

# 家事法苑™婚姻家事法律资讯简报

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

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

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

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

“家事法苑”微信公众平台:“家事法苑”,微信号“famlaw”

(北京天驰洪范律师事务所“家事法苑”团队主办,编委会:杨晓林、段凤丽、侯晓婷、邓雯芬)



## 目 录

### 一、婚姻家庭审判动态

集思广益、深入探讨,积极推动反家暴立法——全国法院系统反家暴专题培训及研讨班发言观点汇编	-----2015年07月01日	人民法院报
带孩子离婚 到法院先看录像	-----2015年06月30日	法制晚报 唐李晗
北京门头沟法院创“八项”特色机制护航涉少离婚案	-----2015年07月01日	首都政法综治网 刘向智
北京门头沟法院:离婚,请先接受教育!	-----2015年07月07日	中国妇女报
杜万华:转变家事审判理念 推进家事审判改革	-----2015年07月10日	人民法院报
多方协调联动,打造反家暴“莆田经验”	-----2015年07月11日	中国妇女报 吴军华 刘伟玲
孩子归谁观护评估给判决提供参考	-----2015年07月12日	法制日报 记者 王春 通讯员 李洁
新规:个人无偿赠与房地产,不用再办理公证手续(2015)	-----2015年07月06日	法客帝国
2014年人民法院涉台司法协助案件统计表	-----2015年07月06日	华政国际私法评论 最高院
贾汪法院五记“重拳”反家暴	-----2015年07月17日	徐州市贾汪区人民法院 赵妍爽
无证婚姻 夫妻关系如何证明	-----2015年07月20日	人民法院报
青岛中院《关于婚姻家庭案件中实施家庭暴力“禁止令”的意见》	-----2015年07月20日	山东高法
冲动离婚的缓冲带 婚姻危机的救火员 湖南省全面建立婚姻家庭纠纷专业性人民调解委员	-----2015年07月20日	中国妇女报 彭迪 记者 邓小波
夫妻借精生子 离婚争抚养权 一审孩子判给母亲 父亲不服上诉	-----2015年07月27日	北京晚报
父亲离婚放弃周岁儿子 30年后诉儿讨赡养费 儿子当庭质问 你没养我 我为何要赡养你	-----2015年07月27日	北京晚报 张宇
民政局将结婚证办成离婚证 女子将错就错嫁他人	-----2015年07月30日	成都商报
家事审判庭力促社会和谐 泉州试点家事纠纷专业化审理	-----2015年07月28日	中国妇女报
全国首例因“非法代孕、取卵”引发的抚养权纠纷昨天做出一审判决	-----2015年07月30日	案件聚焦
海口男子“曲折”离婚路 四上法院终于拿到离婚判决书	-----2015年07月14日	海口网

### 二、一般审判动态

诉讼财产担保保险可排除担保公司潜在风险 深圳政协委员建议在深圳市法院全面推广	-----2015年07月13日	法制日报 记者游春亮
监护失职监护缺失儿童伤亡不断发生	-----2015年07月26日	法制日报 记者马超

### 三、立法动态

最高人民法院关于认可和执行台湾地区法院民事判决的规定	-----2015年06月29日	最高人民法院
----------------------------	------------------	--------

课题组建议修改婚姻法强化离婚限制条件 避免手续简单而导致草率离婚-----2015年07月21日 法制日报  
国务院常务会议通过反家暴法草案-----2015年07月30日 新京报 首席记者 王姝

#### 四、媒体典型案例

##### (一) 解除婚姻关系案例

以他人名义登记结婚 起诉离婚被法院驳回-----2015年07月08日 上海法治报  
为多分拆迁安置房而假离婚的法律效力等问题(2015典型案例)-----2015年7月11日 法客帝国  
丈夫沉迷赌博妻子欲离婚 “甜蜜保证书”留住妻子-----2015年07月16日 闽南网 记者 李昌乾 通讯员陈伟莲  
丈夫为同性恋花光积蓄 妻子羞愤离婚-----2015年07月16日 新安晚报  
男子明知女儿非亲生仍不肯离婚 妻子起诉被驳回-----2015年07月28日 北京晨报 记者 颜斐  
离家十载不闻不问闹离婚-----2015年07月26日 法制日报 记者王春 通讯员洪睿  
假离婚同样受法律保护-----2015年07月29日 信息时报

##### (二) 婚姻无效撤销案例

##### (三) 子女抚养亲子关系案例

江苏法院开审“隔代探望权”纠纷案-----2015年07月01日 江苏高院 马超 苟连静  
江苏无锡失独老人为探望孙子告儿媳 获法院支持-----2015年07月08日 中国新闻网 孙权 苟连静  
儿子去世后 祖父母可以享有隔代探望权-----2013年01月28日 法制网河南频道 杨东风 通讯员 张华艳  
被告单亲妈妈以孩子名义反诉 成功索要抚养费 东莞市第一人民法院称,男子须按月支付抚养费,直至孩子满18岁-----2015年07月16日 南方都市报 张鹏  
离婚后社会抚养费仍应共同分担-----2015年07月14日 江苏法制报 通讯员 江周渊  
一鉴定 两个孩子都不是自己的-----2015年07月17日 彭城晚报  
没有亲子鉴定技术 缺乏高科技验伤技巧 宋知县李南公凭常识断疑案-----2015年07月29日上海法治报 刘文基

##### (四) 财产分割案例

相恋5年关系“闹掰”所购房产如何分割-----2015年07月08日 上海法治报 通讯员 李鸿光  
财产未实际转移的赠与方是否有权撤销婚前签订的预期财产赠与协议——张文义诉侯娟离婚纠纷案  
-----2015年07月17日 法学家指导案例  
丈夫中奖500万与妻子离婚 称彩票是母亲所买-----2015年07月29日 重庆晚报

##### (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

本案离婚协议能否再次撤销-----2015年07月23日人民法院报 刘建章 李婧

##### (八) 恋爱同居纠纷案例

温州鹿城区法院:恋爱不成欲讨回“红包” 因证据不足未获支持  
-----2015年07月07日人民法院报 记者 孟焕良 通讯员 鹿轩  
准女婿没有16万元聘金 父母欲拉着女儿去堕胎-----2015年07月08日 闽南网  
广州情侣8年赚近千万 结婚前夕分手争财产-----2015年07月13日 广州日报  
心软没做人 法院判她返还男友15万人流费-----2015年07月15日 南方都市报 张鹏  
同居男女财产怎么分割?法院:同居且共同做生意所得应为共同财产且份额均等-----2015年07月21日广州日报  
网上欲傍“洋富帅”托错“红娘”一场空 法官提醒:不要“买卖”爱情-----2015年07月21日上海法治报  
恶意转移夫妻共同财产 法院判决合同无效-----2015年07月28日 江苏高院 马俐

##### (九) 其他相关案例

小妹借势入户引母子矛盾 闵行区虹桥镇人民调解员从亲情入手化解十年结怨  
-----2015年07月14日 上海法治 记者王建慧 通讯员诸晓红  
女子遭前夫恐吓 申请人身保护-----2015年07月04日 现代金报  
2014年人民法院涉司法互助典型案例-----2015年6月20日 新华网  
孩子缢亡 继父未尽责判赔10万 生母称离婚后继父偷抱走孩子,继父辩称是母亲弃子,二审判罚少赔25万元  
-----2015年07月08日 新京报  
孩子死亡继父被判赔生母10万-----2015年07月08日 京华时报 记者王晓飞  
上诉人锦州市公证处诉被上诉人阮文珍公证损害责任纠纷二审民事判决书-----2015年07月07日 公证人  
佛山男子恋爱遭拒 制作传单诽谤女方被判赔1万元-----2015年07月13日 大洋网  
离婚后社会抚养费仍应共同分担-----2015年07月14日 江苏法制报  
新郎婚礼接亲“扑空”临时找女子顶替 新娘起诉求赔偿-----2015年07月15日 潇湘晨报  
为抚养权与前夫“通牒” “谈判”破裂欲泄愤报复 女子携酒精要焚车意外烧伤索赔被驳回

-----2015年07月15日 上海法治报 记者刘士心 通讯员马超 丁钊  
违反社会公德和遵循公序良俗原则的法律行为效力——河南三门峡中院裁定胡琨诉成亚军等保证合同纠纷一案

-----2015年07月16日 人民法院报  
为抚养权与前夫“通牒” “谈判”破裂欲泄愤报复女子携酒精要焚车意外烧伤索赔被驳回

-----2015年07月15日 上海法治报 记者 刘士心  
违反社会公德和遵循公序良俗原则的法律行为效力——河南三门峡中院裁定胡琨诉成亚军等保证合同纠纷一案

-----2015年07月16日 人民法院报 作者：王建锋 乔建刚  
父代子 签字卖房一手交易 太贪心 钱款半分不给儿子 法院判决父亲付还儿子房款

-----2015年07月29日 上海法治报 见习记者 李欢  
强制康复10年要求出院被拒 法院判决需留院治疗-----2015年04月15日 解放日报

## （十）赠与案例

前夫在婚内赠与“小三”数十万 前妻起诉打响“婚内财产保卫战”-----2015年07月16日 人民法院报  
财产赠予胎儿能反悔吗-----2015年07月21日 人民法院报

一张陈年房产契约引发 再婚家庭子女财产争夺 法院认定赠与合同未生效驳回原告诉请  
-----2015年07月29日 上海法治报 张静露

## （十一）夫妻债务案例

## 五、继承

### （一）继承审判动态

一份再婚老人遗嘱引出的“心病”闵行浦江镇调解员层层分析，圆了老人心愿

-----2015年07月07日 上海法治报 记者王建慧 通讯员 闵美娟

### （二）继承立法动态

### （三）继承典型案例

海口：父亲所有遗产留给继母 继母告子女索安葬费败诉-----2015年07月13日海口网 记者 石中华  
儿子继母互相指责争家产 法院判均等继承遗产-----2015年7月16日 南方都市报评论

临海：从前夫那里继承来的祖屋继子有继承权吗？-----2015年7月14日 台州商报  
丈夫私立遗嘱留房给前妻两子 后妻起诉法院判无效-----2015年07月07日 红网 记者 王智芳 通讯员 粟伟

代书遗嘱生效了吗？-----2015年07月24日 北京海淀法院 沙乃金  
独生子查询离异父亲生前房产被拒 状告住建委胜诉-----2015年07月28日 澎湃新闻

## 六、房产、股权、信托

### （一）房产

### （二）股权

公司股权继承若干疑难指引-----2015年07月08日 法律讲坛 齐精智  
多人继承不宜共有股权-----2015年07月16日 人民法院报 章光园

股权激励形式、方式、如何实施及设计方案-----2015年07月15日 董秘俱乐部

### （三）信托

关于家族信托发展路径的探讨-----2015年07月07日 中国信托业协会 贾丽杰  
夫妻一方以共同财产设立信托的法律风险-----2015年07月24日 高杉 LEGA 柏钦涛

## 七、社会新闻

合肥房产新政：卖房可不经配偶同意 只认房产证-----2015年06月29日 中安在线 宋扬  
联合早报：家庭环境或是中国离婚率上升重要原因之一-----2015年07月14日 环球时报 孟丹丹

陈士渠关于反家庭暴力的三点建议-----2015年07月02日 陈士渠警官的粉丝团  
广州离婚地图出炉-----2015年07月06日 新快报 记者 周聪 唐星 印锐 穗妇宣 曾桂敏

“女精神病人养老院内怀孕”暴露监护制度隐忧-----2015年07月06日 检察日报 张伯晋  
这不是段子，广州离婚也限号-----广州日报 2015年7月9日

单独二胎”遇冷？卫计委：符合预期 全国再生育申请数量目前稳定在每月八九万对；社会抚养费仍有存在的现实需要  
-----2015年07月11日 新京报 记者 李丹丹

北京4成“单独”家庭申请二胎-----2015年07月11日 新京报  
女子开证明跑8个月 媒体曝光后官方处理18人-----2015年07月11日 华商报

20多名越南新娘同天失踪-----2015年07月13日 大江网  
中国人离婚太方便了？-----2015年07月13日 凤凰新闻 巍巍

联合早报：家庭环境或是中国离婚率上升重要原因之一-----2015年07月14日 环球时报孟丹丹  
取消“你妈是你妈”类证明并不难-----2015年07月15日 新京报

全面二孩政策最快年内实行 后续新进展将公布-----2015年07月22日 环球网  
深圳人离婚5 成都因婚外情-----2015年07月30日 南方都市报 见习记者 罗典  
夫妻补办结婚证 需要证明“我就是原来的我”-----2015年07月31日 华商报  
丧失能力不知密码 银行卡如何取钱? 张女士丈夫脑出血丧失语言和行动能力, 不知银行卡密码无法取钱; 银行称  
可由其代理人代办-----2015年07月31日 新京报

## 八、异域资讯

台湾当局决定制定同性伴侣法-----2015年07月19日 中国新闻网  
美加州首例离婚夫妇冷冻胚胎案开庭-----2015年7月1日 中国妇女报

## 九、学者、法官、检察官、律师、媒体视点、公证专题

### (一) 理论学术动态、学者观点

关注科创中心法治环境建设之三 建立更简化的股权变更登记制度

-----2015年07月01日 上海法治报 杨忠孝 刘爱萍  
婚姻事关法律与政治-----2015年07月07日 民事审判参考 朱伟一

成年监护制度的现代转向-----2015年6月29日 中国私法网 李霞

法律解读徐静蕾冷冻胚胎事件-----2015年07月09日 学法网 冒群 华琳月 丁国锋 江苏司法厅  
婚姻登记行政诉讼与民事诉讼判断标准重构——婚姻效力纠纷管辖权再分配

-----2015年6月5日 北大法律信息网 作者: 王春晖 王礼仁

鄢烈山: 夹生的婚姻家庭法-----2015年07月12日 民事审判参考

《北方法学》(双月刊) 2015年第3期-----2015年07月13日 法学期刊目录通讯

人大复印报刊资料《民商法学》2015年第1期婚姻家庭法、继承法文献索引摘录

-----2015年7月14日 人大复印报刊资料《民商法学》2015年第1期

《法学家》2015年第3期目录-----2015年07月08日 中国人民大学法学院

法刊辑要(2015072):《河北法学》2015年第8期-----2015年07月15日 法学期刊目录通讯

欧洲登记伴侣关系和同性婚姻立法报告(上)-----2015年07月17日 中德法教义学苑 樊丽君 朱晓峰

欧洲登记伴侣关系和同性婚姻立法报告(下)-----2015年07月17日 中德法教义学苑 樊丽君 朱晓峰

吴泽勇: 第三人撤销之诉的原告适格-----2015年07月20日 民事程序法研究 吴泽勇

马忆南: 参与三部法律起草, 为女性权益发声-----2015年7月21日 中国妇女报

民事诉讼法二十年-----2015年07月21日 法学中国 王亚新

人身保护令准入家事程序立法视野的思考——《2012年“家事诉讼程序及立法完善研讨会”论文集》李秀华 田岚

陈敏: 关于“人身安全保护裁定”的思考-----2015年07月22日《人民司法》(应用) 2011年第5期 陈敏

人大复印报刊资料《民商法学》2015年第2期婚姻家庭法、继承法文献索引摘录

-----2015年07月23日 人大复印报刊资料《民商法学》2015年第2期

人大复印报刊资料《民商法学》2015年第7期婚姻家庭法、继承法文献索引摘录

-----2015年07月26日 人大复印报刊资料《民商法学》2015年第7期

《法学评论》(双月刊) 2015年第4期 目录与摘要-----2015年07月27日 法学期刊目录通讯

范愉: 我国多元化纠纷解决机制的现状与未来-----2015年07月29日 多元化纠纷解决机制 范愉

代孕生育合理控制与使用的法律规制-----2015年07月31日 河北法学 许丽琴

郭明瑞: 民法典编纂中继承法的修订原则-----2015年7月18日《比较法研究》2015年第3期 郭明瑞

### (二) 法官视点

惩治虚假诉讼的法律路径构建-----2015年7月1日 人民法院报 张智全  
农村分家析产类案件呈逐年递增态势, 专家提醒——走出宅基地房动迁认知误区

-----2015年07月07日 上海法治报 记者刘士心 通讯员张晓莉

担保人的遗产是否作为担保财产执行-----2015年07月14日 中国法院网 徐长松

婚姻家庭纠纷审理热点、难点问答(一) 第一部分

-----2015年07月04日《民事法律文件解读》2011年第11期(总第83期) 吴晓芳

婚姻家庭纠纷审理热点、难点问答(一) 第二部分

-----2015年07月05日《民事法律文件解读》2011年第11期(总第83期) 吴晓芳

婚姻家庭纠纷审理热点、难点问答(一) 第三部分

-----2015年7月6日《民事法律文件解读》2011年第11期(总第83期) 吴晓芳

婚姻家庭纠纷审理热点、难点问答(二) 第二部分

-----2015年7月12日《民事法律文件解读》2012年第5期(总第89辑) 吴晓芳

婚姻家庭纠纷审理热点、难点问答(五)

-----2015年07月19日《民事法律文件解读》2012年第8期(总第92辑) 吴晓芳

隔代探望权制度研究 以解决司法实践需求为视角-----2011年12月30日 北京市西城法院官网 付晓斌  
隔代探望权是否应受法律保护-----2013年11月07日 中国法院网 彭晨  
祖父母等近亲属是否享有探视权-----2014年02月17日 中国法院网 晏小琴  
江苏“隔代探望权”纠纷案一审宣判 办案法官详解缘何判决支持探望 2015年07月10日法制日报 马超 苟连静  
“隔代抚养”情与法-----2015年7月10日 中国妇女报 裴小星  
担保人的遗产是否作为担保财产执行-----2015年07月14日 中国法院网 徐长松  
为抚养费离异家庭“战火”不断 法官提醒离异父母对未成年子女有抚养教育之责  
-----2015年07月14日 上海法治报 王川 朱春叶 冯潇剑  
你的代书遗嘱生效吗？-----2015年07月16日 中国法院网 海法宣  
法定继承案件的几类常见问题-----2015年07月01日 中国法院网 海法宣  
婚外性行为现场证据的效力认定-----2015年07月17日 审判研究  
一方名下股权的夫妻共有问题研究-----2015年07月20日 北京审判 北京三中院黄海涛  
隔代探望 无处安放的爱吗？-----2015年07月20日 人民法院报 苟连静  
诉前调解是一个什么诉讼程序？-----2015年07月20日 法官之家 济之均  
夫妻为共同被告案件中的规范化送达问题-----2015年07月22日 人民法院报 田家俊 熊理思  
婚姻家庭法律适用之婚前财产公证-----2015年07月23日 公证人  
立案登记制度下的民事案件裁判规则-----2015年07月29日 上海法治报 王建平

### （三）检察官视点

### （四）律师视点

徐静蕾冷冻胚胎3大法律问题分析-----2015年7月14日 京师法治观察  
“网店”财产能否分割继承-----2015年07月06日 上海法治报 古晓丹  
继承人是未成年人的家族企业股权传承路径分析报告  
-----2015年07月16日 公证人 上海沪家企业与家事研究中心  
境外共同财产被转移-闹心 中国法院判决系无效-公正——首例境外上市公司因离婚导致股权转让无效案  
-----2015年07月21日 家族律评 北京市中伦（上海）律师事务所 贾明军律师团队  
赵宁宁：Kim 们和人身保护令-----2015年07月22日《法律与生活》半月刊 2013年12月上半月期 赵宁宁  
遗嘱与遗产的法律之门-----2015年7月27日 小城故事新浪博客 王小成

### （五）文件选读

《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》-----2008年3月 中国应用法学  
青岛中院《关于婚姻家庭案件中实施家庭暴力“禁止令”的意见》-----2015年7月20日 青岛中院  
广东法院：人身安全保护裁定适用指引-----2012年3月8日 广东法院网  
陕西省高级人民法院印发《陕西省人民法院家庭暴力案件“人身保护令”实施规则（试行）》的通知  
-----2010年04月13日 陕西省高级人民法院

### （六）媒体视点

冷冻卵子能为生育“保鲜”？冷冻卵子技术并不成熟，我国从伦理和法律层面并没有放开卵子冷冻技术的使用  
-----2015年07月14日 新京报 记者 王卡拉  
取消嫖宿幼女罪 一律作为强奸罪论处-----2015年07月03日 王春霞 中国妇女报  
无欺诈无胁迫 离婚协议不能撤销-----2015年07月05日 中国妇女报 陈忠强  
为什么中国离婚率连续12年递增？各地都在算-----2015年07月06日 中国妇女报  
美国同性婚姻案背后的理念冲突-----2015年07月08日 上海法治报 马汉  
离婚高发能怪罪“陌陌”吗？-----2015年07月06日 北京晨报  
离婚既不要轻率糊涂也不要“道德捆绑”-----2015年7月7日 中国妇女报 杨朝清  
包办离婚：你的婚姻谁做主-----2015年7月7日 中国妇女报 钱岳/编译  
过半受访者 离婚率高不怪社交软件-----2015年07月11日 新京报  
李银河：儿童性行为多大才可能“自愿”？-----2015年7月11日 谈性说爱 李银河  
“离婚限号”，好心办了坏事-----2015年07月11日 今日话题 闻嘉  
若全面放开二胎有多少人愿意生？-----2015年07月12日 天涯社区  
夫妻为子女学业“演戏”：高考结束现离婚潮-----2015年07月14日 中国妇女报  
取消“你妈是你妈”类证明并不难-----2015年07月15日 新京报  
全面放开二孩，可行性到底有多大-----2015年07月15日 中青舆情监测室 朱昌俊  
广州离婚登记“限号”最长等待1个月 离婚“限号”该叫好还是叫停？-----2015年07月15日 上海法治报  
同性婚姻动摇美国宪政之本？-----2015年07月17日 中国经营报 李寒秋  
“离婚限号”不如制度缓冲-----2015年07月18日 人民法院报

谁来保护留守儿童-----2015年07月18日 中国妇女报  
谁在为冲动离婚设置“缓冲带”-----2015年07月27日 中国妇女报 吴军华 刘伟玲  
儿童热死车内悲剧：别忙着提“严刑峻法”-----2015年07月31日 新京报 袁伊文  
小孩闷死车内 家长该不该被追责?多地警方对“儿童被困车内致死”未追责；有检察官表示，此情况符合过失致人死亡罪-----2015年07月31日新京报

### (七) 公证专题

公证视点：谈遗嘱信托对公证服务产品开发的启示-----2015年07月06日 公证人 马成飞  
遗产处理制度的反思与重构-----2015年07月06日 公证人  
提存公证若干问题研究-----2015年07月10日 公证人  
复杂案例诠释继承公证-----2015年07月16日 北京市长安公证处  
对我国继承公证实践中存在的问题及对策的分析-----2015年07月17日 公证人  
对我国继承公证实践中存在的问题及对策的分析-----2015年07月17日 公证人  
浅析继承权认定中的若干问题  
——以独生子女继承以及继承权认定职责的承担为中心-----2015年07月17日 公证文选  
公证视点：公证参与信托登记制度建设的思考-----2015年07月20日 公证人 张鸣  
如何改善继承和遗嘱公证工作 ——第四期“百思”公证沙龙发言集锦-----2015年07月20日 公证文选  
离婚后财产协议的性质和法律适用-----2015年07月24日 公证人 赵文兵  
遗嘱公证的风险与防范-----2015年07月28日 北京市长安公证处 赵承启  
继承法的法律文化阐释-----2015年07月29日 人民法院网  
有限责任公司股东继承权公证研究-----2015年07月30日 公证人 张志明 顾海龙

### 十、新书资讯

《外国法的适用：一个宏观到微观的考察》-----2015年07月20日 华政国际私法评论  
《遗嘱信托制度构建研究》(徐卫著，法律出版社，2014年10月1日第1版)2015年07月20日  
《遗嘱信托制度构建研究》(徐卫著，法律出版社，2014年10月1日第1版)-2015年07月20日  
《信托制度：法理与实务》(周小明著，中国法制出版社，2012年8月1日第1版)2015年07月20日  
《信托原理在民商事法律实务中的应用》(刘韶华著，法律出版社，2012年6月1日第1版)  
《信托受益人利益保障机制研究》(徐卫著，上海交通大学出版社，2011年1月1日第1版)  
《信托监察人制度研究》(雷宏著，知识产权出版社，2011年1月1日第1版)2015年07月20日

### 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 TM 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 TM 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”微信公众号订阅号：“家事法苑”，微信号“famlaw”

编辑：“家事法苑”律师团队

顾问：郝惠珍 主编：杨晓林 执行主编：段凤丽 编委会成员：邓雯芬、侯晓婷

家事法苑 TM 家事律师网 <http://www.famlaw.cn>

家事法苑 TM 新浪微博：<http://weibo.com/jiashifayuan>

家事法苑 TM 婚姻律师团队官方博客 <http://blog.sina.com.cn/jiashifayuan>

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

正文

## 一、婚姻家庭审判动态

### 集思广益、深入探讨，积极推动反家暴立法 ——全国法院系统反家暴专题培训及研讨班发言观点汇编

2015年07月01日 人民法院报

编者按：6月25日至26日，全国法院系统反家暴专题培训及研讨班在京举行。最高人民法院副院长黄尔梅出席并讲话，最高人民法院、最高人民检察院、国务院法制办、公安部、全国妇联、中国人民大学、中国政法大学、全国律协等单位的专家、学者及最高人民法院特邀监督员代表等参加了培训及研讨班。与会人员对反家庭暴力法的立法建议和完善、《关于依法办理涉家庭暴力犯罪案件的意见》（以下简称《反家暴意见》）实施中的问题，进行了广泛交流与深入探讨。现将与会人员发言观点摘编如下，供读者参考。

黄尔梅（最高人民法院副院长）

反家庭暴力法（征求意见稿）（以下简称《征求意见稿》）从立法目的和总则、家庭暴力的预防、家庭暴力的处置、人身安全保护令以及法律责任五方面，系统构建起我国家庭暴力防治法律体系，是一部兼具纲领性、综合性、可操作性的法律。

建议：一是在原则规定上，增加有宣示意义的条款。现有《征求意见稿》条文数量不多，稍显单薄，在明确反家庭暴力法在整个法律体系中地位、作用的基础上，于总则部分增加有宣示意义的原则性条款，可以更充分地体现从国家层面禁止家庭暴力的立法态度，引导全社会反家暴的价值取向。如确立男女平等原则、禁止一切暴力原则，特殊弱势群体优先保护原则，等等。

二是在制度设计上，增强新创设制度的可操作性。《征求意见稿》中创设的告诫制度、人身安全保护令制度、强制报告制度、查访制度等都体现了一定的创新性和突破性，值得充分肯定，建议对相关制度的设计进一步予以完善，做好与现有法律规定的衔接，以增强可操作性。

三是在操作层面上，建议尽快提交立法机关。现有《征求意见稿》已基本完备，可尽快完成草案并提交立法机关审议，在更广范围、更深领域的探讨有助于完善其内容，之后对发现的问题可进一步增补、修改。

彭高建（国务院法制办社会管理法制司副司长）

建议：国务院正紧锣密鼓地草拟反家庭暴力法，有望近期提交全国人大审议。我认为，该法的制定需处理好以下几个关系：

首先是“虚”与“实”的关系。反家庭暴力法具有宣示性和倡导性，总体上不宜过于具体；但也要尽量解决实际问题，有的还应敢于突破，进行制度创新，比如创建告诫、人身安全保护令等制度。

其次是“应然”与“实然”的关系。既要充分借鉴吸收国外好的做法和学术理论观点，体现立法的一定超前性；同时更要从我国国情出发，对近期难以实现的做法需谨慎决定是否在法中体现。

再次是“公”与“私”的关系。家庭暴力在传统观念中属于私领域，现在虽然被认为是社会问题，需要国家公权力干预；但毕竟家庭关系不同于一般社会关系，具有很多特殊性。国家公权力干预家庭暴力，需要处理好受害人权益保护与家庭维系之间的平衡。

陈士渠（公安部刑侦局副巡视员、打拐办主任）

建议：一是应抓好《反家暴意见》的落实。家庭暴力是目前社会关注的热点和网民关注的焦点，对家庭暴力案件处置不当会影响政法机关公信力。各部门应认真贯彻《反家暴意见》，通过加强培训、宣传、贯彻，旗帜鲜明地加大对家暴犯罪的打击力度，有效震慑潜在违法犯罪嫌疑人，形成反家暴的良好社会氛围。

二是应当建立反家暴协调机制。家庭暴力是个社会问题，反家暴是个系统工程，涉及公安、检察、法院、民政等很多部门。建议建立中央层面的反家暴工作协调机制，明确牵头单位，定期开会协调、研究解决反家暴工作中的重大事项。否则就案论案、一事一办，不利于反家暴工作的长期、有效开展。

三是期待反家庭暴力法与《反家暴意见》等做好衔接。对于《反家暴意见》等规范性文件中各方已达成的共识，希望能得到反家庭暴力法的合理吸收，避免冲突；在创设新制度的同时应注意与现有法律规定的协调，如拟确立的公安机关告诫制度，与现行的书面警告制度如何区别等。

高莎薇（全国妇联权益部部长）

建议：一是家庭暴力的概念。身体暴力和精神暴力作为常见的家暴形式已得到规定，但性暴力、经济控制、疏忽照顾和物质虐待也具有很大危害性；如疏忽照顾这种不作为的暴力，近期引发了贵州毕节留守儿童自杀案等恶性案件，上述行为均应纳入家庭暴力概念之中。

二是家庭成员的范围。前配偶、同居关系，恋爱关系等虽不是家庭成员，但具有类似性质，应加大保护范围，对上述关系也予以同等保护。

三是责任报案制度。若干指导性文件已对责任报案制度予以探索，期待立法进一步确立，同时明确如基层群众性自治组织、学校、医院等易发现家暴行为主体的强制报告义务。

四是公安机关告诫制度。实践中发现，公安机关对轻微家暴予以书面告诫的实际效果较好，期待予以确立和规范。

五是人身安全保护令制度。能否设立独立于诉讼之外的人身安全保护令制度是此次立法的焦点，支持确

立不依附于民事诉讼的人身安全保护令制度。

韩 玫（最高人民法院民一庭审判长）

建议：一是扩大家庭成员的范围。对前配偶、同居人员间的暴力行为应视为家庭暴力处理，这样可以有效处置上述关系中的暴力问题，且并未超越现行法律规定的家庭关系，也并不损害家庭概念的纯洁性。

二是完善人身安全保护令制度。首先启动条件上应当放宽。考虑到家暴行为的隐蔽性，不必限制受害人一定要有遭受家暴的证据；其次责任追究上应完善。违反人身安全保护令，一定要有追究责任的有效机制，建议由公安机关具体执行，以确保及时、有效处置，且违反保护令达到一定程度应予以刑事处罚。

三是增加原则性规定。这样可彰显立法取向，有效助推、培养全社会形成反家暴的理念。

四是扩大惩戒措施。对于实施家暴并经法律程序确认的，对施暴人在公务员等岗位的任职、提拔上应予以限制，使其付出相当的违法成本。

宋 丹（最高人民检察院研究室法律应用研究处副处长）

建议：一是明确检察机关可以告诉的规定。《征求意见稿》规定家暴自诉案件的特定情形检察机关可以告诉，但因没有法律的具体规定，对适用公诉程序还是自诉程序、是否可行使侦查权等仍有争议：若适用公诉程序，则使得调解、和解、撤诉、反诉等自诉案件的诉讼权利无法保障；检察机关、公安机关进行侦查也无明确法律依据。个人认为，适用自诉程序有利于当事人权益保障，检察机关可类似于公益诉讼中的定位，帮助受害人启动程序；证据收集可参照刑法修正案（九）关于网络侮辱诽谤案件的规定，被害人提供证据确有困难的，人民法院可要求公安机关协助调查取证。

二是完善人身安全保护令制度。《征求意见稿》规定法定代理人、近亲属代为申请，但若代为申请人是加害人则难以适用，可规定由受害人所在地的村（居）民委员会、妇联、所在单位、学校等代为申请；对法院未在法定期限内作出裁定或者驳回申请的，也应规定救济措施；对于违反保护令需追究刑事责任的，可纳入拒不履行判决裁定罪处置。

黄京平（中国人民大学教授）

建议：一是设立的公安机关告诫制度，欠缺法律依据，基本属性或法律定位模糊。告诫制度类似于公安机关的警告，而处罚严厉性又重于警告，但依据《征求意见稿》第19条规定，此行为在严重程度上是“尚未构成违反治安管理的行为”，这就与行政处罚法第四条关于“设定和实施行政处罚必须以事实为依据，与违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度相当”之规定相悖。建议将告诫制度修改为符合行政处罚法、治安管理处罚法规定的书面警告制度，对轻微家暴行为处警告，公安机关可书面警告施暴人不得再次实施家暴，并将警告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、妇联等。

二是《征求意见稿》未充分体现宽严相济刑事政策，与法律既有的刑事和解、治安调解制度未有效衔接。如仅对社会调解有涉及，未与刑事和解、治安调解相衔接，所规定的“公安机关进行询问时，应当将受害人与加害人分开询问”在案件需和解、调解时难以适用。建议体现宽严相济刑事政策，将预防为主的原则、综合治理的理念落实于规范之中，平衡从严与从宽的关系。

夏吟兰（中国政法大学教授）

建议：一是扩大概念和范围。首先，应将性暴力纳入家暴概念中。性暴力易被忽视，但又对受害人身心健康有严重影响；其次，应将同居关系、前配偶关系纳入调整范围。此为国际立法的通行做法，此类关系中的暴力与家庭成员间的暴力有共同特征。

二是应加入原则性条款。反家庭暴力法是我国整个法律体系中在反家暴领域内全局性、纲领性、综合性的法律，确定基本原则可以反映立法者的鲜明态度。

三是明确和完善监护人资格撤销制度。应吸收《反家暴意见》等规范性文件的内容，对监护人资格的撤销和恢复予以更明确的规定。

四是确立通常性、临时性两种保护令制度。应增加临时性保护令，避免较繁琐的程序贻误解救时机，使受害人能及时得到救助。

五是完善法律责任。增加规定实施家暴承担民事责任的具体形式，如赔偿损失、赔礼道歉等；对以暴力暴制的案件，规范从轻、减轻的法律适用。

张雪梅（全国律协未成年人保护专业委员会副主任）

建议：反家庭暴力法应体现儿童保护视角，增强对儿童保护的针对性、可操作性。

一是设立儿童保护专章。对儿童遭受家暴预防、干预的相关问题予以系统解决。

二是确立对遭受家暴侵害和目睹过家暴的未成年人应给予特殊、优先保护原则。

三是对家暴概念界定需重点体现对未成年人的暴力管教和消极不作为。

四是规定强制报告制度，突出报告义务的强制性。

五是规定紧急带离危险家庭和临时安置措施。可由公安机关带离并由民政部门妥善安置。

六是完善撤销和恢复监护人资格制度，并完善撤销监护人资格后长期安置制度。

七是应将未成年人遭监护人家暴案件和检察机关代为告诉案件纳入法律援助范畴。



八是规定家庭教育和家庭关系指导以及社区评估、风险筛查预防措施。

关宏怡（央视《今日说法》栏目策划，最高人民法院特邀监督员）

建议：一是反家暴立法在制度设计上，应体现出公权力对家暴行为干预的实效性和可操作性。普通百姓可能对于主体、责任等法律术语并不了解，他们更关注实际问题：如被自己老公打了，拨打110警察管不管？如拨打110没人管怎么办？如出警管了还是反复挨打又该怎么办？等等。如果反家暴立法能够以足够的、落到实处的措施让这些问题得到妥善解决，就是对家庭弱势群体给予实实在在的保护，也就真正实现了立法目的。

二是反家暴事业需要社会各界共同努力。央视相关法治栏目一直高度关注涉家暴问题，近年来也报道了许多家暴案件，既是表达了对弱势群体生活境遇的关注和关怀，也是对我国法治进程的如实记录。新闻媒体应积极记录、宣传、推介反家暴制度成果和现实举措，从社会认知层面倡导形成健康、平等的家庭观念。

### 带孩子离婚 到法院先看录像

2015年06月30日 法制晚报 唐李晗

法制晚报讯（记者 唐李晗）门头沟法院于今年3月正式将涉未成年人离婚案件纳入未审庭审理范围，在审结的48件离婚案中，仅有3件以判决方式结案，调解和撤诉率达85%。记者今天上午从门头沟法院“少年家事审判工作会”上获悉上述消息。

陈某与刘某自由恋爱，于2006年6月登记结婚，2007年1月儿子出生。2015年5月，陈某以刘某有第三者为由起诉离婚。在审理中，双方均要求孩子归自己抚养。

开庭前后，双方都收到了法院以《致父母的一封信》为标题的离婚教育手册，并观看了《离婚，你真的考虑好了吗》的教育片，父母离婚大战中的孩子的无助与害怕再次深深地触动了双方疼爱孩子的心。最终，双方在孩子抚养和财产分割上都达成了一致意见。

未审庭庭长杨畅表示，在离婚案中，父母的不当言行往往给孩子的心灵造成伤害。该院将涉未成年人离婚案件纳入未审庭审理范围，并试行了未成年人家事审判特色工作机制。审结的离婚案件比本市法院同期同类案件调撤率高19%。

法院在离婚案件审理中，通过观看录像、专家指导、发放指导手册等方式，对离婚当事人就子女抚养责任及帮助孩子适应父母离婚后的生活等内容进行教育，使双方在离婚时能够作出最有利于子女未来发展的选择。

同时，该院委托社会观护员对涉案未成年人的有关情况、父母双方的抚养条件及能力、未成年人与父母双方的感情融洽程度等进行观护调查，向法庭提交调查报告，并对判决、调解后的执行情况进行跟踪考察，对涉案未成年人权益受侵害情况及时干预。

### 北京门头沟法院创“八项”特色机制护航涉少离婚案

2015年07月01日 刘向智 首都政法综治网

6月30日，北京市门头沟区法院通报，该院于2015年3月正式将涉未成年人离婚案件纳入未审庭审理范围，并试行了未成年人家事审判特色工作机制，特别是离婚教育制度，取得了初步成效。

据悉，在已审结的48件离婚案件中，调解和撤诉率达85%，比本市法院同期同类案件调撤率高出19%。仅有3件案件以判决方式结案，双方当事人均服判息诉。

“八项”制度助力解决涉少离婚案 为孩子找回曾经的“温馨”

通报会上，据门头沟区法院党组书记、副院长李洛云介绍，该院未成年人家事审判特色工作机制中包括离婚教育、社会观护、心理疏导、联动调解、圆桌审判、司法救助、诉讼监护人以及法律援助等八项制度。

在离婚案件的审理中，法院在立案或送达起诉书时，会先向双方当事人发放题为《致父母的一封信》的离婚教育指导手册，主要内容包括提示父母意识到和谐家庭对孩子的重要作用及父母在离婚纠纷中可能出现的不理智行为，并从一个处于父母离婚纷争中的孩子的视角，以孩子给父母写信的形式，指出父母的不当言行及这些言行给孩子造成的伤害，建议父母慎重、理智对待离婚问题。

在庭前调解阶段，该院把调解工作的地点设在亲情室，希望温馨如家的室内环境能够缓和当事人之间的对立情绪。

调解前，法官会组织父母观看该院专门拍摄的教育片——《离婚，你真的考虑好了吗》，其中包括离婚案件的相关法律规定及对婚姻问题的深入思考，并以一个因父母不能正确处理婚姻问题导致孩子受伤害的真实事例为核心，对父母如何正确处理婚姻纠纷提出具体建议。

希望通过片中处于父母离婚大战中的孩子的无助与害怕，触动原被告疼爱孩子的心，唤醒双方对曾经美好的回忆，尽可能的帮助双方挽回婚姻，也为孩子找回家的温暖。

据介绍，实践中，在观看该部短片时，当事人有思考和震惊、有悔恨和泪水，不少原告当场申请撤诉，并表示回去后努力沟通与协商，尽量不让孩子受到伤害。

根据案件审理需要，个案中该院还会委托离婚教育辅导员、社会观护员，由具有专业的中立第三方对双方当事人的情况进行调查了解、心理疏导，并参与调解，为最终做出最有利于未成年人的裁判提供参考依据。

在案件审理过程中，由门头沟区妇联推荐人员组成特邀调解员队伍参与案件调解，实现法院与街道（社区）的“诉

调对接”，搭建社会大调解平台，形成联动调解制度，促使家事纠纷合法、合情、合理解决。

与其他案件的审判方式不同，该院对该类案件的审理采取圆桌审判的方式，突显家事纠纷的亲情色彩及伦理道德，为当事人及涉诉未成年人营造轻松、和谐、平等的对话环境，减少当事人双方的对抗性。

案件审结后，该院会以《家长宣言》的形式再一次强调父母对孩子应尽的责任。

对于双方感情确已破裂最终离婚的当事人，法院会发放题为《悉心呵护成长》的手册，提示父母孩子在离婚后可能出现的变化，并从六个方面建议父母正确处理亲子关系，共同呵护孩子健康成长。

同时，门头沟法院还与首师大社工中心联合制作了《爱·未来》家庭服务手册，当事人可以自愿参加由首师大社工中心为涉诉家庭免费提供的旨在改善夫妻关系及亲子关系的家长服务和儿童服务。

并且，通过向北京市高院申请，门头沟法院与区工会、团委、妇联等单位合作等方式，多渠道争取司法救助金，为存在特殊困难的涉诉未成年人提供司法救助，帮助其健康成长。

而且，在未成年人为当事人的民事案件审理中，因其法定代理人无法出庭或因有利益冲突不宜出庭时，由法院指定诉讼监护人代理未成年人参加诉讼，表达未成年人的独立意志，维护其合法权益。

另外，进一步扩大法律援助范围，对确有经济困难或特殊情况的涉诉未成年人提供法律援助，切实维护未成年人的合法权益。

#### “软硬件”建设两手抓 特色机制初见成效

据了解，为更好的与未成年人及家长沟通，门头沟法院未审庭法官均取得国家三级心理咨询师资格。

同时，该院还加强了对少年法庭的硬件建设。并于2015年5月底，完成了对少年法庭的改造，增设了亲情室，为各项特色工作机制的适用提供了良好的外部环境。

另据介绍，门头沟法院未审庭自1999年成立以来即是审理未成年人刑事与民事案件的综合审判庭。

其中，在未成年人民事审判中，该院于2013年率先在北京市试行了社会观护制度，适用此项制度审理的案件曾入选全国98起未成年人审判工作典型案例集，并成为最高院现场通报的4起民事案例之一。

据李洛云副院长介绍，门头沟法院于2015年3月正式将涉未成年人离婚案件纳入未审庭审理范围，并试行了未成年人家事审判特色工作机制，特别是离婚教育制度，取得了初步成效。

其中，在审结的48件离婚案件中，调解和撤诉率达85%，比本市法院同期同类案件调撤率高出19%。仅有3件案件以判决方式结案，双方当事人均服判息诉。

### 北京门头沟法院：离婚，请先接受教育！

2015年7月7日 中国妇女报

“面对父母的离婚，孩子会受到什么伤害？”

“曾经相爱的我们，确实已经考虑好了吗？”

.....

在北京市门头沟区，夫妻双方如果通过诉讼离婚，门头沟法院未成年人案件审判庭将建议，看一部时常22分钟的教育短片《离婚，你真的考虑好了吗？》

在离婚纠纷中始终将孩子的利益放在首位

陈芳（化名）在看完这个教育短片后，改变了自己最初的离婚安排。

因为丈夫刘刚（化名）有外遇，2015年5月，陈芳来到门头沟法院起诉离婚。2007年1月生下儿子后，全职在家带孩子的陈芳力争孩子的抚养权，这也成为夫妻双方离婚争议的最大焦点。

2015年3月，北京门头沟法院将涉未成年人离婚案件纳入未审庭审理范围。陈芳的案件来到北京门头沟法院未成年人案件审判庭庭长杨畅的案头。

按照法院正在探索的离婚教育制度规定，陈芳和刘刚在开庭前都收到了法院以《致父母的一封信》为标题的离婚教育手册。

手册重点列举了父母双方在离婚纠纷中可能出现的不当言行及给孩子造成的伤害，比如“质问孩子‘选爸爸还是选妈妈’”，“告诉孩子一切后果都是对方的错”。以一个孩子的视角展示了处于父母离婚战争中孩子的焦虑、害怕、自责与期盼，“如果我足够好，你们是不是就不会吵架，如果我足够让你们骄傲，你们是不是就不会分开。”提示父母千万不要因为婚姻陷入困境而忽略了孩子的感受。

这个教育手册对两个人都有所触动。“两人在孩子面前都没有指责和埋怨对方，也没有激烈的冲突。”杨畅对当时的情景记忆深刻。

在开庭调解前，法官组织双方在亲情室观看了教育片《离婚，你真的考虑好了吗？》，看到片中处于父母离婚大战中的孩子的无助与害怕，陈芳想到自己的儿子，哭了。

“希望双方站在如何对孩子今后更有利的角度考虑问题。”杨畅开始了调解工作。经过整整一下午，案件最终以调解结案。陈芳同意让儿子跟着丈夫刘刚生活，给孩子提供更好的教育环境。

杨畅向双方送达了《悉心呵护成长》的离婚后家长教育手册，提示双方注意孩子在父母离婚后可能会出现的各种负面情绪，建议父母保持互相之间及与孩子之间顺畅的沟通，帮助孩子顺利适应父母离婚后的生活。

最后，陈芳和刘刚共同朗读《家长宣言》，“我做到：不因生活中的纷扰而忽略对孩子的关注，时时留意孩子

内心的需求……”

这是杨畅所在的北京门头沟法院未成年人案件审判庭探索离婚教育制度的一个典型案例。

在今年实行离婚教育制度之后，门头沟法院审结 48 件离婚案件，调解和撤诉率达 85%，比北京市法院同期同类案件调撤率高出 19 个百分点。仅有 3 件案件以判决方式结案，双方当事人均服判息诉。

“离婚教育制度引导夫妻双方意识到并正视离婚可能给孩子带来的不良影响，在纠纷处理中始终将孩子的利益放在首位。”杨畅告诉本报记者，对有一定认知能力的孩子，了解并尊重孩子的真实意愿。对于确实感情破裂、最终离婚的案件，引导双方正确处理彼此之间及亲子关系，特别是离婚后孩子的抚养、探视等问题。

离婚教育制度的探索

之所以探索离婚教育制度，与北京门头沟法院未成年人审判庭之前在司法实践中的困惑密切相关。

北京门头沟法院未成年人审判庭以前并不审理离婚案件，而是涉及抚养类案件。“很多案件源于离婚过程中矛盾没有化解，离婚时没有对孩子做出最周全的安排。”杨畅告诉本报记者，同时，在审理未成年人犯罪案件中发现，涉罪未成年人中有相当高比例来自离异家庭。

这些困惑促使门头沟法院少年庭进一步探索建立未成年人家事审判特色工作机制，将涉未成年人的家事纠纷纳入未成年人审判庭的审理范围。

观看录像、专家指导、发放指导手册等方式都是离婚教育制度的组成部分。“缓解离婚当事人之间的冲突，帮助其有效控制情绪，促使双方在离婚时能够作出最有利于子女未来发展的选择，达成符合子女最大利益的养育安排。”北京市门头沟区法院副院长李洛云这样解释离婚教育制度的作用。

根据案件审理需要，北京门头沟法院未成年人案件审判庭在一些个案中委托离婚教育辅导员、社会观护员对双方当事人的情况进行调查了解、心理疏导，并参与调解。

首都师范大学副教授蔡鑫在一起离婚案件中担任离婚辅导员。“经过五六次沟通后，有一定效果，帮助夫妻双方共同澄清面对彼此之间的问题，解开一些疙瘩。”蔡鑫告诉本报记者，该案夫妻双方都有较高学历，孩子比较小，没有特别大的冲突。

北京门头沟法院还与首都师范大学社工中心联合制作了《爱·未来》家庭服务手册，当事人可以自愿参加由师大社工中心为涉诉家庭免费提供的家长服务和儿童服务，改善夫妻关系和亲子关系。

6月30日，北京市门头沟区法院、区工会、区妇联、区教委、团区委正式签署了《门头沟区关于开展未成年人家事审判特色工作机制的工作协议（试行）》。

在离婚教育制度方面，门头沟区法院将联合妇联、教委、团委、工会等社会组织，运用心理学、社会学、教育学、法学等专业知识，开展一系列缓解和减少离婚对未成年人的不良影响的工作。离婚教育辅导根据案情需要在审理过程中开展一至两次，每次不少于一小时。

离婚教育辅导员、诉讼监护人将由相关专家、社工及区妇联、教委、团委、工会等单位推荐的人员组成。

离婚教育制度需要社会合力

李洛云介绍，美国少年家事法院自 20 世纪 70 年代即开始实行离婚前父母教育计划，在诉讼结束之前父母应当接受最少 2~8 小时的离婚教育。

日本家事法院在正常审判组织之外还设立了调查官、家庭科学调查室、参与员、由社会人员担任的调解委员、由民间有识之士组成的家庭裁判所委员会，协助家事法院的审理案件。

我国台湾地区少年家事法院不仅设置了少年调查官和少年保护官制度，还设置了心理辅导员、心理测试员等专业人员。

而在我国，少年家事审判的相关制度尚属于探索阶段。杨畅工作中常感到“力量薄弱”，希望更多的社会力量参与。比如，当婚姻刚出现问题，社区就能及时介入，为婚姻家庭提供支持。

目前，按照民诉法的规定，离婚教育制度并没有相关法律依据。“离婚教育制度并不是强制性规定，需要征求双方当事人意见，作为调解过程中的一种方式。”杨畅告诉本报记者，离婚教育工作需要大量的时间，法官面临案件审限的时间压力。希望家事案件尽快制定专门的程序，比如前期工作可以不计入审理期限，将一些特殊制度通过法定形式固定下来。

在蔡鑫看来，离婚案件涉及未成年子女比例非常高。我国的心理辅导家庭辅导制度相对缺失。门头沟法院开展家庭教育制度“非常值得去做”。

“法院在其中履行了社会职能，延伸社会服务。”蔡鑫告诉本报记者，审判和服务融为一体，将是家事审判发展的方向。家事法官应该社工化，从制度设计上鼓励法官积极探索。

蔡鑫同时担任首都师范大学社工中心即北京超越青少年社会事务所副主任。他表示，今后将继续加大与门头沟法院少年审判庭的合作，探索在离婚诉讼期为儿童提供辅导，成立女性小组、丈夫小组，辅导双方如何处理情绪。

身为法官、母亲，杨畅深感，“作为父母，要意识到，不仅要关注孩子的正常生活，还要关注心理需求。”正如离婚教育短片所言，“关爱孩子不仅是物质，更应是精神的。”

**杜万华：转变家事审判理念 推进家事审判改革**

2015 年 07 月 10 日 人民法院报

7月9日，最高人民法院审判委员会专职委员杜万华来到北京市东城区人民法院调研少年及家事审判工作，与北京法院部分同志进行了座谈交流。

杜万华对北京三级法院积极探索家事审判方式改革，不断推进家事审判专业化予以了充分肯定，并对下一步家事审判改革提出六点要求：第一，充分认识开展家事审判改革的必要性。用审理财产案件的理念和方式审理家事案件不利于维护婚姻家庭稳定，也不能满足保护公民人身和财产权益及我国社会发展的需要。家事审判改革已刻不容缓。第二，坚决贯彻全国高级人民法院院长座谈会重要精神，认真研究和推动家事审判工作机制改革，发挥家事审判在维护婚姻家庭稳定，依法保护未成年人、妇女和老人的合法权益，促进社会建设中的作用。第三，明确家事审判工作的三项任务：首先要诊断婚姻状况，区分婚姻危机与婚姻死亡；其次要治疗婚姻危机；最后如果认定婚姻已经死亡，要处理好子女抚养、财产分割和心理修复问题。第四，明确家事审判改革的三项重点内容：一是在家事审判中引入多元纠纷解决机制，动员社会各方面力量参与家事纠纷化解；二是设置专门的家事审判程序，探索设立离婚冷静期制度；三是以法官额制和法院人员分类管理制度改革为契机，推进家事审判人员专业化，探索建立家事调查官和其他司法辅助人员制度。第五，为家事审判改革提供强有力的物质装备保障，建设家事调解室、心理评估室、单面镜调查室等审判设施。第六，加强与其他国家地区的家事审判交流。既要积极走出去，学习他国先进经验；又要请进来，通过举办论坛等方式邀请国外同仁一起研究问题、交流经验。（谢勇）

### 多方协调联动，打造反家暴“莆田经验”

2015年07月11日 中国妇女报 吴军华 刘伟玲

日前，由全国妇联、联合国人口基金联合主办，福建省莆田市妇联承办的“反对针对妇女暴力”项目“人身保护令”培训与现场观摩会在莆田市举办。与会人员通过授课培训以及实地观摩，对莆田市多方联动反家暴模式的做法与经验进行了进一步交流与探讨。

近年来，福建省莆田市多方协调联动，积极参与反家暴工作，成立了反家庭暴力工作协调小组，并制定出台了《莆田市反对家庭暴力工作协调小组成员单位职责》。尤其是去年莆田市被确定为中澳反家暴联动机制试点以来，莆田市建立健全了事前预防、事中救助、事后救济与修复的联动工作机制，探索出具有地方特色的反家暴“莆田经验”。

#### 多方联动，有效预防、妥善处置家庭暴力

为从源头上预防可能发生的家暴行为，莆田市各联动单位通过人民调解、行政调解、行业调解与司法调解等“四级”大调解平台的有效衔接，及时调处家庭矛盾纠纷，有效防范轻微家庭暴力行为程度升级。去年以来，成功调处婚姻家庭类矛盾纠纷586件，有效减少了家庭暴力隐患。市法院还会同妇联、公安、司法行政、民政等部门，在治安情况较好、村民素质较高的6个社区（村居）开展“零家庭暴力社区（村）”创建活动，通过“以点带面”形成示范效应。针对家庭暴力个案行为，各联动部门互通信息、共商对策，力争使家暴受害人得到妥善安置。

仙游县人民法院判决生效的亲生母亲林丽某被撤销监护权一案，是莆田市反家暴联动机制工作的一次成功创新实践。施暴人林丽某长期以来对小龙采取打骂等虐待行为，经有关部门教育后仍拒不悔改，并于2014年5月29日再次用菜刀割伤小龙的后背、双臂。

案发后，仙游县立即启动反家暴联动工作机制，由妇联联系团市委将受害未成年人小龙送入市救助站临时安置保护，由当地村委会提起诉讼，2014年7月，仙游法院依法判决撤销林丽某的监护人资格，并指定村委会作为监护人。

在该案的干预、救助、审理、安置过程中，公安、法院、民政、团委、妇联等部门协调联动，指导村妇代会主任出庭如实作证，安排市妇联阳光家庭服务中心、市阳光青少年事务中心、反家暴庇护站、SOS儿童村等社会组织和福利机构跟踪服务，让家暴受害者小龙的学习和生活得到了妥善的安置。该案成为福建省首例因母亲长期对未成年子女施暴而被撤销监护人资格的案件，并成为最高人民法院发布的反家暴和儿童权益保护典型案例。

#### 畅通渠道，提升反家暴社会救助水平

莆田市不断加强法律援助、社会救助工作，构筑了以市、县法律援助中心、镇街法律援助工作站、村居法律援助联络员、百个农村法律援助联系点为支架，覆盖全市的四级法律援助工作网络，并在各级妇联设立法律援助站，为妇女儿童申请法律援助提供便利渠道。

如市司法局组建了反家庭暴力律师服务团，市妇联开通了“12338”妇女维权公益服务热线，市民政局与妇联联合设立了“家庭暴力庇护中心”。妇联、民政部门还与卫生部门共建医疗救助网络，在莆田市第一医院、莆田学院附属医院设立妇女儿童心理咨询室，为受暴者做心理辅导。

去年以来，全市各法援中心共为妇女儿童提供法律援助510件，其中涉家庭暴力案件45件，全市维权热线化解家暴案件96件。

#### 能动司法，宽严相济维护家庭和谐稳定

莆田市把“反对家庭暴力，构造和谐美好家园”作为维护社会治安的基础工作，对于家庭暴力案件实行优先出警、快速处警、及时救助，使家庭暴力行为在第一时间得到制止。

目前，公安机关在全市基层派出所和社区警务室共设立家庭暴力案件报警点67个，开通报警电话67部，形成覆盖全市范围的报警网络。去年以来，共接家庭暴力警情347起，其中成功调解268起，治安处罚54起，发出218

份训诫书。全市法院共发出人身安全保护裁定（即人生保护令）23份。

检察机关对于家庭暴力案件采取宽严相济的刑事政策：对于罪行较重、社会影响较大的，依法严厉处置；而对于罪行较轻、主观恶性小、真诚悔过的，以调解矛盾纠纷为主。

### 孩子归谁观护评估给判决提供参考

2015年07月12日 法制日报关注 记者 王春 通讯员 李洁

随着离婚案件大量攀升，父母离婚都不要娃的情形越来越多。此类案件中，父母陈述不要娃的原因通常颇为复杂，且容易影响到孩子今后的生活与学习。那么到底孩子该判给谁？法院已开始通过一种观护评估制度，来判别究竟谁才适合孩子今后的抚养。

都说父母离婚，孩子没有错。但随着离婚案件大量攀升，法官发现，子女抚养问题日益突出。近日，浙江省温岭市人民法院就判决了一起父母都不要娃的离婚案件。

《法制日报》记者从温岭市法院了解到，类似的离婚纠纷中，父母陈述不要娃的原因通常颇为复杂，且容易影响到孩子今后的生活与学习。那么到底孩子该判给谁？法院已开始通过一种观护评估制度，来判别究竟谁才适合孩子今后的抚养。

夫妻离婚不争财产争不要孩子

小江(女)和小徐(男)是一对80后小夫妻，小两口结婚3年，前年年底，他们生了一个可爱的儿子叫恒恒。孩子的出生并没有给这个家庭带来太多快乐，两人经常为一些生活上的琐事争吵。小徐脾气比较暴躁，有时耍起酒疯来还要打小江。最终，两人过不下去了。

要离婚就不得不面对很多现实问题，夫妻俩对财产分割都没有太大意见，唯一的分歧是儿子恒恒的抚养权，两人各自叫苦。

小江说她是外地人，现暂居在亲戚家，无工作无收入，儿子跟了她只能居无定所，像个流浪汉。她爸妈要带兄弟的小孩，帮不了她。小江认为，小徐虽脾气暴躁，但他经营淘宝店，有一定的收入，儿子跟爸爸会比较安稳些，她同时提出，如果小徐能同意抚养，她一年可以支付6000元的抚养费。

小徐这边，也两手一摊说难处：恒恒由小江一手带大，跟他不亲。他虽然在淘宝网开服装店，但现在只是开业没生意，所以经济方面并不宽裕。小徐称，他的父母有工作每天早出晚归，且父亲患有哮喘，不能帮助照顾恒恒。如果小江同意抚养，他每年也会支付6000元的费用。

可怜的恒恒就像一个皮球，被父母踢来踢去，他还不满3周岁。这种情况让法官廖媚很揪心：到底孩子该判给谁？观护调查员家访作出调查报告

据了解，为最大限度保护未成年人权益，温岭市法院已在离婚、收养等涉及未成年人人身权益的案件中，引入观护评估制度。

为了让恒恒日后尽量少受伤害，有必要对其生活境况进行全面了解。第一次开庭后，两名村居干部和一名人民调解员受法院委托，作为观护调查员，前往小徐和小江两人的家乡、居住地实地调查。他们不仅与双方当事人、男方的父母进行了仔细的交谈，还赶去江苏省南京市孩子的外公外婆家了解他们当前的生活状况以及是否有帮助抚养的意愿，并与邻居、村干部都进行了交谈。

在第二次开庭审理时，观护调查员当庭宣读了调查报告。报告显示，小江确实没有工作没有收入且暂住亲戚家；小徐的淘宝店，也确实处于开业不经营状态，他的父母做水产生意，凌晨就要起来干活，时间不固定且忙，无法帮助抚养孙子。但是，报告最后有这样一句话：根据当地风俗习惯，孙子是自家人，而且很宝贝，更是家族后代，男方应承担起养家育子的责任。

调查显示，小徐的淘宝店有价值15万元左右的库存，如果继续经营可以有收入来源，相对小江更有能力抚养孩子。此外，孩子一直在浙江省台州市椒江区生活，而小江的户口在南京，现只是暂住在温岭的亲戚家。

旁听席上，被邀的4名人大代表和政协委员听完庭审和观护报告后，在休庭间，各自表达了观点和建议：

“恒恒此前一直在椒江生活，变更其生活环境不利于他的成长。”

“小江居无定所，户口虽在南京，但并不生活在南京，与男方分居后暂住在温岭亲戚家。”

“虽然庭审中双方均表示没有工作和收入，但是小徐目前有淘宝库存，可以继续经营，可以有收入来源。较小江暂无工作的情形来说，更有能力抚养孩子。”

“男人就应该要承担起养家育子的责任。”

认真参考了观护报告及人大代表、政协委员的评估意见后，廖媚当庭宣判：小江、小徐共同生活期间，恒恒随双方在椒江生活，其后又在温岭上幼儿园，生活、学习所在地均在台州市范围内，不改变环境更有利于恒恒成长，小徐也具备相应的抚养能力和抚养条件。综合实际情况，法院判恒恒由小徐抚养，小江支付抚养费。

法官难事无巨细借力观护评估员

在离婚案件中，夫妻双方为了自身利益考虑，会在未成年子女的抚养问题上产生分歧，要么都想管，要么都推诿不管。未成年人心智未成熟，有时很难准确表达意愿，导致孩子的权益受到侵害。

廖媚介绍，像小江和小徐这样的情况在离婚案件中并不少见，但在一般情况下，离婚案件中涉及抚养权的案情往往错综复杂，仅听当事人描述，难以全面真实了解未成人的生活环境。法官通常也不可能事无巨细地去原、被告处作

调查。基于此,法院探索应用观护评估机制,委托观护调查员,作详细的调查和分析,并邀请人大代表政协委员对调查内容发表评估意见,取得了良好的审判效果。

类似情形也发生在浙江宁波。今年4月,宁波市海曙区法院首次在浙江省内尝试在离婚、监护、收养等涉及未成年人人身权益的案件中,引入观护评估制度,并确定了由12位公检法司退休老同志、两位热心于帮教未成人的老师组成的“银发护苗工作室”,及由宁波市妇联、海曙区妇联、中国人寿保险股份有限公司宁波市分公司共同出资成立的“宁静港湾”婚姻家庭服务中心两家机构,来推举社会观护员,以最大限度保护未成年人权益。

据不完全统计,除了浙江法院系统,北京门头沟法院、上海长宁法院等均在民事审判中不同程度地运用观护制度,并取得了良好的审判效果。

#### 中立第三方保证孩子权益

要保护未成年人民事权益的实质正义,必须依赖大量的信息来帮助法官作出判断,仅凭法院的力量目前还无法实现。因此,温岭法院自2015年5月开始尝试在离婚、收养监护、抚养等涉及未成年人人身权益的案件中,引入观护评估制度,以最大限度地保护未成年人的权益。

一个多月来,温岭市法院除了在离婚、抚养等民事案件中适用观护评估制度,还将其引入未成年人刑事案件审判中。作为独立于刑事诉讼程序外的第三方力量,截至6月底,观护调查员已参与温岭法院受理的未成年人案15件,为18名涉案未成年人提供了观护服务。

“如果只听当事人自己讲,未必都是事实,有时双方为了各自利益会故意说反话,如果有中立的第三方帮忙实地调查,提供评估意见,效果会好很多,也能提高法院的裁判效率。”温岭法院松门法庭庭长陈骏说。

所谓观护评估制是指法院委托社会人士,在审理离婚、收养等家事纠纷涉及未成年人人身权益的案件中,进行家庭走访、社会调查及提交观护报告等,并邀请人大代表政协委员对观护报告提出评估意见,为法院判决提供参与的一项制度。

观护调查员及参与评估的代表委员需要有一定的社会阅历,最好具有心理学、教育学及法律方面的基本知识。目前,观护调查员主要从人民陪审员、人民调解员、村居干部及特邀监督员等群体中选取,在法院事先告知当事人的情况下,由法院委托,以其独立地位依法履行其公益性责任。一般,温岭法院会指派两三名观护调查员进行联合调查,针对不同的调查对象,采用观察、交流等方式,全面了解未成年子女意愿、心理情感生活状况;双方父母的健康情况、知识水平层次,抚养能力,既往履行抚养的境况;祖父母、外祖父母的抚养意愿;抚养环境的衍展及当地的风俗等信息。在此基础上,制作出比较客观、详尽的观护报告,其后将报告提交法院,法院再邀请3至4名代表委员对报告进行评估,让他们提出接地气的意见,有助于法官作出客观全面的裁决。

据介绍,调查员主要承担职能有两个:一是法庭审理前的社会调查,通过社会调查了解涉案孩子的成长经历、性格特点、社会交往、家庭和社会环境等,以便司法机关能够根据不同情况作出相应的司法处理,更好地帮助他回归社会。另一方面是承担合适成年人的责任。温岭法院审理的未成年人案件里,60%以上都是外地户籍,许多孩子的父母由于路途遥远、经济困难、外出打工等各种原因无法找到,因此无法在开庭时参加审理。温岭法院少年庭庭长王若胜说:“这时就需要观护调查员作为其代理监护人参加庭审,一方面维护未成年被告人的诉讼权利,同时,可以缓解孩子紧张的心理。”

温岭市人大常委会法工委主任林晨认为,作为中立的第三方,观护调查员可以更客观地了解到夫妻俩私底下真实的情感状况;相对于法官的身份,评估员提出的建设性意见,更容易让当事人接受。浙江工业大学法学院教授张兆松则表示,这同时也是一种监督方式,可以有效避免法官在审判过程中出现倾向性,确保司法公正公开。

### 新规:个人无偿赠与房地产,不用再办理公证手续(2015)

2015年07月06日 法客帝国

国家税务总局关于简化个人无偿赠与不动产 土地使用权免征营业税手续的公告

国家税务总局公告2015年第50号

为切实减轻纳税人负担,现将简化个人无偿赠与不动产、土地使用权免征营业税手续的有关事项公告如下:

个人以离婚财产分割、赠与特定亲属、赠与抚养人或赡养人方式无偿赠与不动产、土地使用权,符合《财政部国家税务总局关于个人金融商品买卖等营业税若干免税政策的通知》(财税〔2009〕111号)第二条免征营业税规定的,在办理营业税免税手续时,无需提供房产所有人“赠与公证书”、受赠人“接受赠与公证书”,或双方“赠与合同公证书”。【法客帝国按:《财政部国家税务总局关于个人金融商品买卖等营业税若干免税政策的通知》(财税〔2009〕111号)第二条规定,“二、个人无偿赠与不动产、土地使用权,属于下列情形之一的,暂免征收营业税:(一)离婚财产分割;(二)无偿赠与配偶、父母、子女、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女、兄弟姐妹;(三)无偿赠与对其承担直接抚养或者赡养义务的抚养人或者赡养人;(四)房屋产权所有人死亡,依法取得房屋产权的法定继承人、遗嘱继承人或者受遗赠人。”】

本公告自2015年7月1日起实施。此前尚未进行税务处理的,按照本公告规定执行。《国家税务总局关于加强房地产交易个人无偿赠与不动产税收管理有关问题的通知》(国税发〔2006〕144号)第一条中“属于其他情况无偿赠与不动产的,受赠人应当提交房产所有人‘赠与公证书’和受赠人‘接受赠与公证书’,或持双方共同办理的‘赠与合同公证书’”同时废止。

特此公告。

国家税务总局  
2015年6月29日

### 2014年人民法院涉台司法协助案件统计表

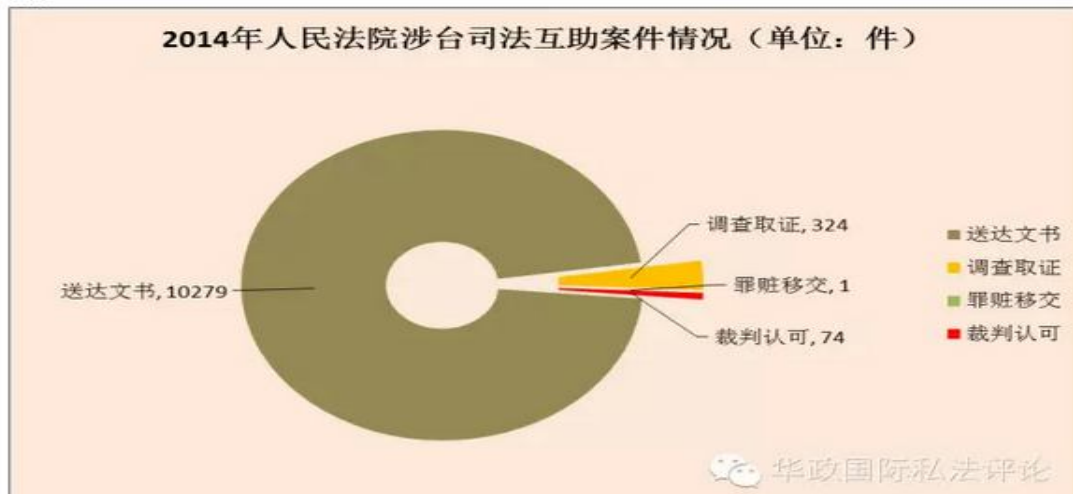
2015年07月06日 华政国际私法评论 作者： 最高院

附件 1：  
人民法院涉台司法协助案件有关统计图表

图表 1：

2014年人民法院涉台司法协助案件统计表（单位：件）					
案件类型	送达文书	调查取证	罪赃移交	裁判认可	总计
2014年	10279	324	1	74	10678

图表 2：



图表 3：

2009年以来人民法院涉台司法协助案件统计表（单位：件）									
年度		2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015年1-5月	总计
送达文书	请求	0	85	270	1946	2976	3190	1408	9875
	受请	1167	7365	5906	5866	5936	7089	2321	35650
调查取证	请求	1	8	12	69	175	176	102	543
	受请	6	116	137	122	166	148	67	762
罪赃	请求	0	0	0	0	3	1	0	4

移交*	受请	0	0	0	0	1	0	0	1
申请认可和执行台湾民事判决及仲裁裁决		26	40	56	47	72	74	20	335
合计		1200	7614	6381	8050	9329	10678	3918	47170

\*包括被害人遗属补偿金返还案件

图表 4:

图表 4:





图表5:



图表6:



### 贾汪法院五记“重拳”反家暴

2015年07月17日 徐州市贾汪区人民法院 赵妍爽

李某女与张某男于2004相识,相识后不久即同居,后举行婚礼仪式,次年生子李小明。由于张某脾气暴躁,在婚姻生活中,婚后夫妻常因生活琐事争吵,张某亦曾对李某实施家庭暴力。2010年,李某发现张某有婚外情。2011年,张某因聚众斗殴罪服刑一年。2012年出狱后不久,二人又发生矛盾,张某即对李某实施家庭暴力,并向李某写下保证,保证以后善待李某。2014年底,张某又因琐事对李某实施家庭暴力。2015年初李某因不堪家庭暴力离家出走,并于2015年5月诉至法院,坚决要求离婚。

案件受理后,在查明张某男存在上述家暴事实后,为惩治家暴“恶行”,贾汪法院积极采取各项措施,打出五记“重拳”,切实保护李某的合法权益。

一记直拳——案件审理前及时提醒

由于惧怕张某,李某在书写诉状时也不敢留下联系方式,要求委托代理人代为接收法律文书。应诉手续送达后,张某多次向承办人询问李某联系方式,出于对李某的保护,承办人员及时与李某代理人沟通,告知李某在近期要注意人身安全,避免发生意外。

编辑区添加图片模板,点击图片区域可以更换图片。

二记勾拳——庭审中对暴力倾向及时训诫

庭审过程中，张某先是声泪俱下，请求李某再给自己一次机会，待李某明确拒绝后，张某即以言语相威胁，如果离婚不会让李某有好日子过，承办人员当即对张某进行口头训诫。

编辑区添加图片模板，点击图片区域可以更换图片。

#### 三记摆拳——庭审结束临时庇护

庭审结束后，张某向承办人员提出要与李某单独谈谈，李某明确拒绝，并向承办人员说明非常担心张某采用激烈手段将自己强行带回家中，透过法庭窗户，张某的一帮朋友正聚集在法庭不远处，为防止发生意外。承办人员将李某带回临时庇护所并安排午餐，为李某提供一个充满司法温情的港湾。

编辑区添加图片模板，点击图片区域可以更换图片。

#### 四记刺拳——适时安全送达

因本案张某当庭显现的暴力苗头，为避免意外发生，在法院采取强制措施前，由法院统一安排车辆将受害人送至安全居所。

编辑区添加图片模板，点击图片区域可以更换图片。

#### 五记组合拳——下达保护裁定

张某在法庭外因没有见到李某，即赶至李某父母住处，将李某父母房门强行打开，向李某父母要人，在得知这一情况后，承办人员电话告知李某父母及时报警固定证据，并向李某释明是否需要向法院申请人身保护，李某随即向法院申请人身保护。法院针对此情况，在 24 小时内向张某及当地派出所下达了人身保护裁定，禁止张某在 6 个月内殴打、威胁、骚扰李某及直系近亲属。

### 无证婚姻 夫妻关系如何证明

2015 年 07 月 20 日 人民法院报

时间：2015 年 7 月 14 日 9 时

地点：河南省许昌市中级人民法院第十七审判庭

案由：买卖合同纠纷

案情：张霞（化名）诉称，丈夫侯某生前在外有 35 万元的买卖合同债权，但因未能提供结婚登记证明，一审法院认定其以买卖合同纠纷要求被告支付货款，诉讼主体不适格，裁定驳回起诉。张霞不服，提起上诉。

#### 案情回放

侯某是一家铸造厂的老板，和彭某是多年的合作伙伴。2014 年 3 月，经核算，彭某欠侯某货款 41 万元。

彭某提议，他出售给购货商韩某价值 35 万元的配件，货款尚未收回，由韩某直接将货款支付给侯某抵账。征得韩某同意后，三方达成口头协议。

后侯某因车祸死亡。与侯某共同生活并育有一子一女的张霞主张权利，但韩某拒绝向张霞支付货款。

2014 年 12 月，张霞以买卖合同纠纷为由诉至法院，要求韩某支付货款 35 万元及相应利息，第三人彭某承担连带清偿责任。

庭审中，韩某认为张霞不是侯某之妻，诉讼主体不适格。

张霞称，2007 年和侯某登记结婚，后结婚证遗失未予补办。因在民政部门未能查询到结婚登记备案信息，张霞提供了户口簿、村委会证明、出生医学证明、出生婴儿介绍信、新生儿补录审批表等，证明和侯某存在夫妻关系，具有诉讼主体资格。

一审法院经审理认为，根据《婚姻登记条例》规定，夫妻关系应以民政部门的登记为准，张霞未能提供合法有效的夫妻关系证明，也未能举证证明与被告或第三人存在买卖合同关系，诉讼主体不适格，裁定驳回起诉。

#### 庭审现场

##### 户口簿能否证明夫妻关系

张霞认为，户口簿等证据足以证明她和侯某系夫妻关系，具有民事诉讼主体资格。

法庭上，韩某表示认可张霞和侯某“是人们生活中所说的夫妻，但婚姻是法律概念，未办理结婚登记手续，在法律上就非合法夫妻。”因此，张霞无权起诉，不具有诉讼主体资格。

同时，韩某辩称，对张霞提供的户口簿和村委会证明的真实性无异议，但从证明内容来看，公安机关是户籍管理机关，户口簿只能证明居民户籍情况，而不能证明婚姻状况；张霞虽生育有两名子女，但出生医学证明、出生婴儿介绍信、新生儿补录审批表仅能证明子女和侯某、张霞之间存在血缘上的亲子关系，不能证明张霞和侯某是夫妻。

张霞则认为，上述证据尤其是户口簿均是由国家机关颁发的具有法律效力的文件，上面记载的夫妻关系信息同婚姻登记具有同等效力，不能以民政部门未能查询到婚姻登记信息为由否定其证明效力。

#### 提交的新证据仍被质疑

为进一步证明存在夫妻关系，张霞向法庭提交了两份新的证据，从民政局婚姻登记处调取的《结婚登记审查处理表》，以及她本人和侯某分别作出的《申请结婚登记声明书》。另外，还出示了一审庭审笔录复印件，证明在一审庭审中，其公婆作为证人出庭，明确表示张霞是自己的儿媳。

双方质证中，韩某对张霞仍未能当庭提供关键证据——结婚证或结婚登记备案信息提出质疑。

韩某指出，因在民政部门未能查询到张霞的结婚登记备案信息，无法核实这两份证据的真实性；根据《婚姻登记条例》规定，民政部门是证明婚姻状况的唯一合法机关，夫妻关系应当以民政部门的登记为准；婚姻关系是身份关系，必须绝对真实，不适用当事人自认和证人证言。

同时，韩某的代理人援引婚姻法第八条称：“要求结婚的男女双方必须亲自到婚姻登记机关进行结婚登记……取得结婚证，即确立夫妻关系。未办理结婚登记的，应当补办登记。”说明夫妻关系存在的证据只能是结婚证或婚姻登记机关出具的领取结婚证的证明。张霞没有提供结婚证和结婚登记备案信息，其提供的证据不能证明与侯某存在合法有效的夫妻关系，不具有诉讼主体资格。

能否以买卖合同起诉

张霞认为，自己提供的证据可以相互印证，形成了一个完整的证据链条，能够证明夫妻关系存在，具有诉讼主体资格。

张霞强调，第三人彭某拖欠的货款处于张霞和侯某的夫妻关系存续期间，应为夫妻共同财产。后经协商，彭某将债务转移给韩某，这一行为符合合同的变更和债务的转移，韩某成为新的债务人。那么，既然是夫妻共同财产，自己当然有权主张权利。债务转让后，韩某没有履行债务，应与第三人共同承担连带清偿责任。

对此，韩某认为，在买卖合同一方当事人侯某去世后，合同债权应作为遗产，由侯某的父母、子女继承后主张。而张霞不是买卖合同的相对人，也没有证据证明她和侯某具有合法有效的夫妻关系，不享有继承权。因此，张霞以买卖合同纠纷起诉没有法律依据，请求驳回其诉讼请求。

该案将择期宣判。（李锐 徐晓勇 王黎明）

## 青岛中院《关于婚姻家庭案件中实施家庭暴力“禁止令”的意见》

2015年07月20日 山东高法

为预防和制止家庭暴力，依法维护妇女、儿童及其它亲属的合法权益，促进家庭和谐稳定。依据《民事诉讼法》、《婚姻法》、《妇女权益保障法》以及相关法律法规、司法解释的规定，结合我市家庭暴力案件的实际情况和审判实践，现对婚姻家庭案件中实施家庭暴力“禁止令”提出如下意见。

第一条 禁止令是法院为保护家庭成员的人身安全，确保民事诉讼活动的顺利进行，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十条第十一项等法律规定，通过裁定的形式作出的民事强制措施。

第二条 下列四类案件可以申请禁止令：

- 1、婚姻、赡养、扶养等家庭纠纷案件
- 2、继承案件
- 3、婚姻自主权、人身自由权、人身损害赔偿等人格权纠纷案件
- 4、涉及家庭暴力的刑事自诉案件

第三条 禁止令的申请人是家庭暴力的受害人，且与被申请人存在婚姻、家庭关系。受害人因客观原因无法自行申请的，受害人的近亲属或所在单位、居（村）委会、妇联等可以代为申请

第四条 受害人向法院申请禁止令，应提供证据证明受害人或其家庭成员置身于家庭暴力现时危险或可能存在家庭暴力危险。

第五条 受害人提交的证据可以是伤情照片、医院病历、报警（出警）记录、证人证言、书面证据、视听资料、社会机构的相关记录或证明等。

受害人因客观原因不能自行收集证据的，经受害人申请，或者法院认为确有必要时，可以依职权调取、收集、保全相关证据。

第六条 受理禁止令申请后，法院应当立即进行审理，在7日内作出书面裁定，并及时送达当事人及当事人所在辖区内的派出所、居（村）委会协助执行。

第七条 禁止令可以包括下列一项或多项内容：

- 1、禁止被申请人殴打、威胁申请人或其家庭成员。
- 2、禁止被申请人跟踪申请人，或通过电话、信件、短信、网络等方式骚扰申请人。
- 3、有必要的并且具备条件的，可以责令被申请人暂时搬出双方共同居住的住所。
- 4、禁止被申请人在距离申请人住处、学校、工作单位或其他申请人经常出入场所的200米范围内活动。
- 5、禁止被申请人对其未成年受子女行使监护权或探视权。
- 6、禁止被申请人对申请人居住的房屋及其他价值较大的财产进行处分。
- 7、责令被申请人给付申请人及其抚养的家庭成员生活费、医疗费或其他必要费用。
- 8、为保护申请人及其家庭成员所必须的其他救济措施。

第八条 禁止令分为紧急禁止令和长期禁止令。紧急禁止令有效期为15天，长期禁止令有效期为3个月至6个月。情况特殊的案件，经批准，最长期限可延至判决生效之日。

第九条 被申请人违反禁止令的，法院视其情节轻重，予以训诫、责令具结悔过、拘留。构成犯罪的，移送公安机关处理或者告知受害人提起刑事自诉。

被申请人经处罚后再次违反禁止令的，法院可加重处罚，包括追究其拒不履行裁定（判决）罪。

第十条 申请禁止令不缴纳费用。

第十一条 本意见由青岛市中级人民法院审判委员会负责解释。

第十二条 本意见自 2012 年 3 月 8 日起施行。

来源：青岛中院

## 冲动离婚的缓冲带 婚姻危机的救火员 湖南省全面建立婚姻家庭纠纷专业性人民调解委员会

2015 年 7 月 20 日 中国妇女报 彭迪 记者 邓小波

“如果没有你们，我这个家肯定散了！太谢谢你们了！”在湖南常德市鼎城区民政局婚姻家庭纠纷专业性人民调解委员会的调解室里，王芳（化名）紧紧握住专职调解员胡爱英的手，激动不已。

王芳早年不顾家庭反对，与丈夫结婚，本希望与丈夫共同打造美好生活，没想到近年来丈夫沉迷于赌博，夫妻俩矛盾不断升级，吵闹不休，孩子的学习也一落千丈。绝望的王芳将丈夫约到民政局，决定与丈夫离婚后跳楼，结束痛苦的人生。胡爱英作为一个经验丰富的调解员，发现了王芳的极端情绪，把她和丈夫带到调解室进行长谈，打消了两个人登记离婚的打算。之后，胡爱英又多次与两人约谈，教育帮助王芳的丈夫改掉赌博恶习，两夫妻重归于好，开始经营自家的卤菜店，家庭重回正轨。

这是常德市鼎城区婚调委调解成功的几百对夫妻中的一对，区妇联、区民政局、区司法局共同建立的这个婚调委，在短短一年的时间里，先后为 226 对前来注册离婚的夫妻开展调解，成功挽回了 185 个即将破碎的家庭，成功率高达 81.86%。

“婚姻家庭纠纷专业性人民调解委员会”是湖南省妇联与湖南省司法厅、湖南省民政厅共同探索，为及时化解婚姻家庭纠纷，加强危机婚姻干预，构建和谐婚姻家庭关系所建立的机构。2014 年 5 月 12 日，省妇联、省司法厅、省民政厅联合下发《关于在县市区建立婚姻家庭纠纷专业性人民调解委员会的通知》。文件对婚调委的组织建设、队伍建设、经费保障机制、工作内容程序和要求进行了翔实的说明，要求以方便群众的原则在婚姻登记处附近建立婚调委或婚姻家庭工作室，对面临危机的家庭实施干预和调解。截至 2015 年 6 月，全省共建立区县级婚调委会 30 个，聘请专兼职调解员 482 人。在一年试点工作中，各试点接受咨询的夫妇数为 7011 对，其中当场调和 1782 对，调和率达 41.3%。例如，长沙市天心区一对年轻夫妻要求办离婚，婚调委专职调解员询问原因，原来是妻子由于家庭矛盾，不准孩子回家看望爷爷奶奶，丈夫劝说无果，一气之下提出离婚。调解员劝说后，女方终于认识到自己的错误，夫妻重归于好。再如，株洲天元区一对小夫妻在婚礼前三天因小事闹翻，欲办理离婚手续。区婚调委的调解员分别与夫妻二人交谈，气氛缓和下来让其二人一起喂金鱼，婚调委送上一对瓷娃娃作为纪念品，小两口高兴地牵着手回家了。

现有的婚调委试点都是以妇联、司法、民政三部门共同建立，由民政部门在当地离婚登记处附近提供办公场地，或租用附近场所办公，司法部门提供专业指导，妇联组织具体管理协调。在株洲天元区、常德鼎城区、郴州苏仙区等试点区县还将财政、公安、法院、综治、计生、残联、政务服务中心等部门纳入婚调委组成部门，多部门合作直接增强了工作力量。婚调委工作有序开展，得到了当地政府领导的肯定。据不完全统计，试点婚调委共获得当地政府、妇联组织、司法部门的专项经费支持共计 130 万元，办公场所总面积达到 1010 平方米。

婚姻家庭矛盾多元化对调解员的生活经验、专业素质、个人综合能力提出了更高要求。试点区县不满足于现有的以妇联、司法、民政干部为主的调解员队伍，还另外聘请具有丰富工作经验的退休老同志、热心矛盾调解的社区工作者等专业调解人员充实队伍，在张家界永定区、益阳赫山区、平江县等试点区县逐步形成了一支由专职律师、社会工作者、社区工作者、矛盾调解志愿者形成的高水平、专业化的调解员队伍，以更强的能力应对复杂的家庭矛盾，适应矛盾调解需求。有的调解员还创造出了甜蜜爱情回忆法、走心法、察言观色法等调解方法，效果非常明显。

婚姻家庭纠纷调解工作是创新社会治理模式的体现，婚调委也是妇联、司法、民政共同为解决婚姻家庭问题、维护家庭利益、促进社会和谐的创新工作之举，符合政府购买服务的相关要求，下一步，湖南省将继续扩大试点，加强规范化管理，争取各级政府支持，在经费、人员、政策等方面给予更多的保障，保证工作继续开展并逐步全面覆盖。

## 夫妻借精生子 离婚争抚养权 一审孩子判给母亲 父亲不服上诉

2015 年 7 月 27 日 北京晚报

张先生没有想到，自己的离婚官司一打竟是 7 年，双方争执不下的是两人通过人工授精获得的女儿乐乐（化名）。近日，此案二审在北京市一中院开庭审理。法庭上，张先生与妻子王女士对乐乐的抚养权据理力争。

“我是孩子唯一的父亲”

开庭前，今年 43 岁的张先生接受记者采访，讲述了自己与女儿的身世。

张先生称自己出生在我国西北某卫星发射基地，因为辐射等原因，导致身体受到一些影响，但在婚后他才知道自己的精子质量不行，无法生育。夫妻俩商量后决定通过人工授精生育一个孩子。

2004 年，女儿乐乐的出世，让一家人欢欣不已。对这个没有任何血缘关系的女儿，张先生视为己出。“我没让她用过一天尿不湿，所有的尿布，都是我亲手来洗”，“那年她被母亲带走，回来瘦了好多，原来的圆脸变成了尖

的，我就给她熬中药，一天两个小时……”说到这些，这位父亲的眼圈红了。

结婚后，妻子王女士与张先生的父母常因生活琐事争吵，导致夫妻间嫌隙越来越大。2008年，两人开始分居，一年后王女士一纸诉状将他告上法庭，要求离婚并获得孩子的抚养权，此后两人陷入了漫长的离婚官司。

张先生表示，虽然女儿与自己没有血缘关系，但他不会放弃孩子的抚养权。张先生大声说：“我是孩子在世界上唯一的父亲！”

一审孩子判给了母亲

一审中，王女士主张女儿由自己抚养，张先生支付自2013年12月1日起至乐乐成年之日止的抚养费每月2000元以及双方分居期间乐乐与其一起生活的抚养费共计106000元。另外，就三套房产、一个车位以及家用电器等财产进行分割。

张先生则不同意离婚，他认为离婚会对孩子产生不利影响，如果离婚则要求孩子由他抚养。另外，张先生主张王女士所说的房产、车位购置款都是其父母支付的，不属于共同财产，因此不同意分割。另外王女士开走的一辆汽车和账户内存款、股票账户内的钱款属于共同财产，应该进行分割。

一审法院经审理判决，王女士起诉要求离婚，法院予以准许。考虑到女儿由母亲抚养对其生活更为有利，且王女士具有抚养乐乐的经济条件，判定女儿由母亲抚养，同时张先生支付抚养费每月2000元至乐乐18周岁为止。同时，张先生名下的三套房屋，其中两套归张先生所有，一套归王女士所有，同时根据房屋的价格，判决张先生支付王女士450万元折价款。

张先生不服一审判决，上诉至一中院。

二审双方表示愿和解

法庭上，昔日夫妻为了孩子与房子怒目相对，争执不下。

张先生在法庭上说，他对一审判决结果不能接受的地方是，房子是由父母出资购买的，他不愿再支付折价款给王女士，同时，他要求女儿归自己抚养。

坐在对面被上诉人席上的王女士两度哽咽落泪，她说自己在外企工作，张先生作为公务员收入很低，买房的钱都是自己辛苦攒下的工资。“离婚时我就说我就要一套房子和50万，孩子给我，他不同意，我才起诉离婚的。”

庭上，双方表示愿意和解，但都拿不出具体方案，此案未当庭宣判。

## 父亲离婚放弃周岁儿子 30年后诉儿讨赡养费 儿子当庭质问

### 你没养我 我为何要赡养你？

2015年07月27日 北京晚报 张宇

本报讯 “你没抚养我，我为何要赡养你？”这是开庭时，王伟面对30年未曾谋面父亲的质问。30年前，张先生与妻子离婚，刚满周岁的儿子跟随母亲生活，并改母姓，叫王伟。30年后，张先生将儿子王伟起诉，索要赡养费，并要求儿子探望自己。王伟断然拒绝。近日，房山法院开庭审理了此案。

原告张先生今年67岁，他在起诉状里称，他与妻子王丽娟1983年结婚，婚后育有一子。1985年，张先生与妻子因为性格不合离婚，至今未婚。离婚后，刚满周岁的儿子跟随母亲生活，并随母姓，叫王伟。

在法庭上，当法官确认出庭人身份时，作为亲生父子，原被告都称自己不认识对方。

“由于本人未尽到做一名父亲的责任，我身心不安，深感愧疚，对不起娘俩”，张先生说，“但是，我在2010年分两次给了前妻5.6万元，用于王伟结婚，给钱的时候王伟都不在场。”

“作为自己的亲生子，被告应对自己进行赡养。我现要求被告每月给付生活费、医药费800元；若生病，医药费由被告承担；并要求其在春节等传统佳节时对自己进行探望”，张先生理直气壮地说。

王伟没有答辩，而是由其母亲代理。“原告给我钱时，我坚决不要，原告说你不要就扔垃圾箱里吧，最后我就把钱收下了。因为王伟从小心灵就受创伤，所以我没和孩子说这事。”

“王伟的女儿今年3岁，妻子是残疾人，家庭生活并不宽裕，而且，目前王伟没有固定工作”，王伟的母亲称儿子还有一家老小要养。

“30多年了，从我记事开始，就没见过他，就算在大街上遇到，我俩也是陌路人。再说，我没有花过他一分钱，而且钱也是买不到我的感情的”，被告王伟说，“刚接到原告的起诉状时，我觉得可笑，之后又觉得可气：早知今日，何必当初！”

此案未当庭宣判。（当事人均为化名）

法律

解读

子女必须赡养父母吗？

赡养父母天经地义，我国《婚姻法》第21条规定：子女对父母有赡养扶助的义务，“但是，并不是所有的子女，在任何情况都必须履行赡养义务”，北京立圣律师事务所的付鹏博律师说。

“婚生子女、非婚生子女或养子女不能将父母是否对其履行了抚养教育义务作为自己履行赡养父母义务的前提，但具体的抚养费数额还要依据子女的经济状况”，付律师说，“但是，父母犯有严重伤害子女感情和身心健康的罪

行的，例如父母犯有虐待、遗弃子女罪行的等等，如有上述犯罪，子女可在诉讼中作为抗辩的理由。”

儿子或女儿去世后，儿媳妇或女婿是否有赡养公婆或岳父母的义务呢？付律师称，法律没有明确规定，因此也不能勉强。

《婚姻法》第 27 条规定：继父或继母和受其抚养教育的继子女间的权利和义务，适用本法对父母子女关系的有关规定，而且生父母与继父母离婚后，受继父母抚养教育的继子女应当履行赡养义务。

“但是，像家里老人丧偶后，又找了新老伴，未受继父母抚养教育的继子女，则没有赡养继父母的法定义务”，付律师说。

## 民政局将结婚证办成离婚证 女子将错就错嫁他人

2015 年 07 月 30 日 成都商报

42 岁的宜宾高县人钟福培刑满释放回家后，发现自己的合法妻子陈某竟然变成了别人的合法妻子，而他持有的结婚证和陈某现任丈夫持有的结婚证，都是民政局颁发的。

7 月 28 日，高县民政局婚姻登记处经办人李定红承认，自己误将陈某的结婚证信息打印在了离婚证上，而陈某将错就错拿此证另和他人结婚。

目前，高县民政局已将李定红停职，并报告县纪委。钟福培则向法院提起刑事自诉，控告妻子犯重婚罪。

### 离奇遭遇

出狱发现自己“被离婚” 妻子已和他人结婚，还生了孩子

钟福培想不明白，自己在监狱服刑，既没有收到妻子的离婚协议，也没有收到法院判决书。在自己毫不知情下，老婆怎么就变成了别人的老婆？

42 岁的钟福培是高县双河乡千秋村农民，幼年丧父，没念过书。2011 年 12 月 11 日。他因抢劫被抓，后被判刑三年六个月。今年 6 月 18 日刑满释放后，钟福培补办户口，发现妻子陈某在自己不知情的情况下将户口从自己家迁走，而且已和他“离婚”。钟福培到婚姻登记机关了解得知陈某已和李某登记结婚，并生育了小孩。而陈某在和李某登记结婚时，居然提供了由同一婚姻登记机关核发的离婚证。

钟福培想不明白，自己在监狱服刑，既没有收到妻子的离婚协议，也没有收到法院判决书。在自己毫不知情下，老婆怎么就变成了别人的老婆？根据钟福培出示的结婚证，他和陈某于 2010 年 7 月 22 日在高县婚姻登记处登记结婚，此后陈某的户口从云南镇雄县皮坡村民小组迁至高县双河千秋村钟福培家。

据钟福培介绍，他和陈某是在外地打工时认识的，陈某比他年轻 13 岁。刚结婚时，两口子关系很好，很快就有了孩子。钟福培平时在工地干活，挣钱不多。而陈某为了带孩子，没有上班。一家三口的开支越来越紧张。后来，钟福培铤而走险，抢劫被抓。

钟福培的四哥钟福余告诉成都商报记者，钟福培被抓不久，陈某就将孩子送回老家，由其 70 多岁的奶奶带。2013 年，陈某曾多次致电钟福余，想拿钟福培的户口簿去办离婚，但钟福余始终未答应。因此，数年来钟福培的户口簿一直保留在钟福余手中。

钟福培刑满回家后，发现老婆不见了，气愤的他质疑高县婚姻登记机关违法开具了离婚证，又违法为陈某、李某办理了结婚证。因此，他通过网络、市民热线等，要求高县民政局给个说法。

7 月 27 日，钟福培向高县人民法院提起刑事自诉，控告陈某犯有重婚罪。

### 怎么回事？

妻子补办结婚证

民政局经办人把结婚证错拿成离婚证

“我核实了她的相关情况后，就按照程序给她补办结婚证。当时离婚证和结婚证放得很近，颜色又像，一不注意就把空白结婚证错拿成空白的离婚证。”民政局经办人称。

据高县民政局婚姻登记处经办人李定红回忆，2014 年 2 月中旬，陈某带着身份证和云南户口簿到婚姻登记处补办结婚证。“她说丈夫因抢劫坐牢，过不下去了，需要重新补办结婚证用来起诉离婚。我核实了她的相关情况后，就按照程序给她补办结婚证。当时离婚证和结婚证放得很近，颜色又像，一不注意就把空白结婚证错拿成空白的离婚证，并打印上 2010 年陈某与钟福培的结婚信息。”李定红说，她打在离婚证上的，是陈某和钟福培的结婚信息，然后贴上了陈某提供的并排照，并盖钢印。陈某持证离开，并无异议。

大概 10 来天后，2014 年 2 月 24 日，陈某与高县庆岭乡人李某来登记结婚。陈某提供云南省镇雄县户口簿，登记日期为 2010 年，婚姻状况为未婚，身份证上的信息也显示为云南省。李定红在录入陈某的信息时，发现她与钟福培没有离婚，于是提出异议。陈某说已离婚，她有离婚证。李定红未细看，要求陈某复印离婚证留底。

“我确认了他们的身份证和户口簿，两人在婚姻登记处填写的《结婚申请声明书》和《婚姻登记声明书》上均填写的是未婚，在核查他们提交的资料符合相关规定后，我就为两人办理了结婚登记。”李定红说，由于离婚证不是结婚时的必要证件，所以在审核的时候就没有仔细检查。

李定红告诉成都商报记者，她是在钟福培找到民政局后，才知道自己把证件给陈某办错了。李定红说：“据我事后了解，陈某手上拥有 2008、2010、2011 年三个户口证明和云南镇雄县、四川高县两个身份证，分别是陈某结婚前在云南和结婚后在四川宜宾的证件。其中 2010 年的户籍证明，是在陈某将户口迁到高县双河乡之前在云南镇

雄补办的，所以上面显示未婚。”

李定红说，发现证件办错后她多次与陈某的现任丈夫李某联系，告知他们的婚姻属无效婚姻，希望他们到民政局撤销，并告知陈某涉嫌重婚。但是两人说已外出打工，一直没有回来。

如何收场？

妻子准备回宜宾解决此事

现任丈夫称她离婚和再婚都合法

陈某现任老公李某称，陈某身体不好，将在医院检查后确保身体无误就会启程回到宜宾，专门解决这个问题。他认为，陈某因不堪忍受钟福培的家暴而离婚，其离婚和再婚都是合法的

陈某现任老公李某告诉成都商报记者，两人目前在浙江一边打工，一边照顾九个月大的孩子。由于陈某身体不好，将在医院检查后，确保身体无误就会启程回到宜宾，专门解决这个问题。李某认为，陈某因不堪忍受钟福培的家暴而离婚，其离婚和再婚都是合法的。

据李某介绍，她和陈某是在打工时认识的，当时陈某还没有离婚，两人一开始也没有深交。后来得知陈某离了婚，才正式和她交往然后结婚。当记者提出想和陈某沟通时，李某以陈某现在身体有病，耳朵听力不好，嗓子也因遭钟福培殴打说不清话为由拒绝。

李某告诉记者：“钟福培以前经常和陈某吵架，动不动就打她，还把以前租住的出租屋门都打烂了，还用刀威胁过她和她母亲。后来，钟福培又因抢劫被判刑，陈某才决心要和他离婚。”

李某认为自己和妻子结婚的相关资料都提供给了民政局，并通过审核后办理，合理合法。李某告诉成都商报记者，陈某持有高县民政局颁发的离婚证，因此他才和陈某结婚。至于离婚证上记载的是结婚信息还是离婚信息，李某称自己此前没见过离婚证，不知道。

成都商报记者 罗敏 摄影报道

部门回应

高县民政局：

确系经办人

工作不严谨

已将其停职

高县民政局副局长王庸远表示，按照相关法律法规，只要不是被暴力胁迫的婚姻，民政局就没有权利撤销。目前唯一办法是陈某和李某通过法院先解除双方的无效婚姻，陈某若坚持与钟福培离婚，可通过协商或诉讼方法解除婚姻关系，再结婚。

王庸远表示，此事确因窗口经办人工作不严谨造成。同时，也有一些客观因素，高县有53万人口，按民政部规定，婚姻登记窗口应配6个人，但高县民政局婚姻登记处只有2个人。“2个人干6个人的事情，忙中出错也是原因。”

王庸远说，接下来民政局将积极主动做好善后工作，争取早日解决问题，另一方面针对钟福培个人，将根据村、乡调查上报的实际情况，协调对钟福培予以帮扶救助，并向其提供法律援助。目前，高县民政局已对经办人李定红作停职处理，并将调查结果上报高县纪委，提请对经办人员作进一步处理。

## 家事审判庭力促社会和谐 泉州试点家事纠纷专业化审理

2015年7月28日 中国妇女报

中国妇女报记者吴军华/上官晓珍 发自泉州 “谢谢法官、谢谢所长、谢谢社区的工作人员，我们的事让你们费心了。”签署了调解协议后，当事人近日激动地对法官说，僵持了近两年时间无法解决的纠纷，你们帮我们解决了。

原告陈某原、陈某龙与被告陈某泰继承纠纷一案，陈某原与陈某泰系亲兄弟，陈某龙系两人的亲侄子，双方及各自的家人为继承祖业发生纠纷已近两年。在原告起诉至法院后，家事合议庭通过5个多月的协助调解，最终促使双方当事人互谅互让，达成调解协议。

据了解，为妥善处理各类家事纠纷，加强家事纠纷调解、法律宣传，妥善化解家事矛盾，促进家庭和睦、社会和谐，泉州市鲤城区妇联、泉州市鲤城区人民法院联合制定了《关于家事审判庭案件处理衔接工作的实施办法》。

自2015年起，泉州鲤城区人民法院作为泉州家事审判庭试点对象之一，开始试点组建家事审判庭，集中审理婚姻家庭、继承纠纷等家事案件。同时，鲤城法院还与区妇联共同设立老城区、江南片区、鲤城法院三个家事调解员工作室，通过定期坐诊、预约调解、上门调解等方式，与区妇联工作人员联动处理家事纠纷。

该家事审判庭配备了5名具备丰富家事纠纷审判经验、社会阅历、人生经验和协调能力强并善于做群众工作的合议庭成员，并根据案件需要，从妇联、未成年人教育机构或类似处理家事纠纷的陪审员中选任家事案件陪审员。另外，还有家事调查员、家事特邀调解员以及心理咨询师等人员参与家事审判庭工作，人员囊括了司法局、关工委、学校、妇联、社区等各行业领域。

“刚到法院起诉时，收到法院送给我的《家事调解建议书》，里面写到‘说起家事，幸福的家庭合不起嘴，不

幸福的家庭张不开嘴’，感觉心里的委屈一下子全都涌了上来。后来，我联系了调解法官，法官耐心细致地向我说了法院家事纠纷诉调的功能，我才有了与对方调解的想法。”何姓老伯对记者说。

“亲、和、睦、诚”是鲤城区家事审判庭遵循的理念，其在运用现代司法机制协调家事纠纷的同时，还向当事人发放《家事诉讼服务指引》《家事调解建议书》《心理疏导工作联系函》《社会帮扶建议函》等，引导当事人开展诉前调解和心理疏导。

家事审判庭本着调解、保密、保护弱势群体的原则审理相关案件，并建立诉讼引导指导制度、调查取证制度、反家暴制度、巡回审判工作制度、家事纠纷大调解工作制度等相关案件审理、调解制度。在审理过程中，通过委托家事调查员收集纠纷当事人相关情况，委托家事调解员开展诉中调解。结案后，还运用“人身安全保护制度”“跟踪回访帮扶制度”进行跟踪回访，确保案件处理效果。

据统计，2015年以来，鲤城区家事审判庭共审结家事纠纷案件42件，家事调解员参与案件陪审、调解35件，调解结案31件，接受法律和心理咨询85人次。今年8月，家事审判庭工作将在泉州市全面铺开。

## 全国首例因“非法代孕、取卵”引发的抚养权纠纷昨天做出一审判决

2015年07月30日 案件聚焦

昨天下午，焦焦在闵行法院旁听了一起特殊的抚养权纠纷案，这起案件的人物关系错综复杂，并涉及“非法代孕”和“非法取卵”，如此劲爆的案件自然引发媒体记者的集体围观。那么，案件究竟特殊在哪里？今天的微信推送，焦焦在第一时间为大家披露这起案件的相关细节。

### 事情的起因

四周岁的清清（化名）和云云（化名）是一对龙凤胎，2014年的春节期间，他们的爸爸罗先生（化名）因重症胰腺炎不幸去世，但罗先生身后留下了近2500万的遗产，于是公婆和儿媳之间便产生了矛盾，随后不久，这场抚养权争夺战也相继爆发了。

### 妈妈究竟是谁

漫长的纠纷，公婆却发现，儿媳妇竟然不是孩子们的亲生母亲!!!原来，儿媳陈女士（化名）不能生育，于是她和丈夫罗先生便想通过“买卵子”和找“代孕妈妈”的方法要个孩子。简单地说，孩子是由A女士提供的卵子，并由B女士代孕生出来的，也就是说两个孩子与爷爷奶奶有着血缘关系，但是与儿媳却没有任的血缘关系。

### 儿媳是不是孩子的妈妈

如果不是罗先生的突然离世，想必这个“惊天秘密”会被夫妻俩带到坟墓里。这场“抚养权争夺战”爆发以后，没有聘请律师的两位老人用了两个月的时间通读了相关法律，他们认为：儿媳既不是卵子的提供者也不是孕育孩子的人，根本算不上是孩子的母亲；而作为被告一方的儿媳却认为：两个孩子虽然不是自己亲生的，但与他们朝夕相处了四年，感情至深，而公婆年事已高，无法为两个幼小的孩子提供良好的生活和教育环境。

### 孩子的抚养权究竟归谁

在第一次开庭以后，焦焦分别接触了原告被告双方，深深感到这是一起审理难度非常大的案件。对于两位年过七旬的老人来说，孙子和孙女流着死去儿子的血脉，万一儿媳改嫁，两个孩子的未来令他们担忧；而在儿媳看来，她就是两个孩子的母亲，只要有爱，是不是亲生的又有什么关系呢……

### 一审判决结果

昨天下午，这起全国首例，因“非法取卵、代孕”引发的抚养权争夺案终于有了结果：法院基于《中华人民共和国民事诉讼法》中的相关规定，认为儿媳与两个孩子没有血缘关系，更无法构成拟制的血亲关系，故此判决原告爷爷奶奶享有孩子的监护权。

那么这场抚养权争夺战究竟是如何爆发的？而案件的庭审情况又是怎样的？在8月10日播出的《案件聚焦》节目当中，我们将为大家带来详尽的报道。

## 海口男子“曲折”离婚路 四上法院终于拿到离婚判决书

2015年07月14日 海口网

海口网7月14日消息（记者曾丽园 通讯员李娇萍）海口男子杨强（化名）为与现任妻子邢音（化名）离婚，自2013年开始三次上诉法院。2014年12月，杨强以夫妻感情破裂为由，第四次向海口市秀英区人民法院提起诉讼，请求判决双方离婚，“只要让我离婚，我不要任何财产。”杨强说。

