案）》（以下简称《草案》）。市人大内务司法委员会在相关审议意见报告中指出，对于交通优待、配药难、医养融合等热点问题，草案虽有涉及，但解决力度仍需加大。

【修订亮点】

上海市民政局局长施小琳介绍，截至 2013 年末，本市户籍人口中 60 岁及以上老年人口已达到 387.62 万人，占户籍人口比例为 27.1%。预计到 2015 年末，本市户籍老年人口将超过 430 万人，占户籍人口的比例接近 30%。人口老龄化程度的不断加剧，以及新修订的《老年人群益保障法》的出台，有必要对地方立法做一次修订。

“社会服务是此次修订新增内容较多的核心部分，”施小琳介绍。其中，明确老年人照料护理需求评估制度是亮点之一。《草案》明确，对具有照料护理服务需求且符合规定的老年人，拟按照全市统一的标准进行评估，确定照料护理需求的等级，作为其享受相应的照料护理服务的依据，对其中高龄、无子女的老年人予以优先保障，对经济困难的老年人给予适当补贴。

此外，《草案》进一步明确了医养融合的相关措施，包括社区卫生服务机构为辖区内符合条件的老年人免费体检等基本公共卫生服务，以及家庭医生、家庭病床、居家护理等服务，并鼓励社区卫生服务机构与社区老年人托养机构开展合作。

【审　议】

市人大内务司法委员会主任委员沈志先在作审议意见报告时介绍，在初步形成《草案》后，2014 年 9 月下旬至 10 月中旬，内司委与常委会人事代表工委组织全体市人大代表带着立法重点、难点问题深入社区联系群众，当面听取广大老年人的意见建议，并开展代表和居民问卷调查。共有 277 位代表和 5478 位居民提交了调查问卷，提出具体修改意见和工作建议共 1309 条。

政府职责需进一步细化明确

在代表问卷调查中，认为政府应当落实经费保障、健全老龄工作机构、加强队伍建设的分别达到 51%、46%和 48%；在居民问卷调查中，认为政府经费投入不足、设施规划建设跟不上需要的分别达到 46%和 33%。

为此，审议意见报告中建议进一步明确和强化政府职责，明确老龄事业发展规划和年度计划的实施主体，并强化老龄工作委员会的职能。

此外，《草案》仅较为原则地规定相关部门要按照各自职责共同做好老年人权益保障工作，建议对民政、发展改革、财政、人力资源社会保障、卫生计生、规划国土资源等主要部门的职责适当细化。为强化规划、计划落实的刚性要求，不妨将老龄事业发展规划、年度计划加入工作目标责任制考核，并建立相应的责任追究制度。

抓紧完善交通出行优待规定

《草案》中明确，符合本市有关规定的老年人，享受相应的公共交通优惠待遇。生活中，老年人的交通出行优待问题一直备受关注。在问卷调查中，65%的代表认为 70 周岁以上老年人应当免费乘坐公交；41%的代表认为乘车优惠政策的年龄限制应当降低。还有不少老年人希望将敬老服务卡的发放年龄从现在的 70 周岁适度降低，让老年人在走得动的时候及早享受到政府给予的关心和优待。

“鉴于草案中相关条款较为原则，故建议针对代表和市民的呼声，抓紧研究完善老年人交通出行的具体规定。”沈志先说。

看病配药、医养融合仍需加大完善力度

在问卷调查中，54%的居民反映老年人“配药难”等问题依然存在，然而，《草案》仅规定相关部门应当“逐步扩大”老年人常用药品和医疗康复项目的基本医疗保险支付范围。为此，审议意见报告建议从老年人就近配药的实际需求出发，明确规定有关部门应当完善基本医疗保险社区用药报销范围，并建立、健全药品配送渠道，保证社区卫生服务机构药品配备，满足居家养老的老年人常见病、慢性病用药需求。

除了看病配药问题之外，医养融合问题仍是本市养老服务的短板。问卷调查中，50%的代表认为应当加强对符合条件的老年人提供上门诊治、设立家庭病床和居家护理等服务难以将老年护理机构（护理床位）纳入养老服务设施范畴，实行同等的扶持政策，以保障医养协调、均衡发展，同时明确社区卫生服务机构应当与社区老年人托养机

构开展合作，提供基本医疗护理服务，而非仅仅是“鼓励”。

建议建立履行赡养责任情况诚信档案

对于上位法中“常回家看看”的规定，《草案》在“精神慰藉”一条中亦有提及，“与老年人分开居住的赡养人，应当经常看望或者问候老年人。”

53%的代表和47%的居民认为，给予精神慰藉是家庭成员应当履行的，对老年人而言是最迫切需要的赡养义务。为此，审议意见建议列举规定看望和问候老年人的具体形式，以增强条文的可操作性。还有专家和代表建议，采取建立家庭成员履行赡养责任情况的诚信档案、将家庭成员不履行赡养责任的信息通报其所在单位等措施，督促家庭成员承担相应的赡养义务。

“反家暴”或上升为国家法律

2015年1月8日《法治动态》2014年11月刊　张贺

2014年11月25日，国务院法制办公室公布《中华人民共和国反家庭暴力法(征求意见稿)》，征求社会各界意见。这是自2011年全国人大常委会将《反家庭暴力法》纳入预备立法项目后《反家庭暴力法》制定的一大进步。

一背景解析

在我国，家庭暴力现象屡见不鲜，据统计，全国2.7亿个家庭中，遭受过家庭暴力的妇女高达30%，每年有近10万个家庭因家庭暴力而解体。 妇女、未成年人和老年人是主要受害人，而受害人多羞于家丑外扬而默默承受。家庭暴力不仅影响被害人身心健康，还严重威胁家庭安定与社会安定，因此亟待制定一部法律惩治家庭暴力行为。

制定《反家庭暴力法》也符合全球反家庭暴力的总趋势。1996年联合国人权委员会通过《家庭暴力示范立法框架》，为各国相关立法提供了指导。至今约有120多个国家颁布了反家庭暴力的相关法律，收效良好，家庭暴力行为得到有效规制。我国《反家庭暴力法》的制定是大势所趋。

二亮点透视

《反家庭暴力法（征求意见稿)》存在不少亮点。第一，意见稿呈现了制度创新和中国特色，包括强调经费保障，规定了强制报告制度和具有中国特色的告诫制度等；第二，意见稿将身体暴力以外的精神威胁等软暴力纳入《反家庭暴力法》，意义重大；第三，意见稿去掉了暴力行为产生后果才能认定为家庭暴力的要求，对家庭暴力的界定因此更为宽泛，起到了更加严格的惩治效果；第四，意见稿将家庭寄养关系纳入家庭暴力，多机关合作反家庭暴力，任何公民、组织有权劝阻制止家庭暴力，地方政府建立或者指定庇护场所等制度也是意见稿亮点所在。

三舆论观点

针对如此严厉的反家庭暴力法，舆论反应热烈，同时也呈现出以下几点建议。

第一，扩大反家庭暴力法适用范围。首先，从使用对象的角度，应将同居、恋爱及曾经的配偶关系纳入反家暴范围内，立法上采取准用家庭暴力规定的保护。这些关系与家庭成员关系非常类似，应当得到类似于家庭成员的保护，而且反家庭暴力法不是家庭法，是社会法，非家庭的亲密关系也应包含在内；其次，在家庭暴力的界定上，应将性暴力、经济上的压制、冷暴力共同纳入家庭暴力范畴。据调查，家暴中性暴力占13.8%，已成为家庭暴力的重要方式，它给受害者身体、心理造成巨大伤害，应纳入家庭暴力；而经济上暴力，例如经济控制或剥夺财产、工作机会等，使受害者生活受到控制、威胁，也应纳入家庭暴力，同时，家庭中一方故意忽视、躲避、疏远和漠不关心都有可能致使对方精神甚至身体受到侵害。

第二，进一步完善举证制度。意见稿举证方面规定家庭暴力案件应合理分配举证责任，受害者客观不能自行收集的证据，人民法院应当调查收集，但这仍然无法切实解决家暴中举证难的问题。有观点认为应依据家暴案件的特点规律及体现关怀弱者、保障人权的精神，适当减轻家庭暴力受害者的举证责任。甚至有律师建议，鉴于家暴的隐秘性，受害人在客观上举证较困难，应实行举证责任转移、增加未成年子女证言可信度等，从而更好地解决家暴举证难的问题。

第三，增设家庭诚信档案。有律师建议建立家庭诚信档案，即将个人家庭暴力的信息登記在案，由基层组织、妇联、民政部门备案，一旦施暴人再度登记结婚，上述机构有义务告知其结婚对象，从而加大施暴人违法成本，使之基于声誉的考虑怯于实施家庭暴力。

《反家庭暴力法》将对家庭暴力的规制上升到法律层面，既是制止家暴、保障家庭弱势群体人权的需要，也是保证平等公平、维护家庭和社会稳定的需要。立法机构应当加快《反家庭暴力法》的制定，注重其现实可操作性，从而为家庭暴力受害者提供切实立法保障。

国务院法制办、全国妇联在京开展反家庭暴力法立法调研

2015年1月19日　中国妇女报　周韵曦

本报记者周韵曦 发自北京 1月16日，国务院法制办、全国妇联在北京开展反家庭暴力法立法调研，听取社会各界对《中华人民共和国反家庭暴力法（草案）（征求意见稿)》的意见。国务院法制办副主任胡可明、全国妇联书记处书记谭琳带队调研。

调研组深入到北京丰台区右安门街道办事处、丰台区法院，与区政府、人民法院、司法局、民政局、公安局等部门有关负责人及区妇联干部、民警、法官、律师、专家、人民陪审员、反家暴志愿者等进行了深度交流和座谈。

座谈中，大家高度认同反家庭暴力立法对于贯彻落实十八届四中全会依法治国方略和宪法尊重保障人权精神的重要意义，结合草案规定，介绍了各自开展反家庭暴力工作的主要做法和经验，反映了工作中遇到的困惑和难题，对进一步完善草案提出了意见建议。

胡可明和谭琳分别从不同的角度肯定大家基于工作实际提出的意见建议，这些建议涉及宣传教育、预防措施、心理矫治、接处警、审判案件、救助庇护等环节，对于反家庭暴力立法有重要参考价值。谭琳希望北京市各级妇联组织认真倾听群众呼声，与有关方面相互配合，共同做好反家庭暴力工作，以实际行动推动反家庭暴力法早日出台。

北京市政协妇联界别提案建议：
将反家暴法实施办法纳入立法计划

2015 年 1 月 26 日　中国妇女报　金勇

本报记者金勇 发自北京 记者从北京市两会获悉，今年市政协妇联界别提案建议北京市人大将《北京市实施〈反家庭暴力法〉办法》列入北京市地方性法规立法计划，并由市人大相关部门牵头，联合政府、司法等相关部门，启动《北京市实施〈反家庭暴力法〉办法》前期立法调研工作。

委员们在提案中认为，去年 11 月 25 日，国务院法制办正式发布《反家庭暴力法》（征求意见稿），面向全社会广泛征求意见，引起了广泛的关注和讨论。总体来看，《反家庭暴力法》（征求意见稿）基本回应了广大家庭特别是妇女群众的诉求，体现了相关学科领域的研究成果，反映了各部门特别是基层长期以来的实践经验，符合全面推进依法治国的总体要求，符合反家庭暴力工作规律。

2011 年，北京市制定出台了《北京市关于预防和制止家庭暴力的若干意见》，对形成全社会共同关注、共同干预家庭暴力的工作局面产生了积极的社会影响，有效保护了全市妇女儿童合法权益。委员们指出，为建设法治中国的首善之区，北京市应积极配合《反家庭暴力法》的出台，及时制定出符合北京实际、更具可操作性的《北京市实施〈反家庭暴力法〉办法》（草案）。这项立法计划的实施不仅会加大对弱势群体的保护力度，也将对建立平等和睦的家庭关系，促进社会主义和谐家庭、和谐社会的建设具有十分重要的意义。

四、媒体典型案例

（一）解除婚姻关系案例

【案件微播】妻子服刑丈夫拒探视 感情淡漠致双方分手

2014 年 12 月 30 日　抚州市中级人民法院　何玲玲

黄某被判处五年有期徒刑，服刑期间，黄某的丈夫陈某从未探视过她。12 月 23 日，乐安县人民法院审理了该起离婚案件，经调解，双方和平分手。

黄某与陈某经人介绍相识，不久后便开始同居。黄某和陈某结婚后，与陈某的父母一起居住。黄某和公公婆婆的关系处理的不是很好，常常发生吵口，也因此事和陈某的关系也越来越差。一日黄某和公公发生口角，一气之下就往自家的米汤里放了农药，所幸被及时发现未造成严重后果。陈某及其父母报警后，黄某被抓捕，后被判处有期徒刑五年。黄某到监狱服刑后，陈某从未前去探视过，黄某伤透了心，觉得陈某对自己毫无半点夫妻之情。

黄某诉至法院，要求与陈某离婚，孩子由陈某抚养，抚养费也由陈某一人承担。

受案后，承办法官即前往陈某家了解案件情况，陈某表示黄某在自家米汤中下农药的行为严重伤害了自己和家人的感情，也想和黄某解除婚姻关系，但陈某认为孩子的抚养费应该共同承担。经过法官分开做思想工作并反复解释有关法律规定。

最终，黄某与陈某自愿离婚，孩子由陈某抚养，黄某一次性支付抚养费 9000 元。（作者：乐安县人民法院 何玲玲）

来源：抚州法院网

奉父母之命娶聋哑女 因沟通有障碍诉离婚

2015 年 01 月 04 日　京华时报　裴晓兰

京华时报讯（记者裴晓兰）有智力残疾的章某奉父母之命，娶了聋哑女子黄某。婚后两年，他以沟通有障碍为由起诉离婚。记者昨天获悉，经密云法院调解，章某撤回了起诉。

章某诉称，他在小学三年级时因意外事故导致大脑受到损伤，落下了智力残疾，并因此辍学。两年前，经父母安排，娶了先天聋哑的黄某，婚后两人生育一名男孩。但在两年的婚姻生活中，他始终不懂手语，双方的沟通成为难题，没有共同语言。加上婚前缺乏了解，没有感情基础，他诉至法院要求离婚。

庭审中，黄某用纸笔写下答辩意见，称自己不愿意离婚，而且现在孩子太小，她也不忍心放下孩子离开。章某看到黄某写下的心里话，犹豫了。承办法官分别给双方做了思想工作，最终，章某放弃了离婚的念头，自愿撤诉。

误读“买断不婚”被驳 离婚财产处理仍有效

上海法治报 2015 年 1 月 7 日　周寒梅　整理

协议离婚时，男方听到对方口头承诺“要与孩子过一辈子，不再找了！”，便认定为买断对方不结婚，自愿将房产给了女方。现女方找对象并要求办理房屋过户时，便以自己受欺骗为由进行抗辩，能否得到支持？2015 年 1 月 5 日，黑龙江省大庆市高新区人民法院对这起婚后财产纠纷进行了公开宣判，对被告辩解不予采信，并判决位于大庆

高新区博学大街东的原夫妻共有的房屋一栋归原告杨某所有。

原告杨某与被告柴某经他人介绍相识，并于 2003 年 10 月登记结婚。婚后第二年，生一子李晓某。后因感情不和，双方于 2010 年 8 月协议离婚。离婚协议书中约定，孩子由原告抚养，并对财产的处理进行了约定：“夫妻共有的位于大庆高新区博学大街东一栋房屋归女方所有，其他财产也全部归女方所有”。

离婚后，原告杨某将被告柴某撵出家门，并要求被告柴某协助办理房屋过户手续。被告柴某拒绝协助办理，故原告杨某诉至法院，要求判决涉案房屋归原告所有。

在庭审中，被告柴某辩称，签订离婚协议时，原告口头承诺“要与孩子过一辈子，不再找了!”这是一次性买断对方不结婚，所以才将所有财产给了原告。现原告找对象，自己受到了欺骗，故离婚协议应当被撤销。

法院审理后认为，上述离婚协议书合法有效。据此，法院遂作出支持原告诉讼请求的上述判决。

孕妻愤而引产后起诉离婚

2015 年 1 月 7 日　京华时报　裴晓兰

京华时报讯 身怀六甲的王女士在办理准生证时，方知二婚的丈夫已生育过两子，她所怀的孩子属于超生，需缴纳数十万元社会抚养费方能上户口。王女士怒而引产，并起诉离婚。

2012 年，王女士与张某通过微信聊天相识，当时张某刚刚结束一段 7 年的婚姻，带着儿子共同生活。2013 年年初，两人登记结婚。2014 年 10 月，怀孕 6 个多月的王女士到计生部门办理准生证时被告知，张某之前已生育两个儿子，王女士此次怀孕属于超生，需要缴纳数十万元社会抚养费方能办理户籍登记。

在王女士质问下，张某承认自己确实有两个儿子，但是只有一个儿子跟他户口在一起，他以为不会影响他和王女士的孩子落户，就没有说实话。愤怒的王女士去医院做了引产手术，并于近日向密云法院起诉离婚。

王女士坚持认为张某的行为已对她身心造成严重伤害，坚持要求离婚。张某最终也同意与王女士解除婚姻关系，双方经过调解自愿离婚。

（二）婚姻无效撤销案例

父母隐瞒儿子患智障 与残疾女结婚法院判婚姻无效

2015 年 1 月 7 日　海峡导报　康泽辉

导报讯 （记者 康泽辉 通讯员 陈立烽 陈春生）近日，龙岩连城县法院审理了一起父母隐瞒子女病情，撮合操办婚姻案。原告张某与黄某因患有法律禁止结婚的疾病而被宣告婚姻关系无效。

原告张某，男，1984 年 2 月生，天生智力残障，大脑反应迟钝，动作呆板，日常只能干些与体力劳动相关的农活；被告黄某，女，1986 年 12 月生，在 7 岁时患了乙型脑炎，虽保住了性命，但右手残疾，并且还患有严重的癫痫病。

这一对在双方父母的撮合下，隐瞒了各自的病情，于 2011 年 6 月办理了婚姻登记手续。后因黄某生活基本不能自理，又没有生育子女，且时常癫痫病发作，张某的父母感到年事已高，无力照顾二人，遂以张某的名义起诉离婚。

法院经审理认为，双方均为无民事行为能力人，双方的法定代理人代理双方实施的民事行为，不是原告、被告方的真实意思表示。虽领取了结婚证，但违反《婚姻法》相关禁止性规定，遂作出前述判决。

（三）子女抚养亲子关系案例

男子性侵 10 岁女儿被撤销监护权 系全国首例

2015 年 1 月 9 日　新华报业网-扬子晚报 民政部门 本报 张叶 绘

10 岁女孩，突然从路边跑出，拉住陌生人喊“饿”，被好心的张女士救助后，她又几次三番到其家中。直到一次，女孩哭着诉说被生父、邻居性侵！如今孩子父亲、邻居均已被判刑，生母对孩子不闻不问。1 月 7 日，徐州铜山区人民法院立案受理了一起特殊的案件，由区民政局提起申请，要求撤销受害女童父母的监护权，另行指定合适监护人。

而这也是未成年人保护新规(《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》(下文简称“新规”)，自今年 1 月 1 日起实施以来，全国首例申请撤销监护权资格案件。 扬子晚报全媒体记者 马志亚

罕见案件

案发 10 岁女孩接连被生父、邻居性侵

去年 6 月 29 日中午，家住铜山区某镇的张兰，带着一名女孩到辖区派出所报案。派出所安排一名女民警，单独接待两人。张兰的一番话让民警吃惊不小：女孩被生父、邻居性侵！

张兰称，女孩叫小丽，现年 10 岁，家住铜山区某镇。张兰娘家在该镇上，一次回娘家路上，小丽突然从路边窜出来，扒住她的车喊“饿”，张兰发现女孩衣着破旧、脸色蜡黄，于是带她回家。在给孩子做了一顿饭后，张兰问清她的地址，将女孩送了回去。没想到，几天之后，小丽再次摸到她家里。交谈中，女孩称家里只有一个爸爸，经常打骂她，还向张兰展示了脸部、下巴上的疤痕，头部还有一处凹陷。张兰同情孩子遭遇，让其以后没事随时来她家吃饭、玩耍。此后，小丽隔三差五会过来，两人关系逐渐亲近。

6 月 29 日上午，小丽再次哭着来到张兰家，这次孩子说爸爸一早打她，之后孩子的描述让她震惊了：小丽是被

她的亲生父亲性侵了！不仅如此，小丽还曾被隔壁一名邻居性侵过。

判决 生父被判处有期徒刑 11 年

民警将涉案两人带回派出所审讯，两人对强奸小丽的犯罪事实供认不讳。记者了解到，邵某现年 30 多岁，小学文化，此前长期在外打工。10 多年前，经人介绍，在河南焦作，做了当地一户人家的上门女婿，女儿小丽不久后出生。因邵某好吃懒做，这段婚姻并没有维持多长时间，女方单方面提出离婚。邵某提出要带走女儿，女方同意了这个条件，小丽被带回徐州时，还不到两岁。

（四）财产分割案例

夫妻离婚，出租车经营权归谁？

2014 年 12 月 31 日　南宁新闻网　何璨汐 莫俊雅 李玲

本报讯（见习记者 何璨汐 通讯员 莫俊雅 李玲）李某与尹某由于感情不和，起诉至良庆区法院请求离婚。对于婚后并未添置大宗共同财产的两人来说，丈夫李某驾驶的那辆桑塔纳出租车成了两人争夺的焦点。近日，良庆区法院作出判决，丈夫李某享有出租车运营权，并补偿尹某剩余 1 年 10 个月的出租车运营权所对应价值的一半款项和为获取运营权所交纳的保证金的半数，共计 2.6 万余元。

2011 年 4 月，李某与南宁市某运输公司签订了一份《出租汽车承办合同》，双方约定以“自主经营、自负盈亏、规范服务”的外部承包方式将运输公司的车辆交给李某经营，承包合同期限为 5 年，李某须交纳 3 万元作为履行合同的保证金，3000 元作为承包金。当日，李某就拿回了一辆桑塔纳出租汽车及相关证照。此外，除了交给运输公司的费用，李某还需支付给前承包人经营权转让费 6 万元。

桑塔纳出租车经营权究竟该属于谁？良庆区法院认为，李某在婚姻关系存续期间取得了出租汽车的承包经营权，该经营权对应的财产性权益属于夫妻共同财产，应当事人请求可予以分割。

此外，就出租车经营权的归属及分割，法院认为，尹某未取得驾驶资格，出租车一直由李某运营，且尹某同意在李某给予其一定补偿的条件下放弃对出租车的运营权，因此运营权由李某继续享有较为合适。

12 月 26 日，良庆区法院依法作出由丈夫李某享有运营权，并补偿尹某剩余 1 年 10 个月的出租车运营权所对应价值的一半款项和为获取运营权所交纳的保证金的半数，共计 2.6 万余元的判决。

（五）损害赔偿案例

（六）扶养赡养案例

（七）离婚后财产纠纷及相关纠纷

离婚后取得的自主择业费原配偶可要求分割

——云南德宏中院判决高某诉鄢某离婚后财产纠纷案

2015 年 1 月 8 日　人民法院报 作者：云南省芒市人民法院 汤 婧

裁判要旨

原夫妻一方为军人，在离婚后才复员、转业，其领取的复员费、自主择业等一次性费用属于夫妻关系存续期间共同财产的部分，原配偶仍有权要求进行分割。

案情

被告鄢某 1990 年 12 月 1 日参军入伍，系边防支队干部。1997 年 11 月 11 日，原告高某与鄢某登记结婚，2000 年 1 月 14 日生育一子鄢某某。2012 年 8 月 6 日，原、被告离婚，离婚协议约定：1.儿子鄢某某由原告抚养，被告每月支付抚养费人民币 1200 元至鄢某某高中毕业；2.住房归被告所有，儿子鄢某某对房产享有唯一合法继承权，被告一次性支付原告房产价款人民币 25 万元；3.双方无其他债权债务。

离婚后，被告鄢某于 2013 年 12 月 1 日从边防支队转业，领取自主择业费等一次性费用合计人民币 283613.56 元。原告认为被告领取的自主择业费等费用中有部分属于原、被告共同财产，但协议离婚时未进行分配，故诉至法院要求被告给付所领取的自主择业费中的 4.5 万元给原告。

裁判

云南省芒市人民法院经审理认为，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》（以下简称婚姻法解释（二））第十四条规定“人民法院审理离婚案件，涉及分割发放到军人名下的复员费、自主择业费等一次性费用的，以夫妻婚姻关系存续年限乘以年平均值，所得数额为夫妻共同财产。”本条规定涉及分割的是在审理离婚案件时已发放到军人名下的自主择业费等，而本案特殊之处在于自主择业费等发放是在原、被告离婚之后，离婚时该笔费用并未发放到被告名下。该条解释只能在法院审理离婚案件时适用，不能适用于本案，被告在离婚之后领取的自主择业费等一次性费用不应在离婚后作为共同财产进行分割。故驳回了原告的诉讼请求。

原告不服上诉，云南省德宏傣族景颇族自治州中级人民法院经审理认为，军人离婚与其复员转业并不一定同步进行，如果军人离婚时尚未复员转业，能够作为夫妻共同财产进行分割的军人财产实际多为可期待利益。但不管现役军人是否转业或复员，这些财产在事实上都是存在的，只不过需要在转业或复员时进行最后结算而已。因此，不能以军人在离婚时没有实际占有复员费、自主择业费等为由否定军人配偶一方应享有的权利。故对原告高某请求分割夫妻关系存续期间的自主择业费等费用予以支持，判决被告给付原告 40749 元。

评析

1．对离婚时遗漏财产要求分割的诉讼时效

婚姻法解释（二）第九条规定，男女双方协议离婚后就财产分割问题反悔，请求变更或撤销财产分割协议的诉讼时效为一年。但该条关于时效的规定适用于双方就已分割的财产问题反悔，请求变更或撤销财产分割协议。而本案原告对已分割的财产并未反悔，只是认为离婚时被告的自主择业费等还未领取，现已领取，故要求分割离婚协议中未提及的财产。因此，本案不受该条时效的限制。根据民法通则的规定，向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为两年。诉讼时效期间从知道或者应当知道权利被侵害时起计算。本案被告鄢某于 2013 年 12 月 1 日从边防支队转业，并领取自主择业费等费用。原告高某于 2014 年 4 月 17 日起诉要求分割夫妻关系存续期间的自主择业费等费用，其起诉未超过诉讼时效。

2．关于军人复员费、自主择业费的分割问题

婚姻法解释（二）第十四条规定“人民法院审理离婚案件，涉及分割发放到军人名下的复员费、自主择业费等一次性费用的，以夫妻婚姻关系存续年限乘以年平均值，所得数额为夫妻共同财产。前款所称年平均值，是指将发放到军人名下的上述费用总额按具体年限均分得出的数额。其具体年限为人均寿命 70 岁与军人入伍时实际年龄的差额。”

本案的特殊性在于被告领取自主择业费等费用是在原、被告离婚之后，一审法院认为属于夫妻共同财产能够进行分割的应该是既得利益，即在夫妻双方离婚时已经取得的财产。而军人的复员费、自主择业费等一次性费用在取得前存在不确定性，例如军人可能在复员或转业前被开除，可能在离婚后至复员前的期间升职或降职，从而影响复员费、自主择业费等一次性费用的领取数额。严格按照婚姻法解释（二）第十四条的字面解释，该条款有前置定义“人民法院审理离婚案件，……”

二审法院则认为军人的复员费、自主择业费等一次性费用属于可期待利益，不管现役军人是否转业或复员，这些财产在事实上都是存在的，配偶即使离婚后仍然有权利进行分割。具体分配数额按照婚姻法解释（二）第十四条计算。本案被告 1972 年 3 月出生，1990 年 12 月参军，被告入伍时实际年龄为 18.67 岁，原、被告 1997 年 11 月 11 日登记结婚，2012 年 8 月 6 日登记离婚，夫妻关系存续年限为 14.75 年，被告领取的 283613.56 元自主择业费中应为夫妻共同财产的有 283613.56 元÷（70 岁至 18.67 岁）×14.75 年=81498 元，原告高某可分得 40749 元。

本案案号：（2014）芒民三初字第 58 号，（2014）德民一终字第 96 号

女子为获得北京户口假离婚 向前夫索要房屋遭拒

2015 年 1 月 9 日 北京晨报 彭小菲

为了要北京户口，王女士听从丈夫劝说假离婚，将单独所有的房产过户到丈夫一人名下，之后与一北京男子协议结婚。然而几年过后，非但没有办成户口，向前夫索要房屋时竟遭拒绝，“人财两空”的王女士遂将前夫刘先生起诉至法院，要求返还房屋并支付赔偿金 5 万元。近日，密云法院经审理，判决房屋归王女士所有，但需支付给前夫 46 万元房屋折价款。

为北京户口 夫妻假离婚

2008 年，王女士与刘先生在网上相识，相处两年后结婚。婚后，刘先生与王女士商议，通过假离婚的方式，让妻子找一北京籍男子结婚，然后她便可顺利获得北京户口，王女士同意了。2012 年 5 月，王女士与刘先生离婚后协议约定“位于密云的房屋归男方所有，两人无共同财产”。

在刘先生姐姐介绍下，王女士认识了北京籍男子吴某，之后二人办理结婚手续，同时也协议约定由吴某为王女士及其儿子办理北京市户口，王女士付给吴某 4 万元。

此后，王女士一直与前夫刘先生生活在一起。直到 2014 年初，王女士与吴某协议离婚。

预谋未得逞 夫妻撕破脸

2014 年 1 月，王女士突然报案称被前夫刘先生骗取房产。在接受公安机关的讯问时，刘先生未否认假离婚换户口的预谋，并称等事情办完后，两人会再复婚，到时把房屋重新变为共有。由此，公安局以无犯罪事实为由撤销案件。

但随后，王女士将前夫刘先生诉至法院。庭审中，王女士不仅要求刘先生归还房产，同时要求对方给付侵害物权的赔偿金 5 万元，不过并未提供证据予以证明。而刘先生则主张房屋是双方共同出资购买，也未提供证据。

密云法院经审理认为，诉争房屋原登记在王女士个人名下，双方婚后将该房屋从王女士单独所有变更为双方共同所有，并约定各自享有 50%的房产份额，法院对此予以认定。而在双方婚姻关系存续期间，刘先生主动向王女士提出给她办北京市户口，并商议为防止吴某争夺财产，建议将房屋过户的情况下，双方签订离婚协议，故离婚协议中关于诉争房屋归刘先生所有的约定，并非王女士的真实意思表示。因此，法院综合情况后最终确定房屋归王女士所有，王女士则需给付刘先生相应的财产折价款 46 万余元。对于王女士提出的 5 万元赔偿金，因其未提供充分证据，法院未予支持。

一审判决后，双方均提出上诉，二审法院最终判决驳回上诉，维持原判。

离婚后发现儿子非亲生 男子要求重新分割财产

2014 年 12 月 4 日　法制日报　郭宏鹏

法制网讯 记者郭宏鹏 通讯员雷春荣 曾高峰 离婚后不到半个月，前夫因邻里的闲言碎语中带儿子去做了亲子鉴定，发现已经 4 岁多的儿子竟然不是自己的亲生骨肉。前夫无法接受这个事实，要求法院重新分割夫妻共同财产，一对和平分手的前夫妻再次闹上法庭。近日，江西省高安市人民法院立案受理并成功调解了这起离婚后财产纠纷案件。

原告何某（男）与被告盛某（女）于 1998 年登记结婚，2014 年 5 月双方因性格不合自愿在民政部分登记离婚，并签署离婚协议，协议约定婚后两个小孩均跟随女方生活，男方每月支付小孩抚养费 2000 元；婚姻关系存续期间所建房屋及厨房离婚后由男女双方共同使用和居住。

离婚后半个月，男方何某在亲友的指点下带小儿子到医院做亲子鉴定，鉴定结果何某并非小孩的亲生父亲。于是，何某诉至法院，要求撤销离婚协议中关于子女抚养、财产分割条款，对财产进行重新分割，并要求被告返还小孩抚养费，并支付精神损失费。

法院经审查认为，何某有权要求撤销离婚协议中关于财产分割的协议条款，并要求返还小孩抚养费以及支付精神抚慰金。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）第九条的规定，男女双方协议离婚后一年内就财产分割问题反悔的，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。在原、被告双方离婚时，原告并不知情小孩并不是自己亲生这一事实，所以在处理夫妻共同财产以及小孩抚养时，原告并非完全、真实的表达了自己的意愿，签订的离婚协议书应当认定存在瑕疵，而且该诉请是在离婚后一年内离婚，并未超过诉讼时效。

在法官的主持下，原、被告两人最终达成调解协议，孩子由被告盛某扶养，被告自愿返还小孩抚养费并支付原告精神损失共计 20000 元，双方共同所有的房屋及厨房由原告何某所有。

（原标题：离婚后发现儿子非亲生 男子要求重新分割财产）

女子离婚后起诉分房产被驳回 法院：为男方婚前财产

2015 年 01 月 08 日　西部商报　樊丽

新华网甘肃频道消息 一场离婚案，背后却牵扯出一套房产纠纷。女方认为，房子是还没离婚时候拥有的，应该属于夫妻共同财产，一方无权分割，于是将男方起诉至法院。1 月 4 日，兰州西固区法院公布该案一审判决，法院认为，该房屋男方在婚前就享有既得权，故驳回了女方的诉讼请求。

事件：离婚案牵出房产纠纷

经审理查明，2006 年 12 月，韩女士与邵先生登记结婚。在共同生活中，因双方缺乏沟通，经常为家庭琐事发生争吵，致使夫妻感情破裂，邵先生以此为由诉至城关区法院。2008 年 11 月，法院以韩女士无正当理由拒不到庭参加诉讼为由，依法缺席审理，并作出准予双方离婚的判决。2008 年 12 月，法院向韩女士送达了离婚判决书。该判决内未涉及婚内具体财产问题，仅在文书中叙述邵先生放弃分割共同财产的请求。2008 年 12 月 9 日，韩女士向兰州市中级人民法院提出上诉。二审期间，韩女士又未到庭参加诉讼，兰州中院于 2009 年 3 月 25 日作出终审裁定韩女士按撤回上诉处理。2009 年 5 月 21 日，法院通过专递邮寄送达韩女士。邮寄人员按照地址投递时，韩女士拒收，最后该裁定于 2010 年 3 月 1 日书面送达韩女士。

在与韩女士结婚前，邵先生租赁一处平房居住，2006 年平房拆迁，邵先生于同年 5 月 28 日与兰州石化公司签订安置协议。2009 年 7 月，邵先生以此拆迁房屋选购兰州石化公司的新建安置房，并于 2009 年缴纳房款并签订《经济适用房买卖合同》。随后，邵先生与第三人签订房屋买卖协议，将此房转让。

2011 年 8 月，邵先生领取了房屋钥匙，当此消息被韩女士得知后，她认为这套房屋应该有自己一半，因为自己与邵先生离婚时间为 2010 年 3 月，而邵先生与第三人签订房屋转让协议的时间是 2009 年 8 月，从时间上来看，房屋属于夫妻共同财产，邵先生一人无权处理。韩女士因此诉讼至法院，请求法院判令房屋转让协议无效，且自己拥有房屋的居住权。

判决：拒签送达文书 不影响效力产生

西固区法院一审认为，被告邵先生在与原告韩女士结婚前就与兰州石化公司签订了拆迁安置协议，应视为邵先生对该房屋在婚前就享有既得权。因此，韩女士认为邵先生的拆迁安置房在未交款购买时为租赁房，该安置房是她与邵先生婚内购买后，转变成了夫妻共同财产的说法于法无依。

关于韩女士与邵先生离婚判决生效日期的认定，从邮件投递过程看，当邮寄人员于 2009 年 5 月电话通知韩女士取件时，韩女士已明确地知道是法院向其送达诉讼文书，其基于恶意逃避送达的目的予以拒绝签收。据此可以认定韩女士知晓其与法院之间的诉讼法律关系，其放弃了了解诉讼文书的内容和意思的权利，同时处分了其在邮寄服务合同中享有的请求邮政企业给付邮件的权利。根据相关法律规定，因韩女士拒绝签收，导致该裁定未能被受送达人实际接收的，该裁定书退回之日视为送达之日。即该裁定生效日期应为 2009 年 5 月，这与邵先生与第三人签订的《房屋买卖协议书》时间没有冲突。

据此，西固区法院一审判决，驳回原告韩女士的全部诉讼请求。（记者 樊丽）

（八）恋爱同居纠纷案例

六旬翁与女友分手后诉讨房产

2015 年 1 月 7 日　京华时报　杨凤临

京华时报讯（记者杨凤临）60 多岁的王某与宋某原是师生关系，因宋某的女儿需要补习功课，两人重新开始联系并同居。后双方发生矛盾分手，王某以自己曾出资购买一套房产登记在宋某名下为由，将宋某诉至法院，要求归还房屋。近日，一中院以证据不足为由，驳回王某的诉讼请求。

王某称，2004 年，自己与宋某在一起并同居。2006 年双方以宋某的名义贷款购买一套房屋，但首付款基本全部由王某出资，月供、房屋装修、购置家具家电、供暖物业等费用也全部由其支出。后两人分手，宋某拒绝让王某回家。王某遂将宋某诉上法院要求归还房屋。

而宋某辩称，房屋的房款全部由其个人出资，而且购房的时候双方并没有同居，故不同意王某的诉讼请求。一审法院审理后认为，诉争房屋购买时间为 2006 年，而双方被确认的同居时间在此时间之后。故购得的房屋不能作为同居期间的财产进行处理，王某亦不能证明其对诉争房屋的出资情况，因此不支持王某的诉讼请求。

王某不服一审判决，向二审法院提起上诉。王某认为双方同居时间是在 2004 年，并提交了新证据，试图证明自己的诉讼请求，其中包括：其前妻对于王某与宋某同居的证人证言，王某给宋某女儿购买汽车的机动车登记证书，王某用于提前归还房贷和购买汽车的银行存取款明细等等。

二审法院经过审理后认为，王某所提供之证据仍不能充分有效证明该房屋是在同居期间由其出资购买。最终，二审法院判决驳回上诉，维持原判。

同居女友卷走“财产”法院判归还

2015 年 1 月 6 日　辽宁法制报　孟锦阳

本报讯　义县同乡的刘某和戴某经人介绍谈起恋爱，由于两人都在外地打工，身在异乡又别无亲人，为了相互照应，两人相处不到三个月就同居一起。

可好景不长，居住一起的两人因性格不同又缺乏了解，由起初的小吵发展到大吵，有时双方冷战几天都互不理会。去年 3 月份的一天，两人又因经济问题发生争吵，戴某趁刘某上班之机，翻出刘某放在柜子里的一万元存折，连同自己的衣物不辞而别。

等刘某回家后发现女友不见踪影，存折也不见了，连忙打电话给戴某，而此时的戴某已把刘某“拉黑”，任凭刘某怎么打也不接。面对人走财空，独自一人的刘某在出租屋也呆不下了，他决定返乡找戴某求个说法。然而，人是见到了，可戴某回应刘某的却是一盆冷水：对象不处了，要钱也没有。面对戴某的绝情，刘某一怒之下把女友起诉到法院，状告返还自己的一万元存折。

经义县人民法院审理查明，原、被告同居期间，刘某确有一张余额为一万元的活期存折，都是自己工资所攒，以前戴某也经手拿此存折取一些钱用于二人生活花销。

但庭审中戴某辩称存折上的钱是刘某自愿给自己的，二人生活期间也是她所掌控，所以不存在返还的问题，况且存折上的钱已花掉了。刘某则否认女友的说法，坚称戴某未经自己允许，私自拿走本属于他的钱物，应该返还自己。

法院审理后认为，戴某所辩存折的钱是刘某所赠的说法因无证据证明，况刘某又予以否认，故不予采信。现存折上署名为刘某，双方在产生矛盾后在刘某不知情的状况下，戴某私自将存折拿走取钱花掉，足见并非刘某的赠与行为。另一万元存折是刘某的收入，亦非二人同居期间的共同财产。综上，法院判决戴某于判决书生效后 10 日内返还刘某人民币一万元。

女方买豪车给准女婿做彩礼 解除婚约后要求返还

2015 年 01 月 25 日 红网　刘双

红网益阳 1 月 25 日讯（滚动新闻记者 刘双 通讯员 何宇翔）益阳女子李梅(化名)与方军(化名)恋爱时，女方家出资给方军购买了一辆价值近百万元的奔驰轿车。之后，两人产生矛盾解除了婚约，女方家起诉至法院，要求方军退还这辆奔驰轿车。1 月 22 日，益阳市赫山区人民法院一审判决支持女方的诉讼请求。

2012 年初，李梅与方军相识并恋爱。起初，方军对李梅呵护有加，李梅父母看在眼里，对方军很满意，于是家境殷实的李梅父母在同年 11 月出资购买了一辆裸车价格为 99.8 万元的奔驰轿车给方军，该车登记在方军名下。

2013 年 5 月，两人按乡俗举行了婚礼。但因为李梅未达法定婚龄，一直未办理结婚登记手续。之后，因性格不合两人经常吵架，李梅与方军解除了婚约。这时，李梅及家人要求方军返还之前购置的奔驰轿车，但方军已将该车以 56 万元的价格转让给他人。双方协商未果，李梅便以婚约财产返还纠纷为由诉至法院，要求方军返还车辆或购车款 99.8 万元。

法庭上，方军认为，李梅家人已将该车赠送给他，请求法院驳回李梅的诉讼请求。

法院审理认为，李梅与方军以缔结婚姻为目的恋爱交往，李梅家人为方军购买的价格高达 99.8 万元的奔驰轿车属于婚约彩礼，而非无条件的一般赠与。在双方取消婚约、不再缔结婚姻的情况下，李梅要求方军返还彩礼，依法应予支持。但因方军已将车辆转让，导致无法返还原车，故在剔除车辆折旧费用后，判令方军返还李梅奔驰车转

让时的实际价值价款 86 万元。

（原标题：给准女婿买百万豪车 解除婚约后要求还车）

（九）其他相关案例

（十）赠与案例

丈夫私赠小三房产被妻子追回

2015 年 1 月 19 日 中国新闻网 陈立烽 陈春生

中新网连城 1 月 19 日电 (陈立烽 陈春生)福建连城法院 19 日披露，一起夫妻单方处置共有财产案在该院宣判，受赠人李某被判将房屋返还共同所有人。

已有家室的 54 岁个体建筑业主赵某与 29 岁尚未结婚的李某(女)同居。2009 年初，赵某专为李某购置价值 40 万余元的二上二下住宅房，作为李某生活起居及二人同居之用。2013 年 12 月赵某因交通事故死亡。

在清理赵某遗产时，赵某之妻江某找到李某要求其退还赵某为其购置的房屋。李某以房屋系赵某赠与为由拒不退还，江某即以夫妻共同财产，一方单方处分无效为由，诉诸法院，请求人民法院判令李某交还房屋。

法院经审理认为，赵某赠与李某的财产是在赵某与江某的婚姻关系存续期间所得的财产，根据婚姻法“夫妻在婚姻关系存续期间所得的财产归夫妻共同所有”之规定，应属于赵某和江某的共同财产。夫妻对共同所有的财产有平等的处理权，本案中，赵某未经江某同意，违背其意愿擅自处理夫妻共同财产，应认定无效。遂依法作出前述判决。(完)

(原标题：丈夫生前私赠“小三”房产 死后被发妻诉诸法院追回)

（十一）夫妻债务案例

夫妻离婚 前婆婆凭 10 万元转账凭条告儿媳讨债

2015 年 1 月 3 日 海峡导报 陈捷

导报讯（记者 陈捷 通讯员 思法）女子与丈夫离婚后，被昔日婆婆告上法院，追讨 10 万元“债务”。近日，思明区法院开庭审理了这起昔日婆媳之间的债务官司。

据了解，小婷（化名）和丈夫小赵（化名）都是公务员，而小赵母亲则是自己开公司当老板。小夫妻结婚后，在婆婆的鼓励下，这对小夫妻双双参与公司的业务，他们还办理了二十几张信用卡，套现做生意。

2014 年 2 月，小婷、小赵因感情破裂离婚。去年年底，赵妈妈就将儿子和曾经的儿媳告上法院，说他们在婚姻关系存续期间向她借了 10 万元买车，要求两人还钱。

开庭时，赵妈妈拿出 2013 年 3 月 2 日她向小婷转账 10 万元的银行凭条。

面对妈妈的起诉，儿子小赵对于妈妈拿出的证据全都予以认可。而且，他作为被告之一，还为原告方作证。小赵还说，10 万元不应作为夫妻共同债务，小婷应自行承担。

面对昔日婆婆的“追债”，小婷答辩说，这是“子虚乌有”的债务。她反驳说，她与前婆婆及前夫之间有数百万资金往来，凭什么随便截取其中一笔就说是借款？另外，为买一辆 12 万元的车，提前 5 个月借钱，也不合情理。再说，购车当天，她名下各银行卡金额加起来有 40 多万元，根本没必要借钱买车。小婷还说，转账时，两人为婆媳关系，应该算赠与。

经法院调查，案发前一年多时间内，仅小婷的一个银行卡账户与前婆婆账户往来就有 45 笔，小婷转给赵妈妈 95 万元，赵妈妈转给小婷 80 万元。除此之外，她们之间还有多笔资金往来。

法官说法

仅凭转账记录，不能证明借款

思明区法院审理认为，赵妈妈与小赵、小婷之间并没有借条，仅仅是以转账的事实发生为依据，没有其他证据可以佐证。相反，小婷出示了大量借记卡资金往来明细和借贷卡消费明细。

而且，赵妈妈既不否认小婷提供的银行明细的真实性，也不否认合伙套现做生意，未能就双方之间存在借贷关系作进一步举证，应承担举证不力的后果。

因此，法院一审判决驳回了赵妈妈的全部诉求。法官说，一般情况下，如果没有借条或欠条，主要的举证责任就在主张借款关系存在的一方，证据不足就难以获得支持。(海峡导报)

恶意拖欠前妻钱款被拘 现任妻子代夫还款抵过

上海法治报 2015 年 1 月 7 日 法治报记者 王川 法治报通讯员 黄海骠

在郑先生与何女士的婚姻存续期间，何女士曾以个人名义借给郑先生的公司 50 万元。两人离婚后，何女士以诉讼方式向郑先生的公司索要这笔借款本息共计 78 万元，并获得法院的支持。但郑先生的公司却迟迟不履行已生效的判决，对此，何女士向虹口区法院申请强制执行。公司法定代表人郑先生因拒不履行而被司法拘留。后经承办法官、拘留所民警以及现任妻子的再三苦心劝诫，郑先生终于改变态度，诚心悔过，由其现任妻子代其履行部分还款手续后提前解除司法拘留措施。

前夫另结新欢 前妻追债上公堂

郑先生与何女士结婚多年，随着婚姻生活的日渐平淡，夫妻间也时常因琐事发生争执，感情逐渐生隙的两人，

最终走到了婚姻的尽头。2013 年 9 月，郑先生与何女士办理了离婚手续。

婚姻结束后，郑先生很快与年轻的夏女士重新组建了家庭，开始了新生活，这让何女士心里很是不平。

在郑先生和何女士的婚姻存续期间，二人曾共同出资成立了一家网络科技公司，并由郑先生担任公司的法定代表人。为了支持丈夫的事业，何女士曾以个人名义，通过银行转账的方式借给公司 50 万元。原本自己并没打算要求还钱，但如今，昔日深爱的丈夫怀拥新人，事业平顺，而自己却熬成了“黄脸婆”，还失去了婚姻。愤懑不已的何女士决定，要把这笔借款的本息全部要回。

为此，何女士多次上门催讨该笔欠款，但几经努力均未果。无奈之下，何女士向虹口法院提起诉讼，要求网络科技公司支付借款本金及利息共计 78 万余元。

经审理，法院依法作出一审判决，支持了何女士的诉请。

为了 78 万余元　前夫甘心做“老赖”

判决生效后，何女士迟迟未收到网络科技公司的应付款项。为此，何女士向虹口法院申请强制执行。

案件进入执行程序后，承办法官周广元当即与被执行人网络科技公司的法定代表人郑先生取得了联系，要求其限期履行还款义务。未曾想，郑先生只应了一句“没钱”，就挂断了周法官的电话。

为确保案件执行顺利进行，周法官对网络科技公司名下财产展开调查，第一时间对公司名下的 58 万余元银行存款依法进行了扣划。调查中，周法官还发现，网络科技公司于不久前将其商标和专利都无偿地进行了对外转让。周法官感觉事有蹊跷，便传唤郑先生到法院说明情况。

郑先生到法院后，对法官的提问避重就轻，至始至终未提及还款打算，只是一再以目前无履行还款义务能力加以搪塞敷衍。见此情景，周法官要求郑先生提供公司商标及专利转让合同的相关凭证，并对无偿转让的原因等作出说明解释。原本还“滔滔不绝”的郑先生顿时蔫了声，说不出所以然的他索性选择了沉默应对。

周法官再三提醒，告诫其不要心存侥幸，积极配合履行义务，否则将承担法律后果。但郑先生依然不以为意，甚至耸肩笑称：“我不还又能怎样，不行把我拘留了呀！”在郑先生拖赖执行且又极不配合的情况下，周法官依法对其施以了司法拘留。

“老赖”进拘留所　现妻代夫还债

郑先生没想到自己真的会被拘留，一进拘留所他便慌了神。拘留所民警也劝他尽早履行债务，没有必要受限制自由之苦。

在郑先生被拘留后不久，他的现任妻子夏女士匆匆来到法院找周法官，心疼丈夫的她希望能够去拘留所探望一眼郑先生。对此，周法官通过与拘留所共建的矛盾化解机制，与拘留所取得了联系。在拘留所民警的配合下，周法官答应了夏女士的请求，并希望夏女士能够劝说郑先生改变态度，配合法院工作，也好夫妻早日团圆。

在律师的陪同下，夏女士来到了拘留所。探望过程中，经拘留所民警悉心的开导与妻子的劝说，郑先生终于松口，表示愿意履行还款义务，并希望夏女士能帮助自己与法官好好沟通。

之后，夏女士匆匆来到法院，她告诉周法官，郑先生并非不愿意还款，只是一来目前公司周转确有困难，二来是气不过前妻在他最困难的时候逼其还钱，这才不愿配合。谈话中，夏女士再三表示愿意帮丈夫完成债务的履行手续，希望法院能够提前解除对郑先生的司法拘留措施。

对此，周法官表示，不论是公司经营情况不佳，还是对前妻心怀芥蒂，都不能成为逃避履行法院生效判决的理由。如若郑先生确有还款意向，并且能够付诸行动，法院可以依法提前解除对郑先生的司法拘留。

夏女士再次来到拘留所，向郑先生转达了周法官的告知。听得法官如此说，郑先生终于一改原先的傲慢无赖，他嘱咐妻子夏女士先代为履行 10 万元的还款手续，对于剩余款项，也愿意限期归还。

夏女士代郑先生完成了 10 万元的还款手续后，周法官来到拘留所提审郑先生。提审期间，郑先生当场写下了悔过书，表示经过反思，认清了自己拖赖执行的不当行为，愿意遵守法院判决。经周法官协调，郑先生与申请执行人何女士达成了一致意见，郑先生将于今年 5 月 1 日前还清剩余的 10 万元欠款。见到郑先生确有悔改的诚意，并已与申请执行人达成合意，法院提前解除了对郑先生的司法拘留措施。

（以上人物均系化名）

五、继承

（一）继承审判动态

（二）继承立法动态

“中国继承法论坛”在京召开，与会专家学者呼吁——“继承法确实需要修改了”

22014 年 12 月 31 日　中国妇女报　王春霞

继承问题关系到千家万户。第一届“中国继承法论坛”日前在京召开，与会专家学者呼吁在民法典编纂的过程中尽快修改完善继承法，以适应当下的社会现实需求。

实施近 30 年未修订

“我国继承法实施近 30 年从未修订，这是一个很奇怪的事情。” 中国人民大学教授杨立新是继承法修订的重

要倡导者、推动者。他认为，随着财富变迁，继承法完全不适应社会生活的需要。

北京市第一中级人民法院法官杨磊介绍，相较于离婚案件，继承案件属少数。但是，司法实务中也确实出现了不少问题。法院不能拒绝裁判，久而久之形成自己的规则。“继承法确实需要修改了。”

中华遗嘱库管委会主任陈凯认为，家庭小型化、城镇化、人口迁徙导致中国社会基础发生重大变化。社会财富多样化、财富流动性增加，家庭财产增长导致继承需求多样化。

“继承不仅是家庭内部关系调整，还涉及市场经济主体、市场运行、宏观调控等。”陈凯将之细化为：与经济组织主体形式有关的继承问题，如公司股权继承、经济合作社股权继承；与市场运行有关的继承问题，如保险、信托、票据以及银行存款的取得、采矿权、勘探权等；与市场秩序有关的继承问题，如合同权益、商标继承，虚拟财产的继承，养老保险、企业年金、住房公积金的继承等。

北京大学法学院教授马忆南曾参加 2012 年全国人大法工委组织召开的几次继承法修改研讨会。

“当时关于继承法修改争论的问题主要集中在遗产范围、法定继承人的范围和顺序、父母继承顺序、继承权的丧失和放弃、遗嘱的形式及效力、特留份制度、遗嘱信托、归扣制度、遗产管理制度、债权人利益保护等。”马忆南告诉记者。

继承遗产范围应扩大

“为顺应我国财产形态的更新与转化，继承法应适度延展遗产范围。” 黑龙江大学法学院教授王歌雅认为，将被继承人享有的人格权衍生的财产利益、互联网中的虚拟财产等纳入遗产范围。同时，为顺应民众的风俗习惯，继承法应规制特殊遗产的继承规则：遗体、骨灰、灵牌、墓地等特殊遗产的继承不得违反公序良俗。

实践中出现过将全部遗产赠予婚外情人的情况，引发人们对特留份制度的关注。

“特留份是指法律规定的遗嘱人不得以遗嘱取消的由特定的法定继承人继承的遗产份额。”北京化工大学文法学院教授樊丽君说，我国继承法特留份制度可以仅限于共同生活的配偶、子女。成年子女作为特留份主体，应以尽了主要赡养义务为条件；父母的利益用必留份保护；尽量采取债权性质的权利设计；数额不宜过高。

王歌雅认为，传统继承法的体系格局遭遇继承观念变迁的冲击——法律尊重和保护被继承人的意志自由，法定继承的适用受遗嘱继承的限制，即遗嘱继承优于法定继承。

关于公证遗嘱效力优先问题，有的认为应尊重遗嘱人的真实意思表示，无论采取什么遗嘱形式，应以最后合法遗嘱为准；有的认为公证遗嘱最能够保证遗嘱人真实意思表示，司法实践中易认定，建议维持现状。

继承顺序和继承人范围要调整

“配偶的继承权始终应该被排在最为重要的位置。” 杨立新介绍，我国规定的配偶、子女、父母属于同一继承顺序，大体来源于前苏联立法。绝大部分国家把配偶放在无固定继承顺序上。

“考察世界上其他国家的规定，发现基本都是把父母放在第二顺序继承。”马忆南说，中国民众继承观念和习惯的实证研究表明，中国民众继承习惯、观念支持把父母作为第二顺序继承。父母放在第二顺序继承，可以通过赡养制度、生活困难的可以通过继承法第十四条、社会保障、职业年金制度等途径保障父母的权益。

“顺应人口结构变化，应增加继承顺序。”王歌雅说，目前我国继承人范围较窄、继承顺序较少。伴随计划生育政策的实施，独生子女家庭增多，人口老龄化加剧。为贯彻养老育幼原则，避免遗产无人继承又无人受遗赠，继承法应将四代以内的其他直系或者旁系血亲增加为第三顺序继承人，以发挥遗产的扶弱济困功能。

有专家建议扩大法定继承人范围到叔伯姑姨舅和侄子女外孙子女，也有专家建议不做修改，侄子女、外孙子女可以通过代位继承制度继承遗产，扩大范围后可能导致更大继承纠纷。

对于丧偶儿媳、女婿继承权问题，有的建议删除，有的建议保留。

遗嘱新形式应得到承认

随着科技发展，电子技术广泛应用，出现了录像遗嘱、打印遗嘱、电子遗嘱等多种遗嘱形式。中华女子学院教授林建军告诉记者，录像遗嘱本质特征和录音遗嘱一样，都是一种信息化记录，建议增设视听遗嘱。“实务中越来越多出现主文打印，有个人签名和日期的打印遗嘱，建议将打印遗嘱单列作为一种遗嘱类型，同时强化证据要素”。

实践中还出现了密封遗嘱。有的认为密封遗嘱保密性强有现实需要，建议增加密封遗嘱形式，有的认为难以保证遗嘱内容符合法律规定，不应承认密封遗嘱。

（三）继承典型案例

女友没有继承权 男子死亡赔偿被追回

2014 年 12 月 30 日　如东新媒体　王美霞

如东新媒体讯 如东一女子徐某与男友同居七年。男友因事故身亡后，徐某以“妻子”名义领取了死亡平赔偿金 60 万元。孰料，男友女儿突然出现，徐某因不具备继承资格被法院判决归还相应的钱款。

自 2005 年开始，徐某就与男友陈某共同居住。但期间两人一直未领取结婚证。2012 年 2 月，受害人陈某在一公司工地上不慎摔亡。事故发生后，徐某与男友陈某的三个兄弟一起到工地协商赔偿事宜。为了证明徐某系陈某的妻子，陈某的三兄弟出具了相应证明。结合陈某三兄弟的证明，发生事故的公司最终赔偿徐某因亲属死亡造成的各项损失合计人民币 60 万元。

孰料，不久后陈某的女儿陈小某突然现身，认为其系陈某唯一法定继承人，将事发公司起诉到法院要求公司赔偿其因亲属死亡造成的各项损失。法院审理后认为公司在向徐某给付赔偿金的时候，未能尽到严格的审查义务，陈小某系陈某唯一的法定继承人，事发公司应向其履行赔偿义务，赔偿陈小某因陈某死亡造成的各项损失合计人民币七十余万元。判决后，公司不满该判决上诉，后被中院维持原判。

后公司向如东法院提起诉讼，要求徐某返还不当得利 60 万元。庭审中，徐某承认其与陈某未登记结婚，但其认为自己与陈某以夫妻名义共同居住七年，其自认系陈某之妻，并未冒名。同时徐某认为公司向其支付的 60 万元系对近亲属的补偿，与法院判决甲公司向陈小某支付的死亡赔偿金是两个概念，而且其已经取得的 60 万元除用于偿还陈某生前赌债及办理丧事外，余款已被陈某兄弟分割完毕，其无力支付。

法院经审理后认为，徐某与陈某并非合法夫妻，其取得 60 万元赔偿金无事实和法律依据，最终判决徐某归还该公司不当得利 60 万元。（通讯员 王美霞）

独生子女继承遇法律空白，父母遗产无法继承，99.99%的人都想不到!!!

2015 年 1 月 5 日　法律顾问工作室

【导读】：在我国，遗产继承有两种方式：一是通过公证的方式继承，另一种是通过诉讼的方式继承遗产。然而，公证处在办理继承公证时严格要求继承人出示各种证明文件，有些证明文件继承难以提供，从而无法通过公证的方式办理继承，只有通过诉讼的方式办理继承，然而，诉讼的方式办理继承，必须由明确的其他继承人作为被告，而独生子女在父母双亡的情况下，无人可告，导致无法办理遗产继承。这不能不说是法律的悲哀，因此法律顾问工作室提醒作为独生子女的父母务必在生前做好遗产继承公证。且看下面案例独生子女继承遇到的困难：

小案例：独生子父母双亡，股票房产继承难

已到不惑之年的刘先生是家里的独生子，父亲早在十几年前就去世了，其名下的 3 万余股银行股票归老伴，也就是刘先生的母亲郝老太太全权处理。今年 6 月，郝老太太也病故了，临终前留下遗嘱，将股票和自己名下的一处房产留给儿子刘先生继承。

不过，在继承遗产时，刘先生却遇到了难以想象的困难。刘先生要求继承股票，但股票交易所和银行无法确认刘先生的继承权，不予办理。他只好到法院起诉，自己是独生子，没有其他同为继承人的兄弟姐妹，父母又都去世了，他能起诉谁呢？

万般无奈之下，刘先生只好把妻子起诉，要求法院确认母亲的遗嘱合法有效，让其按遗嘱继承股票和房产。

西城法院立案部门审查后认为，刘先生的妻子并不是继承案件的适合被告。刘先生也撤回了起诉，另寻办法。

独生子女继承

现存三个难题

西城法院的办案法官发现，独生子女继承父母财产的案件由于当事人身份的特殊性以及与法律规定的不协调，已经出现了继承障碍。根据该院受理的几起父母离异或父母双亡的独生子女继承遗产案件，法官发现了独生子女继承遗产主要存在几方面困难：

法官说，首先，在父母双亡的情况下，未成年独生子女由于不具有完全民事行为能力，无法独立行使权利和提起诉讼，在确定监护人之前，继承其父母的遗产就更存在着现实的障碍。

其次，因继承人要求继承的遗产绝大多数是父母生前以自己的名义在银行开户的存款。父母去世前又没有就财产进行说明的，继承人很可能拿不到存折或者不知道存折、信用卡的密码。而遗产在继承开始后实际分割前属于继承人共同共有状态，银行因无法确定继承人是否为唯一权利人而不愿为其办理支取存款及办理挂失支取手续，从而导致继承人无法实现继承权。

另外，即便有证据可以证明独生子女为唯一合法继承人，银行鉴于自身规章制度的原因，经常存在不积极配合权利人行使继承权的情形。

无兄弟姊妹作被告

继承受阻难以起诉

在继承受阻的情况下，继承人往往可以提起诉讼来请法院确认其权利，以一纸判决来实现继承权。如果继承人不清楚父母遗产的范围，也通常是以其他继承人作为被告提起诉讼要求分割遗产，并申请法院调查被继承人生前所留遗产的情况。比如侯瓒起诉妹妹要求分割遗产，目的就是为了查清其父侯跃文生前的财产状况，最终继承遗产。

法官告诉笔者，如果继承人是个独生子女，又没有其他法定继承人的，还不清楚父母财产信息的，想通过诉讼途径查明遗产继而继承几乎是不可能的。

法官解释说，打官司肯定要有原告、被告才符合民事诉讼法的要求，如果独生子女是唯一的第一顺序法定继承人，其提起遗产继承或确认权利的诉讼，根本没有适合的被告。也就是说，继承人总不能自己和自己打官司吧，因此这种起诉就不符合法律规定的案件受理条件，法院都无法受理，更不可能为其查询被继承人财产情况了。

而民诉法规定的特别程序虽然可以没有被告，但也仅限于选民资格案件、宣告失踪或者宣告死亡案件、认定公民无民事行为能力或者限制民事行为能力案件和认定财产无主案件几类，对确认继承人继承身份的程序尚存法律空白，因此，导致独生子女无法通过直接诉讼的途径实现权利。

打印遗嘱的法律属性与法律效力

2014 年 10 月 30 日　人民法院报　　李春伟 邹久乐

【案情回放】

张某生于 1919 年，有子张甲和张乙。自 2001 年丧偶后直至病逝，张某除随张甲生活两年外，主要由张乙负责照顾、护理。2005 年后，张某生活基本不能自理。2012 年年底去世时，张某留下遗产为个人房产一套。该房款原由张乙支付，市价约 10 万元。张甲因遗产分割问题与张乙发生纠纷，诉至法院。

庭审中，原告张甲提供一份纸质打印遗嘱，遗嘱人署名为张某，见证人署名为律师李某、陈某，注明时间为 2010 年 3 月 20 日；其主要内容为：张甲因照顾张某失去主要经济来源，从其遗产中扣除 6 万元补偿张甲。原告陈述，当天他用轮椅把父亲从被告家推至打印部打印了这份遗嘱，之后一起回家，由李某、陈某到场见证父亲签字确认过程；李某作证说：到原告家时，遗嘱已打印好，陈某将遗嘱内容念给张某听后，张某点头表示同意后签名。此外，张某曾于 1991 年自书遗嘱指定被告张乙为遗产唯一继承人。

一审法院经审理认为，2010 年打印遗嘱属自书遗嘱，其内容真实且时间在后，故判决按照该打印遗嘱分割遗产。被告不服提起上诉。二审法院经审理认为，2010 年打印遗嘱是代书遗嘱，但因欠缺必要要件而无效，改判按 1991 年自书遗嘱分配涉案遗产。

【不同观点】

本案中的主要争议焦点是涉案打印遗嘱的法律属性及其效力问题。在审理过程中，存在明显的争议，主要有三种观点：

第一种观点认为：本案中的打印遗嘱虽非张某亲笔书写，但鉴于立该份遗嘱时张某已年逾九十一，亲自书写有一定困难；书面文书经打印后由其本人签名或按捺手印是现代社会的惯常方式，涉案打印遗嘱经张某签名后，应视为张某的自书遗嘱。张某对该打印遗嘱签字确认的过程经两名律师见证，这表明该打印遗嘱是张某的真实意思表示。因此，涉案打印遗嘱应认定为自书遗嘱且有效，可以排除 1991 年在先自书遗嘱的法律效力。

第二种观点认为：关于打印遗嘱的法律属性及其类型，应当考虑继承法相关条文的立法本意，合理解释相关规定，以便适应社会的不断发展变化，最大限度地实现公平正义。从作为书面文书形成工具来看，电子打印系统与传统书写工具本质上并无二致，但在确定打印遗嘱具体类型时，还须考察遗嘱人是否对书面遗嘱的形成与固定具有控制力或主导力。本案的打印遗嘱在表象上更符合代书遗嘱而非自书遗嘱；但因欠缺关键性的形式构成要素且不能通过证据进行弥补，同时基础要件与实质要件也不能得到有效证明，所以该代书遗嘱应当被认定为无效。

第三种观点认为：本案的打印遗嘱并不属于法定型的代书遗嘱或自书遗嘱，而是没有类型化的其他遗嘱，可以类推适用自书遗嘱的规定，但其效力位阶明显低于法定型遗嘱。本案中，1991 年的“笔”书遗嘱属于法定型的自书遗嘱，其内容真实、合法；而 2010 年的打印遗嘱属于非法定型，两者相比，应当适用法定型遗嘱效力优先原则，认定 1991 年自书遗嘱继续有效；相应地，不再考虑 2010 年打印遗嘱的在后优先性和构成要件是否完备，认定该打印遗嘱无效。

【法官回应】

应比照书写遗嘱来认定打印遗嘱的法律效力

遗嘱是指具有完全自由的遗嘱人在生前合法处分自己的遗产等事务，并于其死亡时发生效力的法律行为。因为遗嘱的特殊性和证明的高难度，继承法规定其必须符合基本的构成要件，即，基础要件——立遗嘱时遗嘱人具有遗嘱自由；实质要件——遗嘱内容真实且合法；形式要件——遗嘱符合基本形式要求。

1. 打印遗嘱的法律属性和法定类型应当通过合理的法律解释来确认。学者与实务工作者对打印遗嘱的法律属性和类型多有争议，在为数不少的具体案件中，法律适用和裁判结果也不尽相同，甚至截然相反。“同案不同判”严重损害了司法的公正与公信。分歧的关键症结就在于，继承法（含司法解释）规定的遗嘱书写工具是“笔”而非电子打印系统，且打印遗嘱存在难辨真伪或何人所书之虞。但是，1985 年继承法制定、实施时，“笔”是当时的主流书写工具，打印系统非普通人所奢求；而时至今日，电子打印系统取代“笔”而成为绝大多数人生活中不可或缺的文书制作工具。技术的突飞猛进带动社会生活的日新月异，这已超出当时立法者的预料；而继承法也没有及时修订来消除法律漏洞。因此，法律适用应通过解释方法填补漏洞来回应并适应社会重大变化，以实现公正目的。首先，要式遗嘱（满足一定的形式要件）的立法目的并不排除遗嘱书写工具的变化。遗嘱的要式性主要为了保真（确保遗嘱内容真实、合法）和保全（保证遗嘱人的遗愿尽可能得到全面尊重和遵守），其中，要式是手段，保真是中心，保全是目的，最终实现对死者人格尊严的维护。如果遗嘱内容的真实性与合法性能得到证实且具有关键性的形式构成要素，仅仅因为遗嘱书写工具不属于继承法明文规定的“笔”，从而认定其为非法定型遗嘱而降低其效力位阶，甚至被认定无效，这都明显与人权保护的时代精神不吻合。

其次，从制作书面文书的作用上，电子打印系统如同传统的“笔”，两者具有本质的一致性，都被用来将人的主观意思转化为文字并固定在特定介质上。打印或“笔”书遗嘱，都是为了记载、固定并保存遗嘱人的遗愿，都具备了法律规定的基本要式性，因此，将打印遗嘱比照“笔”书遗嘱来适用继承法的相关规定，更符合当下的实际情况。

再次，对于打印遗嘱是自书遗嘱还是代书遗嘱，关键要看遗嘱形成与固化受何人的意志所控制或主导。遗嘱人

或亲自或主导他人操作打印工具，只要由其意志主导遗嘱的制作和固化，则该打印遗嘱应属自书遗嘱；相应地，遗嘱人仅对遗愿进行陈述并对遗嘱内容真实性予以确认，而书面遗嘱的制作和固化均由见证人主导完成，该打印遗嘱就是代书遗嘱。

2.2010 年的打印遗嘱属于代书遗嘱，但其形式欠缺关键构成要素且没有得到有效弥补。首先，本案的打印遗嘱属于代书遗嘱而非自书遗嘱。非常明确的是，张某没有能力亲自操作电子打印系统来打印遗嘱。至于当时张某能否主导该打印遗嘱主文的形成过程，除作为最大受益人的原告本人单方陈述外，没有其他证据予以佐证；相反，当时张某不能自主行动，也仅能以点头回应他人，表明其当时基本丧失语言表达能力，这意味着，张某当时没有能力要求他人按照其意愿制作遗嘱。其次，作为代书遗嘱，该打印遗嘱没有适格的见证人。代书遗嘱的关键性形式要素之一就是：见证人现场见证并由其中之一代为制作，其意义在于事后更准确地还原立遗嘱时的实际状况和具体细节。但是，本案中，因主导该打印遗嘱的制作与完成的人没有署名而不确定，而原告是遗嘱继承人，他们不是继承法规定的适格见证人。而两个署名律师，他们没有现场见证并主导遗嘱主文形成过程；在原告家没有见证遗嘱人对遗愿的有效表述并重新主导制作书面遗嘱；没有基于张某的特殊情况对当时张某的神志是否清醒以及是否具有意思表示能力进行必要的核实，说明他们没有尽到足够的注意义务，因此，他们也不是适格的见证人。没有适格见证人的代书遗嘱不具备必要的形式要件。

3．现有证据难以证明 2010 年的打印遗嘱是张某真实意思表示。遗嘱内容的真实与合法，是遗嘱有效的核心要件。但本案中，打印遗嘱内容的真实性没有得到必要的证明。其一，虽然张某和两律师对打印遗嘱进行了签名，但遗嘱人仅能点头回应，这表明当时遗嘱人不能口头表达或不能口头清晰表达自己的遗愿，该遗嘱也就不可能是根据遗嘱人自己的表述来制作的。其二，原告仅照顾张某两年，并没有证据显示其因此而失去经济收入和来源，打印遗嘱中的内容“张甲为照顾张某而失去主要经济来源”就颇显突兀；与被告相比，原告对张某所尽赡养义务较少，遗嘱人放弃原来有利于被告的自书遗嘱而重新设立有利于原告的遗嘱，明显欠缺动机。据此，2010 年打印遗嘱不可能是遗嘱人的真实意思表示。

4．2010 年的打印遗嘱设立时遗嘱人是否具有遗嘱自由不能确定。遗嘱自由包括遗嘱能力（民事行为能力、神志清醒和必要的语言表达能力）和意思表示与行为自由（不受外来不法干预）。本案中的打印遗嘱设立时，如前所述，张某已高龄九十一，生活基本不能自理且丧失必要的语言表达能力，仅凭原告的单方陈述也不足以证明张某的神志清醒，因此，虽然理论上张某是完全民事行为能力人，但当时并不具备应有的遗嘱能力。尤为重要的是，原告主导了这份打印遗嘱的整个形成过程，张某不是通过法律认可的方式，如口头表达或简单书写等方式来与律师交流，而是仅仅对他们的询问作点头示意，这都表明当时的张某根本不具备意思表示与行为自由所必需的身体条件和精神状态。事实上，打印遗嘱主文何时形成，如何形成，遗嘱人有无进行意思表示，其意思表示与该遗嘱内容是否一致，其意思表示和遗嘱行为是否受到胁迫，等等，都存在重大疑点。

综上，2010 年打印遗嘱不是一份合法、有效的代书遗嘱，不能排除法定型的 1991 年自书遗嘱的法律效力，因此，本案应按 1991 年的自书遗嘱内容对张某的遗产进行分配。

（作者单位：重庆市第五中级人民法院　巫山县人民法院）

本案遗产如何分割

2015 年 1 月 13 日　江苏法制报 陈德严 朱加荣

[案情]1975 年，秦某与李某结婚，生下女儿秦素平。后因秦某犯盗窃罪入狱，李某与其离婚并改嫁。秦某出狱后与亲侄女秦小花以夫妻名义同居生活，并于 1987 年生下一子秦雪环。2013 年 10 月，秦某在某保险公司购买一份“（分红型）国寿鸿丰两金保险”，保险合同中未指定身故保险金受益人。2014 年 9 月 9 日，秦某在一起事故中死亡，留下 11 万余元保险金，被女儿秦素平领取。事故发生时，秦某没有其他父母、子女和配偶。现秦小花、秦雪环将秦素平告上法庭要求主张继承分割这份遗产。（均为化名）

[评析]对以上三人是否可以依法继承遗产产生争议。第一种观点认为，秦小花、秦雪环和秦素平都是法定继承人，依法有权继承遗产。第二种观点认为，秦小花和秦雪环不能继承遗产，秦素平作为唯一法定继承人继承遗产。第三种观点认为，秦小花不是法定继承人，但可以适当分得遗产；秦雪环和秦素平系法定继承人，依法有权继承父亲遗产。笔者同意第三种观点。

通常一方当事人向另一方当事人主张某种民事权利，应该依据某种法律规范来支持其主张。这种被用来支持一方当事人向他方当事人有所主张的法律规范，被称为请求权规范基础，简称请求权基础。

秦某生前参加保险，未指定保险受益人。故其死亡后所产生的保险金，作为遗产，它应该按照法定继承。

请求权基础的寻找，是处理民事纠纷的核心。自秦某出狱后，直至他遇亡身故，在这段时间里，秦小花与秦某一直以夫妻名义同居生活。现在，秦小花以配偶名义要求继承秦某遗产，其请求权基础是《继承法》第十条第一款“第一顺序：配偶、子女、父母”。那么，秦小花要以其主张权利，就应该首先证明自己是秦某的生前配偶。因二人未曾办理结婚登记，那么他俩是否构成事实婚姻呢？

《婚姻法》司法解释（一）第六条规定：“未……办理结婚登记而以夫妻名义共同生活的男女，一方死亡，另一方以配偶名义主张享有继承权的，按照本解释第五条的原则处理”。该解释第五条要求区别对待，即 1994 年 2 月 1 日民政部《婚姻登记管理条例》公布实施以前，男女双方已经符合结婚实质要件的，按事实婚姻处理；公布实施

以后，未补办结婚登记的，按同居关系处理。

秦某与秦小花二人看似事实婚姻，实则系同居关系。二者原是亲叔侄女关系，是我国《婚姻法》第七条明确规定禁止结婚的“三代以内的旁系血亲”。据此，他俩不符合结婚实质要件，不构成事实婚姻。因而，秦小花不能以配偶身份主张法定继承。但是他与被继承人一起生活多年，可根据相互扶养的具体情况，依据《继承法》第十四条的规定，作为法定继承人以外的人分得适当的遗产。

同理，秦雪环和秦素平等二人主张继承的请求权基础也是《继承法》第十条第一款。依据该条第二款“本法所说的子女，包括婚生子女、非婚生子女、养子女和有抚养关系的继子女”的规定。秦雪环和秦素平同属第一顺序法定继承人。

故本案中保险金应由秦雪环、秦素平依法继承；根据相互抚养的具体情况，秦小花可以作为法定继承人以外的人分得适当遗产。

□陈德严 朱加荣

“遗赠”证据未被法院采纳 昆明中院二审判令杨某三兄妹享有房屋继承权

2015 年 1 月 20 日　昆明中院　刘玲

昆明中院二审“三兄妹和继母打官司争父亲遗产”一案后，认为一审法院在指定鉴定机构时存在程序问题，不采纳“房屋产权赠送”这份证据的证明力。

昆明的杨某 3 兄妹，两年来为了父亲遗留房产的问题，将继母告上法庭。继母刘某向法庭提交的一份软笔书写的“房屋产权赠送”是案件最为关键的一份证据。为了证明这份“房屋产权赠送”是否属实，刘某、杨某兄妹以及法院都委托过鉴定机构对这份“房屋产权赠送”进行了鉴定，先后做出鉴定结论的 3 家鉴定机构，分别给出 3 种不同的鉴定结论。

事件回顾

父亲离世 三子女与继母打官司

杨某的生父杨某华，晚年和老伴离婚两年后，认识了刘某，并结了婚。2009 年，就在杨某华和刘某婚后 2 年，杨某华所在单位组织职工集资购房。“当时由于我父亲年纪太大，已经不具有贷款条件，父亲为了购买单位福利房，就以自己个人所有的一套房子作为抵押向银行贷款作为新房的首付款，并以刘某的名义向银行贷款购房。”杨某说，但让他意外的是，2010 年 5 月 18 日，父亲突然离世，他们兄妹几人办完父亲的后事，并没有就新买房子的问题和继母刘某达成一致意见。杨某三兄妹，曾在 2011 年起诉到盘龙区法院，要求继承父亲生前出资购买的这套房子，并对刘某应当继承的份额进行补偿。

杨某说，父亲当年出资购买的房子是 200 多平米的跃层，还包含车库，现市值已超过 300 万元。

从 2011 年起，杨某三兄妹为房产的事情多次和继母对簿公堂。在案件审理过程中，刘某向法庭提交的一份署名为杨某华的“房屋产权赠送”，成为案件审理过程中有争议的证据。刘某自行委托鉴定机构鉴定得出遗赠为杨某华书写后，再申请由法庭委托鉴定机构对该份证据进行鉴定。随后，一审法院委托同一家鉴定机构对该份证据进行鉴定，得出同样结论。一审法院采信这份证据后，驳回了杨某三兄妹的诉讼请求。

庭审结果

杨某三兄妹各享有 1/8 继承份额

杨某兄妹不服，将案件上诉到昆明中院。

这起案件开庭，杨某兄妹一方不仅对一审委托鉴定机构的程序提出质疑，此外，他们还向法庭提交证据证实了一个关键的细节问题。杨某说，一审法院委托的鉴定机构在做出结论的时候，曾经参考过杨某华用单位稿纸，以软笔书写的一份“个人简历”，落款时间为 1999 年。但杨某兄妹通过举证，并请证人证明，杨某华单位仅印刷过一次稿纸，而印刷时间为 2004 年，这足以说明鉴定机构之前用以参照的样本是不真实的。

结合本案证据，昆明中院二审认为，本案中，原审法院依据天禹司法鉴定中心的意见认定“房屋产权赠送”为杨某华所写，但原审法院在指定鉴定机构时存在程序问题。早在原审诉讼前，被上诉人刘某一方曾委托天禹司法鉴定中心对“房屋产权赠送”打印稿、手写稿是否为杨某华书写进行鉴定。而原审法院对外委托鉴定时仍指定由曾为刘某单方做过同一鉴定事项的云南天禹司法鉴定中心对本案争议的“房屋产权赠送”进行笔迹鉴定，该鉴定中心指派曾做过上一次鉴定的同一鉴定人再次进行鉴定。

结合庭审其它证据情况，昆明中院二审认为天禹鉴定中心作出的该鉴定结论明显依据不足，不能作为法院判案的依据。同时，昆明中院认为本案已无重新鉴定的基础，因此撤销一审法院判决，对本案予以改判，判令上诉人杨某 3 兄妹享有继承权，各享有房产 1/8 的继承份额。

母亲去世 女儿起诉母亲“同居男友”
要求继承母亲房产份额获法院支持

2015 年 01 月 27 日　上海法治报　王川　张莹骅

杨女士与叶先生共同生活 13 年，却一直未办理结婚证。同居期间，两人恩爱有加，形同夫妻，还购买了房子，以共同共有的形式登记于两人名下。杨女士离世后，其女儿小金提出要继承房产中属于母亲的那一半份额，遭到叶

先生拒绝。协商不成，小金将昔日的“继父”诉至虹口区法院，要求法院确认房产由母亲和叶先生各占一半，其中母亲的份额由其继承，并最终获得法院支持。、

80 后女孩小金，是一个土生土长的上海小囡。由于父母感情不好，家中争执不断，小金从小便全由母亲杨女士抚养，而父亲对小金母女俩鲜有关心，父母间的关系也逐渐降至冰点，并走向破裂。

在小金 18 岁那年，杨女士结识了离异多年的叶先生，两人年纪相仿、性格相投，相处一段时间后，两人都对对方产生好感，并很快生活在了一起。之后，叶先生扮演起小金“父亲”的角色。

在共同生活期间，叶先生对小金母女给予了无微不至的照顾。几年后，杨女士和叶先生购买了属于自己的房子，并以共同共有的形式登记在两人名下。虽然一直未领取结婚证，但一心相伴到老的两人相敬如宾，十分恩爱。

去年年中，杨女士突然离世，没有给小金留下一句话。料理完母亲的后事，小金向叶先生提出，要求按照房产证上登记的共同共有，继承房产中属于母亲那一半的份额，却遭到叶先生的断然拒绝。

几经协商不成，小金一纸诉状将叶先生告上虹口区法院，要求法院确认该房屋产权中二分之一份额属于母亲杨女士所有，并由其一人继承。

庭审中，面对小金的诉请，叶先生提出，当年购房的首付中，绝大部分是自己积攒多年的积蓄，而贷款也全由自己承担，虽然杨女士对“三口之家”有所付出，但该房产的绝大部分份额应当由自己享有。当初将房产登记在自己和杨女士的名下，是考虑到两人未领取结婚证，想以房产给杨女士一个心理上的安慰，并无将房产与杨女士共有的意思。

对此，小金辩称，在共同生活的十多年中，叶先生与自己母亲已与夫妻无异，母亲的大部分收入都交由叶先生保管并用于还贷。此外，母亲为家庭尽心付出，家中的生活开支、家务劳作全由母亲承担，不能因购房和贷款的手续是叶先生办理的，就认定其享有绝大部分产权份额。而自己作为母亲唯一的继承人，理应继承该份额房产。

法院经审理认为，共同居住的房屋产权人登记在被继承人杨女士和被告叶先生名下，为共同共有，故依法确认该房屋产权中二分之一份额属于叶先生所有，二分之一份额属于杨女士所有。由于杨女士和叶先生之间不存在婚姻关系，因此，叶先生不是杨女士遗产的法定继承人。因而，作为杨女士唯一的继承人，小金有权依法对被继承人的遗产享有继承权，遂判决系争房屋归小金和叶先生共有，各占二分之一份额。

六、房产、股权、信托

（一）房产

夫妻闹离婚 儿子户口未迁走 动迁遭隐瞒 起诉获得 47 万元

2014 年 12 月 29 日　上海法治报　胡珺

5 年前在代理一起离婚诉讼时，我建议已协议离婚的“外来媳妇”不要将儿子的户口迁去外地；5 年后她又找到我，说儿子户口所在地已进行了动拆迁，可拆迁安置款却分文未见。

为此我再次代理她的儿子提起诉讼，索要应属于他的拆迁权益……

争抚养权

孩子户口留在上海

2009 年，我曾代理已协议离婚的顾女士起诉前夫肖先生要求变更儿子抚养权的案件，并成功帮其争取到了孩子的抚养权。

在那起案子里给我印象特别深的是，因为顾女士是一名外来媳妇，所以她的户口一直在湖北老家，而儿子的户口则跟随其本市户籍的前夫落在爷爷奶奶家。

顾女士一度担心，因为她为了孩子的抚养权与前夫一家闹上了法庭，孩子将来上学，他们是否会在户口问题上为难孩子，咨询我要如何解决。

她甚至提出，不如将儿子的户籍迁到她自己的湖北老家，这样也就不怕将来受制于人了。

但我跟她分析说，将来户籍制度会如何改革我们不得而知，但至少就目前来说，一个上海户籍对很多人来说还是千方百计都弄不到的。孩子既然已经落户在上海，为了他的前途考虑，千万不能一时冲动迁回老家。凡事只能暂时克服一下，何况孩子的户籍在爷爷奶奶的老房子里，可能还是件好事，搞不好哪天面临拆迁了，还能解决住房问题呢。

没想到就因为我这句很随意的话，五年后，顾女士再次找到了我。

意外得知

前夫旧宅已经动迁

原来顾女士这次找到我，果然跟“住房问题”有关。

顾女士跟我说，她一个人带着孩子，虽然很辛苦但看着孩子茁长成长也觉得很幸福。前夫虽然很少来看孩子，但孩子的爷爷奶奶逢年过节还是会来看看孩子，虽然大家交流不多，但她也总是积极配合。

由于她离婚后一个人带着孩子另觅住处，和前夫一家关系又较冷淡，所以对前夫家庭的情况并不知晓。

而最近一次她无意中路过前夫位于市中心的住处，发现很多老房子都没有了，成了建筑工地。

于是她特地去走访了儿子户籍所在的地址，发现那里已经是一片空地，周围连邻居都没有，这房子是何时动迁的都无处打听。而前公公婆婆却从未向其提起，应该也是想刻意隐瞒。

想起我五年前的那句话，感觉这个动拆迁应该跟自己的儿子有关，于是她再次找到我寻求法律帮助。

查遍网络

拆迁线索无处寻觅

虽然有了线索，但要知道这个动拆迁是否有顾女士儿子的利益，具体有多大的利益，必须看到拆迁安置协议才能有答案。

但顾女士除了一个门牌号码之外，对所有相关问题一概一无所知，而我们得调查到相关信息才可能到法院起诉立案，否则连立案这关都过不了。

为此，查找这次动拆迁的相关信息成了当务之急。

我原本以为，一般的拆迁公告都会在网上有公示，但这次我们翻遍了房屋所在区相关网站却一无所获。

此路不通，该怎么办呢？

信息公开

获得关键拆迁信息

按照惯常的思路，当知道某政府部门可能有我们需要的信息时，律师可以持律师证前去调查。问题是，律师并无任何公权力，政府部门对律师的态度也通常较为冷淡，根本不认这张律师证。

于是我作了一个决定，即采取一个特殊的调查方法——到该区住房保障和房屋管理局的窗口申请政府信息公开。

通过申请政府信息公开这一途径，我们很顺利地获得了关于房屋所在地块在 2010 年就作出的房屋拆迁公告。

因为该地块比较大，有好几家拆迁公司参与了这个地块的拆迁实施。通过到法院初步立案，随后走访调查多家公司后，我们最终拿到了涉及顾女士前夫家房产的安置协议。

安置名单

孩子名字赫然在列

因为被拆迁的老房子是私房，所以我和顾女士之前最担心的问题，就是拆迁究竟是依据“数砖头”还是“数人头”的问题。

顾女士的儿子虽然是在户人员，但毕竟是空挂户口，所以拆迁安置的具体政策显得尤为重要。

而我们在这份协议中看到，里面明确列有居住保障对象名单和本户计算人口名单，而顾女士的儿子赫然在册。

此时我一颗悬着心终于放下了，因为我知道，这个案子胜诉应该没有任何问题了，接下来的重点就是如何替委托人争取权益最大化了。

提起诉讼

要求获得三十万元

在此前的调查中，我们还发现了很多不曾掌握的情况。比如，这套房屋的所有人其实是顾女士前夫的爷爷，安置人口中还有顾女士前夫的大伯一家，而顾女士的前夫已经再婚，再婚妻子拆迁时已怀孕，涉及到的人员众多。

而我们在初步立案中，仅告了顾女士前夫和父母，但拆迁安置利益分割属于共有纠纷，因此我们最终补齐了所有的被告。

关于诉请，考虑到整个协议依然是属于货币安置的，而且安置房屋通常都是期房，所以一开始我们提出的诉请是直接分割拆迁款，按人均计算也就在 30 万元。

但在第一次法院组织的诉前调解中，顾女士前夫的父母态度非常不好，声称这个前儿媳想钱想疯了，自己绝对不会给一分钱。

改变策略

转而要求分割产权

而顾女士这边却觉得，即使拿到 30 万元，对立志要为孩子买房的她也是杯水车薪，何况按拆迁款的诸多名目来看，很多项目她儿子未必有份，所以以此思路诉讼，权益其实是很有限的。

我又仔细研究了拆迁协议，发现这个协议上共有三套拆迁方提供的动迁安置房供拆迁户购买，其中有一套 2011 年就交房了，而这一套房屋的使用权人确认书上，就记载着顾女士的前夫、顾女士儿子以及顾女士前夫再婚妻子腹中的胎儿。

考虑到房屋必须办理了产权登记后，法院才可以受理相关确权或分割纠纷案件，于是我去房地产交易中心查询了这套房屋的产权登记，房子果然登记在顾女士前夫一人名下。

在跟顾女士商议后，我以顾女士儿子的名义重新起诉，这次我们只告了顾女士的前夫一人，要求确认儿子在其父亲名下的这套安置房屋内有三分之一的产权。

态度转变

货币补偿成为可能

因为是涉及不动产的纠纷，案件转由房屋所在地法院受理。

这是一套一百十几平米的房屋，动迁协议上的市场价是 80 万元，而起诉时其市场价已经接近 140 万元，三分

之一产权的价值就接近 50 万元了。

从分割拆迁款到主张动迁安置房的产权，原告的利益一下子就放大了不少。

而在这个案件中，这一房屋所有权确认之诉的提起，最大的意义还在于完全改变了被告方的态度。

在法院第一次诉前调解庭中，被告态度有了一百八十度的大转变。他们表示，只要我方放弃产权主张，可以考虑货币补偿。

被告之所以有如此大的转变，可能也是因为如果法院判决支付安置款，他们可以耍赖不予支付，但安置房作为不动产却是逃不掉的。我们只要拿到判决书，就可以到房产交易中心办理加名过户。

达成调解

最终获得 47 万元

对于顾女士的前夫来说，已经新组建了家庭，又迎来了新生命的诞生。此时和前妻所生、由前妻抚养的孩子要求在房子上列为产权人，这是他们显然无法接受的。

而我的委托人也很清楚，在目前的情况下，让抚养权归自己的孩子在前夫的房屋产权证上加个名字，并没有太大的实际意义，因为孩子毕竟不可能去那里居住。

于是，在法院法官的主持下，我们双方通过协商最终达成了一致，由被告方一次性补偿原告顾女士一方 47 万元的拆迁安置利益。

应该说，这个数字远远超过了顾女士在委托我提起这场诉讼时的期望。而且由于是调解达成一致，因此对方很快就将这笔钱支付给了顾女士。

诉讼请求

看似简单实则关键

对于我五年前建议她将孩子的户口留在上海，五年后又帮助她为孩子争取到了拆迁权益，顾女士自然是感激不尽。

而通过办理这起案件，也让我意识到即使在一起看似简单的案件中，诉讼请求的选择也是十分重要的。

诉讼请求的概念从广义上讲，就是由原告向法院提出的、要求法院予以判决的请求，而狭义的诉讼请求仅仅指原告向被告主张的法律上的利益。

基于不同的法律关系，在一起纠纷中可以提出不同的诉请和主张。法院的所有审判活动是围绕着原告的诉请进行的，所以诉请的合适与否是极其重要的。

就如本案中，原告即可以要求分割拆迁共有款，也可以从房屋产权的角度提出所有权确认之诉，而这对原告而言在经济利益上却有很大的差别。

所以，普通人在诉讼前一定要在专业人士的指导下，将自己案件的法律关系研究透，提出一个能使自身利益最大化、又最可能为法院所支持的诉请。否则即使赢了官司，但其实还是可能在不知不觉中遭受了损失。

房产证写子女名酿大错，中国式买房你中招没

2015 年 1 月 6 日 法律讲坛 来源:人民网 现代快报

[导读]中国式买房，从写名字开始，首付、贷款、还贷、出售、传承，都有一本理财经。

房产证写子女名，未必好

第一：孩子独立买房时可能多付首付。如果孩子和父母没有共有房产，即父母房产证上没有孩子的名字，那么孩子成年后购买首套房时，按照政策首付三成，并可享受首套优惠房贷利率。如果孩子在限购政策出台前、在未成年时和父母共有房产不超过 2 套，根据政策，成年后可独立购买 1 套住房。有些银行规定，这套房贷款利率可以享受首套房优惠，但首付却可能要按照二套房标准，付七成。

第二：孩子婚后买家庭第二套房时可能交房产税。比如孩子在未成年时和父母共有 2 套房产，每套面积在 90 平方米，如果房产份额事先不做约定的话，默认每人三分之一份额，即孩子名下已经有 60 平方米房产。成年后孩子以自己名义购买首套房建筑面积 100 平方米，按照政策，首套房无论面积多大，都不计征房产税。及至孩子婚后想购买家庭第二套房，假设建筑面积是 120 平方米，则孩子名下的房产总建筑面积达 280 平方米，扣除小家庭一家三口 180 平方米的免税面积，还有 100 平方米需要征收房产税，其中 60 平方米就是未成年时父母出于爱心在房产证上添加孩子名字的结果。

第三：孩子如婚后发生意外，配偶有权继承婚前财产。如果孩子在婚后不幸去世，其配偶、孩子和父母同为第一顺序继承人，有权继承逝者的所有财产，包括婚前财产。这意味着，如果孩子在未成年时和父母共有房产，孩子名下的房产也将作为遗产分割和继承。作为父母，白发人送黑发人已经痛彻肺腑，现在连自己的房子都住不安稳，晚年生活情何以堪?

有没有化解之招?房产和法律专家支招，一是可以作公证，约定子女未成年时和父母共有的房产，在父母生前，权益属于父母所有。二是直接到房产交易中心做房产份额变更，减少子女名下的房产份额，最少可变更为 1%。这样，即使子女成年后以自己名义所购房产超标，需要征收房产税时，至少和父母共有的房产部分，计税量将极其有限。

越有钱，越贷款

大多数人的买房思路是：房贷越少越好，有钱就提前还贷，给银行赚利息太不合算了。事实上，在目前市场态

势下，这样的思路恰恰是不合算的。会理财者拟采取这样的策略：越有钱越贷款，贷款越多越好，期限越长越好。自己的钱呢，去做投资理财。

咱就给买房算笔账吧，350 万元房款，首付三成是 105 万元，贷款 245 万元，贷款期限为 30 年。为方便计算，假设小两口全部做商业贷款，采取等额还贷法，按 5 年以上基准贷款利率 6.55%计算，每月还贷 15566 元，30 年利息总额 315 万元。一次性付款，确实省了这笔巨额利息。但如果他们首付 105 万元，将其余 245 万元另做投资。事实上，夫妻俩还可以申请公积金贷款，5 年期以上贷款利率是 4.5%，每月实际支付的贷款本息将低于 1.55 万元。

曾经有人算过，30 年后的 1 万元只相当于现在 573 元，即便通胀这样吞噬财富，30 年后的 2200 万元也相当于现在的 126 万元了，对小夫妻度过滋润的退休生活应该是很有助益的。但假如全额付款买房，这笔钱就无从谈起了。

也许有人认为这个如意算盘打得呱呱叫，但 30 年漫长的岁月里，万一投资收益没有理想的那么高怎么办?很简单，只要投资收益超过房贷利率，就是赚的。哪天投资收益低于房贷利率了，再提前还贷也不迟。

普通百姓要能借到银行的大笔钱，利率还给打折，也就是房贷了，因此要善用这个机会理财。

等本和等额，利息差大了

对于一门心思要节约利息的购房者而言，选对还贷方式，节约的利息可以 6 位数计。

所谓等额本息法，即每月归还的本金逐月递增，利息逐月递减，月还款数不变，还贷压力均衡。这种还贷方式适合收入不高、前期资金紧张的还贷者。

所谓等额本金法，即每月归还的本金相同，利息逐月递减，月还款数呈先高后低、逐月递减态势。这种还贷方式适合目前收入较高、预计将来收入大幅增长或准备提前还款的还贷者。

在实际生活中，大多数人会选择提前还贷，有些提前还贷并不划算，比如，采用等额本金法还贷者。因为等额本金是将贷款总额平分成本金，根据所剩本金计算还款利息。也就是说，这种还款方式越到后期，所剩的本金越少，因此所产生的利息也越少。当还款期超过 1/3 时，借款人已还了将近一半的利息，再选择提前还贷的话，偿还的更多是本金，不能有效地节省利息支出。同样，采用等额本息还款法的购房者，假如还款已到中期，也没必要提前还款。因为等额本息法越到后来归还的本金越多，利息越少。还款中后期再提前还贷，对还贷者而言，该还的利息大头都付了，提前还的只是本金，并没有节省利息。

要是未来有较大支出的市民最好不要选择提前还贷。比如近期有生小孩、买车等计划的市民，提前还贷会大量挤占资金。此外，一些市民购买房屋签订商业贷款合同时，享受的是七折利率优惠，或者采用的是公积金贷款，这些利率都低于市面上的理财产品年化收益率。因此，要特别珍惜廉价的贷款。

各种过户算成本

这个问题几乎每个家庭或早或晚都会遇到。据了解，房产过户分赠与、买卖、继承几种方式，究竟哪种最便捷，哪种最省钱?且算成本：

继承法—主要费用：继承权公证费。按照继承人所继承的房地产的评估价的 1%来收取，最低不低于 200 元。

这种方法的优点是税费最低。继承的房产没有营业税、个税和契税。继承人凭遗嘱办理继承权公证，凭继承权公证书到房管局转名即可。

但缺点也显而易见：手续繁多跑死人。继承房产需要满足三个条件：第一是证明自己有继承房产的法律资格，或是法定继承人，或是遗嘱指定继承人。所谓法定继承即法律规定的遗产继承人;遗嘱继承必须是遗产人逝世前曾做过公证的遗嘱才有法律效力。第二，遗产应当是被继承人生前属于个人所有的财产。第三，因遗产是所有继承人的共同财产，房产的分割协议，需要每个继承人同意并签字方可生效。

从上述规定可见，采用继承法过户房产，继承人需要办出各种证明，期间要花费大量的时间和精力。

赠与法—主要费用：个税+契税+公证费。直系亲属赠与免个税;非直系亲属赠与视同买卖，需要支付个税，即房产交易盈利部分的 20%或者房款的 1%(房产证满 5 年并且是唯一住房的可以免除)。此外还有契税 3%和公证费 1%。

需要提醒的是，以继承法和赠与法过户房产，继承人或受赠人日后卖出此房时，如房产证年满 5 年且是唯一住房，可免征个税。否则，将计征 20%个税。

买卖法—主要费用：营业税+个税+契税。在房产过户中，买卖是最常见的方式，也是操作较为便捷和安全的方式。但是，如果买入价比较低的话，日后出售时卖出价与买入价的差额会增大，再出售时则需要缴纳更多的税费。

【典型案例】恶意串通订立房屋买卖合同 法院确认无效

2015 年 1 月 11 日　中国法院网讯　郭麟

中国法院网讯（郭麟）　为了阻止办理房屋过户，敖某与妻子刘某某另行与第三人古某某签订房屋买卖合同，将已出售给郭某某的房屋再次出售给古某某，并办理了过户手续。郭某某一纸诉状把敖某、刘某某、古某某诉至法院，要求判令三者签订的房屋买卖合同无效，并将涉案房屋恢复登记至敖某名下。近日，重庆市荣昌县人民法院审理了一起因恶意串通引发的合同纠纷案件。

郭某某与敖某在 2000 年签订了房屋买卖合同，敖某把自己的房屋一套出卖给郭某某。合同签订后，郭某某按约定把购房款给付敖某，敖某也把房屋的产权证等交付郭某某，郭某某在购房后就一直居住在该房屋内至今。由于敖某拒绝配合郭某某办理房屋过户手续，郭某某在 2014 年 3 月向人民法院起诉，要求敖某配合办理过户手续。在诉讼过程中，敖某到主管部门办理了原房产证的遗失，并补办了房产证，后与妻子刘某某一起与敖某的姐夫古某某

签订房屋买卖合同，将房屋卖给古某某并办理了过户手续。从敖某申请办理房产证遗失到将房屋过户给古某某仅有10多天时间，双方约定的购房款也远低于市场价格。由于房屋已过户给古某某，敖某不再具有对房屋的处分权，郭某某要求敖某履行过户义务的请求已不能实现，故人民法院未支持郭某某办理房屋过户的请求。

2014年6月，郭某某再次向人民法院起诉，要求确认敖某、刘某某、古某某三人签订的房屋买卖合同无效，并将房屋恢复登记至敖某名下。人民法院经审理后，认为郭某某在购房居住后十余年一直相安无事，直到郭某某起诉要求敖某办理房屋过户后，敖某申请办理房产证遗失并补办房产证的行为具有主观上的恶意。从敖某申请房产证遗失到将房屋过户给古某某仅有10多天时间，而且敖某、刘某某与古某某约定的购房款远远低于市场价格，古某某在购房前既未对房屋进行实地查看，双方交易也没有资金往来的依据。敖某、刘某某与古某某签订、履行合同的行为存在许多不符合房屋交易通常做法之处，且双方的行为导致郭某某无法办理房屋过户，损害了郭某某的利益，构成恶意串通，遂判决敖某、刘某某与古某某签订的房屋买卖合同无效，并将房屋恢复登记至敖某名下。

古某某不服一审判决，向重庆市第五中级人民法院提起上诉，五中院日前作出驳回上诉维持原判的二审判决。来源：中国法院网

父亲临终赠房给侄子 女儿起诉要求付房款

2015年1月9日　浙江法制报

买卖和赠与的区别在于是否有偿

案情：季某是王某与季某华（2012年3月31日死亡）之女，季某玲等3人则是季某华的侄子、侄女。季某华在世时，曾购买了一处房产，但由于开发商原因一直未能领取产权证。2012年1月11日，季某华与季某玲等3人签订赠与合同，将该房产中属于自己的财产权利赠与季某玲等3人，约定由季某玲等3人领取房屋产权证并办理过户手续。双方于2012年1月13日对该赠与合同进行了公证。

2012年3月28日，季某华委托其从事房产中介的表弟施某店内员工沈某，领取上述房屋的产权证，并代他将该房屋出售给季某玲等3人，售价76万元。3月31日，施某代季某玲等3人领取了房屋所有权证。

季某得知后，将季某玲等3人告上法庭，要求季某玲等3人支付76万元购房款。

诉讼中，施某与沈某出庭作证：季某华生前曾表示，因其生病期间用了季某玲等3人的钱，且3人一直对他照顾有加，所以才决定把房子赠与季某玲等3人。因为赠与手续繁琐，所以施某建议季某华通过买卖将房屋转到季某玲等3人名下，但实际仍是赠与，且也未收房款。

江苏省南通市崇川区人民法院审理后认为，双方之间的房产转让实为赠与行为，判决驳回季某的诉讼请求。

评析：这起因房屋转让纠纷案的争议焦点是，季某华与季某玲等3人之间的法律关系是赠与还是买卖。

根据2012年1月11日季某华与季某玲等3人签订的赠与合同以及施某、沈某的证言，可以认定季某华的真实意思是将房屋赠与季某玲等3人。虽然之后双方又签订了买卖合同，并办理了房屋买卖手续，但实际上并未要求季某玲等3人支付对价。根据法理，买卖合同与赠与合同的明显区别在于，买卖合同是有偿合同，取得标的物需要以货币支付为对价，而赠与合同是无偿合同，受赠人取得标的物不需要支付相应对价。因此本案中季某华与季某玲等3人间应属赠与关系。

住了二十年的房子究竟该不该交回？

2015年1月14日　北京一中院　朱文君　曾巧艺

近日，我院审结一起确认合同无效纠纷上诉案件。案件的双方当事人对于一份农村房屋买卖合同的效力产生了争议。

1987年7月30日，经他人介绍并见证，张某（甲方）与丁某（乙方）签订《买卖房屋协议》一份，约定甲方购买乙方所有的海淀区明光寺某院落的北房三间房屋，房屋费共计24000元。后张某携家人进住该房屋且一直居住使用至今。长期以来，张某及家人所居住的上述房屋已形成独立院落。1987年12月，张某将其及家人的户口迁入上述房屋所在地并单独立户，现户主为张某之妻李某。在2010年6月19日丁某去世之前，张某从未与丁某就上述房屋权属或使用发生过纠纷。2014年1月，丁某子女就上述房屋买卖协议的效力问题诉至法院，要求确认丁某与张某某于1987年7月30日签订的协议无效，并要求腾退这3间房屋。一审法院判决驳回了丁某子女的诉讼请求。丁某子女不服一审判决，上诉至北京一中院。

二审法院经审理后认为，本案的争议焦点在于张某某与丁某签订的房屋买卖协议是否违反合同订立时的法律、行政法规的强制性规定。事实上，丁某子女对上述房屋买卖相关事实无异议，对张某落户、居住使用的相关事实亦无异议，仅以双方房屋买卖违反法律规定为由主张协议无效。

法院认为，首先在张某与丁某签订房屋买卖协议时并无法律、行政法规对农村私有房屋买卖做出禁止性规定，1999年5月6日国务院办公厅《关于加强土地转让管理严禁炒卖土地的通知》虽对上述买卖行为做出了禁止性规定，但却是在本案诉争房屋买卖协议签订之后出台，因此该份买卖协议应当认定为有效。况且，本案中双方签订的房屋买卖协议已经实际履行完毕，张某亦将本人及家人的户口迁入房屋所在地，并长期居住使用至今。另外，在双方签订协议后至丁某去世前的二十余年中，丁某及其家庭成员均未对该协议的效力提出异议，从维护交易秩序、社会公平的角度出发，张某与丁某之间的买卖关系也应当受到法律的保护。据此二审法院判决驳回了丁某子女的诉讼请求，

维持原判。

打官司让儿腾房
父亲最终输二审

2015 年 1 月 20 日　北京晚报 朱文君

本报讯（通讯员朱文君）因父子关系紧张，柳大爷以自己是产权人为由将儿子诉至法院，要求儿子一家腾退房屋。近日，市一中院审结此案，判决驳回了柳大爷的诉讼请求。

柳大爷离异后，与儿子、儿媳共同居住在一套三居室内。2013 年 10 月，柳大爷带异性回家居住时，与儿子和儿媳发生了矛盾，柳大爷一气之下搬离该房屋。去年 5 月，柳大爷以自己是房屋的所有人为由将儿子、儿媳诉至法院，要求他们立刻腾房。

去年 6 月，一审法院判决支持了柳大爷的诉讼请求。儿子小柳不服一审判决，上诉至市一中院。

市一中院查明，柳大爷与杨大妈原为夫妻。1994 年，柳大爷与杨大妈经法院调解离婚，调解书中约定儿子小柳与柳大爷一起生活，夫妻共同财产中西边 4 间瓦房归柳大爷所有，东边 4 间瓦房归杨大妈所有。2001 年，瓦房被拆迁，开发商安置给柳大爷一套三居室，柳大爷和儿子小柳、儿媳李某共同居住于此。后来，柳大爷取得该套房屋的所有权证。三居室来源于柳大爷原有住房的拆迁，但拆迁人明确表示，正是考虑到小柳与柳大爷共同生活这一事实，才安置了柳大爷一套三居室，故小柳应对该房屋享有使用权，他对这套房屋的使用并非属于无权占有，柳大爷无权要求其腾房。

据此，二审法院做出改判，驳回了柳大爷的全部诉讼请求

（二）股权

最高院判例 | 未经配偶同意股权转让无效？

2015 年 1 月 19 日　上海瑞富律师事务所

裁判要点：股权仍属于商法规范内的私权范畴，其各项具体权能应由股东本人独立行使，不受他人干涉。在股权流转方面，我国《公司法》确认的合法转让主体也是股东本人，而不是其所在的家庭。

艾梅、张新田与刘小平、王鲜、武丕雄、张宏珍、折奋刚股权转让纠纷

二审民事判决书

中华人民共和国最高人民法院

民 事 判 决 书

（2014）民二终字第 48 号

上诉人（原审原告）：艾梅。

委托代理人：王碧林，陕西缔伍律师事务所律师。

上诉人（原审原告）：张新田。

委托代理人：王碧林，陕西缔伍律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）：刘小平。

委托代理人：陈涛，西北政法大学教师。

委托代理人：李集合，西北政法大学教师。

原审第三人：王鲜。

委托代理人：陈涛，西北政法大学教师。

原审第三人：武丕雄。

委托代理人：陈涛，西北政法大学教师。

原审第三人：张宏珍。

委托代理人：陈涛，西北政法大学教师。

原审第三人：折奋刚。

委托代理人：陈涛，西北政法大学教师。

上诉人艾梅、张新田为与被上诉人刘小平及原审第三人王鲜、武丕雄、张宏珍、折奋刚股权转让纠纷一案，不服陕西省高级人民法院（2013）陕民二初字第 00006 号民事判决，向本院提起上诉。本院依法组成由审判员王宪森担任审判长，审判员殷媛、代理审判员张雪楳参加的合议庭进行了审理，书记员郑琪儿担任记录。本案现已审理终结。

陕西省高级人民法院审理查明：艾梅、张新田系夫妻关系。2011 年 10 月 26 日，张新田与刘小平签订一份《协议》，约定：张新田自愿将其在榆林市榆阳区常乐工贸有限责任公司（以下简称工贸公司）的原始股份额 660 万元以 13200 万元转让刘小平，刘小平在签订本《协议》时支付定金 1000 万元。工贸公司与刘小平签订正式合同、移交相关手续、变更工商登记后支付 50%，余款在刘小平进入榆林市常乐堡煤矿及移交财物、资产证件等手续时一次性付清。张新田保证其股份有绝对排他权利，否则，按《协议》第六条承担责任。该《协议》第六条约定：“本协议签订后应诚实守信，不得违约，不得解除，不得主张无效。否则，协议价款如数归还，还应向对方赔偿经济损失，

损失额为本协议价款的总额；若所转让的股份按市场交易价已超过协议价款总额的两倍以上时，执行市场价格超出总份额部分的标准予以赔偿。”该《协议》还对其他事项作了约定。刘小平按《协议》约定向张新田支付定金 1000 万元人民币，张新田向刘小平出具了 1000 万元的收条。

同年 12 月 16 日，双方签订一份《股权转让协议》，约定：张新田自愿将其在工贸公司的 500 万元原始股份转让给刘小平，转让价款为 18960 万元。刘小平在协议签订时先付张新田 1000 万元，待刘小平进入榆林市常乐堡煤矿，张新田将财务、财产等相关手续移交完毕后，刘小平再付 9000 万元。余款待刘小平变更为榆林市常乐堡矿业有限公司（以下简称常乐堡矿业公司）董事后一次性付清。张新田保证转让的股份权属清楚，无任何他项权利设定。若产生纠纷，由张新田负责处理，给刘小平造成的损失，张新田按该协议第六条的约定承担违约责任。该协议第六条的约定与 2011 年 10 月 26 日《协议》第六条的约定相同。协议还约定，在本协议签订后 7 日内，保证刘小平进入榆林市常乐堡煤矿，工贸公司的一切合法权益由刘小平享有。该协议还对其他事项作了约定。在该协议签订的当天，刘小平按协议约定向张新田支付 1000 万元人民币，张新田向刘小平出具了 1000 万元的收条。

上述两份股权转让协议签订后，刘小平共向张新田付款 7600 万元。张新田按刘小平的要求，将其在工贸公司的股权分别变更为：刘小平占 14.28%，王鲜占 10.99%，武丕雄占 5.49%，张宏珍占 10.99%，折奋刚占 13.18%，总计变更在刘小平及四位第三人名下的股权为 54.93%。同时，刘小平以 20277 万元收购了工贸公司 85 位隐名股东的全部股权。

还查明：2004 年 12 月 22 日，设立工贸公司的登记申请书载明的股东为：张新田、赵世有、张贵华、许国华、张和平。2011 年 12 月 19 日，张新田按照协议约定，在榆林市工商行政管理局榆阳分局办理了股东变更登记。工贸公司的法定代表人张新田变更为刘小平，股东变更为刘小平、折奋刚、张宏珍、王鲜、武丕雄。

2011 年 12 月 26 日，张新田将 7600 万元付款全部退回刘小平。

还查明：2004 年 12 月 25 日设立工贸公司的验资报告附的“注册资本实收情况明细表”载明：工贸公司的股东为张新田货币出资 1170 万元，享有 54.94%的股权。但根据张新田与刘小平签订的两份股权转让协议的约定，张新田向刘小平转让的股权额为 1160 万元。

2012 年 5 月 23 日，艾梅、张新田向陕西省高级人民法院提起诉讼，请求判令：1、确认张新田与刘小平签订的股权转让协议无效；2、刘小平返还张新田在工贸公司持有的 54.93%的股权。案件受理费由刘小平负担。

陕西省高级人民法院审理认为，本案争议的焦点是：股东张新田转让股权是否应当经其妻艾梅同意，否则，股权转让行为无效。

首先，我国《公司法》第七十二条规定：“股东向股东以外的人转让股权，应当经其他股东过半数同意。股东应就其股权转让事项书面通知其他股东征求同意，其他股东自接到书面通知之日起满三十日未答复的，视为同意转让。其他股东半数以上不同意转让的，不同意的股东应当购买该转让股权；不购买的视为同意转让。”最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》（以下简称《婚姻法解释（二）》第十六条规定“人民法院审理离婚案件，涉及分割夫妻共同财产中以一方名义在有限责任公司的出资额，另一方不是该公司股东的按以下情形分别处理：（一）夫妻双方协商一致将出资额部分或者全部转让给该股东的配偶，过半数股东同意，其他股东明确表示放弃优先购买权的，该股东的配偶可以成为该公司的股东；（二）夫妻双方就出资额转让份额和转让价格等事项协商一致后，过半数股东不同意转让，但愿意以同等价格购买该出资额的，人民法院可以对转让出资所得财产进行分割。过半数股东不同意转让，也不愿意以同等价格购买该出资额的，视为同意转让，该股东的配偶可以成为该公司股东。用于证明前款规定的过半数股东同意的证据，可以是股东会决议，也可以是当事人通过其他合法途径取得的股东的书面声明材料。”根据上述法律规定，股东转让股权必须征得过半数股东的同意，并非必须征得其配偶的同意。即使在有限责任公司的出资系夫妻共同财产，但非公司股东的配偶，要成为公司的股东，还须征得其他股东的同意，只有在其他股东明确表示放弃优先购买权的情况下，股东的配偶才可以成为该公司的股东。在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情况下，只能对转让出资所得财产进行分割。综上，股东转让股权必须征得过半数股东的同意，并非必须要征得其配偶的同意。上述法律规定，体现了有限责任公司人合性的法律特征。虽然，股权的本质为财产权，但我国《公司法》第四条规定：“公司股东依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利。”据此，股权既包括资产收益权，也包括参与重大决策和选择管理者的权利。所以，股权并非单纯的财产权，应为综合性的民事权利。故我国《公司法》第七十二条及《婚姻法解释（二）》第十六条规定了股东转让股权必须征得过半数股东的同意，并非必须征得其配偶的同意。且我国现行法律和行政法规没有关于配偶一方转让其在公司的股权须经另一方配偶同意的规定。从本案股权转让的事实看，张新田转让其在工贸公司 1160 万元的出资予刘小平，获得 32160 万元的对价；同时，刘小平受让了工贸公司其余 85 位隐名股东的全部股权；工贸公司的法定代表人由张新田变更为刘小平，并在工商部门进行了变更登记，艾梅应当知道其夫张新田转让股权的事实。

其次，虽然涉案股权系张新田与其妻艾梅的共有财产，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）》（以下简称《贯彻民法通则意见》）第 89 条规定了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。但该条“但书”又规定：“第三人善意、有偿取得该财产，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。”再者，最高人民法院《关于适用〈中华

人民共和国婚姻法〉若干问题的解释 （一）》（以下简称《婚姻法解释（一）》第十七条第一款第（二）项规定：“夫或妻非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定，夫妻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。”根据该条的立法本意，因夫妻之间存在着特殊的身份关系，故夫妻之间相互享有家事代理权。在本案中，两份股权转让协议的原始出资额为 1160 万元，但转让价款为 32160 万元，是原始出资额的 27.7 倍， 且刘小平已按约支付了 7600 万元的价款，并进行了工商变更登记，刘小平有理由相信两份股权转让协议系艾梅、张新田夫妇的共同意思表示，也足以证明刘小平受让该股权符合善意取得的法律规定，且两份股权转让协议并不存在我国《合同法》第五十二条规定的情形。根据本案查明的事实，刘小平不但受让了张新田在工贸公司的股权，而且以 20277 万元收购了工贸公司 85 位隐名股东的全部股权，实际上刘小平及第三人折奋刚、张宏珍、王鲜、武丕雄收购了工贸公司。

综 上，艾梅、张新田夫妇主张股权转让协议无效的理由依法不能成立。依据《公司法》第四条、第七十二条，《婚姻法解释（一）》第十七条、《婚姻法解释（二）》 第十六条，《贯彻民法通则意见》第 89 条的规定，判决：驳回艾梅、张新田的诉讼请求。一审案件受理费 1649800 元，由艾梅、张新田负担。

艾梅、张新田不服原审法院上述民事判决，向本院提起上诉称：（一）一审判决适用法律错误。在夫妻关系存续期间，如果双方没有特别约定，一方以夫妻共有的财产投资入股，相应的股权为夫妻共有财产。所以，因夫妻一方擅自转让其名下的股权，首先适用民法、婚姻法的规定。当股东因是否有权单方处分夫妻共同财产引起的纠纷并不涉及公司的组织和行为，也不属于股东之间、公司与股东之间、股东与管理层之间等公司法律关系，因此，作为调整商事行为的公司法处于适用的次要地位。本案涉及的是股权转让过程中，张新田是否有权单方处置夫妻共有的股权，刘小平的购买行为是否属于善意取得。而依据《公司法》第七十二条的规定，无法得出“股权转让并非必须征得其配偶的同意”的观点。《婚姻法解释（二）》第十六条是对处理离婚过程中如何分割以一方名义在有限公司的出资所做的规定，该条规定内容与本案无关。一审判决引用《贯彻民法通则意见》第 89 条规定，同时又引用《合同法》第五十二条的规定，明显存在矛盾和错误。（二）一审判决认定事实和程序均有错误。1、刘小平购买张新田股权的行为不属于善意第三人。善意的判断标准，应该是受让人不知道且无义务知道转让人无权处分，如果其知道或应当知道的，则不构成善意。在刘小平与张新田签订股权转让协议时，对张新田有配偶是明知的，且上述股权是夫妻共同财产，其收购股权应当征得共有人的同意。刘小平在取得其他八十多位小股东股权时，转让方均是夫妻共同签字确认。一审判决以夫妻之间具有家事代理权、且转让价款大大高于实际投入为由，推定刘小平属于善意第三人不能成立。2、一审判决回避本案实质上是转让中外合资企业的股权和采矿权，侵犯了艾梅、张新田的诉讼权利。从合同内容看，刘小平名义上是受让工贸公司的股权，实际是受让常乐堡矿业公司的股权并取得矿权，该转让行为均需审批。因此，本案合同违反法律强制性规定，应当认定无效。综上，请求撤销一审判决，改判支持艾梅、张新田的一审诉讼请求。

被上诉人刘小平答辩称：（一）原审判决不存在适用法律错误问题。本案是股权转让纠纷，而不是家庭财产纠纷，按照特别法优于普通法的常识，本案应当优先适用作为民法特别法的公司法。艾梅、张新田关于原审判决引用的法律明显存在矛盾和错误的上诉理由不能成立。（二）原审判决认定事实清楚。本案中，张新田作为出让人所出让的涉案股权并不属于夫妻共同共有财产，当然也不存在作为股东的张新田无权处分的问题，也不涉及只有在无权处分情况下才适用的善意第三人的规定，更不能因为张新田未征得艾梅同意而否定其签订的股权转让协议的合法有效性。即使将股权假定为夫妻共同财产，也不能否定刘小平作为善意第三人的事实。本案股权转让协议中记载所转让的是工贸公司的股权，而不是中外合资企业常乐堡矿业公司的股权，更不是常乐堡矿业公司的采矿权。综上，请求驳回艾梅、张新田的上诉请求，维持原判。

本院经二审审理，对原审法院查明的事实予以确认。

本院认为，本案二审的争议焦点是：关于张新田与刘小平签订的股权转让协议的效力认定问题。

原审判决驳回艾梅、张新田主张股权转让协议无效的诉讼请求，艾梅、张新田为此向本院提起上诉，其理由之一是：夫妻一方擅自转让其名下的股权，另一方诉请确认无效，实际是家庭财产纠纷，首先应当适用民法、婚姻法的规定，作为调整商事行为的公司法处于适用的次要地位。本院认为，艾梅、张新田提起本案诉讼，所依据的是张新田与刘小平签订的两份股权转让协议，并提出确认协议无效、返还股权的诉讼请求。因此，在双方当事人之间形成的是股权转让合同法律关系，本案案由亦确定为股权转让纠纷。故对本案的处理应当适用我国《合同法》、《公司法》的相关调整股权转让交易的法律规范，而不应适用调整婚姻及其财产关系的法律规定。艾梅、张新田的该项上诉理由不能成立，本院不予支持。

关于艾梅、张新田提出的股权转让未经艾梅同意，股权转让协议无效的上诉理由，本院认为，股权作为一项特殊的财产权，除其具有的财产权益内容外，还具有与股东个人的社会属性及其特质、品格密不可分的人格权、身份权等内容。如无特别约定，对于自然人股东而言，股权仍属于商法规范内的私权范畴，其各项具体权能应由股东本人独立行使，不受他人干涉。在股权流转方面，我国《公司法》确认的合法转让主体也是股东本人，而不是其所在的家庭。本案中，张新田因转让其持有的工贸公司的股权事宜，与刘小平签订了股权转让协议，双方从事该项民事交易活动，其民事主体适格，意思表示真实、明确，协议内容不违反我国《合同法》、《公司法》的强制性规定，该股权转让协议应认定有效。艾梅、张新田的该项上诉理由没有法律依据，本院不予支持。

关于艾梅、张新田提出的本案所涉合同“名为股权转让实为矿权转让”，应当认定无效的上诉理由，本院认为，根据本案查明的事实，2011 年 10 月 26 日、12 月 16 日，张新田与刘小平分别签订股权转让协议，约定张新田将其在工贸公司的原始股份额 660 万元、500 万元，以 13200 万元、18960 万元转让给刘小平。协议中约定了部分股权转让款的支付时间，同时约定余款在刘小平进入榆林市常乐堡煤矿、张新田将财务和资产证件等手续移交完毕、刘小平变更为常乐堡矿业公司董事等事项后支付。此后，刘小平依约向张新田支付股权转让款 7600 万元，工贸公司进行了股东变更登记，法定代表人亦由张新田变更为刘小平。上述约定及履行情况表明，双方就转让工贸公司的股权达成了一致的意思表示，刘小平作为受让方依照约定向张新田支付了部分股权转让款，双方亦在工商管理部门进行了股东变更登记。协议中虽有刘小平进入榆林市常乐堡煤矿、刘小平变更为常乐堡矿业公司董事等相关约定，但该约定属双方为履行股权转让协议而设定的条件，并不改变刘小平受让工贸公司股权的交易性质及事实。工贸公司系常乐堡矿业公司的股东，采矿权也始终登记在常乐堡矿业公司的名下，因此，本案的股权转让协议不存在转让采矿权的内容，实际履行中亦没有实施转让采矿权的行为，艾梅、张新田的该项上诉理由没有事实和法律依据，本院不予支持。

综上，本案原审判决认定事实清楚，关于本案股权转让协议效力的认定正确，本院予以维持，但其引用《贯彻民法通则意见》、《婚姻法解释（一）》、《婚姻法解释 （二）》的相关规定作为判决依据属适用法律不当，本院予以纠正。艾梅、张新田的上诉请求没有事实和法律依据，本院不予支持。本院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（一）项的规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费 1649800 元，由艾梅、张新田承担。

本判决为终审判决。

审　判　长　　王宪森

审　判　员　　殷　媛

代理审判员　　张雪楳

二〇一四年五月二十八日

书　记　员　　郑琪儿

（三）信托

用家庭信托继承财产靠谱吗

2015 年 1 月 15 日　信托理财俱乐部

经过 30 年积累，中国的“富一代”已进入世代传承、家业交替时期。遗产税也让刚攒了点家底儿的小康家庭惴惴不安，就是在这样一种情况下，起源于国外的财富安排制度家族信托进入人们的视野，并且很快成为关注热点。

“失独”老先生借信托传承家产

2012 年，家住昌平的张松（化名）老先生和老伴儿在年逾古稀之际却遭遇了人生中最大的不幸——一场车祸让他们失去了唯一的儿子。张松的独生子已婚配并育有两子。这两个孙子成了老两口唯一的生活寄托。但儿媳年仅 28 岁，两个孙子分别只有 1 岁和 3 岁。早年经商创业顺风顺水，老两口积累下数亿资产。一旦儿媳改嫁、孙子改姓，或者孙子长大后不成才，家业如何继承成为张松夫妇俩面临的巨大挑战。经多方考察，老夫妇决定出资 5000 万设立家族信托，并约定它的受益人为其两个孙子及其“直系血亲后代非配偶继承人”。这份信托投资于稳健的金融资产，涉及受益人的内容主要有五方面：

1、除非患有重大疾病，受益人在未成年之前对本金和收益没有支配权，在未成年之前只能运用信托财产的收益来支付必要的学习支出；

2、18 至 25 岁之间，受益人可以支配收益，但不能支配本金；25 岁以后本金和收益均可自由支配但须兄弟和睦、一致决定；

3、若受益人改姓或在张松夫妇去世后的清明节“不祭扫”等按社会公序良俗标准未尽孝道，受益人丧失对本金和收益的支配权；

4、一旦受益人死亡，受托资产捐给慈善机构；

5、受益人成家立业后，本金和收益按两人所生育的继承人数量按比例分配。

这份签署于 2013 年的“家业恒昌张氏家族单一资金信托计划”成为北京银行私人银行的第一份家族信托计划。通过这份信托，失独的张松夫妇“家业恒昌”的愿望有了最基本保障。

小康家庭的避税选择

中国的广大老百姓虽然与富裕阶层的收入还有很大差距，但随着居民可支配收入的提高、社会福利和养老保障的持续改善，“家有余粮”的小康家庭正在逐渐增多。2014 年我国居民储蓄余额高达 15 万亿元。可以预见，这部分财富除用于养老、消费之外，其中有相当一部分将以房产或现金的形式留给子女。看看法院里那些日益增多的婚姻与遗产继承纠纷官司，我们不难发现，如何将遗产按照老人意愿顺利地留给继承人，早已不只是富人关心的话题。

无论未来遗产税的起征点如何，人人都希望尽量少缴税。就国外经验来看，合理规避遗产税主要有两种途径，

一是商业保险，另一个就是家族信托。在现代法律关系中，家族信托是一种信托机构受个人或家族的委托，代为管理、处置家庭财产的财产管理方式。信托一旦成立，受托资产的所有权就转移到了受托机构名下。无论委托人是离婚分家产、意外死亡还是被人追债，这笔钱都将独立存在不受影响。对于中国的小康家庭来说，这一点无疑是具有诱惑力的。因为信托财产名义上已经是受托人的，委托人名下没有登记财产，所以也无法征收遗产税。当然，信托独立性也是有条件的，不具备这些条件，就不会起到资产隔离的作用。

北京银行私人银行部副总经理聂俊峰介绍:“随着人口老龄化时代到来，越来越多的人将对家族信托有所需求。虽然目前这项业务主要针对金字塔尖的客户群，但希望它今后也能服务于广大的小康家庭。若有一种门槛在 100 万到 300 万之间、可以批量化提供的家族信托计划，一定会有不少北京市民愿意尝试。”

不仅是“防儿媳、防女婿”

1993 年，年仅 32 岁的戴安娜王妃就立下遗嘱，要求自己去世后，将遗产交给信托管理人管理，她的两个儿子则作为受益人，平均享有信托收益。遗嘱还规定他们从 25 岁开始，可以自由支配一半的收益，30 岁开始可以自由支配一半的本金。1997 年戴安娜王妃因车祸去世后，信托基金立即成立，当时基金总额为 1296.6 万英镑。10 年后大儿子威廉年满 25 周岁时，该基金仅收益就已经达到 1000 万英镑。

著名香港艺人梅艳芳设立的信托计划也是知名的成功案例。2003 年，梅艳芳身患癌症之后自知时日无多，因此通过汇丰银行设立其个人的家族信托，规定每月给其母亲必要的生活费“维持有一个司机及两个佣人的生活”，直至梅妈百年之后，信托财产余额将会全数交给“妙境佛学会”。在汇丰私人银行打理之下，梅艳芳授权给信托的委托财产已增值数倍且以梅艳芳的名义进行着慈善公益活动。

几经感情波折与婚姻变动的王菲也选择了家族信托。十几年前她便在香港设立了以窦靖童为受益人的家族信托，由于主要财产注入私人信托，所以婚姻的变动并不会造成任何财产分割和争议。

在中国，越来越多的理财机构开始关注这一领域，平安信托、中信信托、招商银行、北京银行、农业银行、民生银行、诺亚财富等成为国内这条路上最早一批蹚路人。“多数创富一带们还是希望在国内实现财富增值和传承，举家移民或转移资产并不是多数人的理性选择。”聂俊峰表示，家族信托不仅解决“防儿媳、防女婿”继承问题，它归根到底是一种个性化、定制化的服务。它不是单纯的产品，而是一种财富管理新制度化的设计。“只有参透了人性和财富本源的金融从业者，才能设计出令客户满意的信托方案。”

来源：北京晚报

七、社会新闻

婚离得好好的，忽然杀出张百万借条

2014 年 12 月 31 日　成都商报　周茂梅

核心

提示

法院一审判决准予两人离婚，房屋和汽车由男方取得，由其向女方折价支付 64.5 万元。但男方不服，上诉。在离婚案件上诉期间，男方的妹妹起诉称，兄嫂在共同购买房产时，向她借款 100 万元。

金牛区一对夫妻闹离婚，妻子起诉离婚。在金牛法院一审过程中，法院将夫妻房产、汽车等共同财产做了划分，男方要财产，补给女方 64.5 万，离婚诉讼中，双方都向法院表示没有其他债权债务。

但离婚官司进入成都中院二审过程中，离婚官司还没了结，男方的妹妹拿出 100 万元借条，向金牛法院起诉，称其哥哥向她借了 100 万元，要求哥哥及女方共同偿还。

目前，离婚官司已在成都中院审结，维持金牛法院的一审判决。昨日下午，这起婚内借款纠纷案在金牛法院洞子口法庭公开开庭审理。法庭对这“100 万元”是真实借款还是兄妹俩联手虚假诉讼，展开调查。

依据法院办理离婚诉讼认定的事实：成都市民陈女士与涂先生 2003 年相识，并于 2011 年 6 月结婚。婚后两人共同经营登记在涂先生个人名下的电器经营部，并由其妹妹涂女士担任经营部财务人员。2012 年 3 月，两人生育有一个儿子。2013 年 3 月，陈女士与涂先生以夫妻名义共同购买了一套价值 100 多万元的房子，同年，购买了一辆大众牌轿车。

随着电器经营部生意日渐红火，夫妻俩的感情则越来越疏远。近年来，两人多次闹矛盾并协议离婚。2014 年 6 月，协议离婚未果的陈女士，以夫妻感情破裂为由起诉涂先生要求离婚，并平均分配共同财产。

金牛法院一审开庭审理后确认，双方均同意离婚，由此确认双方感情已经破裂，判决准予两人离婚，儿子由陈女士抚养。两人婚后购买的房屋折价 105 万元，汽车折价 26 万元，房屋和汽车由涂先生取得，由其向陈女士折价支付 64.5 万元。

离婚案件的一审庭审笔录显示，双方均表示婚姻关系期间没有其他债权债务。一审判决下达后，涂先生不服，上诉。成都中院经审理后于近日判决维持一审判决。

就在离婚案件上诉期间，陈女士突然收到了一份追索欠款的开庭传票。起诉人系前夫涂先生的妹妹涂女士，涂女士诉称，哥哥涂先生与陈女士在共同购买房产时，向她借款 100 万元，有转款记录为证。此事突生波折。昨日下午，金牛法院公开审理这起借款案。

金牛法院洞子口法庭经过审理后，宣布择日宣判。

庭审焦点

如果借款合同是真的

前妻要承担部分债务

四川广力律师事务所律师唐应欣分析，在离婚纠纷中冒出借款纠纷的案例，在现实生活中并不鲜见。在类似案件中，虽然夫妻双方已经离婚，但如果婚内借款合同成立，意味着离婚双方应当共同承担婚内共同债务。同时，虽然在离婚案一审中，涂先生并没有提及这一笔债务，但根据法律规定，民事诉讼中，当事人可以选择是否主张自己的权益，因此涂先生的行为并不会被追究法律责任。

如果借款合同是假的

虚假诉讼要担刑责

四川广力律师事务所律师唐应欣还表示，如果借款合同不成立，涂先生和其妹妹则涉嫌伪造证据进行虚假诉讼，应当承担相应的民事及刑事责任。

是否曾向妹妹借钱？

庭审中，妹妹涂女士拿出了一张哥哥写的 100 万元借条、一张农业银行的转款凭条以及几笔转款到涂女士账户的银行明细。涂女士的委托律师称，涂女士为了帮助其哥哥涂先生支付房款，专门从其他几个账户转款或存现到自己的转款账户，凑足 100 万元后，直接将这笔钱支付给了房屋的出售人冯先生。

对此，涂先生方面表示，对妹妹的还款请求和借款依据没有异议，认可借款收条是自己亲手写的。

而涂先生的前妻陈女士则不予认可。陈女士表示，自己全程参与买房，100 万元钱虽然是从涂女士账户中支付的，但这笔钱并非涂女士所有，而是涂先生名下的电器经营部所收的货款。转款明细也能看出这 100 万元是由不同的货款凑足的。而涂先生写给妹妹的借条是双方串通伪造的。

诉讼中，法院追加卖房人冯先生为第三人，但其没有出庭，法院进行了缺席审理。

借条是何时写的？

这份落款为 2014 年 3 月 9 日的借条，系涂先生在支付完 100 万元购房款 5 日后写给妹妹涂女士的。庭审现场，涂女士的委托代理人表示，这份借条的确是事后补的，补的时间是涂女士转款后不久，但具体补写的时间没有明确表示。

对此，涂先生方面给予认可，承认是在事后补写给涂女士的，具体补写时间以借条时间为准。

陈女士则认为，这份借条正是兄妹两人虚拟借款的证据。“从闹离婚到一审判决下来，我一直跟他们兄妹有联系，从来没有听说过有这笔借款，离婚案件中，法院也追问了这个问题，涂先生均没有提及这笔借款，事后伪造巨额借条不足采信。”陈女士在庭审中表示。

妹妹有没有这么多钱？

庭审中，妹妹涂女士方面出具了几张银行转款明细，证明这 100 万元是涂女士个人筹款，并证明涂女士有借款能力。对此，涂先生方面也给予了认可，称妹妹一直参与电器部的经营，有这个借款能力。

对此陈女士则表示，涂女士虽然一直在涂先生的电器经营部做财务，但并非电器经营部股东，其每月收入仅 3000 元，没有其他经济收入和家庭收入，不具有 100 万元的借款能力。陈女士还向法庭陈述，由于经营部是个体经营，公私账户经营混同，经营部经常有货款直接打入涂女士的个人账户，这 100 万元就是经营部收的货款。

为何离婚案一审时男方没提债务？

陈女士向法庭出示了离婚案件的庭审笔录，笔录显示涂先生在离婚官司中多次承认双方没有其他债权债务。而一审判决下达不久，陈女士突然收到了涂女士起诉索要 100 万元借款的传票。“当时在庭审中，一直以为陈女士只是闹离婚，不是真要离，加上买房买车的钱都是电器经营部的钱，属于电器经营部的财产，所以没有提及这笔债务。”质证时，涂先生的特别授权律师表示，一审判决下来后，涂先生对一审庭审记录提出了异议，表示当时并非真实意愿表达。

对此，涂女士方面称，当时，她并不知道兄嫂会真的离婚。在二审期间，涂女士就对这笔 100 万元的借款进行主张，但当时的法官要求另案处理。

为何经营部法人代表变更为妹妹？

陈女士在庭审中出具了电器经营部的工商登记手续，称自己在和涂先生闹离婚期间，涂先生将其个人名下的电器经营部注销，并在未变更住址、经营内容的情况下，以妹妹涂女士的名义新注册了一家电器经营部，并将经营部名下的所有财产全部转移到妹妹名下。“这一方面是为了证明其妹妹有借款能力，另一方面是为了转移婚内共同财产。”

“这是生意上的正常经营行为，涂女士的确新注册成立了一家电器经营部，但与本案没有关系。”涂女士的代理律师表示。对此，涂先生方面也表示，虽然工商登记属实，但与本案没有关系。

（原标题：婚离得好好的，忽然杀出张百万借条）

浙江土豪包养小三生双胞胎 鉴定发现大儿子非亲生

2014 年 12 月 31 日　人民网

一对双胞胎，竟然有两个爹?3 个月前，浙江义乌土豪周刚去当地的亲子鉴定中心做鉴定，上个星期，结果出来后，大家都震惊了：他的双胞胎儿子，竟然有一个不是他的!

2014 年 9 月，一对双胞胎让在义乌做生意的周刚喜出望外，喜悦之余，周刚发现双胞胎中的大儿子竟然是双眼皮，而自己和他妈妈都是单眼皮，在疑心的驱使下，周刚决定做亲子鉴定。

因为结果需要等待几天，当时医生还曾安慰周刚“小孩子很多长得不像的，抱错也有可能，最好把妈妈的样本也拿过来。”

“双胞胎的大儿子居然是别人生的，上面写着两个孩子的妈妈都是对的，小儿子的 DNA 数据也与我是一样的，但是让我无法接受的是大儿子的鉴定结果显示为排除。”周刚在鉴定报告出来之后的第一反应就是：这怎么可能?

据医生介绍，鉴定结果显示为排除就意味着，尽管两个孩子是双胞胎，但是其中只有小儿子是有亲生的，而大儿子却是别人所生。

“孩子他妈其实也不是我老婆。” 在拿到鉴定报告时，周刚惊诧之余也告诉记者 “因为自己的老婆无法生育，自己就在外包养小三生了孩子。”

周刚坦言“回去就会跟那个女的摊牌，反正也没有多少感情，自己的孩子肯定是要的，但养别人的孩子总归是心有不甘。”

专家称正常女性的排卵是一个月排一个卵子，但是也有女性一个月排两个卵子。如果月经周期同时有两个卵子排出，这女子又在排卵期之内跟不同男子发生性关系，那么就可能形成同母异父的双胞胎，但是发生的几率只有百万分之一。(华声在线)

油价大跌的“溢出效应”：离婚补偿要缩水

2015 年 1 月 3 日　华尔街见闻

油价下跌不仅对石油出口国影响巨大，有“全美最贵离婚案”之称的 Harold Hamm 十亿美元离婚补偿也因此出现了变数。随着近日油价连连下跌，身价大跌的 Hamm 突然改变主意，决定就离婚案进行上诉。

Hamm 是美国大陆资源石油公司的 CEO，2013 年《福布斯》杂志公 Hamm 身价为 190 亿美元，在全球富豪榜上排第 90 位，其大部分财产都是在他和前妻婚后 26 年积累起来的。他和前妻的离婚官司打了两年。11 月因离婚案被判向前妻支付近十亿美元的离婚补偿，当时他还公开表示判决“公平公正”。

Hamm 在 1967 年创立美国大陆资源公司，是美国油页岩主要钻探公司之一，每天生产 70 万桶石油，占美国量产 10%，Hamm 个人则拥有该公司 68%股权。布伦特原油在过去几周加速下跌，导致美国大陆资源石油公司的市值缩水近三分之一。

Hamm 在上诉申请中表示，在婚姻存续期间，石油价格的上涨造成了夫妻共同财产的增加，但是面对目前全球油价下跌的情况，他认为要区别对待这些共同财产。

关于放开部分服务价格意见的通知(发改价格[2014]2755 号)

2015 年 1 月 5 日　家事法苑团队编辑 家事法苑

国家发展和改革委员会价格司 http://jgs.ndrc.gov.cn/zcfg/201501/t20150104_659266.html

司法部、财政部、住房城乡建设部、国家税务总局，各省、自治区、直辖市发展改革委、物价局：

为贯彻落实党的十八届三中全会精神，按照国务院常务会议部署，使市场在资源配置中起决定性作用，促进相关服务行业发展，现就放开部分地方实行定价管理的服务价格的意见通知如下：

（四）律师服务（刑事案件辩护和部分民事诉讼、行政诉讼、国家赔偿案件代理除外）。除律师事务所和基层法律服务机构（包括乡镇、街道法律服务所）提供的下列律师服务收费实行政府指导价外，其他律师服务收费实行市场调节价。1、担任刑事案件犯罪嫌疑人、被告人的辩护人以及刑事案件自诉人、被害人的代理人；2、担任公民请求支付劳动报酬、工伤赔偿，请求给付赡养费、抚养费、扶养费，请求发给抚恤金、救济金，请求给予社会保险待遇或最低生活保障待遇的民事诉讼、行政诉讼的代理人，以及担任涉及安全事故、环境污染、征地拆迁赔偿（补偿）等公共利益的群体性诉讼案件代理人；3、担任公民请求国家赔偿案件的代理人。

。。。。。。。。。。。。

国家发展改革委

2014 年 12 月 17 日

旧规：

发改价格〔2006〕611 号

国家发展改革委、司法部关于印发《律师服务收费管理办法》的通知

律师服务收费管理办法

第一条　为规范律师服务收费行为，维护委托人和律师的合法权益，促进律师服务业健康发展，依据《价格法》和《律师法》等有关法律法规，制定本办法。

第二条　依照《中华人民共和国律师法》设立的律师事务所和获准执业的律师，为委托人提供法律服务的收费行为适用本办法。

。。。。。。。。。。。。。。

第十一条　办理涉及财产关系的民事案件时，委托人被告知政府指导价后仍要求实行风险代理的，律师事务所可以实行风险代理收费，但下列情形除外：

（一）婚姻、继承案件；

（二）请求给予社会保险待遇或者最低生活保障待遇的；

（三）请求给付赡养费、抚养费、扶养费、抚恤金、救济金、工伤赔偿的；

（四）请求支付劳动报酬的等。

第十二条　禁止刑事诉讼案件、行政诉讼案件、国家赔偿案件以及群体性诉讼案件实行风险代理收费。

第十三条　实行风险代理收费，律师事务所应当与委托人签订风险代理收费合同，约定双方应承担的风险责任、收费方式、收费数额或比例。

实行风险代理收费，最高收费金额不得高于收费合同约定标的额的 30%。。。。。。。。。。。。。

二〇〇六年四月十三日

北京市发展和改革委员会、北京市司法局关于印发《北京市律师诉讼代理服务收费政府指导价标准（试行）》、《北京市律师服务收费管理实施办法（试行）》的通知 京发改[2010]651 号

各有关单位：

根据国家发展改革委、司法部《关于印发〈律师服务收费管理办法〉的通知》（发改价格[2006]611 号）的有关规定，经市政府批准，现将《北京市律师诉讼代理服务收费政府指导价标准（试行）》、《北京市律师服务收费管理实施办法（试行）》印发给你们，自 2010 年 5 月 30 日起试行，请遵照执行。

特此通知。

附件： 1、北京市律师诉讼代理服务收费政府指导价标准（试行）

2、北京市律师服务收费管理实施办法（试行）

二〇一〇年五月五日

附件 2：北京市律师服务收费管理实施办法（试行）

第十五条办理涉及财产关系的民事案件，律师事务所告知委托人政府指导价后，委托人仍要求实行风险代理的，律师事务所可以实行风险代理收费。

第十六条下列民事案件不得实行风险代理：

（一）婚姻、继承案件。

（二）请求给予社会保险待遇或者最低生活保障待遇的案件。

（三）请求给付赡养费、抚养费、扶养费、抚恤金、救济金、工伤赔偿的案件。

（四）请求支付劳动报酬的案件。

附：相关规定：

1、国家发展改革委关于放开部分服务价格意见的通知(发改价格[2014]2755 号)

2、国家发展改革委、司法部关于印发《律师服务收费管理办法》的通知发改价格〔2006〕611 号

3、北京市发展和改革委员会、北京市司法局关于印发《北京市律师诉讼代理服务收费政府指导价标准（试行）》、《北京市律师服务收费管理实施办法（试行）》的通知京发改[2010]651 号

附件：

1、北京市律师诉讼代理服务收费政府指导价标准（试行）

2、北京市律师服务收费管理实施办法（试行）

关于放开部分服务价格意见的通知(发改价格[2014]2755 号)

国家发展改革委关于放开部分服务价格意见的通知

发改价格[2014]2755 号

国家发展和改革委员会价格司 http://jgs.ndrc.gov.cn/zcfg/201501/t20150104_659266.html

司法部、财政部、住房城乡建设部、国家税务总局，各省、自治区、直辖市发展改革委、物价局：

为贯彻落实党的十八届三中全会精神，按照国务院常务会议部署，使市场在资源配置中起决定性作用，促进相关服务行业发展，现就放开部分地方实行定价管理的服务价格的意见通知如下：

一、对已具备竞争条件的以下 7 项服务价格，请各省、自治区、直辖市价格主管部门抓紧履行相关程序，放开价格。

（一）会计师事务所服务。会计师事务所提供的审计服务收费，即：审查企业会计报表并出具审计报告、验证企业资本并出具验资报告、办理企业合并、分立、清算事宜中的审计服务并出具有关报告等服务收费。

（二）资产评估服务。资产评估机构提供的法定资产评估收费，即：按法律法规和国家有关规定要求实施的资产评估服务收费。

（三）税务师事务所服务。税务师事务所提供的涉税鉴证服务收费，即：企业所得税汇算清缴纳税申报鉴证、企业财产损失所得税前扣除鉴证、企业所得税税前弥补亏损鉴证、土地增值税清算鉴证的服务收费。

（四）律师服务（刑事案件辩护和部分民事诉讼、行政诉讼、国家赔偿案件代理除外）。除律师事务所和基层法律服务机构（包括乡镇、街道法律服务所）提供的下列律师服务收费实行政府指导价外，其他律师服务收费实行市场调节价。1、担任刑事案件犯罪嫌疑人、被告人的辩护人以及刑事案件自诉人、被害人的代理人；2、担任公民请求支付劳动报酬、工伤赔偿，请求给付赡养费、抚养费、扶养费，请求发给抚恤金、救济金，请求给予社会保险待遇或最低生活保障待遇的民事诉讼、行政诉讼的代理人，以及担任涉及安全事故、环境污染、征地拆迁赔偿（补偿）等公共利益的群体性诉讼案件代理人；3、担任公民请求国家赔偿案件的代理人。

（五）房地产经纪服务。房地产经纪人接受委托，进行居间代理服务收取的佣金。

（六）非保障性住房物业服务。物业服务企业接受业主的委托，按照物业服务合同约定，对非保障性住房及配套的设施设备和相关场地进行维修、养护和管理，维护物业管理区域内的环境卫生和相关秩序的活动等向业主收取的费用。保障性住房、房改房、老旧住宅小区和前期物业管理服务收费，由各省级价格主管部门会同住房城乡建设行政主管部门根据实际情况决定实行政府指导价。放开保障性住房物业服务收费实行市场调节价的，应考虑保障对象的经济承受能力，同时建立补贴机制。

（七）住宅小区停车服务。物业服务企业或停车服务企业接受业主的委托，按照停车服务合同约定，向住宅小区业主或使用人提供停车场地、设施以及停车秩序管理服务所收取的费用。

二、各省、自治区、直辖市在放开上述 7 项服务价格时，应要求各经营者严格遵守《价格法》等法律法规，合法经营，为消费者等提供质量合格、价格合理的服务；严格落实明码标价制度，在经营场所醒目位置公示价目表和投诉举报电话等信息；不得利用优势地位，强制服务、强制收费，或只收费不服务、少服务多收费；不得在标价之外收取任何未予标明的费用。

三、各有关行业主管部门要按照本通知要求，加强对本行业相关经营主体服务行为监管。要建立健全服务标准规范，完善行业准入和退出机制，为市场主体创造公开、公平的市场环境，引导行业健康发展。要严格遵守《反垄断法》等法律法规，不得以任何理由限制服务、指定服务，或截留定价权。

四、各级价格主管部门要按照本通知要求，结合修订地方定价目录，清理废止本地区制定出台的相关服务价格文件，尽快放开相关服务价格，并做好政策宣传解释工作。要依法加强对有关服务市场价格行为的监管，坚决依法查处串通涨价、价格欺诈等不正当价格行为，维护正常市场价格秩序，保持价格水平基本稳定，保障市场主体合法权益。

国家发展改革委

2014 年 12 月 17 日

发改价格〔2006〕611 号

国家发展改革委、司法部关于印发《律师服务收费管理办法》的通知

中央政府门户网站　www.gov.cn　2006 年 04 月 19 日　来源：发展改革委网站

http://www.gov.cn/zwgk/2006-04/19/content_257940.htm

最高人民法院、最高人民检察院；国务院有关部门；各省、自治区、直辖市发展改革委、物价局，司法厅（局）：

为贯彻落实《中共中央转发〈中央司法体制改革领导小组关于司法体制和工作机制改革的初步意见〉的通知》（中发〔2004〕21 号）精神，规范律师服务收费行为，维护委托人和律师事务所的合法权益，特制定了《律师服务收费管理办法》。现印发给你们，请按照执行。

附件：《律师服务收费管理办法》

国家发展改革委

司 法 部

二〇〇六年四月十三日

律师服务收费管理办法

第一条　为规范律师服务收费行为，维护委托人和律师的合法权益，促进律师服务业健康发展，依据《价格法》和《律师法》等有关法律法规，制定本办法。

第二条　依照《中华人民共和国律师法》设立的律师事务所和获准执业的律师，为委托人提供法律服务的收费行为适用本办法。

第三条　律师服务收费遵循公开公平、自愿有偿、诚实信用的原则。

律师事务所应当便民利民，加强内部管理，降低服务成本，为委托人提供方便优质的法律服务。

第四条　律师服务收费实行政府指导价和市场调节价。

第五条　律师事务所依法提供下列法律服务实行政府指导价：

（一）代理民事诉讼案件；

（二）代理行政诉讼案件；

（三）代理国家赔偿案件；

（四）为刑事案件犯罪嫌疑人提供法律咨询、代理申诉和控告、申请取保候审，担任被告人的辩护人或自诉人、被害人的诉讼代理人；

（五）代理各类诉讼案件的申诉。

律师事务所提供其他法律服务的收费实行市场调节价。

第六条　政府指导价的基准价和浮动幅度由各省、自治区、直辖市人民政府价格主管部门会同同级司法行政部门制定。

第七条　政府制定律师服务收费，应当广泛听取社会各方面意见，必要时可以实行听证。

第八条　政府制定的律师服务收费应当充分考虑当地经济发展水平、社会承受能力和律师业的长远发展，收费标准按照补偿律师服务社会平均成本，加合理利润与法定税金确定。

第九条　实行市场调节的律师服务收费，由律师事务所与委托人协商确定。

律师事务所与委托人协商律师服务收费应当考虑以下主要因素：

（一）耗费的工作时间；

（二）法律事务的难易程度；

（三）委托人的承受能力；

（四）律师可能承担的风险和责任；

（五）律师的社会信誉和工作水平等。

第十条　律师服务收费可以根据不同的服务内容，采取计件收费、按标的额比例收费和计时收费等方式。

计件收费一般适用于不涉及财产关系的法律事务；

按标的额比例收费适用于涉及财产关系的法律事务；

计时收费可适用于全部法律事务。

第十一条　办理涉及财产关系的民事案件时，委托人被告知政府指导价后仍要求实行风险代理的，律师事务所可以实行风险代理收费，但下列情形除外：

（一）婚姻、继承案件；

（二）请求给予社会保险待遇或者最低生活保障待遇的；

（三）请求给付赡养费、抚养费、扶养费、抚恤金、救济金、工伤赔偿的；

（四）请求支付劳动报酬的等。

第十二条　禁止刑事诉讼案件、行政诉讼案件、国家赔偿案件以及群体性诉讼案件实行风险代理收费。

第十三条　实行风险代理收费，律师事务所应当与委托人签订风险代理收费合同，约定双方应承担的风险责任、收费方式、收费数额或比例。

实行风险代理收费，最高收费金额不得高于收费合同约定标的额的 30%。

第十四条　律师事务所应当严格执行价格主管部门会同同级司法行政部门制定的律师服务收费管理办法和收费标准。

第十五条　律师事务所应当公示律师服务收费管理办法和收费标准等信息，接受社会监督。

第十六条　律师事务所接受委托，应当与委托人签订律师服务收费合同或者在委托代理合同中载明收费条款。

收费合同或收费条款应当包括：收费项目、收费标准、收费方式、收费数额、付款和结算方式、争议解决方式等内容。

第十七条　律师事务所与委托人签订合同后，不得单方变更收费项目或者提高收费数额。确需变更的，律师事务所必须事先征得委托人的书面同意。

第十八条　律师事务所向委托人收取律师服务费，应当向委托人出具合法票据。

第十九条　律师事务所在提供法律服务过程中代委托人支付的诉讼费、仲裁费、鉴定费、公证费和查档费，不属于律师服务费，由委托人另行支付。

第二十条　律师事务所需要预收异地办案差旅费的，应当向委托人提供费用概算，经协商一致，由双方签字确认。确需变更费用概算的，律师事务所必须事先征得委托人的书面同意。

第二十一条　结算第十八条和第十九条有关费用时，律师事务所应当向委托人提供代其支付的费用和异地办案差旅费清单及有效凭证。不能提供有效凭证的部分，委托人可不予支付。

第二十二条　律师服务费、代委托人支付的费用和异地办案差旅费由律师事务所统一收取。律师不得私自向委托人收取任何费用。

除前款所列三项费用外，律师事务所及承办律师不得以任何名义向委托人收取其他费用。

第二十三条　律师事务所应当接受指派承办法律援助案件。办理法律援助案件不得向受援人收取任何费用。

对于经济确有困难，但不符合法律援助范围的公民，律师事务所可以酌情减收或免收律师服务费。

第二十四条　律师事务所异地设立的分支机构，应当执行分支机构所在地的收费规定。

第二十五条　律师事务所异地提供法律服务，可以执行律师事务所所在地或者提供法律服务所在地的收费规定，具体办法由律师事务所与委托人协商确定。

第二十六条　各级价格主管部门应加强对律师事务所收费的监督检查。

律师事务所、律师有下列价格违法行为之一的，由政府价格主管部门依照《价格法》和《价格违法行为行政处

罚规定》实施行政处罚：

（一）不按规定公示律师服务收费管理办法和收费标准的；

（二）提前或者推迟执行政府指导价的；

（三）超出政府指导价范围或幅度收费的；

（四）采取分解收费项目、重复收费、扩大范围等方式变相提高收费标准的；

（五）以明显低于成本的收费进行不正当竞争的；

（六）其他价格违法行为。

第二十七条　各级司法行政部门应加强对律师事务所、律师法律服务活动的监督检查。

律师事务所、律师有下列违法行为之一的，由司法行政部门依照《律师法》以及《律师和律师事务所违法行为处罚办法》实施行政处罚：

（一）违反律师事务所统一接受委托、签订书面委托合同或者收费合同规定的；

（二）违反律师事务所统一收取律师服务费、代委托人支付的费用和异地办案差旅费规定的；

（三）不向委托人提供预收异地办案差旅费用概算，不开具律师服务收费合法票据，不向委托人提交代交费用、异地办案差旅费的有效凭证的；

（四）违反律师事务所统一保管、使用律师服务专用文书、财务票据、业务档案规定的；

（五）违反律师执业纪律和职业道德的其他行为。

第二十八条　公民、法人和其他组织认为律师事务所或律师存在价格违法行为，可以通过函件、电话、来访等形式，向价格主管部门、司法行政部门或者律师协会举报、投诉。

第二十九条　地方人民政府价格主管部门、司法行政部门超越定价权限，擅自制定、调整律师服务收费标准的，由上级价格主管部门或者同级人民政府责令改正；情节严重的，提请有关部门对责任人予以处分。

第三十条　因律师服务收费发生争议的，律师事务所应当与委托人协商解决。协商不成的，可以提请律师事务所所在地的律师协会、司法行政部门和价格主管部门调解处理，也可以申请仲裁或者向人民法院提起诉讼。

第三十一条　律师服务收费争议调解办法另行制定。

第三十二条　各省、自治区、直辖市人民政府价格主管部门会同同级司法行政部门，依据本办法制定律师服务收费管理的具体实施办法，报国家发展改革委和司法部备案。

第三十三条　本办法由国家发展改革委会同司法部负责解释。

第三十四条　本办法自 2006 年 12 月 1 日起执行。《国家计委、司法部关于印发〈律师服务收费管理暂行办法〉的通知》（计价格〔1997〕286 号）和《国家计委、司法部关于暂由各地制定律师服务收费临时标准的通知》（计价费〔2000〕392 号）同时废止。

北京市发展和改革委员会、北京市司法局关于印发《北京市律师诉讼代理服务收费政府指导价标准（试行）》、《北京市律师服务收费管理实施办法（试行）》的通知

京发改[2010]651 号

各有关单位：

根据国家发展改革委、司法部《关于印发〈律师服务收费管理办法〉的通知》（发改价格[2006]611 号）的有关规定，经市政府批准，现将《北京市律师诉讼代理服务收费政府指导价标准（试行）》、《北京市律师服务收费管理实施办法（试行）》印发给你们，自 2010 年 5 月 30 日起试行，请遵照执行。

特此通知。

附件：　1、北京市律师诉讼代理服务收费政府指导价标准（试行）

2、北京市律师服务收费管理实施办法（试行）

二〇一〇年五月五日

附件 1：北京市律师诉讼代理服务收费政府指导价标准（试行）

一、刑事案件收费标准

（一）刑事案件收费按照各办案阶段分别计件确定收费标准。

1、侦查阶段，每件收费 2000—10000 元。

2、审查起诉阶段，每件收费 2000—10000 元。

3、一审阶段，每件收费 4000—30000 元。

4、上述收费标准下浮不限。

（二）二审、死刑复核、再审、申诉案件以及刑事自诉案件按照一审阶段的收费标准收取律师服务费。

（三）一个律师事务所代理一个案件的多个阶段，自第二阶段起酌减收费。

（四）被害人提起刑事附带民事诉讼案件的，按照民事诉讼案件收费标准收取律师服务费。

（五）犯罪嫌疑人、被告人同时涉及几个罪名或者数起犯罪事实的，可按照所涉罪名或犯罪事实分别计件收取。

二、民事诉讼案件收费标准

（一）民事诉讼案件按审判阶段确定收费标准。

1、计件收费标准。
每件收费 3000—10000 元。
2、按标的额比例收费标准。
10 万元以下（含 10 万元），10%（最低收费 3000 元）；
10 万元至 100 万元（含 100 万元），6%；
100 万元至 1000 万元（含 1000 万元），4%；
1000 万元以上，2%。
按当事人争议标的额差额累进计费。
3、上述收费标准下浮不限。
（二）实行风险代理收费，最高收费金额不得高于与委托人约定的财产利益的 30%。
（三）再审、申诉案件分别按照一个审判阶段确定的收费方式和收费标准收取律师服务费。
（四）一个律师事务所代理一个案件的多个阶段，自第二阶段起酌减收费。
三、行政诉讼案件和国家赔偿案件收费标准
（一）行政诉讼案件和国家赔偿案件以每个审判阶段计件确定收费标准。
（二）计件收费标准为每件 3000——10000 元。下浮不限。
（三）涉及财产关系的，可比照民事诉讼案件按标的额比例收费标准执行。
四、计时收费标准：100 元—3000 元/有效工作小时。下浮不限。
五、下列案件经律师事务所与委托人协商一致，按照不高于规定收费标准的 5 倍收费，协商不成的，执行规定的收费标准：
（一）案件法律关系复杂，律师办案时间明显多于同类案件的；
（二）案件涉及疑难专业问题，对律师专业水平要求明显高于同类案件的；
（三）重大涉外案件及有重大社会影响的案件。
诉讼标的额不超过 10 万元（含 10 万元）的民事案件，给予社会保险或者最低生活保障待遇的案件，请求给付赡养费、抚养费、扶养费、抚恤金、救济金、工伤赔偿的案件，请求支付劳动报酬的案件，以及风险代理案件、计时收费案件不适用前款规定。
附件 2： 北京市律师服务收费管理实施办法（试行）
总 则
第一条为规范本市律师服务收费行为，依法维护委托人和律师的合法权益，促进律师服务业健康发展，依据《中华人民共和国价格法》、《中华人民共和国律师法》和国家发展改革委、司法部《律师服务收费管理办法》等有关法律、法规和规章，结合本市实际情况，制定本办法。
第二条 本办法适用于在本市行政区域内依法设立的律师事务所及其他省、自治区、直辖市律师事务所驻京分支机构在本市为委托人提供法律服务的收费行为。
本市律师事务所异地提供法律服务，可以执行本办法或提供法律服务所在地的律师服务收费管理规定，具体由律师事务所与委托人协商确定。
本市律师事务所在其他省、自治区、直辖市设立的分支机构适用当地的律师服务收费管理规定。
第三条 律师服务费是律师事务所依法接受委托，指派律师办理法律事务，向委托人收取的服务报酬。
法律服务过程中发生的需要向第三方支付的费用，不属于律师服务费，由委托人另行支付。
第四条 律师服务收费遵循公开公平、自愿有偿、诚实信用、委托人付费的原则。
委托人可以自主选择律师事务所提供服务。律师事务所不得强制或变相强制当事人接受服务并收费。
第五条 律师事务所应当降低服务成本，体现社会公平，便民利民，为委托人提供勤勉尽职的法律服务。
政府指导价和市场调节价
第六条 律师服务收费实行政府指导价和市场调节价。
第七条 律师事务所依法提供下列法律服务实行政府指导价：
（一）代理民事诉讼案件。
（二）代理行政诉讼案件。
（三）代理国家赔偿案件。
（四）为刑事案件犯罪嫌疑人提供法律咨询、代理申诉和控告、申请取保候审，担任被告人的辩护人或自诉人、被害人的诉讼代理人。
（五）代理各类诉讼案件的申诉。
律师服务收费政府指导价标准由市发展改革委、市司法局制定。
第八条 律师事务所提供其他法律服务实行市场调节价，由律师事务所与委托人协商确定。
第九条 律师事务所与委托人协商律师服务收费应当考虑以下主要因素：
（一）耗费的工作时间。

（二）法律事务的难易程度。
（三）委托人的承受能力。
（四）律师可能承担的风险和责任。
（五）律师的社会信誉和工作水平等。
律师服务收费方式
第十条律师服务收费可以根据不同的服务内容，采取计件收费、按标的额比例收费、计时收费、风险代理收费等收费方式。
第十一条 计件收费是律师事务所为委托人提供法律咨询、办理法律事务或制作法律文书等服务，按照服务的件数收取服务报酬的收费方式。
计件收费一般适用于不涉及财产关系的法律事务。
第十二条 按标的额比例收费是律师事务所根据当事人争议财产的数额，按比例收取服务报酬的收费方式。
按标的额比例收费适用于涉及财产关系的法律事务。
第十三条 计时收费是律师事务所按照确定的单位时间收费标准，根据律师提供法律服务所付出的有效工作时间，计算收取服务报酬的收费方式。
计时收费可适用于全部法律事务。
第十四条 风险代理收费是律师事务所根据法律事务的办理结果，从委托人获得的财产利益中按照约定的数额或者比例收取服务报酬的收费方式。
第十五条 办理涉及财产关系的民事案件，律师事务所告知委托人政府指导价后，委托人仍要求实行风险代理的，律师事务所可以实行风险代理收费。
第十六条 下列民事案件不得实行风险代理：
（一）婚姻、继承案件。
（二）请求给予社会保险待遇或者最低生活保障待遇的案件。
（三）请求给付赡养费、抚养费、扶养费、抚恤金、救济金、工伤赔偿的案件。
（四）请求支付劳动报酬的案件。
第十七条 禁止刑事诉讼案件、行政诉讼案件、国家赔偿案件以及群体性诉讼案件实行风险代理收费。
律师服务收费合同
第十八条 律师事务所接受委托，应当明确告知委托人收费管理的有关规定，并与委托人签订《律师服务收费合同》或者在委托代理合同中载明收费条款。
第十九条 《律师服务收费合同》是委托代理合同的从合同。《律师服务收费合同》或收费条款应当包括下列内容：
（一）提供的服务内容、收费项目、收费方式、收费标准及费用计算方法。
（二）办案差旅费概算及收取方式。
（三）诉讼费、仲裁费、鉴定费、检验费、评估费、公证费、查档费等需要由委托人另行支付的费用概算及收取方式。
（四）收费争议的解决方式。
（五）实行风险代理收费的，应当约定双方各自承担的风险责任、收费数额或比例、收费阶段、结算方式等内容。
《律师服务收费合同》示范文本由市律师协会制定。
第二十条 律师事务所与委托人签订合同后，不得单方变更收费项目、收费范围、提高或者变相提高收费数额、比例。有正当理由确需变更的，律师事务所必须事先征得委托人的书面同意。
律师服务收费管理
第二十一条律师事务所提供法律服务应当按规定明码标价，接受监督。
第二十二条 律师事务所应当就提供法律服务的实际类型与委托人签订委托代理合同，不得为规避政府指导价改变或变相改变所提供法律服务的类型。
第二十三条 律师事务所在接受委托后可以预收全部或部分费用，也可以按照合同约定在提供法律服务期间或完成法律服务后收取。
第二十四条 律师事务所需要预收办案差旅费的，应当向委托人提供费用概算，经协商一致，由双方签字确认。
法律服务过程中确需变更费用概算的，律师事务所必须事先征得委托人的书面同意。
第二十五条 法律服务过程中发生的诉讼费、仲裁费、鉴定费、检验费、评估费、公证费、查档费等需要向第三方支付的费用，由委托人支付。
律师事务所代委托人支付上述费用及垫支办案差旅费的，应当凭有效凭证与委托人结算。律师事务所不能提供有效凭证的，委托人可不予支付。
第二十六条 律师服务费、代委托人支付的费用和办案差旅费由律师事务所统一收取。

除前款所列三项费用外，律师事务所不得以任何名义向委托人收取其他费用。

律师个人不得私自向委托人收取任何费用。

第二十七条 律师事务所向委托人收取律师服务费、预收办案差旅费，应当及时向委托人出具合法票据。

第二十八条 律师事务所应当对承办律师办案支出费用的情况进行监督。

第二十九条 律师必须按照国家和本市的有关规定承担法律援助义务，尽职尽责，为受援人提供法律援助。

律师事务所和律师不得向受援人收取任何费用。

第三十条 对于经济确有困难，但不符合法律援助范围的公民，律师事务所可以酌情减收或免收律师服务费。

律师事务所减收、免收律师服务费的，应当在合同中注明减收、免收的原因、方式、范围及争议解决方式。

法律责任

第三十一条 律师事务所应当严格执行律师服务收费的有关规定，接受价格主管部门和司法行政部门的监督管理。

第三十二条 律师事务所、律师有下列价格违法行为的，由市、区县价格主管部门依照《价格法》和《价格违法行为行政处罚规定》实施行政处罚：

（一）不按规定公示律师服务收费管理办法和收费标准的。

（二）提前或者推迟执行政府指导价的。

（三）超出政府指导价范围或幅度收费的。

（四）采取分解收费项目、重复收费、扩大范围等方式变相提高收费标准的。

（五）以明显低于成本的收费进行不正当竞争的。

（六）其他价格违法行为。

第三十三条 市、区县司法局和市律师协会应当加强对律师事务所、律师法律服务活动的监督管理。

市律师协会发现律师事务所、律师收费行为违反律师执业管理有关规定的，应当及时予以纠正；违法行为构成行政处罚的，应及时报市司法局。

市、区县司法局依照《律师法》以及《律师和律师事务所违法行为处罚办法》对律师事务所、律师下列违法行为实施行政处罚：

（一）违反律师事务所统一接受委托、签订书面委托合同或者收费合同规定的。

（二）违反律师事务所统一收取律师服务费、代委托人支付的费用和办案差旅费规定的。

（三）不向委托人提供预收办案差旅费概算，不开具律师服务收费合法票据，不向委托人提交代交费用、办案差旅费的有效凭证的。

（四）违反律师事务所统一保管、使用律师服务专用文书、财务票据、业务档案规定的。

（五）违反律师执业纪律和职业道德的其他行为。

第三十四条 公民、法人和其他组织认为律师事务所或律师存在价格违法行为，可以通过函件、电话、来访等形式，向价格主管部门、司法行政部门或者市律师协会举报、投诉。

第三十五条 律师事务所与委托人因律师服务收费发生争议的，律师事务所应当与委托人协商解决。协商不成的，可以提请市律师协会调解处理，也可以申请仲裁或者向人民法院提起诉讼。

附则

第三十六条 本办法由市发展改革委、市司法局负责解释。

第三十七条 本办法自 2010 年 5 月 30 日起试行。

时事资讯：上海市东方公证处首推“电子数据指纹公证系统”

2015 年 1 月 12 日　公证人

随着互联网的高速发展，“纸面文件”时代逐步向“电子数据”时代过渡的趋势越发明显。企业在商贸洽谈、业务往来、知识产权、劳动人事等各方面均越来多依赖电子邮件、即时通讯等手段进行交流和证据留存，电子数据对企业安全的重要性也日益凸显。由于电子数据易被修改的特点，缺少如传统“纸面原件”般的证明力，在纠纷中往往争议频发，众多企业老总、法务及知识产权经理们对包括邮件在内的电子数据安全也越来越担心和重视。近日，上海市东方公证处率先推出自主研发的“电子数据指纹公证系统”，开创性地通过留存验证用户电子数据指纹的新手段办理电子数据的公证证明，一举解决了传统公证方式面对网络时代越来越多的电子数据难以实质性证明的难题，为移动互联时代用户的数据安全和信用保障提供了一个优质的解决方案。

目前，国内最大的企业融合通信服务提供商北京二六三企业通信有限公司(以下简称：二六三企业通信)和上海东方公证建立深度合作，率先在其新推出的“263 云归档”产品中采用了前述“电子数据指纹公证系统”解决方案，满足企业用户对电子邮件和即时消息数据进行全面管理和司法证明的需要。

据悉，由于公证证据具有最高证明力，司法实践中，对涉诉的电子邮件办理公证证明已是通行做法。但往往由于技术受限或介入时间较晚，导致以往的电子邮件公证仅仅只能证明数据下载提取程序，而非证明数据本身的真实完整性。此外，各地公证处对此类电子邮件公证的受理标准不统一，造成当事人奔波往返却难以办理。

此次上海东方公证和二六三企业通信的合作，在其“263 云归档”产品中嵌入电子数据指纹公证方案针对性的

解决了上述难题，通过公证功能前置，在邮件和即时消息收发的第一时间即留存其数据指纹，从而保证纠纷发生后对电子数据真实完整性的实质性公证证明。同时，受理标准更统一，流程更简便。企业用户可以提前为重要的邮件和信息设置归档策略，当有举证需要时，在“263 云归档”产品上即可一站式完成公证申请。

据上海东方公证 e-公证中心负责人介绍，本项目亮点主要包括：一是首创“电子数据指纹公证系统”对邮件的数据本质进行公证，解决了传统公证服务无法对电子数据本身的真实完整性进行证明的难题。二是公证机构仅留存邮件数据指纹信息而无需留存邮件全文，企业所有归档信息也始终保存在二六三企业通信的服务器中而不会另存到任何第三方系统，在程序上更为严谨安全，打消了企业对信息安全和隐私的疑虑。三是在合作模式和流程上有所创新，通过和企业通信服务商的直接深度合作将公证流程前置嵌入云归档系统中，一举改变了此类业务的传统办理流程上公证介入较晚的问题。

法治中国，证据为基。上海东方公证此次推出的“电子数据指纹公证系统”及其与二六三企业通信的强强携手，将上海市东方公证处在电子数据证明领域的丰富经验与北京二六三企业通信有限公司在企业通信和数据管理方面的领先优势相结合，有效解决企业用户电子数据的安全性和证明力问题。为移动互联时代用户的数据安全和信用保障提供了一个优质的解决方案。此外，该公证系统具有极大的延展能力，为移动互联时代各行各业的电子数据证明需求打造一个极其广阔的想象空间，公证制度也借此得以与时俱进地发挥出更大作用。

（资料来源：新浪网）

公安部拟推返回机制：香港新移民可重获内地户籍

2015 年 1 月 13 日　中国新闻网　杨伟民

实施超过 30 年的单程证制度有突破性进展。香港《东方日报》12 日称，针对近年内地新移民不适应香港生活，公安部正计划推出“返回机制”，让他们放弃香港身份证，重新申请内地户籍，“双非儿童”也将受惠。

《东方日报》称，香港工联会副会长黄国健去年 9 月率团访问北京，与公安部出入境管理局副局长曲云海等官员会面，公安部官员表明正计划设立“返回机制”，有关机制已纳入法律条文研究内容，正交由国务院处理。“返回机制”的主要对象是不适应香港生活的新移民和“双非儿童”，其中新移民可在居港不足 7 年、未符合资格申领香港居留权前，向内地当局提出申请恢复内地户籍，而“双非儿童”则由父母代为提出申请，他们都必须表明同意放弃香港身份证，日后亦不能再申请香港身份证。报道称，有关机制将由内地当局推行，去年年底已咨询港府，双方正就细节进行商讨，最快今年内出台。除香港外，机制同样适用于澳门新移民，以及一些移居台湾的内地人士，如嫁往台湾的“过埠新娘”。《东方日报》特别提及“返回机制”将设有“复核”，防止有人偷偷回流香港再行使居留权，重新申请香港身份证，继而同享两地福利。

针对上述报道，香港保安局回应说，有关课题涉及内地户籍等复杂的法律和社会问题，需要审慎研究。工联会副会长黄国健称，新移民因种种原因未能适应香港生活，例如内地学历在港不获认可无法找工作、离婚后在港无依无靠，以及年老父母过世后欲返回内地居住等，但他们一旦领取单程证来港，便会取消内地户籍，变相失去各项社会福利，因此该会多年前已要求设“返回机制”。据悉，工联会每年接到相关求助数十宗。

不少内地新移民表示欢迎。35 岁的小英来自东北，数年前在深圳打工时结识现在的港人丈夫，并随对方到了香港。婚后与公公一起生活，常发生摩擦，加上社交圈子甚窄，夫妻感情变得淡薄。另一边，她眼看着兄长在内地好吃好住，生活富足，不禁直呼后悔。对于内地拟推出“单程证返回机制”，小英大表欢迎，认为可让内地新来港人士多条后路。不过，也有人持观望态度。

被习惯称为“单程证”的《前往港澳通行证》是由内地发出的，实施配额制，由最初每天 75 个配额逐渐增加到现在的 150 个，其中 60 个指定给港人内地子女、30 个指定给配偶团聚，剩余的则包括照顾无依靠父母、亲属或继承产业等。1997 年，单程证又推出“打分制”，由内地确定审批准则，并按此审定申请人的资格及赴港次序。

教育学院亚洲及政策研究学系系主任周基利认为，“返回机制”的推出可能令单程证的申请略微增加，但不会造成“涌港”现象，因为内地与香港的经济差距日益缩小，香港对内地人的吸引力早已不如二三十年前。他反而担心“双非可返回”会进一步加剧内地与香港的矛盾，因为“双非儿童”可选择先享受本港教育，再选择返回内地，令港人感到应有福利被抢夺。社协小区组织干事施丽珊认为，有关机制不会引起新移民回流内地，因为大多数持单程证来港者均为内地妇女，她们要照顾子女及丈夫，即使再不适应香港生活，也要硬着头皮留下。新家园协会则认为，“返回机制”让不适应在港生活的新移民及“双非学童”多了一个选择，有望缓和日益紧张的陆港矛盾。（来源：环球时报　环球时报驻香港特约记者　杨伟民）

南京去年 8105 对夫妻上法庭闹离婚　6 成以上由女方起诉，闪婚、外遇、家暴是主因

2015 年 1 月 13 日　南京市中级人民法院

南京去年 8105 对夫妻上法庭闹离婚

6 成以上由女方起诉，闪婚、外遇、家暴是主因

大多数夫妻离婚会涉及房产的分割问题。

家事国事天下事，家庭夫妻和睦亦关乎社会和谐。记者昨日从南京中院与妇联召开的全市少年家事审判新闻发布会上获悉，去年南京共有 8105 对夫妻上法庭闹离婚，6 成以上为女性提起诉讼。南京中院统计数据显示，夫妻共同财产的分割成为去年南京夫妻离婚诉讼的最主要争议焦点，而房产分割又占到财产争议总数的 91.7%。

案例 1：为外遇提离婚，6 年来争的却是房子

于女士与丈夫李先生 2005 年结婚，2006 年生下一个可爱的女儿，生活本该平静幸福。不想，三口之家的幸福生活被李先生工作调动而打断。2008 年，李先生被单位派驻外地办事处，外派工作期间，李先生与当地一名女子发生关系并同居。发现丈夫出轨后，于女士伤心不已，三次向法院起诉离婚，都因房产分割矛盾达不成离婚协议。

法庭上，于女士认为，丈夫李先生出轨在先，应净身出户，夫妻房产应归她与孩子所有。但李先生却认为，买房钱主要是他挣的，房贷也是他在还，不愿将房子全部给妻子。为了搜集丈夫李先生出轨过错的证据，为自己与孩子争取更多的财产利益，于女士掏钱请了私家侦探跟踪丈夫。于女士法庭上称，为了争得属于自己和孩子的房产，她在这场夫妻离婚大战中耗尽了 6 年宝贵年华，已经精疲力尽，对丈夫彻底没了感情。

最终，夫妻在法院的调解下，夫妻达成离婚协议，于女士一次性支付十余万元给丈夫李先生，李先生放弃对房产的分割要求。

案例 2：丈夫瞒妻与妈串通 把名下房产转走

张女士和马先生已经结婚十多年了。因为矛盾太深，张女士向法院起诉离婚，并申请对一套夫妻房产进行保全。但法官到房产局办理保全时，发现房子并没有在夫妻双方名下，而是在马先生的母亲名下，自然没能保全成功。

张女士质疑，她在这套房子里住了 10 年，房子也是 10 年前自己和丈夫一起挣钱买的，当时登记在丈夫一人名下，怎么现在变成了婆婆的？为了争得属于自己的房产，张女士只能放下离婚官司，先将丈夫与婆婆告上法庭。法院调查后发现，张女士与马先生结婚之后，的确在原房屋的基础上又加盖了部分房间。也就是，马先生家的老房子全部拆迁时，所获得的补偿既包括马先生的个人财产，还含有张女士的一部分财产权益。现在，马先生也无法证明，2003 年以夫妻名义买房子用的 15 万元，仅来源于其个人财产。虽然该房屋在初次办理权属登记时仅登记在马先生名下，但这并不意味着就是马先生的个人财产，妻子应享有部分财产权利。法院判定，2012 年，马先生与其母亲在张女士不知情的情况下，转移了房产，不是真实买卖，合同无效。

拿着这份判决书，去年年底，张女士再次向法院提起离婚诉讼。承办法官征得双方同意，进行了调解。在财产分割上，马先生同意支付给妻子 15 万元，张女士与争议房产再无关系。

三个焦点问题

8105 件夫妻离婚案，丈夫和妻子谁提得多？

法官：女性是诉讼主体

南京中院少年家事法庭庭长周侃表示，南京法院去年婚姻家庭及继承纠纷数量小幅增长。2014 年，全市法院共受理一审婚姻家庭、继承纠纷 10823 件，同比增长 5.6%。其中受理离婚纠纷 8105 件，同比增长 6.6%，占全年婚姻家庭及继承案件总数的 74.9%，在家事案件中占据了绝对多数。根据统计，提起离婚诉讼的主体中，女性占 62.44%，男性占 37.56%。周侃庭长表示，这也可以看到现代女性的独立意识增强，婚姻观念也不同于传统“从一而终”的思想，对于婚姻生活质量有较高的要求。

离婚夫妻上法庭都争些什么？

法官：绝大多数在争房子

对于 8105 起离婚案中夫妻争议的内容，周侃庭长表示，近年来，南京离婚纠纷案件争议焦点比较集中，房产一直是离婚夫妻主要诉争标的。而在夫妻共同财产分割的问题上，涉及房产分割的占财产争议总数的 91.7%，占据了绝大多数情况。此外，根据案件统计，离婚纠纷中夫妻双方有婚前财产约定的仅占 4.7%，这一财产约定形式在我国仍较少使用。

离婚的原因都有哪些？

法官：闪婚闪离、外遇、家暴列前三

周侃庭长介绍：“造成离婚的原因主要有：一是当事人在缺乏深入了解的情况下草率结婚，为导致离婚率上升的一个重要原因，也就是现在‘闪婚闪离’的现象，在我们的离婚案件中，婚龄在一年以内的不在少数；二是外遇、家庭暴力等仍是破坏婚姻关系的主要杀手；三是夫妻一方缺乏家庭责任感，或有赌博、吸毒等恶习诱发离婚；四是因婆媳、翁婿等家庭关系不和诱发离婚等。”

妇联专家谈婚姻相处之道

世间事，一帆风顺的微乎其微，婚姻也是如此。南京市妇联婚姻专家表示，同甘共苦的思想，是婚姻生活必要的精神准备。

对于外界原因造成的困境，夫妻要这样相处：

1、切记夫妻是一个婚姻整体，两个人的力量总比一个人大；

2、允许对方的沮丧与失意，情绪化也是一种需求；

3、相互支持，在困境中感受彼此的爱意与关怀；

4、在困境中共同成长，挖掘自我内在的潜力，相互扶持共渡难关。

对于夫妻俩内部原因造成的困境，要这样相处：

1、不要试图过度介入对方的情绪状态，也许对方只是要在自己的情绪里获得感受与成长；

2、如果是对方因为现实原因造成的心境不良，不要试图打扰对方自我修复的时间，安静的陪伴也许是最好的

选择；

3、了解彼此习惯的沟通方式，避免不良的沟通方式，最好选择双方都乐意接受的方式，在探索与改进中形成良好沟通关系；

4、做彼此情绪上的支持者，帮助对方表达情绪，倾听对方内心的声音，对予对方自我成长的时间。(记者冒群)

■相关新闻

少年家事案件同比增九成

惨！ 三名未婚妈妈 产子后杀婴

昨日，记者从南京中院少年家事法庭获悉，2014 年，南京市法院少年家事庭共受理各类案件 771 件，同比增长 94.2%。全市基层法院少年家事庭共受理各类案件 5297 件，同比增长 31.6%。性侵害未成年人的犯罪多发，甚至出现了多起杀害婴儿犯罪。

昨日，南京中院少年家事法庭庭长周侃采访中表示，少年家事法庭受理的案件中，以严重暴力手段伤害未成年人的案件时有发生。去年，南京中院少年家事法庭审理了两起有重大社会影响的以严重暴力手段伤害未成年人的案件。其中，蔡士林故意伤害罪一案为被告人因与受害人母亲的恋爱纠葛，通过泼硫酸的方式伤害被害人，造成年仅十周岁的被害儿童面部多处重伤、二级伤残的严重后果。蔡士林一审被判处无期徒刑，剥夺政治权利终身。另一起为郑东故意伤害罪一案，被告人郑东因教育女儿方式不当，采用严重暴力方式持续殴打未成年女儿，造成女儿死亡的严重后果。郑东一审被判处无期徒刑，剥夺政治权利终身。对于此类严重侵害未成年人生命健康权的行为，应依法严惩。

此外，性侵害未成年人的犯罪多发，占二审刑事案件五成以上。2014 年全市基层法院少年家事庭共审结性侵未成年人案件 35 起，其中强奸罪 23 起，猥亵儿童罪 12 起。应引起注意的是，23 起强奸罪案件中，被害人为 14 周岁以下幼女的有 11 起，占强奸罪总数的 47.8%。2014 年，南京市中院审结的二审刑事案件中，性侵未成年人的案件占二审刑事案件总数的 53.3%。

令人关注的是，还出现了多起杀害婴儿犯罪。周庭长表示，去年，南京中院少年家事庭一审审理三起杀害婴儿的犯罪案件，此类案件的被告人均为年轻女性，文化水平较低，缺乏基本的性保护意识及生育等常识，未婚产子，出于恐惧心理，担心被他人发现，以高空抛掷、纸巾塞其口鼻等方式杀害初生婴儿。其中一名被告人尚未成年。

2014 年南京涉少年案增长 94.2%

性侵幼女犯罪多发

中新网南京 1 月 13 日电 (记者 申冉)“2014 年市法院少年家事庭共受理各类案件 771 件，同比增长 94.2%。”今天，南京市中级人民法院(下文简称南京中院)向社会通报了该市去年涉及少年儿童案件的审理情况。少年儿童被卷入各类民事、刑事、行政等案件的情况增长幅度接近百分之百，尤其是性侵未成年犯罪的多发，让人们对“祖国的花朵”受伤害的危险感到担忧。

据当天南京中院给出的统计数据显示：2014 年该市法院少年家事庭共受理各类案件 771 件，同比增长 94.2%。其中受理民事案件 583 件(涉少民事案件 131 件，家事案件 452 件)；涉少刑事案件 20 件(一审案件 5 件，二审案件 15 件)；涉少行政案件 1 件；涉少减刑假释案件 167 件。2014 年市法院少年家事庭审结案件 736 件。

据该院少年庭庭长周侃介绍：在涉少案件中，未成年人犯罪案件数量及涉案人数总体呈逐年下降趋势，以侵犯财物类为主，并未出现重大恶性案件；同时未成年犯的文化程度也普遍偏低，大多数为初中文化，多为社会闲散人员。

对于这些未成年犯的判处，南京中院非监禁刑适用率为 41%。对未成年人犯罪，应落实“宽严相济”的刑事政策，贯彻“教育为主、惩罚为辅”的原则，重在挽救失足未成年人，对犯罪情节不严重，社会危害性较小的未成年犯判处非监禁刑，通过社区矫正开展帮教，有利于这部分未成年人改过自新，尽快重返社会。

相反的，未成年人成为受害者的则出现了一批比较严重的刑事案件，让人比较担忧。其中包括今年南京中院审理的两起有重大社会影响的以严重暴力手段伤害未成年人的案件：蔡士林故意伤害罪一案为被告人因与受害人母亲的恋爱纠葛，通过泼硫酸的方式伤害被害人，造成年仅十周岁的被害儿童面部多处重伤、二级伤残的严重后果。蔡士林一审被判处无期徒刑，剥夺政治权利终身；郑东故意伤害罪一案为被告人郑东因教育女儿方式不当，采用严重暴力方式持续殴打未成年女儿，造成女儿死亡的严重后果。郑东一审被判处无期徒刑，剥夺政治权利终身。

对于这类严重侵害未成年人生命健康权的行为，该院则基本遵循依法严惩的原则。

除此之外，性侵犯未成年人犯罪 2014 年南京市共审结案件 35 起，其中强奸罪 23 起，猥亵儿童罪 12 起。应引起注意的是，23 起强奸罪案件中，被害人为 14 周岁以下幼女的有 11 起，占强奸罪总数的 47.8%。在 2014 年南京市法院审结的二审刑事案件中，性侵未成年人的案件占二审刑事案件总数的 53.3%。

最让人感到难过的是，南京中院今年还一审审理了三起杀害婴儿的犯罪案件，此类案件的被告人均为年轻女性，文化水平较低，缺乏基本的性保护意识及生育等常识，未婚产子，出于恐惧心理，担心被他人发现，以高空抛掷、纸巾塞其口鼻等方式杀害初生婴儿。其中一名被告人尚未成年。

对于频繁发生的少年儿童受伤害案件，南京中院宣传处处长赵兴武介绍，该院创立了获得最高院肯定的家事审判十项工作机制，通过家庭暴力预防惩治制度、未成年人利益表达制度(包括诉讼监护人制度和家庭关护员制度)、

向弱者倾斜的举证分配制度等，尽最大可能保护处于弱势群体的妇女儿童。

而在 2013 发生的、震惊海内外的南京乐燕饿死女童案，据周侃介绍，“在该案审理结束之后，南京中院就一直积极推动和参与未成年人监护权制度完善的立法工作。我们会同团委、民政等部门调研、论证未成年人监护权具体制度框架，在我们的推动下，《南京市未成年人保护条例》现已纳入了南京市立法库。这个条例的立法程序很快就会有结果，届时将第一时间向社会公布。”

未婚妈妈厕所对女婴下狠手获刑 4 年 6 个月

摘要：未成年人监护权将是今年工作的重点，监护人侵犯未成年孩子权益，情节严重或将被剥夺监护权。

现代快报网 1 月 12 日南京电（记者 李绍富）一个 19 岁的未婚女子，怀孕后男友不再跟她联系，而她也不敢告诉父母，最终在外出培训时，在单位厕所内产子。而令人痛心的是，未婚先育的妈妈杨某，却在自己的女儿还未睁开眼前，就对她下了狠手。最终，杨某因故意杀人罪，获刑 4 年 6 个月。昨日，南京中院召开未成年人及家事审判工作新闻发布，公布了 2014 年南京未成年人相关案件的审理情况，同时法院和妇联均明确表示，未成年人监护权将是今年工作的重点，监护人侵犯未成年孩子权益，情节严重或将被剥夺监护权。

【权威发布】性侵未成年犯罪多发

据南京中院少年及家事审判庭庭长周侃介绍，2014 年南京中院少年家事庭共受理各类案件 771 件，同比增长 94.2%。南京基层法院少年家事庭共受理各类案件 5297 件，同比增长 31.6%。

从已经审结的案件可以看出，被害人为未成年人的案件，出现了以下一些特点。以严重暴力手段伤害未成年人的案件时有发生，其中南京中院审理的蔡士林泼硫酸伤害小孩，以及郑东打死上中学女儿两个，影响就特别恶劣。

需要警惕的是，性侵害未成年人的犯罪多发。去年南京基层法院少年家事庭共审结性侵未成年人案件 34 起，其中强奸罪 23 起，猥亵儿童罪 12 起。在 23 起强奸罪案中，被害人为 14 周岁以下幼女的有 11 起，占强奸罪总数的 47.8%。

在侵犯未成年人权益方面，还出现多起杀害婴儿犯罪。去年南京中院就审理了 3 起类似案例，罪犯均为孩子的亲生母亲，都是未婚产子导致的悲剧。

【关注焦点】监护人伤害未成年孩子　监护权或将被剥夺

在昨日的发布会上，南京中院和市妇联均称，性侵儿童、暴力致儿童死亡等伤害儿童的案件在南京发生，让人感叹。近日，最高法院公布了《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》，监护人有性侵害、暴力伤害未成年人等等行为的，监护权将面临被剥夺。

为了在未成年人监护权方面做好保护，去年，南京法院已经和民政、妇联、团委等部门多次协调、沟通，对于该意见在南京的具体落实情况进行部署，并确定未成年人监护权问题是法院今年工作的重点。也就是说，从今年 2015 年 1 月 1 日开始，监护人侵犯未成年人权益，只要存在相关规定的情形，监护权或将被剥夺。

同时，南京中院建议，要加强对未成年人监护人的法制教育。父母在教育子女时，应摒弃传统“棍棒教育”的理念，学习科学的管教子女知识，了解子女在不同成长阶段的身心发展特点，加强与子女的交流沟通，促进与子女的良性互动。

【典型案例】

以辅导功课为名　他跟初二女生发生“关系”获刑 9 年

2013 年 7 月初，43 岁的南京人赵某通过 QQ 搜索“附近的人”，发现了一个性别显示为女性，年龄显示为 13 岁的人。搜索结果还显示，此人距离他 300 米。

“我本来是想了解一下她们这个年龄段小孩的心理，因为我女儿跟她差不多年纪”，落网后，赵某这样供述他加受害人为 QQ 好友的最初动机。赵某说，加了好友后，他就问对方是不是学生，对方称是附近某中学的学生。之后的聊天中，赵某了解女孩对物理比较头疼，就以帮女孩辅导物理为名，把她喊到家里。

“她说姓刘，看上去 13、14 岁的样子，之后我开始给她辅导功课，我问过她，她说她是学生，刚上初二。”从 2013 年 8 月下旬某日开始约半个月的时间里，赵某三次在住处与刘某发生性关系。

后来，刘某的母亲发现女儿不对劲，她偷偷查看了女儿的 QQ 聊天记录，发现跟赵某聊天内容不正常，便将女儿叫到跟前反复询问，这才得知两人发生了性关系。真相暴露后，刘某的母亲带着她去派出所报了警。

后来，赵某被抓。虽然从 QQ 记录上可以看出，刘某是自愿跟他发生性关系的。法院审理后认为，赵某在与刘某交往中，有充分的条件和能力认识到刘某可能是不满 14 周岁的幼女，但他却未对刘某的年龄谨慎核实，放任自己的行为，犯了强奸罪。最终，法院判处有期徒刑九年。

厕所产子后　未婚妈妈下了狠手获刑

没有名字的她，在南京郊区一家食品公司的厕所内来到人世。后来，她啼哭了两声，嘴就被人用卫生纸堵上，脖子也被人掐住，直到没了生命气息，才被人连夜扔在了冰冷的围墙边。而令人痛心的是，对她下狠手的不是别人，而是她的亲生母亲。这是一年多前，发生在南京江宁谷里的一起悲剧，不久前，女婴的母亲，因故意杀人罪被判 4 年 6 个月有期徒刑。

导致这场令人痛心悲剧的是来自陕西的杨某，今年还未满 20 周岁。杨某本来是陕西一家火锅店的服务员。2013 年 11 月 4 日，她被老板派到南京江宁区谷里街道润谷路 8 号一家食品厂接受培训。

当时还未满 19 岁的她，未婚先孕。不过，她将自己怀孕的事告诉麻某后，麻某就再也没联系她了。

2013 年 11 月 12 日晚上 11 点多，杨某感觉腹部阵阵疼痛难忍，频繁上厕所。后来，在宿舍厕所内产下一女婴。女婴产下后不久，便开始张嘴哭啼。杨某担心被人发现，竟然对自己刚生下的女儿下了狠手，她一手摁住女儿的颈部，一手用卫生纸堵住她的嘴。

可怜的小家伙，面对母亲的大手，根本无任何反抗的力量，很快就没了气息，不再动弹，她甚至连眼睛都还没来得及睁开。后来，杨某趁同事都熟睡时，在确认自己刚生下的女儿已经死亡后，她悄悄出了宿舍，将可怜的小家伙丢弃在了公司的围墙旁边后，又回到宿舍睡觉。

因生产后发生大出血，躺在床上疼痛难忍的杨某，后来被同事发现，并被送往附近医院治疗。当她在医院接受治疗时，公司的保洁员当天中午在围墙边发现了早已死亡的女婴，并报了警。事已至此，杨某被警方以涉嫌故意杀人罪刑拘。

不久前，南京中院开庭审理此案后，认定杨某故意杀害亲生女婴，不仅违背公序良俗和社会伦理，更触犯了刑法，依法应受到法律惩处。最终，判处杨某有期徒刑 4 年 6 个月。（文中案件当事人均为化名）

政策解读：法制办、国土资源部负责人就《不动产登记暂行条例》答记者问

2015 年 1 月 13 日　国务院公报

法制办、国土资源部负责人就《不动产登记暂行条例》答记者问

2014 年 11 月 24 日，国务院总理李克强签署国务院令，公布《不动产登记暂行条例》，自 2015 年 3 月 1 日起施行。日前，国务院法制办、国土资源部负责人就《不动产登记暂行条例》的有关问题回答了记者提问。

问：为什么要制定出台《不动产登记暂行条例》？

答：整合不动产登记职责、建立不动产统一登记制度，是国务院机构改革和职能转变方案的重要内容，也是完善社会主义市场经济体制、建设现代市场体系的必然要求，对于保护不动产权利人合法财产权、提高政府治理效率和水平，尤其是方便企业、方便群众，具有重要意义。根据物权法第十条规定，不动产实行统一登记，并授权行政法规对统一登记的范围、登记机构和登记办法作出规定。制定出台条例，通过立法规范登记行为、明确登记程序、界定查询权限，整合土地、房屋、林地、草原、海域等登记职责，实现不动产登记机构、登记簿册、登记依据和信息平台“四统一”。

问：制定条例把握的基本原则是什么？

答：为贯彻落实《国务院机构改革和职能转变方案》有关要求，条例主要遵循 4 条原则：一是统一规范，明确一个部门负责登记，并对机构设置、簿册管理、基本程序、信息共享与保护提出统一要求。二是严格管理，重点规范登记行为，强化政府责任，提高登记质量，增强不动产登记的严肃性、权威性和公信力。三是物权稳定，明确已经发放的权属证书继续有效，已经依法享有的不动产权利不因登记机构和程序的改变而受到影响。四是简明扼要，主要围绕实现“四统一”作出原则规定，对一些操作性规定，在今后的配套实施细则和技术规程中予以细化。

问：条例如何落实关于统一登记机构的要求？

答：为将分散的登记职责整合到一个部门，条例规定：一是明确由国土资源部负责指导、监督全国不动产登记工作，同时要求县级以上地方人民政府确定一个部门负责本行政区域不动产登记工作，并接受上级不动产登记主管部门的指导和监督。二是规定不动产登记原则上由不动产所在地的县级人民政府不动产登记机构办理，直辖市、设区的市人民政府可以确定本级登记机构统一办理所属各区的登记。三是规定跨县级行政区域的不动产登记，由所跨县级行政区域的登记机构分别办理、协商办理，或者由共同的上一级人民政府不动产登记主管部门指定办理。

问：条例对不动产登记簿作出哪些规定？

答：不动产登记簿是不动产权利的载体，登记内容、登记形式、介质保管等与权利人密切相关，条例规定：一是明确登记内容，要求登记机构设立统一的不动产登记簿，将不动产的自然状况、权属状况、权利限制状况等事项准确、完整、清晰地予以记载。二是规范登记形式，要求登记簿原则上要采用电子介质，暂不具备条件的，可以采用纸质介质，登记机构要明确唯一、合法的介质形式。三是细化保管责任，要求登记机构建立健全相应的安全责任制度，永久保存登记簿；纸质登记簿要配备防盗、防火、防渍、防有害生物等安全保护设施；电子登记簿要配备专门的存储设施，采取信息网络安全防护措施，并定期进行异地备份；任何人不得损毁登记簿，除依法予以更正外不得修改登记事项；登记簿损毁、灭失的，要依据原有登记资料予以重建。

问：在登记程序方面如何体现方便群众原则？

答：方便群众申请登记，保护权利人合法权益，是条例的立法目的，为此，条例规定：一是稳定申请人预期，对申请人、申请材料、初审受理、查验要求、实地查看、办理期限等均作出明确规定。二是尊重申请人意思自治，规定登记机构将申请登记事项记载于登记簿前，申请人可以撤回登记申请。三是简化申请程序，强调当场审查的原则，要求登记机构受理后书面告知申请人，对不符合法定条件不予受理的，以及不属于本机构登记范围的，也要书面告知申请人，并一次性告知需补正内容或者申请途径；未当场书面告知申请人不予受理的，视为受理；登记机构原则上要自受理登记申请之日起 30 个工作日内办结登记手续，完成登记后依法核发权属证书或登记证明。四是减轻申请负担，规定登记机构能够通过实时互通共享取得的信息，不得要求申请人重复提交。

问：条例规定了哪些内容，以实现登记信息共享与保护？

答：关于登记信息共享，条例主要规定：一是建立信息管理基础平台，要求国土资源部会同有关部门建立统一的不动产登记信息管理基础平台，登记信息要纳入该平台，确保国家、省、市、县四级登记信息的实时共享。二是加强登记部门与管理部门的信息共享，要求登记信息与住房城乡建设、农业、林业、海洋等部门的审批信息、交易信息等实时互通共享。三是加强其他部门之间的信息共享，要求国土资源、公安、民政、财政、税务、工商、金融、审计、统计等部门加强不动产登记有关信息互通共享。

关于登记资料查询，条例主要规定：一是查询主体，按照物权法的有关规定，把登记资料查询人限定在权利人和利害关系人，有关国家机关可以依法查询、复制与调查处理事项有关的登记资料。二是查询资料的使用，规定查询登记资料的要向登记机构说明查询目的，不得将查询获得的资料用于其他目的，未经权利人同意，不得泄露查询资料。

问：条例主要规定了哪些法律责任？

答：为督促登记机构依法履行职责，条例规定了严格的法律责任：一是登记错误责任，规定登记机构登记错误给他人造成损害，要依法承担赔偿责任。二是不当履职责任，规定登记人员有虚假登记，损毁、伪造登记簿，擅自修改登记事项等滥用职权、玩忽职守行为的，依法给予处分；给他人造成损害的，依法承担赔偿责任；构成犯罪的，依法追究刑事责任。三是安全保密责任，规定登记机构、信息共享单位及其工作人员要对登记信息保密，涉及国家秘密的要依法采取必要的安全保密措施，违反规定泄露登记资料、信息，或者利用登记资料、信息进行不正当活动，给他人造成损害的，依法承担赔偿责任；对有关责任人员依法给予处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

此外，条例对当事人提供虚假材料申请登记，伪造、变造、买卖、使用不动产权属证书、登记证明，违法泄露、非法利用查询的登记资料、信息等行为，也规定了相应的法律责任。

【萝法说案】养父母缘何与刚成年的养女解除收养关系

2015 年 1 月 14 日　萝岗法院

2014 年 4 月，刚过十八岁生日没多久，尚还是在校学生的小敏就被养父母一纸诉状告至法院，要求解除收养关系。

1996 年出生的小敏是一个弃婴，可是幸运的是，她并没有被送进福利院，而是在被生母遗弃后不久便被养父阿光收养。阿光收养小敏时还未婚，但这丝毫并未影响阿光对小敏的爱护，只是因单身的情况暂时未能给小敏办理入户手续。几年后，阿光与阿玲结婚，并给小敏生下了一个妹妹小英，这也仍然未能影响阿光与小敏之间的父女情，小敏以为自己可以永远就这样与养父母一家幸福的生活在一起。

2013 年，经过一番奔波，在办妥了一系列证明手续及进行了 DNA 鉴定后，阿光终于为小敏办理了入户手续，本不富裕的家甚至为了小敏读职高一下子支出了 4000 元学费。

那么，看似父慈女孝的收养关系，为什么突然间却走到了尽头呢？

阿玲（养母）：抚养小敏我们投入了不少金钱与精力，甚至因为小敏的存在，我在自己亲生女儿出生的时候，还缴纳了一笔社会抚养费才得以上户口。为了给小敏办入户手续，我们辛苦奔波，甚至还为其承担了高昂的学费，导致我们家里现在连件像样的家具都没有。但是小敏并不知感恩，对我们并不好，导致阿光患了病，现在其成年了，也没有对我们尽过赡养义务。所以要求解除收养关系，并赔偿之前的

小敏：导致双方关系发生变化的真实原因是，养父母希望再生育二胎，但是根据我国计划生育的政策规定，在现有的情况下，其二人生育第二胎是违反规定的，因此要求解除收养关系。在这种情况下，才导致双方难免会产生矛盾和口角。为满足养父母合法生育二胎的报恩之心，我曾陪同他们去民政部门要求办理解除收养关系，但被民政部门拒绝。现养父母起诉要求解除收养关系，我也是无可奈何，但在这过程中，我没有任何过错，也不存在虐待养父母的情况。对于养父母及祖父母多年的抚养之恩，被告一直是心存感激，并且不断努力学习，以图日后有经济能力回馈养父母及祖父母。基于他们的现实需求，我同意解除收养关系，但是我才刚成年，今后无论工作、学习上都会需要《户口簿》，鉴于双方现在的关系，收养关系解除后，我还需要自行办理分户手续，希望养父母以后能够协助我办理分户手续。

一段和谐的收养关系，一个完整的家庭走到现在这个地步，双方都心有不忍，小敏在庭审过程当中数度哽咽掉泪。阿光更是呼唤小敏为什么不愿意理睬自己。

见此情形，法官耐心细致的给双方做工作，最终使双方放下成见，达成了调解解除收养关系，阿玲与阿光放弃了 5 万元抚养费的追索并愿意协助小敏办理分户手续，而小敏也承诺待自己将来工作后愿意尽赡养义务。

法官语：

根据《中华人民共和国收养法》相关规定，收养关系存续期间，养父母对养子女之间有法定的抚养义务，并不因为后来收养关系的解除就要求退还抚养关系存续期间所支付的抚养费。只有当存在养子女成年后因虐待及遗弃养父母而解除收养关系，或者生父母要求解除收养关系时，养父母才可以要求养子女补偿收养期间支出的生活费及教育费。收养关系解除后，经养父母抚养的成年养子女，对缺乏劳动能力又缺乏生活来源的养父母，应当给付生活费。（文中人物系化名）

北京首家继承调解中心成立

2015 年 1 月 15 日　北京青年报(北京) 李泽伟

本报讯 （记者 李泽伟）北京首家专业性继承纠纷调解中心—北京和谐继承服务中心昨天正式挂牌启动。该中心由中华遗嘱库主办，将为北京市民提供继承纠纷调解和遗产管理服务。

据了解，北京市高级人民法院已将北京和谐继承服务中心列入法院认定的调解组织名册，可以接受法院关于遗产继承案件的委托诉前调解。经该中心调解后所出具的调解协议，适用法院关于委托诉前调解工作的规则，可以依法办理司法确认。

北京市高级人民法院副院长翟晶敏昨天在成立仪式上对该中心给出积极评价，他认为民间的调解中心将有效缓解法院的压力，“一遇到事儿就诉讼，法院工作量很大”，他表示北京高院一直在大力推进社会矛盾纠纷多元化解机制建设，专业调解是一支重要力量。在当前我国社会进入老龄化阶段，因财产引发的家庭纠纷多发的情况下，中华遗嘱库与北京和谐继承服务中心提供专业登记遗嘱服务和调解服务工作，是有效预防和化解家庭纠纷的有益尝试。

中华遗嘱库管委会主任陈凯表示，虽然此前中华遗嘱库也会向在遗嘱库办理了遗嘱登记的过世老人的家属提供调解帮助，但没有系统性地开展这项服务。随着该中心的成立，中华遗嘱库制订了专门的委托调解流程，将在家属自愿的情况下将此类事务委托给该中心。

据了解，作为非营利性单位，北京和谐继承服务中心的日常调解工作都是公益性服务，如果市民要求进行调解，需要提前和调解人员预约调解时间，调解地点既可以在服务中心，也可以在当事人共同协商确定的地点例如家中进行。但无论选择在哪里进行调解，只要调解成功，都需要到服务中心办理签署调解协议的相关手续，必要时可以到法院进行司法确认。根据法律规定，司法确认具有强制执行的效力，不能轻易反悔。北京和谐继承服务中心执行主任吴焕认为这将大大节约成本，他告诉北京青年报记者，该中心将聘请退休法官、专业律师和心理专家担任志愿调解员，为百姓的继承事务提供调解和指导。

作者：李泽伟

（来源：北京青年报）

男子越南买妻 嫌老婆太粘人 5 万卖给朋友被判刑

2015 年 1 月 15 日　华声在线

羡慕同村人买来的越南老婆温柔贤惠，30 岁的单身汉陈彪一咬牙，花 4 万元买回个越南老婆。不料，越南老婆成天寸步不离，陈彪没法外出赚钱，半年后他又以近 5 万元的价格将其转卖给了朋友。记者从宁乡县人民法院了解到，陈彪因犯拐卖妇女罪获刑 5 年半。

急

单身汉花 4 万娶越南女

陈彪是娄底新化的一个农民，平时在外务工，30 岁了还没对象，陈家人急得不行。由于村里穷，不少人找对象困难，就有人花钱买越南老婆。

“我看同村人娶的越南老婆温柔、贤惠、漂亮，所以我也想娶个越南老婆。”陈彪交待，他托一个在云南做生意的朋友杨新帮忙，得知杨新的老婆就是越南人，他正准备给 20 岁的小姨子卢草(化名)找对象。

去年 4 月，陈彪拿着家里攒的老婆本去到云南。初次见面，长相标致的卢草就表示愿意与陈彪结婚，陈彪很高兴，毫不犹豫地花 42800 元带回了卢草。几天后，陈彪带着卢草回到老家，热热闹闹地办了结婚宴，但没有正式领结婚证。不过，按照当地的习俗，这也算是夫妻了。

烦

嫌老婆粘人卖给朋友

但相处两个多月后，陈彪开始觉得卢草一点都不让他省心。“她成天粘着我，寸步不离。我要外出打工赚钱，她也非得跟着我去，我都没法出去工作。这样的生活，我受不了。”陈彪说，双方婚后感情不和，卢草一直闹着要回家。

“我不想跟她在一起了，想离婚，但又不想蚀掉已经花了的老婆本。”2012 年年底，陈彪得知宁乡的朋友李峰对越南新娘感兴趣时，就将卢草带到了宁乡，给李峰做起了介绍。

40 岁的单身汉李峰对卢草比较中意，答应以 49900 元的价格成交，陈彪收钱后借故离开。不料，找不到陈彪的卢草在李家大哭大闹，对嫁给李峰之事毫不知情，李家人怀疑卢草是被骗过来的，于是报了警。

悲

17 岁女子已被卖 3 次

警方调查得知，卢草今年才 17 岁，是越南来州人，她 2012 年 3 月被两名越南男子拐骗到了中国云南，然后被卖给了杨新做老婆。而到报案为止，这已是卢草第三次被人贩卖。

宁乡公安随后将陈彪抓获，卢草也被送回越南与家人团聚。法庭上，陈彪对自己的罪行供认不讳，后悔自己不懂法，不知道犯罪了。法院认为，陈彪拐卖妇女，构成拐卖妇女罪，判处有期徒刑五年六个月，并处罚金 5000 元。

(涉案当事人姓名均系化名)

提醒

娶“越南新娘”

需走合法渠道

花几万元娶越南新娘，对一些大龄男士、欠发达农村的未婚者或是外出务工者来说，有着现实的巨大需求。

应该注意的是，目前我国跟越南的婚姻机构并未联网，也就是说在越南结过婚或在我国已登记的人，两边的婚姻机构都不能知晓。且目前我国缺少具有涉外婚介资格的婚介，“团购”越南新娘缺少合法的红娘，势必导致以骗钱为目的的黑中介的出现。

花低价娶外国新娘听起来很诱人，但一定要走合法渠道。与外籍人士结婚，一定要持双方的护照或外国人居留证件、临时来华的入境居留证件等其他身份证明、婚姻状况证明，在相应的婚姻登记机构办理结婚手续。

律师

买老婆不一定犯罪

卖老婆肯定犯罪了

本报金牌律师团湖南普特律师事务所杨双律师表示，“买老婆”并不一定构成犯罪，除非是明知是被拐卖的妇女而购买，并阻碍其返回原居住地的，则有可能构成收买被拐卖妇女罪;在“买老婆”后，如违背妇女意愿强行与其发生性关系，或者有关押、看管等限制妇女人身自由的情形，则有可能还构成强奸罪、非法拘禁罪等。但按照刑法规定，涉及到“卖妇女”，一般出卖方会涉嫌拐卖妇女罪。而买卖子女的情况，则与买卖妇女的情况类似。

无锡男子“盗用”前妻住房公积金还房贷被判返还

2015 年 1 月 5 日　中国新闻网　孙权 陆芳芳

中新网无锡 1 月 5 日电 (孙权 陆芳芳)沈先生和何女士本是一对夫妻，离婚三年后，何女士才发现沈先生一直在用自己的住房公积金还房贷。而后，何女士怒告前夫，要求其返还 2.5 万元被挪用的住房公积金。5 日，无锡南长法院审结该起不当得利纠纷，判决沈先生返还前妻 25000 元。

2007 年，沈先生和何女士贷款购买一套房屋，贷款是以住房公积金和商业贷款的方式组合，并以何女士的名义向银行申请办理的。2009 年，沈先生和何女士判决离婚，两人共同购买的这套房子被判给沈先生，同时住房贷款也由沈先生一人承担，何女士住房自理。

然而 2012 年 6 月时，何女士发现自己名下的住房公积金被沈先生擅自使用，立即向住房公积金管理中心申请撤销公积金逐年转账还贷。但已挪用的款项经多次催讨，沈先生拒不返还。沈先生在法庭上说，他并不清楚何女士的住房公积金是否被用于偿还自己的房屋贷款。

法院审理查明，何女士名下的住房公积金在 2009 年到 2011 年期间被支取还贷三次，共计 2.5 万元。另外，沈先生名下的这套房子已于 2012 年底前一次性还清贷款，并办理产权证。

审理过后，南长法院判决沈先生返还何女士被用于还贷的住房公积金 2.5 万元。办案法官提醒，离婚夫妻须谨慎处理房屋贷款偿还问题，房屋所有权归谁和房贷由谁还都需厘清，婚姻期间用住房公积金还贷的应注意离婚后是否需要办理撤销逐年转账还贷的手续，以免产生纠纷。(完)

（原标题：无锡男子“盗用”前妻住房公积金还房贷被判返还）

留学生情侣分手 女方越洋追债 15.52 万美元败诉

2015 年 01 月 17 日　潇湘晨报　刘志杰 彭丁云 何鑫

潇湘晨报长沙讯（记者 刘志杰 通讯员 彭丁云 何鑫） 两名留学生恋爱期间，男方给女方打下三张欠条。分手后，男方回到长沙，女方越洋起诉要求偿还欠债。此案由长沙天心区法院院长马贤兴担任审判长，经历两次开庭后，1 月 16 日，法院一审宣判，驳回女方全部诉讼请求。

2010 年，21 岁的小倩(化名)在美国求学时，认识了长沙籍学长小海(化名)，两人确定恋爱关系。恋爱期间，小海写下 3 张欠条给小倩，合计 15.52 万美元。2013 年，两人分手，远在美国的小倩委托律师，将已回长沙的小海告上法庭。

此案的焦点为，小海向小倩出具的欠条的借贷关系是否实际发生。男方代理律师王超表示，欠条虽然是小海所写，但是借钱之事不属实。他表示，两人实际借款行为只发生了一次，就是买车时的借款 3.5 万美元，“这张借条的钱，小海的母亲已经通过银行转账归还了 20 万元人民币。”对于另外两张欠条，他称是两人恋爱闹矛盾时，小海为了缓和矛盾让女友开心而写。小倩的代理律师高建群则表示，小海因生活及学习期间的各方面所需，陆续向小倩借款。此外，小海还沉迷于赌博，在美国赌场输了不少钱。

法院经审理认为，小倩并未向法庭提交除欠条之外的其他证据，证明该款项已经实际支付给小海。此外，小倩提交的证据显示，两人交往期间，其在美国生活期间的银行支出为 17 万美元，其中包括了学费。按照常理，作为学生的小倩并不具备向小海提供 15 万余美元的经济条件。法院认为小倩作为“出借人”，举证义务未完成，驳回小倩的全部诉讼请求。

[法官提醒]

此案审判员童广峰表示，在民间借贷纠纷案件中，主张借贷关系成立的一方当事人，对借贷关系的成立和借贷款项已支付的事实承担举证责任。“出借人无法提供证据证明借款交付事实的，应综合考虑出借人的经济状况、交付方式等因素，判断当事人陈述的可信度。”

童广峰提醒，在发生借贷行为时，要保留好相关证据，如借条、汇款、转账、取款等凭证。“最好通过银行点对点转账的方式，用出借人的卡号、账号转账到借款人开设的账号上。这样的交付凭证就非常有证明力，法院一般情况下会采信。”（完）

时事资讯：没认出假媳妇　买方房款公证处赔

2015 年 1 月 19 日　公证人

小编一语：老爸不是这个老爸，老婆也不是那个老婆，街边办证生意好，假人假证满天飞。近年来，技术进步、诚信缺失加之造假难监管和违法零成本，成就了造假行业的生意兴隆。公证员面对随时可能遭遇的假人假证，慧眼甄别李逵李鬼已经成为一种执业中不能承受之“情”，公证机构因当事人违法行为而遭受的各种补充责任更是成为一种行业不能承受之“钱”。杜绝公证行为中各种违法行为绝非公证行业一家可为，对于造假行为的预防、监管与惩处更需要制度细化、执法部门落实以及各部门间的协同调处。于行业而言，净化执业环境除了要将自我规范实实在在做到每个公证中，也需要有关部门和兄弟行业的信息共享与协作支持。

花 10 万元购买了一套 112 平方米的房子，十年后涨到了 40 多万，可这一切与沈阳的陈先生无关。虽然买卖房屋经过公证处办理了公证手续，但因原房主公证时使用了虚假材料，公证书最终被撤销。经过七年多的诉讼，最终，买卖合同被判定无效，房子被原房主的妻子索回。房子被人家要回去了，可 10 万元购房款以及利息却因为原房主夫妻二人不知所踪无法追回。陈先生向法院提起诉讼要求公证处赔偿。法院判决，新民市公证处补充赔偿陈先生夫妻二人购房款 10 万元及利息。新民市公证处不服提起上诉，今年 1 月 15 日，沈阳市中级人民法院公布判决文书，依法驳回上诉，维持原判。

经过公证 夫妻花 10 万买套房

事情最初发生于 2004 年。陈先生准备购买一套住房，通过房屋中介介绍，找到了一处十分可心的房源。当年 8 月 25 日，陈先生与闫某签订了一份房屋买卖合同，约定以 11 万元购买闫某名下一套 112 平方米的房屋。

合同签订后，闫某找到陈先生夫妻二人商量，能不能将原定的三次付款方式改为一次性付款，如果可以，自己可以将交易价减掉一万元。陈先生夫妻二人同意并将 10 万元现金交给了闫某，闫某给陈先生夫妻二人写了一张收条。因怕闫某反悔，也为了能尽快办理过户手续，陈先生又以妻子的名义与闫某重新签订了一份房屋买卖合同，要求闫某到公证处进行公证。随后，陈先生夫妻二人与闫某来到新民市公证处办理公证手续。 陈先生说，当时，闫某带着一名女子前来，他说对方是他妻子。

新民市公证处为陈先生夫妻二人与闫某办理了公证手续后，陈先生夫妻二人拿着公证书前往房产部门顺利办理了房屋产权过户手续。

公证撤销 只因卖方带的是假媳妇

房屋办完了过户手续，陈先生对这笔交易感觉挺满意。陈先生高兴没几天，就有一名姓那的女士找上家门，说她是闫某的妻子，这套房子是她和闫某夫妻共同的房产，闫某卖房并没有经过她的同意。

这时，陈先生夫妻二人也发现，那女士与之前前去办理公证的那位女子长相不一样，再想找闫某核实时，闫某早已不知所踪。那女士说，丈夫闫某伪造了自己的身份证件，并找来别人冒名顶替她前去办理的公证，因此要求陈先生把房子返还给她。

陈先生不同意，那女士遂找到了新民市公证处。那女士认为，是公证处人员审查不严，才导致她的房屋被丈夫偷着给卖了，要求新民市公证处撤销之前的公证书。2005 年 4 月 27 日，新民市公证处以闫某提供的户口簿及那女士的身份证系伪造为由，作出撤销公证决定。

公证书被撤销后，那女士随即向新民市人民法院提起了行政诉讼，要求新民市建委注销陈先生夫妻手中已取得的房产证。经过审理，法院判决新民市建委依法注销陈先生夫妻手中的房产证。

为了争夺这套房产，陈先生夫妻二人与那女士进行了长达七年的三次诉讼，最终，法院判决认定陈先生夫妻二人与闫某签订的房屋买卖合同无效，判令陈先生夫妻二人将购买的楼房返还给那女士。不久，房子便被法院强制执行返还给了那女士。

卖方失踪 买方告公证处失职

与此同时，那女士与失踪的闫某打起了离婚官司。法院在闫某缺席的情况下判决二人离婚，该套房产被判那女士与闫某各一半，闫某应得的一半房产折抵子女抚养费归那女士所有。随后，那女士将房子卖掉，不知所踪。

房子无法要回了，那么当初买房的钱款应该返还吧？陈先生随后将闫某、那女士起诉到法院，要求返还购房款 10 万元。2012 年 10 月 17 日，沈阳市中级人民法院审理判决，闫某返还陈先生夫妻二人购房款 10 万元及利息，那女士承担连带责任。

因闫某、那女士一直没有返还，2014 年 7 月 1 日，陈先生夫妻向法院执行局申请执行。闫某、那女士均无财产可供执行，法院执行局中止了执行，被执行款也无法到位。

转眼十年过去了，原来的那套房子已经增值到 40 多万。如今，不但房子没得着，就连购房款也要不回来了，陈先生夫妻二人认为，正是新民市公证处的失职行为让夫妻二人遭受了巨大损失，一气之下，二人将新民市公证处起诉到法院，要求其赔偿购房款 10 万及利息。

争议焦点 公证处到底有无过错

对此，新民市公证处认为，当初的公证行为没有过错，陈先生夫妻的起诉没有事实和法律依据，而且已超过诉讼时效，不同意赔偿。

新民市人民法院认为，公证机构及其公证员因过错给当事人、公证事项的利害关系人造成损失的，由公证机构承担相应的赔偿责任。相关司法解释规定，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。

由于闫某的故意行为，导致房屋买卖合同无效，在陈先生夫妻二人所购买的房屋被依法执行返还后，其所支付的房屋价款及利息由于闫某、那女士无财产可供执行而无法得到赔偿。在这种情况下，新民市公证处应承担补充赔偿责任。

新民市人民法院审理认为，陈先生夫妻二人的起诉并没有超过诉讼时效。根据相关规定，直接责任和补充责任是有先后顺序的，只有对直接责任人追偿损失而得不到赔偿后，补充责任才能发生。因此，法院判决，新民市公证处补充赔偿陈先生夫妻购房款 10 万元及利息，利息按银行同期同类贷款利率计算。新民市公证处不服提起上诉，2015 年 1 月 15 日，沈阳市中级人民法院公布判决文书，依法驳回上诉，维持原判。

（资料来源：沈阳晚报）

户籍登记出错 养父成了兄弟 继承遭遇波折 调解平息纠纷

2015 年 01 月 19 日　上海法治报　姜周健

生活中的养父，在法律上竟成了自己的“兄弟”，为此带来了一堆麻烦，这样匪夷所思的事，还真让鲁得胜碰上了。

养父去世后，鲁得胜去办理房产过户时，赫然发现在户口本里自己竟和养父成了“兄弟”，这究竟是怎么一回事呢？

户口登记错误　引发继承纠纷

鲁智才与鲁智德是兄弟关系，因为鲁智德长期无妻无子孤身一人，在 1972 年，鲁智才便将自己十岁的儿子鲁得胜过继给鲁智德作为养子，此后鲁得胜就一直随养父鲁智德一起生活。

2006 年鲁智德去世，遗有建筑面积 16 平米的房产一套，且正值拆迁安置。鲁得胜在办理房屋产权过户相关手续的时候才得知，当年因派出所工作人员操作失误，在常住人口登记表中错误地将鲁得胜登记为鲁智德母亲的养子。

也就是说，他和养父成了“兄弟”。

这样一来，鲁得胜自然无法办理继承的相关手续。

鲁得胜的姑姑获悉这一情况，便声称根据户籍登记信息，鲁智德和鲁得胜应按血缘关系认定为叔侄，不享有继承权，应由她作为鲁智德的亲妹妹来继承财产。

警方多番调查　出具书面证明

无奈之下，鲁得胜向派出所申请更正相关登记信息，但由于鲁智德已死亡，户口登记内容已无法变更。

经派出所民警多方走访调查，最终查明情况后出具了一份证明：经调查，鲁得胜在十岁左右给鲁智德作养子。

2007 年，鲁得胜依据该证明向法院提起诉讼，要求确认其对该房产享有全部继承权。起诉前，他聘请我作为诉讼代理人。

仔细分析案情后我发现，本案中的关键问题是如何证明鲁得胜与鲁智德存在收养关系。因为根据《继承法》，养子女是第一顺序的继承人，而兄弟姐妹是第二顺序继承人。只有在没有第一顺序继承人的情况下，兄弟姐妹才能继承遗产。

在本案所有证据中，派出所出具的证明是关键，它证明了一项被错误登记了的事实。

一案尚未审结　行政诉讼又起

这起审理中的继承纠纷，我方除派出所证明之外还准备了不少证据，可谓是信心满满。

谁知一波未平、一波又起，鲁得胜的姑姑忽然又将出具证明的派出所告到了法院。她提出：派出所出具的证明歪曲事实，严重侵害了她的继承权。

她同时认为，确认收养关系的主管机关应当是民政部门，派出所超越了法定职权。因此，她要求法院撤销派出所出具的证明。

随后，法院裁定继承纠纷案中止审理，案件的焦点也随之转移到行政确认的诉讼上。

法院开庭审理　三方激烈交锋

该案的行政确认诉讼，庭审辩论甚至比继承纠纷更激烈。

针对派出所是否有权出具收养关系证明，在一审中作为原告方提出以下几点：一、派出所出具证明的行政行为违反法定程序，应判决予以撤销；　二、派出所的具体行政行为超越职权，属无效行政行为。法律未明确规定派出所具有为辖区居民出具收养关系证明的权力，假设具有该权力，也只能依据已登记内容出具证明。

而派出所的抗辩理由是：一、现行法律未就公安部门出具收养关系证明的程序作出规定，调查属实后出具证明并未违反法律规定，也不存在程序瑕疵。二、户口登记管理为派出所的一项重要职能，其在第三人提出要求更改户口登记本中有关错误登记的申请时，有权在调查核实后进行更改，也有权在调查核实的基础上出具相关证明。

作为案件中的“第三人”的代理人，我在法庭上提出：派出所有权出具证明，不存在程序违法，涉案证明并非

一个确认行为，而仅是对事实的客观反映。

我方作出让步　案件达成调解

一审法院审理后认为：根据　《户口登记条例》　第十七条规定：户口登记的内容需要变更或更正的时候，由户主或者本人向户口登记机关申报；户口登记机关审查属实后予以变更或更正。

在未对户口登记的内容进行更正的情况下，出具证明，程序上存在瑕疵，鉴于被诉具体行政行为事实清楚，被告行为虽然不妥但是未至影响各当事人的合法权益，不足导致被诉行政行为被撤销。一审判决驳回原告诉讼请求。

鲁得胜的姑姑不服判决，随即提出上诉，但在二审中并未提出新的有力证据，二审再遭败诉。

随着行政确认纠纷诉讼的结束，2009 年 4 月，继承纠纷诉讼得以恢复审理。

在法院的主持下，我方作了一定的让步，最终双方达成调解：鲁得胜享有房产的继承权，一次性补偿姑姑人民币 4 万元，这起持续 2 年多的案件就此结束。

（文中人物均为化名）

“隔代抚养”隔开生命间的联结

2015 年 1 月 20 日 尹建莉我和你文化传播

避免隔代抚养，并不是让家长单打独斗，也并非意味着父母必须有一方辞职回家专门看孩子，更不是否定老人们帮忙的价值。能有老人帮忙带孩子是一种幸运，坚持“隔代帮忙”而不是“隔代抚养”其实也很简单，孩子只要基本上天天能见到父母，经常有和父母亲密接触的机会，这就可以。父母和孩子每天相处一小时，孩子获得的滋养就够正常成长了。

中国传统文化中四世同堂、儿孙绕膝是件很美好的事情，是家庭生活中彼此温暖、合理互助的一种形式。现在，绝大多数老人都会帮子女照看孩子，这既是传统文化的延续，也是家庭成员间很现实的关怀。但这件事应该做得有度，如果“隔代帮忙”变成“隔代抚养”，就会过犹不及，变成帮倒忙。

很多家长在孩子刚过了哺乳期，一岁左右，甚至更早，就把带孩子的任务“承包”给爷爷奶奶，即使生活在一个家里，孩子的吃喝拉撒睡一切事务，全部由老人包办，父母在孩子的生活中只是业余角色。更有一些没条件和老人生活在一起的家长，干脆把孩子全托给老人，一周见孩子一次，或一月甚至一年见一次。也许正是甩手掌柜型的父母现在太多，现象成就了商机，于是这样的图书出现了：《孩子交给爷爷奶奶带——现代教育全攻略》、《非常奶奶——隔代教育的成功之道》——市场操作就是可以这样不择手段地误导，让很多人晕头转向，误入歧途。

儿童和世界的第一个联结通道是由母亲建立的。母乳喂养、肌肤相亲、一言一语、一歌一笑，等等，都是在打通和拓宽这个通道。亲密母子关系是亲密父子关系的前提，孩子与父母间亲子关系的质量，又决定了孩子未来和整个世界的相处质量。

我在工作中经常遇到些一头雾水的家长，他们和孩子的相处有很多困扰，主观上很想解决，但对于了解孩子这件事，既缺少能力也缺少兴趣，所以改善也非常不易。

比如有位妈妈给我写咨询邮件，一封信基本上只有三句话。第一句说她 2 岁的孩子经常哭，第二句问我这是怎么回事，第三句直接索求答案“如何能让孩子不哭？”从她这三句话中，我们可以感觉她对了解自己的孩子是何等没有兴趣。还有一位妈妈，她说自己 4 岁的孩子在外面特别胆小，但回家却经常发脾气，不知这是怎么回事。我提醒她应该注意两个方面：第一，家长是否经常在孩子面前吵架或发脾气，做了坏榜样；第二，是否平时对孩子管得太严太细，甚至有打骂，孩子心理受阻，就会胆小且脾气不好。她回复说，你说得对，这两种情况确实我们都有，家长确实有些地方做得不好。可你没回答我的问题，我的问题是怎么能让孩子在外不胆小、回家不发脾气啊！

从这些家长的态度和反应可以看到，她们和孩子间隔着一块玻璃，表面上看靠得很近，却无法拥抱，无法沟通。可能有人会说这是因为这些妈妈文化素质低，或比较笨，从我接触过的家长来看，并不是这个原因。很多人其实学历很高，只是在和孩子相处时，显得很“笨”。追问这些家长和孩子的早期相处情况，大多是走了“隔代抚养”的路线。

心理学家阿德勒说过：所谓母亲的技巧，我们指的是她和孩子合作的能力，以及她使孩子和她合作的能力。这种能力是无法用教条来传授的。每天都会产生新的情境，其中有很多地方都需要应用她对孩子的领悟和了解。她只有真正对孩子有兴趣，而且一心一意要赢取他的情感，并保护他的利益时，才会有这种技巧。

中国民间有种说法，孩子要屎一把尿一把地亲自拉扯才会亲，这是非常有道理的。血缘固然是一条纽带，但仅靠血缘沟通亲情，恐怕不够。如果和孩子早期相处不足，彼此间的情感联结就会比较稀疏，而这种联结是有时间段的，错过了就很难再建立新的联结。这一点也已被现代心理学研究所发现和证实。

大自然设计人类是有深意的。让我们想一下，为什么民间会总结出“宁死当官的爹，不死讨饭的娘”这样一种真理般的俗语？为什么男人的生育能力可以维持到六七十岁，甚至 80 岁，而女人的生殖能力只能到 50 岁左右？这样的设计，就是要保证一个孩子出生后，他的妈妈有足够的时间和精力来抚养他长大成人。

一个孩子失去父亲是失去了世界的完整，而要失去母亲，则是失去了整个世界。

父亲抚养都不能完全取代母亲，何况爷爷奶奶！

女性角色在几千年的人类发展史中有了很大变化，由家庭人变为社会人。但人类的天性在过去三千年中几乎没有什么改变。几千年前降落在草丛和兽皮上的孩子需要母亲的怀抱，几千年后在电子仪器监护下和高档婴儿产品

包围中出生的孩子也需要。母亲是孩子早期生活中不可或缺的角色。生命最初的几年，是人生的黄金期，几乎奠定了孩子一生发展的基础。

不幸的是，很多母亲却在现代生活中失去母性，尤其是一些学历高或事业心强的女性，由于她们过分看重自我奋斗的价值，且严重低估母子相处的价值，不能很好地协调自己的自然角色和社会角色间的矛盾，经常为了一些眼前的现实利益，很轻易地放弃作为母亲的义务。幼年的孩子如果缺失了这两样东西：丰富的语言交流和母爱的温暖，正常的生命潜能就有可能无法被激活。

我认识的一位妈妈，孩子出生后，本来奶水很好，三个月产假结束时，为了心无旁骛地工作，硬生生给孩子断了奶，并把孩子交给婆婆带。婆婆虽然和她住一个城市，但离得比较远，她只是周末去看孩子一下，吃顿饭，然后就走了。婆婆本身不爱说话，也很少带孩子到外面玩，经常让孩子看电视或自己玩，并且为了家里的整洁，只让孩子在专门辟出的“儿童房”里玩，不允许到其他房间玩，迈出“儿童房”的活动基本上只限于坐在客厅看电视。到 3 岁要上幼儿园时，才发现不对劲。孩子语言障碍严重，基本上不会和人交流，且十分胆小，随便一点声音都会把他吓得躲到奶奶怀里，好久不出来。对妈妈似乎没有感情，很少表现出一般孩子对母亲的亲近和留恋，但情绪却十分不稳，经常发脾气或大哭。这位妈妈后来带孩子去医院看心理科，被诊断为“自闭症”。

我曾和一位某三甲医院心理科的医生交流过，他说现在罹患自闭症、多动症等神经官能症的孩子越来越多，就诊的孩子往往有较为典型的成长经历。如 90%以上在幼年早期和母亲有较长时间的分离，由老人或保姆带大。而负责照看孩子的老人或保姆如果对孩子管得太严，包办太多，或经常把孩子交给电视机，不注意和孩子的互动交流，几种原因加起来，很容易造成这些孩子的心智无法正常发育。隔代抚养开始的年龄越小、和父母相处时间越短，孩子的症状越严重。

“自闭症”当然是比较极端的一种情况，但即使孩子不得这病，也会因“隔代抚养”留下经久难愈的心理创伤。

我们在生活中一定见过这样的例子，那些早期由爷爷奶奶或他人抚养的孩子，和父母间永远隔着一层东西。要么互相不理解，冲突不断；要么特别客气，宛如外人。没有相守的长度，就缺乏感情的厚度。

我的一个好友，她一岁半时被送回老家由奶奶来抚养。当时交通不便，且父母工作忙，再加上弟弟妹妹相继出生，她直到 4 岁才再次见到父母。父母在她眼里完全是陌生人，别人让她喊爸爸妈妈，她很想喊，可是喊不出来，为此遭到批评。两年后，父母准备把她接到身边。当她知道这件事时，恐惧大于兴奋。为了见到父母能叫出“爸爸”、“妈妈”，一个 6 岁的孩子，居然独自藏到一个没人的地方悄悄练习这两个发音，尤其是“妈妈”这个音。她说父母是有文化很善良的人，他们也想努力爱她，彼此都做了最大的努力。她后来克服心理障碍，终于学会了喊爸爸妈妈，但和父母的隔阂却一生也不能消除。用她的话说就是：“我和父母之间永远也不可能有弟弟妹妹和父母间那种贴心贴肺的感觉，我永远觉得自己是个孤儿。”

2011 年，媒体曝出了一桩家暴丑闻。著名的疯狂英语创始人李阳在事业上获得了巨大的成功，在家庭生活中亦扮演了一个“疯狂”的角色。他不仅对妻子实行长期的家暴，而且对孩子缺少感情，居然宣称孩子只是他用来做教学实验的试验品。媒体之后报道了他的成长及自我剖析，让我们看到隔代抚养如何在一个人生命中留下经久不愈的创伤。

李阳 4 岁才从外婆身边返回与父母生活，一直到成年都无法喊出“爸爸”、“妈妈”。父母对他也很严厉，经常骂他“笨蛋”、“猪”。李阳童年口吃，自卑懦弱，电话响他都不敢接。少年时期在医院接受治疗时，仪器出了故障烫伤皮肤，他都不敢叫出声来，忍着，脸上留下永久的疤痕。他自己这样说：“自卑的一个极端就是自负。”“强硬是我以前最痛恨的，所以才会往强硬的方面走，因为我受够了懦弱。”即使他后来取得了人们眼中的“成功”，名利双收，每天早晨起床后的半个小时，感觉非常恐怖，非常害怕，觉得工作没有意义，活着没有意义——李阳的心理后遗症非常典型。童年时代在亲情上的缺乏，让他内心积蓄了太多负能量，这犹如一座被压抑的火山，成年后必定会以某种方式喷发，伤害别人也伤害自己。

孩子出生前几年，往往正是父母们在事业上打拼最忙的时候，但这不能成为自己对孩子大撒手的理由。须知想做一件事总能找到理由，只要想对孩子用心，时间总会找出来，办法总是有的。如果此时的奋斗是为了将来有更好的生活，那么对孩子的陪伴，实际是一种收益极高的投资，受益者不仅是孩子，也是父母。

在我女儿圆圆一岁三个月时，她爸爸到南方工作，我坚持不把孩子送到远在外地的奶奶家，一定要亲自带孩子。上班时，把圆圆送到附近一个老太太家，下班接回来。当时能一边看护孩子一边把饭做熟，已是不容易，总顾不上收拾自己。记得有位同事开玩笑对我说，你以前挺精干一个人，怎么有了孩子就变成这样了？真难想象自己当时的形象是多么的不堪。过分忙累，让我的血压降到要休克的程度，医生甚至建议我卧床休息。因为和孩子相处的每一天都有许多快乐，所以我当时并不觉得有多苦。也哭过两次，总体感觉一直充实而幸福，孩子也用她日后的良好表现回报了我。

避免隔代抚养，并不是说家长都要像我这样单打独斗，也并非意味着父母必须有一方辞职回家专门看孩子，更不是否定老人们帮忙的价值。能有老人帮忙带孩子是一种幸运，坚持“隔代帮忙”而不是“隔代抚养”其实也很简单，孩子只要基本上天天能见到父母，经常有和父母亲密接触的机会，这就可以。父母和孩子每天相处一小时，孩子获得的滋养就够正常成长了。

我遇到过一些家长，他们持有这样一种观点，以前一家有几个孩子，送一个出去寄养，会出现感情偏差；我只有一个孩子，是唯一的爱，我不爱他爱谁啊。况且老人疼爱孙辈往往超过疼爱子女，所以孩子完全交给老人带不会有问题。

事实当然不是这样，有太多的例子说明，“唯一”并不能保证爱的深刻。如果相守的程度不够，哪怕只有一个孩子，亲情照样会打折。在孩子小时候和他分开几年，也许一辈子就无法亲近了。

人在感情上很少能愈挫愈勇，越是感情不满足的人，越是变得敏感、斤斤计较。孩子的思念没人理解，而且孩子不懂得如何去化解痛苦。情感上的欠缺必定会在生命中留下一些无法痊愈的内伤，即使不出现品行方面的问题，也会影响到未来的生活质量。

比如有些年轻人在恋爱或结婚后，不会和伴侣相处，要么过分依赖，要么过分苛刻，总扮演情感的伤害者和被伤害者角色，也有人心底自卑，外表傲慢，身上有种说不出的别扭，难以和他人合作相处。这些成年后的问题，往往可以追溯到他童年时期在情感和安全感方面的欠缺。

爱，就是为了在一起。前苏联教育家苏霍姆林斯基说过一句话：“母爱不应建立在抽象的理性认识上，应建立在情感基础之上。”对父母来说，在一切养儿育女的目的中，没有比和孩子在一起本身更重要的目的！一切因出于功利的或“教育”的目标牺牲和孩子相处的行为都是得不偿失的。

婚姻中的“试离婚情绪”

2015 年 1 月 20 日　中国妇女报　曾小亮

经常有已婚的朋友对我抱怨说：“我再也不想和他过下去了，他是那么不可理喻！”或者在心里对自己说：“这是最后一次容忍了。如果再有下一次，我绝对要和他离婚不可。”可是时间过去很久，他们的婚姻还在继续。不但没有离婚，反倒经过那些假设性的离婚情绪，婚姻好像淌过低谷的河流，经历过那些险峻沙滩，反倒能在开阔的河面上一路欢歌了。

我的朋友小柯就是这样。她结婚一年，经历过起初的激情如火，和丈夫的摩擦越来越多了。用她自己的话说就是，丈夫有时能把她气得半死。他像个夜游神，经常应酬到很晚才回家；他回家就看电视，有时她很想谈谈心，可是他表现得心不在焉。

她不明白这是怎么了，为什么一个人在婚前和婚后的转变如此之大？很多次争吵过后，她开始深思这场婚姻存在的必要性。她怀疑自己选错了对象，经常在夜里悲叹：这样的婚姻没有办法继续了，只有和他离婚才能解决这一切。

一想到离婚，她的心情反倒平静了。她想到，离婚后这个人不就和我没有关系了吗？无论他夜游到哪里，都和我没有关系了，牵扯的心就少了。她自觉地在心理和他划开了一段安全距离。

她想，其实这并没有什么大不了的，不就是离婚吗？为什么自己产生了如此多的痛苦？这些痛苦不都是来自于对他的过多期望和要求吗？大不了就离婚算了，这样一了百了，也就不会有那些战争和纠纷了。

这种心理上的“试离婚情绪”相信存在于很多人的婚姻生活中。夫妻之间拌嘴或者吵架时，双方总爱说：“和你过不下去了，明天就去离婚！”离婚甚至成为夫妻之间玩笑的常用语，比如两个人打情骂俏时，一方表达对另一方的某种幽怨时，也会笑着说：“我不和你过了，明天就离婚。”

这种情绪其实有利于婚姻的和谐与持续发展。因为它减少了一个人对于婚姻的过多期望。虽然结婚时，双方都怀着美好的期望，然而，过高的期望并不利于婚姻。比如，他明明是个教师，但你看到别人住豪宅、开宝马，于是日日夜夜希望他变成大款，这显然是不切实际的期待，对你们的婚姻只能有害。

婚姻中的大部分冲突都和期待有关，希望对方变成自己理想的样子，希望自己满足未了的心愿等。当这些愿望落空时，便会产生失落心理。于是，觉得对方不适合自己，开始思考：要不要离婚？

但婚姻不同于儿戏，产生离婚情绪和真刀实枪的离婚，毕竟还有一段距离。这时候，试离婚情绪开始让一个人在对婚姻的狂热期待中冷却下来。她可能意识到她和他终归是两个人，每个人都要走自己的路，每个人都要对自己负责。于是，自觉地在心理上和对方拉开一段距离，冷静地审视对方和自己的期待心理。然后，有的人彻底失望，于是他们真离婚了；有的人减少期待，然后进行自我心理调整，婚姻重新继续下去。因为减少期待便“知足常乐”，经过这样一场试离婚情绪的波折，他们的婚姻反倒更能平静而幸福地持续下去了。

从这种意义上说，试离婚情绪是婚姻的一个缓冲地带。它让一个人在婚姻中陷落的自我回归了，退到自己的安全地带里。

所以，当试离婚情绪来临时，不要真的认为婚姻无药可救了，恰恰相反，它是一次重新调整婚姻关系，认识自我的契机。你所要做的是，当试离婚情绪来临时，静静地等待低潮过去，然后重新拥有更合适自己的婚姻关系。（作者系情感作家）

《2014 中国人婚恋状况调查报告》显示

“夫妻共同承担”养家模式渐成主流

2015 年 1 月 20 日　中国妇女报　莫兰

日前，知名婚恋网站百合网发布了《2014 中国人婚恋状况调查报告》（以下简称报告）。该报告由 100 位情感专

家、舆论领袖、社会人士以及媒体人士组成的“百人推荐团”共同推荐。这是百合网连续第八年发布国人婚恋报告。

据介绍，今年的婚恋调查以线上问卷调查为主、线下深度访谈为辅的方式进行。其中，线上问卷调查数据收集历时两个月，调查对象覆盖全国 34 个省、自治区、直辖市，共收集有效样本 73215 份；线下调查则主要对 200 位单身男女进行深度访谈。今年的报告重点反映了当代单身人群的生活状态、情感需求以及婚恋观，直击单身人群的情感世界。

“宅”成单身主因

“家——办公室——家，每天能不出门就不出门，没有人打扰，也不用看人脸色，打开电脑，一切都有了……”现代人猛然发现，自己的生活似乎越来越向人们说的“宅一族”靠拢了。报告显示，63%的单身人士在休息日独处时间平均在 6 小时以上，其中 31.7%的人独处时间超过 10 小时，可以说单身生活极其单调。当问及私人时间如何安排时，在家上网、和朋友聚会以及在家安静地呆着排在前三位，其中两项都是在家。在性别差异上，32.3%的单身女性表示私人时间会在家追剧；而 66.6%的男性则选择在家上网。

报告表明，圈子小、爱情开销少、情感寂寞是单身人士的群体特征。

关于单身原因，大多数单身人士都归结为“圈子太窄，合适的人太少”。其中，八成单身女性以此来解释自己的单身。

尽管大部分单身人群都表示在上一年努力脱单，但单身人士月花在相亲约会上的费用占比则很小，仅占男性收入的 11.8%及女性收入的 1.5%。

长时间的独处、狭小的人际圈子加上较长的单身期，77.4%的男性及 58.9%的女性表示经常会感到寂寞。

报告表明，三成单身人士把急迫找到另一半作为自己当下最优先考虑的问题。除此以外，单身男女优先考虑的问题存在明显差异，33.8%的单身男性优先考虑“努力干好工作”，而持此看法的女性为 25.2%；22.1%的女性优先考虑“安排好单身生活”，持此看法的男性则仅有 9.8%。

择偶态度更为务实

从本次调查的结果来看，单身男女更加务实，注重双方条件的匹配。逾四成人会因为“两人各方面条件都很合适”而决定结婚；有 26%的男性为了“给相爱的人一个归属”而结婚；有 23.2%女性会因为“对方很爱我”决定结婚。

此外，来自父母的影响也在一定程度上左右着单身人士的择偶决定。调查结果显示，单身人士的择偶标准与父母存在差异。33.5%的男性和 27.4%的女性有过因父母干涉而失败的感情经历。

三成女性认同“中国男人配不上中国女人”

2014 年 7 月，微博上一个名为“中国男人配不上中国女人”的话题一石激起千层浪。中国男人真的配不上中国女人吗？本次调研报告显示，近 33.3%女性对此持赞同意见，而仅有 5.5%男性表示认同。具体来说，女性认为男性配不上女性的地方集中在“内涵修养”（占 60.5%）、“自立能力”（占 45.8%）和“赚钱能力”（占 23.6%）；而男性认为男性配不上女性的地方主要在“内涵修养”（占 33.9%）、“自立能力”（占 28.1%）和“赚钱能力”（占 28.1%）。

寻找伴侣的常用途径单一

单身人士如何才能找到另一半？调查显示，单身人士择偶途径仍然比较单一。总的来看，70.1%的人主要靠亲朋好友介绍；61.2%的人用婚恋网站寻找另一半；37.8%靠朋友聚会认识。其中，有过婚史的单身人士比未婚人士选择的择偶途径更窄。

值得注意的是，虽然近年来下载手机交友软件用户与日俱增，但把手机交友作为常用择偶途径的人比例仍不是很高，尤其是女性的使用率仅有 6.7%。

择偶经济观，男女看法有差异

2011 年新婚姻法把婚前房产归为个人财产，曾引起热议，有专家预测女性对婚房的需求会逐渐降低。但本次调查显示，有 71.8%的女性认为男性有房才适合结婚，同时也有 55%的男性认为男性有房才适合结婚。

对比男性，单身人士认为女性适合结婚的经济条件宽松很多，除去“有稳定收入”和“有一定积蓄”外，41.9%的男士对女性结婚应该具备的经济条件持无所谓态度。

单身男女对于择偶的收入要求也有一定差距。74.1%的女性希望男性的收入比女性高 1 倍以上。其中，希望男方收入高于女方 3 倍以上的女性占 19.7%，比 2012 年略有上升。

相比之下，50.4%的男性能够接受男女收入不相上下，比 2012 年的调查结果上升了 12.3%。

七成人认为应给女方聘礼

聘礼作为传统礼节一直褒贬不一，但此次调查中，近 7 成单身人士认为结婚时需要给女方聘礼。

对于聘礼代表的意义，两性的看法存在差异。52.8%的女性认为是讨吉利；58.0%的女性认为聘礼实际就是走形式，最后留给小两口。相比之下，33.5%的男性认为给聘礼是为了满足女方父母的面子需要；23.6%的男性认为聘礼与婚姻幸福无关；13.5%的男性认为会给自己的父母带来经济负担；还有 8.1%的男性认为收聘礼就是卖女儿。

“夫妻共同承担”逐渐取代“男外女内”

随着女性的觉醒，“男主外，女主内”的传统家庭分工模式正在悄然发生变化。当被问及婚后谁承担养家的责任时，6 成以上的单身男女表示夫妻共同承担，其中女性持此看法的比例（占 65.2%）略高于男性（占 63.9%）。

对于婚后由谁来承担家务劳动这一问题，单身男女的看法差异不大。有85%的男士表示“由夫妻共同承担”，而持此看法的女性占到85.9%，二者比例几乎持平。

至于婚后谁来掌握家庭财政大权，有73.0%的男性和66.4%的女性表示应由“夫妻共同掌管”，有30.7%的女性希望婚后由妻子来管理家庭财务。

理性看待出轨，但经济惩罚不含糊

2014年娱乐圈的明星频繁爆出丑闻，某导演的出轨也引起了大家热议。那么单身人士如何看待婚内出轨呢？调查中，46.1%的单身人士认为“不道德，不值得原谅”；有47.9%的单身人士表示理解。其中，32.2%的人认为“不能因为出轨就全盘否认一个人”，还有15.7%的人指向了未出轨方，认为对方也存在一定问题。

虽然对于出轨趋于理性和宽容，但是面对出轨导致的婚姻破裂时，62.7%的单身男性认为出轨方应该净身出户，而持此看法的女性达77.0%。

男性更认同“奉子成婚”和“生二孩”

随着思想观念的开放，人们对待“奉子成婚”的态度也更为宽容。从调查结果来看，3成以上单身人士觉得奉子成婚没什么大不了的。但从性别来看，男性的乐观程度远大于女性：33.9%的男性认为这是双喜临门的好事；而因为女性孕育孩子需要付出更大成本，有40.9%的女性会担心奉子成婚可能会埋下不幸福的隐患。

关于“生二孩”问题，男性对于要二孩的意愿比女性强：53.8%的男性打算要二孩，持此看法的女性则占43.1%。

中国政法大学外国法查明研究中心揭牌成立

2015年1月19日　21CN网　查文晔

新华网北京1月1 9日电（记者查文晔）中国政法大学外国法查明研究中心揭牌仪式1 9日下午在京举行，这标志着中国政法大学在涉外法律研究与实务领域取得新进展。该中心将同时作为最高人民法院民事审判第四庭外国法查明研究基地，为最高人民法院涉外民商事审判工作发挥智库作用。

最高人民法院副院长贺荣和中国政法大学校长黄进为中心和基地揭牌并致辞。贺荣在致辞中说，根据法律规定，人民法院在处理涉外民商事案件时，对于涉外民事关系应当适用的外国法律，人民法院应予以查明。但各国法律浩如烟海、千变万化，因此外国法的查明一直是司法实践中的难题。中心的成立为解决这一难题提供了有效途径。中共十八届四中全会决定明确提出要加强涉外法律工作，中心的成立是司法实务界与法学理论界对这一要求的积极响应，有助于全面推进依法治国。

贺荣表示，希望中心能够扮演好最高人民法院涉外民商事审判的智库、外国法律信息资料中心以及外国法律研究“领跑者”的重要角色。中心的成立和良好运行，将有助于依法公正处理涉外民商事案件，有助于提高中国司法的公信力，有助于在全球化背景下加强涉外法治工作。

黄进在致辞中表示，中国政法大学外国法查明研究中心将接受最高人民法院和其他人民法院的委托，就涉外民商事案件审判过程中的法律适用问题，尤其是外国法的查明问题，进行理论研究，提供咨询意见。同时，中心还将接受最高人民法院的委托，收集相关国家和地区的立法、司法信息，为司法交流与合作提供参考资料，发挥智库作用。未来中国政法大学还将利用中心资源，积极开展涉外法治人才培养与涉外法学理论研究。

揭牌仪式后，举行了首届外国法查明高端论坛。来自澳门大学、最高人民法院、深圳蓝海现代法律服务发展中心、西南政法大学、清华大学、对外经贸大学等机构的专家与法官就外国法查明的相关理论和实务问题进行了深入研讨。

离婚案每年春节前最多，南京中院昨公布财产分割争议典型案例
老公偷偷给“小三”48万
老婆打官司把钱要回，接着就离婚

2015年1月20日　现代快报　李绍富　项凤华　徐岑

离婚案什么时候最多？答案是每年的春节前。去年，南京法院共受理一审婚姻家庭、继承纠纷类案件10823件，而每年年底的一个多月，都是离婚官司的高峰期。昨天，现代快报记者从南京市民政局了解到的情况也显示，最近来婚姻登记处离婚的夫妇比平时要多一些。据统计，截至昨天下午4点，今年1月份，全市共有1334对夫妻协议离婚，平均每天有70.2对夫妻变为路人。

值得一提的是，起诉离婚的案件中，不少都涉及财产分割问题。例如，妻子发现丈夫偷偷给“小三”48万元，于是状告丈夫和“小三”，成功讨回48万元后，就跟丈夫离了婚。这是近日来，南京中院公布的离婚家事审判中，夫妻之间共同财产处理争议的一个典型案例。

现代快报记者 李绍富 项凤华 徐岑

有人和平分手

为了“新的开始”