据了解，杨强与邢音经朋友介绍于1994年相识，2005年结婚，两人均是再婚，分别有一儿一女。杨强说，与邢音结婚时，她是下岗职工，没有收入，但她在生活上对家庭并没有照顾，还因交不起报名费不让儿子继续读书。“我82岁的老母亲摔倒骨折，她从来都没有过问过，连看病的钱都是我跟工友借的，她还常常挑拨我的弟媳、家婆与堂哥之间的关系。”除此之外，在杨强看来，邢音还有说话不老实和性格暴躁的毛病。

“我跟她已分居两年五个月，夫妻感情早就彻底破裂了，只要能让我离婚，我不要任何财产。”2014年12月，杨强以夫妻感情破裂为由第四次向海口市秀英区人民法院提起诉讼，请求判决双方离婚。

而邢音的说法却与杨强大相径庭。邢音说，两人虽是再婚，但婚后感情很好，邢音说：“因为他不想再要孩子，我做了两次人流手术，如果我们感情不好，我怎么会这么做呢。”



同时，邢音否认了杨强称她在生活上对家庭不照顾的说法。“当时杨强没有工作，一家四口的吃用都是我那微薄的工资来承担的，儿子因为没有考上重点中学，也因为当时经济比较紧张，是杨强没有让儿子去上学。儿子长大了要工作，我就去托人找，儿子以前交的女朋友做人流，都是我在照顾。后来儿子结婚了，我还拿出7000元存款给媳妇买金饰。”邢音还表示，她尽了媳妇的义务照顾受伤的婆婆。

邢音称，因两人间有16500元的夫妻共同债务，所以前三次的诉讼法院中止了审理。后经查明，双方无共同财产及债权债务。

经四次上诉，海口市秀英区人民法院终以夫妻感情破裂为由准予两人离婚。

## 二、一般审判动态

### 诉讼财产担保保险可排除担保公司潜在风险 深圳政协委员建议在深圳市法院全面推广

2015年07月13日 法制日报人大立法 记者 游春亮

当前，广东省深圳市部分保险公司积极开发了诉讼保全责任险种，并通过了中国保监会的险种备案。其具体做法为：保全申请人先向保险公司缴费购买诉讼财产保全责任险，该保险公司向法院出具保函，当法院出现保全错误，给被保全人造成损失，由保险公司向被保全人进行赔偿，从而覆盖法院及当事人的诉讼保全风险。

这一司法创新成果，经过部分地区试点，已取得了良好效果，深圳政协委员崔军近日建议在深圳市法院全面推广。

崔军介绍，为解决当事人诉讼财产保全担保难的问题，深圳各级法院做了大量工作，比如引进担保公司提供保全担保服务。经过一段时间的实践，担保公司提供诉讼保全担保也出现了很多问题：一是各家法院接受哪些担保公司入围，虽然有明确、统一的标准，但执行过程容易走样，有些资信弱的担保公司能入围，有些资信强的担保公司反而不能入围，这种不正常现象已经被担保行业广泛诟病；二是担保公司的资质状况良莠不齐，倒闭、跑路情况时有发生；三是担保公司收费高昂，担保公司的收费标准为1%到1.5%，有些案件当事人光担保费都要花费上百万元，原因就是法院搞入围，制造垄断排除竞争，人为增加了当事人的诉讼成本。

崔军认为，如果引进诉讼财产担保保险制度，能有效解决上述问题。保险公司开发的诉讼保全担保责任险种，属于民事诉讼法规定的诉讼保全担保方式之一，该险种已在中国保监会备案，收费水平仅是担保公司的三分之一，其资信远远高于担保公司，不仅能排除担保公司给法院带来的潜在风险，还能大幅降低当事人诉讼成本。

崔军指出，通过保险公司提供保全担保的方式规避诉讼财产保全过程中的风险，也是国际通行做法。在美国，诉讼保全除了由原告自行提供财产担保外，还可以向保险公司申请购买财产保全保险。在申请人申请财产保全时，由申请人在法院扣押被告财产前向保险公司提出申请，当法院判决有利于被告时，为确保被告不会因扣押物毁损或价值减少遭受损失，由承保人保险公司补足被告的利益减损。目前，国内的平安财产保险股份有限公司、诚泰财产保险股份有限公司等也推出了相关的保险产品。该险种已在中国保监会备案。

由保险公司提供诉讼财产保全保险这种担保方式是国际惯例，在国内也取得了成熟的实践经验，不仅合法可靠，还能大幅降低当事人的诉讼成本。在当前司法改革和创新的背景下，崔军建议深圳各级法院予以接受和推广。

### 监护失职监护缺失儿童伤亡不断发生

2015年07月26日 法制日报 记者 马超

就在几天前，家住江苏省南京市的杨女士叮嘱完自己15岁的儿子王某好好在家做课后，便离家上班。放了暑假的王某满口答应，可爱玩的他没过一会儿就偷偷从家溜出，找到同村的几个玩伴到河边玩耍，意外随后发生，王某被水涡吸入。赶到的民警经奋力打捞，才将王某救出，医务人员说幸好打捞及时，否则后果不堪设想。

这只是儿童暑期安全事故的一个缩影。一年一度的暑假，对孩子们而言，可以放下紧张的学习，好好放松一下，但暑期儿童安全问题却让家长们十分担忧。有关统计数据显示，我国每天约有150名儿童因意外失去生命，占儿童死因总数的26.1%。其中，溺水、窒息、车祸、烧伤、外伤、中毒、机械窒息排在儿童意外死因的前7位。每年5至8月，则是儿童意外死亡的高发期，其中44.5%的意外伤害是发生在家中。

近期，全国各地接连发生儿童安全事故，再次给全社会敲响警钟。暑期安全，刻不容缓，法律保障进程同样需要加快脚步更趋完善。

#### 监护失职监护缺失带来现实风险

暑假期间，孩子们处于学校、家长两不管状态。天气炎热，孩子们的涉水、游泳活动增多，溺水死亡意外事故也随之多发。在江苏省苏州市，就曾发生过3名幼童全部溺水身亡的痛心事件。其中一名儿童的家长为此将街道、居委会和拆房公司告上法庭，索赔50余万元。

据佳佳的父母李先生夫妇介绍，当时年仅4岁的佳佳和其他两名幼童在苏州市吴中区郭巷一处小河边玩耍。待家长来找时，河埠头台阶上只留下一双童鞋和一辆玩具汽车。后来发现3名幼童全部溺水，经医院抢救无效于当日死亡。李先生夫妇认为，当地街道办和居委会疏于对事发河道及河边的维护和管理，致使周围村民私搭乱建，造成河道水流改变，水深增加，形成漩涡；街道和负责该片拆除工作的拆房公司在拆迁房屋后未设置警示和安全防护措施，增加了儿童进入河边的风险。

近日，苏州市吴中区人民法院审结了此案。法院审理认为，佳佳年仅4岁，系无民事行为能力人，父母放任其在无成人看管的情况下外出游玩，导致其溺水身亡，其父母未尽到照顾、保护和管理的监护职责，对佳佳的死亡有着不可

推卸的责任。虽然村(居)民委员会负有一定的公共事务管理职责,但该职责不应过度扩张。河道周围居民为生产、生活便利搭建河边驳岸及河埠头现象在江南水乡很常见,其危险性具有一定限度,且为常人所能理解和接受。法院认为,幼儿尚不能真正意识到河道危险,并且脱离看护是事故发生的直接原因,原告诉称的其余各方,均与孩子溺亡缺少内在关联性。最终,法院判决驳回了李先生夫妇的诉讼请求。

该案主审法官高为民表示,该案的发生,暴露出家长未依法尽到监护责任所带来的现实风险。根据我国民法通则、未成年人保护法及婚姻法等相关法律规定,监护人的职责是依法履行对被监护人的义务,保护其依法享有的权利。对未成年人的人身监护,主要是保护未成年人的身心健康和负责对未成年人进行教养。

除了上述监护失职现象,在农村及欠发达区域,父母因外出务工等无法履行监护职责,导致留守儿童监护缺失的问题也普遍存在。而根据未成年人保护法规定,父母因外出务工或者其他原因不能履行对未成年人监护职责的,应当委托有监护能力的其他成年人代为监护。但是对父母或其他监护人来说,确定、变更监护人容易,要真正监管又是另一回事,有了监护人并不意味着不会发生独自在家的情况。

“总体来说,监护失职监护缺失都属于民众法律意识不强,没有严格按照法律规定履行义务,从而导致儿童伤亡事件不断发生。”高为民进一步指出,其实法律对于上述问题也有处罚措施,如未成年人保护法规定,监护人不依法履行监护职责,由其所在单位或者居民委员会、村民委员会予以劝诫、制止,构成违反治安管理行为的,依法给予行政处罚。但问题是如何发现问题?又该如何执法?这些问题则需要相关立法进一步明确,使法律具有更好的实操性。

从孩子们视角进行安全警示教育

除了溺水,交通事故同样是儿童意外身亡的杀手之一。带孩子出行时,你是否让孩子离开过你的视线范围,是否闯过红灯或者不走斑马线;开车时,是否让孩子坐在副驾驶位置或是将孩子抱在怀中……如果你曾经有过这样的行为,那么,作为家长,你就失职了,因为你的孩子已经处于危险之中。

全国每年有上万名儿童死于交通意外,这其中三成的死因都是由于儿童矮小的身形,形成车辆驾驶盲区。《法制日报》记者从江苏省公安厅交警总队了解到,2014年,全省交通事故涉及12岁以下儿童伤亡的共计496人次,其中造成儿童死亡115人。从交通方式看,步行、乘坐非机动车和小客车仍是儿童交通事故死亡的主要交通方式,分别占事故总数的40.4%、33.8%和10.4%。

警方提醒家长,目前除了常见的交通事故外,还存在非交通事故导致儿童伤亡的事件。就在几天前,苏州市某停车场内,一名年轻妈妈停好车后,将钥匙和孩子都留在车上,不料车子自动上了锁,后在消防部门的及时帮助下,孩子才得以迅速脱险。不过,在湖南湘潭的一名4岁男童就没有这么幸运,一个月前,男童的父母将孩子遗忘在车内长达6个多小时,等家人回过神时为时已晚,由于车内温度过高,导致孩子窒息死亡。

近日,南京市公安局秦淮分局做了一组实验,警车在阴凉处开空调的情况下,车内温度为24℃,车辆熄火暴晒一刻钟后,车内温度超过家用温度计50℃的最大值,使用红外测温仪测量方向盘台面温度高达68.5℃。“如果是在阳光直晒的环境下,这个温度还会更高。”民警提醒家长,暑假期间很多父母会开车载着孩子外出,但千万不要将小孩遗忘在车内,以免发生危险。

“不论是在公共场所还是家中房屋,都很难做到三步一岗五步一亭,保障儿童暑期安全,教育必不可少。”儿童安全领域专家认为,目前最有效和可行的办法就是加大安全教育的力度和频次。警方同时提醒,儿童天性好奇,喜欢嬉戏,除了家长切实履行监护职责,应针对孩子的个性,用孩子的视角发现安全隐患,用孩子的思维方式对其进行安全教育。不仅要把“危险地带”“游戏风险”告诉孩子,还应通过警示教育和安全指引,让孩子更好地掌握自救本领。比如在交通安全领域,家长应该提高孩子“看见”和“被看见”的能力,“看见”就是要教孩子能够看清整个交通环境;“被看见”就是家长要增加孩子在马路上被司机看到的可见性,比如给孩子戴小黄帽,着颜色鲜亮的衣服或者就是佩戴反光牌。

既然家长在儿童安全教育方面有着举足轻重的地位,那么现实情况怎样呢?记者采访多位儿童家长发现,不少家长对安全教育了解有限,个别家长则主要依赖于孩子的在校安全教育。对此,江苏口岸中学校长、法学博士封留才坦言,做好少年儿童安全保护工作,需要全社会合力解决,家长不应过度依赖社会力量,父母是孩子成长的第一老师,父母在身边时更容易发现问题,有更多机会进行安全教育,也更有针对性;对于社会,则应将教育与防范相结合,常态化开设安全教育课,建构安全教育工作考核机制,提高少年儿童必要的防范意识和能力,改进教育方法,充分发挥社区教育的功能,形成儿童安全教育立体网络。

政府应购买服务建正规托管机构

由于要上班,很多家长会在暑假期间将孩子送到托管班。但是,大多数托管班并没有任何资质。在南京鼓楼区阅江广场的一栋公寓内,有一个托管班,每到放暑假,就有家长把孩子送到这里。记者注意到,托管班房屋的窗户边放有两张上下铺的床,窗边虽然有栏杆但很低,如果小朋友翻过去,打开窗户,很容易发生危险。平时孩子们还会到屋外走廊上去玩,如果孩子跑丢了,或者遇到意外怎么办?面对这些问题,托管班负责人侯女士说自己并没有想过。经警方查实,这个托管班是非法的,现已被查处。

除了隐藏在小区里的这种“黑”托管,还有一些家长选择家庭互助式托管。这些家庭多是住在一个小区,孩子年龄相仿,家长们相互信任,商议好轮流照看,并事先安排好孩子的照管内容。不过,有关专家提醒,互助式托管虽然方便,但由于家长在照看多名儿童方面缺少经验,往往因为精力有限而顾此失彼,负责看护的家长责任重大,一旦孩子

在某个家庭中受到伤害,很容易影响互助式托管家庭间的感情,并有可能产生法律纠纷。

上述托管的出现,很大程度上说明监护人在履行监护责任时遇到困难。长期关注未成年人保护问题的法学专家宋英辉指出,当家庭的监护责任无法履行或履行严重不当时,国家应该积极干预,提供相应的支持、帮助,甚至是替代家庭监护的措施,这是“国家亲权”的体现,干预和帮助的基本原则是儿童最佳利益。未成年人保护法虽然规定了国家和社会的法律责任,明确保护未成年人,是国家机关、武装力量、政党、社会团体、企业事业组织、城乡基层群众性自治组织、未成年人的监护人和其他成年公民的共同责任,但这个责任具体怎么落实却没有细化。比如,父母作为第一监护人,不与孩子一起生活,甚至失联的情况下,谁来进行督促管理?又比如,谁来启动监护缺失报告制度?谁来提起“剥夺”监护权诉讼?谁来提供相关服务?这一系列问题都需要明确细化。预防儿童安全事故发生,除了要进一步完善立法,还应该设立类似于“儿童保护局”这样的专职单位,避免相关单位间的工作接驳不力,国家也可以尽快以政府购买服务的方式,建立正规的社区托管机构,吸引经过考核的志愿者参加托管服务工作,做到监护责任无缝衔接。

### 三、立法动态

#### 最高人民法院关于认可和执行台湾地区法院民事判决的规定

(2015年6月2日最高人民法院审判委员会第1653次会议通过)

法释〔2015〕13号

中华人民共和国最高人民法院公告

《最高人民法院关于认可和执行台湾地区法院民事判决的规定》已于2015年6月2日由最高人民法院审判委员会第1653次会议通过,现予公布,自2015年7月1日起施行。

最高人民法院

2015年6月29日

为保障海峡两岸当事人的合法权益,更好地适应海峡两岸关系和平发展的新形势,根据民事诉讼法等有关法律,总结人民法院涉台审判工作经验,就认可和执行台湾地区法院民事判决,制定本规定。

第一条 台湾地区法院民事判决的当事人可以根据本规定,作为申请人向人民法院申请认可和执行台湾地区有关法院民事判决。

第二条 本规定所称台湾地区法院民事判决,包括台湾地区法院作出的生效民事判决、裁定、和解笔录、调解笔录、支付命令等。

申请认可台湾地区法院在刑事案件中作出的有关民事损害赔偿的生效判决、裁定、和解笔录的,适用本规定。

申请认可由台湾地区乡镇市调解委员会等出具并经台湾地区法院核定,与台湾地区法院生效民事判决具有同等效力的调解文书的,参照适用本规定。

第三条 申请人同时提出认可和执行台湾地区法院民事判决申请的,人民法院先按照认可程序进行审查,裁定认可后,由人民法院执行机构执行。

申请人直接申请执行的,人民法院应当告知其一并提交认可申请;坚持不申请认可的,裁定驳回其申请。

第四条 申请认可台湾地区法院民事判决的案件,由申请人住所地、经常居住地或者被申请人住所地、经常居住地、财产所在地中级人民法院或者专门人民法院受理。

申请人向两个以上有管辖权的人民法院申请认可的,由最先立案的人民法院管辖。

申请人向被申请人财产所在地人民法院申请认可的,应当提供财产存在的相关证据。

第五条 对申请认可台湾地区法院民事判决的案件,人民法院应当组成合议庭进行审查。

第六条 申请人委托他人代理申请认可台湾地区法院民事判决的,应当向人民法院提交由委托人签名或者盖章的授权委托书。

台湾地区、香港特别行政区、澳门特别行政区或者外国当事人签名或者盖章的授权委托书应当履行相关的公证、认证或者其他证明手续,但授权委托书在人民法院法官的见证下签署或者经中国大陆公证机关公证证明是在中国大陆签署的除外。

第七条 申请人申请认可台湾地区法院民事判决,应当提交申请书,并附有台湾地区有关法院民事判决文书和民事判决确定证明书的正本或者经证明无误的副本。台湾地区法院民事判决为缺席判决的,申请人应当同时提交台湾地区法院已经合法传唤当事人的证明文件,但判决已经对此予以明确说明的除外。

申请书应当记明以下事项:

(一)申请人和被申请人姓名、性别、年龄、职业、身份证件号码、住址(申请人或者被申请人为法人或者其他组织的,应当记明法人或者其他组织的名称、地址、法定代表人或者主要负责人姓名、职务)和通讯方式;

(二)请求和理由;

(三)申请认可的判决的执行情况;

(四)其他需要说明的情况。

第八条 对于符合本规定第四条和第七条规定条件的申请,人民法院应当在收到申请后七日内立案,并通知申请人和被申请人,同时将申请书送达被申请人;不符合本规定第四条和第七条规定条件的,应当在七日内裁定不予受理,同时说明不予受理的理由;申请人对裁定不服的,可以提起上诉。

第九条 申请人申请认可台湾地区法院民事判决，应当提供相关证明文件，以证明该判决真实并且已经生效。

申请人可以申请人民法院通过海峡两岸调查取证司法互助途径查明台湾地区法院民事判决的真实性和是否生效以及当事人得到合法传唤的证明文件；人民法院认为必要时，也可以就有关事项依职权通过海峡两岸司法互助途径向台湾地区请求调查取证。

第十条 人民法院受理认可台湾地区法院民事判决的申请之前或者之后，可以按照民事诉讼法及相关司法解释的规定，根据申请人的申请，裁定采取保全措施。

第十一条 人民法院受理认可台湾地区法院民事判决的申请后，当事人就同一争议起诉的，不予受理。

一方当事人向人民法院起诉后，另一方当事人向人民法院申请认可的，对于认可的申请不予受理。

第十二条 案件虽经台湾地区有关法院判决，但当事人未申请认可，而是就同一争议向人民法院起诉的，应予受理。

第十三条 人民法院受理认可台湾地区法院民事判决的申请后，作出裁定前，申请人请求撤回申请的，可以裁定准许。

第十四条 人民法院受理认可台湾地区法院民事判决的申请后，应当在立案之日起六个月内审结。有特殊情况需要延长的，报请上一级人民法院批准。

通过海峡两岸司法互助途径送达文书和调查取证的期间，不计入审查期限。

第十五条 台湾地区法院民事判决具有下列情形之一的，裁定不予认可：

（一）申请认可的民事判决，是在被申请人缺席又未经合法传唤或者在被申请人无诉讼行为能力又未得到适当代理的情况下作出的；

（二）案件系人民法院专属管辖的；

（三）案件双方当事人订有有效仲裁协议，且无放弃仲裁管辖情形的；

（四）案件系人民法院已作出判决或者中国大陆的仲裁庭已作出仲裁裁决的；

（五）香港特别行政区、澳门特别行政区或者外国的法院已就同一争议作出判决且已为人民法院所认可或者承认的；

（六）台湾地区、香港特别行政区、澳门特别行政区或者外国的仲裁庭已就同一争议作出仲裁裁决且已为人民法院所认可或者承认的。

认可该民事判决将违反一个中国原则等国家法律的基本原则或者损害社会公共利益的，人民法院应当裁定不予认可。

第十六条 人民法院经审查能够确认台湾地区法院民事判决真实并且已经生效，而且不具有本规定第十五条所列情形的，裁定认可其效力；不能确认该民事判决的真实性或者已经生效的，裁定驳回申请人的申请。

裁定驳回申请的案件，申请人再次申请并符合受理条件的，人民法院应予受理。

第十七条 经人民法院裁定认可的台湾地区法院民事判决，与人民法院作出的生效判决具有同等效力。

第十八条 人民法院依据本规定第十五条和第十六条作出的裁定，一经送达即发生法律效力。

当事人对上述裁定不服的，可以自裁定送达之日起十日内向上一级人民法院申请复议。

第十九条 对人民法院裁定不予认可的台湾地区法院民事判决，申请人再次提出申请的，人民法院不予受理，但申请人可以就同一争议向人民法院起诉。

第二十条 申请人申请认可和执行台湾地区法院民事判决的期间，适用民事诉讼法第二百三十九条的规定，但申请认可台湾地区法院有关身份关系的判决除外。

申请人仅申请认可而未同时申请执行的，申请执行的期间自人民法院对认可申请作出的裁定生效之日起重新计算。

第二十一条 人民法院在办理申请认可和执行台湾地区法院民事判决案件中作出的法律文书，应当依法送达案件当事人。

第二十二条 申请认可和执行台湾地区法院民事判决，应当参照《诉讼费用交纳办法》的规定，交纳相关费用。

第二十三条 本规定自 2015 年 7 月 1 日起施行。《最高人民法院关于人民法院认可台湾地区有关法院民事判决的规定》（法释〔1998〕11号）、《最高人民法院关于当事人持台湾地区有关法院民事调解书或者有关机构出具或确认的调解协议书向人民法院申请认可人民法院应否受理的批复》（法释〔1999〕10号）、《最高人民法院关于当事人持台湾地区有关法院支付命令向人民法院申请认可人民法院应否受理的批复》（法释〔2001〕13号）和《最高人民法院关于人民法院认可台湾地区有关法院民事判决的补充规定》（法释〔2009〕4号）同时废止。

### 课题组建议修改婚姻法强化离婚限制条件

#### 避免手续简单而导致草率离婚

2015年07月21日 法制日报

本报北京7月20日讯 记者陈丽平 由中国婚姻家庭研究会主持、全国妇联权益部支持的研究课题“我国家庭建设的瓶颈分析”第一阶段研究成果——《家庭建设的瓶颈分析与对策思考》课题报告今天发布。报告建议，修改婚姻法及其司法解释、《婚姻登记条例》等与婚姻家庭直接相关的法律法规，在坚持婚姻自由的基本原则下，以保

护家庭成员的整体利益为出发点处理婚姻关系问题,依法强化离婚的限制条件,避免离婚手续过于简单而导致草率离婚、不顾家庭责任等问题。

这一课题由中国婚姻家庭研究会、天津市妇联、天津社会科学院专家联合组织实施。其课题组将家庭破裂、家庭冲突作为调查的重点,对天津市妇联系统受理的2011年至2014年的四级信访案件和法律援助案件、天津市河北区人民法院2011年至2014年婚姻家庭类案件进行了初步分析。

妇联系统信访案件分析表明:“婚姻家庭权益类”始终居各年度七大类案件之首,平均占比高达44.03%,是排在第二位的“劳动和社会保障权利类”的近一倍;在“婚姻家庭权益类”中,家庭纠纷、离婚投诉、家庭暴力的信访数在4个年度始终居前三位,平均百分比依次分别是37.18%、29.90%、16.73%。

天津市离婚统计数据显示:全市2010年至2013年离婚对数分别是:3、3.2、3.63、4.53万对,粗离婚率分别是2.37%、3.24%、2.57%、3.07%。离婚对数和粗离婚率持续上升,均高于全国。

对天津市河北区人民法院2014年全部判决离婚和调解离婚的274个案件统计分析结果显示,原告为女性的占59.9%,男性占40.1%;年龄遍及老中青,30岁到39岁年龄组比例最高,占到53.6%;双方婚姻存续时间7年及以下的占55.5%;离婚原因为“感情破裂”的比例最高,达到77.7%,自述离婚因“家庭生活琐事”的有59.1%、“性格不合”19%、“婚姻基础不牢固”13.1%,因一方过失、家庭财产问题、婚外情、子女抚育、家庭暴力、家人干预等原因离婚均未超过一成。

报告认为,现实中,涉及全社会每个成员的婚姻家庭问题由政府主导的强有力的政策支持尚不完善,诸多家庭问题难以及时化解,成为家庭离心力加大和走向破裂的重要原因。

报告建议政府制定我国促进家庭建设与发展的中长期规划,对家庭政策制定、家庭建设措施、管理评估、服务保障及其相关的组织网络等作出统筹安排,明确目标以及政府、社会、企业的责任和分工,推进我国家庭制度构建、婚姻家庭法律制度完善,从长远和根本上保障和促进家庭发展,以化解婚姻家庭问题,切实为我国亿万家庭谋福利。

报告认为,在依法治国的背景下,必须坚持依法治理婚姻家庭,强化公民的家庭责任。充分发挥人民调解工作在化解婚姻家庭纠纷、保障家庭成员合法权益方面的积极作用,依据人民调解法,建立婚姻家庭纠纷专业人民调解组织,构建婚姻家庭纠纷处置及婚姻家庭危机干预工作机制。建立和规范离婚前调解制度,对非理性离婚进行调解,并作为办理离婚手续的必要条件。

## 国务院常务会议通过反家暴法草案

2015年07月30日 新京报 首席记者 王姝

草案将提请全国人大常委会审议;会议部署推进城市地下综合管廊建设,推动各地落实带薪休假制度

国务院总理李克强7月28日主持召开国务院常务会议,部署推进城市地下综合管廊建设,扩大公共产品供给提高新型城镇化质量;确定促进旅游投资和消费的政策措施,打造稳增长调结构惠民生的新支点;通过《中华人民共和国反家庭暴力法(草案)》。综合新华社电

### 1 地下综合管廊建设

城市建设重心向地下转移 逐步消除“马路拉链”等问题

会议指出,针对长期存在的城市地下基础设施落后的突出问题,要借鉴国际先进经验,在城市建造用于集中敷设电力、通信、广电、给排水、热力、燃气等市政管线的地下综合管廊,作为国家重点支持的民生工程,这可以逐步消除“马路拉链”、“空中蜘蛛网”等问题。

分析人士称,这一创新之举意味着城市建设重心从地上设施建设向地下设施建设和地下空间开发利用转移。

会议确定,各城市政府要编制地下综合管廊建设专项规划;在全国开展一批地下综合管廊建设示范;完善管廊建设和抗震防灾等标准,落实工程规划、建设、运营各方质量安全主体责任,接受社会监督;创新投融资机制,通过特许经营、投资补贴、贷款贴息等方式,鼓励社会资本参与管廊建设和运营管理。

### 2 旅游投资和消费

放宽旅游租车等 互联网+新业态准入

会议认为,通过改革创新促进旅游投资和消费,对于推动现代服务业发展,增加就业和居民收入具有重要意义。

为此,要改善旅游消费环境,支持加强中西部地区支线机场、连通景区道路等建设,规范旅游市场价格和经营秩序;要发展个性化、特色化乡村旅游,支持大学毕业生、返乡农民工等通过乡村旅游自主创业。

要放宽在线度假租赁、旅游租车等“互联网+”新业态的准入和经营许可,推动各地落实带薪休假制度;要加大政府投入,鼓励采取PPP等模式投资建设和运营旅游项目,拓宽旅游企业融资渠道,鼓励金融机构加大信贷支持。

### 3 反家暴法草案

设立人身安全保护令制度 明确社会组织等各方职责

会议通过《中华人民共和国反家庭暴力法(草案)》。草案按照预防为主、教育与惩处相结合原则,规定根据情节轻重对加害人出具告诫书、给予治安管理处罚或追究刑事责任等,明确了政府、社会组织、自治组织和学校、医疗机构等各方职责,并设立人身安全保护令制度,切实保障家庭成员特别是妇女儿童权益。会议决定将草案提请全国人大常委会审议。

【现场】

李克强：一些大城市一场暴雨就“看海”

“一场暴雨，就会引发市民们戏称的‘看海’现象，这还是在一些大城市。”7月28日，李克强总理在常务会议上说，“目前中国正处在城镇化快速发展时期，但我们的地下管廊建设严重滞后。加快这方面的建设，很有必要！”李克强指出，建设地下综合管廊，既是拉动有效投资的着力点，又可以增加公共产品供给，提高城市安全水平和城镇化发展质量，打造经济发展新动力。

他说，新型城镇化建设“既重‘面子’，也要重‘里子’。”

“你挖了我填，你填好我再挖”造成浪费

2014年5月，李克强总理在内蒙古赤峰考察一家污水处理厂的在建项目工地时表示，我们的许多城市表面光鲜亮丽，但地下基础设施仍是短板。他当时说：“‘面子’是城市的风貌，而‘里子’则是城市的良心。只有筑牢‘里子’，才能撑起‘面子’，这是城市建设的百年大计。”

本次常务会议讨论的城市地下综合管廊，被总理视为“推动城市地下设施建设的一条可行通路”。地下综合管廊，是指在城市地下用于集中敷设电力、通信、热力等市政管线的公共隧道。

“过去，因为体制分割，许多城市的路面常常是‘你挖了我填，你填好我再挖’，造成了大量的浪费。”总理会上说，“但地下综合管廊建设这一新模式，把各种地下设施都引入管廊，可以逐步消除‘马路拉链’、‘空中蜘蛛网’等问题。”

“对推进新型城镇化建设有历史意义”

“要在城市地下综合管廊建设中开展政府和社会资本合作（PPP）模式，有没有成熟经验证明这一模式的回报率？”在讨论这一议题时，李克强总理向有关部门负责人询问。

这位负责人回答说，城市地下综合管廊建设相当于建设一条地下“高速公路”，只要是铺设在城市地下的管线都要从管廊中通过。这是一个稳定的市场，因此回报率会是长期稳定的。

李克强说：“坦率讲，我们这么大的城市总量，不能完全依靠财政进行大规模的基础设施建设，还是要采取综合的商业运作方式。既要发挥财政四两拨千斤的作用，提供必要的金融支持，也要鼓励社会资本参与建设和运营管理，并为此建立合理的收费机制和相应的运营管理机制。”

他尤其强调，在城市管廊建设和运营管理中，必须制定和完善国家标准，“要绝对确保安全”。

李克强最后要求有关部门，要多吸收世界其他国家的先进经验，将城市地下综合管廊建设这一创新在部分城市试点后逐步推广开来，“这对我们推进新型城镇化建设具有历史意义。”他说。据中国政府网

#### 【焦点】

“同居暴力”是否入反家暴法待解

自去年11月《反家庭暴力法（征求意见稿）》发布以来，围绕家庭暴力立法形成了两个焦点议题：“同居暴力”是否应该纳入反家暴法？“以暴制暴”是否应该量刑从轻？

如何处理这两个争议焦点，本月底全国人大常委会审议的反家庭暴力法一审稿，预计将揭晓答案。

“同居暴力”该不该入法？

征求意见稿提出：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。本法所称家庭成员，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。

对此，一些法律界人士和维权机构提出，反家暴法不应该将恋爱、同居、前配偶等人员之间发生的暴力行为，也就是“男友打女友”、“前夫打前妻”等，排除在“家庭暴力”范围之外。

今年3月，最高法、最高检等四部门联合出台的《关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见》吸纳了上述观点，写明《意见》适用于“发生在家庭成员之间，以及具有监护、扶养、寄养、同居等关系的共同生活人员之间的家庭暴力犯罪”。

最高法刑一庭庭长杨万明表示，“关于哪些情形属于家庭暴力犯罪的问题，我们没有给家庭暴力本身下定义。我们处理的一些案件，很多是家庭成员之间发生的，但也有一些其他成员的暴力犯罪是在家庭环境中发生的，比如离婚后同居的，这种情况在实践中大量存在，我们认为也应该适用《意见》。”

“以暴制暴”该不该从轻发落？

近年来，各地不断发生“以暴制暴”事件，长期遭受虐待的妻子怒尔伤夫乃至杀夫。如何设计家庭暴力“以暴制暴”案件的量刑标准？对此，征求意见稿没有做出明确说明。今年全国两会期间，不少代表、委员提出，应利用制定反家暴法的时机，明确因家庭暴力引发的以暴制暴案件的审理原则。

全国人大代表、湖南省司法厅副厅长傅莉娟建议，反家暴法应增加规定：受害人因长期遭受家庭暴力对加害人造成损害，构成犯罪的，应当免除、减轻或从轻处罚。

四部门联合出台的《意见》也持相同观点，写明“为了使本人或他人的人身权利免受不法侵害，对正在进行的家庭暴力采取制止行为，只要符合刑法规定的条件，就应当依法认定为正当防卫，不负刑事责任。防卫行为造成施暴人重伤、死亡，且明显超过必要限度，属于防卫过当，应当负刑事责任，但是应当减轻或免除处罚”。

最高法刑一庭负责人就《意见》答记者问时也表示，“以受虐妇女杀夫案件为例，只要符合正当防卫条件的，就应当认定为正当防卫，依法不负刑事责任；属于防卫过当的，应当依法减轻或者免除处罚”；“被杀害施暴人的近

亲属表示谅解的，在量刑、减刑、假释时应当予以充分考虑”。

#### 四、媒体典型案例

##### (一) 解除婚姻关系案例

##### 以他人名义登记结婚 起诉离婚被法院驳回

2015年07月08日 上海法治报

近日，湖南省安化县人民法院冷市法庭审结一起冒用他人名义登记结婚后起诉离婚纠纷案件，法院依法裁定驳回原告王某的起诉。

原告王某于1986年1月3日因未达到法定年龄而以其姐姐名义与被告杨某登记结婚。婚后因双方性格不合，经常吵架，分多聚少，原告便于2015年5月向法院起诉要求与被告离婚。

经审查，安化县民政局于1986年1月3日出具的结婚证上登记的夫妻双方姓名分别为王某的姐姐与被告杨某，表明是原告姐姐与杨某进行的结婚登记，结婚登记男女双方非原告与被告。原告以该证作为与被告存在合法婚姻关系的证据要求被告离婚，主体不适格。据此，法院裁定：驳回原告王某的起诉。

法院认为，王某起诉与杨某离婚，因其提供的婚姻登记证明是王某姐姐与杨某的婚姻登记，此案牵涉到了婚姻登记机关的婚姻登记行政行为与原告王某和被告杨某既成婚姻事实之间的效力认定问题。

本案不论是判决准予离婚还是判决不准离婚都会与婚姻登记形成冲突，为此，只宜判决驳回原告的起诉。原告王某首先应以利害关系人的身份申请婚姻登记机关撤销该婚姻登记或提起行政诉讼责令婚姻登记机关撤销该婚姻登记，然后再向法院起诉与杨某的民事权益纠纷。

##### 为多分拆迁安置房而假离婚的法律效力等问题(2015典型案例)

2015年7月11日 法客帝国

法客帝国婚姻法群第一次实务问题研讨会记录

【时间】2015年6月20日(周六)晚上8:00-

【主持人】群主:华黎(山西基层法院)

【责任编辑】牛奶咖啡,广州实习律师;栗延芝,南京谢满林律师事务所律师

【嘉宾】陈家绪,法客民法群主;宋文利,法客劳动法第一群群主;周成晨,法客保险法群主;李炜,法客房地产群主;王洪毅,法客劳动法第二群群主;高阳,福建宁德检察官;杨正强,公司法务群主

特别鸣谢:本次研讨案例提供者-四川蜀中律所吴双

【案情简介】

甲男为独生子，与父母同住在一套300平米的房子中，房屋所有人为其父母。后甲男与乙女结为夫妻，女方户口遂迁至男方户下，并育有两女。两年前，男方母亲去世。2014年因该房产面临拆迁，男女双方欲利用政策多分一套房子，办理了假离婚(注：拆迁补偿方案为，房产下有几个独立户主，便可分几套房子，但安置的面积与原房屋面积总额相当。如一个200平米的房屋下有4个独立户主，便可分4套房产，但总面积仍为200平米)，离婚协议约定将该房产平均分割，男女双方各自150平米，二女由女方抚养，男方支付抚养费。双方持该离婚协议到民政局办理了离婚登记。离婚后女方遂带着两女办理了独立户口。后房屋拆迁，该房产下的三个独立户：甲男父亲、甲男、乙女分别与拆迁安置方签订了拆迁安置协议，协议分别约定计入安置房屋的面积为133平米、67平米、100平米，补偿安置比例为1:1。后安置房屋已经盖好并交付但还未办理产权。现男方反悔，不愿再同女方复婚；且欲要回女方所得的100平米安置房。

【问题一】男女双方的离婚及离婚协议效力如何，乙女可否以假离婚主张离婚无效？

【问题二】甲男父亲、甲男、乙女与拆迁安置方签订的拆迁安置协议效力如何？能否以此协议上登记的平米作为实际产权份额的认定？

【问题三】女方能否主张其所得100平米房产系甲男父亲与甲男对其赠与？若认为是赠与，赠与的标的是什么；赠与行为是否已经完成；赠与人能否行使撤销权？若认为不是赠与，女方可如何实现自己的权益？

【问题一】男女双方的离婚及离婚协议效力如何，乙女可否以假离婚主张离婚无效？

对离婚有效以及女方不能主张假离婚无效这两点没有争议的，均认为离婚行为有效，不可以假离婚主张离婚无效。

孙健：甲乙离婚，是双方真实意思表示，双方自愿达成离婚协议，且甲乙方持离婚协议已到民政局办理了离婚登记，婚姻即告解除，双方不再是合法的夫妻关系，不再有夫妻之间的权利义务关系，婚姻的登记行为具有公示效力，无论其离婚登记是否属于自愿和是否具有离婚的真实意愿，其离婚行为都属有效。

宋文利：该协议为双方真实意思表示，不存在合同法52条规定合同无效的情形，因此离婚协议中涉及婚姻人身关系的部分有效。关于房产的分割，在甲母过世后，甲基于继承取得房屋的部分产权。该300平米房产便由甲及甲父于家庭关系而共同共有。根据物权法97条的规定，处分共有的不动产或者动产以及对共有的不动产或者动产作重大修缮的，应当经占份额2/3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。甲在离婚协议中对房产作出的处分行为，效力待定。

李炜：离婚协议为有效协议，男女双方对房产部分的协议，属于一种无权处分行为，只是不发生相应法律效力，

但是协议整体在夫妻双方还是合法有效的。

刘军民、陈家绪、高阳、孙健：离婚协议无效。理由有二：（1）以合法形式掩盖非法目的的民事行为无效。甲乙二人的离婚协议，是以假离婚的形式，达到分家分户，多分房屋套数的目的，目的违法，属于民法通则规定的无效民事行为。（2）拆迁房屋属于甲男父母的夫妻共同财产，甲母去世后，遗产并未分割，该离婚协议直接将房屋一分为二，侵犯了甲父的财产权益，系无权处分，在甲父不予追认的情况下，协议不发生法律效力。即便甲父追认，基于第一点理由，该协议仍属无效。

华黎：大家均认同离婚行为有效，而因有效的离婚行为使得案例中的房产之下，存在三个独立户口，按照政策可分三套房屋，我认为不能以此就认定该协议系以合法形式掩盖非法目的，而因此导致协议无效。

**【问题二】**甲男父亲、甲男、乙女与拆迁安置方签订的拆迁安置协议效力如何？能否以此协议上登记的平米作为实际产权份额的认定？

宋文利：拆迁安置的三套房产，在三方与拆迁安置办签订协议时，甲父及甲应能准确得知三方协议的内容，故能推定甲父及甲就房产的处置达成一致。即甲父及甲均同意对房产的处置，乙女有权占有100平米房产。交付后，乙女对100平米房产为有权占有，由于未登记过户而并未取得房屋所有权。拆迁安置协议有效，能以此协议确定的面积作为实际产权份额的认定。

李炜：我认为安置协议是有效的，但是这个面积不是产权份额的认定，应该是三户人各自新的房屋所有权的权利来源凭证。首先，拆迁安置协议效力的签订是在原房屋所有权人的同意之下才可以和拆迁方签署的，没有违反国家禁止性规定，应当属于合同有效合同。

产权份额，是产权在共有的情况下的一种按份共有模式才需要认定的内容，而三份拆迁安置协议对应的是三份独立的房屋，不存在共有的问题，因此也不存在认定产权份额的问题。

高阳、刘军民、陈家绪：认为甲乙为了多分一套房，进行假离婚分户，客观上造成拆迁方拆迁安置方费用成本增加，系以合法形式掩盖非法目的，恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益，违反合同法52条，因此甲父、甲男、乙女与拆迁安置方签署的拆迁协议至始无效。

原300平米的房产为甲的父母共同共有，甲母死后遗产未进行分割，此时甲与甲父属于按份共有，根据《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》夫妻双方在婚姻关系存续期间所得的财产，一方或双方继承、受赠的财产为夫妻共同财产。300平米中仅有75平米为夫妻共同财产，不能以拆迁协议上登记的平米作为实际产权份额认定。

孙健：我的看法是，（1）甲男父亲签署的拆迁安置协议有效，因为甲男父亲，属于原先300平米的独立户主，也是房屋所有权人之一，因此，甲男父亲签署的拆迁安置协议，应当认定为有效。而甲乙为了利用政策多分拆迁房办理假离婚，“以合法形式掩盖非法目的”，且安置协议是甲乙双方恶意串通，应属于无效民事行为。

（2）不能以拆迁协议上登记的平米作为实际份额。因甲乙双方签署的安置协议效力上属于自始无效，因此拆迁协议上认定的份额需重新划分。

申海松：我认为拆迁安置协议有效，不存在重大误解。因为双方的离婚是真实的，不存在欺诈，他们三人与安置方签订的协议是真实意思表示，没有违背法律规定。但不能以此认定面积，因为原房屋产权还没有进行分割，该房屋的产权实际上还是男方父亲的。

聂明宇：我有不一样的看法，我认为，拆迁协议可以认为是男方父亲对女方的附条件赠与；如果双方没有复婚，男方父亲可以行使撤销权；如最终男方父亲没有行使该权利，可认为其认可该协议，房产也按协议登记。

杨正强：甲男父亲、甲男、乙女与拆迁安置方签订的拆迁安置协议有效，能以此协议上登记的平米作为实际产权份额的认定。因为已经签订了安置协议，应该认为是赠与，赠与的不是房子，而是债权。

**【问题三】**女方能否主张其所得100平米房产系甲男父亲与甲男对其赠与？若认为是赠与，赠与的标的是什么；赠与行为是否已经完成；赠与人能否行使撤销权？若认为不是赠与，女方可如何实现自己的权益？

宋文利：甲父、甲、乙分别签订三份拆迁协议，并分别约定了面积，此行为构成对乙女的赠与。赠与的标的是房产，但由于未过户，赠与行为未完成。根据合同法186条的规定，赠与人在赠与财产的转移之前可以行使撤销权。

李炜：我不认同宋律师的观点，我认为赠与的标的不是房屋所有权，而是获得安置房屋的一个债权；赠与的行为应当视为完成，不能行使撤销权。首先原房屋所有权因为拆迁已经消灭，所以赠与的不可能是旧的房屋所有权，而新的房屋所有权男方父亲也还没有拥有，所以也不能是赠与新房屋的所有权，那赠与的标的到底是什么呢，其实质应当为由旧房屋所有权转变而来的能够拥有新房屋所有权的一个债权。故此，应当适用债权赠与的法律规定，拆迁安置合同签订的时候就应当视同为赠与完成，不可撤销。

高阳、刘军民：我的看法是，乙女仅能对75平米的共有房产进行分割。甲父并没有赠与甲男和乙女房产的明示意思表示，因此不属于赠与。甲和乙的离婚协议签订离婚协议时，处分了“非夫妻共同财产”（甲父的财产），侵犯了甲父的财产权。

孙健：我认为赠与的标的是原300平米的房产，因为三者皆已与拆迁安置方签署了安置协议，新的安置房虽建立好，但是没有办理产权。该赠与合同已成立有效，不办理产权，只是女方还未取得所有权，不影响债权的效力。

申海松：我认为要看具体情况，如果当时签订安置协议的时候，甲男和其父都知道，乙女和安置方签订的协议，



那么就属于赠与。但是甲男和其父可以撤销赠与，因为产权还没有转移，赠与的标的是房产。

聂明宇：我认为赠与已经完成了，但是可以行使法定撤销权，因为这是附条件的赠与。

华黎：关于赠与的标的，我认同李炜提出的债权说的观点，但是新房屋未办理产权不等于无产权，无物权。因为物权的设立分为两种，一是基于法律行为的设立，即办证，二是基于事实行为的设立，即盖好房子。

主持人华黎总结：我们的讨论本身我觉得不一定会得出一个正确答案，因为司法实践就是这样，大家观点不一致，才有原告、被告，才需要一审、二审甚至再审。希望大家在案例讨论中或更加坚持自己的观点，或与其他人的观点碰撞出火花，或被别人的思路摇摆，不论怎样，只要有所得都是好的。

案例研讨中的关键分歧：

假离婚 离婚协议 无权处分 合同对外效力 债权赠与撤销权

群主华黎点评：

1、“假离婚”只是民间俗称概念，法律上并无“假离婚”这一说法，一旦履行了离婚登记，夫妻双方即解除婚姻关系。“假离婚”有极大地法律、经济风险，需要特别谨慎。

2、离婚协议中对不属于夫妻共同财产的分割属无权处分，而该协议是否有效，要看权利人是否对该处分进行追认或事后无权处分人是否取得处分权。

3、案例中拆迁方与三户分别签订了拆迁协议，并分别计入安置房屋的面积，该面积部分的约定能否认为系三方对拆迁安置面积的分配？涉及到合同的对外效力问题，大家的讨论十分有意义。

4、由拆迁协议的对外效力引发出该案例最重要的讨论，即若对3中问题的回答是肯定的，那么涉及到对拆迁安置房屋期待权的分配或赠与问题，这种期待权从民事角度讲是否可归为债权？如若系债权赠与，那么自债权赠与行为的完成之时，赠与人便丧失行使任意撤销权的权利。

【研讨结语】本期论坛的文章和口头表述，所形成之观点，均是法客帝国婚姻法群的观点，不代表嘉宾及参与人员任职单位意见。参与者同意并且授权法客帝国发布。

【参加人员】孙健，浙江物产集团法务；唐民琼，福建八闽律师事务所律师；李丹，上海大邦律师事务所；许晶晶，四川拓宇律师事务所律师；钱春明，江苏苏商律师事务所律师；刘军民，山东金诚诺律师事务所律师；黄浩佳，广东金桥百信律师事务所律师；高齐琴，上海景格科技股份有限公司法务；李玲玲，广西桂电学生；申海松，贵州宇航律师事务所律师；宋勇，浙江华新律师事务所律师；Alan，山东公司法务；黄海，北京常鸿律师事务所律师；刘得胜，南京律师；聂明宇，石家庄法务；贾军亚，北京公司法务；吴伟，河北一山集团法务；王大治，北京律师。

## 丈夫沉迷赌博妻子欲离婚 “甜蜜保证书”留住妻子

2015年07月16日 闽南网 记者 李昌乾 实习生 李赐 通讯员 陈伟莲

闽南网7月16日讯 “我终于认识到，我如不立刻改正错误，我将失去一切，我将一无所有，家庭没了，女儿也可能离我而去。”

“我绝对会珍惜这次机会，努力改正，不会让你失望，创造一个属于我们幸福的家。”

“你对我的爱，而我却不懂如何呵护你。希望你再给我一次机会。”

这些话来自一个丈夫为妻子写下的保证书。一对结婚7年的夫妻，因丈夫沉迷赌博而产生种种矛盾，甚至抵押小车，偿还赌资。妻子小茹（化名）于去年7月至今，先后两次提出离婚诉讼。第一次法院判决不予离婚，但丈夫小明（化名）没有认识到自己的错误，恶习不改。直到今年妻子第二次上诉离婚，他才产生危机感，才让他真正意识到自己将会失去什么。

【家长里短】一条赌博之路 两份离婚诉讼

小茹，1986年生，公司职工。

小明，1984年生，司机。

2008年5月初，小茹与小明经由亲友介绍认识后“闪婚”，从认识到登记结婚办理婚宴不到两个月，次年生下一女。

刚结婚时，夫妻之间的感情还是不错的。小茹每月工资2000~3000元，小明每月也有3000元收入。小明其实也很爱这个家。他琢磨着，通过自己的努力，早点买上房。

日子正过得有滋有味时，小明这一美好愿望败在了自己手上。因交友不慎，小明踏上了赌博之路。家里的钱用于赌博，甚至将爱车抵押付赌资。2012年11月，因为小明在外欠下赌债，债主追到家里讨债，家里也被一番打砸。这次事件之后，为躲避赌债、改掉赌博恶习，小明随小茹表哥去外地打工，小茹则带着女儿回娘家生活。

2013年5月，小明回来，小茹期待着新的生活，却发现小明还是死性不改，继续赌博，“我无法再相信他”，小茹又回了娘家。小茹认为夫妻感情已经破裂。去年4月10日，小茹第一次向石狮法院提起离婚诉讼，法院于去年7

月 31 日作出判决：婚后夫妻共同生活中，虽因家庭琐事发生纠纷，但只要能珍惜夫妻感情、互谅互让、加强沟通，夫妻和好仍有可能，不准予离婚。

双方生活了一段时间后，但小明恶习依旧未改。今年 3 月 26 日，小茹再次起诉离婚。这一次，小明才意识到，问题大了，妻子决意要和他分开。为了挽回这段婚姻，小明向法庭调解员寻求帮助。

### 【金牌调解】

写保证书上交财权 丈夫还要学会浪漫

“俗话说，宁拆十座庙，不破一桩婚。你们从相识、结婚到生子是一种缘分。”承办法官如是说道。小明说，自己已经后悔，今后会改正，希望小茹能再给他一次机会。

“法律要判决双方离婚，一锤即可定音。”承办法官说，但一桩婚姻，涉及双方家属、子女成长等方方面面，考虑到这些，加上小明也向承办法官寻求帮助，承办法官积极撮合双方和好。首先，承办法官从女方家属着手，邀请法院特约调解员、村委会等有关人员，经过轮番说情、讲道理，女方亲属觉得有道理，不赞同小茹离婚。

同时，承办法官给小明支招，让他采用一些浪漫方式，在特殊的时间节点，送送花，博取妻子芳心。然后再写个保证书给妻子，表明自己的态度，同时也督促自己。此外，承办法官也对小茹进行思想工作，告诉她小明写了保证书，如果丈夫仍不改恶习，随时可以启动离婚程序，婚姻的主动权掌握在她这，希望小茹能够给小明一个机会，给这段婚姻一个机会。

在给妻子的两页保证书中，情真意切，小明表明了自己的过错，保证改掉坏习惯，认真工作赚钱，家中财政交由小茹管理。保证书的最后，还大大地写着“我爱你，老婆！”

最终，在法官调解下，双方和解。对于小茹的第二次起诉，石狮法院判决不予离婚。

## 丈夫为同性恋花光积蓄 妻子羞愤离婚

2015 年 07 月 16 日 新安晚报

婚后意外发现丈夫是同性恋，深感愤怒与羞愧之下，家住枞阳的王女士怒而起诉离婚。记者 7 月 16 日从枞阳县法院获悉，该院已依法准予判决周先生与王女士离婚。

王女士与周先生系经人介绍相识并建立恋爱关系，2004 年 4 月两人经枞阳县民政局登记结婚，不久两人即生育一子。婚后，王女士与周先生感情一直很好，近几年来两人的生意也是做得风生水起。小夫妻的生活本该充满了幸福与甜蜜，然而这一切，都因为周先生爱上了一个不该爱的人发生了改变。

在外做生意期间，周先生与一男子发展为同性恋关系，双方为此打得火热。为维持同性恋情，周先生在同性恋对象身上几乎花光了家庭所有的经营收入。在了解到丈夫竟然爱上了一个男人后，深感愤怒与羞愧之下，王女士来到了法院起诉离婚。

枞阳法院审理认为：因周先生在婚姻关系存续期间违反了夫妻之间应相互忠实的义务，与他人发展同性恋，使夫妻感情渐趋淡薄，并导致夫妻感情破裂，故对王女士的离婚诉讼请求，依法予以支持。因周先生属过错方，应适当少分了其应得的夫妻共同财产份额。据此，法院依法准予判决周先生与王女士离婚。

## 男子明知女儿非亲生仍不肯离婚 妻子起诉被驳回

2015 年 07 月 28 日 北京晨报 记者 颜斐

女儿非丈夫亲生妻子诉离被驳回

北京晨报讯(记者 颜斐)妻子坚决提出离婚，理由是经亲子鉴定，女儿与丈夫并无血缘关系，而丈夫明知如此仍不同意离婚。北京晨报记者昨天获悉，通州法院宋庄法庭审理后认为，夫妻感情并未完全破裂，最终驳回妻子的诉讼请求。

今年 6 月，王女士一纸诉状将丈夫李某告上法庭，称女儿非丈夫亲生，要求离婚。庭审中，王女士称对李某还有感情，可因为孩子不是丈夫的骨肉，心里觉得愧对他，希望对方能有个新的开始。而李某一再强调，尽管孩子非自己的骨肉，但愿意视如己出，尽心尽力地照顾妻女。此外，孩子的生父因犯罪获刑，孩子在一个单亲家庭生活也不利于其成长。

法院经审理认为，原被告婚后感情尚可，但原告未尽夫妻间的忠实义务与他人育有一女，并据此要求离婚。原告并未反省自己未尽夫妻忠实义务的过错行为，亦未努力修复双方的婚姻关系，反而坚决起诉要求离婚，而被告作为非过错方，承受了孩子非己所生的切肤之痛，但出于对原告的感情，仍希望与原告继续维持婚姻关系，并愿继续承担对孩子的抚养义务。其对双方的婚姻抱有慎重且负责的态度，实属珍贵。

综合考虑了双方的感情基础、婚后感情、要求离婚的原因后，法院认为并未出现应当判决离婚的法定条件，双方感情并未完全破裂，尚存在和好可能，故驳回了原告的诉讼请求。

## 离家十载不闻不问闹离婚

2015 年 07 月 26 日 法制日报 记者王春 通讯员洪睿

夫妻双方感情不和长期分居，丈夫对老人、孩子不闻不问，现在又提出了离婚。近日，浙江省湖州市南浔法院受理了这样一起离婚案件并作出判决，判令双方离婚，此外，因丈夫常年未对家庭尽责，需要向妻子支付 3 万元补偿金。

原来，朱某与温某于 1994 年相识并于同年登记结婚，第二年生育了一男孩，婚后初期感情尚可，但在共同生活过

程中矛盾越来越深,朱某于2005年离家,夫妻双方一直处于分居状态。朱某曾在2014年5月27日第一次向法院起诉离婚,但妻子温某并不同意,因此法院以夫妻感情尚未完全破裂为由判令不予离婚。

现朱某再次向法院起诉,这次温某也不再坚持,但她提出要朱某补偿不在家这几年对孩子的抚养费7.3万元。承办法官为此召集二人多次调解,无奈分歧过大,双方均表示希望法院判决。

法院审理后认为,根据我国婚姻法规定,因感情不和分居满二年的,经调解无效的,应准予离婚。本案中,朱某与温某夫妻分居已超过两年,朱某第一次起诉离婚被驳回后双方仍未和好,现可认定双方夫妻感情确已破裂,故准予离婚,并综合案情实际,作出了如上判决。

## ■以案释法

### 对家庭不尽责离婚时应付补偿金

对于该案判决中涉及的补偿金事项,法院在判决书中指出,考虑到朱某与温某分居近十年来,朱某几乎没有尽过家庭责任,而温某一直尽心照顾老人、抚养小孩,承担了更多的家庭责任,故从保护妇女儿童弱势群体利益的角度出发,结合本地实际生活水平,判决朱某支付温某补偿金3万元。看着旁听席上坐着的已长大成人的孩子,听到法官的判决理由,朱某的内心也有了些许愧疚,因此他当即表示接受判决,不再上诉。

本案承办法官指出,类似本案的案情在现实生活中有一定普遍性,但通过诉讼对夫妻双方行为和利益作出评判和调整的,尚属个案。法院判决支持的仅仅是对一方独自承担了照顾老人、抚养小孩主要责任、为家庭生活付出更多义务的补偿金,而不是单纯意义上的抚养费。因为根据法律规定抚养费纠纷和离婚纠纷属于两个不同的法律关系,婚姻关系存续期间如果产生抚养费争议,未成年子女可以自己名义提起诉讼。因此在日常生活中,如果遇到严重不负责任的,对自己不管不顾的家长,未成年子女应及时拿起法律武器寻求帮助,法院也会依据相关规定给以适当的权益维护。

### 假离婚同样受法律保护

2015年07月29日 信息时报

有的夫妻在限购政策下为了买多套房而“假离婚”,有的夫妻在拆迁过程中为了多分回迁房而“假离婚”,还有的夫妻为了规避计划生育政策而“假离婚”。“假离婚”的夫妻一般都是离婚不离家,即虽然在民政局办理了离婚手续,但是对外仍以夫妻名义共同生活。一些假离婚案例中,离婚后的夫妻却因为各种各样的原因分道扬镳,假离婚变成了真离婚。不久前,萝岗法院就受理了一单夫妻双方为了生育二胎而假离婚的案例。

#### 基本案情

原告阿珍诉称,自己与阿强于2000年登记结婚,并在2002年生育了女儿小飞,一家三口的小日子本来过得红红火火。2008年1月,阿珍发现自己意外怀孕了,自己与阿强都很想将这个孩子生下来。但是考虑到双方均为萝岗区某医院正式职工,为避免违反计划生育政策而双双被开除,两人便于两个月后办理离婚登记,七个月后,儿子小云出生。

阿珍说,双方办理离婚登记后仍保持着夫妻关系,共同抚养两名子女,且共同出资在阿强父母名下的宅基地建筑了三层半房屋以及购买汽车一辆。但阿强自2010年开始拒绝支付任何家庭费用以及抚养两名子女,并与其他女性建立了恋爱关系。阿珍认为自己在离婚后与阿强的共同生活期间作出巨大牺牲,故请求法院判令双方离婚后共有的房屋及购买的车辆所有权归她,由阿强抚养小云并独自负担抚养费;阿强一次性补偿自己15万元。

但阿强辩称,自己与阿珍是因为感情破裂才协议离婚的,在离婚后才发现阿珍已经怀孕。自己出于责任,才依然在经济上和生活上都对阿珍进行照顾。至于自己与阿珍签订的两份协议,均是阿珍以向单位举报自己超生为要挟的情况下签订的,并非自己的真实意思。

萝岗法院经调查了解到,原来在儿子小云出生后一年多,阿珍发现阿强的行为有些怪异,常常会三天两头的不回家,并且在外边听到了一些阿强又有了新欢的传言。

阿珍怕没有婚姻关系作为保障下,阿强会变心,便与阿强达成了一份协议,约定:甲方阿强与阿珍于2008年2月29日因计划外生育儿子,双方协议离婚。但双方离婚后仍保持夫妻关系,履行夫妻之间的权利与义务,离婚后的财产为共同拥有,阿强每月支付6000元作为家庭支出,如阿强拒绝支付,阿珍有权追付此笔费用,双方签字画押,本协议一式两份,人手一份,本协议从2013年2月10日开始生效。

协议签订后,阿强的行为并没有收敛多少,于是在阿珍的要求下,二人又于2014年签订了一份协议,约定:阿强、阿珍于2008年2月29日因要计划外生育儿子,双方协议离婚,现双方达成共识,儿子、女儿归男方抚养,离婚后共同建造的房屋归女方所有,购置的小车归女方所有,另支付10万元给女方作为补偿,限2月底前支付,现双方达成共识,双方签字画押,本协议一式两份,双方各执一份,公证生效后,双方互不干涉。

可惜,这份更为苛刻的协议并未留住阿强的人心和心,当年8月,阿强与其新欢缔结了另一段婚姻关系。阿珍遂将阿强诉至法院,要求履行上述协议。

#### 判决

原告阿珍诉称,自己与阿强于2000年登记结婚,并在2002年生育了女儿小飞,一家三口的小日子本来过得红红火火。2008年1月,阿珍发现自己意外怀孕了,自己与阿强都很想将这个孩子生下来。但是考虑到双方均为萝岗区某医院正式职工,为避免违反计划生育政策而双双被开除,两人便于两个月后办理离婚登记,七个月后,儿子小

云出生。

阿珍说，双方办理离婚登记后仍保持着夫妻关系，共同抚养两名子女，且共同出资在阿强父母名下的宅基地建筑了三层半房屋以及购买汽车一辆。但阿强自2010年开始拒绝支付任何家庭费用以及抚养两名子女，并与其他女性建立了恋爱关系。阿珍认为自己在离婚后与阿强的共同生活期间作出巨大牺牲，故请求法院判令双方离婚后共建的房屋及购买的车辆所有权归她，由阿强抚养小云并独自负担抚养费；阿强一次性补偿自己15万元。

但阿强辩称，自己与阿珍是因为感情破裂才协议离婚的，在离婚后才发现阿珍已经怀孕。自己出于责任，才依然在经济上和生活上都对阿珍进行照顾。至于自己与阿珍签订的两份协议，均是阿珍以向单位举报自己超生为要挟的情况下签订的，并非自己的真实意思。

萝岗法院经调查了解到，原来在儿子小云出生后一年多，阿珍发现阿强的行为有些怪异，常常会三天两头的不回家，并且在外边听到了一些阿强又有了新欢的传言。

阿珍怕没有婚姻关系作为保障下，阿强会变心，便与阿强达成了一份协议，约定：甲方阿强与阿珍于2008年2月29日因计划外生育儿子，双方协议离婚。但双方离婚后仍保持夫妻关系，履行夫妻之间的权利与义务，离婚后的财产为共同拥有，阿强每月支付6000元作为家庭支出，如阿强拒绝支付，阿珍有权追付此笔费用，双方签字画押，本协议一式两份，人手一份，本协议从2013年2月10日开始生效。

协议签订后，阿强的行为并没有收敛多少，于是在阿珍的要求下，二人又于2014年签订了一份协议，约定：阿强、阿珍于2008年2月29日因要计划外生育儿子，双方协议离婚，现双方达成共识，儿子、女儿归男方抚养，离婚后共同建造的房屋归女方所有，购置的小车归女方所有，另支付10万元给女方作为补偿，限2月底前支付，现双方达成共识，双方签字画押，本协议一式两份，双方各执一份，公证生效后，双方互不干涉。

可惜，这份更为苛刻的协议并未留住阿强的人心和心，当年8月，阿强与其新欢缔结了另一段婚姻关系。阿珍遂将阿强诉至法院，要求履行上述协议。

#### 法官说法

在法律上，婚姻是自由的，即使夫妻双方为各种目的而离婚，其离婚的意思表示也是真实存在，受法律保护。夫妻双方一旦办理离婚登记后，婚姻关系就已解除，是否复婚，均由当事双方自愿决定。由于“假离婚”同样受法律保护，如果对方是异思迁的人，夫妻“假离婚”后，另一方将是事件的受害者和牺牲品。

同时，“假离婚”的理由，几乎都是为了规避各种社会管理秩序，或者是侵害集体或者他人的合法利益，于法不容。总之，婚姻不是儿戏，“假离婚”对婚姻、家庭、社会都会带来严重的危害，不要为了眼前利益而“假离婚”，到最后弄假成真，就得不偿失了。

### （二）婚姻无效撤销案例

### （三）子女抚养亲子关系案例

#### 江苏法院开审“隔代探望权”纠纷案

2015年07月01日 江苏高院 马超 苟连静

一对六旬老人，独生子意外身亡，于是将所有精神寄托都放在了不满两岁的孙子身上。然而，由于儿子去世后与儿媳积怨较深，且因在探望孙子问题上多次与儿媳一家发生激烈冲突，导致儿媳一怒之下阻止二老探望孙子。

无奈之下，二位老人将儿媳告上法庭，要求每月能探望孙子3次。昨天，江苏省首例失独老人“隔代探望权”纠纷案在无锡市北塘区人民法院公开开庭审理，法庭围绕祖父母是否有探望权展开激烈辩论。

#### 因探望多次爆发冲突

原告徐某与妻子李某婚后生育了独生子小徐，父母竭尽所能为小徐提供了最好的成长环境，从学校教育到工作机会，小徐一路顺风顺水。2012年年初，小徐认识了女孩小倪。2012年6月，小徐与小倪登记结婚。

本应该开启一段幸福旅程的小家庭，却因为2013年3月小徐的突然死亡戛然而止。根据公安机关出具的材料认定，小徐是高空坠楼死亡。然而，对于儿子的身亡起因，两位老人与儿媳产生了争执。

法庭上，两位老人表示，痛失独生子让他们生不如死，但在绝望之中，儿媳怀孕的消息让他们有所慰藉，并将所有希望都放在了未出世的孙子(女)上，双方关系也有所缓和。怀孕期间，两位老人每个月支付给儿媳5000元营养费，帮忙安排产检直至生产。孩子出生后，他们多次赠送奶粉、玩具、纸尿裤。

2013年10月底，小倪产下儿子聪聪(化名)，但由于小倪与两位老人的心结尚未完全解开，双方在探望聪聪一事上摩擦不断。2013年年底，在一次探望时，双方爆发激烈冲突。此后，小倪拒绝老人探望孙子。2014年，双方又多次因为探望孩子的事产生口角及肢体冲突。

#### 公婆儿媳各有话说

无奈之下，2014年11月，两位老人向无锡市北塘区人民法院提起诉讼，要求每月探望孙子3次，并且希望儿媳在他们行使探望权时履行协助义务。

“两位老人希望通过探望孙子能够得到一丝安慰，而且探望也有利于孙子的健康成长。”原告代理律师在庭审后接受《法制日报》记者采访时表示，尽管法律对隔代探望权无明文规定，但是允许祖父母探望孙子符合公序良俗。

作为被告的小倪也是满腹委屈：在腹中胎儿仅有月余的情况下，丈夫突然离世，自己本就非常伤心，而公婆却将丈夫的死因归咎于自己并产生了纠纷。即便如此，自己仍然忍辱负重决定把孩子生下来。然而，公婆并没有因此而消

除对她的怨恨。孩子出生后，徐家血脉得以保留，此时老人对自己的怨恨又再次显现并愈加强烈。

“我们一家为他们二老探望孙子提供了很多方便，但公婆上门时仍然产生严重争执，并爆发肢体冲突，甚至一度报警处理。”小倪认为，公婆的行为已经严重扰乱了母子俩及家人的正常生活秩序，希望法院能驳回老人的诉讼请求。隔代探望法律无规定

面对此案复杂的家庭纷争，此案主审法官高鑫在接受记者采访时说，一方是要看望孙子的两位失独老人，另一方是想给孩子营造一个安静稳定成长环境的母亲，双方的出发点都无可厚非。原被告双方共同遭遇了失去至亲至爱的打击，都值得同情。在噩耗面前，他们本应该相互抚慰共同扶持，但却因为各自不同的处事理念差异，最终导致矛盾爆发。

“从法律上讲，探望权，是指离婚后不直接抚养子女的父亲或母亲一方享有的与未成年子女探望、联系、会面、交往、短期共同生活的权利。”高鑫说，婚姻法第三十八条第一款规定：离婚后，不直接抚养子女的父或母，有探望子女的权利，另一方有协助的义务。

据高鑫介绍，婚姻法中的“探望权”是基于亲权即父母子女之间为基础产生的，而不是基于亲属权产生。探望权的主体是离婚后不直接抚养子女的父或母，对于未成年人的隔代长辈如祖父母、外祖父母是否也可以享受探望权，法律并没有规定。

“不过，依据《中华人民共和国民法通则》第七条的规定：民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益。”高鑫说，所以，从公序良俗和社会公共利益出发，在子女去世的情形下，赋予爷爷奶奶、外公外婆对随另一方生活的孙子女的隔代探望权，并无不当。

记者了解到，对于隔代探望权的理解不同，会得出不同的判决结果。此案没有当庭判决，法院表示将择日宣判。

### 江苏无锡失独老人为探望孙子告儿媳 获法院支持

2015年07月08日 中国新闻网 孙权 苟连静

中新网南京7月8日电（孙权 苟连静）江苏无锡失独老人“隔代探望权”纠纷一案备受社会各界关注，本网曾发布《江苏无锡失独老人探望孙子遭阻挠 怒将儿媳告上法庭》一文，引发了众多网友的讨论，目前，该案又有新进展。8日下午，无锡市北塘区人民法院对此案进行了一审公开宣判，法院判决支持老人的探望权，判决老人在孙子十周岁之前可以每月探望一次，每次探望时间以6小时为限。

据了解，年过六旬的陈锋夫妇（化名）的独生子小陈与女孩王巧（化名）于2012年6月登记结婚，2013年3月小陈突然意外死亡。对于小陈的死因，陈锋夫妇与儿媳王巧积怨较深。但当时，王巧已有身孕，双方达成一致意见，要生下孩子。怀孕期间，陈锋夫妇给王巧共计4万元营养费。

2013年10月底，王巧产下孩子聪聪（化名），陈锋夫妇先后两次探望孙子，气氛比较友好。但2013年底，在第三次探望时，双方爆发冲突。经当地妇联协调，矛盾有所缓和，其后老人以每月一次的频率探望孙子。2014年8月底，双方又为探望孩子的事产生口角及肢体冲突，此后，王巧拒绝再让老人探望孩子。

2014年11月，陈锋夫妇向法院提起诉讼，希望每个月能探望三次孙子，并希望儿媳对老人行使探望权时履行协助义务。但王巧认为，公婆的行为已经严重扰乱了母子俩及家人的正常生活秩序，她希望法院能驳回老人的诉讼请求。此后法院虽多次组织调解，但双方各持己见，法院调解未果。

“本案中，原告方在行使对孙子探望的权利时，不可避免地需要被告的协助配合，看似被告在履行单方义务，但分析其内在关系后，可以看到被告既有监护儿子的权利，也负有让儿子健康成长的义务，而儿子的健康成长与否，物质与精神需求同样成为不可或缺的两个方面。”审理此案的高鑫法官称，虽原、被告双方存在较大的争议，但希望孩子健康成长，确为双方的共同心愿。孩子的天伦之乐因父亲的去世而有所缺失，不能因原、被告双方的矛盾而人为地使孩子再次缺失应享有的天伦权利。

关于探望的频次和时长，高鑫法官解释说，原被告双方都是无锡本地人，考虑到原、被告双方积怨较深，而原告方在探望孙子时，又需被告或其家人的协助，在双方关系未有实质性改善的情形下，每月三次的探望，确有强人所难之处，故判定以每月一次为宜。此外，基于孩子尚幼（不足两周岁）的现状，判决在孩子成长为限制民事行为能力人即10周岁前，每次探望时间以6小时为限。

此外，法官期望原被告双方能尽快从过往的悲愤中予以解脱，消弥以往的隔阂与怨恨，以真诚及善意换取对方的理解与信服，而各自谦让所产生的空间，能让探望一事成为情之所至、自然而然的常态，这将更有利于孩子的健康成长。（完）

### 儿子去世后 祖父母可以享有隔代探望权

2013年01月28日 法制网河南频道 杨东风 通讯员 张华艳

法制网河南频道讯 隔代探望权问题目前没有明确的法律规定。但现实中大量存在着隔代探望问题纠纷。特殊情况下，祖父母也可以成为探望权的主体。这样，能够更好地体现法律上的人文关怀，也符合公序良俗的法律原则，符合社会主义道德建设和建设社会主义和谐社会的要求，也是维护中华民族传统美德的体现。

基本案情：

黄某和汪某膝下有一个儿子，却不幸因车祸于2009年12月死亡，儿子生前为他们留下了一个孙子，儿子死亡后，小孙子一直跟随其母董某生活，老两口也经常去看望孙子，董某并未表示任何不满。2011年之后，黄某和汪某

多次要求去看一看自己的孙子，可董某都以种种理由拒绝，态度也越来越冷淡。老两口无奈，但也忍了。2012年10月，当老两口听说董某要再婚嫁到外地，以后可能没机会见到孙子时，二人彻底心寒了，准备上法庭打官司，请求法院依法判决他们享有对孙子的隔代探望权。

法院判决：

法院经过审理，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第七条之规定，判决如下：原告黄某、汪某于每年寒暑假期间探望孙子，被告董某有协助义务。一审法院判决后，双方当事人均没有上诉。

法官说法：

探望权是指离婚后未直接抚养子女的父母一方依法享有的在一定时间，以一定方式探视、看望子女的权利。探望权是法定的权利，任何人都不得非法干预。《婚姻法》第38条第一款规定：“离婚后，不直接抚养子女的父或母，有探望子女的权利，另一方有协助的义务。”但是，我国《婚姻法》规定探望权享有的主体为子女的父母，而没有直接规定爷爷或者奶奶(隔代)的亲属的探望权。

没有规定，并不意味着没有隔代探望权，正确的行使隔代探望权能更好地与孙子女沟通和交流，减轻孙子女的家庭破碎感，促进孙子女身心健康成长，减少社会不稳定因素。黄某和汪某晚年丧子，其身心受到了极大的打击，又将对儿子思念寄托在孙子身上，是情理之所在。如果不允许他们对随母生活的孙子适时探望，对他们来说无疑是极大的心理伤害，也无法体现中华民族的传统美德和公序良俗。因此，依据《中华人民共和国民事诉讼法》第七条之规定：“民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益。”从公序良俗和社会公共利益出发，在儿子去世的情形下，应当赋予爷爷奶奶对随母生活的孙子的隔代探望权。但应考虑董某抚养儿子的实际情况，老两口可利用寒暑假或其他节假日适时探望，进行感情交流。在他们行使探望权期间，如果有对孙子的成长不利的行为，可适时中止探望，以保护孙子的身心健康。

### **被告单亲妈妈以孩子名义反诉 成功索要抚养费 东莞市第一人民法院称，男子须按月支付抚养费，直至孩子满18岁**

2015年07月16日 南方都市报 张鹏

“法院判她返还15万人流费”追踪

南都讯 记者张鹏 通讯员冷静 东莞一女子没按协议做人流，法院判女子小陈返还男友15万人流费。该报道出街后，引发广大网友的热议，对该女子的遭遇深表同情，并非常关心孩子的抚养问题。昨日下午，东莞市第一人民法院回应称，女子已以孩子的名义起诉男子，索要抚养费。法院已经审理完毕，判决男方每月支付抚养费，直至孩子成年。

东莞一对情侣分手时，发现女方怀孕。男子提出给女方15万元人流手术费及营养费，女子将孩子打掉，从此互不往来。女方同意，并签订了协议。但女子发现胎儿月份已高，没忍心打掉。男子知情后，诉至法院，索还15万元人流费，获得了法院支持(“南都APP”曾做详细报道)。

此事经过南方都市报报道后，引发广大网友热议。其中，多数网友表达了对被告女子小陈的同情，认为法院判决被告小陈返还原告小何的15万元，没有充分考虑到女方的权益保障。

昨日下午，东莞市第一人民法院表示，小陈已经以孩子的名义起诉了小何，要求其支付抚养费。小何提出以先前支付的15万元人流手术费及营养费作为抚养费。法院审理认为，小何给的15万元当初是用于小陈人流手术的，小陈并没有做人流，应该是要返还小何的，所以小何的诉求不应支持。

东莞市第一人民法院同时表示，按照国家法律规定，父母有赡养孩子的义务和责任，因此判决小何要按约支付抚养费，直至孩子18岁。法院相关负责人表示，广大网友不必再为小陈孩子的抚养费问题担心，“法律已经充分保障了小陈的合法权益”。不过，法院并未透露具体抚养费的金额。

广东沃金律师事务所龙国生律师认为，小何和小陈作为成年人，签订了协议，约定小陈做人流手术，并由小何支付15万元费用。“小陈并没有做手术，显然是违反了约定，应当返还15万元。法院的判决是完全正确的”。

[案情回顾]

本已怀孕，谁知分手

2012年初，小何和女子小陈开始恋爱，但一直没有结婚。小陈回忆称，因为男方家的几个姐姐都已经成家，父母着急抱孙子，就问小陈怎么一直没有怀孕。2012年底，小陈发现自己怀孕，就告知了小何。本来两家都约定时间谈婚论嫁了，结果突然，小何提出分手。

原告小何向法庭反映，早就在发现怀孕以前，两人就因性格不合，时常激烈争吵，几乎无法在一起生活了。并且怀孕后，小陈和家人多次到小何单位吵闹，胁迫其签下协议书，并于签字当天支付了15万元人流费用和营养费。但小陈却欺骗了他，没有做人流，将孩子生下来后，还起诉到法院索要抚养费。

最终，法院支持了小何的诉求。判决小陈返还15万元。

### **离婚后社会抚养费仍应共同分担**

2015年07月14日 江苏法制报 通讯员 江周渊

本报讯(通讯员 江周渊) 夫妻双方离婚后，一方缴纳的社会抚养费，是否有权向另一方追偿？近日，宜兴法院对一起夫妻离婚后的社会抚养费追偿案件作出判决，判令被告向原告支付由其垫付的社会抚养费3000元。

女子王某于 2009 年与男子方某相识恋爱，于 2010 年 7 月生育一子，后于 2012 年 5 月补办了结婚登记。婚后，王某发现方某经常在外赌博且屡教不改，遂于 2013 年 12 月到法院起诉要求离婚。后经法院调解，两人协议离婚，儿子由王某负责抚养，方某承担抚养费。离婚后，王某带着儿子回老家生活，但在给儿子办理户籍登记手续过程中，当地计生部门指出王某生育时未达法定结婚年龄，违反了计划生育政策，为此，王某缴纳了 6000 元的社会抚养费。事后，王某认为孩子父亲方某应当共同承担该笔费用，于是向法院起诉要求方某负担一半费用 3000 元。

经审理，法院认为父母对孩子负有抚养义务，父母双方未达法定结婚年龄进行生育，对该违法生育行为负有共同责任，故应共同承担社会抚养费。

法官点评：社会抚养费是指为调节自然资源的利用和保护环境，适当补偿政府社会事业公共投入的经费，对不符合法定条件生育子女的公民征收的费用。违反计划生育政策的主体应当为父母双方，故社会抚养费亦应由双方共同承担。

## 一鉴定 两个孩子都不是自己的

2015 年 07 月 17 日 彭城晚报

妻子在婚后两度出轨，一对子女居然都非自己亲生，这种痛苦无论放在谁身上，都是痛彻心扉；丈夫因为拆迁补偿款成了“大款”，却不务正业染上毒瘾，妻子百般挽回发现都是徒然……类似这样的婚姻案例，法官希望大家能够从中受到启发。

### 1 两个孩子都不是丈夫的

大亮和小玫相识于网络交友平台，恋爱半年。在家里人的催促下，两人于 2009 年办理了结婚登记。

大亮是三代单传，婚后一年，小玫为大亮生下了一个儿子，大亮和大亮的家人都非常高兴。大亮的父母更是对儿媳和孙子疼爱有加，不仅帮忙带孩子，还经常在经济上贴补小两口。生下儿子两年之后，因两人符合要二胎的条件，小玫又为大亮生了一个女儿。儿女双全，老公宠爱，公公婆婆把小玫当女儿一样疼爱，小玫的生活在外人的眼中应该是美满幸福的。

但生下女儿后，大亮和小玫经常因为小事争吵，而且每次争吵，小玫都会提到离婚，这让大亮非常苦恼。再加上孩子逐渐长大，两个孩子的长相没有一点像大亮的地方，这更让大亮疑窦丛生。

去年 9 月，趁着妻子小玫出差，大亮带上两个孩子去了上海一家 DNA 检测中心。半个月后，大亮惴惴不安地打开检测报告，报告上的字让大亮头晕目眩，两个孩子居然和大亮都不存在亲子关系。

大亮拿着报告回家，将报告摔在了妻子面前。小玫看到报告，知道隐瞒不下去了，就说了实情。原来，因为大亮婚后经常出差，小玫和老同学发生了不应该发生的关系。大亮一怒之下于今年 3 月提出离婚，要求两人婚后共同购买的房屋及房屋内的家具家电归自己所有，两个孩子由小玫抚养，大亮不负担抚养费，并要求小玫支付 50 万元的精神损害抚慰金。

今年 6 月，云龙法院认为，由于大亮提供的 DNA 鉴定意见书显示他与两个孩子之间不存在亲子关系。小玫拒绝做亲子鉴定，因此法院推定大亮与两个孩子之间不存在亲子关系。小玫在和丈夫婚姻存续期间，与他人先后生有两个孩子，违反了夫妻间的忠实义务，也使得夫妻感情破裂，因此，对于大亮离婚的诉讼请求，法院予以准许。两个孩子由小玫抚养，大亮在离婚后不承担抚养义务。同时，判令小玫给付大亮经济损失 10 万元、精神损害赔偿金 5 万元。

关于夫妻共同财产分割的问题。法院认为，双方婚后共同出资购买的房屋（价值 85 万）归大亮所有，大亮给予小玫 40 万元；房屋内的家具、家电全部归大亮所有；两个孩子的生活用品、小玫自己的生活用品归小玫所有。

### 2 拿到拆迁款后 丈夫两度吸毒被抓

小敏和阿翔是一对 90 后的小夫妻。二人在技校上学时就开始恋爱。毕业后，二人在市区打工，开始了同居生活。2012 年，小敏为阿翔生下了一个女儿。因为阿翔尚不满 22 岁，未达到法定结婚年龄，二人没有办理结婚登记。一直到 2013 年 8 月，阿翔满 22 周岁的第二天，二人才到民政局办理了结婚登记。

婚后，由于阿翔家拆迁，二人搬到了拆迁置换的新房内居住，并领取了近 20 万元的拆迁补偿费。小敏因为要照顾孩子，一直未外出打工，阿翔也因为领到拆迁款变得懈怠起来，不再外出工作，经常出入酒吧，和一些不三不四的朋友交往起来。小敏多次劝阻，阿翔根本听不见去，见小敏说得多了，阿翔干脆不回家了。

直到去年 6 月，小敏接到派出所打来的电话，才知道阿翔一直在吸毒。阿翔被警方行政拘留十日并处罚款 2000 元。10 天后，阿翔回到家中，痛哭流涕地请求小敏原谅。

小敏原谅了阿翔。阿翔也确实老实了一阵，虽然没有出去工作，但都是安安静静地待在家里，帮着小敏照顾孩子，忙乎家务。可是，好景不长，一天阿翔以喝喜酒为名再次外出，躲在城郊的大桥下吸毒，被公安机关再次抓获。

小敏这才知道，阿翔一直没有戒掉毒瘾，待在家里的这段时间，也一直在背着小敏吸毒，家里的 20 万元拆迁补偿款都被阿翔用来购买毒品了。小敏于今年 3 月提起诉讼，要求与阿翔离婚，婚生女由自己抚养。

由于阿翔婚后一直无业，且存在吸毒的恶习，屡教不改。该情形属于我国《婚姻法》规定的调解无效应予离婚的情形。

今年 6 月，云龙法院认为，二人婚生女跟随母亲小敏生活更有利于其成长。阿翔无工作，但不能免除其对于子女的抚养义务。结合目前的情形，法院酌定二人婚生女随母亲小敏生活，阿翔每月支付抚养费 400 元。关于探望权

问题，没有直接抚养孩子的一方有探望孩子的权利，因此阿翔可以定期探望女儿。

### 3 认识两个月奉子成婚，两年后闪离

阿虎是工厂工人，性格比较内向，接触的姑娘很少，婚事一直耽搁下来。2013年，经人介绍认识了同是生于1980年的小月。因双方都是大龄青年，家人对两人的婚事催得紧，二人见了3面后就确立恋爱关系，恋爱不久后小月便怀孕，两个月后二人奉子成婚。

婚后，小月生下一个女儿，本该是幸福的三口之家，二人却因为生活琐事争吵不休，婆媳关系更是降到冰点。共同生活后，双方的矛盾逐渐显现出来，小月嫌弃阿虎太小气，不讲卫生，30多岁的人了还没有脱离父母的庇护，还时不时动手打自己。阿虎数落小月性格凶悍，凡事不能忍让，对自己的母亲恶语相向。

小两口互不相让，双方的父母更是对对方横加指责。后来因为争吵，小月干脆带着女儿回娘家开始分居生活。今年4月，小月在与阿虎分居期间向法院提出离婚，并要求女儿由自己抚养。阿虎在法庭上也是坚持离婚，并且要和妻子争夺女儿的抚养权。

小月与阿虎认识时间较短，缺乏了解的情况下登记结婚，感情基础较差。且双方婚后常为家庭琐事发生纠纷，矛盾产生后，双方亦未正确对待和解决，致感情日渐淡漠。双方矛盾激化后，二人不是寻求沟通解决的途径，而是选择分居。

基于夫妻感情已彻底破裂，法院于今年7月依法准予二人离婚。结合孩子的年龄以及生活习惯，跟随其母亲生活更有利于成长。云龙法院根据目前双方的收入情况，判定两人的女儿随母亲小月生活，父亲阿虎每月支付抚养费700元。关于探望权问题，未直接抚养孩子的一方有探望孩子的权利，故阿虎可以定期探望女儿。

（文中人物均为化名）

#### 对话法官

问：婚后男方怀疑孩子不是自己亲生，在瞒着女方的情况下，带着孩子做了亲子鉴定，鉴定报告中明确了男方与孩子之间不存在亲子关系。如果男方提出离婚，女方既不认可鉴定报告又不同意重新委托鉴定，人民法院会采信鉴定报告吗？

法官：在我国《婚姻法》解释（三）未出台之前，对于该问题一直没有明确的法律规定，因此遇到当事人拒绝做亲子鉴定时，法院对于能否强制进行鉴定很难定夺。《婚姻法》解释（三）出台以后，专门就该问题做出了明确的规定，即夫妻一方向人民法院起诉请求确认亲子关系不存在，并已提供了必要证据予以证明，另一方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定的，人民法院可以推定请求确认亲子关系不存在一方的主张成立。

问：常言道，清官难断家务事。对于离婚案件中，法官如何认定夫妻感情破裂，法定准予离婚的情形包括哪些？

法官：对于离婚纠纷案件，必须进行调解。认定夫妻感情是否破裂，法官一般要综合考虑双方婚前感情基础，婚后感情生活，有无原则性的矛盾，有没有和好的可能，第几次起诉离婚，起诉离婚是否因为意气用事，有没有法定准予离婚的情形等因素。

我国《婚姻法》中规定，调解无效，应准予离婚的情形包括：（一）重婚或有配偶者与他人同居的；（二）、实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员的；（三）有赌博、吸毒等恶习屡教不改的；（四）因感情不和分居满两年的；（五）其他导致夫妻感情破裂的情形。

## 没有亲子鉴定技术 缺乏高科技验伤技巧

### 宋知县李南公凭常识断疑案

2015年07月29日 上海法治报 刘文基

妻子在丈夫去世后带着儿子改嫁，八年后前夫家人上门索要孩子，妇女说孩子是她和现在的丈夫所生，古代没有亲子鉴定技术，如何辩明真假？

两人同时状告对方殴打自己，二人身上都有伤痕，而且身体强壮者伤痕更重，究竟谁在说谎？《宋史》记载了宋朝官员李南公凭借日常经验巧妙判断上述两案。

李南公，字楚老，郑州人，历任河北转运副使、延安知府、户部尚书、龙图阁直学士等职务，从政六十年，精明强干，尤其善于处理疑难案件。

#### 女子改嫁

##### 前夫家人争孩子

李南公曾经担任长沙知县。当时，长沙县有个女子，出嫁生子时间不长，丈夫不幸去世，她就带着儿子改嫁他人。七年后，这个妇女的前夫家的人找上门来，向这个妇女索要孩子，说她改嫁时所带的孩子，是她在前夫家生的，应该为她前夫家传宗接代。她既然改嫁了，孩子应该名正言顺，归还本家。

自己辛辛苦苦养育孩子多年，怎么舍得归还？况且，孩子只是和他们同姓，孩子的父亲去世后，母亲就是孩子血缘关系最近的亲属。要归还孩子，这个妇女心里一万个不愿意。

现代社会，母亲也是孩子的法定监护人，丈夫去世，母亲当然拥有子女的抚养权和监护权。但在封建社会，讲究“三从四德”，妇女小时候服从父亲，出嫁后服从丈夫，丈夫去世服从儿子，没有任何社会与家庭地位，母亲并不拥有子女的抚养权、监护权。

这个妇女也懂得这些规矩，如果承认孩子是她和前夫所生，就必须归还。为了不归还孩子，这个妇女就拒不承



认孩子是她和前夫所生，而说孩子是她和现在的丈夫所生。

对此，前夫家的人断然否认，说孩子现在已经九岁，这个妇女改嫁才八年，孩子怎么会是她和现在的丈夫生的？妇女针锋相对，说孩子现在才七岁，的确是她和现在的丈夫所生。双方各说不一，相持不下，只能诉诸官府。当时没有亲子鉴定技术，无法从医学上认定，孩子究竟是不是这个妇女和现在的丈夫所生，案件审理陷入困境。

是否换牙

闲聊之中明真相

李南公作为长沙县知县，接到这个案子后，没有严刑拷问，而是若无其事，漫不经心地和这个女子拉家常，还问这个女子，她的孩子换牙了吗？面对这个平易近人、和蔼可亲的县官，这个妇女也没有任何戒备心理，根本没有想到县官这个问题是什么用意，若无其事地如实回答，说孩子已经换牙了。

这时候，李南公不再是谈笑闲聊，而是拍案而起，严肃认真，斩钉截铁地说，老人、小孩都知道，小孩子到八岁换牙，你改嫁才七年，孩子已经换牙，这个孩子肯定是你与前夫所生。这个妇女听到县官大人上述话语，如梦初醒，悔恨自己言语不慎，泄漏天机，但说出去的话，泼出去的水，收不回来。况且，县官大人说的有理有据，这个妇女明白，孩子的真实情况隐瞒不了，只能老实坦白，乖乖承认，孩子确实是自己与前夫所生。

互相状告

到底是谁先动手

一天，甲、乙两个人怒气冲天的到长沙县府衙门告状，甲说乙殴打了自己，乙说甲殴打了自己。知县李南公讯问甲乙二人可有伤痕，甲乙二人争先恐后，都说自己有伤痕在身。李南公让甲乙二人脱掉衣服，果然都有伤痕，而且，甲的伤痕比乙还要严重。

李南公仔细端详甲、乙两个人，甲身材魁梧，乙身体瘦小，按照常理，甲乙二人打架，应该是甲占上风，乙占下风，因此应该是甲的伤轻，乙的伤重。现在为什么恰恰相反呢？莫非是乙有武功在身？李南公就问乙，他是不是练过武功？乙有气无力地回答说，自己身体瘦小，也从来没有练过任何武功，要是有一点武功，也不至于被甲打得伤痕累累了。乙满腹冤屈地告诉李南公，是甲故意殴打自己，自己防守还来不及，又哪里能够打伤甲？请求李南公明察。

火眼金睛

凭经验断假伤痕

乙身体瘦小，又没有什么武功，怎么会把甲打得伤痕累累？这也正是李南公心中的疑问，看来得认真查查甲的伤痕。李南公让甲脱掉衣服，自己上前认真细致地进行查看，并用手触摸甲的伤痕。然后，义正词严、声色俱厉地讯问甲：“你为什么伪造伤痕，诬告他人，欺骗官府？”

李南公的忽然变色和突击发问，不仅让甲丈二和尚摸不着头脑，也让官府衙役始料不及。更让人们始料不及的是，刚才还理直气壮，振振有词告状的甲，突然间就像泄气的皮球，磕头如捣蒜，乞求李南公手下留情。李南公不动声色，要求甲如实交代自己的罪行。甲就瓦罐里倒核桃，将自己殴打乙，并在自己身上仿造伤痕的前后经过，具体细致地作了交代。

原来，甲、乙两家素有不和，甲因此图谋报复乙，但打人得赔偿，这样一来，就得不偿失。为了殴打乙而不赔钱，甚至于让乙倒赔自己钱，甲就想到了伪装自己受伤。甲苦思冥想，用当地的榉柳叶子在自己身上染上颜色，伪装伤痕。没有想到，还是没有逃脱李南公的火眼金睛。

富有验伤经验的李南公深知，真正的伤痕是坚硬的，一般颜色也并不均匀。而甲身上的伤痕，非常均匀，用手摸起来也非常柔软。加上甲乙二人的体力和伤痕也并不般配，李南公就断定甲的伤痕是伪造的。这一场官司谁是谁非也就一目了然了。

#### （四）财产分割案例

##### 相恋 5 年关系“闹掰”所购房产如何分割

2015 年 07 月 08 日 上海法治报 通讯员 李鸿光

眼下，恋人共同出资购置房产营造未来幸福的小屋，成为了部分已达婚龄男女的首选，但恋爱结果并不都是花好月圆。80 后沪籍小青年强强与滇妹子晓晨谈了 5 年恋爱后，两人终因性格不合未能牵手，恋情无疾而终。分手后的这对小恋人，为共同购置的房产归属闹上法院，强强要求确认大半房屋产权归他名下。近日，上海静安区法院一审判决涉案房屋归强强所有，强强应支付晓晨房屋折价款 34.46 万余元；由晓晨协助强强办理涉案房屋产权过户手续。

热恋男女共筑爱巢分手

2006 年年底，18 岁的强强与滇妹子晓晨建立恋爱关系。经过 2 年的热恋，他俩都感觉要有个遮风挡雨的温馨爱巢，遂与案外人章某签订购置本市海防路某号的一处二手房。因两人工作不久积蓄不多，尽管该房屋总价仅为 53 万元，但还是向银行办理按揭贷款 37 万元，强强与晓晨同为房屋的所有人登记备案在案。

今年 3 月下旬，强强向法院诉称除了办理贷款外，首付款中自己出了 9.5 万，晓晨出了 6.5 万，而购房时税费共计 1.4 万余元都是自己所付，拥有沪籍户口的他作为主贷人独自还贷至今。强强说，两人在一起度过几年的幸福时光，到 2011 年年底，两人感情出现了裂痕，尽管居住在同一屋檐下，但形同陌人，直至恋情“闹掰”晓晨搬离。

强强声称因自己需另外购置房屋，曾多次与晓晨协商要出售系争房屋，均遭到了晓晨的拒绝。请求法院分割涉案房屋，确认自己拥有 87.74% 的房产份额，晓晨拥有 12.26% 的房产份额由他折价支付货币，并请求法院按照比例判决双方分担中介费、交易税费、贷款手续费等共计 1.4 万余元。

法庭上，滇妹子晓晨同意分割涉案房屋产权，也同意产权归强强所有，但不认同对方提出的分割比例，辩称首付款大部分是她支付的，在共同生活期间银行贷款也是两人共同偿还。还说自己搬离涉案房屋后，虽没有偿还过贷款，但强强出租房屋的收益已足以偿还贷款。提出自己应该获得房屋产权 70% 份额，并按产权比例承担中介费、交易税等费用。

#### 理清证据细分出资比例

经审理查明，强强购置涉案房屋支付中介费、契税交易手续费等共计 1.26 万余元。截止 2015 年 4 月底，强强名下贷款本金余额为 27.6 万余元。

在购买房屋期间，强强与晓晨之间有过三次转账，分别是晓晨打给强强 12 万元、强强打给晓晨 4.1 万余元以及 10 万元。相互折抵后最终是强强打给晓晨 2.1 万余元。晓晨对第三笔首付 4 万元，是从强强卡里取钱支付的，一开始认可后又部分否认。晓晨对于不足部分是自己出资的一节事实，却未提供证据证明，相反强强有于 2008 年 2 月 25 日取款 1 万元的证据。因此，法院确认定金 2 万元以及第二笔首付 9 万元是从晓晨账户中取款支付，第三笔首付 4 万元以及尾款 1 万元是从强强账户中取款支付，晓晨取款 11 万元中有 2.1 万余元是强强出资。法院认定购房定金、首付款及尾款共计 16 万元系由两人共同出资。

涉及住房抵押贷款已还部分的出资，强强认为该抵押合同是他作为借款人与银行签订还贷款，还款也是通过他银行账户扣划，来证明还贷款是由他归还的。而晓晨则认为还贷款分两个阶段，在她搬离前两人共同还贷，在她搬离后房屋出租的租金足够支付银行按揭贷款。

#### 判决男友得房女友得款

法院认为，强强与晓晨在恋爱期间共同出资购房，显然该房是用于今后两人共同生活。从两人当时年龄以及首付款的付款情况看，都是工作刚刚起步，经济状况不是十分宽裕，任何一方都没有单独还贷的能力。2011 年底，两人终止恋爱关系，晓晨离开系争房屋后，归还房贷有强强的银行账户支付。强强自认该房屋在晓晨搬走后出租过半年，租金大约每月 3000 元。法院以为强强单独收取的租金，仍然属于两人共同所有。该段时间内尽管由强强偿还银行贷款，但租金收益足以支付应还贷款。已还贷款虽是两人共同出资，但强强出资占大部分。从公平合理的角度出发，考虑两人对该房屋的贡献大小，遂法院作出上述判决。

### 财产未实际转移的赠与方是否有权撤销婚前签订的预期财产赠与协议——张文义诉侯娟离婚纠纷案

2015 年 07 月 17 日 法学家指导案例

【关键词】民事 离婚 缔结婚姻 感情基础 分居 感情恶化 共同生活 感情破裂 离婚 真实意思表示 公序良俗原则 婚前财产协议 赠与协议 预期财产 撤销赠与

【学科课程】合同法学

【知识点】赠与合同 所有权转移 撤销权

【教学目标】掌握赠与合同标的物的特征，明确赠与财产所有权转移的条件。

【裁判机关】上海市第一中级人民法院

【程序类型】民事二审

【指导效力】★★★☆☆ 被国家法官学院《中国审判案例要览》(2012 年民事审判例卷)收录

【案由】离婚纠纷

【案号】(2011)沪一中民一(民)终字第 155 号

【判决日期】2011 年 01 月 18 日

【审理法官】李平 王芝兰 封赉城

【上诉人】侯娟(原审被告)

【被上诉人】张文义(原审原告)

【被上诉人代理人】孙佩学 陆鸣(上海中建中汇律师事务所)

【争议焦点】

双方婚前签订财产协议，约定一方自愿将其未来的收入赠与另一方，即一方基于其对自身未来收入的预期对另一方作出赠与承诺。在此情况下，赠与行为所涉及的财产是否发生转移，赠与一方是否有权撤销赠与。

【裁判结果】

一审法院判决：准予被告张文义与原告侯娟离婚。

被告侯娟不服一审判决，提出上诉称：被上诉人张文义与本人婚前签订的《财产约定协议书》，明确载明被上诉人张文义自愿将其所有的婚前财产人民币 2 500 万元赠与本人，被上诉人张文义严重违背夫妻之间平等、忠诚、守信的基本婚姻原则，欺骗本人感情，现要求被上诉人张文义履行《财产约定协议书》并解决本人居住问题。

被上诉人张文义辩称：婚前侯娟在获取其给予的礼金人民币 200 万元后仍经常向其索取财物，双方感情已经破

裂，其不再愿意支付上诉人侯娟任何钱款，要求维持原判。

二审法院判决：驳回上诉，维持原判。

#### 【裁判要旨】

1. 男女双方自行相识相恋缔结婚姻，可认定双方具有婚前感情基础。双方婚后时常发生矛盾，共同生活较短时间即开始分居，分居时间较长。在一方主动联系另一方表示愿意维系婚姻关系，另一方即予以回避，致双方感情恶化，可认定双方不再具有共同生活的可能，男女双方夫妻感情确已破裂。在另一方提起离婚诉讼后，人民法院应予准许。

2. 夫妻双方婚前签订财产协议约定一方自愿将婚前财产赠与另一方。该协议是出于双方真实意思表示，且未违反法律、法规规定，合法有效，一方无权在离婚时以该协议违反公序良俗原则主张无效。但是，从上述内容可知，该协议名为夫妻婚前财产协议，实质是赠与协议，而夫妻之间对不能预期的财产进行赠与，应认定该赠与行为所涉及的财产实际上并没有发生转移。故在赠与财产没有发生转移之前，夫妻一方有权撤销赠与。

#### 【法理评析】

1. 《中华人民共和国婚姻法》第三十二条规定，人民法院审理离婚案件时，应当进行调解；如感情确已破裂，调解无效，应准予离婚。由此，夫妻感情破裂系夫妻双方解除婚姻关系的法定条件，若夫妻感情尚未完全破裂，人民法院则不能准予离婚。判定夫妻感情是否破裂，应当以下列方面进行考量：首先，双方的婚姻基础，若双方婚前相处时间较短，对彼此的了解不足以建立夫妻感情的，属缺乏婚姻基础。其次，双方的婚后感情，若双方依法登记结婚后，未同居生活，或因感情不和分居较长时间的，又无共同生活的可能的则可认定为感情破裂。再次，双方离婚的原因，若双方难以包容彼此，性格、文化背景差异较大，或者一方存在品行、作风问题，导致双方难以和解，可认定为夫妻感情破裂。最后，双方是否还有和好的可能，若双方不能原谅彼此的错误，可认定双方感情破裂。存在上述情形，又在离婚诉讼中调解无效的，则可认定双方感情确已破裂，人民法院应当准予离婚。

夫妻双方婚前系自由恋爱，相处一段时间后缔结婚姻，可认定双方婚前具有一定感情基础。但因双方年龄差异大，婚后经常发生矛盾，并在共同生活时间较短即开始分居，分居时间较长。在分居期间，夫妻一方曾两次提起离婚诉讼，法院基于积极改善双方感情的角度，均未准予离婚。夫妻另一方在多次表达持续婚姻关系的意愿后，夫妻一方均未予同意并予以回避，致使双方感情持续恶化，可认定双方再无共同生活的可能，双方夫妻感情确已破裂。夫妻一方再次提起离婚诉讼的，人民法院应准予双方离婚。

2. 婚前财产协议是指男女双方在缔结婚姻以前就双方各自婚前财产或婚后所得财产归属所作的约定。婚前财产协议的效力认定应以下述点作为标准：双方签订协议是否基于真实意思表示；协议是否存在损害公共、他人利益，恶意串通，违反法律、法规规定的合同无效情形。若双方基于真实意思表示，又不存在违反法律、法规情形，亦不侵犯国家利益、公共利益及他人利益的，即使违背公序良俗，亦不应否定协议效力。但是，夫妻双方处分的财产必须是实际存在的财产或可预期的财产，对于不能预期的或实际并不存在的财产则不得进行约定。同时，若协议明显存在赠与等字样，且实质是一方将婚前财产无偿赠与另一方的，则不应属于婚前财产协议，而属于赠与协议。根据我国相关法律规定，赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。法律赋予了赠与人对赠与财产行为的撤销权，亦规定了撤销权的限制条件，即必须在实际转移财产之前行使撤销权。因此，预期的财产在没有发生转移之前，赠与人可撤销赠与。

夫妻双方婚前签订了财产协议，该协议约定夫妻一方自愿将自己所有的婚前财产赠与另一方。之后因夫妻感情破裂夫妻一方起诉离婚，另一方遂要求对方履行财产协议项下的财产赠与。夫妻双方婚前签订的财产协议，不违反法律、行政法规的强制性规定，且系双方真实意思的表示，该协议合法有效。但从财产协议的内容来看，该协议足以表示夫妻一方赠与另一方财产的真实意思表示，由此可认定夫妻双方婚前签订的财产协议实质上并非真正意义上的婚前约定财产制，而是财产赠与协议。因夫妻之间对不能预期的财产进行赠与，应认定该赠与行为所涉及的财产实际上并未发生转移，故夫妻一方主张离婚，且不愿意再继续履行该财产协议的，在赠与财产没有发生转移之前，夫妻一方有权撤销赠与，即夫妻另一方无权要求其配偶继续履行财产协议约定的内容。

#### 【适用法律】

《中华人民共和国婚姻法》第三十二条 男女一方要求离婚的，可由有关部门进行调解或直接向人民法院提出离婚诉讼。

人民法院审理离婚案件，应当进行调解；如感情确已破裂，调解无效，应准予离婚。

有下列情形之一的，调解无效的，应准予离婚：

- (一) 重婚或有配偶者与他人同居的；
- (二) 实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员的；
- (三) 有赌博、吸毒等恶习屡教不改的；
- (四) 因感情不和分居满二年的；
- (五) 其他导致夫妻感情破裂的情形。

一方被宣告失踪，另一方提出离婚诉讼的，应准予离婚。

《中华人民共和国合同法》第一百八十六条 赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。

具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，不适用前款规定。

最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第二条 当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。

没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。

【裁判文书原文】（如使用请核对裁判文书原件内容）

《民事判决书》

上诉人（原审被告）：侯娟。

被上诉人（原审原告）：张文义。

被上诉人代理人：孙佩学、陆鸣，上海中建中汇律师事务。

上诉人侯娟因与被上诉人张文义离婚纠纷一案，不服上海市卢湾区人民法院(2009)卢民一(民)初字第2138号民事判决，向本院提起上诉。本院依法组成由审判员李平担任审判长，审判员王芝兰、代理审判员封赉城参加的合议庭进行了审理。本案现已审理终结。

经原审法院审理查明：原告系再婚，被告系初婚，婚后双方并未生育子女。2004年5、6月份，原、被告在上海自行相识恋爱，并于2007年4月3日在河南登记结婚，主要居住在上海市威宁路8弄5号。双方于2007年10月因产生矛盾，发生争吵后，原告离开双方共同居住的房屋，双方分居至今。2007年10月26日和2008年10月27日，原告先后起诉至本院要求与被告离婚，本院两次均判决不准原、被告离婚。现原告再次以夫妻感情破裂为由诉至本院，要求与被告离婚。

在审理过程中，原告表示双方在婚后并未添置任何财产，无共同债权、债务；双方婚后共同居住的上海市威宁路8弄5号房屋的产权归原告所有，系原告婚前购买；上海市鲁班路388弄1号1103室房屋的产权人为被告，系被告的个人财产。被告表示原告曾在香港买过几百万的基金，但无法提供确切的情况和相应的证据；对上海市威宁路8弄5号房屋的产权归属并无异议，但认为在婚姻关系存续期间其仍有权居住该房屋；上海市鲁班路388弄1号1103室房屋虽归其所有，但目前因债务已办理了抵押。