选择在年前离婚

昨天上午，在南京玄武区婚姻登记处，在一对对喜气洋洋来办理结婚登记手续的新人中，有一位30岁左右的年轻女士，独自一人，在门口徘徊。左看看右看看，终于走到前台小声询问了几句。随后，工作人员将她领到了一

旁。一了解，原来她是来咨询办理离婚手续的。

“我知道还有一个月就要过年了，但我不想这样拖着了，离了婚，大家过年都好受。”她揪着眉头说，她结婚才 3 年，“我们俩没有多大的仇恨，结婚头一年也挺甜蜜的，但是现在日子越过越无聊。”她表示，丈夫经常不在家，个把月回来一次，两个人也没孩子，天天一个人在家。跟没结婚似的。

“他爸妈，我爸妈，都靠我一个人照料，家里马桶坏了，还要自己修理，要他干吗。”她赌气地表示，自己要的是一个能在身边知寒问暖的人，长期异地，丈夫又不细心维系两人的关系，还不如离婚。“我已经考虑很久了，不想再拖到年后，还是早点解脱好。”旁边工作人员劝说，提醒她马上就过年了，家家都要团圆的，可她还是决定离婚，“辞旧迎新啊，这样也是为了有个‘新的开始’。”

昨天，鼓楼区婚姻登记处负责人夏主任告诉现代快报记者，年底前不仅结婚的多，离婚的也不少，每天都有一二十对急着在过节前分手，怎么劝也劝不住，其中一些年轻人，是想好了才来的，手续齐全，来了就办，几分钟后就领到了离婚证。

有人对簿公堂

丈夫给“小三”的钱，妻子能不能要回来？

丈夫出轨

两年里，他先后送给情人 48 万元

心平气和地办了离婚协议，好聚好散也就罢了，也有不少夫妻闹到了法院。

今年 40 岁的陈军在南京经商多年，事业有成的他，跟妻子虽然感情不是特别好，但日子还能凑合过。两年前，在一次应酬时，陈军认识了生意上的合作伙伴肖琴。肖琴年轻漂亮，而且性格温柔，深得陈军喜欢，两人的交往变得频繁起来。

两人感情迅速升温，并很快越过雷池。陈军隔三岔五以出差为由，跟她在一起。得知肖琴要买房后，为了讨肖琴欢心，陈军主动往她银行卡上打了 20 多万元。后来，肖琴提出买车，陈军又送上 20 多万元。两年以来，陈军先后给肖琴银行卡上打了 48 万元。

妻子起诉

她起诉丈夫和“小三”，要求还钱

纸包不住火，两人的特殊关系很快被陈军的妻子发现，两人大吵一架。后来，陈军的妻子设法获取了他跟肖琴之间的账务往来，发现陈军先后打给肖琴 48 万元后，认为这笔钱是夫妻共同财产，陈军不应该就这样送给肖琴了。

陈军的妻子曾找肖琴要过这笔钱，可肖琴称是陈军自愿给她的，不愿意还。为了要回这笔钱，不久前，陈军的妻子一纸诉状，把丈夫和肖琴告上了法庭，要求肖琴退还这笔钱。

在法庭上，陈军的妻子称，她和陈军感情尚可，肖琴不但破坏了他们夫妻的感情，还占有了她家的财产。陈军给她的这笔钱，属于他们夫妻的共同财产，陈军一个人无权处置。

法院判决

48 万属夫妻共同财产，判“小三”全额返还

南京中院审理此案后，认定陈军给肖琴的 48 万元属于夫妻共同财产，没经过妻子同意，而且这笔钱并不是用于夫妻共同生活，属于无权处分。而肖琴在接受陈军赠送的这笔钱时，已经知道陈军是有家室的人，还无偿接受，所以她的行为也不属于善意取得。最终，法庭认定陈军赠送给肖琴的 48 万元属无效赠送，判决肖琴全额返还这笔钱。此后，陈军的妻子与其离婚。

法官介绍，“小三”事件违背了夫妻间相互忠诚的义务。在日常生活中，妻子面对“小三”，涉及财产方面，常以忍让为主，不知道用法律维护自己的合法权益。而丈夫擅自将夫妻共同财产赠予“小三”，妻子都可以依法要回。

为了让父母宽心

会忍到春节后

现代快报记者了解到，每年春节前后都有一个离婚小高潮。2014 年的春节在 1 月 31 日，根据市民政局统计，去年 1 月份，南京市有 2575 对夫妻选择和平分手，2 月份即年后则离了 2470 对。

猛一看，年前离婚多，年后一个月要比年前一个月，离婚量减少 105 对。仔细一看，其实不然。因为去年 1 月份，婚姻登记处有 24 个工作日（周六也是上班的），平均每天约有 107 对夫妻来办理离婚。2 月份本身只有 28 天，再加上春节放假，一共是 19 个工作日，平均每个工作日有 130 对夫妻离婚。也就是说，年后比年前，每天要多离 23 对。

“大概都是想瞒着父母和子女，先把年过了，也有想给彼此多一点相处考虑的机会。”南京市民政局有关负责人分析，年后来离婚的有不少是中年夫妻，不想让年迈的父母担心，所以为了不影响家人的情绪，苦撑着过完春节。“也有夫妻为了面子，担心过年时亲戚询问，所以年后才会‘撕破脸皮’。”

不过，该负责人表示，也许是经过认真思考，所以这些夫妻办理离婚手续时都很平静，名下房产、债务债权、子女抚养问题都一一在离婚协议书中写明了，好聚好散。

离婚时给妻子的财产，复婚后能不能要回？

离婚协议

离婚时，丈夫把房子赠予妻儿

南京人周亮和陈芳 20 多年前就以夫妻名义生活在一起，而且生了多个子女。

在 1998 年的时候，周亮以自己的名义买了一套房子，并登记在了自己名下。房屋买来之后，一家人就住了进去。2002 年的时候，两人才补办了结婚登记。

到 2006 年时，双方协议离婚，并约定房子归陈芳和孩子共同所有。离婚后不久，周亮就跟他人结婚了。可再婚两年后，他又离婚，并在 2010 年时跟陈芳再次登记结婚。

复婚之后

他独占拆迁款，妻子将他告上法庭

2013 年，陈芳和子女住的房子面临拆迁，复婚后的周亮就跟拆迁办签订协议，并将补偿款占为己有。

没想到拿了补偿款后，周亮不想用于家庭生活，而是想自己乱花。这引起了陈芳的不满，并称原则上房子是她和子女的，补偿款应该归他们，周亮无权处置。而周亮却称，既然双方复婚了，原来的房子也是他自己出钱买的，后来才赠送给陈芳和子女，现在复婚后，他要回来也没什么不可以。因周亮拒绝给钱，陈芳就将他告上了法庭。

法院判决

当年赠予有效，丈夫不能随便用拆迁款

南京中院审理后判决，周亮需全额返还拆迁款。法官介绍，周亮和陈芳在 1994 年前就以夫妻名义生活，属于事实婚姻。当时买的房子，就应该算夫妻共同财产。

在离婚时，周亮自愿把属于自己的那部分房产给了陈芳及子女。虽然后来双方又复婚，但当年周亮赠予房产有效，房子已成为陈芳婚前的个人财产和子女的共同财产，跟周亮没关系。复婚改变不了当年的有效赠予，所以周亮无权处置房产，不能随便使用拆迁款。

（以上案例当事人均为化名）

【不动产特刊】不动产登记局局长谈《不动产登记暂行条例》

2014 年 12 月 22 日　中国国土资源报　李 倩

《不动产登记暂行条例》近日已颁布并将于 2015 年 3 月 1 日起实施。近日，记者就如何贯彻落实《条例》，加快落实不动产统一登记各项工作任务，采访了国土资源部地籍司（不动产登记局） 司长（局长） 王广华。

明确相关政策和指导意见，尽快全面完成省市县三级职责和机构整合工作

记者：如何推动地方加快不动产登记职责和机构整合？

王广华：职责和机构整合不仅是不动产统一登记工作的前提和基础，而且是不动产统一登记工作依法行政的组织保障。《条例》对不动产统一登记的机构和职责有明确的规定。目前，国家层面不动产登记职责和机构建设基本完成，22 个省份完成了省级职责整合，但市县一级的职责和机构整合工作普遍没有启动。不动产登记工作关键在地方，特别是具体承担不动产登记工作的市、县一级。《条例》实施后，如果职责和机构没有整合到位，不能按照《条例》的规定实施不动产统一登记，就可能面临行政违法的尴尬局面。为此，我们将商请中央编办加强对地方职责和机构整合工作的联合监督指导，明确相关政策和指导意见，督促地方加快推进职责和机构整合工作。各地要高度重视起来，省级国土资源主管部门要配合同级编制管理部门尽快完成省级职责和机构整合，同步推动市、县级工作，尽快全面完成省、市、县三级职责和机构整合工作，并确保各级不动产登记机构能够顺畅接受上级不动产登记主管部门的指导和监督、上下对口一致。

健全《条例》配套规章、政策等，为统一登记提供充分依据和保障

记者：抓紧研究制定《条例》的配套规章、政策和技术标准有哪些考虑？

王广华：《条例》明确提出了要制定实施细则。结合《条例》颁布和实施，部将抓紧做好《不动产登记暂行条例实施细则》、统一的不动产登记表卡簿册和证书式样、不动产权籍调查的相关政策和标准等部门规章和标准的制定工作，进一步细化登记类型、登记程序、各类不动产物权登记的要求、登记机构和人员职责等，明确和统一不动产登记表卡簿册和证书式样内容，规范不动产权籍调查的要求，健全《条例》的配套政策，确保《条例》顺利实施，为统一登记提供充分的依据和保障。地方也要同步推动地方性法规、规章和规范性文件的研究制定工作。

实现各类不动产登记业务高度融合和有机衔接，确保工作稳定连续、正常运转

记者：如何指导地方做好不动产统一登记业务工作融合？

王广华：《条例》明确提出，不动产登记遵循严格管理、稳定连续、方便群众的原则，保持工作稳定连续十分重要。不动产登记职责和机构整合后，整合各类不动产登记资料、业务流程、办件窗口等，实现业务工作高度融合和有机衔接，是不动产登记工作稳定连续、正常运转的关键。一是要制定详细的不动产登记资料移交方案，有计划地完成资料移交工作。二是不动产登记资料移交完成后，要充分利用现有资源，尽快设立统一的不动产登记窗口，实现“一个窗口进、一个窗口出”。三是要形成统一的不动产登记业务流程，确保不动产登记职责完整、系统和统一。同时，要按照“不变不换”的原则，做好新旧权属证书的衔接，确保已经依法发放的证书继续有效。在新的证书颁布前申请登记的，继续发放旧版证书；新的证书颁布后申请登记的，发放新版证书，原来各部门已经发放的证书继续有效，不得强制要求更换证书，不增加企业和群众负担。对此，我们将尽快出台有关政策和意见。

加快信息平台建设步伐，推动不动产登记的“四统一”

记者：积极稳妥开展不动产登记信息化建设的有哪些要求？

王广华：国家层面负责开展信息化建设顶层设计，组织建设全国统一的国土资源与不动产登记信息平台。各地负责推进本地区不动产登记的数据整合、接入信息平台的相关准备工作，2015 年下半年开始陆续完成不动产登记操作系统软件与信息平台的对接，提供不动产登记信息查询服务。按照国土资源部第 26 次部长办公会专题研究并审议《“国土资源与不动产登记信息平台”建设总体框架》的精神，我们在已有工作安排基础上，加快了信息平台建设步伐，“反弹琵琶”，以信息化建设来推动不动产登记的“四统一”。计划 2015 年 7 月上线试运行信息平台；2016 年完善平台并扩大试运行范围；2017 年全面运行。目前，已经形成了平台建设的顶层设计，即将组织平台的开发建设。

在信息平台投入运行前，各地要全面清理和整理不动产登记历史资料，按照国家统一制定的数据库标准和数据整合建库技术规程，对本地区土地、房屋、林地、草原、海域存量登记数据进行整合，建立关联关系，健全完善不动产登记信息数据库。信息平台投入运行后，各地应根据当地信息化工作基础，提早对各类不动产登记操作系统软件进行融合、对接，形成统一发证的业务操作系统软件，支持与本级国土、住建、农业、林业、海洋等部门的业务协同，提供本级登记信息查询服务，并按照信息平台统一技术要求，预留接口，做好准备，一旦成熟，及时接入信息平台，并将本地区日常不动产登记信息实时纳入信息平台。我们将建立清单销号等激励机制促进地方加快推进信息化工作。

同时，按照国务院的统一部署和安排，我们将以部际联席会议制度为平台，创新工作机制，按照“有事集中”原则开展集中办公，充分发挥平台的积极作用；商请住建部积极推动不动产统一登记技术层面的试点工作；加强沟通协调，继续做好土地承包经营权登记与不动产统一登记衔接；通过调研，加强对地方指导，全面加快不动产统一登记工作。　　（本报记者　　李 倩）

今日独家关注：《联合国儿童权利委员会第 8 号一般性意见》

2015 年 1 月 23 日　今晚拍案 AM603

1.《联合国儿童权利委员会第 8 号一般性意见》

2006 年 6 月，联合国儿童权利委员会发布了第 8 号一般性意见 ，详细阐释了《联合国儿童权利公约》，特别是该公约第 19 条、28 条及 37 条规定的儿童受保护免遭体罚和其他残忍或不人道形式惩罚的权利。在该一般性意见中，委员会强调“通过法律改革和其他必要措施，消除对儿童的暴力和污辱性惩罚是各缔约国直接和无条件的义务。”

委员会界定“身体”或“肉体”的惩罚是任何运用体力施加的处罚，且不论程度多轻，都旨在造成某种程度的痛苦或不舒服。大部分情况下是用手或某一器具——鞭子、棍棒、皮带、鞋、木勺等（“拍打”、“打耳光”、“打屁股”）打儿童。但是，这也可涉及例如：踢打、摇晃或扔掷儿童；抓、捏、咬、抓头发或抓耳朵，强迫儿童做不舒服的姿势、烙烫、辱骂或强迫吞咽(例如，用肥皂清洗儿童的嘴，或强迫儿童吞咽辛辣作料)。委员会认为，体罚的程度虽有不同，但总是有辱人格。此外，还有其它一些也是残忍和有辱人格的非对人体进行的惩罚，因而是违反《公约》的行为。这些惩罚包括例如：贬低、侮辱、毁誉、替罪、威胁、恐吓或者嘲讽儿童。

委员会虽拒绝接受任何对儿童采用暴力和污辱形式惩罚的理由，但绝不反对正面的纪律概念。委员会确认，家长抚养和照料儿童，尤其是婴儿和幼儿，需要不断地给予体力行动和干预行动，以对儿童进行保护。这完全有别于造成某种程度的痛苦、不舒服或有辱人格的蓄意和惩罚性地使用武力行为。作为成年人，我们知道保护性的人体行为与惩罚性攻击之间的区别；在涉及儿童的相关行为方面，要进行这种区别并不困难。

在一般性意见中，委员会还给出了消除体罚和其他残忍或有辱人格形式惩罚的必要措施和机制。在立法措施中，委员会强调，《公约》要求废除(在法规或普通案例法中)在家庭/家中，或在任何其他情况下，任何允许对儿童采用某种(例如，“合理”或“轻微”惩罚或“纠正”)程度暴力的规定。面对在传统上接受对儿童暴力和有辱人格形式惩罚的现象，越来越多的国家认识到，仅废除准许体罚和消除任何现有的辩护理由是不足的。除此之外，各国还必须在其民法或刑法中明确禁止体罚和其他残忍或污辱性形式的惩罚，从而明确地规定，打儿童或对其“打耳光”或“打屁股”对成年人的这种行为一样都是不合法的，而且有关侵害行为的刑事法同样确实适用于此类暴力行为，不论这种暴力行为是被称之为纪律管教，还是“合理的管教行为”。

为实现明确和无条件地禁止一切体罚，各缔约国将需要开展不同程度的法律改革。这有可能需在涵盖教育、少年司法和所有替代照料形式等方面的部门专门法律中制定具体的条款。然而，各国必须明确地阐明，关于侵害行为的刑事法条款也适用包括家庭在内的一切体罚行为。这就可能要求缔约国在刑法中制定一项新的条款。然而，民法或家庭法也可列入这样的一项条款，禁止采用一切形式的暴力行为，包括一切体罚。禁止体罚条款强调，当家长或其他照管人被按照刑法起诉时，他们再也不可援用采取（“合理”或“轻微”）体罚的做法，是家长或其他照管人的权利的任何传统的辩护理由。家庭法还应正面强调，家长的责任包括不以任何形式的暴力，为儿童提供适当的指导和引导。委员会也同时指出儿童所处的依赖性地位和家庭成员之间具有的特殊密切关系要求，在决定起诉家长或以其他方式对家庭采进行正式干预时，应极其谨慎小心。委员会认为，只有出于保护儿童免遭重大伤害之所需并符合受影响儿童最大利益时，才可提出诉讼或进行其他正式干预(例如，接走儿童或带走体罚行为者)。

在教育和其他措施中，委员会指出各国必须确保始终不断地向父母、照管者、教师和所有从事与儿童和家庭相关工作的人推行非暴力的关系和教育。家长必须采取尊重儿童参与权方式的照管和教育孩子法。在国家与家长和儿

童之间的所有各个接触点面，保健、福利和教育部门或早期儿童教育机构、托儿中心和学校内树立起推广非暴力形式父母抚育和教育的风气。

2.“联合国秘书长关于暴力侵害儿童问题全球调研”及其报告

2001 年，根据儿童权利委员会的建议，联合国大会通过第 56/138 号决议，请联合国秘书长就暴力侵害儿童问题进行深入研究，并提出建议供成员国审议，以便采取适当行动。2003 年 2 月，独立专家 Paulo Pinheiro 教授受秘书长任命，领导“联合国秘书长关于暴力侵害儿童问题全球调研”，并由此撰写了《联合国研究暴力侵害儿童行为问题独立专家的报告》。

这一调研涉及全世界 100 多个国家和地区，向世人揭示了儿童正在经受和可能受到的暴力侵害，呼吁各成员国审议报告中的建议，并采取行动制止针对儿童的各种暴力行为。Pinheiro 教授的报告首次清楚揭示了各种儿童暴力形式的普遍性——这已经成了每个国家和地区都存在的问题。

此次调研传递的关键信息是：“一切针对儿童的暴力都是毫无理由的；一切针对儿童的暴力都是可以预防的。”正如该报告引言部分指出的：“本次调研应当成为一个转折点，宣告成人对儿童的暴力不再合理——不论这是公认的‘传统做法’还是以‘管教孩子’为借口。反对儿童暴力绝不能有丝毫妥协。”

报告给出了 12 条首要建议，包括加强国家和地方的承诺和行动；禁止所有针对儿童的暴力；预防优先；促进非暴力价值观并提高认识；加强全体儿童工作者的能力；提供恢复和社会融合服务；确保儿童参与；创造便捷、爱幼的报告系统和服务；确保问责并终结有罪不罚；处理针对儿童暴力的社会性别层面；制定并实施系统的国家数据收集和研究以及加强国际承诺。其他一些建议则指出，各国应考虑设立旨在保护儿童权利的儿童专员，或在国家人权机构内设立联络人，同时应负责区域及国际的后续跟进行动。还有建议要求任命一名“联合国秘书长负责处理对儿童暴力问题”的特别代表，担当全球性的倡议者，确保对调研进行后续跟进行动。

2006 年，联合国大会审议了《联合国研究暴力侵害儿童行为问题独立专家的报告》，包括中国在内的联合国各成员国都对这一报告表示欢迎，并在之后的会议中通过了 A/RES/62/141 号决议要求秘书长任命一位负责处理针对儿童暴力问题的特别代表，采取后续行动推动这一研究成果的传播和应用，并保证联合国对这一问题的高度持续关注。2009 年 5 月，Marta Santos Pais 女士被联合国秘书长潘基文任命为秘书长负责处理针对儿童暴力问题的特别代表。

三部门开展老年人生活状况调查
——为制定人口老龄化政策提供支撑

2015 年 1 月 26 日　法制日报　张维

本报北京 1 月 25 日讯　记者张维　民政部今日发布消息称，为全面掌握新时期我国城乡老年人生活状况，全国老龄办、民政部、财政部联合下发了《关于开展第四次中国城乡老年人生活状况抽样调查的通知》（以下简称《通知》），决定在全国范围内展开“第四次中国城乡老年人生活状况抽样调查”。

根据《通知》，各地老龄、民政部门要充分利用调查数据，为各级党委政府统筹制定应对人口老龄化的战略、规划和政策提供科学支撑，为制定本省、自治区、直辖市的老龄事业发展“十三五”规划提供基础数据支持。同时，要充分利用调查数据和成果，建立和完善老龄统计制度。

《通知》指出，此次调查将紧紧围绕老年人生活状况和养老服务需求，重点了解城乡老年人健康、照料护理服务、家庭、经济、社会参与、维权意识与行动、宜居环境以及精神文化生活等方面的状况。

《通知》明确了调查对象为居住在中华人民共和国境内的（不包括台湾省、香港特别行政区和澳门特别行政区）60 周岁及以上的中国公民；调查范围为全国各省、自治区、直辖市和新疆生产建设兵团，涉及 466 个县（区），1864 个乡镇（街道），7456 个村（居）委会，首次实现覆盖全国范围的调查目标；调查样本规模为 22.368 万。此次调查共持续 3 年左右时间，2014 年做好调查前期准备，2015 年组织实施调查，2015 年底整理公布主要数据，2016 年进行数据深度开发。

12 位市政协委员联名呼吁废除遗产继承权公证

2015 年 1 月 26 日　北京晚报

继承遗产必须办理继承权公证，必须提交已经 100 多岁的祖父母、外祖父母的死亡证明，不管他们是否已经去世十几二十年；缴纳继承房屋价值 1%至 2%的公证费，这笔费用可能动辄几万元……针对这一招致百姓反感的规定，来自各个界别的 12 位市政协委员提交联名提案呼吁：高法已经发出指导案例，施行 20 多年的要求当事人办理遗产继承权公证的规定应该废除了。

提交这份提案的委员有蒋耕耘、宗朋、方炎、袁济喜、康军、杨静茂、刘桓、陈小兵、陈颖、朱钢、季茹、冷金花等。

蒋耕耘委员说，目前没有纠纷的简单继承事物必须办理继承权公证，其依据是 1991 年 10 月 1 日实施的《关于房产登记管理中加强公证的联合通知》，这份由司法部、建设部联合发布的通知要求“继承房产应当持公证机关出具的继承权证书”。于是老百姓办理房屋继承手续，即使没有纠纷也只能先到公证处办理继承权公证后才能办理过户手续。其他部门也有类似做法，如 1993 年下发的《中国人民银行关于执行<储蓄管理条例>的若干规定》，要求

“存款人死亡后，合法继承人为证明自己的身份和有权提取该项存款，应向储蓄机构所在地的公证处申请办理遗产继承权证明书。”

“我们调查时发现，继承权公证不但手续烦琐而且花费巨大。”康军委员介绍，“例如公证机构往往要求继承人提交其已经 100 多岁的祖父母、外祖父母的死亡证明等文件，而他们可能二三十年前就去世了，这样的要求超出了普通老百姓的能力范围。除了这些浪费大量时间、精力的要求，如果是继承房屋，办理继承权公证还需要缴纳房屋价值的 1%至 2%的公证费，比如一套价值 500 万元的房子，就要缴纳 10 万元的公证费，对于许多老百姓来说，这都是很大的经济负担，引起了社会各界的普遍不满。”

令人欣慰的是，最高人民法院在 2014 年第 8 期《最高人民法院公报》发出指导案例《陈爱华诉南京市江宁区住房和城乡建设局不履行房屋登记法定职责案》中明确指出，“国家对不动产实行统一登记制度，统一登记的范围、登记机构和登记办法，由法律、行政法规规定。司法部、建设部《关于房产登记管理中加强公证的联合通知》不属于法律、行政法规、地方性法规、规章的范畴，且与《物权法》、《继承法》、《房屋登记办法》等有关法律法规相抵触，不能成为房屋登记主管部门不履行房屋登记法定职责的依据。”

委员们认为，根据这一认定，理应改变目前各个房地产登记部门要求在办理过程中出具继承权公证的做法，因此委员们建议废除要求当事人办理遗产继承权公证的做法。“应在当地房产登记部门、人民银行等财产登记和管理部门、人民法院等司法机构与中华遗嘱库、公证遗嘱信息平台等遗嘱登记部门之间建立信息沟通渠道，查询并认定这些专业机构所登记的遗嘱，及时作出认定并办理继承手续。人民法院可以对接专业性调解组织，将继承案件的诉前调解工作委托给这些组织进行调解，并对调解协议进行司法确认后，由房产登记部门、商业银行协助执行调解协议，简化办事程序，促进家庭和睦。

湖北省在农村土地确权登记中有效保护妇女权益
确保妇女“证上有名，名下有权”

2015 年 1 月 26 日　中国妇女报　姚鹏

日前，湖北省云梦县清明河乡子冈村的 292 户农户领到了新版大红本的《农村土地承包经营权证》。子冈村共有 412 名妇女，在本次土地确权登记中，都明确了自己的土地承包经营权，在大红本上都写上了自己的名字。其中，有 13 名妇女还登记为承包方代表人，成了自己土地的“户主”。据悉，湖北省农村土地承包经营权确权登记颁证试点工作基本完成，14 个整体推进试点县（市、区）、278 个试点村陆续向农户颁发土地承包证，今年这项工作将在全省铺开。

2014 年，湖北省全面开展了农村土地承包经营权确权登记颁证试点工作。在湖北省委、省政府和各职能部门的支持下，各级妇联主动参与此次试点工作，从多个层面落实和保护妇女平等的土地权益，让妇女的平等登记权在土地确权工作中得到了充分体现。

2014 年 4 月，湖北省委办公厅、省政府办公厅下发《湖北省农村土地承包经营权确权登记试点工作方案》，该《方案》明确提出，要有效保障农村婚嫁妇女、入赘男子等特殊群体的合法权益，为在土地承包经营权确权登记中强化妇女的共有人地位，让妇女“证上有名，名下有权”提供了有力依据。

为了从源头上保护妇女平等的土地权益，湖北省妇联积极参与省农村土地确权颁证办公室的工作，省妇联分管主席担任办公室副主任，直接参与全省指导性文件、方案等的起草和讨论，并带队参与全省农村土地确权颁证工作的绩效考核。在《湖北省农村土地承包经营权确权登记颁证试点工作绩效考核方案》中，“家庭承包共有人是否全部登记”被作为考核重点指标，“离婚、丧偶、出嫁等妇女土地权益受侵害，引发恶性案件或群体上访事件的”被纳入关键事项否决条款。

此外，湖北省妇联还下发了《关于在参与农村土地承包经营权确权登记颁证试点工作中维护妇女权益的通知》，要求各级妇联对接进入本级工作专班，推动本地相关政策中对维护妇女土地承包权有具体规定、举措和步骤。目前，武汉、襄阳、荆门、随州等地妇联均进入了工作专班，14 个整体推进试点县、区妇联、试点地区的乡镇妇联、试点村妇代会都进入了同级工作专班，参与联合行动，在宣传发动、入户登记、调解纠纷等方面发挥了重要作用。在云梦、崇阳、随县等整体推进试点县，当地农业部门与妇联共同梳理确权工作中遇到的矛盾纠纷，提出指导性意见，通过以会代训、编入当地《土地确权工作手册》等方式，指导试点村处理好妇女离婚、再婚、丧偶、出嫁等特殊问题。孝感市妇联则邀请经管局领导为全市基层妇联干部做培训，从工作中遇到的实际案例引出农村土地承包的历史脉络、农村土地承包法的相关规定和本次确权工作中的具体做法。

据了解，为提高农村妇女对土地确权政策的知晓度，湖北省妇联特地印制了 5000 册《农村土地承包经营权确权登记中妇女权益保障工作指导手册》，在全省三八妇女维权周“法律六进”活动、“12·4”宪法宣传日、法制宣传日活动中大张旗鼓地宣传相关法律法规。各级妇联也在试点地区重点宣传、解释土地确权政策，提高农村妇女的知晓度，增强她们维护权益的自觉性和主动性。

男子求复合不成找人冒充前女友办结婚证

2015 年 01 月 28 日　现代快报　胡涓

向前女友求复合不成，海门男子沈某竟做出找人冒充“前女友”办理结婚证的荒唐事。当事人李某得知自己无

缘无故“被结婚”，一怒之下将当地民政局告上法院，要求撤销这张无中生有的结婚证。近日，南通市港闸区人民法院依法公开审理了该案。

沈某今年 24 岁，两年前他经人介绍认识了李某，两人交往一段时间后不了了之。此后，沈某有过一段短暂的婚姻经历，离婚后的沈某又主动联系上李某。见李某对其反应冷淡，沈某大伤脑筋。

2014 年 10 月的一天，沈某在浏览网页时看到这样一条新闻，说有人拿伪造身份证、户口簿成功办理了结婚证。沈某看后便动起歪念，利用自己弟弟女朋友杨某的照片，加上之前掌握的李某的身份信息，在网上找人制作了一张假身份证及户口簿，再带上杨某去领证。2014 年 10 月 24 日，沈某在海门市民政局顺利领到了他与李某的结婚证。李某得知此事后一气之下将海门市民政局告上法院。海门市民政局认为自己登记程序合法，并已尽到审核职责，李某证件是否系伪造需要以公安机关查明事实为准。

法院审理认为，法院所审查的是被告民政局被诉具体行政行为的合法性，并不以沈某伪造证件是否被追究刑事责任为前提。李某与沈某的当庭陈述一致，这证明李某当日未到海门市民政局办理婚姻登记手续，而沈某与杨某则在公安机关供述了两人实施虚假婚姻登记的事实。此外，被告民政局在办理登记过程中并未尽到审慎审查职责，存在明显疏忽。

最终，法院判决撤销被告海门市民政局为沈某、李某登记的结婚证。沈、杨二人因涉嫌伪造居民身份证罪也被立案侦查。

（原标题：女子“被结婚”，状告民政局）

遗产继承权公证制度的废与除

2015 年 1 月 27 日　警法时空

导言

继承遗产必须办理继承权公证，必须提交已经 100 多岁的祖父母、外祖父母的死亡证明，不管他们是否已经去世十几二十年；缴纳继承房屋价值 1%至 2%的公证费，这笔费用可能动辄几万元……

新闻回顾日前，在北京市两会上，来自各个界别的 12 位北京市政协委员提交联名提案，呼吁废除要求当事人办理遗产继承权公证的规定。

根据现有法律规定，继承遗产必须办理继承权公证，必须提交已经 100 多岁的祖父母、外祖父母的死亡证明，不管他们是否已经去世十几二十年；缴纳继承房屋价值 1%至 2%的公证费，这笔费用可能动辄几万元……

针对这一招致百姓反感的规定，12 位北京市政协委员提交联名提案呼吁：最高法已经发出指导案例，施行 20 多年的要求当事人办理遗产继承权公证的规定应该废除了。

政策解读

1、继承权公证制度的法律依据是什么？

蒋耕耘委员（提案人之一）：目前没有纠纷的简单继承事物必须办理继承权公证，其依据是 1991 年 10 月 1 日实施的《关于房产登记管理中加强公证的联合通知》，这份由司法部、建设部联合发布的通知要求“继承房产应当持公证机关出具的继承权证书”。

其他部门也有类似做法，如 1993 年下发的《中国人民银行关于执行的若干规定》，要求“存款人死亡后，合法继承人为证明自己的身份和有权提取该项存款，应向储蓄机构所在地的公证处申请办理遗产继承权证明书。

2、遗产继承权公证制度主要有哪些弊端？

康军委员（提案人之一）：继承权公证不但手续烦琐而且花费巨大。例如公证机构往往要求继承人提交其已经 100 多岁的祖父母、外祖父母的死亡证明等文件，而他们可能二三十年前就去世了，这样的要求超出了普通老百姓的能力范围。

除了这些浪费大量时间、精力的要求，如果是继承房屋，办理继承权公证还需要缴纳房屋价值的 1%至 2%的公证费，比如一套价值 500 万元的房子，就要缴纳 10 万元的公证费，对于许多老百姓来说，这都是很大的经济负担，引起了社会各界的普遍不满。

3、未来遗产继承权公证制度的发展趋势是什么？

康军委员：最高人民法院在 2014 年第 8 期《最高人民法院公报》发出指导案例《陈爱华诉南京市江宁区住房和城乡建设局不履行房屋登记法定职责案》中明确指出，“国家对不动产实行统一登记制度，统一登记的范围、登记机构和登记办法，由法律、行政法规规定。司法部、建设部《关于房产登记管理中加强公证的联合通知》不属于法律、行政法规、地方性法规、规章的范畴，且与《物权法》、《继承法》、《房屋登记办法》等有关法律法规相抵触，不能成为房屋登记主管部门不履行房屋登记法定职责的依据。

问题目前我国对于继承遗产、特别是不动产，为什么规定需要公证？公证的时候，为什么当事人往往发现按照规定办理时，准备材料很难、很费神？　如何改革？节目直播

遗产继承权公证制度的废与除

主持人：姚博

时间：2015 年 1 月 28 日

地点：北京交通广播《警法时空》

老公、老婆，婚前、婚外！婚姻的未来是什么？

2015 年 1 月 27 日　科学公园　　赛先生

婚姻是学术界和社会大众都普遍关注的一个话题。近几十年来，中西方的婚姻模式都发生了巨大的变化，包括初婚年龄上升、同居现象日益普遍、结婚率下降、离婚率上升、未婚生育增加……这些变化引发了学术界对于婚姻前景的热烈讨论。早在 2004 年，美国极负盛名的专业期刊《Journal of Marriage and Family》就专门刊发了一组有关“婚姻及其未来”的学术文章。其中，家庭社会学领域最有名的美国学者之一 Andrew Cherlin 的论文《The Deinstitutionalization of American Marriage》被广为引用。

在这篇论文里，作者谈到了美国婚姻的变迁。作者认为，美国婚姻经历了一系列的“去制度化”过程（deinstitutionalization），即规定夫妻行为的社会规范的约束力在过去的几十年中逐渐变弱。具体的例子包括同居的增加以及同性婚姻的出现。

为什么婚姻会经历去制度化的过程？作者认为，这和社会变迁所导致的婚姻意义的变化密切相关。在美国，20 世纪 50 年代以前，美国的婚姻主要是制度化婚姻（an institution）。也就是说，通过婚姻而形成的家庭给人提供性交和繁衍后代的合理场所。换句话说，婚外性行为、未婚生育都是不被社会认可的。从 20 世纪 50 年代开始，婚姻逐渐由一种制度化关系变成了一种基于相互陪伴的关系(a companionship)。夫妻双方应当是对方的朋友、恋人，而对伴侣这样的要求在以前的制度化婚姻里是几乎不存在的。当时美国正处于第二次世界大战结束后的经济繁荣期，丈夫赚钱养家，妻子做全职家庭主妇是当时最主流的家庭角色分工模式。夫妻的主要精力集中在经营包括他们孩子在内的核心家庭，而且他们对婚姻关系的满意程度主要取决于他们自己以及配偶是否扮演好了各自在婚姻中的“角色”、是否履行了各自的责任和义务（如男人赚钱、女人顾家等）。从 20 世纪 60 年代开始，“陪伴式”婚姻在美国也渐渐失去主导地位。女性受教育程度提高，她们和男性一样在外工作、赚钱养家，相应地，妻子和丈夫在婚姻中的“角色”和责任就变得比较灵活，而且可以协商了。当人们开始评估他们对婚姻是否满意时，他们更多地关注的是他们自己是否在婚姻中有所成长，他们的想法、感受是否在婚姻中得以表达。这时，婚姻已经从“陪伴式”婚姻转变成“个人化”婚姻(individualized marriage)。个人化婚姻强调人的自我成长，即每个人应该发展独立、有成就感的自我，而不是仅仅为了伴侣而牺牲自己。同时个人化婚姻强调当遇到问题时，夫妻之间的沟通和坦白是必不可少的。

这几次婚姻意义的转变直接体现的是人们企图从婚姻中获取的东西发生了改变。现在人们较少关注自己是否扮演好了社会认可的角色（比如称职的父母或忠诚/有牺牲精神的配偶）。相反，人们希望获得的是个人的成长和深层次的亲密感。这种亲密感是通过坦诚相见的沟通以及与配偶分享内心的感受而达成的。因此，在婚姻去制度化的过程中，有关家庭和因为家庭而约束个人生活的社会规范逐渐变弱。相反，个人选择和自我成长是他们维系婚姻关系的主要目标。

这时，就有一个疑问了：人们到底为什么还要结婚？虽然美国目前的结婚率较 20 世纪中期有所下降，但一项近期的研究表明接近 90%的美国人最终都会结婚。80%的年轻人都期待自己会结婚，并且这个比例一直保持稳定。那么到底为什么同居伴侣仍然倾向于选择结婚而不是一直同居呢？作者认为婚姻的主要功能在于提供可强制的信任（enforceable trust）。婚姻仍然要求夫妻双方有一个公开的对长期关系的承诺。而同居关系则仅仅需要伴侣之间私人的承诺，因此比较容易破裂。与此同时，虽然婚姻的实际意义（practice importance）减小了，但婚姻的象征意义（symbolic importance）依然存在甚至变得更强了。婚姻已经发展成为一种象征社会地位的指标。人们通常只有在获得了稳定的职业、积累了一定的存款之后才选择结婚。人们的婚礼也越来越盛大，因为他们企图通过婚礼仪式、买房、购买其他家庭生活设备来向其他人证明他们已经获得了一种有声望的、舒适的、稳定的生活状态。以前，人们是先成家后立业，但现在经济基础往往是婚姻的先决条件。现在，婚姻已经成了人们在人生发展巅峰时才会做出的选择。

婚姻的未来是什么？作者提供了三种设想。第一，婚姻逐渐重新制度化，即变回 20 世纪中期的那种婚姻关系模式。但作者认为这样的可能性非常小。第二，婚姻维持现状，即婚姻仍然是去制度化的，但保持普遍，并且区别于其他的两性关系形式。但作者怀疑目前去制度化的婚姻模式在美国可能无法维持很长时间。这就导致了第三种可能性，婚姻逐渐消失，即由于制度化的惯性很多人仍然结婚，但人们也逐渐意识到婚姻不是非常重要。究竟婚姻的未来是什么？让我们拭目以待吧。

八、异域资讯

巴西共同监护子女法本月生效
减少对簿公堂现象有效节约司法资源

2014 年 12 月 30 日 法制日报　翟峰

近年来,巴西的离婚率居高不下,而伴随婚姻破裂而来的往往是离婚双方对于子女监护权的争夺,此类冲突经常需闹上法庭才能得以了结,这样的案件占用了巴西大量的司法资源。

12 月 23 日,巴西父母共同监护子女法案在前一天经巴西总统迪尔玛·罗塞夫签署后正式生效。这一法案的施行预计将显著减少因争夺子女监护权而对簿公堂的案例,也能够大量节约司法资源。

共同监护子女比例逐年增加

在 2011 年，巴西离婚件数达到 351153 件，比前一年增加了 45.6%，这一数字也是巴西统计局（IBGE）自 1984 年有相关记录以来所统计的最高数字。尽管上述数字只反映了巴西离婚件数的增加，但实际上，关于子女监护权的争夺也随之增加。

在巴西所有已生育的离婚夫妇中，孩子的监护权归属于母亲的比例高达 87.3%。然而自 2011 年开始，夫妻双方离婚后，夫妇双方共同拥有监护权的比例也在增加中。所谓共同监护权，是指离婚或分居的父母双方共同抚育其未成年子女的一种抚养方式。

在 10 余年前，如在 2000 年，巴西夫妇在离婚后共同监护子女的比例非常低，只有 2.7%左右，在 2010 年，这一比例也只有 5.5%，然而随着观念的变化，这一比例也在逐年增加中。

共同监护法案已经生效

12 月 23 日，巴西父母共同监护子女法案被公布并于当日正式生效。此前一天，法案获得巴西总统迪尔玛·罗塞夫签字批准。

新的父母共同监护子女法案规定，即便父母在子女的监护权上没能达成一致，双方也将能够同时获得孩子的监护权。该法案还规定，单方监护仅是在另一方放弃获得孩子监护权利的情况下或者是法官认为另一方不应获得监护权的情况下才能予以批准。

根据新法，在父母共同拥有监护权的情况下，子女与父母双方相处的时间应该是均衡的。父母双方有责任对子女的抚养及教育问题、出国旅行、迁移等事宜共同作出决定。不过新法也规定，需要由法官来决定孩子所生活的城市，以选择对未成年人成长最有利的地点。

此前，根据巴西法规并受传统观念的影响，在大多数情况下，夫妻离异后未成年子女的监护权都会归属于母亲，但近 10 年来由父母共同行使这项权利的比例已有所提高，在父母共同监护子女法案于今年底正式生效后，这一比例还将持续增加。

俄罗斯反家暴法案有望出台

2014 年 12 月 30 日　法制日报　张春友

俄罗斯家庭暴力问题严峻，长期缺乏相关领域的法律保障使得家暴问题逐渐成为社会棘手问题，引发俄国内法律界人士和女权组织的多次抗议。今后这一情况或将得以扭转：俄罗斯关于反对家庭暴力的相关法律提案已在进行专家评审，并有望于近期提交国家杜马（议会下院）审议。该法案如能顺利出台，将极大地改变目前俄罗斯家庭暴力频发的现状，有力地保障俄罗斯妇女在家庭生活中的权益和地位。

俄家暴问题较为普遍

家暴已经成为俄面临的最为严峻的社会问题之一，而女性、儿童往往是家庭暴力频发的的直接受害者。除了身体上的暴力，许多俄罗斯妇女在家中还遭受着精神、经济和性方面的暴力。近年来，俄罗斯婚内强奸案平均每年上升 10%。

据俄《劳动报》报道，每隔两秒种就有一名俄罗斯男人动手打妻子或女友，而全俄有三分之一的妇女生活在家庭暴力的阴影之下。俄《消息报》的调查结果显示，俄每天有 3.6 万名妇女遭到丈夫或男友的殴打，每年更有多达 1.4 万名妇女死于丈夫或男友之手。俄罗斯科学院调查数据显示，18%的俄妇女经常遭到丈夫殴打，而超过 40%的妇女至少被丈夫或男友殴打过一次。

在俄罗斯，家庭暴力除了对妇女造成身心伤害外，近年来针对未成年儿童的侵害也呈上升趋势，每年有超过 10 万名儿童成为家暴的牺牲品，5 万多名未成年人因此离家出走，他们中的多数最终流浪街头，成为各种社会问题的潜在目标人群。虐待未成年人已成为俄罗斯严重的社会问题之一。

反家暴领域尚未立法

俄罗斯妇女遭受家庭暴力的情况呈现日益恶化的趋势，每年有 1.4 万名妇女死于家庭暴力，但俄至今没有惩处家庭暴力、保障妇女权益的相关法律。

目前，俄罗斯保障妇女权益的首先是宪法。俄宪法第十九条第三款规定：男女拥有同等的权利和自由并拥有实现权利和自由的同等条件。在俄其他法律中，与家庭暴力关系最为密切的条款包括虐待罪（判处 3 至 7 年监禁）和威胁谋杀罪（判处 2 至 5 年监禁）等。虐待罪指系统地对人进行心理和生理伤害。对家庭暴力案件而言，取证困难，较难适用。

根据俄现行法律，执法机关只有在受害人主动申诉之后才能对家庭暴力案件进行立案和处理。否则，执法机关即使知道某个家庭存在暴力问题也无权进行干涉。除非在家庭暴力中出现了重伤或死亡等极端恶性事件，俄执法机关很少也很难主动介入家庭暴力问题的处理。根据以往案例，当警察确认恶性伤害甚至造成死亡时才将家庭暴力事件作为刑事案件立案侦查，但那时往往为时已晚。

根据俄现行法律，人身伤害案件属于非公诉案件，受害人本人担任控方，这意味着受害人要自己决定是否起诉，自己出钱请律师和搜集证据。由于家庭暴力往往发生在家庭内部的封闭环境内，难以找到证人，这也增加了取证的难度。在现实生活中真正对家庭暴力实施者进行惩罚的案例并不多，而希望借助法律手段保护自身权益的俄罗斯妇女也往往四处碰壁，甚至受到执法机关人员的嘲笑。

针对对未成年人实施的犯罪和家庭暴力，俄出台了《保障俄罗斯联邦儿童权益法》修正案，但根据该修正案，只有出现儿童死亡或重度受伤的情况，其父母才会受到法律的追究。

俄女性为何“忍受”家暴

除缺少相关法律保护外，传统观念影响、法律意识淡薄、惧怕离婚等因素都成为助长家暴发生的原因。

第一，受传统观念影响，俄民众对家暴危害认知不足。历史上，俄罗斯受父权观念和男性统治地位等思想影响并根深蒂固，大部分饱受家庭暴力侵害的妇女都采取了忍让和沉默的态度。直到今天，很多俄罗斯人仍然认为家庭暴力不过是一种普通的社会现象而已。有民意调查显示，42%的受访者默认家庭暴力是“内部事务”，认为是可以理解和原谅的；48%的男人坦言女人该打。颇具讽刺意味的是，调查中有 28%的女性也认同这种观点。

第二，俄罗斯妇女法律意识淡薄，不懂得用法律手段保护自己。在俄罗斯，很多妇女受到家庭暴力侵害后根本不会想到去报案，很多人甚至不知道丈夫在家中殴打自己是违法行为。不少执法者甚至是受害者亲属在处理家庭暴力事件时都不主张通过司法手段解决，认为“家丑不可外扬”。

第三，经济依赖性强，担心离婚后老无所依。据联合国人口统计年鉴的数据，自 2000 年以来，俄罗斯是世界上离婚率最高的国家之一。民调显示，上世纪 90 年代，俄罗斯人离婚的主要原因是酗酒、吸毒、没有孩子及长期两地分居等；而最近 10 年来，另有新欢或感情破裂成为了离婚的主因。受此影响，俄罗斯有约 30%的年轻人不愿结婚，宁可选择同居生活。

反家暴提案正在评审

在俄罗斯，妇女在家庭中受到来自丈夫或男友的家暴比例是美国的 2.5 倍、西欧国家的 5 倍，三分之一的妇女有过遭遇家暴的痛苦经历，所有针对女性的严重犯罪有 30%至 40%发生在家庭中。面对国内愈演愈烈的家暴问题，俄司法界人士呼吁必须制定一部反家庭暴力法，并强制司法机关保护受到家庭暴力侵害的妇女。

今年 11 月 25 日，也就是联合国确定的“消除对女性的暴力行为国际日”当天，在俄罗斯圣彼得堡市小花园街举行了反对家庭暴力的抗议活动，抗议活动甚至收集了给总理梅德韦杰夫的签名，希望俄政府尽快出台反对家庭暴力的法案。目前，来自弗拉基米尔区的议员安东·别良科夫正在从事有关反对家庭暴力问题的文件起草工作。他计划借鉴国际上的经验，并把心理伤害和经济压力列入新的法案中，建立对家暴受害人全面的法律保障体系。

俄罗斯“安娜”国家预防家暴中心主任、俄劳动和社会保障部性别问题协调委员会成员玛丽娜·皮斯克拉科娃指出，应区分家庭冲突和家庭暴力的区别:家庭冲突源于日常生活琐事，一般有具体内容，不以武力作为解决问题的手段，家庭冲突最终能够调和或解决；家庭暴力源于一方对两性权力的掌控欲，即一方通过暴力手段压制另一方，具有反复性和隐蔽性，难以调和或解决。皮斯克拉科娃强调，俄罗斯针对反家暴立法、协调家庭关系早有共识。目前，俄相关的反家暴提案正在进行最后一轮专家评审。该提案内容借鉴了俄罗斯本国和其他国家的经验，并采纳了联合国的相关建议，有望于近期提交俄国家杜马审议。

沈殿霞与郑欣宜遗产协议曝光

2015 年 1 月 4 日　网易娱乐 晨光洒满我屋

网易娱乐 1 月 4 日报道 据香港媒体报道，2008 年肥姐沈殿霞离世，外界以为郑欣宜火速接收母亲 6 千万遗产。不过事实原来并非如此。记者收到可靠消息，指肥姐临终前与欣宜达成协议，找律师立下遗嘱，规定欣宜要 35 岁后才可动用遗产，之前她每月只能从基金中提取约 2 万元的生活费。肥姐此举是怕女儿年幼，未识理财，更重要是希望女儿做个有用的人。

痛失母爱的欣宜，坦言几年间除了面对孤单外，也渐渐学习理财。不过甚有骨气的她，就算最困难的时候也未想过求助父亲。她忆述：“试过户口得番 26 蚊。因为工作经常出埠的秋官郑少秋，与三个女儿聚少离多，难怪看不住个女。近日细女郑咏恩被拍下平安夜沟两男，秋官真是好头痕，犹幸大女欣宜却非常生性。入行数年的欣宜，自从签了萧定一之后，工作量比以前多了，收入稳定了。早前更首次为王贤志代理的产品拍电视广告，赚得三十万，是入行以来最高的酬劳。欣宜说会储起它用来置业，不会乱花。

外界一直以为欣宜已接收肥姐六千万遗产，成为小富婆，但事实并非如此。“当年肥姐约欣宜同律师见面，在律师见证下，肥姐同欣宜讲，若妈咪将来有什么事，所有遗产要待她三十五岁才可动用。肥姐话惊欣宜后生会乱花，当时眼红红嘱咐欣宜，话要她做个有用的人，要她工作，不可以懒。欣宜听到妈咪这样讲，都忍不住一边喊一边叫妈咪放心，还话会照顾自己，不会乱使钱。所以欣宜每个月只可以从遗产基金提取二万块帮补生活。”知情者说。

台湾男子将女儿房子赠自己 女儿成年后状告父亲胜诉

2015 年 01 月 05 日 来源：中国新闻网

中新网 1 月 5 日电 据台湾《联合报》报道，许姓女子自幼由外婆扶养，外婆担心她长大无依无靠，赠与名下房屋；但许女父亲在离婚取得她的监护权后，竟先将房屋赠与自己母亲，再赠与自己。许女成年后对父亲提告，新北地院判决胜诉，房屋所有权应恢复为她所有。

新北市许姓女子是家族中的长外孙女，与外婆感情甚佳，外婆在 2004 年将名下一栋房屋赠与她，希望她成年后有地方可住；许女从小便与外婆约定，等她有经济能力时，要将外婆接到家中照顾，报答养育之恩、共享天伦。

后来许女与父母、弟妹均住在外婆赠与的房屋内，直到许女的父母离婚，但父亲在 2012 年 7 月许女年满 20 岁

前，先以监护人身份将房屋赠与许女祖母(许父的母亲)，隔月再赠与自己；许女直到亲戚告知，才知道房屋已在父亲名下。

许女去年提告，主张父亲一直觊觎她的房子，希望出租获利，她拒绝后，父亲竟恶言相向、断绝经济援助；后来父亲悄悄移转房屋，严重侵害她的所有权，因此要求恢复为她所有。

许父辩称，这栋房子原来是前妻哥哥所有，前妻哥哥积欠了大笔债务，他帮忙偿债三百多万元(新台币)；前妻哥哥后来过世，许女外婆为了还他代垫款，借名登记在女儿名下，其实是要给他的。他也提出地价税、房屋税缴纳收据、房屋所有权状正本等文件，证明房屋一直都是他在管理。

法官指出，许父无法证明他代为偿还前妻哥哥的债务，而其他规费收据、权状，被许女反驳均是外婆缴纳后寄放在她家，父亲却取走声称房屋是他管理，所谓借名登记难以采信。

法官认定，父亲只有在为了未成年子女利益的前提下，才有权处分子女财产；许父所为不但使女儿未获得任何利益，还丧失房屋所有权，其处分行为无效。

边控拦截雷厉风行 澳门“老赖”无处遁形

2015 年 1 月 9 日 香洲法院

近日，香洲区法院执行法官通过边控强制措施，在拱北口岸依法拦截了一名澳门“老赖”，成功执行了一件拒绝退还中介费用的执行案件。

潘某系澳门永久居民，与刘某因房屋买卖合同纠纷发生争议，潘某收取刘某房屋中介费用人民币 3 万元拒不退还，刘某无奈诉至法院。法院判决潘某退还刘某房屋中介费用人民币 3 万元，但是潘某拒不自行执行。刘某虽然官司赢了，但是在执行过程中却遭遇到了困难。

通常对于拒不执行的的被执行人，法院的执行法官通过查询、冻结被执行人的财产，然后进行拍卖等程序进行执行，但是在本案中执行法官查询了潘某在珠海市所有的银行、车管所、房产登记中心的财产线索，结果也是一无所获。通过认真调查，执行法官得知潘某常年居住澳门，在珠海没有经常居住地，也没有大陆的联系方式，难以找到被执行人，潘某因此成为一个“行踪神秘”的被执行人。

正当案件陷入僵局之时，执行法官根据案情改变策略、另辟蹊径，变查找可供执行财产为查找被执行人，想办法揪出这个“神秘”的被执行人。考虑到珠澳两地居民来往密切，澳门居民常过关来珠海购物游玩，于是执行法官与出入境管理部门联系，依法启动“边控”程序，布下一张“边控”大网，静待潘某自投罗网。

最终，神秘的被执行人潘某露面了。在 12 月份某个深夜，珠海寒风凛凛，潘某再次在拱北口岸边境出现，被珠海拱北口岸边检扣住。香洲区法院执行法官将潘某带往法院，先对潘某详细介绍案情，告知其应当履行的法律义务，然后苦口婆心的对其做思想工作，耐心说服教育，并告知潘某其拒不履行生效判决而应承担的不利法律后果，在履行法院判决义务之前将对其限制出入境。潘某经法官教育，认识到其拒不执行的错误并立即通知其家人将 3 万元现金送至法院，亲手交到申请人刘某手中。法官从接到通知出发到与边检办理交接手续再到将其带往法院，前后仅仅用了不到 40 分钟。

法官点评：根据最高院、最高检和公安部联合下发的《关于依法限制外国人和中国公民出境问题的若干规定》，边境控制措施是指法院与出入境部门合作采取限制已入境的外国人出境或者限制中国公民出境的措施。边控是法院对经常过关来往大陆与港澳的“老赖”进行查扣的行之有效的执行措施，对于长期蛰伏港澳的港澳籍被执行人的效果尤为有效。珠海毗邻港澳，在构建法治社会、诚信社会的过程中，今年以来，香洲区法院加大与出入境部门的合作，依法采取边境控制措施 20 余人次，对过关来往大陆与港澳的“老赖”进行有效查扣。法院利用边控这张无形大网，让执行“老赖”无处遁形，保障申请执行人的合法权益，维护了公平正义，树立司法权威。

台湾女子离婚与丈夫争监护权 只想养长女败诉

2015 年 1 月 5 日 中国新闻网

中新网 1 月 5 日电 据台湾《联合报》报道，一对去年底达成离婚协议的夫妻，为了年幼子女的监护权相持不下，互相提告。母亲只想要长女的监护权，父亲则要求拥有两名子女的监护权；新北地院考虑父亲提供的成长环境较佳、手足不宜分离，判决父亲胜诉，子女监护权均由父亲担任

新北市一对夫妻在 2007 年结婚，去年 3 月开始，妻子要求离婚并带走长女，丈夫不同意；到了 6 月，妻子先提出离婚与监护权诉讼，隔月丈夫也提告，双方达成离婚共识。

法官考虑母亲只要求长女监护权，将导致手足分离，父亲却有意愿照顾两人，而孩子从小在父亲住家长大，有祖父母同住亦不会有独处危险；加上双方为了离婚，互相指责、争吵，已难以共同监护子女，认定监护权由父亲单独行使、负担，较符合子女最佳利益。

美国华人男子帮 6 岁女儿洗澡遭传唤听证会

2015 年 1 月 16 日 人民网

人民网 1 月 16 日讯 据美国《星岛日报》消息，纽约华人李先生因替幼女洗澡被纽约市儿童局传召听证。有专家建议，考虑到美国法律极为保护儿童尤其是性方面的隐私，因此在美国的华人父亲最好不要在女儿年满 6 岁之后帮女儿洗澡。

纽约布鲁克林的李先生与妻子养育了三个女儿。1 月 11 日，6 岁的大女儿所在学校向纽约市儿童局报告其遭母亲体罚之事，后者以伤害子女为由将三个女儿带走并暂时交给寄养家庭看管。儿童局工作人员从大女儿处得知，李先生曾独自给其他女儿（6 岁）洗澡，于是传召李先生出席听证会“就‘洗澡事件’作出解释”。

有律师表示，美国没有明确的法律条款禁止父亲帮女儿洗澡，但禁止父母对子女有不当的触摸。华策会布鲁克林分会家庭协调员李江华称，孩子长到六岁后，最好就不要让异性的父亲或母亲帮助洗澡了，否则就会引来麻烦。

韩国社会的“大男子主义”是否依然存在？

2015 年 1 月 23 日　　韩中法律新闻

随着韩剧在中国的热播，韩国的家庭生活模式也被展现在观众面前。韩剧中的“大男子主义”一定令不少观众印象深刻。现实中的韩国社会是否依然存在“大男子主义”呢？

韩国统计厅 1 月 7 日发表了《2014 年韩国社会动向》的报告，研究人员对来自韩国、日本、英国、德国、法国、法国、瑞典、挪威、芬兰、丹麦、墨西哥、菲律宾和台湾等 12 个国家及地区年满 20 岁的已婚男女进行了调查，发现韩国夫妇公平分担家务活的比率只及北欧的一半。

此调查包括做饭、清洗衣物、打扫房屋、购置生活用品、照顾生病的家人以及修理各种家具等 6 个项目。12 个国家及地区的排名顺序根据项目差别虽然有所不同，但是总体来说，在分担家务活时，日本男性最为疏忽，其次为韩国男性。

这 6 个项目之中，12 个国家及地区唯独在“修理各种家具”这一项目上普遍交由男性负责。但韩国“修理各种家具”交由女性负责的比率为 21.7%，在 12 个国家及地区中位居第一。

此外，2010 年韩国统计厅曾公布的《2009 年生活时间调查》显示，韩国成年男性做家务的时间比 5 年前有小幅增加，但女性做家务时间仍然多于男性。夫妇二人都要出去工作的双薪家庭也不例外，家务的担子大部分都落在女性身上。

由此可见，“大男子主义”依然存在于韩国当代社会中。研究者表示，在日本和韩国，大部分人有一种固定观念——由男性负责赚钱养家，女性负责照顾家庭。正是由于这种固定观念的存在，才导致了这样的调查结果。

另外一种观点认为，“大男子主义”虽依然存在，但与以前相比已有很大改善，一般现代韩国男性是会主动帮助女性分担家务的。一位嫁到韩国的中国女性告诉记者，其实生活中并未感觉到非常明显的“大男子主义”，由于两人都要工作，所以家务活也是一人一半。但由于长辈脑海中依然存在着一些保守观念，所以“大男子主义”在长辈面前更加明显。

南非总统长子拒交抚养费被诉逮捕 半年仍未执行

2015 年 01 月 26 日　中国新闻网　宋方灿

中新社约翰内斯堡 1 月 25 日电(记者 宋方灿) 南非总统雅各布•祖马长子爱德华•祖马去年因不交私生子的抚养费而被起诉，不过警方得到法院签发的逮捕令后却并未执行，以“逮捕令丢失”等理由搪塞，致其“逍遥法外”多半年。

南非《星期日独立报》1 月 25 日报道称，39 岁的爱德华与一位 40 岁的女子有一名私生子，因爱德华拒交孩子的抚养费，该女子一怒之下于去年 1 月份将其告上法庭。虽然法院从当年 3 月 6 日开始连续发出 7 张出庭传票，但爱德华和其律师一直没有回应。去年 6 月 23 日，彼得马里茨堡一家法院签发逮捕令，要求将爱德华绳之以法。

负责执行逮捕令的是德班北警察局，爱德华的住宅就在他们的辖区。不过，尽管孩子母亲三番五次地督促警察执行，但此事却如石沉大海。有一次被逼问得太急，警方说“逮捕令丢了，正在重新复制”，但此后又没有了下文。

在接受媒体采访时，爱德华对此事却表示了“惊诧”。他表示，自己从来没听说过传票和逮捕令的事情。“是的，你问的那个是我的儿子。我一直像自己的孩子一样待他。我和他住在一起，也许是孩子的母亲因有所企图而生气。”他告诉媒体。

不过，孩子母亲却反驳了他的说法：“爱德华从来没有管过孩子，他知道那是他的孩子，也来看过。我好几次让他和我分担孩子的学费，但他并没有理睬。我告了他一年了，他却依然没有受到法律的制裁，这是不公平的。”

此事一经媒体报道，引起广泛关注。夸祖鲁-纳塔尔省警方表示，他们将关注此事。警方还表示，他们就此事问过负责批捕警察局的局长，不过该局长称“毫不知情”。

在去年 8 月南非妇女节期间，祖马总统曾呼吁父亲们自觉自愿支持他们的孩子，而不要等到政府或法院干涉。“他们有责任那么做，”祖马当时说。

73 岁的祖马曾结婚 6 次，除了一名妻子自杀、一名妻子与其离婚，他目前有四位妻子和 21 个子女。在爱德华成为被告的几乎同时，祖马的另一个儿子杜杜扎内去年 2 月驾驶一辆保时捷跑车与一辆出租巴士相撞，导致 1 死 2 伤，也被告上法庭。(完)

(原标题：南非总统长子拒交抚养费 逮捕令下达半年无人执行)

九、学者、法官、检察官、律师、媒体视点、公证专题

（一）理论学术动态、学者观点

论苑 | 涉外收养应保障儿童权益

2014 年 12 月 31 日　上海法治报　瞿琨

我国涉外收养的国内立法位阶不高，内容与相应的国际公约之间存在较大距离,在法律适用上具有较大漏洞，应杜绝不合乎规定和程序的涉外收养。

我国现行涉外收养法律与制度主要存在以下问题：涉外被收养儿童的人数尚不明确；涉外收养缺乏有效的监管制度；涉外收养收费执行混乱。

涉外收养全球化趋势值得关注，其中“儿童利益最大原则”是核心，建议建立涉外收养事前实质审查制度，并健全涉外收养事后跟踪调查和回访制度。

名词解释

涉外收养，又称为跨国收养或国际收养，指的是收养人与被收养人至少有一方具有他国国籍或在外国拥有住所或居所的收养。我国的涉外收养始于 20 世纪 70 年代末，自 1996 年“中国收养中心”（简称“中心”）成立，目前已与 17 个国家建立长期稳定的跨国收养关系。

文| 瞿琨

现行涉外收养立法与条件

我国目前没有专门的涉外收养立法，现行涉外收养的国内立法主要有：　《中华人民共和国收养法（修正）》（简称《收养法》）、民政部　《外国人在中华人民共和国收养子女登记办法》　（简称　《登记办法》）、司法部　《关于贯彻执行<中华人民共和国收养法>若干问题的意见》、《涉外民事关系法律适用法》；　我国还加入了　《跨国收养方面保护儿童及合作公约》、　《儿童权利公约》，此外，联合国大会第 4 1 / 8 5 号决议于 1986 年 12 月 3 日通过了　《关于儿童保护及福利、特别是国内和国际寄养和收养办法的社会和法律原则宣言》。总的来看，我国涉外收养的国内立法位阶不高，内容与相应的国际公约之间存在较大距离,在法律适用上具有较大漏洞，因此，在收养实践中很容易发生问题。

现行立法规定了涉外收养的具体条件和程序，主要包括三个方面：

首先是外国收养人的条件。　《收养法》　第 21 条已有规定。值得关注的是两类特殊的外国收养人：

一是单身外国人在华收养子女。从理论上说，单身外国人包括单身男性，如果符合其所在国的收养人规定，也符合　《收养法》　的规定，现行法律没有禁止单身外国人在华收养子女，但从有利于被收养儿童身心健康发展的角度考虑，应优先安排外国双亲家庭在华收养子女；对单身男性收养女童的，应加强收养前的审查。

二是外国同性恋者在华收养子女。随着其他国家允许同性婚姻合法化，就会出现这种情况，但这不符合我国的社会公德，根据　《收养法》　关于收养不得违背社会公共利益的原则，外国同性恋者不得在我国收养子女。

其次是涉外被收养儿童的条件。不满 14 周岁的儿童在以下三种情况下可以成为收养的对象：丧失父母的孤儿；找不到生父母的弃婴和儿童；　生父母有特殊困难无力抚养的子女。　《收养法》　第 7 条还规定，在收养三代以内同辈旁系血亲的子女，或者收养继子女的情况下，可以不受被收养人不满 14 周岁的限制。

最后是涉外送养人的条件。除了《登记办法》　中的基本规定外，《登记办法》还规定，外国人在华收养子女应当依法办理登记，应当经其所在国主管机关依照该国法律审查同意。外国收养人应当提供其所在国有权机构出具的有关收养人的家庭情况报告和证明材料，该证明材料应当经其所在国外交机关或者外交机关授权的机构认证，并经我国驻该国使领馆认证。收养人应当与送养人订立书面协议，亲自到被收养人常住户口所在地的省、自治区、直辖市人民政府民政部门办理收养登记。杜绝未依法办理登记、未按照法定程序提交外国收养人相应家庭情况报告和证明的涉外收养。

法律与制度存有的问题

由于立法滞后和制度缺失，我国现行涉外收养法律与制度主要存在以下问题：

首先，涉外被收养儿童的人数尚不明确。在此问题没有特别规定的情况下，应当符合　《收养法》　的规定，即只能收养一名儿童，收养孤儿、残疾儿童、弃婴不受此限制。但“中心”对此问题的答复是：“外国收养人一次在中国只能收养一名子女（被收养人是双胞胎或生活在同一福利机构的兄弟姐妹除外）。在华已经收养了一名子女的外国收养人如果还想再收养中国儿童，原则上应在第一次收养一年后，再提出收养申请并重新提交证明材料。”这个答复没有明确外国人收养我国儿童人数的上限，收养多名儿童不能一次办完收养手续主要是出于对收费的经济利益考虑，这种现状无视涉外被收养儿童的权益，同时也给贪污腐败提供了操作空间。

其次，涉外收养缺乏有效的监管制度。根据　《民法通则》　的规定，民政部是弃婴的监管部门；　而负责涉外收养具体工作的“中心”在成立时就划归为民政部辖属的事业单位，民政部实际上全面负责涉外收养事务同时又是法律规定的监督机构；　现行法律对涉外收养的规定较为粗略，如何具体操作完全由“中心”说了算。这种制度缺陷使涉外收养监督成为空话，涉外收养公证也被虚化，实践中频频出现用金钱贿赂涉外收养人员，涉外被收养儿童的权益缺乏有效的保障和救济途径。

最后，涉外收养收费执行混乱。涉外收养收费主要依据 1992 年的　《关于收养登记收费的通知》，该　《通知》对收费的规定简单，涉及手续费、服务费等，还可以向外国收养人收取一定抚养费，具体数额由双方协商确定。

由于规定陈旧，现实中出现了“对策”：一是作为送养人的我国儿童福利院等机构往往收取外国收养人的“捐赠费”，并逐年上涨。二是受利益驱动，送养机构倾向于把儿童送给外国收养人而不是国人收养，违背了我国加入

的国际公约中“国内收养优于涉外收养”的规定。个别儿童福利院甚至跨国倒卖儿童；个别地方出现将超生儿童送给福利院当成弃婴最终送给外国人收养的案例，公然漠视和侵害涉外被收养儿童的权益。

此外，对于 《登记办法》 规定外国人应当提供家庭情况报告和证明的造假和编造行为，现行法律和制度缺乏有效的事前审查和制约机制； 对于涉外收养关系成立后外国收养人虐待、遗弃被收养儿童的行为，缺乏有力的跟踪调查和救济机制，不能切实保护涉外收养儿童的权益。

完善涉外收养制度的建议

在完善立法和制度的过程中，涉外收养全球化趋势和特征值得关注，其中，“儿童利益最大原则”是核心，应当得到落实和细化，可从以下途径着手：

首先，应建立涉外收养事前实质审查制度。目前，“中心”只审查外国收养人的证明材料是否真实完备，对于收养目的是否合法、收养合意是否真实、收养是否有利于被收养儿童的成长都不作审查。对此，笔者认为，我国法律应当明确规定和建立涉外收养事前实质审查制度； 还可以委托外国当地政府组织或民间组织对外国收养人进行详细调查，出具调查报告，供“中心”综合考虑是否继续进行涉外收养程序。

其次，要健全涉外收养事后跟踪调查和回访制度。

目前对于被收养儿童在国外的生活情况只要求提交两次报告，无法起到监督保障作用，笔者在此提出建立长期跟踪调查和回访机制：与收养人所在国当地政府或民间组织建立沟通协作机制，及时了解收养人、被收养儿童及其收养家庭的信息，一旦发生侵害儿童的事件，我国有关部门应及时采取措施； 定期委托一些民间组织调查被收养儿童的学习和生活情况，一旦发现收养人不履行或不适当履行监护责任，应及时告知当地政府，避免被收养儿童受到进一步侵害。上述跟踪调查工作可在收养刚开始的三年内每季度进行、以后每年进行，直到被收养儿童成年为止。作为对这种跟踪调查局限性的弥补，还应建立定期回访机制，在涉外收养结束后的三至五年里，作为送养人的各地福利院安排涉外收养的家庭成员一起回到被收养儿童最初成长的地方，面对面交流了解被收养儿童在收养家庭的情况。

最后，应严格管理涉外收养收费。

根据我国加入的两项 《公约》 规定，涉外收养的工作人员不得获取与收养无关的不适当金钱或其他收益，而目前涉外收养协议几乎都有收养人对福利院等送养机构的“捐赠费”。虽然法律已规定收费只能用于改善福利院设施，不得挪作他用，但现实中“捐赠费”大都被送养机构用于支付员工工资、福利、办公用品等。对此，笔者认为，应当及时补充收费如何使用的法律规定，同时定期公示每一笔“捐赠费”，要求政府审计部门对收费进行年度审计并公示结果。对违反规定挪用收费者追究责任，触犯刑法应负刑事责任。

最后，要加强对“中心”的监督。目前“中心”基本包揽了涉外收养的申请、审查、送养等整个流程，又是隶属于民政部的事业单位，这种“自我监督管理”的模式极易产生腐败，不利于保障涉外被收养儿童的权益。笔者认为，应当尽快实行送养与监督相分离制度，由专门机构负责涉外收养的具体事务，使“中心”转变为行使监督职能的行政部门，这样才能有效落实两个《公约》的规定。

为了贯彻“儿童最大利益原则”，还可借鉴国际通行做法，建立六个月或一年的“试养期制度”，允许被收养儿童的中国国籍保留到 18 周岁； 加强国际双边和多边合作，建立公安、民政、福利院、志愿者协会等机构的司法、行政、社会组织联合监督机制； 在涉外收养登记时，向外国收养人详细介绍我国法律规定，起到警示宣传作用。对涉外收养制度的完善有利于保障被收养儿童的权益，也促使涉外收养制度早日步入合法、公开、透明的法治轨道。

（作者系上海大学法学院教授，上海大学 ADR 与仲裁研究院副院长，上海法学会法社会学研究会副会长）

■ 《上海法治报》2014 年 12 月 31 日

张作华：认真对待民法中的身份——我国身份法研究之反思（上）

2015 年 1 月 1 日 张作华 家事法苑

张作华：认真对待民法中的身份——我国身份法研究之反思

张作华 2013/4/8 9:11:05 北大法律信息网 原始链接：

原始链接：http://www.chinalawinfo.com/LawOnline/ArticleFullText.aspx?ArticleId=76109&listType=0

【学科类别】民法总则

【出处】《法律科学》2012 年第 4 期

【写作时间】2012 年

【中文摘要】当今的私法研究以财产私法为重，而身份私法相对薄弱。身份法基本理论研究的式微源于学界对身份法的历史偏见、财产法优位主义以及民事立法理念的片面继受等因素。民法体系的逻辑完足、民法典的最终成就、当代中国社会生活现实对身份利益保护与救济的需求，都需要我们认真对待民法领域的身份问题。身份法研究既要追求身份关系的制度构建与伦理秩序原理间的协调与平衡，又应致力于身份制度与民法整体制度的逻辑融合，还要为现代亲属身份生活领域的利益纠纷化解提供理论基础。

【中文关键字】身份；民法体系；伦理秩序

【全文】

一、引言

“身份”作为主体在一个特定社会或群体中所处的位置或资格，广泛存在于社会生活的各个领域。每个社会个体或组织体都会有一个或多个社会“身份”。可以说，现代社会的身份、身份关系无处不在。政治国家需要藉由身份关系来组织管理社会、谋求社会秩序，譬如公务员制度、户籍制度、身份证制度的功能意义。而且，有时一个主体在社会中的身份地位还关涉其资源的占有份额、利益的分配依据，诸如财产继承制度、薪金制度、社会福利制度。而且，无论社会形态发生怎样的变迁或更迭，身份在伦理秩序领域的存在意义始终未曾缺失过。梅因所谓社会“从身份到契约”的进步运动，[1]96-97 只揭示了个体的法律人格和社会地位从古代到近代发生革命性转变，但梅因的断言并不意味着身份的消亡（注：有教科书在介绍梅因这一断言时认为，“这显然是对人类发展史的曲解”。参见张宏生：《西方法律思想史》，北京大学出版社 1983 年版，第 381 页。）。

民法为典型的私法，调整平等主体之间的人身关系和财产关系。私法可分为“身份私法”与“财产私法”。身份私法主要指规范和调整婚姻家庭领域基于亲属身份地位产生的相关权利义务关系的法律，而财产私法则主要关乎私生活领域财产归属与财产流转过程中的相关权利义务关系。自罗马法以来，民法就将亲属法上的身份关系纳入其调整对象，它包括家长与家属间的身份关系、父母与子女的身份关系、夫与妻的身份关系。民法学主要关注“私”的身份问题，而公民身份、社会身份、身份犯罪中的身份都不是民法学所要研究的身份。当代中国私法制度建设中，财产法的理论研究和制度建设可谓成熟与发达，合同法、物权法、知识产权法、各类商法、侵权责任法等民法部门法在深入的理论研究基础上，已经逐步形成完备的财产法体系。人格法也因为现代人自身人格意识的觉醒而呈勃兴之势。而相比之下，身份法部分的理论研究和立法实践，还相当薄弱（注：2010 年生效的《侵权责任法》作为民事权利保护与救济的专门法、一般法，对亲属身份权是否作为调整对象，态度暧昧，仅将监护权明确纳入保护范围，而监护权又非严格意义的身份权），尤其是身份法与传统民法的逻辑关联，尚未见充足的论说（注：由于法制继受的历史背景和立法政策等因素，现行《婚姻法》、《继承法》、《收养法》等是否应归于民法以及如何成为民法的一部分，仍然是一个不断被讨论的问题。参见雷春红：《论亲属法在我国未来民法典中的地位》，载陈小君主编《私法研究》（第 9 卷），法律出版社 2010 年版，第 263 页。）。民法体系的逻辑完足、民法典的最终成就、当代中国社会现实生活对身份关系保护与救济的需求，都需要我们认真对待民法领域的身份问题。

二、身份法研究之现状解析：观念变革与法律继受

在我国改革开放前，如果说存在“私法”，那也仅指“身份私法”，绝无“财产私法”之余地。改革开放与经济转轨带来观念变迁，财产私法日渐强盛，当今的私法研究显然以财产私法为重，而身份私法则日渐式微。“盖因财产法理论及经济学之普及极大促进了财产私法的繁荣。”[2]自序在近年来各种法学研究综述中，有关亲属身份法研究的论文数量和所载期刊档次都远不如财产法的研究；[3]各类法学研究获批的课题立项中，亲属身份法的份额也是寥寥无几（注：例如，2011 年立项的中国法学会部级法学研究课题中，就没有一项涉及身份法研究。参见“2011 年度中国法学会部级法学研究课题立项公告”，http://www.chinalaw. org. cn/Column/Column_View. aspx? ColumnID =126&InfoID =4138，2011-5-25；2011 年立项的国家社科基金资助项目中只有一项以此为主题的法学项目。）。而且，现有的民法研究论文或研究课题也很少有围绕身份法基本理论而展开的。[4]中国民法学领域中财产法繁荣与身份法薄弱形成鲜明对比，个中原因，值得我们认真反思。

（一）身份法研究背负着沉重的历史包袱

法制史上身份法的封建糟粕导致现代民法学研究存在意识形态偏见。在古代西方社会未曾从“身份”进步到“契约”之前，身份法的地位在法制史上优于财产法。众所周知，早期的罗马社会基本就是身份社会，罗马法的人法就是“身份法”，它担负着社会组织化的功能。[5]罗马法的人法实质上是一种人格法，其有关自然人身份的规则确定了人的一般法律地位，作为组织身份社会的基本法，具有公法的性质。而财产法不过是身份法的附属品，即身份确定是财产分配的前提，无身份即无人格；无人格即无财产。[6]罗马法将自然人的法律人格与身份“捆绑”在一起，统治者利用这一法律工具（亦可谓之政治工具）对被统治者进行“适格”判断，实现其统治所需的差序格局；更有甚者，罗马法将奴隶排除在人格判断之外，使之成为法律的“客体”。罗马法的身份人格显示出其反伦理性，也因此招致后世诟病。[7]等级森严的身份法建立后，社会财产的分配与经济利益的流动自然就以此为标准和依据。身份的高下，意味着人格的优劣、财产的多寡。直至中世纪，身份法仍归属于公法、社会组织法。中世纪的身份权是人身支配权、是专制权、是绝对权。身份社会几乎就是“封建社会”的别名！击碎身份社会的枷锁遂成为近代资产阶级革命的首要任务。于是在法律领域，从身份法到契约法的转变，标志着社会的进步。

在现代民法学理论与立法研究中，“身份”研究备受冷落，很大程度上源于社会大众及法律学者们对封建社会的身份制度抱有成见。不少学者和立法者将现代社会中身份概念及制度功能与中世纪以前的身份概念及制度功能相关联，从而在意识形态上排斥“身份”概念。因此，重提身份关系、身份权、身份法等概念，似乎具有“封建复辟”之嫌，关于“身份”的话语和研究几乎成为主流学者们的禁忌。也正因为如此，在现代民法内容体系中，尽管“人身关系”被立法明示为民法两大调整对象之一，但由于人格权的勃兴使得民法中“身份关系”内容被挤压在非常狭小的空间（注：学者们在谈及法律关系、法律行为、权利类型等概念时，针对身份关系、身份行为、身份权等要么寥寥数语，一笔带过，要么避而不论。）。事实上，人类社会从“身份社会”进步运动到“契约社会”后，“身份”的内涵和社会功能已经发生了巨大变化。[8]91-92 近代社会以来，民法不再具有社会组织化功能（该功能由宪法等基本法承担）。近代民法之人法，完全不同于罗马法之人法。近现代人法逐步成为主要规范婚姻家庭伦理秩序的身

份法。因此，若要健全完整的民事法律理论体系，需要摒弃对“身份”的偏见与成见，从而改变身份法领域理论研究的薄弱现状。身份法的既往历史不应成为现代民法排斥、轻视其存在的理由。

（二）身份的民法学意义被遮蔽

现代社会中，“身份”的政治学意义、社会学意义湮灭了其法律学意义。在多数学者们的意识领域里，身份问题是一个社会学或政治学命题。法学理论研究者多认为身份问题似乎不属于法律、尤其不是民法学研究的问题。政治学学者热衷于研究“公民身份”，认为公民身份比起其他各种社会身份，更能够满足人类的根本政治需求。[9]7公民身份由公民的要素、政治的要素和社会的要素所组成，三种要素分别表明了公民身份所包含的三种权利：公民权利、政治权利和社会权利[10]代译序。社会学者从政治社会学、社会哲学等角度对社会成员的“身份认同”展开研究，认为社会整合是由社会身份系统参与达成；身份系统的基本功能是对社会成员所处的位置和角色进行类别区分，通过赋予不同类别及角色以不同的权利、义务和责任，在群体的公共生活中形成“支配-服从”的社会秩序。社会身份是基于具体个人的自然属性和社会属性形成的身份，个体的社会角色成为其各种责任担当的依据。[11]3政治学、社会学对“身份”问题给予了热切而深入的关注。相形之下，私法学领域的“身份”问题似乎无足轻重，进而“身份私法”的研究也似乎无所必要。然而，身份问题不是专属于政治学、社会学的领地，民法学在身份问题上并不是无所作为。民事生活领域中的婚姻家庭制度、知识产权制度、行为能力制度等都涉及个体的身份问题，其间主体的诸多身份利益都需要民法的关怀。

在涤除封建社会、奴隶社会“身份”的糟粕意义后，现代身份法存在的意义体现在对社会生活的组织管理、家庭伦理秩序的维护以及社会弱势群体的保护。只不过现代社会中，法律将承担社会组织管理与弱者保护功能的身份法主要交给公法规制（如宪法、行政法、新兴的社会法及一些特别法）；而仅仅将婚姻家庭领域的身份法纳入到民法的调整范围（即狭义的身份法）。

特别需要指出的是，民法学领域的身份问题与社会学领域的身份问题应有适当的界分，扩大化地理解私领域的“身份”可能也会弱化甚至遮蔽民法上的身份法特质。有民法学者基于近代社会契约与身份同时勃兴，大量的身份契约出现在新兴社团组织关系之中，个体通过契约重新组合，进入新的身份体，认为私人间法律关系的一些领域越来越多地通过身份关系来确定。[12]然而笔者认为，上述诸多新型身份体更确切地说是社会身份，而非严格意义的“私法”身份，它最多也只是现代民法社会化在主体制度上的体现。将民法视野中的“身份”社会化、一般化而交由私法调整，实乃民法（私法）不能承受之重！

（三）身份法研究遭受财产优位主义的干扰

民法的财产优位主义导致了学界对身份法研究的轻视。从发生学角度看，古代社会身份法既先于财产法，又优于财产法。从调整领域观察，古代社会身份法一般与财产法混同交织，并未俨然界分。但是近代以后，随着社会“从身份到契约”的进步运动，法律从一个极端走向另一个极端。资产阶级革命胜利后，首要任务是从物质基础上破除旧制度，从上层建筑、意识形态领域彰显物文主义（即“所有权神圣”），因此在民法制度的构建中，财产法便优先于并排斥着身份法，身份法沦为财产法的附庸（如知识产权制度、继承制度、夫妻财产制度、抚养监护制度等）。从立法上看，民法总则沦为财产法的通则，而财产行为制度几乎完全湮灭身份行为制度，最后遭致学者们对传统民法的“财产中心主义”、“物文主义”的批判。[13]正是传统民法的功利性、现实性、“物文性”（注：影响传统民法内容结构体系的两位经典德国法学家萨维尼和温德沙伊德对民法内容的描述，即对民法调整对象的概括均显示出对财产法的高度重视，其理论具有典型的物文主义色彩。参见徐国栋：《再论民法中人格法的公法性——兼论物文主义的技术根源》，《法学》2007 年第 4 期。）导致在民法学领域财产法的理论研究深度和立法成熟度都远远超过身份法。就中国大陆而言，先前高度集中的计划经济体制下，私的“闪念”成为禁忌，私有财产无由产生，财产私法无用武之地。而上世纪 80 年代前后，中国开始实行经济体制改革，社会形态也开始转变。随着改革开放的不断深入，转轨中的中国更需“财产法”的支撑。因而，中国民法学理论研究顺应社会现实的需要，表现出对财产法领域的极大热情。相形之下，身份关系既为“观念的、本质的社会关系”，在理论上难有所发展。[2]自序中国民法学中的身份法研究被轻视、被忽略，也在情理之中。

民法的人本主义要求民法制度构建应以人际关系为基点。财产乃人之身外之物，但个体的人格要素和身份地位往往也影响其财产利益的产生、分配与享有；同时，个体基于其人格或身份也享有诸多重要的非物质利益。传统民法的财产优位主义应予以调整和纠正。随着国民人格意识的觉醒，人格利益的分化与多元化，我国民法人格权制度在理论层面和立法层面已经有了长足的发展，人格法已占据了民法应有的地位。这在一定程度上改变了传统民法学财产优位局面。然而，身份法的发展不仅没有在财产优位主义退让时有所进展，反而却因为人格法的欣欣向荣而偏居一隅。切实改变财产法的优位主义需要身份法的发达，身份关系法也就能获得其应有的民法地位，身份法研究的薄弱局面也就能得到根本改善。

（四）民事立法理念的片面继受

对民法理念的片面认识，使得我国在民事立法与理论研究中曾长期将身份法（即婚姻家庭法或亲属法）排除在民法大家庭之外，因而鲜有学者从私法角度认识和研究身份法。虽然传统大陆法系经典民法理论和立法均不否认家庭关系、亲属关系属于“私”的关系从而成为民法调整对象，但传统社会主义国家的“商品经济民法观”不仅使民法总则沦为财产法总则，而且也使得婚姻家庭法与民法难以融合。苏联民法理论试图将“人身财产关系”排除出民

法调整对象范围，而将人身关系限制在知识产权主体的身份关系以及具体人格权关系，其实质即是将家庭法逐出民法（注：1961 年的《苏俄民事立法纲要》第 1 条。参见中国人民大学苏联东欧研究所编译：《苏联和各加盟共和国立法纲要汇编》，法律出版社 1982 年版，第 4 页。）。按苏联民法理论，全部民事权利分为财产权利和人身非财产权利两类。其中，人身非财产权利又再分为与财产权有关的人身非财产权利和与财产权利无关的人身非财产权利。人身非财产关系中不论是否与财产权利有关，均不包含身份关系的权利。这种安排形成了将民法与家庭法（亲属法或身份法）分离立法的“苏联模式”（注：1922 年《苏俄民法典》第 3 条的表述表明，形式意义上的民法不调整土地关系、劳动关系和家庭关系，因为该三种关系均为“非商品关系”。这是通过德国学说的中介达成的对西塞罗开创的物文主义民法调整对象理论的接受。参见徐国栋：《民法哲学》，中国法制出版社 2009 年版，第 56-57 页；徐国栋：《再论人身关系——兼评民法总则条文建议稿第三条》，《律师世界》2003 年第 4 期。）。新中国成立后的上世纪 50 年代，由于历史的姻缘际会，中国完全继受苏联关于民法调整对象的理论和立法实践。中国学术界曾有一种观点认为把婚姻家庭关系列入民法不合适，主张将婚姻亲属法作为独立的法律部门。[14]虽然《民法通则》已将“财产关系与人身关系”作为民法调整对象，将婚姻家庭关系和监护关系纳入民法并强调具体人格权的全面保护，逐渐背离了民法与身份法的分离模式，但商品经济民法观仍然根深蒂固，在当代中国民事立法实践中身份法被间接孤立。新中国诞生之前，革命根据地时期就已经有婚姻立法；1950 年颁布实施的《婚姻法》是新中国成立之后的第一部正式制定法，它标志着中国亲属身份法作为独立的部门法而存在。1980 年的《婚姻法》并未改变这一立法模式。尽管 1986 年《民法通则》从立法层面将婚姻家庭法纳入民法的内容体系，但实际上身份法与民法（主要是财产法）从理论研究和立法实践上，仍然貌合神离。譬如，1999 年颁行的统一《合同法》第 2 条在定义“合同”时，将婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议排除在合同法的调整之外；2010 年的《侵权责任法》第 2 条在列举本法所保护的权利类型时，也没有将身份权这一重要民事权利明确表述出来。如此一来，现实生活中大量出现的身份关系纠纷均无法获得民法的明确调整。

近半个世纪的中国民法理论与民事立法在域外继受和自我成长中日渐成熟，有关民法理念、民法调整对象、民法基本原则、民法内容体系以及民法法典化等方面渐趋统一并形成共识；溯源于古罗马法的西方近现代民法从内容到形式在中国内地的民法学界逐步得到公正评价和选择性认同。[15]在亲属身份法领域，应该切实端正对西方近现代亲属法的认识，从根本上消除苏联婚姻家庭立法理念的思维定势。只有这样，我们才可能将身份关系纳入民法基础理论和制度研究中来，在立法上完成婚姻家庭法向民法的实质回归。

三、身份法研究之价值取向：法律秩序与伦理秩序的融合与平衡

（一）亲属身份关系在本质上是人伦关系

大致而言，人类生活关系可区分为身份上的结合关系与财产上的结合关系。民事领域的生活关系还可分为人与人之间的关系及人与物的关系，前者包括债权关系与身份关系；后者主要指物权关系。在一般的日常生活中，财产关系与身份关系常常会相互交错发生，但二者在本质上却是截然不同的，其根本区别就在于：财产关系是一种目的的社会结合关系；而身份关系则是一种本质的社会结合关系（注：日本已故“身份法之父”中川善之助教授提出了“二元社会”观念，将人类社会的结合关系，分为“本质的社会结合”与“目的的社会结合”。本质的社会结合为“自然的（natural）”、“必然的（inevitable）”、“本质的（essential）”结合，是各成员“不得不结合”的、“全人格”的社会结合关系；反之，目的的社会结合系“作为的（posotive）”、“便宜的（convenient）”、“目的的（objective）”结合，是各成员意欲的结合关系，是部分人格的社会结合关系。[日]中川善之助：《身分法の基礎理論》，（昭和 14）岩波書店，第 30 页以下）。所谓“本质的社会结合关系”，系指基于人类之本性所必然之关系，它并不以利益追求为其结合目的（此为财产关系之本质），而是一种非权益的、非计算的、感情的结合关系。近代以降，国家观念愈强，家族、家的观念愈弱，亲属身份共同体只在有限范围内存在。梅因所倡之“由身份而契约”的社会演变趋势，只是说明身份法之主宰范围缩小，而财产法主宰范围则日益扩大，即并不意味着身份关系的消亡。

亲属身份关系在本质上具有人伦性。所谓人伦，源自于传统封建社会人伦关系，也就是君臣、父子、兄弟、夫妇、朋友这五种人伦关系，五伦关系涵盖了中国传统社会的所有人际关系，其特点就在于关系主体之间具有自然的、本质的、不得不的联系（注：中国传统法律文化以血缘为纽带，“五伦”之中，父子、兄弟是家族血缘联系；君臣、朋友是社会伦理关系；夫妇则是生理性的男女关系与生物性的血缘关系的同一；而君臣、朋友等社会伦理关系则是家族血缘关系的扩充与延伸，把本没有血缘关系的朋友、君臣关系，加以拟血缘化。参见樊浩：《中国伦理精神的现代构建》，江苏人民出版社 1997 年版，第 22 页。）。身份，也作“身分”，“分”就是在伦理关系、人伦秩序中的份位，即人伦地位；在人伦关系中，“伦”不同，“分”也就不同，进而个体的伦理权利与伦理义务也就不同。中国传统社会就是通过“伦”、“理”或“分”，来确立个人在人伦关系中的“名分”或“身份”，从而构建并维护封建统治者所需要的“身份社会”。身份关系，就是人伦关系。当社会从“身份社会”进步到“契约社会”后，这种反动的人伦身份秩序（即“三纲五常”）业已崩坏，但“君臣”不再，“尊卑”犹存，现代社会至少在亲属家庭领域，还保留着一定的人伦身份关系，即现代亲属法领域的夫妻关系、亲子关系、其他亲属关系，只不过其中男权社会的男尊女卑已经转变为现代社会的男女平等（如父子关系转化为父母子女关系）。罗马社会是身份社会，统治阶级通过身份法来组织和维持其所需的等级秩序社会。尽管现代亲属身份关系的封建意义、政治意义不复存在，但其伦理性依旧存在，不具有伦理性的亲属身份关系不可想象。现代社会仍然遵从辈分伦理、夫妻伦理；仍然讲究长幼有序、

尊卑有别、名分有定。当然，一定社会之人伦秩序原理也会随时代、社会环境、社会观念的变化而发生变化，如婚姻的解消（离婚）经历了从禁止主义到放任主义的变迁。

亲属身份关系自身独特的人伦性质和特征，决定着身份法研究的对象范围、研究方法、价值理念等均不同于民法的其他部门法研究。由于身份关系问题牵涉一个民族社会已有的伦理、道德、习惯，同时身份法的民族性与地域性也面临经济全球化、生活方式多元化的冲击，因此探求中国身份法自身的特质和内在规律性，需要从社会学的角度而不是单纯的法律关系角度进行研究，这样才可以使得法律方案具备一定的社会妥适性，从而提高身份制度的可接受性。据此，身份法研究应当从其与现代伦理秩序以及现存民法制度的关系维度上予以合理把握。与财产关系相比较，亲属身份关系具有本质上的人伦性、结合上的统体性、存续上的稳定性以及变动上的连带性。[16]67-78 身份关系的人伦性，具体体现在其维持上的支配性、关系要素上的定型化、法律化时的先在性等方面。亲属身份关系的这些本质特征，决定着亲属身份法与财产法基本理念与制度设置的差异性。身份法研究要追求身份关系的制度构建与伦理秩序原理间的协调与平衡。

（二）伦理秩序的法律化应保持必要的谦抑

1.身份关系法中伦理秩序的“先在性”

一个国家或民族的身份伦理秩序一般是经过绵延不断的历史传承和沉淀而形成的。一个民族社会有哪些身份类型，各种身份关系的权利义务内容如何，均约定俗成。亲属身份共同生活关系秩序在其经营与维持上固然以人伦为其内在的规范原理，但毕竟亲属身份关系为社会关系的一部分，为维护社会秩序，则须按其要求程度，而有法律秩序化的必要。[17]11“法不入家门”已成为过时的观点。现代社会国家有必要对人伦生活关系领域进行法律化，以期获得整体社会生活的秩序化与一体化。但是，国家意志通过法律手段对人伦关系领域进行规制时，必须体现出有别于其他社会关系领域的规范理念。

针对伦理秩序的法律化，亲属法理论通说中存在“事实先在性”原理（注：所谓“事实先在性”（一说为“事实先行性”），系指法律之“事实”业已先行存在，而法规嗣后始加以追认者而言。此一概念最早由日本已故著名亲属法学者中川善之助教授提出。中川教授认为，身份法关系与财产法关系最大之不同者在于“事实先在性”之有无。正是因为身份关系具有事实先在性之特征，使得以变动身份关系为主要目的之“身份行为”与以变动财产关系为主要目的之“财产行为”间，存在着截然互异之性质，即身份行为仅具有“宣言（确认）性”之特征；而财产行为则具有“创设性”之特征。[日]中川善之助：《新訂親族法》，新訂版，（昭和 40）青林書院，第 24 页。）。“事实先在性”原理要求法律及当事人尊重人伦秩序之“身份事实”。亲属的身份关系，本来就是自然形成的人伦秩序上之关系。亲属法上有关纯粹身份关系的规定，与其说是法律的规范，不如说是人伦秩序规范，即在人伦秩序上，该规范皆具有一定的“既定”性，应为各类亲属身份人所遵守。一个民族社会依然存在的伦理秩序，法律应该全盘接受而使之法律化。身份关系诸要素，即使受到法律的调整，也应该依据其传统的伦理秩序、道德习惯予以确定（注：刘得宽教授也认为，若视财产关系为“选择”的关系，身份关系则为“赋予”的关系。参见刘得宽：《民法总则》，中国政法大学出版社 2006 年版，第 45 页。）。先有身份伦理秩序规则，而后法律予以规范；而非先有法律，而后才有身份及身份关系。[18]4 国家意志对身份领域的介入，不是依据政策便利、经济效益等价值理念而“制定”身份法，而是充分尊重社会的人伦秩序而“认可”既定的身份关系规则，是对人伦秩序的绝对尊重。亲属身份关系即使被法律化后，仍不应该丧失其人伦秩序关系之特色。亲属的身份关系，既不允许立法者任意创设，也不准予当事人依效果意思变更；亲属身份关系有关法律规范，仅有确认作用而已，并无创设的效力。亲属身份的人伦秩序，一律都应该有其法律上的效果。[19]582-583 对于既成的身份生活事实（如事实婚姻、事实认领等），法律应该予以全面肯定解释并加以保护。对于法律未予规定者，但确属人伦秩序上存在的亲属身份关系，除其有违背人伦性者外，均应作全面的肯定解释。事实身份关系一旦形成，只要不违反社会之一般人伦秩序，法律就不应该断然否定其身份关系效果。[20]

当然，亲属的身份关系虽以人伦为其根基，但违反人伦性之亲属身份事实也有存在可能，如包二奶、蓄养童养媳、贩卖子女、重婚、相奸婚等皆是，对因此身份事实而产生的身份关系，法律自不应该认可其效力（至于认其为无效还是可撤销，法律除要考虑合人伦性外，还要考虑身份关系的安定性与稳定性），因为它们并非合乎人伦的“先在事实”。先在性与人伦性发生冲突，自应以人伦性为先。

2.身份关系法中意思自治的有限性

私法的精髓在于意思自治，法律行为制度为私法自治提供了必要的法律工具。民法的主要功能不在于限制或干预民事主体的行为，而是赋予行为人所完成行为某种法的效力从而对主体行为进行引导。[21]34 法律行为之所以产生法律后果，不仅因为从事法律行为的当事人欲求这种效果，还因为法律规定和认可了这样的后果。一切法律行为的效力，均为法律所赋予。法律对自治行为效力的认可一般基于立法政策和一般价值取向。法律行为系私法自治的法律工具，同时也是国家意志强制干预和控制私人行为的管道。意思表示则是法律行为的核心。意思表示的内容在多大程度上与立法政策及普遍价值相一致，决定了私人意思自治的空间有多大；而立法政策与普遍价值对私人行为效力的认许与控制，必然也会影响意思自治的深度与广度。私法领域存在自治与强制之间此消彼长的紧张关系。

在民法领域，意思自治、伦理习俗与国家强制呈相互博弈状态，而且民法内部不同领域内存在状态不同的博弈情形。债权法、物权法、身份法等都存在公法强制因素，但由于各自内在性格的不同，强制力有程度或量的差别。

在财产关系领域与身份关系领域存在着俨然有别的价值理念，因而自治与强制的博弈呈现不同样态。由于物权的自身特征及其对社会经济制度的重要影响，物权法领域的强制有较高的程度（注：物权关系当事人不能对权利类型和内容进行自由创设，但他们依然享有对是否发生物权关系以及与何人发生物权关系的自由，有权按照自己的意志选择符合自己利益诉求的物权类型和内容。参见张晓娟:《在意思自治与法律强制之间——关于物权法定原则的思考》，载《现代法学》2007 年第 6 期，第 76-82 页。）。物权法定原则使物权法具有了“强行法”的特征，其为物权法与债权法的根本区别所在（注：由于物权自身的绝对性、排他性，法律需要平衡考虑不特定义务人的信赖利益，从而保护交易安全和交易便捷。因此，各国民法几乎都规定了物权公示制度；而为了达到“公示公信”效果，物权法定原则成为必然。另外，财产支配关系向来关涉一个国家和社会的基本经济制度，公权力理应对此严加控制。）。在债权契约领域，却充分凸显了民法的自治理念，法律给予行为当事人尽量多的自治空间，合同自由是其最高原则。但这种自由仍然有其边界，如通过诚实信用、公序良俗、公益优先、安全效率、合同正义等宏观原则，对私人自治进行有限的控制。

就私主体的自治空间而言，在亲属身份法领域存在着高水平的“国家强制”。由于充分尊重人伦秩序的“先在性”以及追求身份法律关系的确定性与安定性，国家意志对亲属身份法领域干预的强度、深度及广度明显甚于财产法领域。亲属身份行为制度集中体现了国家强制力之存在。

亲属身份行为法效目标，是特定身份或身份关系。这种身份或身份关系是“法律之前的事实”，即在立法对之进行法律规范之前，有关“身份关系”业已“他在地”存在。一个社会、民族究竟有何种身份及身份生活类型、该身份关系的权利义务内容如何、该身份关系如何发生及如何终了等问题，均在人类为主观的法律认识之前，在人伦生活秩序上已经有所决定，此即身份关系的“定型化”。[19]125 而财产关系之债权关系，为人为的、打算的利益结合关系，因而债权行为之内容可依当事人意志被充分塑造，即财产权利义务关系是“法律之后的事实”。身份法律行为仍以意思表示为本质要素，但由于身份关系的“定型化”，导致身份行为的意思表示内容，仅限于行为人是否愿意形成或解消身份法律关系而已。行为人不能创设人伦秩序中不存在的身份种类；而且，亲属的身份关系如何发生、如何消灭、身份关系的内容如何等均在人伦秩序上已有所安排，不容许当事人以意思表示擅做决定。身份权利与义务为人伦秩序所赋予的“状态权”、“状态义务”，[19]594 其内容涉及夫妻之间的同居、忠贞、扶助、家事代理；亲子之间的管教、遵从、抚养、赡养；近亲属之间的扶养、扶助等等方面。身份关系主体之间的权利义务由人伦秩序、传统习俗所决定，并附着于特定的身份地位。国家对这些人伦关系予以法律化时一般也要对这些人伦秩序内容悉数加以确认。行为人欲进入或解消特定身份关系，只能对此权利义务“整体打包”地予以接受或者消除。身份行为各方当事人只能对这些人伦秩序上权利义务予以“附和”，不能依自由意思任意创设、增删、取舍。

虽然财产法领域的物权关系也具有“定型性”（即所谓“物权法定”）；债权关系也存在“标准条款”、“格式合同”等情形，但是，财产行为中的这种意思表示限制是为了交易秩序的安全性或便捷性，与“人伦性”无关（注：在物权法定主义下，物权行为的内容也受到相当限制，物权也具有“状态权”特征，物权行为人不能自由创设物权种类、物权内容、乃至物权的效力，但这些限制乃基于立法政策取向等外在的必要性。而亲属的身份权之状态权，乃是出于其内在的本质特征——人伦秩序的先在性。（参见陈棋炎：《亲属·继承法基本问题》，台湾三民书局 1980 年版，第 594-595 页））。身份关系的种类及其内容要素，既然为社会所先定和赋予的东西，身份行为人的意思表示中的法效意思其实就很简单了：进入或拒绝进入、保有或退出某一特定身份关系（注：与此不同，债权行为之“任意性”特征甚为明显，债权行为系典型的“设权行为”，行为人对债权与债务内容，甚至对债的类型（如设定无名合同）享有充分的意思自治。债权行为人对债的内容予以变更、对债的关系主体予以变动（如债权让与或债务承担），均能保持债之关系的“同一性”。参见孙森焱：《民法债编总论》，法律出版社 2006 年版，第 827 页。）。

虽然伦理秩序规则、共同生活事实对身份关系的成立极为重要，但当身份主体的意思自治与伦理纲常发生冲突，法律倾向于迁就一个国家民族的伦常，因此亲属身份领域的国家强制着眼于社会习俗、伦理道德的维护，而非私人自治的保障。如果说契约法领域体现了国家强制的“有限性”，身份法领域则体现私人自治的“有限性”。当然，身份法领域的国家干预无论多么强大，不会、也不应该导致身份法丧失其作为私法的自治品格（注：在私法领域，公权力的在场是必然的。一部法律有无公法干预或强制，与其是否属于私法范畴是两个不同性质的问题。）。

3.身份关系法中国家意志的谦抑性

基于以上分析，在人伦秩序法律化过程中，针对个体的意思自治，身份法体现国家意志足够的强制性；而针对身份社会的人伦秩序而言，却要保持国家意志的宽容和谦抑。因此，身份法研究在致力于身份关系制度体系构建的同时，还要探求国家制定法干预身份伦理秩序的程度，研究如何保持国家强制力在身份法领域的谦抑性。国家制定法应该对这一“先在”人伦秩序予以充分的尊重，对亲属身份生活领域进行法律化时应该控制国家强制力介入的力度、深度和广度。这些问题应该在中国民事立法（尤其是身份立法）时引起理论界深入而广泛研究。

全国人大最近通过了《刑事诉讼法》修正案，其中引人注目的是吸收了古代中国法制中的“亲亲相隐”原则（注：孔子在《论语·子路》里曾说，“父为子隐，子为父隐，直在其中矣”。中国历代立法者多肯定“亲亲相隐”原则。倡导亲友相互检举揭发与中国传统伦理中的“亲亲相隐”相悖。在中国古代，父亲犯罪如果儿子揭发，那儿子必须先受几十大板，而后才给父亲定罪。），免除被告人的配偶、父母和子女强制出庭作证的义务，也就是说，在刑事审理过程中立法不再倡导所谓的“大义灭亲”（注：根据 2012 年 3 月 14 日第十一届全国人民代表大会第五次会议《关

于修改〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定》，修正后的《刑事诉讼法》第 180 条规定：“经人民法院通知，证人没有正当理由不出庭作证的，人民法院可以强制其到庭，但是被告人的配偶、父母、子女除外。”但有疑问的是，该法第 60 条仍对公民的作证义务做了强制性的一般规定，而且刑法中也规定了包庇罪，这使得上述修正案的合理规定无法与之做到制度上的一贯与协调。)。然而刚刚公布实施的《婚姻法司法解释（三)》，将原先奉行的夫妻房产“推定”共有制，改变为“意定”共有制，结果导致一些夫妻争先恐后要求在房产证上加名字，引起了人们对这一修法活动的社会妥当性争论。这两个法律修正案带给我们的思考是：我们应该如何对待亲属身份关系？“亲亲相隐”或夫妻间财产归属，实质上涉及社会关系中最基础、最核心的人伦秩序。无论这次刑事诉讼法修改，还是婚姻法新司法解释，真正触及的是国家干预家庭关系的正当性和可行性问题。如果说免除近亲属出庭作证的义务，表明国家对人伦秩序的合理尊重，那么，削弱“同居共产制”似乎又体现了国家意志对人伦秩序的不当干预。世界各国之所以尊重人伦亲情，回避对亲属关系作过多干预，推崇家庭和婚姻稳定的价值，正是因为亲属身份关系乃制定法“独善其身”的调整对象，有着自身的特质和规律性。[22]不能借口社会从“身份到契约的进步”，将人伦生活秩序一概“契约化”。家庭乃社会细胞，一个民族国家正态的存续和发展，需要建立和维护其核心的人伦生活秩序——在这样的人伦秩序图景中，夫妻相濡以沫，老人颐享天年，父母竭力“护犊”，孩子知恩图报，亲人们同舟共济，婚姻家庭和谐稳定！

张作华：认真对待民法中的身份——我国身份法研究之反思（下）

2015 年 1 月 1 日　张作华 家事法苑

张作华：认真对待民法中的身份——我国身份法研究之反思（下）

张作华 2013/4/8 9:11:05 北大法律信息网 原始链接：

原始链接：http://www.chinalawinfo.com/LawOnline/ArticleFullText.aspx?ArticleId=76109&listType=0

【学科类别】民法总则

【出处】《法律科学》2012 年第 4 期

【写作时间】2012 年

（续上）

四、身份法研究之任务：民法典编纂和伦理生活规范

身份法研究应该主要围绕亲属身份领域（狭义的身份领域）内的基本概念、制度、原则、理念等方面，特别要研究身份行为、身份关系、身份权等核心制度，并关照民法总则部分相关概念，进行体系整合。一方面，即将提上日程的中国民法典制定工作，将如何接纳和安排诸如身份关系、身份行为、身份权等概念和制度，如何补正传统民法的总则内容和体系结构的逻辑缺陷，都需要民法学者们通过身份法研究课题予以回答。另一方面，现代社会的婚姻家庭伦理观念的多元变迁，使得与亲属身份关系相关联的民事纠纷呈现普遍化、多样化、复杂化特征，社会生活现实要求法律理论研究对有关身份问题作出相应的回应。身份法研究应担负起对我国民法制度建设和身份伦理秩序维护的双重使命。

（一）身份法研究与民法体系的科学构建

身份法研究应致力于亲属身份制度与民法整体制度的逻辑融合。如前所述，虽然学界对身份法的民法属性及其民法回归在应然层面上几近达成肯定性共识，但如何让亲属身份法合乎逻辑地融入现代民法体系之中，尚缺乏基础理论研究的铺垫。本文主张应该明确以“身份法”或“亲属身份法”作为民法独立的部门法名称，将其作为调整婚姻家庭领域的身份关系基本法，将婚姻法、亲子法、继承法、收养法、监护法等特别法整合于一体。同时，将亲属身份法纳入中国现代民法的逻辑体系中，从而科学构建中国民法典。民法调整对象理论以及民法总则制度可以为这种科学构建提供理论依据。

1.身份关系与民法调整对象

法律以社会关系为调整对象，而任何社会关系都是人的结合关系。人类之所以为万物之灵，在于人类既有自然结合的需求，又有主动结合的能力。人类因为不同的目的需求而形成不同的结合形态：人类或因为“性”的需求而结合（诸如夫妻关系或同居关系)；或因为“种”的延续而结合（诸如夫妻、亲子关系)；或因为“群”的依赖而结合（“家”是最基本的群结合体；“国家”是最大的群结合体)；或因为经济利益而结合（诸如债的关系、或合伙、公司等社团关系)。理论认为法律部门的划分主要是依据调整对象的特征而进行的。民法调整私的结合关系。大致而言，私的关系可区分为身份上的结合关系与财产上的结合关系。据此，民法调整对象应该就是私主体之间的财产关系和人身关系。人身关系可以进一步划分为人格关系和身份关系。[23]107-108 传统民法的财产优位观念使得民法调整对象较多集中在财产关系领域，包括静态的财产关系和动态的财产关系。整个民法内容体系体现出明显的“物文主义”。现代民法加大了对人身关系的调整，从对财产的关注转向对人自身的关注。然而，这种转变基本上是伴随着现代社会人格意识的觉醒而发生的，主要体现为民法对人格利益、人格权的确认、保护与救济。因此，随着民法调整对象的转变，人身关系的兴旺仅仅表现为“人格关系”的兴旺，身份关系仍萎缩在民法的角落，备受冷落。作为人类私生活的重要领域，身份关系并未获得其应有的地位，民法在其调整对象上表现出“厚此薄彼”，民法大厦向财产法、人格权法倾斜。

若要真正落实民法调整对象理论，则身份关系既不能游离于民法体系之外，也不能被财产法遮蔽，更不能被财

产法所吸收。虽然身份关系与财产关系均属于基本的民事法律关系，但二者存在明显的本质差异。身份关系与财产关系、进而身份法与民法总则的关系问题，经常构成身份法研究的困局。

缺失对民事主体之间身份关系进行调整的民法，必定是内容残缺的普通法。而散见于婚姻法、收养法、侵权责任法、婚姻登记条例、未成年人保护法、人身损害赔偿、精神损害赔偿司法解释的身份法律法规难以形成统一、明确的调整机制，也严重损害民法体系结构的科学性。

自然人之间基于特定亲属身份地位所形成的社会关系是否需要民法的调整，取决于这类关系是否与民事领域其他社会关系存在着某种共性。因此，只有在理论上对身份关系的内涵、本质、特征、类型等基本内容进行揭示和梳理，对身份关系的基本概念和制度进行科学构建，才能使得身份法在民法中自立。同时，只有通过身份关系的研究，才能合理调整和设置整个民法的内容结构体系。惟有如此，才能体现民法调整对象的完整性，使得财产关系、人格关系和身份关系构成民法大厦“三足鼎立”的态势。平等主体之间的财产关系、人格关系、身份关系共同形成现代民法典内容体系的三大子项，民法调整对象“名不副实”的现状据此将得到改变。

2.身份行为与民法典总则模式

尽管学界在中国民法典是否需要总则部分的问题上一直见仁见智，但在总体认识中，以大陆法系（尤其是德国法族）为路径依赖的中国民法学仍然要采总分的逻辑模式，意即中国民法典仍然要设立总则，这似乎是中国民法法典化的宿命（注：1986 年颁布实施的、长达 20 余年的《中华人民共和国民法通则》事实上已经提供了民法总则的雏形；而更长时间的民法教学与研究已经使得民法学人养成了“从一般到具体”的思维模式。民法总则的立法模式已基本形成，全国人大 2002 年底公布的中国民法典草案征求意见稿设置了总则编，1999 年的《合同法》、2007 年的《物权法》以及 2010 年的《侵权责任法》实际上也认可了总则编模式并以此为基础。反对民法总则模式的观点参见徐国栋：《民法典草案的基本结构——以民法的调整对象理论为中心》，载徐国栋主编：《中国民法典起草思路论战》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 57 页以下。）。学者们针对亲属身份法与民法的关系问题所进行的探讨，往往是在认可“民法总则为财产法通则”前提下所做的无奈努力。这种努力人为地割裂了民法理论与民法法典化的必然联系，即民法内容包括身份法而民法典总则编并不涵盖身份法。而且，采取“身份法迁就总则（实为财产法通则）”的思路不可能圆满解决传统民法典的逻辑缺陷问题。如果将身份关系湮没在财产关系之中，身份关系实际上成为财产关系的附庸，这样无法获得对纯粹身份关系的本质认识。我们应当摈弃财产法先入为主的传统思维定势，以“民法总则系包括财产法与身份法在内的全部民法领域的一般准则”为前提，分析、检讨进而改造传统民法总则的基础性概念和制度，最终将身份法纳入民法总则的射程范围。中国民法典体系建设不仅要谋求亲属身份法的体系自足与独立，同时又要谋求身份法与财产法、人格法逻辑并存的整体架构（注：鉴于中国民法理论与实践对大陆法系民法传统具有深刻的依赖性，中国民法典体系建设需要总则模式的支撑。总则内容规定之“公因素”之多寡，并不影响其总则功能的发挥。民法总则部分作为财产法与身份法之共同规定所在，在技术上不存在障碍。对于身份法的民法典设计，可采取“民法总则之一般规定——身份法通则规定——具体身份关系特别规定”三个层次的设计方案，坚持遵循“从总到分、从一般到具体”的演绎逻辑，既能被民法合乎逻辑地容纳，又能维持自身独立品格。）。

民法总则的奠基石是法律行为制度。民法总则模式的存废需要论证法律行为在总则中的存废。法律行为是潘得克吞法学对民法体系化所作出的一大贡献。法律行为的重要价值在于它有很强的涵盖力与适用性，即法律行为可以涵盖任何一种以意思表示为要素的行为。但从实然层面看，法律行为的重要价值并未获得充分体现（注：德国民法中的法律行为，在理论上是通过对物权行为、债权行为以及身份行为抽象而成的。但物权行为在实用性方面存在的意义并不充足（一些继受国就没有接受物权行为理论）；而身份行为具有不同于财产行为的诸多特征，往往由亲属身份法作特别处理，一般不应适用总则之规定。）。“法律行为”似乎沦落为债权行为、甚至仅是契约行为的代位概念。[24]39-40 要论证法律行为存在的合理性需要论证这一概念的功能价值能否实现，即能否成为物权行为、债权行为和身份行为等具体表意行为符合逻辑的再次抽象，至少要证成债权行为和身份行为有着某种逻辑重合点。然而，作为民法总则基石的“法律行为”，能否或多大程度涵摄并指导其下属概念“身份行为”，学者们并未给予足够的研究并提出合理的答案（注：不赞同德国民法总则模式的学者多认为法律行为制度仅仅是设计者为合同行为“量身定做”，建议将总则法律行为的规定移至财产法总则之中，这实际上否认了身份行为的法律行为属性。参见陈小君：《我国民法典：序编还是总则》，《法学研究》2004 年第 6 期。但或许德国总则模式之适用性弊端，不是由于这种逻辑形式本身存在缺陷，而是源于“法律行为”这一概念受创设者所处社会背景及其理性偏好局限而存在的缺陷。我们也可反向追问：“法律行为”概念和制度难道一定要局限于债权契约、合同行为吗？如果是法律行为概念本身的含义偏狭，将其进行合理扩张和改造，这一制度的适用性问题将迎刃而解。参见张作华：《传统法律行为理论的现代改造及体系重构——从“权利行为”到“关系行为”》，《法商研究》2009 年第 1 期。）。

身份行为指自然人旨在创设或消解身份法律关系的意思表示行为。与债权行为一样，身份行为仍然要以意思表示为要素，同样是追求私法效果的表意行为。但主流身份法研究者认为，身份行为与法律行为俨然有别，即认为身份行为不是法律行为，其理由是构成财产法上法律行为之基本要素的“意思表示”与身份行为并无多少联系；“身份”在法律学上，是属于“意思表示以前”之概念；在人类社会生活上，有何种“身份”、而该“身份”应有之内容如何，皆无意思表示、效果意思干预之余地。[25]1-20 传统亲属法学中有关身份行为的研究使得身份行为与民法总则的法律行为、进而身份法与民法的距离渐行渐远。

因此，如何设置总则内容、如何在技术上克服潘得克吞体系的弊端，关键在于建立身份行为与法律行为的合理的逻辑联系。只有找到身份行为与法律行为的逻辑联络（哪怕只是形式上），才能让法律行为合理涵摄包括身份行为在内的各类具体法律行为，民法总则及整个民法体系才能做到逻辑自足。这样，身份法才能寻找到重回民法家园的路径。人身关系才能与财产关系一道，共同撑起民法的完整大厦。否则，传统民法典及其总则，永远只是一件未完成的“伟大”作品（注：德国学者梅迪库斯（Diter Medicus）认为：“民法典的人法部分仅仅是一件未完成的作品。人们几乎不可能从这些规定中推断出一般性的结论。毋宁说，要研究这些规定，还必须考察我国法律制度中其他具有人法内容的领域，特别是《基本法》的基本权利部分、著作权法和商法。”[德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社 2000 年版，第 778 页。）。

身份行为是否与其他类型的法律行为具有共性，决定着法律行为能否对整个民法领域具有合理的涵摄性，进而决定民法总则的存在的合理性；而身份行为是否具有不同于其它类型法律行为的独特品格，则关系到身份法领域是否能够自成一体、独占民法一片天地。以身份行为的基本理论研究为切入点，从身份行为主体、身份行为内容、身份行为方式、身份行为能力以及身份行为效力等方面予以探索，有助于民法总则法律行为的相关内容与规定的合理设计。

综上，如果承认身份法对现代社会生活秩序化、对中国民法法典化有着重要的现实意义，民法理论界就应该摒弃对“身份、身份关系、身份法”等概念和制度的偏见与成见，理性对待身份法的研究。研究者既要排除社会意识形态的干扰，又不能被财产法研究的定势思维所束缚。中国民法学人一直致力于通过中国民法法典化工程成就一部“伟大”的世界性民法典，而缺失逻辑完足、内容完整的身份法的民法典，不可能完成这一历史使命。

（二）身份法研究与伦理生活的秩序规范

法学理论研究应该服务于社会实践，为解决社会纠纷提供法理基础和立法依据。身份法研究要突显其社会实践意义。随着社会的变迁和婚姻家庭观念的转变以及国民权利意识的勃兴，司法实务中日益呈现有关亲属身份关系的纠纷问题，比如死者人格利益保护问题、亲属祭奠权问题、老年人监护问题、拐卖儿童问题、离婚父母对子女的探视权问题、夫妻同居请求权及忠实请求权问题、第三者侵害夫妻关系的救济问题、事实婚姻问题、非婚同居问题、夫妻生育权实现问题等等。中国社会现实生活已经通过日益增多的司法疑难案件向现代身份法发出呼唤。而已有的身份立法与理论研究不能满足现实社会的需要，司法实务累累陷入两难境地。

诸如此类的纠纷与问题属于纯粹的身份关系问题，即自然人基于特定的身份地位而享有的非财产性法益保护与救济问题。这些问题既涉及到亲属身份法调整范围问题，也涉及到身份利益请求权基础问题；既涉及到伦理秩序与法律秩序的协调问题，也涉及到身份法与其他民法部门法的衔接问题。研究现代身份关系基本问题，特别是从理论上充分论证有关身份权侵害的请求权基础，无疑有着非常重要而急迫的现实意义。我国现行的《民法通则》、《婚姻法》、《收养法》、《继承法》等尚没有提供解决上述现实问题的合理途径。即使是作为民事权利保护基本法的《侵权责任法》，也没有对侵害身份权的情形提供明确的救济途径。我们既不能简单地将这些问题划入道德调整范围而听之任之，也不能教条地比照财产法的相关规定而削足适履。因此，身份法研究应该有其历史担当，从身份关系、身份权利义务的角度认真而正确地提出应对和处理方案。身份法研究应该着力于民法基本原则适用以及请求权基础理论，以便有效解决前述立法与司法实务的困局。

1.建立公序良俗原则在身份法的适用机制

民事活动应该遵从社会公共秩序与善良风俗。传统民法，一般都在总则或总论中，将公序良俗作为民法的一个基本原则。公序良俗原则作为民法总则中的一般规定，能否在亲属身份法中适用，多数学者并未深入研究，已有的研究者也认识不一。公序良俗原则的适用问题实际关涉到民法总则与亲属身份法的关系问题。早期日本民法学说普遍认为，民法总则对亲属法与继承法当然适用，如身份行为的无效与撤销在亲属法上无明确规定的，应当适用民法总则的规定，梅谦次郎、富井政章、鸠山秀夫等代表人物均持此观点。但日本亲属身份法大师中川善之助先生根据其对民法总则只是财产法总则的认定，以及财产法与亲属身份法的本质区别，坚持认为，亲属法上有特别规定的，适用特别规定；无特别规定的，则应类推适用亲属法的规定。[26]198-200 也有学者认为，亲属法中已将公序良俗予以具体明文化，因而对于身份行为应排除适用。

公序良俗是民法一以贯之的大原则，理应适用全部民事活动，任何民事法律行为的内容、方法、目的，都不得违背社会公共秩序与善良风俗。本文认为，即使民法总则只是财产法的总则，也不能一概否认其中的“公序良俗原则”对亲属身份法的适用。因为亲属身份关系本身就是人伦秩序上特定身份人之间的结合关系，而身份法就是人伦秩序的法律化。一个社会历史传统沉积而成的人伦秩序就是该社会公序良俗的当然而重要的组成部分。作为一般私法原则的公序良俗理应适用于亲属身份法领域。即使亲属法已将公序良俗予以具体化、明文化，但缺漏之处在所难免；而且，一个社会所谓的“良俗”、“人伦规范”必然会随着社会的发展、观念的变化而发生变迁，因此，亲属身份法也需要通过公序良俗原则这一弹性规定对其进行补充、解释和发展。

通过公序良俗原则限制法律行为，始于罗马法，近现代各国民法都继承了这一观念。依《法国民法典》第 6 条的规定，公序良俗不过是对于契约自由原则的限制；而《德国民法典》中，公序良俗原则成了支配全部私法领域的基本原则，其第 138 条规定，“违反善良风俗的法律行为，无效”。

亲属身份领域之人伦秩序是重要的公序良俗，身份法应当基于公序良俗之维持或基于社会伦常之要求，对身份

行为的有效性施加控制。任何违反公序良俗原则的法律行为应该予以效力的否定评价。至于违反公序良俗原则的身份行为之效力如何，则可考虑身份关系的终局性与稳定性特征，以及对人伦秩序违反的程度，判定为绝对无效或相对无效（即可撤销），而非如财产行为那样一律无效。

身份行为是否背俗一般是从行为的动机、行为的条件、方式手段等多方面斟酌认定。譬如，身份行为附条件或期限，现行法律并未对此作出明文禁止规定，则应以所附条件或期限有违公序良俗而否定其效力。有违人伦的人身关系或财产关系就是违背善良风俗的社会关系，应该受到法律的否定性评价，如卖身为奴或“典身救父”的协议、为维持婚外不正当两性关系的协议或遗嘱，均可因为违背公序良俗原则而无效。有些背俗行为若对第三人利益不产生重大影响，则是可撤销的行为，如日本民法将重婚、近亲结婚等违反良俗的婚姻规定为可撤销（《日本民法》第744 条第一项）。

公序良俗原则作为民法总则之一般条款规定，是对私法自由裁量权的赋予，也是立法漏洞补充和法律解释的依据，内容具有较大弹性。在结婚、协议离婚、收养、协议终止收养、任意认领等典型的身份行为中，具有严重违反社会人伦纲常、普遍习惯风俗而应该否定其效力者，却无法被现行法律强制规定所涵盖时，才需要援用总则之公序良俗原则条款加以规制。因此，当一个身份行为，既违反了法律强制规定，也可能构成对公序良俗的违反（如一人同时与二人结婚），解释和适用上自然按照“内容不合法”处理。

2.奠定亲属身份权益保护的请求权基础

学理上一般认为，民法确认和保护的民事权益包括权利与合法利益（法益），按照是否具有经济价值民事权益又可进一步分为财产权益与非财产权益。如果亲属身份领域存在着需要保护和救济的身份法益，法律就应该为此提供请求权基础。请求权基础系指当事人一方据此可向他方当事人有所主张的法律规范。[27]50 从法律技术而言，请求权基础的建立可通过民法各权利分编明确界定各类具体民事权利和民事法益的内涵和外延，而在侵权责任编中，将民法所需保护的民事权利和利益进行概括式或列举式规定。民法中有关身份权或身份法益的规范就是亲属身份权益保护的请求权基础。

身份权益系指两个自然人之间基于一定的身份关系所产生并享有的法律上利益。狭义的身份权益仅限于婚姻家庭领域内亲属身份人之间互享之法益，如父母与子女、夫与妻、其他近亲属之间所存在的合法权益。身份权益二分为身份权与身份法益，身份利益被法律明确权利化则为“身份权”，其他身份利益已被法律纳入保护范围但尚未权利化则为身份法益（注：有学者认为，权利仅限于指称名义上被称为权利者，属于广义法益的核心部分，其余民法上的利益均称为其他法益。参见龙卫球：《民法总论》，中国法制出版社 2001 年版，第 136 页。）。身份权益依据其利益类型可再分为纯粹身份权益与身份财产权益。侵害纯粹身份权益所生之损害一般为非财产上之损害，加害人所为之赔偿也仅为精神损害赔偿。毫无疑问，自然人基于特定的身份地位除了享有诸如继承权、被扶养权、经济帮助权等财产性权益之外，还享有许多纯粹的身份权益。纯粹身份权益遭受侵害者，权利人理应可依法主张精神损害赔偿。实务中有关死者人格利益保护问题、亲属祭奠权问题、老年人监护问题、拐卖儿童问题、离婚父母对子女的探视权问题、夫妻同居请求权及忠实请求权问题、第三者侵害夫妻关系的救济问题等均涉及到当事人纯粹亲属身份权益保护问题。

继受大陆法系民法传统的国家或地区，大多已通过民事立法或民法修正以及司法判例途径，奠定了身份权益保护的请求权规范基础。《德国民法典》第 827 条规定：以违背善良风俗的方式对他人故意造成损害的人，对他人负有赔偿损害的义务。我国台湾地区“民法”第 184 条和第 195 条对亲属身份法益保护提供了明确而完整的请求权基础（注：第 184 条：“因故意或过失，不法侵害他人之权利者，负损害赔偿责任。故意以背于善良风俗之方法，加损害于他人者亦同。违反保护他人之法律，致生损害于他人者，负赔偿责任。但能证明其行为无过失者，不在此限。”第 195 条：“不法侵害他人之身体、健康、名誉、自由、信用、隐私、贞操，或不法侵害其他人格法益而情节重大者，被害人虽非财产上之损害，亦得请求赔偿相当之金额。其名誉被侵害者，并得请求恢复名誉之适当处分。前项请求权，不得让与或继承。但以金额赔偿之请求权已依契约承诺，或已起诉者，不在此限。前二项规定，于不法侵害他人基于父、母、子、女或配偶关系之身份法益而情节重大者，准用之。”）。日本审判实务也认可了夫或妻侵害配偶权以及第三者破坏婚姻生活共同体的不法性而予以侵权法救济。[28]法国、英国、美国等国针对侵权行为致人死亡明确了其近亲属身份权受到侵害的具体内容，如丧亲之痛、丧失陪伴等。[29]

反观我国内地法制，身份权益的立法保护几近空白，亲属身份权益保护的请求权基础基本上付之阙如。《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 2 条仅规定了非法使被监护人脱离监护，导致亲子关系或者近亲属间的亲属关系遭受严重损害，监护人可以请求赔偿精神损害。尽管本条立法针对监护关系的保护，但本条所规定的请求权主体应解释为亲权人或亲属权人。这是笔者发现的中国内地立法有关亲属身份权益保护的请求权基础。《中华人民共和国侵权责任法》虽然将“民事权益”概括地纳入其保护范围，但是在随后的民事权利类型具体列举中未包含亲属身份关系领域中的典型身份权，该法仅确立了监护权保护的请求权基础（注：《中华人民共和国侵权责任法》第 2 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。”）。但监护权性质上并非一种典型的民事权利（本质为职责），而且监护人与被监护人的关系并不是亲属法上的身份关系。[30]61 因此，作为民事权利保护的基本法，

《中华人民共和国侵权责任法》未能为身份权这类典型而重要的民事权利提供保护和救济机制。而《婚姻法》、《收养法》等特别法也缺失明确的身份权保护规定。

我国身份权救济机制的立法缺失与我国亲属身份权的理论研究薄弱和认识分歧有关。内地民法或亲属法理论对身份权的概念、性质、类型缺乏系统而权威的研究。已有的研究在身份权的内涵、身份权与人格权的区别、身份权的保护与救济等问题上认识不一。[31]譬如，鉴于现实生活出现诸多侵害已故近亲属人格利益的纠纷案件，《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 3 条专门规定了自然人死亡后其姓名、肖像、名誉、荣誉、隐私、遗体、遗骨等人格利益遭受侵害而致其近亲属遭受精神痛苦的，其近亲属可以请求赔偿。本条规定表面上是对自然人死亡后的人格利益保护问题，但内在的法理基础在学界却众说纷纭，有死者利益延伸说、遗族利益维护说、社会利益维护说、死者近亲属利益保护说等多种观点。[30]55 即使有学者正确地认识到该种侵权救济是对死者近亲属利益的保护，但请求权基础究竟是近亲属的人格权还是身份权，还存在模糊认识甚至错误认识(注：有学者认为对死者人格利益的保护可通过追究加害人对死者亲属一般人格权的侵权责任加以解决。参见张红：《死者人格精神利益保护、案例比较与法官造法》，《法商研究》2010 年第 4 期。该学者通过判例法理论而不是从请求权基础理论提出解决方案，值得进一步商榷。)。侵害死者人格利益而产生的民事侵权责任理应属于身份权的保护范畴。一个家庭或家族的社会评价是其亲属成员的社会评价共同形成的，反之，家庭或家族的社会评价也深刻影响甚至决定其个体亲属成员的社会评价，牵一发而动全身。因此，已故亲属的社会评价因其名誉、荣誉、隐私等人格利益遭侵害而减低，实际上的受害人就是已故之人的近亲属，其所受之损害就是家庭或家族社会评价减低而引起的精神痛苦。笔者认为，从身份关系角度出发寻求死者人格利益保护的请求权基础，不失为一种圆满而合理的解决机制。前述《解释》第 7 条还规定了自然人因侵权行为致死，其近亲属也可以提出精神损害赔偿诉求，该请求权基础也是身份权。其实该条文的适用范围可以扩大到包含近亲属受害致残情形。因为，加害人侵害自然人的身体致死或致残，都将侵害到受害人近亲属基于特定身份关系而享有的身份利益（如家破人亡、妻离子散），造成其精神极度痛苦之后果。如果该死亡人没有近亲属，也就意味着无人遭受损害，即使存在前述侵害事实，依据民法“有损害即有救济”以及“填补原则”，则无侵权责任问题。

现代社会生活中存在愈来愈多的其他侵害身份权情形并形成案件纠纷。如亲属或第三人剥夺或妨害自然人对已故近亲属悼念或祭奠的行为，就是侵害其身份权的表现。[32]这种对已故亲人的哀思与怀念之情，也是一种需要法律保护与救济的重要身份利益，可称之为亲属祭奠权。拐卖儿童涉及到对父母亲权的侵害；遗弃子女则构成对子女权的侵害；离婚父母一方或亲属阻扰另一方看望子女构成对探视权的侵害；第三者故意“插足”则侵害了一方配偶的配偶权或夫妻关系圆满维持权(注：有学者将夫妻配偶权与其他身份权区别对待，认为配偶权不具有外部侵害性，第三人故意破坏他人夫妻关系，不应该承担民事责任，受害配偶无法寻求侵权责任法的保护与救济。参见郭鸣：《论亲属身份权的侵权法保护》，《江西社会科学》2010 年第 3 期。笔者认为，我国颁布的《侵权责任法》，未将夫妻身份权（配偶权）纳入其保护范围，是立法者的“故意”疏漏，显然不妥。)。

法学研究应该积极回应社会现实，并为建立法律应对机制奠定理论基础。我国身份法研究应该关注已有的亲属身份关系案例纠纷，参照那些和我们共享东方传统伦理文化的国家或地区的成熟做法，认真梳理需要法律保护的身份法益，使其权利化、类型化，并最终促其法律化，奠定亲属身份权益保护的请求权基础。

五、结语

骨肉相亲、血脉相传、夫妻相爱，系人之常情，故夫妻、父母子女、亲属之身份生活的圆满和稳定，仍为现代人类生理及心理上所必然之需求。科技的发展和社会文明的进步在为我们的生活提供了越来越多的便利时，却并不能同时简化社会关系的结构层次以及相应的权利类型。亲属身份关系永远都是社会关系中的重要组成部分，身份权也是民事主体不可.或缺的私权利。法学研究不应该轻视或蔑视身份法。不管“身份”和“契约”的地位在不同时代、不同社会形态中如何“运动”和转换，只要存在社会分工、只要承认竞争的优胜劣汰、只要还坚持家庭的辈分伦理、只要还存在人与人的姻缘和血缘结合，“身份”及“身份社会”就始终存在。[17]8-9 然而同时，只要不是将身份地位作为唯一或主要的资源利益的分配依据；只要不是将主体身份与其法律人格勾联起来；只要不是将身份作为主体社会地位高下贵贱的标尺（身份本身意味着差别和不平等，但身份人的人格绝对平等）；只要不是将身份进行固定化、永久化（即社会能够提供机制使身份可以流动和转换，禁止身份继承与世袭），“身份”的存在就是合理的，身份社会就应该是一个正态的社会！法学理论界和立法界完全可以坦然地接受身份社会，认真地对待现实社会中的一系列身份关系问题。重视身份法的理论研究对当代中国“私”生活领域的秩序化、民法理论体系的完备化、民事规范的法典化都有着重大的意义。

【作者简介】

张作华，中南财经政法大学副教授。

【注释】

[1] [英]梅因.古代法[M].沈景一,译.北京：商务印书馆，1959.
[2]陈棋炎.民法亲属[M].台北：三民书局，1984.
[3]中国法学会信息部 .民法学 • 2010 年科研单位论文数据统计[EB/OL]. http://www. lawinnovation.com/html/fxpd/ 4391. shtml,2011-05 -25.

[4]王利明,周友军.民法典创制中的中国民法学[J].中国法学，2008，(1):127-146.
[5]徐国栋.再论民法中人格法的公法性——兼论物文主义的技术根源[J].法学，2007,(4) :3 -15.
[6]尹田.民法典总则与民法典立法体系模式[J].法学研究,2006，(6):3-10.
[7]张作华.法律人格的伦理变革——来自罗马法又回到罗马法[J].西南政法大学学报，2007，(6):40- 47.
[8]杨立新.从契约到身份的回归[M].北京:法律出版社，2007.
[9][英]齐斯•佛克.公民身份[M]，黄俊龙，译.台北：巨流图书有限公司，2003.
[10][英]布赖恩•特纳.公民身份与社会理论[M].郭忠华，蒋红军，译.长春：吉林出版集团有限责任公司，2007 .
[11]张静.身份认同研究[M].上海：上海人民出版社，2005.
[12]马俊驹，童列春.私法中身份的再发现[J].法学研究，2008，(5):74-85.
[13]徐国栋.两种民法典起草思路：新人文主义对物文主义[M]//.徐国栋.中国民法典起草思路论战.北京：中国政法大 学出版社,2001.
[14]巫若枝.论中国婚姻法在法律体系中地位研究之误区——兼与婚姻法私法论商榷[J].中华女子学院学报，2006，(5)：1 -5.
[15]曹诗权.中国婚姻法的基础性重构[J].法学研究，1996，(3)： 100 - 108.
[16]张作华.亲属身份行为基本理论研究[M].北京:法律出版社，2011.
[17]陈棋炎,黄宗乐，郭振恭.民法亲属新论(修订五版）[M].台北：三民书局，2006.
[18]戴炎辉，戴东雄.中国亲属法[M].台北：三民书局，1988.
[19]陈棋炎.亲属•继承法基本问题[M].台北：三民书局，1980.
[20]张作华.事实身份行为与事实身份关系的法律保护——以事实婚姻为中心[J].四川大学学报（哲社版)，2009，(4)： 122-127.
[21]苏永钦.私法自治中的国家强制[M].北京：中国法制出版社,2005.
[22]顾骏.国家介人家庭事务应有度[N].东方早报，2011 -08 -26.
[23]龙卫球.民法总论(第二版）[M].北京：中国法制出版社，2002.
[24][德]卡尔•拉伦茨.德国民法通论[M]，谢怀轼，等译.北京：法律出版社，2002.
[25]陈棋炎.亲属、继承法与民法总则间之疑难问题[M]//.郑玉波，戴东雄.民法亲属•继承论文选辑.台北：五南图书出 版公司，1984.
[26]于飞.公序良俗原则研究——以基本原则的具化为中心[M].北京：北京大学出版社，2006.
[27]王泽鉴.法律思维与民法实例[M].北京：中国政法大学出版社，2001.
[28]陈秋君.论侵害身份法益之民事责任[D].国立台湾大学法律学院法律学研究所硕士论文，2008.
[29]谢鸿飞.精神损害赔偿的三个关键词[J].法商研究，2010，(6):11 -15.
[30]魏振瀛.民法(第四版）[M].北京：北京大学出版社,高等教育出版社，2010.
[31]杨立新，袁雪石.论身份权请求权[J].法律科学，2006，(2):52-59.
[32]刘晓燕.父亲墓碑上没有我女儿索要“祭奠权”[N].人民法院报，2010-02-01(3).

张作华：认真对待民法中的身份——我国身份法研究之反思

张作华 2013/4/8 9:11:05 北大法律信息网 原始链接：

原始链接：http://www.chinalawinfo.com/LawOnline/ArticleFullText.aspx?ArticleId=76109&listType=0

【学科类别】民法总则

【出处】《法律科学》2012 年第 4 期

【写作时间】2012 年

论婚姻法回归民法的基本思路——以法定夫妻财产制为重点 （上）| 北大法律信息网

2015 年 1 月 2 日 贺剑 家事法苑

【学科类别】婚姻、家庭法

【出处】《中外法学》2014 年第 6 期

【写作时间】2014 年

【中文摘要】婚姻法回归民法或民法典的关键，在于协调好婚姻法与物权法、合同法等财产法的关系。就基本思路而言，应该主要依赖债权性质的法律手段去调整夫妻间的财产关系，这样夫妻与外部第三人既有的财产关系，以及相应的财产法规则均不会因此受影响。在法定夫妻财产制的设计上，德国、瑞士以及我国台湾地区等对我国民法素有影响的法域均采行了这一思路；而现行婚姻法却采取了另一思路，很大程度上以物权性质的法律手段去调整夫妻间的财产关系。就夫妻财产的归属而言，这对物权法以及交易安全造成了巨大冲击，对婚姻法自身也有负面影响；就夫妻债务的归属而言，它也导致夫妻共同债务被错当成夫妻连带债务，以及夫妻债务的内部归属规则混沌不清。

【中文关键字】身份法；财产法；夫妻财产制；夫妻共同财产；夫妻共同债务

【全文】

一、理论框架与基本论点

（一）婚姻法调整危机时刻、夫妻内部的财产关系

（二）婚姻法对于夫妻间财产关系的两种调整手段

（三）论点：应以债权手段调整夫妻间的财产关系

二、夫妻财产的归属：两类方案

（一）现行法下的物权方案

（二）比较法上的债权方案

三、债权方案和物权方案的比较

（一）内部关系：债权方案与物权方案不相伯仲

（二）外部关系：物权方案对物权法及交易安全冲击甚大

（三）物权方案对婚姻法的发展也多有负面影响

（四）物权方案在我国法下的困境、成因及出路

四、夫妻债务的归属

（一）应然：两种调整手段的比较

（二）实然：现行法下的两点澄清

五、结论

尽管婚姻法“回归民法”在学界大体已成共识，[1]但如何回归却尚未被深入讨论。[2]在本文看来，这一议题的核心在于如何处理好婚姻法这一身份法与物权法、合同法等财产法之间的关系。具体涉及两大问题：一是法律行为问题，对于婚姻当中的各类身份关系，在财产法领域纵横捭阖的法律行为理论在多大程度内能够适用，这涉及婚姻法与合同法、与民法通则的关系；二是夫妻财产制、尤其是法定夫妻财产制问题，[3]对于夫妻之间的财产关系，既有财产法规则能否以及如何适用，这又涉及婚姻法与物权法、合同法乃至与侵权法的关系。

与法律行为议题引发的婚姻法与民法关系的讨论已有些老生常谈且意义寥寥不同，[4]由夫妻财产制议题引发的婚姻法与民法的关系问题最近几年才进入学界的视野，不仅在实践中有切实的影响，[5]在理论上、包括对于民法典的编撰也是意义非凡。本文特以法定夫妻财产制为对象，对处理这一问题的基本思路予以探讨。[6]

一、理论框架与基本论点

夫妻财产制是一个舶来品。按一般的理解，它基本涵盖了婚姻从摇篮到坟墓夫妻间的所有财产关系，包括夫妻财产制的设立、变更、废止，夫妻婚前、婚后一切财产的占有、使用、收益、处分，债务的归属、清偿，以及离婚、继承（夫妻一方去世）等财产制解体情形下的夫妻财产及债务的清算问题。[7]本文既以法定财产制为研究重点，故不涉及夫妻财产制本身的设立及变动，而只关注法定财产制下的夫妻财产和夫妻债务的归属问题。

本文的出发点和基本论点主要基于以下两点理论认识，分述如下。

（一）婚姻法调整危机时刻、夫妻内部的财产关系

（1）婚姻法只需调整夫妻间出现纠纷、婚姻关系消灭等“危急”时刻的财产关系。这主要指离婚、继承两大场景；此时婚姻关系消灭、财产制解体，夫妻财产、债务等都须进行清算，易生纠纷，法律的介入不可避免。

在婚姻存续期间，夫妻多数时候处于“和平”时期。此时，婚姻法应奉行“法律不入家门”的宗旨，因为“入了家门”也无用武之地：不管法律规范层面的权利义务如何，夫、妻都会按照家庭的需要，而不是法律的逻辑去过日子，去占有、使用、收益、处分财产以及清偿债务。[8]所以，譬如在财产处分上，即便房屋是夫妻一方的个人财产，其出售也可能必须经过夫妻双方点头；而即便企业是夫妻共同财产，其出售也可能完全由夫妻一方拍板。说到底，只要不离婚，夫妻的财产、债务就几乎都是孩子的；白头夫妻与婚姻法没有半毛钱关系。

可在少数时候，婚姻存续期间也弥散着夫妻的你争我斗，且往往是离婚的前奏。此时婚姻法也有介入必要，但它的用处并不在于平息夫妻间的纷争；[9]它的用处毋宁在于，有效防范或应对夫妻一方在离婚前擅自处分、隐瞒或转移财产等损害夫妻另一方利益的脱产行为，从而对于离婚时夫妻间的财产关系产生影响。

（2）婚姻法原则上只需调整夫妻内部，即夫妻之间的财产关系，它没有必要调整夫妻外部，即夫妻与第三人之间的财产关系。前一点理所当然，后一点需作两点交代：

首先，夫、妻各自或共同的对外财产关系已有民法调整在先，婚姻法无需重复。

其次，在当代中国，夫妻二人所组成的共同体甚或涵盖更多家庭成员的“家”，并非一个具有独立人格的民事主体，无须婚姻法或其它法律予以专门调整。[10]夫妻原则上都是作为独立的个体，以个人的名义参与经济生活，与他人发生私法关系。即便需要开“夫妻店”，一来已经有合伙、公司、信托等丰富的商事组织形式以及完善的配套法律体系可供选择，二来作为保底，夫妻双方还可以基于意思自治，依通常的民法规则共同与第三人发生法律关系。因此，那种声称“夫妻双方对外呈现一个整体”，或强调“夫妻在身份及财产上的对外连带性”，希冀以此证成夫妻一方的行为原则上应当由夫妻双方负责的观点[11]是不可取的，它有错把夫妻共同体看成一个与自然人、法人并列的“第三类民事主体”之嫌。[12]

当然，在法律技术层面，夫妻之间的共同体关系还可以通过法定代理制度得以部分实现。现行法以及学理上普遍承认的（隐名）法定代理，目前只有日常家事代理一种，换言之，夫妻共同体仅有可能在衣食住行等日常家庭生

活事项的范畴内存在。但问题是，这些日常家事大都属于即时交易，所涉价值也都不大，在实务中不但很难引发纠纷，更很难因为第三人要求夫妻双方承担连带责任而引发关于日常家事代理的纠纷。所以，即便是就日常代理制度而言，夫妻共同体的存在也毋宁只是理论层面或想象层面的，实际意义甚微。

需要强调，夫妻共同体或“家”在法律上并非一个民事主体或连带关系体，与不少国人在伦理上或观念上将夫妻视为一根绳上的蚂蚱、将夫妻或家视为一个命运共同体并不矛盾。仍以夫妻债务为例，夫妻一方单独对外欠下的债务，夫妻另一方在伦理或观念上将其也看成自己的债务，认为自己应当参与偿还债务，甚至欠债的夫妻一方也如是认为，这都仅仅是夫妻内部的事情，体现的是夫妻相濡以沫、患难与共；它与法律的规定没关系。不管法律如何规定，都不妨碍正常生活中的夫妻依前述伦理观念行为。而一旦法律规定，夫妻一方的债务一律是夫妻双方的连带债务，反倒会适得其反，引发实践中极其普遍的离婚前伪造夫妻共同债务以损害配偶利益的行为，“使婚姻充满风险”，[13]使“伦理共同体”沦为“投机者乐园”。对于夫妻财产而言，伦理共同体同样不是一个关键考量，详见下文“三、(一)”。

（二）婚姻法对于夫妻间财产关系的两种调整手段

对于夫妻间财产关系，主要即夫妻财产、夫妻债务在夫妻间的归属或分配而言，调整手段不外乎两种：一是直接手段，将财产、债务直接从夫妻一方移转给另一方，比如物权让与、债务承担；二是间接手段，仅赋予夫妻一方向另一方请求给付相应财产的权利，或负有承担相应债务的义务。套用民法的术语，间接手段相当于负担行为，仅有债的效力（以下也称债权手段）；直接手段则相当于处分行为，大都具有物权效力（以下也称物权手段）。

在内部关系上，两种调整手段大体是等价的。道理很简单，“在一个只有夫妻二人的法律世界里，债权和物权的区分是没有意义的”，[14]物权也好债权也罢，都是夫妻一方向另一方的权利请求，而法院也将基于这一请求对夫妻财产、夫妻债务作相应分配，二者的经济结果大体相同。需要强调，两种调整手段的等价性，相当程度上也有赖于婚姻法只需调整“危机”时刻的夫妻财产关系这一前提：正是由于离婚、继承等危机时刻的存续期不长，债权、物权的区别才可以被忽略；假若婚姻法也须调整（往往旷日持久的）婚姻存续期间的夫妻财产关系，与物权手段或直接手段的“即时分红”效果相比，债权手段或间接手段就难免有“空头支票”、难以即时兑现之嫌。

但在外部关系上，对于夫妻与第三人之间既有的财产关系，以及调整这些财产关系的物权法、合同法等财产法规则而言，两种调整手段的影响却迥然有别。若采用间接手段或债权手段，其效力将限于夫妻内部，既有财产关系及相应的财产法规则都不会受影响；但若采用直接手段，影响却是巨大的。比如，明明是单独登记在夫妻一人名下的房产，却有可能成为夫妻共同财产；明明是夫妻自行与第三人签订的合同，却有可能招致夫妻共同债务。直接手段在此固然实现了夫妻间内部财产关系的调整，但也一并调整了夫妻与第三人的外部关系。简言之，直接手段或物权手段的“外部性”很大，间接手段或债权手段的“外部性”则很小；后者好比激光制导导弹，可以精准打击，前者则好比往往伤及无辜的大规模杀伤性武器。

（三）论点：应以债权手段调整夫妻间的财产关系

基于以上有关婚姻法的调整对象和调整手段的两点认识，本文的基本论点是：若非必要，应采用间接的，或者说债权性的手段去调整婚姻法上夫妻间的财产关系。此时，婚姻法一方面依然可以实现自己的目的，另一方面，对于既有的财产关系、对于相应的财产法规则又都不会造成不必要的影响。在这个意义上，尽管夫妻财产制不能简单化约为物权关系或债权关系，[15]但债权关系或债权手段，却依然可以成为调整夫妻财产制的主要技术手段。

下文有关法定夫妻财产制的分析可以视为对上述论点的检验与坐实。在思路上，下文采取比较研究的思路，通过对债权手段与另一种调整手段——直接的、大都具有物权效力的调整手段进行优劣对比，论证债权手段的优越性；由于现行法青睐直接手段或物权手段，所以下文的论述重点又将体现为对现行法的批判性评论。在结构上，第二、三部分讨论夫妻财产的归属，第四部分讨论夫妻债务的归属，最后是结论。

二、夫妻财产的归属：两类方案

我国的法定夫妻财产制是婚后所得共同制，粗略地说，是认为夫妻双方原则上可以分享彼此婚后所得的一切财产，尤其是在离婚、继承等情形，夫妻双方通常可以均分上述财产。在调整手段上，它采取的是直接手段或者说物权手段，即将夫妻一方的部分财产直接移转给夫妻另一方，让后者成为财产的共同共有人。本文称之为“物权方案”。

在比较法上颇为普遍的，是本文所称的“债权方案”。它只是在离婚、继承等财产制解体情形，通过债权手段实现夫妻婚后所得财产的分享；在婚姻存续期间，它是无所作为的，此时仍然适用通常的物权法或财产法规则，夫妻据此各自拥有和管理各自的财产。

两类方案的相同在于，夫妻在离婚、继承等情形都通过一定手段分享了财产。二者的不同在于婚姻存续期间，在债权方案下，夫妻之间既没有物权、又没有债权层面的分享；而依物权方案，夫妻在财产取得的那一刻起即实现了物权层面的分享。上述异同的集中反映，是看似相同、但法律性质迥然不同的各种名目的夫妻财产：在物权方案下，夫妻财产自始具有物权法上的单独所有或共同所有的性质；而在债权方案下，夫妻财产在婚姻存续期间是虚有其名的，不具有任何物权效力，只有等到离婚、继承等情形才引发债权性质的后果。以下主要从夫妻财产的性质入手，对两类方案分别介绍。

（一）现行法下的物权方案

1、婚姻法下的夫妻财产≈物权法下的物权

现行婚姻法第 17 条、第 18 条规定了两类夫妻财产。从其措辞来看，通常所说的夫妻共同财产是指夫妻在婚姻关系存续期间所得的、“归夫妻共同所有”的财产，如工资、奖金、继承或赠与所得的财产等；夫妻个人财产则是指夫妻婚后所得的“夫妻一方的财产”，其典型如一方的婚前财产、遗嘱中或赠与合同中确定只归夫妻该方的财产。

对于上述“共同所有”的财产、“夫妻一方的财产”，目前一般认为，这是关于共同共有和单独所有的规定。例如，婚姻法《解释一》明确将两者分别表述为“夫妻共同财产”、“夫妻一方的所有的财产”；[16]早在《民通意见》第 90 条当中，“夫妻共有财产”也被视为“共同共有关系”的一种，被归类为“关于财产所有权和与财产所有权有关的财产权问题”。在立法层面，物权法第 103 条亦将“共有人具有家庭关系”认定为“共同共有”，言下之意也包括夫妻共同财产的情形。

据上所述，至少在涉及动产、不动产的情形，婚姻法下的夫妻财产就是物权法下的物权；夫妻共同财产、夫妻个人财产就是物权法上的共同共有财产和单独所有财产。依这一逻辑，夫妻财产理当遵从物权法有关物权归属及变动的一般规则，其典型如婚姻法《解释三》第 5 条依据“孳息从原物”的物权理论，将夫妻个人财产的婚后孳息一律规定为夫妻个人财产。[17]有论者甚至不无绝对地指出，“婚姻法中的夫妻财产制应与物权法、合同法中的基本规则保持一致”，“《婚姻法》不能离开《物权法》的规则而对夫妻共有关系另搞一套规则，否则必然造成民法内部规则的混乱”。[18]

2、婚姻法与物权法在适用上并不存在冲突

众所公认，婚姻法与物权法存在冲突。尽管是什么冲突，尚有不同的认识和理解。

一种在民法学者中间较为普遍的理解是，婚姻法与物权法的冲突体现为物权归属问题上的“二龙治水”：物权法坚持占有和登记作为权利的表彰方式，婚姻法却没有类似的公示要求。以不动产物权的归属为例，学者开出的药方是：物权法第 16 条第 1 句“不动产登记簿是物权归属和内容的根据”只是一个证明责任规范，其作用仅在于推定登记名义人享有被登记的物权；而婚姻法第 17 条第 1 款则是“直接确定物权归属的实体性规范”，可以推翻前述物权法的规定。[19]有研究进而引申，物权法和婚姻法的关键区别在于，“前者以登记为准确定谁是名义所有权人，后者以婚姻关系状况确定谁是真实所有权人”。[20]

在本文看来，以上婚姻法上的实体性规定优于物权法上的程序性规定的阐释不无洞见，但可惜未曾触及问题的实质：如果婚姻法上的实体性规定碰到的不是物权法上的程序性规定，而是实体性规定，又将如何？具体来说，在物权的变动（而非归属）问题上，物权法第 9 条、第 23 条秉承公示原则，要求原则上必须经过登记或交付才能发生物权变动的效力，但是，婚姻法第 17 条关于夫妻共同财产的归属，亦即夫妻另一方法定共同共有权的取得，并不以交付、登记等公示方式为必要。这就是有关婚姻法与物权法冲突的第二种理解。

上述第二种理解由少数婚姻法学者提出。在他们看来，法定共有权的取得不符合公示原则，并不真地构成婚姻法对物权法的违反。因为物权法第 9 条、第 23 条在确立公示原则的同时，也规定了“但法律另有规定的除外”，而这一但书除了包括物权法第 28 条至第 30 条的非基于法律行为而发生的物权变动情形（这些只是例示规定），还涵盖前述婚姻法上的情形。[21]很显然，这一种理解较有说服力。但目前有关的论述也有缺憾，他们并未对这一法定共有权的取得始末做更清晰的说明。以下尝试对此予以完善。

3、物权方案的运作：法定共有权经“逻辑上的一秒” 而取得

本文认为，有一法学上的经典比喻很契合前述法定共有权的取得过程：“逻辑上的一秒”。[22]具体来说，在涉及夫妻共同财产的情形，物权变动包括两个过程：首先，夫妻一方依据物权法，基于法律行为（第 9 条、第 23 条）或非基于法律行为（第 28-30 条）而取得物权，成为该物的单独权利人；同时，经“逻辑上的一秒”，夫妻一方的配偶又基于婚姻法的规定，成为该物的共有权人。后一过程虽然与物权法第 9 条、第 23 条所确立的公示原则相龃龉，但却为上述两条规定的但书所容许。因此可以说，物权法与婚姻法虽然是“二龙治水”，但却有先有后，二者在适用上不存在冲突。

以下以婚姻法和物权法的两个“伪冲突”的澄清为例，对前述过程予以说明。

首先来看一个经常被举的例子：夫妻一方以婚后工资收入购房，单独登记在自己名下，按照物权法第 9 条和第 16 条是其个人财产，按照婚姻法第 17 条却是夫妻共同财产。[23]这里的“冲突”，显然只是看到了表面的结果，它没有认识到，这里的房屋是先按照物权法成为夫妻一方个人财产，再按婚姻法成为夫妻共同财产，在此，物权法和婚姻法是先后适用的并存关系，而不是非此即彼的互斥关系。

类似的例子是在婚后继承所得财产的归属问题上，婚姻法与继承法之间的“冲突”。有论者曾主张，婚姻法第 17 条和第 18 条将法定继承所得的财产，以及遗嘱中未确定只归夫妻一方的财产规定为夫妻共同财产，实际上是把夫妻一方的配偶也作为法定继承人，“扩大了法定继承人的范围”，与继承法的规定有悖。[24]这同样没有注意到，前述两类继承所得财产的权利变动涉及两个过程：相关财产先按继承法的规定，由作为法定继承人的夫妻一方单独取得、单独所有；然后再按婚姻法的规定，成为夫妻双方的共同财产。

（二）比较法上的债权方案

1、瑞士

《瑞士民法典》1984 年大修，将所得分配制（Errungenschaftsbeteiligung）作为法定财产制。在立法理念上，它追求的是将夫妻双方的婚后所得在一定范围内由夫妻分享。[25]为此，它将夫妻财产分为两类，一为所得财产，

一为固有财产。

从《瑞士民法典》第 197 条、第 198 条来看，所得财产、固有财产与我国的夫妻共同财产、夫妻个人财产在内容上多有重合；但是，彼此的法律性质大为不同。

在学理上，所得财产、固有财产被定性为“特别财产”（Sonderverm?gen），即基于法律的特定目的而从个人的一般财产（责任财产）中分离出来，在法律上作特别对待的一部分财产；其特点在于，可以独立取得、丧失权利，原则上也适用财产的代位规则，信托财产、遗产等也是特别财产。[26]就所得财产、固有财产而言，一方面它们服务于夫妻财产法上的目的，是夫妻财产法上的财产：在财产制解体时，所得财产可以被夫妻分享，而固有财产则不能。另一方面，所得财产、固有财产也仅是夫妻财产法上的财产或标签而已，在物权法上并不被认为是实体权利（Einheit），所以，一个财产不管是所得财产还是固有财产，在物权法上都不能得到任何特别对待，而是与通常的财产一样适用相应的规则。[27]例如，假设夫妻婚后共同购买家庭住房，耗资 100 万，其中丈夫的固有财产出资 30 万，妻子的所得财产出资 70 万。不管房屋在夫妻财产法上是什么财产，它在物权法上的归属都不受到任何影响：如果房屋被登记在夫妻一方名下，它就是该方单独所有的财产；如果被登记为按份共有，它就是夫妻按份共有的财产，一切以物权法为准。[28]

与所得财产、固有财产的法律性质一致，整个所得分配制也“原则上不产生任何物权法上的效果”。[29]实际上，所得分配制在性质上属于分别财产制。依《瑞士民法典》第 247 条，分别财产制的主要内容是“除法律有明确限定，夫妻一方都自行管理、使用、处分其财产”；而第 201 条第 1 款有关所得分配制的内容界定，“除法律有明确限定，夫妻一方都自行管理、使用、处分其所得财产和固有财产”，完全与之吻合。[30]有学者因此甚至断言，“就法律地位来说，已婚者生活在所得分配制之下，如同生活在分别财产制之下。” [31]

综上，所得分配制实现“所得（财产）分配”的技术手段并不是物权性质的共同共有和单独所有，它并没有将固有财产规定为夫妻一方单独所有的财产，将所得财产规定为夫妻共同共有的财产，从而实现且仅实现所得财产在夫妻之间的分配；这不同于我国法。它的技术手段是债权性质的盈余分配请求权：在所得分配制因离婚、继承等原因而解体时，所得财产在经过扣除债务等一系列计算程序后得到其净值，即所谓“盈余”（Vorschlag），夫妻双方均有权请求获得对方一半的盈余；而且，二者应当相互抵销，所以最后仅剩下一个盈余分配请求权。[32]例如，如果离婚时丈夫的盈余是 100 万，而妻子的盈余是 20 万，抵消后的最终结果就是丈夫有权向妻子请求给付盈余 40 万。

2、德国

《德国民法典》1957 年大修，确立了净益共同制（Zugewinngemeinschaft）作为法定财产制。与瑞士的所得分配制一样，德国的净益共同制同样追求将一定范围内的婚后所得交由夫妻分享，且同样采取了“分别财产制+债权性质的请求权”的技术手段。

净益共同制的法律本质是分别财产制。依《德国民法典》第 1364 条，除非法律有明确限定，生活在净益共同制下的夫妻一方可以单独管理、包括处分其财产。学者因此也有与瑞士法相似的断言：在净益共同制下，“仅就夫妻财产法上的法律关系而论，尤其是就物权归属、占有状态以及其它权利或请求权的归属而论，男女双方结不结婚都一样。” [33]实际上，净益共同制在最初的立法草案中正是叫“附净益补偿的分别财产制”，后来立法者为了便于普通民众理解，凸显它的重点是经济上的净益补偿，而非法律上的财产分别所有，才将其更名为净益“共同”制。[34]它名字中虽然包含“共同”或“共有”（Gemeinschaft）字样，但与德国民法上习用的“共有”——物权性质的按份共有、共同共有等毫无关联；为了避免“净益共同”包含物权性质的净益分享这一误解，《德国民法典》第 1363 条第 2 款还明确规定：夫妻双方的所有财产，都不因婚姻的存在而变成共同财产。[35]

净益共同制下有三个关键概念：初始财产，终止财产以及作为二者差额的净益。《德国民法典》第 1373-1375 条对其作了界定。从内容上看，初始财产、净益大体对应于我国的夫妻共同财产和夫妻个人财产，但是，初始财产、终止财产以及净益也都不是物权法意义上的财产；不仅如此，与瑞士法上的所得财产、固有财产不同，它们连“特别财产”都不是，它们只是计算变量（Rechnungsposten）或数字（Rechnungsgrößen），表征的是夫妻一方的全部财产在不同时点的货币价值，以及二者的差额。[36]

净益共同制实现“净益共同”的手段也是债权性质的净益补偿请求权。依《德国民法典》第 1378 条，若夫妻一方的净益多于夫妻另一方的净益，后者就有权向前者请求给付前述净益差额的一半。这与瑞士法下的盈余分配请求权殊途同归。但与瑞士法下盈余分配请求权的计算公式一体适用于离婚、继承场景不同，在德国法下，净益补偿请求权的前述计算公式仅适用于离婚场景；在继承场景，则适用其它公式（如《德国民法典》第 1372 条第 1 款）。

3、台湾地区我国台湾地区的法定财产制向来受德、瑞两国影响，2002 年“民法”大修后的新法定财产制，更是师法瑞士所得分配制的产物。在经济上，它同样追求夫妻的婚后所得原则上由夫妻分享，而实现这一目标的法律手段同样是“分别财产制+债权性质的分配请求权”。具体来说，一方面，它把夫妻的财产都分为婚前财产和婚后财产，由夫妻各自所有（第 1017 条第 1 项），各自管理、使用、收益及处分（第 1018 条）；另一方面，在财产制解体时，夫妻现存的婚后财产在扣除婚姻关系存续期间的债务，刨除慰抚金、继承所得或其它无偿所得之后，若有剩余，双方的剩余财产将在经过一定的计算后，经由债权性质的剩余财产分配请求权由夫妻双方均享（第 1030 条之 1）。[37]

三、债权方案和物权方案的比较

改革开放以来，我国的民法和民法学深受德国、瑞士以及台湾地区等国家和地区的影响；这些国家和地区在决定采行债权方案之际，都曾考虑但最终又都放弃了不同形式的物权方案。[38]因此，从借鉴他人得失以及路径依赖的角度讲，上述国家和地区如今在法定财产制上所一致青睐的债权方案，大概才是我国法所宜选取的正道。以下将坐实这一猜测。

（一）内部关系：债权方案与物权方案不相伯仲就夫妻内部关系而言，物权方案、债权方案的主要效果相同：在离婚、继承等场景，二者在经济上都能实现财产的分享；在婚姻存续期间的多数时候，夫妻相安无事，二者又都没有作为空间。以下特针对几种可能的误会预先作给予澄清：

首先，债权方案不同于分别财产制，它对分别财产制作了实质修正。

其次，夫妻共同从事生产经营（如共同种田、办厂）得来的财产可能在婚姻存续期间就为夫妻双方所分享，包括以夫妻双方按份共有或共同共有的形式，或者以一方对另一方的债权请求权的形式，但这并不足以证成物权方案。因为在债权方案下，基于一般的财产法规则，如民事合伙、雇佣合同乃至于不当得利，上述婚姻存续期间的分享同样可能。

第三，在伦理或观念上，夫妻（婚后所得）财产由夫妻共同所有，并不意味着在婚姻存续期间，相应财产在法律上也应归夫妻共有。因为一方面，不管采取哪种方案，相应财产在离婚、继承等情形都会在经济上由夫妻分享，这是前述伦理或观念上的共同“所有”——它完全可能有别于物权法上的“所有”——的要义所在；另一方面，一旦采取物权方案，规定婚后所得财产在婚姻存续期间由夫妻共同所有，或许会更“符合”前述含义原本模糊的伦理或观念，[39]但如下文将要提到的，它却会在法律层面造成严重的后果，得不偿失。

在少数情形，债权方案仍可能稍逊于物权方案，但二者总体来说仍不相上下。

其一，在离婚、继承等场景，债权人向夫妻一方主张债权的情形。比如离婚时，丈夫有 100 万财产和 60 万债务，假定作为夫妻分享婚后所得的结果，妻子有权向其请求 50 万财产：在物权方案下，尽管丈夫资不抵债，但妻子仍可以获得 50 万的财产；而依债权方案，妻子的 50 万债权有可能部分实现不能。但如下文所述，如果考虑到夫妻债务的归属问题，物权方案的微小优势就不复存在，甚至可能转变为劣势。因为在物权方案下，出于保护交易安全的考虑，丈夫的前述 60 万债务往往会被认定为夫妻共同债务（即便是以丈夫一人的名义所负），债权人因此可以要求执行全部夫妻共同财产，甚或要求妻子承担连带清偿责任。

其二，在婚姻存续期间的少数时候，夫妻一方可能或已经擅自处分财产，或从事其它脱产行为的情形。此时，物权方案诚然可以借助共同共有、共同处分的要求有力地防止夫妻一方擅自处分财产（但也涉及与善意取得制度的调和），但债权方案也并非束手无策。透过一系列学理上为人所熟识的制度，包括针对无偿行为的撤销权制度、追加计算制度，对夫妻一方处分特定财产（如家庭住房[40]）的处分权限制以及作为一般保障的共同财产报告义务等，债权方案的保障力度至少不会显著次于物权方案。

（二）外部关系：物权方案对物权法及交易安全冲击甚大

就夫妻与第三人的外部关系而言，债权方案的效力始终限于夫妻之间，它始终没有创设任何新的物权法上的财产，夫妻财产的归属及变动也始终以物权法为圭臬。所以，在债权方案下，法定财产制不会给物权法的既定规则造成影响；除了处分权限制这一配套措施可能给交易安全造成影响外，[41]债权方案对于交易安全也没有影响。

与债权方案相比，物权方案会冲击物权法的既定规则，严重危害交易安全。

在物权方案下，婚姻法上的法定财产制将对物权法上的两种传统公示方式——占有、登记的准确性构成极大挑战。但凡有已婚人士参与，并从中取得物权的法律行为，两种公式方式都会大失准头：在物权变动的头一秒，占有、登记还能准确表彰物权；仅仅经过“逻辑上的一秒”，占有、登记就会名不符实，从婚姻法里蹦出来一个法定共有权。已婚人士取得物权的比重有多大，公示错误的概率就几乎有多大。

对于上述“公示失灵”问题，解决之道不外乎三条。

第一，想办法让公示状态名实相符。比如，至少就所有以登记作为公示方式的物权而言，不动产登记机关（甚至有义务如此[42]）、车辆登记机关等不妨与婚姻登记机关联网，依职权在登记簿上注明、更新登记名义人的婚姻状态，甚至可以视情况直接将物权变更为夫妻共有；对于股票登记、银行存款户头等，也可以照此办理。[43]但注意，这对于大多数以占有作为公式方式的动产物权仍爱莫能助。

第二，让第三人自行应对。在交易金额较小时，第三人大概会选择自担风险；如果交易金额较大，第三人就有必要对交易对手的婚姻状态以及财产制状况作一番调查；若仍无法排除疑义，保险起见，还应取得对方配偶的同意。“您结婚了吗”、“您爱人同意吗”将成为交易套话。

第三，善意取得制度。对于名实不符导致的无权处分，可以适用物权法第 106 条，从而使得隐而不显的法定共有权的取得“不得对抗善意第三人”，这也是目前的流行观点。[44]

前两种办法都意味着巨大的交易成本。不仅如此，它们还可能促使将婚姻登记（甚或财产制登记）接纳为一种补充性的，与物权登记或占有并存适用的公示方式，并赋予其以公信力，从而重塑善意第三人的保护制度。这对于既有的物权法规则是个不小的冲击。但惟有如此，才能驱除那个在登记或占有背后时常盘旋着的法定共有权的幽灵。

第三种办法表面看有助于保障交易安全，但并非没有代价，而且实际效果并不如预期。

首先，在不适用善意取得的情形，交易成本依然会攀升。比如已婚人士在设立公司时，仍然必须证明出资不是

夫妻共同财产，或者提供其配偶的同意，不然出资行为就有无效之虞。对捐赠行为等无偿行为而言，同样如此。

其次，善意取得本身也未必能够带来预期的效果，因为“善意”的内涵很可能被迫改变。以不动产善意取得为例，按照一般的理解，登记簿具有绝对公信力，第三人在登记簿之外不负有额外的注意义务。但若考虑到法定共有权的普遍存在，虽然登记簿上显示房屋是个人单独所有，它也较有可能是夫妻共同共有，登记簿的错误率如果因此惨不忍睹，还如何奢谈绝对的公信力？因此第三人要想成为“善意”，要么登记机关有所作为，提高登记簿的正确率；要么第三人自行承担登记簿之外的合理的注意义务，甚或一律取得处分人配偶的同意。这两条道路，如上文所述，都会提高交易成本。这也大体适用于动产善意取得。更让人气馁的是，上述过程永无尽头，占有、登记的正确率并不会因为善意取得的适用而有所改善：因为善意第三人也很可能是已婚人士，且生活在婚后所得共同制下，所以在善意取得的头一秒，登记簿虽然又变得正确，但在下一秒，仍会因法定共有权的出现而再度陷入错误。

最后，第三人的善意取得是以牺牲隐名的法定共有权人的利益为代价的。这种两害相权，与其说是迫不得已，不如说是自寻烦恼：假若不赋予夫妻财产以物权效力、假若不存在夫妻共同共有的财产，又怎会平白多出这番煎熬？

总结而言，物权方案对既有物权法规则的直接冲击在于，它造成了占有、登记这两种传统公示方式的大范围“失灵”。这要么会危及交易安全、导致交易成本飙升，并且促使物权法被迫接受婚姻登记作为一种补充性的权利表彰方式；要么会导致目前的善意取得制度被迫做出调整，在交易成本依然上升之余，还得付出无辜法定共有权人利益被牺牲的代价。[45]

以上分析也督促我们去回头审视上文提到的婚姻法和物权法在适用上并不存在冲突的本质：物权法固然为公示原则留下了一个“但法律另有规定的除外”的但书，而作物权方案解的法定财产制在解释论上也能被塞进这个但书，因而二者在法律适用上并无“冲突”，而且在概念逻辑上，法定财产制也可以被视作公示“原则”的“例外”；但是，这一例外的范围太广了，以至于完全可能动摇公示原则。诚如“公示失灵”现象所表明的，公示原则所追求的真实、客观反映物权变动的目的，在相当程度上将会落空。在这个意义上，物权方案下，婚姻法和物权法依然存在实质的、难以消解的冲突。

（三）物权方案对婚姻法的发展也多有负面影响

从逻辑上看，若夫妻财产是物权法上的单独所有和共同共有财产，它就应当在婚姻法没有特殊规定时，适用物权法关于物和物权的一般规定。这是物权方案的必然逻辑，是民法内部体系强制的要求，也是目前有关婚姻法和物权法关系的流行看法。[46]对于发展相对缓慢、相对弱势的婚姻法（学）而言，上述仰物权法之鼻息的强势逻辑，以及潜在的机械套用物权法制度和学理的危险，显然无助于婚姻法关注自己的问题、创造自己的制度及理论。这在历史上已不乏惨痛的教训。

以曾经非常有名的夫妻个人财产转化规则的惨遭废除为例。依据这一规则，夫妻婚前的个人财产在结婚若干年后可以转化为夫妻共同财产，从而在离婚、继承时为夫妻双方分享。这一规则在我国司法实践中存在了数十年之久，且颇受好评，但在 2001 年婚姻法修法时居然主要因违反物权法理论及其它民法理论而被宣判极刑。[47]如今来看，如学者所反思的，当时的违反取得时效的法理等诸多理由，实在是过于勉强。[48]

除了制度和理论层面的盲目遵从之外，与物权方案相伴而生的物权法对婚姻法的强势还体现在价值层面。新近的例子如婚姻法《解释三》第 11 条引发的，有关夫妻共有的家庭惟一住房能否排斥适用善意取得制度的讨论。在这场讨论中，同样是价值，交易安全的价值被奉若神明，家庭保护的价值却被嗤之以鼻；尽管从未有哪部民事法律规定了交易安全，而家庭保护却为宪法第 49 条所肯认。[49]对于从来就没有真理可言的价值权衡而言，这种偏爱让人警惕。更需注意的是，这场争论实际上始终秉承物权法的思路：夫妻一方无权处分夫妻共同共有的家庭惟一住房，怎么办？而不是婚姻法的思路：夫妻一方处分其家庭惟一住房（而不论是否共同共有），怎么办？[50]

与物权方案不同，债权方案使得婚姻法与物权法脱钩；婚姻法上的夫妻财产，将与物权法上的物权或财产没有任何干系。这有助于婚姻法的实务和研究摆脱物权法思维的禁锢，不至于因为婚姻法无明定就投靠物权法，也不至于因为要符合物权法而草创或草营各项婚姻法制度。同时，婚姻法的实务和研究也才有可能去思考真正的婚姻法问题：比如在处分家庭惟一住房情形，夫妻双方的同意是否必须，家庭保护与交易安全如何平衡；在离婚和继承场合，夫妻财产的归属及分割是否应当有差别，等等。

（四）物权方案在我国法下的困境、成因及出路

目前婚姻法以夫妻共同所有为特征的物权方案，外部性诚然太大，远逊于债权方案。但这一判断只有在尊重逻辑和体系，在追求民法各个部门、甚或民法典各编内在一致的语境下才有意义。如果不认真对待概念，把逻辑和体系抛在一边，完全可以让物权法无视婚姻法、让婚姻法只关注离婚及继承案件；这样不但物权方案对于物权法的冲击全然不见，它与债权方案的界限也不再明显，甚至无妨在必要时背弃、无视夫妻财产的物权逻辑。这种老死不相往来，正是物权法与婚姻法之关系在相当一段时期内的状态。

物权法对婚姻法的无视，譬如自物权法颁行以来，只有婚姻法学者撰文讨论婚姻法与物权法的关系、讨论法定财产制是否违反公示原则，却罕有民法学者思考物权法与婚姻法的关系、思考善意取得制度是否因为夫妻共同财产的普遍存在而遭受冲击或应否做出改变。

婚姻法的躲进小楼自成一统，只关注离婚案件而不大将夫妻财产的物权逻辑当回事儿，在司法实务中也历来不乏示例。以下作一初步列举：（1）上文提及的有侵害夫妻个人财产所有权之嫌的夫妻个人财产的转化规则，主要就

是由针对离婚纠纷的司法解释，其典型如最高人民法院《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》（简称《离婚财产分割意见》）第 6 条所规定的；（2）婚姻法《解释三》第 5 条将夫妻个人财产的主动增值作为夫妻共同财产，由此创造了物权法上的怪胎——一个部分是夫妻个人财产、部分是夫妻共同财产的“混合财产”；（3）《解释三》第 10 条的立法理由明明也是前述物权法上的财产“混合体”，[51]但落实到条文上，却又采取了债权性质的补偿请求权，物权、债权被随意替换；（4）如前文所述，《解释三》第 5 条“以孳息从原物”为由对孳息归属做了规定，但后来司法实务觉得不妥，又对其做了限缩解释，甚至错上加错，认为婚姻法上的“孳息”，不同于物权法上的“孳息”。[52]

在其它法律眼中，婚姻法上的具有物权效力或财产权效力的夫妻共同财产也没有被认真对待。最典型的就是依 1980 年以来的个人所得税法，夫妻双方婚后的工资、奖金等个人所得，实际上都是被作为夫妻各自的个人财产，分别按个人征税；它们并没有被看作夫妻共同财产，按夫妻共同体征税（有别于通常所说的按家庭征税）。[53]

放任婚姻法和物权法乃至其它法律打架显然不是长久之计。要找出解决之道，有必要先探究物权方案的肇因。据本文观察，物权方案在我国法下得以产生和延续，源自历史的偶然和沿袭，更源自认识的局限。1950 年婚姻法第 10 条虽然规定“夫妻双方对于家庭财产有平等的所有权与处理权”，但未必完全属意物权方案，因为这里不但误将所有权和处理权相提并论，配套的第 23 条第 1 款也未遵从共同共有的逻辑，离婚时“女方婚前财产”这一家庭财产被单独“归女方所有”，“其他家庭财产”则在夫妻双方之间分割。1980 年婚姻法第 13 条、2001 年婚姻法第 17 条固然纠正了前述技术瑕疵，但也因循了共同共有这一技术方案。在前述历史的偶然和陈陈相因背后，很可能是以下认识局限在作祟：一方面，以共同共有为特征的物权方案，或者说共同财产制，长期以来都被认为是实现婚后所得共同的惟一途径；另一方面，在分别财产制基础上予以改造的债权方案，尽管不时也会被提及，[54]但其与物权方案之间的异同从未被主流学说仔细考虑，其作为一个竞争方案更是从未进入立法和司法机关的视野。从德、瑞以及台湾地区的历史经验来看，甚至可以猜想，从物权方案到债权方案的变迁，很可能是法律技术的发展、或者说法律制度的“进化”使然。

鉴于现行法下的物权方案可能源自立法机关一直以来的认识局限，本文认为，放弃物权方案、接纳债权方案，放弃夫妻共同财产的物权效力而从债权层面重新解释、设计两类夫妻财产的性质及效力，乃是根本的解决之道。其实，学者已经做了一些可贵的努力，如许莉教授所倡议的区分：“在夫妻财产关系内部，确定夫妻财产权利之归属应适用《婚姻法》”，“在夫妻财产关系的对外效力上，应适用《物权法》”；[55]不过因其仍然承认夫妻财产的物权效力，仅认为这一效力不能对抗善意第三人，所以如上文“三、（二）”所论，它还是难以根治问题。当然，作为权宜之计，本文认为在解释论上仍不妨循此建议，甚至还应再进一步，考虑将婚姻法第 17 条、第 18 条的适用范围不但限制适用于夫妻的内部关系，而且限制适用于离婚、继承以及其它财产制解体情形，这样就可以免去婚姻存续期间婚姻法给物权法以及交易安全所造成的冲击，短期来看不失为一种改进。

贺剑 ｜ 论婚姻法回归民法的基本思路——以法定夫妻财产制为重点 （下）｜ 北大法律信息网

2015 年 1 月 2 日　贺剑 家事法苑

四、夫妻债务的归属

夫妻债务的归属问题在司法实务中的重要性不亚于夫妻财产的归属问题，而混乱程度尤有过之。这首先源自婚姻法第 41 条对夫妻债务极其简陋、含混的表述；[56]但这更可能源自实务和学说对这一问题的关键迄今缺乏清晰的认识：在调整夫妻债务的归属时，婚姻法与合同法、侵权法等债法处于或应当处于何种关系？这本质上也是一个调整手段的选择问题。以下先从应然层面，参酌比较法上的立法例，对这一问题予以探讨，然后从实然层面，对目前实务及学说当中的重要误会及疏漏予以澄清。

（一）应然：两种调整手段的比较

就夫妻债务在夫妻间的归属或分配而言，调整手段诚然不再有债权效力和物权效力的区别，但依然可以分为两类：

第一类调整手段是在夫妻内部以新设债权的方式，间接地实现既有的夫妻对第三人的债务在夫妻内部的重新分配。在此，既有的夫妻债务没有任何变化，调整这些债务的合同法规则、侵权法规则等债法规则也未受到来自婚姻法的影响。[57]

以瑞士的所得分配制为例，《瑞士民法典》第 209 条第 2 款只是对夫妻一方的债务在自己拥有的两类夫妻财产之间的归属作了规定，“债务归属于与之有实质联系的夫妻财产；有疑问时，归属于所得财产”。可见在内部关系上，债务是被看作消极财产，因而与通常的财产（积极财产）一样，归属于固有财产或所得财产；[58]在外部关系上，夫妻债务的归属仍遵循债法的一般规则，夫妻一方以自己的全部财产即责任财产（Haftungssubstrat），对所负的债务承担清偿责任。[59]

第二类调整手段是全部或部分直接改变夫妻债务在外部关系上的归属，以此实现对夫妻债务在夫妻内部的分配。具体分为两种情形。

一种情形下，外部关系的改变与共同财产制（即上文的物权方案）有关。在各类共同财产制下，夫妻双方都会有部分财产、尤其是婚后所得的财产成为共同财产，由夫妻共同共有，这就面临一个理论困境：如果还让夫妻一方以其全部财产，即个人财产以及相应份额（通常是一半）的共同财产对债务负责，会造成仅仅因为债权人的强制执

行，共同财产就会在婚姻存续期间被分割，换言之，它使得“作为局外人的债权人能够拆散夫妻双方所组成的财产共同体”，因而与婚姻的本质有违。[60]此时只能变通，要么让共同财产完全不为夫妻一方的债务负责，要么让它完全负责。前者显著缩减了债务人的责任财产范围，债权人的利益堪忧；后者则有侵害债务人配偶的利益之嫌。

瑞士法上在这一问题上的回答是牺牲债务人配偶的利益而保障债权人的利益。《瑞士民法典》第 233 条和第 234 条在一般共同财产制下区分了两类债务：共同债务（Vollschulden）和个人债务（Eigenschulden）。夫妻一方的个人债务由其以自己的固有财产以及一半的共同财产负责清偿；而夫妻一方的共同债务，则由其以自己的固有财产以及全部共同财产负责清偿。台湾地区“民法”第 1034 条对共同财产制下的债务承担也有相同且更简洁的规定：“夫或妻结婚前或婚姻关系存续中所负之债务，应由共同财产，并各就其特有财产负清偿责任。”注意，瑞士及台湾地区的这一抉择的正当性在于：共同财产制是约定财产制，它通常是夫妻双方权衡利弊后意思自治的结果，虽然可能带来不利，但夫妻仍应“自作自受”。但若共同财产制被擢升为法定财产制，至少对于许多不知法定财产制为何物的夫妻来说，上述意思自治显然无从谈起。[61]

另一种情形下，外部关系的改变主要是为了实现对夫妻内部债务归属的调整。可以想见的选择，要么是将既有债务全部或部分在夫妻间转移，而不问第三人是否同意；要么是借助债法上的连带之债，让夫妻双方为原本是夫妻一方的债务负责，从而在夫妻内部实现债务的分摊。前者显然不当侵害债权人的利益，而后者则损害债务人配偶的利益。

依一般理解，我国法目前是以连带之债的方式调整夫妻债务的归属，它属于第二类调整手段，即直接手段。它具有这一类手段的共通特征：债务人的配偶部分或全部对债务人一方所负的债务承担了连带责任。并因此具有其通病：与合同法、侵权法等债法存在龃龉。在此，上文提及的“逻辑上的一秒”的法律构造也爱莫能助，无法有力地解释前述连带责任的产生：就合同之债而言，它与合同相对性原则相悖，且合同法并未一般性地允许例外；就侵权之债而言，虽然侵权责任法第 5 条允许其它法律对侵权责任另作规定，但仅仅因夫妻身份就施以连带侵权责任，这在侵权法理论上也大有论证必要。[62]基于夫妻身份的合同连带之债、侵权连带之债等等，将成为持续拖累婚姻法和债法关系的一项课题。

除了在法律适用层面及理论层面难以融通，我国法选择直接手段、而不是间接手段或债权手段调整夫妻债务归属，还在实践层面造成了严重后果。以下详述。

（二）实然：现行法下的两点澄清

在我国，夫妻债务通常被分为夫妻共同债务和夫妻个人债务。目前实务中的一个共识是，夫妻个人债务是“夫妻一方的债务”，由夫妻一方的夫妻个人财产以及相应份额的夫妻共同财产承担清偿责任；夫妻共同债务是“夫妻双方的债务”或“夫妻连带债务”，由夫妻双方承担连带清偿责任，债权人可以执行的财产除了全部夫妻共同财产，还包括夫妻双方的夫妻个人财产。[63]以下对这一共识作两点澄清。

1、夫妻共同债务=夫妻连带债务？

夫妻共同债务等于夫妻连带债务、夫妻连带责任，这是实务及学说的共识；[64]但也是一个重大误会。以下先分析这一误会的成因，然后论证其错误所在。

在本文看来，这一误会的罪魁祸首在于，在观念上，婚姻法被认为可以甚至应当对夫妻债务的外部归属做出特殊规定，从而改变夫妻与第三人之间既有的，基于合同法、侵权法等债法而产生的债务关系。这一“前见”，使得婚姻法第 41 条的“离婚时，原为夫妻共同生活所负的债务，应当共同偿还”当中的“共同偿还”（从立法历史来看，[65]应当解为“以共同财产偿还”），以及其指称的夫妻共同债务，被望文生义但也顺理成章地与共同债务、连带债务、连带责任等债法上的概念对应起来；类似地，第 41 条中未曾提及的夫妻个人债务，也就与个人债务、单独债务等对应起来，成为“夫妻一方的债务”。

上述误会并非没有其它考量或理由，它们也加深了这一误会；但它们并不成立。[66]

其一，权利与义务相一致。按照这一原则，既然夫妻共同债务被用于夫妻共同生活，[67]或者说夫妻分享了共同债务所带来的利益，[68]夫妻理当共同承担债务；而所谓共同承担，就是指承担连带责任。比如，夫妻共同债务对应的资金成为了夫妻共同财产，所以夫妻就应当对该债务承担连带责任？[69]这一逻辑似是而非。对于债务人的配偶而言，其没有与债权人直接打交道，所取得的权利只是资金的共有权，故其所负担的义务也应当以这部分权利为限；至多也就以整个夫妻共同财产为限，而不能再及于其夫妻个人财产。

其二，债权人保护。保护债权人合法权益的第一重考虑是防止债务人借夫妻关系的便利、掩护来逃废债务。但对于这一目的，夫妻连带债务的手段有过犹不及之嫌。以常见的假离婚逃债行为为例，即便夫妻双方约定将共同财产全部分给非债务人一方，后者也仅应以其所（多）接收的夫妻共同财产为限承担连带责任，[70]而不应承担无限的连带责任。

债权人保护的第二重考虑是在债务发生时，债权人的信赖基础。如最高法院针对《解释二》第 24 条曾指出，“债权人与债务人设立债权债务关系之前，债权人对债务人的信赖建立在其夫妻关系存在和夫妻共同财产负担能力的基础之上”。[71]但即便如此，似乎也只能得出夫妻共同财产、而不是夫妻双方的全部财产为债务负责的结论。而且这并不符合常识。在民间借贷中，如最高法院新近指出的，债权人是“信任债务人自身有偿还能力，而不是信任债务人的配偶有偿还能力”；[72]在买卖合同等情形，债权人更不大可能考虑或信赖债务人配偶的信誉。何况，倘若

债权人想拉债务人的配偶“下水”，办法极其简单，要求其同意或签字即可，不管是婚姻法还是合同法，都没有必要去保护懒惰或天真的债权人。对于侵权之债等债权人而言，更谈不上信赖问题。

2、夫妻债务的内部归属混沌不清

将夫妻个人债务、夫妻共同债务分别理解为夫妻一方债务、夫妻连带债务的另一恶果是，夫妻债务的内部归属规则变得模糊不清、谬误丛生。

第一，夫妻一方债务、夫妻连带债务都只能界定，在夫妻内部夫妻哪一方应当承担责任；它们无助于界定，哪一夫妻财产应当为债务负责。

例如，夫妻双方各有 10 万婚前财产、10 万婚后工资收入，丈夫对第三人还负有 10 万赌债，如果仅认为该笔债务应当由丈夫一人承担，而不涉及应当由丈夫的什么财产承担，就可能出现，比如丈夫离婚前以 10 万婚后工资偿还了债务，因而离婚时现存的夫妻共同财产仅为妻子手中的 10 万，夫妻似乎仅能各自分得 5 万共同财产。正确的处理应该是：在夫妻内部，丈夫的 10 万赌债不但应当由丈夫独自承担，而且应当由其夫妻个人财产独自承担。丈夫以自己的婚后工资偿还债务，是以其所拥有的夫妻共同财产代替其夫妻个人财产还债，后者不当获益；前者应当对后者享有与债务等值的补偿请求权。所以，离婚时的夫妻共同财产不仅包括妻子的 10 万工资，还包括前述（针对丈夫的夫妻个人财产的）10 万补偿请求权，丈夫的 10 万婚前财产应对此负责。最后，夫妻共同财产仍为 20 万，夫妻各自分得 10 万。

第二，少数司法解释如《离婚财产分割意见》第 17 条指出，夫妻共同债务“以夫妻共同财产清偿”，而夫妻个人债务“由一方以个人财产清偿”，据此诚然可能解释出妥当的夫妻债务的内部归属规则：夫妻共同债务是“夫妻共同财产的债务”，仅以夫妻共同财产偿还；夫妻个人债务是“夫妻个人财产的债务”，仅以夫妻个人财产偿还。但是，由于该司法解释有意无意从外部归属的层面理解夫妻债务，因而将夫妻共同债务、夫妻个人债务又暧昧地理解为夫妻连带债务和夫妻一方债务，这导致从内部归属规则的角度审视，其仍不乏谬误。比如，第 17 条第 2 款第 1 项规定，夫妻个人债务是指“夫妻双方约定由个人负担的债务，但以逃避债务为目的的除外”。其实就内部归属而言，不管是否有逃债目的，只要夫妻约定债务由一方个人财产负担，该约定就应当有效，因为它并不涉及债权人的利益。

总结而言，目前司法实务主要从夫妻与第三人之间的外部关系层面理解婚姻法第 41 条有关夫妻债务的归属规定，这导致夫妻共同债务被错当成夫妻连带债务，也导致夫妻债务在夫妻内部的归属规则迄今混沌不清。对此，本文提出两条初步的解释建议：第一，在外部关系上，夫妻共同债务至少应当被解释为由“夫妻共同财产+债务人的夫妻个人财产”承担的债务（《离婚财产分割意见》第 17 条），或者说是债务人的配偶以其所拥有的夫妻共同财产为限，对债务承担连带清偿责任（《解释二》第 25 条、第 26 条）；债务人配偶的夫妻个人财产不为夫妻共同债务负责。第二，在内部关系上，夫妻共同债务、夫妻个人债务应当分别理解为“夫妻共同财产的债务”、“夫妻个人财产的债务”。

五、结论

婚姻法回归民法的过程，很大程度上是婚姻法与物权法、合同法、侵权法等财产法相互协调的过程。这种协调注定要由婚姻法单方面来承担，是婚姻法的独角戏。这是二者的调整范围所决定的：婚姻法主要调整夫妻内部两个人之间的财产关系，财产法却调整任何人与任何人之间的财产关系，所以，财产法无须考虑夫妻关系的“特殊”，婚姻法却不能罔顾财产法规则的“普适”；财产法学者可以不懂婚姻法，婚姻法学者却不能不懂财产法。

在本文看来，婚姻法回归民法的基本思路可以归结为一个字：债。即主要依赖债权性质的法律手段去调整夫妻间的财产关系。这样一来，在法律关系的世界中，就只是在夫妻内部新添了几缕叫做“债”的财产关系，外面的世界，即夫妻既有的与外部第三人之间的所有财产关系都不会因此受到影响，相应的财产法规则也因此得以保持完璧，无须改变。借助于“债”，一方面婚姻法可以得偿所愿，做好自己的事情；另一方面，物权法、合同法等财产法又未受到影响，它们依然适用于任何人，而不论其是否已婚。这是一个双赢的局面。

婚姻法对于夫妻间的财产关系的调整手段，除了间接的、债权性质的手段，还可能是直接的、主要是物权性质的手段。作为本文讨论重点的我国的法定夫妻财产制——婚后所得共同制，很大程度上就采取了这一手段去处理夫妻财产、夫妻债务的归属问题，并造成了恶果：就夫妻财产的归属而言，前述手段对物权法的规则以及交易安全造成了巨大冲击、对婚姻法自身也有负面影响，尽管由于实践中各种不尊重逻辑和体系的应对，婚姻法与物权法的冲突尚未凸显；就夫妻债务的归属而言，前述手段也与其它因素一道造成了夫妻共同债务被错当成夫妻连带债务、夫妻债务的内部归属规则混沌不清等错误或疏漏，在实践中危害不浅。

通过阐明婚姻法回归民法、与财产法和谐相处的基本思路或基本法律技术是“债”，而非其它，本文还希望在两个预设读者群中间促成具体而微的改变。一是对于婚姻法的研究者和实务者而言，希望更多的人意识到，在我国的婚后所得共同制下，目前的主流观点在夫妻财产和夫妻债务归属问题上有诸多不尽如人意之处；二是对于民法研究者以及民事立法者而言，希望他们能在相关研究以及未来的民法典编撰中能注意到，尽管婚姻法在多数时候可以超脱于民法自成一格，但是，在调整夫妻财产关系时宜采用债权手段，却关系到民事财产法与身份法的和谐相处，是一条值得坚守的底线。

本文的研究也有局限。由于着眼于“基本思路”，本文对于诸多具体的、但绝非不重要的问题未曾涉及或一带而过，

比如：应当通过何种债权手段来调整夫妻间财产关系、构建法定夫妻财产制，是德国式的、瑞士式的，抑或其它；在债权手段下，具体应当采取哪些配套措施来防止夫妻一方的脱产行为，尤其是家庭住房的处分限制是否可行，与交易安全如何平衡；夫妻债务的内部和外部归属规则应如何建构；等等。这些缺憾，注定了本文的研究只是走出了婚姻法回归民法的一小步，未来依然任重道远。

【作者简介】

贺剑，中国人民大学法学院博士后研究人员。

【注释】

本文曾在北大法学院 2014 年 10 月 18 日的“走向中国民法典--历史的机遇与挑战”学术论坛上宣读，并因此得益于田士永教授、张家勇教授的评议，以及葛云松教授、黄卉教授、金锦萍教授、许可博士、吴奕锋博士的指点、批评或建议，在此并致谢忱。本文系中国博士后科学基金资助项目（资助编号：2014M561118）。

本文发表于《中外法学》2014 年第 6 期，第 1500-1521 页。必须向读者致歉，也令作者羞愧、自责的是，正式出版的文章中有不少文法错误，尤其是多字、漏字，比比皆是，触目惊心。其中不乏排印的疏失，但更多有底稿的“原罪”。这是一桩作者疏于校对而引发的“惨案”。现将校对后的底稿公诸网络，同时，整理一勘误表如下。这些字眼已永远无法抹去，只能让它们时时警醒和鞭策自己。

1、第 1501 页，文章开篇第一段，第 3 行，“……在财产法领域纵横捭阖的法律行为理论（中）在多大程度内能够适用，……”（引文中的括号仅起标示作用，下同）

【勘误】“中”字多余，应删去。

2、第 1501 页，文章开篇第二段，第 1 行，“（）由法律行为议题引发的婚姻法与民法关系的讨论已有些老生常谈且意义寥寥不同，……”

【勘误】漏了个“与”字，应添上。

3、第 1503 页，脚注 12，最后一句，“（）其比较法上的主要依据……为例，……”。

【勘误】漏了个“以”字，应添上。

4、第 1506 页，脚注 21 之后的正文，“……他们（其）并未对……做更清晰的说明。”

【勘误】“其”字多余，应去掉。

5、第 1511 页，“三、（二）”，第 3 段，“在物权方案下，婚姻法上的法定财产制将对《物权法》（<）上的两种传统公示方式……”

【勘误】“<”符号多余，应删去。

6、第 1519 页，脚注 66，最后一句，“……二来（它）家事代理所涉事价值微末、不会引起纠纷，……”，

【勘误】多了个“它”字，应补上。

[1]一个批判性评论，参见巫若枝：“三十年来中国婚姻法‘回归民法’的反思”，《法制与社会发展》2009 年第 4 期。

[2]目前有关民法典的讨论主要由（狭义的）民法学者贡献，总体来看，身份法与财产法的融合问题较少被涉及。如魏振瀛：“中国的民事立法与民法法典化”，《中外法学》1995 年第 3 期，页 9；梁慧星：“中华人民共和国民法典大纲（草案）”，载徐国栋编：“中国民法典起草思路论战”，中国政法大学出版社 2001 年版，页 49-52；王利明：“法律体系形成后的民法典制定”，《广东社会科学》2012 年第 1 期。

[3]除了夫妻财产制问题，财产法规则在婚姻情境下是否会发生“变异”也是一个值得探讨，但意义相对较小的问题。例如，夫妻间的赠与行为能否直接适用合同法上有关赠与合同的规则？婚姻法《解释三》第 6 条对此予以肯定；但新近研究则颇有说服力地指出，不可一概而论，比如在离婚时，已经履行的赠与合同作为“以婚姻为基础的赠与”，甚至可以适用情势变更原则。参见田韶华：“夫妻间赠与的若干法律问题”，《法学》2014 年第 2 期；早期相关研究也提示了这一点，参见（德）卡斯腾·海尔斯特尔、许德风：“情事变更原则研究”，《中外法学》2004 年第 4 期，页 402。

[4]学界对此多持悲观态度，如苏永钦先生就曾批评尝试统和财产行为和身份行为的法律行为理论是一个“早熟的东西”。苏永钦：“大陆法系国家民法典编纂若干问题探讨”，《比较法研究》2009 年第 4 期。大陆学者的否定与肯定立场，分别参见冉克平：“民法典总则的存废论”，载易继明主编：《私法》（第 15 辑），华中科技大学出版社 2008 年版；朱庆育：“法典理性与民法总则”，《中外法学》2010 年第 4 期，页 503。

[5]现有讨论均围绕婚姻法与物权法的关系展开，且都是实务导向，参见许莉：“夫妻财产归属之法律适用”，《法学》2007 年第 12 期；田韶华：“婚姻领域内物权变动的法律适用”，《法学》2009 年第 3 期；以及杨立新、刘德权主编：《亲属法新问题与新展望》，人民法院出版社 2009 年版，第二编“夫妻共同财产的物权法规则适用问题”所收录的论文。

[6]对于本文的一种质疑是，婚姻法主要是身份法，而本文只谈其财产法部分，故题目“婚姻法回归民法”有名不副实之嫌。本文在此权且援引苏永钦先生的分析作为辩护：“现代身份法 80%的内容还是财产法，身份法不是非财产法，而比较接近特殊身份者之间的特殊财产法。”详参见苏永钦：“民事立法者的角色”，载《民事立法与公私法的接轨》，北京大学出版社 2005 年版，第八小节。

[7]参见蒋月：《夫妻的权利与义务》，法律出版社 2001 年版，页 84；胡康生主编：《中华人民共和国婚姻法释义》，法律出版社 2001 年版，页 60。

[8]学者因此有“‘沉睡’的夫妻财产制规则”一说，可谓贴切。参见薛宁兰：“离婚法的诉讼实践及其评析”，《法学论坛》2014 年第 4 期。比较法上的类似认识，如 Bundesrat， Botschaft des Bundesrates über die ?nderung des ZGB （Wirkungen der Ehe imAllgemeinen， Ehegüterrecht undErbrecht） vom 11. Juli 1979，1979， S. 22， 其指出，“对于和和气气的婚姻生活，夫妻财产法意义寥寥”。

[9]在婚姻存续期间，不管夫妻财产是分别所有还是共同所有，夫妻关于财产管理的事实层面的分歧及纠纷都无可避免。区别只在于，这一分歧是否为法律所承认：在共同所有，这一分歧的权利为法律所认可；在分别所有则相反。可见，法律上的权利义务安排只能“评价”分歧，而无法在事实上消弭分歧。所以，德国法上曾出现的共同所有会造成夫妻之间的管理分歧的担心，以及其暗含的分别所有可以避免前述分歧的观点（参见 BT-Drucks. 2/224，S. 35），不免有自欺欺人之嫌。

[10]《农村土地承包法》第 15 条的家庭承包的承包方——“农户”，或许是一个罕见的例外。

[11]分别参见曾继川、张琴：“夫妻一方擅自赠与共同财产的性质认定”，载《人民法院报》2013 年 5 月 16 日，第 6 版；叶光辉：“夫妻一方以个人名义举债时夫妻共同债务之认定”，载《人民法院报》2011 年 7 月 21 日，第 6 版。

[12]在诸多经典讨论中，民法上的“人”，或者说民事主体，都只限于自然人和法人，而不包括“家”或夫妻共同体。参见谢鸿飞：“现代民法中的‘人’”，载《北大法律评论》2000 年第 2 辑；薛军：“人的保护：中国民法典编撰的价值基础”，《中国社会科学》2006 年第 4 期。少数学者虽基于法律史和比较法提出，应承认“家”的民事主体地位，参见俞江：“中国亟宜确立新型的家制和家产制”，载高鸿钧主编：《清华法治论衡》第 14 辑，清华大学出版社 2011 年版；俞江：“中国民法典诞生百年祭：以财产制为中心考察民法移植的两条主线”，《政法论坛》2011 年第 4 期，页 120，但未尝没有商榷余地。以其比较法上的主要依据《瑞士民法典》第 87 条和第 335 条所规定的“家庭财团”为例，该制度在 1907 年的瑞士固然有其时代价值，但在瑞士如今的实践中早已意义甚微。Grüninger， in: Honsell/Vogt/Geiser （Hrsg）， Basler Kommentar zum SchweizerischenPrivatrecht， ZGB I （Art. 1-456ZGB），2. Aufl.， 2002， § 335， Rdn. 2a.

[13]吴晓芳：“当前婚姻家庭案件中的疑难问题探析”，《人民司法》2010 年第 1 期，页 56。

[14]贺剑：“夫妻个人财产的婚后增值归属——兼论我国婚后所得共同制的精神”，未刊稿，页 8。类似观点，参见许德风：“不动产一物二卖问题研究”，《法学研究》2012 年第 3 期，页 93。

[15]参见戴东雄：“夫妻财产制之研究”，载《亲属法论文集》，东大图书出版公司 1988 年版，页 109：“夫妻的共同关系，远超过物权法上的公同共有及债法上的合伙关系。故拟以普通债法或物权法上的法律关系，规律以身份为基础的夫妻之财产关系，则嫌不足，所以法律特设夫妻财产制，以为婚姻共同生活中财产关系的准据。”

[16]婚姻法《解释二》、《解释三》采取的也是“夫妻共同财产”、“夫妻一方个人财产”等类似术语。

[17]严格说来，应该是（天然）孳息从原物理论，所以逻辑一贯的推论是，夫妻个人财产婚后的天然孳息是夫妻个人财产。相关评述，参见贺剑：“‘理论’在司法实践中的影响——以关于夫妻个人财产婚后孳息归属的司法实践为中心”，《法制与社会发展》2014 年第 3 期，页 135、138。

[18]分别参见张先明：“起草理念 利益衡量 农村女性特殊保护——专家学者就《婚姻法解释（三）》有关问题答记者问”，载《人民法院报》2011 年 9 月 6 日，第 1 版；杨立新：“最高人民法院《关于适用〈婚姻法〉若干问题的解释（三）》的民法基础”，《法律适用》2011 年第 10 期，页 43。

[19]参见程啸：“不动产登记簿之推定力”，《法学研究》2010 年第 3 期。类似观点，参见龙翼飞：“我国《物权法》对家庭财产关系的影响”，《浙江工商大学学报》2008 年第 6 期。

[20]税兵：“一部法律，各自表述”，载苏力主编：《法律和社会科学》（第九卷），法律出版社 2012 年版，页 268。

[21]参见许莉，见前注[5]，页 49-50。

[22]也称作“法学上的一秒”。详见 Kuhnel， Die juristische Sekunde， Diss. Uni. Münster， 1992.

[23]参见田韶华，见前注[5]，页 115；许莉，见前注[5]，页 48。

[24]参见熊英：“评述新《婚姻法》中‘夫妻财产制度’的不足”，《当代法学》2002 年第 7 期，页 77。

[25]瑞士的所得分配制将婚姻共同体大体看作一个劳动共同体，所以原则上只有婚后劳动所得才能由夫妻分享。参见贺剑：“离婚时按揭房屋的增值分配：以瑞士法为中心”，《政治与法律》2014 年第 10 期。

[26]Rey， Die Grundlagen des Sachenrechts unddas Eigentum: Grundriss des schweizerischen Sachenrechts （Bd. 1）， 3. Aufl.， 2007， Rdn. 136 f.； BGE 116 II259 （261 f.）。

[27]Steck， in: Schwenzer （Hrsg）， FamKomm Scheidung， 2. Aufl.， 2011， §196， Rdn. 5.

[28]相关分析及进一步文献，参见贺剑，见前注[25]，页 143.

[29]Steck （Fn. 27）， § 196， Rnd. 2 （grundsätzlich keinesachenrechtlichen Wirkungen）。

[30]这里的法律限定旨在维护婚姻的存在基础，属于“婚姻的一般效力”范畴，其典型如第 169 条关于家庭住房的处分限制。Bundesrat （Fn. 8），S. 32.

[31]Piotet， Die Errungenschaftsbeteiligung nachschweizerischem Ehegüterrecht，1987， S. 24.

[32]严格说来，所得财产的净值只有为正数时才能称作“盈余”；为负数时则称作“亏空”（Rückschlag），亏空在夫妻之间不予分担。参见《瑞士民法典》第 210 条、第 215 条。

[33]Thiele， in: Staudinger， BGB， 2007，§ 1363， Rdn. 4.

[34]BT-Drucks. 2/224， S. 38.

[35]Thiele （Fn. 33），§ 1363， Rdn. 1.

[36]Thiele （Fn. 33），§§1373， Rdn. 5； 1374， Rdn. 1； 1375 Rdn. 1. 是否特别财产，使得德国法下的初始财产、终止财产至少在以下两方面不同于瑞士法下的所得财产和固有财产：第一，所得财产、固有财产适用所谓代位规则，有替代物之说；但初始财产、终止财产则否；第二，也是更重要的，所得财产、固有财产的增值（价值上升）原则上归属于所得财产或固有财产，但初始财产的增值原则上却不属于所得财产，而会被作为净益，最终在经济上由夫妻分享。典型的例子是夫妻一方的婚前房屋因为市场行情而发生的增值，在瑞士法下通常仍会被作为夫妻一方的固有财产，由夫妻一方独享；而在德国法下则会被认定为（真正）净益，由夫妻双方分享。参见 Thiele （Fn. 33），§1373， Rdn. 6 ff.；Hausheer/Reusser/Geiser， Berner Kommentar zu Art. 181-220 ZGB， 1992，§§ 196， Rnd. 16； 197， Rdn. 40.

[37]相关介绍，参见林秀雄：“剩余财产分配请求权之再造”，《月旦法学》2002 年 10 月（第 89 期）；王如玄：“新修正夫妻财产制介绍”，《月旦法学》2002 年 9 月（第 88 期），页 266-269。

[38]分别参见 BT-Drucks. 2/224， S. 34 ff.； Bundesrat （Fn. 8），S. 25 ff.； 邓学仁：“新法定财产制之抉择”，《月旦法学》2002 年 10 月（第 89 期），页 27。

[39]根据多年前一项有关夫妻财产制类型选择的问卷调查，47.7%的受访者愿意选择婚后所得共同制（“婚前财产归个人，婚后所得全部归夫妻双方共同共有”），而仅有 2.8%的人青睐与德国法相似的“剩余所得共同制”（“婚前财产归个人，但与婚后财产合在一起由双方共同管理、使用，婚姻终止时，全部财产扣除男女各方婚前财产，所剩余财产由双方均分”）。参见蒋月：“夫妻财产制若干重大问题思考”，《现代法学》2000 年第 6 期，页 102。在本文看来，这里的剩余共同制反响不好，可能是其表述复杂、难于理解，甚至晦气（提到了“婚姻终止”）的缘故。

[40]参见《瑞士民法典》第 169 条；另参见《德国民法典》第 1365 条。

[41]这主要取决于处分权限制能否对抗善意第三人。如果不能对抗，对于交易安全自然没有影响；如果可以对抗，也仍有补救办法，以家庭住房的处分限制为例，可以考虑允许在不动产登记簿上附注“家庭住房”（登记名义人的配偶单方即可申请），且配套适用公信原则，如此对于交易安全仍不会有较大妨害。

[42]此时，不动产登记机关是否负有一定的实质审查义务，或者在有疑问时要求处分人提供其配偶的同意，以部分或全部地排除无权处分行为？本文认为，从公信原则或善意取得制度保护善意的（交易）第三人的目的来看，登记机关不但不能援引登记簿的公信力，还有职责通过合理措施——其中就包括前述实质审查——以提升登记簿的准确率。篇幅所限，这里不作展开。相反立场，参见程啸，见前注[19]。

[43]我国台湾地区 2002 年时拒绝所得共同制的一大考虑也在于此。参见邓学仁，见前注[38]，页 27。

[44]参见许莉，见前注[5]，页 49；田韶华，见前注[5]，页 119。

[45]对物权方案的一种潜在改善建议是，赋予夫妻任何一方以管理、尤其是处分自己婚后所得财产的权利，因此尽管婚后所得还是夫妻共同财产，但夫妻一方对其获得且由其占有或登记在其名下的夫妻共同财产的处分，却是有权处分，所以不会有“公示失灵”的问题。可这样一来，婚姻法第 17 条第 2 款“平等的处理权”的规定就沦为具文，被掏空处分权的共同共有权也仅剩下一空壳：在这个壳里，表面看还剩余占有、使用、收益权，可一旦财产被擅自（有权）处分，这些剩余的权利也随之不再。可见，这一方案虽名为对物权方案的修正，或者说是对物权方案“做减法”，但它不仅在逻辑上为物权方案所难容，在效果上更是与债权方案无异，故不可取。瑞士立法者在所得分配制和所得共同制之间作抉择时，也曾考虑到上述方案，最终亦予以否定，理由之一，正是这样的所得共同制“实际上与所得分配制无异”。Bundesrat （Fn. 8），S. 27.

[46]代表性表述如：“《婚姻法》中有明确规定的，则适用《婚姻法》，没有明确规定的，则以《物权法》加以补充”。朱红霞：“物权法视野下的夫妻财产关系问题”，《云南大学学报法学版》2012 年第 4 期，页 62。类似观点，参见王荣珍：“夫妻财产共有权取得的《物权法》适用问题”，载杨立新、刘德权主编：《亲属法新问题与新展望》，人民法院出版社 2009 年版，页 149。

[47]参见王胜明、孙礼海主编：《<中华人民共和国婚姻法>修改立法资料选》，法律出版社 2001 年版，页 261；田岚：“对夫妻一方不动产所有权转移规定的质疑”，《法学家》1999 年第 4 期。

[48]一个初步反思，参见杨晋玲：“夫妻财产转化的合理性思考”，《云南大学学报法学版》2013 年第 5 期，页 128-130。马忆南教授在回顾 2001 年的那场历史时也认为它“过于轻率”。马忆南：“离婚住房分割的法律规则的历史考察”，《月旦民商法杂志》2012 年 9 月（第 37 期），页 28。

[49]至少在民法学者中间普遍如此。但一项值得民法学者深思的事实是，在对我国善意取得制度有莫大影响的德国法上，其民法典第 1365 条也至少在立法精神上认可家庭保护优于交易安全，并因此有条件地允许在土地交易（有时就包括家庭住房）中排斥不动产善意取得制度（公信原则）的适用。初步请参见（德）施瓦布：《德国家庭

法》（第 17 版），王葆莳译，法律出版社 2010 年版，页 126-137；（德）鲍尔、施蒂尔纳：《德国物权法（上册）》，张双根译，法律出版社 2004 年版，页 479-481。

[50]由梁慧星先生主持、薛宁兰教授执笔的民法典草案建议稿第 1687 条在这方面可资表率：虽然夫妻一方原则上可以自由处分其个人财产，但对于“作为婚姻居所及基本条件的房屋等财产，所有权人不得自由处分”。梁慧星主编：《中国民法典草案建议稿》，法律出版社 2003 年版，页 338。

[51]杜万华、程新文、吴晓芳：“《关于适用婚姻法若干问题的解释（三）》的理解与适用”，《人民司法》2011 年第 17 期，页 26。

[52]参见贺剑，见前注[17]，页 138-139、145。

[53]尽管按家庭征税存在许多现实的、成本上的考量，但按夫妻征税，比如好歹将夫妻双方目前每月的工资加总然后对半分，以此重新计算两个人的应缴税款（实际结果必然是总额更少）应该是可行的，也是对婚姻法所确立的私有财产权的最起码尊重；可现实是，1980 年以来的三十多年间从未如此。

[54]如许莉，见前注[5]，页 49。

[55]同上注，页 49。类似区分，参见田韶华，见前注[5]，页 119。

[56]该条全文为：“离婚时，原为夫妻共同生活所负的债务，应当共同偿还。共同财产不足清偿的，或财产归各自所有的，由双方协议清偿；协议不成时，由人民法院判决。”

[57]在此，婚姻法涉足夫妻债务的外部关系的惟一例外是日常家事代理制度。但在学理上，这一制度被认为属于婚姻的一般效力范畴，可以适用于所有类型的夫妻财产制，而并非法定财产制独有。

[58]Hausheer/Reusser/Geiser （Fn. 36），§§197， Rnd. 30； 198 Rdn. 10.

[59]Näf-Hofmann/Näf-Hofmann， Partnerschaft als Leitbild der Ehe， 1980， S. 44 f. 学者这里有个比方：如果把夫妻一方的两类夫妻财产看成两个不同的人，在对外关系上，两类夫妻财产均对该债务承担连带责任；但就两类夫妻财产之间的内部关系而言，只有一类夫妻财产须对债务负责。Piotet （Fn. 31）， S.86.

[60]BT-Drucks. 2/224， S. 35.

[61]类似考虑，参见 Bundesrat （Fn. 8）， S. 27.

[62]理论上的一种努力是将夫妻看成一个非营利性的合伙组织，从合伙债务的角度去解释夫妻一方对夫妻另一方所负债务的连带责任。参见张驰、翟冠慧：“我国夫妻共同债务的界定与清偿论”，《政治与法律》2012 年第 6 期。至少就合同债务而言，这种观点忽视了，合伙债务的产生虽然也是源自某一合伙人的行为，但却有个前提：合伙人以合伙的名义从事行为，且享有相应代理权或构成表见代理。对于夫妻一方以自己名义所负的债务，除非属于日常家事代理或表见代理，前述代理机制并不存在；若严格套用合伙的逻辑，夫妻一方此时的债务反倒会被看成合伙人自身债务或个人债务，而不是合伙债务。

[63]如《上海市高级人民法院关于执行夫妻个人债务及共同债务案件法律适用若干问题的解答》（2005 年）第 1 条。婚姻法《解释二》第 25 条、第 26 条也都提到夫妻一方对共同债务“承担连带清偿责任”。

[64]参见夏吟兰：“我国夫妻共同债务推定规则之检讨”，《西南政法大学学报》2011 年第 1 期，页 30；蒋月，见前注[7]，页 209。解释不同、结论相同者，如张驰、翟冠慧，见前注[62]。

[65]参见胡康生，见前注[7]，页 169。1950 年和 1980 年婚姻法的对应表述分别为“以共同生活时所得财产偿还”、“以共同财产偿还”。

[66]日常家事代理权有时也被作为一项理由。参见黄松有主编：《最高人民法院婚姻法司法解释（二）的理解与适用》，人民法院出版社 2004 年版，页 217-219。但它显然不成立，因为如前所述，一来日常家事代理权在理论上适用于所有夫妻财产制，二来家事代理所涉事项价值微末、不会引起纠纷，假若夫妻共同债务仅限于或主要限于日常家事的范畴，实践中就不会有或很少有夫妻共同债务的纠纷了。

[67]参见吴晓芳，见前注[13]，页 56-57；吴晓芳：“《婚姻法》司法解释（三）适用中的疑难问题探析”，《法律适用》2014 年第 1 期，页 75-76；胡康生，见前注[7]，页 170。

[68]参见蒋月，见前注[7]，页 206-207。

[69]这一逻辑，参见黄松有，见前注[66]，页 239。

[70]此类司法实践，如（2010）粤高法审监民提字第 47 号（一审及二审判词）。此外，企业法上的“债随物走原则”也颇值参照：在原企业借新设公司之机而欲逃废债务时，新设公司也仅仅是“在所接受的财产范围内”承担补充责任或连带责任。参见最高人民法院《关于审理与企业改制相关的民事纠纷案件若干问题的规定》第 6 条、第 7 条；彭冰：“‘债随物走原则’的重构与发展”，《法律科学》2008 年第 6 期。

[71]黄松有，见前注[66]，页 232。

[72]吴晓芳，见前注[67]，页 75。

本网站文章仅代表作者个人观点，不代表本网站的观点与看法。

转载请注明出自北大法律信息网

【法律热评】中国式家族企业的特点及治理进路

2015 年 1 月 3 日　广州市中级人民法院　张民安　中山大学法学院教授博士生导师

在当今中国，大量存在的公司并不是股份公司或者上市公司，而是所谓的家族式的有限责任公司。所谓家族式的有限责任公司，是指以家族成员、亲朋好友之间的情亲、友情、爱情为基础而设立和运行的有限责任公司。这些公司无论是在公司的治理结构还是具体的运作方面均具有不同于股份公司尤其是上市公司的特点。

首先，家族式的有限责任公司的股东往往是一个家族的成员，诸如夫妻、父母子女、兄弟姐妹、叔伯姑舅姨等等，或者虽然不是一个家族的成员，至少会是亲朋好友。这些人在设立公司的时候往往会制定章程，明确将公司的股东限制在家族成员或者亲朋好友之间，排除非家族成员或者非亲朋友好成为公司的股东，以免让公司股东之间的情亲、友情或者爱情淡化并因此影响公司的运作。

其次，家族式的有限责任公司往往能够快速的发展和壮大起来。家族式的有限责任公司一旦成功设立，它们往往能够在瞬间获得快速的、惊人的发展，并因此成为具有相当影响力的企业。家族式的有限责任公司之所以能够获得快速发展，是因为在其家族式的公司设立时，公司的股东之间能够同心协力、和平相处、互相沟通、彼此信任，大家均将公司的兴旺发达作为自己的目标，很少会对公司的管理问题、治理问题尤其是公司的控制权问题产生争议，即便偶然会就这些问题产生争议，他们之间也能够凭借家族成员之间的情亲、友情或者爱情予以化解，不会因为这些纷争而影响有限责任公司的发展。

最后，家族式的有限责任公司往往也容易快速的衰败下去。随着家族式公司的加速发展，尤其是随着家族式公司累计的财富越来越多，股东之间就开始出现了各种各样的纷争，他们开始对个人在公司当中的地位、公司的利益分配等等问题斤斤计较，曾经的夫妻、父母子女、兄弟姐妹或者叔伯姑舅姨等开始针锋相对，过去曾经有过的情亲、友情或者爱情已经消失殆尽，取而代之的则是他们之间的反目成仇，他们之间为了个人的利益尤其是为了争夺控制权而开始上演残酷的、尔虞我诈的甚至血腥的斗争，大股东开始运用一切可能的手段打压、限制或者排斥小股东，使小股东在家族式的有限责任公司当中的地位生不如死。而如果公司的小股东不希望就此缴械投降，他们也必定会孤注一掷，甚至铤而走险，他们也会运用一切可能运用的手段，希望将公司的控制权从大股东的手上夺回来。长此以往，家族式的有限责任公司会在大股东与小股东之间的吵吵闹闹当中元丧失元气，甚至最终会在他们之间的纷纷攘攘当中走向消亡。

家族企业在资本主义发达的国家和地区非常常见，而且发展完善。如法国的穆里叶家族，在其家族内部设置了家族协会、家族协会顾问委员会、家族终极控股公司及家族私人股权投资公司等机构，制度化的家族治理机制保证了其家族名下的井然运作。又如香港著名的李锦记家族，目前已发展到第五代，其设置的家族委员会由家庭长辈成员组成，负责制定和修订“家族宪法”，关注家族价值观的传承和强化，重视家族成员的学习和培训，有效帮助企业在市场竞争中历久常青。这些经验，都十分值得内地家族企业学习和借鉴。

当家族企业内部出现纠纷时，最有效的办法应当是通过家族内部的协商机制解决，司法作为终局手段应当慎重采用。

股东之间发生纠纷，首当其冲的一般是知情权的行使问题。在我国，正如在当今的两大法系国家，公司法均会保护公司的小股东所享有的查阅权，认为他们除了能够凭借该种权利查阅公司的股东名簿、公司的财务账簿、财务报告，还能够凭借该种权利查阅公司的重要法律文件，包括公司的章程、股东大会的会议记录、董事会的会议记录等等。公司股东的查阅权是公司股东享有的最基本的、最重要的、固有权利之一，它是公司股东身份的最重要的象征之一，如果公司股东不享有查阅权，则他们在公司当中的地位将不如公司的债权人或者公司的雇员，除了会严重危及小股东的利益之外，也影响到社会的公共利益，既不利于刺激社会公众的投资积极性，也不利于商事经济的发展和繁荣。问题在于，公司股东享有的查阅权是否应当受到限制？如果应当受到限制，应当受到什么样的限制？对此问题，我国公司法第 33 条实际上根据两种不同的情况做出了不同的规定，这就是，如果股东仅仅是查阅公司的重要法律文件，则他们的查阅权是不应当受到限制的，但是，如果他们查阅公司的会计账簿，则他们的查阅权是应当受到限制的，这就是，他们应当基于某种正当的理由才能够查阅公司的会计账簿。如果不具有任何正当的理由，则他们不得查阅公司的会计账簿。我国公司法第 33 条的规定具有相当的合理性。不过，即便我国公司法第 3 条规定，股东行使公司财务账簿的查阅权受到一定的限制，该种限制也不应过分严格，否则，将会对公司的小股东极端不利。公司法之所以对小股东查阅公司的财务账簿施加限制，是担心小股东动不动就行使查阅权的行为会影响公司的正常经营活动，给公司财务账簿的管理带来不方面。如果公司的小股东是为了监督公司的大股东、管理者而行使公司财务账簿的查阅权，是为了收集针对公司大股东、管理者或者公司的诉讼证据而行使查阅权，则他们行使财务账簿查阅权的行为是不应当受到限制的。

但知情权行使往往只是争端的开始，股东基于行使知情权而发现问题后，还可能引发后续的分歧和争议，甚至形成公司僵局。打破公司僵局的最有效途径在于完善家族企业的退出机制。在我国，家族企业治理的退出机制往往被忽视，导致企业长期无法形成有效决策，逐渐走向消亡。实际上，当家族成员之间因为爱情、友情或者情亲丧失而无法再继续共同经营其家族式的企业时，为了让家族式的企业能够继续经营和发展下去，家族式的公司最好事先在其章程当中对股东的退出机制做出规定，当他们之间的僵局无法通过协商解决时，就根据他们预先的约定解除他们之间的纷争。总的说来，股东退出的机制有三：一是公司收购异议股东的全部股份，公司减资，异议股东退出；二是控股股东收购异议股东的全部股份，异议股东退出；三是异议股东收购其他股东的全部股份，并且在收购了其他股东的全部股份之后的一段合理时期内将其部分股份出卖给第三人，让第三人成为公司的股东，以便符合公司法

对最低股东人数的要求。如果在合理的期限内没有达到公司法对股东的最低要求，则该公司应当予以解算。不过，无论是采取上述三种退出机制当中的哪一种机制，均应当对公司股份的价值做出科学的、客观的评估，并且按照所评估的价值收购退出公司股东的股份。

如果家族式的公司股东没有预先在其章程当中对股东的退出机制做出规定，并且如果在纠纷或者僵局形成之后无法通过股东之间的协商解决，则他们之间的纠纷或者僵局只能够经由司法裁判的方式解决，案件的情况不同，法官采取的解决方式也可能不同。例如，法官有权责令家族式公司收购异议股东的股份，有权责令家族式的大股东收购小股东的股份，甚至责令小股东收购大股东的股份。在最极端的情况下，法官甚至能够责令公司解散。

域外配偶继承权制度立法修法之争及启示----以配偶继承权与夫妻财产制为中心

2015 年 1 月 3 日　南师大法学院赵莉 家事法苑

本文已经作者授权许可，如果转载请务必与作者联系并取得授权。

域外配偶继承权制度立法修法之争及启示*

----以配偶继承权与夫妻财产制为中心----

南京师范大学法学院副教授　赵莉 **

摘要：域外配偶继承权制度立法或修法之争显示，配偶继承权是和夫妻财产制紧密相联的，要构建配偶继承权制度，必须注意与夫妻财产制相对应，以平衡对配偶继承权和对直系血亲继承权的保护。因此，在夫妻财产共有制下，无需修改现行《继承法》有关配偶的继承顺序及份额，亦无必要通过规定居住权即用益权以及先取权再行保护；但在夫妻约定财产制下，则有必要通过明确配偶的继承份额和特留份这一有效方法，保障别产制下的生存配偶在另一方死亡时的财产清算。另一方面，通过完善老年配偶的必继份制度、建立后位继承制度来保障老年配偶的继承权，构建少子高龄化下的我国配偶继承权制度。

关键词：配偶继承权 配偶用益权　配偶先取权 后位继承

在论及继承的功能时，传统观点更多地关注其传承功能，故旧制下的妇女并无继承权或是有条件的继承。但随着家庭结构以及财产来源的变化，死亡时的财产继承，不仅仅是个传承问题，还意味着对婚姻财产的清算，故配偶继承权制度经过了从无到有的发展过程，现今很多国家都构建了配偶继承制度。2012 年 12 月 28 日修订通过，2013 年 7 月 1 日起施行的《中华人民共和国老年人权益保障法》第 22 条第 3 款增加规定了“老年人以遗嘱处分财产，应当依法为老年配偶保留必要的份额”的规定，这可以说是第一个明确、直接规定在遗嘱设立中对老年配偶继承权予以保护的条文。[①]我国现行《继承法》在第 19 条件规定了在遗嘱设立时对“双缺人”的保护，虽然也可能包含老年配偶，但因该规定较为模糊，一直为学界诟病。[②]在法定继承方面，我国《继承法》通过在第 10 条确立配偶的第一顺序继承人地位、第 26 条明确先清算配偶共同财产再确认遗产范围、第 30 条明确配偶再婚仍然有权依法处分其所继承的遗产，任何人不得干涉的规定，构筑了对配偶继承权保护的图像。继承法修法之际，如何构建对配偶继承权的保护成为一个重要的议题，学界的争论主要集中在配偶继承顺序和份额以及是否该享有先取权和用益权的两大问题上，毋庸置疑，该议题对协调《老年人权益保障法》和《继承法》之间的规定，特别对步入高龄少子化的中国具有较为重要的理论意义和实际需求。为此，笔者拟就我国关于配偶继承权制度构建中的争论问题，通过对域外有关配偶继承权立法修法时之争论的考察，进而论述相关争论在我国配偶继承制度设计时带来的启示，以期为我国修法提供前车之鉴，尽绵薄之力。

一、学界关于完善配偶继承权制度的争论

（一）配偶的继承顺序及应继份

1. 主张修改的观点

众所周知，我国《继承法》确立了配偶与子女、父母的第一顺位即固定顺位、等额继承而非固定继承份额的模式。对此，有学者建议修改我国有关配偶继承顺序及份额，即配偶恒为法定继承人，其继承顺序不固定，采日本、德国的立法模式，具体为“配偶与第一顺序继承人共同继承时，其应继份为遗产的 1/2；与第二顺序继承人共同继承时，其应继份为遗产的 2/3；无第一和第二顺序继承人时，配偶取得全部遗产”；[③]也有学者建议“配偶与其他继承人（直系血亲卑亲属）共同继承时，配偶与其他继承人平分遗产；配偶与第二顺序（父母）或第三顺序继承人（兄弟姐妹）共同继承时，配偶的应继份为遗产的 2/3，其余的由其他继承人平分；无第一顺序至第四顺序继承人时，由配偶全部继承遗产”；[④]而杨立新教授亦认为现行法的规定不具合理与正当性，不仅没有保障配偶的应有的地位和利益，更没有协调处理好配偶与其他继承人之间利益的平衡，因为这样规定第一继承顺序，在没有子女和父母的情况下，死者的遗产被配偶一人全部继承，会造成剥夺其他继承人即第二顺位继承人继承权的后果，从而主张确立配偶的零顺位即无固定顺位继承，具体建议将继承分为五个顺位，“当配偶与第一顺序继承人中的子女同为继承时，遗产在继承人之间实行均分；当配偶与第二顺序继承人（父母）同为继承时，配偶应继份为遗产的 1/2，父母均分遗产的 1/2”、“当配偶与第三顺序继承人（兄弟姐妹）同为继承时，配偶应继份为遗产的 2/3”、“当第一、第二、第三顺序继承人都不存在时，配偶独自继承全部遗产”。[⑤]而同样主张配偶无任何顺序的张玉敏教授则建议将继承分为四个顺序，依次为子女及其晚辈直系血亲、父母、兄弟及其子女、父系母系祖父母，“和第一顺序的继承人共同继承时，遗产平均分配，和第二顺序的继承人共同继承时，配偶得二分之一，和第三、第四顺序的继承人共同继承时，配偶得四分之三”，理由是“这样规定不损害配偶的利益，同时兼顾了被继承人血亲的利益。与现

行《继承法》的规定相比，配偶的继承地位实际提高了”，同时也指出“虽然按照第三和第四顺序继承时，配偶的利益较现行《继承法》的规定要受一些影响，但是，这种情况是极少发生的”。[⑥]显然，主张修改配偶继承顺序的观点之相同点在于首先将配偶继承顺序规定为无固定顺序，其次在被继承人无子女、父母时，配偶将和兄弟姐妹共同继承；不同点在于配偶在不同顺位上的应继份额上有细微差别。

2. 主张不修改的观点

王利明建议稿则认为，配偶与子女、父母同为第一顺序继承人，是我国继承法的特色之一，“这些特色经过《继承法》近二十年的运作，已成为我国固有法的一部分”、“建议稿予以保留”。[⑦]梁慧星建议稿第 1847 条亦将配偶、子女、父母列为第一顺序继承人，未做修改。[⑧]杨立新、杨震建议稿亦同，理由是“应当看到我国继承法实施 20 多年的经验，将配偶规定为第一顺位继承人，能够很好地保护配偶的合法利益，并无不当之处，应当继续坚持”。[⑨]即学者的四大建议稿中，上述三大建议稿都持有不修改之观点。

（二）配偶的用益权及先取权

1. 赞成设立的观点

有学者认为我国的配偶继承权依然存在制度设计缺陷，与当代各国逐步提高配偶的继承地位、扩大配偶的继承份额的继承法发展趋势不符，建议在修法时应明确配偶对婚姻住房享有法定居住权。[⑩]亦有学者建议增加规定配偶对遗产中供家庭日常生活使用的物品享有先取权。[11]吴国平教授提出“适当参考和借鉴大陆法系多数国家的立法经验，在我国法律上确认配偶的先取权制度”，但又认为“根据我国大陆地区的实际，目前还不宜规定具体的先取份额”，因此建议明确配偶对遗产中供家庭日常使用的生活用品或者有纪念意义的物品以及专归个人使用的物品享有先取权；并同时提出“对遗产中其使用的生活用房享有用益权，直至死亡时为止”。[12]王利明建议稿赞成设立配偶用益权，因为“在坚持配偶作为第一顺序的继承人参加继承的基础上，特设对于住房的法定用益权制度以弥补我国继承法事实上对于配偶利益未作特殊照顾的现状。配偶法定用益权制度不仅为很多国家立法所承认，而且这一做法也合乎继承法的目的”。[13]张玉敏建议稿赞成设立先取权，配偶先取权的内容不仅包含了“日常生活用品”，还包含了“遗产中供自己使用的住房”、“如果配偶的先取特权超过其应继份，则以先取特权作为其应继份”。[14]

2. 反对设立的观点

王利明建议稿虽赞成设立配偶用益权，但反对设立先取权，其理由是先取权“与大陆法系的继承法的两大原则性规定相违背：继承开始后，遗产归全体继承人共同共有，继承人不得随意占有、处分遗产；遗产分割一般只能在债务清偿完毕时才能进行”，故反对设立配偶先取权。梁慧星建议稿、杨立新、杨震建议稿无有关配偶用益权和先取权的规定。

二、域外关于配偶继承权制度立法（修法）的争论

配偶继承权内容的构建并非仅仅是继承法上的问题，诚如日本学者指出的，“必须注意的是，只有将配偶继承权与夫妻财产制（以及扶养法）密切关联，生存配偶生活保障须把握两者一体的关系才能明白该制度的整体像”。[15]故本论文接下来拟通过对大陆法系几个国家及我国台湾地区有关配偶继承权立法和修法时的争论的考察，探讨配偶继承权之全貌。

（一）配偶继承顺序及应继份：与夫妻财产制的关联性

1. 日本

日本 1898 年制定的明治民法规定在有直系卑亲属时，配偶是不能成为继承人享有继承权的（旧民法第 994 条），只有在没有直系卑亲属时，配偶为第二顺序继承人（旧民法第 996 条），直系尊亲属为第三顺序继承人，故配偶不会成为共同继承人，则不存在继承份额的问题。[16]直到昭和 22 年（1947 年）民法家族编的修改，才将配偶确立为恒定继承人，无固定顺位（日本民法第 890 条），配偶和直系卑亲属一同继承时的应继份为三分之一。[17]可见，日本继承法的立法宗旨，经历了从重视“家庭”存续的“长子继承制”转为保障继承人，特别是保护子女生活的“平等继承”和“特留份”并存制的转变过程，随后，在昭和 55 年（1980 年）修改继承编时，将配偶在第一顺序和子女共同继承时的应继份由过去的三分之一提高到二分之一，第二顺序时配偶的应继份为三分之二，第三顺序时的配偶应继承份为四分之三（日本民法第 900 条），均做了相应提高直至今日。之所以这样修改，理由在于：一方面，通过增加配偶者的继承份来回报婚姻生活中夫妻间的协力和贡献，同时保障生存配偶的生活安定；另一方面，少子化导致每个子女的继承份额增加而配偶的继承份额相对显得较低，而继承财产在共有状态下的管理取决于共同继承人之多数决（日本民法第 898 条和第 252 条），提高配偶的应继份至二分之一，可不让配偶陷入少数决。[18]显然，该修改目的在于强化对配偶继承权的保护，但其背景则为日本法定的夫妻财产制即别产制（日本民法第 762 条）。日本最高裁大法庭也早在昭和 36 年（1961 年）9 月 6 日的判例中指出，对于夫妻别产制的不合理之处通过离婚时的财产分割以及配偶继承权来纠正。日本在 1980 年审议继承法修法时曾有委员强烈主张将夫妻别产制改为夫妻共有制，为此，法制审议会对各国的夫妻财产制度进行了调研，总理府进行了问卷，有 21%的人赞成现行别产制度，而有 64%的人赞成夫妻共有制。但最终没有修改夫妻财产制的理由在于以下几点：无法处理夫妻一方和第三方的交易关系，容易导致丈夫的个人债务成为夫妻共同债务等，故多数意见赞成提高配偶的继承份额而不是修改夫妻财产制，特别是论及夫妻法定财产制和继承的关系时认为，在夫妻别产制的背景下，通过调整离婚时的财产分割方法和提高配偶的继承份额，在一定程度上可以实现夫妻财产之共有。故将配偶的法定继承份额提高到二分之一，意味着

在别产制下保护配偶潜在的一半的财产份额。[19]

2.我国台湾地区

我国台湾地区在意识到旧法规定的配偶应继份过低问题后，也曾于1975年的修正中提案提高配偶的应继份，即配偶与直系卑亲属共同继承时，是否应将其应继份固定为二分之一，其余由直系卑亲属平均分配。但该修正提案最终没有实现，而是通过修正夫妻财产制来加以解决的。[20]台湾地区在2002年以前实施的是夫妻联合财产制，1985年对亲属编进行修正时，增加了第1030条之1有关夫妻剩余财产的平均分配，即：夫妻先将各自原有财产自联合财产加以分离，从各自原有财产中再划分出结婚时之原有财产与婚姻存续中增加之原有财产，将各自婚姻存续中增加之原有财产扣除婚姻存续中所负之债务后，与他方之差额平均分配。2002年再度修改夫妻财产制，将联合财产制改为分别财产制为骨架的通常法定财产制，但1030条的剩余财产制依然存在，则在一方死亡时，会发生剩余财产分配请求权，生存配偶得对死亡配偶的遗产主张剩余分配，剩余分配完成之所剩才是遗产。[21]这点和下述德国1958年修法后的规定比较相似。

3.德国

在民法中详细规定了配偶继承权与夫妻财产制关系的是《德国民法》，但德国在民法（BGB）制定当初并未将夫妻财产制与配偶的继承权联系在一起，直到1958年颁布《男女平权法》才将两者联系起来。立法当初采的是管理共同制，管理共同制的本质是夫妻别产制，只是在婚姻关系存续期间，妻子财产的使用收益权归属于夫，理论上不存在夫妻共同形成的财产，因此，当夫妻中的一方的死亡导致婚姻关系的终止时，各自的财产依然归各自所有，并无理由将另一方的财产的全部或一部成为生存配偶的理由，从而完全可以存在不让配偶继承权正当化的理由，但德国继承法立法委员之一的史密特（Schmitt）从婚姻的本质出发，认为生存配偶的生活会陷入困境，如不赋予配偶继承权或扶养请求权，则违反婚姻的尊严。[22]另一立法委员弗兰克（Planck）则提出赋予生存配偶用益权来解决此问题，但最终并未采纳弗兰克的主张，详细下述。

与日本模式相同，德国民法第1931条明确规定了配偶的法定继承权，顺位不固定，在与第一顺位即主要为子女一同继承时的继承份额为遗产的四分之一，但这并非配偶最终可获得之遗产，如上所述，还须视夫妻财产制再做调整。该法在第1371条明确规定了死亡情形下的财产增加额均衡，根据第1371条第1款之规定，夫妻财产制因配偶一方死亡而终止时，则增加生存配偶的法定应继份四分之一，则配偶最终可得遗产之二分之一；若适用分别财产制,“且被继承人的一个或两个子女有资格和生存配偶一同做法定继承人的,生存配偶和每一个子女按等份继承”(第1931条第4款)。[23]德国在1958年的《男女平权法》中，将夫妻法定财产制修改为财产增益共有（Zugewinngemeinschaft)。[24]财产增益共有制的结构是，财产增益共有制开始后，夫妻仍保留对各自财产的单独所有权，在该财产制存续期间获得的财产，也属于取得财产的一方单独所有；配偶双方独立管理各自的财产，并独自承担责任。但在婚姻解除时，双方在财产上的共有权利得以实现，实现的方式一是提高婚姻存续期间增益较少一方的继承份额（第1371条），另一个是赋予其债法上的补偿请求权（第1363条第2款第2句，第1378条)。[25]如日本学者指出的，德国通过修改夫妻财产制将夫妻财产制和配偶的继承权密切联系在了一起。[26]德国在立法当初，对于配偶继承份额的多少有不同意见，最终采四分之一，是考虑如果只有一个孩子，会导致配偶的份额和孩子的份额一样多，在立法当年，赋予配偶继承权尚是一个有争议的话题，更不用说赋予配偶继承份额与子女相同，故最终采纳了四分之一份额的建议。[27]但随后，德国通过对夫妻财产制的修改，即将管理共通制修改为财产增益共有，实际增加了配偶的继承份额。

另一方面，与配偶继承份密切相连的是特留份制度，为防止被继承人以遗嘱形式修改法定的继承顺序和继承份额，上述民法都同时规定了特留份制度来限制被继承人的遗嘱自由。从日本民法第1028条第2款规定可知，配偶的特留份为法定继承权之二分之一，该份额也是在1980年修改继承编，提高配偶继承份额的同时，将配偶的特留份由旧法的三分之一提高到二分之一的。[28]由于日本旧法过去采长子继承制，特留份制度限制了立遗嘱人通过遗嘱形式再达到长子继承的目的，也确保了夫妻别产制下的生存配偶的继承权。德国民法第2303条规定了特留份权利人的范围，配偶乃特留份权利人之一，特留份为法定继承份的二分之一。但是，配偶的法定继承份收到夫妻财产制的左右，在剩余共有制时为应继财产的八分之一；别产制时为六分之一。[29]但是，随着时代的发展，高龄化社会中特留份所起到的保障继承的抚养的功能已经失去，特留份制度的对遗嘱自由的限制和导致中小企业承继财产分散的弊端显现出来，为此，日本在2008年制定了《有关中小企业经营顺利传承之法律》，其中的第二章为“有关特留份的民法特例”（第3-11条)。[30]当然，需注意的是此法律仅仅限于中小企业传承之适用范围。德国的特留份制度自立法当初至第二次世界大战结束，在适用中都没有太大的问题，但随着战后经济的发展，财富的增加及社会保障体系的建立、高龄化社会下生前处分的盛行引发了对特留份制度的质疑。但判例则对特留份制度予以了较强的保护，认为生前处分的盛行是个非常有问题的现状，而多数学说亦对特留份的废除持反对意见。[31]同为特留份制度，但日本和德国的特留份却在性质方面完全不同，日本的特留份为物权性质而德国为债权性质。

（二）配偶用益物权、先取权：与配偶继承份额的关联性

日本在修法审议时，学界也提出了有关增加配偶先取权的提案，但审议委员会则认为，如何在法律上规定先取权的内容是个难题。同样，对于配偶的居住权，审议委员会认为，通过提高配偶的继承份额则完全可以达到该目的，而无需专门建立，从而否定了对配偶用益权的设立建议。故在此就瑞士和德国的相关制度予以探讨。

1.瑞士

瑞士在1986年1月22日修改了《有关婚姻的效力、夫妻财产制、继承权的一九八四年十月五日联邦法》，于1988年1月1日实施。

根据《瑞士民法典》第462条之规定，生存配偶无固定继承顺序，修改后的法律将配偶的应继份由四分之一提高到二分之一，相应将共同继承人的直系卑亲属的应继份由四分之三降低到二分之一，同时废除了配偶的法定用益权的规定，采所有权继承主义。根据旧法规定，生存配偶可以选择四分之一的所有权或者二分之一的用益物权，但旧法未明确用益物权具体及于哪个不动产，若无遗嘱指定，则配偶在选择时常常导致纠纷产生，最终还是通过诉讼选择遗产分割，且该规定未对选择的期限作出规定。另一方面，该制度导致其他继承人取得的所有权为“裸所有权”，即无法行使自己的权利，特别是生存配偶越年轻，其他继承人无法行使权利的时间越长，因此，修法通过提高配偶的应继份来废除用益物权采所有权制度，也是时代发展的必然结果。[32]诚如日本学者指出的，该用益物权于现代财产法上产生诸多难题：首先，构成遗产的财产长期处于封锁状态，为近代交易法相悖，在处理继承债务上有各种困难，同时，在寡妇再婚时又使问题变得更为复杂。[33]瑞士修法废除的是法定用益物权，其第473条有关遗嘱对配偶之优待规定依然存在，即可以通过遗嘱形式为生存配偶设定用益物权。[34]但随着修法提高配偶的应继份至二分之一，则利用遗嘱形式为配偶设定用益物权所得利益已经不大。[35]显然，通过设立用益物权的方式来保护配偶继承权，恰恰是建立在配偶无应继份前提之下的；只要提高配偶的应继份，则无必要同时建立用益物权来保护配偶的继承权。

《瑞士民法典》在遗产分割部分的第612条a中规定了配偶的先取权，即“配偶双方居住过的房屋或其家用器具是在遗产之列的，生存配偶可请求将该类财产所有权折抵给其”（第1款）、“情势合理的场合，应生存配偶或其他继承人的请求，可创设用役权或居住权以代替所有权”（第2款）、“被继承人执业或营业的场所而直系卑血亲继续经营所必需的，生存配偶不能主张权利。但农业继承权的有关规定，不在此限”（第3款）。[36]该规定是在88年修法时增加的，事实上该条重复了《瑞士民法典》第219条的规定，219条规定在夫妻财产制的夫妻财产所得分享财产制中对参与债权和增值应有部分的支付里的，瑞士的法定夫妻财产制采所得分享财产制（《瑞士民法典》第181条），指“夫妻在婚后对于自己的婚前财产及婚后所得财产，各自保留所有权、管理权、使用收益权及有限制的处分权，当夫妻财产制终止时，在夫妻财产清算后，婚姻财产的盈余归夫妻双方分享的财产制”。[37]再次在继承法中财产分割部分里规定的理由是，该继承先取权不仅适用于夫妻所得分享财产制的情形，还适用于夫妻其他财产制的情形，如约定财产制。再者，如果在夫妻财产分割清算时没有主张的，在遗产分割时还可以主张。特别是生存配偶因继承契约放弃其继承人的地位，或放弃继承，从而不参加遗产分割，故在增加的同时亦未删除前面的规定。[38]

2.德国

德国立法当初，立法委员、婚姻法的起草者弗兰克提出赋予生存配偶用益权来解决配偶的继承问题，但最终并未采纳弗兰克的主张。弗兰克认为，生存配偶仅依靠继承份额是无法在配偶去世后维持原先不变的经济状态的，只有赋予生存配偶对遗产的生涯使用权，才不会有经济上的困难。当然，弗兰克也意识到用益权带来的问题，即该权利的期限，而且，继承财产的价值有随着生存配偶的使用而减少的危险，甚至毁损、灭失。但其提出六点理由来支撑其主张：（1）在子女未成年时，生存配偶作为监护人当然对子女的财产有用益物权；（2）用益物权的对象是建立在该婚姻所生的子女的继承份上的，而该财产是维持生前经济状态的必要部分；（3）关于用益权的一般原则如何变更，是决定了有关用益权部分的草案后的问题；（4）认定有用益权的生存配偶有继续抚养子女的义务；（5）用益权是基于遗产成立的，故不允许转让；（6）用益权在再婚后消灭，因为生存配偶通过此方法放弃保持与前婚同样状态的生活。[39]弗兰克的生存配偶用益权的主张是以配偶无继承份，全部由子女继承为构造的，因为他认为，主张给予生存配偶继承份的构成，则生存配偶再婚，乃至再婚后再生子，则在生存配偶去世后会导致前婚的子女无法继承该财产的结果，是违背被继承人意思的。但继承法起草者的史密特则认为，作为配偶当然有配偶继承权，问题是配偶继承权的性质是和血亲继承权同样还是哪个优先的问题，因此，对上诉弗兰克提出的用益权提出三点反对意见：（1）被继承人的意思是无法推测的，不同的民族在不同的时间会有不同的解答；另一方面，如果赋予配偶者用益权，则对子女是很不公平的，很难说这是被继承人的意思。（2）如采用益权，则和管理共同制是相反的；（3）用益权的规定是否妥当，史密特认为，用益权阻碍了子女的特留份和被继承人的处分权，对此，弗兰克自身也承认无期限的用益权从国民经济上来看也是有问题的，而史密特更担心这样的用益权会导致所有者（血亲继承人）和用益权者（配偶）之间的诉讼。故赋予配偶“生涯遗产用益权和继承权并存有点过了”。[40]最终，德国通过确立配偶的继承份额而非用益权来保护配偶的继承权。

关于先取份，德国民法在第1932条规定生存配偶在与第二顺序继承人即被继承人的父母及晚辈直系亲属以及祖父母、外祖父母同为法定继承人时，对于除土地以外的婚姻家计以及结婚礼物，享有先取的权利；在与第一顺序即子女同为法定继承人时，维持适当家计的婚姻家计属于配偶。对于先取份制度的建立，在德国立法当初虽然有哪些属于先取份的质疑，但并无太大争议，对该制度的目的有两点说明，即阻止中断经济性继续的公权的拍卖和防止伤害生存配偶的感情，主要考虑非富裕阶层的继承问题。[41]

三、域外关于配偶继承权制度立法（修法）的争论带来的启示

通过对上述大陆法系国家有关配偶继承权制度设计的考察与梳理可以看出，配偶继承权制度的设计一方面要考虑夫妻财产制，另一方面要考虑与血亲继承的平衡协调关系，只有达到上述两方面的平衡，方能做到既保护配偶继承权，又不侵害血亲继承，实现继承的本质目的--财富的传承。否则，只关注配偶继承权的保护，则会从根本上破坏继承制度的实质；而只关注血亲继承，则会无视配偶对遗产形成所作出的贡献。为此，对于步入老龄化社会的中国，构筑公平合理的配偶继承权制度已经成为修法中的当务之急。因此，在《继承法》修改时，对于配偶继承权制度的构建，必须考虑两点，即首先要与我国夫妻财产制的协调，其次是尊重被继承人通过遗嘱保障配偶继承权，方能真正构建合理的配偶继承权制度。

（一）维持法定共有制下现行配偶的继承顺序及应继份额

配偶继承权制度的构建目的在于，首先，在一方配偶死亡婚姻消除时，将配偶潜在的所有份额通过继承清算财产转为配偶所有；其次，生存配偶的生活保障。对比上述继承人顺序及应继份的规定可见，对于配偶应继份及顺序的立法模式有固定式和非固定式，配偶之继承顺位与应继份是相互关联的：采固定顺位的，则配偶的应继份是不固定的，因继承人数多寡而定，如我国的继承法；采不固定顺位，配偶恒为继承人的，则配偶的应继份是固定的，其份额因顺位下降而上升，如日本。至于两种模式孰优孰劣，如果单纯比较配偶的应继份，可以得出日本较中国为多的结论，但如果结合两国的夫妻财产制，则该结论显然值得商榷。日本和我国台湾地区采取了不同的方式来保障配偶的继承权，日本选择了调整应继份，台湾地区选择了变更夫妻财产制，但不论如何选择，其修改时都考虑到配偶的继承权与夫妻财产制之平衡。而我国在《婚姻法》第 17、18、19 条规定了夫妻的财产制，即法定共有制、特有制以及约定财产制，夫妻一方死亡继承时须先将生存配偶的财产分离出来。显然，现行《继承法》将配偶作为第一顺序继承人，按继承人数决定份额的设计较好地平衡了配偶和子女、父母之间的关系，否则，在多采夫妻法定共有制的我国，若采日本模式，则配偶一方死亡时，生存配偶实际所得将达夫妻全部财产的四分之三，其余四分之一由子女、配偶根据人数等额分割，显然违背了继承财产传承的功能，不公平、合理。为此，在配偶继承顺序及应继份问题上，不能孤立地看配偶的应继份额，当结合夫妻财产制度一同考察，在夫妻别产制的前提下，提高配偶的应继份并配以特留份制度予以保障，下面论述；而在夫妻财产共有制的前提下，该制度本身已经较好地保障了生存配偶的继承权，因为采夫妻财产婚后所得共有制，则不需要通过继承时的清算让配偶取得潜在份额，如果采日本式的继承顺位和继承份额，则在采计划生育的中国，再面临养老社会化尚未很好解决的现在，在保护配偶继承权时，又损害了直系尊亲和卑亲的利益，故现行继承顺序和份额的规定是最能平衡配偶和血亲之间继承利益的制度，则关于配偶继承份额确无修改之必要。

另一方面，关于配偶的继承顺位，若采学者建议的不固定顺位，在被继承人有子女、父母和配偶的情况下，确实能避免父母与配偶争遗产的纠纷，但在少子化的中国，父母在子女结婚时基本倾其所有将财产赠与子女，若中年丧子而无法继承，则不仅不公平合理，其心理无法接受，且今后的养老亦会成为问题；在被继承人无子女、父母有配偶时，若构建配偶与兄弟姐妹共同继承的制度，则不仅会导致被继承人的兄弟姐妹与配偶产生遗产纠纷，亦如上述张玉敏教授所言，在此情况下，“配偶的利益较现行《继承法》的规定要受一些影响”，而是不是因为“这种情况是极少发生的”就可以建立呢？在现行法下是不可能发生的，但若采此建议修法，受影响的则是丁克家庭和失独又无孙子女的家庭。人口调查未公布确切的数据，但据预测，到 2028 年，我国丁克家庭将达到 395 万户；[42]复旦大学人口研究所所长王桂新教授指出，我国已出现“中年丧子（遭遇独生子女夭折）而形成的大约 1000 万户的‘失独’空巢家庭”。[43]不论其数量多少，若修改现行配偶继承顺位为不固定顺位，虽可以在被继承人结婚时间不长的个案中体现合理的一面，但对上述两类家庭中的生存配偶的伤害却是巨大的。而从个体角度看，配偶一方的死亡非生存配偶所能预见或控制；从家庭的形态看，大家庭解消、家庭已经小型核心化正成为趋势，2010 年人口调查数据显示，“平均每个家庭户的人口为 3.10 人，比 2000 年第五次全国人口普查的 3.44 人减少 0.34 人”，可见旁系血亲间已经不再同居共财；[44]再从家庭功能来看，“家庭不再是社会经济的最小生产单位，其最重要的功能也主要被限缩在教育、消费与休闲。因此早期家庭成员一起经营家族财产的情形已非常态”。[45]因此，让配偶与兄弟姐妹共同继承在现代社会已无此必要，即使配偶继承份额较多。一个制度的构建，不是为了让部分人锦上添花而摧毁另一部分人丧偶后的生活，更不能为了解决一个微不足道的看似不合理的小问题以致带来更大的社会问题。故现行《继承法》关于配偶继承顺序和继承份额的规定，经过几十年的适用，可以说，不是完美的，却是不能随意修改的，否则会带来更大的社会问题。

（二）明确约定财产制下配偶的继承份额及特留份

我国《婚姻法》在 1950 年制定后于 1980 年重新制定，又于 2001 年修改，夫妻财产制亦从 1950 年的一般共同制转为所得共同制，1980 年的婚姻法还明确了约定财产制，在 2001 年修改《婚姻法》时增加了第 18 条有关特有财产的制度，使得夫妻婚后取得的财产并不必然成为共同财产，同时注意到了约定财产制下的离婚经济补偿，增加了第 40 条“夫妻书面约定婚姻关系存续期间所得的财产归各自所有，一方因抚育子女、照料老人、协助另一方工作等付出较多义务的，离婚时有权向另一方请求补偿，另一方应当予以补偿”的规定，但颁布于前的《继承法》并没有随我国夫妻财产制的变迁而变迁，导致约定财产制下的配偶继承权的保障成为一个需要解决的问题。随着离婚率的上升，再婚夫妻更多地利用约定财产制来解决其再婚后的财产问题，为此，构建约定财产制下的配偶继承权是一个必需面对的问题，而上述各国建立在夫妻别产制下的配偶继承制度则成为一个值得参考的制度。因此，可通过规

定配偶的固定的继承份以及特留份来保护别产制下的配偶的权利，具体为：“夫妻书面约定婚姻关系存续期间所得的财产归各自所有，配偶一方死亡时，生存配偶有权继承去世配偶遗产的二分之一”。之所以不将“一方因抚育子女、照料老人、协助另一方工作等付出较多义务的”作为要件之一，一方面是为了避免出现《婚姻法》第 40 条存在的诸多问题。[46]另一方面，继承和离婚的财产清算有着本质的不同，为更好地保护生存配偶，当减少不必要的要件。同时规定，在此情况下的配偶的特留份为应继份的二分之一，并将去世配偶去世前 2 年内赠与他人之财产依然算入遗产，从而防止利用生前赠与制度来规避特留份。

（三）通过建立后位继承制度而非配偶用益权和先取权来保护配偶的继承权

通过上述对日本修法中关于配偶用益权和先取权的争论、瑞士曾采配偶用益权现已废除的法律修改以及德国立法时的相关争论的考察可知，在给予配偶继承份额的前提下，建立配偶用益权和先取权已无必要，特别是在实行法定财产共有制的中国，继承时须先将财产分出一半，另一半方为遗产。在此情况下，再赋予配偶用益权，则显然保护过多，并产生诸多纠纷。又从我国《婚姻法》的规定看，生存配偶的生活用品等都属于个人财产而非遗产，当然可以取走，且司法实践中纠纷较大的亦非死亡配偶的生活用品而是房屋等。因此，关于生存配偶的居住权问题，可将此权利赋予当事人根据自身情况，通过订立遗嘱的方式去行使。比如，在一份 1994 年经过公证的夫妻的共同遗嘱中，立遗嘱人写到：“1.我们两人中无论谁先去世，均将属于自己部分的房产留给对方，由对方继承。2.我们二人全部去世后，该房产由女儿一人继承，其他任何人不许干涉”。立遗嘱人之一的丈夫于 1995 年去世，而其遗嘱中指定的女儿于 2008 年去世，随后立遗嘱人之一的妻子于 2009 年起诉养子及女儿的继承人（即原告的女婿、外孙女及外孙），要求继承丈夫的房产份额。2009 年 4 月 3 日原告再次立下公证遗嘱，言明将属于自己的财产留给养子的儿子继承，2010 年 12 月 10 日，原告去世，由其遗嘱继承人（养子的儿子）继续参加诉讼。法院认定该遗嘱中丈夫的处分内容有效，妻子的后一份公证遗嘱亦有效。[47]二审予以了维持。该案例中的立遗嘱人设计的乃后位继承，所谓后位继承，是指“因遗嘱中所规定的某种条件的成就或期限的到来，由某遗嘱继承人所继承的财产又转移给其他继承人承受”。[48]立遗嘱人之所以设计这样的构造，与立遗嘱人自身对其身后生存配偶之生活保障的设想密不可分，可见，我国《继承法》虽未确立该制度，但司法实践中的案例已经存在，后位继承制度是民众从生活中得出的经验，亦是其实际的需求。法律通过确认、规制该制度来解决配偶用益权之问题，比法律直接规定要更合理、公平，这也是瑞士废除法定配偶用益权的原因所在。而如何构建后位继承制度，则是一个需要另立专题予以深入探讨的问题，在此不予赘述。

（四）完善老年配偶的必继份制度

我国《继承法》在第 19 条规定了“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”，从而注意到了对遗嘱自由的限制，考虑到了继承的抚养功能，但该条规定之不明确，一直为学界诟病。随着我国社会老龄化的进程，老龄生存配偶的继承权问题应引起足够的重视，根据国家统计局公布的数据可见，中国老年人口规模巨大，另一方面，中国的老龄化发展迅速，其中女性老年人口数量多于男性，而 2049 年将达到峰值，多出 2645 万人。21 世纪下半叶，多出的女性老年人口基本稳定在 1700 万～1900 万人，多出的女性老年人口中 50%～70%都是高龄老人。[49]因此，老龄女性生存配偶的扶养问题亦是重要的课题，2013 年 7 月 1 日起施行的《中华人民共和国老年人权益保障法》第 22 条第 3 款增加规定了“老年人以遗嘱处分财产，应当依法为老年配偶保留必要的份额”的规定，但该法自身无法突破《继承法》的规定，依然是对《继承法》第 19 条的重复，而《继承法》在修改时，当明确为 65 岁以上的配偶保留其必继份，从而代替模糊的“双缺人”之要件。

四、结束语

综上，在夫妻财产共有制下，无需修改现行《继承法》有关配偶的继承顺序及份额，亦无必要通过规定居住权即用益权以及先取权再行保护；但通过明确配偶的继承份额和特留份这一有效方法，完善夫妻约定制下的配偶继承权制度，保障别产制下的生存配偶在另一方死亡时的财产清算，乃必要，当然，于此同时，有必要修改完善我国的约定夫妻财产制，比如规定约定财产制须婚前并经过公证。另一方面，在进入少子高龄社会后，对继承人生活的保护，特别是子女的生活保护已经愈发没有意义，而立法层面在构建配偶继承权制度时，应较多关注配偶生活之保障，司法实务也逐渐转向对被继承人意思的最大尊重，故增加继承合同以及后位继承制度，让被继承人通过订立遗嘱来保障生存配偶的继承权，亦是一个重要的课题。

The Enlightenment Through TheArgument On The System Of Spouse Heirship During Extraterritorial LegislationAnd Amending

--The Relevanceof Spouse Heirship and MaritalProperty System--

ZhaoLi

(Law School of Nanjing NormalUniversity , Nanjing 210023)

Abstract: The argument on the system ofspouse heirship during extraterritoriallegislation and amending shows that spouseheirship is closely linked with matrimonial property system.The design on thesystem of spouse heirship should be match with matrimonial property system,inorder to balance the protection on spouse heirship and lineal inheritancerights.Therefore,it is neither necessary to modify the current provisions of chinese succession law on the orderof succession and inheritancepercentage

of succession underthe community property system,nor necessary to adopt usufruct or derivedpriority to double protectspouse heirship.However,under the marital property system,it is necessary to set upan effective method which is to explicitinheritancepercentage of succession and electiveshare to protect thesurviving spouseatthe time of deathofthe otherspouse under theseparate propertysystem.On the other hand,through the improvementofthe legal portion system of olderspouse,establishment on the system ofback and forth inheritance(Vor- und Nacherbschaft) system to protect theolderspouse's heirship,so to build the spouse heirship in the little child and elderly society in China .