在庭审中，被告表示双方曾于2007年3月28日签订了一份《财产约定协议书》，且由一名律师出具了见证意见书。该协议书第1款约定：“甲方张文义自愿将自己所有的婚前财产人民币2500万元赠与乙方侯娟。张文义承诺以婚后每年年底支付人民币100万元的方式支付给乙方侯娟，直至2500万元付清。如果期间婚姻发生变故，自离婚之日起甲方不再支付乙方剩余款项……”第2款约定：“甲方张文义自愿于婚后一个月内赠与乙方侯娟结婚礼金人民币200万元……”对此，被告表示，原告张文义仅按照协议书的第2款内容向其给付了结婚礼金人民币200万元，但对于第1款从未履行过。原告对该份协议书的真实性无异议，但认为协议书约定的金额远远高于正常婚姻中发生的财产关系的合理数额，被告基于婚姻骗取原告的财产，原告已经给付被告人民币200万元，故不同意继续履行该份协议书。

上述事实有下列证据证明：

(1) 结婚证，证明原、被告之间存在婚姻关系。

(2) 上海市房地产登记簿房产信息，证明原、被告各自名下的房产情况，被告有能力自行解决居住问题。

(3) 律师函，证明原告起诉离婚之后被告强行居住威宁路8弄5号，原告聘请律师向被告发出律师函，双方为此矛盾激化。

(4) 财产约定协议书及律师见证意见书，证明原、被告曾签订婚前财产协议，约定原告自愿将婚前财产2500万元在婚后每年赠与被告100万元，且原告在婚后一个月内赠与被告礼金200万元。上述协议经一名律师见证。

(5) (2007)卢民一(民)初字第2910号民事判决书、(2008)卢民一(民)初字第2957号民事判决书，证明原告曾两次起诉要求与被告离婚，夫妻感情已经破裂。1. 原告张文义诉称

原告张文义诉称，双方的年龄、文化背景、社会地位差距较大，婚前并无牢固的感情基础，导致婚后双方因经济问题及个人问题经常争吵，被告在获得原告给予的200万元礼金后，仍以各种名义向原告索取财物，经常无理取闹，打骂甚至威胁原告。原告不堪忍受，2007年10月及2008年10月，分别两次起诉至卢湾区人民法院要求与被告离婚。虽然法院两次均判决不准离婚，但自2007年10月起双方分居至今已有三年，期间双方没有任何往来，也没有任何电话或书信联系，夫妻感情确已破裂，现再次起诉要求与被告离婚。

被告侯娟辩称，原告所述并非属实，双方从恋爱到结婚有良好的感情基础，婚后感情也较好，并不存在被告打骂或威胁原告的情况。2007年10月，原告结婚半年后无故离家出走，并先后两次起诉至法院要求离婚，但法院均判决双方不准离婚，说明夫妻感情并未破裂，仍有和好的可能。期间，被告试图以多种方式联系原告，但原告更换手机号码，回避被告，导致双方无法正常往来。原、被告虽然自2007年10月起分居至今，但这并非被告的本意，鉴于双方已有多年的感情基础，被告希望能与原告和好，将婚姻维持下去，故不同意离婚。若法院判决离婚，则要求原告继续履行双方于婚前签订的《财产约定协议书》，并要求原告解决其居住问题。

原审法院认为：本案有两个争议焦点，一是原、被告双方的夫妻感情是否破裂，二是原、被告于婚前签订的财产协议是否应当继续履行。

从原、被告双方的感情来看，虽然双方自行相识恋爱，婚前也有一定的感情基础，但双方在年龄等方面差异较

大，结婚半年后即因种种原因发生矛盾、产生摩擦，导致双方婚后共同生活的时间较短，而分居时间已达三年。原告在提起本次离婚诉讼之前已两次起诉至本院要求被告离婚，法院从促使双方积极改善夫妻感情的角度出发，均未准许双方离婚。期间，被告虽多次试图联系原告以维系感情，但因原告更换联系方式予以回避，导致夫妻感情不仅至今无法得到任何改善，反而更趋恶化，夫妻感情确已破裂，故原告要求离婚的诉讼请求，本院依法予以支持。

鉴于双方当事人在庭审中均表示婚后无共同财产或共同债权债务，因而婚前签订的财产协议如何履行成为双方分割财产方面最大的分歧。从协议书的内容及双方当事人在三次诉讼中的庭审陈述来看，该份协议书的约定并非原告基于当时自身的既有财产所作的权利处分，而是原告基于其对自身未来收入的预期而对被告所作的赠与承诺。该份协议书签署于双方结婚之前，原告确实按约向被告给付了礼金人民币200万元，因婚后半年双方感情发生变故，原告不愿意继续履行该协议。综合分析该份协议书的内容及形式，根据合同法关于赠与合同的相关规定，本案并不存在原告不得撤销赠与的法定情形，故被告要求原告继续履行协议书的请求不予支持。至于被告要求原告为其解决居住问题的请求，根据原告的举证及被告在法庭上的自认，被告为上海市鲁班路388弄1号1103室房屋的产权人，并不存在居住困难的问题，故本院不予支持。上海市卢湾区人民法院依照《中华人民共和国婚姻法》第三十二条、《中华人民共和国合同法》第一百八十六条、最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第二条之规定，作出如下判决：准予张文义与侯娟离婚。

被告侯娟不服一审判决，向本院提出上诉称：张文义与侯娟婚前签订的《财产约定协议书》，明确载明张文义自愿将其所有的婚前财产人民币2500万元赠与侯娟，张文义曾支付过礼金人民币200万元，之后未再履行协议书中约定的承诺，张文义严重违背夫妻之间平等、忠诚、守信的基本婚姻原则，欺骗其感情，现要求张文义履行《财产约定协议书》并解决其居住问题。

被上诉人张文义辩称，双方婚姻基础差，婚前侯娟在获取其给予的礼金人民币200万元后仍经常向其索取财物，双方感情已经破裂，其不再愿意支付侯娟任何钱款，要求维持原判。

本院经审理认为：张文义与侯娟于2007年4月3日登记结婚，同年10月双方发生争吵后即分居至今，之后张文义数次提起离婚诉讼，在法院两次判决不准离婚后，双方夫妻关系并未好转，故原审法院认定张文义与侯娟夫妻感情已经破裂，依法判决准予双方离婚正确。

我国法律规定，赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。张文义与侯娟在婚前曾签订《财产约定协议书》，协议中张文义曾承诺赠与侯娟人民币2500万元，但张文义实际支付侯娟人民币200万元，现双方感情破裂，张文义表示不再愿意赠与侯娟钱款，该行为并不违反法律规定。根据本案查明的事实，侯娟在本市鲁班路有产权房，侯娟可以自行解决居住。

综上，原审法院依据事实和法律对本案所作判决正确，侯娟的上诉请求，因缺乏理由和依据，本院不予支持。上海市第一中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）项之规定，作出如下判决：驳回上诉，维持原判。

## 丈夫中奖500万与妻子离婚 称彩票是母亲所买

2015年07月29日 重庆晚报

7月26日，一则“2015年7月27日下午两点半，梁平县人民法院开庭审理梁平崽儿中福彩一等奖后隐瞒巨额财产，抛妻弃子”的帖子，在“梁平万事通”公众号话题平台公布，引起网民讨论。

中了多大的奖？抛弃妻子是真的吗？官司背后到底是怎么回事？带着疑问，重庆晚报记者进行了独家采访。

前夫

中奖彩票 是母亲所买

前日下午，重庆晚报记者拨通熊先生电话，他称，中奖的不是自己，是自己的母亲。

“妻子离家半年不回，最后才决定离婚。夫妻闹矛盾，心情很郁闷，根本没心思买彩票。那个中奖号我是追过一段时间，但后来我妈也在追。”熊先生说。

记者找到熊先生的母亲曾婆婆。“那个彩票是我买的。”曾婆婆说，儿子一直追那个号，后来停下来了，她觉得可惜，继续追。过年前晚饭后，散步到家附近彩票店花56元买的。

这笔奖金税后有460万元。今年3月10日，袁女士向梁平县法院提起诉讼，认定这笔钱为夫妻共同财产，要求分得230万元，同时向法院提出诉前财产保全，冻结熊先生银行账户。曾婆婆作为第三方出庭。

4月28日，梁平县法院第一次开庭审理此案。袁女士的代理律师称，第一次开庭时，法院出示了福彩中心备案中奖人登记为熊先生，对方没有出示任何受人委托领奖的委托书。

曾婆婆告诉记者，自己70多岁，到主城领奖身体不便，便让儿子代领奖金并保存。“第一次开庭，彩票店老板出庭作证，证明是我在她那里买的彩票。”曾婆婆说。

前妻

前夫隐瞒中奖 逼离婚

前日中午，重庆晚报记者见到了袁女士。

她说，1999年她与熊先生结婚，第二年有了女儿。去年7月，袁女士因与老公吵架，带着女儿回了娘家。“本想让彼此冷静，但两人打电话经常被气倒，便赌气没回家。”袁女士说，今年2月17日晚10时过，熊先生打来

电话提出离婚，要求马上办理。

“离婚前一天，我告诉他等女儿中考后再离婚，他断然拒绝。”袁女士说，今年2月25日，她与熊先生在梁平县民政局办理离婚。

袁女士提供的离婚协议中，双方注明：女儿归男方抚养；2013年男方去云南投资失败，所借银行贷款由男方归还；所借女方欠款10万元由男方在签订协议时无条件偿还。

“离婚后几天，朋友打电话告知，‘其实你前夫中了500万元。’那个号前夫追了很长一段时间了，是双色球8+1小复式。”袁女士说。

袁女士在网上查看开奖号码，发现2月17日的中奖号码正是前夫追的号，头等奖573万元，当晚9点半就开奖了。接着，袁女士在网上搜到一篇报道《梁平彩民领走双色球573万回家就分钱》，领奖时间是2月27日。“他故意隐瞒了我，逼我离婚，再领奖。”袁女士说。

庭审 证人证词成为焦点

前日下午，法院第二次开庭，曾婆婆和熊先生均未露面，由代理律师出庭。

庭审中，袁女士向法庭申请调取彩票店监控视频并保全。熊先生代理律师称，视频可能不存在。承办法官没有当庭表示是否同意申请。

接着，袁女士向法庭提交了熊先生2015年2月27日通过银行转账给彩票店老板14万元的证据。她的代理律师称，熊先生贿赂彩票店老板作伪证，让她隐瞒熊先生买彩票的事实。

休庭期间，审判长提出双方是否愿意调解。袁女士表示，接受调解需熊先生分予200万元。对方律师称给予50万元，调解失败。

庭审后，熊先生向记者解释，彩票店老板与他是同学，当时离婚要给袁女士10万元，就向她借了14万元，母亲中奖后，通过转账归还。

出庭的另一位证人是双方女儿。“第一次庭审时，法官问我：‘奶奶是否经常买彩票？’我回答：‘不经常买。’”她说，作证后，奶奶对自己冷漠很多。她搬出来，现暂时和妈妈住。

说话间，她眼神中透着伤感：“爸妈都很爱我，我也爱他们，我没亲眼看到是谁买的彩票。面对这场父母的纠纷，自己只有实话实说，没有偏袒，才能让自己良心过得去。”

## （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

### 本案离婚协议能否再次撤销

2015年07月23日 人民法院报 刘建章 李婧

[案情]

王某与刘某于1999年11月登记结婚，2003年生育一子刘某某。2013年，王某与刘某协议离婚，并签订离婚协议：儿子刘某某由王某抚养，刘某每月支付抚养费；婚内购置的房产一和一辆汽车归刘某，房产二和存款归儿子刘某某。

2014年3月，刘某得知刘某某不是其亲生儿子后，将王某诉至法院，法院经审理后于同年8月作出判决：将离婚协议中刘某向刘某某支付抚养费、给刘某某财产的相关条款予以撤销。

2014年11月，王某以离婚协议部分内容被撤销为由，将刘某诉至法院，要求法院将离婚协议中的未撤销的条款（涉及到协议给刘某财产的相关条款）撤销，对双方的夫妻共同财产重新分割。刘某认为王某的请求超过诉讼时效。

[评析]

本案系离婚后财产纠纷。其争议焦点是王某的诉讼请求是否超过诉讼时效、离婚协议中的未撤销条款（涉及到协议给刘某财产的相关条款）能否再次被撤销。

1. 王某的诉讼请求是否超过诉讼时效？民法通则第一百三十七条规定，诉讼时效从知道或者应当知道权利被侵害时起开始计算。撤销离婚协议的诉讼时效是一年。本案中的离婚协议已经于2014年8月撤销了其中一部分，王某起诉的诉讼时效应当从其得知离婚协议被部分撤销时，也就是2014年8月起计算。王某于同年11月向法院起诉，并未超过诉讼时效期间。

2. 离婚协议中未被法院判决撤销的条款能否再次被撤销？本案中，离婚协议约定处分的财产是王某与刘某的夫妻共同财产，双方约定一部分财产归孩子所有，另一部分归刘某所有，作为夫妻共同财产所有人一方的王某并没有分割任何财产，同时约定孩子由王某抚养。如果按照原协议履行，作为孩子刘某某法定监护人的王某能对分配给孩子的财产进行保管，其实际对该部分财产具有支配权。因此，双方签订的离婚协议是在对全部财产全盘考虑的基础上产生的。但是由于约定属于孩子财产的协议内容已于2014年8月被法院撤销，而约定归刘某所有的财产仍按协议归刘某所有，这一结果造成所有财产都归刘某所有，王某没有分割到任何夫妻存续期间的共同财产，对王某来说，并不是双方当初签订协议的真实意思表示，显失公平。因此，应当撤销离婚协议中尚未撤销的条款，然后对全部财产重新分配。

(作者单位：河南省焦作市中级人民法院、焦作市解放区人民法院)

## (八) 恋爱同居纠纷案例

### 温州鹿城区法院：恋爱不成欲讨回“红包” 因证据不足未获支持

2015年07月07日 人民法院报 记者 孟焕良 通讯员 鹿轩

本报温州7月6日电 (记者 孟焕良 通讯员 鹿 轩)为确立恋爱关系,男方按女方老家的习俗给了女方一个红包,结果恋爱不成,男方认为女方应当把红包退还,女方却矢口否认收到过红包。男方一纸起诉状告到法院,认为女方不当得利。今天,浙江省温州市鹿城区人民法院以证据不足驳回了男方的诉讼请求。

今年3月10日,29岁的河南小伙黄某通过“世纪佳缘”网站认识了25岁的四川妹子李某。两人网上聊得挺好,又都在温州工作,于是决定见面,这样的见面相处也是以结婚为目的的。

“按照女方老家的习俗,要确立恋爱关系需要给付红包的。”黄某说,今年4月10日晚上,他约李某吃晚饭,自己凑了6000块钱,包了一个红包交给李某。

但是那顿晚饭之后过了三天,李某就和黄某提出了分手。

李某说,自己从来没有收到过6000元的红包,是黄某骚扰自己的家人才要和他分手的。

两人为此争论不休,黄某还把两个人的对话进行了录音,包括微信聊天记录,带着这些“证据”,今年5月13日,黄某一纸起诉状将李某告到了鹿城区人民法院,要求对方返还6000元。

庭审中,李某说,自己是有收到过一些糖果等礼物,但是没有收到6000元的现金;黄某当庭出示了双方的录音、微信聊天记录。但是对于什么时候进行的录音,黄某自己也无法说出准确时间。

对于双方的微信聊天记录,李某认为,也是黄某单方面进行过删减,根本无法证实他有给付过6000元款项给她的事实。

法院经审理认为,当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实有责任提供相应的证据加以证明。首先,黄某提供的录音和微信聊天记录不足以证明其将诉争的6000元钱交付给李某的事实。其次,黄某自认是以“红包”的形式将6000元交付给李某的,黄某积极主动地将这6000元交给李某的行为,使得李某有了占有这笔款项的合法根据。所以,即使黄某证明了交付6000元的事实,两人之间存在的应是一种赠与关系。从现有证据来看,不存在合同法第一百九十二条所规定的法定撤销事由,黄某仍无权要求李某返还。最终法院驳回了黄某的诉讼请求。

### 准女婿没有16万元聘金 父母欲拉着女儿去堕胎

2015年07月08日 闽南网

时间:前日下午3时许

地点:浮桥派出所值班台

民警:当班民警小郑

闽南网7月8日讯 前天下午3点多,泉州市区浮桥一出租房里传出激烈的争吵。

“要么给16万,要么让阿丽打胎,没商量。”黄丽(化名)的母亲双冲林(化名)平大声喊。“我没那么多钱,但孩子我要定了。”林平说。

“你敢。”黄丽的父亲也在旁边帮腔。黄丽站在父母和男友中间,只顾着抹眼泪,插不上话。她看着剑拔弩张的双方,把林平拉到一边,让他报警。

随后,泉州鲤城公安浮桥派出所民警接到警情,说是有人入室打人。他们赶紧赶到现场,从各自描述中,民警拼出事情原委。

黄丽是位龙岩姑娘,在泉州浮桥一工厂打工时,认识了来自云南的林平。黄丽喜欢温柔、体贴的林平,两人确立恋爱关系后便同居。直到3个月前,发现怀孕了。知道自己要当爸爸的林平自然高兴得很。黄丽担心肚子大了穿婚纱不好看,两人商量着尽快结婚。

黄丽向远在龙岩的父母说起要结婚的事情时,父母说,按照龙岩当地习俗,男方要给女方16万聘金。“按云南风俗,娶媳妇花2万已经算多了。”父亲告诉林平,家里日子也不宽裕,没法拿出16万元。

双方僵持不下,一个月前,黄丽父母来到泉州。黄丽的母亲说,没有16万聘金,他们绝不会让女儿嫁给林平。还催着黄丽去堕胎。两人苦苦哀求,黄丽的父母态度没有丝毫松动。林平声称,父母要从云南过来当面谈谈。他想找个借口把事情先拖着。眼瞅着黄丽的父母在泉州住了一个月,林平的父母还没出现。前天,黄丽的父母终于爆发了,拉着女儿去做人流。林平哪肯,拉着黄丽不让出门。双方发生争执。

两名民警了解事情的来龙去脉后,各自对一方进行劝说。黄丽的母亲说,黄丽还有一个弟弟,将来弟弟还得娶媳妇,她家也不宽裕。林平是独子,家里完全能多出些聘金。现场,林平拨通家里电话,父亲并不知道事情已经变得这么严重。简单商议后,他说家里能凑够6万元。过几天,他们将赶来泉州,两家人坐下来好好商量。

调解中,阿丽始终拉着男友的手,默默无语。(海都记者 花蕾 通讯员 郑健林)

### 广州情侣8年赚近千万 结婚前夕分手争财产

2015年07月13日 广州日报

一对情侣相恋多年,在广州共同生活奋斗,将生意做到了近千万元,在婚礼前夕却突然闹崩。不是夫妻,却宛

如夫妻，分手后，他们的财产如何分？记者近日获悉，法院一审判决认定男女双方一起同居一起做生意，其共同经营生意的所得应该份额均等。

情侣恋爱 7 年结婚前分手

女方要求分割近千万元财产

钟雯是“85 后”，2007 年初，当时不到 20 岁的钟雯认识了比她大几岁的老乡邹青宇，两人坠入爱河。在谈了 7 年恋爱后，去年 5 月，他们原本计划在老家结婚，但不料，在结婚前夕，双方起了争执，分手了。

分手后，钟雯将邹青宇起诉到了法院，要求分割在邹青宇名下的两人的共同财产。她称，2007 年她和邹青宇恋爱时，邹青宇没有职业，也没有稳定收入。2009 年，在家人的支持下，她与邹青宇一起创业并同居，创业的启动资金都是她的父母给的。钟雯称，她和邹青宇先在东莞做生意，后来又广州打拼。通过几年的奋斗，两人已经积攒了近千万元的财产。去年，钟雯怀孕，想结婚，他们在老家购置了一处婚房。但在商议提亲时，双方起了矛盾，二人最终结束了 7 年恋情。钟雯说，她和邹青宇的财产加起来有 900 万元，她要求分得应有的 450 万元。

对于钟雯的说法，邹青宇却有另一套说法。邹青宇称，自己名下的生意是属于他和家人合伙经营的，根本不是钟雯所说的同居期间的财产，他称自己没有和钟雯同居。邹青宇还说，在老家的那套房产也是他父亲出资购买的房产，是他个人的房产。他要求法院驳回钟雯的起诉。

认定二人同居且共同做生意

法院判女方应获得 300 余万元

究竟双方是否是同居生活？钟雯曾提交了多份证据，比如，她和邹青宇曾使用了共同的手机号码及联系地址来办理银行卡，邹青宇的淘宝账户与她的淘宝账户都是同一个收货地址。此外，2013 年由于丢了 iPhone 手机，邹青宇在警方的询问笔录中称他和“妻子”住在越秀区某房，还提供了钟雯的手机号。钟雯还提交了病历，称她和邹青宇共同生活，还怀了邹青宇的孩子。在去年 5 月初的一份通话录音中，邹青宇和钟雯都明确了各自的身份，他还多次谈到了举办婚礼、结婚、怀孕、养胎、共同经营生意等内容。此外，钟雯还提交了微信聊天记录等多份证据。一审法院认为，由钟雯所提交的上述证据或者能直接证明双方存在同居关系，或者能够形成充分的证据链来证实双方共同生活。

那他们有没有一起做生意呢？对这个问题，法院一审认为，首先，去年 5 月初钟雯与邹青宇的通话录音中，邹青宇也认可钟雯与他双方共同积攒收入，其次，婚礼策划公司给二人所作的策划内容和证人证言都能间接证明钟雯和邹青宇双方共同经营、共同生活。此外，钟雯提供的产品销货单也能证明钟雯从事销售经营的事实。因此，法院认定钟雯和邹青宇共同做生意。

有鉴于此，法院一审认为，依照《物权法》的规定，考虑到钟雯和邹青宇双方在共同经营期间均付出了相当的贡献，故他们双方对其财产应为共同所有且份额均等。但法院认为，在老家的那套“婚房”是邹青宇的父亲所付首付，登记在邹青宇名下，而钟雯和邹青宇并未结婚，因此该房产属于邹青宇个人所有。此外，还有部分库存货物，由于钟雯没有提交有力证据，法院没有支持。

最终，法院判决邹青宇向钟雯支付 300 余万元。（广州日报记者林霞虹）（注：文中人物均为化名）

### 心软没做人流 法院判她返还男友 15 万人流费

2015 年 07 月 15 日 南方都市报 作者 张鹏

南都讯 记者张鹏 通讯员冷静 一对恋人决定分手时，发现女孩已有身孕。双方签订协议，男方支付人流手术及营养等费用 15 万后，双方从此不相来往。但女孩来到医院做人流时，发现胎儿月份已较大，实在不忍心，于是就将孩子生了下来。

男方知情后，认为女方违反协议，向东莞第一人民法院起诉，索要已支付的 15 万元。近日，该院一审判决，支持男方诉求。

胎儿月份已高 不忍心打掉

东莞的小何和女子小陈几年前确立了恋爱关系，并生活在了一起。2013 年 3 月份，因为双方的一些原因，两人决定分手。就在此时，小陈发现自己已经有了身孕。

但两人还是决定要分手，并签订了分手协议书，约定双方自愿分手，小陈自愿做人流手术，小何支付人流手术费及营养费等 15 万元。从此，双方互不相欠，也绝不能影响彼此双方的正常生活和工作。签字的同时，小何就把 15 万元给了小陈，并签了收据。

待小陈来到医院准备做人流手术时，发现胎儿月份已高，实在不忍心，且小陈的身体也有些问题，医生也不建议做人流。于是就把孩子生了下来。

小陈之后又找到了小何，告诉他孩子没有打掉，而是生了下来，希望他支付一部分抚养费。熟料，小何却将她告上了法庭，索要此前支付的 15 万元。

法院判决：女子返还人流费用

小何向法庭反映，小陈多次到其单位吵闹，迫使其签订协议的，并且小陈没有按照协议去做人流，而是生下孩子，还索要抚养费。存在胁迫和欺诈行为，因此协议应属无效，小陈应该返还 15 万元。而且证据显示，小陈确实在收据上明确注明该钱款是用于自己人流手术费用和营养费用的。



东莞市第一人民法院审理认为，该两人作为成年人，均有自主决定是否生育的权利，因此双方协商一致后签订《协议书》并约定小陈终止妊娠，没有违反国家法律法规的强制性规定。小何并无证据证明其签订案涉《协议书》时是受到欺诈或胁迫。因此，《协议书》是合法有效，对双方均有约束力的。

协议和收据都明确，小何给的15万元是用于小陈人流手术和营养费用的，但小陈没有做人流而是生育了双方的小孩，因此小陈取得该款项并没有合法依据。

最后，法院一审判决确认双方签订的《协议书》有效，小陈返还小何15万元。双方均没有提起上诉。

## 同居男女财产怎么分割？法院：同居且共同做生意所得应为共同财产且份额均等

2015年07月21日 广州日报

为了给幼小的孩子一个“完整的家”，离婚后的夫妻又继续同居多年，最后依然劳燕分飞；情侣相恋多年，共同生活奋斗，将生意做到了近千万元，在婚礼前夕却突然闹崩……同居关系在现代生活中司空见惯，他们不是夫妻，却宛如夫妻，分手后，他们的财产如何分？

案例：

女方要分割千万财产

钟雯是“85后”，2007年初，当时不到20岁的钟雯认识了比她大几岁的老乡邹青宇，两人坠入爱河。在谈了7年恋爱后，去年5月，他们原本计划在老家结婚，但不料，在结婚前夕，双方分手了。

分手后，钟雯将邹青宇起诉到了法院，要求分割在邹青宇名下的两人的共同财产。她称，2007年她和邹青宇恋爱时，邹青宇没有职业，也没有稳定收入。2009年，在家人的支持下，她与邹青宇一起创业并同居，创业的启动资金都是她的父母给的。通过几年的奋斗，两人已经积攒了近千万元的财产。去年，钟雯怀孕，他们在老家购置了一处婚房。但在商议提亲时，双方起了矛盾，二人最终结束了7年恋情。钟雯说，她和邹青宇的财产加起来有900万元，她要求分得450万元。

对于钟雯的说法，邹青宇却有另一套说法。邹青宇称，自己名下的生意是属于他和家人合伙经营的，根本不是钟雯所说的同居期间的财产，他称没有和钟雯同居。邹青宇还说，在老家的那套房产也是他父亲出资购买的房产。

法院：

判女方应获得300余万元

究竟双方是不是同居生活？钟雯曾提交了多份证据，比如，她和邹青宇曾使用了共同的手机号码及联系地址来办理银行卡，邹青宇的淘宝账户与她的淘宝账户都是同一个收货地址。此外，2013年由于丢了iphone手机，邹青宇在警方的询问笔录中称他和“妻子”住在越秀区某房，还提供了钟雯的手机号。钟雯还提交了病历，称她和邹青宇共同生活，还怀了邹青宇的孩子。在去年5月初的一份通话录音中，邹青宇和钟雯都明确了各自的身份，他还多次谈到了举办婚礼、结婚、怀孕、养胎、共同经营生意等内容。此外，钟雯还提交了微信聊天记录等多份证据。一审法院认为，由钟雯所提交的上述证据或者能直接证明双方存在同居关系。

法院一审认为，首先，去年5月初钟雯与邹青宇的通话录音中，邹青宇也认可钟雯与他双方共同积攒收入，其次，婚礼策划公司给二人所作的策划内容能间接证明钟雯和邹青宇双方共同经营、共同生活。此外，钟雯提供的产品销货单也能证明钟雯从事销售经营的事实。因此，法院认定钟雯和邹青宇共同做生意。

有鉴于此，法院一审认为，依照《物权法》的规定，考虑到钟雯和邹青宇双方在共同经营期间均付出了相当的贡献，故他们双方对其财产应为共同所有且份额均等。但法院认为，在老家的那套“婚房”是邹青宇的父亲所付首付，属于邹青宇个人所有。最终，法院判决邹青宇向钟雯支付300余万元。

(广州日报)

## 网上欲傍“洋富帅” 托错“红娘”一场空 法官提醒：不要“买卖”爱情

2015年07月21日 上海法治报

法治报记者 陈颖婷 通讯员 王治国

离异中年妇女突发奇想，要通过互联网找一名外国男友，然后移民。花了28800元服务费后，她并没有找到如意郎君，于是以未成功约会为由，将为她服务的公司告到浦东新区法院。可是在庭上，被告公司却出具了一份详细的开房记录，原告见状只得赧然撤诉。

突发奇想

网上寻找外国郎君

湖北的邹女士（化名）今年40岁，初中文化程度，长相普通。离婚后，她独自带着十几岁的女儿生活。2013年的一天，她突然萌生一个想法：要是自己能找一个外国男友结婚，自己和女儿就可以名正言顺移民国外了。

邹女士的文化水平不高，既不会讲英语，又玩不转电子邮件，这可怎么办呢？邹女士很快在网上查到，有一家注册在上海市浦东新区泥城镇的公司，可以帮助自己。

邹女士在网页介绍上看到，这家翻译服务有限公司可以为男女双方“牵线搭桥”，即翻译情书，并负责为双方传送信件。邹女士大喜，马上拨通了这家公司的电话。沟通几次之后，她根据要求，在自己家里录了一段“自我介绍”视频，并传给了翻译公司。

缴纳重金

签了一份“翻译合同”

2013年11月15日，邹女士又从湖北飞到上海，签署了一份“翻译服务合同”。

根据合同，邹女士应向翻译公司缴纳服务费用38800元，签订合同时，先缴纳28800元，一旦她与男士成功约会，再缴纳剩余款项1万元。

翻译公司承诺，只要邹女士及时提交自己的个人资料，公司保证在10天内，让她的信息出现在国外的交友网站上，很快，就会有外国男士给邹女士来信。

同时，公司将指定专人跟进对邹女士的服务，邹女士的中文信件，以及收到的邮件，都将有专人翻译，并保证发送到人。

合同也规定了邹女士的义务，即她要积极配合公司的服务工作，收到男士信件的第二天及时回信，否则公司不保证服务效果并不退款；邹女士在与男士交往过程中要投入感情、时间、精力。服务期间，公司享有对邹女士服务的知情权，如果邹女士自行与男士联系，或者脱离公司对服务效果的掌控，合同被视为完成，并不退款。

不满效果

诉至法院要求退款

合同签订后，果然有外国男士陆续与邹女士联系。可是，一段时间以后，邹女士却对服务效果产生了怀疑。

她说，跟自己联系的男士，要么是80岁的老头，要么是20岁的小混混，有种上当受骗的感觉。2014年12月，邹女士以翻译公司在没有涉外婚姻介绍服务资质的情况下，名为提供翻译服务，实为介绍婚姻服务，是在打擦边球，且在提供约会信息时弄虚作假为由，将翻译公司告到法院。

庭审中被告称，公司并未提供涉外婚介服务，是原告明确要求提供外国交友的翻译服务，公司提供了相关服务并取得成效后，原告拒不配合，导致合同不能正常履行。

邹女士坚持说，自己从未与外国男士成功见面、约会，符合合同的退款要求。可是，被告出示的2份补充证据却让邹女士哑口无言。其中，有邹女士与某外国男士在武汉同一家酒店住宿的记录，有邹女士与这名男士的通话记录以及外国男士的航班记录佐证；还有邹女士与另一名外国男士在上海某酒店的住宿记录。

在这些证据面前，邹女士无言以对，最后申请撤诉。

法官提醒：树立正确婚恋观 不要“买卖”爱情

本案主审法官说，这起纠纷中，邹女士怀着嫁外国男友、拿外国绿卡的目的，与他人约会恋爱。这个出发点本身就存在问题。

首先，由于文化程度不高，邹女士既不懂得怎样联系到心仪的外国男士，又无法与外国男士直接交流，双方的联络、往来信件，都是交由翻译服务公司全权处理。在这个过程中，实事求是地说，被告弄虚作假的风险很难控制。

其次，本案中，原被告签署的是《翻译服务合同》。这份合同对被告义务设置较为宽松，从合同约定来说，翻译服务公司将外国男士的信交给了邹女士，并做好了相关的翻译工作，邹女士又与外国男士成功见面约会，因此很难说翻译公司违约。如此一来，邹女士也就只能自吞苦果了。

有人幻想找“洋帅富”，一步登天，还有人想通过金钱“买来”心仪的美女和爱情。浦东法院审理的一起富豪与婚介公司签订《爱情定制服务协议》、豪掷700余万元征婚的服务合同纠纷，就是这样一个典型案件。浙江的张先生来到上海，花了大价钱、用时大半年，目的是找个合适的配偶，但婚介所并未提供所有项目服务的实际开销、花费成本等，他根本无法断定婚介所究竟提供了哪些服务。尽管，法院最终判决婚介所退还张先生400万元，但经过这次的费时费力费神，相信，张先生以后不会再轻信可以用金钱买卖爱情了。

法官提醒，婚姻应建立在深厚的感情基础上。无论是傍外国男友，还是高价征婚，只要受功利思想驱使，所得到的，要么是“变质”的爱情，要么是进入他人设的“局”。邹女士的遭遇令人同情，但更应引起思考。

### 恶意转移夫妻共同财产 法院判决合同无效

2015年07月28日 江苏高院 马俐

如今，离婚往往伴随着财产分割的“大战”展开，一些人在私利驱使下，用尽手段，既损害了对方的合法权益，也在一定程度上对社会风气产生了负面影响。近日，吴中法院审结一起确认合同无效纠纷，男子自以为其转移财产的行为可以达到私吞夫妻共同财产的目的，但却在法律面前碰了壁。

男子将房产低价转给情人

袁先生和第一任妻子生育了4个子女。妻子过世后，1979年，袁先生和凌女士登记结婚，凌女士没有再生育，一心在家为袁先生抚养儿女。2003年3月，袁先生与凌女士离婚，离婚协议载明：双方无财产分割；双方住房问题由各自解决；各自与自己子女生活，不须给付子女抚育费；双方无债权债务分割。2003年10月，袁先生与第三任妻子肖女士登记结婚。

直到2012年，袁先生因故自杀身亡，凌女士方知袁先生曾买过两套房子，并且在与自己离婚前低价转让给了肖女士，而当时作为配偶的凌女士对此一无所知。

调查得知，1999年4月，袁先生花12万元买下一套房子，2002年9月，袁先生又以6万元买下第二套房屋。两个月后，袁先生就与肖女士签订房产转让合同，将第一套房子以4.5万元转让给肖女士，第二套房子以6万元的原价转让给肖女士。而在两处房产的转让合同上，并没有凌女士的签名。此外，在办理房产转移登记时，袁先生向

房产登记部门提供了一份“兹有袁 XX 同志之妻王 xx 于 1977 年病故，袁 XX 同志至今未再婚”的证明，隐瞒了自己与凌女士再婚的事实。

#### 前妻怒告后妻恶意转移财产

2012 年底，凌女士一纸诉状将肖女士告上吴中法院。凌女士称，袁先生将两处房产以明显低于市场的价格转让给被告肖女士，而自己对于房产转让一事无从知晓。肖女士与袁先生早已认识，且一直保持着不正当男女关系，故应当知道袁先生已婚的事实。在肖女士取得房产后，袁先生就与自己离婚，不久后又与肖女士登记结婚。凌女士认为，袁先生与肖女士恶意串通，未经自己同意便将房产转让，转移自己与袁先生的夫妻共同财产，损害了其合法权益。凌女士请求法院确认肖女士与袁先生就两套房屋签订的“房产转让合同”无效。

肖女士则认为，自己从袁先生处通过签订房屋买卖合同取得房屋并不存在恶意串通的情形，并且也为此支付了对价，属于善意取得，应受法律保护。

庭审中，凌女士请袁先生生前好友韩先生出庭作证。韩先生表示，他与袁先生是十多年的老友，涉案的两处房子都是他陪同袁先生一起购买。1999 年，袁先生与妻子凌女士在闹矛盾。肖女士本是经人介绍给袁先生的同事做对象，但出于经济上的原因，肖女士最后同袁先生在一起了，此后二人一直在外租房居住。

对此，肖女士称，二人在一起时，没有人告诉她袁先生当时还有妻子，袁先生也多次表示自己单身，在袁先生拿到“丧偶未娶”的证明后，肖女士更加深信不疑。因此，自己也是受欺骗、被蒙蔽之人，没有恶意串通的行为。

#### 法院判决转让合同无效

吴中法院审理认为，袁先生是在其与原告夫妻关系存续期间取得讼争房产并转让。根据婚姻法的相关规定，两处房产应当属于原告与袁先生的夫妻共同财产，二人对上述房产享有平等的处理权。结合袁先生早已与被告熟识，袁先生在与被告签订房产转让合同，并以“丧偶未娶”的虚假证明与被告一同办理房产转让登记后不久即与原告离婚，且在半年之后就与被告结婚的一系列事实，可以推定被告在与袁先生签订房产转让合同时应当知道袁先生此时尚有妻子存在，并且两人的房产转让行为隐瞒了原告。由此确认，被告与袁先生之间就本案讼争房产的买卖合同损害了原告的合法权益。因此，法院判决支持了凌女士要求确认房产转让合同无效的诉讼请求。

肖女士不服，提起上诉。二审认为，鉴于肖女士与袁先生之间存在特殊关系，且肖女士未能提供就房产转让合同支付对价的相应依据，难以认定房产转让合同系基于真实的房产买卖关系而签订，判决驳回上诉，维持原判。

#### 法官提醒：

夫妻共同财产主要指夫妻双方在婚姻关系存续期间所得的财产。婚姻法规定，离婚时，一方隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产，或伪造债务企图侵占另一方财产的，分割夫妻财产时，可以少分或不分。法官提醒广大群众，如果遇上此类情况，要积极取证，争取法律保护，即使在离婚后发现对方有隐瞒的财产在离婚时未予分割的，仍可至法院起诉，请求再次分割夫妻共同财产。（文中人物均为化名）

来源：苏州市吴中区人民法院

### （九）其他相关案例

#### 小妹借势入户引母子矛盾

#### 闵行区虹桥镇人民调解员从亲情入手化解十年结怨

2015 年 07 月 14 日 上海法治报 王建慧 通讯员 诸晓红

原本和睦的一家人，由于未经哥哥的同意，妹妹一家户口迁入哥哥和母亲居住的承租房内，兄妹两家大动干戈，反目为仇长达十年之久。无奈之下，张先生找到闵行区虹桥镇人民调解委员会，申请家庭调解纠纷调解。

司法调解员随即介入调解，先后召开了五六次调解会，同时借老母亲住院的机会，从亲情入手，对兄妹两人说法说理，终于使双方消除矛盾，再续亲情。

#### 【事件】

哥哥欲买下居住承租房

却发现户口上多了三人

张先生父母共养育了一子一女，其中张先生是养子，其妹妹则是父母亲生的。

2005 年，张先生养父同意将来把承租房给他买下来，并承诺不让妹妹一家的户口迁进去，并到派出所备了案。2006 年，张先生的养父过世，户主自然变更为张母，而张母则让妹妹一家将户口迁了进去。

后来，当张先生准备将承租房买下的时候，才发现户口簿上多了妹妹一家 3 口人的姓名，这就意味着，张先生不能一人买下此住房了。为此，张先生与妹妹一家展开了一场十余年的纷争，并与养母也反目为仇。

就这样，张家兄妹纠纷几经调处，反反复复，始终因为双方无法各退一步而未能达成妥协，张家兄妹纠纷作为历史遗留问题移交闵行司法所处理。张家兄妹纠纷愈演愈烈，他们不断前往各部门讨要说法，张父的口头承诺无法证实，司法所多次协调终无果。而小妹一家虽然没有住在该房屋内，但时不时前来闹事，双方的矛盾越演越烈，严重干扰了张先生一家的正常生活，解决纠纷已迫在眉睫。

为此，司法所多次联系派出所、居委、物业了解情况，寻找突破口。但张家以派出所不作为为由，多次上访到市、区，有关部门，使纠纷越来越复杂。为防止纠纷的进一步激化，司法所调解员多次单独找双方当事人沟通，稳

定情绪，并一直跟踪纠纷的进展情况，适时再调解。

### 【调解】

老母生病兄妹前往探望  
抓住机会缓和兄妹关系

司法所介入调解后，在2010年至2012年期间，先后五次召开调解会。由于双方当事人的僵持，使此案纠纷时间跨度长，且张父已去世，公说公有理，婆说婆有理，已无法作证。张家妹妹坚持要对房屋的折价为四六开，而张家哥哥坚持三七开，一直未达成一致。随着房价的日益上涨，张先生的儿子也已到了结婚年龄，但是三代人挤在一处，实在有些不妥。

2013年，张母突然住院，家人一同前往医院照顾，亲情温暖再现。张母生病入院，需要人照顾。调解员认为这是一个拉近亲情的机会，希望张先生一家放下一切恩怨，前往探望母亲，毕竟养母对自己有养育之恩。并希望张先生通过与张母沟通，让母亲去和妹妹协商，这样总比兄妹争吵要好。

同时，调解员也前往医院探望，对老人进行劝导，争取再次调解的可能性。“在这件事上，小妹也有理亏的地方，在没有告知同户人的情况下迁入户口实在不妥。”调解员对张母说，就因为此事才造成你们母子之间十年隔阂。如今你的孙子已经到了婚龄，需要一处住房结婚。“小妹本来就有住房的，而儿子只有这一个住处呀。”张母听后表示要好好考虑一下。

民警详细解释户口政策  
说法说理协商房价分配

2014年2月，司法所再次组织协调会，要求派出所户籍民警、居委会一同参与。在调解过程中，民警对于户口的迁出和迁进做了详细的政策法规解释，一是没有户主同意，任何人的户口是不能迁入的；二是户主及承租人归属同住人，同住人多人，协商解决；三是一般掌握在小于人均7平方米。

“小妹一家户口的迁入只要户主同意即可，但同户人有知晓权。”调解员分析说，张母对儿子隐瞒小妹一家户口迁进的事实是不对的，一家人应该要相互沟通才对。

之后，在调解员的见证下，双方就房价分配方面进行协商，即小妹家拿到房价三分之一后，应将户口迁出，户主变更张先生，并更改房卡承租人为张先生。今后，张母居住在小妹处，张母的三分之一房产权利变现后由张母自己保管。

经过调解员的多次调解，双方意见达成一致，通过中介评估该房现价为210万元，三分之一的房款由张某一一次性给予小妹，由民警配合两家办理迁出和迁进户口、更改房卡人等手续，然后再到银行将70万元打给小妹。至此，一场十年的兄妹之争终于划上了句号。

### 【点评】

承租住房和产权房有区别  
防止此类事件再次发生

由于小妹借势迁入户口，造成母子、兄妹信任危机，矛盾重重。当事人通过求助老娘舅热线、知名律师，最终都因户口问题难以调处，双方无法达成一致。此外，一方面该地段房价的一再上涨，也是小妹不愿意调解原因所在，她希望能够多获得一些利益；另一方面，张先生认为小妹户口的迁进是派出所的不作为造成，便一再上访，激起不良情绪。

调解员向当事人解释承租住房和产权房的区别：承租人的户口必须在承租住房内作为同住人，在承租住房转为产权房时，同住人都有购买的权利，也都可能作为产权人之一。公房产权归单位所有，承租人只有使用权。公房承租人去世后，同住的人或者户口在该房屋中的人有权向产权单位申请变更承租人，产权单位同意即可。产权房的产权人与户口不对应，也就是产权人的户口不一定在产权房内。

目前，社会上还有一定数量的承租住房，正在逐步转为产权房，为了防止此类事件再次发生，对此，调解员建议，承租住房的家庭人员要相互信任，多沟通，多商榷，统一思想，真正做到家和万事兴。如发现纠纷迹象，可向居委或当地司法所提出调解申请，通过人民调解达成一致，圆满解决。

## 女子遭前夫恐吓 申请人身保护

2015年07月04日 现代金报

7月2日上午，奉化人林女士从法院拿到了一张特殊的“护身符”，丈夫从此以后被禁止靠近自己和儿子的生活区域，禁止对自己采取殴打、威胁等行为。

这张“护身符”其实是奉化法院签发的首张人身保护令。

经常无故挨打妻子无奈提出离婚

林女士之前经人介绍跟现在的丈夫陈某相识，两人在2006年登记结婚，起初两人生活还算融洽。可丈夫陈某在婚后不久就开始暴露出自己暴躁的性格，经常因为家庭琐事和林女士争吵。

在法庭上，据陈某讲，夫妻俩是和岳父岳母住在一起，其间他有和岳母发生过争执。原本脾气欠佳的陈某就开始把火气撒向妻子。

孩子出生后林女士一直尝试忍让，可无奈软弱只换来丈夫的变本加厉，自己隔三差五就无故挨打。

今年6月初，林女士向奉化法院提起民事诉讼，要求法院判决其与丈夫陈某离婚。

丈夫多次放狠话妻子提出申请人身保护

在等待法院判决期间，林女士开始和丈夫陈某分居，却多次接到其恐吓电话，在电话里陈某表示要林女士回家好好过日子，否则就要杀死林女士和其父母，还包括自己的儿子。

在立案后，林女士的儿子小明还给法官写了一封信，在信中小明说：“我不想和爸爸生活，是因为爸爸伤害了我，也伤害了妈妈。有一次妈妈和爸爸说去阿姨家照顾阿姨，后来去和朋友吃夜宵，爸爸知道了，就回去打了妈妈，还拿刀说要杀了妈妈，我很伤心。”

随后林女士向法院提出申请人身保护的请求。

经过法官的初步审查，发现两夫妻间并没有什么深仇大恨，也不存在婚外情或者第三者等情节，但是被告陈某却存在严重暴力倾向，面对法官还扬言说：“要做掉妻子，如果我狠起来，儿子也不要了，也要一起做掉了。”

法院禁止丈夫接近妻子住所及儿子学校

经过法官的多次规劝，被告陈某依然顽固不化。因此，法院依法作出裁定，禁止被告陈某殴打、威胁、骚扰原告及直系亲属；禁止被告在原告住所和其儿子就读学校场所的200米范围内活动。如果被告违反上述禁令，法院将依法对被告采取罚款或者拘留等措施，构成犯罪的，还将追究其刑事责任。

据了解，这是奉化法院首次签发的人身保护令。人身保护令是一种民事强制措施，2013年在全国法院正式推出，是人民法院为了保护家庭暴力受害人及其子女和特定亲属的人身安全、确保婚姻案件诉讼程序的正常进行而做出的民事裁定。对于受害人，人身保护令为其提供了法律上的安全保障，而对于施暴者如果违反保护令则将受到法律制裁。 通讯员冯筱记者方磊

### 【详解人身保护令】

如何申请

首先，由家庭暴力受害人本人或监护人向居住地法院的立案庭提出申请；立案庭立案后，将立案材料转由人身保护令专业合议庭进行审查；合议庭根据受害方提供的相关材料决定是否发出人身安全保护裁定；法院作出人身安全保护裁定后，向申请人、被申请人送达裁定书，同时向申请人居住地的派出所发出协助执行通知书；派出所接收协助执行通知书后，及时约谈申请人和被申请人，告知其应当履行人身保护令的内容。

根据法律规定，申请人身安全保护裁定不仅可以在诉讼中提出，还可以在诉前提出。长期的人身安全保护裁定的有效期一般为3至6个月，可以对受害人的人身安全给予充分保护。

有哪些内容

- (1) 禁止被申请人殴打、威胁申请人或申请人的亲友；
- (2) 禁止被申请人骚扰、跟踪申请人，或者与申请人或者可能受到伤害的未成年子女进行不受欢迎的接触；
- (3) 人身安全保护裁定生效期间，一方不得擅自处理价值较大的夫妻共同财产；
- (4) 有必要的并且具备条件的，可以责令被申请人暂时搬出双方共同的住处；
- (5) 禁止被申请人在距离下列场所200米内活动：申请人的住处、学校、工作单位或其他申请人经常出入的场所；
- (6) 必要时，责令被申请人自费接受心理治疗；
- (7) 为保护申请人及其特定亲属人身安全的其他措施。

违反怎么办

法官介绍，在保护期限内，施暴者违反人身保护令，申请人可以向公安机关提出请求，公安机关应当立即对其采取控制措施。其行为违反《中华人民共和国治安管理处罚法》的，由公安机关予以行政处罚；也可以向人民法院申请强制执行，法院视被申请人行为的情节轻重，对其作出罚款、拘留的处罚决定。

需要说明的一点：受害人申请人身安全保护裁定，人民法院不收取费用。

相关新闻

宁波首张人身保护令早在两年前已发出

2013年5月，江北法院签发了宁波首例人身安全保护裁定。该裁定书规定，该案在审理期间一直到做出判决生效时止，禁止被申请人叶某殴打、威胁申请人雷某的人身安全。这种裁定书又被称作人身保护令，这是宁波市法院系统开出的首张人身保护令。

申请人雷女士与叶先生是在2005年底结的婚，婚后育有两个女儿。起初双方感情较好，后由于沟通不畅，经常发生矛盾。雷女士称，叶先生从2009年起染上了酗酒的恶习后，常酒后无故殴打她。如果她逃回娘家，丈夫也会追来继续打闹。雷女士顾及面子，起初一直忍着，直到家暴愈演愈烈，为了自身安全，期间她多次报警。

2013年4月份，雷女士向江北法院提请离婚诉讼，与此同时她还向法院提出申请，请求法院签发人身保护令，保护她及亲属的人身安全，并向法院提交了被家暴的照片、报警记录、派出所证明等基础证据。

办案法官审查后认为，雷某的申请符合法律规定，根据《民事诉讼法》有关规定，作出裁定，除了写明禁止叶先生继续实施家暴，同时也明确了继续实施家暴将承担的法律后果。如叶先生违反禁令，视情节轻重将处以罚款、拘留，构成犯罪的，将依法追究其刑事责任。

## 2014年人民法院涉台司法互助典型案例

2015年7月1日 新华网

### 一、福建64家法院共同协助台湾地区两级法院送达文书案

#### ——涉602名受送达人及1200余件司法文书送达

##### (一) 请求事项

2014年4月底和7月底,福建省高级人民法院两岸司法互助协议联络人先后收到台湾地区法务主管部门协议联络人分两批次提出的共涉1200余件司法文书的送达文书请求书,请求协助送达台湾台中地方法院2013年度易字第3583号、台湾高等法院台中分院2014年度上易字第639号钟某诈欺取财未遂案的一、二审刑事判决书。

##### (二) 办理情况

该文书送达系列案件涉及的受送达人602人分布在福建省64个县市区,涉及一、二审送达司法文书共计1200余件。为在最短的时间内完成文书送达工作,福建高院法官加班加点,逐件逐案核对司法文书,确定具体协助的64家基层法院,及时完成转送。各协助基层法院收到材料后,均做到当日立案、早日送达、早日反馈。涉案受送达人数最多的协助基层法院需送达文书132件。因人口流动性大,许多受送达人的户籍地与经常居住地不一致,难以一次完成送达,加之一些受送达人存在“厌诉”等排斥情绪及“签收即是认可”的法律认识误区,文书送达中所遇到的困难始料未及,但最终全省各协助法院经过通力合作、共同努力,顺利全面完成协助送达。该司法互助系列案件的送达成功率达73%,送达平均耗时15天,比两岸司法互助协议确定的3个月时限缩短75天。

### 二、江西南昌西湖区法院协助台湾南投地院送达文书案

#### ——对同一受送达人9次协助送达

##### (一) 请求事项

自2013年7月2日起至2015年2月10日止,江西省高级人民法院两岸司法互助协议联络人先后9次收到台湾地区法务主管部门协议联络人的送达文书请求书,请求协助送达台湾南投地方法院2013年度重诉字第69号土地所有权移转登记等事件、2014年度声字第62号撤销处分事件等裁定、判决书等司法文书给同一受送达人大陆居民王某某。

##### (二) 办理结果

江西高院根据台方提供的受送达人地址,将该案转送南昌市西湖区人民法院协助办理。送达人员先后9次对同一受送达人王某某进行了直接送达。其中,2013年送达4次、2014年送达3次,2015年送达2次,均成功完成送达。

### 三、黑龙江高院协助台湾高雄少年及家事法院送达文书案

#### ——尽力查找外出受送达人

##### (一) 请求事项

2013年8月1日,黑龙江省高级人民法院两岸司法互助协议联络人收到台湾地区法务主管部门协议联络人的送达文书请求书,请求协助送达台湾高雄少年及家事法院2013年度婚字第406号离婚事件法庭通知书及民事起诉状给受送达人大陆居民艾某。

##### (二) 办理情况

黑龙江高院及时将有关材料转送佳木斯市向阳区人民法院予以协助。向阳区人民法院在送达过程中发现,受送达人已经离开台方提供的送达地址搬迁至上海,且该送达地址并无受送达人法定代收人可代收。黑龙江高院了解到上述情况后,秉承尽最大努力予以协助的精神,开始在受送达人熟识的人群中多方多次寻找受送达人的在沪地址及联系方式。最终从受送达人一名同学处获得其手机号码,与受送达人取得了联系。考虑寻找受送达人已经花费不少时间,为提高效率,减少周转环节,黑龙江高院决定直接以法院专递方式将受送达人告知的在沪地址作为实际送达地址将相关文书予以送达,最终于2013年11月13日成功送达。

2014年1月3日,黑龙江高院两岸司法互助协议联络人再次收到台湾地区法务主管部门协议联络人的送达文书请求书,请求协助送达台湾高雄少年及家事法院2013年度婚字第406号离婚事件法庭通知书及民事裁定书给受送达人,黑龙江高院采取相同送达方式,于2014年1月11日予以成功送达。

### 四、广东东莞中院协助台湾新北地院送达文书案

#### ——地址不明仍尽力协查并成功送达

##### (一) 请求事项

2014年5月6日,广东省高级人民法院两岸司法互助协议联络人收到台湾地区法务主管部门协议联络人的送达文书请求书,请求协助送达台湾新北地方法院2010年度诉字第179号返还欠款事件判决书给受送达人大陆居民曾某某。

##### (二) 办理情况

广东高院及时将有关材料转送东莞市中级人民法院予以协助。东莞中院收到材料后,立即赴台方提供的送达地址进行直接送达。但到达该地址送达时发现,该档口已经转让,不再由曾某某经营。承办法官经向现经营者了解询问,同时连续几天向附近商户、商场管理处进行咨询,经过法院主导多方努力寻找,终于获得曾某某的联系电话。

在取得联系后得知，曾某某现经营地址在广州市萝岗区。为尽快完成送达，体现高效、便民的原则，东莞中院承办法官直接赴广州找到曾某某，在确认其身份后，于2014年6月16日将有关文书直接送达给了曾某某。

#### 五、福建福州中院请求台湾法院协助送达文书案

##### ——台湾法院协助大陆法院成功送达

###### （一）请求事项

2013年7月2日，福建省高级人民法院两岸司法互助协议联络人向台湾地区法务主管部门协议联络人发出送达文书请求书，请求协助向台湾居民郭某某、倪某某及乔福塑胶（福州）有限公司送达福州市中级人民法院受理的原告倪某某诉被告郭某某、倪某某及第三人乔福塑胶（福州）有限公司股权转让合同纠纷一案的应诉通知书、起诉状副本、证据副本、举证通知书、合议庭组成人员告知书、送达地址确认书、开庭传票等相关司法文书。

###### （二）办理结果

台湾台中地方法院根据福州中院提供的受送达人的地址，及时完成了向3名受送达人的送达，其中向2名被告直接送达，向1名被告寄存送达。本案有2名被告在法定举证期限内向福州中院递交了授权委托书、答辩状以及证据材料。台湾台中地方法院成功完成送达并及时反馈，有力地促成了该股权转让合同纠纷成功审结，取得了良好的法律效果与社会效果。

#### 六、京黑豫粤法院协助台湾台中地院就一诈欺案调查取证案

##### ——多地法院和多家银行共同协助完成电信诈骗案取证

###### （一）请求事项

2014年5月13日，最高人民法院两岸司法互助协议联络人收到台湾地区法务主管部门协议联络人的第1030056467号调查取证请求书及所附台湾台中地方法院2014年度易字第947号诈欺案件之相关材料，请求协助查询20个银行账户的开户人基本资料、账户交易明细表，并依账户交易明细表内汇款记录，调取被害人汇款时所填之汇款单，查明被害人为何人，并制作笔录。

###### （二）办理情况

最高人民法院收到台方请求书后，经审查发现，该案涉及一起跨境电信诈骗案，据台方起诉书所述，被告人江某某作为诈骗犯罪集团内的“车手”，使用20张大陆银联卡，通过台湾地区的ATM机大量领取诈欺被害人汇入人头账户之款项。台湾台中地方法院检察署就被告人涉嫌诈欺向台湾台中地院提出刑事检控。

根据台方提供的涉案信息，案涉的银行账户较多，但仅有各银行卡的类别银行名称，而无具体开户银行名称及相关信息。为确定具体协助法院，有针对性地开展协助工作，最高人民法院首先通过中国人民银行协助查询确定涉案20个银行账户所涉及的具体开户银行名称，而后根据开户银行名称所在地将有关材料转送北京、黑龙江、河南及广东四省市高级人民法院予以协助。

北京高院在协助调查所涉12个银行账户过程中，首先根据已经确认的12张银联卡分别归属于北京市的工商银行、农业银行、中国银行、交通银行、光大银行、民生银行、平安银行以及北京农商银行等8家银行，前往该8家银行查到开户人信息资料、联系电话以及该银联卡涉案期间的所有账户往来明细。然后通过银行预留的开户人联系方式，承办法官分别与12名开户人一一进行电话联系，但仅联系到1名开户人刘某。其他开户人的电话经多次拨打或者无人接听、或者无法接通、或者已停止使用，对此，承办法官一一作了工作记录，并对唯一联系到的开户人刘某，制作了调查笔录。根据与涉案当事人刘某的谈话内容、账户交易明细及北京地区无人报案的情况综合分析，犯罪嫌疑人应当是利用了刘某等人的银行账户，将从他人处骗得的赃款汇入到这些账户并迅速转走。承办法官在规定办案期限内完成涉及北京地区的8家银行账户资料的调查，并对12张银联卡的2271条信息进行分析，形成了《调查笔录》、与各开户人的电话联系《工作记录》及《调查取证说明》等证据资料报送最高人民法院。随后，河南省郑州市中级人民法院、黑龙江省哈尔滨市南岗区人民法院和道里区人民法院、广东省佛山市中级人民法院和广州市中级人民法院亦相继通过有关高级人民法院向最高人民法院报送了协助取得的证据材料。最高人民法院协议联络人在收到取证结果后及时对台予以回复。

#### 七、沪苏琼法院协助台湾台中地院就一请求分配剩余财产事件调查取证案

##### ——多地法院协同完成取证

###### （一）请求事项

2014年1月6日，最高人民法院两岸司法互助协议联络人收到台湾地区法务主管部门协议联络人的调查取证请求书及所附台湾台中地方法院2011年度重家诉字第26号请求分配剩余财产事件相关材料，请求协助查询台湾居民陈某某在大陆之资产明细及其在大陆开设账户于2008年9月18日之余额为何。2014年4月28日，最高人民法院协议联络人再次收到台湾地区法务主管部门协议联络人的补充调查取证请求书，请求协助查询台湾居民陈某某是否买受三亚某假日酒店之房屋。

###### （二）办理情况

虽台方第一次请求查询事项较为宽泛，但据台方在其所附材料的“民事申请调查证据暨答辩状”中提供的陈某某在大陆的财产线索（包括不动产及银行账号），本着尽力协助和尽可能协助的精神，最高人民法院及时确定协助法院，并于2014年1月13日分别向上海、江苏、海南三地高级人民法院转送相关材料。2014年4月29日最高人

民法院再次将台方补充调查取证请求书转送海南高院。在协助中，因上述财产线索涉及多个银行账户且互有交织，沪苏琼三省市有关法院本着通力合作、尽力协助精神，积极开展调查取证协助。后上海市黄浦区人民法院、江苏省昆山市人民法院及海南省三亚市中级人民法院将其调取的证据材料或查询结果按照程序上报最高人民法院。最高人民法院协议联络人于2014年5月16日将有关人民法院取得的全部证据材料回复台方。

#### 八、北京高院协助台湾高等法院就一损害赔偿事件调查取证案

##### ——协助调取证据材料达500多页

###### （一）请求事项

2014年7月28日，最高人民法院两岸司法互助协议联络人收到台湾地区法务主管部门协议联络人的调查取证请求书及所附台湾高等法院2011年度重上更（二）字第84号损害赔偿事件相关材料，请求协助查明北京市和睦家医院于2009年8月14日是否有名为王某某之病患死亡，并检送死亡证明书或病例供参。

###### （二）办理情况

北京高院在收到最高人民法院转送的上述材料后，及时先行电话联系北京市和睦家医院医务处，经询问了解到该院确有台湾高等法院调查取证请求书所描述的名为王某某的病患，其死亡证明书以及病例材料存放在该院档案处。为了尽快调取相关证据材料，北京高院承办法官前往和睦家医院调查取证。因病例资料庞杂，且部分内容如病房查房记录表等无需调取，承办法官遂与和睦家医院档案处、医务处工作人员共同对相关资料予以甄别、调取。经过几天的工作，共调取死亡证明书和病例资料等共计500多页。最高人民法院两岸司法互助协议联络人在收到取证结果后及时对台予以回复。

#### 九、福建莆田中院协助台湾士林地院就一诈欺案调查取证案

##### ——及时规范完整协助取证

###### （一）请求事项

2013年9月9日及9月16日，最高人民法院两岸司法互助协议联络人分别收到台湾地区法务主管部门协议联络人的调查取证请求书、补充调查取证请求书及所附台湾士林地方法院审理的2013年度易字第222号诈欺案件相关材料，请求协助取得相关笔录、鉴定报告、现场照片等众多证据材料。

###### （二）办理情况

该案涉及台湾地区民众瞩目的胡某某断掌骗保案。胡某某系台湾地区居民，先后向台湾地区两家保险公司分别投保平安险后，于2011年11月3日在福建省莆田市涵江区江口镇某处，持购买来的斩骨刀自残左手手掌。胡某某向台湾地区保险公司申请保险理赔。保险公司认为胡某某涉嫌制造保险意外事故并诈领保险金，故拒绝理赔并报警。

福建高院收到最高人民法院转送的台方请求书及相关材料后，立即指派专人指导莆田市中级人民法院协助办理。莆田中院办案法官克服本案涉及取证单位众多、调查事项庞杂及本身结案繁忙的困难，连续加班加点，在规定时间内针对台方请求调查的具体事项，逐一调取了包括证人证言、当事人陈述、鉴定报告、现场相片等在内的书证、物证及视听资料等证据材料共392页。调取的证据材料全面、规范、完整，形成完整的证据链，圆满完成了协助工作。最高人民法院两岸司法互助协议联络人在收到取证结果后及时对台予以回复，胡某某最终因自残骗保而被台湾方面绳之以法。

#### 十、四川成都中院协助台湾高雄少年及家事法院就一离婚事件调查取证案

##### ——尽心尽责细致协助取证

###### （一）请求事项

2014年11月3日，最高人民法院两岸司法互助协议联络人收到台湾地区法务主管部门协议联络人的调查取证请求书及所附台湾高雄少年及家事法院2014年度婚字第514号离婚事件相关材料，请求确定所附材料结婚证上照片是否为岳某某本人，如不是其本人，请求确认照片上的人是何人及其现住所地。

###### （二）办理情况

台方此次请求协助调查取证与之前四川省高级人民法院协助台方送达此案文书回复情况密切相关。2014年8月10日，四川高院两岸司法互助协议联络人收到台湾地区法务主管部门协议联络人送达文书请求，请求协助送达台湾高雄少年及家事法院2014年度婚字第514号离婚事件司法文书给受送达人大陆居民岳某某。在协助文书送达过程中，岳某某称其从未与台湾地区的任何人结婚，并拒绝签收相关司法文书。四川高院遂将上述送达情况及时回复台方。成都市中级人民法院在收到此次最高人民法院和四川高院转送的台方请求协助调查取证材料后，经研究，决定先从台方所附公证书入手，承办法官先赴成都市律政公证处（原四川省公证处）调取了涉案当事人结婚公证书档案，包括结婚证复印件、岳某某身份证复印件等材料，后前往四川省民政厅调取了涉案当事人结婚登记原始档案，调取涉案当事人结婚登记申请书、审批表、岳某某户口簿、身份证等材料。而后，承办法官驱车200多公里到岳某某户籍所在地公安局调取了其户籍证明、该局签发的岳某某身份证复印件，同时在本地找到岳某某本人，就台方所提出的调查内容及涉及的相关问题对岳某某进行了询问，并制作了询问笔录，取得了岳某某本人的身份证复印件、户口簿复印件，并征得岳某某同意在现场拍摄岳某某照片一张。承办法官从岳某某户籍所在地公安局调取的岳某某身份证复印件照片与台方请求调查书中所附结婚公证书上照片（亦即四川省民政厅留存的结婚证照片）进行比对识别发现，两照片上的女士为不同的人，即涉案结婚证上照片女方不是岳某某本人，对岳某某的询问内容及本人现照



亦可印证此点。至于台方所附材料中照片上的女方为何人，因信息有限协助法院无法进一步核实。四川高院将协助法院取得的证据材料在规定的时限内送交最高人民法院，然后由最高人民法院协议联络人及时对台予以回复。

#### 十一、内蒙古包头中院请求台湾法院协助就一房屋买卖合同纠纷调查取证案

##### ——经台湾法院协助取证台方当事人主动应诉并达成和解

###### (一) 请求事项

2014年4月30日，最高人民法院两岸司法互助协议联络人向台湾地区法务主管部门协议联络人发出调查取证请求书，就内蒙古自治区包头市中级人民法院审理的一起房屋买卖合同纠纷，请求台方协助提供台湾居民游某某的身份证编号及其详细地址，并向其送达应诉通知书、起诉状副本、举证通知书等相关司法文书。

###### (二) 办理情况

该案经台湾宜兰地方法院协助，全面完成了大陆法院请求事项，并于2014年6月4日及时完成了向受送达人的送达。最高人民法院协议联络人于2014年6月15日收到台方回复材料。受送达人游某某接到大陆法院的文书后，专程从台湾赶到包头参加诉讼，与原告王某某自行达成了庭外和解并实际履行，原告向法院申请撤诉并被准许，案件得以圆满解决。

#### 十二、陕西西安中院向台湾地区被害人林某某等2人返还财产案

##### ——陕西法院第一起涉台罪赃移交司法互助案

###### (一) 基本案情

该案系一起电信诈骗犯罪案。陕西省西安市中级人民法院审理查明：2009年10月下旬，被告人李家栋等18人（均系台湾地区居民）在租赁的陕西省西安市未央区，租用网络电话，冒充台湾地区基隆市警察局、基隆地方法院检察署工作人员，多次向台湾居民拨打电话，以其银行账户涉案为由，骗取其银行账户详细信息实施诈骗。该犯罪集团分别于2009年11月22日和26日，先后诈骗被害人台湾居民林某某、李某某新台币共计109万元（折合人民币230711.45元）。西安中院经审理，在依法判处涉案被告人刑罚的同时，积极促成被告人部分退赔。

###### (二) 办理情况

根据判决已经确定的退赔及返还数额，西安中院在两岸司法互助协议项下通过陕西高院报请，由最高人民法院协议联络人于2014年7月31日向台湾地区法务主管部门联络人作出讯息通报并提出送达文书、调查取证及罪赃移交请求。台方协助确认了涉案两名台湾被害人的相关信息并经被害人签署有关文件反馈大陆法院后，西安中院据此于2015年3月23日将被告人已经退缴的赃款人民币9900元（约合新台币50000元）汇入两名被害人在台湾开立的账户。

#### 十三、广东东莞中院向台湾地区被害人陈某某等17人返还财产案

##### ——广东法院第一起涉台罪赃移交司法互助案

###### (一) 基本案情

该案系一起电信诈骗犯罪案。经广东省东莞市中级人民法院、广东省高级人民法院审理查明：2009年6月，被告人范裕榔伙同他人在东莞市接手管理珠海奇盛贸易有限公司长安分公司（以下简称奇盛公司），从事电信诈骗活动。奇盛公司对外以电话推销茶叶为名，先后纠集了40余名台湾地区人员和40余名大陆女子，在购得大量台湾居民个人信息资料后，通过冒充台湾地区检察官、警察队长、警员和医院护士等身份，通过拨打电话方式进行诈骗。截至2009年10月被公安机关当场抓获，范裕榔等43名被告人（其中范裕榔等31人为台湾地区居民）共实际骗取19名台湾地区被害人钱款折合人民币768万余元。本案涉案被告人和被害人人数众多，犯罪手段具有很强的欺骗性和社会危害性，一审判决和二审裁定在依法判处涉案被告人刑罚的同时，判决将随案移送的赃款按比例退还被害人。

###### (二) 办理情况

根据判决已经确定的返还数额，东莞中院在两岸司法互助协议项下通过广东高院报请，由最高人民法院两岸司法互助协议联络人于2014年5月6日向台湾地区法务主管部门协议联络人作出讯息通报并提出送达文书、调查取证及罪赃移交请求。台方协助确认了涉案19名被害人的相关信息（其中有1名被害人明确表示放弃受领相关款项，1名被害人下落不明），向有关被害人送达了大陆法院裁判文书、刑事退赔分配方案，17名被害人反馈了由本人签名的财产返还信息表及有关身份信息和银行账户资料。东莞中院据此于2015年6月25日将17名被害人应受偿款项人民币19万余元（约合新台币92万余元）汇入其在台湾地区开立的银行账户。

#### 十四、林某某向江苏苏州中院申请认可台湾士林地院民事判决案

###### (一) 基本案情

2013年8月23日，台湾居民林某某以台湾居民吴某某侵占股票款等为由，向台湾士林地方法院提起刑事附带民事损害赔偿诉讼。2013年9月23日，台湾士林地院作出2013年度重诉字第315号民事判决，判决吴某某向林某某给付新台币44779595元，及自2012年3月20日至清偿日止，按年息5%计算之利息，并负担诉讼费。该院出具《台湾士林地方法院判决确定证明书》，证明2013年度重诉字第315号民事判决已于2013年10月31日确定。

因本案涉及的被执行财产在江苏省苏州市，2014年6月9日，林某某向苏州市中级人民法院申请认可台湾士林地方法院2013年度重诉字第315号民事判决。

###### (二) 裁判结果

苏州中院审查认为，申请人林某某提供的台湾士林地方法院 2013 年度重诉字第 315 号民事判决、开庭通知的送达证书、判决确定证明书，均由台湾公证部门公证，并经江苏省公证协会证明，对其真实性予以认定。上述证据证明吴某某经合法传唤行使了诉讼权利、判决已生效。同时经审查也未发现该判决存在《最高人民法院关于人民法院认可台湾地区有关法院民事判决的规定》第九条所列之不予认可情形，故应认可该判决的效力。依照有关司法解释的规定，该院于 2014 年 8 月 4 日作出民事裁定，对台湾士林地方法院 2013 年度重诉字第 315 号民事判决的法律效力予以认可。

十五、康某向重庆五中院申请认可台湾高雄地院民事判决案

(一) 基本案情

2004 年 6 月 1 日，大陆居民康某与台湾居民黄某某在重庆市涉外婚姻登记处登记结婚。2005 年 3 月，黄某某以无法取得联络、未共同生活为由，向台湾高雄地方法院提起离婚诉讼。2006 年 3 月 9 日，台湾高雄地方法院作出 2005 年度婚字第 1497 号民事判决，判决准黄某某与康某离婚，诉讼费用由康某承担。2014 年 3 月 24 日，台湾高雄少年及家事法院（台湾高雄地方法院家事法庭于 2012 年 6 月 1 日移拨台湾高雄少年及家事法院）出具（补发）《判决确定证明书》，证明 2005 年度婚字第 1497 号民事判决已于 2006 年 6 月 1 日确定。

2014 年 5 月 22 日，康某向重庆市第五中级人民法院申请认可台湾高雄地方法院 2005 年度婚字第 1497 号民事判决。

(二) 裁判结果

重庆五中院审查认为，台湾高雄地方法院依黄某某离婚诉讼请求，在合法传唤康某到庭应诉，且康某未在规定日期到庭参加言辞辩论的情况下，作出“准黄某某与康某离婚；诉讼费用由康某负担”的判决，并于 2014 年 3 月 24 日出具该判决业于 2006 年 6 月 1 日已生效的确定证明书。根据该案证据，可以确认台湾高雄地方法院就原告黄某某与被告康某离婚纠纷一案于 2006 年 3 月 9 日作出的 2005 年度婚字第 1497 号民事判决的真实性，且该判决不具有依法不予认可的情形。依照有关司法解释的规定，该院于 2014 年 8 月 10 日作出民事裁定，对台湾高雄地方法院 2005 年度婚字第 1497 号民事判决内容为“准黄某某与康某离婚”的法律效力予以认可。

### 孩子缢亡 继父未尽责判赔 10 万

### 生母称离婚后继父偷抱走孩子，继父辩称是母亲弃子，二审判罚少赔 25 万元

2015 年 07 月 08 日 新京报

新京报讯（记者林野）傅女士与毕某结婚，又很快因毕某隐瞒婚史而离婚。但毕某却将傅女士与他人所生的孩子抱走。12 年后，孩子意外缢亡，傅女士遂向毕某索赔 50 万，昨日上午，三中院纠正一审时毕某赔偿傅女士 35 万余元的判决，最终判毕某赔偿傅某 10.3 万元。

孩子被继父抱走 12 年后自杀

傅女士在起诉书中称，2000 年 6 月，她与毕某相识，当时自己已怀有 9 个月身孕，一个月后她生下一名男孩。同年 8 月她与毕某结婚。婚后一个月，傅女士发现毕某隐瞒婚史。2001 年 3 月，法院判决双方离婚，同时孩子也判给傅女士抚养。但毕某却偷偷带着孩子走了。

一直到 2013 年 4 月，傅女士接到警方通知，得知毕某已经与金某结婚，自己的孩子也改姓毕，同时警方称，自己寻找十余年的儿子已经在毕某的家中缢亡。

傅女士称，毕某将孩子偷偷抱走，使其脱离自己的监护，同时毕某与金某结婚后带着孩子一起生活，疏于对孩子的照顾，对于存在的危险未采取必要防范措施，导致自己孩子的死亡，故诉至法院，索赔 50 万余元。

毕某却认为，实际上是傅某遗弃了孩子，自己与孩子并无血缘关系，也没有任何法定的监护义务，且对孩子缢死一事并无过错，故不应承担任何责任。

法院纠正一审判决 35 万减为 10 万元

朝阳法院一审认为，毕某称傅女士遗弃孩子但未提交证据；毕某虽非孩子法定抚养人，但却是实际抚养人，判令毕某赔偿傅女士死亡赔偿金及精神损害抚慰金 35.25 万元。判令傅女士赔偿被告毕某丧葬费 5300 元。毕某不服上诉。

昨天上午 10 时 30 分，该案二审在三中院开庭。

庭审中，毕某称，他见傅女士生活比较困难，才出手帮助，在调取的证据中可以客观反映出傅女士把结婚当儿戏，对方结婚仅是为了生孩子不希望被其他人说闲话。

毕某强调是傅女士让自己把孩子抱走，“离婚后她也在北京生活了十几年，也从来没有找过孩子。”

傅女士则不认同，她强调因为毕某隐瞒了婚姻情况，她得知毕某和她结婚前有一个女儿才提的离婚。法院判决孩子归她抚养后，毕某偷偷抱走孩子，她提出强制执行，但因不能提供孩子的线索，所以一直无法执行。

三中院二审认为，该事件的发生主要是因为孩子对自身安全未尽到注意和防范义务，从而导致悲剧发生。一审认定毕某、金某承担 40% 的责任过高，法院结合孩子的死亡原因、各方过错程度及案件实际情况，酌情确定毕某、金某承担过错责任的比例为 20%。

经过合议庭合议，法庭纠正一审判决，最终判毕某和金某赔偿死亡金 7.3 万余元、精神抚慰金 3 万元，共计 10.3 万余元。

## 孩子死亡继父被判赔生母 10 万

2015 年 07 月 08 日 京华时报 记者王晓飞

傅女士未婚先孕诞下了前男友的儿子乐乐（化名）。为了避免周围人的流言蜚语，傅女士和老乡毕先生结了婚。婚后，傅女士发现毕先生向她隐瞒了婚史，便提出离婚。此后，毕先生将乐乐抱走，并抚养乐乐长达 12 年。2013 年 2 月，乐乐意外缢死，傅女士遂将毕先生告上法庭索赔。

一审法院认为毕先生未尽到监护义务，并判决其承担 40% 的责任，赔偿 35 万余元。毕先生上诉后，市三中院于昨日二审开庭并当庭改判，因毕先生对继子视如己出，法院减轻了毕先生应负的责任，判决其赔偿傅女士 10 万余元。

### □案情

男孩意外缢死墙头生母起诉继父索赔

2013 年 2 月 22 日，12 岁的乐乐刚刚结束寒假。这天下午，他跟往常一样在自家院旁的一处过道内，拽着一根钉在墙上的塑料绳，撑着墙往房檐上攀爬，练习“飞檐走壁”。因他喜爱武术，继父毕先生为他在学校报了武术兴趣班。当时，继母在叮嘱了乐乐一句“别摔着”后，便出门买菜，但当她买完菜回来时，乐乐已死在了房檐下，脖子上还缠着蓝色的塑料绳。

最终经过警方认定，乐乐属于意外缢死，并排除刑事嫌疑。

2013 年 4 月，乐乐的生母傅女士，接到警方的电话得知乐乐的死讯。她于 2014 年 9 月，起诉向毕先生索赔 50 万元。

一审法院认为，毕先生虽非孩子法定抚养人，但却是实际抚养人。毕先生事发前知道孩子缢死的地方有绳子，但仍放任危险存在，最终导致孩子死亡，其未尽到监护义务，应当承担 40% 的过错责任。因此，法院判决毕先生赔偿傅女士 35 万余元。

### □判决

继父对子视如己出法院减轻赔偿责任

毕先生上诉后，市三中院于昨日开庭审理此案。乐乐生母傅女士与继父毕先生分别来到了法庭，此时的两个人均早已再组家庭。

一到法庭，傅女士便哭了出来，她的现任丈夫一个劲地安慰，并拿出纸巾给傅女士擦拭眼泪。整个庭审中，傅女士一直在被上诉人席上埋头抽泣。作为上诉人，乐乐的继父毕先生也一直情绪低沉。乐乐的继母同样低着头沉默不语，并不时拿出纸巾擦拭眼角的泪水。

法院审理后，当庭做出了改判。法院指出，孩子虽非毕先生亲生，但其抚养照顾孩子多年，再婚后将孩子接至北京上学、为其报了武术班，结合公安机关的调查笔录，可以看出毕先生与孩子情同父子、感情颇深，乐乐的死亡对毕先生亦是沉重的打击。此外，法院还指出，虽然毕先生及乐乐继母未尽到提醒并排除危险之义务，但二人主观上不存在故意或重大过失。

结合上述两个原因，法院认为，原审认定 40% 的责任过高，应改为 20%，并判决毕先生赔偿傅女士死亡赔偿金及精神抚慰金共计 10 万余元。

### □讲述

帮忙避免流言男子与未婚妈妈闪婚

在法庭上，傅女士和毕先生讲述他们的感情故事。早在 2000 年左右，时年 23 岁的傅女士与当时的男友因感情不和而分手，之后傅女士发现自己已怀有身孕。此时，她认识了毕先生，两人都来自山东德州，毕先生曾陪傅女士回过一趟山东老家。“母亲看着我挺着个大肚子，身旁还跟着一个男的，没问什么就催促我们的婚事。”傅女士说。

之后，傅女士找到毕先生谈起婚事，并称担心自己未婚先孕之事受到老家人的歧视。毕先生表示自己可以帮助傅女士，“先领结婚证，我什么都不要。”2000 年 7 月，傅女士诞下男婴乐乐，而一个月后，毕先生便信守承诺与傅女士领取了结婚证。

婚后，傅女士发现毕先生向自己隐瞒了曾有婚史及女儿的事情，因此两人结婚不到一个月，傅女士便提出了离婚，双方开始分居。

对此，毕先生认为，是傅女士看不上自己，嫌弃自己的家境贫穷。

继父抱走继子抚养 12 年后孩子死亡

傅女士提出离婚后，毕先生将刚过满月的乐乐，从山东抱到了北京。傅女士于 2001 年 2 月，向法院起诉离婚，法院判决双方离婚，乐乐由生母傅女士抚养。傅女士说，她曾申请法院执行，但由于未能提供毕先生及乐乐准确的地址信息未果。“我一直往返于北京和山东两地寻找乐乐。”

毕先生提交的相关证据显示，毕先生曾在 2008 年再婚，为了不影响妻子与乐乐的感情，他并没有告诉妻子乐乐不是自己的亲生儿子，也没有告诉乐乐自己并非他的亲生父亲。因为乐乐一直是“黑户”，毕先生曾在其 5 岁时，将其送回山东老家上了户口，又于其 12 岁时接回北京上小学。

毕先生说，继母对乐乐十分照顾，“孩子放学，都是乐乐继母亲自去接，平时吃饭，继母总是让乐乐先吃，吃完后自己再吃。”乐乐长大后，毕先生发现其十分喜爱武术，便给乐乐报了武术兴趣班。乐乐十分高兴，几乎天天

放学回家练习武术。在练习武术时，乐乐发生意外不幸死亡。

## 上诉人锦州市公证处诉被上诉人阮文珍公证损害责任纠纷二审民事判决书

2015年07月07日 公证人

辽宁省锦州市中级人民法院

民事判决书

(2015)锦民一终字第00007号

上诉人(原审被告)锦州市公证处，住所地锦州市古塔区。

法定代表人李景文，系该处主任。

委托代理人杨雪，辽宁吉伟律师事务所律师。

被上诉人(原审原告)阮文珍，女，1947年8月18日出生，汉族，退休干部，现住锦州市凌河区。

委托代理人金丹(系被上诉人阮文珍儿媳)，1981年1月4日出生，汉族，干部，现住锦州市凌河区。

委托代理人王东红(系被上诉人阮文珍女儿)，1976年11月11日出生，汉族，记者，现住大连市中山区。

上诉人锦州市公证处诉被上诉人阮文珍公证损害责任纠纷一案，不服辽宁省锦州市古塔区人民法院(2014)古民一初字第00197号民事判决，向本院提起上诉。本院依法组成合议庭，公开开庭进行了审理。上诉人的委托代理人杨雪，被上诉人阮文珍及其委托代理人金丹、王东红到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

一审法院审理查明，原告父亲阮佑帮、母亲薄秀兰分别于1985年、2009年11月12日去世。薄秀兰生前曾于2003年5月27日于锦州市公证处立下公证遗嘱，内容为“我与丈夫阮佑帮在锦州市凌河区新制南里15-71号共有正楼房二室，建筑面积四十二点六平方米，各为二分之一…我愿将上述房屋中属于我的份额遗留给我的女儿阮文珍(包括其配偶)。”立遗嘱时，因薄秀兰年事已高且双目失明，本人无书写能力，公证员赵凤霞、刘建设至薄秀兰位于锦州市凌河区新制南里15-17号家中，为其进行公证。该份公证遗嘱卷宗中同时存有手写“遗嘱”一份，其内容与公证遗嘱内容一致，落款为“立遗嘱人薄秀兰二〇〇三年五月二十七日”。被告对薄秀兰所作的询问笔录中未对该手稿的书写情况进行记载。原告于2011年诉至锦州市凌河区人民法院要求按照该公证遗嘱继承房产份额，其同胞兄弟阮文海、阮文成、阮文富同案参加诉讼。在该案处理中，锦州市凌河区新制南里15-71号房屋价值认定为28万。法院认定该公证遗嘱卷宗中所附“遗嘱”因薄秀兰本人双目失明、无书写能力，应为代书遗嘱，因不符合代书遗嘱的要件形式，因此未予认定阮文珍提供的公证遗嘱效力，将争议房产依法在被继承人四名子女之间予以分割，阮文珍分得房产继承款项7万元。阮文富不服一审判决，上诉至锦州市中级人民法院。市中院认定一审判决认定的事实属实，驳回上诉，维持原判。另查，锦州市司法局向锦州市公证处下发锦州市司法局信访案件转办通知单，要求对阮文成、阮文富、阮文海要求撤销(2003)年锦证密字第115号遗嘱公证的上访事项予以答复，对此锦州市公证处于2013年12月16日作出不予撤销遗嘱公证书的决定。

一审法院认为，根据法律规定，遗嘱公证是公证处按照法定程序证明遗嘱人设立遗嘱行为真实、合法的活动。公证机关有责任对立遗嘱人的真实意思进行审查，也有义务按照法律程序对遗嘱进行公证。本案中，原告提供的公证遗嘱因存在瑕疵，导致其效力未被法院确认，原告未能在继承案件中按照公证遗嘱继承房屋份额，对此，被告存在过错，因此被告对原告在继承案件中未予以继承的份额损失12.6万元应当予以赔偿(详见计算明细)。原告主张的医药费、律师费、公证费，精神损害抚慰金并无法律依据、本院不予保护。综上所述，依照《中华人民共和国侵权责任法》第六条、《中华人民共和国公证法》第四十三条、《遗嘱公证细则》第十二条第(四)项、《最高人民法院关于审理涉及公证活动相关民事案件的若干规定》第四条第(四)项、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十二条之规定，判决如下：一、被告锦州市公证处于本判决生效之日起5日内给付原告阮文珍赔偿款12.6万元；二、驳回原告其他诉讼请求。如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。案件受理费3300元，由被告锦州市公证处负担。

宣判后，锦州市公证处不服一审法院判决，向本院提起上诉，1、请求二审法院依法撤销(2014)古民一初字第00197号民事判决，驳回被上诉人诉讼请求。2、被上诉人承担上诉费用。事实及理由：一、原审判决认定“原告提供的公证遗嘱因存在瑕疵，导致其效力未被法院确认，致原告未能按公证遗嘱继承房屋份额，对此，被告存在过错，应对原告未能继承的损失12.6万元予以赔偿”是错误的。首先，《继承法》及最高法院《关于贯彻执行继承法若干问题的意见》均明确规定公证遗嘱效力优先，而上诉人锦州市公证处于2013年12月16日作出不予撤销本案遗嘱公证书的决定，即涉案公证遗嘱仍合法存在，并具法律效力。被上诉人未能按照公证遗嘱取得继承份额，造成损失，并非上诉人的过错；其次，《公证法》第36条明确规定了如何认定公证的效力，第39条规定了公证书存在错误的效力认定，同时最高法院《关于审理涉及公证活动相关民事案件的若干规定》第二条明确规定了“确认公证书无效的，人民法院不予受理，告知其依照《公证法》第39条规定向出具公证书的公证机构提出复查”，基于以上法律规定，只有公证机构有权认定公证书的效力，人民法院无权确认公证书的效力。本案公证遗嘱经上诉人复查，已作出不予撤销决定，证实公证遗嘱合法有效，继承人应按公证遗嘱分配遗产。第三，锦州市凌河区人民法院(2011)凌河民一初字第00302号民事判决书、锦州市中级人民法院(2013)锦民二初字第00671号民事判决书分别认定本案遗嘱是代书遗嘱和自书遗嘱，从而以遗嘱在公证过程中存在瑕疵，认定代书遗嘱和自书遗嘱无效，是错误的。两级法院混淆了公证遗嘱与代书遗嘱、自书遗嘱的概念，更错误认定公证遗嘱是对遗嘱草稿的公证，而非对立遗嘱人

的民事法律行为的真实性、合法性予以证明，由此得出遗嘱无效的错误结论，进而按照法定继承分配房产份额，导致被上诉人应继承份额的损失。本案一审时上诉人已向法院提交公证遗嘱卷宗，提交了上诉人办理涉案公证遗嘱的询问笔录，该笔录完整记载了立遗嘱人的身体状况、精神状况，语言表达能力及对遗产的处理意见，同时强调了不给其他子女的理由。该询问笔录询问程序合法、记录真实完整，符合公证遗嘱的法定要件，具有不可质疑的法律效力。而被上诉人阮文珍未坚持公证遗嘱的法律效力，反而被两级法院认定的自书遗嘱、代书遗嘱的错误思维导向，造成了自己的损失。二、原审判决采用证据错误。原审判决既已查明被上诉人对公证遗嘱的上访事项予以复查，并作出不予撤

销遗嘱公证书的决定，却未将被上诉人提交法庭的书面材料“不予撤销决定”，作为证据予以采信，反而采信了两级法院的错误认定，从而作出一审的错误判决。三、原审判决适用法律不当。原审适用最高法院《关于审理涉及公证活动相关民事案件的若干规定》，认定上诉人存在过错，并赔偿被上诉人损失，属适用法律不当。诚然上诉人在办理本案遗嘱公证过程中存在一定瑕疵，但该瑕疵并不影响公证遗嘱的效力，即上诉人公证中的瑕疵，与被上诉人未能按遗嘱取得继承份额，不存在直接因果关系。故，原审判决依据以上法律规定，判决上诉人赔偿被上诉人的损失，属适用法律不当。四、原审判决认定的赔偿主体错误。锦州市凌河区人民法院（2011）凌河民一初字第 00302 号民事判决书、锦州市中级人民法院（2013）锦民二终字第 00671 号民事判决书充分证实导致被上诉人继承份额损失的不是上诉人，而是两级人民法院。正是基于两级人民法院违反法律程序认定遗嘱无效，混淆公证遗嘱、代书遗嘱、自书遗嘱的概念，认定事实错误，才致被上诉人未能按照上诉人出具的公证遗嘱继承遗产，由此，两级人民法院才是本案赔偿主体。综上，请二审法院查明事实，依法撤销原审判决，驳回被上诉人的诉讼请求。

被上诉人阮文珍辩称：1、原审法院认定事实清楚，采用证据充分、真实，适用法律得当，赔偿主体合理，为此应驳回上诉人全部诉讼请求；2、上诉人依法赔偿被上诉人各项损失 17.7 万元；3、上诉人承担本案全部诉讼费用。事实与理由：一、因公证处提供的公证遗嘱存在瑕疵，导致其效力未被法院确认，直接致使被上诉人未能按公证遗嘱继承房屋份额，对此，公证处存在过错，依据《中华人民共和国公证法》第四十三条：“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。存在的重大错误有：1、公证遗嘱要件违反《公证程序规则》，直接影响公证书效力；2、无录音、录像资料，缺乏遗嘱真实性的直接证据；3、谈话笔录关键内容不全，公证程序不完整，影响遗嘱公信力；4、公证形式不准确，公证遗嘱原件无代书人、见证人签字，是自书还是代书不详，且两者都不符合规则要求。二、原审判决采用证据合理；三、原审判决认定的赔偿主体无误；四、对待瑕疵遗嘱，未尽补救举证义务，直接导致我方未能按遗嘱取得继承份额。五、依据《公证法》第四十条当事人、公证事项的利害关系人对公证书的内容有争议的，可以就该争议向人民法院提起民事诉讼。综上，原审判决认定事实清楚，适用法律正确，驳回上诉，维持原判。

本院经审理查明：一审法院判决认定基本事实属实，本院予以确认。

本院认为：公证处公证遗嘱的目的，是指遗嘱人将自己的财产处分给遗嘱指定的继承人，并通过公证处合法程序予以公证，继承人依此公证书内容继承财产。本案中，上诉人主张（2003）锦证密字第 115 号遗嘱公证是合法有效，一直没有撤销遗嘱公证一节，根据锦州市凌河区人民法院（2011）凌河民一初字第 00302 号民事判决和锦州市中级人民法院（2013）锦民二终字第 00671 号民事判决，该公证书因公证处提供的公证遗嘱存在瑕疵，导致其效力未被法院确认，致使被上诉人（原审原告）阮文珍未能按公证遗嘱继承房屋份额，对此，公证处存在过错，故原审法院判决依据《中华人民共和国公证法》及相关法律法规判决公证处赔偿阮文珍损失并无不当。关于上诉人主张原审判决采用证据错误问题，根据（2013）锦民二终字第 00671 号民事判决认定遗嘱虽然经过公证，但不产生自书遗嘱的法律效力，该判决已经发生法律效力，应作为认定本案事实的依据。关于上诉人主张原审判决适用法律不当和赔偿主体错误问题，依据《中华人民共和国公证法》第四十三条：“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。”规定，该法明文规定公证机构是可以承担相应的赔偿责任的主体。原审法院依据相关规定判决公证处赔偿相应的责任正确。综上，原审判决认定事实清楚，适用法律正确，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款（一）项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费 3300 元，由上诉人锦州市公证处负担。

本判决为终审判决。

审判长 田笑非  
审判员 邸新立  
审判员 孙涛  
二〇一五年一月十九日  
书记员 潘瑜

### 佛山男子恋爱遭拒 制作传单诽谤女方被判赔 1 万元

2015 年 07 月 13 日 大洋网

谈恋爱遭拒男子四处诽谤

去年3月中旬，南海区的陈小姐经朋友介绍认识邻村男青年吴×国。据陈小姐介绍，此后双方虽见面五六次，但并未确立恋爱关系，她亦未接受过吴×国金钱和物质上的馈赠。

同年7月13日，陈小姐向介绍人明确表示因两人性格不合不适合发展情侣关系。陈小姐于次日亦通过QQ告知吴×国无进一步发展的意愿。同日下午吴×国以短信向陈小姐发送内容为“你地呢D人有报应咖，不讲诺言”的短信。以后每天吴×国不停电话及短信骚扰陈小姐及其家人，还经常在陈小姐家附近徘徊。7月27日上午，陈小姐家人在家附近发现约20张附有原告生活照并写着“陈××相亲骗子”的侮辱性字句的A4彩色传单。陈小姐不得不前往派出所报案，公安部门亦予以备案处理。

同时，吴×国在本地论坛天天新发布标题为“花心之人”的网帖，将陈小姐刻画成一个相亲骗子的形象，引起网友大量浏览和评论。同样内容的帖子也出现在罗村论坛、53社区论坛、天天新论坛、佛山人家、缘婚网论坛上。

### 2 名誉受损 女子怒而起诉索赔

即使到了当年9月，吴×国仍不断以不同网名在网上发布内容虚假的侵权网帖，且不断以派发卡片、短信或电话的方式骚扰原告及其家人。在经过介绍人、村委会、派出所多方调解，吴×国仍然没有停止对陈小姐的骚扰与诽谤。

陈小姐一纸诉状将吴×国告上南海区法院。陈小姐认为，被告窃取原告的照片并擅自公布隐私材料，已经明显侵害了原告的肖像权、名誉权与隐私权。更为甚者，被告利用网络发布原告的生活照、QQ号、手机号、身份证号、家庭住址、家庭电话、工作单位、单位地址及单位电话，并污蔑原告已有归宿及已与人同居过的行为，严重侵犯原告的名誉权和隐私权，令原告及其家人身心交瘁。原告陈小姐请求判令被告立即停止对原告的侵权，恢复名誉，消除影响，并在报刊上赔礼道歉；判令被告赔偿原告精神抚慰金20000元。

[法院判决]

### 3 被告行为损害原告名誉权

法院认为，被告因为与原告相亲不成而报复原告，在原告住所附近张贴附有原告照片的图文传单，以侮辱、谩骂、丑化人格的方式，对原告进行贬低和损害，在原告当地造成不良影响，使原告社会正面评价和人格美誉度降低，个人名誉和名誉感均受到损害。被告还不听劝阻，多次大量将原告的个人信息及生活照片发布上网，在网络上公开原告的身份信息，借以诋毁原告，丑化原告人格，侵犯了原告的肖像权、隐私权和名誉权，故法院支持了原告要求判令被告停止侵权并登报道歉的诉请，酌定以赔偿精神损害抚慰金10000元为宜。目前，该案已经判决生效。

## 离婚后社会抚养费仍应共同分担

2015年07月14日 江苏法制报

本报讯(通讯员 江周渊)夫妻双方离婚后，一方缴纳的社会抚养费，是否有权向另一方追偿？近日，宣兴法院对一起夫妻离婚后的社会抚养费追偿案件作出判决，判令被告向原告支付由其垫付的社会抚养费3000元。

女子王某于2009年与男子方某相识恋爱，于2010年7月生育一子，后于2012年5月补办了结婚登记。婚后，王某发现方某经常在外赌博且屡教不改，遂于2013年12月到法院起诉要求离婚。后经法院调解，两人协议离婚，儿子由王某负责抚养，方某承担抚养费。离婚后，王某带着儿子回老家生活，但在给儿子办理户籍登记手续过程中，当地计生部门指出王某生育时未达法定结婚年龄，违法了计划生育政策，为此，王某缴纳了6000元的社会抚养费。事后，王某认为孩子父亲方某应当共同承担该笔费用，于是向法院起诉要求方某负担一半费用3000元。

经审理，法院认为父母对孩子负有抚养义务，父母双方未达法定结婚年龄进行生育，对该违法生育行为负有共同责任，故应共同承担社会抚养费。

法官点评：社会抚养费是指为调节自然资源的利用和保护环境，适当补偿政府社会事业公共投入的经费，对不符合法定条件生育子女的公民征收的费用。违反计划生育政策的主体应当为父母双方，故社会抚养费亦应由双方共同承担。

## 新郎婚礼接亲“扑空”临时找女子顶替 新娘起诉求赔偿

2015年07月15日 潇湘晨报

男(女)友结婚了，新娘(郎)不是我，这样的婚礼，是不少初恋者遇到的遗憾。

然而，对于已领证的张玲(化名)与陈翔(化名)而言，这更像一场“乌龙”：在原定的婚礼当天，接亲的陈翔扑了个空，也打不通张玲的电话。随后，陈翔接了另一名女子去了婚礼现场。

去年10月1日，本是张玲和陈翔定下举行婚礼的日子。当天，陈翔带着亲友去接亲，发现张玲不在家，手机也关机。随后，他冲出张玲家，接了另一名女子去了准备就绪的酒席现场，照常举行了这场婚礼。

张玲起诉至法院，要求与陈翔离婚，并提出精神赔偿6万元。7月6日，长沙市芙蓉区法院对此案作出了一审判决，准许两人离婚，并由张玲返还陈翔的彩礼2万元。

陈翔是长沙人，1982年出生，是一名国际导游。张玲是衡阳人，90后，是一名老师。2013年11月，两人通过陈翔的表哥介绍认识，通过微信聊天，陈翔和张玲在去年1月见了面，次月就确立了恋爱关系。

去年5月8日，两人登记结婚。双方家庭商量，当年10月1日在长沙一家酒店举行婚礼。

然而，两人的感情随后开始出现问题，总为小事争吵。张玲说，其间她发现陈翔与前女友藕断丝连，也多次为这事吵架。

2014年9月30日，也就是婚礼前一天，左思右想的张玲觉得，两人的感情基础不够牢靠，于是在当天晚上10点多给陈翔发了一条短信，说想把婚礼推后举行。

“当时他（陈翔）的朋友都劝我不要推迟，他也没说什么。”张玲说，当天晚上她就搬去了朋友家住，“想静一静”。

2014年10月1日一早，陈翔带着一队亲友来到衡阳接亲，没想张玲人不在家，手机也关了。这时，陈翔被张玲家人喊下楼，让他先去买鲜花。“我们当时还问他对婚姻有没有信心，他说没有，就叫他先思考下。”张玲的母亲介绍，之后陈翔一直没有上楼来，等中午11点多打电话过去问时，才知道陈翔已经在回长沙的路上。回到家后，张玲才知道陈翔来接亲了。她拿出手机刷微信，看到朋友圈里的一张婚礼现场照片。照片中，新娘手捧红玫瑰、身披白色婚纱，依偎在新郎怀里，而让张玲“怎么都没想到”的是，正在向来宾敬酒的新郎，就是原本要与自己举行婚礼的陈翔。

庭审

她称“很受伤”，要赔精神损失费

婚礼事件发生后，张玲搬出了陈翔家，两人再无共同生活。其间，双方多次协商离婚事宜，但因分歧没能达成一致。随后，张玲将陈翔告上法庭，提出离婚，并要求陈翔支付精神损害赔偿金6万元。

今年5月，此案在芙蓉区法院一审开庭。当天，陈翔没有到庭。

法庭上，张玲说，知道陈翔和别人在原本属于自己的婚礼上结婚后，她整天以泪洗面，“每天都要面对周围人异样的目光，心里很抑郁。”她说，陈翔的行为对自己造成了严重的心理创伤。

张玲说，自己认识照片中与陈翔结婚的女子，“她在长沙工作，之前我们三个一起吃过饭。”她回忆，当时陈翔介绍了自己是他的女朋友，但饭局中还是能感觉到这个女子与陈翔的关系“比较暧昧”。说到与陈翔的婚礼，张玲说其实两人做好了结婚的准备，“这是因为他对婚姻没有信心。”

男方

不想家人受打击，找人帮忙“走过场”

说起这起结婚事件，陈翔也显得很气愤。“当天接亲车队都到她们家了，酒席也订了，但突然说不愿意结婚了。”

陈翔说，当天到张玲家，才发现女方家里根本没有做迎亲的准备。“我父亲年纪也大了，不想他受打击，也不想造成不好的影响。”于是，他找另一名女子顶替张玲举行了这场婚礼。

“我也是没办法，才临时决定这么做的。”陈翔说，顶替新娘的人是他的朋友，原本是打算去喝他和张玲喜酒的，“因为她已经离异了，才愿意帮这个忙，答应陪我走个过场。”陈翔说，“婚礼”之后，他并没有与这名女子共同生活。

陈翔认为，他与张玲的感情确实已经破裂，也同意离婚，但要求女方家退还当时结婚时给的68898元彩礼金和1万元选日子的钱。“因为所有结婚的开支都是我们家在处理，她们家没有出过钱。”法院作出一审判决，准许两人离婚，并由张玲返还陈翔的彩礼2万元。

## 为抚养权与前夫“通牒” “谈判”破裂欲泄愤报复 女子携酒精要焚车意外烧伤索赔被驳回

2015年07月15日 上海法治报 记者 刘士心 通讯员 马超 丁研

离婚后，刘女士为了商讨抚养权只身来沪与前夫孙先生见面，可是双方却没有达成一致意见。尽管如此，孙先生还是开车将刘女士送往火车站。让人没有想到的是，刘女士的行李箱里有4瓶高纯度酒精，就在孙先生将刘女士送到火车站，要她下车的时候，车里突然失火，刘女士和孙先生都不同程度受伤，孙先生的车也被烧坏。

几年后，刘女士一纸诉状将孙先生告上法庭，认为是孙先生的责任才导致车内失火，她逃离不及被烧伤。刘女士向孙先生讨要各种费用高达200余万元……日前，徐汇区法院一审判决了此案。

欲焚车却烧伤自己

刘女士与孙先生原本是夫妻，两人有一个女儿。2010年4月，刘女士和孙先生离婚，但是离婚后因为女儿的抚养权问题双方产生了矛盾，刘女士多次联系孙先生都没能解决。

2010年6月4日，刘女士来到上海想和孙先生现场协商解决问题。与孙先生联系时，孙先生提到会开车来与刘女士见面，谁知这竟然让刘女士大为光火。为何刘女士一听到孙先生提车就气不打一处来呢？

原来，刘女士和孙先生两人的感情本还是不错的，可就是在孙先生买了车后，刘女士觉得孙先生对她的态度开始不同，两人的感情也越来越差，最终导致离婚。刘女士把两人离婚的原因都归结到了孙先生的这辆车上，于是，她有了烧车发泄的念头。与孙先生约定见面的当天上午，刘女士到药房买了4瓶高浓度的酒精，放在了拉杆箱的底部去和孙先生见面。

可惜，两人见面后依旧没能就女儿的抚养问题达成统一意见。当晚，孙先生开车把刘女士送到了火车南站，停下车后，孙先生让她赶紧坐火车回老家。又急又气的刘女士下车后却拒绝离开，僵持少许，她又再次上车坐到了车辆的后排座椅。

意外在此时突然发生，孙先生的车辆着火了，坐在车后排的刘女士被大火包围。刘女士想要开门逃跑，却发现车辆后排车门已锁，她挣扎到轿车的前排打开侧门，才从车内滚至车外，孙先生随即也从该处跳下事发车辆。随后，刘女士及孙先生在路人的帮助下把火扑灭，并被送至医院接受治疗。

#### 蹊跷火灾该谁负责

在着火过程中，刘女士伤势较重，孙先生的小轿车也被焚毁。经过公安机关现场勘查，排除汽车自燃引起，可能性最大的引火物为打火机，当然，酒精在火灾中起到了助燃剂作用。

由于就赔偿协商未果，加上在医院治疗休养，刘女士今年3月才将孙先生告到法院。她声称可能是孙先生在车内吸烟的行为引发火灾，而且大火着起来之后，轿车内的车门是锁住的，阻碍了她第一时间开门逃脱，造成了自身伤势的扩大。

“如果不是因为他锁住车门，我根本不可能烧成现在这个样子。”刘女士一口咬定孙先生对她受伤负有责任，她要求孙先生赔偿各项损失200余万元，包括医疗费、伤残金、律师费等。

然而孙先生对吸烟行为予以否认，他说自己当时根本没有吸烟，自己一直坐在驾驶员位置上，大火是在车辆后排着起来的。“我根本不知道她携带大量酒精上车。”孙先生说，是刘女士带酒精上车的错误举动造成了大火，造成他也受了伤，车辆也被焚烧，人身财产均受损失。念及旧情和当时刘女士住院的情况，事发后，他还主动对刘女士进行救助，支付了刘女士12万元现金和部分医疗费用。“但是没想到，她不仅不反省自己的错误，还把我告上法庭要求赔偿。”

#### 法院驳回原告诉求

徐汇法院受理了该案后，对案件进行了认真的审理。

经过审理后，法院认为，事发时，装有酒精的拉杆箱放在轿车的后排座位上，而刘女士又坐在后排座位上，拉杆箱在刘女士的控制范围内，火势是一下子从后排烧起来的。火灾现场并没有发现烟头，不能认定火灾是由于孙先生吸烟引起的。

“因为本案火灾原因无法查实，原被告双方对此都不能认定负有责任。”审理该案的法官介绍。刘女士口声声说，如果孙先生没有锁上车门，她可以第一时间脱离大火现场，对此，法院认为，关于车门上锁的行为，是部分驾驶员的习惯，后续发生的火灾已经超出普通人的预知能力，不能认定孙先生存在过失。

对于刘女士提出的孙先生应该以公平原则承担部分赔偿责任，法院认为孙先生在本案中并没有获利行为，孙先生的身体和财产也受到不同程度的损害，并不适用公平责任原则。事发后，刘先生也主动支付钱款已经尽到了相应的义务。

综上，徐汇法院最终驳回了刘女士的所有诉讼请求。

## 违反社会公德和遵循公序良俗原则的法律行为效力 ——河南三门峡中院裁定胡琨诉成亚军等保证合同纠纷一案 2015年07月16日 人民法院报

#### 裁判要旨

在婚礼现场采取非正常手段向婚礼主办方索要债务的行为，属于违反公序良俗强迫他人作出违背真实的意思表示的胁迫行为。为了婚礼顺利进行而当场作出的民事法律行为属于可撤销的民事法律行为。