Keywords: spouseheirship; usufruct of spouse;derived priority;backand forth inheritance

（本文发表在《北方法学》2014 年第 6 期第 69 至 78 页）

*本文获国家社科基金项目（项目批准号 13BFX080）“我国家事诉讼立法研究”以及江苏高校优势学科建设工程项目资助。

**南京师范大学法学院副教授。

[①]《中华人民共和国老年人权益保障法》第 2 条将老年人规定为六十周岁以上的公民。

[②]《继承法》第 19 条将“双缺人”规定为“缺乏劳动能力又没有生活来源”。

[③]谷景志:《论配偶的法律地位---兼谈我国法定继承制度的修改与完善》，载《江西科技师范学院学报》2005 年 6 月。还有只主张提高配偶的继承份额的，参见吴国喆、姚艳:《我国法定继承制度的缺陷及其完善》，载《河南师范大学学报（哲学社会科学版）》，2008 年 11 月，第 178 页。

[④]贺光辉:《配偶继承权保护的国际比较及我国立法的完善》，载《湖南人文科技学院学报》2013 年第 4 期。

[⑤]参见杨立新、和丽军:《我国配偶法定继承的零顺序改革》，载《中州学刊》2013 年第 1 期。该观点显然与杨立新教授下述注释 10 的论文所持观点不同，从时间看，本文较新，可否认为杨立新教授改变了观点。

[⑥]张玉敏:《中国继承法立法建议稿及立法理由》，人民出版社 2006 年版，第 6 页。

[⑦]王利明:《中国民法典学者建议稿及立法理由》，法律出版社 2005 年版，第 506 页。本论文所称王利明建议稿均指此书，不再一一注释。

[⑧]参见梁慧星主编:《中国民法典草案建议稿附理由（侵权行为编、继承编）》，法律出版社 2004 年版，第 156 页。

[⑨]杨立新:《对修正<继承法>十个问题的意见》，载《法律适用》2012 年第 8 期。

[⑩]参见申建平:《继承法上配偶法定居住权立法研究》，载《求是学刊》2012 年 7 月，第 69 页。

[11]参见陈苇、杜江涌:《我国法定继承制度的立法构思》，载《现代法学》2002 年第 3 期。张华贵、冉启玉:《论配偶继承权的法律保护》，载《西南政法大学学报》2005 年第 2 期。

[12]吴国平:《法定继承人范围与顺序的立法完善探析》，载《西华师范大学学报（哲学社会科学版）》2011 年第 6 期。

[13]王利明:《中国民法典学者建议稿及立法理由》，法律出版社 2005 年版，第 512 页。

[14]张玉敏:《中国继承法立法建议稿及立法理由》，人民出版社 2006 年版，第 96 页。

[15] [日]中川善之助、泉久雄:《相続法（第四版）》，有斐阁 2000 年版，第 128 页。

[16]参见[日]木村健助:《配偶者の相続権》，载《総合法学》1964 年 7 卷(1)。

[17]参见[日]人見康子:《日本相続法と配偶者相続権》，载《年金と雇用》16 卷。

[18]参见[日]民事参事官室:《相続に関する民法改正要綱試案の説明》，载《ジュリスト》1979 年 9 月（第 699 号），第 44 页。

[19]参见[日]加藤一郎:《相続法の改正（上）》，载《ジュリスト》1980 年 7 月（第 721 号），第 73 页。

[20]参见黄诗淳:《遗产继承之图像与原理解析》，载《台大法学论丛》第 40 卷第 4 期，第 2202 页。

[21]参见黄诗淳:《遗产继承之图像与原理解析》，载《台大法学论丛》第 40 卷第 4 期，第 2202、2203 页。

[22]参见伊藤司:《ドイツ民法典（BGB）における法定相続分および遺留分規定の成立過程（１）》，载《南山法学》30 卷 1 号（2006 年），第 30 页。

[23]陈卫佐译注《德国民法典》，法律出版社 2010 年版，第 553 页。但这里必须指出，根据第 1931 条第 4 项，如果被继承人的孩子和生存配偶之间无血缘关系，在该子女需要时，生存配偶须从继承的四分之一中承担该子女的教育抚养费。

[24]日本学者则译为“剩余共有制”。

[25]参见[德]迪特尔施瓦布著:《德国家庭法》，王葆莳译，法律出版社 2010 年版，第 116-117 页。

[26]参见藤原正則:《最近三〇年間の遺留分をめぐるドイツの法改正論議（一）――高齢社会の下の遺留分の存在論》，载《北海道法学》55（3・114），1020 页。

[27]参见伊藤司:《ドイツ民法典（BGB）における法定相続分および遺留分規定の成立過程（１）》，载《南山法学》30 卷 1 号（2006 年），第 28 页。

[28]关于日本特留份制度，详细参见赵莉:《日本特留份制度的修改及其启示》，载《政治与法律》2013 年第 3

期。

[29]参见藤原正则：《最近三〇年間の遺留分をめぐるドイツの法改正論議（五）－－高齢社会の下の遺留分の存在論》，载《北海道法学》56（2・63），第 579 页。

[30]详细参见赵莉：《日本特留份制度的修改及其启示》，载《政治与法律》2013 年第 3 期。

[31]参见藤原正则：《最近三 0 年間の遺留分をめぐるドイツの法改正議論－－高齢社会の下の遺留分の存在論（一)》，载《北海道法学》55 卷，第 981 页。

[32]参见松倉耕作：《新スイス配偶者相続権の概要－一九八八施行法の紹介－》，载《南山法学》1986 年 10 卷 2 号。

[33]中川善之助、泉久雄著：《相続法（第四版)》，有斐閣 2000 年版，第 124、125 页。

[34]“被继承人可将应归属其婚生子女的或在婚姻存续期间非婚生子女的，或其子女的直系卑血亲的全部财产的用益物权，以遗嘱给其生存的配偶”（第 1 款)、“前款情形，生存配偶的用益权应取代其享有的非属上述直系卑血亲的法定继承权”（第 2 款)、“但是，如生存配偶再婚，则其在继承时依照有关直系卑血亲的特留份的一般规定不能设定用益负担的遗产部分上的用益权丧失”（第 3 款)。参见《瑞士民法典》，殷生根、王燕译，中国政法大学出版社 1999 年版，第 130 页。

[35]参见松倉耕作：《新スイス配偶者相続権の概要－一九八八施行法の紹介－》，载《南山法学》1986 年 10 卷 2 号。

[36]参见《瑞士民法典》，殷生根、王燕译，中国政法大学出版社 1999 年版，第 167 页。

[37]陈苇：《夫妻财产制立法研究--瑞士夫妻财产制研究及其对完善我国夫妻财产制的启示》，载梁慧星主编：《民商法论丛（第 15 卷)》，法律出版社 ， 2000 版，298、299 页。

[38]参见松倉耕作：《新スイス配偶者相続権の概要－一九八八施行法の紹介－》，载《南山法学》1986 年 10 卷 2 号。

[39]参见伊藤司：《ドイツ民法典（BGB）における法定相続分および遺留分規定の成立過程（ 1)》，载《南山法学》30 卷 1 号（2006 年)，第 29 页。

[40]参见伊藤司：《ドイツ民法典（BGB）における法定相続分および遺留分規定の成立過程（ 1)》，载《南山法学》30 卷 1 号（2006 年)，第 34 页。

[41]参见伊藤司：《ドイツ民法典（BGB）における法定相続分および遺留分規定の成立過程（3)》，载《南山法学》30 卷 3・4 号（2007 年)，第 30 页。

[42]王涛、徐金：《试析丁克家庭与中国人口的关系》，载《中国集体经济》2010 年第 11 期。

[43]王桂新：《少子老龄化：计划生育“后遗症”》，载《社会观察》2012 年第 9 期。

[44]国家统计局：《2010 年第六次全国人口普查主要数据公报（第 1 号)》，国家统计局网站（http://www.stats.gov.cn/tjfx/jdfx/t20110428_402722253.htm)，2013 年 11 月 20 日访问。

[45]戴瑀如：《论台湾与德国配偶之法定应继份》，载《全国律师》，2004 年 8 月。

[46]详细参见陈苇、于林洋：《论我国离婚经济补偿制度的命运：完善抑或废除》，载《法学》2011 年第 6 期。

[47]本案例来源于南京市建邺区人民法院民事判决书（2009）建民初字第 2017 号。

[48]杨震、孙毅：“论后位继承制度的立法选择及法的构成”，《求是学刊》总第 29 卷第 5 期（2002 年 9 月)。

[49]参见全国老龄工作委员会办公室:《中国人口老龄化发展趋势预测研究报告》(2007 年 12 月)，全国老龄工作委员会办公室网站（http://www.cncaprc.gov.cn/yanjiu/33.jhtml)，,2013 年 10 月 20 日访问。

【期刊简介】 《北方法学》

《北方法学》杂志是经国家新闻出版总署批准，于 2007 年 1 月 25 日正式创刊出版的专业法学学术期刊，面向国内外公开出版发行，大 16 开本，每期 160 页，逢单月 25 日出版。国家新闻出版总署批复《北方法学》的办刊宗旨为：″繁荣法学研究，服务法制建设，加强学术交流，培养法律人才。″

《北方法学》由黑龙江大学主管主办，邀请了当前国内最活跃、最具声望的二十多位法学专家及著名资深教授组成了权威性的编委会，以开放办刊的理念，倾力打造国内有影响力的一流法学学术期刊。

《北方法学》立足独立的学术研究，密切追踪理论前沿，积极关注法制实践，热情扶植学术新秀，主张研究特色，构建高水平的理论平台；倡导思想的交锋、平等的对话与批评、锐意创新的理论思维、观照现实的社会责任。

《北方法学》将积极推进法学理论和法制发展的深化研究，加强部门法学中具体法律制度的理论探讨和系统分析，关注全球化进程中的中外法律制度比较，发挥对俄罗斯及东北亚其他国家法律研究的文化地缘优势，既侧重学术理论研究，也突出法学与社会现实关系密切的学科特点，为一些有代表性的实践问题研究提供充分的阵地。

《北方法学》杂志目前设置的主要栏目有：理论法前沿、部门法专论、外国法研究、中外法史研究、实践论坛、名家讲坛、青年学人论坛、学术综述、译评文丛、热点问题争鸣、比较法论坛、后现代法学专论、民间治理与法治、网络法学问题研究等。

《北方法学》创刊以来，以高水平的学术质量、宽广的学术视野和客观的学术尺度，受到学界广泛关注与支持，名家新秀投稿踊跃，所发文章的转引、转载、转摘率一直保持较高的水平。

《北方法学》坚持以质量为稿件取舍的第一标准，热忱欢迎广大作者赐稿；随时接受广大读者订阅，欢迎对刊物提出宝贵的意见与建议。

【订阅说明】

《北方法学》单期定价：16 元；全年 6 期总价（双月刊）：96 元

邮购一律免收邮寄费。全国各地邮局均可订阅，国内邮发代号：14-235

电话：0451-86608750　传真：0451-86609781　邮编：150080

欢迎登陆《北方法学》博客：http://beifangfaxue.fyfz.cn/，《北方法学》愿实时与大家沟通交流，反馈互动，接受大家的意见和建议。在法学学术的无尽探索中，《北方法学》将始终如一，与您携手同行。

专家共识：干预家暴应该多机构合作联动

2015 年 1 月 3 日　海坛特哥

专家共识：干预家暴应该多机构合作联动

（左至右依次为李莹、冯媛、陈敏和欧阳艳文　黄宇飞 摄）

11 月 25 日联合国“国际消除对妇女的暴力日”当天，国务院法制办公布了《中华人民共和国反家庭暴力法（征求意见稿）》。意见稿发布后，已有一些机构和组织积极建言。目前出台的征求意见稿有哪些进步和疏漏，还应该有哪些必要的补充和恰当的表达。凤凰网大学问沙龙为此约请了该领域的几位权威专家，深入探讨这一话题，以期对最终的立法产生良性作用。

特约主持人：

李思磐，新媒体女性网络召集人

嘉宾：

李莹，北京源众性别发展中心的主任、公益律师

冯媛，为平妇女权利机构共同发起人

陈敏，中国应用法学研究所研究员

欧阳艳文，湖南警察学院家庭暴力防治研究所所长、副教授

以下是本场沙龙实录下半部分：

公安应该站在制止家暴的前线

主持人：我们说终于家暴立法，要管了，大家比较迫切的问题就是，制止家暴首当其冲应该负责的机构是什么机构？应该是谁来制止家暴？

冯媛：提供一个信息吧，一些省的妇联组织有统计，她们就发现呢，以前比如说三四年以前，是妇联接待的家庭暴力的案件比较多，公安接到的很少。但是呢近年来她们发现妇联接访的家庭暴力的案件的件数少了，更多的人是找公安了。从我自己接触到的很多妇女来说，包括中央电视台播了那个“反家暴纪事”之后，妇女小组支持热线接到的电话当中，很多的女性都是报过警，但是没有找过妇联。所以现在看来，警察，110 或者派出所，现在已经成为第一位的投诉对象了，成为最先接触到受暴人的机构了。

欧阳艳文：没错，确实在公安这一块儿，受害妇女慢慢的更加相信警方了，在我们基层的一些警察派出所，他们的接案当中，我也询问过一些，但统计不是特别多，有些以家庭纠纷来定义的，具体是个家庭暴力还是家庭纠纷不清楚。但是应该说一直有相当比例的这样的案例发生。

冯媛：所以从现在来看，公安怎么样更好的去应对家庭暴力的这些投诉也好，报警也好，就成为当务之急。

李莹：确实在反家暴法征求意见稿当中，对公安相关的责任也有比较明确的规定，比如说强制报案制度，主要是涉及到相关机构，在无行为能力人，限制行为能力人（以及老、幼、病等情况）没有办法报案的时候，（这些机构有义务向公安报案。这也体现了对公安职责和作用的明确。

我觉得强制报案制度的规定还是非常好的，它还有不足的地方就是只是对（属人管理的机构规定了强制报案的义务，如）医疗机构，中小学、幼儿园，包括救助管理机构、福利机构，这主要是一些属人管理的机构，可能对属地，就是当事人所在地或者经常住所地的社区，或者部门（的义务没有规定），特别是社区，其实有可能是最早知

晓家暴行为的，所以我觉得应该在强制报案制度的义务机构里面，加上对属地管理机构的规定。

在征求意见稿里还有公安机关的书面告诫制度以及公安机关接到报案以后，怎么样去处理，做了一些规定。但是对告诫制度的相关规定，确实过于简单，我建议应该做一些相对详细的程序性规定。这样公安机关在具体实操的时候，它更加有法可依。

此外我觉得公安机关对人身安全保护裁定有执行的责任和义务，应该予以明确。

中国特色的告诫制度：施害人签字的时候手抖

主持人：我可以插一句吗？告诫制度具体来讲是什么样子？它是怎么来的，据说这是中国特色的规定，为什么？

李莹：对，是中国特色，其它国家没有。

冯媛：从江苏省开始，在 2013 年试点，现在除了江苏以外，好像在浙江、安徽、宁夏还有东北一些地方已经开始试行，主要对那些施加了家庭暴力，但是还没有构成治安管理处罚法里面那些更进一步的处罚的行为，进行书面的告诫。

据参与工作的警官讲呢，是非常有效，比如说南京的一个警官就讲，他处理过的一个家暴施害人，这个人非常凶，但是当他把书面告诫送到他那儿的时候，他签字的时候手都在抖。江苏去年是大概有几百份这样的书面告诫送出去了，没有一例违反。确实告诫制度比较有效。

我也想呼应一下刚才李莹律师谈到的强制报告的增加属地，我非常赞成。昨天和一些残障朋友在聊，他们提到现在全国有 56 万社区中残障协管人士，主要是属于残联系统的。包括村里头都有，大一点的村甚至有两个。我们看到，有一些智力障碍和精神障碍的这方面残障的朋友，他们既不在管理机构，也不在社会福利机构，也不在中小学幼儿园，所以让这种机构（报告）的话是很难覆盖，所以可能像残联啊，妇联这样的，应该也可能需要纳入强制报告制度。

还有用人单位，我们会发现有的时候是施暴者追到单位去施暴，而单位无能为力，或者单位觉得他没有责任。那遇到这种情况，可能工作单位要发现这种情况的话，也应该是有强制报告（的责任）。虽然说被加害的人，他可能有完全的民事行为能力，但是她出于恐惧或者出于其它种种考虑，她不能直接报告。

主持人：也就是说，即便是有行为能力的人，她也不一定能够按照她自己实际的意愿去报告，所以需要有一些相关的机构来帮助她们，就是强制报告，报告是指向公安机关报案是吗？

冯媛：对，他就有义务，法律上面的责任。

主持人：关于告诫制度，另外两位还有什么要说的吗？

陈敏：我想问一下欧阳老师，如果没有告诫制度，治安管理处罚法能不能管理这个事？

欧阳艳文：我觉得其实真正能够把治安管理处罚法都用上去，是可以（制止家暴）的。

陈敏：我觉得也是。

欧阳艳文：对于告诫的话，我自己有一些看法，（告诫制度）是在我们目前--人身安全裁定与起诉要捆绑在一起的情况下--出现的，由公安去执行，这个（告诫制度）对于施暴者应该是有威慑力的，是有作用的。但是如果说我们能够从立法上面根本性的去解决，把它（人身安全裁定与起诉）松绑，就是说，不起诉也可以直接向法院申请保护令，告诫令需不需要存在，我觉得就是另外一个问题了。

主持人：这里又涉及了人身保护令的问题是吗？

陈敏：我觉得这是两回事。如果家庭暴力被当成暴力来处理的话，治安管理处罚法就够了，这是第一。第二，根据治安管理处罚法，和根据公安机关的一些办案规定，如果公安机关到达报案现场，就家暴报案第一现场，就能收集固定证据的话，对后面受害人她将来要离婚举证，和将来如果她被杀或者杀人举证都完全足够。第三，公安机关对于报案的处理，和当事人向法院申请人身安全保护裁定，它是不冲突的，因为她不想离婚的时候，她挨打了，她就可以报警，那警察就应该出警来制止暴力。等她想离婚的时候，或者是等她觉得自己需要一份比较长期的，比如三个月、六个月、一年的人身安全保护裁定来保护她的时候，她再向法院申请民事保护，是并行不悖的。告诫制度现在要把它放在反家暴法里面，实际上跟那个治安管理处罚法有冲突的，实际上还会造成混乱。

所以我个人认为，这是警察的理念问题，通过培训可以解决，而不是规定一个新的告诫制度来解决这个问题，因为你告诫制度规定了，因为我们在后面没有罚则，他不执行，也是没有用的。

冯媛：不过我有一点不同的看法，治安管理处罚法虽然说没有排除家人，但是我们常常公安也好，或者其它公权力机构也好，在处理这种家庭暴力的时候，它不会把它那么严肃的对待。

在这种情况下，我觉得是（告诫制度）有它的作用和必要性。另外我个人理解，书面告诫其实略等于国外的警方签发的那种紧急或者临时的保护令，当然它没有那个听起来这么正式，这样的一种临时的保护措施，我还是非常肯定它的积极作用。

陈敏：在全世界只有两个国家，警方有权发紧急的保护令，一个是澳大利亚，还有一个是瑞典还是瑞士这两个国家。

但是这两个国家都没有治安管理处罚法，而我们国家有治安管理处罚法，我们把构成违法，还没有构成犯罪的那些行为，都把它放在治安管理处罚法里面了，所以人家跟我们是不一样的。

李莹：我觉得告诫制度还是有一定的意义，一方面就是它对还没有达到治安管理处罚这样程度的家庭暴力的行为，能够进行处理，这是它出台的最大目的，对这一部分家庭暴力的行为进行书面告诫。第二，（告诫令作为）公安机关的文书，是具有一定强制性的。对轻微的家庭暴力，如果能够及时使用告诫制度的话，就能够有效的制止当事人，制止施暴人以后再次施暴，有比较强的震慑作用。因为公权力的介入减少他以后再施暴，甚至（阻断）暴力循环，（避免）造成越来越严重的暴力，（告诫令）还是有一定的震慑和约束的作用。

陈敏：我觉得我们要讨论清楚一个问题，刚才李莹老师提到，还有冯媛老师也提到过反家暴法的亮点之一是，它不要求家庭暴力行为造成伤害后果，只要是这种行为发生，这就是反家暴法要禁止的行为，对不对？那现在你要把告诫制度作为没有构成（违反）治安管理处罚法，就没有构成轻微伤的，没有构成故意伤害的这样行为的，又要用告诫制度，那实际上又把它家暴，又分成是有后果的和没有后果的，这本身是矛盾的。

李莹：陈老师是这样的，治安管理处罚法需要有后果。

陈敏：就是啊，你要故意伤害到，就是造成后果的，现在就说家暴没有后果，只要他实施了这个行为，警察就必须干预，那实施的行为是什么呢？比如我们俩之间，我要打你一耳光，我们俩没有亲密关系，警察就该管，我报案他就该管；那家庭暴力行为，至少要超过这，至少要打耳光，而且这种情况下，当事人很少会报案的。

李莹：还有精神暴力呢。

陈敏：精神暴力一定要前面有身体上的暴力以后，精神暴力才会起作用，如果前面没有身体暴力，威胁没有用，因为比如说你威胁我我不怕，但是你要打我一顿，我被你打趴下了，你再威胁我我就害怕了，因为我知道我不听话就再次挨打，所以单纯的精神暴力不是暴力，一定前面有身体暴力的。所以这样呢，刚才冯媛老师讲到签字都抖，这不代表制度有威慑力，而是代表警察在咱们国家本身就是非常有威慑力的，所以按照治安管理处罚法，如果家庭暴力被当成暴力，而不当成纠纷，警察到现场，只要按现在的规定，口头训诫够了。

李莹：口头训诫不够的，真的，他根本不怕。

冯媛：我是一个“机会主义者”，从道理上来说，我还是挺认同陈敏老师。但我觉得从现实上来说呢，我们不可能要求所有的警察对治安管理处罚法、对家庭成员之间的处分认识都这么到位。而且我也认为我们的培训也不可能一下就能满足这个需要，所以我觉得从现实来说，告诫其实是治安管理处罚法里面比如警告啊这些，用了告诫这个词，而且书面化、形式化，我也并不认为它（和治安管理处罚法）很矛盾。（虽然）这个词在治安管理处罚法里头没有出现，而且从操作当中，它还是很有用的。

我觉得现实生活当中，我们很多人没有那么懂法，虽然也有个别的人很懂--比如我接触过一个受暴妇女，她是上海的科技工作者，她就是被先生施暴，包括精神暴力，最后被赶出家门之后，她要求警察拘留，警察说我要是拘留他之后，会在他的档案上写一笔，你愿意有这样的档案上有一笔的丈夫吗？你愿意你孩子有这样一个父亲吗？那她第一次就把我们这位妇女给问住了。后来这妇女自己就去钻研法，钻研完了之后，她就找警察说，“你警告他，书面警告，警告不会写入档案的，但是警告对他是管用的。”我就觉得她非常可贵，她能够让我们看到，只要大家真的去用法就可以起作用。但是话说回来，像她这样执着的毕竟不多，所以从这个角度来说，我还是赞成书面告诫。

李莹：我为什么要赞成告诫（制度）呢？就是恰恰是我们的反家暴法（的定义）当中，没有以损害后果作为构成要件，（而）治安管理处罚法是以损害后果作为要件的，如果是没有达到它的处理标准，（是无法处理的。）家暴法（规定）只要有家暴就要处理，中间的地带，事实上是可以通过书面告诫制度来弥补的。

对家暴施害人有必要强制认知矫治

冯媛：其实到这里我还想提出一个问题，也请教你们，我觉得目前它好像对那些没有够得上所谓“一定伤害后果”的，目前除了告诫令以外，没有其它的违法责任。我想请教大家探讨一下，是不是有可能通过哪一个机关，不管是公安也好，还是法院在审理也好，对于加害人要有这个强制地去进行心理(辅导)或者行为的矫治的这样的一些规定。因为这也是进一步的预防家暴的很重要的点。当然对于那些已经造成伤害后果，必须去负担更大的法律责任的人，有的可能也需要。但是尤其是对于够不上拘留更够不上判刑（的人），这些人好像真的是没有什么办法可以去帮助他们来认识和改变他们的行为呢，我想请教你们几位。

主持人：您的意思是就是说在不构成法律处罚的程度的时候。

冯媛：有两种情况，一种是他可能伤害后果没有达到一定的惩罚，还有一种，他达到了，但是他仍然还是需要改变他的行为，避免他以后再继续施暴。

主持人：就是强制的治疗是吗？强制的矫正？

冯媛：就是，对，心理辅导和行为的矫治，加害人这块儿的，应该增加它的相关规定。他不会主动去，比如我们以李阳家暴离婚案为例子吧。对，在警察的协助下，李阳和他当时的妻子签了协议，要去做心理咨询。那他们去了之后呢，心理机构根据他们情况制定了有十次左右的计划，但是之后李阳去了一次就不去了，而且开始还承认有家暴，后来都不承认家暴了，说只是纠纷，所以我通过这个例子想请教他们几位。

主持人：那国外有没有相关的经验？

陈敏：国外有，我们国家其实也有规定，就是我们《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》里面，其实做了这样的规定了。但是我们没有这么做过，法院其实也想要一些施暴人接受这样的治疗，因为当事人（有）提出这个要求，但没有机构能承担这样的工作。所以现在在我们国家，我们做不到，立法的时候如果能有这样的规定，我觉得是有

必要的。但是这不是心理治疗，我们叫它认知治疗，它不是心理问题，而是一种认知上（的错误），认为我老婆我可以打，别人我不能打，所以它叫认知和行为矫治，不叫心理治疗--他们的心理是正常的，他知道不打别人，打老婆。所以刚才，我还想就刚才冯媛老师刚才提到的，没有构成治安处罚法（规定）的程度的怎么办，实际上这就是应该反家暴法来解决的问题。回到我们刚才的问题，你这个告诫制度，警察书面告诫还是口头告诫，治安管理法里面都规定，都有法律依据，都可以做的，不需要一个新的制度，（关键）就是要求警察把家庭暴力当成一般人之间发生的暴力一样。

这是个理念层面的问题，不是个制度层面的问题。就是你给他规定再多的制度，他不执行，他把这个当做纠纷来处理，一样的后果。

所以应该规定，警察或者公检法办理这类案件的人，应该接受在岗培训多少小时，像国外似的，我觉得这才是真正解决问题--而不是说一定要构成什么伤害后果。因为，比如我打你一耳光，警察肯定管吧，我们没有构成任何伤害，我就是几个印子，我明天去报案，我这印子都没了，警察该管。那如果这个该管，家庭暴力也该管。

欧阳艳文：给施暴者的行为矫治或认知辅导，这块儿其实在其它很多国家和地区都有这种做法，应该说也有些国际共识。但是在我们国家目前来讲，确实存在基础条件的问题，但是也已经在开始做了。法律不是每年都修改，可能我们超前一点点（立法），也可以把它定出来。但是以什么时候为准（进行矫治），我们的这个征求意见稿里面，好像写的是监狱、拘留所、看守所，等到那个时候我觉得稍微晚了一点。

李莹：特别少，进监狱的人特少。

欧阳艳文：对，拘留所、看守所属于公安，（关于对施暴者的认知辅导和行为矫治，）公安不一定（有）那么多的力量去做，现在警力严重不足，经费也不够。其次，我也觉得这个确实要放在前面（不一定要等人到了拘留所、看守所）。我觉得是不是可以选（择）家庭暴力（事实）得到认定（这个时间点），确实存在家庭暴力问题，在法院也好，在公安也好，第一次认定的话，你（施暴者）就必须要（强制接受）辅导了，根据你的情节严重程度来决定接受辅导的时间，这个牵扯很多问题了，培训师，这（是）个很高的技术活；还有经费的问题，等等。做这个事情虽然很有难度，但是很有意义，因为它从源头上面把家庭暴力问题给解决了。

陈敏：对，这个实际上法院可以做的，就它在判决书里面做出这样的要求，像在国外我们去国外考察的时候，它是这样的，如果你的行为构成刑事犯罪，就应当接受……

冯媛：矫治。

陈敏：就应该去矫治的，那我就判决你去参加，自费参加六个月、九个月或者一年的认知和行为矫治，你要自己掏钱，因为作为一种对自己行为的一种负责，所以你要自己掏钱。你每次去，矫治机构都要向法院报告，你这周来没来，如果你连着两次三次没有来，对不起，你进监狱，你违反法院生效的民事裁判，进监狱，所以有威慑力。他就去了，他也自费掏了，因为你不让他自费，政府给他提供他不珍惜，他还溜，所以没有效果，必须强制性的。

李莹：对，我同意陈敏老师的意见。在台湾是把加害人的行为矫治放在保护令里，而且是根据加害人施暴的程度，要求几个月以上的这样强制的矫治，而且确实应该是自费的，我也同意应该是自费的，只有这样，才能真正意识到自己的问题。如果是违反了，有一个专门的罪名就叫违反民事保护令罪，要判决三年以下的有期徒刑，还要罚十万台币的罚金，所以很多人是不敢（违反的）。

公安必修课：学习性别平等，理解受暴妇女，打破暴力循环

主持人：欧阳老师，像您做公安如何处理家暴的培训，你们培训一些什么？您觉得从理想的状况来看，目前公安有哪些地方做的还不够，还需要再提升？

欧阳艳文：主要来讲，一个我觉得在重视程度上面是不够的，虽然在基层，家庭暴力的案件一直发生有一定的比例，但是在我们公安的工作当中，可以说没有（将反家暴工作）放到一个应有的位置上，甚至于和家庭纠纷还纠缠在一块儿。其次呢，我觉得从（警察）个体上面，他们的思想观念、立场态度和干预技巧方面都还是有很大不足的。警察都是人，大家对家庭暴力的认识，存在一些误区，这个也很正常，甚至有些警察本身可能还是施暴者，他执法肯定就非常消极的。我觉得要解决思想观念上的问题，立场态度上的问题，一定要进行培训，甚至于要将课程要纳入到警察的这种学历教育当中去。因为思想观念不是一堂课可以解决的，需要很长时间，把那些观念去厘清，包括性别平等等等一些方面的知识内容，都要纳入进来。干预技巧当然也非常重要了，前面讲到家庭暴力有一些独特的规律特点，像暴力循环，它要求我们警察一定要进行跟踪回访，一定要将打破暴力循环作为第一要务，有没有真正处理好，（关键是要看暴力循环有没有被阻断，暴力循环有没有被阻断，只有跟踪回访）才知道暴力循环有没有打破。还有一些比如说受虐妇女综合征、斯德哥尔摩综合征等，（告诉我们）受虐妇女可能内心矛盾反复，这一些，可能警察在处理的过程当中不是很理解；

可能会造成他们对受害人的第二次伤害等等。所以（给警察进行反家暴培训）我觉得非常重要，而且从我们现在以前做的一些培训来看，效果还是可以的。比如说有一位派出所长，他在没有接受培训之前，遇到有一个案件，就是儿子打父亲，父亲年迈八十多岁了，他们到现场的处理方式就是，代表父亲将儿子打一顿。当然这个方式有一定的效果，确实可以制止暴力，但肯定不是科学合理合法的一种方式。但是培训以后呢，（他掌握了一些干预的技巧），成功处理了非常好的案例，就是以公诉的形式解决了一个家庭暴力案件，到年底的时候，受害人和加害人（事后）都非常感谢他，给他送小礼物，所以有没有技巧是不一样的。现在在公安系统里面，特别对于一些新警，他们

不知道怎么做，可能一开口说错话，一动手做错事情。在我们学校里面其实已经开设了专门的反家暴课程，包括性别平等的知识、家庭暴力的基本知识，还有有警察干预的专业知识。

我们学校的学生对这一块儿，其实是有非常高的热忱的，他们觉得这个（家暴）特别需要干预。当我们放一些家庭暴力受害者的一些视频以后，（他们深深感叹）原来这些人过这么苦。改变了他们的思想观念，让他们有了自己的专业的技巧以后，我相信警察的这一块会做得更好。（所以，我认为在立法中应该把“将反家暴内容纳入到政法类高校教育和培训中”这个内容写进来。）

警方作为干预者：增加女警、做好勘验笔录、追踪回访

主持人：警察到现场执法的话，除了您说的跟踪回访的规定，其它的你们还有什么，就是对这个法的一些规定的补充吗？

冯媛：我有一句题外话，需要增加女警察，你看我们现在高考招生，虽然教育部今年已经明令各个高校不得擅自规定男女生比例，但是我们仍然看到，像警察这一类的招生当中，还是女生是比较少的。但是（法律草案征求意见稿）这里提到受害人、加害人要分别讯问，那我们也看到，现在越来越多的警察的执法还有对一般的嫌疑人，也要分性别询问等等，需要增加女警察。

陈敏：我们曾经在试点的初期，请加拿大和美国的警察来培训，我们试点法院所在地的警察，他们来做就是在美国和加拿大，警察入户，就接到报警以后到入户的时候，他必须是一男一女，进去以后，女警察跟男性来谈话，男性（警察）跟女性来谈话，他们要分开，一男一女，这个也很重要。

主持人：为什么是女警察跟男性？男警察跟女性？

陈敏：我也不太清楚这个。

欧阳艳文：我也不是特别清楚，但是我猜测，对于男警察，他对女性的时候，这是一种异性之间的一种安抚，可能会好一些，特别是加害人，作为男性，面对女警官，温柔的话语，跟他谈，给他一杯热水等等，可能有利于他情绪的平息等等。

陈敏：他可能跟心理学，就是那种关于人的心理活动的规律和特点有关系。

主持人：是，是的。

欧阳艳文：在咱们这个征求意见稿里面，我觉得在公安这一块儿（内容）还可以更细一点，在我的一些调研当中，发现我们的警察很多时候就说家庭暴力很难处理，难处理的原因就是法律依据不足，操作性不强。如果说我们的这些条款能够更细，操作性更强的话，这样给他们就有很好的依据了。咱们这里头我看了一下，好像最主要有七条涉及到公安，在第 15 条里面好像提到要进行记录，其实还不是很精准，应该说是要做询问笔录，做现场勘验的笔录，因为取证方面非常重要，（而这些都是可以做证据使用的）。其实现在警察的处理，目前的一些问题，一个是思想观念上面，他们认为是家务事，可能随便去问一问就完了，不会去做询问的笔录，也不会进行现场的勘验。还有一些甚至于（说）你找妇联去，他根本就不来，都有可能性。所以这些作为硬性的规定写进去，我觉得可能会更好一些，而不是简单的说做一个书面的记录。

因为家庭暴力的独特规律和特点，它（警方）应该是有一个操作规程的，从接警到出警到现场处置，到跟踪回访，到转介，（每一步应该怎么做，）应该都有的，当然一个法律不可能全部把它写出来，但是我觉得其中的关键点还是应该要有，（比如收集、固定证据、进行跟踪回访等）。目前警察有一种不好的倾向，就是对家庭暴力一上去就进行调解，对这个问题我觉得有必要澄清一下，一个是调解能不能用，什么时候可以用，再就是警察是不是调解的主体，这些问题我觉得都需要澄清一下。

当然这里头牵扯到多机构合作的问题了。我看到我们这个征求意见稿里头有讲到司法行政管理机关，也就是司法所、司法局这一块儿，我觉得调解就（应该）归到它那儿去，像妇联啊、公安啊这些部门，都进行调解，我觉得职能有点不清。其实公安在这一块儿，有一些是愿意把事情做好的，但是其实花了很多的时间和精力，又没有处理好，其实原因就在于他不知道自己要做什么。

主持人：你认为公安首要的职责是做什么？

欧阳艳文：我觉得公安，他的角色还是干预者，干预者的话（包括）两个方面，一个是执法，对于那个比较严重的，要追究法律责任，对于轻微的（情形），他也是干预者的角色。包括前面讲的你发告诫令，警告都是一种干预，当然这种干预其实也包括你现场证据的固定，也是干预。

陈敏：我觉得警察的这个，根据警察法第二条规定，它是保护国家和公民的人身安全、自由和财产等等，所以家暴，他是有义务来干预的，而且只有警察能干预，其它部门没有执法权。比如说刚才一开始的时候，冯媛老师提到说他们找妇联，妇联是没有执法权的，所以他们现在找妇联的少了，找公安的多了，我觉得这是他们自我权利意识的觉醒，也是社会文明程度的进步。我特别同意欧阳老师刚才讲的，就是在世界上任何国家，警察是反家暴第一线。那警察应该有一套操作程序，因为立法不可能给他们规定那么细，我自己个人的想法，就是在公安那块儿，你与其规定一条一条那么多，不如规定一条：家庭暴力，应该和普通人之间发生的暴力一视同仁来处理，那样警察就可以根据我们国家其它的法律规定（的）程序，预防干预，然后收集证据、固定证据，最后侦查案件什么什么，全下来，都有了。所以这些根本性的问题就是，你要把暴力当做暴力，其实都解决了。

这个法出来以后，公安部可以出实施细则，就警察一步一步怎么做，全齐了。

人身保护令：不以诉讼为前提才能保护更多的人

主持人：关于警察这部分就这些了。刚才大家都谈到过，多多少少都谈到过人身保护令制度，认为是这个立法很重要的亮点。人身保护令到底是怎么样的制度？它是怎么样就是说能够保护当事人的这样的人身安全？通过什么样的机制，能不能请大家解释一下？觉得还需不需要完善这个部分的规定？

陈敏：人身安全保护裁定呢，最早是我们《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》作的规定，我们这里面给它做的界定是，它是一种保证诉讼顺利进行的程序。从 2008 年，我们国家发出三份保护令到现在，到今年的 3 月份为止，全国一共发出了 500 多份，效果非常好。所谓非常好就是它制止了暴力，所有得到保护令的这些受害人，没有再受到分手暴力的骚扰；保护令发出以后，不打了就不离婚了，她撤回或者不起诉了，这样的人呢，也有相当的一部分。还有一些同居关系，就是同居关系中的受害人起诉，要求解除同居关系，因为暴力，她才申请解除同居关系，给这样的人发了保护令以后，暴力停止了，人家也撤回了，不要解除同居关系了，说明它的效果确实非常好。

但是它也有违反的，我们说那个家庭暴力有三种类型的人，一种是普通型的，就是偶发型的，一种是两副面孔型的，还有一种就疯狗型的。两副面孔型的是绝大多数，就是他在社会上是遵纪守法的公民，很好，在家里是另一副面孔，这就是我们反家暴法要对付的。疯狗型的是他不选择，就是他的对象是任何人，他不是只打家里人，不打外面的人，这种人有二进宫的，三进宫的，还有就是有酗酒、赌博、吸毒恶习的，这样的人我们叫他疯狗型的，就很难控制那种。

这样的，有违反这类的人多，违反了以后呢，法院因为自己实际上它虽然可以采取行政拘留，什么警告罚款，但实际上它的权威没有公安那么大，所以在试点阶段，法院是尽了很大的努力来做这个事情。等到要反家暴立法的话，应该由公安来执行了。现在这个法律里面，把签发和送达归到法院了，但实际上法院是没有办法执行的。因为民诉法授权给人民法院，是执行具有财产支付性质的民事裁定，它不能执行具有人身自由性质的民事裁定。而对公民的人身权利，根据警察法第二条就应该公安来执行，法院是执行不了，这是第一--没有法律授权。

第二，实际上法院也执行不了，因为它不是 24 小时工作制，它 8 小时，而且主要是坐堂审案，你要半夜三更，打电话给发保护令的法官说，他闯到我们家来了，砸我们家财产，那法官起床找到他们的法警一块儿赶过去，人早跑光了，跑掉了，找都找不着，公安是可以几分钟之内到现场制止的，所以法官不仅没有法律的授权，他也没有那个能力来做这个事情。而在世界上的任何国家，保护令的送达和执行都是警察负责的，而且警察也有法律依据。这个征求意见稿里面，（没有明确警察的执行责任）我们认为是特别大的问题。

主持人：其实我想对人身安全保护令，可能大家都不是太直观地理解，之前有新闻报道说珠海一个丈夫被保护令赶出家门，具体来讲，我看到在国外也有就是像您刚才讲到的，就是女孩子遇到纠缠的追求者的时候，也是可以用禁止令。我们国家目前的保护令，它可能包括什么样的内容？它可能用在什么样的情形之下？

陈敏：谁能申请，也就是涉及的案件范围，实际上现在所有的婚姻家庭继承案件，当事人都可以申请。内容呢我可能记不太全，一个就是禁止殴打，禁止跟踪骚扰，禁止擅自处理夫妻间比较大的财产，禁止以任何方式来跟受害人，以及她的娘家人联系，禁止在受害人住的地方，工作的地方，因为受害人要去接小孩，小孩的地方去比如说二百米、一百米去逗留，是为了怕他那个去接触，去威胁她那样，就不得以任何方式去接触她。这是我们审理指南里面规定的，我们规定好像总共 12 条，我现在记得不太清楚，可以在网上查一下。我们的法院在试点过程中，又拓展了范围了，比如说夫妻俩在就是离婚诉讼期间，申请保护令，双方有两辆车，施暴人就不让受害人去用这个车，那受害人天天要上班，要接送孩子，叫警察来，警察说这个是你们夫妻财产，他不让你用我们也没办法。但是我们的法官就在保护令里面规定，什么牌号的什么车，在诉讼期间归哪一方用，给他们分开了，这样实际上也是制止了暴力，有暂时性的财产还有临时的孩子监护，这些都是可以根据情况来定的，而不是说一定要固定就怎么。实际上我觉得它这里面应该有一个兜底条款，根据情况需要，法官可以发出任何有利于当事人，或者有利于受害人人身安全保护的那些条款。

主持人：但目前来讲，是不是必须要发生诉讼才可以签发保护令？

陈敏：我们之前是这样的，因为没有案由，但是在实践过程中，法院也意识到，有些人其实是不想离婚，但是想要得到保护，所以我们到现在为止，已经发出了两份这样的独立保护令，效果也非常好。

所以在这个征求意见稿中，我个人认为它也应该把保护令作为独立的程序来申请，能保护更多的人，特别是当我们认为应该把同居恋爱和前配偶都纳入进去的时候，你一定要，这个是可以单独申请的，否则的话这些人就得不到保护。

冯媛：我特别同意刚才陈敏老师刚才提到的，尤其是我们既然现在的实践已经有了拓展，我们未来的家暴立法，就更不应该局限于过去的一些条条框框。同时呢我也想补充一下，你刚才问到的申请人什么人可以申请，它这里面当然说到当事人、近亲属或者法定的代理人。我建议还应该增加相关他人，因为在很多情况下，可能当事人自己不敢，当事人的近亲属可能也受到威胁，或者有顾虑，不能代为申请。有的时候呢，他的近亲属可能本身甚至就可能是加害人，而且当事人也没有法定代理人，所以我觉得应该增加“相关他人”。这样的话呢，我们能够涵盖更广的面，甚至有一些像我们的同性伴侣之间，这样才可以去帮助他申请免遭原生家庭，父母对他由于性取向施加的暴力。

李莹：我也是非常同意两位老师的意见，特别是人身安全保护裁定应该是作为独立的程序来做，因为它的主要的目的就是通过公权力来介入，来有效的制止暴力。如果是覆盖到诉讼里面，确实就会影响到它的效果，此外，对

保护令具体的一些规定，我还有一些意见。比如说它的具体内容，刚才陈敏老师介绍，《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》当中的内容其实是非常丰富的。我觉得这个征求意见稿的内容，相应来讲过于简略了，而且它提到，加害人和对他的不动产不能够进行处置，但事实上还有很多价值很大的其它的重要财产，事实上也是应该保护的。

还有就是因为家庭暴力可能会使受害人特别是妇女以及未成年人陷入到经济困难，比如需要租房，（或是）基本生活没有办法保证，包括医疗等方面，所以在这个保护令当中应该还有一些财产方面的规定。

人身保护令应延长期限，并由公安负责执行

此外，对保护令的执行机关，我也同意陈敏老师的意见，应该是公安机关。此外，保护令的期限应该更长，这个征求意见稿当中是只有六个月。一般从国外的立法来看（至少）都是一年、两年，而台湾可以到三年，如果过短的话，事实上是不能很好地去限制他，因为如果很快地就失效的话，再次发生暴力的可能性就会很大。此外，能不能够再增加紧急保护令的规定？因为很多的时候，家庭暴力发生非常紧急，也非常危险，在这种情况下，如果还是只是通常保护令的话，很可能没有办法处理紧急危险的家庭暴力案件，可能会发生很严重的后果。如果有紧急保护令，，又能尽快签发的话，对当事人的保护才更加有效。

主持人：那么违反人身保护令的后果可能是什么？在这执行的过程里面，大家认为公安应该扮演什么样的角色？

欧阳艳文：其实一直是个问题，人身保护令的执行的问题，法院是签发，公安是执行，两个机构其实就是平等的，不是个上下级的关系。现在目前来讲，我觉得人身保护令发出来的效果确实非常好，但是我们如果说执行不好的话就不能保证。后面如果是（执行不好），造成一种大家印象--人身保护令就是一纸空文，违反了以后不会有什么惩罚，执行的并不是特别严格，他可能就会反过来（不遵守），所以执行非常重要。当然在国际上也好，在其它地区也好，公安来做这个事情，我也非常认同。但是我看了一下咱们这个征求意见稿，它里面就好像这两个字抄送公安机关，可能是不是有点太简单了一点？应该说要非常明确的写出来，公安机关应该如何去协助执行，作为一种什么样的任务。在这里也牵扯到另外一多机构合作的问题。

所以，我觉得应该要把它写的更清楚一些，公安的职责跟任务把它写清楚，这样会好一些，不仅仅只是抄送的问题了。

干预家暴应该多机构合作联动

李莹：对，接着欧阳老师的话，我也是提一个建议，就是总则里面，应该明确多机构合作机制。因为在我们目前征求意见稿中主要是对各部门的职责进行了明确或者是进行了一定程度的强化，但是它并没有体现出多机构合作机制和立法精神。事实上反家暴暴力是系统工程，不是某一个机构能够完全解决的，它会涉多公检法私、医疗、民政、教育等等各方面的责任，应该把多机构的联动、多机构合作干预（家暴的）机制，以法律的形式明确下来，并且在准则当中得到体现。

冯媛：我也呼应一下，我觉得确实多机构干预对家庭暴力来说非常必要，而且是有效。所以准则里头，我想应该不仅是要写明多机构合作机制，也应该加一句，需要在将来法院出台的时候呢，还要有多机构合作的一些流程的规定，才能让多机构的合作可以更加顺畅。比如说就说到刚才保护令，那保护令里头，关于人身方面，肯定需要公安执行，但是关于财产啊等等的保护令，有一些是法院执行，有一些必要的情况下呢，法院可能也还需要公安机关的协助执行，这些都是。那同时呢，全球化的时代，国际化的程度也在增加，那么我们中国对于外国合法的保护令的承认和执行的情况，我想也应该是要注意到。比如说我们还是以李阳家暴离婚案为例，其实在我们中国法院，当时还没有给李阳当时的妻子合法保护令的时候，她已经申请到了美国法院的保护令了，在这种情况下，我们目前这个草案，在这方面没有做规定，根据反家暴网络在前些年提交的建议稿呢，里面建议可以由当事人直接向有关法院申请，向有管辖权的法院申请，也可以由国外的有关法院，向我们中国有管辖权的法院申请或者请求承认和执行。

欧阳艳文：我还想说一说，多机构合作，我觉得真的特别重要，因为家庭暴力特别复杂，它可能牵扯到方方面面的一些因素。你就拿丈夫打妻子这样的形式来说，其实它可能牵扯到小孩的问题，牵扯到教育方面的问题，对接医疗、民政等等。这些相关机构当然已经提到了，它不是（以）一种合作的形式提出来的话，他们觉得（各自）把自己的事情做好就可以了。甚至于可能存在一种踢皮球的情况，“这是妇联的，这是公安的，去找他们就可以了……”应该是非常稳定的这么一个机制，一个协作（的机制）。

欧阳艳文：我在我们湖南就遇到这么一个案例，我们警察一晚上四次出警，疲惫不堪，当然也存在技巧缺失的问题。大家一起去解决这个问题就很好，现在外地有一些经验，就是用大家开联席会议的方式，妇联啊，民政啊，公安啊，法院啊等等多个机构，包括教育、医疗都叫过来，把一个问题处理好，多机构合作是很好的一种模式。我觉得应该要提。

应降低申请人身保护令的证明门槛

主持人：人身安全保护裁定它应该采取什么样的证明标准？

陈敏：当事人要举证，是这样的，当事人提出人身安全保护裁定申请的时候，他是需要提供初步的证据的。

这个反家暴法里面，第三十一条规定说申请不符合第二十九条规定的条件，申请人未提供证据，或者提供的证据不足以证明加害人有加害行为的人民法院裁定，驳回申诉，这个证明标准过高了。因为申请人身安全保护裁定，它的目的是为了预防暴力的发生，它不涉及到当事人实体权利的处置，标准要远远低于事实的认定，所以我觉得这

里面的标准高了，你不需要它证明当事人有加害行为，要这样的话，就等于说你必须挨打一次以后才能申请保护，而不是说你感觉到自己，或你有挨打的危险，你就可以申请。还有一个更重要的问题，很多当事人他要申请人身安全保护裁定，之前一定都被打过，只是他没有证据，你现在让他要有证据证明他加害过，是非常难的，因为家暴是具有高度的隐蔽性，所以我觉得这个规定也是不合理的，应该降低人身安全保护裁定申请的证明标准，使得更多的受害人能得到保护。

主持人：比如说采取怎么样的标准？证明是怎样的事实情况下，就可以获得保护？

陈敏：举个例子，如果有一个妇女，她能证明她身上有伤，比如她拍个照了，身上有伤，她或者有病历，在这个情况下，即使男方不承认，这个也算初步证据了，因为一般受害妇女，一般人很羞于讲自己在家里挨打，她要到法院申请保护令的时候，实际上已经付出了很大的努力，要有很大的勇气，她才能做到这一步，一般来说，我们都相信受害人的陈述，她的可信度要高于施暴人，因为施暴人普遍的给我们的印象就是他否认。像李阳那种当着全国人民的面承认自己施暴，是因为他不认为这是个暴力，一般的意识到是个暴力的，他都否认，所以只要他一否认，受害人就没办法举证，那她就没有办法得到保护，他可以再打她，因为没人的时候打了，他还可以再否认，所以这个时候当事人证明身上有伤，有病历，有照片啊，或者有证人证言说看到过身上的伤，法院就可以发，证明标准就完成了，当然这个是申请保护令的，因为它目的为了预防。

联合国倡议：最晚到 2015 年，各国都要有强有力的反家暴法

主持人：在这个月的 25 号，我们的反家暴的征求意见稿，向社会征求意见的期限就已经到了，各位老师能不能谈一谈目前你们对这个征求意见稿修改的一些期待？或者说你们对刚才谈到的问题的补充？谢谢。

李莹：反家暴法能够作为专门法来征求意见，真的是非常大的事件，事实上是关注到我们每一个人的切身利益的，所以希望每位网友都能够关注，同时也能够积极参与到反家暴法征求意见稿的修改当中。从我个人来讲的话，一是我觉得在法律责任方面，应该更加完善。第二，如何体现反家庭暴力法既能够有先进的理念，又有比较强的可操作性？，我最期待的，一是能够把家庭暴力的定义能解决好，第二能够把人身安全保护裁定制度制定好，这是我对它最大的两个期待。

冯媛：大家看到我今天围的是一条橙色的围巾，这条围巾是联合国秘书长倡议的行动，叫团结起来，消除对妇女的暴力，倡议行动里面有一个呼吁，就是最晚到 2015 年，各国都要有强有力的法律，来针对对妇女的暴力；家庭暴力最主要的受害者是女性，不管是儿童、成年还是老年或者残疾人。所以我希望到明年，2015 年，联合国第四次世界妇女大会在北京召开 20 年之际，我们反家暴法能够出台，而且能够以比这个稿子更加完善的内容来出台。现在全世界已经有 125 个国家，都已经将家庭暴力纳入了有罪必罚的范围，我们亚洲地区呢，除了西亚以外，大多数国家都已经有了专门针对家庭暴力的立法了，我们中国应该赶上来。对于目前的这一部征求意见稿，我最大的期待是刚才没有说到的补充，各级学校都应该有反对家庭暴力平等的这样的内容，包括幼儿园。幼儿园的小朋友可能不懂太多的关于家庭暴力的道理，但是不等于他们没有见过家庭暴力，不等于在家庭暴力面前，他们不能够去做防范和求助，孩子眼中看到的暴力，90%来自家庭，所以从幼儿园就要开始预防。

陈敏：我说两点，一点是这个法在原则里面过于强调未成年人、老年人、残疾人、重病患者，我认为家庭暴力用老百姓的话说就是打老婆，男人打老婆，而女性作为家庭暴力最大的群体，在这个法里面似乎就不见了。我期望这个法出来之前，能够在这一方面有完善，这是第一。第二，我很期望这个立法能明确保护令的执行机关，使得保护令能更加有效，能保护更多的受害人。

欧阳艳文：我的期待，是希望把反家暴纳入到警察的教育和培训当中。

在我们法律当中，能够更细的把警察处理家庭暴力案件的一些条文，能够写出来，让我们警察在处理家庭暴力案件的时候，真正感觉到有法律依据，希望反家暴法早日出台。

主持人：这段时间听到了很关于反家暴的讨论，很多的专家强调说反家暴法不是家庭法，是一部社会法，它要倡导一个非暴力的社会，我希望这部法律能够尽快的出台，也谢谢今天给我们这么多分析的各位嘉宾，谢谢各位网友，好，我们的沙龙就到这里结束了，谢谢。

众嘉宾：谢谢。

六个案例分析民间借贷案件证明过程丨法律参考

2015 年 1 月 4 日　法律参考　吴旭莉

来源 ‖《现代法学》2014 年第 3 期

近年来民间借贷案件激增，妥善解决纠纷方可维护社会稳定。证明借贷关系的基础证据是当事人陈述及书证，其中书证主要包括借据及转账凭证。书证既有优越性，也有局限性。民间借贷案件当事人的举证责任在不同的阶段有“举证完成”与“后果承担”两层不同的意义。经验法则、测谎技术皆可运用于证明过程。法官应全面、客观地审核各种证据，运用逻辑推理和经验法则对证据进行综合评判。民间借贷案件应确立以法律真实为基础的高度盖然性证明标准。

一、从一个案例谈起

[案例一]原告肖某起诉称：2009 年 2 月 25 日，熊某向肖某出具一份借条，内容为：“兹借到肖某 100 万元，月利息 2%，2009 年 5 月 25 日前归还。”次日，肖某从银行取款 100 万元现金给被告，被告至起诉未还款。一审法院

认为肖某既有借条又有取款凭证，借贷关系合法有效，支持肖某的诉讼请求。熊某上诉称，借条系被迫写就，取款凭证及肖某的陈述不足以证明款项已交付，应进一步查明款项的来源及支付情形，请求法院指定鉴定机关对双方进行测谎。肖某不同意测谎，熊某申请对其本人进行测谎。二审法院未同意熊某的测谎申请，但二审法院认为，自然人之间的借款合同是实践性合同，双方确认熊某出具借条的当天并没有收到款项，借款合同在当天未发生效力。肖某提供的取款凭证只能证明肖某取款的事实，而不能证明款项交付的事实。熊某上诉请求合法有据，撤销一审判决，驳回肖某对熊某的诉讼请求。

民间借贷是指自然人之间、自然人与非金融机构主体之间，一方将一定数额的金钱出借给另一方，另一方到期还本付息的双方民事法律行为。民间借贷是一种客观社会现象，可有效缓解企业流动资金周转难，满足个人急需，弥补金融信贷不足。近年来，受金融危机影响，一些企业资金链断裂，民间借贷案件激增。不少民间借贷案件，涉案金额大，涉及人员多，社会敏感度高，妥善解决纠纷方可维护社会稳定。民间借贷纠纷中当事人应证明借贷事实，法官审理时最大难点是事实认定。本文将结合本案，重点分析民间借贷案件涉及的证据、举证责任的分配、经验法则与测谎技术的运用、证明标准等问题，对此类案件的证明过程进行梳理，以期对民间借贷纠纷的妥善解决有所裨益。

二、民间借贷案件的证明基础——当事人的陈述与书证

民间借贷案件中，最常见的证据形式即为当事人的陈述与书证。当事人陈述是我国《民事诉讼法》规定的证据种类之一，2012 年修订的《民事诉讼法》第 63 条，第一种证据形式就是当事人的陈述。多数民间借贷立有借据，有书证及当事人陈述等多种证据形式，然而有些案件当事人主张以现金交易，没打借条，仅有当事人的陈述，此类案件的处理对当事人和对法官都是考验。

(一)民间借贷案件中当事人的陈述

当事人的陈述是当事人在整个诉讼过程中有关言语行为的概称。在民间借贷纠纷中，作为案件的亲历者，当事人就案件事实的陈述包括与案件本身有直接利害关系的当事人在诉讼中向法官作出的与案件有关的法律事实或证据事实的陈述。关于法律事实的陈述，诸如借贷关系的发生、变更、消灭等;关于证据事实的陈述是当事人提出的用以证明某种证据真实与否的事实，诸如关于借据真实与否的陈述。若将民事诉讼视为是一种言语行为的过程，那么几乎所有的诉讼活动都终将转化为语言活动。语言是我们存在于世间的基本活动模式，在关于自我的认知与对世界的认知中，我们为语言所包围，当事人的陈述就是一种最基本、最主要的诉讼行为。若将诉讼置于一种交往行为的语境，那么当事人的陈述就是当事人的交往行为，依据哈贝马斯的交往理论，诉讼是典型的交往活动，经历着工具理性至交往理性的嬗变，寻求以商谈伦理为指引的理性交往。

在民事诉讼中，并非所有的当事人陈述皆可作为证据，只有能够证明案件情况，对查明争议事实有法律意义的当事人陈述方可成为证据。另一方面，当事人陈述要作为认定案件的事实根据，还应当结合案件的其他证据;当事人拒绝陈述，不影响法院对案件的认定。当事人陈述的证据效力客观上已弱于其他证据，这一规定进一步削弱了当事人陈述的证据地位。

现代司法民主精神要求充分尊重诉讼主体的主体性，诉讼主体的观点应得到最充分、最有效的表达，尊重主体意见的差异性。在诉讼中，应赋予当事人均等的陈述权，反对压制不同观点。民事诉讼正是通过当事人陈述这种方式完成当事人之间以及当事人与法官之间观点的交流，从而接近事实、发现真相。民间借贷案件审理过程中，断不可置当事人陈述不顾，应充分听取当事人的陈述，结合相关证据作出裁判。

(二)民间借贷案件中的书证

民间借贷的书证主要有：借据(有借款合同、借条、欠条等形式)与支付凭证(有转账凭证、收条等形式)。借据用以证明借贷关系的存在，支付凭证用以证明借款的支付情形。民间借贷纠纷一旦发生，这两种证据并非缺一不可，但两项皆无则着实难以证明存在借贷关系。

1.借据

古语道“民凭字据官凭印”，借据是证明双方存在借贷合意和借贷关系实际发生的最直接证据。借据作为一种经济现象，在我国留存已久。据史学家考证，现存最早的借据可见于三千多年前的西周，《周礼·秋官·朝士》有“凡有责者，有判书以治则听”的记载。

借据作为书证，可帮助裁判者获得最有效的信息，达至内心确信，但其形式为何，从未有统一、具体的规范。有的借款金额高达数百万，仅在便笺、信纸上书就，除此别无他证。有的借据仅写明借款金额、借款人、借款日期，没有约定利息、还款期限等内容。有的借据则是完整的借款合同，借贷双方共同签字、约定利息标准、要求借款人提供担保、约定违约责任(如惩罚性违约金)、约定实现债权的费用的承担方式(包括诉讼费、保全费、鉴定费、评估费、律师费等)、约定争议解决方式(诉讼或仲裁)、选择诉讼的，甚至约定好管辖法院。有的借款合同还有特别声明条款，如借款已经全部交付，合同系出自双方真实意思，在平等、自愿基础上订立，双方一致同意合同中的条款为公允条款等。这类借款合同内容完整、形式严谨，俨然出于专业人士之手。这一方面表明当事人法律意识提高，另一方面也可推测有些民间借贷是专业放贷。

2.支付凭证

通常包括银行转账单、转账记录以及借款人的收条等。支付凭证在民间借贷案件中有两种意义，一种是证明出

借方已将借款交付借款人;另一种是证明借款人已将款项归还给出借方。一些民间借贷案件仅有转账单作为支付凭证，没有借据，使案件陷入真伪不明的状态，法院的判决结果各异。

[案例二]原告王某诉称，2008 年 10 月 28 日，被告李某在东北出差时打电话向原告借 10 万元，期限 1 年。李某给原告发短信提供账号，帐号户主荣某原告不认识。原告当日即转款，嗣后被告拒不还款。原告曾向公安机关报案，要求追究李某和荣某的刑事责任，也曾向法院主张由荣某返还不当得利，皆未果，现要求二被告共同偿还借款 10 万元。李某主张原告给荣某转款系偿还同年 5 月 8 日向自己借的款。原告否认向李某借过款。李某未能提供原告借款的相关证据，法院判决李某应偿还借款。

[案例三]原告林某诉称，应被告周某要求于 2009 年 7 月至 2010 年 5 月间向被告在工商银行湖北某支行开设的账户多次打款，共计 57000 元。被告拒不归还。除转账凭证外无其他任何证据。一审法院认为，原告无借条及其他证据证明讼争款系借款，释明原告撤回起诉，以不当得利诉求另行起诉。原告不撤诉，法院判决原告败诉，二审维持原判。

上述两个案例都是原告仅有转账凭证无借据的情形，判决结果迥异。[案例二]中，法院认为大量民间借贷关系以口头合同形式缔结，原告陈述其转款时被告在外地，未出具书面借款协议合乎情理。被告主张原告转款给荣某的款项系偿还之前的借款，因被告不能提供该借款的相关证据，应承担举证不能的后果，原告王某虽仅有转账凭证，但其陈述合理，最终取得胜诉。[案例三]中，法院认为，根据最高院《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》第 4 条的规定，借款人应提交书面借据。林某向周某账户汇款，只能证明双方存在经济往来，林某既无法证明双方存在借贷关系，也无法证明双方就借款关系另有约定，且周某否认双方之间存在借贷关系，由林某承担举证不能后果。

(三) 书证在民间借贷案件中的优势与局限

书证是以文字、符号、图画等表达的思想或者记载的内容来证明案件事实的书面文件或其他物品。上述借条、收条、转账凭证皆为书证。因文字、纸张、印刷术皆较早在我国使用，客观上促成我国重视书证的传统。西周时期书面契约便已成为证据。如《周礼·地官·小司寇》有云：地讼以图证之。秦汉时对借贷、买卖、租赁等重要契约要求必须做成书面契据。宋代十分重视书证的证明力。明清时期的契约诉讼中，只要所签契约明确无歧义，司法官在审判案件时就能据证下判。

书证因其内容确定、内容与待证事实之间存在直接关联，易于判断且载体稳定等特点，在我国近、现代民事诉讼中得以强调。《经济合同法》强调合同除即时清结者外，应当采用书面形式。1986 年我国申请加入《联合国国际货物销售合同公约》时对该公约第 11 条声明保留，强调合同应采用书面形式。1999 年的《合同法》虽不再强调书面形式，但法律、行政法规规定采用书面形式的，仍应当采用书面形式。由于对言词证据(当事人的陈述与证人证言)的真实性存有相当的顾虑，如民间有“人言未必真，听言听三分”的俗语，我国民事法官对言词证据的采信一贯采取十分审慎的态度，对民事法律关系的证明十分强调书面证据。从世界范围看，并非仅我国民事诉讼重视书证。在大陆法系诸多国家，书证同样有着重大影响。书证优先原则在 1667 年的法国《司法改革王令》、1804 年的《法国民法典》、1806 年的《法国民事诉讼法典》皆得以确认，在德国、意大利、奥地利等国同样产生影响。英美法系国家虽然没有所谓的书证优先原则，而是有口头证据优先的传统，但并不等于书证在英美法系国家并不重要。英国学者边沁将书证分为先前成立的书证(指双方当事人通过签字达成的协议)、非正式书证(指信笺、便条或日记的摘录等)和书证式询问(指通过其他案件的审理而获得的证人证言或在书记官面前所作的声明)。边沁认为，先前成立的书证具有较高的证明价值，当事人不能用口头证据推翻或代替。

书证的特点决定其具有优越的证据品质，相对言词证据，更契合民事诉讼的要求。民间借贷案件更加依赖于书证，因为借贷关系的产生本身就是当事人的合意，借据是对合意的证明，支付凭证是支付款项的证明。上述[案例二]、[案例三]皆仅有一份书面证据，其余皆为当事人陈述，法院判决截然相反，孰真孰假，难以判定，书证的局限性暴露无遗。转款凭证记载的只能是转款的事实，当事人基于何种原因转款，是借、是还、基于何种法律关系，还需综合运用证据规则，分配举证责任，达至内心确信，寻求法律真实。鉴此，我们应当重视并确立书证运用中的证据规则，建立民事证明的评价标准。

三、民间借贷案件证明责任分配的阶段性观察

就民间借贷案件纠纷证明的技术层面看，待证事实依次是：借贷关系的存在——借款已支付——还款期限届至——债务人是否依约履行还款义务——有无利息约定等。原则上，借贷关系的成立及款项的交付这两项事实应由债权人举证，债务人应证明借款本金、利息等债务已归还或部分归还。上述待证事实，当事人的举证责任在不同的阶段会有“举证完成”与“后果承担”两层不同的意义。

(一) 举证完成——主观证明责任

“举证完成”阶段由当事人为主导。在胜诉利益的驱动下，双方当事人将自觉或不自觉地围绕着各自的主张或抗辩进行举证。在“举证完成”阶段，举证责任将在当事人之间自然地流转，配合诉辩请求之主张，直至各自证据穷竭。这种攻防转换的举证过程，即主观证明责任，是当事人为了避免败诉风险，为自己的事实主张或反驳对方当事人的事实主张提供证据进行证明的责任{13}。这是当事人为达到证明标准而积极提出证据的行为。在上述待证事实中，作为原告方须主张借贷关系的存在，原告应提供借款合同、收条、借条、转款凭证等证据证明借贷关系的存

在及款项业已支付的事实。被告的防卫性证明应当是证明借贷关系不存在;被告举证证明纠纷系因其他法律关系引起;被告主张借款已清偿或部分还款，被告应出具还款凭证等。在辩论主义原则下，法官不主动调查证据，当事人有提供证据的必要和负担，当事人如若不作为将直接导致其主张没有证据证明，在败诉风险的威胁下，主观证明责任将促使当事人积极举证，推动诉讼活动的进展。

(二)后果承担——客观证明责任

大量纠纷的解决是无法按照上述假定的攻防转换的诉讼程序性思维完成。当原、被告的证据均不能达到法官内心确信的标准，案件事实进入扑朔迷离的状态时，法官需运用法律适用的辅助性操作规范，加重一方当事人的举证责任，用预先设定的法律风险分担法则来解决争议。也就是说，当法官无法通过证据来判别事实真伪时，举证责任进入第二个层级，即“后果承担”阶段——客观证明责任承担。

[案例四]陈某起诉谢某要求被告偿还欠款 10000 美元。原告出具一份欠条，内容为今本人欠陈某美金壹万元整($10000)，一星期内支付。此据。立据人：谢某。1992.6.24.晚 8:30。原告称因被告要出国留学所以借钱给被告。被告辩称根本没有借款之事，写欠条当晚其在单位值夜班，原告前去陪同，双方打扑克，被告一直输，应原告要求写下欠条，写完随手扔掉，根本没当回事。未曾想原告拾起欠条，双方分手后遂起诉被告要求还款。原告根本没有能力出借 1_美元，原告尚欠他人款项未还，欠廖某 5000 元，欠李某 7000 元;原告经营的服装厂因经营不善已倒闭;原告甚至以经济困难为由向法院申请缓交案件受理费 1910 元。被告单位证明，被告为人正派、诚实，从未听说被告要出国留学。一审法院认为，原告未能举证证明 10000 美元的来源情况，认定原告不具备出借 10000 美元的能力，驳回原告诉求。原告上诉。二审法院维持原判。

诉讼中待证事实可以分为直接事实、间接事实以及辅助事实。直接事实是与法条构成要件相对应的事实，是判断权利发生、变更或者消灭之法律效果的直接、必要事实。间接事实是借助经验法则及逻辑法则的作用在推定主要事实过程中发挥作用的事实。辅助事实是用于明确证据能力或证据力的事实。基于法官的裁判义务与当事人的证明责任之间的联系，真伪不明的对象只能是直接事实。上述[案例四]涉及的事实包括但不限于：(1)原、被告之间借贷关系是否存在;(2)原告与他人之间有借款关系;(3)原告经营的工厂倒闭;(4)被告品行良好;(5)被告是否打算出国留学……其中，只有事实(1)是直接事实，余者皆为间接事实，串并分析间接事实，旨在证明原告无能力出借 10000 美元，推翻原、被告之间存在借贷关系的主张。原告出具借据证明借贷关系的存在，被告抗辩认为借贷关系不存在，原、被告之间借贷关系是否存在真伪不明，法官要求原告进一步举证证明出借款的来源，原告无法证明，承担了败诉的结果。

由此可见，客观证明责任的承担是一个层进式的过程，当原告、被告都认为已完成举证责任之后，法官将对原、被告的证据进行判断。法官的评判可能出现三种情况：一是法官单独根据当事人的证据，做出事实判断;二是法官结合当事人的证据及法官调查取证做出事实判断;三是法官无法根据诉讼现有证据做出事实判断。在前两种情形下，原、被告的证明责任是主观证明责任，法官在做出事实认定时，应分配由谁来承担举证不力的后果。而在第三种情况出现时，法官无法达到“内心确信”，但又不能拒绝裁判，只能依职权对举证责任进行分配。民事诉讼举证责任的分配是法官认定讼争事实的需要，最终归结为当事人对客观证明责任的承担。关于举证责任的分配，学者李浩提出了四种分配举证责任的途径：一是按民商实体法的具体规定分配;二是按最高人民法院的司法解释分配;三是通过当事人的诉讼证据契约进行分配;四是由法官分配举证责任。这四种分配途径是按阶位高下来安排的，只有前位缺失，后一顺位方可递补。[案例一]中，二审法官认为，在双方皆确认借款合同出具当日并未实际履行交款义务，自然人之间的借款合同是实践性合同，应自贷款人提供借款方才生效，虽然肖某提供了次日的取款凭证，但不能证明该款已交付给熊某。同时，熊某与肖某对测谎鉴定的不同态度影响了法官的判断，法官最终将钱款是否交付的举证责任分配给肖某，肖某不能证明钱款的交付过程，承担了败诉后果。

民间借贷的证明责任，对只有借据、当事人主张是现金交付的小金额案件，债务人对借据真实性无异议的，一般认定债权人完成举证责任。如果债务人主张借据非其所写，一般可通过笔迹鉴定认定借据的真伪。如果借款金额较大，法官应根据具体案情分配举证责任，证明钱款交付事实。若债务人主张借据系受胁迫所写，案件审理的难度势必加大，法官对借贷关系是否成立的内心确信的建立，当十分谨慎。轰动司法界的“李兆兴诉张坤石等案”，主审法官莫兆军鉴于被告方无证据证明其受胁迫而写借据，判决被告方败诉，本无可厚非，但其中两被告到法院门口喝农药自杀，致使主审法官以玩忽职守被起诉，虽最终被判无罪，但还是离开了法官岗位。法官办案所承担的责任与风险可见一斑。

还应注意的是，证明责任的分配与举证责任的转移时常被混淆。如前所述，举证责任的分配是由法官根据法律预先规定，或无定式依据时由法官将待证事实的举证责任分配给当事人，而证明责任的转移则是在诉讼中，双方当事人在提供证据证明自己的事实主张，提出反证反驳对方的事实主张过程中主观证明责任在双方当事人之间的转移。在诉讼中，有时负有证明责任的当事人提供尚未足以达到胜诉结果的证据，而对方当事人亦未能提供足以反驳的证据，那么前者所承担的证据负担解除。此刻，或许双方当事人均未意识到这种效果的存在，但客观上产生证据负担转移由对方承受的结果。由此可见，证明责任的转移是双方当事人为了确定或妨碍法官临时心证，交替进行举证的过程。例如，赵某出具借据诉张某欠款 2 万元。张某在庭审中称借款是事实，但已还款。赵某起诉时仅有借据，未能提供支付凭证，若张某否认借款事实，则法官需分配举证责任来解决争议。但张某对借款事实予以认可，反驳的

理由是款项已归还。此时，赵某的举证负担解除，而应由张某就已还款的事实举证。

四、民间借贷案件法官心证的产生与证明标准

在当事人之证明方法皆已穷尽的情形下，案件进展的推动力由当事人转至法官。民事诉讼待查的事实是不复再现的事件，法官审理案件只能立足于过去，依照诉讼程序规则衡量各方当事人提交的证据，认定案件事实，对案件进行裁判，这个过程是法官心证产生的过程。法官须依照逻辑规律和经验法则对证据的证明力进行解读、分析，这种解析不可天马行空、任意妄为。最高人民法院《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的解释(征求意见稿第 4 稿)》第 15 条的规定，法院可根据借款金额的大小、交付凭证、出借人的经济能力、当地或者当事人之间的交易方式、交易习惯、借贷双方的亲疏关系以及当事人的陈述等因素，结合其他证据，依据民事诉讼高度盖然性的证明标准，综合判断借贷事实是否发生。鉴于民间借贷案件的复杂性，如此规定过于笼统，经验法则、高度盖然性的证明标准以及测谎证据适用规则应予以强调。

[案例五]杨某起诉赛某与姜某夫妇，称二人欠其借款 78986.72 元，已还 26744 元，尚欠 52242.72 元。赛、姜辩称该款系先前与杨某合开商铺散伙时结算后应付给杨某的合伙资金及利润。一审法院认为原告主张被告欠款，但未能提供充分的证据，驳回原告的诉讼请求。原告上诉。二审法院认为综合考虑本案涉讼欠条产生的时间为双方分伙后的一个月，欠条内容包括“欠条、结清”字样，金额尾数带小数点等现象，认为该欠条并非是杨借款给赛、姜夫妇而产生，驳回上诉，维持原判。

(一)经验法则与高度盖然性证明标准

经验法则是人类以经验归纳抽象后所获得的关于事实属性以及事物之间常态联系的一般性知识或法则，其中的一般性知识属于常识性的、具有内在约束力的不成文法则，这种认知是人们从生活经验中获得的关于事物因果关系或属性状态的认知。经验法则不是法官的个别经验，而是在一定范围内得到普遍认可或者在特定人群中被认识，具有社会认识的共识性体验。经验法则的盖然性越高，运用经验法则进行判断的可信度也就越高。德国学者普维庭将经验法则分为四类：生活规律、经验基本原则、简单的经验规则、纯粹的偏见。其中只有前三种经验法则才具有作为认识大前提的资格，对经验法则的承认与否最终还是得取决于该法则本身所蕴含的盖然性，普维庭教授根据盖然性的高低划定经验法则的外延，生活规律、经验基本原则都具有很高的盖然性，可以作为推理的大前提使用;简单的经验法则具有较低的盖然性，只能作为一种认识的辅助工具;纯粹的偏见由于盖然性极低，应作为外延的底限排除在外，不能作为判断证明力有无或证明力大小的依据。就法官心证的产生而言，通常法律对证明标准的要求越高，法官形成内心确信的过程就越难，适用证明责任分配的案件就越多。可供选择的证明标准大致有三种，显而易见;很可能(原则性证明尺度、高度盖然性证明标准);令人相信(占优势的盖然性标准)。

尽管存在争议，学者们普遍认同在民事诉讼领域，大陆法系采用高度盖然性的证明标准，英美法系选择优势盖然性的证明标准。两者强调的重心有所不同，需要达到的证明程度亦有所不同。高度盖然性的证明标准需要法官对真相的形成达到全面的内心确信。例如德国的民事诉讼证明标准要求法官的心证必须达到与日常生活相适应的确定性，一种仅仅没有完全排除无言怀疑的确定性。很明显，这种规定要求的是一种高度的盖然性。德国帝国法院就曾指出，受制于人们的认识方法，就要件事实获得真实的认识存在一定的困难。但若法官以彻底的良心并尽其所能，运用现实生活中已有的认识方法获得高度盖然性时，即视为真实，依高度盖然性而获得的内心确信是十分妥当的。关于优势盖然性标准，波斯纳教授认为，考虑到民事案件的说服责任相对宽松，认定原告的主要证据为真实的明确概率，只要超过 50%即可，即稍稍超过这一数值就应该加以认定美国很多法官都是通过百分比来理解证明标准的，一项针对美国纽约东部地区法官的调查表明，法官认为与“清楚和具有说服力”(clear and convincing)的证明标准相对应的盖然性在 60%至 75%之间，与“清楚、毫不含糊、确信”(clear，unequivocal.and.convincing)证明标准相对的盖然性在 60%到 90%之间。英国学者雷德梅尼认为，确信程度沿着“0-1”尺度变化，仅有 0.1 的确信度不能认为真实，0.99 的确信度几乎肯定为真。在民事诉讼中，承担证明责任的一方当事人所主张之事实，应当令审理者形成恰高于(just.over)0.5 的确信，即“0.5 规则”。美国学者摩根诠释该标准时认为，证明特定事实的存在，对当事人而言，须有优势证据;在法官看来，证据的优势与证人的多寡及证据数量无关，其优势在于令人信服;法官会建议陪审团，将双方之证据置于称盘之左右，权衡其重量之大小，此所谓“其心如秤”。两大法系证明标准的不同与各自的诉讼构造有一定的联系，英美法系的诉讼构造采用陪审团制度，陪审团负责事实审，法官负责法律审，由陪审团衡量当事人所进行的诉讼对抗及所提供的证据的优势程度，较容易被人信赖，从而只要得出占优势的盖然性结果，就可以达到内心确信。

民间借贷案件审理应达至高度盖然性的证明标准。在[案例五]中，二审法官认为，借贷案件通常情况下，应出具借条而不是欠条，借款的金额应整数。本案中欠款精确到人民币最小单位——分，这更像是合伙清算时结算出来的金额。而且，合伙清算后，清算款项未清结之前，短时间内原合伙人之间再发生借贷关系的可能性不大。一审法官的判决结果虽然正确，但没有像二审法官这样，运用经验法则对杨某所举欠条的证明力进行评价、说理，进而达到杨某所主张的借贷关系不存在的内心确信，达致高度盖然性的证明标准。

(二)测谎结论的运用

如同[案例一]，民间借贷案件中，在书证有限的情况下，当事人往往向法院申请就当事人陈述的真伪进行测谎。在案件审理中，测谎结论的性质及其运用规则对法官的证据判断会形成何种影响?

测谎技术自诞生伊始即存争议，但我国一些法院认为测谎技术的运用给审判带来“福音”，是解决疑难案件的“法宝”。近些年《人民法院报》报道运用测谎结论作为定案依据的报道屡见不鲜，其中多起有关民间借贷。因为民间借贷案件常有“单对单”的特点，借款时往往只有当事人双方在场，发生纠纷时双方各执一词，难以判断其真实性，当事人常常申请测谎。

反对运用测谎技术的观点认为，目前测谎程序不规范，测谎人员的素质参差不齐，测谎结论的真实性尚无法保证且无法检验，依赖测谎结论会妨碍当事人举证，侵占法官的裁判权，危害我国的民事诉讼制度。反对观点的核心在于测谎结论无法保真。现有公布的有关案例表明，测谎结论的准确率在 90%以上，其准确率与鉴定结论大致相当。但反对说认为，即便测谎结论的准确率在 90%以上，那么在 100 个测谎鉴定结论中有近 10 个是错误的，每个错误对被测谎者而言都是灾难。

任何一种证据形式都可能违背客观真实。《民事诉讼法》第 63 条规定了 8 种证据类型，当事人的陈述如何保证其真实性?书证、物证、视听资料、电子数据、勘验笔录都存在伪造的可能性。证人证言在民事诉讼中的采用率之低更是自不待言。至于鉴定意见，《民事诉讼法》修订时将原有的“鉴定结论”修改为“鉴定意见”，虽然仅仅是两个字的改动，但从“结论”到“意见”，我们可体会到其权威指数的下跌，同时也就意味着证明力的下降。法官可不经审查直接应用“鉴定结论”，而对于“鉴定意见”，法官应进行全面的审查与评议。测谎结论符合鉴定意见的范畴，法官在审理案件过程中，应当对测谎结论进行全面的审查与评判。

诚实信用原则是民事诉讼应遵循的基本原则，要求当事人在诉讼活动中应蹈循真实陈述义务，禁止以欺骗方法形成不正当诉讼。诚信是合同制度变迁的产物，同时也是诉讼制度变迁的产物。优士丁尼的《法学阶梯》中 bona. fides 出现在两个领域：一个是物权法领域，体现为对物的占有及取得时效、对自由人的占有以及诚信地处分物的行为;另一个是诉讼法领域，体现为诚信诉讼与严法诉讼之分。《民事诉讼法》将诚实信用规定为基本原则，测谎结论成为证据，在客观上对撒谎或准备撒谎的人都会形成一种威慑作用，将敦促当事人说实话、讲信用，增强交易安全感，提升社会诚信度。从现实需要来看，民间借贷纠纷的当事人之所以会提出测谎鉴定，往往是因为证据有限、证据矛盾、进一步举证困难。曾有法官对测谎技术的运用进行调查后发现，有些案件的当事人在一方提出测谎鉴定请求后，主动撤诉或主动要求和解。在以测谎结论结合其他证据进行综合评判后的案件，基本没有上诉或申诉。

[案例一]中，熊某申请对双方当事人进行测谎鉴定，肖某不同意;熊某提出单独对其本人进行测谎鉴定，法院不同意，但对拒绝进行测谎鉴定的肖某，法官结合其他证据，作出对其不利的认定。在民间借贷纠纷中在双方当事人已穷竭举证方式的情形下，测谎作为继续举证的一种方式，对帮助法官确立心证，解决个别当事人缠讼，定纷止争，实现实体正义具有重要作用。基于民间借贷案件中测谎的特殊意义，最高人民法院在相关司法解释中，应有更详尽的规定，配合测谎技术的运用。就制度设计而言，测谎结论的运用应遵循一定的规则，包括：(1)自愿原则：测谎程序的启动，应由当事人主动提出，法院不得依职权命令当事人测谎。(2)质证原则：在当事人对鉴定意见有异议或者法院认定鉴定人有必要出庭的情况下，鉴定人应当出庭，鉴定人拒不出庭的，测谎鉴定不能作为认定案件事实的根据。(3)有限采用原则：测谎结论只能用来审查言词证据的真实可靠性，不能直接用来证明案件事实.测谎结论与书证、物证等其他证据一起，共同为法官勾勒出案件的法律真实，辅助法官达至心证。

(三)对法律真实的解读——追求接近真实

毕竟法官无法亲眼目睹或亲自感知已发生过的事件，法官所认定的案件事实即为客观真实只能是一种理想目标。在审判中，由于客观条件限制，这种理想很难实现。

[案例六]樊某起诉姜某要求其还款 60 万元，并出具一张欠条。姜某称欠条是樊某以自杀相威胁逼迫其写下的青春损失赔偿费，非真实意思表示。法院认为姜某承认欠条系自主书写，其主张受胁迫却未能向法院提供证据证明，该意思表示存在瑕疵无法认定，支持了原告的诉讼请求。

民事审判方式改革基本确立客观事实是司法证明的理想，法律真实是司法证明的现实标准的理念，应在法律真实的基础上坚持客观真实的理念，在公正程序中发现案件真实情况民事诉讼强调以证据作为认定案件事实及裁判的准据，追求以证据作为基础的真实，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。法官根据证据证明的真实可能是与过去发生过的历史事实完全相同，即事实真相即客观真实;也可能极为接近或大致接近;但也可能与历史事实完全相反。最高人民法院承认法律真实的证明标准后，对审判实务的影响是显著的。法官不必再拘泥于坚持客观真实的标准，减少法官因事实问题而被迫调解、拖延裁判或将案件提交审委会讨论的避险行为。但在过去一段时期，过于强调法律真实亦使实务界产生认识上的混乱。一些法官以法律真实为借口拒绝去努力发现接近真相的案件事实，使民众对司法的公正性产生怀疑，这促使我们应建立以接近真实的内心确信为法律真实的证明评价标准。

在[案例六]中，姜某声称其出具欠条实属无奈，是樊某以自杀相逼要挟其写下，欠款实为青春损失赔偿费。在审判实践中，法院通常不支持有悖“公序良俗”的“青春损失费”、“分手费”，债务人以借款为“青春损失费”、“分手费”等进行抗辩的情形时有发生。本案法官在没有其他合法、有效证据证明的情况下，法官凭借据认定双方当事人借贷关系合法有效。这种审判理念还是法官基于书证的优先原则对证据事实作出的判断。片面地强调书证优先指引下的法律真实原则，会在一定程度上妨碍法官结合案件的审理情况与更多的信息来源发生更为直接的联系与接触，

单纯拘泥于书面材料，不利于真正实现正义。本案完全存在着欠条上所写的 60 万元欠款即是“青春补偿费”的可能。本案姜某强调的是欠条是违背其真实意思表示的，法官以其无证据证明其受胁迫，支持原告的诉讼请求，得出的结论是局限于书证的法律真实。证据不仅要借助于当事人、证人等自身的认识，更重要的是要通过办案法官的对证据事实的认识，方可发挥其作用。60 万元毕竟不是 6 万元，假如说，本案的法官能够就借贷双方之间的关系、贷方是否有相应的财产能力、外界因素的影响、款项支付方式再进一步调查，或许会有不同的结论。

结论：人们基于人类认识能力的有限性将讼争交予公众心目中正义的化身——法官。尽管可能存在偏差，有公正程序保障的发现案件真相的裁判无疑会是最令人信服的裁判。强调证据真实原则对国家的法治进步具有积极意义，它将促使人们在民、商事活动中强化证据意识，在借贷关系发生时注意保存好证据，有意识地收集相关证据，一旦发生纠纷在证据上方可占据优势地位。在民间借贷案件中证据显然是法官所要认识的客观对象，在证据有限的情况下，法官只有以符合法律和诉讼程序的证据作为基础，依证据规则，追求证据真实，做出公正、合理的裁判，方可定纷止争。

遗嘱错误：反思潘得克吞体系的一条新路

中外法学　　赵毅

贵州师范大学历史与政治学院{副教授}

【摘要】

既有对潘得克吞体系的检讨，缺乏在具体民事制度层面的反思，遗嘱错误制度或可开启一条反思新路。在罗马法上，遗嘱错误是与合同错误并行的一项独立制度，存在自身独到的体系逻辑，并由此影响了潘得克吞错误体系的建构。尽管德国法形成了抽象的意思表示错误制度，但遗嘱错误仍然基于其特殊性而独立存在。在非潘得克吞体系的意大利法和英美法中，遗嘱错误制度形成了独特的内在机理，恰与东亚潘得克吞诸继受国中遗嘱错误制度之消弭形成对比。当代中国的司法实践证明，应尊重依存于各典型法律行为的错误制度之特殊性，而一个不存在总则或仅有序编的、无法律行为及相关意思表示制度的、合同错误与遗嘱错误各自分立于相应编章的民法典，或许是应当认真对待的一种民法典体系选择路径。

【关键词】

遗嘱错误；意思表示错误；潘得克吞；民法典

抽象规定的优点在于概括，其缺点系必须创设例外。

——王泽鉴[1]

纵然得意忘形，亦未为不可。

——苏亦工[2]

一、论题说明

（一）暨有民法典体系之争及潘得克吞体系之反思现状

“法典编纂问题，自第十九世纪之始，为法律家之战场。关论其利害得失，论锋相对峙。有名之学者，皆互相削镐。”[3]在我国，世纪之交发生的“世界民法典编纂史上的第四次大论战”，[4]在经历了一段“达到高潮”复又“回归沉寂”的蹉跎岁月后，[5]近两年来，紧随“社会主义法律体系形成”之政治语境，又有复苏之势。[6]事实上，无论是世纪之交时的那场论战，还是近两年来的讨论，学者们的根本分歧主要就是民法典的体系建构问题。在笔者看来，也即是否承继德国民法传统的潘得克吞体系问题。

“潘得克吞”（即 Pandekten、pandectae，亦译为“潘德克吞”或“潘德克顿”）一语，出自优士丁尼《学说汇纂》之希腊文名称，指 19 世纪德国法学家基于优士丁尼罗马法素材，对德国普通法之私法部分进行的概念和体系化阐述。[7]而所谓的“潘得克吞体系”，众所周知，“是指以德国民法典为表现形式的，将民法的主要内容处理为总则、债权、物权、亲属和继承这五大部分的民法体系。”[8]在百年中国民法的立法史和学说史上，潘得克吞法学发挥过重要影响。[9]基于此，按照潘得克吞体系构建我国民法典体系，也一直是学界的主流认识。[10]2002 年的《中华人民共和国民法草案》尽管广受诟病，但亦“大体上遵循了潘得克吞的法学体系”。[11]

然而，在受德国民法理论影响的主流认识之外，一种立基于非德国学术资源的、消解潘得克吞体系的努力从未歇绝。这些声音包括：第一，在编的层次上采用法学阶梯体系，反对潘得克吞体系，仅在编以下的结构中吸收潘得克吞体系的合理成分；[12]第二，由于过于抽象的“法律行为”概念在我国民法之存在并无价值，以之作为基础的民法总则模式就失去了归依，这使得潘得克吞体系对于我国民法典编纂之意义并不大；[13]第三，设立包含一般性条款和技术性规定的序编，而传统民法总则中的法律行为等制度宜在财产法中单设总则予以规定。[14]另外，还有更为激进的学者从所谓“解法典化”的思潮出发，[15]认为“德国潘得克吞学者以金字塔式的精密法学概念和逻辑体系建构民法典的思想，试图通过一部民法典来详细、具体调整所有的民事法律制度的观点已经被历史证明是不符合现实的”。[16]即使在最近的讨论中，仍然有学者在警告：“德国民法典的总则编代表了体系化的高峰，优点和缺点同样鲜明”；[17]有学者基于同情性的理解，在承接 2002 年民法草案的基础上，试图“克服德国潘得克吞体系的僵化……采用具有开放性的《民法通则》而不是相对封闭的《民法总则》”，完成对潘得克吞体系的扬弃。[18]。。

不得不说，这些反思潘得克吞体系的声音为我们多向度地审视法律移植之复杂性提供了可能。然而，极为遗憾的是，这些声音还相当微弱，其中大多数则一直被置于受人遗忘的角落。柳经纬教授的一个评论最好地展现出了这

种窘境：

至于在民法学理论研究中力主“对德国说不”的见解以及其他学术见解（尤其是关于民法典编纂问题的学术见解），均不足以称之为学术流派，他们或者是因为无法形成一套相对体系化的理论，或者是因为虽然具有一定的理论体系但和者寡，未能得到一定程度的学术认同，或者是由于学术影响和社会影响均很有限，最多只能算是一种学术见解。[19]

（二）作为新的反思进路的遗嘱错误制度

辩证唯物主义告诉我们，真理和谬误并不会以和者之多寡或影响之高低来划分，君不见，“真理往往掌握在少数人手中”！但是，以检讨潘得克吞体系为目的的、所谓的“对德国说不”的学者们也需反思：除了宏大叙事和抽象解构，在具体的民事制度层面，“什么是你的贡献？”[20]

正是在这个意义上，本文力求通过阐述遗嘱错误这一具体民事制度，尝试从一种微观的视角出发，为反思潘得克吞体系的努力找寻新的进路。

在展开具体论述之前，特别需要明确的两个前提是：第一，潘得克吞体系的核心是什么？毫无疑问，只有将事物的“命门”抓住，才有进一步开展反思之可能。第二，为何遗嘱错误制度可以作为一条进路，由此达致反思潘得克吞体系之效？

先看第一点。如前所述，潘得克吞体系主要指的就是以《德国民法典》为代表的五编制，而以法律行为制度为基础的总则编则是这一体系的核心。[21]对潘得克吞法学发展史的考察证明，“总则+分则”模式之所以被以温德沙伊得为代表的潘得克吞法学家们普遍采用，一个重要原因就是法律行为理论之兴起：

法律行为理论包含了那些可以普遍适用于债权行为、物权行为、身份行为（结婚与收养）以及遗嘱等行为的一般性概念与原理。正是因为有了这些一般性的概念与原理，潘得克吞法学家才觉得有必要在物权、债权、继承权等具体制度之前加上一个可以容纳这些概念与原理的总论（总则）。[22]

事实上，在经典潘得克吞法学著作中，主体与法律行为构成了总论部分的两大支柱，但正如学者所言，如果没有法律行为理论，那么总则将不再有必要存在于民法体系，因为权利主体制度完全可以置于“人法”之中。[23]可见，有没有设置严格意义上的总则编，就是判定某种民法典体系是否属于潘得克吞体系的试金石；[24]而从具体制度上对潘得克吞体系进行反思的尝试，就是要证明通过“提取公因式”方式建构出的民法总则制度，对于分则之适用并不具有意义或者意义不大。

再看第二点。古人云：“见微知著，睹始知终”。[25]遗嘱错误虽然只是一个小论题，但并非不能成为撬动巨厦地基的一把钥匙。遗嘱是一种法律行为，错误则是一种意思表示瑕疵，两者皆是作为抽象概念的法律行为与意思表示制度的具体应用。然而，一直以来，潘得克吞体系从根本上受到的批评就是：既然法律行为所包括的几种具体制度，如契约、遗嘱、婚姻等都有自己的具体规则，为何立法上还一定要规定一个高度抽象的法律行为概念？[26]一种解释是：“法律行为概念的抽象，其主要目的显然并非为了涵盖较特殊的身份行为与继承行为，而是以负担行为（债权行为）和处分行为（物权行为）的区分为基础。”[27]但真是这样的话，以法律行为为核心的潘得克吞体系和民法总则编就丧失了存在的意义，因为一旦如此，民法又与财产法何异？——何况继承行为也有一定的财产性呢！可见，遗嘱错误制度虽小，却展示着纯粹的法律行为或意思表示研究无法达致的对“总则制度之抽象性”与“分则制度之特殊性”相互调和的目标，而本文将力图论证：至少从意思表示错误这一法律行为理论中的“核心问题”[28]而言，其在民法总则篇之存在仅具形式意义而无实质价值，类似遗嘱错误这样存在于民法分则中似乎不起眼的例外规定，充斥着将民法总则虚无化的内在张力，而它们于自身独立逻辑机理形塑之愈深，也即潘得克吞体系危机之愈深。

二、遗嘱错误的罗马法原貌

对遗嘱错误之论述，之所以选择从罗马法展开，并非仅是为了满足一种好寻古事的兴趣，更重要的理由在于：只有于罗马法中，我们才能最真实地还原这一制度之原貌。毕竟，错误制度受到潘得克吞体系之改造，还要再等上千年之久。

（一）外部逻辑：遗嘱错误在罗马法错误制度中的坐标

众所周知，在以决疑论为方法基础的罗马法中，并不存在一般性的法律行为理论，当然也就不可能有体系化的错误制度。事实上，有关错误的规则既具体又零散，分布于《民法大全》（Corpus Juris Civilis）的各个角落，即使要将之进行一个教义学上的整理，也殊为不易。“错误的意志是无效的”（D.39,3,20）并不能被看成是一个普适性的处理错误问题的原则，而“法律不知”、“事实不知”之两分（D22,6，C1，18）亦缺乏现实意义，尤其是，“法律不知给所有的人都带来损害，而事实不知却不给人带来损害”（D.22,6,9 pr.），这样的处理方式无法涵摄每一个错误事例，特别是对数量庞杂的各类事实错误而言。

在学术史上，意大利学者沃奇最先揭示了罗马人观察事实错误的两种思维方式：在“与意思效力有关的错误”中，错误作为一种外来力量，对意思之效力产生或不产生影响；[29]而“作为行为限定条件的错误”是意思的一个内在组成部分，它构成法律所要求的资格，成为行为发生的前提条件。[30]后一种错误通过主观诚信的方式表现出来，主要出现在非债清偿、[31]取得时效、[32]非法行为[33]等领域。

对后世错误制度产生影响的无疑是“与意思效力有关的错误”，这种错误可能损害法律行为之效力。除了婚姻

错误、[34]接受遗产之错误、[35]交付错误、[36]行为能力之错误[37]外，合同和遗嘱错误是罗马人最常探讨的话题。就前者而言，错误与合意相连，[38]价金、[39]行为性质、[40]标的物、[41]质性、[42]名称、[43]品质[44]等与合同要素有关的错误都有可能构成不合意，从而对合同效力产生影响。但这套规则并不适用于遗嘱错误，后者显然有着独立自洽且特殊的处理规则。

（二）内部逻辑：罗马人对遗嘱错误的本体建构

“遗嘱”一词的拉丁文为“testamentum”，从词源上看，“由意思（mens）和证明（contestatio）两个词组成”，～[45]意为“意思表示的证据”(1.2，10，1）或“我们对希望在自己死后做的事情的意思之合法表示”(D.28，1，1)。可以发现，“意思”和“表示”是内嵌于遗嘱本身两个无法分割的要素：只存在意思的遗嘱不能称其为遗嘱，因为如果没有表示的话，它就无法得到展现和证明；同样，不可能存在只有表示而无意思的遗嘱，因为这样一来，将完全抹灭掉遗嘱本身所承载的私人意志。遗嘱错误的本质就是遗嘱人意思和表示的不一致问题，它与表现为不合意的罗马法合同错误观念存在着根本区别。

原始文献已经证明，[46]遗嘱错误有意思错误和表示错误之两分，前者主要表现为原因的错误，而“原因”也就是“实施遗赠的动机”。[47]动机错误在以不合意为基础的合同错误领域无关紧要，但在遗嘱中却往往被作为一种独特的法律元素进行考量。总体上看，“错误原因无碍”（falsa causa non nocet）是罗马人处理遗嘱动机错误的一般原则，[48]但也存在着大量例外，这其中，发生得最多的案型是有关指定继承人的动机错误。[49]此外，对原始文献的考察显示，除了在动机是一项真正的、例外的条件下，[50]以及在确定错误的动机是唯一的情况下，[51]动机错误将导致遗嘱绝对无效外，罗马人主要通过衡平的方式，灵活地解决动机错误问题，并兼顾多方利益平衡。[52]

至于表示错误，所谓的“错误表示无碍”规则（falsa demonstratio non nocet）仅适用于一些表示标的物外在特征和人的外在特征之错误案型。就前者而言，包括了对标的物来源、地理位置、奴隶职业上的描述错误，[53]就后者而言，则有关受遗赠人之姓名、自身特点、才能、工作地点、身份（表现为血缘和亲属关系）之错误。[54]然而，对遗嘱标的物[55]或遗嘱相对人本身[56]发生的错误被认为是重要的，遗嘱由此无效。对于金额的遗嘱错误也是一种实质性错误，会导致遗嘱部分无效：或者根据遗嘱人真意，补足差额部分，或者将表示的金额减少为遗嘱人所欲遗赠的金额为止。[57]

三、遗嘱错误与潘得克吞错误体系之勾连

（一）遗嘱错误与潘得克吞错误体系之形塑

人们常常以为，萨维尼《当代罗马法体系》（第 3 卷）于 1840 年之出版是现代学者研究错误制度的起点，[58]“他改变了法学家观察错误问题的视野”，[59]‘将错误理论在意思表示说中进行了贯彻始终的体系定位”[60]需要意识到，这种论断在采纳了潘得克吞体系的德国民法一脉才更有价值。

如果不是清醒地意识到这种局限性，可能的误解就是，“在萨维尼之前，学说一般认为错误会破坏契约的合意（或导致不合意）……错误是契约范畴内的一个个别问题”，而通过萨维尼之体系化建构，“原本仅仅被放在契约（合同）范畴考察的错误问题一下子被纳入了‘意思表示’这个新的范畴”。[61]的确，萨维尼和《德国民法典》确立了所谓的“意思表示错误”制度，但这种作用并不能被片面地夸大，以致于认为“罗马法、法国民法、瑞士民法、意大利民法及英美法将错误限于合同领域”，而德、韩、日、台等潘得克吞国家或地区才能“将错误规则适用于民法的各个领域”。[62]

尽管就萨维尼错误思想之形成及其在确立《德国民法典》中意思表示错误制度上的贡献，现今的研究作品已经汗牛充栋，[63]但很少有人询问，“意思表示”以及相应的“意思表示错误”概念又是如何出现的？显然，即使并无明确界定，原始文献已经证明，罗马遗嘱法中存在着“意思表示”观念的萌芽，1794 年的《普鲁士国家的一般邦法》（Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, ALR）则有可能记载了最早的“意思表示”定义。[64]正如汉斯•哈腾保尔敏锐观察到的那样，对于 18 世纪的法学家来说，“意思表示”概念很快在法律政策上与合同之成立联系起来：“合同的内容就是两个以上当事人的‘意思表示一致’，即合意。”[65]同理，合同错误即为双方当事人意思表示之不一致，这并未改变罗马法以来、直至德国普通法的立基于合意主义在合同领域考察错误制度的基本思路。如瑞协尔曼在 1837 年出版的《错误对合同的影响》所示，[66]非契约领域的错误问题——比如遗嘱错误问题，虽然并不能说被所有人都忽略了，但显然被大多数学者认为在建构一个抽象的错误理论中缺乏价值。

萨维尼就潘得克吞错误体系形塑之最大贡献可能就在于此，如同弗卢梅精准评论的那样，“他没有从合同的角度来斟酌错误的问题，或更一般性地说，他没有从相对人的角度，而是从单方表示中表意人的意思与表示是否相互一致的角度来斟酌错误的问题”。[67]我们已经发现，萨维尼建构了意思表示的三大要素：意思、意思的表示以及意思与表示的一致性。[68]在萨维尼看来，所有表示，不论言语还是行动，仅是为了使他人明白表意人内心真正之意思为何，表示与意思之一致并非偶然，而是自然而然的关系，[69]错误则是对这一自然关系的干扰，“这样一来，意思与表示之间就产生矛盾，意思的错误表象产生于表示，这就是我所说的不包含意思的表示”。[70]

可以清晰发现萨维尼所建构的意思表示错误理论与罗马法之关联。后者的遗嘱错误框架作为“皮”，被萨维尼试图容纳进众多行为性质之错误、当事人之错误、物之错误和性质错误等合同错误之“血肉”。[71]萨维尼的思路并不难揣摩，如果沿袭罗马法至德国普通法以来的合意主义错误框架，任何抽象的对错误制度的建构都不可能，因

为作为单方法律行为的遗嘱与之完全无关。至于罗马遗嘱法所承认的动机错误，萨维尼用“真正的错误”（ächter irrthum）概括之，它“一般而言不具有任何效力，只有在特殊的例外情形中，才会产生影响”。[72]这也使动机错误走向了一般化，为意思表示错误制度之“表示错误——动机错误”之二元划分奠定了基础。

（二）遗嘱错误在潘得克吞错误体系中的位置

可以说，意思表示错误制度于《德国民法典》总则编之形塑，是潘得克吞体系成立的重要标志之一。但是，真的如学者所言，“因为总则的法律规范适用于各编，所以意思表示错误也适用于各编”[73]吗？

无论立法还是学说都无法支持这种说法。先按住《德国民法典》第 1314 条第 2 款第 3 项中的婚姻错误规定不表，[74]遗嘱错误被单列于《德国民法典》继承编之“遗嘱”一章，表示错误、动机错误皆可构成遗嘱错误的撤销原因。[75]学者们承认，这种安排源于继承法的特殊地位：在死因处分中，因为不存在对相对人的信赖保护，对错误的处理也可以宽大一些。[76]据此，错误的遗嘱可以被撤销，此时只需考虑错误在主观上的重要性，而并不要求总则篇第 119 条第 1 款规定的作为撤销错误表示的“在合理的评价情况时”这一客观前提。[77]在撤销权行使的后果上，撤销人的责任得到了豁免：不需根据第 122 条承担损害赔偿义务。另外，根据第 2281 条和第 2285 条的规定，第 2078 条有关遗嘱错误的规则同样可以适用于基于继承合同所进行的死因处分。在司法上，德国法院判例历来对遗嘱行为和其它要式合同进行区分，“错误表示无碍真意”原则一般不能适用于对遗嘱的解释，因为在遗嘱生效后，对遗嘱之意思表示发生争议之时，遗嘱人已不可能再对其真意作出澄清。[78]

立法和学说一直试图展现出“第 119 条、第 120 条作为意思表示错误一般条款，遗嘱、婚姻等错误规定则属特殊条款”的表象，以维持潘得克吞体系在形式上的逻辑性。问题是，这是一种徒然的努力。梅迪库斯在谈到《德国民法典》设置总则篇的缺点时也不得不指出：“有关意思表示错误的规则，不适用于婚姻或遗嘱。”[79]这说明，在本质上，所谓的“意思表示错误”空有皮囊，内容都是合同错误的规定。布洛克斯的教学案例正是这种尴尬的注脚：

内容错误（第 119 条第 1 款，第 1 种情况），例如，将求购要约表达为出售要约；表示错误（第 119 条第 1 款，第 2 种情况），例如，将货物的价格标错；特征错误（第 119 条第 2 款），例如，对于合同相对方的职业能力，物的重量或大小发生错误；传达错误（第 120 条），例如，将价款为 400 欧元的支付要约传达为 500 欧元。[80]

只能感叹，源自遗嘱错误框架的意思表示错误这一“创新”，在内容上，就是为合同行为而设计的，但与在合同错误上另启一种思维模式相比，德国民法“完美”承继了罗马法中的遗嘱错误传统。

（三）遗嘱错误在东亚潘得克吞继受地之消亡

《日本民法典》、《韩国民法典》以及我国台湾地区“民法”都是继受潘得克吞五编制体系的典范。三地民法存在千丝万缕的关联，与《德国民法典》最为不同之处在于，前者共 1044 条，中者共 1118 条，后者共 1225 条，条文总数皆只有总计 2385 条的《德国民法典》之一半。并不奇怪的是，在这些后发国家对形式理性和“提取公因式”之立法技术超乎寻常的偏爱中，遗嘱错误最终消亡也是自然。

中、日、韩都是深受儒家文化影响的地区，因此，如何在传统文化与西方文化的冲突中达致利益之协调和妥协一直是民法典编纂中的大问题，最终则通过保留民法典中身份法——亲族编、继承编的传统色彩予以解决。[81]既然如此，潘得克吞体系之民法总则在这些国家似乎仅具“财产法总则”之价值，特别是，在儒家文化区，长期以来就遗产继承实行的是家产共有的法定继承制度，与罗马法肇始、至近现代继承法一脉相承的更为尊重遗嘱人自由意志的遗嘱继承观念不相协调，[82]遗嘱错误制度也许就丧失了存在余地。二律背反的矛盾随之而来：一方面，承认身份法的民族性与特殊性；另一方面，在需要为潘得克吞体系自圆其说的时候，又会认为，德、日、韩民法总则篇以及我国台湾地区“民法”总则所确立的具体制度——比如意思表示错误制度——“皆能将错误规则适用于民法的各个领域”。[83]有我国台湾地区学者直言道，错误应与欺诈、胁迫等一并成为遗嘱的撤销原因之一，对于遗嘱错误，应直接适用我国台湾地区“民法”第 88 条的一般性规定。[84]

事实上，如前所述，即使作为潘得克吞法系之源，德国民法也从未否认过遗嘱错误的独立地位。只要用理性的逻辑分析，就必须承认，无论置身于何种法律文化，遗嘱错误之特殊性皆客观存在。我国台湾地区已经有学者在解释论上承认，由于“民法”第 88 条第 1 项规定了“但以其错误或不知事情，非由于表意人自己之过失者为限”，这会造成遗嘱错误撤销人在举证上的困难，因为作为遗嘱人之表意人已经离世，其真意仅能从遗嘱书判断，故而，就遗嘱之错误，因无保护第三人之必要，错误是否有过失在所不论。[85]毫无疑问，这种解释论消弭的正是高度抽象的潘得克吞错误体系。

四、遗嘱错误在非潘得克吞法律体系之格局

（一）意大利法中的遗嘱错误

意大利是罗马法的故乡，《意大利民法典》是大陆法系拉丁法族的代表性民法典。考察遗嘱错误在该民法典之格局，颇具意义。

宏观上看，自 19 世纪末期以来，意大利民法理论受德国民法理论影响不小，但出于保留旧民法典体系（即 1865 年《意大利民法典》）使然，1942 年的新民法典并未采纳潘得克吞体系，当然也就不存在所谓的“意思表示错误”制度。与罗马法、《法国民法典》相同，在意大利法上，合同错误、遗嘱错误、婚姻错误皆为独立制度，呈原子般散见于民法典各编。但是，是否如同德国法将“意思表示错误”和“遗嘱错误”设置为主从关系类似，意大利法上的“合同错误”与“遗嘱错误”实质上是一般与特殊的关系呢？比如，立法者是否会基于一定的立法技术，从避免

重复立法的目的出发，设置某个准用条款，从而简化遗嘱错误的规定呢？事实上，在《意大利民法典》“契约一般”之开篇，的确存在着一个准用条款，按照学者的说法，“如此一来，有关契约的规则，以间接的方式基本上就取代了关于法律行为的规定”。[86]但仔细考察内中文句，[87]我们就会发现这一准用条款极大的片面性，它不仅不适用于类似遗嘱这样的死因行为，甚至也无法适用于无财产内容的生者间行为。[88]申言之，即使《意大利民法典》内蕴着一种“存而不现”的法律行为规则，那也仅仅是财产法的总则，而与死因行为和身份行为无关。仅此一点，即可看出《意大利民法典》立法者对是否能构建一种普适于财产法和身份法、生者间行为和死因行为以及双（多）方行为和单方行为规则的怀疑。错误制度就是这种怀疑的最好证据。与罗马法一脉相承，意大利民法对合同错误与遗嘱错误采纳的是完全不同的认识视角，合同错误被视为“合意的瑕疵”，[89]遗嘱错误则仅与遗嘱人有关，两种制度的利益衡量方式差别很大。其实，就算德国法创造性地将合同错误制度归入“意思表示错误”这一只考察表意人的单方视角，也仅徒有其表，因为遗嘱错误之特殊价值最终仍然会彰显出来。

微观上看，《意大利民法典》通过第 624 条和第 625 条，明确将遗嘱错误二分为动机错误和表示错误，这也是罗马法开创的传统。意大利学者习惯将动机错误称为意思瑕疵的错误（er- rore— vizio），表示错误称为障碍性错误（errore ostativo）。[90]先看前者，第 624 条第 1 款和第 3 款是对所有与遗嘱人意思有关的瑕疵（包括胁迫、欺诈和错误）之总括性规定。[91]作为意思瑕疵，它们主要发生于意思的形成过程中，阻碍了真实意思的形成，而与意思与表示是否一致无关。基于胁迫、欺诈产生的遗嘱效力受阻毋庸置疑，但是否所有动机错误亦皆影响遗嘱效力呢？第 624 条第 2 款专门进行了补充说明：只有在动机明确由遗嘱表明、且是促使遗嘱人订立遗嘱的唯一原因时，利害关系人才可提起撤销之诉。这完全承袭自 D.35，1，72,6、D.32,11，16、C.6,44，1，让人感慨今人智慧并不见得优于古人。意大利最高法院 1966 年 8 月 2 日第 2152 号案例（Cass.2 agosto 1966，n.2152，阐明了认定动机错误的标准：错误的对象应是客观事实，而非遗嘱人自身的主观判断。[92]罗马法事实错误与法律错误两分的传统也为该款承袭：导致遗嘱效力受损的动机错误既可能是事实错误，也可能是法律错误。比扬卡的教学案例对此进行了清晰的解释：有关事实的动机错误比如“遗嘱人‘因为 A 是我唯一的亲属’而指定 A 为继承人”，但 A 事实上并非遗嘱人唯一的亲属；有关法律的动机错误则如“遗嘱人‘因为相信自己对受遗赠人负债’而遗赠了一笔钱”，但事实上他并非受遗赠人的债务人。[93]我们可以对比优士丁尼《法学阶梯》中的反面例子：“蒂丘斯，由于他于吾不在期间照管了吾之事务，吾给予并遗赠斯提古于他……蒂丘斯，因为其辩护，吾被免于受死罪控告，吾给予并遗赠斯提古予他”（1.2,20,31）。[94]显然，在这两个古罗马案例中，遗嘱人之错误皆来自自身主观判断，并不能对遗嘱效力发生影响。

再看后者，因为胁迫、欺诈都与意思和表示的一致性问题无关，所以《意大利民法典》第 625 条尽皆规定的是表示错误。表示错误，顾名思义，就是遗嘱人的意思与表示发生了不一致。表示错误既可能与指定的继承人或受遗赠人有关（第 1 款），也可能与遗嘱所要处分的标的物有关（第 2 款）。无论哪种情况，只要遗嘱所指定之人或所处分之物可以清晰推知，错误就不影响遗嘱的效力。这样的规定同样可以在优士丁尼《法学阶梯》中找到原型：“如果遗嘱人就受遗赠人的名、姓、族名发生错误，如果他指的是谁很清楚，遗赠仍然有效”（1.2,20,29）。这样规定的正当性理由为何呢？该法言继续解释道：“因为名字被认为用来指称人，如果能以其他任何方式认出人，它就毫不重要。”[95]但是，《意大利民法典》并未明示的问题是：如果利害关系人主张，遗嘱所记载之人或物实为遗嘱人的错误，但并不能从遗嘱本意或其他事实清楚地推知它们就是遗嘱人真正所想指定之人或处分之物的话，又该如何处理？意大利学界的通说认为，此时遗嘱无效。[96]

总的来看，意大利法通过立法、判例、学理的综合运用，构建了一套与合同错误制度平行并存的、独立的遗嘱错误制度，其内在机理又与罗马法传统一脉相承。不能说潘得克吞错误体系弱于意大利法，但显然它也不会优于意大利法。

（二）英美法中的遗嘱错误

要审视遗嘱错误在非潘得克吞体系法制中的状况，英美法必不可少。这是一套迥异于大陆法的思维模式：遗嘱错误规则根植于丰富的英美遗嘱法实践和独特的继承法律文化，没有动机错误和表示错误之分，也没有学者试图构建一种统合适用于契约和遗嘱的共通的错误规则。

但仍然可以清楚地厘定遗嘱错误在法律体系中的位置与自身制度逻辑。英国 1982 年的《遗嘱管理执行法》（Administration of Justice Act 1982）是少有的明文规定了遗嘱错误规则的制定法，该法第 20 条规定：如果法院确认（a）遗嘱出现文字错误，或者（b）遗嘱代书人误解了遗嘱人的指令，遗嘱由此无法反映出遗嘱人的意思时，遗嘱可予更正。法条按自书遗嘱和代书遗嘱区分了不同的错误情况，两者实质都是表示错误，法律后果与《意大利民法典》第 625 条类似，在能够确认出遗嘱人的真意时，遗嘱不因错误而无效。

学理上，遗嘱错误属于遗嘱效力问题。[97]一个有效的遗嘱，除了有严格的形式要求，也必须反映遗嘱人的真实意图。按照最早在 Barry v. Butlin 案中形成的规则，无论自书遗嘱还是代书遗嘱，如果遗嘱人对遗嘱内容缺乏认知（knowledge）与同意（approval），遗嘱无效。[98]认知和同意的缺乏可能受制于两类原因：一类包括心智的缺乏、不当影响和欺诈；另一类则是疏失（inadvertence）和错误（mistake）。[99]疏失是遗嘱人不知遗嘱内容而为同意行为（签署了遗嘱），本质是认知之缺乏；错误则如《遗嘱管理执行法》第 20 条所示，本质是遗嘱表示与遗嘱人之真实意思不一致。两者之关系，类似大陆法中不知与错误的关系，[100]都为规范意义上的错误制度所统辖。

当然，与大陆法相比，英美法的错误概念要狭窄得多。

按照上述逻辑，学者们一般分“遗嘱整体的错误”和“遗嘱部分的错误”两部分讨论普通法有关遗嘱错误的规则，每一部分又会细分考虑遗嘱人和代书人之不同情况。[101]就“遗嘱整体的错误”，In the Goods of Hunt 是一个无法绕开的案例：一位妇女在她同住的姐妹准备的遗嘱上签字，误以为这是她自己的遗嘱，该遗嘱被拒绝进行遗嘱检验。法官认为，遗嘱人对她签署的这份遗嘱并无认知：“她要是了解遗嘱内容，就不会签字。”[102]在代书遗嘱中，根据 Hasti- low v. Tufnell 案确立的规则，即使遗嘱人对代书人表示，“我将签署你为我起草的任何遗嘱”，如果遗嘱人不知遗嘱内容，遗嘱也是无效的。[103]这里的法理是：一个有效的遗嘱反映的是遗嘱人自己的意志，是他自由决定的结果，即使遗嘱的内容不必来自遗嘱人，但他也需认知并同意它们。就“遗嘱部分的错误”，普通法通过遗嘱更正（rectification）制度解决，仅错误部分无效。常见的情形是：遗嘱人在遗嘱中写下的是某些词，但本意却是另外的词（这也就是《遗嘱管理执行法》第 20 条所谓的“文字错误”）；[104]或者，遗嘱人出于不知或错误忘记删除了出现在格式遗嘱中的某个他并不同意的固有条款。[105]同样的原则也适用于代书人导致的遗嘱表示与遗嘱人真意不符的情况。[106]

遗嘱错误是一个价值、证据、法律技术多方博弈的领域，在“遗嘱人在正确的遗嘱上签字”这一形式要求和“已经签字的遗嘱反映了遗嘱人的真意”这一实质要求间，总是存在着意想不到的交错与冲突。2014 年初方才最终结案的 Marrley v. Rawlings & Anor 案对既有规则提出了挑战。案情很简单：Rawlings 夫妇在遗嘱中先将自己的遗产留给对方，再在后逝者终去后，将两人遗产留给他们的养子。尽管遗嘱签订时两位老人的律师和秘书都在场，但他们却错误地在对方的遗嘱上签字。错误在第二位老人（Rawlings 先生）逝世时被发现，遗嘱被认定为无效，遗产被根据法定继承规则，转移给了在遗嘱中完全没有提及的 Rawlings 夫妇的亲生儿子。养子基于两项理由诉请遗嘱有效：第一，根据 1837 年的《遗嘱法》第 9 条，遗嘱已经得到了适当的签名，由此可以断定遗嘱人“本意是通过签名赋予遗嘱效力”。但法官引用 In the Goods of Hunt 案和其它案件排除了这种可能性。第二，根据《遗嘱管理执行法》第 20 条，可以更正发生错误的遗嘱。但法官认为，本案并不属于该条规定的两种错误情况。在 2011 年的判决中，高等法院否定了对这一“签名错误”进行更正的可能性。[107]案件的上诉程序一直持续到 2014 年初才有结果。上诉法院最终支持了养子的诉请。法官所采用的推理手段是：就最后生效的、对遗产归属起关键作用的 Rawlings 先生的遗嘱而言，由 Rawlings 太太事实上签名的文本取代本应由 Rawlings 先生签名的文本。内中理由是：将遗嘱类推为商业合同，“目的是要确认当事人一方或双方签订文件时的意图，通过解释使用在文件中出现的、事实上的和嵌入在商业背景中的单词”。[108]法官并未机械套用在过往先例中形成的规则，而是通过解释方法之应用，力求使遗嘱人真意得到实现。这是一种务实且尊重常识的方法，由此扩张了《遗嘱管理执行法》第 20 条中“书写错误”的内容，将遗嘱之救济措施扩大到了“基于遗嘱人目的的更正”。这也再次证明：要对错误问题进行抽象化、制度化、体系化殊为不易，个别化的处理方式和衡平考量充斥其中，构成了消解任何建构企图的内在张力。

五、中国的遗嘱错误立法和民法典体系选择

我国民法在 1949 年后改弦更张，受苏俄法影响不小。苏俄法本身承继了“法律行为”、“意思表示”等概念和总分型的民法典立法模式，这使得潘得克吞传统在我国哪怕经历了政权更迭和时代变迁，但作为人们认识民法典体系的主要方法，却一直得以保留下来。然而，对于在民法典总则篇是否设置一个抽象的以“法律行为”为名的章节，以及在该章节名下对包括“重大误解”在内的各种意思表示瑕疵进行统括规定，上世纪 80 年代初的立法者们并非没有争论。在 1980 年 8 月 15 日发布的《中华人民共和国民法草案》（征求意见稿）中，就有一种意见认为，不应保留总则篇之“第四章法律行为”的规定。[109]这种声音在前有苏俄法影响、后则面临日、德、我国台湾地区民法理论大举入侵的年代，虽罕有却又深富远见。显而易见的事实是，无论《苏俄民法典》（1922 年和 1964 年）、《日本民法典》还是我国台湾地区“民法”，皆未在总则篇的错误制度外，专门考虑到婚姻错误与遗嘱错误的特殊性。这说明，后发国家对《德国民法典》及其潘得克吞体系的效仿，不能仅效仿其“皮”，也应注意其“骨”。

经过苏俄、日以及我国台湾地区“民法”的二次中介，我国现行民法大体上维持了一种以《民法通则》为“总则”、各民事单行法为“分则”的“有中国特色的潘得克吞体系”模式。时至今日，民法典仍未出台，这既是一种遗憾，却又为我们进行足够的检讨与反思赢得了时间。特别是，如果我们真的坚持总分型的潘得克吞体系模式，先不说总则纳入哪些制度和分则篇章结构的设计，仅观法律行为和意思表示制度与分则相关处之接洽融合，就可扪心自问，对于民法典，我们真的做好了足够的理论储备了吗？

立基于遗嘱错误这一微观制度，2000 年审结的“杨桂英诉邢元寿案”或可成为我们开展这种反思的一个契机。该案案情既复杂也简单：马某在其妻病故后，分别与原告杨某和第三人任某建立了非法同居关系。1999 年 5 月 5 日，马某立下代书遗嘱：“我年老去世后，宜良的一间半房屋和存折上的 12000 元，包括家具在内，一切归我妻杨某接受。”随后，马某将 6000 元的两张存折交付杨某。但 10 月 11 日，马某又将 12000 元存款以被盗为名挂失，并将挂失单和房产证交付任某。10 月 26 日，马某去世。在弥留之际，他立下口头遗嘱，重申了 5 月 5 日的代书遗嘱的内容，该口头遗嘱有 4 名证人见证。遗嘱人死亡后，杨某向法院提起诉讼，要求被告刑某归还其占有的房屋，要求第三人任某归还存款挂失单。云南省昆明市中级人民法院最终驳回了杨某的诉讼请求，理由有二：第一，马某 1999 年 5 月 5 日的遗嘱因为缺乏其本人签名，形式上不符合《继承法》关于代书遗嘱应由遗嘱人签名的规定。第二，遗嘱人在订立第一个代书遗嘱时，其在信用社的存款只有 6000 元，另外 6000 元于 1999 年 7 月 1 日方才存入，故该

代书遗嘱的有关内容虚假；而遗嘱人临终前订立的口头遗嘱亦为对代书遗嘱内容之重复，因此也因内容虚假而无效。据此，法院认为，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据，否则就要承担举证不力的法律后果。本案中，杨某所举口头、书面遗嘱证据不具备真实性、合法性的特征，故不具有证据的效力。因此，原告要求将遗嘱人财产判归其所有的主张，法院不予支持。[110]

法院判决中认定的遗嘱“内容虚假”意味着，遗嘱人对遗赠金额发生了认知错误，这实际上是典型的遗嘱错误问题。由于我国《继承法》在错误问题上的立法缺位（这与其它东亚潘得克吞诸继受地无异），以及多年来我国的法学教学和研究极为忽视在遗嘱、婚姻等非合同法律行为中出现的意思瑕疵问题，法官显然无意在此问题上深究下去，而仅通过在程序法上认定证据缺乏效力了事。

的确，法官在实体问题上存在着“寻法”困难。先看《继承法》第 22 条第 2 款的规定：“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。”这是《继承法》仅有的关于遗嘱人意思表示瑕疵的规定。但在本案中，遗嘱并非没有表达遗嘱人的真实意思，也不存在遗嘱受胁迫和欺诈而立的情况，遗嘱人只是对遗赠金额发生了错误：当时他只有 6000 元的存款，却在遗嘱中遗赠给了原告 12000 元。那么，可否遵循潘得克吞体系在寻法时“从后向前”（von hinten nach vorn）的顺序，[111]将此遗嘱错误问题适用于《民法通则》第 59 条的“重大误解”规则呢？答案仍然是困难的。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》（试行）第 71 条的规定，重大误解是“行为人对行为的性质、对方当事人、标的物的品种、质量、规格和数量等的错误认识”，且要“造成较大损失”，这完全是比照合同错误诸种情形而定的。遗嘱错误并不必然造成现实的较大损失，“遗嘱人在遗赠金额上的错误”也无法和“标的物的数量错误”混为一谈。可见，法院最终从遗嘱形式出发，认定遗嘱的真实性存在问题，也许是在错误问题上出现了“寻法”不得的苦衷。

但实体的问题终究还是需要回到实体解决，因为在本案中，遗嘱形式上的效力并不存在瑕疵。虽然遗嘱人在 1999 年 5 月 5 日的代书遗嘱因为缺乏本人签名，从而不符合《继承法》第 17 条第 3 款规定的要件，但他通过临终前的口头遗嘱重申了前一遗嘱的内容，后一遗嘱在形式上是完全符合《继承法》第 17 条第 5 款有关口头遗嘱的形式要件的。这样，遗嘱人至少存在着遗赠原告 6000 元的真实意思和符合形式要求的口头遗嘱。可以说，法院对遗嘱的“无效”定性并不合适。

如果将此案套用比较法资源进行考察，也许会得出较为满意的结果。罗马法、意大利法或英美法任一知识储备都有助于昆明中院法官妥贴照顾遗嘱人的真意，由此贯彻“遗嘱自由”这一继承法所应保护的最核心价值。[112]可以发现，这一案件完全符合罗马法设定的案型：“他希望遗赠 50 个币，却写成了 100 个币”（D. 30，15pr.）；“遗嘱代书人把四分之一写成了一半”（D. 28, 5, 9, 3）。按照大中含小的遗嘱解释规则，[113]罗马人的解决方案是：“50 个币是应给付的钱”（D. 30，15pr.）；“继承人是为四分之一的遗产指定的，因为四分之一被包括在一半以内”（D. 28, 5, 9, 3）。按照前述《意大利民法典》第 625 条第 1 款之规定，遗嘱在因错误而被记载的场合，只要从遗嘱的本意和其他事实，遗嘱人欲指定何人并不混同而非常明确时，遗嘱为有效。再看英美法，基于其独创的遗嘱更正制度，法官完全可以判定，仅遗嘱中出现错误的部分无效，由此将代书遗嘱中 12000 元的遗赠额（它又为后一口头遗嘱确认）变更为 6000 元。

非潘得克吞体系的罗马法、意大利法和英美法皆可填补当代中国法中的一个法律漏洞，这可能仅仅只是一个巧合，但又可能不是一个巧合。潘得克吞体系存在至今，尚不及三百年，且适用地域有限，这与漫长的人类法律文明史相比，几为九牛一毛。潘得克吞体系创造了一种对民法典的认识方法，但它既不是唯一的也可能不是最优的一种方法。正如约翰•托什所言：

我们对人类所能达到的高度的认识、对他们所能达到的深度的认识、对他们在危机中表现出的足智谋多谋的认识、对他们在满足彼此需求中表现出的敏感性的认识——所有这些知识都是对过去不同时代背景下的人们所想和所做的了解累积得到的。[114]

对于我国未来的民法典编纂，我想也应持如是的历史观：正确衡量、比较过去给我们累积的一切资源。

现今的中国民法学成长，不过三十余年。有学者一针见血地指出：“中国法学家在对民法的内在体系没有进行深入探讨的情况下，忙于外在体系的建立，是否过于盲目呢？”[115]消除盲目的方法，除了深入“中国问题”进行具有原创性的理论建设工作，拓展对域外法与罗马法的认识视野也大有必要。即使对于德国法和潘得克吞体系的优劣，也应当结合别国继受的经验进行重新定位，以避免误读。只有将类似遗嘱错误这样的具体制度一一厘清以后，制定民法典的时机才会成熟。所以，制定民法典的时机不是在现在，而是在未来。

未来，修改后的《继承法》应纳入遗嘱错误制度，并结合德、意与罗马法经验，进行动机错误与表示错误的二分规则。借鉴英美法经验，已为我国民事立法广泛接受的“可变更”规则可以用来成为修补错误遗嘱的有效措施，以最大限度保留遗嘱人的真意。由于《合同法》已经单立有重大误解和其它相关意思表示瑕疵的规定，如果在《婚姻法》中再增补婚姻瑕疵的规定，《民法通则》“民事法律行为”一节将有许多制度在事实上被架空。此时，如果再讨论民法典编纂，一个非潘得克吞体系的、不存在总则或仅有序编的、无法律行为及其相关制度的、合同错误与遗嘱错误各自分立于相应编章的民法典，或许就是我们应当认真对待的一种民法典体系选择路径。

（责任编辑：薛军）

【注释】

贵州师范大学历史与政治学院副教授。本文蒙刘家安教授、金可可教授批评指正，特此致谢！

[1]王泽鉴：《民法总则》，北京大学出版社 2009 年版，页 21。

[2]苏亦工：“得形忘意：从唐律情结到民法典情结”，《中国社会科学》2005 年第 1 期。

[3]（日）穗积陈重：《法典论》，樊树勋译，上海昌明公司 1907 年版，页 20。

[4]徐国栋语，详见徐国栋：《中国民法典起草思路论战》，中国政法大学出版社 2001 年版。亦可参见尹腊梅：“关于民法典编纂问题的讨论”，载柳经纬主编：《共和国六十年法学论争实录：民商法卷》，厦门大学出版社 2009 年版，页 29—53。

[5]所谓“达到高潮”，是指《中华人民共和国民法草案》于 2002 年 12 月首次提交立法机关审议；而所谓“归于沉寂”，则是由于学界对该部草案之极度失望（可见梁慧星：“松散式、汇编式的民法典不适合中国国情”，《政法论坛》2003 年第 1 期）、立法机关后续的消极不作为以及《物权法》、《侵权责任法》、《涉外民事关系法律适用法》等主要民事单行法的相继颁布，使得一种悲观主义论调甚嚣尘上（如柳经纬：“渐行渐远的民法典”，《比较法研究》2012 年第 1 期），而原本火热的民法典体系之争也在相当长一段时间内让位于各单行法具体制度的研究。

[6]代表性的作品，如王利明：“法律体系形成后的民法典制定”，《广东社会科学》2012 年第 1 期；孙宪忠：“防止立法碎片化、尽快出台民法典”，《中国政法大学学报》2013 年第 1 期；茅少伟：“寻找新民法典：‘三思’而后行——民法典的价值、格局与体系再思考”，《中外法学》2013 年第 6 期；易继明：“历史视域中的私法统一与民法典的未来”，《中国社会科学》2014 年第 5 期。

[7] Giovanni Orrü, Pandettistica, voce in Digesto delle discipline privatistiche , Sezione civile, Vol.13, Torino, 1995, p.250.

[8]薛军：“略论德国民法潘得克吞体系的形成”，《中外法学》2003 年第 1 期。亦可参见梁慧星：《民法总论》，法律出版社 2001 年版，页 15。

[9]详情请参阅孙宪忠：“中国民法继受潘德克顿法学：引进、衰落和复兴”，《中国社会科学》2008 年第 2 期。

[10]这其中的代表即为梁慧星教授和王利明教授。梁教授的民法典建议稿虽为七编制，实质只是将德国法上的债权编分为债权总则、合同和侵权行为三编（参见梁慧星：《中国民法典草案建议稿》，法律出版社 2003 年版）。王教授的民法典建议稿分总则、人格权、亲属、继承、物权、债法总则、合同和侵权行为七编，虽然并非照搬德国的模式，但亦属潘得克吞体系之改良（参见王利明主编：《中国民法典草案建议稿及说明》，中国法制出版社 2004 年版）。

[11]孙宪忠：“我国民法立法的体系化与科学化问题”，《清华法学》2012 年第 6 期。这个九编制的草案包括：总则、物权法、合同法、人格权法、婚姻法、收养法、继承法、侵权责任法、涉外民事法律关系的法律适用法。

[12]参见徐国栋：“民法典草案的基本结构——以民法的调整对象理论为中心”，《法学研究》2000 年第 1 期。这一思路的具体实践，参见徐国栋主编：《绿色民法典草案》，社会科学文献出版社 2004 年版。

[13]参见薛军：“法律行为理论：影响民法典立法模式的重要因素”，《法商研究》2006 年第 3 期。

[14]参见陈小君：“我国民法典：序编还是总则”，《法学研究》2004 年第 6 期。

[15]Cfr. Natalino Irti, L'eta della decodificazione, Milano, 1999.该书的中文译文为（意）那塔利诺?伊尔蒂：“解法典化的时代”，薛军译，载徐国栋主编：《罗马法与现代民法》（第四卷），中国人民大学出版社 2004 年版，页 80—107。

[16]张礼洪：“民法典的分解现象和中国民法典的制定”，《法学》2006 年第 5 期。

[17]矛少伟，见前注〔6〕。

[18]易继明，见前注〔6〕。

[19]柳经纬：“关于中国民法学体系构建问题的思考——百年中国民法学之考察之三”，《中国政法大学学报》2010 年第 4 期。

[20]语出苏力，参见苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社 1996 年版，自序。

[21]“潘德克吞体系的特征，是将抽象的共通的一般事项整理成为‘总则’，并置于民法典之始（第一编）加以规定。”陈华彬：“潘德克吞体系的形成与发展”，《上海师范大学学报》（哲学社会科学版）2007 年第 4 期。

[22]杨代雄：“潘得克吞法学中的行为与法律行为理论——民法典总则诞生的序曲”，《西南政法大学学报》2005 年第 6 期。

[23]参见谢鸿飞：“法律行为的民法构造：民法科学和立法技术的阐释”，中国社会科学院研究生院博士学位论文，2002 年，页 146。

[24]就这一立场，可特别参见尹田：“民法典总则与民法典立法体系模式”，《法学研究》2006 年第 6 期。必须说明的是，物权行为和债权行为之区分，亦是潘得克吞法学的重要特征（参见孙宪忠，见前注〔9〕），但由于这种区分与身份行为、继承行为无关，所以并不能被视为潘得克吞体系最为核心之处。还有学者认为，“潘得克吞学派将整个法律关系的理论运用到法典里面去，构建了一个完整的潘得克吞体系结构”，并主张以法律关系为中心来构建我国民法典体系（王利明，见前注〔6〕）；但批评者认为，民法典的体系化工具只能为主观权利概念，而非法律关系（张晓勇：《法律关系：民法典之体系化工具？》，《东方法学》2013 年第 4 期）。事实上，无论是前者的“法律

关系中心论”，还是后者的“主观权利中心论”，以法律行为为基础的民法总论（则）架构都在其中扮演着核心角色：按照前者的说法，“总则之中应当包括法律关系的基本要素，即主体、客体、法律行为、责任”（王利明：见前注〔6〕）；按照后者的说法，主观权利对民法总则的架构不外乎“权利的主体”、“权利的产生、消灭与变更”（包括法律事实、法律行为、不法行为、期间、时效等）、“权利的行使、侵害和保护”等，它们其实就是19世纪潘得克吞法学家的理论贡献，其应用则是五编制的潘得克吞体系（参见杨代雄：“私权一般理论与民法典总则的体系构造——德国民法典总则的学理基础及其对我国的立法启示”，《法学研究》2007年第1期）。

[25]袁康：《越绝书?越绝德序外传》。

[26]薛军，见前注〔13〕。

[27]矛少伟，见前注〔6〕。

[28]王泽鉴，见前注〔1〕，页203。

[29]Cfr. P. VOCL L'errore nel Diritto Romano, Milano,1937, p.llss.

[30]Cfr. P. VOCI, op. cit., p.14ss.

[31]D.12,6，1，1;D.12,6,65,2。

[32]D.41，4,6，1;D.41，3,32,2;D.41，2,26。

[33]D.410,7,18,3;D.11，3,5，1;D.47,21，2;D.47，14，1，4。

[34]D.23,2,57（a）;D.48,5,39（38），4;D.48,5,39（38），5;D.48,5，12（11），12;D.48,5，M（43）;D.23,2,68.

[35]D.50，17,76;D.29,2,93pr.;D.29,2,30,7;D.38，15,3.

[36]D.22,6,9,4;D.41，3,44，1;D.40,2,4，1;D.12,4,3,8.

[37]D.28，1，15;D.28，1，14;D.29,7,9;D.32，1pr.;D.29，1，11，1.

[38]D.2，1，15;D.5，1，2pr.;D.39,3,20;C.1，18,8;D.50，17，116,2.

[39]D.18，1，9pr.;D.19,2,52.

[40]D.12，1，18pr.;D.12，1，18，1.

[41]D.18，1，9pr.;D.M，7,57;I.3，19,23;D.10,3,29pr.;D.18，1，15pr.;D.28，1，21，1;D.30,4pr..

[42]D.18，1，9,2;D.18，1，11;D.18，1，14;D.45，1，22，pr..

[43]D.18，1，9，1;D.45，1，32.

[44]D.18，1，10;D.18，1，45;D.19，1，21，2;D.18，1，41，1.

[45] A. GELLIO, Notti Attiche, Vol. I, a cura di Giogio Bernardi —Perini, Torino,1992, p.650.

[46]Ulp.24，19:“遗赠既不会因错误表示而无效，也不会因其为错误原因达成而无效……”。D.35，1，17,2：盖尤斯：《裁判官告示评注?论遗赠》第2卷：“这一与错误表示有关的规则，即使在出现了有关错误原因的陈述时，仍然得以适用……”。

[47]参见徐国栋：《优士丁尼〈法学阶梯〉评注》，北京大学出版社2011年版，页306。

[48]D.35，1，17,2;D.35，1，72,6.

[49]D.5,2,28;D.28,5,93（92）;C.6,24,4;C.6,21，9.

[50]I.2,20,31.

[51]D.35，1，72,6;C.6，M，1;D.32，11，16.

[52]这特别表现在一些涉及奴隶[D.28,5,41（40）]和军人（C.6,24,3pr.;C.6,24,3，1）的案件中。

[53]D.35，1，17pr.;D.35，1，17，1.

[54]D.35，1，33pr.;D.35，1，34.

[55]D.28,5,9，1;D.30,4pr..

[56]D.28,5,9pr..

[57]D.28,5,9,2;D.28,5,9,3;D.28,5,9,4;D.30，15pr..

[58]Cfr. P. VOCI, op. cit., p.1.

[59]唐晓晴：“意思表示错误的理论与制度溯源”，《华东政法大学学报》2008年第2期。

[60]（德）维尔纳?弗卢梅：《法律行为论》，迟颖译，法律出版社2013年版，页522。

[61]唐晓晴，见前注〔59〕。上一部分已经显示，在罗马法中，错误问题并非仅在契约范围内考察。在中世纪，对非属于契约领域的婚姻错误和遗嘱错误的讨论也是普遍存在的，参见徐国栋：“无效与可撤销婚姻中诚信当事人的保护”,《中国法学》2013年第5期;G.. Chiodi, L'interpretazione del Testamento nel Pensiero dei Glossatori, Milano,1996.

[62]梅伟：《意思表示错误制度研究》，法律出版社2012年版，页7。《法国民法典》第180条、《意大利民法典》第122条明文规定有婚姻错误条款；就法、瑞、意有关继承错误的规定，参见赵毅：“论继承法中的‘错误’——以大陆法系民法典继承编为中心”，《广西大学学报》（哲学社会科学版）2014年第5期。英美法的情况，可参见本文下一部分的分析。

[63]代表性的作品，如 Martin Josef Schermaier, “L'errore nella Storia del Diritto”, 24 e America

Diritto Romano commune, 228—255 (2007); Reinhard Zimmermann, The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition, Clarendon Press, 1996, p. 609—617; 弗卢梅，见前注〔60〕，页 522—533；张凯鑫："萨维尼错误论之定位——以自十七世纪起至萨维尼止之理论发展为中心"，载《民事法学的现代课题与展望：温丰文教授六秩五华诞祝寿论文集》，元照出版有限公司 2011 年版，页 138—177。

[64]其第 1 条曰："所谓意思表示，是应该发生某事或者不发生某事的意图的客观表达。"（德）汉斯?哈腾保尔："法律行为的概念——产生以及发展"，孙宪忠译，载杨立新主编：《民商法前沿》（2002 年第 1、2 辑），吉林人民出版社 2002 年版，页 141—142。

[65]同上注，页 142。

[66]梅伟，见前注〔62〕，页 68—69。

[67]弗卢梅，见前注〔60〕，页 523。

[68]Cfr. Federico Carlo De Savigny, Sistema del Diritto Romano Attuale, Vol III, traduzione di Vittorio Scialoja, Torinio, 1900, p. 99.

[69]Cfr. Federico Carlo De Savigny, op. cit., p. 342—343.

[70] Federico Carlo De Savigny, op. cit., p. 99.

[71] Cfr. Federico Carlo De Savigny, op. cit., p. 356—404.

[72] Federico Carlo De Savigny, op. cit., p. 140—141.

[73]梅伟，见前注〔62〕，页 89。

[74]相关学理分析，可参见（德）汉斯?布洛克斯，沃尔夫?迪特里希?瓦尔克，《德国民法总论》（第 33 版），张艳译，中国人民大学出版社 2012 年版，页 271。

[75]《德国民法典》第 2078 条规定："①以被继承人就其表示的内容发生错误，或根本无意做出这一内容的表示，且须认为被继承人在知道事情的状况时就不会做出该表示为限，终意处分可以被撤销。②以被继承人因错误地认为或期待某一情事的发生或不发生，或因受不法胁迫致使为该项处分为限，亦同。③不适用第 122 条的规定。"陈卫佐译注：《德国民法典》，法律出版社 2010 年版，页 581。

[76]参见（德）卡尔?拉伦茨：《德国民法通论》（下册），王晓晔等译，法律出版社 2003 年版，页 567。

[77]布洛克斯等，见前注〔74〕，页 270。

[78]参见王天凡："'错误的表示无害'原则及要式法律行为之效力"，《比较法研究》2011 年第 6 期。

[79]（德）迪特尔?梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社 2001 年版，页 31。

[80]布洛克斯等，见前注〔74〕，页 260。

[81]参见渠涛："日本民法典的历史解读"，载渠涛编译：《最新日本民法》，法律出版社 2006 年版，页 478。

[82]参见赵毅："论错误与继承法——以罗马法为中心"，《甘肃政法学院学报》2013 年第 3 期。

[83]梅伟，见前注〔62〕。

[84]参见陈棋炎、黄宗乐、郭振恭：《民法继承新论》，三民书局 2010 年版，页 304。

[85]林秀雄：《民法亲属继承争议问题研究》，五南图书出版公司 1989 年版，页 339。

[86]薛军，见前注〔13〕。

[87]《意大利民法典》第 1324 条："除了法律有不同规定的外，在可准用的范围内，调整契约的规范同样准用于当事人生前的具有财产内容的单方行为。"《意大利民法典》，费安玲、丁玫译，中国政法大学出版社 1997 年版，页 357。

[88]Cfr. Vittorino Pietrobon, L'errore nella Dottrina del Negozio Giuridico, Padova, 1963, p. 474.

[89]Cfr. Mario Bessone, a cura di, Lineamenti di Diritto Privato, Torino, 2006, p. 457.

[90]Cfr. Paolo Cendon, a cura di, Commentario al Codice Civile, art. 456—712, Successioni legittime e testamentarie, Milano, 2009, p. 1153.

[91]第 1 款曰："因胁迫或者欺诈或错误订立的遗嘱，可以由任一利害关系人提起撤销之诉。"第 3 款曰："提起撤销遗嘱之诉的权利自知晓胁迫、欺诈或者错误之日起经过 5 年不行使而消灭。"《意大利民法典》，见前注〔87〕，页 179。

[92]Cfr. Paolo Cendon, op. cit., p. 1167.

[93]Cfr. C. Massimo Bianca, Diritto Civile, II, La Famiglia - Le Successioni, Milano, 2005, p. 833s.

[94]徐国栋，见前注〔47〕，页 306。

[95]徐国栋，见前注〔47〕，页 305。

[96] Cfr. C. Massimo Bianca, op. cit., p. 835.

[97]See Stephen Cretney, Gerald Dworkin, The Law of WiLLs, Stevens Sons, 1971, p. 43.

[98]Barry v. Butlin （1838）2 Moo. P. C. 480.

[99] See Roger Kerridge, Parry and Kerridge: The Law of Succession, Sweet Maxwell, 2009, p. 73.

[100]在泽莱蒂看来，只有从心理学的角度，对错误和不知之分才有意义。错误是一种事实，而不知是一种状

态，后者在心理过程中一般作为错误原因的前例而存在。错误表达的是一种现象，处理的是能动的和效力的方面，不知则表达的是静态和原因的方面。但如果不在心理学上对他们进行研究的话，对两者进行区分无任何意义。Cfr. Ugo Zilletti, La Doeerina dell;errore nella Storia del Diritto Romano, Milano, 1961，p.l.

[101] See Roger Kerridge, Supra note 99, pp.74—75.

[102]In the Goods of Hunt （1875） LR 3 P D 250,252.

[103]Hastilovu v. Tufnell （1833）4 Hagg.Ecc.465,477.

[104]See In the Goods of Swords [1952] p.368.

[105]See Re Phelan [1971]3 All ER 1256.

[106]See In the Goods of Oswald （1874） L.R.3 P. D.162； Morreil v. Morreil （1882）7 P.D. 68；Smith v. Thompson （1931）47 T.L.R.603; In the Goods of Walkeley （1893）69 L.T.419; In the Goods of Boehm [1891] p.247； Re Reynette — James [1976]1 W.L.R.161； Re Morris [1976] p.62,79—81.

[107] See Marley v. Razvlings & Anor [2011] EWHC 161（Ch）.

[108] Marley v. Razvlings & Anor [2014] UKSC 2（22 January 2014）.

[109]参见何勤华、李秀清、陈颐编：《新中国民法典草案总览》（下卷），法律出版社 2003 年版，页 377。

[110]参见国家法官学院、中国人民大学法学院编：《中国审判案例要览》（2001 年民事审判案例卷），中国人民大学出版社 2002 年版，页 39—43。

[111]梅迪库斯，见前注〔79〕，页 34。

[112]“实施私有财产制度，自应承认处分私有财产之自由，此所有权绝对之原则，亦应承认私有财产之主体于死亡前得以遗嘱自由处分其遗产。”林秀雄：《继承法讲义》，元照出版有限公司 2009 年版，页 4。

[113]D.50，17，llOpr..保罗：《告示评注》第 6 卷：大中含小（In eo, quod plus sit, semper inest et minus）。对于这一规则在哲学上反映出的整体与部分关系的逻辑，See Gergely Deli, “The Underlying Philosophical and Legal Theoretical Problems of General Clauses in Roman Law”,12 Rivista Internacional de De- recho Romano,58—59（2009）.

[114]（英）约翰?托什：《史学导论》，吴英译，北京大学出版社 2007 年版，页 27。

[115]杨振山、王洪亮：“继受法律的理性科学化——当代法学家的使命与继受法律的理论化”，《比较法研究》2004 年第 1 期。

同居等亲密关系者之间的暴力应视为家庭暴力
——专访中国社会科学院法学所研究员薛宁兰

2014 年 12 月 31 日　中国妇女报 王春霞

反家庭暴力法（征求意见稿）第二条对家庭暴力主体及法律适用范围进行了界定。这一规定是否符合我国反家暴工作的实际需要？本报记者就此专访了中国社科院法学所研究员薛宁兰。

征求意见稿调整的主体范围显得过于狭窄

记者：征求意见稿第二条规定，本法所称家庭暴力，是指家庭成员之间实施的身体、精神等方面的侵害。您认为该规定对家庭成员的范围界定是否恰当？

薛宁兰：严格地讲，家庭成员并不是法律术语，在我国现行法律中，只有近亲属的概念。按照民法通则及其司法解释的规定，近亲属包括配偶、父母子女、兄弟姐妹、祖父母孙子女。现实生活中，这些近亲属有些是有共同生活关系的，通常称之为家庭成员，有些则没有共同生活关系。征求意见稿第二条第二款关于家庭成员的界定本身并无不当，但以之作为家庭暴力法调整的主体范围，显得过于狭窄。

我认为，对家庭暴力主体范围的确定不要侧重于暴力发生的场合，而应强调主体之间有无特定的亲密关系。亲属关系当然是一种亲密关系，只要是一定范围内的亲属，他们之间的暴力就是家庭暴力。实际上，我国当前即便是父母子女，很多也不在同一屋檐下共同生活，儿媳和女婿，自然多不与公婆岳父母共同生活。

其次，征求意见稿第二条第二款列举了配偶、父母子女以及其他共同生活的近亲属，将本法所称家庭成员限定在具有婚姻、血缘关系的人之间，是否包括儿媳与公婆、女婿与岳父母这些直系姻亲，并没有明示。按照现行法律规定，儿媳和公婆、女婿和岳父母并不属于近亲属，但是，一定比例的家庭暴力是发生在儿媳和公婆之间、女婿和岳父母之间的。

再次，我国民法通则、刑诉法对“近亲属”的范围界定存在差异。法律对同一概念解释不一的现状表明，我国制定民法典，完善婚姻家庭编时，应增加亲属的通则规定，对亲属的种类、近亲属的范围等作出界定。鉴于此，反家暴法对主体范围的界定无需必须遵循现行法，可以有所突破，第二款对家庭成员的解释可以通过列举性规定，将直系姻亲包括进来。或者，修改第一款，将家庭暴力界定为具有婚姻、血缘、姻亲等亲密关系的人之间发生的一方侵害另一方身体、性、精神等的行为。这样便无需对家庭成员作出解释。

需要指出的是，征求意见稿将具有家庭寄养关系的人员之间的暴力行为，视为家庭暴力，值得肯定，有利于对这类未成年人的保护。

和一般社会成员之间的暴力存在实质性区别

记者：有观点认为，有同居、前配偶等关系人员之间发生的暴力行为，与一般社会成员之间发生的暴力行为没有实质区别，由治安管理处罚法、刑法等法律调整，不需要纳入反家庭暴力法的调整范围，您怎么看？

薛宁兰：前配偶、同居者等关系者之间发生的暴力和一般社会成员之间发生的暴力并不相同，存在实质性区别，应纳入反家庭暴力法的调整范围，理由有以下三点：

第一，前配偶、同居者等关系人员之间发生的暴力与家庭成员之间的暴力存在着一系列的共同特征。例如，长期稳定的同居关系与婚姻关系相类似，同居者尤其生有子女后实际上形成了一种家庭关系；当事人双方存在或曾经存在着情感的依恋关系和经济的共同生活关系；他们之间的暴力行为反复发生，具有周期性和隐蔽性，外人难以知晓；加害人行为的动机往往是为了控制对方。

第二，符合国际标准，并有其他国家和地区先例。1996 年，联合国经济及社会理事会人权委员会通过的《家庭暴力示范立法框架》，建议各国立法界定家庭暴力时“采用尽可能宽泛的有关家庭暴力行为以及在家庭暴力中的各种关系的定义”。目前，绝大多数国家和地区的反家暴法对家庭暴力主体范围的界定既包括亲属关系（婚姻关系、血亲关系、姻亲关系），也包含同居关系、伴侣关系等亲密关系，并且不限于当下的关系，前配偶、前同居者、前伴侣关系也包含其中。

第三，这是反家庭暴力法的性质决定的。家庭暴力法不是家庭法，而是社会法。它的主体范围可以不与家庭法完全一致。我们对家庭暴力不能仅从字面上理解，将之严格限定在婚姻家庭范围内。“家庭暴力”一词在英文中用“domestic violence”表示，本意是指具有一定亲密关系的人之间的暴力。“一定的亲密关系”有哪些？婚姻关系肯定是，亲子关系也是，这两类关系的当事人双方是共同生活在一个家庭之中，有着共同生活关系。随着人们性观念和婚姻家庭观念的变化，一些人不结婚、不登记便共同生活，形成一种非婚的同居关系。这种关系虽然没有婚姻之名，但也是一种共同生活关系，它与婚姻关系在实质内容上几乎是完全一致的。我国还没有专门调整同居关系的法律，然而，对于现实生活中发生的同居者之间的暴力，法律不能视而不见，制定反家庭暴力法将此类暴力纳入调整范围，是我国法律加强对公民基本人权保障的体现。

总之，我国立法一方面要立足国情，同时还要顺应国际反家暴立法趋势，将同居关系、伴侣关系，以及前配偶关系者也纳入法律的保护范围。考虑到法律之间的协调和公众的接受程度，可以将这类非家庭成员之间的暴力视为家庭暴力，具体作法是在法律中增设准用条款。

将其视为家庭暴力在于预防和制止家暴

记者：有观点认为，如果把同居等关系者之间发生的暴力行为视同家庭暴力，就表明我国法律认可同居关系，您怎么看？

薛宁兰：这是两个不同性质的问题。我国现行婚姻法及相关司法解释强调，合法婚姻必须符合结婚的实质要件和形式要件，明确禁止有配偶者与他人同居。这是维护男女平等的一夫一妻的婚姻制度的需要。除有配偶者与婚外第三人同居为法律禁止外，法律并没有禁止无配偶的两个人同居，也没有禁止他们形成一种类似于家庭的共同生活关系。

不可否认，在我国现行法律体系中，还没有专门调整同居关系的法律，但这并不表示同居关系是违法的，也不意味着未来我国不制定这方面的法律。当前，制定家庭暴力法时将同居关系纳入调整范围，恰恰表明我国法律对家庭暴力的“零容忍”态度，即便是同居关系中的一方或双方有配偶，发生在他们之间的暴力行为同样是不能被国家所容忍的，当然是法律所禁止的。因此，建议反家庭暴力法将这类亲密关系者之间的暴力行为视为家庭暴力，根本目的在于预防和制止家庭暴力，保障生活在婚姻家庭等亲密关系中的人们享有基本人权。

体外早期胚胎的法律地位/王丽莎

体外早期胚胎[1]的法律地位

2015 年 1 月 5 日　图/邹挺骞 海坛特哥　　新乡医学院管理学院　王丽莎*

摘要：人工辅助生殖和克隆技术均可以产生体外早期胚胎，但两种体外胚胎都处于囊胚阶段，不具有任何人的组织、器官和结构，因此，不具有人的主体资格。但是，因为体外早期胚胎具有发育成人的全部基因，是特殊的物，在物格制度里拥有最高的物格。

关键词：体外早期胚胎；法律人格；法律物格；

生命科学的发展正在深刻地促进着人类的文明和进步，改变着社会的进程和面貌，同时使人对未来充满了疑虑。从第一个试管婴儿路易斯·布朗出生以来，人工辅助生殖技术有了突飞猛进的发展，但是人工体外受精后未植入母体前的早期胚胎的法律地位问题依然没有解决。克隆技术和胚胎干细胞研究的兴起，更为体外早期胚胎的使用与保护增添了复杂的伦理和法律困惑。受精卵（也称为早期胚胎）在生物学而言，具有发展成为独立人类所需全部基因物质的生命，能继续生长成婴儿，而其法律上的定性，在理论、实务上引起许多争议，随之而来的相关问题也给各界带来无限困惑。体外受精—胚胎移植很难一次成功，因此往往会把部分已发育的早期胚胎冷冻起来备用，而冷冻胚胎能否无限的冷冻保存、成功受孕后剩余的胚胎如何处置等一系列问题，都迫使医学、伦理学和法学学者们开始思考体外早期胚胎的民法属性，以求尽速确定体外早期胚胎的法律地位，使其得以受到应有的尊重与保护。

一、体外早期胚胎属性的民法学说

体外早期胚胎是生物个体生命初始的细胞形态，经由不断分化、成熟，而发育成为继续接棒传递遗传物质的新生物个体，使物种不断传延下去。可是，人的生命究竟从何时开始，对于很多自然科学家来说，是一个无法回答的问题，因为没有一个特殊时刻可以说是生命的真正开始，生命是一个持续不断的发展过程。[1]因此，尽管德国联邦宪法法院曾宣示：“人类的生命存在何处，人性尊严就在何处”，[2]但是，体外早期胚胎是否具有人类的生命，并因此拥有人性尊严依然是一个难题。

不是说一旦在科学上确立人类的生命始于精子与卵子的细胞核结合之时，便可以同时确立受精卵的主体地位。以新康德主义为代表方法二元论的基本立场是，不可能由事实推论出规范，由存在推论出当为。[3]因而，胚胎的地位问题，并非单纯的自然科学问题，而是一个道德与法律问题。如果我们接受方法二元论，则正确的提问应该是“早期胚胎（受精卵）发展到什么阶段才具有道德或法律的意义”，[4]这样的问题固然不能背离自然科学的认知，但并无法单纯由自然科学来决定，然后从天赋人权推论到“天赋胚胎权”。

体外受精卵的法律地位，在理论上存在多种认识，借鉴我国台湾学者王富仙教授对此作的总结[5]，典型的观点有：

第一，人格说。日本学者北川善太郎认为，将冷冻受精卵视为物并不妥当，应当将生物体作为新的权利主体在法律上进行确认，使之在性质上区别于物。[6]美国的一些反对人工妊娠的团体以及英国天主教主教团等团体也持这一观点。如美国路易斯安那州1986年修正法第126条规定，体外受精卵为生物体上的人(biological humanbeing)，既非受理手术的医疗机构也非精卵提供者的财产。如果体外受精的病人出示其身份，依照该州民法典的规定，其父母的身份将被保留，无法证明其身份者，医疗机构为胚胎的暂时监护人，直到胚胎植入子宫时为止，该机构应对胚胎尽善良管理人的注意义务。依上述规定，可以认为胚胎在该州具有法律上的人格（juridicaial personhood）。[7]

第二，物格说。美国不孕协会主张，虽然早期胚胎较人类的细胞组织更值得加以尊重，但不得视之为人(actual person)。因为胚胎固然有成为真正的人的潜力，但在没有发育成为具有人类特征的独立个体之前，仍只能视为具有生物学上之物。我国台湾地区学者持此观点者也颇多。

第三，具有人的生命，但尚非有个体生命的人格说。美国伦理助言委员会采取中庸见解，即受精卵虽拥有人的生命，但没有具有个人生命的人格。

第四，介于人物之间的权利主体或客体的中间说。这种观点认为，德国民法典关于动物不是物的规定开启了一个介于人与物之间的中间概念，胚胎或受精卵可以纳入此类概念之中。美国高等法院在Davis诉Davis一案中，就采用了美国生育协会伦理委员会（Ethics Committeeof the American Fertility Society）所持的中间说，认为胚胎具有特殊的地位，此地位居于人与财产之间。

第五，潜在的人格说。此种观点为法国生命和健康科学伦理咨询委员会所支持，认为胚胎自受精时起就存在潜在的人格。

第六，道德主体说。这种观点认为，胚胎不是物，也不是社会的人，但为生物的人，具有发展为社会的人的潜力，因此，应当具有比一般生命物质更高的道德地位，因此应受法律保护。1981年欧洲理事会各委员会均认为即使胚胎不具有法律主体地位，也应给法律保护。

第一种观点，认为受精卵具有人格属性，显然与现行法律相违背。体外受精卵不能作为民法上的“人”加以保护，从历史悠久的人工流产技术，或是为了新生儿健康为目的所实施的产前检查，以及曾引发高度争议但现已被普遍接受的人工辅助生殖技术中，都可以得出这一结论。对于母亲堕胎权利的确立可知，在胎儿未出生前，胚胎或胎儿存活的利益与母亲利益冲突时，原则上应以母亲为优先；除非已发展出脱离母体后具有独立存活的能力，或给予特殊理由而法律介入对母亲的堕胎权利加以限制。所以，即使在英美关于堕胎争议不断的情形下，从相关案例关于人工流产的规范中可以推断出，胚胎并不完全具有法律所保护的权利主体性。

另外，即使根据对胚胎研究持最保守态度的德国联邦宪法法院宣示的：“人类的生命存在何处，人性尊严就在何处”。[8]人的生命起始于何时，应当考虑当代科技水准并观察社会通常的观念，不能仅仅由法律学者以哲学上的思想或法学哲理抽象推理而得。正如美国联邦最高法院在Roe v. Wade一案中，法院认为：“本院无须在此解决‘生命究竟始于何时’的难题。因为就人类目前知识发展的阶段来说，当医学、哲学、神学等各界有识之士，都无从达成共识的时候，司法部门也不应该主观臆断此问题的答案。”[9]现有医学上的观察，受精卵的着床率只有30%—40%，[10]着床后的胚胎活产率则为70%左右，[11]只有经过自然选择成功着床于子宫内膜的受精卵才有继续发育成为人的相当可能性，而且，通常所谓“受精后14天前”的时点设定，也是因为通常情况下，早期胚胎在受精后14天才完成着床并发育出神经管及其他器官的。因此，植入母体前的体外早期胚胎不能视为人生命的开始，也不能拥有人性的尊严。

第四种观点，根据德国民法典“动物不是物”认为，此规定开启了一个介于人与物之间的中间概念，受精卵可以纳入此类概念之中。但是，从德国民法典有关动物内容的逻辑体系上看，动物依然处于法律物格地位。该条规定于总则编第二章“物、动物”中，实际上同第一章有关“人”、“法人”的规定形成照应，构成主、客体的架构。而且第90a条虽规定“动物不是物”，但第903条“所有权人的权限”中新增的后段仍然规定“动物的所有权人在行使其权利时，应注意有关保护动物的特别规定”，既称“动物所有权人”，当然是将动物作为所有权的客体对待的。

对此，有学者认为“德国民法典否认动物是物，但并未否认动物是物权的客体。故一般说物权的客体是物时，还应明确物权的客体还有动物”。[12]因此，民法体系中并没有在主体、客体的二元结构外开启第三类的中间概念，此观点所依之基础理论值得商榷，该观点则更无法使人信服。

徐国栋教授也有相似的观点，他将体外胚胎的法律属性学说归纳为“客体说”、“主体说”和“中介说”，并对“中介说”极力推崇。[13]“中介说”认为受精胎胚是介于人与物之间的过渡存在，因此应处在既不属于人，也不属于物的“受特别尊敬”的地位。之所以只授予人类胎胚而不授予任何其他人类组织这种地位，乃因为前者具有成长为新生儿的能力。[14]我们认为，这种观点是值得商榷的。从自然属性上说，自然社会中的所有的物理形态的物，在市民社会只能分为两种类别，一种是人，一种是物。人是权利主体，物是权利客体。权利主体对权利客体的关系，是支配与被支配的关系，权利主体永远支配权利客体，而不能是权利客体支配权利主体。所以，人永远支配物，而不能由物支配人。某种物虽然特殊，但是民法也不能使其成为支配者，不能成为权利主体，也不能成为权利主体和权利客体之间的一种中间状态。

五、六种观点主要是从伦理学的角度，认为受精卵虽然不是人，但是应当受到特殊的保护。其实，从受精卵的法律属性来说，他们的观点也暗含了对于受精卵不具有法律主体资格的认可。但是，受精卵在伦理上应当受到特殊保护，具有特殊的权利，该权利与法律上的权利不同。权利有法定权利与道德权利之分，我们通常所讲的权利大多是法定权利，也称为法律权利，指的是法律所允许的权利人为了满足自己的利益而采取的、由其他人的法律义务所保证的法律手段。因此，法定权利是与义务相对应的特定概念，是基于法律、法规或规章的规定而产生的权利。而“‘道德权利’一词可以用来表达所有这样的权利：它们是先于或独立于任何法规或规章而存在的权利。它们之间除了不(必然)是法定的或规定的这一点以外很少有共同之处”，可初步区分为习惯的权利、理想的权利、凭良心的权利及履行的权利。[15]显然，伦理学者主张的受精卵得到特别保护的“权利”，更多的是从道德角度所做的论述，仅具有道德的意义。而道德与法律的关系虽然紧密，但两者存在根本不同，法律规范通过或能够通过国家强制来保障，而道德规范旨在洞察行为者的内心自由。“法的实质合法性既不得与道德效力混为一谈，亦不应将法律与道德决然割裂。法律最好被理解为对于弱势之后传统道德的一种有效补充与配合(com-plement)”。[16]

二、体外早期胚胎物的属性

体外早期胚胎有物的属性，它们具有民法中物的特征，即独立于人体之外，能为人所感知与支配，并且具有一定的价值，能够满足人们社会生活的某种需要。因而，它应属于物的一种，可以成为民事法律关系的客体。

人胚胎在母体子宫中的发育经历 38 周（约 266 天），可分为三个时期：从受精卵形成到第 2 周末二胚层胚盘出现为胚前期（pre-embryonicperiod）；从第 3 周至第 8 周末为胚期（embryonic period）。在此二期，受精卵由单个细胞经过迅速而复杂的增殖分化，历经胚（embryo）的不同阶段，发育为各器官、系统与外形都初具雏形的胎儿（fetus）；从第 9 周至出生为胎期（fetal period），此期胎儿逐渐长大，各器官、系统继续发育，多数器官出现不同程度的功能活动。胚前期和胚期质变剧烈，胚期量变显著。[17]在目前医学科学发展的情况下，可以产生体外早期胚胎的技术包括体外受精—胚胎移植和克隆两大技术。体外受精—胚胎移植技术产生的精子和卵子结合，发育成为早期胚胎后，移植入母体子宫；而克隆技术是应用体细胞的细胞核与卵细胞的细胞质结合，在一定条件下，令其发育成为早期胚胎，这一早期胚胎不是受精的卵细胞，因此，本文采用“早期胚胎”的概念来涵盖人工生殖技术和克隆技术产生的两种体外早期胚胎[2]。

人工辅助生殖技术包括人工授精（Artificial Insemination， AI）和体外受精一胚胎移植（InVitro Fertilization and Embryo Transfer， IVF-ET）及其衍生术两大类。后者是目前应用最为广泛的技术，主要包括体外受精一胚胎移植、卵母细胞浆内单精子注射术（Intra Cytoplasmic Sperm Injection， ICSI）、冻融胚胎移植（Frozen-thawedEmbryo Transfer， FET）等。体外受精—胚胎移植技术是控制性促排卵后经阴道超引导下抽取卵子，将处理过的精子和卵子放置于培养液中，让精子与卵子自然结合。在一定的温度、湿度、气体、PH 值和培养液中维持胚胎发育。[18]受精卵形成后不断分裂成较小的细胞，这个过程称为卵裂（cleavage）。卵裂是在基因控制下进行的十分精确的过程。卵裂的速度很快，卵裂产生的细胞称为囊胚细胞或卵裂球（blastomere），卵裂球只是数量增多，每个卵裂球没有生长，卵裂球紧挨在一起，总体没有增大。从产生 8 个卵裂球开始，卵裂球开始重新排列，可以有两种类型：一是形成中空的球状体，称为囊胚（blastura），另一种是形成双层扁平结构，称为盘状囊胚（discoblastura）。哺乳动物中，未来的外胚层细胞形成中空的球状体及胚泡（blastocyst），胚胎本身则是从胚泡的内细胞团（inner cell mass）逐渐形成盘状囊胚。胚泡中的其他细胞则分化成为滋养层细胞。胚胎发育至囊胚期时，都是卵裂过程。[19]体外受精的卵细胞，一般在受精后 16—20 小时为原核，24—26 小时为两细胞，44—48 小时为四细胞，48—72 小时为 6—8 个细胞。[20]实际操作中，通常是在授精 48—72 小时，受精卵卵裂成 2—8 个细胞的胚胎时，挑选评分较高者进行胚胎移植的。[21]

动物克隆技术是指将一个双倍体的细胞核(当然也包含一些核周围的细胞质)与一个已经去掉(或灭活)了自己那个单倍体细胞核的卵子(生殖细胞)的细胞质重组在一起后，在一定条件下，它也能够象受精卵一样启动发育并形成胚胎、幼体或成体，又称为细胞核移植。它是利用非有性生殖的方式来完成繁殖和发育的过程。[22]这里并没有用无性敏殖这个名词，这是因为作为受体的细胞仍然是性细胞。根据供体核的来源，可将其分为胚胎细胞克隆和体细胞克隆。胚胎细胞克隆的研究历史较长，1952 年，Briggs 和 King 将囊胚期的细胞核移入去核的成熟卵内获得了

发育正常的蝌蚪和幼蛙。[23]然而，体细胞的克隆并没有那么顺利，以后相当长的一段时间内都滞留在胚胎细胞的克隆阶段，以致于胚胎学家认为体细胞的核不具有全能性。直到利用乳腺细胞克隆成功的“多莉”羊的出生，才真正动摇了这一传统的认识。尽管关于克隆人的问题，各国伦理、法律上争议不断，但是，美国《科学》杂志 2004 年就有报道称，韩国和美国科学家第一次成功克隆出了人类早期胚胎，并从中提取出胚胎干细胞。科学家们从卵丘细胞内提取出细胞核，然后将其植入同一位妇女去除了细胞核的卵细胞内，并采用化学手段刺激卵细胞分裂，共有 30 个克隆细胞经过约 7 天的时间发育到至少几十个细胞组成的、被称为囊胚的早期胚胎阶段。[24][3]

在 8 个卵裂球期，每个卵裂球在生化、形态和发育潜能上都没有差别，也就是在发育上是全能的。可是当卵裂球成团结合时，细胞处在外层还是内层，会使以后生成的卵裂球出现不同的生物学功能。处在外层的细胞生成滋养层，而处在内层的细胞则生成内细胞团而产生胚胎。受精后的第 6—7 天，囊胚逐渐长大，透明带变薄而消失，囊胚得以与子宫内膜接触，开始着床。第 12—14 天，着床完成，胚胎开始增大，局部细胞快速而大量增殖，并出现细胞迁移等复杂过程，进入了原肠胚形成期（gastrulation）。此时，出现了三种原始胚层（germ layer）的分化，形成外胚层（ectoderm）、中胚层（mesoderm）和内胚层（endoderm）。在神经胚形成期（neurulation），胚胎有了原始的原肠胚和神经管，并形成了基本的躯干规划（basic body plan）。三种胚层经过细胞分化生成各种器官的原基（rudiment），如肢、眼、心等原基，这是器官发生（organogenesis）。原基先是生成微小而精确的结构，然后逐渐长大，在生物体的各个正确部位长成各种器官和组织，这是形态建成（morphogenesis）。

在这样的一个受精卵分裂的过程中，不同阶段的细胞具有不同的功能。卵裂球是一种全能干细胞，能够产生各种细胞直到发育成为一个个体。内细胞团的一些细胞则发育命运已经定向，如将发育成内胚层、外胚层或中胚层等不同胚层，它们被称为多能干细胞，可以产生定向为某一胚层的各种类型的细胞，但不能产生其他胚层来源的细胞。还有一类细胞只能产生具有专一功能的，叫做多效干细胞。不过，1968 年 John Gordon 和他的同事们用爪蟾（Xenopus）作核移膜试验，证明已分化的细胞的细胞核有的仍能保持全能性。也就是说，在一定条件下，已经分化的细胞的细胞核可以实现重新编程（reprogramming）的过程获得全能发育的特性。30 年后，在哺乳动物个体的体细胞克隆实验中也得到了证明。[25]

培育体外早期胚胎的目的，不管体外受精卵发育的早期胚胎还是克隆技术产生的早期胚胎，当前不外乎两个：一是应对不孕不育症状，进行人工生殖。在植入母体前其实质都还是卵裂细胞组成的囊胚，具有发育的全能性，不具有“人”的任何组织、器官和结构特征。二是为了进行胚胎干细胞的研究。德国《干细胞法》对于胚胎干细胞的定义为，在体外作成，非供妊娠使用之胚胎，或者是在子宫着床完了前取出的胚胎中所采取的全能性干细胞。[26]即，处于囊胚阶段的早期胚胎中取出的干细胞，依然不具有“人”的任何组织、器官和结构特征。

在自然人作为主体存在于市民社会的时候，按照市民社会的基本理念和逻辑，人与物是对立物，构成市民社会的两大物质表现形式。尽管人的本身也是自然界的物质存在方式之一，但他是市民社会的主体，而不是像物那样只能作为市民社会的权利客体。它的基本逻辑和观念，就在于人的身体是人格的载体，而不是物的表现形式。[27]没有人的生命的体外早期胚胎不能够成为人格的载体，即体外早期胚胎具有物的属性。承认体外早期胚胎的物的属性，是符合客观事实的，并不违背人类的尊严和对自身表现形式的尊重。

参考文献：

[1] 杜内尔.胚胎实验与生殖科学[].张弛.试管婴儿的伦理问题,台湾:光启出版社,1987,13.
[2] 蔡维音.德国基本法第一条“人性尊严”规定之探讨[J].宪政时代,2007(1):43.
[3] 陈英鈐.人类胚胎干细胞研究的法问题——胚胎的基本权利地位[J].律师杂志,2003,(285):19.
[4] Mary Warnock, Making babies, 34 (Oxford2002).
[5] 王富仙.受精卵的法律地位研究[J].法学丛刊,2001(3):10-12.
[6] [日]北川善太郎.关于最近之未来的法律模型[A].梁慧星.民商法论丛(6) [C],法律出版社,1991.296.
[7] 陈美伶.人工生殖之立法规范[D].国立政治大学法律学研究所博士论文,1998.227.
[8] 蔡维音.德国基本法第一条“人性尊严”规定之探讨[J].宪政时代,,88(1):43.
[9] Roe v. Wade, 410U. S.113(1973).
[10] 陈素霞.体外受精与胚胎移植[J].助产杂志第 25 期，第 63 页。
[11] Anne-Marie N. Andersen, Jan Wohlfahrt, Peter Christens, et al., Maternal Age and Fetal Loss:Population Based Register Linkage Study, 320 B. M. J. 1708 (2002).
[12] 孙宪忠.德国当代物权法[M].北京:法律出版社,1998.6.
[13] 徐国栋.体外受精胚胎的法律地位研究[J].法律与社会发展,2005(5):56-67.
[14] 徐国栋.体外受精胚胎的法律地位研究[J].法律与社会发展,2005(5):62.
[15] [美]J.范伯格.自由、权利和社会正义[M],王守君、戴栩译,贵州:贵州人民出版社,1998.122.
[16] [德]哈贝马斯.法的合法性———《事实与规则》要义[A].许章润译,法哲学与法社会学论丛(2001)[C].北京:中国政法大学出版社,2001.135.
[17] 邹仲之.组织学与胚胎学[M].人民卫生出版社,2001.221.
[18] 耿瑶.辅助生殖技术后妊娠并发症及分娩结局的回顾性分析[D].中南大学七年制妇产科学硕士论

文,2008.5.
[19] 赵寿元、乔守怡.现代遗传学[M].高等教育出版社,2001,202-203.
[20] 韩向阳、王卓然、韩燕燕.体外受精与胚胎移植[J].实用妇产科杂志,1998(4):178.
[21] 庄光伦、周灿权、张秀俊等.人类体外受精与胚胎移植[J].中山医科大学学报,1991(4):300.
[22] 严绍颐.鱼类细胞核移植的历史回顾与讨论[J].生物工程学报,2000(16):541.
[23] Briggs R S and King Tj. Transplantation of living nuclei from blastula cells into enucleatd frog’s eggs, Proc Nat Acad Sci U S A, 1952, 38: 455.
[24] 科学家首次利用克隆技术获得人类胚胎干细胞[A].世界科技研究与发展[C],2004(2):104.
[25] 赵寿元、乔守怡.现代遗传学[M].高等教育出版社,2001,202-206.
[26] 曾淑瑜.人类胚胎在法律上之地位及其保护[J].法令月刊,2003(6):16.
[27] 杨立新.人身权法论[M].北京:人民法院出版社,2005.246.
*王丽莎（1980-），女，河南开封人，新乡医学院管理学院副教授，中国社会科学院法学研究所博士后，主要从事侵权法、人格权法和卫生法的研究。
联系方式：河南省新乡市金穗大道东　新乡医学院管理学院法学教研室
邮编：453003
邮箱：liza52534@126.com
[1]根据我国医学教材中的定义，受精或克隆后的阶段为前胚胎期，因此，通常称之为早期胚胎。德国《胚胎保护法》中对胚胎的定义则为：本法所称胚胎，首先第一须已受精，具有育成能力，为核融合时点以后的人类卵细胞，而且更须满足为了细胞分裂之必要的前提条件，有育成个体的可能性，从该胚胎可采取万能细胞者，始该当之。但是，我们是按照我国医学常识对受精后植入前的阶段称之为“早期胚胎”。
[2]本文虽然旨在以“早期胚胎”指代受精卵和克隆产生的早期胚胎，不过，学者们在研究体外早期胚胎时使用的名称不尽相同，因此，文中早期胚胎和受精卵混同使用。
[3]《科学家首次利用克隆技术获得人类胚胎干细胞》，载《世界科技研究与发展》2004 年第 2 期，第 104 页。文中的表述为“共有 30 个克隆细胞经过约 7 天的时间发育到至少几十个细胞组成的、被称为胚囊的早期胚胎阶段”，实际上，胚囊是被子植物由胚乳和颈卵器构成的单倍的配子体。哺乳动物早期胚胎的发育阶段为囊胚。引文中此处应该是笔误，我们在引用时已改正之。

法刊辑要（2014090）：《法学家（双月刊）》2014 年 6 期目录与摘要

2015 年 1 月 5 日 法学期刊目录通讯

目录与摘要

1. 区域合作协议的法律效力

叶必丰，法学博士，上海交通大学法学院教授。

摘要 在应然层面，区域合作协议对缔约主体具有拘束力。这种拘束力源于政府的诚实信用原则，其实定法依据是宪法上的“法治国家”条款、单行法条款和判例。区域合作协议也具有对缔约主体实现拘束的可能性，即被适用或被实施的可能性。实现拘束的机制是组织法机制和基于组织法的责任追究机制，动力在于公众的推动。涉及公众权利义务的区域合作协议，经立法程序或有利害关系的公众同意，对公众具有直接规制力。区域合作协议经组织机构实施，或通过行为法机制，对公众具有间接规制力。

关键词：区域合作协议　行政协议　拘束力　实效　规制力

2. 不动产登记基本范畴解析

孙宪忠，法学博士，中国社会科学院法学研究所研究员。

摘要 不动产登记法在性质上主要属于登记程序法，应对纳入不动产登记的权利类型、不动产登记的基本原则、登记管辖权、一般登记程序和特殊登记程序等问题作出规定。可以纳入不动产登记的权利不仅限于《物权法》和其他法律中规定的物权，还包括法律和行政法规规定的可以登记的债权。不动产登记的主要功用是公示不动产上的权利状态，但不动产登记对于不动产权利的变动所起的作用略有不同。不动产登记簿采取物的编成主义，只有权利人、利害关系人以及法律规定的国家机关才能查询不动产登记簿。

关键词：不动产登记　登记能力　不动产登记簿　不动产登记类型

3. 区域贸易安排与所得税差别待遇的消除：现行机制与未来路径

张智勇，北京大学法学院副教授。

摘要 WTO 多边贸易体制和区域贸易安排并不干涉其成员的所得税制度。然而，各国的歧视性所得税措施和正常税制所导致的差别待遇还是会对国际贸易和投资产生壁垒效应和扭曲作用。对于构成贸易壁垒的所得税歧视措施，区域贸易安排沿用 WTO 的非歧视原则来进行规制；对于各国所得税制所导致的差别待遇，区域贸易安排则借助国际税收协定来处理。不过，WTO 的非歧视原则和国际税收协定的现行机制并不能彻底消除所得税差别待遇，多边贸易体制和国际税收协定都有进一步完善的空间。对于追求更高自由化水平的区域贸易安排来讲，可尝试其它新的机制。

关键词：区域贸易安排　国际税收协定　所得税差别待遇

4. 唐代的请托及其法律治理困境

谢红星，法学博士，江西财经大学法学院讲师。

摘要 请托是包括唐代在内的传统社会的普遍现象。唐代实践中的请托从类型上看主要有司法请托、科举请托、铨叙请托、政治性请托；从途径上看包括直接向主司请托、委托监临势要向主司请托、委托与主司关系密切之人向主司请托、委托与监临势要关系密切之人向主司请托；从手段上看包括以财物请托、以情色请托、空手请托。唐律对请托罪作了规定，同时追究请托人与受请托人的法律责任，但效果显然不理想。既因实践中请托方式的隐蔽，也因监临势要权势的威慑抵消了法律制裁请托的威力，而根源在于传统社会公权力的私化及其有效监督之缺乏。

关键词：请托 人情社会 监临势要 公权力私化

5. 知识产权法院制度设计的本土化思维

张广良，法学博士，中国人民大学法学院副教授。

摘要 我国知识产权法院的制度设计，本土化思维至关重要。为此，有必要全面摸清我国知识产权司法保护的国情，对我国知识产权法院的职能予以准确定位，在法院层级、管辖范围、人员组成及审理规则上进行本土化的顶层制度设计。

关键词：知识产权法院 司法审判机制 本土化 司法体制改革

6. 虚假诉讼与对调解书的检察监督

李浩，南京师范大学法学院教授。

摘要 近年来我国民事诉讼中虚假诉讼频发，对司法公正造成了严重损害。虚假诉讼案件大多采用调解方式结案。为了应对虚假诉讼形成的调解书，立法机关增加了人民检察院对损害国家利益、社会公共利益的调解书提出抗诉或检察建议的规定。基于虚假诉讼形成的调解书损害的利益类型各不相同：有的损害了国家的经济利益，有的损害了社会的经济秩序，有的妨害了社会管理政策，有的损害了案外第三人利益。虚假诉讼损害的是复杂客体，所有的虚假诉讼都损害了国家司法上的利益和社会的公序良俗，因而对第三人利益造成损害的虚假诉讼的调解书也应当属于检察监督的范围。

关键词：虚假诉讼 调解书 检察监督 司法公正

7. 刑法学研究的五个关系

张明楷，清华大学法学院教授。

摘要 我国的刑法学难以适应社会发展的迫切需要，当下特别需要处理好以下几个关系：第一，强势理论与弱势理论。刑法学的研究应当从弱势理论着手，而不必以维护强势理论为目的。第二，真问题与假问题。刑法学中的真问题，应当是前提真实与客观存在，具有学术价值与实践意义，并且能够寻找到答案的问题；刑法学应当研究真问题，切忌将假问题当作真问题。第三，前见与偏见。刑法解释只能从前见出发，并且随时准备对前见进行修正，而且必须消除自己的偏见。第四，价值判断与逻辑结论。任何解释者都不能将自己的价值判断当作逻辑结论，也不应随其所好地接受任何价值判断。第五，学术批判与自我反省。刑法学研究主要是一种批判性思考，批判性思考并不只是批判他人的观点，还应包括对自己观点的反省。

关键词：弱势理论 真问题 前见 价值判断 自我反省

8. 论主客观归责间的界限与因果流程的偏离

陈璇，法学博士，中国人民大学法学院副教授，中国人民大学刑事法律科学研究中心研究员。

摘要 彻底厘清客观归责与主观归责之间的界限，既是犯罪阶层判断得以清晰化的必然要求，也是解决因果流程的偏离这一重要实际问题的关键所在。从主观归责来看，故意的认识对象仅包含行为的法益侵害危险，而不包括行为结束后的具体因果发展进程；故意的成立要件已涵盖了故意犯主观归责的全部内容。就客观归责而言，因果流程涉及的是危险实现问题；对此应当从事后的客观立场出发、结合评价规范的目的来加以判断。因此，因果流程偏离的问题纯属客观归责的范畴。

关键词：主观归责 客观归责 因果流程的偏离 故意 危险实现

9. 我国多重买卖规则的检讨与重构

孙毅，法学博士，黑龙江大学民商法学研究中心副教授。

摘要 我国司法解释中的多重买卖规则采用“成立在先”、“先行付款”等标准以及“司法制裁论”的立场存在诸多问题，应检讨并重构。重构后的多重买卖规则应与我国独特的物权变动立法模式相协调，与债权平等原则相统一，树立自由竞争理念，尊重出卖人任意履行选择权。多重买卖规则的结构为五层次的判定标准：物权优于债权、已处于物权取得的途中、出卖人的选择、合同对价充分性安全性的考量、法官衡平裁量。

关键词：多重买卖 物权变动 意思主义 登记 对抗

10. 借名买房之法律适用

马一德，中南财经政法大学法学院教授。

摘要 借名买房是指当事人一方(借名人)经他方(出名人)同意，以他方名义买房并登记，且房屋归属于借名人一方的行为。当事人常订有借名买房协议，综合合同法上的有名合同类型以及学理上关于典型合同与非典型合同的

理论，该协议应属混合合同。对该合同的法律适用，应采“结合说”，依个别给付所属合同类型的法律规定加以判断。借名登记中，出名人为房屋的登记名义人，而借名人为房屋的实际权利人，从而导致该房屋上法律物权与事实物权发生分离，在确定房屋归属时，应区分是否涉及第三人利益，以划定法律物权与事实物权的保护范围，并以此规范房屋物权变动。

关键词：借名买房　法律物权　事实物权　法律适用

11. 中国量化法治实践中的指数设计——以法治政府指数与司法公正指数的比较为中心

郑智航，法学博士，山东大学法学院讲师。

摘要 量化法治有助于政府和法院对照既有的法治标准寻找差距，从而找到法治社会建设的着力点。法治政府指数和司法公正指数是量化法治的两项重要指数。中国在这两种指数体系的设计思维上体现出同构性的特点。但法治政府指数和司法公正指数所秉持的设计思维，并不具有逻辑结构的同构性，而应该是在法治精神的指引下，根据政府和法院工作的特殊性，采取不同的设计思维。具体而言，中国的法治政府指数设计，需要强化中央与地方的权限划分、尊重公民权利、政府的行政效能以及国际规则的遵守等四方面内容；中国的司法公正指数设计，需要强化法院独立办案，改判率、发回重审率和服判息诉率，特定人群诉权保障等方面内容。

关键词：法治评估　法治政府　司法公正　法治指数　量化法治实践

12. 美国征收补偿的公平市场价值标准及对我国的启示

宋志红，法学博士，国家行政学院法学部副教授。

摘要 美国财产征收中的公正补偿具体体现为公平市场价值标准。被征收财产的公平市场价值是一种虚拟状态下的市场交易价格，需要通过各种评估技术手段予以确定，并以财产的最高最优使用为基础。依据公平市场价值标准确定的补偿是不完全赔偿也是非个性化赔偿，经过美国一个多世纪的司法实践却被证明是最为经济有效的补偿标准。我国征收补偿制度的改革应当借鉴美国公平市场价值标准的经验，剥离附着于征收补偿的社会保障功能，建立以被征收财产价值为核心的补偿制度，确立公平市场价值标准和最高最优使用规则。

关键词：征收　补偿　公平市场价值

关于继父母子女之间继承权的合理性思考

房绍坤[1]，　郑倩

摘要：继父母子女间的继承权为附义务继承权，继父母子女之间只有履行抚养义务或赡养义务的一方才能享有继承对方遗产的权利。附义务继承权符合权利与义务相一致原则的要求；附义务继承权是中华民族传统美德的体现；附义务继承权秉承了继承法重视抚养行为的意旨。抚养和赡养标准，应考虑时间上持续性，是否共同的生活事实，主观上的意愿，是否给予了财产上的开销。

关键词：继父母子女；继承权；附义务

根据《中华人民共和国继承法》（以下简称《继承法》）第 10 条的规定，已形成扶养关系的继父母子女之间享有继承权。[2] 这一规定不仅突破了确立继承权的传统基础，更被视为我国继承法在法定继承人范围上体现司法实践发展历程的一大特色。[3]我们认为，虽然这一规定的立法初衷旨在维护未成年人与老年人的合法权益，实现养老育幼、家庭和睦的理想目标，但因该规定存在较多的缺陷与漏洞，阻碍了司法实践的有效展开，且有悖于立法的初衷，需要认真检讨与反思。

继父母子女之间的继承权为附义务继承权

我国《继承法》历经近三十年贯彻实行，有扶养关系的继父母子女互享继承权这一规定已作为成文法的一部分深入人心。[4]考虑到法律的稳定性与权威性，我们认为，应当在保留原有立法结构与精神的基础上主攻症结，以期达到追求效率与兼顾公平的理想效果。

“扶养”一词，既包括长辈对晚辈的抚养教育，也包括晚辈对长辈的扶助供养。而根据上文的分析，我国《继承法》关于继父母子女之间继承权规定的症结即在于仅继父母一方对继子女履行了抚养教育义务即可在双方之间形成扶养关系，而依此扶养关系作为继子女继承权的基础极易导致继父母与继子女之间的权利义务不对称。我们认为，治愈这一症结的关键在于运用权利与义务相一致原则调整继父母子女之间继承权产生的基础。据此，继父母子女之间只有履行了抚养义务或赡养义务的一方才能享有继承对方遗产的权利。这种继承权属于附义务的继承权，即继父母只有对继子女尽了抚养义务才能享有继承权，继子女只有对继父母履行了赡养义务才能享有继承权。之所以这样认定，其主要理由在于：

第一，附义务继承权符合权利与义务相一致原则的要求。马克思指出：“没有无义务的权利，也没有无权利的

[1]作者简介：房绍坤，烟台大学教授，博士生导师，吉林大学法学院博士生导师，研究方向：民商法；郑倩，吉林大学法学院博士生，专业方向：民商法。

[2]我国《继承法》第 10 条也规定了有扶养关系的继兄弟姐妹之间享有继承权。本文阐述的观点对有扶养关系的继兄弟姐妹之间的继承权同样适用。

[3]参见何勤华、殷啸虎：《中华人民共和国民法史》，上海：复旦大学出版社，1999 年，第 313 页。

[4]参见王利明：《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）》，北京：法律出版社，2005 年，第 506 页。

义务。”[1]权利与义务相一致原则是一切法律制度的精髓与准则，当然也是我国《继承法》所有规则、制度所应遵循的指导性规范。继父母子女之间属于姻亲关系，无法援用血亲关系的法律规定，故只能通过权利与义务相一致原则确保其继承权的正当性与合理性。我国《继承法》将扶养关系规定为继父母子女之间继承权的产生基础，其结果显然同权利与义务相一致原则大相径庭。而附义务继承权严格奉行权利与义务相一致原则，使继父母子女之间继承权的享有与义务履行之间的关系更加直接、紧密，实现了衡平各方利益、巩固家庭和谐关系的理想结果。

第二，附义务继承权是中华民族传统美德的体现。饮水思源、有恩必报是中华民族的传统美德，任何一个有良知的人对于其年幼时给予关怀、教育的人，或者于其年老时给予供养、照顾的人均有予以报答的意愿。因此，继父母年老时，继子女给予了供养、扶助，继父母会愿意将自己的遗产留给对其尽了赡养义务的继子女；接受继父母抚养照顾的继子女成年后，不仅对给予其抚养照顾的继父母应当尽赡养义务，而且若其死亡，继父母对其遗产享有继承权也不会违背继子女的主观意愿。即使继子女或继父母不情愿将其遗产留给继父母或继子女，但道德良知也要求其将遗产留给继父母或继子女。

第三，附义务继承权秉承了继承法重视扶养行为的旨意。除了充分发挥权利与义务相一致原则的指导作用外，我国继承制度的另一大特点就是高度重视扶养行为对法定继承人范围、顺序及应继份额的决定作用。这种重视体现在继承法不仅将扶养行为作为姻亲关系甚至非继承人获得继承权的依据，更突出其对血亲、婚姻关系继承人应继份额多少的影响力。而且继父母子女之间扶养事实的存在并不因婚姻关系的解除而自然消灭，当事人仍可以依据已形成的扶养关系主张权利。[2] 在继父母子女之间继承权的问题上，不足之处仅仅在于没有对扶养行为按照权利与义务相一致原则进行透彻区分，但这并不能彻底否决扶养行为的功能与贡献。因此，主张废除继父母子女之间继承权的观点是从根本上推翻扶养关系对其继承权成立的决定作用，与我国继承制度之倡导背道而驰。相反，附义务继承权正是在秉承继承法重视扶养行为的旨意之基础上，重点攻克扶养关系方面的缺陷，进而促进在扶养关系模式下继父母子女间继承关系的顺利展开与实现。附义务继承权的“义务”认定标准对于我国《继承法》第 10 条规定的以扶养关系为基础的继父母子女之间的继承权，学者主张摒弃的另一个理由是我国目前理论与实务界对于扶养关系的形成没有明确、统一的认定标准，极易导致在司法实践中难以判断扶养关系的存在状态，从而影响对继父母子女继承权的界定。[3] 对此，我们认为，重视与运用扶养关系一直是我国《继承法》的立法传统与特色。作为促成姻亲关系转化为拟制血亲关系的唯一法律媒介，扶养关系在继父母子女之间的继承关系中扮演着不可取代的重要角色。因此，即使扶养关系在认定标准方面存在问题，也断不会沦落至被取缔的境地。附义务继承权即主张在保留扶养关系这一媒介的基础上，通过借鉴国外相关成熟的立法经验，对形成抚养关系或赡养关系所须履行的抚养义务或赡养义务的判定标准进行归纳、梳理，以期为附义务继承权理论的实践应用铺平道路。

1. 抚养义务的认定标准

判断继父母是否对继子女履行了抚养教育义务，应同时考虑以下四项基本要素。

第一，继父母是否给付了经济上的抚养开销。根据我国婚姻法的相关规定，不直接抚养子女的父或母也应当负担子女的生活费和教育费。这证明在抚养义务的履行过程中，父母一方提供的经济支持始终是基础且是必要的构成要件。继父母在生活、教育、医疗等方面为继子女承担一定的开销，至少可以确保继子女物质上的权益得到保护，生活与成长的基本需求得到了满足，为抚养关系的进一步展开奠定了基础。正是基于这一点，加拿大家庭法将抚养继子女的继父母称为“实际父母”，即非生父母将自己置于父母地位履行生父母义务的人。而加拿大立法判断是否具有“实际父母”身份的本质要素，就是是否对子女履行了经济上的抚养义务。[4]值得注意的是，继父母为继子女承担的抚养教育费用并不是法定义务，且为了提高继父母抚养继子女的积极性，无须用生父母履行经济义务的法律标准要求继父母。即使是给付一部分的抚养开销或用继父母与生父母再婚后的夫妻共有财产支付抚养费用，都应当视为继父母履行了经济抚养义务。

第二，继父母与继子女之间是否存在共同生活的事实。继父母子女之间本质上属于姻亲关系，与血缘关系和婚姻关系相比较为单薄、疏远，不足以支撑抚养关系的形成。而长期共同生活的事实可以为增进继父母子女之间的生活互动与情感交流提供良好的平台和契机，使双方之间产生“保持共同生活的必要性”[5]，从而为孱弱的姻亲关系增加砝码，为抚养关系的形成夯实基础。这里所强调的“共同生活”，主要是指生活居所的同一性和生活内容的一致性。只有通过每天生活在一起，才能便于继父母照顾继子女的衣食起居，给予情感上的呵护和成长过程中的帮助。

第三，继父母对继子女的抚养是否满足了时间上的持续性。单凭给付经济上的抚养开销和存在共同生活的事实两方面因素，尚不足以判定抚养义务是否履行，因为经济供养与共同居住也有可能是短暂的、临时的或断断续续的，而继父母子女之间的抚养关系须具有持续性的特征和永久性的意图，不能只是心血来潮或临时替代的付出。因此，对于认定抚养关系的形成，强调经济供养与共同生活须具备时间上的持续性是极为必要的。可以说，共同生活为继

[1] 《马克思恩格斯全集》，北京：人民出版社，2007 年，第 16 页。
[2]参见 1986 年《最高人民法院关于继母与生父离婚后仍有权要求已与其形成抚养关系的继子女履行赡养义务的批复》。
[3]参见魏小军、谈婷：《有关继父母子女关系立法的思考》，《理论探索》2006 年第 2 期。
[4]参见汪金兰：《从比较法角度看继父母子女关系》，《安徽警官职业学院学报》2002 年第 3 期
[5]王利明：《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）》，北京：法律出版社，2005 年，第 397 页。

父母子女之间生活与情感的融合提供了空间条件，而时间上的持续性则提供了时间条件。首先，父母离异或父母一方去世对于未成年子女幼小的心灵已经是偌大的创伤，他（她）还要接受一个陌生人成为自己的父母，这必然需要一定的时间消化、安抚。其次，继父母子女之间，从陌生到熟悉、从叔叔/阿姨到爸爸/妈妈的角色转换，生活习惯的相互适应，思想感情的相互接纳，家庭和谐氛围的培养，重组家庭中多方成员的交际周旋等，都必须经过长期的时间积累，不可能一蹴而就。时间既是孕育“保持共同生活必要性”的摇篮，更检验了是否具有维持这种必要性的可能。关于这一点，一些国家的相关立法为我们提供了一些可资借鉴的经验。例如，俄罗斯家庭法规定抚养的时间应不少于 5 年[1]，加拿大家庭服务法规定的年限为 12 个月[2]，阿尔巴尼亚家庭法则强调不少于 10 年[3]。为了便于在实践中对时间持续性这一要素的认定与操作，我们认为，有必要明确持续的期限。如果期限定得过短，则不利于时间功能的发挥；但若定得太长，则会导致继父母子女之间的关系长期悬而不决，不仅给继父母造成心理负担，影响其抚养继子女的积极性与耐性，更不利于再婚家庭关系的稳定。我们认为，综合考虑社会、家庭等各种因素，可以拟定在继父母子女共同生活的基础上，继父母在物质与精神上对继子女的抚养教育需要持续 3 年。

第四，继父母是否具有抚养继子女的主观意愿。以上三项要素是从客观方面界定抚养义务的履行，然而仅包含客观因素的认定标准还不够，还须考虑到意思自治原则在现代私法中的重要地位，该判定标准中当然也应当涵盖对当事人主观意愿的考量。也就是说，继父母子女之间的关系是继父母的客观行为与主观意愿对继子女所产生影响的综合反映。具体到抚养关系，即是继父母客观的抚养行为与自愿建立抚养关系的主观意思共同发挥影响力的结果。这是因为，毕竟形成抚养关系意味着在继父母子女基于姻亲关系而毫无权利义务的空白画板上勾勒出类似父母子女的权利义务。如果不考虑继父母的主观意愿而径直为其增添如此重责与负担，显然有失公平。此外，一项意思表示若想取得法律效果，须具备内心意思与外部表示两个要件且要求二者高度一致。有些继父母只是为了维系其与再婚配偶的婚姻关系而同意与配偶的子女共同生活，承担该子女一定的抚养费用并与其和谐相处。虽然这种状态符合抚养义务得以履行的三项客观要件，但继父母的内心意思显然不是站在父母的立场上抚养继子女，即继父母的内心意思与外部表示不一致，从而导致抚养权利义务在继父母与继子女之间无法产生。从现实角度分析，身为继子女一定能感受到迎合再婚配偶和甘愿担当父母两种主观意愿的区别。加拿大判例法通常从继父母的以下行为判断其欲担任父母的角色，与继子女建立抚养关系：继父母会以父母的身份经常出席继子女学校组织的活动，关心并辅导子女的学业，参与或负责子女的管教，倾听并开解子女的困惑，经常为子女或整个家庭组织各种娱乐活动，以及亲密的肢体接触如拥抱等。[4]只有以父母的心态去抚养继子女的继父母才能自然而然地做出这些行为，继子女也能通过这些行为接收到继父母愿意作为自己的父母抚养自己的信号，从而产生对继父母的信任与依赖，这种情感的良性循环正是继父母的主观意愿成为履行抚养义务的决定性判断因素的主要原因。相反，继子女是不会在心中将与自己父母结婚的“和蔼”的叔叔或阿姨描绘成父母的形象的。可见，即使满足了客观条件，欠缺或不相符的主观意愿，也将成为履行抚养义务的判定过程中的关键障碍。

2. 赡养义务的认定标准

由于抚养权利人（继子女）与赡养权利人（继父母）存在主体性差别，故赡养义务的认定标准在某种程度上也区别于抚养义务的认定标准

其一，继子女是否给付了经济上的赡养开销。物质生活质量是保障人类生活的基础指标，因此，与抚养继子女相同，履行赡养义务对于赡养继父母来说也具有难以撼动的基础地位，且亦无须遵循生子女履行赡养义务的标准给付赡养开销。在经济付出方面，继父母与继子女的主体性差别体现在，未成年继子女没有经济来源，其所需的经济支出完全依靠生父母和继父母；而继父母作为成年人，在经济上往往有各方面的保障。基于此，继子女对继父母的经济付出有必要考虑继父母的经济条件与健康状况而进行区别对待。如果继父母的经济条件和健康状况足以维持自己的正常生活，那么继子女的经济赡养义务可以相对减轻，赡养开销可以主要侧重于为继父母提高物质文化生活水平方面。如果继父母生活困难，则继子女须提供一定的经济来源，负担一定生活必需品的消耗，妥善安排继父母的住所，确保继父母基本的物质生活；若继父母患病需要就医，继子女应分担医疗费用。

其二，继子女是否给予了生活照顾与精神关怀。在我国，赡养人的赡养义务除了经济上的供养外，还包括生活上的照料和精神上的慰藉。[5]可见，判定继子女是否履行了赡养义务，亦需要考虑精神赡养。这是因为，随着人民物

---

[1]俄罗斯家庭法典》第 97 条第 2 款规定：“如果继父母教育和抚养继子女少于 5 年，或如果他们以不适当的方式履行教育和抚养子女的义务，法院有权解除继子女赡养其继父母的义务。”参见梁慧星主编：《民商法论丛》第 17 卷，北京：金桥文化出版有限公司，2000 年，第 709 页。

[2] 《加拿大安大略省子女家庭服务法》第 3 章第 37 条规定：“……当提及子女时而适用‘父、母’一词时，该词是指下列人员：(4)在根据本章而介入前的 12 个月内，持续地表明其视该子女为其家庭成员的意图或者是为该子女的父、母的身份为公众所周知并供养了该子女的自然人……”参见陈苇：《加拿大家庭法汇编》，北京：群众出版社，2006 年，第 93 页。

[3] 《阿尔巴尼亚家庭法》第 81 条规定：“……同样，如继父或者继母对继子女进行了长期抚养，并对他们在未成年时的照料不少于 10 年，则继子女必须赡养继父或者继母……”参见张贤钰主编：《外国婚姻家庭法资料编选》，上海：复旦大学出版社，1991 年，第 280 页。

[4]参见汪金兰：《从比较法角度看继父母子女关系》，《安徽警官职业学院学报》2002 年第 3 期。

[5] 《中华人民共和国老年人权益保障法》第 11 条规定：“赡养人应当履行对老年人经济上供养、生活上照料和精神上慰藉的义

质生活水平的不断提高，老年人对子女的经济依赖在逐渐减弱，取而务，照顾老年人的特殊需要。”代之的是日益强烈的生活与情感需求。而独生子女政策导致我国家庭结构取向简单化，子女成年甚至成家立业后，老年人面临的便是“空巢”的悲惨境地。尤其是退休老人在适应从白天忙工作、晚上忙孩子的充实生活突然转变为无所事事、孤独无助的艰难阶段，更需要子女的陪伴和安慰。加之可以丰富老年人精神文化生活的社会环境较为贫瘠，致使缺乏子女关怀与慰藉的父母难以获得其他的心灵寄托。长此以往，老年人极易产生孤独、抑郁、焦虑等情绪，甚至患上心理疾病。就继子女对继父母的精神赡养而言，其内容应根据继父母的实际状况而有所变化。对于身体健康、具有自理能力的继父母，继子女需要给予现实的陪伴、亲情的温暖和精神的愉悦；对于体弱多病、生活无法自理的继父母，继子女要在照料继父母日常生活起居的基础上承担以上内容的精神赡养。

其三，继子女对继父母的赡养是否满足了时间上的持续性。与抚养义务相同，继子女赡养继父母的时间上的持续性同样是判断履行赡养义务的硬性要件。不同的是，在继父母子女之间的抚养关系中，继子女是茁壮成长、活力充沛的未成年人，而在赡养关系中，继父母是年华垂暮、皓首苍颜的老年人。对于老年人来说，人生的后段时光较为短暂、宝贵。因此，赡养时间持续的期限相对于抚养来说应相应地缩短。我们认为，以 2 年为认定持续性的期间标准对于赡养权利人的继父母来说较为合理与公平。

其四，继子女是否具有赡养继父母的主观意愿。继父母子女的主体性差异对主观意愿这一条件没有产生影响，判断继子女是否履行了赡养义务仍然要考虑继子女是否具有赡养继父母的主观意愿，其原因如前述。

自书遗嘱的形式要件与法律效力*

2014 年第10 期法治研究　　杨立新**

摘要：自书遗嘱是遗嘱人亲笔书写的遗嘱。为了保证自书遗嘱表达遗嘱人处分遗产意思的真实性，法律对其规定了严格的形式要件，即须遗嘱人亲笔书写遗嘱全部内容、亲笔签名和注明年、月、日。在司法实践中，必须按照这样的形式要件审查自书遗嘱，避免认定自书遗嘱的效力发生错误。如果没有按照自书遗嘱形式要件的要求确定自书遗嘱的效力，就会造成《继承法》的适用错误，损害相关当事人的继承权。

关键词：自书遗嘱；形式要件；典型案例分析；立法建议

在遗嘱继承的诸种遗嘱类型中，自书遗嘱系遗嘱人自己亲笔所写，表达的是自己处分遗产的真实意思，是最重要的遗嘱类型，因而法律规定自书遗嘱须符合形式要件的要求，否则不能发生遗嘱的效力。本文结合一个典型案例，对自书遗嘱的形式要件及其效力进行分析说明，对与本案相关的问题提出修改《继承法》的主张。

一、自书遗嘱的形式要件及具体要求

近现代继承法虽然保留了古代罗马法以来的遗嘱类型强制的传统，但其立法目的已经与古代法时期截然不同。确保遗嘱人真实意思表示，是近现代遗嘱类型强制的首要价值目标。[1]这样的结论是完全正确的。法律对于遗嘱形式要件的严格要求，就是为了保证遗嘱的真实性，确保遗嘱表现的是遗嘱人处分自己死后遗产的真实意思。如果遗嘱的形式要件不符合法律的要求，就不能确定遗嘱人在遗嘱中表达的意思是其处分自己遗产的真实意思表示，因而违反形式要件的遗嘱不能进行继承。自书遗嘱也称作亲笔遗嘱，日本称之为自笔遗嘱，[2]是指立遗嘱人亲笔书写的遗嘱，最早源于罗马法，后世为各国民法普遍采用。由于自书遗嘱是遗嘱人亲自将自己处分遗产的意思用文字书写出来的，不仅简便易行，而且还能够保证内容真实，便于保密，因而在实践中使用极其广泛。[3]

我国《继承法》规定自书遗嘱形式要件的条文是第17 条第2 款：“自书遗嘱由遗嘱人亲笔书写，签名，注明年、月、日。”这一规定表明，我国自书遗嘱的法定形式要件应当符合以下具体要求。

（一）须遗嘱人亲笔书写遗嘱的全部内容

自书遗嘱必须由遗嘱人亲笔书写遗嘱的全部内容。这是自书遗嘱最主要的形式要件要求，也被称作自书遗嘱的本体要素。[4]只要能够确认遗嘱不是遗嘱人亲笔书写，就可以确定该遗嘱不属于自书遗嘱，不适用自书遗嘱的法律规定，不发生自书遗嘱的效力。对于亲笔书写全部内容要件的具体要求，有绝对主义和相对主义之别。绝对主义认为，自书遗嘱的全部内容必须由遗嘱人亲自书写，只要有部分内容不是亲自书写，就不构成自书遗嘱。相对主义认为，不论自书遗嘱的内容是否为遗嘱人亲笔书写，只要能够确认遗嘱内容是遗嘱人的真实意思表示，且亲笔签名，注明年、月、日的，就应当认可其效力。我国《继承法》对此究竟应当采取绝对主义还是相对主义，值得斟酌：采取相对主义条件较宽，似乎更为优越，可以将打印遗嘱、录像遗嘱、电子数据遗嘱等都概括在内，扩大自书遗嘱的范围，便于操作；采取绝对主义立场，只承认全部内容为遗嘱人亲笔书写的遗嘱为自书遗嘱，对其他法律没有规定的打印遗嘱、录像遗嘱、电子数据遗嘱等，分别承认其类型强制的效力，道理也很充分。依照我国《继承法》第17 条规定的内容观察，后一种意见更为妥当，对自书遗嘱的这一形式要件应当采取绝对主义。如果遗嘱人没有亲笔书写遗

---

*项目来源：中国法学会部级法学研究项目“继承法修改重点问题研究”[项目编号：CLS（2013）C57]。

**作者简介：杨立新，中国人民大学民商事法律科学研究中心主任、法学院教授，中国民法学研究会副会长。

[1]孙毅：《论遗嘱类型的缓和主义进路》，载杨立新等主编：《继承法的现代化》，人民法院出版社2013 年版，第234 页。

[2] [日]近江幸治：《亲族法·相续法》，成文堂 2010 年日文版，第 312 页。

[3]郭明瑞、房绍坤：《继承法》，法律出版社 2007 年版，第 144 页。

[4]同注 1。

嘱全文，不成立自书遗嘱；[1]自书遗嘱中只要有部分内容不是遗嘱人亲笔书写，也不能认为是自书遗嘱。对自书遗嘱中涂改或者增删的部分，也必须是遗嘱人亲笔进行。值得研究的是，打印遗嘱是否属于自书遗嘱。在当今社会，已经很少有人亲笔书写信函等，一般都采取电脑方式书写。经过电脑书写打印出来的遗嘱，究竟属于自书遗嘱，还是其他遗嘱，有多种不同意见。第一种观点认为，根据最高人民法院《关于贯彻执行〈继承法〉若干问题的意见》第40 条规定,公民在遗书中涉及死后个人财产处分的内容,确为死者真实意思表示,有本人的签名并注明了年、月、日,又无相反证据的,可按自书遗嘱对待。既然如此，打印遗嘱就是自书遗嘱。第二种观点认为，根据自书遗嘱须由遗嘱人亲笔书写的强制性形式要件规定，打印遗嘱不属于自书遗嘱。第三种观点认为，打印遗嘱与自书遗嘱的最大区别是其主文内容由机器打印而成,难以直接判断遗嘱为被继承人亲自书写还是他人代书，因而不能笼统地认定为自书遗嘱或代书遗嘱,应当结合被继承人是否具有计算机操作能力、遗嘱形成过程等方面的证据来综合予以认定。[2]第四种意见认为，打印遗嘱既不是自书遗嘱，也不是代书遗嘱，应作无效认定，因为打印遗嘱既不符合“亲笔书写”的自书遗嘱要求，也不符合代书遗嘱的要求，不属于其中任何一种形式。[3]第五种意见认为，打印遗嘱应作为一种独立的遗嘱类型而有效，电脑打印也是一种书写、记载方式，既然打印遗嘱不属于《继承法》规定的5 种遗嘱类型中的任何一种，但《继承法》并未规定打印遗嘱应确认无效，故只要打印遗嘱是遗嘱人的真实意思表示，理当有效。国外立法例对打印遗嘱的观点也不相同。《匈牙利民法典》第628 条规定，用打字机打成的文书，即使出自遗嘱人本人之手，也不得认定其为亲笔遗嘱；英国《遗嘱法》第9 条规定，打字机打印、铅印或交付印刷的遗嘱，严格遵循签名的规定的，承认有效。[4]日本学者认为，老年人等无法亲自书写时，由他人辅助完成也视为自书。录音带、录像带、DVD 等本来就不可以视为自书，打字生成的遗嘱等也都不得视为自书。这样就会无法和“代书”作出区别，但是，对于老年人来说，因为有些人握力衰减无法自书，这种限制在现代社会中受到了质疑。其实只要让其亲笔署名、书写日期并签好印章，应该也没有问题。[5]笔者认为，自书遗嘱的基本特征是自书。在电脑上书写尽管也是遗嘱人亲自书写，但无法鉴别打印遗嘱究竟是遗嘱人本人书写还是他人代写，因而不符合自书遗嘱内容须本人亲自书写这一形式要件的要求。故应当将打印遗嘱作为一种独立的遗嘱类型，增加见证人见证的形式要件要求，以保证打印遗嘱能够准确反映遗嘱人的真实意思表示，避免发生错误。

（二）须遗嘱人亲笔签名

遗嘱人亲笔签名，是遗嘱表现的遗嘱人的人格痕迹，因而具有认可遗嘱内容是其真实意思表示，愿意使遗嘱发生效力的作用。遗嘱人在自书遗嘱上签名，有两层含义：第一，在遗嘱落款处的签名，是遗嘱全文书写完成后，遗嘱人亲笔签名，郑重承认遗嘱为本人所写，在遗嘱上留下遗嘱人的人格痕迹。第二，在涂改、增删处签名，确认涂改或者增删的内容为遗嘱人本人所为，是对遗嘱内容的修正。遗嘱人在遗嘱上的签名是否包括盖章、捺印、画押等，有不同意见。有的学者认为，遗嘱人签名须由遗嘱人亲笔书写其姓名，而不能以盖章或捺印等方式代替。[6]在台湾地区，有学者认为遗嘱人的盖章、签名亦无不可，[7]但多数学者认为，自书遗嘱须遗嘱人亲自签名，且在解释上，不得依印章、指印、十字或其他符号代替。民法规定必须亲自签名，乃在可以借此知悉遗嘱人为何人，且足以借此知悉笔致之特征，以防止遗嘱之伪造或变造。[8]日本学者认为，由于“自书”的形式很重要，所以在上面“签章”的意义最为重要，但也不是要求必须是实在的印章，按“手印”也可以，没有签章习惯的，签字也可以。[9]

我国民法在合同法等领域，认可签字或者盖章具有同等效力，但《继承法》第17 条第2 款规定的就是签名，并不包括其他方式。因此，应当理解遗嘱人在遗嘱上的签名必须是亲笔签名，不得采取盖章、捺印、画押等方式代替签名。如果在自书遗嘱中已经留有遗嘱人亲笔书写的姓名，例如开头写明“立遗嘱人某某”为遗嘱人亲自书写，而在最后落款处没有签名，但有印章、捺印或者画押的，应认可其签名的效力。有的学者主张，自书遗嘱的签名须在遗嘱的每一页都要亲笔书写。[10]在自书遗嘱的每一页都签名固然是好，但是并不能以每一页签名为必要。在遗嘱的落款处已经由遗嘱人亲笔签名之外，在每一页以及涂改、增删处捺印，确认属实的，也应当认可该自书遗嘱的效力。

（三）须遗嘱人亲笔注明立遗嘱的年、月、日

遗嘱人在自书遗嘱上亲笔注明立遗嘱的年、月、日，是自书遗嘱的必备形式要件之一，是遗嘱的证据要素。其目的，一是为了判断遗嘱人立遗嘱时是否具有遗嘱能力，二是在有多份遗嘱存在，且内容相互抵触时，确认哪份遗

[1]同注 1，第 231 页。

[2]张董等：《打印遗嘱的法律性质与效力》，载《法学》2007 年第9 期。

[3]吴庆宝：《民事裁判标准规范》，人民法院出版社 2008 年版，第 222 页。

[4]梁芬、刘文革：《打印遗嘱效力探究》，载《人民司法·应用》2010 年第11 期。

[5] [日]近江幸治：《亲族法·相续法》，成文堂 2010 年日文版，第 312 页。

[6]郭明瑞等：《继承法研究》，中国人民大学出版社2003 年版，第116 页。

[7]胡长清：《中国民法继承论》，商务印书馆 1936 年版，第 190 页。

[8]林秀雄：《继承法讲义》，台湾地区元照出版公司2009 年版，第229 页。

[9][日]近江幸治：《亲族法·相续法》，成文堂 2010 年日文版，第 312 页。

[10]陈苇主编：《中国继承法修改热点难点问题研究》，群众出版社 2013 年版，第 557 页。

嘱为遗嘱人最后所立的遗嘱。[1]

立法之所以规定“注明年、月、日”而不是“注明日期”，是为了进一步确定立遗嘱的准确时间，以避免出现时间不准确而发生内容抵触的数份遗嘱的时间顺序不清，无法确定最后所立的遗嘱。无年、月、日记载者，内容虽无发生疑问之余地，亦为无效。[2]有年有月无日者、有月有日无年者以及有年有日无月者，均不符合这一形式要件的要求。注明的年、月、日可以是公历，也可以是农历，没有特别注明是农历的，应当推定为公历。通过其他方式能够推断出确定的年、月、日的，也为有效，如记载“某年元旦”、“某人60 岁生日”等。[3]

遗嘱记载的年、月、日应为遗嘱全部制作完毕，遗嘱人签名之日。台湾学者认为，如果遗嘱内容众多，书写数日始完成时，自应记明该完成之日期，若未记明，则遗嘱尚未成立。完成遗嘱之数日后，始记明年、月、日时，虽完成遗嘱内容之日与记明之日期不同，仍以所记明之日为准。因过失而记载与完成遗嘱之日不同之日期，依其情形可推断遗嘱人有记明真实之日之意思表示时，则该遗嘱仍然有效。这些意见都可以借鉴。[4]

遗嘱人书写遗嘱全文并注明年、月、日，其年、月、日与遗嘱作成的年、月、日不符，或者记载错误的，遗嘱是否有效，有两种意见。一种意见认为，应当区别故意或者过失及错误记载日期不一致而推定其效力，因故意记载不一致的，遗嘱无效，因为这足以推定遗嘱人有希望遗嘱不成立的意思，或至少足以断定其遗嘱非出于真意；因过失或错误记载不一致的，如果依照遗嘱内容的其他各种情形可以推断遗嘱人有记载真实日期的意思时，则遗嘱有效。[5]另一种意见认为，遗嘱是否有效应当以能够证明记载日期真实，并能够依遗嘱的内容及外部条件证明真实作成日期为断，即能够证明真实作成日期的，为有效，反之则否，不应依遗嘱人的主观故意或者过失为断。[6]笔者认为，这种情形应当根据外部条件以及遗嘱人的主观状态作为判断依据。例如，注明的年、月、日出现错误，将4 月、6 月、9 月、11 月记载成31 日，将非闰月2 月记载为29 日，如果能够确定遗嘱人为故意写错，遗嘱当然是不真实的意思表示，应当为无效； 如果是过失所为或者就是记载错误，则可以推断该月的最后一日为真实的遗嘱日期。

（四）特别说明：关于涂改、增删的问题

自书遗嘱的涂改、增删，既包括对遗嘱内容的涂改、增删，也包括对签名和年、月、日的涂改、增删，是自书遗嘱三个形式要件的共同要求，是其组成部分，在自书遗嘱效力的判断上特别重要，因此需要专门进行讨论。

我国《继承法》第17 条在对自书遗嘱的规定中，没有关于遗嘱涂改、增删如何处理、判断的规定，而我国台湾“民法”第1190 条对此有专门规定：“如有增减、涂改，应注明增减、涂改之处所及字数，另行签名。”这是因为，对自书遗嘱进行增删、涂改，是改变了原来遗嘱的内容，须遗嘱人亲自署名，证明其是遗嘱人的真实意思表示。至于涂改、增删的原因，是于遗嘱书写之际因笔误，或者写成之后要变更内容而进行增减、涂改遗嘱内容，则不论，但须说明涂改、增删的字数，同时注明涂改、增删的年、月、日。如果没有按照上述要求对自书遗嘱进行增删或者涂改，该自书遗嘱的内容无效。[7]

对待自书遗嘱的涂改、增删，须特别强调以下问题：第一，自书遗嘱的涂改、增删须是遗嘱人亲自所为，涂改、增删非为遗嘱人所为，即为对遗嘱的篡改，符合《继承法》第22 条规定的要求，篡改的内容无效。第二，对自书遗嘱进行涂改、增删，没有遗嘱人亲自签名、注明年、月、日的遗嘱，究竟是涂改、增删部分无效，还是整个遗嘱无效，应当依照《继承法》第22 条规定，认定构成篡改部分的内容无效，原来自书遗嘱符合形式要件要求的那部分内容仍然有效。

二、涉及自书遗嘱形式要件的典型案例及反对该案判决理由的意见

（一）涉及自书遗嘱形式要件的典型案例及该案判决的主要理由

1. 典型案例的基本案情。[8]

原告马立军、马立翼、胡莉燕、胡郁诉称，2011 年9 月1 日，被继承人马立良因故死亡，其生前留有自书遗嘱一份，主要内容为，被继承人马立良与其妻衣俊秀的共同财产不少于16 亿元，被继承人将其个人资产（不少于8亿元）按以下方案分配，马文莘占30%，马立军占20%，马立翼占20%，胡莉燕和胡郁占25%，其余的5%由马立军负责支配。马立良遗嘱中所确定的遗产由衣俊秀实际掌控，要求其按照遗嘱分割遗产。

被告衣俊秀、马文莘辩称，马立军、马立翼、胡莉燕和胡郁提出的诉讼请求没有事实依据，因为与其提出的诉讼请求相应的证据为无效证据，能够提供证据证明本案涉及的遗嘱签名不是马立良书写，请求法院对遗嘱的真实性进行核实；马立良在遗嘱中所列财产，属于公司法人财产，不应自书遗嘱的形式要件与法律效力予以认定；马立军、马立翼、胡莉燕、胡郁的诉讼请求没有法律依据，因四人在本案当中均不是被继承人马立良的第一顺序继承人，无

[1]郭明瑞等：《继承法研究》，中国人民大学出版社2003 年版，第117 页。
[2]史尚宽：《继承法论》，中国政法大学出版社2000 年版，第429 页。
[3]房绍坤等：《婚姻家庭与继承法》，中国人民大学出版社 2007 年版，第 323 页。
[4]林秀雄：《继承法讲义》，台湾地区元照出版公司 2009 年版，第 229 页。
[5]罗鼎：《法继承论》，台北三民书局1978 年版，第183 页。
[6]林秀雄：《继承法讲义》，台湾地区元照出版公司 2009 年版，第 432~433 页。
[7]林秀雄：《继承法讲义》，台湾地区元照出版公司 2009 年版，第 230 页。
[8]本案当事人的姓名均为化名。

权得到相关的遗产。

法院判决认定：马立军、马立翼与马立良系兄弟关系，胡莉燕、胡郁为朋友关系（实际关系是胡莉燕与马立良同居，胡郁是其私生女），衣俊秀与马立良系夫妻关系，马文莘与马立良为父女关系。2011 年9 月1 日，马立良因犯杀人罪，被判决死刑予以执行，马立军从审判该刑事案件的法庭领取了两份以同样文字书写的“遗嘱”，主要内容是对马立良约8 亿元的遗产作了上述诉称的分配。马立军将一份遗嘱交给衣俊秀。衣俊秀认为该遗嘱不是马立良亲笔所写，委托司法鉴定机构对其签名进行真实性鉴定，结论为遗嘱中落款处的“马立良”签名与样本的签名不是同一人所写，且落款处的日期有涂改痕迹。

2.争议自书遗嘱的具体内容与文书检验司法鉴定意见书的结论。

本案争议遗嘱的内容是：“我死后自愿将我全部资产包括××茶城、××小商品城、两处房产（市值应在3 亿元）。××运动会馆（市值1 亿元）。××热电厂（市值应不少于5 亿元）、××化工厂（市值应不少于1.5 亿元）。××办公楼及××市各处其他资产，含页岩矿等其他各项资产（应不少于1亿元），××公司项目，写字楼三层以下及地下车库价值（应不少于2 亿元）。以及集团各公司经营利润年应不少于3000 万元，两年应不少于5000万元。扣除集团各项负债应在几千万元。余下：总资产应不少于16 亿元。”“以上资产是我和衣俊秀的共同财产，我个人资产应不少于8 亿元，将我个人的资产按以下方案分配：马文莘占30%，马立军占20%，马立翼占20%，胡莉燕和胡郁25%。余下的5%是我身后希望把我和爸妈葬在一起的费用和支付律师的费用，余下的部分使用于在这两年帮助过我的人（由马立军负责分配）。以上所写是我真实意思表示。立遗嘱人马立良2011年9月1日”。[1]

《××物证鉴定中心文书检验司法鉴定意见书》的鉴定意见：“委托鉴定事项：1.对检材上的‘马立良’签名字迹与样本上的‘马立良’签名字迹是否为同一人所写进行鉴定；2.对检材上所有手写字迹是否有涂改进行鉴定。”“鉴定意见：对现有送检材料检验分析，认为：1.检材上‘马立良’签名字迹与样本上‘马立良’签名字迹不是同一人所写。2.检材上正文第7 行中‘字’字及落款处的阿拉伯数字‘9’均有涂改痕迹。”

3.本案判决认定自书遗嘱有效的理由。

一审法院判决认为，关于被继承人马立良遗嘱的效力问题，经向××市中级人民法院调取的马立良案件卷宗显示，卷宗中保留的两份遗嘱复印件与原、被告各自持有的遗嘱内容、形式完全一致。遗嘱由马立军领取并签字确认。庭审中马立军、衣俊秀已承认其中一份遗嘱系由马立军转交衣俊秀。因法院卷宗系对案件审判活动的如实反映，记载了案件从立案到审结整个诉讼流程，故马立良的遗嘱由法院代为转交其家属并保留复印件，既是审判人性化的体现，也是卷宗记录的必然要求。具有客观性、真实性、关联性。而被告出示的鉴定结论虽结论为遗嘱签名非马立良书写，但该鉴定结论系单方作出，其鉴定机构的选择、检材的提供、样本的选取，均未取得马立军等原告的同意和认可，故不能作为有效证据予以采信。马立军、衣俊秀持有的遗嘱应为马立良亲自书写的遗嘱，该遗嘱系马立良真实意思表示，内容不违反法律法规的强制性规定，形式符合自书遗嘱的要求，为有效遗嘱。

（二）本案争议的自书遗嘱不符合自书遗嘱形式要件的要求

本案当事人之间的争议焦点，是死者马立良所留遗嘱的真实性。原告一方认为遗嘱是真实的，是马立良亲笔所写，是其真实意思表示，遗嘱有效。被告一方认为遗嘱不是真实的，遗嘱的签名不是马立良所写，注明的日期经过涂改，属于无效的遗嘱，应当依照法定继承的规定予以继承。故确定本案争议的遗嘱的真实性，是审理本案的关键问题。解决了这个问题，就解决了本案最基本的法律适用问题。经过对争议“遗嘱”以及司法鉴定意见书的审查，结合本案其他情况，笔者认为，本案判决书认定为真实的、具有法律效力的马立良“遗嘱”，自书遗嘱的形式要件与法律效力辇輔訛该“遗嘱”中的文字和标点符号原文如此，未作改动。不符合自书遗嘱的形式要件要求，是一个不真实的遗嘱，不能认定为马立良的自书遗嘱，不具有遗嘱的法律效力。理由如下：

第一，《文书检验司法鉴定意见书》作出的两个结论确有根据，是正确的，没有理由对其产生怀疑。《文书检验司法鉴定意见书》作出遗嘱签名非同一性鉴定意见的依据是，“检材上马立良的签名字迹清晰，特征基本稳定，可供检验；在样本上，马立良的签名字迹的书写特征基本一致，反映了同一人的书写习惯，可用于比对检验。进行比较检验，发现两者的字形、书写风格不同，且在单字马、立、良的书写特征上差异明显。因此结论是，比较检验中发现的检材与样本上的马立良签名字迹书写特征差异点量多、质优，属本质性差异，反映了不同人的书写习惯”。依据笔者的审判经验，样本上的签名字迹与检材上的签名字迹都没有任何伪装，是完全不同的书写风格，肯定不是一人书写。因此笔者确信，《文书检验司法鉴定意见书》的这一鉴定结论是正确的，依据充分、确定，法院应当采信。《文书检验司法鉴定意见书》的第二项结论是：“检材上正文第7 行‘字’字及落款处的阿拉伯数字‘9’均有涂改痕迹。”作出这个结论的依据是，“检材上所有字迹书写在红色横线稿纸上，其上书写字迹均系蓝色圆珠笔书写。经用显微镜和VSC6000 文检仪对检材上所有书写字迹进行检验，发现其正文第7 行的‘写字楼’中的‘字’字及落款处‘2011 年9 月1 日’中的阿拉伯数字‘9’均有涂改痕迹”。对于这个鉴定结论，笔者也完全没有异议，因为仅凭肉眼就能够判断这两个字的涂改痕迹。对这个鉴定结论法院也应当采信。

第二，依据上述鉴定意见中“马立良”签名的字迹不是马立良所写，进而确定遗嘱内容中与该签名相同的文字，与马立良签名中的“马”字和“立”字的书写风格完全一致，可以断定“遗嘱”的内容是书写“马立良”签名的同

[1]该“遗嘱”中的文字和标点符号原文如此，未作改动。

一人所写。既然鉴定结论认为遗嘱落款处的签名不是马立良自己的签名，且其结论是真实的，那么在争议的该份遗嘱中第15 行相同的字迹就有“马文莘”、“马立军”和“马立翼”，在第18 行和第19 行还有一处提到“马立军”，四处相同的字迹也没有任何伪装，其中的“马”字和“立”字，与落款处马立良签名中的“马”字和“立”字的书写风格完全相同，应当确定是一人所写，这个结论不会有错。

因而可以得出的结论是：首先，既然马立良的签名不是马立良所写，那么与该字迹相同的“马文莘”、“马立军”和“马立翼”中的“马”字和“立”字也当然不是马立良所写，应当是伪造马立良签名的同一个人所书写。其次，整篇遗嘱的字迹工整，书写风格相同，前后文的书写特征完全相同，据此可以进一步推断，整篇遗嘱以及签名都是同一个人所写；既然签名不是马立良所写，那么整篇遗嘱也不是马立良所写。再次，为了进一步核实上述结论的准确性，还可以在马立良遗留的其他文件中，找到与遗嘱中相同的字，进一步进行文检，确定上述结论的真实性。上述结论如果能够得到进一步的确认，就可以完全确定该份遗嘱是伪造的“遗嘱”，不具有自书遗嘱的法律效力。即使不进行这一步工作，由于被告方提出的遗嘱虚假的证明能够建立优势证据，而原告一方没有其他证据证明遗嘱的真实性，法官应当对被告主张的该事实建立确信，认定争议“遗嘱”的真实性不成立，否定该遗嘱的法律效力。

第三，关于自书遗嘱“注明年、月、日”的形式要件，争议“遗嘱”的年、月、日经过涂改，马立良没有在涂改处签名或者盖章或者按指纹，也没有注明涂改的日期，仅凭此一点即可认定该遗嘱为无效。

综合以上意见可以确认，本案争议的自书遗嘱完全不符合自书遗嘱形式要件的要求：第一，
不能认定该自书遗嘱的全部内容为遗嘱人马立良亲自书写，甚至可以推断该遗嘱是由他人伪造；第二，有《文书检验司法鉴定意见书》作为证据，证明所谓的遗嘱人亲自签名并非马立良亲笔书写，尽管原告一方对该证据提出异议，但法院没有进一步进行重新鉴定，原告一方也没有提出新证据证明该遗嘱的真实性，因此遗嘱人亲笔签名的形式要件亦不成立；第三，遗嘱落款处签署的年、月、日被涂改过，被涂改的年、月、日恰好是马立良被执行死刑的时间，在涂改之处没有马立良的亲笔签名或者盖章或者捺印，也没有注明涂改的时间，因而即使该遗嘱为马立良亲笔书写，由于立遗嘱的时间被涂改，且无法识别原来签署的正确年、月、日，该遗嘱等于没有注明立遗嘱时间，由于自书遗嘱没有注明年、月、日而使遗嘱无效。自书遗嘱的形式要件与法律效力

故应认定，本案当事人争议的遗嘱，非为马立良亲笔书写的自书遗嘱，是一份无效的遗嘱。

（三）对本案判决认定争议自书遗嘱有效的不同意见

本案判决书认定争议遗嘱有效的依据，没有客观事实的依据，多属于主观臆断，且取得遗嘱的当事人为利害关系人，存在严重的法律瑕疵，不符合证据规则的要求，因而本案判决书认定遗嘱有效的理由是错误的。理由是：

本案判决书首先认为，“刑事卷宗中保留的两份遗嘱复印件与原、被告各自持有的遗嘱内容、形式完全一致”。这并不是马立良遗嘱具有真实性的法律根据。马立良是刑事案件中的被告人，已经被判处死刑予以执行。其生前留有遗嘱，并不因为在刑事卷宗中保留了其复印件，就能够证明该遗嘱是马立良的亲笔自书遗嘱。如果当事人对此没有争议，当属没有问题。但在当事人对其真实性有争议时，其真实性必须有其他证据证明。仅仅因为刑事案卷中保留的复印件与当事人持有的遗嘱相同，就确认该遗嘱的真实性，是没有法律依据的。对于刑事案件中的证据材料在民事案件中采信的原则，应当依照《民事诉讼法》及相关司法解释的规定进行质证，并根据质证情况决定是否采信。马立良的遗嘱复印件保留在刑事案卷中，不能证明该遗嘱就是真实的。被告认为该遗嘱为伪造，质疑其真实性，并举出证据予以证明，民事判决不能直接认定其真实性而直接采信。

本案判决书认定，“遗嘱由马立军领取并签字确认。庭审中马立军、衣俊秀已承认其中一份遗嘱系由马立军转交衣俊秀”。这样的认定也不能证明该遗嘱的真实性，理由是，马立军是第二顺序继承人，衣俊秀是第一顺序继承人，且该遗嘱的基本内容是剥夺衣俊秀的继承权，双方存在重大利益冲突，马立军对该遗嘱具有重大利害关系，与衣俊秀也有重大利害关系。由第二顺序继承人马立军到法院领取遗嘱并转交给第一顺序继承人衣俊秀，从情理上说不通。故这样的理由不是认定该遗嘱真实性的证据，反而增强了对该遗嘱真实性的疑问。

本案判决书认定：“法院卷宗系对案件审判活动的如实反映，记载了案件从立案到审结整个
诉讼流程，故马立良的遗嘱由法院代为转交其家属并保留复印件既是审判人性化的体现，也是卷宗记录的必然要求。具有客观性、真实性、关联性。”这个理由同样不能成立。法院明知遗嘱对于继承和遗产分配的极端重要性，且马立良遗嘱的主要内容是剥夺衣俊秀的法定继承权，却不将该遗嘱交给衣俊秀，反而交给第二顺序继承人马立军，恰好是怀疑遗嘱真实性的依据。法院代交遗嘱，并不能证明遗嘱的真实性，法院也没有说明马立良是在何种情况下立的遗嘱，如何交给法院，法院为什么交给马立军而不交给衣俊秀，遗嘱也没有见证人的签字、盖章，法院也没有对此作出证明，因而由法院转交遗嘱的事实不能证明遗嘱的客观性、真实性和关联性。

本案判决书认定：“被告出示的鉴定结论虽结论为遗嘱签名非马立良书写，但该鉴定结论系单方作出，其鉴定机构的选择、检材的提供、样本的选取均未取得马立军等原告的同意和认可，故不能作为有效证据予以采信。”这样的结论也是不正确的。被告对本案争议遗嘱的真实性提出质疑，有权就遗嘱的真实性请求鉴定机构进行鉴定，并将鉴定结论提交法院。按照证据规则的要求，如果对方当事人认可这样的鉴定结论，该鉴定结论就可以作为证据使用；如果对方当事人不认可这样的鉴定结论，可以提出相反的证据推翻该鉴定结论；或者由法院重新组织鉴定，由双方当事人协商选定鉴定机构，不能协商一致的，法庭应当指定一个新的鉴定机构进行重新鉴定，并且按照重新鉴定的鉴定结论认定案件事实。一审法院在原告对被告提交的鉴定结论提出异议的情况下，既没有原告一方的继续举

证，也没有进行重新鉴定，而是按照法官的主观臆断，直接认定该存在争议的鉴定结论“不能作为有效证据予以采信”。这样的认定结论是不符合证据审查程序的，不能形成法官的内心确信或者心证，属于法官擅断。

本案判决书最后认定“马立军、衣俊秀持有的遗嘱应为马立良亲自书写的遗嘱，该遗嘱系马立良真实意思表示，内容不违反法律法规的强制性规定，形式符合自书遗嘱的要求，为有效遗嘱”的结论，违反证据审查规则的要求，在没有确定该遗嘱为马立良自书遗嘱的情况下，认定该争议遗嘱是马立良的真实意思表示，形式符合自书遗嘱的要求，为有效遗嘱，视法律规定的自书遗嘱的形式要件为无物，是完全没有事实和法律根据的。

综上，本案争议的马立良的遗嘱，对有证据证明马立良在遗嘱上的签名是真实的，遗嘱内容为马立良亲笔书写的结论均存在疑问，立遗嘱日期因有涂改而无效，不符合《继承法》第17 条第2 款规定的自书遗嘱形式要件的要求。在这种情况下，没有对争议遗嘱的真实性进行重新鉴定，本案判决书直接断定该遗嘱为马立良亲笔书写，是其真实意思表示，是有效的自书遗嘱，完全违背证据审查和事实认定的程序规则，既违反民事诉讼法的规定，也违反《继承法》对自书遗嘱形式要件的规定。

三、对与自书遗嘱及本案相关的两个问题的修法建议

（一）自书遗嘱的法律效力与公证遗嘱效力优先原则

自书遗嘱符合法律要求的形式要件，且其内容不违反法律的强制性要求的，即发生遗嘱的法律效力。自书遗嘱不符合法律要求的形式要件，则自书遗嘱无效。

在各种不同的遗嘱类型之间，并不存在法律效力高低的问题，但由于我国《继承法》第20 条第3 款规定了“自书、代书、录音、口头遗嘱，不得撤销、变更公证遗嘱”的内容，就出现了自书遗嘱与公证遗嘱之间的效力冲突问题。这样的规定究竟是否正确，在修订《继承法》中是否应当继续坚持，特别值得研究。

在《继承法》第20 条第2 款作出上述规定之后，最高人民法院《关于贯彻执行〈继承法〉若干问题的意见》第42 条规定：“遗嘱人以不同形式立有数份内容相抵触的遗嘱，其中有公证遗嘱的，以最后所立公证遗嘱为准；没有公证遗嘱的，以最后所立的遗嘱为准。”我国目前的实际情况是，在所有的遗嘱类型中，公证遗嘱具有最高的效力，任何其他类型的遗嘱包括自书遗嘱都不得与公证遗嘱相对抗。这一公证遗嘱效力优先原则的立法例，在世界各国和地区的继承法中实属罕见。确立公证遗嘱优先效力原则的理由是，公证遗嘱是方式最为严格的遗嘱，较之其他的遗嘱类型更能保障遗嘱人的意思表示的真实性。因此，在当事人发生继承纠纷时，公证遗嘱是证明遗嘱人处分财产的意思表示的最有力和最可靠的证据。[1]

在修改《继承法》的讨论中，学者的基本意见都是反对公证遗嘱效力优先原则的，只有公证机构的代表以及部分法官仍然坚持不可以改变公证遗嘱效力优先原则的观点。

上述学者观点尽管是比较普遍的意见，但写成文章的比较少。比如杨成良的文章，题目是《公证遗嘱效力优先性质疑》。作者认为公证遗嘱的效力优先性存在着诸多弊端，既与遗嘱继承之立法目的不相符合，违背了遗嘱自由原则，又限制了遗嘱人的遗嘱撤销权，不利于当事人合法权益的保护，因此，在继承立法中应予修改。[2]这样的意见是正确的，笔者完全赞同。

观察《继承法》和司法解释的有关具体内容，可以看到，《继承法》第20 条第2 款并没有说明公证遗嘱效力优先，而仅仅说自书、代书、录音、口头遗嘱，不得撤销、变更公证遗嘱，是间接承认公证遗嘱效力优先原则。最高人民法院《关于贯彻执行〈继承法〉若干问题的意见》第42 条在此基础上，则直接确立了公证遗嘱的优先效力，表现是，遗嘱人以不同形式立有数份内容相抵触的遗嘱，其中有公证遗嘱的，以最后所立公证遗嘱为准。近30 年来，这个制度被普遍接受，目前正在受到学者质疑。

公证遗嘱效力优先原则是我国所独创。其他国家和地区的继承立法都明确规定，遗嘱人立有数份遗嘱且内容抵触的，以最后所立遗嘱的效力为准。例如我国台湾地区“民法”第1220 条规定：“前后遗嘱有相抵触者，其抵触之部分，前遗嘱视为撤回。”这样的规则要求，不论何种遗嘱类型，都以立遗嘱的时间为准，排除公证遗嘱的优先效力。公证遗嘱的优先效力规则有以下几大弊病：

第一，当事人设立遗嘱并非是为了使其效力最优，因为《公证法》规定，公证的效力主要在于便于证明遗嘱的真实性，而不是使其具有最优的效力。第二，确立公证遗嘱效力优先原则，严重限制了遗嘱自由原则，遗嘱的撤回、变更的真实意思表示不能迅速得以实现，一旦立有公证遗嘱的遗嘱人在紧急情况下欲撤销或者变更遗嘱内容，不能及时实现，就会使遗嘱人的真实意思表示因前公证遗嘱来不及修正而不能实现。[3]第三，公证遗嘱效力优先原则大大增加遗嘱人的遗嘱成本，一旦设立公证遗嘱，就必须再设立公证遗嘱对前一个公证遗嘱进行变更或者撤回，进行过一次公证遗嘱，就必须次次进行公证，否则就没有遗嘱效力，这是极不合理的规则。第四，公证遗嘱效力优先原则极有可能使遗嘱人最终处分其遗产的意思不能表达，使遗嘱人的真实愿望难以实现，因为遗嘱人一旦订立了公证遗嘱，非经公证程序撤销、变更，采取其他任何方式订立的遗嘱均不生效，仍要适用原先订立的公证遗嘱。[4]第五，公

[1]房绍坤等：《婚姻家庭与继承法》，中国人民大学出版社 2007 年版，第 323 页。
[2]杨成良：《公证遗嘱效力优先性质疑》，载《西安电子科技大学学报》（社会科学版）2002 年第 2 期。
[3]参见屈茂辉、沈洁：《我国继承法修改的几个疑难问题研讨》，载《法治研究》2013 年第 5 期。
[4]杨成良：《公证遗嘱效力优先性质疑》，载《西安电子科技大学学报》（社会科学版）2002 年第 2 期。

证遗嘱效力优先原则限制了遗嘱人的遗嘱撤销权。《继承法》第20 条第1 款规定了遗嘱人的遗嘱撤销权， 该条第2 款明确规定了遗嘱效力的基本原则是“立有数份遗嘱，内容相抵触的，以最后的遗嘱为准”，这本来是正确的规定，但该条第3 款又规定其他遗嘱类型“不得撤销、变更公证遗嘱”，对遗嘱人的遗嘱撤销权进行不当限制，且与数份遗嘱效力的一般原则相冲突，是一个自相矛盾的条文。

对此，解决的办法是，《继承法》修正案应明确规定：“立有数份遗嘱，内容相抵触的，以最后所立遗嘱为准，前遗嘱抵触部分视为撤回”，[1]彻底否定公证遗嘱效力优先原则。在遗嘱类型的规定中，参照我国台湾地区“民法”第1189 条规定的方法，将自书遗嘱作为第一种形式予以肯定。立法的方法是：“遗嘱应当依据本法规定的自书遗嘱、代书遗嘱、打印遗嘱、电子数据遗嘱、录音遗嘱、录像遗嘱、公证遗嘱、密封遗嘱、口头遗嘱类型设立。”輦輶訛[2]

（二）关于配偶与兄弟姐妹之间继承顺序的矛盾与立法建议

众所周知，我国《继承法》规定的法定继承人的范围及继承顺序都极为狭窄，远远不适应市场经济社会的现实需要。具体表现是：第一，继承人范围过窄，就会发生大量的无人继承遗产，无法保障遗产在死者亲属中流转；第二，继承顺序过少，且不合理；第三，将配偶作为第一顺序继承人存在较多弊病，最大的问题是剥夺了兄弟姐妹与配偶一起继承遗产的权利。[3]本案原告一方当然知道《继承法》的这一规定，因而主张遗嘱真实，按照遗嘱人的遗嘱继承，将遗产主要由被继承人的兄弟继承，同时剥夺配偶的继承权。笔者的看法是，遗产的流转须遵循被继承人的意志。在没有遗嘱的情况下，法定继承人的范围和顺序，应当体现被继承人处分自己遗产的意志。因此，在法定继承中，遗产的流转顺序，应当是：（1）“先向下”，即由被继承人的子女及孙子女继承；（2）“后向上”，即由被继承人的父母、祖父母外祖父母继承；（3）“再向旁”，即由被继承人的兄弟姐妹继承；（4）配偶无固定继承顺序，跟随第一顺序至第三顺序的继承人进行继承。具体的立法建议是：第一，增加法定继承人范围，四亲等以内的直系血亲和旁系血亲以及配偶都是法定继承人。第二，法定继承顺序分为四个，第一顺序为子女、孙子女外孙子女；第二顺序为父母、祖父母外祖父母；第三顺序为兄弟姐妹，第四顺序为其他四亲等以内的直系和旁系血亲。第三，配偶为无固定顺序法定继承人，参与第一顺序法定继承人继承时，按照法定继承人的人数平均分配遗产；参加第二顺序法定继承人继承时，分配一半遗产；参加第三顺序法定继承人继承时，分配三分之二的遗产；其他顺序的继承人不得与配偶分配遗产，由配偶继承全部遗产。

按照这样的继承顺序进行继承，既保障了配偶在法定继承中的特殊地位，又能够保证兄弟姐妹分得适当遗产，就会避免出现配偶剥夺兄弟姐妹的继承权的问题，弥补现行《继承法》规定继承范围和继承顺序存在的缺陷。

“专家证人”意见的证据属性

2015年1月7日 王俊民　李莉　上海法治报　法治论苑|

【摘 要】具有专门知识的人就案件事实专业问题提出的意见具有证据属性，不应将此类意见等同于辩护人或代理人意见。在具有专门知识人的意见中，有些内容形成方式看似推理、分析，实际属于具有专门知识人陈述事实的必要方法，应视为事实。专家证人意见的证据能力，其界定与采信标准不仅涉及单纯程序性证据问题，还决定案件事实能否得到公正客观认定。

文| 王俊民　李莉

2014年12月8日复旦投毒案在上海市高级人民法院二审开庭。辩护律师委托有专门知识的人北京司法鉴定协会法医病理专业组委员胡志强法医出庭，他的观点在庭审中引起轩然大波，辩护人据此申请重新鉴定。法官和检察官当庭做出反应，出庭检察官表示，胡志强并未参与尸检，只是根据文献、病历等材料，结合多年的专业经验提出的意见，不足以推翻一审的鉴定意见。主审法官当庭指出：胡志强所说的内容，不属于刑事诉讼法规定的鉴定意见，只能作为对鉴定意见的质证意见，不能单独作为定案依据。

那么具有专门知识的人及其发表的意见在诉讼中应当如何定位？笔者以为：主审法官觉得具有专门知识人意见不能单独作为定案根据，无可厚非。但根据我国刑事诉讼证据立法与学理，具有专门知识的人发表的意见并非只能是类似辩护人发表的质证意见，在符合证据三要素即客观性、关联性、合法性的前提下，具有专门知识人意见应当认为具有证据属性即证据能力。具有专门知识的人诉讼地位及其意见是否具有证据属性，似乎仅仅是单纯程序性证据问题，却决定案件事实能否得到公正客观认定，具有相当的理论与实际意义。

诉讼地位与法律特征

刑诉法第192条规定：“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”。还规定：“有专门知识的人出庭，适用鉴定人的有关规定”。该条规定不仅确立了“有专门知识的人”为我国刑事诉讼参与人的诉讼地位，还确定了“有专门知识的人”资格来源、出庭条件、权

[1]杨立新、杨震等：《〈中华人民共和国继承法〉修正草案建议稿》，载杨立新等主编：《继承法的现代化》，人民法院出版社2013年版，第 9 页。

[2]杨立新、杨震等：《〈中华人民共和国继承法〉修正草案建议稿》，载杨立新等主编：《继承法的现代化》，人民法院出版社2013年版，第 28 页。

[3]上述意见的具体分析，参见杨立新等：《我国配偶法定继承的零顺序改革》，载《中州学刊》2013 年第 1 期。

利义务等，被评价为自此确立了我国的专家证人制度。

诉讼法与证据法理上“专家”的含义比较宽泛，所谓“专家”并不是只有科学家或者高级工程师、教授才能被称为专家。凡是能够凭借实际经验或是通过认真学习能够就某一门科学、艺术或是行业的某一具体事项有资格提出明确意见的人。

专家参与诉讼在世界各国十分普遍，在英美法系主要表现为专家证人参与诉讼，在大陆法系主要是鉴定人参与诉讼。我国刑事诉讼立法则兼采两者：一是专家作为鉴定人参与诉讼；二是专家作为有专门知识的人出庭参与诉讼。专家作为鉴定人做出的鉴定意见已明确规定为八大证据之一；专家作为有专门知识的人出庭提出的意见被认为仅是辅助辩护人发表的质证意见，并没有被认为具有证据属性，复旦投毒案二审庭审中对具有专门知识人意见即存在类似评价。

专家证人是英美法系的特有概念，属于证人的一种，在诉讼中专家根据自己所具有的专业知识、技能、工作经验、受到的训练或教育等就证据或事实争点提供科学的、技术的或其他专门性的意见。

专家意见证据的法律属性

专家证人诉讼地位及其意见是否具有证据属性，理论界和实务界一直存在着争议，主要有证人说、独立的诉讼参与人说和诉讼代理人说三种主张。

笔者赞成“证人说”：

从刑事诉讼立法角度看，具有专门知识人参与刑事诉讼，立法归类于当事人及辩护人等有权申请通知证人到庭作证条款，出庭的目的与到庭后的活动方式是就鉴定意见提出意见。可见具有专门知识人不能始终参与庭审，到庭后仅针对特定事项发表意见，而不能发问或质问。具有专门知识人来源、出庭资格以及到法庭席位、表述限制等与证人类似，不同于辩护人和代理人，亦不同于民事诉讼中诉讼辅助人。

从证据法理角度看，首先，并非所有专家意见均具有证据能力，只有涉及案件有关专业知识事实的陈述、分析、推理内容的专家意见才具有证据属性，专家证人作为一种特殊的证人，其出庭发表的意见归于证人证言证据种类；其次，专家证人出庭对鉴定意见涉及的客观事实提出的专业知识介绍或评析意见，属于证据分类中与实物证据相对应的言辞证据；再次，专家意见有助于法官审查判断鉴定意见，兼听则明。

从证据能力与证明力的关系看，即便具有证据属性的专家意见和其它证据一样，均需要经过法官的审查判断，才能决定是否被采信成为定案根据。不能成为定案根据的证据，只是否定其证明力，并不当然否定其证据能力。能否成为定案根据不是证据资格的法定条件。

证据属性的界定原则与方法

根据证据学理，证人证言应以如实陈述方式形成，以分析推理方式形成的证言被称为意见，应予排除，不能成为证据，但也有例外，关键在于表述的内容是否系客观存在的事实。专家意见与证人证言形成方式不同，除如实陈述外，还可以分析推理方式形成。界定具有专门知识人意见是否具有证据属性，可借鉴区分证人证言中事实与意见的方法，在具有专门知识人的意见中，有些内容形成方式看似推理、分析，实际属于具有专门知识人陈述事实的必要方法，应视为事实。例如：

1、基于自专业知识对客观事物的介绍与描述、判断，应当视为事实，如淹死者肺器官无水，判断入水前已停止呼吸或死亡。

2、根据经验或常理，对有关事物或事件的形态或状况产生的一种推测意见，应视为事实。例如，关于年龄与容貌、精神正常与否、心理状态以及气候状况等意见。

3、对出自视觉、听觉、嗅觉、触觉等感官知觉的判断，通过闻到的物质气味，凭其日常生活经验，可以判断出某事物气味意见；对看见的事物或事件的各种表现形式，能够在合理、可靠的基础上提供描述性意见；据听见的有关事物或事件的声音，能够在合理、可靠的基础上提供辨认或确认性意见，均应视为事实。

判断专家意见是否具有证据属性，应当把握如下原则：

第一，在内容上来源于具有专门知识人个人亲历过程中感官感知，或认知的事实。

第二，具有专门知识人对这些事实通过个人经验或知识形成了一个总体印象，离开这些经验或知识，无法得出判断。因个人经验或知识差异，会得出不同的判断。

第三，不能用其他方式表达，只能借助于分析判断方式才能表达具有专门知识人所了解的事实。第四，具有专门知识人意见陈述的对象是特定事实。

规范提出意见与采信诉讼程序

首先，从诉讼证明需要性来看。具有专门知识人的意见与司法人员所要查明的案件事实具有相关性。司法诉讼中之所以需要专家型的鉴定人或具有专门知识人，是要通过鉴定人或专家对与案件有关事实的分析判断，最大程度向司法人员呈现案件事实真相。

其次，从具有专门知识人意见作用来看。在诉讼证明中，证据是用于证明未知事实的已知事实。如证人如实陈述耳闻目睹的事实是证据，而分析判断耳闻目睹的事实是意见。意见不同于事实。诉讼中司法人员不能根据意见而应根据事实作出裁判。由于诉讼中的有些事实离开专业分析判断则无法认识，司法人员还是需要借助意见对案件事实作出裁判，如鉴定人意见，鉴定意见本身就是一种分析判断意见。

再次，从具有专门知识人意见的本质属性来看，不属于狭义证人证言，类同于鉴定意见。证人证言是指证人向司法机关就自己知道的案件情况所作的陈述，是证人依据对案件事实的亲身体验所作出的客观陈述。具有专门知识人意见实质上是专家对案件事实中所涉及专业问题作出介绍、分析、判断。

最后，从当事人诉讼权利对等来看。由于司法鉴定机构的设置与司法鉴定的启动“回归”民间，一方当事人聘请的鉴定人所提出的鉴定意见是证据，而另一方当事人聘请的具有专门知识人发表的看法则是不能作为证据的意见，以意见对抗证据，在以“证”印“证”，以“证”质“证”的法庭上，好比用长矛对步抢，不需开战，就可分出高低输赢，导致诉辩双方诉讼权利不对称。

设立有专门知识人及专家证人制度的目的在于切实维护当事人的诉讼权利，提升和凸现司法裁判公正和效率。基于具有专门知识人资质没有司法鉴定人严格的规定性，应当对专门知识人意见提出与采信诉讼程序进行规范：

1、依据现行诉讼法的规定，在法院可以指定，当事人自行委托司法鉴定机构进行专业性鉴定的同时，应当告知诉讼相对方当事人有权委托具有专门知识人对鉴定意见行使提出质证权，对于鉴定对象有权提出意见权。鉴定意见和专门知识人意见并行齐驶、相辅相成，保证司法人员兼听则明。在当事人不主张启动专门知识人制度的情况下，如果有必要的，司法机关有权再鉴定，或允许当事人申请重新鉴定。

2、专门知识人需要质证鉴定意见，应当在开庭前以书面形式提出质证意见，并将该意见作为证据通过法院交换给对方当事人。在该意见中，应当包括该受聘人的个人情况、提出意见依据的事实、具体意见内容、具有专门知识人知悉伪证的法律责任及签名等。具有专门知识人意见应当有理有据，观点明确。

3、具有专门知识人庭审中为更清晰的表述意见，可适当向鉴定人发问，但发问只是辅助性的、个别的，要注意防止或制止具有专门知识人将自己诉讼身份变性为辩护人或代理人，将提出意见的表述方法不当改变为对鉴定人过度提问或质证发问。如果具有专门知识人提出的问题明显会误导鉴定人或曲解鉴定意见真实意思，法庭应当予以制止。

（王俊民系华东政法大学律师事务研究所主任，诉讼法研究中心副主任，教授；　李莉系华东政法大学刑事诉讼法学专业硕士研究生）

民法典人格权部分立法体例研究

2015年1月7日 中国民商法律网中国民商法律网

导语

中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议于2014年10月20至23日召开，并在会后公布了《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》（以下简称《决定》）。《决定》明确提出了“加强市场法律制度建设，编纂民法典”的要求，这对我们民法界无疑是值得欢庆的好消息。然而在具体的民法典编纂过程中，还有诸多问题亟需理论界进行积极探讨以得出较为统一的方案。在民法典体例编排争议的部分中，人格权法究竟应处于何种位置，学界尚有争。本文将试图对民法典中现有的人格权规制观点进行梳理，厘清人格权在我国权力体系中所处地位，以便进一步对民法典如何安置人格权法提供参考。

一、人格权概述

（一）人格权概念

人格权作为现代民法中的重要概念，其最早由法国学者提出，后经20世纪初瑞士学者提出了一般人格权的概念，从而逐步成为全世界通用概念。随着法治的发展，人格权的概念不再局限于法国民法最初所叙述的人的权利，而是逐步界定为一种与民事主体自身相紧密联系的权利，体现了一定的专属性。但是，人格权与法律上所讲的人格不同，其并非是一种民事主体的资格，而是指民事主体专属享有，以人格利益为客体，为维护其独立人格所必备的固有权利。[1]有学者则注重人格权与人格的关系，将人格权定义为“存在与权利人自身人格上的权利，亦即权利人的自身人格利益为标的之权利”[2]，亦有学者将其解释为基于权利人的人格所享有的权利，这种权利具有专属性，不可被剥夺，是民法中人之所以为人的基础。

在人格权法律关系中，法律关系主体是人格权的享有者，即自然人与法人；内容即人格权所规定的权利与义务，既包含自然人与法人所享有的权利，也包括对他人所承担的尊重他人人格权的义务；客体则应表述为人格权所规定的权利、义务指向的对象——人格利益。对于任何一个人格权的享有者，人格权的保护都必不可少的且意义重大，如何对人格权进行规定关乎每一个人的切身利益。对此下文会再做较为详细的表述。

（二）人格权的分类构成

按照人格权的客体人格利益，对于人格权的分类学界的大多数观点是将人格权分为一般人格权与具体人格权或者称之为一般人格权与特别人格权，由一般人格权对人格权所保护的利益做出一般性、总括性、开放性的规定；由具体人格权对已经成型、较为成熟的人格权做出单列规定，予以特殊保护。根据我国现行立法，人格权的分类构成可由下图1表示：

二、民法典中人格权的规定方式争议

人格权对于民事主体具有重要意义，而如何在民法典中对人格权进行编排安置，则体现出了人格权在整个民法体系中处于何种地位，进一步反映出我们的民法体系的内部逻辑。对于人格权的规定方式，学界主要存在一下争议：第一、人格权独立成编问题，现有的人格权能否支撑其独立成为一编，独立成编应如何规定；第二、人格权的分类

中是否遵循一般人格权——具体人格权的编排体例；第三、民法典中是否规定法人也享有人格权。此三种问题是相互衔接、支撑的三个问题，学者们对这些问题所持观点也具有内在的关联性。

（一）人格权独立成编问题

对于人格权是否独立成编问题，学界观点主要有两种，一种是以王利明教授为代表的诸多学者支持人格权独立成编，一种是以梁慧星教授、尹田教授为代表的部分学者，认为人格权尚不足以或不能够独立成编。

王利明教授认为，人格权独立成编是对民法典体系的重要创新。在传统大陆法系民法典立法模式中，无论是采用法国法的三编制体系还是德国法的五编制体系，人格权都没有独立成编。这种做法本身是有缺陷的。[1]我国是一个典型的成文法国家，如果不在民法典中明确将人格权规定为独立的一编，将使得人格权的保护不足以提升到重要位置，难以保证人格权利益的实现。其次，我国成文法体系尤其是民法典体系的构建将因为人格权法一编的缺失而不尽完善，从而进一步使得民法典工具性价值的降低。按照传统大陆法系国家民法典分为物法——人法的分类，我国民法典中的人格权属于独立的人法，因此将人格权纳入到侵权责任法中将割断人格权自身的独立性，故此在体系上若不将人格权法独立成编颇有体系不完整之嫌。

与王利明教授持相同观点的还有马俊驹教授，他认为，人格权的概念前提是以人的伦理价值外在化为前提，而人之本体的保护则应是一种“内敛的法律保护”，其目的在于约束自身，在于维护本体的“内在完整性”。[2]人格权作为一种独立的权利，在现今市场经济发展的情况下，人格权的内在保护已经不能满足经济发展需要，人格权所皈依的伦理价值应该逐渐外化，逐渐渗入交易领域，更大程度上释放人格权的财产价值。于是，民法典中将“我之所是”[3]转化为“我之所有”[4]。在交易领域中，肖像、形体等具有人格权性质的权利必须拥有可交易的属性，即把人格权同传统民事权利中的人身专属性或不可转让予以一定程度的剥离，才能促进这些交易的进行，并获得合法性保障。故此，只有把人格权在民法典中独立成编，才能顺应社会的发展需求，更好地体现人文精神与人文保护。

与上述观点相对，梁慧星教授提出了人格权法不宜独立成编的观点。梁慧星教授认为，人格权与主体（自然人）不可分离，人格权的最终归属也在于自然人本身，故此人格权的规定也应该在民法典的体系中归属于自然人部分，当然不能独立成编。再进一步讲，人格权是一种与自然人紧密结合的权利，与财产权不同，人格权不能任意处分。人格权生而取得，死而消灭，与其他财产权、物权、债权不同，人格权与当事人的意思表示无关。[5]而作为较特殊的如法人的人格权转让，只是现有人格权的一种特殊形式规定，并不能作为人格权整体性质的表达。这一点恰恰与马俊驹教授所提出的人格权需要进一步加强其价值外化，增强可交易性以满足社会经济发展需要的观点相反。两种观点的分歧就在于对社会经济发展的现实认定不同。此外，人格权是独立与民事主体的权利，其存在不依赖任何其他法律。人格权就像民事能力、行为能力、出生、死亡一样，属于主体自身事项。仅当人格权受到侵犯时，才会涉及他人与自身关系。[6]这就是说，人格权只需要侵权责任法对其进行规定，就能够满足对人格权的保护，因此没有必要将人格权法独立成编。

还有学者认为，人格权与人格密不可分，无人格者必然无人格权，有人格者必定拥有人格权，人格权只是人格的自然表达之一。按照民法调整对象理论，任何权利都是先有调整对象，即某种生活关系，然后经由民事法律规范的规定，再进一步产生相应的权利义务。[7]任何一种民事权利都由于其对应的社会关系，但是人格权却不尽如此。人格权之基础——人格是一种法律现象或称之为社会现象，而非一种社会关系，不具有相对一方，也不能构成法律关系。因此，将不能人格权独立一编，而应将其纳入侵权责任法中。持人格权不能独立成编的观点另外一种理由是出于德国民法体系固有的坚持，如果人格权独立成编，则会使得自然人中人格制度失去意义，体系上也不能与物权、债法等相并列，且内容不够丰富，因此不必要将其独立成编。

对于上述观点中立法体例人格权与自然人人格体例相冲突的结论，持人格权独立成编的学者又给出了回应。支持人格权独立成编的学者认为，民法中自然人部分的规定与人格权部分并不构成冲突，人格权所规定的正是我国现阶段新兴出现的诸多自然人交易人格权的一部分，如名誉权、姓名权，来获得经济利益，那么对于这种形式的交易，就需要在人格权中进行规定。而且，针对不同类型的人格权，尤其是已经成熟的具体人格权，每种具体人格权都有各自独立的特征，需要有针对性地进行立法，才能更好的将人格权上升到新的高度，也成为某种形式的“中国模式”人权规定。

（二）人格权内容的规定方式

无论民法典中最终将人格权独立成编还是坚持传统看法，将人格权归置于自然人、侵权责任法中，都不可避免的需要考虑人格权的内容。按照现在学界主流观点来看，人格权主要包括两种，其一为一般人格权，即以一般人格利益为客体的人格权，总括性地规定了人格利益的同时，又与具体人格权相区分有所差别；其二为具体人格权，又称特别人格权[8]，是指以具体的人格利益为客体的人格权。在具体人格权中，又可分为物质性人格权[9]与精神性人格权[10]也有学者认为，一般人格权存在理论上的巨大漏洞，不能成立，应以人格保护一般条款取代一般人格权的说法。这一理论的基础出发点就在于，若一般人格权是具体人格权的出发点，且对具体人格权具有涵盖性，那么将无法区分一般人格权和一般人格权的上位概念人格权的区别，也就使得人格权内容构成出现了明显的逻辑错误。

第一种人格权内容规定方式所采用的一般人格权——具体人格权（物质性人格权、精神性人格权）的架构方式。这一观点赋予一般人格权两个层面的意思，其一是作为一种独立的权利，一般人格权包含了具有可能发展成为具体人格权但尚未发展成具体人格权的人格利益，正是这种独立性赋予了一般人格权与具体人格权并列相对的性质。以

我国现在人格权的相关规定来说，除去具体人格权中已经规定的姓名权、名誉权、生命健康权、肖像权等，尚存未纳入法律规定的如隐私权、个人人身数据信息权利等均由一般人格权来进行原则性、总括性的保护。同时，在随着社会的不断发展过程，某些一般人格权不断发展成熟，就可以将其单列规定，并针对不同人格权的特征有意识的采用区别规定，逐渐丰富成为具体人格权。一般人格权的另外一种特性是抽象性。作为一种抽象性的权利，一般人格权具有包涵现存与“未存在的”具体人格权。这并不意味着一般人格权对具体人格权是上位概念，而是由于每种具体人格权都存在各自特点，又存在某些共性，如精神性或物质性，这些共性均受到一般人格权的限制。再进一步划分，具体人格权的构成——物质性人格权与精神性人格权又存在不同点。物质性人格权最典型特点是具有物质载体性，脱离人体本身难以得到实现，如生命权、健康权等，救济方法也具有一致性。[11]而精神性人格权与物质性人格权恰恰相对，不具有物质载体性，其保护的客体更多是精神利益，如姓名、肖像等，可以脱离民事主体单独存在，表征更多精神层面的非财产性利益以及部分交易获得财产性利益。与物质性人格权不同的是，精神性人格权受到损害后，岂可主张的救济方式不再局限于单纯的一种救济方式，而是可以得到不同方式的损害救济。[12]对人格权做此种“一般——具体”的划分，有利于不同人格权区别得到特殊规定的保护。

与此相对，部分学者认为，一般人格权的设置毫无意义。所谓一般人格权的设定，无法厘清下列逻辑：如果一般人格权是人格权的一部分，那么其为具体的人格权；如果一般人格权是人格权的全部，那么一般人格权与人格权概念将发生混同，一般人格权的设置就没有任何意义。该观点认为，根据德国一般人格权形成过程[13]推断，一般人格权所代表的不仅为部分人格权，更包括所有的人格利益。因此，德国的一般人格权，等同于我国的人格权，包含了诸多具体人格权，并进一步成为其上位概念，所以我国在使用一般人格权时，就会产生逻辑上的错误。由此，结论就是，我国应设置自然人人格权保护的一般条款，并从理论和立法上取消从德国盲目引进的“一般人格权”的概念。[14]当然，取消了一般人格权概念而以自然人人格权的一般条款来进行保护，也就意味着人格权位于民法典自然人的体系中，而非独立成编。

（三）民法典中是否规定法人也享有人格权

按照我国现行法律规定，除去人身性权利，如生命健康权、肖像权不能为法人所享有，非人身专属性质的荣誉权、姓名权、名称权名誉权均受到保护，也列为法人人格权的重要组成部分。法人人格在法人拟制说的影响下一定程度上获得了大部分学者的认可。但也有少量学者持反对意见在此文中不多做赘述。

持法人人格否定说的学者认为，人格权是一种依附于自然人人身性质的权利，是一种与生俱来，不需要法律赋予的天赋权利。这种性质的权利是自然人专属的权利，不适宜将人格权应用于团体法人中。将团体之人格于自然人之人格混同，都统一纳入人格权的部分，会使得自然人与法人团体完全混同，并违背人格权制度建立初衷。这一观点的根本在于，团体和自然人的人格基础有着重大区别。首先，法人是拟制的，无社会政治性的法律人格，故起仅为团体在私法上所享有的资格；其次，法人是一种无伦理性的整体，故起所享有的人格仅为财产权主体资格[15]。既然法人并非实体上的自然人，就使得法人失去了享有精神利益的根本，也就没有必要给整个法人团体独立出一个包含所有人格权内容的人格权，而是将其划入到财产性权利的范畴中。从伦理层面讲，人格权是是维系人与人之间的尊重与伦理关系，法人不具有基础的伦理性，也不涉及到与他人的亲属，人身关系，故此应像德国民法中规定法人享有单纯的权利能力，而非人格权的说法，来对法人人格权进行规制，或曰将法人人格权从人格权编钟剔除出去，纳入财产权有关部分。

持法人肯定说的学者则认为对法人的人格权进行保护，不是对自然人人格权的一种破坏，而恰恰是对自然人人格权的一种保护。对法人的保护，尤其是法人人格权的保护，其实是对自然人的人格权保护的一种中间态，是对于自然人人格权保护的一种提前，这一点尤其体现在对于非财产性法人，例如兴趣型法人团体的人格权保护，就是对自然人人格的一种提前保护。进一步讲，对于任何一种权利的保护，都基于社会的需要。虽然人格权的基本出发点、落脚点都在于对自然人的保护，但对于自然人构成的法人，保护其人格权，尤其是财产权性质之外的人格权，正显得日益重要。尤其是对于自然人个人来说，其作为一个单独的主体享有的权利相对容易受到国家的侵害或者他人的侵害，而将团体的个人利益上升到法人的人格权来保护，就能够更好地将法人人格权与自然人的保护相结合，增强私权利的形式效力。因此有必要保护法人的人格权，并将其纳入到人格权编中，这是保护自然人总括人格权的必要，法人人格权应当与自然人人格权相映成辉。

从市场经济需求来看，法人享有商业目的之外的人格权是目前社会功能实现的必要条件之一。法人完全可以在现在条件下承载一定的自然人人格利益，并对其进行一定程度的保护。从具体权利上看，人格权的某些特性，也可以在逐步发展的法人类型中得到体现，故此法人享有种类近似于自然人的人格权是整体的趋势。

三、人格权之于民法典

在十八届四中全会后加快制定民法典，尽快完善民法体系，这是我国大陆的重大进步，也是整个亚洲地区民法届的一次盛典。在民法体系中，人格权是受到国际社会广泛关注的重点，它不仅仅是对权利的安放，更是人权问题在我国法律体系中的直接体现。因此在民法典中妥善的安置人格权，是我们必须也必要解决的重要问题。固然自清末变法以来，我们一直沿袭了大陆法系为主体框架，但是对于人格权的本土化规定方式也颇具创新。虽然法典的变化常变常新，而人格权本身的兴起还应更恰当地归入近几十年的历史，这也就使得如何将其纳入传统的民法典中具有较多的观点看法。民法典传统的抽象特征，对于人格权来讲也并非完全适用。具体人格权的设计、法人人格权的

设计都需要具体的表述，因此在民法典中如果能够将人格权部分较为完整地进行独立的表述，会使得人格权部分更加恰当的表现在民法体系中。作为民法典的基本价值之一，够促进新兴市场经济的发展与贸易的达成，也毫无疑问关系到人格权尤其是法人人格权的规定。作为市场经济主体的重要组成部分法人，需要人格权来保障在商业活动中的权利不被侵犯，在受到侵害后能够有请求权基础，对应法人所能提起的相关诉求。不仅仅是法人，包括自然人在人格权的财产性权利方面，也需要进一步的加强，或采取集体人格来增强保护力度，或采取更加完善的制度，来使得人格权得到更好的保护。而这一切的基础，均在于能够妥当规定人格权在民法典中的地位。

结语

概言之，人格权在民法典中的适当设计，将使民法典体系、条理更为合理，人权意义更得为彰显。若不能恰当规制人格权，将会使得公民在保护自己的私权利，尤其是体现在与人身尊严最为紧密的人格权领域，受到公权的侵犯，且不能更有效、更便捷的得到保护、救济，这就会是立法的不足之处。故此，对于民法典人格权部分的立法体例，当谨慎思忖，力求更符合民法典之根本价值取向。

注释

[1] 参见王利明，杨立新，王轶，程啸著 《民法学》 法律出版社2011年7月第三版178页。
[2] 参见梁慧星《民法总论》法律出版社2011年第四版 92页。
[3] 王利明《我国未来民法典中人格权编的完善——民法典草案第四遍评述》载于《中国政法大学学报》2013年01期。
[4] 马俊驹《关于人格权基础理论问题的探讨》载于《法学杂志》2007年第5期。
[5] “我之所是”意味人格权的伦理价值的内化，是依附于人格的内在权利。
[6] “我之所有”是指人格权的伦理价值的外化，将赋予人格利益交易的便利，满足新兴经济产业的发展。
[7] 梁慧星《我国民法典制定中的几个问题》载于《法制现代化研究》2004年第00期。
[8] 梁慧星《中国民法典建议稿附理由》（总责编）2004年 12月版，第15页。转引自尹田《论人格权独立成编的理论漏洞》载于《法学杂志》2007年05期。
[9] 尹田《论人格权独立成编的理论漏洞》载于《法学杂志》2007年05期。
[10] 按照梁慧星教授观点，与一般人格权相对的是特别人格权，其实在意义与具体人格权相差不大，下文均不再特别叙述。
[11] 物质性人格权是以自然人的物质载体所体现的人格利益为客体，概括保障这些物质性人格利益的权利，包括身体权、生命权、健康权三种。参见王利明，杨立新，王轶，程啸著《民法学》法律出版社2011年7月第三版178页。
[12] 精神性人格权，就是以民事主体精神性人格利益为客体，维护其不受侵害的人格权。精神性人格权包括姓名权、名称权、肖像权、名誉权、荣誉权等。参见王利明，杨立新，王轶，程啸著《民法学》法律出版社2011年7月第三版178页。
[13] 参见王利明，杨立新，王轶，程啸著 《民法学》 法律出版社2011年7月第三版中的说法，一致性表现为“物质性人格权受损害均表现为权利的物质载体受到了损害，受到损害的人身利益最终表现为财产上的损失和精神上的痛苦对于这些损害救济，就是采用人身损害赔偿和精神损害抚慰金的方式进行，除此之外没有其他办法”。
[14] 精神性人格权受到侵害后，可以采用精神性救济方式救济，但是也都可以采用财产损害赔偿的方式进行救济。
[15] 一般人格系德国联邦法院直接引用《基本法》第1条、第二条所创，这两条则表示了对“人格尊严”以及“发展人格的权利”的保护。转引自尹田《论人格权概括保护的立法模式——一般人格权概念的废除》载于《河南省政法管理干部学院学报》2011年01期。
[16] 参见尹田《论人格权概括保护的立法模式——一般人格权概念的废除》载于《河南省政法管理干部学院学报》2011年01期。
[17] 参见尹田《论法人人格权》 载于《法学研究》2004年04期。

参考文献

1. 王利明，杨立新，王轶，程啸著： 《民法学》 法律出版社 2011年7月第三版。
2. 梁慧星：《民法总论》法律出版社2011年第四版。
3. 王利明：“我国未来民法典中人格权编的完善——民法典草案第四遍评述”，载于《中国政法大学学报》2013年01期。
4. 马俊驹：“关于人格权基础理论问题的探讨”，载于《法学杂志》2007年第5期。
5. 尹田“论法人人格权”， 载于《法学研究》2004年04期。

《政治与法律》2014年第12期

2015年1月8日 法学创新网法学学术前沿

☆ 主题研讨 ——不动产登记立法探讨

构建统一的不动产物权公示制度

——评《不动产登记暂行条例（征求意见稿）》…… 王利明

不动产权利的登记能力

——评《不动产登记暂行条例（征求意见稿）》第4条……高圣平
论不动产登记机构登记错误的赔偿责任
——兼评《不动产登记暂行条例（征求意见稿）》相关规定…… 孟　强
☆ 经济刑法
伪造类犯罪的扩张现实与限缩适用
——以伪造金融票证罪司法实践为视角…… 喻名峰
论虚开发票犯罪的刑事立法误区
——建议取消我国刑法第205条与205条之一…… 王佩芬
☆ 专　　论
论预防腐败的行政程序法治之路……蒋建湘
中国特色反腐倡廉理论体系的科学内涵和逻辑结构 …… 郝　峰
论人大监督规范性文件之审查基准……李云霖
论全国人大常委会在与香港普通法传统互动中的释法模式
——以香港特区“庄丰源案规则”为对象……黄明涛
☆ 争鸣园地
立法规划之淡化与反思……刘松山
无主公益的特殊诉讼
——我国民事公益诉讼的本质探析及规则建构……许尚豪
论人身保险不应适用损失补偿原则及其意义……于海纯
☆ 域外视野
法治与王权的博弈：布雷克顿的实践…… 何勤华、王　帅
我国专利无效判断上“双轨制构造”的弊端及其克服
——以专利侵权诉讼中无效抗辩制度的继受为中心…… 张　鹏
美国“治疗性司法”理念的实践及其启示……尹　琳
☆ 实务研究
国有股转持中转持股份经营管理权受限的法律分析…… 胡改蓉
“人肉搜索”的刑事责任主体及其责任模式选择……袁　彬
☆ 主题研讨——不动产登记立法探讨

编者按：为整合不动产登记职责，维护交易安全，规范登记行为，方便公众申请登记，保护权利人合法权益，国土资源部起草了《不动产登记条例（草案送审稿）》报送国务院审议。国务院法制办公室经征求有关方面的意见，修改形成了《不动产登记暂行条例（征求意见稿）》，并向社会公开征求意见。本刊现就该征求意见稿组织专题研讨，针对其中争议比较大的不动产权利的登记能力、不动产登记查询规则以及不动产登记赔偿责任等问题约请专家学者撰写以下三篇论文，以飨读者。

构建统一的不动产物权公示制度——评《不动产登记暂行条例（征求意见稿）》

王利明（中国人民大学法学院，北京100872）

摘要：在物权变动的公示方法中，最重要的是不动产的登记制度。《不动产登记暂行条例（征求意见稿）》的许多规定均作出了较好的尝试，也对不少事项进行了明确规定。但总体而言，其在构建统一的不动产物权公示制度方面仍不够清晰，不少地方还存在进一步完善的空间。《不动产登记暂行条例（征求意见稿）》应当明确以建立统一的公示制度为目标，应当扩大不动产统一登记的适用范围，还应当建立完备的不动产登记查询制度。

关键词：物权变动；公示；不动产登记；登记范围；查询

不动产权利的登记能力——评《不动产登记暂行条例（征求意见稿）》第4条

高圣平（中国人民大学民商事法律科学研究中心，北京100872）

摘要：不动产权利的登记能力应由法律、行政法规加以规定。《物权法》及其他法律中明定的不动产物权具有登记能力，虽然国家土地所有权可以不登记，但也具有登记能力。现行法律、行政法规没有规定农用地使用权这种权利类型，不宜承认其登记能力。具有公示必要性的不动产租赁权应具有登记能力，《不动产登记暂行条例》作为行政法规，可以在其中对此加以明确。

关键词：不动产权利；登记能力；农用地使用权；不动产租赁权

论不动产登记机构登记错误的赔偿责任——兼评《不动产登记暂行条例（征求意见稿）》相关规定

孟　强（北京理工大学法学院，北京100081）

摘要：不动产登记机构登记错误赔偿责任的立法层级不能停留在《征求意见稿》的行政法规层面，必须上升到法律层面。将登记机构登记错误赔偿责任界定为行政责任、进行国家赔偿对权利人的保护并无不利，关键是要设计出此类案件的民行合并审理诉讼程序。不动产登记的按件收费标准使登记机构难以承担登记错误的巨额赔偿责任，建议在法律上增设不动产登记机构登记错误的最高赔偿限额，同时权利人仍可以通过更正登记和异议登记制度分散

登记错误的风险。

关键词：不动产登记机构；登记错误；赔偿责任；赔偿限额；风险分散

☆ 经济刑法

伪造类犯罪的扩张现实与限缩适用——以伪造金融票证罪司法实践为视角

喻名峰（湖南师范大学法学院，湖南长沙410081）

摘要：司法实践中出现了大量的为哄骗家人、展示财力、骗取公司注册等目的而购买伪造银行存单的行为，最后多以伪造金融票证罪从轻处罚。其做法并不符合我国刑法规范。究其原因，一是主观目的的扩张即没有将伪造金融票证罪限定于投入金融交易为目的，二是客观方面的混淆即将购买等同于伪造行为。伪造类犯罪根据对象不同，可分为一般伪造罪和特殊伪造罪。特殊伪造罪应为目的犯（非法定），如伪造金融票证罪必须以将伪造的票证按其本来用途使用（金融活动）为目的。伪造类犯罪根据伪造对象的重要性限定入罪行为种类，对于未将购买行为入罪的伪造类犯罪（如伪造金融票证罪），不宜将购买行为混同于伪造行为并予以入罪。立法上应及时在相关伪造罪罪状中明示其为目的犯，司法实践中应区分不同情形合理认定购买行为的可罚性。

关键词：伪造金融票证罪；伪造类犯罪；非法定目的犯；法益

论虚开发票犯罪的刑事立法误区——建议取消我国刑法第205条与第205条之一

王佩芬（上海社会科学院法学研究所，上海200020）

摘要：虚开增值税专用发票罪自设置以来，对于其构成要件的理解认定、罪与非罪、此罪与彼罪、一罪与数罪等方面，一直存在理论上的分歧与司法适用上的疑难。这些疑难与分歧，无法通过刑法解释的方法予以解决，也无法在立法技术层面予以补足完善。产生问题的根本原因在于，在刑事立法增设罪名的考察环节，对于增设该罪的必要性、合理性的论证，存在观念上的混淆与立法上的误区，是因重复性设置罪名而导致的虚妄冲突，不设置虚开发票犯罪并不会造成刑法惩治上的空白与漏洞。应取消“虚开增值税专用发票罪”与“虚开发票罪”。

关键词：虚开增值税专用发票罪；虚开发票罪；立法技术；立法原则；立法逻辑；立法误区

☆ 专 论

论预防腐败的行政程序法治之路

蒋建湘（中南大学法学院，湖南长沙410083）

摘要：对湖南省样本的实证分析表明，行政程序法治是预防腐败的必然要求。同时，作为行政程序法治根基的程序理性和作为行政程序法治目标追求的程序正义又为预防腐败所需。通过行政程序法治预防腐败要求加强行政程序立法，行政程序立法应当以行政决策、执行程序法定为主要内容，采取统一、多层的立法体制，实行基本法与单行法并存。

关键词：预防腐败；行政程序法；法治；程序

中国特色反腐倡廉理论体系的科学内涵和逻辑结构

郝 峰（江苏省教育厅；江苏南京210013）

摘要：中国特色反腐倡廉理论体系，是对中国特色反腐倡廉道路的科学总结和理论概括。其科学内涵表现为比较系统地回答了反腐倡廉在中国特色社会主义建设中的科学定位，以及为什么要反腐倡廉、怎样反腐倡廉、依靠谁来反腐倡廉等重大理论和实践问题。我们党对中国特色反腐倡廉道路的理论概括不断深化和系统化，反映了中国特色反腐倡廉理论体系在实践基础上的逐步完善。该理论体系内容包含四个相互关联的逻辑层次：哲学基础、基本范畴、基本原理和观点、基本路线和方针政策。深化该理论的研究是坚定走中国特色反腐倡廉道路的信心之源，是坚持走中国特色反腐倡廉道路的行动指南，是发展中国特色反腐倡廉理论的前提条件和必然要求。

关键词：中国特色；反腐倡廉；理论体系；科学内涵；逻辑结构

论人大监督规范性文件之审查基准

李云霖（湖南科技大学法学院，湖南湘潭411201）

摘要：宪法、立法法与监督法等确立的人大监督规范性文件的审查基准存在合法性标准简单化、合理性标准抽象化以及操作性标准漏洞化等问题，成为制约规范性文件备案审查健康发展的瓶颈之一。在借鉴作为宪法原则的比例原则内涵的三重审查基准基础上，人大监督规范性文件应建立“二领域三阶层”的审查基准，从而更好地适应新时代的法制统一和完善全国人大及其常委会宪法监督制度的要求。

关键词：比例原则；审查基准；规范性文件；指导案例

论全国人大常委会在与香港普通法传统互动中的释法模式——以香港特区“庄丰源案规则”为对象

黄明涛（中国人民大学法学院，北京100872）

摘要：香港特区终审法院所创立的“庄丰源案规则”——“1999年人大释法”仅构成对基本法第22条第4款与第24条第2款第3项的有效解释——引起诸多批评，并被认为挑战了全国人大常委会的基本法解释权。实际上，这些批评意见对“庄丰源案规则”的效力及其象征意义有所误读，也不必要地强化了祖国大陆的法律传统与香港地区普通法传统之间的对立。人大释法制度作为基本法体制之下两种法律传统的连接点，赋予了全国人大常委会一种新的法律地位，因而容许并要求其在与香港普通法传统的互动中发展出独特的法律解释模式，而这种独特的释法模式与“庄丰源案规则”是相容且相互促进的。

关键词：庄丰源案规则；香港终审法院；人大释法；全国人大常委会；解释方法

☆ 争鸣园地

立法规划之淡化与反思

刘松山（华东政法大学法律学院，上海200042）

摘要：长期以来，中国学者对立法规划的性质、效力以及制定主体等基本问题，并没有形成共识。从建国到改革开放之初的立法成就都不是靠规划取得的，实践中立法规划并没有起到预期的作用。立法规划与人民代表大会制度的体制以及科学立法、民主立法的基本原则都不甚相符。立法规划应当被视为一种立法建议，不应具有指令性作用。立法机关不适宜制定立法规划，应当将立法规划的编制权交给立法提案主体，或者由立法机关的工作机构调研协调后提出一揽子立法建议，交给立法提案主体，并建立沟通协调机制，保证提案与审议之间的必要衔接。《立法法》修正案草案对立法规划的规定是否适当，值得讨论。

关键词：立法规划；立法法；人民代表大会制度；立法建议

无主公益的特殊诉讼——我国民事公益诉讼的本质探析及规则建构

许尚豪（中国人民大学法学院，北京100872）

摘要：我国民事公益诉讼本质上是一种为无主公益而特别设定的担当人诉讼。只有在实体法上无主的公益，法律才可在诉讼中赋予特定机关和有关组织以单纯的程序当事人地位，而那些具有明确主体的公益，不属于我国民事公益诉讼的调整范围。作为一种与普通诉讼相异的特殊程序形态，民事公益诉讼需要与之相适的规则，才能发挥作用。

关键词：民事公益诉讼；无主公益；担当人

论人身保险不应适用损失补偿原则及其意义

于海纯（对外经济贸易大学法学院，北京100029）

摘要：法学界、保险业界和司法界对人身保险是否适用损失补偿原则持有否定说、肯定说以及折中说三种观点。否定说符合保险标的分类与民事法律关系客体分类应当一致的客观要求。肯定说的“生命价值论”和“不当得利论”、折中说的“中间型保险论”，都违背了人身保险不能适用损失补偿原则的基本法理。我国《保险法》体现了否定说的基本精神，但保险行业监管与司法实践中存在一定争议。应当在《保险法》中明确规定人身保险不能适用损失补偿，并将其确立为不得以合同约定或格式条款排除的强制规定，以此整合行业监管规范与司法解释，解决当下“同案不同判”的司法尴尬。

关键词：人身保险；损失补偿；保险标的；格式条款

☆ 域外视野

法治与王权的博弈：布雷克顿的实践

何勤华 王 帅（华东政法大学法律学院，上海200042）

摘要：西方法治思想延续至中世纪，在英国获得了里程碑式的转型发展，其标志就是1215年《大宪章》的签署和13世纪中叶布雷克顿《论英格兰的法律与习惯》一书的面世与传播。布雷克顿的法治思想集中体现在他有关王权的论述中，他认为国王并无绝对立法权，法律的渊源在于民众的意愿。布雷克顿最重要的法治论断是“国王不应低于任何人，但应在上帝和法律之下”，这一论断的论据在于他坚信国王是“上帝的代理人”以及“法律造就国王”。布雷克顿的思想同现代法治理念还有一定差距，但是他已经触及到法治理念的核心——约束权力，这使他在西方法治的传承中占有重要地位。“依法治国”是同“法治”相等的术语，法律不应当作为“牧民”的工具，要实现依法治国关键不在于“治民”而在于“治权”，对西方法治传统的研究对我国建设法治国家意义重大。

关键词：布雷克顿；《论英格兰的法律与习惯》；王权；法治；博弈；王在法下

我国专利无效判断上“双轨制构造”的弊端及其克服——以专利侵权诉讼中无效抗辩制度的继受为中心

张 鹏（复旦大学法学院，上海200438）

摘要：专利无效判断上的“双轨制构造”在我国日益显现出侵权判断迟延与无效手续繁琐的弊端。司法实践以“保护范围不明确”、“侵权诉讼中的裁量性中止”以及“现有技术抗辩的扩大性适用”等手段试图对此予以缓解，却造成了上述三种途径在适用上的各种矛盾。在积极探索侵权判断法院的集中化与专业化的同时，我国逐步实现了对于无效宣告程序的功能替代，因此应该考虑在侵权诉讼中导入侵权诉讼无效抗辩的限缩性适用。

关键词：无效抗辩；现有技术抗辩；双轨制；行政行为公定力；行政行为无效理论

美国“治疗性司法”理念的实践及其启示

尹 琳（上海社会科学院法学研究所，上海200020）

摘要：美国的“治疗性司法”理念主张司法具有治疗性功能，有利于化解各种社会矛盾。在刑事审判中，“治疗性司法”理念要求法官直面被告人犯罪的根本原因，利用各种资源，解决引发被告人犯罪的所有主客观因素，消除其再犯可能性，使他们能更好地回归社会。“治疗性司法”理念注重实践和经验，通过建立“问题解决型法院”和普通刑事法院进行尝试。这些尝试都是利用行为科学的知识，促使犯罪人悔罪，并积极参与到矫正程序中。在我国，虽然还不存在完全接受“治疗性法学”的土壤，但随着法院对缓刑判决的宣告数量日益增多，缓刑案件审判过程中存在的问题也越来越突出，“治疗性司法”理念可以为解决这些问题提供积极的启示。

关键词：治疗性司法；缓刑；听证程序

☆ 实务研究

国有股转持中转持股份经营管理权受限的法律分析

胡改蓉（华东政法大学经济法学院，上海200042）

摘要：国有股转持制度在实施中，因该制度规范对社保基金会日常经营管理权的强制性限制造成了实务界对社保基金会参与上市公司治理的诸多担忧。尽管从公司治理理论出发，强调社保基金会不干预上市公司日常经营管理有其合理性，但是，这种强制性限制并不符合公司法对股权制度的基本规定；同时，在我国仍奉行“股东会中心主义”的治理模式下，该强制性限制会造成社保基金会参与上市公司治理的困境。为协调国有股转持后社保基金会与国资管理部门的不同利益需求，建议取消对社保基金会经营管理权的限制，同时认可股东投票协议制度的适用。

关键词：国有股转持；经营管理权受限；股东投票协议

“人肉搜索”的刑事责任主体及其责任模式选择

袁 彬（北京师范大学刑事法律科学研究院，北京100875）

摘要：劳动教养制度的废止和刑法的实践扩张预示着我国刑法的功能正逐渐由惩治转向惩治与矫治、预防兼顾。“人肉搜索”入刑符合我国刑法的这一功能转型趋向。“人肉搜索”的主体包括搜索行为的发起者、公民个人信息的提供者和搜索服务的提供者，其中公民个人信息的提供者是“人肉搜索”定型化行为的责任主体。“人肉搜索”的责任主体模式存在分散模式与统一模式之分。当前情况下，分散模式符合我国刑法功能转型的现实需要，我国应考虑在《刑法》第253条之一第1款之外，设置一个普通的“非法提供公民个人信息罪”。

关键词：刑法功能；“人肉搜索”；出售、非法提供公民个人信息罪；非法提供公民个人信息

梁慧星：为中国民法典而斗争！

2015年1月8日　法学学术前沿　来源：法学创新网

亨利.梅因爵士在《古代法》一书中指出，人类社会法律发展的进程是，先有习惯法，然后由习惯法进到成文的法典法。据法律史学者的研究，中国法律的历史可以追溯到公元前21世纪的夏代。古文献记载，夏代的法律称作“禹刑”，商代的法律称作“汤刑”，周代的法律有“九刑”和“吕刑”。这些法律，应属于梅因爵士所谓的习惯法。中国法律由习惯法向成文法的演进，发生在春秋战国（公元前770年－公元前256年）时期。这一时期，适应社会发展的要求，各诸侯国纷纷编纂、公布成文法。如郑国（公元前806年－公元前375年）于公元前536年“铸刑书于鼎”，公布成文法。晋国（公元前715年－公元前349年）于公元前513年“铸刑鼎”，公布成文法。魏国（公元前403年－公元前225年）的李悝（？－约公元前395年）在收集整理各诸侯国法律的基础上，著《法经》六篇，被认为是体系比较完整的成文法典。公元前221年秦统一中国，建立中央集权的专制帝国，以魏国的《法经》为蓝本，制定“秦律”。汉代在“秦律”基础上加以增删，制定“九章律”。此后的历代王朝，均重视成文法典的编纂，产生过诸如“隋律”、“唐律”、“明律”、“清律”等杰出的成文法典，并对东北亚、东南亚诸国的法制产生过重大影响。中国法律，自春秋战国时期实现成文化，直至清代末期，经过2千多年的发展，形成沿革清晰、特点鲜明的法律体系，被称为世界五大法系之一－－中华法系。

中国法律，从春秋战国时期魏国的《法经》，直到最后一部封建法典《大清律例》，都是以刑法规范为主，兼及民事、行政和诉讼等方面的内容。学者称为“诸法合体，以刑为主”。值得指出的是，历代成文法典，即使涉及民事生活关系，也以规定采用刑罚制裁为限，实质上仍属于刑法规范，而与现今所谓民法不同。现今所谓民法，特指近现代民法。其基本特征是：主体地位平等、意思自治、私权不受侵犯、过失责任。中国历史上不存在现今所谓民法，是因为在漫长的封建社会，自给自足的自然经济形态始终居于主体地位，历代封建王朝始终实行“重农抑商”政策，抑制商品生产和商品交换，并在政治上实行封建君主专制主义统治，不具备产生诸如自由、平等、权利、义务等近代民法观念的条件。现今中国民法，非中国所固有，而是清朝末期从外国继受而来。

进入19世纪，中国封建社会已经腐朽没落。中国在第一次鸦片战争（1840－1842）和第二次鸦片战争（1856－1860）中战败，被迫签订割地、赔款、丧权、辱国的一系列不平等条约。鸦片战争之后，中国逐步沦为半殖民地国家。中华民族开始了一百多年屈辱、苦难、探索和斗争的历程。两次鸦片战争的失败，表明中国与西方列强之间在军事和科学技术上存在巨大差距，促使清王朝统治集团内部分化出主张学习西方先进科学技术的洋务派。19世纪60年代至90年代末，贯彻洋务派的主张，中国兴起学习西方先进技术、购买西方新式武器、创建新式军队、创办军事工业和民用工业的“洋务运动”。在不长的时间，中国创建了近代的陆军和海军，建成近代军事工业体系和民用工业体系，中国资本主义有了初步的发展。

中国在公元1894－1895年的中日战争中被东邻日本战败，宣告“洋务运动”失败。中国人终于认识到：靠学习西方先进技术不能真正实现“自强”的目的，还必须学习西方政治法律制度。但统治集团内部“后党”与“帝党”之间，对于应否废弃中国传统法制意见冲突，不能达成共识。1900年8月，英、法、德、俄、美、日、意、奥八国联军攻占北京，慈禧太后和光绪皇帝仓皇出逃。次年，中国政府被迫与英、法、德、俄、美等十一国签订不平等条约，其中规定中国政府支付赔款4亿5千万两白银。此次事变，终于促使统治集团内部达成共识：中国要富强，非学习西方法律制度不可！1902年光绪皇帝颁布诏书，宣布实行“新政改革”。1907年委派沈家本、俞廉三、英瑞为修律大臣，设立修订法律馆，“参酌西洋法制”，起草民刑各法典。由此揭开中国继受外国法的序幕。

1908年民法典起草正式开始。由日本学者松冈义正负责起草总则、债权、物权三编，由曾经留学法国的陈箓与留学日本的高种、朱献文负责起草亲属、继承两编。1910年底，民法典起草完成，称为“大清民律草案”。设总则、债权、物权、亲属、继承五编，共1569条。1911年进入审议程序。因同年10月爆发辛亥革命，推翻清王朝，使这一民法典草案未能正式颁布生效。但是，通过这一民法典草案，德国民法的编纂体例及概念、原则、制度和理论体系被引入中国，对现代中国的民事立法和民法理论产生了深远的影响，且充分显示中华民族在外来压力之下，毅然决定抛弃固有传统法制，继受西方法律制度，以求生存的决心、挣扎和奋斗。

中华民国建立，北洋政府设立修订法律馆，主持起草民刑法典。于1925年完成民法修正案，称为“第二次民律草案”。该民法草案，是以“大清民律草案”为基础增删修改而成，共1745条。其总则编改动较少，仅增设关于“外国法人”、“行为能力”的规定；债编改动较大，采纳了瑞士债务法的若干原则，尤其第二章关于“契约”的规定，与“大清民律草案”不同；物权编增加规定“抵押权”和“典权”；亲属编的篇目有所变动，使逻辑更清晰，并增加关于“家产”、“亲子关系”、“养子”、“照管”的规定；继承编主要是文字和结构的改动，使逻辑更清晰严密。北洋政府司法部曾经通令各级法院，在裁判民事案件时可将“第二次民律草案”作为法理引用，但最终并未成为正式法律。

1927年4月中国国民党在南京成立国民政府。1929年1月，国民政府立法院设立民法起草委员会，由傅秉常、焦易堂、史尚宽、林彬、郑毓秀五人任起草委员，从同年2月1日开始起草民法典。民法起草委员会，以“第二次民律草案”为基础，采取分编修订、分编提交立法院审议通过、分编公布实施的方式，至1930年12月26日，民法典各编先后审议通过、公布实施，称为《中华民国民法》。设总则、债、物权、亲属、继承五编，共29章，1225条。这一法典，着重参考德国民法典、日本民法典和瑞士债务法，对当时的苏俄民法典和泰国民法典也有所参考，是中国历史上第一部民法典。

近代各国制定民法典，都具有一定的政治目的。中国制定民法典的目的，在于废除领事裁判权。1843年签订的《中英五口通商附粘善后条款》和《中英五口通商章程》，开外国人在华享有领事裁判权之先例。此后法、美、挪、俄、德、荷等17国，均通过不平等条约取得在华领事裁判权。领事裁判权的存在，严重损害中国国家主权。因此，自清末以来，中国政府一直致力于废除领事裁判权。1902年，清朝政府与英、美、日、葡续订商约，四国先后承诺：以“中国法律制度皆臻完善”为放弃领事裁判权的条件。1927年南京国民政府与比利时、丹麦、西班牙、意大利续订商约，均规定以“1930年1月1日前颁布民商法典”为撤销领事裁判权的条件。可见，废除领事裁判权是导致中国继受西方法制、制定民刑法典的直接动因。但各国在华领事裁判权一直到抗战末期的1944年才被废除。而西洋法律之继受，对中国法制之现代化，具有深远重大的影响。

中国之继受大陆法系的德国民法，是受日本的影响。其所以不采英美法系，纯粹由于技术上的理由。大陆法系与英美法系，并无优劣高下之分，但英美法是判例法，不适于依立法方式予以继受。德国民法典和法国民法典，是大陆法系最著名的民法典。因德国民法典公布在后，其立法技术和内容比法国民法典进步。因此中国继受德国民法。中国法制因继受德国民法而实现近代化、科学化，此为中国继受德国民法之真正意义。

1949年，中国共产党领导的人民革命推翻国民党领导的国民政府，建立中华人民共和国。包括《中华民国民法》在内的国民政府“六法”被废除。1950年，参考《苏俄婚姻、家庭及监护法典》，制定新中国第一部婚姻法。1954年，全国人大常委会组织民法起草，至1956年12月完成“民法草案”，分为总则、所有权、债、继承四编，共525条。此后发生整风、反右等政治运动，致民法起草工作中断。这一“民法草案”，是以1922年的苏俄民法典为蓝本。例如，四编制体例的采用，将亲属法排除在民法之外；抛弃“物权”概念而仅规定“所有权”；不使用“自然人”概念而用“公民”概念代替；仅规定诉讼时效而不规定取得时效；强调对社会主义公共财产的特殊保护，等等。表明中国由此前继受德国民法，转而继受苏联民法。值得注意的是，虽然这一“民法草案”是以苏俄民法典为蓝本，但苏俄民法典本身也是参考德国民法制定的，这就决定了新中国民事立法和民法理论仍未脱离大陆法系的德国法系。

1962年，中国在经历三年自然灾害和“大跃进”、“共产风”造成的严重经济困难之后，调整经济政策，强调发展商品生产和商品交换，民事立法重新受到重视。同年开始第二次民法典起草，至1964年7月，完成“民法草案（试拟稿）”。起草人设计了一个既不同于德国民法也不同于苏俄民法的“三编制”体例：第一编“总则”、第二编“财产的所有”、第三编“财产的流转”。草案一方面将“亲属”、“继承”、“侵权行为”等排除在外，另一方面将“预算关系”、“税收关系”等纳入其中，且一概不使用“权利”、“义务”、“物权”、“债权”、“所有权”、“自然人”、“法人”等法律概念。显而易见，此次民法典起草，企图既摆脱苏联民法的影响，并与资产阶级民法彻底划清界限，是受当时中国共产党与苏联共产党意识形态论战的影响。

1964年起在全国范围内开展的“社会主义教育运动”（简称“四清运动”），导致新中国第二次民法起草工作中断。“四清运动”至1966年升级为“文化大革命”。“文化大革命”期间，各级人民法院、检察院和公安机关被撤销，称为“砸烂公、检、法”，中国大陆陷入无政府状态，包括政法学院在内的全部大学停办，法律教师和研究人员被驱赶到“五七干校”接受思想改造，致中国立法、司法、法律教学和法学研究完全中断。

1977年，中国在经历十年“文化大革命”之后实行“改革开放”，从单一公有制的计划经济体制向市场经济体制转轨，民法的地位和作用受到重视。1979年11月在全国人大法制委员会设立民法起草小组，开始新中国第三次民法典起草。至1982年5月完成“民法草案（第四稿）”，包括：第一编“民法的任务和基本原则”、第二编“民事

主体”、第三编“财产所有权”、第四编“合同”、第五编“智力成果权”、第六编“财产继承权”、第七编“民事责任”、第八编“其他规定”，共8编、43章、465条。其编制体例和主要内容，着重参考1962年的苏联民事立法纲要、1964年的苏俄民法典和1978年修订的匈牙利民法典。此后立法机关考虑到经济体制改革刚刚开始，社会生活处在变动之中，一时难于制定一部完善的民法典，于是决定解散民法起草小组，暂停民法典起草，改采先分别制定民事单行法，待条件具备时再制定民法典的方针。

1981年颁布《经济合同法》，包括：第一章总则、第二章经济合同的订立和履行、第三章经济合同的变更与解除、第四章违反经济合同的责任、第五章经济合同纠纷的调解和仲裁、第六章经济合同的管理、第七章附则，共47条。该法采用“经济合同”概念，强调按照国家计划订立、履行合同，规定经济合同管理机关有权确认合同无效，及设立行政性经济合同仲裁制度，是受苏联经济法理论的影响。

1985年颁布《涉外经济合同法》，包括：第一章总则、第二章合同的订立、第三章合同的履行和违反合同的责任、第四章合同的转让、第五章合同的变更、解除和终止、第六章争议的解决、第七附则，共43条。由对外经济贸易关系的特殊性质所决定，该法不可能以苏联经济法理论为根据。除法律名称保留了“经济合同”概念，留有一点苏联经济法理论的痕迹外，整部法律的结构、基本原则和内容，主要是参考英美契约法和《联合国国际货物销售合同公约》（CISG）。是中国民法继受英美法和国际公约的开端。

1986年颁布民法通则。包括：第一章基本原则、第二章公民（自然人）、第三章法人、第四章民事法律行为和代理、第五章民事权利、第六章民事责任、第七章诉讼时效、第八章涉外民事关系的法律适用、第九章附则，共9章156条。民法通则的起草是以民法草案（第四稿）为基础，但基于改革开放以来强化对私权保护的要求，该法许多内容已经超越苏联和东欧民法。例如，民法通则总结新中国建立以来、特别是“文化大革命”期间侵犯人民私有财产和人身权的教训，在第五章第一节专设第七十五条第二款明文规定：“公民的合法财产受法律保护，禁止任何组织或者个人侵占、哄抢、破怀或者非法查封、扣押、冻结、没收”；在第五章专设第四节明文规定人民享有“生命健康权”（第98条）、“姓名权”（第99条）、“肖像权”（第100条）、“名誉权”和“人格尊严”（第101条）。并在第六章第三节明文规定侵害财产权的侵权责任（第117条）、侵害生命健康权的侵权责任（第119条）、侵害姓名权、 肖像权、 名誉权的侵权责任（第120条）及国家机关或者国家机关工作人员侵犯人民合法权益的民事责任（第121条）。 民法通则的这些规定，具有极重大深远的历史意义，被称为中国的“人权宣言”。

进入90年代，中国从单一公有制的计划经济体制，向社会主义市场经济体制转轨，与此相应，民事立法亦由继受苏联东欧民法，转向继受市场经济发达国家和地区民法。为适应发展现代化市场经济的要求，实现交易规则的统一及与国际接轨，1993年开始起草合同法，于1999年3月15日获得通过，同年10月1日生效（原《经济合同法》、《涉外经济合同法》和《技术合同法》同时废止）。合同法采用德国民法的概念体系，许多原则和制度直接采自德国民法、日本民法和中国台湾地区民法，例如，缔约过失（第42、43条）、附随义务（第60条2款）、后契约义务（第92条）、同时履行抗辩权（第66条）、不安抗辩权（第68、69条）、债权人代位权（第73条）、债权人撤销权（第74条）、承包人优先受偿权（第二百八十六条），等等。合同法参考借鉴英美契约法和《联合国国际货物销售合同公约》（CISG）、《国际商事合同通则》（PICC）、《欧洲合同法原则》（PECL）的内容也不少，例如，将违约责任原则从过错责任改为严格责任（第107条），及规定预期违约（第94条第2项、第108条）、强制实际履行（第110条）、可预见规则（第113条）、间接代理（第402、403条），等等。

为了实现有形财产归属和利用关系的基本规则的完善和现代化，1998年开始起草物权法，经过全国人大常委会先后七次审议，于2007年3月16日经第十届全国人大第五次会议通过，同年10月1日起施行（同时废止《担保法》有关担保物权的规定）。物权法同样采用典型的德国民法的概念体系，其物权变动模式采法国民法“债权合意主义”与德国民法“登记生效主义”相结合的折衷主义，主要内容参考借鉴德国民法、法国民法、日本民法和中国台湾地区民法、中国澳门地区民法，也有继受英美财产法的制度。

中国之继受外国民法，迄今已逾百年。此百年继受过程，可划分为三期：从20世纪初至40年代末为第一期，其继受目标是大陆法系的德国民法，其立法成就是《中华民国民法》（迄今仅在中国台湾地区生效）；从20世纪50年代初至70年代末为第二期，因为政治经济体制和意识形态的原因，将继受目标转向苏联民法和东欧民法，两次民法典起草均以失败告终；从20世纪70年代末开始为第三期，由继受苏联民法和东欧民法，主动转向主要继受市场经济发达国家和地区民法，其立法成就是合同法和物权法。自合同法开始，中国对外国民法的继受，从“单一继受”转向“多元继受”，使中国民法日益呈现“多元复合”的色彩，表明中国民法进入了一个新的发展阶段。

至90年代后期，中国致力于建立与社会主义经济相适应的完善的法律体系。按照构想，宪法和民法、刑法、民诉、刑诉等基本法应当制定成文法典。宪法、刑法、刑诉法、民诉法均已制定了成文法典，唯独民法未制定法典，只有一个民法通则和各民事单行法。由民法通则和合同法、物权法、《婚姻法》、《收养法》、《继承法》等民事单行法所构成的现行民法体系，毫无疑问在保障公民和企业的民事权利、规范市场交易秩序、维护社会公平正义和促进社会主义市场经济发展等方面，发挥了极其重大的作用。但是，民法通则毕竟不能代替民法典的地位和作用，且因民法通则和各民事单行法制定的时间和背景的差别，难免造成现行民法体系内部的不协调，不能适应市场经济和社会生活对法律调整更高的要求。于是，中国民法典编纂，再次被提上日程。

1998年1月13日第八届全国人大常委会主管立法工作的副委员长王汉斌邀请民法学者江平、王家福、王保树、

梁慧星、王利明座谈民法典编纂事宜，一致认为起草民法典的条件已经成就。王汉斌副委员长遂决定恢复民法典起草，并委托江平、王家福、魏振瀛、王保树、梁慧星、王利明、费宗祎、肖峋、魏耀荣九人组成民法起草工作小组，负责起草中国民法典。同年9月召开的民法起草工作小组第二次会议决议：委托梁慧星拟定“中国民法典大纲”。1999年10月，梁慧星完成《中国民法典大纲》。

2000年，梁慧星在原“中国物权法研究课题组”基础上，成立“中国民法典立法研究课题组”。课题组由中国社会科学院法学研究所、北京大学法学院、清华大学法学院、人民大学法学院、烟台大学法学院、复旦大学法学院、山东大学法学院、深圳大学法学院、北京化工大学法学院、对外经济贸易大学法学院和中国建设银行总行法律部的民法学者26人组成。课题组根据全国人大常委会法制工作委员会的委托，按照《中国民法典大纲》，起草中国民法典草案。2002年2月完成侵权行为编和继承编，4月9日完成总则编，4月13日完成债权总则编，5月中旬完成合同编，8月中旬完成亲属编，加上1999年完成的物权编（《中国物权法草案》），中国民法典草案（7编81章1947条）全部完成，并正式提交全国人大常委会法制工作委员会。草案完成后，课题组继续为民法典条文附加“说明、理由和参考立法例”，编撰《中国民法典草案附理由》。

《中国民法典草案》的结构，是以潘德克吞式五编制为基础稍加变化。首先，将规范民事生活关系的规则，以法律关系为标准，划分为“物权”、“债权”、“亲属”、“继承”四编；其次，采用“提取公因式”方法从四编内容中抽出共同规则，作为民法典的“总则”编，形成民法典的“总则－分则”结构；再次，考虑到现代市场经济和科学技术的发展，产生各种新的合同类型和新的侵权行为类型，致“债权编”内容膨胀而与其他各编不成比例，故参考荷兰新民法典的经验，将“债权编”分解为“债权总则”、“合同”和“侵权行为”三编，由“债权总则编”统率“合同编”和“侵权行为编”，形成民法典的“双层”结构。草案从编纂体例、章节的安排、原则和制度的设计，到法律条文的文字表述，均特别着重法典的逻辑性、体系性和可操作性，以求确保法院裁判的公正性、统一性，及人民据以预测自己行为法律后果的可预测性。

考虑到人格权的特殊性，属于主体对自身的权利，因出生而当然取得，因死亡而当然消灭，其取得与消灭均与人的意思无关，且原则上不能处分，不适用民法总则的规定，因此不采纳单独设“人格权编”的主张，而将人格权规定在总则编自然人一章。考虑到知识产权（特别是专利权、商标权）与行政程序不可分离，法律规则因科学技术的飞速发展而要求频繁修改，且现行专利法、商标法和著作权法已构成一个相对独立的知识产权法体系，因此不设“知识产权编”，而使专利法、商标法和著作权法仍作为民事特别法。考虑到涉外民事关系的法律适用规则的国际私法性质，及二十世纪以来单独制定国际私法法典渐成趋势，因此不设“涉外民事关系法律适用编”，而建议另行制定“中国国际私法法典”。

草案从中国实行改革开放、发展现代化市场经济和建立全国统一市场的实际出发，认真总结改革开放以来的立法经验、司法实践经验和理论研究成果，广泛参考借鉴发达国家和地区的立法经验和判例学说，顺应人类社会进步和法律发展潮流，并注意与国际公约和国际惯例协调一致。在价值取向上以权利本位为主，兼顾社会公共利益；兼顾对个人物质生活条件的确保与对人格尊严的尊重；充分贯彻意思自治原理，强调对人民私权的切实保护，非基于社会公共利益目的并依合法程序不得予以限制；尽量兼顾社会正义与经济效率，兼顾交易安全与交易便捷；切实贯彻两性实质平等与保护弱者的原则，对劳动者、消费者、妇女、儿童、老人和残疾者实行特殊保护；既着重于中国现实社会问题的对策，更着眼于中华民族的未来，旨在建立竞争、公平、统一的市场经济秩序，及和睦、健康、亲情的家庭生活秩序，为在中国最终实现人权、民主、法治国和现代化奠定法制基础。（本文是《中国民法典草案建议稿附理由》的“序言”）

妇女法律权益认知模型的建构与应用

2014年12月29日　《河南财经政法大学学报》2014年第3期　郝佳、张伟

关键词：妇女法律权益　认知　对策

一、法律制度与法律认知辨析——妇女法律权益认知研究模型的建立

1、法律制度与法律认知的辩证关系

费孝通先生曾在《乡土中国》一书中指出，在中国传统乡土社会中，人们行为选择的指导是由乡土文化熏陶而成，而此种文化的熏陶是为天工，而非人力，因此人不能作主动的有计划的适应，只能盲目地经过错误与实验来找寻新的办法或指导规则。[1]而随着社会的发展，尤其是中国社会城市化进程的加剧，乡土的文化正在由一种城市的法治文化所替代，中国社会也亦逐步向法治社会转型过渡。法律是法治社会中人们行为的指导，通过制定和适用法律，人们可以主动地构建和完善行为指导，这是法治社会较之于传统乡土社会的一大区别。

法治社会当中，较之于社会意识的更新、社会观念的改进、社会整体思维导向的修正对社会进步、男女平等的促进作用，法律制度的完善与重设将更为直接地作用于社会群体和个人，通过行为规范的预设引导行为人的行为选择，通过行为规范的适用，纠正行为人的认识和选择偏差，最终实现制度对人的认识和行为的影响。

由此，通过法律制度的完善与重设来促进男女平等和女性地位的提升无疑是最为直接和最具效率的手段之一。

要真正实现法律制度对人的影响与引导，行为人即法律作用的目标人群对法律的认知程度是先决因素。行为人对法律的认识和理解是否符合立法的本意；行为人对于法律适用的模式是否有相应的了解；行为人能否依照法律对自己的行为后果作出预判等等，都决定了法律制度对目标人群影响的正负效应。在行为人准确理解立法本意、适当

了解法律适用模式、能够对自己行为作出符合法律预期的预判断时，法律制度的作用就是正向的，反之，法律制度便会形同虚设甚至发生与其预期相反的负效应。

必须承认的是，任何目标人群都不可能在不带任何先见甚至是固有偏见的情况下开始对法律的认知。政策实施的效果、既有法律适用的后果、一定范围内的社会习惯等因素都有可能影响行为人对法律的认识与理解。那么，欲以法律制度的完善和重设来影响目标人群，进而达到促进男女平等、提升女性地位的目的，就有必要对影响行为人尤其是女性群体法律认知的因素进行分析比对，找出其间的关联，有针对性地进行规范与制度的修补、完善乃至于重构。恰如凯瑟琳·马奥尼所说："任何运用法律体系与不平等相抗争的设想必须始于理解和评价平等与男女在性别和社会上的差别之间的关系。"[2]

而在相关法律体系既已形成的前提之下，如妇女权益相关立法已初具雏形的背景之下，公众对于相关原则、规范的认识与评价所能体现的一方面是公众的法律认知水平，也即公众对妇女法律权益认知水平；另一方面透过对其认知水平和认识状况的分析评判，亦能反映既有法律体系的成熟度，透射出现有规范的缺失和瑕疵，从而为进一步地修正现有体系提供现实和理论基础。

2、妇女法律权益认知研究模型的提出

从行为学的角度来看，认知一方面是人类行为的一个组成部分，另一方面也是其他认知行为的先行行为。具体而言，通过认知而获得的信息、观点和意识理念可以也必然指导人的行为，是为人类行为选择的导向性指标。也就是说，通过研究固定人群对某一问题的认知，即可判断其在特定情形下，发生同类问题时的行为选择。更进一步地，当对行为和认知之间的关系有了充分和合理的判断之后，即可通过预设的政策、规范来引导固定人群的行为。由此，认知、行为及政策规范之间即呈现如下关联：

政策规范

行为人认知

行为人的行为

将此一关联映射于法律权益认知，亦可得出相同结论，即，固定人群对相关法律权益及法律权益整体概念的认知决定了其在特定情形下（如遭遇纠纷、签订合同、缔结婚姻等）的行为选择；通过研究固定人群（本文中为陕西常住人口）对妇女法律权益相关制度、规范的认知，即可判断其在处理问题时的行为选择和运用法律的意识及能力；在对陕西妇女法律权益认知和基于该认知的行为选择之间关系有了较为明晰的梳理和认识之后，就能制定有针对性的政策或有针对性地修改现行政策及规范，进而引导固定群体的行为选择，提升群体的法律权益认知水平。同样地，妇女法律权益认知和行为选择以及政策规范之间亦可呈现如下关联：

妇女权益相关法律规范　　妇女法律权益认知　　群体行为选择

如果说借助模型对妇女法律权益认知进行深度研究有助于相关政策法规的制定和修订，那么更为深远的意义在于，透过政策法规对女性群体的直接作用，还能够影响更广泛的人群，进而实现对更广泛社会面的行为引导。

这是因为，首先，现代社会中，女性已经越来越广泛地参与到经济社会生活当中去，并在越来越多的领域中担任重要角色，因而，其观念认知和行为选择能够影响和辐射其周围的社会人群，包括男性在内。其次，女性原有的生育并养育子女的基本职能并未因其更多地参与社会而消失，相反，其在更多地承担社会经济职能的同时兼顾着家庭与工作的双重角色，尤其是其子女的教养者的角色，能够将其观念认知直接疏导给下一代，进而影响下一代的行为选择。这种影响较之于前一种，将更为直接和深远。

从理论上看，认知模型所确立的仅是分析和解决问题的方式或曰模式，其要具体发生作用，还需辅之以相关的基础数据。而第三期中国妇女社会地位调查的成果数据无疑为妇女法律权益认知模型的具体应用提供了一个权威、精准的基础。在对这些数据进行分析比对的基础上即可得出陕西省妇女权益认知与行为选择之间的互动关系，进而为修正现有法律尤其是地方立法，以进一步提高妇女社会地位、促进男女平等提供较具针对性和可行性的对策与建议。

陕西省数据调查以2010年12月1日为标准时点，在陕西省10个市的42个县（区）开展。从数据显示内容来看，报告所涉的法律认知要素主要涉及对《妇女权益保障法》的知晓率和其他男女平等法律的公众认同度。将其与第三期中国妇女社会地位调查主要数据报告中对应部分的数据进行对比，可以看到陕西省妇女法律权益法律认知在全国所处水平，进而做出较为基本的优劣判断。此外，尽管报告未提供法律权益认知部分结论的性别选择差异，即对于上述两项内容，男女两性被调查者的不同选择，但通过全省的人口数据（全省常住人口中，男性人口为19287571人，占51.67%；女性人口为18039807人，占48.33%。）[3]，及调研所涉男女比例（个人主问卷中，男性1397人，占51.6%，女性1308人，占48.4%），还是可以进行较为粗略的估算。[1]

作为保障妇女权益的基本法律，《妇女权益保障法》全面覆盖了财产、人身、家庭、政治、社会文化等各项妇女权益，一方面宣告了男女平等的基本国策和基本原则；另一方面亦确定了女性的财产权、人身权、受教育权等权益受到法律保护，不容侵犯。由此，对妇女权益保障法的知晓度即直接反应了接受调研的目标人群对男女平等基本国策和原则的知晓广度，进一步地也反应了目标人群对妇女权益应受法律保护的知晓广度。

从陕西省发布的数据来看，有87.7%的人知道中国目前有专门保护妇女权益的法律，而这一数据的全国值为83.4%，也即陕西的妇女权益保障法知晓率要高出全国数值4.3个百分点。这一方面体现出陕西省妇女权益法律普及

和妇女维权工作的成效；另一方面也表明，陕西省妇女权益法律普及和妇女维权工作有着极大的提升空间。这是因为，首先，87.7%的知晓率反衬出12.3%的空白率，如何填补空白、降减空白率值得深思；其次，在知晓率范围内，城乡差距巨大，根据报告数据，农村群体对妇女权益保障法的知晓率要低于城市11个百分点，这一差距充分说明，要提高妇保法的知晓率，农村群体是下一步工作的重点。

如果说知晓率体现的是目标群体对妇女权益保障法的感性认识，那么，对于妇保法的认同率，则更大程度上反映了目标群体对妇女权益保障法的理性认知。省数据报告显示，有76.6%的人认为《妇女权益保障法》在保护妇女权益方面有作用，而这一数据的全国值则为80.8%，陕西省数据较全国值低了4.2个百分点。较之于知晓率，目标群体对法律的认可更能体现该法律规范在群体所在地的作用效果。可见，虽然陕西省妇女权益保障法的知晓率高于全国水平，但其群体对妇女权益保障法的认可率较之全国要低，数据亦提示本省妇女权益保障法的执行效果还有待提升。

本次社会地位调查，在男女平等公众认同度调研部分，主要涉及了子女姓氏和财产继承问题。

姓名权是每个公民的基本人权，具有独立人格之个体均可享有自行决定姓名之权利。未成年人由于不具有完全的民事行为能力，尤其是在婴儿期，其行为能力几乎没有，因此，其姓名的决定权由其父母行使。姓名决定权更是亲权（监护）制度中的一项重要内容。即“父母对未成年子女有姓名决定权，子女可以从父姓，也可以从母姓，由父母双方协调确定。子女成年后始得自行选择姓名。”[4]而《妇女权益保障法》更是明确规定：父母双方对未成年子女享有平等的监护权。因此，对于“子女从父姓还是从母姓”这一问题的回答和选择，直接体现的是对父母权利的认知，实质则反映了目标群体对男女家庭地位的认知。

根据陕西省数据，有62%的人不反对孩子随母姓，城乡分别为66.4%和60%。可见，目标群体对男女两性家庭地位的认知与法律预期的目标还有一定的差距。尤其是农村地区，较之城市仍相差6.4个百分点。这一方面是因为作为中国社会的发源地，乡土社会中传统习俗和观念受外界影响较小，一些固有的成见得以保留，男外女内、男主女从的传统观念在农村仍然存在；另一方面，也是相关法律宣传、普及工作未能有效提高农村群体法律认知的原因。

继承是个人、家庭甚至家族得以延续的必备制度。女性能否享有继承权、能否平等地并且不被附加不合理条件地享有继承权，是判断一定社会中继承制度是否做到了无性别歧视的重要标准。而妇女在实际的继承中，能否平等顺畅地享有继承权，则是判定一定社会性别平等的重要标准。我国继承法对于继承制度进行了性别无涉的制度设计，妇女权益保障法更是明确规定，妇女享有的与男子平等的财产继承权受法律保护。在同一顺序法定继承人中，不得歧视妇女。也就是说，从法律制度目标上来看，男女两性平等享有继承权是立法所追求的最终效果。

陕西省数据显示，有71%的人赞同“在都尽到赡养义务的前提下，女儿应与儿子平等继承父母财产”，而这一数据的全国值为76.3%，陕西省赞同率低于全国5.3个百分点。尤其值得注意的是，对于这一问题的认识，城乡差距巨大。相较于城市85%的赞同率，农村的赞同率仅有59.8%。从数值上看，农村的赞同率偏低，直接拉低了本省的赞同率，是导致本省赞同率低于全国水平的因素之一。从原因上看，城乡差距的出现，其本源还是城乡差异的存在——其一，乡土社会中传统意识观念根深蒂固，妇女不能顶门立户的思想直接导致了其家庭或家族传承资格的丧失，不能与男性享有同等的继承权便是这一思想的直接反映；其二，农村家庭的财产有其独特性，较之于城市家庭消费性财产占多数的特点，农村家庭的财产多为生产资料，且具有永续性的宅基地亦在其中占有极大比重，所以，在“娶媳妇、嫁姑娘”，“女儿是外姓人”的传统观念之下，要想保持生产资料和宅基地在本家庭中的延续，就要避免分给“外姓人”。这在很大程度上导致了农村女性的平等继承权得不到落实与维护。

通过上述分析比对，不难看出，陕西省公众的妇女法律权益认知呈现出“知晓度较高，认同度较低；城市状况好于乡村，城乡差距较大”的基本特征。基于此，本文建议应从以下两个方面着手，进一步提高本省妇女权益认知水平。

正如前述模型中所提出的，尽管法律政策本身及其实施过程会影响到行为人的行为选择，但行为人的固有观念首先会影响其对法律政策的认知。这一点，在本次调查的数据中已有所体现。陕西省数据报告显示，仍有6成左右的人没有摆脱传统社会性别观念的束缚。65.1%的人认为男人应以社会为主，女人应以家庭为主，而这一数字甚至比2000年上升了11.3个百分点。66.9%的人认为丈夫的发展比妻子的发展更重要，而这一数字的城乡差异更是显著，城市为58.9%，农村为72.9%，整整差出16个百分点。这一性别认知情况，恰与妇女法律权益认知的整体情况暗合——《妇女权益保障法》知晓度方面，农村低于城市11个百分点，男女两性平等继承权认知方面，城乡差距达到26.1个百分点。

有鉴于此，意欲提高本省公众对妇女法律权益认知的整体水平，应重点从农村地区着手。而在农村地区，除既有的普法手段之外，应依据性别差异，有针对性地从不同渠道进行普法宣传和性别教育，从而快速有效地提高本省的妇女法律权益认知水平。

具体说来，依据陕西省数据报告提供的信息，较之于城镇妇女，农村妇女获得资讯的途径较为传统，以电视、朋友家人熟人、广播这三种渠道为主。由此，在普法宣传上，更应注重电视、广播等传统传播渠道，在此类媒介的传播内容上，更多地增加关乎女性权益，尤其是农村女性权益（如宅基地权、社会保障权等）相关的内容。

此外，陕西省数据报告还显示，女童中知道《未成年人保护法》的占77.2%，男童占82%，男童对于《未成年人保护法》的知晓率高于女童近5个百分点。这固然与农村女性受教育水平较之男性相对较低有关，但却为通过普法

宣传、性别教育提供了一个新的思路，即从学校入手，通过学校教育从小树立男女两性对性别平等的正确认识，从童年期着手销蚀传统的社会性别观念。

对于妇女法律权益认知而言，法律本身的知晓度仅是表象行为，而实质决定认知水平进而真正决定目标人群的行为选择的，是认同度，也即目标人群对法律有效性的评价。恰是此类有效性评价是无法通过普法和法治教育获得的。意欲提高有效性评价，唯一的渠道是提高执法效果。而影响执法效果的因素众多，最为主要的是立法的科学性和司法过程的合法性，最终体现为执法结果的公平性，而在妇女法律权益认知的角度看，执法过程和结果所体现出的性别公正和公平则是评价的最终标准。

因此，以社会性别视角对立法的修正和司法过程中社会性别视角的介入就尤为重要。根据陕西省妇联2010年信访统计数据，当年全省县以上妇联受理的信访案件中关涉婚姻家庭的案件最多，达到了4555件，占全部案件的57.7%，其中，家庭暴力案件和离婚财产分割案件是当年信访案件的重点和难点问题。同时，财产权案件、人身权案件也在全部信访案件中占据较大比重。故此，即应从此类关涉妇女权益的重点问题着手，对立法进行修正，并在司法过程当中介入社会性别视角。具体的修正建议和介入方式，本文将在下文中重点提出。

在市场经济当中，由于劳动的价值和劳动力的价值均以货币形式表现，因此，家务劳动这种不以货币为对价的劳动形式的价值往往被忽略，由此导致家务劳动从事者的价值亦被忽略。中国“男主外、女主内”的传统观念下，家务劳动更多地由女性承担。陕西省数据报告显示，城乡分别有68.6%和76.0%的女性承担着家庭的做饭、洗衣、洗碗、卫生、采购等大部分或全部日常家务劳动，城乡男性分别占14%和13.9%。

家庭中的性别角色分工是决定家庭关系和女性地位的基础，确切地说，对于分工价值的评价程度，是决定家庭关系和女性地位的根本。二者呈现出正相关的关系，在女性更多地承担家务劳动的情境下，对于家务劳动价值的认可度越高，对于女性价值地位的认可度就越高；反之，对于女性地位的认可度就越低，甚至发生对女性的歧视。承认家务劳动的价值，不仅可以在一定程度上促进家庭成员认识到家务劳动对家庭生活的贡献，同时也促进社会尽快认识到家务劳动对家庭和社会的贡献，承认从事家务劳动的妇女所付出的时间成本和机会成本。[5]

从陕西省调研数据来看，在对家务劳动的认知上，公众呈现出了较高的水平，有88.7%的人认为“男人应该主动承担家务劳动”，这从一个侧面反映出公众家务劳动非性别偏好的倾向[2]。然而，当公众认知开始转向并有所提高之时，法律的社会性别水平并未跟上公众的变化，甚至低于公众的认知水平。不难推知，法律的滞后是导致公众对于法律认同度较低的重要原因。

我国《婚姻法》在2001年进行修订时规定了家务劳动补偿制度，即实施约定财产制的夫妻双方，对家庭生活和他方事业发展付出义务较多，贡献较大的一方，在离婚时可以获得一定的补偿。这一制度的设立本身是考虑到了在社会生活中女性更多地承担了家务劳动的现实，对女性作出的一种倾斜性、保护性的规定。但由于规定本身以约定财产制为前提[3]，而实践中真正采取约定财产制的夫妻又很少，所以导致了该条规定基本无从适用。家务劳动的价值虽然被认可，但无法在离婚时被实现，实为立法所导致的客观歧视。

无可否认，修正立法歧视最为直接也是最为彻底的方式是修订法律，删除歧视性内容，增补平等性条款。就家务劳动补偿而言，即是取消“约定财产制”的前提，在离婚补偿制度中实施纯粹的家务劳动补偿。但是，修法非一朝一夕之功，需遵循相应的程序，更需消耗大量的时间成本。由此，若仅仅依赖修法，在成功修法之前相当长的一段时期内，这一立法的客观歧视仍将存在。于是，在推动修法的同时，如何以其他手段消解这种立法上的不公，才是当前所要思考的最为直接的问题。

本文认为司法纠偏是为当下之最佳选择。即可以通过司法中自由裁量权的行使对立法所造成的不公平、不平等进行纠偏。具体地，应在离婚案件的审理过程中，充分考虑女性（家务劳动的承担者）通过家务劳动对家庭和另一方的贡献，以及其由于承担家务劳动而丧失的时间成本与机会成本，进而在财产分割中作出适当的划分和补偿。这一做法实际上是通过司法裁判实现了家务劳动的货币化，进而实现家务劳动的价值。

当然，这一对策的生效前提是裁判者本身具备一定的社会性别理念。这就要求司法机关本身、妇联组织或高校等其他相关团体、单位能够发挥各自的工作优势，创造机会和条件对裁判者（法官）进行社会性别培训，甚至能够建立起长期的日常培训机制，以此来提高法官的社会性别意识，进而通过裁判在具体案件中实现具体正义与公平。而个案公平的实现，更能让公众体会到法律本身的公平正义，从而提高公众对法律有效性的认可度。（如下图所示）

根据陕西省的数据报告，农村妇女失地和土地收益问题比较突出。其中因结婚或再婚而失去土地的占26.2%。根据省妇联2010年的统计，农村妇女村民待遇问题仍是财产权益投诉的主要内容，其中“嫁城女”的土地权益问题也比较突出。

“嫁城女”是指农村妇女与非农村户口的城镇居民结婚后，由于受户口管理的限制和传统婚俗的影响，户口不能迁入城镇，而仍然留在农村的妇女群体。随着城市化进程的加快，农村土地特别是城市郊区的土地被大量征用，很多地方村委会在分配宅基地和执行、发放土地补偿安置费时便将“嫁城女”排除出去，不给其分配补偿款等集体收益。这一方面导致了“嫁城女”的财产权益受损；另一方面也催生了大量的纠纷。

依据我国现有的法律规定，“嫁城女”在集体经济组织中的权益一般应当被支持。这首先是落实我国男女平等基本国策的必须；其次，也是保障“嫁城女”基本生存权的需要。由于没有城镇户口，嫁城女无法享受基于户口而产生的各种医疗、社会、养老保险，如若再剥夺其享有集体经济组织相关财产权益的资格，那么，其一旦失去劳动

能力，则会陷入生存危机，这对“嫁城女”而言无疑是最为致命的威胁。因此，基于保障基本人权的考虑，亦应维护“嫁城女”在集体经济组织中的合法财产权益。笔者在资料搜集的过程中发现，对于“嫁城女”财产权益的剥夺，往往不是某个个人所致，亦非法律不明所造成的适用法律困难，而是村民自治组织利用村规民约，以集体决议的形式“合法”地剥夺了“嫁城女”参与分配收益的资格。有村规民约以“保留费”的缴纳为前提，始许“嫁城女”取得收益分配资格[6]（详见下表）。无论是直接的否定，还是附条件的许可，都是对“嫁城女”的性别歧视，在此类村规民约之下，女性无法与男性在同一平台之上，平等享有集体经济组织的各项收益。

村规民约（分配方案）剥夺“嫁城女”分配资格情形列表

类型

具体表现

绝对剥夺

直接规定“嫁城女”无权参与分配

附条件剥夺

设置一定的条件，若不符，则无权参与分配（如，缴纳“保留费”或对“嫁城女”丈夫的身份进行规定，若属城镇一代居民，则剥夺“嫁城女”分配资格）

变相剥夺

要求“嫁城女”签署放弃分配的“保证书”或“声明书”

村民权益的享有，包括财产权益的享有，是以集体经济组织成员身份为前提的。村规民约（涉及本文主题主要是集体经济组织收益分配方案）剥夺“嫁城女”财产权益的逻辑前提和实质即是对其集体经济组织成员身份的否认。因此，“嫁城女”因其财产权益被侵犯而提起的诉讼案件中，最为核心的是判断其集体经济组织成员的身份，即该身份是否因村规民约的否认而被否认。

陕西省高院曾于2006年发布《审理农村集体经济组织收益分配纠纷案件的意见》（以下简称“意见”），该意见第5条规定：农村集体经济组织成员一般是指在集体经济组织所在的村、组生产生活，依法登记常住户籍并与农村集体经济组织形成权利义务关系的人。根据该条的规定，农村集体经济组织成员身份的享有应满足“在村、组生产生活”、“户籍登记在所在村、组”、“与集体经济组织形成权利义务关系”三项条件，缺一不可。本文将其概括为“生活标准+户籍标准+权利义务标准”。

户籍标准方面，“嫁城女”一般都能满足，即其户籍均保留在其婚前所在村、组。引发争议的往往是生活标准和权利义务标准，即在集体经济组织所制定的分配方案中，往往以“嫁城女”不在村、组居住或未与集体经济组织形成权利义务关系为由否认其成员资格，进而拒绝向其分配征地补偿款、拆迁补偿款等等款项。

笔者在西安某法院的调查显示，对于此类纠纷，在司法实践当中，一般均仅适用“户籍标准”一项，对于生活标准和权利义务标准一般不作为主要考量因素。基于此种审理思路，实务中对于分配方案一般不予审查，即分配方案不当然作为定案的依据。

较之其他两种标准，户籍标准具有较强的确定性，便于在裁判中认定，因此它更容易作为一种裁判标准在实务中被使用。此外，按照户籍标准，“嫁城女”往往能够取得相应的分配款，这在一定程度上实现了对分配方案的司法纠偏，实现了对“嫁城女”财产权益的保护。

不过，需要指出的是，尽管一定程度上实现了司法纠偏，但一概按照户籍标准进行判定亦有其弊端。首先，按照单一的户籍标准，则不可避免地发生个人对社会资源的重复享有。无论是征地补偿款还是拆迁补偿款，都是基于对生产、生活资料的补偿性支付，即以保障和补偿基本生活为标准。若因适用户籍标准而使得被补偿人可以藉此获利，那么，则违背了法律最为基本的公平原则。其次，藉由户籍标准而获利的判例，直接给予公众法律支持此种行为的表象，进而会造成受众法律认知的偏差。

如上所述，单一的户籍标准的适用虽然在一定程度上实现了对村规民约的司法纠偏，维护了“嫁城女”的财产权益。但是，该标准的适用亦会表现为司法对重复获利行为的支持，从而导致公众法律认知的偏差。因此，实务中的司法纠偏方案应当极为慎重。

首先，不应放弃对村规民约的审查。制订村规民约虽然是村民民主自治权的一种体现，但该种自治权并非绝对的自治，而是在一定范围内的自治。[7]这一范围在《村民委员会组织法》中被给出，该法第20条明确规定，村规民约不得与宪法、法律、法规和国家政策相抵触，不得有侵犯村民的人身权利，民主权利和合法财产权利的内容。此一规定也给出了法院审查村规民约的标准和依据。通过裁判过程对村规民约进行合法性审查，对于没有越界的，予以支持；对于超越限制，违反法律法规，侵犯村民合法权益的条款予以否定，一方面是对村民自治权利的尊重；另一方面，也能通过司法裁判引导村民对其自治权以及相关法律进行正确认知，进而更为理性地行使其自治权利。

其次，对村规民约的审查，不能仅仅囿于法律法规文本的规定，要将案件事实、村组传统和现状等实际因素作为重要考量因子，最终作出综合判断。避免发生前述适用单一标准而导致被补偿人重复获利的不公平后果。村规民约不是简单的书面文本，而是本村历史传统和社区结构的呈现。因此，要在社会情境当中去理解村庄纠纷，[8]考查村规民约形成的历史和现实原因，考量村民自治权利和个人权益的价值比重，进而做出最终的裁判。

综上所述，由于涉及到村民自治，主动的干预似有违自治精神，而笔者认为通过司法审判对村规民约进行纠偏，

实为可行之举。具体说来，即是在相关案件的审理过程中，对于违反法律，侵害妇女合法权益的村规民约条款认定为无效，利用司法裁判倒逼村规民约的合法化、平等化，通过司法裁判将社会性别意识植入村规民约当中。当然此种植入亦非司法裁判的主动，而是通过行为的纠偏，在将来的村规民约的制定中，基于以往的裁判，订约人会自主地摒弃不平等观念，制定出符合性别平等精神和理念的村规民约。

人身权益方面，对女性权益威胁和危害最为严重的应为家庭暴力。陕西省数据报告显示，在整个婚姻生活中曾遭受过配偶侮辱谩骂、殴打、限制人身自由、经济控制、强迫性生活等不同形式家庭暴力的女性占26.4%，这一数据高出全国1.7个百分点。

相较于外化的财产权益，人身权益状况的好坏，人身权益受到保护的程度更能使目标群体感受到相关法律的有效性。在规制家庭暴力尤其是对女性的暴力上，我国《婚姻法》、《妇女权益保障法》等法律都有明确的禁止性规定，并粗略地建立了反家暴的制度框架。就陕西省而言，省人大出台了《预防和制止家庭暴力的决议》，并在新修订的《妇女权益保障法》、《未成年人保护法》实施办法中增加了相关反家暴条款：将家庭暴力的报警投诉纳入基层公安机关和110的受理范围；将受暴妇女的安全庇护纳入民政救助机构服务范围；将家庭暴力受害者请求赔偿或者补偿纳入法律援助范围。省高院制定下发了《家庭暴力案件“人身保护令”实施规则》，并将“保护令”的适用案件范围拓展到离婚案件以外的赡养、抚养、继承等家庭纠纷案件。高于全国的家暴率与如此众多的反家暴规范、政策，形成了鲜明的对比，诸多政策之下，家暴率的高企将导致公众对规范、政策失去信心，从而影响下一步规范、政策的执行，最终架空整个反家暴制度体系。

本文认为意欲提高公众对反家暴政策、立法的认同度，应当从两个方面着手。其一，在内部，完善反家暴立法、规范、政策。法律规范执行效果不佳，一个很重要的原因是其制度设计的缺陷。我国包括本省立法当中，对相关责任主体的具体职责和法律责任规定不明确；对于家庭暴力的干预，没有设置相对规范的干预流程。那么，在下一步的立法当中，应当重点考虑各个责任主体的职责设定和责任追究，并应当着手建立规范高效的家庭暴力干预流程，从而有效的制止和预防家暴，增强公众对反家暴法律体系的认同感。其二，在外部，除一般的反家暴普法宣传外，更应对家暴干预过程当中的实施主体（公安、检察院、法院、民政部门等）进行社会性别培训，使其能够科学理性地处理家庭暴力案件，而不是将其视同一般的“家务事”来处理。

综上所述，陕西省公众的妇女法律权益认知呈现出“知晓度较高，认同度较低；城市状况好于乡村，城乡差距较大”的基本特征。由此，本文亦提出了具体的应对方案，即以普法为先导，以立法修正为主体，以司法纠偏为手段，综合利用各种资源提升本省公众的妇女法律权益认知水平。

普法方面，尤应以农村为重点，从学校教育开始，充分利用童年期，实现社会性别理念的引入，培养性别平等的意识；立法修正方面，应当针对重点问题，如妇女财产权利、人身权利等进行具体规则的设置和修订，如建立家庭暴力的规范干预体系；之所以将司法纠偏作为主要手段，是因为，通过个案的公平公正处理一方面能起到提高涉案主体及其辐射主体（如亲朋好友[4]）对法律的认同感；另一方面，亦能通过案件的审理，运用法理逻辑的推理、论证，自由裁量权的行使对立法当中的漏洞、偏差予以填补和纠正，从而实现结果正义，最终提升公众的法律认同感，提高法律权益的认知水平。

(Civil and Commercial Law School, Northwest University of Politics and Law, Xi’an, Shanxi 710063)

Abstract:The protection for women’s legal rights and interests is still difficult to be implemented due to traditional view, gender awareness and the deviation with system design, etc. Although we are gradually establishing and perfecting the legal system with Law Guaranteeing the Rights and Interests of Women as the core for protecting women’s legal rights and interests, perfection of legislation is not equal to flourishing of legislation, law is not sufficient to make their own. Especially for the topic of protecting women’s legal rights and interests, the legal system, the general public recognition for the current institution and acknowledge for women’s legal rights and interests are critical to the effects of enforcing the current legal system. According to this logic, this essay structures a cognitive model for women’s legal rights and interests, and analyses the key and difficult problems in protecting women’s legal rights and interests with the tool of this model and on the base of the data of Shanxi Province in the 3rd survey for women’s social status, and suggests some niche targeting countermeasures and proposals.

[1]以下凡省主要数据报告未提供分性别数据之处，均以陕西省第六次人口普查数据所列之性别比进行估算。

[2]由于参与本次问卷调研的性别比接近于1:1，陕西省人口性别比也较为均衡，所以，我们依据此条数据作出如上判断。

[3]参见《婚姻法》第四十条：夫妻书面约定婚姻关系存续期间所得的财产归各自所有，一方因抚育子女、照料老人、协助另一方工作等付出较多义务的，离婚时有权向另一方请求补偿，另一方应当予以补偿。

[4]第三期妇女社会地位调查陕西省数据报告显示，朋友家人熟人是农村女性获取资讯的主要途径之一。

参考文献：

[1]费孝通.《乡土中国》【M】.北京：北京出版社，2005.123.

[2]凯瑟琳·马奥尼.作为人权的妇女权利：各种理论观点的分析及其实施战略，载于白桂梅：《国际人权与发展：中国和加拿大的视角》【M】，北京：法律出版社，1998.309.
[3]陕西省2010年第六次人口普查数据公报，http://www.shaanxi.gov.cn/0/1/9/39/100600.htm
[4]余延满.《亲属法原论》【M】北京：法律出版社，2007.457.
[5]夏吟兰.《离婚自由与限制论》【M】，北京：中国政法大学出版社，2007.221.
[6]一份“村民自治”的侵权材料.http://blog.sina.com.cn/s/blog_4cbe107b01000ai2.html
[7]赵海峰.浅议农村集体经济组织收益分配纠纷案件中分配方案合法性的审查，载康宝奇主编《征地款分配纠纷审判实务与研究》【M】北京：人民法院出版社2004.96.
[8]侯猛.村规民约的司法适用[J].法律适用，2010，（6）.

路径与选择：论民法对未成年人的保护 ——以民事能力制度为视角

2015年1月6日　中国民商法律网　叶锋[1]

摘要：民法对未成年人的保护主要通过民事能力制度实现，体现在法律行为领域和侵权责任领域。在法律行为领域，以行为能力为手段，在未成年人保护、未成人参与法律交易和交易安全保护之间作利益衡量和价值判断。在侵权责任领域，以责任能力为手段，最大限度实现未成年人责任优待的原则。

关键词：未成年保护责任能力行为能力

一、问题的提出

2013 年11 月25 日发生一起重庆摔婴儿事件，一名10 岁女孩在电梯摔打1岁男婴并使其从25 楼坠落，这起震惊世人的事件，引发对我们对未成年人侵权责任的思考。此外，未成年人在日常生活中所为法律行为是为常事，对此在法律效力上作何种价值评判才能契合法律行为的制度价值及践行未成年保护的精神？

在民法领域中，合同法、侵权法以及亲属法等具体领域均有对未成年人保护的特殊规则，但在贯穿这些规则之中的主线则为民事能力。在法律行为领域，尤其是在合同法领域，以行为能力为工具，将未成年人确定为无行为能力人和限制行为能力人，并设计相关的法律行为效力规则，践行未成年人保护优于交易安全的基本原则，同时借助于监护制度，以法定代理人的形式扩张未成年人的交易能力。在侵权法领域则主要以民事责任能力为工具，贯彻未成年人侵权责任优待的基本原则，并通过监护人责任弥补对受害人的保障不足。对未成年人的保护有不同规制模式和路径，以德国民法上对未成年人保护制度的建构为参照，比较我国民法中的对未成年人保护制度的规范模式，探究我国法对未成年人的民法保护体系的完善，促进民法伦理性的实现。

二、法律行为与未成年人保护

（一）私法自治：法律行为与行为能力

私法自治是当事人依据其意志自主形成法律关系。私法自治需要当事人自主并自我负责。法律行为是实现私法自治的工具，而行为能力是当事人自主有效参与法律行为的前提。当事人为无行为能力人或限制行为能力人，则其法律行为可由法定代理人代理。法定代理制度的意义在于补充私法自治，弥补当事人因行为能力的瑕疵未能自主全面参与法律交往之缺陷。行为能力原则上应以当事人意思能力为前提，意思能力是当事人正常识别事务并预见其行为可能发生效果之能力。在个案中具体判断当事人的意思能力，甚为困难且不利于交易安全之保护，因此各国均设立类型化的行为能力制度。未成年人行为能力以年龄为判断基准，因为未成年人的智虑随年龄而增长。我国亦不例外，《民法通则》规定不满十周岁的未成年人是无民事行为能力人，十周岁以

上但未满十八周岁的未成年人是限制民事行为能力人。行为能力制度旨在保护智虑不周之不完全行为能力人，主要对象为未成年人，保护未成年人原则是行为能力制度最主要的指导思想和价值判断。[2]

（二）未成年人保护中的利益衡量和规制模式

1.未成年人保护（Minderjährigenschutz）和交易安全如何在民法体系中，实现对未成年人的保护，涉及未成年人保护和交易安全两者之间利益衡量的问题。对未成年人的保护优于交易安全是各国民法的通例，我国也不例外。对未成年人保护主要体现两个方面：

（1）对行为能力的善意信赖（ein guter Glaube an die Geschäftsfähigkeit）并不使合同有效

合同相对人善意信赖未成年人有相应的缔约能力，此种信赖并不使该合同有效。民法对无行为能力的信赖和对无处分权的信赖设置了两种规制模式，通过比较两者的不同，更能凸显民法对未成年人优先保护的基本原则。兹区分负担行为和处分行为加以说明。

第一、负担行为。未成年人与相对人订立的债权合同，因未成年人无相应的行为能力，合同并非有效。在未成年人为无行为能力人之情形，该合同无效，在为限制行为能力人之情形，该合同效力待定。与此相对的是，无权处分人与相对人订立的债权合同完全有效，因为处分权并非债权合同成立生效的要件。此时无权处分人负有履行合同之义务。

第二、处分行为。未成年人所为处分行为（无论其是否有权处分），即使相对人善意信赖其有行为能力人，也不使处分行为有效，相对人不得主张善意取得制度之适用。在成年人为无权处分的情形，若相对人善意的信赖其为有处分权，得通过主张善意取得制度而取得所有权。

（2）未成年人不赔偿相对人的信赖利益

相对人信赖未成年人为行为能力人，不使合同有效，此时相对人能否主张信赖利益的赔偿？在意思表示错误的情形，表意人撤销意思表示，善意的相对人有权向表意人请求其因信赖合同有效而受到的损失，如缔约费用之支出和丧失其他交易机会等。但相对人因善意信赖表意人有行为能力而受到信赖利益损失则不能获赔。意思表示错误的内容不包括对缔约当事人行为能力认识的错误。在限制行为能力人使用诈术使相对人信其有行为能力，其法律行为的效力如何？台湾地区民法第83 条规定法律行为强制有效，因为此时未成年人使用诈术无保护的必要，而交易安全更值得保护。我国大陆地区民法无相关规定，解释上可从之。

2.未成年人参与法律交易(Rechtsverkehr)的范围此外，行为能力制度还具有教育功能(Erziehungsfunktion)。法定代理人可通过同意或不同意限制行为能力人不能自主从事的法律行为，达到教育未成年人之目的，因为限制行为能力人仅能从事法定代理人基于教育考虑而认为具有意义之法律行为。同时，行为能力制度也能逐地引导未成年人依其与日俱增之经验自主参与法律交易。[3]未成年人参与法律交易，是其成年后的法律生活的必要准备，因此如何规制未成年人参与法律交易的范围和程度，也是未成年人保护的一个重大问题。各国对未成年人参与法律交易的范围有不同的规制模式，兹区分未成年人为无行为能力人和限制行为能力人两种情形讨论。

（1）无行为能力人所为法律行为之效力

A.处理模式之一：一律无效

德国民法104 条规定未满7 岁之人为无行为能力人，第105 条规定无行为能力人之意思表示无效。可知，德国完全排除未满7 岁未成年人参与法律交易

（Teilnahme am Rechtsverkehr）之可能，无论其能否正确估量自己所为意思表示的意义及效果并依据此种认识而正确地确定其意思，也无论其以自己名义或他人名义为法律行为，即使纯获法律上利益也不例外。作为法定代理人之父母对此也无能为力，其不能补正未成年人之行为能力，也不能补正最简单且与未成年人年龄相适用之法律行为。[4]取而代之的是，法定代理人代理未成年无行为能力为意思表示或受意思表示。这种模式背后的理由是，德国立法者认为，行为能力为实施法律行为的能力。法律行为是践行私法自治的手段，私法自治的理念在于个人自我及自我负责，若行为人无行为能力，则其所为法律行为当然无效，无论是否获得法律上或经济上利益。对此，德国学者卡纳里斯（Canaris）认为，德国民法第105a条否定未满7岁未成年人之行为能力，违反“过度禁止原则”，应属无效。[5]立法者赋予无行为能力人所为的法律行为以如此严格的无效后果， 违背比例原则（Verhältnismäßigkeitsgrundsatz）。因此，卡纳里斯认为德国民法第104 条和105条均属无效，对无行为能力的法律行为应类推适用第107 条及以下有关限制行为能力人的规定。[6]德国学者拉伦茨（Larenz）和博克（Bork）均批评此种见解。博克认为很少有严格的规定对所有参与人的保护需求均为适当的，立法者并未超越自由裁量之空间（Beurteilungsspielraum）。此外，这两位学者均认为无行为能力人的意思取决于其天然的行为上之能力（natürliche Handlungsfähigkeit），而这种天然的行为上之能力需要在个案中具体判断，其远比单纯根据年龄难判断得多，且不利于法律交易之保护。[7]拉伦茨最终认为只有被视为普遍有效的规范成为无效后，一个新的法律规定才能产生。[8]

德国民法第105a 条对此采取了缓和规定：成年的无行为能力人所为的日常生活中的数额较小的交易，且合同已经履行，并对无行为能力人的个人或财产不造成重大危险者，则该合同有效。但该条仅适用于成年的无行为能力人，而不适用于未成年人。

B.处理模式之二：部分有效

《民法通则》第58 条规定无行为能力人实施的民事行为无效。立法者考虑到无行为能力人智虑不周，参与法律交易将受有不利后果，故作此规定。但《民通意见》第6 条规定：“无民事行为能力人、限制行为能力人接受奖励、赠与、报酬，他人不得以行为人无行为能力、限制行为能力为由，主张以上行为无效。”此条对《民法通则》第58 条适用范围做了目的性限缩（Teleologische Reduktion），无行为能力人接受奖励、赠与和报酬的行为为有效。之所以做此目的性限缩，主要基于以下两点考虑：

第一、《民法通则》规定不满十周岁的未成年人为无行为能力人，德国和台湾地区均规定未满7 岁的未成年人为无行为能力人。我国对无行为能力人年龄上限规定过高，我国未成年人一般7 岁即上小学，其难免从事一些法律行为，若一概排除，将不利于未成年人参与法律交易。第二、无行为能力的未成年人接受奖励、赠与、报酬，对其而言为纯获法律上利益，并不因之受有不利。故采取此种方式在一定程度上克服我国无行为能力人上限过高之症结。此外，基于以上两点考虑，无行为能力的未成年人所为与其年龄、智力、精神健康状况相适应的的行为，理论上认为应类推《民法通则》第12 条的规定，无行为能力的未成年人可以从事与其年龄、智力、精神健康状况相适用的的行为。

（2）限制行为能力人所为法律行为的效力

原则上， 限制行为能力人所为法律行为须经法定代理人之同意（Zustimmung）。同意可区分为事先之同意（允许Einwilligung）和事后之同意（承认Genehmigung）。限制行为能力人未经法定代理人之同意所为法律行为的效果如下：（一）双方法律行为效力待定，有待法定代理人事后追认；（二）单方法律行为无效，因为单方法律行为不使相对人受有积极的不利益。但限制行为能力人在例外情形，无须法定代理人的同意即可独立为一些法律行为。例外情形有：

第一、纯获法律上之利益，即限制行为能力人不因法律行为而负有法律上的义务，有无经济上利益，在所不问。因限制行为能力人只获得法律上之利益，而未受有法律上之不利益，故使此种行为有效有利于对未成年人的保护。第二、中性行为，即限制行为能力人通过法律行为既未获得法律上之利益，也未受有法律上之不利益。此种行为，对限制行为能力人的利益状态并不产生影响，因此使之有效有利于促进限制行为能力人参与法律交易。此外，限制行为能力人能否未经法定代理人的同意，独立为除纯获法律上利益和中性行为之外的其他法律行为。对此有两种规制模式：

A.处理模式之一：零用钱条款德国民法第110 条规定限制行为能力人已用金钱履行合同义务，而该金钱系法定代理人或经法律代理人同意的第三人为此目的或为自由处分而交付给限制行为能力人的，则限制行为能力人未经法律代理人同意而订立的合同自始有效，此系德国民法上著名的“零用钱条款”（Taschengeldparagraf）。法条虽规定“未经同意”，实则为法定代理人允许的特殊情形。若未成年人所为法律行为符合“零用钱条款”的构成要件，则推定限制行为能力人已征得法定人的同意。零用钱条款的构成要件有：（一）用金钱履行债务；（二）该金钱是法定代理人或者经法定代理人同意的第三人为此目的或者为自由处分而交付给限制行为能力的；（三）债务已经完全履行。若限制行为能力人采取分期付款方式，而款项尚未付清，则合同并非有效，合同直至全部付清款项始得有效。

B.处理模式之二：一般条款

《民法通则》第12 条规定限制行为能力人可以订立与年龄、智力、精神健康状况相适用的合同。此为一般条款，规定了限制行为能力人无须经法定代理人之同意可独立而为的法律行为的类型的。“与年龄、智力、精神健康状况相适用”均为不确定的概念，为保障法律适用的安定性，应通过类型化而使之适用具体化。根据《民通意见》第3 条的规定，其判断标准有三个方面：（一）生活关联程度；（二）理解行为性质、预见行为后果；（三）标的数额大小。

（三）比较分析

对未成年人保护，中德民法两种模式均是对保护未成年人、促进未成年人参与法律交易和交易安全两种利益进行衡量。在未成年无行为能力人为法律行为之情形，较德国民法采用一律无效之法律后果，我国民法允许其从事与其年龄、智力相适应的行为。在未成年限制行为能力人之情形，中德民法均认可其得独自从事纯获法律上利益之行为和中性行为，但在其他情形，我国民法较德国民法，扩张了限制行为能力人可独立而为的法律行为的范围。可见，我国倾向在保护未成年人之前提下，最大限度鼓励未成年人参与法律交易，使其能自主形成法律关系，及早适应社会生活。

类型	无行为能力的未成年人的法律行为的效力	限制行为能力的未成年人的法律行为的一般效力
国别	德国一律无效（德国民法第104 条、第105 条）	原则上，限制行为能力人所为法律行为须经法定代理人之同意（德国民法第107-113 条） 例外：（1）纯获法律上利益的意思表示（德国民法第107 条） （2）零用钱条款（德国民法第110 条）
	中国大陆原则上无效（《民法通则》第58 条）， 部分有效（接受奖励、赠与和报酬的行为有效，《民通意见》第6 条）	限制民事行为能力人订立的合同，经法定代理人追认后，该合同有效（《民法通则》第12条、《合同法》第47 条） 例外： （1）纯获利益的合同（《合同法》第47条） （2）与其年龄、智力、精神健康状况相适应而订立的合同（《民法通则》第12条、《民通意见》第3 条、《合同法》第47 条）

二、侵权责任与未成年人保护

侵权法旨在权衡加害人的行为自由和被害人的权益保护。为贯彻未成年人保护的基本原则，在侵权法领域践行未成年人责任优待（Haftungsprivileg）之原则。对未成年人责任优待的理由在于，在判断过错之前，应肯定其是否知晓特定行为的禁止性。[9]《侵权责任法》草案对未成年人区分为被害人和加害人两种情形而分别予以规定，正式颁布的《侵权责任法》虽未采取同一规定，但为准确说明未成年人责任优待原则的适用，兹区分未成年人作为加害人和被害人分别予以讨

（一）未成年人作为加害人

在未成年人为加害人之情形，在侵权责任成立和侵权责任后果的损害赔偿范围两个方面均体现了未成年人责任优待原则。

1.侵权责任成立：责任能力与过失判断标准

未成年人侵权责任适用过错责任原则。故意或过失，须以行为人的责任能力（Zurechnungsfähigkeit）为前提。责任能力又称过错能力（Verschuldensfähigkeit），有狭义和广义之分，狭义上责任能力是指承认侵权责任的能力，即侵权能力（Deliktsfähigkeit），广义上还包括债务不履行责任能力。责任能力的判断标准是行为时是否有

识别能力（Einsichtsfähigkeit）。识别能力是指对于事物有正常认识及预见其行为能发生法律效果的能力。[10]理解力在这里是指认识这种行为的不法性及由此所产生的责任的一般的精神能力，要把是否具备这种能力的问题与具体情况下是否有责任的问题区别开来。[11]在侵权责任成立的主观方面而言，存在两个递进层次的判断，即责任能力和过错。若加害人无责任能力，即无须再判断故意或过失，直接排除行为人的过失侵权责任。若加害人有责任能力，则须再判断其是否具有过错。

（1）责任能力判断标准

A.处理模式之一：行为能力+个案判断

对于未成年人是否具有责任能力，严格地说，应根据个人个性和智力发展的认识在个案中具体判断。但为减少个案实际判断的困难，德国立法者设置固定的年龄界限去判断其有无责任能力。德国民法第828 条规定未满7 岁的未成年人绝对无责任能力；已满7 岁不满10 岁之人，对于在汽车、轨道交通或空中缆车所引起的损害，不负赔偿责任，但故意致他人损害者除外。因为根据心理学研究之结果，不满10 岁的未成年人不具有正确判断车速、距离且对因调整自己行为的能力。[12]对其他未成年人侵权之情形，须在个案中具体判断行为人是否具有责任能力。

B.处理模式之二：完全个案判断，与行为能力无关

台湾地区民法采取个别认定方式，对于无行为能力或限制行为能人的责任能力，应就各个行为具体加以认定。[13]未成年人是否具有责任能力，在个案中可根据事务难易复杂程度及其年龄、智虑状况来判断，如就一些简单的行为，很小就能识别其有无不利后果（如砸人家玻璃），但就一些复杂行为，却很大都不能识别有无不利后果（如一台大型机器、危害物质）。我国民法对此无相关规定，学说对此存在两种观点：（一）否定责任能力。此说认为我国侵权法体系未采责任能力制度，为立法者“有意义之沉默”。但同时认为为弥补责任能力制度之缺失，在考量过错概念时应纳入责任能力的考量因素。[14]（二）肯定责任能力。此说认为从解释论角度，我国存在责任能力制度，并且责任能力与行为能力采取同一标准，无完全行为能力就没有侵权责任能力。[15]基于此种逻辑起点，此说认为未成年人无侵权责任能力即无过错，因此不可能构成过错侵权责任。综合观之，无论采取何种学说见解其结论均在实践未成年保护之基本原则。

（2）过失判断标准

未成年人过失如何认定，存在两种判断基准：一、以善良管理人的注意为基准；二、以未成年人年龄层通常的注意为基准。前者有利于被害人，后者降低未成年人的注意程度，有利于保护未成年人，[16]比较法上多认为对未成年人过失的判断标准，不采与成年人同一标准，未成年人未尽到其同龄层应尽到的注意义务，则具有过失。[17]

2.侵权责任后果：损害赔偿范围

A.处理模式之一：完全赔偿

对未成年人侵权行为所致的损害，应完全赔偿（Totalreparation），未成年人应以其全部财产（责任财产）对之负责。未成年人因为过错可能导致毁灭其生存的侵权责任，这一问题成为德国民法的重要课题。自联邦宪法法院对一起未成年人责任所做的判决起， 避免赔偿义务对未成年人造成生存毁灭的问题（Vermeidung einer existenzvernichtenden Ersatzpflicht des Minderjährigen）成为宪法问题（Verfassungsfrage）。仅因未成年人典型的失误（Verfehlung）将导致其生存毁灭且受害人从第三方处得到赔偿，那么德国民法第828 条第2 款关于未成年人的责任能力的规定是否违反宪法？联邦宪法法院虽以德国民法第828 条第3款早于宪法制定为由，拒绝回答根据德国基本法第100 条的法官释宪提议，但宪法法院同时也确认了在基本法第1 条第1 款和第2 条第1 款的视角下，未成年人的无限责任违反宪法之理念。宪法法院进一步指出，可通过探讨第四部社会法典（SGB IV，关于社会保险的共同规定）第76 条第2 款第3 项和第十部社会法典（SGB X）第116 条（保险公司对损害赔偿义务人的请求权，根据个案之具体情形为不适当时，则该请求权消灭。在相同要件下，赔偿义务人已经支付费用可以返还）来实践宪法之基本理念。其亦认为可通过德国民法第242 条诚实信用之规定，减轻损害赔偿范围或完全排除，但有学者认为这可能已经超越了允许法律续造的范围。[18]总之，现今德国学说和判例已达成共识，即有必要时，应减轻未成年人侵权责任。

B.处理模式之二：以自身财产为限承担责任

《侵权责任法》第32 条第2 款规定：“有财产的无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，从本人财产中支付赔偿费用。不足部分，由监护人赔偿。”关于此条如何适用，应秉持保护未成年人的基本原则，对其进行解释适用。对该条的解释适用有两种不同的意见，一、公平责任或接近公平责任说。该说认为未成年人是否承担侵权责任以及责任大小取决于有无财产以及财产多少。[19]二、未成年人侵权责任为过错责任，仍适用《侵权责任法》第6 条的一般规定。《侵权责任法》第32 条第2 款不是规制未成年人的侵权责任，而仅是规制监护人依第1 款对外承担责任时，被监护与监护人的内部求偿关系。[20]未成年人仅以其财产为限承担侵权责任。无论采取何种解释模式，未成年人仅须以自己财产承担侵权责任，若未成人无自己财产，则无须赔偿损害。被害人得向监护人请求损害赔偿，其自身利益也不因此受到影响。未成年人责任财产仅限于自身财产，也不致于使未成年人产生毁灭其生存的责任，有利于未成年人以后健康成长。

类型　　未成年人作为加害人

	责任能力	责任后果
德国	行为能力+个案判断（德国民法第828 条）	完全赔偿
中国大陆	两种学说：	以自身财产为限承担责任
	一、与行为能力采取同一标准	（《侵权责任法》第32 条第2 款）
	二、否定责任能力	

（二）未成年人作为被害人

未成年人作为被害人，在德国法上有权依据附保护第三人作用的合同理论和侵权法的规定请求损害赔偿。

1.请求权基础之一：附保护第三人作用的合同

举两例以兹说明，例一甲从商店购买一台电视机，后因电视机质量问题发生爆炸，导致其孩子乙受伤，例二甲和其孩子乙到商店购物，因商店营业员过错导致孩子乙受伤。在这两种情形，孩子得向商店店主请求侵权损害赔偿，但对侵权责任之成立，须证明店主具有过错，对孩子保护甚为不利。对此，孩子乙得否基于合同或缔约过失向店主请求损害赔偿？在例一之情形，乙非买卖合同的一方；在例二之情形，乙不具缔约之意思。

（1）合同法向侵权法的扩张

侵权法规制是一般人之间的关系，而合同规制特定人之间的特别结合关系，因此合同对受害人保护较侵权法严密。如侵权法须举证加害人具有过错，而在合同之情形，无须对此证明，大大减轻受害人的举证压力。为保护与债权人有特殊关系之第三人利益，避免侵权法保护之不足，民法理论创立了附保护第三人合同制度，使债务人基于合同对债权人所负的照顾、保护等附随义务延伸至与债权人有特殊关系之第三人，使得第三人得基于合同请求损害赔偿。由此，将原本由侵权法规制的法律关系，纳入到合同法的范畴。但为不使债务人赔偿义务无限蔓延，应对第三人的范围加以限制。通说认为，第三人是指债权人具有人格权法上特质的关系、负有保护和照顾义务的人，如未成年人等。因此，在上述例一之情形，未成年人有权乙基于甲和商店之间买卖合同，主张人身损害赔偿。

（2）从合同关系向缔约阶段的扩张

在当事人之间并未形成合同关系、双方仅处于缔约阶段之情形，与当事人有特殊关系之第三人因另一方当事人之原因而致损害者，此时当事人有权主张缔约过失责任，第三人基于上述理由亦可以基于缔约过失而主张损害赔偿。换言之，附保护第三人作用的合同在缔约阶段亦有适用的余地。因此，在上述例二之情形，未成年人乙有权以合同法第42 条关于缔约过失的规定为请求权基础，主张缔约过失责任。

2.请求权基础之二：侵权责任法

（1）未成年人的允诺能力（Einwilligungsfähigkeit）

受害人允诺可作为阻却违法性的事由。未成年人能否为此种允诺，取决于未成年人的允诺能力。对此应区分侵害客体的不同而为不同判断：一、关于对财产权侵害行为的同意，应类推适用有关行为能力的规定，特别是须经法定代理人的同意；二、关于人格权侵害的同意，则适用责任能力之规定。[21]

（2）损害赔偿范围

侵权法中的被害人区分为直接受害人和间接受害人。甲过失伤害乙或致乙死亡，乙的未成年子女不能获得乙的抚养，此时乙为直接受害人，乙未成年子女为间接受害人。侵权法以保护直接受害人为原则，间接受害人仅在法律有特别规定之情形，才予以保护。被害人对之有法定抚养义务之人，加害人对其亦负损害赔偿责任。

A.未成年人作为直接受害人

未成年人，虽不具备谋生能力，但不可认为其成年后也没有谋生能力。未成年人因侵权行为，而导致将来的谋生能力减少的，他可于现在向侵权人请求损害赔偿。关于损害赔偿的数额，应斟酌未成人未来发展之可能，根据未成年人年龄、资质、性格及家庭状况与其他情事认定。

B.未成年人作为间接受害人

《人身损害赔偿司法解释》第17 条规定，加害人应赔偿被抚养人的生活费。标准参见《人身损害赔偿司法解释》第28 条：“被扶养人生活费根据扶养人丧失劳动能力程度，按照受诉法院所在地上一年度城镇居民人均消费支出和农村居民人均生活消费支出标准计算。被扶养人为成年人的，计算至十八周岁。”未成年人抚养丧失为纯粹经济上损失，法律允许其向加害人请求损害赔偿。

C.与有过失

（A）未成年人自身与有过失

故意或过失，以责任能力为前提。在判断有无故意或过失之前，应先判断是否具有责任能力。若未成年人不具有责任能力，则未成年人不承担与有过失，若未成年人具有责任能力且有过错，则适用与有过失规则。[22]

（B）法定代理人与有过失

a.未成年人为直接受害人

未成年人对法定代理人的与有过失不负责。因为未成年人并非依其意愿选择代理人，对法定代理人之行为也无控制力。此外，法定代理人对损害发生具有过错，侵权人于赔偿后，可向其求偿，一方面减轻侵权人责任，另一方面也督促法定代理人尽其监督义务。[23]

b.未成年人为间接受害人

间接受害人的请求权，虽系固有之权利，但其权利系基于侵权行为而发生，应当负担直接受害人的过失。[24]

三、未成年人保护的路径选择：代结语

关于对未成年人在民法保护，本文参照德国民法的发展和变迁，对我国合同法和侵权法领域未成年人保护的规范体系进行了梳理和总结，兹归纳两点说明其基本问题：

（一）在法律行为领域，在未成年人保护、未成人参与法律交易和交易安全保护之间作利益衡量和价值判断，力求兼顾二者。我国民法在保护未成年人的前提下，最大限度地鼓励未成年人参与法律交易，使其自主形成法律关系，为成年后的法律生活做好准备，使其尽早适用社会。

（二）在侵权责任领域，在未成年人为加害人之情形，较德国民法全部赔偿之原则，我国侵权法贯彻以自身财产为限负责之原则，且作为侵权责任成立之前提的责任能力和过失之判断标准较成年人低，从而抬高未成年人侵权责任成立的门槛，最大限度实现未成年人责任优待的原则。在未成年人为被害人之情形，亦降低责任能力和过失判断标准，并考虑未成年人未来发展之可能，给予未成年人最大限度的赔偿。

[1] 叶锋，上海市金山区人民法院。

[2]陈自强：《契约之成立与生效》，法律出版社2002 年2 月版，第205 页。

[3] Müko/Schmitt, 6.Aufl., München 2012, vor §104, Rn.5.

[4] Reinhard Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2.Aufl., Tübingen 2006, S.368, Rn.978.

[5] Canaris, Verstoße gegen das Verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und imSchadensersatzrecht, JZ 1987, 993;1998, 494.

[6]拉伦茨：《德国民法通论》，王晓晔等译，法律出版社2003 年2 月版，第142 页。

[7] Reinhard Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2.Aufl., Tübingen 2006, S.372, Rn.989.

[8]前引②，拉伦茨书，第143 页。

[9] Hein Kötz/Gerhard Wagner, Deliksrecht, 11.Aufl., München 2010, S.135, Rn.337.

[10]王泽鉴：《民法总论》，北京大学出版社2009 年12 月版，第122 页。

[11]拉伦茨：《德国民法通论》，王晓晔等译，法律出版社2003 年2 月版，第156 页。

[12] Hein Kötz/Gerhard Wagner, Deliksrecht, 11.Aufl., München 2010, S.139, Rn.347.

[13]王泽鉴：《侵权行为》，北京大学出版社2009 年12 月版，第381 页。

[14]金可可、胡坚明：《不完全行为能力人侵权责任构成之检讨》，载《法学研究》2012 年第5 期。

[15]周友军：《侵权责任法专题讲座》，人民法院出版社2012 年3 月版，第244 页。

[16]王泽鉴：《侵权行为》，北京大学出版社2009 年12 月版，第387 页。

[17] Hein Kötz/Gerhard Wagner, Deliksrecht, 11.Aufl., München 2010, S.139, Rn.348.

[18] Hein Kötz/Gerhard Wagner, Deliksrecht, 11.Aufl., München 2010, S.145, Rn.362.

[19]张新宝：《侵权责任法（第3 版）》，中国人民大学出版社2013 年2 月版，第127 页。

[20]金可可、胡坚明：《不完全行为能力人侵权责任构成之检讨》，载《法学研究》2012 年第5 期。

[21] Ansgar Staudinger/Björn Steinrötter, Juristische Schulung, 2/2012, S.104.

[22] Hein Kötz/Gerhard Wagner, Deliksrecht, 11.Aufl., München 2010, S.139, Rn.346.

[23]王泽鉴：《民法学说与判例研究（一）》，中国政法大学出版社2005 年3 月版，第76 页。

[24]王泽鉴：《民法学说与判例研究（一）》，中国政法大学出版社2005 年3 月版，第78 页。

人的冷冻胚胎的法律属性及其继承问题

2015年1月8日 中国民商法律网 载《人民司法 应用》2014年第13期 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。既然冷落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[1]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和法理的适用。

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。[2]

笔者曾提出物格的概念，也就是对物的类型化的看法。[3]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。[4]

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。[5]

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[6]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圭臬的原则，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。[7]

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。[8]这样的认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”。[9]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，其人身的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。[10]

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，要把胚胎植人代理母亲的子宫中孕育，待该子女长大后继承遗产。[11]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。[12]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。[13]

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。[14]

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才可以称之为胎儿，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，曰后可能发展成为人，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，即公民的收人，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。[15]

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的干扰，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。[16]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本，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冷冻胚胎的继承人，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责任若干问题的解释》第4条。
[7]冷传莉： 《论民法中的人格物》，法律出版社2011年版，第3 9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2 0 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5 1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2 3 8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2 0 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。

路径与选择：论民法对未成年人的保护——以民事能力制度为视角 | 集萃

2015年1月11日 中国民商法律网 叶锋

本文为民商事征文大赛获三等奖作品。

摘要：民法对未成年人的保护主要通过民事能力制度实现，体现在法律行为领域和侵权责任领域。在法律行为领域，以行为能力为手段，在未成年人保护、未成人参与法律交易和交易安全保护之间作利益衡量和价值判断。在侵权责任领域，以责任能力为手段，最大限度实现未成年人责任优待的原则。

关键词：未成年保护 责任能力 行为能力

一、问题的提出

2013年11月25日发生一起重庆摔婴儿事件，一名10岁女孩在电梯摔打1岁男婴并使其从25楼坠落，这起震惊世人的事件，引发对我们对未成年人侵权责任的思考。此外，未成年人在日常生活中所为法律行为是为常事，对此在法律效力上作何种价值评判才能契合法律行为的制度价值及践行未成年保护的精神？

在民法领域中，合同法、侵权法以及亲属法等具体领域均有对未成年人保护的特殊规则，但在贯穿这些规则之中的主线则为民事能力。在法律行为领域，尤其是在合同法领域，以行为能力为工具，将未成年人确定为无行为能力人和限制行为能力人，并设计相关的法律行为效力规则，践行未成年人保护优于交易安全的基本原则，同时借助于监护制度，以法定代理人的形式扩张未成年人的交易能力。在侵权法领域则主要以民事责任能力为工具，贯彻未成年人侵权责任优待的基本原则，并通过监护人责任弥补对受害人的保障不足。

对未成年人的保护有不同规制模式和路径，以德国民法上对未成年人保护制度的建构为参照，比较我国民法中的对未成年人保护制度的规范模式，探究我国法对未成年人的民法保护体系的完善，促进民法伦理性的实现。

二、法律行为与未成年人保护

（一）私法自治：法律行为与行为能力

私法自治是当事人依据其意志自主形成法律关系。私法自治需要当事人自主并自我负责。法律行为是实现私法自治的工具，而行为能力是当事人自主有效参与法律行为的前提。当事人为无行为能力人或限制行为能力人，则其法律行为可由法定代理人代理。法定代理制度的意义在于补充私法自治，弥补当事人因行为能力的瑕疵未能自主全面参与法律交往之缺陷。

行为能力原则上应以当事人意思能力为前提，意思能力是当事人正常识别事务并预见其行为可能发生效果之能力。在个案中具体判断当事人的意思能力，甚为困难且不利于交易安全之保护，因此各国均设立类型化的行为能力制度。未成年人行为能力以年龄为判断基准，因为未成年人的智虑随年龄而增长。我国亦不例外，《民法通则》规定不满十周岁的未成年人是无民事行为能力人，十周岁以上但未满十八周岁的未成年人是限制民事行为能力人。行为能力制度旨在保护智虑不周之不完全行为能力人，主要对象为未成年人，保护未成年人原则是行为能力制度最主要的指导思想和价值判断。[2]

（二）未成年人保护中的利益衡量和规制模式

1. 未成年人保护（Minderjährigenschutz）和交易安全

如何在民法体系中，实现对未成年人的保护，涉及未成年人保护和交易安全两者之间利益衡量的问题。对未成年人的保护优于交易安全是各国民法的通例，我国也不例外。对未成年人保护主要体现两个方面：

（1）对行为能力的善意信赖（ein guter Glaube an die Geschäftsfähigkeit）并不使合同有效

合同相对人善意信赖未成年人有相应的缔约能力，此种信赖并不使该合同有效。民法对无行为能力的信赖和对无处分权的信赖设置了两种规制模式，通过比较两者的不同，更能凸显民法对未成年人优先保护的基本原则。兹区

分负担行为和处分行为加以说明。

第一、负担行为。未成年人与相对人订立的债权合同，因未成年人无相应的行为能力，合同并非有效。在未成年人为无行为能力人之情形，该合同无效，在为限制行为能力人之情形，该合同效力待定。与此相对的是，无权处分人与相对人订立的债权合同完全有效，因为处分权并非债权合同成立生效的要件。此时无权处分人负有履行合同之义务。

第二、处分行为。未成年人所为处分行为（无论其是否有权处分），即使相对人善意信赖其有行为能力人，也不使处分行为有效，相对人不得主张善意取得制度之适用。在成年人为无权处分的情形，若相对人善意的信赖其为有处分权，得通过主张善意取得制度而取得所有权。

（2）未成年人不赔偿相对人的信赖利益

相对人信赖未成年人为行为能力人，不使合同有效，此时相对人能否主张信赖利益的赔偿？在意思表示错误的情形，表意人撤销意思表示，善意的相对人有权向表意人请求其因信赖合同有效而受到的损失，如缔约费用之支出和丧失其他交易机会等。但相对人因善意信赖表意人有行为能力而受到信赖利益损失则不能获赔。意思表示错误的内容不包括对缔约当事人行为能力认识的错误。在限制行为能力人使用诈术使相对人信其有行为能力，其法律行为的效力如何？台湾地区民法第83条规定法律行为强制有效，因为此时未成年人使用诈术无保护的必要，而交易安全更值得保护。我国大陆地区民法无相关规定，解释上可从之。

2.未成年人参与法律交易（Rechtsverkehr）的范围

此外，行为能力制度还具有教育功能（Erziehungsfunktion）。法定代理人可通过同意或不同意限制行为能力人不能自主从事的法律行为，达到教育未成年人之目的，因为限制行为能力人仅能从事法定代理人基于教育考虑而认为具有意义之法律行为。同时，行为能力制度也能逐地引导未成年人依其与日俱增之经验自主参与法律交易。[3]未成年人参与法律交易，是其成年后的法律生活的必要准备，因此如何规制未成年人参与法律交易的范围和程度，也是未成年人保护的一个重大问题。各国对未成年人参与法律交易的范围有不同的规制模式，兹区分未成年人为无行为能力人和限制行为能力人两种情形讨论。

（1）无行为能力人所为法律行为之效力

A.处理模式之一：一律无效

德国民法104条规定未满7岁之人为无行为能力人，第105条规定无行为能力人之意思表示无效。可知，德国完全排除未满7岁未成年人参与法律交易（Teilnahme am Rechtsverkehr）之可能，无论其能否正确估量自己所为意思表示的意义及效果并依据此种认识而正确地确定其意思，也无论其以自己名义或他人名义为法律行为，即使纯获法律上利益也不例外。作为法定代理人之父母对此也无能为力，其不能补正未成年人之行为能力，也不能补正最简单且与未成年人年龄相适用之法律行为。[4]取而代之的是，法定代理人代理未成年无行为能力为意思表示或受意思表示。

这种模式背后的理由是，德国立法者认为，行为能力为实施法律行为的能力。法律行为是践行私法自治的手段，私法自治的理念在于个人自我及自我负责，若行为人无行为能力，则其所为法律行为当然无效，无论是否获得法律上或经济上利益。对此，德国学者卡纳里斯（Canaris）认为，德国民法第105条否定未满7岁未成年人之行为能力，违反“过度禁止原则”，应属无效。[5]立法者赋予无行为能力人所为的法律行为以如此严格的无效后果，违背比例原则（Verhältnismäßigkeitsgrundsatz）。因此，卡纳里斯认为德国民法第104条和105条均属无效，对无行为能力的法律行为应类推适用第107条及以下有关限制行为能力人的规定。[6]德国学者拉伦茨（Larenz）和博克（Bork）均批评此种见解。博克认为很少有严格的规定对所有参与人的保护需求均为适当的，立法者并未超越自由裁量之空间（Beurteilungsspielraum）。此外，这两位学者均认为无行为能力人的意思取决于其天然的行为上之能力（natürliche Handlungsfähigkeit），而这种天然的行为上之能力需要在个案中具体判断，其远比单纯根据年龄难判断得多，且不利于法律交易之保护。[7]拉伦茨最终认为只有被视为普遍有效的规范成为无效后，一个新的法律规定才能产生。[8]

德国民法第105a条对此采取了缓和规定：成年的无行为能力人所为的日常生活中的数额较小的交易，且合同已经履行，并对无行为能力人的个人或财产不造成重大危险者，则该合同有效。但该条仅适用于成年的无行为能力人，而不适用于未成年人。

B.处理模式之二：部分有效

《民法通则》第58条规定无行为能力人实施的民事行为无效。立法者考虑到无行为能力人智虑不周，参与法律交易将受有不利后果，故作此规定。但《民通意见》第6条规定：“无民事行为能力人、限制行为能力人接受奖励、赠与、报酬，他人不得以行为人无行为能力、限制行为能力为由，主张以上行为无效。”此条对《民法通则》第58条适用范围做了目的性限缩（Teleologische Reduktion），无行为能力人接受奖励、赠与和报酬的行为为有效。之所以做此目的性限缩，主要基于以下两点考虑：第一、《民法通则》规定不满十周岁的未成年人为无行为能力人，德国和台湾地区均规定未满7岁的未成年人为无行为能力人。我国对无行为能力人年龄上限规定过高，我国未成年人一般7岁即上小学，其难免从事一些法律行为，若一概排除，将不利于未成年人参与法律交易。第二、无行为能力的未成年人接受奖励、赠与、报酬，对其而言为纯获法律上利益，并不因之受有不利。故采取此种方式在一定程

度上克服我国无行为能力人上限过高之症结。

此外，基于以上两点考虑，无行为能力的未成年人所为与其年龄、智力、精神健康状况相适应的的行为，理论上认为应类推《民法通则》第12条的规定，无行为能力的未成年人可以从事与其年龄、智力、精神健康状况相适用的的行为。

（2）限制行为能力人所为法律行为的效力

原则上，限制行为能力人所为法律行为须经法定代理人之同意（Zustimmung）。同意可区分为事先之同意（允许Einwilligung）和事后之同意（承认Genehmigung）。限制行为能力人未经法定代理人之同意所为法律行为的效果如下：（一）双方法律行为效力待定，有待法定代理人事后追认；（二）单方法律行为无效，因为单方法律行为不使相对人受有积极的不利益。但限制行为能力人在例外情形，无须法定代理人的同意即可独立为一些法律行为。例外情形有：第一、纯获法律上之利益，即限制行为能力人不因法律行为而负有法律上的义务，有无经济上利益，在所不问。因限制行为能力人只获得法律上之利益，而未受有法律上之不利益，故使此种行为有效有利于对未成年人的保护。第二、中性行为，即限制行为能力人通过法律行为既未获得法律上之利益，也未受有法律上之不利益。此种行为，对限制行为能力人的利益状态并不产生影响，因此使之有效有利于促进限制行为能力人参与法律交易。

此外，限制行为能力人能否未经法定代理人的同意，独立为除纯获法律上利益和中性行为之外的其他法律行为。对此有两种规制模式：

A.处理模式之一：零用钱条款

德国民法第110条规定限制行为能力人已用金钱履行合同义务，而该金钱系法定代理人或经法律代理人同意的第三人为此目的或为自由处分而交付给限制行为能力人的，则限制行为能力人未经法律代理人同意而订立的合同自始有效，此系德国民法上著名的“零用钱条款”（Taschengeldparagraf）。法条虽规定“未经同意”，实则为法定代理人允许的特殊情形。若未成年人所为法律行为符合“零用钱条款”的构成要件，则推定限制行为能力人已征得法定人的同意。零用钱条款的构成要件有：（一）用金钱履行债务；（二）该金钱是法定代理人或者经法定代理人同意的第三人为此目的或者为自由处分而交付给限制行为能力的；（三）债务已经完全履行。若限制行为能力人采取分期付款方式，而款项尚未付清，则合同并非有效，合同直至全部付清款项始得有效。

B.处理模式之二：一般条款

《民法通则》第12条规定限制行为能力人可以订立与年龄、智力、精神健康状况相适用的合同。此为一般条款，规定了限制行为能力人无须经法定代理人之同意可独立而为的法律行为的类型的。“与年龄、智力、精神健康状况相适用”均为不确定的概念，为保障法律适用的安定性，应通过类型化而使之适用具体化。根据《民通意见》第3条的规定，其判断标准有三个方面：（一）生活关联程度；（二）理解行为性质、预见行为后果；（三）标的数额大小。

（三）比较分析

对未成年人保护，中德民法两种模式均是对保护未成年人、促进未成年人参与法律交易和交易安全两种利益进行衡量。在未成年无行为能力人为法律行为之情形，较德国民法采用一律无效之法律后果，我国民法允许其从事与其年龄、智力相适应的行为。在未成年限制行为能力人之情形，中德民法均认可其得独自从事纯获法律上利益之行为和中性行为，但在其他情形，我国民法较德国民法，扩张了限制行为能力人可独立而为的法律行为的范围。可见，我国倾向在保护未成年人之前提下，最大限度鼓励未成年人参与法律交易，使其能自主形成法律关系，及早适应社会生活。

类型

国别

无行为能力的未成年人的法律行为的效力

限制行为能力的未成年人的法律行为的一般效力

德国

一律无效（德国民法第104条、第105条）

原则上，限制行为能力人所为法律行为须经法定代理人之同意（德国民法第107-113条）

例外：

（1）纯获法律上利益的意思表示（德国民法第107条）

（2）零用钱条款（德国民法第110条）

中国大陆

原则上无效（《民法通则》第58条），部分有效（接受奖励、赠与和报酬的行为有效，《民通意见》第6条）

限制民事行为能力人订立的合同，经法定代理人追认后，该合同有效（《民法通则》第12条、《合同法》第47条）

例外：

（1）纯获利益的合同（《合同法》第47条）

（2）与其年龄、智力、精神健康状况相适应而订立的合同（《民法通则》第12条、《民通意见》第3条、《合

同法》第47条）

三、侵权责任与未成年人保护

侵权法旨在权衡加害人的行为自由和被害人的权益保护。为贯彻未成年人保护的基本原则，在侵权法领域践行未成年人责任优待（Haftungsprivileg）之原则。对未成年人责任优待的理由在于，在判断过错之前，应肯定其是否知晓特定行为的禁止性。[9]《侵权责任法》草案对未成年人区分为被害人和加害人两种情形而分别予以规定，正式颁布的《侵权责任法》虽未采取同一规定，但为准确说明未成年人责任优待原则的适用，兹区分未成年人作为加害人和被害人分别予以讨论。

（一）未成年人作为加害人

在未成年人为加害人之情形，在侵权责任成立和侵权责任后果的损害赔偿范围两个方面均体现了未成年人责任优待原则。

1. 侵权责任成立：责任能力与过失判断标准

未成年人侵权责任适用过错责任原则。故意或过失，须以行为人的责任能力（Zurechnungsfähigkeit）为前提。责任能力又称过错能力（Verschuldensfähigkeit），有狭义和广义之分，狭义上责任能力是指承认侵权责任的能力，即侵权能力（Deliktsfähigkeit），广义上还包括债务不履行责任能力。责任能力的判断标准是行为时是否有识别能力（Einsichtsfähigkeit）。识别能力是指对于事物有正常认识及预见其行为能发生法律效果的能力。[10]理解力在这里是指认识这种行为的不法性及由此所产生的责任的一般的精神能力，要把是否具备这种能力的问题与具体情况下是否有责任的问题区别开来。[11]在侵权责任成立的主观方面而言，存在两个递进层次的判断，即责任能力和过错。若加害人无责任能力，即无须再判断故意或过失，直接排除行为人的过失侵权责任。若加害人有责任能力，则须再判断其是否具有过错。

（1）责任能力判断标准

A.处理模式之一：行为能力+个案判断

对于未成年人是否具有责任能力，严格地说，应根据个人个性和智力发展的认识在个案中具体判断。但为减少个案实际判断的困难，德国立法者设置固定的年龄界限去判断其有无责任能力。德国民法第828条规定未满7岁的未成年人绝对无责任能力；已满7岁不满10岁之人，对于在汽车、轨道交通或空中缆车所引起的损害，不负赔偿责任，但故意致他人损害者除外。因为根据心理学研究之结果，不满10岁的未成年人不具有正确判断车速、距离且对因调整自己行为的能力。[12]对其他未成年人侵权之情形，须在个案中具体判断行为人是否具有责任能力。

B.处理模式之二：完全个案判断，与行为能力无关

台湾地区民法采取个别认定方式，对于无行为能力或限制行为能人的责任能力，应就各个行为具体加以认定。[13]未成年人是否具有责任能力，在个案中可根据事务难易复杂程度及其年龄、智虑状况来判断，如就一些简单的行为，很小就能识别其有无不利后果（如砸人家玻璃），但就一些复杂行为，却很大都不能识别有无不利后果（如一台大型机器、危害物质）。

我国民法对此无相关规定，学说对此存在两种观点：（一）否定责任能力。此说认为我国侵权法体系未采责任能力制度，为立法者“有意义之沉默”。但同时认为为弥补责任能力制度之缺失，在考量过错概念时应纳入责任能力的考量因素。[14]（二）肯定责任能力。此说认为从解释论角度，我国存在责任能力制度，并且责任能力与行为能力采取同一标准，无完全行为能力就没有侵权责任能力。[15]基于此种逻辑起点，此说认为未成年人无侵权责任能力即无过错，因此不可能构成过错侵权责任。综合观之，无论采取何种学说见解其结论均在实践未成年保护之基本原则。

（2）过失判断标准

未成年人过失如何认定，存在两种判断基准：一、以善良管理人的注意为基准；二、以未成年人年龄层通常的注意为基准。前者有利于被害人，后者降低未成年人的注意程度，有利于保护未成年人，[16]比较法上多认为对未成年人过失的判断标准，不采与成年人同一标准，未成年人未尽到其同龄层应尽到的注意义务，则具有过失。[17]

2.侵权责任后果：损害赔偿范围

A.处理模式之一：完全赔偿

对未成年人侵权行为所致的损害，应完全赔偿（Totalreparation），未成年人应以其全部财产（责任财产）对之负责。未成年人因为过错可能导致毁灭其生存的侵权责任，这一问题成为德国民法的重要课题。自联邦宪法法院对一起未成年人责任所做的判决起，避免赔偿义务对未成年人造成生存毁灭的问题（Vermeidung einer existenzvernichtenden Ersatzpflicht des Minderjährigen）成为宪法问题（Verfassungsfrage）。仅因未成年人典型的失误（Verfehlung）将导致其生存毁灭且受害人从第三方处得到赔偿，那么德国民法第828条第2款关于未成年人的责任能力的规定是否违反宪法？联邦宪法法院虽以德国民法第828条第3款早于宪法制定为由，拒绝回答根据德国基本法第100条的法官释宪提议，但宪法法院同时也确认了在基本法第1条第1款和第2条第1款的视角下，未成年人的无限责任违反宪法之理念。宪法法院进一步指出，可通过探讨第四部社会法典（SGB IV，关于社会保险的共同规定）第76条第2款第3项和第十部社会法典（SGB X）第116条（保险公司对损害赔偿义务人的请求权，根据个案之具体情形为不适当时，则该请求权消灭。在相同要件下，赔偿义务人已经支付费用可以返还）来实践宪法之基

本理念。其亦认为可通过德国民法第242条诚实信用之规定，减轻损害赔偿范围或完全排除，但有学者认为这可能已经超越了允许法律续造的范围。[18]总之，现今德国学说和判例已达成共识，即有必要时，应减轻未成年人侵权责任。

B.处理模式之二：以自身财产为限承担责任

《侵权责任法》第32条第2款规定："有财产的无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，从本人财产中支付赔偿费用。不足部分，由监护人赔偿。"关于此条如何适用，应秉持保护未成年人的基本原则，对其进行解释适用。对该条的解释适用有两种不同的意见，一、公平责任或接近公平责任说。该说认为未成年人是否承担侵权责任以及责任大小取决于有无财产以及财产多少。[19]二、未成年人侵权责任为过错责任，仍适用《侵权责任法》第6条的一般规定。《侵权责任法》第32条第2款不是规制未成年人的侵权责任，而仅是规制监护人依第1款对外承担责任时，被监护与监护人的内部求偿关系。[20]未成年人仅以其财产为限承担侵权责任。

无论采取何种解释模式，未成年人仅须以自己财产承担侵权责任，若未成人无自己财产，则无须赔偿损害。被害人得向监护人请求损害赔偿，其自身利益也不因此受到影响。未成年人责任财产仅限于自身财产，也不致于使未成年人产生毁灭其生存的责任，有利于未成年人以后健康成长。

类型

未成年人作为加害人

责任能力

责任后果

德国

行为能力+个案判断（德国民法第828条）

完全赔偿

中国大陆

两种学说 ：

一、与行为能力采取同一标准

二、否定责任能力

以自身财产为限承担责任（《侵权责任法》第32条第2款）

（二）未成年人作为被害人

未成年人作为被害人，在德国法上有权依据附保护第三人作用的合同理论和侵权法的规定请求损害赔偿。

1.请求权基础之一：附保护第三人作用的合同

举两例以兹说明，例一甲从商店购买一台电视机，后因电视机质量问题发生爆炸，导致其孩子乙受伤，例二甲和其孩子乙到商店购物，因商店营业员过错导致孩子乙受伤。在这两种情形，孩子得向商店店主请求侵权损害赔偿，但对侵权责任之成立，须证明店主具有过错，对孩子保护甚为不利。对此，孩子乙得否基于合同或缔约过失向店主请求损害赔偿？在例一之情形，乙非买卖合同的一方；在例二之情形，乙不具缔约之意思。

（1）合同法向侵权法的扩张

侵权法规制是一般人之间的关系，而合同规制特定人之间的特别结合关系，因此合同对受害人保护较侵权法严密。如侵权法须举证加害人具有过错，而在合同之情形，无须对此证明，大大减轻受害人的举证压力。为保护与债权人有特殊关系之第三人利益，避免侵权法保护之不足，民法理论创立了附保护第三人合同制度，使债务人基于合同对债权人所负的照顾、保护等附随义务延伸至与债权人有特殊关系之第三人，使得第三人得基于合同请求损害赔偿。由此，将原本由侵权法规制的法律关系，纳入到合同法的范畴。但为不使债务人赔偿义务无限蔓延，应对第三人的范围加以限制。通说认为，第三人是指债权人具有人格权法上特质的关系、负有保护和照顾义务的人，如未成年人等。因此，在上述例一之情形，未成年人有权乙基于甲和商店之间买卖合同，主张人身损害赔偿。

（2）从合同关系向缔约阶段的扩张

在当事人之间并未形成合同关系、双方仅处于缔约阶段之情形，与当事人有特殊关系之第三人因另一方当事人之原因而致损害者，此时当事人有权主张缔约过失责任，第三人基于上述理由亦可以基于缔约过失而主张损害赔偿。换言之，附保护第三人作用的合同在缔约阶段亦有适用的余地。因此，在上述例二之情形，未成年人乙有权以合同法第42条关于缔约过失的规定为请求权基础，主张缔约过失责任。

2.请求权基础之二：侵权责任法

（1）未成年人的允诺能力（Einwilligungsfähigkeit）

受害人允诺可作为阻却违法性的事由。未成年人能否为此种允诺，取决于未成年人的允诺能力。对此应区分侵害客体的不同而为不同判断：一、关于对财产权侵害行为的同意，应类推适用有关行为能力的规定，特别是须经法定代理人的同意；二、关于人格权侵害的同意，则适用责任能力之规定。[21]

（2）损害赔偿范围

侵权法中的被害人区分为直接受害人和间接受害人。甲过失伤害乙或致乙死亡，乙的未成年子女不能获得乙的抚养，此时乙为直接受害人，乙未成年子女为间接受害人。侵权法以保护直接受害人为原则，间接受害人仅在法律

有特别规定之情形，才予以保护。被害人对之有法定抚养义务之人，加害人对其亦负损害赔偿责任。

A.未成年人作为直接受害人

未成年人，虽不具备谋生能力，但不可认为其成年后也没有谋生能力。未成年人因侵权行为，而导致将来的谋生能力减少的，他可于现在向侵权人请求损害赔偿。关于损害赔偿的数额，应斟酌未成人未来发展之可能，根据未成年人年龄、资质、性格及家庭状况与其他情事认定。

B.未成年人作为间接受害人

《人身损害赔偿司法解释》第17条规定，加害人应赔偿被抚养人的生活费。

标准参见《人身损害赔偿司法解释》第28条 ：“被扶养人生活费根据扶养人丧失劳动能力程度，按照受诉法院所在地上一年度城镇居民人均消费支出和农村居民人均生活消费支出标准计算。被扶养人为成年人的，计算至十八周岁。”未成年人抚养丧失为纯粹经济上损失，法律允许其向加害人请求损害赔偿。

C.与有过失

（A）未成年人自身与有过失

故意或过失，以责任能力为前提。在判断有无故意或过失之前，应先判断是否具有责任能力。若未成年人不具有责任能力，则未成年人不承担与有过失，若未成年人具有责任能力且有过错，则适用与有过失规则。[22]

（B）法定代理人与有过失

a.未成年人为直接受害人

未成年人对法定代理人的与有过失不负责。因为未成年人并非依其意愿选择代理人，对法定代理人之行为也无控制力。此外，法定代理人对损害发生具有过错，侵权人于赔偿后，可向其求偿，一方面减轻侵权人责任，另一方面也督促法定代理人尽其监督义务。[23]

b.未成年人为间接受害人

间接受害人的请求权，虽系固有之权利，但其权利系基于侵权行为而发生，应当负担直接受害人的过失。[24]

四、未成年人保护的路径选择：代结语

关于对未成年人在民法保护，本文参照德国民法的发展和变迁，对我国合同法和侵权法领域未成年人保护的规范体系进行了梳理和总结，兹归纳两点说明其基本问题：

（一）在法律行为领域，在未成年人保护、未成人参与法律交易和交易安全保护之间作利益衡量和价值判断，力求兼顾二者。我国民法在保护未成年人的前提下，最大限度地鼓励未成年人参与法律交易，使其自主形成法律关系，为成年后的法律生活做好准备，使其尽早适用社会。

（二）在侵权责任领域，在未成年人为加害人之情形，较德国民法全部赔偿之原则，我国侵权法贯彻以自身财产为限负责之原则，且作为侵权责任成立之前提的责任能力和过失之判断标准较成年人低，从而抬高未成年人侵权责任成立的门槛，最大限度实现未成年人责任优待的原则。在未成年人为被害人之情形，亦降低责任能力和过失判断标准，并考虑未成年人未来发展之可能，给予未成年人最大限度的赔偿。

12、擅自处分共有物合同的效力设计——基于司法裁判的解释论

张　永（清华大学法学院，北京100084）

摘要：《民通意见》、《合同法》、《物权法》、《婚姻法解释三》等均涉及擅自处分共有物的问题，但是规定不一。在《买卖合同解释》生效的情况下，多数判决还坚持适用《民通意见》第89条判决基础合同无效，此种做法存在诸多负面影响。对于无权处分有必要进行类型化的分析。物权变动具有相对独立性，基于鼓励交易的要求以及体系解释的结论，在擅自处分共有物的场合，买卖合同等基础行为应依然有效。在“善意”与否的判断上要严格掌握，但相对人善意与否不影响基础合同的效力。无权处分和无权代理有明显不同，应严格限制家事代理权的适用范围。在买方不能取得共有物所有权时，其可主张违约救济。应理清现行法的相互关系，为《买卖合同解释》第3条的适用排除障碍。关键词：无权处分；区分原则；善意取得；类推适用；家事代理权

网上热传独生子女继承遗产存在困境专家回应
独生子女无法继承遗产是个伪命题

2015年1月15日　法制日报　朱宁宁

最近,一篇“独生子女无法继承父母遗产?99.99%的人都想不到!”的文章在网络上广为流传,引发各方关注。独生子女继承父母遗产真的会遭遇法律空白吗?

《法制日报》记者今天采访了一些业内人士和法学专家,他们给出的答案是:我国不存在独生子女继承的法律空白,独生子女继承困境是个法律伪命题,但可以在制度上进一步完善。而单独继承人的独生子女继承权欲通过民事诉讼继承时,则会遭遇法律空白。

不能把继承问题都推给法院公证

这篇被多次转载的认为独生子女继承难的文章核心是从诉讼角度阐释,独生子女无法通过诉讼来实现继承权,主要原因在于无可起诉的对象,又不符合我国民事诉讼法关于特别程序的规定,而不能通过特别程序来解决。因此,文章提醒独生子女的父母务必在生前做好遗产继承公证。

事实果真如此吗?在我国,民众如何实现继承权?南京师范大学法学院副教授赵莉告诉记者,对于普通人来说,要实现继承权有两个要件:一是证明自己是继承人;二是有可继承的财产。我国继承法第三条列举了遗产的种类,除了不动产、存款、机动车之外,司法实践中甚至还有车牌、电话号码、网店乃至冷冻胚胎的继承诉请。但有一个问题需要注意,实践中,凡遗产在第三方处,如存款在银行且继承人不知密码的以及涉及转移登记的,如不动产等,相关部门均会要求继承人持法院的法律文书或继承权公证书才能取到存款或办理转移登记。虽然我国并没有法律规定,要实现继承权必须办理继承权公证。

值得一提的是,由于我国目前没有独立的非诉程序法,所以公证机构在实质上承担着大量的非诉事件处理工作,从历史沿革和实务工作中,公证程序成为主要的非讼程序,不仅适用于遗产继承案件,更适用于夫妻财产案件、认领亲子案件、收养案件、监护案件等。将于3月1日起施行的《不动产登记暂行条例》要求,不动产登记工作人员应当具备与不动产登记工作相适应的专业知识和业务能力。对此,赵莉认为,今后,不能再把继承房产的问题全部推给法院或公证机构,对于无纠纷的不动产继承,房地产部门应自己审查。当然,民众愿意办理继承权公证,也是可以的。

独生子女非诉继承路径畅通

北京市方正公证处公证员冯爱芳平均每年处理近百件遗产继承案件,订立几十件遗嘱。她告诉记者,实务中从未觉得“独子继承”有何特殊的法律困境与探讨意义。

“目前从公证机构平均每年近两千件的继承案件处理量来看,大量的独生、非独子女家庭的遗产继承案件,经过公证人员的法律告知和介入调解,消解在继承公证工作中,在法律层面,并不存在所谓的独生子女继承困境一说。非诉继承仍然是遗产继承的主要渠道和方式,总体而言,路径是通畅的,选择是理性的。”冯爱芳说。

冯爱芳介绍,在我国,遗产处理分为两种途径:一是有争议的继承诉讼;二是无争议的继承公证。独生子女家庭仅表现为被继承人的第一顺位法定继承人(配偶、子女、父母)数量较少,在实体法律适用与继承处理程序上并无任何特别之处,根据家庭和财产的不同情况,两条途径均可选择适用。如果被继承人的配偶、父母中尚有其他法定继承人,且对遗产分割有争议且不可调解的,自然会走上法院诉讼;如果其他法定继承人均先于其死亡,独生子女确定为唯一法定继承人通过非诉渠道的继承公证处理遗产是更为经济、理性的。

那么,目前独生子女通过非诉渠道继承公证处理遗产,渠道通畅吗?程序繁杂吗?需要提交什么材料?证明什么内容?对此,冯爱芳介绍,根据公证法和继承法的相关规定,公证机构根据当事人的申请办理遗产继承权公证事项,需要提供的基本材料为:身份证明、死亡证明、亲属关系证明、财产证明,这些基本材料也是诉讼环节的当事人所需提供的基础性材料。如果财产不明的,可向公证处申请开具查询函,前往有权部门查询死者遗留的全部财产,包括房产、存款、理财账户中的资产、股权等。从实践中看,依据公证机构开具的查询函,有权部门出具登记在死者名下的财产证明,操作中并无障碍。即便遗产查询成为继承案件的难题,这一难题具有普遍性,不单单构成独生子女继承的难题。

“证明独生子女跟父母之间关系且唯一继承人的身份也不是难题。”冯爱芳补充指出,可以凭借《独生子女证》加以证明,甚至可以提供《计划生育奖状》加以佐证。如果证件遗失也没关系,公证人员会前往档案馆调阅或通过核实被继承人人事档案的方式查清被继承人的全部继承人。

对于实践中继承公证的正当性备受责难,公证过程中证据的收集与认定也被指困难重重的现状,冯爱芳认为,这些问题其实都根源于公证的非诉程序功能从未被发现或加以重视。或者说,非诉程序自身的社会功能与价值也未被足够重视。“如果我们能够认识到非诉价值理念与非诉程序设置的社会功能与作用,认识到非诉和诉讼的分野与衔接是合乎国情、合乎理性的,那么,这个话题才能在穿越迷雾之后有讨论的基础,更有成效、更有意义。”冯爱芳说。

建多种途径让民众选择继承方式

“与其说独生子女继承遇法律空白,不如说单独继承人民事诉讼继承遭遇法律空白。”赵莉表示,单独继承人的独生子女继承权虽然不是无法实现,但如果想通过民事诉讼继承确实会遭遇法律难题。

赵莉介绍了单独继承人的独生子女只能通过诉讼来实现其继承权的两种情形:首先,独生子女想调查被继承人的全部遗产时,就会遭遇无法启动司法程序调查的困境;其次,在持有非公证遗嘱时、公证机构表示无法对自书遗嘱进行检证而无法出证时。

那么,针对这种情况,是否有必要立遗嘱呢?“表面看是没有必要的,因为在只有一个法定继承人时,如果遗嘱指定继承人也是唯一法定继承人时,确无必要。但比如,父亲在先去世时立遗嘱指定将房屋给配偶(即独生子女之母)继承,母亲未过户即去世又未留遗嘱,发生法定继承时,独生子女要想作为单独继承人通过二次继承来继承父母遗产,就会发生遗嘱继承和法定继承并存的问题。这时候如果自书遗嘱继承无法出证,则其无法通过民事继承诉讼来实现继承权,但可以按照2014年8月最高人民法院公报案例‘陈爱华诉南京市江宁区住房和城乡建设局不履行房屋登记法定职责案’,起诉住房和城乡建设局。”赵莉说。

“但如果将于5月1日施行的修改后的行政诉讼法导致单个继承人无法通过行政诉讼来实现继承权,公证又无法出证,则单独继承人无法通过民事诉讼来实现的话,就是一个严重的问题了。”赵莉强调。

因此,赵莉建议,在《不动产登记暂行条例》已经公布但细则尚未公布之际,在制定细则时,应从方便民众的角度,构建切实可行的登记规则,比如遗嘱鉴定、公告等制度,建立如行政自行审查和准司法公证的两种途径,让民众选择。这样,对于遗产不多、仅有一套房屋的继承人可选择由房地产部门审查;而对于遗产较多且无纠纷继承人,可选择办理继承权公证,然后持公证书去实现继承权。

本报北京1月14日讯

胚胎的地位及其法律问题——“冷冻胚胎案”判决评析丨视角

2015年1月14日　中国民商法律网　邓辉、张浩然、赵精武

20世纪以来，人工生殖技术的不断发展，在改变人们生活的同时也对传统法律的适用提出了新的挑战。目前，我国对于人工生殖技术如试管婴儿、冷冻胚胎的研究和立法较为缺乏，因而引发了人们在生命伦理、社会道德领域的一系列争论。2014年5月，由江苏省宜兴市人民法院审理、国内首例因争夺冷冻胚胎处置权引发的继承权纠纷案引发了法学界、医学界等社会各界的广泛争论。

一、问题的提出

2012年8月，沈某与刘某因自然生育困难来到南京鼓楼医院生殖医学中心，采用“体外受精—胚胎移植助孕手术”（俗称“试管婴儿”）繁育后代。取得受精卵后，医院为了防范病症，并未立即进行新鲜胚胎移植，而是将四枚胚胎冷冻后，定于2013年3月25日进行移植。手术前几天，小沈与小刘夫妻遭遇车祸，双方不幸死亡。保存在南京鼓楼医院的四枚冷冻胚胎成为了双方父母延续“香火”的唯一希望。为了获得胚胎处置权，双方父母经过多方交涉，出具相应证明，均未能实现目的。为了取回冷冻胚胎，2013年11月，死者沈某的父母选择以刘某父母为被告、以医院为第三人向法院提起诉讼。江苏省宜兴市人民法院一审认为，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，不能成为继承的标的。同时，夫妻双方对权利的行使应受到限制，即必须符合法律法规，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。该案中沈某和刘某均已死亡，通过手术达到生育的目的已无法实现，故他们手术中留下的胚胎所享有的受限制的权利不能被继承，因此，基于上述理由，一审法院判决驳回原告的诉讼请求。

原告不服一审判决提起上诉。二审法院认为，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，从伦理角度，施行“体外受精—胚胎移植手术”过程中产生的受精胚胎，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；从情感角度，涉案胚胎是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，由双方父母监管和处置，既合乎人伦，亦可适度减轻其丧子失女之痛楚；从特殊利益保护的角度，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，沈某和刘某死亡之后，其父母是胚胎之最近最大和最密切倾向性利益的享有者。因此，二审法院判决沈某和刘某双方父母对涉案胚胎共同享有监管权和处置权。

本案审理的难点在于，对于胚胎的法律属性，我国现行法律尚未作出明确规定。一审法院认为，胚胎是“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，不能成为继承的标的，判决驳回原告诉讼请求。二审法院认为，“胚胎是介于人与物之间的过渡存在”，法律虽无明文民规定，但基于伦理、情感和特殊利益的考量，判决由双方父母共同享有对涉案胚胎的监管权和处置权。在法律尚未规定的情况下，由于对胚胎法律属性的不同理解，导致了一二审判决迥然不同。由此可见，对于胚胎的法律地位的定性乃是解决本案的前提，由此带来的法律问题，尚有进一步探讨的空间。

二、胚胎的法律地位

简要来说，从胚胎与权利的关系角度出发，主要形成了三种不同的学说：权利主体说认为，胚胎具有法律上权利主体的地位，将胚胎视为自然人或有限的自然人；权利客体说，则主张胚胎仅为精子和卵子捐赠者的财产，将其作为民事法律关系中的客体对待，而不承认其为独立的潜在生命；中间说认为，受精胎胚是介于人与物之间的过渡存在，因此，应处在既不属于人，也不属于物的“受特别尊敬”的地位，之所以只授予人类胎胚而不授予任何其他人类组织这种地位，乃因为其具有成长为新生儿的能力，在该学说之下还包括潜在人格说和道德主体说。

（一）域外立法例及观点

1.权利主体说

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。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。

阿根廷及意大利等国家将胚胎视为有限的自然人。1871年的《阿根廷民法典》在其第63条和第64条在“即将出生的人”的标题下规定：“孕育于母腹而尚未出生的人，为即将出生的人。”“只要即将出生的人能依赠与或遗产继承取得财产，即对他们产生代理。”该法典第70条在“出生之前人的生存”的标题下规定：“人的生存自孕育于母腹之时开始；人可在其出生之前如同已出生一样地取得权利。如果母腹中的受孕胎儿出生时为活体，则即使是在和母体分离后存活一瞬间，前述权利也视为不可撤销地取得。”这3条在世界各国的民法典中被公认为惟一的承认胎儿是人的条文，它们赋予胎儿以无偿名义取得财产的权利；由于他们不能自己行使这些权利，允许他们被代理。这些条文开创了有限自然人说，“有限”表现为两个方面：其一，胎儿只能取得财产权，不能取得其他权利；其二，

胎儿取得的权利承受“活着”出生的解除条件，这揭示了胎儿在取得权利后不能活着出生的极大可能。意大利的学说和立法也持有限自然人说。就学说而言，该国司法部立法司生命伦理研究委员会的前主席、《生命伦理学与私法》一书的作者弗朗切斯科·布斯内里教授的观点具有代表性，他认为体外受精胎胚是宪法承认的法律主体，因此享有生命、健康、身份、尊严权，另外还享有体内受精胎胚享有的民法典赋予的财产权。但此等胎胚具有变化的性质，也即有可能发展为人也可能夭折，因此，民法典为他们保留的财产权受制于其出生的事实。

2.权利客体说

在美国，一些州更侧重于保护捐赠者的利益，关于该胚胎的处理方式，法律赋予捐赠者以完全的自主决定权，比如佛罗里达州立法承认受精卵的捐赠者对该枚受精卵的处理拥有共同的自治权。对该胚胎的“控制”权和决定权由捐赠者共同享有，如果一个捐赠者死亡，那么另外一个捐赠者就有完全的决定权。2008年11月，密歇根州和佛罗里达州共同通过一项议题：允许仅为治疗目的的创造胚胎从而将胚胎归类为财产。

3.中间说

法国生命和健康科学伦理咨询委员会认为胚胎从受精开始就存在潜在的人格。此外，1981年欧洲理事会各委员均认为，胚胎既不是物也不是社会人，但其是具有发展成为社会人潜力的生物人，因此，其应当享有比一般物质更高的道德地位，即使胚胎不具有权利主体地位，也应给予其法律保护。美国生殖医学协会(The American Society for Reproductive Medicine)坚定支持这一观点，其主张胚胎应当受到“足够的尊重”，但又不能得到与自然人一样的道德和法律权利，因为早期胚胎都没有“分化”，因此它们不能成为人，并不能享有完全的法律权利，但是，早期胚胎应当受到特殊尊重，因为其是潜在的自然人，具有生命的迹象。美国的亚利桑那州上诉法院在Jeter v. Mayo Clinic Arizona 案中认为胚胎因为有成为人的可能性，因此其应当是处于自然人和身体组织（权利客体）的中间体。日本学者北川善太郎也认为，“作为生命单位的生物体既不是人也不是物，是不同于人的法领域和物的法领域的第三法域的构成要素……现行法将冷冻受精卵子作为物对待是不够妥当的。因此，为解决这一难题，可以考虑建立生物体法律制度。”即在第三法领域中，将生物体作为新的权利主体在法律上进行确认，使之在性质上区别于物。

（二）我国学界的理论观点

1.权利客体说

杨立新教授认为，胚胎是一种“伦理物”。人体器官或组织脱离人体之后，不再具有人格载体的属性，应当属于物的性质。但认定冷冻胚胎等脱离人体的器官和组织的法律属性为物，并不否认其所具有的特殊性，冷冻胚胎具有人格因素，并具有发展为生命的可能性，应当将其界定为一种伦理物，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。其认为，市民社会的基本物质构成从来就是两分法，即人和物两种类型，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，对中间说予以否认。

相关学者也认为，胚胎是一种“特殊之物”。冷冻胚胎是一种特殊的物，具有物权客体属性，同时胚胎也是生育自主的人格利益，具有人格权客体属性，权利行使上受法律和公序良俗的限制；不满14天的体外胚胎由于其生长在人的身体之外，并能为人们科学研究运用和支配，符合理论上对物的定义，因此应当将体外胚胎作为特殊的物对待；体外胚胎不能取得同人一样的法律地位，不具有民事主体资格，只能说它具有了财产的价值，但是由于人类胚胎携带者繁衍人类的生物遗传密码，这一独特性使我们不能把它当做一般的物来看待。

同时，梁慧星教授主持的民法典学者建议稿认为：“考虑到科学技术的发展，特别是医学上的器官移植技术、人工生殖技术的发展，规定自然人的器官、血液、骨髓、组织、精子、卵子等，以不违背公共秩序和善良风俗为限，可以成为民事权利的客体。”王利明教授主持的民法典学者建议稿认为，“人身不是物，但是从人体分离出来的某些部分，如器官、乳汁、血液、卵子等，也可以作为物并成为物权的客体。”虽然王利明教授与梁慧星教授并没有明确指明体外胚胎的法律地位，但是从该条文的内容上看，实际可以理解为用“组织”这一上位概念将胚胎纳入了物的模式之中。

2.中间说

徐国栋教授则坚持中间说，他认为，“我国民法应当坚持绿色原则，而该原则正是在人的出生线和死亡线上控制欲望主体的数量得到实现的，坚持中间说可以较好地协调对潜在生命的保护与维护妇女健康、促进科学发展三个方面的关系。”采用中间说一个迅速的必然结果是打破人———物的极端二元制民法材料处理模式，建立人———中介———物的三极处理模式。另有学者认为，我国民法典应当回应科技发展的要求，重新审视胚胎的法律地位，通过分阶段模式保护胚胎的合法权益，建立起人与物之间的中间存在模式。还有学者主张一般来说，人享有完全的伦理地位，物完全没有伦理地位，中间状态的实体享有一定的伦理地位，与单纯的物相比，胚胎作为人类潜在的生命，应当得到应有的尊重和保护，这是对人类尊严和伦理道德的维护，从而应当在以胚胎为中间体的基础上完善对胚胎的法律保护。

（三）胚胎法律地位相关争议的影响

明确冷冻胚胎的法律地位，其意义在于确定法律能够为之提供怎样的保护，从而在法律体系中为其寻找一个适当的安置。按照权利主体说的理论，胚胎因为具有人格属性或作为有限的自然人能够享有法律权利，我们便可将其称为“特殊的人”，原告对该冷冻胚胎所享有的就不可能是对“物”的权利了。由此看来，采取权利主体说的必然结论是，原告与被告所争执的乃是对该冷冻胚胎的监护权。

客体说认为，即便肯定胚胎具有未来发展成人的潜能，它也只是“特殊的物”，至于是否能够被继承，就应当考察考察胚胎相较于普通物在继承、转让方面的特殊性——究竟是相对的限制继承还是绝对的禁止继承。一审法院“（胚胎）在性质上不能等同于一般物，不得任意转让或继承”，意在否定“任意的继承或转让”，此即为胚胎的继承或转让施加了限制，尤其是合目的性的限制（包括不得有违公序良俗原则、不得用于买卖），但就此得出胚胎不得成为继承标的、否认原告对于胚胎的权利（继承权或物权）的结论，未免速断。

采取中间说的论者可能处于一个尴尬的境地：既然胚胎是介于权利主体与权利客体之间的模糊存在，那在法律规则尚未具明文的前提下，何时或何处适用关于人的规定，何时或何处适用关于物的规定？如果前一个问题不能得到很好地解决，那么，势必要硬生生地造出一套与那个模糊的“第三者”相适应的法律规则，虽然这种创设新型权利类型的活动时常冠以以“发现法律”之名。

三、疑难案件中的权利分析

（一）值得关注的细节：案由的变更

细心的读者不难发现，对于“失独老人”对涉案冷冻受精胚胎的权利主张，审判法院之间存在不同的认识：原审法院认为，本案属于“继承权纠纷”，审判客体为继承法律关系，在《继承法》第3条未明确将“受精胚胎”纳入可继承范围的前提下，判决驳回原告的诉请；而二审法院将其案由变更为“监管权和处置权纠纷”，并依据《民法通则》第5-7条的规定，判决受精胚胎由上诉人和被上诉人共同监管和处置。

案由系法院内部对受理案件进行分类的规定，其目的在于“正确适用法律”，但同时也表明法院对诉讼案件所涉及的法律关系性质的认识及对当事人权利主张的判断。更为重要的是，案由的背后体现着法院通过裁判完成的对当事人实体权利的认可，甚至可能是新权利的发现或者创设，在某种意义上，似乎给了我们隐微的指引。而根据最高法院修改后的《民事案件案由规定》，其中并不存在“监管权和处置权纠纷”的独立案由，而北大法宝司法案例数据库显示，该判决文书收录于“其他婚姻家庭、继承纠纷”的三级案由下，我们认为，在现行民事法制下，“监管和处置”至多可称之为“权能”，而并非独立的民事权利（下文将详述）。法院对案由的定位，直接影响着其对当事人权利法律属性的判断，二审判决在此都显得相当暧昧，既否定了上诉人享有已经独立成型的“继承权”，又选择定位模糊的“监管权和处置权”来进行本案的权利表达，我们不禁要问，本案究竟有何特殊之处？

（二）本案何以成为疑难案件？

按照德沃金的说法，疑难案件（Hard Case）与简单案件相对，后者法院依据清晰的法律规则（legal rules）即可进行裁判，疑难案件则指的是不被法律规则所涵盖的案件，也就是穷尽规则找不到解决方案的案件。本案中的冷冻受精胚胎地位特殊，原审法院的认为冷冻胚胎属于特殊之物的见解可资赞同：一方面，受精胚胎不是自然人，不能作为权利主体予以保护，权利主体的资格“始于出生、终于死亡”，即便现代民法扩大对胎儿的权利保护亦须以“将来以非死产”为前提溯及，对尚未在母体孕育的受精胚胎的保护也不能高于或严于对自然人或胎儿；另一方面，受精胚胎含有未来生命特征，即客观上存在胚胎存活发展成生命的可能性，因而存在人格利益，在性质上不能等同于一般物，不得任意转让或继承。

但原审法院进而得出“受精胚胎不能成为继承标的”的结论及其推理颇值得怀疑：第一，特殊之物亦存在性质上的差别，其法律适用不可一概而论，受精胚胎毕竟不同于诸如毒品、军火的违禁品（禁止流通物），作同等对待须要论证相当的正当性理由；第二，“不能任意转让和继承”并不意味着排除其合法转让和继承的可能性，对特殊之物的转让和继承是否存在相适应的特殊规则，原审法院未予以考量。二审法院认识到，“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……确定涉案胚胎的相关权利归属”，在此我们至少可以明确两点：一，法律规则对本案裁判没有给出直接的指引，本案应当属于前述的疑难案件；二，注意到二审判决说理至此使用的是仍然是“相关权利”，很大程度上表明对法律规则未明确规定的权利，至少在权利的属性和界限上，法院仍存在不确定的心理。

（三）适用法律原则的判决

在法律规则没有明确规定的情况下，进而考量伦理、情感和特殊利益等相关因素，依据《民法通则》第5-7条所规定的法律原则，确定涉案胚胎的相关权利归属，并不是依据道德、伦理等法外标准进行裁判，而仅仅是将其作为相关因素予以考量，因此，并不违背依法裁判和法治的要求。那么，依据法律原则作出判决究竟有何不同？

首先，从判决主文来看，二审法院认可了原告与被告对于冷冻胚胎的监管权、处置权，而对于一审法院所否认的继承权未知可否：就继承权而言，大多认为属于身份权，作为《侵权责任法》第2条第2款所列举的受保护的各项权利之一，较无争议。而至于“监管和处置”，很难说是民法通常意义上的“权利”，原因有三：一，从用语来看，“监管”和“处置”本身并非民事法律术语，民法中相对应的术语分别是“管理”和“处分”，后两者虽在学说上称为“管理权”（比如共有人对共有物的管理，《物权法》第96条）和“处分权”（比如出卖人应有权处分，《合同法》第132条），但其不过是所有权的权能而已，即属于所有权中可得实施的行为（《物权法》第39条），不是独立的民事权利；二，从发生原因来看，“监管”和“处置”既可因所有权而发生（所有权人对于物可以“监管”、“处置”），又可因债权而发生（按《合同法》规定，行纪人基于债权可以对委托物进行管理和出卖），还可以因身份法上权利而发生（监护人对于被监护人所有之物可以“监管”、“处置”）；三，从现行民事法制是否接纳来看，“监管”和“处分”并未被现行民事法律制度所接受，即便是作为特殊利益（合法利益）加以保护，也应当与

权利有所差别，权利和利益虽时常有转化、流通，法律给予不同程度的保护，此乃立法即政治合理性所决定的范围。

原审法院认为，因夫妻已死亡，其通过手术达到生育目的无法实现，故对受精胚胎享有的受限制的权利不能继承。原审法院在此未能细究：生育权为《宪法》、《人口与计划生育法》和《妇女权益保障法》等所规定，其权利的行使受到“人口计生法律法规、社会伦理道德和生育目的”之限制，具有人生专属性，不得转让和继承，当属无疑。但是本案中，由原告（上诉人）对受精胚胎的权利并不落入生育权的范围，即失独老人并不享有子女的生育权，然而，对胚胎进行“监管处置”的权利请求，不仅符合上述所列的各项限制，更加与死者（可推知的）意愿相契合。诚如二审判决所言，冷冻受精胚胎，既包含上诉人和被上诉人的家族遗传信息、具有生命伦理上的密切联系，又成为精神抚慰、寄托哀思附有人格利益的所在，我们几乎可以断言，“失独老人”对于涉案胚胎的权利主张已经不完全从属于夫妻的权利，而是渐渐发展成自己对于胚胎的独立主张！

本案二审判决的法律依据是《民法通则》第5-7条所规定的“法律原则”，所谓“当事人的合法的民事权益”实在是一个抽象的概念，虽然明确了受保护权益必须是民事的、合法的，仍存在模糊之处：第一，“权益”既包含权利也包含利益，究竟是差别保护抑或一体保护，颇有疑问；第二，对于有特别规定的独立权利（譬如名誉权等），当然优先适用其特别权利的名称，对于尚未实名化、具体化的权利，似乎可纳入其中，有无新造权利名称或以权能进行表达的必要。本案的难点在于，欲对权利人对胚胎的权利进行保护，就必须明确权利人享有的是何种权利，其性质与界限如何：二审判决既要实现法律的保护，又无法笼统模糊地宣称其保护的客体是说不清、道不明的“当事人的合法民事权益”，便只得委诸于判决所带来的实体结果——权利人得以据此“监管和处置”受精胚胎。

结语

2014年5月终审的“冷冻胚胎案”，由于涉及伦理、情感以及法律适用等诸多问题，引发各界持续的关注。关于胚胎的法律地位，目前我国法律规则未具明文，从而形成法律漏洞所在，域外立法例与国内外学者对此有不同认识，根据认定为权利主体、权利客体或处于介于前两者之间的中间状态的差异，由此分别形成主体说、客体说和中间说。三种学说对胚胎法律地位的不同理解牵涉相应的法律规则适用和权利配置，从而形成不同的解决方案。就目前的观察而言，在对胚胎的法律地位没有明文的情况下，胚胎案仍然能够在现行法框架下得到解决：客体说的支持者（比如杨立新教授）认为，宜将胚胎纳入物的范围，从而使得其为继承权所涵盖；与中间说的立场不无联系的是，该案的二审法院“发现”了权利人对胚胎的监管权和处置权，或许，这也是在依据原则判决时的不得已之举。

创新家事审判机制 用法搭起“亲和桥梁”

2015年1月15日　人民法院报　厦门大学法学院副院长、教授 何丽新

家庭是社会的细胞，处理好家事纠纷是共同缔造和谐社会的重要环节。家事纠纷以家庭身份关系为基础，不仅涉及法律上的争议，而且牵连到当事人情感和伦理上的纠葛。为了妥当解决家事纠纷，福建省厦门市海沧区人民法院创新家事审判机制，建立以家事法庭为核心的家事审判专门机构。

传统的家事纠纷解决机制往往是通过法庭对抗式争辩来发现案件事实和进行司法裁决，家事纠纷在刚性、封闭的司法过程中予以解决。在冰冷的法律面前，遇到难以自行解决的家事纠纷，不少人认为“家丑不可外扬”，不愿走法律渠道，或牺牲合法利益私了，或一味忍气吞声。家庭矛盾没有及时化解，心理没有及时疏导，个别人甚至做出偏激之举，致使家庭问题激化成危害公共安全与和谐的社会问题。同时，不少此类案件没有被纳入有力的法律保护轨道，也因联动机制的缺失，法院往往无法集合公安、民政、妇联等力量对受害人施加有效保护。因此，传统的家事纠纷解决机制忽视了家事案件具有伦理亲情、个人隐私和传统观念等因素，难以达到法律效果和社会效果的有机统一。

海沧法院在涉台审判机制改革成功经验的基础上，结合中华和合文化，将案件审判与区域特点、乡情民俗有机融合，充分调动社会各界力量形成良性互动，创新家事审判机制，推动维权体系的建立与完善，在制度保障、机制创新、审判思路等各方面都积累了较为丰富的经验。

1.引入心理疏导机制。随着城镇化进程的加快，大量外来人口进入城市，外地户籍男性与本地户籍女性的婚姻稳固度低，男性在婚姻中情绪长期压抑易引发极端事件。海沧法院在此种类型离婚案件中引入心理疏导机制，除进行婚姻质量评估外，还平抚当事人的冲动情绪。此外，在一方坚持离婚而另一方不愿离婚，有和好可能的案件中，以及所有的未成年人犯罪案件中，家事法庭也都引入了心理干预疏导机制。在心理疏导过程中，心理咨询师采用科学的测试方法，与当事人展开更深层次的交流，向法院提交心理评估报告，这就为法院的审理工作提供了良好的辅助。

2.建立家事调查员制度。随着当今“四二一”家庭模式激增，许多祖父母、外祖父母加入离婚双方子女抚养权争夺大战；大量未成年子女跟随打工的父母进入城市，一些未成年人因监管不严而误入歧途，这些外地户籍未成年犯因监管帮教难的问题而导致缓刑适用率低。海沧法院在这两类案件中引入家事调查员制度，不仅调查“法律上的事实”，而且关注“生活上的事实”、“心理上的事实”、“社会事实”，透析案件的全貌，家事调查员的调查意见为法院处理家事纠纷提供了重要的有影响力的参考，为实现法律的实质正义奠定基础。当然，未成年人由哪一方抚养、外地户籍未成年犯是否适用缓刑，仍由法院最终作出裁决。

3.融入法官“柔性”情怀。海沧法院家事法庭将法律权威的“刚性”与法官情怀的“柔性”相结合，将法制教育、家庭伦理教育融入到家事纠纷庭审过程中，更加科学化和人性化。根据家事案件兼具人伦性和财产性的特点，

秉持人本，倾听心声，用法搭起“亲和桥梁”，消弭当事人之间的隔阂，从一定程度上让原本破碎疏离的亲情关系得以重新弥合，加强妇女及未成年人合法权益保护力度，让弱势群众得到庭审外的更多帮扶，专业化审判模式切实保护了当事人合法权益。

在家事审判的司法改革进程中，海沧法院家事法庭要更好地扮演司法创新的角色，仍大有可作为的空间。

1.探索建立符合家事审判规律的特殊证据规则。如针对家暴认定难、当事人举证难的问题，可探索让公安机关、妇联成为家暴证据固定的主体，完善家暴档案的建立，扩大家暴证据类型，尝试实行举证责任的相对倒置，即声称遭受家暴的一方只需提供其遭受家暴的初步证据如就医证明等，转由被指控施暴的一方证明自己没有施暴。同时，在家事审判中根据案件需要，加大法官依职权调查取证的力度等。

2.推动家事纠纷社会化解网络的完善。家事纠纷的化解需要借助社会的多方力量，其中既包括政府部门也包括民间组织。仅靠法院自身的力量难以构建完善的家事审判社会化解网络，应建立家事纠纷的一体化解决机制，打破以往法院与单一主体单向合作的简单模式；针对民间组织参与家事纠纷化解人员素质参差不齐的情况，法院可联合相关部门定期组织民间组织成员包括义工参加业务培训，以提高其纠纷化解能力。

3.加强涉台家事纠纷处理机制交流平台的建构。自厦门市法院一审涉台家事案件归由海沧法院家事法庭审理后，涉台婚姻家庭案件的数字不断上升。我国台湾地区的家事审判机制相对成熟，民事保护令、亲属自治会议等诸多制度值得借鉴。基于海沧法院的涉台审判机制改革已经取得了一定的成效，家事法庭可在此基础上，进一步加强家事纠纷解决领域的对台交流合作，借鉴我国台湾地区的家事审判经验，进一步发挥海沧法院作为两岸司法互助窗口的作用，从家事案件入手，尝试两岸证人远程视频作证模式，探索构建两岸“点对点”、“院对院”的司法互助和司法交流模式。

生育权探析

2014年11月14日　中国民商法律网　　徐枭雄

生育既是人类种族繁衍的需求，也是人类社会发展的基础。人类从诞生之初至今，随着生产力的发展，生育经历了自然生育阶段、原始生育阶段、义务生育阶段和生育权利化阶段。[1]如今，生育作为一种权利已经得到国内外学界和实践的普遍认同，生育权也在各国的立法中被相继合法化。但是，由于生育权涉及到法律、生理、伦理、医疗、历史渊源等诸多方面，加之公民权利意识的不断提高，由生育权引起的纠纷屡见不鲜。我国现有法律对生育权的规定不足，而且在最高院于2011年7月4日颁布的《关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释（三）》中，涉及到生育权的第9条在理论上也存在着重大分歧。据此，本文总结了目前国内学者的观点，并对其进行梳理，试图对生育权制度的本质问题进行比较性研究。

一、生育权的内涵

生育权的概念，被认为最早出现在19世纪后期，由于当时妇女的地位明显低于男性，因此生育权被当作妇女的一种特殊权利，伴随着西方女权主义运动而产生。1974年8月，联合国在布加勒斯特召开的世界人口会议通过的《世界人口行动计划》对生育权作了如下定义：所有夫妇和个人享有自由负责地决定其子女数量和间隔以及为此目的而获得信息、教育与方法的基本权利；夫妇和个人在行使这种权利的责任时，应考虑他们现在子女和未来子女的需要以及他们对社会的责任。”联合国在1984年和1994年分别召开的国际人口与发展会议通过的《墨西哥宣言》和《国际人口与发展会议行动纲要》对上述概念又进行了重申，并将生育权作为最基本的人权。

我国作为民事基本法的《民法通则》和调整婚姻家庭关系基本法的《婚姻法》并没有对生育权的概念进行正面规定。1992年颁布的《妇女权益保障法》第47条[2]第一次在立法中确认了妇女生育权的法律地位：“妇女有按照国家有关规定生育子女的权利，也有不生育的自由。”2002年实施的《人口与计划生育法》第17条规定：“公民有生育的权利，有依法实行计划生育的义务，夫妻双方在实行计划生育中负有共同的责任。”由上可知，我国立法上规定的生育权，是指“男女个人在法律允许的范围内自主决定生育或不生育的权利”[3]或者“在一定历史条件下公民基于合法婚姻而享有的决定是否生育子女以及如何生育子女的自由”。[4]

二、生育权的内容

一般而言，生育权包含两个部分，首先是生育自由，即公民享有自由而负责地决定生育子女的时间、数量和间隔的权利；其次是生殖健康，即公民享有的生育能力。

有学者认为，生育权的内容由其特征所决定，生育权本质上是一项绝对权，即可以积极实现，也可以消极实现。因此，具体而言，生育权应包含以下内容[5]：

1. 生育决定权，即权利主体可以根据自己的意愿自由选择生育权的实现方式，并采取与之相应的民事行为，这是典型的绝对权的表现；

2. 生育信息知情权，包括公法上的知情权和私法上的知情权，前者是指权利主体有权获得与生育相关的科学信息、医疗知识、法律法规以及国家政策，后者是指公民有权及时掌握其行使生育行为的对象的生育意愿、生育能力、是否采取避孕措施、是否受孕以及孕后情况等信息[6]；

3. 生育隐私、安全保障权，即权利主体有权对与个人利益无关的自身的生育信息和生育活动进行支配和维护，同时，生育权不特定的义务主体应当始终保持生育权的顺利行使、以及不受他人非法侵害的安全状态。

有学者认为，生育权除了上述三项内容外，还应包括：

1. 生育方式选择权，即权利主体依法享有自由选择生育方式，有权根据自身的情况选择传统的自然生育方式或现代人工生殖技术方式生育子女，在分娩时可以选择自然生产或剖腹生产；

2. 生育请求权，即夫妻双方有权相互请求对方配合自己进行生育的权利，以及在人工生殖方式中，夫妻双方有权共同向精（卵）子生产者或所有者、有关医疗技术机构、代孕者、法律规定的审批机构提出意思表示；

3. 生育调节权，即夫妻有权根据个人或夫妻的生理特点选择避孕节育的措施；

4. 生育健康权，即公民有保持自己的生殖器官完整和生育能力健康发展和延续的权利。

此外，由于生育的社会属性，生育权的各项内容均在一定的范围和程度上要接受政府和社会的管理和规范，即生育权的各项内容均要受到一定的限制：首先，作为生育权核心内容的生育决定权，应受到一个国家人口政策的制约，应当符合人类安全的要求及子女生存和发展的需要；其次，为了防止性别选择性人工流产给社会人口比例带来的不平衡，除医学需要外，怀孕期间权利主体对胎儿性别的生育知情权应受到严格限制，采用人工生育方式的生育，为避免发生法律和伦理方面的纠纷，应实行互盲原则[7]；再次，为了将生育纳入国家法律监督的轨道，生育管理部门对育龄夫妇生育的情况有权予以登记，生育管理部门也有必要建立血缘确认及公示制度，这必然会在一定程度上限制生育的隐私权；另外，基于道德、伦理等因素，生育方式选择权又遵循一定的顺序——即只有在自然生殖方式不能实现生育目的，或生育主体一方或双方因为生理因素不能实现自然生殖方式，或生育主体一方或双方患有医学上禁止生育的疾病时，才允许生育主体选择非自然生殖方式，需要注意的是，无论基于何种原因，无性生殖方式——克隆人技术则应严格禁止；最后，对于生育请求权，作为生育权主体的夫妻一方只能向对方提出生育请求，而不能选择婚姻关系以外的第三人作为生育关系伙伴，如因特定原因需采用人工生殖方式的，须双方共同向特定的医疗机构作出生育请求，一方不能未经他方同意而提出请求，否则就构成对另一方生育权的侵犯。[8]

还有学者提出，由于对生育权性质认识的不同，生育权的内容也有所差别。[9]如果将生育权理解为一种人格权，则生育权应当包括生育请求权、生育决定权、生育方式选择权等。其中生育决定权是核心。生育方式选择权包括通过代孕母亲实施生育，当代孕母亲进行生育时，只构成身体权，而不成立生育权[10]；如果将生育权理解成是夫妻共同享有的身份权，其权能包括：生育知情权、生育能力保持权、生育决定权、生育选择权。其中生育能力保持权是指主体享有保持生育能力，避免生殖器官遭受任何人的侵害的权利。[11]

三、生育权的本质

生育权作为权利的概念已深入人心，但生育权究其本质，到底是属于什么性质的权利，学界对其有不同的看法，目前主要以人权说、宪法权利说、身份权说以及人格权说占据主流地位。具体如下：

（一）人权说

主张人权说的学者认为，生育权的本质是天赋人权，是公民或自然人基于人身自由、为了自身发展所必须具备的一项权利，其应属于人权的范畴。[12]他们认为把生育权界定为人权是符合国际立法宗旨的，如1968年5月《德黑兰宣言》第16条明确“父母享有自由负责决定子女人数及其出生时距的基本人权”。1974年《世界人口行动计划》、1984年《墨西哥城宣言》和1994年《国际人口与发展大会行动纲领》也均指出：“所有夫妇和个人都享有负责地自由决定其子女人数和生育间隔以及为达此目的而获得信息、教育与方法的基本权利。”这些国际条约充分说明，生育权作为一种基本人权已经成为国际社会的共识。我国《人口与发展报告》认同“个人和夫妇”作为并列的主体享有生育权，也应当说是对国际社会关于生育权认识现状的尊重。[13]

（二）宪法权利说

支持这一观点的学者主要是依据我国《宪法》第49条的规定：“夫妻双方有实行计划生育的义务”，他们认为根据权利义务统一性理论，负担义务必然享有权利，夫妻既然有实行计划生育的义务，那么他们必然享有生育的权利，“宪法所规定的计划生育的义务是建立在夫妻共同享有生育权基础上的，只有享有共同权利，才可能共同履行义务”。[14]也正因为如此，夫妻的生育权是宪法上的权利，理应受到宪法的保护。

但也有学者认为，纵观各国立法，生育权都没有在各国宪法中被明文规定，我国也不例外。我国《宪法》规定的夫妻有计划生育的义务，应当说是根据中国特殊的国情对作为基本人权的生育权的“责任”的确认，不能说因为权利义务具有统一性就直接把法律文本中权利和义务互相取代。法律明示权利或者义务一定有其特殊的意义。生育权不是现行《宪法》规定的公民的基本权利，但不妨碍以后纳入《宪法》。[15]

（三）身份权说

持身份权说的学者多数是在狭义的生育权范围内进行探讨的。所谓狭义的生育权，是指建立在合法婚姻上的生育权，即在婚姻中夫妻双方依照国家法律和政策的规定，有权决定在什么时间生育子女和生育几个子女的权利，也包含当事人不生育意愿的选择。[16]但也有学者认为，生育权固然是身份权，但并不是基于婚姻关系的基础上而产生，否则那些无配偶者或丧失配偶者就没有繁衍后代的权利，他们认为只有怀孕的妇女身份才能享有生育权，不论怀孕的事实是基于侵权还是基于自愿，因为只有存在生育基础才能产生生育权，这也被称之为孕妇生育权说。[17]

（四）人格权说

支持人格权说的学者们认为，生育权是人的尊严的重要体现，它是维持独立人格的基本要求，它与因婚姻产生的夫妻身份并无必然的联系。[18]如果将生育权理解为身份权，其将无法解释因科技的发展而产生的人工生殖。

首先，生育行为既是生物机能的表现，又是生物种类得以延续的前提。生育权是民事主体固有的权利，符合人

格权的固有性。而身份权的取得并不是与身俱来的，因此与生育权的固有性相悖；其次，作为生育权客体的生育利益是人格利益而非身份利益。人格利益是指人的人身和行为自由、安全和精神自由等利益，身份利益是指权利主体基于一定身份所取得的利益，如配偶之间的相互忠诚与陪伴，父母对子女的保护和教育等。生育权所针对的生育利益体现的是人的行为自由，人可以自由地决定生育这一与自己的生活方式、未来发展等密切相关的重大事项；最后生育权是维护主体独立人格所必备的权利。“生育权所体现的生育意志自由是主体精神存在形式的重要组成部分，并间接地对主体物质存在形式的维护与延续起着重要作用。”[19]生育权涉及生育隐私权，但又与个人人身自由与精神自由、生活方式和未来发展最密不可分的生育决定权，因此，其对维护主体的独立性及培养主体独立的人格意识有着非常重大的意义。[20]

此外，中南财经政法大学法学院张作华老师还认为，虽然生育权属于人格权，但其相对于同属于人格权的其他民事权利相比，具有以下独特性[21]：

1. 义务性。尽管所有民事权利都需要承担相应的义务，但生育权，作为人类世代延续的必要手段，是个体对人类和社会的义务；生育，还关系到相对方异性主体的许多权利，关系到下一代人的诸多权利；关系到婚姻家庭领域乃至国家社会的和谐与秩序；还关系一个民族的伦理道德秩序。因此，与其他民事人格权如生命健康权、姓名权、隐私权等相比较，生育权的行使，必然要承担更多、更必须的义务。

2. 依赖性。这是生育权区别于其他人格权的一个最显著的特点。一般人格权作为一种绝对权，其实现不以权利主体以外的他方的实际作为为必备条件，其他人的不作为即是对该权利实现的合作；而生育权的实现以男女双方的合意与合作为必要前提。

3. 身份性。尽管生育权与婚姻关系并无必然联系，但实践中一个社会一般认可的生育权还是以婚姻为基础的生育权[22]，另外，即使不以婚姻关系为基础，单独讨论一个自然人具体的生育权，实质上也是先确定该自然人是男性或女性，即还是以其一定社会身份为基础。

4. 牵连性。首先，生育活动与女性的生命健康权、人身自由权密切相关；其次，在婚姻之外的第三人对夫妻一方生育权的侵害往往会造成夫妻另一方的生育权受损；另外，滥用生育权不仅会伤害另一方生育主体，还会严重影响后代的健康成长、家庭和睦甚至社会和谐（如故意或重大过失将会导致生育的后代患有医学遗传疾病或先天残疾）。这些都是其他一般人格权所不具备的。

除上述四种主流学说外，我国还有学者提出“双重性质说”，即生育权既是人格权又是身份权，并举出姓名权进行类比。[23]姓名权是一种人格权，那么，婚姻家庭法规定夫妻姓名权问题是否意味着姓名权在夫妻关系中变成了身份权？然而，马忆南教授认为，当代各国婚姻家庭法对姓名权的规定，只是基于夫妻身份关系对姓名权的行使给予一定的限制，最终的决定权仍然属于个人。可以认为姓名权在这里具有了一定的身份法上的意义，仅此而已。同样的，夫妻个人的生育权也会因婚姻关系的确立而受到一定的限制，但最终的决定权仍然属于个人。生育权的人格权属性并没有因为婚姻而改变，只是在夫妻关系领域具有了身份法上的意义。[24]

四、夫妻生育权的主体及实现方式

由上可知，由于我国的民事法律并没有对生育权作出正面规定，而且学界对生育权的性质争议较大。因此，不同学说的学者对夫妻生育权的享有主体及享有方式均持不同的态度，其中占主流地位的有：平等享有说，单方享有说，平等共有说以及共同共有说。

（一）平等享有说

持这一观点的学者多数属于支持生育权是人权和宪法权利的学者。他们认为根据国际条约和我国相关法律对生育权的界定，生育权是人类所普遍享有的一项权利，每个公民个体在法律允许的范围内都有权利对自己的生育权采取相应的决定和处分。国家应当保障包括夫妻、单身男女、罪犯、同性恋者的生育权的实现，任何侵害生殖器官和生育健康的行为都构成对生育权的侵犯。[25]

有学者认为，虽然国内外的法律文本都是从人权的角度确立了生育权，但是仅仅从人权的角度去认识生育权，认为人人均平等享有生育权，这显然是无法满足现实需要的。生育权设定的目的是为了赋予主体权利以解决冲突，如果人人都享有——尤其是夫妻个体均享有平等的生育权，则会出现这样一个疑问：在出现了妻子要求中止妊娠而丈夫不同意终止妊娠的情况下，如果不支持男方的损害赔偿请求就被理解为法律“伙同”女方侵犯了男方的生育权，那么假如支持了男方的请求岂不意味着法律成为了侵犯女方生育权的“帮凶”?由此形成的状态是:法律首先不能消极地不作为，但无论作为是表现出怎样的态度，必然会有一方的生育权遭到侵害。夫妻间存在矛盾的前提当然不能视为法律出现尴尬状态的成因，而使法律规范陷入二难处境，则是配偶间生育权冲突理论重大的逻辑漏洞，也是生育权冲突体系无法逾越的现实障碍。[26]

（二）单方享有说

认为生育权是孕妇生育权说和妇女生育权说的学者认为，根据生育权的起源，生育权是被作为妇女的一种特殊权利（“自愿成为母亲的权利”）而成为妇女解放的标志。女性过去是生育的义务主体，被当成传宗接代的容器，在女权主义的支持下才上升为权利，因此生育权是女性争取来的专有权。[27]从生理结构的角度分析，在自然生育的过程中，女性是生育活动的主要承担者，而男性只需要完成将精子输入女性体内的行为即可，这一过程相对于接近280天的怀孕状态和承受分娩之痛而言太过轻松，因此女性作为生育权主体是理所当然的。

其次，有学者认为，所谓的男性生育权，无论其是作为身份权抑或人格权，都不可能实现：首先，由于生理限制，男性不具有孕育胎儿的结构，他无法控制和支配生育过程，男性要达到生育目的，必须由女性自愿承受，如果女性拒绝承受，任何事先约定都不能作为强制女性进行生育的根据。生育权应当与生育能力相区别，生殖器官健康、功能正常，仅仅只能意味着该自然人有生育能力，而生殖器官受到侵害的行为本质上应属于侵害健康权的行为。因此，男性只有当不借助女性身体获得新生命时，男性生育权才可能作为实体权利。[28]还有观点认为承认男性生育权就等于承认了“强奸犯的生育权”，或者根据我国《婚姻法》司法解释（三）第9条的规定，即使承认男性生育权也无法得到实现。

（三）平等共有权说

多数支持生育权是身份权的学者认为，“生育权只能基于丈夫、妻子的这一特定身份，在合法婚姻的基础上产生，由双方共同享有”[29]，平等共有权是指夫妻平等地享有生育权，同时享有共同对抗第三人生育的权利。任何与第三方进行的生育行为都侵犯了夫或妻的生育权。其理由是：生育是共同的行为，生育是婚姻的重要功能，既然夫妻有计划生育的义务，当然也平等地享有生育权。[30]支持人格权说的学者则认为，男性的生育权是固有、必备和与身俱来的。如果没有男性基因的加入，女性单独也不可能实现单方生育，正如《易经·系辞下》所说：“天地氤氲，万物化醇。男女构精，万物化生”。而上述关于“承认男性生育权就等于承认‘强奸犯的生育权’”的论述则是权利滥用的问题，不是应否赋予丈夫或妻子生育权的问题，任何人任何形式的权利都必须以尊重他人的权利为前提，生育权的行使也应当如此。

就目前国内的观点而言，平等共有权说占据着主导地位。但实践中究竟如何行使，如何解释《婚姻法》司法解释（三）第9条对妻子的倾向性保护，这无疑又是一个两难。

（四）共同共有权说

为了合理解释上述的两难境地，有学者提出生育权是一项由夫妻作为一个整体而共同共有的权利：[31]

首先，该观点认为，虽然以“自然人完全享有自身生育权”的立法定位为基础，民事主体间各自的生育权可能产生直接的权利对抗，但“婚姻关系”这一因素的介入，让生育权的内部结构发生了质的变化。其一，婚姻关系当中当然存在夫妻间的生育关系，且该婚姻关系使该自然人在其婚姻关系之外，不再具有合法的、受法律保护的生育关系。这种状态限缩了婚姻缔结前民事主体行使生育权的范围，让权利效力仅仅体现在婚姻关系内部，客观上又在生育权之外套上了新的一层对外、对内都具有效力的权利外观；其二，在婚姻关系缔结时，除非有真实自由的意思表示拒绝生育，主体意思表示中必然包含了“与配偶共同实现生育利益”的内容，即一旦民事主体与他人存在婚姻关系，合法的生育行为和当事人的生育自由会被婚姻的效力所吸收。这样一来，在婚姻关系外部，形成了同样可以保护夫妻生育利益的权利外观，而在婚姻关系内部，原本用于保障个人生育利益的权利外观在婚姻关系成立时就被吸纳进了更大一层的“外观”中，于是夫妻之间也就不存在与生育有关的权利级别的法律关系，个人生育权也就在婚姻关系中被瓦解了，而该“外观”仅发挥共同对抗外界非法侵害的作用。

其次，该观点否定了夫妻间生育权冲突的可能性，因为个人生育权已经在婚姻关系形成时被瓦解。尽管当民事主体个人的生育权外观在配偶之间被婚姻关系消化后，配偶之间仍会再出现由生育走向意愿不同而引发的矛盾，但这种矛盾并不以“权利冲突”的形式出现，而只是二者意思表示不一致的对立状态。

另外，该观点认为当共同共有的方式被确定之后，在生育权共同共有的法律关系中，生育行为的发展阶段和主体行为都不能被割裂看待，既不能把某一特定生育阶段视为某一方的全部任务，也不能把某一方的具体生育行为孤立于共同生育行为之外;作为共有人，夫妻平等地享受权利和承担义务，平等地行使生育权的各项具体权能，而在共同共有关系存续期间，双方以契约形式自行划分生育权内部的权利、义务份额的，一般应认定为无效。

此观点很好的解释了我国《婚姻法》司法解释（三）第9条规定的立法原因和立法目的。该条中的“人民法院不予支持”并不是不予支持丈夫的损害赔偿请求，而是因为生育权是夫妻共同共有的权利，男方不能独立享有，并以此作为侵权依据，从而化解了上述夫妻个体生育权冲突的二难推理。

［ 结语 ］

生育权的本质到底是什么，目前国内并没有通说，上述学说虽有理有据，但也都具有一定的局限性。2013年11月，中共十八届三中全会《决定》在计划生育的基础上提出了单独二胎新政策，生育权利的不平等争议再次被搁上台面。探析生育权的本质有利于调整和完善我国的计划生育政策，在充分保障人权的同时适应人口发展新趋势，从而逐步实现国家政策与群众意愿的统一。（作者：徐枭雄）

［ 注释 ］

[1] 华东政法大学生育权和人权课题组：“关于生育权和人权的司考”，载《法学杂志》2009年第8期。

[2] 2005年第十届全国人民代表大会常务委员会第十七次会议决定已将《中华人民共和国妇女权益保障法》第47条修改为第51条。

[3] 陈健全：“生育权的性质及其冲突解决原则——李建诉启东市陈黄秀珍意愿、王海霞生育权纠纷案评析”，载《判解研究》2006年第4期。

[4] 樊林：“生育权探析”，载《法学》2000年第9期。

[5] 潘峥宇：“以生育权冲突理论为基础探寻夫妻间生育权的共有属性——兼评‘婚姻法解释（三）第九条’”，

载《法学评论》2012年第1期。
[6] 姜玉梅：《中国生育权制度研究》，西南财经政法大学出版社2006年版。
[7] 互盲原则指的是供精（卵）方与夫妇，供精（卵）方与实施人类辅助生殖技术的医务人员互盲、供精（卵）方与后代互盲，有关机构的医务人员对使用人类辅助生殖技术的所有参与者实行匿名和保密的限制。
[8] 王旭霞：“夫妻生育权的实现与救济”，载《甘肃政法学院学报》2009年第2期。
[9] 付翠英、李建红：“生育权本质论点梳理与分析”，载《法学杂志》2008年第2期。
[10] 王虎、范学谦：“论生育权”，载《华中科技大学学报（社会科学版）》2001年第2期。
[11] 刘红：“浅析生育权权能”，载《法制与经济》2006年第8版。
[12] 张作华、徐小娟：“生育权的性别冲突与男性生育权的实现”，载《法律科学》2007年第2期。
[13] 付翠英、李建红：“生育权本质论点梳理与分析”，载《法学杂志》2008年第2期。
[14] 汤擎：“单身女性生育权与代际平等”，载《法学》2002年第2期。
[15] 付翠英、李建红：“生育权本质论点梳理与分析”，同前注[13]。
[16] 刘引玲：“论生育权的法律限制”，载《甘肃政法学院学报》2005年第6期。
[17] 阳平、杜强强：“生育权之概念分析”，载《法律适用》2003年第10期。
[18] 刘亮：“生育权的历史演变及其性质”，载《淮海工学院学报（社会科学版）》2006年第3期。
[19] 樊丽君：“生育权性质的法理分析及夫妻生育权冲突解决原则”，载《北京化工大学学报》2005年第4期。
[20] 马忆南：“夫妻生育权冲突解决模式”，载《法学》2010年第12期。
[21] 张作华、徐小娟：“生育权的性别冲突与男性生育权的实现”，载《法律科学》2007年第2期。
[22] （英）米尔恩：《人的权利与人的多样性：人权哲学》，夏勇、张志铭译，中国大百科全书出版社1997年版。
[23] 周征：“生育权的私权化”，载《中华女子学院学报》2005年第5期。
[24] 马忆南：“夫妻生育权冲突解决模式”，载《法学》2010年第12期。
[25] 付翠英、李建红：“生育权本质论点梳理与分析”，同前注[13]。
[26] 潘晖宇：“以生育权冲突理论为基础探寻夫妻间生育权的共有属性——兼评‘婚姻法解释（三）第九条’”，同前注[5]。
[27] 周鸿燕：《论女性作为生育权的主体》，《华南师范大学学报（社会科学版）》2003年第6期。
[28] 付翠英、李建红：“生育权本质论点梳理与分析”，同前注[13]。
[29] 马慧娟：“生育权：夫妻共同享有的权利”，载《华南师范大学学报（社会科学版）》1998年第7期。
[30] 付翠英、李建红：“生育权本质论点梳理与分析”，同前注[13]。
[31] 潘晖宇：“以生育权冲突理论为基础探寻夫妻间生育权的共有属性——兼评‘婚姻法解释（三）第九条’”，同前注[5]。
[参考文献]
1、华东政法大学生育权和人权课题组：“关于生育权和人权的司考”，载《法学杂志》2009年第8期。
2、陈健全：“生育权的性质及其冲突解决原则——李建诉启东市陈黄秀珍意愿、王海霞生育权纠纷案评析”，载《判解研究》2006年第4期。
3、樊林：“生育权探析”，载《法学》2000年第9期。
4、潘晖宇：“以生育权冲突理论为基础探寻夫妻间生育权的共有属性——兼评‘婚姻法解释（三）第九条’”，载《法学评论》2012年第1期。
5、付翠英、李建红：“生育权本质论点梳理与分析”，载《法学杂志》2008年第2期。
6、张作华、徐小娟：“生育权的性别冲突与男性生育权的实现”，载《法律科学》2007年第2期。
7、阳平、杜强强：“生育权之概念分析”，载《法律适用》2003年第10期。
8、马忆南：“夫妻生育权冲突解决模式”，载《法学》2010年第12期。

婚内侵权制度探析

2015年1月15日　中国民商法律网　徐枭雄

婚姻，即嫁娶之事。从法律的意义上说，婚姻，即男女双方以永久共同生活为目的，以夫妻双方的权利义务为内容的合法结合。和其他社会关系一样，婚姻关系也有产生纠纷的时候，这也正如列夫·托尔斯泰所说，幸福的家庭都是相似的，不幸的家庭各有各的不幸。在法制日益健全的今天，随着人们维权意识的不断增强，婚内侵权的问题受到越来越多的学者关注，司法实践中也出现了越来越多夫妻婚内侵权纠纷的案件。然而，由于我国现有的民事立法对此类纠纷规定不足，导致法官在司法实践中面对婚内侵权“无法可依”，因此出现了同案不同判的结果，这无疑极大地损害了司法的权威性和公正性。据此，本文总结了目前国内学者的观点，并结合国外立法实践，试图探究婚内侵权救济制度的出路所在。

一、婚内侵权的内涵

婚内侵权，是侵权行为的一种，广义的婚内侵权包括夫妻之间婚内侵权行为与第三人干扰婚姻关系侵权行为。

狭义的婚内侵权行为指的是具有合法婚姻关系的夫妻一方，在婚姻关系存续期间，以作为或不作为的方式，违背了法律对夫妻权利义务的规定，实施了侵害配偶人身权或财产权并造成严重后果的过错侵权行为。换言之，婚内侵权行为是指在夫妻关系存续期间，一方基于故意或重大过失，违法侵害另一方的人身权与财产权而应承担法律责任的侵权行为。[1]

二、婚内侵权赔偿与离婚损害赔偿

我国《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：（一）重婚的；（二）有配偶与他人同居的；（三）实施家庭暴力的；（四）虐待、遗弃家庭成员的。实践中，有部分学者认为此条规定就是我国对婚内侵权赔偿与离婚损害赔偿规定的法条竞合，从某种程度上说，此条即是我国婚内侵权赔偿的法律渊源。[2]然而，作为婚姻法中的两项民事救济措施，夫妻婚内侵权赔偿与离婚损害赔偿具有本质的差别，两者是相互独立而存在的：一、诉讼期间不同。离婚损害赔偿之诉的直接前提是离婚，其不能在婚姻关系正常存续期间提起；夫妻之间婚内侵权的起诉期间并未限于婚内或离婚之后，当事人有权在诉讼时效期间内起诉。二是两者与离婚之诉的关联性不同。离婚是离婚损害赔偿之诉的直接原因，两者关系密切；我国法未对夫妻之间婚内侵权之诉与离婚之诉的关系作出规定。三是涵盖的事由不同。离婚损害赔偿涉及重婚、同居、家庭暴力或虐待、遗弃等特定行为，具有较强的法定性；夫妻之间婚内侵权行为涉及到夫妻作为一般民事主体的人格权与财产权，具有更强的开放性。四是主观状态要求不一。离婚损害赔偿应以故意为主观要件，而夫妻之间婚内侵权的主观要件应包括故意和过失。五是两者的请求权基础不同。家庭暴力和虐待行为侵犯的是绝对权，其请求权基础应为侵权责任；重婚、同居和遗弃行为侵犯的是配偶权，而配偶权在夫妻之间应为相对权，故其请求权基础为《民法通则》第 106 条所规定的不履行其他义务的民事责任。而夫妻之间婚内侵权的请求权基础恒为侵权责任。[3]

三、婚内侵权赔偿制度的存在性问题

（一）婚内侵权存在的应然性问题

关于婚内侵权赔偿制度是否应该被承认的问题，我国学者的态度可分为肯定论和否定论。持否定论的学者多属保守主义者，他们认为：建立婚内侵权赔偿制度是法律对道德的极大渗透，婚姻关系作为特殊的社会关系，其中存在过多的感情因素和伦理因素，加之中国“家和万事兴”、“男行女随”的传统婚姻观[4]，婚内侵权理应由更多地由道德规范去调整，正所谓“清官难断家务事”，过分地强调法律的作用则会造成婚姻关系的紧张，不利于婚姻的缔结和稳定发展；除此之外，婚内侵权还存在着举证难、执行难等现实问题。

虽然持否定论观点的学者在一定程度上代表了我国目前民事立法的态度，但是随着法制的发展，越来越多的学者开始支持肯定论。他们认为婚内侵权赔偿制度应该被我国立法承认的原因包括：一、通过道德调整婚姻关系存在缺陷，加之婚姻关系对个人、公共利益均有影响，法律应予以干预；二、夫妻具有平等、独立的法律地位，侵权之诉不应受到婚姻关系的影响；三、婚内侵权之诉只是解决争议的一种方式，不会破坏夫妻关系并造成离婚率的上升；四、侵权人承担财产责任与非财产责任是可行的，责任承担与夫妻共同财产制的矛盾可以通过非常财产制和债权凭证制度等解决；五、婚内侵权行为与婚内过错行为的刑事、行政责任及离婚损害赔偿不同，有其独立价值；六、我国从未承认夫妻婚内侵权豁免原则。[5]

此外，从国外大多数国家的立法例来看，婚内侵权赔偿制度也逐步被各国所接受。如美国法对夫妻婚内侵权行为就经历了从豁免到归责的改变。美国习惯法（common. Law）中，传统侵权法对家庭内的侵害使用特殊免责（immunities）。但自1884年起，已婚妇女保护法（married women′ s Acts），赋予妇女独立的人格和对个人财产独立的所有权后，许多州也准许夫妻间提起侵权索赔的诉讼了。[6]美国的《侵权法重述（第二次）》中也规定：夫妻一方不能仅因为存在婚姻关系而规避因其故意而导致的侵权责任。[7]除了美国，针对婚内侵权，其他国家也建立了婚内侵权的损害赔偿制度。法国民法典规定：“妻对于夫有请求补偿的权利。”“夫因不为适当保存行为致其妻的个人财产受损害者，应负赔偿责任。”[8]瑞士民法典则更明确地规定：“配偶一方未履行婚姻共同生活的义务或其行为对他方有危险、污辱或损害时，他方可据此向法官提出诉请。”[9]可见，建立婚内侵权的损害赔偿制度已呈现“国际化”的趋势。[10]

（二）婚内侵权存在的实然性问题

探讨婚内侵权存在的实然性问题，即是探讨我国目前对婚内侵权的立法状况。我国是否存在婚内侵权的民事法律规定，学者之间有很大争议。那些认为我国目前不存在婚内侵权民事法律规定的学者主要是基于《婚姻法》第46条和《婚姻法解释（一）》第29条得出这样的结论。该司法解释29条规定：“承担婚姻法第46条规定的损害赔偿责任的主体，为离婚诉讼当事人无过错方的配偶；人民法院判决不准离婚的案件，对于当事人基于婚姻法第46条规定提起损害赔偿请求的，不予支持；在婚姻关系存续期间，当事人不起诉离婚而单独依据该条规定提起损害赔偿请求的，人民法院不予受理。”他们认为既然损害赔偿是以离婚为前提的，而婚内侵权行为是存在于婚姻存续期间的，可是这几条些规定否定了夫妻受害一方从婚内侵权得到赔偿的可能性，因此《婚姻法》并没有规定婚内侵权赔偿制度。[11]

也有人认为，我国已然存在可以规制婚内侵权的民事法律规定，上述婚姻法及其司法解释的规定只是对离婚损害赔偿请求权构成要件的强调。从“基于婚姻法第46条”、“单独依据该条”等用语可以发现，该条规定实际要表达的是这么一个观点：在没有离婚的情况下，单单依据婚姻法第46条请求损害赔偿是不可以的。该司法解释并没有

否认依据其他法律规定请求损害赔偿这一可能性。而根据民法通则106条公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产，侵害他人财产、人身的应当承担民事责任。对于某一法律关系，有特殊规定的适用特殊规定，没有特殊规定的适用一般规定。而民法通则的规定与婚姻法的规定相比较，民法通则的规定为一般规定，婚姻法的规定为特殊规定。婚姻法第四十六条的规定仅是对离婚情况下具体的四种侵权行为的损害赔偿规定，而并没有涉及没有离婚情况下的侵权损害赔偿。既然婚姻法没有规定婚内侵权制度，而民法通则该条作为过错侵权的一般规定，理应对作为一种侵权形式的婚内侵权有适用的余地。于婚姻关系存续期间，当事人理应可以引用该条的规定主张权利，而法院也应该可以援引该条而作出判决。[12]

还有学者认为，上述婚姻法的规定旨在表明“在婚姻关系存续期间，当事人不起诉离婚而单独就有过错方配偶的重婚、与他人同居、实施家庭暴力、虐待或遗弃家庭成员的行为提起损害赔偿的，法院不予支持”之意，意在区分离婚损害赔偿与婚内侵权损害赔偿。该解释限制了夫妻之间特定的婚内侵权请求权，受害配偶无法就家庭暴力与虐待行为寻求损害赔偿，但其并未提及其他类型的夫妻之间婚内侵权行为，受害方在现有立法格局下可根据《民法通则》与《侵权责任法》的规定寻求救济。[13]

四、婚内侵权赔偿制度的建构

根据上述分析可知，无论我国学者承不承认我国现有的法律体系中已包含婚内侵权赔偿制度，不可否认的是，我国婚内侵权赔偿制度的建构已面临着巨大挑战。由于现行法律的不完备，导致在受害一方在遭受婚内侵权后，要么只能提起离婚损害赔偿之诉，要么只能继续忍受，这既不利于受害人的权利保护，也不利于家庭乃至社会的稳定。因此，为了完善我国的婚内侵权赔偿制度，许多学者都提出了自己的设想。

（一）明确法律定位，完善权利体系

有学者基于对夫妻婚内侵权的特殊性与重要性、婚姻法法律责任体系完整性等因素的考虑，提出婚内侵权行为更适合规定在《婚姻法》中，《民法通则》与《侵权责任法》仅作为一般性规定即可。他们认为，首先，大陆法系强调一般侵权行为与特殊侵权行为的划分：前者适用侵权法一般条款，无需予以类型化的解构；后者具有强法定性，依据特殊归责原则而存在，只有前者无法包容的情况下才能存在。夫妻之间婚内侵权以过错责任为归责原则，属于一般侵权行为，殊无必要在《侵权责任法》中单独规定，可直接适用一般条款。但该行为在司法认定和责任承担方面有其相对特殊之处，法律实有必要将其明确化。作为调整婚姻人身与财产关系的专门法，《婚姻法》更适合完成这一使命；其次，《婚姻法》的责任配置重惩罚轻赔偿，忽视了民事责任的规定。夫妻婚内侵权行为在侵权主体、举证责任及法律责任的认定与承担等方面存在特殊之处，我国民事一般法并未对该行为加以特别规定，《婚姻法》因此可对其进行专门规定，以夯实婚姻关系法律责任；最后，《婚姻法》仅规定了四种情形在离婚时可以要求损害赔偿，内容狭窄且操作困难，在逻辑上难谓周延。《婚姻法》实有必要补充夫妻之间婚内侵权行为及其责任，在完善婚姻法律责任体系的同时，实现与《侵权责任法》等民事立法的平滑对接。[14]

（二）设立分居制度

提出这一建议的学者多是参考了国外的立法经验，典型的如法国、英国、瑞士等。分居制度，又称别居制度，起源于古罗马十二铜表法，正式确立于中世纪的欧洲教会法之中。分居指的是在婚姻关系存续中，夫妻因关系不和谐或感情破裂，一方或彼此不愿继续共同生活时，在具备一定的要件(法定或约定别居要件)之下依协议分居或诉请法院裁判分居。分居期间双方暂时免除同居义务，即此时分居不构成婚内侵权；但双方之人身财产关系、子女抚养等问题法律仍须予以规范，违反相应义务则构成婚内侵权。有学者提出，根据国外的立法经验，分居制度能有效地维系并缓解婚姻关系，但我国在在建立婚内侵权民事责任制度的同时，应设立夫妻分居制度与之配套。首先，规制分居的法定形式，宜采英美法系做法以裁判分居为主，协议分居为辅。但协议分居必须由夫妻申请，法院确认。经法院裁判的分居和经法院确认的协议分居均不构成婚内侵权，其他非法定形式的分居则属婚内侵犯同居权的行为。以下情形可裁判分居，并以此作为婚内侵权民事责任的前置措施：与异性通奸或保持不正当往来；实施家庭暴力或虐待、遗弃配偶；有严重违法行为或赌博、吸毒、酗酒等不良恶习且规劝不改；夫妻长期争吵或其他因素致感情不和；继续同居会影响一方或子女的身心健康。其次，规制分居期间的财产制。理论和实务界均认为夫妻分居期间所得的财产属夫妻共同财产。最后，规制分居的期限。分居本质上是为了维系婚姻关系，不宜日久，根据我国国情，结合《婚姻法》规定，分居期限2年为宜，分居满2年构成离婚原因。[15]

（三）完善财产制度

纵观我国婚姻法，可知我国目前的夫妻财产制度以婚后所得共有制为主，约定分别财产制为辅，很明显，这样的财产制度立法无法很好地与婚内财产制度对接。因为所谓侵权责任的承担，多数是以金钱赔偿的形式完成，而侵权损害赔偿，是以个人财产的赔偿为基础，若依我国目前的立法，夫妻之间的个人财产则非常有限，但夫妻侵权的事件却经常发生，这样的一种现实差异必然会导致婚内侵权的救济无法落到实处。因此，完善财产制度已是众望所归。

有学者基于侵权之债的特性，认为可以将婚内侵权损害赔偿责任转化为夫妻间的债权债务关系，并进而提出三种解决思路[16]：一是，在双方当事人没有解除婚姻关系情况下，可将侵权配偶一方的赔偿数额转化为其对受害配偶一方所负的债务，当该债务在侵权方拥有个人独立财产时，再由受害方向对方请求损害赔偿，由侵权人从其个人财产中支付给受害人，以实现债权。二是，如果婚内双方当事人解除了婚姻关系，应从夫妻共同财产分割后属于

侵权配偶一方所有的财产中支付，财产不足的转化为普通的债务。当然在婚姻关系存续期间或婚姻关系解除后受害一方当事人也可以免除对方因侵权所应负的债务。这是由民事纠纷实行当事人意思自治原则决定的，这一原则也完全适用于婚内侵权损害赔偿。三是，对于共同财产中易于分割的金钱、股票及其他有价证券等财产的，可直接划拨为受害人的个人财产。其他适宜分割且不必共同使用的财物，也可经双方同意，指定为受害人个人财产。如果不宜分割，在生活中一般是必须共同使用的财产，则可明确双方在共同财产中所占份额不同。[17]

也有学者在研究国外立法例后，提出引进意大利的立法经验，即非常财产制。所谓非常财产制，是指在特殊情况下，出现法定事由时，依据法律之规定或经夫妻一方申请，由法院宣告，撤销原法定或约定的共同财产制，改设为分别财产制。[18]该学者还认为，根据我国婚内侵权现状，上述的“法定事由”主要包含：夫妻因感情不和，分居已久的（如满1 年以上）；夫妻一方依法应给付家庭生活费用而不给付的；夫妻一方个人财产，不足清偿其个人债务的；夫妻一方滥用日常家事代理权，擅自处分共同财产、无力管理或怠于管理共同财产的。创设分别财产制能够使婚内侵权损害赔偿之请求在婚姻关系存续期间得以实现，即使侵权方无个人财产，只有夫妻共同财产，也可以通过受害方向法院请求改为分别财产制，在对原共同财产进行依法分割后而获得婚内侵权救济。[19]不过也有学者对引进非常财产制提出了质疑，认为这一措施在我国恐难奏效，尤其是在广大农村地区，常见的家庭运营模式是“男主外，女主内”，丈夫是家庭的主要劳动力，丈夫的劳动收入往往是家庭的主要收入来源，而妻子则大多在家从事家务劳动，其付出的劳动难以转化为直接的经济收入。倘若在妻子遭受丈夫侵害而提起损害赔偿之诉后，法院强制终止法定财产制，宣告实行分别财产制，这对于妻子而言，无疑是更大侵害，这显然不符合立法的本意，也不利于对当事人权益的保护。当然，在夫妻双方经济实力相当的情况下，这一措施还是具有可用性的。[20]

还有学者认为，在我国目前的现有体例下，已经存在能为侵害财产权的婚内侵权提供法律依据，他们认为一是我国《物权法》第 99 条规定:“……没有约定或者约定不明确的，按份共有人可以随时请求分割，共同共有人在共有的基础丧失或者有重大理由需要分割时可以请求分割。”尽管尚不明确何为“重大理由”，但通过法律解释，可将其用于夫妻婚内侵权财产责任的执行之中。二是《最高人民法院关于适用婚姻法若干问题的解释（三）》第 4 条规定“一方有隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或者伪造夫妻共同债务等严重损害夫妻共同财产利益行为的”，允许法院在婚姻关系存续期间分割共同财产。[21]

［ 结语 ］

家庭纠纷是婚姻生活的一部分，婚内侵权是普遍而又无法避免的，这不仅仅是一个道德问题，更是一个法律问题。在整个民事法律体系中，夫妻关系是最特殊的民事关系，因此发生婚内侵权时，法律在调整过程中要注重其与情感因素、社会伦理的平衡。但法律毕竟是治标的手段，道德建设才是治本，两者的有机对接，才是防治和减缓家庭纠纷的完全之策，但如何实现有机对接，这需要我们耐心地去推敲和探索。

（作者：徐枭雄）

［ 注释 ］

[1] 夏吟兰、罗满景：“夫妻之间婚内侵权行为的中美法比较”，载《比较法研究》2012年第3期。
[2] 俞瑾：“论我国婚内侵权损害赔偿制度的构建”，载《西南政法大学学报》2011年第1期。
[3] 夏吟兰、罗满景：“夫妻之间婚内侵权行为的中美法比较”，同前注[1]。
[4] 杜江涌：“婚内侵权相关问题研究”，载《西南民族大学学报（人文社科版）》第26卷第5期。
[5] 夏吟兰，罗满景：“夫妻之间婚内侵权行为的中美法比较”，载《比较法研究》2012年第3期。
[6] Eduard J Kionka. Torts，法律出版社1999年版，第353—357页。
[7] 《侵权行为法重述（第二次）》第895F条第1款[Restatement (Second) of Torts Article 895F(1)].
[8] 《拿破仑法典》，李浩培、吴传颐、孙鸣岗译，商务印书馆1997年版，第197页。
[9] 《瑞士民法典》，殷生根译，法律出版社1987版，第39页。
[10] 杜江涌：“婚内侵权相关问题研究”，载《西南民族大学学报（人文社科版）》第26卷第5期。
[11] 王玫：“婚内侵权民事赔偿责任制度初探”，载《法制与社会》2007年第1期。
[12] 黄伟：《浅析我国婚内侵权制度》，http://www.civillaw.com.cn/Article/default.asp?id=43116，最后访问日期2014年1月20日。
[13] 夏吟兰，罗满景：“夫妻之间婚内侵权行为的中美法比较”，载《比较法研究》2012年第3期。
[14] 夏吟兰，罗满景：“夫妻之间婚内侵权行为的中美法比较”，载《比较法研究》2012年第3期。
[15] 滕云，傅银华：“关于完善婚内侵权民事责任配套措施的几点设想”，http://article.chinalawinfo.com/Article_Detail.asp?ArticleID=80967，最后访问日期2014年1月23日。
[16] 黄伟：《浅析我国婚内侵权制度》，http://www.civillaw.com.cn/Article/default.asp?id=43116，最后访问日期2014年1月20日。
[17] 彭慰慰：“民法典亲属法篇对婚内侵权的立法规制”，载《河北理工大学学报（社会科学版）》2007年第7期。
[18] 范李瑛：“婚内损害赔偿与夫妻共同财产制的冲突和协调”，载《烟台大学学报》2007年第3期。
[19] 滕云，傅银华：《关于完善婚内侵权民事责任配套措施的几点设想》，

http://article.chinalawinfo.com/Article_Detail.asp?ArticleID=80967，最后访问日期2014年1月23日。
[20] 俞瑾：“论我国婚内侵权损害赔偿制度的构建”，载《西南政法大学学报》2011年第1期。
[21] 夏吟兰，罗满景：“夫妻之间婚内侵权行为的中美法比较”，载《比较法研究》2012年第3期。

[参考文献]
1. 夏吟兰、罗满景：“夫妻之间婚内侵权行为的中美法比较”，载《比较法研究》2012年第3期。
2. 俞瑾：“论我国婚内侵权损害赔偿制度的构建”，载《西南政法大学学报》2011年第1期。
3. 杜江涌：“婚内侵权相关问题研究”，载《西南民族大学学报（人文社科版）》，第26卷第5期。
4. 彭慰慰：“民法典亲属法篇对婚内侵权的立法规制”，载《河北理工大学学报（社会科学版）》2007年第7期。
5. 范李瑛：“婚内损害赔偿与夫妻共同财产制的冲突和协调”，载《烟台大学学报》2007年第3期。

莫慌，独子继承公证渠道畅通

2015年1月16日　中国妇女报 冯爱芳

近期网上广泛流传着几篇文章，讨论的主题是关于独生子女遗产继承难的问题。标题耸动、传播甚广，律师们就此各显神通、支招解困，体现其法律职业人的专业精神和破局手段。然而，随着笔者深入阅读之后，发现文章的主旨无外乎指出两件事：遗产查询难办、诉讼被告难找。不明就里的一些读者读罢文章，不免忧心忡忡，纷纷来电咨询。情况果真如此吗？

坦白说，自从笔者走上工作岗位，平均每年处理近百件遗产继承案子，订立几十件遗嘱。实务中，从未觉得“独子继承”有何特殊的法律困境与探讨意义。

无争议，公证处理遗产更经济更便捷

在我国，遗产处理分为两种途径：一是有争议的继承诉讼；二是无争议的继承公证。独生子女家庭仅表现为被继承人的第一顺位的法定继承人（配偶、子女、父母）数量较少，在实体法律适用与继承处理程序上并无任何特别之处，根据家庭和财产的不同情况，两条途径均可选择适用。

如果被继承人的配偶、父母中尚有其他法定继承人，且对遗产分割有争议且不可调解的，自然会走上法院诉讼；如果其他法定继承人均先于其死亡，独生子女确定为唯一法定继承人，通过非诉渠道的继承公证处理遗产是更为经济、便捷的。在家庭关系简单、其他继承人早亡的情况下，当然找不到也无须找到被告。真不明白，为何要避轻就重，抛开渠道通畅、程序明确的非诉继承途径，非要生硬地把无纠纷的独子继承推向法庭呢？

目前，独生子女通过非诉渠道的继承公证处理遗产，程序繁杂吗？需要提交什么材料？证明什么内容？

根据公证法和继承法的相关规定，公证机构根据当事人的申请办理遗产继承权公证事项，需要提供的基本材料为：身份证明、死亡证明、亲属关系证明、财产证明，这些基本材料也是诉讼环节的当事人所需提供的基础性材料。

如果财产不明的，可向公证处申请开具查询函，前往有权部门查询死者遗留的全部财产，包括房产、存款、理财账户中的资产、股权等。

从实践看，依据公证机构开具的查询函，有权部门出具登记在死者名下的财产证明，操作中并无障碍。即便遗产查询成为继承案件的“难题”，这一难题亦具有普遍性，不单单构成独生子女继承的难题，亦难成为导向其诉讼困境的支撑论据。

另外，证明独生子女跟父母之间关系且唯一继承人的身份亦不是难题。结合我国严格实行的独生子女政策，可以凭借一纸《独生子女证》加以证明，有的甚至手中还保留有《计划生育奖状》加以佐证呢。如果证件遗失也没关系，公证人员会前往档案馆调阅或通过核实被继承人的人事档案的方式查清被继承人的全部继承人。

从费用角度来看，公证方式办理继承所花费用要普遍低于诉讼方式，这里，还不加算因诉讼而导致的律师费。依照去年10月份，发改委发文，继承收费从原来受益额的2%下调至累进制算法，降低到受益额的1.2%至0.5%。对于成本价房产，北京没有依据新文件上调价格，不区分环比房价，依然沿用成本价每平方米3000元折价来算，每平方米60元。然而，根据《北京市法院诉讼费用收取标准》，即便不计算后续可能发生的执行费用，诉讼费用的标准是累进制，从2.5%至0.5%。

北京有25家公证处，全国近3000家公证处，目前从每家公证处每年多达两千件的继承案件处理量来看，大量的独生、非独子女家庭的遗产继承案件，经过公证人员的法律告知和介入调解，消解在继承公证工作中，在法律层面，并不存在所谓的独生子女继承困境一说。非诉继承仍然是遗产继承的主要渠道和方式，总体而言，路径是通畅的，选择是理性的。

必要时立遗嘱是经济理性的选择

由于独子继承困境文章的流传，大家心中都有一个疑问，要不要立遗嘱。其实，立不立遗嘱，订立何种法定形式的遗嘱均要根据不同婚姻家庭情况和财产情况来确定。也就是说，不是所有的家庭（独子或非独子）均必然需要订立遗嘱。

订立遗嘱的情形，多发生在：

家庭原因：再婚、孤寡、子女众多争议可能性大（包括婚生子女、非婚生子女、继子女、养子女等多种法律意

义上的子女共存情况，也包括婚生子女众多的情况）；

工作原因：经常出差，乘坐公共交通，以防万一；

经济原因：财富较多，分配方案较细致等。

当然，选择订立遗嘱，特别是效力较高的公证遗嘱，在生前确定百年之后，个人遗产的分配和处置方案，自然是现代人的一种较为理性、经济的选择。

独子家庭，如果父母生前订立有遗嘱，一方面，为财产查询提供了线索；另一方面，依据其陈述的家庭情况，也为查明唯一继承人或其他继承人提供了线索和便利。另外，独子家庭的父母生前订立遗嘱，还可以排除独子的配偶对婚内取得的遗产的共有权。

但是，应该指出的是，有了遗嘱，并不一定能继承到遗产，遗嘱和继承是两个程序。在有遗嘱的情况下，也会发生首先检认遗嘱效力、是否确系生前最后一份生效遗嘱、查清并确认遗产归属的问题，此时如果是没有其他继承人情况下，再配合立遗嘱时所记载情况，无论财产还是家庭成员，查明的线索更加明朗、手续自然更加便捷。无遗嘱的也莫要慌张，像前文所述，通过公证方式处理遗产问题，法律并无空白，程序也是通畅的。

（作者系北京市方正公证处资深公证员）

婚内借款协议在离婚时的认定与处理丨法律参考

2015年1月20日　法律参考　信法网

夫妻之间婚内借款协议是夫妻双方之间签订的，既两个平等的法律主体在没有欺诈或胁迫的情况下签订借款协议，协议效力当然是有效的。但夫妻间借款协议又不同于一般的借款合同，具有一定的复杂性，具体来说分为一下两种情况。

(1)夫妻一方将自己婚前个人财产借给另一方。

这种借款形式法律关系和义务都比较明确，双方只要按照协议中规定行使或者履行自己的权利义务即可。

(2)夫妻一方将婚后共同财产借给另一方。

这种情况下的借款形式比较复杂，因为婚后财产是夫妻双方共同共有的财产，在婚姻关系存在的基础灭失之前(如离婚)，共同共有的财产并没有分割的比例，无法确定在婚姻存续期间夫妻一方借给另一方的款项有多少是属于出借方，有多少是属于借款方的?那么即使在夫妻向法院起诉离婚而进行财产分割时，出借方向法院要求返还的是全部借款还是基于共同财产分割后而要求返还一半借款?再或者说如果夫妻双方并未离婚，而出借方仅以借款行为向法院起诉，那么法院是否会受理?到目前为止，我国婚姻法还尚未作出明确的规定，但笔者认为，为了避免上述情况的发生，夫妻双方在签订借款协议时，最好注明出借方是以婚前个人财产出借给另一方，以便使双方的法律关系更加明确，使自己的权益能够得到更好的保障。

卢某(男)与朱某(女)于2008年5月登记结婚，2009午3月，卢某欲出资30万元与朋友一起设立一家广告公司，但其妻朱某对设立该公司并不看好，不同意卢某从夫妻共同财产中拿出30万元进行投资。卢某却执意要出资设立广告公司，于是卢某与朱某签讨了一份借款协议，协议约定卢某向朱某借款30万元用于设立广告公司，风险自担。2010年初，卢某的广告公司因经营不善倒闭，卢某向妻子朱某所借30万元也一直没有偿还。期间，双方因生活琐事时常发生争吵。2011午8月朱某提出离婚。但双方就婚姻关系存续期间卢某向朱某出具的借款协认中的借款性质产生分歧，朱某认为借款协议合法、有效，要求卢某按协议履行还款义务。卢某则认为：30万元属于夫妻共同财产，无需偿还。

【解析】

《最高人民法院关于适用《中华人民共和国婚姻法卜若干问题的解释(三)》第十六条规定：〞夫妻之间订立借款协议，以夫妻共同财产出借给一方从事个人经营活动或者用于其他个人事务的，应视为双方约定处分夫妻共同财产的行为，离婚时可按照借款协议的约定处理。〞

本案，卢某在婚姻关系存续期间向朱某借款30万元，并签订借款协议，该协议符合法律规定，卢某投资广告公司的行为属于个人事务处理，风险自担。离婚时，卢某应按照借款协议约定归还借款，借款归还后，所还借款应按夫妻共同财产依法分割。

王泽鉴：学者的研究方向要转向法律的解释适用

2015年1月23日　检察笔记　吴春岐

转载于：法律博客（微信号：falvboke）

原标题：“王泽鉴:法学两三事儿”

检察笔记（微信号：pronote）

王泽鉴先生在大陆出版的八部《民法学说与判例研究》被大陆学生称为《天龙八部》，是任何学习民法学生的必读书目。他有怎样的求学经历，对大陆法学又有怎样独特的见解。

文 | 吴春岐

来源 | 志齐青云的法律博客

王泽鉴先生一九三八年六月二日生，台湾台北人。台湾大学法律学系毕业，在台湾大学法律研究所学习期间，

以第一名考取台湾公费留学，赴德国海德堡大学深造，半年后转学到慕尼黑大学，师从Karl Larenz教授研究民法及法学方法论，于一九六八年获得博士学位；随后任教于台湾大学法律系，讲授民法总则、民法债编、民法物权、比较民法等课程。于任教期间曾担任台大法律系系主任及法律研究所所长。在校服务期间，育人无数。此外先生创办台大法学论丛，并出版台大法学丛书，前者已有三十余卷，后者近二百册。先生精通数国语言，曾先后在德、英、美、澳等国从事教学及研究工作，出版民法学说及判例研究、民法总则、民法债编、民法物权等法学专著十七册。据统计，先生著作之转引率高居华人法学界第一位，先生对我国法学研究水准之提升、研究方法之启发与法学人才之培育等，均可谓贡献至伟。

吴春岐：王老师，王利明教授在2006年9月14日欢迎您到中国人民大学法学院访问时所热情洋溢地提到的：您不仅仅是台湾法学界的泰斗，更是整个华人法学界的泰斗。我受《法学家茶座》编辑部的委托访谈您，非常荣幸有机会当面向您请教一些问题，聆听您的一些经历、感想和对我们年轻一辈的一些期望和建议，并通过《法学家茶座》与大陆法学界的无数朋友共享。首先请简要地谈谈您自己的治学经历和体悟。

王泽鉴先生：我1958-1961在台湾念法律，当时没有高水平的教科书和判例教学。后来到德国留学就进入了一个不一样的世界，那里有几百年的法律传统。大家把法律作为共同的规范，把法学当做一种学问。我进入一种新的法律思维方式。后来回到台湾写书，其实没有什么自己的创见，就是把德国的思维运用在分析讨论台湾的法律里面。我在德国学到了几个方法：第一是法律解释学。我的导师拉伦茨先生是德国最权威的法律解释学学者。第二是比较法的方法，我结合法律解释学和比较法，大量阅读德国的判例。当时感觉每个问题都是新的，每个案例都受到启发。回到台湾写书时就将法律解释学、比较法的方法、案例研究三种方法引用过来，产生了若干影响，并在一定程度上影响了法官的判决，还将判例引用到教科书中，一定意义上讲促进了台湾法学的进步。

吴春岐：王老师，您在大陆出版的八部《民法学说与判例研究》被大陆学生称为《天龙八部》，是任何学习民法学生的必读书目。这些著作体现了您在教学中一直倡导的“实例教学法”，然而，在大陆高校中，教师往往注重法学理论的教习，而忽视案例教学的作用。就此，特请您谈谈在台湾在这方面的做法，及您对判例教学的看法？并请您就如何办好法学教育提出一些建议？

王泽鉴先生：大陆目前的案例教学比较少，主要有两个原因：第一，大陆目前大部分学者主要精力着力于立法。如果学者太重视立法了，法律解释学的发展就会比较薄弱。第二，大陆法院的大部分判决还没有全面的公布。二十世纪六十年代我在台湾读书时，判例也几乎没有，如果能够找到一两个案例就如获至宝、爱不释手。而如今，台湾法院每个判决都必须刊登出来，只要你输入一个案件的名称，从“地方法院”到“最高法院”的案例都会查到。台湾学者写的文章均会引用判例，这点跟大陆的风格有所不同。大陆学者的文章相对讲的都很抽象。虽然讲抽象的理论也是需要的，但是法学研究毕竟是要解决问题的。有案例教学的熏陶和训练，法律人思想比较精细，能够通过案例进行思考，受到启发。我曾碰到有些学者理论写的很好，但是我要求他举例说明，他就有些困难。因为他没想过举例子。常常较少以案例检验理论或者以理论分析实例。我在德国读书时候深刻地体会到，我们台湾学生学习理论很多，法律条文也记了很多。虽然德国人可能不知道这么多，但是他们可以运用例子和你论辩。德国学生接受的训练就是分析讨论的方法。所以他们只要有材料就能进行分析。而台湾学生虽然背了很多书，但在应用时却不如他们。虽然背了一些理论学说，一旦讨论却不能应付，因为中间没有案例论证、没有解释适用。虽然可能也读过很多案例，但是没有养成案例分析的习惯。所以，实例的教有利于实际运用法律，培养精确的法律思考，培养出能够变化、能够设计案例、能够检验、能够论证的法律人。没有与实践相结合的理论就不算经过了验证的深刻理论。不然虽然一篇文章写很长，而一个例子都很难说出来。而一旦找一个例子和他讨论时，就会发现他的文章有很多地方需要补充。实际中的例子有各种类型、各种态样，出现这样情况怎么解决，出现那种情况怎么解决，解决方案之间有什么不同，都需要例子来验证、建构理论体系。比如说一个问题可能会出现三种情况，第一种情况该怎么办，第二种情况该怎么办，第三种怎么办。如果从未用案例来思考，那么遇到具体情况就较难处理。

我感觉大陆现在情况可能跟台湾早期法律状况有共同之处，案例少、老师课业重、平常的训练方法和思考习惯重点也不在于案例。这个问题如何才能改善呢？我想需要具备两个条件：第一，法典颁布。这样就不会再过多停留于立法、偏重理论，而是会更重视诠释法律，建立法释义学。当法典颁布后，学者开始去诠释法典，考虑怎样综合解释一个法条，如何适用案例，各种名词如何解释等，使法律能够适应社会需要而发展。这样法学进入了一个新的阶段。而大陆现在的法学还停留在抽象的立法政策思考阶段，还没有真正进入到法律解释适用的那个最严格考验的阶段。立法诚然重要，但是要解释一个概念，例如什么叫人格权，什么叫人格尊严，以及这些概念该怎么适用，可能要耗费更多的心力。所以真正要开始建立本土法学，必须是在法典颁布之后，把力量集中在法的诠释及适用之上；第二，判决公布。只有当法院有系统的全面公布判决时，学者又能将判决和理论结合在一起之时，本土法学才能真正建立起来。我想凭着大陆研究法律的人才之众多，社会需求之强烈，以上条件很快就会具备，中国本土法学很快就会蓬勃发展起来。

吴春岐：王老师，大陆现在越来越多的学者主张，中国法学在学习与借鉴西方法律的过程中不应照搬，更应当关注是中国的社会实际和文化传统，建构自己的“理想图景”。您作为学贯东西的学者，如何看待比较法研究的地位？你如何评价有些学者提出的重构或复兴“中华法系”的愿景？

王泽鉴先生：比较法包括法律的解释适用、法律的继受。现在全世界的法律就是在彼此学习，在相互继受，在

共同发展。可以说整个世界的法学都是建立在比较法之上。对于比较法的研究方法，我最近在北大正在讲授一门课——比较法与民法的发展，学生热情非常高。此次讲课的目的不在于讲法律规则，主要是讲研究的方法，思维的方法。比较思维方法对法律人很重要。比如说，预告登记制度中国要设立，跟台湾、日本比较，他们有没有这个制度，为什么有，为什么没有。第二个就要比较他们的异同，然后解释这些异同，做条文的比较、发现异同、并解释他们。如果发现台湾、日本这方面案子很少、大陆的很多，就可以作进一步比较说明。解释这些特殊性，就会发现问题，为什么有这么不同，针对发现的问题我们再去解释。在这个过程中就会提出很多建议。这就有一个新的比较思维方式。我看大陆的新颁布的物权法，可能比其他一些人有不同的观点，因为我是在与很多国家和地区的物权法比较着看，对照着看，这样就会有不同的理解。为什么这样规定，这样规定是适应什么情况，到底要解决什么社会问题，这个社会与其他国家社会有什么不一样。

关于是否会有一个中华法系的复兴或者出现，我首先强调不要使自己的法律成为束缚自己的万里长城，困住自己，不与外界来往。不要因为药草是长在别人院子里的我就不用。要利用比较法吸收别人的优点。中国现在吸收西方的科技很热心，希望将来也能将西方的法律制度纳入中国的文化，并发展出自己的特色。现在的中国法实际已经变成了一个混合法律体系，一是其含有中国文化本身，这是文化基础；二是中国法本身也是接受西方法律发展而来的。早期是中华民国的法律，后来又经过了社会主义的民法。这些因素加上中国的法律传统累计起来混合之后会形成一个新的法系。但现在一般不太强调自己的法系，而是用法律传统代替法系，因为法系有点隔离感，所以讲中国法律传统比较好。大陆的新物权法就是代表中国法律传统。物权法有社会主义公有制、有传统民法的观念、社会主义的法秩序，还有西方的法律观念、国有财产的保护、社会主义的公德等因素。很多因素混合形成了大陆的新物权法的内容，其包括了传统法律的观念、中国传统道德、社会主义意识形态、市场经济观念、国有财产保护、集体所有权的维护、当事人私权利平等观念和内容。这些因素错综复杂地决定了各式各样物权法条文的规范。所以我们只有要知道每个条文是基于什么思想才能够更好的对其加以解释。总之涉及中华法系的建立或者复兴这个问题，我觉得现在不必太强调自己是什么法系，要发展中华法律的传统，以适应我们的需要和对整个社会的法律文明有所贡献就可以了。

吴春岐：中国的司法考试与台湾地区并不相同，往往注重法条的记忆性考察，题量相当之大，前三卷主要是客观选择题，每卷100题。第四卷，主观题的题量也很大，每个案例分析都有很多小问题。台湾前“立法委员”谢启大女士也参加了今年的大陆司法考试，并在不久前的《南方周末》撰文谈了她准备和参加考试的体会，她形容是两个谢启大在打架。请您谈谈司法考试如何才能选拔出好的人才？

王泽鉴先生：司法考试代表每一个地方的法律传统。台湾以前司法考试的题目都是考理论题，什么叫法律行为之类的。最近不考那些了，都是考实例题，例如一块石头甲借给乙，乙擅自把石头卖给丙，丙把石头加工之后又卖给丁，问当事人之间法律关系如何。在台湾司法考试的民法实例题是一次四个，考两个小时。在德国考试只考一题，考五个小时。这一个题目的事实描述是一两页。这就要仔细的研读，判断哪些与法律有关，哪些事实与法律无关，作答时要有一定的逻辑、层次；要运用整个民法的概念体系来论证。考试中，有时会有这样一个问题：当事人在某件车祸或买卖纠纷如果要和解时，和解合同要怎么写。他们都考这种问题。其中累计了几十年几百年的法律研究教学的成果。中国大陆目前的法学研究教学没有达到这个层次。大陆现在立法日益发展完备，但案例不多，教学中尚未注重案例，所以不能出这样的题目，只能出概念性的选择，这是初始阶段的考试。要进入更高的阶段，需要等到法典更完备、法学的教学方法很灵活的条件具备。届时法律人的训练不仅仅再是注重条文背诵、概念区别，而是通过案例教学的训练能够运用一个法律的体系来解释法律问题。题目要转变形态需要很多年。这涉及一个教学研究的系统工程。目前这种考试形态反应了教学方法模式和法律发展阶段。我想，过一段时间，考题就会转向另一种形式。台湾现在有一种想法就是先设计实验题筛选出一批人，但是最后都要通过实例题来做遴选。答实例题的时候就要看考生的逻辑、分析案例的能力，看能不能有条理的说理，能不能综合运用法律。在德国，口试特别受到重视，口试时前面坐十个人，口试考官有三个或者四个，考官给出一个案例，比如说这个案例的问题是A对B的合同是否有效，效力如何。先请考生甲回答。他陈述完观点后，考官问考生乙，你和甲意见是否一样。乙说，意见一样，但是理由不一样，然后陈述自己的理由。然后考官问考生丙，前两个人说法不一样，你认可哪个，或者有什么自己的想法。丙说我赞成甲，不赞成乙，再把原因阐述清楚。之后，考官就问乙，丙不赞成你的观点，你对他的说法怎么看……就这样，对这十个考生考五个小时。看一个法律系的学生或者法学学者，两个国家比较后，就是显现他们读的书、接受的训练、考试的方法的不同。为什么德国的法学学者那么有自信，分析那么精细，因为他们是通过接受富有科学性的教育培养出来的。一个法学者的能力的培养反映在他们教学和考试上，像德国那种面试反复针对一个问题的提问、讨论，可以对能力做一个很彻底的考核，考生需要有自己的看法、懂别人的看法、知道如何评价或者批评其他观点、比较不同看法的异同，如果没有很好的准备和很彻底的训练是达不到这种水平的。我想中国很快的也会采纳这样一种方式，那么相应的考试方法、教学方法也会跟着改变。

吴春岐：最后请您给我们年轻一辈学者如何更好的开展研究、年轻学生如何更好的进行学习提一些建议。

王泽鉴先生：首先，我觉得目前的学者的研究方向除立法工作外，要转向法律的解释适用。法律的解释适用应该要注重比较法、注重法律释义学、注重判例研究。我在北大讲课是时候也有谈到，目前我们对外国的研究不是只限于研究条文，更应该强调研究外国的判例。可以把外国值得参考的判例先翻译成中文加以整理。比如说，把与我