#### 案情

2014年6月26日，原告胡琨在中金华庭小区新房筹办结婚仪式。上午九时许，被告成亚军、成军祥带着自制的“老赖于桂珍借钱不还”的标牌来到新房所在小区讨要债务。胡琨为使结婚仪式顺利进行，同成亚军、成军祥进行协商交涉。协商的结果是由胡琨向成军祥出具保证书一份，内容为：“我胡琨今天自愿将名下下一辆（豫M99922）轿车抵押给成军祥，胡琨，2014.6.26，替母亲还账，如母亲不还，我自愿替母亲还20万元。”胡琨将其所有的豫M99922号轿车交成亚军、成军祥开走。现胡琨以保证书系其受成亚军、成军祥威逼所写，诉至河南省三门峡市湖滨区人民法院。

另查明，胡琨系于桂珍之子。2012年11月26日，窦文超向成军祥出具借条一份，内容为“今借成军祥伍万元整，还款日期12月26日”，于桂珍作为担保人在借条上签名。2013年4月15日，于桂珍向成军祥出具借条一份，内容为“今借到成军祥现金拾万元整”；2013年9月12日，于桂珍向成军祥出具借条一份，内容为“今借到成军祥现金伍万元，月底还清”。

#### 裁判

三门峡市湖滨区人民法院经审理后判决：撤销原告胡琨于2014年6月26日向被告成亚军、成军祥书写的保证书；成亚军、成军祥向胡琨返还其扣押的豫M99922轿车一辆。

宣判后，成亚军、成军祥不服提起上诉。三门峡市中级人民法院经审理后裁定驳回上诉，维持原判。



## 评析

本案是一起典型撤销权之诉，其特殊性在于，当事人胁迫的手段是借助另一方当事人对结婚礼仪这种社会公序良俗的尊重和遵守。因此，从民法典立法角度来讲，该案例的裁判思路和裁判结果，对理解公序良俗对民事法律行为的影响具有一定的参考价值。

### 1. 婚礼仪式属于公序良俗

本案中涉及到的婚礼仪式，虽然在新中国成立后颁布的婚姻法中，都规定实行婚姻登记的结婚方式，即只要按照国家现行法律未婚的男女双方一经在婚姻登记机关履行了结婚登记手续，便成为受法律保护的合法夫妻。但是在现实生活中几乎所有进行了结婚登记后的合法夫妻，都要举行一项世俗所认可的婚礼仪式。

因此，除了婚礼仪式本身所固有的庆典和广而告之等功能性质，人们也是在履行一种现行法律而外的另一种已经不成文的无形法律——潜存于传统惯制之中的民俗。“凡民函五常之性，而其刚柔缓急，系水土之风气，故谓之风；好恶取舍，动静仁常，随君上之情欲，故谓之俗。”可见，民俗习惯根植于社会生活，如影随形。风俗习惯一经形成，就会成为一种支配个人行为 and 生活的无形力量，迫使人们按它的要求去行动去生活。故，本案中涉及的婚礼仪式已经具备了公序良俗的社会的现实性、普遍性和正义性，属于社会公众遵从的公序良俗，法官在具体的个案审判中应当予以适用。

### 2. 公序良俗的适用规则

公序良俗原则在司法实践中的适用，实际上就是将道德的内容引入到法律实务界。然而，道德和法律毕竟是不同的领域，在适用公序良俗原则办理民事纠纷案件之时，必须明确道德和法律之间的界限，如果将过高要求的道德引入到公序良俗之中，就会严重背离公序良俗原则的本意。因此，公序良俗原则在司法实践中的适用，应至少考虑如下几个方面的内容：一是穷尽规则原则。即在有明确的法律规则的情况应当适用具体的法律规则，而不能直接适用公序良俗原则。二是突出个案正义的价值。在通常的情况下，法官适用法律规则并不需用对法律本身的合法性和合理性进行审查就可以直接适用。三是必须充分说理和论证。只有在法律存有漏洞的情况下，法官才得以援用公序良俗原则，并对其充分的解释，使其由抽象变得相对具体后，才得以适用于案件的裁判。

### 3. 公序良俗在裁判中的应用

具体到本案中，当事人提起的撤销权之诉，其依据合同法第五十四条规定的：“下列合同，当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或撤销：……一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。”公序良俗在诉讼中是作为胁迫的要件而存在，因此，法官在进行个案裁判时，主要是围绕胁迫的构成要件展开。

本案中，两被告明知自己的行为会给胡琨造成心理上的压力和恐惧，仍然采取举“老赖于桂珍借钱不还”标牌、围堵婚礼队伍等方式要账，实质就是以阻挠婚礼的正常进行为要挟，迫使被上诉人胡琨作出违背真实意思的表示，应属于《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见（试行）》第六十九条“以给公民及其亲友的生命健康、荣誉、名誉、财产等造成损失或者以给法人的荣誉、名誉、财产等造成损害为要挟，迫使对方作出违背真实的意思表示的，可以认定为胁迫行为”的情形。

本案案号：（2014）湖民一初字第2074号，（2015）三民终字第412号

案例编写人：河南省三门峡市中级人民法院 王建锋 乔建刚

## 为抚养权与前夫“通牒” “谈判”破裂欲泄愤报复女子携酒精要焚车意外烧伤索赔被驳回

2015年07月15日 上海法治报 记者 刘士心 通讯员 马超 丁研

离婚后，刘女士为了商讨抚养权只身来沪与前夫孙先生见面，可是双方却没有达成一致意见。尽管如此，孙先生还是开车将刘女士送往火车站。让人没有想到的是，刘女士的行李箱里有4瓶高纯度酒精，就在孙先生将刘女士送到火车站，要她下车的时候，车里突然失火，刘女士和孙先生都不同程度受伤，孙先生的车也被烧坏。

几年后，刘女士一纸诉状将孙先生告上法庭，认为是孙先生的责任才导致车内失火，她逃离不及被烧伤。刘女士向孙先生讨要各种费用高达200余万元……日前，徐汇区法院一审判决了此案。

欲焚车却烧伤自己

刘女士与孙先生原本是夫妻，两人有一个女儿。2010年4月，刘女士和孙先生离婚，但是离婚后因为女儿的抚养权问题双方产生了矛盾，刘女士多次联系孙先生都没能解决。

2010年6月4日，刘女士来到上海想和孙先生现场协商解决问题。与孙先生联系时，孙先生提到会开车来与刘女士见面，谁知这竟然让刘女士大为光火。为何刘女士一听到孙先生提车就气不打一处来呢？

原来，刘女士和孙先生两人的感情本还是不错的，可就是在孙先生买了车后，刘女士觉得孙先生对她的态度开始不同，两人的感情也越来越差，最终导致离婚。刘女士把两人离婚的原因都归结到了孙先生的这辆车上，于是，她有了烧车发泄的念头。与孙先生约定见面的当天上午，刘女士到药房买了4瓶高浓度的酒精，放在了拉杆箱的底部去和孙先生见面。

可惜，两人见面后依旧没能就女儿的抚养问题达成统一意见。当晚，孙先生开车把刘女士送到了火车南站，

停下车后，孙先生让她赶紧坐火车回老家。又急又气的刘女士下车后却拒绝离开，僵持少许，她又再次上车坐到了车辆的后排座椅。

意外在此时突然发生，孙先生的车辆着火了，坐在车后排的刘女士被大火包围。刘女士想要开门逃跑，却发现车辆后车门已锁，她挣扎到轿车的前排打开侧门，才从车内滚至车外，孙先生随即也从该处跳下事发车辆。随后，刘女士及孙先生在路人的帮助下把火扑灭，并被送至医院接受治疗。

**蹊跷火灾该谁负责**

在着火过程中，刘女士伤势较重，孙先生的小轿车也被焚毁。经过公安机关现场勘查，排除汽车自燃引起，可能性最大的引火物为打火机，当然，酒精在火灾中起到了助燃剂作用。

由于就赔偿协商未果，加上在医院治疗休养，刘女士今年3月才将孙先生告到法院。她声称可能是孙先生在车内吸烟的行为引发火灾，而且大火着起来之后，轿车内的车门是锁住的，阻碍了她第一时间开门逃脱，造成了自身伤势的扩大。

“如果不是因为他锁住车门，我根本不可能烧成现在这个样子。”刘女士一口咬定孙先生对她受伤负有责任，她要求孙先生赔偿各项损失200余万元，包括医疗费、伤残金、律师费等。

然而孙先生对吸烟行为予以否认，他说自己当时根本没有吸烟，自己一直坐在驾驶员位置上，大火是在车辆后排着起来的。“我根本不知道她携带大量酒精上车。”孙先生说，是刘女士带酒精上车的错误举动造成了大火，造成他也受了伤，车辆也被焚烧，人身财产均受损失。念及旧情和当时刘女士住院的情况，事发后，他还主动对刘女士进行救助，支付了刘女士12万元现金和部分医疗费用。“但是没想到，她不仅不反省自己的错误，还把我告上法庭要求赔偿。”

**法院驳回原告诉求**

徐汇法院受理了该案后，对案件进行了认真的审理。

经过审理后，法院认为，事发时，装有酒精的拉杆箱放在轿车的后排座位上，而刘女士又坐在后排座位上，拉杆箱在刘女士的控制范围内，火势是一下子从后排烧起来的。火灾现场并没有发现烟头，不能认定火灾是由于孙先生吸烟引起的。

“因为本案火灾原因无法查实，原被告双方对此都不能认定负有责任。”审理该案的法官介绍。刘女士口口声声说，如果孙先生没有锁上车门，她可以第一时间脱离大火现场，对此，法院认为，关于车门上锁的行为，是部分驾驶员的习惯，后续发生的火灾已经超出普通人的预知能力，不能认定孙先生存在过失。

对于刘女士提出的孙先生应该以公平原则承担部分赔偿责任，法院认为孙先生在本案中并没有获利行为，孙先生的身体和财产也受到不同程度的损害，并不适用公平责任原则。事发后，刘先生也主动支付钱款已经尽到了相应的义务。

综上，徐汇法院最终驳回了刘女士的所有诉讼请求。

## **父代子 签字卖房一手交易 太贪心 钱款半分不给儿子 法院判决父亲付还儿子房款**

2015年07月29日 上海法治报 见习记者 李欢

本报讯 父亲瞒着儿子，代子签字卖了俩人共有的房屋，钱款到手却不分给儿子。多次协商无果，儿子宋凯将父亲告上法庭，请求法院判令父亲给付其售房款并支付相应利息。近日，该诉请获得了杨浦法院的认同。

2004年，刘成、刘毅、宋凯祖孙三人共同购买了位于本市杨浦区的某处房屋。2005年12月刘成去世，其产权份额全部由刘毅继承。2009年4月，系争房屋产权登记为刘毅（2/3）、宋凯（1/3）共有。

2005年9月，刘毅和宋凯母亲宋凝经调解离婚，宋凯随宋凝共同生活。2009年7月，刘毅在未通知宋凯的法定代理人宋凝的情况下，以宋凯监护人的身代宋凯在买卖合同上签字，将上述房屋出售，于2009年8月1日前获得全部售房款92万元。

宋凯获知后，要求刘毅将所得房款的三分之一分给他，但遭拒绝。经多年交涉无果，宋凯诉至法院，要求父亲刘毅给付其售房款306667元，并按同期银行贷款利率支付自2009年8月2日起至实际给付之日的利息。

庭审中刘毅辩称，2004年买房时因资金不够，由他向银行贷款14万余元。一年后宋凝提出离婚，离婚后双方再无联系，而自己既要还贷，还要支付抚养费，恰在此时父亲又生重病急需用钱，万般无奈下刘毅只得将该房屋以92万元的价格出售，售房款除了偿还银行贷款后，还剩776000元，被告购置了一套小房屋居住，其余房款已花用。宋凯占三分之一产权份额，其可以得到776000元售房款中的三分之一即258667元。因钱款已被自己花用，被告可以将现在居住的房屋产权和原告共同共有。

法院认为，系争房屋产权为刘毅、宋凯共有，其中宋凯按份享有三分之一。系争房屋出售后，宋凯要求享有三分之一的房屋出售款，于法有据，应予支持。

被告刘毅提出系争房屋尚有144000元的银行抵押借款，经查该借款系购房时刘毅向银行申请的按揭贷款，故刘毅、宋凯应当按照确定的产权份额分担债务。被告刘毅在收到全部售房款后应当将属于宋凯的房款交付宋凯及其法定代理人，然刘毅至今未交付，原告要求其按银行贷款利率支付逾期利息，法院予以支持。

据此，法院判决被告刘毅支付原告宋凯该房屋售房款人民币258667元；按中国人民银行同期贷款利率支

付原告宋凯上述售房款自2009年8月2日至实际支付之日止的利息。

(涉案人名均为化名)

## 强制康复10年要求出院被拒 法院判决需留院治疗

2015年04月15日 解放日报

4月15日消息：“我已经康复。我要出院，过正常生活！”在一家精神病康复院住了10年之后，男子徐斌(化名)将康复院和监护人——自己的大哥徐国(化名)告上法庭，认为他们阻碍自己办理出院手续，侵犯了自己的人身自由权。昨天下午，闵行区法院作出一审判决，认为徐斌仍需留院治疗，驳回了他的全部诉请。

多次要求出院均不了了之

1989年，21岁的徐斌前往澳大利亚打工。1997年， he 被发现精神异常，之后被遣送回沪。

2001年12月，徐斌入住普陀区精神卫生中心，被诊断为精神分裂症。虽然治疗有效，但他出院后擅自停药，病情复发，常常无故发脾气、骂人，甚至殴打父亲。2003年7月12日，徐斌被送往青春康复院，父亲作为监护人向康复院出具住院知情同意书。经诊断，徐斌的病症为精神分裂症偏执型。2008年下半年，父亲过世后，徐斌所在居委会指定徐斌的大哥徐国为其监护人。

住院期间，徐斌多次要求出院，理由是自己已经康复。2011年2月，他曾擅自离院出走。两个月后，院方找到徐国，要求他将徐斌接出青春康复院。然而，徐国也有苦衷：“我在广东打工，要养家糊口，家中实有困难，恳请继续将他留院治疗。”由于徐国态度坚决，徐斌多次要求出院均不了了之。

之后，徐斌又设法找到母亲刘女士，要求将自己的监护人变更为刘女士。2012年，刘女士提起诉讼，要求变更监护权。普陀区法院审理认为，徐斌的生活、就医等相关事宜长期以来均由徐国负责落实。徐国尽到了监护职责，居委会指定并无不妥。刘女士已年迈，且无住房，月收入仅有八、九百元，无力履行监护职责。因此，法院驳回了刘女士的诉请。

重新鉴定结论“并未痊愈”

2013年5月1日，《精神卫生法》正式实施，其中规定“精神障碍的住院治疗实行自愿原则”。这让徐斌看到了希望，他委托律师向青春康复院发函，要求他们办理出院手续。未获准许后，徐斌将青春康复院和徐国诉至法院，认为两被告强制留其住院的行为共同侵犯了原告的人身自由权，要求停止侵权等。“按照规定，精神障碍患者本人没有能力办理出院的，监护人应当为其办理手续。”青春康复院认为，原告是严重精神障碍患者，应继续住院治疗。另一名被告徐国未出庭应诉。

审理中，法院委托市精神卫生中心司法鉴定所进行重新鉴定。依据鉴定意见书，法院判定，原告的精神分裂症状并未痊愈。在没有新的证据证明其已具有完全民事行为能力的情况下，仍需采取相关限制措施。

当然，原告的合法权益同样受到法律保护。而根据目前的情况，将原告安置在康复院进行治疗，是徐国认为最好的方法。原告的二哥、原告户籍所在地居委会，与徐国意见相同。

法院同时认为，原告不是自愿住院治疗的患者，而是在原告殴打父亲、已经有危害他人安全行为的情况下，由原告的父亲在居委会的协助下强制将其送入康复院的，故不适用于《精神卫生法》相关规定。

【专家释法】

案件判决后，记者采访了华东政法大学教授傅鼎生。他指出，从目前的法律规定来看，对“送院”患者监护人拒绝接收的行为，要认定为侵权，尚缺乏法律依据。因此，如果患者属于限制民事行为能力人，处于被监护状态之中，在监护人不同意患者出院的情况下，不能据此要求医院承担责任。

“现实生活中，确实存在监护人对精神病患者监护不到位、关爱不足的情形。”傅鼎生认为，对于未履行监护职责或者监护不当问题，应当通过其他诉讼途径解决。例如，依据《民法通则》第18条的规定撤销监护人资格、请求不履行职责的监护人赔偿损失。

## (十) 赠与案例

### 前夫在婚内赠与“小三”数十万 前妻起诉打响“婚内财产保卫战”

2015年07月16日 人民法院报

本报讯 (记者 余建华 通讯员 瓯文) 丈夫有了婚外情，被妻子发现后出具了保证书，但仍与“小三”藕断丝连，婚姻走到了尽头。离婚后，前妻将前夫和“小三”告上了法院。近日，浙江省温州市瓯海区人民法院开庭审理此案，并判决部分款项的赠与行为无效。

黄某和王某都是江西人，2007年登记结婚，并育有两个小孩。2011年4月，夫妻二人在温州共同经营一家鞋材厂，日子过得还不错。

2013年，黄某发现了丈夫王某与一四川籍女子姜某来往密切。2015年1月，王某向妻子出具了保证书，承认自己和姜某存在不正当男女关系，并赠送钱财给姜某。但不久，黄某发现王某和姜某藕断丝连，无奈提出离婚，今年2月双方办理了离婚登记手续。

4月20日，黄某将姜某、王某诉至瓯海区法院。

黄某起诉称，王某在与姜某相处期间，先后通过网上银行转账到姜某的账户、姜某承租的店面及住所房东的账

户、姜某父亲的账户等累计 57 万余元，期间姜某返还了 21 万元，尚有 36 万余元至今没有返还。请求法院判令王某赠与姜某 36 万余元的行为无效，并由姜某返还该款项及利息。

在法庭上，黄某认为王某在婚内与姜某保持不正当男女关系，且未经自己同意擅自将夫妻共同财产赠与姜某，其二人的行为违背公序良俗并严重侵害了自己的合法权益。上述钱财均系自己与王某夫妻关系存续期间所得，属于夫妻共同财产，王某擅自将夫妻共同财产赠与姜某的行为当属无效，姜某取得前述款项没有合法依据，应当悉数返还。

姜某坦承自己与王某产生婚外情，双方均存在过错，但认为主要过错方是王某，并辩称，王某转账给自己的款项中，有部分已代王某支付鞋材厂电费、车辆税款、保险费用等，而部分赠与的财产均由王某与自己共同支配，如用于日常开销等，且王某对共同财产有平等的处分权，赠与行为也已完成，财产的所有权已转移，所以赠与行为有效，自己无须返还。

经法院审理查明，王某与姜某成为男女朋友后，先后通过银行转账累计向姜某汇款 496900 元，姜某也数次通过银行转账累计向王某汇款 210000 元，抵扣后仍有 286900 元。另外，王某代姜某支付房租 23459 元，而姜某代王某支付电费、车辆税款、保险费用等款项共计 112250.09 元，最终认定王某赠与姜某 198108.91 元。

法院认为，王某赠与姜某的款项属于黄某与王某夫妻关系存续期间的共同财产。共同共有人对共有财产共同享有所有权和平等的处分权，因黄某与王某已经离婚，共同共有基础已经丧失，按一般财产分割原则，黄某与王某对夫妻存续期间的共同财产各享有 50% 的份额。本案中王某擅自赠与姜某 198108.91 元中的 99054.46 元，侵害了黄某的所有权和平等处分权，属于无权处分，故该部分款项的赠与行为无效。遂判决王某向姜某赠与 198108.91 元中涉及黄某的 99054.46 元无效，姜某应向黄某返还 99054.46 元。

### ■法官说法■

承办该案的蒋法官认为，案件争议的焦点在于王某给予姜某金钱的行为（含代其支付部分费用）是否属于赠与行为，该赠与行为是否合法有效。

赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与的合同。根据本案查明的事实，王某与姜某系以男女朋友相处，王某给予姜某的款项（包含代其支付的部分费用），均系自愿给予，姜某接受后，并未支付相应对价，双方也不存在其他债务关系的抵销，姜某称部分款项系其刷卡套现后由王某返还、部分款项用于王某的日常开销，因王某未予确认，且姜某对于来往款项的解释，未提供充足的证据予以佐证，法院不予采信。对于姜某代王某支付的鞋材厂电费、车辆税款、保险费用及转账到鞋材厂的费用，系姜某代王某支出，且用于王某的日常生活及鞋材厂日常经营，应予以抵扣。综合本案的有效证据，法院认定王某向姜某给予金钱及代为支付的部分费用属于赠与行为，姜某予以接受，双方形成赠与合同关系。

关于王某的赠与行为是否具有法律效力，蒋法官认为，赠与行为是无偿处分的行为，故赠与人处分的财产应当是其个人所有的财产。该案中，王某赠与姜某金钱及代其支付费用的行为发生在其与黄某婚姻关系存续期间，我国婚姻法规定，婚姻关系存续期间的财产并非其个人财产，而是夫妻共同财产，除非双方另有约定。夫妻双方因日常生活需要对夫妻共同财产作重要处理决定，应当协商并取得一致意见。目前并无证据证明黄某与王某对夫妻共同财产作出过特别约定，故认定王某赠与姜某的金钱及代其支付的费用，属于夫妻共同财产，王某的赠与行为无效。

## 财产赠予胎儿能反悔吗

2015 年 07 月 21 日 人民法院报

刘强还是腹中胎儿的时候，他的爷爷写下一纸协议，把一艘渔船和数亩鱼塘赠与自己，并由刘强的母亲接收。但当刘强出生之后，他的爷爷反悔了，强行收回了已经赠与的财物，刘强一纸诉状把自己的爷爷告上法庭，要求返还渔船和鱼塘。江苏徐州市铜山区法院近日对此案作出一审判决，该判决现已生效。

丈夫意外身亡，遗腹子获赠渔船与鱼塘

小强的母亲叫杨岚，2010 年 10 月按照农村风俗举办了婚礼，嫁到了微山湖畔的刘家。刘家人都是渔民以船为家，杨岚便随丈夫刘响在一艘渔船上生活，一家人还在船上开了个渔家饭店，日子虽然略有艰辛但却宁静祥和。

杨岚和丈夫生活的这条船属于刘响的父亲刘科，为了能在船上开饭店，刘科还用他自己的名字办理了工商登记，让杨岚小两口照料饭店的生意。

但好景不长，2011 年 5 月一场突如其来的交通事故夺去了刘响年轻的生命，此时的杨岚已经有了三个月的身孕。

为了商量杨岚和腹中胎儿的生活问题，刘家于 2011 年 6 月专门召开了家庭会议，刘家和杨岚的亲属们悉数到场。经过讨论，刘科当场立下字据，上面载明“孙子（女）出生，饭店船给出生的孙子（女）。鱼塘也给孙子（女）。同时鱼塘、饭店船杨岚有支配权”。

2011 年 11 月，刘强呱呱坠地，随母亲杨岚生活。

赔偿款惹争议，儿媳带娃回娘家

处理交通事故过程中，肇事司机于 2012 年初支付了一笔 12 万 6 千元的赔偿款，而这笔赔偿款却被刘科全部领走了。

杨岚觉得很生气：亡夫的死亡赔偿金理应有自己和未出生的孩子一份。

她和婆婆因此陷入了不合，经常发生激烈地争吵。在长达一年半的时间里，杨岚和婆婆的关系越来越差，杨岚

把饭店船租给他人经营，带着小刘强回了娘家。

纠纷总需要解决，2013年10月杨岚和刘科夫妇在当地镇上的人民调解委员会达成了协议，杨岚代表不满两岁的刘强分到了赔偿款中的36000元，协议书上还写下了这样一段话：“本协议生效后，过去的一切票据全部作废，以本协议为准”。

但事情远没有结束。

收回赠与财产，爷爷被告上法院

2014年2月，刘科强行收回了饭店船和鱼塘，将饭店船和鱼塘出租给他人经营。杨岚多次上门理论，但双方从口角变成推搡，从推搡变成互殴。当地派出所曾两次接到报警电话处理杨岚和其公婆的纠纷，情急之下的杨岚甚至还纠集了数人准备把饭店船强行夺回。

一次次的争吵变得没有尽头，终于杨岚以儿子刘强的名义于2014年8月将公公刘科告上法庭。

她在诉状上写道：“（刘科）背信弃义、置亲情道德义务不顾，将赠与财产擅自夺回的行为严重侵害原告权利。”她请求铜山法院判令刘科将饭店船和鱼塘归还给不满三岁的小刘强。

赠与是否有效，孰是孰非法庭激辩

针对儿媳杨岚的诉讼请求，刘科提出了数条抗辩理由，主要包括：在刘科签订赠与合同的时候，虽受赠人是刘强，但刘强当时尚未出生，故协议是无效的；刘科虽然表示要赠与给未出世的孩子相关财物，双方曾在人民调解协议上载明“过去的一切票据全部作废”，杨岚作为刘强的法定代理人明示放弃了接受赠与；饭店船与渔船是刘科夫妇生活的唯一来源，如果将这些财物交付给杨岚母子将导致刘科夫妇生活困难。

同时刘科当庭提供了当地人民调解委员会出具的证明、村委会关于其经济条件的证明等证据来证明自己的主张。

杨岚在庭上提出，刘科作为遗腹子的祖父，他赠与财物给孩子的行为具有道德义务性质，按照合同法的规定，这种具有道德义务的赠与合同是不能随意撤销的。

一时间，法庭上唇枪舌剑。

法院审理判决，赠与协议部分有效

法院认为，被告刘科书写的赠与协议并非合同法所指的具有道德义务的赠与合同，所谓具有道德义务的赠与应当是具有公益性质的，或者与社会公益具有等价性的道德义务，最典型的例子是向灾区捐款，一旦做出承诺就不能反悔。而被告刘科对其孙子的赠与显然不具备这样的性质，在其孙子接受赠与财物之前，刘科都是可以任意撤销赠与的。

那么被告的辩解是否被法院所采纳呢？

铜山法院进一步分析道，在刘科表示要赠与的时候虽然小刘强没有出生，但这份赠与合同可以视为附成立条件的合同，即在小刘强出生后合同成立，小刘强及其法定监护人取得赠与财产后赠与合同生效。

法院认为，关于人民调解时达成的协议中所说“之前一切票据作废”，由于该语句过于宽泛，没有明确所指，且双方当时是就分割赔偿款达成的该协议，与赠与行为没有必然的联系，所以也不能认定杨岚代表小刘强放弃了接受赠与。

对于涉案的饭店船和鱼塘，法院通过调查发现，被告刘科既没有鱼塘的所有权也没有鱼塘的使用权证明，把不是自己的东西赠与他人显然是违反法律规定的。

至于刘科提出赠与饭店和鱼塘将导致其家庭生活困难，因其尚有其他子女对其履行赡养义务，且还有其他船只供被告夫妇居住，综合考量当地居民生活消费水平，法院对刘科的这项答辩意见不予支持。

经过细致地推理，铜山法院最终判决：被告刘科于判决生效后10日内返还原告刘强涉案饭店船只。驳回原告刘强的其他诉讼请求。

宣判后在法定期间内被告没有上诉，一审判决就此生效。（文中人物系化名）

法官说法

从法律意义上说，胎儿并非自然人，因此也不具备相应的民事权利能力和民事行为能力，但是这并不意味着法律就不保护胎儿的合法权益，我国继承法就规定，遗产分割时，应当保留胎儿的继承份额。

但本案所涉及的法律关系是赠与合同关系，相关规定集中于合同法第十一章，其中并没有明确规定关于胎儿能否接受赠与的明确规定。那么能不能认为胎儿就当然有权获得赠与呢？

法官认为，接受赠与是一种纯获利的民事行为，没有相对应的义务，应当赋予胎儿拟制的民事权利能力和民事行为能力，这样有利于对胎儿的一般保护，亦符合社会公序良俗和一般道德标准。另外，对胎儿的赠与也可以视为一种附成立条件的赠与合同，即胎儿出生成活后赠与成立。在本案中，基于原告刘强出生的事实，不能因签订协议时小刘强未出生而无效。

同时赋予胎儿的权利也不能无限的扩大，在现行法律框架下诸如生命权、健康权等一般人格权就不能认为胎儿拥有，否则会引发复杂的道德问题。

（人民法院报中国法治APP）

## 一张陈年房产契约引发 再婚家庭子女财产争夺 法院认定赠与合同未生效驳回原告诉请

2015年07月29日 上海法治报 通讯员 张静露

王欣、王强、王东都是王旭的子女，由于特殊的家庭背景，兄妹三人平时并不常来往，感情也一般。父亲王旭早在1993年去世，母亲李兰也于2007年过世，父亲名下的一套房子到底过户给谁，一直悬而未决。

2014年，二儿子王东拿着一份1985年的房屋契约，将自己的哥哥、妹妹告上法庭，要求他们协助办理房屋过户手续。

**维护家庭和睦，三十年前定契约**

王旭和李兰是再婚夫妻，王强是王旭与前妻所生之子，王东是李兰与前夫所生之子，王欣是夫妻二人所生的女儿。早在上世纪60年代，王旭用虹镇老街的私房跟别人的房子对调，换来本案争议的房子。王旭与李兰结婚之后，带着王东居住在该房屋里。妹妹王欣出世后也跟父母一起居住，直到出嫁。而大儿子王强自始至终没有在该房子里居住过。1990年，王旭取得房屋产权证，房屋登记在王旭一个人名下。

王东声称，自己负责赡养二老，平日生活中二老也一直说争议房子归王东，金器和其他财产由三个子女平分。为此，父母特意于1985年3月千里迢迢赶至绍兴乡下大儿子王强的住处，起草一份关于房产赠与的契约。父母二人与王强分别签署了姓名，后将契约带回了上海，王东在落款处签了字。契约中约定，争议房产赠与二儿子王东，二老出资1000元替大儿子王强在绍兴购房。王东称，契约签好当天父母就明确告知妹妹王欣，王欣没有提出异议。契约签订后，虽然没有及时办理过户手续，但父母已经将房产证交给了王东。

父亲去世后，王强就不来上海了。母亲离世后，因为母亲还留有钱款，王欣找到王东，兄妹决定把剩下的钱平分。此时，王东拿出契约给王欣看，告诉她父母已经把房子赠给自己。据王东回忆，王欣当时看过后没有提出任何意见，并且爽快地签了字。

**房屋没有过户，三十年后起纠纷**

母亲去世后，房子一直没有办理变更登记手续。正当王东拿着契约，希望哥哥、妹妹按照约定协助房屋产权过户手续时，王强、王欣却提出异议。

大哥王强认为，根本不存在王东负责赡养父母一说，父母自己有工作有收入，相反王东一家生活窘迫常需依靠父母接济。1985年父母跟王强签订了契约，但是后来父亲王旭又将房屋产权登记在自己名下，分明是不同意赠与房产。母亲去世前仍未过户产权，除了说明王东没有尽到一个儿子应尽的赡养义务外，也再次证明父母不同意将房屋赠给王东。王强还指出，自从1994年王东将父亲的骨灰送至绍兴，此后至今从未回乡祭拜父亲，有失孝道。

妹妹王欣称，房产证是哥哥王东整理遗产时自己取走的，不是父母主动交给他的。第一次看到王东出示的契约时，王欣当场就提出异议，但是哥哥王东称看过就应签字，所以王欣就签字了。母亲李兰生前对王东的照顾也是非常不满，曾经一度住在王欣家和养老院。

面对王欣的辩词，王东十分恼火，“她以前确实认可过，现在是认为两个儿子都拿到了房子，但是她却没有，心理不平衡。”法官问道：“为什么契约上写明房子归你，但是初始登记时产证仍写了你父亲的名字？”王东解释说：“当时没有这个观念，认为写了契约就可以取得房屋的所有权。后来上海市推行房产改革，自己有了房产观念，但因为自己很早就下岗了，生活拮据，过户又要花钱。看大哥跟妹妹都没什么意见，所以就沒去变更。”

**未变更登记，赠与合同不生效**

依据现行法律规定，赠与合同除公益捐赠之外其余均属于实践性合同，以实际交付为生效要件。房屋作为不动产，其赠与必须以所有权转移登记为生效要件。本案中，契约虽然经各方当事人签字成立，但由于房屋的产权登记没有变更而未生效。事实上，契约落款时间是1985年，而此后1990年房屋初始登记产权人时仍登记在父亲王旭下，王东没有其他证据证明此后王旭夫妇再次作出赠与意思表示，只能认定王旭以行为变更了契约关于赠与房产的内容。基于上述考虑，法院认定1985年的契约未生效，判决驳回王东要求王强、王欣协助将房屋过户的诉讼请求。

法官特别提醒，上个世纪80年代，上海尚未推行房产改革，没有建立房屋登记制度，房屋赠与难以通过变更登记形式明确权利归属。在这段特殊时期赠与房屋给他人或者接受他人房屋赠与的，一定要及时补办相关房屋登记手续，切不可嫌麻烦不去办理相关手续，进而引发法律纠纷。

（文中涉案人物均为化名）

## （十一）夫妻债务案例

### 五、继承

#### （一）继承审判动态

#### 一份再婚老人遗嘱引出的“心病”

#### 闵行浦江镇调解员层层分析，圆了老人心愿

2015年07月07日 上海法治报 记者 王建慧 通讯员 闵美娟

家住闵行某小区的朱老太已80高龄了，她与史先生都是再婚家庭，双方都有子女，他们居住在一套动迁房子内，史先生生前曾书写了一份遗嘱，对自己百年后的房产进行了分配，并有多位子女签字，史先生去世后，这份不规范遗嘱在朱老太心里落下了一块“心病”，她希望史先生与前妻的儿子的利益在遗嘱中也能有所体现。

于是，在小女儿的陪同下来，朱老太来到浦江镇人民调解委员会求助，帮她从困惑中解脱出来。

【事件】

## 继子没遗产心中不安

家住闵行某小区的朱老太已 80 高龄，她与前夫徐先生共生有一子二女，离婚时儿子判给前夫，两个女儿判给自己。当时子女都很小，生活确实非常困难，经同事牵线搭桥，她与史先生组成了再婚家庭。

朱老太说，婚后史先生住到朱老太家，帮她共同抚养两个幼女，女儿都视继父为生父，非常尊敬史先生。史先生也是二婚，有一个居住在郊区老宅的儿子，常来探望父亲，朱老太将继子视作亲生儿子，三个异姓兄妹和睦相处，外人都以为他们是亲兄妹。就这样，朱老太与史先生共同生活了 30 余年。

“几年前的一天，判给前夫徐先生的儿子前来与我协商，要求将孙子的户口迁入我的户口本内。”朱老太说，儿子称这样做主要是为了解决孩子读书问题，她出于亲情就同意了，将孙子的户口落户在朱老太户口内。后来遇到动迁，当时动迁公司按照户口分得现在三室一厅 109 平方米住房，但产权证上只写了朱老太一人的名字。

朱老太与史先生都是 80 岁高龄的老人，为了对自己百年之后的事情有所安排，2008 年底，老夫妻召集子女召开了家庭会议，将此套动迁房作了明确约定，并写下了一份生前遗嘱，遗嘱是由史先生书写，对房产给每个子女都作了份额约定，子女在遗嘱上都签了字，两位老人也签了字。

2009 年元月，史先生病故，之后朱老太内心一直忐忑不安，常做噩梦，梦见史先生。朱老太说，她觉得史先生帮她将两个女儿抚养大，自己欠他太多了，其儿子对自己如生母般孝顺，而遗嘱里却没有他的份，于心有愧。

### 【调解】

#### 遗嘱中找出问题焦点

调解员详细阅读了朱老太带来的这一份由史先生生前亲自执笔书写的遗嘱，了解了朱老太来的目的是想推翻自己曾经在上面签过字的遗嘱。然而，调解员仔细分析后，再查看了当时动迁安置协议书，发现了其中的问题。

调解员认为，在老年人中，像这样不规范的遗嘱有一定的代表性，如果处理不当，可能为将来老人百年后的遗产分割埋下了隐患。有必要抓住这个典型的例子进行剖析，对“如何准确书写遗书”加大宣传力度，让老年人的真实意愿在百年之后得以实现。

朱老太这一代人普遍识字较少，对于法律知识几乎为零，她认为自己和老伴写了遗嘱，现在要推翻，只要重写一份，让史先生前妻所生的继子也同样得到一份遗产就行了，但是她并不懂得，遗嘱上除了房产的产权人签名字外，户口迁入本住所内的同住人也有永久居住权。

现在问题的焦点在于，这份遗嘱中，众多子女都已签了字，现在想要推翻这份全家人都参与签字的不规范的遗嘱，需要再次得到大家认可。朱老太担心自己的真实意愿无法再得到表示。

#### 调解员耐心分析解释

对此，调解员分析后提出三点：一是这套房产的产权人是朱老太，她有权处理这套房产，不需要经过其他人同意，现在要反悔可以推翻，但要将当时签字的子女都召集来，当众宣布那份遗嘱无效。

二是遗嘱由史先生代写，可以视为代书遗嘱，但代书遗嘱书写的要点是，要有两名与自己没有血缘关系的见证人见证自己对这套房产的处置是在本人思维清晰的状态下所表示的真实意愿，而这份遗嘱并没有第三方见证人签字，不符合写遗嘱的要素。

三是参照当时动迁协议书，当初安置时有朱老太、史先生及孙子和 4 个大外甥女共 4 个人的户籍组合才能分得现在 109 平方米三室一厅住房，他们都有永久居住权，而遗嘱上却看不出朱老太对他们的安排，这也侵犯了他们的居住权益。

调解员从以上三个方面分析认为，这份所谓的遗嘱可以视作一份无效遗嘱，只要朱老太当众宣布遗嘱作废，在取得众多子女的谅解后，就可以从困惑中解脱出来了。

朱老太听了调解员对这份遗嘱的分析点评之后，回家将所有子女都召集来，当众将调解员的分析意见和盘托出，并宣布原来书写的遗嘱因不规范、无见证人等问题而宣告无效，取得了子女们的谅解。

#### 妥善处理自己房产权

那么，这套现在有 3 个人户籍的房产怎么处理呢？朱老太最终决定，今后将这套房屋以市场的最低价用出让形式，卖给曾经插队落户回沪的大女儿，帮助其缓解住房偏紧的困难，同时将所得的卖房款对自己晚年生活进行按月贴补，如自己去世后，还有多余的钱款，再给所有的子女平均分配（包括继子）。另两位同住人各自将户口迁回自己父母处，这个意见也得到了众子女的支持。

现在每个子女仍和以前一样，很孝敬母亲，连自己的亲生儿子，原本判给前夫后一直不来探视，现在也常来看望母亲。史先生的儿子也一如既往，常来探望继母，一家人和睦相处，生活其乐融融。

### 【心得】

#### 调解员是法律宣传员

通过此案例，让调解员感到，自己不仅是案件的调解员，也是保障老年人以及妇女儿童合法权益的宣传员，要从身边每一件小事做起，将一切隐患扼杀在萌芽状态。

通过本案看到，老年人对自己财产日后的如何处置、如何书写正确的遗嘱、怎样表达出自己真实的意愿等都比较陌生，这是一个全新的课题，也对调解员提出了更高的要求，在日常的工作中，调解员要随时对公众普及法律知

识。只有把法律知识普及到位了，调解工作才会做得更深入、更细致、更顺利。

## （二）继承立法动态

## （三）继承典型案例

### 海口：父亲所有遗产留给继母 继母告子女索安葬费败诉

2015年07月13日 海口网 记者 石中华

海口网7月13日消息（记者 林菲 特约记者 符晓玮）父亲去世前立下遗嘱，将家中住房的权益由继母继承，连住房内所有用品也一同赠与，一双什么都没有继承的子女却在父亲去世后，受到继母追索安葬费。这笔安葬费到底该由谁来付？2015年6月9日，海口中院判决从继母的遗产中支付。

#### 父亲所有遗产留给继母

1971年，郭东阳和张梅结婚，生育了儿子高山和女儿流水，1983年，两人离婚，流水交由爸爸抚养，儿子则跟着妈妈并改姓为张高山。2009年，郭东阳与第三任妻子李婷结婚，病情日益加重的郭东阳为了照顾妻子，向组织申请给李婷安排了一份工作，还在2012年立下遗嘱并公证，将他与李婷共有的一套住房和车位的权益由李婷继承，同时，他又与李婷签订一份赠与协议书，将住房内的家具、电器及其他一切生活用品全部赠与妻子。

2013年，郭东阳因病医治无效死亡，李婷和郭流水、张高山一起办理丧葬事宜，张高山为此支付了26670元，李婷支付51770元，并领取了郭东阳所在单位的一次性补助5000元。最后，双方决定将郭东阳安葬在颜春岭安乐园，李婷选了一个116850元的双人墓穴，而张高山和郭流水并不买账。

#### 继母告子女索要安葬费

李婷向龙华法院起诉，要求张高山和郭流水各支付65862元殡葬费用。

法院查明，张高山和郭流水并未获得郭东阳的遗产，也未获得遗赠。秀英法院曾作出判决确定，张高山和郭流水各分得抚恤金26545元，李婷分得212360元。

龙华法院认为，郭东阳去世后，遗产均由李婷进行继承和受遗赠，张高山、郭流水系郭东阳的子女，仅依法享有抚恤金的分配权。该抚恤金系郭东阳单位发放给直系亲属的精神抚慰金或者生活补助费，不属于遗产继承的范畴。按法律规定，郭东阳生前债务及丧葬费所花费用均属郭东阳未清偿债务，该债务应由已接受遗嘱继承人和受遗赠人承担，故李婷请求张高山、郭流水承担郭东阳的未清偿债务无事实及法律依据，法院不予支持，因此一审驳回了李婷的诉请。

#### 法院判安葬费从遗产中扣除

李婷不服一审判决，上诉至海口中院。李婷指责张高山和郭流水，在丈夫病重期间不闻不问，没尽孝心，所以才致使丈夫将生前财产赠与自己。她认为，遗产是指公民死亡时遗留的，可以依法转移给他人的个人合法财产，丧葬费是在公民死亡后才产生，是家属为安葬死者而发生的债务，属于死者家属的债务。子女对父母有赡养扶助的义务，而丧葬费作为赡养费的一部分或者是赡养费一种，应当是子女的责任和义务。

张高山和郭流水辩称，在李婷介入郭东阳家庭生活之前，都是郭东阳第二任妻子和郭流水照顾生病的郭东阳，张高山在休假时也会过来探望和帮忙。在李婷介入后，郭东阳的第二任妻子负气离开了海南，郭流水也因为反对他们的结合而被赶出家门，要见父亲一面还需要经过李婷的同意。丧葬费是因为人的死亡而产生的，而赡养费则是因为人活着而产生的一种义务，丧葬费的负担与遗产的继承有着因果上的关系，而赡养义务是法定的，与是否能够继承遗产没有必然的联系。

海口中院认为，对死者的安葬是近亲属或遗产继承人应尽的义务，也是我国社会公序良俗的道德要求，因此，丧葬费的支出应当在死者的遗产中支付；如遗产实际价值不足以支付，由继承人或近亲属负担。2015年6月9日，法院二审驳回上诉，维持原判。

（文中人物均为化名）

#### 以案说法

#### 继承遗产需清偿债务

海南阳光岛律师事务所律师陈剑表示，财产继承权是指公民依照法律的规定或者被继承人生前立下的合法有效的遗嘱而承受被继承人遗产的权利。我国《继承法》第三十三条规定，继承遗产应当清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务，缴纳税款和清偿债务以他的遗产实际价值为限。超过遗产实际价值部分，继承人自愿偿还的不在此限。

《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》中规定，遗产已被分割而未清偿债务时，如有法定继承又有遗嘱继承和遗赠的，首先由法定继承人用其所得遗产清偿债务；不足清偿时，剩余的债务由遗嘱继承人和受遗赠人按比例用所得遗产偿还；如果只有遗嘱继承和遗赠的，由遗嘱继承人和受遗赠人按比例用所得遗产偿还。

### 儿子继母互相指责争家产 法院判均等继承遗产

2015年7月16日 南方都市报评论

父亲因病去世，儿子与继母因为继承房产起纠纷。双方在法庭上相互指责：继母说儿子坐牢没有照顾过父亲；儿子则怨继母在父亲去世前一个月离家出走。日前市第一人民法院对该案作出判决，认为各继承人之间应当均等继承。

自称常年照顾吸毒患病的丈夫



法院审理查明，王常(化名)和欧佳(化名)曾经在1971年生下一个儿子，起名王强(化名)。到1987年8月10日，王常又和夏慧(化名)在民众镇举行了婚礼，并开始同居。1989年，王常、夏慧生下一个女儿王怡(化名)，两人在1990年2月24日登记结婚。在婚后很长的一段时间内，王常吸毒成瘾，因病于2005年3月10日身亡。

王常在生前没有立书面遗嘱，但是他名下有一幢位于民众镇浪网管理区的房屋，其中土地证发证日期为1991年12月30日，房产证发证日期为1992年1月31日。王常的父亲都早于他过世，王常去世后，夏慧和他的儿子、女儿，三人为了房屋继承的事，闹上法庭。夏慧和女儿王怡称：王常好逸恶劳，经常以暴力威胁夏慧索要金钱吸毒，夏慧不但要赚钱养家，还要照顾因吸毒身染疾病的王常。王常留下的房屋已经破旧不堪，母女俩希望推倒重建，但遭到王强阻挠、恐吓。夏慧表示，王强1988年因犯故意杀人罪入狱，2004年出狱后在北京打工，在父亲去世前都没有回家看过。因此夏慧、王怡母女俩要求法院判决他们享有继承王常全部遗产的权利。

儿子称遗产房屋中一半是婚前建造

在法庭上，王强表示自己是和父亲长期生活在一起，因为当时在监狱接受改造，是客观不能，而不是主观上不愿意。出狱后考虑到在村里的名声不好，才选择去北京打工，但平时也会将除了生活费之外的薪水都寄回家给父亲治病。王强指出，父亲的遗产房屋第一层是婚前建造，第二层才属于夫妻共同财产；而且夏慧母女平时生活上没有照顾父亲，在他生病期间选择离开。王强请求法院驳回原告的诉讼请求。

市第一人民法院审理认为，本案争议焦点有二。首先，涉案房屋整体属于夫妻共同财产还是仅有第二层属于夫妻共同财产？法院认为，涉案房屋于1992年1月31日进行登记，发生在王常和夏慧结婚之后，应属夫妻共同财产，因此被继承人王常对该不动产享有的1/2份额应为其遗产。

[法院判决]

同一顺序继承人继承份额应均等

另外关于遗产的分配比例。《继承法》第十三条规定：同一顺序继承人继承遗产的份额，一般应当均等。对被继承人尽了主要扶养义务或者与被继承人共同生活的继承人，分配遗产时，可以多分。有扶养能力和有扶养条件的继承人，不尽扶养义务的，分配遗产时应当不分或者少分。

法官王珊介绍，在本案中，王强于1988年9月至2004年12月期间在监狱服刑，出狱时间和王常的死亡时间相距仅3个月，以出狱人士谋生艰难的常理来推断，难以认定王强有扶养能力和扶养条件但不尽扶养义务。另一方面根据庭审中夏慧的自认，她确实在王常病逝前一个月离开，但原因在于没钱提供王常吸食毒品，害怕被打骂。目前没有证据证明王常在病逝前一个月已经常卧病榻，生活无法自理。夏慧的离开只有不妥但合乎情理。相反，王常有吸毒恶习，工作能力有限，夏慧在与其长达近20年的婚姻中对其不离不弃，对家庭尽了主要的照顾义务。

最终，法院认定各继承人之间应当均等继承王常的遗产，夏慧、王怡、王强各继承遗产的1/3。对于涉案房屋夏慧享有继承2/3份额，王怡继承1/6份额，王强继承1/6份额。

### 临海：从前夫那里继承来的祖屋继子有继承权吗？

2015年7月14日 台州商报

法院判决，该房屋为骆女士与其三孩子共有，继子不享有所有权

30多年前，骆女士的丈夫过世了，她一个人带着三个孩子，生活非常困难。后来改嫁了张先生，张先生也愿意和骆女士一起抚养孩子，谁知到了2007年，张先生去世后，张先生与其前妻的两个儿子要求继承骆女士从其前夫那里继承来的祖屋。

台州楼盘地图 每日报价 图说地产 看房团购报名 景观房 区域资讯 各县市房源

骆女士与其3个孩子认为这祖屋与张先生的儿子没有任何关系，他们没有权利要求继承，遂一纸诉状将张先生的两个儿子告上了法庭。

从前夫那继承的房屋，继子要求继承

骆女士说，1969年，她与徐先生结婚，婚后生育二女一子。1979年，徐先生继承了位于临海城关的一处祖屋。1983年8月29日，徐先生因故去世，该房屋的第一顺序继承人为骆女士和她的三个孩子。

1984年，骆女士改嫁了张先生，但该两处房屋的产权均登记在骆女士名下。2007年3月4日，张先生去世，张先生与其前妻的两个儿子张青(化名)、陈伟(化名)认为，该房屋是其父与骆女士的夫妻共同财产，要求按法定继承分割该房屋，致使房屋一直无法重新过户。

骆女士认为，该房屋是其前夫徐先生的祖屋，徐先生因继承获得房屋所有权。徐先生去世后，在依法分割夫妻共同财产后发生法定继承，即在骆女士分得一半房屋所有权后，再由骆女士与她的三个孩子继承剩余房屋财产份额。因此，她和三个孩子拥有房屋的全部所有权，而张青和陈伟不享有房屋的继承权，更无所有权。骆女士请求法院依法判决确认该房屋为她及三个孩子所有；张青和陈伟协助他们办理该两套房屋的过户手续。

继子认为：该房屋此前被出典，

是其父出资赎回，应享有继承权

对此，张青和陈伟说，1983年，骆女士的经济很困难，与其父结婚时，骆女士的大女儿11岁，儿子9岁，小女儿6岁。当时，父亲经济状况很好，骆女士曾对别人说，只要将她的子女带大就可以的，并承诺祖屋她是不要的。

而此前，骆女士的前夫将一间房屋出典给了他人，1982年，其前夫又将典期未了的房屋卖给他人，后经法院判

决此买卖合同无效。1987年，张青和陈伟的父亲张先生出资回赎了此前出典的房屋，所以张青和陈伟认为，该房屋是骆女士与其父亲夫妻关系存续期间的夫妻共同财产，作为继承人应该享有继承份额。

根据双方提交的证据，法院查明，该房屋确实曾被出典，在骆女士改嫁之后被赎回。

法院：不动产物权的设立、变更依照法律规定登记，不能依金钱给付行为当然取得不动产物权

法院认为，本案的房屋原系徐先生与骆女士夫妻共同财产，因继承取得讼争房屋物权的，自继承开始时发生法律效力。继承从被继承人死亡时开始，徐先生于1983年死亡后，其法定继承人即骆女士和其三个孩子因继承取得本案讼争房屋所有权。骆女士与徐先生之前将房屋出典给他人，典期届满后骆女士回赎上述房屋，回赎权附从于典物的所有权，是一项从物权，即物权所有人才享有回赎权。

张青和陈伟辩称骆女士与其父亲婚姻关系存续期间由其父亲出资回赎讼争房屋，故该赎回的房屋应视为骆女士与其父亲的夫妻共同财产缺乏法律依据，对该辩解意见，法院不予采纳。因为不动产物权的设立、变更，应当依照法律规定登记，其父即使有出资也不能依金钱给付行为当然取得不动产物权。

因此，法院最后判决该房屋为骆女士与其三孩子共有，张青和陈伟不享有所有权。

### 丈夫私立遗嘱留房给前妻两子 后妻起诉法院判无效

2015年07月07日 红网 记者 王智芳 通讯员 粟伟

42年前，半路夫妻黄爱平与胡菊香各自带了两个孩子共同生活，此后陆续在常德市购买了三处房产，均登记在黄爱平的名下。2014年10月下旬，黄爱平因病去世，然而，他生前留下的一份遗嘱却引发了家庭纷争。

■记者 王智芳 实习生 莫茜 王玉琦 通讯员 粟伟

本报7月6日讯 兄弟两人持父亲生前代书遗嘱，要求继母胡菊香（化名）分割财产。继母接受不了，就将两兄弟告上法院，要求判令该遗嘱无效。今天上午，记者从常德市武陵区人民法院了解到，两兄弟持有的遗嘱被判无效。

#### 【事起】

一纸遗嘱引发家庭纠纷

42年前，胡菊香与常德男子黄爱平（化名）办理了结婚登记。结婚时，黄爱平已经有了两个小孩，而胡菊香也有了一双成年的儿女。夫妻俩相亲相爱，努力的为小日子奋斗着。

1984年开始，黄爱平夫妻陆续在常德市购买了三处房产，均登记在黄爱平的名下。

2014年10月下旬，黄爱平因病去世。然而，他生前留下的一份遗嘱却引发了家庭纷争。

据称，黄爱平去世前一星期找人代写了一份遗嘱，遗嘱中交代，三套房屋中，一套归两名亲子继承，两套归妻子继承，自己过世后按国家政策所享有的一切待遇由亲子继承。

丈夫过世，胡菊香和继子因为遗产分割产生了分歧，而争议最大的是丈夫弥留之际留下的遗嘱。于是，对遗嘱存疑的胡菊香将两名继子告上法庭。

2015年6月，武陵区人民法院受理了此案。

#### 【庭审】

法院判代书遗嘱无效

法庭上，胡菊香表示，三处房屋是她和丈夫的共同财产，丈夫私自立遗嘱处置，这是对她合法利益的损害。她的继子则认为，遗嘱是父亲真实意思的表示。

法庭审理发现，这份代书遗嘱虽然据其子介绍当时有两名见证人在场，但是在遗嘱上仅有黄爱平一人的签名。法院审理后认为，黄爱平留下的这份代书遗嘱存在以下问题：首先，这份遗嘱除了黄爱平本人的签名外，并无见证人的签名，这在形式上与法律不符，属于形式上不合法。此外，这份遗嘱是在医院向黄爱平的家属下达病危通知书的前四天所代书的，参照公证遗嘱的做法，当遗嘱人为危重伤病人的，在与遗嘱人谈话时应当录音或录像，而该份遗嘱并无相应证据，此时的黄爱平是否具有民事行为能力以及遗嘱内容是否是他本人真实意思表示，令人产生合理怀疑；同时，这份遗嘱在内容上，把不属于其个人遗产的部分进行了处置。

“基于以上种种，法院认定在实质上这份遗嘱也不合法，这份代书遗嘱为无效遗嘱。”随后，法院对此案进行了一审判决，由胡菊香及两名继子依照法定继承的原则对老黄留下的三套房产进行分割。

#### 【律师】立遗嘱最好进行公证

本报金牌律师团律师安金龙表示，市民立遗嘱时要规范。如果是代书遗嘱，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。同时，需要注意的是，代书人、见证人必须具有完全民事行为能力，并且需非遗产继承人、受遗赠人或其他利害关系人。

“为了避免代书遗嘱在有效性方面的争议，确保被继承人的真实意思表示不被曲解，代书遗嘱的过程中，最好要全程录像。录像过程中应当注意呈现遗嘱人意思表示的画面质量，应保持全程录像的连贯。”安金龙认为，应该尽量对遗嘱进行公证。公证遗嘱由遗嘱人经公证机关办理，遗嘱人在危急情况下，可以立口头遗嘱，口头遗嘱应当有两个以上见证人在场见证。

### 代书遗嘱生效了吗？

2015年07月24日 北京海淀法院 沙乃金

依据我国《继承法》的规定，公民可以通过订立遗嘱的方式处分个人财产。很多老年人往往因自身文化程度有限、对法律不够了解或疾病等，选择他人代书遗嘱的方式订立遗嘱。而法律对代书遗嘱的内容、形式等均作出比较严格的规定。在司法实践中，涉及代书遗嘱的继承纠纷案件中，大量代书遗嘱因不符合法律规定而被法院认定无效。

**近亲属做代书人，代书遗嘱无效**

韩某与赵某系夫妻，两位老人在2014年相继去世，留下韩小莲、韩小丽、韩小华三个子女。韩小丽拿出一份遗嘱，称父母曾经委托自己订立过代书遗嘱，想要把房产留给弟弟韩小华的儿子、老人唯一的孙子韩琦。韩小莲却对遗嘱提出质疑。各方就此产生争议，韩琦以自己的父亲韩小华和两个姑姑韩小莲、韩小丽为被告起诉到法院，要求按照遗嘱继承韩某与赵某的遗产。法院审理过程中，韩小丽拿出遗嘱原件，表示愿意尊重父母遗愿，由韩琦继承遗产。然而代书遗嘱中的代书人为韩小丽本人，见证人是韩小丽的配偶胡某。韩小莲认为该代书遗嘱无效。最后，该案经过法院调解，各方协商处理了老人的遗产。

**【法官释法】：**

根据我国《继承法》的规定，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，同时，以下三类人员不能作为遗嘱见证人：1、无行为能力人、限制行为能力人；2、继承人、受遗赠人；3、与继承人、受遗赠人有利害关系的人。因此，该案例中，韩小丽及其配偶胡某分别作为代书人和见证人是不符合法律规定的，韩小丽帮助父母订立的代书遗嘱实际也是无效的。

**【法官提示】：**

订立代书遗嘱时，见证人最好选择与继承人、被继承人无关的人，比如居委会、村委会的工作人员、所在单位的领导、律师、基层法律工作者等，一方面，这些人员具备一定的专业知识和文化素养，另一方面，这些人员相对比较中立，而尽量不要选择朋友、亲属、邻居等。

见证人未参与立遗嘱全过程，代书遗嘱无效

2013年底，陈大爷去世了。陈大爷的三个子女找到陈大爷的后老伴于某，要求继承父亲的房产。于某则拿出一份代书遗嘱，称陈大爷已经决定百年之后将房子继续留给她。陈大爷的三个子女则认为父亲不可能将房子留给于某一人，双方就此产生矛盾。后于某将陈大爷的三个子女诉至法院，要求按照遗嘱，由一人继承陈大爷的遗产。陈大爷的三个子女对代书遗嘱提出质疑，于某则提供代书遗嘱的两位见证人刘某、洪某作为证人，证明代书遗嘱的真实有效。庭审中，证人刘某详细陈述了其作为代书人，帮助陈大爷订立遗嘱的经过。而证人洪某却对代书遗嘱的订立过程吞吞吐吐。在法官再三询问下，洪某说，当时他去外面抽烟了，陈大爷和刘某说什么没有听清，等他抽烟回来，刘某已经起草完代书遗嘱的内容，陈大爷和刘某都已经签字，自己就在旁边也签了名字。法官又问洪某代书遗嘱的具体内容，洪某说，自己也没仔细看，记不太清了。最终，法院认为洪某并没有参与立遗嘱全过程，同时，对代书遗嘱的内容也不清楚，因此，该代书遗嘱的订立过程并不符合法律规定，因此认定代书遗嘱无效。

**【法官释法】：**

采用代书遗嘱的方式订立遗嘱，两位见证人都必须全程参与订立遗嘱的过程，确保遗嘱内容是立遗嘱人的真实意思。法院在审理案件时，如果继承人对代书遗嘱的效力提出质疑，通常会对见证人进行询问，以了解订立代书遗嘱的过程和情况。如果见证人没有参与订立代书遗嘱的全过程，或者无法清楚表述订立代书遗嘱的经过、遗嘱的具体内容等，则很难认定代书遗嘱的效力。

**【法官提示】：**

一方面，选择见证人的时候尽量选择思维清晰、有一定文化素质、有责任心的人员担任。很多老年人选择自己的老同事、老朋友作为见证人，然而这些人员年龄较大，有一些已经无法清晰表达，甚至先于立遗嘱人去世，因此并不适合作为见证人。另一方面，在订立代书遗嘱时，应告知见证人见证遗嘱的后果，如果日后产生争议，可能需要见证人说明代书遗嘱的内容及具体订立经过。

（文中人物均系化名）

## 独生子查询离异父亲生前房产被拒 状告住建委胜诉

2015年07月28日 澎湃新闻

因要求查询父亲生前名下房产被拒绝，南京一小伙子陈森（化名）一怒之下将南京市住建委告上法庭，要求法院判令住建委履行其法定职责。7月27日下午，南京市鼓楼区法院作出一审判决：判决原告胜诉，责令南京住建委应允许陈森查询其父生前名下的房屋登记信息。

陈森的父母在十多年前离异，他一直随母亲生活，对父亲陈力（化名）的情况也不甚了解。2014年5月，离异后一直单身的陈力，因脑出血突发去世，没有留下任何遗嘱。作为独生子的陈森，成为了父亲财产的唯一继承人。但父亲名下到底有多少财产呢？陈森并不清楚。他只是隐约听说父亲生前名下有多套房产，但这些房子在哪里，他并不清楚。

于是，陈森向南京市住建委下辖的南京市房产局档案馆申请查询父亲名下的房产信息，以便继承其父的遗产。这一请求却遭到了南京住建委的拒绝。对方给出的理由是，“房屋信息是个人隐私”，除非持有公安局或检察院、法院的相关文书，才能查询陈力的财产。

无奈之下，陈森将南京市住建委告上了法庭，南京市鼓楼区法院于今年6月19日开庭审理了此案。在当日的庭审中，南京市住建委表示，根据国家住建部出台的《房屋登记办法》、《房屋权属信息登记信息查询暂行办法》，利害关系人在查询他人的房产信息时，必须按照规定的程序和权限来办理，也就是，必须要提供所查询房屋的坐落和权属书编号，而不能以他人的姓名作为检索条件。

而陈森则表示，由于父亲的突然去世，加上父母离异等特殊情况，他未能明确知道其父生前房产的具体坐落等详细信息，如果因此导致他无法查询父亲的房产信息，这将导致他无法继承父亲的全部财产。他认为，南京市住建委的做法，侵犯了继承人的继承权。

7月27日，南京鼓楼法院对此案进行了判决：原告胜诉，判定被告履行职责，责令南京市住建委履行查询原告父亲名下房屋登记信息。

法院判决书称，陈森作为陈力第一顺序的法定继承人，陈力名下的房屋登记结果与原告的继承权利具有直接利害关系。根据物权法相关规定，“权利人、利害关系人可以申请查询、复制登记资料，登记机构应当提供。”因此，陈森享有查询陈力名下房屋登记信息的主体资格。

对于住建委提出的“不能仅仅以姓名为检索条件”，法院认为，房屋登记信息查询检索条件的设置，应当方便房屋登记信息的查询，不应以此限制申请人获取信息的权利。

本案的审判长李彭法官说，这是南京范围内的首例类似案件。此案的意义在于，法院的判决，突破了此前房产登记技术规程中“不得仅以权利人姓名或名称为条件查询”的限制，明确了利害关系人可查询房产登记信息。换言之，对于权利人、利害关系人而言，“以人查房”是被许可的。此案的判决对于规范房产信息查询具有重要意义。

## 六、房产、股权、信托

### (一) 房产

### (二) 股权

#### 公司股权继承若干疑难指引

2015年07月08日 法律讲坛 齐精智律师

前言：改革开放三十多年来，第一代民营企业大多都已进入退休或垂暮之年，基于法律意识的不足，大多数企业家没有在前身将公司股权的继承问题系统有效规划，导致身后因股权继承问题纠纷不断，衍生出一系列股权继承的疑难问题，本指引就此予以释惑。

2005年修订后的《公司法》第76条规定：自然人股东死亡后，其合法继承人可以继承股东资格；但是，公司章程另有规定的除外”。自然人股东死亡后，其合法继承人可以继承股东资格，该股东资格既包括股东的财产权，也包括基于财产权产生的身份权，公司章程另有规定的除外。

本指引中所称“公司”均指有限公司，股权继承的障碍源自有限责任公司的人合性。股份公司由于纯粹资合，故不存在有限公司中部分“人合”因素的干扰。

#### 一、股东资格当然继承

本指引所称“公司股权当然继承”是指，在被继承人死亡时，继承人仅依据个人意愿，在符合公司章程的条件下不用经过其他股东或股东会的同意，而自动取得股东资格的情况。

在司法实践中，公司股权可以当然继承。北京市第二中级人民法院（2015）二中民（商）终字第04210号民事判决认为：“《公司法》第七十五条规定：自然人股东死亡后，其合法继承人可以继承股东资格；但是，公司章程另有规定的除外。据此，通常情况下，股东资格可以继承。继承人只要证明其为被继承人的合法继承人，而被继承人是公司股东即可。其他股东只有证明公司章程有排除或限制继承时新股东的加入，继承人方不能自动取得股东资格。”

#### 二、继承人继承后股东人数多于50人，如何处理的问题

根据《公司法》第24条规定，有限责任公司的股东人数最多不能超过50人，当多个继承人分别取得股东资格会突破有限责任公司人数上限时，应当由各继承人协商转让其继承份额，以使公司股东人数符合法定要求。

依据奚晓明主编、最高人民法院民一庭编：《民事审判指导与参考》，法律出版社2013年第3辑，P236。

#### 三、特定身份股东的股权继承问题

根据《继承法》的规定，公务员享有继承权。但是，根据我国《公务员法》的相关规定，公务员被禁止从事或者参与营利性活动。因此，公务员不得继承股权成为公司的股东。有限责任公司的股东死亡后，其继承人如果是公务员，其依法可以继承的是该股东所拥有的股权相对应的财产权益，不能继承股东资格或者股东地位。

奚晓明、金剑锋：《公司诉讼理论与实务问题研究》，人民法院出版社2008年版，P388-389。

#### 四、被继承人死亡之后，公司章程关于限制股东继承人继承的限制性规定不应溯及股权的继承

案件名称：李老某与某公司股权继承纠纷上诉案。

审理法院：四川省成都市中级人民法院（2008）成民终字第1936号民事判决 法院观点：虽然2005年11月26日的《股东会决议》和《章程》明确了离开公司包括股东死亡，股东资格的继承要达到三分之二股东的同意，但该《股东会决议》和《章程》均形成或修改于李某死亡之后，其继承人不应受其限制，本案应适用李某生前参与和制定的《股东会决议》和《章程》。原《股东会决议》和《章程》未对此特殊情况作出规定，李老某继承李某的股份并不违背当时股东的集体意志，也不违反当时《公司法》禁止性规定，所以，李老某要求继承李某该部分股份的

请求应当支持。

#### 五、股权继承中，其他股东无优先购买权

如前所述，股东资格原则上是自动继承，除非公司章程对股东继承有限制性的约定。即除过公司章程对股东资格继承约定其他股东拥有优先购买权之外，原则上其他股东在股东资格继承时没有优先购买权。

#### 六、公司章程对股权继承的约束

公司章程限制或排除股权继承源自有限责任公司人合性维持的基本法理。这种限制或排除，既有对继承人主体范围的限制或排除，也有对股权继承份额能否分割的限制或排除。但无论如何，其限制或排除的只能及于股权中的人身性权利，不得及于股权中的财产性权利。从限制或排除的时间上看，原则上应当限于自然人股权死亡前订立的公司章程，而不及于自然人股东死亡后形成的公司章程。

对于限制或排除股权中的财产性权利，以及自然人股东死亡后制定的公司章程制定的限制或排除股权继承，一般应当认定为无效。

#### 七、公司的股权继承中股权份额宜均等分割

来源：《人民司法·案例》2007年第18期，张明娣等与郑松菊等继承纠纷上诉案。

裁判要旨：有限责任公司的自然人股东死亡后，如果公司章程没有限制性规定，法定继承人可以按照公司法和继承法的规定，继承股东的股份。考虑到股权价值的确定比较困难，同一顺序的继承人所继承的股权份额宜均等分割。

股权继承的范围，仅限于被继承人名下的公司股权。公司下属子公司的注册资本的增加和股权的增值，由母公司依法享有法人财产权，法定继承人无权在继承案件中对此直接予以分割。

被继承人在夫妻关系存续期间所得到和应当得到的公司分红，属于夫妻共同财产。因分红涉及其他股东的权益，应当另案处理。

#### 八、无完全民事行为能力人继承股东资格的问题

在公司章程对股权的继承人资格没有规定限制性条件的情形下，股权继承中，无完全行为能力人是以继承人的身份获得股东资格的，无需承担作为发起人的实际出资义务，至于他们参与公司管理、行使表决权等需要股东做出意思表示的事项，可以由他们的法定代理人或法定代理人委托的人进行。

但如果股东尤其是家族公司中的股东生前曾担任公司的董事、监事或高管人员，因为法律规定这些人员须具备完全民事行为能力，未成年继承人等无完全民事行为能力人则不能当然继承这些职位，以确保公司的经营管理活动的审慎性和有效性，进而增进公司和全体股东的利益，并维护交易安全。

二〇〇七年六月二十五日，《国家工商行政管理总局关于未成年人能否成为公司股东问题的答复》广东省工商行政管理局：

你局《关于未成年人是否具备公司股东资格问题的请示》（粤工商企字[2006]247号）收悉。经请示全国人大常委会法制工作委员会同意，现答复如下：

《公司法》对未成年人能否成为公司股东没有作出限制性规定。因此，未成年人可以成为公司股东，其股东权利可以由法定代理人代为行使。

#### 九、股权登记在夫妻一方名下的共同财产，配偶继承人先析产后继承

在夫妻关系存续期间，夫妻一方以共同财产出资取得相对应股权，该股权登记在夫妻一方名下。登记有股权的夫妻一方死亡后，配偶继承人该如何析产与继承股权。

股权虽然登记在夫妻一方名下，但属于夫妻共同财产。在配偶继承人继承相应份额之前应当对该夫妻共同财产进行析产。

参照《婚姻法司法解释二》第十六条的规定：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股东；

（二）夫妻双方就出资额转让份额和转让价格等事项协商一致后，过半数股东不同意转让，但愿意以同等价格购买该出资额的，人民法院可以对转让出资所得财产进行分割。过半数股东不同意转让，也不愿意以同等价格购买该出资额的，视为其同意转让，该股东的配偶可以成为该公司股东。

这条规定主要适用股权转让的规则处理夫妻共同财产的分割问题。虽然条文里用的是“出资额”一词，但这并不妨碍我们看出，在离婚时分割登记在一方名下的作为夫妻共同财产的股权，相当于股东向股东以外的人转让股权，若其他股东同意转让并放弃优先购买权，该股东的配偶可以顺理成章地成为公司的股东；若其他股东不同意转让的，应该购买或强制性购买该股权，以该股权的对价给与离婚的股东配偶以补偿。

#### 2、配偶与被继承人对共同财产析产完毕后的股权份额，配偶依据《公司法》及本指引的规定予以继承。

从前面的分析我们可以发现，对被继承人的配偶而言，继承过程中两个阶段股权的不同分配规则可能会有两种不同的结果。在继承前的析产中适用股权对外转让规则，可能把被继承人的配偶排除在公司之外，继承前的析产可能使被继承人的配偶无法获得股权，而只能获得其一半股权转让的对价。而在股权的法定继承过程中，如果公司章

程对股权继承没有做出限制性规定，已故股东的所有法定继承人包括其配偶都能够当然地因继承而获得公司的股东资格。

#### 十、隐名股东的继承人不能直接继承登记在显名股东名下的股权

《公司法》司法解释三第二十五条规定：有限责任公司的实际出资人与名义出资人订立合同，约定由实际出资人出资并享有投资权益，以名义出资人为名义股东，实际出资人与名义股东对该合同效力发生争议的，如无合同法第五十二条规定的情形，人民法院应当认定该合同有效。

实际出资人未经公司其他股东半数以上同意，请求公司变更股东、签发出资证明书、记载于股东名册、记载于公司章程并办理公司登记机关登记的，人民法院不予支持。

隐名股东在未经确权之前，还不是公司的股东，不是公司股东就不享有公司股权。隐名股东的继承人不能直接继承登记在显名股东名下的股权。

综上，有限公司股权继承首先依据公司章程的约定，公司章程没有约定的时候可以依据本指引进行股权继承。

### 多人继承不宜共有股权

2015年07月16日 人民法院报 章光园

#### [案情]

一有限责任公司，有A、B、C、D四个自然人股东。某日，B股东因车祸意外死亡，生前没有留下遗嘱，公司章程也没有关于股东资格继承的规定。现B股东有5名同一顺序继承人，且5人均向法院提出要求继承B股东在公司中的股权。

#### [分歧]

一种意见认为，法院可以直接判决5名继承人共同继承股东资格并共有该股权；另一种意见认为，法院应在查明5名继承人继承份额的基础上明确判令各继承人分别继承股东资格，成为公司股东，享有公司股权。

#### [评析]

上述两种处理意见在继承人可以继承股东资格并享有股权这一点上完全符合法律规定，也不存在争议。分歧之处在于，多人继承时法院是否可以判令共同继承股东资格并共有股权，还是只能在查明继承人继承份额的基础上，判令继承人分别继承股东资格成为公司股东。

笔者同意后一种处理意见，因为股权共有既缺乏法律明确规定，也不具备充足的法理正当性。

第一，共有属于物权制度，而股权性质上争论较多未有定论，但不属于物权应是肯定的。物权法第一百零五条关于准共有的规定也仅限于用益物权和担保物权，股权共有似有非驴非马、不伦不类之嫌。

第二，股权与股东资格是一一对应关系，具备股东资格才享有股权，享有股权也就具备股东资格。但问题是二人以上自然人主体的股东资格不能确定，因此二人以上自然人主体在对外关系上毕竟不是一个完整独立的法律主体。在法律上不能确定到底谁为股东，谁享有股权，这将导致股权行使上的一系列法律难题。

第三，主张股权共有者，都会在共有人中间推选所谓的股东代表，由其代表全体共有人享有股东权利、履行股东义务。但问题是此种情形下，实际上已经发生两个完全独立的法律关系：一为股权共有人与股东代表的内部法律关系；二为股东代表与公司的外部法律关系。前者为民事代理关系，后者才是真正意义上的股东与公司的法律关系。也就是说，从严格的公司法规范意义上讲，此时只有股东代表才是公司真正的股东，而被代表的所谓的股权共有人根本就不是公司股东，不享有公司股权。

总之，股权是股权，共有是共有，二者完全是两码事，不宜也不可能混淆在一起。

（作者单位：江西省高级人民法院）

### 股权激励形式、方式、如何实施及设计方案

2015年07月15日 董秘俱乐部

#### 股权激励十种形式

薪酬有三件事：第一，实际绩效提高；第二，员工感受提高；第三，放大员工的未来价值。股权激励是放大价值最有效的说法。股权激励有利于企业与员工成为利益共同体，让员工相信对企业有利的一定对自己有利。

股权激励有两个方向，一个是与奖励相关，二是与福利相关。股权激励有多种形式，各类企业适宜采取的形式也不同。在此，对股权激励的基本知识进行梳理与介绍。

#### 一股权激励十种形式简介

##### 1、股票期权 Stock Options

含义：在一个特定的时间内，使用特定的价格，购买公司股份的计划。

特点：购买的权利，股票期权是使用最广的股权激励计划。

##### 2、绩效股份计划 PSP Performance Share Plan

含义：一种根据事先确定的内部或者外部绩效目标的达成情况而授予的股票授予计划。必须在一定时期内（三至五年）达到这些目标，激励计划的接受者才有资格获得这些股票。

特点：将绩效目标和股票价格分红有机结合。

##### 3、限制性股票奖励 RSA Restricted Stock Award

含义：限制性股票奖励是雇主授予雇员的股票奖励，但员工所持有股票的权力受到一定的限制并且存在丧失的风险。

特点：一是有时间限制，一定程度上有利于留住员工。限制包括服务期或者雇佣关系维持时间的限制，在限制消失之前，员工不能将股票进行抵押、出售或者转移。然而，员工可以在受限期间获得股息和投票权。一旦限制消失，员工会获得所有的非受限的股份，同时可以将其进行抵押、出售或者转移。员工如果没有遵守这些限制性要求，就会失去相应的股份。二是与限制性股票单位相比，属于先给股票。

#### 4、限制性股票单位 RSU Restricted Stock Unit

含义：股票单位是在授予时发行潜在股票的协议，在员工达到授予计划的要求时才可能会有实际上的股票授予。

特点：未来一定时间内可以购买的约定。未来三年再给你股票。

#### 5、加速绩效限制性股票激励计划 PARSAP Performance Accelerated Restricted Stock Award Plan

含义：与传统基于时间授予的限制性股票奖励相伴而生的是基于绩效授予的方式，通常被称为“加速绩效限制性股票激励计划”。在这种类型的计划中，时间限制可以延伸到更长的10年而不是3年，以提升保留人才的功能。

特点：更长的时间，强化了提前确定的绩效标准限制的激励特征。

#### 6、股票增值权 SAR Stock Appreciation Right

含义：股票增值权是一种长期激励工具，通过股票增值权计划，公司授予其高管一种获得预期股份未来增值等额的奖励的权利。

特点：不必购买或者增发股票，可以从公司股票增值中获取利益。

#### 7、影子股票 Phantom Stock

含义：公司授予高管的一种基于公司股份登记价值、公允市场价值或者公式价值等增值安排。

特点：不实际拥有公司股票，一般也没有投票权利，但是有资格接受分红或者其他等价物。

#### 8、绩效单位计划 PUP Performance Unit Plan

含义：指员工在获得相应的绩效单位之前必须在特定的时间内（一般3-5年）达到事先确定的外部或者内部绩效目标的一种激励计划。

特点：绩效单位的价值和股票价格没有什么关联，奖励都是以现金的方式支付。

#### 9、员工股票购买计划 ESPP Employee Stock Purchase Plan

含义：员工通过在特定的时间阶段委托公司进行薪酬扣除以购买公司股份。员工股票购买计划允许员工以折扣价购买公司股票，通常通过工资抵扣的方式购买。

特点：福利计划，使员工能够分享组织的绩效成就。

#### 10、员工股票所有权计划 ESOP Employee Stock Ownership Plan

含义：员工股票所有权计划是一种限制性固定缴费计划，该计划能够使参与者从组织退休或者离职时获得累积的公司股份。在公司股票所有权计划中，雇主每年都会缴纳固定的费用，费用累积成为员工的福利，但是这种福利额度事先无法确定。

特点：在离职后继续持有公司股份而不是将其出售。

### 二股权激励形式的分类与比较

#### 1、激励手段的四种分类方法：

#### 2、主要股权激励形式对比

诚然，股权激励是非常重要的长期激励手段，但是若采取了不合适的方法，也会带来无尽的烦恼。企业在实施股权激励时，应该明确实行激励计划的目的，透彻分析企业内外部的情况，从而选择最佳的激励方式。

来源：文跃然

### 股权激励如何实施？

股权激励是大好事，但是，很容易好事办成坏事。企业到底怎么做股权激励？2015年6月3日星期三下午，由新三板行业研究专家、广东省沃土企业成长研究院秘书长、广东中科招商副总裁朱为绎先生组织的“沃土新三板做市交流群”第一次线上专题讨论——新三板（拟）挂牌企业股权激励计划圆满结束。本次讨论荣幸地邀请了骏汇股份董事长谢晋斌先生、伯朗特股份董事长尹荣造先生、以及达美盛股份董秘兰斌先生，三位嘉宾分别以自身企业发展实践和经验，给参与讨论的30多家新三板挂牌企业分享如何通过股权激励计划带动企业整体向上发展。

#### 一以奋斗者为本的价值理念

华为有个基本理念，以奋斗者为本。尤其是对创业期、成长期的企业来说，所有的股东和核心员工都是在投入的阶段，还没到享受的时候。成为公司的股东意味着要奋斗、投入、承担更大的责任和风险。这套理念一定要给激励对象沟通到。如果是本着“打土豪、分田地”的心态来做股权激励，公司的文化风气就会变，内部各种博弈的心态就会出现，未来就一定会出事。

#### 二前提是保持公司控制权的稳定性

股东结构比股权结构更重要。企业在创立时，一定要找到自己的合伙人。如果企业家真的特别能干，天纵英才，

人中龙凤，是不需要合伙人的，自己一个人带领一群追随者就可以把企业做起来。中国有一些这样的企业家。但是，大部分人都不具备这样的能力，这样就需要找到自己的合伙人，找到你的事业伙伴。在设立股东结构和股权结构时，需要考虑清楚。举个例子，马云在产业和战略上是大师，但在资本市场上早年是空白，直到找到了蔡崇信，阿里获得飞跃性的发展。所以企业在搭建自己股东结构时，要先评估一下自己。如果自己没有这个能力，那就一定要找到自己的合作伙伴和事业合伙人。如果有这个能力，就只需要带领自己的追随者往前冲。如果你要带领追随者往前冲，那就要保证企业控制权的稳定。如果控制权不稳定，将来一定会出很多事。

伯朗特董事长尹荣造：

我一直以来我上新三板就三个目的：第一个目的规范企业的治理结构，第二、合法合规经营；第三、工者有其股，学习华为任正非，所以我在2014年1月挂牌以后就开始启动员工的股权激励。我是分三步走的，第一步给全场所有的员工做调研，“你不想买伯朗特的股票，你为什么买伯朗特的股票，你有多大的能力买伯朗特的股票。”在做第二次调研的时候我就确定了三个价格，第一个是2块钱一股，0+3没有锁定期，分三年减持；第二个是1.8元一股2+3锁定两年，分三年减持；第三个是1元一股，5+3锁定五年，分三年减持。从第一次报名的时候我们有110多个员工报名，第二次就变成60几个员工报名。在第三次给员工选的时候，直接给一个方案（5+3）给员工选，最终敲定57个员工。所以在整个股权激励里面，我更加倾向时间比较长，当时我们最后选定1块钱一股，5+3锁定。所以更倾向时间比较长，毕竟新三板企业的发展都要一个比较长的时间去发展。当然，在最后我们因为在低于净资产的发行，在股转中心登记的时候，要求我们做一个股份支付，最后以1.46元的净资产作为公允价值。刚在朱总也说到，在给员工做股权激励的时候，要给员工解释这个属于工资和奖金的一部分，是要交个人所得税的，公司会代扣代缴的。

三基于“二八原则”确定激励对象

老员工、新员工、未来拟引进的人才，三者应该如何考虑；高管、中层、基层员工，三者的比例应该如何搭配。这些问题都要在考虑“激励的范围”时加以注意。一个基本的原则是，要基于战略发展需要和“二八原则”确定激励对象。

达美盛董秘兰斌：

因为参与了自己的企业和其他的企业的股权激励方案的建议设计。第一个问题挂牌企业为什么需要股权激励，刚朱总也讲了，但是我觉得要强调的是，新三板挂牌企业都是创新型企业，是还在创业路上的企业，而不是创业成功的企业，它肯定是需要有更多的人来帮，包括企业内、外部的，所以企业内部的话，激发员工的创造力是需要股权激励的，所以这个是不可否认的。

第二点的话，挂牌企业在什么时间节点实施股权激励，我觉得都挂牌前后都可以做的，至于朱总刚刚建议做市后最好不要做，这个主要考虑到税负的问题。但是从企业的角度来说，我觉得企业觉得需要做就是应该的时间节点，关键企业为什么做股权激励，这是企业需要思考的，股权激励的方法和计划是其次的，关键是企业需要股权激励怎样激发员工的创造性。

第三个怎么去设计股权激励的方案，我觉得股权激励有三种方法：业绩股票、期权和限制性股票，我觉得限制性股票相当于一种区域覆盖，有点像区域轰炸，比如说尹总的伯朗特就是一种限制性股票，是区域覆盖的范围。而业绩股票和期权就相当于定点轰炸，定点轰炸的话更讲究的是我为什么要激励这几个人和这个团队，这两方案是需要去考虑的。那么这两个方案关键是要看企业的需求，我觉得前期可以像伯朗特那样做限制性股票，因为你要做区域性的覆盖，覆盖范围建议做15%-30%之间，当然现在有很多企业在做全员激励，全员的激励也是一种方式。当你区域覆盖做好了就要做一些定点轰炸。比如说您招聘了一个销售总监，那这个销售总监就要考虑业绩型股票，他的销售额达到一定量，年底就可以考虑给他和他的团队一定的股票的奖励；如果我招了个技术的大牛，比如说首席架构师，咱们可能就给他做一个一个期权，期权的话前提是股票已经做市了，股票有一个连续的价格，这个价格是大家可以看到的公允价格。所以我觉得期权一定是做市后的，这是做市后股权激励需要考虑的一点，我觉得期权是企业做市后一个比较好的方案。然后争取每年应该拿出股份的2%，就是我增发2%的股份来做股权激励，为什么这么说呢？因为公司持续不断的新人进来，需要通过新人的水，把公司一滩较为死的水，把活水引过来，活水进来时需要空间的，这样的话，每年拿出2%空间给活水，这是对企业人才来说是非常重要的，对于企业来说是需要考虑每年拿出增发2%的股份做股权激励。

最后一个问题是挂牌企业在股权激励设计中应考虑那些税务和会计的问题，我就拿达美盛为例子，达美盛跟骏汇股份不太一样，我们是挂牌后做股权激励的，挂牌前肯定是以持股平台做股权激励为最好的方案，但是不管采取哪种持股方式，都建议一定要有限制股票的。就像伯朗特尹总说的一样，对股票的取得时需要一定的时间期限，期限在3~5年之间，在这个期限中有一些简单的业绩对赌，所谓的业绩对赌就是公司业绩，比如公司的业绩到一个什么样的情况才能支付这个股份的。我们公司的话，是直接持股，没有做持股平台，做的是限制性股票。

四基于外部竞争性确定激励水平

既然要做股权激励，就要把人才吸引过来。对于一个人来说，你给他两倍的工资，他可以为你创造三倍的价值。对于人才、公司都是共赢的。人才一定要用质不用量。所以，做出来的股权激励方案对外要有竞争性。如果公司股权激励做得好，就相当于在行业内举起了一面大旗，行业内的人才就会循声而来。所有事业的成功，最终都是



基于对于人才的吸引。

公司需要拿出多少股份来进行股权激励，需要创始股东考虑清楚。有一家企业，2008年准备上市。这个公司的9个核心高管，平均年薪在100万左右。当时这些高管的心理预期，是通过股权激励可以拿到1个亿左右，平均下来每年可以拿到1000万。但是最后老板拿出来股权比例，核算下来每年只能给每人100万，每个高管平均能拿到的总数是1000万。也就是说，高管的预期和老板的预期相差10倍。这个股权激励方案推出后，9个高管走了4个。此时正是IPO报材料的时候，也就意味着拟上市公司的核心高管层发生重大变化，变动人数超过1/3。这个企业3年内都不能报材料，错过了上市的最佳时间窗口。这就是股权水平没有达到高管预期所造成的后果。

#### 五基于内部公平性分配股权比例

每个人分多少股权，这同样是一个需要解决的大问题“不患寡而患不公”。否则，不做股权激励还好，做完后反倒把人做跑了，这种情况在现实中很常见。公司各个部门，包括人力、财务、行政、生产、研发、销售，各部门之间是会进行比较的。凭什么你比我多一点，你比我多了1万股，是不是因为你在老板心中比我更重要？如果无法说明合理原因，员工之间、员工和企业之间就会出现矛盾，造成人员离职。因此，在分配股权时，要有一个客观公平的依据，这个客观的依据，通常包括三个维度，一个是历史贡献，一个是岗位价值，再有一个是未来对公司战略实现的重要性。要将过去、现在、未来三者结合起来去考虑。内部要建立一套打分体系，这样股权就可以分配的比较公平。

骏汇股份董事长谢晋斌：

为什么要做股权激励？我想没有应该任何疑虑的。像朱总刚说的，如果不做股权激励，董监高大量离职，而且还影响到投资人的决策。因此现在还未启动股权激励的企业应该是少之又少的，这类不做股权激励的老板最终会被新三板淘汰。我们当时的思路想法是，在股改后挂牌前成立员工持股公司，也就是在引入创投和增发前，用净值产的1.1倍的比例做一个价格，因为当时考虑审计那边不符的话，就有可能出现股份支付的问题，所以当时就限定1.1倍。我们也是间接持股的，我觉得在挂牌前做市前以间接持股为主，因为这时没有公允价值，你跟员工谈员工持股，员工未必很感激，甚至提出质疑，员工也不一定会参与，可能会把本来是件好事最后变成一件坏事，变成“提着猪头找不到庙门”的感觉，因此，这是当时很多企业面临的一个问题，因此我觉得，直接持股放在做市后，这时有了公允价值，员工也更有动力。

而间接持股还是最好放在挂牌前做市前。原始大股东可以先建立，然后逐渐在任何时间节点都可以给后续新进的员工做一个股权激励，甚至可以说是股权激励的过度，毕竟间接持股进入和退出是有很多限制的，我觉得最终还是以直接持股做激励，这样对员工应该是更有吸引力的，而且是员工最看重的，我们做的时候，我们人数比较多，中层相对条件放得比较宽，我觉得这也是检验员工忠诚度，和员工未来2~3年的打算有很大关系，你可以借着这个时机、节点作为一个忠诚度的检验和识别，我觉得对企业和原始大股东和有大股东有很好的一个意义的。做市以后主要涉及一个股份支付，我们现在的想法是小步多次，比如上半年一次，下半年一次，根据业绩的情况，我觉得直接持股的激励这部分应该在间接持股（员工持股平台）里面挑选出董监高，这种双重的激励既有长期的。

关于限制的话，我思路和想法，是不适合限制的太严，目前新三板的市盈率和收益远远没有主板的退出大的，所以，限制的太严的话，股权激励就没有激励的作用了，而且变成了长期饭票，这样就失去了意义，所以我觉得还是应该限制最低，就按照董监高每年25%退出，离职半年可以卖出。因为这个是小步快跑，比较符合新三板的企业成长的特性和股票发行特点，所以一年做上两次，上半年下半年各一次，这样每年持续的去做，我觉得应该是更长期的激励。至于股份支付涉及的影响，我想应该是控制一个总的比例，例如说今年利润预期是多少？今年我能承受的股份支付是多少？影响是否是合理的？比如上半年股份支付时预期利润的5%下半年如果好，可以在做个5%或超过5%，如果不好，下半年不做，或者低于5%，也就是就是控制在年利润的10%以内还是可以支撑的，而且不会对股价和市盈率有太大的影响。

另外，我觉得我们新三板的企业规模和体量都比较小，所以不太适合像主板ipo做得那么复杂，最后一成功上市大家全部都退出，应该还是作为一种长期的激励，一种制度化的激励，甚至带有半福利半激励的状态，因为完全否定股权的福利我觉得还是不太适合新三板，毕竟我们的股价和市盈率都是有限的，员工的收益也是有限的，最好的办法还是让员工尽快的看到收益，体会到收益，那么员工对日常的奖金和工资就会看得淡一些，而且还可以大幅度的提高工作积极性。

我的总体的感觉至少有一半是起到作用，可以说积极性大幅度改观，责任心大幅度的增强，可以说那20%或30%是非常强，很快就可以进入核心团队，可以进入董监高经得住考验，这部分是很好的人才识别过程。我觉得我们新三板股权激励制度不能完全照搬主板，一定要有自己的创新和有自己的可持续性。

#### 六基于战略导向性设置业绩指标

股权激励不是福利计划，要以战略为导向，设置适当的业绩考核指标。在股权激励的方案设计中，股权激励的正确逻辑是：通过明确的战略目标分解、业绩指标分解、岗位职能厘清及岗位价值判断、业绩考核，从而打通“战略→股权激励→业绩考核”整个链条，使股权激励成为推动战略落地的重要手段，实现公司价值的最大化。

广东中科招商副总裁朱为绎：

我觉得股权激励肯定是需要的，最近我看了一些公告，有一些董监高离职了，这是跟股权激励是有关的。我觉

得股权激励是一定需要的，这个共识是已经达成了，而且如果没有股权激励的公司，我们在投资方面是非常谨慎的，这是第一个观点。第二个观点，至于什么时候做股权激励做，我觉得挂牌前和挂牌后都可以做，但做市之后就尽量不要做股权激励了，因为股权支付费用非常大，影响当期净利润，如果公司控制在一定比例还是可以做的，股权激励是可以一直坚持做的事情。第三个观点，那么如何设置股权激励方案呢？我觉得这个涉及很多方面。股权激励本身种类很多，股票期权（直接持有股票）、限制性股票、员工持股计划、虚拟股权等；组织形式有很多种，比如说合伙企业的形式、有限责任公司的形式、直接持股的形式，但各有利弊。第四个的话，股权激励的过程中会涉及很多会计和税务的问题。首先是，在做股权激励的过程中要确认一个管理费用的问题，这样会影响利润，所以在做股权激励的时候，应当考虑对利润的影响。还有一点是要跟员工说清楚，股权激励是要计入公司的奖金的，是需要扣除个人所得税的，因此在合同中应当约定好，公司是要代扣代缴的，此外在企业所得税上是有点影响的（因为股份支付费用会调增公司的应纳税所得额）。总结，一、股份支付要计入管理费用；二、在企业所得税纳税调整的时候是需要进行纳税调整；三、股权激励涉及到个人所得税的问题；四、股权激励的管理费用是计入非经常性损益的，所以对扣非后的净利润是没有影响的。

## 员工股权激励方案设计

### 一几个概念

#### 1、期权 VS 限制性股权 VS 利益分成

（1）期权，是在条件满足时，员工在将来以事先确定的价格购买公司股权的权利。

限制性股权，是指有权利限制的股权。

相同点：从最终结果看，它们都和股权挂钩，都是对员工的中长期激励；从过程看，都可以设定权利限制，比如分期成熟，离职回购等。

不同点：激励对象真正取得股权（即行使股东权利）的时间节点不一样。

对于限制性股权，激励对象取得的时间前置，一开始即取得股权，一取得股权即以股东身份开始参与公司的决策管理与分红，激励对象的参与感和心理安全感都会比较高，主要适用于合伙人团队。

对于期权，激励对象取得股权的时间后置。只有在达到约定条件，比如达到服务期限或业绩指标，且激励对象长期看好公司前景掏钱行权后，才开始取得股权，参与公司的决策管理与分红。在期权变为股权之前，激励对象的参与感和心理安全感较低。

股权激励，也可以成为一种仪式，可以成为把公司组织细胞激活的过程，给创始人松绑、把责任义务下沉的过程。

（2）利益分享：主要有股票增值权、虚拟股票，或直接的工资奖金。利益分享主要是一事一结，短期激励。

#### 2、最容易出现的问题：

##### （1）股权激励的初心？

“我在这里还要纠正一个大家普遍的常识性错误，就是授予股权不是说你把股权给出去就完事儿了，重点是通过授予股权的过程，结合公司机制，赋予员工管理企业的权利和责任。”这是“我是 MT”公司 CEO 邢山虎分享做公司股权激励时的心得分享。

员工股权激励的初衷就是要激励员工，因此创业公司在进行员工股权激励方案设计时首先要围绕着激励员工的这个初衷来展开。

股权激励文件，会涉及对激励对象各方面的权利限制，包括股权分期成熟，离职时股权回购等安排。这些制度安排，都有其商业合理性，也是对公司与长期参与创业团队的利益保护。

公司管理团队和创始人在进行员工股权激励方案设计时最容易出现的一个问题是：在整个执行过程中容易一直站在公司的立场来保护公司和创业团队的利益，舍本逐末，忽视了对员工激励的初衷。

##### （2）沟通不畅？

公司进行股权激励时，公司员工一直处于弱势地位：

从参与主体来看，这款产品用户的一方为公司，一方为员工；

从身份地位来看，员工与公司有身份依附关系，处于弱谈判地位；

从激励过程来看，员工基本不参与游戏规则的制定，参与感弱。法律文件本身专业性强，晦涩难懂，境外架构下的交易文件，还全是英文文件。

最容易出现的问题是：员工在签署的期权协议中，会对在公司服务时间有严格的限制，员工不明白、不理解这些冷冰冰制度安排背后的合情、合理性与商业逻辑，员工很可能把股权激励看成卖身契。另外如果公司是按照百分比分配股权，对于拿到百分之零点几个点期权的员工来说，会觉得公司太抠门，我的股票为什么会这么少？为什么要签这么繁琐的文件，不信任我们吗？

如果沟通不到位，员工的激励体验会极差。股权激励的初心又决定了，员工必须真的被激励。

##### （3）如何沟通？

讲清员工期权的逻辑：员工期权的逻辑是员工通过一个很低的价格买入公司的股权，并以长期为公司服务来让手里的期权升值。

首先是员工买入期权的价格低：公司在给员工发放期权时，是以公司当时估值的一个极低的价格把股权卖给员工，员工在买入股权的时候就已经赚钱了。

另外员工手里期权是未来收益，需要员工长期为公司服务来实现股权的升值。因此期权协议不是卖身契，而是给员工一个分享公司成长收益的机会。

关于期权员工会由很多问题、内心会反复去找答案、但又不会公开问公司的问题：比如如何拿到这些股权，股权什么时候能够变现以及如何变现，这些问题都需要和员工有一个充分的沟通。

很多员工也会问为什么自己的期权那么少？

公司要做起来需要很多人的努力，需要预留足够多的股权给后续加入的员工。

二员工股权激励的步骤员工期权激励，会经历四个步骤，即授予、成熟、行权、变现。

授予，即公司与员工签署期权协议，约定员工取得期权的基本条件。

成熟，是员工达到约定条件，主要是达到服务期限或工作业绩指标后，可以选择掏钱行权，把期权变成股票。

行权，即员工掏钱买下期权，完成从期权变成股票的一跃。

变现，即员工取得股票后，通过在公开交易市场出售，或通过参与分配公司被并购的价款，或通过分配公司红利的方式，参与分享公司成长收益。

三员工股权激励的进入机制

1、定时：

有的创业者，在公司很初创阶段，就开始大量发放期权，甚至进行全员持股。我们的建议是，对于公司核心的合伙人团队，碰到合适的人，经过磨合期，就可以开始发放股权。

但是，对于非合伙人层面的员工，过早发放股权，一方面，股权激励成本很高，给单个员工三五个点股权，员工都可能没感觉；另一方面，激励效果很差，甚至会被认为是画大饼，起到负面激励效果。

因此，公司最好是走到一定阶段（比如，有天使轮融资，或公司收入或利润达到一定指标）后，发放期权的效果会比较好。

发放期权的节奏：

要控制发放的节奏与进度，为后续进入的团队预留期权发放空间（比如，按照上市前发4批计算）；全员持股可以成为企业的选择方向，但最好是先解决第一梯队，再解决第二梯队，最后普惠制解决第三梯队，形成示范效应。这样既可以达到激励效果，又控制好激励成本；期权激励是中长期激励，激励对象的选择，最好先恋爱，再结婚，与公司经过一段时间的磨合期。

2、定人

股权激励的参与方，有合伙人，中高层管理人员（VP，总监等），骨干员工与外部顾问。

合伙人主要拿限制性股权，不参与期权分配。但是，如果合伙人的贡献与他持有的股权非常不匹配，也可以给合伙人增发一部分期权，来调整早期进行合伙人股权分配不合理的问题。

中高层管理人员是拿期权的主要人群。

3、定量

定量一方面是定公司期权池的总量，另一方面是定每个人或岗位的量。

公司的期权池，10-30%之间较多，15%是个中间值。期权池的大小需要根据公司情况来设定。

在确定具体到每个人的期权时，首先先考虑给到不同岗位和不同级别人员期权大小，然后再定具体个人的期权大小。在确定岗位期权量时可以先按部门分配，再具体到岗位。

公司总池子确定下来，再综合考虑他的职位、贡献、薪水与公司发展阶段，员工该取得的激励股权数量基本就确定下来了。同一个级别的技术大拿，在VC进来之前就参与创业、在VC进来后才加入公司、在C轮甚至IPO前夕加入公司，拿到的期权应该设计成区别对待。另外，公司也可以给员工选择，是拿高工资+低期权，还是拿低工资+高期权。创始人通常都喜爱选择低工资高期权的。

邵亦波分享过他在所创办易趣公司期权发例的标准。比如，对于VP级别的管理人员，如果在天使进来之前参与创业，发放2%-5%期权；如果是A轮后进来，1%-2%；如果是C轮或接近IPO时进来，发放0.2%-0.5%。对于核心VP（CTO, CFO, CTO等），可以参照前述标准按照2-3倍发。总监级别的人员，参照VP的1/2或1/3发放。

4、定价

讨论最多的就是员工拿期权是否需要掏钱？是否免费发放？

建议是：（1）员工必须掏钱。掏过钱与没掏过钱，员工对待的心态会差别很大；（2）与投资人完全掏钱买股权不同，员工拿期权的逻辑是，掏一小部分钱，加上长期参与创业赚股权。因此，员工应当按照公司股权公平市场价值的折扣价取得期权。

期权发放的过程，是要让员工意识到，期权本身很值钱，但他只需要掏一小部分钱即可获得。之所以他只掏钱少，是因为公司对他是有所预期的，是基于他会长期参与创业的，他打个酱油即跑路，公司把他的期权回购是合情合理，员工也是可接受的。

## 5、定兑现条件：

定兑现条件是指提前确定授予员工的期权什么时候成熟，也即员工什么时候可以行权。

常见的成熟机制是按时间：4年成熟期，每年兑现25%。

另一种是：满二年后成熟兑现50%，以后每年兑现25%，四年全部兑现。

第三种：第一年兑现10%，第二年兑现30%，第三年70%，第四年全部兑现。

## 四激励期权的退出机制

在创业公司实施员工股权激励时，激励期权的进入机制能够让激励方案发挥效果，而激励期权的退出机制，即约定员工离职时已行权的股权是否回购、回购价格等，避免在员工离职时免于出现不必要的纠纷。

### 1、回购期权的范围：

一个比较重要的问题是：员工已经成熟的期权和已经行权的股权要不要回购？和怎么回购？

#### 已经行权的期权：

已经行权的期权，是员工自己花钱买的股权，按理说不应该回收股权。如果是公司已经被并购或已经上市，一般情况下不去回购员工已行权的股权。但是对于创业公司来说，离职的员工持有公司股权，是公司的正式股东，因此建议提前约定在员工离职后公司有权按照一个约定的价格对员工持有的股权进行回购。

#### 已成熟未行权的期权：

已经成熟的期权，是员工通过为公司服务过一段时间后赚得的，即使员工在决定离职时没有行权，员工具有行权的权利。这个时候应该给员工选择是否行权，如果员工选择行权，则按照协议的行权价格继续购买公司股票。

未成熟期权：公司全部收回，放入公司期权池。

### 2、股权回购价格定价：

在对员工持有股权进行回收定价时，一般可以按照公司当时的净资产、净利润、估值来确定。

如果按照估值来算，因为投资人的估值是按照公司未来一段时间的价格，因此公司估值是代表着公司未来一段时间的价格，会对公司估值打个折扣后，再根据员工持有的股权比例，来确定价格。而且如果按照公司的估值来算的话，也会影响公司的现金流。

而如果按照净资产和净利润，应该有相应的溢价。因为公司回收了员工手里股权未来的收益权。

未成熟期权定价：没成熟的期权不存在回收问题，因为这部分期权仍归公司所有，员工没有达到行权条件，因此公司可以直接放回期权池。但是为了避免员工误解，降低沟通成本，可以用1块钱回收员工所有的未成熟的股权，便于操作。

## 五现场问答

### 1、每一期的行权价格是否要一样？

公司在进行员工股权激励时给员工的价格一般是按照公司当时的估值的十几分之一或几十分之一的价格卖给员工，以此来激励员工。这个价格一般是提前确定的一个固定价格，不随着时间和公司的估值变化进行调整。即如果公司给到员工的期权分四年四期成熟，每一年员工行权的价格都相同，如果员工的期权成熟但推迟行权，行权时的价格也不做变动。以此来更好的激励员工。

但公司可以根据不同批次进入公司的员工设定不同的行权价格。

### 2、行权期限：

员工所持期权成熟后，在未离职之前，可以暂缓行权，公司可以给一个足够长的行权期让员工自由选择行权时间。

当公司离职时要求员工行使已成熟的期权。

### 3、员工行权后是否要在工商局将员工变更为股东？

员工的变动可能会非常的频繁，而且在工商进行股东变更的时候手续会非常复杂，因此不建议直接将行权的员工直接变更为公司股东。这个时候可以操作的形式主要有：由创始人代持和成立一家合伙公司来代持员工股份。

## （三）信托

### 关于家族信托发展路径的探讨

2015年07月07日 中国信托业协会 贾丽杰

伴随社会财富的累积、金融改革的深化和金融机构业务转型的需要，财富管理，特别是家族信托业务在“泛信托时代”展现出巨大的生命力，对现有资产管理制度的设定、金融机构的发展方向、业务模式均产生了深远影响。信托公司作为专业化资产管理公司，能否积极开拓包括家族财富管理在内的财富管理业务，不仅关乎到信托行业在竞争激烈的市场中健康发展，也关乎到金融市场的完善稳定。

#### 家族信托在国内发展的演变进程

家族信托制度起源于12世纪英国的用益制度，是信托精神的一个重要体现，早期以规避法律、实现家庭财产的跨代转移为目的，当下英美家族信托制度以财富的投资管理和家族传承为主，兼顾风险隔离、合理避税、财产保密，甚至隐匿私有财产、规避遗嘱认证程序等多方面目的。家族信托的受托人实现了准确、有效地以财产持有人意愿为出发点，坚持委托人的个人意志，保障受益人有序传承信托财产的目的。

国外家族信托的经验对于国内发展家族信托具有重要的借鉴意义：以信托财产的双层所有权结构作为受益人权利保护的基础，保障财富在家族层面的稳定传承，维护了对于财富的敬畏和社会的有序发展，同时培养了社会信用体系，全球配置推动了资产的效用最大化。例如美国洛克菲勒家族运用家族信托制度历经 150 年的风风雨雨，成为美国最重要的家族基金，相比之下，中国的家族信托刚刚起步，很多问题亟需解决。

目前我国家族信托业务的特征可以简单的归为以下三点：第一，简单趋同，目前除信托外，私人银行、保险、理财机构都纷纷开展类似业务，重点均停留在委托理财的业务领域，以财产的保值增值为目的，与家族财富管理永续传承的内涵相差较远；第二，空间狭小，受制于外汇、税收政策，金融工具的匮乏等实际因素和分业监管的局限性，在资产配置过程中捉襟见肘；第三，积淀不够，信托的发展历史、社会认可度、“中国模式”突出品质的探索与培养不论与海外百年历史的信托同业，还是与国内其他金融机构相比都相差甚大，这也是当下信托家族财富传承业务以委托理财为主的重要原因。

信托体系的发展与完备是根植于“中国模式”的经济发展与文化背景下的，家族信托的“本土化”也是渐进的，是一个从财富委托管理到财富传承的过程。首先从文化的角度，家族财富秘不示人的东方理念到现代化的信托理念的转化需要时间；其次从法律层面，家族信托起源于英美法系，目前国内信托的双层所有制结构在我国主流的大陆法系中已经很难用传统《物权法》进行解释，如何在法理上借鉴英美的家族信托推动现有法律框架的平衡是一项巨大的挑战；最后从社会需求层面，家族信托最具有需求的群体是民营企业，西方社会的家族信托对于受益人的财富继承是赋予了受托人的名义所有权，信托机构可以在此基础上对信托财产具有管理的权利，中国对“子承父业”的理念在一定程度上会削弱受托人的权利范围。