们的物权有关德国、日本、台湾的案例选出一百个重要的判决进行研究。这样建立在判决的基础之上，法学就会很快进步。再比如以大家都熟悉的《荷花女》案为例。法院的做法非常值得肯定。荷花女死后，她的母亲要来请求得到她的女儿的隐私权受侵害的赔偿。如果在德国，想要认可人死亡后权利还受保护，需要花几十年的努力才能实现。因为他们要克服一个问题，就是为什么人死亡之后人格权还存在。他需要一个判例来支持，像英国、美国都不敢承认。但是中国大陆很快就承认了。我看早期的1989年法院的判决，其中提出了两个理由，第一个理由是政治平反，第二个理由是类推适用著作权法保护死者的人格权。这是多么伟大的事情。但是很多学者或老师没有体会和洞察到其中蕴含的深意。有人认为在人死之后，生前受的委屈没有得到平反，所以死后要恢复名誉，将这作为保护死者人格权利的理由并不充分。但是作为一种正义的呼声，作为一种人要受保护的基础，这是非常恰当的，这是承认死者人格权的政治社会的背景。但是不能单单依靠政治社会背景来处理这个事情，这样一来就将法附随于政治了，所以要找一个条文作为依据，使之附在条文之上。这是一个多么伟大的判决啊，可是却没有人把这个案例拿出来，写一篇文章去讨论。如果学者能够写一篇文章去支持它、说明它的话，法律就进步了、丰富了、有生命了。可是据我了解，大陆的学者还没有人把这件事情当作一件很重要的事情来思考和讨论。将大陆的法律与西方或是台湾的法律进行比较，发现人们对它的认知功能的理解不太一样。大陆还没有那种法的文化创造成长的内容。这个缺失表现了学者对法的文化创造成长的忽视。他们还不知道法的生命、文化传统就在这里。他们不能从这里出发写文章，并把这个创造成长的过程发扬光大。这就显示法学要发展，还有相当长的一段路要走。如果不懂这个，只讲立法的话，那法律不是没有文化、没有传统了吗？等学者体验到的时候，等到法律的文化、法律的解释学、法律论证价值被大家所普遍认知的时候，法律的生命才正式开始。如果大家还都不重视的，就说明法律的生命还没有开始。回到前面举的例子，我觉得荷花女这个判决非常重要，判决里面将民法与人格权法以及宪法都联系起来了。学者应该将这几者结合起来去阐述它，这点非常重要。我认为，荷花女的判决里面，其支持判决的两个理由非常值得学者来思考和挖掘：一是对社会政治背景下人格权的保护，另外一个是价值理念基础。后者是法律的构造技术理由，技术的理由就是类推适用，政策的理由就是为保护死者的人格利益，而且就是基于一个惨痛的社会政治经验。这个定义就要阐释出来，作为教科书，人格权的定义就要这样写出来。德国联邦最高法院就有这样的判决，教科书就是引用这些判决。我的物权书也有引用大陆法的一个解释，就是所有权物权制度存在的价值在于维护人的尊严。最基本的就是把物权的精神体现出来。如果你放在书的前面的话，学生就会体验到物权法不是在念技术的问题，物权法是在完成人的人格独立，保持人的独立性，实现人的价值的重要保障。人的物权如果没有被保护的话，他怎么能够独立自主呢？这些话就是作为学科的经典价值理念需要被从判例中进行挖掘和诠释。大陆在人格权的保护方面有很大的进步，但是存在的最大问题就是缺乏理由。而学者可以从类似《荷花女》案的判决中去挖掘和诠释理由。这应当是学者开展研究的一个方向。

其次，我觉得研究生上课的教学方式需要做很大的改变。目前，有学生跟我说，现在研究生上课的方式很多是科目的重复、理论的深入等。我认为应该让研究生课成为一个研究课，而不是单纯地老师给学生上课，而应该由老师和学生共同开展研究。我举个我自己的例子，在台大，研究所上课，虽有“民法”的课程，但有一定的专题，例如产品责任、德国侵权行为法判例研究、欧洲合同法的发展等。针对这专题讲一个学期的课。比如说讲产品责任，老师会分若干题目，例如产品的释义、产品瑕疵、保护的范围、免责事由、惩罚性赔偿等等。如果是在德国，这个题目至少会在半年前公布，学生如果要选哪门课就到老师那里登记，登记时老师分一个题目给他。上课的时候，老师讲两个星期两次课，说明一般理论及安排进度，以后的课就让学生做报告，这个报告要求学生对自己分到的题目写出书面材料，至少上课前一个礼拜要发给每一个同学。上课时做报告的同学只讲三十分钟，剩下的时间，全班讨论这份报告，提出相关问题，然后老师会做一个评论，最后要求做这个题目的同学根据讨论的情况作出修改，然后再发给每个同学。另外，学校严格规定老师两年之内不能重复讲同一的专题。这个学期讲产品责任，下个学期就要讲别的。我在德国听拉伦茨教授研究所的课那么多年，没有一次课是重复的。这样，老师就会用功，就会精进，学生就会学习到更精致的方法，一个学生就可以跟一个老师选很多课程。老师自己也在研究，而且透过研究，透过学生写专题，老师自己也有受益。但是我听说，目前大陆老师在研究所讲课，今年讲物权，明年还讲物权同样内容。这个在台湾在德国肯定不可以的。我想这两种教育方法培养出来的学生应该是不一样的。教学的要求不一样，老师自己没有压力去深化学习，学生听得也很笼统，学生自己也不会写报告，也不会对报告进行讨论。我在选课学生很多的时候，就会让两个学生合写一个，上课时学生做三十分钟的报告，指定另一个学生批评他十分钟，然后大家讨论。台湾、德国的教学方式还有一个意义，就是形成一个学术共同体了。研究所是学术研究的地方，不是一方传授知识给另一方的地方。我建议大陆的研究所从这个地方改革。如果能进行有效的改革，同学、老师、法学将会同时受益。当然现在有很多条件，老师的教学研究条件、学生向学的专心、法学界的重视都需要配合。我想这样的机制才是法学发展的进步之道。学生可以选很多门不同的课，这样可以跟一个老师做长期的研究，自己深化学习。台大法律学研究所没有必修课的，至少六十个科目全部是选修，一个科目选多少次都不管，只要内容不一样就可以。比如说财产法专题研究这个科目分一、二、三、四等不同的小专题，你可以一直选这个课上。而且老师开课自由，开课内容及专题不用经过系里面同意，完全由老师自己决定。

吴春岐：王老师，目前中国大陆的侵权责任法立法工作正在如火如荼的进行。这项工作不仅是大陆法学界关注的热点，也是台湾地区以至德国、法国等各国法学学者关注的重要工作。目前大陆大多数学者主张侵权责任法应独

立成篇，但您曾留学的德国和台湾乃至大多数大陆法系国家在体系上均是将侵权行为作为债的一种置于债权篇予以规定的。请问您对此有何看法？

王泽鉴先生：侵权行为是债的发生原因之一。所以大部分国家和地区的立法都把侵权行为放在民法的债权篇里面，例如德国、瑞士、日本、台湾等，在英国普通法也肯定侵权行为为一种债的发生原因。债的概念及体系的形成是一项法制史上的重大成就。除非有特殊规范性的需要，民法应有债篇。若有债篇，侵权行为法规定在债篇中乃是体系构造上的当然。侵权行为应该放在债篇，除非有其它比较有说服力的强有力理由。

吴春岐：王老师，但是现在大陆学者包括立法机关有一个相对主流和多数的意见，就是侵权责任法应当独立成篇。现在大陆的侵权责任法独立成编应当已是大势所趋。您对这个问题如何看？

王泽鉴先生：依照目前的大陆民事立法体例，侵权责任法独立成编是自然而然的一个结果。因为目前的立法体系里面有民法通则、物权、合同法，但没有独立的债法，那么侵权责任法当然可以独立成篇。以目前的方式，当然需要有一个侵权责任法，不然侵权行为规定在哪里呢？世界上是否有国家将侵权行为独立成编呢？我确知，如果有，应该是在没有民法法典的国家。问题在于，将来整个民法典在制定的时候，是不是还要维持这个体系，那是另外一个需要认真讨论的问题了。如果规定债篇，侵权行为作为债之一种，应该放到债篇之内，与合同等并列。或许有人提出说怕条文太多了，但是本来债篇就很大一篇。台湾的民法，债篇从154条一直到756条，占了民法全部一半以上。这是一个技术问题。

吴春岐：王老师，在大陆侵权责任立法现在是一个讨论的热点。您对大陆的侵权责任立法肯定也是非常关注的。请问您关注的讨论热点是什么？

王泽鉴先生：首先大陆的侵权行为法的学术研究程度非常高，尤其是中国人民大学，可以说大陆侵权行为法研究的中心在人民大学。像王利明教授、杨立新教授、张新宝教授、姚辉教授、王轶教授等许多学者在侵权行为法上有深刻的创造性研究成果。对于目前大陆侵权行为法（或侵权责任法）的制定，我最关心的主要如下：

第一，传统上多数关于侵权行为的法律，称为不法行为法或侵权行为法。在大陆似已决定定名为侵权责任法。此项名称的改变，意味着特重新审视侵权行为法的功能。此项如何体现侵权责任法的规定内容及体系构造上的内容，是一个值得重视的问题。德国学者亦有使用“侵权责任”的概念，称为Haftungerecht（责任法）。不法行为法或侵权行为法的概念强调侵权行为法旨在稳固私人的行为自由和权益保护，自有其合理性。而改称为责任法，其主要着眼于法律效果。除非能借此突显侵权行为法的功能及规范内容，否则此项称谓的变更，不具实质的意义。如果采“侵权责任法”，在立法技术上如何加以规定，也是一个值得重视的问题。目前，《侵权责任法草案》将责任的效果（损害赔偿等）放在第二、三章，尚有研究之余地。我个人认为宜分别规定责任的成立及责任的法律效果，较合逻辑，且较符合处理案例的思考方法。

第二，关于侵权责任法草案的内容，我尚未研究。我首先注意到草案第二条规定的所谓“一般侵权行为”。此为具有关联性的条文，乃在表明侵权行为法的基本政策及立法技术。这个条文要明确体现侵权行为成立的基本要件，包括受保护的利益、归责原则、损害、因果关系。

草案第二条规定似乎是采取法国民法第1832条的概括原则，列举了若干要受保护的权利。另外也采用了德国法的立法技术。在一般侵权行为究竟采概括原则（不分权利及利益），或是区别权利和利益，做差别性的规定，各有利弊，难有定论。台湾民法第184条采德国模式，但又有所改动。其中规定：1、故意或过失不以侵害他人权利考虑，负损害赔偿责任。2、故意以背离善良风俗加损害于他人亦同。3、违反保护他人的法律者，应负损害赔偿。我个人认为，如果将“故意”以背离善良风俗加损害于他人，改为“过失”，即可合理处理。纯粹财产上的损害（纯粹经济上的损失）的问题，使侵权行为的一般要件，兼具明确性及弹性。

第三，人格保护权是侵权法的重点，更是侵权责任法草案的特色。但草案中将人格尊严与健康权等权利并列，是否妥当，仍值得考虑。人格尊严不是一个特别人格权，而是一个基本价值，中国大陆宪法第38条强调了人格尊严，乃是强调其是一个基本权利，为整个法秩序的价值，为人格权的基础，所以不宜将人格尊严降格为一种特别的人格利益。

第四，关于草案规定的特殊侵权行为，应更明确地表明其不同于一般侵权行为构成要件的特殊性。例如，归责原则，受保护的利益，因果关系的举证责任等。

第五，草案条文甚多，宜减少注意性的规定，精简条文，将相关规定合并，突显原则及例外规定。尤其是更精确的规定具有请求权基础的条文，明确其要件。

吴春岐：您对大陆法系特别是德国法的研究非常深入。那么您认为大陆的侵权责任立法应当从哪些方面来借鉴德国、台湾这些大陆法系的国家和地区的经验，同时哪些方面要根据中国社会的实际情况来进行创新？

王泽鉴先生：侵权责任法是目前的立法要务，对中国大陆人民权益保护具有重大意义。关于德国法、台湾法的传统可分为四点来谈。

1、侵权责任法的功能在于弥补损害。弥补损害的机制除侵权行为法外，还要有其他弥补措施完善社会安全制度，这可减轻侵权责任法的负担，并可以作为损害赔偿的基础方式。侵权行为法与其他弥补制度（包括保险等），均有密切关系，应予以重视。2、侵权行为法与宪法上的基本权利亦有密切不可分割的关系，因此应更关注基本权利的理论与实践的课题。3、不管侵权行为法如何规定，基本上是判例法（Case Law）。所以立法上应保留判例法

发展的空间，并加强判例的研究。4、目前制定侵权责任法，固然在比较法上有许多的创新和突破。方法上，仍应当注重各国条文的比较。宜更加深化其法源。草案第二条，多参考法国、德国、日本、台湾等相关规定。如果能够请专人就相关判决做更有系统的整理分析，更清楚的了解不同规范模式案件上运作的问题和其在解决方法上的异同所在，进而用来审视草案规定解释的问题，对应以本身及未来法律的适用，将有所裨益。

吴春岐：与侵权责任法立法相联系，目前大陆法学界讨论的另一个热点是人格权是否在民法典中独立成篇的问题。这是您研究非常精深的一个领域，请对此谈一下您的见解。

王泽鉴先生：人格权是否独立成篇是个广为争议的重要问题，我倾向于将其纳入侵权责任法，理由有四点。1、侵权责任法的任务之一在于保护人格权，人格权业已作为侵权责任法的保护客体。2、侵犯人格权的责任要件及效果已经规定于侵权责任法，人格权法的独立在于人格权的具体化，实无单独立法的必要。3、关于人格尊严及自由扩展及人格保护的基本原则，将来可在民法通则加以宣示，强调其重要性。

4、人格权可暂时独立成篇。但将来制定民法典时，其在体系上实难将人格权再列为专篇。而现在一旦将人格权列为专篇，以后也很难再纳入侵权行为法之内，到那时独立成篇的人格权法处境将很尴尬。

吴春岐：王老师，如果侵权责任法立法能够顺利完成，那么大陆的民法典的主体框架就基本完成了，这样大陆法学界几代学者梦寐以求的民法典也将呼之欲出，在一个可预见的将来，大陆民法典将会完成。王老师，您一直对大陆民法典非常关注，而且投入了非常多的心血。您对中国大陆未来民法典有怎样的期待？

王泽鉴先生：德国民法施行于1900年，学者们多认为他是十九世纪的结束，而不是二十世纪的开端。中国民法的制定，一方面要顾及中国的现实，更要有前瞻性，能更深刻的体察未来的发展趋势，而能够适应未来的社会变迁。中国民法的制定，要建立在比较法的基础上，要尊重传统民法的基本价值及概念体系，不要特意突出中国特色。耶林氏曾说过：“经由罗马法超越罗马法。”中国民法未来的发展，要经由比较法，而创设开展中国民法。在比较法方面欧洲法律整合有许多比较法上的研究，具有参考价值。中国民法基本上属于德国法，建构在德国民法的概念体系之上，将来民法典的创制既要参考德国民法，还应有所创新，因此有必要对德国民法的发展及德国民法在台湾、日本的实践作较深入的研究。

吴春岐：王老师，刚才我们一直在谈侵权行为法和民法典。相对而言，实际上物权法更具本土色彩。大陆在2007年3月通过了物权法，很巧合的是，台湾也是在2007年的3月份对物权法进行了修订。大陆的物权法给您留下比较深刻的印象是什么？

王泽鉴先生：物权法的制定与实施，具有重大意义，但也有不少的争议。物权法体现了中国改革的成果，不同于台湾民法的“修正”。值得提出的有三点：第一，物权法的制定使“物权”的概念再现，作为建构私权的基础。第二，将公有制加以物权化，建立了一个私法为中心的规范体系。第三，把宪法条文写入物权法，固然有其特殊考虑，但是也使物权法与宪法发生连接。将物权法宪法化，使物权平等原则有了宪法的基础，宪法也规定人格尊严应受保障，个人财产的保护，乃在维护个人人格的自由发展。第四，就规范内容而言，用益物权最具有特殊性，此为公有制的核心问题，也涉及物权法上自由与限制。用益物权制度的调整与改变，不同于台湾民法上的用益物权，具有重要的机能，在台湾也受到高度重视。

吴春岐：王老师，物权法通过之后呢，现在很重要的一个工作就是如何更好的实施物权法，特别是制定和落实相应的一些配套制度。大陆相关部门正在做一些相关工作。实践中也出现了很多不同的做法。我去年到台湾访学两个月，发现台湾的物权法的实施有很多经验，当然也包括一些教训。我现在正在就《物权法》中的预告登记制度的实施和配套制度的完善进行调研工作。所以我想请王老师以预告登记为例，来谈一谈物权法如何更好的实施。

王泽鉴先生：关于物权法实施的配套制度，最重要的是不动产登记制度。在台湾，物权登记制度已经有七八十年的历史，数度修正，颇为完善，可供参考。现在也常有大陆学者做相关的考察研究。你重视物权登记制度问题，这确实很有价值和意义，希望有机会你能再到台湾停留一段期间，到地政机关实际了解登记流程、表格设计、登记簿的登记及管理等。

不动产登记制度除了具有保障不动产变量安全的功能外，尚可提供不动产物权的发展的资讯。在台湾，关于各种不动产物权设定的件数，有精确的登记，并每年公布其登记件数，可供了解不动产物权制度的变更，确实值得参考。

吴春岐：王老师，在二〇〇八年九月，由王王利明老师提议，在中国人民大学法学院召开了“2008海峡两岸四地不动产登记高层论坛”。通过会议上的交流，来自海峡两岸四地的学者发现，虽然各地的社会发展情况不太一样，但在不动产登记的问题上相通的地方却非常多。大家最后达成了一个共识，明年还要继续举办第二届“200海峡两岸四地不动产登记高层论坛”，有可能会在台湾，或者在澳门，到时我们将提前邀请您，相信我们会有更大的收获。关于预告登记，台湾目前的确应用不很广泛。但在大陆，我在上海、海南、湖南株洲调研发现，虽然预告登记实施时间很短，但预告登记在各地登记的件数非常多。开展预告登记之后一个城市就有几千件预告登记的登记。

王泽鉴先生：您从事预告登记的研究很有意义。如您所知，台湾也有预告登记制度，规定在《土地法》中。但实际上进行预告登记的登记的件数并不多。你刚才提到其中一个重要原因是《土地法》规定预告登记不能对抗法院判决，包括强制执行。土地法原来并无此项规定，后来修正列入，当然理应维护法院判决的效力。为何增设此项规定？在何种程度上影响预告登记的效力和广泛开展，希望你能做更深入的研究，以做我们的参考。预告登记在日本

亦有，亦可列入研究的课题，并了解其登记件数。就登记件数做比较分析，有助于了解预告制度，其要件及效力，及其与不动产物权交易的关系。在台湾预告登记作用不明显除了法律规定外，是否有其他因素呢？是否不动产交易制度的完善减少了预告登记的必要性？因此要了解预告登记也要将房地产交易的运作及市场机制列入考虑。

从整个土地登记制度和土地交易的关系看，会更有助于了解这一制度的功能的实现情况，此制度怎样设计会发挥更大的作用，以及是否要改善其它的制度来使得整个的制度更安全、迅速、便利，进而保障相关当事人的权利。这样就能更全面的观察。

吴春岐：王老师，谢谢您在百忙中接受我们的访谈。您对大陆已经制定并颁布的《物权法》、正在讨论并提上立法日程的《侵权责任法》和未来指日可期的《民法典》中诸多相关理论、立法和法律适用问题进行了高屋建瓴的讨论和评述，让我受益匪浅。感觉犹如在学海中航行，陷入重重迷雾，冥思苦想不得要领和方向时，忽然看到指路导航的航灯，恍然顿悟，感激之情难以言表。相信许多法学界的朋友会与我有同感。

祝您和师母在北京生活愉快，身体健康。

王利明：清官能断家务事

2015年1月24日　民事审判参考　王利明

家务事之所以难断，确有其复杂的一面，法官必须对此有清醒的认识，在裁判家务纠纷时，切忌简单化。一方面需要发挥法律的引导和规范作用，另一方面，在案件审理、判决、执行过程中，司法也不妨多点责任心和人情味，用情感的感召来弥补法律强制力的不足。

最近听说了这样一件事，江苏省徐州市郑集镇付沃村85岁的老人金赵氏，有三个儿子和八个孙子孙女，因其三个儿子、儿媳之间的积怨甚深，均拒绝赡养老人，导致老人长期生活无着，而且无栖身之地。2013年6月，不堪生活苦楚的金赵氏一纸诉状将大儿子、三儿子、二儿媳告上法庭，要求他们履行赡养义务。法院多次进行调解，最终双方达成调解协议，由老人的子女各家轮流赡养。然而，三儿子却拒绝接回老母亲，甚至最后将其赶出门外，老人被迫搬到村中的垃圾池里居住。后来，负责执行的法官陈魏因多次协调执行未果，将三儿子拉到垃圾池，要求其亲身感受体验一下老人糟糕的居住环境。经过亲身体会，三儿子终于回心转意，同意给老人提供一间能够居住的房子。

这个故事发生之后，社会各界对法官的执行方式给予了广泛赞誉，认为其不仅有效执行了法院判决，而且对当事人和整个社会都产生了良好的效果。特别是，这一做法弘扬了赡养老人的中华传统美德，值得广泛宣扬。

中国有句俗语，叫“清官难断家务事”。 据考证，这句话最早出自明代冯梦龙的《喻世明言》第十卷：“常言道清官难断家务事。我如今管你母子一生衣食充足，你也休做十分大望。”在早期儒家经典那里，也有关于“门内之治”与“门外之治”的区分，与私领域与公领域的区分大致相当。例如，郭店竹简《六德》记载：“门内之治恩掩义，门外之治义斩恩。”这就是说，在处理家庭关系与社会关系时，应当采用不同的原则。对家庭关系属于“门内之治”，主要依靠道德规范来调整。

中国古代历来注重家庭伦理观念，家庭成为处理一切社会关系的原点。《周易》有曰：上经言天道，下经明人事。而人事的中心就是家庭秩序，社会关系也是家庭关系的一种延伸和发展。儒家学说认为，处理好家庭伦理关系是首要任务，即所谓“正家而天下定”。瞿同祖认为，在中国古代社会，人伦的核心部分是家庭，这也是儒家所说的礼的一个重要部分。儒家学说主张更多地通过道德教化来实现家庭和谐，以有孝、有亲、有爱才能达到“仁”的境界。因为在家事关系领域中总是掺杂着情感、伦理等多种主观因素，所以，许多亲属间的关系不像交易关系那样简单、清晰。即便是清官，介入到家事领域，也难以理清楚，即便把道理讲清楚了，裁判的执行效果却十分不理想。所以人们感叹：清官难断家务事。

再到家事判决的执行环节，这种困难同样存在。在很多人看来，只要涉及家务事，就会有点有理说不清的感觉，所以，一旦法院采取强制执行的措施，反而容易激化家人之间的矛盾，使之无法继续在同一屋檐下生活，如在本案中，假如法官没有给家庭子女做通思想工作，即便老人勉强搬进子女家里，恐怕也难得到善待。而本案法官的执行方式比较好地解决了这一问题，对如何将法治作为一种生活方式这一根本性的问题具有不小的启发意义，主要体现在如下几点：

首先，即便清官难断家务事，法官也不得不断家务事。因为按照现代法治理念，法官不得拒绝裁判。家庭领域的纠纷，尤其是婚姻、继承等方面的纠纷，在现代社会也趋于复杂，此类案件在全部案件数量中占据了一定的比例，法官不能拒绝对此类案件进行裁判。特别是我国是成文法国家，20世纪七十年代就已颁布了婚姻法，此后继承法也得以颁布，婚姻法的相关司法解释也逐渐颁布，在家庭法领域的有法可依已经实现，法官必须依法对家事纠纷作出裁判，即便家务事难断，法官也必须裁判。

而且，就家庭事务纠纷的处理而言，由法院通过裁判的方式解决，具有一定的优势：一方面，法院裁判是对家庭事务的法律评价，并通过这种评价发挥导向作用，特别是对于不履行赡养义务之类的触犯基本公共道德的情形，法院通过公开裁判文书、引入舆论监督，能敦促和引导社会形成和保持尊老爱幼、孝敬父母、赡养老人的良好风气。另一方面，与街道、村委会的调解相比，法院裁判具有更大的优势，一是法院是专门的纠纷裁判机关，具有解决纠纷的专业性和职业性的特点；二是法院按照法定的司法程序来审理案件，从而能够充分保障纠纷解决的公正性与合法性；三是法院不仅能够进行裁判，还能够强制执行裁决，所以对于家事领域的纠纷解决也更有优势。上述特点在一些地方法院成立的家事法庭上有突出体现，这些家事法庭专门审理有关婚姻、继承纠纷和家庭成员间的民事纠纷，

实践证明其工作更加高效。

其次，虽然通过法院裁判的方式解决家庭纠纷具有一定的优势，但我认为，即使是清官，在家务事的裁判方面，也要保持一定的谦抑态度，不应使法律过多介入家庭事务，主要原因在于：

一方面，家庭关系具有很强的伦理性，道德色彩浓厚。家庭领域具有浓厚的情感色彩，朱熹在《近思录》中曾言：“人之处家，在骨肉父子之间，大率以情胜礼”。在家庭关系的调整中，应当准确划分道德与法律所调整的范围，而且与一般的社会公共生活领域不同，家庭关系具有很强的伦理性特点，这也决定了家庭纠纷的解决主要依靠家庭成员的道德自律和道德观念来解决，法律不应当过度介入。法律过多介入家庭纠纷的解决，既不符合家庭关系伦理性的特点，也可能导致法律过多侵入道德生活领域，反而不利于家庭纠纷的解决。例如，在夫妻之间因发生口角就作为侵权处理，则并无助于纠纷的解决，反而可能加快双方矛盾的激化和婚姻关系的破裂。另一方面，家庭关系具有私密性的特点，法律过多介入可能破坏家庭关系的私密性。家庭关系属于个人的私人生活领域，家庭也是人们情感的重要场所。在家庭关系中，个人应当有权选择自己的生活方式，即便发生了家庭纠纷，法律也不应当过分地介入，否则可能导致个人私人生活被不正当的公开或者介入，这不仅不利于家庭纠纷的解决，反而可能暴露家庭关系的私密性，影响家庭关系的稳定。

最后，基于上述因素，与一般的民事纠纷相比，在家庭纠纷的解决过程中，法官应当立足于维护传统伦理道德和家庭关系和谐的角度，给予当事人更多的人文关怀。特别是要合理区分伦理问题和情感问题，法官有责任积极弘扬伦理道德，努力促进家庭和谐。如前述案件的纠纷涉及家庭成员之间赡养义务的履行，法官有责任介入。但对家庭成员间的情感问题，法官应当谨慎地介入，以免因其过度介入而影响家庭关系的和谐和稳定。而且，法官在处理家务事的同时，应以有别于一般商事交易案件的处理，在不违反法律规定的前提下，尽量采用富有人情味的裁判和执行方式，即使法律得到执行，又尽量不妨碍家庭伦理亲情关系。

家庭是情感的港湾，是个人事业发展的起点，人们在社会上所经历的成功与失败，最终还是要与家庭成员才能分享其喜悦与失落，家庭是个人事业的基石，在这样一个情感的港湾中，家庭成员之间的关系，远远超出了法律所规定的权利和义务关系，家庭关系不是单靠理性和规则就能说清的权利义务关系。这就表明，家务事之所以难断，确有其复杂的一面，法官必须对此有清醒的认识，在裁判家务纠纷时，切忌简单化。法官在裁判过程中，一方面需要发挥法律的引导和规范作用，另一方面，在案件审理、判决、执行过程中，司法也不妨多点责任心和人情味，用情感的感召来弥补法律强制力的不足。法律不是枯燥冰冷的文字，法治也不是不容人情的冷漠治理，一旦激发了司法的智慧，法律就能变成调节人情冷暖的“调味剂”。

事实上的推定与法律上的推定

2015年1月25日　法学中国　叶自强

中国社会科学院法学研究所研究员。来源：中国法学网。

两种推定及其区别

推定就是根据已经存在的一定事实，假定另一事实的存在。前一事实称为基础事实，后者称为推定事实。推定包括法律上的推定和事实上的推定。

法律上的推定是指，根据法律的规定，当基础事实存在时，必须假定推定事实存在。至于该事实是否合乎逻辑地出自基础事实，在所不问。这种基础事实的确立，在诉讼中或是根据证据所认定，或是根据法则所认定（如由于法院认知）。推定是因该事实的确立，根据法则而作出的关于另一事实的假定。因此，推定本身并非证据，而是一种证据法则。

法律上的推定成立的条件是：没有别的证据与被推定的事实相冲突。它只能为案件事实提供表面看来确实无疑的证明，这种证明可以被否定它的证据或与它相冲突的更有力的相反的推定所推翻。例如十八世纪美国奴隶制存在的时期，在那些拥有奴隶的各州中，曾经存在过这样一种表面看来不容置疑的推定：每一个黑人或黑白混血儿都是奴隶，除非他能够证明自己是一个自由民。其他实例，如失踪满 7 年以上的人推定已死亡；父母以子女的名义购置的财产推定为赠与不构成信托。

事实上的推定，本质上属于推论。它是根据经验法则和逻辑规则进行推理而得出的结论。就是说，当事实 X 在诉讼中已经确立时，则事实 Y 的存在，可以用一般的逻辑法则推出。例如，当审理事实的人，认定事实 X 存在时，即得推定事实 Y 存在。事实 X 为基础事实，它与事实 Y 之间，存在着合理的或然性，因而适用逻辑法则推而得之。这种基础事实，在法律上应该是明晰的事实。该事实的确立，不限于以证据证明的事实，其他如法院所认知的事实（显著事实），或职务上已知的事实，均可以作为基础事实而进行推论。

事实推定的内容繁多，如一个人生存这一事实可从他在前一个星期活着、身体健康的事实中推定出来；从一个人隐藏证据这一事实，可以作出该证据对他不利的推定等。英国学理和判例有一个未解决的难题，即可反驳的事实推定是否只影响举证或者其本身具有一定的证据力量。这一问题的重要性在于：如果事实推定本身并没有证据力，那么当对方提出其他证据方式时，法院将根据这些方式作出裁决，该事实推定将不产生任何效果。

事实上的推定是对事实所作的推定，但是法律并不要求审判人员必须作出这种推定，而只是提醒他们可以作出这种推定。因此，事实上的推定与法律上的推定的差别在于：法律在前一种情况下不要求法院适用推定，而在后一种情况下法院不但可以而且必须适用推定。对事实推定的本质可以作这样的描绘：当事实 X 得到证明时，陪审团就

可以作出关于事实Y的结论--这是陪审团在每一个案件终结时都要面临的任务。基于以上描绘，我们可以认为，事实上的推定是以间接证据为依据的，因此，这种推定与法律上的推定相比而言，是一种较脆弱的推定。在一个案件中有证明力的间接证据，在另一个案件中可能没有。

对推定的反驳

无论法律上的推定还是事实上的推定，都应该允许反驳。这是由推定的不精确性或盖然性所必然得出的结论。对于两件事实，例如，一件是诉讼中发生的尚待证明的事实，另一件是人们已经掌握的有关案件的证据事实，或者简而言之，一件是待证事实，一件是证据事实，它们之间存在完全相合与不完全相合或根本不相合三种情况。或者说，同时存在真理的相合说与盖然性的相合说两种情况。但是，对于发生在不同场合的不同案件，这两种相合说的概率决不是相同的。特别是在推定的场合，真理的相合的概率肯定要低于盖然性相合的概率，这是由推定的不精确性所决定的。从诉讼意义上来说，允许对推定进行反驳还有另外一种理由，即推定所依据的经验或常识有时沾染了理论，而理论有的是有偏见的，欠公允的。因此，在审判实践中，审判人员依靠经验或常识进行推理尤需慎重。

反驳推定的方式有两种：直接反证和间接反证。例如，对某主要事实A负举证责任的原告，证明能推定A存在的a、b、c三个间接事实，而且根据这些间接事实推定主要事实A被得到证明时，被告却直接争执原告所证明的主题a、b、c的不存在，并提出其不存在的证据，以阻碍推定A的存在，这叫做直接反证。但是，被告为了阻碍A被原告证明，也可以用其他的间接事实d、e来认定A不存在。从这种方法来看，作为不负举证责任的一方，被告的证明方式是反证，即把主要事实A带到真伪不明的状态。然而，它不是直接争执原告所证明的主题，所以叫做间接反证。直接反证与间接反证的区别在于：在前一种情况下，被告的证明活动是把a、b、c带进真伪不明的状态就可达到其证明目的；但在后一种情况下，法官以确信d、e的存在为基础，适用经验法则来推理A不存在的可能性，其结果使A成为真伪不明的状态，从而达到被告证明活动的目的。那么，是否可以说"直接反证只适用于事实上的推定，间接反证只适用于法律上的推定"呢？否。无论法律上的推定或事实上的推定，都可采用直接的或间接的反证。不过，在法律上的推定情况与在裁判上的推定情况不同，不能只满足于达到可疑程度，动摇心证的反证，而是要达到推定事实不存在程度的证明。在日本，法律对推定（包括法律推定和事实推定）的目标要求在日本民事诉讼法中有所体现，而且是把这种要求的程度差别作为区分法律推定和事实推定的标准。不过英美法上无此要求，其法律推定与事实推定的区分标准在于强求法官适用前者，后者之适用与否取决于法官的意志。

显而易见的推定

显而易见的推定是事实推定的一种特别情形，有的学者称之为过错推定。这种推定是指以高度盖然性的经验法则为基础，从侵权行为等客观事实的过程中（如医生剖腹手术把手术刀留在病人腹腔内，或因堆积的木材突然倒塌而使行人受伤等），直接推定具有符合法律所规定的如过失或因果关系等过程要件，无须主张具体事实和证明的理论。虽然没有具体事实的主张和证明，却从外观上认定过失或因果关系已被证明，所以也叫表见证明。在通常情况下，要想认定过失和因果关系的存在，必须主张和证明相应的具体事实。但是，在假如没有那种过失或那种因果关系就不可能发生那样结果的确实性很高的经验法则成立的情况下，则可以直接推定过失和因果关系，使主张其存在的当事人无须主张和证明相应的具体事实。相反，对方当事人必须主张和证明具体事实，并推断过失和因果关系不存在。

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，请及时指出，编者则会即予改正。法学中国

常回家看看正式入法——基本权利的体系化保障及其软法性实践

2015年1月29日　光辉法官　郑　毅

个人微信号：xgjudge76，关注光辉法官，为您提供法律咨询、时事评论、案例说法、法学论文等交流平台！ 公平正义比太阳还要有光辉！

来源：北大法律信息网

【学科类别】公民权利

【出处】本文原载胡锦光主编《2013年中国十大宪法事例评析》，法律出版社2015年1月版

【写作时间】2014年

【中文关键字】常回家看看；基本权利

【全文】

新修订的《老年人权益保障法》已于2013年7月1日正式实施。其中第18条规定："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。用人单位应当按照国家有关规定保障赡养人探亲休假的权利。"其因被誉为"常回家看看"条款而备受社会关注。那么，"常回家看看"入法究竟蕴含着怎样的宪法背景？《老年人权益保障法》第18条的规范属性为何？其在实施过程中将会面临怎样的困难？又应当如何应对？

一、背景：老年人的精神赡养需求与法制回应

全国人大提供的数据显示，截至2011年底，全国有60岁及以上老年人口 18499万人，占总人口的13.7%。预计到"十二五"期末，全国老年人口将达到2.21亿；到2020年，老年人口将会达到2.48亿，占总人口比例将会达到17.1%；

到2050年，我国老年人口比例将进一步上升到31.1%，届时将远远高于21.9%的世界平均水平。且目前，我国60%及以上老年人口中有一半是空巢老人，而在北京、上海等大城市，核心城区的老人当中，空巢率高达70%.全国老龄办曾明确指出，今后空巢现象将更加普遍，空巢期也将明显延长。[1]

美国加利福尼亚大学研究人员一项持续六年的研究发现，孤独与老年人的死亡风险关联性很强，普通老年人的死亡风险为14.2%，而孤独老年人的死亡风险为22.8%。另外，孤独老年人日常活动量明显低于其它老年人，完成日常活动的难度是其它老年人的2倍。[2]而在我国，居高不下的老龄化率和空巢老人现象，也早已成为严峻的社会难题。陕西省的一项关于老年问题的调查表明，在全省60岁以上的470万老年人中，空巢家庭的比例高达42%，许多空巢家庭老人普遍存在孤独、抑郁等精神和心理问题，在物质需求和精神需求的选择上，95%的老人表示，晚年更需要精神陪护和精神关怀。据一项统计显示，近年来发生在西安、宝鸡等7个市、13个县区的50例老年人非正常死亡案例中，因子女不重视老人的精神赡养问题，致使老年人精神严重障碍而自杀和死亡的达23例，占老年人非正常死亡案例的46%。北京市心理危机研究与干预中心的研究也显示，我国 55岁以上的自杀者每年超过10万名，占全部自杀者比例的36%.在老年患者中，50%-80%源自老年人的心理疾病，而其中大约70%的心理疾病由老年人缺少精神关怀所致。与子女关系不融洽、得不到关心爱护的老人，比那些得到社会和家庭安慰、体贴的老人的平均寿命要短10-15年。[3]

无奈之下，许多老年人纷纷拿起法律的武器来捍卫自己获得精神赡养的权利，试看如下案例。

案例一：2001年底至2002年初，广州一杨姓老人将儿子诉至法院，要求儿子给予精神慰藉，并要求儿子每年分11个星期给他打扫卫生、煮饭、洗衣服，同时要求每月打电话或当面与他谈心。但该诉讼请求先后被一审、二审法院驳回。法官认为，打扫卫生、煮饭、洗衣服、打电话或当面谈心等问题属于伦理道德调整的范畴，对于法来说，不便调整，即使法院作出判决，也很难执行，如果法官强迫儿子与父亲谈心，则这种谈心不能成为谈心。[4]

案例二：2003年，北京市通州区一对八旬夫妇将6年未回家的儿子起诉至法院，要求儿子每月支付20元赡养费，并须亲自送来。后经法院调解，原告的诉求得以满足。[5]

案例三：2004年，浙江乐清县84岁的陈老翁因女儿、女婿不与其往来而痛苦万分，最终将两人告上法庭，诉请他们“常回家看看”，法院判其女儿每月至少应看望老翁两次。[6]

案例四：2007年，郑州一对老夫妇，以小女儿对他们“不管不问，从来不回家探望”为由将其告上法庭。10月24日，郑州市中级人民法院调解认为，被告作为子女，应当履行对张新年夫妇生活上照料和精神上慰藉的义务，故对原告夫妇要求小女儿每半月回家探望一次的诉讼请求予以支持。[7]

案例五：2007年，江苏省海安县杨老太将60岁的儿子告到法院，请求判令儿子每月支付900元生活费，每周探视5次、每次陪护4小时以上。2007年6月法院判决认为杨老太的退休金高于本地区居民平均生活标准，因而对于生活费的请求不予支持。但法院同时认为，赡养父母不能仅被理解为经济上的供养，还包括精神上的慰藉。本案原告提出要求被告定期探视符合人伦，亦于法有据，但孝敬老人是被告生活中的部分内容，远不是其生活的全部，因此原告提出的探望要求被告客观情况似乎难以允许。对此法院视情酌定，判定被告每周不少于两次探望原告，每次陪护时间不少于1小时。[8]

案例六：2009年，北京市房山区年过八旬的独居老人牛大爷将自己的三个儿子、三个女儿起诉至房山法院，要求每个子女每月向自己支付生活费400元，并每周至少对自己探望一次。牛大爷表示，自己每月有2000多元的退休金收入，起诉子女不是为了讨要生活费，而是希望他们能常回家看看自己。[9]

案例七：2009年，江苏省姜堰市80岁退休教师刘某以儿子不经常回家探视为由诉至法院，后调解结案：儿子每周至少应探视父亲一次，每次不得少于一小时。[10]

案例八：2011年7月，上海一位艺术家父亲把在在北京某大学任讲师的女儿告上法庭，要求她每个月支付1元赡养费，且必须亲手交到父母手中。后经法院调解，原告最终撤诉。[11]

案例九：2013年7月，江苏无锡77虽老太储某将女儿、女婿起诉到北塘法院，要求女儿、女婿安排其居住并定期看望。在调解无效的情况下，法院一审判决被告每两个月至少需至储某居住处看望问候一次；端午节、重阳节、中秋节、国庆节、元旦节，应当至少安排两个节日期间内前往看望；除夕夜至元宵节的春节期间，应当至少看望一次。法官还当庭指出，如果子女不履行看望义务，权利人可申请强制执行，执行过程中将根据情节轻重予以罚款直至拘留。[12]

案例十：2013年7月，重庆市长寿区一名80岁的老人起诉自己的四个子女，除了要求四人轮流照顾自己并承担医药费外，还“请求依法判令被告常回家看望和问候原告”。在法官协调下，4个子女最终达成一致意见：每个人轮流养老母亲3个月后，再送到下家。如果不接老人的，由不赡养人每月支付800元赡养费作为补偿。[13]

实际上，前述父母起诉子女“常回家看看”的案例仅是这类案件的冰山一角。据2006年据《法制日报》发表的调查，北京市2005年6000件民事纠纷中涉及老年人生活的就将近600件，其中最多的就是“精神赡养”纠纷。而这些纠纷往往又折射出涉诉老年人的双重无奈：一方面，迫不得已采取诉讼的方式寻求子女的“常回家看看”，追求精神赡养幸福的途径何其苦涩；另一方面，由于缺乏具体明确的法律依据，如果不是调解结案，则法院判决的结果往往千差万别，难以真正体现对相关法律权利的切实保障。正是在这样一种现实的催化下，结合《老年人权益保障法》修法的契机，“常回家看看”的入法也就显得顺理成章。

其实，在地方立法层面，“常回家看看”的法制化进程要早于中央。1998年《陕西省实施<中华人民共和国老年人权益保障法>办法》第16条即规定：“赡养人应当在精神上给老年人以慰藉，关心老年人的生活疾苦，对未与赡养人同住的老年人，赡养人应当经常看望和问候。”2006年《海南省实施<中华人民共和国老年人权益保障法>若干规定》第11条第3款则规定：“赡养人应当在精神上慰藉老年人，尊重老年人的宗教信仰和生活方式，关心老年人心理健康，尽量满足其精神文化生活需要。对单独居住生活的老年人，赡养人及其家庭成员应当经常看望。”2008年《辽宁省老年人权益保障条例》第31条亦规定：“赡养人应当履行对老年人的精神慰藉义务，与老年人不在一起居住的，应当经常问候、看望。”[14]

即便如此，2007年“常回家看看”被纳入《老年人权益保障法》修法视野的消息甫一传出，仍然在社会上引发了广泛的讨论。某权威媒体关于“‘常回家看看’拟写入法律你同意吗”的一项调查数据显示，支持者占42.2%，反对者占35.6%，表示无所谓者占22.2%。而随着2013年7月1日，新修订的《老年人权益保障法》正式生效以及相关案例的出现，该问题所引发的社会讨论更是达到了空前的程度。

二、理念与规制：古今中外的“孝”法

首先要指出的是，对于以“孝”入法的问题，在古今中外都不算新鲜，而且也有丰富的理论和立法实践可为佐证。

（一）以“孝”入法的中国规制传统

中国传统礼法的特征在于德法结合，德法统一、德主刑辅、引礼入法、春秋决狱等思想均指向道德法的法律化思维，即荀子所谓的“礼为法之枢要”。这种法治传统的形成，与中华文化的一些特有属性息息相关，如厌讼、关系意识、[15]中庸、慎刑[16]等。这种法律思想与作为儒家传统道德的核心要素之一的“孝”相结合，自然就发育出了以德、法两种路径共同规制“不孝”行为的制度模式。而且，由于法在价值判断、定罪量刑等方面对德具有较大的依赖性，因此中国古代立法关于“不孝”的规定就愈发呈现出浓厚的道德法色彩。

中国古代法对“不孝”进行系统性规制始于《唐律疏议》，其中，“不孝”被列为“十恶”之一，“谓告言、诅詈祖父母父母，及祖父母父母在，别籍、异财，若供养有阙；居父母丧，身自嫁娶，若作乐，释服从吉；闻祖父母父母丧，匿不举哀，诈称祖父母父母死。”且根据南朝、隋唐时期的立法，倘父母以不孝的罪名呈控，请求将子处死，政府一般也不会拒绝。[17]至宋代，虽不至无须确证而一律处死，但也会对被控的不孝子处以严厉惩罚。“真德秀知泉州时，有母告子不孝。审问得实，杖脊于市，髡发居役。”[18]至清代，《大清律例·刑律·诉讼》“子孙违反教令”条规定：“凡子孙违犯祖父母、父母教令及奉养有缺者，杖一百”；《大清律例·刑律·斗殴》“殴祖父母父母”条规定：“父母控子，即找所控办理，不必审讯”。忤逆不孝的子孙因父母的呈送，常发配置云、贵、两广，依例不准援赦。[19]

需要指出的是，对于“不孝”中的“供养有阙”，《疏议》解释为：“孝子之养亲也，乐其心，不违其志，以其饮食而忠养之。”显然，“常回家看看”问题在中国古代也被当做子女“孝”的重要内涵而以法律的形式予以规制，“乐其心，不违其志”即是其典型写照。

（二）以“孝”入法的域外考察

在西方，以道德入法是传统自然法的一贯主张，霍布斯称自然法为道德法，把研究自然法的学问称为真正的道德哲学。在富勒笔下，与法律有关的道德二分法被演绎到极致：[20]一是愿望的道德，“它是善的生活道德、卓越的道德以及充分实现人之力量的道德”；二是义务的道德，“从最低点出发，它确立了使有序社会成为可能活着使有序社会得以达致其特定目标的那些基本原则。”[21]显然，“孝”属于义务道德的当然范畴，因为它是构成社会人伦的核心基石之一，古代如是，当今亦如是。[22]在德国著名辩证法大师黑格尔那里，“抽象法”、“道德”、“伦理”分别构成了其代表作《法哲学原理》的三篇标题。美国学者庞德也曾认定：“希腊哲学家们并不讨论权利问题，他们议论的是，什么是正当的或什么是正义的。”[23]而“正义源于道德，而法律体现正义，人们通常将法律与道德表述 为这样两个不同的词，实际上，法律与道德的核心都是正义。（从这个意义上说）没有必要将二者的界限划得很清。”[24]所以庞德又在另一个场合强调：“我们对法律与道德之间关系的思考，在很大程度上取决于我们对法律一词的理解。”[25]博登海默更是一针见血地指出：“那些被视为是社会交往的基本而必要的道德正义原则，在一切社会中都被赋予了具有强大力量的强制性质，这些道德原则的约束力的增强，是通过将它们转化为法律规则而实现的，禁止杀人、强奸、抢劫及人体伤害，调整两性关系，制止在合意契约的缔结与履行过程中欺诈与失信等，都是将道德观念转化为法律规定的事例。”[26]总之，道德与法律作为不同社会控制的方式，虽然在本质功能上存在差异，但二者从来都不是绝对对立的。

传统理论的坚实支撑为当代西方“常回家看看”法律规范的确立与运行提供了丰沛的制度要素。

新加坡国会早在 1995 年就通过了《赡养父母法令》，成为世界上第一个专门为“赡养父母”立法的国家，并辅以大量弘扬孝道的倾向性政策进行体系化实施。该法规定，进入老年阶段的父母和生活贫困的老年人如果其子女或监护人没有履行赡养义务，老年人可向法院起诉；如果经调查核实发现被告违反了《赡养父母法》的法律规定，法院将对被告判其一年的有期徒刑或罚款一万新加坡元。1996年，新加坡政府专门设立了赡养父母案件的仲裁法庭，专门审理调解不成的赡养父母案件。[27]

法国的现行法律不仅规定成年子女必须给无经济能力的父母提供生活资助，还必须“尊敬和关怀”老人，甚至

“必须随时告知父母自己的行踪，随时掌握父母的身体状况”。[28]《法国民法典》也在第210条款中提及可以证明其没有支付赡养费的能力的公民，需要把父母节接到自己的家中赡养并注重老人精神上的关怀。

瑞典、芬兰等北欧福利国家的法律都有关于子女对父母精神赡养的具体要求，这些国家量化规定子女与父母的居住距离，每年、每月、每周，甚至每日应当与父母接触的时间和次数，子女与父母谈话的忌语都受到限制，最大限度地从立法上保证赡养行为的质量。印度新近出台的立法则对不照顾父母的子女处以三个月监禁。[29]

巴西《宪法》明确规定：“家庭、社会和国家有义务赡养老年人，保障他们参与社会，捍卫他们的尊严和福祉，保证他们的生活权利。”此外，巴西还颁布了《国家老年人政策》，具体规定了政府和公共部门应为老年人提供的服务和老年人应享有的权利，法律要求政府应为老年人提供法律咨询，各级法院优先审理65岁以上老人提出的诉讼，每个公民都有义务投诉任何忽视和损害老年人权益的事件。[30]

埃及1980年《道德法》的规定，所有机构和政治组织都有遵守该法的义务。任何被控煽起违背道德行为的人，都将被交由专设的道德法庭审判。被证明犯有违反“道德标准”罪的公民，有可能被剥夺选举和被选举权，而且不得参加任何政党活动，不得从事教师等职业很据道德法，亦可对被告的财产作出判决，对被告进行监禁。如果道德法庭宣判被告有罪，被告将移交刑事法庭，由刑事法庭根据刑法171条作出最后判决。[31]

此外，俄罗斯《家庭法典》也规定：“必须让有工作能力的成年子女支持他们的父母由其是年老需要帮助的，没有工作能力的父母，并且关心他们。”

除了对不孝行为给予法律惩罚之外，一些国家还设置激励性法律规范来树立和发扬社会的行孝之风。如，日本传统上具有“家族抚养优先”的观念，并由《民法》和《生活保护法》集中体现，《民法》甚至规定全部直系血亲之间都有扶持的义务。[32]具体到子女对父母赡养的层面，则提倡“一碗汤距离”原则，即父母和孩子两家之间的最佳距离是“煲好一碗汤送过去刚好不凉”。此外还通过一些规定帮助家庭养老、保障社会和谐的措施。如子女坚持照料老人，由其是低收入老年群体或70岁以上的高龄老人，可以得到减轻税收的优待；将每年9月15日定位“尊重老人日”，将9月15-21日定为“老年人福利周”。[33]又如，美国法律规定，当一个家庭的纳税人负责赡养自己的父母、配偶的父母以及双方的祖父母的话，那么这些被赡养人的减免额度可以列在年终报税表里，从而获得退税。[34]还如，韩国政府也提出了增加奖励补偿孝顺父母的子女的政策，为表支持，政府还给予住房补贴或在税收上给予优惠。[35]

可见，以“常回家看看”为代表的老年精神赡养权利的法律保障已经成为当今世界的潮流，不仅具有坚实的理论基础，更存在丰富的制度实践。因此，“常回家看看”入法既是对我国传统法制发展脉络的延续，也是对国际法制发展趋势的立法回应。

三、“常回家看看”的宪法谱系：基于文本的考察

在2013年12月29日于中国人民大学法学院召开的“2013年度中国十大宪法事例”发布会暨学术研讨会上，“常回家看看正式入法”成功入选。那么，作为典型的宪法事例，该事件背后所隐藏的宪法逻辑又何在呢？

（一）“常回家看看”的基本权利谱系

“常回家看看”条款背后所隐藏的实为老年人获得精神赡养的权利，那么，该权利特征为何？其是否属于宪法基本权利？其在基本权利谱系中的定位又如何？

首先，明确权利基本特征，并以其作为基本权利谱系定位的依据。不同类型的基本权利往往在各自的特征表达上有所不同，因此特征属性往往也能成为反推其类型定位的重要依据。就老年人获得精神赡养的权利而言，其主要特征有四。第一，权利主体特定，即老年人。所谓“老年人”，根据《老年人权益保障法》第2条的规定，系指六十周岁以上的公民。至于是否应限定为“不与子女共居的老年人”，笔者以为并必要。因从实践看来，与老年人共居并不必然意味子女的精神赡养行为和效果能够完全符合法律的要求，限定表述并不利于权利保障原旨的实现。第二，义务主体相对特定，即权利主体的子女，有时也附带包括子女的配偶。对于赡养行为而言，不论是精神层面还是物质层面，其主体显然主要指向被赡养人的子女，但有时也会涉及到子女的配偶。一方面，在婚姻关系的存续过程中，配偶对于赡养问题的立场和态度在很大程度上对被赡养人子女具有能动的影响；另一方面，在实践中，许多精神赡养诉讼的被告人也确实包括子女的配偶在内（如前文所举的案例三和案例九）。此外，在特定情况下，孙子女、外孙子女也有可能构成相关义务主体。[36]第三，目标行为特定，即精神（而非物质）层面的赡养行为。一般认为，老年人主要有三项基本需求：一是物质上的，子女在经济上有义务赡养老年人；二是生活上的，子女应当照料老年人的日常生活；三是精神上的，子女应当关心老年人的心理需求和精神需要。[37]这里的目标行为，主要指向第三类需求，也可能涉及第二类需求之一部分。[38]第四，实现方式特定，即义务人主动实施和国家辅助实施相结合。义务人主动实施的依据或动力，主要来自于中华民族重孝道的传统美德，属于道德性实施。但纯粹的道德规则并不能完全确保相关行为的顺利实现。一是存在义务人在客观上心有余而力不足的情形，二则在于义务人违背孝道拒不履行精神赡养责任的情形。对于前者，需要国家构建相关的制度进行全方位的辅助；对于后者，则需法律的介入给予补强性支撑。不论前述何种情形，均须借助国家强制力保障实施。显然，道德规则实施效果的局限性恰为法律化补强（即道德入法）提供了充沛的实践需求及制度空间。

其次，明确权利隶属关系，并以其作为基本权利谱系定位的支点。虽然在现行《宪法》文本中具有专门针对性的条款，但是老年人获得精神赡养的权利却并非传统的基本权利类型，即使大而化之的老年人获得赡养的权利乃至

老年人权利，也并不易直接进行定位。通常认为，这类权利应当属于生存权之下的子概念，而生存权无疑又存在于社会权利项下。自1886年安东·门格尔首次提出“生存权”概念以来，其一直作为一群概念（而非一个概念）存在。[39]第一，生存权的“生存”具有不同层面的解释。一是在狭义的层面，特指那些不能通过自己的劳动获得稳定生活来源而向政府提出物质请求，政府有义务满足其请求从而保障其生存尊严的权利。[40]二是在广义的层面，除了物质请求外还涉及精神方面“提高生存质量的权利（发展的权利）”[41]，即“国民以其各自家庭为基础，有享有最低限度的健康与文化生活的权利”。[42]第二，生存权的主体具有特定化和类型化特征，即“虽然是一切国民，但它们只能是潜在性的权利主体”。[43]这一方面是指连最低限度生活也不能维持、陷入需要保护状态的国民；[44]另一方面也是指需要特殊保护的弱势人群，如妇女、儿童、残疾人等，[45]在很多情况下当然也包括老年人在内。有学者即指出：“妇女、儿童、老人和身体障碍人因其自然条件而成为最大数量的弱势人权主体群体。”[46]而且，这类法律保障往往以社会法、进步法的形式呈现。[47]总之，在广义的、对象特定化的生存权项下，对于老年人相关权益的保障，既包括物质层面的保障，也包括精神层面的保障。如果说在前者的实现过程中，子女和国家均负有相关义务的话，那么后者的实现因强调以家庭为基础，则主要指向的则是以子女为代表的“家庭成员”的相关义务。

再次，明确权利列举形式，并以其作为基本权利谱系定位的佐证。从理论意义上的人权体系进入到现实意义上的宪法文本体系，相关权利所经历的不仅是特定国家制宪机关的甄别、选择和内涵重构的过程，其最终在宪法文本中的规范形式也会对其最终效力的发挥产生重大影响。一个典型逻辑是，宪法明确列举的权利在效力级上要优先于未列举的权利，[48]且在一些西方国家的审判实践中得到了淋漓尽致的发挥。[49]在我国，虽然并未明确承认基本权利的形式位阶理论，但鉴于当前宪法规范适用的有限性所蕴含的未来状态的不确定性，倘成为被明确列举的权利，至少可预判在未来的基本权利冲突过程中不会“落于下风”。而在现行宪法中，老年人的获得赡养的权利显然属于明确列举权，其依据在于《宪法》第49条第3款，不论是否采权利位阶理论，其理应受到宪法和法律最为坚实的保障是毋庸置疑的。

最后，明确权利类型划分，并以其作为基本权利谱系定位的补充。目前对于人权的类型划分标准有二，即内容标准和代际标准。前者根据在《世界人权宣言》基础上制定的“A公约”和“B公约”分别对应公民权利和政治权利以及经济、社会和文化权利。据前文分析，老年人获得精神赡养的权利属于社会权利。而代际划分则是将人权划分为三代，最早由联合国和平与人权司前司长卡雷尔·瓦萨克提出。虽然面临诸多诘问，[50]但仍是目前对人权类型化的主要形式之一。具体到本文论域而言，一方面，基于社会权的属性，老年人获得精神赡养的权利属于第二代人权无疑；另一方面，由于第三代人权强调“人类的博爱及其必不可少的连带”，且“是国家必须履行的，尤其是通过社会中的所有参与角色，即个人、公共团体、私有团体和国际社会的共同努力实现”，[51]因此同样也给予了老年人获得精神赡养权以有力的基础支撑。综上，老年人获得精神赡养的权利实兼涉第二代和第三代人权。[52]

（二）《宪法》第49条：“常回家看看”入法的核心依据

前文提及，老年人获得精神赡养的权利属于宪法列举权，其依据在于第49条。该条第三款规定：“父母有抚养教育未成年子女的义务，成年子女有赡养扶助父母的义务。”这里的赡养扶助，既包括物质层面，也包括精神的层面。

首先，虽然《宪法》的文本表述并未明确“精神赡养”的提法，但这种“不明确”本身就为精神赡养提供了充沛的解释空间。正如蔡定剑教授所指出的：“所谓赡养扶助，是指子女对无劳动能力或有劳动能力但生活困难的父母，提供基本的生活条件，照顾它们的生活，并在精神上给予尊敬、关怀和体贴。当然，成年子女限定为年满18周岁以上的子女。”[53]

其次，从该条款的入宪过程来看，其对“精神赡养”给予制度观照的意涵亦十分明显。新中国成立至今，我国共颁布了一部宪法性文件（1949年《共同纲领》）和四部宪法，但是对于老年人获得赡养的权利问题却始于现行的1982年宪法。即从1949年至1982年的三十余年间，该权利并未获得根本法的认可。那么，是什么在现行宪法制定的过程中诱发了这一“华丽的转身”呢？1982年3月12日，在宪法修改委员会的分组讨论上，许德珩委员建议，为纠正子女虐待父母的不道德行为，宪法应规定“对没有生活能力的父母，子女有供养的义务”的规定，成为老年人获得赡养的“宪法权利”滥觞，[54]但仍主要聚焦在物质赡养层面。1982年4月23日，全国人大常委会分组讨论宪法修改草案的过程中，班禅额尔德尼·却吉坚赞委员提出应将草案第46条第二款“子女有赡养父母的义务”改为“子女有尊敬和赡养父母的义务”，[55]从而将“赡养”行为从物质层面扩大至精神层面。而真正的转折点却源于当时一则报纸的报道：一位母亲生有三个儿子，但三人均不赡养母亲，且加以虐待，酿成了母亲悬梁自尽的悲剧。受此案触动，在宪法修改委员会委员“对此行为宪法必须加以规范”的强烈要求下，第49条第三款终于被增写入《宪法》。[56]综上，该条款入宪过程本身即彰显了对物质赡养和精神赡养两个层面的双重观照。

最后，对精神赡养面向的体系解释。前文已述，对老年人的赡养，在内容上包含物质和精神两个方面，而在义务主体则指向国家社会以及以子女为代表的家庭成员。其中，精神赡养的义务主体显然主要指向后者。而在现行宪法中，国家和社会对于老年人的物质保障集中体现在第45条第一款，即“中华人民共和国公民在年老、疾病或者丧失劳动能力的情况下，有从国家和社会获得物质帮助的权利。国家发展为公民享受这些权利所需要的社会保险、社会救济和医疗卫生事业。”至于子女等家庭成员提供的物质赡养和精神赡养，则由第49条第三款加以规定。因此，在规范体系上，第45条第一款和第49条第三款共同构成了我国老年人宪法权利保障的制度框架，两者各有侧重且互

相配合。

（三）《宪法》第51条：“常回家看看”入法的逻辑依据

权利必有边界。在现行宪法的规范体系下，基本权利的边界源于两个因素，即其他公民的基本权利以及权利本身对应的义务。后者我们放到后面再谈，而前者则引出了基本权利冲突的概念。

所谓基本权利冲突，是指数个基本权利主体的基本权利相互对立，一个基本权利的形式会侵害另一个基本权利，即不同主体间基本权利主张的对立。相互对立的两种主张各自都符合该基本权利的构成要件，但由于两相冲突，只有一项基本权利的主张可以得到支持，于是另一种基本权利的主张就必须被压抑。因此，基本权利冲突的解决过程就是对某种基本权利予以限制的过程。[57]在现行《宪法》中，集中规定基本权利冲突问题的条款为第51条：“中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候，不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。”而在本文论域中，潜在的基本权利的冲突主体，无疑是老年人和子女等家庭成员。

首先，第51条为老年人获得精神赡养的权利设定了逻辑边界。一方面，子女不得以行使自己的相关基本权利为由而侵害老年人获得精神赡养的权利。在实践中，子女往往以经济问题、时间问题、第三代子女抚养问题为由怠于行使对父母的精神赡养，其本质是子女的经济权、休息权、对未成年子女的抚养义务等同老年人获得精神赡养权的冲突。另一方面，老年人行使获得精神赡养权亦应恪守一定边界，不应过分侵犯子女的相关权利。如前述案例五中原告要求进60岁的儿子“每周探视5次、每次陪护4小时以上”的要求显然也过分僭越了应有的界限，构成了对儿子相关权利的不当限制。

其次，相关案例的判决结果将第51条设定的逻辑边界付诸实施。如在前述案例五中，针对原告“每周探视5次、每次陪护4小时以上”的诉求，法院判定被告每周不少于两次探望原告，每次陪护时间不少于1小时；在案例八中，居住在上海的父母肃清法院判决在北京工作的女儿每月当面支付1元钱的赡养费，后在法院的调解下撤诉。显然，不能因为强调对老年人精神赡养权利的保障而盲目限制子女的相关权利，这同样也是违背第51条的基本原则和精神的。

最后，域外相关立法例为第51条的逻辑边界提供制度照映。如日本《宪法》关于老年人获得精神赡养的权利概括体现为第13条的“幸福追求权”，[58]也见于日本《宪法》第25条所规定的社会保障权。[59]而对于其边界的设定，除了第13条自身的“公共福利”之外，还体现为第12条“国民不得滥用此种自由与权利”的规定之中。如果说“公共福利”属于典型的义务性限制的话，那么与其他国民的权利关系调适则为通过冲突确定边界的逻辑提供了宪法依据。

（四）《宪法》第33、53条：“常回家看看”入法的补充依据

对基本权利限制的另一个重要元素是宪法义务，其与基本权利自我限制的机制共同勾勒出基本权利的边界。这不仅存在于理论中，更存在于宪法文本里。现行《宪法》第33条第四款规定：“任何公民享有宪法和法律规定的权利，同时必须履行宪法和法律规定的义务。”这也是通过宪法义务限制基本权利的核心规范。

接下来一个必然的追问在于，对于老年人获得精神赡养的权利来说，其对应的宪法义务究竟为何？现行宪法文本并未针对该权利专门设定相应的宪法义务，而是通过“兜底条款”的方式对第二章所涉及的所有基本权利设置了概括性的宪法义务——第53条规定：“中华人民共和国公民必须遵守宪法和法律，保守国家秘密，爱护公共财产，遵守劳动纪律，遵守公共秩序，尊重社会公德。”在本文的论域中，该条款至少可作如下两点解读。

第一，道德义务的宪法化。一方面，最为直观的是“尊重社会公德”的表述。这是指尊重社会公共道德，要求公民以社会公共道德来约束自己的行为，并树立与社会公共道德相一致的道德观。[60]而作为中华民族的传统美德，“尊老敬老”显然属于“社会公德”的范畴。于是，子女对老年人尽（精神）赡养责任也就获得了宪法义务的属性。另一方面，“遵守公共秩序”也蕴含尊重相关道德准则的意涵。所谓公共秩序，是由法律、纪律和道德、习惯所规定或确认的社会生活规则。[61]因此，遵守公共秩序在本质上就是遵守构成公共秩序基础的道德规范，这与遵守同样构成公共秩序基础的法律规范并行不悖。有学者甚至直接将这类义务归纳为“道义性义务”，认为“它体现了我国现行宪法积极认同强烈的价值判断的内在取向，同时在一定程度上也可能反映了我国法律文化史上‘引礼入法’的传统定势。”[62]

第二，法律责任的宪法确认。第53条明确提出“遵守宪法和法律”，如果说在宪法义务条款规定“遵守宪法义务”有竞合强调的意蕴的话，那么在同款规定遵守法律无疑就导致相关法律责任的行使同样也被笼罩上了宪法义务的色彩，即法律责任的宪法确认。这里的“法律”，当然包括规范针对老年人的赡养义务的条款在内。如《婚姻法》第21、28、30条，当然也包括本文所集中探讨的《老年人权益保障法》第18条。

总之，《宪法》第33、53条不仅为老年人获得精神赡养的相关基本权利设置了对应的宪法义务，而且对那些针对该问题的法律义务的遵守和法律责任的追究也在一定程度上实现了宪法层面的确认。

（五）小结：整合的逻辑

由前可知，“常回家看看”入法的背后并非仅是《宪法》第49条的独力支撑，反而呈现出体系化的宪法规范基础格局。其大致因循“权利-诱导”和“义务-禁止”两个不同的规范路径，在子女和父母之间针对精神赡养问题勾勒出一条明晰的宪法逻辑。作为该逻辑中重要的节点，《宪法》第33、49、51、53条共同构建了“常回家看看”的根本法依据。如下图所示：

四、软法：“常回家看看”条款的属性定位

前文阐释了“常回家看看”条款的宪法背景，但显然，仅仅从宪法的视角对其加以定位和诠释是远远不够的。一方面，《宪法》的条文较为抽象和原则，难以对实践中的特定法律关系实现直接的观照；另一方面，宪法基础的剖析也并不足以回应常回家看看条款在现实中面临的诸多诘问。因此，我们在解读的过程中需要为该条款引入另一个属性定位——软法。

（一）软法及其内涵概说

从表达路径来看，软法的内涵有两种不同的描述方式。一是传统的直接归纳的方式，如国内软法研究的首倡者罗豪才教授认为：“软法是指称许多法现象，这些法现象有一个共同特征，就是作为一种事实上存在的有效约束人们行动的行为规则，它们的实施未必依赖于国家强制力的保障。”[63]二是内涵列举的方式，如姜明安教授对软法表现形式所作的6种归纳和梁剑兵教授所作的12种归纳。[64]这种描述方式源于两种基本认知：一是软法的概念适于直接列举而不适宜一言以蔽，即“不宜定义说”[65]；二是纠结于软法概念的澄清没有必要，因为概念不可言说本身就体现了后现代主义的特征，[66]即“不必定义说”。

随着软法研究的不断深化，审视软法内涵的角度也呈现出多元化的特征。一是从传统的法多元论出发，将现行法理学上的“法”的概念扩大化为广义法，使得原先的法概念“退居”为狭义法，并与软法共同构成广义法的两大理论分支。这种思路也得到了绝大多数软法研究者的认可。二是以法律二元论为依托，从系统论的视角审视软法现象，如翟小波从卢曼的系统论出发，以自生系统论作为软法现象的分析工具。[67]三是以法域界分理论重构软法与硬法、民间法等比较的进路，将一国法域分为应然法、实然法和必然法，并在其中寻求软法的准确定位。[68]

综上，笔者以为，至少可以通过如下片段来描述软法的内涵：①它是一种规则，但并不必然体现为法律规则；②它原则上是成文的；③它在社会治理各领域客观、广泛存在，并确实产生了重要的治理效用；④它的大部分内容具有国家制定背景，即使在无此背景的那部分之中，绝大多数规范也得到了国家的承认（当然这并不绝对）；⑤软法的实施机制多种多样，但绝对不依赖于国家强制，或者说不直接依赖于国家强制而实现；⑥软法的作用领域主要集中在公共治理的层面。[69]

（二）“道德入法”语境下的软法

前文已述，“道德入法”具有坚实的理论和规范基础，并且已被学界和实务界所普遍接受。这里的“法”主要指国家的“制定法”。但除了“道德”和“法”之外，还有一种重要维度是不应忽视的，即这里所谓的“软法”。一方面，在理论上，道德与软法的关系一直是重要的研究面向；另一方面，在实践中，“常回家看看”条款也因为形式上的“软法”特征而饱受实施性不足的诟病。因此，“道德入法”语境下的软法问题的本质是在“道德-制定法”、“道德-软法”、“软法-制定法”三对关系间的谱系定位与平衡调适关系。第一点在前文已有论述，这里着重观察后两点。

第一，“道德-软法”关系问题。目前学界对两者关系的定位存在两派，一是“肯定派”，主张道德即软法，如有学者指出：“道德从某种意义上来说更象一种‘软的法律’，它是通过对人们内心的拷问来加以内部约束的一种行为准则。”[70]二是“否定派”，主张道德与软法的差异性，如有学者指出：“软法因其实施要诉诸外部的公共权力而区别于主要依靠内心谴责的道德规范。”[71]笔者认为，首先，道德与软法在性质上显然不可同日而语。虽然具有共同的功能目的（规范特定社会秩序）以及重合的功能领域（如“常回家看看”），但两者仍在实施机制上存在本质差异。道德的实施基于“耻感”，即行为主体因惧怕违反道德义务可能带来的内心的羞耻感而遵守道德准则；而软法的实施虽然排斥了一般制定法意义上的“国家强制力”的实施机制，但仍然主要依靠外界强制的方式发挥效力——仅是排除了“国家强制”的定性，但在“罪感”的层面上与一般法律规范的效力发生机制并无本质不同。其次，两者密切的逻辑关联也是显而易见的。其根源有三，一是道德作为软法的“人性根基”而存在；二是在中国传统秩序观中“礼法糅合”的品质；三是在规范实践中，两者在调整范围、约束手段、终极目标等方面具有较高的重合程度。[72]最后，软法化的道德可能依然维系道德的特征。一方面，许多道德的传承和积淀具有悠久而深厚的文化背景，难以因纯粹的软法规则的承认而迅速脱离传统道德的母体；另一方面，现行《宪法》也对此给予了间接的规范支撑，如第53条虽将“尊重社会公德”上升为宪法义务，但作为前提，第34条仍然对属于“精神文明”领域的道德问题进行了较为详尽的列举。[73]总之，“道德可以蕴含在软法和硬法中，但蕴含在软法和硬法中的道德仍然是道德。”[74]

第二，“软法-制定法”关系问题。显然，两者不是完全重合的关系，否则国内公域治理领域中软法概念的兴起也就丧失了实际价值；同样地，两者也并非毫无交集，也就是说，在国家制定法中其实本身就存在大量的软法规范。这可分为两类。其一，纯粹的软法性规范。这是指以整部法律为单位，均体现出明显的软法性特征，包括缺乏相应的法律责任、不宜通过诉诸法院的方式获得实施保障等。[75]其在法律名称上多为“促进法”、“进步法”、“示范法”等。[76]当然这这种形式特征也并不绝对，如根据笔者的考察，《民族区域自治法》同样属于典型的软法范畴。[77]其二，在特定法律中分散存在的软法性规范，主要因缺乏对应的法律责任条款而产生，典型例证即如本文所集中探讨的《老年人权益保障法》第18条。

综上，就“常回家看看”条款而言，第一，属于制定法，即由《老年人权益保障法》第18条明文规定。第二，未脱离传统道德范畴，即尊老爱幼测传统美德对于“常回家看看”行为的促进实施效用依然存在，“遵守法律只是

道德的底线”。[78]第三，具有浓厚的软法属性，即缺乏必要的责任条款，而且因在实践中也面临起诉、举证、裁量标准等多方面困难而难以强制实施。[79]因此，《老年人权益保障法》第18条的谱系定位图示如下：

（三）作为软法的“常回家看看”条款：功能与优势

前述关于规范定性的尝试，对于化解“常回家看看”条款当前所面临的一些困境具有重要价值。

首先，消弭误解。从2007年《老年人权益保障法》酝酿修改开始，“常回家看看”入法就一直面临各方面的指责，“看起来很美”、“不要有过高的要求”、“难解空巢之悲”、“悲哀”、“法律万能主义”等观点铺天盖地。[80]但事实上，这些评价多是基于误解而产生。第一，强制是法律的唯一功能吗？在“无制裁，不法律”的实用主义思维的影响下，制裁甚至被作为法律的唯一功能而被人为提升到一个夸张的程度。然法理学基本理论的立场却是一贯而明确的：法的规范作用可以分为指引、评价、教育、预测和强制五种作用[81]——显然，那些强制至上的观点无疑是极为片面的。“它并非刚性的强制性要求，而是一种软性的指引性规范，重心不在惩罚而在引导教育。”[82]正如全国人大常委会委员陈斯喜所言：“有些法律规范也不一定都要通过强制力保证实施，许多法律规范是鼓励性、指导性、引导性、提倡性的。”[83]第二，可操作性等同于可诉性吗？一方面，可诉性的意思是法律条款可以直接适用于司法裁判，但它与可操作性并非同一概念。一般地，可操作性的外延更宽一些，除了可诉性以外，它还包含更多的意义，比如可以成为评判是非、行政问责、调处家庭纠纷的重要原则和依据。[84]另一方面，本文开篇的相关案例已经证明，《老年人权益保障法》第18条不仅没有呈现可诉性缺陷，反而在正式生效后通过若干典型案例的司法裁判引发了社会对于“常回家看看”问题的普遍关注和讨论，在相关积极氛围的形成过程中发挥了重要的引导性价值。[85]第三，所有法律条款都必为制裁性条款或者都必然能够引起惩罚吗？显然也未必。前述制定法中存在的大量软法规范即为典型反例，且它们在实施过程中体现出独特的规范功能，恰是许多强制性规范所无法实现的——“更多地设定了倡导性、鼓励性和保障性条款，以有针对性地响应需要面对和解决的社会问题”。[86]总之，作为软法性规范，《老年人权益保障法》第18条具有其特定的价值预设和规制期待，且实施情况现实这些预设和期待在很大程度上也得以实现，不能以传统意义上的硬法规范的形式和实施机制进行直接评价甚至武断否定。

其次，强化立场。这又可分为两个方面。第一，价值宣示。“软法的规范性主要不在于设定明确的行为模式，而是通过描述背景，宣示立场，确立指导思想，规定目标，明确方针、路线，确认原则，规定配套措施等各种方式，正面要求相关主体为或者不为某种行为，通过为其提供行为导向的方式来施加影响，促使其作出有利于公共目标实现的行为选择。”[87]《老年人权益保障法》第18条恰恰宣示国家对于老年人精神赡养问题的关注与重视，强调在精神层面关爱老年人不仅是中华民族传统孝道的现代体现，更是当代立法所明确认定的行为准则，即通过在道德属性之外再赋予法律属性的方式强化“常回家看看”的社会价值。大量涌现的针对该条“道德入法”及“法律万能主义”的质疑，反而凸显了该立法目的已然实现。第二，道德补强。“常回家看看”入法的一个现实背景在于，单纯依靠传统的道德规则已无法确保对老年人实施精神赡养行为的良好实现，因此亟需另一社会秩序规则的补强，而以法律的形式承担这一任务实属必然。[88]一方面，“在社会转型期，家庭内外道德不彰，一些体现传统道德价值的功能弱化，人们的道德需求与社会道德现状之间距离拉大，这就有必要适时地让法律出面，用法律为道德助力。‘常回家看看’确是一个具有浓厚或者说鲜明道德色彩的条款，这无疑是对社会转型时期道德滑坡的一种自然的强烈反映，实际上也是我们保守传统道德的若干选择中不可替代的一种选择，就是说要用法律来支持道德。”[89]陈斯喜曾也表示：“现在社会对老年人精神慰藉这个问题比较忽视，从法律上加以强调，有利于弘扬尊老敬老精神，弘扬我国传统孝道文化。”[90]另一方面，道德实施机制的弱化在于“耻感”心理现实行为指导力的下降，而法律责任的确立和追究除了营造“罪感”的心理状态之外，还会在道德评价的维度产生新的耻感心理。因此，以制定法的方式渗透传统道德领域，一个重要的副产品就在于以罪感的方式对纯粹基于违反道德行为而产生的耻感进行反馈和补充，这对于当前日益式微的道德性耻感而言无疑是重要的加固机制，其对于特定行为的心理指导力也会得以恢复乃至增强。

最后，辅助实施。第一，为地方立法提供必要空间。许多批评者指出，“常回家看看”条款过于抽象，难以具体实施。如“常”的标准为何？子女工作地和父母居住地间不同距离的“常”是否有所差别？打电话问候是否也算履行了精神赡养义务？前述问题如何举证？凡此种种，不一而足。但从软法视角来看，这非但不是《老年人权益保障法》第18条的缺陷，反而是开放性制度的匠心所在。正如《老年人权益保障法》修改工作主要参与者之一肖金明教授指出的：“我不主张全国性立法规定得这么具体，关于什么是‘常常’，完全可以根据当地情况和社会常识来判断，一些相关的精神赡养方面的法院判决，法官通常也是根据当地风俗和社会常理进行合理判断。如果非要对‘常回家看看’进行细化立法，我也不反对地方立法在这方面有所作为。”[91]第二，以软法的机制提升实施效果。前文指出，软法的实施主要是依靠除国家强制力外的其他强制力保障实施，那么，这些强制力究竟为何？狄冀将其笼统称之为“社会为了确保规则实施而组织起来的约束力”，[92]而波斯纳的解释则更为具体。依照波氏的理解，至少有三种表现形式：一是靠他人情绪化行为而实施，基于对他人非理性的激情报复行为的恐惧；二是由社会认可（approval）、讥讽（ridicule）、驱逐（ostracism）、信誉（reputation）等执行，基于既定社会规则产生的心理压力；三是内化为个人道德，出于负罪感（guilt）和羞耻感（shame）而遵守。[93]因此，即使立法中缺乏相应的责任追究条款，违反该软法规则的人也会因惧怕“谴责-丢面子”所带来的“出局”的压力而强化自决遵守规则的主观倾向。[94]其中，“出局”与麦克尼尔（富勒在哈佛大学法学院的高足）所谓的关系性规范中的“角色保

全”颇为相似，[95]而“丢面子”带来的耻感，同时也反过来强化了“常回家看看”道德规则的实施效果——正如前文已指出的——实现了法律对道德的补强。总之，“只要社会目标观在具有解释和适应需要的法律规则之内，也接受法律的规则约束，则（作为社会控制工具的）功能就可以得到保障”。[96]

五、体系化实施：“常回家看看”条款的实践理性

最后需要强调的是，我们必须从一个体系化的视角来审视“常回家看看”条款。这既能够从另一层面回应该条款的实施之惑，也能够勾勒其未来的发展方向。

首先，体系化实施的基础是老年人获得精神赡养权利的宪法逻辑。由前所述，虽然老年人获得精神赡养权利集中呈现于《宪法》第49条，但该条并未配置相关的实施机制。原因在于，实施的问题是基于整部宪法的体系性解释而间接实现的。以第49条为核心，继而通过第33、53条对其背后蕴藏的道德意蕴予以彰显并规范性确认，再通过第51条对子女可能的抗辩性权利进行初步限制，从而形成一整套制度保障的逻辑链条。在这一链条中，缺少任一条款，均会导致相关权利实现的制度困境。

其次，体系化实施的核心是《老年人权益保障法》第18条三个条款的整体解读。“所谓的”常回家看看“这条内容，实际上分三款来规定。第一款就是一般性规定：不得漠视老年人的精神需求。第二款是具体行为条款，如果你不跟老年人住在一起，应该经常看望或问候老年人。第三款就是支持性条款：要回家探望，你得有条件，比如说时间、距离。……现在媒体引导大家只关注第二款（是片面的）。”[97]即在第18条中，三款内容各有侧重却又互相配合：第一款为原则性规定和基本立场的阐释，第二款针对精神赡养问题相对严峻的人群——与子女分开居住的老年人的迫切需求设定特别的行为规范，第三款对前两款的贯彻落实提供配合性制度保障。

再次，体系化实施的关键是相关法律之间、以及规范与实践的配合与衔接。第一，配合性解释。《老年人权益保障法》第18条的义务主体笼统规定为“家庭成员”，实际上为不同的实践情形预留了充足的解释空间。除了较为明确的“子女”之外，一方面，根据诉讼实践的配合性解释，子女的配偶也有可能被纳入；另一方面，根据与《婚姻法》第28条的配合性解释，特定情形下的孙子女、外孙子女同样也是“家庭成员”的当然内涵。第二，配合性修改。早在《老年人权益保障法》修改之前，《婚姻法》中就已经规定了相关问题，其第21条第一款规定：“子女对父母有赡养扶助的义务”。虽然并未明确是否包括精神赡养在内，但该条第三款“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”的规定似乎已明确将精神赡养排除在外。一方面，这在现实中并不能满足老年人接受赡养权利的全面实现，另一方面，这在立法上也同《老年人权益保障法》第18条互为龃龉，应作相应的完善。第三，配合性实施。如法院在诉讼中判决子女履行“常回家看看”的义务，而子女拒不履行的，是否会因《老年人权益保障法》第18条缺乏罚则而被实际架空？这种担心并无必要。因为根据《刑法》第313条的规定，对人民法院的判决、裁定有能力执行而拒不执行，情节严重的，构成拒不履行判决裁定罪，可处三年以下有期徒刑、拘役或者罚金。此即体现为《刑法》与《老年人权益保障法》的配合性实施。第四，配合性借鉴。对于赡养义务履行，可从其他法律制度寻求支撑。如美国、日本、韩国、中国香港、台湾等国家和地区都将履行赡养义务与特定税收优惠相挂钩，获得了不错的效果。王泽鉴先生就曾指出：“赡养是私法上的义务，但亦具有公法上的效果，所得税法规定关于综合所得税‘免税额’，亦列入‘抚养亲属免税额’（所得税第17条第1项），立法目的在以税捐之优惠使纳税义务人对特定亲属或家属尽其法定扶养义务。”[98]这在我国是否具有可行性，无疑为今后的研究提供了广阔的空间。

最后，体系化实施的重点是配套性立法的制定或完善。第一，配合性完善。一方面，随着《老年人权益保障法》的修改，各地业已存在的实施性、细化性立法也势必面临相应的调整，以确保其在主旨、精神、原则、立场上与最新的中央立法保持一致。如前文提及的1998年《陕西省实施<中华人民共和国老年人权益保障法>办法》、2006年《海南省实施<中华人民共和国老年人权益保障法>若干规定》、2008年《辽宁省老年人权益保障条例》等。另一方面，一些为子女“常回家看看”创造条件的保障性制度也面临修改。如在目前争议较大的探亲假制度问题上，目前的法律依据仍是国务院1981年公布的《关于职工探亲假待遇的规定》，与父母不住在一起的职工，又不能在公休假休假团聚的，可以享受探望父母的假期，未婚职工一年一次，已婚职工四年一次，每次二十天。然而这一三十三年未改过的规定显然早已无法满足现实的需要，而且还会为《老年人权益保障法》第18条的贯彻构成人为障碍，亟待完善。第二，配合性立法。前文指出，《老年人权益保障法》第18条实际上将“常回家看看”的具体规则性措施交由包括地方性立法在内的下位法进行规范，因此下位立法的质量直接关乎该条的实施效果。截止目前，安徽、山东等地相关的立法调研工作业已展开，这也为我们对更为完整、全面、体系化的“常回家看看”法律规范带来了全新的期待。

【作者简介】

郑毅，中央民族大学法学院讲师，法学博士。

（二）法官视点

论民事诉讼中的法院调解之不足

2014 年 12 月 30 日　光辉法官　杨秀华

调解制度在我国源远流长，法院调解是由我国的《民事诉讼法法》直接规定的，它的目的是为了缓和当事人之间的矛盾，充分尊重当事人的意愿，同时也可以提高人民法院的审判效率。但在有效解决民事纠纷，维护当事人合

法权益的同时，由于操作不规范和制度的监督机制不健全，在民事诉讼过程中常发生损害当事人利益，违背公平的现象。这些主要是由于没有遵守法院调解原则，即合法原则与自愿原则。本文主要论述法院调解在民事诉讼中发生的问题并给出相关的解决方式。

一、目前法院调解之不足

（一）调解无期限和法官职权主义色彩过重。《民事诉讼法》第九十四条规定：“人民法院进行调解，可以由审判员一人主持，也可以由合议庭主持”，第九十九条规定：“调解未达成协议的或者调解书送达前一方反悔的，人民法院应当及时判决” 。但在实践中经常出现审判员一人主持调解和调解无期限的现象。由于实行审调合一制度，审判员往往在获得当事人调解意愿表示后，便自行提出调解方案，并利用其优势身份和调解无明确期限的缺陷，给予当事人以时间压力、经济压力、名誉压力等，迫使当事人一方牺牲部分合法利益达成协议，以解决纠纷。

（二）变相剥夺了当事人的上诉权。《民事诉讼法》第九十七条第三款规定：“调解书经双方当事人签收后，即具有法律效力。”也就是说，双方当事人在签收后，调解书便对双方产生约束力，当事人不得反悔和上诉，即便是显失公平也无法救济。如此以来便出现了变相剥夺当事人上诉权的现象，对于法官专横和调解无期限的缺点造成的不自愿调解也就缺乏监督和解决方法。

（三）当事人的民事权利易受侵害。因为法官的职权影响等原因，使得调解的成功往往是以权利人作更多的让步为代价的。实践中常出现的情况便是法官“以判压调”，由于法院的考核中，调解结案越多，政绩越好，为了绩效考核，很多法官经常违背当事人的意愿，以判决相要挟，或者诱使当事人双方服从法官的调解方案，导致双方权利失衡。

（四）不利于提高审判工作质量，虽然《民事诉讼法》第九十三条规定：“人民法院审理民事案件，根据当事人自愿的原则，在事实清楚的基础上，分清事实，进行调解”，但在实际上调解往往不需要查明事实，分清是非，只要当事人能达成协议就行，由此便会造成部分是非不分甚至违法的调解案件。

（五）双方合意中会存在非法选择。由于双方当事人的妥协退让以及对法律法规的不了解，协议内容有可能违反法律规定，倘若法官急于求成只管高效结案，不注意合法性审查，则会导致调解协议的内容违法。

二、法院调解不足之成因

出现以上不足之处的原因是复合性的，客观方面表现为：

（一）调解生效后，当事人即使反悔也无上诉权，这样便会缺乏上级法院的监督，法官在调解过程中职权主义色彩过重的弊端也就得不到有效遏制，由此便形成了调解制度中法官专横的现象。

（二）缺乏确保调解原则实现的具体监督措施，如调解原则规定调解必须查明事实、分清是非，但调解书又不要求写明调解理由和适用的法律法规、政策依据。对法官违法调解和当事人恶意串通损害国家、集体以及他人合法权益达成调解协议缺乏监督制约的法律规定。

（三）调解无审级限制。当一审判决结果对当事人双方都不利时，当事人双方往往不顾损害国家、集体或者他人的利益，合意推翻原判决，通过二审调解来修正弥补给他们带来的不利，从而致使调解不合法，即形成双方合意中的非法选择，这种行为严重损害了司法机关裁判的严肃性。

主观原因是个别法官的素质有待提高，法官的主观心理直接影响着调解案件质量，其主要表现在：偏袒心理导致法官专横式的非自愿调解。偏袒一方当事人，利用审判职权采取压制、胁迫等办法迫使另一方当事人放弃部分权利，使双方当事人往往达成一个看似自愿合法其实并不公正的调解协议。同时，法官“和稀泥”式的无原则调解，往往导致达成协议后当事人（包括第三人）反悔，协议不能履行，拖延了诉讼，削弱了法律的惩戒功能。另外，趋利避害心里导致马拉松式的无限期调解，法官对于拿不准的、难判的案件则拖着不判，调解结案。

三、解决措施

针对目前我国民事审判实践中发现的法院调解制度的不足之处，笔者阐述以下几点建议：

（一）实行调审分开进行的调解制度。这种调审分开的调解制度的模式为：将我国的民事诉讼程序分为庭前程序和庭审程序，法院调解在庭前程序之中进行，同时依据庭前程序和庭审程序中法官的职能不同分别设立庭前法官和庭审法官。庭前法官负责案件调解，庭审法官负责案件审理。庭前法官在在双方当事人自愿的基础上进行调解，如果双方当事人不同意调解或调解不成功则转入庭审程序由庭审法官审理。在庭审程序中，法庭不再进行调解，直接依法作出判决。这种调解模式的优点有：1、将调解权与审判权分离开来，使得当事人的合意免受审判权的干涉，实现合意自由，从而有利于实现调解结果的公正，保护当事人的合法权益。2、通过出示证据以及法官对举证责任的分配，帮助当事人重新估价自己一方的立场和主张，促使双方当事人和解或以撤诉等其他方式结案。3、符合我国的国情。在我国，部分法官的专业素质不够高，而庭前程序的内容对法官素质要求相对较低，且调解结案方式仍是我国法院运用最多的一种结案方式，因此将庭审法官与庭前法官分开设立，并且把调解置于庭前准备程序之中，可让有限的高素质法官专门从事庭审程序中的审判工作，以保证审判的公正性和有效性。

（二）明确调解期限和调解的适用范围。明确调解期限，是防止法官久调不结的有效方法。另外，明确调解的适用范围，《最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》第二条规定的：“适用特别程序、监督程序、公示催告程序、破产还债程序的案件，婚姻关系、身份关系确定案件以及其他依案件性质不能进行调解的民事案件，人民法院不予调解。”，其他依案件性质不能进行调解的案件应包括损害国家、集体和第三人利益的案件；受害人未

参与诉讼的案件；调解协议违反法律法规的案件；民事行为无效应当采取罚款、追缴或其它民事制裁的案件；以当事人无处分权为标的的案件。

（三）明确法院调解的方式。在法院调解制度中，有时会存在一种“背对背”的调解方式，即双方当事人不直接对话，而是由法官各自单独面谈，而后形成合意，达成一致。而这种方式有时会由于法官暗箱操作，形成了违背当事人自愿原则的调解。所以法院调解方式应当明确禁止“背对背”调解方式，保障调解自愿原则的实现。

（四）补充完善能够确保“自愿”原则实现的规定。当事人自愿调解是法院调解的本质要求。如果让步是自愿作出的，无论让步的幅度有多大，也不会与合法性发生冲突。但若让步并非出于权利人的自愿，而是在法官或者另一方当事人或明或暗的强制下不得已而作出的，则调解协议的合法性就值得怀疑。因此，法院调解工作能否健康发展，调解功能能否真正有效发挥作用，很大程度上取决于能够保证自愿原则实现的法律监督措施。1、规定受案时应告知当事人双方的申请调解权，并要求愿意接受调解的在法定时间内必须递交书面申请，有一方当事人不书面申请调解的迳行进入判决程序。这一规定主要是保障尊重原告的诉权，有效防止法官压服原告搞变相调解、行政和解和非自愿撤诉。2、规定调解书必须简要写明调解的过程和当事人放弃让步的权益内容，以约束法官和当事人必须遵循自愿调解的原则，同时敦促当事人积极履行调解书所规定的义务。3、规定调解书必须写明若一方当事人迟迟不履行调解书所规定的义务，则另一方当事人可申请追加执行原在调解过程中已经让步放弃的合法权益部分。过去，合法权益受损失一方当事人为了尽快实现自己的诉讼目的，对自己的合法权益作出较大的放弃，但对方当事人为了拖延时间作出虚假承诺，而达成所谓的调解协议。当调解生效，便拖着不履行，这就从根本上失去了以调解方式结案的意义。根据现有的法律规定，受损当事人已无法申请执行原来因调解放弃的合法权益，而被申请执行人以合法的方式从而侵占了这部分不属于自己的利益。4、规定调解书生效后，对当事人有证据证明法官在调解过程中出现违反法定程序或审判纪律，导致调解协议明显不公的，所附条件未成就或所附期限届满时义务人仍未履行的，当事人（包括无独立请求权的第三人）可以反悔，要求法院裁定调解无效，再行判决。

总之，民事诉讼的法院调解的目的是缓和并解决当事人之间的矛盾，有效的解决民事纠纷，提高审判工作的效率，节约司法成本。但是因为制度本身的不完善和操作过程中的不规范以及法官素质不高等主客观原因，导致民事审判中法院调解产生许多不足，因此对法院调解制度的完善和改革对司法实践具有重大的理论和现实意义。

（作者单位：贵州省天柱县人民法院）

以案说法 28丨借名购房合同关系的司法认定

2014 年 12 月 30 日　點蓝色字關注 法眼观察

裁判要旨

“借名购房关系的认定，有书面约定从约定，自无疑问；无书面约定，则应探求当事人购房的真实意思，根据查明的事实进行推定。推定时，应着重考虑房屋的实际出资情况，借名购房原因是否符合常理，房屋的使用收益情况，以及房屋票据及房产证的持有状况等因素。通常情况下，同时符合上述要求时，可以认定双方之间存在借名购房的合意。（文章仅代表作者个人观点，供学习研究使用）

作者丨娄永

单位丨上海市第一中级人民法院

借名购房合同关系的司法认定

---张某与李某所有权确认纠纷上诉案

【案情简介】

张某与李某于 2004 年相识后同居，并于 2013 年初结束同居关系。2011 年 1 月 11 日，张某与案外人陈某签订《上海市房地产买卖合同》，约定张某以 218 万元的价格购买陈某名下的房屋，并约定了付款方式，此外张某另行支付陈某装修补偿款 112 万元。2011 年 1 月 6 日及同年 3 月 3 日，李某以其建设银行卡通过转账的方式分别向陈某支付了涉案房屋的定金 9 万元及 7,200 元。合同签订当日，李某转账给张某名下农业银行卡 99 万元，张某即以该农业银行卡转账向陈某支付了房款 99 万元。同年 1 月 26 日，张某再次通过上述农业银行卡向陈某转账支付房款 54 万元。

2011 年 1 月 26 日，张某与交通银行上海分行签订《个人房产抵押贷款合同》，约定张某以涉案房屋作抵押向交通银行上海分行借款 109 万元，每月还款 9,177.43 元，借款期限为 2011 年 1 月 26 日至 2028 年 1 月 26 日止。还贷开始后，李某曾于 2012 年 5 月 7 日分别向张某还贷银行卡转入 16 万元及以现金存入 4 万元，同年 6 月 6 日李某又向张某还贷银行卡转入 10 万元及以现金存入 20 万元、5,000 元。

涉案房屋过户当日，李某以现金方式向案外人陈某支付 48 万元。2011 年 2 月 15 日，涉案房屋产权变更登记至张某名下。涉案房屋收房后由李某进行过出租和管理，且涉案房屋中介费用 6 万元由李某支付。

现李某提起诉讼，请求法院确认涉案房屋系李某与张某共同共有，并要求张某协助办理涉案房屋的产权变更登记手续。

一审审理中，应李某申请，一审法院传唤证人衣某、刘某当庭作证。证人衣某述称：2010 年秋，李某通过其所在房产中介公司看中涉案房屋，当晚李某与房东签订意向金协议书，并以现金方式支付 11 万元，后李某又按照房东补足定金至 20 万元的要求将 9 万元转账付给房东，房东出具了定金收据。其后，李某称购房需要贷款，要把购

房人改为张某，房东同意与张某签订合同。由于贷款银行要求付款人与贷款人必须一致，因此其与刘某陪同李某到建行将 99 万元转给张某，再由张某将 99 万元转给房东。李某支付的 7,200 元是空调等物品的折价处理费，房屋的契税也是由李某支付的。事实上，张某只在签订买卖合同及贷款合同时在银行出现过，其他购房事宜均由李某办理。证人刘某关于涉案房屋购买过程的陈述与衣某基本一致。

【法院判决】

一审法院认为：产权登记是行政机关对不动产当时权属关系及表现状态的认可和证明，当房屋实际权利人与登记权利人不一致时，实际权利人有权通过诉讼确认房屋的所有权。涉案房屋虽登记在张某一人名下，但李某也或直接向出卖人付款或通过转账给张某后由张某向出卖人付款。且在还贷发生后，李某还向张某的贷款账户分数次转入数目可观的款项，故房贷虽以张某的名义归还，但实际亦是由李某、张某共同偿还。因此，涉案房屋由李某、张某共同购买。遂判决支持了李某的诉请。一审判决后，张某不服，提起上诉。

二审法院认为：首先，张某虽主张李某的出资系双方共同经营盈利中其应得的分红，但其提供的证据并不足以证明该主张。其次，根据本案查明的事实，涉案房屋为李某、张某同居期间购买，购房时双方均参与且均有向出卖人支付房款的行为，购房后李某亦数次向张某的还贷账户转入款项，同时李某关于涉案房屋登记在张某一人名下原因的解释，客观上亦具有合理性。基于上述理由，一审法院在张某关于李某出资原因的主张不能成立的基础上，结合本案查明的事实，综合判定李某为涉案房屋共同产权人，并无不当。遂判决驳回上诉，维持原判。

【法律解析】

司法实践中，尤其是在国家加大房地产市场调控的背景下，因借名购房产生的纠纷已成为房屋买卖合同纠纷案件中的一类典型案件。借名购房，或称房屋购买中的借名登记，是指当事人间相互约定，一方（实际购房人、借名人）借用他方（登记名义人、出名人）名义购买房屋，并将房屋登记在他方名下，一方实际出资并享有房屋权益的行为，实践中还包括当事人约定将共同出资购买的房屋登记在部分共有人名下的情形。本案即属于后一种情形，李某与张某与同居期间购买房屋，登记在张某一人名下，此种情形下，借名购房合同的法律性质及效力如何认定、当事人提起的确权之诉能否得到支持、在无书面协议的情况下双方之间的借名购房合同关系能否确认等问题均需要在本案的处理中予以考量和解决。

一、借名购房合同的法律性质及效力

（一）借名购房合同的法律性质

借名购房合同应属债权契约，并无疑问。但究其性质，因法律未臻明确，存在着不同的观点。一种观点认为借名购房性质应属信托合同。另一种观点则认为借名购房应属无名合同，在法律上可类推适用委托合同的规定。

笔者赞同第二种观点。首先，根据我国《信托法》规定，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。由此可见，信托行为的约定内容必然包含使受托人依信托本旨为受益人的利益或特定目的，管理或处分信托财产。然而，借名购房行为虽使出名人取得房屋的登记名义，但有关该房屋的使用、收益及处分权限仍由借名人享有，故其并非信托法所规定的信托行为。

其次，从借名购房合同的内容来看，其并非现行法规定的有名合同类型，而“未为法律所明文当成一个规范模式加以规定的契约，纵使其在生活上已定性化的予以应用也非学说上所称之有名合同”，故其应属无名合同。事实上，登记名义人在购房过程中或多或少为借名人处理了某些事务，如以登记名义人身份参与签订买卖合同、贷款合同，或者参与过户等等，故登记名义人与借名人之间的合同关系最接近于合同法规定的委托合同关系，故类推适用法律对委托合同的规定较为合理。在我国台湾地区，司法判决对借名购房行为亦认定为无名契约行为，如台湾地区“最高法院”2012 年度台上字 854 号判决指出：“按借名契约者，谓当事人约定一方将自己之财产以他方为登记名义人，而仍由自己管理、使用、处分，他方允就该财产为出名登记之契约，但无使他方取得实质所有权或其他权利之意思。其成立侧重于借名者与出名者间之信任关系，性质上应予委任契约同视。”

（二）借名购房合同的效力

借名购房属于合同行为，而合同法奉行合同自由原则，因此，在没有违反法律、行政法规强制性规定及社会公共利益的前提下，应当尊重当事人意思自治，允许当事人订立任何内容的合同，并赋予其法律效力。司法实务中，判断其行为是否违反法律、行政法规强制性规定或社会公共利益，应区分不同的情形。

其一，违反国家政策规定借名购买经济适用房等政策性保障住房的合同应认定无效。经济适用房属于面向低收入住房困难家庭出售的具有保障性质的政策性住房，对于购买人是否具备购房资格有严格的审查和公示程序，且对房屋转让条件亦有严格限制。而不符合条件的人借名购买经济适用房不但扰乱了国家对于保障性住房的监管秩序，也侵害了其他符合购买保障性住房资格家庭的权益，客观上损害了社会公共利益。因此，应援引《合同法》第 52 条第 1 款第 4 项的规定，认定该类借名购房合同无效。

其二，为规避限购政策、信贷政策而借名购买商品房的合同应为有效。限购、禁购均属于调控政策，具有临时性，该政策通过在一定程度上限制当事人的缔约自由来稳定急剧上升的房地产价格，仅会造成合同一时的履行不能，而非永久的履行不能。而借名购房办贷规避银行信贷政策的行为，规避的是首付款的支付比例及利率水平，因为银行并不代表社会公共利益，并不能因为规避了银行的信贷管理规定就认为侵犯了公共利益。由此可见，规避限购、

信贷政策并未侵犯公共利益，借名购房合同并不因此无效。

本案并不涉及借名购买经济适用房等政策性保障住房，而根据查明的事实，在买房当时李某亦不存在需因规避限购政策而借名购买商品房的情形。依本案证人所言，李某无法申办贷款，故为贷款需要而将名义买房人更换为张某，由张某实际签署房屋买卖合同并申办贷款，最终造成房屋实际权利人和登记名义人不完全一致。由此可见，本案中如果认定李某与张某之间存在借名买房合意，李某的借名购房行为事实上规避了银行信贷管理规定，但其不影响借名购房合同的效力。

二、借名买房合同纠纷诉之性质分析——确权之诉抑或给付之诉

借名人与出名人产生纠纷时，其诉的性质应如何认识，素来存在争议。本案中，李某起诉请求确认涉案房屋为其与张某共同共有，即李某提起的是确权之诉，对此，有观点认为，借名人的请求权基础系债权请求权，其只能提起给付之诉，请求法院判决登记名义人协助办理房屋产权变更登记，如借名人提起确权之诉，则应驳回其诉请。该观点存在合理之处，在房屋物权涉及善意第三人时能较好的保护第三人的合法权益，保障交易动态安全，然而未免失之偏颇，且与我国物权法理论以及各地司法实践相悖，故而并不可取。

首先，根据我国物权法理论，不动产登记是登记机关对不动产权属关系及表现形态的证明，对物权的归属仅具有推定效力。而物权法之所以赋予不动产登记对物权的证明效力，或者说赋予不动产登记公示公信效力，目的在于保护不动产登记名义人及实际所有人之外的善意第三人的合法权利，从而保护交易安全并以此鼓励不动产交易。但是权属证书或者登记本身并不能直接决定实体法律关系，在不涉及善意第三人的情况下，如果借名人有充分证据证明其为不动产实际权利人时，其有权要求确认对该不动产享有所有权，而登记名义人不得援引《物权法》第 16、17 条的规定对抗借名人的变更登记请求权。

其次，从各地法院的司法实践来看，对于当事人因借名购房而提起确权之诉普遍予以认可，鲜有以当事人无权提起确权之诉为由驳回其诉请的情形。有些法院则直接规定借名人可以提起确权之诉，如浙江高院的执法意见规定：“实际买受人为规避限购、禁购政策，以他人名义与出卖人订立合同并办理房屋权属证书后，以其系实际买受人为由，请求确认其为房屋产权人的，不予支持，但调控政策重新调整并准许其取得产权的除外。”依据反对解释规则，浙江高院应当是准许借名人直接提起确认之诉。此外，上海高院的倾向性意见也认为借名人可以提起确权之诉。

当然，借名人可以提起确权之诉，并不表示其不可以提起给付之诉，如果借名人基于借名购房合同的约定要求登记名义人履行合同，并协助办理房屋产权的变更登记手续，应认为是当事人意思自治的结果，法律上也难谓存在障碍。

综合上述分析，借名人可以基于借名购房合同的不同约定，选择不同的请求权基础提起诉讼，以达到变更房屋产权登记之目的，故本案李某提起确权之诉并无不当。需要注意的是，即便法院认定借名购房合同关系成立，借名人的确权或者过户诉请并不必然得到支持。此时，还需考虑房屋变更登记至借名人名下是否具有客观障碍。具体来说，对于购买经济适用房的借名人，如果借名人符合了购买经济适用房的条件，或者所购经济适用房符合了上市交易条件时，法院可以支持借名人要求过户的诉请。对于购买普通商品房的借名人，如果借名人限购或禁购的障碍未消除而不能取得产权的，应驳回其要求确权或过户的诉请。结合本案而言，如果认定李某与张某之间存在借名购房的合意，并确认李某为涉案房屋的共有人，则可以支持李某要求变更登记的请求。因为，李某虽已是两套房屋的登记产权人，按照现行房地产调控政策，其属于限购对象，但是涉案房屋购买时，限购政策并未出台，因此其名下登记三套房产并不违反当时的法规政策。

三、借名购房合同关系的司法认定标准

借名购房合同案件的处理，关键在于借名购房合同关系的认定标准，概因借名购房往往发生在亲属、朋友间，基于信任关系，双方多为口头约定，较少签订书面协议。司法过程中，当事人之间是否构成借名购房合同关系，属事实认定问题，借名人需提供优势证据证明其与登记名义人之间存在借名购房合意。对于借名购房关系的认定，应当区分有无书面约定：有书面约定或者借名人支付对价的，借名关系存在自无疑问；无书面约定的则应探求当事人购房的本意，依据查明的事实进行推定。推定时，应着重考虑以下因素。通常情况下，同时符合以下要求的，可以认定双方之间存在借名购房的合意。

1、借名购房的原因是否符合常理。借名人甘冒风险不签订书面合同而借名购房，除了基于双方之间的信任关系之外，必定有其客观原因：或是为规避国家房贷、税收、购房资格等相关法规政策；或是借用他人资格享受贷款、税收等政策性优惠；或是登记名义人享有保障房等特殊性质房屋的购买资格；或是转移财产以逃避债务等。因此，对于借名人主张的借名原因，应注重审查其是否符合客观事实以及是否具有合理性。一般来说，符合常理的借名动机，往往具有较强的证明效力。

2、房屋的实际出资情况。借名人主张房屋的产权系基于其为房屋的实际出资人，因此查明借名人是否实际出资是认定借名关系存在与否的前提，如果无法认定借名人存在出资，很难想象其主张借名关系存在能够得到支持。借名人对其出资情况应承担举证责任，法官应当根据当事人提供的付款凭证、还款手续、购房票据的持有情况、双方的财务状况及还款能力、证人证言等证据综合认定实际出资人。特别是在实际出资人直接与出卖人接洽付款的，或者中介公司作为居间方参与付款过程的情况下，出卖方以及中介公司的证言尤其具有证明价值。

3、登记名义人对于他人实际出资原因的解释是否合理。对于借名人出资的原因，借名人当然主张其系实际购

房人而出资，登记名义人则一般主张双方之间存在借款、赠与、抵销等法律关系。虽然根据证据规则，即便登记名义人无法举证证明其主张的上述法律关系，法院亦不可仅凭此认定双方之间存在借名关系，但是登记名义人能否合理解释他人出资的性质，亦是认定借名关系是否存在的重要参考因素。如借名人经济状况一般，则登记名义人主张借名人的出资为赠与就欠缺合理性，因为房屋价值巨大，借名人赠与足以购房的出资与常理不符。

4、房屋的实际使用、收益和购房票据、产权证的持有情况。占有、使用、收益系不动产所有权的重要权能，因此，房屋由谁实际占有使用，或者房屋在出租的情况下由谁收益，均是判断房屋实际权利人的重要因素。同时，购房合同、发票及房产证作为实际出资以及房屋产权的重要凭证，产权人一般会由自己亲自保管，故上述凭证由谁保管亦能在一定程度上反映出是否存在借名购房关系。

5、房屋购买过户、日常管理等手续、费用由谁办理及支付，房屋贷款由谁偿还。通常情况下，房屋购买及管理的手续及费用，如房屋契税、房贷偿还、物业费、维修基金、装修保证金等费用应由购房人亲自办理并持有相应单据，但借名购房中，很多均由借名人代登记名义人去办理、缴费，登记名义人反而对此细节并不清楚。这在一定程度上可以证明双方的借名购房关系。

结合本案分析，首先，李某诉称借名购房是出于贷款以及避免限购政策影响等原因，而事实上，李某在本市已经拥有两套房屋，签订买卖合同时限购政策虽未出台但签约当月即出台，且其关于贷款的原因有中介公司员工的证人证言予以佐证，与客观事实相符，具有合理性。其次，李某对其出资进行了充分举证，可以证明其支付了涉案房屋的大部分房款并参与还贷，相反，张某虽主张李某的出资系双方共同经营所获利润中其应得的分红，但其未能提供相应证据加以证明。再者，涉案房屋交付后由李某出租和管理，购房票据亦由其持有。最后，李某参与了涉案房屋购买的全过程，支付了相应税费及中介费用，其与张某对于购房均有出资，且涉案房屋按揭贷款亦由双方共同偿还。由此可见，根据本案查明的事实，结合李某与张某之间的同居关系，可以推定双方之间存在借名购房的合意，即李某和张某作为共有人约定将共同出资购房的房屋登记在张某名下。

【案例索引】

一审裁判文书案号：（2014）闵民五(民)初字第 2539 号

二审裁判文书案号：（2014）沪一中民二（民）终字第 2019 号

【龙法贴士】女方外遇并怀有他人孩子期间，男方能否提起离婚及如何处理相关财产纠纷？

2014 年 12 月 30 日　黑龙江省高级人民法院

问：我和妻子经人介绍相识后于 2000 年结婚，婚后于 2002 年生育一个儿子。因工作需要，我常年驻守在厦门分公司。因孩子抚养问题及性格不合，近两年来我们争吵不断，矛盾很深。今年 6 月份，妻子有了外遇，并怀了别人的孩子。我向她提出离婚，她不同意，说现在自己是孕妇，法律规定我无权提出离婚。问题：1、妻子外遇并怀有他人孩子，其怀孕期间我能提起离婚诉讼吗？2、妻子在我不知情的情况下，以她个人的名义向她的哥哥借款 26 万元，并写下了欠条，我根本不知道该笔钱的去向。如果离婚，我需要偿还这笔借款吗？3、登记结婚前，我按照当地习惯给了妻子 10 万元的彩礼，离婚时我可以追回吗？

答：1、可以提起离婚诉讼。根据《婚姻法》第三十四条的规定，女方在怀孕期间、分娩后一年内或中止妊娠后六个月内，男方不得提出离婚。女方提出离婚的，或人民法院认为确有必要受理男方离婚请求的，不在此限。从本条文可知，一般情况男方不得在女方怀孕期间提起离婚诉讼，但如确有必要的情况下，法院应受理男方的离婚请求。本案中，女方的怀孕是与他人发生非法性关系所导致，严重违背了夫妻忠实义务，明显属于“确有必要受理男方离婚请求”的情形，故依法男方可提起离婚诉讼。

2、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）》第二十四条的规定，债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务，或者能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定情形的除外。从本案看，女方在男方不知情的情况下，以个人名义向女方的哥哥借款 26 万元，一般情况下，应按照夫妻共有债务来处理，离婚后男方也应承担连带偿还责任。但如果男方有证据证明该笔债务是女方的个人债务，或者其与妻子对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有的，且第三人（女方的哥哥）知道该约定的，则依法应有女方一人清偿该笔借款，男方无需承担偿还责任。

另外，如果该笔债务是女方伪造的，则根据《婚姻法》第四十七条的规定，离婚时，一方伪造债务企图侵占另一方财产的，分割夫妻共同财产时，对伪造债务的一方，可以少分或不分。

3、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）》第十条的规定，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。结合本案看，男方和女方早已办理了结婚登记，且已共同生活多年，如果不存在婚前给付导致男方生活困难的情况，则离婚时男方要求返还 10 万元彩礼的主张，依法一般不予支持。

【以案说法】离婚协议书中抚养费的支付可否申请强制执行

2014 年 12 月 30 日　抚州市中级人民法院　蔡芳芳 江聪越

【案情】

2011 年 11 月 8 日付某与张某在民政局婚姻登记处申请自愿离婚，在离婚协议书中双方约定：小孩付某某（2006 年 7 月 21 日出生）由付某抚养至能独立生活时止。张某分三次给付抚养费，第一次在领取离婚证时给付 8000 元，第二次在 2012 年 5 月 8 日之前给付 7500 元，第三次在 2012 年 11 月 8 日之前给付 7500 元，共计应给付抚养费 33000 元。

双方领取离婚证后，张某当场给付抚养费 8000 元，但约定于 2012 年 5 月 8 日之前应给付的 7500 元抚养费，经付某多次讨要，张某均拒绝支付。现付某以张某违反离婚协议书为由，申请法院执行到期应支付的抚养费。

【分歧】

本案对张某违反离婚协议约定拒绝支付抚养费，付某可否申请法院执行存在不同的意见。

第一种意见认为，该种协议不是普通的民事约定，而是由民政部门确认的生效协议，其本身即含有可供执行的内容，所以应参照《人民调解法》第三十三条第二款之规定，一方当事人拒绝履行或者未全部履行的，对方当事人可以向人民法院申请强制执行。故付某可以申请由法院强制执行。

第二种意见认为，按照现行法律规定，离婚协议书并不属于可以作为法院执行依据的法律文书，故对于付某要求法院直接执行的申请，应不予支持。本案付某可依照我国《婚姻登记管理条例》第 17 条，离婚的当事人一方不按照离婚协议履行应尽义务的，另一方可以向法院提起民事诉讼之规定，向法院提起诉讼。

【评析】

笔者同意第二种意见，理由如下：

第一，从离婚协议本身上看，离婚协议是双方当事人自愿离婚的意思表示，以及对子女抚养、财产及债务处理等事项协商一致而达成的协议或者意见。作为一项协议，其所属的应是一种合同的性质，属于平等主体之间的人身关系和财产关。故只能适用合同法的相关规定，而不能作为法律文书，申请执行。

第二，从婚姻登记部门的角度上看，根据《婚姻登记条例》第 11 条第 3 款之规定，离婚协议书是办理离婚登记的必备材料。作为行使该职能的婚姻登记部门，必须对离婚协议书进行审查。但从我国现行协议离婚制度的运行上看，对于协议离婚，法律采取的是当事人意思自治原则，所做的只是形式上的审查，只要双方当事人协商一致即可，而其内容的合法性、真实性，婚姻登记部门却无从确认。因此，婚姻登记部门对离婚协议书的确认并不当然享有法律强制执行力。

第三，从法院执行的依据上看，除人民法院自身制作的已发生法律效力的具有财产给付内容的法律文书外，其他机关制作的由人民法院执行的法律文书，目前主要有以下三种：1、经过公证机关公证并赋予强制执行效力的债权文书；2、仲裁机关制作的依法由人民法院执行的裁决书；3、行政机关制作的应当由人民法院执行的行政处罚决定书。从中我们可以得知婚姻登记部门确认的离婚协议书并不在其中，故其成为法院执行依据的基础也就不存在。

综上，笔者认为婚姻登记部门对离婚协议中婚姻关系的确认（发放离婚证），应予以认可，是符合法律规定的。而对子女抚养及财产等其他方面内容的真实性及合法性，因其职能所限，无法做到实质性的审查，是否存在侵害他人合法权益的情形更是无从确认。目前在司法实践中，出现的“假离婚”案件就是其典型代表。故只能由其他相关职能部门予以再次审查确认，才能赋予其直接执行的效力。如现行的司法确认程序或公证机关的公证。因此，对于付某申请执行的请求，因无法确认其离婚协议内容的真实性及合法性，只能向人民法院起诉（因其已过 30 日的司法确认程序的时限要求，故只能以诉讼的形式），通过庭审确认其协议的效力，才能予以执行。故其直接申请执行的主张，应不予支持，只能提起诉讼。（作者：抚州市临川区人民法院 蔡芳芳 江聪越）

来源：抚州法院网

最高法院判例：工商登记不是确认股东资格的法定要件

2015 年 1 月 3 日 红盾论坛

[实务提示]

最高院的该判决，体现了以下裁判规则：

1、公司章程的生效时间

公司设立时，制定的初始章程应报经工商部门登记后才能生效。

公司存续期间经法定程序修改的章程，自股东达成修改章程的合意后即发生法律效力，工商登记并非章程的生效要件。

2、股东资格的确认

股东身份的确认，应根据当事人的出资情况以及股东身份是否以一定的形式为公众所认知等因素进行综合判断。需要考量的因素主要包括：1）股东是否有出资合意，2）是否有出资行为，3）公司记帐处理，是否计入“实收资本”。笔者认为，核心是“出资合意+出资行为”。

工商登记不是确认股东资格的法定要件。

3、抽逃出资行为无效

最高院认为：万家裕案中，将出资转变为借款归还，本质上是根本改变万家裕对宏瑞公司出资性质的违法行为，会导致万家裕抽回出资并退股的法律后果，这是有违公司法的禁止性规定的，因而上述行为均应无效，万家裕的股

东身份自然也不应因此种无效行为而改变。

抽逃出资并不限于抽逃注册资本中已经实缴的出资，在公司增资的情况下，股东抽逃尚未经工商部门登记、但已经成为公司法人财产的出资同样属于抽逃出资的范畴，亦在公司法禁止之列。

4、抽逃出资，不能否定股东资格

最高院认为，抽逃出资行为无效，因此不能据此否定出资人已取得的股东资格。

中华人民共和国最高人民法院

民事判决书

（2014）民提字第 00054 号

再审申请人（一审原告、二审上诉人）：万家裕。

委托代理人：浦理斌，云南宣和律师事务所律师。

被申请人（一审被告、二审被上诉人）：丽江宏瑞水电开发有限公司。住所地：云南省丽江市永胜县永北镇邮政局邮电大楼三楼。

法定代表人：唐正良，该公司执行董事。

委托代理人：张锡文，云南义合律师事务所律师。

原审第三人：永胜县六德乡双河电站。住所地：云南省丽江市永胜县六德乡双河村委会。

法定代表人：张光华，该电站站长。

原审第三人：北京博尔晟科技发展有限公司。住所地：北京市海淀区安宁庄东路 8 号 3 层 318 室。

法定代表人：唐正良，该公司总经理。

原审第三人：张正云。

委托代理人：潘平素，云南宣和律师事务所律师。

原审第三人：唐振云。

再审申请人万家裕为与被申请人丽江宏瑞水电开发有限公司（以下简称宏瑞公司）、一审第三人永胜县六德乡双河电站（以下简称双河电站）、北京博尔晟科技发展有限公司（以下简称博尔晟公司）、张正云、唐振云股东资格确认纠纷一案，不服云南省高级人民法院（2012）云高民二终字第 89 号民事判决，向本院申请再审。本院于 2003 年 10 月 9 日作出（2013）民申字第 1003 号民事裁定提审本案，并依法组成由审判员王富博担任审判长、代理审判员吴景丽、张颖组成的合议庭进行了审理，书记员陆昱担任记录，本案现已审理终结。

一审法院审理查明：2004 年 5 月 27 日，宏瑞公司经有关部门核准设立，进行水电开发，法定代表人为唐正良。宏瑞公司共有博尔晟公司，双河电站两个法人股东，唐振云、张正云两个自然人股东，其中博尔晟公司出资 40 万元，占注册资本 40%，双河电站出资 32 万元，占注册资本 32%，自然人股东唐振云、张正云各出资 14 万元，分别占注册资本 14%。2007 年 4 月 26 日，宏瑞公司变更注册资本为 1200 万元，各股东持股比例不变。在公司运营活动中，经法定代表人唐正良授权，由股东唐振云全权处理公司日常事务，唐振云并有权代表博尔晟公司行使股东权利。2008 年 6 月，为了公司建设的需要，唐振云、张正云拟增资扩股，遂与万家裕协商，由万家裕出资 510 万元，占公司 30%股权。2008 年 7 月 29 日，万家裕以个人名义向丽江市古城区信用合作社贷款 530 万元，由宏瑞公司两个股东张正云及双河电站以资产作抵押担保，唐振云作为宏瑞公司的授权代理人也在借款合同上签字，借款用途为“电站投资”。2008 年 8 月 4 日，万家裕将所借 510 万元打入了宏瑞公司账户，宏瑞公司会计凭证记载为“实收资本”。2008 年 8 月 10 日，唐振云、张正云和万家裕签署了一份《丽江宏瑞水电开发有限公司章程》（以下简称《宏瑞公司章程》），其中载明万家裕于 2008 年 8 月 10 日认缴出资 510 万元，占公司注册资本的 30%。2010 年 1 月 3 日，万家裕、张正云、张光华、唐振云作出《股东会决议》，决定将公司股权转让，并约定转让金按当时的出资比例进行分配，还明确了各股东到账股金的比例为：万家裕 510 万元，占 53%；唐振云、唐正良（博尔晟公司法定代表人）117 万元，占 17.7%；张正云 52 万元，占 5.4%；双河电站 230 万元，占 23.9%。但因后来未找到受让方，股权没能转让。2010 年 11 月 20 日，唐振云向万家裕补写了一张《借条》，内容为：“借到万家裕人民币 510 万元，此款已于 2008 年 8 月 4 日打入公司账户，由公司承担信用社利息和本金归还，期限为一年半，若到期未能偿还作为资本债转为公司股金”。2011 年 6 月 20 日及 6 月 23 日，宏瑞公司作出《宏瑞水电开发有限公司账务自查结论》（以下简称《账务自查结论》），其中注明“实收万家裕资本金 510 万元”。期间，唐振云于 2009 年 7 月 26 日、2010 年 5 月 18 日向万家裕账户内打入人民币 110 万元，2011 年 3 月 3 日，唐振云又将 400 万元人民币打入万家裕账户内。

因万家裕要求宏瑞公司将其确认为股东未果，2011 年 6 月 22 日，万家裕向一审法院提起诉讼，请求：确认其系宏瑞公司股东，出资 510 万元注册资本金，持有公司 53%的股权；判令宏瑞公司配合万家裕办理公司股东变更的工商登记手续；由宏瑞公司承担本案诉讼费。

一审法院认为：万家裕将 510 万元打入宏瑞公司账户后，万家裕、唐振云、张正云于 2008 年 8 月 10 日签署的《宏瑞公司章程》已明确了万家裕属宏瑞公司股东且占公司 30%的股权，《宏瑞公司章程》虽只有原股东唐振云、张正云的签字，但唐振云同时还代表了博尔晟公司，故该章程并未违反《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）的规定，应视为各方当事人之间的约定，由此可以认定万家裕的 510 万元属投资款。但 2010 年 11 月 20 日宏瑞公司出具的《借条》已将万家裕支付的 510 万元认定为借款，该借条约定还款期限为一年半，超过一年半该借款

才能转为公司股金，而还款期限应从出具借条之日，即 2010 年 11 月 20 日起算，宏瑞公司于 2011 年 3 月 3 日归还了万家裕全部借款，故万家裕成为宏瑞公司股东的条件不成就。该案案由应定为“股东资格确认纠纷”。万家裕起诉时虽将宏瑞公司各股东列为被告，但根据最高人民法院《关于适用＜中华人民共和国公司法＞若干问题的规定（三）》第二十二条之规定，宏瑞公司股东应为本案的第三人。该院经审判委员会讨论决定，作出（2011）丽中民二初字第 19 号民事判决，驳回了万家裕的诉讼请求。

万家裕不服一审判决，提起上诉，请求撤销一审判决，改判支持其一审全部诉讼请求。二审中，万家裕否认其已收到宏瑞公司归还的 510 万元借款，称其并不知道到帐的 510 万元是宏瑞公司转入的资金。对一审判决确认的其他事实，各方当事人均无异议，二审法院予以确认。

二审中，万家裕提交了下列新证据：第一组，《利息清单》、《云南省农村信用社贷款收息凭证》及《情况说明》，欲证明万家裕向丽江市古城区信用合作社贷款 530 万元投入宏瑞公司，其因此共偿还利息 919820.88 元。第二组，宏瑞公司双河电站复工典礼 DVD 录像资料，欲证明万家裕以宏瑞公司董事长身份出席双河电站复工典礼，万家裕实事上取得了宏瑞公司股东资格并参与公司管理。第三组，唐振云在另案涉嫌虚报注册资本罪中的《询问笔录》，欲证明宏瑞公司的实际控制人唐振云始终认可万家裕投入的 510 万元是公司注册资金。第四组，宏瑞公司股东张正云，双河电站负责人张光华在唐振云涉嫌虚报注册资本罪一案中的《询问笔录》，欲证明张正云、张光华均认可 510 万元是投资款。针对万家裕二审中提交的新证据，宏瑞公司、博尔晟公司及唐振云质证认为，认可四组证据的真实性，但认为四组新证据均与本案无关。双河电站及张正云认可四组新证据的真实性、合法性、关联性。二审法院认为，因各方当事人均认可万家裕提交的四组新证据的真实性，故对其真实性予确认。四组新证据证明，万家裕向贷款方共计偿还 919820.88 元贷款利息，至 2011 年 3 月 15 日，唐振云仍然认可万家裕投入宏瑞公司的 510 万元是投资款，张正云及双河电站的负责人张光华一直以来均认可万家裕投入的 510 万元是投资款。

二审中，宏瑞公司提交了下列新证据：第一组，《应诉通知书》，欲证明 2011 年 6 月 22 日，万家裕以股东出资纠纷向丽江市中院提起本案诉讼。第二组，公关机关对万家裕的《询问笔录》，欲证明万家裕至 2011 年 3 月 1 日仍然坚持其与宏瑞公司之间是借款法律关系。第三组，公安机关对张正云的《询问笔录》，欲证明宏瑞公司未召开过增资扩股的股东会，万家裕只是帮助宏瑞公司向丽江市古城区信用合作社贷款 530 万元。第四组，云南省农村信用社《储蓄取款凭证》、《储蓄存款凭证》，欲证明唐振云已归还万家裕 510 万元借款。万家裕对宏瑞公司二审中提交的新证据的真实性予以认可，但不认可其关联性。二审法院认为，因万家裕认可宏瑞公司提交的新证据的真实性，故对其真实性予确认。该四组新证据证明，万家裕曾以取得宏瑞公司 30%的股份为条件，帮助宏瑞公司贷款 510 万元，宏瑞公司已将 510 万元归还了万家裕。

二审法院认为，本案二审争议的焦点问题主要是万家裕能否成为宏瑞公司的股东。对此，二审法院认为：

首先，2008 年 8 月 10 日新修订的《宏瑞公司章程》虽经三分之二以上表决权的股东通过，但二审庭审中，万家裕认可 2010 年 11 月 20 日唐振云代表宏瑞公司向其出具了《借条》，万家裕持有《借条》原件，表明其接受《借条》，并同意将原来用于出资的 510 万元变更为借款。《借条》出具之前的 2009 年 7 月 26 日、2010 年 5 月 18 日，宏瑞公司已归还万家裕 110 万元，该事实进一步证明，万家裕在《借条》出具前已同意宏瑞公司将其投入的 510 万元当作借款。《借条》虽约定，还款期限为一年半，若到期不能偿还，510 万元借款转化为股本金，但直至 2011 年 3 月 3 日，唐振云代表宏瑞公司归还余款 400 万元时，万家裕仍未提出异议。故此，应当确认，《借条》是当事人的真实意思表示，合法有效，《借条》已将万家裕与宏瑞公司之间的投资关系变更为借款法律关系，万家裕不应成为宏瑞公司的股东。万家裕关于即便《借条》真实存在，因宏瑞公司未在《借条》约定的还款期限还款，510 万元借款转化为公司股本金，其仍应成为宏瑞公司的股东的观点没有事实基础，不能成立。至于借款利息，万家裕可以依据实际发生数额另案要求宏瑞公司承担。

其次，宏瑞公司归还万家裕全部借款本金后，2011 年 6 月 22 日及 23 日，其作出的《账务自查结论》虽记载，“实收万家裕资本金 510 万元”，双河电站、博尔晟公司、唐振云及张正云等公司股东均有签字，但万家裕并未在《账务自查结论》上签字，表明万家裕已最后认可其原先用于投资的 510 万元款项已转化为借款，借款归还后其不再是宏瑞公司股东，不再行使股东权利，参与公司管理。万家裕关于宏瑞公司《账务自查结论》是对其股东身份的最后确认的观点不能成立。

最后，2007 年 4 月 26 日的宏瑞公司《企业法人营业执照》记载，宏瑞公司的注册资本为 1200 万元，虽然 2008 年 8 月 10 日修改的《宏瑞公司章程》第六条记载，“2008 年 8 月增加自然人股东万家裕后为 1700 万元”，但现有证据证明，宏瑞公司增资至 1700 万元后并未申请变更工商登记。根据《公司法》第二十六条的规定，“有限责任公司的注册资本为在公司登记机关登记的全体股东认缴的出资额。”万家裕 2008 年 8 月 4 日将 510 万元转账至宏瑞公司账户，宏瑞公司并未将其登记为公司注册资本，宏瑞公司或者万家裕将先前转入的 510 万元当作借款，并非抽逃出资，并未违反法律规定，合法有效。万家裕关于将 510 万元出资款项当作借款归还系抽逃公司资本金的行为，因其违反法律规定而无效的观点没有法律依据，亦不能成立。

综上，该院经审判委员会讨论决定，作出（2012）云高民二终字第 89 号民事判决，驳回上诉，维持原判。

万家裕不服上述二审判决，向本院申请再审称：（一）二审判决认定事实没有证据证明，认定事实错误。1.二审判决关于“上诉人万家裕认可 2010 年 11 月 20 日唐振云代表宏瑞公司向其出具《借条》，其持有《借条》原件，

表明万家裕接受《借条》，并同意将原来用于出资的510万元变更为借款”的事实认定没有任何证据支持，属于主观臆断，认定事实错误。2.二审判决认定“《借条》出具以前的2009年7月26日、2010年5月18日，宏瑞公司已归还万家裕110万元，该事实进一步证明万家裕在《借条》出具前已同意宏瑞公司将其投入的510万元当作借款”是错误的。3.二审判决认定“《借条》虽约定还款期限一年半，若到期不能偿还，510万元借款转化为股本金，但直至2011年3月3日，唐振云还代表公司归还余款400万元，万家裕仍未提出异议，故此应当确认《借条》已经将万家裕与宏瑞公司之间的投资关系变更为借款法律关系，万家裕不应成为宏瑞公司的股东”，这一认定同样没有证据支持。4.二审判决认定“宏瑞公司2011年6月22日及23日做出的《账务自查结论》虽记载：实收万家裕资本金510万元，双河电站、博尔晟公司、唐振云及张正云等股东均有签字，万家裕并未在《自查结论》上签字，表明万家裕已最后认可其原先用于投资的510万元资金已转化为借款”，这一认定是无中生有。5.二审判决对宏瑞公司是否按照《借条》偿还万家裕借款利息的重大事实只字不提，导致认定事实不全面、不清楚。（二）二审判决适用法律确有错误。1.二审判决认定宏瑞公司将万家裕认缴的510万元款项以出具《借条》的方式转化为公司借款，并未违反《公司法》的规定，属于适用法律错误。根据《公司法》第三十三条、《公司法司法解释三》第二十四条规定，股东一旦履行公司章程约定的出资义务后，其股东身份及出资的性质在公司内部已经得到实质性的认定，不因其是否经过工商登记而改变。根据《公司法》第三十六条规定，即便万家裕与宏瑞公司达成一致意见将出资转化为借款，也因为违反法律的禁止性规定而无效。因此，万家裕申请撤销二审判决，支持其原审诉讼请求。

宏瑞公司答辩称：宏瑞公司注册资本1200万元，实收资本1200万元，法定代表人唐正良。万家裕将从信用社借出的530万元借款中的510万元汇入宏瑞公司账户，汇款用途明确记载为“借款”。《宏瑞公司章程》是三个自然人万家裕、张正云、唐振云于2008年8月10日订立的，应认定为无效。《宏瑞公司章程》第六十四条规定：“本章程经公司登记机关登记后生效。”但《宏瑞公司章程》并未登记，因而该章程也没有生效。在万家裕的资金进入宏瑞公司、所谓的《宏瑞公司章程》制定近一年后，宏瑞公司曾经变更工商登记，但未增加注册资本，更没有新增股东。万家裕的债转股要求不能实现后，向宏瑞公司追索借款，公司执行董事唐振云分三次归还了万家裕的全部510万元借款，万家裕借给宏瑞公司的510万元资金帐务处理资料表明，公司财务已结清了该笔应付欠款，万家裕申请再审的事实和理由根本不能成立。因此，请求驳回万家裕的再审申请，维护原审判决。

博尔晟公司、唐振云口头答辩称，同意宏瑞公司的意见。张正云口头答辩称，同意万家裕的意见。

本院除对原一、二审查明的事实予以确认外，另查明：万家裕从丽江市古城区信用合作社贷款一年期满后，又展期半年，贷款期限累计一年半。2008年8月10日修订的《宏瑞公司章程》第六十四条规定：“本章程经公司登记机关登记后生效。”第六十六条规定：“本章程于二00八年八月十日订立生效，原公司章程自动失效。”

本院认为，本案再审争议的焦点问题是：万家裕是否为宏瑞公司的股东。对此，具体分析如下：

一、万家裕是否取得了宏瑞公司的股东身份。

股东身份的确认，应根据当事人的出资情况以及股东身份是否以一定的形式为公众所认知等因素进行综合判断。根据本案查明的事实，本院认为万家裕已经取得了宏瑞公司的股东身份。

首先，万家裕已经向宏瑞公司实缴出资，万家裕打入宏瑞公司账户的510万元为出资款而非借款。2008年6月，代表宏瑞公司处理日常事务的唐振云及宏瑞公司股东张正云与万家裕协商，由万家裕向宏瑞公司出资510万元，占30%的股权。由此证明，万家裕在出资之前，已经与宏瑞公司及其股东就出资事宜达成了合意。2008年7月29日，万家裕向云南省丽江市古城区信用合作社贷款530万元，贷款用途明确约定为“电站投资”。2008年8月4日，万家裕将所贷的510万元打入了宏瑞公司的账户，实缴了出资，履行了先前约定的出资义务，宏瑞公司的会计凭证也将该510万元记载为“实收资本”。直至2011年3月15日，唐振云还认可万家裕投入宏瑞公司的510万元是投资款。2011年6月20日及23日，宏瑞公司作出的《账务自查结论》仍然注明“实收万家裕资本金510万元”。以上事实足以证明，万家裕已经按认缴的出资额向宏瑞公司实缴了出资，万家裕支付的510万元为出资款而非借款。

其次，万家裕的股东身份已经记载于《宏瑞公司章程》，万家裕也以股东身份实际参与了宏瑞公司的经营管理。2008年8月10日，唐振云、张正云和万家裕共同修订并签署了新的《宏瑞公司章程》。虽然在《宏瑞公司章程》上签字的自然人股东只有唐振云、张正云两人，但由于唐振云同时还代表宏瑞公司的另一法人股东博尔晟公司，故宏瑞公司章程的修改经过了代表三分之二以上表决权的股东通过，符合法定的修改程序，宏瑞公司的另一股东双河电站在本案二审中也明确表示认可修订后的《宏瑞公司章程》，故其应为合法有效。《宏瑞公司章程》中载明，万家裕于2008年8月10日认缴出资510万元，占宏瑞公司注册资本的30%。其后，万家裕以宏瑞公司董事长的身份，出席了双河电站的复工典礼，并多次参加宏瑞公司的股东会，讨论公司经营管理事宜，实际行使了股东权利。

宏瑞公司主张，《宏瑞公司章程》第六十四条规定：“本章程经公司登记机关登记后生效”，但该章程事实上并未在工商部门登记，因而没有生效。本院认为，该章程除第六十四条规定了章程的生效问题外，还在第六十六条同时规定：“本章程于二00八年八月十日订立生效”。这就出现了同一章程对其生效时间的规定前后不一致的情形，此时根据章程本身已经无法确定生效的时间，而只能根据相关法律规定和法理，对《宏瑞公司章程》的生效问题作出判断认定。公司章程是股东在协商一致的基础上所签订的法律文件，具有合同的某些属性，在股东对公司章程生效时间约定不明，而公司法又无明确规定的情况下，可以参照适用合同法的相关规定来认定章程的生效问题。参照合同生效的相关规定，本院认为，经法定程序修改的章程，自股东达成修改章程的合意后即发生法律效力，工商登

记并非章程的生效要件，这与公司设立时制定的初始章程应报经工商部门登记后才能生效有所不同。本案中，宏瑞公司的股东在2008年8月10日即按法定程序修改了原章程，修订后的《宏瑞公司章程》合法有效，因此应于2008年8月10日开始生效，宏瑞公司关于《宏瑞公司章程》并未生效的主张，本院不予支持。宏瑞公司章程的修改，涉及公司股东的变更，宏瑞公司应依法向工商机关办理变更登记，宏瑞公司未办理变更登记，应承担由此产生的民事及行政责任，但根据《公司法》（2005年10月27日修订）第三十三条的规定，公司股东变更未办理变更登记的，变更事项并非无效，而仅是不具有对抗第三人的法律效力。综上，宏瑞公司关于《宏瑞公司章程》未生效、无效的主张，无法律及事实依据，本院不予采信。

万家裕主张，以2010年1月3日所作的《股东会决议》为依据，确认其持有宏瑞公司53%的股权。但该《股东会决议》是为宏瑞公司对外转让股权这一特定事宜而作出，后来因未能找到受让方，股权转让事宜并没有付诸实施。《股东会决议》确定的股东持股比例是以各股东当时到账的出资数而非以股东认缴的出资数为依据计算出来的，主要目的在于分配股权转让款，《股东会决议》本身并没有对《宏瑞公司章程》中确定的各股东出资数及持股比例作出改变，也不涉及宏瑞公司的减资事项，在股东会决议事项并未实施，《宏瑞公司章程》依然合法有效，各股东仍应按其中所认缴的出资数额继续履行出资义务的情况下，应以《宏瑞公司章程》为据确定万家裕持有宏瑞公司的股权比例，即万家裕持有宏瑞公司的股权比例为30%，其主张持有宏瑞公司53%的股权，本院不予支持。

二、万家裕对宏瑞公司的股权是否转变为债权。

2010年11月20日，唐振云代表宏瑞公司给万家裕补写了一张《借条》，其中载明："借到万家裕人民币510万元，此款已于2008年8月4日打入公司账户，由公司承担信用社利息和本金归还，期限为一年半，若到期未能偿还作为资本债转为公司股金。"《借条》出具之前，唐振云于2009年7月26日、2010年5月18日分两次向万家裕的账户共汇入110万元，《借条》出具之后，唐振云于2011年3月3日再次向万家裕的账户汇入400万，合计510万元。宏瑞公司主张其与万家裕之间的投资关系已经因《借条》的出具而转变为借款关系，并且通过唐振云的还款行为而将借款进行了清偿，万家裕对此予以否认。因此，《借条》及唐振云的汇款，是否使万家裕对宏瑞公司的股权转变成了债权，是本案当事人争议的关键问题。根据既有的法律规定，综合考虑案件事实情况，本院认为万家裕对宏瑞公司的股权并未转变为债权。理由是：

第一，股东不得抽逃出资是公司法的一项基本制度和原则，我国《公司法》对此作了明确规定。股东向公司出资后，出资财产即转变为公司的法人财产，其独立于股东个人的财产而构成公司法人格的物质基础。股东从公司抽回出资，则会减少公司资本，动摇公司的独立法人地位，侵害公司、其他股东和公司债权人的利益，因而为法律所严禁。本案中，万家裕打入宏瑞公司账户的510万元性质上为出资款，且为《宏瑞公司章程》所确认，该510万元进入宏瑞公司的账户后，即成为宏瑞公司的法人财产，无论是万家裕主动要求宏瑞公司将其出资转变为借款，还是唐振云代表宏瑞公司向万家裕出具《借条》并将出资作为借款偿还，抑或是万家裕与宏瑞公司协商一致，将出资转变为借款而归还，本质上都是根本改变万家裕对宏瑞公司出资性质的违法行为，都会导致万家裕抽回出资并退股的法律后果，这是有违公司法的禁止性规定的，因而上述行为均应无效，万家裕的股东身份自然也不应因此种无效行为而改变。本院尤为强调的是，抽逃出资并不限于抽逃注册资本中已经实缴的出资，在公司增资的情况下，股东抽逃尚未经工商部门登记、但已经成为公司法人财产的出资同样属于抽逃出资的范畴，亦在公司法禁止之列。故此，二审法院关于宏瑞公司并未将万家裕出资的510万元登记为公司注册资本，宏瑞公司或者万家裕将510万元转变为借款并非抽逃出资的认定不当，本院予以纠正。

第二，《借条》并不能证明万家裕对宏瑞公司的出资已经转变为借款。即便不考虑前述法律禁止性规定的因素，单纯从《借条》这一证据本身分析，亦不能得出万家裕对宏瑞公司的出资已经转变为借款的结论。《借条》对万家裕打入宏瑞公司账户的510万元规定了一年半的还款期限，在此期限内宏瑞公司如未能归还本息，则该510万元即转为股金。万家裕和宏瑞公司对一年半的借款期限究竟应从何时起算存在争议。本院认为，在当事人没有特别约定的情况下，按照交易惯例，借款期限应从款项实际交付给借款人时起算，具体到本案，即使将万家裕的出资当作借款，借款期限也应从510万元打入宏瑞公司账户的2008年8月4日起算，这与万家裕从丽江市古城区信用合作社贷款一年半的期限正好吻合。宏瑞公司主张借款期限应从《借条》出具的2010年11月20日起算，但此时万家裕已经将该款项打入宏瑞公司两年多，宏瑞公司实际占有和使用此款项却不属于借款，当然也无需支付借款的利息，而万家裕从银行贷款帮助宏瑞公司度过难关，不但没有获得任何对价，还需要自行承担贷款的利息，这不但违背常理，也有失公平，故本院对宏瑞公司的此项主张不予支持。按2008年8月4日计算借款期限，至2010年2月4日一年半的期限届满，宏瑞公司并未归还全部借款，按《借条》的约定，万家裕支付的510万元也应转为出资而非借款。从另一方面看，《借条》载明应由宏瑞公司承担510万元贷款的利息归还义务，但事实上该项贷款的利息919820.88元系由万家裕偿还，无论借款期限从何时起算，宏瑞公司均未在《借条》约定的一年半的借款期限内偿付利息，从这一角度考量，万家裕支付的510万元也应属于出资而非借款。因此，原一、二审法院认定《借条》已将万家裕与宏瑞公司之间的投资关系转变为借款关系确有不当，本院予以纠正。在万家裕向宏瑞公司支付的510万元属于出资款，不应作为借款返还的情形下，唐正云可以另行向万家裕主张返还其所支付的510万元。

综上，万家裕已经取得了宏瑞公司的股东身份，《借条》的出具并不能将其对宏瑞公司的股权转变为债权，万家裕有权要求宏瑞公司确认其股东身份并办理股东变更登记。原一、二审判决认定事实不清，适用法律错误，本院

予以纠正。本院根据《中华人民共和国公司法》（2005 年 10 月 27 日修订）第三十三条、第三十六条、最高人民法院《关于适用＜中华人民共和国公司法＞若干问题的规定（三）》第二十三条、《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、撤销云南省高级人民法院（2012）云高民二终字第 89 号、云南省丽江市中级人民法院（2011）丽中民二初字第 19 号民事判决。

二、确认万家裕为丽江宏瑞水电开发有限公司的股东，出资 510 万元，持有 30%的股权。

三、丽江宏瑞水电开发有限公司应于本判决生效之日起 15 日内，配合万家裕办理股东变更登记手续。

一、二审案件受理费各 47500 元，分别由万家裕承担 11875 元，丽江宏瑞水电开发有限公司承担 35625 元。

本判决为终审判决。

审判长　　王富博
审判员　　王富博
审判员　　吴景丽
审判员　　张　颖
二〇一四年六月十九日
书记员　　陆　昱

诉讼指南：离婚后财产纠纷案件诉讼费如何收取？

2015 年 1 月 6 日　南京市中级人民法院

离婚后财产纠纷案件诉讼费如何收取？

1、离婚诉讼中暂缓处理财产纠纷的收费标准。在离婚诉讼中提出，因涉及案外人，或财产类型复杂，或财产取证困难，当事人提出不在离婚诉讼中处理。此类案件之后无论是当事人双方还是与案外其他人一起提出离婚后财产纠纷，均按国务院[2007]第 481 号令《诉讼费用交纳办法》确定的离婚案件收费标准收取诉讼费。

2、离婚诉讼后新发现财产纠纷的收费标准。离婚诉讼中未提出，之后当事人新发现另一方隐匿的财产而提出财产分割请求的，无论是当事人双方或者涉及案外第三人者均按国务院[2007]第 481 号令《诉讼费用交纳办法》中财产案件标准收取诉讼费。

3、协议离婚后发生财产纠纷的收费标准。当事人双方在民政部门协议离婚后，对协议条款约定的财产分割表述有歧义或发现新财产，或发现当事人隐匿转移财产而向人民法院提出财产分割要求的，均按财产案件标准收取诉讼费。

4、江苏计费标准。根据江苏省物价局、江苏省财政厅苏价费〔2010〕396 号《关于进一步完善法院收费管理政策的通知》规定，（1）其他非财产案件受理费，每件 80 元。（2）离婚案件受理费，每件 240 元；涉及财产分割的，执行《诉讼费用交纳办法》第三章第十三条第（二）款第 1 项规定，财产总额不超过 20 万元的，不另行交纳，即每件 240 元；超过 20 万元的部分，按照 0.5%交纳，即每件 240 元并对超过 20 万元部分按 0.5%加收。

最高院对录音证据的超详解析(附取证技巧)

2014 年 12 月 30 日　你身边的法律顾问　来源：法务之家

一、录音证据的取证的司法解释

原最高人民法院《关于未经对方当事人同意私自录音取得的资料能否作为证据使用问题的批复》曾经规定：未经对方当事人同意私自录音取得的资料不能作为证据使用，以违法证据排除规则排除使用。

而最高人民法院新的民事诉讼证据规则重新规定了非法证据的确切含义，即《关于民事诉讼证据的若干规定》第 68 条规定：以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法取得的证据，不能作为认定案件事实的根据。对录音证据而言就是说，如果录音证据的持有者采用了侵犯他人隐私或者违反法律禁止性的规定，比如录有他人隐私或在其工作或住所窃听取得的录音资料，仍然会被排除使用。

但是，属于民事诉讼证据规则第七十条规定的 “有其他证据佐证并以合法手段取得的、无疑点的视听资料或者与视听资料核对无误的复制件”是有证明力的。要使该录音证据成为判决依据，必须符合两个条件：其一，录音证据的取得必须符合法律的规定，录音双方当事人的谈话当时没有受到限制，是自觉自由的意思表示，是善意和必要的，是为了保护当事人合法权益和查明案件真实情况的；其二，该录音证据录音技术条件好，谈话人身份明确，内容清晰，具有客观真实和连贯性，未被剪接或者伪造，内容未被改变，无疑点，有其他证据佐证。

二、录音证据的取证技巧

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》规定，以合法手段取得的录音可以作为证据提交法庭。但在现实中当事人往往缺乏取证技巧，导致获得的录音证明力不足。在此，探讨一下有关录音证据的取证技巧问题。

1.录音时间和地点的选择

从有利诉讼的角度来说，录音应尽早进行。越早进行，取证对象越无防备，特别是在初次交涉时，一般不会歪曲事实，这个时候的谈话录音价值最大。而在几经交涉后，对方往往会从有利自身的角度进行叙述，或者持防备态

度。

地点的选择，也非常重要，应该尽量寻找比较安静和不受干扰的地方，能够获得较好的录音效果。

2.录音器材

尽量选择体积小、易隐藏、录音时间长、音质高的设备。采访机、录音笔或带录音功能的 MP3 都可以，最好是可以进行复制的。另外，电话录音一般不如现场录音效果好，在谈话出现分歧时，取证对象如果不想继续的话，可能会把电话挂断，而在当面谈话时，即使出现一些争论也能够继续。

3.取证前的准备工作

准备好取证的事项和希望对方承认的事实。对谈话内容作好准备，包括事先考虑好所提示的问题和对方可能的态度，应该如何诱导对方表态等。至于是否要事先约见，则应根据情况而定，径直上门容易获得“攻其不备”的效果，但也有可能遇到意外情况，如被对方拒绝或者因其它原因使得谈话被中断。

4.谈话方式

既然是私录，当然最重要的就是不能让取证对象察觉你是在录音，所以神态、语气都要自然，如果是认识的人，更要注意。

（1）谈话过程中交代一下时间、地点，明确各方谈话者的身份和与谈论事实的关系，在交谈时尽量用全名称呼，以增强录音的关联性和可信度。

（2）注意与其它证据的内容相互印证，因为有其他证据佐证是录音证据被采信的条件。

（3）谈话内容不要涉及与案情无关的个人隐私或商业秘密，也不要采用要挟口吻，否则可能会被认定为不合法而不予采信。

（4）着眼于事实的叙述、承认或否认，不要纠缠于法律责任的争论。

（5）注意控制谈话时间，能问到希望对方承认的事实，说到要点即可。

5. 必要时可以请公证机关公证录音过程。

在开展证据公证的地方，必要时可以请公证机关公证录音过程，确保录音证据的合法性。

三、 什么案件可以采用录音证据

债务纠纷

山东济南家住某小区的张某与李女于 2004 年 1 月份经朋友刘某介绍认识后，感情急速升温，并在同年 3 月份开始同居，但是一直没有办理结婚登记手续。今年初的一天，李女告诉张某自己的母亲得了重病，需要住院费用 3 万元，想向张某借 3 万元，张某看着李女着急的样子，同时并考虑到两个人已发展到同居关系，就没有向李女索要欠条便借了钱。

今年 6 月份，张某与李女之间出现了一些矛盾，争吵之后两人解除了同居关系，张某向李女索要当初借给她的 3 万元钱，但是李女拒不给付，张某一气之下向法院起诉，但是因为没有证据法院不予受理。

为了得到证据，张某找来当初介绍自己和李女认识的介绍人刘某陪同，带上录音机来到李女的家里，以想和好为由与李女聊天，见李女不想与自己和好，张某就再次向李女索要当初借给她的 3 万元钱，李女也承认向张某借了 3 万元钱急用，但是她说那些钱已经作为两人的生活费花了，不应该再还给张某。李女没想到，张某把他们的谈话都用录音机录了下来。

张某让介绍人写了一份证据，并带上了这份到李女家录的录音证据，到法院提起诉讼。最终，法院判定李女向张某借款 3 万元的事实成立，并判决李女给付张某 3 万元。

张某的胜诉，录音证据起到了关键作用，为此记者采访了山东大正泰和律师事务所的周桂华律师，周律师说，在采取偷录的方式收集自己所需的证据时，应当尽量采用先进的录制设备，在录音过程中，尽量选择杂音干扰少的地方录制。在偷录中，应先表明自己的身份及录制时间，提示对方表明身份，增强证据的可信程度。

房产纠纷

【青岛新闻网】 今年 4 月，叶先生看好一套房子，给房产商交了 3 万元订金和 15 万元首付款。叶先生后来认为购房合同内容有失公平，而且房产商收订金时没有按规定明示《商品房销售管理办法》等法规文件。叶先生委托代理律师将售楼人员没有明示有关法规文件的谈话内容偷录下来，然后将房产商告上法庭，要求返还订金、预付款及利息。

市南法院审理认为，双方签订的协议合法有效，但双方并没有签购房合同，一审判决房产公司退还叶先生的订金及首付款 18 万元。原告方提供的录音证据未被采纳。

市南法院车成鳞法官介绍，双方提供的协议、信函等相关证据已足以证明案件的整个过程，录音证据作为辅助证据，可以不必采纳。另外，律师偷录的证据音质较差，而且没有说清录制的时间、地点、双方当事人的身份等细节。

精神损失赔偿

王某于 1998 年经人介绍与张某相识，并于 1999 年 5 月二人领取了结婚证并于同年十月一日举行婚礼，王某与张某婚后共同到北京打工，王某由于怀孕于 2001 年 5 月回河北老家，张某仍在京打工。2002 年 8 月王某从老乡后了解到张某在京又与他人同居。王某到京后通过联系张某的房东，以录音的方式取得王某确实与他人同居将近一年

的证据。以此，王某提出起诉，请求判定与张某解除婚姻关系，每月支付孩子的抚养费人民币 300 元，支付王某精神抚慰金 5 万元。法院判决：夫妻应当互相忠实，互相尊重。张某与他人同居长达近一年，不履行做丈夫、做父亲的最起码义务，国家保护妇女、儿童合法权益，由于张某坚决离婚，由此判定解除二人婚姻关系，张某每月支付孩子抚养费 260 元，支付王某精神抚慰金 5000 元。

2014 人民法院十大民事案件

2015 年 1 月 7 日　最高人民法院来源：人民法院报

由人民法院报编辑部评选的 2014 年度人民法院十大民事案件今天推出。这十大案件均为人民法院报 2014 年所报道的具有重大社会影响力、案情疑难复杂或审判结果有重大突破或有借鉴作用的典型案件。

这十大民事案件分别是：钱钟书手稿拍卖引发的著作权及隐私权纠纷案、上海海事法院依法扣押商船三井株式会社船舶、新加坡中华环保公司与大拇指公司出资纠纷案、南天一花园业委会诉深圳城建公司等房屋侵权纠纷案、无锡已故夫妻冷冻胚胎权属纠纷案、上海首例集成电路布图设计纠纷案、奇虎公司诉腾讯公司垄断纠纷案、国内首家退市央企重整案、北大诉邹恒甫名誉侵权案、泰州 1.6 亿元天价环境公益诉讼案。

这十大民事案件的评选，力图对 2014 年度全国各级人民法院依法审理的多种类型案件，从一个全新的角度做一次认真的梳理，以展现人民法官在过去的一年中，通过依法审理、执行民事案件，为促进经济社会稳定、健康发展提供司法保障所作出的努力。

应人民法院报之邀，中国人民大学民商事法律科学研究中心主任杨立新、大连海事大学原校长司玉琢、上海大学法学院院长沈四宝、华东政法大学教授王迁、对外经济贸易大学法学院教授黄勇、中国政法大学教授李曙光、中国政法大学环境资源法研究所所长王灿发分别为这十大案件作了精彩点评，对十大民事案件的典型意义和重大影响予以深刻诠释。

钱钟书手稿拍卖引发的著作权及隐私权纠纷案

2014 年 4 月 10 日，北京市高级人民法院就杨季康（笔名杨绛）诉中贸圣佳国际拍卖有限公司、李国强侵害著作权及隐私权案作出终审判决，判决驳回中贸圣佳国际拍卖有限公司的上诉，维持原判：中贸圣佳公司停止侵害书信手稿著作权的行为， 赔偿经济损失 10 万元；中贸圣佳公司、李国强停止侵害隐私权的行为，共同向杨季康支付精神损害抚慰金 10 万元，同时公开道歉。

点评：中国人民大学民商事法律科学研究中心主任 杨立新

私人书信作为著作权法保护的文字作品，其著作权由发信人即作者享有，但物权归收信人所有。任何人包括收信人及其他合法取得书信的人，在对书信行使物权进行处分时，不得侵害著作权人的著作权和隐私权。拍卖公司在权利人明确表示不同意公开书信及内容的情况下，即将实施公开预展、拍卖的行为，尽管有物权作为其基础，但会构成对著作权人发表权的侵害，同时，对书信中的隐私内容予以公开，也会构成对隐私权的侵害。对于此类行为人即将实施的造成当事人其他损害的行为，如不及时制止，将给权利人造成难以弥补的损害。

我国民事诉讼法第一百零一条对此规定了行为保全制度，人民法院可以责令行为人作出一定行为或者禁止其作出一定行为。本案受诉法院依照这一规定，作出了诉前行为保全的裁定，责令拍卖公司禁止进行该拍卖活动，制止了侵权行为的发生。在这个案件中，绝不仅仅是因为涉及已故著名作家、文学研究家钱钟书及著名作家、翻译家、外国文学研究家杨绛的著作权和隐私权，也不仅仅是因为对本案的处理受到了社会广泛关注，而是依法本应如此，任何符合这一规定要求的，都可以采取这样的法律措施。

本案的诉前行为保全裁定，准确地把握保全措施的适用条件和程序，既为权利人及时提供保护，又防止滥用诉讼权利，作出了具有侵权禁令性质的行为保全，具有重要的社会意义和司法借鉴价值。

上海海事法院依法扣押商船三井株式会社船舶

2014 年 4 月 19 日，上海海事法院依法在浙江嵊泗马迹山港对被执行人商船三井株式会社的船舶 “BAOSTEEL EMOTION”实施扣押。4 月 23 日，商船三井全面履行了生效民事判决确定的全部义务。4 月 24 日，上海海事法院下达裁定，解除对该商船的扣押，同时发布《解除扣押船舶命令》。

点评：大连海事大学原校长 司玉琢

中威轮船公司的陈氏家族三代人耗费 77 年时光，用尽了外交、诉讼、非诉的各种手段，最终依靠我国的海事司法，打赢了这个跨世纪的官司。这标志着我国海事司法综合软实力的提升，具有里程碑的意义。

中威轮船案是典型的海商法调整的定期租船案件，属于海事法院管辖范围，海事法院在审理涉案的租金、还船、承租人的免责，以及诉讼时效、扣押船舶程序等问题时，无不凸显海事司法的专业性特征，并依据相应的法律规范，作出令人信服的判决。

本案从 1988 年起诉，2010 年作出终审判决，到 2014 年日本商船三井全面履行了生效判决，整个审理、执行过程完全符合相关法律规定，并未引发大波澜，既依法保障了申请执行人的合法权益，也充分彰显了中国司法的权威性。商船三井表示，今后仍会苦心经营中国市场。

十几年的审理过程中，我国的专业法官、各领域专家学者、律师都为之付出了心血，使本案成为中国海事审判的经典案例之一。本案的审结表明，中国的海事审判经过 30 年的历练和考验，有能力独立审判如此复杂的海事海商案件。案件的圆满终结，其意义已经远远超出了赔偿两条船的经济价值，它展现了我国海事司法综合软实力的提

升，彰显了法律的尊严和司法的权威性。

中威轮船案的胜诉绝不是因为陈氏家族是中国人，而是因为法律站在了陈氏家族一边，海事法院依法维护其合法权益，从而体现海事司法的公平、公正。海事司法维护公民、法人合法权益，服务于发展海洋经济、海洋强国建设，是海事司法的基本职能，也是时代赋予我国海事司法长期而艰巨的任务。

3 新加坡中华环保公司与大拇指公司出资纠纷案

2014 年 6 月 11 日，最高人民法院开庭审理新加坡中华环保公司与大拇指公司出资纠纷上诉案，当庭宣判，裁定撤销一审法院的民事判决，驳回大拇指公司的起诉。本案首次邀请部分外国驻华使节旁听。驻华使节表示，双方律师的水平达到了较高的国际水准，庭审公开透明。

点评：上海大学法学院院长 沈四宝

作为本案自始至终的旁听者，本人对该上诉案的审判过程、审判结果以及审判事实感触颇多。一句话，该案预示了中国的涉外审判开始进入了一个职业化和国际化的新阶段。

整个开庭程序进行得有条不紊。审判庭对双方律师陈述和辩论都给予了充分的时间和耐心。所有法官对案情进行了细致的询问，并且审判庭经过近一个半小时的集体研究，然后当众宣告了审判结果。

大拇指案件是最高人民法院公开开庭审理的一起涉外商事纠纷案，参加庭审的近百位听众中，除了国内的专家、教授、学生和相关人士，还邀请了境外人士，包括外国的驻华使节和专家学者。这是最高法院扩大庭审公开范围，增强庭审公开力度，推进司法公开的一项重大举措。这个举措受到了广大民众的欢迎，尤其是境外各类人员的热烈反响。他们切身体会到，他们在中国投资，国民待遇得到了真正的实现。这对增强外商在中国投资的信心起了直接推动作用。

公正是法治的生命线，而公开则是实现公正的基础。在涉外商事审判中，坚持公开为常态，不公开为例外，推进审判公开，这是保证涉外司法独立公正的前提。

周强院长曾经强调，中国的司法公开是全方位全过程的公开。全方位公开，不仅是指庭审的案件类型、法院内部事务等的全方位公开，也指对社会各个阶层、各个方面包括境外人士的全方位公开。这起涉外案件，特别邀请了部分驻华使节旁听，体现了中国司法公开的力度和广度，这不仅可以让国外了解中国司法公开所取得的成绩，也是一种制度自信和司法自信的表现。

4 南天一花园业委会诉深圳城建公司等房屋侵权纠纷案

2014 年 2 月 21 日，最高人民法院就广东省深圳市福田区南天一花园业主委员会与深圳市城市建设开发（集团）公司、深圳市城建监理有限公司、深圳市城建物业管理有限公司房屋侵权纠纷案作出终审判决，驳回南天一花园业委会要求确认诉争两栋配套小楼的所有权归全体业主共同所有及返还小楼并赔偿损失的诉讼请求。

点评：中国人民大学民商事法律科学研究中心主任 杨立新

物权法实施后，享有建筑物区分所有权的业主依照法律规定，维护自己的私法权益，是应当充分肯定和支持的。但是，在建筑物区分所有权领域，不同的私法主体之间，特别是业主和开发商之间的权利边界并非特别清晰，因而业主与开发商之间的维权纠纷不断出现，对社会稳定、生活安定有较大影响，需要有法律上的明确界定。对此，必须依照物权法的规定，对业主和开发商的权利边界作出准确认定，定分止争。

最高人民法院对本案作出的终审判决的意义就在于确认：并非在同一块建设用地上建设的小区建筑物及其附属设施都属于业主共有，而应当依照实际取得的土地使用权以及建筑物所有权为标准。对开发商合法取得的土地使用权和建筑物所有权，应当依法予以保护。

本案的开发商在该小区占有的两栋建筑，依法经政府相关部门批准进行建设规划、建筑施工，并投入全部建设资金，因而对该房屋占有、使用、委托出租及收取租金等行为，既是依法取得权利的依据，也是行使权利的合法行为，没有侵害建筑物区分所有权业主的合法权益。本案的业主委员会代表全体业主对争议的房屋提出共有的主张和返还房屋、赔偿损失的请求，没有建筑物区分所有权的权利基础，不能得到法律的支持。

尽管本案历经多年诉讼，几经反复，引起广泛关注，对立情绪较重，但是依照物权法的规定依法裁判，既解决了纠纷，平息了争议，对引导业主依法维权提供了积极的导向，也为审理此类案例的法律适用发挥了指导作用。

5 无锡已故夫妻冷冻胚胎权属纠纷案

2014 年 9 月 17 日，江苏省无锡市中级人民法院对全国首例已故夫妻冷冻胚胎权属纠纷案作出终审判决，撤销了原审法院判决，支持了上诉人失独老人关于获得已故儿子、儿媳冷冻胚胎的监管权和处置权的诉求。

点评：中国人民大学民商事法律科学研究中心主任 杨立新

这是一个标志人情与伦理胜诉的典型案例。

本案终审判决不仅确认了四位失独老人对其各自子女经过人工匹配取得，含有血缘传承的 DNA 等遗传物质和两个家族遗传信息的冷冻胚胎，具有生命伦理上的密切关联性，是双方家族血缘传承的唯一载体，承载着哀思寄托、精神慰藉、情感抚慰等人格利益，因而享有私法上的权利；同时还确认政府卫生行政管理部门关于胚胎不能买卖、赠送和禁止实施代孕的规定，是对医疗机构和医务人员在从事人工生殖辅助技术上的管理性规定，不具有强制性法律、法规的效力，不能对抗当事人基于私法所享有的正当权利，因而确认四位失独老人对争议的人体胚胎享有民事权利，保存该人体胚胎的医院必须尊重当事人的私法权利，没有理由拒绝当事人正当的权利请求。

在本案中，一审判决认定施行体外受精—胚胎移植手术过程中产生的受精胚胎，是具有发展为生命的潜能，含有未来生命特征的特殊之物，以及二审判决支持当事人的关于血缘传承的身份利益主张，否定卫生行政管理部门有关规范的强制效力，都具有重要的理论意义和实践价值。

此外，本案一审判决和二审判决在我国法律对人体胚胎的法律性质没有明确规定的情况下，援引学理解释作出认定并依此适用法律，更具有创造性适用法律的借鉴意义。至于当事人对于体外胚胎享有的权利究竟是继承权还是监管权、处置权，理论上存在争议，还需认真研究确定。

6 上海首例集成电路布图设计纠纷案

2014 年 9 月 23 日，上海市高级人民法院就“钜锐案”——上海首例集成电路布图设计纠纷案作出终审判决，驳回上诉人钜泉光电科技（上海）股份有限公司、深圳市锐能微科技有限公司的上诉请求，维持原判。根据原判，锐能微公司应立即停止侵害钜泉公司享有的 ATT7021AU 集成电路布图设计专有权，并赔偿钜泉公司经济损失等共 320 万元。

点评：华东政法大学教授 王 迁

制造集成电路的前提是进行集成电路布图设计，由它决定如何在半导体材料的三维空间中配置各种元件及互连线路。布图设计的成本往往非常高昂，需要投入大量的智力劳动，但在含有集成电路的产品售出后，他人通过拆解产品了解布图设计并加以抄袭却相对容易。鉴于此，TRIPS 协定和我国《集成电路布图设计保护条例》均对独创性的布图设计提供保护，禁止未经许可复制该布图设计。

在此案中，法院正确地做出了两个区分。首先是区分了认定侵犯布图设计权的标准与认定侵犯著作权的标准。对于后者，被控侵权作品必须与原作在表达上构成实质性相似，仅复制个别独创性的表达尚不足以认定侵权。但对于前者，复制受保护的布图设计中任何具有独创性的部分都可构成侵权。这不仅是因为立法对此有明确规定，还因为布图设计与文学艺术作品不同，其设计具有实用功能性，各设计点相互依存，牵一发而动全身，任何独创性的设计点都值得保护。因此，法院认定被告对原告两个独创设计点的复制足以构成侵权。其次是区分了布图设计与实现布图设计的工艺。布图设计是对元件和其互连线路的三维配置，对于相同的配置可以通过多种工艺实现。这正如原告在一块瓷砖上绘制了水彩画，被告在四块瓷砖上用碳素笔加以临摹，再现的仍然是同一美术作品。法院据此指出：四个电容呈田字型的排列方式是三维配置，而用几个阱放置电容则是工艺，也即实现布图设计的方式，本身不是布图设计，并认定被告复制了原告的布图设计。

法院对上述难点问题的认定，不仅体现了对法律的精准理解，也澄清了判断布图设计侵权的法律标准，使布图设计者了解了合理借鉴与抄袭在先设计之间的界限，这对于合理地保护布图设计、促进集成电路产业的发展具有重要的现实意义。

7 奇虎公司诉腾讯公司垄断纠纷案

2014 年 10 月 16 日，最高人民法院对奇虎公司诉腾讯公司垄断纠纷上诉案进行宣判，维持此前一审法院作出的驳回奇虎公司全部诉讼请求的判决。

点评：对外经济贸易大学法学院教授 黄 勇

奇虎公司与腾讯公司垄断纠纷案，是我国反垄断法实施以来第一例复杂的、涉及到创新行业的、需要运用合理原则进行分析的滥用市场支配地位垄断纠纷案件。本案庭审中，在质证过程中引入了国际专家证人，包括法律专家、经济专家以及行业专家，判决说理论证充分，专业性强，体现了最新的理论和行业特点，在国内外引起了深远影响，获得了业内的广泛好评。

互联网行业多创新、高动态以及不断发展的鲜明特点，使其相关市场的边界模糊，相应的，市场份额的准确性大大降低，这无疑增加了市场支配地位认定的难度。另外，互联网行业的免费商品和服务，甚至是补贴消费，使得传统的 SSNIP 方法也不再适用。互联网的平台竞争打破了传统的相关市场界定框架，一些看似不在一个相关市场上的产品和服务产生了替代性，使得企业得以将市场力量延展至另一个市场。法院针对这些行业特殊性问题带来的挑战，回归到市场支配地位的本质，考察了腾讯是否拥有提高价格、降低质量、阻碍市场进入、延迟创新的能力；对相关市场边界进行了讨论，明确了相关市场界定和市场份额的认定，同其他的经济证据一样，只是判定滥用问题的诸多因素中的一个指标。

本案判决符合反垄断法对于滥用问题的规制思路，在对相关市场界定进行分析的基础上对滥用行为和竞争影响做出评判；同时充分考虑了互联网行业的特点，体现出了法院的高度专业性，为创新行业滥用市场支配地位问题的分析提供了很好的示范。

8 国内首家退市央企重整案

2014 年 11 月 28 日，江苏省南京市中级人民法院作出民事裁定，批准中国长江航运集团南京油运股份有限公司重整计划。这标志着备受社会各界关注的国内首家退市央企重整成功。

点评：中国政法大学教授 李曙光

南京中院受理的长航油运重整案从一开始就受到社会的广泛关注，这是由该案的社会影响力和复杂性决定的。从长航油运的行业地位看，其作为国内规模最大的油运企业，是行业内具有广泛影响力的公司，从发展壮大到陷入困境，一直都牵动着业界关注的眼球；从长航油运重整的特性看，它是 2012 年退市制度改革以来上交所第一家因

财务指标不达标而退市的上市公司，被称为“央企退市第一股”，是央企整顿的第一个“吃螃蟹者”，其重整具有示范性；从长航油运的负债情况看，其负债规模巨大、债务结构复杂，且经营亏损严重，在众多重整案件中具有一定的代表性。该公司重整成功与否，对于各方面的影响都极为深远。

如此复杂的央企退市重整案件最终取得了巨大的成功，债权人的全额受偿和公司的扭亏为盈都得以逐步实现。归结起来，主要经验有如下三点：

第一，市场化的方式。南京中院将尊重市场规律和严格依照法律规定作为提挈案件审理过程的两大主线，认真贯彻落实中央关于健全市场化退出机制的重要精神，充分发挥市场机制在资源配置中的决定作用，合理平衡各方利益，凝聚最大共识，最终制定出灵活、公允、高效的重整计划，最大限度地实现法律、经济、社会效果的有机统一。第二，法院的主导作用。南京中院不仅严格依照企业破产法的规定推进重整程序，而且对管理人进行了卓有成效的监督指导，对案件进程中遇到的若干法律问题做出了准确合理的解答。同时，法院作为司法程序的主导者，全面考虑了各方利益和各类问题，将企业经营、债务清偿、职工安置和社会稳定乃至经济安全均做了统筹考虑。最为重要的是，南京中院在法律和程序刚性要求的框架内，进行了诸多颇有价值的创新尝试，其在破产案件综合协调、管理人选任、债权人自主协商、破产债权平等保护、部分重整资产先行处置、出资人组表决方式、股权划转方式等多个方面的创新举措，均取得了较好的效果，并建立了较为完善的工作机制，对上市公司重整案件审理进行了有益的探索，为完善我国破产立法和法学理论界研究破产法律制度提供了宝贵素材。第三，管理人团队的努力。可以看到，本案的管理人团队是基于全国范围内公开竞争的方式遴选而来，其产生就体现了市场的作用。在法院的统筹安排下，管理人内部形成了分工合理、优势互补、权责明确的工作机制，最大限度地发挥了团队工作的优势。管理人团队在极短时间内完成了偿债能力分析、资产评估、债权谈判、论证及制订重整计划等工作，体现出高超的专业水准。

9 北大诉邹恒甫名誉侵权案

2014 年 12 月 23 日，北京市第一中级人民法院对北京大学、北京梦桃源餐饮有限公司诉邹恒甫名誉侵权案作出终审判决，认为上诉人邹恒甫存在主观过错，实施了对北京大学及梦桃源公司的加害行为，导致北京大学、梦桃源公司的社会评价明显降低，且其行为已超出了行使言论自由的权利边界，构成了对北京大学及梦桃源公司名誉权的侵害，据此应承担相应民事侵权责任，遂驳回上诉，维持原判。

2012 年 8 月 21 日至 9 月 1 日之间，邹恒甫曾在其加 V 实名认证的新浪微博中连续发布十多条信息，指称北京大学院长、主任、教授与梦桃源公司女服务员存在不正当关系。2012 年 9 月，北京大学、梦桃源公司以名誉权受侵害为由将邹恒甫诉至法院。

2014 年 8 月 20 日，一审法院判决邹恒甫的行为构成侵犯名誉权，要求其停止侵权，删除涉诉微博，并在其新浪实名认证微博首页公开发表致歉声明，向原告北京大学及梦桃源公司赔礼道歉，消除影响，恢复名誉，持续时间为连续七天。邹恒甫不服一审判决，上诉至北京一中院。

点评：中国人民大学民商事法律科学研究中心主任 杨立新

我国民法通则第一百零一条规定，公民和法人都享有名誉权，禁止用侮辱、诽谤等方式损害公民或者法人的名誉。侵权责任法第一条和第二条规定，民事主体的合法权益包括名誉权受到保护，其中当然也包括法人的民事权益。

作为本案的原告，北京大学和梦桃源公司都是民事主体，都依法享有名誉权，都受到法律的保护，对于它们的名誉权，任何人都不得进行侮辱或者诽谤。本案被告对北京大学的院长、主任、教授和梦桃源公司的服务人员编造虚假事实，在网络上予以公开，不仅对两个法人的成员的名誉造成损害，而且对两个法人的名誉权构成损害。侵害名誉权的主要行为方式是诽谤，其特点是编造虚假事实，将其予以公开，主观上具有恶意或者过失，且没有正当理由。本案的侵权行为符合这样的法律要求，因而判令被告承担停止侵权，删除涉诉微博，并在其新浪实名认证微博首页公开发表致歉声明，向原告赔礼道歉，消除影响，恢复名誉，须持续七天，是正确的。

10 泰州 1.6 亿元天价环境公益诉讼案

2014 年 12 月 30 日，江苏省高级人民法院对广受关注的泰州 1.6 亿元天价环保公益诉讼案件作出二审判决，认定一审事实清楚，适用法律基本正确，纠正一审确定的履行方式与履行期限。如果当事人提出申请，且能够在该判决生效之日起 30 日内提供有效担保的，上述款项的 40%可以延期至该判决生效之日起一年内支付；该判决生效之日起一年内，如常隆等 6 家公司能够通过技术改造对副产酸进行循环利用，明显降低环境风险，且一年内没有因环境违法行为受到处罚的，可对其已支付的技术改造费用凭有关部门提供以上相关证明向泰州市中级人民法院申请在延期支付的 40%额度内抵扣。

点评：中国政法大学环境资源法研究所所长 王灿发

江苏泰州对民间环保组织提起的一起环境公益诉讼案件判决 6 家被告企业赔偿环境修复费用 1.6 亿余元，这一判赔金额被媒体称为“天价赔偿”。

人们之所以讶异这一判决赔偿金额，是因为在我国过去所有的环境侵权诉讼判决中从来也没有过如此高的赔偿额。我国从上世纪 70 年代末虽然就已开始出现环境侵权诉讼，但无论是单个人提起的诉讼还是上千人提起的诉讼，赔偿额能够达到百万元以上的很少见，达到千万元的可以说极为少见，达到亿元以上的从未见到报道。长期以来，我国的环境侵权损害赔偿也和其他普通的损害赔偿一样，财产损失强调对直接经济损失的赔偿，因环境污染造成的人身伤害主要赔偿医疗费、误工费、护理费、交通费、住宿费、住院伙食补助费、必要的营养费等费用，而没有包

括对环境修复费用的赔偿，也很少有精神损害赔偿。这样的结果，使得排污者对其污染破坏环境付出的代价很小，甚至根本不需要付出代价，从而使得排污者的污染行为难以遏制。

党的十八大把生态文明建设纳入治国安邦的战略决策之中，环境司法作为整个国家法治的一个重要组成部分，当然也应当适应国家法治建设的需要，真正成为生态文明建设的可靠保障。泰州环境公益诉讼案的判决不仅充分体现了司法对生态文明建设需要的适应，而且也是对环境法治维护环境正义、保障生态平衡本质要求的回归，它必然会成为环境侵权诉讼新常态的先导。这一新常态主要表现为：由过去的环境私益诉讼发展为私益诉讼和公益诉讼并存；由环境诉讼起诉难变为起诉相对容易；由环境污染受害者胜诉难变为让每一个当事人都感受到环境案件判决的公平和公正；由重经济赔偿轻生态恢复变为赔偿与恢复并重。社会各界在期待着泰州环境公益诉讼案判决的示范效应，盼望我国环境侵权诉讼新常态的尽快呈现。

丈夫欲与患白血病妻子离婚　法院判决不准离

2015 年 1 月 7 日　萝岗法院

阿勇与阿玲经朋友介绍认识，并自由恋爱了一年后于 2004 年登记结婚，婚后生下了儿子小阳。可是，在结婚十周年来临之际，阿勇却在法院起诉要求与阿玲离婚。

阿勇：双方感情已破裂

婚前双方相识时间短，婚后感情基础也一直不够好，阿玲婚后一直没有正当职业没有固定收入，家庭开支基本上全部由自己单独承担。并且，阿玲于 2007 年患上白血病，接受骨髓移植手术，导致自己不得不向亲戚朋友借款 40 万元至今未还，因此导致双方感情日渐淡薄并不断恶化，以致夫妻感情彻底破裂，请求法院判令离婚，且儿子小阳由自己抚养。

阿玲：双方之间尚有感情

双方经过自由恋爱，互相了解后才结婚，婚前婚后均能和睦相处，夫妻感情较好。自己因生育儿子失血过多后来患上白血病，接受了骨髓移植手术，至今不断服药维持生命。双方感情并不是破裂，而是其不想对配偶尽扶养的义务，企图以离婚的方式免除自己的责任，自己从患病至今的医疗费用和生活费用都要依靠亲生父母支持。但是自己有决心战胜病魔，双方的婚姻仍有挽回的余地，真诚希望双方今后能互相谅解，为了儿子，共创美好家庭。

法院：不准离

原被告双方婚前系自由恋爱，感情基础较好，婚后无重大矛盾并共育一子，虽然原告主张双方感情破裂，但被告并不认为夫妻感情已破裂，且至原告起诉离婚前，被告与原告并未分居，亦无证据显示存在其他法定可认定夫妻感情确已破裂的事实存在，亦无证据显示原、被告之间存在不可调和的重大矛盾，原告主张夫妻感情确已破裂，法院不予采信。被告患病系客观事实，但夫妻间有互相扶养的义务，原告应尽到关心、照顾被告的义务，被告也应积极治疗，尽早康复，促进原、被告双方夫妻关系的改善。

法官语：《婚姻法》第二十条规定：夫妻有互相扶养的义务。即在夫妻关系存续期间，夫妻双方在生活上应当互相照应，在经济上互相供养，在日常生活上互相扶助。妻子患病，作为丈夫更应该加以体恤照顾，帮助其战胜病魔，共建和睦家庭，而不应以此为由，要求解除夫妻关系，以逃避扶养义务。（文中人物系化名）

夫妻一方承担的交通事故赔偿责任是否属于夫妻共同债务？

2015 年 1 月 7 日　南京市中级人民法院

夫妻一方承担的交通事故赔偿责任是否属于夫妻共同债务？

答：省法院审委会研究通过的（2011）苏民再他字第 0020 号江苏省高级人民法院《关于黄燕、季东谕、季连昌、朱允芹与杨水菊、陈丹宇等道路交通事故人身损害赔偿纠纷请示一案的复函》认为：机动车道路交通事故侵权，属于特殊侵权，与一般侵权实行过错责任归责原则不同，“侵权行为之债专属于个人债务”的一般归责原则，不完全适用于道路交通事故侵权责任主体的认定。

确定交通事故责任主体有两个标准，一是运行支配，二是运行利益的归属。对于“运行利益”的认定，除了谋取经济利益之外，还应当包括机动车的运行为家庭带来的生活便利甚至享受。这种“便利”应涵盖日常生活的种种便利，如接送夫或妻一方上下班，接送小孩上学，为家庭购物等等。总之，机动车只要用于家庭共同生活，包括家庭正常的社会交往活动，就应当视为家庭生活的一部分，机动车的运行利益应当视为夫妻共享，所产生的侵权之债，应由夫妻共同承担。

特别提示：审判实践中，人民法院不主动追加配偶为责任主体。但是如果赔偿权利人起诉时已经列配偶为被告，且依据夫妻共同之债的法律依据要求配偶承担共同责任，人民法院应当审查该运行利益是否与家庭共同生活有关联性，并进行判断识别。

债权人撤销权成立的司法认定

——浙江宁波中院判决郑国良诉金惠民等撤销权案

2015 年 1 月 8 日 燃灯者　浙江省宁波市江北区人民法院邹永明

裁判要旨

债务人尚具备偿还债务的能力，其处分财产的行为对债权人不会造成损害，债权人主张行使撤销权的，人民法

院不予支持。

案情

2009 年 12 月 29 日，张红君与金惠民协议离婚，约定将宁波市江北区天合家园 7 幢 25 号 902 室房屋赠与儿子金亮宇。后因金惠民不配合办理上述房屋转让过户手续，金亮宇于 2011 年 1 月 6 日诉至法院，要求金惠民协助办理上述房屋转让过户手续，法院经审理依法作出（2011）甬北庄民初字第 12 号民事判决，判决金惠民在判决生效后三十日内协助金亮宇办理坐落于宁波市江北区天合家园 7 幢 25 号 902 室房屋的土地使用权和房屋所有权转让给金亮宇的登记手续。金惠民不服判决，向宁波市中级人民法院提起上诉，该院于 2011 年 7 月 7 日作出（2011）浙甬民二终字第 255 号民事判决，判决驳回上诉，维持原判。

另，原告郑国良与被告金惠民民间借贷纠纷一案，经法院主持调解，双方达成协议，约定金惠民于 2011 年 6 月 23 日前归还郑国良借款 18 万元，该协议经法院确认并制作（2011）甬北庄商初字第 63 号民事调解书。因金惠民未履行民事调解书确定的义务，郑国良向法院申请强制执行宁波市江北区天合家园 7 幢 25 号 902 室房屋，法院于 2011 年 7 月 11 日立案执行。金亮宇于 2011 年 9 月 5 日提出执行异议，法院经审查认为金亮宇所提执行异议成立，于 2011 年 9 月 8 日作出（2011）甬北执异字第 13 号执行裁定，裁定中止对宁波市江北区天合家园 7 幢 25 号 902 室房屋的执行程序。

法院查明，金惠民分别于 2010 年 11 月 12 日和 2010 年 11 月 18 日将挂靠在宁波市华东汽车运输公司的浙 B15330、浙 B2830 挂、浙 B15281、浙 B2821 挂车辆过户给他人。

郑国良认为被告金惠民将上述房屋赠与给第三人金亮宇的行为损害了其作为债权人的利益，遂向浙江省宁波市江北区人民法院起诉，要求依法判决撤销被告金惠民将宁波市江北区天合家园 7 幢 25 号 902 室房屋属于其个人所有的部分赠与第三人金亮宇的行为。

裁判

江北区人民法院经审理认为，本案争议焦点主要在于：一、原告郑国良是否具备行使债权人撤销权的主体资格。原告郑国良享有对被告金惠民的金钱债权 180000 元，经本院（2011）甬北庄商初字第 63 号民事调解书所确认。被告金惠民与第三人金亮宇对此虽提出系虚假诉讼，但未能提供相应的反驳证据予以证明，因此，原告郑国良具备行使债权人撤销权的主体资格。虽然张红君与被告金惠民于 2009 年 12 月 29 日协议离婚约定将宁波市江北区天合家园 7 幢 25 号 902 室房屋赠与儿子金亮宇，但赠与人金惠民与受赠人金亮宇的赠与合同纠纷经本院及宁波市中级人民法院审理，宁波市中级人民法院于 2011 年 7 月 7 日作出终审判决确定金惠民须协助金亮宇办理赠与财产的土地使用权和房屋所有权转让登记手续。在原告郑国良针对被告金惠民向本院申请强制执行的过程中，因第三人金亮宇提出的执行异议成立，本院依法裁定中止对本案涉案房产的执行，原告随即于 2011 年 9 月 29 日向本院另行提起债权人撤销权之诉，并未超过合同法规定的债权人行使撤销权一年的除斥期间。第三人金亮宇关于此争议焦点的抗辩意见，不符合法律规定，不予采纳。二、被告金惠民将宁波市江北区天合家园 7 幢 25 号 902 室房屋赠与本案第三人金亮宇的行为是否对债权人郑国良造成损害。第三人金亮宇提供的被告金惠民社保个人账户查询结果表明被告金惠民具有稳定的工作和收入，而被告金惠民在协议离婚后又将其挂靠在宁波市华东汽车运输公司的车辆转让过户给他人，以上两个方面的事实表明被告金惠民尚具备偿还债务能力，第三人金亮宇关于此争议焦点的抗辩意见，本院予以采纳。况且，原告郑国良就其对被告金惠民享有的债权 180000 元已经向本院申请强制执行，而该执行案件尚未结案。因此，原告郑国良主张被告金惠民赠与房产的行为对其造成损害，不能成立。综上，原告郑国良要求撤销被告金惠民将宁波市江北区天合家园 7 幢 25 号 902 室房屋属于其个人所有的部分赠与第三人金亮宇行为的诉请，不符合法律规定，不予支持。

江北区人民法院判决：驳回原告郑国良的诉讼请求。

一审宣判后，原告郑国良不服，向宁波市中级人民法院提起上诉。

宁波中院认为：根据《中华人民共和国合同法》相关规定，因债务人无偿转让财产，对债权人造成损害的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。根据金亮宇提供的金惠民社保个人账户查询结果，金惠民目前具有稳定工作和收入，金惠民在离婚后将其挂靠在其他公司的车辆又转让过户给他人，因此金惠民尚具备偿还债务的能力，难以认定金惠民转让财产行为对郑国良造成了损害。况且，原告郑国良就其对被告金惠民享有的债权已经向法院申请强制执行，而该执行案件尚未结案。因此，原告郑国良主张被告金惠民赠与房产的行为对其造成损害，理由不充分，不能支持。另外，赠与人金惠民与受赠人金亮宇的赠与合同纠纷经审理，宁波市中级人民法院终审判决确定金惠民须协助金亮宇办理赠与财产的土地使用权和房屋所有权转让登记手续，故张红君与被告金惠民订立的财产分割协议系当事人真实意思的表示，其效力已经得到法院的认可。

宁波市中级人民法院判决：驳回上诉，维持原判。

本案案号：（2011）甬北庄商初字第 166 号；（2012）浙甬商终字第 112 号

谁动了失能失智老人“奶酪”

2015 年 1 月 6 日 上海法治报 记者 王川 通讯员 余甬帆

精神病人、失能失智老人等无民事行为能力人，由于无法作出真实的意思表达，因此法律为之设定了监护人。由此，监护人便负有了对上述人员在生产、生活中的照管以及代为行使相关权利的职责。但是，在监护人履行监护

义务的过程中，或出于对被监护人权益的漠视，或图谋于其经济上的利益，或为弥补长期照顾的拖累而寻求精神平衡，因此侵犯被监护人房产等财产性利益的行为时有发生。对此，本期专家坐堂邀请虹口区法院的资深法官为被监护人支招，希望监护人能够以此为鉴尽心履行职责，其他亲友、居委工作人员等能够对监护人形成有效监督，从而使被监护人的利益得到切实保障。

本期专家：严萌根，虹口区人民法院民三庭庭长，从事房地产审判工作多年，对涉及无民事行为能力人的房产权益案件有着丰富的实践经验和精深的理论功底。

【案例一】

监护人滥用权利卖房产

周晓丽患有精神疾病，为此家庭不睦，因此前夫于 2003 年起诉至法院，要求与其离婚并分割共有财产。当时，周晓丽之兄周晓勇担任其监护人，帮助周晓丽参与诉讼。最终，经法院判决，周晓丽与前夫解除婚姻关系，两人共同居住的房屋判归周晓丽所有。

2005 年起，周晓丽因精神疾病经常发作，因此进入精神卫生中心住院治疗。4 年之后，周晓勇以监护人的身份，将周晓丽名下的房屋以 56 万元的价格出售给了他人。

2013 年，周晓丽的女儿元元成年。为此，元元向法院起诉要求变更监护人为自己，法院支持了元元的诉请。

之后，周晓丽的病情开始稳定，并欲出院回家，可是却突然发现自己的房屋被周晓勇以 56 万元的价格出售，而自己却分文未收。经了解，目前该房的市场价值已达 105 万元。

为此，元元作为周晓丽的法定代理人向虹口区法院提起诉讼，要求周晓勇返还售房款 56 万元，并赔偿损失 49 万元。

对此，周晓勇辩称，其出售系争房屋是实际所需，没有损害周晓丽利益。因为 2003 年周晓丽与前夫离婚后，一直由其来照顾。他为周晓丽的生活和治疗所需，才出售了系争房屋。现周晓勇同意返还房款，但应扣除这些年周晓丽的生活和治疗支出。至于 49 万元的赔偿损失，没有法律依据，因此不同意此项诉请。

经虹口法院依法审理，作出一审判决：周晓勇返还周晓丽系争房屋的售房款 56 万元，并赔偿周晓丽 56 万元的利息，按中国人民银行规定的同期贷款利率计算，自房屋被出售转让之日起计算到周晓勇实际返还房款之日止，驳回周晓丽的其他诉讼请求。

法官点评：返还售房款并支付利息

根据法院调查的事实，周晓丽本身已有为数不低的医疗保险和养老金，足以支付其医疗、护理、生活等各项费用。而周晓勇又无法证明其出售周晓丽房产具有正当理由，因此其行为属于滥用对周晓丽财产的处分权，为此应当承担赔偿责任。而我国侵权责任法规定，侵害他人财产的，财产损失按照损失发生时的市场价格或者其他方式计算。就本案而言，周晓丽的损失发生在周晓勇将其房屋出售时，因此周晓丽以起诉时的市场价格主张损害赔偿，无法律依据。

考虑到周晓勇长期恶意占用售房款，其行为造成了周晓丽对该款项占有利用权的丧失，即同期利息的损失。因此法院除判令周晓勇返还当时的售房款外，同时判令周晓勇支付利息，按中国人民银行规定的同期贷款利率计算，自房屋被出售转让之日起计算到周晓勇实际返还房款之日止。

【案例二】

妻子擅自卖掉共有房产

罗老伯与妻子虞老太育有一子一女，分别名为罗强、罗美。上世纪 80 到 90 年代，罗家四口一直居住在市区的一处亭子间里。当时，该亭子间的产权人登记为虞老太。后来，随着罗家人生活水平的逐步改善，他们搬进了公房，亭子间则出租用来补贴家用。

2004 年，罗老伯患上了阿兹海默氏症（俗称老年痴呆症），丧失了行为能力。为此，身体还算硬朗的虞老太，经过法定程序成为了罗老伯的监护人。在担任监护人期间，虞老太考虑，女儿罗美住得离自己很近，方便经常来照顾，因此自己的身后事需要罗美负担更多。而儿子罗强虽算孝顺，但毕竟在外地工作，将来如依靠他存在诸多不便。

为此，虞老太瞒着儿子擅自与女儿签订了一份房屋买卖合同：罗美支付虞老太 10 万元，用于虞老太和罗老伯今后养老之用，而亭子间则转至罗美名下。

合同签订一年后，虞老太突然因病去世。在料理母亲身后事的过程中，罗强、罗美因为意见不合发生争执。由此，双方在涉及罗老汉的赡养问题上相互推诿。

不过终究念及亲情，退休后的罗强于 2010 年返回上海，开始照顾父亲的起居饮食，同时，他通过法律程序成为了罗老伯新的监护人。在照料罗老伯的过程中，罗强发现亭子间的产权人早已由母亲虞老太变更为妹妹罗美，而自己对此却一无所知。

眼看父亲由于长期卧床，身体每况愈下，不仅要开喉管注射流质食物解决吃饭问题，而且还要定期请人翻身擦洗以防褥疮，为此开销增加，而妹妹对此却不闻不问。

一怒之下，罗强作为罗老伯的法定代理人向虹口区法院提起诉讼，要求确认虞老太与罗美签订的房屋买卖合同部分无效，罗老伯享有该亭子间一半产权。

对此，罗美辩称，父亲老年痴呆多年，母亲决定转让名下房产时，不可能与父亲协商一致，且父亲当时名下另

有房产，母亲对自己名下房产的处理并不影响父亲的生活，故不同意父亲的诉请。

经虹口法院依法审理，作出一审判决：虞老太与罗美签订的房屋买卖合同部分无效，亭子间50%产权归罗老汉所有，50%产权归罗美所有。

法官点评：房屋买卖合同部分无效

本案中，亭子间虽登记在虞老太一人名下，但该亭子间系罗老汉与虞老太夫妻关系存续期间取得，应认定为夫妻共同财产。而自2004年起，罗老汉患阿兹海默氏症，虞老太作为其监护人，理应履行监护职责，保护被监护人的人身、财产及其他合法权益，除为被监护人利益外，不得处分被监护人财产。因此，虞老太擅自转让属于罗老汉部分的财产行为无效。

而罗美明知系争房产是虞老太与罗老汉的夫妻共同财产，且罗老汉患阿兹海默氏症，无民事行为能力，但其仍与虞老太签订房屋买卖合同。此外，罗美无充分证据证明支付了合理的对价，因此其受让系争房屋的行为在主观上不符合“善意”取得，应认定为无效。对此，罗美辩称的父、母名下各有房产，母亲系处理个人名下财产； 罗美支付相应对价取得该房产并不损害父亲利益，无事实和法律依据，法院不予支持。

【案例三】

监护人自作主张放弃继承

94岁高龄的孔凤春，由于患有阿兹海默氏症，因此被送到了本市郊区的一家养老院，并由大女儿王英担任其监护人，负责其日常的生活开销。

2013年年底，孔凤春的儿子王建国突然离世，由于其未留下遗嘱，故其所有的房屋产权份额就变成了遗产，等待两位法定继承人母亲孔凤春和女儿王蓓继承。

为了能够多分一点财产，王蓓多番游说大姑姑王英，希望由王英作为孔凤春的法定代理人向虹口区法院提起诉讼，并主张由王蓓支付12万元后，将王建国的房屋产权份额变更为王蓓。

王英考虑哥哥王建国高中毕业，就为了家人到东北漠河插队落户，此间在父亲过世后，还远隔千里关心母亲和四个妹妹，并经常寄钱回家补贴家用，着实不易，因此便答应了王蓓的请求。

该案审理中，双方表现出了强烈的调解意愿。但经法院调查，王建国名下的房产份额价值60万元，如果按照法定继承，孔凤春应分到30万元。而本案当事人双方欲以12万元了结，对孔凤春而言有失公平。另外，目前孔凤春住在养老院，由于长期卧床不起，看护费用相对较高。

法官告诉王英、王蓓，她们目前自行达成的协议损害了孔凤春的利益，按照法律规定，王英作为孔凤春法定代理人是不能在本案中部分放弃她的继承权的。双方都表示不解，王蓓甚至还在法官面前嚎啕大哭，认为自己与大姑姑的一致协议是双方自愿的，因此也是合法的。

对此，法官从亲情出发展开释法说理工作，并唤起了王英与王蓓的共鸣，孔凤春中年丧夫、老年丧子的不幸以及今后在养老院生活需要费用支出，同时百年之后也有许多身后事要处理。当然，法官也不忘提及王蓓的合法权益，以及王建国对大家庭的贡献。

最终，王英和王蓓均理解了法官的用意，并重新达成一致：王蓓支付孔凤春房屋折价款30万元，当天支付15万元，今年年底再支付15万元。王英代孔凤春收到上述钱款后，由其代为协助王蓓办理房屋产权份额变更手续。

法官点评：协议损害被代理人利益

根据继承法相关司法解释规定，法定代理人代理被代理人行使继承权，不得损害被代理人的利益。法定代理人一般不能代理被代理人放弃继承权。明显损害被代理人利益的，应认定其代理行为无效。而根据我国民事诉讼法关于调解的相关规定，调解达成协议，必须双方自愿，调解协议的内容不得违反法律规定。

本案中，王英作为孔凤春的法定代理人与王蓓之间达成的，以王蓓支付12万元换取王建国房屋产权份额变更的协议，虽系双方自行协商，但其违反了我国继承法司法解释的规定，损害了失能失智老人孔凤春的合法利益，故法院不予认可。之后，在法官的协调下，双方再度达成以王蓓支付30万元换取王建国房屋产权份额变更的协议，由于系双方自愿且符合法律规定，因此该调解协议，最终获得了法律的认可和保护。

（文中当事人均系化名）

伪造结婚证将女友房屋变卖的行为如何定性

2015年1月7日 人民法院报 彭洋 王丽霞

案情

被告人王某与被害人张某（女）为恋人关系，被害人张某以个人名义分期付款购买一套商品房，至2012年将该房屋贷款还清。2013年王某向张某提出，想借用其商品房买卖合同书抵押贷款，张某将购房合同书及相关票据交给王某。被告人在多次贷款未果后，遂产生变卖该房屋的想法。其在被害人张某不知情的情况下，持伪造的与张某的结婚证、张某的房屋过户授权委托书到房地产开发公司，将商品房买卖合同书的认购人变更为其本人。房地产开发公司的工作人员到房管所办理了共有人为王某和张某的房产证，后被告人王某将该房屋出售并过户给李某。张某偶然机会发现李某正在装修此房屋，遂知道王某将此房屋出售给李某。于是张某报案，王某被抓获归案。

分歧

本案在审理中，对于本案被告人王某应如何定罪，存在以下三种观点：

第一种观点认为，被告人的行为构成盗窃罪，理由是被告人产生变卖该房屋的想法，具有非法占有的目的。被告人在被害人不知情的情况下，伪造结婚证、授权委托书将房屋过户出售，属采取了秘密手段。

第二种观点认为，被告人的行为构成诈骗罪，理由是被告人王某为达到其非法占有被害人房屋的目的，向房地产公司工作人员隐瞒其与张某不是夫妻的事实，且向工作人员提供其伪造的结婚证、授权委托书等材料，骗取了工作人员的信任，最终将房屋过户出售。

第三种观点认为，被告人的行为构成伪造国家机关证件罪，理由是王某伪造结婚证的行为侵犯了国家机关的正常管理活动和信誉。

评析

笔者同意第二种观点，王某的行为构成诈骗罪。理由如下：

1. 王某通过伪造与张某的结婚证、张某的房屋过户授权委托书等手段，虚构与张某为合法夫妻关系及张某办理房屋过户的授权委托的事实，使房地产开发公司及房管所的工作人员产生错误认识，进而王某能够顺利将该房屋变卖并过户给李某，致使张某财产遭受损失。王某在主观上存在非法占有的目的，客观上实施了诈骗行为，骗取数额较大的他人财物，其行为符合诈骗罪的犯罪构成要件，其行为应成立诈骗罪。

2. 本案为典型的“三角诈骗”，受骗者为房地产开发公司及房管所，但被害人则为遭受财产损失的张某。虽然王某是在张某不知情的情况下，伪造相关材料将房屋过户出错，但是不能将该行为评价为盗窃罪中的秘密窃取。王某通过诈骗手段，使房地产开发公司与房管所产生了王某与张某系合法夫妻、夫妻二人要变卖自己的房屋的错误认识，并借助房管所依法变更登记的权限，达到变卖房屋的目的，使张某蒙受损失。由此可判定王某的行为不是盗窃行为。

3. 王某伪造结婚证的行为虽构成了伪造国家机关证件罪，但该行为与王某变卖该房屋的目的行为之间存在牵连关系，成立牵连犯。根据刑法理论，对牵连犯应从一重罪论处，因此本案宜定为诈骗罪。

（作者单位：河南省襄城县人民法院）

农村房屋赠与案件中判断所有权是否转移的标准探讨

2014 年 10 月 28 日　　高欣

一、据以研究的案例

原告郭甲与被告郭乙系兄妹关系。郭丙系原、被告之父。2009 年 3 月 20 日，郭乙与其父郭丙在村干部在场的情况下起草一份协议书，协议书约定将郭丙的五间北房赠与郭乙，郭丙可暂时在此房居住，待郭丙去世后，郭乙将房屋收回。后郭丙一直独自居住在诉争的五间北房内。2013 年 1 月 29 日郭丙在见证人在场的情况下，由人代书起草了一份遗嘱，将诉争房屋指定由原告郭甲继承。郭丙于 2013 年 2 月去世。2013 年 3 月 29 日原告郭甲诉至本院，要求按照遗嘱继承郭丙的房屋。被告郭乙辩称，2009 年我与父亲郭丙已经签下协议，诉争房屋归我所有，并不属于郭丙之遗产，原告郭甲不能继承。

一审法院经审理认为，被告郭乙提供的协议书证明其父郭丙将诉争房屋赠与自己，此协议书上虽没有郭丙的签名，但村委会的见证人证明郭丙当时在场参与起草，且郭丙与其妻发生离婚财产纠纷时，郭丙在庭审中也承认诉争房屋归其子郭乙所有。故此协议书的真实性法院予以确认。按照该协议，2009 年 3 月 20 日郭丙通过村委会将自己的房屋赠与其子郭乙，郭乙表示接受，在协议书上签了字。鉴于目前农村房屋赠与尚无明确的法律登记手续，因此郭丙将诉争房屋赠与被告郭乙的行为应为有效。只有被告郭乙存在下列行为的情况下，郭丙才可以撤销赠与：一、严重侵害赠与人或者赠与人的近亲属；二、对赠与人有扶养义务而不履行；三、不履行赠与合同约定的义务。本案中郭丙赠与房屋未附带条件，原告亦未证明被告郭乙不履行赡养义务。因此郭丙没有权利撤销赠与，收回诉争房屋。郭丙遗嘱中对诉争房屋的处分应属无效。原告要求继承诉争房屋，本院不予支持。综上，依据《中华人民共和国继承法》第三条、《中华人民共和国合同法》第一百八十五条、第一百八十六条、第一百八十七条、第一百九十二条的规定，判决驳回原告郭甲的诉讼请求。

判决作出后，双方均未提出上诉，判决已生效。

二、评析意见

在农村地区，农村房屋赠与是比较常见的一种民事行为，本案对妥善处理农村房屋赠与中出现的纠纷具有一定的参考价值。审理本案的关键在于郭丙在立遗嘱时是否还对诉争房屋享有处分权，即郭丙的赠与行为是否已经发生效力。根据物权法的相关规定，作为房屋这种不动产在发生物权变动时，应当办理物权登记过户手续。目前，我国城市房屋的物权流转受公示公信原则约束，但对农村房屋我国法律对其权属的转移尚无登记生效之规定，因此对农村赠与房屋的所有权是否已经转移的问题上，实践中存有争议。

第一种意见认为，依据《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。《物权法》第九条之规定，不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记发生效力；未经登记，不发生效力。本案中的诉争房屋尚没有办理过户登记手续且该房屋并未实际进行交付，一直由赠与人郭丙居住。因此，在郭丙立遗嘱之前的赠与行为依据法律规定是可以撤销的。

第二种意见认为，本案中的诉争房屋系农村房屋，农村房屋没有形成相关登记手续，无法办理过户登记手续。此外，争议房屋虽由赠与人一直居住，但在双方签订的《协议书》中明确约定了“其父郭丙暂时在此房居住，待郭

丙去世后，郭乙将房屋收回自己占用”的内容，应当视为房屋已经交付。

笔者同意第二种观点，主要理由如下：

（一）在农村房屋不具备登记过户的条件下，其权利转移应当以对房屋是否实际交付作为判断标准

《合同法》规定赠与人行使任意撤销权的前提是赠与财产的权利转移尚未转移，在房屋权利转移的问题上，根据《物权法》的相关规定，作为房屋这种不动产物权，在发生物权变动时，应当办理物权登记过户手续。目前，我国城市房屋的物权流转受公示公信原则约束，但是本案赠与的房屋系农村房屋，我国法律对农村房屋权属的转移尚无登记生效之规定。在《房屋登记办法》第八十二条规定“依法利用宅基地建造的村民住房和依法利用宅基地建造的房屋，可以依照本办法的规定申请房屋登记”，也并无关于农村房屋所有权变更“应当”登记的规定。因此，根据目前的相关法律法规及政策，农村房屋不具备登记过户条件，无法办理产权过户。在此种情况下，农村房屋的财产权利转移应当以对房屋是否实际交付作为不动产变更的标志判断。

（二）本案中诉争房屋应视为已经交付

在房屋是否交付的问题上，结合本案案情来看，虽然诉争房屋一直由赠与人郭丙居住，但居住的前提是赠与人与受赠人在协议书中明确

约定了该房屋由赠与人暂住，待赠与人过世后，受赠人有权收回该房屋。该赠与行为是赠与人与受赠人双方的真实意思表示，应当视为附义务的一种赠与行为，该义务即为受赠人有义务按照该协议提供赠与房屋供赠与人居住，直至赠与人去世。实际上赠与行为已经履行，应当视为房屋已经交付于受赠人郭乙。

综上所述，郭丙将其所有房屋赠与其女郭乙，该赠与行为合法有效，且该赠与行为无可撤销的法定情节，因此，郭丙又立下遗嘱将该房屋留给其子郭甲的行为属于无权处分。其子郭甲要求按照遗嘱继承诉争房屋于法无据，一审法院判决驳回原告郭甲的诉讼请求是正确的。

谁动了配偶的财产？

2015 年 1 月 9 日 广东省湛江市中级人民法院 谢潮水 民事审判参考

在婚姻关系存续期间，如果夫妻一方（即行为人，下同）在配偶不知情的情况下与他人订立贷款合同将款项借给他人，那么，由于配偶不知情，其配偶将无法行使这一债权，即使知情，也由于配偶不是出借人，根据合同相对性理论，其配偶无权追索这笔款项。（如果行为人即债权人已经死亡，其配偶行使继承权，也将由于配偶手中没有相关证据，而追索无据。）

然而，同样在婚姻关系存续期间，如果夫妻一方以个人名义所负债务，不管配偶是否知情、是否同意，只要债权人主张权利，也不管债权人是否以夫妻共同债务为由主张权利、是否向配偶主张权利，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）》（简称《婚姻法解释二》）第二十四条的规定，该债务应当按夫妻共同债务处理。

例如，吴某与张某借贷案。吴某借到张某款项到期未还。张某追讨无果，遂诉至法院要求吴某还款付息。法院判决支持了张某的诉讼请求。判决生效后，吴某不履行义务，张某申请执行，法院即裁定查封吴某夫妻共同共有的房屋。吴某的配偶提出异议后，法院则根据《婚姻法解释二》第二十四条的规定，驳回执行异议，并依职权追加吴某的配偶为被执行人，裁定拍卖吴某夫妻共同共有的房屋。该案就此执行结案，《婚姻法解释二》第二十四条之规定乃其法宝。

又如，邝某与刘某离婚案。邝某（男）起诉要求与刘某（女）离婚，存款一人一半，房屋以及其他财产折款分割，亦一人一半。刘某以其没有经济来源、常遭邝某殴打致伤由，要求得到全部的共同财产，以保障其离婚后的生活。案经法院主持调解，双方达成不成协议。由于邝某强烈要求离婚，且扬言如不离婚则每天打刘某一拳直至离婚为止。一审法院从保护妇女合法权益角度考虑，判决准予邝某与刘某离婚，夫妻共同财产全部归刘某所有。双方当事人均不上诉。一审判决生效后，林三、曾四等，分别以邝某于婚姻关系存续期间以邝某的个人名义借其款项为由，起诉要求邝某以及刘某共同还款付息。于是，法院依据《婚姻法解释二》第二十四条的规定，判决支持了林三、曾四的诉讼请求。由于债务数额远远超过邝某、刘某的原夫妻共同财产，刘某离婚时所得的财产全部抵债后，不足以偿还部分，刘某仍然承担着无限连带偿还责任。同时，根据《民事诉讼法》第一百八十三条的规定，当事人对已经发生法律效力的解除婚姻关系的判决，不得申请再审。所谓的邝某于婚姻关系期间以个人名义所负之债是真还是假？刘某无法举证证实。显然，该案中邝某之所以得逞，《婚姻法解释二》第二十四条之规定乃其帮凶。

“夫债妻还”的案例司空见惯，有丧偶后要为亡夫还款的，也有离婚后要为前夫还债的。

据时报报道：丧偶后半年的花都市江女士，面对着一张署有丈夫签名的 300 万元借条，觉得自己比窦娥还冤。其先以不知情辩解，后又对借条上的签名提出质疑。在笔迹鉴定签名为真实的情况下，广州市两级法院判决妻代夫还钱，理由是在不能证明借款是丈夫的个人债务的情况下（即举证责任在于江女士），当作夫妻共同债务，妻子有义务偿还。

另据《人民法院报》报道，1990 年初，娟娟（化名）与自己初中同学陈黎立（化名）结婚。婚后双方生育一儿一女。陈黎立于 1994 年抛下妻儿，不辞而别，与娟娟断绝联系，前往他处与婚外女人以夫妻名义同居生活。从此，娟娟独自打拼，并养儿育女。2005 年 5 月，陈黎立回到娟娟身边，花言巧语哄娟娟给他 20 万元做生意。娟娟不愿意，陈黎立翻脸。娟娟毅然决定结束这名存实亡的婚姻。法庭上，陈黎立提出他因经营生意分别向他人借款三笔共

42 万元，要求娟娟共同清偿。根据婚姻法第四十一条的规定，陈黎立抛下妻儿 10 多年，他无法证明所负债务是用于夫妻共同生活，故法院不采纳他的主张。法院判决准予离婚。

离婚两个月后，娟娟接到法院的开庭传票和自己商铺被查封的裁定书。她接连多次被人告上法院。每个原告手上都挥舞着她前夫书写的借条。由于已符合《婚姻法解释二》第二十四条规定的共同债务条件，法院只能依法办案，判决娟娟与陈黎立共同连带清偿 42 万元债务。

报道感慨道："太可怕了，现在婚姻的风险确实不亚于交易的风险啊！"

婚姻风险从何而来？来自《婚姻法解释二》第二十四条。

《婚姻法解释二》第二十四条为何物？其如是规定："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。"

在我国香港地区，并无夫妻共有财产制度的规定，夫妻一方在婚前或婚后的任何民事侵权或任何债务、义务，配偶无需负责。我国台湾地区与香港地区基本类同。我国大陆则否然。

早在 1950 年，我国颁布的婚姻法第二十四条规定："离婚时，原为夫妻共同生活所负担的债务，以共同生活时所得财产偿还；如无共同生活时所得财产或共同生活时所得财产不足清偿时，由男方清偿。男女一方单独所负的债务，由本人偿还。"1980 年颁布的婚姻法第三十二条规定："离婚时，原为夫妻共同生活所负的债务，以共同财产偿还。如该项财产不足清偿时，由双方协议清偿；协议不成时，由人民法院判决。男女一方单独所负债务，由本人偿还。"1993 年 11 月 3 日起施行的最高人民法院《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 17 条规定："夫妻为共同生活或为履行抚养、赡养义务等所负债务，应认定为夫妻共同债务，离婚时应当以夫妻共同财产清偿。下列债务不能认定为夫妻共同债务，应由一方以个人财产清偿：（1）夫妻双方约定由个人负担的债务，但以逃避债务为目的的除外；（2）一方未经对方同意，擅自资助与其没有抚养义务的亲朋所负的债务；（3）一方未经对方同意，独自筹资从事经营活动，其收入确未用于共同生活所负的债务；（4）其他应由个人承担的债务。"现行婚姻法第四十一条规定："离婚时，原为夫妻共同生活所负的债务，应当共同偿还。共同财产不足清偿的，或财产归各自所有的，由双方协议清偿；协议不成时，由人民法院判决。"但其却因《婚姻法解释二》第二十四条的施行而彻底崩溃（该规定自 2004 年 4 月 1 日起施行）。不得不说《婚姻法解释二》第二十四条是道义上、立法上的倒退。下详述之。

一、《婚姻法解释二》第二十四条规定之违法性。

首先，该规定以法代诉，违反民事诉讼法第十三条的规定。依照《婚姻法解释二》第二十四条的规定，婚姻关系存续期间夫妻一方所负的个人债务，只要债权人主张权利，都要按夫妻共同债务处理。依此规定，当债权人未以夫妻共同债务为由主张权利，或者未向配偶主张权利时，法院务必依职权追加配偶为被告，方可以夫妻共同债务为由判决配偶承担义务；若在执行阶段，法院务必依职权追加配偶为被执行人，方可拍卖夫妻共同共有的财产（如上述借贷案，法院拍卖吴某夫妻共同共有的房屋）。否则，将遇到"妇女打工挣下 50 万因丈夫欠债被法院划走"之案例的尴尬（原载《中国青年报》，题为《法院划走我 50 万元，我却成为案外人？》）。这是典型的"无诉之判"、"无诉之执"，显然违背了"不诉不理"的原则，以公权取代私权，以法代诉，违反了民事诉讼法第十三条"当事人有权在法律规定的范围内处分自己的民事权利和诉讼权利"的规定。

所有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这类诉讼，为了达到《婚姻法解释二》第二十四条规定的按夫妻共同债务处理之目的，不管是在案件的审理阶段还是执行阶段，都应当追加配偶为诉讼当事人。

在所有债务案中，能有几宗案件的被告方不是已婚人士？所以这大大地增加了诉讼成本，增加了讼累，浪费司法资源，使案件更加复杂化，显然与"公正与效率"之宗旨背道而驰。

其次，该规定乃举证责任倒置，违反民事诉讼法第六十四条第一款的规定。《婚姻法解释二》第二十四条的前部分规定："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。"可是，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，并不等于债权人主张该债务属于夫妻共同债务，更不等于债权人直接向配偶主张权利。在债权人是否主张属于夫妻共同债务、是否向配偶主张权利的情况未明确。在这种情况下，《婚姻法解释二》第二十四条的"但书"部分明确规定："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"。这就是说，在还不知道债权人是否主张属于夫妻共同债务、是否向配偶主张权利的情况下，该"但书"规定就武断地作出了直接的规定：举证责任在于配偶，而不是行为人或者债权人。其实质是举证责任倒置。

由于配偶不是债的当事人，所以，债的证据不在配偶的手中。如前述的借贷案，张某是出借人，借款证据应当在张某手中；吴某是借入者，是款项的占有人、支配人，借款是否于夫妻共同生活所用之证据应当在吴某手中；吴某的配偶不是债的主体，不是款项的占有人、支配人，其手中无证据。手中没有证据的配偶，凭什么来证明债权人与债务人明确约定为个人债务？凭什么来证明属于婚姻法第十九条第三款规定情形？其结果必然是，无论案件事实如何，手中没有证据的配偶当然地举证不能、必然败诉，而手中有或者应当有证据的债权人、行为人（如张某、吴某）却不需要承担举证责任。这样的诉讼，不但是极其不公正的，而且是十分有害的。这违反了民事诉讼法第六十

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。

举证责任分配错误（即举证责任倒置），是《婚姻法解释二》第二十四条的最本质性的错误。这是侵害配偶合法权益的首要的、决定性的因素。

再次，该规定曲解法律，违反婚姻法第四十一条的规定。所谓夫妻共同债务，是指为满足夫妻共同生活需要所负的债务，包括履行法定扶养义务所负的债务。婚姻法第四十一条规定：“离婚时，原为夫妻共同生活所负的债务，应当共同偿还。”据此，为夫妻共同生活所负的债务才由夫妻俩共同偿还。可是，根据《婚姻法解释二》第二十四条的规定，只要是婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务都应当按夫妻共同债务处理。

为夫妻共同生活所负债务与共同生活期间以个人名义所负债务，两者有着本质的区别：前者指的是债务的用途是“为夫妻共同生活”，“为夫妻共同生活”所负的债务，是构成夫妻共同债务的本质特征；后者指的是产生债务的时间，即只要在共同生活期间所负债务即可，而不问债务的用途。在后者的这种制度之下，即使夫妻一方以个人名义所负债务用于吸毒、赌博或者包养情妇（情夫），也应当按夫妻共同债务处理，因配偶不是资金的占有人、支配人、使用人，对于资金的使用情况配偶不知情，其难以证明对方所负个人之债用于非法活动；即使虚构的债务也应当按夫妻共同债务处理，因债权是一种对人权，是一种相对权，有债权人主张、债务人立据或承认即告成立，既不是债权人也不是债务人的配偶，难以证明债务的虚构性。如文前离婚案中的刘某，其前夫缘何负债？是虚是实？刘某无从知晓。

可见，《婚姻法解释二》第二十四条“不问债的用途只看债的形成时间”之规定，不以履行夫妻间法定义务为条件，不分青红皂白，将配偶强加到债的法律关系中去，违背了债的相对性理论，模糊了夫妻共同债务的概念，扩大了夫妻共同债务的外延，违反了婚姻法第四十一条的规定。

二、《婚姻法解释二》第二十四条规定之矛盾性。

首先，该规定与当事人的初衷相矛盾，差强人意。债权是一种相对权。夫妻一方以个人名义所负之债的形成非常明确：配偶不是债的当事人，即该债是个人之债而不是夫妻共同债务。债的当事人（包括债权人和债务人）根本没有把配偶当作债权债务关系的主体。这正是成立债时，债权、债务人的初衷。债权人甚至根本不问对方是否已婚、其配偶的经济能力或社会信誉等。也就是说，要求配偶履行合同义务并不是当事人的初衷。如前述借贷案中，张某在借款给吴某时根本就未将吴某配偶当作借款人，也不希望由吴某配偶还款，否则张某会要求吴某以房屋作抵押或者要求其配偶签字画押。因此，《婚姻法解释二》第二十四条将个人债务按夫妻共同债务处理之规定，违背了当事人的合约、违背了当事人的意愿、违背了当事人的初衷。

试问：现实生活中，债成立时，希望对方配偶承担责任而不要求其配偶签字画押的，能有几人？

其次，该规定与配偶的权利相矛盾，破坏了权利义务的对等性。不存在没有权利的义务，也不存在没有义务的权利。因此，如果夫妻一方以个人名义所负债务，配偶应当承担无限连带偿还责任，那么，夫妻一方以个人名义所享有的债权，配偶也应当有权追偿。这样当事人的权利义务才对等。可是，《婚姻法解释二》只在第二十四条中作出“夫妻一方以个人名义所负债务应当按夫妻共同债务处理”的规定，却没有作出“夫妻一方以个人名义所享有的债权，配偶有权追偿”的规定。此其一。

其二，如果夫妻一方以个人名义所负债务的诉讼中，应当由配偶举证，那么，夫妻一方以个人名义所享有债权的诉讼中，则应当由配偶的对方承担举证责任了。可是，《婚姻法解释二》只在第二十四条中作出“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……的除外”的规定，却没有作出“但债务人能够证明不存在债务关系的除外”等相应规定，由债务人承担举证，配偶没有证据也可以予以追偿（其实，不可能做出这样荒诞无稽的规定）。

可见，《婚姻法解释二》第二十四条的规定之偏颇。

事实上，即使配偶持有证据，也因为配偶不是债的当事人而无权追索。如文前第一段所述。更何况，夫妻一方以个人名义所享有债权的情况配偶难以知晓，债权凭据（即可以证实债权存在的证据）根本不在配偶手中，配偶追讨无据。

再次，该规定的条文本身前后矛盾，主观臆断。《婚姻法解释二》第二十四条前部分明确规定：“夫妻一方以个人名义所负债务”。据此，其债务是以个人名义所负的债务。对于债的当事人（债务人、债权人）来说，其对债的类型非常明确：是个人债务而不是夫妻共同债务。既然如此，就应当按个人债务处理，可是，《婚姻法解释二》第二十四条却明确规定：“应当按夫妻共同债务处理”。

既然债务是以个人名义所负，就应当按个人债务处理，怎么就按共同债务处理呢？既然前部分明确界定是以个人名义所负债务，已经非常明确就是个人债务，何故在“但书”部分规定由配偶证明债权人与债务人明确约定为个人债务呢？自相矛盾。

三、《婚姻法解释二》第二十四条规定之社会危害性。

首先，该规定以配偶的合法权益来弥补债权人的过错，危害社会公平与正义。不要求配偶签字画押，将配偶知情权、参与权置之度外，这相对于日后要求配偶承担责任的情况来说，是债权人自身的过错。正因为这过错，才导致债权人向配偶追索无据。就这过错之心理状态进行分析，不难发现主要存在以下几种情形：一是根本未将配偶列在视线范围内，只看对方的个人信誉而拍板，这是最常见的心理状态；二是虽然考虑到配偶的情况，甚至惧怕对方转移财产给配偶，但是，或者图便利，或者图厚利，或者轻信能够避免，而决定交易；三是有意回避配偶，甚至约

定千万不要让配偶知晓（常常是口头约定），等等。不管是哪一种情形，都是债权人自身的过错，都是未征求配偶的意见，都不是配偶的意思表示。在这种情况下，《婚姻法解释二》第二十四条“以法代诉”、实行举证责任倒置，就是以配偶的合法权益、以社会的公平正义来弥补债权人因自身的过错所造成的不足。

既然债权人存在自身过错，则应当由自己承担因此而带来的向配偶追索无据之法律后果，而不得以他人的合法权益、以社会的公平正义来弥补债权人自身的过错，不得由他人为自己的过错埋单，而侵害社会公平与正义。

诚然，现实生活中确实存在夫妻串通侵害债权人利益的情况，但是，这只要让配偶知情、让配偶参与（如签字画押等）即可轻而易举地避免这种侵害；反之，一旦夫妻一方与第三人串通侵害配偶的利益，配偶则招架无方。因此，大可不必“以法代诉”、实行举证责任倒置，而作出危害公平正义的《婚姻法解释二》第二十四条之规定。

在私法领域，不得过分强调公权对债权人的保护，从而忽略债权人保护自身合法债权的义务；债权人不得怠于履行保护自己合法权益之义务，而将自身的债权交给公权来保护。

如前述借贷案。如果张某怕吴某将借款转移给其配偶，则可要求吴某配偶在借据上签字，还给吴某配偶知情权、参与权，让配偶管理、监督款项，使其责任承担得清清楚楚、明明白白。不能既剥夺配偶的知情权、参与权，又要配偶承担责任。

再说，既然担心对方转移财产给配偶，可以选择不交易。如果担心放弃交易而失去盈利机会，又不让其配偶知情、不让其配偶参与，那么，就应当承担起交易的风险。这是非常正常的商业风险。谁收益谁承担风险，这是客观的经济规律。而不得既要收益又要将风险转嫁到无辜的配偶身上。

其次，该规定为掠财者提供了法律依据，滥害无辜。《婚姻法解释二》第二十四条将促使夫妻一方与第三人串通，虚构债务，并授意第三人诉到法院，要求配偶还债。如前所述的离婚案，则存在串通的可能：邝某为了达到离婚的目的，法院判决后其不上诉（甚至还可以放弃本人的条件、许诺对方的条件而通过调解的方式达到离婚目的），背后串通第三人（如林、曾等），以《婚姻法解释二》第二十四条为依据，将原夫妻共同财产搜刮回来，而且“矫枉过正”，使刘某不但人财两空，还负了一身债。

虚构的夫妻共同债务还存在其他情形，如在婚姻关系存续期间虚构夫妻共同债务，非法转移夫妻共同财产，然后提离婚；又如，离婚后欲报复原配偶，串通第三人，将债成立的时间倒签在原夫妻关系存续期间，然后以《婚姻法解释二》第二十四条为依据，掠夺原配偶的钱财，等等。任何一个结婚的人或者结过婚的人，都难逃此劫。

本来真实债务已经让无辜的配偶喘不过气来，这子虚乌有之债更令配偶有冤不得申！

再次，该规定使配偶的财产权失去了法律保障，弱者深受其害。如前面所述，只要是一个结婚的人或者结过婚的人，其个人债务（包括真假难辩的债务），将因《婚姻法解释二》第二十四条而转化成夫妻共同债务。如前述的离婚案、《人民法院报》报道的案例。根据《婚姻法》第四十一条“离婚时，原为夫妻共同生活所负的债务，应当共同偿还。共同财产不足清偿的，或财产归各自所有的，由双方协议清偿；协议不成时，由人民法院判决”的规定，夫妻共同债务应当是无限连带之债。这样，配偶所有的财产，包括配偶的婚前财产、婚姻存续期间所得、离婚后配偶的个人财产、甚至丧偶后的个人财产，都应当用来偿还夫妻共同债务。因此，《婚姻法解释二》第二十四条将带给每一个正直的人以深重的灾难。

大家注意到没有？《人民法院报》的案例中存在两起诉讼：离婚诉讼与离婚后债务诉讼。在这两起诉讼中，法院对 42 万元债务的审理思路截然不同：前者由陈黎立承担举证责任，适用的是婚姻法第四十一条的规定（因他无法证明所负债务是用于夫妻共同生活，不符合婚姻法第四十一条的规定，所以法院不采纳陈黎立的主张）；后者由娟娟承担举证责任，适用的是《婚姻法解释二》第二十四条（因为娟娟无法举证证实属于陈黎立的人个债务，所以法院判决娟娟与陈黎立共同连带清偿 42 万元债务）。

显而易见，在婚姻关系中，娟娟是一个受害者：丈夫离家出走与他人同居生活，音讯全无，十多年来一个人独立打拼、独自养儿育女；在债务诉讼中，娟娟更是一个无辜的受害者。

其实，现实生活中，还有很多很多的“娟娟”，《婚姻法解释二》第二十四条还在不断地“生产”更多、更为惨烈的“娟娟”……

一言以蔽之：自从《婚姻法解释二》第二十四条施行之日起，自从人们结婚之日起，夫妻一方的财产权就没有法律保障。捍卫配偶财产权，依赖的唯有人们的良知了。

综上所述，《婚姻法解释二》第二十四条已成为掠财者的“尚方宝剑”，它把人们的婚姻观念引向邪恶的死胡同。从情、理、法来考察，《婚姻法解释二》第二十四条均应予以废止，以还回配偶知情权、参与权，平等地保护债权人、夫妻双方等多方当事人的合法权益。从而遵循“谁主张、谁举证”的法定原则，由手中持有或者应当持有证据的债权人、行为人承担举证责任：

债权人未以夫妻共同债务为由主张权利的，不得按夫妻共同债务处理；如果债权人主张是夫妻共同债务，则由债权人承担举证责任；如果夫妻一方（即行为人）主张是夫妻共同债务，则由该行为人承担举证责任。这样，有证据证实的夫妻共同债务，配偶难恕其责；无证据证实的所谓“夫妻共同债务”则无所遁形。谁也动不了配偶的合法财产。

最高院《司法研究与指导》民商裁判规则 8 条

2015 年 1 月 9 日 公证人

1.不宜仅以股东抽逃出资为由，就否定公司法人人格

——股东有限责任是原则。不宜仅以股东抽逃出资为由就否定公司法人人格，进而判令股东对公司债务承担连带责任。

2.错误规定申请执行期间的执行证书，非为执行依据

——公证机关受理超过申请执行期限的公证申请，并作出错误规定申请执行期限的执行证书，该证书不能成执行依据。

3.代书遗嘱虽意思真实，但因不符合形式要件而无效

——代书遗嘱虽确系遗嘱人的真实意思表示，但因不符合《继承法》及相关规定要求的形式要件，故不宜认定为有效。

4.公民有偿法律服务合同不受保护，合法费用可支持

——公民个人与他人签订的有偿法律服务合同，法院不予保护；但受托人实际发生的差旅费等合法费用，法院可支持。

5.征缴社会保险费，不属于法院受理民事案件的范围

——根据《劳动法》等有关规定，征缴社会保险费属于社会保险费征缴部门的法定职责，不属法院受理民事案件范围。

6.当事人提起申请撤销仲裁调解书之诉，无法律依据

——《仲裁法》第58条规定仅适用于申请撤销仲裁裁决情形，故当事人提起申请撤销仲裁调解书之诉，无法律依据。

7.一审判决后未上诉，后申请抗诉，再审免交诉讼费

——一审判决作出后，当事人未上诉，后申请检察院抗诉，法院依审判监督程序审理的，当事人不应交纳案件受理费。

8.对驳回申请撤销仲裁裁决裁定，法院不应启动再审

——根据或参照最高人民法院相关司法解释、批复规定，对驳回申请撤销仲裁裁决的裁定，法院不应依职权启动再审。

【规则详解】

1.不宜仅以股东抽逃出资为由，就否定公司法人人格

——股东有限责任是原则。不宜仅以股东抽逃出资为由就否定公司法人人格，进而判令股东对公司债务承担连带责任。

标签：出资责任⊙抽逃出资⊙公司人格否认

案情简介：2010年，投资公司以2.5亿余元竞得执行拍卖的大厦后明示不履约付款，导致大厦被再次拍卖时仅以1.7亿余元成交。因投资公司拒不补交重新拍卖价款与原拍卖价款之间的差额款，执行法院遂扣除投资公司预交的940万元拍卖保证金。2011年，执行法院裁定追加投资公司为被执行人，执行其应补交的拍卖价差款6700万余元。同时，执行法院以郑某及其女儿此前共同出资1000万元组建投资公司，但该出资款于公司成立几日后即转入他人账户为由，裁定追加郑某父女为被执行人，在其抽逃出资1000万元范围内对投资公司补交拍卖价差款承担责任。

法院认为：①根据最高人民法院《关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》第25条第2款规定：“重新拍卖的价款低于原拍卖价款造成的差价、费用损失及原拍卖中的佣金，由原买受人承担。人民法院可以直接从其预交的保证金中扣除，扣除后保证金有剩余的，应当退还原买受人；保证金数额不足的，可以责令原买受人补交；拒不补交的，强制执行。”本案中，投资公司竞得大厦后明示不履约付款导致再次拍卖，其作为原买受人应依法补交拍卖价差款。②郑某父女共同出资1000万元组建投资公司，但该出资款于公司成立几日后即转入他人账户，构成抽逃出资。根据最高人民法院《关于适用<公司法>若干问题的规定（三）》第14条第2款规定，公司债权人请求抽逃出资的股东在抽逃出资本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任的，法院应予支持。故股东郑某父女应在抽逃出资1000万元本息范围内对投资公司应补交的拍卖价差款承担补充赔偿责任。③《公司法》虽然规定了揭开公司面纱制度，但股东有限责任依然是原则，揭开公司面纱依然是例外。故法院应慎用揭开公司面纱制度，应从人员、机构、业务、财务、财产等多方面判断股东与公司的人格是否高度混同，股东是否滥用了公司法人独立地位和股东有限责任，是否严重损害了公司债权人利益，不宜因为存在单一的、非关键的混淆现象而径行否定公司法人资格，更不能动辄便将其视为法院解决执行难的灵丹妙药。故本案不宜仅以股东抽逃出资为由就否定公司法人人格，进而判令股东对公司应补交的拍卖价款承担连带责任。

实务要点：法院应慎用揭开公司面纱制度，应从人员、机构、业务、财务、财产等多方面判断股东与公司的人格是否高度混同，股东是否滥用了公司法人独立地位和股东有限责任，是否严重损害了公司债权人利益，不宜仅以股东抽逃出资为由就否定公司法人人格，进而判令股东对公司债务承担连带责任。

案例索引：见《最高人民法院研究室关于执行程序中能否直接裁定追加股东对公司债务承担连带责任的研究意见》（司艳丽，最高院研究室），载《司法研究与指导·研究与探讨》（2014/4：135）。

2.错误规定申请执行期间的执行证书，非为执行依据

——公证机关受理超过申请执行期限的公证申请，并作出错误规定申请执行期限的执行证书，该证书不能成执行依据。

标签：执行⊙公证债权文书⊙申请执行期限

案情简介：2002 年及 2003 年，银行与实业公司两次签订借款合同，约定还款期限分别为 2002 年 10 月 15 日、2003 年 9 月 15 日，并均作成具有强制执行效力的公证债权文书。2006 年，银行向公证处申请签发执行证书。公证处受理，并在执行证书中规定申请执行期限为 1 年（当时有效的《民事诉讼法》规定双方是法人或其他组织的，申请执行期限为 6 个月）。

法院认为：根据最高人民法院、司法部《关于公证机关赋予强制执行效力的债权文书执行有关问题的联合通知》第 1 条第 3 项规定，公证机关赋予强制执行效力的债权文书应载明“债务人不履行义务或不完全履行义务时，债务人愿意接受依法强制执行的承诺”。执行证书未载明的，不具有强制执行效力，不能单独作为债权人向法院申请强制执行的依据。第 4 条规定：“债务人不履行或不完全履行公证机关赋予强制执行效力的债权文书的，债权人可以向原公证机关申请执行证书。”第 7 条规定：“债权人凭原公证书及执行证书可以向有管辖权的人民法院申请执行。”故执行证书是债务人怠于履行或不完全履行债务时，公证机关根据债权人申请出具的公证文书，是债权人申请强制执行的依据之一。本案中，银行与实业公司约定的还款期限分别为 2002 年 10 月 15 日、2003 年 9 月 15 日，申请执行期间应分别截至 2003 年 4 月 15 日、2004 年 3 月 15 日，银行向公证处申请签发执行证书及公证处签发执行证书均应在此期限内进行。银行迟至 2006 年才向公证处申请签发执行证书，已超过申请执行期限，公证处仍予受理，同时出具的执行证书亦错误规定申请执行期限。故该公证债权文书和执行证书不能成为债权人申请法院强制执行的依据。

实务要点：公证机关对超出申请执行期限的公证申请仍予受理并出具执行证书，且在执行证书中错误地规定申请执行期限的，执行证书和原公证债权文书不能成为债权人申请法院强制执行的依据。

案例索引：见《最高人民法院研究室关于某银行诉某公司金融借款合同纠纷一案是否应予受理问题的答复》（法研〔2011〕100 号 2011 年 7 月 21 日），及《<最高人民法院研究室关于某银行诉某公司金融借款合同纠纷一案是否应予受理问题的答复>的解读》（孙茜，最高院研究室），载《司法研究与指导·答复与指导》（201202/2：64）。

3.代书遗嘱虽意思真实，但因不符合形式要件而无效

——代书遗嘱虽确系遗嘱人的真实意思表示，但因不符合《继承法》及相关规定要求的形式要件，故不宜认定为有效。

标签：继承⊙代书遗嘱⊙形式要件

案情简介：栗某在父亲去世后，持栗某之女代书、两名律师见证并制作的谈话记录、栗某之父亲笔签名的遗书，以其他被继承人为被告，诉请按遗书内容将父亲生前所有的房屋由栗某继承。

法院认为：《继承法》第 17 条第 3 款规定：“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。”第 18 条规定：“下列人员不能作为遗嘱见证人：……（三）与继承人、受遗赠人有利害关系的人。”据此可知，案涉遗嘱代书人因与继承人有直接利害关系，不能作为遗嘱见证人。案涉见证书虽表明该遗嘱由律师见证，但律师并未代书，故该遗嘱不符合代书遗嘱法定形式要件。案涉谈话记录虽有被继承人对其死后个人财产处分的内容，但仍系由栗某之女代书、栗某之父签名，其本身亦不符合代书遗嘱的形式要件。虽然最高人民法院《关于贯彻执行<继承法>若干问题的意见》第 40 条规定：“公民在遗书中涉及死后个人财产处分的内容，确为死者真实意思的表示，有本人签名并注明了年、月、日，又无相反证据的，可按自书遗嘱对待。”但该条规定系针对自书遗嘱而言，并不解决代书遗书的问题，且有关遗书的认定，虽无法律明确规定，但从本条的基本文义及社会通常观念理解，遗书应由立遗书本人书写，且还应包含除处分个人生前财产之外的内容，本案中的遗书系由被继承人孙女代书，且内容仅限于处分其生前财产的范畴，不符合上述司法文件第 40 条规定。虽然上述司法文件第 35 条同时规定：“继承法实施前订立的，形式上稍有欠缺的遗嘱，如内容合法，又有充分证据证明确为遗嘱人真实意思表示的，可以认定遗嘱有效。”本条规定本意在于，由于《继承法》施行前，并无非常明确和严格的有关遗嘱形式的要求，故按“法不溯及既往”原则，对于形式上稍有瑕疵的遗嘱，只要是遗嘱人真实意思表示，亦可认定其效力。那么，依反对解释，在《继承法》施行后，订立遗嘱就应严格遵循该法关于遗嘱形式要件的规定，否则，即应认定无效。故判决确认本案代书遗嘱无效。

实务要点：代书遗嘱虽确系遗嘱人真实意思表示，但不符合《继承法》及最高人民法院《关于贯彻执行<继承法>若干问题的意见》规定的形式要件的，不宜认定有效。

案例索引：北京一中院“栗某与栗某北等遗嘱继承纠纷案”，见《最高人民法院研究室关于代书遗嘱虽不符合法定形式要件但确系遗嘱人真实意思表示能否认定有效问题的答复》（2011 年 12 月 6 日），及《<最高人民法院研究室关于代书遗嘱虽不符合法定形式要件但确系遗嘱人真实意思表示能否认定有效问题的答复>的解读》（陈龙业，最高院研究室），载《司法研究与指导·答复与指导》（2014/4：124）。

4.公民有偿法律服务合同不受保护，合法费用可支持

——公民个人与他人签订的有偿法律服务合同，法院不予保护；但受托人实际发生的差旅费等合法费用，法院

可支持。

标签：合同效力⊙效力性规定⊙公民委托代理合同

案情简介：2001 年，开发公司委托公民郭某代理行政诉讼并签订《委托代理合同》。该案胜诉后，因郭某请求开发公司支付约定的报酬未果致诉。

法院认为：实业公司全权委托郭某代理诉讼，签订了《委托代理合同》并约定了报酬。该诉讼代理行为属于公民个人有偿法律服务行为，违反了《律师法》（注：此处引用条款在 2007 年《律师法》修改时略有改动，但基本原则未变。现行《律师法》第 13 条规定："没有取得律师执业证书的人员，不得以律师名义从事法律服务业务；除法律另有规定外，不得从事诉讼代理或者辩护业务。"）关于"没有取得律师执业证书的人员，不得以律师名义执业，不得为牟取经济利益从事诉讼代理或者辩护业务"的规定。另外，司法部、国家工商行政管理局《关于进一步加强法律服务管理有关问题的通知》（注：该通知已于 2004 年 8 月 17 日废止）第 3 条规定："公民个人一律不得向社会提供有偿法律服务，根据《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》、《行政诉讼法》的有关规定，公民经人民法院许可，可以担任被告人或当事人的辩护人、代理人参加诉讼活动，但不得以营利为目的，不得藉此向被告人或当事人收取报酬，也不得以此为谋生的手段。"司法部司发〔1993〕340 号《关于公民个人未经批准不得从事有偿法律服务的批复》（注：该批复已于 2014 年 4 月 4 日废止）亦规定："……其它任何单位和个人未经司法行政机关批准，均不得面向社会提供有偿法律服务。"由此，郭某的有偿代理行为违反了《律师法》和司法部规章的禁止性规定，法院不予保护；但对郭某为提供服务实际发生的差旅费等合法费用，法院可根据当事人请求予以支持。

实务要点：公民个人与他人签订的有偿法律服务合同，法院不予保护；但对于受托人为提供服务实际发生的差旅等合法费用，法院可根据当事人请求予以支持。

案例索引：见《最高人民法院研究室关于公民有偿代理问题的研究意见》（李予霞，最高院研究室），载《司法研究与指导·研究与探讨》（2014/4：139）。

5. 征缴社会保险费，不属于法院受理民事案件的范围

——根据《劳动法》等有关规定，征缴社会保险费属于社会保险费征缴部门的法定职责，不属法院受理民事案件范围。

标签：劳动争议⊙社会保险⊙法院受理

案情简介：2008 年，王某从劳务派遣中心辞职后，申请仲裁，要求补办养老保险费手续及支付失业保险金、医疗补助金。后该案因一方不服仲裁裁决进入法院诉讼程序。

法院认为：《劳动法》第 100 条规定："用人单位无故不缴纳社会保险费的，由劳动行政部门责令其限期缴纳；逾期不缴的，可以加收滞纳金。"《社会保险费征缴暂行条例》第 26 条规定："缴费单位逾期拒不缴纳社会保险费、滞纳金的，由劳动保障行政部门或者税务机关申请人民法院依法强制征缴。"最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》（法释〔2010〕12 号）第 1 条规定："劳动者以用人单位未为其办理社会保险手续，且社会保险经办机构不能补办导致其无法享受社会保险待遇为由，要求用人单位赔偿损失而发生争议的，人民法院应予受理。"故征缴社会保险费属于社会保险费征缴部门的法定职责，不属于法院受理民事案件的范围。

实务要点：根据《劳动法》、《社会保险费征缴暂行条例》等有关规定，征缴社会保险费属于社会保险费征缴部门的法定职责，不属于法院受理民事案件的范围。

案例索引：见《最高人民法院研究室关于王某与某公司劳动争议纠纷申请再审一案适用法律问题的答复》（法研〔2011〕31 号 2011 年 3 月 9 日），及《<最高人民法院研究室关于王某与某公司劳动争议纠纷申请再审一案适用法律问题的答复>的解读》（陈龙业，最高院研究室），载《司法研究与指导·答复与指导》（201202/2：69）。

6. 当事人提起申请撤销仲裁调解书之诉，无法律依据

——《仲裁法》第 58 条规定仅适用于申请撤销仲裁裁决情形，故当事人提起申请撤销仲裁调解书之诉，无法律依据。

标签：仲裁⊙诉讼程序⊙仲裁调解书

案情简介：2011 年，实业公司向法院申请撤销仲裁调解书，要求通知或裁定仲裁委员会重新仲裁。

法院认为：虽然《仲裁法》第 51 条第 2 款规定了仲裁调解书与裁决书具有同等的法律效力，但根据该法第 58 条第 1 款规定，法院裁定撤销的只能是仲裁裁决书，无权裁定撤销或不予执行仲裁调解书。同时，从减少对当事人意思自治的职权干预，坚持仲裁司法监督有限原则出发，法院亦不应受理当事人提起的申请撤销仲裁调解书之诉。另外，最高人民法院《关于适用<仲裁法>若干问题的解释》（法释〔2006〕7 号）第 17 条规定："当事人以不属于仲裁法第五十八条或者民事诉讼法第二百六十条规定的事由申请撤销仲裁裁决的，人民法院不予支持。"第 28 条规定："当事人请求不予执行仲裁调解书或者根据当事人之间的和解协议作出的仲裁裁决书的，人民法院不予支持。"故对当事人申请撤销仲裁调解书情形，应采取严格限制的做法，即在无明确法律依据情况下，法院不应受理此类案件。

实务要点：《仲裁法》第 58 条规定仅适用于当事人申请撤销仲裁裁决的情形，并不包括申请撤销仲裁调解书，故当事人提起申请撤销仲裁调解书之诉，并无法律依据。

案例索引：见《最高人民法院研究室关于人民法院应否受理当事人提起的申请撤销仲裁调解书之诉问题的研究意见》（陈龙业，最高院研究室），载《司法研究与指导·研究与交流》（201202/2：90）。

7.一审判决后未上诉，后申请抗诉，再审免交诉讼费

——一审判决作出后，当事人未上诉，后申请检察院抗诉，法院依审判监督程序审理的，当事人不应交纳案件受理费。

标签：诉讼程序⊙诉讼费⊙抗诉

案情简介：2010 年，法院就李某诉郭某等借款合同纠纷案作出一审判决。判决后各方均未上诉。后李某直接向检察院申请抗诉，检察院审查后向法院提出抗诉。法院再审时，对李某是否应交纳诉讼费产生分歧。

法院认为:《诉讼费用交纳办法》第 9 条规定:“根据民事诉讼法和行政诉讼法规定的审判监督程序审理的案件，当事人不交纳案件受理费。但是，下列情形除外:（一）当事人有新的证据，足以推翻原判决、裁定，向人民法院申请再审，人民法院经审查决定再审的案件;（二）当事人对人民法院第一审判决或者裁定未提出上诉，第一审判决、裁定或者调解书发生法律效力后又申请再审，人民法院经审查决定再审的案件。”对于一审判决后当事人不上诉，而申请检察院抗诉的案件不属于上述两种情形，故法院受理此类案件不应收取诉讼费。

实务要点：一审判决后当事人不上诉，而申请检察院抗诉的案件不属于《诉讼费用交纳办法》第 9 条规定的“不交纳案件受理费”的两种除外情形，故法院受理此类案件不应收取诉讼费。

案例索引：内蒙古自治区高院再审“李树贺与郭春龙、李挨战、王保成借款合同纠纷案”，见《最高人民法院研究室关于一审判决后当事人不上诉而申请人民检察院抗诉再审的案件人民法院是否收取诉讼费问题的答复》（法研〔2012〕122 号 2012 年 9 月 4 日），及《<最高人民法院研究室关于一审判决后当事人不上诉而申请人民检察院抗诉再审的案件人民法院是否收取诉讼费问题的答复>的解读》（石磊，最高院研究室），载《司法研究与指导·答复与指导》（2014/4：120）。

8.对驳回申请撤销仲裁裁决裁定，法院不应启动再审

——根据或参照最高人民法院相关司法解释、批复规定，对驳回申请撤销仲裁裁决的裁定，法院不应依职权启动再审。

标签：诉讼程序⊙仲裁⊙再审启动⊙驳回申请撤销仲裁裁决的裁定

案情简介：2013 年，当事人不服法院驳回申请撤销仲裁裁决的裁定，申请再审。法院对其能否依职权启动再审程序纠正仲裁裁决存在的实体认定错误发生争议。

法院认为：根据最高人民法院《关于当事人对人民法院撤销仲裁裁决的裁定不服申请再审人民法院是否受理问题的批复》（法释〔1999〕6 号）、最高人民法院《关于人民检察院对撤销仲裁裁决的民事裁定提起抗诉人民法院应如何处理问题的批复》（法释〔2000〕17 号）等一系列司法解释的规定，基于一裁终局快捷解决纠纷的考虑，不应允许法院以职权启动对驳回申请撤销仲裁裁决的裁定的再审程序。同时，仲裁本身的特点决定了司法对仲裁的审查应以形式审查为主。另，根据或参照最高人民法院《关于人民检察院对不撤销仲裁裁决的民事裁定提出抗诉人民法院应否受理问题的批复》（法释〔2000〕46 号）、最高人民法院《关于当事人对驳回其申请撤销仲裁裁决的裁定不服而申请再审，人民法院不予受理问题的批复》（法释〔2004〕9 号）、最高人民法院《关于下级法院撤销仲裁裁决后又以院长监督程序提起再审应如何处理问题的复函》（〔2003〕民立他字第 45 号）规定，法院不应依职权对驳回申请撤销仲裁裁决的裁定启动再审。

实务要点：相关司法解释、批复明确了对驳回申请撤销仲裁裁决的裁定，当事人不能上诉、不能申请再审、检察院不能抗诉，依《仲裁法》确立的一裁终局原则及司法有限监督原则，法院同样不应依职权对驳回申请撤销仲裁裁决的裁定启动再审。

恋爱过程中的花销能否要回？

2015 年 1 月 8 日　黑龙江省高级人民法院

问：我与女友梁某在 2013 年年初时相识，并很快确立恋爱关系。为尽快结婚，我经常请女友吃饭、看电影，并时常为其买些新衣服、平板电脑等物品。当年国庆节之后，也就是我们双方父母商量结婚事宜的当天，我为其购买了一个高档手机，价值近 13000 元，有发票为证。当时见其爱不释手，心里很高兴。然而，天有不测风云。我们在这之后，感情出现了 180 度的大转弯，并最终分道扬镳。现在整得我人财两空，高档手机也在对方处，请问我为对方的付出，包括贵重手机在内共计花销二万多元能否要回？

答：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。另外，我国婚姻法明确规定:“禁止借婚姻索取财物”，但对结婚前男方根据习俗给付女方财物的行为，既不禁止，也不提倡，对于可以认定为彩礼的财物，按照最高人民法院婚姻法司法解释（二）第十条规定处理。

在司法实践中，婚恋关系中当事人实施的小额给付如具有日常性、及时性消费的物品，属于一般性赠与，可不予返还。但以结婚为目的涉及非日常性必须消费且价值较高的物品，应认定为彩礼，按照彩礼的相关法律处理。你以结婚为目的在恋爱期间为对方购买高档手机一部，该手机属于价值较高的财物，应认定为彩礼，根据最高法院婚姻法司法解释（二）第十条的规定，对方应负有返还财产义务或返还折价款义务。对于你为对方购买的其他物品，属双方在恋爱期间礼尚往来，且物品的价值较小，可不予返还，即对于你这部分的花销，对方无返还义务。

因此，对于恋爱期间的花销，要分情况来处理。你可以先和对方商量手机返还问题，如果对方拒绝返还，你可

以起诉到法院，由法院来裁判。

夫妻财产约定协议公证中会存在哪些问题

2015 年 1 月 8 日　法律快车　深圳罗湖区法院

核心内容：夫妻财产约定协议公证中会存在以下问题，一是效力问题，二是产生的法律后果，三是与其它夫妻财产关系的法律规定，四是适用的范围以及用途等。详细内容法律快车小编为您一一介绍。

夫妻财产约定协议的主体可以是夫妻，可以是即将确立夫妻关系的男女。签订的时间可以是在结婚之前，也可以是在婚姻关系存续期间。形式应当是书面形式，约定的内容是对结婚后夫妻两人名下的财产（包括现有的和将来有的）的归属问题。

1、夫妻财产约定协议书的效力问题

婚姻法第十九条规定夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方具有约束力。夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有的，夫或妻一方对外所负的债务，第三人知道该约定的，以夫或妻一方所有的财产清偿。

根据此条规定，财产约定对债权人的效力是以婚内财产归各自所有并告知债权人的情况下才发生效力。如不符合这两个条件，债权人仍旧可以视夫妻中一方所负债务为共同债务。在具体办理公证中，应当告知这个规定，如当事人只对重要的财产作出约定归各自所有，并不对所有财产作出约定，则不对债权人发生效力。夫妻双方仍旧对夫妻一方债务为承担连带责任。这对于夫妻一方有承担高额债务风险的夫妻尤为必要。但是，以夫妻财产约定来躲避已经发生的债务来是不可能的。

2、夫妻财产约定协议书公证的法律后果

夫妻财产约定书生效后对双方产生约束力，最直接的后果就是产权归属问题发生变化。这是协议当事人都容易明白的。产权发生变化之后，基于财产的收益、处分等问题也发生变化。如银行存款的利息、房产的增值部分、股权的股息等等财产这些既不属于工资、也不属于经营所得，这些也当然的归产权人所有。这些间接后果容易被忽视，在办理公证中我们应当提示。

个人财产由个人处理，共同财产夫妻有平等的处理权，共有财产的处理是共有人的共同同意。如夫妻一方以自己的名义处理财产对另一方造成损失的应当承担侵权责任。

基于我国的登记制度，夫妻财产往往只登记一人名字，很多夫妻共有财产属于“隐名共有”。因此存在财产登记人在处理财产，而不是实际所有人在处理财产。如对于男方婚前房产，双方约定归女方个人所有，但是产权人名字不变更，这就造成实际所有人无法处理房产，因此在办理公证时应当提醒变更登记，达到产权登记人于实际所有人的一致。

同时应当告知，按照相关规定，登记人可以处理财产，如不变更登记可能给实际所有人造成损失，也要造成实际所有人无法处理财产。

3、夫妻财产约定协议与其它夫妻财产关系的规定

夫妻财产关系的约定仅限于财产的归属问题，不能对夫妻之间的相互扶助义务，及相互之间的遗产继承问题作出约定。无论夫妻约定财产共有还是个人所有，都不能规避两人之间的相互扶助义务。也不能通过约定来排斥或指定相互遗产继承问题。

4、夫妻财产约定协议公证适用范围及用途

笔者认为，对于一般的夫妻《婚姻法》第十七条、第十八条的规定比较合理，有没有财产约定无所谓。如果夫妻的财产仅仅用于共同生活或者维持夫妻的相互扶助义务，那么财产约定也没有必要。特别的情况比较适用：财产比较多，再婚夫妻，受赠财产，夫妻一方可能承担较大债务等情况。这些情况办理协议公证之后，对于夫妻内部而言容易理清夫妻财产关系，处理财产比较方便。对于第三人而言，首先办理公证之后容易被第三人确信，处理财产容易被第三人接受。最主要的是当时人过世之后避免在遗产上的纠纷。在遗产问题上，下一辈继承上一代问题上很少因为夫妻财产问题分割不清。但在上一辈继承晚辈财产问题上很容易导致夫妻财产分割上理不清。

律师见证未尽职，法院判赔 25 万

2015 年 1 月 10 日 法官之家　来源：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，某律所持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,津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。

谈抚养权的强制执行

2012 年 7 月 20 日　来源：咸阳中院　作者：李俊　任宏伟

一、抚养权强制执行的现实问题

2008 年 4 月，《重庆晚报》及各主流媒体刊出标题新闻《谁动了我的抚养权》，文中的第二起案件案情如下：重庆大足张女士非婚生子，尽管法院已判决孩子归女方抚养，但因男方拒不执行，将孩子抱养出去后便销声匿迹，女方只能看着孩子“干瞪眼”，6 年与亲生女儿相聚仅一天，生父抱着孩子“东躲西藏”，法院强制执行也多次找不到当事人身影。2003 年春节，申请人张女士给执行法官提供线索：孩子生父回家了。执行法官赶到孩子父亲家时，其突然跑掉，销声匿迹。找不到当事人，执行法官只得反复找其亲属，动员提供线索。据法官介绍，他们至少与被执行人的父亲和哥哥谈过不下 100 次，但都“没结果”。根据我国现行法律，法院强制执行的对象是财物，而不是人。“强制执行一个孩子，这确实是个难题，也是法律的空白点。”对这个问题，重庆一中院和重庆市高院执行庭相关人士表示，张花的这个事情目前还不知如何操作。 这个案件反映出我国目前在夫妻离婚后，子女抚养权归属及实际履行中出现的现实问题。