#### 信托机构在家族信托推进过程中的优劣势分析

上文总结了家族信托在国内发展的特点，面对日益显现的家族财富管理市场，国内机构涉足此领域的时间较短，发展阶段上尚处于市场培养的初级阶段，这是由金融机构内在的意识、外围制度环境建设、民众对此的认可和接受程度等因素共同决定的。本节将着重分析信托公司依托信托制度开展此类业务的优劣势。

自 2013 年初正式发行家族信托产品，到最近首单以不动产传承为设立目的的家族信托，信托公司不论从机构的参与范围到产品设计的广度、深度都有了显著的进步。表现为更加重视客户的全方位、个性化需求，不再局限于家庭理财、投资策略组合等资产管理的传统领域，积极贴合家族存续经营需求，包含子女教育、法律税务和不动产等领域；同时，监管机构也鼓励推动家族信托作为当下信托行业转型升级的方向之一；值得注意的是家族信托管理提升了信托与银行、保险等机构的合作关联度，摆脱了以银信合作为代表的简单通道业务，家族管理所涉及的多领域资源配置和信托机构跨境经营的灵活性是其的直接动因。

信托机构较其他金融机构相比较，在推进家族信托方面得益于以下几个优势：第一，拥有信托制度本源优势，信托制度被广泛借鉴是“泛信托时代”的显著特征，从业务制度本源上讲信托公司自身的立法基础支撑了信托制度在家族信托中的应用。即使拥有 15 万亿的银行理财业务也亟需通过修订《商业银行法》来确定业务的信托关系。在巨大的社会财富的累积催生的需求市场上，家族信托设立的目的既有上文提及的规避子女婚姻和血缘风险的“民意诉求”，也有于民营企业通过设立信托完成家族企业的传承，信托制度的立法基础、灵活性和对委托人意愿的忠诚吻合了我国财富管理的市场需求；第二，资产管理市场的合规稳健发展为家族信托的开展奠定了良好基础，家族信托对应的是资产管理客户中的高净值人群，资产管理的稳健发展为家族信托的开展培养了良好的土壤，信托机构近年来在资产管理市场为自身积累了大量稳定的高端客户，2014 年底管理的信托资产为 13.98 万亿，支持投资者收益 4831 亿元，持续的回报，庞大的资管规模都为开展家族信托赢得了社会认同；第三，多机构的参与快速提升了家族信托的品质，信托作为最具有专业性的资产管理机构，在数量上资产管理规模仅次于银行，在业务上较银行的理财产品更具有专业性。金融深化推动的“泛信托时代”形成了混业经营的特性，促进了机构之间的广泛合作，家族信托为客户提供的多领域业务组合要求众多金融机构的协同效应，作为资产管理市场未来的主流方向，各家机构为了抢占市场制高点，在家族信托这一领域纷纷投入了更多的关注与资源，尽管家族信托的开展时间并不长，但同业之间的合作已经成为家族信托的发展趋势。

目前我国家族信托开展的主要不足表现为：第一，家族信托产品设计还处于探索与过渡阶段，局限于信托财产登记制度、股权信托等具体制度的配套和信托公司在资金信托的成熟运作经验，家族信托的业务模式仍然带有明显的过度特征。比如以资金信托的形式进行投资组合配置，集中在保值、增值的环节，对传承这一领域所涉及的实业投资的股权及不动产、以及家族其他配套产品的设计与开发还有待时日；第二，对家族信托产品的投资组合中以大量的非标资产为主，这既源于信托公司目前业务的主流形式，也源于家族信托基金等方式的探讨是一个包括参与主体，特别是委托人共同推进的过程。由于非标资产的大量存在，其信息披露的不够透明，估值变化较大、流动性较差等等因素都使得信托公司在“卖者尽责，买者自负”信托文化没有建立之前面临较大的经营管理压力；同时非标资产的存在使得家族信托的长期投资理论的存续问题显得尤为突出。

#### 家族信托推动信托公司业务转型

家族信托将全面推动我国财富管理市场的经营格局，也将是信托机构转型升级，回归主业的重要途径与内容。为更好开辟我国财富管理的高端市场，信托机构应从战略定位的角度审慎规划，快速培育研发能力，结合自身条件大力推进产品创新、强化客户营销、全面把控风险控制能力，进而全面推进家族信托业务的发展。

首先，家族信托业务条线的发展是信托文化的本源回归。信托行业作为舶来品在我国的发展历程几经起伏，在功能定位上从未偏离财富管理文化本源。信托公司大力推进家族信托的进程，并将其逐步延拓成为自身的核心业务，有力改变当下信托行业资产端与负债端的运用形态与机构，极大推动信托机构从事务管理类业务向主动管理方向转变，回归信托文化的内在本质，切实以资产管理能力推动客户资产的价值增值，使得信托公司在金融行业的资产管理竞争领域内进一步发挥信托制度的优势，推进行业的转型升级。

其次，家族信托业务的发展将大力推动信托机构的产品创新能力。家族信托作为财富管理的高级阶段是对资产管理能力的全面考量，不仅是信托机构主动顺应我国金融市场改革过程中的变化，也是符合监管机构的政策导向：银监层面已经将家族信托业务作为信托机构业务转型的重大方向。行业内对此进行了积极的业务探讨，结合银行及其他金融子行业的本土经验和国外的发展历程，笔者认为未来的几个重点发展方向为：

从监管的层面，目前最为急迫的是财富管理顶层制度框架的推进。第一，信托登记制度的完善与可操作性是家族信托成立的前提与基础，“登记制度”是信托财产独立性的法律保障，从实践操作层面看诸多关键要素的具体细则并不明确，同时如何处理好信托财产登记过程中的公示环节与家族信托私密性之间的矛盾也是制度设计层面需要考虑的重点；第二，股权资产管理的相关法规亟需出台，信托财产以金融资产为主的现状无法满足家族信托财产类型多形态的现实要求，股权资产管理的不明晰将会影响受托人对信托持股架构结构设计的法律支持，包括由股权对应的所有权、管理权、所有者权益的把控；第三，信托资产的海外投资渠道，信托机构在家族信托设计的过程中面对的窘境是国内高端客户对境外信托的青睐，排除发展历史等客观因素，外汇管制使得信托机构面对国内客户大量海外资产的运作和境内资产全球配置的有心无力，全球市场下的资产配置是家族信托发展的重要保障。

从信托公司的层面，目前业务的构成与家族信托进行真实的资产管理之间尚存在一定的差距：第一，权益类产品的投资创新能力是资产配置的重要内容，要求信托公司在风控工具的运用，风险评估能力的强化方面不断提升；第二，海外投资市场的开拓，与上文对应，在制度层面不断完善的前提下，以信托公司转型升级为主要目标的海外投资市场的熟悉与运作，这需要信托公司培养资本运作人才、提升资产全球配置能力；第三，预期收益类产品向浮动性产品的过渡，固定期限、刚性兑付下的保本收益向标准化、浮动收益产品的转变是当下信托机构的重要工作；第四，信托产品的期限设计，除了信托产品收益层面的突破，信托公司首先要打破产品期限固定的设计模式，以产品内在要求为根本产品要素设计原则，家族信托的期限也要灵活考虑，需要衡量、细化诸多相关因素。

再次，家族信托的持久发展需要信托公司培养自身内在的研发能力。资产管理业务的涉及领域多元化、参与机构差异化、业务形态复杂化、服务手段多样化的特性使得财富管理市场的竞争异常激烈，研发能力的培养是信托公司在面对诸多竞争对手保持优势的内在竞争力。家族信托产品的设计将突破单一业务条线的存在方式，要求多样化的设计，对复杂国内外经济形势的把握，对细化行业的熟识程度、对金融市场变化的预知、把控都将决定家族信托产品的成败。同时家族信托产品设计的周期性更需要研发团队的稳定性与成熟性，研发能力的累积与稳定将是未来信托公司在家族财富产品设计领域的优势所在。

然后，家族信托的深化是信托公司提升营销能力，配置客户资源的重要机遇。信托公司作为国内最具有竞争力和发展潜力的私募金融行业，客户的累积一直是其不断发展的重要支撑力。家族信托作为财富管理的高端，要求信托公司细化客户分类，强化客户服务体验，满足客户个性化与定制化需求。家族信托的推进将全面提升信托公司的营销能力，特别是底层数据库的建设。行业内的部分信托公司已经建立起比较完善的营销体系，但与数据化金融体系要求还存在一定的差距，客户资源的底层数据库较为欠缺，如何构架自身的大数据平台，通过数据挖掘完成客户行为分析、进行客户分类，强化产品推介都具有重要的意义。

最后，家族信托的推进对信托公司强化自身风险主动管理能力，构建全面风险管理体系提出要求。风险管理是家族信托的出发点与终止点，也是立足点。家族财富的产品设计、管理涉及到委托人的自身意愿、受托人的风险偏好、市场风险的把控与管理能力、甚至包括风险缓释机制的个性化设置，是对综合风险控制能力的考验。目前信托公司的风险把控体系与家族信托的要求存在一定的差距，伴随信托行业资产管理规模的快速扩张，强化风险控制能力，主动管理，全面管理已经成为监管机构与信托公司的共识。同时，家族信托的发展也并非一蹴而就，遵循从简单到复杂的发展过程，信托公司的风险控制能力在其的进化过程中也会不断得到锻炼与提升。

### 夫妻一方以共同财产设立信托的法律风险

2015年07月24日 高杉 LEGA 作者：柏钦涛

信托投资目前已经成为重要的理财渠道之一，以其风险相对较低、收益相对较高的优势获得了广大高净值投资者的青睐。在信托投资中，投资者将信托财产交予信托公司，信托公司通过债权、股权等方式对信托财产进行投资运用，以获取投资收益。投资者根据信托合同获取信托收益，信托公司则依约收取信托报酬。

但是信托投资的起点是100万人民币，对于处于婚姻存续状态的投资者来说，他所实施的信托投资行为可能涉及对夫妻共同财产的处分，更何况信托相对于银行理财、货币基金、购买国债等理财方式来说风险相对更高一些，那么如果夫妻一方未经配偶同意即实施信托投资行为，存在哪些法律风险？信托公司是否会因此承担责任？信托公司该如何防范相应的法律风险？本文尝试予以分析并给出操作建议。

#### 一、相关法条

1、《民通意见》第89条：“共同共有人对共有财产享有共同的权利，承担共同的义务。在共同共有关系存续期

间，部分共有人擅自处分共有财产的，一般认定无效。但第三人善意、有偿取得该财产的，应当维护第三人的合法权益；对其他共有人的损失，由擅自处分共有财产的人赔偿。”

2、《合同法》第四十九条：“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。”

3、《最高法院婚姻法司法解释（一）》规定：“婚姻法第十七条关于“夫或妻对夫妻共同所有的财产，有平等的处理权”的规定，应当理解为：（一）夫或妻在处理夫妻共同财产上的权利是平等的。因日常生活需要而处理夫妻共同财产的，任何一方均有权决定。（二）夫或妻非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定，夫妻双方应当平等协商，取得一致意见。他人有理由相信其为夫妻双方共同意思表示的，另一方不得以不同意或不知道为由对抗善意第三人。”

## 二、法律及法理分析

如果单从民通意见第89条关于“部分共有人擅自处分共有财产的，一般认定无效”的规定和婚姻法司法解释（一）的规定来看，夫妻一方对共有财产的重大处分行为均应得到配偶的同意，否则有可能被认定为“无效”。而且信托公司作为金融机构，会被要求履行较高标准的注意义务。如果夫妻一方以共同财产设立信托后，另一方提出异议，若法院简单从前述两个规定的表述出发，确有可能做出对信托公司不利的判决。

但是从保护交易秩序、实际交易习惯及综合理解相关法律法规等角度来看，也会有不同的理解。

1、夫妻之间的代理权。虽然我国婚姻法并未明确规定夫妻之间具有代理权，但是从学理上和司法实践上均对此有相当支持。婚姻法及相关司法解释也赋予了夫妻一方在一定范围内处分共同财产的权利，其基础也是夫妻间的代理权。基于夫妻间代理权，夫妻共同财产不同于一般的共同共有，夫妻一方的单方处分行为不应简单适用“部分共有人擅自处分共有财产的，一般认定无效”的规定。

2、保护善意第三人和交易秩序。夫妻双方对于共同财产具有平等处分权，且在第三人没有看到明显相反的事由存在的情况下，有理由相信夫妻一方的行为是经过配偶同意或者是配偶所默许的。对于婚姻关系存续的自然人，交易对手总是要求其在实施法律行为时得到配偶的正式同意，并不现实。

3、可资参考的是，《最高法院婚姻法司法解释（三）》第十一条规定：“一方未经另一方同意出售夫妻共同所有的房屋，第三人善意购买、支付合理对价并办理产权登记手续，另一方主张追回该房屋的，人民法院不予支持。”本身就对民通意见关于共有财产处分的规定有所突破。至少表明不应简单适用民通意见89条。

4、投资信托产品本身是否构成对夫妻共同财产的重大处分行为？表面上看，设立信托需要支付大额的资金或者转移价值较大的财产，但终究与一般所言的处分行为有较大区别。目前信托公司的营业信托以自益信托（指委托人即为受益人的信托）为主，他益信托（指受益人是委托人之外的其他人的信托）占比极少。就自益信托而言：（1）设立自益信托并不直接造成夫妻共同财产的减损，相反，它属于主动管理并试图使共同财产得以增加的投资行为；（2）设立自益信托仅仅意味着夫妻共同财产形态由货币或者其他财产形式转化为信托受益权，且依然在夫或妻名下。婚姻法解释（一）关于“夫或妻非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定，夫妻双方应当平等协商，取得一致意见”的规定过于笼统，目前司法实践中也多有反思和变通，毕竟“日常生活所需”从字面看太过狭窄，简单适用既不可能，也不合理。比如购买奔驰宝马、LV包严格说都不属于日常生活所需，是否也必然需要配偶出具同意函？

## 三、类似法律行为的对比分析

通过信托进行理财或者实现其他目的也是近几年才为社会公众所了解，司法机关会如何认定信托公司在未取得自然人配偶同意设立信托的文件情况下接受信托的法律效力，尚有待检验（北大法宝系统未检索到此类案例）。但是可以从现存的一些类似的法律行为的后果来进行对比。

1、最典型的莫过于夫妻一方以自己名义设立企业。参考现行公司登记管理条例及地方工商登记管理办法等，未见工商登记机关在自然人申请注册企业时要求其提供配偶同意函。如果说信托投资存在风险，股权投资的风险也不小。

2、证券投资。自然人申请开立股票账户，证券登记结算机构也不要求出具配偶同意函。而许多自然人股票账户所运用资金额度也十分巨大。

3、最极端的对比则是银行划款。自然人对个人账户内的资金进行大额支取或者划付，也可能构成对夫妻共同财产的处分，但是银行显然不会要求自然人出具配偶同意函。即便当事人支取资金后的实际用途侵害了配偶利益，配偶可以起诉要求予以撤销，但银行对此无需承担疏于审查的法律责任。

4、不过在他益信托中，尤其是在受益人不是配偶的他益信托中，委托人设立信托的行为很接近于将夫妻共同财产赠与他人的赠与行为。参考司法实践，如果配偶对此类赠与行为提出异议，要求法院予以撤销，法院很可能会予以支持。

通过以上分析可见，类似的股权、股票投资行为，相应的登记机构和金融机构均未要求自然人配偶出具同意函，在法律没有明确规定设立信托需要有配偶书面同意的情况下，信托公司并无义务要求委托人的配偶提供书面同意函。但他益信托更接近于无偿赠与行为，如未经配偶同意，存在被法院宣布无效的法律风险。

## 四、可能的法律风险及防范措施

综上，自然人未经配偶同意设立信托效力如何，根据现有规定，无法得出明确的结论，也尚未看到此类案件的相关判例。但通过对相关法律规定进行分析并参考实践中对类似法律行为的处理，我们倾向于以下观点：自然人通过设立自益信托进行理财最好能够事先取得配偶同意，但即便未能事先取得配偶同意，一般也应认定信托行为有效。自然人设立他益信托、认购结构化信托项目中的劣后份额，一般应当取得配偶的事先同意，否则有被配偶申请撤销的可能。

就信托公司而言，如果发生信托行为被投资者配偶申请撤销的情况，信托公司的经营将受到影响，甚至可能会受到实质性的损害。虽然在上述分析中，我们倾向于认为除了他益信托、结构化信托等特殊情况，信托公司原则上并无义务审查投资者的信托行为是否经过了配偶同意。但由于现行法律规定不清晰，不排除会有法院认为信托公司有义务审查配偶是否同意，进而做出对信托公司不利的判决的可能性。因此，信托公司应当本着审慎原则予以处理。在现有法律框架下，为了防范相应法律风险，避免不必要的争议，我们建议采取以下措施：

- 1、在自益信托项目中，尽量要求客户提供配偶信息及配偶同意其设立信托的法律文件；如果实在无法取得，则要求委托人在信托合同中做出承诺：其所实施的法律行为已经得到配偶的许可。
- 2、在他益信托项目中，尤其是受益人并非配偶的他益信托必须取得配偶同意的法律文件。
- 3、在结构化信托项目（在此类项目中，投资所得先用于向优先级委托人分配，如有剩余才向劣后委托人分配），鉴于劣后委托人交付的财产对于优先级委托人的投资本金及收益具有一定的担保功能，应要求劣后委托人配偶出具同意函。
- 4、证券投资类信托项目风险相对更高，现实中出现的法律争议也较多，信托公司也最好要求委托人配偶出具书面同意函，以尽量避免承担责任。

5、信托受益权转让因涉及到将共同财产转让于第三人，建议要求出让人的配偶出具同意函。信托投资目前已经成为重要的理财渠道之一，以其风险相对较低、收益相对较高的优势获得了广大高净值投资者的青睐。在信托投资中，投资者将信托财产交予信托公司，信托公司通过债权、股权等方式对信托财产进行投资运用，以获取投资收益。投资者根据信托合同获取信托收益，信托公司则依约收取信托报酬。

但是信托投资的起点是 100 万人民币，对于处于婚姻存续状态的投资者来说，他所实施的信托投资行为可能涉及对夫妻共同财产的处分，更何况信托相对于银行理财、货币基金、购买国债等理财方式来说风险相对更高一些，那么如果夫妻一方未经配偶同意即实施信托投资行为，存在哪些法律风险？信托公司是否会因此承担责任？信托公司该如何防范相应的法律风险？本文尝试予以分析并给出操作建议。

#### 一、相关法条

1、《民通意见》第 89 条：“共同共有人对共有财产享有共同的权利，承担共同的义务。在共同共有关系存续期间，部分共有人擅自处分共有财产的，一般认定无效。但第三人善意、有偿取得该财产的，应当维护第三人的合法权益；对其他共有人的损失，由擅自处分共有财产的人赔偿。”

2、《合同法》第四十九条：“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。”

3、《最高法院婚姻法司法解释（一）》规定：“婚姻法第十七条关于‘夫或妻对夫妻共同所有的财产，有平等的处理权’的规定，应当理解为：（一）夫或妻在处理夫妻共同财产上的权利是平等的。因日常生活需要而处理夫妻共同财产的，任何一方均有权决定。（二）夫或妻非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定，夫妻双方应当平等协商，取得一致意见。他人有理由相信其为夫妻双方共同意思表示的，另一方不得以不同意或不知道为由对抗善意第三人。”

#### 二、法律及法理分析

如果单从民通意见第 89 条关于“部分共有人擅自处分共有财产的，一般认定无效”的规定和婚姻法司法解释（一）的规定来看，夫妻一方对共有财产的重大处分行为均应得到配偶的同意，否则有可能被认定为“无效”。而且信托公司作为金融机构，会被要求履行较高标准的注意义务。如果夫妻一方以共同财产设立信托后，另一方提出异议，若法院简单从前述两个规定的表述出发，确有可能做出对信托公司不利的判决。

但是从保护交易秩序、实际交易习惯及综合理解相关法律法规等角度来看，也会有不同的理解。

1、夫妻之间的代理权。虽然我国婚姻法并未明确规定夫妻之间具有代理权，但是从学理上和司法实践上均对此有相当支持。婚姻法及相关司法解释也赋予了夫妻一方在一定范围内处分共同财产的权利，其基础也是夫妻间的代理权。基于夫妻间代理权，夫妻共同财产不同于一般的共同共有，夫妻一方的单方处分行为不应简单适用“部分共有人擅自处分共有财产的，一般认定无效”的规定。

2、保护善意第三人和交易秩序。夫妻双方对于共同财产具有平等处分权，且在第三人没有看到明显相反的事由存在的情况下，有理由相信夫妻一方的行为是经过配偶同意或者是配偶所默许的。对于婚姻关系存续的自然人，交易对手总是要求其在实施法律行为时得到配偶的正式同意，并不现实。

3、可资参考的是，《最高法院婚姻法司法解释（三）》第十一条规定：“一方未经另一方同意出售夫妻共同所有的房屋，第三人善意购买、支付合理对价并办理产权登记手续，另一方主张追回该房屋的，人民法院不予支持。”本身就对民通意见关于共有财产处分的规定有所突破。至少表明不应简单适用民通意见 89 条。



4、投资信托产品本身是否构成对夫妻共同财产的重大处分行为？表面上看，设立信托需要支付大额的资金或者转移价值较大的财产，但终究与一般所言的处分行为有较大区别。目前信托公司的营业信托以自益信托（指委托人即为受益人的信托）为主，他益信托（指受益人是委托人之外的其他人的信托）占比极少。就自益信托而言：（1）设立自益信托并不直接造成夫妻共同财产的减损，相反，它属于主动管理并试图使共同财产得以增加的投资行为；（2）设立自益信托仅仅意味着夫妻共同财产形态由货币或者其他财产形式转化为信托受益权，且依然在夫或妻名下。婚姻法解释（一）关于“夫或妻非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定，夫妻双方应当平等协商，取得一致意见”的规定过于笼统，目前司法实践中也多有反思和变通，毕竟“日常生活所需”从字面看太过狭窄，简单适用既不可能，也不合理。比如购买奔驰宝马、LV包严格说都不属于日常生活所需，是否也必然需要配偶出具同意函？

### 三、类似法律行为的对比分析

通过信托进行理财或者实现其他目的也是近几年才为社会公众所了解，司法机关会如何认定信托公司在未取得自然人配偶同意设立信托的文件情况下接受信托的法律效力，尚有待检验（北大法宝系统未检索到此类案例）。但是可以从现存的一些类似的法律行为的后果来进行对比。

1、最典型的莫过于夫妻一方以自己名义设立企业。参考现行公司登记管理条例及地方工商登记管理办法等，未见工商登记机关在自然人申请注册企业时要求其提供配偶同意函。如果说信托投资存在风险，股权投资的风险也不小。

2、证券投资。自然人申请开立股票账户，证券登记结算机构也不要求出具配偶同意函。而许多自然人股票账户所运用资金额度也十分巨大。

3、最极端的对比则是银行划款。自然人对个人账户内的资金进行大额支取或者划付，也可能构成对夫妻共同财产的处分，但是银行显然不会要求自然人出具配偶同意函。即便当事人支取资金后的实际用途侵害了配偶利益，配偶可以起诉要求予以撤销，但银行对此无需承担疏于审查的法律责任。

4、不过在他益信托中，尤其是在受益人不是配偶的他益信托中，委托人设立信托的行为很接近于将夫妻共同财产赠与他人的赠与行为。参考司法实践，如果配偶对此类赠与行为提出异议，要求法院予以撤销，法院很可能会予以支持。

通过以上分析可见，类似的股权、股票投资行为，相应的登记机构和金融机构均未要求自然人配偶出具同意函，在法律没有明确规定设立信托需要有配偶书面同意的情况下，信托公司并无义务要求委托人的配偶提供书面同意函。但他益信托更接近于无偿赠与行为，如未经配偶同意，存在被法院宣布无效的法律风险。

### 四、可能的法律风险及防范措施

综上，自然人未经配偶同意设立信托效力如何，根据现有规定，无法得出明确的结论，也尚未看到此类案件的相关判例。但通过对相关法律规定进行分析并参考实践中对类似法律行为的处理，我们倾向于以下观点：自然人通过设立自益信托进行理财最好能够事先取得配偶同意，但即便未能事先取得配偶同意，一般也应认定信托行为有效。自然人设立他益信托、认购结构化信托项目中的劣后份额，一般应当取得配偶的事先同意，否则有被配偶申请撤销的可能。

就信托公司而言，如果发生信托行为被投资者配偶申请撤销的情况，信托公司的经营将受到影响，甚至可能会受到实质性的损害。虽然在上述分析中，我们倾向于认为除了他益信托、结构化信托等特殊情况，信托公司原则上并无义务审查投资者的信托行为是否经过了配偶同意。但由于现行法律规定不清晰，不排除会有法院认为信托公司有义务审查配偶是否同意，进而做出对信托公司不利的判决的可能性。因此，信托公司应当本着审慎原则予以处理。在现有法律框架下，为了防范相应法律风险，避免不必要的争议，我们建议采取以下措施：

1、在自益信托项目中，尽量要求客户提供配偶信息及配偶同意其设立信托的法律文件；如果实在无法取得，则要求委托人在信托合同中做出承诺：其所实施的法律行为已经得到配偶的许可。

2、在他益信托项目中，尤其是受益人并非配偶的他益信托必须取得配偶同意的法律文件。

3、在结构化信托项目（在此类项目中，投资所得先用于向优先级委托人分配，如有剩余才向劣后委托人分配），鉴于劣后委托人交付的财产对于优先级委托人的投资本金及收益具有一定的担保功能，应要求劣后委托人配偶出具同意函。

4、证券投资类信托项目风险相对更高，现实中出现的法律争议也较多，信托公司也最好要求委托人配偶出具书面同意函，以尽量避免承担责任。

5、信托受益权转让因涉及到将共同财产转让于第三人，建议要求出让人的配偶出具同意函。

## 七、社会新闻

### 合肥房产新政：卖房可不经配偶同意 只认房产证

2015年06月29日 中安在线 宋扬

合肥市房产部门发出关于改进房屋登记有关审查方式的通知，7月1日号起，房屋买卖、抵押时，只认房产证

上的名字，即使是夫妻共同财产，如房产证上只有一人名字，也无需经配偶同意。

合肥市房产部门发布的关于改进房屋登记有关审计方法的通知，我们来举个例子，设定张先生和李女士是一对夫妻。根据新规，从7月1号起，因为新建房屋或者通过购买、受赠、继承、安置等方式受让房屋的，夫妻共有房屋的是属于双方共同申请登记。经登记为房屋登记簿中的权利人，再次办理房屋转移、抵押或者是各类登记时，房屋登记机构要询问与登记簿上一致时，才能办理。也就是说张先生和李女士共同买的房子，如果是协定的共有房屋，如果在7月1日以后要申请登记办证，最好房产证上面要写两个人的名字。因为如果按照以前的政策，如果市民卖房、抵押，房产部门会查验其配偶，也就是隐性共有产权人的权益。如果确认是婚内买的房产，则卖房、抵押需要经过夫妻两人的同意。而新规实施后，房产部门将只认房产证上的名字。到时候如果房子要出售、抵押，房产部门将只看房产证上登记的名字，无须经过配偶同意。

7月1号起，房屋的买卖、抵押只认房产证上的名字，即使是夫妻共有的财产，如果房产证上面只有一个人的名字，也无须经过配偶的同意。但这个通知也同时明确了，新规有一年的过渡期，今年7月1号之前，完成登记的且在明年7月1号之前出售或者抵押的还是按照老的政策。这也就是说2015年7月1号前已经完成房屋登记并且记载着权益人的在2016年的7月1号之前申请办理这个各项业务，房屋登记的机构还是要对他的婚姻状况进行查验的，属于夫妻婚姻内续存的房屋，需要通过申请。但是2016年7月1号起就一年过渡期结束之后，房屋登记在继续申请时，要对房屋的供有人进行查询。如果查询的结果，跟这个登记簿上不一样，申请人应该补充材料，并办理相应的房屋登记手续。

举个例子，如果张先生和李女士已经买过房，办理了房屋房产证，但房产证上只有李女士一个人的名字。在明年7月1号前李女士买卖房子，房产部门还是要通过查验婚姻关系的，而且要经过张先生的同意才行。但是如果张先生和李女士的房子是在明年7月1号之后办理房产登记，房屋登记部门将充分尊重购买人的意愿，在房产登记本中直接将申请购买人的房屋登记为房屋所有人，不再申请查验这个婚姻关系。此外房产部门也是表示，对于已经登记的房子，市民可以申请加名而且可以实施共同登记。夫妻双方加名的不需要手续费，只要带齐结婚证、户口本、登记证等，即可在房屋登记中心办理。

### 联合早报：家庭环境或是中国离婚率上升重要原因之一

2015年07月14日 环球时报 作者孟丹丹

夫妻双方经济的独立，家庭生养后代功能的弱化，社会舆论的宽松，以及现代婚姻观念的多元化都让“执子之手，与子偕老”的传统婚姻誓言难以成为现实。

婚姻观念的改变带来的结果就是离婚家庭数目上升。上月，民政部发布中国婚姻状态公报称，中国离婚率已连续12年递增。2014年全国有1306.7万对人结婚，363.7万对离婚。

有社会舆论将稳增不落的离婚率视为令人担忧的现象展开讨论，剖析中国式离婚的各种原因。其中闪婚闪离、离婚比率最高的80后独生一代成为众矢之的。

北京大学婚姻法专家马忆南教授表示，并不认同年轻人对婚姻的草率态度导致离婚率上升。她说，年轻人比老一代更谨慎。她说：“年轻人现在大都先试婚才结婚，而且要物质基础，哪个人不慎重？即使自己不慎重，父母也要考察，尤其女孩子比过去更谨慎了。”她还说：“男孩还要买房，经济上这么大压力，能随随便便结婚吗？就是他自己愿意，父母还不答应呢。”

专家认为，中国独特的“4-2-1”家庭环境其实是婚姻更难维系的原因之一。马忆南举例说：“一对独生子女，上面有几位老人。本来是两夫妻间的小矛盾，如果两个家庭参与进来，矛盾就会越来越激化，最后上升为两个家庭的矛盾。而两个家庭一旦参与进来，一般就是破坏性的，而且破坏性比较大。”

### 陈士渠关于反家庭暴力的三点建议

2015年07月02日 陈士渠警官的粉丝团

2015年6月25日至26日，全国法院系统反家暴专题培训及研讨班在京举行。与会人员对反家庭暴力法的立法建议和完善、《关于依法办理涉家庭暴力犯罪案件的意见》（以下简称《反家暴意见》）实施中的问题，进行了广泛交流与深入探讨。公安部刑侦局副局长、打拐办主任陈士渠提出三点建议。

一是应抓好《反家暴意见》的落实。家庭暴力是目前社会关注的热点和网民关注的焦点，对家庭暴力案件处置不当会影响政法机关公信力。各部门应认真贯彻《反家暴意见》，通过加强培训、宣传、贯彻，旗帜鲜明地加大对家暴犯罪的打击力度，有效震慑潜在违法犯罪嫌疑人，形成反家暴的良好社会氛围。

二是应当建立反家暴协调机制。家庭暴力是个社会问题，反家暴是个系统工程，涉及公安、检察、法院、民政等很多部门。建议建立中央层面的反家暴工作协调机制，明确牵头单位，定期开会协调、研究解决反家暴工作中的重大事项。否则就案论案、一事一办，不利于反家暴工作的长期、有效开展。

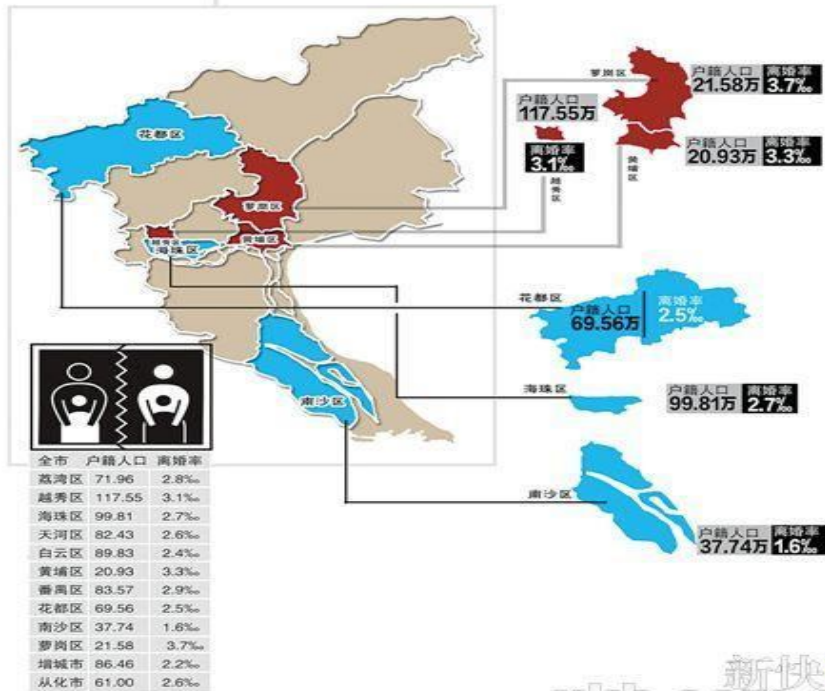
三是期待反家庭暴力法与《反家暴意见》等做好衔接。对于《反家暴意见》等规范性文件中各方已达成的共识，希望能得到反家庭暴力法的合理吸收，避免冲突；在创设新制度的同时应注意与现有法律规定的协调，如拟确立的公安机关告诫制度，与现行的书面警告制度如何区别等。

### 广州离婚地图出炉

2015年07月06日 新快报 记者 周聪 唐星 印锐 穗妇宣 曾桂敏



2014年广州共有**2.3万对**夫妻办理了离婚登记。



新快报记者近日从民政局了解到,2014年广州共有2.3万对夫妻办理了离婚登记。从区域划分上看,离婚数量最多的行政区是越秀区,共有3710对夫妻离婚;但离婚率最高的却是萝岗区,高达3.7‰(年内离婚数/年平均总人口×1000‰)。

■新快报记者 周聪 唐星 印锐 穗妇宣 曾桂敏

据了解,广州离婚数量最多的行政区前三分别是:越秀区3710对,海珠区2713对,番禺区2470对;南沙区、黄埔区、萝岗区2014年离婚对数分别为:632对、699对、820对,为广州市离婚人数少的行政区。

越秀区婚姻登记处相关负责人告诉记者,离婚人数越秀全市第一并不奇怪,因为越秀区是老城区,在人口基数上位居全市第一,户籍人口共有117.55万人。该负责人告诉记者:“因为基数大,就算各区离婚比例相同,越秀区在离婚人数方面也必然为全市最多的行政区。”

新快报记者从广州市统计局了解到,2014年末,越秀区共有户籍人口117.55万,位居全市第一。

经计算,离婚人数位于全市倒数的萝岗区,在离婚率上却高达3.7‰,比排名第二的黄埔区高出0.4‰,而离婚人数最多的越秀、海珠、番禺三区,只有越秀离婚率进入前三。全市离婚率最高的行政区为:萝岗区、黄埔区、越秀区。离婚率分别为:3.7‰、3.3‰、3.1‰,户籍人口分别为21.58万、20.93万、117.55万。

离婚率最低的行政区则分别为南沙区1.6‰、花都区2.5‰、海珠区2.7‰,三区户籍人口分别为:37.74万、69.56万、99.81万。

重点关注

越秀区:九成离婚诉求涉及家暴

新快报记者从越秀区法院了解到,2013年至2014年,越秀区法院共受理离婚案件1574件,其中原告诉称被告存在家庭暴力,自己有被打、虐待经历的案件高达九成。据广州市中院统计,2009年至2011年,二审离婚纠纷案中当事人主张存在家庭暴力的案件平均占27%左右。

观点:不是坏事

广东省妇联法律服务中心王飏尘认为,近年来因家暴导致离婚的案例越来越多,这并不是不好的事,代表受害人能向外寻求帮助。

她介绍,以往情况下受害人通常低自尊,或者没有能力,大部分都没有向外界寻求帮助,有的甚至被施暴十几年才离婚,如今能尽早向外寻求帮助选择离婚,能更好保护自己和孩子,并不是件坏事。

但因受害者承担的举证责任过重等各种原因,在司法实践中,被认定构成家暴的案件比例却平均不足一成。以越秀区法院为例,在受理的1574件案件中,明确因为家暴而提出损害赔偿请求的数量却约占20%,而最终经法院认定为

家暴,判决被告赔偿的仅有零星几件。由于家暴的隐蔽性,受害人举证难、法院认定难成了处理家暴案件中经常遇到的尴尬。

建议:注意取证

家庭暴力法律界定难,难在何处?记者从法院了解到,目前,除婚姻法司法解释中对家庭暴力的概念作出界定之外,其他的相关法律并没有对家庭暴力行为作出更为详尽的界定。但是,该司法解释的规定并不足以完全、准确地界定家庭暴力行为,导致警察、检察官、法官对家庭暴力行为的认定存在分歧,在处理案件时自由裁量权较大。

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

而受害人本着“家丑不可外扬”的心理,逆来顺受,不愿向他人提及家庭暴力,一直默默忍受,导致暴力行为愈演愈烈,直到忍无可忍打算拿起法律武器时才发现,以前根本没有收集证据。有的受害人认为施暴者只是一时糊涂,以后会约束自己的行为,不会再出现暴力行为了,结果侥幸心理助长了暴力的邪气。

维权意识淡薄。受害人往往只和亲属诉苦,没有在第一时间拨打110、拍摄受伤照片,也没有到妇联、社区、村委会等部门寻求帮助,导致相关证据没有保存,在诉讼中难以得到法院的支持。

链接

妇联:家暴投诉比例逐年增加

同时,新快报记者通过广东省妇联了解到,在婚姻家庭权益类信访中,除了离婚投诉、家庭纠纷和配偶有外遇的信访事件外,家庭暴力投诉达3849件,占比达到18.8%。

据广州市妇联的统计数据,近年来妇联接到有关家暴案件投诉在全部信访数量中的占比逐渐增加,2013年,全市妇联系统共接到群众家庭暴力案件投诉488宗,占全部信访量(5043宗)的9.7%,2014年上半年,全市妇联系统共接到家庭暴力案件投诉226宗,占全部信访量(1692宗)的13.4%。(新快报)

### “女精神病人养老院内怀孕”暴露监护制度隐忧

2015年07月06日 检察日报 张伯晋

四川省仁寿县四公镇一名48岁女精神病人入住敬老院16个月,发现怀孕27周,亲属认为其可能遭遇强奸或诱奸。新华社记者了解到,警方已对涉事老人予以控制;当地已对这名妇女展开关爱行动,分管副镇长暂停工作,敬老院院长被免去职务(7月5日《新华每日电讯》)。

“女精神病人养老院内怀孕”事件乍看似乎荒唐离奇,却由此揭开了人们可能一直忽视的事实——严重精神病患不但可能成为肇事肇祸的侵权人,更有可能因无法自我保护而成为刑事犯罪的受害者。

据中国疾病预防控制中心精神卫生中心2009年公布的数据显示,我国各类精神障碍患者人数在1亿人以上,严重精神障碍患者人数超过1600万。本次“怀孕”事件放在1600万乃至1亿的病患基数里,恐怕只是精神病人遭受侵权的冰山一角。如何对精神病人妥善监护以维护其合法权益,亟待引起重视。

我国精神卫生法明确规定,精神障碍患者的人格尊严、人身和财产安全不受侵犯。而在现实中,精神病人想要享有上述权利却并非一件易事,精神病人监护制度背后隐忧重重。

一方面,精神病人的监护人未必能依法尽到监护责任。精神卫生法规定,监护人应当对在家居住的患者做好看护管理。然而,当监护人不具备在家看护条件又无力支付住院治疗费用时,精神病患的合法权益如何保障?据媒体报道,怀孕的女精神病患荣英(化名)是“被村干部安排进入四公镇敬老院。”其丈夫去世、女儿远嫁贵州并在外务工,因无人照料,经多人游说,敬老院院长才开了绿灯。可见,院长自始就知道允许精神病患入养老院存在风险,但结合当时当地的具体情况,除了这个办法又似乎并无其他高招。可以说,监护人没尽到监护责任,埋下了“祸根”。

另一方面,国家对于精神病人合法权益的保护仍存在缺位。精神卫生法规定,县级人民政府根据本行政区域的实际情况,统筹规划,建立精神障碍患者社区康复机构。然而,康复机构并不能代行看护职能,对于重症精神病患的日常照料恐怕无能为力。而养老机构面向的服务对象是老年人,一旦将精神病患送入普通养老院,发生意外的风险必将显著提升。对于无需住院治疗的精神病患,能否建立社会化的看护机构予以统筹管理?这对国家创新社会治理提出了新考验。

笔者认为,面对我国如此庞大的精神病患人群,唯有依法激活国家“监护权”才能真正落实对精神病患的理解、尊重和关爱。在生活的重压下,任何法定责任均不能强人所难要求监护人贴身照料精神病患。此时,国家更应主动承担起对精神病人的看护责任。至于如何具体设置精神病人看护机构,不妨问问专家的意见。

### 这不是段子,广州离婚也限号

广州日报 2015年7月9日

广州日报讯(记者谭秋明)日前,陆续有市民报料,想在天河区办理离婚,至少要等一个月。想在海珠区办理离婚,也要等上半个月,最快到7月17日才能办理。莫非近期离婚率连年飙升,民政部门悄悄对离婚登记“限号”?

昨日下午4时,记者登录广州市婚姻登记网上服务系统的离婚登记预约网页查询发现,天河区离婚登记本月已经约满,如预约,最快要到8月9日才能办理离婚;海珠区除本月23日外,全部约满;白云区本月约满,8月8

日前，仅3日和5日两天仍有空位；越秀区本月内已有多天约满，分别为10~18日及25日。

“我们人手严重不足。”老城区一个婚登处的负责人透露，以其所在区的婚登办理量为例，每天开放全部6个办理窗口，办理离、结婚约100对，办理无婚姻登记证明（俗称未婚证）约300份。“我们的婚登员都要满负荷工作，才能完成这个工作量。”他解释，一般办理结婚登记需15~20分钟，办理离婚和补办结、离婚证约需半小时，甚至更长，办理无婚姻登记证明约需5~10分钟。

记者深入各区婚登处采访了解到，天时暑热也易成为离婚爆棚的原因。“天气热，心情易烦躁是一方面，而周一、周二，是高峰中的高峰，很多夫妻，周六、周日在家吵了架，气不过，星期一一早就跑来离婚。”一位驻守婚登处的资深婚姻家庭辅导社工透露。据分析，中高考放榜后，为照顾孩子学习情绪而隐忍维系的家长舒了一口气，悄悄离婚。暑假期间，多数家庭面临着孩子养育、家务分担、老人照料等矛盾集中爆发的可能，争执增多，冲动离婚增多。还有，提前筹谋，为了买学位房技术性离婚也不少。

**技术性离婚：为买学位房 赶在9月前离**

“没想到现在离婚不但要预约，还要等足一个月！”两天前，市民林先生报料，他在网上办理离婚登记预约，输入个人信息之后，猛然发现，他户籍所在的天河区 本月已经约满，而其妻罗女士户籍所在地海珠区，最快可预约在17日办理。林先生按照网上显示的热线，致电咨询，两区婚登处的工作人员都十分礼貌地接听电话，“接线员态度都很好，都解释称，最好预约后再去办理，没有预约就去的话，可能要等较长时间，如果当天办理的人多，还不一定能办成。”

问及林先生的离婚原因，他很爽快地回答：“就是为了买个学位房。”他解释称，现有房产周边的两所小学都很一般，他觉得，孩子的教育要从小抓起，想要买入一套学位房，邻近地段的学位房，“学位房肯定贵啦！将近4万元一平方米，如果不办离婚，将首套房的政策利用起来，我们付不起首期。”林先生想赶在今年9月前，把离婚、买房、落户等一系列的事情办好。

至于会否复婚，林先生态度明确地说：“办妥一切事情，肯定去复婚。”

**感情破裂离婚：女儿圆了中考梦 爸妈悄悄分手了**

7月6日，老周和结婚16年的妻子何女士，专门请假去办了离婚。他们的女儿刚刚以720多分的好成绩，考取了的理想高中。面对为什么要离婚的问题？老周有点尴尬，何女士则表情幽怨。在办理过程中，何女士轻声地向工作人员说了一句：“他外面有人。”

婚姻家庭辅导室的社工看出，两人不是那种死都要离婚的类型，主动上前介入。其间，何女士倾吐——老周出了“状况”，“我看他短信发现（他有婚外情）的，有两三年了，他说会（和外面的女人）一刀两断，可是拉扯了这么久，还是……”何女士痛苦地哭起来，由于夫妻俩时常争吵，日渐懂事的女儿也知道爸爸对家庭不忠，为了保护家庭挽回父母的关系，女儿曾做出一些极端行为，令夫妻俩烦恼痛心。为了让女儿安心读书，何女士一再隐忍，压制想要离婚的念头，日前，中考揭榜，女儿以720多分的高分考取了理想高中，“我觉得，舒了一口气，不想再忍下去了！”

真的离了，怎么向女儿交代？“现在还没想好。不过，她又长大了一点嘛，以后找机会慢慢跟她说吧！”何女士十分无奈地说。

最终，他们还是办了离婚。接到离婚证时，何女士感慨地说：“实在过不下去了，不想再勉强了！”

**离婚“限号”有人叫好**

“‘限号’离婚好！就应该限一限。”白领黄先生的看法颇具代表性。他表示，离婚率不断飙高，“给人的感受是现在的人不懂得珍惜婚姻。”“限号”为意欲离婚的人们腾出了冷静思考的时间和空间。

“按照规定，我们绝对不能也不会对市民离婚‘限号’，但从过往十七八年的工作经历来看，现在离婚实在是太容易、太轻易了。”一位从业18年的婚登员这样跟记者说。近几年，冲动离婚越来越多，由于法律明确婚姻自由，无论结婚还是离婚登记，只要是符合法律规定，自愿结合和分开，都必须当即予以办理。

也有专家和市民认为，“限号”离婚，限制了市民的婚姻自由，为市民办事婚姻登记带来不便。而多数受访者能够理解，因为办理量大，而又人手不足，民政部门对办理婚登实行“限号”。“这种原因的‘限号’，有关部门应着力监督，不要让它变成登记员偷懒的借口。”公务员陈女士这样指出，得到其他受访者的认同。

## **单独二孩”遇冷？卫计委：符合预期**

### **全国再生育申请数量目前稳定在每月八九万对；社会抚养费仍有存在的现实需要**

2015年07月11日 新京报 记者 李丹丹

新京报讯（记者李丹丹）在各地单独两孩政策实施后，有声音称民众生育意愿增加有限，政策“遇冷”。对此，国家卫计委昨日在新闻发布会上回应称，单独两孩政策效果正在显现，2014年我国出生人口比2013年增加47万人。再生育申请数量也在平稳增长，目前稳定在每月8万至9万对。

145万对夫妇提出再生育申请

就单独两孩政策是否“遇冷”的问题，国家卫计委昨日回应表示，单独两孩政策实施到现在符合预期，并称“这是国家卫生计生委负责任的判断”。

十八届三中全会以来，各地将单独两孩政策作为一项重要改革内容。2014年1月，浙江、安徽、江西三省率先

启动，3月至6月多数省份集中实施，9月政策全面落地。

国家卫计委介绍，目前我国再生育申请数量平稳增长。监测显示，2014年7、8月，全国每月申请达到15万左右，目前稳定在每月8万-9万对。

截至2015年5月底，全国145万对夫妇提出再生育申请，139万对办理了手续。河北、辽宁、浙江、山东、湖北、重庆、四川等7省（市）占到申请总量的55.2%。

根据国家卫计委提供的数据显示，单独两孩政策目标人群中约40%有再生育的打算。2014年国家统计局人口变动抽样调查显示，目标人群中43%有再生育的打算，今年初，国家卫计委开展的专项调查显示，39.6%有再生育打算，与2013年比有所下降。

去年出生人口同比增加47万人

国家卫计委称，单独两孩政策效果正在显现。国家统计局数据显示，2014年我国出生人口1687万人，比2013年增加47万人，人口出生率比上年提高0.29个百分点。在育龄妇女持续减少的情况下，出生人口与前几年相比，上升幅度比较明显。

杨文庄表示，从各地情况看，2015年上半年，单独夫妇申请量平稳增长，预计2015年出生人口会比2014年有所增加。

## ■ 北京情况

北京已有4.2万人申请生二胎

31-35岁要二孩的女性最多，占办证总数的57%

去年2月21日，北京市人大常委会通过《北京市人口与计划生育条例修正案》，标志北京正式实施“单独两孩”政策。新京报记者昨天从北京市卫计委获悉，截至5月31日，北京市“单独两孩”申请量已突破4万，申请数和办证数分别为42075例和38798例。另据北京统计部门调查显示，符合政策的家庭，有生育二孩意愿的占37.7%。

据了解，按照已通过“单独两孩”审批的育龄妇女年龄段分析，办证数量最大、意愿最“迫切”的，是“80后”群体。31-35岁年龄段的育龄女性最多，该年龄段也就是1980-1984年之间出生的人群，办证数共计22114例，占总比重的57%，接近了六成。

同时，“85后”女性居次，26-30岁年龄段办证数为8897例，占总办证数的22.93%；“75后”即1975-1979年女性办证数量也比较多，这部分人群办证数6785例，占17.49%。

从北京数据来看，低于此前卫生部门对平均每年新增出生人口4万-5万的预期。不过，市卫计委相关负责人曾表示，该政策对生育行为的具体影响，大概要花上三到五年时间才可较为清晰地看出，因为生育意愿需要逐步释放，转变为生育行为还需要一定时间。

按照北京市统计局近期公布的数据，2014年，北京市常住出生人口为20.8万人，出生率为9.75%，首次突破了9%，比上年上升0.82个百分点。数据显示，自“十二五”以来，北京常住出生人口逐年增加，出生率稳中有升，去年已达到1991年以来的最高水平。这其中，25-39岁生育旺盛期育龄妇女逐年递增，使得出生人口持续增加。新京报记者 温蕾

## ■ 焦点回应

何时全面放开二孩？

生育政策调整须权衡利弊

在今年全国两会上，多位人大代表呼吁全面放开二孩。其中，全国人大代表、广东省中山纪念中学校长贺优琳第五次在全国两会上提出“全面放开二胎”的建议。

国务院总理李克强在今年的政府工作报告中表示，要“推进计划生育服务管理改革”，未再提及“坚持计划生育基本国策不动摇”这样的表述。

就社会关心的何时全面放开二孩的问题，国家卫计委昨日回应称，当前主要任务是继续组织实施好单独两孩政策，加强初生人口的监测，加强政策实施效果的评估，推进计划生育服务管理改革，完善相关的配套措施，为下一步调整完善生育政策创造环境、奠定基础，同时积极做好进一步调整完善生育政策的研究论证工作。

国家卫计委计划生育基层指导司司长杨文庄强调，生育政策的调整事关全局、事关长远，事关人民群众的切身利益，必须权衡利弊，审慎决策。按照中央的部署，依照法定程序，逐步调整完善。我们现在正在按中央的要求抓紧推进有关工作。

社会抚养费会取消吗？

“社会抚养费”仍有存在需要

今年3月22日，来自全国21所高校或机构的50位法律学者，曾联名向全国人大常委会和国务院提交建议书，建议尽快启动《人口与计划生育法》的全面修改，废除生育审批制度，取消社会抚养费制度，还权于民，实现公民自主生育。

在计划生育政策不断调整，社会抚养费的征收政策会不会改变？

对此，杨文庄表示，社会抚养费是国家对不符合法律法规规定生育者的经济限制的措施，是人口与计划生育法确立的一项基本制度。

他表示，公民应当依法生育，社会抚养费作为维护生育秩序的手段，从目前的情况看，仍然有存在的现实需要。社会抚养费存在的一些问题，国家卫计委也很关注，也反复强调，要求依法规范征收主体和征收行为，严格执行收支两条线，做好信息公开，加大监督检查力度，提高依法行政的水平。

杨文庄表示，去年国家卫计委对社会抚养费征收办法做了一些修改，准备上升为国务院的条例。国务院有关部门也按照《立法法》的要求，根据社会的反映以及计划生育工作的实际需要，正在继续做有关的工作，具体什么时候能实施，并没有准确的答复。

失独家庭怎么帮扶？

将细化“失独家庭”扶助政策

一直以来，“失独家庭”的养老难题备受关注。国家卫计委昨日回应称，国务院近期有专门的部署，国家卫计委将细化有关措施，马上就要在全国进一步部署。

杨文庄表示，我国自2008年就全面实施了计划生育家庭的特别扶助制度，对独生子女伤残死亡以后没有再生育或者没有合法收养孩子的夫妻，自女方年满45周岁以后，就对夫妻双方发放特别扶助金。

2013年底进一步提高了特别扶助金标准，对独生子女伤残死亡的分别按照城镇每人每月270元、340元和农村每人每月150元、170元的标准进行扶助，并建立动态调整机制。同时，在养老保障、医疗保障、社会关怀等方面，也做出了全面的制度安排和部署。

据悉，2014年全国领取特别扶助金的特扶对象有77万人，主要是伤残死亡家庭的，其中独生子女死亡的特扶对象是47万人。

杨文庄表示，最近，国务院也有专门的部署，国家卫计委也将进一步细化有关措施，对特殊家庭的一对一的联系人制度，医疗绿色通道的落实都有更加明确具体的要求，马上就要在全国进一步部署。

## 北京4成“单独”家庭申请二胎

2015年07月11日 新京报

在各地单独两孩政策实施后，有声音称民众生育意愿增加有限，政策“遇冷”。对此，国家卫计委昨日在新闻发布会上回应称，单独两孩政策效果正在显现，2014年我国出生人口比2013年增加47万人。再生育申请数量也在平稳增长，目前稳定在每月8万至9万对。

北京已有4.2万人申请生二胎

31-35岁要二胎的女性最多，占办证总数的57%

去年2月21日，北京市人大常委会通过《北京市人口与计划生育条例修正案》，标志北京正式实施“单独两孩”政策。新京报记者昨天从北京市卫计委获悉，截至5月31日，北京市“单独两孩”申请量已突破4万，申请数和办证数分别为42075例和38798例。另据北京统计部门调查显示，符合政策的家庭，有生育二胎意愿的占37.7%。

据了解，按照已通过“单独两孩”审批的育龄妇女年龄段分析，办证数量最大、意愿最“迫切”的，是“80后”群体。31-35岁年龄段的育龄女性最多，该年龄段也就是1980-1984年之间出生的人群，办证数共计22114例，占总比重的57%，接近了六成。

同时，“85后”女性居次，26-30岁年龄段办证数为8897例，占总办证数的22.93%；“75后”即1975-1979年女性办证数量也比较多，这部分人群办证数6785例，占17.49%。

从北京数据来看，低于此前卫生部门对平均每年新增出生人口4万-5万的预期。不过，市卫计委相关负责人表示，该政策对生育行为的具体影响，大概要花上三到五年时间才可较为清晰地看出，因为生育意愿需要逐步释放，转变为生育行为还需要一定时间。

按照北京市统计局近期公布的数据，2014年，北京市常住出生人口为20.8万人，出生率为9.75%，首次突破了9‰，比上年上升0.82个百分点。数据显示，自“十二五”以来，北京常住出生人口逐年增加，出生率稳中有升，去年已达到1991年以来的最高水平。这其中，25-39岁生育旺盛期育龄妇女逐年递增，使得出生人口持续增加。

145万对夫妇提出再生育申请

就单独两孩政策是否“遇冷”的问题，国家卫计委昨日回应表示，单独两孩政策实施到现在符合预期，并称“这是国家卫生计生委负责任的判断”。

十八届三中全会以来，各地将单独两孩政策作为一项重要改革内容。2014年1月，浙江、安徽、江西三省率先启动，3月至6月多数省份集中实施，9月政策全面落地。

国家卫计委介绍，目前我国再生育申请数量平稳增长。监测显示，2014年7、8月，全国每月申请达到15万对左右，目前稳定在每月8万-9万对。

截至2015年5月底，全国145万对夫妇提出再生育申请，139万对办理了手续。河北、辽宁、浙江、山东、湖北、重庆、四川等7省（市）占到申请总量的55.2%。

根据国家卫计委提供的数据显示，单独两孩政策目标人群中约40%有再生育的打算。2014年国家统计局人口变动抽样调查显示，目标人群中43%有再生育的打算，今年初，国家卫计委开展的专项调查显示，39.6%有再生育打算，与2013年比有所下降。

去年出生人口同比增加47万人

国家卫计委称，单独两孩政策效果正在显现。国家统计局数据显示，2014年我国出生人口1687万人，比2013年增加47万人，人口出生率比上年提高0.29个百分点。在育龄妇女持续减少的情况下，出生人口与前几年相比，上升幅度比较明显。

杨文庄表示，从各地情况看，2015年上半年，单独夫妇申请量平稳增长，预计2015年出生人口会比2014年有所增加。

焦点回应

何时全面放开二孩？

生育政策调整须权衡利弊

在今年全国两会上，多位人大代表呼吁全面放开二孩。其中，全国人大代表、广东省中山纪念中学校长贺优琳第五次在全国两会上提出“全面放开二胎”的建议。

国务院总理李克强在今年的政府工作报告中表示，要“推进计划生育服务管理改革”，未再提及“坚持计划生育基本国策不动摇”这样的表述。

就社会关心的何时全面放开二孩的问题，国家卫计委昨日回应称，当前主要任务是继续组织实施好单独两孩政策，加强初生人口的监测，加强政策实施效果的评估，推进计划生育服务管理改革，完善相关的配套措施，为下一步调整完善生育政策创造环境、奠定基础，同时积极做好进一步调整完善生育政策的研究论证工作。

国家卫计委计划生育基层指导司司长杨文庄强调，生育政策的调整事关全局、事关长远，事关人民群众的切身利益，必须权衡利弊，审慎决策。按照中央的部署，依照法定程序，逐步调整完善。我们现在正在按中央的要求抓紧推进有关工作。

社会抚养费会取消吗？

“社会抚养费”仍有存在需要

今年3月22日，来自全国21所高校或机构的50位法律学者，曾联名向全国人大常委会和国务院提交建议书，建议尽快启动《人口与计划生育法》的全面修改，废除生育审批制度，取消社会抚养费制度，还权于民，实现公民自主生育。

在计划生育政策不断调整，社会抚养费的征收政策会不会改变？

对此，杨文庄表示，社会抚养费是国家对不符合法律法规规定生育者的经济限制的措施，是人口与计划生育法确立的一项基本制度。

他表示，公民应当依法生育，社会抚养费作为维护生育秩序的手段，从目前的情况看，仍然有存在的现实需要。社会抚养费存在的一些问题，国家卫计委也很关注，也反复强调，要求依法规范征收主体和征收行为，严格执行收支两条线，做好信息公开，加大监督检查力度，提高依法行政的水平。

杨文庄表示，去年国家卫计委对社会抚养费征收办法做了一些修改，准备上升为国务院的条例。国务院有关部门也按照《立法法》的要求，根据社会的反映以及计划生育工作的实际需要，正在继续做有关的工作，具体什么时候能实施，并没有准确的答复。

失独家庭怎么帮扶？

将细化“失独家庭”扶助政策

一直以来，“失独家庭”的养老难题备受关注。国家卫计委昨日回应称，国务院近期有专门的部署，国家卫计委将细化有关措施，马上就要在全国进一步部署。

杨文庄表示，我国自2008年就全面实施了计划生育家庭的特别扶助制度，对独生子女伤残死亡以后没有再生育或者没有合法收养孩子的夫妻，自女方年满45周岁以后，就对夫妻双方发放特别扶助金。

2013年底进一步提高了特别扶助金标准，对独生子女伤残死亡的分别按照城镇每人每月270元、340元和农村每人每月150元、170元的标准进行扶助，并建立动态调整机制。同时，在养老保障、医疗保障、社会关怀等方面，也做出了全面的制度安排和部署。

据悉，2014年全国领取特别扶助金的特扶对象有77万人，主要是伤残死亡家庭的，其中独生子女死亡的特扶对象是47万人。

杨文庄表示，最近，国务院也有专门的部署，国家卫计委也将进一步细化有关措施，对特殊家庭的一对一的联系人制度，医疗绿色通道的落实都有更加明确具体的要求，马上就要在全国进一步部署。

## 女子开证明跑8个月 媒体曝光后官方处理18人

2015年07月11日 华商报

云南省纪委近日对6月10日央视《焦点访谈》栏目所报道的胡女士为将户口从昆明迁至成都，花了8个月时间办理婚育证明的问题处理情况进行了通报。通报称，相关单位在事件处理过程中存在严重不作为、人为设置条件、服务意识不强、敷衍漠视群众、推诿扯皮问题。目前，多名涉事工作人员、相关责任领导已被处理、问责。

为开个荒唐证明奔忙8个月

6月10日，中央电视台《焦点访谈》栏目以《未婚时如何证明“未婚”一荒唐的证明》为题，报道了胡女士为将户口从昆明迁至成都，花了8个月时间办理婚育证明的问题。



报道中，胡女士想要将户口从昆明迁至成都，被要求开一张“未婚证明”。而为了开这一张证明，胡女士来来回回从成都到昆明至少跑了4趟，不停地跑，打过电话让朋友帮忙跑腿，更是无数。胡女士也因此陷入一个怪圈：能给她开证明的这个单位，它需要另一家单位的证明，但是另一家单位又需要上一家单位的证明，关键在于每一个部门都说，“我知道你是未婚，可是我不能给你开这个”。

报道播出后，云南省委、省政府高度重视，要求坚决整治慵、懒、散、混以及不作为、慢作为、乱作为等履职不到位、任务不落实等行为。

多名相关责任领导被问责

通报称，经查，胡女士自2014年10月起，到2015年5月21日办理婚育证明过程中，昆明市盘龙区茨坝街道办事处黑龙潭社区窗口工作人员存在严重不作为问题；五华区民政局窗口工作人员存在人为设置条件问题；五华区档案馆工作人员存在服务意识不强、敷衍群众问题；五华区莲华派出所工作人员存在漠视群众合理诉求问题；云南省大中专毕业生就业指导中心窗口工作人员存在推诿扯皮问题。

通报称，中央电视台曝光的这一起“办证难”问题，是发生在云南省窗口单位和行业的“门难进、脸难看、事难办”及“门好进、脸好看、事难办”，推诿扯皮、敷衍塞责的典型问题，是发生在群众身边的“四风”突出问题。

经昆明市纪委、监察局决定，对盘龙区茨坝街道办事处黑龙潭社区居委副主任、计生专干曾穗玲，五华区民政局窗口工作人员倪端，五华区档案馆窗口工作人员田应霞进行党纪政纪立案调查；给予盘龙区茨坝街道办事处、五华区民政局、五华区档案馆共5名责任领导停职检查、4名责任领导通报批评的问责处理；对盘龙区副区长易迎霞，五华区区委常委、常务副区长王迅给予诫勉谈话问责。

经省公安厅决定，对五华公安分局莲华派出所户籍民警张雪蓉政纪立案调查；给予莲华派出所所长杨成诫勉谈话、通报批评问责；责成五华公安分局党委向昆明市公安局党委作出深刻书面检查。

经省教育厅决定，给予省大中专毕业生就业指导中心工作人员汤莉佳降低岗位等级处分；给予省大中专毕业生就业指导中心主任方伟取消评优评先资格、责令作出书面检查问责。

## 20多名越南新娘同天失踪

2015年07月13日 大江网

已有一周没有消息了，乐平市镇桥镇李京村的李长生仍然心存侥幸，希望与他朝夕相处13天的新婚“妻子”回家。

一周前，在同一天里，这个镇20多名外籍新娘集体失踪，新郎落个人财两空的结局。

刚“买来”的老婆几天就跑了

李光伟是乐平市镇桥镇渡头村村民。6月20日，嫁到邻村护里村一名自称是小红的女子告诉他，有多名越南籍女子待嫁，希望李光伟去相亲。考虑到小红本人就是越南籍女子，嫁到该村已有一段时间，李光伟欣然前往。双方见面后，李光伟对其中一名自称阿文的女子很满意，在给了小红5.1万元后，李光伟便将阿文带回家完婚。

“自从到我家后，阿文非常勤快、贤惠，对父母也很尊重。”李光伟说，谁知道就在7月7日，跟他相处才半个多月的阿文没有消息了。

今年70岁的李光普早年丧妻，含辛茹苦将两个儿子拉扯大。如今大儿子46岁、小儿子也30多岁，因为家境贫寒，两个儿子一直未娶。李光普向亲戚借，凑足了7万元找了越南媳妇为两个儿子成了家。李光普说，儿媳妇的表现着实令家人开心，不过3天之后，两名儿媳妇就“跑路”了。

娶本地姑娘花费近20万

外籍新娘跑路，在当地也不算什么新鲜事。记者采访了解到，很多村民对这事多少都有心理准备。

“其实一直也担心，但我还是希望娶个老婆能过一辈子。”村民李长生说，在付款之前，他也知道很多外籍新娘失踪的事情。

当地多名村干部告诉记者，按照当地风俗，娶个本地姑娘总计花费高达近20万元，光是见面礼就要8万元。当地的农民一般外出务工，每年积蓄也就2万元左右，为儿子找个本地媳妇结婚，10年的积蓄全没了。之前也多次提醒这些村民，买来的媳妇有逃跑的风险，但是他们由于自身条件有限，加上难以承受当地娶媳妇的巨额开销，最终很多人还是选择交钱成亲。

“嫁到我家之初，我们发现儿媳妇在家与常人一样，但出门时的打扮很奇怪。”李光伟的妈妈邹春荣说，每次出门，不管什么天气，儿媳妇总是戴着墨镜和口罩，还用纱巾蒙住脸。儿子提出拍婚纱照，儿媳妇也以各种理由推脱，就连用手机拍照，也被要求当场删除。事后她才反应过来，原来儿媳妇逃跑可能是早有预谋的。

采访中，村民告诉记者，这些外籍女子出门时都是这样打扮。“跑路”当天，这些女子均骑着电动车去了城里，在各自向“丈夫”打电话通知电动车停放的位置后，全部失踪了。

据介绍，虽说这些新婚夫妇没感情基础，但进了家门，家长们还是把媳妇当作亲女儿一样看待，最后还是竹篮打水一场空。采访中，村民告诉记者，这些家庭大多是因为难以承受当地动辄数十万元的高额婚嫁彩礼，否则谁也不愿意去冒这个风险。正因为这样，才让此种非法买卖婚姻有了市场。

外籍新娘诈骗案例不少

买来的媳妇跑了，这事在当地传开，大家陆续到公安局报案，一统计还真不少，至少有20人。

其实，早在 2012 年 6 月，乐平市双田镇就有 8 名越南新娘集体失踪，多名村民人财两空，至今音讯全无。对此，有关人士说，农村未婚青年娶外籍新娘，对对方了解很少，存在较大风险，很可能人财两空。同时，婚姻应建立在双方互相了解的基础上，才能幸福长久。

近年来，我省多地发生越南新娘集体骗婚案件，仅仅在去年，广丰、星子等地就发生数十名外籍新娘骗婚逃跑事件。今年 3 月，婺源警方捣毁一个特大越南新娘诈骗犯罪团伙，在多省市抓获涉案人员 11 名。警方查证，此案为有组织骗婚牟利团伙犯罪。犯罪嫌疑人为家贫的农村单身青年介绍外籍新娘，以收取“彩礼”为由诈骗钱财，待钱财收到后，便择机组织集体逃跑。乐平市农村青年被骗婚事件，从案情来看，与上述几乎如出一辙。

当地公安机关提醒，对于这类涉外婚姻，一定要对方取得中国的合法证件才可以，否则就有可能人财两空。目前，当地警方正进一步加大力度侦破此案。

## 中国人离婚太方便了？

2015 年 07 月 13 日 凤凰新闻 魏巍

民政部近期最新公布的统计数据显示，2014 年全国共办理离婚登记 363.7 万对，比上年增长 3.9%；自 2003 年以来，中国离婚率已连续 12 年递增；80 后的年轻人成为离婚大潮中的主力军。自古以来，中国人就讲究“宁拆十座庙，不毁一桩婚”，离婚是几十年前才出现的事情。可是，中国的离婚率为什么节节攀升，真的是今天的年轻人太草率吗？

### 【导语】

近日，有媒体报道，在广州想要离婚成了一件难事。天河区要等一个月，海珠区也要等半个月……因离婚者爆满，婚姻登记处称人手严重不足，只能排队。

与此同时，民政部近期最新公布的统计数据显示，2014 年全国共办理离婚登记 363.7 万对，比上年增长 3.9%；自 2003 年以来，中国离婚率已连续 12 年递增；80 后的年轻人成为离婚大潮中的主力军。

自古以来，中国人就讲究“宁拆十座庙，不毁一桩婚”，离婚是几十年前才出现的事情。可是，中国的离婚率为什么节节攀升，真的是今天的年轻人太草率吗？

中国古代想休妻也并不容易

在中国古代，总体上实行的是专权离婚制度。特点是丈夫享有离婚的特权；对妻子来说，婚姻是不可离异的。

虽然古代离婚没有现代这么复杂，但也有相应的规定——“七出”，只有妻子在“不孝顺公婆、不生育儿子、与人通奸、嫉妒丈夫的妾、患恶性传染病、多嘴多舌、擅自挪用家庭财产”时，丈夫才可以休弃她。最典型的是南宋著名诗人陆游和表妹唐婉离婚一事，陆游和唐婉情投意合、恩恩爱爱，可是陆母不喜欢唐婉这个儿媳妇，便逼迫陆游休妻，理由就是“不孝”。

不过，古代礼法也设有例外情况，以“三不去”对“七出”进行限制：给公婆服过三年丧的、曾与丈夫同甘共苦现在富贵的、无娘家可归的妻子，不能被休弃。

中国古代虽然是男权社会，妇女需要遵从“三从四德”，但男子并不可以任意休妻，因为夫妻的离异受到家族观念的支配。古时候十分重视社会关系的稳定，离异并不被提倡，所以离婚率总体也很低。

东汉的冯衍，年老出妻，遭人批评；宋代以后，士大夫多认为出妻的人没有品行；至于一般农村，出妻的情形更为少见，这是受到经济因素的限制，离婚使家内劳动力减少，再娶的负担也很重；此外，名分观念也有影响，在“夫妻义重”的普遍想法下，也不敢轻言离婚，对他人夫妻是劝和不动离的。

1950 年代，中国迎来了第一次离婚高潮

从清末制定的《大清民律草案》，到 1930 年 12 月通过的《中华民国亲属编》，均试图以法律来取代中国传统的婚姻家庭制度，但依然很难革除旧的婚姻制度陋习，中国式婚姻仍然处在延续数千年形式之下。

直到 1950 年 5 月 1 日，《婚姻法》付诸实施，彻底颠覆了“父母之命，媒妁之言”的传统婚姻，很多中国人也在此时第一次意识到，原来女人也是有“休夫”的。

据统计，1953 年，中国出现了第一次离婚高潮，当年的离婚案件在 100 万件以上，而当时全国人口只有 4 亿左右。出现离婚高潮的主要原因是，之前延续下来的一夫多妻、童养媳、小女婿等传统婚姻关系得到了终结。

而从 1951 年至 1956 年间，全国大约有 600 万对离婚夫妇，从而形成了巨大的女性单身人口，这被社会学家成为中国历史上第一次“单身潮”。

上世纪六七十年代，婚姻受到政治运动的冲击

从 1957 年到 1976 年的 20 年间，中国经历了一系列的政治运动，1950 年婚姻法建立起来的婚姻家庭制度受到了极大冲击，成为“被遗忘的法律”。自反右运动开始至文化大革命结束，中国处于一个政治高于一切的年代，婚姻亦循此规律。

那时中国人在政治上被划分为三六九等，“红五类”的革命干部、军人、工人、贫农和下中农，被打入“黑五类”的地主、富农、反革命、坏分子和右派。“红五类”之间的通婚是理所当然的，“黑五类”只能与“黑五类”联姻，有些“黑五类”终身与婚姻绝缘。

离婚也不自由了。中国政法大学婚姻法专家巫昌桢曾说：“曾经有一对农村夫妻要求离婚，法院判决不允许，并在判决书上写道：‘你们都是贫下中农子弟，没有什么根本冲突，有什么理由要离婚呢？’一些感情很好的夫妻

由于政治的原因被迫离婚也不在少数，我就曾经在法院门口目睹过离婚夫妻抱头痛哭的情景。”

直到 20 世纪 80 年代，中国人终于可以把“感情破裂”作为离婚理由了

1980 年，中国颁布了第二部《婚姻法》，其中最大的变革就是离婚制度。这部《婚姻法》对离婚的法定理由做了一个实体性的规定，将“感情确已破裂”作为离婚的条件。这一条款在起草时，成为争议最大的一条。

“遇罗锦离婚案”就是在这—背景下发生的。出生于知识分子家庭的遇罗锦当时迫于生存压力，嫁给了一名普通工人。两年后，遇罗锦以“没有感情”向法院提起了离婚诉讼。诉状中有这样一个例子：有一次，他们一起去香山赏红叶，可走到一半，她丈夫忽然想起菜市场正在卖处理的黄花鱼，于是赶去排队买鱼了……遇罗锦说：“我应当结束这种没有爱情的夫妻生活。”而她的丈夫却认为她是过河拆桥，忘恩负义。

遇罗锦离婚案，引起了一场离婚标准究竟应该是“理由说”还是“感情说”的社会大讨论。报纸批判她不检点，有人称其“堕落”，法院审判更是一波三折，但遇罗锦最终还是离婚了，个人意志受到了尊重。

2003 年之后，中国成高离婚自由度国家

从上世纪 80 年代到 2003 年，在中国协议离婚有一个月的审批期，很多夫妻就是在这个期间后悔，决定不再离婚；2003 年 8 月颁布的《婚姻登记条例》取消了审批期的规定，在中国申请协议离婚是“立等可取”，结婚后当日离婚也无限制。即使是诉讼离婚，一审一般时长为 6 个月，二审为 3 个月，法院第一次不判离的话，半年之后可以重新起诉，第二次起诉法院一般情况下会判离。

相比之下，中国是世界上离婚很自由的国家了。

在法国，如果夫妻一方要求离婚，必须分居三年以上，除非对方有严重过错。如果公民双方协议离婚，也规定在夫妻结婚后六个月内不得离婚，如果六个月后共同申请离婚，还要 3 个月的考虑期。

在德国，根本不承认协议离婚，即使双方都愿意离婚也要经过法院审查同意，且要求双方分居一年以上才可能申请无争议离婚。如果是一方申请诉讼离婚，则要求分居三年以上。

英国要求双方若协议离婚，则从第一次声明之日起要经过九个月的反省考虑期，才能再次申请离婚，而对于诉讼离婚，则要求先分居两年，若被告同意离婚才同意判决离婚，若被告不同意离婚，则要求起诉前连续分居五年。

离婚方便导致中国人离婚很草率？

根据民政部发布的《2014 年社会服务发展统计公报》，自 2004 年以来，中国离婚率连续 10 年递增；2012 年全国粗离婚率为 2.3%，比 2011 年增加 0.2 个百分点，首次超过结婚率增幅；2013 年更攀升至 2.7%，增幅再次跑赢结婚率。这个离婚率已经超越了同处东亚的日韩，直追美国了。

有人认为，离婚手续太简单，很多人一时冲动也就把婚离了。根据苏州市民政局发布的数据，2014 年苏州“冲动型离婚”数量占总离婚人数的比例已超过了 1/3。这也是很多地方出台“离婚限号”政策的初衷。

但是，中国离婚率逐年走高的根本原因在于，现代婚姻制度的变化。婚姻的基础也就不再只是生儿育女。爱情和幸福成了婚姻的基础。由于爱情的主观易变性和不确定性，婚姻稳定基础变得不牢靠。如果男女在一起一段时间后，爱情不在了，或者不幸福了，大家很容易选择离婚，寻找下一段幸福和爱情。

同时，越来越多的女性因为家暴选择了离婚。据全国妇联的统计，全国 2.7 亿个家庭中，有 30% 的已婚妇女曾遭受家暴。2004 年以来，妇联受理家庭暴力投诉量每年都在 4 万至 5 万件左右。家庭暴力，是很多婚姻走向终点的原因。

而且，现在的夫妻不愿意像以前那样选择“隐忍”、不再信奉“凑合着过吧”。以前羞于启齿的性生活不和谐，现在也被一些夫妻当成离婚理由大方的提出来了。北京市朝阳区法院 2008-2010 年受理的 200 件离婚诉讼进行的一项调研，100 件来自高档住宅区的离婚诉讼中，有 8 件把“性生活不和谐”写进了判决书。

离婚率的攀升，与社会的变化也密不可分。如婚外情的增多，成为离婚的重要推手，郑州市婚姻登记处工作人员沈瑞敏调查 220 对离婚夫妇，发现婚外情导致离婚的占比 20%。再如城市化进程中，农民工难以在城市安家导致夫妻分居，引发大量离婚。

而在城市中，不合理的行政政策也催生出不少假离婚：2014 年 8 月，郑州市房管局发微博宣布取消限购。当月，郑州市区商品住宅销量狂涨，而离婚人数呈下降趋势。而在广州，不少家长为了孩子上名校也办理了假离婚。

而在“80 后”的离婚案例中，还出现了一些新变化。根据北京市崇文法院 2009 年的统计，在“80 后”离婚中，父母参与的痕迹较多，占了九成以上。

稳定的婚姻是人生幸福与社会和谐的基础，这种认识并不过时

对于中国离婚率的增长，有不少专家认为未必是坏事，他们认为离婚率增长体现出的个性解放和人们对高质量婚姻的追求是可取的。如中国社科院研究员李银河认为“离婚率攀升不一定是坏事”，深圳大学社会学系主任易松国则表示“很难简单评价离婚率升高的祸福”。

如前面的分析，中国离婚率攀升并不完全是因为冲动草率，很多离婚是为社会问题买单。但无论何种原因导致的离婚，同样会造成新的社会问题，比如代际失调、家庭教育漏洞……这必须面对。以前用“凑合”维持的低离婚率固然不可取，但切不可反过来以为高离婚率才是好事。稳定的婚姻是人生幸福与社会和谐的基础，这种认识并不过时。

中国的高离婚率是该引起社会重视了。“限号离婚”之所以被吐槽，是因为民政部门在设置障碍、以行政的方

式进行变相干涉，这显然与现行的《婚姻法》精神是相悖的。但前文也提到，很多国家在离婚制度设计上，都以不同称谓或形式规定了冷静期或等候期，中国想要降低离婚率，可以在离婚的制度设计上借鉴或者采用，而不是由行政部门自己出台个“限号政策”。

## 联合早报：家庭环境或是中国离婚率上升重要原因之一

2015年07月14日 环球时报 作者孟丹丹

新加坡联合早报网7月13日文章，原题：离婚率连续12年递增，中国去年逾360万对夫妇离异

夫妻双方经济的独立，家庭生养后代功能的弱化，社会舆论的宽松，以及现代婚姻观念的多元化都让“执子之手，与子偕老”的传统婚姻誓言难以成为现实。

婚姻观念的改变带来的结果就是离婚家庭数目上升。上月，民政部发布中国婚姻状态公报称，中国离婚率已连续12年递增。2014年全国有1306.7万对人结婚，363.7万对离婚。

有社会舆论将稳增不落的离婚率视为令人担忧的现象展开讨论，剖析中国式离婚的各种原因。其中闪婚闪离、离婚比率最高的80后独生子女成为众矢之的。

北京大学婚姻法专家马忆南教授表示，并不认同年轻人对婚姻的草率态度导致离婚率上升。她说，年轻人比老一代更谨慎。她说：“年轻人现在大都先试婚才结婚，而且要物质基础，哪个人不慎重？即使自己不慎重，父母也要考察，尤其女孩子比过去更谨慎了。”她还说：“男孩还要买房，经济上这么大压力，能随随便便结婚吗？就是他自己愿意，父母还不答应呢。”

专家认为，中国独特的“4-2-1”家庭环境其实是婚姻更难维系的原因之一。马忆南举例说：“一对独生子女，上面有几位老人。本来是小夫妻间的小矛盾，如果两个家庭参与进来，矛盾就会越来越激化，最后上升为两个家庭的矛盾。而两个家庭一旦参与进来，一般就是破坏性的，而且破坏性比较大。”（作者孟丹丹）

## 取消“你妈是你妈”类证明并不难

2015年07月15日 新京报

社论

地方取消“你妈是你妈”类证明，没那么难。在明确哪些证明是非必要的该取消，哪些可以合并时，在制定相关清单与改革时间表时，可考虑由省市县区直属单位负责统一协调，避免部门间各自为政造成的行政壁垒。

“奇葩证明”现象前不久屡被聚焦。在此背景下，一则新闻受到了舆论关注：河北衡水市公安局13日透露，该局目前已出台规定，依法不再出具“健在证明”、“亲属关系证明”等10种证明材料，以解决类似“你妈是你妈”的荒唐证明和证明过滥问题。这也是河北省公安机关首次出台此类规定。

衡水市能一次性取消10种被坊间称作“奇葩”的证明，既是种制度化做“减法”，也说明了，那些困扰民众的诸多繁缛证明取消并没那么难：实质上，这些证明基本上都可以经由其他路径核实，而非必须由当事人提供。各地完全可以将这些非必要的证明尽早砍掉。

但就目前来看，像衡水这样以制度化路径，积极推动取消“奇葩证明”的地方并不多。尽管在李克强总理屡次痛斥后，国务院在清理面向公民的非行政许可审批，而公安部也启动身份证“一卡通”数据平台建设计划等，但在自上而下推动改革的过程中，地方呼应的力度跟民众预期仍有距离。此前媒体就报道，一直以来，在市县“土政策”牵掣下，非行政许可事项向下逐级增设是常态，在这些许可的清理上，地市和县区完成清理的比率又较低，导致市县一级“奇葩证明”尾大不掉。

在此情境下，取消“奇葩证明”，不能只是国务院、部委等发力，地方也应积极跟进、主动作为，甚至先行先试，以切实的制度化举措呼应“简政放权”要求，而不一定非要等上边推一推下边才动一动。

还应看到，衡水市取消的10种证明，是由当地公安部门推动的，这些证明也属于公安的职权范畴。可如当地公安部门所言，现实生活中那些名目繁多的证明，相当一部分或者不必要，或者不在公安职权范围内。也就是说，涉事公安部门取消了其要求出具的证明，不等于其他部门的各类证明也能一同取消。很多人就担心：衡水公安部门不再出具这10种证明材料后，民众去其他地方、部门办事时，还需要其中的某些证明。结果，反而制造了更多麻烦。

因而，“奇葩证明”的取缔，靠某个部门单方行动是不够的，而必须加大部门之间的协调联动，在地方政府深化改革的大盘子里统筹协调、一体推进。毕竟，在盘根错节的行政权力架构中，部门间也常常存在利益博弈。基于此，在明确哪些证明是非必要的该取消，哪些可以合并时，在制定相关清单与改革时间表时，可考虑由省市县区直属单位负责统一协调，避免部门间各自为政造成的行政壁垒。而剥离“奇葩证明”，本身也有赖于部门信息的互联互通，相互核实、印证，在这方面，各地也应结合“智慧城市”建设，建立起信息共享的大数据平台。

说到底，衡水相关做法已昭示了，地方层面主动取消“你妈是你妈”类证明不难，这既需要地方在压力传递机制下，积极采取措施去取消“奇葩证明”，也需要相关职能部门之间打通信息壁垒，而非哪个部门单兵突进。

广州离婚登记“限号” 最长等待1个月

离婚“限号”该叫好还是叫停？

2015年07月15日 A02：声音·综合 稿件来源：上海法治报

据《广州日报》报道，近期，广州市民想在天河区办理离婚，至少要等上一个月，想在海珠区办理离婚，

也要等上半个月。记者登录广州市婚姻登记网上服务系统的离婚登记预约网页查询发现，天河区离婚登记本月已经约满，最快要到8月9日才能办理离婚；而海珠区除本月23日外，全部约满；其他一些区的情况也差不多。面对如此“排队离婚”景观，有人调侃说：限房、限车，看来不久离婚登记也要“限号”了。

### 排队离婚中的真真假假

有人将离婚率上升的原因归结于生存压力、性情浮躁乃至暴热的天气。据说，周一是离婚高峰中的高峰，天气热，心情烦躁，很多夫妻休息日在家吵一架，一时气不过，星期一早早就跑来离婚了。据笔者亲身经历，综观离婚百态，别的不敢妄言，“房子”问题肯定算得上是重要原因之一。

记得十几二十年前，单位搞房改，大多以“户”为单位，无论双职工还是已婚(离婚)单职工，每户只可分配一套福利房。结果，好多双职工突击“离婚”，一户变两户，一时间开离婚证明的人挤满了人事科，那年公司“离婚”人数破天荒创了纪录。

最近，深圳房子暴涨，聊天中得知一个熟悉的同事突然“离了”。问其原因，他狡黠一笑：离婚是真，但“离婚”又是假。因为，办了“离婚”，现有房产划归前妻，自己名下无房，这样再购房就属于“首房”。如此，既可以享受30%的首付，还可以享受“首贷”的利率优惠。难怪有人叹道：真所谓，上有政策下有对策。

地方政策关乎民生，新政出台一定要接“地气”，具有可操作性，尤其是那些关涉千家万户重大利益的公共政策，一定要兼顾各种群体的利益，审慎决策。否则，新政或无法操作，形同虚设；或“按下葫芦浮起瓢”，衍生一系列新问题。诸如按“户”分房、按“房”行贷，必然诱使一些人“因利离婚”。

### 谨防“限号离婚”好心办“坏事”

一些民政局限号离婚初衷可以理解，毕竟传统文化是“劝和不劝离”的，但用限号的行政手段给离婚设置了门槛，“挽救一些气头上冲动离婚的家庭”貌似合情合理很“人性化”，但该做法不仅违法，而且也未必真能挽救婚姻，甚至还容易对真正急需“脱离苦海”的婚姻不幸者造成更大的二次伤害！所以“离婚限号”的手法不高明也不科学，没有解决导致离婚的本质问题，不可能真正降低离婚率飙升的油门。而一旦阻塞了婚姻不幸者及时摆脱困境的渠道，则极易导致矛盾激化，延长不幸者的痛苦，甚至导致悲剧的发生。

更何况《婚姻法》有婚姻自由的规定：2003年《婚姻登记条例》明确规定，如果婚姻当事人的离婚申请符合协议离婚的有关规定，婚姻登记机关应当当场予以离婚登记，颁发离婚证。据此，很明显，“限号”干涉当事人婚姻自由。

总之，尽管我国传统文化“宁拆十座庙，不破一桩婚”，但“限号离婚”仍明显有违离婚自由的法规，甚至会给民众带来忧虑：只要政府单位是出于好意的，就可以打着道德的“旗号”来“绑架”法律，变相违法行政了。

### 离婚限号虽能治标，制度缓冲才能治本

民政局推出“离婚限号”的奇招，或许是出于好心让当事人有时间静一静，但这种人为限制的做法治标不治本。如何规避“离婚限号”的尴尬，力求在情与法的两难困境中寻出一条合理合法的处置之道，制度性缓冲便成为上上之策，即通过立法的形式为婚姻家庭的解体设置必要与科学的缓冲期和路线图。

首先，在离婚的提出权限上应当修改新婚姻法，限制或者缩小过错方的离婚权，杜绝有过错方当事人钻法律空子。其次，在过错离婚案件中，法院应该根据有过错一方对另一方造成的损害程度以及婚姻当事人的经济状况等决定赔偿的数额。除此之外追加第三人的损害赔偿，坚持源头预防与事后处理相结合，以遏制其不断上升的趋势。最后，在离婚标准上，将夫妻感情破裂改为婚姻关系确已破裂。相对比而言，婚姻关系破裂涵盖了造成婚姻破裂的所有内容，并辅之以列举性事由，更具有立法上的科学性和实践上的可操作性，是更客观、更合理的。

离婚限号虽奇葩，但透视出的保卫婚姻、挽救家庭的警示信息值得关注。如果说规劝已濒临离婚边沿的婚姻尚属最后撮合的治标之举，那么，矫正社会步入误区的婚姻观念，加强对已婚男女的情爱教育、责任引领与纠纷处置，则不无釜底抽薪的治本功效。

### 离婚要排队 自古忠孝难两全

主动限号也好、被动延期也罢，离婚不易，确实给了当事人“多一段”的冷静期。这难免让人想起近日民政部发布数据，2003年以来，我国离婚率已连续12年呈递增状态。

稳固的婚姻关系，历来被国人看得特别重。事实上，传统的社会结构中，婚姻状况确实也是重要的变量。十年来，中国离婚率上升，但离婚率高了，未必就是出现婚姻危机。“法国结婚率降至战后最低水平”、“韩国结婚率创历史新低、女子初婚年龄29.8岁”等新闻也不少，晚婚晚育、离婚或不结婚的现象，在国际社会也一样是共性的现象。想明白了，就不觉得离婚证是道德污点证明。

无须在离婚程序上设坎纠结。此前，某城市流传着婚姻登记处“最美红娘”的故事：9年间，当事人以“打印机坏了”、“网络故障”等善意谎言，挽救了500余对濒临破裂的婚姻。但，为了不让当事人离婚而虚与委蛇，究竟是怎样的公共服务呢？这份初心，弥足可贵。只不过，自古忠孝难两全。公共服务部门，就是为公民提供服务的，真要劝其不离婚，不妨把工作做在当事人走进婚姻登记处之前。

(未言 整理)

## 全面二孩政策最快年内实行 后续新进展将公布

2015年07月22日 环球网

“单独二孩”政策全面落地一年多后，中国生育政策有望在审慎评估的前提下，再度适时调整。

一位不愿透露姓名的参与政策调研人士向《第一财经日报》记者透露，包括国家卫生和计划生育委员会（下称“卫计委”）在内的相关方面已经着手就全面放开二孩政策进行评估和推进。

上述人士表示，如果推进顺利，全面二孩政策最快可能在年内就开始实施。

卫计委新闻发言人宋树立 7 月 20 日回应本报询问时表示，全面二孩政策进展的最新口径以 7 月份卫计委例行新闻发布会上的说法为准。

当时，卫计委计划生育基层指导司司长杨文庄在回应记者关于“何时全面放开二胎”的问题时表示，要积极做好进一步调整完善生育政策的研究论证工作，同时强调了“权衡利弊，审慎决策”，“正在按中央的要求抓紧推进有关工作”。

宋树立对本报记者表示，下一步关于这项工作的任何新进展，都会通过新闻发布会的形式向社会公布。

政策评估调研正在进行

7 月 10 日，杨文庄公开表示，卫计委已经关注到社会对全面放开二孩有很多的呼吁和期待。“当前主要任务是要继续组织实施好单独二孩政策，加强出生人口的监测，加强政策实施效果的评估，推进计划生育服务管理改革，完善相关的配套措施，为下一步调整完善生育政策创造环境、奠定基础。”他说，同时也要积极做好进一步调整完善生育政策的研究论证工作。

对于生育政策的调整呼声，杨文庄强调，按照中央的部署，依照法定程序，逐步调整完善。外界注意到，“正在按中央的要求抓紧推进有关工作”是近来卫计委官方对于全面放开二孩呼声较为明确的回应。

据《第一财经日报》了解，目前卫计委正在组织人员分赴到部分省份，在基层计生干部层面开展调研，为未来的政策转变做准备工作。

知情人士披露的一个细节是，今年山西省卫计委本来准备提出申请，将实施了整整 30 年的翼城农村二孩试点（农村妇女只要不早于 24 岁生育第一胎、不早于 28 岁生育第二胎，便符合计划生育政策）扩大到全省十分之一的人口范围。相关主管部门给出的回复是，全面二孩政策将很快实施，扩大翼城二孩试点已经没有必要。

卫计委一位官员向《第一财经日报》记者表示，当前和下一步的生育政策变化会严格按照党的十八届三中全会决定实施，即逐步调整完善生育政策，促进人口长期均衡发展。

中国人民大学人口与发展研究中心人口学者顾宝昌告诉本报记者，高层对生育政策调整问题十分重视。

今年 3 月份，顾宝昌参与的相关生育政策研究课题组第三次向中央提交生育政策调整建议书，建议全面放开二孩生育。他称，高层领导对建议书做了批示，要求相关部门进一步做好调研，更好地为生育政策的决策服务。有关部门已经组织调研力量深入到全国西部、中部、东部各个省，调研报告已经完成，供决策参考。

洞悉官方表态

由于人口数量和结构的变化，中国在上个世纪七八十年代开始实施的计划生育政策在最近几年加快了调整的步伐。

2013 年 11 月份，十八届三中全会审议通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》提出，启动实施一方是独生子女的夫妇可生育两个孩子的政策，逐步调整完善生育政策，促进人口长期均衡发展。

当年 12 月份，全国人大常委会通过调整完善生育政策的决议，单独二孩政策依法启动实施。

今年 3 月份，全国两会政府工作报告中，延续多年的“坚持计划生育基本国策不动摇”提法没有出现。

李克强总理在记者招待会上回答关于人口政策提问时表示，去年已经开始实施单独二孩政策，现在正在推进，也正在进行全面的评估。“我们会根据评估的结果，也考虑中国经济社会发展和人口结构变化的情况，权衡利弊，但是必须依照法律程序来调整和完善人口政策。”

一个月后，宋树立在卫计委例行发布会上表示，单独二孩不是句号，往下走的目的就是要促进人口的长期均衡发展。

顾宝昌认为，从中国人口结构和总和生育率（一个国家或地区，妇女在育龄期间的人均生育子女数）水平看，全面放开二孩政策非常紧迫。当前正处在政策变动的转折点，有关部门应该做好预备动作，应该让全民尤其是计生系统都认识到，中国人口已经进入生育水平长期走低与人口老龄化不断加剧叠加的新常态，不能再用过时的老观念去看人口面临的新问题。

全面放开对人口冲击或有限

从双独二孩到单独二孩，再到正在推进中的全面二孩，中国生育政策的逐步调整背后是中国人口结构的巨大变化

根据卫计委 7 月份最新公布的数据，2014 年中国 0~14 岁低龄人口占总人口比例为 16.5%，比 2010 年第六次全国人口普查降低 0.1 个百分点，低于世界平均 26% 的水平。60 岁及以上老年人口不断上升，从 2010 年 13.3% 提高到 2014 年的 15.5%。同时，劳动年龄人口从 2011 年开始连续三年出现净减少，老龄化加速和少子化加剧并存的人口结构问题十分突出。

更值得担忧的是，中国社科院、人民大学等多家研究机构的调研显示，中国部分地区“80 后”、“90 后”群体的生育意愿比较低。

根据卫计委的统计，从去年单独二孩政策实施到今年5月底，全国共有145万对单独夫妻提出再生育申请，目前申请单独二孩再生育数量稳定在每个月八九万对。考虑到全国单独夫妻总量约在1100万对，申请再生育的比例仅在13%左右，在相当程度上反映了目前整体生育意愿走低的状态。

单独二孩政策在全国范围内遇冷之后，全面放开二孩政策的呼声进一步高涨。多家研究机构以及多位政协委员、人大代表提出了尽快全面放开二孩的建议。

中国社会科学院发布的《经济蓝皮书：2015年中国经济形势分析与预测》认为，中国目前的总和生育率只有1.4，远低于世代更替水平2.1，已经非常接近国际上公认的1.3的“低生育陷阱”，应尽快从单独二孩向全面放开二孩政策过渡。

南京大学人口学者陈友华此前接受《第一财经日报》专访时表示，过去30年中国经济的发展得益于人口红利，但由于少子老龄化，将不可避免地进入人口负债阶段。日本因为少子老龄化导致的经济停滞值得中国警醒。

顾宝昌认为，从目前的总和生育率水平和生育意愿看，全面放开二孩后，总和生育率也不可能达到2，还是低于人口世代更替水平(编者注：根据人口学者的测算，中国由于出生人口男女比例失衡，总和生育率在2.3左右才能达到世代更替水平)。

在中国社科院人口与劳动经济研究所所长张车伟看来，老龄化的大势已定，但放开全面二孩政策有可能使老龄化的曲线有所平滑。他认为，由于双独二孩、单独二孩政策早已经放开，全面放开二孩的受益人群只有非独群体。这部分人群中，“80后”、“90后”生育二孩的积极性较低，“70后”虽然相对可能再生育意愿高一些，但是由于大部分已经接近育龄晚期，真正能生育二孩的也有限，不可能造成过大的生育堆积。

### 深圳人离婚 5 成 因婚外情

2015年07月30日 南方都市报 见习记者 罗典

近日，关于中国离婚率连续12年上升的报道备受关注，其中“深圳离婚率位居广东省第一”更引深圳人关注。深圳近年究竟有多少对夫妻离婚，各个区离婚群体又呈现怎样的特点呢？

离婚人数上升与常住人口增长有关

据深圳市民政局统计数据深圳市登记离婚数量为：

深圳市民政局工作人员分析，由于深圳市每年的常住人口不断增加，深圳市离婚人数呈上升趋势很正常，深圳同年结婚人数与离婚人数相比在10:1.5到10:3之间，属于正常范围，目前深圳同年结婚人数与离婚人数的年平均比例一直在5:1左右。

离婚原因各区差异明显

2012年，深圳市部分区民政局联合专业婚姻咨询机构深圳市维家婚姻家庭事务指导中心在婚姻登记处设立公益婚姻辅导室。进行婚姻辅导期间，工作人员分析发现深圳市离婚原因主要集中在7个方面。同时，由于各区因发展定位、人口数量、人口特点等不同因素相互影响，离婚特点差异化日趋明显。

深圳人离婚原因分析

婚外情 50%

家庭暴力 10%

复杂婆媳关系 20%

性生活不和谐 2%

经济纠纷 5%

恶习 5%

其他 8%

广东省婚姻家庭咨询师协会会长刘伟民说，目前婚外情是深圳婚姻最大的杀手。很多夫妻在经济条件好转后，开始寻找生活新的乐趣，弥补曾经因为专注工作而错过的休息时间。社交网络软件的普及、娱乐生活形式日益丰富，为夫妻提供的选择更为多元化，一旦一方思想出现动摇，婚姻极易陷入婚外情危机。

部分区离婚特点分析

福田区

数据：2014年常住人口 135.71万

结婚登记 15987对

离婚登记 4083对

特点：30岁~40岁占离婚人数主体，家庭“冷暴力”频发。

分析：福田区是市中心区，经济产业集中为金融、传媒等行业，人口具有一定的社会地位和知识素养，个人的隐私意识较强，夫妻间缺乏沟通的情况普遍。

宝安区

数据：2014年常住人口 273.65万

结婚登记 6118对

离婚登记 1897对

特点：因夫妻一方或双方出现恶习离婚情况较多。

分析：宝安区原地居民较多，拥有出租房等多种收入来源，居民富裕程度较高，但是受教育程度相对较低。根据宝安区婚姻调解案例统计，一旦一方或双方染上赌博、吸毒等恶习，极易导致家庭破裂。对比深圳市其他区的婚姻调解情况，宝安区也是家庭传统暴力的多发区。

罗湖区

数据：2014年常住人口 95.37万

结婚登记 10579对

离婚登记 2578对

特点：婚外情明显，经济纠纷突出。

分析：罗湖区作为早期开发的城区，外来人口较多，事业成功后很多人选择定居深圳，随着经济条件好转，婚姻容易受到外界诱惑，婚姻出现婚外情的情况突出。

南山区

数据：2014年常住人口 113.59万

结婚登记 14837对

离婚登记 3328对

特点：“80”后成为离婚主力，非理智性离婚居多。

分析：南山区主要产业集中在IT等高精尖技术行业，从业年轻人居多。由于年轻人对待婚姻态度更为开放，出现“闪婚”的情况较多。在经营婚姻的过程中，年轻的夫妻大多数都是独生子女，出现摩擦双方不善妥协退让容易陷入婚姻“三年之痛”。自我意识强，成为年轻人身陷婚姻危机的一个不可避免的重要因素。

近两月深圳离婚数据异常或因房价飙升

深圳市民政局数据显示，近两个月，深圳市离婚数据出现异常，同月结婚人数与同月离婚人数逼近2:1。广东省婚姻家庭咨询师协会刘伟民会长分析称，数据异常有可能和最近深圳房价上涨有关。

据了解，深圳楼市在3·30新政后，部分热点区域的房价飙升近40%。由于深圳楼市的限购政策尚未放松，深圳市民政局各区婚姻调解室的工作人员发现近两个月出现的“假离婚”现象明显增多。刘会长预测，随着深圳楼市的逐渐降温，下个月深圳市离婚数将会有大幅度回落。

6月、7月也是高考后的离婚高发季，刘会长解释，很多夫妻在感情破裂后会选择延迟离婚，等孩子高考结束后再办理离婚手续。这或许也是近两个月来深圳离婚数据异常的主因之一。

(深圳晚报)

## 夫妻补办结婚证 需要证明“我就是原来的我”

2015年07月31日 华商报

刘女士是湖南湘乡市人，2005年户口迁入长沙市雨花区，如今买房需要结婚证等资料，而自己的结婚证又不慎丢失需要补领。前几日，刘女士夫妇前往湖南长沙市雨花区民政局补领结婚证，却遭遇需要证明“我就是原来的我”。

拒绝办理因两身份证地区代码不同

刘女士介绍，长沙市雨花区民政局婚姻登记处工作人员以原婚姻登记档案上第一代身份证和现在第二代身份证号码不符为由拒绝办理。让刘女士不解的是自己居民户口簿里面的信息和现在二代身份证完全吻合，信息不一致是由于身份证信息升位造成的，却还需让自己去取证来证明“我就是原来的我”。

该婚姻登记处工作人员介绍，刘女士提供的两个身份证号一个15位一个18位，出生年月日没有问题，但是地区代码上出现了变动，无法证明这两个身份信息为同一人，所以才叫他们去有关部门开具证明。

可是，刘女士带来的原婚姻登记档案，上面有其15位第一代身份证和变更后写有18位身份证号码的户口簿复印件。婚姻登记处工作人员说，现在这张能证明两个号码是同一人的档案，上面骑缝章不够显眼，看不到全部印章，还是要刘女士去原婚姻登记地区盖全印章，才能在长沙办理结婚证补领。

原婚姻登记地十分钟内补领到结婚证

无奈之下，刘女士28日回到了湘乡市民政局婚姻登记处，不到十分钟，他们就顺利补领了结婚证。

湘乡市民政局工作人员表示，他们翻阅了刘女士原婚姻登记档案，确认了身份信息，才给予补领的。按照一般流程，如果长沙市雨花区民政部门无法证明他们开具的原婚姻登记复印件是真实的，他们可致函确认，当事人可以不去原婚姻登记地补开证明。

刘女士觉得，婚姻登记处按制度办事无可厚非，就算一时难以确认，给湘乡市民政局去个确认函就完全可以不必要老百姓来回不停折腾去证明“我就是原来的我”。

## 丧失能力不知密码 银行卡如何取钱？

张女士丈夫脑出血丧失语言和行动能力，不知银行卡密码无法取钱；银行称可由其代理人代办

2015年07月31日 新京报

新京报讯（记者凌晨）近日，张女士的丈夫由于脑出血无法表达，银行卡密码说不出也写不出，取钱成了她的大难题。银行卡里的钱如何才能取出？



昨日下午，该银行回应：针对意外事件无法亲自来银行办理业务的客户，对客户身份信息和真实委托意愿进行核实无误后，可由其代理人代为办理。此外，北京市正阳公证处表示，可通过当事人经常居住的法院走特殊程序，证明其为无民事行为能力人，再由监护人代为办理银行卡相关业务。

昨日下午，在六里屯社区卫生服务中心住院部，张女士守候在丈夫韩振奎的病床边，神情黯然。韩振奎睁大眼睛躺在病床上，左侧脑袋有凹陷，喉咙里不时发出“嗯嗯”的声音。

张女士表示，三个月前来京务工的韩振奎因为急性脑出血被送往医院，开颅手术加上气管被切开，丧失语言能力和行动能力。“治疗费花了不少，能借的都借了，丈夫的银行卡却不能取钱。”

张女士手上有两张某银行的银行卡，都是丈夫打钱回家所用。由于不知道银行卡密码，她曾试着跟丈夫沟通，在纸上从0到9，写下阿拉伯数字，但韩振奎无法配合。“他不知道是怎么回事，说不出也写不出。”

据医院的主管医生介绍，由于脑组织、神经细胞受损影响，韩振奎目前无法说话，对数字认知欠佳，仅对简单的外界刺激有反应，可以点头示意。但无法确认其认知水平和认知能力程度，需要医院进一步观察和评估。医院也愿意提供环境和诊断情况，促进这件事情的解决。

## ■ 焦点

特殊情况银行卡如何取款？

银行：验证公证核实 代理人可办理

昨日晚上，该银行回复，根据银监会的相关规定，针对老弱病残孕、出国、意外事件等无法亲自来银行办理业务的客户，可视情况选择采取措施，对客户身份信息和真实委托意愿进行核实无误后，可由其代理人代客户办理业务。除了验证私密问题和出具公证外，可以提供上门核实服务。指派双人上门服务（其中一名须为运营人员），对客户真实身份及真实意愿进行核实，并由客户出具业务委托书或授权书，明确代理人，代办业务种类。

银行方面还表示，目前已安排相关人员负责此事，将与韩振奎家人取得联系，上门了解和核实情况，在风险防控的基础上，根据其实际情况积极寻找解决方案，妥善解决。

公证处：无法公证 由法院证明

昨日下午，在记者陪同下，韩先生的女儿来到北京市正阳公证处寻求解决办法，工作人员表示，公证处无法公证，需要通过当事人经常居住地法院走特殊程序，证明当事人为无民事行为能力人，家属可以提出申请，指定一个监护人，再由监护人代为办理银行卡相关业务。

## 八、异域资讯

### 台湾当局决定制定同性伴侣法

2015年07月19日 中国新闻网

中新网7月19日电 据台湾《联合报》报道，美国联邦最高法院9位大法官上月底以5票对4票，判决同性婚姻适用于全美各州；台当局“法务部”鉴于世界司法潮流及民意逐渐改变，决定制定“同性伴侣法”，保障同性恋者法律权益。

台“法务部长”罗莹雪表示，先立同性伴侣法，待民意适应再制定同性婚姻法，还是一步到位，直接制定同性婚姻法，将上“立法会”公共政策网络参与平台(I-voting)让民众票选，作为未来立法参考。

“同性伴侣”指两人是“雷同”夫妻关系，彼此间互负并享有如同夫妻间的继承、扶养等权利及生活费用负担、忠贞义务，至于同性伴侣能否收养子女仍待讨论；“同性婚姻”指的是双方关系等同于“完全”的夫妻关系。

台“法务部”指出，政策上先定调制定“同性伴侣法”专法保障同性恋者，未来如果I-voting票选结果是要直接立同性婚姻法，“法务部”将分批作民调，视民调结果，也不排除就直接定“同性婚姻法”，目前已积极搜集境外立法例子，研议分析可行性。

台“法务部”认为，境外多采渐进式立法，台湾亦不应躁进，宜先制定同性伴侣法，以减少制度变革所产生的冲击及社会成本；对同性伴侣制定专法，至少可以保障同性伴侣间的医疗同意权、家属权、扶养权、以遗嘱指定将遗产遗赠给同性伴侣的财产权益等。

据了解，台“法务部”前年委托学术构民调，53.7%的受访者同意同性者可结婚，61.1%受访民众赞同同性结婚者可收养小孩，67.9%的受访民众认为同性结婚家庭收养的小孩会受到影响。

同性婚姻在哪些国家合法？

当前，世界各国对待同性恋态度大概可分为四种：同性恋违法、同性恋合法但同性恋任何关系不被法律承认、民事结合合法、同性婚姻合法。

根据英国BBC的统计，法律认为同性恋违法的国家全球有76个，它们普遍分布于回教地区的非洲、西亚及南亚等地区，其中伊朗、毛里塔尼亚、沙特阿拉伯、苏丹、也门，以及尼日利亚和索马里等7国将同性恋纳入死刑范围。

在过去的200年里，越来越多的国家已经将同性关系合法化。包括加拿大、美国、墨西哥、英国、巴西、阿根廷、乌拉圭、西班牙、葡萄牙、英格兰、瑞典、挪威、南非、新西兰、法国、荷兰、冰岛等。

德国、芬兰、卢森堡、英国、捷克、瑞士、奥地利等国已实现民事结合合法化，民事结合的效力基本同于婚姻，不过解除比较容易。

目前，还有大部分的国家 and 地区同性恋合法，但同性恋的任何关系不被法律承认，中国、韩国、朝鲜、日本、泰国等就属于这种情况。

还有一些国家和地区虽未承认同性恋合法，但反对歧视同性恋。比如波兰、意大利、委内瑞拉等。

## 美加州首例离婚夫妇冷冻胚胎案开庭

2015年7月1日 中国妇女报

离婚夫妇如何处理冷冻胚胎？一方是否有权毁掉？不再能生育的一方是否会得到法律保护？美国加州旧金山高等法院日前开庭，有史以来首次处理离婚夫妇冷冻胚胎案。

法律界人士认为，这将对加州以及美国带来相当影响，或因此产生新立法。

46岁的亚裔麻醉医生李咪咪是一名钢琴家，毕业于朱莉亚音乐学院，并在哈佛大学学习后成为麻醉医生。她的丈夫斯蒂芬·芬德利毕业于哈佛大学，是一名富有的公司高管。

2010年9月，就在他们新婚前10天，李咪咪被诊断出乳腺癌，医生告诉她，治疗和高龄都有可能导致不孕。

这对夫妇急忙在加州大学旧金山分校生殖中心通过体外受精培育了5个胚胎并冷冻保存。

2013年12月，他们的婚姻走到尽头。芬德利提起离婚诉讼，并要求根据文件毁掉他们的5个胚胎，理由是他不愿意成为父亲，不愿意因此要与李咪咪再保持18年共同抚育孩子的联系。

李咪咪则认为，这样完全毁掉了她此生拥有自己子女的唯一机会，她不能接受。她曾在芬德利提出离婚前一年开始寻找代孕，遭其反对。她还提出，孩子出生后完全由自己独立抚养，免除芬德利的父亲责任。

13日，他们的案子在旧金山高等法院开庭。芬德利陈述，冷冻胚胎前曾签订文件，确定了双方如有离婚或者特殊情况发生，将毁掉5个胚胎，他仔细阅读文件内容后才郑重签字，李咪咪也同时签名。

芬德利的代理律师乔·克劳福德指责李咪咪勒索，并表示，如果芬德利死亡，李咪咪可以拥有胚胎。

李咪咪的律师马克斯维尔·普利特表示，他的代理人拥有基本生育权利，这些胚胎是李咪咪唯一成为母亲的机会。

两人的案子将在近期再次开庭，法官将在90天内做出裁定。双方律师表示，不管结果如何，败诉的一方都将上诉。

美国大约有60多万冷冻胚胎，大多数夫妇都会继续完成生育程序，但也有一些因离婚、分居或其他分歧而诉诸法律。

法律教授朱迪斯·达尔对美国媒体表示，大多数类似案件都是倾向于毁掉胚胎，但最近洛杉矶和芝加哥两个诉讼都是要求保留胚胎的女性获胜，她们都患癌症，都不能再生育。

（据中新社）

美国名人圈流行“良性离婚”：为孩子成精神伙伴

2015-07-30 07:18:00 来源：参考消息网 责任编辑：朱方雨

核心提示：与前任每周愉快地一起吃一次饭绝非易事。但如果想到父母愉快地在一起时孩子的笑脸，这样做的益处显而易见。

参考消息网7月30日报道 美国《时代》周刊8月3日（提前出版）刊登《“良性离婚”的兴起》一文，作者为苏珊娜·施罗布斯多夫。

文章称，许多婚姻并不是在一朝一夕间破裂的，而更像是连接两人的纽带在种种细微之处受到磨损，最终无可挽回。因此，离婚，尤其是牵扯到孩子的离婚，会十分丑恶。曾经的伴侣现在成了冤家，是有限资源的竞争者，是避之不及的人。

或者说，至少过去的离婚是这样一种情况。去年，知名艺人格威妮丝·帕尔特罗和克里斯·马丁结束十年婚姻时，她向人们引介了“理性分手”这个理念——她在网站上表示，通过这种方式，离异的父母可以为了孩子和自己而“作为彼此精神成长的伙伴”。当时，帕尔特罗因为如此冠冕堂皇的用词而饱受嘲讽。而今，协作抚养孩子的理念在名人圈内外已日益深入人心。对于看重孩子的X一代（指出生于20世纪60年代中期至70年代末的一代人——美国《时代周刊》注）来说，婚姻失败也会让人感觉自己不是一个好家长，因而和平分手、实现“良性离婚”是一大要务。

文章称，无独有偶，现在也有越来越多的顾问、调停人、“认证离婚教习”甚至专业的房地产经纪为有关人士提供必要的帮助。今年秋天，和谐图书公司将出版《理性分手》一书，用作者凯瑟琳·伍德沃德·托马斯的话说，这是一本“离婚后幸福快乐”的综合指南。

于是人们看到在帕尔特罗和马丁之外的名人前任们无意之中正在上演着友善相待的真人秀。6月，珍妮弗·加纳和本·阿弗莱克宣布两人的婚姻走到了尽头——但他们的“友谊”以及尽心“共同抚养”三个孩子的承诺并没有到此为止。很快，他们“离月”在巴哈马岛一起度假的照片见诸媒体。他们甚至计划以后继续生活在同一个大宅区不同的住宅内。

文章称，这种新的协作变化不仅仅是一股风潮。更广泛的人口和法律变革趋势才是本质所在。美国婚姻律师学会会长吉姆·麦克拉伦说，因为美国大多数州现在都要求夫妻离婚前经过一定调停，所以“人们更加慎重”，过去五年来，“我们看到更多夫妇庭外和解，而不是展开法律大战”。在麦克拉伦所在的南卡罗来纳州哥伦比亚市的律师

事务所内，只有 5% 的离婚案件存在纠纷。

当今，大多数母亲外出工作，而父亲即使在离婚前也担负着更多照看孩子的工作，因而离婚后共同抚养是非常实际的一件事。近期发表在《流行病学和公共卫生杂志》月刊的一篇研究表明，孩子如与父母双方生活会表现更好，而且与此前人们所想的，在父母间往返也不会让孩子更加不安。美国约有 20 个州在辩论是否应修改监护法，鼓励人们共同抚养孩子。“父母们更多参与孩子的生活，而不仅仅是计算监护时间，” 麦克拉伦说，“人们对孩子有更多的责任感，也愿意付出努力使离婚对孩子的不良影响更小。”

文章称，然而这都无法改变父母在分居状态下共同抚养孩子困难重重的事实。当出现财务危机、孩子生病或结交新伴侣等情况时，最需要用来指导解决问题的耐心和同情往往是人们在压力之下最缺少的品质。即使“理性分手”的守护神帕尔特罗 7 月 17 日在一个女性会议上谈及离婚时也面露厌倦：“这很难，我们度过了非常困难的一段时期，但我们总是说，‘孩子们是我们的第一要务。’ 这真正的意思是，‘即使今天两人彼此厌恨，再也不想见面，但是为了孩子我们还是要吃早午餐，因为这是星期天，而星期天家人们就要在一起吃早午餐！’”

文章称，与前任每周愉快地一起吃一次饭绝非易事。但如果想到父母愉快地在一起时孩子的笑脸，这样做的益处显而易见。当然，帕尔特罗的孩子年纪很小，未来很多年，她还要和孩子与前夫一起吃早午餐，而这件事只会难上加难。理性分手是一回事，理性共同抚养青少年是另一回事。

**【延伸阅读】** 荷兰离婚酒店：三天保证和平分手

《国际先驱导报》记者 潘治 报道员 洪天牧 发自海牙

“离婚并不一定是一场灾难，它也有可能是一个积极的新开始”。正是基于这种理念，刚刚三十出头的荷兰人吉姆·哈尔芬斯，建立了一种结束婚姻的“高速通道”——离婚酒店，为在离婚仗中纠缠不休的冤家们提供了解脱之道。

婚姻已经破裂而仍在法律程序上纠缠不休的两口子，只要来到特别为他们预备的酒店客房中住上一个周末，也就是 3 天的时间，就可以平静地斩断前缘，并能怀着还不坏的心情步入各自人生的新旅程。

高离婚率带来的生意

“我会产生这个想法是因为在我的周围，在我们荷兰这个国家中离婚非常普遍，而且是个大麻烦”。过去的 50 年中，全球的离婚率都在不断飙升。在荷兰每三对结婚的夫妇中就有一对离婚的，而在美国这个比例更高，大约一半许下终身誓言的夫妇都会走上婚姻的末路穷途。

“我总是在想，为什么人们要花那么多时间、金钱，而且总是在充满了仇恨与愤怒的情绪下度过这个阶段呢？”哈尔芬斯先生穿着一套笔挺的深蓝色西服，坐在位于海牙的一家四星级酒店中，一边喝着冰可乐，一边向本报记者讲述着他的创意：“我在想，为什么我们不花点时间来发明一种新的解决办法，能用一种更积极的态度做完离婚这件事。这就是为什么我们会想要开始这种服务的原因。”

哈尔芬斯与记者会面的这家酒店内部陈设尽显复古奢华，它只是哈尔芬斯设在荷兰的 6 家离婚酒店之一。特别的是，这些酒店都是各自独立经营，外表看上去和其他宾馆并没有任何不同，只是经由哈尔芬斯先生的接洽后，为要离婚的夫妇开设特定的套房，提供优质客房服务而已。

让离婚态度变得“更积极”

“更积极”是哈尔芬斯一再强调的人们面对离婚时需要持有的态度。这种态度在他的离婚服务的每个环节上都可以看到。

比如，离婚酒店服务是 2011 年情人节在荷兰首次推出的。在这个谈情说爱的时候打出“离婚服务”目的也就是为了沾点“积极的态度”。

“我们想要创造一种不同的理念。我们总是想，一段婚姻走到了尽头，这不是一件好事，但是我们已无法挽回。人们在进入我们的服务前已经做好了要分手的决定。而我们就以一种积极的方式帮他们重新开始各自的生活。”哈尔芬斯接着说道：“所以，从离婚的那一刻起，你也就应该有一个新的开端。”

选择在酒店里结束婚姻也是更积极的一种表达。“我们选择酒店来做离婚也并非巧合。这样做非常高效，而且环境很好”。

哈尔芬斯带着记者踏上电梯，来到了这家酒店三楼的一间蓝色门口上写着“索菲亚”的豪华套房中，“我们觉得能把人们带出他们的日常生活环境是非常重要的。而我们也不想把他们带去一个好像医院那种感觉的地方。我们将人们带入一个更为舒适的环境中，而你也会看见，这样一个积极的环境也会对整个过程产生积极的影响。”

这个索菲亚套房，就是哈尔芬斯和他的调解员团队帮助闹离婚的夫妇俩理清离婚程序、解决财产及其他纠纷的地方。套房的正中央是一个类似客厅的空间，摆着一套布艺沙发，沙发面对着阳台。拉开白窗纱，打开落地玻璃门，窗外的阳光，衬着灰绿色的树影洒在地毯上。客厅的东西两面，一头连着一个小的会议室，一头连着卧房。两夫妇并不使用卧房，他们在 3 天的住宿中，会有各自的房间。会议室里贴着暗雅的苏格兰格纹墙纸，配着木质椭圆桌，与皇家宝绿座椅。

哈尔芬斯在沙发上做了一个放松的姿势，“在客厅里，我们的客户可以先坐一下，放松放松心情，为即将开始的走出婚姻程序做好准备。那些程序就在会议室的这个桌子上进行，在这里我们可以讨论各种事情，也准备好离婚协议书，周日的晚上就是签署离婚协议书的时刻。签署之后，客户的婚姻就结束了”。

给分手一个截止日期

对于离婚酒店的“3天”概念，哈尔芬斯解释：“3天其实只是一个数字，它是几天并不重要，重要的是，你知道你的离婚有一个截止日期。”

在荷兰，传统的离婚程序耗时耗钱。这主要是因为，一方面夫妇俩常常不配合，致使离婚时间拖得很长，而每拖上一天，就要增加不菲的律师费；另一方面，离婚所牵扯到的法律方面的专业人士很多，要跟每个机构约时间就需要长久等待。

“许多离婚中的问题是你开始离婚却不知道什么时候能结束，不知道要花上多少钱，不知道它将对你的社会生活产生哪些影响。而我们想要做的就是让一切都更加可以度量。”哈尔芬斯说。

然而，“离婚酒店服务”并不仅包含3天的酒店时间。玛丽-路易斯·范阿斯女士是在离婚酒店团队中负责调解工作的。她告诉我们说，看起来只用3天完成的离婚酒店服务，其实是基于在此之前的至少4周的初谈以及准备工作的。

“我们的整个服务是从初谈开始的。这个过程发生在酒店之前。在初谈中，我们会确定我们的客户是否已准备好进入离婚程序。我们也会考察他们是否愿意接受调解。并且，因为我们会在3天的酒店时间中解决所有的法律问题，所以也需要知道有哪些专业人士需要被安排到那个酒店周末中来。这些就是之前的准备工作了。”范阿斯女士告诉记者说。

据她介绍，在酒店周末中专业人士会与要离婚的夫妇进行几场会谈。他们会帮助一对夫妇理顺离婚过程中的所有细节，包括财产分配、子女的抚养与探望、赡养费的支付以及在精神与情感上可能会遇到的各种问题。最后，一切法律文件准备就绪，只等周日晚上的签署了。离开酒店之后，曾经的两夫妇只需要将离婚协议书交给法庭，等候正式生效。

整个服务的花费是2500欧元起价，根据离婚情节的不同，需要划分的财产数量不同而时有调整。但是总体而言，这个服务比起传统的离婚方式要更便宜又快捷。

客户体验：分手了还是朋友

埃里克（应采访对方要求使用化名）是曾经接受过离婚酒店服务的一位顾客。他对本报记者说：“普通的离婚过程常常要上好几个月时间，和成千上万的欧元。而且在那种离婚过程中，你会发现那些其实与你们两个人要离婚这件事情完全不相关的人总是喜欢来给你提出各种意见，好像每个人都知道什么是对你最有利的，他们告诉你或者该这样做，或者该那样做。所以，在你自己还没意识到的时候，你就已经置身于硝烟之中了。”

而埃里克和他的前妻并不想这样：“我们希望进入婚姻的时候是朋友，走出婚姻的时候还能是朋友。我们也确实做到了，并且是在一个周末完成的，这真是棒了！”

据说，埃里克与他的前妻在签署了离婚协议之后，还去吃了一顿“浪漫晚餐”。虽然做不了夫妻，做朋友的情分并未受到影响。

质疑：鼓励人们更轻易地选择离婚？

更快捷有效，又少花钱，还能让要离婚的夫妇保持一个积极合作的态度，经历这个原本非常痛苦的过程，和平分手并各自踏上新旅程，这些听起来都非常棒。然而，如果说离婚可以办得如此顺畅、高效又积极，这是否也会鼓励人们更轻易地选择离婚呢？

“当然啦，我们也会面对一些批评。但是你需要看到的一点是，我们并不是让离婚变得更容易，而是让它变得更积极。我不理解为什么人们要那样绑住彼此，并相互争斗。那已是不健康的了。人们如果决定了分手，在传统的离婚仗中，通常只有两位赢家，那就是双方的律师，而不是离婚夫妇中的任何一位。”哈尔芬斯显然遇到过许多次这样的问题了。他接着说：“如果你撞了车，去修车行的时候，那里的人只是帮助你。我们做的也是一样。两个人的婚姻关系不能继续了，他们决定分手，他们就来找我们。我们并不在他们的离婚决定上起任何影响。”

当然，对离婚酒店而言，如今全球的高离婚率的确带来许多商机。在一年的时间中，哈尔芬斯不仅在荷兰境内与6家豪华酒店建立了联系，作为婚姻终点站；他还在比如德国、美国等其他国家积极拓展此项业务。

据他介绍，他们已经在亚洲找到了对此感兴趣的合作商，所以如果某天在中国大街上看到离婚酒店的广告，你也不必惊奇。

（2012-10-17 17:10:34）

【延伸阅读】父母离婚子女拒绝与暴戾父亲吃饭 被判入羁留中心

中新网7月11日电 据外媒报道，美国密歇根州3名儿童在父母离婚后，因拒绝与父亲一起吃午饭，违反家事法庭女法官的命令，竟被判入青少年羁留中心，直至满18岁为止。事件引起舆论哗然。

报道称，这3名儿童的母亲钦霍尼与丈夫于2009年离婚并争夺子女抚养权。法庭文件显示，奥克兰县家事法庭女法官戈西卡在上月24日的聆讯中，下令钦霍尼3名分别为9岁、10岁及14岁的子女，必须跟父亲一起吃午餐，以便跟父亲建立健康的关系。

但是，14岁长子对此表示不服，称父亲性格暴戾，曾殴打母亲，他坚决拒绝与父亲吃午饭，两名弟妹也决定与兄长同进退。

法官戈西卡指3人藐视法庭，判入青少年羁留中心。母亲钦霍尼受访时形容裁决犹如将子女“处决”，认为不

论父母关系有多差，法庭也不应惩罚儿童。

有美媒批评这名法官“欺凌”3名儿童，辩方律师指法官只关心家庭团聚，漠视儿童利益。

(2015-07-11 14:34:01)

## 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

#### 关注科创中心法治环境建设之三 建立更简化的股权变更登记制度

2015年07月01日 上海法治报 杨忠孝 刘爱萍

一个完整的股权变更行为包含诸多程序。上海市工商行政机关在法律的框架内，对上海区域内股权变更进行了更加宽松和灵活的规定，但仍然还有空间以更开放的方式便利企业进行股权变更。

目前，我国的商事登记法框架体系是由多个单项立法构成的，虽然全面，但不同立法位阶法律法规中的商事登记制度使商事规范体系显得过于分散，凌乱，亟需建立统一的商事登记制度。

除了要建立统一的商事登记制度，笔者还建议，相关部门对于变更登记的审查要从折中审查向形式审查转变，将股权变更申请及审核等工作网络化，简化申请材料及手续，严格事后监管。

上海正加快建成具有全球影响力的科技创新中心，在这一过程中，很多创新创业型和初创型企业需要引入投资，股权变更是常有之事，甚至有些企业一年内要进行两三次重大股权变更。但是复杂的股权变更手续和企业快速发展的活力之间的矛盾一直困扰着创业者和投资者，过去很多要求股东到场、现场签字等条件给企业和股东都带来了很大的不便，甚至因为股权变更的复杂程序使企业与投资失之交臂。对于这种正在快速成长的初创型企业，我们过去的很多传统规定对他们是不适应的，尤其对他们申请股权变更登记不能管得太严、管得太死，政府应该在管理方式上进行创新，创造一个宽松和便利的氛围鼓励创新创业。

#### 现行的股权变更登记

在公司的存续期间，发生股权变更的情形多样，包括股权转让、增资或减资、继承股权、离婚分割股权、司法机关强制执行股权等引起的股权变更。股权不仅是公司股东财富的重要表现形式，更是股东对公司行使权利和承担任务的重要依据。所以，公司股权发生变更后进行股权变更登记，将股权变动通过记载、公告的方式使外界(包括公司和公司外第三人)知晓权利的变动，不仅可以保护交易安全，也是对股东权益的保护。

一个完整的股权变更行为，既要包括公司的内部变更程序，也包括外部工商登记程序。

内部变更程序包括签订股权转让协议、股东大会决议、变更公司章程、变更股东名册等；外部登记要提供各种申报材料到相关部门做变更登记。

公司内部进行股权变更可以通过公司的自治达到效率与效果的平衡，但是在进行公司外部股权变更登记之时需要公司与政府部门进行交涉。对于以效率为追求的市场主体与以交易安全为主兼顾行政效率目标的行政部门来讲，因为价值追求的不同，往往会在股权变更行为上的应对方式有不同的认识，公司想摆脱繁琐的手续程序，而政府设置不同规定要求来维护安全秩序的行政目的，而且不同部门会有不同的规定，所以实际操作中，投资者或者企业往往会觉得被繁琐的程序所累。鉴于新型创新企业对于融资的需求以及市场中越来越多投资者对于资产流动增值的需求，必然要求简化并且统一股权变更的行政程序。

上海市工商行政机关在执行国家有关法律、法规规定的基础上，专门制定《公司股东及法定代表人登记管理办法(试行)》，对上海区域内股权变更进行了更加宽松和灵活的规定。《办法》简化了公司股东及法定代表人登记程序，参照“负面清单”的管理思路，规定工商部门除了对涉嫌虚假申请材料可以根据法律的授权要求企业有关股东、法定代表人对申请材料进行确认外，原则上不再对企业登记实施实质性审查，不要求全体股东当场办理，不要求当事股东亲自办理，放松政府对于企业自主经营的管制，同时在规定确认方式上，当有关股东、法定代表人无法亲自到场时还可以按照国际通行做法采用以下三种方式：一是在公证机关办理公证；二是委托律师进行见证；三是法定代表人代表公司对申请材料的真实性做出承诺。此方案的出台大大节省公司股权变更的时间和财务成本，提高了融资效率，对于整个市场的投资创新活动都有推动作用，但仍然还有空间以更开放的方式便利企业进行股权变更。

#### 建立统一的商事登记制度

就制度上来说，需要统一商事登记的法律体系，我国已形成了明显带有公法性质的包括《企业法人登记管理条例》，《公司登记管理条例》，《合伙企业登记管理办法》，《个人独资企业登记管理办法》等多个单项立法构成的商事登记法框架体系，虽然规制比较全面，涉及了各种组织形态，但这种见散于不同立法位阶的法律法规中的商事登记制度现状使商事规范体系显得过于分散，凌乱，商事登记的规范内容间也往往存在大量的重复和矛盾之处，增加了商事登记规范适用的复杂性。例如，现行《公司登记管理条例》和《行政许可法》对企业登记采用折中审查制，而《关于中国(上海)自由贸易试验区内企业登记管理的规定》规定了形式审查制。后者更适应市场经济的发展，符合市场主体的需要，但却在一定程度上与上位法相抵触，所以统一的商事登记制度非常有必要。

#### 从折中审查到形式审查转变

工商管理等部门相关部门对于变更登记的审查要从理念上得到转变，要实现重折中审查到形式审查的转变，折

中审查虽然减轻了企业实质证明的负担,但是登记机关仍拥有较大的任意裁量权。在实践中,登记机关对实质审查的边界难以把握,往往会导致审查期限过长,公司仍然需要牵涉大量精力。形式审查不要求审查登记事项及相关文件的真实性,只审查其形式上是否符合登记法律法规的规定,审查周期短,占用的时间和精力少,能有效降低登记成本,提高登记效率,形式审查能减轻双方的负担,同时规避行政权力的过多干预。在股权变更登记的实际操作之中,涉及的材料多达十多项,同时很多材料都要学相关当事人签字盖章,如果每一项材料都需要进行实质性的审查核实,既会拖长工作期限,也会使登记机关等在当企业登记不符合法律规定时承担行政风险与行政诉讼不利风险。

#### 股权变更申请及审核网络化

互联网给人们的生活和交易带来了极大的便利,政府在便利企业进行股权变更登记的管理与服务中也可以做一些“互联网+”的改变,实现股权变更申请的网络化,支持纸质材料的电子化。目前,多地的工商行政管理局在官网上都设置了“网上办事”的惠民通道。如上海市工商行政管理局就可以在网上进行“名称登记”、“个体工商户登记”、“农民专业合作社登记”等行政审批事项。企业申请股权变更登记的部分程序也可以实现网络化,企业的工作人员可以在网上注册帐号,填写企业的相关信息及需要变更的信息,在网上下载申请表格(一般都是在工商局办证大厅领取《公司变更登记申请表》),网上提交部分申请材料,为申请股权变更登记做一些事前准备。这不仅便利申请者,同时也可以借助互联网的数据保存功能减少政府机关录入信息的工作量。除了提供网络申请服务,在需要股东到场而股东确实无法在场的情况下,政府机关也可以借助互联网进行视频服务,对股东的身份及意愿进行确认。在网络发达的今天,这并不是很难的技术,也不会增加多大的成本。

#### 申请材料及手续简单化

在我国股权变更程序之中,要领取《公司变更登记申请表》,再变更营业执照,变更组织机构代码证,变更税务登记证,变更银行信息。每一个环节都要提供相关的材料然后审查,环节众多,材料繁杂。针对特殊时期的初创型企业,可以电子化的材料尽量电子化,一方面有利于材料的保存,另一方面节约成本且方便各方查阅。我们还可以开展工商营业执照、组织机构代码证、税务登记证三证合一的尝试,如此一来,股权变更登记之中的三个手续可以合并为一个手续,在一些创新改革区域实施一站式多窗口服务,对于办理登记事务的工作人员,实施监督问责制。通过简化和规范程序不仅有利于提高股权变更登记的效率,也有利于激发投资者的投资积极性,为企业内部采取包括股权激励、股权转让提供更加便利的安排,为企业采取积极措施吸收新投资提供更有利的通道。

#### 事后监管严格化

创造宽松、开放的创新创业环境这并不代表监管的放松,相反,如果事后发现材料造假,企业不仅会被工商部门处罚,而将在信用信息公示系统中明示给其他市场主体、消费者。这需要加强配套监管,通过建立企业信用体系以及各部门协同监管体系对企业进行有效监管和引导。从这个意义上看,企业信息公示系统的作用的发挥并进一步全面建立信用体系十分必要。登记机关可以将公司股权变更信息在信息共享平台上共享给其他行政部门,结合公司其他登记、备案、许可审批、行政处罚等信息,形成对企业的信用评价,并将企业登记备案、股东资质资格等信息在统一的信用信息平台上予以公示。社会相关系统与交易主体也要及时掌握与灵活运用有关投资者与投资企业的信息,逐步形成一种以市场内生性约束机制为主的良好市场秩序。

人大复印报刊资料《民商法学》2015年第1期婚姻家庭法、继承法文献索引摘录

时间:2015年7月14日 来源:人大复印报刊资料《民商法学》2015年第1期

#### 婚姻家庭法

青年人非婚同居的现实考察与法律应对/阚凯,高博//学术交流(哈尔滨),2014.10.95-98

涉外民事关系法律适用法中结婚法律适用条款研究/高升,李厂//中国石油大学学报:社会科学版(东营),2014.5.57-62

论婚姻的法律学涵义/刘引玲//河北科技大学学报:社会科学版(石家庄),2014.3.57-60

家庭暴力的危害、形成原因和防治办法,秦秀明//行政与法(长春),2014.7.67-70

身份法视角下的婚外同居补偿协议/陈信勇//法治研究(杭州),2014.9.25-32

民法典体系下婚姻家庭法之基本架构与逻辑体例/夏吟兰//政法论坛(京),2014.5.142-148

以法经济学的视角浅析婚前协议/祝洁琼//天水行政学院学报,2014.4.107-110

我国配偶权制度初探/孙少敏//中共山西省委党校学报(太原),2014.5.85-86

离婚协议中赠与方不得行使任意撤销权/吕春娟//人民司法(京),2014.20.90-93

离婚妇女婚姻家庭权益司法保障实证研究:以吉林省中等发达地区某基层法院2010-2012年抽样调查的离婚案件为对象/李洪祥//当代法学(长春),2014.5.79-88

论美国关于死后人工生殖的法律规制/汪丽青//政法论丛(济南),2014.5.121-129

老年人精神赡养之现状思考/李娜//赤峰学院学报:哲学社会科学版,2014.10.124-126

#### 继承法

自书遗嘱的形式要件与法律效力:对一起违反形式要件要求错误认定自书遗嘱效力的典型案件的分析/杨立新//法治研究(杭州),2014.10.3-11

代位继承的性质论争及检讨:以历史流变为视角/王艳慧//哈尔滨师范大学社会科学学报,2014.4.33-38

数字财产继承的立法保护研究 / 张萱 // 北京化工大学学报: 社会科学版, 2014. 3. 24-27

《法国民法典》中的特留份制度研究: 兼评对我国建立特留份制度的启示 / 许玥, 翁强 // 河北工业大学学报: 社会科学版 (津), 2014. 3. 57~ 62

成年大学生子女的抚养费

2015-02-17 审判研究 作者: 九章研究所

阅读提示: 婚姻法规定, 未成年或不能独立生活的子女, 有要求父母付给抚养费的权利。已成年的大学生是否为“不能独立生活的子女”? 司法解释作过进一步的规定, 但司法实践如何? 本期九章法律参考梳理这类案件法官裁判的审理思路, 提示司法解释的执行情况。

成年大学生子女的抚养费

项目描述

婚姻法第二十一条规定, 父母不履行抚养义务时, 未成年的或不能独立生活的子女, 有要求父母付给抚养费的权利; 婚姻法司法解释(一)对于“不能独立生活的子女”进一步解释为“尚在校接受高中及其以下学历教育, 或者……的成年子女”。虽有上述规定, 但是司法实践对于成年大学生的抚养费是否应予支持似乎仍存在一定的困惑。本项目试图发现此问题的司法实务操作, 以及法官在处理这类问题时的审理思路。

样本搜集

数据来源: 《中国法律知识总库》

法律要目: 民商法>婚姻家庭>家庭关系>抚养>抚养费等抚养义务

文书范围: 上海、天津、河南三地法院制作并公开的裁判文书

数据采集: 截至 2013 年 7 月 4 日

分析路径: 成年子女主张父母支付大学期间的抚养费, 或者离异夫妇一方主张另一方支付成年子女大学期间的抚养费, 法院分析了这一主张。共包含判决书 123 篇, 其中上海法院 31 篇, 天津法院 43 篇, 河南法院 49 篇。

实证分析

一、“是否已考入大学”对抚养义务主张的影响

从上图来看, 对于尚未进入大学的抚养费请求, 法院的做法基本一致, 即不支持。法官多在判决书中载明“因尚未发生, 且是否能够进入大学并不确定, 故对于大学期间的抚养费不予支持”。但是对于已实际入大学的, 法院的做法则呈相持态势, 不支持的占 57%, 支持的占 43%。

二、“是否有抚养费的约定”对抚养义务主张的影响

对于已入大学成年子女的抚养费请求, 虽然法官的做法不一致, 但是如果进一步细化条件, 即考察父母双方对于子女大学期间的抚养费是否有约定, 研究发现, 在有了约定的 5 个案件之中, 法院的做法是统一的, 也即都支持了抚养费的请求, 说明了意思自治原则的优先适用。

三、上海、天津、河南三地对于抚养费的不同态度

对于成年子女已经入学, 且父母双方并未约定抚养费的 60 个案件, 研究人员分析了上海、天津、河南三地的做法, 发现各自呈现一定的趋势:

上海法院做法基本一致, 不支持。

天津法院两种做法都有, 其中不支持者占 59%。

河南法院两种做法都有, 其中不支持者占 42%。

四、法律适用

关于子女抚养费问题, 主要有如下规定及说明:

1、2001 年婚姻法第二十一条第二款: 父母不履行抚养义务时, 未成年的或不能独立生活的子女, 有要求父母付给抚养费的权利。

2、1993 年最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见第 12 条: 尚未独立生活的成年子女有下列情形之一, 父母又有给付能力的, 仍应负担必要的抚育费: ……(2) 尚在校就读的……

3、2001 年婚姻法司法解释(一)第二十条: 婚姻法第二十一条规定的“不能独立生活的子女”, 是指尚在校接受高中及其以下学历教育, 或者丧失或未完全丧失劳动能力等非因主观原因而无法维持正常生活的成年子女。

4、最高人民法院民一庭曾就婚姻法司法解释(一)第二十条的起草做过说明: 婚姻法第二十一条规定了“父母不履行抚养义务时, 未成年的或不能独立生活的子女, 有要求父母付给抚养费的权利”, 其中不能独立生活的子女如何掌握, 最高人民法院以前的有关司法解释中曾作出解释: 指子女丧失劳动能力或虽未完全丧失劳动能力但不能维持正常生活的, 以及子女尚在校就读的。这次我们原则上采纳了原来的意见, 同时由于初中以上学历已经不再是义务教育, 上大学的各种费用负担很重, 我们将尚在校就读的学历限定在高中及其以下。以此作为父母的法定义务, 而上大学费用视为道德上的义务。

从法律适用来看, 支持父母对成年子女大学期间抚养义务的案件中, 法官基本全部回避对婚姻法司法解释(一)第二十条的引用, 甚至仅有少量法官引用婚姻法第二十一条。

支持判决书的典型表述为: 原告现已中等专业学校毕业, 已具有劳动能力, 应当自食其力, 独自安排自己的生

活和学习。但是，根据我国目前就业状况等实际情况，原告想通过自己的努力，提高自己的知识水平和就业能力也不无道理，因此，需要父母亲的支持和帮助，被告应尽自己的责任，负担原告部分抚育费和已支出学费的\*\*%。

#### 项目小结

观察本次实证分析的结果，我们可以看到，虽然司法解释对于成年大学生子女抚养费问题作了明确的规定，但司法实践不尽统一。

不支持成年子女大学期间抚养费的观点认为，大学教育分为几种形式，其中参加自学考试、成人教育、网络大学等教育形式的成年子女本身就不需要全日制在校就读，可以通过自己的劳动收入养活自己，不属于没有独立生活能力范畴。而即使在全日制大学就读的成年子女，也完全可以通过助学金、奖学金、助学贷款和校内勤工俭学等形式独立完成学业。

支持的观点则认为相关规定不符合我国国情，按照我国教育体制，十八岁是刚刚走向大学的年龄，我国勤工俭学和劳动保障制度并不完善，因此绝大多数学生并不真正具备独立生活的能力。另一方面，大学学费、生活费又日益高涨，大学生由父母供给教育费和生活费已成社会普遍现状。

到底什么是国情，应该提倡什么样的生活学习方式，是加强司法解释的执行力，还是进一步完善司法解释，有待相关部门进一步研究解决。

### 婚姻事关法律与政治

2015年07月07日 民事审判参考 朱伟一

联姻是中国古代政治结盟的重要方式。战国七雄中的秦国与晋国便通过婚姻联盟，于是就有了成语“秦晋之好”。

当今美国政治中仍然有婚姻的妙用——不是豪强与豪强之间的联姻，而是出于种族和文化目的而进行的联姻。比如，奥巴马自称代表美国广大人民群众的根本利益，尤其是代表非洲裔美国人的根本利益。遗憾的是，奥巴马生长在白人外婆家，父亲并不是本土美国黑人，不是黑奴的后代。有些本土美国黑人便对奥巴马有怀疑，其政敌也借此大做文章。于是奥巴马就娶了一位本土美国黑人女性为妻，以加强自己的黑人元素和黑人血统。

是的，就是加强黑人血统。奥巴马本人是这样解释的：他太太身上流着美国黑奴的血液，他们两个女儿身上也流着黑奴的血液。言外之意是，奥巴马与美国本土黑人有血缘关系，黑兄弟们应当踊跃支持他。借助婚姻，奥巴马便摇身一变，成为正宗的本土美国黑人，至少是一个被美国本土黑人认可的美国本土黑人。

为了拉选票，奥巴马不仅抓住婚姻做文章，而且把文章做到了同性婚姻方面。大选期间，奥巴马就跳了出来，表示支持同性恋婚姻。但美国的民意调查显示，美国许多选民认为，奥巴马是在捞取政治资本，并非出于信念。奥巴马露出了其小人的嘴脸，为许多有识之士所不齿。

积极推动同性婚姻合法，似乎引领潮流，开风气之先。但比法国人又落后了，法国已经开始推崇不结婚了。法国现任总统弗朗索瓦·奥朗德就崇尚未婚同居，与前女友未婚同居30年，育有4个子女；与现女友瓦莱丽·特里埃维勒又是未婚同居，而且以同居者的身份双双入主爱丽舍宫。2006年奥朗德与前女友分手，两人秘而不宣，仍做恩爱状，以免干扰参加总统大选。4年之后，奥朗德才携新女友亮相。法国媒体对政治家的私生活比较尊重，并不争相报道他们男欢女爱的故事。

搞政治是不说假话办不成大事，到了法国还要加上一句：没有艳史，当不了总统。一些法国政治家以生活腐化为荣——不，确切地说，法国人没有生活腐化的概念，只有追求个人幸福的浪漫情怀。密特朗总统长期有情妇，还育有一女，换到美国肯定要声名扫地，换到中国还有可能被判重婚罪，但在法国却被传为美谈，成为一段佳话。国际货币基金组织前总裁卡恩乱搞男女关系，失手后成为性骚扰和强奸案的调查对象，卡恩太太不以为耻，反以为荣，公开还为夫君喝彩，说是搞政治需要魅力，卡恩对女性有魅力是好事而不是坏事。既然如此，婚姻又有何意义？

搞政治离不开拉帮结派，需要结盟，党同伐异，顺我者昌，逆我者亡。婚姻联盟尽管有用，但关键时刻并不起决定作用。孔子教导我们：父为子纲，夫为妻纲，君为臣纲。但关键是君为臣纲，父为子纲和夫为妻纲要服从君为臣纲。只要最高统治者一声令下，就可以夫妻反目，儿子打父亲。欧美也一样，拿破仑的岳父大人是奥地利国王，但拿破仑照样发兵攻打奥地利。

搞政治还是要依靠组织、依靠团体。组织的形式可以多种多样，包括帮会、政党，还有宗教团体。帮会就是黑社会。杜月笙、黄金荣都是帮会首领，但都被任命为国民革命军少将参议。那么为什么称“帮会”而不称“黑社会”一词呢？“帮会”一词听上去比较好听。黑社会问题上也有双重标准的问题，有些人自己是黑社会，却偏偏喜欢说别人是黑老大。

美国也有黑社会组织，最著名的是黑手党，但其势力有限，无法影响美国的政党政治。美国的各类组织中，影响最大的组织应当是教会。美国的教会门派很多，其中，福音派清教徒占26.3%，天主教徒23.9%，主流新教徒18%，摩门教徒1.7%，犹太教教徒1.7%，穆斯林教徒0.6%。

摩门教在中国比较受关注：摩门教可以一夫多妻，中国古代崇尚三妻六妾，不能三妻六妾，也要包养情妇。但在美国要想当总统，个人生活还是要自我约束一下的。2012年美国大选，共和党的总统候选人罗姆尼是摩门教徒，但只有一位太太。

(作者系中国政法大学教授)

### 成年监护制度的现代转向



[摘要]:从世界范围看,成年监护制度目前清晰地呈现出以下发展趋势:从医疗监护模式转向人权监护模式,从全面监护转向部分监护,制度利用者扩大化,保护与支援措施多元化,意定监护为主法定监护为辅。我国成年监护制度立法尚滞后于现代世界主流成年监护制度发展趋势,作为《联合国残疾人权利宣言》的签署国,我国应结合老龄化社会的发展实际,顺应当前国际趋势,确立人权监护模式的成年监护制度,以尊重自我决定、最小限制和能力推定为原则,并扩张制度的利用者范围,以意定监护契约为监护主要设定方式。在法定监护中确立有限监护的中心地位,并在此基础上新设监护、保佐与辅助三种措施。同时完善《老年法》第26条,建立起以吸收《精神卫生法》和相关行政规范为重要组成部分的监护监督体系。

[关键词]:

人权监护;部分监护;意定监护;监护监督

在人权保障和人口老龄化的背景下,许多国家或地区的成年监护制度,从上世纪中期开始进行了改革完善。改革后的成年监护制度尽管在立法形态上多姿多彩,但却呈现出相对一致的立法趋势。我国成年监护制度在立法上明显有些陈旧,与此相关的法学研究不仅尚呈碎片化状态,而且在为何引进和借鉴国外最新立法成果上缺乏深入论证。本文拟在对国外最新立法趋势系统介绍的基础上,结合我国立法和理论研究的最新成果,对我国新制度体系的建构做出尝试,以期就教于同仁,并为我国成年监护制度的更新提供参考意见。

## 一、从医疗监护模式转向人权监护模式

### (一)旧的残疾医疗监护模式

成年监护制度的前身,即两大法系传统的禁治产制度,其理念、制度、特征和目的都奉行着医疗监护的模式。其适用对象是精神障碍、智力障碍等脆弱成年人。鉴于残疾给人类带来的损害,成年监护制度一直秉承着残疾的医疗监护模式,该模式注重的是对身心障碍者的治疗和修复,精神障碍者和其他残疾人通常被封闭在精神病院或者疯人院中,作为医疗、康复和慈善的客体,被隔离于正常人的社会(区)之外。医疗监护的理论依据是“法律家父主义”,监护人是缺乏行为能力的成年人意志的替代决定者。[1]受监护(本)人无人身、财产和治疗护理方面的决定权。医疗监护模式采取“他治式”保护措施,阻止了身心障碍者融入正常人的社会(社会参与)。他们被限制了甚至剥夺了决定自身事务的权利和机会,监护人成为被监护人实质上的行为约束者和管理者。[2]受监护者(本人)的人身与财产都受监护人的支配,这是旧的成年监护制度的本质属性。[3]

在英国,医疗监护从20世纪下半叶就受到抨击,批评者认为其违反人权保障,因为监护过度剥夺了一个人的自主权,已沦为一种不必要且无保证的侵犯个人自由的工具。[4]此外,在监护程序的各个方面,都没有足够的程序措施来保护人权[5],造成个人的自主权和自由的实质性丧失。[6]在美国,医疗监护被批评为“通常,当老年人的财产被以‘监护’的幌子来控制时,就等于剥夺了尊严和选择”[7]。总之,对脆弱的成年人而言,监护制度借保护之名过度限制了个人的自由,因此,如何矫正保护过度,在自治与他治中寻求到平衡点,成为成年监护法改革的目的。

### (二)人权监护模式的逐渐确立

20世纪中期以降,为应对如何对待身心障碍者的人权的问题,成年监护开始转向“权利模式”。[8]该模式重申并确认了脆弱的身心障碍者的人权和基本自由,并采取能动措施支援个人的自主和自立。身心障碍者不再仅仅是医疗和福利的对象,而是社会生活的平等参与者,他治为主的保护逐渐转为自治为主的支援或辅助,立法理念从法律父爱转向尊重自我决定权和正常化。[9]“自主决定权”是人格权的题中之义,是意思自治的体现。“正常化”系指身心障碍者的生存(活)境遇应该与正常人的相同,应与完全行为能力人(正常人)平等地享有权利、承担义务,不可因残疾就被隔离于社会(社区)以外。

今天,“正常化、自主决定权”已成为身心障碍者国际人权保障的准则。英国、美国、加拿大、澳大利亚、新西兰、日本、奥地利、德国、韩国以及我国台湾地区相继接受人权模式,并改革旧制度。人权模式指导下的改革普遍遵循以下三个基本原则:

一是“能力推定”,指所有的成年人,皆推定为有能力决定自己的事务,除非有相反证据。[10]二是“最小限制”(详见下文第二部分),指监护仅于必要时设立,换言之,惟其他方式皆无力救济本人权益时,方可指定监护,且应在最低限制的范围内代理本人事务或替代本人决定,以期给予本人生活最大程度的自主权利。英国2004年专门成立了成年监护法律改革委员会,目标在于建立起一种在达成所需保护目标之同时,将法律的干预程度最小化的监护法体系。此外,日本、加拿大、韩国、台湾地区的法制中相继引进了最小限制原则。三是“最佳利益”,是指以被监护人本人的最大利益为中心,来考量何种选择和决定最有利于本人,以期最大程度地避免对本人的可能损害。从最佳利益的视角考察监护人如何执行监护职务,是否尊重了本人的意愿。该原则确定于2005年英国《意思能力法》第5条,[11]并在英格兰、威尔士、澳大利亚和苏格兰地区具有指导性作用。[12]除此之外,《德国民法典》第1901条第2款、第3款亦体现了最佳利益原则。

### (三)我国的隔离式概括监管模式

我国现行成年监护制度,通常被称为成年精神病人监护,规定在《民法通则》第14-19条、《最高人民法院关于贯彻执行文〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》(下文简称《民通意见》)第10-23条、《老年

人权益保障法》(下文简称《老年法》)、《精神卫生法》以及《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“新规意见”)之中。上述成年监护规范体系显示:成年监护制度采用的模式,不同于上述国家,既非医疗监护也非人权监护,而是一种独特的隔离式概括监管模式。以无行为能力人监护为例,原则上本人被隔离于社会生活之外,其所实施的法律行为都是无效的,须由监护人代理为之,其自主参与社会生活的机会基本上被剥夺。制度的设计是以保护财产为中心,不重视本人人身自由和医疗保健等事务的保护。此外,本人对自己的事务基本上无自我决定权,而是全部由监护人替代决定,这种监护实行的是概括式监管模式。

这种以《民法通则》个别规范构建而成的成年监护体系,是以剥夺自我决定权为特征的监护模式,为我国所独有。该模式既无优越于医疗监护模式之处,也没有超过人权监护模式。因而,在我国当前的民法典制定中,须改革和完善现有制度,建立以平衡“自治”与“他治”为目标,涵盖“自我决定权”和“正常化”等理念的新型监护制度。令人欣可辨,如前者第26条设置了“老年监护”的规定,后者第30条对“精神障碍的住院治疗实行自愿原则”等的规定。这意味着我国成年监护制度已经开始承认和部分接受人权监护模式,我国独特的隔离式概括监管正在慢慢撩开窗幔,迎接人权监护的曙光。这两条规范堪称是回应世界主流立法模式的里程碑,也是我国作为《联合国残疾人权利国际公约》缔约国践行条约的必然结果。

## 二、从全面监护转向部分监护

### (一) 全面监护的谢幕

全面监护,与部分(限制)监护相对应,是指本人的全部人身和财产事务(生活、财产和医疗护理等)的决定权交付于监护人,监护人有权利替代本人决定其所有事务。全面监护原是针对无行为能力人的一种保护措施,是成年监护制度的中心,其弊端突出表现在两方面:

首先,过度保护本人的财产权益而忽视其人身权益。从全面监护的前身“禁治产监护”之称谓便知,该种监护就是禁止本人管理自己的财产,由监护人替代本人行使财产管理权。因而,全面监护实则是对财产的保护。“在进入监护程序后,监护机构的保护重心便是本人的财产,换言之,全面监护所保护者,实为本人的抚养人和继承人,进而维护交易秩序。”[13]全面监护,意味着本人实施的所有行为无效,即便从事的是日常生活交易,如购买生活必需品等,都受到限制。这种一切法律行为归于无效的制度,不但剥夺了本人行动的自由,而且危及到本人的生存权。对此,有论者批判到:“表面上似乎为保护本人而设,实际上是以保护交易的安全与家产之维护为其主要目的。”[14]

其次,全面监护非但漠视人身权益,还成为限制或剥夺本人自由的帮凶。它过度干预本人的人身事务,导致了对本人的基本权利和自由的限制和克减,监护制度被评价为虽然是保护无能力人的措施,但却过度剥夺了本人的自由,无能力人制度就是民法对本人的全部行为能力的褫夺。因此,在美国,全面监护被公认是“剥夺公民权利最彻底的民事惩罚制度,被监护人的法律地位与死人相差无几”[15]

20世纪中叶以降,在确立了禁治产制度的国家(地区),全面监护被相继废除。例如,1968年法国第68-5号法律,德国1992年的《成年照管法》,日本2000年4月的《成年人监护法》,奥地利1984年7月的《成年障碍者事务管理法》,瑞典1989年的《成年监护法》,我国台湾地区2008年5月修正的“民法”第15条等,均废止全面监护。

### (二) 部分监护逐渐移据中心

部分监护,也称有限监护,是指仅在本人实际需要的限度内设立的保护或援助措施。换言之,监护人仅在对本人造成最小限制的范围内执行监护职务。部分监护是人权模式的实践结果,是遵循“最小限制”原则构建而成的。部分监护的特点是,监护作为一种法律干预措施,应在必要时适用。[16]它意味着对个人自治权的干预应在最低限度,法律家长的“强制爱”被限制到最小的空间,监护人的权限不再是无限的。

最少限制原则,也称最小限度干预原则、必要性原则、禁止过度侵害原则。是指“对于当事人自由的干预应尽可能最少”[17]。该原则要求,在立法上,限制权利的手段和目的之间要有适当之比例,不应过分。表现在监护措施上,应先尝试以最少干预之各种方式辅助能力不足者自我决定,惟有在穷尽前述方式而仍无效果时,方可适用监护。

应用“最少限制替代”原则的先例是英国1966年的Lakev. Cameron案。[18]该法官在判决中认为,因为威胁到病人自身而剥夺其自由不应超过其保护需要。法院通过限制监护的范围,确保本人享有相当的决定权,从而最大程度地控制自己的生活。该意见在2005年作为英国《意思能力法》第6条被正式规定。[19]在美国,成年监护制度的主要趋势是采“最少限制(least restrictive)原则”和“有限监护原则”。该原则始于1960年联邦最高法院于Sheltonv. Tucker一案中提出“最低程度干涉自由原则”(the Least Restrictive Alternative Doctrine)[20]。部分监护于1976年被加拿大艾伯塔省《非独立成人法》第11条始确立。[21]之后逐步被全国接受。另外,2000年苏格兰《关于成人丧失能力法》第2条、第3条和第6条同样确定了最少干预原则。在随后的其他国家,如德国,亦确立了必要性原则,仅得就有必要照管的职责范围选任照管人(《德国民法典》第1896条第2款)。在日本、法国等国,新制度都强调以部分监护为中心。如《日本民法典》第9条,第13条,第17条。即使在有些保留了全面监护的大陆法系国家(地区),立法例中也都以“但书”规定,保留了本人的日常生活自主权,并强调该权利不得被撤销,以确保本人可以融入正常人的社会生活中。如《德国民法典》第1903条第2-3款、我国台湾地区

“民法”（修正）第15条第2款、2013年《韩国民法典》修订案第12条第1项。还有，英、美各自的合同法中对“生活必需品规则”的规定，以及美国《统一成年监护与保护程序法》，都是依据最少限制原则确立了有限监护的中心地位。

总之，最少限制原则指导下的有限监护，平衡了保护与自治，避免了对本人自由的过度限制，保全了本人的尊严和部分自由。

### （三）我国全面监护的强势地位

我国监护制度继受了传统禁治产监护制度，因而，全面监护也同样是我国制度设计的重心。在对权利的限制上，我国的全面监护对被监护人权利的克减甚于禁治产制度。后者剥夺的仅仅是财产行为能力，并不涉及人身。而我国的全面监护则在剥夺（限制）本人的财产行为能力外，还剥夺了人身行为能力。例如，婚姻的订立和解除行为、侵害性的人身医疗行为（如堕胎和器官移植等）、人身保险契约行为等等，都应由监护人作为其法定代理人替代本人决定（代理）。

这种全面监护明显违反最小侵害原则，过多限制民事主体的权利，对被宣告（精神病）人私权构成过度侵犯。加之，监护缺乏程序保障，全面监护的启动可径行发生，这从《民通意见》便可推知，能力欠缺者的行为能力被法律剥夺或否定。在我国现行民事法律制度中，一个受全面监护的人，除被剥夺了财产能力外，人身行为能力也被剥夺，由监护人代为行使，[22]实则是“被剥夺了一切权利之人”[23]。

该制度的立法设计，超过了“保护本人兼顾交易安全”之目的所需的程度，背离了最小侵害原则。需探讨的是，对于限制行为能力人，我国实行的是部分监护吗？答案是否定的。限制行为能力人监护和无行为能力人监护的唯一区别，在于二者的法律行为之效力上，一个是效力未定，一个是无效。限制能力人尽管可以实施与本人能力“相适应”的活动，但由于没有列举规定哪些事务受限制，加之既无程序保障，也无制度监督，因此，对限制能力人的监护实则还是全面监护。

令人欣慰的是，尽管我国《老年法》未曾撼动全面监护的根基，但同年实施的《精神卫生法》第30条将“入住精神病院”这一重要的人身事务的决定权，从全面监护中剥离并归还本人行使。这一规定与发达国家一致，属于世界上较先进的立法，只是其落实条件需进一步跟进。

总之，鉴于全面监护悖离人权保障的“最小限制”原则，我国也应当摒弃之，引入最小限度干预原则，以有限监护为中心。同时，进一步创制《精神卫生法》第30条的落实条件。

### 三、监护制度利用者的扩大化

“监护制度利用者”，在各国的旧制度中称为受保护人、受（被）监护人。法律术语的改变彰显了立法理念的转变。目前，国际社会的成年监护制度改革倾向于重新确认脆弱的身心障碍者主体地位，监护人作为国家的“信托人”[24]，应尊重其基本人权——人的尊严，并负有支持、协助其以独立之人格融入社会并得到发展的义务。而旧称“受保护的客体”，实则是以人为客体的旧民法观的反映，应予以摒弃。[25]

现代监护制度转向了社会法路径，公力和私力相结合的监护与援助法，已成为老龄化社会的社会法体系中不可或缺的组成部分。障碍者和高龄人接受监护或者辅助者，相对于国家和社会而言，是权利主体而非法律规制的对象。是因为国家和社会在发展中存在或设置的种种障碍，影响了部分脆弱的人无法管理自己的事务，故他们有权请求国家和社会提供各种帮助，以保证其与正常人平等地参与社会并得到发展。“这是身心障碍者的基本人权中的社会权的应有之义，是其基于社会权而对国家行使的请求权。因此，他们是监护制度的利用者。”[26]在普通法系，一系列的称谓在悄然发生着改变，如新监护法用“需要监护者（apersoninneedofguardianship）”、“智力或认知功能障碍（impairedintellectualorcognitivefunctioning）”取代了“被监护人（ward）”、“精神病（mentallyill）”或“残疾（developmentallydisabled）”等术语。[27]伴随这些称谓的主要变化表现在如下方面：

#### （一）监护制度利用者的范围更为广泛

传统监护制度主要适用于精神病患、酗酒者和吸毒成癖的少数人。与其说既有法制的重心是给他们以“保护”，毋宁说更需要的是对他们的管制或监督。[28]然而，从20世纪后半叶起，在进入老龄化社会的国家，成年监护的主要适用者由少数人而成为众多认知能力正在减退的老年人，乃至当今适用意定监护契约的泛成年人化。而老年人即使已经罹患痴呆症，人们也不能容忍将其视为精神病人、酗酒和吸毒成癖者而加以管制。

现代监护制度利用者的范围更为广泛，主要表现为：

第一，意定监护制度的利用者泛成年人化，即凡成年人，都可利用意定监护制度（见第五部分论述）。

第二，法定监护利用者的范围扩张表现在：首先，除了精神障碍者外，还增加智障者、高龄者；有些国家还及于身体障碍者，如《法国民法典》第490条、第488条。德国民法包括四类：精神障碍；智障；身体障碍（含视觉残疾、言语残疾、严重的听觉残疾和视力残疾）以及导致几乎不能行为的严重疾病患者（《德国民法典》第1896条第1款）。此外，还包括如严重的心脏病等几乎无行动能力的人。《瑞士民法典》第369-372条规定的有四类。加拿大《魁北克民法典》第258条规定的是因疾病、身体缺陷或年老虚弱损害了其表达自己意愿的脑力或体力的情形；《日本民法典》第7、11、14条规定的有四类人：精神病人、智能障碍者以及痴呆症、高龄者等。

英美法系国家监护制度利用者的范围与大陆法系诸国几乎相同，如《美国社会保障法》第2条的规定，即“因为心理疾病、心智低下、身体疾病、老年、慢性药物的使用、慢性酒精中毒或其它导致本人缺乏足够认知能力或交

流能力而有可能受到损害的人”[29]。

归纳起来看，精神障碍者、智力障碍者、老龄者可以利用现代法定监护制度，基本上不存在分歧。但对身体障碍者、酗酒、毒瘾以及浪费行为者，在不同各国的立法例中尚存分歧。

首先，对身体障碍者，绝大多数国家允许其作为法定监护制度的利用者。《法国民法典》第 488、490 条、《德国民法典》第 1896 条均有规定。古罗马《十二铜表法》对聋哑人也同样地予以保佐。[30]美国《身心障碍者法》对身体障碍经历了从排除到承认的立法过程。

其次，对于酗酒、毒瘾、浪费行为者可否利用法定监护，在各国新制度中，存在较大的分歧。在英美普通法国家，针对酗酒者的受领养老金行为，《美国社会保障（安全）法》特别规定“由其监护人代理”[31]。德国和日本则持反对意见，日本通说认为，对浪费者的权利无需进行法律干涉。并且，浪费的情况依据当地的风土人情及富裕程度会有所不同。[32]因此，浪费人在日本新监护制度中被取消。

在我国法律体系中，酗酒者、吸毒者、有赌癖或浪费人（挥霍者）并未予以单独规范。

#### （二）我国的成年精神病人监护

从《民法通则》、《民事诉讼法》、《民通意见》、《老年法》等相关法律和司法解释来看，我国监护制度适用者主要为精神病人（痴呆），适用主体的范围极其有限，远远小于现代成年监护之利用者的范围，我国的规定存在着下述问题：

首先，法定监护的请求权主体缺乏单独列举规定。我国的请求权主体范围主要集中于精神障碍者（含痴呆症者）。将痴呆症者视为精神障碍者违反医学的常识性分类，二者分属于两类不同的民事主体。[33]在医学上，痴呆属于“智力障碍（认知障碍）”的一种[34]，成年人痴呆多发生在老年。高龄者的专属病症——老年痴呆症，作为一种智力上的障碍，直接影响判断能力（意思能力）[35]，因而，痴呆症理应与智障者同类。在法理上，对于存在认知障碍的成年人而言，其自我决定，不是简单地赋予其自我决定权就能解决，还必须为其提供容易认知的信息并加以说明，消除其在取得信息、理解信息直至形成意思决定的过程中所存在的障碍并提供援助。正是这种支援自我决定的认识，成为认知障碍者有必要适用成年监护的理由。[36]综上，智障者应该作为独立的主体成为成年监护制度的利用者，而不应该“被视为”精神障碍者，在立法上应单独列举规定。

其次，身体障碍者应赋予请求权。对与“精神障碍者”同属残疾人的聋、哑、盲者，他们是否有请求权，同样是我国的制度设计中存在的问题。不可否认，这部分人的意志是（精神能力）健全的，但在行为、意思表示（表示沟通）等方面，却存在着障碍，客观上妨碍了其行为能力的实现及权利的行使。然其可资利用的救济手段只有《合同法》中的委任制度，委托他人代为民事行为，双方的权利义务由委托合同约定。但作为体能上有障碍的一方，无疑是难以亲自监督其委托代理人行为的，若代理人滥用权利，则无其他救济制度。显然，在此种情形下，体能的障碍妨碍了本人的意思自治，亦属于意思实现能力不足者，在行为能力上同样是有欠缺的，因而，他们成为该制度的请求权人是具备正当性的。事实上，对这部分特殊主体的特殊需求，我国法律其他领域也是予以特殊对待的。《刑事诉讼法》第 34 条、《治安管理处罚法》第 14 条、《刑法》第 19 条都肯定了盲、聋、哑残疾人的意思表示和意思形成能力的天然不足，并给予诉权上的特殊保护。相比之下，民法的规定就显得不足。

最后，意定监护利用者外延不周。在对意定监护利用者的规定方面，我国规定该制度只适用于老年人，而其他如十八岁以上不满六十岁者、在意外事件中造成的意思能力丧失者、宣告失踪中的成年人等，是否有资格利用该制度，都无从确定。而在现代成年监护制度中，这些主体确有资格利用意定监护，先进国家的立法中多以列举方式规定，例如，美国 2006 年的《统一代理权法》第 102 条（5）甚至扩及“失踪、被扣留（包括刑事监禁）、离开美国不能返回”。故我国老年法需要进一步扩张解释第 26 条的外延。

鉴于目前我国监护制度利用者的范围过于狭窄，且在制度利用者的区分上存在着问题，宜将视力、语言、听力障碍者都应列入有请求权人之列。

#### 四、保护和支援措施的多元化

各国旧制度对脆弱成年人所予以的保护措施，均无视本人残存的意思能力的差别，在法技术上拟制出了一个概念，即行为能力，然后先行剥夺或限制脆弱的成年人的行为能力，进而予以他治式的监护或者保佐措施。这种保护模式的弊端为：一是行为能力的划分种类极其简单，忽视了身心障碍者这类脆弱成年人残留的意思能力所具有的差异性、渐进性和时段性的特点；二是监（保）护措施过于僵化，不能适应脆弱成年人的多层次保护需求。而为了最大限度地实现个人自主权就必须增加保护类型。[37]所以，各国的改革与《联合国残疾人人权宣言》的标准相呼应，均采多元化保护措施用以支援那些脆弱的成年人，以尊重并激活其余存的不同程度的能力。

整体上看，两大法系成年监护在目前的支援体系上呈现出了意定监护与法定监护两大分支。其中，前者又分成人身事务照顾、财产代理、医疗健康护理的持续代理等（见下文“五”详述）。在法定监护方面，新的保护措施主要有三种：一是剥夺本人的部分行为能力，而后予以的监护和保佐；二是不剥夺行为能力，仅仅是对本人的个别行为予以的“辅助”；三是支援本人共同作出意思决定的“顾问”。其中以“辅助”为代表的措施，强调本人为主体，辅助人的作用是支援本人的意思决定，替代了旧制度中监护人、保佐人为主体替代或代理本人做决定的方式，改变了传统监护固有的“非此即彼”的方式，辅助人的权限不再为本人的代理人，而是辅助或支援本人做决定，或者仅仅是为本人提供信息、提出建议，甚或仅作为本人的使者传递讯息。本人借助辅助人的辅助（支援），从而具有了

完全的行为能力，参与社会。具体以言，各国新制度的保护方式表现如下：

### （一）一元化的德国法和多元化的其他国家立法

采一元化的德国，由原来的“监护、辅佐”二元保护方式，构造成一种类型——“照管”。按照每个人不同的需求予以援助。法院须在个案中为本人定制不同的照管措施（必要性原则）。

多元化，也称类型化，是针对脆弱的成年人所残留的意思能力的不同程度，划定本人的自治范围。对无能力者自我决定的事务，配备相应的监护措施，不同类型的监护人的职权范围各异。采类型化主义的国家（地区）又分为二元、三元、四元类。其中采二元化类型的国家（地区），如瑞典、智利、蒙古、加拿大魁北克省和我国台湾地区规定的监护和辅助[38]。采三元主义的有法、澳、瑞、俄、奥、日、韩等国。法国规定的是司法救济，监护和财产管理。澳大利亚分为特定事务监护、一定事务监护、全部事务监护。瑞士分为监护、辅佐和司法保护。俄罗斯联邦分为监护、保护和庇护。奥地利分为个别事务监护、一定事务监护和全部事务监护。日本规定有监护、保佐和辅助。韩国分为全面监护、部分监护和特定监护。在采四元化的国家，如美国老年法中的财产监护、人身监护、全权监护、有限监护；英国的管理、监护、保护、财产管理；加拿大的《统一代理权法》以及安大略省 1992 年的《替代决定法》中的共同监护、信托、辅佐、代理。

### （二）一元化与类型化的比较

德国民法规定的措施只有一种——照管，在形式上尽管不作区分，实则是最广泛的类型。它以权利侵害最小化的方式最大化地满足障碍者的保护需求，堪称贯彻比例原则的典范，显示了公权力的立法和司法在行使时确保自治与他治的平衡。反映在法定监护制度上，将尊重自我决定权与正常化理念进行了妥适的协调。这对法官的职业素养水准的要求颇严。采类型主义的法、日、瑞、奥、澳、韩等国，同样是按照必要性原则，设计出保护措施的类型。类型主义模式对本人自治的范围，既作了一般性的规定，又允许他治，从而平衡了他治和自治。英美法系的四元化措施，对本人的私权维护极为周全，符合英美普通法的判例规则，有利于法律适用。多元监护措施的构建，不但为各类脆弱的成年人提供了菜单式的多种选择，而且也缓解了社会老龄化所带来的诸多问题。

### （三）我国监护措施的单一化

我国对现有的监护措施未作区分，依据《民法通则》第 13 条、第 18 条第 1 款以及《民通意见》第 10 条的规定，受监护人分为两种：一是对无能力人的监护，监护措施是赋予监护人以代理权和财产管理权；二是限制能力人的监护，监护措施也是代理权和财产管理权，但有别于无行为能力人的监护措施之处在于，与其精神健康状况相适应的民事活动可以单独实施，其他民事活动则由监护人代理或征得监护人的同意。[39]除了在代理权限上有所区别之外，监护人的其他监护职责是完全相同的。[40]由此可知，我国采用的是一种概括式的保护措施——监护，它既有别于一元化，也不同于类型化。对监护措施不加区分的概括式立法，隐藏着对人权实现的若干阻碍：

首先，违反必要性原则。必要性原则要求在所有能够达到立法目的的诸方式中，必须选择对主体权利最小侵害的方式。也就是说，在以不违反或减弱该法律所追求之目的的前提下，立法者应该选择对主体权利侵犯最轻之方法。成年监护制度的目的是保护本人，并兼顾交易安全。而我国的这种保护措施，优先保护的是交易安全，保护效率低且方法简单。用一种监护措施来应对那些脆弱的成年人的不同保护需求，用简单的两类“无和限制”行为能力，来涵盖所有的余存不同的意思能力的成年人。显然是对每个个体自我决定权的无视，过度限制了本人的基本自由。

其次，从立法的科学性上考量，单一的监护措施也存在着僵化有余、灵活性不足的瑕疵。既然《民法通则》将能力不完全的成年人区分为“限制和无”两级，那么，两者对应的监护措施也应有别，不应该只有一种。例如，老年痴呆症（奥兹海默症），作为年老时常发生的智力障碍，老龄痴呆症者的判断能力是随着年龄升高渐次消退的。即使是行为能力完全的老年人，也无法避免意思能力的日渐衰退的，只不过衰退的程度因人而异。

因此，如何将成年人的行为能力类型化，不仅是技术问题，而且是涉及到人权保障的问题。而我国却无视具体个体的能力具有阶段性和相对性的特点，在监护措施上，采“一刀切”式的立法，一律适用同样内容的保护措施，这对于限制行为能力人而言，无疑是过度干预了本人的自由。虽然法律规定其可以进行与其智能状况相适应的法律行为，然而“智力状况”这一规定的边界过于模糊，其无能力管理的是哪些范围的人身事务和财产事务，法律却无明确规定，而医学鉴定和实验表明，某些限制能力人，是完全有能力处理其人身事务的，他们只是缺乏管理财产的能力，或者反之。故民法不应罔顾个体的不同需求，不加区分地适用同一种监护措施。

总之，只有将保护措施类型化，并赋予每种类型不同的内容——或保护或援助或辅助——才能最大程度地尊重本人残余的意思能力，最大程度地保留自治空间，也才能符合比例原则。

## 五、意定监护为主法定监护为辅的新体系

### （一）意定监护及其优越性

#### 1. 意定监护在两大法系的共同认可

意定监护，与法定监护相对应，是大陆法系的学理称谓，在各国的立法称谓中，名称各异。意定监护，系指基于当事人的意思表示而成立，并就监护人的选定、监护事务与监护（代理）权限等，由当事人自己决定的委任监护契约。易言之，本人在能力完全时，通过委任契约，预先为自己能力不足时的生活（尤其是老年）做出安排，以确保年老时的生活符合自己的意愿。如能力完全的人预先选任了受托人，当自己的能力不足以处理日常生活、医疗事务或者财产事务时，受托人成为监护人，代理本人（被监护人）管理事务。在普通法上，意定监护被称为持续性代

理制度，系指“本人以书面形式指定代理人，该代理人的代理权不受本人无意思能力和精神障碍的影响，或者代理权，于本人无意思能力时开始生效，其效力自设立开始，不受时间限制，除非指定了终止时间”[41]（2006年美国《统一代理权法》第1条）。此外，还包括生前预嘱和生前信托。[42]在大陆法系的意定监护中，监护人仅有代理权，即监护人实为意定代理人，与英美法系中的“持续性代理权”制度中的代理人相比，两者的法律地位相同。故学理上统称意定监护。

生前预嘱是当事人就其健康护理方面预先做出的决定或安排，它表达了当自己处于绝症晚期或者持久无意识期间，需要或拒绝某项医疗措施的意愿，比如生命维持系统、插管进食等。生前信托是就其某项财产的决定，当事人提前选定受托人代为管理信托基金，于其丧失意思能力时开始财产管理，以防自己的意思能力丧失后对其财产造成不当损害。[43]这也是私法尊重自我决定权及应对人口老龄化快速发展的制度创新。

## 2. 意定监护的优越性

就意定监护制度优先于法定监护的原因，正如日本在其任意监护法的立法理由书中所阐明的：“成年监护制度的中心，从民法典的法定监护向意定监护转移，是基于理念和法制层面的考虑。”[44]具体而言：第一，在理念上，意定监护秉持的是尊重自我决定，法定监护的理念则是保护本人并兼顾交易安全，本人是被动的，以监护人的意思优先。在监护措施上，采取强制的法律父爱主义之立法形态。在这个意义上来说，鉴于意定监护制度更好地贯彻了现代人权保障理念，与法定监护制度相比，理应占据更加优越的地位。尊重自我决定权，表现在不仅尊重意思能力不健全时残留的自我决定，而且尊重意思能力丧失之前的自我决定。[45]重要的是，这种尊重还及于本人预先对自己将来能力欠缺后的事务的决定。[46]使其在能力完全时对自己将来能力丧失后的事务预先做出决定。这也是监护制度改革确立意定监护为核心的根本原因。[47]

第二，从正当性来看，意定监护是尊重自我决定的必然制度设计。民事主体从出生到具有完全能力直至其能力衰退，生命历程中的两端都适用到监护制度，是完全符合法的正当性的。利用意定监护的当事人，可以不必受行为能力宣告制度之限制，假借监护人的援手，活用自己余存的能力，自主决定自己的生活。意定监护是在行为人有意思能力之时，对人身与财产事务的事前意思表示——于本人能力丧失之后由该制度对本人预先的意思予以支援和保障。这是一种能力欠缺以前的自力救济；而法定监护，仅是在能力欠缺以后的公力救济。意定监护创设之目的是弥补法定监护的不足。在英美法系称意定监护为“监护的替代措施”。同样是一种保护措施，持续性代理权日益成为一种社会提倡且个人乐于选择的法定监护的替代方式。如果说法定监护提供的是单一型的保护措施，那么意定监护提供的则是菜单式的可选择型，[48]因其意定性、差异性从而极富弹性，符合“最低干预”原则。

### （二）两大法系新模式的殊途同归

普通法上的意定监护制度于1954年以持续性代理契约的形式出现于美国的弗吉尼亚州法中，到20世纪80年代中期，该法在全美的统一成文法地位被确立。[49]此后，该法于1986年被英国仿效并得到进一步发展。[50]受英国影响，新西兰于1988年、澳大利亚于1992年相继引进该制度。[51]美英两国为加拿大奠定了理论和制度的根基。[52]20世纪90年代初，加拿大普通法各省相继引入持续性代理制度，如1992年安大略省实施的《替代决定法》。在大陆法系，1999年施行的德国《照管法》使其民法典第1904条第2项，第1906条第5项转向意定监护。实际上，德国整个成年照管制度是以“预防性代理权”为基础的意定监护制度据于优先地位的。[53]《德国民法典》第1896条第2项规定的“任意性措施”，旨在补充法定监护，是以相当于持续性代理权的“预防性代理权”为中心的[54]。据此，德国已经采用了与持续性代理权制度同样构造的“伴随公共监督的任意代理权”[55]。这种新制度在2007年被法国民法修正案所采纳。日本在继受美、英、加、德诸国制度的基础上，于1999年颁布了《任意监护法》，2011年该法被韩国引入[56]。此外，瑞士于2013年1月1日施行的《瑞士民法典》（修正）以及我国2013年《老年法》第26条，相继承认了该制度。

持续性代理制度和大陆法上的意定监护制度表明，意定监护制度是现代成年监护制度改革的选择。这种模式成为维持他治与自治的平衡点，成为现代成年监护制度的方向。当代成年监护制度以意定监护为基本制度，主旨是应对日益老化的社会，提倡成年人在能力完全时，提前决定和规划自己丧失能力之后的事务。

意定监护制度，以当事人之间缔结的契约为基础，内容及方式等均由本人决定，因而更具柔性及弹性，且融合了前述三个理念——尤其是重视自我决定权（特别是事前的自我决定），因此，一经诞生便受到了世界各国的普遍重视。此后成年监护分成法定监护和意定监护两个分支，在两者的关系上，在当代各国的成年监护立法例中，“意定监护制度优先的原则”已成为基本原理。[57]具体来说，在意定监护和法定监护竞合时，原则上应当优先适用前者。如《日本任意监护法》第10条第1项、《德国民法典》第1896条第2项和英国《持续性代理权法（EPA）》第7条。[58]

### （三）我国《老年法》意定监护制度的首次发声

在我国未成年人监护制度中，监护人可以将监护职责全部或者部分委托他人，但这不属于意定监护，因为设立委托的是委托人的而非本人的意思表示，而且委托的内容是部分监护事务而非全部。此外，其在时间上仅仅是法定监护职责的暂时转移。所以，严格意义上说，我国仅有法定监护。令人耳目一新的是《老年法》第26条第1款规定，“具备完全民事行为能力的老年人，可以在近亲属或者其他与自己关系密切、愿意承担监护责任的个人、组织中协商确定自己的监护人。监护人在老年人丧失或者部分丧失行为能力时，依法承担监护责任。”该条是中国意定

监护的首次发声，也是对我国民法的新突破。[59]不过，新法尚有以下不足之处：

其一，只规定了意定监护的发生原因，其内容的规定尚付之阙如。例如，作为意定监护法律关系的内容，监护是通过意定监护契约确立监护关系的，具有附条件的法律行为的特点，所附条件成就时监护契约生效，监护人开始执行职务。

其二，欠缺重要的监督制度。由于意定监护的特殊性，在规定意定监护实体制度的同时，应规定相应配套的监督程序。

其三，缺乏程序上的保障，如立法没有规定意定契约的成立生效、登记、公证程序。总之，程序问题概无规定。[60]这与现代成年监护制度的距离很大。

## 六、我国民法典编纂中的新成年监护制度

### （一）我国未来成年监护制度的模式

在我国民法典编纂之时，新成年监护制度（以下简称“新制度”）的模式选择是首当其冲的问题。鉴于我国已签署并加入了一系列国际人权公约，因而应按照国家人权保障的标准，新监护制度的立法理念宜秉承自我决定权和正常化理念，以三个原则指导立法，制度目的旨在促进所有的脆弱成年人的社会参与，体现平衡自治与他治及保护与援助之目标。在成年监护法的体系上，宜确立意定监护为主，法定监护为辅，并同时构建妥适的监督规则。具体如下：

第一，立法应以尊重自我决定、最少干预、能力推定（程序保障）为指导原则。确立最少限制原则主要基于尊重和保障人权的需要。因此，成年监护法应规定，监护只在必要时设立，监护人的权限必须限定在“必要”之范围内。尊重自我决定原则，以本人为中心重新配置权利。在确定该决定是否符合成年人的最佳利益时，应考虑成年人在有意识能力时，曾经表达过的意愿和所持有的价值观和信仰。[61]

第二，明确能力推定规则。能力推定，是指凡成年人，除非有相反证据证明，均推定其有意思（判断）能力。未成年人都要经历无行为能力、有部分行为能力和有完全行为能力的过程。与此相反，成年人的起点是有行为能力。这种规定系借鉴英国《意思能力法》第1-1条，并与《民法通则》第11条的旨趣相同。

### （二）新制度的基本构造

进一步完善我国《老年法》第26条，宜借鉴日本、韩国的任意监护法。理由在于：德国立法模式过于激进，我国台湾地区则偏于保守，日韩模式应成为可能的借鉴模式。首先，日韩模式剪断了监护与行为能力的关联而构造新的制度，承认了社会生活和社会现实的复杂性，还原了市民社会的样貌。其次，日韩模式将监护制度分为法定和意定两种，兼顾了制度的稳定性与法律的弹性，故日本的任意监护法一经面世，在国际上受到高度评价[62]。再次，任意监护以契约为基础而产生，这在我国大陆的法制中有同样的基础，如委托监护和遗嘱扶养协议，易与我国的制度产生融合。

综上，在日、韩两国现行的监护法中，多数法规范可以直接为我国所借鉴，移植其先进的法律产品可以简省我国的立法成本。再者，基于法律文化的考虑，日韩制度模式可能更契合于我国法律文化。我国意定监护的框架拟由两部分构成：委任监护契约和监督。具体而言，对《老年法》第26条第1款应进一步解释如下：年满十八周岁的自然人，可以作为委托（本）人，与受托人约定，在本人能力不充分时，将自己的生活、医疗健康看护以及财产管理等事务，全部或者部分委托予受托人，并授与其代理权的委托合同[63]。该合同是委托合同，是授予代理权的委托合同、是附生效要件的委托合同。其中，以生效时间为标准，合同可以分为转移型、即时生效型和将来型三种。委任监护合同的当事人由委托人（本人）、监护人（委任监护受托人）、意定监护监督人三方组成。在内容上，应具备合同的必要条款和代理权的授予。在形式上，采定式合同，合同成立和生效须符合法定方式。在效力上，乃附停止条件的法律行为，以法院选任监督人为生效要件。[64]此外，当委任监护合同与法定监护竞合时，前者优先。关于监督部分的构造详细见本文最后部分。

### （三）有限监护为中心的法定监护体系

鉴于全面监护悖离人权保障的国际发展趋势，我国未来的法定监护制度宜以有限监护为中心，具体包含以下内容：

在监护的设立原因上，应废除《民法通则》第13条的法定类型制，采用日、韩新法的三类型。即废除无行为能力，仅保留限制行为能力。并将限制行为能力再分为三类：（1）限制大多数法律行为（日常生活行为、纯获利益的除外）；（2）限制部分重要的行为以及法院就个案裁定的行为；（3）限制上述二种中的个别行为以及另由法院个案裁定的个别行为。对上述限制能力人，按法律行为所需之相应意思能力，分为三种（简称“新类型”），即与其残余的意思能力相适应，分别对应着本人不能单独实施的三类行：大部分法律行为、部分法律行为、特定法律行为。在法律行为的效力上规定：对于受限制的三类行为，本人不得单独实施，须由法定代理（监护）人代理。未经代理人同意或追认的，效力为“可撤销”，重要的是，也将该撤销权赋予本人；同时，将《合同法》中的法定代理人的“追认权”修正为“撤销权”，并同时废止相对人原来的催告权和撤销权。[65]

### （四）监护、保佐和辅助三种措施

与上述受限制的三类行为相对应的，分别是监护、保佐、辅助措施，以不同的保护或援助方式来满足意思能力不足者多元化的保（监）护需求。其中，监护、保佐和辅助的权限内容如下：

## 1. 监护

其包括如下内容：(1) 监护人的权限。其一，法定代理权；其二，财产管理权；其三，撤销权。监护人可以撤销被监护人的单独行为，但本人购买日用品以及与日常生活相关的行为、纯获法律利益的行为除外。(2) 监护人的身心注意义务与尊重自我决定的义务。其一，人身监护事务包括身心状态和生活状况，疗养看护等事项。此外，还有对本人人身行为的特别注意义务。其二，尊重本人意思决定的义务。

## 2. 保佐

其包括如下内容：(1) 保佐人的权限主要是同意权、撤销权。本人仅就几种重要的法定行为的实施须经保佐人同意。未经同意而实施的行为，则本人、保佐人可以撤销。琼瑀 应注意的是，原则上，保佐人没有代理权，仅就特殊的事务，可以由法院在个案中赋予。

(2) 保佐人的身心注意义务。是指在处理保佐事务时，保佐人必须尊重被保佐人的意思，关怀其身心状态和生活状况。其旨趣与监护人相同。

## 3. 辅助

此项措施是针对本人不能处理个别事务时而设定的，较为灵活且富于弹性。具体包含如下三类：

其一，“同意权型”辅助，也称共同决定型辅助，辅助人仅有同意权，本人实施的特定行为，需要辅助人同意。需注意的是，该特定行为的范围只能是小于保佐范围内的八种，因为如果这些事项全部都需要“同意”，则不适用辅助而是适用保佐。

其二，“代理权型”辅助。此类辅助人的代理权限是由法院审判而赋予的。代理权的范围不限于保佐的八种特定行为，而是由法院根据必要性原则予以裁定。辅助人拥有的代理权限与法定监护人法定代理不同，辅助人可为代理的行为由个案的不同而异。[67]

其三，“同意权型和代理权型”辅助。辅助人的权限含代理权和同意权。鉴于民事生活的丰富多样，为了克服成文法的局限性并满足主体多样性的需求而设定的辅助类型。另外，为适应身心障碍者能力的变化，可以追加、缩减或扩张辅助人的代理权、同意权及撤销权的范围。这既是辅助的特点，也是辅助类型得以存在的充分理由。可以及时地针对个体的不同需求加以弹性的调整，从而缓和了类型化的刻板 and 僵硬。此立法设计系借鉴德国的照管模式。

关于辅助人的义务，同样适用对本人的“身心注意义务与尊重自我决定义务”。需注意的是，辅助人仅在其职务范围内负有上述义务。其原理与法定监护和保佐相同。

## 4. 监护、保佐、辅助之间的效力关系

三者之间的关系存在以下几种情形：第一，在监护与保佐的效力关系上，于设置法定监护时，如本人已接受保佐，法院须裁定撤销保佐。第二，在辅助与监护、保佐的效力关系上，在满足监护或者保佐的要件时，就不适用辅助。

上述三类监护措施是参酌了德国、日本、韩国[68]加拿大安大略省的立法例。[69]

### (五) 监督制度

#### 1. 作为成年监护制度重要构成的监护监督

监督之所以在监护中占据重要地位，主要基于理论与实践两方面的原因。从理论上讲，监护制度对本人的保护，是以限制基本权利和自由为前提、以干预其日常事务为手段的，因而监护对本人而言，如同一把双刃剑，从而也决定了监督的必要性。从实践上看，本人一旦欠缺能力便无法监督监护人（保佐人、辅助人、委任监护人），失去了监督与控制的监护人（代理人），在执行职务时全靠自己的道德良知。在缺乏监督的真空地带，监护权的滥用极易滋生。而作为代理人和财产管理人的监护人，通常被赋予广泛的代理权，包括出卖本人房屋与财产、投资、撤销保险单、重新指定受益人以及清空银行账户等重要权利。监护人的代理权容易变成代理（监护）人侵吞本人财产的工具。[70]调查显示，代理人（监护人）挪用自己所管理的本人的财产而受到逮捕、起诉并被判决有罪的案件比比皆是[71]。据统计，对能力欠缺者财产的侵吞多发生在与其关系亲密者中——加害人通常是其家庭成员或照管人。[72]

基于上述原因，无论是对意定监护还是法定监护，第三方的监督都是必不可少的。因而，构筑有效的监督制度是监护制度的重要课题[73]。大陆法系各国监护立法无不重视监护监督，很多国家立法甚至以公权力介入监护事务。

我国监护制度一直忽视监督的构建，尽管《民法通则》第 18 条第 3 款规定了监护人对被监护人的损害赔偿责任，且《民通意见》第 20 条对监护人不履行职责或者侵害被监护人的合法权益做了进一步解释，但这些规范本质上只是对监护人加害被监护人之后的民事责任进行分配，而非对监护人职务执行行为的监督。另外，《老年法》同样没有对监督做出规定。

总之，在成年监护中，谁为监督人、监督人的权利义务如何、如何保证监督行为的落实，从我国目前的法律体系看，这些问题都没有得到解决。[74]然而，未成年人监护领域的立法已经开始重视监护监督，2015 年 1 月 1 日生效的四部委联合制定的“新规意见”对未成年人监护不利规定了丧失监护权的后果，其中涉及民政部门、居民或村民委员会的临时监护，属于符合我国实情的自生制度，与国外不同。可以推知，成年监护监督也将必然受到重视，并应类推适用未成年人监护监督制度。

#### 2. 监护监督模式的比较



采纳私力监督模式的美国，作为一个崇尚自治的国家，为维护监护的私法性，采取赋予利害关系人向法院提请司法审查的私人监督模式，2006年的《统一代理权法》第116(a)条对此予以具体规定。[75]也就是说，在美国，对代理人权利滥用的遏制主要依赖于利害关系人对代理人行为的事后审查，属于事后、消极监督模式。

公力监督模式的代表是英、日、德、韩等国，英国2005年《意思能力法》创设了公设监护办公室（Office of the Public Guardian）与保护法院两个机构，分别监督意定监护人和法定监护人，同时，法院还有权派出“保护法院专员”（Court of Protection Visitors），针对特定代理人的行为进行监督。并有权派出“保护法院专员”（Court of Protection Visitors）以监督代理人，[76]公力监督模式采取了法院直接主动介入监护的姿态。

私人监督的优势在于：首先，可以充分实现私法自治，保护当事人的隐私。美国制度设计的原旨系排除法院干预，以纯私法满足本人能力不足时的需求，将当事人的财产状况等隐私在公权力面前隐身。其次，简单易行成本低，节约司法资源。法院在监督上处于被动姿态，只在利害关系人提请司法审查时才予以调查。同时，司法审查并不针对整个代理关系，而仅限于代理人的个别代理行为。因而，其也伴随着这样的劣势，即私人监督在遏制代理权滥用方面收效甚微。美国的一项调查显示，94%持续性代理权中（意定监护）存在着滥用情形；三分之二的司法人员在执业期间受理过代理权滥用案。[77]

公力监督模式的优点体现在：第一，监督全面。如上所述，英国、日本及韩国立法对持续性代理权的监督，既包括事前又包括事后。事前监督主要是指对持续性代理权的设立予以充分的程序保障，目的在于，“在持续性代理权创设前通过采用预防性措施，阻止了不适当代理权的产生”[78]；事后监督主要是指公设监护办公室等机构对代理行为的监督。第二，监督力度大。与私力监督相比，公权力监督主体处于优势地位，是一种自上而下的、强制性的监督，可以有效减少代理权的滥用。公权力监督的劣势在于创设成本高，制度使用率低。英国2008年的一项调查显示，在拥有5100万人口的英格兰，仅有4283人利用持续性代理权制度。这与其高成本不无关系。[79]另外一个劣势是创设程序过于繁琐苛刻，使人欲用而不能。据有关数据显示，由于公权力对持续性代理权创设程序的大量介入，令欲意思自治的当事人望而却步。[80]劣势之三是，对代理人的监督过于严格，立法课以代理人过多的义务，“由于这些义务的存在，很多人拒绝担任代理人”[81]。

### 3. 我国的双轨制监督模式

通过以上分析可以看出，美国的私力监督模式不能有效遏制代理权滥用，损害了本人的利益；英国、日本及德国等公权力的介入模式虽然有效降低了代理权的滥用，然而其创设成成本贵、创设程序复杂，使得该制度的应用率不高。因此，我国宜取长补短，构筑一个对委任监护实行公力监督，对法定监护采私力监督的双重监督模式。

（1）法定监护的私力监督法定监护的私力监督主要指，在设定法定监护时由监护人的利害关系人充任监督人，公权力不主动介入。主要有以下两个问题需要解决：首先，监督人的选任。监督人可以为复数，可以是法人或自然人。但利害关系人不得出任监督职务。其次，监督人的职务包含四项内容：监督监护人执行监护事务；要求监护人报告监护事务；调查监护人监护事务的执行或本人财产状况；情况紧急时，可在监护人职务范围内为必要处分。在监护人不履行监护职务或侵害被监护人权益时，及时向法院报告。在监护人出现资格消灭的情况时，请求法院撤换监护人。[82]

#### （2）委任监护的公力监督

公力监督包括公证机构与法院两方的监督，前者的监督表现在事先对委任监护合同的审查，而后者的监督则主要表现为两个方面：一是要求监护人定期报告监护的执行情况；二是解任不称职的委任监护人。法院应该全面介入意定监护关系，有效地制约监护（代理）人。对于不称职的代理人法院有撤销意定监护并改为法定监护的权力。此外，在代理人侵害本人权益时，有权要求监护人承担法律责任。

注释：

[1] See Wolf Wolfensberger and Stephen Tullman, A Brief Outline of the Principle of Normalization, 27 (3) Rehabilitation Psychology (1982), p. 135.

[2] 参见朱涛：《自然人行为能力制度研究》，法律出版社2011年版，第216页。

[3] 参见申政武：《东北亚成年监护国际研讨会发言稿》，杭州师范大学2012年4月28日《东北亚成年监护制度国际会议论文集》（未公开发表）。

[4] See The Ireland Law Reform Commission Consultation Paper on Law and the Elderly (LRC CP23-2003).

[5] See The Ireland Law Reform Commission Consultation Paper on Vulnerable Adults and Law: Capacity (LRC CP23-2003).

[6] 参见前引[5]。

[7] Christy Holmes, Surrogate Decision-making in the 90's: Learning to Respect Our Elders, 28 University of Toledo Law Review 605 (1997).

[8] 2006年联合国大会通过的《联合国残疾人权利国际公约》确立了国际残疾人人权保护的国际化标准。该公约序言明确确认残疾是一个演变中的概念，残疾具有多样性，残疾是伤残者和阻碍他们在与其他人平等的基础上充分切实地参与社会的各种态度和环境障碍，相互作用所产生的结果。公约第12条明确要求各缔约国应承认残疾人在法律面前的平等地位，应采取一切措施保障残疾人享有平等权利。可拥有或继承财产，掌管自己的财务，并应

当确保残疾人的财产不被任意剥夺。公约第 19 条确认残疾人的独立生活和融入社区的权利。

[9] 参见《联合国残疾人权利国际公约》。

[10] See Adult Guardianship and Trusteeship Act, SA2008, cA-4. 2, § 2 (1).

[11] 该法规定：“依据本法以缺乏能力者的名义实施一定行为或作出一定决定必须以其最大利益为目的。”

[12] 参见前引 ④。

[13] 高一书：《成年监护之意思能力判定》，载《台湾警大法学论集》2007 年第 13 期。

[14] 刘得宽：《成年监护制度之比较研究——以日、台、德为中心》，载《月旦法学杂志》2003 年第 101 期。

[15] Lawrence O. Gostin & Anna Garsia, *Governing for Health as the World Grows Older: Healthy Lifespans in Aging Societies*, *The Elder Law Journal*, Vol. 22, p. 115.

[16] The Ireland Law Reform Commission Consultation Paper on Law and the Elderly 和 The Ireland Law Reform Commission Consultation Paper on Vulnerable Adults and Law: Capacity。两份文件均对法院监护体系做出详细论述。

[17] 参见陈新民：《德国公法学基础理论》（下册），山东人民出版社 2001 年版，第 358 页。

[18] 法院查明 Lake 夫人是一个患有“慢性脑病综合征”的老年人，在穷尽所有可能的诸如在社区对其进行照料和治疗的替代措施之前，不可将她交付不定期民事关禁（Indeterminate commitment）。

[19] See Norman Fell, *Guardianship and the Elderly: Oversight not Overlooked*, 25 *University of Toledo Law Review* 189 (1994).

[20] 参见李文胜：《美国成年人监护法的改革及对我国未来民法典之借鉴意义》，载《广西政法管理干部学院学报》2008 年第 1 期。

[21] 艾伯塔省的《非独立成年人法》第 11 条规定，“监护人应为了被监护人的最佳利益，鼓励被监护人自我监护，对只关己身的事务做出合理判断，以最小限度干预的方式行使监护权。”

[22] 《民通意见》第 10 条规定：监护人的监护职责包括：保护被监护人的身体健康，照顾被监护人的生活，管理和保护被监护人的财产，代理被监护人进行民事活动，对被监护人进行管理和教育，在被监护人合法权益受到侵害或者与人发生争议时，代理其进行诉讼。

[23] 调查发现，在多数精神病人的家庭中，作为法定监护人的亲属都没有真正尽到监护人的责任，精神病人基本上都处于放任失控的状态下；有些精神病人家属不堪监护的重负，甚至对精神病人采取铁链捆绑等远比监禁更为残酷的方式，家属杀死精神病人的事件也屡有发生。参见《八旬老汉亲手掐死妻子，嫌其精神病拖累自己》，载《南京晨报》2010 年 2 月 13 日。

[24] Schmidt W. V., *Guardianship: The Court of Last Resort for the Elderly and Disabled*, Durham: Carolina Academic Press, 1995, pp. 687-692.

[25] 参见 [日] 田山辉明：《成年监护法制的研究》（上卷），成文堂出版公司 2000 年版，第 61 页。

[26] [日] 矶村保：《成年监护の多元化》，载《民商法杂志（成年监护法改革特集）》2000 年第 4 期。

[27] Peter Greenfield, *Public Guardianship Legislation Enacted*, 6 *Seniors Digest* (2005), p. 445.

[28] 参见 [日] 渡部郎子：《成年监护制度的比较研究》，日本千叶大学博士论文 2006 年 3 月，第 3 页以下。

[29] Ogg J., Bennet G., *Age Concern Legal Arrangements for Managing Financial Affairs*, Scotland (2000).

[30] 参见周枏：《罗马法原论》（上册），商务印书馆 1994 年版，第 243 页。

[31] Jeffrey A., Helowitz J. D., *Elder Law*, Cannada: West / Thomson Learning (2002), p. 244.

[32] See Legemaate J., *Legal Protection in Psychiatry: Balancing the Rights and Needs of Patients and Society*, 13 *European Psychiatry* (1998), Suppl. 3, pp. 107-112.

[33] 参见关家：《法医学》，四川大学出版社 2006 年版，第 222 页。

[34] 参见吴崇其主编：《卫生法学》，法律出版社 2005 年版，第 380 页。

[35] 参见邝穗雄：《老年痴呆症患者：渴望阳光关爱》，载《羊城晚报》2002 年 5 月 27 日。

[36] 参见 [日] 西川瑞子：《认知障碍者的成年监护的原理》，信山社 2010 年第 2 版，第 3 页。

[37] See Carolyn L. Dessin, *Financial Abuse of the Elderly: Is the Solution A Problem?* 34 *McGeorge Law Review* 267 (2003).

[38] 参见林秀雄：《论我国新修正之成年监护制度》，载《月旦法学杂志》2009 年第 164 期。

[39] 《民通意见》第 5 条规定，精神病人（包括痴呆症人）如果没有判断能力和自我保护能力，不知其行为后果的，可以认定为不能辨认自己行为的人；对于比较复杂的事物或者比较重大的行为缺乏判断能力和自我保护能力，并且不能预见其行为后果的，可以认定为不能完全辨认自己行为的人。《民通意见》第 6 条规定，不能完全辨认自己行为的精神病人进行的民事活动，是否与其精神健康状况相适应，可以从行为与本人生活相关联的程度、本人的精神状态能否理解其行为，并预见相应得行为后果，以及行为标的数额等方面确定。

[40] 根据《民通意见》第 10 条的规定，均为“保护被监护人的身体健康，照顾被监护人的生活，管理和保护被监护人的财产，代理被监护人的民事活动，对被监护人进行管理和教育，在被监护人合法权益受到侵害或者与人发生争议时，代理其进行诉讼”。

[41] 参见李霞：《成年监护制度研究》，山东大学 2007 年法学博士论文，第 120 页。

[42] Israel Doron, *From Guardianship to Long-Term Legal Care: Law and Caring for the Elderly*, Graduate Program in Law Osgoode Hall Law School at York University, Toronto, Ontario, 2010, p. 127.

[43] 参见前引[42]。

[44] Harriet P. Prenskey, *Durable Powers of Attorney and Revocable Living Trusts*, available at [http://www.caregiver.org/caregiver/jsp/content\\_node.jsp?nodeid=434](http://www.caregiver.org/caregiver/jsp/content_node.jsp?nodeid=434) (last visited June. 6, 2013).

[45] 参见[日]新井诚：《任意後见制度の立法的必要性について》，ジュリスト 1141 号，1998 年，第 42 页以下。

[46] 参见[日]细川瑞子：《认知障碍者的成年监护的原理》，信山社 2010 年日文第 2 版，第 6 页。

[47] 参见李霞：《成年后见制度的日本法观察—兼及我国的制度反思》，载《法学论坛》2003 年第 5 期。

[48] 参见渠涛：《最新日本民法》，法律出版社 2006 年版，第 438 页。

[49] 参见前引 [5]。

[50] Robert Craig Waters, *Florida Durable Power of Attorney Law*, *Florida State University Law Review* (1990), p. 522; Kare E Box, *The Durable Power of Atterney's Place in The Family of Fiduciary Relationships*, *6 Georgia Law Review* (2001).

[51] See *Mental Capacity Act 2006*.

[52] 参见刘德宽：《新成年监护制度之检讨》，载《法学丛刊》1997 年第 2 期。

[53] 朱晓琳：《我国成年监护制度研究》，曲阜师范大学 2012 年法学硕士论文，第 43 页。

[54] 参见[日]新井诚：《成年后见制度と自己决定》，载《老年精神医学杂志》2003 年第 14 期。

[55] 参见戴瑀如：《初探德国成年辅助法》，载《月旦法学杂志》2009 年第 4 期。

[56] 前引[38]，林秀雄书。

[57] 2013 年 7 月 1 日生效的《韩国民法典》第 959-20 条第 1 项特别增设“意定监护制度——未来保护委任”。法国意定监护制度之重要内容如下：一、必要性原则：监护法官仅于必要之情形，得裁定实施保护措施；二、采取保护措施之一般原则。

[58] See A. Frank Johns, *Ten Years After: Where is the Constitutional Crisis With Procedural Safeguards and Due Process in Guardianship Adjudication?* 7 (1) *Elder Law Journal* 33 (1999).

[59] 持续性代理人与财产管理人（监护人）权利竞合时，持续性代理权具有优先性。

[60] 参见杨立新：《我国老年监护制度的立法突破及相关问题》，载《法学研究》2013 年第 2 期。

[61] See *Adult Guardianship and Trusteeship Act*, SA2008, cA-4. 2, § 2 (4).

[62] 参见[日]小林昭彦等编著：《新成年后见制度の解说》，金融财政事情研究会 2000 年版，第 64 页。

[63] 参见日本《任意监护法》第 2 条第 1 项。

[64] 参见李霞：《意定监护制度论纲》，载《法学》2011 年第 4 期。

[65] 参见前[64]，李霞文。

[66] 参见李霞：《行为能力欠缺者的种类及其行为的效力》，载《政法论丛》2010 年第 5 期。

[67] 具体包括：（1）存款本金的领取或使用；（2）借款及借款担保；（3）不动产或其他重要财产的处分行为；（4）诉讼或仲裁；（5）赠与、和解、仲裁合同；（6）接受或放弃继承、遗赠、赠与；（7）赠与（小额赠与除外）；（8）订立超过五年期的农（林）地转包合同，超过两年期的建筑物或重要动产的租赁合同。

[68] 如关于财产管理事项中的不动产买卖、租赁、金钱消费借贷、保证、抵押权、担保物权的设定等合同行为、存款的管理、退还遗产分割等事项、诉讼代理；再如人身监护事务中的医疗合同的缔结、疗养看护合同、人身或财产保险合同的订立与解除等，广泛范围的事务都可以成为赋予代理权的事项。但与人身利益相关的遗嘱、婚姻、收养等专属本人的行为，不得成为辅助代理的事项。

[69] 特定监护是临时的、或者可一次性使用的制度。通常，本人的日常生活会和家庭成员一起渡过，但有时本人可能需要为特定的行为选任代理人。例如，代替本人签订遗产分割协议、当本人意识不明时代替本人同意实施某项医疗行为。这是参考英国 *Mental Capacity Act* (2005) 第 16 条和《法国民法典》修订案第 433 条 1 项做出的规定。因此，实际上，特定监护是为那些不愿被长期保护的人设计的制度。该类型不是依开始原因做出的区分。易言之，即使已满足成年监护或限制监护的要件，亦可以请求适用特定监护。特定监护的期间和职责范围、必要的处分行为和特定监护人的选任都依特定监护的审判来确定。一旦期间和应处理的事务完成，特定监护即终止。

[70] 关于其理由，参见李霞：《成年监护制度研究——人权的视角》，中国政法大学出版社 2012 年版，第 148 页。

[71] Jennifer L. Rhein, No One in Charge: Durable Powers of Attorney and the Failure to Protect Incapacitated Principals, 17Elder Law Review (2009), p. 165.

[72] Linda S. Whitton, Durable Powers as An Alternative to Guardianship: Lessons We Have Learned, 37 Stetson Law Review 7 (2007).

[73] Toddi Gutner, License to Steal: How to Protect the Elderly from the People They've Chosen to Trust, 3987 Business Week 124 (2006).

[74] 参见 [日] 冈孝:《面向 21 世纪的日本国成年监护制度》, 刘善华译, 载《上海政法学院学报》2012 年第 4 期。

[75] 参见前引[60], 杨立新文。

[76] 该法规定, 当本人欠缺或丧失行为能力时, 以下人员可以提请法院就代理人的行为进行司法审查: 本人的监护人或其他代理人; 本人的人身照管人; 本人的配偶、父母或后代; 本人的可能继承人; 本人财产或信托的受益人; 对本人负有保护义务的政府机构; 本人的护理人员或其他关系本人福利的人; 其他与此持续性代理权有关的人。

[77] See Dep't for Constitutional Affairs, Mental Capacity Act 2005 Code of Practice, 2007.

[78] Hans A. Lapping, License to Steal: Implied Gift-Giving Authority and Powers of Attorney, 4 Elder Law Review (1996), p. 143.

[79] 参见前引[71], Jennifer L. Rhein 文, 第 165 页。

[80] Russell E. Haddleton, The Durable Power of Attorney is On the Way, 24 Probate & Property (2010), p. 3.

[81] 参见前引[71], Jennifer L. Rhein 文, 第 165 页。

[82] 见前引[70], 李霞书, 第 145 页。

### 法律解读徐静蕾冷冻胚胎事件

2015 年 07 月 09 日 学法网 冒群 华琳月 丁国锋 江苏司法厅

继去年台湾第一名模林志玲被曝出“已悄悄冷冻 9 颗卵子以备将来不时之需”后, 近日, 徐静蕾接受采访时也谈论到了冷冻卵子的话题, 在她看来, 冷冻起自己的卵子, 就像找到了“世界上唯一的后悔药”。“冻卵生子”一度成为热议话题。那作为学法的我们该如何从法律角度看待此事件呢? 学法网小编就从“老徐冻卵背后的三大法律问题”“国内首例冷冻胚胎继承案”这两方面为和大家一起学习相关的法律知识, 如下:

#### 一、老徐冻卵背后的三大法律问题

问题 1: 冻卵, 是法律意义上的“物”吗?

目前, 我国法律法规并未对冷冻卵子的法律地位和性质作出明确规定。卫生部颁布的《人类辅助生殖技术管理办法》、《人类辅助生育技术规范》中诸如“禁止以任何形式买卖配子、合子、胚胎”、“禁止实施胚胎赠送”的表述, 对于胚胎性质的界定并无实际意义。理论上对于人体冷冻胚胎法律属性的描述, 由于学说立足的视角和倾向各异, 主体说、客体说与折中说观点的交锋论战不断, 至今尚未沉淀上升为普遍认同的通说观点。王利明教授主编的《中华人民共和国民法典草案》第一百二十八条第二款规定的“自然人的器官、血液、骨髓、组织、精子、卵子等, 以不违背公共秩序与善良风俗为限, 可以作为物”, 梁慧星教授《中国民法典草案建议稿》第九十四条规定的“自然人的器官、血液、骨髓、组织、精子、卵子等, 以不违背公共秩序与善良风俗为限, 可以成为民事权利的客体”的表述, 应该可以成为胚胎“物”的法律界定“最接近、最统一”依据。

江苏省司法厅官微认为, 冷冻胚胎与诸如器官、血液、组织、精子、卵子等物质还存在本质上的区别, 前者具备发育为生命的潜能, 这也是伦理学家强烈主张胚胎属于人格体的根本原因, 而后者在符合人类生殖伦理的条件下无论如何不能单独培育为人的生命, 故而将其纳入物的民法调整范畴以满足社会需要, 并不违背相关伦理禁忌。

问题 2: 有了冻卵, 可以选择代孕吗?

对于冷冻的卵子是否可以代孕这一话题, 省司法厅认为, 卫生部《人类辅助生殖技术管理办法》第三条规定: 人类辅助生殖技术的应用应当在医疗机构中进行, 以医疗为目的, 并符合国家计划生育政策、伦理原则和有关法律规定。禁止以任何形式买卖配子、合子、胚胎。医疗机构和医务人员不得实施任何形式的代孕技术。学法网微信号(xuefa5)法律人必备! 第二十二规定: 开展人类辅助生殖技术的医疗机构违反本办法, 有下列行为之一的, 由省、自治区、直辖市人民政府卫生行政部门给予警告、3 万元以下罚款, 并给予有关责任人行政处分; 构成犯罪的, 依法追究刑事责任, 其中包括(一)买卖配子、合子、胚胎的; (二)实施代孕技术的; (三)使用不具有《人类精子库批准证书》机构提供的精子的; (四)擅自进行性别选择的; (五)实施人类辅助生殖技术档案不健全的; (六)经指定技术评估机构检查技术质量不合格的; (七)其他违反本办法规定的行为。因此, 在我国, 用冷冻卵子代孕属违法行为。

问题 3: 国内代孕违法, 可以选择海外代孕吗?