抚养权是指父母对其子女的一项人身权利，抚养有婚生的抚养与非婚生的抚养之分，在现实生活中由于各种原因的出现与发生，导致父母对子女的抚养权得不到很好的保障。我国《婚姻法》第三十六条规定，父母与子女间的关系，不因父母离婚而消除。离婚后，子女无论由父或母直接抚养，仍是父母双方的子女。离婚后，父母对于子女仍有抚养和教育的权利和义务。离婚后，哺乳期内的子女，以随哺乳的母亲抚养为原则。哺乳期后的子女，如双方因抚养问题发生争执不能达成协议时，由人民法院根据子女的权益和双方的具体情况判决。《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》，对离婚后子女抚养问题也做出了相关规定。基于这些规定，离婚后的子女抚养问题可由双方当事人协商解决也可经由法院调解或判决。离婚后子女抚养权虽经法院判决确定归属，但在履行中却存在这样那样的问题，针对抚养权申请强制执行的案件已不鲜见。

二、法律规定及争议解决

《中华人民共和国民事诉法》第二百二十八条规定：对判决、裁定和其他法律文书指定的行为，被执行人未按执行通知履行的，人民法院可以强制执行或者委托有关单位或者其他人完成，费用由被执行人承担。而如抚养权这样的身份权是否可以强制执行，理论界和实践中，存在诸多的争议。

在执行中，存在以下执行争议观点：

第一种观点认为，抚养权案件不属于执行案的受案范围，因为此类案件没有给付内容，执行依据不属于给付之诉的判决，不具有执行内容。

第二种观点认为，执行的标的包括金钱、财物和行为，此类案件的执行标的为行为，所以属于执行案的受案范围。

第三种意见认为，此类执行案件可立案，但监护权和抚养权不可强制执行，被执行人只能自动履行，不自动将孩子交由申请人监护、抚养，只能告知申请人自行领养，若申请人不能领养，法院也不能采取强制执行措施，只能听之任之。

第四种观点认为，该案应严格依照执行依据所确定的行为内容执行，不能变通，而该案的执行标的为行为。由

于我国法律不支持对人身进行强制执行，所以若被执行人如不自动履行将交由申请人监护、抚养的行为，法院可对被执行人采取罚款、拘留等排除妨害执行的措施。

笔者同意第二种和第四种观点。

首先从法理上分析，执行案件的受理条件，在我国现行法中并无明确的规定。根据一般的学理解释，执行案的受理应该具备以下四个条件：（一）、必须有法律依据。（二）、执行依据必须发生法律效力。（三）执行依据必须具有给付内容。（四）负有义务的当事人拒绝或推托履行生效法律文书确定的义务。针对案而言，具备（一）、（二）、（四）项条件，自不待言。但执行依据是否具有给付内容尚不明确。

从词义解释来看，“给付内容”有两种含义：一是指具有动态价值的特定行为本身，相当于履行、清偿之类的含义；二是指静态意义上的行为所指向的标的，如金钱、财物等。那么，此处的具有“给付内容”是指具体行为，还是行为所指的金钱、财物等？为了界定“给付内容”的内涵，笔者认为，有必要对“给付内容”的渊源进行探析。“给付内容”源自诉讼法理论中判决内容对判决的划分。根据该理论，民事判决可以分为：给付判决、确认判决和变更判决三类。所谓给付判决是指具有给付内容的判决；所谓的确认判决是指其内容仅仅表现为确认当事人之间存在或不存在某种民事法律关系的判决；所谓变更判决是指其内容为变更或者解除双方当事人之间某种既存的民事法律关系的判决。显然，作为此类案件执行依据的判决所确认的监护人，被执行人停止侵权，将孩子交由申请人监护、抚养，不属于确认判决、变更判决，只能属于给付判决。由此可知，在执行该案件受案条件中的“给付内容”的含义是指具体的行为，而不是行为所指向的金钱、财物等。由此，将孩子交由判决确定的监护人监护、抚养的行为，具有给付内容，符合执行案件的受案条件，属于执行案件的受案范围。简言之，本案实际执行的标的，是被执行人讲孩子交由申请人监护、抚养的行为，而不是孩子的人身。强制执行请求事项为“责令被执行人将婚生子某某交由申请人执行人抚养”，即执行标的为“行为”，其法律依据为《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第 254 条规定，“强制执行的标的应当是财物或者行为。”因此，申请人提出对抚养权强制执行的请求事项并无不妥。

有观点提出，强制执行孩子能执行吗，总不能要法院去抱孩子吧？实际上，这是对涉及执行标的为“行为”的错误认识，主要有以下两个误区：其一，将被执行人与执行参与人相混淆。就此类案件而言，被执行人如为某某人，其在执行过程中，应当依照法律规定，承担执行义务，法院仅需要对其实施强制执行即可，而婚生子某人仅是执行参与人，人民法院无需对其实施强制执行，当然不存在强制执行孩子，抑或法院去抱孩子的问题。其二，将执行标的与执行参与人相混淆。申请人仅要求被执行人履行法院调解的义务，即相应的行为，其执行的标的为行为，该行为不是人或物，当然不能将执行标的等同与婚生子某人。

此类案件如何执行，才能将孩子交由申请人监护、抚养呢？《中华人民共和国民事诉法》第二百二十八条规定：对判决、裁定和其他法律文书指定的行为，被执行人未按执行通知履行的，人民法院可以强制执行或者委托有关单位或者其他人完成，费用由被执行人承担。本条是关于强制执行法律文书指定的行为的规定。人民法院作出的生效法律文书，有的属于要求当事人从事某种行为。行为的执行，指要求被执行人作为或者不作为的义务。作为执行标的的行为，可以分为作为和不作为两种，作为也成为积极的行为，即被执行人以积极的方式作出某种行为；不作为，也称消极的行为，指被执行人不得作出某种行为，如停止侵害。从我国某前的立法现状来看，对执行标的行为的执行案件，可以采取的强制执行措施有三种：一是对迁出房屋或退出土地案件的强制执行措施。在被执行人拒绝迁出房屋或退出土地时，法院可以强制被执行人迁出或退出，也可以委托有关单位或个人协助；二是排除妨害执行的强制措施。对拒不履行的被执行人，法院可以对其采取罚款、拘留等排除妨害执行的措施；三是替代性强制执行措施。法院在强制被执行人履行法律文书所指定的行为未果的情况下，可以委托他人代为完成，费用由被执行人负担。

法院强制执行禁止对人身进行直接强制，不能强行带走小孩，不能强行实现夫妻一方对小孩的直接监护。只能采取间接强制的办法，如代履行或执行罚。对拒绝配合执行未成年人抚养归属裁判文书、探视权行使的。法院工作人员一般会苦口婆心做他的工作，做工作无效的，法院可以根据申请，对妨害执行的执行义务人处以罚款、司法拘留的强制措施。经过罚款、司法拘留之后仍然妨碍破坏民事执行的，可以移交公安机关追究刑事责任。

由于此类案件不属于腾房、腾地案件，故不适用第一种强制措施，而第二种强制措施对所有妨害执行的行为，均可以适用，自然也适用于这类案件。针对此类案件案而言，如被执行人不自动履行将孩子交由申请人监护、抚养的行为，法院自然可以采取强制执行措施，如拘留罚款等，用法律的威慑力敦促被执行人交由申请人监护、抚养。可以对被执行人实施民事执行措施。

对被执行人的民事执行措施，主要指行为请求权的执行措施，有以下几个特点，1、以行为为执行标的；2、在执行手段上，以间接执行为主要方法，间接执行是指通过对被执行人实施一定的精神压力，迫使其履行特定行为的执行方法，因其执行方法不能直接产生执行效率而被称之为间接执行，在行为请求权的执行中，因行为与人身的特定联系，直接执行无法满足申请人的要求，故多采用间接执行的方法；3、作为执行标的的行为具有很强的人身性质。行为是人的活动，特定的行为只能由特定的人去履行，其人身性质则尤为突出，非被执行人亲自履行而不能实现申请人的要求。也就是因为对行为请求权的执行存在以上特点，在执行实践中，如果被执行人不履行法律规定的义务，通常采取间接执行的方法，即通过对被执行人采取罚款、拘留等措施，对被执行人施加压力，促使被执行人自动完成判决或调解确定的行为义务。《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第 60 条第 3

款规定，对于只能由被执行人完成的行为，经教育，被执行人仍拒不履行的，人民法院应当按照妨害执行行为的有关规定处理，即若本案被执行人某某人，拒绝履行将孩子送归申请人处，通过人民法院教育及劝诫仍一意孤行的，人民法院可以对被执行人予以罚款或拘留。根据《民诉法》第 102 条和第 104 条的规定，对拒不履行人民法院已经发生法律效力的判决、裁定的，可以对其主要负责人或直接责任人员予以罚款、拘留。对个人的罚款金额为人民币 1000 元以下；对单位的罚款为人民币 1000 元以上、30000 元以下。上述罚款和拘留措施，对同一当事人可以单独适用，也可以合并适用。另外，如果对人民法院的判决、裁定有能力执行而拒不执行，情节严重的，根据《刑法》第 313 条的规定，可以判处三年以下有期徒刑、拘役或者罚金。

三、抚养权强制执行案件远景

2011 年 07 月 06 日，最高法院通报了今年以来组织开展反规避执行专项活动的有关情况，并公布 9 起各地法院制裁规避执行行为的典型案例。最高法院执行局副局长张根大表示，目前，最高法正与公安部等有关部门协商，拟通过技术手段对不履行判决的被执行人建立名单。

解决法院执行难问题，对维护群众利益、化解社会矛盾、促进和谐稳定、维护司法权威、实现公平正义等意义重大。执行难在当前的民事诉讼中并不少见，个中原因一方面是市民法律观念淡薄，缺少守法的意识；另一方面对于被执行人没有一个严格的制约机制导致很多人对法院判决熟视无睹。

在中国香港特别行政区，如果法院判决了很少会出现不执行的状况，这主要和那边有严格的制约机制有关系。如果一方被判赔款，其不执行判决将会带来一系列的后果，不但要被记入诚信黑名单，影响贷款、买房、买车，有关部门还会强制对其实施限制消费，生活、工作都会受到影响。大陆地区，因为没有一个系统的财产管理体制，一个人往往拥有好几个银行账户，可以任意转移财产或以别人名义添置财物，这让那些拒不履行判决的被执行人找到了可乘之机。

判决后抚养权的执行问题，看似只是当事人拒不履行判决中的极少一类，但是对于家庭的稳定，法院判决公信力的维持都有着重大的影响，针对此类案件，我们还是要从解决执行难的角度出发，综合各种社会因素，达到良好化解社会矛盾的目的。随着社会关系的复杂、公民法律意识的提高，涉及这类“行为”的法律纠纷越来越多。这些难以执行的“行为”，包括上述案件中要求离婚一方的孩子抚养权、探视权。法院的一次执行不可能达到永久的效果，因此，它更多地需要公民自我道德的约束。

用虚假身份证骗取结婚登记的实体认定和诉讼程序

2009 年 11 月 3 日　中国法院网　王礼仁

中国法院网 2009 年 09 月 10 日发表了《用虚假身份证骗取结婚登记的法律性质及效力》一文（简称“谭文”），谭文以李志莲诉杨中华（身份不明）离婚案例作为例证，说明使用虚假姓名登记结婚的婚姻不能成立，并认为这种婚姻不能按照民事诉讼程序处理，应当按行政诉讼程序处理。笔者认为，这种观点不符合现行法律规定，有待进一步商榷。

一、使用虚假姓名登记结婚一般不影响婚姻的成立

谭文认为，使用虚假姓名登记结婚，其婚姻不能成立。笔者认为，这种看法与现行法律不符，与客观情况不适应。根据我国有关法律和司法解释，使用虚假姓名登记结婚，只要不存在法定禁止结婚的情形，完成结婚的全部程序，一般不影响婚姻的成立和效力。

1、姓名并不等于身份

姓名是一个人的身份代号，特定的姓名代表特定身份的人。但姓名又不完全等同一个特定身份的人。身份是指个体成员交往中识别个体差异的标志和象征。一个特定身份的人并不完全由姓名来决定。一个特定身份的人要由他的外貌（五官、身材等）、血液、生产父母、出生年月日（或出生证明）、档案资料、姓名等多种要素构成，姓名并不是决定一个人身份的主要因素。事实上，一个特定身份的人，在出生时就决定了他的原始身份。之后即使变更自己的姓名或者假借他人的姓名，并不能改变自己的基本身份。因此，一个犯罪分子不论怎样改名换姓，甚至整容，都无法改变和否认他最原始的身份，公安机关仍然要依法对其抓捕打击。一个人假借他人的姓名结婚，况且结婚证上的照片也是本人的，其结婚行为仍然是由本人实施的，而不是由他人实施的。这种行为，只能对实施结婚的具体人产生法律效果，而不能对他人产生法律效果。这种情况，法院应当认定使用虚假姓名的人为婚姻当事人，可以认定真实身份的，在判决中确认当事人的真实身份。不能认定真实身份的，应当以婚姻登记的当事人为诉讼当事人。

2、处理婚姻案件，应当遵循 “事实在先原则”

婚姻有一个 “事实在先”的特点，无论法律承认与否，这种身份关系都已经客观存在。处理婚姻案件，应当遵循“事实在先原则”，注重婚姻事实，不能仅凭婚姻登记的姓名等形式确认婚姻成立与否和是否有效。既要考虑法律规定，又要考虑婚姻（身份）生活事实；既要考虑维护法律尊严，又要考虑适度保护当事人利益，稳定婚姻秩序。因而，各国立法在规定宣告婚姻无效或撤销婚姻时，都持十分谨慎态度。对于即使存在无效婚姻情形者，在某些特定条件下，也不按无效婚姻处理。如法国民法规定胁迫或错误婚姻无效。但法国民法典第 181 条规定，对于受胁迫或错误而结婚，“夫妻于完全取得自由或发现错误后继续同居满 6 个月时，无效之诉不予受理。”[1]同法第 185 条还规定，夫妻一方或双方虽未达必要的年龄，但“有下列情形之一时，不得再提出攻击：一、夫妻一方或双方到达必要年龄经过 6 个月时。二、未达此项年龄之妻，于 6 个月届满前怀孕时。”[2]瑞士民法关于无效婚姻的排除，

也有类似的规定。如瑞士民法第 131 条规定：“对于有身份官员在产场而完成的婚姻，不得仅因其未遵守法定的结婚形式为理由，而宣告无效。”[3]我国立法也是如此，不仅对宣告无效婚姻的条件控制很严，而且还规定，对于禁止结婚情形消失后，不得再主张宣告婚姻无效。比如没有达到婚龄而结婚者，达到婚龄后就不得再主张婚姻无效；重婚者只要解除了前一婚姻关系后，对后一婚姻也不再宣告无效。从中我们可以看出，对于违反婚龄、重婚等如此严重的违法行为，就可以有条件承认婚姻有效。那么，对于使用假身份证结婚这种相对较轻的瑕疵行为，又怎么不能认可其婚姻效力呢？因而，一般来讲，只要结婚行为没有严重损害社会利益或公共利益，不要轻易否认。这样才符合婚姻的特点。从司法实践看，有的结婚时间长达几年、十几年，甚至几十年，如果仅仅因为一个登记姓名上的错误，就否认其婚姻的存在，显然是不合理的。同时，即使从法律上否认其婚姻的存在，但其客观存在的婚姻事实，包括有的已经生育子女，都是无法否认的。这些婚姻事实往往伴随着诸多法律效果，即承认不承认婚姻事实的存在或效力，直接涉及到一方能否以配偶身份继承财产或取得其他利益等。否认双方婚姻的存在或效力，往往会给一方带来严重不利。因此，比较之下，承认婚姻的存在或效力，更为有利。因而，对于不违反社会公益的自愿结婚，在程序上存在的瑕疵，采取救济性处理，比采取毁灭性处理，其社会效果更好。

3、完全以婚姻登记的姓名确定婚姻关系行不通

如果完全按照真实姓名认定婚姻的效力，对于婚姻登记姓名错误的婚姻也不好处理。如杨文喜与覃必英双方于 1992 年登记结婚，1993 年生育一子女。2006 杨文喜起诉离婚，但覃必英身份证上的姓名是“覃必英”，而结婚证姓名是“覃毕英”。“必”与“毕”一字之差，造成了杨文喜能否起诉与“覃必英”离婚之争。虽然从性质上看，这不属于使用虚假姓名登记结婚。但从形式上看，它与那些用假姓名结婚又没有两样，即结婚证上的姓名都不是自己的真实姓名。如果简单地以婚姻登记姓名确认婚姻是否成立或有效与无效，该婚姻也可以被确认不成立或无效。但这样认定显然不符合客观情况，也没有法律根据。这进一步说明，不能完全按照婚姻登记姓名的真伪来确定婚姻是否成立或有效与无效。否则，婚姻登记姓名错误，都会被认定婚姻不成立或无效。

4、民政部和最高人民法院对使用虚假姓名登记结婚的态度

2002 年 8 月 6 日，民政部办公厅就安徽省民政厅关于婚姻当事人双方结婚登记后，一方不知去向，法院在受理另一方提起的离婚诉讼时调查发现，失踪一方办理结婚登记时提供的身份证明、户籍证明及婚姻状况证明均系伪照，另一方因此要求婚姻登记机关撤销登记，应如何处理的问题，印发了《关于撤销黄清江与叶芳结婚登记问题的答复》（民办函[2002]129 号）。答复指出，“婚姻登记机关对当事人提供的证件、材料不具备真实性审查的条件和能力，《婚姻登记管理条例》第二十五条‘弄虚作假、骗取婚姻登记的’是指当事人不符合结婚登记的实质性要件，通过弄虚作假而骗取的登记。因此，对黄清江要求登记机关撤销婚姻登记的请求不予支持。最高人民法院已函复我部（法研[2002]81 号），当事人可依法向人民法院提起离婚诉讼。向人民法院宣告死亡的，其婚姻关系按一方当事人死亡处理。” [4] 这个案件与李志莲诉杨中华离婚案完全相同，处理此类案件，应当参照参照上诉答复精神办理，因为这个答复是根据最高人民法院给民政部的函复（法研[2002]81 号）所作的答复。

5、否认使用虚假姓名登记的婚姻，弊端很多

对使用虚假姓名登记结婚，如果一律否认其婚姻成立，弊端很多。比如，一个合法婚姻的当事人登记结婚后，又以虚假身份与他人登记结婚。如果认为使用虚假姓名登记结婚，其婚姻不能成立，那么，后一个婚姻就不能成立。婚姻不成立当然不构成重婚。这岂不是要放纵婚姻违法犯罪？又如，如果妹妹以姐姐的身份登记结婚，姐姐后来又以自己的身份登记结婚，其姐姐岂不是又构成了重婚？并且要撤销后婚？因而，婚姻关系应当以婚姻的实际当事人为婚姻当事人。在前述第一种情况中，当事人使用虚假身份进行第二婚姻登记，并不影响婚姻的成立（但无效），其行为构成了重婚。在前述第二情况中，妹妹以姐姐的身份登记结婚，婚姻当事人仍然是其妹妹，而不是其姐姐，姐姐与妹妹配偶（即妹夫）的婚姻不成立或不存在。因而，姐姐的婚姻并不构成重婚，更不存在撤销问题。如果对姐姐的婚姻发生争执，姐姐可以诉请法院确认前一婚姻不成立或不存在。关于这类问题，我在《婚姻诉讼前沿理论与审判实务》一书中，有详细论述。在此不再赘述。

总之，以虚假身份登记结婚，只要完成全部婚姻登记程序，应当认定其婚姻成立，如果不存在无效婚姻情形，亦应当认定婚姻有效。

二、使用虚假姓名登记结婚的诉讼程序

对使用虚假姓名登记结婚，涉及到双方对婚姻是否成立发生纠纷的，应当运用婚姻成立与不成立之诉解决。对此，我在《人民司法》2009 年第 13 期有详细论述，可参考。如果对婚姻成立没有争议，且不存在无效婚姻情形者，应当按离婚处理。

（一）需要澄清的几个问题

对使用虚假姓名登记结婚的诉讼问题，目前有一些错误认识，需要进一步澄清。

1、对一方身份不明的能否按民事案件处理

谭文认为，对一方身份不明的，不能按民事案件处理，应当按行政诉讼处理。其理由是在判决书上无法确定具体当事人，如果有子女抚养内容，判决由一个虚拟的人承担法律义务和责任无疑是荒谬的，更难以执行。这里有几个问题需要澄清。

（1）如何认定“有明确的被告”

根据民事诉讼法第一百零八条规定，只要 “有明确的被告”即可，并不要求被告身份准确、地址明确。因此，不能认定当事人真实身份，与“没有明确的被告”，是两回事。“有明确的被告”，而不能认定当事人真实身份，不影响法院对案件的受理和审理。

对使用虚假姓名登记结婚的诉讼案件，原告提供婚姻登记资料，经法院核实，婚姻登记的真实性没有问题者，法院应当认定使用虚假姓名的人为婚姻当事人。因而，婚姻案件一般都“有明确的被告”，至于被告的真实姓名或具体地址不明，只是被告身份的部分要素或情资不清，而不是没有明确的被告。原告诉讼的就是婚姻登记的另一方当事人，因而，应当认定有明确的被告。

（2）婚姻登记中身份不明的人不是“虚拟人”

谭文认为，身份不明的当事人是一个“虚拟人”的看法不正确。婚姻登记中身份不明的人，是一个现实生活中的真实人，不是“虚拟人”。只是这个人的部分身份资料尚不清楚而已。

（3）如果不能通过民事诉讼解决，也不能通过行政诉讼解决

谭文认为，对使用虚假姓名登记结婚的诉讼案件，不能通过民事诉讼解决，应当通过行政程序及行政诉讼程序予以解决。笔者认为，这里有一个矛盾，民事诉讼不能确认当事人身份，而在行政诉讼中怎么就可以确定呢？如果民事诉讼不能确定是解除李志莲与谁的婚姻关系，行政诉讼又怎么能确认是撤销李志莲与谁的婚姻登记呢？

实际上，不能是行政诉讼，还是民事诉讼，抑或有婚姻登记机关直接处理，在身份不明的情况下，都只能将婚姻登记的当事人，作为诉讼当事人。因而，既然可以按照行政诉讼处理，也就可以按照民事诉讼处理

（4）对于有子女抚养等执行内容的，仅仅涉及一个执行问题

对使用虚假姓名登记结婚的诉讼案件，在执行上，与其他下落不明的案件，具有相同性质。如果你能找到婚姻登记中的另一方（被告），不能他的身份是否明确，你都可能执行，如果你不能找到他，不能他的身份是否明确，你都无法执行。因而，这不能作为影响诉讼和判决的理由。

（5）婚姻是典型的民事案件，按行政诉讼处理弊端多

婚姻是典型的民事案件，不宜按行政诉讼处理，我在《人民司法》2009 年第 13 期有详细论述。这里再就李志莲诉杨中华离婚案件补充一点。如果由婚姻登记机关或按照行政诉讼撤销了李志莲诉杨中华的婚姻，如果杨中华出现了，能够说明他的身份是真实的，或者能够说明是由于登记上的疏忽，将“杨中华”中的“忠”字，误写成“中”字，那么，这个婚姻又该怎么处理？

2、身份不明能不能承担民事责任？

谭文认为，民事诉讼与刑事诉讼不同，刑事诉讼中犯罪嫌疑人、被告人虚报姓名而司法机关无法查明其真实姓名的，可以用其虚报的姓名追究其刑事责任。在犯罪嫌疑人、被告人被抓获的情况下，其虚报姓名不影响对其追究刑事责任。而民事诉讼中，在被告不明确的情况下，无法使所谓的被告承担民事诉讼的法律后果。

笔者认为，恰前相反，刑事诉讼中，被告身份不明，不能承担刑事责任，而在民事诉讼中，被告身份不明，则要承担民事责任。如共同危险责任就是最典型的例证。

同时，在刑事诉讼中，被告身份不明，则不能承担刑事责任。被告之所以承担刑事责任，并非身份不明，只是部分身份事实不清，但被告的犯罪身份是清楚的，即某一犯罪行为是被告所为。如果不能确认认犯罪身份，被告是绝对不能承担刑事责任。而民事案件不能确认被告身份，则可以承担共同危险责任。

3、当事人的婚姻登记是民事行为，还是行政行为？

谭文认为，登记行为本身就不是双方当事人的民事行为，而是一个具体行政行为。要撤销行政行为，不能采用民事诉讼方式。

这种看法显然是不当的。按照上述观点，无效婚姻和可撤销婚姻，都只能由婚姻登记机关处理，或者按照行政诉讼处理；离婚也只能走行政诉讼程序。因为婚姻登记是行政行为，无论是有效婚姻的解除（离婚），还是无效婚姻的宣告，都是婚姻登记行为所产生的不同法律效果，都要按行政诉讼处理。

而事实上，目前处理无效婚姻和离婚，都是按民事案件处理的。这是因为婚姻登记是典型的民事行为，婚姻案件是典型的民事案件。对此，国务院法制办关于《行政许可法疑难问题解答》中有明确意见：″行政许可是行政机关对经济和社会事务的管理行为，不包括对民事权利、民事关系的确认。因此，产权登记，机动车登记，婚姻登记，户籍登记，抵押登记等不是行政许可″。[5]因而，婚姻登记是民事法律行为。具体讲，婚姻登记是“婚姻宣示行为”。这一问题，我在《婚姻诉讼前沿理论与审判实务》一书中，有详细论述。

（二）使用虚假姓名登记结婚的诉讼程序

现有行政法规没有赋予婚姻登记机关处理婚姻登记瑕疵纠纷的权力。对婚姻身份姻登记等错误申请行政复议，由婚姻登记机关处理，缺乏法律根据。原来的《婚姻登记管理条例》第 25 条、第 28 条的规定，婚姻登记管理机关有权受理宣告婚姻无效的申请。婚姻登记管理机关查实申请人陈述的情况真实，已缔结的婚姻确实存在无效原因的，依法宣布该婚姻关系无效，并收回结婚证。根据上述规定，请求权人可以向有关婚姻登记管理机关请求确认婚姻无效。但《婚姻登记管理条例》所规定的婚姻无效原因与现行《婚姻法》相抵触的，不能再适用。同时，2003 年国务院颁布的新《婚姻登记条例》第 9 条也只规定婚姻登记机关受理因胁迫结婚向婚姻登记机关请求撤销的婚姻，没有规定婚姻登记机关受理无效婚姻。我们理解，这不是疏忽，而是已经取消了婚姻登记机关宣告婚姻无效的规定。因

为根据修改后《婚姻法》第 11 条规定，“因胁迫结婚的，受胁迫的一方可以向婚姻登记机关或人民法院请求撤销该婚姻”。而婚姻法第 10 条对无效婚姻，并没有规定婚姻登记机关也可以宣告无效。所以，2003 年 10 月 1 日实施的民政部《婚姻登记工作暂行规范》第 46 条规定：“除受胁迫结婚之外，以任何理由请求宣告婚姻无效或者撤销婚姻的，婚姻登记机关不予受理。”根据上述规定，民政部不能受理胁迫结婚之外的任何婚姻纠纷。因“婚姻登记瑕疵”引起的纠纷，只能由人民法院统一处理。

目前，因重婚、近亲、疾病、未达到婚龄等婚姻登记引起的无效婚姻，都是由人民法院按照民事案件处理的。而因代理、假冒身份、手续不完备等婚姻登记瑕疵纠纷，同样是婚姻机关登记的，同样是涉及当事人双方的婚姻关系，怎么就成为了行政案件？这岂不是双重标准？而且没有法律根据。实际上，两者性质相同，即都属于平等主体之间的法律关系，都属于民法调整的范围，都是典型的民事案件。对此，婚姻登记机关不能且无法处理这类纠纷。

对于婚姻机关不能处理的案件，按照行政诉讼处理，显然也缺乏法律基础。因此，对使用虚假姓名登记结婚，如果对婚姻成立没有争议，且不存在无效婚姻情形者，应当按离婚处理。对使用虚假姓名登记结婚，涉及到双方对婚姻是否成立发生纠纷的，应当运用婚姻成立与不成立之诉解决。

所谓“确认婚姻成立或不成立之诉”，就是根据婚姻法规定的婚姻成立要件，请求确定其二人间婚姻成立或不成立之诉（或有无夫妻关系之诉）。如对他人代理、或借用他人名义进行婚姻登记等瑕疵婚姻发生争执时，如果一方认为婚姻不成立，可以提起确认双方婚姻不成立之诉；另一方认为婚姻成立者，则可提起确认双方婚姻成立之诉。人民法院通过审理，如果查明婚姻登记存在严重瑕疵，不符合婚姻成立要件的，则依法确认双方婚姻不成立。如果婚姻登记存在轻微瑕疵，不影响婚姻成立的，则依法确认双方婚姻成立。

注释

[1]罗结珍译《法国民法典》（上），法律出版社，2005 年 3 月 1 版，第 178 页。

[2]同上，第 179 页。

[3] 殷生根、王燕译《瑞士民法典》，中国政法大学出版社，1999 年 8 月版，第 37 页。

[4] 见民政部办公厅《关于能否撤销黄清江与叶芳结婚登记问题的答复》（民办函[2002]129 号）。离婚登记情况介绍 http://www.wsq.gov.cn/bmfw/contents/2009-03/03/content_191006.htm

[5]中国法院国际互联网 http://www.chinacourt.org/html/article/200406/28/121186.shtml

（作者单位：湖北省宜昌市中级人民法院）

【法律实务】从一起案件浅析探望权的执行

2015 年 1 月 11 日 菏泽市中级人民法院

【案例】：申请执行人王芳与被执行人李勇于 2011 年 3 月 25 日经法院判决离婚。双方之子李智由王芳抚养，李勇每月支付抚养费 260 元，并有权探望李智。判决生效后王芳以李勇不支付抚养费为由向法院申请强制执行，而李勇则以王芳不让其探望李智为由也向法院申请强制执行。执行人员在执行过程中查明，李勇不支付抚养费是因为在如何行使其探望权上与王芳存在争议，不能达成一致意见。王芳坚持李勇每月在支付抚养费时到王芳家中探望李智，而李勇则坚持每个星期天带李智到其家中度过一天。同时执行人员还了解到双方的老人对李智都很好。于是执行人员到双方家里做工作，进行说服教育，又向其双方老人讲明法律规定，强调要正确处理好情、理、法的关系，为孩子的成长负责。最后双方达成和解协议，李勇每月按判决书规定的时间将抚养费交付给王芳，王芳同意李勇每个星期天下午将李智带到其家中居住，第二天送回到王芳家中，李智上初中后，由李智决定其住所。

【评析】：近年来，随着离婚案件的不断增加，离婚后不与子女共同生活的一方因要求探望子女而引发的纠纷也越来越多。我国婚姻法虽然明确规定了离婚后不与子女共同生活的一方有探望子女的权利，但在实际执行过程却会遇到许多问题，执行起来也比较困难。这起案件虽然通过执行干警的努力疏导，最终得以执结，但却让我们不得不思考在执行类似离婚案件时如何化解双方矛盾，促使探望权的顺利实现，以及如何处理好行使探望权与支付抚养费之间的关系。在解决这些问题之前，首先要了解一下探望权。

一、探望权的理解。

探望权是夫妻离婚后，未与子女共同生活的一方享有与子女联系、会面、交流等的权利。在日本称为见面交流权，台湾地区称为见会面交往权，《中华人民共和国婚姻法》则称为探望权（或探视权）。

从成因上看，探望权是因婚姻关系的解除，基于亲权和血缘关系而产生，是父母监护权的延伸，但又与监护权分离成为并存的权利，具有很强的人身性。由于探望权是未与子女共同生活的父或母一方享有的对子女的法定权利，非有法定事由不得予以限制或剥夺。

从法律规定上看，探望权是一项权利，但从理论上分析，探望权是权利和义务的统一体。因为探望权不仅仅是通过定期的探望来延伸其监护权，维系亲情，更是为了子女的健康成长而履行抚养教育子女的义务。所以，探望权既是父母的权利，也是为保障子女的健康成长而为父母设置的义务。

二、探望权的执行

通过对探望权及其性质的了解，就能在离婚案件的执行过程中正确处理探望权的行使问题。探望权主要涉及三种法律关系，即权利人与原配偶之间、权利人与子女之间以及原配偶与子女之间的法律关系；其主体主要有三方，即权利人、子女以及与子女共同生活的原配偶。可以拿三角形来打个比方，上述三方主体就如同是三角形的三个顶

点，三种法律关系就是三角形的三条边。确定了三角形的“三个顶点”，只要再固定好三角形的“三条边”，整个三角形就稳定了。所以要解决探望权的执行问题，使探望权得以顺利实现，就必须处理好上述三种法律关系。

（一）权利人与原配偶

探望权之所以执行难，纠纷不断，主要是离婚案件的双方当事人之间的矛盾没有完全化解，双方不能就探望权的行使达成一致意见。虽然法律明确规定了与子女共同生活的一方有协助探望权行使的义务，但实践中与子女共同生活的原配偶往往由于对法律的无知或者其它所谓的“社会规则”，拒绝、阻挠或者不予提供方便，妨碍探望权的执行。这样一来，双方的矛盾进一步加深，最终使得探望权无法实现。因此，执行人员应首先做好权利人与其原配偶的工作，向其讲明法律规定，让其明确各自的权利和义务，并从保障子女的健康成长、维护子女的最大利益出发，努力达成共识，减少分歧，促成双方就探望权的具体行使方式、时间、地点达成协议。

在以何种方式行使探望子女时，既要考虑父母的因素，包括父母的居住地点、工作性质、健康状况、生活情况等，又要考虑到子女的利益和需求。探望权的行使方式一般有两种，一种是见面性探望，即不与子女共同生活的一方到对方家中或指定的地点与子女见面、交流，这种方式时间短，方式灵活且没有脱离抚育子女一方的监护。另一种为逗留性探望，即探望权人可在约定或法院判定的时间内，将子女领走共同生活一段时间再按时送回，这种方式的时间较长，有利于父母与子女的长期交流，保障了子女充分接受父母双方的教育，有利于子女的身心健康。对子女而言，年龄是一个重要的考虑因素：十周岁以下子女，缺乏一定的辨别能力和表达能力，受环境的影响较大，适应能力也较弱，因此适用见面性探望较为适宜。十周岁至十八周岁的子女，该年龄段未成年人为限制行为能力人，有一定的辨别能力和自我表达能力，对环境的适应能力增强，在决定探望方式时应征求子女的意见。探望权的行使也应在征得子女同意的情况下实施。

（二）权利人与子女

一般情况，权利人探望子女不会有什么问题。但为了保障子女的最佳利益，防止子女的身心健康因探望权的不当行使而受到伤害，法律应对探望权的行使予以限制。我国婚姻法规定了探望权的中止事由，即不利于子女的身心健康。虽然立法的初衷是好的，但这样的标准过于笼统，不具有可操作性，只能由法官自由裁量，很可能造成探望权中止的滥用。探望权的行使目的也是为了子女的健康成长，中止探望权本为不得已的行为，适用起来应更为严格。美国《统一结婚离婚法》中就规定，只要这种探视不严重危害子女的身体、精神、道德、感情或健康，法庭就不应限制父母探视子女的权利。这一规定值得我们借鉴。

笔者认为中止探视权的情形可以规定为以下几种：一是申请人表示可以延期执行的；二是由于申请人的原因，继续行使探视权将严重损害子女的身心健康的；三是能够正确表达自己意志的子女，不愿意接受申请人探视的；四是穷尽各种手段后，被执行人仍不愿意协助履行义务的；五是被执行人和子女下落不明的。这样规定了具体情形以后，就避免了法官在自由裁量时的滥用，可以更好地协调父母探望权的权利性与保护子女最佳利益之间的关系。

（三）原配偶与子女

原配偶是与子女共同生活的一方，是探望权案件的被执行人，其协助权利人行使探望权既是法律规定的义务，也是其作为被执行人应当履行的义务。虽然是被执行人，但其更多的时候承担的是一种消极的不作为的义务，只要其不积极加以阻挠，探望权在一般情况下都能实现。如果经过执行人员的各种努力，被执行人仍拒绝履行协助义务，按照法律程序可对被执行人采取罚款、拘留等强制措施，迫使其履行义务。但从保障子女的健康成长，维护其最佳利益，乃至构建社会主义和谐社会的主题考虑，笔者认为不应对被执行人采取强制措施，由于被执行人是直接抚养子女的一方，承担的责任更重，如果对其采取强制措施，将会给子女的生活和身心健康带来不利影响，最终的受害者还是子女，这就违背了设置探望权的初衷。而且，对被执行人采取强制措施，探望权也不一定会顺利实现，这时就应适用探望权的中止执行。因此，在执行过程中，执行人员要掌握情况灵活处理，以说服、疏导等思想教育工作作为主要手段，一方面，要做好法制宣传，使被执行人认识到协助权利人实现探望权是其法定义务；另一方面，则要排除被执行人的思想障碍，疏导其从保障子女的身心健康出发，不要向子女灌输对方对离婚负有责任或不利于对方抚育子女的言词，配合权利人行使探望权。

三、探望权与支付抚养费的关系

探望权案件的执行往往是伴随着抚养费的支付，因为抚育子女是父母的基本义务，未与子女共同生活的一方有义务向另一方支付抚养费，直到子女成年或能够独立生活为止。在大多数情况下，义务人本来就不愿意支付抚养费，但当探望权因直接抚养子女的一方的不配合而不能实现时，探望权人往往更加拒付抚养费。而直接抚养子女的一方又以探望权人拒付抚养费为由，拒绝其探望子女，各说各有理，矛盾越闹越深，这样的循环也是探望权执行难的原因之一。实际上，行使探望权与支付抚养费是不冲突的，两者是并列的，两者都是抚育子女义务的组成部分，只不过前者更突出其权利性。应该说两者都是无条件的，不互为条件，也没有先后顺序，即无论父母的探望权是否实现，都负有支付抚养费的义务；无论父母是否支付抚养费，均享有探望子女的权利。当探望权人不履行支付抚养费的义务，或与子女共同生活的一方拒绝对方探望子女时，权利人都可以向法院申请强制执行。

当然，在具体案件的执行过程中，也会遇到其他一些影响执行工作的人，如双方当事人的父母、亲属、朋友等。从司法实践来看，他们与当事人的关系密切，对当事人最为了解，由他们出面做工作，当事人也容易接受。因此，执行时要充分动员当事人的父母、亲属、朋友等配合法院执行人员做好当事人的思想工作，从而促进案件的顺

利执行。

参考书目

1、中国法制出版社出版，《中华人民共和国婚姻法-注释与配套》。
2、中国法制出版社出版，《离婚怎么办》，李思涛主编。
3、法律出版社出版，《中华人民共和国婚姻法-配套解读》，法律出版社法规中心编。
4、法律出版社出版，《婚姻家庭纠纷指导案例与审判依据》，王振民、吴革主编。
5、《中华人民共和国婚姻法注释本》。
6、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉解释（一）》。
7、中国法律出版社出版，《婚姻家庭法》，法宝网主编。

假离婚时签协议 真离婚时没有效
法院认为系争条款无约束力未支持诉请

2015 年 1 月 11 日　人民法院报　李新卫

2007 年 9 月，事业有成的陈先生贷款购买了位于上海市蕴川路 1498 弄某号 502 室一套房屋，并登记为该房屋权利人。

2009 年 1 月 1 日，陈先生与比自己小四岁的陈女士登记结婚，第二年生育一子。

2012 年，上海市房屋限购政策出台，为优惠买到第二套房，5 月 29 日，两人到婚姻登记处办理离婚手续，并签署了一份《自愿离婚协议书》，协议约定目前居住的房屋，离婚后权利归父子二人共同所有，男方承担该房屋的剩余银行贷款，在儿子未满 18 周岁前，不得私自变更、转让该房屋，否则女方有权向法院起诉要回儿子的监护权及抚养权，并根据房产交易中心发票为准，将全部交易金额归儿子所有；在儿子满 18 周岁后，该房产需要与儿子共同协商处置，不得私自变卖、转让，否则儿子有权要求取得全部份额。协议还约定，女方离婚后仍居住在该房屋中。

同年 6 月 13 日，陈女士以其个人名义购买了上海市岳阳路某号一套高层住宅，并登记为该房屋权利人。

三天后，陈先生与陈女士再次登记结婚。然而此后的生活并没有原来设想的那么美好，双方为家庭琐事开始争吵，陈女士也带着儿子搬到岳阳路的房屋居住。

2014 年 7 月，陈女士向上海市宝山区人民法院起诉，称复婚后陈先生对家庭不负责任，对孩子不闻不问，自己不得不带着儿子搬离。为了保障儿子的合法权利，现要求确认蕴川路房屋由儿子与陈先生共同共有。

庭审中，被告辩称，《自愿离婚协议书》是基于特定目的订立的，当时假离婚，购买岳阳路房屋可以享受首付 30%等优惠，后来购房成功，双方又复婚了，该协议不再具有约束力。即使算赠与关系，由于房屋产权未转移，被告可以行使任意撤销权。

最终，法院判决采纳了被告的抗辩意见。

法官说法

假离婚协议非两人真实意思表示

该案承办法官就《自愿离婚协议书》的约束力问题进行了阐释。法官认为，2012 年 4 月 1 日，案外人与陈女士签订了一份房屋买卖合同，约定陈女士以 242 万元的价格购买岳阳路房屋。同年 5 月 30 日，也就是在两人离婚登记后一天，陈女士向徐汇区房地产交易中心申请查询其名下住房情况，查询结果为 0 条。6 月 5 日，陈女士向房地产交易中心提交岳阳路房屋过户材料，6 月 13 日登记为岳阳路房屋的权利人，并于 6 月 16 日与被告复婚。从上述时间节点看，两人在离婚后的半个月又复婚，而原告在这半个月内完成了岳阳路房屋的过户手续，再结合离婚协议未涉及岳阳路房屋、离婚后原告仍居住在系争房屋等事实，法院认为《自愿离婚协议书》中关于系争房屋的条款，可以认定为非两人的真实意思表示，对两人没有约束力。

法官强调说，即使《自愿离婚协议书》发生效力，在原、被告复婚后，离婚协议未履行的部分也应终止履行，在两人没有特别约定的情况下，原告没有权利要求被告继续履行离婚协议。

浙江高院民一庭副庭长叶向阳在浙江高院省司法厅规范民事诉讼鉴定工作新闻发布会上发言稿

2015 年 1 月 11 日　浙江省高院私人法律顾问

浙江高院省司法厅规范民事诉讼鉴定工作

新闻发布会发言稿

浙江省高级人民法院民事审判第一庭副庭长 叶向阳

（2015 年 1 月 8 日）

各位新闻媒体界的朋友：

大家好！

《浙江省高级人民法院关于进一步规范民事诉讼鉴定相关工作若干问题的纪要》（以下简称《纪要》）已于日前制定并下发全省。下面我向各位记者朋友介绍《纪要》制定的背景及相关情况。

一、制定《纪要》的背景

自2005年司法鉴定实行社会化改革以来，一方面改变了司法机关以往自鉴自审的弊病，另一方面鉴定机构应有的中立性和市场机制作用下的趋利性之间的矛盾也逐渐显现。民事诉讼中重复鉴定多、鉴定效率低、鉴定意见说理不充分等现象困扰审判多年，影响了民事诉讼程序的顺利进行，引发当事人对鉴定意见乃至法院裁判公信力的质疑。党的十八届四中全会《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》对鉴定制度的完善提出了明确的要求，2014年浙江省政法工作会议也把破解涉诉鉴定问题作为工作重点进行了部署。

为有效破解司法鉴定难题，省高院于2014年初组成课题组，在全省法院内外对民事诉讼鉴定工作相关问题进行了专题调研，并在此基础上起草了《纪要》，以期推动司法和行政良性互动，有效规范民事诉讼鉴定工作，提升鉴定意见和司法裁判的质量，回应人民群众对司法公信力的新需求。同时也希望通过今天的新闻发布会，让社会各界了解规范民事诉讼鉴定工作的必要性以及我们进一步规范民事诉讼鉴定工作的具体举措。

（一）当前浙江法院审理涉民事诉讼鉴定案件的基本情况

为了全面掌握我省民事诉讼鉴定工作的有关情况，课题组对我省近五年来涉诉鉴定有关情况进行了梳理。具体情况如下：

1、民事诉讼中对外委托司法鉴定数量基本与案件数同步增长，占比相对稳定在5%左右。

2010年，全省法院受理各类民商事案件数量为43万件，2011年为44.6万件，2012年为51.8万件，2013年为55.9万件，2014年为60.5万件。同期，全省各级法院对外委托司法鉴定数量分别为2.26万件、2.08万件、2.50万件、2.86万件、3.00万件。即五年间全省法院共受理各类民商事案件255.8万件，对外委托司法鉴定12.7万件，约占诉讼案件的5%，对外委托司法鉴定数基本保持同步增长（图表一），但司法鉴定数占所有民商事案件比重保持在5%左右（图表二）。

图表一 民商事案件和司法鉴定案件数量增长率对比

图表二：司法鉴定数占所有民商事案件比重

2、对外委托司法鉴定以三大类即法医类、物证类、声像资料类鉴定为主，评估审计类次之。

民事诉讼中涉及的鉴定类型以法医类、物证类、声像资料鉴定为主，评估审计类次之（图表三）。前三类鉴定基本在案件审判过程中对外委托，评估类则多见于案件的执行阶段。据不完全统计，执行过程中法院对外委托鉴定占所有司法鉴定的四成左右。

图表三 2009-2013年对外委托司法鉴定类型构成

3、杭州、温州、宁波地区法院委托鉴定的数量居全省前三位，绍兴、温州鉴定案件占比最高。

各地区委托司法鉴定的数量与其受理的民商事案件数量基本成正相关关系，但各地对外委托司法鉴定数量占所有民商事案件数量比重差异较大。以2013年为例，全省民商事受案数量排名前三的是杭州、宁波和温州，末三位的是舟山、衢州和丽水。同期法院对外委托司法鉴定的数量，排名前三的是杭州、温州、宁波，末三位的是舟山、丽水和衢州。但对外委托司法鉴定数量占所有民商事案件数量比重较大的前两位是绍兴和温州，均超过了7%。比重较小的前两位是丽水和嘉兴，均不到3%（图表四）。

图表四：各地委托司法鉴定数量占民商事案件比重

4、审判过程中对外委托司法鉴定案件类型以人身损害赔偿纠纷为主，占比近60%。

法院审理中对外委托司法鉴定的案件具体类型主要为人身损害赔偿纠纷类案件。我们从审判系统中抽取了2013年涉及对外委托司法鉴定的9283件民商事案件，其中最多的是人身损害赔偿纠纷，占比58.60%。之后依次为：金融纠纷占9.26%；买卖合同纠纷占8.11%；建设工程纠纷占5.13%；婚姻家庭纠纷占3.15%。就具体案由而言，机动车交通事故责任纠纷案件几乎占据了鉴定案件的半壁江山，占比为47.63%（图表五）。

图表五 审理中委托司法鉴定案件的案由构成

5、涉司法鉴定案件一审调撤率相对偏低，相关案件处理难度较大。

涉司法鉴定案件往往涉及法律以外的专门性问题，案件事实相对疑难复杂，且当事人对事实争议较大，需要法院对外委托鉴定来查明真相。若当事人对一次鉴定不服，可能需要再次，甚至多次鉴定，不仅使审判程序更加繁复，增加案件事实认定的难度，客观上也加深了双方矛盾，使得案件本身愈难处理。据统计，涉鉴定一审民事案件的调撤率约为45.38%，而同期全省一审民事可调案件调撤率为77%左右，相比差距较大，一定程度上也反映出此类案件的处理难度。

（二）民事诉讼鉴定中存在的主要问题及原因分析

近年来，我省民事诉讼鉴定工作在省高院、省司法厅和其他行业主管部门的共同努力下，在鉴定委托程序规范和鉴定人出庭制度等方面都取得了很大的进步，但与人民群众对司法公正和效率的期待还有较大的距离，还存在以下问题：

一是诉前单方委托鉴定公信力相对较低，“鉴定黄牛”现象的存在严重干扰了鉴定的中立性。审判实践中，涉人身损害赔偿纠纷案件的诉前单方委托鉴定比例较高。但由于单方委托鉴定，对方当事人大多没有参与，缺乏相应的监督，其公信力较低，诉讼中双方争议也较大，重新鉴定率较高。如金华地区保险公司曾就2013年至2014年3月的涉诉案件鉴定进行统计，诉讼中法院委托司法鉴定推翻诉前鉴定意见的66件案件中，有38起系诉前鉴定10级伤残改为无伤残等级，其余均为不同程度的伤残等级降低，最大差距为4级改评7级。这固然有鉴定机构的问题，

也与人身损害事故纠纷中“鉴定黄牛”介入有关。尤其在道路交通事故纠纷中，“鉴定黄牛”一边买断受害人的赔偿款，一边通过造假、不当勾连甚至威胁鉴定机构等取得有利的鉴定意见，然后向保险公司“狮子大开口”。不仅侵害了当事人的合法权益，扰乱了鉴定秩序，更严重损害了鉴定的公信力，亟待有效规制。

二是当事人申请鉴定随意性较大，重复鉴定较多，委托鉴定程序有待进一步规范。调查发现，一些当事人提出鉴定申请比较任意，申请内容含糊、笼统，甚至利用鉴定拖延诉讼。对此，法院鉴定委托部门或承办法官也存在认识和操作误区，如对当事人的鉴定申请特别是重新鉴定的申请缺乏应有的审查，甚至“有请必鉴”。同时，调研中当事人普遍反映对鉴定机构情况所知甚少，影响其对鉴定机构的选择；并认为有的法院委托鉴定的机构范围还有局限性，还不够公开透明，希望能够进一步完善。

三是鉴定期限过长，影响了审判效率。从截至 2014 年 7 月的全省法院超 18 个月案件情况看，近三分之二涉及鉴定问题。从调研抽取的 2013 年涉鉴定案件看，平均鉴定扣除审限天数为 81.34 天，几乎相当于一个简易程序审理期限。其中最长鉴定用时为 500 天，为一损害股东利益责任纠纷，涉及股权审计。就纠纷类型看，用时最长的是医疗损害责任纠纷中的医疗损害鉴定，平均扣除审限天数为 135.63 天；其次为建设工程施工合同纠纷中的造价鉴定，平均扣除审限天数为 112.68 天。鉴定数最多的人身损害赔偿纠纷案件的鉴定时间相对较短，一般也有 70 天左右。

四是尚存在鉴定方法不科学、鉴定意见说理普遍不够充分的现象，当事人对鉴定意见的准确性存在质疑。鉴定是门科学，但现实中有些鉴定意见和鉴定方法并不具有科学性。比如“文件形成时间”的鉴定，目前除了用圆珠笔书写的文件，可以用薄层分析法进行检验外，其他材料形成的文件时间目前尚无国家或行业内认可、统一的检验、鉴定方法。因此，一些鉴定机构自称任何书写、打印材料形成的文件都能做形成时间鉴定并不严谨，也不科学。又如“骨折内固定未拆除”不得评残，但仍有鉴定机构突破此项规定，将无评定伤残病理基础的定为 10 级伤残或拔高伤残等级。此外，大部分的鉴定意见仅描述事实情形就得出结论，缺乏对结论形成过程的论证，说理普遍不够充分，或者晦涩难懂，影响了当事人对鉴定意见的可信度。

五是鉴定人出庭率低，当事人对鉴定意见的质证往往流于形式。2013 年 1 月 1 日起实施的民事诉讼法第 78 条明确规定：“当事人对鉴定意见有异议或者人民法院认为鉴定人有必要出庭的，鉴定人应当出庭作证。”但据不完全统计，全省法院对外委托司法鉴定案件的鉴定人出庭率不到 1%，且在 2013 年前后无明显差异，表明鉴定人出庭更多取决于当事人的申请。而调查发现，由于当事人和诉讼代理人一般缺乏鉴定所涉专业性知识，如果没有相关领域专业人员的辅助，其对鉴定意见的质证往往流于形式。加上法官本身也缺乏相关领域的专业性知识，在当事人异议不充分的情况下，其对鉴定意见的过度依赖就很难避免。所以，当事人对鉴定意见的质证能力直接影响鉴定人出庭的实际效果，反过来又影响了当事人申请鉴定人出庭的意愿，导致实践中鉴定人出庭率偏低。

存在上述问题的原因。从宏观层面分析，一是司法鉴定体系存在内在矛盾，市场机制作用下的社会鉴定机构的趋利性与司法鉴定的公益性、中立性之间存在天然的冲突；二是司法鉴定相关立法滞后，有关鉴定机构、人员准入机制、鉴定人行为规范、鉴定人赔偿责任等均缺乏统一规定；三是司法和行政互动不够，缺乏对鉴定行业合力监督的机制，使得鉴定体制中存在的综合性弊病长期得不到治理。

从微观层面分析。一是当事人对鉴定活动本身缺乏了解，有的当事人为了私益目的不配合鉴定，甚至无理缠讼；二是鉴定机构专业水平参差不齐、人员素质良莠不齐，“关系案、人情案、金钱案”还难以杜绝；三是一些法官缺乏对鉴定意见审查的意识和能力，对纠纷的处理过于依赖鉴定意见。

二、《纪要》的主要内容

党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》指出，要完善鉴定人出庭制度，严格司法，保证公正司法，提高司法公信力。要健全统一司法鉴定管理体制，建设完备的法律服务体系，推进法治社会建设。浙江法院一直致力于阳光司法、规范司法建设，为保障司法公正、促进司法公信力不懈努力。此次出台《纪要》旨在对民事诉讼中存在的鉴定顽疾开方用药。《纪要》共 22 条，通过规范鉴定委托、鉴定意见的审查等行为，完善鉴定人出庭制度，完备司法鉴定监督机制，进一步规范民事诉讼中的司法鉴定活动，促进民事审判质效，回应新时期人民群众对司法公信力的期盼。《纪要》的主要内容包括：

（一）规范诉前鉴定工作，规制“鉴定黄牛”。

如前所述，诉前单方委托鉴定公信力不高，诉讼中的采信率较低，而“鉴定黄牛”的介入更严重影响了鉴定的中立性。规范诉前鉴定工作，遏制“鉴定黄牛”的涉足，《纪要》设置了几项内容：一是大力推广道路交通事故调处中心模式。让当事人在交通事故发生的第一时间就有方便、快捷的救济渠道和纠纷解决机构，使受害人认识到发生交通事故找调处中心就够了，不需要寻求黄牛的帮助，从纠纷源头遏制黄牛的涉足空间。针对道交事故中当事人的鉴定需求，《纪要》允许调处中心可以直接对外委托，并且明确，由调处中心进行对外委托的诉前鉴定具备和法院委托司法鉴定同等的证据效力。调处中心模式最早由杭州市余杭法院实践，现西湖区也成立了调处中心。有关模式已经被实践证明行之有效，殊值推广。二是细化诉前单方委托鉴定的审查内容，强调诉前单方委托鉴定费用应由委托方自行负担。因为诉前单方委托鉴定系当事人自行取证行为，与当事人委托律师调查取证并无二致。民事诉讼中，除了依合同约定一方当事人的取证费用由对方负担，以及知识产权等几类纠纷案件中依司法解释规定可由对方负担以外，一方当事人的诉前取证费用均自行负担。因此，当事人诉前单方委托鉴定的费用也应由其自行负担。通

过明确费用负担方式，可以引导当事人尽量少的选择自行委托的途径，有效遏制鉴定黄牛的介入。第三，《纪要》特别强调调处中心对外委托鉴定时可以借助“浙江法院对外委托机构信息平台”，以防止调处中心委托环节出现新的漏洞。

（二）增强委托鉴定透明度，确保司法鉴定公开、公平。

克服法院委托鉴定中可能存在的暗箱操作，结合司法改革以公开促公正的要求，《纪要》特别强调要充分利用“浙江法院对外委托机构信息平台”，增强法院委托鉴定的透明度。平台对所有符合资质条件的鉴定机构开放，除当事人协商一致确定鉴定机构外，法院确定鉴定机构必须通过平台运行，电脑随机确定。该平台目前已经正式上线运行。所有信息外网均可查询，公开透明。平台的推广运用能有效遏制委托司法鉴定层面的暗箱操作问题。

（三）增加双边约束，大力促进鉴定效率。

鉴定周期长影响审判效率是司法实践中存在的陈年痼疾，《纪要》着重从法院和鉴定部门两个方面加强约束，促进涉鉴定案件的审判效率。一是对法院自身的约束。施行法院对外委托司法鉴定节点管理制度。充分利用现有的审判信息流程管理制度，植入委托鉴定的节点，点与点之间的时间自动计算，各个期间对审判效率的影响清晰可见，相应期间的责任明确可查，使整个委托鉴定流程置于监管之下，督促法院审判业务部门以及委托部门人员自觉加快流程，有效避免人为拖延。二是对鉴定部门的约束。明确要求委托鉴定需确定鉴定期限，鉴定机构超期或延期鉴定的需要说明理由，否则将承受不利后果。《纪要》还对鉴定机构要求补充材料的次数作了限制，防止鉴定机构以补充材料为由拖延鉴定。

（四）增加鉴定人出庭有关内容规定，体现对鉴定专业人员的尊重。

鉴定人以其拥有的专业知识为诉讼服务，鉴定意见的质量，鉴定人与法官的衔接、配合，与案件的处理息息相关。然不少鉴定人反映在法庭上得不到应有的尊重，没有独立的鉴定人席，出庭前后在庭外等待时间过长，还可能面临当事人的直接人身威胁等等。为此，《纪要》规定应在法庭上设置专门的鉴定人席位，单独的与当事人分割的等待区。允许鉴定人在庭上作有准备的回答，当事人未在申请书中提出的异议内容，可允许鉴定人庭后提交书面意见；鉴定人作完证后可按规定先行离开而无须一律等候全案开庭结束；鉴定人出庭确有困难的，可以在庭前会议或者通过远程视频接受质询。上述规定，加强对鉴定人出庭的人身保障和人格尊重，从而增加鉴定人出庭的积极性，增强出庭作证效果。

（五）增强司法与行政互动，规定用户体验反馈机制，增加鉴定管理抓手。

依照我国现行的鉴定管理体系，法院虽然是司法鉴定意见的最终用户，却不能对鉴定机构进行监督管理；而鉴定机构管理部门则因不了解鉴定产品的质量而无法对鉴定机构实施有效的监管。为此，《纪要》特别设计了司法鉴定反馈意见表，直接植入法院的审判信息系统，凡是涉及法院对外委托鉴定的案件结案都必须填写反馈表，从而形成最终的用户体验报告，定期反馈给鉴定机构监管部门，使其对鉴定机构的评价和监管更加客观、也更加全面，最终推动鉴定机构提升鉴定意见的质量，实现司法公正。

各位朋友，司法鉴定问题的解决和完善，不仅需要顶层设计，而且需要司法和行政管理部门在具体运行机制上不断打破部门利益和惯有的思维，从全局的角度不断完善鉴定制度和运行机制，不断改进具体的操作流程，以期最大限度满足人民群众对司法鉴定的要求，提高鉴定的质量，彰显司法的公信力。

谢谢大家！

附典型案例

案例一

鉴定意见有异议， 鉴定人出庭来释疑

周某于 2013 年 5 月 8 日进入某公司工作。2014 年 1 月 15 日从公司离职。后周某要求公司支付未签订劳动合同的双倍工资中未支付的部分未果，双方形成纠纷。审理中，双方当事人对公司存档的署名为“周某”的书面劳动合同是否系周某本人签字发生争议，故提起司法鉴定。鉴定意见认为：

2013 年 5 月 11 日劳动合同上落款处“周某”的签名与送检样本上周兴明签名不是同一人所书写。一审据此作出裁判。公司不服，提起上诉。认为一审法院所依据的鉴定部门的鉴定报告结论存有异议，报告所选的样本，实验样本和自然样本存有差异，不能客观、全面地反映书写人书写习惯，鉴定报告所描述的检材和样本的细节特征差异错误。二审依法通知鉴定人蒋某出庭。庭审中，公司就检材和样本中的笔顺、搭配、间距等对鉴定意见提出异议。鉴定人蒋某陈述称，鉴定程序、结案程序合法，两名鉴定人员系背靠背鉴定。庭审中，鉴定人还出示了放大后的检材复印件一份，详细指出了检材和样本在起笔、外形、比例搭配等方面存在的不一致，认为鉴定意见认定属于仿冒笔迹有充分依据。二审经审理认为，鉴定人出庭对当事人的异议作了充分的解释，上诉人无其他证据予以反驳，故一审采信鉴定意见并无不当，应予维持。

案例二

申请出庭需交费，拒绝交纳有后果

2006 年 9 月 30 日，原告购买了被告生产的 ts-1000 脱水机。2013 年 2 月 1 日原告公司职工在使用脱水机对针织服装进行脱水时，脱水机的转笼突然飞出，击中了正在旁边操作烘干机的另一位职工周某，造成周某死亡。原告起诉至法院要求被告承担产品责任。

一审法院委托某产品质量检测所对涉案脱水机转笼飞出的原因及脱水机质量缺陷进行鉴定。检测所出具产品质量鉴定报告，认为：1、脱水机结构设计分析。涉案标的物 ts-1000 型脱水机转笼侧板与转笼底板之间的连接方式不合理，用碳钢制作的转笼底板与不锈钢制作的转笼侧板之间包复有一不锈钢薄板的保护层，未做任何连接，虽然设有抱箍，但是高速旋转的转笼侧板与转笼底板的连接，仅靠一圈端面的单焊缝，十分不可靠，而且未采取任何其他的结构形式保护，安全性能较差。脱水机防护罩的设计也不尽合理，仅仅靠 8 枚螺栓与小角铁压块连接，一旦转笼破裂，防护罩尚未严重变形，整个防护罩就已经在转笼破裂时的冲击力作用下产生位移，连同转笼一起伤人。2、脱水机制造工艺分析。通过现场对脱水机残骸的勘验，该机的转笼变形严重，防护罩与转笼上均有钢板焊缝分离现象，在焊缝两侧钢板未缺省，系事故发生过程中的冲击力超过焊缝强度所致，反映出该机焊接质量存在问题。

一审判决据此认定脱水机产品存在缺陷，产品生产者被告应承担相应的损害赔偿责任。被告不服，提起上诉，认为产品质量鉴定报告不具有科学性、客观性、合法性，并申请鉴定人出庭作证。二审因此要求申请方交纳鉴定人出庭费用，但上诉人（被告）拒绝交纳，鉴定人因而未能出庭作证。二审判决认为，因上诉人拒绝交纳鉴定人出庭费用，鉴定人未能出庭接受当事人质询之后果应由其自行承担。现上诉人又无其他证据证明其对鉴定意见的异议成立，故有关鉴定意见应予采信。

案例三

计价标准法院裁，鉴定确定无依据

双方当事人签订的建设工程施工合同，明确约定决算编制套用浙江省 2003 定额。当事人因工程造价发生争议诉至法院。法院委托造价鉴定。就工程中有关防火漆材料的计算问题，鉴定机构认为，2003 定额的其他金属面油漆换算系数，其结果与实际施工有一定差距的事实，不甚合理。依据绍兴市建设工程造价管理协会对类似工程的处理意见，鉴定径行确定按照 2010 定额有关防火漆材料计算方法按实际展开面积计算有关工程造价。再审法院认为，建设工程合同造价的计算依据应由法院裁判，鉴定机构径行决定没有依据，故要求鉴定机构出具按照 2003 定额计算防火漆材料造价的补充鉴定意见。

补充意见显示：按照 2010 定额计算方法防火漆造价为 3149140 元；按照 2003 定额计算方法防火漆造价为 2088482 元，两者相差 1060658 元。再审经审理认为，根据合同自治原则，应当根据合同的约定套用 2003 定额进行结算，况案涉工程在 2010 年以前已经竣工验收，双方签订及履行合同时 2010 定额并未实施，故应按照 2003 年定额计算防火漆材料的造价。

案例四

重复鉴定要严把关 确有问题才准许

2011 年 4 月 14 日，吴某参加街道组织的退休人员旅游活动。在乘坐旅行社大巴前往风景区途中，吴某因车辆颠簸受伤。经就医，确诊为胸 T12 椎体骨折。2011 年 9 月 26 日，吴某单方委托进行鉴定，被评定为十级伤残。吴某据此提取赔偿之诉。一审诉讼中，被告旅行社对该鉴定意见有异议，申请重新鉴定。一审法院予以准许。法院委托司法鉴定意见认为：认为 CT 影像学表现体现吴某在本次损伤前即存在 T12 椎体的陈旧性改变，T12 椎体上缘许莫氏结节形成。同时，影像学片中所见 T12 椎体部分骨折线不排除为本次车祸急性损伤造成，但影像学资料显示其 T12 椎体前缘压缩不明显（小于 1/4）。因此，尚未构成伤残等级。一审因而判决不支持残疾赔偿金的诉请。吴某不服，提起上诉，并申请重新鉴定。

二审法院认为，对当事人的重新鉴定申请应慎重对待。二审法院首先咨询了本院司法鉴定处，该处经文审后认为可构成十级伤残。该处还请外聘专家阅片，专家亦认可构成十级伤残。二审还走访了医院专家，并依职权到医疗保险管理服务局调取了吴某在 2010 年 3 月至本案事故发生时的医保费用支出记录，证实吴某在本案事故发生前一年无骨伤科就诊、配药记录。鉴于现有证据确有可能推翻一审的鉴定意见，二审同意了上诉人重新鉴定的申请，案涉纠纷进行第三次鉴定。第三次鉴定意见认为：吴某受伤致胸 12 椎体骨折（前柱局部轻度粉碎性骨折），目前腰部功能障碍属十级伤残（外伤参与度约 60%-70%）。二审据此作出改判。

案例五

鉴定费用高　81890 来帮忙

陈某家中房屋因楼上林某房屋长时间漏水导致房屋房顶和墙面水渍斑斑，涂层大面积起皮脱落，空调霉变，客厅木质结构装饰变形，地板开裂起翘。为此陈某起诉至宁波市海曙法院西郊法庭，要求被告林某赔偿其漏水引发的财产损失。案涉财产损失需要鉴定，然鉴定评估费用需 1500 元左右。法庭告知原告可借助海曙法院与市政府 81890 平台联合推出的漏水纠纷评估机制，邀请 81890 求助服务中心工作人员前往涉案房屋现场查看房屋漏水情况，当场对房屋漏水损失予以评估，但只需支付工作人员 50 元交通费。原告表示同意并提出申请。被告方亦表示接受。

第二天， 81890 求助服务中心工作人员便在法官陪同下前往原告房屋处，并在原被告双方在场的情况下，对涉案房屋漏水情况进行了评估，确定涉案房屋因漏水遭受的损失为 2300 元。双方均表示认可，被告林某害当场支付了原告陈某有关款项。整个漏水纠纷处理便捷、高效，且投入少，当事人都表示非常满意。

案例六

黄牛抽成多 受害人心有不甘酿后果

2012 年 5 月，侯某发生交通事故受到损害。住院期间，张某便找到侯某，告知其可代为主张交通事故人身损害

赔偿金。张某提出，如侯某愿意自行负担诉讼费和鉴定费，则需支付其伤残赔偿金和精神损害抚慰金的 50%作为酬劳；如诉讼相关费用均由张某垫付，则需支付全部人身损害赔偿金的 50%。侯某选择了后者，并把涉案件所有证据材料以及个人身份证都交给了张某。张某代侯某提起了赔偿之诉，其中诉讼费、律师费以及鉴定申请费等均由张某垫付。经诉讼中委托鉴定，侯某构成九级伤残，法院判决被告需支付 129064.04 元人身损害赔偿金，扣除被告诉前支付的款项，侯某通过诉讼实际获得赔偿近 8 万元。张某将扣除 4 万元后的余款给了侯某。后，侯某知悉实际的赔款金额，认为张某拿走太多，多次向张某讨要不成，遂于 2013 年 1 月到幼儿园找张某孩子，企图要挟张某。但其行踪被幼儿园园长发现并阻止其进入教室，侯某遂拿出随身携带的刀具刺中园长。后侯某被附近赶到的群众制服。侯某因此被提起公诉，法院判决其犯故意伤害罪，判处有期徒刑十个月。

夫妻一方擅自将共同财产赠与他人的效力认定问题

2015 年 1 月 13 日 深圳罗湖区法院 钟媛媛

我庭在审理离婚案件中发现，不少当事人通过转移夫妻共同财产的方式企图达到多分甚至独占的目的。其中夫妻一方擅自将共同财产赠与他人是转移夫妻共同财产较为典型的情形。

如夫妻一方未经另一方同意擅自将大额共同财产赠与给婚姻关系中的第三者（即俗称的“小三”），法院在司法实践中已形成普遍一致的做法：根据违反公序良俗的民法原则，判决第三者返还受赠的财产。这类判决的前提是认定受赠人为第三者，但如果无明确证据证明受赠人为第三者，是否可以同样判决其返还财产呢？

我庭有一宗获得中院维持的生效判决案例：温某（女）诉黄某（女）财产损害赔偿纠纷一案中，本院依法追加李某（男）作为第三人参加诉讼。温某与李某于 1982 年登记结婚，目前仍是合法夫妻；黄某是李某控股公司的员工。2011 年，李某汇款 160 万给某开发商，为黄某购买了一商铺，登记在黄某名下。温某得知后起诉黄某，要求其返还该笔款项 160 万元，并主张其丈夫李某与黄某为情人关系，但未提交充分证据予以证明。黄某则否认其与李某系情人关系，并称双方仅为公司股东与员工的关系。本院审理后认为，该案现有证据虽无法证明黄某为第三者，但李某未经妻子温某的同意擅自花费 160 万元给黄某买房，该款项的支出明显属于非因日常生活需要的大额夫妻共同财产处分，李某的该赠与行为应认定为无效，而黄某也非最高人民法院《关于适用<婚姻法>若干问题的解释（一）》第十七条规定的善意第三人，且温某作为夫妻共同财产的共有权人，有权要求黄某返还上述款项。故判决黄某向温某返还财产 160 万元。

该类案件裁判的法律依据来自最高人民法院《关于适用<婚姻法>若干问题的解释（一）》第十七条。要旨在于，夫妻任何一方因日常生活需要而单独处理共同财产的，一般应认定为有效。当处分的共同财产明显超出了日常生活需要，应取得夫妻双方的一致意见，否则应认定为无效。上述案例中便是此种情况，花费 160 万买房对于任何普通家庭而言，都应该是一项重要决定，明显超出了日常生活需要。但此情况下也非绝对无效，若受赠人为有理由相信此为夫妻双方共同意思表示的善意第三人则除外。

夫妻一方对外负债是否属于共同债务的认定|燃灯者

2015 年 1 月 12 日 燃灯者 王静波

夫妻一方对外负债是否属于共同债务的认定—王某诉张某、杨某民间借贷纠纷案

【提示】

按照日常家事代理的基本法理，夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义所负债务推定为夫妻共同债务。夫妻离婚时，对于一方主张，另一方否认的夫妻共同债务，可以考虑两个判断标准，即夫妻有无共同举债的合意、夫妻是否分享了债务所带来的利益。法院应根据当事人提供的证据与查明事实加以认定。如果夫妻一方的行为明显超出家事代理的范围，不能认为其具有家事代理权。

【案件基本情况】

原告王某，男。

被告张某，男。

被告杨某，女。

诉讼请求：要求两被告共同偿还借款人民币 43 万元。

案件事实：原告王某与被告杨某系朋友关系，被告杨某、张某系夫妻关系。被告杨某向原告出具借条，载明“由家住上海市闵行区某新村杨某，在 2005 年 8 月因做生意急需资金，向原告借款人民币 43 万元，归还日期 2006 年 1 月 10 日前，如到期不还，有房屋抵。”嗣后，原告持上述借条上门催讨未果后诉至法院。原告认为，被告杨某为丈夫炒股而向其借款，并称等资金周转后归还，应为夫妻共同债务，故被告夫妻应当共同偿还。被告杨某承认原告所述属实，称其将上述借款放在家里，第二天由其丈夫张某取款，现因自己无力还款，故应由其丈夫张某还款。被告张某则认为，借款纠纷一案是在其对被告杨某提起离婚诉讼之后的第二天提出，且原告明知被告杨某没有职业，故上述借款虚假。再者，两被告自登记结婚以来一直分居，没有共同生活和经济往来，自己既没有收到借款，也不知道上述借款情况，故不同意原告诉请。

【判决】

法院认为，原告持有被告杨某出具的借条，杨某已经明确承认借款事实。虽然被告张某否认存在上述借款事实，

但未提供有力证据予以反证，故可以认定借款事实存在。

关于上述借款债务系夫妻共同债务还是个人债务的争议，法院认为：无论被告杨某称借款的目的是“做生意”还是“炒股”，这些目的都远远超出日常生活所需的范围。且相对于二被告的收入而言，借款合同所载明的 43 万元借款，数额不可谓不巨大。从生活常理来看，如此数额巨大的财产，夫妻双方不可能不谨慎对待和处理，显然不属于为日常生活所需而可由夫妻一方行使的家事代理权的范围。故可以确定，该重大借款事项，如果作为夫妻共同债务，当然应当由夫妻双方共同决定。根据查明事实，两被告自登记结婚后一直分居，感情不睦，原告难以举证两被告有共同举债的合意，被告张某也未参与订立该借款合同。同时，也无证据表明债务发生后，被告张某与杨某共同分享该借款之利益，或将其用于共同生活等情况存在。故不能认为该借款系基于被告夫妻共同意思表示而产生，也不能依一般家事代理观念认可杨某之家事代理权存在。而原告与被告杨某既系朋友关系，又能借巨额款项给被告，说明其与被告关系比较密切，则其对被告家庭经济状况、夫妻关系是否融洽等事实也应有相当的了解。在被告夫妻长期分居、感情不睦的情况下，原告作为正常人，应当能够认识到被告杨某单方出面代表夫妻双方共同借贷巨额款项的可能性微乎其微。因此，被告张某否定该借款系夫妻共同债务的抗辩理由成立。而被告杨某既然自认其向原告借款的事实，则该借款应确认为被告杨某的个人债务。杨某依据借款合同取得借款后，理应按借条记载的借款金额、期限及时偿还借款。故对原告要求被告杨某还款的请求予以支持。因此，法院判决：一、被告杨某应于本判决生效之日起 10 日归还原告王某借款人民币 43 万元；二、驳回原告王某要求被告张某归还上述 43 万元借款的诉讼请求。

案例撰写人：上海市闵行区人民法院王静波

假离婚时签协议 真离婚时没有效
法院认为系争条款无约束力未支持诉请

2015 年 1 月 11 日　人民法院报　李新卫

2007 年 9 月，事业有成的陈先生贷款购买了位于上海市蕴川路 1498 弄某号 502 室一套房屋，并登记为该房屋权利人。

2009 年 1 月 1 日，陈先生与比自己小四岁的陈女士登记结婚，第二年生育一子。

2012 年，上海市房屋限购政策出台，为优惠买到第二套房，5 月 29 日，两人到婚姻登记处办理离婚手续，并签署了一份《自愿离婚协议书》，协议约定目前居住的房屋，离婚后权利归父子二人共同所有，男方承担该房屋的剩余银行贷款，在儿子未满 18 周岁前，不得私自变更、转让该房屋，否则女方有权向法院起诉要回儿子的监护权及抚养权，并根据房产交易中心发票为准，将全部交易金额归儿子所有；在儿子满 18 周岁后，该房产需要与儿子共同协商处置，不得私自变卖、转让，否则儿子有权要求取得全部份额。协议还约定，女方离婚后仍居住在该房屋中。

同年 6 月 13 日，陈女士以其个人名义购买了上海市岳阳路某号一套高层住宅，并登记为该房屋权利人。

三天后，陈先生与陈女士再次登记结婚。然而此后的生活并没有原来设想的那么美好，双方为家庭琐事开始争吵，陈女士也带着儿子搬到岳阳路的房屋居住。

2014 年 7 月，陈女士向上海市宝山区人民法院起诉，称复婚后陈先生对家庭不负责任，对孩子不闻不问，自己不得不带着儿子搬离。为了保障儿子的合法权利，现要求确认蕴川路房屋由儿子与陈先生共同共有。

庭审中，被告辩称，《自愿离婚协议书》是基于特定目的订立的，当时假离婚，购买岳阳路房屋可以享受首付 30%等优惠，后来购房成功，双方又复婚了，该协议不再具有约束力。即使算赠与关系，由于房屋产权未转移，被告可以行使任意撤销权。

最终，法院判决采纳了被告的抗辩意见。

■法官说法

假离婚协议非两人真实意思表示

该案承办法官就《自愿离婚协议书》的约束力问题进行了阐释。法官认为，2012 年 4 月 1 日，案外人与陈女士签订了一份房屋买卖合同，约定陈女士以 242 万元的价格购买岳阳路房屋。同年 5 月 30 日，也就是在两人离婚登记后一天，陈女士向徐汇区房地产交易中心申请查询其名下住房情况，查询结果为 0 条。6 月 5 日，陈女士向房地产交易中心提交岳阳路房屋过户材料，6 月 13 日登记为岳阳路房屋的权利人，并于 6 月 16 日与被告复婚。从上述时间节点看，两人在离婚后的半个月又复婚，而原告在这半个月内完成了岳阳路房屋的过户手续，再结合离婚协议未涉及岳阳路房屋、离婚后原告仍居住在系争房屋等事实，法院认为《自愿离婚协议书》中关于系争房屋的条款，可以认定为非两人的真实意思表示，对两人没有约束力。

法官强调说，即使《自愿离婚协议书》发生效力，在原、被告复婚后，离婚协议未履行的部分也应终止履行，在两人没有特别约定的情况下，原告没有权利要求被告继续履行离婚协议。

江苏高院民二庭关于当前商事审判若干问题的解答（二）｜20140902

2015 年 1 月 13 日　法律参考

来源 ‖江苏高院，转自公号：审判研究

8、问：夫妻设立的有限责任公司，能否直接认定为一人有限责任公司?

答：《中华人民共和国公司法》第五十八条第二款规定："一人有限责任公司，是指只有一个自然人股东或者一个法人股东的有限责任公司。"夫妻共同设立的有限责任公司在形式上属于两人设立的有限责任公司，不宜直接认定为一人有限责任公司，从而适用《中华人民共和国公司法》第六十三条关于一人有限责任公司股东与公司财产混同举证责任倒置的规定。债权人能够提出足以引起法官对夫妻财产与公司财产存在混同怀疑的初步证据的，夫妻股东应当就公司财产独立性承担举证责任，不能举证证明的，依据《中华人民共和国公司法》第二十条第三款的规定，夫妻股东应对公司债务承担连带责任。

审判实务 115：2014 年度《最高人民法院公报》45 个案例裁判摘要观点集成（婚姻家庭部分）

2015 年 1 月 13 日　审判研究　海意

来源丨最高人民法院公报

阅读提示：2014 年度的 12 期最高人民法院公报，共刊发公报案例 24 篇、裁判文书选登 21 篇。本期消息在上述 45 个裁判案例的基础上，根据所载公报案例、裁判文书选登两个部分，按民商、刑事、知产、行政等分类，整理归纳出 45 个案例的裁判摘要，方便读者阅读学习和收藏使用，了解相关裁判规则。

12、赵俊诉项会敏、何雪琴民间借贷纠纷案　《最高人民法院公报》2014 年第 12 期裁判摘要：1. 夫妻一方具有和第三人恶意串通、通过虚假诉讼虚构婚内债务嫌疑的，该夫妻一方单方自认债务，并不必然免除"出借人"对借贷关系成立并生效的事实应承担的举证责任。2. 借款人配偶未参加诉讼且出借人及借款人均未明确表示放弃该配偶可能承担的债务份额的，为查明案件事实，应依法追加与案件审理结果具有利害关系的借款人配偶作为第三人参加诉讼，以形成实质性的对抗。3. 出借人仅提供借据佐证借贷关系的，应深入调查辅助性事实以判断借贷合意的真实性，如举债的必要性、款项用途的合理性等。出借人无法提供证据证明借款交付事实的，应综合考虑出借人的经济状况、资金来源、交付方式、在场见证人等因素判断当事人陈述的可信度。对于大额借款仅有借据而无任何交付凭证、当事人陈述有重大疑点或矛盾之处的，应依据证据规则认定"出借人"未完成举证义务，判决驳回其诉讼请求。

13、唐某诉李某某、唐某乙法定继承纠纷案　《最高人民法院公报》2014 年第 12 期裁判摘要：夫妻之间达成的婚内财产分割协议是双方通过订立契约对采取何种夫妻财产制所作的约定，是双方协商一致对家庭财产进行内部分配的结果，在不涉及婚姻家庭以外第三人利益的情况下，应当尊重夫妻之间的真实意思表示，按照双方达成的婚内财产分割协议履行，优先保护事实物权人，不宜以产权登记作为确认不动产权属的唯一依据。

最高院关于婚姻民事案件 49 个审判实务问题的解答（完整版）|法客帝国

2015 年 1 月 14 日　法客帝国

最高人民法院民一庭

涉及婚姻案件处理分析民事(离婚)审判实务问答

目录

一、诉讼程序方面的问题——20 个问题
二、同居、事实婚姻问题——7 个问题
三、夫妻共同财产问题——15 个问题
四、子女抚养问题——7 个问题

一、诉讼程序方面的问题

(20 个问题)

1、在诉讼中，当事人自愿离婚，并就财产问题、债权债务处理达成一致，第三人是否能以确认该协议的生效民事调解书侵犯了其合法权益？

答：离婚纠纷案件的当事人只能是婚姻缔结的双方，不列案外第三人为诉讼当事人。一般情况下，第三人认为调解协议侵犯其合法权益申请再审缺乏法律依据，人民法院应予以驳回。但人民法院发现确有错误，又必须再审的，人民法院根据相关法律精神走审判监督程序办理。

2、债务人（被执行人）已通过离婚协议或法院的离婚判决对夫妻共同财产进行了分割，人民法院可否直接追加被执行人的原配偶为被执行人执行其财产？

答：根据相关法律精神，当事人的离婚协议或者法院的离婚判决对财产分割的处理只对夫妻双方有约束力，但不能对抗其他债权人。如该债权形成于结婚前或离婚后，则不能追加被执行人的原配偶为被执行人并执行其财产。

3、离婚诉讼中，双方对财产价值有争议时，是否必须委托中介机构评估？

答：双方对财产价值有争议的，可通过协商、竞价、作价、评估、拍卖等形成确定和处理财产，处理财产时应惯彻照顾子女和女方权益的原则以及照顾无过错方的原则，不是必须委托中介机构评估。

4、离婚诉讼涉及家庭共有财产的分割，能否将其他家庭成员追加为共同诉讼人？

答：对家庭共有房屋的分割问题可告知当事人另案起诉，或者中止离婚诉讼，不应将其他家庭成员追加为离婚诉讼的共同诉讼人。

5、离婚诉讼涉及家庭共有房屋的分割，在法院中止离婚诉讼后，离婚诉讼的夫妻及家庭成员均不提起诉讼对

房屋进行确权和分割，该离婚案件如何处理？

答：遇到这类情况，法院可向当事人释明不起诉对房屋进行确权分割的法律后果，征询其对家庭共有房屋中涉及夫妻共有部分的分割意见。如果当事人同意在该案中不主张人民法院对该房屋进行继续分割的，则案件恢复审理；如当事人坚持分割，则法院可限定其向法院提起诉讼的期限，逾期则告知当事人另案处理，离婚诉讼恢复。

6、丈夫起诉与妻子离婚，妻子起诉丈夫犯重婚罪，二件案件是否可同步审理？

答：二者属不同诉讼程序，处理时应先中止民事诉讼，待刑事重婚案件审结后再恢复民事诉讼。

7、对宣告婚姻无效的案件应适用什么程序？

答：宣告婚姻无效属非讼案件，人民法院可适用特别诉讼程序的规定予以裁决。将财产问题、子女抚养问题与婚姻无效问题分开处理。

8、离婚损害赔偿请求权是否可以与离婚诉讼一并处理？

答：根据相关司法解释，以上二者可以一并处理。有权提起损害赔偿请求的主体必须是无过错方，双方必须是合法夫妻关系而非同居关系。

9、宣告一方当事人失踪、死亡和缺席判决离婚所产生的法律后果是否相同？

答：宣告一方当事人失踪、死亡和缺席判决其离婚产生的法律后果不同，主要区别在于，根据相关法律的规定，其夫妻关系是否可以依法恢复。关注法客帝国（Empirelawyers），传播法治正能量！

10、婚姻关系存续期间，一方不起诉离婚，而单独起诉向对方提出损害赔偿，法院应否支持？

答：人民法院不应对该请求予以支持。

11、离婚案件当事人在举证期限过后或开庭时才提出分割财产，是一并处理还是另案处理？

答：以上情形属追加诉讼请求的情形，人民法院可不予合并审理，告知当事人另案主张。但对方当事人同意对该请求进行答辩处理的，考虑离婚案件的特殊性，可予准许，对该请求合并审理，法院应重新指定举证期限，或由当事人之间商定。

12、离婚案件，被告经合法传唤，无正当理由拒不到庭，是否当庭作出离婚判决？

答：因离婚案件必须调解，一方不到庭，法院一般要慎重对待，一般不会作出缺席判决。但对公告送达的案件除外。

13、原告撤诉的离婚案件，被告要求离婚的，是视为反诉合并审理，还是告知另案主张？

答：告知被告另案主张。

14、离婚一方当事人对配偶的重婚行为不追究，只是要求处理离婚问题，法院是否准许？法院对发现的重婚问题是否应主动移送相关部门处理？

答：人民法院应准许，但不影响当事人事后依据刑事诉讼法提起其配偶重婚的自诉案件。人民法院对发现的重婚问题应主动移送公安部门处理。

15、男方起诉离婚，人民法院在审理过程中才发现女方处在怀孕期间、分娩后一年内或中止妊娠后六个月内。对此，法院应以男方的起诉不符合受理条件则驳回起诉，还是作实体处理？

答：发现以上情况，人民法院应以男方的起诉不符合受理条件而驳回男方的起诉。但法院认为确有必要受理的，如女方有重大过错（重婚、姘居导致怀孕，国方情感无法谅解，或女方实施家庭暴力，男方人身受到严重威胁）等情况，法院可受理，并作实体处理。

16、离婚案件中，没有鉴定结论证明被告有精神病的情况下，能否准许其父亲或母亲作为法定代理人代其出庭应诉？

答：若有以上情况，没有鉴定机构的结论证明被告患有精神病的情况下，不能认定该当事人无民事行为能力，不能准许其父亲或母亲作为法定代理人代其出庭应诉。

17、离婚案件中，被告提出要求原告补偿一定数额的精神损失费，是否属于反诉？是否应合并审理？

答：不属反诉请求，应作为离婚诉讼中的基中一项诉讼请求予以合并审理即可。

18、离婚后，一方能否继承租对方单位公房？

答：未违反《关于审理离婚案件中公房使用、承租若干问题的解答》中的相关规定，一方可依法取得对公房的承租权，在租赁合同有效期内，一方可继续承租对方单位的公房。

19、当事人在民政局协议离婚后，又以婚姻法第四十六条提起离婚损害赔偿，人民法院应如何处理？

答：只要当事人未离婚协议中放弃离婚损害赔偿，且在离婚登记后一年内提出，人民法院应予以受理。（注意一定的规定属于除斥期间，不能中止、中断）

20、债权人追索被继承人生前债务的案件，如法定继承人明确表示放弃继承的，法院如何判决？

答：为保护债权人的合法权益，人民法院应当认定放弃继承无效，通知继承人参加诉讼，并依法判决继承人对被继承人的实际财产价值为限清偿债务。

二、同居、事实婚姻问题

(7 个问题)

1、男女因同居生活生下子女，女方因抚养费问题提起诉讼，如何确定案由？应为解除同居关系还是给付抚养

费？

答：应确定为抚育费纠纷；如同居期间一方起诉“离婚”并要求对子女抚养作出处理的，应确定案由为解除同居关系。

2、审理“未办理结婚登记而以夫妻名义共同生活的男女”的“离婚”案，如果认为其符合结婚的条件，在告知其补办结婚登记后仍不补办的，应如何处理？

答：仍不补办的，法院应按解除同居关系处理。

3、解除非法同居关系或离婚诉讼中，女方主张青春补偿费的，法院如何处理？

答：不予支持。

4、女方以同居期间多次怀孕人流等原因影响身体健康为理由要求男方赔偿，法院应否支持？

答：以上情形属于同居造成后果，无合法婚姻为前提，故以上请求无法律依据，人民法院不予支持。

5、男方起诉解除非法同居关系的案件中，女方已怀孕的，如何处理？

答：人民法院仍应继续审理。

6、如何认定事实婚姻？自 2001 年婚姻法修改后，事实婚姻还受法律保护吗？

答：我国在一定范围内承认婚姻的合法性。1994 年 2 月 1 日之前，男女双方符合婚姻法实质要件的，按事实婚处理，不论双方共同生活时间长短，不论双方共同生活初期或者某个阶段是否符合婚姻法的实质婚姻关系要件。之后，必须补办登记，否则不受法律保障。

7、基于同居期间而产生的债务应如何确定清偿责任？

答：分清共同债务和个人债务，区别处理。

三、夫妻共同财产问题

(15 个问题)

1、离婚诉讼的当事人申请保全夫妻共同财产，是否应提供担保？

答：应否提供担任以及数额由法院视具体案情处理。

2、“私房钱”属夫妻个人财产还是夫妻共同财产？

答：婚姻当事人间未订立关于“私房钱”的约定或约定不明、或无效，适用法定夫妻财产制，即认定为共同财产。

3、离婚案件中，以男方名义购买的房改房，能否判归女方所有？

答：区分情况：

（一）公民以市场价和成本价购买的房改房：夫妻一方在婚前以个人财产购买的房改房，并将房屋权属证书登记在一方名下的：

公民以市场价和成本价购买的房改房：夫妻一方在婚前以个人财产购买的房改房，并将房屋权属证书登记在一方名下的：

其一：对婚前由一方承租婚后以个人财产购买的房改房，法院具体可酌情处理。

其二：对婚前由一方承租，婚后以共同财产购买的房改房，不论是否登记在一方还是双方名下，为共同财产。

（二）公民以标准价购买的房改房属拥有部分产权房，根据相关司法解释，人民法院不判决房屋所有权的归属，可判决由当事人使用，当事人取得完全所有权后，可以另行起诉。

公民以标准价购买的房改房属拥有部分产权房，根据相关司法解释，人民法院不判决房屋所有权的归属，可判决由当事人使用，当事人取得完全所有权后，可以另行起诉。

4、婚前男、女任一方按揭贷款所购买的房屋，婚后共同付款，离婚时尚未付款完毕的，是否属夫妻共同财产？如何分割？

答：对采取住房抵押贷款方式购买商品房未付清全部房价款的房屋属于尚未取得所有权的房屋在离婚诉讼时不应作为夫妻共同财产进行分割，应按上述规定进行处理。（作者注：这个规定在实践司法审判中并未被采纳，法院一般会判决得房一方继续还贷，处理房屋分割）

5、婚后一直与家庭其他成员共同生活离婚时如何确定夫妻共同财产？

答：应将夫妻共同财产先从家庭共同财产中析出。

6、婚姻关系存续期间一方取得的知识产权是否属于夫妻共同财产？

答：应以该知识产权的财产性收益取得是否在婚姻关系存续期间为判断标准，而不应以该知识产权权利本身的取得的时间为判断依据。离婚时，只能对现有财产进行分割，对没有实现其价值的财产性收益不能估价予以分割，智力成果只有转化为具体的有形财产后才能属于夫妻共同财产，对其配偶在共同生活中付的劳动，可从其他财产中给予适当的补偿和照顾。

7、婚姻关系存续期间，一方取得的铺位承租权、转租权是否属于夫妻共同财产？

答：属共同财产，由法院酌情处理。

8、指定受益人为夫妻一方的保险利益是否属于夫妻共同财产？

答：根据我国相关法律规定，保险利益主要表现为保险金。保险利益具有特定的人身关系，应属于夫妻一方的

个人财产，不属于夫妻共同财产。关注法客帝国（Empirelawyers），传播法治正能量！

9、夫妻一主的住房公积金或住房补贴是不属于夫妻共同财产？

答：在离婚案件中具体处理住房补贴和住房公积金属于其他应当归夫妻共同所有的财产。在离婚案件中，首先应区分取得于婚前或婚后，离婚时分割的只应是婚姻关系存续期间的住房公积金、住房补贴总额再进行分割。当事人离婚不是提取住房公积金的事由，故尖经过折抵后，由一方根据其拥有的公积金、住房补贴的差额给对方补偿。

10、离婚案件中，对夫妻共同债务分担的判决是否免除了双方的连带清偿的责任？

答：仍应负连带责任。

11、在离婚案件中，当事人举出以一方名义借债的欠条认为形成夫妻共同债务，对方以自己不清楚或不是用于共同生活为由相抗辩，此类情况如何处理？

答：由人民法院对债务形成的有关事实、性质、举债的用途等综合审查判决。

12、配偶中一方立遗嘱把属于夫妻共有的财产赠与给子女和朋友，这样的遗嘱有效吗？

答：对该遗嘱所涉及的公共财产，应分出一半归配偶所有，其余一半由遗嘱指定的继承人继承，擅自处分的财产部分应认定无效。

13、离婚案件中，涉及分割共同财产中，以一方名义在有限公司的出资额、另一方不是该公司股东时，应如何处理？

答：在按婚姻法若干问题解释二处理的同时，兼顾《公司法》和维护股东间的和蔼稳定处理。

14、人民法院在审理离婚案件时，应当如何分割合伙企业中夫妻共同财产的份额？

答：按最高院司法解释二第十七条的规定处理。

15、离婚案件中如何分割当事人夫妻共同财产中的股票、债券、投资基金份额等有价证券？

答：法院在处理该类案件时，应尽量争取当事人协商解决。如协商不成，或按市价分配有困难，法院可根据数量按比例分配，待判决生效后，具体的操作问题由当事人自行决定。对于法律法规限制转让的股票或股份，人民法院不宜分割处理，可告之当事人在符合转让条件后，再向人民法院起诉进行分割。

四、子女抚养问题

(7 个问题)

1、离婚或抚养纠纷案中，一方否定子女是其所亲生，又拒绝作亲子鉴定的，或对方拒绝亲子鉴定的，人民法院可否强制当事人做亲子鉴定？

答：亲子鉴定必须以当事人同意为要件，法院不得强制取证。如双方当事人均同意做鉴定，应予准许。在处理此类案件中，庆对亲子鉴定结论应作为鉴别亲子关系的证据之一，应与案件其它材料相印证，综合分析，做出正确判断。若当事人坚持拒绝鉴定，可依照《关于民事诉讼证据的若干规定》第七十五条“有证据证明一方当事人持有证据无正当理由拒不提供，如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人，可以推定该主张成立”的规定，综合全案的其他证据及案情作出是否亲子关系的认定。

2、不起诉离婚，仅起诉被告给付扶养费，法院是否应予支持？

答：法院可以受理及对案件进行实质处理。

3、离婚案件遗漏税子女抚养的处理，法律文书生效后，当事人应另案主张还是对案件申请再审？

答：告之当事人另案起诉。

4、探视权纠纷应如何执行？

答：十周岁之内子女探视权的处理，应执行原生效法律文书的规定。十周岁以上子女的探视权，应征得子女的意见。对于双方关系矛盾激烈的，可由幼儿园或学校协助执行探视。

5、已在民政部门协议离婚，能否再就子女抚养及财产分割提起诉讼？夫妻一方不履行在民政部门主持下达成的财产分割的协议，另一方能否申请法院强制执行？

答：当事人虽然达成协议，但仍向法院提起诉讼，法院受理。依照我国民法通则、合同法、婚姻法的基本原则及相关规定，本着公平原则、男女平等原则、保护妇女儿童合法权益的原则，在查清家庭财产、夫妻共同财产、和婚前财产的状况后，予以合情合理的解决。

当事人不能据离婚协议直接向人民法院申请执行，需另行起诉，法院确认后再申请强制执行。

6、离婚案件中，人民法院判决二婚生子女一随原告、一随被告时，因二子女年龄有差距，是否还要判决抚养较大子女一方补偿年龄差距部分的抚养费予另一方？

答：从公平角度出发，考虑双方的经济收入和负担能力等情况，结合当事人的意见，人法院可以酌情处理。

7、已逾 18 周岁的在校大学生，是滞有权起诉父母要求给付抚养费？

答：父母没有为其提供抚养费的法定义务。

（本文成文于 2006 年 9 月，若有新法规和司法意见、观点变化的，请以新规为准。本文刊发时经由法客帝国编校整理，转载须注明）

婚前单方按揭婚后双方还贷的房屋如何分割

2015 年 1 月 13 日　法律资讯　万里

婚前单方按揭婚后双方还贷的房屋如何分割

【案情简介】

2005 年 4 月，高某按揭购买住房一套，价值 22 万元，首付 7 万元，银行贷款 15 万元。2006 年 10 月高某与江某结婚，婚后双方以共同收入偿还贷款，并于 2010 年 3 月还请。2012 年 5 月，高某与江某因感情不合诉至法院要求离婚。本案在审理过程中，双方对子女抚养等问题无异议，但对该房屋分割发生争议。高某认为房屋是其婚前所买应属于婚前个人财产，而江某则认为房屋贷款是双方婚后共同偿还的应属于夫妻共同财产。

【分歧】

本案对房屋的定性及分割问题，存在三种不同意见。

第一种意见认为，房屋为高某婚前个人财产，按揭贷款为婚前个人债务。江某婚后所做还贷行为应视为对高某婚前个人债务的偿还，离婚时由高某返还江某共同偿还部分款项的一半。

第二种意见认为，房屋本身应视为夫妻共同财产，但应将高某的首付从中扣除。如果贷款不能偿清，二人最终不可能得到该房屋。婚后，双方将全部精力用于偿还银行购房贷款，二人对房屋的最终获得都付出了艰辛的努力，如果将房屋作为婚前一方按揭贷款购房人所有，则对婚后一方有失公平。

第三种意见认为，该房屋的分割应区别对待。具体分为三部分：根据物权法及婚姻法的相关规定，房屋为高某在婚前按揭贷款所买，应作为高某婚前个人财产；对婚后双方共同偿还贷款部分应视为对高某婚前个人债务的偿还，由高某返还江某 7.5 万元；对房屋增值部分作为双方的共同财产平均分割。

【评析】

笔者同意第三种意见，主要理由如下：

一、高某通过按揭贷款方式与开发商形成房屋买卖合同关系

故此，与银行之间形成抵押贷款合同法律关系，其通过这两种不同的法律关系取得了房屋的所有权，只是房屋所有权的行使受到限制，故本案可以认定高某在婚前即取得了房屋的所有权。

二、高某在购房时同时形成了 15 万元的债务

由于这部分债务系婚前所借故应当属于婚前个人债务。高某、江某二人共同偿还按揭贷款的行为，应视为两人将夫妻共同财产填补了高某婚前个人债务。因此，两人夫妻关系解除时由高某给付江某 15 万元的一半。

三、房屋婚后增值部分应属于夫妻共同财产

我国《婚姻法》第十七条规定“夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，归夫妻共同所有：（一）工资、奖金；（二）生产、经营的收益；（三）知识产权的收益；（四）继承或赠与所得的财产，但本法第十八条第三项规定的除外；（五）其他应当归共同所有的财产。夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权。”最高人民法院关于婚姻适用若干问题的解释规定，婚姻关系存续期间一方以个人财产投资的所得属于夫妻共同财产。

本案中，高某所购房屋大幅度增值是事实，并发生在其与江某的夫妻关系存续期间，增值部分应作为夫妻共同财产。高某在婚前对房屋投资了 5 万元，而江与其在婚后共同偿还了房贷的大部分，且该房屋在双方婚姻关系存续期间增值了，增值部分应视为双方共同投资获利的行为，如果将增值部分不加区分，单纯判与高某，则显失公平，严重侵害了江某权益，不利于双方利益平等保护，有违婚姻法设立的初衷。因此，笔者认为应将婚前房屋婚后增值部分作为夫妻共同财产。综上，本案应将房屋判与高某所有，由高某返还江某共同偿贷款项的一半和房屋增值价值的一半。

作者：万里

作者单位：江西省鄱阳县人民法院

来源：人民法院报

限购政策下的车辆所有权归属
——北京三中院裁定齐某诉王某所有权确认纠纷案

2015 年 1 月 15 日　人民法院报　张　婷　谢彩凤

裁判要旨

在车辆限购政策下，实际出资人与登记所有权人不一致，实际出资人不具有购车指标但主张车辆所有权的，法院不予支持。

案情

2010 年，被告王某出资购买某品牌轿车一辆，初始登记在自己名下。2010 年 7 月 21 日，被告将该车转移登记至原告齐某名下，但车辆至今由被告实际占有使用。原告认可车辆的实际出资人为被告，但为了避免被告继续使用车辆可能带来的法律风险，遂起诉要求确认车辆归其所有，要求被告立刻返还诉争车辆，原告愿意支付被告车辆折价款。

另查，2010 年 12 月 23 日，北京市公布《北京市小客车数量调控暂行规定》，规定在京购车必须具有购车资格。至判决作出前，原告具有购车资格，被告不具有购车资格。

裁判

北京市顺义区人民法院经审理认为，本案诉争车辆的转移登记为双方当事人自愿真实的意思表示，应当予以保护，虽经双方确认涉诉车辆为被告出资购买，但经被告自认其未取得小客车配置指标，也未在双方协商的时间内转移车辆登记，车辆过户登记不能在出资人没有小客车配置指标的情况下仅以其出资购买车辆就将车辆过户至其名下。因此，原告要求将诉争车辆归其所有，合理合法，法院予以支持。关于被告出资购买车辆一节，被告在庭审中明确表示不在本案中处理，被告可就车辆款补偿问题与原告协商解决或另案处理。法院判决诉争车辆归原告所有。

一审判决作出后，被告王某不服，向北京市第三中级人民法院提起上诉。二审过程中王某撤诉，法院裁定准予撤诉，一审判决现已生效。

评析

近年来，我国各地机动车保有量增长迅猛，导致城市交通拥堵、大气污染等问题日趋严峻，严重影响了城市环境和市民生活质量。北京、上海、深圳等城市先后出台了汽车限购措施，遏制车辆过快增长。限购政策下，由于购车指标有限，出现了大量“借名登记”、“车户分离”等车辆的形式物权和实质物权相分离现象，引发诸多有关车辆所有权的纠纷。

本案的争议焦点就是在限购政策下，车辆实际出资人和登记所有权人不一致时车辆归谁所有，实际出资人能否取得车辆所有权。

机动车所有权的取得可以通过买卖合同的方式继受取得，所有权的转移一般以实际交付为要件。物权法第二十四条规定：“船舶、航空器和机动车等物权的设立、变更、转让和消灭，未经登记，不得对抗善意第三人。”物权的设立、变更、转让和消灭分为登记生效原则和登记对抗原则，机动车物权的设立采登记对抗原则，即登记不是取得机动车物权的必要条件，但具有对抗善意第三人的效力。因此，机动车的实际出资人在一般情况下对车辆具有实质所有权。但在限购政策下，对于车辆实际出资人能否取得所有权就会出现分歧。

从行政法角度看，购车指标是一种行政许可，是行政相对人购买车辆的必备法律资格。如果不具有购车指标，实际出资人能否取得机动车所有权呢？对此，存在两种观点。肯定说认为，机动车所有权的取得在物权法中已经有明确规定，在当事人能够证明其实际出资且占有使用的情况下，车辆的实质所有权应归其所有。购车指标并不是所有权的本身，不具有所有权性质，不能因不具备购车指标就剥夺其因买卖而取得的所有权。否定说认为，车辆实际所有人不能由于出资而当然取得所有权，否则就很容易规避限购政策。购车过程中，当所有权的取得需要以具备某种资格为前提时，不具备相应资格就无法取得所有权。

针对本案，法院采纳了否定说的观点。车辆所有权可以通过买卖方式取得，但如果行政规章设定了取得物权的相应资格条件，实际购车人又不具备相应资格时，无法取得车辆所有权。根据《〈北京市小客车数量调控暂行规定〉实施细则》，小客车指标确认通知书仅限指标所有人使用；对于买卖、变相买卖、出租或者出借小客车指标确认通知书的，由指标管理机构收回已取得的配置指标或者更新指标、3 年内不受理该申请人提出的指标申请。变相规避限购政策的行为不受法律保护。

具体到本案，尽管购车和转移过户的时间为限购政策实施前，但审判实践中难以判断双方是否存在为规避政策而达成事后串通，且购车后与限购前存在较长的间隔，双方有条件将车辆过户至实际出资人名下，因而不能以转移登记时是否实施限购认定当事人存在善意与否。相反，如果判决所有权归属实际出资人，可能会为大量的“借名买车”提供借口。且登记具有公示公信效力，除非登记确有错误，否则不应轻易否定登记的效力，以维护登记制度的公信力。

应当指出，购车指标是一种许可资格，并非物权法保护意义上的物，行驶证也只是所有权凭证的载体之一。在限购政策下，购车指标逐渐成为一种稀缺资源，具有了“经济价值”。但是法院无法直接确定购车指标的财产性利益，也无法割裂车牌号和车辆本身单独处理。号牌必须与车辆相统一，如果实际出资人因不具有购车指标而不能将车辆过户至其名下的，登记的车主应一并取得车辆和号牌所有权，并支付实际购车人相应的折价款，保证双方的利益均衡。

本案案号：（2014）顺民初字第 3619 号，（2014）三中民终字第 10053 号

案例编写人：北京市顺义区人民法院　张　婷　谢彩凤

分期给付抚养费没有约定具体时间的如何确定诉讼时效的起算点

2015 年 1 月 6 日　重庆法院网　冉志明 陈静

【案情】

原告刘某甲的母亲刘某乙与被告王某某原系夫妻关系，二人于 2008 年 5 月 25 日生育原告刘某甲。因刘某乙与王某某夫妻感情不和，双方于 2009 年 4 月 27 日在石柱土家族自治县民政局办理离婚登记。双方在《离婚申请协议书》中约定：刘某甲由刘某乙抚养，王某某每年支付原告刘某甲生活费 500.00 元至刘某甲大学毕业时止，医疗费、教育费由刘某乙、王某某各负担 50%；王某某每年支付刘某甲 5000.00 元至刘某甲年满 20 周岁时止，该费用作为刘某甲的医疗保险金、教育基金。被告王某某按照协议仅给付了生活费，但未向原告支付每年 5000 元的医疗保险金和教育基金，故原告起诉要求法院判令被告给付。

【分歧】

本案在处理中，对原告主张权利而被告辩称已超过诉讼时效的问题上，存在两种不同意见：

第一种意见认为：主张给付抚养费权利，应当从最后一期履行期限届满之日起算诉讼时效起点，原告在本案中的诉讼请求并未超过诉讼时效，对原告的请求应予支持；

第二种意见认为：主张给付抚养费权利，应当从每一期履行期限届满之日分别起算诉讼时效起点，原告仅对其起诉前两年的医疗保险金和教育基金享有胜诉权，对在两年之前即 2009 年至 2012 年期间的部分已超过诉讼时效，对该部分请求应不予支持。

【评析】

笔者赞同第一种意见，主要理由如下：

诉讼时效依据时间的长短和适用范围分为一般诉讼时效和特殊诉讼时效。一般诉讼时效的法律依据为《中华人民共和国民法通则》第 135 条:“向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为二年，法律另有规定的除外” 的规定。根据该条文的规定，在未作出特别规定的情况下，当事人请求法院保护其民事权益的期限为两年。本案刘某女与王某在《离婚申请协议书》达成的“王某每年支付刘某男医疗保险金、教育基金 5000 元至刘某年满 20 周岁时止，上述费用作为刘某的医疗保险金、教育基金”的协议，系对被告王某应支付给原告相应医疗保险金、教育基金义务作出的分期履行的约定，只是未明确约定具体的给付时间而已。 根据《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第五条“当事人约定同一债务分期履行，诉讼时效期间从最后一期履行期限届满之日起计算”所作出的特殊诉讼时效的规定进行审查认定。

本案在审理过程中双方当事人对离婚协议中关于医疗保险金、教育基金履行期限的约定是否超过诉讼时效争议较大。原告的母亲刘某乙与被告王某某在《离婚申请协议书》（以下简称协议书）中约定：“王某某每年支付刘某甲 5000.00 元至刘某甲年满 20 周岁时止，上述费用作为刘某甲的医疗保险金、教育基金”。 庭审时，被告提出时效抗辩，认为原告要求支付 2012 年 4 月 26 日前的医疗保险金和教育基金已经超过诉讼时效。因此，离婚协议约定的抚养费支付是否适用诉讼时效、如何适用诉讼时效起算点成为本案处理结果的关键。

关于离婚协议约定的抚养费是否适用诉讼时效的问题。笔者认为，诉讼时效适用于债权请求权，根据民法的一般原则，基于身份关系提起的诉讼，原则上不适用诉讼时效的规定。而抚养费的请求权虽然与身份关系有一定的联系，但从性质上分析，协议书中对于抚养费的约定事实上是一种财产权利的约定，如果一方不按照约定支付抚养费，另一方享有债权请求权，因此，当事人请求支付抚养费应当适用诉讼时效的规定。

关于抚养费如何适用诉讼时效起算点的问题。既然认定协议书中对于抚养费的约定是一种财产权利，在没有法定的特殊情况下就应当适用两年的诉讼时效。本案中，因协议书约定了被告每年支付原告 5000.00 元医疗保险金和教育基金，对于时效的起算点有两种分歧：一种意见认为，抚养费应当从最后一期履行期限届满之日起算诉讼时效期间，原告在本案中的诉讼请求并未超过诉讼时效；另一种意见认为，抚养费应当从每一期履行期限届满之日分别起算，原告仅对其起诉前两年的医疗保险金和教育基金享有胜诉权，法院将予以支持；而两年之前的部分因其超过诉讼时效丧失胜诉权，法院将不予支持。

《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第五条“当事人约定同一债务分期履行，诉讼时效期间从最后一期履行期限届满之日起计算” 。该条文是否能作为抚养费应当从最后一期履行期限届满之日起算诉讼期间的司法解释呢？关于该条文的理解，首先应当明确“同一债务分期履行”这一概念。分期履行之债，是指当事人在同一份合同中约定，对合同约定的债务分期履行，其特点是对合同约定的债务，并非一次性全部给付，而是分期限给付，其分期给付标的物的质量、数量、地点，可能相同也可能不同。依照债务的发生时间以及给付方式的不同，可分为两类：一是定期给付债务，主要是继续性合同在合同履行中持续定期发生的债务，如租金、工资、利息等定期给付债务。二是分期给付债务，即某一债务发生后，当事人依照约定的时间分期履行，其债务在合同订立时即产生，并非在合同履行过程中产生。如分期买卖合同中约定分期付款、分期交货等。可见，定期给付的债务在合同订立时有可能尚未发生，其各期给付的债务为不同债务，分期给付的债务在合同订立时已经产生，债务实质为同一笔债务。该条司法解释很明显是对分期履行之债中的同一笔债务即分期给付债务诉讼时效起算点的规定，如果抚养费属于分期给付债务，那么适用该条司法解释能够直接得出抚养费诉讼时效的起算点，其理由是：第一，从诉讼时效制度的价值取向考虑。诉讼时效制度的价值目标是平衡保护当事人利益，而非偏于限制甚至剥夺权利人的权利。在权利人有证据证明其实体权利存在的情形下，在诉讼时效问题上应倾向于作有利于债权人的理解和考虑。第二，从连续性债务具有整体性、关联性、独立性角度考虑。尽管原告主张的医疗保险金和教育基金约定每年支付 5000.00 元，每年债务确因时间经过而逐渐产生，而非在协议书签订时就已形成，但由于其系同一合同项下对一定期间内基于同一原因而产生的继续性债权的统一约定，故其各期履行的债权实际具有整体性和关联性，分期履行的独立性不足以否定其整体性和关联性。第三，从审判实践角度考虑，有利于节约诉讼成本，提高诉讼效率。诉讼时效期间从最后一期履行期限届满之日起算，有利于避免当事人仅由于部分债权被侵害而频繁起诉，节约司法资源，减少诉累和实现诉讼效率。第四，更符合司法现实和民众的一般认识。一般民众基于定期给付债务在同一合同项下产生、各分期履行的债务具有整体性和关联性的特点，通常都会把每一次的履行行为看作是一个完整的合同关系的一部分，往往不在违反某一期债务之时主张权利，而等债务累积较多或最后履行期限届满之后一并主张权利。

综上所述，笔者认为，本案医疗保险金和教育基金的诉讼时效起算点应当从最后一期履行期限届满之日起计算诉讼时效的起算点，以更好地保障权利人的合法权益。

最新出版的2014第1辑《判解研究》中三篇家事继承案例评析摘要

2015年1月16日　判解研究　家事法苑

2014第1辑（总第67辑）《判解研究》

法定继承中继父母子女形成扶养关系的认定(第76页至89页)

杨立新*　曹英博**

（1）案情概要

贾某、郭某为夫妻关系，二人生前均系中国银行职工，育有贾某之长子等兄妹五人。上个世纪70年代，中国银行给贾、郭二人分配公租房两套，即七贤村7号楼1门401、402房（两房相通）。1987年，郭某去世。贾某于1988年10月17日与江西九江退休女职工刘某再婚，此时五名子女均已成年，其中较小的两名子女与贾某和刘某共同生活，相互照应至1998年，长达10年之久。1998年，中国银行进行公房改革，房管处与贾某签订了《退交原住房协议书》，贾某将七贤村401、402房调换为车公庄甲1号903房，在补交部分房款后取得房屋所有权证。此后，贾某与刘某一直在该房居住，贾某的子女经常来照顾生父和继母。其间，贾氏五个子女对继母照顾有加，关系融洽，善尽赡养义务。1999年以后，刘某多次患高血压、糖尿病、心脏病等疾病，都是五名继子女陪同其就医，办理诊疗手续、陪护。刘某在2007年突患脑溢血住院抢救、2009年白内障手术住院期间，都是五名继子女轮流陪护，包括住院抢救、陪护、术前检查、术后复查、康复训练。刘某曾向五名继子女表达自己去世后不愿安葬在江西九江，担心无人扫墓，希望安葬在北京，五位继子女便共同出资为刘某和贾某在北京选购了两块相邻的墓地。　2012年1月贾某去世后，贾氏五兄妹齐心协力照顾刘某，特别安排继女和继子媳与刘某同住，照顾其生活，陪同其就医。五名继子女先后为刘某治病花费17万元之多。2012年10月17日刘某去世，五名继子女及大儿媳共同为其操办丧事，负担丧葬费用等，并遵从刘某遗愿，将其安葬在北京。刘某再婚时自称无子女，2009年提到有养子张某，在江西九江居住。张某很少来北京，在刘某病危期间也不来探视、照顾，贾氏五名子女对张某的身份并不清楚，在诉讼期间才知道其真实姓名。

2012年1月贾某病逝时没有立遗嘱，没有进行遗产分割。2012年10月，刘某去世亦未留遗嘱。治丧期间，张某未承担任何费用，却趁机将刘某居住的车公庄903房的房产证及贾某与刘某生前的存单隐匿。2013年，张某向北京市某区人民法院起诉，要求继承车公庄903房及刘某存款的十二分之七。

（2）裁判要旨

受诉法院一审判决认定，被继承人刘某与贾某再婚时，贾某长子等兄妹五人均已成年，即使五兄妹对刘某尽了扶养义务，但未形成扶养关系，因而不是刘某遗产的法定继承人，因此，认定刘某的所有遗产全部由张某继承。至于贾某长子等人称张某并非是合法继承人且没有尽赡养义务，未提供充分、有效的证据加以证明，故不予采信。车公庄903房为贾某与刘某再婚期间购买，是夫妻共同财产。故判决确认张某的继承人身份，支持了张某的诉讼请求。

（3）评析

本案的一审判决在认定事实和法律适用上存在的问题较多，例如在遗产范围确定、继承份额认定等，都有不当之处。本文着重进行讨论的是一审判决存在的最大问题，即法定继承人中形成扶养关系的继父母子女应当如何认定。这不是一个法院的意见，而是较多的法院均持有的观点，影响很大。故本文主要就此问题进行研究，阐释其不当之处，端正对此问题的认识；对其他问题，则在最后略作说明。

*中国人民大学民商事法律科学研究中心主任、法学院教授、博士生导师、中国民法学研究会副会长、中国婚姻法学研究会常务理事。

**江苏金铎律师事务所律师。

身体权的扩展及身体权与物权的界分

——关于冷冻胚胎继承案的评述与反思（第103页至117页）

刘召成 *　徐振科**

（1）案情概要①

沈某（男）与刘某（女）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，夫妻二人因“原发性不孕症、外院反复促排卵及人工授精失败，要求在江苏省南京鼓楼医院施行体外受精一胚胎移植助孕手术。鼓楼医院在治疗过程中，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”，鼓楼医院未对刘某进行新鲜胚胎移植，而是当天冷冻4枚受精胚胎在鼓楼医院生殖中心冷冻保存。

就在即将施行手术前数天，2013年3月20日深夜，沈某驾驶载有妻子的车辆发生侧翻撞到树木，夫妻双方死亡。此后，双方父母因处理冷冻胚胎事宜发生争执，原告沈某父母认为，依据风俗习惯，作为儿子生命延续的标志，在医院冷冻的胚胎应当由原告来监管和处置。被告刘某父母则认为，胚胎系他们女儿留下的唯一东西，要求胚胎的处置权。宜兴市人民法院受理后，依法追加南京市鼓楼医院为第三人。

（2）裁判要旨

宜兴市法院一审认为，夫妻双方已经死亡，作为双方父母的原、被告均遭受了巨大的痛苦，原告主张沈某与刘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。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。因而，驳回原告的诉讼请求。

（3）评析

本案为国内首例冷冻胚胎处置权纠纷，受到广泛关注。其受关注不仅因为涉及人工生育辅助这一新兴的医学技术，也因为其涉及冷冻胚胎这一公众并不熟悉的新鲜存在，还因为其中涉及中国传统的子嗣延续的情感，更因为涉及代孕等伦理价值判断。所有这些问题通过冷冻胚胎可否继承这一命题集中爆发出来，因此，本案表现出相当的复杂性。不过所有疑难解决的关键在于冷冻胚胎的法律属性，这是所有问题解决的前提，本文以此为出发点全面探讨冷冻胚胎的法律构造，权利人对其的权利行使规则以及权利冲突规则，最后对其是否可以继承予以分析。

*首都师范大学政法学院讲师、中国人民大学民商事法律科学研究中心兼职研究人员，法学博士。

**河北司法警官职业学院讲师。

①案件来源，《法院：人工辅助受精胚胎不能任意转让》，载《法制日报》2014 年 5 月 17 日，第 8 版。

公民申请变更姓名权利的维度（第 118 页至 135 页）

黄书建*　尹婷婷**

(1)案情简介

2012 年 9 月 4 日，原告芦亚丽向被告浙江省宁波市公安局江北分局慈城派出所，以书面形式提交了一份改名申请，理由是“志愿协助公安机关工作，无数次举报侵犯公民人身和国家人民财产安全的犯罪违法行为，遭到打击报复，跟踪迫害”。要求将其本人姓名“芦亚丽”变更为“学雷锋”。被告经过审查，认定芦亚丽要求将本人姓名“芦亚丽”变更为“学雷锋”的依据不充分，不符合相关的规定，故依据《浙江省常住户口登记管理规定（试行）》第 53 条的规定及《公安部三局关于执行户口登记条例的初步意见》第 9 条第 1 款第 2 项的规定，于 2012 年 9 月 6 日作出不予更改决定。并于 2012 年 9 月 7 日把该决定告知了原告。

（2）裁判结果

浙江省宁波市江北区人民法院经审理认为，姓名是公民身份识别的重要标记，是其参与社会生活的重要符号，要有相对的稳定性、严肃性。公民有改名的权利，但必须受到规定的约束。根据《公安部三局关于执行户口登记条例的初步意见》第 9 条第 1 款第 2 项的规定，即“年满 18 周岁的人，要变更现用姓名时，应适当加以控制，没有充分理由，不应轻易给予更改……”；及浙江省公安厅关于印发《浙江省常住户口登记管理规定（试行）》的通知（浙公通字[2008]82 号）第 53 条之规定：有下列情形之一的，可以由公民本人或者监护人申请变更名字：（一）姓名或者姓名的谐音违背公序良俗的；（二）姓名或者姓名的谐音易造成性别混淆、他人误解或者伤及本人感情的；（三）名字中含有冷僻字的；（四）公安机关认定确需变更名字的其他特殊情形。而原告芦亚丽要求变更姓名的依据均不符合以上可以变更姓名的规定，且其提出的理由也不充分。被告对此作出的不予更名决定事实清楚，适用法律正确，程序合法。据此，法院于 2012 年 11 月 13 日作出(2012)甬北行初字第 30 号行政判决：驳回原告芦亚丽要求撤销宁波市公安局江北分局于 2012 年 9 月 6 日作出的不予更改决定的诉讼请求。宣判后，原告芦亚丽未提出上诉。

（3）评析

芦某的诉讼是全国各地诸多姓名变更案件中极具典型意义的一例，反映了随着社会的发展和公民权利意识的觉醒，已经有越来越多的公民意识到了自己享有更改姓名权利，并且积极地行使。但是自然人变更姓名不仅仅是私权利的行使，而且可能会影响到他人或社会利益，这就涉及国家公权力干预的问题。因此，当前司法实践中许多要求更改姓名的申请都被公安机关以“没有法律规定”“缺乏法律依据”等为由不予受理或不予批准，造成我国宪法、民法确立的公民姓名变更权并没有得到很好的保护。公民的姓名变更权应不应该受到限制，公权力介入私权的度又在哪里，这是本案中不得不回应的重要问题，也是本案据以判决的基础。本文结合已生效的判决，对上述相关问题进行粗浅的阐述，希望有益于今后这类问题的解决。

*浙江省宁波市江北区人民法院办公室副主任。

**浙江省宁波市中级人民法院法官。

反家庭暴力立法应完善诉讼法思维

2015 年 1 月 14 日　人民法院报　黄海涛

2014 年 11 月 25 日，国务院法制办公室将《中华人民共和国反家庭暴力法（征求意见稿）》及其说明全文公布，征求社会各界意见。这既是我国加强对弱势群体保护的重要法治事件，也是我国加强立法工作的公开性、科学性、民主性的重要举措。笔者通读草案之后，对其在家庭暴力受害者的保护方面所做出的努力深感振奋，但同时认为其中一些规范制度的设计有一定缺憾，特别是在人身保护裁定的程序设计上，草案的规定与民事诉讼法的法律规定与法学理论有一定的不匹配之处，试从以下三个方面进行分析。

一、应将人身保护裁定程序设定为独立程序

依照目前草案第二十七条的规定，人身保护裁定只能在诉讼程序之中发挥作用，只能作为一项附属性的程序主张，依附于当事人的实体权利义务争议，而未能成为一项具有独立法律地位、发挥独特功能的反家庭暴力的人身保

护制度，如此，其启动方式、适用范围、作用期间等大大缩水。在该草案立法启动之前，虽然各地法院基本按照此思路开展保护裁定的试点工作，但这是在没有相应法律依据的情况下，只能依据民事诉讼法的相关规定，开展试点的变通处理。既然我们为强化对弱势群体的保护而专项立法，仍然遵循原变通方式则显力度不足。另外，这种设计与现行民事诉讼法中的“行为保全”制度的启动条件相同，功能重叠。

故从充分维护受害人人身权益这一立法目的出发，在反家庭暴力法的程序设计上，一方面应当强调充分利用现有资源，以现行民事诉讼法中行为保全制度的规定，解决特定诉讼中受害人提出附属性申请的问题；另一方面，将人身保护裁定的申请与准许程序定性为适用于专门事由、具有专门案由的特别程序案件，使其具有独立的程序地位与功能。

二、程序设计应当周延

一部制定法应当满足自身逻辑的严密性、内容的周延性、程序设计的合理性等技术性要求，反家庭暴力法的制定亦应注意此问题。就草案中的人身保护裁定的程序设计而言，草案在民事诉讼领域授权受害人在起诉前、诉讼中随时提出人身保护裁定的申请；而在刑事诉讼领域，是否在取保候审决定或刑事判决中增加相关内容则完全取决于有权机关的职权决定，立法未赋予受害人相应的申请权。二者对比，刑事领域中受害人未能获得同等对待，程序保障略显薄弱。

草案的第三十四条规定，人身安全保护裁定自作出之日起生效，有效期为一个月至六个月。这一条文与该草案中其他两则法条存在一定的矛盾：一是这一有效期的规定与第二十七条规定的“审理案件过程中”这一时间要件之间存在冲突的可能，例如法院出具一份有效期三个月的裁定后，不到三个月此案判决结案了，这一裁定还是否具有法律效力？法院是否需要再次出具一份裁定，终止或撤销前一裁定；二是第三十六条规定，对实施家庭暴力犯罪而被宣告缓刑或者判处管制的罪犯，可以在判决中增加保护裁定的相关内容。而依据刑法的规定，管制的期限为三个月以上两年以下，缓刑考验期限为两个月至五年，刑法对刑期的规定与反家庭暴力法对人身保护裁定有效期的规定如何衔接就成为重要问题。例如，刑事判决书判定被告人管制一年，法院在判决主文中加入了“禁止加害人接近受害人”的内容，这一内容的有效期是否与刑期相同，能否超出六个月的上限？立法中应予明确。

三、应注意民事诉讼法及其理论的基本要求

人身保护裁定的申请与准许，就其本质而言，是一项程序制度，而反家庭暴力法作为一部“短小精悍”的单行法，不可能将所有的程序事项规定在该法律之中，而需要引用民事诉讼法的相关规定。因此，反家庭暴力法中的程序设计与现行民事诉讼法相关规定与理论的衔接就非常重要。

在这一点上，草案的不足在于：第一，在某些具体环节设计方面，草案的规定与民事诉讼法的规定有一定出入。如第三十四条规定人身保护裁定作出即生效，而不是诉讼法中规定的裁判文书送达时生效；第二十八条规定申请保护裁定应当以书面方式提出，而未能享有起诉时可以口头起诉的便利；第三十三条规定，申请复议向作出裁定的本级人民法院提出，而不是与对罚款、拘留决定一样，向上一级法院提出。第二，在证明的问题上，草案提出的解决方案是第二十三条规定的“合理分配举证责任”。这既未能针对性的解决司法实践中，对家庭暴力的证明标准要求过高，侵害行为的相关证据（如报案记录、现场笔录、伤残鉴定等）难以固定，难以收集的实践问题，又有违举证责任分配的基本原理，因为举证责任的分配遵循的是“法律要件分类说”，其分配主要取决于实体法对侵权构成要件的规定，而家庭暴力侵权尚不能构成特殊侵权行为，故“合理分配举证责任”的设计似有不妥。第三，在法律要件上，未能准确区分程序的启动要件与做出准许裁定的实质要件。对比民事诉讼法中对起诉受理要件与实体判决要件的不同规定，结合民事诉讼法学中诉权理论在起诉权与胜诉权两个方面的研究，即可看出，草案第二十九条规定的“有明确的被申请人、有具体的请求、有具体的事实和理由”仅仅是程序的启动要件，草案中未明确法院准许其申请，并制作人身保护裁定的要件，如加害人实施家庭暴力行为的严重程度或频次，而第三十一条规定的裁定驳回申请的情形则又包括了程序启动要件、裁定准许要件两方面的不足。故草案在这一问题上的程序设计稍显混乱，应于厘清。

（作者单位：北京市第三中级人民法院）

同居财产需明晰 证据保留要充分

2015 年 1 月 15 日　民主与法制时报

在一起时甜言蜜语，分手后对簿公堂，是情侣、夫妻之间最残酷的事实。不仅仅是精神上受到伤害，可能更要遭受物质损失。

2013 年 12 月 19 日，北京市第二中级人民法院判决了一起因同居分手索要房产的案件。法官提醒民众，在同居期间一定要对大额财产明确自己的权属份额，而且要保留相应的证据。

师生分手，索要房屋未果

60 多岁的王建峰（化名）与宋祺（化名）原为师生关系，同居 10 年后分手，王建峰认为两人共同生活期间他付出较多，而且为女方购置了房屋，分手后房屋应归还自己，遂将宋祺起诉至法院。

据了解，王建峰与宋祺于 2004 年开始同居时，双方均有自己的家庭。2006 年双方以宋祺的名义贷款购买了一套房屋，房屋登记在宋祺的名下。

王建峰认为房屋首付款中其出资大部分，之后的月供也是由其负担，房屋装修、购置家具家电、供暖物业等费

用也全部由其支出。同居期间，其提供租房费用，并给付宋祺生活费。自己的收入也全部交给宋祺，每月均在万元以上。

宋祺在法院辩称，诉争房屋的房款全部由其个人出资，诉争房屋登记的所有权人是自己，房屋应归其个人所有。

一审法院审理后认为，王建峰不能证明其对诉争房屋的出资情况，因此对其要求分割同居期间房屋的诉讼请求，法院不予支持。

二审中王建峰提交了前妻对于自己与宋祺之间同居的证言、银行的存取明细等证据，然而仍不能充分有效证明该房屋是在同居期间由其出资购买的，故二审法院维持原判。

据悉，王建峰在法庭上情绪激动，坚持自己付出很多钱款，当时两人关系很好，他都将钱款给予宋祺。甚至让宋祺自己举证是否有能力购买房屋。

明晰同居财产 保留相应证据

北京市第二中级人民法院团河法庭法官杨磊告诉本社记者，审理该案时，对于房屋的所有权认定要以出资情况为准。然而王建峰诉称给予宋祺购买房屋的钱款都是现金，这样在房屋购买的过程中体现不出资金是由王建峰支付的。

杨磊对记者说，首先从法律和道德的角度讲，是不赞同非法同居关系的，特别是本案中双方都未离婚的情况下同居；其次，如果一旦形成了同居关系，为了避免以后产生财产争议，对于双方财产最好有约定；而同居关系存续期间，双方购买的物品根据法律规定，并不是共同共有的关系，而是一般共有。因此，对财产的归属和投入都要有明确的依据，可以约定房屋或者财物的份额。

杨磊建议，对于房屋、财物等出资情况，保留相应的证据有利于保护双方当事人的利益。包括赠与大额财物的同时，最好有明确的协议，可以将缘由写清，避免关系破裂时，双方产生争议。

审理赡养探视案应考虑哪些因素?

2015 年 1 月 14 日　重庆法制报　胡腾云

赡养探视权设立的目的是确保公民在年老时能得到来自家庭的关心和慰藉，是社会温情的具体体现，目的是通过建立和睦的家庭伦理关系来确保社会的和谐稳定。赡养探视权的行使，除赡养人自觉履行以外，被赡养人可以通过诉讼的方式向赡养人主张权利。当然，赡养探视权的行使如同离婚抚养探视一样，非常复杂。俗话说：清官难断家务事。即家庭关系错综复杂，并非遵从简单的法律条文就可以解决的，在审理过程中稍有不慎就可能激化矛盾，因此，该类案件对法官审理案件的水平要求非常高，不仅要求赋予法官自由裁量权，还要求法官审慎地运用自由裁量权;法官不仅要具备专业的法律知识，还要有高尚的职业道德;不仅要有丰富的社会经验，还要有社会良知与悲悯之心;不仅要有敏锐的洞察力，还要深谙人情世故、却不拘泥于人情世故的豁达态度。

法官在行使自由裁量权的时候除了遵循有利于被赡养人的原则外，还应该综合考虑以下几个因素：

赡养人的工作、家庭及居住状况。赡养人的情况在审判中也应得到足够的重视，赡养人多为中青年的“夹心层”，不仅要赡养老人，还负担着抚养教育子女的重任，同时还要承受社会竞争的压力。赡养人自身就承受着经济和精神的双重压力，他们的经济、生活、工作状况与他们履行探视义务的能力密切相关。例如，赡养人工作繁忙，则较工作轻松的赡养人履行探视义务的频率低;居住较远的赡养人，可集中履行探视义务，如每年陪伴被赡养人一周，也可采用电话、通信等其他方式与被赡养人沟通交流。

被赡养人的生活及健康状况。在进入老年期后，人的精神与心理都变得较为脆弱，但是每个人的心理素质与精神状况都不同，个体差异也很大。需要法官根据具体的情况进行分析后，做出正确的判断。一般来说，丧偶或独居的被赡养人比有配偶的被赡养人更需要精神上的慰藉;病痛中的被赡养人比健康的被赡养人更需要情感上的关心。

赡养人与被赡养人的感情基础。感情基础的鉴别尽管没有衡量标准和测量方法，但基于赡养人和被赡养人之间的血缘、亲缘或拟制血亲的关系，法官有理由相信赡养人与被赡养人之间存在着较为深厚的感情基础。若区别对比时，赡养人在未成年时及成年后与被赡养人共同生活时间的长短可以作为参考衡量的标准之一;在赡养人成年后，被赡养人与赡养人之间相互的经济帮助，亦可作为参考衡量的标准。

如何认定夫妻间欠条的法律性质?

2015 年 1 月 14 日　重庆法制报　张洪春

原则上，夫妻在婚姻关系存续期间取得的财产属夫妻共同财产，为夫妻共同所有。《婚姻法》第 17 条规定：“夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，归夫妻共同所有：(一)工资、奖金;(二)生产、经营的收益;(三)知识产权的收益;(四)继承或赠与所得的财产，但本法第 18 条第 3 项规定的除外;(五)其他应当归共同所有的财产。夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权。”

但是，法律也规定了某些财产是属个人所有的。《婚姻法》第 18 条规定：“有下列情形之一的，为夫妻一方的财产：(一)一方的婚前财产;(二)一方因身体受到伤害获得的医疗费、残疾人生活补助费等费用;(三)遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产;(四)一方专用的生活用品;(五)其他应当归一方的财产。”

如果夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产有约定，那么财产的归属依照“约定”进行划分。《婚姻法》第 19 条规定：“夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自

所有、部分共同所有。约定应当采用书面形式。没有约定或约定不明确的，适用本法第 17 条、第 18 条的规定。夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方具有约束力。”

何种情况属于《婚姻法》第 19 条的有“约定”?其一，约定采取的是书面形式，这是形式要件;其二，约定内容必须是有关“婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产”;其三，约定财产的归属有 3 种情形：各自所有、共同所有、部分各自所有、部分共同所有。

如果欠条上载明的款项属于一方婚前财产，那么表明夫妻双方对该婚前财产的约定是各自所有;如果属于夫妻关系存续期间一方所得的财产，就表明夫妻双方约定夫妻关系存续期间所得该财产归各自所有。

由于欠条所载明的为欠款，那么仅从欠条是无法看出夫妻关系存续期间，夫妻双方是对夫妻关系存续期间所得的何项收入进行了约定。这里面包括工资、奖金、生产经营的收益、知识产权的收益等财产。

至于夫妻之间还有无其他共同财产，这就要看夫妻之间是否还有其他约定。如果对某部分财产有财产分割约定的，该部分财产的分割从财产分割约定。对于约定没有涉及的其他财产，则属于夫妻共同财产。

【法律实务】夫妻一方所负债务对于债权人的认定

2015 年 1 月 19 日　山东高法　吴巧勇

近年来，随着市场经济活动日益复杂多样性及家庭财产持续快速增长，夫妻债务在家庭生活中已经成为最重要的位置。夫妻一方对外所负的债务是否认定为共同债务或者个人债务，直接面临着保护债权人的债权和避免婚姻关系当事人的财产权利之间的冲突。在实践方面，虽然我国《婚姻法》对于夫妻共同债务认定进行了规定，然而在司法实务中出现了不少难点，夫妻之间真实的共同债务与虚假的债务都难以认定。

在现实生活中，夫妻关系在良好状态下，充盈着幸福的感情，彼此都很信任对方。因此，对于夫妻财产的管理和控制，双方也是本着一个公开透明的原则，常常是部分或全部委托某一方管理，但一旦感情恶化甚至破裂，自私的本性往往就开始发挥，近年来在夫妻离婚诉讼中，涉及夫妻债务问题越来越多，在法院审理过程中，特别是如何正确认定夫妻共同债务或者个人债务，一直存在很多争议。夫妻共同债务应由夫妻共同承担，夫妻一方的个人债务则应由夫妻一方偿还，这就涉及夫妻共同债务或个人债务的界定问题。笔者认为，处理离婚债务必须严格界定该债务是夫妻共同债务还是夫妻一方个人债务，正确区分两种债务有利于保护交易安全和维护夫妻双方利益两者之中寻找一个合理的平衡点，完善现行法律制度，规范夫妻债务和义务。

一、立法上关于夫妻一方所负债务对于债权人的认定

《婚姻法司法解释(二)》第 23 条规定：“债权人就一方婚前所负个人债务向债务人的配偶主张权利的，人民法院不予支持。但债权人能够证明所负债务用于婚后家庭共同生活的除外。”《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债权的，应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人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的情形除外。”该条规定先设定夫妻一方在夫妻关系存续期间的个人名义所负债务均为共同债务，它没有将是否为夫妻共同生活或日常共同生活所需加以区别。在该条的规定下，只要不能证明实际债务人与债权人作书面的特别约定，所有的夫妻一方债务应夫妻认定为共同债务。

二、我国相关司法解释的评析

司法解释认为，根据《婚姻法》第 19 条第三款的相关规定，存在以下两种情形的可以认定为推定的抗辩事由:一是夫妻关系中一方可以对另一方已经和债权人确定的明确的个人债务关系予以证明;二是在婚姻关系存续期间内，夫妻已明确约定财产归各自支配及所有，并且债权人知悉此情况。但是《婚姻法司法解释(二)》第 23 条、24 条存在缺陷，表现在以下方面：

（一）容易引发恶意诉讼欺诈。

《婚姻法司法解释(二)》第 24 条创设了夫妻共同债务推定规则。因为夫妻共同债务的认定涉及夫妻间的内部关系，而夫妻之间的“内部信息”往往难于为作为局外人的债权人所掌握。正是基于这种“信息不对称”考虑，裁判上才运用“控制证据的人承担举证责任”这一举证责任分配规则原理，从而创设了夫妻共同债务推定知道。该规定对保护债权人利益具有重要的保障作用，有利于遏制以假结婚逃避债务现象的频频发生，使夫妻双方离婚后债权人利益得到实现提供了法律上的保障但是，此规定侧重于保护债权人利益，其结果导致夫妻一方当事人利益却得不到应有的保障。有些恶意举债权人借助《婚姻法司法解释(二)》第 24 条的规定进行诉讼欺诈，主要表现之一是夫或妻另一方为了在离婚诉讼中多分财产，和他人虚构债权债务关系，并由虚假债权人起诉夫妻一方或双方。

（二）难以合法维护夫妻中非举债方的权益。

《婚姻法司法解释(二)》第 24 条: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 19 条第三款规定情形的除外。在司法实践中，离婚的当事人的一方与第三方合谋，制造假债务，让另一方因无法举证而无辜蒙冤承担债务，此类事例正是借助《婚姻法司法解释(二)》第 24 条的规定得以实现的。不能假定条件将婚姻关系存续期间的夫或妻一方以个人名义所负债务一律认定为夫妻共同债务是有很大缺陷的，这不符合婚姻法第 17 条第二款关于“夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权”规定的立法精神。同时，要求不知情的、未参与相关债权债务关系的夫妻双方的一方来举证证明债权人与实际债务人之间存在的债权债务关系纯属个人债权债务，从客观上

理论上都是行不通的。债权人在与他人建立一项合同性质的契约关系的时候，从相关主体的主体资格、合同相对人处分权限等义务，婚姻法没有赋予夫妻双方的一方可以代表对方做出超出正常生活需要以外的财产处分行为的权限，这是众所周知的，债权人也不例外，应尽自己必要的义务，如果在同配偶一方建立债权债务关系的时候未取得对方的确认，那么就应视为与行为人建立债权债务关系，而与其配偶无关。强调对第三人的债务应由离婚的夫妻双方共同承担，然后再根据各自承担的原则进行追偿，这种债务承担方式实际上忽略了以下三个问题:第一，让没有受益、甚至没有参与债权债务关系的夫妻一方当事人承担了不应承担的一半债务;第二，可能会出现这种情况，那就是没有受益的、没有参与债权债务关系的夫妻一方当事人承担了不应承担的全部债务而无法向对方实际追偿，因为债权即使通过司法程序予以确定也并不一定能实际实现或执行;第三，此种规定客观上鼓励了恶意逃避债务、纵容了虚构假债，使得无辜的当事人一方实际利益得不到保障。因此，在目前中国现行的司法制度无法有效地应对某些假证据的情况下，对特定事项作详细、准确的规定是非常必要的。

（三）非举债方取证困难。

《婚姻法司法解释(二)》第 24 条出于对债权人利益和交易安全的保护，在举证责任方面实行的是举证责任倒置，证明债务为夫妻共同债务的责任不是由债权人来承担，而是由夫妻双方中的一方来承担，如果其不能证明存在的两种例外情形之一，该债务就被认定为夫妻共同债务。这种举证责任分配主要考虑到债权人相对于债务人夫妻而言是“外人”，其不太可能明了夫妻的约定以及借款的去向，但将举证责任分配给举债夫妻一方配偶，无疑加重了举债方配偶的举证困难，如果举债方配偶没有共同举债的意思表示或没有分享该债务带来的利益，甚至连债务的发生都不知道，却要承担举证责任，这对举债方配偶显然不公平，也违背了权利义务相一致原则。但书规定之初衷是防止夫妻一方将个人债务用于夫妻共同财产甚至对方个人财产来偿还或者防止恶意举债损害配偶权益。然而夫妻另一方既然有意要少承担债务或虚构债务，其必然不会让配偶知晓该债务的具体情况，相对方举证的难度极大。其要免除承担连带责任须证明以下两点：第一，约定为债务人或夫妻双方实行约定财产制；第二，债权人明知，而例外情形成立的关键证据是“债权人明知”，该证据直接关系到案件的定性和结果。由于债务人和债权人收集了全部证据，即使债务人配偶能够证明债务系债务人个人或双方实行约定财产制，但只要债权人坚称不知情，就没有办法认定为个人债务，在作为连债务发生都不知晓的债务人配偶要想证明“侵权人明知”就更不可能。并且这种举证一般需要债务人的配合，而此类案件多发生在夫妻感情破裂或离婚的情况下，债务人恶意举债时配合的可能性更小。

三、完善夫妻一方所负债务对于债权人的认定规则

（一）夫妻一方所负债务推定为个人债务。

《婚姻法司法解释(二)》第 24 条的规定与婚姻法第 17 条第二款关于“夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权”的规定是存在一定矛盾，而且，《婚姻法司法解释(二)》第 24 条规定将除外情况的举证责任确定有可能完全没有受益的、没有参与债权债务关系的一方离婚当事人承担，无论从现实可行性和证据学原理上说，都是不合理、不公平的。最高人民法院作出的此项规定实际上已经突破《婚姻法》第 17 条第二款规定的立法本意。笔者认为，如果将《婚姻法司法解释(二)》第 24 条规定修改为:“债权人就婚姻关系存续期间夫或妻一方以个人名义所负债务主张债权的，一般应当按夫或妻个人债务处理。但债权人能够证明用于共同生活或该债务发生时，夫妻另一方明知或者已经确认的，可按共同债务处理”，可能更为符合现实，更为公平，更能促进民事关系建立的规范化，减少人为的不公平因素，最大限度实现司法公正和法制进步。如果债权人能够证明该债务用于债务人夫妻共同生活或生产，或债务人能够证明该债务并未用于夫妻共同生活或生产，直接适用《婚姻法》第 41 条即可作出公平公正的裁判。另一方面，对于债权人的举证责任不宜规定得过于苛刻，使债权人无法获得司法救济。因为债务具体用于何处，只有举债人或举债人夫妻最清楚，债权人作为第三人很难准确了解，只要其提供举债时间及与对方用于大宗消费的时间相符，可推定债务人所负债务用于家庭生活。此时，若举债人夫妻否认则应对其否认的事实承担举证责任。

（二）明确夫妻日常家庭事物代理权制度。

日常事务代理制度是指夫妻一方因日常事务与第三人交往时所为法律行为应当视为夫妻共同意识表示，并由配偶他方承担连带责任。我国最高人民法院在《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 17 条″因日常生活需要而处理夫妻共同财产的，任何一方均有权决定’’，这就是家事代理权的规定。

从此条司法解释可以看出，对于夫妻财产，只有日常生活琐事任何一方均有处分权，并视为夫妻双方共同意思表示。对于重大财产处分行为，原则上须经双方平等协商，取得一致意见，或取得另一方的同意，只有得到另一方授权才属于有权代理，形成的债务才是夫妻共同债务。如果夫妻一方擅自处分重大共同财产的，他方有权主张无效，只是不得对抗善意第三人。对于违背夫妻一方意志而擅自处理夫妻重大共同财产的行为，另一方有权采取措施依法保护自己的合法权益不受侵犯，有权请求擅自处分一方以个人财产予以赔偿。对此，我国《婚姻法》及其司法解释有必要限制夫妻日常家事代理权，夫或妻的举债行为应限制在日常家事代理的合理范围内，包括举债数额的大小限制、举债的形式要件限制、还款义务人的明确规定、不履行还款义务时的责任追究的规定、举债行为对债权人的效力、债权人行使权利的明确规定等。在授权夫或妻另一方进行代理或管理的情况下，应明确管理方的权限、责任，滥用代理权造成财产减少时应承担相应的赔偿责任。但夫妻修建或购置住房、大面积装修房屋、大额借款、大笔经营性交易等标的额较大的交易，应当夫妻双方共同决定，共同行为，或夫妻明确授权另一方从事此交易行为。否则，

无限扩大夫妻日常家事代理权，容易导致夫妻一方为了自身利益滥用代理权，侵害另一方的合法权益。

（三）构建夫妻约定财产公示制度。

夫妻财产约定具有隐蔽性，第三人很难知晓夫妻财产如何约定。让夫妻一方举证证实第三人具有明知的主观认识过于苛求，故应进行夫妻财产公示。公示即权利人通过某种手段向特定或不特定人公 、显示其权利的法律事实。具体说来，就是把合同双方约定的事实或物权设立、变更的事实通过一定的方式向社会公开化、透明化、使其他人知道约定的内容或物权变动的状况，以利于保护他人的合法权益，维护交易安全和交易秩序。在实践中，可以在公证处增设夫妻财产登记机构，这在立法上可以增设。夫妻选择约定财产制的，于公证处登记约定契约的内容，婚后选择的，应及时去公证处进行登记，否则不可对抗第三人。

根据我国现实情况看，最简便可行、最具有可操作性的公示方式是到特定的国家机关进行登记，法律另有特别规定的按照规定进行公示。公示以后，就推定为债权人事先知道了夫妻财产约定的内容。如果仍然借款给举债方或与其进行经营交易，由此产生的债务，属于举债方的个人债务，与夫妻另一方无关，债权人也因此承担举债方个人财产不足以清偿债务的风险。这样就能有效保护夫妻另一方合法权益不受恶意侵犯。

（四）重大夫妻共同债务的成立以双方签字为要件

对影响家庭生活的重大决策，应该明确夫妻共同签字制度，而不是由一方代签。这样就能更加明确是夫妻共同债务还是个人债务?如果配偶有其他原因不能到场的，也要通过授权委托书的形式，来说明该事项为夫妻共同合议的结果。这样的债务无论对权利人或者夫妻双方而言，都容易区分是夫妻共同债务或是个人债务，不会因此产生矛盾。在离婚案件的司法实践中，法院审理离婚案件的难点在于离婚时夫妻财产及债务的认定与分割。特别是夫妻中的一方与第三人恶意串通伪造债务侵占对方财产的现象让法院审理时十分困难，而且这类现象如果没有法律的约束会更加严重。因此，在《婚姻法》中应明确规定夫妻中的一方或者双方与第三人发生的借款、交易、经营等行为，如果标的数额较大，在没有夫妻双方共同签字的情况下不能认定为夫妻共同行为。夫妻一方的单方行为产生的债务除非另一方自认该债务是其夫妻共同债务，或者一方有未参与举债方明确的书面授权，或者第三人、举债方有足够的证据去证明所举债款确实是用于夫妻共同生活，否则，法院应认定举债一方的债务为其个人债务，与夫妻另一方无关，而由举债方单独承担。

来源：中国法院网 ｜ 作者：吴巧勇

到法院申请执还是到行政机关申请过户

2015 年 1 月 17 日　王茂刚法官

一、凡法院生效判决确认房屋所有权全部转移的，如果原房屋产权人不配合办理过户，受让人（法院判决确定的房屋产权人）可以持法院的生效判决书直接到房管局办理过户手续。判决中无需写明原房产权人负有配合办理过户的义务（无需通过执行程序）。

例如：离婚案件中，法院判决：男方张某名下的房屋离婚后归女方李某所有。申请人提交法院生效法律文书或者经公证的离婚财产归属协议书，可以单方申请登记。

二、法院生效判决确认房屋由多人共有的（包括按份、共同共有），如果所有共有人共同持法院生效判决去房管局办理过户手续，房管局可以直接为所有共有人办理新房屋所有权证书。如果共有人不同意共同前往，房管局在无法核实所有共有人的自然信息的情况下，会拒绝为个别共有人单方办理房屋所有权证。在个别共有人不同意办证的情况下，申请办证的共有人只能通过执行程序，由法院执行庭出具协助执行通知书，注明所有共有人的自然信息，房管局才会办理。（当某一共有人不配合去办证时，必须通过执行程序）

例如：继承案件中，法院判决遗产房屋由原、被告四人按份共有，其中原告甲、乙、丙三人各占房屋所有权的 20%，被告丁占房屋所有权的 40%。如果甲、乙、丙、丁四人共同去房管局办理房屋过户手续，房管局可以直接办理，如果不能共同去办理，房管局不能为某一方共有人单独办理房产证。

三、在法院生效判决中，对一方取得房屋所有权附有条件时，房管局不能单凭法院生效判决书直接办理房产证。由于房管局不能判断所附条件是否成就，因此，这种情况必须通过执行程序，由法院执行庭出具协助执行通知书后办理。（需立执行案件）。

四、如果法院的生效判决中，确认一方在规定期限内配合办理过户（多见于合同纠纷），必须由原产权人去房管局配合办理过户，如果受让人单方去房管局办理过户的，房管局不予办理。此种情形需通过执行程序解决。

法院视点：法人股东的股东资格继受问题法律分析

2015 年 1 月 20 日　公证人　李蔚　赵炜　韩天岚

阅读提示：对于法人股东注销后其股东资格如何处理公司法没有规定。法人股东注销后，其原享有的股东资格原则上不具可继受性，但公司章程另有规定或者原公司其他股东与法人股东的内部股东达成一致意见的除外。如原公司股东拒绝法人股东的内部股东继受股东资格，那么司法救济途径如何？

一、法人股东股东资格继受问题的提出

2000 年 3 月 17 日，A 公司和胡某作为股东共同成立 C 公司，C 公司注册资金 3000 万，A 公司认缴 900 万，占公司注册资本 30% ，胡某认缴 2100 万，占注册资本 70%。2001 年 5 月 30 日，A 公司的股东 A1 公司和 A2 公司做出

股东会决议，同意 A 公司进行资产清理，停止经营。2001 年 6 月 30 日，A 公司经工商局核准注销。后 A1 和 A2 公司提出，因 A 公司已注销，其在 C 公司的股东资格应由 A 公司的股东即 A1 和 A2 继承，遂向法院提起诉讼，要求确认两公司为 C 公司股东并持有相应份额的股权。

上述案例反映出的问题是，法人股东工商注销后其原本在其他公司享有的股东资格如何处理。公司法仅规定自然人股东死亡后，其合法继承人可以继承股东资格，公司章程另有规定的除外。但公司法对法人股东注销后其股东权利如何处理却没有做出任何规定。由于法人股东在注销前往往会妥善安排股权处理事宜，故实践中鲜有此类情况发生。上述案例的发生引发了笔者对上述问题的思考。需要明确的是，本文所指的法人股东，系指在原公司［1］中享有股东身份的且本身为公司法人的股东，即该股东是公司而并非自然人。

二、法人股东股东资格继受问题的理论争议

（一）股东资格的基本理解

要解决股东资格继受问题，首先要澄清本文中所称的股东资格的概念和涵义。股东资格，也可称为股东权，股东权是公司一切权利的基础，也是公司一切权利的来源。股东权包括股东共益权和股东自益权两个方面，其中股东共益权是基于股东的共同利益而享有和行使的权利，主要表现为各种带有人身性质的权利，例如股东参加股东大会并对有关决议事项进行表决的权利，除法律强制性规定外，公司不能通过任何形式进行限制和剥夺；股东自益权是为了实现自己的利益而享有和行使的权利，主要表现为股东所享有的各种财产权，股东的财产权非基于法律规定或权利人同意，他人无权对其财产权进行处分。所以说股东资格，涉及人身权与财产权两方面的内容。

（二）法人股东注销后的现实状态

原公司的法人股东注销后，可能产生两种情况。一是原公司的其他股东与法人股东的内部股东［2］就股东资格问题达成协议，或者接纳内部股东为新的股东，或者将该部分股权予以内部收购，或者将该部分股权对外转让，［3］将收购或转让后的财产权益归属于法人股东的内部股东。由于上述股权协议属于各方当事人之间的意思自治的表示，属公司内部事务，在并未违反法律规定的情况下，笔者认为司法不应干涉。另一种是法人股东的内部股东要求确认其享有原公司的股东资格，但原公司的其他股东不予接受，双方就股权的财产权益也未达成一致意见，正如上述案例所体现的，双方产生争议。

（三）法人股东注销后股东资格继受问题的不同观点

一种观点认为，法人股东消亡后其股东资格无法继受。支持该观点的理论依据认为，公司法既然仅规定了自然人股东股东资格的继承问题，没有规定法人股东股东资格的继受问题，表明立法并不支持法人股东消亡后其股东资格仍可以继受。反言之，法人股东消亡后其清算义务主体即该公司的内部股东，要求确认其享有原公司的股东资格，没有法律上的依据，当然地不能获得司法支持。该观点带来的后续问题是，既然法人股东的股东资格无法继受，那么法人股东其原本享有的股东权利去向如何，又如何保障法人股东的内部股东的权益，需要进一步解决和探讨。

另一种观点则认为，法人股东消亡后其股东资格可以继受。支持该观点的理论依据认为，法无明文规定不等于民事主体当然丧失其民事权利，如果剥夺法人股东的股东资格继受权，对内部股东来讲显然有失公平。既然公司法规定了自然人股东死亡后的股东资格处理，那么法人股东可以参照自然人股东情形依法处理，即法人股东消亡后，该法人股东的债权债务承担主体即内部股东应该当然继受该法人股东享有的股东资格，除非公司章程另有约定。

三、法人股东股东资格继受问题司法原则

笔者认为，法人股东注销后，其原享有的股东资格原则上不具有可继受性，但公司章程做出另外规定或者原公司其他股东与法人股东的内部股东达成一致意见除外，对其财产权益应给予相应的司法救济措施。具体做以下论述。

（一）对自然人股东股东资格继承问题的立法理解

公司法规定，自然人股东死亡后，其合法继承人可以继承股东资格，但是公司章程另有规定的除外。从其立法原意看，继承人并不当然的继承股东资格，其继承的基础在于章程中没有否定的意思表示。如果公司股东一致同意自然人股东资格可以继承，表明公司股东明确表示接受继承人加入公司并参与公司控制，如果公司股东不同意自然人股东资格可以继承，那么继承人享有的只有股权的自益权，即财产权利的部分。设立此制度的考虑，原因在于有限责任公司具有人合性，对于新加入的成员，原股东有权做出考虑是否限制其加入。可见，我国自然人死亡后的股东资格的继承，属于受限制的“法定继承”。

（二）法人股东股东资格继受问题不宜参照自然人的立法规定

笔者认为，从上述对我国立法上的自然人股东的股东资格继承的分析来看，我国立法首先尊重和考虑的是有限责任公司的人合性。股东之间的关系直接影响到公司的业务开展，考虑到新加入的成员是否对原有股东之间关系的平衡有所影响，公司法赋予原公司其他股东是否接受的权利。可见，即便是参照自然人股东股东资格继承的法律规定，法人股东的股东资格继受仍需要考虑到原公司其他股东的接纳程度。

况且，法人股东消亡后的情形与自然人股东死亡后的情形有着本质的区别。自然人死亡后的继承人也是自然人，情况比较单一，原公司的其他股东易于做出是否接受的决定。而法人股东消亡后，法人股东的内部股东情况十分复杂。原公司成立时接受该法人作为股东，与该法人股东的实际控制人或者法定代表人均有着密切关联，从人合性的角度来讲，其实接受的是当时法人股东的管理方法和体制，并与当时的实际控制人或者法定代表人形成了良好的关系。但该法人股东的消亡，意味着公司可能不再由当时的实际控制人或法定代表人行使权利，而是增加了许多陌生

的、数量无法预计的内部股东，其情况的复杂性将远远超出原公司其他股东的预想。若法律要求原公司其他股东予以接纳，其困难和障碍可想而知，因为接纳这些新的内部股东作为原公司股东，势必对公司经营和控制造成一定甚至重大的影响。因此，笔者认为，法人股东股东资格继受问题不适宜参照自然人股东股东资格的立法规定。

有学者提出，如果原公司股东不想接纳法人股东的内部股东，那么可以比照自然人股东股东资格继承的立法在章程中予以约定。笔者认为，公司制度虽然强调其自治性，但必须遵循一定的立法规范，在法律有明确规定的情况下，我们推定公司发起人对公司法相关规范有所知晓，那么对于自然人股东股东资格的继承有明确规定的部分，原公司股东应承担不予限制的法律后果。而对于立法空白部分，要求公司发起人在设立公司时便有所预见显然是不合常理的。因此，要求公司设立时就对法人股东注销后的情况做出约定，在当前的立法条件下不具有可行性。

（三）法人股东注销后股东资格原则上不可继受

从审理原则上看，公司法在总体上属于私法，除却强制性规范，司法中要注意彰显股东自治、公司自治的理念，公司内部事务原则上公司自决，司法对公司纠纷的干预应坚持有限干预的原则。[4]在对公司未决事项进行处理时，则应以侧重效率、保证公司正常运营为基本原则。笔者认为，对于公司法无明文规定的部分，公司法案件的审理应遵从以上原则。

如前所述，如果就法人股东注销后，其原有的股东资格问题已经在公司章程或者协议中作出约定，则应遵从公司的意思表示，允许按照原有的约定进行处理。但如果公司未能在事先作出约定，司法就应从维护公司内部结构稳定、保证公司正常经营的角度出发进行处理。

当原公司股东拒绝法人股东的内部股东继受股东资格时，原公司其他股东就作出了不愿与内部股东共事的意思表示，可能涉及公司控制权问题、可能涉及公司经营管理问题、也可能涉及股东个人情感问题，总之无法预见的各种因素共同影响了原公司其他股东的决定。正如美国学者赫伯特.M.搏尔曼所说的，闭锁公司［5］中首要股东之间的人身关联性是很强烈的，如果没有对投资份额的可让渡性(transferability)进行限制，现存股东很可能发现其与原合作伙伴的前配偶或继承人甚至是陌生人共事，并且发现不能同这些新合作者一起工作或密切交往。换言之，闭锁公司对投资份额的可让渡性进行限制，主要是为了防止股东身份的随意变更而损害原公司股东之间已经形成的良好关系。[6］这段阐述形象地解释了有限责任公司人合性的根本所在，以及应该如何尊重有限公司的人合性。

按照以上处理原则，并综合前述对法人股东股东资格问题不适宜参照自然人的论述，笔者认为，法人股东的股东资格原则上具有不可继受性。

四、法人股东注销情形下股东资格的处理途径

如果原公司股东拒绝法人股东的内部股东继受股东资格，随之而来的问题就是法人股东的股东资格将如何处理，法人股东的股东权益又如何得以保障。笔者认为，在法人股东股东资格继受问题没有立法规定的情况下，适当借鉴已有的法律制度，符合公司法的立法原则。在当前公司法框架下，可以尝试和探索以下救济途径。

（一）参照执行程序以股权拍卖、变卖方式作价补偿

在我国法院的执行程序中，存在为偿还债务而将债务人所拥有的股权变卖或者拍卖的实践操作。虽然公司法没有具体规定，但该方法已成为主要的偿债方式之一。笔者认为，在各方未能就法人股东的股权问题提出有效解决方案的情况下，或者原公司其他股东客观上没有能力收购法人股东的股权时，内部股东或者清算组可以参照执行程序中股权拍卖或者变卖的方法，通过公开途径将该股权变卖或者拍卖，以变卖或者拍卖后所得的财产补偿法人股东注销后的股东权益，并作为清算财产在清算期间予以一并处理。

诚然，如果股权进入公开市场交易，该股权的继受人也将进入不确定状态，为保证原公司人合的稳定性，应要求法人股东在进入变卖、拍卖程序前明示告知原公司其他股东，而原公司其他股东在变卖、拍卖过程中也应享有优先购买权，如果原公司其他股东不行使该项权利，那么原公司其他股东应承担不特定人获得股权成为公司股东的法律后果。

（二）参照公司法异议股东收购请求权

公司法第 75 条规定，有限责任公司的股东在特定情形下不同意公司决议的，该股东可以请求公司按照合理的价格收购其股权。虽然公司法规定的异议股东收购请求权的范围仅限于三种情形，但已有学者提出，与其他国家相比范围明显狭窄，许多同样对股东利益产生重大影响的公司行为没有纳入条件范围中。[7］笔者赞同此观点，本文中阐述的问题同样对股东的利益乃至公司利益产生较大影响，在当前的立法状态下，参照异议股东收购请求权制度处理上述问题不失为一种可尝试的途径。

据此，在与原公司其他股东就股权问题未能达成一致意见的情况下，法人股东的内部股东或者清算组可以代为行使异议股东收购请求权，要求原公司的其他股东以现有的合理价格收购该法人股东的股权，收购所得财产权益属于法人股东的清算财产，在清算过程中予以分配和处理。如果内部股东或者清算组与原公司其他股东对收购价格不能达成一致意见，可以共同委托特定的专业评估机构进行股价评估，或者参照公司法异议股东收购请求权制度的规定向法院提起诉讼，以实现其司法救济。

对于法人股东主张股东权益的程序问题，笔者认为，法人股东的消亡和自然人股东的死亡有着本质的区别。自然人股东的死亡包含许多突发意外事件，在自然人的继承人无法预计的情况下，法律没有对其继承人提出继承股东资格的时间点作出限定。而依照相关法律规定，法人股东的消亡应当要经过公司清算，清算后工商部门依法予以注

销。在公司清算期间，要清理公司财产并处理债权债务，此时法人股东在原公司享有的股权，属法人股东的财产，清算组应予以处理，通过实现财产权来偿付法人股东的对外债务，完成清算分配。因此，法人股东解散后，要求内部股东或清算组在清算期间提出股份收购请求权是比较合理的一种方式。

（三）参照域外法的股份强制注销制度

股份强制注销，是指未征得相应股东的同意或者违背其意愿，强制注销其持有的公司股份，并向该股东支付合理补偿，被注销的股份归于消灭的制度。股份强制注销具有其独特的制度价值。从这项制度产生的历史看，股份注销最初是作为变更资本关系的工具，而不在于变动公司成员的构成。[8] 而在今天，精确地界定股份强制注销的理由是控制公司股东结构的一个重要手段。[9] 它与其他股东退出方式的根本区别在于，股份强制注销不发生股权转让，而是归于消灭，其他股东退出方式则系以股权转让的方式予以进行。

德国有限责任公司法规定，在股份权利人获得该股份之前公司章程已经规定了强制注销的条件，可以不经权利人同意而注销股份。德国股份有限公司法同样规定了有条件的股份注销制度。在德国公司法理论上，股份强制注销制度是公司减资的一种法定形式，具有开除特定股东的特殊目的。[10] 可见，在域外法的规制下，公司期望减少注册资本，或者发生特定事由时希望解除某股东的股东资格，便可以有条件地援引股东强制注销条款来达到其目的。

虽然公司法在股东退出机制中并没有引入股东强制注销制度，而且公司法中的公司减资制度的根本目的也并不在于股东退出，但笔者认为，公司法相关理论仍旧为股东强制注销制度提供了相对完善的法律环境。

首先，在对自然人股东的股东资格是否可继承问题上，公司法允许公司章程做出例外规定不予继承，如果股东资格无法被继承，那么面临的也可能是该自然人股东的股东资格的灭失，这为特定情况下的公司股东退出提供了法理基础。

其次，公司法规定的公司减资制度，经过符合条件的股东会决议，公司可以减少注册资本，这与股份强制注销后的公司状态相吻合，因此《公司法》的公司减资制度为股份强制注销提供了理论依据。

再次，最高人民法院《关于适用<中国人民共和国公司法>若干问题的规定(三)》第十八条规定，有限责任公司的股东未履行出资义务或者抽逃全部出资，经公告催缴或者返还，其在合理期间内仍未缴纳或者返还出资，公司以股东会决议解除该股东的股东资格，该股东请求确认该解除行为无效，人民法院不予支持。司法实践认为，除名权主要解决股东的身份和资格问题，是在违背被除名股东的意愿情形下将被除名股东的股东资格免除，使得股东强制退出公司的一种机制，具有一定的强制性。从这个角度看，股东除名权的实质特性与股份强制注销制度相符，也应属于法定情形下的股份强制注销。股东除名权制度，为本文讨论的法人股东注销后其股东资格可以被解除提供了法理依据。

综上，如果原公司其他股东与内部股东之间未能就法人股东的股东资格问题提出有效的解决方案，而原公司的其他股东既不愿意购买法人股东的股权，又不同意法人股东的股权对外转让，另一种可行的途径就是，股东会可以行使股东资格解除权，注销法人股东的股份，减少法人股东股权相对应部分的公司注册资本，从而使该法人股东完全退出公司。为谨慎操作，笔者认为应由参与股东会的原公司的其他股东一致同意做出决议才可以施行。为保护内部股东的合法权益，注销法人股东股权的同时，原公司应以合理的价格予以补偿，该补偿款作为清算财产，在清算过程中一并处理。

五、结语

考虑到法人股东注销后股东资格问题的前瞻性，以及相关理论依据的缺乏，笔者对法人股东的股东资格制度框架进行了大胆构建。法人股东注销情形下的股东资格继受问题法律机制的构建，一方面系借鉴、参照国内外公司法已有制度、司法实践已有操作方法而进行探讨，另一方面从制度建设角度也支撑了本文法人股东股东资格原则上不可继受的观点。笔者认为，在对本文探讨的法律问题缺乏立法规制的情况下，应考虑市场的稳定性，在保障各方当事人利益的基础上，以当前立法框架下最合理可行的方式予以解决，故最终行文如上。

注：

[1] 为避免概念的混淆，本文中将法人股东享有的股份所在的公司称为原公司，且鉴于理论争议的前瞻性，本文仅对有限责任公司作出探讨。

[2] 为避免名称的混乱，本文中将组成法人股东的股东统称为内部股东，反映到案例中就是 A1 和 A2 公司。

[3] 从本文讨论的观点看，该股权的对外转让应发生在法人股东注销前。

[4] 蒋大兴：《公司法的观念与解释 2：裁判思维&解释伦理》，法律出版社 2009 年版，第 114 页。

[5] 根据美国学者赫伯特.M.搏尔曼（Herbert. M. bohlman）的定义，闭锁公司主要指有限责任公司、无限公司及其他人合性的公司。转引自赵万一、吴晓锋：《商事思维下的公司法实务研究》，中国法制出版社 2008 年版，第 199 页。

[6] 转自上引书，第 199 页。

[7] 王东光：《股东退出法律制度研究》，北京大学出版社 2010 年版，第 130 页。

[8] Westermann , in:Luter/Ulmer/Zollner,.FS100 , jahre Gmbh, gesetz.otto schimidt koln 1992, s , 447；转自上引书，第 161 页。

[9]Scholz/waster,amm.Kpmmentar zum Gmbh ,Bd.1,Auf;age 9, Otto Schmidt Koln

2000,34Rz.2;Westermann,in:FS 100 Jahre Gmbh ,s.447. 转自前引[7]，王东光书，第161页。

[10] Siehe arminreinsich,Der Ausschluss von aktionaren aus der aktiengesellschaft, Otto Schmidt1992,S.20,Fn 20.转自前引[7]，王东光书，第162页。

（作者：上海市第二中级人民法院 李蔚 赵炜 韩天岚）

为家庭谋法律之福 让妇女免债务之害
——长沙市妇联与市政法委联合举办夫妻债务研讨会

2015年1月15日 王礼仁法官

目前夫妻债务严重影响了婚姻家庭的稳定，破坏了婚姻的安宁与和谐，而受害者除了少数男士外，最多的群体则是妇女。为了让法律造福于家庭，使更多的婚姻家庭能够充分享受法律给他们带来的幸福，免受法律适用错误的伤害， 2015年1月7日上午，湖南省长沙市妇联与市政法委联合举办夫妻债务研讨会。

参加会议的有全国妇联权益部处长郭晔、湖南省妇联、长沙市政法委、市妇联的有关领导，以及市法院法官、检察官等。

湖北省宜昌市中级人民法院高级法官王礼仁和中国婚姻法学会会长、中国政法大学教授夏吟兰先后作了专题讲座。王礼仁法官先以《寻找债权人利益与夫妻利益的平衡木》为题，剖析了婚姻法解释二 24条存在的三大错误以及认定夫妻共同债务应有之规则。接着夏吟兰会长以《我国夫妻共同债务推定规则之检讨与重构》为题，分析了24条推定规则之缺陷，提出了重构夫妻共同债务之设想。王礼仁法官和夏吟兰会长均认为婚姻法解释二24条存在严重缺陷，分别提出了修改意见。

法律人的反思与责任

目前悬在夫妻头上的有两把剑，一把是家庭暴力；一把是虚假债务或恶意举债。家庭暴力是明剑，人们可以认识它伤人的本质，对其痛骂之、声讨之，共诛之。而虚假债务或恶意举债是暗箭，人们难以发现和识别其危害，更不能揭露其伤人的本质。因而，目前虚假债务或恶意举债的受害者的维权，比家庭暴力受害者的维权难度更大。因而，虚假债务或恶意举债的受害者正在迅速扩张，如果不采取有效措施加以遏制，虚假债务或恶意举债将成为婚姻家庭中的第一害。

在中国特色的社会主义法律体系已经形成的法制环境里，人民群众不仅不能充分享受法制保障带来的幸福，反而深受法律之害，值得每个法律人和法律工作者深刻反思！

婚姻法解释二 24条之所以迟迟不能修改，根本原因就在于高层不了解24条的真正危害与错误。因而，不断揭露和阐释24条的危害与错误，是推动废止或修改24条的有效方法。

为此，呼吁所有的法律人和社会工作者，要积极作为，勇于担当，携手共同努力，推动早日废除或修改24条，还法律于正义，为人民谋法律之福！

探望权执行的思考

2015年1月8日 中国法院网 李河东

【案例】：申请执行人王芳与被执行人李勇于2011年3月25日经法院判决离婚。双方之子李智由王芳抚养，李勇每月支付抚养费260元，并有权探望李智。判决生效后王芳以李勇不支付抚养费为由向法院申请强制执行，而李勇则以王芳不让其探望李智为由也向法院申请强制执行。执行人员在执行过程中查明，李勇不支付抚养费是因为在如何行使其探望权上与王芳存在争议，不能达成一致意见。王芳坚持李勇每月在支付抚养费时到王芳家中探望李智，而李勇则坚持每个星期天带李智到其家中度过一天。同时执行人员还了解到双方的老人对李智都很好。于是执行人员到双方家里做工作，进行说服教育，又向其双方老人讲明法律规定，强调要正确处理好情、理、法的关系，为孩子的成长负责。最后双方达成和解协议，李勇每月按判决书规定的时间将抚养费交付给王芳，王芳同意李勇每个星期天下午将李智带到其家中居住，第二天送回到王芳家中，李智上初中后，由李智决定其住所。

【评析】：近年来，随着离婚案件的不断增加，离婚后不与子女共同生活的一方因要求探望子女而引发的纠纷也越来越多。我国婚姻法虽然明确规定了离婚后不与子女共同生活的一方有探望子女的权利，但在实际执行过程却会遇到许多问题，执行起来也比较困难。这起案件虽然通过执行干警的努力疏导，最终得以执结，但却让我们不得不思考在执行类似离婚案件时如何化解双方矛盾，促使探望权的顺利实现，以及如何处理好行使探望权与支付抚养费之间的关系。在解决这些问题之前，首先要了解一下探望权。

一、探望权的理解。

探望权是夫妻离婚后，未与子女共同生活的一方享有与子女联系、会面、交流等的权利。在日本称为见面交流权，台湾地区称为见会面交往权，《中华人民共和国婚姻法》则称为探望权（或探视权）。

从成因上看，探望权是因婚姻关系的解除，基于亲权和血缘关系而产生，是父母监护权的延伸，但又与监护权分离成为并存的权利，具有很强的人身性。由于探望权是未与子女共同生活的父或母一方享有的对子女的法定权利，非有法定事由不得予以限制或剥夺。

从法律规定上看，探望权是一项权利，但从理论上分析，探望权是权利和义务的统一体。因为探望权不仅仅是通过定期的探望来延伸其监护权，维系亲情，更是为了子女的健康成长而履行抚养教育子女的义务。所以，探望权

既是父母的权利，也是为保障子女的健康成长而为父母设置的义务。

二、探望权的执行

通过对探望权及其性质的了解，就能在离婚案件的执行过程中正确处理探望权的行使问题。探望权主要涉及三种法律关系，即权利人与原配偶之间、权利人与子女之间以及原配偶与子女之间的法律关系；其主体主要有三方，即权利人、子女以及与子女共同生活的原配偶。可以拿三角形来打个比方，上述三方主体就如同是三角形的三个顶点，三种法律关系就是三角形的三条边。确定了三角形的“三个顶点”，只要再固定好三角形的“三条边”，整个三角形就稳定了。所以要解决探望权的执行问题，使探望权得以顺利实现，就必须处理好上述三种法律关系。

（一）权利人与原配偶

探望权之所以执行难，纠纷不断，主要是离婚案件的双方当事人之间的矛盾没有完全化解，双方不能就探望权的行使达成一致意见。虽然法律明确规定了与子女共同生活的一方有协助探望权行使的义务，但实践中与子女共同生活的原配偶往往由于对法律的无知或者其它所谓的“社会规则”，拒绝、阻挠或者不予提供方便，妨碍探望权的执行。这样一来，双方的矛盾进一步加深，最终使得探望权无法实现。因此，执行人员应首先做好权利人与其原配偶的工作，向其讲明法律规定，让其明确各自的权利和义务，并从保障子女的健康成长、维护子女的最大利益出发，努力达成共识，减少分歧，促成双方就探望权的具体行使方式、时间、地点达成协议。

在以何种方式行使探望子女时，既要考虑父母的因素，包括父母的居住地点、工作性质、健康状况、生活情况等，又要考虑到子女的利益和需求。探望权的行使方式一般有两种，一种是见面性探望，即不与子女共同生活的一方到对方家中或指定的地点与子女见面、交流，这种方式时间短，方式灵活且没有脱离抚育子女一方的监护。另一种为逗留性探望，即探望权人可在约定或法院判定的时间内，将子女领走共同生活一段时间再按时送回，这种方式的时间较长，有利于父母与子女的长期交流，保障了子女充分接受父母双方的教育，有利于子女的身心健康。对子女而言，年龄是一个重要的考虑因素：十周岁以下子女，缺乏一定的辨别能力和表达能力，受环境的影响较大，适应能力也较弱，因此适用见面性探望较为适宜。十周岁至十八周岁的子女，该年龄段未成年人为限制行为能力人，有一定的辨别能力和自我表达能力，对环境的适应能力增强，在决定探望方式时应征求子女的意见。探望权的行使也应在征得子女同意的情况下实施。

（二）权利人与子女

一般情况，权利人探望子女不会有什么问题。但为了保障子女的最佳利益，防止子女的身心健康因探望权的不当行使而受到伤害，法律应对探望权的行使予以限制。我国婚姻法规定了探望权的中止事由，即不利于子女的身心健康。虽然立法的初衷是好的，但这样的标准过于笼统，不具有可操作性，只能由法官自由裁量，很可能造成探望权中止的滥用。探望权的行使目的也是为了子女的健康成长，中止探望权本为不得已的行为，适用起来应更为严格。美国《统一结婚离婚法》中就规定，只要这种探视不严重危害子女的身体、精神、道德、感情或健康，法庭就不应限制父母探视子女的权利。这一规定值得我们借鉴。

笔者认为中止探视权的情形可以规定为以下几种：一是申请人表示可以延期执行的；二是由于申请人的原因，继续行使探视权将严重损害子女的身心健康的；三是能够正确表达自己意志的子女，不愿意接受申请人探视的；四是穷尽各种手段后，被执行人仍不愿意协助履行义务的；五是被执行人和子女下落不明的。这样规定了具体情形以后，就避免了法官在自由裁量时的滥用，可以更好地协调父母探望权的权利性与保护子女最佳利益之间的关系。

（三）原配偶与子女

原配偶是与子女共同生活的一方，是探望权案件的被执行人，其协助权利人行使探望权既是法律规定的义务，也是其作为被执行人应当履行的义务。虽然是被执行人，但其更多的时候承担的是一种消极的不作为的义务，只要其不积极加以阻挠，探望权在一般情况下都能实现。如果经过执行人员的各种努力，被执行人仍拒绝履行协助义务，按照法律程序可对被执行人采取罚款、拘留等强制措施，迫使其履行义务。但从保障子女的健康成长，维护其最佳利益，乃至构建社会主义和谐社会的主题考虑，笔者认为不应对被执行人采取强制措施，由于被执行人是直接抚养子女的一方，承担的责任更重，如果对其采取强制措施，将会给子女的生活和身心健康带来不利影响，最终的受害者还是子女，这就违背了设置探望权的初衷。而且，对被执行人采取强制措施，探望权也不一定会顺利实现，这时就应适用探望权的中止执行。因此，在执行过程中，执行人员要掌握情况灵活处理，以说服、疏导等思想教育工作作为主要手段，一方面，要做好法制宣传，使被执行人认识到协助权利人实现探望权是其法定义务；另一方面，则要排除被执行人的思想障碍，疏导其从保障子女的身心健康出发，不要向子女灌输对方对离婚负有责任或不利于对方抚育子女的言词，配合权利人行使探望权。

三、探望权与支付抚养费的关系

探望权案件的执行往往是伴随着抚养费的支付，因为抚育子女是父母的基本义务，未与子女共同生活的一方有义务向另一方支付抚养费，直到子女成年或能够独立生活为止。在大多数情况下，义务人本来就不愿意支付抚养费，但当探望权因直接抚养子女的一方的不配合而不能实现时，探望权人往往更加拒付抚养费。而直接抚养子女的一方又以探望权人拒付抚养费为由，拒绝其探望子女，各说各有理，矛盾越闹越深，这样的循环也是探望权执行难的原因之一。实际上，行使探望权与支付抚养费是不冲突的，两者是并列的，两者都是抚育子女义务的组成部分，只不过前者更突出其权利性。应该说两者都是无条件的，不互为条件，也没有先后顺序，即无论父母的探望权是否实现，

都负有支付抚养费的义务；无论父母是否支付抚养费，均享有探望子女的权利。当探望权人不履行支付抚养费的义务，或与子女共同生活的一方拒绝对方探望子女时，权利人都可以向法院申请强制执行。

当然，在具体案件的执行过程中，也会遇到其他一些影响执行工作的人，如双方当事人的父母、亲属、朋友等。从司法实践来看，他们与当事人的关系密切，对当事人最为了解，由他们出面做工作，当事人也容易接受。因此，执行时要充分动员当事人的父母、亲属、朋友等配合法院执行人员做好当事人的思想工作，从而促进案件的顺利执行。

参考书目

1、中国法制出版社出版，《中华人民共和国婚姻法-注释与配套》。
2、中国法制出版社出版，《离婚怎么办》，李思涛主编。
3、法律出版社出版，《中华人民共和国婚姻法-配套解读》，法律出版社法规中心编。
4、法律出版社出版，《婚姻家庭纠纷指导案例与审判依据》，王振民、吴革主编。
5、《中华人民共和国婚姻法注释本》。
6、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉解释（一）》。
7、中国法律出版社出版，《婚姻家庭法》，法宝网主编。

（作者单位：云南省弥勒市人民法院）

谈抚养权的强制执行

2012 年 7 月 20 日　咸阳法院网　李俊 任宏伟

一、抚养权强制执行的现实问题

2008 年 4 月，《重庆晚报》及各主流媒体刊出标题新闻《谁动了我的抚养权》，文中的第二起案件案情如下：重庆大足张女士非婚生子，尽管法院已判决孩子归女方抚养，但因男方拒不执行，将孩子抱养出去后便销声匿迹，女方只能看着孩子“干瞪眼”，6 年与亲生女儿相聚仅一天，生父抱着孩子“东躲西藏”，法院强制执行也多次找不到当事人身影。2003 年春节，申请人张女士给执行法官提供线索：孩子生父回家了。执行法官赶到孩子父亲家时，其突然跑掉，销声匿迹。找不到当事人，执行法官只得反复找其亲属，动员提供线索。据法官介绍，他们至少与被执行人的父亲和哥哥谈过不下 100 次，但都“没结果”。根据我国现行法律，法院强制执行的对象是财物，而不是人。“强制执行一个孩子，这确实是个难题，也是法律的空白点。”对这个问题，重庆一中院和重庆市高院执行庭相关人士表示，张花的这个事情目前还不知如何操作。这个案件反映出我国目前在夫妻离婚后，子女抚养权归属及实际履行中出现的现实问题。

抚养权是指父母对其子女的一项人身权利，抚养有婚生的抚养与非婚生的抚养之分，在现实生活中由于各种原因的出现与发生，导致父母对子女的抚养权得不到很好的保障。我国《婚姻法》第三十六条规定，父母与子女间的关系，不因父母离婚而消除。离婚后，子女无论由父或母直接抚养，仍是父母双方的子女。离婚后，父母对于子女仍有抚养和教育的权利和义务。离婚后，哺乳期内的子女，以随哺乳的母亲抚养为原则。哺乳期后的子女，如双方因抚养问题发生争执不能达成协议时，由人民法院根据子女的权益和双方的具体情况判决。《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》，对离婚后子女抚养问题也做出了相关规定。基于这些规定，离婚后的子女抚养问题可由双方当事人协商解决也可经由法院调解或判决。离婚后子女抚养权虽经法院判决确定归属，但在履行中却存在这样那样的问题，针对抚养权申请强制执行的案件已不鲜见。

二、法律规定及争议解决

《中华人民共和国民事诉法》第二百二十八条规定：对判决、裁定和其他法律文书指定的行为，被执行人未按执行通知履行的，人民法院可以强制执行或者委托有关单位或者其他人完成，费用由被执行人承担。而如抚养权这样的身份权是否可以强制执行，理论界和实践中，存在诸多的争议。

在执行中，存在以下执行争议观点：

第一种观点认为，抚养权案件不属于执行案的受案范围，因为此类案件没有给付内容，执行依据不属于给付之诉的判决，不具有执行内容。

第二种观点认为，执行的标的包括金钱、财物和行为，此类案件的执行标的为行为，所以属于执行案的受案范围。

第三种意见认为，此类执行案件可立案，但监护权和抚养权不可强制执行，被执行人只能自动履行，不自动将孩子交由申请人监护、抚养，只能告知申请人自行领养，若申请人不能领养，法院也不能采取强制执行措施，只能听之任之。

第四种观点认为，该案应严格依照执行依据所确定的行为内容执行，不能变通，而该案的执行标的为行为。由于我国法律不支持对人身进行强制执行，所以若被执行人如不自动履行将交由申请人监护、抚养的行为，法院可对被执行人采取罚款、拘留等排除妨害执行的措施。

笔者同意第二种和第四种观点。

首先从法理上分析，执行案件的受理条件，在我国现行法中并无明确的规定。根据一般的学理解释，执行案的受理应该具备以下四个条件：（一）、必须有法律依据。（二）、执行依据必须发生法律效力。（三）执行依据必须具

有给付内容。（四）负有义务的当事人拒绝或推托履行生效法律文书确定的义务。针对案而言，具备（一）、（二）、（四）项条件，自不待言。但执行依据是否具有给付内容尚不明确。

从词义解释来看，“给付内容”有两种含义：一是指具有动态价值的特定行为本身，相当于履行、清偿之类的含义；二是指静态意义上的行为所指向的标的，如金钱、财物等。那么，此处的具有“给付内容”是指具体行为，还是行为所指的金钱、财物等？为了界定“给付内容”的内涵，笔者认为，有必要对“给付内容”的渊源进行探析。“给付内容”源自诉讼法理论中判决内容对判决的划分。根据该理论，民事判决可以分为：给付判决、确认判决和变更判决三类。所谓给付判决是指具有给付内容的判决；所谓的确认判决是指其内容仅仅表现为确认当事人之间存在或不存在某种民事法律关系的判决；所谓变更判决是指其内容为变更或者解除双方当事人之间某种既存的民事法律关系的判决。显然，作为此类案件执行依据的判决所确认的监护人，被执行人停止侵权，将孩子交由申请人监护、抚养，不属于确认判决、变更判决，只能属于给付判决。由此可知，在执行该案件受案条件中的“给付内容”的含义是指具体的行为，而不是行为所指向的金钱、财物等。由此，将孩子交由判决确定的监护人监护、抚养的行为，具有给付内容，符合执行案件的受案条件，属于执行案件的受案范围。简言之，本案实际执行的标的，是被执行人讲孩子交由申请人监护、抚养的行为，而不是孩子的人身。强制执行请求事项为“责令被执行人将婚生子某某交由申请人执行人抚养”，即执行标的为“行为”，其法律依据为《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>若干问题的意见》第 254 条规定，“强制执行的标的应当是财物或者行为。”因此，申请人提出对抚养权强制执行的请求事项并无不妥。

有观点提出，强制执行孩子能执行吗，总不能要法院去抱孩子吧？实际上，这是对涉及执行标的为“行为”的错误认识，主要有以下两个误区：其一，将被执行人与执行参与人相混淆。就此类案件而言，被执行人如为某某人，其在执行过程中，应当依照法律规定，承担执行义务，法院仅需要对其实施强制执行即可，而婚生子某人仅是执行参与人，人民法院无需对其实施强制执行，当然不存在强制执行孩子，抑或法院去抱孩子的问题。其二，将执行标的与执行参与人相混淆。申请人仅要求被执行人履行法院调解的义务，即相应的行为，其执行的标的为行为，该行为不是人或物，当然不能将执行标的等同与婚生子某人。

此类案件如何执行，才能将孩子交由申请人监护、抚养呢？《中华人民共和国民事诉法》第二百二十八条规定：对判决、裁定和其他法律文书指定的行为，被执行人未按执行通知履行的，人民法院可以强制执行或者委托有关单位或者其他人完成，费用由被执行人承担。本条是关于强制执行法律文书指定的行为的规定。人民法院作出的生效法律文书，有的属于要求当事人从事某种行为。行为的执行，指要求被执行人作为或者不作为的义务。作为执行标的的行为，可以分为作为和不作为两种，作为也成为积极的行为，即被执行人以积极的方式作出某种行为；不作为，也称消极的行为，指被执行人不得作出某种行为，如停止侵害。从我国某前的立法现状来看，对执行标的行为的执行案件，可以采取的强制执行措施有三种：一是对迁出房屋或退出土地案件的强制执行措施。在被执行人拒绝迁出房屋或退出土地时，法院可以强制被执行人迁出或退出，也可以委托有关单位或个人协助；二是排除妨害执行的强制措施。对拒不履行的被执行人，法院可以对其采取罚款、拘留等排除妨害执行的措施；三是替代性强制执行措施。法院在强制被执行人履行法律文书所指定的行为未果的情况下，可以委托他人代为完成，费用由被执行人负担。

法院强制执行禁止对人身进行直接强制，不能强行带走小孩，不能强行实现夫妻一方对小孩的直接监护。只能采取间接强制的办法，如代履行或执行罚。对拒绝配合执行未成年人抚养归属裁判文书、探视权行使的。法院工作人员一般会苦口婆心做他的工作，做工作无效的，法院可以根据申请，对妨害执行的执行义务人处以罚款、司法拘留的强制措施。经过罚款、司法拘留之后仍然妨碍破坏民事执行的，可以移交公安机关追究刑事责任。

由于此类案件不属于腾房、腾地案件，故不适用第一种强制措施，而第二种强制措施对所有妨害执行的行为，均可以适用，自然也适用于这类案件。针对此类案件案而言，如被执行人不自动履行将孩子交由申请人监护、抚养的行为，法院自然可以采取强制执行措施，如拘留罚款等，用法律的威慑力敦促被执行人交由申请人监护、抚养。可以对被执行人实施民事执行措施。

对被执行人的民事执行措施，主要指行为请求权的执行措施，有以下几个特点，1、以行为为执行标的；2、在执行手段上，以间接执行为主要方法，间接执行是指通过对被执行人实施一定的精神压力，迫使其履行特定行为的执行方法，因其执行方法不能直接产生执行效率而被称之为间接执行，在行为请求权的执行中，因行为与人身的特定联系，直接执行无法满足申请人的要求，故多采用间接执行的方法；3、作为执行标的的行为具有很强的人身性质。行为是人的活动，特定的行为只能由特定的人去履行，其人身性质则尤为突出，非被执行人亲自履行而不能实现申请人的要求。也就是因为对行为请求权的执行存在以上特点，在执行实践中，如果被执行人不履行法律规定的义务，通常采取间接执行的方法，即通过对被执行人采取罚款、拘留等措施，对被执行人施加压力，促使被执行人自动完成判决或调解确定的行为义务。《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第 60 条第 3 款规定，对于只能由被执行人完成的行为，经教育，被执行人仍拒不履行的，人民法院应当按照妨害执行行为的有关规定处理，即若本案被执行人某某人，拒绝履行将孩子送归申请人处，通过人民法院教育及劝诫仍一意孤行的，人民法院可以对被执行人予以罚款或拘留。根据《民诉法》第 102 条和第 104 条的规定，对拒不履行人民法院已经发生法律效力的判决、裁定的，可以对其主要负责人或直接责任人员予以罚款、拘留。对个人的罚款金额为人民币 1000 元以下；对单位的罚款为人民币 1000 元以上、30000 元以下。上述罚款和拘留措施，对同一当事人可以单独

适用，也可以合并适用。另外，如果对人民法院的判决、裁定有能力执行而拒不执行，情节严重的，根据《刑法》第 313 条的规定，可以判处三年以下有期徒刑、拘役或者罚金。

三、抚养权强制执行案件远景

2011 年 07 月 06 日，最高法院通报了今年以来组织开展反规避执行专项活动的有关情况，并公布 9 起各地法院制裁规避执行行为的典型案例。最高法院执行局副局长张根大表示，目前，最高法正与公安部等有关部门协商，拟通过技术手段对不履行判决的被执行人建立名单。

解决法院执行难问题，对维护群众利益、化解社会矛盾、促进和谐稳定、维护司法权威、实现公平正义等意义重大。执行难在当前的民事诉讼中并不少见，个中原因一方面是市民法律观念淡薄，缺少守法的意识；另一方面对于被执行人没有一个严格的制约机制导致很多人对法院判决熟视无睹。

在中国香港特别行政区，如果法院判决了很少会出现不执行的状况，这主要和那边有严格的制约机制有关系。如果一方被判赔款，其不执行判决将会带来一系列的后果，不但要被记入诚信黑名单，影响贷款、买房、买车，有关部门还会强制对其实施限制消费，生活、工作都会受到影响。大陆地区，因为没有一个系统的财产管理体制，一个人往往拥有好几个银行账户，可以任意转移财产或以别人名义添置财物，这让那些拒不履行判决的被执行人找到了可乘之机。

判决后抚养权的执行问题，看似只是当事人拒不履行判决中的极少一类，但是对于家庭的稳定，法院判决公信力的维持都有着重大的影响，针对此类案件，我们还是要从解决执行难的角度出发，综合各种社会因素，达到良好化解社会矛盾的目的。随着社会关系的复杂、公民法律意识的提高，涉及这类“行为”的法律纠纷越来越多。这些难以执行的“行为”，包括上述案件中要求离婚一方的孩子抚养权、探视权。法院的一次执行不可能达到永久的效果，因此，它更多地需要公民自我道德的约束。

来源：咸阳中院

案例：QQ 聊天记录能否作为借名贷款的证据

2015 年 1 月 22 日　法律资讯

【律师提示】:

借名贷款要签订书面协议，并要注意其他相关证据的保存，从而形成一个完整的证据链，从而证明借名贷款事实的发生。

至于 QQ 聊天记录是否能成为证据，从法律角度看主要是考虑其是否具备证据的要件。

对证据的认证，主要是从关联性、客观性、合法性三方面进行。对 QQ 聊天记录这一电子证据来说，通过这三方面的认定，关键是要确定两个问题：一是 QQ 的使用人是否为现实中的聊天人，是否为具有诉讼主体资格的案件当事人；二是聊天记录是否未经删除篡改，是否具备完整性与真实性。实践中，QQ 聊天记录应有其他证据予以佐证，形成一条完整的证据链。必要时，还可以通过公证的形式，提高证据的可信度。

刘荣森等诉黄誌珊房屋买卖合同纠纷案

广东省广州市中级人民法院

民事判决书

(2013)穗中法民五终字 1549 号

上诉人（原审原告）刘荣森。

被上诉人（原审被告）黄誌珊。

委托代理人徐鹏、李贝嘉，广东中汉律师事务所律师。

原审第三人黄洁华。

委托代理人宋伟强，广东法丞律师事务所律师。

委托代理人朱汉平，广东法丞律师事务所律师助理。

上诉人刘荣森因房屋买卖合同纠纷一案，不服广州市荔湾区人民法院（2012）穗荔法民三初字第 1754 号民事判决，向本院提起上诉。本院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：广州市荔湾区西槎路广雅后街 21 号 313 房的原产权人为刘荣森，房屋建筑面积 27.856 平方米。2007 年 3 月 7 日，刘荣森与黄誌珊签订《房地产买卖合同》，约定刘荣森将涉案房屋出售给黄誌珊，房地产交易价格为 55000 元；付款方式为一次性付款等等。黄誌珊于同年 3 月 20 日取得涉案房屋的房地产权证。

2011 年 7 月 10 日，黄誌珊与黄洁华签订《房屋买卖合同》，约定黄誌珊将登记在其名下的广州市荔湾区西槎路广雅后街 21 号 313 房及 310 之 2 房出售给黄洁华，成交价是 58000 元；物业现状为现有户籍人员居住，物业移交时间为黄洁华与居住人自行交吉等。

2011 年 7 月 11 日，黄誌珊与黄洁华签订《存量房买卖合同》，约定黄誌珊向黄洁华出售涉案房屋，该房地产不带家私家电，户口未迁出，黄誌珊应在 2011 年 9 月 30 日前迁出；该房地产按套出售并计价，总金额 88000 元；签订本合同时，黄洁华向黄誌珊支付 25000 元作为购房定金（首次支付房款时自动转为房款的一部分），并按照一次性付款方式按期付款，一次性付款总金额 88000 元，黄洁华应于 2011 年 9 月 30 日前向黄誌珊支付；双方同意该房地产交付使用的时间为卖方收齐楼款当天等等。

2011 年 7 月 26 日黄洁华取得涉案房屋的房地产权证。

现涉案房屋由刘荣森及其母亲居住使用。

2012 年 7 月 10 日，黄洁华以（2012）穗荔法民三初字第 1156 号案起诉刘荣森及其母亲，要求法院判决二人腾空广州市荔湾区西槎路广雅后街 21 号 313 房及 310 之 2 房，并向黄洁华支付租金。在该案的庭审笔录中，刘荣森申请出庭作证的两证人均证明刘荣森要借黄誌珊的名义贷款因此把涉案房屋过户至黄誌珊名下。

2012 年 10 月 11 日，刘荣森以（2012）穗荔法民三初字第 1761 号案起诉黄誌珊及黄洁华，要求确认荔湾区西槎路广雅后街 21 号 313 房及 310 之 2 房黄誌珊与黄洁华之间的产权转让合同（包括全部合同）无效。

刘荣森于 2012 年 10 月 10 日向原审法院提起本案诉讼。请求判令：1、确认荔湾区西槎路广雅后街 21 号 313 房刘荣森与黄誌珊之间的产权转让合同无效；2、全部诉讼费由黄誌珊承担。

黄誌珊原审辩称不同意刘荣森全部诉讼请求。

黄洁华原审辩称同意黄誌珊的答辩意见。

原审庭审中，刘荣森称其需要贷款的金额是 5 万元，其与黄誌珊之间并未就其所述的借名贷款事宜签订任何书面协议，也并未与贷款公司之间签订任何书面协议。黄誌珊提供银行存折作为证据，证明其在 2007 年 4 月 19 日向刘荣森转账 75000 元作为支付房款之用。刘荣森则认为黄誌珊从未向刘荣森支付过任何款项。

原审法院认为：刘荣森与黄誌珊签订的《房地产买卖合同》是双方自愿签订的，考察该合同的内容，并没有违反法律和行政法规的禁止性规定，故该合同合法有效。

刘荣森作为完全民事行为能力人，具有通过自己独立的行为进行民事活动的能力，其为民事活动应预见相应的行为后果，并对其民事活动所产生的后果承担相应的民事责任。民事主体在为重大财产处分行为时，亦应尽谨慎注意的义务。在本案中，在刘荣森的同意下，涉案房屋的产权转移到了黄誌珊名下，刘荣森理应预见并承担该行为所产生的法律后果。刘荣森认为房屋买卖合同以借名贷款为目的而签订，但其不能提供有关借名贷款相关的直接书面证据，其提供的其它证据不足以证明借名贷款事实的发生，故对刘荣森的陈述不予采信。刘荣森以该理由提起合同无效之诉，对刘荣森的诉讼请求，依法予以驳回。

综上所述，根据《中华人民共和国物权法》第四十四条第一款、《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条的规定，判决如下：驳回刘荣森请求确认就广州市荔湾区西槎路广雅后街 21 号 313 房与黄誌珊之间的产权转让合同无效的诉讼请求。本案受理费 50 元，由刘荣森承担。

判后，刘荣森不服原审判决，向本院提起上诉称：刘荣森与黄誌珊之间的买卖合同无效。理由如下：一、房屋的居住情况。位于荔湾区西槎路广雅后街 21 号 313 房以及 310 之 2 房，两个房号其实是一套房屋合并面积为 36.64 平方米，该房屋从 1966 年至今一直由刘荣森及其家人居住，目前是刘荣森的母亲梁祝意(现在已经 70 多岁了)在此居住。而且刘荣森和梁祝意的户籍也一直在该址。包括水、电、煤气等费用也全部都是刘荣森或者是梁祝意的名字。二、房屋产权变更情况(从刘荣森到黄誌珊)。最早的产权人为刘冠普(刘荣森的父亲)，2001 年刘冠普去世，由法定继承人即刘荣森继承了上述房屋，同时办理了房屋产权变更手续。2007 年，由于刘荣森急需资金周转，需要把房屋办理抵押贷款，但刘荣森在银行的信用极低，无法办理贷款。实德财务公司的老板梁志斌的老婆洛小莉是刘荣森外甥女。刘荣森为了借款，把房屋过户到该公司职员黄誌珊名下，取得财务公司老板梁志斌支付的款项。之后刘荣森还清贷款，要求黄誌珊将房屋转回自己名下。无论是黄誌珊还是实德财务公司的人，对刘荣森与黄誌珊之间的假过户事情都是一清二楚的。有一次还一起约了去房管局办过户，可由于黄誌珊的“誌”比较生僻，房管局说要过几天再来一趟，可这一拖，黄誌珊就变卦了。后来在 QQ 上和另一名也是实德财务公司的员工叶瑞娟讨价还价，要求梁志斌付给她人民币三万元才同意把房子还给刘荣森，其理由是帮公司办按揭，洛小莉欠了她两万多元。三、刘荣森和黄誌珊的房屋买卖属于无效合同，理由如下：1、刘荣森与黄誌珊的房屋买卖虚假，其真实目的是向实德财务公司借款，而该司并没有金融业务经营范畴，属于以合法形式掩盖非法目的。2、黄誌珊在取得刘荣森的房屋产权的过程中，没有支付过一分钱。首先，黄誌珊没有向刘荣森支付任何费用。房屋过户到黄誌珊名下之后办了贷款，还贷是梁志斌给叶瑞娟钱在柜员机上存的。3、2009 年刘荣森凑了一笔钱一次性还清贷款。这一事实在原审法院 1156 号案庭审过程中，刘荣森、梁志斌、叶瑞娟均清晰陈述。到原审法院 1754 号、1761 号案件开庭时，黄誌珊提交的银行流水记录与刘荣森等人在之前的陈述完全一致。4、黄誌珊在 1156 号案没有出庭，但在 1754 号、1761 号案中，黄誌珊的代理人对房款和供楼款的陈述是“记不清了”。关于房款，其陈述说是取得产权之后贷款 75000 用于支付，这一说法是虚假的。黄誌珊 2007 年 4 月 19 日的放贷 75000 元之后转账 75000 元，其没有提交证据这 75000 元是转给了刘荣森，75000 元的数目和房屋的买卖合同价格是完全不一致的且不符合正常交易习惯。黄誌珊的代理人也承认楼款是叶瑞娟去存的，只是其对于存钱来源提出了疑点，其陈述说黄誌珊也是实德的老板之一。从黄誌珊与叶瑞娟的 QQ 记录也很清楚的看出房屋本来就是刘荣森的。而黄誌珊只是威胁说要收 3 万元才给回房屋。综上所述，故上诉请求撤销原审判决，改判确认刘荣森与黄誌珊之间的买卖合同无效。

黄誌珊、黄洁华答辩称原审法院认定事实清楚，适用法律正确，请二审法院予以维持。

经审查，本院对原审法院查明的事实予以确认。

本案二审审理过程中，黄誌珊于 2012 年 6 月 21 日向本院提交情况说明、房屋产权证复印件、银行存折复印件各一份，拟补充以下事实：1、黄誌珊于 2007 年 4 月 19 日在广州市新凤农村信用合作社贷款购得刘荣森房屋，该

贷款是银行直接从黄誌珊账号划给刘荣森账号的，现因广州市新风农村信用社已更名及变更了经营地方，且黄誌珊在还清贷款后就销户，故现在没有办法提供开户银行的具体信息且没有办法打印当时的资金流向的单据；2、还贷的款项是由黄誌珊将现金及银行存折交给叶瑞娟，叶瑞娟将现金存入存折中进行还贷。

本院认为：首先，刘荣森与黄誌珊于 2007 年 3 月 7 日签订了《房地产买卖合同》，刘荣森作为有完全民事行为能力的自然人应预见签约后果并承受相应的权利义务。

其次，刘荣森现主张该合同无效的依据之一认为其本意并非出售房屋，而是为借款。刘荣森为证实该主张，要求证人出庭作证，并提交了证人叶瑞娟自称与黄誌珊的 QQ 聊天记录。《中华人民共和国民事诉讼法》第六十三条规定“证据包括：（一）当事人的陈述；（二）书证；（三）物证；（四）视听资料；（五）电子数据；（六）证人证言；（七）鉴定意见；（八）勘验笔录。证据必须查证属实，才能作为认定事实的根据”，由于黄誌珊否认该聊天记录为其本人，而刘荣森自行提取并打印的 QQ 聊天记录不具备上述法律规定的电子数据要件，故本院对刘荣森提交的 QQ 聊天记录不予采纳。综上，刘荣森无依据证实签约双方合意以买卖之名向银行借贷，且在借贷后黄誌珊应协助将房屋过户至刘荣森名下，且黄誌珊不认可该说法，故刘荣森该主张缺乏依据证明，本院不予采信。

最后，刘荣森以黄誌珊未支付对价和归还借款而主张合同无效，由于合同是否有效与黄誌珊是否依约履行并无必然因果关系，相关权利人可就此另寻法律途径解决，刘荣森以此为由主张其与黄誌珊签订的合同无效理据不成立，本院亦不予支持。

综上所述，刘荣森的上诉理由不成立，应予驳回；审查原审判决查明事实清楚，处理并无不当，应予维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（一）项的规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

本案二审案件受理费 100 元，由上诉人刘荣森负担。

本判决为终审判决。

审　判　长　　岳为群
代理审判员　　谭红玉
代理审判员　　刘　卉
二〇一三年　　月　　日
书　记　员　　蔡　峰

最高院关于夫妻共同财产认定的观点集成丨法律参考

2015 年 1 月 23 日　法律参考　南京市中级人民法院

1、住房公积金

在离婚案件中具体处理住房补贴和住房公积金问题时，应严格区分款项取得于婚前或婚后，离婚时分割的只是婚姻关系存续期间的住房补贴和住房公积金。在具体操作上，可以先计算出双方婚姻关系期间的住房公积金、住房补贴总额再分割。因当事人离婚并不是提取住房公积金的事由，故应经过折抵后，由一方根据其拥有的公积金、住房补贴的差额给对方予以补偿。

——最高人民法院民事审判第一庭本书编写组编：《民事审判实务问答》，法律出版社 2005 年版，第 206 页。

2、发放到军人名下的复员费、自主择业费

以夫妻婚姻关系存续年限乘以年平均值，所得数额为夫妻共同财产。

——《婚姻法解释(二)》第十四条

3、买断工龄款

参照最高人民法院《婚姻法解释(二)》中有关军人复员费、自主择业费的规定处理。

——吴晓芳：《夫妻一方所在企业发放的买断工龄款是否属于夫妻共同财产》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《中国民事审判前沿》2005 年第 2 集，法律出版社 2005 年版，第 245 页。

4、婚姻关系存续期间，夫妻一方取得的铺位承租权、转租权

夫妻一方的铺位承租权、转租权具有财产权的性质，可带来财产性的收益，根据租赁关系的法律特征，应认定为夫妻一方或双方的其他共同所有财产的其他形式，也属于夫妻共同财产。在审判时，可从有利生产、方便生活、方便管理的原则进行处理。

——最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判实务问答》，法律出版社 2005 年版，第 205 页。

5、一方在体育竞赛中所获奖牌、奖金

一方在体育竞赛中获得的奖牌、奖金，是对其获得的优异成绩的奖励，是运动员个人的荣誉象征，具有特定的人身性质，应视为是个人所有的财产。

6、指定受益人为夫妻一方的保险利益

依照《保险法》第 21 条第 3 款、第 60 条第 1 款、第 63 条的规定：“受益人是指人身保险合同中由被保险人或者投保人指定的享有保险金请求权的人，投保人、被保险人可以为受益人”、“人身保险的受益人由被保险人或者投保人指定”、“被保险人死亡后，保险金作为被保险人的遗产，由保险人向被保险人的继承人履行给付保险金的义务”。依照上述规定和我国《民法通则》《婚姻法》《继承法》的相关规定，保险利益主要表现为保险金，保险利益具有特

定的人身关系，应属于夫妻一方的个人财产，不属于夫妻共同财产。

——最高人民法院民事审判第一庭本书编写组编：《民事审判实务问答》，法律出版社 2005 年版，第 206 页。

7、一方取得的知识产权收益

一方取得的知识产权收益是否属于夫妻共同财产，应以该知识产权的财产性收益取得是否在婚姻关系存续期间为判断标准，而不应以该知识产权权利本身的取得的时间为判断依据。夫妻离婚时只能对现有财产进行分割，对没有实现其价值的财产性收益不能估价予以分割，智力成果只有转化为具体的有形财产后才属于夫妻共同财产，而对其配偶在共同生活中付出的劳动，可从其他财产中给予适当补偿、照顾。个人所有房屋的婚后收益

——最高人民法院民事审判第一庭：《民事审判实务问答》，法律出版社 2005 年版，第 205 页。

8、个人所有房屋的婚后收益

一方婚后用个人财产购买房屋，离婚时该房屋属于“个人财产的替代物”，应认定为个人财产，其自然增值也属于个人财产;一方个人所有的房屋婚后用于出租，其租金收入属于经营性收入，应认定为夫妻共同财产。

——最高人民法院民事审判第一庭:《个人所有房屋的婚后收益认定及其处理》,载《民事审判指导与参考》2013 年第 4 辑，人民法院出版社 2014 年版，第 118-123 页。

9、父母为子女出资购房所有权归属问题

一、父母出全资

在处理离婚纠纷中父母为子女出资所购房屋归属问题时,应根据《婚姻法》第 17 条、第 18 条,《婚姻法解释(三)》第 7 条,《婚姻法解释(二)》第 22 条等法律、司法解释之规定，区分父母出资购房的时间、房屋登记的所有权人、父母出资购房的出资比例及出资方式等因素来确定该房屋所有权的最终归属。

1、父母出全资未登记

(1)如果一方父母出资发生在其子女结婚前，则该出资资金应根据《婚姻法解释(二)》第 22 条第 1 款规定认定为对其子女一方的赠与。受赠一方子女可以获得该债权转化物——不动产的所有权。

(2)如果一方父母出资发生在其子女结婚后，则应根据《婚姻法解释(二)》第 22 条第 2 款规定将该出资认定为对夫妻双方的赠与，除非有证据证明父母明确表示赠与一方子女。相应地，子女双方以该共同受赠的出资购买的不动产，是婚后用夫妻共同财产购买的财产，属于夫妻共同财产。

2、父母出全资已登记

(1)婚后由一方父母出资为其已婚子女购买不动产，产权登记在其子女名下，视为只对自己其子女一方的赠与。

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

二、父母部分出资(往往是首付款)

1、以父母自己名义签订不动产买卖合同并将不动产所有权过户到子女一方名下的情形。

(1)如果该不动产过户发生在子女结婚前，显然，该不动产所有权应属于子女婚前财产。

(2)如果该不动产过户发生在子女结婚后且该不动产登记在出资父母一方的子女名下，则仍可适用本条规定，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。

(3)如果该不动产过户发生在子女结婚后且该不动产登记在夫妻中非子女一方名下或夫妻双方名下，用夫妻共同财产偿还该不动产的贷款，则该不动产应认定为夫妻双方共同财产。

2、以子女名义签订不动产买卖合同并将不动产所有权登记在一方子女或双方子女名下的情形。

(1)如果该出资发生在子女结婚前，则该出资属于接受该出资子女的婚前个人财产。

(2)如果该出资发生在子女结婚后，则根据婚姻法解释(二)第 22 条第 2 款规定应将该出资认定为对夫妻双方的赠与。相应地，婚后以子女一方或双方名义签订的不动产买卖合同并以该出资作为首付款所购买的不动产，不管登记在子女一方还是双方名下都应视为夫妻共同财产。

——最高人民法院民事审判第一庭：《父母为子女出资购房所有权归属问题》，载奚晓明主编、最高人民法院民事审判第一庭编著：《民事审判前沿》(第一辑)，人民法院出版社 2014 年版，第 241-244 页。

10、婚姻存续期间，取得一方父母单位房改房所有权

(1)婚姻关系存续期间，双方用夫妻共同财产出资购买以一方父母名义参加房改的房屋，产权登记在一方父母名下，离婚时另一方主张按照夫妻共同财产对该房屋进行分割的，人民法院不予支持。购买该房屋时的出资，可以作为债权处理。

(2)如果房改房已经登记在夫妻双方名下，可视作一方父母放弃对房改房中因自己参加房改以职级、年龄、工龄等抵扣所享受的福利而对于夫妻双方的赠与，可作为夫妻共同财产进行分割。

(3)如果登记于夫或妻一方名下，应参照婚姻法司法解释(三)第 6 条的规定，视为对子女的一方的赠与，该房改房应认定为夫妻一方的个人财产，而非夫妻共同财产。

——《人民司法(应用)》2014 年第 3 期

11、离婚案件中如何处理“夫妻公司”及夫妻对公司享有的股权

工商登记中载明的夫妻投资比例并不能绝对等同于夫妻之间的财产约定，如果有证据证明工商登记所载明的事

项只是设立公司时形式上的需要，则应按夫妻双方真实的意思表示去处理。在离婚案件中处理有关“夫妻公司”问题时，既要以《婚姻法》为依据，又要兼顾《公司法》中的规定。在婚姻关系存续期间，无论是用一方婚前的个人财产还是用夫妻共同财产投资设立“夫妻公司”，公司经营所产生的收益均应属于夫妻共同财产。

——吴晓芳：《离婚案件中对“夫妻公司”如何处理》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《中国民事审判前沿》2005 年第 1 集，法律出版社 2005 年版，第 241-242 页。

12、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

夫妻一方死亡后，如果遗产已经继承完毕，健在一方用自己的积蓄购买的公有住房应视为个人财产，购买该房时所享受的已死亡配偶的工龄优惠只是属于一种政策性补贴，而非财产或财产权益。夫妻一方死亡后，如果遗产没有分割，应予查明购房款是夫妻双方的共同积蓄，还是配偶一方的个人所得，以此确认所购房屋是夫妻共同财产还是个人财产;如果购房款是夫妻双方的共同积蓄，所购房屋应视为夫妻共同财产。

——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》法民字[2000]第 4 号

反家暴不能只等起诉离婚

2015 年 1 月 25 日　法制日报观察　徐小飞

由于工作关系,笔者经常接触到一些起诉要求离婚的妇女,听她们抱怨最多的是,遭受家庭暴力后不知道如何维权,即使向有关部门寻求帮助,也不能得到有效救助,所以遭受家暴后只能默默地忍受,实在受不了才想到来法院起诉离婚。

家庭暴力是一个倍受全球关注的问题,几乎在所有国家都不同程度存在着家庭暴力。据统计,24.7%的女性曾遭受过不同形式的家庭暴力,其中施暴者九成是男性。施暴者与受害人之间存在夫妻关系,暴力实施场所以家庭内部为主,具有隐秘性。

警察介入家庭暴力有其及时性和威慑力,受害妇女要摒弃“家丑不得外扬”的观念,第一时间报警。同时,要有证据意识,遭受家暴后,可以用拍照、录音、摄像等方式固化丈夫对自己实施家暴的证据,以作日后维权之用。

妇联等社会机构要建立起强有力的反家庭暴力社会支持系统,为遭受家庭暴力的妇女提供庇护、救治、咨询、法律帮助等,对家庭暴力实行“零忍耐”,切实保障受害妇女的人身财产安全,并在全社会推广社会性别意识教育,营造性别平等的社会氛围,澄清对家庭暴力性质的模糊甚至错误认识,实现男女平等从法律到现实的转变。

当前,我国应进一步加强反家暴立法,构建以反家庭暴力法为主体,其他法律法规为补充的家庭暴力防治体系,强化执法机构干预家庭暴力的法律义务和法律责任,进一步建立健全保护令制度的有关内容和法律效力,细化对受害妇女救助和施暴丈夫制裁的程序和措施,增强可操作性,有效遏制家庭暴力、制裁家庭暴力行为。

司法机关在审理家庭暴力纠纷案件的过程中,要自觉去除“清官难断家务事”的观念,要坚持能动司法的原则,通过法律释明的方式引导受害妇女增强证据意识,提高其取证能力。司法机关受理家庭暴力纠纷案件后,应主动向当地妇联、派出所、居(村)民委员会等部门调查有关情况。鉴于家庭暴力产生原因的特殊性,司法机关对施暴丈夫的悔过书、保证书一般也以采信为宜。

访视制度：为孩子匹配监护人

2015 年 1 月 26 日　人民法院报　张瑞雪　杨晓玲　蔡洪林

婚姻家庭案件中，法官常常会遇到这样一种状况：对孩子的抚养权，作为父母的双方，要么谁都想要，要么谁都不要。如何才能把一个年幼无助的孩子交给最让人放心的人，经常会让法官左右为难。重庆市沙坪坝区人民法院从 2008 年开始，在未成年人家事案件中试点访视制度，力图寻找一种最合理、最妥善的解决办法。

未成年人家事案件访视制度，是指人民法院通过委托第三方组织去了解、考察未成年人相关的生活环境、基本福利等状况，形成访视报告，为法院最终确定未成年人抚养人、监护人提供参考。

沙坪坝法院审判委员会专职委员杨飞雪认为，推行访视制度，必须解决谁来做、怎么做、有作用三个最核心的问题。

访视主体的多元化

宦成与彭彤离了婚，离婚协议约定女儿豆豆由母亲彭彤抚养。2012 年 11 月，宦成擅自去幼儿园接走豆豆，并起诉到法院要求变更孩子的抚养权。双方互不相让，各自陈述了抚养豆豆的有利条件。

3 岁的豆豆迷惘地望着法庭上唇枪舌剑的父母。

根据原、被告双方的陈述，法官无法判断谁来抚养更有利于豆豆的成长。于是，法院委托具有公益性质的非政府组织（简称 NGO）重庆市大渡口区山城社会工作服务中心进行访视调查。

3 个月后，法官出示了该中心制作的 5000 多字的访视报告，原、被告双方均表示“很全面、很真实”，服判息诉。

法官滕磊说：“NGO 组织完成的这份访视报告让我很惊喜，可惜这样的机构目前太少了。”

据了解，沙坪坝法院在试点过程中还先后委托了镇政府、民政工作人员、团委、妇联等不同类型的组织和个人作为调查主体。为了保证访视调查员的法律专业素质，还尝试了由西南政法大学的大学生志愿者协助妇联进行联合

调查的模式。

沙坪坝法院未成年人案件综合审判庭庭长刘原认为，进行访视的主体，应当是独立于法官及当事人的未成年人社会维权机构。但是目前我国社会组织发展很不平衡，社会工作者的资质、定位、工作范围均处于起步阶段，加之涉及未成年人的社会工作具有一定的专业性和特殊性，确定调查主体的范围“无法收得太窄”。在选择调查主体的时候，还应当尽量考虑调查工作与其本职工作的紧密衔接，以保证制度运行的可持续性。

刘原认为，访视调查员客观中立，具备相应的法律专业知识和一定的社会阅历，有社会责任感，乐于从事维护未成年人权益工作，有较强的人际沟通能力，也是需要考量的重要因素。

访视程序的规范性

2014 年 8 月，杨荣向沙坪坝法院起诉与曹屏离婚。通过第一次庭审，法官了解到，双方均同意离婚，但都不愿意抚养 6 岁的婚生子强强。在征得原、被告双方的书面同意后，法官决定中止案件审理，委托重庆市沙坪坝区青木关镇政府进行访视调查。

接到法院的委托调查函，青木关镇政府的调查员荣瑞健“心里很忐忑”。他说：“在此之前，我都没有听说过这个名词。”

杨飞雪说：“对第一次接触这项工作的调查员，我们都会有专门的点对点培训，并且访视报告是表格式的，各个栏目的填写都有详细的提示。热情、公道、责任心比经验更重要。”

因为缺乏相应的法律规定，启动访视调查，必须征得原、被告双方的书面同意，然后法院裁定案件中止审理，决定未成年人暂由一方抚养，稳定未成年人的生活环境以便于考察。

在向访视机构提交委托调查函的同时，一并提交诉状副本、案情介绍、涉及未成年人的相关材料及空白访视报告文本。调查机构必须指定两名调查员直接到未成年人生活、学习的场所及其他关系地，针对不同的调查对象，采取走访、观察、谈话等方式了解未成年人的学习、生活状况。所有调查情况都将写入访视报告并随附书面谈话记录。

访视考察期确定为 3 个月，与未成年人一个学期的时间段大致相当。刘原认为，如果时间太短，会使调查流于形式，太长则会增加调查机构的负担，也让案件一直处于待定状态，都不适宜。

访视报告的说服力

刘原认为，作为访视调查活动和调查结论的载体，访视报告的质量优劣是衡量改革成败的重要标准。而访视调查主体的专业性和访视报告内容设计的科学性，是决定报告质量的关键所在。在现有条件下，访视调查员多是新手，除了必要的岗前培训和重点提示外，报告内容设计就显得尤为重要。

记者了解到，访视报告主要分为五个部分。

第一部分是案由、当事人诉求、访视目的、访视对象、填写要求等内容的一个概要性的描述，便于调查员把握案件的整体情况。

第二部分和第三部分是对原、被告双方的访视调查。包括家庭情况及婚姻状况、就业情况及经济状况、健康状况、抚养经验及抚养规划、抚养子女的意愿及动机、对方照顾子女的不足 6 个大项。大项之下还有若干小项，比如，同住人员的意见及其与涉案未成年人的关系、家属协助照顾子女的能力及意愿、住房条件及环境、对子女的教养态度、对对方探视的意愿等等。

记者看到 2013 年的一份访视报告，里面多是这样的字句：“已经为孩子在某小学报名，该校为小学、初中、高中一体化”，“针对孩子走路姿势不对、驼背等不良情况，已为孩子找到老师进行形体教育”，“继母金某从事贸易工作，大专学历，表示愿意抚养孩子，把她当亲生女儿对待”……这些内容将由法官在法庭调查结束之后、法庭辩论之前当庭宣读展示，并征求原、被告及子女的意见。

第四部分是针对未成年子女的访视调查。调查员会征求孩子的意愿，对年龄较小的孩子来说，这也是非常困难的。调查员会如实地记录下来：“与孩子单独对话时，他一直在试图躲避我们，不愿回答。”

第五部分是调查员意见。调查员会根据他们 3 个月的调查走访，对亲子关系、亲友资源、居住环境、抚养能力、抚养规划、对方探视等问题进行综合评判。但这部分主观评价的内容，不属于庭审展示的范围，仅供法官参考。

代理过此类案件的律师刘征鑫告诉记者，调查内容设计非常用心，考察全面而细致，并且重点是双方条件差异的分析比较，很有说服力。

（文中涉案当事人均为化名）

勇于去做正确的事

访视制度系借鉴我国台湾地区的做法，在我国大陆地区，并没有相应的法律规定。

从事过访视调查的志愿者甘露说：“我们很愿意去帮助那些因为家庭矛盾而陷入困境的孩子们，但如果‘合法性’这个问题解决不了，我们就成非法调查了。”

这个问题同样也困扰着沙坪坝法院的法官。杨飞雪说，该院一年审理变更抚养或者需要判断监护权的案件高达百件，但目前仅完成了 14 例访视报告。

杨飞雪认为，我国加入的联合国《儿童权利公约》将“儿童最大利益原则”作为其基本原则之一，但如何维护儿童的“最大利益”，我国现行法律还缺乏很多实质性、可操作性的内容。

近年来，我国离婚率逐年上升，子女抚养问题尤为突出。要实现未成年人保护的实质正义，必须依赖大量的客

观信息来帮助法官作出判断，这明显超出了法院的调查范围，引入社会力量参与，就显得尤为重要。

在试点的 14 例案件中，没有 1 件在一年内再提起变更扶养关系的诉讼，并且未成年子女生活状况稳定，学习未受明显影响。

沙坪坝团委学少科负责人曾珍说：“访视制度最大的价值在于，让孩子的父母在每一次的调查走访中得到自查、自问、自省，少了纠纷，多了理解。我非常赞同。”

“涉未成年人审判留给了我们太多的探索空间，我们要勇于去做正确的事。”杨飞雪说。

协议约定探望权诉变更 法院酌情主张隔周探望

2015 年 1 月 26 日　中国法网　山东高法

离婚协议约定的探望权不利于无抚养权一方，遂起诉至法院要求变更探望权方式和时间。重庆市第五中级人民法院日前对此起纠纷作出维持原判的二审判决，从判决生效之日起，陈先生隔周于周六上午十一点将女儿小陈从李女士处接出探望，于次日晚八点前送回李女士处。

2013 年 12 月 3 日陈先生与李女士离婚。离婚协议约定，女儿小陈由李女士抚养，陈先生每月可探视女儿 1 次,仅陈先生本人探视并在李女士监护下进行，探视权的行使不得影响孩子及李女士的学业、工作、正常生活及身心健康。

离婚后，陈先生曾向法院起诉要求变更抚养权，后被法院判决驳回。

陈先生认为，其多次要求探望女儿小陈，均被李女士以各种理由拒绝，故起诉至法院请求判决准予陈先生每月探望孩子四次，具体方式为每周五下午由陈先生至幼儿园或学校将孩子接回陈先生住处，下周一上午上学之前，陈先生自行送孩子返回学校。寒、暑假期间孩子在陈先生处居住，遇到小长假节日（如国庆、五一等）则按假期的一半时间在陈先生处居住。孩子与陈先生共同居住的寒、暑假期间，李女士可随时探望。

重庆市渝中区人民法院审理认为，陈先生作为女儿的父亲，基于血缘关系形成的父女情感不能因离婚而发生变化。离婚后，虽不直接抚养女儿，但仍享有探望权，通过行使该权利，不仅能维系父女感情，令子女感受到父爱，亦能通过与子女交流达到继续教育子女的目的。故对陈先生要求探望女儿的诉讼请求予以支持。

离婚协议中约定的探望时间和次数不利于女儿与陈先生父女间的情感培养和交流，也不利于女儿的健康成长。现陈先生请求将女儿接回家中探望的方式符合法律之规定，亦有利于增进双方感情，法院依法予以支持。

由于陈先生请求探望和留宿时间过长，法院酌情主张陈先生隔周探望女儿一次，探视方式为周六上午十一点陈先生到李女士处将女儿接出探望，于次日晚八点前由陈先生将女儿送回李女士处，遂作出上述判决。

李女士不服一审判决上诉，重庆五中院日前作出二审判决，驳回上诉维持原判。

【法官说法】行使探望权遵从最有利于未成年子女健康成长原则

离婚后不直接抚养子女的父或母，有探望子女的权利，另一方有协助的义务。虽双方可以就探望的时间、方式进行协议，但探望协议应当遵从最有利于未成年子女健康成长的原则。

探望权行使方式，分为看望式探望和逗留式探望，且探望方式不能严重影响子女的学习和生活规律。本案中，原离婚协议中约定的探望时间和次数明显不利于未成年女儿与其父亲之间的沟通，但陈先生作为父亲请求探望女儿时间过长，故法院酌情主张陈先生隔周探望女儿一次。

离婚财产分割中著作权期待利益的处理规则分析

2015 年 1 月 26 日　高杉 LEGAL　袁博

一、问题的提出

典型案例：李某是一位小有名气的画家，与张某 2001 年登记结婚。2007 年，李某创作了一幅国画。在李某无收入的情况下，张某一直供养夫妻二人生活。2008 年，李某与张某协议离婚并对夫妻财产进行了分割。2009 年，李某 2007 年创作的国画被人以 10 万元买走。张某向法院提起诉讼，要求对李某因卖画而取得的 10 万元进行均分。张某的诉请是否应该得到支持？

这个案例所涉及的问题，其实是关于离婚中著作权期待利益的分割规则。关于因离婚而产生的知识产权利益的分割，目前的法律规定仅在某些方面予以明确，例如，《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）》第十二条中规定，“知识产权的收益，是指婚姻关系存续期间，实际取得或者已经明确可以取得的财产性收益”。从这条规定看，最高人民法院对于离婚时以“期待利益”形态而存在的知识产权的分割，并未给出指导，即婚姻关系的一方在离婚时已经完成了若干件作品、获准注册了若干个商标或者取得了若干项专利权，但尚未明确取得任何实际收益，在此情况下应当如何分割相关利益目前并无明确条文可资适用。除此之外，由于著作权较之商标权和专利权有更为明显的人身属性，这加剧了著作权期待利益在离婚财产分割中的复杂性，因此本文将离婚期间著作权期待利益的分割作为研究主题。

二、著作权不能作为夫妻共同财产予以分割

夫妻一方在离婚前创作完成了若干作品，在离婚时尚未进行任何收益化的行为，应当如何分割著作权所产生的期待利益呢？在司法实践中，存在三种处理意见：（一）“权利人所有说”。这种观点认为，根据前文最高人民法院司法解释的精神，仅能将著作权实际取得或者已经明确可以取得的财产性收益作为分割的对象，而对于离婚时尚未进行任何收益化的著作权而言，仅属一种可能性的期待利益，无法固定，因此也无法分割，根据其特性，以归属于

权利人为宜。（二）“平分评估价值说”。这种观点认为，可以在离婚时将相应的著作权中的财产权部分（人身权部分只能专属于作者而无法分割）送交专业鉴定机构评定价值，然后均分。（三）追偿收益说。这种观点认为，可以在离婚时对期待利益不做分割，而是等离婚后该期待利益转化为实际财产性收益后，由非权利人的一方向权利人追索。

上述的后两种观点，看似公平，即“夫妻一方在婚姻期间基于脑力劳动所得无形财产所生的经济利益，无论是现实经济利益，还是期待经济利益，理应与基于其他劳动所得的有形财产一样，都属于夫妻双方共同所有的财产”，然而却无视了著作权的人身属性。众所周知，著作权分为人身权和财产权两个部分，著作权取得财产性收益离不开财产权的行使，而财产权的行使又与人身权有着密不可分的关联。例如，作品的出版就意味着作品的发表，换言之，要行使作品的出版权，不能侵犯作者的发表权。为什么著作权的财产性收益可以视为夫妻共同财产而著作权本身却不能视为夫妻共同财产呢？原因在于，著作权的财产性收益主要关联到著作权财产权的权能，而与著作人身权基本无涉；著作权本身则要复杂的多，如果将其视为夫妻共同财产，实质上很可能违反权利人的自由意志而侵犯其著作人身权，而如果尊重并承认权利人的人身权，事实上就会使得对著作权期待利益的分割在实际操作上变得成本极大因而失去意义。

例如，按照“平分评估价值说”的观点，在离婚时应对相应著作权的财产权部分进行评估进而进行等价金额的分割。这种方法看似符合公平、效率的原则，然而事实上并不可行，原因有二：第一，期待利益具有很大程度的不确定性，著作权的期待利益较之商标权和专利权而言弹性范围更大，其价值大小取决于行使著作权的后果，而在没有实际收益化、现金化的前提下，最权威的鉴定机构也不能对某个作品作出恰如其分的价值评估，因为在没有市场检验的前提下，对著作权估值很容易偏离其实际投入市场后的价值——即使是畅销书的作家也可能写出失败的作品，而郁郁不得志的画家却很可能创作出一幅惊世之作。第二，对作品估价后分割的前提建立在该作品未来能确定的投入市场并取得与鉴定价格相符的对价，而这在实际上无视了著作权人的人身权利，因为很多著作权人在作品完成后并不愿意将其发表、公开或取得商业收益，而只愿意秘藏其作品并自我欣赏。在这种情况下，著作权人要保有其完整的著作权就必须要向离婚另一方支付评估对价的一半，而很多作者由于经济条件的困窘事实上难以支付。因此，平分评估价值说的观点并不可取。

又如，按照“追偿收益说”的观点，可以在婚后在相关的著作权转化为实际收益时才主张利益分割，这种观点克服了“平分评估价值说”在权利人未取得预期收益时无法向对方支付的前述缺陷，在价值补偿上具有切实的可操作性，似为合理，然而同样有违著作权的基本特性。因为对一项著作权的收益化存在多种形态，有一次性买断，也有各种形式的多次使用。按照“追偿权益说”的观点，则每次著作权发生收益增值后，离婚另一方都有权主张权益分割，这事实上成为一个民事权益追索纠纷的“发生器”，不利于社会关系的和谐。无期限的利益分割机制，势必导致原夫妻双方走向漫长的争夺之路，不但影响创造方在婚后婚姻关系的稳定，也使得非创造方的时间成本和维权成本过高，不利于纠纷的及时解决以及离婚时夫妻财产权利义务的确定性。从本质上说，离婚大多是夫妻感情不和所导致，关系破裂却要求其在解除关系后在知识产权收益上团结协作，实为强人所难，一方很可能故意拆台，导致著作权收益化难以实施，不但不利于鼓励作者的继续创作，并且限制了优秀作品的传播。此外，著作权人著作权收益的市场价格并非恒定不变，而是与作者本人的知名度、社会影响等密不可分，例如，一名作家离婚时籍籍无名，但经过十年的奋斗终成大家，此时他作品的价值从离婚时的数百元变成数十万元，如果此时要求分割一半价值给前任配偶，并不公平，因为作品的巨大增值部分基本来自离婚后作者本人的努力而与前任配偶并无关涉。

因此，从尊重著作权人人身权以及分割著作财产权难易性的角度，“权利人所有说”较其他两种学说更具合理性，尤其体现了对知识产权创造方创造积极性的激励以及生活安定性的维护。事实上，此种观点也符合世界立法现状，比如《日本民法典》第 762 条第 1 款明确规定，“夫妻一方在婚姻中以自己的名义取得的一切财产，均为其特有财产，不能当做共有财产”，《法国民法典》第 1404 条规定，“一切具有个人特点的财产及专属于个人的权利，即使在婚姻期间取得，按其性质为各自财产”。

三、艺术作品原件不能作为夫妻共同财产予以分割

对于离婚前没有收益化的著作权，不能作为共同财产予以分割，那么，对于离婚前已经有形存在的作品原件特别是本身具有较大经济价值的艺术作品的原件，能否进行分割呢？例如，已经完成的小说手稿或者可以分离的多幅画作？答案同样是否定的，后文将展开论述。

必须首先指出的是，否定艺术作品原件作为夫妻共同财产予以分割的原因，绝不是因为对作品原件实物的分割会严重侵害到作者的著作权，因为作品原件只是作品的载体，而载体本身只能承载作品而不能等同于作品。例如，对于艺术作品而言，作品原件既是承载作品著作权的载体，同时又是承载艺术品物权的载体，具有“一体两权”的特性。值得注意的是，必须区分清楚物的唯一性和作品载体的唯一性。艺术作品原件的唯一性是相对于物而言，这种唯一性正是其作为物具有很大价值的原因所在。但是，艺术作品原件作为艺术作品的载体却并不具有唯一性。在现代社会，由于各种影像技术的发展，制作艺术作品各种形式的复制件非常容易，所以艺术作品存在于原件和众多的各种形式的复制件之上。从物的价值而言，艺术作品原件无疑要远远超出复制件，有些艺术作品原件价值连城，具有重大的审美价值和收藏价值。但是，作为艺术作品的载体，其原件和别的复制件却并没有什么不同，因为从表现作者的创作内容来看，复制件发挥了与作品原件同样的功能，原因在于，第一，作品的一个重要特征是可复制性，

换言之，作品必须具有从原件到复制件上进行作品形式意义上的完全转移并且在效果上不发生减损，这种复制必须至少在作品表现效果上是完全相同的，否则就在作品构成要件上存在缺陷；第二，著作权作为一种抽象存在的无体财产权并不需要通过作品物质载体才能实现，著作权保护的对象是一种创造性的智力成果，虽然作品的存在和传播要依赖于物质载体，但是著作权本身却是一种无体的存在，著作权和作品载体本身可以相互分离。比如，艺术玉雕“大禹治水”，作为作品，不是那块玉，而是玉上反映出的大禹造型与山川造型；徐悲鸿的“群马图”，作为作品，不是那张画纸，而是纸上载的群马造型。所以，由于著作权具有非物质性这一特点，决定了著作权的存在、转移和灭失，在通常情况下并不与作品载体（包括作品原件）发生必然联系。

尽管对作品原件的分割未必能影响到著作权人的著作权，但是仍然以归属于著作权人为宜。原因主要基于物尽其用和效益最大化原则的考量。对于离婚财产分割，均等分割只是原则，在特定财产一经分割就会丧失其主要效能的情况下，要灵活分割。例如，对于共同财产中的钢琴和价值相当的精密仪器，合理的分割方法不是将钢琴和仪器从物理上一分为二或者变现后一分为二，而是将钢琴分给爱好的音乐一方，将精密仪器分给从事科研工作的另一方。同样，对于作品载体特别是艺术作品原件而言，对于著作权人的价值更大，因为其可以充分地进行收益使用或在其基础上继续修改、创作，而如果进行实体分割，既没有尊重著作权人的意愿，另一方取得后也无法进行最大化地经济收益，造成了一种实质的浪费。对于作品原件尤其是艺术作品原件而言，对于作者有至关重要的意义，从作品原件产生的过程看，由于艺术作品的创作具有一次性、不可回复性，作者的灵感、个性通过作者的笔触一次性地凝结于其作品原件之上，由此完成作品原件的创作。艺术作品原件因承载着作品全部的视觉信息而产生了绝对意义上的特定性，它不能为任何复制品和其他相同主题的再创作所替代，为了和艺术作品复制件相区别，有学者将原件载体称之为“固定载体”，而将复制件的载体称之为“复制载体”。艺术品原件的重要价值，在于它直接产生于作者笔下而非机械复制，在于它数量唯一而非随处可见，在于它具有与作者物理上的亲缘关系而非形式上的内容相关。因此，作品原件尤其是艺术作品原件对于作者意义重大。那么，将作品原件变现后进行分割，是否可行呢？答案仍然是否定的，因为有违效益最大化的原则。作品原件的最大特性，在于其价值幅度较大的期待可能性，即艺术作品原件的价格往往在原件转让后发生大幅增加，因为大器晚成在艺术界是较为普遍的现象。而在作品甫经面世即行变现，往往会得到极不公平的对价，使作者蒙受巨大经济损失。

因此，艺术作品原件同样不能作为夫妻共同财产予以分割，而应当严格地保持其人身属性，在分割时作为个人专用物品归作者个人所有。

四、离婚中著作权期待利益不能分割的补偿办法及“权利人所有说”的修正

前文的论述说明了在离婚中分割尚处于利益期待阶段的著作权时，无论是权利本身及其客体，均应归属于作者本人。但是，正如“权利人所有说”反对者所指出的那样，此种分配方法最大的弊端就是会对另一方造成事实上的不正义。那么，如何矫正正义呢？

事实上，“权利人所有说”的修正路径在离婚案件财产分割的司法实践中早已存在解决的启示，那就是“家务劳动补偿”。在著作权人创作作品的过程中，另一方虽然没有参与创作过程，但是却在创作过程中提供了各种隐性的家务劳动的贡献和支持，即将其财产收入用来抚育子女、照料老人、支持对方创作，以及因此而丧失了自身的职业发展机会，这才使得著作权人在“夫妻协力”的条件下得以集中时间和精力完成创作，因此，同样有权利得到某种形式的补偿。正如英国学者 simon 所言，“妻子花费了整个青年时期和中年早期养育子女、照料家庭；丈夫因此获得了解放，可以从事经济活动。如果妻子不扮演自己的角色，丈夫就不能扮演自己的角色。雄鸟之所以能够营私，恰恰是因为其无需花费大量时间守护幼鸟”。那么，家务劳动的补偿如何确定具体数额呢？家务劳动的补偿数额和知识产品非创造方提供家务劳动的性质有关，和夫妻婚姻持续时间有关，需要法院综合予以认定。如果知识产权创造方与家务劳动贡献方的婚姻存续期间较长，离婚时分割夫妻共同财产足以实现补偿家务劳动价值的，则不应在离婚时对贡献方再予以经济补偿；否则，则知识产权创造方在离婚时应当从分割共同财产后的个人财产中由法院结合具体家庭的实际经济状况、双方的收入状况在自由裁量的合理范围内对贡献方予以经济补偿。这样，既实事求是地承认了贡献方从事家务劳动的价值，又考虑了知识产权创造方自身的不同实际情况。

其实，绝对的公平永远不可能实现，我们只是不断努力达到相对公平而已。之所以在离婚时对知识产权期待财产收益予以分割，我们的首要目标绝不是要求夫妻之间锱铢必计，以达到分毫不差的公平，而是要强调夫妻关系的特殊性，避免曾经的家庭成员因为感情破裂而形同路人，多年的家庭关系一朝解除而被理性的物质算计所取代。婚姻中任何一方的付出都必须得到对方及法律的认可和尊重。这有利于建立“你中有我，我中有你”的良性夫妻关系，对处于社会转型时期和谐夫妻关系的形成具有积极的影响。这种分割方式不但体现了婚内劳动在法律上经济价值，而且会影响人们对婚姻生活的理解，也容易获得更好的社会效果。

借名购买经济适用房协议的法律效力及房屋所有权归属丨燃灯者

2015 年 1 月 26 日　燃灯者　高治

崔立诉白家连、隋婷所有权确认纠纷案

——借名购买经济适用房协议的法律效力及房屋所有权归属

高治（天津市河北区人民法院）

【关键词】　所有权归属　经济适用房　借名购房　协议效力

【裁判要点】

1、实际出资人借用他人名义购买经济适用房的，借名购买经济适用房协议在当事人之间具有约束力，在房屋具备上市交易条件后，名义购房人应配合实际出资人办理房屋过户手续。

2、借名购房行为应遵循登记生效主义的不动产物权变动规则，借名购房协议中关于房屋所有权属于实际出资人的约定仅有债权效力，不具有物权效力。实际出资人仅对名义购房人享有要求后者配合办理房屋转移登记的债权，并不对借名购买的房屋直接享有物权。

【相关法条】

《中华人民共和国民法通则》第四条、第五十五条

《中华人民共和国合同法》第八条

【案件索引】

一审：天津市河北区人民法院（2013）北民初字第 3510 号（2013 年 12 月 19 日）

申请再审审查：天津市河北区人民法院（2014）北民申字第 5 号（2014 年 8 月 12 日）

再审：天津市河北区人民法院（2014）北民再字第 3 号（2014 年 9 月 26 日）

【基本案情】

崔立诉称，2006 年 11 月 27 日和 12 月 6 日，我与白家连签订两份协议书，由我借用白家连名义购买河北区曙光路敬贤里 4 号楼 4 门 201 号房屋，以隋婷名义办理贷款，房屋首付款及贷款、契税款均由我承担。2013 年 6 月，隋婷将我持有的用于偿还银行贷款的存折挂失，致使我不能按时还款。现要求确认天津市河北区曙光路敬贤里小区 4 号楼 4 门 201 室房屋归崔立所有，白家连、隋婷配合崔立办理房屋贷款清偿手续（崔立负责清偿贷款）及房屋所有权更名手续（由此产生的全部费用均由崔立承担），逾期还贷产生的利息和滞纳金由白家连、隋婷承担；本案诉讼费由由白家连、隋婷承担。

白家连、隋婷辩称： 1、讼争房是经济适用房，购买该房需要相应购买资格，崔立不具有该资格，无权购买讼争房，崔立与白家连所签的协议违反了经济适用房管理政策，扰乱了市场秩序，根据有关法律规定应认定双方所签的协议无效。2、崔立没有按照 2006 年 12 月 6 日协议的内容按期还款，多次逾期，影响了隋婷的征信记录。即使崔立与白家连所签的协议有效，按照 2006 年 12 月 6 日协议约定，讼争房的所有权也应归白家连、隋婷所有。3、讼争房仍存在抵押权，崔立的诉讼请求影响了抵押权人利益。综上，请求驳回崔立的诉讼请求。

法院经审理查明：2006 年 11 月 27 日，崔立经案外人介绍，与持有“定向购买经济适用房证明”但无购房意向的白家连签订“协议书”，约定崔立支付白家连 5000 元补偿款，借用白家连名义购买经济适用房，购房全部出资由崔立支付，房屋归崔立所有，待具备办理过户条件时，白家连配合将房屋所有权过户至崔立名下。当日，崔立将 5000 元补偿款交付白家连。2006 年 12 月 6 日，崔立与白家连又签订了一份关于购房贷款的“补充协议”，约定崔立借用白家连名义办理购房贷款，由崔立负责偿还，白家连不负任何还款责任，若崔立不按时还贷导致白家连承担法律责任，则所购经济适用房归白家连所有。2006 年 12 月 7 日，白家连与其女儿隋婷作为买受人与开发商签订经济适用房买卖合同，购买天津市河北区敬贤里小区 4 号楼 4 门 201 号经济适用房一套（讼争房），崔立交纳了该房屋首付款及税费。2007 年 1 月 11 日，隋婷作为借款人，天津银行振北支行作为贷款人、天津津房担保公司作为保证人，三方签订“个人房产担保借款合同”，由天津银行振北支行向隋婷发放个人住房贷款 80000 元（直接划入开发商账户），保证人提供连带责任保证。同日，白家连、隋婷作为抵押人，天津津房担保公司作为抵押权人，双方签订“抵押合同”，白家连、隋婷以讼争房抵押给天津津房担保公司作为该公司提供保证的反担保。此后崔立按月偿还贷款至 2013 年 5 月，其间曾有 9 次逾期还款记录。2013 年 6 月，因对房屋归属问题发生争执，隋婷将崔立持有的用于偿还银行贷款的存折（以隋婷名义开户）挂失，自 2013 年 6 月起由隋婷实际偿还贷款至今。另，讼争房自交付后由崔立实际占有使用，2009 年 4 月 28 日，讼争房核发产权证书，登记产权人为白家连、隋婷，他项权利人为天津津房担保公司。

【裁判结果】

天津市河北区人民法院原审认为：经济适用住房属于政府保障性住房，需要一定的购置资格，原、被告明确知晓原告并无购置资格，仍签订《协议书》，将被告白家连的购置资格非法让与原告，利用被告隋婷名义办理贷款手续，违反了经济适用住房相关政策，扰乱了正常的市场交易秩序。现讼争房仍存在他项权，原告的主张势必影响他项权人的利益，故对原告的全部主张，不予支持。遂于 2013 年 12 月 19 日作出（2013）北民初字第 3510 号判决：驳回原告崔立全部诉讼请求。宣判后，双方当事人均未提出上诉，原审判决发生法律效力。后在法定申请再审期限内，崔立向河北区人民法院申请再审，河北区人民法院经审查，认为原审判决适用法律确有错误，裁定对该案进行再审。

再审过程中，天津市河北区人民法院依法追加天津银行振北支行、天津津房担保公司作为第三人参加诉讼。第三人天津银行振北支行称，在保证我行贷款能够收回的前提下，我行服从法院判决。第三人天津津房担保公司称，只有清偿所有剩余贷款后，我公司才同意撤销抵押权。天津市河北区人民法院于 2014 年 9 月 26 日作出（2014）北民再字第 3 号民事判决：一、撤销本院（2013）北民初字第 3510 号民事判决；二、本判决生效后十五日内，崔立一次性清偿隋婷与天津银行股份有限公司振北支行所签借款合同项下全部剩余贷款本息（具体数额以清偿当日银行

计算为准），天津银行股份有限公司振北支行及隋婷予以配合；三、本判决第二项所涉贷款全部还清后，天津市津房置业担保股份有限公司及隋婷、白家连共同办理天津市河北区敬贤里 4-4-201 号房屋抵押权注销登记手续，天津银行股份有限公司振北支行予以配合；四、本判决生效后十五日内，崔立将隋婷自 2013 年 6 月至本判决生效前实际偿还的贷款本息（仅包括正常本金及利息，不含因逾期而产生的逾期利息及复利，具体数额以银行还款明细为准）给付隋婷；五、本判决第二项、第三项、第四项内容履行完毕后，白家连、隋婷配合崔立将天津市河北区敬贤里 4-4-201 号房屋所有权过户至崔立名下，过户所需全部税费由崔立负担；六、隋婷与天津银行股份有限公司振北支行所签借款合同项下贷款，在本判决生效之前继续由隋婷负责偿还，如因逾期产生逾期利息及复利，由隋婷负担，在本判决生效之后，该贷款由崔立按本判决第二项清偿；七、驳回崔立其他诉讼请求。再审宣判后，各方当事人均未上诉，再审判决已经发生法律效力。

【裁判理由】

法院生效判决（再审判决）认为：申请人崔立与被申请人白家连所签订的由崔立出资，以白家连名义购买讼争房及办理购房贷款，待允许过户时将讼争房过户至崔立名下的协议系双方真实意思表示，协议内容不违反法律或行政法规的强制性规定，其具体情节也不能认定为违反社会公共利益，因此应认定协议有效，双方均应受协议约束，并应依协议约定履行自己的义务。被申请人隋婷虽然未在上述两份协议上签字，但隋婷已实际签订了经济适用房买卖合同及借款合同，说明其以自己的行为认可两份协议的效力，故亦应受协议约束。

被申请人援引《国务院关于解决城市低收入家庭住房困难的若干意见》及《经济适用住房管理办法》的有关条款，主张申请人与被申请人之间的协议无效。对此，应认为，第一、本案申请人与被申请人双方约定由申请人出资以被申请人名义购买讼争房，待符合上市交易条件后再将房屋过户给申请人，该情形并未被上述文件所直接禁止。第二、上述文件只是对经济适用房购买资格作出一定限制，但并未绝对禁止经济适用房转让，在符合一定条件并缴纳税费之后，经济适用房允许上市交易。也即无购房资格人员只是不能直接从开发商处购买经济适用房，而无购房资格人员因他人转卖而取得经济适用房并未被上述文件所禁止。本案的情形与约定先由被申请人购买，待允许上市交易后再按照原价格转让给申请人的情形并无实质差异，只不过是简化了价款交付手续而已。而后者（约定先由被申请人购买，在允许上市交易后再按照原价格转让给申请人的情形）显然并不为法律、政策所禁止，因此本案情形亦不能评价为违反法律或政策的强制性规定。第三、依《中华人民共和国立法法》第六十一条的规定，“行政法规由总理签署国务院令公布”。上述《国务院关于解决城市低收入家庭住房困难的若干意见》及《经济适用住房管理办法》并非由总理签署国务院令公布，在效力层级上均不属于行政法规，因此即便认为本案情形违反上述规范性文件，亦不构成合同无效的理由。

民事活动是否损害国家或社会公共利益，应该结合案件实际情况作个别的、具体的判断。本案被申请人在当时并无购买经济适用房的实际需求和意愿，而申请人除讼争房外别无其他住房，其购买讼争房系用于自住而非用于投资或投机，因此申请人与被申请人之间的借名买房行为不能认定存在非法目的，其实际效果与政策规范目的亦不存在明显背离。且依据房管政策，经济适用房在上市交易（也即申请人与被申请人之间办理更名过户）时要缴纳各种税费，政府通过收缴税费的方式已经收回一部分政策补贴性投入，因此亦不能认定为损害国家或社会公共利益。

民法通则第四条规定，“民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则”。被申请人已在签订协议后从申请人处获得 5000 元补偿款，现房价大幅上涨，被申请人又主张借名买房协议无效，要求按原价格留买讼争房，该主张明显有违诚实信用和公平原则。

综上，被申请人所谓协议书“以合法形式掩盖非法目的”、“损害社会公共利益”的抗辩理由均不能成立。现讼争房已具备上市交易条件，被申请人应配合申请人办理房屋过户手续。

关于申请人崔立主张确认讼争房归其所有的请求，我国物权法第九条规定，“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生效力；未经登记，不发生效力，但法律另有规定的除外”。现讼争房登记于被申请人白家连、隋婷名下，因此不能直接认定讼争房归申请人崔立所有，申请人仅能依据借名买房协议要求被申请人配合办理房屋过户登记。对申请人确认讼争房所有权的请求，不予支持。

因购买讼争房时曾办理贷款，而目前尚有剩余贷款未还清，且讼争房上还存有抵押权，故需待还清剩余贷款，撤销抵押权之后，才能办理讼争房转移登记手续。另外，自 2013 年 6 月至本判决生效前的贷款是由隋婷偿还，崔立亦需将此款返还隋婷后，才能要求对方配合办理过户。庭审中，隋婷表示再审期间的贷款由隋婷继续负责偿还，崔立表示愿意将剩余贷款一次性还清，并愿意将隋婷自 2013 年 6 月至本判决生效前实际偿还的贷款本息给付隋婷。双方上述主张有利于减少诉累，一次性彻底解决纠纷，应予准许。

另，虽然在 2013 年 6 月之前崔立曾出现 9 次逾期还款记录，但考察实际情况，崔立逾期天数均较短，应非恶意欠款不还，且隋婷现无证据证明因崔立 9 次逾期还款给其造成实际损害后果，故被申请人主张按照 2006 年 12 月 6 日“补充协议”约定讼争房所有权应归白家连、隋婷所有的抗辩意见，不予采纳。如今后因该 9 次逾期记录给隋婷造成实际损害，隋婷可另行向崔立主张损害赔偿。

【案例注解】

一、借名购买经济适用房协议的效力问题

现实生活中，因种种原因，借用他人名义购买房屋的情况并不罕见。其基本运作模式是实际出资人与名义购房

人签订协议，约定由实际出资人支付全部购房款项，以名义购房人的名义与卖方签订房屋买卖合同（名义购房人需亲自出面办理签订合同的有关手续），将房屋落户至名义购房人名下，同时约定房屋所有权归实际出资人所有，待具备过户条件时，名义购房人需配合办理房屋所有权转移登记，将房屋过户至实际出资人名下。也有人将这种借名购房的行为称作“隐名购房”，用语虽异，其意则一。

一般的借名购房协议如果不具有法定合同无效事由，则基于意思自治的原则，其效力应予认可。本案原告借用被告名义购买的是经济适用房，由于原告本身不具有经济适用房购买资格，于是双方的协议是否有效成为争议焦点。本案原审与再审两种不同的裁判结果分别代表了实务中两种不同的观点。笔者赞同再审裁判意见，也即借名购买经济适用房协议在当事人之间具有约束力，在房屋具备上市交易条件后，名义购房人应配合实际出资人办理房屋过户手续。由于在再审裁判理由中就该问题已作了较详细的阐述，故在此不再重复论证。

要说明的是，再审裁判理由认为“本案的情形与约定先由被申请人购买，待允许上市交易后再按照原价格转让给申请人的情形并无实质差异，只不过是简化了价款交付手续而已”。对此有人提出异议，认为借用他人名义购房与约定他人先买房然后再按原价转卖的情形存在本质差异，不可混为一谈。对此笔者认为，二者在法律行为的构造上确实存在差异，但在当事人的实际利益配置上不存在差异，因此在法律效果上也不应该有差异。

要注意的是，如果实际出资人为规避国家限购政策，借用他人名义签订房屋买卖合同并以他人名义办理产权登记后，又根据借名购房协议要求名义购房人将房屋过户至实际出资人名下或直接要求确认房屋归实际出资人所有的，则不应予以支持。这是因为，与经济适用房管理政策只限制无购房资格人员直接从开发商处购买而不限制因转售而间接取得经济适用房不同，对于限购对象而言，只要国家限购政策不取消，无论是直接购买还是间接购买房屋均为政策所禁止，故出于维护公共利益的需要，限购对象在限购期内要求名义购房人办理过户的，不应支持。但如果限购政策取消或限购对象因其他原因不再被限购（比如其原有房屋已经出售），则过户请求应予支持。[1]