国内代孕不行, 海外代孕是否可以呢? 省司法厅认为, 如果双方家族中有生育能力的女性愿意帮忙代孕, 或是其他女性愿意代孕, 即使在国外生育, 也会涉及母体的健康安全状况, 伦理问题更是绕不过去的。若是孩子的身体

出现问题，归属也可能成问题。例如有对美国夫妇，曾花1万美元找代母生孩子。后来婴儿被发现受到细菌严重感染，可能导致失明、失聪及弱智，结果这对夫妇和代母都不想要孩子。

如果代孕母亲在国外进行了试管婴儿手术，回国生下孩子，或是在国外生下孩子，想领回国抚养，双方老人仍面临问题。“孩子出生的医学证明是关键”，对于代母回国生下的孩子，医院未必给开出生证明。如果在国外出生的孩子想回国落户，那么外国的出生证明，经翻译公证，也将成为重要的参照。在国外出生的孩子的医学证明能证实孩子属于哪一方尚无从知晓。不过在我国，亲子关系建立在血亲、法亲的基础上，户籍申报属于法律关系，而我国现行法律禁止代孕，所以代孕所生的孩子目前是不被认可的。

## 二、国内首例冷冻胚胎继承案始末

“白发人送黑发人，乃人生至悲之事，更何况暮年遽丧独子、独女！沈杰、刘曦（夫妻）意外死亡，其父母承欢膝下、纵享天伦之乐不再，‘失独’之痛，非常人所能体味。”“沈杰、刘曦遗留下来的胚胎，则成为双方家族血脉的唯一载体，承载着哀思寄托、精神慰藉、情感抚慰等人格利益”……9月17日，在无锡市中级人民法院院长时永才亲自担任审判长的合议庭，经过审理后宣判的一份终审《民事判决书》上，上述令人“催泪动情”的文字出现在了该判决书的说理部分。

这起从2013年11月由宜兴市人民法院立案受理，先后多次开庭审理，在一审判决后受到社会各界和媒体广泛关注的国内首例冷冻胚胎继承纠纷案，经过一审、二审长达近10个月的审理，终得定讞。

据了解，判决书直接撤销了一审判决，并基于伦理、情感、特殊利益保护等情节，认为沈新南、邵玉妹（沈杰父母）和刘金法、胡杏仙（刘曦父母）要求获得涉案胚胎的监管权和处置权合情、合理，且不违反法律禁止性规定，依照《中华人民共和国民事诉讼法》相关规定，判决沈杰、刘曦存放于南京鼓楼医院的4枚冷冻胚胎由上诉人沈新南、邵玉妹和被上诉人刘金法、胡杏仙共同监管和处置。

这是国内第一例通过法院最终判定胚胎归属权的案例。

而这起案件纠纷，源于一个听来让人唏嘘扼腕的故事：沈杰（男）与刘曦（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”，要求在南京市鼓楼医院施行体外受精-胚胎移植助孕手术。鼓楼医院在治疗过程中，获卵15枚，受精13枚，分裂13枚。取卵后72小时为预防“卵巢过度刺激综合征”，鼓楼医院未对刘曦进行新鲜胚胎移植，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。期间，刘曦与医院签订《辅助生殖染色体诊断知情同意书》，夫妻俩后又签订《配子、胚胎去向知情同意书》、《胚胎和囊胚冷冻、解冻及移植知情同意书》等，鼓楼医院还明确，胚胎不能无限期保存，并强调冷冻保存期限为一年，首次费用为三个月，如需继续冷冻，需补交费用，逾期不予保存；如果超过保存期，沈杰、刘曦选择同意将胚胎丢弃。

然而，就在即将施行手术前数天，2013年3月20日深夜，沈杰驾驶车辆发生侧翻撞到树木，妻子当日死亡，沈杰也经抢救5天后死亡。学法网微信号（xuefa5）法律人必备！此后，双方父母因处理冷冻胚胎事宜发生争执，原告沈杰父母认为，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。被告刘曦父母则认为，胚胎系他们的女儿留下的唯一东西，要求处置权归其夫妻所有。双方争执不下遂诉至法院。

一审法院判决驳回了原被告的诉讼请求，其中认为，含有未来生命特征的特殊之物，不能像一般之物一样任意转让或继承，依法不能成为继承的标的，以及施行体外受精-胚胎移植手术的夫妻已经死亡，其留下的胚胎所享有的受限制的权利不能被继承。

《法制日报》记者注意到，一审判决中之所以驳回了原被告的诉讼请求，最大的法律障碍来自对受精胚胎法律属性的理解，以及卫生部相关规定中“胚胎不能买卖、赠送和禁止实施代孕”等潜在的伦理、法律问题争议。

记者在一审期间曾对判决涉及相关问题咨询宜兴市法院，但得到的答复是，法院对死者及家属所遭受的境遇十分同情，但迫于法律规定的种种限制，尤其是对于判决将胚胎权属归于其父母，可能引发跟更多的伦理道德和法律争议，一审法院只能基于法律规定作出了不利于原被告的判决。

据了解，无论是一审、二审，作为第三人的鼓楼医院也被推到“风口浪尖”。在审理期间，鼓楼医院辩称：医院有不可逾越的障碍，原卫生部也出台了《人类辅助生殖技术管理办法》、《人类辅助生殖技术规范》等一系列规章，目前我国法律法规均没有明确规定受精胚胎的定性。医院据此认为，冷冻胚胎的性质尚存在争议，不具有财产的属性，原被告双方都无法继承。而唯一能使其存活的方式就是代孕，但该行为违法，原被告双方也无权行使死者的生育权，故要求驳回原告的诉讼请求。

上述争议问题，在今天的《判决书》中则给予了较为清晰的释法、说理和表述。《判决书》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，应考虑到受精胚胎具有潜在的生命特质，不仅含有死者夫妇DNA等遗传物质，且含有双方父母两个家族的遗传信息，双方父母与涉案胚胎亦具有生命伦理上的密切关联性，不但是世界上唯一关心胚胎命运的主体，而且亦应当是胚胎之最近最大和最密切倾向性利益的享有者。《判决书》还强调：“卫生行政管理部门对相关医疗机构和人员在从事人工生殖辅助技术时的管理规定，南京鼓楼医院不得基于部门规章的行政管理规定对抗当事人基于私法所享有的正当权利”，最终依据法理原则化解了这一争议问题。

据了解，随着生殖医学的不断发展，国内外均出现了有关受精胚胎的权属争议问题，类似纠纷已经不是难得一见的个例。仅该案中的南京鼓楼医院去年一年，就做过试管婴儿手术达4000余例。虽然医学上讲受精后6周内是

胚胎，7周后才是胎儿，但随着生命科学时代的来临，胎儿包括胚胎利益的法律问题，势必成为一个十分重要的新命题。相关法律专家认为，该判决“十分大胆”地厘清了多重法律问题和伦理问题，一旦获得法学界、医学界后续认可，势必引发重要反响，并对今后出现类似争议案件，具有典型的判例价值，还将对相关行政管理规定的适时修改，提供重要的参考价值。点击左下角“阅读原文”查看更多法律解读新闻热点头条。关注学法网微信号(xuefa5)让在法律路上的您少走更多弯路！

探望权及其主体扩展的立法思考 以“儿童最大利益”原则为视角

时间：2014年3月29日 来源：中国民商法律网 出处：《法学杂志》2011年第8期

作者：景春兰，殷昭仙

关键词：离婚，探望权，主体扩展，儿童最大利益

内容提要：1989年《儿童权利公约》被称作“儿童权利大宪章”，其中所确立的“儿童最大利益”原则被世界许多国家承认和运用，体现在亲子法上就是“子女本位”。探望权也称探视权，是指未与子女共同生活方有权对子女进行探望、与子女交流并短期共同居住的权利。本文在对探望权的定义和性质进行探讨的基础上，以儿童最大利益原则为视角重点思考探望权主体扩展的立法问题。

一、“儿童最大利益”已成为儿童保护的国际最高指导标准和各国亲子法的首要原则

关爱儿童是人类普遍的价值取向。“儿童最大利益”的表述最早可以追溯到1924年《日内瓦儿童权利公约》，并在此后的多个国际文件中得到重申。1989年《儿童权利公约》(以下简称《公约》)第3条规定：“关于儿童的一切行动，不论是由公私社会福利机构、法院、行政当局或立法机构执行，均应以儿童的最大利益为首要考虑”，这被认为是对“儿童最大利益”原则的确认。随着192个国家加入《公约》，“儿童最大利益”成为了一个国际性法律概念。“最大利益”的衡量往往考虑一系列与儿童环境有关的因素以及让儿童的潜能得到完全发挥。中国有学者将“儿童最大利益”归纳为：不仅考虑到儿童的近期利益，也考虑到其远期利益；不仅是物质上的利益，还包括精神利益，它是一种综合的利益。

儿童是社会和婚姻家庭的弱势群体。“儿童最大利益”原则所体现的价值是将儿童从与成人对立的身份中解放出来，将其自然地看做人类的一份子，与成人一样具有与生俱来的社会价值。“儿童最大利益”原则强调将儿童作为独立的权利主体来对待，尊重并承认其独立的权利，而并非将其视为父母的附属品和父母权利的客体。《公约》特别强调把儿童作为自身个体权利的主体而不是作为一个家庭或群体的成员来加以保护。[1]“儿童最大利益”强调父母责任，扩大了儿童权利范围。

“儿童最大利益”原则已为许多国家承认和运用，作为亲子法的首要原则，被称为“子女本位”。我国早在1990年就签署了《儿童权利公约》，成为该公约较早的缔约国之一。近年来随着儿童权利意识的增强，我国在涉及儿童利益的立法、司法中确立了“儿童优先”。“儿童优先”的参照物是成人，当儿童权利和成人权利发生冲突时，优先考虑儿童权利和利益；可见，“儿童优先”并非等同于“儿童最大利益”。

二、探望权是基于“子女利益”而设计的职责性权利

(一) 父母的探望权是亲权的权能延伸

父母子女关系不因离婚而消除，这是各国的通行规定。离婚后未直接抚养方是否享有亲权，各国规定不一。《日本民法典》第819条规定，离婚产生父母一方的单独亲权。学者解释认为，无身体照护权的父母一方的亲权只是在离婚当时被停止，但它仍然潜在存在；也有学者认为，非直接抚养方在离婚后继续和子女交流，与之保持心灵上的联系，只不过是广义上的对子女的监护一教养的一部分而已。[2]法国《民法典》第287条规定，亲权由父母双方共同行使，在双方不能协商一致时，或者法官认为达成的协议有违于子女利益时，法官得指定由子女在其处惯常居住的父(母)单方行使亲权。[3]《德国民法典》第1634条规定：“无人身照顾权的父或母，保留与子女个人交往权、请求告知子女情况(以符合子女的利益为限)及对子女财产利益必要时承担财产照顾权之全部或一部。”可见，法国和德国都认可离婚后父母对子女行使共同亲权。在确立亲权制度的国家，监护权是亲权的补充和延伸，亲权排斥监护权，亲权不在时才有监护权的必要。我国没有亲权概念。父母与子女之间的权利义务关系主要是通过我国《宪法》、《民法通则》、《婚姻法》进行规定。我国《宪法》第49条第2款规定，父母有抚养教育未成年子女的义务。我国《民法通则》规定父母对子女的监护权，也规定了未与子女共同生活一方对未成年子女侵权承担赔偿责任。2001年《婚姻法》第29条规定：“父母与子女间的关系，不因父母离婚而消除，离婚后，父母对子女仍有抚养和教育的权利和义务”。因此，在我国，离婚后父母继续共同行使监护子女的权利和责任。探望权不是由于离婚而突然产生的新权利，而是亲权或监护权的权能延伸。离婚后的父母探望子女只是父母双方继续齐心协力抚养子女的一种共同监护的形式。[4]

(二) 父母的探望权是基于血缘亲情产生的法定权利

父母子女之间的血缘与亲情，不仅是父母对于子女抚养、教育、保护的义务的基础，也是离婚后未与子女共同生活的父母一方享有探望权的伦理基础。“只要父母子女之间的身份关系和血缘关系存在，探望权就是父母的法定权利，非有法定事由不得予以限制或剥夺”。[5]

(三) 父母的探望权是基于父母身份的职责性权利

近代亲子法以“子女为本位”设置亲权制度，规定了父母的权利和义务，呈现由父母的支配权向保护权发展的趋势。亲权由单纯的权利演变为权利义务的统Ⓐ体，重点放在父母的责任而非父母权利上，重视对子女人身的保护及教育责任。[6]对于非直接抚养的父或母一方来说，其对子女的抚养和教育，除了抚养费的给付，更主要的是探望权的行使，所以探望权是基于父母身份而产生的职责性的权利。如《德国民法典》明确规定“父母的任何一方有义务和权利与子女交往”，把父母与子女交往的义务性放在了第一位，把权利放在了第二位。[7]

#### （四）父母的探望权是基于“子女最大利益”的权利设计

经过修正的《瑞典亲子法》第六章第15条第1款规定探望权的主体是子女，因此，可以实现多大范围内的探望问题，要以“子女的利益”为中心来决定。[8]子女是父母探望权的对象之一，但子女并非父母探望权的权利客体。从子女的角度来说，受抚养权是其法定权利，是父母的法定义务。子女不仅需要父母的物质供给，更需要父母的关心照料、管理教育、生活指导、感情慰藉。尽管父母探望权是其共同亲权或监护权的延伸，但各国立法并不是为父母的利益来设立探望权，而是以子女的利益为最优考虑，“探望权作为非直接抚养的父或母一方的权利是依附于“子女最佳利益”而存在的，离开对子女利益的考虑，探望权无存在的合理性”。[9]

#### （五）离婚后父母的探望权行使必须符合子女利益要求

探望子女是非直接抚养的父或母一方必须履行的义务，这样才能弥补父母离婚给子女带来的损害，减轻给子女造成的各方面压力。探望权侧重对离异家庭中父母子女之间精神利益的满足与保护，目的是维系未与子女一起生活的父母与子女之间良好的亲情伦理关系。我国立法未明确规定子女对父母探望的拒绝权，但立法明确了对子女成长不利的探望可以中止，司法实践中不乏子女拒绝探望而法院予以支持的判例。

总之，探望权与亲权、监护权的性质一样，是一种职责性的权利，必须明确为“子女利益”才是探望权立法目的。现实生活中，探望权纠纷基本上表现为抚养子女的一方当事人拒绝、阻挠另一方对子女行使探望权，父母双方不考虑子女意见，似乎这仅仅是父母之间的权利义务关系，似乎探望权的行使或不行使与未成年子女毫无关系。我国《婚姻法》第38条仅仅规定父母探望权已经造成实践上的误区。笔者认为，父母探望权的权利对象是未成年子女的人身，父母探望权的行使与子女人身利益紧密相关；从父母的角度出发，探望权是父母应享有的权利；但从子女的角度来看，探望权人负有探望其子女的义务，直接抚养方有协助义务，是父母双方共同对子女承担抚养之责的表现形式。

### 三、探望权主体的扩展符合“儿童最大利益”考虑

#### （一）立法应当扩展探望权的权利主体

##### 1. 立法应当扩展父母探望权的权利对象范围

父母子女关系是因子女出生而形成的自然血亲关系，不能用人为的手段加以解除。抚养教育义务是父母双方的共同义务和责任，不应受父母婚姻关系是否存在或存续的影响。子女与父母共同生活或随父母一方生活，只是抚养、教育的方式有变化。如果一方拒绝探望子女，或一方拒绝另一方探望子女显然人为地割断了子女健康成长的纽带，给子女身心健康带来更加不利影响。同居关系解除、婚姻无效、婚姻撤销、一夜情、通奸、强奸所生的子女等等都应属于父母探望权的权利对象范围。子女不能选择父母，但子女有认识父母的愿望，非直接抚养方可通过行使探望权加强与子女的亲情联系，“无亲之子”与婚生子女具有受抚养的同等地位。

##### 2. 立法应当将祖父母、外祖父母作为探望权的权利主体

笔者认为，父母离婚后，未成年子女在情感和心灵上往往会受到不同程度的伤害，此时的他们更需要别人的关爱、教育和保护，而对他们进行关爱和教育的除其父母（其父母往往又忙于各自事业，无暇顾及子女）外，最好人选只能是祖父母和外祖父母。尤其是在未成年子女的父母死亡、父母被中止探望权、父母丧失行使探望权的行为能力或父母不愿探望的情况下，未成年子女缺乏父母一方的关爱，而祖父母、外祖父母的关爱会在一定程度上可以替代父爱或母爱。法律规定祖父母、外祖父母作为探望权的权利主体，符合探望权的伦理价值取向，也契合我国《婚姻法》所规定的祖孙之间权利义务关系的法理。

##### 3. 立法应当将未成年子女纳入探望权的权利主体范围

我国《婚姻法》规定了父母探望权，未赋予子女拒绝探望的权利，父母享有探望的权利和自由，而子女却不能拥有探望父母的自由，本应最该拥有探望利益的主体被定位成任父母摆布的客体，违背探望权立法宗旨。

对未成年人作为探望权主体的反对者认为，未成年人不具有完全民事行为能力，赋予其探望权有操作上困难，往往需要直接抚养方协助才能行使[10]。笔者认为：首先，未成年子女是无民事行为能力或限制民事行为能力人，但他们都有自己的感情需要和独特的感受，完全否定他们的意志是不可取的[11]；其次，未成年子女享有探望权与其权利主体资格有关。我国《民法通则》规定未成年子女具有民事权利能力，是独立的民事主体，具有独立的民事法律地位，不隶属于任何人，理所当然地应该成为探望权的权利主体；再次，无论直接抚养方还是非直接抚养方，都必须在尊重子女的意愿下享有和行使探望子女的权利，这也是他们的义务，未成年子女也有探望不与其共同生活的父或母的权利，直接抚养方与非直接抚养方都不得阻止和拒绝。如果未从子女的立场出发明确子女享有的探望权利，很容易让人联想到子女是探望权的义务主体，即父母探望而子女不得拒绝。法律规定上的不明确必然会造成理解上的偏差和适用上的混乱，使得未成年子女的意愿和利益不能得到充分的维护和尊重。[12]

当然，未成年子女为无民事行为能力人或限制民事行为能力人，其权利的实现有赖于法定代理人或第三人的协

助, 否则便不能达到权利的效果。但是事实上的困难并不能成为否定其存在的理由。我国民事法律制度中已建立起监护制度和法定代理人代为诉讼制度, 我国也可以吸收国外的监护代理人或诉讼代理人制度来解决操作上的困难。笔者认为, 亲子法的“子女最大利益”原则暗含国家不信任父母能始终为了子女利益着想, 不承认父母有权依照自己的意思自由地教育子女; [13]但国家对父母行使亲权或监护权的监督和干预是一种最低限度和最终手段, 不致于影响到父母权利的行使。所以, 不应担心探望权的主体范围太广而增加直接抚养子女一方的协助义务, 影响其离婚后或再婚家庭生活。

#### (二) 立法应当适当扩展探望权的义务主体

第一, 立法应当明确规定子女不是义务主体。确定父母探望权或祖父母探望权应当考虑子女本人的意见; 确定行使探望权的方式、时间时, 也应尊重子女的态度, 不得违背子女的意愿强行探望。

第二, 未成年子女也可以向法院请求与父母会面。父母被置于子女探望权的客体, 父母双方有共同义务。对于10周岁以上或7周岁以上的未成年人的意见应当给予充分的尊重。

第三, 父母是子女探望权的义务主体。父母双方都有协助子女实现探望权的义务。

第四, 扩展义务主体的范围。与子女共同生活的一方及亲属是父母探望权、祖父母探望权的义务主体; 与父母共同生活一方及亲属是子女探望权的义务主体。

#### 四、结论

家庭关系在孩子的社会关系中是出现最早和持续最长的一种社会关系, 也是孩子最重要的社会关系。家庭式抚养是就子女健康成长的客观条件来说是最优的抚养方式, 能与父母共同生活就是“子女最大利益”的需要。然而父母婚姻破裂, 原有家庭解体, 给儿童带来了巨大的伤害。为了保护父母双方和子女的亲情人不被人为阻断, 婚姻法规定父母有探望子女、与子女交往和短期共同居住的权利。但在设计探望权的主体时应当坚持“子女最大利益”原则, 明确权利主体和义务主体, 扩展权利对象范围和权利主体, 并适当扩展义务主体, 从而保障父母探望权与子女权利与利益的平衡, 实现子女最大利益。

注释:

[1] 谷景志:《论离婚亲子关系中的儿童最大利益原则》, 2007年中国政法大学硕士论文库。

[2] 转引自王丽萍:《中日探望权制度研究》, 载《山东大学学报》(哲学社会科学版) 2004年第6期, 第116页。

[3] 任学强:《论探望权中未成年子女的权利保障》, 载《天中学刊》2010年第25卷第1期, 第59页。

[4] 王丽萍:《中日探望权制度研究》, 载《山东大学学报》(哲学社会科学版) 2004年第6期, 第116页。

[5] 王丽萍:《中日探望权制度研究》, 载《山东大学学报》(哲学社会科学版) 2004年第6期, 第118页。

[6] 任学强:《论探望权中未成年子女的权利保障》, 载《天中学刊》2010年第25卷第1期, 第62页。

[7] 余思璇:《关于子女作为探望权权利主体的探讨》, 载《华商》2008年第12期, 第78页。

[8] 赵敏、余荣红:《应明确子女为探望权的权利主体—兼评我国探望权制度的立法宗旨》, 载《前沿》2005年第5期, 第144-145页

[9] 赵敏、余荣红:《应明确子女为探望权的权利主体—兼评我国探望权制度的立法宗旨》, 载《前沿》2005年第5期, 第145页。

[10] 任学强:《论探望权中未成年子女的权利保障》, 载《天中学刊》2010年第25卷第1期, 第60页。

[11] 赵敏、余荣红:《应明确子女为探望权的权利主体—兼评我国探望权制度的立法宗旨》, 载《前沿》2005年第5期, 第146页。

[12] 赵敏、余荣红:《应明确子女为探望权的权利主体—兼评我国探望权制度的立法宗旨》, 载《前沿》2005年第5期, 第144页。

[13] 王丽萍:《中日探望权制度研究》, 载《山东大学学报》(哲学社会科学版) 2004年第6期, 第116页。

### 婚姻登记行政诉讼与民事诉讼判断标准重构——婚姻效力纠纷管辖权再分配

2015年6月5日 北大法律信息网 王春晖 王礼仁

【学科类别】婚姻、家庭法

【出处】《人民司法》2015年第3期

【写作时间】2015年

【中文摘要】婚姻登记引起的纠纷, 有单纯的行政侵权与婚姻效力两类。而行政诉讼受理的主要是婚姻效力。婚姻效力属于典型的民事案件, 而且婚姻有效与无效、成立或不成立, 只有一个判断标准, 即民事标准。行政程序审理婚姻效力, 明显存在程序与实体“两张皮”。而且学者和法官的学科和专业也因此混淆。更为重要的是, 行政诉讼的审理对象、判断标准、证据规则、诉讼期限等, 均不适用婚姻效力。由于婚姻效力所涉及的诸多问题, 行政程序根本无法承载, 行政法官也无法担当, “有婚离不了, 无婚摆不脱”等“一卡二乱三慢”现象, 已成为婚姻效力行政诉讼的常态。民政机关当被告更是绝无仅有的“冤大头”。因而, 应当对婚姻登记行政与民事划分标准进行重构, 对婚姻效力管辖权进行再分配, 凡涉及婚姻效力判断的案件, 统一由法院主管, 按民事诉讼程序处理。

【中文关键字】婚姻效力; 行政复议; 行政诉讼; 民事诉讼



## 【全文】

婚姻登记引起的纠纷，有单纯的行政侵权与婚姻效力两类。但由于长期以来对两类不同性质的案件缺乏辨析，以致处理婚姻效力纠纷的立法与司法机制在职能定位、执法权力配置、诉讼路径选择等方面均存在明显缺陷。一是错误赋予婚姻登记机关处理婚姻效力的职能与权力；二是错误适用行政诉讼解决民事婚姻效力；三是婚姻效力的主管部门重叠，职能交叉，既有分工错误，越权越位，又有盲点死角，该管的案件无人管。婚姻效力纠纷诉讼难、判决乱现象十分严重。因而，应当对婚姻登记行政与民事划分标准进行重构，行政诉讼主要审理单纯的行政侵权，对婚姻效力管辖权应当再分配，凡涉及婚姻效力判断的案件，统一由法院主管，按民事诉讼程序处理。

### 一、婚姻效力行政诉讼存在的问题

婚姻效力行政诉讼不仅导致民事与行政诉讼界限混淆，也导致学者和法官的学科和专业颠倒，即民法学者或民事法官研究婚姻法，则不能主导婚姻效力的审判；而行政法学者或行政法官不研究婚姻法，却主导婚姻效力的审判。婚姻效力的认定是民事婚姻法学的核心和精髓所在，也是其难点所在。正如台湾学者陈棋炎在论及亲属法如何适用民法总则时指出，“此问题，大大苦恼了民法学者，尤其对研究亲属、继承者，堪可称为迎面就压得透不过气来的学上重大压力”。[1]婚姻法适用之难度可想而知。婚姻效力所涉及的诸多问题，行政程序根本无法承载，行政法官也无法担当。因而，在行政诉讼中，错误适用婚姻法或者直接按照登记行为是否合法的标准，判断民事婚姻效力的现象十分普遍，并由此造成了最普遍、最严重的群体性错案。这里仅仅列举“一卡二乱三慢”现象，加以说明。

“卡”，就是行政诉讼期限卡住了诉讼之门，使大量当事人丧失诉讼救济路径。“有婚离不了，无婚摆不脱”，随处可见。比如自己使用虚假身份结婚，10年、20年后婚姻破裂，则离不了婚。因为民事程序不受理，行政诉讼超期限。如赖\*\*与张\*雄于2000年1月2日登记结婚时，由于张\*雄使用的是虚假姓名，婚姻破裂后无法离婚，2012年5月29日赖\*\*向法院提起行政诉讼，要求撤销该结婚登记行为。因超过了法定起诉期限，一审法院判决驳回起诉，赖\*\*不服上诉，二审判决维持原判。[2]原告由此丧失了救济路径，其婚姻是否成立或存在无法解决。珠海市李女士1989年用姐姐的身份证结婚、安徽宁国市刘某1989年使用哥哥身份证结婚，分别于2009、2011年诉讼离婚，均遭驳回。[3]这些案件都无法通过有效的救济途径解决。

“无婚摆不脱”，甚至无法结婚的现象，也时有发生。如原告张荣华1996年与第三人共同生活，但一直未办理结婚登记。第三人也于2008年8月离开原告各自生活。2012年2月原告在家中整理物品时发现一本原告与第三人的结婚证，原告便提起行政诉讼状告婚姻登记机关，请求法院撤销原告和第三人的结婚证或确认其婚姻登记无效。2013年5月，遂平县人民法院则以超过法定期限，判决驳回了原告起诉。[4]胡艳明“被结婚”案，也因超过起诉期限，一审驳回起诉，胡艳明不服上诉，2014年二审驳回上诉。[5]上述案件原告是否存在婚姻关系，都无法解决。又如福建的陈姓女子被结婚后无法登记结婚，为了不耽误事前选好的结婚日子，她只好先举行了婚礼。随后小陈提起行政诉讼，请求撤销他人冒充自己身份的婚姻登记，则因超过诉讼期限法院不予受理。2013年奔波三年的小陈已怀孕近8个月，仍然结不了婚。[6]

“乱”，就是适用法律乱象丛生。由于婚姻效力行政诉讼存在“两个不适用”（行政诉讼功能不适用与行政审判人员不适应），而且行政法学者也无法对婚姻效力认定进行有效指导（不能及时发现和纠正问题），婚姻法学者则又往往不关注行政审判。因而，婚姻效力行政诉讼存在的问题，一直没有引起应有的重视。婚姻效力行政诉讼不仅在程序上存在严重缺陷，从实体处理结果看，其问题也非常严重，超乎想象。这些问题归纳起来，也至少有十个方面，包括：所有假身份结婚几乎均被撤销；所有“冒用他人身份”结婚者，几乎均不认定“冒用者”为婚姻当事人，而把“被用者”作为婚姻当事人；所有身份“被用者”都可以起诉撤销他人婚姻并且胜诉；所有限制行为能力离婚大都被判决无效或撤销；所有民政局机关登记无过错的案件都要起诉民政机关，甚至“指鹿为马”；所有民政机关不出庭或不举证，都推定登记根据不足而撤销；对复婚和补办婚姻登记，因当事人对其性质分辨不清而申请错误的，大都判决撤销；他人代理或单方登记婚姻、跨管辖区域登记婚姻等，大多被撤销。2014年4月安徽淮北市法院还判决撤销一件两年前在一方工作单位所在地民政机关办理离婚登记的所谓跨管辖的离婚登记案。[7]婚姻效力行政诉讼导致适用行政法和婚姻法双重混乱，其问题十分严重。由于这里主要是讨论程序问题，对其实质处理错误，不作具体介绍和论证，将另文论述。

“慢”，就是诉讼效率低、进度慢。由于行政诉讼功能所限以及由其产生的民行“双轨制”，不仅使大量案件在行政诉讼中遭遇种种关卡半途而废，造成诉讼资源浪费，还会使当事人在行政与民事中“来回推磨”，反复诉讼，既增加成本，又拖延时间。一个本来可以几天解决的案件，则要数年时间才能解决。最典型是一场官司，则往往要打成三场官司。比如，原告起诉离婚，被告对婚姻效力提出异议，法院则判决驳回原告起诉或者动员撤诉，要求原告另行打行政诉讼官司，当事人打完行政官司后，婚姻未被撤销则又要回到民事程序打离婚官司，而婚姻被撤销也要回到民事程序打财产分割或子女抚养官司。这本来可以在民事诉讼中将离婚本诉与婚姻效力反诉（婚姻无效之诉或婚姻不成立之诉）合并审理，一次解决的纠纷，却人为制造诉讼障碍，增加当事人诉讼成本。

还有许多案件，行政诉讼的功能根本无法解决，造成当事人诉讼周期长，成本高。如江苏靖江市的殷福娣“被离婚”案，殷福娣历时4年多，七个执法机关（三级法院审理、三级检察院抗诉，民政机关充当被告）参与诉讼，法院先后下达八个法律裁判文书。[8]但殷福娣与江洪海离婚有效与无效并没有解决。这一案件既涉及到对离婚后

再婚的善意认定及其保护范围的重大婚姻法理论问题，也涉及到诉讼合并问题，行政诉讼根本难以承载。

## 二、婚姻效力应当通过行政诉讼解决属于误读

长期以来，一直认为婚姻效力应当通过行政诉讼可以解决，这是一种误读。婚姻效力属于民事纠纷，行政诉讼根本无法解决。

### （一）婚姻效力行政诉讼存在功能性障碍

1、行政复议和行政诉讼的审查对象不适用婚姻效力。行政复议和行政诉讼审查的对象或标的是婚姻“登记行为”，而程序瑕疵婚姻效力的真正诉讼标的是“婚姻关系”。行政复议或行政诉讼所要解决的是登记行为违法与否，而瑕疵婚姻所要解决的是违法瑕疵是否影响婚姻的成立或效力。在行政复议或行政诉讼中，行政程序对登记行为的合法性审查和判断，并不能解决瑕疵婚姻的真正争议，只能是“隔皮搔痒”，无法完成应有的诉讼使命。

2、行政复议和行政审判的判断标准不适用婚姻效力。行政复议和行政审判对程序瑕疵婚姻的判断是“形式合法性”标准，而瑕疵婚姻的真正判断标准是“实体合法性”标准。“形式合法性”与“实体合法性”是两个层面的法律问题。根据登记程序违法与否的标准，不能得出婚姻是否成立或有效的正确结论，程序合法与否的标准不适用婚姻效力纠纷。

3、行政判决的功能和形式不适用婚姻效力。许多婚姻登记虽然不合法，但并不一定影响婚姻的成立与效力。行政判决既要确认登记行为违法，又要确认婚姻关系成立有效，其判决功能难以实现。对此，有些法院的意见是：在判决主文中判决确认登记行为违法，而在判决理由中说明婚姻登记行为有效。[9]这种判决不仅其理由与主文相互矛盾，而且还会使当事人不知所云，其婚姻到底是有效，还是违法？可能搞不清白。而且判决确认登记行为违法，与所要确认的婚姻关系是否成立或有效的请求或诉讼目的相差甚远。同时，对于登记程序违法而不能撤销婚姻登记的所谓维持性判决，也只能适用民事判决理由。这类行政判决则成为“穿行政判决外衣的民事判决”。

### 4、行政诉讼无法应对诸多婚姻形态需要同时确认的情形。

一是离婚后再婚的，是否撤销离婚登记需要对再婚是否善意一并确认，这是一个重大的民法理论问题，行政诉讼根本无法承载。许多离婚再婚案件，行政判决只好确认离婚登记违法。其判决不仅超越了当事人请求范围，而且离婚是否有效？原来的婚姻关系是否存在？判决并没解决，判了等于白判，行政诉讼成为毫无价值的诉讼“空转”。

二是登记婚姻与事实婚姻交叉并存时，涉及两个婚姻形态同时确认，行政诉讼无法应对。如涉及1994年4月1日以前的登记结婚效力案件，单纯撤销登记婚姻并没有真正解决问题，甚至会间接否认事实婚姻，使当事人误判双方无婚而再婚构成重婚。

5、行政诉讼难以处理“被结婚”案件。“被结婚”案件所涉及的核心问题是身份被他人冒用结婚后，“被结婚”者的婚姻是否成立，并涉及三方婚姻关系认定以及“被结婚”者是否有请求撤销他人婚姻的诉权等问题。对此，行政诉讼难以解决。

6、行政复议和行政诉讼的证据规则、撤诉规定等难以适用瑕疵婚姻效力纠纷。按照行政诉讼的有关规定，民政机关拒不举证、拒不到庭等情形，则将直接推定婚姻登记缺乏根据而撤销登记。这显然不符合婚姻关系案件的特点，将会导致不应当撤销的婚姻被撤销。还有一些案件，婚姻效力并未解决而撤诉，导致婚姻缺乏安定性。

7、采用实质审查标准偏离行政诉讼的性质和宗旨。为了“弥补”行政诉讼功能上的缺陷，有人建议，“对婚姻登记行政行为的司法审查，适用最大程度有效原则、实质审查原则”。[10]有人甚至主张，婚姻效力行政诉讼应当由形式审查向实质审查转变。即不以行政登记是否违法作为判断标准，而以婚姻关系实质上是否有效作为判断标准。登记机关的登记行为不违法，但婚姻关系实质上无效的，应当认定为无效。反之，登记机关的登记行为违法，但婚姻关系实质上有效的，应当认定为有效。[11]

不难看出，由形式审查向实质审查转变，实际上是由行政审判向民事审判转变，改变了行政诉讼的基本性质和原则，颠覆了行政诉讼的判断标准。这既不符合行政诉讼的基本特点，更会使行政机关成为“无责被告”，偏离行政诉讼的性质和宗旨。

8、有些婚姻效力纠纷与登记行为违法与否无关，难以纳入行政诉讼管辖范围。这主要有：（1）涉及婚姻登记是否完成的纠纷（登记后未领取结婚证）；（2）涉嫌伪造结婚证的纠纷；（3）涉及有无婚姻关系的纠纷；（4）涉及事实婚姻是否成立的纠纷；等等。

### （二）婚姻登记机关作为民事纠纷被告缺乏正当性

婚姻法和行政法规只赋予了婚姻登记机关有条件处理胁迫结婚的权力，并没有赋予婚姻登记机关处理其他婚姻效力纠纷的权力，对于婚姻登记机关无权处理的纠纷，行政诉讼则要求其当被告，这显然缺乏正当性。而且将民事婚姻效力纠纷纳入行政审判范围，由婚姻登记机关当被告，甚至当“冤大头”，实际上只是为了搭建行政诉讼的平台，解决民事婚姻效力纠纷。这样的行政诉讼不仅使诉讼复杂化，浪费行政司法资源，也使行政诉讼变调、变味、变质，违背了行政审判监督行政机关依法行政的宗旨和目的，偏离了行政审判应有价值，使行政诉讼失去了意义。

### （三）行政诉讼不具有审理婚姻效力的“合法资格”

在司法实践中，一些程序瑕疵婚姻被强行通过行政诉讼撤销了，有人便据此认为行政诉讼可以解决瑕疵婚姻。这实际上是一种误解，是“一案障目”。且不说其受理和撤销的婚姻是否正确或符合法律，假设所受理和撤销的某一婚姻没有法律障碍，那也仅仅是一种巧合，属于“歪打正着”。因为所谓行政诉讼可以解决婚姻效力纠纷，往往

具有偶然性，即只有在某些特定条件才有可能。这些特殊条件至少有：

- 1、婚姻登记机关必须存在过错。如果婚姻登记机关不存在过错，显然不具有行政诉讼的价值和意义。
- 2、没有超过行政诉讼时效。如果超过行政诉讼期限，行政诉讼则无法受理。
- 3、婚姻登记违法行为足以否认其婚姻效力。如果违法行为不足以否认其婚姻效力，行政诉讼既要确认行政行为违法，又要确认婚姻有效，其判决功能难以实现。
- 4、不存在与之相关的其他婚姻形态需要同时确认的情形。如果在同一婚姻中存在登记婚姻与事实婚姻两种交叉形态，或者登记离婚后一方再婚，行政诉讼则不具有应对这种复杂现象的功能，根本无法承载此类诉讼案件。
- 5、不存在民政机关拒不举证、拒不到庭等情形。否则，按照行政诉讼的有关规定，则将直接推定婚姻登记缺乏根据而撤销登记。这将会导致不应当撤销的婚姻被撤销。

然而，在婚姻登记瑕疵案件中，同时具备上述几种情形的案件并不多。从整个案件看，有90%以上登记机关尽到了法定注意义务，并不存在过错或违法行为；有95%以上超过行政复议或行政诉讼期限；有80%以上的登记瑕疵，不影响婚姻效力；登记婚姻与事实婚姻交叉并存、登记离婚后再婚以及民政机关拒不举证、拒不到庭的情形也时有发生。这些情形实际上都无法通过行政诉讼解决。

作为解决某一具体纠纷的诉讼机制，不仅要与其性质相符，而且必须适用于某类纠纷的全部情形，具有普遍适用价值或指导意义。婚姻效力行政诉讼不仅与其性质不合，而且只能勉强适用少数情形，这样的诉讼机制或制度，显然无法承载或完成其应有的诉讼使命，不具有担当某一具体纠纷诉讼制度的“合法资格”，不符合一项诉讼制度存在的价值，不能成为解决婚姻效力纠纷的选择机制。

### 三、民事程序解决婚姻效力纠纷具有正当性与优越性

#### （一）民事程序不能解决婚姻效力纠纷误区之澄清

认为民事程序不能解决婚姻效力纠纷存在两大误区：一是认为婚姻当事人身份不明或下落不明的案件，无法通过民事程序解决；[12]二是认为行政机关不参与诉讼，无法查明事实和审判。[13]上述看法有待澄清。

1、一方身份不明或下落不明的案件，不影响民事立案和审判。身份不明的人并不是“虚拟人”，而是现实生活中的真实人，只是其真实身份信息不明而已。“被告身份不明”不等于“没有明确的被告”。“没有明确的被告”，就是没有特定的当事人，没有审判对象。而“被告身份不明”，则是“有明确的被告”，只是被告的身份信息不甚明确。使用虚假姓名登记结婚的案件，原告起诉的对象就是婚姻登记的另一方当事人，应当认定有明确的被告。同时，公告送达和缺席审理是民事诉讼常用的诉讼方式，根本不存在无法立案和审判问题。对于虚假姓名结婚的案件，多数可以查明其真实身份，对此可以直接在判决中确认其真实身份；对于不能查明身份者，则可将婚姻登记身份为当事人。在刑事诉讼中可以将身份不明的犯罪者（包括无名氏）作为刑事被告人定罪判刑，民事诉讼有何不能作为当事人？

2、涉及婚姻登记程序违法与否的案件，行政机关不参与诉讼不影响查明事实和审判。

其一，婚姻登记程序违法与否，主要根据婚姻登记档案资料和相关事实判断，并非根据登记机关的辩解或陈述判断。行政机关是否参加诉讼，法院都可依职权调取或查阅婚姻登记档案。对于个别案件涉及到登记人员个人行为的，法院可以依职权调查或通知其出庭作证。

其二，在判断民事婚姻效力纠纷中，将婚姻当事人以外的行政机关作为被告，把真正的婚姻当事人一方作为第三人，混淆了婚姻关系主体，不符合案件的基本性质。

其三，民政机关并非真正的婚姻关系利害人，由其充当被告，拥有对程序和实体的处分权，其不作为或乱作为必然侵害当事人的权利，这样的案例很多。因而，民政机关不作为此类案件的被告才是正确的。

#### （二）民事程序审理瑕疵婚姻具有科学性

无论是从立法上考察，还是从理论上考察，程序瑕疵婚姻所涉及的法律效果与形态，主要是婚姻成立或不成立问题。[14]通过民事确认婚姻成立或不成立之诉解决，既抓住了事物的本质和案件特点，又可处理好与现行无效婚姻制度的衔接，避免与无效婚姻发生法律冲突。同时，对于无行为能力人离婚，胁迫离婚等，在民事诉讼中还可以适用法律类推处理，即根据无行为能力人结婚和胁迫结婚的相关规定，类推其离婚无效或撤销离婚。民事程序解决婚姻效力纠纷是其本行，不存在任何障碍，并可以弥补和克服行政诉讼的所有缺陷。民事程序还可以将离婚诉讼与各种婚姻效力诉讼以及子女财产纠纷合并审理，一次解决，“一网打尽”，高效便捷。

### 四、废除婚姻登记效力纠纷行政复议和行政诉讼的必要性和可能性

#### （一）废除婚姻登记效力行政复议的必要性和可能性

登记机关办理婚姻登记的主要职责是审查申请材料形式上的真实性、合法性，不具有判断婚姻关系实质上有无效力的相应职能和能力，更没有对议的调查、调处、裁决权。登记机关处理此类纠纷，实际上是行使审判职权，超越了其职能范围。

在现行法律规定民政机关主管的婚姻案件，只有撤销胁迫结婚。由于法院民事也主管撤销胁迫结婚，民政机关因其职能所限撤销胁迫结婚实际上是名存实亡，保留该规定不仅缺乏科学性，也没有实际意义。

#### （二）废除婚姻登记效力行政诉讼的必要性和可能性

1、婚姻效力纠纷的民事性质决定其不能选择行政诉讼机制；2、行政程序解决婚姻效力无法实现监督行政机关依法行政目的；3、婚姻效力行政诉讼的缺陷无法通过修改法律解决；4、行政诉讼解决婚姻效力弊端甚多；5、废

除婚姻效力行政诉讼在法律上没有障碍；6、废除婚姻效力行政诉讼具有可能性。民事程序可以解决婚姻效力纠纷，而且比行政诉讼更有效，没有必要通过行政诉讼解决。

## 五、婚姻登记行政诉讼与民事诉讼标准重构

### （一）婚姻登记行政案件与民事案件的划分标准及其范围

婚姻登记行政案件与民事案件的划分标准主要是所争议的法律关系的性质。当事人争议的是双方之间的民事婚姻关系效力，则属于民事案件；双方争议的是当事人与行政机关的行政责任关系，则属于行政案件。据此，对婚姻登记行政案件与民事案件可以分别作如下界定：

所谓婚姻登记行政案件，是指不涉及婚姻关系效力判断的单纯的婚姻登记行政违法侵权案件。其范围包括：

- 1、婚姻登记机关撤销婚姻登记的案件（因为它无权撤销）；
- 2、婚姻登记机关无正当理由拒绝婚姻登记的案件；
- 3、婚姻登记机关在结婚或离婚登记中未尽法定职责错误登记给当事人造成损害的赔偿案件；
- 4、婚姻登记机关在婚姻登记中滥收费、滥罚款案件；
- 5、婚姻登记机关在婚姻登记中要求当事人附加其他义务的案件；
- 6、婚姻登记机关无正当理由拒绝出具婚姻状况证明，或者出具虚假婚姻证明、毁损丢失婚姻登记档案等违法渎职损害当事人合法权益的案件。

凡涉及婚姻成立与不成立、有效与无效等婚姻效力判断的案件，都是对当事人之间民事婚姻关系的判断，属于民事案件，应当通过民事诉讼解决。

### （二）划分婚姻登记行政案件与民事案件应当注意的问题

1、不能把婚姻登记机关的过错作为认定行政案件的标准。凡是当事人要求解决双方民事法律关系即婚姻关系效力，无论行政机关有无过错，均不能作为行政案件处理。

2、当事人请求撤销婚姻登记行为或确认其无效的行政诉讼，不宜作为行政案件处理。

其一，从表面上看，撤销婚姻登记行为或确认无效具有行政案件的某些外部特征。但由于它直接产生民事婚姻关系消灭或无效的法律效果，实质上是对民事婚姻关系的否定。

其二，这类案件所审查的对象实质上是婚姻关系，而不是登记行为。其判断标准还是要以婚姻关系是否有效为要件，其实质则是对婚姻效力的审查和判断。

其三，是否撤销婚姻登记行为或确认无效，并不能由登记行为自身的违法行为所决定，而由婚姻关系是否有效所决定。伸言之，婚姻登记行为的违法性并不能决定婚姻登记行为是否撤销或无效，只有民事婚姻关系有效与否才能决定登记行为是否撤销或无效。这实际上是由民事婚姻关系的效力决定登记行为的效力。这样的案件本质属于民事案件，应当走民事诉讼程序解决。

其四，在行政诉讼中对婚姻效力判断，往往会受其功能等诸多因素限制，难以做出正确而有效的判断，甚至还可能遇到若干“卡壳”现象，使行政诉讼半途而废。有鉴于此，对于请求撤销婚姻登记行为或确认无效的行政诉讼，应当通过释明，告知当事人通过民事程序解决。

### （三）应当废除婚姻效力行政诉讼，统一由民事程序解决

婚姻效力行政诉讼的弊端如前所述，保留婚姻效力行政诉讼不仅与其性质不符，而且由于行政诉讼规则不适用婚姻效力，则需要建立两套行政诉讼机制，两班研究人员和审判法官，即在行政诉讼法中分别建立一般诉讼机制和婚姻诉讼机制两套体制和两班人马。更为重要的，即使两套行政诉讼机制，也不能完全解决婚姻效力问题。与此同时，由于在民事诉讼也存在家事诉讼程序、家事审判机构和家事法官，婚姻效力行政诉讼不仅导致其内部出现两套体制和两班人马，也会导致与民事诉讼中的家事程序、机构、人员重叠。这种机制不仅立法和司法成本高，而且还会造成适用法律不统一等诸多弊端。从婚姻效力案件的基本性质以及家事案件的特点看，应当走集中化、专业化道路，将婚姻效力案件统一纳入民事家事程序体制内解决，才是正确的选择。

总之，行政复议和行政诉讼解决婚姻效力纠纷具有偶然性、有限性、复杂性、不合法性、不彻底性；民事诉讼解决婚姻效力纠纷具有科学性、合法性、高效性、彻底性。废除婚姻登记效力行政复议和行政诉讼，实行民事一元诉讼模式，可以做到一条路径，一个门庭，一个程序，一次解决，方便诉讼，高效便捷。

#### 【作者简介】

王春晖，宜昌市中级人民法院副院长；王礼仁，宜昌市中级人民法院法官。

#### 【注释】

[1]陈棋炎《亲属、继承法基本问题》，台湾瑞明印刷厂1980年版，第1-2页。

[2]见广东省佛山市中级人民法院（2012）佛中法行终字第195号行政裁定书。

[3]见《20年前用假身份结婚现想离婚一二审败诉 金湾一妇女违反结婚登记程序处境尴尬》，[http://www.zh5156.com/article/article\\_2699.html](http://www.zh5156.com/article/article_2699.html)，2014年5月20日访问。

宁国市政府信息化中心网，[http://www.ningguo.gov.cn/xxgk/xilan.jsp?article\\_id=40633](http://www.ningguo.gov.cn/xxgk/xilan.jsp?article_id=40633)，2014年5月20日访问。

[4]原告张荣华诉被告遂平县民政局不服婚姻登记一案，

<http://ws.hncourt.org/paperview.php?id=965853> , 2014年5月20日访问。

[5]江苏省连云港市中级人民法院(2014)连行终字第0028号行政裁定书。

[6] 诏安女被结婚5年续 冒名者获刑可婚仍结不了, 2013年4月19日东南早报,

<http://mn.sina.com.cn/news/m/2013-04-19/102637878.html>

[7] 《民政局超越职权颁发离婚证法院依法撤销》2014年04月11日, 中国法院网, <http://www.chinacourt.org/article/detail/2014/04/id/1274349.shtml>, 2014年5月20日访问。

[8] 苏振东 郑玉龙《“被离婚”5年, 谁来保护她的权益》, 检查日报2013年6月11日。

[9] 见《浙江省高级人民法院行政审判庭关于审理婚姻登记行政案件具体适用法律若干问题的指导意见(试行)》第九条规定, 载浙江省政府网, <http://www.zj.gov.cn/gb/zjnew/node3/node22/node166/node222/node1463/userobject9ai127358.html>, 访问时间, 2013年3月28日。

[10] 赵亚亚《婚姻登记行政诉讼司法审查研究》, <http://edu.wanfangdata.com.cn/ShowManager/degree/detail?resourceId=D137956>, 访问时间: 2013年3月28日。

[11] 陈晨《从形式审查到实质审查的转变——论我国婚姻登记行政诉讼的审查标准》载《审判权运行于行政法适用问题研究》, 人民法院出版社, 2011年1月出版, 第751—759页。

[12] 原琳《如何认定假冒他人结婚的婚姻效力》, 光明网 <http://court.gmw.cn/html/article/201302/27/120822.shtml>, 访问时间: 2013年02月27日; 陈晨, 同前注[13]。

[13] 同前注[13]。

[14] 王礼仁著《婚姻诉讼前沿理论与审判实务》(第13章), 人民法院出版社, 2009年5月版, 第555页—655页。

### 鄢烈山：夹生的婚姻家庭法

2015年07月12日 民事审判参考

这里说的婚姻家庭法自然是指中国大陆, 而不包括港澳台。港澳台的法律自成体系, 我印象中台湾地区的律法是比较“保守”的。比如, 最近新闻报道, 台湾人仍然是多数坚持“通奸”入罪, 这是他们的婚姻家庭价值观。

这里说的“婚姻家庭法”, 我们只叫“婚姻法”, 却又不像“婚姻登记条例”只管两人婚姻关系, 而是涉及到祖父母(外祖父母)的权利与义务, 甚至兄弟姐妹的权利与义务。实际上现行的《中华人民共和国婚姻法》, 它的第一章“总则”第一条, 就讲了“本法是婚姻家庭关系的基本准则。”

我以前根本没有认真读过《中华人民共和国婚姻法》。

不久前, 读到一则新闻, 说一个男人车祸去世, 他的老婆因婆媳关系不和, 带着唯一的5岁的孩子回了娘家; 爷爷奶奶想见孙女而不可得, 将儿媳告上法庭。孩子的妈妈是监护人, 她有权不让爷爷奶奶见孙女。法院经过调解, 用亲情人情打动儿媳, 终于让她同意, 两位老人每月可以见一次孙女。

我想, 这稿子应该是表扬法官的, 为民排忧解难, 很有人情味嘛。

我的概念里, 在传统社会, 孩子是属于夫家家族的, 不论媳妇是被休, 还是改嫁, 她都无权带走孩子, 要带走须征得夫家家族的同意。而在现代社会, 未成年孩子的监护权当然是属于孩子父母共有的, 没有爷爷奶奶什么事, 更没有夫家家族什么事。

比如, 我们看美国名片《克莱默夫妇》, 夫妇离婚, 争夺孩子的监护权, 法院将儿子判给了有工作的父亲, 他愿意当爹又当妈嘛。而另一美国名片《金色池塘》, 写80岁的爷爷与13岁孙子之间的感情互动, 那“孙子”是女儿带来的, 是她即将与之完婚的男友的儿子, 两人将到欧洲度蜜月而将男孩委托给老人夫妇照看。这只是监护权的临时转移。

中国人拍的电影《刮痧》, 故事讲, 电脑游戏设计师“梁家辉”与妻子“蒋雯丽”在美国事业有成, 却因5岁的儿子生病, 老父亲“朱旭”用中国民间的“刮痧”帮孙子治病, 夫妻俩被控告虐待儿童, 物证人证令他们百口莫辩, 因为西医根本无法了解这种中国的传统疗法……

这些电影都让我把中国当美国, 以为现代中国的“未成年人”(按联合国《儿童权利公约》的定义, 凡未满18岁的孩子都叫“儿童”)的监护权也是这样, 只属于父母而与爷爷奶奶无关。

我读了前述新闻, 上网搜“爷爷奶奶有探视权吗?”得到的答案是:

爷爷奶奶没有直接的探视权。根据法律规定, 夫妻离婚后, 只有不直接抚养子女的父或母才有探望子女的法定权利。爷爷奶奶要探望孙子和孙女, 则应得到直接抚养孩子的监护人的许可。若已离婚的夫妻双方无异议, 在适当的场合, 有条件地探望孙子外孙是人之常情。

如果小孩已离异的父亲或母亲, 特别是行使监护权的一方在再婚后, 对小孩原来的爷爷奶奶或外公外婆探望小孩有异议, 爷爷奶奶或外公外婆还坚持探望孙子外孙, 就有悖于上述法律规定, 因为法律没有赋予其探望权。

我觉得这样的法律规定也太没有人情味了! 中国于1991年12月29日批准加入了联合国牵头制定的《儿童权利公约》。《公约》确立了4项基本原则: 无歧视、儿童利益最大化、生存和发展权以及尊重儿童的想法。这样设定监

护权，符合“儿童利益最大化”、“尊重儿童的想法”吗？

于是，我想看看我国的婚姻法，究竟是如何规定监护权的。

我先感觉到的是，经多次修订增改后的现行婚姻法，对婚姻关系的规定很“现代”。第一章“总则”第三条说了“禁止包办、买卖婚姻和其他干涉婚姻自由的行为。禁止借婚姻索取财物。禁止重婚。禁止有配偶者与他人同居”等等原则。随后，在第二章“结婚”的第一条(全文第五条)写道：“结婚必须男女双方完全自愿，不许任何一方对他方加以强迫或任何第三者加以干涉。”

说了“禁止包办、买卖婚姻和其他干涉婚姻自由的行为”，又强调了“结婚必须男女双方完全自愿”，还有必要再强调“不许任何一方对他方加以强迫或任何第三者加以干涉”吗？这“不得加以干涉”的“任何第三方”，当然也包括要求结婚当事人双方的父母和爷爷奶奶。

立法者为何不惜辞费，多次同义反复？显然是要与所谓“封建”“宗法社会”的婚姻制度划清界线，特别突显成年个体的自由权利。这很革命，也很自由主义呀。这是受巴金小说三部曲《家春秋》和延安时期戏剧《小二黑结婚》的影响吗？

这样问题就来了，成年男女可以不顾父母亲人的反对自行其是，相应地他们就必须对自己的选择负责；如果父母在子女选择配偶时完全没有发言权，那么相应地父母对子女的新家庭就没有任何义务。理论上，父母可以立遗嘱剥夺子女的法定顺序继承权(此乃即便是明星与豪门联姻也不易，必得豪门父母同意的缘故)。但是，对普通人家来说，财产不多，继承权不那么重要；就在眼前的是，父母如果不赞成子女的婚姻，可以要求他们完全自立(俗话说“扫地出门”)吗？

最重要的，既然父母完全无权干预子女的婚姻，根据权利与责任对等原则，那么，他们对子女婚姻的产物和结果(子女的子女，即孙子孙女或外孙外孙女)，有什么理由应该负起义务和责任呢？

可是，婚姻法第三章“家庭关系”第二十八条规定：“有负担能力的祖父母、外祖父母，对于父母已经死亡或父母无力抚养的未成年的孙子女、外孙子女，有抚养的义务。”父母的婚姻搞砸了，无力抚养孩子，却要父母的父母(祖父母、外祖父母)来承担抚养义务，这有道理吗？如果立法“与国际接轨”，那就接轨到底，让国家(政府)承担抚养这种家庭孩子的义务呀，要么让孤儿进儿童福利机构，要么让愿意收养的人(包括祖父母、外祖父母)收养呀。至于随后说“有负担能力的孙子女、外孙子女，对于子女已经死亡或子女无力赡养的祖父母、外祖父母，有赡养的义务”，这只是字面上的责任与权利对等：如今连要求子女养老都困难，谁能指望孙子辈养老？在发达国家，养老本来就是国家福利和本人的责任，与子女无关，更与第三代无关。

接下来，婚姻法第二十九条又说：“有负担能力的兄、姐，对于父母已经死亡或父母无力抚养的未成年的弟、妹，有抚养的义务。由兄、姐抚养长大的有负担能力的弟、妹，对于缺乏劳动能力又缺乏生活来源的兄、姐，有抚养的义务。”

你看，你看，在这点上具有多么鲜明的中国特色：家庭成员(血缘亲缘)之间有这么多的义务！分明是前现代宗法社会的遗绪嘛。自然也可以说是，这是从中国国情出发，让近亲属分担政府的养育责任……

这种不西不中不古不今的立法，表现在孩子的监护权和探视权上是：“第三十八条离婚后，不直接抚养子女的父或母，有探望子女的权利，另一方有协助的义务。行使探望权利的方式、时间由当事人协议；协议不成时，由人民法院判决。父或母探望子女，不利于子女身心健康的，由人民法院依法中止探望的权利；中止的事由消失后，应当恢复探望的权利。”

——不关爷爷奶奶姥爷姥姥什么事。还真如本文开头那篇报道讲的，需要法官做工作，儿媳妇开恩，爷爷奶奶才有见见孙女的机会。这完全是美国版的婚姻家庭关系嘛！可是正如电影《刮痧》表现的，美国作为发达国家，政府对儿童的保护制度是多么发达呀，那是与人家的社会经济发展水平相适应的。

再看婚姻法第二十五条：“非婚生子女享有与婚生子女同等的权利，任何人不得加以危害和歧视。”多好的立法，人道又前卫！说“人道”不用解释，说“前卫”是因为世界上现在有不少国家，孩子是单亲的，许多连父亲是谁都搞不清楚，政府福利只管数人头。

问题又来了，既然“非婚生子女”(包括俗话说的私生子)，当然是计划外生育，能“享有与婚生子女同等的权利”，那么，合法、已婚夫妇计划外生育的子女呢，岂不是更应“享有同等的权利”？这“任何人不得加以危害和歧视”中的“任何人”，当然包括管上户口的派出所、管上学的教育机关、管收养的民政部门，甚至计生办等一切政府部门的人？

这么高调，说得这么动听，固然有“先进性”，好看，打算实行了吗？须知，中国1991年批准加入联合国的《儿童权利公约》时，是有保留声明的：中国将在符合其宪法第25条关于计划生育的规定(“国家推行计划生育，使人口的增长同经济和社会发展计划相适应”)的前提下，并据《中华人民共和国未成年人保护法》第2条的规定，履行公约第6条所规定的义务(“1、缔约国确认每个儿童均有固有的生命权。2、缔约国应最大限度地确保儿童的存活与发展。”)这个声明才是从实际出发的，当然也是会随计划生育这一“国策”的变化而变化的。

写到这里，想到著名的企业家河北孙大午先生，评毕节市七星关区4个孩子自杀事件的文章。他推测是因为乡村干部找不到父母而上门找孩子们交超生罚款引起他们自杀，这个猜测是否靠谱且不论。他说，现行的收养制度不合理则肯定是事实。不仅是抚养能力问题，即便是同一家族，或者不相识的人家，有能力且愿意收养超计划生育的

孩子，因受计划生育政策限制，也不能收养之。所以，范仲淹、欧阳修、朱镕基，我们南周的老领导左方，这些人幼年时就遭逢孤儿寡母的困境，仍然能度过难关，在亲友的扶助下长大成才；如今的孩子虽有父母，却因难得被收养而可能比没有父母处境更惨。

我国的婚姻法、联合国《儿童权利公约》和《中华人民共和国未成年人保护法》，都有详尽的不得虐待和遗弃儿童的条款，立法精神总体上似乎是与“国际接轨”的。

可是，你看，前些天人们关注的信阳 13 岁儿童王志强走失，在救助站活活饿死成“干尸”事件。6 月 5 日，信阳市调查处理结果，竟然是，“干尸男童”王志强自身患恶病承担 70% 的责任，死者父母监护不力承担 15% 的责任，救助站管理过失承担 15% 责任。公安与民政系统一干责任人，所受处分最重的是撤职，多是行政警告或记过。一条人命，被虐待致死，后果这么严重，没有一个公职人员涉及渎职犯罪，我不相信，这事放在美国会是这样的处理结果。

最近人们在热议武汉市新洲区 9 岁女孩小文被亲生母亲何某虐待致死的案件：从 2011 年至 2014 年的三年间，何某以小文经常大小便失禁将衣裤及床单弄脏、撒谎和拿同学东西为由，无数次不给小文吃饭，或进行体罚、多次持械殴打，致其遍体鳞伤；小文尸体上的伤疤遍布头、眼、手、脚、肩、背等部位，系长时间、反复遭受钝性打击所致。小文死亡的直接原因也跟何某的毒打关系密切。因此，无论是新洲区检察院还是湖北省未成年人维权中心主任李春生律师，都认为应该以故意伤害罪追究何某责任。

然而，新洲区法院一审以虐待罪判处何某有期徒刑 5 年。为什么没有像李春生律师说的，“在虐待罪和故意伤害致人死亡罪这二罪形成的法条竞合中，应按重罪即故意伤害致人死亡罪追究其刑事责任”呢？法官承认，“何某的行为与小文的死亡结果之间有直接的因果关系，但何某无主观上的故意，而是过失致人死亡”。其潜在逻辑，无非何某是亲生母亲，没有伤害女儿的意愿。

这与我国的未成年人保护法的内在逻辑一脉相承：你看那个法“第六章 法律责任”从第六十一到第七十一条，那么些条款，对虐待未成年人的机构和个人，惩罚都是行政处分，感觉轻飘飘的。

总的来说，感觉我国的婚姻家庭和未成年人保护，在立法上就是一锅夹生饭，执行上就更是新不旧，既像很革命很现代重视个体的自由和权利，又不免有留有宗法社会的痕迹，回避国家（政府机构）责任，甚至有视孩子为父母私产之嫌。

8 年前，我曾发表一篇驳论《言论自由没有“宪法底线”》说：“宪法本来就是自由言说的对象，本来不存在什么不能批评的‘宪法共识’和‘宪法底线’；否则，根本就不可能有修改（或修正）宪法一说了。在宪法修正、修改前，肯定会有人指出现行宪法的漏洞或错谬。不容许批评宪法，就是从根本上断绝了宪法的完善之路，等于宣布现行宪法是终极真理。”

婚姻家庭法，未成年人保护法，就更是如此。它们本来就是在不断修订以适应社会进步的，当然更应该容许批评。

## 法刊辑要（2015070）：《北方法学》（双月刊）2015 年第 3 期 | 目录与摘要

2015 年 07 月 13 日 法学期刊目录通讯

### 1、法律下的中国：一个构建法治中国的法理议题

贺海仁

摘要：构建法治中国是中国当代社会的基本共识，也是执政党法治观的集中表达。共同建设法治观和一体建设法治观建立在法律的同质性原则上，也承认了国家、执政党和社会的相对独立性。执政党法治观是构建中国国家法治观的前提，其落脚点在于对中国国家共同体的具体阐释。从法律的规范角度理解中国国家共同体，显示出其与历史中国、文化中国和政治中国等视角在方法论、内容上和目标上的差异。法律共同体揭示了公民身份对法治中国的构成性功能。法律下的中国作为一个时代命题需要处理政府集权和行政集权、宪法建制与公民忠诚、全球规则与中国国家行为等关系，破解国家权力高度统一与集体能力低下的历史悖论，创造国家治理能力法治化的总体性方案。

### 2、权力寻租的生态学分析

王春云

摘要：透过生态学视角，任何权力寻租现象都可以视为与现代法治理念相背离的退化权力生态系统。缺乏有效控制的权力寻租常常激化社会矛盾，引发社会动荡。权力寻租既是一个不稳定的生态系统，也是一个不可可持续发展的生态系统。运用生态学的基础理论，分析权力寻租生态系统的基本结构与功能表现，解读权力寻租生态系统组分要素与系统环境之间的生态作用关系，梳理权力寻租生态系统演化的主要影响因素、发展阶段和时空特征。通过探讨权力寻租的生态运行机理，提出权力寻租的生态修复、控制路径，驯化权力运行尽早转向法治稳态，实现权力生态系统的可持续、法治化的常态演替。

### 3、实用主义的法官法理学——透视霍姆斯大法官的司法哲学

李霞

摘要：奥利弗·W·霍姆斯是美国法理学与司法史上的一个里程碑，历经百年，他的司法哲学仍然意义深远地影响着美国的法律思想与司法实践。在霍姆斯的司法哲学理论中，法官的首要职责是遵守代表多数方的立法，即使立法存在缺陷；然而，对立法机构的尊重，并不是因为法院缺乏发现事实的能力，而是法官在裁判时不得依赖个人

对事实的认知。在其撰写的司法意见中，霍姆斯为言论自由与结社所做的辩护与其对优势社会力量或立法的尊重之间存在着矛盾。正是古典的司法自制理论与狭义的司法能动主义，共同构成了霍姆斯的实用主义法理学，这是一种美国法律本土背景下的法官法理学。

• 部门法专论 •

#### 4、中国民法典编纂的障碍及其克服

尹田

摘要：在国家层面以及学者层面所存在的对民法的私法属性之缺乏认同，为民法典编纂在观念上的主要障碍，反法典化的理论观点、民法典编纂体系的理论纷争以及因侵权责任独立成编而导致的具体制度安排上的困难等，是民法典编纂在技术上的主要障碍。厘清理论与立法活动的关系，确立立法大局意识，在学者与立法机关以及学者相互之间达成理解和妥协，是克服民法典编纂之障碍的基本途径。

#### 5、人格混同与法人独立地位之否认——评最高人民法院指导案例 15 号

王军

摘要：15号指导案例反映了最高人民法院“慎重适用”、“从严掌握”法人独立地位否认的立场，但存在三点不足：一是偏重“人格混同”之构成的论述，而对“人格混同”为何“严重损害”债权人缺乏说明和论证。由此可能产生鼓励法院轻易否认法人独立地位的负面效果。二是，“参照”适用《公司法》第20条第3款不符合类推适用的要求。三是将“关联公司”作为认定“横向人格混同”进而否认法人独立地位的约束条件，合理性和可操作性不足。

#### 6、论合同效力类型体系的重构——认真对待合同的法律约束力

孙文楨

摘要：现有合同效力类型体系不够科学，有必要重构。合同的效力类型应划分为三类五种。合同有效（广义）包括依法成立的合同的有效（狭义）和可撤销合同的有效。合同效力待定实为法律约束力待定。合同无效（广义）包括合同绝对无效（狭义）和相对无效。此“三类五种体系”始终以合同的“法律约束力”为基点，与现有的以“生效”为基点的合同效力类型体系均截然不同。该体系还表明，合同有效乃生效的必要前提。应当承认合同有效乃介于合同成立与合同生效之间的独立的效力层次。

#### 7、论民法总则与婚姻法的协调立法——宏观涵摄与微观留白

邓丽

摘要：在肯认婚姻法属于民法典组成部分的前提下，进一步明确婚姻法与民法总则之间的内在逻辑，辨析婚姻法律制度与民法总则具体制度之间的同异，以期应用于民法典的起草工作。在意旨上，民法总则通过界定调整对象、规定基本原则和阐释价值理念对婚姻法进行涵摄和指引。在体例上，身份法与人格法的分离是民法总则得以构建的重要前提，而身份法与财产法之间的实质性差异也决定了婚姻法的独立自洽是必然的。整体而言，两者的协调立法，需要民法总则有自省式的定位，而婚姻法则有选择性的出位。就条文设计而言，民法总则在界定调整对象、规定基本原则时应充分考虑婚姻法的制度特性和立法诉求。

#### 8、追续权的理论与立法

宋元婧 [韩]权祯珉

摘要：追续权由法国所首创，旨在保护著作权人从作品后续交易中获得收益的权利。尽管《伯尔尼公约》和《欧盟指引》都对追续权作出规定、目前世界上已经有70多个国家承认追续权，但各国在追续权的用语、权力属性及立法合理性上仍存在分歧。著作权人是针对后续交易本身而获益，还是仅对增值获益，以及获益的计算方法；追续权究属人格权、财产权还是复合性权利；规定追续权是否会对市场的经济效果产生影响，这些方面均存在以两大法系为对立双方的重大分歧。尽管中国著作权法修改草案的三个建议稿中对追续权有所提及，但目前没有正式的追续权立法规定。在中国已经成为全球第二大艺术市场的前提下，对追续权的立法很可能提上日程，因此，对追续权的内容以及所涉及的争议进行梳理有重要意义。

#### 9、证券式众筹：监管趋势与法律进路

盛学军 刘志伟

摘要：证券式众筹虽为一种新型的互联网融资方式，但仍具有集资性和公众性的双重特点，这表明证券式众筹可能面临擅自发行和欺诈发行证券的风险，故有必要对其进行监管。较之于传统公开发行，域外立法已创新证券式众筹监管理念，并作出相应的制度设计，其监管重点已单纯从发行人信息披露、投资者适当向兼顾投融资限额、投资权利维护转变以及强化中介机构在证券式众筹监管中的作用，此举或许可为我国证券式众筹合法化及其监管制度的确立提供有效借鉴。须创新证券式众筹的监管理念，并分别从发行人、中介机构资格与义务设定以及投资者权利的直接维护来确立证券式众筹监管的法律进路。

#### 10、公司法律形态演进的动力机制

赵吟

摘要：公司形态源于经济生活实践，经法律理性选择后成为公司法律形态，并在接受商业实践检验的过程中不断修正与完善。因受到信息不对称因素的制约，公司法律形态的变迁蕴含着不以参与者意志为转移的客观必然性；



同时，因受到成本因素的影响，公司法律形态的演进表现为一个能动更新的过程。除了以商品经济的不断发展为主导性推动力量外，公司法律形态的演变还要受到政治、宗教、传统文化等多元因素的影响。

#### 11、转基因食品标签的消费者知情权比较研究

郭桂环

摘要：各国对转基因食品实施了不同的标签制度：强制标签与自愿标签。这两种标签制度分别建立在消费者需要知情和消费者有权知情的法理基础之上。需要知情是以产品为基础，确保消费者对客观真实的风险知情；而有权知情往往以生产过程和生产方法为基础，以风险预防为原则管理风险以减少消费者的感知风险。一个国家采取何种转基因食品标签制度，受到该国经济、文化和政治方面的影响。我国转基因食品标签立法在即，需要借鉴其他国家的立法经验，因地制宜地实施强制标签制度，以保障消费者知情权的实现。

#### 12、行政诉讼行政首长出庭应诉制度：司法政治学的视角

卢超

摘要：新《行政诉讼法》修订颁布之后，行政首长出庭应诉制度正式成为一项带有鲜明中国特色的司法运作机制。从制度变迁的角度来看，行政首长出庭应诉制度经历了一个从地方政策试验到中央立法吸纳的过程。从各地关于行政首长出庭应诉制度的政策文本出发，不难发现社会稳定压力与地方法制竞争的外部因素影响，而且行政首长出庭应诉制度的实践运作，也主要依赖于数字考核的指标控制而非行政法治的自我拘束。从中国行政诉讼模式变迁的大背景下观察，行政首长出庭应诉与行政诉讼协调和解、行政诉讼司法建议制度根源自相同的法理，均旨在实现纠纷的实质化解，而不再将合法性判断视为行政诉讼的核心议题。

#### 13、论民事诉讼中的违法公民代理——《民事诉讼法》第58条的漏洞与完善

郭翔

摘要：由于2012年的《民事诉讼法》限制委托代理人范围的规定，导致超出该范围的委托成为“违法公民代理”。在否定委托行为法律效力时，基于委托代理制度的功能及程序安定要求等多种因素考虑，应当肯定后续诉讼行为的效力。为防止“违法公民代理”发生，应对判断委托代理人资格至关重要的“近亲属”标准予以明确化，并通过配套机制，促使相关人员配合法院完成对委托代理人资格的审查。

#### 14、论航空产品责任主体

张超汉 刘亚军

摘要：航空产品责任主体是航空产品责任诉讼首要解决的问题，该主体的确定直接关系到受害人权益是否充分保护和纠纷是否得以顺利解决。该主体具有天然的国际性，同时其因交织航空运输责任与产品责任具有复杂性和特殊性。航空产品责任主体不仅包括一般商事关系的私法性主体，而且还包括负有检测、适航监管责任的公法性主体。欧美等发达国家和地区立法及司法实践对航空产品责任主体呈现出扩大化解释的趋势，其目的是顺应国际社会保护消费者权益人本化发展的价值取向，我国相关立法完善应关注这一发展趋势。

#### 15、欧盟刑事一体化的起源与发展

于文沛

摘要：欧洲一体化是在经济一体化基础上渐次开展的政治一体化，外交防务一体化，而刑事一体化则是政治一体化框架下的一项重要内容。以时间为发展脉络，归纳、描述欧洲刑事一体化的提出、发展、创新及逐步完善，并借以评价欧盟刑事一体化为国际刑事合作和区域间刑事合作所提供的范例作用。

• 博士生论坛 •

#### 16、家可出否：儒家伦理与国家宗教管控

谢晶

摘要：自汉武帝“独尊儒术”之后，儒家一直被尊为历代王朝的正统思想，并有众多儒家之伦理被逐渐直接或间接纳入国家法典之中。但在漫长的历史过程中，儒家之外尚有释、道等外来或本土的思想流派也在这片土地上发扬、流传。以外来宗教中影响最大的佛教为例，其与儒学曾发生一些冲突，其中较为显著，是后者对前者“毁人伦”的批评。作为被“儒家化”的历代王朝法典，深受儒家伦理的影响，在与宗教管控有关的部分，自然也表现出与儒佛冲突相对应的一些对佛教的限制（而非禁止）。如《大清律例》中，这样的律文主要有“称道士女冠”、“私创庵院及私度僧道”、“僧道拜父母”三条，从唐迄清，随着社会时代的变迁，三个条文所有流变、损益，但其限制佛教的立法意旨始终一脉相承。佛教在中华大地上这种“限而不禁”的国家宗教管控政策中发展演变。

• 译评文丛

#### 17、俄罗斯刑事责任免除制度研究

[俄]裘恰耶夫 A. И. 戈拉切娃 Ю. В. 著 庞冬梅译

摘要：《俄罗斯联邦刑法典》第11章专门规定了刑事责任免除制度，但并未穷尽免除刑事责任制度的规范，其中没有涵盖因对未成年人适用教育感化措施而免除刑事责任的情形。免除刑事责任的制度主要包括：因积极悔过而免除刑事责任、经济领域犯罪免除刑事责任的相关案例、因与被害人和解而免除刑事责任。分析上述刑事责任免除制度的适用条件与根据，揭示立法技术上存在的缺陷以及法律适用过程中出现的问题十分必要。

# 人大复印报刊资料《民商法学》2015年第1期婚姻家庭法、继承法文献索引摘录

2015年7月14日 人大复印报刊资料《民商法学》2015年第1期

## 婚姻家庭法

青年人非婚同居的现实考察与法律应对/阚凯,高博//学术交流(哈尔滨),2014.10.95-98

涉外民事关系法律适用法中结婚法律适用条款研究/高升,李厂//中国石油大学学报:社会科学版(东营),2014.5.57-62

论婚姻的法律学涵义/刘引玲//河北科技大学学报:社会科学版(石家庄),2014.3.57-60

家庭暴力的危害、形成原因和防治办法,秦秀明//行政与法(长春),2014.7.67-70

身份法视角下的婚外同居补偿协议/陈信勇//法治研究(杭州),2014.9.25-32

民法典体系下婚姻家庭法之基本架构与逻辑体例/夏吟兰//政法论坛(京),2014.5.142-148

以法经济学的视角浅析婚前协议/祝洁琼//天水行政学院学报,2014.4.107-110

我国配偶权制度初探/孙少敏//中共山西省委党校学报(太原),2014.5.85-86

离婚协议中赠与方不得行使任意撤销权/吕春娟//人民司法(京),2014.20.90-93

离婚妇女婚姻家庭权益司法保障实证研究:以吉林省中等发达地区某基层法院2010-2012年抽样调查的离婚案件为对象/李洪祥//当代法学(长春),2014.5.79-88

论美国关于死后人工生殖的法律规制/汪丽青//政法论丛(济南),2014.5.121-129

老年人精神赡养之现状思考/李娜//赤峰学院学报:哲学社会科学版,2014.10.124-126

## 继承法

自书遗嘱的形式要件与法律效力:对一起违反形式要件要求错误认定自书遗嘱效力的典型案件的分析/杨立新//法治研究(杭州),2014.10.3-11

代位继承的性质论争及检讨:以历史流变为视角/王艳慧//哈尔滨师范大学社会科学学报,2014.4.33-38

数字财产继承的立法保护研究/张萱//北京化工大学学报:社会科学版,2014.3.24-27

《法国民法典》中的特留份制度研究:兼评对我国建立特留份制度的启示/许玥,翁强//河北工业大学学报:社会科学版(津),2014.3.57~62

## 《法学家》2015年第3期目录

2015年07月08日 中国人民大学法学院

2015年第3期(总第150期)

### 目录

法治中国背景下的“契约式身份”:从理性规制到德性认同…亓同惠(1)

论法治评估的三种类型——法治评估的一个比较视角…孟涛(16)

法律关系取代行政行为的可能与困局…赵宏(32)

客观归责还是主观归责?——一条“过时”的结果归责思路之重拾…庄劲(55)

我国刑事证据能力之理论归纳及思考…纵博(72)

论标准必要专利诉讼的“公平、合理、无歧视”许可——内涵、费率与适用…罗娇(86)

拍卖中的合同关系和代理效果…武腾(95)

自然债务的体系构成:形成、性质与效力…施鸿鹏(111)

违约与侵权竞合实益之反思…叶名怡(124)

违约金酌减规则论…王洪亮(138)

自然人属人法与经常居所的中国式选择、判准和适用——兼评《涉外民事关系法律适用法司法解释(一)》第15条…杜焕芳(152)

从“亲眷申冤”到“刑及妻孥”:论唐代刑事诉讼中的女性…陈玺(164)

## 法刊辑要(2015072):《河北法学》2015年第8期

2015年07月15日 法学期刊目录通讯

### 目录

#### 【专论】

1、影子银行的风险与法律监管:中国概念与美国经验

白晨航

#### 【名家论坛】

2、国际软法作用探析

何志鹏 尚杰

3、从罪刑法定的实质侧面对兜底条款的分析——以非法经营罪为例

田宇航 童伟华

4、促进工资正常增长的支付及补贴制度构想

胡必坚 张新民

5、关于 WTO “协商一致”与“一揽子协定”决策原则的实证分析及其改革路径研究

盛建明 钟 楹

6、《平政院编制令》草案与正式文本的比较探析

赵 勇 王学辉

**【青年法学家】**

7、论国家治理视角下的民商事登记局

申惠文

8、论中国行政复议制度的司法化改革

沙 金

9、农村土地流转的信托路径探析

赵立新 寇占奎

10、盗窃罪窃取方式新解读

宋立庚 张立锋

11、试论军事刑事司法改革的路径

李佑标

12、论海洋行政体制改革中海事与海警执法权责的划分

王大鹏 陈琳琳

13、我国食品安全犯罪治理刑事政策的反思与重构

邵彦铭

**【热点问题透视】**

14、论亚洲基础设施投资银行决策机制的构建

包运成

**【域外法学与比较法研究】**

15、加拿大意见规则的考察基点

李 峣 吴三军

**【博士生园地】**

16、风水纠纷的解决——兼论民间法适用的程序规则

马 文

17、解构与续造：当事人的陈述制度化构建

黄 宣

18、论网络虚拟货币的财产属性

李 威

19、试论我国遗嘱信托制度之构建

褚雪霏 徐腾飞

**【司法实践】**

20、关于职务犯罪侦查主任检察官制度构建的研究

井晓龙 张云霄

21、论环境公益诉讼中的法律困境与出路

彭 君 胡建伟

摘 要

1、影子银行的风险与法律监管：中国概念与美国经验

白晨航

摘 要：虽然影子银行已经成为我国金融法律实践中的重要现象，但受制于各种原因，学术界并未给予该现象以足够的对待。然而，一旦缺乏足够的理论研究，那么影子银行当中必然蕴含的各种金融风险——信用风险、流动性风险以至于系统性风险，必然会因为缺乏有效的金融监管体系，不但会在中国出现，而且也有机会引发美国式的整体金融危机。因此，无论是理论上还是实践上，都有必要仔细讨论影子银行的概念，以及其得以在中国产生的社会背景和经济原因；而且，也只有明确这些问题，才能设计出一套行之有效的监管机制，尤其是以法律规制为中心的金融监管机制。与此同时，由于美国在长期的实践中已经形成了完整的理论与有效的制度设计，因此运用比较法学的研究方法，借鉴美国的理论和实践的做法无可避免。

关键词：影子银行；合规；金融监管；存款保险；功能性监管

2、国际软法作用探析

何志鹏，尚 杰

摘要：国际软法在国际环境、人权、经济、商事以及欧盟的区域治理中都发挥着重要的作用，其以独特的实践效用受到法学界的关注。国际软法是国际秩序重要的治理工具，具有示范及补充作用。国际软法应与硬法相互配合，实现软、硬法混合治理模式。在混合治理模式下，呈现的是“中心”和“外围”的关系，硬法为“中心”，软法为“外围”。

关键词：软法；国际软法；软法作用；软法价值；软法理论

### 3、从罪刑法定的实质侧面对兜底条款的分析——以非法经营罪为例

田宇航，童伟华

摘要：罪刑法定的实质侧面要求刑法条文应符合明确性和合理性原则，然而非法经营罪的兜底条款没有实现最大可能的明确性，一些非法经营行为通过司法解释仍然难以明确，而且难以达至合理性状态，造成了非法经营罪与一般违法经营行为的界限模糊，处罚了不当罚的行为，对罪刑法定的实质合理性造成了冲击。明确性原则和合理性原则不但限制司法权，而且限制立法权。解决非法经营罪兜底条款和罪刑法定实质侧面的冲突，须对兜底条款本身在立法上予以限定。

关键词：罪刑法定；实质侧面；兜底条款；非法经营罪；明确性原则

### 4、促进工资正常增长的支付及补贴制度构想

胡必坚，张新民

摘要：在实现工资正常增长进程中，由于生产要素市场发育不健全，部分生产要素价格尚未真正市场化，促进收入公平分配的工资支付及补贴制度具有极端重要性。工资保证金制度向企业工资法定公积金制度转型、“刚性”工资法制度建构、企业所得税优惠程序前置制度将促进劳动者报酬权的实现。对低收入者直接补贴和间接补贴，客观上促进收入公平分配的层次及水平。

关键词：工资正常增长；刚性工资法；工资法定公积金制度；企业所得税优惠程序前置制度；财政补贴

### 5、关于 WTO “协商一致”与“一揽子协定”决策原则的实证分析及其改革路径研究

盛建明，钟 楹

摘要：“协商一致”原则以及“一揽子协定”原则贯穿了 WTO 从谈判到创立再到当前多哈回合谈判的整个发展历史，并被视为 WTO “成员驱动”的体现和支撑。但 WTO 的实践表明，这两项决策原则的运转建立在 WTO 内部势力失衡的基础之上，且其制度目标无法在实践中实现。相反，在发展中国家崛起的当下，这两项决策原则的现实基础被打破，已成为阻碍 WTO 发展的重要因素。WTO 要成为国际贸易治理核心，对这两项决策原则的改革势在必行。但这一改革应通过渐进方式进行，既有利于争取各成员的支持，也能在改革的发展和僵局中取得平衡。

关键词：WTO；决策原则；协商一致原则；一揽子协定原则；改革路径

### 6、《平政院编制令》草案与正式文本的比较探析

赵 勇，王学辉

摘要：《平政院编制令》在起草制定过程中，起草机关相继提出多个草案，各草案与《编制令》在平政院组织体系、职能、成员、审判组织构成等方面存在着明显的差异，这些差异体现了平政院制度在创制过程中立法者对这一制度认识与定位的变化。各文本内容的差异也体现了平政院制度的创设并非对西方行政裁判制度的直接移植，而是一个根据国情对外国行政裁判制度选择性移植的过程，一个不断将中国政治法律文化与西方行政裁判制度融合的过程。

关键词：平政院；评事；肃政厅；肃政史；行政裁判制度

### 7、论国家治理视角下的民商事登记局

申惠文

摘要：不动产登记局不能解决财产权登记的统一，不能解决户籍登记与婚姻登记的统一，不能解决公司登记与社会团体登记的统一。设立不动产登记局是目前改革的成果，设立财产登记局是下一步改革的目标，设立民商事登记局是远期改革的目标。保护第三人的私权公示理论、政府机构设置的大部制理论和社会信用体系建设的大数据理论，是设立民商事登记局的理论基础。德国民商事登记集中在基层法院，日本民商事登记集中在法务局。我国民商事登记错误，采取行政诉讼主导的救济制度，行政监管色彩较强，不符合私权登记的本质要求。基于整体化改革思维，我国未来民商事登记局应当定性为正部级国务院直属机构，采取中央垂直管理体制，设置通过国家司法资格考试的民商事登记官制度。

关键词：不动产登记局；国家治理；民事登记；商事登记；民商事登记局

### 8、论中国行政复议制度的司法化改革

沙 金

摘要：经过多年的实践，中国行政复议制度在监督政府依法行使职权和保障相对人合法权益方面取得了一定的进步，但是由于对行政复议功能的定位偏差，过于强调行政复议的行政性，造成了行政复议制度设计的缺陷，难以达到公正复议的目标，从而阻碍了行政复议功能的发挥。司法化已成为当代各国争议解决机制的发展方向。行政复议制度的司法化，是指行政复议在解决行政争议的过程中，引入司法活动中有利于促进公平公正的基本理念和制度，以保证行政复议机关依法公正地解决行政纠纷，进而充分实现行政复议制度的价值。目前，行政复议制度所面

临的问题主要表现在行政复议的功能定位不明确、复议机构不独立、复议程序过于行政化以及行政复议与行政诉讼不衔接等方面。完善中国行政复议制度，保障复议机关独立、公正地解决行政争议从而发挥其功能，必须把行政复议制度的司法化改革作为突破口，而这也正是顺应建设社会主义法治国家的必然要求。

关键词：行政复议；复议机构；司法化；功能定位；行政诉讼

#### 9、农村土地流转的信托路径探析

赵立新，寇占奎

摘要：随着我国城镇化的加快，农村土地流转成为需要解决的迫切问题，源于英美的信托成为一项很好的制度选择。因两大法系不同的法律结构及中国特有的国情，在构建农村土地信托时需要新的理论支撑和独特的运行模式。国外土地信托在理论和实践方面积累了众多经验，借鉴国外经验，不断完善我国的法规和竞争机制、建立土地投资信托基金、完善登记制度是我国农村土地信托制度得以顺利运行的基础。

关键词：土地承包经营权；土地流转；租赁；信托；合同

#### 10、盗窃罪窃取方式新解读

宋立庚，张立锋

摘要：传统通说认为盗窃罪窃取方式是秘密窃取，但是随着公开窃取方式的出现，主张将盗窃罪窃取方式扩大至公然窃取的观点不断占据重要地位，公然窃取方式的引入更有利于盗窃罪定罪标准的明确化，也更利于通说理论的继续发展。当然，为了更好地适用窃取方式，我们在将窃取方式扩充为公然的同时，也要对盗窃罪窃取方式的“平和性”和“公然性”进行合理的定性，并且针对不同的盗窃类型对“公然”进行形式划分。

关键词：盗窃罪；秘密；公然性；平和性；财产

#### 11、试论军事刑事司法改革的路径

李佑标

摘要：一般认为，我国军事刑事司法是国家刑事司法在军队中的延伸，是国家刑事司法的有机组成部分，是一种专门刑事司法。但是，我国军事刑事司法与国家普通刑事司法的分界在哪里？并没有一个清晰的界线。而在我国铁路检察机关和铁路审判机关成建制全部移交地方以后，军事刑事司法改革的走向问题，就成为摆在法学研究人员面前一个不容回避的课题。

关键词：军事法；刑事司法；改革路径；战时管辖模式；平战分治管辖模式

#### 12、论海洋行政体制改革中海事与海警执法权责的划分

王大鹏，陈琳琳

摘要：国家海洋局重组后，新设的海警与海事成为海上的两大执法主体。但法律法规并未对二者的执法权责做出明确的区分。为进一步完善海事与海警的行政体制改革，在执法职责的法理基础上，应明确海事执法依据交通运输部职能所涉的公约与相关规范，针对的主要是海上交通安全与海洋防治污染等事项，而海警执法依据国土资源部、公安部职能所涉的公约与相关规范，针对的主要是海洋权益与海洋资源等事项；就入海口执法而言，海事应该作为唯一的执法主体，以节省执法资源和提高执法效率；在国际公约的履约率方面，登临权应由海警行使，紧追权应同时赋予海事与海警，海事与海警应该协同提高国际公约的履约率；此外，在国际合作上，海事更侧重于促进海上经济发展，而海警则更侧重于保障海上经济发展不被破坏。

关键词：行政体制；入海口；登临权；紧追权；权责划分

#### 13、我国食品安全犯罪治理刑事政策的反思与重构

邵彦铭

摘要：当下我国“厉而不严”的刑事政策模式过于注重提高刑罚在食品安全犯罪治理中的威慑作用，但却疏于严密法网及通过完善前置性的行政法规来堵截此类犯罪。简单的“重典治乱”并没有取得预想的刑事政策社会效果。要做到对食品安全犯罪的“零容忍”，除了刑罚严厉，更要防微杜渐，保持法网严密。作为应对此类犯罪的刑事政策必然要做出应时和应势之变，重构我国食品安全犯罪治理的刑事政策体系。

关键词：食品安全犯罪；刑事政策；厉而不严；零容忍；综合治理

#### 14、论亚洲基础设施投资银行决策机制的构建

包运成

摘要：决策机制的构建攸关亚洲基础设施投资银行的成败。现有国际金融机构的决策机制给予我们诸多启示：依据贡献等因素分配份额、投票权；本地区成员应占有多数份额；基本投票权应与总投票权始终保持一定比例；应吸收区域外的成员；董事的投票应该尽可能地反映他所代表的成员的投票意愿。亚洲基础设施投资银行应借鉴现有国际金融机构的成功经验，合理配置份额和投票权、合理设置议事规则、合理设置决策机构及其权限，以构建高效、合理的决策机制。

关键词：亚洲基础设施投资银行；决策机制；投票权；份额；加权表决

#### 15、加拿大意见规则的考察基点

李 峤，吴三军

摘要：科技的发达、专业的细化使得诉讼中对于专业性问题的涉及越来越趋向多元化，凭借专家证人制度，

英美法系国家对此做出成功的应对，属于英美法系国家的加拿大，在美国的既定规则的指引下，经多年的努力，确立了意见规则的相关性、必要性、无排除事项、可靠性等标准。在此过程中，法官所需、专家独立、无污染意见的内容与形式等要求则是附加于意见规则的程序保障。

关键词：专家证人；意见规则；客观性；相关性；可靠性

#### 16、风水纠纷的解决——兼论民间法适用的程序规则

马文

摘要：“风水热”的兴起导致风水纠纷在现代社会依然广泛存在，然而，对风水纠纷的解决途径却不甚明了。基于对风水纠纷特点的归纳，运用“诉的利益”和“形成中的权利”理论，论证风水纠纷何以能够被法院受理。在裁判依据方面，国家法能力的不足和对法律多元理论的认可为民间法的适用提供了空间。但民间法的双重属性决定了需要在裁判过程中强化程序规制，以限制法官的自由裁量权。具体程序规则包括：论证时重视“有专门知识的人”的意见，识别时强调人民陪审员的适度参与，裁判时进行充分说理。

关键词：风水纠纷；民间法；诉的利益；形成中的权利；程序规则

#### 17、解构与续造：当事人的陈述制度化构建

黄宣

摘要：民事诉讼中，当事人既是案件事实的亲历者，最知悉案情，又是案件事实的最大利害关系人，其陈述的证明力较弱。将如此先天性不足的当事人的陈述，列为证据种类的首位，有违立法之科学。强化当事人的陈述之制度构建，并将当事人的陈述界定为自由心证的补充性地位，是民事诉讼制度精细化的必然选择。

关键词：陈述制度；证据种类；询问当事人；民事诉讼制度

#### 18、论网络虚拟货币的财产属性

李威

摘要：网络虚拟货币在交易中体现了经济价值，结果上引起了权利变动，具备了一定的财产内容。但是，网络虚拟货币的本质是虚拟数据，能否将其视为财产值得商榷。因此，有必要从网络虚拟货币的经济价值入手，以主体的行为为视角，借助权利客体的理论解析网络虚拟货币的实质。网络虚拟货币带来的经济价值赋予了其财产属性，但其性质是由相对权利带来的经济利益，并非法律意义上的“财产”，对网络虚拟货币的使用，亦不过是操作权限的获取与扩大，无法成为法律上的财产权利。

关键词：网络虚拟货币；操作权限；权利客体；虚拟财产

#### 19、试论我国遗嘱信托制度之构建

褚雪霏，徐腾飞

摘要：我国于2001年制定《信托法》，其中将遗嘱规定为设立信托的方式之一，这表明我国法律已经承认遗嘱信托这一信托形式。但就遗嘱信托施行的具体规则，无论《继承法》或者《信托法》均未予以规定。遗嘱信托有其独立的内涵及特征，在我国也具备构建的社会需求和现实基础。但由于遗嘱信托制度乃移植于英美法系，在我国仍有构建之障碍。我国构建遗嘱信托制度，应坚持正确的价值定位和立法模式，同时，也应当在微观层面做出具体的法律规制。

关键词：信托法；继承法；遗嘱信托；构建；法律规制

#### 20、关于职务犯罪侦查主任检察官制度构建的研究

井晓龙，张云霄

摘要：职务犯罪侦查主任检察官制度构建既应坚持检察改革的总体指导思想，又应遵循职务犯罪侦查权的运行规律。在此基础上，应从优化职权配置、健全办案组织、制定选任标准、加强履职保障以及强化权力监督等五方面着手构建一套有特色的职务犯罪侦查主任检察官制度。

关键词：检察改革；职务犯罪侦查；主任检察官；制度构建

#### 20、论环境公益诉讼中的法律困境与出路

彭君，胡建伟

摘要：环境公益诉讼原告资格在法律上仅作了原则上的规定，以及审判中缺乏具体的法律条款，致使司法保护环境公益诉讼能力不足。究其原因主要在于环境保护方面的宣言性立法空白和环保法庭审判不独立。从程序上建立原告提起诉讼的激励机制；从结案方式上确立有限调解原则和审判上法院在法律的框架下建立相关制度和沟通机制。法院将进一步总结个案调整中的确定性和普遍性，从而为环境公益诉讼的顶层设计的出台提供重要的实践经验。

关键词：环境保护；公益诉讼；原告资格；审判独立；宣言性立法

### 欧洲登记伴侣关系和同性婚姻立法报告（上）

2015年07月17日 中德法教义学苑 樊丽君 朱晓峰

目次

一、前言

二、欧洲同性恋立法进程

三、欧洲同性婚和登记伴侣关系立法分析

## 四、欧洲各国同性婚和登记伴侣关系法立法目标实现状况以及未来展望

### 一、前言

欧洲在世界同性恋解放运动史上，尤其是有关同性恋的法律发展史上占有极其重要的地位。这种地位可以通过这样几个第一得到证明：第一个第一是1869年，匈牙利的报刊作家卡罗里·玛利亚·科特伯尼(Karoly Maria Kertbeny)首次使用“同性恋者”(homosexuell)一词，同一时期，一位无名者向普鲁士司法部长莱昂哈特(Leonhardt)博士要求废除刑法中“反常性行为”条款，这些事件见证了欧洲同性恋群体想把“同性恋”和“同性恋者”的历史纳入身份认同，并争取同性恋解放进程的开始，从而使1869-1919成为欧洲同性恋历史的重大转折。[1]第二个第一是1897年5月14日，人道主义科学委员会(WHK)在柏林创建。这是同性恋史上具有奠基意义的事件，因为这是世界上创立的第一个保卫同性恋权利的组织。该委员会的首要目标就是废除刑法第175条。[2]在该委员会的领导下，德国在20世纪初开展了声势浩大并卓有成效的同性恋解放运动，并在1905年将第175条的问题提交帝国议会。[3]第三个第一是18世纪末19世纪初，西方世界第一批对同性性行为去罪化的国家出现在欧洲。首先是法国，其次是继受法国法的荷兰、比利时和卢森堡等国。第四个第一是1989年，丹麦颁布了世界上第一部《登记伴侣关系法》，该法于1989年6月7日公布并且在1989年10月1日生效。该法第1条明确规定：“两个同性可以登记结成同性伴侣。”并进一步规定了登记的条件、登记的效力和登记伴侣关系的解除。开辟了以登记生活伴侣关系法而不是以婚姻法调整同性恋共同生活的立法模式和持续20余年的欧洲乃至欧洲以外的国家纷纷效法的立法浪潮。第五个第一是2000年12月19日，《荷兰同性婚姻法》被议会通过，2000年12月21日，国王与司法部长签署通过了该议案，2001年4月1日正式开始施行。《荷兰同性婚姻法》的颁布和实施，使荷兰成为世界上第一个承认同性婚的国家，并在欧洲乃至世界引起了一轮波及至今的同性婚立法浪潮。这五个第一一方面记载着欧洲同性恋立法史既生气蓬勃又错综复杂，既千回百转又一往无前的征程；另一方面也表明在世界同性恋立法史上欧洲举足轻重的地位。欧洲同性恋立法的发展是欧洲独特的政治、文化、科学和宗教背景的产物。因此，揭示欧洲各国关于同性恋的立法进程，分析欧洲各国同性恋立法的内容，对欧洲各国立法实施效果和借鉴意义进行分析和评价，具有重要的意义。但是，鉴于本文的篇幅和写作目的，本立法的报告的重点在于民事法律领域，即登记的同性伴侣关系立法和同性婚立法领域。

### 二、欧洲同性恋立法进程

在欧洲历史上，关于同性恋的立法经历了普遍禁止和严厉刑罚、同性性行为去罪化和合法化、民事伴侣关系的确立和同性婚姻的承认等几个阶段。

#### (一) 普遍禁止并采取严厉刑事制裁时期

在普通法时期，基督教思想对欧洲的同性恋立法具有实质性的影响。[4]《旧约·利未记》第二十章第十三节记载：“男人与男人同寝，像与妇人同寝一样，两人都做了可憎的事，必须处死。他们要自行承担丧命的血债。”因此，中世纪欧洲各国法律对同性性行为基本上都持严厉禁止的态度。公元313年，基督教成为罗马帝国的国教。公元342年，第一部禁止同性恋的法律《狄奥多西法典》颁布。[5]公元390年，教皇宣布同性恋为非法，并处以当众烧死的处罚。[6]13世纪下半叶，整个欧洲的法律几乎都规定，对男同性性行为应当处以死刑。[7]1532年神圣罗马帝国皇帝卡尔五世(Karl V)颁布的、具有广泛影响力的《加洛林纳刑事法典》第116条规定，所有类型的同性性行为都应被科以火刑。英国亨利八世时期颁布的1533年《鸡奸法案》，以成文法的形式规定对同性性行为者施以绞刑；[8]近现代各民族国家的刑事立法继承了这一立法态度。在英国，1885年英国国会通过的《刑法修正案》[9]第11条明确禁止男性之间的同性性行为。在奥地利，由于该国是神圣罗马帝国的核心所在，因此很长一段时间，《加洛林纳刑事法典》第116条对同性性行为者处以死刑的规定一直有效；1768年奥地利皇帝特蕾西亚颁布的《特蕾西亚刑法典》第74条继承了《加洛林纳刑事法典》第116条的规定；1787年奥地利刑法改革，对同性性行为的刑事制裁由死刑过渡到强制劳役、监禁和流放；1852年《奥地利刑法典》规定，对同性性行为者处以1年到5年不等的监禁。[10]在德国，1794年的《普鲁士普通国家邦法》废除了同性性行为死刑的规定，该法第1069条和第1070条分别规定，对发生同性性行为者施以监禁或流放；1851年《普鲁士刑法典》第145条规定，男性之间发生性行为者，应处以4个月到6年不等的监禁并同时剥夺其结婚权；[11]这一规定被1871年通过的《德意志帝国刑法典》第175条所继受，成为德国同性恋立法史上著名的同性性行为入罪条款。该条规定：“违反自然的通奸，即男子同性之间或人兽之间的性行为，可以被判处监禁，剥夺公民尊严”。[12]在法国，法国大革命之前的法律实践普遍认为同性性行为是严重的犯罪，甚至在1750年，法国巴黎的沙滩广场还曾公开以火刑的方式处决过一对同性恋。[13]

#### (二) 刑事法律对同性性行为去罪化时期

18世纪末、19世纪初世界上出现了第一批同性性行为去罪化的国家。首先是法国，深受启蒙思想影响的法国法律界逐渐认识到，只要不损害他人，则人有权做任何他想做的事情。[14]因此，1791年的《法国刑法典》就已经没有了对同性性行为科以刑罚的规定。1810年《拿破仑刑法典》继受了这一做法，由此实现了法国刑法中相互协商同意的成年人之间的私密同性性行为去罪化。1792年卢森堡和比利时等国，1811年的荷兰都继受了法国法的这一做法。它们共同成为世界上第一批实现同性性行为去罪化国家。[15]需要注意的是，这里同性性行为去罪化，只是针对有完全独立意志的成年同性性行为者而言，因此，如果发生同性性行为的一方不是法律所明确规定的成年人，依然要受刑法上的处罚。

十九世纪医学发展将同性恋定性为不易治愈的疾病的结论，使法律上对同性恋的惩罚失去了正当性，从而推动了20世纪初一批欧洲国家同性性行为去罪化。1930年丹麦取消了“同性恋”犯罪条款，1931年波兰、1940年冰岛、1942年瑞士相继实现了同性性行为去罪化。[16]

进入20世纪以后，在开始于50年代的英国的道德的法律强制问题的辩论中，人们进一步提出：“私下同意的成人之间的同性性行为并未对他人造成任何损害，它们属于个人道德问题和生活方式的选择，只有那些违反了公共生活秩序并对他人造成妨害的行为，法律才应予以制裁。”[17]的观点。这一辩论使很多国家重新审视了同性恋犯罪问题，加速推动了欧洲国家同性性行为去罪化的进程。首先是在英国，经过漫长的周密细致的调查工作，1967年《性犯罪法案》在英格兰和威尔士生效，该法案规定，21周岁以上的成年男性之间相互同意私密发生的性行为，不构成犯罪。1980年苏格兰通过《刑事司法法案》，[18]1982年北爱尔兰依据欧洲人权法院对Dudgeon v. United Kingdom案所作的判决，发布了《同性恋犯罪指令》。[19]在内容上，苏格兰的法案和北爱尔兰的指令与1967年《性犯罪法案》是一致的。由此，该法案在全英范围内获得普遍适用。但该法案仍然保留了鸡奸罪和严重猥亵罪，直到2003年对《性犯罪法案》进行修改时，这两项罪名才被废除。在德国，1969年9月1日后生效的《刑法典》第175条规定，男性之间发生性行为，如果双方均已经超过21周岁或者均未达18周岁，不受刑事制裁；如果仅一方超过21周岁，则该方将被刑事制裁而另一方不受制裁；如果双方均在18周岁到21周岁之间，则双方都要受到刑事制裁。[20]在奥地利，1971年对1852年《刑法典》进行了修改，废除了制裁同性性行为的第129条。但是，针对同性性行为的歧视还普遍存在，如分别规定在第210条、第220条与第221条中的禁止男性间性行为、禁止同性性行为的广告和禁止促进同性性行为者结社。同时，基于对未成年人保护的考虑，该法第209条规定，禁止超过18岁的成年男子与14岁到18岁间的未成年男子发生性关系，违者将被处以6个月到5年的监禁。[21]

截止到上个世纪末，欧洲国家全部实现了同性性行为去罪化。

### （三）同性恋合法化和要求平等待遇时期

随着同性性行为去罪化、同性性行为的宗教罪孽和违法犯罪的污名的洗清，20世纪中期，医学的发展又实现了同性恋的去病化。医学研究的成果指出，同性恋者与异性恋者除了性取向不同外，在其他方面并无差异，因此，同性恋不能视为一种病。医学的发展为同性恋合法化提供的科学依据，推动了同性恋理论的发展。“一种同性恋并非天生，而是基于社会建构的建构主义理论也开始形成，并迅速成为同性恋问题的主流话语。”[22]在医学和关于同性恋研究的理论进步的基础上，一方面，在刑法领域里不平等的清算继续进行。如在荷兰，1811年《刑法典》第248条规定，发生性行为的双方当事人必须年满21周岁。但1911年修改的《荷兰刑法典》第248条规定，同性双方相互同意发生性行为的最低年龄为21周岁，对于未达该法定年龄而发生性行为者，应受刑罚制裁。异性伴侣之间相互同意发生性行为的年龄是年满16周岁。在同性恋组织及其支持者的推动下，该歧视性规定在1971年《刑法典》修正时被正式废除。[23]在法国，在去罪化之后很长一段时间，同性恋的立法由于种种原因处于停滞倒退的状态。在同性恋组织的推动下，直到20世纪80年代初，法国才通过对《刑法典》的修改，废止了维希政府在1942年8月6日引入《刑法典》的第331条第2款[24]关于对未满18周岁的同性间性行为禁止的规定，实现了异性恋与同性恋在此问题上的平等对待。在奥地利，对同性性行为去罪化尽管在20世纪70年代即差不多实现，但歧视性规定仍继续存在。依据这一时期奥地利《刑法典》第209条规定，男性之间的同性性行为的法定最低法定年龄为18周岁，第206条等条款关于女性之间的同性性行为以及异性之间的性行为的最低法定年龄规定为14周岁。[25]因此，长期以来，以社会民主党、绿党和同性恋组织为代表的政治势力从未成年男子的性自决权出发，要求废除第209条，并多次向宪法法院提起控诉，要求宣布第209条违宪。在这一努力下，2002年联邦宪法法院宣布《刑法典》第209条违宪。议会于同年对法律进行修改，废除了第209条，同时，在第207b条中统一规定，凡是未成年人与未满16周岁的未成年人发生性关系，一律予以刑事制裁。[26]这意味着，在刑法中对于同性性行为的歧视，在奥地利同性恋组织等政治力量的共同努力下，终于被废除。