二、借名购买房屋的所有权归属问题

在确定借名购买经济适用房协议有效的前提下，接下来的问题是能否如协议中所约定的那样直接认定房屋所有权归实际出资人所有。

对此问题，所谓“事实物权”的理论相当有力。比如有学者认为，“在我国不动产交易实践中，常常出现这种现象：某人实际购买了房屋，不愿用自己的名义办理所有权登记，就将房屋所有权登记在亲朋好友名下，但实际又没有赠与或者放弃房屋所有权的意思。其中，实际购买人就是事实上的所有权人，登记权利人享有的是法律上的所有权”，并认为“在不涉及第三人利益的情况下，法律以保护事实物权为基本出发点，保护的基本措施是异议抗辩登记和更正登记等”[2]实务中，也有法官认为，现实中存在大量不具有登记外观的事实物权（其中就包括借名购房场合下实际出资人的事实物权），在不涉及第三人利益的情形下，不动产事实物权优于登记物权，依法应支持事实物权人的确权请求。[3]

相反观点则认为，因法律行为取得不动产物权的，以完成登记为生效要件，借名购房协议中关于房屋归实际出资人所有的约定仅在当事人之间有债的效力，不具有物权效力，实际出资人不能根据借名购房协议直接取得房屋所有权。名义购房人在对外签订购房合同后完成了产权登记，其是唯一合法的房屋所有权人，并不存在实际出资人的所谓事实物权。实际出资人仅对名义购房人享有债权，名义购房人负有将房屋所有权转移至实际出资人的义务。[4]

笔者同意第二种观点。我国物权法第九条规定“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生效力；未经登记，不发生效力，但法律另有规定的除外。依法属于国家所有的自然资源，所有权可以不登记。”其中法律另有规定的情形是指物权法第二十八条至第三十条所规定的因司法裁判、仲裁、政府征收、继承、受遗赠、合法建造等非依法律行为而引起的物权变动，以及土地承包经营权、地役权等实行登记对抗主义而非登记生效主义的特殊物权。除这些例外情形之外，其他的不动产物权变动都必须严格遵循登记生效主义。借名购房是基于法律行为而取得物权，且权利标的是房屋所有权，显然不属于上述法律另有规定的除外情形，因此必须严格执行登记生效主义，只要借名购买的房屋还没有登记到实际出资人名下，就不能承认实际出资人享有物权。如果承认实际出资人与名义购房人之间关于房屋所有权归属的约定具有物权效力（直接确认实际出资人是所有权人）等于是采纳了债权意思主义的物权变动模式，这与我国物权法的立法指导思想是相抵触的。

换一个角度，借名购房其实可以被理解为是一种“间接代理”行为。民法所规定的代理是指直接代理，即代理人在代理权限内以被代理人的名义实施法律行为，法律效果直接对被代理人发生，代理人本身不是法律行为的当事人。而在间接代理中，间接代理人不是以被代理人的名义实施法律行为，而是以代理人自己的名义实施法律行为，法律行为的效果首先对间接代理人发生，然后间接代理人再基于与被代理人之间的协议，将因该法律行为所获得的权利转移给被代理人。[5]在借名购房的场合，名义购房人要以自己的名义亲自签订合同，故可视为间接代理人，而幕后的实际出资人则可视为被代理人。房屋买卖关系仅存在于名义购房人与卖方之间，实际出资人与卖方并不存在法律关系，也不能基于房屋买卖合同直接获得权利。实际出资人只能根据与名义购房人之间的协议要求名义购房人将房屋所有权转移给实际出资人。

第一审法院合议庭成员：常春丽、苗佳、刘捷

再审法院合议庭成员：高治、路子凤、张杰

[1] 天津市高级人民法院在 2013 年 5 月发布的《当前民事审判若干问题的指导意见（讨论稿）》中指出：“1、

关于借名买房问题①实际出资人为规避国家限购政策，借用他人名义签订商品房买卖合同并已办理产权登记手续后，请求人民法院确认房屋所有权归其所有的，因该行为违反国家房屋限购政策，法院对此不予支持。②实际出资人借用他人名义购买经济适用住房、限价商品住房等政府保障性住房，在符合上市交易的法定条件之前，实际出资人请求被借名人协助办理房屋所有权转移登记手续的，不予支持。符合上市交易的法定条件，且当事人依法交纳相关转让税费的，可以支持。③其他借名买房行为，如不违反法律、行政法规的强制性规定，不损害国家、集体以及他人的合法权益，该约定有效。如依法能够办理房屋权属登记，实际出资人请求被借名人协助办理房屋所有权转移登记手续的，应予支持。”

[2] 孙宪忠、常鹏翱：“论法律物权和事实物权的区分”，载《法学研究》2001 年第 5 期。

[3] 魏海：“不动产事实物权的判定依据及冲突解决规则”，载《法律适用》2010 年第 4 期。

[4] 周峰、李兴：“隐名购房行为的法律性质认定与执法对策研究”，载《法律适用》2012 年第 8 期。

[5] [德]卡尔.拉伦茨：《德国民法通论》，王晓晔等译，法律出版社 2003 年版，第 499 页，第 819—821 页；王泽鉴：《民法总则》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 447 页。

离婚协议中不动产约定 能否直接引起物权变动

2015 年 1 月 28 日　人民法院报　王宗忆

【案情】

2014 年 3 月，原告甲公司与被告乙公司、被告张某因民间借贷发生纠纷，甲公司诉至法院，经法院主持调解，双方达成调解协议，乙公司、张某对该笔借款承担偿还责任。后因两被告未能按照协议内容履行给付金钱义务，甲公司向法院申请强制执行。执行过程中，根据甲公司的申请，法院查封了被告张某与其前妻谢某夫妻关系存续期间唯一的一套房产，该房产登记在张某名下。对于该房产，被告张某与谢某已于 2010 年 9 月在民政部门备案的离婚协议书约定归女方所有。谢某主张，其与被告张某在上述借款行为发生时早已离婚，借款系被告张某离婚后新产生的个人债务，离婚协议中已明确约定房产归女方所有，故法院不能查封涉案房产，遂向法院提出执行异议，请求法院中止对该房产的执行。

法院经审查认为，虽然所查封的房产未按照协议内容登记在谢某名下，但张某与谢某离婚时已将涉案房产协议约定归谢某所有，因此不能用于偿还张某离婚后对外所欠的个人债务，遂裁定中止对涉案房产的执行。

【分歧】

本案争议的焦点是，离婚协议中约定的不动产归属，是否可以直接引起物权变动。

第一种观点认为，不能直接引起物权变动。物权法第九条明确规定，对房产的归属采取登记主义，即以登记生效为唯一的权利转移要件。张某与谢某虽然协议离婚并约定房产归谢某所有，但未按照法律规定办理过户登记，故物权不发生变动，房产仍然为张某与谢某的共同财产，法院可以依法查封。

第二种观点认为，可以直接引起物权变动。尽管房产未办理房产过户登记，但双方已约定归谢某所有，能够直接引起物权变动。该房产已经不是夫妻共同财产，不能用于偿还张某离婚后个人所负的债务，法院应予解除查封。

【评析】

笔者同意第二种观点，理由如下：

物权法第九条规定：“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生效力；未经登记，不发生效力，但法律另有规定的除外。”对该条规定的理解与适用，笔者认为，应从立法基本精神出发，从“保护什么”的角度考量，作出不违背法律规定，不与立法本意相悖的司法裁判。物权的变动，不能仅以是否登记作为要件，而要更多地尊重当事人的意思自治。

一是登记并非不动产物权变动的单一生效要件。物权法第十五条规定，当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或者合同另有约定外，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合同效力。从该条规定可以看出，未办理物权登记的设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同是有效合同，即意味着不动产物权设立、变更、转让和消灭的合同一经成立生效，不受物权是否办理登记的影响。

二是不动产物权登记具有衍生附随性。不动产物权变动的内容依附于债权等合同的存在，二者是从属关系。如果引起物权变动原因的债权等合同无效或者被撤销，导致不动产物权变动的基础不复存在，依照我国民法通则和合同法的相关规定，合同无效或者被撤销必然引起返还财产的法律后果，即债权等合同无效或被撤销，因其产生的不动产物权变动的法律后果必将无效或被撤销，因此，不动产物权变动的效力是否发生，只取决于产生物权变动行为的债权等合同是否有效。债权等合同一经成立生效，物权即发生变动，否则，不发生物权变动的效果。

三是排除恶意的合意直接引起物权变动。不动产物权变动的依附性，导致当事人之间债权等合同形成的合意直接决定着物权变动效果的发生。一份具有当事人“善意”合意内容的合同只要合法有效，在没有第三人介入的情况下，不动产物权变动效果的发生不存在任何法律障碍。法律本意所保护的是“善行”，所倡导的是“诚信”，只要双方当事人“意思自治”，不存有恶意，法律是为其“亮绿灯”的。法律中有关未经登记不发生物权变动的规定，其实质在于通过登记赋予不动产物权的公示力和公信力，最大限度地维护交易安全，而不在于约束物权变动的当事人。登记的实质作用只是对抗第三人，而非约束当事人。

四是公示性是不动产物权登记的唯一属性。当事人之间不动产物权的变动依当事人的“合意”即产生法律效果，

不动产物权变动效果无需登记即可发生。但由于当事人之间不动产物权变动的合意往往不具有公开性，多数情况下第三人无从知晓。因此，出于保护交易安全的考虑，尽管当事人之间排除恶意的“合意”直接发生物权变动的效果，但只有通过登记等公示方法向社会公开，通过公示获得社会认知，交易才会有序进行，也便于行政法上对不动产物权进行管理。因此，不动产物权登记的唯一属性就是公开对世性，与物权的变动并无必然联系。

五是未经登记的物权变动不能对抗善意第三人。根据物权大于债权的法律原则，物权发生变动而未履行登记和公示程序的，不能对抗的是善意第三人主张的物权，而非债权。具体包含两个方面的含义：一是不能对抗第三人所取得的“物权”。物权具有绝对排他性，是对物的占有、使用、收益、处分的完全控制，是一种“特殊”的权利，是一种能对抗其他权利的“顶级权利”；二是不能对抗的是第三人因善意而取得的物权。我国法律保护的是诚信当事人的合法权益，对于主观上无过错方在“不知客观真实状况”的情况下，支付相应对价后应当取得的利益，法律应予保护。离婚协议中的双方约定，不能对抗的是善意第三人取得的物权，排除为规避法律责任等恶意取得的物权。

综上，法院应解除对该套房产的查封，同时应告知谢某尽快办理房产过户登记手续。

一方举债是否双方担责　民间借贷中夫妻共同债务的法律判断 | 来源：微信公号“审判研究”

2015 年 1 月 28 日　　家事法苑　杭宇

来源：微信公号“审判研究”（微信号：spyjweixin）

法官论坛：

一方举债是否双方担责　民间借贷中夫妻共同债务的法律判断

作者：杭宇　2014/11/07

【作者简介】杭宇，江苏省昆山市人民法院法官

阅读提示：夫或妻的一方在夫妻关系存续期间以个人名义对外借款，后未按约偿还，债权人以已解除婚姻关系的夫妻两方为共同被告提起的诉讼，实践中屡有发生。此种情况下，一方举债是否需要双方共同承担法律责任是一个广受关注的社会话题和法律问题。

司法实务的民间借贷纠纷中，常有夫妻中的一人单方举债，后来虽然解除了婚姻关系，仍双双成为被告的案件实例。这类案件通常牵涉到对两则法律条款的理解。一是婚姻法第四十一条的前半部分内容：离婚时原为夫妻共同生活所负的债务，应当共同偿还。二是婚姻法解释（二）第二十四条：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。

根据婚姻法第四十一条规定，夫妻共同债务的认定标准为借款必须用于夫妻共同生活。然而根据婚姻法解释（二）第二十四条，夫妻共同债务认定标准则表述成了发生于婚姻关系存续期间，并且司法解释采用了“推定+除外”的逻辑方式。

上述两则法律条文，给债权人、举债人以及举债人的配偶三方在诉讼中的举证责任带来了不同的影响。

婚姻法第四十一条意味着，根据民事诉讼的“谁主张，谁举证”的基本原则，债权人作为原告必须对该笔债务用于夫妻共同生活这一事实承担举证责任，举证责任侧重于原告方。但在实践中，债权人对该笔债务用于夫妻共同生活通常难以举出相应的证据。而被告方（主要是举债人的配偶）如果要证明该笔债务非为夫妻共同债务，则可以对所借款项未用于夫妻共同生活举出证据，抗辩债权人要求两被告共同偿还债务的诉请。

婚姻法解释（二）第二十四条则意味着，当债权人能够证明该笔债务发生在婚姻关系存续期间时法律即可推定为夫妻共同债务。通常，对于发生在夫妻关系存续期间的证明难度不大，借条的落款日期或者借款的银行取款记录、转账记录等都可以证明。债权人的举证责任得到很大减轻。被告方则只能对该笔债务属于司法解释规定的两种除外情形加以证明，即债权人与债务人明确约定为个人债务或者当夫妻约定婚姻关系存续期间所得财产归各自所有时，若第三人知道该约定，夫妻一方对外所负债务由该举债一方所有的财产清偿。现实生活中该两种除外情形比较罕见，举债人的配偶通常难以举证证明符合“除外”之规定，不得不对债务承担连带清偿责任。此处举证责任侧重于被告方。

婚姻法第四十一条反映的夫妻共同生活标准与婚姻法解释（二）第二十四条反映的婚姻关系存续期间标准导致的举证义务方的不同，直接引发了司法实践的混乱。具体案件中，部分法院与法官适用夫妻共同生活标准进行裁判，部分法院与法官适用婚姻关系存续期间标准进行裁判，以至于出现了裁判观点不尽一致的现象。

那么，这两个标准是否真的存在根本的冲突呢？

如果我们孤立地看这两个标准，正如上文所分析的那样，确实在分配举证责任上存在不同的侧重。不同案件适用不同的标准，从而分配不同程度的举证责任，举证不能的不利后果的归属自然不同，法院就同类案件作出不同的判决也就不足为奇了。但是正如有的研究者所认为的，共同生活标准与婚姻关系存续期间标准都是成立夫妻共同债务的充分非必要条件，两者不存在逻辑性冲突。只要满足两条件之一，即可认定为夫妻共同债务。[1]

笔者大致同意上述观点，并且进一步认为，共同生活标准与婚姻关系存续期间标准实际上是从两个不同但不冲突的维度，为夫妻共同债务圈画了范围。共同生活标准以婚姻关系中夫妻财产制为前提，这是内的维度；婚姻关系存续期间标准以举债发生的时间点为前提，这是外的维度。内的维度是本质的要求，外的维度是形式主义的判断标准。内外维度的不同本身不是冲突产生的根源，根源在于我们一味地过于偏重了某一标准，一味地坚持当事人主义

的诉讼模式，在当事人举证不能时便匆忙下判的审理和裁判方法。

其实，这种孤立的思考模式也是有其现实渊源的。最高人民法院在作出婚姻关系存续期间标准时指出，将夫妻一方婚姻关系存续期间以个人名义所负的债务推定为夫妻共同债务，既能够减轻财产交易的成本，维护交易安全，便于及时、合理地解决纠纷，又符合日常家事代理的基本法理。[2]司法实践中确实存在债务人夫妻串通，通过假离婚、外出躲债、不正当处置财产等方式损害债权人利益的现象，婚姻关系存续期间标准就是在这样的背景下出台的。

问题在于，这种法律推定特别是除外情况的严格限定导致了一种“矫枉过正”的状态：一定程度避免了一种风险，却使得另一种风险转化成实害的可能性大大增加，如夫妻一方与第三人恶意串通骗取另一方财产，又如个人债务甚至非法债务也要举债方配偶偿还有违法律公正，使法院丧失权威。因此，应当反思我们在适用上述两个标准的过程中是否犯了孤立、片面的错误。在具体案件审理过程中，这种只注重适用一种标准，而放弃另外一种标准的做法是否妥当。

综合起来看，在债权人、举债人、举债人配偶这个三角关系中，债权人面临的风险是举债人夫妻串通假离婚以逃避债务，而举债人配偶面临的风险则是债务人恶意举债、与第三人串通虚构债务。因此，从利益保护角度，最高法院在作出婚姻关系存续期间标准时过度侧重于保护债权人一方的利益值得探讨。如何不孤立不片面地看待和适用共同生活标准与婚姻关系存续期间标准，本质上是如何对债权人利益和举债人配偶利益进行衡平，反映在裁判方法上即是如何科学合理分配举证责任，并在此基础上认定事实、形成法官心证。

关于分配举证责任，从前文分析可以知晓的一点是，在夫妻一方以个人名义对外举债时，举债目的是否为了夫妻共同生活，举债之后的利益是否为夫妻双方共享，是区分夫妻共同债务与个人债务的基本标准。然而在实践中，债权人不能参与夫妻共同生活，对出借款项的用途及其衍生利益不了解。举债人的配偶则未直接参与债务的形成过程，甚至可能不知道债务的存在。那么双方可能都缺乏举证能力，往往是谁承担举证责任谁败诉。

笔者认为，在涉及夫妻共同债务的民间借贷案件中，由于双方当事人均缺乏举证能力，如果简单适用举证责任规则，难免会导致作出的判断有悖于事实的结果，因此不能过分依赖于举证责任，而是要充分考虑案件的实际情况和当事人的举证能力，根据双方当事人就有关事实的陈述、解释、举证，依靠对各方面的事实、证据进行综合审查、分析，凭借日常生活经验，运用逻辑推理作出合理的判断。[3]

具体来说，有以下几方面的审理思路：

1.债权人方面，法院可以要求其说明所借款项的来源、借款过程、支付方式、用途及还款情况、催讨情况以及当事人之间关系等，并视情要求其提供相应证据予以证实。这是审理民间借贷案件的一般思路。此外，还可能由原告承担“有理由相信借款是夫妻双方的意思表示”的举证义务。

2.举债人配偶若以存在两种法定除外情形为抗辩理由的，则依法承担举证责任。若以债务非为夫妻共同生活目的或该利益未被夫妻所共享为抗辩理由的，则应对相关事实承担举证责任，如举债人将借款用于赌博、购买毒品，或者尽管借款数额较大，但彼时家庭生活未因此受益，或者举债时夫妻双方感情不和、分居，举债显属为夫妻一方个人所使用。[4]此时，由于举债人配偶提出的多属间接证据，故应降低证明标准，降至基本合理即可。

3.在借款用途不明确或者债务性质难以识别的情况下，可以按照以下原则处理：（1）对于小额借贷，一般宜认定为因日常生活需要所负的债务，由举债人配偶承担偿还责任并无不当。但有证据证明借款系借款人自己挥霍使用的除外。提供该证据的主要义务方为举债人配偶，同时参考举债人关于借款目的的陈述。如果借款当时借款人或其家庭已经负债累累，则不论借款金额大小，均应由债权人负举证义务。[5]（2）对于明显超出日常生活需要的大额借贷，应持合理怀疑态度，一般宜认定为个人债务。对于明显超出日常生活需要的大额借贷，持合理怀疑的原因主要可能存在以下两种情况：一是债权人知道或者应当知道举债人借款是为供个人挥霍依然出借的，特别当债权人系举债人的亲戚朋友时。二是借款发生时，举债人长期不尽家庭义务，甚至与配偶分居。

夫妻任何一方对内或对外仍然是人格独立的民事主体，债权人作为大额借款的出借方，应当秉持必要的谨慎态度和注意义务，否则不应认定债权人能够合理相信举债行为系债务人夫妻双方的意思表示。但有证据证明借款确实用于家庭开支或者举债人配偶事后对借款知情或以某种方式表示一定追认的除外。知情或对债务予以追认的形式包含：商谈借款或借条签字当时举债人配偶在场，或者借款后举债人配偶曾与债权人接触，将部分款项、利息归还，或者举债人配偶能够实际控制所借款项，对借款的用途有一定支配权。

婚姻法规定在夫妻关系存续期间获得的某些财产属于夫妻共同共有，夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权。夫妻财产的混同使得对用于夫妻共同生活的债务用夫妻共同财产来偿还，变得理所当然。反过来，正是因为夫妻共同财产所支付的必须是被夫妻共同生活所耗费的款项，才使得这种支付为夫妻双方认可。但是夫妻共同生活又具有私密性，是否负债、负债原因为何，负债所得财产是否用于夫妻共同生活等问题，司法实践中仅凭原被告提交的证据可能难以获得足够的内心确信，这时不得不借助于法律推定，这也是婚姻法解释（二）中推定规则的合理之处。因此在科学合理地分配举证责任以及适当运用庭审技巧之外，辅以推定规则，将有助于综合认定案情，解决此类纠纷。

注：

[1]王云峰：“夫妻共同债务认定之我见”，载《江苏法制报》2012 年 5 月 31 日。
[2]孙科峰：“论夫妻一方以个人名义所负债务的性质”，载《甘肃政法学院学报》2011 年第 5 期。
[3]参见郭丽红：“冲突与平衡：婚姻法实践性问题研究”，人民法院出版社 2005 年版，第 389 页。
[4]参见张赜、吴军雷：“探求夫妻共同债务案件审理的新思路”，载《江苏法制报》2011 年 12 月 16 日。
[5]潘军锋：“民间借贷关联案件法律适用问题研究”，载《审判研究》2012 年第 3 辑。

法官解惑独生子女遗产继承

2015 年 1 月 29 日　民主与法制时报　赵春艳

近日，网络和微信上一直都在流传有关“独生子女无法继承父母遗产”的信息，这使得社会上大多数年轻人既疑惑又惶恐。

由于计划生育政策的实施，我国 20 世纪 70 年代到 90 年代生人大多为独生子女，他们的父母逐渐老去，究竟如何避免此类尴尬，如何顺利继承遗产？本社记者特别采访了北京市西城区法院的法官，解读大家困惑的问题。

确定继承人范围进入民事诉讼

真实的案例中，刘先生作为独生子女，父母先后去世后，他想要继承父母的股票和存款，但股票交易所和银行无法确认刘先生的继承权，不予办理。由于刘先生没有其他同为继承人的兄弟姐妹，父母又都去世了，他只好将妻子列为被告起诉到北京市西城区法院。

然而，西城区法院立案庭审查后，认为刘先生的起诉不能作为继承案件立案。北京市西城区民六庭法官张爽告诉本社记者，根据我国继承法第 10 条规定，“被继承人死亡后，继承的第一顺序为：配偶、子女、父母。第二顺序为：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。”刘先生的妻子不属于继承人的范围、所以没能立案。

张爽告诉记者，在继承中，遗嘱继承要先于法定继承，为了杜绝以后的纠纷，对于被继承人来说，要摒弃“立遗嘱不吉利”的思想。在自己在世期间可以进行遗嘱公证，明确将遗产全部归由独生子女所有，这种情况是最简捷而有效的方式。

但现实中很多人没有遗嘱可言，这种情况遗产只能按照法定继承进行分配。张爽说，只要同等顺序的继承人有两个以上，那么就可以将另一位继承人列为被告进入民事诉讼中。

锁定诉讼主体曲线救国

然而现实生活里会出现各种继承出现障碍的情况，独生子女的父母一旦出现事故双亡，并且祖父母、外祖父母早已故去的情况，就会出现类似上述刘先生的案例。

独生子女在办理继承房屋、钱款或者股票的时候，相关单位都需要出示继承证明。北京市西城区房屋管理局工作人员沙月（化名）告诉记者，在继承过户的时候，房管局只承认公证处的证明及法院的判决，这样会省去很多不必要的麻烦及后续纠纷。

张爽也告诉记者，继承中最复杂的情况就是刘先生的案例，在办理继承的时候，可以将负责办理具体事项的机关列为被告。

事实中出现的案例是有人将房管局或者住建委列为被告，提起了行政诉讼，当事人已经证明了自己是房屋的继承人而且是唯一的继承人，而行政机关没有给当事人办理过户手续，最终这位当事人也胜诉了。

张爽说，由于房产部门、银行及股票机构都有自己的内部规定，办理继承的事务时，需要提供各种证明，而这些证明许多情况是当事人自己无法提供的。进入诉讼后，法院会依据职权或者根据当事人的申请进行调查，将当事人无法提供的亲属关系或者被继承人的财产等相关证明取证确实，从而进行审理判决。

调解后司法确认

张爽告诉记者一件真实的案例。1979 年出生的刘慧（化名）是独生子女，自其父亲刘军去世后，她与母亲所居住房屋的房产证姓名一直是父亲刘军的，母亲与刘慧办理房屋过户时，房产局要求公证处的证明，而公证处却需要刘慧父亲的死亡证明、父亲的档案、刘慧的祖父母死亡证明。

刘慧傻眼了：“我祖父母是农民，很早就亡故了，我从来没见过，哪里去找证明呢？”而父亲刚亡故，就将自己的母亲诉至法庭，刘慧心理上接受不了。“不孝顺啊！”她含泪告诉记者。

最后刘慧找到了司法援助中心，将自己的实际情况说明后，司法援助中心建议以纠纷调解的形式出具了调解协议书，协议中母亲放弃了继承权，将房屋所有的份额都由刘慧继承。

这份调解协议书又在法院经过了司法确认，最终以裁定的形式确认了房屋全部归刘慧所有，并顺利地在房产证中变更了姓名。

张爽说，由于法律赋予法院的调查职权，使得法院在继承案件中对于继承人的身份调查比继承人自己提供证明要详尽而且便利。特别是有再婚和继子女关系的情况，对于当事人来讲是很难提供相关证明的，法院都要进行全面调查。

她同时认为，目前我国继承方面只有诉讼和公证的方式，整个继承的体制不太健全，很多部门之间也没有针对继承的衔接。张爽建议应该有其他的机制或制度来保障公民的合法继承。

深圳市福田区人民法院 ：离婚案件原告诉讼要素表

2015 年 1 月 30 日　民事审判参考

离婚案件原告诉讼要素表

（　）深福法民一初字第　　号

重要声明

1、为了帮助您更好的参加诉讼，保护您的合法权利，特发本表。

2、本表所列各项内容都是法官查明案件事实所需要了解的，请您务必认真阅读，如实填写。

3、由于本表的设计是针对普通离婚案件，其中有些项目可能与您的案件无关，对于您认为于您案件无关的项目可以填“无”或不填。对于本表中有遗漏的项目，您可以在本表中另行填写。

4、您在本表中所填写内容属于您依法向法院陈述的重要内容，您填写的要素表副本，本院将会依法送达给其他诉讼参与人。

请填写以下内容：

一、基本事实

1、结婚时间及生育子女情况：_____。

2、是否有离婚协议：_____。

3、其他必要事实：_____。

二、是否可准予解除婚姻关系的情形

1、是否存在军婚情况：_____。

2、女方怀孕及妊娠情况：_____。

3、是否存在重婚或有配偶者与他人同居的情形：_____。

4、是否存在实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员的情形：_____。

5、是否有赌博、吸毒等恶习屡教不改的情形：_____。

6、是否存在因感情不和分居满二年的，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情形：_____。

7、是否存在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，且难以治愈的情形：_____。

8、是否存在婚前缺乏了解，草率结婚，婚后未建立起夫妻感情，难以共同生活的情形：_____。

9、是否存在婚前隐瞒了精神病，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，久治不愈的情形：_____。

10、是否一方欺骗对方，或者在结婚登记时弄虚作假，骗取《结婚证》的情形：_____。

11、是否存在双方办理结婚登记后，未同居生活，无和好可能的情形：_____。

12、是否存在包办、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情形：_____。

13、是否存在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情形：_____。

14、是否存在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情形：_____。

15、其他必要情况：_____。

三、确定子女抚养权归属应查明的事实

1、父母双方对十周岁以上的未成年子女随父或随母生活发生争执的，该子女的意见：_____。

2、两周岁以下的子女，是否存在可随父方生活的情形：(1)母方患有久治不愈的传染性疾病或其他严重疾病，子女不宜与其共同生活的情形：_____。 (2)母方有抚养条件不尽抚养义务，而父方要求子女随其生活的情形：_____。 (3)因其他原因，子女确无法随母方生活的情形：_____。

3、对两周岁以上未成年的子女，是否存在可予优先考虑与一方生活的情形： (1)已做绝育手术或因其他原因丧失生育能力的情形：_____。 (2)子女随其生活时间较长，改变生活环境对子女健康成长明显不利的情形：_____。 (3)无其他子女，而另一方有其他子女的情形：_____。 (4)是否存在子女随其生活，对子女成长有利，而另一方患有久治不愈的传染性疾病或其他严重疾病，或者有其他不利于子女身心健康的情形，不宜与子女共同生活的情形：_____。

4、是否存在父方与母方抚养子女的条件基本相同，双方均要求子女与其共同生活，但子女单独随祖父母或外祖父母共同生活多年，且祖父母或外祖父母要求并且有能力帮助子女照顾孙子女或外孙子女的，可作为子女随父或母生活的优先条件予以考虑的情形：_____。

5、抚养费的考量情形：不抚养子女一方的工作、收入及财产情况：_____。

四、财产分割应查明的事实

1、确定夫妻一方所有的财产状况： (1)婚前财产情况：_____。 (2)一方因身体受到伤害获得的医疗费、残疾人生活补助费等情况：_____。 (3)是否有遗嘱或赠与合同中确定只归夫或

妻一方的财产情况：_____。 (4)是否有一方专用的生活用品：_____。 (5)其他必要事实：_____。 2、夫妻共同财产：_____。 (1)房产。购于 ____年____月____日位于_____的房产(房产证号_____)，房屋价值及婚后按揭情况：_____。 (2)现金或银行账户内的存款_____元。 (3)股票及资金余额：开立于____证券公司____账户内的股票及资金余额_____元。 (4)车辆。购于 年 月 日车牌号为 的车辆：_____。 (5)保险。购买于 保险公司的 类型保险：_____。 (6)公司股份及财产情况：_____。 (7)个人财产投资收益情况：_____ (8)住房补贴及住房公积金情况：_____。 (9)实物：_____。 (10)其他：_____。

3、共同债务状况：_____。

五、确定损害赔偿(补偿)应查明的事实

1、一方过错情况：_____。 (1)是否有重婚的情形：_____。 (2)是否有配偶者与他人同居的情形：_____。 (3)是否有实施家庭暴力的情形：_____。 (4)是否有虐待、遗弃家庭成员的情形：_____。

2、是否存在对弱势一方进行补偿的情形：_____。

家庭纠葛是非多　财产赠与能撤吗
亲属间赠与合同纠纷法律解析

2015 年 01 月 27 日　上海法治报　陈颖婷

专家：武春华，上海市青浦区人民法院研究室审判长，具有多年民商事审判经验。

答应送的东西，因为种种原因，赠与人要么“出尔反尔”不兑现给付承诺，要么“厚着脸皮”将送出去的财产要回来。近三年，青浦法院审理了 22 件赠与合同案件。在审理中发现，赠与行为几乎都发生在亲人或有亲密关系的人之间。这些案件中涉及了赠与合同的成立、效力和撤销等几个方面的问题，如何把握赠与成立的证据、撤销赠与的标准等在实践中也较难统一，我们不妨借助案例找寻一些答案。

【案例 1】

八旬老人因被儿子驱赶　心灰意冷要求撤销赠与

徐爷爷和陈奶奶是一对传统的老夫妻，养育了一双儿女。儿子和父母同在农村，有自己的宅基地住房，还开了一家小店。女儿大学毕业就在市区定居生活。儿子结婚后，老夫妻与儿子住在一起，帮忙照看店里的生意，不仅没要儿子一分钱，每月还搭上不少伙食费，抱上大孙后更是忙前忙后照顾小孩。老人家为儿女忙碌一生，对孩子也是能帮则帮。

随着日子一天一天地过去，老人转眼都年过八旬，身子骨是越来越差。都说养儿防老，父母年事已高，本该到了儿子尽孝道的时候，可儿子见父母不但没办法帮衬自己，反倒成了自己的累赘，开始心生不满。平日没有好脸色，还大声训斥，处心积虑想驱逐年迈的父母。老人一气之下搬到市区女儿家住，后来经过亲戚朋友劝说又回到儿子家。但情况依旧如此，无奈，为求得清净，老人叫来了女儿、儿子和很多亲戚，当场签订了《父母赡养及宅基地分配协议》，写明了将自己原先的宅基地、自留地及住宅分给儿子和女儿各一半。

原以为，财产都分了，儿子应该会态度好一点，可情况并没有得到好转。老人心怀恐惧，又经不起轮流居住、来回折腾，心灰意冷之下，做出起诉的决定，诉请法院判决撤销这份协议。法院通过审理，从赠与合同的标的和合同效力入手查明事实，认为老人要求撤销赠与此房屋条款的诉请，于法无悖，予以支持。

【案例 2】

黄昏恋遭儿子强烈反对　母亲撤回赠与儿的房子

王阿姨老伴于 2011 年去世了，今年经人介绍，王阿姨认识了李叔叔，双方对彼此都很有好感，于是建立了恋爱关系。但王阿姨的儿子不支持。当王阿姨计划和李叔叔到乡下宅基地的房屋里去居住时，遭到了儿子强烈反对。儿子不希望失去这栋房屋的所有权，要求王阿姨把房屋变更到他名下，双方为此发生了多次口角。

为了安静地生活，维护自己追求爱情的权利，王阿姨和儿子在居委会的调解下达成了协议，约定今后无论王阿姨是否再寻老伴，王阿姨保证将此房留给儿子一人所有，如阿姨今后另寻老伴，只同意该老伴在此房内居住，直至百年，而无任何该房产权益。王阿姨以为这纸协议能让儿子心安，不再反对自己。可事与愿违，王阿姨和李叔叔还是没能过上想象中的平淡生活，儿子仍然干涉自己再寻老伴，甚至大大出手将王阿姨打伤。此时的王阿姨彻底心寒了，她考虑到儿子这样待自己，实在不值得将房子留给他。于是，王阿姨一纸诉状要求法院撤销当时调解书上房屋的赠与。

王阿姨的儿子辩称，自己作为儿子是合格的，和母亲生活从未分过家，这栋房子本身就是家里的共同财产，不存在什么赠与。法院审理后认为，该赠与行为成立并有效，而王阿姨作为赠与人有权撤回赠与，因此支持王阿姨的诉求。

【案例 3】

房屋动迁妹妹赠房予姐　前妹夫认为该赠与无效

邓大姐和李大哥是夫妻，育有一子，但在儿子 11 岁那年，双方感情破裂，在法院调解下离婚了，当时没有对夫妻共同财产进行分割。就这样过了十几年，农村土地面临动迁，邓大姐名下一套房屋就在其中。这套房子是当年他们夫妻俩和儿子共同申请的宅基地建房，当时邓大姐和大自己十岁的姐姐感情很好，因为丈夫也有房子，自己住在丈夫的房子里，所以申请建的房子实际上是姐姐家出的钱，也一直是姐姐家在居住。现在动迁了，听说可以拿到 100 平方左右的房子，邓大姐想着姐姐家人口多，而且原先的房子也是他们出的钱，所以就和姐姐约定自己只拿 45-55 平方的房子，剩下的房子归姐姐家所有，并签了一份协议。

原本这样的安排是皆大欢喜的，大家都坐等拆迁分房。但在动迁时，情况发生了重大变化，原有的动迁房子可能拿到 3-4 套房子，达到 300 平方左右。邓大姐觉得原先的协议对自己很不公平，因此找姐姐一家多次协商，没能商量出个结果。事情僵持不下，可眼看拆迁补偿开始了，相关利益的分配要作出明确划分，于是邓大姐诉至法院，要求撤销当初的赠与。诉讼中，李大哥作为第三人参与进来。李大哥认为这套房子自己也有份的，邓大姐不能不经过自己的同意，说送就送，她的赠与是无效的。

法院审理后认为，这份赠与协议虽是双方真实意思的表示，但并不意味着就有绝对的效力，赠与没有经过作为共同所有人的李大哥的同意，处于效力待定状态，而本案中，李大哥明确表示不同意赠与，因此法院判决此赠与合同无效。

【案例 4】

丈夫赠与“小三”六百万元　妻子起诉撤销赠与获支持

蔡女士出生于上世纪六十年代，和丈夫结婚几十年，两人努力打拼，家境也逐渐殷实起来。家里的财物一直都是蔡女士在管理的，去年过完年，蔡女士查询家庭财产时发现，很多存款户头竟都成了空账，她赶紧叫来丈夫询问。丈夫支支吾吾不肯说，蔡女士本来就对丈夫的反常行为有点察觉，这次便打破沙锅问到底。在蔡女士的再三追问下，验证了心理可怕的猜想，丈夫在外面有别的女人了。

蔡女士说，这个女人是一家很有名气的美发店的老板，是去年丈夫到那里美发时认识的，之后常常去光顾，渐渐地产生了感情，并发展为暧昧关系。两人经常一起出去，丈夫还时不时给对方钱。平时给点现金，因为是小数目蔡女士很难察觉，但有很多工行、农行等银行卡的大数目汇款很可能被蔡女士发现，于是丈夫就利用朋友的账户进行转账。又是出钱买商铺，又是装修，又是置办家电，还一起出去旅游，丈夫获得开心的同时，也越来越无法掩饰自己大手笔的开销。

蔡女士对丈夫很失望，而对那位女老板更是很气愤，她认为，这些钱不是丈夫一个人的，也有她的一份，这些都是夫妻的共同财产，怎么能被丈夫擅自赠送给他人呢？于是，她向法院提起了诉讼，要求确认丈夫赠与行为无效，并要求女老板返还夫妻共同财产。

丈夫成了第一被告，他无颜反驳什么，对妻子诉求全都赞同。而美发店女老板作为第二被告为自己辩解道：首先自己和第一被告确实认识，但因对方声称已经离婚才有所接触，并没有什么暧昧关系。其次，自己从没有向第一被告要过什么，他有钱款支出也不能证明钱是用在自己这里的。那些转账并非转到自己的账户，是第一被告和案外人的业务上往来，和自己没关系。最后，即使原告能够举证赠与行为，只能要求返还赠与款的一半，而属于第一被告的一半赠与应是合法有效的。

法院通过庭审和各项证据的综合考量，认为第一被告和第二被告间确实存在暧昧关系，而第一被告通过各种方式将钱款汇给第二被告，第二被告确实得到了这些利益而且没有付出相应的对价。此赠与成立但因赠与的对象是夫妻共同财产，妻子不同意赠与因此，该赠与是无效的，遂支持妻子的诉请，判决第二被告返还夫妻共同财产。

【法官说法】

以上的四个案件发生在父子之间、母子之间、姐妹之间和夫妻之间，总会牵涉到亲属间情感关系，但法律作为审判的依据，在上述赠与合同案件的几个问题上有明确规定：

首先，何为赠与合同。根据法律的规定，赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与的合同就是赠与合同。其次，赠与合同的效力问题。一般合同符合双方真实的意思表示，没有违法法律法规或社会公共利益即产生效力，但很多时候需要更多的特殊要件才能保证合同生效。

上述案件中就因共同财产的问题影响了赠与的效力。赠与的标的物应当是赠与人个人所有的，当赠与物是共同财产时，必须遵循共同财产的处理原则即处分共有的不动产或者动产以及对共有的不动产或者动产作重大修缮的，应当经占份额三分之二以上的按份共有人或者全体共同共有人同意，但共有人之间另有约定的除外。

而夫妻共同财产在婚姻关系存续期间，应作为一个不可分割的整体，夫妻对全部共同财产并非各自享有半数份额，而是不分份额地共同享有所有权，双方都对共同财产具有平等的权利。因日常生活需要而处理共同财产的任何一方均有权决定，非因日常生活需要对夫妻共同财产作出重要决定的，夫妻双方应当平等协商，取得一致意见。没有取得共同所有人同意的处分行为是效力待定的行为，需要其他共同所有人表态，若追认则合同有效，若拒绝追认则合同无效。最后，赠与合同是否能被撤销的问题。

法律规定除了具有救灾、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外，其他赠与合同中，赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。因此，不管是双方有什么关系，又发生了什么变化，对于赠与而言，只要符合法律规定，赠与人有权撤销。

“一套房”执行难之诱因及破解

2015 年 01 月 28 日 上海法治报 彭浩

上海市第二中级人民法院助理审判员

近年来，被执行人名下唯一一套居住房屋难以执行的问题（以下简称“一套房”执行难问题）较为突出，因被执行人名下仅有一套房屋而未予执行的执行案件积压严重。申请执行人对此反映强烈，社会各方面也高度关注，广泛呼吁人民法院予以妥善解决。本文拟就经验所及，对这一问题略作探讨。

“一套房”执行难不能加剧司法公信力危机

长期以来，许多地方法院对被执行人名下仅有一套居住房屋的案件原则上都是不予执行的。但这一“习惯做法”也一直没有得到广大申请执行人的认可。从程序上看，执行法院不予执行的“一套房”案件一般是以“暂不具备执行条件”等概括性的理由暂缓、中止或“终结本次执行”的。但这一表述并非法律明文规定的中止、终结执行的法定事由，故此类裁定不能在法律上直接说服申请执行人。

从实质考量因素来看，实践中执行法院对“一套房”案件不予执行，主要是出于以下两点考虑：一是被执行人对抗心理突出，强制执行极有可能导致矛盾激化； 二是为缓解上述矛盾，法院一般会要求申请执行人预先垫资，为被执行人提供置换房屋或临时住房所需费用，以解决执行后的被执行人安置问题，但申请执行人往往不予配合，导致房屋“暂不具备执行条件”。但从申请执行人的视角来看，被执行人的阻碍对抗正是当事人申请法院强制执行的法定理由。同时，案件尚未交付执行却要让申请执行人提前垫付资金来安置被执行人，不仅在感情上难以接受，而且很多申请执行人客观上也确无相应经济能力。因此，申请执行人对执行法院以上述“客观困难”为由停止执行大多不能认可，认为这些理由不能构成不执行的正当事由，而是法院执行不作为、消极执行的借口。由于认识悬殊，实践中因“一套房”不予执行引发的涉诉信访矛盾往往很难得到妥善解决。这一问题确实需要认真研究解决。

“一套房”执行难的制度原因分析

关于“一套房”的强制执行，《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》 第 6 条、第 7 条其实已经做了相应规范，但因相关规定较为原则，没有确立“一套房”认定、执行和分配的具体标准，无助于厘清当事人之间的权利义务边界，一定程度上构成了当前“一套房”案件执行混乱局面的制度原因。

（一）被执行人居住权保障标准不明，利益博弈缺乏基础共识

当前，我国住房等社会保障体系尚不健全，被执行人名下唯一一套房屋一旦被强制执行，势必导致被执行人家庭居住及生活条件大幅下降。因此，围绕执行“一套房”引发的矛盾冲突十分尖锐和突出。对于这样一种特殊领域，具有权威地位、具体明确的规则指引显得十分必要。但是，现行法律规范却并未对被执行人及其抚养家属生活所必需房屋的底线标准予以明确。这就势必导致“一套房”的执行演变成各方力量的无规则博弈：申请执行人主张债权必须被实现，被执行人则祭出“生存权高于债权”的大旗，并以各种合法或非法的手段阻碍法院交付执行。面对如此激烈的矛盾冲突，执行法院往往顾虑重重，更倾向于以“拒绝裁判”来规避执行风险，争议的解决由此变得遥不可期。

（二）与居住权益相关的实体法规范供应不足，对特殊利益诉求缺乏合理关照

客观来看，实践中一些法院不予执行的“一套房”案件确有一部分属于不应执行的合理事由，如被执行人或其同住家属年高体衰、罹患重病或因其他特殊原因不宜离开该特定房屋等。对此，一些申请执行人对法院暂不执行或终止执行其实也能表示理解。但在现行法律规范体系中，这些事由仍属于“法外因素”，其能否转化为案件不予执行的正当理由，以及应当引发怎样的法律后果，理论上亦尚无统一的认识。这导致执行法院欲对一些特殊案件给予“特别关照”时显得于法无据、底气不足，增加了说服申请执行人的工作难度。

（三）豁免财产认定及争议解决程序不完善，利益冲突缺乏制度化沟通渠道

在“一套房”等涉豁免财产的强制执行案件中，因可分配资源严重短缺、当事人之间矛盾对立严重，如果缺乏正当程序的支撑，实体上的利益分配极易演化成双方当事人的“零和游戏”，沦为公权力对有限资源的强制性剥夺与分配，难以得到当事人及公众的理解与支持。但现行制度对豁免财产认定及争议解决程序的设置还相当地不健全，导致当事人的正当利益诉求得不到应有的制度保障，理性交涉无从实现，矛盾争议难以通过制度化渠道得到妥善解决。

完善涉豁免财产强制执行的制度建构

根据上文分析，破解“一套房”乃至其他可供执行财产短缺的执行案件的制度路径是，要根据当前经济社会发展的实际及一般社会公众的正义观念，确定清晰合理的被执行人基本居住权保障标准，探索建立具有广泛适应性的实体法规则体系，并完善豁免财产认定及争端解决程序。

（一） 准确界定“一套房”的强制执行标准。

当前实践中，执行法院大多是从“最低人均居住面积”的角度来界定“一套房”强制执行的标准的（可称为“面积标准”）。但从价值来看，建筑面积相同，而区位、地段或房型、房屋质量乃至装潢情况不同的房屋，其市场价值可能差距很大。因此，“面积标准”不利于“一套房”案件公平、合理解决。建议以是否具有“超额价值”作为“一套房”应否强制执行的判断标准，即只要“一套房”具有超过保障被执行人及其家属基本居住条件所需房屋（简称“标准保障住房”）的价值，就应当将其强制执行，并在提取部分执行款以保障被执行人及其家属基本居住所需之

后，以其剩余价款清偿涉案债务。至于“标准保障住房”价值的确定，应以当地普通居住房屋为参照，即应选取地段、品质相对较差，但符合当地基本居住保障标准（包括面积标准）的普通居住房屋，结合执行时的市场价值综合确定。

（二）严格限定“一套房”不予执行的特殊情形。

从理论上看，房屋不仅具有居住的功能，还连带地承载了一些与在特定房屋居住相关的重大权利和利益，如受教育权、工作机会、老年人、病人的生命健康权益等。对这些正当权益诉求予以妥善照顾既是国家的义务，也是世界各国共同遵循的通例。因此，在强制执行“一套房”确有可能给被执行人或其同住家属的生命、健康等重大权益造成重大而现实的损失的，应当停止执行。但应当指出的是，对此类此类阻却事由的认定必须从严掌握。比如，对于强制执行可能导致的未成年人“就学难”的情形，原则上不能成为阻却执行的充分事由。但在未成年人即将面临升学考试，强制执行确有可能对未成年人权益造成重大影响时，法院可以酌情暂缓或中止案件执行，待阻却事由消失后再恢复案件执行程序。

（三） 科学确定被执行人居住权保障标准的计算方式。

强制执行后的被执行人居住权保障与“一套房”应否强制执行实际上是性质不同的两个问题。从保障被执行人基本居住权的角度看，法院只要确保被执行人家庭具备“有房可住”的条件即可，并无必要确保被执行人享有相关房屋的产权或具备重新购房的能力。因此，在个案中，应当结合被执行人家庭的现实需求特别是其实际支付能力，综合确定被执行人居住权保障的具体标准。如果“一套房”强制执行后被执行人依靠其家庭收入足以独立承担基本居住房屋所需的租赁费用的，原则上可以将执行款全部清偿债务。只有在被执行人依靠全部家庭收入（扣除其他正常生活支出）仍不能独立承担基本居住房屋的租赁费用的，方可考虑在执行款中适当预留部分安置费用。

（四）明确导致被执行人居住权保障标准克减的特殊情形。

在一些特殊情形下，在执行款中扣除保障被执行人基本居住权所需费用对于申请执行人来说亦属于不公，如赡养费、抚养费、抚育费等法定义务的支付； 或者有可能对申请执行人的生命健康等重大权益造成急迫的危险，如因被执行人故意伤害、侵占等过错行为导致的侵权赔偿等。对于此类特殊的债权，不能机械适用上述有关被执行人基本居住权保障的普通标准，而是要根据债权的特殊性质及申请执行人的特殊境况和需要，在通常标准之下对相关费用再做适当克减，以维持执行工作的实质正当性。比如，在受害人急需大笔医疗费用以挽救生命时，即使被执行人现有居住房屋达不到最低保障标准，亦可考虑予以强制执行，并将执行款用于满足债权人的迫切需要。

（五）建立具有托底保障功能的过渡安置机制。

实践证明，对于不符合居住权保障条件的被执行人及其家属，法院不可能完全不考虑其安置问题而将其强制迁出，而是必须提供具备起码居住条件的临时房屋作为托底。没有过渡性保障措施这个“支点”，对“一套房”的强制执行很难取得社会共识基础。因此，过渡安置保障是当前现实条件下强制执行顺利进行和申请执行人债权实现必需付出的代价。为了将本来难以执行的财产交付执行，申请执行人原则上有义务向被执行人提供具备最低居住条件的“过渡房”或在执行款中扣划部分用于支付“过渡房”费用。另一方面，因没有法律明文规定，实践中申请执行人对此类“义务”大多不能理解和予以配合。因此，如果法院或相关政府部门能够设法提供较为稳定的周转用房，将大大推进“一套房”案件的强制执行工作。

（六）完善豁免财产认定及相关争议解决程序。

一是要进一步完善涉豁免财产强制执行程序的流程，合理划分参与各方在执行程序中的角色和权利、义务，增强程序的争讼性，为各方开展利益交涉、理性协商搭建制度平台。二是要增进当事人的程序参与。要依法保障当事人的诉讼权利，引导当事人将各自情况和利益诉求陈述在法庭。被执行人提出反对强制执行意见的，人民法院要组织公开听证，由各方当事人对拟执行财产是否符合豁免条件进行充分辩论，人民法院根据双方辩论和相关证据进行全面审查，审慎确定最终处置方案。三是要强化被执行人的举证责任。被执行人除应对拟执行财产符合豁免条件承担举证责任外，还应对其家庭财产状况、履行能力、后续还款计划等进行全面、充分的说明与证明。财产申报不实或举证不力的，应承担裁决不利的法律后果，以此打击部分被执行人的程序规避行为，维护法律程序的制度权威与刚性。

（三）检察官视点

（四）律师视点

复恩对《反家庭暴力法（草案）征求意见稿》的修改意见和建议

2014 年 12 月 31 日　　复恩法律

尊敬的国务院法制办公室：

感谢贵司为《反家庭暴力法》立法工作所作出的巨大努力！贵司就《反家庭暴力法》的立法向社会公开征求意见，是尊重民意、贯彻公众参与立法的积极举措。

上海复恩社会组织法律服务中心结合自身实践及研究，并在汇总本中心律师志愿者反馈意见的基础上，提出了以下八条修改意见和建议：

【以下条文序号为征求意见稿草案中的条文顺序号】

1、【修正案序号及涉及的修正条文】:

【第八条】 未成年人的监护人应当依法履行监护职责，不得对未成年人实施家庭暴力。

中小学校应当开展反家庭暴力知识和相关法律法规的教育。

【修改建议】: 将本条第二款中“中小学校”修改为“各级教育机构”。

【修改理由】: 我们认为，本条款针对未成年家庭暴力风险的预防，对象既包括未成年人，更应覆盖未成年的监护人。预防家庭暴力的教育应当贯穿整个人生历程，是终身教育的一部分。因此，反家庭暴力知识和相关法律法规的教育也不能局限于中小学校，应当扩展到各级教育机构。

2、【修正案序号及涉及的修正条文】:

【第十四条】下列机构在工作中发现无民事行为能力人、限制民事行为能力人或者因年老、残疾、重病等原因无法报案的人遭受家庭暴力的，应当及时向公安机关报案：

（一）救助管理机构、社会福利机构；

（二）中小学校、幼儿园；

（三）医疗机构。

【修改建议】: 增加“居民委员会、村民委员会”作为强制义务的主体。

【修改理由】: 在很多情况下，未成年人遭受家庭暴力后，施暴父母可能不会送其到医药机构治疗，而且往往伴随的还有不让上学、不让外出等情况。尤其对于广大农村留守儿童来说，他们的父母不在身边，遭受暴力侵害就更加隐秘。在这种情形下，居民委员会、村民委员会作为本身具备保护未成年人工作职责的主体，也具备和这些遭受家庭暴力侵害的未成年人密切接触的机会和可能性，其也就应当被纳入强制义务的主体。

3、【修正案序号及涉及的修正条文】:

【第二十三条】人民法院审理涉及家庭暴力的民事案件，应当合理分配举证责任。受害人因客观原因不能自行收集的证据，人民法院应当调查收集。

【修改建议】: 将“合理分配举证责任”修改为“合理分配举证责任并适当减轻受害人的举证责任”。

【修改理由】:

1)虽然家庭暴力案件本质上属于侵权案件，适用一般的过错责任原则，举证时应当以“谁主张谁举证”作为基本举证原则，但因家暴具有隐蔽性，家庭成员以外的目击证人较少，家庭成员之间出于维护家庭声誉和家庭完整的顾虑，往往不愿意站出来指证。家暴受害人出于忍辱负重、恐惧或者不懂法等原因，也很少注意保护证据材料。一旦进入诉讼，受害人很难证明自己的伤情并证明伤情是由施暴人造成的。即便可以举证，一般也只能举出初步证据，该证据的形式要件可能并不符合一般民事案件的标准。

2) 我们认为，法院对证据材料的来源和种类应持开放态度，有助于说明家暴事实存在的材料，经审查属实、合法的，可以作为证据使用。同时，家庭暴力民事诉讼中，人民法院应发挥司法能动性，根据案件具体情况合理分配举证责任，同时应当适当减轻受害人的举证责任。本条款原文虽表述了“合理分配举证责任”，但对“合理”定义不明，在司法实践过程中容易出现概念混淆、各地标准不以的混乱局面。因此，我们建议“合理分配举证责任”修改为“合理分配举证责任并适当减轻受害人的举证责任”，这样既保障法官的自由裁量权，又体现了保护家庭暴力受害人利益的立法倾向。

4、【修正案序号及涉及的修正条文】:

【第二十四条】: 因家庭暴力导致离婚诉讼的，人民法院应当在财产分割、子女抚养、住房等方面保护受害人的利益。

【修改建议】: 增加在“损害赔偿”方面保护受害人的利益。

【修改理由】:

1)《婚姻法》第 46 条规定：因家庭暴力导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿。因此，本条如果能增加“损害赔偿”方面保护受害人的利益的表述，是符合《婚姻法》的规定。

2)在目前离婚案件审理过程中，法院对精神损害赔偿诉求的认定和处理普遍存在“认定门槛高、赔偿数额低”的局面。因此，本条增加“损害赔偿”方面保护受害人的利益的表述，可进一步明确立法导向、指导司法实践，有助于增强对受害人利益的保护。

5、【修正案序号及涉及的修正条文】:

【第二十五条】: 监护人实施家庭暴力严重侵害被监护人合法权益的，人民法院可以根据有关人员或者单位的申请，撤销其监护人资格，另行指定监护人。

依法负有赡养、扶养、抚养义务但被撤销监护资格的监护人，应当继续负担相应的赡养、扶养、抚养费用。

自监护资格被撤销之日起 3 个月后，当事人可以向人民法院书面申请恢复监护人资格。

【修改建议】: 列举“有关人员或者单位”的主要范围：如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、妇联、检察院等都有资格。

【修改理由】:

1)监护权撤销制度自《民法通则》（第 18 条）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》（第 53 条）。与前两条规定相类比，本条内容并未有所进步。在司法实践层面，正因为条款文义的不具体、不明确，已经导致该条款实际上常年被“悬空”的失灵状态。直至 2014 年 7 月，福建省莆田市仙游县法院才做出国内首个有据可查的法院判例，由村委会作为起诉主体，成功申请撤销了存在严重家庭暴力行为的父母的监护权。（详细可参见《南方周末》2014 年 9 月 5 日刊文《没人敢用的法律

尘封 27 年重见天日 - 父母失当，撤销监护权!》，网页链接地址：http://www.infzm.com/content/103906）。

2)我们认为，法律虽不能穷尽罗列所有可能，但应当列举“有关人员或者单位”的主要范围：如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、妇联、检察院等都有资格。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。如果能在法条中做出上述列举，明确责任主体，避免再次出现“无据可依、无法立案”等尴尬局面。

6、【修正案序号及涉及的修正条文】：

【第二十七条】人民法院审理离婚、赡养、抚养、收养、继承等民事案件过程中，家庭暴力受害人可以向人民法院申请人身安全保护裁定。

家庭暴力受害人在提起诉讼前，也可以向人民法院申请人身安全保护裁定。受害人在人民法院作出裁定后 30 日内不依法提起诉讼的，人民法院应当撤销裁定。

受害人无法向人民法院申请人身安全保护裁定的，其法定代理人、近亲属可以向人民法院代为申请人身安全保护裁定。

【修改建议】：建议增加向人民法院代为申请人身安全保护裁定的主体，增加“委托律师”。

【修改理由】：根据此条规定，申请人身安全保护裁定须依附于民事诉讼，本身对法律专业知识及能力要求较高，如仅允许法定代理人、近亲属代为申请人身安全保护，可能无法及时、充分地保护受害人的合法权益。因此，我们建议增加“委托律师”作为有权向人民法院代为申请人身安全保护裁定的主体。

7、【修正案序号及涉及的修正条文】：

【第三十三条】人民法院应当在作出人身安全保护裁定后 24 小时内送达申请人、受害人和加害人，并将人身安全保护裁定抄送受害人和加害人住所地或者经常居住地的公安机关、基层群众性自治组织、妇女联合会。

申请人、受害人或者加害人对人身安全保护裁定不服的，可以自收到裁定之日起 5 日内，向作出裁定的人民法院申请复议。复议期间不停止裁定的执行。

【修改建议】：在本条文后，增加内容“人民法院应当指定由受害人或加害人住所地或者经常居住地的公安机关负责该人身安全保护裁定的执行。”

【修改理由】：

1)预防和制止家庭暴力是一个系统工程，单靠法院一个部门的力量是远远不够的。在法院依法作出保护裁定后，如何确保裁定的有效履行、如何为申请人提供配套的服务、被申请人违反裁定后如何追究责任等后续问题都亟需解决。目前，世界各国凡是有民事人身安全保护令制度的，法律都明确规定法官只负责签发保护令，不负责执行。党的十八大四中全会公报提出，“推进以审判为中心的诉讼制度改革”。我国法律也明确规定法院执行具有给付内容的裁定，涉及公民人身权利的裁定依照法律规定不应由法院执行。

2)鉴于绝大多数家庭暴力行为的法律责任停留在治安管理处罚层面，且本《反家庭暴力法（草案）征求意见稿》第 19 条及 37 条等条款也规定了“家庭暴力构成违反治安管理行为的，由公安机关依法给予治安管理处罚”。因此我们认为，应当由公安机关负责执行人身安全保护裁定，其余机构做好配合工作。只有在本法中明确规定公安机关的义务，才能明确责任主体，也有利于今后随着该法的实施情况进一步制定针对性的实施细则。

8、【修正案序号及涉及的修正条文】：

【第三十九条】救助管理机构、社会福利机构、中小学校、幼儿园、医疗机构未依照第十四条规定向公安机关报案，造成严重后果的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。

【修改建议】：在本条款后增加“公安机关有权对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法处十日以上十五日以下拘留”。

【修改理由】：

1)本条款约定了违反强制报告义务的法律后果，但并不明确。首先，未依法报案的，造成何种严重后果才受处分？其次，应受何种处分？再次，由哪个部门给予处分？有据法律名言叫做：没有责任就没有义务。如果违反法律的罚则不清、没有可操作性，违法没有成本，会直接导致违法数量增加、法律的权威下降。

2)因此，我们参照《治安管理处罚法》第四节“妨害社会管理的行为和处罚”的规定，提出以上建议。

【法律】外国人的离婚与滞留问题

2015 年 1 月 2 日　韩中法律新闻　李旻静

国际婚姻的情况与国内婚姻不同，因文化差异带来较多困难在婚姻期间除了当事者以外还需要两家家人的忍耐和配合。特别是有未成年子女的家长离婚时为能够顺利解决子女的养育或延长滞留期限等问题则需要律师的帮助。

A 某因家境清贫在不到 20 岁时就嫁给了年龄相差较多的韩国男人。结婚之前她的丈夫告诉她自己在正规的公司

上着班，家境也较充裕而且婚后也会分家绝对不会让 A 某与公婆一起住，还承诺着婚后会加倍疼 A 某也会对她的娘家好。于是 A 某为减轻父母的负担决定嫁给韩国男人。但是来到韩国后才发现丈夫说的话和现实不一样。他并没有在公司上着班而是在公婆经营的小店当员工，并且丈夫名义上的财产什么也没有全都在公婆名义上。更惊讶的是丈夫做事从头到尾都依靠婆婆是一个典型的听婆婆指使的离不开妈妈的男人。每次只要 A 某与丈夫间有小吵架丈夫就会一五一十的告诉婆婆就这样婆婆事事都会责备于 A 某。当 A 某和丈夫和好如初时也因婆婆的挑拨离间两人之间又产生了间隔，最终因类似情况不断重复导致两人无法继续持续婚姻 A 某也决定与丈夫离婚。

但问题是婆婆抢走了 A 某与丈夫所生的女儿还阻止 A 某与女儿的见面。A 某来找笔者商谈时哭诉着一定要亲自养育女儿。在法庭上婆婆和丈夫主张着 A 某若见到女儿就必会带着女儿回到中国甚至可能永远消失所以决不能把养育权让给 A 某。经过漫长而艰险的攻防后我们终于证明了导致婚姻破裂的归责事由在于丈夫和婆婆，也证明了为了女儿的福利需要由 A 某来养育女儿，最终 A 某顺利的与丈夫离了婚也拿到了抚养女儿的养育权。过了不久 A 某也顺利的取得了韩国国籍。

A 某道谢时说到这都是托律师的福，若没有律师的帮助自己根本就无法养育女儿也无法会取得韩国国籍。作为律师能给处在困难的人一些小小的帮助，而恰好那些帮助能成为把他们的人生引向乐观的方向的话就再也没有比这更让人高兴的事情了。无论有什么困难必会有解决的办法，希望不要犹豫或踌躇请尽快求助于专家。

离婚纠纷中寿险保单处理：可分割现金价值

2015 年 1 月 5 日　李立伟　上海家事律师网

小佳说：婚姻关系结束后保单的分割问题一直是难点，财产险属于消费型因相对简单，但寿险就复杂多了。离婚纠纷中寿险保单怎么处理更划算呢？

首先看看国内的新闻：负心汉竟要求分割老婆乳腺癌的保险理赔金！女子得了乳腺癌，保险公司理赔 50 多万元，不料丈夫变心，要求离婚并分割保险财产，不过法院并没把保险理赔款分割给负心男，因为这份保险一旦理赔就不再属于共同财产。

那么问题来了：

夫妻离婚后，同样是财产的保险单该如何处理？

因为寿险保单牵扯到投保人、受益人和被保险人三方，而三者可能不相同，并且涉及时间较长，所以在离婚争议案件中，关于寿险保单的分割情况较为复杂。而财产保险属于消费型，相对简单。

如果保险费是用夫妻共同财产缴纳的，人寿保险的保单现金价值属于夫妻共同财产。如果保险费是用夫妻个人财产缴纳的，保单现金价值（又称“解约现金价值”或“退保价值”）属于个人财产，离婚时候不作为共同财产分割。

如何判定一份保单是否属于夫妻共同财产？

可以查看扣款来源就很容易判断，如果不能证明是婚前财产交的，就要分割。

要处理保单，首先要确定财产分割的时点和保险利益发生的时点，比如婚前一方购买的保险，受益人也为本人的话，在婚姻存续期间所享受保险利益应属于夫妻共同财产，若离婚时做财产分割，保险利益则应归属于受益人。若婚前就保单有财产公证的话，则按照约定执行。

夫妻共有的保险该如何分？

这个问题确实困扰着许多人，我们总结了最为常见的两种处理方法。

方法 1：分割现金价值，夫妻各分 50%

办理退保，即提前解除与保险公司的保险合同关系，在退保成功后，保险公司会返还保单的现金价值，双方每人分得 50%。但是退保时，保险公司会扣除一部分费用，特别是投保时间很短的长期保险，退保返还的现金价值未必有缴纳的保费多，对于夫妻双方都有损失。

此方法虽简单，但不提倡，因为年龄变大等原因，退保后再各自投保，要想获得相同的保障额度可能要付出高 10%-20%，甚至更高的保费。

方法 2：变更投保人，把保单转让给被保险人

人身保险是对特定人的身体、寿命进行投保，具有人身依附性，即便是离婚后，只要正常缴费，保单依然生效，而保单的保险金权益也归保险人所有。

各家保险公司都有保单变更服务，可根据家庭和保险的具体情况，通过进行投保人、被保险人以及受益人的变更来延续保障。

但是最为划算的方式，则是更换投保人，把保单转给被保险人。但转让后，拥有保单的一方应该将保险现金价值的 50%支付给另一方。

至于受益人，如果尚未指定，离婚后，夫妻之间第一顺序继承人的关系就自动解除。而如果受益人被指定了，也可以进行更改。

知识链接：

财产主要分两类：不动产和动产，不动产是指土地及任何依附于土地上的物，除此之外的为动产。保单即属于动产类。保单项下的财产权有包括保单已缴纳的保费和保单所载明的保险金。

根据我国目前的法律规定，保单所载明的受益人对保险金的权利是预期的、不确定的，保险金能否成为受益人的既得权益，取决于保单是否持续有效或受益人是否变更等各种因素，因此，夫妻离异时，部分预期利益不能划分为夫妻共有财产。

沈殿霞留给爱女郑欣宜的财产是遗产吗？

2015 年 1 月 5 日 李魏律师 深圳李魏律师团队

这几天，各大媒体都在显著位置报道已故明星沈殿霞之女郑欣宜继承遗产的新闻，标题多为：“沈殿霞千万遗产协议，郑欣宜 35 岁前不得动遗产”、“ 郑欣宜尚未继承沈殿霞遗产，按协议每月取 2 万生活费”、“ 肥姐沈殿霞不娇惯女儿，6000 万遗产郑欣宜 35 岁才可动”等。作为律师，不禁有些疑问，沈殿霞留下的财产属于遗产吗？如果是遗产，郑欣宜为什么不能马上继承，而是要到 35 岁后才能继承？如果不属于遗产，又属于什么财产呢？

沈殿霞于 2008 年 2 月 19 日去世，经查询媒体在沈殿霞去世前后的公开报道的内容：“沈殿霞在去年（去世前一年）已订立信托，将名下资产转以信托基金方式运作。信托业者表示，透过信托由受托银行保管钱，再找人担任监察人，协助弹性运用的决定，金流与管理分流，就能确保每一分钱都用在爱女身上。”“据了解，“肥肥”在生病期间设立信托，将名下资产转以信托基金方式运作，并交由合法的信托人管理，一旦她不在人世，其女郑欣宜面对资产运用和工作等大事的时候，最终决定都由信托人负责审批、协助。”

可见，沈殿霞在生前就将名下的财产设立了家族信托进行隔离保护。根据信托法律规定，设立家族信托后，沈殿霞转入信托的财产性质就变成了信托财产，不再属于沈殿霞的财产，其法律所有权人属于受托人，信托财产的最终归属属于信托受益人即郑欣宜。沈殿霞去世时，信托财产也不再属于沈殿霞的遗产，郑欣宜也不能要求按遗产进行继承，只能遵照信托方案约定的时间、方式和条件，从受托人处取得信托利益。这就是家族信托的身后传承功能，除此之外，家族信托还具有不受将来债务之追偿，在征收遗产税的国家或地区，免征遗产税等功能。

沈殿霞设立的是生前信托，还有一种方式叫遗产信托。即通过遗嘱，对身后留下的遗产不让继承人直接继承，而是设立一份家族信托进行保护，以防止继承人挥霍或因年幼暂时无力管理导致财产旁落他人，据说戴安娜王妃和梅艳芳都是通过遗产信托保护处分遗产的。遗产信托除了不能对抗遗产税外，其他功能与生前信托相当。

在中国大陆，目前一般都是设立生前信托，遗产信托由于《继承法》内容的滞后，较难操作。

综上所述，郑欣宜当前每月取得的 2 万元港币生活费和将来要取得的财产，确实源于母亲沈殿霞，但该财产不能再称为沈殿霞的遗产，而是沈殿霞生前设立的信托财产，应称为信托利益。所以，媒体把已经设立家族信托的财产仍称为遗产是不准确的。

结婚移民滞留资格的延长与离婚的问题

2015 年 1 月 8 日 韩中法律新闻 李旻静

把和解劝告及调解决定与判决视为不同是否妥当呢

过去出入境针对与韩国国民结婚而滞留的外国人赋予了国民配偶滞留资格(F-2)，但在婚姻期间韩国国民若因外国人配偶的过错而导致离婚的话外国人就无法继续被视为是国民配偶，从而出入境为他们维持 F-2 签证是否妥当的问题也陆续得到了指责。因此法务部从 2012 年开始新设了结婚移民滞留资格(F-6)，即使是与韩国国民离婚的外国人，只要婚姻破裂的责任在于对方就可继续以结婚移民滞留资格(F-6)滞留在韩国。

但在最近随着国际婚姻的多文化家庭增加的同时离婚也明显增多，从而出入境事务所对于审查与国内配偶离婚的外国人是否该继续赋予结婚移民滞留资格(F-6)的基准也变得越来越严格了。没能通过结婚移民滞留资格的审查而受到滞留期限延长不许可处分的事例大多都是在裁判中通过和解劝告及调解离婚而并不是判决离婚。若是婚姻当事者之间无法判断因谁的归责事由离婚，再者导致婚姻破裂的责任在于外国人的话按照现行法制给予他们不许可处分是固然妥当的处理。尽管在和解劝告及调解决定文上确切的明示着婚姻破裂的责任在于国内的配偶却始终以不是判决离婚的理由把两者视为不同，这便是不妥当的处理。

首先在民事诉讼法上（民事诉讼法第 231 条，第 220 条）若裁判是以和解或调解终结的话对于和解及调解决定文视为与判决书拥有同样的效力。因此按照民事诉讼法的规定来判断时和解劝告及调解书与判决书被视为不同完全是不合理的做法。

离婚诉讼的目的是建立了夫妻关系的两者断绝法律上的身份关系，而裁判部也尽量以当事者们的圆满的意见终结而不是以判决来作出结论。特别是在离婚后因子女的问题需要两者继续接触的情况下相比两人持续意见对立来得到判决离婚，更有利的是在裁判过程中两方达成一致意见来作出结论。因此相比其他诉讼来说实际上离婚诉讼更多情况会以和解及调解来结束。但是因出入境不顾及这些要素严格限制着以和解或调解离婚的外国人的滞留资格的缘故外国人大多固执着要求以判决来离婚。

为合理地解决此问题，在审查滞留资格的延长与否时把和解劝告或调解离婚与判决离婚视为不同的现行政实务上需要有重大变化。按照民事诉讼法的规定内容及离婚诉讼的特殊性来判断时，若和解劝告及调解决定文上明确的记载着是因对方的归责事由，并存在证明此项的客观内容的话此外国人应被继续给予结婚移民滞留资格。

独生子女继承的困境，怎么破 | 家法

2015 年 1 月 12 日 上海家事律师网 桂芳芳、杨大地

独生子女虽然无需与其他人争产，仍然可能面临继承难题。父母意外离世，没有留下遗嘱，独生子女对父母财产情况不得而知，银行、证券公司拒绝查询。为了查清父母的遗产状况只能通过诉讼，但继承人只有自己一人，走到法院也只能靠虚假诉讼。独生子女继承的困境，怎么破？

独生子女继承的困境，怎么破

| 作者:桂芳芳 杨大地

| 来源:上海家事律师网(lawyer6666)

一、独生子女打继承官司 法院天天见

一般会认为家里孩子多，结过几次婚，家庭关系比较复杂的人，才会去立遗嘱，自己现在家庭稳定，财产都是孩子的，立遗嘱还不在考虑范围之内。但现实往往与人们的美好愿望是相反的，在实际的办案中，我们发现，独生子女家庭不立遗嘱的风险要远远大于非独生子女的家庭。

某法院法官指出，独生子女在遗产信息不明的情况下，继承难问题已经在司法个案中显现出来，应引起重视。“公民财产日渐增多，且财产形式多样化、财产分布多元化。由于独生子女家庭已成主流家庭模式，子女如果不与父母同住，父母突发意外或疾病未及订立遗嘱或交代身后事等，就会导致作为唯一继承人的独生子女，因为不了解父母遗产却又无法查明，而引发继承难题。”

北京某基层法院民庭就曾经在 3 个月内受理 4 起独生子女继承纠纷案。这 4 起继承案件中，除一起为独生子女起诉保姆外，其他 3 起都是独生子女起诉亲属。

二、智慧在民间？花样百出

1

请表哥帮忙起诉 只为查清父母遗产

张蓉在杭州工作，之前她一直请保姆照顾在北京的父母。2011 年，张蓉的母亲去世后，父亲也因突发心脏病去世。办理完父亲的后事，张蓉晃过神来，爸妈留下多少遗产她全然不知因为就张蓉一个女儿，且张蓉的爷爷奶奶及姥姥姥爷也早都离世，张蓉的父母并未订立遗嘱。

张蓉拿着父母的身份证去银行查询存款被拒。银行称，查询存款必须由查询人提供存款凭证。如果继承人仅有被继承人的身份证件，没有存款凭证和账号密码，银行无法办理查询业务。

无奈之下，张蓉只好“设计”和表哥打起遗产纠纷官司，表哥以对大姨和姨夫生前赡养较多为由，起诉表妹要求酌情分配给他部分遗产。进入诉讼程序后张蓉申请法院查询，才得知遗产范围，继承事宜才得以处理。

2

丈夫起诉妻子 要求继承房产股票

刘先生今年 40 多岁，是家里的独生子，父亲早在十几年前就去世了，其名下的 3 万余股银行股票由刘先生的母亲郝老太太处理。最近郝老太太也病故了。刘先生在处理母亲后事之后，准备继承遗产时，却遇到了难以想象的困难。

刘先生要求继承股票，但股票交易所和银行无法确认刘先生的继承权，不予办理。他只好到法院起诉，自己是独生子，没有其他同为继承人的兄弟姐妹，父母又都去世了，他能起诉谁呢？

万般无奈之下，刘先生只好起诉妻子，要求法院判决其继承股票和房产。西城法院立案部门审查后认为，刘先生的妻子并不是继承案件的适合被告。刘先生也撤回了起诉，另寻办法。

如果继承人是个独生子女，又没有其他法定继承人的，还不清楚父母财产信息的，想通过诉讼途径查明遗产继而继承几乎是不可能的。

3

企图伪造遗嘱 律师一眼看穿

王先生是个 80 后，父母经商多年，小有家产，但是只有他一个儿子，所以父母从来也没想过要立遗嘱。去年接父母一同出门旅游的途中不幸发生车祸，父母双双罹难。王先生在悲痛中，处理完了双亲的后事。许久回过神后，才想起继承这个事情。去找了银行之后却被告知无法取得父母存款。到法院起诉，也不知道要起诉谁。朋友建议他，弄份遗嘱不就顺顺当当了。王先生一想也是便动起了歪念头，但是自己也怕这伪造遗嘱的后果，便又咨询了律师，伪造别人签名有没有什么后果。律师听了听他的情况，觉得可疑，出于谨慎又多问了几句，一眼看穿他的企图，警告他这是违法的，会被剥夺继承权。王先生吓出了一身冷汗。

法官解释说，打官司肯定要有原告、被告才符合民事诉讼法的要求，如果独生子女是唯一的第一顺位法定继承人，其提起遗产继承或确认权利的诉讼，根本没有适合的被告。也就是说，继承人总不能自己和自己打官司吧，因此这种起诉就不符合法律规定的案件受理条件，法院都无法受理，更不可能为其查询被继承人财产情况了。

而民诉法规定的特别程序虽然可以没有被告，但也仅限于选民资格案件、宣告失踪或者宣告死亡案件、认定公民无民事行为能力或者限制民事行为能力案件和认定财产无主案件几类，对确认继承人继承身份的程序尚存法律空白，因此，导致独生子女无法通过直接诉讼的途径实现权利。

三、律师解读：独生子女继承没有遗嘱，却多了麻烦

那些认为独生子女家庭就不需要遗嘱的人，该醒醒了！一旦出现意外，继承会出现各种麻烦。

首先，父母的财产在哪里？

如果父母去世前没有说清楚银行的存款，孩子去找哪家银行都不知道，更别提去取款了。即使知道哪家银行，没有密码想直接支取存款或者挂失？那是绝不可能的。如果父母经商，在外可能还有不少货款或者债权，这种事情一般也不会告诉孩子，去世前没有说清楚，那不就都便宜别人了？

其次，要是孩子未成年，孩子的未来谁负责？

年轻的父母要是一走，留下膝下无依无靠的子女，那麻烦事就来了。如果没有遗嘱，谁来做孩子的监护人呢？如果监护人迟迟定不下来，孩子也没办法办理继承的事情，父母留下的财产再多，也只能看着。更何况，这么大的财产留给了监护人，父母真的放心么？

最后，要是起诉，谁来当被告？

就像前面那位刘先生，独苗一根，没有遗嘱办不了公证，想去法院打官司连被告都找不到。与多子女家庭相比，独生子女家庭立遗嘱的理由似乎少了一个，但残酷的现实并不让人觉得轻松。

四、律师支招 破解独生子女继承困境

1、终极办法：建议修改法律

有法官建议，我国民事诉讼法律应当增加对当事人法律地位确认的特别程序。父母离异或者父母双亡的成年独生子女，祖父母、外祖父母也死亡，又没有其他第一顺序继承人的，法院在受理案件后，可以判决的形式确认当事人为唯一继承人。当事人可以依据法院的判决书要求银行变更账户或者支取账户中的存款等。或者法院受案后向相关金融机构开具协查函，调查被继承人的财产情况，以弥补法律空白，让继承人可以了解遗产情况，通过合法程序继承。

2、父母早立遗嘱 财产继承早作打算

修法并非指日可待，但继承天天在发生。在未修法前，建议：

1）作为独生子女的父母，若自己的父母已经不在，独生子女是唯一的继承人那么父母应该尽早订立遗嘱，还可将遗嘱进行公证。

2）若孩子是未成年子女，建议在遗嘱中明确未成年子女的继承和监护问题；更重要的是，遗产的范围及遗产的具体状况都应在遗产中明确，列出银行帐户及密码。若有条件，最好将遗嘱交给遗嘱执行人处理。

3）需进行继承的财产也应早作打算。例如关于银行存款，事先可在银行进行代理取款手续的文件准备，继承人取款时就能得到银行配合，这样银行存款的继承可以不必进行公证，更不用通过诉讼。

3、若有其他继承人 进入诉讼有方法

鉴于独生子女继承的困境，西城法院曾专门进行了调研，给独生子女继承遗产支招。

1）未成年独生子女的父母离异后，父母一方死亡的，未死亡的父或母仍为未成年独生子女的监护人，可以代理其起诉同为第一顺序继承人的祖父母、外祖父母或者继父、继母等，要求分割被继承人遗产，并申请法院查明其父母生前财产状况；未成年独生子女父母双亡的，监护人可以代理未成年继承人起诉。

2）父母离异或者父母双亡的成年独生子女，可以以自己的名义独立提起诉讼，起诉同为第一顺序继承人的祖父母、外祖父母或者继父、继母等，要求分割其父母生前所留遗产，并申请法院查明其父母生前财产状况。

4、若无遗嘱且无其他继承人 公证继承最省事

如果被继承人死亡时未留下遗嘱，当独生子女是唯一继承人且无法查明遗产范围时，遗产继承最好的方式是进行继承权公证。此类诉讼中只有一个继承人，找不到被告故无法提起继承诉讼。

最好的方式是通过办理继承公证确认其继承人身份，向公证处申办继承公证，需提交以下材料：（1）当事人的身份证明；（2）被继承人和已经死亡的继承人的死亡证明；（3）被继承人遗产的产权证明，若无法提供可以委托公证处查询；（4）继承人的亲属关系证明。一般由继承人所在单位人事事档案保管部门或者其住所地的基层人民政府出具。继承人已经死亡的，须在证明上注明何时、何地死亡、生前住址，并尽可能提供原始的死亡证明（如医院的死亡证明、火化证明等）；（5）被继承人生前所立合法有效的遗嘱等。

继承公证最大的困扰是需提交材料证明自己是被继承人的唯一继承人。

5、曲线救国 通过诉讼继承

1）如果监护人代理提出诉讼或办理继承手续，应当立即由其他亲属或所在的居委会、村委会进行协商，确定监护人是否合法。如有必要，可以在法院进行确定监护人的诉讼，之后再办理继承手续。

2）如果不知道财产的去向，可以以叔侄或者其他亲属为被告，提出确认继承诉讼，并申请法院进行财产调查。

3）如果相关单位不配合办理过户或取款手续，可以起诉相关单位要求继承。

本文部分资料来源于法制网、法制晚报

在韩同胞离婚事例（没有证据的离婚诉讼）

2015 年 1 月 12 日　韩中法律新闻　李旻静

作为律师笔者进行过无数离婚诉讼，其中国内人之间的离婚诉讼主要是围绕着财产问题和养育权，而多文化家庭的离婚诉讼是围绕着外国人配偶的滞留问题。尤其是多文化家庭离婚案子的情况必须要以对方的归责事由离婚才可滞留在国内所以找出对方的归责事由数最为重要。

无论是什么样的离婚事件，以委托人所说的内容为基础递上诉状的话大部分委托人的另一方都会做出不认同我们诉状内容的态度。当接到另一方具体陈述的答辩书后不得不惊讶的是双方所说的事件情节是一模一样但随着当事者的立场事情完全被重新构成了。事实上婚姻被破坏导致离婚时不只是因一方的错误而是因双方的错误，而律师的任务就是找出谁的错误更多更大。下面笔者就像大家介绍有关事例。

中国同胞 A 某与同乡人 B 某相识后两人迅速结了婚。B 某虽然是同胞但因取得了韩国国籍至此 A 某以与 B 某结婚得到了结婚签证滞留在了国内。当时 A 某是真心爱着 B 某所以没有太在意 B 某在经济上无能力的问题。

但是婚姻之后 B 某总是把所有的工资交给婆婆又以经济上竭蹶的理由让 A 某在只有一间屋子的房子里与婆婆，B 某的堂弟一起居住。A 某像 B 某提出分家的要求，结果刚开始 B 某安慰着 A 某让 A 某暂时忍一忍，自己会努力攒钱，可到了后头却像 A 某表示与自己的家人过有什么不好的并发火说 A 某是靠 B 某才可滞留在韩国的应感激于他。A 某再次提出要求希望两人能够出去住单独过上日子可 B 某拒绝了提议，加上因三天两头来访的 B 某的亲戚使得 A 某陆续不断的做清扫，洗衣，做饭等所有家务活。而婆婆也一直以 A 某是托 B 某的福可滞留在韩国的理由把 A 某当保姆来使唤。A 某一直相信着 B 某只要攒到一定的钱就会马上带着自己分家一直忍耐着生活，可是当 B 某有了一笔钱时并没有购置房而是买了辆轿车，甚至都没有告诉 A 某。这使 A 某对 B 某大大失望最终决定与 B 某离婚这才来到了笔者的办公室。

听完 A 某的情况后笔者发现这场婚姻虽然 A 某得到了不好的待遇过了冤枉的生活可是相反也很难找到 B 某犯错的证据。因 B 某不是属于有外遇的情况，也不是属于行暴力的情况，甚至连其他能够离婚的事由也找不到。

但是通过几次的书面攻守和证人审问笔者证明了 B 某及其父母对于 A 某所做的非人待遇，最终从裁判部得到了 B 某应对 A 某赔偿精神损失费的判决。A 某因拿到了以配偶的归责事由离婚的胜诉判决书，没有 B 某的帮助下也顺利地延长了滞留期限，之后继续滞留在了国内开始了新的人生。

不仅是 A 某，许多多文化家庭的外国人在离婚诉讼中因找不到证明配偶的归责事由的证据而感到苦恼，可是不管是什么样的情况都会有解决的方法，所以不必绝望应通过专业律师的帮助来洗脱冤枉。

婚前投资应明确权利归属

2015 年 01 月 12 日　上海法治报　古晓丹

如今许多年轻人在结婚之前往往就会共同买房，一旦分手就牵涉财产分割问题。

与离婚不同的是，男女婚前恋爱甚至同居，分手后的财产分割不能适用婚姻法，只能依照一般民事关系来处理，有时财产问题更难分清。

因此，恋爱期的男女对财产归属最好还是加以明确，免得日后因为分财产引发纠纷而进一步伤害感情。

合买房分手惹纠纷

张鹏和李艳原本是一对恋人，毕业后便在一起居住。为了能有个属于自己的幸福小窝，两人征得双方家长同意，打算购房结婚。

2007 年初，张鹏和李艳看中了一套商品房，并以两人名义与开发商签订了商品房买卖合同。房屋总价 63 万，购房前，张鹏支付了 1 万元定金和 7 万元预付款，签约当天，两人又一起付了 12 万元房款。

按照合同，剩余 43 万元房款由两人一起向银行申请贷款。在办理银行按揭贷款时，银行方面发现张鹏有不良信用记录，因此无法向其贷款。

为了不影响买房，张鹏出具了一份“放弃房屋购买权”的书面声明，李艳也跟开发商签订了补充协议，删除了预购人一栏中张鹏的名字。之后，李艳以自己的名义申请了贷款，并按期偿还。

然而，房屋还没交付，两人的感情就走到了尽头。2009 年，张鹏提出分手，并且很快找到新女友，投入了新生活。也许是因为房子还没产权证，抑或是感觉对不起李艳，当时，张鹏并没有提出分割房产。

转眼到了 2010 年，李艳拿到房子并取得了房产证。她不愿住进这套让她伤心的房子，于是一拿到房产证就转手卖了房。

消息传到张鹏那里，张鹏思来想去觉得事情的结果不应该是这样，于是他联系到李艳要求分割售房款，对此，李艳坚决不同意。她说这房子是自己一人的，跟张鹏没关系，只同意返还 1 万元购房定金。协商无果后，张鹏告到了法院。

在法院的审理过程中，张鹏表示，这套房产是他跟李艳一起看中的，后来他不仅参与了签订合同，也参与了付首付款和还贷款。尽管在此期间他为了方便贷款做出“放弃房屋购买权”的声明，但这并不改变他是实际购房人的事实。现在房屋已经出售，他要求李艳返还他支付的购房款合计 15 万元并补偿增值利润 15 万元。

可李艳坚决不同意，在她看来，张鹏既已放弃房屋购买权，这套房屋就跟他没了任何关系，她只同意按照债务关系返还张鹏支付的房款。

法院认为，张鹏在购房过程中已经明确放弃购买该房屋产权，并且房屋所有权登记在李艳一人名下，根据物权法的规定，该房屋归李艳一人所有，房屋出售后产生的增值利润，理所当然也归李艳个人所有。但是张鹏先前支付的购房款，只要有证据支持，李艳都应当予以返还。经查，张鹏主张的购房款中有据可查的有 13 万元，法院判决李艳返还这笔钱并按照银行同期贷款利率支付利息。

共同出资最好联名

恋爱期间购买的房屋，一般来说，登记在谁名下就归谁所有。如果登记在双方名下，则按照共有财产进行分割。如果房子登记在男方名下，但女方也出资了，那么分手时，房屋所有权归男方，但男方应当返还女方出资。这里有个前提，即女方有充分的证据证明自己支付了房款，如果没有证据，也很难得到保障。

情侣婚前购房最好采用“联名”方式,也就是把两个人的名字都写到房产证上，还可以对各自所有的产权比例作出明确约定。如果没有约定或者约定不明，一方又无法证明自己当时的出资，则应当考虑共有人对共有财产的贡献大小，适当照顾共有人生产、生活的实际需要等情况，合理确定未出资方的份额。

确实出于某种原因只能写一个人名字的，双方更需要立下书面的协议，写清楚双方系共同购房以及各自的出资比例和相应的产权份额。

单方出资登记对方名

闫丽和吕刚是在 2006 年相恋的，恋爱后不久，吕刚和闫丽的父亲老闫就已经按风俗互相称呼“岳父”和“女婿”。老闫说，他和老伴看到吕刚第一面就觉得不是很满意，但考虑到女儿喜欢，他们也没有多说。

也就是在那年，吕刚提出了要和女友的父亲老闫一起买房的建议。

老闫说，当时吕刚和他达成口头约定，两人一起买房，由老闫支付首付，每月 2300 多元的贷款则由两人轮流还，即第一年由老闫还，第二年由吕刚还，以此类推。

老闫说，当时看中的那套房每平方米不到 6000 元，总价 50 多万，而房子登记的是吕刚的名字。

“就把他当成是一家人了，没有想太多。”老闫说。随后，按照约定，老闫就开始偿还贷款。2008 年春节，闫丽和吕刚在女方老家办了订婚酒，但是两人没有办理结婚登记。

然而有件事让老闫非常郁闷，他发现购房后，吕刚对闫丽的态度发生了变化，“买房之前两人挺好的，买房后两人就经常吵架了”。虽然争吵较为频繁，但闫丽和吕刚在 2008 年底还是做出决定，准备去领结婚证。

就在这时，不幸的事情发生了。

婚前检查结果显示，闫丽被查出有重病，吕刚认为闫丽明知自己患有重病，却一直隐瞒是存心欺骗他，于是向闫丽提出分手。而闫丽也认为吕刚不是很可靠，心灰意冷后同意分手。

分手时，两人此前购买的那套房子已经升值几十万元。这套房子成了摆在闫丽和父亲面前的“烫手山芋”，因为买房时在开发商那登记的是吕刚的名字，吕刚就成了那套房子唯一的产权人。

无奈，老闫向法院提起诉讼，请求确认这套房子是双方一起购买的。然而在法庭上，吕刚声称房子是自己当时向老闫借钱买的，而不是两人一起购买的。

由于闫丽和老闫没有留下可以支持自己诉求的证据，只有几张汇款凭证，没有借据，也无法证明这笔钱是借款。

最终，法院没有支持老闫的诉讼请求。

之后，老闫再次向法院提起诉讼，要求吕刚偿还借款 146100 元，这笔款项就是他付出的首付款和之后一年多的月供。最终经法院调解，吕刚同意归还老闫 11 万余元。

“恋爱财产”难分清

恋爱期间的财产关系与夫妻之间的财产关系不同，并不受到法律的特别保护。依照我国物权法的相关规定，如没有明确的约定，房屋产权应归产权登记人所有。因此，即使老闫出钱又还贷，但因为房产证上只有吕刚的名字，老闫又拿不出有明确约定的产权共有协议，所以只能将一套值钱的房产拱手让人。

目前社会上，像闫丽这样恋人共同买房并非个别现象，绝大部分人认为恋人间买房不必太计较，谈钱会伤感情。这在最初双方谈婚论嫁的时候，自然没有什么问题，但等到分手之时，却不得不面临着有理说不清的窘境。

“同居”也难确保财产

面对目前离婚率居高不下的现状，很多年轻人开始“试婚”，既可以享受恋爱的感觉，又不用受到婚姻的束缚。

那么，在同居期间两人之间的财产关系是否受法律的保护呢？

同居期间双方购置的财产可按共有财产处理。最高人民法院在 1989 年 11 月 21 日做出的 《关于人民法院审理未办结婚登记而以夫妻名义同居生活案件的若干意见》中规定：解除非法同居关系时，同居生活期间双方共同所得的收入和购置的财产要按一般共有财产处理。

也就是说，如果是在同居期间共同购买的房子，即使登记在一方名下，也可以作为双方的共有财产处理。

这是不是就意味着同居男女们可以松一口气了呢？其实不然，因为同居关系难以认定。

依据我国婚姻法的规定，同居关系是指男女双方未按婚姻法第八条规定办理结婚登记而以夫妻名义共同生活。

司法实践中，要证明双方已经对外以“夫妻名义”持续、稳定地共同生活是比较困难的，不仅要证明生活上的持续共同居住、经济上的混同，还要证明周围的群众认为双方是“夫妻”，需要大量的证据才能使法官确信双方属于同居关系。

因此，同居关系的证明难度比较大，由此带来的诉讼风险也较大，如不能证明同居关系，房产处理上也只能按照上面谈到的一般恋爱关系的财产来处理。

正如同居关系本身一样，法律对其保护也处在“虽有但难以实现”的尴尬境地，选择同居的恋人们在购置房产时，也最好订立约定明确的协议并保留好相关的出资凭证。

注意留存投资证据

目前，情侣之间为准备结婚共同出资购房引发的纠纷越来越多。

面对此类纠纷，法院可以通过房产证、购房合同等证据材料直接确定共有份额。

但是，由于恋人之间的特殊关系，在合作买房时往往存在实际出资额与证据记载份额不符的情况。可能是由一方或双方父母首付，当事人按月共同偿还贷款，也可能是现实中是双方共同首付，只是名义上由一方独自偿还贷款……

在对方仅是口头抗辩、无法提供事实证据情况下，可能会导致法院的裁判结果存在较大差距。

因此，未婚恋人共同买房一定要慎之又慎。

首先，依据实际情况进行署名。

签合同和办房产证中间的间隔比较长，在产权证取得前，如没有另外的协议约定，一般区分共同财产是以实际购房人，也就是签订购房合同以及付款人为准。

如买房者是共同置业，购房合同最好写两个人的名字；　如是自己买房，最好只写自己的名字。

其次，婚前财产如数额较大，最好事先公证。

结婚前，男女双方可以依法到公证机关对各自的财产、债务的范围、权利归属问题进行公证，经过公证的财产约定将会得到法律直接认可。

最后，父母赞助最好留下凭证。

很多年轻人所置的房产，实际上用的是父母的积蓄。如果觉得有必要，每一笔资金都应留下收条和借条，来证明自己房款的真正来源是父母而非自己或其他人。

【法律】结婚移民滞留资格的延长与离婚的问题

2015 年 1 月 15 日　韩中法律新闻　李旻静

过去出入境针对与韩国国民结婚而滞留的外国人赋予了国民配偶滞留资格(F-2)，但在婚姻期间韩国国民若因外国人配偶的过错而导致离婚的话外国人就无法继续被视为是国民配偶，从而出入境为他们维持 F-2 签证是否妥当的问题也陆续得到了指责。因此法务部从 2012 年开始新设了结婚移民滞留资格(F-6)，即使是与韩国国民离婚的外国人，只要婚姻破裂的责任在于对方就可继续以结婚移民滞留资格(F-6)滞留在韩国。

但在最近随着国际婚姻的多文化家庭增加的同时离婚也明显增多，从而出入境事务所对于审查与国内配偶离婚的外国人是否该继续赋予结婚移民滞留资格(F-6)的基准也变得越来越严格了。没能通过结婚移民滞留资格的审查而受到滞留期限延长不许可处分的事例大多都是在裁判中通过和解劝告及调解离婚而并不是判决离婚。若是婚姻当事者之间无法判断因谁的归责事由离婚，再者导致婚姻破裂的责任在于外国人的话按照现行法制给予他们不许可处分是固然妥当的处理。

尽管在和解劝告及调解决定文上确切的明示着婚姻破裂的责任在于国内的配偶却始终以不是判决离婚的理由把两者视为不同，这便是不妥当的处理。

首先在民事诉讼法上（民事诉讼法第 231 条，第 220 条）若裁判是以和解或调解终结的话对于和解及调解决定文视为与判决书拥有同样的效力。因此按照民事诉讼法的规定来判断时和解劝告及调解书与判决书被视为不同完全是不合理的做法。

离婚诉讼的目的是建立了夫妻关系的两者断绝法律上的身份关系，而裁判部也尽量以当事者们的圆满的意见终结而不是以判决来作出结论。特别是在离婚后因子女的问题需要两者继续接触的情况下相比两人持续意见对立来得到判决离婚，更有利的是在裁判过程中两方达成一致意见来作出结论。因此相比其他诉讼来说实际上离婚诉讼更多情况会以和解及调解来结束。但是因出入境不顾及这些要素严格限制着以和解或调解离婚的外国人的滞留资格的缘故外国人大多固执着要求以判决来离婚。

为合理地解决此问题，在审查滞留资格的延长与否时把和解劝告或调解离婚与判决离婚视为不同的现行政实务上需要有重大变化。按照民事诉讼法的规定内容及离婚诉讼的特殊性来判断时，若和解劝告及调解决定文上明确的记载着是因对方的归责事由，并存在证明此项的客观内容的话此外国人应被继续给予结婚移民滞留资格。

遗产税开征可行吗？

2015 年 1 月 16 日　Hwuason 华税

◎ 华税律师事务所 / 作者

编者按：遗产税是指以被继承人去世后所遗留的财产为征税对象，向遗产的继承人和受遗赠人征收的税。近代遗产税最早起源于欧洲，荷兰于 1598 年开始征收遗产税。目前，全球开征遗产税的国家和地区约有 100 多个。我国虽从未开征过遗产税，但关于遗产税的规定却早已有之。在上世纪 90 年代中期，新中国政务院就在《全国税政实施要则》中规定要开征遗产税；1994 年的新税制改革亦将遗产税列为可能开征的税种之一；而后，遗产税的开征又在《国家“九五”计划和 2010 年远景目标》纲要及“十五大报告” 里被提及。但由于当时条件并不适宜，遗产税迟迟未能被推出。从目前情况看，不少条件仍不具备。2013 年 2 月 5 日，国务院同意并转发的《关于深化收入分配制度改革的若干意见》中，第四部分第 15 条，明确指出：研究在适当时期开征遗产税问题。日前，有媒体报道称，我国的“遗产税”将于 2016 年正式开征，报道一出即引发社会各界广泛讨论。遗产税的开征是否会增加公民

税收负担，起征点该如何设计，成为争议的焦点。

一、遗产税的起源

遗产税的历史起源，可以追溯到古埃及社会，法老胡夫为了筹措资金修造金字塔，下令向遗产继承人开征遗产税。古罗马也有征收遗产税的历史，出于筹备军饷的目的，古罗马规定，罗马公民必须在遗嘱中注明，将遗产的 5%交给国家。到了中世纪，教会下令，教区内的居民要立遗嘱将部分财产捐给教堂。这种规定在欧洲一度盛行。到了文艺复兴时期，一些法学家开始致力于推广遗产权，并建议征收遗产税。而近代遗产税最早起源于欧洲，随着工业革命的发展，社会财富大量集中，由于继承造成社会财富形成代际转移，贫富差距日益拉大，社会矛盾激化。于是，荷兰于 1598 年开始征收遗产税。之后，英国、法国、美国及意大利等国为了抑制逐渐拉大的贫富差距，相继开征遗产税。纵观遗产税收的历史，遗产税交错发展于调节社会分配和增加财政收入中，最终在各国都成为一个相对稳定的税种。

我国的遗产税始于北洋军阀统治时期，当时出于财政压力，决定开征遗产税。1940 年，国民政府颁布的《遗产税暂行条例》正式实施，此后相继颁布实施细则等配套的法规。1946 年国民政府将遗产税条例上升为法律，颁布了《遗产税法》，以此，奠定了遗产税的税源基础。新中国成立后，《全国税收实施要则》中列有遗产税，但由于各种原因没有开征；1993 年 11 月，中国十四届三中全会通过的《关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》提出：“适时开征遗产税与赠与税”。1994 年的新税制改革亦将遗产税列为可能开征的税种之一，但由于时机不适宜，我国遗产税迟迟没有开征。

二、遗产税征收的条件

当前，关于我国是否开征遗产税的争辩不断，近几十年来，飞速发展的国民经济带动了居民收入的不断增长，遗产税具备了开征的税源基础。开征遗产税的时机已经成熟。

（一） 政策层面

当然，我国开征遗产税是有相应的政策基础的。早在，1938 年 10 月，我国国民政府公布了《遗产税暂行条例》，从 1940 年 7 月 1 日起施行。此后，还陆续公布了《遗产税暂行条例施行细则》《遗产评价委员会组织章程》等配套法规。在 1996 年的《国家“九五”计划和 2010 年远景目标》纲要中，就已提出“逐步开征遗产税和赠与税”。后来，遗产税的开征又在《国家“九五”计划和 2010 年远景目标》纲要及“十五大报告” 里被提及。2013 年 2 月国务院批转国家发改委等部门《关于深化收入分配制度若干意见》，再次提出“研究在适当时期开征遗产税”。2010 年国家出台《遗产税草案》，全文共二十六条内容，新草案将遗产税免征额定为二十万元，并后附《遗产税五级超额累计税率表》，这就为我我国遗产税的立法提供了政策依据。

（二） 法律层面

遗产税的开征还应有配套法律法规支持。目前，遗产税开征的法律依据主要有宪法依据和民法依据。（1）宪法依据。中国宪法第 56 条规定：“中华人民共和国公民有依照法律纳税的义务。”（2）民法依据。世界上绝大多数国家的民法都确认继承是所有权取得的一种方式，如法国民法典第三卷中地 711 条规定：财产所有权因继承、生前赠与、遗赠以及债的效果而取得或转移。这种规定从法律上确认了继承的所有权效力。从这个意义上说，继承和买卖、赠与一样，都是取得财产所有权的一种法律行为。而一种权利的取得总要支付相应义务。在现代社会，税收则是这种义务的一部分。因而在继承遗产时，继承人应向国家缴纳遗产税。

事实上，我国遗产税的开征呈倒逼之势才符合开征遗产税的基本规律，当然，这并不是说我国尚未建立的公民死亡报告制度、个人收入申报和财产登记、个人财产评估制度不重要。而是在现实的征收压力下，遗产税的开征倒逼着要求和推动这些制度的建立健全。

三、开征遗产税面临的困境

（一）征收目的不明确

现今社会，广大民众总是“谈税色变”，任何一个税种的开征都应该首先向民众普及与之相关的基本常识，遗产税也不例外。例如，在结束不久的遗产税讨论中，遍布各大媒体网络的主流观点都是“开征遗产税时机不成熟”、“声讨 80 万元的遗产税起征点”“大多数国家逐渐取消遗产税”，其原因正是民众缺乏“遗产税是富人税”的基本常识。当代遗产税的主要功能是调节社会贫富差距，实现代际公平。殊不知，“声讨 80 万元的遗产税起征点”只是反对以 80 万元为遗产税的起征点，并没有反对遗产税的开征。另外，针对“遗产税的废除”，也只有少数避税地国家和一些较小的移民类国家才取消这一具有社会调节作用的税种。当然，税收应是“取之于民，用之于民”的。在“劫富济贫”的基本性质下，相关部门应设置遗产税的税款专用和公开制度，征收的税额应统一汇总到国家支持贫困地区的预算中分配使用，或是通过各级人民政府进行贫困捐赠，或是直接用于补充民间慈善基金。避免出现将遗产税收用于“政府建设”、“三公经费”及“弥补财政亏空”。

（二）配套措施不完善

根据国家统计局的统计数据显示，2013 年中国人均 GDP 为 6750 美元，其中，2013 年的人均 NI 为 4758.4 美元，在人均财富不断增长的情况下，遗产税有了开征的税源基础。但这并不意味着遗产税的开征已具备适当的调节。第一，从征收管理上看，开征遗产税必须实现收入、财产透明化。例如，美国实行社保卡号制度，纳税人需主动申报所有的资产，除了日常的、小额的支出，以及衣、食、住、行的费用外，大宗交易和房产交易需要进行网上公开透

明的操作。对于我国而言，需要借鉴美国的经验，建立起统一的税务代码制度，代码就像个人的身份证号一样，具有唯一性和永久性的特点，纳税人从事的各项经济交易都要与身份代码挂钩；第二，遗产税的开征需完备的个人财产登记管理制度。从纳税人角度看，我国公民主动申报纳税的意识并没有养成，从征管法的角度进行纳税的强制申报，可以逐渐的改变国人传统的过度积累财富与继承的观念。

四、遗产税征收的制度设计

（一） 免征额

在国外，遗产税的免征额度一般都较高，基本都在人均国民生产总值的 15—20 倍，如美国遗产税 2011 年、2012 年和 2013 年年度免征额分别为 500 万美元和 525 万美元。英国卫 9 万英镑，新家坡为 50 万新元。2010 年修订的《中华人民共和国遗产税暂行条例（草案）》中规定免征额为 20 万元；而现在争议的 80 万元免征额的说法，来源于 10 多年前有关部门拟推出的遗产税暂行条例草案，其内容已经不具有现实的可行性。而中国与美国相比仍有很多特殊性，如区域经济发展差异较大，北上广深等城市居民消费水平较高等。总之，作为税制设计得关键环节，遗产税开征要遵循二八法则，只将 20%的高收入群体作为缴纳遗产税的征税对象，而且遗产税的免征额还应当区分不用地域，分别设立遗产税的免征额度，这样才能保证遗产税充分发挥调节贫富差距的作用。

（二） 税率

现今，世界上许多国家都开征了遗产税。各国的遗产税有个共同点，课税等级严格细密，边际税率高。如美国是 18%-40%，日本是 10%-50%，印度是 4%-85%，德国对配偶、子女是 3%-35%，对其他亲属是 20%-70%。税率方面，以美日两国的遗产税税率设置为例，截止至 2013 年，美国联邦遗产税采取的税率为 18%-40%的 12 级超额累进税率。日本于明治 38 年实行继承税制以来，一直采用遗产税的体系。目前，日本主要采取的是税率为 10%-50%的六级累进税率。通过考察美日两国遗产税税率的设定方式，我国在开征遗产税时，可以设定平均税率不低于 40%、最高税率不超过 50%的多级累进税率。另外，考虑到国际上普遍有降低遗产税税率的倾向，我国遗产税税率可以较新预算草案适当降低，最高边际税率可从 5%-50%，另外，借鉴我国新的个人所得税税率表的设计，税率档次可以保持在 6-7 档。

小结

遗产税的开征，要通过强化遗产税的立法形式和具体的税制操作模式两个方面来增强遗产税的税收征管力度和可操作性。此外，还应当探索与遗产税配套的赠与税制度，要防止财产所有者在其生前以财产赠与的方式规避遗产税的征收。同时，还需要借鉴企业所得税中的双重税收管辖权、反避税制度等，考虑如何设置合理的扣除项目以鼓励慈善事业。随着贫富差距的不断拉大，社会公平迫在眉睫，这就要求我们加快遗产税的制定步伐。我国已经初具遗产税开征的条件，虽然目前困难重重，但是随着遗产税制研究的不断深化，地方税体系建设的推进，我国遗产税开征已是必然。

离婚对拟/上市公司的“十大”影响（律所交流演讲整理稿）

2015 年 1 月 24 日　　贾明军律师

第一部分 对上市公司影响

感谢各位周末牺牲宝贵休息时间一起交流探讨“私人财富保护、传承与节税”的相关话题。今天，我们主要探讨的是关于“私人财富保护与传承”和上市公司之间的关系。今天我也借这个机会，把自己这几年办理此类案件的一些心得体会，和在座的一些新、老朋友还有向来自资本市场、私人银行的朋友一起分享一下。

今天我们这个题目也非常的有意思，我们叫“离婚对上市公司的影响”。谈到这个题目呢，我们不由的想起了 2011 年，那一年被称为资本市场“离婚年”。因为在那一年当中出现了很多著名的（拟）上市公司股东离婚案，我们也是从 2011 年开始专门潜心研究这个课题，到现在已经有四年的时间。

那么 2011 年之后呢，我们团队大概办理了四十多起涉及境内、外拟/上市公司股东的离婚、继承相关案件。今天的演讲也是非常有意义的，是我加盟我们所以来，第一次在所内部交流这个话题。内容主要是包括两大部分、有 20 个话题点，分别从上市和拟上市公司的两个角度，分析一下婚姻、继承对这两类企业的影响。因为时间关系，我就挑重点讲，影响拟/上市公司最主要的地方我就多讲一些；影响轻的我就少讲一些。为了表示出影响的程度，我就用几颗星的形式形容。比如：影响指数 5 颗星，或者影响指数 4 颗星，等等。

一、实际控制人或大股东的身份变更引发上市公司企业性质

影响指数★

2011 年，某中小板上市公司（SZ.0020XX）爆出虚构实际控制人的严重违规行为（http://finance.sina.com.cn/stock/s/20110129/15399330621.shtml ），但证监会的处分只是对公司及相关当事人做了公开谴责或通报批评。这个处罚力度相对较轻，如果以此看来，实际控制人的变更其实影响并不大。

这家公司是虚构了实际控制人，而实际控制人另一类变更则是身份关系的变化。比如原本是中国籍的大股东完成移民手续成为了外国籍，S 网络公司就是其中比较典型的案例。S 网络是一家在美国纳斯达克挂牌的上市公司，即俗称的中国概念股，主要从事房地产业务。S 网络的实际控制人 A，原来是中国人，公司在美国上市之后加入外籍。

A 从中国籍变为外国籍，最直接的影响在于与中国对外商投资行业的准入限制。具体问题此处不做过多展开。

如果说 S 网络是已经上市的公司的实际控制人的变化，那“拟上市”的实际控制人的变化是否也会产生影响呢？前段时间非常出名的“俏江南”董事局主席的张兰女士爆出变更中国国籍为“圣克里斯多福岛”（位于东加勒比海背风群岛北部）国籍，而根据张兰就此问题接受采访时的回应，她这一做法纯粹是为了俏江南在香港能够上市（http://www.changjiangtimes.com/2012/12/423374.html）。

总体来说，公司实际控制人的身份变化对于企业的上市或已经上市的企业来说确实会产生一定的影响。

二、离婚影响上市公司股价

影响指数★★

2011 年和 2012 年分别爆出了两个比较典型的，因为上市公司大股东离婚案件导致公司股价下跌的案例。分别是一家深圳中小板上市企业（SZ.0021XX）和某 ST 公司（SH.6001XX）。

（SZ.0021XX）的案例比较特殊，因为离婚案件的当事人并非上市公司的直接股东，而是公司的间接股东。根据（SZ.0021XX）的股权结构可知，该公司的最大股东是“某投资集团有限公司”，而该公司的自然人大股东才是离婚案的当事人。不仅如此，根据媒体报道，这位自然人还通过类似的投资公司成为另外几家上市公司的大股东。

类似于（SZ.0021XX）的案例除了因为离婚案件导致股价下跌外，大家其实可以通过媒体的报道得知案件中的另一些值得关注的事件，比如女方抢走公司的保险箱事件等。总体来说，这些离婚案例中，双方社会地位以及所掌握的财富数额悬殊的情况很常见，这也往往导致在案件在进程中出现许多看似不公平的现象频繁发生。我本人目前就有一起比较典型的案例。管辖法院是江苏某区法院，案件的经过不做详述，但值得大家探讨的是法官对于“股权不是夫妻共同财产”的判决结果。

另一个案件是 SH.6001XX。这个也是我们事务所曾经研究过的案例，争议焦点在于作为公司大股东的男方将上市公司的股票通过大宗交易的方式转让给自己的妻子，而问题的关键就在于转让价格要远低于当时的股价。这宗交易根据规定是需要披露的，公司也的确披露了，但因为过低的转让价格让市场对此产生了诸多负面的猜测，比如夫妻离婚，逃税等。而公司的股价也因此产生明显的下跌。最后公司补发通告，及时调整了转让价格。

借 SH.6001XX 这个案例，延伸出另一个问题，即如果配偶一方作为实际控制人，或者他的配偶，利用信息平台，对外发布他们的离婚消息，证监会有没有核查的义务？我曾在 2012 年和证监会的一些官员讨论过这个问题，答复是说一般情况下，这是属于实际控制人的个人的私事，一般监管是不会介入的。但如果有客观证据显示，不管是男方是女方，或者是第三方，如果意欲借此信息去影响或操纵股价的话，也应属于证监会核查的范畴之内。虽然话如此，但实践中很难操作。你说主观上你怎么去鉴定“故意”这个问题，很难把握。所以目前到现在为止，我们还没有一起被这样定性的案例。

当然，一提到离婚对上市公司影响未出现负面的例子，就不得不说到龙湖地产（HK00960）了！一会我们会谈到龙湖地产的案例。

从实践中看，离婚对拟上市公司的影响程度要远远大于上市公司，实践中，我们在处理类似的案件的时候，三分之二的案件代理的是“拟上市公司”的股东、或者说是他的配偶的案件。对于已上市公司，我们代理的相对少一些。为什么呢？因为已上市公司的股权，在一定期限内都给锁定着呢！一般情况下，即使锁定期过了，作为实际控制人每年可以抛售的比例、股票有严格的规定，他不能立马变现或转移，而价格对是公开的数据，所以协商相对障碍少一些。

三、离婚导致上市公司实际控制人变化

影响指数★★

再谈谈离婚导致上市公司实际控制人的变化。这种案件大部分都是通过协商解决掉了。国内上市公司股东的离婚案件处理的通常方法，是双方通过非交易变更登记再去公告。当然我们也碰到有的案件，如 2011 年杭州的萧山有一家上市公司大股东离婚，他们是通过某法院去直接做了一个判决，判了股票比例的一个分割。我们 2014 年在上海处理的一起中小板大股东的离婚案件，是通过非交易过户的形式再公告的途径处理的。

龙湖地产公司，在香港上市的。股东利用离岸公司，在上市公司之上设了好几层公司，又将上市公司股权间接装到信托里。当然，这家公司股权协调处理的很好，不过也有协调处理不好、引发诉讼的。看似这些在境外的 BVI 公司股权不好处理，但引发纠纷后，我们还是有很多可以突破的地方。

去年我们还做了一单，夫妻双方年龄都很大了，都是 80 多岁的人。虽然形式上是离婚纠纷，但实际上，这类公司实际控制人离婚导致财产分割的问题，同时又涉及到财富传承的问题，在离婚财产处理时需要一并考虑。

四、离婚导致已上市公司上市前的估值

影响指数★★

这个问题其实是相对比较复杂的。只是这样列个标题，大家有些人可能听不明白。举个例子说，比如说有家网络公司在香港上市。大股东是在结婚前就持有公司股票，在婚内上市成功，之后又面临离婚问题。这种情况下，如何计算结婚时间点、提出离婚时间点的股票价格呢？是完全按照当初设立公司发行价、或是提出离婚时交易所的收盘价吗？当然不是！这是一个很复杂的会计问题，甚至需要聘请专业的会计事务所解决。

我们曾经在 2012 年做了一个案子，涉及江苏一家上市公司，是男女结婚后公司上市的。虽然男方持股不多，只有 4%，但问题照样存在！即虽然婚前持有的股权，但在婚内几年，公司发展迅速，目前正在主板排队，已经有

PE10 倍进入。那么，如何在这种情况下，计算男方股权价值、以及女方如何开价呢？这是一个非常有意思的问题。

女方代理人会说，虽然股权是在婚前取得的，但谁让你在结婚之后准备上市啊，现在股价有溢价，增值部分就应该是夫妻共同财产嘛。你原来是 1 块钱，现在变成 10 块钱、甚至是 30 块钱，你的 PE 是 20-30 倍！所以说婚前财产婚后增值，那就是共同财产嘛！

男方代理人会说，虽然公司准备上市，但上市也可能不成功啊。再说了，我结婚之前就有股权了，结婚的那刻，股权就已经有增值了啊！并且，即使上市成功，还有三年锁定期啊，谁知道三年后股价是高是低呢？

我们在实践中，常会遇到这样的问题，假如公司已经上市了，那么上市股票的价值是怎么进行计算的？举个例子来说，假如说它是 6 月 1 号上市的，那么它 5 月 31 号的这天值多少钱？是不是锣一敲，它原来一股对应 1 块钱，敲锣后一下子就对应到了 20 块钱、就增值了 19 块钱了？我觉得这个观点应该是不对的。任何一拟上市公司的股权价值，一般情况下，应该随着离上市日期越接近、各项财务数据、公司管理越改善，它的股权价值会随着上市时间节点的到来而不断的升值变化。但是在这个阶段过程中怎么去衡量？这个问题实际上是非常复杂的，我觉得有时候我们去作为律师的角色去探讨这个问题，是没有发言权的，现在目前来看的话，这可能还需要聘请精通于股权价值认定的相关的审计评估机构来做。

五、离婚导致上市公司上层持股公司的净值计算

影响指数★★★

这是“离婚对上市公司影响”的第 5 个方面，我认为，影响指数是 3 颗星。

PPT 显示的是江苏的一家上市公司，那么我们从股权结构图可以看出来，他实际上是通过几种不同类型的投资主体对上市公司持股。其中有一家投资公司的价值比较大。这种股权结构图在我们的中小板和创业板上市结构中还是比较常见的。

那么假如说它是通过某投资公司来进行控股，但是投资公司的注册资金相对比较少。比如投资公司注册资金是 500 万，但是它直接或间接控制上市公司的股票价值数亿元。这里有个问题，如果投资公司通过股权转让的方式来完成实质上夫妻共同财产的转移，应该怎么去解决这个问题呢？实践中这方面的案子已经发生很多了！即使是在锁定期中，对于上市公司持股的上层公司、特别是上市公司 5%以下持股的上层公司，对于其在锁定期内股东股权转让的监管力度相对来说就不是很严格。这样产生的问题如何解决？都值得我们在代理离婚案件中考虑。你怎么去计算股权转移掉的价值？能不能直接用公司持 100 万股上市公司的股票、而当天每股 10 块钱，就用 100 万乘以 10 等于 1000 万来计算呢？看来还是不行！原因是上市公司股票只是投资公司的资产，而公司运营还有其它成本或负债呢，你不去进行审计和评估，还不能这么简单的去计算啊！

当然，在司法实践中，对于离婚纠纷期间一方股让股权的事，很难解决和处理，有时候不是法律规定、或法律思维这么简单，有时候完全可能感觉依据现有法律没有办法突破的困惑，这里就不多说了。

六、离婚影响上市公司股东通过 BVI 股权装入设置信托的效力或信托目的

影响指数★★★

这个影响指数也是 3 颗星，主要讲的是上市股东 BVI 公司信托效力及信托目的能否实现的问题。

我们现在手上有几单跨境诉讼纠纷，涉及的核心问题，就是境外 BVI 股权信托效力或信托目的“击破”的问题。主要研究的项目是什么？比如说：龙湖地产，股东通过一层或多层 BVI 持有上市公司的股权。而在几层 BVI 中，它用其中的一层把股权装入一个信托，一般是用对价的赠与方式，并针信托的受益权给了其他的家族成员或非家庭成员。假如委托人在信托的设置中，受益人没有包括自己，以及自己的配偶、甚至也没有自己的子女，那么，这种信托的效力有没有什么问题呢？

我们在国内做了一起案件，哥哥将国外公司的股权无对价转让给弟弟，最高院判决股让无效，适用的是《民法通则》和《合同法》，主要原因是“无对价”，其实质是赠与关系，即“赠与合同无效”。这个判例仅仅从中国法律角度来看，会对上述境外信托效力产生重大影响，我们已经在实践“击穿信托目的”的方法，并取得了重要突破。其实，能否击穿境外信托并不重要，实现否定境外信托目的一样可以达到挽回财产损失的效果。

当然，2013 年和 2014 年，我们也注意到英国最高法院和香港高等法院中，有击破法人人格和击破信托目的的案例，这些，都值得我们学习借鉴。

七、离婚导致境外上市公司 VIE 结构法律关系认定

影响指数★★★

这是第七个影响。离婚导致上市公司 VIE 结构不稳定性的案子也比较多了，一般出现在赴美上市甚至是赴香港上市中。我们知道，美国财务规则是可以认为协议控制方和被控制方可以合并财务报表，只要你们有这种控制的关系，就可以做合并财务报表、视为你们是一个整体。但在中国，是讲法律关系的，如果说你们之间是一种协议控制的关系，在中国会被仅认为是合同关系。如果是一种合同关系的话，那么协议各方就是两个不同的主体，你就不能说这两个公司实际上是一回事儿，来去直接判定共同财产的分割。

我想举一个例子来说吧，假如说存在这么一个国内的实体运营的公司 A，后被 BVI 公司收购，当然，这两家公司男方都是实际控制人。如果面临离婚，法院处理起来也基本不现实。

第一点就是查证的问题。

对于持股 5%以上的大股东一般不存在这个问题，但如果是小股东，可能就很难查证他是不是直接或间接股东。

第二点就是管辖的问题。

法院对离婚案件中，涉及境外公司股权直接处理，目前我还没有看到先例。

第三点就是执行问题。

退一步，即使中国法院处理了，也存在一个能否执行的问题。其实，当然不能执行。所以，我们就得想办法通过境内法院生效的其它可以制约对方当事人的判决来达到解决这个问题的目的。

事实上，同样一个案子，按照不同的法律体系去解决，可能结果完全不一样。那么我们可以提一个非上市公司的一个案子，比如 2011 年著名的原润迅副总裁离婚案，内地、香港两地法院同案不同判。在深圳判了女方被补偿一千余万，在香港却被判了女方被补偿三亿七千万！

（http://gd.sohu.com/20101214/n278295694.shtml）

八、离婚影响上市公司持股公告的真实、合法性

影响指数★★★★

那么第 8 个问题是“离婚影响上市公司持股公告的真实性与合法性”。

这里面举两个例子，第一个例子这是广东的一个上市公司，律师在招股说明书中认为：“工商注册比例视为夫妻财产约定”。这是错误的！因为工商的注册比例不等于夫妻财产的共同约定，这在最高院有明确的案例就不多讲了。另外一个案例，就是拟/上市公司的上层公司股权转让的效力。

这种案件，我们在上海、南京、北京都有代理。这些案子，涉及到公司上市之前的股权交易。因为要上市，可能需要对股权结构进行调整，所以按照出资额、注意，是按出资额进行股权的转让。但实际上，公司上市之前，它的业绩都是非常好的，所以他的每股对应的所有权收益可能很高！比如说他出资是 1 块钱，所有者权益对应可能是 3 块钱，但是进行股权转让的时候还是按照 1 块钱进行，那么这里面存在一个夫妻共有财产（或婚后股权溢价财产）的另一方权益损害问题，可能会引发股权转让效力的诉讼。

（九）离婚导致上市公司股票“代持”等违规、受罚事项

我们 2013 年做了个案件，一审上海某区法院判的，小股东说他的股权是替亲属代持的，并有“股权转让及代持协议”。

另外，我们还在处理一家非常有名的上市公司的股东离婚案，大股东是兄弟。哥哥说股权是替弟弟代持的，弟弟也承认，并有公司会计“作证”。我其实还是很不解，这是一家体量很大的上市公司的实际控制人，如果在离婚纠纷中举证“代持”，证监会会如何看待这个问题呢。

有时候这个问题是个“陷井”，如果你指出所谓“代持”是违法的，是不是就认可了确实有代持关系呢？！这个问题，还是挺有意思的。

（十）离婚导致已上市公司退市

这部分内容相对少，但不是没有。

我们做过一起案例，离婚是退市的重要原因之一。上市公司股东进行股权转让（无对价），我们向美国证监会 SEC 发了函。后来，美国证监会回函，还专门指定了律师来回复相关问题。这家公司之后被一家类似“浑水”公司盯上，从而做空公司的股票，两年后业绩不佳，公司股价连续跌破 1 美元，不得不进入了粉单市场。

（未完待续）

婚姻、继承对拟上市公司的“十大”影响（续）

2015 年 1 月 25 日　贾明军律师

第二部分　离婚对拟上市公司影响

（一）离婚导致拟上市公司股权不稳定

离婚导致拟上市公司股权不稳定，影响程度三颗星。境外上市不论在香港还是美国，一般情况下，其主要营收市场还是在国内。因此，国内公司的运营、特别是对于网络公司运营来说，国内公司股权结构的稳定性至关重要，这些持有 ICP 或域名的公司的稳定性，直接影响境外上市公司可能性。当然，土豆网赴美 IPO 就是遇上了这个问题。有时候，这些问题不是完全能在中国法律框架下可以理解的。比如，可能国内的 ICP 持证公司原本就是亏损的，如果公司股权确实是在一方婚前取得的，另一方即使通过法院诉讼，最终的结果在目前的法律规则下是可以预见的。但这种不可预测性的风险是不能有“万一”的可能的，因此，国内诉讼要打多久，就可能要多少才能消除上市阻碍。

（二）离婚导致实际控制人的持股比例不确定

2012 年我们还是在沪家所的时候，在江苏做过一个案例。公司实际控制人是从美国来的博士，现在很多高科技园区都会对具有一定身份和留学背景的人做一个专项回国创业奖，比如说 50 万或者 200 万作为一个启动资金。这位博士带着技术、就像风云一时的施正荣博士一样回国创业。国资背景的创**司也有资金投入，企业处于萌芽阶段。

公司就是冲着上市成立的，但至于将来时机成熟时，是在国内、还是在国际资本市场上市并不确定。虽然国内市盈率高，但周期长和不确定性风险大；而在美国、香港则相对明确和可控，但市盈率相对会低不少。这位博士对于自己的高新技术有信心，既想在境内上市，又想去境外上市。所以，当初设置股权结构倾向性是不清晰的，即既

可以准备在国内上市，也可以在经过股权结构调整后到境外上市。

这个时期是公司快速成长期，如果仅从经济的角度来看，时间拖得越久，女方可以期待的股权价值的对价款就越高。不过，这种价值可能不完全是纯粹财表上的数据能体现的。在某种意义上说，因为公司刚成立不久，还没有到成熟期，其实类似于 VC 投钱了，在某种角度来说，公司值多少钱，可能在不同的人的眼里有不同的结果，而不完全是一个审计、评估的财务问题。人的人认为值钱就愿意投钱。当然，这种婚姻关系状态下，博士的事业发展是极其危险的。不论公司做得如何蒸蒸日上，只要在关键的时候，女方一提出离婚，公司上市的步伐基本上就会嘎然而止！正因如此，才会有了以后的“土豆条款”。

国内法院审理离婚案件涉及拟上市公司、特别是新创公司来说，即使面对一家非常有潜力的公司，也不可能脱离财务审计评估而运用 VC 规则来确定公司股权价值。即便是有丰富经验的商事审判庭，依据也是会计事务所的审计报告确定股东所有者权益。

我大概在 2005 年的时候代理的一起卓越网高管的离婚案件，说原来高管在卓越持股，这个股权值很多钱。但法官看着资料很疑惑，说公司注册资本只有几百万，高管持股只有百分之几，怎么就有这么多钱了？就算公司盈利了，又能赚多少钱啊？回答法官这个问题，其实是蛮复杂的，这时候你如果只告诉法官，说亚马逊并购卓越是 7500 万美金，那法官会问为什么值这么多钱啊？如果真有这么多钱，高管得了多少、存在了哪个银行账号呢？如果律师不能回答这些问题，帮女方维权就真的很难了！

（三）离婚导致拟上市公司的净值确定

2011 年，我和吴律师做过一起拟上市的网游公司的股东离婚案。我们当然还是代理女方了。我在加盟我们所之前的 70%的案件都是代理女方的，被媒体称为“女性权益的保护人”（笑）。公司注册资金不多，大约是二千万；公司报表略盈利。但女方讲，公司实际的财产肯定不会这么少。据她说，公司的现金流量非常巨大，他们自己家还放着一亿现金。后来，我根据公司网站公布的购买游戏点卡的账号，到杭州支付宝拿调查令心去调银行存取款记录。结果一出来，我就被吓一跳！原来，每个账户每天差不多都能提走四万九千九百九十九块，因为支付宝对自然人是有要求的，一个账户每天是不能提现 5 万以上的。那个时候我就觉得，网络这个东西真的很神奇，当时在互联网大潮下，很多人是利用高科技、在没有任何的人脉和关系情况下创业，而且能成功的！但去看他们公司的财务报表，往往是不咋地的，或者说与客观的盈利是相差甚远的。

当时我们是看公司官网上公告的信息，看要游戏网友向哪个账户打钱买点卡。也就是我们要向法院证明，公司利用了另外 30 多个账户进行收钱，而不是公司的开户银行作为唯一的财务来源。那么，这 30 多个账户就应该作为公司账户之外的收入予以计算。其实，除了这 30 多个账号外，还有在全国几百个报摊通过代理公司出售游戏的点卡，这些财务数据我们就很难计算了。

为了防止公司将这些信息删除，我们事先不仅做了截图，一还到公证处作了公证。这么一来，对方态度马上软下来，双方很快达成了调解协议。这个案子当时吴卫义律师也参加承办了，吴律师这辈子到现在为止，唯一看到的 1 亿现金的壮观景象也就在这个案件里了（笑）。

（四）继承导致拟上市公司资产并购条款不确定

这是关于继承的问题了。

继承导致拟上市公司资产的并购条款不确定是一个真实的案例。

这个案件也非常有意思，涉及到一些签署文件不规范的问题。公司实际控制人年龄比较大，他与某企业签订了一个并购的协议，就是他出售了公司的部分资产，并要按约定及审批逐项签署协议和过户资产。当时为了一个经营的特定目的，就把一个合同提前签了。就是 2014 年签了落款为 2018 年的合同，这不是倒签啊！这是提前签，就是今天签了未来的日子。但是，然后未来的日子还没到，实际控制人就突然去世了！因为出售资产有大幅溢价，因此，继承人以“合同为假造”为由拒绝认可。

我估计之所以会出现这样的问题，主要是涉及监管的原因。虽然从理论上说，只要在审理期限内，补办了相关的手续，就比较的好办了，但实际上是没有这么简单的！因为作为继承人，如果觉得这个合同履行对他们是不合算的，那么他们就会借“合同虚假、违规”为由拒绝认可，可能会涉及到司法等复杂问题。

这个案子比较有意思的是引发了一些非常值得我们深思的东西，看来，我们律师在起草任何文件或材料的时候，都还是要本着实事求是的原则，不能报着侥幸心理，设计这些“未来”签署的方式解决问题啊。

（五）离婚影响拟上市公司实际控制人刑事责任

就是说这家公司本来想要上市的，结果因为离婚纠纷或离婚后财产纠纷，实际控制人出事了，甚至被追究刑事责任。这种案子很多了，比较出名的，就是真功夫这家企业。

法律界对这个案例的评析已经很多了。我印象最深的是上海的宋海佳律师关于这个案例的评析。他的分析很到位，因为宋律师本身就是股权精研者，这个案例他可以讲三天，用心及专业度可见一斑。

因为公司股权结构一开始就不合理，是“五五”开的。男方和女方家族各占 50%。我们做公司法业务的律师都知道，这种“五五制”的股权结构一般是不推荐的股权结构，也可能非常的危险，因为未来可能因这两个大股东之前的矛盾导致公司僵局。这个案例就是一个典型的僵局。当然，案件发展是有历史原因的。两个股东之间原来是姻亲关系，后来夫妻感情恶化离婚了。离婚后，由于一系列的事件导致双方关于公司经营权的“争夺”，甚至男方还

涉及到了刑事责任的问题，2014 年 6 月男方被判 14 年。女方仅离婚后财产纠纷的起诉费就交了 239 万。

实际上我们在代理拟/上市公司股东离婚案件，发现毕竟是因为争议标的额比较大，因此，可能会在个别案件中涉及刑事问题。常见的如“偷税漏税”、“侵占”、“行贿”等等。律师在代理案件时，如果涉及这方面的事要遵守两个原则：

第一个，在按法律办事的同事，要注意自身的保护。出主意想办法，要有法律依据，不要“捏小辫子”、出歪主意。不过，有时候，对方客户“对事也对人”，你是对方的律师，我也要治你，律师要注意防范。

第二个，不要做自己不专业的事。比如，我做婚姻诉讼案件，这是属于民商事业务领域的业务。如果是涉及刑事方面的业务，最好由专业的刑事律师来做。隔行如隔山，我们得有自知之明。

（六）离婚影响拟上市的公司“对赌”条款

这是第 6 点影响了。

一家公司原来准备在香港上市，并已经和国外几家风投机构签了协议。这家公司是一个高现金流的公司，通过投资学校达获取收益的目的。企业家是男方，由于女方提出离婚并提出诉讼，上市步伐必须搁浅了，但“对赌”契约的“回购”条款就触发生效了。

国外 VC 在香港起诉要求公司大股东基于“对赌”条款清偿债务、返回投资，并对国内夫妻共同财产进行了财产保全。由于学校是非营利机构，企业家是通过投资公司来作为学校的间接控制方的。由于女方提出离婚，男方不得不中止上市，国外投资人又追索投资款，导致男方疲惫不堪。不过，这种结果对女方也没有什么好处，台面上的夫妻共同财产都被保全了，估计最后也要被执行。这是一个“双输”的结果，看来，在提起离婚诉讼的时机与策略上，女方没有做得更为充分。

很多种情况下，实际掌握公司运营的一方的主动性是天然的，有时候不是靠法律能够完全制约的。作为女方（未持股一方）或其律师，这一点，还需要有清醒的认识。

（七）离婚导致境内运营公司核心资产交易效力

拿一家网络公司来说，网络公司的核心资产是什么呢？应该是持证公司的股权吧？持证公司因为持有 ICP 证，并且拥有网站的域名。当然，一个网络公司的价值绝对不止是一个 ICP 证和域名了，里面还有很多的体系我们就不多述了。

如果从一般意义上而言，面临离婚时，夫妻一方把自己名下的 ICP 持证公司的股权转让了，会触发股权转让是否有效的诉讼；在一些极端案件中，还会有股权接二、连三转让的问题，这里面就会涉及股权转让效力与股权登记回转关系的问题。

这是关于我们要讲的第七点，影响程度五颗星。我想进一步谈的是，这些案件有时候律师要考虑的，不能完全是法律问题。有很多公司经过了多轮融资，投资人投钱就投了上亿美金。如果因为夫妻离婚导致上市搁浅，会触及方方面面的利益，另外，如果法院也要平衡市场交易平衡和利益的话，对于女方的代理人是一个重大的考验。我个人感觉，由于目前对于女方维权救济的途径相对模糊，导致一旦法院不支持股权转让无效、女方就无路可走的尴尬局面。我上周在上海市妇联和法院系统退休的“老法师”一起聊这个话题，大家都心有体会。

（八）拟上市公司股权继承时，是否可被认定为夫妻共同财产

我不知道在座的是不是认真研读过《婚姻法司法解释（三）》。这里面的第七条，对于企业家影响重大。

虽然第七条是一个父母出资购房、认定子女单方享受权益的条款，但如果扩大化理解、是否能适用公司股权的争议中，就成了一个重大话题。

晋江有一家公司，父亲在生前将上市公司上层的集团公司股权用赠与的方式给了儿子。现在媳妇提出离婚，认为婚姻关系期间男方的这个受赠是根据《婚姻法》十七条规定的共同财产；而男方则认为，根据《婚姻法司法解释（三）》的精神，这是个人受赠的个人财产。这样，双方也就产生争议。后来表明，这个问题还是很复杂的，学术界、实务界和司法界对此问题的观点还存在很大分歧，这种分歧，对于私人财富的传承，是要积极制订方案予以回避的。

（九）离婚导致实际控制人的股权结构不稳定从而影响上市

我 2012 年做过一单江苏某拟上市公司大股东离婚的案件，印象深刻。公司正在主板排队，女方提出离婚。这下子可就麻烦了！

一般女方在这个阶段提出离婚，就是想早些解除婚姻关系的表现。要不然，再等几年，能分到的财产可能在企业上市后数额要多得多了。虽然女方心里急，但口却不软，提了一个天文数字。如果男方给这个数字，企业的血就可能被“抽干了”。怎么办？

这个公司的股权结构，是男方通过直接或投资公司间接持股的方式，江浙一带的老板，比较喜欢这种持股方式。男方基本上是控制了 80%的股权，那么上市后大概预计是被稀释掉了 12%的股权。我们是男方的代理人，但与女方沟通的不错，我就私下问女方，“为什么你这个时候提出来呢？不能再等等吗？大家都四十多岁了，你再等等就可能翻十倍、二十倍的收入！现在离了，只能拿现金，而且不可能拿太多的钱，因为企业家是最缺钱的嘛”！

这个案件给企业家的警示就是，如果上市规划时，就知道可能会有婚姻“红灯”的问题，一定要提前解决。这个“解决”当然不完全是建议人家赶快离婚，而是通过一系列法律操作，达到对公司上市影响最小的目的。

（十）离婚导致红筹模式中境内实体公司股权结构不确定性

第十点是类似土豆网，没时间讲了，大家看股权结构图，实际上是国内对持 ICP 公司的股权进行保全、并要求在离婚后财产纠纷中分割。

不过，这种官司在中国法律框架下，很难最后有一个理想的结果。比竟，中国法院和会计评估机构是按中国的法律和会计原则来处理这个事的。因此，对于起始“烧钱”的起步阶段互联网公司的股权分割，在中国视角下，应该没什么“花头”。但如果用跨境的眼光和方法去处理，就不一样了。

因为时间关系，今天先讲到这里。我觉得，婚姻家庭法领域和资本市场进行结合是一个发展趋势。我们团队在近期也会在法律社出版《婚姻、继承对拟/上市公司的影响与预防》这本书，敬请大家一起期待！

谢谢大家！

两岸三地婚姻中的干货数据——两岸婚姻面面观座谈会发言稿

2014 年 2 月 27 日　上海家事律师网　佳和律师团队

首先，上海市的婚姻状况。第一，上海人的晚婚趋势越来越明显。

上海市民政局通报的上海市 2013 年度婚姻登记统计情况表明，2013 年，上海办理结婚登记的总数为 145766 对，同比上升 2.92%。

2013 年居民平均结婚登记年龄为男性 34.02 岁、女性 31.61 岁，居民平均结婚登记年龄比上年分别增加了 1.3 岁和 1.31 岁。初婚年龄为男性 30.17 岁、女性 28.19 岁，比上年分别增长了 0.17 岁和 0.89 岁。

第二，上海离婚、复婚数量都有大幅上升。

2013 年上海办理协议离婚登记 60408 对，比上年上升 37.40%。从年龄结构看，30-40 岁之间办理离婚登记的人数最多，而 30 岁以下办理离婚登记的为 23270 人。

同时，2013 年上海办理复婚登记 14730 对，这个数据比 2012 年足足上升了 82.57%。

第三，两地婚姻覆盖各省区市。

作为国内人口迁入量最大的城市之一，2013 年上海“两地婚姻”数量达到 55373 对，比 2012 年上升了 10.11%，其中江苏省、安徽省、浙江省与上海市民结成两地婚姻的数量排在前三名，西藏也进入到两地婚姻的阵营中来，至此上海的“两地婚姻”已覆盖全国所有省区市。

其次，上海涉外婚姻状况及上海离婚的主要原因。第一，上海涉外婚姻呈现出以下特点：

婚姻覆盖面广，上海涉外婚姻中的外籍人士的来源几乎覆盖了全世界，已达到 50 个国家和地区，涉及除南极洲以外的所有大陆；涉外婚姻中双方学历均较高，“沪女外男”、“老夫少妻”类型婚姻比例较大但已经在逐渐降低，同时“沪男外女”类型的婚姻比例逐渐提高。

第二，上海涉外婚姻新特点：涉外结婚登记减少而离婚登记增多。

上海市民涉外婚姻的前三位热门国家依次为美国、日本、澳大利亚。在过去相当长一段时间内，上海居民在涉外婚姻数量方面一直领先于全国其他城市，然而最新数据表明，上海的涉外婚姻已呈现出婚登量减少、离婚率上升的趋势。

2013 年全市共办理涉外国人，涉华侨，涉港澳台居民的结婚登记 2054 对，比 2012 年下降了 6.42%；相反，2013 年全市涉外离婚登记数量为 417 对，比 2012 年上升了 4.25%。

市民政局婚姻登记专家分析，上海涉外婚姻的离婚率逐年走高，说明以前不少上海居民那种追求西方生活方式的社会潮流已随着近年来本地居民物质生活水准明显提高、出国机会增多而得到扭转，如今人们在选择涉外婚姻时更注重婚姻质量，因年龄差异、性格不合、生活习惯差异而导致的涉外离婚呈增多趋势。

第三，上海离婚的主要原因。

上海市民政局通报的上海市 2013 年度婚姻登记统计情况显示，导致离婚的两大诱因是感情不和、感情破裂。因感情不和而离婚的有 26722 对，占总数的 44.23%；因感情破裂而离婚的有 16191 对，占到 26.80%。性格不合是上海人离婚的第三大原因，去年有 14764 人因此离婚，占 24.44%。

此外，数据显示，因第三者插足而离婚的是 432 对，因两地生活而离婚的是 485 对，因家庭纠纷而离婚的是 569 对，因性生活不和谐而离婚的有 47 对，一方有不良生活习惯而离婚的是 151 对。

婚姻登记专家分析认为，与上海平均结婚登记年龄和初婚年龄比较后发现，30-40 岁是很多人结婚 7-15 年的“高危时段”，“七年之痒”并非没有道理，很多人依然容易在这一阶段“婚姻触礁”，需要引起重视。

同时，上海涉外婚姻中离婚原因呈现出自己的特点：

其一是感情基础不牢固是造成婚姻破裂的原因之一。若把与外国人结婚作为一种改变生活状态的手段，而并非追究幸福美满的婚姻，一旦到了国外，却发现一切并非自己想象，造成心理上较大的落差，加之一般选择的配偶与自己年龄、兴趣爱好较大，使得原本感情薄弱的婚姻生活黯然失色，没有感情基础的婚姻生活很快就会在痛苦中结束。

其二是两地分居是导致涉外婚姻解体的主要因素。涉外婚姻成立后，国外一方往往返回国内或被派驻他国，而另一方因不愿离开国内或因签证不能及时办理而导致两地分居。虽然现代科技使得通信联系变得十分便捷，但再牢固的婚姻基础也难以面对长期大洋两岸的分居生活。

附：作为一名家事律师，为两岸婚姻能长久幸福提供几点建议第一，以双方感情作为决定是否缔结涉外、涉港澳台婚姻的衡量标准。

双方在婚前应充分了解，有了较为牢固的感情基础后再决定是否缔结婚姻，避免以感情之外的因素而违心结婚。一旦缔结婚姻，在婚姻生活中应尽量避免两地分居。

第二，要履行合法的登记手续，结婚证是迈入婚姻殿堂的唯一门票。

有些人来自西方或受西方影响，思想较为开放，同居现象十分普遍，加上涉外婚姻手续繁琐，很多人选择同居而不是结婚，对双方感情造成了极大的不稳定。但是再长久的同居也实现不了婚姻的制约，再多亲友的见证也证明不了婚姻的合法，再厚重的聘礼也束缚不了婚姻的自由。唯有办理了合法的婚姻登记手续，男女双方的结合才能得到法律的真正保障，夫妻关系才能得到社会的认可。

第三，了解两国或两地的法律差异。

有些国家规定离婚后丈夫仍对妻子有赡养义务，而依照我国法律，丈夫仅在婚内对配偶有扶养的义务。外国签订“婚前财产协定”较为普遍，但在我国尤其是大陆却并不多，即便签订了协议也是私下签订，而美国、加拿大等西方国家却常常是双方自带律师、为各自的利益讨价还价。如果国人不熟悉对方国家的法律规定或常规做法，情感上难免无法接受，自身利益也难以保护，因此在结婚前应了解对方所在国家或地区的法律法规。

第四，在婚姻中应当平等和尊重，保持信任与宽容。

结婚意味着人身和财产的结合，两人的财产、生活、各自的家庭都会与对方产生千丝万缕的关系。涉外婚姻中由于双方成长背景、观念想法及文化差异较大，婚姻中出现摩擦的可能性较普通婚姻更大，因此，婚姻中学习如何经营婚姻，并掌握婚姻最基本的一些原则，那就是平等、尊重、信任和宽容。

离婚时基本医疗保险个人账户中的资金能否作为夫妻共同财产分割

2015 年 1 月 29 日 **北京天驰洪范律师事务所“家事法苑”团队 邓雯芬 侯晓婷**

摘要：基本医疗保险个人账户中的资金因与人身具有密切的关联，目前在使用上仅限于个人医疗就诊使用，从其性质、用途、账户设置的初衷以及实际分割来说，医保个人账户的本金和利息应为个人所有，将来可继承，但离婚时不宜作为共同财产加以分割。

案情简介

原告曹某与被告翟某于 2000 年相识，2003 年 1 月 8 日登记结婚，双方均系再婚，婚后未生育子女。2014 年原告以夫妻感情破裂为由诉至北京市 X 区人民法院，要求解除与被告的婚姻关系，依法分割夫妻共同财产。在涉及夫妻共同财产的分割中，其中有一项较为特殊的是被告名下的账号为 XXXXX 的北京银行账户，该账户为被告的医保账户，截止到 2013 年 7 月 31 日余额为 1750 元。经审理，法院认为被告在北京银行的 XXXXX 账户为被告的医保账户，于 2011 年 9 月 29 日开卡，截止到 2013 年 7 月 31 日余额为 1750 元，该账户资金为双方共同生活之后取得，应属夫妻共同财产，应当平均分割（1750/2=875）。

一、实务中的观点分歧

对于基本医疗保险个人账户中的余额，离婚时能否作为夫妻共同财产加以分割，目前存在不同的观点。

一种观点认为，从基本医疗保险个人账户的组成来看，其主要是由个人工资收入和单位依法所缴纳的医疗保险费划入个人账户的部分及其利息组成。从来源上看，主要为个人的工资的一部分和单位依法为职工所提供的基本福利待遇，而且已发放至个人账户的金额是确定的，已经实际取得的。该账户在婚后所取得的部分，性质等同于一方在婚后所得的工资收入的组成部分，所以该账户的资金为夫妻共同财产。

另一种观点认为，就基本医疗保险个人账户设置的目的而言，是国家基本社会保障统筹基金的一部分，个人账户中资金的所有权并不是账户所特指的个人，其所有权人为社保基金的统筹法人。只是在该账户中的个人罹患疾病后，支付给个人的医疗费用，个人才拥有所有权，故不宜作为夫妻共同财产分割。

二、基本医疗保险个人账户中资金的属性分析

北京市人民政府 2001 年 2 月 20 日颁布了《北京市基本医疗保险规定》，在该规定中明确了基本医疗保险个人账户主要由下列各项构成：1.职工个人按本人上一年月平均工资的 2%所缴纳基本医疗保险费；2.用人单位缴纳的基本医疗保险费按照如下标准划入个人账户的部分：（1）不满 35 周岁的职工按本人月缴费工资基数的 0.8%划入个人账户；（2）35 周岁以上不满 45 周岁的职工按本人月缴费工资基数的 1%划入个人账户；（3）45 周岁以上的职工按本人月缴费工资基数的 2%划入个人账户；（4）不满 70 周岁的退休人员按上一年本市职工月平均工资的 4.3%划入个人账户；（5）70 周岁以上的退休人员按上一年本市职工月平均工资的 4.8%划入个人账户。3.个人账户存储额的利息；4.依法纳入个人账户的其它资金。该规定也同时明确了个人账户的本金和利息为个人所有，只能用于基本医疗保险，但可以结转使用和继承。职工和退休人员死亡时，其个人账户存储额划入其继承人的个人账户；继承人未参加基本医疗保险的，个人账户存储额可一次性支付给继承人；没有继承人的，个人账户存储额纳入基本医疗保险统筹基金。

那么基本医疗保险个人账户中的资金是否属于夫妻共同财产？根据我国《婚姻法》第 17 条的规定，夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产归夫妻共同所有：（1）工资、奖金；（2）生产、经营的收益；（3）知识产权的收益；（4）继承或赠与所得的财产，但本法第十八条第三项规定的除外；（5）其他应当归共同所有的财产。而该法第 18

条规定："有下列情形之一的，为夫妻一方的财产：（1）一方的婚前财产；（2）一方因身体受到伤害获得的医疗费、残疾人生活补助费等费用；（3）遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产；（4）一方专用的生活用品；（5）其他应当归一方的财产。"《婚姻法》司法解释（二）第 11 条对其他应当归共同所有的财产作出了解释，包括一方以个人财产投资取得的收益，男女双方实际取得和应当取得的住房补贴、住房公积金、养老保险金和破产安置补偿费。从中可以看出，在当前的婚姻法及相关司法解释中，并未将医疗保险个人账户中的资金规定为夫妻共同财产，而在对个人财产的规定之中，与一方人身密切相关的医疗费用及残疾人生活补助等为专属于个人的财产。

基本医疗保险个人账户内的资金具有很强的人身属性，是国家针对特定个人所提供的基本医疗保障，与个人的身份密不可分。从其构成来看，该账户内个人部分是根据职工个人的收入和年龄等相关条件确定扣划比例定时划入，一定时期内，按月划入账户的数额是相对稳定的。该笔资金是作为将来该个体因疾病需要医治所提供的保障，在用途上是对个人本身终生的基本医疗保障，如果在离婚时，将其作为夫妻共同财产予以分割，将使得被分割主体该种保障减弱，甚至丧失。

从使用主体的角度来说，该账户资金支付相关医疗费用的仅能为特定个人，而不能是其配偶或者其他人，从基本医疗保险个人账户的构成及其使用的相关规定可以看出，该账户的本金和利息只能用于就医。用于支付账户所载主体本人的门诊、急诊的医疗费用、到定点零售药店购药的费用、基本医疗保险统筹基金起付标准以下的医疗费用、超过基本医疗保险统筹基金起付标准，按照比例应当由个人负担的医疗费用等。这笔资金在用途上有明确的限制，仅能用于上述途径，应专款专用。故从其构成、发放以及使用来看，均是与特定职工个人的人身密切相关。

其次，按国家规定，个人账户资金也是统筹基金的一部分，应实行封闭管理。目前全国很多地区医保账户的钱都只能在医院或药店使用，不能随意支取。根据对北京市基本医疗保险管理的相关历史背景的了解所知，2001 年北京市启动基本医疗保险的时候，因信息系统滞后无法承载个人账户资金的划转和结算，才暂时实行开放式的管理，通过北京银行为每个人建立了一个存折，由个人支配和使用，存在里面的钱由参保人员自行支配，随时可以支取，这就无法保证专款专用。

但是 2013 年国家即已要求北京市对基本医疗保险个人账户实行封闭管理，以保障专款专用。根据之前媒体对北京市社保局相关负责人就该账户管理的相关报道以及对民众相关咨询的解答，目前北京市正在进行个人账户封闭管理的政策研究，将改变目前的管理模式，实行封闭式管理，账户内的钱不再能随意提取而只能用于看病就医，医保个人账户里的钱将会按月直接打入社保卡，用于就医时的实时结算。故而，从设立社会保障制度的初衷和目的而言，该笔资金应是国家基本社会保障统筹基金的一部分，个人账户中的资金数额的所有权并不是账户所特指的个人，其不能任意使用。只是在该账户中的个人出现疾病后，用于支付给个人的医疗费用，个人原则上是不能自由支取用于除此之外的其他方面的。

再次，从当前婚姻法及相关司法解释对个人财产界定的立法主旨来说，该账户内资金与账户所有人的人身具有密不可分的关系，具有专属性，应属于其个人财产。将其作为夫妻共同财产予以分割亦不甚妥当。况且对于全国其他实行封闭管理的地区而言，由于无法提取，现实分割也并不可能。

综上，因该笔资金与人身具有密切的关联，在使用上仅限于个人医疗就诊使用，从其性质和用途以及实际分割来说，医保个人账户的本金和利息应为个人所有，将来可继承，但离婚时不宜作为共同财产加以分割。

（五）文件选读

浙江高院关于进一步规范民事诉讼鉴定相关工作若干问题的纪要（全文）

2015 年 1 月 11 日　　口袋律师

（2014 年 12 月 15 日省高院审判委员会第 2565 次会议通过）

为进一步规范民事诉讼鉴定相关工作，提高审判质效，提升司法公信力，浙江省高级人民法院就民事诉讼鉴定相关问题组织了专题研讨，形成纪要如下：

第一条　　当事人就查明事实的专门性问题向人民法院申请鉴定的，应当在举证期限内提出。逾期申请的，应当说明理由;拒不说明理由或者理由不成立的，人民法院根据不同情形可以不予准许，或者准许申请但予以训诫、罚款或者判决由其多负担鉴定费用等。

第二条　　人民法院应对当事人申请鉴定事项的专门性、与案件争议内容的关联性及鉴定事项是否具体明确等进行审查，对鉴定没有必要或者申请鉴定缺乏正当理由的，可不予准许。

第三条　　对当事人提交的鉴定材料，审判业务庭法官应先行组织质证，并在《司法鉴定材料移交单》中明确列明当事人有异议的材料。异议材料不影响鉴定的，可要求鉴定机构就有关材料单列意见。

第四条　　各地人民法院应结合本地实际，积极探索标的额较小案件的鉴定替代机制。在征得双方当事人同意的前提下，可将涉案专门性问题交当地公众平台或相关专家库等提出意见，以节约诉讼成本，提高诉讼效率。

第五条　　各基层人民法院应积极加强与交警、保险、司法行政等部门协作。有条件的地方可设立道路交通事故调处中心，实行道交事故纠纷一体化处置，有效提高事故处理和纠纷解决的效率，降低处理成本。当事人有鉴定需求且其他各方当事人均表示同意的，调处中心可径行委托鉴定。调处中心委托鉴定可借助"浙江法院对外委托机

构信息平台”确定鉴定机构。

当事人提交道路交通事故调处中心委托鉴定形成的鉴定意见作为诉讼证据的，不属于诉前单方委托鉴定意见，有关鉴定意见的审查适用本纪要第十五条的有关规定。

第六条　人民法院对外委托司法鉴定及通知鉴定人出庭作证的，应严格按照本院与浙江省司法厅联合下发的浙司〔2014〕69 号《关于进一步规范司法鉴定工作若干事项的意见》及本院其他有关规定进行，确保程序公开公正。

第七条　人民法院对外委托司法鉴定应根据有关规定确定具体的鉴定期限，并在委托书上注明。鉴定期限可依照相关鉴定的行政或者行业规范确定，也可以与鉴定机构协商确定。逾期鉴定且无正当理由的，按有关规定处理。

第八条　人民法院的鉴定委托部门应向鉴定申请人发送预交鉴定费用通知书，申请鉴定一方当事人在收到通知后 5 个工作日内无正当理由未交纳鉴定费用的，视为放弃鉴定申请。

第九条　鉴定机构根据鉴定需要补充材料的，原则上应一次性书面告知应补充的材料。补充材料期间可以不计入鉴定期限。原则上鉴定机构不得直接接受当事人提交的未经人民法院确认的材料，但当事人对材料均无异议，且人民法院予以认可的除外。

第十条　人民法院应加大对当事人诉前单方委托鉴定意见的审查力度，对方当事人提交证据或者提供依据表明单方委托鉴定意见可能存在依据不充分、程序违法或者意见不成立等问题，且鉴定意见提交方不能作出合理解释的，可认定“足以反驳”单方鉴定意见。当事人据此申请司法鉴定的，人民法院应予准许。诉前单方委托鉴定的费用一般应由委托方自行负担，但法律、司法解释另有规定或者当事人另有约定的除外。

第十一条　鉴定意见未经质证不能作为认定案件事实的依据。当事人对鉴定意见有异议的，可以要求鉴定人书面回复，也可以申请鉴定人出庭作证。对于专业性问题，根据浙高法〔2014〕100 号《关于专家辅助人参与民事诉讼活动若干问题的纪要》规定，当事人可以申请专家辅助人出庭就鉴定意见或者专业问题提出意见。当事人申请鉴定人出庭作证的，人民法院应告知当事人可申请专家辅助人出庭。

第十二条　当事人申请鉴定人出庭作证的，应提交申请书，明确对鉴定意见的异议内容。人民法院经审查准许鉴定人出庭作证的，应通知申请人预交鉴定人出庭费用。申请人未按规定时间交纳费用且无正当理由的，视为放弃申请。鉴定人出庭作证费用标准按照省物价局规定执行。

第十三条　鉴定人出庭作证时，当事人应围绕所提异议进行质询。当事人所提问题未在申请书上明确且鉴定人当庭难以回答的，经法庭同意，鉴定人可在庭后提交有关问题的书面意见。人民法院可将鉴定人出庭作证的庭审记录部分先行打印，方便鉴定人及时签署笔录及退庭。庭审采用录音录像形式记录的，鉴定人出庭作证完毕后可直接退庭。

第十四条　经人民法院通知，鉴定人拒不出庭作证的，鉴定意见不得作为认定事实的根据，支付鉴定费用的当事人可以要求返还鉴定费用，并对该鉴定人所在机构按有关规定处理。鉴定人出庭确有困难的，经人民法院同意，可以通过视听传输技术方式，远程接受当事人质询。鉴定人也可通过庭前会议接受当事人质询。

第十五条　人民法院对外委托进行司法鉴定以一次鉴定为原则。当事人申请再次司法鉴定的，人民法院应首先穷尽其他救济程序，如要求鉴定人出庭作证、补充鉴定、专家咨询意见、人民法院内部技术审核等。仍不能弥补初次司法鉴定的缺陷，且符合《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二十七条规定的，可准许重新司法鉴定。

第十六条　充分利用“浙江法院对外委托机构信息平台”，进一步提升对外委托司法鉴定工作的透明度。除当事人协商一致确定鉴定机构外，人民法院对外委托司法鉴定应在各方当事人的监督下，从信息平台中导出符合条件的鉴定机构，并由计算机随机确定鉴定机构。

第十七条　建立人民法院对外委托司法鉴定节点管理制度。对委托司法鉴定的民事案件进行节点管理，在审判管理信息系统中确定启动、委托过程中的不同节点，系统自动计算委托案件鉴定时间，明确期间责任，提升涉鉴定案件的审判效率。

第十八条　涉及对外委托司法鉴定的民事案件，承办法官应在结案时填写司法鉴定反馈意见表，对司法鉴定质量、鉴定期限、鉴定人出庭以及意见采信等方面进行评估，形成完整的司法鉴定质量和效率报告，供人民法院鉴定管理部门以及鉴定相关行政管理部门监管参考。

第十九条　人民法院要参照（法发〔1993〕41 号）《最高人民法院关于法庭的名称、审判活动区布置和国徽悬挂问题的通知》规定，在审判台的左前方设置鉴定人席，供鉴定人出庭作证时使用。有条件的人民法院还应该设置单独的鉴定人休息区域，方便鉴定人等候出庭。

第二十条　建立健全与鉴定相关行政管理部门、行业协会的联系机制，充分发挥审判管理信息系统的作用，实时或者定期向鉴定相关行政管理部门、行业协会反馈鉴定机构有关工作情况，实现鉴定监管司法和行政的良性互动，有效提升司法鉴定质量。

第二十一条　刑事自诉案件中涉及的鉴定相关工作，可参照本纪要执行。

第二十二条　本纪要自发布之日起施行。本纪要施行后，法律、法规、司法解释有新规定的，按新规定执行。

（六）媒体视点

跨性别者在中国

2015 年 1 月 5 日 彭苏 邓郁 南方人物周刊

2014 年 06 月 14 日，上海本地同性恋、双性恋和跨性别（LGBT）组织第 6 届上海骄傲节，参加骄傲跑的成员合影

“第一，随大众，你会少吃很多苦；第二，如果你真的决定了，只能说这条路很难走，你愿意你就走”

最初，当我告诉联合国开发计划署 LGBT 项目官员廖爱晚，即将要写“T 人群”时，这位翻译过《性别是条毛毛虫》的译者马上反驳我：“我不知道你所说的‘T 人群’是指什么。”

我不得不解释，性少数群体简称“LGBT”，L 指称女同性恋者(Lesbian)，G 指称男同性恋者(Gay)，B 指称双性恋者(Bisexual)，而 T 是指称跨性别者(Transgender)……

“女同里面有一种角色，也叫‘T’(Tomboy，即较男性化的女同性恋者)。”平头、打着耳钉的 TA 冷静指出。

“我要写跨性别人群。”我更正道。

“你们可以写我啊”——12 月 26 日傍晚，北京同语负责人徐玢正在向我们推荐合适的采访人选时，文军从门外探进头，毛遂自荐。

同语成立于 2005 年 1 月。这个民间非营利组织对外宣传，“关注中国在性倾向或性别身份上遭受压迫的群体，旨在通过社群动员、公共教育和政策倡导，推动公众对多元性别议题的认知、消除歧视、争取平等权益。”它的办公室位处北京东直门商圈的一栋大楼里，一间大厅、3 间内室中，部分分给北京同志中心。文军这个月初刚来京担任该中心的运营管理主任。

她上着细格纹衬衫，饱满的下颏因谈笑风生，显出一个浅浅的梨涡，“我属于跨性别者中的‘男跨女’。我喜爱阳刚的男人。虽然很想跨到直男（Gay 圈对于双性恋或异性恋的特殊称呼），但那会无数次地受伤。所以，我可以跨到男同。”

徐玢高兴道，文军快结婚了，对象也是一位跨性别者，名叫小 C。

“小 C 先生恰好是这一人群中的‘女跨男’。他喜欢女人，且先跨到女同中来。”文军支手抚腮，妩媚地宣称：我们要在过年前，在圈里举办一场轰轰烈烈的跨性别婚礼。

文军喜欢收集毛绒玩具，家里面大大小小的加起来有二十多个（图/本刊记者 梁辰）

我是谁

“性别认同与生理性别不同，或性别表达与性别规范相悖，就叫跨性别。”按照概念阐释，文军的生理性别是“男性”，但她的性别认同是“女性”——廖爱晚向我们强调：性别是靠当事人的认同决定的，和身体无关。所以，文军是“她”。

“你要问，为什么会产生跨性别者？那我先有一个疑问：顺性别者又是怎样产生的呢？‘顺’与‘跨’是相对应的结构，为什么只问其一，不问其二？”廖爱晚说，“其实跨性别者和顺性别者的产生都是因为我们的社会有性别规范，而不同的社会成员有意识或无意识地采用了应对这些规范的不同方式，顺从性别规范的就成了顺性别，逾越性别规范的就成了跨性别。”

一个人如何获知自己是跨性别者？“就是当一个人受到性别规范惩罚的时候。要记住，规范是用来干什么的——它是用来对社会成员进行管控的。你顺从了它，它就不会让你察觉，你就会以为规范并不存在，一切理所当然。反过来，一旦你逾越了它，你就会遭到惩罚。这个惩罚有时可能很轻微——被别人多看一眼、多问一句；有时则非常极端——从剥夺自由到剥夺生命。”廖爱晚说。

叮、叮、叮——文军试穿一双鞋跟超七寸的女式防水台牛皮鞋，得意地踏在客厅地板上，“我在内地不敢穿，在香港才敢穿。”她的新手机里，就存有一张她站在香港街头、满头银饰、左顾右盼、传统苗家女装扮的相片。上有一行字：30 岁祝自己生日快乐。

“穿女装的心愿，我从来就有。小时候，我偷偷穿过妹妹的衣服。普通女式正装缺乏个性。我爱买苗装、唐装和晚礼服，在出席盛典、中心举办活动时穿。”文军说，“我体型较宽，适合穿唐装。在当地，朋友们都叫我贵妃娘娘。”

“我还想打耳洞。结婚时，我披上婚纱，会戴上耳环。我最喜欢那种大圈圈耳环。”闲聊中，她没有丝毫忸怩作态，回味起第一次穿起晚礼服赶赴晚会的模样，“好美，好有气质。”

她告诉我，那次也是她真正意识到，她不是男同中的女角，而是跨性别中的“男跨女”。“二者的本质区别在于，一对男同无论生理还是心理上，都认为自己是男人。我却在心理上认为，我是一个女人。”

“她就应该是女孩。”家人也这么说过文军。出生于贵州遵义农村，父母是农民，她本是“长子”，后面还有一弟一妹。那会，村里女娃多，她们成天玩耍，“就像生活在女人堆中。”亲戚们羡慕她母亲，但凡她在家，母亲几乎不用下厨。“刺绣、打毛衣、做鞋子、烧菜干家务，基本上女人会的，我都精通。女人不会的，我也会。除了不会生孩子。”

9 岁时，她随父母进城，读书。生性开朗温和的她广受男女同学欢迎。“我会用男人的外表解读男生，用女人的

细心体贴男生。他们没有欺负过我。”她自觉，“人生还挺平顺，尽管感情有过挫折。”

2000 年，她考上一所工科大学，无意中勾起往日相思。“我们家族一共两百多号人，我从小爱慕过里面的一个表哥，他比我大十多岁。当时懵懵懂懂，我遐想能和他一起过日子多好。这份情感，我暗暗压在心底。”她说，“大一新生入学。军训一个月，我仿佛心脏被箭刺中，嘣噔炸开，一下爱上我的教官。我不想隐藏想法。跟谁恋爱，我都会事先表明，我是怎样的人，你愿意和我好就愿意，不愿意就算了。我向他表白后，他居然接受了。原来他是个 gay。”

“我们好了 3 年多。部队纪律严明，轮休才能出来，我们一周相会一次。聊天、逛街、看电影，当然，也有更亲密的接触。那时期，传闻成都一家美发店老板与员工相爱，甘愿为对方做变性手术。一度我也很想为教官做手术。我问过他，假如我是女生，你愿不愿娶我？他曾回答，愿意。直到他退伍，我回到家乡，我们失去了联系——他不再来信。2004 年，我来到北京。4 年里，我没有交往这个圈里的人。除了工作，还是努力工作。待我终于放下心结，才回到贵州。我记得，那年大年三十，我向家人吐露，我喜欢男人。父母听后，又惊又怖，度过一晚。初一早上，他们对我说，幸福是你自己的，你自己把握。”

“如今家族里，除了奶奶、大伯二伯、大姑二姑瞒着，其他亲戚都知道我‘出柜’了，他们依然对我很好，从没传播闲言碎语。弟弟妹妹也支持我。至于同学好友，我想，他们或许早知我的性倾向，从不点破，默默接受。”

教官消失后，文军相继谈过两个男友。“第三个比前两个稍微瘦小。性格气质上，也是十分阳刚的男生。无论做男同还是跨性别者，我择偶标准绝不会变——必须很 man 的男人，才能征服我。”

最终，这两个“很 man 的男人”娶妻生子，离他而去。第三任男友在今年五一结婚。2011 年，第二任男友结婚时，他强忍心里痛楚，为之张罗隆重的婚礼。新娘婚纱都是她帮忙选的。

“我觉得人需要换位思考。他们的父母不像我的父母。对方父母盼望看到自家的孩子结婚。再说，生活是对方的选择，我无法强迫他们。相好前，我就跟他们说，你可以结婚。但我不同意分手，双方还保持情人关系。”她说，一次她送喝醉的前男友回家，“途中，他想和我做爱，我拒绝了。”

“有媒体采访我，问我最担心什么。我说，我担心‘同妻’问题。我希望有一天，同性恋真的在中国合法化，这样便不会导致很多男同被迫结婚，因而产生大量可怜的‘同妻’。所以，我站在女人的角度，考虑对方妻子的感受。我告诫第二任男友，既然你娶妻，你就要对她负责，好好待她。他的妻子不是没怀疑过我们。今天，我们却成了好姐妹。”

我问过文军，对生理性别是男性间的爱情，有无前景上的迷茫。她一派淡然，两人在一起，可算协调融洽，包括性生活。没有风风光光，没有要生要死。中国没有确立同性婚姻，彼此相处久了，没有约束，确实无从保障未来。可是，异性恋不也没有这种保障？“我想未来，不管我的另一半是男同或直男，我都要一心一意对他。”

一度，她对性别认同迷茫过。“和男同的 1（性生活中，主动攻的一方）或 0（受的一方）相比，我更像 0，更趋向女性。我更心细。”她为此查阅资料，探索有无像她这样的人群。她尝试和一个 gay 朋友详解，自己在心理上是女人，不过身体是一具男人的皮囊。那人说，我知道你是“女人”啊。

“不对，不对，定义上不同。”

“有什么不同？你是一个男人，你喜欢男人就是 gay。”

这让文军明白了，“我们在性少数人群里，更占少数。如果在 gay 面前，声称你是跨性别者，人家会以为你作怪。”2012 年，他在贵阳一家男同 NGO 工作。由此，结识了另一家做女同 NGO 的小 C。

“你看，小 C 有胡子的。”文军切换手机里的照片，一个短发、青春洋溢的少年正在微笑。

“他最早以为他是女同中的 T，也是近两年，才搞清自己是跨性别中的‘女跨男’。”文军说，小 C 是“独生女”，父母均为县城公务员。有一回，他试图“出柜”，患有心脏病的母亲气得吐血，连夜送入医院。从此，家人催他快速“出嫁”。孝道与逼婚的双重压力下，今年 11 月，他忍不住向文军倒出苦水。

“以前，我们也仅限工作上打交道。听他倾诉后，我当即表态，我跟你结婚。正式公证注册。”两人一拍即合，“本想只为家人举办婚礼，我穿男装，他穿女装。后来决定在朋友圈里再办一场，他穿男装，我穿女装。我们要通过婚礼，让这一领域的部分人群站出来，自我认同，我就是跨性别者。”这次，文军的父母依然没过问儿子婚姻的实质，“在他们眼里，小 C 是一个中性的女孩。”

文军说，她与小 C 达成共识：婚后各自延续各自的道路。一方家中出状况，另一方要履行家庭成员义务。他们不会生育后代，“即使同一屋檐下，同睡一张床，我们也绝不会有性接触。实在想要小孩，我们可以领养孤儿，何必非要生。”

她的脑海里浮现过一个画面：有一天，两人分别拥有自己的伴侣。4 个人住在一起，亲如一家。“我和小 C 在贵阳的房子，仅隔一堵墙。”她低下头，双手合拢着比划。

然然（图/本刊记者 梁辰）

磨合

“女儿，你应该清醒了！”

“很认真地说，我知道我在做什么。我也知道我为什么这么做。很多话每次憋着，谁也不舒服。我不回家的原因是你们让我改变，我尝试过，没办法……我尝试过你们所谓的正常人的生活，可我做不到，我的身体本能做不

到……我告诉你们，我以后会有一个家，一个对象，一个孩子。只是这个对象不是男生。”

咖啡师然然将手机里 TA 与家人不久前的微信对话摆在我面前。“TA”是然然要求放在文中的称谓，“你哪怕称我为‘它’。反正我讨厌用‘他们’这类标签。”“TA”也象征了这名 90 后跨性别者的性别认同处于流动状态，“我也不知以后怎样。目前是非男非女，我是‘第三性别’。”

事前，廖爱晚已竭力向我们解析，以跨越方式划分，跨性别者可分为“二元跨越”和“非二元跨越”。譬如，文军是单纯的“男跨女”，属“二元跨越”，然然看似“女跨男”，尚属“非二元跨越”。

与复杂的性别认同相比，然然的性倾向简单明了，“我喜欢一切女性和‘娘白受’，只要是我喜欢的人就行。性生活上，我是‘万年攻’，我要找‘万年受’。”那张戴着黑框眼镜、突显学生气的面庞，一脸豪迈。

一落座，我便注意到然然的配饰：马头像的金属领带、手腕上的珠子、小指上的尾戒。TA 告诉我，配戴这些只为自我保护。“特别不自信时，脖上能挂三四样东西。不知从什么时候起，我觉得我的脖子、手肘、脚踝是特别小心攻击的地方。我要将它们保护好，戴得越多越安全。”

然然 10 岁留短发，爱好中性打扮，善于保护弱小，不管是人还是小动物。TA 说，童年时性格比较懦弱，朋友很少，容易被同学欺负。读高中后，TA 渴望强大，于是趋于暴力倾向。因此，TA 与男生的关系反而变好——男生之间闹摩擦，大不了靠打架一决胜负。我打赢你，你就得服从我。

“高二时，我与班上一女生关系亲密，好到上课睡觉都要手拉手。一个老师离间我们，跟她说，不要跟我玩，我是个同性恋。我估计这老师从大城市毕业，对同性恋早有见闻。高三那年，我真的暗恋上一女孩。她才念初三，我们在安徽一座城市的同所寄宿学校上学。每个月返家，我们会同乘一辆汽车，交流默契。我慢慢发觉，我不单单把她看作朋友。她对我倒无所察觉。之前，我和男生谈过恋爱，但止于手牵手。若想再进一步，我便不自觉地想避开。”TA 不知如何应对内心挣扎，向一发小求助。这名发小正是女同里的“T”，听完 TA 的困惑说，很正常啊，你也是女同中的“T”。她向 TA 传输经验，并告之网上的女同聊天板块。“因为本身不排斥，我吸纳很快。”然然说。

女同中，“T”的定义五花八门。“娘 T、爷 T、铁 T（不让对方碰自己，只主动与对方有性行为），我得找我是哪一类‘T’。”自觉打扮与男生相似，然然将自己先归为“爷 T”。朋友们笑话 TA 很“娘”，喜爱很萌的事物——“看见娃娃，两眼泛光”，容易倾慕女生中的“女汉子”，还会与熟谙的人撒娇，于是，TA 又设定自己是——“很娘的爷 T！”

然然要变“爷”。“公共场合，我进男厕才自在，进女厕像上错地方。要是有男生发现我是女生，我会瞪回去。要是我进女厕所，女生指指点点，我会勾下头。我上男厕所都快两三年了。”TA 隐隐觉得，TA 与女同的“T”不太一样，“有些 T 不在意自己的女性身份。可我在北京上大学的 4 年里，没和女生洗过澡，她们也从没看过我换衣服。”

无论哪种“T”，女同是认同自身的生理性别的。然然却从十五六岁起，讨厌自己的身体。“还没有束胸带时，我就拿束腰带缠住自己的胸。作为同志后，知道了网上有束胸卖，我买了戴到如今。早期，我体重有一百八九十斤，胸部不算小，束成平胸实在难受，尤其在夏天。但和不束胸比起来，我宁肯选择难受。”

在北京，然然让远方的父母步步惊心。“刚开始，我跟他们虚构，自己周围有女同朋友。他们不接受。我又给他们介绍一些描写同志的电影等等，他们还是不接受。一年半前，我才向他们执意表态：我不结婚，我无法按照你们的要求打扮自己，我喜欢女生，不喜欢男生。”

TA 说，态度转为强势，是由于清晰地了解自己。“谁都不是生来就能承受所有舆论。我爸妈在小城市过活，一生好面子，深信口水能淹死人。他们说服我要有从众心理。我私下既自卑又自责。整个人抑郁得都快活不下去。”第一次，TA 来到北京同志中心，想做心理咨询：我想变回异性恋，不想那么痛苦。

“此前，我只知道女同分 T 和 P，不知道英文 Lesbian 全称。只知道攻与受，不知道 1 与 0。也不知道彩虹旗与粉色的寓意。甚至，也不太知道 LGBT 是什么。更对跨性别者的存在一无所知。”参加了多元性别的讲座后，TA 结识不少性少数人群，一点点厘清：“我的不自信来自我的种种不了解。我想告诉你，真实的我是这样的，但我没有坚强的理由告诉你，我是对的。如果没来这里，我极可能一辈子自我定义是‘爷 T’。跨性别者是性少数人群中的少数，因为没有站出来，显得比同性恋少太多。一部分女同中的 T 可能和我一样，属跨性别范围。她们或者不自知，或者还在摸索。”

TA 开始在大众面前表达自己，不再介怀别人眼光。“最早，别人问我是女生还是男生。我说我是女生。转为跨性别者后，工作中，我跟人说，我是男生。有一个女生说，你这么娘，一点都不男生。你比女生还女生。我说，那我还是男生。在男女划分严重的情况下，我只能学习，怎样做一个社会上的男生。我认同我不是女生才两年，等于一个婴幼儿，在完成社会上男性该有的特质。”

我问 TA，是否有遇他人恶意攻击？

“万一遇到，我会请他坐下听我说。实在不讲道理，那么我会说，你觉得我是什么就是什么。我权当你无知。有些人的确是无知才会做那种事。就像我没有办法让所有歧视同性恋的人不歧视同性恋，但我可以让不了解同性恋的人了解他们。我上大二时，同学、舍友听说‘同志传播艾滋’，害怕女同也会如此，她们对我指桑骂槐，有意孤立我。我从同志中心带回资料跟她们讲解。她们才逐渐了解，原来事情不像她们想象的那样。”

当有人问及，你是女生，为什么进男厕，TA 才不知如何说清。TA 没打算向所有人挑明，自己是一名跨性别者，“否则累死了，还不起多大作用。”对不熟悉 LGBT 的人（包括 TA 的父母），TA 说：我是女同，但我要上男厕所……

徐玢告诉我，对于跨性别者，最深的隐痛来自家庭的不接纳。

对此，然然不停把玩手中的男表，TA 已和父母一个月没说话。“刚开始，我和爸妈争吵不休。寒暑假都不敢回家。每每和他们 3 句话讲不到头，就感到自己特委屈。为什么我说了那么多，他们还是不能理解。我在外面很少流泪。我妈问我，每次你和我吵架都要哭，你能不能不要再哭？”再后来，父母刻意逃避 TA——“他们说没事，你还小呢，再看看吧，没准是没找着钟意的对象。”一年前，然然的母亲略有松口，“你找男生还是女生，能谈够 3 年就带回家。”

“我目前就有一个女朋友，在厦门。我们是 2013 年负责中心活动签到时认识，中间差点分手。俩人算是一见钟情，第一天认识，第三天约出喝酒，一周后同居。她不是女同。男生女生，她都交往过。不讲性别认同，我们认同是彼此这个人。

“没有对象前，我曾想过，相处 3 年，双方会拍一张结婚照。超过 5 年，我会带她见我爸妈。超过 7 年，我们举办婚礼，或到国外领证。这不是对社会负责，而是对自己的承诺。我们都想有自己的小孩。我明白这事很难。我曾异想天开，我怀她的宝宝，她怀我的宝宝。让孩子享有同一个爸爸……”

我反问 TA，“假如有一天，你们的孩子也成为性少数人群中一个？”

“我会跟他说实话。第一，随大众，你会少吃很多苦；第二，如果你真的决定了，只能说这条路很难走，你愿意你就走。”然然认真地说。

做不做变性手术

孙小姐在微信上的头像十分娇媚。尽管她在电话里声称，自己今年 40 岁。即连她的声音都透着女人味的慵懒。她说，她在 4 年前做完男跨女的变性手术，现已结婚。偶尔也会参加 TS 与 CD 的聚会，每人彰显穿上女装的魅力。“跨性别人群中，有一类称为 CD（Cross-Dressing 的简称，译为“易装”），还有一类称为 TS（Transsexual 的简称，译为“变性人”）。我就属于 TS。”

“那么，跨性别者不一定非做变性手术不可？”

“差别很大。比如我妈陪我到泰国做手术，最初还觉得这种行为很怪异。到那里一看，做变性手术的人太多了，有沙特的石油大亨驾着私人飞机前来，也有七十多岁的老头想做老太太。我们私底下聊天时，她说，我如今孙子大了，我一生中该完成的使命都完成了，我要做回我自己。等我埋进棺材里时，我一定要是个女人。所有 TS 都认定一件事，我是生错的。”她说道。

徐玢深谙 TS 的心理：这些跨性别者焦虑于自己的性别表达，对原有的生理器官难以忍受，渴求改变自己的身体，使之符合自己的性别认同。

我在微信关注了一位爱白跨性别小组负责人。这名跨性别者不愿暴露姓名，本职工作是电子工程师。图像上，她的眼神干净清澈。我们的话题，以她明确自己是男跨女前与女性的情感关系展开——

第一次谈恋爱，是在初中，纯粹好玩。第二段与女性交往，是试图将自己的性别认同“掰直”。我上大学时，生理性别是男性，构成我人生的主要烦恼。人们通常解决烦恼的方式，不是适应它，就是消除它。我尝试不去想它，根本无法办到。那场恋爱只维持几个月，与她都谈不上密集的接触，我真切感受到“不想要”。最终，我完全放弃，还是要遵从自己意愿过活。从内心而言，我希望我一出生就是一个妹子。但那没有发生。于是我执著地思考，如何使自己达成心愿？在相关知识封闭的情形下，我改变自己的性别表达的直观做法是，留长发。

出柜发生在工作第一年。那时，我在外地一家公司，我将发型剪成齐刘海的披肩发。衣着一件件换成偏中性的女装。父母发现我的着装变化，他们问我怎么了。较之跨性别是什么，他们更易懂变性人是什么。我说，我要变性。他们审问我一大堆问题：是不是身体出毛病了，是不是喜欢谁了，我连说没有。氛围相当吃紧。第二天我便跑回外地。我是趁着出差到京的机会，回家一趟出了柜。

我了解一些跨性别者的出柜经历。我认为改变上一代人的观点实无必要。重点是提高自己的生活质量，而不是改变他们。最为关键是，我一直隐藏自己是跨性别，就是怕他们知道。既然出柜了，我就能光明正大做自己。

大概 2008 年，我在网上无意搜索一些 TRANS 的论坛。在我的理解中，“跨性别”是一个广义词，是为包含多种性少数群体的共同需求而创造。有人不满自己的生理性别，以外在装束来呈现。有人则是改变躯体构造，来实现自己的性别认同，像我。

从 2008 年起心动念，到今年完成手术，我咨询过医生，走访大约 50 到 100 个做过变性手术者。看到他们手术后，大体生活都比之前有显著提高。不似未出柜的人，充满紧张感。你就会明白，一个人想一件事很多年，忽然有一天放下了，对他相当受益。

剩下的事顺水推舟，比如我看到一个统计数据，说在 TRANS 人群里，要求做手术的人比例逐年下滑，这让我有所疑惑。我在国内讨问数圈无果，后向美国一个从事 TRANS 公益 40 年的前辈请教这一问题的根源。获得结论是，导致这一现象的原因是“TRANS”的内涵扩大了，更多人被纳入其中。需要手术的人的绝对数量从来没有减少，但在“TRANS”这一总量快速增长下，比例下降。也是在“TRANS”社区里，你会见到在各个国家做手术的人，探听到各种各样的医院或是医生。

今年 2 月底，我住进泰国一家医院。早在一两年前，我就亲自调查过。手术前，医生向我详述他的技术，然后检查我的身体状况。并询问我对手术效果的要求。这跟点菜似的，医生摆出三点：敏感度、深度、外观，问我最在

乎哪一项。依照泰国法律，做手术还要填写一份心理评估。一个咨询师会根据你的经历、你身处的环境等情况得出结论。我给他看了一张画，那是一个有点卡通型、非常普通的妹子。我告诉他，这就是我想要的生活。

手术历经四五个小时，全身麻醉。我躺在手术台上，双手摊开，往里插上各种管子，检测仪器。医生问我，Areyou ready?我回答 OK。他一声令下，Close your eyes。

手术完后，我在床上待了 5 天。第六天，拆掉包扎，下床，学习如何术后照料自己，学习如何洗澡。拆包扎时，如何判断出血位置在哪儿，如何止血。出血非常常见。除了术后扩张有点疼，要做康复训练，此外还好。对我来说，我并不把这事看作生活的分界点。TRANS 只是普通生活的一部分，略带点年轻人成长的烦恼。不是今天做了手术，明天就发生翻天覆地的变化。我照样工作，照样与周围人相处。倒是加入爱白前，我只是一个技术员，每天泡在实验室，接触机器不接触人。做公益就是要在生活中去与人交流，这对我是一个极大的转变。我以前寄望成为一个优秀的工程师，那是我一生的理想。现在，我觉得为一个群体做点事更重要。中国这么大，不缺一个电子工程师，却缺少做 TRANS 权益的人。

守望

2012 年 9 月，“性别多元：理论与实务国际研讨会”召开之际，性学家、北京林业大学性与性别研究所所长方刚将早已起草，并与李银河等来自性别研究学术界及社会活动界人士联署的《关于跨性别平等权益的呼吁书》推出。

文中，他们发出呼吁：“社会对跨性别者的污名化可能对他们的身心健康造成伤害，必须摈弃这种污名化”、“呼吁有关部门放宽对变性欲者的手术限制，使其获得更加人性化的对待”、“呼吁有关部门在中国公民身份证、户籍等注册时，在人口普查时，在性别一栏增加新的选项；呼吁社会各界在进行涉及‘性别’的调查与登记时，均提供‘男性’、‘女性’之外的选项”、“保障跨性别者求学、劳动就业的平等权利”、“呼吁在公共设施建设中，充分考虑到跨性别者的需求，比如建设适宜跨性别者使用的性别码头公厕或‘无性别公厕’”、“呼吁各级学校和教师应当尊重学生的性别发展需求，和对性别公平的实践追求；呼吁学校性教育中纳入跨性别的知识，教育青少年尊重性别的多元选择。”

我问方刚：“外界对于跨性别的接纳，经历过哪些变化？”他反问：“社会对跨性别有接纳吗？我觉得基本没什么接纳，一直把其当作病。”

他说，“‘跨性别’一词在国际上是 1990 年代才造出，在中国也是近十几年才被提出。过去人们认为这是病，跨性别者也认为是病。到近十年才表示‘跨性别’不是病。这是一种性别的存在，是一个普普通通的性别。可是你看，今年十大新闻评点里，对于‘刘霆变性’和‘黄海波嫖妓事件’的评语，就能非常准确说明跨性别的处境——没被接受。”

采访中，我不断听到反馈：“很多跨性别者不认同自己身份证上标注的性别，不愿用原生性别去找工作。但没做变性手术，就不能更换身份证”、“中国的学历证明有‘性别’这栏，这在别的国家是没有的。而且中国的学历证明不能更改性别”、“有些人跟家里闹得分崩离析，该上学没上完，变性手术费用又很昂贵，掏不起”、“圈里有这么一句话：10 个 TS，9 个卖，还有一个在准备。”

知名裙装“酷儿”曹靖在演讲《我的短裙，我的“美性”人生》中提到：不仅是在日常公共场所，几乎每一个酷儿，都会在医院里遭受到很严重的歧视。2002 年冬季，我健身跑时不小心摔伤了腿，膝盖半月板撕裂了，要住院做手术。医院有个医生，他见我穿白色长款羽绒服，就一直把我停在那儿，后来，他走过来，紧皱着眉头劈头盖脸地问：你在此之前曾献过几次血？他其实是暗指我是个同性恋，而且用诬蔑和贬低的态度……那些医务界的卫道士主观而无知地认为我是同性恋者，而且就此不准备给我同等医疗服务，这是个很严重的歧视，不仅仅是态度上歧视，这是对我生命权进行一次最严重的社会暴力。

“酷儿”（queer）指性倾向和/或性别认同不顺从当前主流的性与性别规范，英文原意为“古怪反常”，后被性和性别少数者用于自我形容以示对歧视的反抗。“酷儿和跨性别一样，是颠覆传统性别二元划分的性别多元实践者。”方刚说。

也有跨性别者发出个人观点，文军就指出：“有些问题是自己造成，不全怪社会。比如，面对社会广泛人群，如果你非要做出一些过分动作，人们自然拿异样眼光看待你。在职场上，我会注意收敛自己的肢体语言。等换上女装，那才是真正的我，各种姿势都出来了。人要把每一个角色放在不同位置上适应。再说，我的性别认同干嘛广而告之？还有，我既不会吃激素，也不想做变性手术。激素一停，人就老了，我要享受体验生活变老。在国内，要做完完整的变性手术，除要背负经济压力，还要承受一定风险。皮囊而已，何必受尽‘千刀万剐’？”

“如何使跨性别者避免受外界的伤害？”最后，我问廖爱晚。TA 的看法是：建立法律制度和改变社会态度。制度是硬的，态度是软的，两者相辅相成。没有社会态度作为基础，法律制度难以建立，就算建立了，在运行中也可能难以落实或不够彻底，达不到预期效果；而法律制度的建立，又会促成和加速社会态度的转变，或者促使更多的人拥有和这种制度相符的态度。

12 月 26 日，华灯初上。徐玢从容地走出大楼。从 90 年代第一次亲睹跨性别者，到发现“金星变性”，再到“李银河公布私生活”的新闻，引发大众对这一领域的关注，她已见证了李银河早期的预言：中国正在进行一场静悄悄的性革命。

她笑眯眯地说，慢慢来。“主要是教育”，“重要的是观念的变化。”

（参考资料：方刚、朱雪琴主编，《男人的声音：16 位“性别平等男”的演讲》）

老人“失能失智”陷困境，如何让他们“老有所依”？

2014 年 12 月 16 日　上海法治报　冯联清　　周寒梅

在上海市黄浦区的一个弄堂里，有间 10 平米的小屋十分破旧，部分墙皮已脱落了。床铺、碗橱、饭桌和各种零碎品将屋子挤占得满满当当，如果计算人均居住面积，恐怕还不到 2 平米，家中唯一的常用电器就是台老式电视机……这就是记者日前走访沪上一家“失能失智”老人刘老伯时看到的家庭场景。

他的老伴朱阿婆告诉记者，她已经照料瘫痪在床的老伴八年了，她说如今自己最担心的事莫过于，“有一天，如果我先走了，不知道老头子该怎么办？”

接受记者采访的专家指出，申城像刘老伯这样的“失能失智”老人已达到 40 余万。然而，我国长期缺乏针对“失能失智”老人的专门政策和制度安排，在养老照护方面，政策上也没有过多的倾斜。如何为老人“雪中送炭”？他们“老有所依”该靠谁？记者进行了多方走访和梳理。

【走访】

失能失智档案(一)

“如果我先走了，老头子该怎么办？”

姓氏：刘老伯

年龄：72 岁

病情：全身瘫痪

养老形式：家庭养老

12 月 12 日，记者在黄浦区外滩街道志愿者的带领下，来到了刘老伯家里。

刘老伯和老伴朱阿婆住在一幢弄堂房里，由于这里通风很不好,采光也有问题，刚一进门，记者就闻到一股轻微的霉味。

谈及刘老伯的发病史，老伴朱阿婆十分无奈地说，“当初，老头子退休后担任游泳教练，怎么也没有想到他会突然中风。如今，他不但话讲不出，人也只能整天躺在床。女儿工作忙，老头子就由我一人来照顾。”

街道志愿者鲁慧娟告诉记者，“其实，最让我佩服的是，刘老伯虽然整日瘫痪在床，但朱阿婆把家收拾得没有一点骚臭味。”

原来，每天早上 6 点，朱阿婆就要起床，把刘老伯前一天换下来的脏衣服都清洗掉。为了省钱，她会把旧尿布上没有潮湿的地方剪下来，把这部分和新尿布一起使用。刘老伯每次方便完后，朱阿婆一定会用毛巾沾上热水为他擦拭身体，之后再用爽身粉帮他敷好。为了避免刘老伯生疮，朱阿婆每隔一段时间，还要帮他翻身。

“老头子用尿布‘嚇结棍’，钞票不得了”，朱阿婆表示，除了在起居上悉心照顾，她平时省吃俭用，不敢乱花一分钱，另外还要攒钱以应对刘老伯病发。在他的饮食上，朱阿婆也要格外用心，“做饭的时候，我要把菜都切成碎末再下锅。做好饭菜后，会把它们捣得像稀粥一样碎，才好喂给老头子吃。有时候，老头子也发脾气不肯吃、甚至摔碗，我就要哄着他吃或者等一会儿再喂。”

聊到老头子目前的身体状况，朱阿姨不禁落下了眼泪，“老头子身体越来越不行了，前几天又病发住了院。而我也有高血压，我真担心，如果我先走了，老头子该怎么办？”

谈到这里，记者又仔细端详起这位老人，朱阿婆一头短发有些凌乱地搭在头上，戴着一副大框眼镜，衣着十分朴素。脸上深深浅浅的皱纹让她显得有些憔悴。记者问她，“那么，你自己现在过得还好吗？”

没想到的是，朱阿婆自有解乏“妙招”。有空就翻出老两口曾经的照片来看，她说，“一回忆，我好像又回到了年轻的时候，烦恼和辛苦也会忘了。”

“照看老伴八年了，你有怨言吗？”记者问道。

“一开始，我是挺委屈的，也很怨恨摊上了这种事。看着别的老夫妻退休了，可以出去旅游散心，而我却要每天面对着一个不会讲话、不问世事，生活起居都要我服侍的病人。”朱阿婆平复了下心情后继续说道，“但是没有办法，我们既然已经成了夫妻，我就有义务照顾好他。我现在心里也一点点平静了，既然事情已经这样了，我就要好好待他，让老头子好好地走下去。”

朱阿婆家中破乱不堪，街道志愿者看望老人

失能失智档案(二)

“我要回家，为什么不让我回家？”

姓氏：张阿婆

年龄：86 岁

病情：小脑萎缩

养老形式：机构养老

随后，记者来到徐汇区龙华街道敬老院时，满头银丝的张阿婆正躺在重度看护室的床上，准备开始一天的晚餐。护理人员将折叠桌摆到床铺上，耐心地将被打烂搅拌的半流质食物喂到她的嘴里。

敬老院工作人员告诉记者，张阿婆早在 78 岁时已患上由小脑萎缩导致的“老年痴呆症”，2011 年 8 月，老人的

儿子将她送到这里。

“张阿婆腰板还不错，就是身体的‘司令部’坏了，”敬老院工作人员介绍，“最让人后怕的就是，张阿婆之前的一次‘逃跑’了。”

在阿婆来到这里的第一个礼拜，她表现得十分“乖巧”：按时吃饭、康复、睡觉，护理人员对她也渐渐放心。不曾料到，阿婆早已盘算着回家计划。

原来，张阿婆的家就在敬老院附近，因为房子是她的老伴设计，阿婆对老房子有种特殊的情感和记忆。阿婆注意到，敬老院前门常锁，还配有一人看守。而后门连着厨房，送菜的人员进进出出，是离开这里的好通道。

就在阿婆来院的第七天早晨 7 点半左右，张阿婆瞄准敬老院后门，看到一人在灶台做菜，一人在水池洗菜，见时机成熟，张阿婆一溜烟就跑了出去。半小时后，护理员工才发现，张阿婆“没了”。

敬老院院长听说此事后，赶忙召集人员帮忙寻找阿婆下落。“从监控录像看，阿婆从后门溜走的，”工作人员说，“之后，我们报警了。全院的人几乎倾巢出动。我们还向附近小区保安求助，又到公交站台请司机师傅、阿婆家属等帮忙找。后来，其中一位女司机提供线索说，她看到一位穿红裤子，戴着一副眼镜的老太，确认是走丢的张老太。沿着公交路线，我们兜兜转转找了差不多一天。最终，阿婆的儿子在一家商场附近找到了她。”

事后，家人告诉院方，“当时，老人的神智已经不清了。她正在馒头店想‘买’东西，店家让她付钱时，老人竟把手纸当钱递给对方。”

后来，张阿婆不死心，又尝试了几次“逃跑”，有时也向工作人员抱怨，“我要回家，为什么不让我回家？”工作人员表示无奈。“后来，在不断引导中，张阿婆终于放弃‘回家’，但有时，阿婆无意识的‘捣乱’行为也让工作人员十分头疼。”

“实际上，类似的事情还有不少，有半夜‘失心疯’打扰其他老人休息的，有老人不听劝导滑倒摔断腿脚的，有家人不理解‘闹事’的……”工作人员坦言，“有时候，我们的压力也很大。”

“可以看出，‘失能失智’老人看护的形势还是比较严峻的。”院长向记者介绍，“至今，敬老院开办已经 14 年了，随着养老需求越来越大，从一开始接收半自理、自理老人，敬老院接收‘失能失智’老人数目逐步增加。”

“如今的床位十分紧张，”院长告诉记者，“我们一般根据老人的年龄、生活自理程度等，将老人依次分为‘专门护理’（又称‘重度护理’）、‘一级护理’、‘二级护理’、‘三级护理’，而我们院主收‘重度护理’及‘一级护理’的老人。目前，我们敬老院的 85 张床位已经饱和了。其中，有 28 位半自理的‘一级护理’老人，1 位‘二级护理’老人，其余 56 位都是‘重度护理’也就是失能失智老人，占比高达 66%。而我们在照料过程中，难免会碰到各种各样的问题。所以，必须神经绷紧，尽力将老人照顾好。”

龙华街道敬老院员工帮失能失智老人康复训练

【进展】

探索“喘息”养老模式

设立“失能失智”专业养护机构

记者采访得知，有这样一个团队，他们数年如一日，深入社区开展“失能失智”关爱活动。他们不求百姓回报，定期为“失能失智”老人开展调查评估，上门开展家庭访视、心理及专业护理知识培训等……他们就是“咏年楼”志愿者们。

据悉，早在 2011 年初，黄浦区外滩街道“咏年楼”志愿者们就深入社区，开展“失能”、“失智”老人关爱活动。据不完全统计，现已分别服务 9520 人次、3476 人次。

在“咏年楼”的档案室内，记者看到，外滩街道 19 个居委的“失能失智”老人的健康档案整齐地摆放在三层书架上。负责人告诉记者，“这些都是志愿者们一次次走访 570 户失能老人及 360 户失智老人搜集的。”

为更好地帮助“失能失智”老人家庭，2014 年上半年，“咏年楼”志愿者团为社区“失能失智”老人照料者提供“喘息”服务。

志愿者们利用自身医护知识，“传、帮、带”一批新的志愿者，为“失能失智”老人照料者间歇“顶班”，让照料者们有时间“喘口气”，释放压力。通过培训，志愿者们为失能失智老人开展喂药、清洗与按摩等服务，2014 年全年累计开展“喘息服务”185 次。

在机构养老探索方面，就在去年底，上海市浦东新区“老年特护院”正式启用，据悉，这是上海首家规模较大的专门为“失智失能”老人提供专业养护的机构，只招收浦东新区籍的“失智失能”老人。整个“特护院”融入高科技理念，打造了一套信息数据服务平台，共有 608 张床位。据悉，“特护院”于去年底开业至今已收治失能、失智老人 199 人。

龙华街道敬老院员工看望失能失智老人

【声音】

建照料保障体系

让老人更有尊严

我国长期缺乏针对“失能失智”老人的专门政策和制度安排，在养老照护方面，政策上也没有过多的倾斜。

复旦大学社工系主任赵芳表示，“‘失能失智’老人也拥有生命的尊严，这不仅是家庭问题，也是社会问题。政府有责任优化分配好资源，构建‘失能失智’ 老人照料保障体系，帮助他们更好地走完最后的历程。”

赵芳认为，“咏年楼”志愿者提供的“喘息”服务模式是可推广的，她还建议让政府与专业机构合作，为百姓提供更为完善的“喘息”服务。而介于家庭经济条件差异，入住“特护院”这类机构，有利于满足不同层次人群需求。

上海市人大代表张雅玉接受本报记者采访时则呼吁，“希望上海尽快实施‘医养结合’，将医保扩大到养老护理院。”张雅玉建议拓宽社区卫生服务功能，将失能失智老人医疗卫生照顾列为社区卫生服务内容，提高社区家庭医生配比率，定期上门提供医疗服务。一些医院里也可为“失能失智”老人开辟“绿色通道”。

对于低收入的失能老人，经过评估可采取“失能失智”老人护理补贴的形式，为他们入住养老机构或者接受社区、居家养老服务提供支持。同时，张雅玉建议尽快制定相关法律，保障养老经费的落实。张雅玉期盼成立“上海市老年护理发展基金”，并加强社会化照护服务队伍的培养，以真正满足“失智失能”老人生活的特殊需要。

让新规激活“监护资格撤销”

上海法治报 2015 年 1 月 5 日

■圆桌主持 陈宏光

本期嘉宾

上海中夏旭波律师事务所 李晓茂

上海广庭律师事务所 潘轶

上海卓君律师事务所 秦建铭

主持人:

最高法、最高检、公安部、民政部日前印发《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》，明确了申请撤销监护人资格的诉讼主体，列举了性侵害、遗弃、虐待等 7 种可以撤销监护人资格的严重情形。

而就目前的情况来看，我国法律中虽然早已有监护资格撤销的规定，但实际实施的少之又少。那么，这一最新《意见》的出台，是否能产生立竿见影的效果呢？

现状：法律规定过于空泛

此前关于撤销监护资格的法律规定过于简略空泛，很难应对实际面临的诸多问题。

李晓茂：对于监护及其相关问题，1987 年即实施的我国 《民法通则》 就已在第二节中专门予以了规定。

其中第十八条规定：“监护人应当履行监护职责，保护被监护人的人身、财产及其他合法权益，除为被监护人的利益外，不得处理被监护人的财产……监护人不履行监护职责或者侵害被监护人的合法权益的，应当承担责任；给被监护人造成财产损失的，应当赔偿损失。人民法院可以根据有关人员或者有关单位的申请，撤销监护人的资格。”

《未成年人保护法》 第五十三条也规定：“父母或者其他监护人不履行监护职责或者侵害被监护的未成年人的合法权益，经教育不改的，人民法院可以根据有关人员或者有关单位的申请，撤销其监护人的资格，依法另行指定监护人。被撤销监护资格的父母应当依法继续负担抚养费用。”

问题是，上述法律规定过于简略空泛，很难应对实际面临的诸多问题。正因为如此，现实中依法撤销监护权的案子少之又少，相关法律规定几乎沦为空文，未成年人受到家庭监护侵害后面临发现难、起诉难、审理难、安置难等问题。

新规：强调责任成为亮点

《意见》中使用了大量的“应当……”，体现了落实责任的思路，并且规定民政部门要承担兜底监护人的责任。

潘轶：此次的《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》，由“两高”即最高人民法院、最高人民检察院和“两部”即公安部、民政部共同出台，其宗旨无疑是“切实维护未成年人合法权益”。

而纵观这部 6000 余字的 《意见》，我认为除了内容比较周全完备之外，最大的亮点还在于对于责任的强调。

首先， 《意见》 中使用了大量的“应当……”，体现了落实责任的思路。

众所周知，法律条文中规定的某一行为是否表述为“应当……”至关重要，如果“应当”就是一种法定义务或者说法定责任，而如果不是“应当……”，那么也就毫无法律上的约束力。

而在这部“意见”中，许多规定都表述为“应当……”:

“处理监护侵害行为，应当遵循未成年人最大利益原则，充分考虑未成年人身心特点和人格尊严，给予未成年人特殊、优先保护。”

“对于监护侵害行为，任何组织和个人都有权劝阻、制止或者举报。

公安机关应当采取措施，及时制止在工作中发现以及单位、个人举报的监护侵害行为，情况紧急时将未成年人带离监护人。

民政部门应当设立未成年人救助保护机构（包括救助管理站、未成年人救助保护中心），对因受到监护侵害进入机构的未成年人承担临时监护责任，必要时向人民法院申请撤销监护人资格。

人民法院应当依法受理人身安全保护裁定申请和撤销监护人资格案件并作出裁判。

人民检察院对公安机关、人民法院处理监护侵害行为的工作依法实行法律监督。

人民法院、人民检察院、公安机关设有办理未成年人案件专门工作机构的，应当优先由专门工作机构办理监护侵害案件。”

伴随着这些“应当”的规定，相关部门的责任至少在法律层面落实了。

其次，《意见》中规定了“兜底责任”。

在人民法院撤销监护权之后，要另行指定监护人。以往在现实中，法院判决撤销监护权其实并无难点，难就难在撤销监护权后孩子由谁监护。

此次《意见》中明确，在没有其他监护人可以指定的情况下，民政部门要承担兜底监护人的责任。

这一“兜底”，也至少在法律层面上解决了未成年人无人监护的问题。

展望：实施效果有待观察

就这次出台的 《意见》 来看，至少在法律层面从以往的寥寥数语，变成了洋洋六千余字。可以说，法律规定的确较为详细完备了。下一步，就需要依照法律必须建立的各项制度跟上。

秦建铭：就监护资格的撤销来看，以往面临的不仅是法律过于简略空泛的问题，还有现实层面的许多具体问题，涉及社会方方面面，需要包括机构、资金、人员在内的一整套机制。

就这次出台的《意见》来看，至少在法律层面从以往的寥寥数语，变成了洋洋六千余字。可以说，法律规定的确较为详细完备了。

下一步，就需要依照法律必须建立的各项制度跟上。

就拿依法承担“兜底责任”的民政部门来说，依据 《意见》，其身上的担子是不小的，有些工作可能以前都没有开展过。能否在制度、资金、人员等方方面面给予保障，承担好自己的职责，还有待进一步的观察。

另外，《意见》中屡屡提到的、职责颇为重要的“未成年人救助保护机构”，也是一个以往人们比较陌生的机构。

民政部门目前已有面向一般流浪乞讨人员的救助站，以及特殊的流浪未成年人救助站。据媒体近日报道，民政部已确定将 44 个试点地区的“流浪未成年人救助保护中心”更名转型为“未成年人保护中心”，工作职能拓展为面向困境未成年人的社会保护。

可见，“未成年人救助保护机构”目前仍处于试点探索的状态，如何进一步完善，对民政部门来说也是颇为艰巨的课题。

总之，此次《意见》的出台只是跨出了“依法处理监护人侵害未成年人权益行为”的第一步。要在现实中保证法律规定的有效实施，切实维护好未成年人的合法权益，仍然任重道远。

背景

四部门出台意见：七种情形可撤销监护资格

据新华社报道，记者从 12 月 23 日举行的民政部新闻发布会获悉，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、民政部近日联合印发 《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》，意见自明年 1 月 1 日起实施。

最高人民法院审判委员会专职委员、研究室主任胡云腾介绍说，关于撤销监护人资格，民法通则和未成年人保护法的规定主要涉及两方面，一是侵害未成年人合法权益，一是不履行监护职责。意见根据这两个法律的规定，列举了七种严重情形。

根据意见，被申请人有下列情形之一的，人民法院可以判决撤销其监护人资格：１、性侵害、出卖、遗弃、虐待、暴力伤害未成年人，严重损害未成年人身心健康的；２、将未成年人置于无人监管和照看的状态，导致未成年人面临死亡或者严重伤害危险，经教育不改的；３、拒不履行监护职责长达六个月以上，导致未成年人流离失所或者生活无着的；４、有吸毒、赌博、长期酗酒等恶习无法正确履行监护职责或者因服刑等原因无法履行监护职责，且拒绝将监护职责部分或者全部委托给他人，致使未成年人处于困境或者危险状态的；５、胁迫、诱骗、利用未成年人乞讨，经公安机关和未成年人救助保护机构等部门三次以上批评教育拒不改正，严重影响未成年人正常生活和学习的；６、教唆、利用未成年人实施违法犯罪行为，情节恶劣的；７、有其他严重侵害未成年人合法权益行为的。

胡云腾表示，考虑到这项规定与传统观念存在不一致的地方，必须审慎行使，即确实需要依法剥夺监护权的才依法剥夺，同时对那些进行批评教育、处罚以后能够改正的，能够再次履行监护人职责的，在一年内根据其申请，依法可以恢复监护人资格。

但是意见也规定，申请人具有下列情形之一的，一般不得判决恢复其监护人资格：性侵害、出卖未成年人的；虐待、遗弃未成年人六个月以上、多次遗弃未成年人，并且造成重伤以上严重后果的； 因监护侵害行为被判处五年有期徒刑以上刑罚的。

民政部社会事务司司长张世峰在发布会上表示，家庭监护对未成年人的健康成长具有首要职责。剥夺父母的监护权不是目的而是手段，是对严重侵害未成年人权益的父母进行警示和惩戒。

他同时指出，国家监护是通过转移监护权实现国家和政府的监护，是对家庭监护的补充，民政部门要代表政府履行对未成年人国家监护的兜底责任。

根据意见，民政部门应当设立未成年人救助保护机构（包括救助管理站、未成年人救助保护中心），对因受到监护侵害进入机构的未成年人承担临时监护责任，必要时向人民法院申请撤销监护人资格。

中国妇女报：2014 妇女权益年度新闻报告

2015 年 1 月 9 日　中国妇女报

编者按

伴随全面推进依法治国的进程，带着收获与思索，妇女权益年度新闻报告迎来了 6 岁华诞！

过去的一年，党的十八届四中全会作出关于全面推进依法治国若干重大问题的决定，首次设立国家宪法日，法制建设意义凸显。顺应时代潮流，维护妇女权益法律法规政策日益完善——

中央一号文件要求“完善农村土地承包政策”，特别强调要“切实维护妇女的土地承包权益”；国务院法制办就反家庭暴力法向社会公开征求意见，反家庭暴力专门立法呼之欲出；教育部出台意见，划出针对高校教师的师德禁区“红七条”，严防性骚扰，违者或被开除……

过去的一年，“努力让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义”成为政法机关努力的目标，多起涉及妇女权益案件得到公正审理

珠海香洲法院发出全国首份反家暴“迁出令”，依法保护受暴妇女人身权与财产权不受侵犯；李彦家暴杀夫案在最高法院不予核准死刑后，已公开开庭重审；国内首例就业性别歧视求职者胜诉案，首次以司法判决形式保护女性平等就业权……

过去的一年，围绕着男女平等基本国策的贯彻推进，各相关部门履职也是“蛮拼的”，人民群众“点赞”成行

中国代表团向联合国消除对妇女歧视委员会介绍中国执行《消除对妇女一切形式歧视公约》的履约新进展，得到积极评价；教育部召开全国普通高校招生录取工作会议，禁止高校擅自规定男女生录取比例；北京市总工会在全市启动“妈咪屋”项目，为哺乳期女职工提供人性化服务……

收获虽多，路远且长！

过去的一年，女性从政天花板仍潜而不破，针对幼女性暴力令人扼腕，高校性骚扰屡屡玷污象牙塔，企业招聘性别歧视或明或暗，家暴受害者时而还会蜷缩墙角无助哭泣……

今天，本报从性别与法治视角，记录代表性事件，请专家点评得与失，为了性别更平等，为了社会更和谐。

中央一号文件强调维护农村妇女土地承包权益

1 月 19 日，中共中央、国务院印发了《关于全面深化农村改革加快推进农业现代化的若干意见》，全文共分 8 个部分 33 条。这是 21 世纪以来指导“三农”工作的第 11 份中央一号文件。在第 17 条“完善农村土地承包政策”条目下，在规定“稳定农村土地承包关系并保持长久不变，在坚持和完善最严格的耕地保护制度前提下，赋予农民对承包地占有、使用、收益、流转及承包经营权抵押、担保权能”后，特别强调要“切实维护妇女的土地承包权益”。

江苏泰州两名农村妇女领取到自己的农村土地承包经营权证书

继该一号文件发布后，2014 年 8 月，农业部、全国妇联关于在农村土地承包经营权确权登记办证过程中维护妇女土地权益的会谈纪要进一步强调，土地权证和登记簿上要有妇女的名字。

同时，多个地方开展了农村土地承包经营权确权登记颁证试点工作，积极探索将农村妇女的名字写入农村土地承包经营权证的路径和方法，切实提高农村妇女土地权益的保障水平。

点评：2014 年中央一号文件特别强调“要切实维护妇女的土地承包权益”，这是中央一号文件在论述“三农”问题时第一次明确强调性别权益，彰显了制度顶层设计的性别关怀，为 2014 年以国家意志维护妇女权益发出了第一声动员令。

“要切实维护妇女的土地承包权益”，短短 14 个字回应了广大农村女性最关切的生存与发展问题。众所周知，在深化土地制度改革中，由于农村传统男权文化的强大惯性，加之村民自治的逐渐萌芽与发展，一些地区以村规民约的“合理”漠视国家相关法律规定的“合法”，侵害女性土地承包权的事件屡见不鲜。土地承包权是保障农民财产权的基础条件，土地承包权的丧失，使女性的土地经营权及与之相关联的其他财产收益权也遭侵害。所以，“要切实维护妇女的土地承包权益”，是关怀女性民生的暖心之策。

中央一号文件产生的良好政策联动效应，表明把性别平等视角纳入决策主流是维护女性权益的关键之关键。随着中央一号文件的发布，维护女性土地承包权得到了前所未有的重视，农业部、全国妇联会谈纪要进一步强调，土地权证和登记簿上要有妇女的名字。在此前后，一些地方陆续出台文件，确立了土地确权登记的具体原则。

中央一号文件精神对从源头维护妇女土地权益，具有里程碑意义。

（本报编委、《新女学周刊》主编　禹燕）

珠海香洲法院发出全国首份反家暴“迁出令”

4 月，广东珠海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”。

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花园小区的住房内。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。

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。

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。后在执行局法官的介入下，陈勇最后搬离了位于唐家花园小区的住所。

点评：作为预防和制止家庭暴力的有效手段，如果说去年的李阳离婚案大范围地普及了“人身保护令”的概念，那么，今年珠海香洲法院发出全国首份“迁出令”，则让公众进一步知晓人身安全保护裁定更具体的内涵。

在涉及家庭暴力的离婚案中，施暴者的行为动机往往是控制受害人，现实生活中并不少见的“分手暴力”足以证明，解除婚姻关系对于那些控制欲过强的施暴者来说效果有限。人身安全保护裁定变事后惩治为事前预防，开辟了公权力介入家庭暴力防治的新路径。李阳离婚案中，法院做出禁止李阳殴打、威胁李金的人身安全保护裁定，此次珠海香洲法院签发“迁出令”，强制施暴者搬离居所，以强大的威慑力把加害人关在房门之外，确保受害人拥有一个安全的居住空间，避免家暴的再次发生或升级，无疑具有标志性意义。

为家暴受害人提供救济，是国际社会的通行做法。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》对“迁出令”作了相关的规定，即使是夫妻共有的房产，在施暴方致受害者人身安全没有保障的前提下，法院认为有必要并且具备条件的，可以责令施暴方搬出双方的共同住处。本案中施暴者所强占的住房是女方婚前的个人财产，更应该无条件搬离出去。这份“迁出令”给施暴者戴上了“紧箍咒”，也让其他处于极度恐惧中的家暴受害者，看到了更严密的保护网和更扎实的安全线。

（本报编委、评论部主任 佟吉清）

慰安妇有关档案申报联合国世界记忆名录

6月10日，外交部发言人华春莹在回应中国政府是否将日军强征慰安妇的相关档案和文献申报了联合国世界记忆名录时表示，中方将有关南京大屠杀和日军强征慰安妇的一些珍贵历史档案进行申报，目的是牢记历史。她是在当日举行的例行记者会上回答记者提问时作出上述表示的。

山西盂县已故慰安妇李秀梅的家人向记者展示慰安妇照片 新华社记者 范敏达/摄

她说，世界记忆名录是联合国教科文组织发起的重要活动，收录具有世界意义的手稿、图书馆和档案馆保存的珍贵文件以及口述历史的记录等。

她表示，中国一直积极参与世界记忆名录的申报工作，目前已有9份文献遗产入选名录。中方此次申报的相关历史档案真实、珍贵，具有重要的历史价值，符合有关申报标准。

点评：强征慰安妇相关档案申报联合国世界记忆名录的较早报道，可以追溯到2014年年初。当时韩国政府官员对媒体表示，计划联合中国和台湾地区，共同申报世界记忆名录。

日本侵略者的慰安妇制度，其实是一种性奴隶制度。对这个制度，无论是当时还是刚刚过去之后，无论是加害者还是受害者、相关者，有着似和不似的记录、扭曲、忽略，乃至刻意遗忘。从历史档案中钩沉刊谬，意义非凡。19年来近40次实地探访山西幸存者的日本学者石田米子曾查阅山西省档案馆所存部分档案，包括解放区政府和国民政府的抗战损失调查和战犯调查，发现有的县报告被强奸的妇女达2865人，有的县损失统计中，鸡蛋、豆类、水桶、锅都有详细数目，但却没有性暴力的记录，而该县某村村长关于村民贫困报告中，将阎锡山军和日军在五方面进行比较，说“污辱打奸淫拘捆”阎军特别少，可见日军的强奸在该县其实存在；另据有关出版物记载，在中国两地受审的120名战犯中，三分之一者有强奸行为，有人被认定强奸妇女70多名、幼女数十名。

经过将近半个世纪的尘封，慰安妇终于开口。1991年8月14日，金学顺女士挺身而出，加之前南斯拉夫、非洲的战争和冲突中性暴力问题的浮现，国内和国际政治博弈中才出现了新的主体；战争中的性暴力，不再仅仅基于国家的荣誉而彰显或遮蔽，不再囿于将女人对象化的贞洁和玷污语境。“妇女的权利是人权”的呼声，在全球回荡，受害人个体的尊严和权利，妇女这个性别的视角和诉求，使得联合国安理会通过决议，缔结和平、重建社会的过程中，必须有妇女的参加，其领导作用必须得到认可和发挥。从这个意义上说，慰安妇档案文件申报联合国教科文组织的世界记忆名录，符合其“世界意义和突出的普遍价值”的标准，其意义在于战胜失忆，为了一个人类和平、性别平等的未来。

（性别问题专家、妇女权益工作者 冯媛）

高校不得擅自规定男女生录取比例

6月27日，教育部召开2014年全国普通高校招生录取工作视频会议，为高招工作划定“红线”。与以往规定不同，此次教育部针对高校、省级招办等可能出现的问题，分别划定了禁区。在针对高校的两条禁令中，有一条醒目的规定是，高校不得擅自规定男女生录取比例。

点评：近年来，随着高校女生比例超过男生，“阴盛阳衰”成为一个令人关注的现象。一些高校为了平衡男女比例，擅自规定男女生录取比例，甚至抬高女生录取线，引发舆情热点。2013年，教育部公布《2013年普通高等学校招生工作规定》，明确强调“高校不得擅自规定男女生录取比例”；2014年，教育部召开全国普通高校招生录取工作视频会议，重申这一禁令，可谓反招生性别歧视的升级版，表明了教育主管部门遏制教育性别不公平的持续努

力。我国宪法、教育法、义务教育法、高等教育法、民办教育促进法等法律法规中规定了教育平等权。性别平等是教育平等权的重要指标，但教育性别平等权却屡遭挑战，这一方面源于“男强女弱”传统性别文化的根深蒂固；一方面源于一些决策者对所谓“国家利益”的“杞人忧天”，即认为大学女生比例过高影响了国家的整体人才结构，可以基于“国家利益的考虑”对男生女生实行差别对待。

“高校不得擅自规定男女生录取比例”值得点赞，但也应该看到，这一禁令只是推动高等教育性别平等的第一步，要真正实现高等教育的性别平等，还需要进行教育体制的深度改革，打破专业和学科设置上的性别隔离，同步拓宽女生和男生的专业选择和知识广度，为打破就业市场的性别隔离打下根基。

（本报编委、《新女学周刊》主编 禹燕）

北京启动“妈咪屋”项目

9 月 3 日，北京市总工会女职工委员会发布消息称，为方便在职女工给孩子哺乳，今年年初北京市启动了“妈咪屋”项目，收到了 260 多家单位关于“妈咪屋”的建设申请，首批 200 间“妈咪屋”建设工作已基本完成并投入使用。目前已启动第二批申报工作，目标是 3 年内建成 1000 间“妈咪屋”。

北京市总工会规划，争取利用 3 年时间，在全市建设 1000 家“妈咪屋”

北京市总工会要求各级工会将“妈咪屋”建设纳入职工之家和工会服务站建设中，为女职工提供一个私密、干净的环境。“妈咪屋”设施配置基本要求是至少两张桌子、两把椅子和供吸奶器用的电源插座以及冰箱。有条件的单位可增加微波炉、消毒柜、奶瓶储藏罐等物品。

北京市总工会表示，将同时探索在“妈咪屋”开展公益讲座、女性沙龙、心理咨询、亲子教育等活动，并积极向机场、车站、商场、医院等公共场所拓展，为携带婴儿外出的女性提供方便。

点评：“妈咪屋”项目首先令笔者联想到自己作为职代会代表，曾于 2013 年提交“建哺集乳室提案”。该提案于 2014 年得到采纳，中华女子学院率先在高校中设置了女职工哺集乳室，令女职工感到温暖。

“妈咪屋”项目落实了《女职工劳动保护特别规定》第 10 条的规定：“女职工比较多的用人单位应当根据女职工的需要，建立女职工卫生室、孕妇休息室、哺乳室等设施，妥善解决女职工在生理卫生、哺乳方面的困难。”还体现了工会对女职工的关怀，也反映了用人单位履行社会责任的积极态度。

2010 年 11 月 1 日，国际标准化组织发布了 ISO26000 社会责任国际标准指南，要求企业考虑利益相关方的期望，而职工位列主要的利益相关者。2013 年 11 月 12 日，中央文件首次将承担社会责任作为深化国企改革的重点之一。

据此，中信银行重庆分行工会曾推出“准妈妈”关爱计划，给相关单位负责人发送“关爱通知”，包括产前关爱、生育医疗关爱和产后关爱。规定“准妈妈”登记备案，领取徽章；工会赠送防辐射服和孕期指导书；实行弹性工时制度；孕妇错开高峰期上班，领取交通补贴；建立顶班制度，安排 30 岁以上高危孕妇在怀孕初期 3 个月、产前 2 个月可以减轻工作强度或在家静养；工会预约产科专家，实行“一对一”导医服务；单位建“母婴关爱室”，提供沙发、存放母乳冰箱、宣传栏、孕期书籍、胎教音乐等设施，哺乳期女职工用来休息、哺乳或挤乳、听知识讲座等。截至 2014 年 3 月 31 日，该分行共有 51 位“准妈妈”已享受此项关爱计划。

期待着“妈咪屋”项目的落实和推广，让更多女职工感到温暖。

（中华女子学院法学院教授 刘明辉）

教育部公布“红七条”防范高校教师性骚扰

10 月 9 日，教育部出台《关于建立健全高校师德建设长效机制的意见》，划出针对高校教师具有警示教育意义的师德禁行行为“红七条”，“对学生实施性骚扰或与学生发生不正当关系”首次列入其中。《意见》明确，有上述情形者，依法依规分别给予警告、记过、降低专业技术职务等级、撤销专业技术职务或者行政职务、解除聘用合同或者开除。对严重违法违纪的要及时移交相关部门。

同时，建立问责机制，对教师严重违反师德行为监管不力、拒不处分、拖延处分或推诿隐瞒，造成不良影响或严重后果的，要追究高校主要负责人的责任。

点评：一段时间以来，发生在高校的诱奸、骚扰等涉嫌性侵学生的丑闻屡见报端，让本应“学高为师，身正为范”的教师形象蒙羞。针对师德失范现象，教育部公布“红七条”，首次为“对学生实施性骚扰或与学生发生不正当关系”划出了明确的禁止线，体现出从根本上杜绝上述行为的决心。

性侵害多发生在权力不对等的关系中，高等院校的教师，特别是硕士、博士研究生导师，不仅给学生评定成绩，还有权为其推荐实习、读研的机会，在缺乏监督机制的情况下，存在滥用权力的可能。处于相对弱势地位的学生，考虑到现实处境和未来前途，很可能对禽兽教师的侵害默默忍受。厦大“博导诱奸门”、川美教师“强吻”女生、北大副教授“诱骗女留学生”等多起事件，暴露出师德溃退的严重程度，也从一个侧面印证了“红七条”出台的必要性。

法律是最低限度的道德，“红七条”所划出的某些师德红线，实际上是法律禁止的行为，不仅仅“人类灵魂工程师”必须严格遵守，每一位公民都不能逾越。我国妇女权益保障法明确规定，禁止对妇女实施性骚扰。任何人只要实施性骚扰，都必须接受法律的制裁，绝不能因其教师身份，反倒降低处罚门槛，仅仅是撤销教师资格那么简单。只有让法律的归法律，道德的归道德，让以身撞线者付出应有的代价，师德建设才能警钟长鸣。

（本报编委、评论部主任 佟吉清）

联合国审议中国消歧公约履约报告

10 月 23 日，联合国消除对妇女歧视委员会在日内瓦对中国执行《消除对妇女一切形式歧视公约》第七、八次合并报告进行审议。中国国务院妇女儿童工作委员会副主任宋秀岩率领包括香港、澳门特别行政区政府代表在内的中国代表团参加此次会议。

2014 年 10 月 23 日，在瑞士日内瓦，宋秀岩（后右六）就中国《消除对妇女一切形式歧视公约》履约情况进行陈述 新华社记者 张淼/摄

当天上午，宋秀岩就中国履约情况进行陈述发言，重点介绍中国自 2006 年接受履约报告审议以来，特别是递交中国政府第七、八次合并报告后的履约新进展。联合国消除对妇女歧视委员会委员积极评价中国政府的履约努力和履约成果，对中国性别平等和妇女发展事业成就表示赞赏。同时，委员们就中国进一步消除对妇女歧视、保障妇女权益，作为缔约国更好履行公约提出建议。

点评：这是对中国性别平等和妇女权益状况的定期大盘点。10 月 23 日，审议中国履约报告的当天，委员们只是对政府代表团提出问题，这些问题不仅涵盖有关法律政策的规定，还包括其具体落实情况，不仅要一串串最新分性别数据，还涉及具体事实和个案。为下一步更好履行公约，委员会的建议（专门术语叫“结论性意见”）已于 11 月 7 日给出。

消歧公约履行情况审议，是一个找出问题和差距、亮出决心和计划的场合。缔约国报告的写作规范以及审议议程安排，体现和保证了这个精神。现场不是一个外交仪式，而是一场务实的探讨。相信参加过每一次审议的人，无论是政府代表团的成员，还是观察员席位上的联合国其他机构、缔约国国家人权机构或 NGO 代表，都能深切感受到委员会如何践行“建设性对话”。

此次审议不同以往之处在于：第一，增加了现场中文视频直播，参会的 NGO 人士也进行了现场文字直播，关心审议的公众可以如临其境，见证全程；第二，民间组织有了更加广泛的参与，首次有十多份来自中国境内的“影子报告”，提交者从全国妇联、中国妇女研究会，到草根妇女机构及性少数妇女群体，而且审议前，妇女组织有机会和委员会成员直接对话和交流；第三，有些“功课”要在下次定期报告之前交出。政府未来要提供的书面信息包括：采取了哪些措施保障妇女能有效诉诸法律以及支持有关妇女 NGO；妇女参政方面的暂行特别规定。可见，审议的要旨，在于运用公约促进平等。

（性别问题专家、妇女权益工作者 冯媛）

李彦家暴杀夫案重审

11 月 14 日，李彦杀夫一案在四川省资阳市中级人民法院公开开庭重审。

2010 年 11 月 3 日，四川下岗女工李彦在争执中将丈夫杀死，碎尸后烹煮。二审判处死刑后，时隔近两年，最高人民法院裁定不核准死刑。

律师、学界、NGO 组织、社会各界人士呼吁，不要对因不堪家暴杀夫的李彦判处死刑

李彦杀夫一案，检察机关以及侦查机关收集到李彦到当地妇联投诉遭受丈夫家庭暴力的登记表、李彦被丈夫暴力对待后的报警记录、医院诊断证明、证人证言等多份证据。但一审法院认为，被害人对李彦实施家庭暴力的证据不充分，被害人不存在法律意义上的过错。二审法院认为，无证据证实李彦长期遭受被害人家庭暴力。

在重审时，李彦一方比较充分地展示了其遭受家暴的证据。目前该案仍在审理中。

点评：李彦案件在社会上引发争议的焦点在于被告人是否遭受到严重的家暴。司法机关审理后认为，被害人不存在法律意义上的过错；无证据证实李彦长期遭受被害人家庭暴力。而妇女保护组织和一些专家学者认为：侦查、检察机关收集到的李彦到妇联投诉丈夫家暴的登记表、李彦遭受家暴后的报警记录、医院疗伤的诊断证明、证人证明家暴的证言等多份证据足以证明李彦遭受严重家庭暴力的事实。

本案中，被告人在遭受严重家庭暴力投诉无果的情况下，被迫以暴力杀夫方式抵抗，被害人在法律上过错在先，如果这种情况下被告人依然被判处极刑，不仅有悖法律的公平原则，也使反家暴工作处于尴尬局面：是否存在家暴对量刑不会产生决定性影响。家暴受害人从李彦被判处死刑立即执行的审判结果中得到的信息是：面对家暴，你应该选择忍耐和沉默！这与国家法律禁止家庭暴力的规定以及反家暴工作在全社会倡导的对家暴“零忍耐”理念背道而驰。

最高法对李彦案件没有核准死刑，其直接意义在于通过发回重审，未来该案在查明家暴情节基础上的裁判结果会更加趋于公正；间接意义在于：如果法院经审理查明被害人过错在先，其严重的家暴行为是导致被告人杀人、伤害犯罪的主要起因，对被告人在量刑时原则上不适用死刑立即执行，则昭示了国家通过司法权对家庭暴力行为的彻底否定。

（中华女子学院法学院副教授 张荣丽）

就业性别歧视求职者首次胜诉

11 月 12 日，黄蓉（化名）拿到了判决书。判决书如是陈述，被告不对原告是否符合其招聘条件进行审查，而直接以原告为女性、其需招录男性为由拒绝原告应聘，其行为侵犯了原告平等就业的权利，对原告实施了就业歧视……判决杭州市西湖区东方烹饪职业技能培训学校于本判决生效之日起十日内赔偿黄蓉精神损害抚慰金 2000 元。对此判决，黄蓉并不十分满意，她想得到对方的道歉，为此，她提起了上诉。

11 月 12 日，女大学生黄蓉（化名）收到状告东方烹饪职业技能培训学校“就业性别歧视”胜诉判决书

今年 6 月，河南信阳某师范类院校应届毕业生黄蓉来到杭州找工作。在应聘东方烹饪职业技能培训学校文案策划一职时，自认各方面条件都符合的黄蓉信心满满地投上简历。谁料对方多次以“只招男性”为由，拒绝给予其面试机会。7 月 8 日，黄蓉一纸诉状将东方烹饪职业技能培训学校告上法庭。9 月 10 日，法院公开审理此案。

点评：在黄蓉看来，一句“对不起”也许比金钱赔偿更重要。她上诉的行为表明，她打这场官司并非仅仅为了金钱，而是要挣回被践踏的人格尊严。她的勇气，她的坚持，让我们看到了以司法途径实现男女就业平等权的可能，让我们为其点赞。

2008 年 1 月 1 日实施的《就业促进法》第 62 条赋予求职者“直诉权”，结束了就业歧视状告无门的时代。但受害人起诉时却遭遇 “案由”障碍，因为目前尚无“就业歧视纠纷”。本案以“人格权纠纷”案由立案，在客观上给拒绝立案者提供了托词，应当增加“就业歧视纠纷”案由。

本案一审判决 2000 元额度过低，应当提高赔偿额以警戒所有潜在的被告。鉴于屡屡出现的就业歧视案件与用人单位违法成本低关联密切，迫切需要立法机关对就业歧视行为制定具体罚则，包括惩罚性赔偿标准。

同时，我们应引导公众转变“厌讼”的传统观念，鼓励遭到侵害的劳动者，像黄蓉一样，积极地主张权利，为创造一个公平就业的社会环境尽绵薄之力。

（中华女子学院法学院教授 刘明辉）

反家庭暴力法（征求意见稿）公布

11 月 25 日，国务院法制办就《中华人民共和国反家庭暴力法（征求意见稿）》向社会公开征求意见。征求意见稿明确，对家庭暴力行为，任何组织和公民有权劝阻、制止，或向公安机关报案。

征求意见稿对家庭暴力进行了界定，是指家庭成员之间实施的身体、精神等方面的侵害。所称家庭成员包括配偶、父母、子女以及其他共同生活的近亲属。具有家庭寄养关系的人员之间的暴力行为，视为家庭暴力。

针对家庭暴力的处置，征求意见稿从家庭暴力的发现和报案、公安机关的处置、对受害人的救助、人民法院人身安全保护裁定等环节作了规定。其中，因家庭暴力导致离婚诉讼的，征求意见稿要求人民法院在财产分割、子女抚养、住房等方面保护受害人的利益。

征求意见稿规定，人民法院审理离婚、赡养、抚养、收养、继承等民事案件过程中，家庭暴力受害人可以向人民法院申请人身安全保护裁定。人身安全保护裁定包括禁止加害人对受害人再次加害；责令加害人迁出受害人住所；禁止加害人接近受害人；禁止加害人对受害人住所及其他共同所有的不动产进行处分。

在法律责任方面，征求意见稿明确，家庭暴力构成违反治安管理行为的，由公安机关依法给予治安管理处罚；构成犯罪的，由司法机关依法追究刑事责任。加害人违反人身安全保护裁定构成犯罪的，依法追究刑事责任。

点评：在不久的未来，打老婆、打孩子这些“家务事”将由国家专门的法律进行规制，“法不入家门”的传统将成为历史。

反家庭暴力法（征求意见稿）有多个亮点值得称道：一是明确了家庭暴力的定义及反家庭暴力法的适用范围；二是明确了反家暴要贯彻预防为主，教育与惩处相结合，对遭受家暴的未成年人、老年人、残疾人、重病患者给予特殊保护的工作原则；三是将反家暴工作中行之有效的实践经验，例如对受害人的人身安全保护裁定（俗称人身保护令）、对加害人的告诫书等写入法律；四是融实体法与程序法为一体，体现了社会法以解决社会问题为目的，注重可操作性的立法导向。总之，这是一部令人耳目一新的社会法。

家庭暴力是导致家庭成员不幸人生的重要原因，因此，反对家庭暴力，建设和睦温馨家庭对国家、对个人都十分重要。从这个角度说，人们对反家庭暴力法（征求意见稿）提出种种意见和建议，例如扩大该法的适用范围，人身安全保护裁定独立于离婚诉讼，反家暴预防、处置工作流程、工作要求更加具体等等，并非简单的对立法文本的挑剔，更多是富于建设性，值得立法机关认真研究和采纳，以使这部千呼万唤始出来的反家暴法更好地表达人民意志，更好地服务于依法治国。

（中华女子学院法学院副教授 张荣丽）

讹帖正解丨独生子女无法继承父母遗产？吓一跳？未必！

2015 年 1 月 13 日　上海法治声音　谢珊娟

上海法治声音记者| 谢珊娟 综合报道

“父母只生我一个，将来财产不归我还能归谁呢？”、“如果父母去世，独生子女对父母生前名下的财产不清楚，不知道其名下存折、信用卡等密码，怎么办？”近日，一篇题为《独生子女继承遇法律空白，父母遗产无法继承》的文章在微信朋友圈疯传。

帖中提到，在我国，遗产继承有两种方式：一是通过公证的方式继承，另一种是通过诉讼的方式继承遗产。然而，公证处在办理继承公证时严格要求继承人出示各种证明文件，有些证明文件继承难以提供，从而无法通过公证的方式办理继承，只有通过诉讼的方式办理继承，然而，诉讼的方式办理继承，必须由明确的其他继承人作为被告，而独生子女在父母双亡的情况下，无人可告，导致无法办理遗产继承。

独生子女的继承真有这么难？上海法治声音日前采访了相关行业专家，他们纷纷表示，独生子女在继承的时候确实会面临一些困难，但并非如帖子里面说的那样，无法破解。

独生子女继承难的真实案例

先来看看几个来自上海家事律师网的相关案例：

案例 1 独生子父母双亡，股票房产继承难

已到不惑之年的刘先生是家里的独生子，父亲早在十几年前就去世了，其名下的 3 万余股银行股票归老伴，也就是刘先生的母亲郝老太太全权处理。今年 6 月，郝老太太也病故了，临终前留下遗嘱，将股票和自己名下的一处房产留给儿子刘先生继承。

不过，在继承遗产时，刘先生却遇到了难以想象的困难。刘先生要求继承股票，但股票交易所和银行无法确认刘先生的继承权，不予办理。他只好到法院起诉，自己是独生子，没有其他同为继承人的兄弟姐妹，父母又都去世了，他能起诉谁呢？

万般无奈之下，刘先生只好把妻子起诉，要求法院确认母亲的遗嘱合法有效，让其按遗嘱继承股票和房产。相关法院立案部门审查后认为，刘先生的妻子并不是继承案件的适合被告。刘先生也撤回了起诉，另寻办法。

如果继承人是个独生子女，又没有其他法定继承人的，还不清楚父母财产信息的，想通过诉讼途径查明遗产继而继承几乎是不可能的。

案例 2 请表哥帮忙起诉，只为查清父母遗产

张蓉在杭州工作，之前她一直请保姆照顾在北京的父母。2011 年，张蓉的母亲去世后，父亲也因突发心脏病去世。办理完父亲的后事，张蓉晃过神来，爸妈留下多少遗产她全然不知因为就张蓉一个女儿，且张蓉的爷爷奶奶及姥姥姥爷也早都离世，张蓉的父母并未订立遗嘱。

张蓉拿着父母的身份证去银行查询存款被拒。银行称，查询存款必须由查询人提供存款凭证。如果继承人仅有被继承人的身份证件，没有存款凭证和账号密码，银行无法办理查询业务。

无奈之下，张蓉只好“设计”和表哥打起遗产纠纷官司，表哥以对大姨和姨夫生前赡养较多为由，起诉表妹要求酌情分配给他部分遗产。进入诉讼程序后张蓉申请法院查询，才得知遗产范围，继承事宜才得以处理。

案例 3 企图伪造遗嘱，律师一眼看穿

王先生是个 80 后，父母经商多年，小有家产，但是只有他一个儿子，所以父母从来也没想过要立遗嘱。去年接父母一同出门旅游的途中不幸发生车祸，父母双双罹难。王先生在悲痛中，处理完了双亲的后事。许久回过神后，才想起继承这个事情。去找了银行之后却被告知无法取得父母存款。到法院起诉，也不知道要起诉谁。朋友建议他，弄份遗嘱不就顺顺当当了。王先生一想也是便动起了歪念头，但是自己也怕这伪造遗嘱的后果，便又咨询了律师，伪造别人签名有没有什么后果。律师听了听他的情况，觉得可疑，出于谨慎又多问了几句，一眼看穿他的企图，警告他这是违法的，会被剥夺继承权。王先生吓出了一身冷汗。

法官解释说，打官司肯定要有原告、被告才符合民事诉讼法的要求，如果独生子女是唯一的第一顺位法定继承人，其提起遗产继承或确认权利的诉讼，根本没有适合的被告。也就是说，继承人总不能自己和自己打官司吧，因此这种起诉就不符合法律规定的案件受理条件，法院都无法受理，更不可能为其查询被继承人财产情况了。

而民诉法规定的特别程序虽然可以没有被告，但也仅限于选民资格案件、宣告失踪或者宣告死亡案件、认定公民无民事行为能力或者限制民事行为能力案件和认定财产无主案件几类，对确认继承人继承身份的程序尚存法律空白，因此，导致独生子女无法通过直接诉讼的途径实现权利。

独生子女继承遭遇三大困境

首先在父母双亡的情况下，未成年独生子女由于不具有完全民事行为能力，无法独立行使权利和提起诉讼，在确定监护人之前，继承其父母的遗产就更存在着现实的障碍。

其次因继承人要求继承的遗产绝大多数是父母生前以自己的名义在银行开户的存款。父母去世前又没有就财产进行说明的，继承人很可能拿不到存折或者不知道存折、信用卡的密码。而遗产在继承开始后实际分割前属于继承人共同共有状态，银行因无法确定继承人是否为唯一权利人而不愿为其办理支取存款及办理挂失支取手续，从而导致继承人无法实现继承权。

第三即便有证据可以证明独生子女为唯一合法继承人，银行鉴于自身规章制度的原因，经常存在不积极配合权利人行使继承权的情形。因此，该文章作者表示，独生子女继承遭遇法律空白，建议独生子女的父母务必在生前做好遗产继承公证。

专家支招破解独生子女继承难 公证员解读独生子女遗产继承不是难题

观点一：公证实践中，不存在独生子女遗产继承难的问题

上海市普陀公证处资深公证员李辰阳表示，独生子女政策的实行十分严格，独生子女跟父母之间的关系凭证已经相当完备，独生子女凭借独生子女证（俗称“红宝书”）可以很方便地认定与父母的关系。在李辰阳的工作实践中，在帮独生子女办理遗产继承的时候，他都会要求对方提供父母的死亡证明及独生子女证，如果他们遗失了这个本子，公证员会帮忙到其所在区的档案馆调阅。以上海为例，市民的档案完全实现电子数据化管理，可以跨区调阅，十分方便。所以，他认为，在公证实践中，不存在独生子女遗产继承非常困难的问题。

观点二：独生子女的父母务必在生前做好遗嘱公证

李辰阳认为，独生子女的父母如果真的担心子女继承不到财产或者继承过程中有障碍，那务必在生前做好遗嘱

公证，而不是遗产继承公证。遗嘱公证是明确父母在去世之后将其财产给谁的问题，而继承公证是人去世之后由他人来办理的一项继承业务。人还健在的时候，父母为了独生子女的利益，应该是办理遗嘱公证，而不是继承公证。遗嘱中还可以把未成年子女的监护、遗嘱执行人选、遗产是否归子女个人所有预先做个安排，以解父母后顾之忧。

点三：独女子女可查询父母是否立过遗嘱

有些独生子女因父母离异后分开居住，缺乏沟通，导致对父母的财产情况并不了解。李辰阳建议，独生子女的父母可以去公证处做遗嘱，这样公证员在办理业务的时候也会要求其将名下财产详细列明，当父母过世后，遗嘱开启后，无疑给独生子女开辟一条寻找父母遗产的便捷通道。办理遗嘱公证后，父母可以选择告诉或不告诉孩子其将遗嘱保管在哪个公证处，因为国家自去年推出《中国公证遗嘱查询平台》以来，目前已全国联网。当父母去世后，独女子女只要到任何一家公证处就可以查询到父母的遗嘱信息。他还建议，子女平时应该跟父母多保持沟通联系，主动关心父母。

观点四：到公证处办理《继承公证书》即可取现

因继承人要求继承的遗产绝大多数是父母生前以自己的名义在银行开户的存款。若父母去世前没有就财产进行公证说明，继承人很可能拿不到存折或者不知道存折、信用卡的密码。

李辰阳认为，遇到这种情况，即使有密码也未必能够取得。“现在很多商业银行卡都是和本人的身份证相关联，你拿着父母的身份证去取钱，银行获悉本人已去世，独生子女也无法取钱，因为银行无法识别你是否为独生子女。中国银监会和和司法部在 2013 年公开发布公证处查询银行的联合通知，鉴于此，公证处现去银行查询死者的信息十分方便。此时，没有密码也没有关系，独生子女向公证处提出申请之后，公证处会按照一定的程序进行核查，确认后，会出据一份《继承公证书》，凭借此继承证明，之后银行、不动产部门都会为独生子女办理相关的遗产继承。”

律师支招 6 个办法破解独生子女继承困境

上海市华诚律师事务所家事法律事务部律师桂芳芳和杨大地分析指出，孩子多的家庭常见争产纠纷，独生子女家庭没有这个烦恼但是继承程序仍可能很麻烦。在他们看来，要解决独生子女的继承难题，可以有六个途径。

途径一：建议修改法律

有法官建议，我国民事诉讼法律应当增加对当事人法律地位确认的特别程序。父母离异或者父母双亡的成年独生子女，祖父母、外祖父母也死亡，又没有其他第一顺序继承人的，法院在受理案件后，可以判决的形式确认当事人为唯一继承人。当事人可以依据法院的判决书要求银行变更账户或者支取账户中的存款等。或者法院受案后向相关金融机构开具协查函，调查被继承人的财产情况，以弥补法律空白，让继承人可以了解遗产情况，通过合法程序继承。

途径二：父母早立遗嘱 财产继承早作打算

修法并非指日可待，但继承天天在发生。在未修法前，建议：

1、作为独生子女的父母，若自己的父母已经不在，独生子女是唯一的继承人那么父母应该尽早订立遗嘱，还可将遗嘱进行公证。

2、若孩子是未成年子女，建议在遗嘱中明确未成年子女的继承和监护问题；更重要的是，遗产的范围及遗产的具体状况都应在遗产中明确，列出银行帐户及密码。若有条件，最好将遗嘱交给遗嘱执行人。

3、需进行继承的财产也应早作打算。例如关于银行存款，事先可在银行进行代理取款手续的文件准备，继承人取款时就能得到银行配合，这样银行存款的继承可以不必进行公证，更不用通过诉讼。

4、早立遗嘱还有一个好处。父母可以遵照自己的意愿安排财产，例如若希望将全部或者大部分财产留给自己的子女，立遗嘱后就可避免财产成为夫妻共同财产。

途径三：无遗嘱无其他继承人，公证最省事

如果被继承人死亡时未留下遗嘱，当独生子女是唯一继承人且无法查明遗产范围时，遗产继承最好的方式是进行继承权公证。此类诉讼中只有一个继承人，没有被告故无法提起继承诉讼。

办理继承公证确认其继承人身份，需提交以下材料：（1）当事人的身份证明；（2）被继承人和已经死亡的继承人的死亡证明；（3）被继承人遗产的产权证明，若无法提供可以委托公证处查询；（4）继承人的亲属关系证明。一般由继承人所在单位人事档案保管部门或者其住所地的基层人民政府出具。继承人已经死亡的，须在证明上注明何时、何地死亡、生前住址，并尽可能提供原始的死亡证明（如医院的死亡证明、火化证明等）；（5）被继承人生前所立合法有效的遗嘱等。

继承公证最大的困扰是需提交材料证明自己是被继承人的唯一继承人。

途径四：若有其他继承人，进入诉讼有方法

鉴于独生子女继承的困境，西城法院曾专门进行了调研，给独生子女继承遗产支招。

1、未成年独生子女的父母离异后，父母一方死亡的，未死亡的父或母仍为未成年独生子女的监护人，可以代理其起诉同为第一顺序继承人的祖父母、外祖父母或者继父、继母等，要求分割被继承人遗产，并申请法院查明其父母生前财产状况；未成年独生子女父母双亡的，监护人可以代理未成年继承人起诉。

2、父母离异或者父母双亡的成年独生子女，可以以自己的名义独立提起诉讼，起诉同为第一顺序继承人的祖

父母、外祖父母或者继父、继母等，要求分割其父母生前所留遗产，并申请法院查明其父母生前财产状况。

途径五：若无其他继承人，诉讼继承曲线救国

1、若孩子尚未成年，可以由法院确定监护人后再办理继承手续。

2、如果不知财产的去向，可以以叔侄或者其他亲属为被告，提出确认继承诉讼，并申请法院进行财产调查。

3、如果相关单位不配合办理过户或取款手续，可以起诉相关单位要求继承。

途径六：大额财产家族信托也是一招妙棋

家族信托是受托人接受个人或家族的委托，代为管理、处置家庭财产的财产管理方式，以实现富人的财富规划及传承目标。在家族信托中，最典型的莫过于遗产信托。遗嘱人可以根据自己的需要，为信托财产的管理和支配设定各种条件和要求。国外熟知的如戴安娜王妃为其两个儿子设立的遗产信托，国内熟知的如梅艳芳为其母设立的遗产信托。为独生子女设定信托，既可隔离风险，保障未成年子女的生活，还能实现遗产有序继承。

（本文部分内容来源于上海家事律师网、法制网、法制晚报）

分手费 双方工龄购房 无偿赠与协议——
同居争议财产 法院怎么判？

2015 年 1 月 14 日　北京晚报　林靖

越来越多的人选择同居生活，但同居关系在法律上存在诸多风险，一旦双方闹翻发生纠纷诉至法院，当事人的权益很难得到法院的保护。尤其是当出现“同居分手费”、“同居双方工龄购房”、“同居无偿赠与协议”等由同居引发的问题时，双方可能产生很大争议。

同居借用工龄购房不算共同出资

提问：女友买房用了我的工龄，房子应有我的一份

法官：她应向单位补交计算你工龄部分的优惠款，但与你无关

近日，高先生将同居女友李女士起诉到法院，认为同居期间女友购买房屋时使用了他的工龄，自己已构成出资，所以要求依法分割同居期间购买的这套房屋。

据了解，高先生与李女士相识一年后，于 1995 年开始同居。2000 年 5 月，李女士与单位签订单位出售公有住房协议书，双方根据相关批复，约定李女士购买一套房屋，房价款共计 45594 元，购房过程中使用了高先生 28 年的工龄。之后，李女士交纳了上述款项，并于 2001 年 9 月取得了该房屋所有权。根据该房屋单位出售公有住房房价计算表显示，如果不使用高先生的工龄，李女士应交纳房款为 63524 元。

对此海淀法院认为，高先生主张他与李女士共同出资购买了诉争房屋，但是他并未提交证据予以证明，故法院对此不予采信。职工在购买本单位优惠住房时计算双方工龄，是国家对于职工在购房时的一种政策性补贴，而非财产或财产权益。

“李女士购买房屋时与高先生并非夫妻关系，她使用虚假身份关系，在购房时使用了高先生的工龄，这种做法不妥，李女士应向本单位补交计算高先生工龄部分的优惠款。而这个问题是李女士与其单位之间的关系，与高先生无关。”秦纳杰法官故此认为，高先生不能以使用其工龄为由而主张对房屋的所有权，因此法院最后驳回了他的诉讼请求。

同居无偿财产分配协议视为赠与

提问：同居分手时，是他自书协议赠我 50%房屋产权的

法官：协议性质为“赠与协议”，但房屋过户前已撤销赠与

2003 年 5 月，刘女士和赵先生相识后同居。之后，赵先生购买了位于北京的一套房屋，产权登记在自己的名下。该房屋的买卖契约、购房收据、银行还贷明细等均只载明赵先生一人，房屋装修及家具也都是由赵先生出资购买的。

多年后，双方决定结束同居关系。分手前，赵先生书写了一份协议书，内容为：“今赵先生在神志清楚、大脑思维正常的情况下，愿意把这套房屋产权分给刘女士 50%的产权，特此证明。署名刘女士、赵先生。”

庭审中，赵先生向法官提交了一份声明：“本人声明将当年写下的上述意思表示予以撤销，署名赵先生。”但是刘女士认为该撤销行为无效，要求法院确认该房屋及房屋内设施归她与赵先生共同所有，各分得一半财产。法院经过审理，最后驳回了刘女士的全部诉讼请求。

秦纳杰法官认为，同居生活期间双方共同所得的收入和共同购置的财产，按一般共有财产处理。此案中，刘女士主张该房屋及房屋内设施都是与赵先生同居期间共同购置所得的，但她并未提交相应的证据予以证明。根据法律规定，当事人对自己的主张应当提供证据加以证实，否则应当承担不利后果。因此该房屋应当认定为赵先生的个人财产。赵先生当年书写的《协议书》的性质应当为“赠与协议”，在办理变更过户手续之前，赵先生已经撤销了该赠与，故该撤销行为有效。

同居分手费协议

不受法律保护

提问：是他自愿付给我 12 万分手费，我们白纸黑字签了协议

法官：法律不保护同居关系，因此也不支持分手费

相识相恋三年后，张先生与王女士于 2011 年 7 月开始同居，直至 2014 年两人还是决定分手，并签订了《最终分手协议》。该协议载明：双方经过协商，王女士要求张先生最终支付 12 万元的分手费，王女士认为这是最后一次，在当天收到张先生的付款后，将不再干扰他的生活，双方不再来往。

签订协议后，张先生一直未履行上述义务。于是王女士将张先生告上法庭，要求对方依照双方协议支付“分手费”，但最后被法院判决驳回。

海淀法院的秦纳杰法官认为，此案中王女士与张先生在各自离异后自由恋爱，建立正常的恋爱关系，二人在未登记结婚的情况下选择同居情有可原，但法律对这种非法同居关系不予保护。根据王女士所述起诉事实及理由，她主张 12 万元分手费是因双方解除非法同居关系而生，法律对此亦不予支持，故此法院驳回了王女士的诉讼请求。

法官提示

同居关系不是婚姻关系

秦纳杰法官认为，同居关系并不能产生法律上的效力，男女双方不能因为同居关系而产生与婚姻关系相似的人身及财产法律关系。但应当明确的是，同居关系并不是违法行为，只是对于这种与普通民众的道德追求相违背的行为，法律不予提倡，更不负有保护这种关系的责任。根据相关法律规定，同居生活期间双方共同所得的收入和购置的财产，按一般共有财产处理；同居期间为共同生产、生活而形成的债权、债务，可按共同债权、债务处理。同居期间一方的个人所得均应当认定为个人所有财产。也就是说，同居关系期间财产以个人财产为原则，以共同财产为例外。

双方共同所得的收入，主要是指双方共同的生产或经营而获得的收入。共同购置的财产，主要是指双方共同出资所购得的财产。也就是说，如果一方对取得该财产时有帮助或资助的，不应视为共同购置的财产，应当认定为个人所有的财产。在实践中，请求分割共同财产的一方就其主张负有举证责任，即要证明该财产系双方共同购置所得；如不能证明的，则应当承担举证不能的不利后果。

（文中当事人均为化名） J151

独生子女无法继承父母遗产？假的

2015 年 1 月 19 日　北京日报　袁京

日前，一篇名为“独生子女无法继承父母遗产，99.99%的人都想不到”的文章在微信朋友圈中疯传，文中历数独生子女办继承公证手续难办、程序繁琐。随着时间的推移，面临遗产继承的独生子女越来越多，此篇文章引发关注。

昨天，公证处业内人士在接受记者采访时表示，网帖不靠谱，一般情况下独生子女继承遗产不难办。

传言：公证、诉讼两头堵

真相：关系简单，办理难度小

在朋友圈中疯传的网帖中称，我国，遗产继承有两种方式：一是通过公证，另一种是通过诉讼来继承。然而，公证处在办理继承公证时严格要求继承人出示各种证明文件，有些证明文件继承人难以提供，从而无法通过公证的方式办理，只有走诉讼程序；可诉讼必须有明确的其他继承人作为被告，而独生子女在父母双亡的情况下无人可告，导致无法办理遗产继承。

北京市公证协会会长周志扬表示，2012 年和 2013 年，全市公证机构办理的非诉继承公证数量各有两万件左右，同期本市法院系统审理的继承案件均为六七千件。这说明无论继承公证事项有无争议，均可得到司法救济。

“独生子女的亲属关系更为简单，办理继承公证的难度更小。”周志扬说，只要被继承人死亡事实和亲属关系清楚、遗产确实存在，尚未遇到不能办理继承公证的案件。

传言：非诉继承程序繁杂

真相：《独生子女证》即可证明

网帖疾呼：“独生子女继承遇法律空白，父母遗产无法继承。”这让方正公证处公证员冯爱芳不解，这位平均每年处理近百件遗产继承案件，订立几十件遗嘱的公证员从没觉得“独生子女继承”有何法律困境。

据冯爱芳介绍，在我国进行遗产处理，主要分为有争议的继承诉讼和无争议的继承公证。独生子女家庭仅表现为被继承人的第一顺位法定继承人（配偶、子女、父母）数量较少，在实体法律适用与继承处理程序上并无任何特别之处，独生子女可采用上述两种方式处理遗产继承等事务。如果被继承人的配偶、父母中尚有其他法定继承人，且对遗产分割有争议且不可调解的，自然会走上法院诉讼；如果其他法定继承人均先于其死亡，独生子女确定为惟一法定继承人，就可通过非诉渠道的继承公证处理遗产。

继承公证所需的材料也并不难办。据冯爱芳介绍，根据公证法和继承法的相关规定，办理遗产继承权公证时，当事人需要提供的基本材料包括身份证明、死亡证明、亲属关系证明、财产证明。“这也是诉讼环节当事人所需提供的基础性材料。”冯爱芳说。

据介绍，证明独生子女跟父母之间关系且惟一继承人的身份也不是难题，《独生子女证》即可证明，甚至计划生育奖状也可以佐证。

传言：被继承人存款无法领

真相：继承权公证书是凭证

有传言称，父母生前在银行的存款，由于去世前没有进行财产公证，继承人很可能拿不到这笔存款。

周志扬说，大家不用担心。早在 1980 年中国人民银行、最高人民法院、司法部等就联合发布过通知，明确了存款人死亡后，合法继承人为证明自己的身份和有权提取该项存款，应向当地公证处（尚未设立公证处的地方向县、市人民法院）申请办理继承权证明书，银行凭此办理过户或支付手续。

商业银行法颁布后，2013 年司法部、银监会下发联合通知，进一步明确了公证机构核实被继承人存款的权利和程序。任何继承人都可以通过公证机构查询被继承人存款明细，持继承权公证书提取存款或办理过户。涉外继承案件中，公民也可以通过采取继承公证的方式办理。

冯爱芳说，如果死者遗产不明，继承人可向公证处申请开具查询函前往银行、不动产部门等查询，包括房产、存款、理财产品、股权等。从实践中看，依据公证机构开具的查询函，这些部门出具登记在死者名下的财产证明，操作中并无障碍。

专家提醒

父母应公证遗嘱，维护独生子女利益

周志扬说，如果为了独生子女的利益，父母应该办理遗嘱公证，而不是继承公证。遗嘱中还可以把遗嘱执行人选、遗产是否归子女个人所有预先做个安排，以解后顾之忧。

面对家暴，“漠视”比“无知”更可怕

——对话云南大学法学院副教授、法学博士张剑源

2015 年 1 月 20 日　中国妇女报　林木

记者：在采访中，记者发现，问起家庭暴力问题，很多人“一头雾水”，不知道何谓家暴，也有一些人以为家暴就是打老婆。您认为什么原因造成人们对家暴的“一头雾水”？

张剑源：　家暴作为一种既存的事实，一直以来都存在于社会生活中。被访时，人们之所以显得“一头雾水”，很重要的一个原因是人们对家暴问题的漠视和对受害人的漠不关心。比如，有些人会认为，丈夫打妻子，家长打孩子都是“家务事”，都是“正常的事情”；很多人甚至不把家长打孩子、丈夫打妻子当做一个问题来看待。这种认识上的误区在一定程度上助长了家暴发生的可能。因此，可以说，在家暴问题上，“漠视”可能比“无知”更为可怕。

记者：什么原因造成人们对丈夫打妻子、父母打孩子等家暴现象的普遍接受和容忍？为什么明明被家暴摧残，很多人却无法通过诉讼离婚？

张剑源：“家暴现象被普遍接受和容忍”，这一判断可能言过其实。因为随着社会物质生活条件的改变、人们观念的变迁、法律制度的日益完善，家暴现象在一定程度上还是得到了遏制。然而，不可否认的是，这种现象在某些情况下的确依然存在。

关于这一问题产生的原因，需要从不同层面来理解。首先，从加害人来看，家暴发生的原因多种多样。但加害人普遍存在对妇女（或儿童）的漠视和不尊重，没有将妇女（或儿童）当做与自己平等的主体看待。一般都有较强的控制欲和支配欲。妇女或儿童一旦不顺从，即有可能遭受暴力；其次，从受害人来看，西方“受虐妇女综合征”相关研究成果表明，由于家庭暴力发生的周期性，以及受暴人常有的习惯性无助感，使他们有难以摆脱施暴人的心理。

我国的情况则更为复杂。除了有西方意义上“受虐妇女综合征”的心理影响、观念层面上“重男轻女”思想影响外，中国传统“家产制”及其在广大基层社会中的实践，使得妇女无法实际拥有完整的财产权，从而令妇女对男性产生较强的依附性。一些受暴妇女之所以会采取容忍的态度，很多都根源于这一物质制约的影响；再次，从救济的角度来看，虽然针对受害人的救济管道很多，比如可以通过社区调解组织、公安机关、妇联组织、国家司法机关等途径而获得救济。然而，很多救济途径在过去的实际运作中效果并不十分理想。比如各个层面的调解很难从根本上遏制家暴的反复发生；再比如，进入司法程序以后，举证难、搜集证据难，以及诉讼成本高等问题都制约了受害人有效“接近司法”；最后，从社会层面来看，有些人会认为，丈夫打妻子，家长打孩子都是“家务事”。同时，邻里之间始终存在“各扫门前雪”的思想观念。这都使人们很不愿意去干涉别人家的“事务事”。这种情况的存在使得加害人在心理上对“家暴”毫无忌惮，同时也使得受害人在心理上更加无助。

以上很多既存问题在《中华人民共和国反家庭暴力法（征求意见稿）》中有了一定的回应。在加害人惩戒方面，征求意见稿规定，家庭暴力尚未构成违反治安管理行为、犯罪的，公安机关可以书面告诫加害人不得再次实施家庭暴力，并将告诫书抄送受害人住所地或者经常居住地的基层群众性自治组织、妇女联合会。对严重家庭暴力加害人依法给予治安管理处罚、刑事处罚。同时，在有关“人身安全保护裁定”相关规定中也规定，在离婚、继承等民事案件审理过程中，受害人可以向人民法院申请人身安全保护裁定，禁止加害人对受害人再次加害、责令加害人迁出受害人住所、禁止加害人接近受害人、禁止加害人对受害人住所及其他共同所有的不动产进行处分；在受害人保护方面，征求意见稿第十五条、第十八条、第二十一条规定，有关单位和机构应当向受害人提供医疗救治、庇护、法律援助、司法救助，为受害人提供多方面的帮助；在证据方面，征求意见稿强调了相关机构证据固定的责任。比如第十五条中规定，公安机关接到家庭暴力报案后应当立即出警，并根据情况采取下列相应措施：（一）制止正在发生的家庭暴力行为；（二）及时询问受害人、加害人和证人，使用录音、录像、摄像等方式固定相关证据，并制作

书面记录。第十七条规定，医疗机构应当及时救治家庭暴力受害人，做好诊疗记录；在回应社会层面“各扫门前雪”的观念及其影响方面，征求意见稿第十三条特别作出规定，对家庭暴力行为，任何组织和公民有权劝阻、制止，或者向公安机关报案。

记者：在反家暴案中有法律援助者认为，法院应开通绿色通道，加快家暴案的立案审理。对此，您有何建议？

张剑源：家庭暴力具有较强的社会危害性，家庭暴力受害者普遍处于较为弱势的地位。因此，在解决家庭暴力问题上，保持适当的例外，也就是给予受害人一定程度的特殊保护，具有一定的意义，符合公平正义原则。但是，任何“例外”情况的设置都必须有特定的法律依据和合法性基础。

从征求意见稿来看，实际上已经有了很多对受害人的保护性规定。比如，第六条中明确规定，对遭受家庭暴力侵害的未成年人、老年人、残疾人、重病患者给予特殊保护；第二十一条规定，人民法院应当对符合条件的家庭暴力受害人减收、免收或者缓收诉讼费用。第二十三条规定，人民法院审理涉及家庭暴力的民事案件，应当合理分配举证责任。受害人因客观原因不能自行收集的证据，人民法院应当调查收集。第二十四条规定，因家庭暴力导致离婚诉讼的，人民法院应当在财产分割、子女抚养、住房等方面保护受害人的利益。同时，在医疗救治、庇护、法律援助、司法救助等方面，征求意见稿都有相应规定。

除此之外，还必须注意到，征求意见稿确立了“预防为主、教育与惩处相结合的原则”。因此，应综合发挥各级国家机关、社会团体、企业事业单位、基层组织在反家庭暴力工作中的作用。注重反家庭暴力工作中执法、司法的社会效果。

记者：如何从源头上预防家暴的发生？

张剑源：征求意见稿对“家庭暴力的预防”作出了专章规定：第二章，第七条到第十二条，主要规定的预防手段包括宣传、教育、咨询、培训、指导、服务等。这些规定对家庭暴力预防起到一定的指引作用。

然而，从家庭暴力发生的特点来看，家庭暴力预防工作需要有一些更具操作性的方式和规定。在家庭暴力预防工作中，除了大力开展宣传等工作外，还必须针对家庭暴力发生的“周期性”、加害人施暴的“反复性”等特点，采取具有针对性的特别预防措施，应该将家庭暴力的预防从“事前预防”拓展为“全过程预防”。不仅仅是在家庭暴力发生前进行积极的宣传和教育，在家庭暴力发生过的家庭还应该有积极的预防咨询、指导和服务，以防止家庭暴力的反复发生。

强制“交出子女”案件执行为何那么难

2015 年 1 月 18 日　法制日报　朱宁宁

漫画 / 高凤林

家住山东省淄博市的王女士手机里，存着一张去年 5 月跟儿子的合影。照片上，母子相拥一起吹蜡烛，孩子脸上一片灿烂笑容。但这之后，时至今日，王女士再也没有见到自己的儿子。

“我现在只知道，他被爷爷奶奶带回了东北老家，但是具体什么地方，我一无所知。”说起这大半年的寻子经历，这位 80 后的年轻妈妈几近崩溃。

手握判决书却见不到孩子

事情还要从去年王女士跟吕先生的离婚官司说起。两人于 2006 年 2 月登记结婚，次年生下儿子帅帅（化名）。但因婚后经常为琐事发生纠纷，夫妻俩自 2013 年 9 月开始分居，双方分居期间，儿子随爸爸生活。2013 年 9 月 30 日，王女士向法院起诉离婚，但法院判决不准离婚。之后，吕先生要求离婚，王女士同意离婚。一审法院判决儿子帅帅由原告吕先生直接抚养，被告王女士有探望儿子的权利。

但是，离婚案子尚在审理过程中，吕先生在没有跟王女士协商的情况下，就把儿子送回了东北老家。自此，王女士就再也没能见到过自己的孩子，这对一个母亲来说无疑是残忍的。

王女士无奈提出上诉，要求要回对儿子的抚养权。2014 年 5 月，山东省淄博市中级人民法院作出二审判决，将儿子的抚养权判回给了王女士。

二审法院经审理认为，关于孩子的抚养权归属问题，应充分考虑孩子成长学习需要，此种需要不应仅是物质上的满足，还应包括感情上的陪伴和慰藉，祖父母虽能对孩子的抚育照料加以辅助，但始终不能替代父母在孩子成长过程中的作用。本案尚在审理过程中，被上诉人在未与上诉人协商的情况下即将婚生子送回本北老家，使其脱离了父母的关爱，远离其熟悉的成长学习环境，对于一个年幼的孩子来说，这样的改变对其健康情智的形成不利。据被上诉人吕

先生自述，其工作性质是正常上白班，其完全有时间和能力辅导照料已接受义务教育的儿子，但被上诉人却未能承担起这一责任。最终，从有利于孩子身心健康的角度出发，法院判决由上诉人王女士直接抚养孩子，吕先生支付抚养费。

手握胜诉的判决，王女士本以为就此终于可以要回自己的儿子了。然而，让她没有想到的是，前夫一家仍拒绝交出孩子，并不停地变换住所。“我现在根本找不到任何跟我孩子有关系的线索。这判决在我手里起不到任何作用。我找到法院，要求强制执行，但是得到的答复是，孩子不是财产，法院不能去抢孩子，只能对妨碍执行的当事人进行一些处罚措施。”对于何时能与儿子团聚，王女士不禁有些绝望。

面对抢孩子法官无能为力

执行难，家事案件执行可谓“难上难”。司法实践中，拒不交出孩子的这一类案件的执行难，主要表现为实际与子女共同生活的监护人不配合、子女的其他亲属阻挠以及子女本人不愿意等几种情况。

其中行径最为恶劣的是有些父母在离婚诉讼中将未成年幼年子女藏匿起来，让对方找不到子女所在，经过一审、二审的长期诉讼，使幼年子女与另一方亲人的感情日渐生疏，即便最终的法院生效判决确定子女监护权给对方，在申请强制执行时，子女也可能因为感情因素不愿意跟对方走，而且因子女已经熟悉了现今的生活环境和人际关系，如果法院通过强制手段让对方带走该未成年子女，可能造成对子女的身心损害，不利于其成长。

在这一类型的事件中，未成年子女的祖父母、外祖父母也可能参与其中充当藏匿孙子女（外孙子女）的帮手，为离婚中的子女争抢孙子女（外孙子女）。实践中这类事件并不罕见，在80后、90后年轻夫妻的离婚案件中，情况尤甚。因为这一群体主要是独生子女，他们自身在成长过程中就因独生子女而受到娇惯和过度呵护，不懂得如何协调各种人际关系，甚至在结婚和离婚这样的人生大事中，均有父母参与其中。离婚时，面对集万千宠爱于一身的独二代（尤其是男孩），形成两代人共同争抢的壮观景象。执行难几乎是没有悬念的问题。

“实践中抚养权和探视权的案子，执行都很难，法官也是无能为力的，这种消极的执行现状，越发让抢孩子的人无所顾忌。”山东正义阳光律师事务所律师徐文丽对记者介绍说，关于孩子抚养权等的执行规定只有婚姻法即解释中出现，在民诉法没有特别规定。在徐文丽看来，针对此类案件而言，目前最好的解决办法就是：如被执行人不自动履行将孩子交由申请人监护、抚养的行为，法院自然可以采取强制执行措施，如拘留罚款等，用法律的威慑力敦促被执行人交由申请人监护、抚养。

“如果被执行人有固定工作，能对他处以拘留罚款或者以拒不履行已生效裁判文书罪等，对他可能才会产生震慑力。”徐文丽说。

家事审判应确立司法权威

谈到目前离婚案件中抢孩子成风的现状，北京天驰洪范律师事务所婚姻家事法专业律师杨晓林感触颇深。几年前，他曾代理一起离婚案件，当时抚养权判归男方，但女方却坚决不肯主动交出孩子。无奈之下，男方申请法院强制执行，但法院执行部门怕女方作出极端行为，而仅仅以离婚判决中只明确抚养权归属没有交付内容拒不同意立案，立案部门需要执行部门的同意方能立案。“这个案子拖延几年了，至今也只能不了了之。”杨晓林说。

记者采访中了解到，如是循环已成常态，导致在离婚案件中，谁抢孩子谁占优势，法院对抚养权归属的判决与执行相挂钩，并以孩子在谁那里已形成稳定的生活教育环境、改变不利于孩子成长为由，将孩子抚养权判给该方，同时，探望权经常也得不到落实。

“婚姻家事司法审判实践中的这种现状，严重损害了司法的权威，助长了离婚抢孩子风潮，这不仅损害了配偶方权益，同时严重影响了孩子的身心健康，造成了事实上的骨肉分离。”杨晓林认为，抚养权的强制执行，并不是针对孩子本身，而是针对拒不履行人民法院已生效判决的对方当事人，对其完全可以采取民事诉讼法所规定的强制手段。他建议建立完善家事诉讼程序，进行家事审判改革，认真研究婚姻家事审判的特点。“比如，法院在离婚案件关于抚养权的判决书表述时，可在原有孩子由谁直接抚养基础上，再增加一句话，由原（被）告在离婚后多少日内将孩子送交对方，切实和事后的执行相衔接。”

为确立司法权威，杨晓林建议引入家事审判思维，培养家事审判意识，切实本着子女利益最大化原则判决抚养权的归属，积极宣传好的个案，引导社会公众自觉履行判决，对于拒不自动履行判决的当事人严格按照法律规定处理。

建立家庭案执行制裁体系

“我国民事诉讼法以及将来制定的强制执行法中应当设专章或专节，就该类案件执行中的特殊原则、特殊制度进行系统规定，为消解执行难提供法律支撑。”南京师范大学法学院教授陈爱武认为，应建立婚姻家庭案件的特殊执行制度体系。

陈爱武主张，借鉴我国台湾地区和日本法律的相关规定，建立家事案件的“履行确保制度”。“该制度由三个内容构成：履行劝告、履行命令、金钱寄托。所谓履行劝告，就是由法院在权利人提出申请时，可以对义务人的履行状况进行调查，劝告义务人履行义务。所谓履行命令，就是家庭法院根据权利人的申请，命令怠于履行义务的义务人在一定的时间内履行义务。义务人如无正当理由，不服从命令，法院可以通过决定，给予其相应的罚款。所谓金钱寄托，是指家庭法院在一定的情况下依据义务人的申请，可以为权利人接受金钱的寄存。之后，依权利人的申请，法院再将金钱交付权利人本人。金钱寄托只适用于以金钱为支付目的的履行中。”陈爱武说。

她进一步分析指出，上述内容与我国家事案件的执行具有一定的适应性。其中，履行劝告具有类似我国执行中的说服教育原则的功效，将其制度化有利于体现执行人性化的理念；履行命令则有限定期限履行，过期承担一定法律制

裁的意蕴,这一制度具有极强的可操作性,也具有制度化的空间;金钱寄托则有利于避免矛盾激化的双方在不冷静的情况下当面履行可能产生的冲突,也有利于避免不便于当面履行金钱给付义务的当事人间可能出现的尴尬局面。这一做法既使家事案件中的金钱给付义务得到执行,又保全了当事人的人格尊严。

除此之外,陈爱武认为还应该建立多样化的强制执行措施和制裁措施。在立法层面,则应当建立起一个详尽完备的婚姻家庭案件强制执行措施和制裁措施体系。“因为完备的强制执行措施和制裁措施既是一种极强的威慑力量,也是具有实际运作效果的强制手段。其中,涉及财产的执行措施包括查封、扣押、冻结、直接划扣等制裁措施;对拒不履行的个人的制裁措施则可以包括:批评、训诫、罚款、拘留、限制出境、限制高档消费、公告不予执行人名单、限制投资贷款等多样化的措施。对拒不履行协助执行义务的协助单位和个人可以参照适用。此外,建立协助执行、协作执行机制也是必需。具体包括有协助义务的单位和个人如银行、被执行人所在单位等,还包括支援性协作组织和个人,如警察、社工组织、医疗机构、学校、幼儿园等。”

还有一个值得关注的问题是,由于作为独立的主体,未成年子女不是客体,因此,在涉及交出未成年子女的案件执行中无疑需要一些更加特别的举措。对此,陈爱武认为有几个方面值得注意:

首先,在判决主文中应明确交付子女的附带判决内容,防止和避免执行无据的尴尬。“实践中曾出现过当事人不履行交付子女判决,原因是判决主文中只有监护权归属的确认内容,没有交付子女的给付内容,所以就认为没有执行根据。”陈爱武分析说,强制交出未成年子女的案件通常出现在父母离婚的诉讼中,这一执行事件实际上是离婚案件的附带事件,因此,在离婚判决这一主判决得以确定之时,必须同时在判决主文中明确子女监护权的主体和及时交付子女的主体。

其次,为了防止离婚一方在诉讼中藏匿子女,造成子女与另一方感情疏离,影响将来可能的执行,在诉讼中法官应当本着保护未成年子女的最大利益为原则,明确对双方当事人释明诉讼期间不得藏匿未成年子女。如果与子女共同生活的一方有针对子女的家庭暴力,另一方可以申请保护令,禁止暴力行为,并可视情况要求带走子女或者责令施暴方远离子女居住地。

采访的最后,陈爱武强调说,“强制交出子女的判决执行应当注意未成年子女的身体、生命安全,人身自由和尊严,及时安抚其情绪,避免和防止心理阴影。”为了达成这一目标,她建议,执行人员应当首先劝导当事人自愿履行;不能自愿履行,可以采取间接强制方法,通过训诫、罚款等方式进一步敦促履行;仍不履行的,可以采取直接强制,但应当寻求警察、社会工作者、医疗救护单位、学校、幼儿园老师等相关机关的协助。

夫妻为共同被告时送达不能简便化

2015 年 01 月 21 日　上海法治报　田家俊　熊理思

一些民间借贷纠纷中，丈夫向他人借钱未还，债权人起诉时往往会将夫妻二人列为共同被告。在这类夫妻为共同被告的民事案件中，承办人应如何送达起诉状副本及开庭传票等诉讼文书呢？实践中，有些承办人采取的是一种“简便送达”方法，即将送给夫妻二人的材料放在一份快递中一同送达，并在收件人姓名栏上同时填写夫妻二人的姓名。笔者认为，虽然这种送达方法节约了送达成本，但从程序规范化的角度出发，尚值得商榷。

首先，将夫妻二人的应诉材料放在一份快递中送达，容易给邮政快递人员和收件人主观上造成错觉，以为只要由其中一人签收就可以了；　客观上也使得送达回执往往只有一人的签名，易为日后产生纠纷埋下伏笔。

其次，这种“简易送达”方式有违背相关司法解释精神之嫌。根据《最高人民法院关于以法院专递方式邮寄送达民事诉讼文书的若干规定》　第 7 条第 2 款:“邮政机构在受送达人提供或确认的送达地址未能见到受送达人的，可以将邮件交给与受送达人同住的成年家属代收，但代收人是同一案件中另一方当事人的除外。”在夫妻为共同被告的案件中，丈夫和妻子是否为“同一案件中另一方当事人”呢？我们认为严格来说，答案是肯定的。司法解释之所以规定同一案件中一方当事人不得替另一方当事人代签就是因为他们之间存在诉讼利益冲突。因此，虽然他们是成年家属的关系，但考虑到代签后有可能出现伪造、隐瞒被代签人，损害被代签人诉讼权益等不良后果，司法解释规定不允许他们相互代签。在夫妻为共同被告的案件中，虽然妻子和丈夫都是被告，但也不能简单地将他们理解为“同一方当事人”。如上所述，“同一方当事人”应该是指诉讼利益没有冲突的当事人，而在共同债务的承担上，不少夫妻之间是存在争议的，特别是在夫妻关系不好的时候。换言之，即使是夫妻，他们的诉讼利益也并非是一致的。因此，采用上述“简便送达”方式来处理夫妻共同被告的送达问题与司法解释精神是不一致的。

实践中，“简便送达”也确实在夫妻为共同被告的民事案件中显现出了其弊端。我们也遇到过由于夫妻一方代签收，另一方提出再审的情形。再审申请人称自己没有收到法院送达的诉状副本和开庭传票，也没有到庭参加诉讼，直到判决或调解进入执行阶段才知道自己涉案，认为一审程序违法，剥夺了她的抗辩权、上诉权等多项诉讼权利，要求对案件进行再审。虽然从程序正义与实体正义平衡的角度看，这种送达瑕疵并不一定会引起再审。因为夫妻关系不好或夫妻之间有不为外人所知的财物约定，并不具有对抗善意第三人的法律效力，即使进入再审也不会影响最终的裁判结果。因此，对这种不足以影响最终裁判结果的一般性程序瑕疵，从节约诉讼成本、维护司法权威、原被告利益整体平衡的角度考虑，我们一般不启动再审程序。但夫妻为共同被告案件中的规范性送达问题还是需要引起足够重视，以便在力所能及的范围内尽量避免类似纠纷的发生。

让未成年人在合法监护下成长

——电影《博比成长记》有感

2015 年 1 月 23 日　人民法院报　姬广勇

电影《博比成长记》宣传海报。

美国电影《博比成长记》关注的是乌克兰年轻母亲奥利弗与她十岁的儿子博比在美国的遭际。奥利弗因行骗而入狱，失去对儿子的监护权，将儿子交给了一对夫妇抚养，这对夫妇获得对她儿子的法定监护权。奥利弗要想重新获得对儿子的监护权，必须让法官相信她已经改过自新。在此境遇下，奥利弗毅然拒绝继续行骗，并揭发和挽救了她的同伙，在亲情的呼唤中期待与儿子的重聚。

看完此片后，除了对奥利弗为了重获监护权的努力而感动之外，更感叹美国完善的未成年人监护权制度，确实值得我们借鉴。

片中那名女警官的分析入情入理，责问奥利弗：“你想让你儿子成为什么样的人？”并统计出“生长在父母犯罪家庭里孩子的犯罪率是一般家庭的 7 倍”。近朱者赤，近墨者黑，奥利弗是诈骗的惯犯，长期耳濡目染，她儿子已经学会说谎、搞恶作剧、偷窃和报假警。

观众都能感到，即使她们母子情深，但奥利弗对儿子的监护是不正当的，因为不利于儿子的健康成长。所以，奥利弗的邻居走出来报警，送奥利弗进监狱是可以理解的。再看看其他事例：美国流行歌王迈克尔·杰克逊去世后，他孩子的监护权落到了祖母的头上，但是因为一次祖母到了外地，数天没有与这 3 名孩子通话，法院就裁决剥夺祖母的监护权了。

未成年人监护制度在西方较为发达，而在我国相对滞后，我想这与传统的思想文化有关。在古代，中国与西方在家庭结构上虽有相似之处，但发展却大相径庭。在罗马，家父权不断遭到限制，最终缩小在一个极其狭小的范围之内。与之对应的，是孩子地位的改善，直至有愈来愈多“个人”的出现。

梁治平先生曾比较过《十二铜表法》和《清·刑律·斗殴》，前者规定：“家长如三次出卖其子的，该子即脱离家长权而获得解放。”后者规定：“父母控子，即照所控办理，不必审讯。”前者表明了对父权的限制，后者肯定父权的绝对权威。曾子曰：“身也者，父母之遗体。”《孝经》云：“身体发肤，受之父母，不敢损伤，孝之始也。”

在古代“孝的宗教”里，子女没有身体的自由，也无独立之人格，完全受父母的支配，因此，父母对子女便谈不上“监护”，只是“管教”而已，至于管教是否适当，我想官府是不会过问的，而邻人对于别人的家事就更不会插手了。

因此，在中国人的传统观念中，家里的事，外面人不能管，传统社会不把儿童当成一个有独立意志、独立人格的个体看，就像把小孩看做自己的财产，父母有无限的处置权利。并且这种思想至今残留，左右不少家长的思想，现今我们仍可以看到：强制乞讨的儿童、四处流浪的孩子、伤痕累累的孩子、被虐待致残或致死的孩子等等。这些现象背后往往是父母虐待、遗弃、疏于管教或不履行监护职责的影子。面对这些未成年人的遭遇，想要剥夺这些不适格父母的监护权，是很难的。

国家的责任

法律协调人与人之间的关系，一般都遵循着权利与义务相统一的原则。即使对血缘关系上的父子、母子，因为监护本身是一个法律关系，所以也要遵循这样的原则。当父母不履行监护义务或者侵害儿女的权利时，为了个体的自由健康发展，打破原有的关系便成为可能。现代法治社会，就是致力于这个观念：儿童也是有权利的，也有独立意志。为了践行法治精神，划定监护人行为的边界，那就必须由公权力参与进来，在必须干涉的时候毫不犹豫地干涉。

最高人民法院、最高人民检察院、公安部、民政部四部门联合印发《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》已经生效，根据权威解读，性侵害、出卖未成年人等七种严重情形可以撤销监护人资格，规定了民政部门等众多单位和个人可以作为提出撤销起诉的主体，规定了人身保护权裁定和判后安置制度，旨在未成年人得到妥善监护照料，还规定了恢复监护权资格制度，对确有悔改表现并且适宜担任监护人的，可以恢复其监护资格。可以说，新的意见充分吸收了西方先进的监护权制度，重新唤醒了民法通则、未成年人保护法沉睡的法律规定。近期，有的法院已经开始受理撤销监护权资格的案件。

让未成年人在正当的监护下成长，不再只是一种呼声。相信有了国家的责任、社会的关爱和司法机关的作为，未成年人可以更加健康地成长。

（作者单位：江苏省徐州市铜山区人民法院）

反家暴的男性不爷们？

2015 年 1 月 23 日　香港凤凰周刊　徐佳

原题为《大陆男性参与性别平等运动》

“我

曾经是一名家暴受害者，浑身的骨头都是痛的。那时的我会站在窗前想，应该从多少层跳下去比较好呢？”

小静（化名）在 2014 年 11 月 22 日召开的第二届中国白丝带志愿者网络年会上，道出自己的过往，“我亲历了 16 年家庭暴力生活，身心备受摧残。在 2012 年，我被确诊为中度抑郁症，一直服用抗抑郁药物。2013 年，我得到

了一名白丝带志愿者的帮助。也从那时开始，我的生活慢慢重新走向阳光、健康。”小静在 2014 年 11 月彻底不再依靠药物。

帮助小静的白丝带志愿者，是一个名叫俞长模的热线接线员，男性。2012 年底，俞长模开始接触“中国白丝带志愿者网络”组织，并成为一名志愿者。与以往由女性团体来主导此类运动不同，这个以“白丝带”命名的团体是中国大陆第一个以“男性参与”为主导、以促进性别平等为目标的民间组织，呼吁男性不应该对加诸女人的暴力保持沉默。其最终目标是终止家庭暴力、性暴力等一切形式的性别暴力。

“要改变现状，迫切需要倡导全社会，包括男性共同努力。男性不应该、也不能够在推进反对家庭暴力的运动中缺席。”中国白丝带志愿者网络召集人方刚说。

迟到 20 年的中国白丝带

这项由男性发起的“白丝带运动”，始于上世纪 90 年代。1989 年 12 月 6 日，就读于蒙特利尔工程学院的 25 岁男生马克·勒平携带迷你 14 来福枪进入一间教室，将男性和女性分开，在声称“与女权主义战斗”后对女性进行射击。最终，勒平在枪杀了 14 名女性、射伤 10 名女性和 4 名男性后开枪自杀。勒平在遗书中称，女权主义毁了他的生活。

悲剧发生两年后，三名加拿大男士期望公众能从中反省，发起了号召男性佩戴白丝带的运动，呼吁男性不该对男人加诸女人的暴力保持沉默。如今，白丝带运动已经在全世界 80 多个国家和地区展开。

中国大陆的首次白丝带活动始于 2001 年，由中华女子学院教授李明舜发起。此后十余年中，包括全国妇联、一些省市级妇联以及高校都在“3 月 8 日国际妇女日”或者全球终止针对妇女暴力的“十六日运动”期间举办过一些零散的活动。但在 2013 年中国白丝带志愿者网络（CWRVN）成立之前，中国从未有以“白丝带”命名、以推动男性参与反对性别暴力的组织出现。

在 2013 年的首届“中国白丝带志愿者网络”年会上，该组织召集人、北京林业大学性与性别研究所所长方刚在年会上倡议：“希望我们所有的人，特别是男人和男孩，能够承诺绝不对她/他人使用暴力，并且不对暴力行为保持沉默。”

为成立“中国白丝带志愿者网络”，方刚已经进行了三年的铺垫。2010 年 11 月，中国首条“白丝带热线”开通，免费为有暴力倾向和暴力行为的人提供改变行为的辅导，为受暴力伤害者提供咨询服务。

如今的 CWRVN 除了白丝带热线外，还开办了白丝带在线咨询；组织了青少年时代受家暴者团体辅导小组；以演讲、公共论坛、新媒体推广、报刊专栏、学校教育、心理辅导等方式展开终止性别暴力的工作。该组织已经在北京、秦皇岛、上海、淮南等地开设或筹备开设向性别暴力当事人提供面对面帮助的服务站，在全国拥有 300 多名志愿者。

在中国，一般认为家庭暴力包括身体暴力、精神暴力和性暴力。根据联合国人口基金“针对妇女的暴力——2010 年的事实和数据”显示，根据一项抽样调查，浙江、甘肃和湖南的家庭暴力普遍程度为 34.7%。其中，精神暴力最为常见；有 25.1%的妇女报告称遭受过精神暴力，10%的妇女遭受过身体暴力，4.1%的女性遭受过性暴力。而另外一项在农村地区进行的调研结果则显示，遭受过至少一种形式的家庭暴力的妇女比例高达 64.8%。2013 年，全国妇联公布“第三期中国妇女社会地位调查报告”，显示中国有 24.7%的女性曾在婚姻生活中遭遇到不同形式的家庭暴力。

中国首部“反家庭暴力法”在 2014 年 11 月 25 日正式公开对全社会征求意见。意见明确指出，对家庭暴力行为，任何组织和公民有权劝阻、制止，或向公安机关报案。

此时距 1995 年“家庭暴力”概念引入中国已走过 19 年。

男性参与同样重要

小静的故事，远比她在台上的平静叙述更为波涛汹涌。现今已经离异的小静，原本的家庭曾因为家庭暴力破碎不堪。施暴者不仅源于她的丈夫，更来自于她的公公。这位老公公作为一家之主，对家人动不动就打骂，哪怕是家里的孙女，发起脾气来也会抄起手边的板凳砸过去。曾经家庭矛盾升到顶级，老公公和两个儿子拉拉扯扯相约去跳河，“过不下去了”。

帮助小静的白丝带志愿者俞长模，是一名心理咨询师。事实上，早在 2013 年之前，小静开始向俞长模咨询心理问题，治疗抑郁症。情况的转机来自于俞长模的转变。

2012 年底，俞长模开始接触“中国白丝带志愿者网络”组织，并成为一名志愿者。在这个组织中，俞长模开始接受培训，重塑对于社会性别、性别暴力的认知理念。也因此，俞长模转变了对小静的心理疏导手段：原本俞长模更关心小静的抑郁情况，主要针对小静的家庭关系对小静进行心理辅导。

在进入“白丝带”志愿组织后，俞长模将自己的认知也传达给小静：你的丈夫不是生来这样的，而是他被告知应该成长为这样。其实你的丈夫也是痛苦的，在这个以“男权”为主的社会，男人为了成为“必须成为”的“顶梁柱”，背负了很大压力，这种压力可能会转为暴力。同时男人因为认为男性占有支配地位，也认为他必须对女人有控制权，如果有反抗，也有可能诉诸暴力。这不只是一个家庭的问题，而是整个社会都面临的问题。当小静不再纠结“自己的错”或“丈夫的错”时，她的心理情况开始好转。

在第二届中国白丝带志愿者年会结束后，方刚特意向媒体强调，CWRVN 的主旨更着重于“男性参与”。国际社会呼吁男性参与促进性别平等的历史由来已久。“男性参与”概念的首次正式提出是在 1994 年开罗国际人口与发展大会上；次年，在北京世界妇女大会上，《北京宣言》第 25 条明确呼吁“鼓励男子充分参加所有致力于平等的行动”。

2009 年，联合国秘书长潘基文成立了“联合起来制止针对妇女暴力运动男性领导人网络”，突显对男性参与社会性别平等运动的重视。

“男性参与是国际社会、联合国所倡导的，但是在中国却一直难以推进。”对此，清华大学社会科学学院科学技术与社会研究所教授刘兵分析认为：“男性参与推动性别平等，与我们的传统观念有很大冲突，而且很多人不认为这是一个严重的问题。许多男性因为缺少性别观念和意识，所以对此也不热心。但性别平等是两性话题，只有一方努力，尤其是弱势的一方主动来做，是很难做好的。”

方刚也认为，男性在社会体制中掌握着更多的权力，如果能让这些男性先改变，使他们成为支持性别平等、反对性别暴力的参与者，他们可以用自己的权力来支持这项事业。

男性参与热情不高

尽管方刚认为在中国白丝带志愿者网络中找到了同伴，并坚信未来可以在大家的共同努力下改变目前中国性别暴力的现状，但是作为一家以号召“男性参与”为主旨的民间组织，如何更好地呼吁男性参与的积极性仍然是其面临的难题。

单就中国白丝带志愿者网络而言，在白丝带热线的咨询者中，女性受害者占 80%，仅有 20%是男性施暴者或受害者通过热线主动咨询求助，而在志愿者队伍中，女性也将近一半。男性参与的热情并不算高。

而参与的男性志愿者，也会受到其他男性的质疑。帮助小静的俞长模，因为致力于反对家庭暴力、推动性别平等活动而经常被自己的男性朋友嘲笑：“一个大老爷们儿，老掺和人家家里的事干什么？老和女人搅和在一起算什么？”

中华女子学院教授李洪涛表示，“我们从 1990 年代末开始筹建中国反家暴网络，四处推广反对家庭暴力的理念时，遇到的反对很多，一路走来，压力很大”。李洪涛回忆，早期尤其是警察和领导层，是最难被说服的群体。对话中，常有对抗的声音。有警察认为，“家庭暴力是人家家里的私事，外人不要插手。况且，不一定就都是男人的错，没有人会无缘无故打人”；有领导也不认为家暴的起源来自于不平等的性别关系：“男强女弱有什么错？男人就应该阳刚，女人就应该温柔”。

方刚认为，在男权当道的今天，召集男性参与，本身就是一项非常困难的工作，注定要付出相当长时间的努力：“从前我参加推动性别平等的相关会议，现场大部分都是女性，只有几个男性，我还是其中之一。当时我还只是觉得有趣。2014 年，我参加在印度召开的全球男性参与联盟第二次论坛，参会者有七八成都是男性。但第二天我回到中国参加一个性别平等会议时，现场包括我在内仍只有两位男性，这一次，我不再觉得有趣了，而是感到非常伤感”。

记者

徐佳

本文刊载于《凤凰周刊》2014 年第 2 期 总第 531 期

今日独家关注：体罚——家庭暴力的萌芽

2015 年 1 月 23 日　今晚拍案 AM603

郑海现夫妇有一个三岁的儿子叫郑博。一天，只因郑博不肯识数认字，夫妇二人一气之下就对孩子进行了家庭体罚，在父母的棍棒下郑博因头部遭受重创，颅脑受损后引起呕吐，导致堵塞呼吸道，窒息死亡。后来夫妇二人被追究了刑事责任。因该说这起一起非常典型的因为父母体罚孩子而引发的刑事案件。“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、自己有权利打骂，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。在今天的节目当中邀请到未成年保护的专家和您来详细说说：体罚——家庭暴力的萌芽

郑博，一个 3 岁的孩子，只因为不肯识数认字，死在了父母的棍棒下。日前，杭州市萧山区人民法院以故意伤害罪一审判处孩子的父亲——河南来杭打工人员郑海现有期徒刑十年，剥夺政治权利两年。

儿子不肯认数字，父亲操起木棍就朝儿子的脑袋打一天晚上，郑博的母亲秦某教 3 岁的儿子认数字“1、2、3、4、5”，但儿子读了一遍后，就无论如何不再开口。性急的秦某打了儿子两个耳光，又操起一根木棍，痛打儿子。

这一幕被刚好回家的郑海现看到，他制止了妻子的行为，表示由他来教育。但是，生性倔强的儿子仍不肯多念。脾气暴躁的郑海现顿时火起，也操起木棍朝儿子的脑袋打了两棍。孩子放声大哭，但父亲并没有停手，木棍相继落在了郑博的脸上、手上、屁股上。整个过程持续了将近一个小时。

当晚 11 时，郑博突然大声喘气，脸色也变得难看，父母连忙把儿子送到附近的萧山区第一人民医院。此时，郑博已死亡。

经鉴定，郑博是因头部遭打击，颅脑受损后引起呕吐，呕吐物堵塞呼吸道，引起窒息导致死亡。除了头部的致命伤，郑博四肢、臀部等部位多处受伤。

“之所以下这样的狠心，为的是不想让孩子过和自己一样的苦日子”

在法庭上，郑海现后悔不已：“我们只是为了教他认字，他不肯，我们生气才打他。”“我们不是存心去伤害他……

是教育他，多认点字，学聪明一点……做爸爸的教育他一下，并不是真的想打他……”，“之所以下这样的狠心，为的是不想让孩子过和自己一样的苦日子”。

郑海现夫妇都是河南淮滨人，均是 30 岁左右。郑海现只有初中文化，其妻只有小学文化。2002 年 5 月，妻子生下了儿子郑博，2003 年，他们舍下刚满周岁的儿子，从河南淮滨来到杭州萧山。在一切安排妥当后，二人就把儿子从老家接了出来。

夫妇二人每天推着车卖水果谋生。为节省开支，他们一家租住的房子只有 10 多平方米。据认识郑海现夫妇的邻居反映，二人都是地道、本分的农民，但他们经常用棍棒“教育”孩子，而且下手较重。

跟所有打工的人一样，我们想多赚点钱，让日子好过些。”郑海现说，因为自己的文化程度不高，吃了不少苦，所以就想让孩子能聪明一点，将来日子好一点。“我们真没有想把他打死。打孩子，是为了让他将来比我强啊!”

警方的调查表明，二人并不是真的想致亲生儿子于死地，教育方法不当是酿成这一惨剧的直接原因。公诉人也认为，郑海现是“出于教育孩子的良好初衷，酿成了谁也不愿意看到的严重后果”。

一位办案民警说，每次提审，这对夫妻都是追悔莫及，尤其是母亲，每次提审都痛哭不已，念叨是自己“教育方法不对”。

家庭暴力因为它的隐蔽性和对妇女儿童[1]极大地危害性，受到了社会的特别关注，尤其是近年来发生了许多针对未成年人的虐待、遗弃等触目惊心的案例，引发了国内更多关于未成年人保护立法和司法方面的讨论。但是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，还没有被独立的或有区别的对待。随着媒体对越来越多的未成年人遭受家庭暴力的案件进行报道，人们对未成年人遭受家庭暴力的关注程度也越来越深。

北京青少年法律援助与研究中心作为专业的未成年人保护机构，长期关注和研究未成年人权利保护，持续关注和研究未成年人遭受家庭暴力侵害的现状和问题。中心曾对 2008 年 1 月至 2011 年 1 月期间媒体报道的 300 例未成年人遭受家庭暴力的案件进行调研、发布“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分析与研究报告”报告，并于 2012 年 6 月对报告进行了更新。自 2011 年报告发布后，至 2013 年底期间，我们又收集到媒体报道的 397 例未成年人遭受家庭暴力的案件。对比前三年的情况，未成年人遭受家庭暴力侵害的特点也出现了一些新的变化。本报告结合原报告的 300 例案件和近三年媒体报道的 397 例案件，也就是对 2008-2013 年六年间，媒体报道的 697 例未成年人遭受家庭暴力案件进行统计分析。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关于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。本报告结合未成年人遭受家庭暴力的司法实践和最新研究探索，全面归纳未成年人遭受家庭暴力案件的九大特点，对比分析 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，系统分析预防和干预未成年人家庭暴力在立法和实践中的八个难点问题，有针对性地提出完善预防和干预未成年人家庭暴力法律及制度的八项建议。希望对反家庭暴力立法和最新政策提供研究参考。

一、　案件统计数据（附后）

二、未成年人遭受家庭暴力案件呈现的特点

通过对 2008 年至 2013 年六年间媒体报道的 697 例未成年人遭受家庭暴力案件进行调研，我们从施暴主体、暴力形式、案件发生地、受暴原因、受暴未成年人性别、年龄、家庭背景、持续时间、伤害后果、报案人员及案件处理结果十一个方面进行统计分析，发现未成年人遭受家庭暴力案件呈现出以下特点。

（一）暴力主要来自于父母，父母单方施暴的更为常见

调研发现 697 例案件中 84.79%的案件是父母施暴，其中亲生父母施暴占 74.75%，继父母或养父母施暴的占 10.04%；所有案件中父母单方施暴的案件更为常见，占 76.47%。这些案件反映出，父母并没有将未成年人当成享有平等权利的人来对待，往往将孩子视为自己的私有财产随便处置，一些父母把孩子当做赚钱工具，将孩子出卖、出租或携带、强迫孩子乞讨，还有很多父母动不动就对孩子施加打骂。由于对家庭暴力的理解不准确，很多父母并不认为打孩子是家庭暴力，往往认为程度严重的伤害才是家庭暴力，为了孩子好的施暴动机也让很多家长合理化了一些暴力行为，如有的家长在事后“后悔打重了”孩子，有的家长说“偶尔打不算虐待”，有的家长认为“只是轻微教训一下孩子”，甚至有的家长在遗弃或杀害孩子后认为“是为了解脱孩子的痛苦”。这些家长并没有将自己的行为和家庭暴力联系在一起。

在统计中发现，除了父母施暴外，祖父母、外祖父母等其他家庭成员施暴的案件占 12.05%，这些案件中的未成年人多是父母双方外出务工由亲属抚养的留守儿童，对这类未成年人在家庭中的权利保护和对事实监护人的监督应当引起重视；也有一些是因为婴儿患有先天性疾病或残疾，祖父母和父母共同选择了将其遗弃。从媒体报道的信息看，还有 3.16%的案件施暴主体不详，从案情中推断施暴主体应为父母，由于新生儿有残疾或缺陷而将孩子秘密遗弃。

（二）家庭暴力存在于城镇和农村，城镇被报道的案件比例明显超出农村

在发生地的统计中，不是以施暴人或受暴未成年人户籍地为标准，而是以家暴行为发生具体地点进行的统计。农村的统计包括村、乡，城镇的统计包括城市和镇。与 2011 年发布的数据（农村 56.33%，非农村 42%）相比，被

报道的农村案件比例明显下降，城镇案件比例有所上升，至 2013 年底，农村案件比例下降至 43.76%，城镇案件比例上升至 50.22%，地点不详的 6.02%。被报道的城镇的案件比例已经明显超出农村的案件。

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。

从掌握的这些案件情况看，被媒体关注报道的城镇案件比例迅速上升，一方面与城市生活压力大及家庭矛盾加剧导致的拿孩子出气等现象增多有关，另一方面，不可回避的是与大量打工者进城生活，流动儿童增多有关。不论农村还是城镇，发生家庭暴力都与传统落后的思想观念有关，大多父母会认为“有权教训孩子，打孩子是常事”、“自己的孩子打死也没事”、“孩子是自己的”、“管教孩子别人管不着”，甚至在孩子发生严重伤害或死亡后，也毫无悔意和无悔改之心。农村家庭中对未成年人实施家庭暴力的原因还有与一些陋习、封建迷信有关，如重男轻女导致的对女童施暴，为传宗接代导致的遗弃、出卖女童或收买被拐卖男童等等。

（三）10 周岁以下的未成年人更容易遭受家庭暴力， 女童高于男童

调研发现，10 周岁以下的受暴未成年人 576 人占 82.64%，其中 1 岁以下的新生儿占 33.68%，1-6 周岁的占 30.59%，7-10 周岁的 13.67%；而 11 周岁以上的只占 17.19%，另外还有 36 例报道中没有显示年龄，占 4.87%。

可见，10 周岁以下的未成年人更容易成为家庭暴力的受害者，超过 8 成。而在 10 周岁以下的受暴未成年人中，不满一周岁的新生儿和 1-6 周岁的未成年人这两部分年龄段的未成年人又占大多数。不满一周岁的新生儿主要是遭到遗弃和杀害，与性别无明显关系，主要与非婚生和家庭关系不和谐有关。

另外，在统计中发现，受暴女童占 51.42%，受暴男童占 45.20%，女童略高出男童。然而在 2011 年之前 300 例案件的统计数据中，受暴女童占 55.33%，比男童高出 10.56%，在 2011 年至 2013 年底的 397 例案件中，男童比例与女童比例的差距正在缩小，男童的比例在迅速上升（女童 48.75%，男童 45.56%）。

（四）家庭结构发生变化、非婚生家庭和流动、留守家庭的儿童更容易成为家庭暴力受害者

调研发现，生活地点、父母结构发生变化的家庭和非婚家庭更易发生对未成年人的家庭暴力，有 362 例案件发生在受人口流动影响的家庭和父母结构发生变化的家庭以及非婚家庭，占 51.94%。可见，流动留守儿童和非婚生子女以及单亲、继亲家庭等家庭背景发生变化的未成年人更易成为家庭暴力的受害人。其中，21.38%是单亲、再婚或收养家庭的未成年人；13.06%是非婚生子女；17.50%受流动或留守的影响。这些家庭对未成年人实施家庭暴力的原因主要是由于家庭关系不和谐或家庭矛盾、生活压力大、家庭功能不健全等。

（五）未成年人遭受家庭暴力原因复杂，因家庭矛盾拿孩子撒气和暴力管教为主要

据从调查分析情况看，产生家庭暴力的原因有诸多方面，归纳起来，家庭关系不和谐或家庭矛盾而拿孩子发泄或报复引发的家庭暴力的案件比例最高，达 25.82%；错误的管教观念也是导致对孩子施暴的一个主要原因，占 11.05%；其他原因还有生活困难、生活压力大或未婚先育没有条件抚养，孩子身体智力有缺陷、残疾，重男轻女，父母有恶习、品行不良和精神心理异常等。具体情况为：

1、家庭关系不和谐或家庭矛盾而拿孩子发泄报复引发的家庭暴力的案件比例最高，达 25.82%，如因婚外恋、夫妻感情不和或与其他家庭成员发生矛盾而拿孩子撒气、报复。这类案件反映出，由于未成年人的弱小，一些父母并没有把孩子当成人，而是当成了出气筒、泄愤目标、报复工具。

2、错误的管教观念导致对孩子施暴的占 11.05%，主要体现在因孩子不听话、撒谎、顶撞父母或怀疑孩子偷拿家里钱财和督促孩子的学习成绩而暴力管教或管教失手，这些案件中，当邻居制止或公安人员介入时，施暴父母多数表示出“打自己的孩子，别人管不着”“打他也是为教育他”的错误观念。

3、父母有恶习、品行不良等原因导致的家庭暴力不在少数，如在 67 例家庭性侵害案件中，表现出来的的主要原因是施暴人有恶习、一时性冲动、还有迷信等原因，不顾父母子女关系对孩子做出乱伦行为甚至性暴力，更有甚者强奸后强迫孩子进行卖淫行为，占 9.61%。再如，在 90 件出卖孩子的案件中，64 例（占 71.11%）的原因是父母为还赌债、换取赌资、换钱挥霍等目的，占所有案件的 9.18%。另外，父母吸毒导致的家庭暴力案件也需要引起重视，如 2013 年备受关注的南京饿童案，母亲外出将孩子锁在家里，多日不回从而导致两名年幼的儿童被饿死。

4、孩子病残是导致家庭暴力的另一个因素，占 7.75%，这类案件的暴力形式主要表现为对孩子虐待、遗弃和杀害案件。其中在调研的 92 例遗弃案件中，除无法判断原因的 29 例案件外，一半以上的案件都是因为孩子病残，占到了 52.38%。

5、父母精神心理异常也是引发对未成年人家庭暴力的一个因素，占 10.47%。这显示出，对于监护人精神、心理有异常的未成年人的保护非常重要，其中因为母亲患有产后抑郁症而导致的施暴现象需要引起重视。

6、由于生活困难、生活压力大或青少年未婚先育没有条件抚养导致的对孩子施暴、遗弃或杀害的案件占到 12.96%。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，主要是由于超生、多子女或未婚先育而缺少抚养条件，如一起案件中，当事人已有两个儿子又生一子，无力抚养便将孩子送人换钱。再如一起案件，两名青年未婚先育，双方都没有工作，没钱打胎，便商量先生下孩子来再遗弃或杀害减少负担。还有一些未婚先育的青少年担心名誉受损或被发现而遗弃、杀害新生儿的案件也不在少数，占 5.16%。

7、除 67 例针对女童的性侵害案件外，因重男轻女意识而对女童实施家庭暴力的案件有 12 例，占 1.27%。其中，8 例因厌恶孩子是女孩而实施的身体暴力、2 例遗弃案件和 2 例出卖案件。

（六）多种形式的家庭暴力并存，遗弃、性侵害和家庭拐卖应当引起重视

社会大众对家庭暴力的理解一般为对儿童做出针对身体的虐待、殴打等伤害行为，这与国际社会对儿童暴力的界定有偏差，国际社会对儿童暴力的界定包括身体暴力、精神暴力、性暴力和忽视，本次统计未发现有对儿童精神暴力和忽视的报道，这可能与国内对暴力范围的理解还不深入以及国内对儿童的精神暴力与忽视还没有引起广泛关注有关。

报道中，虐待、遗弃、拐卖、性侵害等形式的暴力不在少数。从暴力形式的统计看，主要还是针对未成年人身体的伤害，占 64.28%，遗弃不养、家庭拐卖和性侵害的比例相差不多，分别占 13.20%、12.91%、9.61%，这三种形式的暴力虽然不是直接做出针对未成年人身体的殴打伤害行为，也可能没有造成未成年人身体严重受伤的结果，但应该属于极为恶劣的暴力，是对未成年人极端的伤害，在统计中超过三成。有的案件中可能多种形式的暴力并存。

值得引起注意的还有性侵害案件，一般人会认为家庭性侵害案件主要来自再婚、收养家庭，但是统计发现，在 67 例性侵害案件中，49 例是监护人实施的，其中生父母实施的 28 例，继父、养父实施的 21 例，因此原生家庭的性侵害案件应当引起关注，这类生父实施性侵害案件主要是生父平时就有恶习、一时性冲动、还有迷信等原因。其他人员实施的性侵害主要是母亲、叔叔等其他家庭成员，未成年人遭受性侵害的类型除了强奸外，还有生父母强迫未成年人卖淫的案件，对未成年人的身体和心理造成了极为严重的伤害。

（七）从案件发现情况看，受暴未成年人、家庭成员及基层群众组织报案率不高

一般情况下，针对未成年人的家庭暴力发生后，未成年人受到亲情影响和能力所限，极少对父母的家暴行为进行报案，在统计中只占 1.87%。其他家庭成员、村委会、居委会也认为管教孩子是家庭内部事务一般也不报案。非施暴方监护人和其他家庭成员报案的案件虽然占到 32%，但大多数是出现了特别严重后果的极端或残忍杀害、强奸和家庭拐卖案件，相对未成年人遭受家庭暴力的总数来说，家庭成员报案率并不算高；村委会、居委会作为基层群众组织，对未成年人负有保护义务，对发生家庭暴力负有劝阻、制止的责任，但是在统计中，却发现只有一例案件是村委会发现后报案的，而针对那么多未成年人被父母残忍杀害或长期施暴的案件，村委会、居委会没能及时发现或发现后也没有主动报告。

调研发现，与未成年人密切接触的人员和为未成年人提供服务的专业工作者对暴力的报告意识正在逐渐形成，邻居、市民、村民等与未成年人可能存在密切接触的人员报案的占 32.85%，医务人员、教师、记者、民警等为未成年人提供服务的专业工作者报告的案件占 10.61%。这为未成年人遭受家庭暴力强制报告制度的设立提供了实践基础。

另外，有 112 例占 16.07%的案件由于报道内容简单不能判断报案人员的信息，希望今后媒体在报道未成年人案件时能够注意这些线索，这对研究和建立未成年人遭受家庭暴力的强制报告制度有很大价值。

（八）家庭暴力持续时间长，造成严重后果的才被关注，一般的暴力还没有引起重视

从案件报道的施暴方式、结果、次数看，都是较为严重的家庭暴力或犯罪案件，其中造成受暴未成年人死亡的有 359 例，超过了案件总数的一半，其余的是家庭拐卖和强奸案件。从家暴持续时间看，22.67%的未成年人长期反复受到侵害，持续时间最长的达 14 年之久才被发现。例如，贵州金沙县年仅 11 岁的女童小丽遭受亲生父亲虐待超过 5 年，经常被用木棍吊打、缝衣针穿手指手臂、不给饭吃、开水烫头等，导致多处软组织受伤、营养不良、头顶大部分毛发不生。只遭受一次侵害的案件大部分结果是未成年人受暴致死或被拐卖。从案件报道的内容看，施暴方式也都是较为严重的手段，主要有针对身体的虐待、故意伤害、性暴力、遗弃和出卖。可见，目前特别严重的未成年人遭受家庭暴力已经引起社会公众的关注，但是一般的家庭暴力行为和没有出现严重后果的案件比较隐蔽，还没有被公众关注，也没有引起重视和公开的讨论。

（九）对案件和施暴人的处理方式简单，除后果特别严重的进行刑事处罚外，对一般案件缺少有效处理方式

从案件报道的内容分析，未成年人遭受家庭暴力出现死亡或特别严重的后果，案件才得到司法机关的处理。施暴人被警方刑事拘留或追究刑事责任的案件 444 例，占 63.70%，犯罪类型涉及极端或残忍杀害、故意伤害、虐待、遗弃、强奸和出卖子女，其中包括 286 例身体暴力案件，74 例性侵害案件、22 例遗弃案件和 71 例出卖子女的案件，这些案件中造成未成年人死亡的就有 260 例，其余的也基本为身体受到严重伤害的案件。

除上述刑事处罚的案件外，在其余 253 例案件中也有很多是非常严重的家庭暴力，施暴人本应受到追究和惩戒，但由于目前我国对父母侵害未成年人合法权益案件的责任追究制度不健全和非刑罚处置方式简单，很多施暴父母却得不到有效教育和处罚，一定程度上放任了家长对未成年人施暴的行为。例如在没有受到刑事追究的 253 例案件中，只有 27 例案件的施暴父母受到治安处罚，其中一对父母多次采取火钳烙屁股、跪钉子等方法对孩子施暴，造成孩子严重伤害，应该说情节比较恶劣后果也比较严重；只有 17 例案件的施暴父母受到公安机关的批评教育，其中有因为觉得儿子是累赘而出卖的案件、逼孩子乞讨又嫌孩子挣钱少而当街施暴的案件和其他持续性家暴或亲属无力抚养遗弃未成年人造成一定后果的案件。其余 209 例案件无处理结果或处理结果不详，在这些案件中不少是极端或残忍杀害、遗弃、出卖子女的案件，但报道中没有显示处理结果或处理结果不详，这与媒体报道的新闻性和时效性有一定关系，对这些案件也缺少后续追踪报道，这对未成年人遭受家庭暴力案件处理方式的研究非常重要。希望这也能引起媒体对未成年人案件报道的敏感性。

三、预防和干预未成年人遭受家庭暴力在立法和实践中存在的难点问题

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、自己有权利打骂，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规章、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地问题，使未成年受害人的生活和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责任条款，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。很多国家规定了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，施暴人受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责任：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。

五、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民法院、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起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。

继承遗产没那么难公证就行

2015 年 1 月 26 日　陕西新闻网　郭卫艳

近日，一篇名为“独生子女无法继承父母遗产，99.99%的人都想不到”的文章在网络上被连续转载，文中历数独生子女想要继承父母的遗产难办、程序繁琐。“我们的房产由独生儿子继承，这个还需要公证吗”“我家只有一个孩子，如果我们夫妻去世，我儿子怎么才能将房产过户到自己名下”……

近日，一篇名为“独生子女无法继承父母遗产，99.99%的人都想不到”的文章在网络上被连续转载，文中历数独生子女想要继承父母的遗产难办、程序繁琐。“我们的房产由独生儿子继承，这个还需要公证吗”“我家只有一个孩子，如果我们夫妻去世，我儿子怎么才能将房产过户到自己名下”……网帖一经爆出，很多读者拨打本报热线电话进行咨询。

1 月 22 日，太原市城南公证处办公室主任柴兆亮在接受记者采访时表示，网帖有哗众取宠的意思。一般情况下，独生子女办理继承房产过户时，只需要办理继承权公证便可以进行。

1　传言：公证、诉讼两头堵　真相：关系简单，办理难度小

网帖称：在我国遗产继承有两种方式：一是通过公证，另一种是通过诉讼来继承。然而，公证处在办理继承公证时，严格要求继承人出示各种证明文件，有些证明文件继承人难以提供，从而无法通过公证的方式办理，只有走诉讼程序。可诉讼必须有明确的其他继承人作为被告，而独生子女在父母双亡的情况下无人可告，导致无法进行诉讼，涉及房产、存款、有价证券等遗产，将出现继承无望的情况。

对于这一说法，柴兆亮表示太过极端，有哗众取宠的意思。2014 年，仅太原市城南公证处办理的非诉继承公证数量就有上千件。再加上太原市城北、城西两个公证处，太原市范围内办理的非诉继承公证数量保守估计有 5000 余件。“独生子女的亲属关系更为简单，办理继承公证的难度更小。”柴兆亮说，只要被继承人死亡事实和亲属关系清楚、遗产确实存在，尚未遇到不能办理继承公证的案件。

2　传言：继承公证程序繁杂　真相：证明继承人身份并不难

在我国，进行遗产处理，主要分为有争议的继承诉讼和无争议的继承公证。

举个例子：老人 A 有两子。A 和老伴去世前未留遗书，两人去世后，如果两个儿子对父母遗产没有纠纷，可一起到公证部门办理继承权公证，再携公证书到房地局及银行办理相关继承。如果两个儿子产生了纠纷，那么可向法院提起诉讼，然后由法院进行判决。之后，两人再拿着判决书，到房地局或者银行办理相关继承。

与多子女的继承公证相比，独生子女家庭继承公证的特殊在于，被继承人第一顺位法定继承人数量较少。按规定，被继承人去世后，在没有遗嘱的情况下，首先由第一顺位继承人进行法定继承。所谓的第一顺位继承人，包括父母、配偶以及子女。司法实践中，若其他法定继承人均先于其死亡，独生子女确定为惟一法定继承人。这种情况下，就可通过继承公证来处理遗产。这里所说的遗产，主要是包括房产、有价证券、存款等财产。

按规定，办理继承权公证时，当事人需提供的基本材料有身份证明、死亡证明、亲属关系证明、财产证明。同时，证明独生子女跟父母之间关系且惟一继承人的身份也不难。柴兆亮说，为证明继承人的惟一性，公证处会要求继承人复印户口底簿，或去被继承人工作单位开具人事档案等。这些证据，形成证据链之后，就可以办理继承公证。“我有独生子女证，这样完全就可以证明我儿子是独生子，为什么还要到公证部门办理继承公证，才能把房产过户到孩子的名下？”采访中，省城市民张女士的观点代表了一种声音。对此，柴兆亮举例说，男子 B 与妻子生育一个男孩宝宝，国家发给了宝宝独生子女证。之后，男子 B 又与其他女子非婚生子。在这种情况下，独生子女证就不能证明宝宝为 B 的惟一继承人。因为，非婚生子女与婚生子女享有相同的继承权。

3　传言：父母生前存款取不出来　真相：继承权公证书是凭证

有传言称，父母生前在银行的存款，由于去世前没有进行财产公证，继承人很可能拿不到存款。

柴兆亮说，对于这一点，大家也不用担心。在商业银行法颁布之后，司法部、银监会于 2013 年下发联合通知，进一步明确了公证机构核实被继承人存款的权利和程序。继承人可以通过公证机构查询被继承人存款明细，持继承权公证书提取存款或办理过户。涉外继承案件中，公民也可以通过采取继承公证的方式办理。

也就是说，如果被继承人遗产不明，继承人可向公证处申请开具查询函。拿着查询函，继承人可以前往银行、不动产部门等进行查询，包括房产、存款、理财产品、股权等。从实践中看，依据公证机构开具的查询函，这些部门出具登记在死者名下的财产证明，操作中并无障碍。

〇特别提醒

办理遗嘱公证后 也需要办理继承公证

司法实践中，为了更好地维护自己的权利，很多老人通过立遗嘱来分配自己的财产。那么，继承人是否可以拿着遗嘱前往房产部门办理相关过户手续？答案是否定的。

根据相关法律规定，被继承人可以随时分配自己的遗产。也就是说，被继承人可以立多份遗嘱。至于这些遗嘱的效力，根据法律规定，经过公证的遗嘱，要比一般遗嘱效力高。如果被继承人立有多份公证遗嘱，时间最晚的一份公证遗嘱效力最高。

如果继承人拿着被继承人所立的其中一份遗嘱到相关部门，要求继承遗产。在这种情况下，相关部门如果贸然

进行相关操作，很有可能损害其他继承人的权利。

为更好地维护被继承人和继承人的合法权利，相关部门会要求继承人拿着遗嘱到公证部门进行继承权公证。由公证部门审查相关遗嘱的效力后，出具继承权公证。

独生子女继承 能否自愿公证？

2015 年 1 月 27 日　法制晚报　梅双

近日，一篇名为《独生子女无法继承父母遗产？99.99%的人都想不到!》的帖子在朋友圈里火了。文中列举了独生子女在继承父母遗产过程中，法院、公证处两头受堵的困境。一石激起千层浪，独生子女继承问题引起各界关注。

在实践中，独生子女继承真的存在障碍吗？将于 3 月 1 日起施行的《不动产登记暂行条例》是否能解决这个难题？学者、律师、公证员等法律界人士对此话题进行了探讨。

现实难点　独生子女继承只有两个选项

《独生子女无法继承父母遗产？99.99%的人都想不到!》一文中指出，在我国，遗产继承有两种方式：一是通过公证，另一种是通过诉讼来继承。然而，这两种方式均存在问题。

公证处在办理继承公证时要求继承人出示各种证明文件，有些证明文件继承人难以提供，从而无法通过公证的方式办理。而走诉讼程序，诉讼必须有明确的其他继承人作为被告，独生子女在父母双亡的情况下无人可告，导致无法办理遗产继承。

对此，北京天驰洪范律师事务所段凤丽律师表示，由于公证机构财产调查权的限制，通过公证方式进行财产证明确有难度。而在包括独生子女继承在内的单独继承人诉讼继承时，也确会遭遇法律空白。

“我们代理过作为唯一继承人的独生子女法定继承案，为了诉讼需要，不得不将与其父亲离异多年的母亲诉至法院，仅是为了满足继承诉讼的需要。”段凤丽说，无论是将来的继承法修改还是目前不动产登记条例的实施，都不应忽视该问题的存在。

该文原作者、北京市中凯律师事务所、中华遗嘱库管委会主任陈凯律师认为，公证处收费贵、办理公证难是独生子女继承难的一个重要原因。

“司法部、建设部颁发的《关于房产登记管理中加强公证的联合通知》是公证处的尚方宝剑、房管局的推诿依据。”陈凯表示，《联合通知》把公证的高额消费强加在老百姓身上，是公证收费贵的依据。

如工商等部门介入　审核效率难保证

北京市方正公证处公证员冯爱芳表示，“有数据显示，90%的继承案件是在公证机构处理的，仅有 10%的极端疑难复杂的才会上升到法律诉讼。”

北京市长安公证处业务五部主任武军介绍说，“办理公证继承的过程，没有大家想象的那么难。从受理到办理完成大概是 15 天左右。”

冯爱芳认为，涉及到财产继承问题，公证具有天然非讼基因。同时，她对未来不动产登记部门可能会自行审查的发展趋势表示担忧：如果全部遗产保管机构均需要自行审查，那金融机构、工商部门、车辆管理部门、虚拟财产等新兴财产管理部门，是否可能随时成为被告？如果死者在全国各地遗留多处不动产，那如何保证审查、调查的效率？一旦发现审查错误，又该如何寻找赔偿？

改革建议　立法规定非讼继承程序

南京师范大学法学院副教授赵莉认为，立法更应该细致地规定方便继承人的、可操作的非讼继承程序，让遗产不仅顺利地得以继承，实现亡者心愿，同时，维护家庭和睦。“构建行政登记、公证、司法之间相互合作、相互补充的途径，保障民众实现不动产继承权尤为重要。”

那么，不动产登记部门应不应该履行审查职责？赵莉表示，通常，不动产的继承人会持被继承人的房产证去不动产登记部门咨询如何办理继承，而迄今为止，不论申请人情况如何，遗产多少，不动产继承的办理都会推给公证和司法。赵莉分析原因：“或许是不动产登记部门没有专业审查人员，或许是避免风险。”

不动产继承变更登记应由不动产登记部门审查。即将于 3 月 1 日起实施的《不动产登记暂行条例》明确规定了这一点，并明确其立法目的之一是“规范登记行为，方便群众申请登记，保护权利人合法权益”。

不动产登记部门应履责

赵莉表示，对于家庭关系很简单、事实也比较清楚、也没有债务、家庭也没有纠纷的案件，在审理之后，不动产登记部门应该尽快地履行职责。

如果比较复杂，甚至是遗产很多，包括不动产和其他类型的财产，可以集中办理继承权公证。

对于行政也没法实现继承权、公证也没法给予公证的，那么最后司法应该给予救济。赵莉建议，最高人民法院要对继承法的司法解释作出相应规定，关注这种情况下的继承权实现的困难之处。

北京大成律师事务所顾问李永一建议在《不动产登记暂行条例实施细则》中增加一个特别条款，就是独生子女继承登记上直接应该由特别条款来约定行政机关自己来办理，自己审查，自己去处理，而不是导向公证这一块。

公证应由法定改为自愿

“当事人要自负其责，不要把责任都推给行政部门和公证部门”，陈凯认为，公证是有必要的，但是应该自愿。

国家对不动产实行统一登记制度。统一登记的范围、登记机构和登记办法，由法律、行政法规规定。陈凯说，《联合通知》不属于法律、行政法规、地方性法规、规章的范畴，且与《物权法》、《继承法》、《房屋登记办法》等有关法律法规相抵触，不能成为房屋登记主管部门不履行房屋登记法定职责的依据。

因此，他建议立即停止执行《联合通知》，落实《不动产登记暂行条例》中的规定。“也就是说，当事人不必提交除此以外的材料，包括继承权公证书，这是依宪治国的体现。”

反思代孕：必须以女性的身体和孩子的权利为中心

2015 年 1 月 29 日　中华女性网　沈睿

代孕牵涉非常复杂的问题：无偿还是有偿，社会与经济不平等导致的对贫穷或经济地位占劣势的女性的剥削，医疗保健，法律与伦理，人权等等。面对直接盘剥女性身体、直接关系孩童利益的大问题，女权主义必须展开讨论。思考代孕问题，必须以女性的身体和孩子的权利为中心。

2014 年，代孕成为女权主义关注的重要议题。在代孕已经随处可见的今天，很多西方富人到第三世界国家去，让第三世界女性做他们的代孕母亲。跨国代孕或本土代孕已经形成巨大产业，以印度为例，据估算，2014 年印度代孕业经营与产值在 4.5 亿美元到 23 亿美元之间，这个产业仍在大幅度增长。

西方寻求代孕的人既有没有孩子的人，也有如美国一些女影星那样的，不愿意怀孕影响身体形状，让代孕母亲替她们生的。2008 年，美国《纽约时报》专栏作家弗兰克·里奇嘲讽说：“你要是极度有钱，就去订购个孩子。”“订购孩子”这样的由科学而产生的弗兰肯斯坦般的噩梦，已经是现实。面对直接盘剥女性身体，直接关系孩童利益的大问题，女权主义必须展开讨论。

代孕引发的新闻事件与法律困扰

2014 年的几件有关代孕的新闻，也促进了人们关于代孕的思考。去年 8 月，澳大利亚夫妇法尔奈尔把让泰国代孕母亲生的患有唐氏综合征、先天性心脏病的男孩留在泰国，但把这个孩子的孪生妹妹带回澳大利亚，让有病的男孩跟代孕母亲陷于贫病交加之境。此事揭露后，戴维·法尔奈尔更被曝光其性侵女童的犯罪前科。他的第二任妻子温迪是中国人，嫁过去后年龄大而无法生育，通过代孕公司到泰国让一个 21 岁的贫穷女孩代孕。虽然起初温迪说卵子是她的，精子是戴维的，不过，泰国代孕妈妈最后揭露受孕的卵子其实不是温迪的。此事曝光之后，澳大利亚公众对这两口子群情激愤，这件事也激起了澳大利亚公众对代孕的讨论。

代孕问题在美国出现得更早，1986 年斯特恩夫妇让玛丽·怀特海德用威廉·斯特恩的精子代孕。孩子生出后，玛丽改变了主意，在把孩子给了斯特恩夫妇之后，她想把孩子要回来，威胁说不给她孩子，她就自杀。新泽西州最高法院最初裁定孩子归斯特恩夫妇，一个理由是应履行合同，另一个理由是玛丽不是好母亲。第二个理由被辩护律师驳回，在新泽西最高法院再次判决之前，120 名美国最著名的女权主义者联名写信，支持玛丽，抗议“不适合做母亲”这个理由。最高法院再次裁定，玛丽与斯特恩夫妇拥有同样的监护权。这是美国历史上第一件代孕引起的法律、人事、感情纠纷。

美国没有联邦的代孕法律，由各个州自己决定。据我统计，美国 50 个州中有 25 个州目前没有与此相关的法律，6 个州法律不允许代孕，12 个州可以无偿代孕，但必须是已结婚的夫妇，根本不允许有偿代孕，7 个州对此态度不明。可见在美国这个法制国家里，代孕仍是一个比较模糊的新问题。不过，最近这几年，这个问题显得越来越突出，因为美国同性婚姻正在日益合法化，同性婚姻是否允许代孕者替他们生产孩子？不久前一对“男同”家庭让他们的朋友无偿代孕，成为新闻。

最近以来，根据瑞典国内越来越多的人到第三世界找代孕服务的问题，瑞典政府正在讨论在多大程度和限度内可以让代孕合法。瑞典法律禁止代孕，可是不禁止代孕发生在别的国家，一些瑞典人因此利用法律的模糊，到第三世界国家去找代孕，然后把孩子带回来。商业或有偿代孕将怎样处理，瑞典政府的决定将在几个月之内见分晓。

在西方“代孕”基本有两种，一种被称作“无偿或非私利代孕”，即代孕母亲出于帮助他人而代孕；一种被称作商业或有偿代孕。美国允许代孕的州的法律所允许的大多都是“无偿代孕”，虽说有偿代孕其实也相当普遍。瑞典目前讨论的只是无偿代孕，瑞典对有偿代孕仍完全禁止。

瑞典女权主义组织“瑞典女性游说团”最近就此发表文章《代孕：全球女性身体买卖》，就瑞典以及世界范围内的代孕问题发言。他们认为，“代孕母亲”是买卖女性身体和孩童，违背女性基本人权，贬低人的身体完整权。他们展开了“女权主义对代孕说不”的运动，出发点是女性身体的完整性（Bodily integrity）即女性的身体不受侵害和利用的权利。

以女性身体和孩子权利为中心的思考

有人说，没孩子的家庭要孩子是他们的人权。女权主义思考者们指出，没孩子的夫妇要孩子并不是什么先天的人权，而是伪人权，因为他们要孩子的目的只是个人情感满足，并非内在人权。虽说没孩子的家庭值得同情，但以他们的利益为中心考虑，导致的是对女性身体的盘削与侵犯。思考代孕问题，必须以女性的身体和孩子的权利为中心，而不是以没孩子的夫妇的痛苦为中心。

代孕牵涉非常复杂的问题：无偿还是有偿，社会与经济不平等导致的对贫穷或经济地位占劣势的女性的剥削，医疗保健，法律与伦理，人权等等。虽说无偿代孕是有些女性好心好意的表达，可现实中，她们真的一分钱都没收吗？即使没收钱，据允许无偿代孕的美国等国家的调查研究结果证明，只要允许无偿代孕存在，有偿代孕就成为可

能。即使是无偿代孕，女性在孕期的感情如何？怀孕不仅仅是生理过程，也是心理过程，那些允许无偿代孕的人想过女性会怎么感觉吗？

有偿代孕则是赤裸裸的金钱与孩子的交换，孩子成为商品，大多数可以去雇代孕母亲生孩子的人都是有钱的，做代孕母亲的人基本上是没钱的、需要钱的、贫穷的。这两者之间的权力关系完全不平等，西方人到第三世界去“订购孩子”，以钱为诱饵，女性出于经济压力，不得不出卖她们的身体。在这不平等的交易里，贫穷女性虽然得到报酬，但她们的身体权和人权其实是被“强暴”的，即使很多贫穷女性似乎“愿意”做这个事情。

有人说在自由市场的社会里，女性愿意做这个工作，这是她们自由选择的结果。这个论点在买卖双方经济不平等的背景下考察，是根本站不住脚的，因为所谓的“自由”是不自由的，你不会看到有钱的女性做这个事情。而且，买方即要“订购孩子”的人对代孕母亲其实是有很多要求的，比如代孕母亲的饮食、锻炼、性生活等都会受到控制。说白了，代孕母亲的身体在怀孕期间如同奴隶制度里的奴隶，对自己的身体和生活方式没有什么掌控权，她们变成了一个生孩子的机器。

怀孕过程中女性的身体和心理变化是很难预料的，每个孕妇都是特殊的，如同每个女性与孩子都是独一无二的一样，怀孕与生产中有各种可能，并不是没有危险的，也有导致各种疾病的可能，结果谁来负责？生了孩子，孩子被拿走了，母亲却可能生病了，谁来管她？代孕母亲变心了，不想把孩子卖出去了，怎么办？如果母亲流产了，是不是要把钱退回去？经济损失谁来承担？如果孩子有问题，如法尔奈尔夫妇的例子，谁来为这个孩子负责任？

有偿代孕的伦理问题更为复杂。一个人能因为报酬就签订做奴隶的合同吗？不成，现代世界不允许使用奴隶，但为什么允许一个女性出卖自己的子宫呢？西方大都数国家法律是不允许出卖性器官的，可是出卖子宫跟出卖性器官有什么区别呢？如果我们不允许女性出卖性器官，为什么允许女性出卖子宫？每一个孩子都有权利不被作为商品买卖，“市场自由”认为代孕双方都得利益的以买方为中心的理论，其实侵害了孩子的基本人权：孩子不是商品！

独生子女没法继承父母遗产？夸大！

2015 年 1 月 29 日 法律图书馆 张璁

网友：最近网上有篇很火的帖子说，独生子女继承父母遗产，可能遭遇法院和公证机构“两头堵”。比如，某人父母死亡，要继承房产，但祖父母也有继承权，遗产公证就得出具祖父母的死亡证明。而年代久远，许多人没有死亡证明。所以，继承就成了难题。这是真的吗？有什么防范措施吗？

记者：本报记者采访了相关领域的资深业者与专家学者。事实上，“独生子女无法继承父母遗产”这一话题炒作夸大了现实生活中存在的特例。

根据我国继承法，子女继承父母财产有法定继承和遗嘱继承两种形式。如果父母生前已经设立遗嘱，那么子女可以凭遗嘱上写明的方式来顺利继承遗产。如果没有遗嘱，则需要按照法律规定的顺序来继承，其中第一顺位包括配偶、子女、父母，第二顺位包括兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。

目前，房产是遗产继承中的“大头”，房屋登记机关往往要求以继承公证或法院判决作为证明材料才给予过户。网上流传的帖子认为在法定继承情形下，独生子女也可能遇到由于早年档案不全而证明不了其他第一顺位继承人已死亡的情况，导致父母的房产迟迟不能过户。

这种情况普遍吗？北京公证协会会长周志扬给予了否定回答。周志扬表示，我国绝大部分的家庭财产继承都满足继承公证的条件。即使个别家庭存在问题，法律依然提供了一条诉讼途径，当事人可以通过法院确认自己的权利。对于因时间久远或单位的“关停并转”而造成的档案丢失、“死档”问题，实践中公证机构并不会机械地要求必须以其他继承人的死亡证明为准，如果子女提供的其他文件材料等证据能够相互印证，则同样可以办理继承公证。在现实生活中，通过上述方式仍然无法获得圆满解决的情形属于极为罕见的个案。

如果真的遇到了极端情形又该怎么办？周志扬认为，公证机构一般首先会尽力调查；如果确实无法查清，但公证人员可以对相关事实形成内心的确信，则公证机构同样可以根据推论来做出公证。

北京大学法学院民诉法专家刘哲玮认为，尽管“独生子女无法继承”显然夸大事实，但之所以会在证明材料上“卡壳”，也反映出房屋登记机关存在的行政不作为问题。我国房屋登记机关强制要求在房屋过户时提供继承公证书或者法院判决书，这样就推卸了自己在实质审查方面的责任。因此，即使无法完成继承公证，房屋登记机关也应在审查合格后让房屋顺利过户。

（七）公证专题

时事资讯：海峡银行首推新规 小额存款继承可免公证

2014 年 12 月 30 日 公证人

亲人 180 元存海峡银行，取出要花 200 元公证。前不久，福州陈女士遭遇了这样的问题，一时引发市民热议。近日，记者从福建海峡银行获悉，海峡银行总行方面推出小额存款继承免公证的处理办法，存款余额小于人民币 2000 元（含）的，可采取简化的小额存款继承流程处理，这也是福州银行业首次推出关于小额存款继承免公证新规。

对于储蓄存款的继承，福州多家银行执行的规定明确为：在继承存款时，合法继承人必须取得县级以上公证机构的继承权公证书或法院的继承权裁判文书。而目前公证处关于证明财产继承、赠与和遗赠的，按受益额的 2%收取，

最低收取 200 元。

福建海峡银行相关负责人表示，为了方便储户以及储户家人继承存款，总行方面制定了关于小额存款继承免公证的新规。根据新规定，如继承人无法提供县级以上公证机构的继承权公证书或法院的继承权裁判文书的，且存款余额小于人民币 2000 元（含）的，可采取简化的小额存款继承流程处理，即由继承人提供存款人的存款凭证或账号、存款人死亡证明材料、继承人本人的身份证原件和复印件、由户籍管理部门出具的与储蓄存款人之间的亲属关系证明（仅限于配偶、子女、父母）以及《存款继承申请书》，支行审核通过后办理存款继承手续，继承手续完成后，应将该账户进行销户处理。

（资料来源：海峡都市报）

时事资讯：周志扬：公证对于继承法律关系调整作用无可替代

2014 年 12 月 31 日　公证人

《不动产登记暂行条例》日前正式公布，与此密切相关的继承法修改也已纳入立法规划之中，其中涉及房产遗嘱公证、继承公证的问题引起社会广泛关注，专家表示亟需从立法层面完善相关制度。

我国《继承法》于 1985 年颁布，没有规定当事人实现继承权的途径，我国《民事诉讼法》也没有将继承列为非讼事件，这在实际中就导致了当事人继承权无法实现的困境，特别是在房产继承领域。中国公证协会新闻发言人、北京市公证协会会长周志扬说，为了解决这个困境，从我国已有的多年房产继承公证实践出发，在借鉴世界各国先进的立法经验的基础上，司法部和建设部创造性地规定了房产继承公证制度，从而弥补了我国《继承法》的立法缺陷。司法部、建设部于 1991 年联合下发的《关于房产登记管理中加强公证的联合通知》执行 20 多年来，房产继承公证有效地预防了房产继承领域的纠纷，保障了当事人继承权的实现，大量减少了继承诉讼。房产继承公证已经被实践证明是行之有效的、符合我国国情的做法和惯例。

周志扬说，很多人并不知道，我国《继承法》实施近 30 年来，主要适用部门是公证机构和人民法院，而适用该法的最大的一个法律职业群体不是法官，更不是律师，而是公证员。建国 60 多年以来，最高人民法院及司法部、外交部、工商总局、中国人民银行等数十次颁布法规、政策，规范各类继承公证事务，使我国公证机构成为处理非诉讼遗产继承事务的唯一部门。实践证明了公证机构和公证人在继承领域中的地位和作用，但仍需在完善非讼继承法律制度的过程中予以进一步确认。

周志扬援引一组数据加以说明：全国各级人民法院 2008 年、2009 年、2010 年审结继承案件为 33387 件、38036 件、48877 件，而全国公证机构同期受理的继承案件分别是是 415024 件、531337 件、566502 件。而 2013 年中国统计年鉴显示，全国各基层人民法院一审继承类案件共审结 146649 件，而全国的公证机构共办理继承公证 646090 件。这些数据表明，人民法院处理遗产继承案件尽占到公证机构的 10%左右。而这些，还不包括遗嘱公证、遗赠扶养协议公证、放弃继承声明公证、遗产分割协议公证等等与继承案件相关的公证事项。

从中可以看出，公证机构事实上已经承担了大量的继承权确认工作，如果每年将这几十万件房产继承公证转由人民法院来处理，无疑将极大地加大司法成本，加重当事人的讼累。因此，作为一种非讼程序和手段，公证对于《继承法》的贯彻实施、对于继承法律关系调整的作用无可替代。

周志扬说，公证属于非营利性的法律服务，国家既然以专门的《公证法》设立了公证制度和公证队伍，就应该积极运用公证机制来解决社会问题，合理地分配司法资源。在没有讼争的情况下，国家完全没有必要将可以由公证机制来解决的继承问题转由人民法院来处理。从成本来看，房产继承公证费也是远低于房产继承纠纷诉讼费的。从效率来看，继承办结速度更是远高于人民法院的继承裁决速度。将继承的司法确认交由公证机构来行使，符合成本效益原则，具有合理性和正当性。

至于房地产管理机关在办理登记手续时的审慎审查义务及其应承担的责任，周志扬说，房地产管理机关有审慎审查义务和相应责任，但他们不是法律职业人士，没有司法审查义务，也不具备这种能力，从而不承担司法审查的责任。对于继承权的确定，只能交由专业法律机构处理，这是一个常识，也是一种惯例。

（资料来源：人民网）

公证视点：浅析个人独资企业的继承公证

2015 年 1 月 4 日　公证人

摘要：随着经济的发展，新型继承公证的不断涌现，对公证员业务水平提出了更高的要求。

关键词：个人独资企业；夫妻共有财产；个人财产；投资人遗产

继承公证是公证机构的基本公证业务之一，随着经济的发展、法律法规制度的不断完善，除了传统的房产、存款、车辆、股票等继承公证外，一些新型的继承公证业务不断涌现。针对出现的新情况、新问题，本文就关于个人独资企业的继承公证等相关问题进行探讨。

个人独资企业的概况

个人独资企业是按照个人独资企业法在中国境内设立的，有一个自然人投资，财产为投资人个人所有，投资人以其个人财产对企业承担无限责任的经营实体。个人独资企业具有独立的市场主体资格，从其获得登记之日起，就以独立的商号开展活动，行使权力和承担义务，在法律上具有独立的人格，有自己的财产，利益、雇工和经理人员。

个人独资企业可以继承，有利于企业的长期存在，有利于交易安全，从而促进社会的发展。

如何认定个人独资企业的财产性质

（一）在没有夫妻财产约定的情况下，个人独资企业的财产是投资人个人财产还是夫妻共有财产？我国《个人独资企业法》第二条规定，本法所称个人独资企业，是指在中国境内设立，由一个自然人投资，财产为投资人个人所有，投资人以其个人财产对企业债务承担无限责任的经营实体。第十七条规定，个人独资企业投资人对本企业的财产依法享有所有权，其有关权利可以依法进行转让或继承。第十八条规定，个人独资企业投资人在申请企业设立登记时明确以其家庭共有财产作为个人出资的，应当依法以家庭共有财产对企业债务承担无限责任。夫妻共有财产当然属于家庭共有财产，依照上述规定，除非投资人在申请企业登记时明确以夫妻共有财产作为出资，否则该部分出资应推定为投资人个人所有。

（二）在没有夫妻财产约定的情况下，个人独资企业的生产、经营、投资、知识产权的收益是投资人个人财产还是夫妻共有财产？

1、根据《婚姻法》及《婚姻法司法解释二》的规定，婚姻关系存续期间，设立企业、持有公司股权等生产、经营、投资的收益及专利、商标等知识产权的收益均属夫妻共同财产。

第一，夫妻一方婚前就开始进行的生产、经营、投资，及婚前申请专利、商标等知识产权，婚后获得收益，则该部分属于夫妻共同财产。第二，婚后以个人财产进行的生产、经营、投资及知识产权的申请，如果夫妻之间没有相反的约定，由此产生的收益也是夫妻共有财产。

2、如果一方以个人财产从事个人独资企业的收益是属于个人财产还是夫妻共有财产呢？

按照婚姻法及其司法解释的规定，似乎应该属于夫妻共有财产，但是这也与《个人独资企业法》的相关规定在逻辑上是矛盾的，夫妻共有财产当然属于家庭共有财产，然而依照个人独资企业第二条、第十七条、第十八条的规定，除非投资人在申请企业设立登记时明确以夫妻共有财产作为出资，否则企业的资产（包括投资、收益、负债）均应属于投资人个人承担。这样就有悖于婚姻法的规定。因《个人独资企业法》由全国人大常委会制定于 2000 年 1 月 1 日起施行，而现行《婚姻法》由全国人大常委会于 2001 年 4 月 2 日修正施行，根据后法优于先法的原则，所以适用《婚姻法》。

关于个人独资企业投资人遗产的继承问题

（一）投资人遗产的认定 根据我国个人独资企业法的规定，个人独资企业是按照个人独资企业法在中国境内设立的，由一个自然人投资，财产为投资人个人所有，投资人以其个人财产对企业承担无限责任的经营实体。个人独资企业投资人对本企业的财产依法享有所有权，其有关权利可以依法进行转让或继承。所以笔者认为，投资人拥有的不是股权而应理解为因出资而享有的所有权。遗产内容应为被继承人对该企业拥有的财产及权益。

（二）独资企业投资人身份继承的限制 根据《个人独资企业法》十六条的规定，法律法规禁止从事经营活动的人，不得作为投资人申请设立个人独资企业。就我国现行法律法规所禁止从事经营性活动的人包括：法官、检察官、人民警察、国家公务员等。所以即使是《继承法》规定的法定继承人之一，只要是法律法规规定的禁止人员也不能成为个人独资企业的投资人。另外，如果合法继承人是未成年人，该未成年人在所继承的企业中的权利在未成年时由其监护人代为行使权利。

（三）个人独资企业的继承人继承期限 我国《继承法》规定，继承从被继承人死亡时开始。继承人有放弃的权利，但放弃继承的意思表示要在遗产分割前作出。针对个人独资企业，继承行为要在继承开始后六个月内完成。因为《个人独资企业法》第三十六条规定：“个人独资企业成立后无正当理由超过六个月未开业，或是开业后自行停业连续六个月以上的，吊销营业执照。”所以继承人应在六个月内继承完毕。

《个人独资企业法》与《继承法》的冲突

根据《个人独资企业法》第二条规定，个人独资企业只能由一个自然人作为投资人，对于是否限定一个人继承，该法未作规定。《继承法》规定，遗产按照下列顺序继承，第一顺序：配偶、父母、子女。第二顺序：兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。继承开始后，有第一顺序继承人，第二顺序不得继承。同一顺序继承人继承的份额，一般应当均等。可见法定继承的人数不受限制。但从《个人独资企业法》的立法意图来看，该企业仅能存在一个自然人作为投资人。面对两部法律之间的冲突，公证员应当履行相应的告知义务，明确告知继承人可能产生的法律后果，以避免给当事人造成不必要的损失和不良后果。

（一）一人继承 在继承人为一人的情况下，继承人所继承的企业的性质不会改变，也不会发生继承法与个人独资企业法冲突的情形。如果继承人的人数为两人或两人以上，其他继承人放弃继承，仅有一人继承时，所继承的企业的性质仍为个人独资企业。至于各继承人之间对于放弃继承的补偿，可由其自行协商解决。公证处也可以为当事人之间的补偿协议办理公证。

（二）多人继承 如果继承人为两人或是两人以上，而且有两人或是两人以上的继承人不放弃继承，此时所继承的企业性质会发生何种变化呢？笔者认为有两种情况，要么变更为合伙企业，要么变更为有限责任公司，个人独资企业依法变更为新的企业组织形式，应当符合新的企业组织法所规定的条件。

我们生活在一个专家的时代，作为应当具备专业知识的从业人员，在办证过程中应不断积累经验，积极参加相关的业务培训，不仅要做法律专家，精通法律，并娴熟地运用法律处理问题，另一方面还要更新理观念，增强责任

意识，不断拓展知识面，做到真正的“以人为本”，为有不同法律需求的人们提供法律。如此，才能进一步提高公证的公信力，提升公证的社会地位，实现公证行业的可持续发展。

（作者单位：山东省济南市泉城公证处）

公证视点：论继承权的行使——法律解释学的视野（上）

2015 年 1 月 9 日 公证人 作者：青岛市市中公证处 张红光

【摘要】“继承权”及其行使是继承法律制度的核心命题，对其所作之解读直接关系到继承法的明确性、统一性的实现，但长期以来我国法学理论和司法认知对此均莫衷一是，导致就同样的案情法律适用的结果南辕北辙。本文立足于现行法律的规定，自法律解释学的视野进行论证，力图厘清这一久困之惑。

【关键词】继承 财产权 继承权 行为 法律解释

对于继承权的性质，各国民法主要有三种观点，即物权说、债权说和独立民事权利说 。我国《民法通则》把继承权列为“与财产所有权有关的财产权” ，我国的继承立法实际上采德国式的法典主义 ；对此之解读，除少数学者如谢怀栻教授认为继承权是亲属权 、张俊浩教授认为继承权是身份权 、张玉敏教授认为继承权是一种资格或法律地位 外，大多数学者普遍认为我国立法视继承权为一项独立的民事权利 。继承权以被继承人的死亡时间为隔点分为“继承期待权”与“继承既得权” ，通说认为继承既得权“是民法上一种与物权、债权、知识产权等相并列的特殊财产权” ，史尚宽先生将该特殊性表述为“继承权为亲属关系上之财产权” 。

民法上的继承在学理上有名词与动词之分，作为名词，“继承是指将死者生前的权利义务移转归他人所有的法律制度” ；作为动词，“继承是指继承人承接死者财产权利义务的有法律意义的动作或行为” 。王泽鉴教授、彭诚信教授和施启扬先生将动态的继承名之曰“继承行为” ，史尚宽先生名之曰“继承法上之行为” ，多数学者无统一称谓而将之分解为“放弃继承”、“接受继承”等具体行为；张俊浩教授和施启扬先生认为其系法律行为中的“身份行为” ，郭明瑞教授、房绍坤教授似认为其系法律行为中的“财产行为” ，多数学者则只是将其中的某些具体行为如接受继承、放弃继承等称为“财产法律行为” 而不对其整体予以归类。

继承权的实现需要继承权的行使，继承权的行使就是动态的“继承”之主干，“包括继承选择权的行使和接受继承后对遗产管理权和遗产分割权的行使” 。既然继承既得权是独立的、特殊的“亲属关系上之财产权”，而大陆法系国家及我国的立法与学理又几乎无一例外的将“继承”视为“非基于法律行为”而取得物权的原因 ，那么关于继承权的行使主体、继承权的行使是否适用民法总则法律行为制度的规定等问题从宏观上看一目了然，但在其与《婚姻法》的对接领域，我国学理和司法认知却存在着令人费解的尖锐对立 ，导致同样的案情法律适用的结果常常是南辕北辙 ，严重损害了法的确定性和统一性。笔者不揣愚昧，狗尾续貂求诸方家，祈有助于清视清听。

一、法律行为理论的视野

德国法学家萨维尼在理论上首次系统地使用了法律关系的概念，但他认为的法律关系，是指由法律规定的人与人之间的关系 ；及至现在，有学者又将之扩展到了法律规定的人与权利标的（物或权利）之间的关系 ；更有甚者，以法律关系统指人类社会生活关系中受法律所支配的各种关系 ；但也有学者持传统观点 。

（一）法律调整方式

民事法律关系为法律关系的一种。全部民事法律关系可以分为两部分：其中一部分法律关系的要素可以直接通过权利义务法定方式规定，并直接根据法律规范所要求的法律事实转变为主观权利和义务；而另一部分法律关系的要素则不能通过权利义务法定方式加以规定，此类法律关系的要素在“客观法” 中没有确切的映像，非经当事人意思表示不能确定其主观权利义务的内容，需要求助于法律行为制度。这两种法律关系的法律调整方式分别称为“法定主义方式”和“法律行为方式”。

法定主义方式和法律行为方式各自适用的范围是有限的：首先，在权利义务内容具有概括性和普遍性的法律关系范围内，通过法定主义方式规定其具体内容；在权利义务内容具有个别性和非普遍性的法律关系范围内，则通过法律行为方式确定其具体内容。其次，在权利义务主体与法定事件或事实行为直接牵连的法律关系范围内，通过法定主义方式确定其主体；而在主体与法定事件或事实行为无牵连性的法律关系范围内，则通过法律行为使之确定化。再次，在权利义务客体范围依据法定事件或事实行为可直接特定化的法律关系中，通过法定主义方式规定其客体；在权利义务客体范围依客观法律事实不可能特定化的法律关系中，则通过法律行为明确其范围。最后，在法定主义方式不能充分合理地概括法律关系诸要素的范围内，法律行为方式可与之并存，起到辅助性的法律调整作用。从现代民法的发展来看，法定主义调整方式与法律行为方式不仅有各自的必要调整范围，而且有并存调整的领域且愈益扩大之。

（二）法律行为概述

民事法律关系并不能无缘无故的发生、变更或消灭，须有一定的原因，导致民事法律关系变动的原因，称为法律事实。所谓法律事实，是指符合法律规定，能够引起民事法律关系发生、变更、消灭的客观情况。法律事实分为两大类，即自然事实和人的行为。民法上所称的自然事实，指人的行为之外的，能够引起民事法律关系发生、变更或消灭的一切客观情况。自然事实又分为状态和事件，状态指某种客观情况的持续；事件指某种客观情况的发生。

法律上所称人的行为，指人有意识的活动。民法上的行为，可分为合法行为、违法行为和其他行为。其中合法行为又包括法律行为、准法律行为和事实行为。法律行为是指以发生私法上效果的意思表示为要素的一种法律事实。

法律行为概念是大陆法系尤其是德国法系中的基本概念，正是由于这一概念，决定了日本、韩国、我国大陆及台湾地区属于大陆法系中的德国法系。事实行为是指基于某种事实之状态或经过，发生法律所特别规定的效力之行为。事实行为，亦称非表示行为，不以表现内心的意思为必要，其法律效果亦不取决于行为人的意思。

按照产生法律后果所需要法律事实的数量，法律事实可分为单一的法律事实和由足够法律事实所组成的系统，即事实构成。单一的法律事实说明法律后果的产生要求有单一的现象出现，但有些法律关系则必须具备两个或两个以上的法律事实，在这些法律事实之间形成了一个法律事实的系统——事实构成 。

（三）继承法之调整方式

“自从斯多噶学派提出世界法这一古老的理想以来，世界法一直是人类美好的追求。今天，它几已成为法学家的共识” 。法的世界化运动的发展，在国际法领域和商法领域已经取得了卓越的成就，即便是在继承法领域，也历经“祭司继承、身份继承而进于今日之单纯的财产继承” ，但继承法因与一国的“政治、法律、道德、文艺、宗教、风俗习惯都有密切联系”，“受到本国固有的法惯例、宗教等的影响，以各自独特的法文化为基础而形成”，故受到强烈的“文化制约” ，其全球范围内的一体化在相当长的一段时间内尚不可能，即便是在同源同种的欧盟，其正在制定中的统一的《欧洲民法典》亦不包括继承法 。在这一点上，历史法学派关于法律的“决定性因素是习俗和习惯” 、自然法学派“法律制定必须完全符合道德的倾向” 的观点实值赞同。

“习惯是一种不仅古老而且也最普遍的法律渊源：它规定了因为经常的遵守而成为习惯性的行为，并宣布对背离行为的制裁”，“习惯是一个最重要的法律渊源，它对现代法律制度的意义难以言尽” 。中国的家庭制度是中国传统的核心部分，而家庭对其财产的处置则是中国家庭制度的核心内容，中国家庭传统上对其财产的处置采“家系主义” 原则。在“家系主义”原则下，“男性主义”和“血统主义”占据主导地位，虽然“男性主义”早在 1931 年颁布的《中华民国民法•继承编》中就已经被废除，新中国成立之后也确立了“男女平等”继承的原则，但其至今“不能在中国农村得到贯彻” ；至于血统主义，虽然我国现行立法在继承人之顺位与亲等上与传统有所不同，但其本质从未改变，几乎可以称之为继承法领域的“自然正义”。

“使法律和道德趋同的努力——以法律规范覆盖道德领域，并使既存规范吻合一个合理的道德体系的要求——造就了近代法”，“在实际的司法过程中，法律适用中的伦理因素从来都未曾被排除出去过”，“伦理因素在法律适用的两个层面上一直起着决定作用，即法律标准的适用和司法自由裁量”，“在法律和道德的交融时期，这些标准藉由各种自然法理论进入了法律” 。史尚宽先生认为“继承法为亲属关系上之财产法” ，其定性或有可商，但继承法具有强烈的基于被继承人与继承人之间的亲属关系而产生的道德伦理色彩却是毋庸置疑的。亲人之死别，令人之心灵最为苦痛和伤怀，就连故去亲人之物亦不可避免的笼罩在这一情感之中而被道德伦理化了，岂不闻“物是人非”、“睹物思人”、“对景难排”、“见物如见人”！林肯的名言“法律是显现的道德，道德是隐藏的法律”在继承法中可谓体现的淋漓尽致。

虽然分析法学家声称“法律与道德是截然不同且互不相关” ，奥斯丁提出了 “法律就是主权者的命令”的“权威”命题，但这一命令绝不能是恣意的。在主权国家制度和宪政主义原则下，立法是一种政治行为，而政治的合法性又依赖于民意 ，那么立法行为就必须以民意要件 ，“法律要求民众服从法律”，就必须经得“民众的同意” ；司法上，如果对一个规范的理解有两种，“一种和自然公正及自然正义相一致，另一种却与之相违背，那么法院就应当给出与自然公正及自然正义相一致的那种解答” ，故法律实证主义之集大成者——拉兹——虽仍然反对将法律之正当性的判断“诉诸其有效性不依赖于人类意志和制度的先验标准”，但亦认为“制度的正当性根据是社会成规——习惯和惯例”，“强调普通公众对法律的内在观点” 。中国社会已经经历了百多年的现代化过程，民众的继承习惯和理念自然也发生了一定程度的变迁，但惯性的力量依然强大并占据主导地位，虽然说传统的并不意味着就是神圣的，但在其被证伪之前、在被新的习俗和行为方式替代之前，继承之立法与司法仍然需要以其为基础。与家庭法一样，继承法触及人的心灵最柔软和最脆弱的部分，对其而言，“情理是法律的上等要素” ，传统习惯、道德伦理和现实民意三者难以实现清晰地界定与区分，在某种意义上几乎可作同义互换。

我国继承法作为一种财产转移制度安排，固然要关注和保护继承人个人、继承人的近亲属、继承债权人等个人之私益，但更重要的是它必须担负起保障种族繁衍、维系家庭伦理道德、传承中华文明、稳定社会经济秩序的责任来，以实现社会整体治理的政治目标，而要实现这一目标，必须使之符合我国的传统习惯、道德伦理和现实民意，而不可任意背离，所以继承法中的绝大多数规范是强行性的，当事人不得任意变更，如关于继承发生原因的规定、继承方式的规定、继承人范围和顺位的规定、遗产范围的规定、继承回复请求权的规定等等。历史上，继承关系中曾经全无法律行为制度适用之余地，单纯地采用法定主义方式进行调整 ，但因其不能充分反映具体社会关系中当事人的个别性意志，常常抛弃个案的公平正义，随着意思自治之自由理念的兴起和确立，后世继承立法留于当事人就遗嘱、限定继承、遗产分割“自决”之空间，从而得有意思表示之适用，德国法学家对此在抽象的法律行为概念下做具体的“继承法的法律行为”之解释 ，然即便如此，相关意思表示也不能改变继承法律关系的主体、客体与内容，亦不完全适用法律行为代理之规定 ，仍然体现出一种浓厚的强行法色彩。

由此可见，继承法具有强行法与任意法的双重性格，而以强行法为其本质；其调整方式属于法定主义方式与法律行为主义方式并存的模式，而以法定主义方式为主、法律行为方式为辅。继承法上的所谓法律行为，虽可在一定程度上援用法律行为制度的某些规定，但亦必须服从于继承法所依存和维护的传统习惯、道德伦理和现实民意。在

中国传统文化的“故乡”——孔孟诞生之地——山东省，调查数据显示，“只有 3.5%的人选择儿媳可以作为第一顺序继承人，只有 2.7%的人选择女婿可以作为第一顺序继承人……更多的人选择他们不列入继承人范围(34.9%，36.7%)，还较多的人选择他们应排在第五顺序以上(25.1%，25.7%)，由此我们可以看出，儿媳、女婿作为与自己没有血缘关系的人，很少有人愿意把他们作为自己的第一顺序继承人” 。有学者认为遗产分割之前的应继份为“夫妻共有财产” ，为加强对继承人之配偶的利益的保护，“对可能为夫妻共有的遗产不能单方放弃继承权” ，这种观点使得继承人之配偶可以登堂入室的干预遗产继承，实质上等于变相承认继承人之配偶为第一顺序法定继承人，此不仅与主流民意相悖，且在婆媳关系、姑嫂关系、妯娌关系自古至今难以调处的中国，必然导致继承法律关系的复杂化和家庭纠纷的扩大化。

（四）继承权的行使与意思

继承权的行使，由继承通知、遗产清单编制、遗产管理、债务清偿、放弃继承、接受继承、遗产分割等诸多具体行为构成，我国的多数民法学者否认其一概普适民法总则中的法律行为制度 ；不过对于其中的哪些具体行为为法律行为，学者们的意见并不相同，如张作华教授认为有限定继承、遗产分割 ，王泽鉴教授认为有限定继承 ，孙宪忠教授则一概否定之 。其实要对此做出判断并不难，法律行为既以意思表示为要素，那么分析某一具体行为中是否必须存在当事人之意思表示即可划定其楚河汉界；但需要指出的是，即便在事实行为，“行为人也可有其心的意思，只是不需要将之以法律要求的方式表现出来” ，此时行为人的意思为“观念意思”而不是“表示意思”，行为人的行为是“观念行为”而不是“表示行为”，故不能因为继承法上的某一具体行为上附有当事人之意思即认定其为法律行为。

1、继承法律关系是因为自然人死亡这一必然性的法律事件之发生而发生，继承权的行使亦溯源于此，而不论死者及其继承人内心是否有发生这些行为的意愿。如果将行使继承权的行为作为一个完整的系统构成，那么在发生学的意义上，这些行为均不符合典型法律行为的特征，因为典型的法律行为的发生必以当事人之意思表示为先导、且该意思被视为当事人内心之真意。另即便是这一系统构成中的具体行为有其意思，这些意思也可能是各有所指、彼此无涉，如债务清偿的意思与放弃继承的意思从主体、内容、目的等各个方面讲就无必然联系，而典型法律行为中的各个阶段的意思表示 从理论上讲应是一以贯之且不同法律主体之间的意思最终要形成合致。故只有将这一系统构成整体上与“自然人死亡”这一基础原因割裂、将其中每一个具体的行为与其他行为“绝缘”而予以独立审视，方有归类于法律行为之可能。我国《物权法》第二十九条 采物权效力说，将受遗赠与继承一并列为“非基于法律行为”取得物权的原因，而《继承法》第二十五条第二款却要求受遗赠人须在法定期限内做出接受遗赠的意思表示而将受遗赠归为法律行为，貌似彼此冲突，实为一从整体审视、一从个体审视之故也。

2、接受继承（或曰继承承认)是继承权行使的一个核心的具体行为。在立法区分限制继承和无限制继承的情况下 ，继承承认亦区分为单纯承认和限定承认 ，限定承认须以要式方式在法定期限内做出相应的意思表示，故被视为是兼有财产行为与身份行为而以财产行为色彩较为浓厚的法律行为 。我国立法仅规定有限定继承，因其不会损害民事行为能力欠缺者之利益，故得适用法定代理之规定 ；但与域外之限定承认不同的是，我国立法采当然继承主义，无须继承人接受继承的意思表示 。有学者认为我国《继承法》第二十五条第一款是一个推定式拟制，“未为意思表示，但拟制为有某种意思表示存在” ，笔者对此实难苟同：（1）民事法律以“视为”一词进行法律拟制，但其不仅仅对当事人的意思表示进行拟制，还对当事人的地位或能力、事物的状态进行拟制 ，不能因《继承法》第二十五条第一款中有“视为”一词，就认为其必然系对意思表示之拟制；（2）民法上的意思表示形式有“明示表示”和“默示表示”之分，“默示表示”即是一种拟制表示；默示表示依附于明示表示存在，明示表示能发生一定之法律效果，默示表示旨在发生与其一样的法律效果；而接受继承在我国不发生法律效力，其“仅具消极意义，即维持原已发生的法律效力”，不具明示表示之功效 ——皮之不存、毛将焉附？故无对接受继承做默示表示拟制之必要。（3）法律上还有一种意思表示的特殊拟制——“规范性的沉默” 。沉默系单纯的不作为，并非默示表示，但法律将某些情形下的沉默拟制为具有一定内容的表示，允其发生与意思表示相同之效力，学者们称之为规范性的沉默，我国司法解释称之为“不作为的默示” 。但其与“默示表示”一样，系为发生与明示表示一样的法律效果而为之拟制，这就意味着只有在以意思表示为要素的法律行为中，方有做意思表示拟制之可能，而绝不能倒果为因，先拟制一接受继承之意思表示，再将接受继承归为法律行为。（4）法律之所以做意思表示之拟制，主要是基于保护交易安全之需要不允许当事人对其行为做相反之解释，故其一般发生在双方或多方法律行为之中；而接受继承系单方行为——尤以独占继承为表征，我国立法采当然继承主义不仅仅是一种技术选择，更重要的是历史考量之结果，别说是上世纪八十年代初，即便是在法制更加现代化的今天，我国民众也没有形成“承认继承主义” 的意识和习惯 ，在广大农村更甚，如以继承承认主义来调整我国的遗产继承，其纷乱简直不可想象；为使被继承人的遗产尽可能的转移到继承人手中，《继承法》第

二十五条第一款不得不将接受继承视为一个不证自明的当然的事实，而绝无无拟制一个继承人的意思表示之旨趣。

3、放弃继承（或曰继承拒绝）是继承权行使的另一个核心的具体行为。在我国，放弃继承因需要在“遗产分割前”以要式方式作出表示，故被归类于法律行为，这一点笔者并无异议，然对于其系单方法律行为的众口一词，笔者认为难尽周延。从形式上讲，放弃继承的确属于继承人之个人独立意志，无需经他人配合与同意，但从人的逐

利本性、计算理性和伦理情感等诸角度来看，继承人之所以放弃继承是因为要让其意属的其他继承人中的特定之人得依其意愿继承遗产，继承人放弃继承之前已经与其他继承人就此进行沟通并达成共识，在独占继承中放弃继承以致遗产收归国有、在共同继承中径自放弃继承而不问遗产之最终归属的情况是极为罕见的，因此在放弃继承的继承人之间和接受继承的继承人之间实际上是存在一个潜在的平行的“合意”的。学者们认为，继承人要达到上述目的可以“表示接受遗产，然后将其应继份转移给指定的继承人或继承人以外的人” ，但与前述“合意”模式相比，当遗产是在继承人之间转移时，学者们所言之模式在实践中须经接受继承、遗产分割、财产转让、财产交付（或登记）四个步骤进行，其效率之底、成本之高令人难以忍受；如果遗产是不动产，那么根据我国《物权法》第三十一条之规定 ，除遗嘱形式外，在凭继承证书办理所有权变更登记之前，继承人是不能对之进行转让处分的，学者们所言之模式会导致效率更低、成本更高。故学者们所言之模式，只是继承人之间不能就遗产继承达成一致时的不得已而为之的次优选择而已，据笔者的从业经历及向熟识的民事法官了解，这一情况在司法实践中“极为少见”，而不是像某些学者所言“极为常见” 。比较法上，德国等有“继承合同”行为、“抛弃继承”行为和“继承登记” 行为之规定，从而在逻辑上——也仅仅是在逻辑上而已——排除了放弃继承者与其他继承人“合意”之可能，但我国立法一来根本就不承认“继承合同”行为和“抛弃继承”行为，二来又不要求遗产在继承人之间的转移须先为“继承登记”行为，故不宜简单懒惰、人云亦云地对放弃继承行为进行定性归类。窃以为以民法中的“共同行为”理论来解释之或许更为合适 。

其他具体行为或无甚争议、或与本文旨趣无关，略去不论。

（五）小结

综上，在审视我国继承法上之继承权的行使时，应把握如下几点：（1）继承权的行使之行为系统以自然人死亡这一法律事件为肇端，仅个别具体行为有意思表示之适用，称其整体为事实行为或有不周，然谓之曰一“事实构成”应无疑义；（2）继承法是民族习惯的集中体现，同样的具体行为，是否须以意思表示为要素，在比较法上可能“淮南为橘淮北为枳”；（3）有意思表示之适用者，因系统整体设计的差异，对其内涵也不可简单的采取拿来主义、鹦鹉学舌；（4）无论是事实行为还是法律行为，均受制于继承法的法定主义调整方式、服从于继承法之道德伦理目标，得谓法律行为者先天不足。否则生搬硬套域外理论和典型法律行为理论解释之，将陷入“以河为界的滑稽的正义！比利牛斯山这边是真理，而那边是谬误” 。

二、部门法上的视野

“通常只有了解法律规范在规范群，法典、部分领域或者整个法律秩序中的地位，才能对规范内容进行切合实际的理解”，“在解决法律问题，也就是在判决具体纠纷的时候，民法、刑法和宪法的规范和原则通常必须联合起来适用” 。

财产权是人的六大基本权利之一 ，“宪法财产权是民法财产权的源头与根基” ，我国《宪法》第十三条第二款将“私有财产权”与“继承权”并立表述 ，两者的分野由此开始，关于“财产权”的规定广泛分布于宪法、刑法、行政法、民法、诉讼法等各个部门法之中，而直接与“继承权”有关的规定此后只是出现在民法和诉讼法这两大部门法中的个别法律部门中，民法主要是类于总则的《民法通则》与类于继承编的《继承法》，诉讼法主要是《民事诉讼法》。私有财产权的行使以私有财产权的享有为前提，继承权的行使以继承权的享有为前提，两者均是可以被依法剥夺的，从法律对于两者之剥夺所作的不同的制度安排中，我们可以管中窥豹，拨开将我们的思维引入歧途的迷雾，对继承权的行使达到“明心见性”。

（一）继承权的剥夺是继承既得权的丧失

我国《继承法》第七条 和《最高人民法院关于贯彻执行<中华人民共和国继承法>若干问题的意见》第 9 条至第 13 条 规定了继承权的丧失。继承权的丧失是指在继承人对被继承人或其他继承人有重大违法或不道德行为，或就有关继承的遗嘱有不正当行为时，依法剥夺其继承的资格，使其丧失继承人地位的制度 。我国学者就此在以下三个方面存在争议：（1）继承权的丧失是否就是继承权的剥夺 ？（2）继承权的丧失是否可因被继承人的意思（遗嘱）而发生 ？（3）继承权的丧失是继承期待权 的丧失还是继承既得权的丧失 ？

前两个方面的争论，实际上一个是从广义上阐述继承权丧失，一个是从狭义上阐述继承权丧失 ，本文所言之继承权丧失，仅限于我国《继承法》第七条所指称的法定丧失，并无相对之概念与范畴，故称之为继承权剥夺亦无不妥，不予详论。惟第三个方面的争论，因系从部门法上剖析一般私有财产权的剥夺与继承权的剥夺之异同的基点——只有在被剥夺的继承权为一种实体权利时，这一比较才有意义，故需浓墨重彩。

第一， 民事权利能力是指自然人享有民事权利、承担民事义务的资格 ，继承期待权被普遍认为是自然人得以继承被继承人遗产的“资格”，多数学者认为这一“资格”就是继承人继承遗产的民事权利能力 。人之民事权利能力，始于出生、终于死亡，为各国立法所确认，此“宣示一项最具伦理性的基本原则，即任何人因其出生而当然取得权利能力，除死亡外，不得加以剥夺。无分男女、种族、阶级，一切自然人皆平等地享有权利能力。此项原则的确立，历经长久历史的发展，源自家属自家长权的解放，奴隶制度的废除，实乃人类法律文明的伟大成就，肯定了人的价值、尊严和主体性” 。丧失继承权者可能依然存活于世，如认为继承权的丧失是继承期待权的丧失，则无异于等于承认民事权利能力可生而终之。有学者采法律拟制说来解决这一悖论，认为“丧失继承资格者视为继承开始前死亡” ，这在现行法上并不成立。法律拟制是“绝对性的，不容反驳或反证，必须直接适用” ，拟制死亡与

真实死亡在法律效果上是一致的，如采此说，那么丧失继承权者的晚辈直系血亲应对被继承人的遗产享有代位继承权，但《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 28 条 对此并不认同。故“继承权的丧失是继承期待权的丧失”之论会从根本上否定民事权利能力的价值之所在。

第二，继承期待权是法律基于继承人与被继承人具有亲属关系（如配偶、子女、父母等等）而赋予其的，是基于这一特定身份关系而当然发生的，这也是为什么有学者把继承权看作是身份权的原因 。如果把继承权的丧失定位于继承期待权的丧失，在现行法律不认同“丧失继承资格者视为继承开始前死亡”之论的情况下，势必要割裂丧失继承权者与被继承人之间的亲属关系，这将在亲属法上引起极大地混乱：（1）亲属关系消灭之原因，有死亡、婚姻关系变动、收养关系变动 ，那么继承期待权丧失属于何者？（2）亲属法具有团体性特征 ，如丧失继承权者和被继承人已为路人，怎能“对于其他被继承人仍不妨为继承” ？（3）人皆因生养而有之，如被继承人与丧失继承权者本为父（母）子（女）关系，此时丧失继承权者之法律意义上的父（母）在哪里？（4）丧失继承权者固然不能按“限定继承”的原则享有权利和承担义务，但其体面地“死葬”被继承人之伦理义务并不免除，否则人之纲常何以为系？和谐性是法律的一项基本原则，继承法以亲属法为其伦理和规范基础，两者之间更需如此，然“继承权丧失为继承期待权丧失”之论无疑会在两者之间会造成严重的冲突。

第三，通说认为，继承权丧失的效力溯及于继承开始之时，而无论其事由是发生在继承开始之前还是继承开始之后 。继承开始之后，如果丧失继承权者对其应继份进行了处分，对该处分行为的效力，有学者认为，为保护交易安全，“应适用善意取得原则” ，这一观点值得商榷。我国《合同法》第五十一条 规定了无权处分，《物权法》第一百零六条 规定了善意取得，后者是前者的特别规定 并作为一项原则同样适用于债权等其他财产权的取得，善意取得需三个必备条件：受让人需是善意的，不知出让人是无处分权人；受让人支付了合理的价款；转让的财产应当登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人。如果丧失继承权的处分行为是实施在继承开始之后、丧失继承权的事由发生之前，那么该处分行为就不能为善意取得原则所涵摄：（1）从主观上讲，善意取得原则下的出让人一般是明知其为无权处分人，而受让人之“不知”则是法律为避免其求证成本过高而做的一种假设推定；但这一时间段内的该继承人不可能知道自己丧失了继承权并视其应继份为他人之物，任何人包括受让人纵使穷尽一切手段也不可能证得该继承人是在处分他人之物。（2）从客观上讲，善意取得原则下的处分人从来就不是财产的真正所有权人，其对财产根本就无所谓失去，法律对其所有权的否认是基于事实判断；而这一时间段内的继承人本是可以拥有其继承权、应继份的，但是由于其实施了不法行为而被课以制裁，法律剥对其继承权、应继份的否认是基于价值判断。（3）从效果上讲，此时善意取得原则并不能有效实现维护交易安全的目的，如受让人已经先为履行但尚未获得对待给付，依善意取得原则，其时受让人只能按照不当得利的规定要求丧失继承权者返还财产，此无疑系将继承人的利益置于受让人的利益至上，严重违背违背民法的诚信原则和合同法的鼓励交易原则。故在这一时间段内，继承人对其应继份的处分行为应为有权处分，其与受让人之间的权利义务以法律行为方式进行调整，其与其他继承人之间的权利义务关系则以继承法的法定主义方式调整。而在一个有权处分行为中，是没有继承期待权这一主体资格要件缺失的余地的。

综上，继承权的丧失指的是作为实体权利的继承既得权的丧失。

（二）私有财产权的剥夺概述

西方法谚云“无财产即无人格”。在洛克之思想的启蒙下，自英国大宪章运动以来尤其经“沃伦法院”的强力辐射，世界各国先后普遍在制定法中确立了私人财产非依法律规定、非经正当程序、不被剥夺的原则 ，我国虽然在具体的制度设计上尚有不足，但这一理念同样。在公法上或者因“私法公法化”而发生的财产剥夺方式主要有：征收、征用、征税、罚款、财产刑。在我国，征收与征用受“无正当补偿便不能剥夺（no expropriation without just compensation）”的原则的限制；征税号称“取之于民用之于民”，税款可视为纳税人就国家提供的公共产品所支付的对价；罚款是对责任人的行政处罚，其金额受到《行政处罚法》等法律的严格限制；财产刑是以剥夺罪犯财产利益为内容的刑罚方法，包含罚金刑和没收财产刑。

在以上剥夺方式中，被剥夺者之财产无价值上限且受益人无需为此支付任何对价的只有没收财产刑。没收财产刑是指“将犯罪分子所有的财产的一部或者全部强制无偿的收归国有的刑罚方法” ，由《刑法》、《刑事诉讼法》及相关司法解释调整，其有如下特点：

1、是一种刑罚方法。根据无罪推定的原则，任何人未经司法审判并被判决有罪，不被没收财产。

2、是一种附加刑罚。根据罪刑法定、罪刑相符的原则，不得在法定的主刑范围之外附加适用，亦不得独立适用。

3、财产无价值上限。法院可根据具体情况决定没收罪犯的部分财产还是全部财产。

4、系既有之个人财产。不得没收共有财产中的共有人之份额，亦不及于罪犯嗣后所获得之财产。

5、财产无偿收归国有。国家无需为此支付任何对价，其他任何个人与团体不得将之据为己有。

6、财产权绝对丧失。法院一旦做出附有没收财产刑的有罪判决，罪犯即不可抗辩、不可回复的丧失其财产权。

7、须公力强制执行。一般由人民法院执行，必要时可以会同公安机关执行。

（三）继承权的丧失（剥夺）概述

继承既得权虽然是一种独立的特殊的财产权，但也属于广义上的财产权之列，那么继承既得权的丧失（剥夺）

就意味着继承人本可以拥有的一项财产权利——即应继份——被剥夺了。继承权的丧失（剥夺）与没收财产刑有其类似点，如都不以被剥夺人的意志为转移、情形法定、指向的财产价值均无上限等。

但两者之间存在着显而易见的不同：

1、继承权的丧失（剥夺）不以司法程序确认为要件。我国采自动丧失主义，只要有应丧失继承权的法定事由，即自动发生丧失继承权的效力，而不需要经过司法审判 。

2、继承权的丧失（剥夺）并不以构成犯罪为必备要件，《继承法》第七条第（四）项所规定的不构成犯罪的行为，也可以导致继承人丧失继承权。

3、根据《最高人民法院关于贯彻执行<中华人民共和国继承法>若干问题的意见》第 9 条之规定，继承权的丧失（剥夺）与否可以成为独立的诉讼标的 ，可予抗辩。

4、根据我国《继承法》第二十七条 和第三十二条 之规定，继承人丧失继承权，其受益主体最可能的是其他继承人，也可能是被继承人生前所在的集体经济组织，遗产收归国有只是例外。

5、根据《最高人民法院关于贯彻执行<中华人民共和国继承法>若干问题的意见》第 13 条之规定，继承权可以只是相对丧失。

6、除非丧失继承权者占有并拒绝移交遗产，否则受益主体一般无需申请强制执行而得领受遗产。

7、继承权的丧失（剥夺）由《继承法》、《民事诉讼法》及相关司法解释来调整，刑事法律上并无剥夺继承权的罪名和诉讼程序规定。

由此可见，继承权的丧失（剥夺）是一种民事制裁措施而非刑事制裁措施，其与没收财产刑是两列在不同的轨道上运行的动车，各行其道、大异其趣。“在被继承人死亡时，继承人立即依业已存在之继承权而当然取得遗产之所有权，继承权随之因实现而消灭” 之观点，无视继承权的行使对继承权的实现的作用，将继承开始的时间和原因等同于继承权实现的时间和原因，将得丧均有可能之“应继份”等同于已取得“所有权”之财产，进而适用夫妻财产共同财产制，无法解释由此而产生的一个巨大的悖论：如果丧失继承的事由是发生在继承开始之后，而继承权在继承开始时就已经实现，那么此时剥夺的就不是继承权而是继承人的一般私有财产权；如果该应继份属于继承人夫妻共有，那么还意味着剥夺了继承人之配偶的一般私有财产权；可是民事法律中哪有这样的制裁制度呢？民事法律中没有，那就只有到刑事法律中找了，可惜结果令人失望：也没有。民事法律中没有，刑事法律中没有，其他部门法更是靠不上边，难道这一制裁措施属于“上帝的惩罚”吗？还是仅仅是个人好恶之下的主观臆造？

（四）小结

宪法财产权是以财产所有权为核心的 ，继承法依据宪法制定并以保护自然人的私有财产的继承权为目的 。将一般私有财产权与继承权在宪法上并立表述，对于其剥夺在部门法上尤其是在刑事法律部门和民事法律部门分别做出不同的制度安排，为许多国家所采用 ，这一方面宣示了继承权是一项不同于一般私有财产权的基本人权，另一方面则正为继承权并非一般私有财产权的明证。权利的行使要件和方式取决于法律对权利的甄别、定性与分类，任何意欲将继承权的行使与一般私有财产权的行使相混淆的企图，都僭越了部门法已经为此划定的坚实的“界碑” 。

公证视点：论继承权的行使——法律解释学的视野（下）

2015 年 1 月 12 日　　公证人　张红光

三、法律解释学的视野

“同样的情形同样对待，不同的情况区别的对待” ，是法律最基本的正义要求，它要求法律是明确的、统一的。明确性是法律的一项基本准则，美国法学家富勒就此指出，法律应当“清楚明了、内部逻辑一致并且没有要求臣民为不可能之事” 、“清晰性要求是合法性的一项最基本的要素” 并将之列为法律的八大原则之一；统一性是法律的另一项基本准则，它要求“法律应当是一个前后一致的、首尾一贯的、内部相容的、整体协调或融贯的规范体系” 。

虽然“像对真理和自然规律的期望一样，人们一再期望法律规律具有普遍有效性，统治着法律并通过它统治的法律进行统治” ，启蒙时代相信“必定能够通过精确制定的规范建立绝对的法律清晰性和法律确定性” ，但由于语言的开放性和模糊性、预见力和表达力的有限性等原因，法律却常常因出现技术的、规范的、价值的、目的的和原则的等各方面的矛盾，使得“一个具体的法律内容完全不能排除解释的必要性” ，“任何法律、具体的法律规定以及受合同约束的协议在能够恰当地适用或执行之前都需要解释” ，丹宁勋爵曾经就这一情况对年轻的律师们感叹，“这些成文法一堆又一堆……没有一页不会引起争论，没有一页当事人不会翻开来问你‘这是什么意思？’” 。

（一）法律解释的方法

制定法的晦暗不明是法律争议包括继承法上的争议产生的根本原因，但其直接原因在于对制定法的解释路径的不同。“由于不存在使结论具有必然性的无可辩驳的基本原则，所以通常我们所能做的就只是通过提出似乎是有道理的、有说服力的、合理的论据去探索真理” ；“在大多数情况下，法律决定所依据的完全是另一种方式，即直觉地、本能地求助于是非感、实践理性、健全的人类理智” ；司法能动主义和司法保守主义两种对立的司法哲学理念此消彼长地同时影响着法律的适用与发展，故法律解释的结果必然出现二元化甚至多元化，“有时你会发现，如果你找到一条为你自己辩护的准则或规则，你的对手也会也会找到一条反驳你而为他自己辩护的准则或规则” ，即便是“事实清晰、规则确定的案件，其答案也可能有两条开放的、通向不同目的地的道路” 。

法律适用应像自动售货机一样运转的法律方法论早成昨日黄花，当今的法律解释，以法律论证为核心，有“文义解释、论理解释、比较法解释、社会学解释，其中论理解释包括体系解释、法意解释、扩张解释、限缩解释、当然解释、目的解释、合宪性解释” 等各种方法，虽染人们在其中可能“根据口味和喜好进行挑选” ，但毕竟一来法律解释学构筑于“一般方法论” 和“一般解释学” 之上，有固有的准则，二来各种解释学说经过“竞争”之后，“已经形成了一系列有助于规范的和谐和避免规范之间的矛盾的规则” ，达成“运用各种方法时应遵循的大致规律” 之共识，这就决定了法律解释不是漫无目的、随性而至的恣意选择和创造：

1、在法律解释的整体理念上，“传统的方法论，如由萨维尼创立和自萨维尼以来的方法论，仍显得是一个足够坚实的基础，我们时代的法律者可以将之信任为其思想活动的基石” 。1840 年德国法学家萨维尼总结出法律解释的四要素即语法的、逻辑的、历史的和体系的解释，这是大陆法系国家包括我国在内认可的法律解释的基本方法 ；在英美法系，卡多佐大法官则将确定法律原则的指导力量分为哲学的、进化的、传统的、社会学的四种 ，两人的观点进行整合，就涵摄了当今法律解释学的主干方法。

2、法律解释受“合宪性原则”的支配。这是由宪法自身的上位次序和由此产生的强大辐射力决定的，它借助于纯“语法解释”和“体系解释”，“最终起到决定性作用” 。合宪解释，“是指以宪法或者较高位阶的法律规范解释较低位阶的法律规范的含义的解释方法，它要求下位法不能与上位法抵触；如果下层级的法律规范出现了歧义，可以按照上位法的含义框定其具体的含义” 。通过这种解释实现上、下位规范在法律适用中的互动与和谐，保障规范控制功能的实现。

3、法律解释受“合制定法原则”的支配 。“今天，……合制定法性原则仍然未受解动” ，它要求“对词语意义所做的语法解释，必须以某种方式仍然是可与制定法的字面含义达成一致的，必须用某种方式表现在制定法中”，“法律决定应当受现行法律体系的约束而不得对立法进行实质性的破坏和重大的司法修改，应当以专门的法律渊源、法律制度的一般精神及社会公平正义的基本观念为依据展开法律推论” 。在其占据主导地位的客观论者眼中，“制定法的意义之所以改变，是因制定法是整个法律秩序的组成部分，并因此参与到根据法律秩序的统统一性而发生的法律持续变革之中” 。

4、法律解释受“合逻辑性”规则的限制。虽然，“法律概念的严格的逻辑连贯性要让步于纯粹的实践考量——功利” ，虽然“法律的生命不是逻辑，而是经验” ，但是法律教育的着重点在于“训练学生们批判性地运用逻辑——一种根本性的、尽管有时过火的法律分析技术” ，“制定法律需要对法律概念、法律规范、法律体系内在的关系与结构，应当进行细致的探讨与界定，进行逻辑的分析与判断，进行逻辑的组织与建筑，将宏大的框架与具体的规定加以妥帖的结合” ，“司法裁决中的语言主要是逻辑语言” ，故“合乎逻辑是一切理性要求的底线，违反逻辑就没有任何理性可言。只有经得起逻辑的追问，才能经得起社会公众的合理的怀疑” ，“除非有某些足够的理由……就必须符合逻辑……并且要以逻辑这一类东西作为基础” ，“在形式逻辑沉默不语时，要从闭塞的逻辑走向开放的逻辑，走向目的理性以及价值理性的逻辑” 。

需要指出的是各种法律解释方法并非泾渭分明、不逾藩篱，它们以逻辑为基本工具，常常是几种解释方法彼此融合、协同作用，如“只要存在合宪解释，其结果……就介入到体系解释，且可以借助纯语法解释” ，又如“体系解释很少可以与目的解释分开……很大程度上同时又是目的解释” ，再如“法律概念是否过度抽象化或者具体，是相对于其规范功能而言的，需要通过对其意欲达到的规范目的进行衡量而作出判断，因而限缩解释、扩张解释与立法目的也就难解难分” 。前文第一部分“法律行为理论的视野”实际上就运用了了“比较法解释” 、“目的解释” 和“社会学解释” 等方法，第二部分“部门法上的交叉视野”则主要运用了“合宪性解释” 的方法，只是出于文章结构平衡方面的考虑，方将之一一分述，下面将以“文义解释”方法和“体系解释”方法为主进行论述。

（二）文义解释

文义解释，“又称语法解释、语义解释，指按照法律条文用语之文义及通常使用方式，以阐释法律之意义内容” 。“概念是法律思想的载体，是将杂乱无章的具体事项重新整理归类的基础” ，法律概念“将大量彼此不同，而且本身极度复杂的生活事件，以明了的方式予以归类，用清晰易辨的要素加以描述，并赋予其中法律意义上‘相同’者同样的法律效果” ，就连经验论者霍姆斯大法官也“是他那个时代的最伟大的法律概念化的提倡者” 。但法律中绝对确定的概念是罕见的，大多数法律概念至少是部分地不确定——有清晰的“概念核”和模糊的“概念晕” ；而且“立法者经常把在不同的制定法中的不同的意义（的词语）与同一制定法中同一词语结合在一起” ，导致“制定法技术的矛盾，尤其存在于术语的不统一中” 。在霍菲尔德“寻找法律最小公分母” 的努力失败之后，文义解释一度山穷水尽，但现代分析法学从维地利逻辑学家维特特根斯坦的语言分析哲学中得到启示，采用“情境思维”和“个别化的方法” ，文义解释由此走向柳暗花明，被尊为法律解释的首选和边界 。不过很可惜，迄今为止，笔者所见到的我国的继承法教科书与著述，鲜有采此解释方法者。

旨在阐释财产的术语和概念可能是最让人迷惑的魔方之一。霍菲尔德认为，“财产”一词，不论是对于法律人还是外行人而言，皆无明确或稳定的内涵，甚至有时因太过“含混”而根本不能传达任何确切的意思，而人们常常迅速而又错误地从此跳到彼 ；“太阳、月亮和星星今天看上去一如几千年以前；玫瑰今天仍像在伊甸园里那样开放；但法律从来是另一回事……财产经历了最多种多样的形态” ；孙宪忠教授认为，“财产”一词在法律上至少有五种含义 。同样，“权利一词的用法堪称随意” ，“被不加区别地用以涵盖案件中的特权、权力或豁免，而非表达最严

格意义上之权利” 。不过在继承法律关系中，其梳理和释明并不那样令人生畏。

第一，“财产所有权” 、“物权” 、“债权” 等可能与“继承权”相混淆的概念在我国法律上有明确定义，这三种权利都是积极的财产权；“继承权”虽未获定义，但因其在被继承人死亡之前和被继承人死亡之后两种不同的“情境”下分析，有作为资格或能力的期待权与作为实体权利的既得权之分，而作为实体权利的既得权又有继受积极财产和负担消极财产之二分，故难为三者任何之一所涵摄。第二，“不得处分他人之物”是一条古老的法则，后世民法虽创“无权处分”之规则予以调和，但就“放弃”这一行为而言并无适用之余地。司法解释规定，继承人针对遗产所作之放弃的意思表示，以“遗产分割”这一行为为时间隔点，在其“前”放弃的客体是“继承权”，在其后放弃的客体是“所有权”；一“前”一“后”，一“继承权”一“所有权”，“前”与“继承权”相呼应，“后”与“所有权”相呼应；显而易见，司法解释认为，被继承人的遗产须经分割，继承人依继承权而享有的应继份方能转化为继承人所有之私人财产。第三，我国《婚姻法》关于夫妻财产制的规定中使用“所得”一词，该词以“的”为媒介与“财产”这一名词相链接,是谓语，强调了“所得”行为的完成，虽然仅“指对财产权利的取得，而不要求对财产实际占有” ，但此时的财产权利亦应为可强制执行之对象，这就需要实现权利人对财产标的物的“确定拥有”，而不是“可能拥有”，《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）》第十二条 的规定明确无误的体现了这一点。在继承人的应继份转化为继承人所有之私人财产之前，继承人可能放弃继承、可能丧失继承权，其获得遗产与否具或然之二分，故不能成为《婚姻法》中所谓“所得”之客体。第四，我国法律只是规定了一种放弃继承权之行为得撤销的情形，即“继承人因放弃继承权，致其不能履行法定义务” ，而继承人放弃继承权并不一定导致其不能履行对配偶的扶养义务。如果要求继承人放弃继承权一概应经配偶同意，则意味着其配偶得介入继承法律关系并成为共同继承人，这超越了我国《继承法》第十条和第十二条 划定的继承人范围之界限。第五，司法解释关于转继承的规定中“转移”一词的客体表述为“继承遗产的权利”，而不是诸多学者所称的“继承的遗产（份额）” 。前一表述中“继承”一词之后是“遗产的权利”，后一表述“继承”一词之后是“的遗产（份额）”，两者无论是文字内容还是语法结构都显著不同；前一表述中的“继承”不能独立作业，其与“遗产”以“的”为媒介共同构成对“权利

”的定语限制，强调与“权利”这一中心词的领属关系，后一表述中的“继承”具有独立功效，以“的”为媒介与“遗产”这一名词相链接，是谓语，强调“继承”行为的完成 。两者可谓风马牛不相及，学者们置如此重大之区别于不顾，硬将二者做“成像”解释，不知所为何来？

文义解释的结果已经清晰无误地表明：继承权不是财产所有权、物权或债权之任何一种；遗产分割前，继承人的应继份并非已属继承人所有之私人财产；继承人之配偶并非法定继承人，对继承人的应继份亦不享有共有权；转继承中转移的是抽象的“继承遗产的权利”而不是具体的“继承的遗产（份额）”。行至此处，按说争论就该结束了，“在法律已经把各种观念很明确地加以规定之后，就不应当再回头使用含糊笼统的措辞”，“经采用文义解释方法，若无复数解释结果存在之可能性时，不得再运用其他解释方法” ，但为了达到这一解释是“选择与情理和正义相符合的含义” 的证立，下面还要展开体系解释。

（三）体系解释

法律的统一性要求，“在一个法律秩序中，法律条文具有相同的、和谐的、关联着的思想整体” 。“各种句子由于‘语法技术的’原因多数是不独立的，它们只是通过相互的结合而产生一个完整的意义，法律艺术的一个重要部分存在于这一结合中”；法典“把思想的碎片整合成各种有关的大前提”，“把分散的法律条文整合成一个整体”，“一旦有人适用一部法典的一个条文，他就是在适用整个法典” ；“所有这些因素都必须予以考虑，应当给予它们那种可靠的判决所要求的分量” ，如此一来体系解释几乎就不可避免。传统的体系解释“是指以法律条文在法律体系上的地位，即依其编、章、节、条、款、项之前后关联位置，或相关法条之法意，阐明其规范意旨之解释方法” ；但在当代，广义上的体系解释中的“体系”不仅指一部制定法的内部体系，还扩展到整个部门法的体系，并最终涵盖了包括宪法在内的整个法律体系，体系解释的方式不仅有同一法律内部的体系解释，还有同阶位的不同法律规范之间的体系解释以及不同法律的之间的体系解释 ，如此一来，体系解释必然涉及众多法益，此时它已不再是一种独立的解释方法，而是一种具有包容性的综合的解释方法。前文第二部分“部门法的交叉视野”在进行“合宪性解释”的同时实际上也采用了广义的“体系解释”方法，本节所称之体系解释，亦不限于《继承法》之一体，而是着眼于民事实体法之整体，加以“比较法解释”等方法辅之。

1、“人之人格，因死亡而消灭，人于生存中虽为财产之主体，死亡后其财产则成为无主之财产，其财产应归属何人，全依立法政策而定” ，我国法律选择“通过被继承人生前遗愿或者通过法律制度的强行性安排，使被继承人的财产过渡到继承人及其他人” 。从继承开始到遗产领受，总有一段或长或短的时间间隔，因此为避免出现无主财产的情况，我国法律做了两项拟制：一是在共同继承中规定该时间段内的遗产为共同继承人共同共有，二是赋予接受继承和遗产分割的行为以溯及力，视继承人在继承开始之时即为遗产之主。但与一般的所有和共同共有不同的是，一般的所有和共同共有是一项持久的、确定的、绝对的财产权利，而遗产的拟制所有和共同共有是一项暂时的、可能的、相对的财产权利——继承权的行使才决定遗产的真正归属；一般所有和共同共有的目的在于保护和维持财产的“现在”状态，而遗产的拟制所有和共同共有的目的在于方便实现“找到财产的真正主人”的“未来”状态。由此可见，继承权只是一种过渡性的权利，绕其而生之种种法律拟制，不过是为最终确定财产归属所做之技术

设计而已，它们是确定权利的工具而非权利之本体，不可能成为共有之客体。

2、在当然继承主义下，虽然自被继承人死亡之时，继承人即溯及地取得被继承人的遗产，但其有两个隐含的适用条件：一是仅对取得遗产的继承人适用，对于放弃继承或丧失继承权的继承人不适用，二是仅在继承人已经“取得”遗产时适用，在继承人未取得遗产时不适用。(1)继承人放弃继承或丧失继承权都可以导致继承人对遗产的“一无所有”，如果认为放弃继承者或嗣后丧失继承权者已经溯及地取得被继承人的遗产，那么继承人放弃继承权和继承权丧失之结果应是遗产(或对遗产之应继份)无条件的归属于国家所有或被继承人生前所在的集体经济组织所有，而不是现行的首先归其他继承人所有 ；(2) 继承法律关系的客体是概括的全部的“遗产”，而非分别的独立的“遗产标的物”，故继承权是一种抽象的集合财产权，而非具体的个别的物权、债权或知识产权；继承人对遗产标的物的权利是遗产继承的结果，在被继承人的遗产转化为继承人的私人财产之前，继承人享有的是遗产管理权、遗产分割请求权和继承回复请求权，而在遗产转化为其私人财产之后，其所享有的是遗产标的物本身的权能如物权之占有、使用、收益、处分的权利和物上请求权，两者的权利体系、内容和效力存在重大差别。故当然继承主义是指继承之结果意义，而非继承之发生意义，那种认为“作为主观意义上的继承权是取得遗产所有权的根据，与遗产所有权是同时发生的” 观点将事物的原因与结果相混淆，在逻辑上是站不住脚的。

3、“义务和权利乃是相关术语”，“哪怕是最随心所欲地使用权利一词及其所表达之概念者，也习惯于认为义务总与权利相关”，故要解释权利，“在与其相关的义务中就包含着宝贵的线索” 。遗产是被继承人的财产权利与财产义务的统一体，继承人继承了被继承人的遗产就必须在负责清偿被继承人生前所欠之债务。对于两者的顺位关系，各国立法有分成两大阵营，一是规定非经债务清偿，不得分割遗产，二是遗产债务清偿前，可以分割遗产。与我国同样采当然继承主义的德国 ，其民法典第 2047 条第 1 款规定，“清偿遗产债务后的余剩，按应继份的比例归属于继承人” ，这表明德国法律认为清偿遗产债务是分割和获得遗产的前提；由《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 62 条 的规定来看，我国法律准许先继承和分割遗产再行清偿债务，但需要注意的是：(1) 如果遗产真的自继承之始就为继承人取得，那么该债务也就变成了继承人自己的债务，而债务是不可能通过《继承法》第三十三条第二款 规定的放弃行为得到免除的；(2) 如果该债务变成了继承人自己的债务，其偿还责任就是无限的，继承人是没有权利选择在“遗产实际价值内负责偿还”的，尤其是对作为公权之债的税款；(3) 从税收法定的角度来讲，继承人并非被继承人所欠税款的法定纳税人；二 00 一年修订的《税收征收管理法》又确定了税收优先权原则，依“当然解释方法” 推论之，其先取特权亦及于被继承人之遗产。这就进一步证明当然继承主义下的“继承人自被继承人死亡时取得遗产”只是一个有一系列前提条件限制的假定，在这些条件成就之前，这一假定并不成立。

4、我国《继承法》第三条和《最高人民法院关于贯彻执行<中华人民共和国继承法>若干问题的意见》第 3 条规定了遗产的范围，后来的《公司法》、《合伙企业法》、《个人独资企业法》等又规定具有社员权性质的资格得为继承之标的物，可见遗产的外延是宽泛的，不仅有物权、债权、知识产权等一般财产权，还有法律资格和法律地位等，这决定了无论是继承人对于遗产的权利即继承权，还是继承人对于遗产标的物的权利即私人财产权，都涉及复杂的财产法律体系，绝非单单一部《物权法》所能涵摄。在继承标的物为知识产权中的财产权利时，该财产权利只是一种期待利益，是一种可据而获益的法律地位，继承人虽得继承之，但这一法律地位自身不发生夫妻共有问题，正如股东资格不发生夫妻共有问题一样 ，否则我们无法解释“祖传秘方”的存在；可为共有的只是继承人据该知识产权所获之收益，《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）》第十二条规定，该收益仅指“婚姻关系存续期间，实际取得或者已经明确可以取得的财产性收益”，这就是说对于继承人在离婚之后据该知识产权所获得之收益，其曾经的配偶无权要求继续分割。物权的共有理论无法解释这种期待利益与现实利益的分离、现实利益与未来利益的分离。

5、在共同继承中，遗产须经分割方能转化为各个继承人的私人财产，对于遗产分割的效力，有两种观点：其一，转移主义。罗马法采取转移主义，以遗产分割为一种交换，各继承人因分割而互相让与各自的应有部分，而取得分配给自己的财产的单独所有权。就是说，遗产分割有转移的效力或创设的效力，而不具有溯及力。其二，宣告主义。宣告主义又称溯及主义，认为因遗产分割而分配给继承人的财产，视为自继承开始时业已归属于各继承人单独所有，遗产分割不过是宣告既有的状态而已。就是说，遗产分割有宣告的效力或认定的效力，因此，遗产分割的效力应溯及到继承开始时 。我国继承法没有明文规定遗产分割的效力，学者之间意见相左而持宣告主义者居多 ，因在我国分割遗产，无须先行进行共有登记、继承人之间可以自由分割且并无财产转让之税负，故司法实践系采宣告主义。因此，对于那些分割给其他继承人所有的遗产，继承人自始就未取得其财产权，也就根本不存在与其配偶共有之可能。同样采宣告主义的《法国民法典》第 883 条对此阐释地非常明确，“每一共同继承人，均被视为单独继承，并被视为当即承受包括在其分配份内的全部财产或经裁判拍卖而归其所得的全部财产，同时被视为对遗产中的其他财产从未享有所有权。通过其他任何具有结束共有之效果的行为进行财产分割后归于每一共同继承人的财产，亦适用前款规定，不论此种行为是全部还是部分结束共有，是否仅对某些财产或者仅对某些继承人结束共有，亦同。”

6、《物权法》第二十九条 的规定并非首创，其已在《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 51 条 中得到体现。法律上的利益总有其享受主体，我们必须在继承人放弃继承的同时找到一个代其享受对遗产之利益者，以避免出现主体缺位的情况，法律首先选择了接受继承的其他继承人为代享者，既然“放

弃继承的效力，追溯到继承开始的时间”，那么与之对位的接受继承的效力必然溯及到继承开始之时，接受继承的效力既然溯及到继承开始之时，那么因继承而取得物权的时间自也溯及到继承开始之时。另我国法律视放弃继承者自始不为继承人 ，那么其对遗产及其标的物也就自始没有处分权，其放弃继承的行为根本就不可能是处分物权。故那种认为《物权法》第二十九条颠覆了既有的继承法律秩序，依该条规定，“被继承人死亡时，继承人已当然取得物权，如果放弃，当然放弃的是其已取得的物权，最高人民法院的相关司法解释明显与物权法相抵触” 的观点显然连最基本的逻辑推理都不懂或没有去做。

6、自由权是人的一项基本权利，《布莱克法律辞典》将自由权表述为“遵从个人的自由选择，指导个人外在行为不受他人约束、强迫、控制的意志的权利” ，我国学者认为“自由权是指公民在法律规定的范围内，按照自己的意志和利益进行行动和思维，不受约束、控制或妨碍的权利，包括政治自由权和民事自由权” ，可见选择权是自由权的内在之意。历史上，继承法领域曾经排斥继承人自由选择的权利 ，但随着自由权的入宪，后世之继承立法尊重继承人的意思自治，承认继承人得为自己利益或其他共同继承人之利益选择接受继承或放弃继承，并赋予该选择以溯及力，故对于继承权的性质，曾有其为形成权的“选择权”一说 ，而张玉敏教授认为这一可选择性是继承权的内容 ，张平华教授等认为其系继承法上的权利体系 ，郭明瑞教授等认为其系继承权的效力 。这一选择权不仅为本位继承人所享有，也应为代位继承人或转继承人所享有。虽然我国采当然继承主义，继承人接受继承无须做出意思表示，但在遗产分割之前，并不能得出继承人一定会接受继承的结论，因为一来继承人的沉默随时可为其放弃继承的意思表示而打破，二来即便是继承人已经宣布接受继承，也可以改变主意放弃继承，毕竟我国法律只是对放弃继承的翻悔有限制 ，而并不禁止接受继承的意愿变更，况且接受继承的意思本只有消极法律意义 ，其根本就没有“禁反言”原则适用的空间和必要。这意味着在遗产分割之前，继承人拥有选择接受继承或放弃继承的权利，我国《继承法》第二十五条第一款所做“没有表示（放弃继承）的，视为接受继承”之拟制，只是在遗产分割时才适用。转继承既然发生在遗产分割前，那么由被转继承人的继承人继续行使被转继承人本应享有的选择权不仅符合“权利必有其主体”的法理，而且在情理上更为必要，日本的判例认为，“感情上亦有不欲继承者，若使他人加以干涉，实非妥当” ，被转继承人的继承人可能出于各种情感因素并不愿意与遗产发生任何瓜葛。那种将《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 52 条 的规定作“如果被转继承人对被继承人遗产的继受权是在其与他人的婚姻关系存续期间发生的，那么，其应继分就应当作为夫妻共同财产处理，即应按继承法第二十六条的规定，将一半分出归其配偶所有，其余的才可以作为被转继承人的遗产适用转继承” 之解读的观点，不仅让被转继承人选择放弃继承的权利无所附体成了漂泊无依的“孤魂野鬼”，还完全无视继承人之配偶的情感诉求、剥夺了他（或她）的自由选择权。

7、有学者认为，“转继承在许多国家立法均有明文” ，但据笔者查阅，除俄罗斯外，域外立法并无“转继承”这一术语，学者们所谓的转继承在域外包括俄罗斯联邦立法上就是继承人对接受继承或放弃继承之选择权利的传递，如《法国民法典》第 781 条规定，“如应当继承遗产的人死亡，死前并未明示或默示放弃或接受遗产，该人的继承人得以其名义接受或放弃之” ；《德国民法典》第 1952 条规定，“继承人拒绝遗产的权利，是可继承的。继承人在拒绝期间届满前死亡的，在就继承人的遗产而规定的拒绝期间届满前，期间不终了。继承人的两个以上继承人中的任何一人，可以拒绝与其应继份相当的那部分遗产” ；《瑞士民法典》第 569 条第 1 款规定，“继承人在表示抛弃或接受遗产之前死亡时，其抛弃权转移至其继承人” ；《意大利民法典》第 497 条规定，“被传唤继承的人未承认继承而死亡时，其承认的权利移转于其继承人。此种继承人是承认还是放弃意见不一致场合，承认继承的人取得其一切权利，且承担一切继承的负担；而其他放弃的人成为与继承无关的人。受移转人固有的继承的放弃，视为包含对该人应继承财产的放弃” ；《葡萄牙民法典》第 2058 条规定，“如被赋权继承之可继承遗产之人在未接受遗产或抛弃遗产前死亡，则接受或抛弃遗产之权利移转予其继承人。接受或抛弃遗产之权利仅在上述继承人接受死者遗产时方予移转，但该等继承人仍得按其意愿而抛弃遗产死者被赋权继承之遗产” ；《俄罗斯民法典》第 1156 条第 1 款规定，“如果遗嘱继承人或法定继承人于继承开始前死亡而未能在规定期限内接受遗产，则其接受其应得遗产的权利移转他的法定继承人” ；《魁北克民法典》第 635 条规定，“如相续人在行使其选择权前死亡，其继承人应在指定的期间内对其被继承人有权得到的遗产进行考虑并行使选择权。相续人的各继承人分别行使选择权，放弃继承的继承人的份额增加给其共同继承人” ；《路易斯安那民法典》第 937 条规定，“继承人亡故时将其权利传递给其继承人，不论此等人是否接受了这些权利，也不论此等人是否知道自己取得了这些权利” ；《日本民法典》第 916 条规定，“承人未表示承认或放弃而死亡时，前条第一项的期间 ，自其继承人知道自己的继承已经开始之时起算” ；《阿根廷民法典》第 3419 条规定，“继承人如果只是在被继承人死亡后的瞬间生存，则遗产移转于其自己的继承人，后者如同前者本人，享有承或抛弃遗产的权能” ；《韩国民法典》第 1021 条规定，“继承人未予承认

或放弃的，于 1019 条第 1 款所定期间内死亡时，自其继承人知道自己继承开始之日起起算第 1019 条第 1 款的期间” 。这些规定在文字表述上有异，但都明确的宣示着同一个信号：如果继承人在为承认或放弃继承的期间内死亡，则是否承认或放弃继承的选择权由其继承人继承——“此在查士丁尼时期的罗马法中即以有之” 。但面对这么一条古老的法则，面对这么多的域外立法，我国学者即便是承认“承认或放弃继承的权利当可为继承之标的”的学者，仍然能够盲视盲听把《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 52 条解释成“所谓转继承，是指继承开始后，继承人接受继承的，在遗产分割前死亡，他所应取得的遗产份额，转由其法

定继承人继承或按照继承人的遗嘱处理”，“转继承只是对遗产份额的再继承，而非继承权利的移转”。

四、来自最高人民法院的声音

由最高人民法院的法官们主导的案例选集中一再出现两个案例，一个是“马珂凡在对方对其提起离婚诉讼后诉对方路尧确认夫妻共同财产案”，一个是“付博诉周琴法定继承同时发生转继承及转继承中的代位继承案”。虽然我国不是判例法国家，“案例不具有法律的约束力”，“经最高人民法院审判委员会讨论、决定的适用法律问题的典型案件”公布后，也只是“供下级法院审判类似案件时参考”，但中国法院的科层制结构决定了最高人民法院公布的指导案例对下级法院具有事实上的拘束力。由于存在编辑主体、形式、程序等方面的缺陷，《人民法院案例选》一书被某些学者认为缺乏作为指导案例的权威性，这一意见可能是正确的，但编辑者在浩如烟海的同类案例中不惜版面的将这两个案例一再予以宣示，甚至连最近出版的几本继承案例教科书都追捧之，这就不能不引起我们的重视：这难道仅仅是一种巧合？还是大家都在不负责任的都在做“文抄公”？还是……

真正的原因究竟为何就留给探究者仁者见仁智者见智吧，笔者在此谨将浸淫应用法学研究和案例编辑几十年、在多个部门法领域都卓有见地、笔力雄健的杨洪逵法官在书中对这两个案例的评注意见摘录如下，以供参考：

1、马珂凡在对方对其提起离婚诉讼后诉对方路尧确认夫妻共同财产案

原、被告婚姻关系存续期间，因被告的父亲死亡所发生的被告对其父亲的遗产的继承的问题。此问题之重要，是因为在婚姻关系存续期间一方继承的财产应认定为夫妻共同财产，直接关系到一方在离婚时从夫妻共同财产中分割的份额大小。在本案中，被告父亲于原、被告婚姻关系存续期间死亡，但被告父亲死亡后，其遗产一直未作处理。我国《继承法》第二十五条规定：“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。”被告直至本案原告对其提出确认财产关系之诉时才表示放弃继承，按该规定即应属在遗产处理前作出的放弃继承的表示。该放弃继承的表示是否发生放弃继承的效力，要看其放弃有无违法的因素。首先，被告放弃继承的表示是在答辩中作出的，应作为其真实意思表示予以认可。其次，被告放弃继承，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，不涉及被告对原告的法定义务的履行。也就是说，被告继不继承其父的遗产，不是属于对原告应尽的法律义务。法律上既然未明文将这种放弃行为规定为无效，应是对这种放弃已从法理和利益衡量上作了充分的考虑。所以，被告的放弃是有效成立的。

2、付博诉周琴法定继承同时发生转继承及转继承中的代位继承案

本案因付忠群的死亡而发生第一次继承。因付忠群生前未立有遗嘱，故发生的是法定继承关系。按照法定继承的原则，继承开始后，在被继承人既有第一顺序继承人、又有第二顺序继承人情况下，应由第一顺序继承人继承。付忠群的第一顺序继承人有其子即付博，其父母付自立和周琴，其遗产应由他们三人依法继承。可以说，一、二审判决对此的认定和处理均无不当之处。

本案在付忠群的遗产未分割之前，其父付自立作为其继承人又死亡，因付自立生前未表示放弃继承付忠群的遗产，故此第二次继承所引发的继承关系呈多样化。首先，按照最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第５２条“继承开始后，继承人没有表示放弃继承，并于遗产分割前死亡的，其继承遗产的权利转移给他的合法继承人”的规定，此次继承是为转继承。其次，转继承情况下，实际可发生什么性质的继承关系，应依被转继承人生前是否留有遗嘱而定，即被转继承人有遗嘱的，其遗嘱继承人是转继承下的合法继承人；没有遗嘱的，其法定继承人是转继承下的合法继承人。本案被转继承人付自立生前没有立下遗嘱，其法定继承人是其合法继承人。第三、法定继承制度中包括代位继承的原则，而不论法定继承是发生在直接继承还是转继承之中。所以，转继承按法定继承处理的，同时要考虑代位继承事实的存在及代位继承人代位继承权的实现问题。本案中，付博的父亲付忠群是付自立之亲子，又先于付忠群死亡，付自立死亡时就发生有代位继承的事实。故在确定付忠群的法定继承人中，除了其配偶周琴及其子女付娟、付化群以外，还应包括其先故之子之子付博。不能因为要分割的付自立的遗产是付自立继承其子付忠群的，而否定付博的代位继承权及其实现。

在转继承情况下，因为转移的是被转继承人继承被继承人遗产的权利，因此，被转继承人的法定继承人取得的仅是被转继承人对被继承人的应继份额的权利，而不是财产所有权的转移，所以，应由被转继承人继承的遗产并不因被转继承人和转继承人之间的配偶身份关系而发生所有权的共有关系，即不能将被转继承人应继承的遗产作为其已取得所有权的财产而认定为夫妻共有财产，并按析产认定其中一半属配偶另一方，另一半是本人遗产而按法定继承处理。

五、结语

“法律是什么”可能如“上帝存在吗”一样是一个永远不可能凭理性得到证立的命题，人们尽可以在无穷的追问中自我沉醉、著书立说，但实在法毕竟是经世致用的，法律作为一种主要的社会控制手段 需要具备明确性、统一性。注释学派的身影虽然已经远去，但从未消失，至少在法律教义学的层面上，我们首先必须阐明实在法究竟说了什么，否则就会发生法律适用的恣意和混乱；如果实在法的规定是有缺陷的或反正义的，那么可以在此基础上进一步指出其应该是什么，建议和推动通过司法修复或立法修订的方式使之更完善、更正义，在这一点上，作为法律实务工作者的授业者、作为教授立法模式下的学者们责无旁贷，当然法律实务工作者亦不能置身事外。《继承法》的修订已迫在眉睫，但缺乏足够的实证支持、经不起思辨考究的修订不可能产生一部好的法律，作为一名备受困扰的法律职业人，笔者渴望它的修订能消除文中所言之混乱并避免再次出现类似情况，而要做到这一点，除了已经在

四个版本 的继承法学者建议稿中所体现的，学界与实务界要做的工作还有很多。

（因技术问题，注释略）

（作者：青岛市市中公证处 张红光）

时事资讯：20 年前化名存 20 万密码忘了 公证档案里找到了

2015 年 1 月 14 日 公证人 贾晓宁

李洋，现在已经是个 20 多岁的小伙子了，去年他和外公外婆从澳大利亚回到南京探亲，看望自己的爷爷奶奶，同时要取出一笔属于自己的数十万元赔款。这笔钱，是 20 多年前意外去世的李洋的父母留下的，当时李洋尚在襁褓之中，爷爷奶奶外公外婆把 20 万存款 化名 存进银行，设定密码，并办理了一份协议声明公证，这笔钱由成年的李洋支取。但是当李洋 20 年后来取款时，还是遇到了巨大的麻烦。 通讯员 王芃

回放

父母车祸遇难留下 20 万赔偿 爷爷奶奶外公外婆 化名 存进银行

20 多年前的一天，李洋的父母在外出时遭遇意外，死于严重车祸。悲剧发生后，肇事方赔偿了人民币 20 万元。20 万元在现在可能不算什么，但在那时可以说是一笔巨款，可以在南京买两套房。拿到这笔巨额赔偿之后，双方老人为了巨款的归属，发生了一些争执。毕竟这笔钱太多，这个钱归谁保管，将来怎么用，如何通过这笔钱保障老人的利益。这些问题上，老人出现分歧，而李洋当时尚在襁褓之中，也没法发表自己的意见。好在双方老人都是想保证李洋的利益，所以最终在别人的建议下双方老人找到了南京公证处，希望公证处能给出个办法。

得知双方的诉求之后，公证员给老人想了个办法。就是老人把这个钱 化名 存进银行，将来凭密码支取，密码由爷爷奶奶保管，存折由外公外婆保管，同时双方办理一个财产转移声明书公证，明确这笔钱归属李洋，不过要等到李洋成年后凭密码来支取。当时，听完公证员的建议，且银行当时存款并不需要实名制，4 位老人都觉得这个办法可行。于是，4 位老人用自己的姓“王陈李方”为名，将 20 万存进了银行，密码由爷爷奶奶保管，存折由外公外婆保管。随后，尚在襁褓的李洋，被外公外婆带到了澳大利亚生活，而这一走就是 20 年。

尴尬

现在存款实名了，爷爷奶奶忘记了密码 唯一知情的公证员又因病去世了

时光荏苒，一晃 20 年过去了，李洋已经长大成人，去年在外公外婆的陪同下来南京探亲。一方面看望年迈的爷爷奶奶，还有一个重要的事，就是把父母当年的那笔可以算作遗产的赔款从银行取出，算是告慰父母在天之灵。当年的 20 万，现在加上利息，也有 30 多万元了，也可以算作一笔巨款。而李洋和外公外婆觉得，有存折有密码，取钱不费事，结果密码找不到了。

李洋和外公外婆找到李洋的爷爷奶奶，一番叙旧之后，李洋提出要取钱，但是爷爷奶奶找了半天告诉李洋，自己把密码给忘了。原来，李洋的爷爷奶奶当年设定密码后，纯靠记忆来记这个密码，怕 密码丢失 20 万被人取走，所以一直没有用文字记录。可这一晃 20 年过去了，两位老人都年过古稀，要回忆起当年的密码，是怎么想都想不起来了。忘了密码，李洋和外公外婆来到银行，说明情况，想让银行通融，把钱取出。但银行方表示现在存款实名制，即使通融，也要存款名是李洋，然后记性挂失，再重新设定密码。而存折上的名字是“王陈李方”，根本不是李洋，所以这个存折没有办法由李洋办理挂失重新设定密码。也就是说，因为银行的实名制，这个钱现在只有找到密码，不然根本取不出。

这下，李洋和家人都急了，无奈之中他们想起了当时给自己办公证的公证员。4 位老人想，想找当时承办该业务的公证员，他应该记得当时的情形，可以帮他们找回这个存折的密码。于是，李洋把电话打到南京公证处，寻找 20 年前帮 4 位老人和自己办理这份财产转移声明书公证的公证员，找回密码。结果满怀希望的李洋和 4 位老人，再次遭遇晴天霹雳——这位公证员因病已经在去年去世。也就是说，除了 4 位老人，唯一知道存折密码内情的人也不在了。找不回密码，这 30 万元很可能永远取不出来。

幸运

找了一整天翻出 20 多年前旧档案 其中一个数字正是密码

爷爷奶奶忘记密码，银行改用了实名制，唯一知情的公证员病逝。这让想取出父母遗产的李洋十分痛苦，因为从这三方面来看，他能取出钱的希望已经很渺茫。虽然这笔钱对于李洋来说不算什么，但这毕竟是父母留给他唯一的念想。取出钱，告慰父母的在天之灵，是他的心愿。这个希望实现不了，李洋会觉得很痛苦。

知道李洋家的情况之后，南京公证处副主任张朝晖跟相关同事进行探讨后，觉得这个密码有希望找回，而办法就是查阅公证处旧档案。根据规定，涉及财产转移的声明书公证材料都会归档，永久保存，当年的谈话笔录一定还在。根据李洋手持的公证书文号，张朝晖副主任立即开始查档。由于年代久远，这份公证书的相关材料并没有存入电脑中。最终，张朝晖在市档案馆找了一天，终于调出了这份纸张已经泛黄的谈话笔录，笔录的第二页上正写着一个数字。“这个数字会不会就是存折的密码？”当拿到这份旧档案后，张主任还心存疑虑。但这是最后的希望，张主任还是把旧档案复印，然后把密码和旧档案一起给了李洋，让李洋到银行用这个密码去尝试，看能否取出钱。结果，这个数字真是存折的密码，李洋顺利取出了钱。事后李洋写了感谢信给南京公证处：“这份存款不仅仅是母亲给我的慰藉，更包含着爷爷奶奶、外公外婆对我的爱和关心。谢谢你们让我取出了它。

现在说起这件事，张主任觉得这不是自己的功劳：“这还得说我们公证员工作做得细，帮助李洋解决了大问题

啊。”

（资料来源：扬子晚报 全媒体记者 贾晓宁）

独子继承困境，是个法律伪命题

2015 年 1 月 14 日　冯爱芳

近期网上广泛流传着几篇文章，讨论的主题是关于独生子女的遗产继承问题。标题耸动、传播甚广，律师们就此问题各显神通、支招解困，体现其法律职业人的专业精神和破局手段。 然而，随着笔者深入阅读之后，发现文章洋洋洒洒地码下大几千字，无外乎指出两件事：遗产查询难办、诉讼被告难找。情况果真如此吗？不明真相的围观群众果然信以为真，坐不住了。

坦白说，自从笔者走上工作岗位，平均每年处理近百件遗产继承案子，订立几十件遗嘱。实务中，从未觉得“独子继承”有何特殊的法律困境与探讨意义。既然近期这个话题被三番五次地，如此隆重地一再提起。那么，问题意识的背后必然有其可探讨之处。当然，是不是法律问题则另当别论。毕竟，法律人提起的不一定必然就是法律问题。在笔者看来，独子继承困境，便是这样一个法律的伪命题。

避轻就重，简单问题为何复杂化

在我国，遗产处理分为两种途径：一是有争议的继承诉讼；二是无争议的继承公证。独生子女家庭仅表现为被继承人的第一顺位的法定继承人（配偶、子女、父母）数量较少，在实体法律适用与继承处理程序上并无任何特别之处，根据家庭和财产的不同情况，两条途径均可选择适用。如果被继承人的配偶、父母中尚有其他法定继承人，且对遗产分割有争议且不可调解的，自然会走上法院诉讼；如果其他法定继承人均先于其死亡，独生子女确定为唯一法定继承人通过非诉渠道的继承公证处理遗产是更为经济、理性的。真不明白，为何要避轻就重，抛开渠道通畅、程序明确的非诉继承途径，非要生硬地把无纠纷的独子继承推向法庭呢？在家庭关系简单、其他继承人早亡的情况下，当然找不到也无须找到被告，难道这就是所谓的困境吗？那么，推而广之，在非独家庭中也同样存在着没纠纷硬找被告手拉手一同去诉讼的问题。当你把非诉领域管辖的案件一股脑儿生拉硬套地推向诉讼管辖领域时，你一定会像哥伦布发现新大陆一样“惊喜”地发现：驴唇果真对不上马嘴！于是乎，这位便得出了结论：有漏洞、有空白、得改变，得调整！

目前，独生子女通过非诉渠道的继承公证处理遗产，渠道通畅吗？程序繁杂吗？需要提交什么材料？证明什么内容？根据公证法和继承法的相关规定，公证机构根据当事人的申请办理遗产继承权公证事项，需要提供的基本材料为：身份证明、死亡证明、亲属关系证明、财产证明，这些基本材料也是诉讼环节的当事人所需提供的基础性材料。如果财产不明的，可向公证处申请开具查询函，前往有权部门查询死者遗留的全部财产，包括房产、存款、理财帐户中的资产、股权等。从实践中看，依据公证机构开具的查询函，有权部门出具登记在死者名下的财产证明，操作中并无障碍。即便遗产查询成为继承案件的“难题”，这一难题亦具有普遍性，不单单构成独生子女继承的难题，亦难成为导向其诉讼困境的支撑论据。另外，证明独生子女跟父母之间关系且唯一继承人的身份亦不是难题。结合我国严格实行的独生子女政策，可以凭借一纸《独生子女证》加以证明、有的甚至能够提供《计划生育奖状》加以佐证。如果证件遗失也没关系，公证人员会前往档案馆调阅或通过核实被继承人的人事档案的方式查清被继承人的全部继承人。可以说，目前从公证机构平均每年近两千件的继承案件处理量来看，大量的独生、非独子女家庭的遗产继承案件，经过公证人员的法律告知和介入调解，消解在继承公证工作中，在法律层面，并不存在所谓的独生子女继承困境一说。非诉继承仍然是遗产继承的主要渠道和方式，总体而言，路径是通畅的，选择是理性的。

子虚乌有，如何填补法律空白

众所周知，《中华人民共和国继承法》颁布实施于一九八五年，适用三十年且几经司法解释。可以说，实体法上的继承法律制度已经相对明确、完整、全面了，针对遗嘱（赠）继承、法定继承等方面作出了精密的制度设计。“举重以明轻”，如果一种法律制度能够涵盖各种复杂的家庭遗产纠纷，并且在几十年的司法实践中使之得以有效适用。还能说，法律关系如此简单的独生子女继承在法律上存在空白吗？

我们来看看文中所言的“法律空白”指的是什么？怎样去填补“法律空白”？律师支招：修改法律，民事诉讼法律中增加特别程序：确认当事人为唯一继承人，唯一继承人则可以要求银行支取存款。它的逻辑是：“唯一法定继承人”等于“遗产所有人”。那么，多子女无纠纷家庭是否同样可以适用这样的特别程序共同要求银行支取存款呢？代入公式，即为：

唯一（多位）法定继承人＝遗产（共同）所有人

身份（资格）的确立＝遗产所得

如果，“法律空白”指的是“确认唯一继承人”的程序空白。那么，这并不算什么高招，根本没必要舍近求远要求法院另设特别程序，每件非诉继承案件中，公证机构都可以并且正在做着查明全部或唯一法定继承人、整理部分或全部遗产清单的职能份内之事。笔者真正关心和想要究问的是，等号两端真的可以简单划等号吗？确定了继承人资格和继承人数量便自然而然得出遗产的必然归属吗？继承权是集合身份权和财产权的复合体，身份关系和财产关系，虽然两者关系密切，在某种程度上一致，但是，绝到不了混同到近乎混乱的地步。若要得出等号后面“遗产所得”归属的结论，光查清法定继承人是唯一还是多数，还远远不够。有遗嘱、遗赠扶养协议呢？法定继承人丧失继承资格呢？法定继承人放弃继承资格呢？司法审判机关承担着定分止争的职能，是正义的最后一道防线，有多少

疑难杂症、大案要案需要查明下判。目前，基层法官身上背负的案件压力不可谓不大，仅不足百分之十的继承案件处理工作便不堪其重，假如将百分之九十的非诉继承案件都借由文中设计的“特别程序”交由法官处理，请先去问问当事者法官的意见吧。

独生子女是社会问题，不是法律问题

我国的计划生育政策，从上个世纪六十年代初开始试点并逐渐在全国推广，于一九八二年正式成为中国的一项基本国策。主要内容与目的是提倡晚婚、晚育，少生、优生，从而有计划地控制人口增长。从世界范围来看，中国虽然并非全球唯一实行计划生育的国家（据报道，泰国、印度和南美一些国家实行着“家庭计划”），但是，却是唯一以官方政府机构在全国范围内强制推行的人口计划。可以说，世界上从来没有一个国家在如此长的时期内实行着人口生育方面的控制，造成如今多数家庭只有一个独生子女，没有兄弟姐妹的情况，法律关系上的“亲等”在不断缩小化简。计划生育一味地控制人口数量，忽略世代更替，三十余年来，造成我国严重的未富先老、人口老龄化问题。独子继承的另一端是更让人担忧的孤老继承问题。另外，我国传统稳定的婚姻关系，随着改革开放的加深，公民经济独立、意识觉醒，离婚率逐年上升，夫妻关系轻易解体，婚姻家庭日益复杂化。

谁都无法否认，一个国家的家事法律规范是在假设并涵盖兄弟姐妹众多、婚姻关系复杂、婚生与非婚生子女并存等极端、复杂的婚姻家庭情况下确立的。当前这个时期乃至今后的二、三十年内，独生子女逐渐成为遗产继承的主力。独生子女、老龄人群上升为主要社会关注人群，涉老、涉独问题均成为社会关注问题。同时，伴随婚姻关系的复杂化造就的夫妻财产与个人财产的划分，再婚配偶与继子女的继承，非婚生子女的继承亦成为伴生问题。探讨独生子女继承问题，目前来看，实体法律规范明确，法律程序上渠道通畅。在这样的前提下，是否有必要新设特别程序，将其囊括到诉讼领域内，才是需要重新思考和重点评估的问题。

穿越迷雾，探讨建立独立的非诉程序

既然提出独子继承困境，聊到这里明眼人一定看得出，困境的指向决不是停留在没被告、查询难等问题表层，深层指向可以从律师所支的大招中初见端倪，如：1、法院特别程序确定唯一继承人身份则该人可领取存款；2、立遗嘱并在其中列明银行帐户及密码可直接提取；3、起诉其他法定继承人；4、曲线救国：提起监护人诉讼、确认继承诉讼或行政不作为诉讼……从一开始，家事律师引领独生子女继承案件回避非诉渠道硬往诉讼上靠，是典型的“诉讼中心主义”。律师建议：立遗嘱并在其中明列帐户密码用以提取存款。当事人理所当然地认为：立遗嘱指定唯一受益人便可直接获得房产。任何因安全、秩序的价值考量作出的前置性审查都是对便捷、效率价值的违背，这是典型的“重实体轻程序”、“重效率轻秩序”。释放出一种危险的功利主义的讯息：法技术上，不论你能做到什么？法价值上，不论你在追求什么？先回答：没有你，显性风险和危害在哪里？

我国部分家事法学者注意到家事案件的特殊性，呼吁仿效德、日的法律制度，建立专门的家事法院，制定家事案件“诉讼特别程序”；也有部分家事法学者呼吁建立仿效法、俄的法律制度，在诉讼之外整合现有的非诉机构（如公证、调解、仲裁），建立非诉事件程序法。然而，就两者之中哪一种选择更适合我国的历史传承和现实状况，并未见学界或实务界对此作出充分的论证。虽然，我国没有独立的非诉程序法，但是，公证机构在实质上承担着大量的非诉事件处理工作，从历史沿革和实务工作中，公证程序成为主要的非讼程序，不仅适用于遗产继承案件，更适用于夫妻财产案件、认领亲子案件、收养案件、监护案件等等。继承公证的正当性之所以备受责难、公证过程中证据的收集与认定之所以困难重重，其实都根源于公证的非讼程序功能从未被发现或加以重视。或者说，非诉程序自身的社会功能与价值亦未被足够重视。如果我们能够认识到非诉价值理念与非诉程序设置的社会功能与作用，认识到非诉和诉讼的分野与衔接是合乎国情、合乎理性的，那么，上面的话题才能在穿越迷雾之后有讨论的基础，才能在存异的前提下的求得一点点共同，才更有成效、更有意义。

勿将继承公证费当作遗产税！

2015 年 1 月 19 日　闵行公证

继承公证的收费问题一直以来都是老百姓关注的热点问题。根据本市公证行业统一收费标准，该费用是按照标的数额一定比例来收取的，然而，许多老百姓却误将这笔公证费当成了遗产税。这一期，小编来为大家释疑。

关于遗产税

有研究指出，中国的遗产税思想最初萌芽于孙中山先生的“节制资本”思想。早在 1912 年，中华民国政府就提出了开征遗产税。1938 年 10 月 6 日，国民政府公布了《遗产税暂行条例》，自 1940 年 7 月 1 日起施行。为了适应银元本位制，国民政府于 1949 年 9 月 7 日公布了《修正遗产税法》。1950 年 1 月 30 日，中华人民共和国中央人民政府政务院《全国税政实施要则》规定全国设立 14 种税收，其中包括遗产税。但在同年 6 月召开的二届全国税务会议上，决定遗产税暂不开征。直到八十年代初才重提此税。1990 年春，国家税务局提出了《关于今后十年间工商税制改革总体设想》，其中正式提出了开征遗产税和赠与税的设想。1993 年 11 月，中共十四届三中全会通过《关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》提出：“适时开征遗产税和赠与税”。1993 年 12 月，国务院发布了《关于实行分税制财政管理体制的决定》，将遗产和赠与税收入划为地方财政的固定收入。而后，遗产税的开征又被写入《国家“九五”计划和 2010 年远景目标》。2000 年 10 月，中共十五届五中全会通过《关于制定国民经济和社会发展第十个五年计划的建议》，再次提出要通过开征遗产税等措施强化国家税收对于收入分配的调节功能。2001 年 3 月，九届人大四次会议批准的《中华人民共和国国民经济和社会发展第十个五年计划纲要》，提出要适时征收

遗产税。12 年后，2013 年 2 月 5 日出台的《关于深化收入分配制度改革的若干意见》明确表示，研究在适当时期开征遗产税问题。同年 3 月 2 日，北京师范大学收入分配研究院发布的《遗产税制度及其对我国收入分配改革的启示》中期成果报告认为，开征遗产税的时机已经成熟，建议在“十二五”期间征收，起征点定为 500 万元。由此看来，尽管近几年来征收遗产税的呼声渐涨，但我国遗产税究竟何时开始征收，至今仍是个谜。

关于继承公证费

随着房价不断上涨，作为遗产继承大头的房产，由于继承公证费按照标的数额一定比例收取，对普通老百姓而言，成为一笔不小的支出。上海从 2012 年开始，在全国率先将 2%的公证费降低为 1%，大大减轻了老百姓的负担。次年，国家发改委、财政部宣布的一则消息再次引发关注：从 2013 年 10 月 1 日起，降低 14 个部门 20 个行政事业性收费项目的收费标准，其中，涉及房屋等财产的继承、赠与、接受遗赠的收费标准，将由原来按固定比例 2%收取，改为分段递减累计收取，即：受益额￥20 万以下的部分，按 1.2%收取；超过￥20 万不满￥50 万的部分，按 1%收取；超过￥50 万不满￥500 万的部分，按照 0.8%收取；超过￥500 万不满￥1000 万的部分，按 0.5%收取；超过￥1000 万的部分，按 0.1%收取。

附简便计算公式：

①受益额≤￥20 万：1.2%

②￥20 万≤受益额＜￥50 万：1%+400

③￥50 万≤受益额＜￥500 万：0.8%+1400

④￥500 万≤受益额＜￥1000 万：0.5%+16400

⑤受益额≥￥1000 万：0.1%+56400

此新规到底能为老百姓省多少呢？

以原先按照受益额的 1%收取来作比较，例如：

若遗产价值￥100 万，原先继承公证费￥10000，现在则为￥9400；

若遗产价值￥300 万，原先继承公证费￥30000，现在则为￥25400；

若遗产价值￥500 万，原先继承公证费￥50000，现在则为￥41400……

按照这项新规，遗产价值越高，节省比例越高，遗产价值千万元以上则最为划算。例如遗产价值￥1200 万，原先继承公证费￥120000，现在则为￥68400，节省近一半。

那么，遗产价值又该如何计算呢？

如继承的遗产为房屋，则按如下标准确定标的额（二选一）：

①提供有一级资质的房地产评估机构出具的房产估价报告（评估公司将收取相应的评估费）；

②可依照本市专业房地产估价网站（如搜房网、安居网等）上所估的市场价格，经申请人确认即可（无需任何评估费用）。

最后，小编为大家解释一下何谓“分段递减累计收取”：

以遗产价值￥100 万为例：

￥20 万部分收取 1.2%即￥2400；

￥20-50 万部分（即￥30 万）收取 1%即￥3000；

￥50-100 万部分（即￥50 万）收取 0.8%即￥4000。

因此：￥2400+￥3000+￥4000=￥9400。

公证视点：论公证在股份代持协议中的价值——论公证在股份代持协议中的价值

2015 年 1 月 20 日　公证人　黄腊梅

随着市场经济的发展，隐名投资现象越来越常见。一方面由于市场运作的日益资本化，资金成为公司运营当中最稀缺的资源；另一方面，越来越多的中小投资者面对日益显著的通胀现象，都在纷纷寻求资金保值增值的投资渠道。有的投资者为了规避法律，选择隐名投资；有的投资者不愿意公开自身的经济状况，选择隐名投资；还有的为了便于公司的经营管理，选择隐名投资，等等。隐名投资的目的多种多样，引发的纠纷也越来越多。隐名投资者对自身利益保护的强烈关注，直接导致了公证需求的上升。但隐名投资的风险对于公证机构及公证人员来讲，一直是令人生畏的负面因素。但市场和法律风险的存在恰恰是拉动公证需求的内在动力。拒绝和逃避，并非公证机构的明智之举，如何帮助隐名投资者规范投资协议，运用法律知识和手段帮助隐名投资者化解其所面临的风险，则是公证机构急需思考和解决的难题。

一、隐名投资的表现形式及特征

隐名投资的典型形式之一就是股份代持。最高人民法院于 2010 年 2 月 16 日出台的《最高人民法院关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定(三)》对股权代持的争议有了相对明确的规定。法律界人士认为。该司法解释是中国法律中首次将股权代持协议从秘密的灰色地带拉出来，正式承认了实际出资人的权利。股份代持，是指实际出资人出于自身的各种原因，对外隐瞒其出资人的事实，借用他人的名义，实施与经营行为，投资行为相关的活动，并从中获取收益，承担风险的一种法律现象。股份代持一般存在于有限责任公司中，我们通常称实际投资人为隐名股东，与之对应者通常被称为显名股东。隐名股东具有以下特征：1、是实际出资人；2、不具备股东的形式要

件，其姓名或名称不能记载于股东名册、公司章程、公司工商登记材料之中；3、有成为股东的意思表示，要想成为隐名股东，就必须在隐名投资协议中有成为公司股东的意思表示，这也是确认隐名投资协议性质的重要因素。股份代持涉及隐名股东，显名股东，公司及其他股东，公司外第三人等多方法律关系，由于隐名股东的无法公示，使得各方当事人之间的关系变得复杂。而在众多复杂的关系中，隐名股东和显名股东之间的内部契约---持股协议，则是整个股份代持的基础关系。持股协议是实际出资人为保护自身的权益.与名义股东所签订的内部协议.其在协议中约定持股相关的利益及分配。持股协议的风险主要体现在实际出资人隐名所导致的股权权属争议.以及由此而带来的对第三方的权利义务争议.因此通过公证的法律服务既使协议双方的权利义务得到明确和保护.又使双方之间的约定与公司股权的行使和第三方债务之间产生隔离，不使该约定影响到公司决策、运营的稳定和与第三人的关系.这就成为公证法律服务介入其中的价值所在。

二、公证机构在办理持股协议过程中应注意的几个问题

根据实际出资人隐名出资的直接原因的不同，股份代持可以被划分为两种类型，即规避法律型的股份代持与非规避法律型的股份代持。

(一)、规避法律型股份代持，是指为了规避我国公司法等相关法律法规对于投资主体及投资领域等方面的限制，主要有：

1、违反股东身份限制规范问题。要审查隐名股东的身份是否属于下列规定，我国关于股东身份限制的法律规范主要有如下几类：(1)、为维护政府廉洁的股东身份限制。如我国《公务员法》第五十三条规定，公务员不得从事或者参与营利性活动。(2)、为维护经济安全的股东身份限制。如《外商投资产业指导目录》规定了大量限制或者禁止外商投资的产业。(3)、为维护金融安全的股东身份限制。如《银行业监督管理法》第十七条规定，申请设立银行业金融机构，或者银行业金融机构变更持有资本总额或者股份总额达到规定比例以上的股东的，国务院银行业监督管理机构对股东的资金来源、财务状况、资本补充能力和诚信状况进行审查，决定是否批准。《证券法》对证券公司、《证券投资基金法》对证券投资基金公司、《保险法》对保险公司都有类似规定。在对主体审查的过程中，公证机构要尽到合理的审查和告知义务，如果因当事人刻意隐瞒而导致主体违法，必然导致持股协议无效。由此给公司其他股东、公司及公司外的第三人造成损失的，隐名股东和显名股东应承担连带的赔偿责任。

2、在代持原因上，规避法律。比如有的代持，是为了规避法律关于股东人数的限制。我国公司法规定有限责任公司股东不得超过 50 人，在国有企业改制过程中，为突破股东人数的限制，便采用隐名投资的形式，在工商登记中仅显示部分股东姓名，其余股东的股权则由在工商登记中显示的股东代为持有。有的代持是为了为规避法律获取相关优惠政策而产生隐名股东。这两类原因而形成的代持协议，公证机构应该拒绝办理。

(二)、非规避法律型的股份代持，是指由于不愿意公开自身的经济状况、身份，或者出于保守商业秘密的需要等合法原因，实际出资人选择由名义股东代持股份，而由其自己实际出资并享有股东权利的情形。这类股份代持协议，本质上是属于隐名股东和显名股东之间的合同，也是我们所认定的持股协议的主要范畴。在这类持股协议的审查上，我认为要做到以下几点：

1、了解协议人的真正意图，界定双方明确的法律关系。公证人员要充分了解清楚协议人之间的真正关系.以及代持的原因及所要达到的目的，否则就无法正确引导协议人选择正确的法律关系，从而从根上导致双方法律关系的错位。在代持形式上，主要有下列两种：(1)、隐名出资人单独出资，代持人只是名义上持有，名义股东要被动地接受隐形股东的指令，即隐名股东与名义股东之间仅为单纯的委托持股关系，隐名股东直接以股东的名义行使权利，与公司、其它股东发生直接联系。(2)、当隐名股东与名义股东之间存在隐名代理关系时.实际出资人未直接以股东的名义行使权利.与公司不发生直接法律关系；根据合同相对性.公司不知也不可能知道实际出资人与名义股东的真实情况。形式上的差异，造就了隐名股东、名义股东与公司、其公司他股东关系上的差异。

2、理清隐名股东、名义股东与公司、公司其他股东以及第三人的关系。当实际出资人与名义股东之间存在隐名代理关系时，根据合同相对性，公司不知也不可能知道实际出资人与名义股东的真实情况，若发生纠纷，公司可以此作出抗辩；当实际出资人与名义股东之间仅为单纯的委托持股关系时，隐名股东直接以股东的名义行使权利，与公司发生直接联系，相当于将持股协议对公司进行了公示，产生相关纠纷时，隐名股东应对公司和其他股东承担责任。但从保护交易的安全的角度出发.在处理隐名股东、名义股东与第三人的关系上，无论是哪种持股形式，隐名股东和名义股东不能以其持股协议对抗善意第三人。《司法解释(三)》第 26 条作出了明确的规定.即名义股东将登记于其名下的股权作转让等处分时.实际出资人欲以其乃股权的实际享有者请求认定股权处分行为无效的.人民法院需要参照《物权法》第 106 条的规定予以处理。倘若名义股东的股权处分行为造成隐名股东损失，隐名股东可以向显名股东请求赔偿。

3、明确双方的收益分配原则、权利义务关系。在第一种代持形式下，由于显名股东只是名义上的持有，并不真正行使股东权利，故应加重隐名股东的义务，维护显名股东的诚信、名誉等。在第二种代持形式下，持股协议本质上是隐名股东和显名股东之间的一种投资分配协议，对隐名投资人的保护主要限于经济利益，对显名股东的限制主要是明确由自己违约造成隐名股东损失的，自己应该承担相应的赔偿责任。

4、配偶和继承问题。隐名投资在实际案例中以自然人投资人为多，如果在这类商事行为中过多强调隐名股东的配偶的权利，而要求签署股份代持协议时都要配偶到场，会给当事人带来僵化和繁琐的印象，令人退避三舍。我

本人倾向于将夫妻共同财产关系作为隐名投资人的内部家庭关系来处理，投资者只需承诺和保证其完全有权独立或代表配偶处置投资的权利。如配偶主张投资人的处置侵犯其财产权利的，只能想投资人本人追偿，而不能影响到投资处置行为对第三方的效力。另外，在股份代持协议中，公证人员到指导协议人约定，在显名股东发生意外或死亡的情况下，显名股东的继承人应当向隐名股东履行协议中显名股东的义务，以保障投资方的权利。显名股东的继承人更不能将隐名股东的投资作为显名股东的遗产进行实际分割而损害隐名股东的利益。

5、代持资金的退出问题。就风险投资性质的隐名出资而言，代持虽然产生融资的效果.但并不是出资人与登记人之间的借贷关系。显名股东或代持人对隐名投资人的投资并不负有保底保本等偿还义务，投资的退出完全由出资人通过出资转让、公司上市等市场交易行为解决。对有限责任公司而言，投资人以其出资比例为限分享利益.以其出资为限承担债务。而对于个体工商户的隐投资人而言.个体工商户承担的是无限责任，其他隐名投资人与个体工商户之间有一个内部追偿关系。

三、公证对持股协议的合理化风险防范建议

隐名股东的主要特征是实际出资人与股东权利的享有形式上相分离，隐名股东常会面临一系列的风险，如在无协议或协议无效的情况下，隐名股东甚至不能证明其为公司的实际出资人；名义股东不尽责造成实际出资人投资失败；名义股东将登记于其名下的股权转让、质押或者以其他方式处分；名义股东所负的无力清偿的个人债务，登记在名义股东名下的股可能会面临被司法冻结，甚至强制执行的风险。为预防风的发生，可采取以下措施：

(一)签订书面投资协议并申请办理公证。在投资协议中按照上文的注意事项，明确相关权利义务签订书面的投资协议，并在协议中明确隐名股东与代持股人的权利义务。完善的隐名投资协议至关重要，是维护隐名股东权益的保障。隐名股东和代持股人在签订书面的投资协议时，除约定隐名股东与代持股人之间的关系、出资额度、权利义务及责任分担外，还应明确隐名股东对代持股人享有权利的实现方式、纠纷解决机制和违约责任。

(二)妥善制定公司章程。公司章程是公司的“宪法”，我国《公司法》第 11 条规定，公司章程对公司、股东、董事、监事、高级管理人员具有约束力。隐名股东为防止名义股东擅自转让股权、名义股东不尽责造成其投资失败，可以在公司章程中作出名义股东转让股权的种种限制，名义股东以及公司的高级管理人员不尽责造成公司损失承担高额赔偿等规定。同时，为避免事后纠纷，隐名股东可向公司及公司的其他股东签订协议，明确其权利与身份。

(三)办理股权质押担保。股权质押是指出质人以其所拥有的股权作为质押标物，而设立的质押。质押可分为动产质押和权利质押。股权质押就属于权利质押的一种。《物权法》颁布后，国家工商总局下发了办理股权质押担保的文件，也使得股权担保有了可能。隐名股东只要和代持股股东办理了股权质押，就可以避免代持股股东擅自转让股权，也可以防止在代持股股东被债权人行使债权时可以保护自己的财产不被法院强制执行，甚至在代持人发生意外死亡时，防止代持股份被代持人的继承人分割。

（作者：石城公证处 黄腊梅）

关于遗嘱，你不可不知道的那些事

2014 年 1 月 23 日　中国妇女报　冯爱芳

当前，“遗嘱”逐渐走入公众视线，成为热词。然而，正确的遗嘱观念却没有随之普及，反被淹没在疑虑与争议的滚滚热浪之中。

要不要立遗嘱

经常有老人问到我，“我家好几个儿女，值钱的财产就这么一套房子，现在他们关系挺好的，小儿子经济条件差些，都说好了，房子以后就给他。我到底还要不要立遗嘱呢？”也经常有年轻的母亲问到我，“我父母去世早，我和爱人是原配夫妻，家里就这么一个闺女，以后我们的财产都是她的。我和爱人因工作原因出差频繁，担心万一有意外发生，是不是有必要提前立一份遗嘱呢？”

类似的问题，在我的工作实践中经常会碰到，似乎成为每个人心中都有的疑惑。

遗嘱，是立遗嘱人生前确立的将个人财产在百年之后遗留给何人的意思表示，是单方法律行为，是每个人私密的自主行为，处分的是归属于自己的合法的个人财产。

立与不立、如何立，需要根据个人及其家庭关系以及财产情况而确立。与子女无关、与配偶无关，与其他任何人都无关，不需要跟任何人商量，不能受任何人的意见左右，更不能存在受胁迫或重大误解的情形，必须是立遗嘱人在意识清醒状态下的完全自愿的行为。

什么样的家庭有必要立遗嘱

正常情况下的遗嘱，是立遗嘱人基于一定的原因，想要剥夺某个或某些法定继承人（父母、配偶、子女）的继承权，或想要将个人财产特别地倾向性地多分配给某人的行为。多发生在：

1.无子女的孤寡老人，希望通过订立遗嘱确立遗产的最终归属；

2.再婚或多婚家庭，希望通过立遗嘱剥夺继子女或养子女的继承权；

3.原配夫妻，但是子女间孝顺和赡养老人或者经济条件有别，希望通过订立遗嘱倡导兄弟姐妹间互助互爱，维持家庭和谐，或用以调配子女间经济生活悬殊差异；

4.家庭关系相对简单，但是对于年轻夫妻间婚姻关系的稳定性不够信任，希望通过订立遗嘱，万一子女婚姻发生破裂时，以排除子女配偶的共有权；

5.财富较多，分配方案较细。希望通过订立遗嘱，将遗产情况及家庭情况事先讲述清楚，为子女日后清理并分配遗产时，避免发生纠纷。

除上，也有常见的特别情况。对于一些高知人群，自身法律意识较强，不忌讳冰冷的黑色的死亡，订立遗嘱针对财产分配的功能性不强，目的多是临终嘱托，是一种遗愿表达。

遗嘱应该怎么立

依照我国相关法律规定，遗嘱形式分为五种：自书遗嘱、代书遗嘱、口头遗嘱、录音（录像）遗嘱、公证遗嘱。每种遗嘱均有其生效的法定形式，因其各自不同的生效要件要求，故而各有利弊。其中，因公证遗嘱结合了前四种遗嘱形式的优势，拥有最详尽的法律告知，最严谨的程序设计，最清晰的表达，故享有最高的法律效力。所以，一般情况下，当事人应当理性地、优先地选择公证遗嘱作为遗嘱形式。

但是，并不意味着每个人都要订立公证遗嘱，也并不意味着只有公证遗嘱才有法律效力。

比如：一位老教授手持一份在家自书的遗嘱，财产处分方案、处分原因内容记录翔实，建议他作“自书遗嘱的公证保管”，手续便利，足以保障他的权益。

再比如：一个身处养老院行动不便的老人，书写也不方便。建议他作“代书遗嘱”，请两名护工或医生现场作为代书人及见证人。或者，还可以配合“录音（录像）遗嘱”，代书完成之后将文书完全宣读一遍，或者干脆不代书，立遗嘱人对着录像机或具备录音（录像）功能的手机，完整地说说：自己想把什么财产处分给什么人，为何如此处分。这样一来，足以保障他的权益。

再比如：财产权属凭证不明的家庭（如持有公共房屋租赁权证、农村宅基地使用权证等），从法律层面来看，不拥有所有权的财产个人不能随意处分，因而，目前来看，公证机构对于上述财产采取谨慎介入或不介入（无法受理）的态度。然而，上述财产确实具有一定的财产属性，这种情况下，建议作“录音（录像）遗嘱”。因为，农村的老人通常文化程度不高，即便有代书人也会担心代书人无法完全表达老人的遗嘱意思，故而，仅作为见证人，见证立遗嘱人不受他人胁迫，在完全清醒、自愿的情形下在镜头前表达自己将什么财产遗留给什么人的意愿。

立遗嘱是手段，不是目的

在订立遗嘱的过程中，笔者总会特别提醒当事人：“订立遗嘱，只是确认百年之后，遗产归谁的意思表示，遗产还不会发生转移。在之前，你本人可以随意处分，出租、出售均不受影响。”“如果家庭发生变故或者受益人态度前后发生突变，你有权随时变更、撤销或修改之前的遗嘱。”

记得有一次，一位老人在女儿陪伴下前来订立遗嘱。女儿在场时话不多，只有公证人员在场时，才吐露真言。她说，并没有考虑清楚，虽说现在跟这个女儿住在一起，女儿对她也不错，但是如果签字之后，其他子女肯定会有意见，签完字以后，她就没房了自己住哪儿啊？不签吧又磨不开面儿。笔者告诉老人：“充分思考、慎重选择总是对的。谁都不能强迫您签订遗嘱，如果任何人有目的性地要求您订立遗嘱，您都不能大意。立不立是您的权利，即便今天签完字，房子也给不了她，您可以随时前来变更、撤销、修改。”这时候，更需要充分运用起遗嘱这种法律手段。

订立遗嘱是手段，并不是目的。无论你选择立与不立，上面的内容都是每个公民不得不知的常识，以法律知识武装自己、用法律手段保护自己，如此一来，才能在纠纷面前不畏缩，在谣言面前不恐慌。

（作者系北京市方正公证处资深公证员）

关于遗嘱，你不可不知道的那些事

2015 年 1 月 23 日　中国妇女报　冯爱芳

当前，“遗嘱”逐渐走入公众视线，成为热词。然而，正确的遗嘱观念却没有随之普及，反被淹没在疑虑与争议的滚滚热浪之中。

要不要立遗嘱

经常有老人问到我，“我家好几个儿女，值钱的财产就这么一套房子，现在他们关系挺好的，小儿子经济条件差些，都说好了，房子以后就给他。我到底还要不要立遗嘱呢？”也经常有年轻的母亲问到我，“我父母去世早，我和爱人是原配夫妻，家里就这么一个闺女，以后我们的财产都是她的。我和爱人因工作原因出差频繁，担心万一有意外发生，是不是有必要提前立一份遗嘱呢？”

类似的问题，在我的工作实践中经常会碰到，似乎成为每个人心中都有的疑惑。

遗嘱，是立遗嘱人生前确立的将个人财产在百年之后遗留给何人的意思表示，是单方法律行为，是每个人私密的自主行为，处分的是归属于自己的合法的个人财产。

立与不立、如何立，需要根据个人及其家庭关系以及财产情况而确立。与子女无关、与配偶无关，与其他任何人都无关，不需要跟任何人商量，不能受任何人的意见左右，更不能存在受胁迫或重大误解的情形，必须是立遗嘱人在意识清醒状态下的完全自愿的行为。

什么样的家庭有必要立遗嘱

正常情况下的遗嘱，是立遗嘱人基于一定的原因，想要剥夺某个或某些法定继承人（父母、配偶、子女）的继承权，或想要将个人财产特别地倾向性地多分配给某人的行为。多发生在：

1.无子女的孤寡老人，希望通过订立遗嘱确立遗产的最终归属；

2.再婚或多婚家庭，希望通过立遗嘱剥夺继子女或养子女的继承权；

3.原配夫妻，但是子女间孝顺和赡养老人或者经济条件有别，希望通过订立遗嘱倡导兄弟姐妹间互助互爱，维持家庭和谐，或用以调配子女间经济生活悬殊差异；

4.家庭关系相对简单，但是对于年轻夫妻间婚姻关系的稳定性不够信任，希望通过订立遗嘱，万一子女婚姻发生破裂时，以排除子女配偶的共有权；

5.财富较多，分配方案较细。希望通过订立遗嘱，将遗产情况及家庭情况事先讲述清楚，为子女日后清理并分配遗产时，避免发生纠纷。

除上，也有常见的特别情况。对于一些高知人群，自身法律意识较强，不忌讳冰冷的黑色的死亡，订立遗嘱针对财产分配的功能性不强，目的多是临终嘱托，是一种遗愿表达。

遗嘱应该怎么立

依照我国相关法律规定，遗嘱形式分为五种：自书遗嘱、代书遗嘱、口头遗嘱、录音（录像）遗嘱、公证遗嘱。每种遗嘱均有其生效的法定形式，因其各自不同的生效要件要求，故而各有利弊。其中，因公证遗嘱结合了前四种遗嘱形式的优势，拥有最详尽的法律告知，最严谨的程序设计，最清晰的表达，故享有最高的法律效力。所以，一般情况下，当事人应当理性地、优先地选择公证遗嘱作为遗嘱形式。

但是，并不意味着每个人都要订立公证遗嘱，也并不意味着只有公证遗嘱才有法律效力。

比如：一位老教授手持一份在家自书的遗嘱，财产处分方案、处分原因内容记录翔实，建议他作“自书遗嘱的公证保管”，手续便利，足以保障他的权益。

再比如：一个身处养老院行动不便的老人，书写也不方便。建议他作“代书遗嘱”，请两名护工或医生现场作为代书人及见证人。或者，还可以配合“录音（录像）遗嘱”，代书完成之后将文书完全宣读一遍，或者干脆不代书，立遗嘱人对着录像机或具备录音（录像）功能的手机，完整地说说：自己想把什么财产处分给什么人，为何如此处分。这样一来，足以保障他的权益。

再比如：财产权属凭证不明的家庭（如持有公共房屋租赁权证、农村宅基地使用权证等），从法律层面来看，不拥有所有权的财产个人不能随意处分，因而，目前来看，公证机构对于上述财产采取谨慎介入或不介入（无法受理）的态度。然而，上述财产确实具有一定的财产属性，这种情况下，建议作“录音（录像）遗嘱”。因为，农村的老人通常文化程度不高，即便有代书人也会担心代书人无法完全表达老人的遗嘱意思，故而，仅作为见证人，见证立遗嘱人不受他人胁迫，在完全清醒、自愿的情形下在镜头前表达自己将什么财产遗留给什么人的意愿。

立遗嘱是手段，不是目的

在订立遗嘱的过程中，笔者总会特别提醒当事人：“订立遗嘱，只是确认百年之后，遗产归谁的意思表示，遗产还不会发生转移。在之前，你本人可以随意处分，出租、出售均不受影响。”“如果家庭发生变故或者受益人态度前后发生突变，你有权随时变更、撤销或修改之前的遗嘱。”

记得有一次，一位老人在女儿陪伴下前来订立遗嘱。女儿在场时话不多，只有公证人员在场时，才吐露真言。她说，并没有考虑清楚，虽说现在跟这个女儿住在一起，女儿对她也不错，但是如果签字之后，其他子女肯定会有意见，签完字以后，她就没房了自己住哪儿啊？不签吧又磨不开面儿。笔者告诉老人：“充分思考、慎重选择总是对的。谁都不能强迫您签订遗嘱，如果任何人有目的性地要求您订立遗嘱，您都不能大意。立不立是您的权利，即便今天签完字，房子也给不了她，您可以随时前来变更、撤销、修改。”这时候，更需要充分运用起遗嘱这种法律手段。

订立遗嘱是手段，并不是目的。无论你选择立与不立，上面的内容都是每个公民不得不知的常识，以法律知识武装自己、用法律手段保护自己，如此一来，才能在纠纷面前不畏缩，在谣言面前不恐慌。

（作者系北京市方正公证处资深公证员）

时事资讯：打破电子数据取证壁垒 “移动公证”APP 开辟公证新纪元

2015 年 1 月 26 日　凤凰财经　公证人

随着社会信息化程度的日益加深以及移动互联网的蓬勃发展，“信息化“已经成为了这个时代的鲜明特点，人与人之间的信任危机也在不断恶化，人们对电子数据的依赖与日剧强，商务纠纷、知识产权侵权、计算机犯罪等无不需要电子证据来支持主张。伴随着民事诉讼法修改案草案正式进入审议阶段，电子证据获得明确法律地位将指日可待，能够随时随地为用户提供电子数据的取证、存证、公证的一站式服务平台将成为社会公众的刚需。

在此背景下，电子数据取证、存证、公证市场应运而生，其中风语者科技（北京）有限公司推出的“移动公证”APP 是其中的佼佼者。据了解，“移动公证”是全国最大的电子证据服务平台，它是集电子证据获取、保存、出证为一体的公证平台，截至到发稿前已经有数百万的铁杆粉丝。为了满足社会公众能够随时随地取证、存证、公证的需求，“移动公证”以移动设备为终端，实现电子证据的实时云端存储、在线公证申请。最值一提的是，移动公证与北京公证处，中国电信已经形成了长期的战略合作伙伴关系，与公证处共同研讨和实现电子证据通过公证处公证来提高可信度和公信力。在需要呈堂证供的时候就算法官囿于计算机专业知识的有限，也能有效把握电子证据的真实性与客观性。同时在中国电信获取了最高授权和最少通讯成本，保证了通讯线路的稳定性。更能异地轻松在线申请公证、出具公证书，打破了传统公证流程的刚性规定，必须本人到公证处才能办理公证业务，其便捷性高效性受到

广大用户的喜欢和一致好评。

避免合同纠纷——“移动公证”，企业利益可靠守卫

任职于一家国企的李总曾经遇到了这样的情况：口头订立的合同因为没有书面材料制约，“死无对证”的情况时有发生，明明在电话里沟通确认好的事，客户事后却不认账了，这样的事情给企业造成了不少经济损失。遇到这种哑巴吃黄连的情况，李总一筹莫展。而“移动公证”的出现完美避免了这种局面，李总只需要将业务往来的通话内容在“移动公证”上留存，当合同出现争议与纠纷时，从“移动公证”上调取此通话录音，就能完美解决因口头协议无书面材料证明产生的利益纠纷。现在李总企业所有的业务往来电话都通过“移动公证”进行留存，在其帮助下，再也不必担心因口头合同双方各执一词而造成损失。

除了用于口头订立、变更、终止合同之外，“移动公证”还在金融、证券、贸易交易电话，新闻媒体电话采访、取证，会议录音存证、取证，合同争议的过错责任甄别以及企业违约责任判断等方面为企业的数字证据管理提供服务，从而快速解决纠纷，促进公民诚信与社会和谐。

维护个人权益——“移动公证”，法律维权最佳“帮手”

现如今，在涉及到财产分割、借贷投资、遗产等纠纷时，很多人会采用事前公证的方法来维护自身的权益。拥有充足的证据是使公证顺利、维权成功的关键，对于个人维权而言，随时随地取证、存证显得尤为必要。通过“移动公证”，用户的所有通话记录都能形成录音数据，更有同步存储保障，在必要时进行通话录音公证，不但能为个人权益提供更大的法律保障，更有风险规避作用，也同时带动公众自我保护意识和法律意识的提升。

开辟公证新纪元——“移动公证”，移动互联网的又一匹黑马

“移动公证”有效解决了目前电子数据取证过程中遇到的存证手段有限、证据效力不高以及传统公证服务模式便捷性不够等难题，它解决了企业，机关，以及自然人纠纷发生率高的行业，比如医疗卫生行业、电子商务行业、外贸行业、保险行业、创新创意行业等。这类行业目前在面对电子证据时最大的问题是难以有效自证。 “移动公证“为他们提供了方便快捷的证据收集、存储、公证等通道。 《电子认证服务业“十二五”发展规划》强调扩大电子认证服务的应用及探索服务模式创新，“移动公证“符合该政策导向。基于飞速发展的移动互联网和不断扩充的移动用户规模，“移动公证”开辟了公证移动互联网的新纪元。当笔者向“移动公证“的 CEO 黄建海先生问及对于未来实力竞争对手介入时是否有应对策略？这位憨厚略带南方口音的技术男信心满满地回道。“我拿着望远镜，来个 360 度转身也没发现对手啊！”。“移动公证”未来会不会成为移动互联网的又一匹黑马？让咱们一起拭目以待吧！

公证视点：试论继承公证的几点思考

2015 年 1 月 27 日　公证人　李晓芳

论文摘要 众所周知，继承公证的名称经历了由“继承”到“继承权”的转变，这种转变是否科学仍有待斟酌。把握好继承公证的两大要素：即继承人和被继承的遗产，就掌握了办好继承公证的关键。本文重点关注继承公证当事人中比较特殊的一个群体，即非完全民事行为能力人群体，对公证如何维护他们的正当合法权益提出一些建议，并对如何准确界定遗产内容进行了初步的探讨。

论文关键词 继承 继承公证 非完全民事行为能力人

继承公证，是指公证机构依据当事人的申请和法律规定，依法证明继承人的继承行为真实、合法的活动。继承公证作为公证处的基本公证项目之一，是每个公证人员最为熟悉的公证业务，在公证实务中遇到的问题自然也会相应较多。下面我想就其中几个问题和大家作一简单的探讨。

一、继承公证的正名

我们知道，继承公证的名称经历了从“继承”公证到“继承权”公证的转变，虽是一字之差，在实务操作上也无任何改变，但却涉及到公证证明对象和公证工作理念的转变。我的理解是，“继承权”公证是确认并证明继承人对遗产享有继承权的活动，强调的是对继承人继承权的确认，公证证明的对象是“继承权”；“继承”公证是依法证明继承人的继承行为真实、合法的活动，强调的是对整个继承过程中一系列相关行为的证明，公证证明对象是“继承行为”。通过继承公证实务我们可以知道，在办理继承公证的过程中，我们第一步要做的就是根据当事人提供的相关材料，审查当事人是否具有继承权，其次再根据其他材料和当事人真实意思表示，对遗产作出相应处分；如果有继承人提出表示愿意放弃继承权的，则相应一并办理相关放弃继承权的手续。因此不难发现，对继承人继承权的确认只是整个公证操作中的一个环节，包含于整个继承的过程之中，是“继承行为”的前提条件之一，因此把继承公证改名为“继承权”公证实无必要。其次，“继承”一词在法学上是指公民死亡或被宣告死亡后，按照法定程序将被继承人生前遗留的财产和可以继承的债权、债务转移给继承人的一种民事法律行为，而根据公《证法》第 2 条的规定，公证是公证机构根据自然人、法人或者其他组织的申请，依照法定程序对民事法律行为、有法律意义的事实和文书的真实性、合法性予以证明的活动，其证明对象之一就是民事法律行为，因此将继承人承受被继承人遗产行为的公证命名为“继承”公证本身就有其科学性和合理性。而“继承权”是公民依照法律规定或死者生前所立的合法遗嘱取得被继承人遗产的权利，是法律已经赋予继承人的权利，无须公证机构对其重复确认，因为公证机构本质上属于证明机构，行使的国家的赋予的证明权，却要去行使于法无据、只能由人民法院才能行使的确认权，似乎有越俎代庖之嫌。因此我认为，原来的“继承”公证这一名称，更符合我们公证的性质和公证的职能，建议予以保

留。

二、非完全民事行为能力人的后公证保障

自然人的限制民事行为能力和无民事行为能力可以统称为非完全民事行为能力。在我们办理继承公证的过程中，继承人之中如果存在限制民事行为能力人或者无民事行为能力人，就必须为其保留应有的遗产份额，以维护其合法权益，可以称之为法律对非完全民事行为能力人的“前法律救济”。然后，公证机构似乎“功成身退”，无意再对继承之后如何更好地保障非完全民事行为能力人的权益继续介入，而法律对此也无明确的相关规定。可以想象，在继承公证之后，已经分割完毕的遗产对其他继承人来说处于一个尴尬的共有状态，因处分共有财产需要全体共有人的同意，鉴于其中一个或几个共有人民事行为能力上的瑕疵，实际上排除了其他健全继承人对遗产进行完全处分的可能，限制了继承权作为一种财产权给继承人带来实际物质经济利益的效用，降低了财产的使用效率，可以说给继承人造成了看不见的隐形的损失。当然，法律之前的规定基于的是对社会弱势群体的保护，对社会公平正义的维护，从而在某种程度上舍弃了对效率价值的追求，对此我们无可厚非，但其实可以假设一种特定情况，当继承的遗产对一个父母双亡，无配偶、子女的非完全民事行为能力人来说是其唯一财产，而在其又身染重病需要医治之时，就不得不涉及对继承遗产进行处分的问题，否则如果由其他继承人垫付相关费用，显然也是对其他继承人的一种不公平。因此，我们需要对非完全民事行为能力人进行“前法律救济”的基础上，对其进行“后公证保障”，允许其监护人或者其他继承人在某些特殊情况下，在保障非完全民事行为能力人利益的基础上，对整个遗产包括属于非完全民事行为能力人的那部分财产份额进行一并处分，并办理相关公证，一方面提高财产的使用效率，另一方面也更好地保障所有继承人的合法权益。

要对非完全民事行为能力人进行“后公证保障”，首先就要确定其监护人。我国《民法通则》第十六条第一款规定，未成年人的监护人按父母、祖父母、外祖父母、兄姐、其他近亲属的顺序进行确定。而对于精神病人来说，如果残疾证上注明了监护人的，则确定该人为其监护人；如果未注明或者没有残疾证的，则依据《民法通则》第十七条第一款的规定，按配偶、父母、成年子女、其他近亲属等顺序选择监护人。而对于在现实生活中还有一些游离于未成年人和精神病人之外的成年人，他们同样缺乏独立辨别是非和处理自己事务的能力，属于限制民事行为能力人和无民事行为能力人，如植物人、老年性痴呆的病人、智障人士、残疾人、脑萎或脑中风患者等等，由于他们既不是未成年人也不是精神病患者，无法适用监护制度的相关规定，因此可以告知其近亲属向人民法院申请，经人民法院特别程序宣告其为限制民事行为能力人或无民事行为能力人，然后再由法院为其从近亲属中指定监护人。因为公证机构只有法律赋予的证明权，并没有人民法院才具有的确认权和自由裁量权，因此在这一过程中，公证机构不便参与其中，从而承担不必要的风险。当监护人确定之后，根据《民法通则》第十八条第一款的规定，监护人非为被监护人的利益，不得处分被监护人的财产的规定，可以要求监护人和遗产的其他共有人向公证机构申请办理“为被监护人利益保证书公证”，保证书中应明确遗产的内容、继承人的情况以及各自所占遗产的份额、监护人和其他共有人为被监护人利益的保证以及其愿意承担相关的法律责任等内容。然后按照遗产性质的不同办理不同的公证，如遗产为银行存款、股权等动产，则可由监护人和其他继承人携带产权证明（如存折、股权证明书）、监护证明、继承公证书、为被监护人利益保证书公证书等材料向银行提现，并将现金向公证处申请办理提存公证，由公证处根据继承份额将提存金额予以分配给继承人，留下被监护人的份额，再根据监护人提交的相关用途证明（如被监护人生病住院，则需提交其病情诊断证明、医疗费开支凭证等证明），在确定确是为未被监护人的利益的前提下允许监护人使用该提存款。而当遗产是房屋等不动产时，肯定需要将上述房屋出售才能对遗产予以分割，因此，除办理上述“为被监护人利益保证书”公证之外，还需要对监护人、其他继承人与第三人签订的房屋买卖合同进行公证，并重点审查房屋的转让价格，因过低的转让价格不仅仅损害的是被监护人的利益，也会损害其他继承人的利益。房屋的价格一般不能低于房屋的评估价格，同时可向房屋中介、房管部门了解该房屋所处地段的房屋市场价的情况，力求最大限度地保障被监护人的利益。同时，也要求将房屋转让款向公证处办理提存，由公证处根据继承遗产的份额将转让款分配给其他健全的继承人，留下非完全民事行为能力人即被监护人的份额，并根据监护人提供的为被监护人利益使用用途证明允许监护人使用该提存款。由此可见，“后公证保障”并不是对“前法律救济”理念的颠覆，而是通过在特定情况下对整个遗产、包括对非完全民事行为能力人遗产份额部分的一并处分，达到维护其他健全继承人的利益、同时保护非完全民事行为能力人的合法权益的各方利益最大化的共赢局面，是一种公平原则的体现和传承。

（作者：李晓芳）

从法治建设看待遗产继承话题——兼谈“法律话题”如何“讨论”

2015 年 1 月 28 日　公证观止

新年伊始，网络上引爆的“独子继承难”的话题迅速炒红了网络，时值中共十八届三中全会“第五个现代化——治理现代化”、四中全会“依法治国”大背景下，国务院《不动产登记暂行条例》即将实施之时。如同以往公共事件一样，“民生”、“法治”话语一引导，话题立即被引申到所谓的“公权力部门”——公证机构办理继承权公证的合法性和合理性。然而，法治的本质是理性化治理，法律人思维的底座是理性，作为一个普通法律人，尽量用通俗语言，理性地来看看这场话题。

一、“继承话题”应当在什么样的共识下展开？

十八届四中全会明确提出“以法治思维和法治方式推进改革、解决问题”。显然，在法律人来讲，继承话题，首先是一个法律问题；对于老百姓来讲，是一个事关切身利益的民生问题；对于媒体来讲，是一个舆论热点问题；对于国家来讲，是一个法治治理（法治体系建设和法的实施问题）。各方问题意识不同，源于利益不同：对于法律人来讲，在法律实施体系中的地位与作用是其核心利益；对于老百姓来讲，省钱省时间将继承办下来是其核心利益；对于媒体来讲，吸引读者是其核心利益；对于国家来讲，推进法治体系建设和法律实施体系是其核心利益。利益不同，从而立场、观点自然不同，无法强求在任何的细节上不同利益相关者都保持一致，但是，涵盖所有利益相关者的基本原则或者说共识只有一个：围绕民生的法治建设。这才是正能量！但我们遗憾地看到，媒体报导的极个案的“继承难”，“独子继承难”、“废除继承公证”的呼吁方忽略了三个至关重要的问题：一是没有任何调查数据支撑来论证其主张的“调解或诉讼优于公证”；二是在攻击公证行业的同时根本不提及自身的利益；三是没有任何可行的替代方案情况下仅凭个案就欲取代一项行之 60 年的制度，因噎废食。在我看来，这正是以激情取代理性、以炒作取代论证、以个案取代整体的“偷天换日、暗渡陈仓”。我们假定话题提出者是具有法律思维的、是具有法治意识的、是具有公益目的的，那么必然是在法治建设的框架内，整体、系统地提出方案、完善自身的逻辑，否则，一切只是“欲盖弥彰”，一切背后隐藏的个人或集团的狭隘私利终将大白于天下，届时如何向被误导的老百姓、媒体交待？

二、继承权实现“难不难”的“话题”的内涵是什么？

作为一个法律人也好，老百姓也好，讨论这个话题，必须建立几个前提：第一，继承是个法律问题吗？是；第二，继承要不要讲程序？要。第三，民生事项要不讲效率？要。第四，行政权要不要受限制？要。毫无疑问，法律人也好普通老百姓也好，对这四个前提都是无争议的。争议在于：继承程序谁主导？这个争议又包含三个问题：第一，从我国法治建设的未来来讲，继承权实现的法律体系如何建设？这是法学者、法律实务者应当共同关心并共同推动的核心问题，坦率地说，也就是法律职业整体在依法治国中的地位问题；第二，目前调解、诉讼、公证三种继承权实现的方式何种为优？要不要推倒重来？这是事关老百姓切身利益最实际的问题，需要法律职业者调研、论证、比较、完善；第三，目前调解、诉讼、公证三种继承权实现的方式在法治建设的方向上以何种为重？或者三者并重？这是立足现实展望未来的理性务实态度。

我们来看继承权实现的基本法律制度体系配置：

核心法律制度配置：法定继承制度、遗嘱继承制度、遗赠扶养等优于继承权的优先权制度、特留份制度、遗产清单制度、税收及债务清偿制度、继承人查找制度、放弃或接受继承权制度、继承证明（继承根据）制度、遗产分割制度；等等。其中仅遗嘱继承制度又能分为遗嘱订立、遗嘱变更或撤销、遗嘱检认、遗嘱确认等一系列子制度；继承证明（《不动产登记暂行条例》明确规定“继承证明”及“相应文书符合法定形式”）制度现在就是上述调解协议（需要司法确认才符合形式）、裁判文书、公证文书（公证处发放“继承权证明书”即“继承公证书”这一继承证明制度是 50 年代人民法院组织法及 60 年代最高人民法院司法解释确定的，而非 1991 年建设部司法部联合文件确定的）。

配套法律制度配置：婚姻、收养、认领亲子、扶养、人工生殖等家事法律制度。

配套司法辅助技术：鉴定、公告、评估、拍卖、代理、登记、保管、提存等。

我们可以看到，以上的继承法律制度体系现在分散在民法通则、继承法、收养法、婚姻法、民事诉讼法、物权法等至少十多部法律、法规中，牵一发动全身，例如改变一个公证遗嘱优先效力，将导致遗嘱继承整个程序的变动！作为继承人以至于专业法律人来讲，综合掌握并不容易，所以将上述基本法律系统配置能整合进未来的民法典或者在继承法修改时解决也是许多专家学者和法律实务者以上中的“理想图景”，而企图以其中一个点或者一道程序来梦想着诱引、挟裹“民意”来“为民请命”，而不顾及整个体系效应，那将必然导致整个体系运作混乱！体系运作混乱了，如同电脑配置不当电脑出问题了，谁最得利？不可能是电脑用户，当然是电脑修理人员或者“维权人士”了！

三、如何比较继承权实现的现实途径与展望未来？

现行的继承权实现三条途径简单比较：

诉讼：有纠纷、时间长、花费中等、法院可依职权调查、裁判法定效力；

调解：有纠纷、时间短、花费少、当事人提供证据为主、调解须经司法确认；

公证：无纠纷、时间短、花费中等、可依当事人提供线索核实、法定效力。

需要注意的是：

1、诉讼与公证的收费比较已经被炒得火热，本文不想再具体列出，只是提醒注意诉讼过程中必要的或可能产生的费用如律师费、鉴定费、保全费等一般均高于诉讼费。单纯地比较“公证费”、“诉讼费”除了误导读者，是没有任何意义的。而调解如果聘请律师或者因“和稀泥”式调解支付的放弃继承等“摆平”的对价费用，则肯定高于诉讼费和公证费。

2、比较三种方式，诉讼、调解均需要有纠纷产生，如果没有纠纷而“制造纠纷”，毫无疑问，如果是当事人在迫不得已中自发“急中生智”是完全可以理解的，如果法律人“出主意”制造纠纷，则违反了法律职业道德的底线，且该项靠“制造纠纷”才解决的“继承”必然隐藏着巨大的风险——有虚假诉讼之嫌，最严厉可受到刑事制裁；调

解第一原则为“自愿原则”——纠纷都是“制造”出来的，“被自愿”、“被调解”谈何自愿？显然即使能获得“司法确认”，亦有“虚假诉讼”之嫌。如果法律人借个案“鼓动”甚至“公开鼓动”“批量”制造纠纷，必然导致法律职业集体的形象整体崩溃！成为任何社会都不耻的、四中全会明确要求坚决惩治的“职业司法掮客”!

3、在法律依据方面来讲，公证的法律依据不是 1991 年建设部、司法部联合文件，否则就会得出“1991 年之前的继承公证都是违法了”的荒谬结论。实际上继承公证源于上世纪 50 年代人民法院组织法及 60 年代至 80 年代最高人民法院的多项司法解释，在 80 年代初公证转由司法行政机关主管时，这些非诉事务（还有收养、认领亲子、部分登记、提存、保管等法理上典型的非诉事务）随之带到司法行政机关主管的公证处。因此，仅以“公报案例不采联合文件”这个理由来“宣称”公证机构办理继承公证无法律依据，是典型的无知和误导。

4、其实从法理上来看，“诉讼确认继承权”的“说法”是有问题的，继承权乃是一项人身权属性的财产权，具有对世性质（社会伦理秩序与财产秩序）。从来不仅仅属于意思自治范畴。因此，各国大致上将其与人事（或家事）并列，或者直接并入到家事法，而人事（家事）“诉讼”与一般的民事、行政诉讼在程序上有极大的不同：前者重职权调查、重效率、重主动管理（如主动保全遗产）、检察官或直接提出、一般一审终审，盖因其“人身”特殊属性使然。与“原被告自行起诉、各自举证、法官居中判决、二审终审”截然不同。所以法治体系化完备的国家一般都有“家事法”、“非诉事件法”（继承、收养、认领亲子、登记、保管、提存、宣告死亡及失踪、财产代管等即属于典型的非诉事件）及专门的家事法院、遗产法院管辖。我国目前在尝试的少年法庭、知识产权法庭也可谓类似于“家事、民商事分流”、“诉讼案件、非诉事件分类”的“裁判分类化”的尝试。在“独子继承难”中所谓的“被告难找”实质上即为“诉讼案件”与“非诉事件”分类在我国实体法上的缺失！但作为应具法理基本素养的法律人如果不知这一点或者明知却不正能量地向立法机关建议完善法律制度、诚实地向媒体及公众说明法律制度的缺失这一根本缺陷，正是这个话题“被炒热”的根本原因所在。

展望未来，可能会出现第四种方式：登记机构直接确认。有的个别学者或者律师依据《不动产登记暂行条例》这么“认为”。显然，在没有体系化家事法及非诉事件法、不动产登记法的我国，在法理上行政机关审查民事法律关系是否合适暂时不论，行政机关支出的人力资源成本也不论，可能导致的赔偿也不论，关键是：符合“将权力关进笼子”的三中、四中全会精神吗？符合广大法学家呼吁的“有限政府”法治理念吗？符合新的《行政诉讼法》规定的行、民纠纷分流吗？可以想象的结果是：行政机关确认不了，而公证因被“污名化”而不敢让老百姓“办公证”，于是，要么动用公共财政资金批量向法律服务机构“采购法律服务”，公共财政埋单，类似于免费诉讼；要么理直气壮要求“诉讼确认”——最终诉讼代理人获益，法院背负“制造纠纷的虚假诉讼”风险。

四、法律人如何讨论公共话题？

依法治国大背景下，给法律人提供了参与公共治理、讨论公共话题的良好机会与环境，但任何“言说”都反映了利益，任何“挑起话题、讨论话题”都要有底线，这个就是：建设性。只有建设性的讨论，才有正能量，具体应有以下内涵：

1、守底线：作为个案“制造纠纷”无可厚非，作为法职业团体内部的“相互批评与监督”当然是必须的，包括此次被攻击的公证行业及未被攻击的其他法律职业，改进服务作风和工作程序，乃至于想方设法降低当事人继承权实现的成本显然也是四中全会对于法律行业服务民生的要求。但公开以“民意”自命，却反而鼓吹“制造纠纷”，以及以未广泛调研未明确比较的“收费问题”颠覆现有的稳定继承秩序就有绑架普通老百姓情绪、违反法律职业道德之嫌了。

2、明法理：无论从法学界的共识还是依法治国基本国策，还是依继承基本法理，“行政机关自行审查民事法律关系”、“独子继承找被告难”显然是荒谬而不现实的。这个只要有些许法律素养即能得出的结论为什么会成为话“题理”呢？记者、读者不是法律职业人自然容易被“忽悠”，但提出这个“话题”的法律人真不懂么？为什么还要向老百姓灌输这类“法律民粹主义”呢？最终难道损害的不是依法治国的法治系建设和人民群众的法治预期吗？

3、讲体系：前面已经看到，继承权的实现是一个非常复杂、精巧的法律制度配套体系。因为中国还没有民法典，所以更无民法权利实现的包括非诉事件法的体系化“民事法典”。都需要法官、律师、公证员在法律实务中运用法律素养与法律技艺粘合、弥补。显然，在实务中，诉讼与公证在法律体系化粘合、弥补方面是比较成功的，让我们简陋的继承法运用了 30 年。调解由于性质决定的原因，在法律体系化方面则稍差一些。因此，立法建议、法律实务建议应当讲体系，切不可意气用事，只及一点不顾整体，只讲个案不讲法理，这不是严谨的法律人作风。

4、细比较：如前述，诉讼费与公证费相比大致差不多，但诉讼必要的或可能产生支出大于公证费。而调解虽然免费，其潜在的“制造纠纷”法律风险与因“和稀泥”式调解支付的放弃继承等“摆平”的对价费用和“主导继承事务”而支出的费用如“遗嘱执行人”的费用恐怕比诉讼代理费都高。法律人应对国家、对社会、对普通老百姓、对媒体、对学者要诚信披露、如实告知——“披露”、“告知”均为法定的“专家义务”，让当事人自主决定，而非有意或无意地片面“误导”媒体和公众。

公证视点：遗产继承是否适用司法确认程序（上）

2015 年 1 月 28 日　　公证人　张红光

发端于甘肃省定西法院系统的实践，并定型于最高人民法院《关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》（2009 年 7 月 24 日，以下简称《诉讼与非诉讼衔接的意见》）的司法确认制度，在《中华人民

共和国人民调解法》（ 2011 年 1 月 1 日施行，以下简称认民调解法》）中得到了部分的肯定和体现。《人民调解法》颁布之后，为在司法实践中更好地落实司法确认制度，最高人民法院于 2011 年 3 月出台了《关于人民调解协议司法确认程序的若干规定》（2011 年 3 月 30 日施行，以下简称《司法确认规定》），该规定的内容比较具体，涉及案件管辖、申请需提交的材料、受理条件、案件审理的具体要求、不予确认的情形、案外人的救济等等，但该规定没有对最为关键的审判程序作出具体规定。2012 年 8 月 31 日，《民事诉讼法》修改完毕，其第十五章专辟第六节用于规范“确认调解协议案件”，至此，司法确认制度在诉讼基本法（《民事诉讼法》）以及非诉讼基本法（《人民调解法》）中均确立了自身地位。

近日，有人民调解组织对遗产继承事宜出具调解协议，有人民法院对此种调解协议予以司法确认，这并不符合继承法的调整方式和遗产继承的本质属性，也超越了《人民调解法》和司法确认制度各自限定的对象和目标。

一、继承法的调整方式

全部民事法律关系可以分为两部分：其中一部分法律关系的要素可以直接通过权利义务法定方式规定，并直接根据法律规范所要求的法律事实转变为主观权利和义务；而另一部分法律关系的要素则不能通过权利义务法定方式加以规定，此类法律关系的要素在“客观法” 中没有确切的映像，非经当事人意思表示不能确定其主观权利义务的内容，需要求助于法律行为制度。这两种法律关系的法律调整方式分别称为“法定主义方式”和“法律行为方式”。

继承法因与一国的“政治、法律、道德、文艺、宗教、风俗习惯都有密切联系” ，“受到本国固有的法惯例、宗教等的影响，以各自独特的法文化为基础而形成” ，故受到强烈的“文化制约” 。此外，与家庭法一样，继承法触及人的心灵最柔软和最脆弱的部分，对其而言，“情理是法律的上等要素” ，传统习惯、道德伦理和现实民意三者难以实现清晰地界定与区分，在某种意义上几乎可作同义互换。继承法在全球范围内的一体化在相当长的一段时间内尚不可能，即便是在同源同种的欧盟，其正在制定中的统一的《欧洲民法典》亦不包括继承法 。

我国继承法作为一种财产转移制度安排，固然要关注和保护继承人个人、继承人的近亲属、继承债权人等个人之私益，但更重要的是它必须担负起保障种族繁衍、维系家庭伦理道德、传承中华文明、稳定社会经济秩序的责任来，以实现社会整体治理的政治目标，而要实现这一目标，必须使之符合我国的传统习惯、道德伦理和现实民意，而不可任意背离，所以继承法中的绝大多数规范是强行性的，当事人不得任意变更，如关于继承发生原因的规定、继承方式的规定、继承人范围和顺位的规定、遗产范围的规定、继承回复请求权的规定等等。历史上，继承关系中曾经全无法律行为制度适用之余地，单纯地采用法定主义方式进行调整 ，但因其不能充分反映具体社会关系中当事人的个别性意志，常常抛弃个案的公平正义，随着意思自治之自由理念的兴起和确立，后世继承立法留于当事人就遗嘱、限定继承、遗产分割“自决”之空间，从而得有意思表示之适用，德国法学家对此在抽象的法律行为概念下做具体的“继承法的法律行为”之解释 ，然即便如此，相关意思表示也不能改变继承法律关系的主体、客体与内容，亦不完全适用法律行为代理之规定 ，仍然体现出一种浓厚的强行法色彩。

由此可见，继承法具有强行法与任意法的双重性格，而以强行法为其本质；其调整方式属于法定主义方式与法律行为主义方式并存的模式，而以法定主义方式为主、法律行为方式为辅。

二、遗产继承的本质属性

“权利系民法的核心，人为权利的主体，物为权利的客体” ，“在以权利义务为中心观念的民法体系中，法律关系基本上就是权利义务关系，法律关系的变动，原则上即为权利义务的变动” 。导致民事法律关系变动即民事权利义务变动的原因，称为法律事实。所谓法律事实，是指符合法律规定，能够引起民事法律关系变动的客观情况。法律事实分为自然事实和法律上之行为。自然事实，是指人的行为之外的、能够引起民事法律关系变动的一切客观情况，分为状态和事件。民法上之行为，可分为适法行为与违法行为，其中适法行为又包括法律行为、准法律行为和事实行为。法律行为，是指以发生私法上之效果的意思表示为要素的一种法律事实。准法律行为包括意思通知、观念通知及感情通知，其效力基由法律规定而当然发生，但需予外表示一定心理状态。事实行为，亦称非表示行为，其不以意思表示为要素，是基于某种事实之状态或经过、发生法律所特别规定的效力之行为。

按照权利义务变动所需要的法律事实的数量，法律事实可分为单一的法律事实和由多个法律事实之和所组成的系统，这个系统称为“事实构成” 或“法律构成” 。在一些情况下，事实构成“所包含的法律事实必须按照一定的顺序发生并且要在需要的时间里共同存在，其在法的一般理论中称为法律事实的复杂（关联）关系”；在另一些情况下，则“只要所有必要法律事实同时存在，而与其发生的先后顺序无关，这在法的一般理论中称为法律事实简单（自由）相加” 。那么，作为民事权利变动依据的“继承”属于单一的法律事实中哪一类别还是属于复杂的事实构成呢？

现代民法上的继承在学理上有名词与动词之分，作为名词，“继承是指将死者生前的权利义务移转归他人所有的法律制度，如继承的本质、继承的起源中的‘继承’；有时，继承是指死者财产权利义务移转的过程，如继承的开始中的‘继承’；有时，继承是指因死者的权利义务转移而发生的法律关系，如参加继承中的‘继承’”，就其一般意义而言，“是指将死者生前所有于死亡时遗留的财产依法转移给他人所有的法律现象或法律制度” ；作为动词，“继承是指继承人承接死者财产权利义务的有法律意义的动作或行为” 。

自继承人死亡至继承人领受遗产，应经通知所有继承人、宣布遗嘱（如果有）、搜索潜在继承人、清点和保管遗产、搜索债权人等优先权人、偿还债务、表示接受或放弃继承、申请继承证明书、分割遗产之程序，其统属动词

“继承”之范畴。对此，王泽鉴教授、彭诚信教授和施启扬先生名之曰“继承行为”，史尚宽先生名之曰“继承法上之行为”，多数学者无统一称谓而将之分解为“放弃继承”、“接受继承”等具体行为。对于其在法律事实上的类属，公证学界及实务界多将之定性为法律行为；民法学界，也有人认为其系法律行为，但在属于“身份行为”还是“财产行为”方面存在分歧；多数民法学者则只是将其中的某些具体行为如接受继承、放弃继承等称为“法律行为”而不对其整体予以定性。

（作者：青岛市市中公证处）

公证视点：遗产继承是否适用司法确认程序(下)

2015 年 1 月 29 日　公证人　张红光

三、继承证书制度

“继承证书”或称“继承权证明书”是指继承发生之后，根据当事人的申请，由有关机关根据法律授权和法定程序对具体案件的继承法律关系颁发的具有公信力和公示作用的证明书。基于公信力和公式作用的需求，继承证书为公文书；民事程序法有非讼程序法与诉讼程序法之分，继承证书也有基于非讼程序的继承证书和基于诉讼程序的继承证书之分。比较法上，关于有纠纷的继承案件，以定纷止争的裁判文书作为继承证书是现代纠纷解决制度的应有之义；而对于无纠纷的继承案件，比较法上主要有两种模式：一是德国式的遗产法院制度，《德国民法典》第 2353 条规定，“遗产法院必须根据申请向继承人发给关于其继承权的证书，并且，继承人只有资格继承遗产的一部分的，发给关于应继份大小的证书(继承证书)”。二是法国和俄罗斯的公证制度，如《俄罗斯民法典》第 1162 条规定，“1.继承权证明书由公证员或依法有权实施公证行为的公职人员或依法实施公证行为的公职人员在继承开始地颁发。继承权证明书根据继承人的申请发给。根据继承人的愿望，继承权证明书可以发给所有的继承人，也可以分别发给每个继承人，可以发给所有遗产的继承权证明书，也可以发给部分遗产的继承权证明书。无主财产由俄罗斯联邦继承时（第 1151 条），继承权证明书的颁发程序相同。2.如果在颁发继承权证明书之后发现了继承权证明书未涉及的遗产，则应颁发补充继承权证明书”。继承证书制度是现代继承法的一个重要制度，国家对遗产继承的管理、当事人遗产继承权的实现等均围绕这一制度设计来现实。

现代国家普遍建立了继承证书制度，如《德国民法典》继承编第八章全部即是，这是法律必须顺应社会变革的必然结果：（1）随着家父制度与宗嗣继承制度的崩溃，继承人的范围扩大，遗嘱制度普遍适用，“谁”依据“什么”得继承和领受遗产不再是一个简单的事实推定；(2)随着乡土社会向市民社会的转变，继承人面对的不再仅仅是“知根知底”的“乡里乡亲”，更多的是泛泛之交甚至是素未谋面的陌生人；（3）遗产呈现出物权、债权、股权、知识产权等具体财产种类的多元化，而遗产的处理却需要将之视为一体，统一的证明和管理制度不可避免；（4）与自给自足的小农经济不同，商品经济的一个重要特征就是财产所有人和占有人的分离，领受财产需要“信凭”，在“公文书”与“私文书”的分化出现后，继承人无法向作为占有者的陌生人实现自我证明；（5）基于社会公正方面的考量，继承不再是纯粹的被继承人与继承人之间的“私事”，为实现对债权人和需要特别照顾的继承人利益的保护、对个人尤其是公职人员财产的监控、保障国家税收，债权公示催告制度、特留份制度、财产申报制度、遗产税等制度纷纷建立，这些制度在系统论上均需要围绕一个基点运行，这个基点就是继承证书制度。

新中国建立之后，仿效《苏俄民法典》确定由公证机关和人民法院根据非讼程序与诉讼程序的分野分别发放继承证书。“继承证书”或“继承权证明书”的概念在我国的严格法上并未出现，而是出现最高人民法院的司法解释之中，如《最高人民法院办公厅关于发给杨格非遗产继承权证明书的批复》、《最高人民法院、外交部复关于继承法事》、《外交部领事司、最高人民法院司法行政厅关于外人在华遗产案件国外申请继承人应呈交什么证件问题的函》都使用了这一概念，并且将无纠纷的继承证书的出具机关定位于公证机关。据统计，全国各级人民法院 2008 年、2009 年、2010 年分别审结继承案件 33387 件、38036 件、48877 件，而全国的公证机构同期受理的继承案件分别是 415204 件、531337 件、566502 件，前者为后者的十分之一。

四、人民调解组织的调解范围

我国《人民调解法》第一条规定，“为了完善人民调解制度，规范人民调解活动，及时解决民间纠纷，维护社会和谐稳定，根据宪法，制定本法”，第二条规定“本法所称人民调解，是指人民调解委员会通过说服、疏导等方法，促使当事人在平等协商基础上自愿达成调解协议，解决民间纠纷的活动”。由此可见，人民调解组织的作业范围是民间纠纷，如无纠纷，人民调解组织不应介入，更不能“炮制”纠纷去满足当事人的需求。

我国《继承法》第十五条规定，“继承人应当本着互谅互让、和睦团结的精神，协商处理继承问题。遗产分割的时间、办法和份额，由继承人协商确定。协商不成的，可以由人民调解委员会调解或者向人民法院提起诉讼。”依此规定，人民调解组织有权利介入遗产分割的纠纷调处，但这并不意味着人民调解组织能够出具类继承证书一样的公文书甚至有权利取代现行继承证书。首先，作为公文书的继承证书，其类型和效力都是法定的，调解协议目前并不居身其中；其次，如前文所述，继承是一个包括继承原因、继承人范围、清点遗产、编制遗产清单、遗嘱检定、公示催告、债务偿还、接受与放弃继承、遗产分割、遗产领受等众多环节的事实构成，而人民调解组织的调解范围只是“遗产分割”这一环节。最后，《人民调解法》第二十九条规定，“调解协议书可以载明下列事项：（一）当事人的基本情况；（二）纠纷的主要事实、争议事项以及各方当事人的责任；（三）当事人达成调解协议的内容，履行的方式、期限。调解协议书自各方当事人签名、盖章或者按指印，人民调解员签名并加盖人民调解委员会印章之日

起生效。调解协议书由当事人各执一份，人民调解委员会留存一份”，但一个完整的作为继承证书的继承公证书需要记载“（一）被继承人情况；（二）被继承人婚姻家庭状况（需要查证全部继承人包括转继承人和代位继承人，不能遗漏任何一个）；（三）遗产情况（需要查证遗产的来源、价值及权属尤其是共有情况，保护共有人利益，并防止以继承形式行使买卖和赠与之实，保障国家税收）；（四）遗嘱和遗赠扶养协议情况（保护优先继承人利益）；（五）被继承人债务情况及继承标的物权利负担情况（保障国家税收和债权人利益）；（六）继承人的接受或放弃的意思表示；（七）适用的法律条款；（八）继承结果；（九）领受遗产的方式。”如果是共同继承，还要另行出具遗产分割协议公证书作为继承证书的附件，其内容包括“（一）共同继承人信息；（二）分割原因与标的物；（三）分割结果及履行方式”。显然，调解协议不能以点带面、以偏概全的解决继承证书所要解决的全部问题。

因此，人民调解组织介入遗产继承案件是在共同继承中、且共同继承已经完成、继承人已经取得共同继承证书、但是却对遗产分割发生纠纷的情况下才有可能。

五、司法确认的范围

司法确认的调解协议是有其边界的。《司法确认规定》第四条第二款规定，“有下列情形之一的，人民法院不予受理：（一）不属于人民法院受理民事案件的范围或者不属于接受申请的人民法院管辖的；（二）确认身份关系的；（三）确认收养关系的；（四）确认婚姻关系的。” 第七条规定，“具有下列情形之一的，人民法院不予确认调解协议效力：（一）违反法律、行政法规强制性规定的；（二）侵害国家利益、社会公共利益的；（三）侵害案外人合法权益的；（四）损害社会公序良俗的；（五）内容不明确，无法确认的；（六）其他不能进行司法确认的情形。”遗产继承案件作为确权案件，将不可避免的对被继承人、继承人以及其他利害关系人之间的身份关系、收养关系、婚姻关系进行确认，否则就必然损害他人的合法权益，认定不当也必然损害他人的合法权益。

与其他民事诉讼与诉外调解的对接机制相比，司法确认职权化特色突出，不能适用调解和再审。此外，司法确认的特点还包括：（1）对象的有限性；（2）启动的合意性；（3）审查的非讼性；（4）终结的二元性。

司法确认制度确认的是人民调解协议的效力，而赋予执行力的是司法确认书。通过司法确认人民调解协议的效力，赋予确认书执行力的正当性产生，从实质条件上讲是人民调解协议内容合法，从形式要件上讲是人民调解协议的确认和确认书的形成经过正当程序的运行和司法审查。

其一，当事人意思自治是人民调解协议得以司法确认的实质基础。私权神圣与意思自治作为民事实体法的基本理念之一，在民事实体法中的基本体现之一就是处分原则。即在不违反国家强行法规范、不危害公共利益和第三人利益的前提下，当事人可以对自己的实体法权利进行处分。当事人发生民事纠纷后，如何维护自己的合法权益，基于当事人的处分权，当事人可以选择诉讼外的方式，也可以选择诉讼的方式。无论采取何种方式解决纠纷，国家法律对合法的纠纷解决方式和纠纷的解决结果都应当提供保障和支持。

其二，正当程序是确认人民调解协议效力，赋予确认书执行力的程序要求。法院的裁判具有既判力，进而表现为具有给付内容的裁判具有执行力，其形式条件是法院的裁判是通过正当程序作出的。裁判文书必须具备“执行力”这一自然属性。因此，执行力的正当性来源于终局裁判本身的正当性，二者是同构的。既然执行是终局裁判的自然属性，其正当性自然也就依附于裁判的正当性，而裁判的正当性的本质特性之一就是程序正当性，因此，执行力的获得就要求相关法律文书的作出要程序正当。

其三，司法审查是司法确认人民调解协议的效力，并赋予确认书的执行力的必要条件。不同于作为行政权特征的强制力，更不同于公司企业所讲的执行力，民事司法领域的执行力是一个特定乃至专属概念。因为执行力的本质属性和存在价值乃保障终局的给付裁判可以得到实现。裁判的权威性来自司法的权威，司法的权威则有赖于程序正当以及在正当程序中如何运用司法手段来保障司法结果的公正性，

总之，通过司法确认制度确认人民调解协议的效力，赋予确认书执行力的正当性，其实质条件是人民调解协议的内容合法，形式要件是人民调解协议效力的确认和确认书的形成经过了正当程序和司法审查 。

但是，由于继承是一个包括各种环节的事实构成，而不是一个简单的由相对人合意达成的法律行为，主要实行法定主义调整方式而不是法律行为主义调整方式，那么人民法院要对遗产继承的调解协议予以司法确认赋予其执行力，那么就不能就不仅仅是对协议人的合意依据正当程序进行实质司法审查，而是要根据继承的本质属性，对继承证书所涉及到的全部因素和环节进行司法审查，确认整个继承法律关系的真实性、合法性，否则就可能因为或遗漏继承人、或未厘定遗产权属等原因损害其他人的合法权益，损害司法确认作为终局裁判的权威性。

由人民法院对调解协议予以司法确认，实质上是改变了我国建国以来实行的遗产继承案件非讼程序由公证机构负责与诉讼程序由人民法院负责的这一分野的制度架构，变成了德国式的由法院统一行使出具继承证书的模式。如果经过司法审查并确认的调解协议能够实现前述继承公证书所承载的功能，作为法律变革的一种演变过程，也无不可，但如果不能，就应该将其剔除在司法确认的视野之内。从比较法来看，无论是大陆法系还是英美法系，世界上许多国家和地区都有类似于我国诉调对接中“司法确认”的制度 ，如日本、德国、美国、我国台湾地区，但这些国家和地区都实行严格的继承证书制度，从未在遗产继承案件中将诉讼调解之外的调解协议予以确认并赋予执行力。

因此，除非人民调解组织可取公证机构而代之，否则其不能对无纠纷的遗产继承案件出具调解协议，也不能在共同继承完成之前介入其中；除非人民法院旨在实行一种非讼继承证书和诉讼继承证书合一即一切遗产继承案件的继承证书均由人民法院出具的新的司法实践模式，否则不能对遗产继承调解协议予以司法确认。

（资料来源：青岛市中公证处 张红光）

行业周边：房产证过户给子女流程与费用详解

2015 年 1 月 30 日　两高法律资讯　公证人

一、部分赠与

通过办理公证手续，将房产的部分份额赠与给孩子,首先办理部分赠与公证，而后凭公证书和赠与人与受赠人的身份证件、房产证原件办理产证共有人的添加。

上海的部分赠与公证费按照受益额，也就是所赠与的部分房屋经过专业部门评估后的评估价值的 2%来收取，最低收取 200 元。

根据《国家税务总局关于加强房地产交易个人无偿赠与不动产税收管理有关问题的通知》规定，对于个人无偿赠与不动产行为，应对受赠人全额征收契税，契税按照 1.5% 比例征收。过户过程中还 需要缴纳的费用包括 100 元的登记费、5 元的权证印花税、房屋评估价 0.05% 的合同印花税。

二、部分转让

直接办理房产的部分买卖。举例说明：原产证登记为夫妻两人，现想将小孩的名字添加入房屋产证。夫妻二人作为出售人将房产的部分(购买比例自定)卖与小孩，采用部分产权交易的方式，把一定比例的产权过户给子女，其中涉及到的税费也是按照这个比例来计算。

注意的是：如果子女尚未成年，属于限制民事行为能力人，购房时还要监护人来代理。在订立《商品房买卖合同》时，需带上子女的出生证或独生子女证、子女和监护人的图章，在买受人一栏和签字的地方写上子女的名字，在法定代理人签字的地方签上父母的名字。

5 年以内房产部分买卖需要缴纳契税、营业税、所得税和土地增值税，5 年以上房产部分买卖缴纳契税。

建议：添加小孩的名字为自住房屋的共有产权人，5 年以上房龄房产建议通过部分买卖方式办理，5 年以内房产通过部分赠与方式办理。

房产证过户给子女处理方式

有房产证的房子，户主是父亲，要过户给儿子，有两种办理方式。

第一种是以出让的方式办理过户。

这种方式是一种买卖关系，父亲是卖方，儿子是买方，这种方式要按照交易的程序去办理。买方主要交以下税费：

契税：总售价的 2%。

印花税：总售价的 0.05%。

房屋转让手续费：500 元。

卖方主要交：

印花税：总售价的 0.05%。

房屋转让手续费：500 元。

营业税：居住满一年以上者免交，未满一年者按销售价减去购入原价后的差额计征 5.5%，如差额为负数，则计征数额为零。

个人所得税：一年内卖掉自有旧房购新房减免税，转让自用 5 年以上唯一住房免税。

第二种方法是以赠与的方式办理过户。

先由父亲同儿子到公证部门办理赠与公证，然后办理房屋评估作价和房屋鉴定，最后到房产所属管辖的房屋土地管理局的“证件事物所”，携带户口本、身份证、公证书、评估材料、鉴定材料、房产证等有关证件，办理赠与过户手续，要缴纳 4%的税费。

以上是办理过户手续的两种方法，请当事人自己从经济和快捷的方面选择进行过户。

十、新书资讯

《家事法研究(2014 年卷）》出版

2015 年 1 月 11 日 婚姻法学研究会家事法苑

家事法研究(2014 年卷) 平装

主编:夏吟兰　龙翼飞　执行主编:曹诗权

社会科学文献出版社; 第 1 版 (2014 年 10 月 1 日)

平装: 349 页开本: 16

《家事法研究》丛刊是中国法学会婚姻法学研究会的机关刊，《家事法研究(2014 年卷)》设“监护制度专题”“夫妻财产法专题”“理论前沿”“司法实务”“域外专论”五个栏目，全面展现了本领域的最新研究成果。

目录

监护制度专题

未成年人监护的制度关联和功能【曹诗权】
论儿童、家庭和国家之关系【蒋月】
我国成年人监护法律之缺失与完善——以民事审判实践为依据【林建军】
“常回家看看”若干法律问题探究——以《中华人民共和国老年人权益保障法》的修改为背景【浦纯钰】
夫妻财产法专题
夫妻财产关系法的基本原则研究【张华贵伍鉴萍】
论夫妻财产制的功能——以我国法定共同财产制为视角【赵江红】
两岸夫妻财产制度的传统继承与现代变革——从夫权专制到男女平权【夏吟兰刘征峰】
婚姻关系适用合理信赖保护之思考【何丽新】
财产权视野下，夫妻一方婚前财产在婚后的收益归属问题探析——兼评《婚姻法解释（三）》第 5 条【杨晋玲】
理论前沿
论社会转型期婚姻法的二元性【王姣】
离婚财产清算的制度选择与价值追求【王歌雅】
家庭暴力主体关系理论的再思考——兼评反家庭暴力领域的乐观主义倾向【李琼宇贺栩溪】
论亲子关系的确定【孟令志】
司法实务
婚姻家事审判程序存在的问题与对策【王礼仁】
家事诉讼程序中的职权探知主义【卓冬青】
关于夫妻财产状况调查及对司法解释的反思——以福建 L 市为视角【胡宝珍黄怡霏】
对于完善夫妻共同债务案件裁判规则的思考——以《婚姻法》第 41 条和《婚姻法解释二》第 24 条为分析对象【陈泳滨】
夫妻共同债务的认定（以举证责任分配为视角）——陈某娟诉金某芳、刘某清民间借贷纠纷案【林晨陈泳滨】
《婚姻法》第 40 条的实证研究【梁洁艳】
论家庭暴力防治法中的民事保护令制度【薛宁兰胥丽】
域外专论
古罗马儿童监护制度的当代启示【邓丽】
过去和现在——英国家庭法的轨迹及走向【〔英〕约翰·伊克拉著石雷译】

黄进、杜焕芳等：中国国际私法司法实践研究（2001-2010）

2015 年 1 月 14 日　　中国人民大学官网

内容简介：

研究实践、服务实践、引导实践应是我国未来国际私法研究的一项重要指导原则。司法实践在我国国际私法的现代化进程中发挥了重要作用。对中国国际私法的司法实践情况进行回顾、总结，发现、研究问题，并提出解决问题的合理建议，为中国法院更好地审理涉外民商事案件建言献策，这应该不失为一种探寻中国国际私法实践出路的模式和路径之一。本书着重考察 2001—2010 年期间中国国际私法的司法实践，分析中国国际私法的现实动态，可以为中国国际私法的发展夯实深入研究的基础，并进一步推动中国国际私法的司法实践向前发展。这种做法已经引起了一定的反响，得到了一定的认可。

本书由黄进、杜焕芳等合著，2014 年 8 月法律出版社出版，是黄进教授主持的 2010 年度国家社会科学基金重点项目《中国涉外民事法律适用法制定与完善研究》（项目批准号：10AFX015）的研究成果之一。

（编辑　曹佳琦）

特别声明

简报获取：“家事法苑”家事律师网 http://www.famlaw.cn 首页“资料下载”!
家事法苑™是杨晓林律师自 2008 年 11 月开始在先拥有、使用的具有唯一性的法律服务商标。
家事律师网™是杨晓林律师 2011 年 6 月 1 日在中华人民共和国工信部备案注册、使用的 http://www.famlaw.cn 的网站专用名称（京 ICP 备 10218255 号-1），并实际在先拥有、使用且具有唯一性的法律服务商标。
未经特别许可，任何人不得擅自使用、仿冒，违者必究。
欢迎您加入“家事法苑”家事法主题沙龙 QQ 群（群号：153181612）-----即时分享最新中国婚姻家庭法制信息动态，真诚欢迎对婚姻家庭法感兴趣的律师、法官、学者、在校同学、媒体、妇联及其他朋友加入，共建专业领域内交流正常、正当交流的和谐平台！

“家事法苑”微信公众订阅号：“家事法苑”，微信号“famlaw”

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
本期编辑：刘强
家事法苑™家事律师网 http://www.famlaw.cn
家事法苑™新浪微博：http://weibo.com/jiashifayuan
家事法苑™婚姻律师团队官方博客 http://blog.sina.com.cn/jiashifayuan
简报订阅、意见反馈邮箱：xiaolinlvshi@vip.sina.com