另一方面，同性恋者的合法化诉求超越刑法领域发展到宪法和其他法律部门，并最终集中表达为结婚权利的诉求。二十世纪四十年代，“自由同性恋运动”从荷兰和丹麦发起，并在五十年代和六十年代波及到瑞典、挪威、美国、法国和比利时等国。[27]成为影响欧洲乃至全世界的同性恋解放运动。在荷兰，1946年最大的同性恋组织文化与娱乐中心(COC)成立并获得法律上的许可，标志着同性恋结社自由的诉求获得法律承认。1955年以后阿姆斯特丹的迪厅等公共娱乐场所向同性恋开放。60年代以后，同性恋者逐渐公开承认自己的身份，并发起反对歧视同性恋者的运动。1973年兵役法向同性恋开放。1978年通过变性手术成为变性人，其变性后的性别获得法律认可。[28]到70年代中后期，代表同性恋利益的社团已经遍及党团、劳工联盟、高校、卫生组织、警察和军队等组织和部门。[29]80年代中期同性恋者开始明确提出同性婚姻诉求；90年代初，荷兰同性恋者依据《民法典》第30条的规定向登记机关要求结婚。在遭拒绝后，当事人向法院提起行政和宪法诉讼，诉登记机关不作为，请求法院确认同性恋者有权结婚，并判决登记机关拒绝登记的行为侵害了个人权利。该诉讼请求虽然没有得到法院的支持，[30]但是，受丹麦1989年颁布的《登记伴侣关系法》影响，荷兰政府立法咨询委员会迅速于1991年成立第一科特曼委员会(The First Kortmann Committee)，[31]研究荷兰制定登记伴侣关系法的可行性。历经几年的准备，1997年5月1日《登记伴侣关系法》通过，1998年1月1日开始实行。[32]但是，无论是在《登记伴侣关系法》立法过程中，还是在该法确立之后，对该法的批评从没有停止。同性恋组织关于同性婚姻的诉求也没有停止。在这种背景下，司法部任命的民



事婚姻向同性伴侣开放委员会（Committee on Opening Up Civil Marriage to Same-Gender Partners）亦即第二科特曼委员会于1997年10月提交了荷兰承认同性婚姻的论证报告。在该报告中，委员会主要针对《登记伴侣关系法》实施过程中在收养、父母子女关系等方面暴露的问题，深入研究了向同性伴侣开放婚姻的可行性。在报告中委员会提出了两种方案：第一种方案是维持婚姻和伴侣关系两分法的立法现状；第二种是承认同性婚姻，但在父母子女关系上对同性配偶进行限制。在各种政治力量的推动下，1999年荷兰政府内阁正式向国会提交法律修改议案。2000年12月19日该议案通过。2000年12月21日该议案被国王与司法部长签署。2001年4月1日该议案正式实施，同性婚姻制度在荷兰确立。[33]

在法国，60年代同性恋者开始维权运动，倡导新的家庭观，表达同性恋群体对社会歧视的抗争；1971年，法国同性恋组织即“革命运动同性恋阵线”建立。此外，家庭法领域中关于亲权、亲子关系等内容，也在70年代进行了重大修改，平等自由、保护子女利益成为家庭法修改的主旋律；80年代，法国卫生部宣布同性恋不再属于疾病；80年代末到90年代，法院受理了一系列同性恋主张企业福利、配偶保险福利和租赁权等案件，这一切标志着同性恋群体主张各种平等权利的努力达到了前所未有的深度和广度。1999年11月15日《紧密关系民事协议法》（PACS）颁布，该法规范两个同性或者异性的成年人之间为组织共同生活而签订协议的行为，规定协议订立的实质与形式要件，伴侣之间的人身和财产方面的权利与义务，协议的终止等内容。[34]进入21世纪以后，在波尔多同性婚姻案前后，围绕着同性婚姻问题展开了新的争论；[35]2006年1月25日法国公布《关于家庭与儿童权利的议会报告》。该报告建议增加PACS在财产领域、税收领域和继承领域的权利。2006年6月23日《紧密关系民事协议法》被修改，增加了伴侣继承权的规定。[36]2012年5月，奥朗德当选新一届法国总统，按照其竞选时承诺的法律改革日程表，有关同性婚姻合法化的法律草案将于2013年第一季度进行立法表决。[37]2013年2月12日，下院国民议会全部577名议员中，568人参加了投票。同性婚姻法案（projet de loi）最终以329票赞成、229票反对、10票弃权的表决结果，获得通过。[38]这一草案的内容是同性婚姻合法化，并且允许同性恋收养儿童。4月2日起将在国民议会上院参议院审议，如果法案通过，可能会在夏天生效。[39]

在德国，1994年去罪化完成后，德国同性恋者开始主张民事法律上的平等权利。由绿党成员伏尔克·贝克起草的《登记生活伴侣关系法草案》使同性婚姻的支持者和基督教团体达成妥协，通过该草案使登记的生活伴侣享有几乎与婚姻配偶相同的权利。2001年该草案在社会民主党和绿党组成的政府推动下获得通过。2002年联邦宪法法院针对三个州的政府向宪法法院提出的《登记生活伴侣关系法》违宪的诉讼，裁决《登记生活伴侣关系法》合宪。其理由是：《基本法》给予婚姻的特殊保护并不排除法律承认其他生活方式并给予该生活方式和婚姻关系平等的权利。[40]2004年，联邦议会修改《登记生活伴侣关系法》，赋予登记的同性伴侣关系以更多的权利，其中最为重要的是承认了登记的生活伴侣对继子女的收养权。[41]2008年，联邦宪法法院承认变性人缔结婚姻的权利，要求立法机关在一年内修改相应的法律。[42]2009年，联邦宪法法院在退休金案中进一步指出，法律上赋予生活伴侣关系与婚姻关系平等的权利，不仅是退休金，所有基于婚姻关系所产生的权利义务都应给予登记的生活伴侣。[43]同年，在执政党公布的新的政府计划中包括消灭登记生活伴侣与婚姻配偶的所有差异的计划。[44]2010年，联邦宪法法院在一项判决中指出，登记生活伴侣关系中生存伴侣支付遗产税时，应和婚姻关系中生存配偶同等对待。[45]同年3月，柏林州议会宣布将在联邦议会推动同性婚姻法案，这一提议在2011年获得汉堡议会的支持。[46]

在奥地利，1989年《丹麦登记伴侣法》颁布之后，奥地利就出现了要求立法平等对待同性恋和针对同性伴侣立法的讨论和呼声。2003年7月，欧洲人权法院就“卡尔纳诉奥地利”一案作出第一个关于同性恋的判决，认定奥地利法院对《租赁法》第14条第3款的解释涉嫌歧视同性恋。[47]2004年8月，人民党议会社团克里斯托夫等提出立法应当平等对待同性恋者。这一提议一石激起千层浪，在奥地利引发了关于同性恋平等的大讨论。[48]2005年10月奥地利宪法法院作出关于法定医疗保险的判决，裁定不允许无收入的同性伴侣共同入保违宪。这些判决进一步推动了立法进程。2009年底《奥地利同性伴侣法》通过。[49]但是，由于反对势力强大，同性伴侣法中仍存在歧视性规定，同性婚姻诉求实现也显得十分渺茫。

在意大利，从1986年起，意大利的同性恋组织（Arcigay）以及同情和支持同性恋的政治力量即开始在议会讨论同性伴侣的民事结合等涉及平等对待的法律问题，但是迄今为止，登记生活伴侣关系法以及同性婚姻法的立法，在意大利尚无任何进展。是否在意大利制定一部类似于法国的《紧密关系民事协议法》，目前仍停留在讨论阶段。[50]当然，在意大利法院的一些判例中，也对同性恋者共同生活关系进行一定的保护，如意大利Reggio Emilia法院在新近的一例意大利公民与乌拉圭的同性伴侣在西班牙缔结的同性婚姻是否应在意大利获得承认的判决中指出，依照意大利关于配偶的法律规定，应该承认依照外国法律缔结的婚姻。因此，当一个意大利人与外国人在西班牙缔结了同性婚姻，该意大利人的同性配偶即享有家庭团聚权，有权在意大利居留。[51]该判决被认为是同性恋在意大利获得法律上的平等待遇进程中具有重要意义的转折。但通过立法承认同性婚姻或者同性伴侣关系，尚待时日。

在北欧，在同性恋运动的推动下，丹麦在1989年正式颁布登记伴侣关系法之前，在1968年迫于同性恋运动的压力，社会人民党提出过立法案，建议允许同性恋结婚，后因社会各界强烈反对而流产。[52]在此后进行的关于同性恋合法化的讨论中，丹麦社会就同性恋者有权自由选择生活方式，同性之间的关系和异性之间的关系一样是建立在爱与互负责的基础上等观点达成了共识。丹麦议会于1984年成立了专门的委员会论证同性伴侣立法的必要性。1988年，该委员会在对丹麦的同性恋者的生活现状进行广泛考察后指出，应当消除法律对同性恋者的歧视并改

善他们的法律状况。为此，在该委员会的报告中还创造性地提出了登记伴侣关系法的立法方案，建议制定一个仅向同性开放的类似于婚姻但又不完全等同于婚姻的制度，在一定程度上回应同性恋者的平等诉求。[53]该委员会的建议得到了社会民主党、左翼党派以及社会自由党的全力支持，他们依据委员会的报告在1988年11月22日之前向议会提交了《登记伴侣关系法》议案，该议案在议会中引起了广泛热情的讨论，最后以71票赞成，47票反对和5票弃权在1989年6月7日获得通过，并于1989年10月1日生效。[54]

#### （四）登记伴侣关系法和同性婚姻法时期

1989年6月7日在丹麦通过的世界上第一部《登记伴侣关系法》，以一种类似于婚姻的制度，将同性恋者以婚姻的方式调整同性恋者共同生活关系的类似于戏剧式的幻想，在立法史上变成了现实，并在欧洲乃至整个世界范围内产生了巨大的示范效应。在丹麦《登记伴侣关系法》通过后不久，欧洲共计20个国家相继颁布了登记的伴侣关系法。它们是：挪威（1993）、[55]瑞典（1994）、[56]冰岛（1996）、[57]荷兰（1997）、[58]比利时（1998）、[59]法国（1999）、[60]芬兰（2001）、[61]葡萄牙（2001）[62]德国（2001）、[63]瑞士（2004）、[64]卢森堡（2004）、[65]英国（2004）、[66]西班牙（2004）、[67]安道尔（2005）、[68]斯洛文尼亚（2005）、[69]斯洛伐克、[70]捷克（2006）、[71]奥地利（2009）、[72]匈牙利（2009）、爱尔兰（2010）[73]。波兰[74]等欧洲国家现在也正在紧锣密鼓的准备制定登记伴侣关系法。

这些国家登记伴侣关系法的相继颁布并没有阻挡同性恋者和同性恋组织以及其他有关政治力量谋求建立同性婚姻制度的努力。登记伴侣关系法在各国司法实践中所暴露出来的同性伴侣与异性婚姻配偶法律待遇的不平等问题，则进一步加速了这一进程。因此，在欧洲各国的法律实践中，一方面，各国不断地通过修法来消除各种登记伴侣关系法所存在的同性伴侣与婚姻配偶的不平等状况，如丹麦1999年对《登记伴侣关系法》进行了修改。根据丹麦旧的《登记伴侣关系法》第4条第1款规定，同性伴侣不能共同收养，伴侣一方也不能收养对方的子女。修改后的第4条第1款第2句则允许伴侣一方收养对方的子女。[75]《挪威同性伴侣关系法》第4条最初是明确禁止同性伴侣收养子女的。2001年6月修改法律，修改后的第4条第2句允许登记伴侣收养继子女。[76]《瑞典伴侣关系法》的原始版本第3章第2条也明确禁止登记伴侣收养未成年子女。2002年6月5日第603号法案删除了这个规定，取而代之的是一个概括性的规定，依据该规定，登记伴侣享有与婚姻配偶一样的共同收养他人子女或伴侣另一方子女的权利。[77]在荷兰，依据原始的《荷兰登记伴侣关系法》同性伴侣不能收养继子女。2001年4月1日生效的《收养法》赋予同性伴侣与异性伴侣相同的收养权。[78]在德国，2001年通过的《德国登记伴侣关系法》也没有赋予同性伴侣以生活共同体名义收养未成年子女的权利。但是2005年修法后则允许一方伴侣收养对方伴侣的亲生的未成年子女（第9条第7项）。[79]另一方面，在同性恋组织和相关的政治力量推动下的一系列的国家径直开始了同性婚姻立法进程。荷兰政府在1997年前后推动通过《荷兰登记伴侣关系法》的同时，就设立了专门的委员会讨论是否在荷兰将婚姻向同性开放的问题。该委员会最后形成的报告中采多数成员的意见认为，婚姻范畴应随着时代的发展而发展，将婚姻向同性开放，并不会破坏传统的婚姻制度，而且只有将婚姻向同性开放，才能够表明同性与异性伴侣在法律上的地位的平等。但是基于对未成年人的保护等理由，异性婚姻中的法律上父亲的推定制度，不适用于同性婚姻。该委员会还认为，立法承认同性婚姻制度是时代发展的趋势，荷兰采同性婚姻制度，既可以满足同性伴侣平等对待的法律诉求，也可以激发国际社会其他国家给予同性伴侣以更公平法律待遇的实践热情。[80]以该委员会报告为基础，1999年荷兰政府向议会提交修改法律承认同性婚的议案，2000年9月12日该议案在下议院被以109票赞成33票反对的绝对多数通过，2000年12月21日，国王与司法部长签署通过议案，2001年4月1日正式生效。此后，先后有7个欧洲国家陆续通过立法明确承认同性婚姻制度。这些国家是：比利时（2003）、[81]西班牙（2005）、[82]挪威（2009）、[83]瑞典（2009）、[84]葡萄牙（2010）、[85]冰岛（2010）、[86]丹麦（2012），[87]法国、芬兰[88]等国同性婚姻立法也指日可待。

迄今为止，欧洲51个国家中，已有23个国家正式颁布法律调整同性恋者的共同生活关系。这其中既包括已经承认同性婚姻的8个国家，也包括现在还承认登记伴侣法的15个国家（其中荷兰和比利时既承认同性婚姻制度又承认登记伴侣关系制度），还包括克罗地亚非登记的同居以及圣马力诺的移民法中对同性伴侣关系的承认。除此之外，19个欧洲国家尚无相关立法，即既不赋予同性恋者的共同生活以民事效力，也不对同性性行为进行刑事制裁。这些国家是：阿尔巴尼亚、亚美尼亚、阿塞拜疆、波斯尼亚和黑塞哥维那、塞浦路斯、爱沙尼亚、格鲁吉亚、希腊、意大利、哈萨克斯坦、科索沃、马其顿、马耳他、摩纳哥、罗马尼亚、俄罗斯、斯洛伐克、土耳其、梵蒂冈。[89]另外，还有9个欧洲国家，尽管承认同性性行为合法，但对同性恋者的权利仍予以严格限制，主要包括匈牙利、[90]白俄罗斯、保加利亚、拉脱维亚、立陶宛、摩尔多瓦、黑山、波兰、塞尔维亚和乌克兰。[91]

### 三、欧洲同性婚立法和登记伴侣关系立法分析

分析欧洲各国同性伴侣关系和同性婚的立法，以法律是否承认同性婚为标准，可分为承认同性婚立法模式和不承认同性婚的立法模式两种类型：第一种承认同性婚立法模式又因是否同时承认登记的伴侣关系区分为两种：一种是同时承认同性婚姻和登记伴侣关系，同性伴侣有权在这两者间作出选择，并且登记伴侣关系可以转化为同性婚姻，如荷兰和比利时；一种是只承认同性婚姻，例如西班牙、挪威、瑞典、葡萄牙、冰岛和丹麦。第二种是不承认同性婚的立法模式，依据是否承认登记伴侣关系，又可以分为承认登记伴侣关系和不承认登记伴侣关系两种。承认同性伴侣关系的立法例，依据所确立的制度内部结构的设计以及同性伴侣权利义务的配置与婚姻制度存在的差异，可以

区分为极为类似婚姻的伴侣关系制度和与婚姻存在较大差异的伴侣关系制度，前者主要表现为德国、英国以及捷克等国的登记伴侣关系类型；后者主要是法国的紧密关系民事协议类型。不承认登记伴侣关系的立法例，有一部分国家承认同性伴侣在法律上享有一定的权利，例如克罗地亚存在的非登记的共同生活关系，圣马力诺在移民法中承认同性伴侣关系构成家庭关系；有一部分国家关于同性伴侣的立法则完全处于空白状态，它们既不禁止同性恋，也未在法律上给予这种关系以法律保护，如天主教色彩浓厚的梵蒂冈、意大利等国，和罗马尼亚、阿尔巴尼亚、阿塞拜疆、爱沙尼亚、俄罗斯等前东欧社会主义国家；[92]最后还有一种就是宪法层面禁止同性伴侣关系的国家，包括保加利亚、波兰、立陶宛等前东欧社会主义国家。[93]

下面主要以确立同性婚姻和同性伴侣关系制度的国家为观察点，分析同性婚姻制度和同性伴侣关系制度的主要内容。

### （一）同性婚姻制度与异性婚姻制度的区别

如前所述，迄今为止欧洲确立同性婚姻制度的国家有8个，依次为荷兰、比利时、西班牙、挪威、瑞典、葡萄牙、冰岛、丹麦。由于同性婚姻制度体现了法律对同性伴侣关系完全平等的立法态度，因此，同性配偶和异性配偶在结婚的实质要件和形式要件以及配偶之间的权利与义务等方面并不存在实质性的差异。但是婚姻不仅具有社会属性而且具有自然属性，因此，无论同性配偶与异性配偶如何平等，一些基于男女两性自然差异所设计的制度终不能无阻碍地适用于同性配偶。所以，在基于平等原则求同的同时，差异也在所难免。鉴于篇幅所限，本文在分析时将侧重于分析同性婚姻制度中针对同性配偶与异性配偶设计的不同的规定。

#### 1. 同性婚姻制度下的婚姻概念

对承认同性婚姻制度的各国立法进行分析，我们可以发现，承认同性婚姻制度的各个国家，在同性婚姻制度的确立上基本采取相同的立法技术，即对婚姻概念进行修改，使之涵盖同性和异性，从而使婚姻法的规定扩展适用于同性和异性配偶。如《荷兰同性婚姻法》的确立主要是通过修改《荷兰民法典》第1编第30条的婚姻概念来实现的。旧《荷兰民法典》第1编第30条并未规定缔结婚姻的双方必须为异性，因此，在实践中有同性恋者以此条为依据主张结婚权。2000年法律修改，明确在该条第1款中规定，婚姻可由两名异性或者两名同性缔结，从而确立了同性婚姻制度。比利时的同性婚姻制度也是通过修改《比利时民法典》的婚姻概念而确立起来的，修改后的《比利时民法典》第1编第143条规定，两个同性或者异性的自然人可以缔结婚姻。[94]瑞典2009年4月1日颁布，5月1日生效的《瑞典同性婚姻法》开宗明义，性别不再成为进入婚姻的障碍。同性和异性一样可以结婚成为配偶。[95]挪威的做法与瑞典相同，即通过将婚姻法中的婚姻概念修改为中性，从而涵摄欲登记为婚姻的各类性别的人。[96]丹麦2012年6月7日通过的《丹麦同性婚姻法案》的内容相对简单。该法案第1条规定，法案适用于不同性别或者相同性别的两个人。旧婚姻法没有提及性别问题（其预设仅为适用于不同性别的两个人，同性别的人进入登记伴侣关系）。[97]

#### 2. 同性婚姻法下的结婚实质要件

在关于同性婚姻的结婚要件方面，需要注意的是：第一，由于同性婚姻毕竟不是世界各国普遍承认的制度。因此，承认同性婚姻的立法，很多都考虑到法律的适用范围问题，对缔结同性婚姻双方的国籍或者居住地有所限制。依据荷兰法律规定，缔结婚姻的同性配偶或必须具有荷兰国籍，或必须在荷兰居住。并且荷兰同性婚姻的效力仅限于荷兰在欧洲的领土范围，在荷兰王国的其他地方则不适用。[98]在比利时，依据比利时原始的同性婚姻法，外国人只有在其本国法律也承认同性婚的情况下，才能在比利时缔结同性婚姻。2004年比利时修改了这一规定，依据新法的规定，只要伴侣一方在比利时生活至少满3个月，比利时法律即允许其在比利时登记为婚姻。[99]在西班牙，国籍非为西班牙的同性伴侣，如果其国籍国并不承认同性婚姻，则其在西班牙缔结婚姻，法律也予以限制。西班牙司法部颁布的法律文件指出，西班牙的同性婚姻法允许一个西班牙公民与另一个非西班牙公民结婚，而无需考虑非西班牙国籍的伴侣一方的国籍国是否承认同性婚姻。[100]这意味着，缔结同性婚姻，伴侣双方必须有一方具有西班牙国籍。在其他情形，如果伴侣双方没有西班牙国籍但至少其中一方在西班牙为合法居留，则他们也可以在西班牙的领土范围内缔结同性婚姻。[101]但是，也有国家在此问题上采非限制主义的立法例。葡萄牙法律规定，即使同性伴侣的国籍国不承认同性婚姻制度，他们也可以在葡萄牙缔结同性婚姻；并且在葡萄牙缔结同性婚姻的外国人，也不需要存在在葡萄牙居住的事实。[102]另外，需要注意的是，在国外登记的同性婚姻，必须在葡萄牙的民事登记机构记录在案，即使该婚姻是在葡萄牙同性婚姻制度生效之前缔结的；但是，如果婚姻是从其它替代性的法律关系如民事伴侣关系和民事结合转变而来，则不再需要记录在案。[103]第二，传统婚姻法关于结婚的实质要件的规定原则上全部适用于同性婚姻。但是需要注意的是，针对《登记伴侣关系法》和《同性婚姻法》存在的客观现实，各国的婚姻法中所规定的结婚的要件也发生了一些新的变化。如《荷兰民法典》第1编第42条规定，已婚者不能够缔结新的婚姻。已经缔结的生活伴侣关系也不能缔结新的婚姻。即婚姻关系和登记的伴侣关系都构成结婚的障碍。

#### 3. 同性婚姻法下的结婚形式要件

在欧洲，就结婚实行形式强制。为了避免秘密婚姻，从Trient宗教会议以来，结婚必须遵循特定的公开的仪式。法国大革命以来宗教婚仪式和国家婚仪式就相互竞争。今天在欧洲存在强制的民事婚和选择的民事婚两种相互对立的立法模式。一方面，在一系列的欧洲国家实行国家结婚垄断，民事婚是唯一的结婚仪式；另一方面，在北欧国家和普通法系国家，以及意大利、葡萄牙等国则赋予当事人选择结婚仪式的权利，即在民事婚和宗教婚之间进行选择。

[104] 由于同性婚姻违反了基督教婚姻是异性结合的传统观念, 因此, 对于同性婚的配偶是否可以通过宗教形式缔结婚姻, 各承认同性婚姻制度的国家存在同性婚与异性婚区别对待主义和与异性婚平等对待主义两种立法主张。

世界上第一个承认同性婚的国家在此问题上采同性婚与异性婚的结婚形式区别对待主义。在荷兰, 首先, 异性配偶和同性配偶选择结婚仪式的权限不同。对异性婚姻而言, 双方当事人自然有权选择举行民事婚姻仪式还是宗教婚姻仪式。但是对同性婚姻配偶则不然, 法律并未赋予其到教堂举行婚礼的权利。尽管实践中荷兰新教教会允许各教堂自己决定, 是否在上帝面前给予此类爱情与诚信的结合关系以祝福, 并且实践中确实也有很多教堂允许此类仪式在本教堂举行, [105]但这并不是同性配偶的法定的权利。其次, 在民事婚姻方面, 荷兰的法律实践也比较有特色。尽管法律规定各地政府有责任为同性结婚举行结婚仪式, 且当事人有权要求政府工作人员为其举行结婚仪式, 但如果政府及其工作人员的合同中并无履行此类行为的要求, 工作人员拒绝为同性婚举行婚礼, 不构成违约并因此被解雇。[106]

挪威等北欧国家在结婚形式上则采同性婚和异性婚平等对待主义。挪威 2009 年通过的《挪威同性婚姻法》, 废除了 1993 年颁布的《挪威登记伴侣关系法》中同性伴侣双方登记伴侣关系时禁止使用宗教仪式的规定, 承认同性婚姻的配偶双方有权使用宗教仪式, 这意味着在结婚形式上法律给予了同性婚姻的配偶与异性配偶平等的权利, 尽管法律并未强制任何宗教团体为同性配偶举行结婚仪式。[107]瑞典 2009 年 4 月 1 日通过 5 月 1 日生效的同性婚姻法通过中性的婚姻概念, 将同性婚和异性婚纳入同一法律规范调整范围内, 由此也赋予了结婚的同性配偶通过教会举行仪式完成婚礼的权利[108]。冰岛 2008 年 6 月 27 日《冰岛登记伴侣关系法》修改, 开始允许冰岛教会以及其他宗教团体对登记的同性伴侣关系进行祝福。[109]丹麦 2012 年 6 月 7 日新通过的《丹麦同性婚姻法案》规定, 在丹麦, 结婚可以使用宗教仪式, 也可以使用非宗教仪式, 同性婚与异性婚的结婚仪式完全相同。[110]可见, 采同性婚立法模式的国家更多趋向于在结婚形式上同性婚与异性婚完全平等。

#### 4. 同性婚姻配偶与异性婚姻配偶在亲子关系推定制度适用上的区别

承认同性婚姻制度的欧洲国家, 同性配偶与异性配偶在法律上所享有的权利存在的差异, 主要体现在亲子关系的确认规则和收养法上。关于亲子推定制度是否适用于同性婚的配偶, 现在也存在适用主义和不适用主义两种不同的立法例: 一般国家多规定适用于异性婚的父亲推定制度不适用同性婚婚姻。如在荷兰, 根据《荷兰民法典》[111]第 1 编第 198 条, 孩子的母亲是生育该子女或者收养该子女的女性。孩子的父亲是: a) 与该子女的母亲结婚的男性; b) 与该子女的母亲在婚生子女出生前 306 天由于该男子的死亡已经终止的男性; c) 已经认领了该子女的男性; d) 其父亲身份在法庭上已经被确认的男性; e) 收养该子女的男性(《荷兰民法典》第 1 编第 199 条)。因此, 在同性婚姻中, 孩子生物学意义上的母亲是其法律意义上的母亲, 在该生物学意义上的母亲生育该子女时与其有婚姻关系的男性, 是该子女法律意义上的父亲, 法律意义上的父亲必须是男性。而母亲的女同性配偶原则上只有通过收养才能成为法律意义上的母亲; 在子女的生物学意义上的父亲不能成为其法律意义上的父亲的情形下, 如在捐精的场合, 女同性配偶双方可以自动获得该子女的父母地位。[112]在比利时, 生父母的同性配偶也无法根据婚生推定成为该子女法律意义上的父母。《比利时民法典》第 315 条规定, “如果子女是在婚姻关系存续期间或婚姻解除或无效之日起 300 天内所生, 丈夫是孩子的父亲。”然而, 《比利时民法典》第 143 条第 2 款明确指出, “如果婚姻是在同性之间缔结的, 《比利时民法典》第 315 条不予适用”。2012 年 6 月 7 日通过的《丹麦同性婚姻法》在父母子女关系上对于同性婚和异性婚也进行区别对待。[113]

但是, 现在越来越多的国家倾向于采适用主义的立法例。如原始的《西班牙同性婚姻法》规定, 如果子女是在某一女同性婚姻关系存续期间出生, 则非该子女生物学意义上的母亲的女性配偶不被推定为该子女法律上的母亲, 她想要成为该子女法律意义上的母亲, 必须通过漫长而昂贵的收养程序。继父可以不经收养程序而直接宣布其妻子所生的子女是他的子女。[114]这对同性配偶来说是不公平的。2006 年西班牙修改法律, 根据新法规定, 同性婚姻中的非亲生母亲像亲生母亲一样, 是她们婚姻关系存续期间所生的子女的法律意义上的母亲。[115]《挪威同性婚姻法》赋予同性婚配偶和异性婚配偶完全平等的法律地位。如同性配偶的共同收养权。在辅助生育技术方面, 同性配偶也享有和异性配偶相同的权利。挪威法律规定, 如果与另一女性结婚的某女性通过人工受精而怀孕, 则她方配偶从受孕时起即获得亲子关系中的所有权利。[116]在瑞典, 在颁布同性婚姻法之前已经实施的《瑞典登记伴侣关系法》就全面赋予了同性伴侣与异性婚配偶完全平等的法律保护。登记伴侣关系当事人与婚姻当事人承担相同的义务并享有利益。即使在最有争议的同性伴侣共同收养问题上, 《瑞典登记伴侣关系法》也没有对其作出特别限制。女同性伴侣通过体外受精的人工辅助生殖, 也被该法承认。

#### 5. 同性婚与异性婚在收养制度上的区别

同性婚所面临的收养问题主要是两个方面的问题: 第一, 同性配偶是否能够共同收养子女。第二, 同性配偶是否能够收养对方配偶的子女。从已经承认同性婚的各国法律来看, 不同于登记伴侣关系在收养问题上的立法, 除了个别限制外, 同性婚配偶基本上已经享有与异性婚配偶相同的权利。在荷兰, 2001 年 4 月 1 日生效的《收养法》不考虑性别以及法律上的身份给予两个人共同的收养权以及他们中间的一方收养继子女的权利, 只要双方至少 3 年以来共同生活(荷兰民法典第 1 编第 227 条第 2 款)。通过这一针对持续稳定的同居的安排, 荷兰法第一次像消除了登记与已婚的和没有登记的与未婚者之间的差异一样, 也消除了同性和异性之间的任何差异。不过同性伴侣之间只能够共同收养一个在荷兰有长期居所的他人的子女。[117]从这一意义上讲, 同性配偶收养子女的权利受到一定

的限制。在比利时，最初通过的同性婚姻法并不承认同性伴侣共同收养子女的权利，在同性婚姻内出生的子女配偶他方无权收养（《比利时 2003 年法律》第 13 条），2006 年修法，取消了比利时法律对同性婚姻中配偶共同收养权的限制。因此，比利时现在允许同性婚姻配偶共同收养子女。[118]在西班牙，同性婚姻制度与异性婚姻制度在未成年子女收养的领域，基本上实现了完全的平等对待，同性婚姻中的配偶既可以收养继子女，也可以共同收养未成年子女。[119]在挪威、瑞典等国，前已述及，在包括共同收养权的婚姻家庭的全部领域，同性配偶与异性配偶享有完全平等的权利。在葡萄牙对同性婚姻共同收养的限制主要表现为，不承认同性配偶在葡萄牙境外所为的共同收养行为，除此之外，不存在其他限制。[120]冰岛同性婚姻法颁布前适用《冰岛登记伴侣关系法》。登记的同性伴侣与婚姻中的配偶享有相同的权利与义务。在未成年人收养问题上，该法明确承认登记的同性伴侣共同收养子女的权利。在国外收养未成年人时，冰岛曾在一段时间内对登记的同性伴侣共同收养进行过限制。但 2006 年法律修改，赋予了登记的同性伴侣在收养、亲权以及辅助的人工生育方面和婚姻配偶平等的权利。[121]因此，冰岛嗣后所确立的同性婚姻制度，只是在形式上将异性婚姻和登记的同性伴侣关系制度整合在一部统一的婚姻法中，赋予同性配偶和异性配偶完全平等的法律地位。

## 6. 婚姻与登记伴侣关系之间的关系

在承认同性婚姻制度的欧洲国家中，除了荷兰和比利时，其余 6 个国家在同性婚姻法颁布后相应地废止了登记伴侣关系法，而荷兰和比利时则采登记伴侣和同性婚姻双轨制。只承认同性婚姻的国家，在同性婚姻法生效之后，对于已经登记的伴侣关系，有的国家如丹麦规定直接转变为同性婚姻，适用已生效的婚姻法的规定，登记伴侣关系法被废除；[122]有的国家，如瑞典，法律规定已经登记的伴侣关系既可以继续存在，也可以根据配偶双方的意愿转变为同性婚姻，但是同性婚姻法生效之后，不再接受新的登记伴侣关系的申请。[123]在荷兰和比利时，由于婚姻法和登记伴侣关系法同时存在，因此同性伴侣既可以选择登记为伴侣关系，也可以选择登记为婚姻，对于登记为伴侣关系的，也可以转变为婚姻，登记伴侣关系同时消灭。[124]此外，《荷兰民法典》以前存在民事婚依申请能够被转化为生活伴侣关系（《荷兰民法典》旧第 1 编第 77a）的规定，但这个规定在实践中被企图闪电离婚的人所利用，即先把婚姻转化为伴侣关系然后再在登记官员面前解除伴侣关系。2009 年 3 月 1 日以来该规定被废除。[125]

### （二）欧洲各国登记伴侣关系法的分类内容和特点

#### 1. 欧洲各国登记伴侣关系立法的基本分类

对欧洲各国伴侣关系立法从各个角度进行分类，有助于我们全面认识欧洲各国伴侣关系立法的特点。

如前所述，欧洲共有 21 个国家已经正式颁布过伴侣关系法，其中，西班牙、挪威、瑞典、葡萄牙、冰岛、丹麦等国的登记伴侣关系法已经相继废止。目前还有 14 个国家适用各种形式的伴侣关系法对同性伴侣共同生活进行调整。这些国家是：荷兰、比利时、法国、芬兰、德国、瑞士、卢森堡、英国、安道尔、斯洛文尼亚、捷克、奥地利、匈牙利、爱尔兰。这些国家的同性伴侣立法虽然名称各异，但大多数国家内容大同小异。由于研究的需要那些已经废止的国家的立法也将被纳入研究的范畴。对于欧洲国家的伴侣关系立法，可以从不同的角度进行分类：

根据当事人权利义务产生的方式，可将欧洲各国伴侣关系法分为法定的同性伴侣关系制度与约定的同性伴侣关系制度，前者主要表现为英国、德国、荷兰、比利时等绝大多数国家确立的同性伴侣制度，根据这些国家的立法，一旦当事人按照法律规定的方式缔结了伴侣关系，即发生伴侣法所规定的权利与义务；后者则主要表现为法国的紧密关系民事协议类型。根据《法国民法典》第 515-1 条，所谓的“紧密关系民事协议”是指，两个异性，甚至两个同性的成年自然人之间为组织共同生活而订立的协议”。[126]该“紧密关系民事协议法”对当事人之间的权利义务采取了法定和约定相结合的方式。一方面，《法国民法典》第 515-4 条规定：“受紧密关系民事协议约束的两伙伴要相互给予实际的帮助。此种帮助的方式由紧密民事关系民事协议确定。”由此确定，当事人共同生活期间的民事权利义务的产生当事人可以约定；另一方面，《法国民法典》第 515-4 条第 2 款规定：“两伙伴对其中任何一人为他们的日常生活需要以及与他们共同住房有关的费用向第三人承担连带责任。”第 515-5 条规定：“紧密关系民事协议的伙伴双方应在第 515-3 条第 2 款所指的协议中指明他们将对在紧密关系民事协议订立之后有偿取得的共同家具实行共有财产制度，非如此，推定这些家具为两人对半共有；在取得这些家具的日期不能确定的情况下，亦同。”该条规定是国家法为保护当事人的共同生活规定的强制性合同条款，当事人不得排除适用，即使当事人没有在合同中写入该条款，法律亦推定产生。但是，强制性协议条款的存在不能否定整体上权利义务由约定产生的性质。

### 欧洲登记伴侣关系和同性婚姻立法报告（下）

2015 年 07 月 17 日 中德法教义学苑 樊丽君 朱晓峰

根据伴侣享有的权利义务范围的大小，可以将上述各国立法分为准婚姻的伴侣关系法和与婚姻有较大差异的伴侣关系法，前者如英国、德国等绝大多数国家的伴侣关系法；后者如法国。以德国为例，“虽然《登记伴侣关系法》某些方面的规定与《婚姻法》的规定截然不同，但事实上它的法律体系与《婚姻法》如出一辙”。[①]在《德国登记伴侣关系法》中，第一章伴侣关系的缔结，第二章伴侣关系的效力，第三章分居，第四章伴侣关系的解除，不仅在体系上与《法国民法典》第四编第一章婚姻的体系相近，而且就具体规定而言，通过准用技术直接指引适用婚姻法的条款。关于订婚、伴侣人身关系、伴侣财产制和分居离婚等规定基本与婚姻制度相似。以至于连德国的宪法法院也认为这是一部“与婚姻具有相同或相似效果的法律文件”。[②]而法国的《紧密关系民事协议法》除了关于登记条件和关于伴侣财产制和债务责任等重大问题由法律设置了与婚姻相似的制度外，基本上当事人间的权利义务皆

由当事人约定。

根据各国立法在承认伴侣关系的同时是否同时承认同性婚可将承认伴侣关系的国家分为只承认伴侣关系不承认同性婚，和同性婚与登记伴侣关系并存的。上述各国中除了荷兰和比利时两种制度都承认外，其他各国都只承认伴侣关系。

根据承认伴侣关系的国家所属的法系，可将上述各国归类到五个法系中。欧洲学者常用的标准是将世界各国分为如下几个法系：(1) 罗马法系（法国法系）；(2) 德意志法系；(3) 北欧法系；(4) 普通法系；(5) 社会主义法系（东欧法系）；(6) 其他法系（印度法系、远东法系和伊斯兰教法系）以及伊斯兰法系。〔3〕除了其他法系外，前五个法系在欧洲都有代表。上述国家中，英国、爱尔兰等属于普通法系；德国、奥地利属于德国法系；法国、卢森堡、荷兰、比利时属于法国法系。匈牙利、捷克属于东欧前社会主义国家法系；芬兰属于北欧法系。

根据各国伴侣关系法适用的对象，可将伴侣关系法分为仅适用于同性的伴侣关系法，和既适用于同性伴侣也适用于异性伴侣的伴侣关系法。前者包括德国、奥地利、匈牙利、列支敦士登、爱尔兰、英国、捷克、芬兰、斯洛文尼亚；后者包括荷兰、比利时、法国、瑞士、安道尔、卢森堡等国。

根据伴侣关系立法是以性别还是以性取向为标准，可以把伴侣关系法分为以性别为标准的伴侣关系法和以性取向为标准的伴侣关系法。前者如德国、英国等绝大多数伴侣关系法；后者如挪威的伴侣关系法。所谓的以性别为标准的伴侣关系法，即法律设计登记条件是以当事人的性别为标准。如《德国登记的伴侣关系法》第 1 条形式及前提要第 1 款规定，同性二人，亲自并同时向户籍管理处公务人员表达其欲建立终身伙伴关系意愿的（女性生活伴侣或男性生活伴侣），建立生活伴侣关系。《荷兰民法典》第 80a 条第 1 款规定，不同性别或者性别相同的两个人能够被登记为伴侣关系。《法国民法典》第 515-1 条 所谓“紧密关系民事协议”是指，两个异性，甚至两个同性的成年自然人之间为组织共同生活而订立的协议。《奥地利登记伴侣关系法》第 2 条规定，只有同性二人方可缔结登记伴侣关系。伴侣双方由此结合成互相承担权利义务的长期的生活共同体。《瑞士登记伴侣关系法》第 2 条基本原则第 1 款规定，同性二人可以登记为伴侣关系。因此，世界各国同性伴侣立法多采性别为标准界定登记主体。但《挪威登记伴侣关系法》第 1 条规定，两个同样性别的同性恋者能够登记成立登记伴侣关系。可见，《挪威登记伴侣关系法》以此强调了伴侣的性取向是缔结伴侣关系的前提条件。不过，随着《挪威同性婚姻法》的生效，《挪威的伴侣登记法》已经失效。

## 2. 欧洲各国登记伴侣关系法的基本内容

下文重点对一些典型立法例，如荷兰、英国、德国、匈牙利、法国、丹麦等立法进行分析。〔4〕

### (1) 登记伴侣关系成立的实质要件

几乎所有的欧洲国家关于结婚实质要件都要求当事人的合意，当事人具有结婚能力和当事人不存在婚姻障碍，登记伴侣关系法亦同。《丹麦登记伴侣关系法》〔5〕将登记要件规定在第 1 条和第 2 条第 1、2 款中。《丹麦登记伴侣关系法》第 1 条规定，“两个同性能够通过登记缔结伴侣关系。”表明了其以性别而不是以性取向作为登记条件的立法旨意。《丹麦登记伴侣关系法》第 2 条第 1 款规定：“婚姻法第 1 章（的规定）以及第 12 条和第 13 条第 1 款和第 2 款第 1 句准用于伴侣关系登记，在满足（下列）第 2 款的条件下。”《婚姻法》第 1 章（即丹麦 1969 年结婚和婚姻解除法即所谓的婚姻法 I）的相应的条款包括法定结婚年龄的规定（原则上 18 岁）和结婚禁止（尤其是血亲和存在收养关系，以及重婚）的规定。婚姻法 I 第 12 条和第 13 条关于结婚条件的诉讼证据（在这一点上与伴侣关系法第 2 条第 3 款相一致）和主管机关的职责管辖与地域管辖的规定也相应适用于伴侣关系。〔6〕《德国登记伴侣关系法》将这三个要件规定在第 1 条中。该法第 1 条第 1 款规定，同性二人，亲自并同时向户籍管理处登记官员表达其欲建立终身伙伴关系意愿的（女性生活伴侣或男性生活伴侣），建立生活伴侣关系。〔7〕第 3 款规定，在以下情况生活伴侣关系不能成立：①同性伴侣中一人为未成年人或已婚或已同另一人建立了生活伴侣关系；②为直系亲属的二人之间；③如果伴侣双方在建立生活伴侣关系时达成一致，不欲承担本法第 2 条所规定的义务。《英国民事伴侣法》规定，登记为伴侣关系的双方必须为同性，同时任何一方不得存在其他民事伴侣关系或合法的婚姻关系；登记双方年龄不得低于 16 周岁；双方不得受其他法律关系的限制。《荷兰登记伴侣关系法》规定，不限制申请登记为伴侣关系的当事人的性别，同性和异性都可申请登记为伴侣关系；〔8〕登记人的法定最低年龄须不低于 18 周岁，但是在存在特别重大的理由，例如怀孕的情形下，则未满 18 周岁的未成年人，经其父母同意后，可以登记为伴侣关系。〔9〕如果欲登记的双方当事人之间存在特定的血亲关系，〔10〕或者已经是另一个登记伴侣关系或婚姻当事人的，不予登记。〔11〕《匈牙利登记伴侣关系法》规定，登记伴侣关系只适用于同性。〔12〕该法规定登记为伴侣关系的双方当事人必须是成年人，未成年人不得因监护人的同意而建立登记伴侣关系。此外，构成婚姻障碍的事由，也适用于登记伴侣关系。主要包括两种情形：一种是已经缔结婚姻或者建立同性伴侣关系的，不得再登记为伴侣关系；一种是近亲结婚的禁止。〔13〕《法国民法典》第 515-1 和 515-2 条规定了紧密民事协议的主体应当具备的条件。第 515-1 条规定，所谓的“紧密关系民事协议”是指两个异性，甚至两个同性的成年自然人之间为组织共同生活而订立的协议。由此可见，紧密民事关系有以下特点：第一，其主体既可以是异性，也可以是同性；第二，紧密关系民事协议是本质上是合同，由于其本质是合同，自然需要当事人的合意以及行为人具有相应的行为能力。《法国民法典》第 515-2 条规定，下列情形，不得订立紧密关系民事协议，否则所定协议无效：①直系的尊血亲与卑血亲之间，直系的姻亲之间以及直至并包括第三亲等在内的旁系亲属之间；②两人之中至少有一人有婚姻关系时，此两人相互

之间不得订立紧密关系民事协议；③两人之中至少有一人已经与他人订立紧密关系民事协议时。

### (2) 登记伴侣关系法成立的程序要件

关于伴侣关系成立的程序，除了已废止的《葡萄牙事实生活伴侣关系保护法》以“事实生活伴侣关系共同生活两年以上”为法律规范的条件（第1条）外，各国伴侣关系立法都采登记制。涉及到登记需要注意以下问题：首先，考虑伴侣关系的他国承认问题，各国法一般都针对登记当事人的登记地和国籍设计了限制性的规定。《丹麦登记伴侣关系法》第2条第2款规定，只有在伴侣双方或者他们中的一方在本国有住所并且拥有丹麦国籍的条件下，才能进行伴侣登记。《英国民事伴侣法》规定，欲进行民事伴侣登记的双方，须在英格兰、威尔士、苏格兰、或北爱尔兰进行登记。根据该法第五部分第一章第210条，同性伴侣也可以在英国境外的地方登记为民事伴侣，比如在英国领事馆或军队人事部门，需满足的条件是：至少一方为英国国民；满足民事伴侣登记的一般条件；当地的权力机关不反对民事伴侣登记；根据所在国家或领土的法律待登记双方无法获得海外民事伴侣登记。[14]《荷兰登记伴侣关系法》规定，如果登记伴侣的居所在荷兰境内，则准备登记为伴侣关系的当事人，必须通知伴侣关系中一方居所的市政民事身份登记处，并提交有关民事身份的数据；如果其以前曾与他人注册过登记伴侣关系或者结婚，则须告知前任伴侣或者配偶的姓名。对于两个住所不在荷兰境内，但至少一方具有荷兰国籍的伴侣，如果他们计划在荷兰某市登记为伴侣关系，则前项通知须提交给海牙的市属民事身份登记处。[15]《匈牙利登记伴侣关系法》在涉及外国人登记伴侣关系时，限制条件较为严格。该法规定，在匈牙利登记为伴侣关系的双方当事人，其中一方不具有匈牙利国籍或者双方都不具有匈牙利国籍的，则不具有匈牙利国籍的当事人需要提供证据证明，登记伴侣关系在其国籍国不存在法律上的障碍。该规定与匈牙利的结婚条件相同。因此，匈牙利立法在限制规避国内法的“异国登记”方面，比英国和荷兰严格得多。[16]《法国紧密关系民事协议法》关于登记的要求，与荷兰法有相似之处。该法规定，如果伴侣双方住所地在法国，则他们应当到双方居住地的初级法院登记；不具有法国国籍而欲在法国登记者，则需要在巴黎大审法院履行登记手续。[17]其次，关于登记的具体程序，各国立法的规定大同小异。德国法规定了当事人亲自到场，在登记官员面前作出欲建立登记伴侣关系的意思表示，证人到场等条件（《德国登记伴侣关系法》第1条第1款和第2款）。英国登记伴侣关系的登记需根据登记官员的邀请，并在登记官员面前完成，双方均需到场，并有两名见证人。登记双方需签署民事伴侣注册文件，见证人和登记官员在登记文件上签名。荷兰法律关于登记伴侣关系登记时需要结婚预告、证人到场等，适用《荷兰民法典》关于结婚的规定。登记伴侣须在特定的民事身份登记处登记。[18]《匈牙利登记伴侣关系法》规定，登记是在主管户籍管理的官员面前完成。伴侣关系双方须在两名证人在场的前提条件下向登记官员表示缔结伴侣关系的意思。虽然登记伴侣关系与结婚的程序完全一样，但是结婚程序中的公开仪式和庆祝活动等，却不是必经程序，登记伴侣关系双方可以自由决定是否适用。另外匈牙利的法律还规定，户籍管理处婚姻登记簿之外设立专门的登记簿，用来记载登记伴侣关系。[19]《法国紧密关系民事协议》在协议缔结的程序要件上的限制，并不非常严格，这主要与该法所确立的紧密关系民事协议本身的合同性质有关。依据该法规定，伴侣缔结紧密关系民事协议，仅需到双方居住地的初审法院登记即可（《法国民法典》第515-3条第1款）。对于不具有法国国籍的伴侣的登记，则需要到巴黎大审法院办理登记（《法国民法典》第515-3条第8款）。紧密关系民事协议的生效始于法院将该协议登记于登记簿上，登记后的紧密关系民事协议即可取得对抗协议之外第三人的法律效力（《法国民法典》第515-3条第6款）。但是《丹麦登记伴侣关系法》的最初规定在登记的程序要件上却没有像在登记的实体要件上那样援引婚姻法I第14条以下关于教会或者户籍登记处的婚礼，在两个证人在场的婚礼誓词的规定等诸如此类的规定，却只是一般的规定，关于伴侣关系登记的程序性规定，尤其是满足登记的前提条件的证明，由司法部规定（《丹麦登记伴侣关系法》第2条第3款）[20]，这体现了立法当时丹麦社会对同性恋的态度。

### (3) 登记伴侣关系的财产效力

关于伴侣关系的财产效力，各国法的规定均类似于婚姻法。一般都包括法定财产制和约定财产制两种伴侣财产制。《丹麦登记伴侣关系法》对于登记的伴侣关系的效力只在第3条第1款概括规定，除了在第4条中被列举的例外外，登记伴侣关系与结婚具有相同的法律效力。在第3条第2款规定，丹麦的涉及婚姻和配偶的立法规定能够被相应地适用于登记的伴侣关系。因此，1925年婚姻法的1986年版本即婚姻法II规定的夫妻之间的权利与义务准用于登记伴侣关系，如婚姻法II第1条规定的夫妻之间相互支持的义务和共同协力照顾家庭的义务，夫妻相互之间的扶养义务（包括零用钱），以及财产告知义务（婚姻法II第10条）；夫妻之间的钥匙权（婚姻法II第11条），原则上的一般共同共有制（婚姻法II第15条），债务责任（第25f）以及婚姻契约（第28条以下）。[21]《荷兰登记伴侣关系法》并未对登记伴侣关系中的财产关系作出特别性的规定。该法规定，对登记伴侣关系共同体内的财产关系，适用法律关于婚姻财产权的规定。[22]此外，该法还规定，如果伴侣双方未采用伴侣关系协议选择约定财产制，则适用法定财产制；[23]在伴侣关系解除后，双方互负扶养义务；伴侣双方的继承权，比照婚姻配偶的继承关系处理。[24]《匈牙利登记伴侣关系法》的目标是原则上实现登记伴侣关系与婚姻平等的法律待遇。因此除在特别情形下涉及重大的伦理道德争议以及未成年子女保护的问题外，其余诸如财产关系等，基本上实现与婚姻的同等待待。[25]《法国紧密关系民事协议》规定的紧密关系民事协议在本质上属于合同，这意味着合同双方当事人可以就共同生活所可能发生的财产关系在符合法律规定的的前提下自由约定；在当事人没有就财产关系作出特别约定时，合同双方当事人的财产推定为共有（《法国民法典》第515-5条）。此外，根据《法国民法典》第515-4条第2款，

两伙伴对其中任何一人为他们的日常生活需要以及与他们共同住房有关的费用向第三人承担连带责任。《德国登记伴侣关系法》关于伴侣之间的财产关系规定包括以下几个方面：（1）伴侣双方对生活共同体的扶养义务。“伴侣双方有义务通过劳动及其财产适当地扶养伙伴关系生活共同体。准用《民法典》第 1360 条第 2 句、第 1360a 条、第 1360b 条及 1609 条”（《德国登记伴侣关系法》第 5 条）。（2）伴侣关系法定财产制。“伴侣双方如未通过生活伴侣合同作出其它约定，则适用净益共同财产制。对此准用《民法典》第 1363 条第 2 款及第 1364 条至 1390 条。”（《德国登记伴侣关系法》第 6 条）。（3）伴侣关系约定财产制。“伴侣双方可通过合同（“生活伴侣合同”）规定其财产关系。准用《民法典》第 1409 条至 1563 条”（《德国登记伴侣关系法》第 7 条）。在英国法上，登记伴侣之间的财产关系与婚姻关系中的财产关系并无实质性差别。例如，民事伴侣的一方当事人为改善不动产或个人财产所贡献的金钱或具有金钱价值的财产，另一方也具有收益权；[26]适用于因登记伴侣关系而生效的保险条款，与婚姻关系中的配偶、子女一样，登记伴侣关系中的伴侣双方及其子女也同样享有保险的收益权；[27]与婚姻关系一样，登记伴侣关系中的一方未留遗嘱死亡的，伴侣对方即为法定继承人、遗产管理人和家庭供养费的受益人；[28]另外对伴侣与子女经济补偿的规定，与法律规定的婚姻家庭中的经济补偿非常相似。[29]

#### （4）伴侣关系的人身效力

伴侣间的人身关系与婚姻关系中的人身关系内容并不存在太大的差异，在此不赘述。

#### （5）未成年子女收养

关于登记伴侣能否共同收养子女或者收养他方伴侣的子女，各国形成三种立法例。第一种立法例，允许伴侣一方收养他方伴侣的子女，但不允许伴侣双方共同收养伴侣以外他人的子女。如前所述，根据旧的《丹麦登记伴侣关系法》第 4 条第 1 款规定，同性伴侣不能共同收养，伴侣一方也不能收养对方的子女。修改后的第 4 条第 1 款第 2 句则允许伴侣一方收养对方的子女。[30]《挪威的同性伴侣关系法》第 4 条最初是明确禁止同性伴侣收养子女的。2001 年 6 月修改法律，修改后的第 4 条第 2 句允许登记伴侣收养继子女。[31]2001 年通过的《德国登记伴侣关系法》没有赋予同性伴侣以生活共同体名义收养未成年子女的权利。但是 2005 年修法后则允许一方伴侣收养对方伴侣的亲生的未成年子女（第 9 条第 7 项）。[32]第二种立法例是既允许伴侣收养继子女，也允许伴侣共同收养子女。

《瑞典伴侣关系法》的原始版本第 3 章第 2 条明确禁止登记伴侣收养未成年子女；2002 年 6 月 5 日第 603 号法案删除了这个规定，取而代之的是一个概括性的规定，依据该规定，登记伴侣享有与婚姻配偶一样的共同收养他人子女或伴侣另一方的子女的权利。[33]原始的《荷兰登记伴侣关系法》规定，登记伴侣关系中的伴侣一方，无权收养继子女，2001 年 4 月 1 日《收养法》修改。修改后的《收养法》的突出特征是该法不考虑性别以及法律上的身份，也就是说该法平等地适用于同性异性婚和同性异性伴侣关系。伴侣或者夫妻双方享有共同收养权以及收养他方配偶或伴侣继子女的权利，只要双方至少 3 年以来共同生活（《荷兰民法典》第 1 编第 227 条）。《英国民事伴侣法》对 1989 年《英国儿童法》进行了修改，扩大了子女的概念以及范围，将民事伴侣所生的子女纳入到子女的概念中。修改后登记伴侣关系共同体中的子女与婚姻共同体中的子女具有同样的法律地位，伴侣双方对该子女享有的权利和承担的义务与有婚姻关系的父母相同。[34]第三种立法例是既不允许伴侣共同收养子女，也不允许收养继子女。如 2007 年首次通过的《匈牙利登记伴侣关系法》，对法律意义上父亲身份的推定以及伴侣双方共同收养未成年人，进行了严格限制。登记伴侣关系中的伴侣不得共同收养未成年人，即使是对方伴侣的未成年子女，也不得收养。[35]2009 年匈牙利对 2007 年《登记伴侣关系法》进行了修改，该法于 2010 年生效。但对登记伴侣共同收养的限制没有作出修改。[36]

#### （6）其它权利

《丹麦登记伴侣关系法》第 3 条第 1 款概括规定，除了在第 4 条中被列举的例外外，登记伴侣关系与结婚具有相同的法律效力。第 3 条第 2 款规定，丹麦的婚姻和配偶的立法规定能够被相应地适用于登记伴侣关系。这一切首先可以在公法和社会法（养老金）意义上理解，也可以适用于诉讼法（如拒绝提供证据）和刑法（豁免权，以及重婚罪）。[37]英国登记的同性伴侣与婚姻配偶一样，享有诸多权利。登记伴侣一方有权成为另一方承租房屋的承租权主体；在另一方死亡的情形下享有继承承租权的权利。[38]伴侣一方因严重意外事故而死亡，伴侣他方享有与婚姻配偶同样的赔偿请求权。在荷兰法律中，登记伴侣与夫妻享有平等的法律地位，这也体现在公法上，生活伴侣与婚姻配偶一样，享有税法、租赁法、社会保险法和刑法上的权利并承担相应的义务。[39]《匈牙利登记伴侣关系法》运用“指示”条款，使登记伴侣也享受到婚姻法以及其他法律中配偶享有的权利。如《税法》、《社会法》及《劳工法》上的权利，在法庭程序中拒绝做反对配偶证词的权利，对配偶和登记伴侣的健康状况的知情权，以及代替生病的配偶和登记伴侣就其治疗措施作出决定的权利。[40]法国所确立的紧密关系民事协议当事人在纳税、住房、劳动、社保，以及移民政策上，都享有权利。例如，在税收方面，如果当事人共同生活 3 年，则在此之后当事人的年收入，即作为共同生活的收入来征所得税；在劳工政策方面，紧密关系民事协议的当事人一方可以和另一方一起休假，当一方发生重大事情的时候，另一方可以申请休假；在社会保险方面，紧密关系民事协议则和婚姻的差异不大，因为在一方当事人没有社会保险时，可以使用另一方当事人的社会保险。

#### 3. 登记伴侣关系消灭

各国登记伴侣关系消灭制度与婚姻的解除具有相似性，但又不尽相同。《丹麦登记伴侣关系法》第 5 条第 1 款规定，婚姻法第 3，4，5 章和司法法第 42 章准用于登记的伴侣关系的解除，在下列第 2 款和第 3 款的前提条件下。



第5条第2款规定，婚姻法第46条将不适用于一个已经登记的伴侣关系的解除。第3款规定，不同于司法法第448c条，一个已经登记的伴侣关系始终只能在本国解除。《丹麦婚姻法》第3章规制由于违反婚姻障碍的婚姻可撤销制度。第4章规制分居和离婚，第5章规制离婚后果（尤其是离婚后的扶养义务）。因此，伴侣关系的解除方式基本上分为伴侣关系的撤销和类似于离婚的解除。被宣告为不适用于登记伴侣关系的婚姻法第46条是离婚后子女照顾权的规定。[41]

荷兰法律规定的登记伴侣关系的消灭主要有以下几种情形：第一是登记伴侣关系中的一方或者双方死亡，其中包括推定死亡，若登记伴侣关系中的一方因失踪被宣告死亡实质并未死亡的，则登记伴侣关系在伴侣另一方登记另一新的登记伴侣关系或结婚的当天终止；[42]第二是法院判决解除；[43]第三是经双方当事人协商同意终止伴侣关系，并在民事身份登记处登记消灭伴侣关系。[44]此种消灭方式是登记伴侣关系所独有的，在荷兰法中婚姻只能通过法院的判决而消灭。第四是登记伴侣关系变更为婚姻，导致登记伴侣关系消灭。因为在荷兰登记伴侣关系与婚姻是平行的法律制度，依据《荷兰民法典》规定，当登记伴侣关系变更为婚姻时，登记伴侣关系自然消灭。[45]

《德国登记伴侣关系法》第15条至20条规定了伴侣关系的解除和伴侣关系解除的法律后果。第15条生活伴侣关系的终止第1款规定了伴侣关系解除的方式，与离婚一样（《德国民法典》第1564条），“生活伴侣关系只能根据伴侣一方或双方的申请通过法院的判决终止”。解除伴侣关系的法定理由规定在第15条第2款中。该款规定了伴侣关系解除的三种法定情形：（1）伴侣双方已分居一年，且 a）伴侣双方提出了终止关系的申请或被申请方同意终止关系或 b）不能期待伴侣关系重新建立；（2）伴侣一方提出终止关系的申请且伴侣双方已分居三年；（3）生活伴侣关系的继续存在因另一方个人的原因对申请人意味着过分的苛刻。对伴侣关系的解除这三种情形并没有原封不动地移植《德国民法典》离婚理由的规定。第一，《德国民法典》第1565条第1款第1句明确规定：“婚姻已经破裂的，可以离婚。”但是《德国登记伴侣关系法》没有明确规定伴侣关系破裂是伴侣关系解除的法定理由。第二，《德国民法典》第1565条第1款第2句规定：“配偶双方的共同生活已不复存在且不能预期双方恢复共同生活的，即为婚姻破裂。”该条规定是证明婚姻破裂的要件。而在《德国登记伴侣关系法》中，“不能期待伴侣关系重新建立”与“分居满1年”共同构成了一个离婚理由。第三，《德国民法典》第1566条规定了两个破裂推定条款。第1566条第1款规定，配偶双方1年以来分居且双方申请离婚或被申请的一方同意离婚的，不可辩驳地推定婚姻已破裂。《德国登记伴侣关系法》规定的“分居满一年”，“且伴侣双方提出了终止关系的申请或被申请方同意终止关系或”，从性质上讲不是破裂推定条款，而是构成了一个解除伴侣关系的理由。第1566条第2款规定：“配偶双方3年以来分居的，不可辩驳地推定婚姻已经破裂。”与《德国登记伴侣关系法》规定的“伴侣一方提出终止申请且伴侣双方已分居三年”相比，后者也是一个独立的离婚理由。第四，《德国民法典》第1565条第2款规定，“配偶双方分居未满1年的，仅在婚姻的延续由于另一方自身的原因而对于申请的一方意味着苦不堪言的苛刻时，才能离婚。”在《德国登记伴侣关系法》中，“生活伴侣关系的继续存在因另一方个人的原因对申请人意味着过分的苛刻”，是一个独立的离婚理由，而不是一个证明婚姻破裂的情形。综上，《德国民法典》的离婚理由与《登记伴侣关系法》的伴侣关系解除理由是存在区别的。此外，《德国登记伴侣关系法》第15条第3款规定了一个苛刻条款：“当且只有生活伴侣关系的终止对拒绝申请的被申请人基于异常状况将意味着严峻的苛刻，以致于即便考虑到申请人的利益也显得有必要例外地维持生活伴侣关系时，即使伴侣双方已分居超过3年，生活伴侣关系也不应根据第2款第1句而被终止。”在《德国民法典》中相应的苛刻条款（第1568条第2款）已经被废止。《德国登记伴侣关系法》第16条伴侣关系终止后的扶养，第17条关系终止时共同住所及日常生活用具的处理措施，第20条养老金均分，第6条财产制规定了伴侣关系的法定财产制和解除伴侣关系时的净益补偿。这些条款涵盖了《德国民法典》关于离婚后果的全部制度，并且这些条款都通过准用条款，指引适用民法典相应制度的规定。

匈牙利法律中规定的登记伴侣关系消灭方式与婚姻关系的消灭基本相同。第一登记伴侣关系的消灭因伴侣一方或双方当事人的死亡而消灭；第二因当事人的请求并经由法院的判决而消灭。存在较大差异的是，匈牙利登记伴侣关系还可以通过公证的程序而消灭。这种情形主要是指登记伴侣关系中的伴侣双方已经就终结伴侣关系所涉及的事宜，主要包括二人无未成年子女或其他有抚养权的子女且二人已就相关抚养、至今共同居住住宅的使用及除不动产外共同财产的分割等达成协议并且共同向公证人申请解除该伴侣关系。公证员的任务是批准伴侣双方解除伴侣关系后果所达成的协议。也就是说，在这种情况下登记的伙伴关系的终止可经公证员的批准而实现。[46]

法国的紧密关系民事协议从本质上来说就是一种民事合同。依据《法国民法典》第515-7条规定，紧密关系民事协议所形成的伴侣关系的解除，有三种方式：第一种方式是紧密关系民事协议的双方当事人协商一致解除他们之间订立的协议。按照这种方式解除协议，应向至少其中一人的居所所在辖区的初审法院书记室提交共同声明，法院书记员将此声明登记于登记簿并予以保管（《法国民法典》第515-7条第1款）。协议自共同声明于该协议原本上进行记载之时终止（《法国民法典》第515-7条第8款第1项）。第二种方式是只有一方伙伴决定终止紧密关系民事协议，应向另一方送达其决定，并将此送达的文书的副本寄送至接受协议原本的初审法院书记室（《法国民法典》第515-7条第2款）。协议自该文书的副本送达之后3个月终止（《法国民法典》第515-7条第8款第2项）。第三种方式是紧密关系民事协议的当事人之一决定重新结婚而终止所订协议，此时，应依送达途径通知对方伙伴，并将送达文书的副本以及出生证书的复印本寄送至接受协议的原本的法院书记室（《法国民法典》第515-7条第3款）。

英国法律规定登记伴侣关系的消灭，包括以下两种类型：一是登记伴侣关系自动消灭。如登记伴侣关系中一方

或者双方死亡，则自死亡之时起登记伴侣关系消灭。[47]二是登记伴侣关系通过法院的判决而消灭。伴侣一方或双方可以向法院提出解除民事伴侣关系的申请，提出申请的理由是民事伴侣关系已经破裂，且不可挽回，法院可以根据双方当事人关系的现状而决定是否予以解除。[48]

可见，在以上各国伴侣关系解除的方式中，法国紧密关系民事协议所形成的解除方式最为简便，如果当时人达不成解除协议，仅凭当事人一方的意思表示就能解除关系，在符合其他形式要件的情况下。其他各国伴侣关系的解除方式则类似于婚姻关系的解除。

### （三）欧洲各国登记伴侣关系法的基本特点

分析欧洲各国登记伴侣关系法可以发现以下几个特点：第一，立法内容与婚姻的相似性，各国登记伴侣关系法的内容与婚姻具有相似性。一方面，登记伴侣关系法的立法结构与婚姻法的相似性，即各国登记伴侣关系法的基本结构与婚姻法是相对应的；另一方面表现为伴侣关系法中大量“准用”婚姻制度条款，大量采用“准用”技术。即关于登记条件、登记效力和伴侣关系解除的条件和程序基本上都“准用”婚姻法的相应条款。但是，个别的婚姻效力，对同性伴侣关系排除适用。如世界上第一部登记伴侣关系法《丹麦登记伴侣关系法》一共寥寥7条却包含了与婚姻制度相对应的全部制度。（1）《丹麦登记伴侣关系法》第1条界定了该法的适用范围。这一条相当于传统婚姻法中的婚姻的定义性规定。（2）《丹麦登记伴侣关系法》第2条共3款，规定了结婚的实质要件和程序要件。当然这些规定是通过“准用”《丹麦婚姻法》实现的。依据《丹麦登记伴侣关系法》第2条《丹麦1969结婚和婚姻解消法》（即所谓的《婚姻法》1986年版）第1章关于婚姻前提条件的规定适用于伴侣关系登记。（3）伴侣关系的效力。《丹麦登记伴侣关系法》第3条和第4条规定了伴侣关系的效力。根据第3条的规定，除了在第4条中规定的例外以外，登记伴侣关系与结婚具有相同的法律效力。而在第4条中，则用4款列举了婚姻效力中不适用于登记伴侣关系的事项：适用于婚姻配偶的收养法的规定不适用于登记的伴侣关系（第4条第1款）、监护法第13条第3句和第15条第3款关于婚姻配偶的规定不适用于登记的伴侣关系（第4条第2款）、一些适用于夫妻的与性别联系在一起的特殊的规则（第4条第3款）和国际条约（第4条第4款）。（4）伴侣关系解除的条件和程序。《丹麦登记伴侣关系法》第5条规定了登记伴侣关系解除的条件和程序。这些规定也基本上准用《丹麦婚姻法》第3章、第4章和第5章的规定（第5条第1款），在符合该条第2款、第3款的前提下。《德国登记伴侣关系法》第1章规定伴侣关系的缔结，第2章规定伴侣关系的效力，第3章规定分居，第4章规定伴侣关系的解除，基本上在体系和内容上，与《德国民法典》第4编第1章婚姻的体系和内容相对应。[49]而且关于订婚、伴侣人身关系、伴侣财产制和分居离婚等规定基本与婚姻制度相似。笔者做了计算，《德国登记伴侣关系法》关于伴侣关系缔结条件、效力、分居和登记伴侣关系解除的规定共计20个条款，但区区20条规定准用民法典婚姻制度和继承制度的地方就有21处之多。可见该法在内容上与婚姻制度的高度相似性。第二，法律名称与婚姻的区别性。在立法技术上，欧洲很多国家的立法使用了登记伴侣的名称，通过登记伴侣关系为同性恋者创造了一种新的民事身份，将伴侣关系和异性婚姻区分开来，维护了传统的婚姻制度。正是基于以上两个特点，立法者创造了一个内容上类似于婚姻而形式上又不是婚姻的制度。这正如德国学者在评价丹麦的登记的伴侣关系法时所言：“丹麦的法律有意识地不提同性婚姻，根据这种情况，制定法创造了一个替代的制度，一个准婚姻”。[50]立法者这样做的原因在于，一方面，同性恋者所希冀的法律上的完全平等的权利，就是通过立法的形式确立同性婚姻制度；但是，传统的建立在基于基督教教义而产生的婚姻是异性结合的婚姻观念基础上的婚姻制度，与同性恋者的同性婚的诉求之间存在着在当时的历史条件下难以调和的冲突，如果法律不考虑社会接受和认可的程度而径行确立同性婚姻制度，在实践中将会遭遇巨大的阻力。因此，立法者以伴侣关系的方式绕开了与婚姻制度的正面冲突，避免了同性恋者这一少数群体的意识和社会多数群体的意识的冲突，在形式上维护了传统婚姻的神圣地位，同时在实质上承认了同性伴侣的结婚权利诉求，调和了二者之间的矛盾，体现了欧洲各国同性伴侣制度设计的初衷和最主要的立法目标。

## 四、欧洲各国登记伴侣关系和同性婚姻法立法目标实现状况以及未来展望

### （一）欧洲各国登记伴侣关系法和同性婚姻法立法目标实现状况分析

自1989年6月7日《丹麦登记伴侣关系法》颁布以来，迄今欧洲国家登记伴侣关系法和同性婚姻法的立法历程已经历了20多个寒暑。回顾欧洲诸国同性恋的立法和司法实践进程，我们可以看到，欧洲诸国关于同性恋的立法从“同性性行为”“去罪化”到“合法化”，再到登记伴侣关系法和同性婚姻制度的最终确立，一方面是同性恋群体“反对歧视”“争取平等权利”的运动和西方社会普遍的人道主义情怀和广义的平等民主权利范围扩展的结果；另一方面，从微观上看，欧洲诸国关于登记伴侣关系的立法和同性婚的立法也还承载着一系列其他的具体的立法目标。以世界上第一个承认登记伴侣关系制度的国家丹麦为例，根据文献记载，《丹麦登记伴侣关系法》的主要立法目标是，使同性伴侣关系获得像婚姻等其他共同生活形式一样的平等的法律地位。这包括：其一，使同性伴侣享有与婚姻配偶相同的权利与义务。如婚姻家庭法上及其他法律上的权利义务，如住房保障、社会救济、移民以及就业等权利；其二，为同性伴侣提供按照个人意志安排生活的机会；其三，通过同性伴侣关系法保障同性伴侣建立长期稳定的共同生活关系；其四，通过登记程序，为同性恋者提供在法律形式化和非法律形式化之间选择的权利；其五，通过法律支持同性之间长期稳定的同居关系，以期能减少暂时性的同性性行为并有效降低艾滋病的感染率。[51]在当时这是一个重要的立法目标。根据德国学者的论述，“公共安全的考虑对于断然放弃传统上被视为是理所当然的异性婚原则起着关键的作用：由经验可以确定的事实是，在同性恋中的免疫缺陷症艾滋病，在他们相互乱交的情况

下，就会导致艾滋病的传播。为阻止艾滋病的进一步传播，人们决定，通过登记赋予同性的二人关系以强大的法律约束力”。[52]上述目标其基本上是欧洲各国同性伴侣关系法和同性婚立法的共同的目标。关于这些立法目标能否实现，在《丹麦同性伴侣关系法》生效之时，德国的学者就隔岸观火并忧心忡忡地发问：“丹麦将成为女同性恋者和男同性恋者的乐园吗？许多人对该法作为解放运动的成果欢呼雀跃，但该法将有多少适用的可能性还将拭目以待”！[53]欧洲各国的实际情况表明，与轰轰烈烈的立法实践相比，同性伴侣法和同性婚姻法的实践过程却显得相对沉寂。根据现有数据，各国同性伴侣关系法和同性婚姻法适用的人数相当有限，绝大多数的同性伴侣并不选择以法律的形式将自己的同性同居生活公诸于众。

首先看丹麦，自1989年《丹麦登记伴侣法》实施后，虽然登记成立伴侣关系的伴侣数量逐渐增加，但真正以登记伴侣关系生活在一起的人只是非常少的一部分。截止到2008年1月1日，共有3761位男士、3596位女士分别以注册关系名义生活。这大致相当于总人口的0.13%[54]。

在英国，根据英国国家数据办公室（ONS）7月7日公布的数据显示，2004年11月18日通过的《英国民事伴侣法》自2005年12月生效以后，截止2010年底，在英国已有46,622对同性伴侣登记结婚。在2010年内，正式登记缔结民事伴侣关系的情侣共有6385对，比2009年的这一数据多出1.7%（100对）。在《英国民事伴侣法》生效的头一年，曾有大批同性伴侣踊跃登记，使得2006年内的登记人数达到高峰。此后，登记数量开始减少并趋于稳定。尽管如此，“数据显示，选择合法登记民事伴侣关系的同性恋情侣人数仅占全英国同性情侣总数的一小部分”。[55]

在荷兰，1998年1月1日《荷兰登记伴侣关系法》开始实施。2001年4月1日《荷兰同性婚姻法》开始实施，荷兰成为世界上第一个法律承认同性婚姻的国家。截至2011年1月止，荷兰有14,813对同性恋伴侣登记结婚。但是，统计数据表明，在过去10年中，选择登记结婚的荷兰同性伴侣仅占该国同性伴侣总数的20%。而在所有的异性恋伴侣中，10年来已登记结婚的配偶数占80%。同性伴侣结婚的比例远远低于异性伴侣的比例。[56]

在比利时，2003年6月到2004年4月，共有接近300对同性伴侣登记结婚，占同一时期比利时登记的结婚总数的1.2%。其中2/3是男性，1/3为女性。截止2005年7月22日，比利时政府宣布，自2003年承认同性婚姻制度以来，比利时共有2442对同性伴侣登记结婚。[57]

从上述数据看，实际上在上述各国。选择以登记结婚的方式作为同性同居生活表现形式的实际上只占同性恋情侣的一小部分，大部分人选择不公开自己的同性共同生活。这一状况至少说明这样几点：

第一，欧洲各国登记伴侣关系立法或者同性婚立法虽然从人权的角度基本实现了同性伴侣或者同性配偶的平等权利，但是这并不意味着其全部的立法目标的实现，因为客观意义上的同性伴侣和同性婚法律只有经由同性伴侣实施的缔结该种身份关系的法律行为，才能在当事人之间引起相应的法律关系的发生，从而实现法律调整的目标。从实践价值的角度看，登记伴侣关系法和同性婚姻法只是为同性伴侣建立一种受法律保护的共同生活关系提供了享受法律上平等权利的机会，其价值更多在于对同性恋这一少数群体的平等权利的承认和社会文明进步的体现。至于立法当时立法者对其抑制艾滋病传播等预期，一方面早已随着科学的进步、人们对艾滋病认识的发展被立法者摒弃；另一方面，如果大部分同性恋者不行使法律赋予的这一权利，仍愿意以非法律的形式共同生活，那么防止艾滋病的目标也无从谈起。至于立法者保障同性恋者长期稳定的生活的立法目标也被实践证明是不切实际的幻想，因为在很多国家，一般来讲，登记伴侣关系的解除和同性婚的离异数据一般都高于异性婚。比较典型的如丹麦[58]，还有瑞典，瑞典男性同性婚姻的离婚率高出异性婚姻的50%，女性同性婚姻的离婚率高出167%。荷兰已经结婚的5751对同性伴侣中有63%已经离婚。[59]

第二，不容否认，“从本质上来说，这种新型同性伴侣关系极大地减少了人们对同性伴侣结合的歧视。同性伴侣得以在法律的 protection 下紧密结合在一起”。[60]但是，同性伴侣关系法和同性婚立法的确立只是同性恋群体“反对歧视”、“争取平等权利”运动阶段性成果的里程碑，在欧洲乃至在世界消除对同性恋者歧视的目标的实现还任重道远。在《丹麦登记伴侣关系法》颁布之时德国学者就充满疑虑地指出，“那些想要避免自己的私生活被曝光的人士也许宁可作为传统的已婚人士以秘密的方式进行同性关系。对于打上同性恋标签的恐惧由于担心登记表格的数据的滥用而被强化”。[61]在2011年3月14日国际人权观察发布《全球同性恋婚姻合法化进程和歧视问题调查报告》显示，[62]“过去10年里，全球已有10个国家先后实现了同性婚姻合法化。这些国家的宪法允许同性伴侣登记结婚，并享有等同于异性婚姻的权利……；但对同性恋者的误解和歧视行为依然普遍存在。”荷兰警方在2008年进行的一次调查显示：仅在当年的上半年，警方就收到150多宗严重的针对同性恋者的侵犯行为，以及暴力攻击事件的举报。负责这项调查的荷兰警察学院的工作人员塔斯指出，同性恋人士面对的是不同形式和不同程度的虐待、身体攻击、恐吓、辱骂等[63]。目前我们掌握的资料还不全面，还不能贸然得出在欧洲所有的已经实施伴侣关系法和同性婚姻法的国家都存在类似于荷兰的情况。但上述资料至少能在一定的程度上说明问题。

## （二）欧洲各国登记伴侣关系法和同性婚姻法优缺点以及未来展望

一般认为，欧洲各国同性伴侣制度的优点在于通过立法技术创造出了一个类似于婚姻又不是婚姻的制度，并通过该制度创造了一个新的法律身份将同性伴侣与婚姻配偶区分开来，一方面在一定的程度上满足了同性恋者的婚姻诉求，另一方面又避免了同性伴侣这一少数群体与坚持异性婚姻的多数群体思想意识的冲突。[64]但是，创造出同性伴侣制度的立法技术是一把双刃剑，它在成就了同性伴侣制度的优点的同时，也导致了同性伴侣制度的缺陷。现

有的成果认为，同性伴侣制度至少有三大不足：[65]第一，授民事伴侣以口实，使之认为法律没有赋予民事伴侣结婚的权利，是对民事伴侣的歧视。第二，从立法技术上看，伴侣立法模式虽然有其优势，但也存在着不足。这种不足表现为：民事伴侣关系法对民事伴侣的权利与义务的规定与异性婚姻配偶的权利义务越接近，其中所存在的少许差异就越明显，与婚姻对照的可能性就越大，则其间所体现的不平等就更加突出。第三，伴侣式立法模式和立法旨意间存在着矛盾。因为从立法目的上看，伴侣式立法模式是要赋予同性伴侣与异性配偶相同的权利与义务，但在形式上又通过立法技术将二者区分。这是一个悖论。因此，有人认为，同性伴侣制度是一个过渡性的立法模式。[66]

对上述观点可以进行这样的分析：首先，同性伴侣和婚姻配偶的权利义务差异的形成的原因有三：第一，立法者由于对社会反对同性恋势力歧视同性恋者的努力的妥协，刻意在立法中体现对同性恋的歧视，如奥地利同性伴侣法制定时，就伴侣关系成立的登记地点社会各界存在激烈争议。以人民党为代表的保守力量拒绝给予同性伴侣在办理结婚登记的户籍登记处办理缔结同性伴侣关系的登记，以期避免社会公众产生同性伴侣关系是婚姻或婚姻的一种形式的印象，并最终迫使持相反意见的社会民主党做出让步。[67]第二，由于立法当时立法者认识的局限，如关于同性伴侣收养子女的问题，许多国家拒绝赋予同性伴侣共同收养子女的权利，是因为在立法当时对于如果孩子生活在同性家庭中，“将在多大的程度上对孩子的身体和心灵造成影响，还需要假以时日，才能有结论”。同时对“同性性倾向会不会影响孩子的心灵，同性性倾向是否部分归咎于教育的考虑，可能也是一个这类收养被拒绝的理由”。[68]第三，由于性别上的原因，一些婚姻的规则无法适用于同性伴侣，如婚姻法中关于子女出生时母亲的丈夫被推定为该子女法律上的父亲的规定无法适用于同性伴侣关系。[69]出于第一类和第二类的原因造成的差别通过修改法律是可以解决的。如前所述，关于同性伴侣收养子女的法律在各个实施同性伴侣法的国家都经历了修改，立法政策从严格禁止或限制转变为许可。[70]可见前两类差异的产生是出于人为的原因，这种差异的解决取决于社会文明的进步和科学研究的发展。当社会公众就完全平等地对待同性伴侣生活已经达成共识，当科学研究发展确定生活在同性伴侣家庭中不会成为儿童幸福成长的障碍，那么这些人为的差异就可以通过修法而消除。而后一类差异在同性婚姻法中也是存在的。因此，当前两类差异通过修法被消除之时，同性伴侣关系法与同性婚姻法的差异也就只剩下法律形式上即所谓上的差异。同性伴侣法也就将被更能够体现同性伴侣平等诉求的同性婚姻法所代替。因此，与其说是因为同性伴侣法的不足和缺陷导致了它是一种过渡性的立法模式，倒不如说，特定国家制定法律时的特定的伦理背景和认识水平是同性伴侣法产生的根源和土壤。因此，我们与其从纵向上关注某些国家登记的伴侣关系法被同性婚姻法取代的历史过程，还不如从横向上把登记伴侣关系法和同性婚姻法等立法例和司法实践中的具体做法作为可供立法选择的模式，根据立法当时的社会条件择一而行之。面对同性恋群体越来越强烈追求平等的运动，面对世界范围的同性婚姻立法的浪潮，可以预见在未来，在欧洲乃至全世界，同性伴侣共同生活的合法化将成为不可阻挡的趋势；但欧洲的经验也告诉我们，在越来越多的国家废止伴侣关系法改采同性婚姻法之时，未来世界范围内调整同性恋者共同生活的立法仍会呈现多样性。这种多样性表现为，有一部分国家仍会选择伴侣关系法作为同性伴侣共同生活合法化的法律形式或者采取其他更为灵活的方式来调整同性伴侣的生活。如向法国那样用合同调整同性伴侣生活；或者像意大利那样，在立法上不承认同性伴侣关系，但在实践中针对具体事项对同性伴侣生活的某些具体权利加以保护；或者像克罗地亚那样采非登记的共同生活关系等模式。

同性恋是古今中外普遍存在的现象，但是由于各国的国情不同，社会公众对同性恋的情感上的接受程度不同，决定了一个国家关于是否调整 and 如何调整同性共同生活的立法政策和立法模式不同。这可能才是欧洲登记伴侣关系法和同性婚姻的立法和司法实践给予我们的最主要的经验。（完）

### 吴泽勇：第三人撤销之诉的原告适格

2015年07月20日 民事程序法研究 吴泽勇

内容提要：考察我国案外人申请再审的实践可以发现，我国法院并不接受判决效力相对性原则，不能以此为据反对引入第三人撤销之诉，更不能以此作为分析第三人撤销之诉原告适格的出发点。尽管立法者希望通过第三人撤销之诉规制虚假诉讼、恶意诉讼，但从制度自身的机理出发，将该制度的目的界定为“为受生效裁判不利影响的第三人提供实体救济”更妥当。

以此为基点，在对待第三人撤销之诉的原告适格问题上，应以2012年民事诉讼法第56条第3款规定的必备要件为重点，对于第1、2款规定的前提性要件，则采相对宽松的审查标准。对于有独立请求权的第三人，可将原告适格的标准界定为“对当事人争议的诉讼标的主张实体权利的人”；对于无独立请求权的第三人，则采相对宽松的一般标准，不适用最高人民法院针对通知参加诉讼第三人的限制性规定。考虑到理论的周延性，必要共同诉讼人不宜作为第三人撤销之诉的适格原告。至于受生效裁判不利影响的一般债权人，较稳健的做法是诉诸实体法，通过援引民法通则第58条、合同法第52条或者合同法第74条，赋予相关债权人第三人撤销之诉的原告适格。

#### 引言

2012年民事诉讼法（以下称“新民诉法”）一经颁行，新增的第三人撤销之诉立刻成为民事诉讼法学界争议最多的问题之一。争议的焦点是：哪些人可以成为第三人撤销之诉的适格原告。立法者引入第三人撤销之诉，本意是为受虚假诉讼、恶意诉讼侵害的案外人提供救济。但在民事诉讼法第56条第3款规定这一制度，却有可能让其适用陷入困境。

众所周知，民事诉讼法第56条第1款、第2款分别规定了有独立请求权第三人和无独立请求权第三人。根

据新增的第 3 款,“前两款规定的第三人,因不能归责于本人的事由未参加诉讼,但有证据证明发生法律效力的判决、裁定、调解书的部分或者全部内容错误,损害其民事权益的,可以自知道或者应当知道其民事权益受到损害之日起六个月内,向作出该判决、裁定、调解书的人民法院提起诉讼。”这意味着,在确定起诉人是否具有第三人撤销之诉的原告资格时,除了依据第 3 款规定的起诉要件进行审查外,还要看其是否属于第 1、2 款规定的第三人。而按照不少学者的理解,在我国,有独立请求权第三人和无独立请求权第三人的范围都有限,不能圆满涵盖立法者期望通过第三人撤销之诉救济的虚假诉讼、恶意诉讼的受害人。这种情况下,如何在立法者意图与规范文本之间取舍、衡平,就成为难题。

这并非理论工作者自寻烦恼。新民诉法施行后,由于对上述问题模糊不清,法院对于第三人撤销之诉的适用高度谨慎。在为数不多的案例中,分歧已经出现。

案例一:A 公司提起第三人撤销之诉,理由是:原审法院在没有将其列为第三人参加诉讼的情况下,以判决的形式对 B 私自将 A 公司的资产 55000 元以私人名义还给 C 的行为予以确认,严重侵害了 A 公司的合法权益。A 因此请求法院判决撤销原审民事判决。法院裁定认为:原审诉讼标的为某《执行和解协议》的履行,起诉人作为案外人,与上述诉讼标的并无实质上的法律关系,争议的诉讼标的也不涉及起诉人的利益,因此,起诉人并非该案具有独立请求权的第三人。同时,判决结果仅确定 B 该如何履行涉案协议内容,与起诉人 A 也没有法律上的利害关系,因此,起诉人亦非该案无独立请求权的第三人。根据民事诉讼法第 56 条的规定,起诉人起诉请求撤销原审民事判决属于主体不适格,不符合第三人撤销之诉的起诉条件。因此,裁定不予受理。

案例二:A 和 B 提起第三人撤销之诉,一审被裁定驳回,二人不服上诉。理由是:C 与 D 公司在建设工程施工合同纠纷诉讼中达成和解并经法院制作调解书,侵害了作为 C 公司监事的 A 和作为 C 公司债权人的 B 的合法权益。A、B 认为,他们符合无独立请求权第三人的条件,而且有证据证明 C 与 D 恶意串通、放大债权、虚假诉讼,故本案符合民事诉讼法第 56 条第 3 款规定的第三人撤销之诉的受理条件。二审法院认为:《最高人民法院关于在经济审判工作中严格执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉的若干规定》(法发[1994]29 号)第 9 条规定,对与原被告双方争议的诉讼标的无直接牵连和不负有返还或者赔偿等义务的人,不得作为无独立请求权的第三人通知其参加诉讼。原审起诉人 A 作为 C 公司监事,无权以监事的名义要求撤销 C 公司对外签订的协议。B 是 C 的债权人,对 C 公司和 D 公司所争议的建设工程施工合同没有独立请求权,也无直接牵连。因此,A 和 B 均不具有对原民事调解书提起第三人撤销之诉的诉讼主体资格,原审裁定不予受理,并无不当。

案例三:A 提起第三人撤销之诉,理由是:A 与 B 共同创建 X 公司后,财务、人事、经营等均由 B 控制,B 还聘请其妻子 C 为公司董事长兼法定代表人。由于对上述状况不满,A 于 2008 年向上海市嘉定区法院提出公司解散诉讼,该院立案受理并于 2009 年 1 月 8 日发出开庭传票。在此阶段,B 与 C 为转移财产,联合 D 于 2009 年 9 月 28 日向上海市徐汇区法院起诉,要求 X 公司支付货款 1098864.50 元,并提供了《承包协议书》《声明书》《结算协议书》等证据。该案最终达成调解协议,X 公司向 D 支付 1098864.50 元,并由法院出具 XX 号民事调解书。后 D 向法院申请强制执行,已获取执行款项 50 余万元。A 认为,B、C 在他已向法院申请公司解散的情况下,未按公司章程将本案涉及的重大经济、诉讼状况告知他,且该诉讼系 B、C、D 三人虚构,所依据的事实并不存在,严重侵犯了 A 的合法权益。因此诉至上海市徐汇区法院,请求撤销该法院出具的 XX 号民事调解书。法院判决认为:XX 号民事调解书确认 D 与 X 公司之间债权债务关系的事实依据为《承包协议书》《声明书》《结算协议书》,而现有证据表明上述 3 份书面协议系 B、D 等人于 2009 年 4 月补签,D 与 X 公司之间实际不存在承包关系,即调解书所依据的承包事实系虚构。故涉案民事调解书确认的债权债务关系不成立,且事实上损害了作为 X 公司股东的申请人 A 的民事权益。因此,申请人 A 要求撤销 XX 号民事调解书的请求于法有据,予以支持。

忽略实体争议,上述裁判的分歧在于,受诉法院对第三人撤销之诉原告资格的审查标准明显不同。案例一中,法院严格审查原告是否属于民事诉讼法第 56 条规定的有独立请求权第三人或无独立请求权第三人,并据此作出了不予受理的裁定。案例二中,起诉人明确提出原审涉嫌虚假诉讼,但法院并未就此作出任何说明,仍以二原告不属于原审第三人为由驳回起诉。案例三中,法院跳过“起诉人是否属于原审第三人”这一问题,直接以原审构成虚假诉讼为由受理起诉并作出判决。

这表明,在涉及第三人撤销之诉的原告适格问题时,法院存在某种取舍回避。新民诉法颁行后,一些学者立足于法条文义和大陆法系经典理论,很快得出“第三人撤销之诉很难适用”,甚至“引入这一制度本来就是个错误”的悲观结论。这种观点被王亚新等学者称为“否定适用说”。另一些学者基于“让新法用起来”的立场,对传统理论采取“选择性援引”甚至干脆视而不见的态度。但在这一阵营,对于第三人撤销之诉的原告究竟包括哪些人,也远没有达成共识。

导致上述局面的原因很多,比如立法推进过于仓促、法条设计不够严谨等。立法短期内不可能修改,因而有建设意义的是整合现有资源,平衡各种立场,探索一种能为较多人接受的制度适用方案。基于这种思路,笔者认为,对既往司法实践缺乏关注,是现有第三人撤销之诉研究的共同缺陷。尽管第三人撤销之诉制度在我国是全新的,但将其看作 2008 年以后就已存在的案外人申请再审的替代和扩张,却也并非说不过去。通过关注案外人申请再审的制度实践,可以发现法院对一些重要问题的立场。比如,什么情况下可以另行起诉,什么情况下只能申请再审,什么情况下既不能申请再审,也不能另行起诉。这种立场不会随着立法更迭而改变,甚至其本身就是立法者选择第三

人撤销之诉的原因所在，因此理应成为我们解释、适用新民诉法的出发点。

鉴于以上认识，论文将首先对我国司法实践中的案外人申请再审进行考察。结合这种考察得到的经验结论，第二部分分析第三人撤销之诉的立法必要性、立法目的及其与相关制度的关系，第三部分对第三人撤销之诉的原告资格进行法解释学的探讨。因为需要处理的问题很多，不确定因素也很多，论文对其关注的问题只能暂时给出一个“框架性”的回答。笔者对此深感无奈，但仍然认为这种努力是有价值的。毕竟，这是为新法适用难题寻求解决之道的过程，更是为形成新的法解释学传统积跬步之功的过程。

### 一、案外人申请再审的司法实践

立法者规定第三人撤销之诉，是为了给未参加诉讼却受诉讼结果不利影响的案外人提供救济。现行法上，这类救济还有执行异议、执行异议之诉和案外人申请再审。考虑到执行异议、执行异议之诉发生在执行这一特定阶段，有关立法具体、明确，这里不再专门考察。最早确立我国案外人申请再审制度的规范渊源，是2008年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉审判监督程序若干问题的解释》（以下简称“审监解释”）。“审监解释”第5条规定：“案外人对原判决、裁定、调解书确定的执行标的物主张权利，且无法提起新的诉讼解决争议的，可以在判决、裁定、调解书发生法律效力后二年内，或者自知道或应当知道利益被损害之日起三个月内，向作出原判决、裁定、调解书的人民法院的上一级人民法院申请再审。”由该规定可知，案外人申请再审主要保护没有参加原审诉讼的案外人的实体权益，保护的方式则是推翻生效裁判的既判力，让相关实体权利义务关系恢复到裁判之前的状态。不难发现，这两方面都与第三人撤销之诉相当接近。正因为此，考察案外人申请再审的司法实践，对于理解第三人撤销之诉具有重要的启发意义。

#### （一）司法实践中的案外人申请再审

按照“审监解释”第5条，案外人申请再审的实质性要件是：对原判决、裁定、调解书确定的执行标的物主张权利，且无法提起新的诉讼解决争议。在司法实践中，这些要件并不像看上去那样清晰明了。

##### 1. 何为“执行标的物”

按照“审监解释”第5条的文义，案外人必须对生效裁判文书的“执行标的物”主张权利，才有申请再审的资格。这首先意味着，确认权利的判决是不能通过案外人申请再审质疑的。比如，一个以“原审判决某某建设公司对工程款有优先受偿权错误”为由提起的再审申请就被法院驳回，理由是，“案外人A对原生效判决提出再审申请，应对原判决确定的执行标的物主张权利”。优先受偿权不是任何意义上的“执行标的物”，关于优先受偿权的判决自然也就不能成为案外人申请再审的理由。其次，这通常还意味着，以金钱等不特定物为给付内容的判决，案外人也不能申请再审。比如，在一个驳回检察院抗诉的裁定中，法院认为：无论是案外人直接申请再审，还是执行程序中的案外人申请再审，均需具备相应的条件，即案外人必须是对执行标的物享有所有权或者其他足以阻止执行标的物转让、交付的实体权利的第三人。而该案中，“原审调解书确定的执行标的仅为金钱给付内容的债务，即确定A公司向B支付现金320万元及其利息以清偿其债务，没有将某地下车位确定为执行标的物”。

这种对“执行标的物”的严格限定是可以理解的。“审监解释”第5条是对民事诉讼法第227条（原第204条）的解释，而后的立法意图主要是避免因执行标的错误而侵害案外人的实体权利。最高人民法院通过司法解释将这种保护扩大到执行程序之外，其合法性本身值得商榷。这种背景下，严格划定适用范围，将（民事诉讼法第227条的）“执行标的”限缩为（“审监解释”第5条的）“执行标的物”，毋宁说是解释者的自我克制。不过，法院并非任何时候都遵循这个标准。比如：

案例四：2008年12月3日，A向法院提起与其妻B的离婚诉讼，要求解除婚姻关系、分割共同财产。在诉讼中，A提出存在一笔债权人为C的20万元债务，并出具生效调解书为据，要求用共同财产偿还此笔债务。B对此不予认可，认为此笔债务根本不存在，A与C是恶意串通，意图减少夫妻共同财产，要求法院对此调解书的内容不予采纳，并认定A与C之间的调解协议无效。最高人民法院民一庭的意见认为，人民法院不能就调解书的内容在本案中再行审查，而应告知提出异议的当事人根据“审监解释”第5条，另行就调解书申请再审。因为在该案中，“依据A与C调解协议的内容，A应支付给C20万元，即金额为20万元的货币是履行调解书时对应的标的物，而B作为王某的妻子，同时也是调解一案的案外人，主张阻止支付的权利，认为不应从夫妻共有财产中拿出20万元的货币对外支付，属于‘对执行标的物主张各种权利’的情形”。

案例五：A与B成立公司C。2006年12月6日，C公司与D、E夫妻签订1份《投资协议》，约定：C公司向D、E发放借款45万元，时间自2006年12月6日至2007年6月5日，D、E于每月5日支付利息31500元，并约定，D、E将其位于某开发区的住房抵押给C公司。2006年12月8日，E将其房产抵押给A，并办理了相关抵押手续。2008年4月9日，A持盖有C公司印章的授权委托书，以自己为原告、D、E为被告向法院起诉，请求D、E偿还借款本金70万元。法院判A胜诉后，E将抵押房产过户至A。C公司作为案外人提起再审，理由是A伪造授权委托书，以个人名义收取公司借款，侵害了C公司的利益。法院再审支持了C的再审请求，理由是“一审法院认定A为该45万元借款的债权人属认定事实错误，该院据此作出的判决内容侵害了案外人C公司的合法权益，明显不当，应予纠正”。

在案例四中，最高人民法院显然没有把“执行标的物”限定为特定物。而在案例五中，再审法院根本就没有审查案外人C是否“对原判决、裁定、调解书确定的执行标的物主张权利”。事实上，原生效判决只是确认了A对

D、E 享有到期债权，并没有指定执行标的物。而 E 设置抵押的房产，抵押权人恰恰是 A，不是 C。从这两个角度看，C 都不符合“对原判决、裁定、调解书确定的执行标的物主张权利”这一要件。可见，对于何为“对原判决、裁定、调解书确定的执行标的物主张权利”，法院的判断标准并不一致。实践中，最严格的标准是将“执行标的物”理解为特定物，稍宽的标准将金钱也包含在内，最宽的标准则忽略“标的物”概念，只要有证据证明原生效裁判有可能侵害案外人的合法利益，就受理甚至认可案外人的再审请求。

### 2. 对“执行标的物”主张何种权利

关于案外人可以对“执行标的物”主张的权利类型，实务上一般理解为仅限于物权。案外人因对生效法律文书涉及的标的物主张债权而申请再审的，一般不予受理。比如：

案例六：A 和 B 因离婚纠纷涉诉，后经法院制作调解书结案。调解书生效后，案外人 C 申请再审称：其与被申请人 A 系此前另一民事案件的原、被告，该案已判决 A 应支付再审申请人相应的工程材料款等。但现 A 以法院之后作出的生效调解书为依据，阻挠法院对 A 所有的某套已被 C 先行申请查封的房产的执行。C 认为，被申请人 A 在明知争议房产被查封的情况下，仍作出将该房产分配给被申请人 B 的离婚调解协议，显系通过假离婚转移财产、规避债务，损害了再审申请人的权益。法院裁定认为：C 在此前买卖合同纠纷一案中与 A 形成的是债权债务法律关系，现 C 申请再审亦非对争议房产本身主张物权，故 C 不是本案适格的案外人，不符合案外人申请再审的条件。

案例七：原告 A 与被告 B、C 因借贷纠纷涉诉，后在法院主持下达成调解协议，约定 B、C 将其所有的某套房屋作价 30 万元抵偿借原告款项。法院调解书生效后，案外人 D 申请再审。D 主张其与 B、C 之间已签订以房抵债协议，因此该房产为其所有。法院制作的民事调解书没有查清权属，把属于申请人的房产违法处理给被申请人 A，侵犯了申请人的合法权益。法院裁定认为：即使申请人 D 确实与被申请人 B、C 签有以房抵债协议，但因双方并未办理房屋过户登记手续，该房屋所有权并未发生转移。因此法院确认，A 与 B、C 之间关于房产处分的调解协议并未侵犯申请人 D 的权利。

以上两个裁定中，法院都严格区分了债权与物权，并且在此基础上驳回了案外人的再审申请。另一方面，除了物权，其他能够阻止标的物支付的权利似乎也属于案外人于此可以主张的权利。在实践中，对生效法律文书涉及的标的物主张夫妻共同财产权而申请再审的，受到了法院的广泛支持。对生效法律文书涉及的标的物主张优先受偿权的，也有判决确认案外人可以申请再审。应该说，这符合“审监解释”第 5 条的规范意图。这个条文本来就是为了解决执行措施侵害案外人利益的问题。按照这样的规范目的，只要是能够阻止标的物支付的权利，当然都在本条保护之列。

### 3. 何为“无法提起新的诉讼解决争议”

在理论上，如果案外人可以通过新的诉讼解决其争议，自然没有必要动用作为特殊救济手段的再审程序。但究竟何时可以提起新的诉讼，实践中并不清楚。尽管如此，还是能够从一些典型案例中窥见法院处理这类问题的一般逻辑。

案例八：A 与 B 因离婚纠纷涉诉，法院判定争议房屋归 B 所有，A 之前向其父亲借房款 3 万元为其个人债务。后 A 的母亲 C 诉至法院，请求法院判决确认其对争议房屋享有 30% 的份额。法院认为，C 是 A 与 B 离婚案件的案外人，其对 A 与 B 案件的执行标的提起共有权纠纷之诉，根据“审监解释”第 5 条应按审判监督程序处理。

案例九：A 与 B 因继承权纠纷涉诉，在法院主持下达成调解协议，确定系争房屋产权归 A 所有，A 支付 B 分割折价款 7 万元。C 认为其是系争房屋的所有权人之一，故以 A、B 为被告提起诉讼，要求法院确认其为系争房屋共有人，拥有房屋所有权三分之一的份额。法院认为，“被告 A 因继承纠纷，经过诉讼程序且由生效法律文书确认而取得系争房屋产权，在继承纠纷案件中已对系争房屋权属予以明确并析产分割完毕。继承纠纷案件中出具的法律文书在未经法定程序撤销之前，具有确定的、强制性的法律效力。原告如认为被告侵害了其合法权益，要求对系争房屋的权属重新予以确定并分割，应当通过其他法定途径予以主张。现原告直接要求对系争房屋重新确权并分割的主张，有悖于法律规定。”

案例十：A 公司为 B 公司承建某小区，后因工程款拖欠涉诉，法院终审判决 A 公司对其承建的小区工程享有建筑工程价款优先受偿权。小区建设过程中，B 公司曾向 C 银行借款 600 万元，并以其开发小区的若干别墅设置抵押担保。由于 B 公司未能按时归还借款，C 提起诉讼，法院经审理后判决“B 公司支付其本金 600 万元及利息，其对抵押物享有优先受偿权”。执行程序中，设置抵押的三栋别墅通过公开拍卖，共计拍得价款 574.56 万元。但因 A 也依据其与 B 之间的生效民事判决书，主张对该抵押物享有工程款优先权，C 实际仅分得执行款 351.853346 万元。C 为此提出执行异议，被法院驳回。C 进而提起诉讼，请求法院通过司法鉴定确定 A 公司对抵押房屋享有工程款优先权的范围和金额。法院裁定认为：C 在本案中提出的“通过司法鉴定确定 A 公司对某小区别墅工程享有工程款优先受偿权的金额问题”，与此前生效的民事判决有关，实际是对该生效判决所确定的 A 公司享有优先权的范围有异议。根据最高人民法院“审监解释”第 5 条的规定，应依照审判监督程序办理，故驳回 C 的起诉。

案例十一：A 与 B 因离婚纠纷涉诉，经法院判决，对房屋等财产进行了分配。判决生效后，男方 B 的父母 C、D 申请再审称，其向原审被告 B 赠与房屋时，明确约定房屋只赠与 B 且申请人对房屋保留居住权，原审判决未审

查所涉房屋的权利情况处分房屋，侵犯了申请人的居住权。法院裁定认为：“对于申请人所主张的居住权，依据最高人民法院“审监解释”第5条的规定，案外人对原判决确定的执行标的物主张权利，只有无法提起新的诉讼解决争议的，才能申请再审。本案对于夫妻共同财产的分割处理的是所有权，申请人对所涉房屋向两被申请人主张居住权，属另一法律关系，不符合该条规定的情形，申请人应当向被申请人A、B另行起诉。”

从以上裁判中可以看出，法院在处理“案外人应当申请再审还是另行起诉”的问题时，主要标准是看案外人主张的权利是否与原生效法律文书确定的权利义务发生冲突。如果案外人主张的权利以原生效法律文书的错误为基础（案例八、案例九、案例十），那么只能申请再审。反之，如果案外人主张的权利可以与原生效法律文书并存无碍（案例十一），则应当提起新诉。这也是最高人民法院的意见。在前述案例四中，最高人民法院民一庭认为，就离婚诉讼中男方A提出的可疑债务，女方B应当根据“审监解释”第5条向作出调解书的人民法院的上一级法院申请再审。

理论上，有独立请求权第三人作为案外人申请再审的情形，也可以按照上述逻辑处理。在一个标的物上存在两个以上的权利是完全可能的，所以，案外人对执行标的物主张“独立请求权”，并不一定意味着必须撤销原生效法律文书。反之，如果两个请求权重合或者冲突，就需要首先通过再审程序撤销原生效法律文书。

### （二）虚假诉讼与案外人申请再审

虚假诉讼本身不是案外人申请再审的法定事由。但是，主张原审当事人制造虚假诉讼侵害案外人合法权益，在案外人申请再审中可以说相当常见。考虑到立法者引入第三人撤销之诉主要就是为了规制虚假诉讼和恶意诉讼，对这类案件进行考察并非多余。粗略观察这类再审案件，可以得到以下三点印象：

首先，因虚假诉讼导致再审的，多数是由人民检察院抗诉提起再审（及提出再审检察建议），或者由人民法院依职权启动再审。案外人超越“审监解释”第5条，直接以虚假诉讼为由申请再审并被受理的虽然也有发生，但显然属于例外。

其次，成功确认虚假诉讼的案件多数有公安、检察机关的介入，甚至直接以确认罪行的刑事判决作为基础。而在不具备上述条件的案件中，申诉人的请求常常会因为虚假诉讼不能证明而落空。

最后，在人民检察院抗诉和人民法院依职权启动的再审中，大多数时候看不到案外人的身影。只是在个别案例中，案外人会被列为再审第三人或者作为“申诉人”参加再审。

### （三）可能的启示

条件所限，笔者能够找到的裁判文书只是我国案外人申请再审案件的一部分。即便如此，整体上仍然可以认为，这些案例反映了我国法院对于案外人救济的基本态度。考虑到第三人撤销之诉与案外人申请再审的高度相似性，这种态度很大程度构成了我们理解第三人撤销之诉的知识背景。

首先，我国法院对于判决效力问题的处理方式，无法用大陆法系的经典理论来解释。在关于第三人撤销之诉的讨论中，“否定适用说”的一个主要依据是判决效力相对性理论。所谓判决效力相对性，是指“他人之间的判决效力原则上只对该诉讼的当事人有效，不能约束当事人以外的第三人，仅在判决效力扩张的情形，才会发生对当事人之外第三人的约束力”。以上考察表明，我国司法实践对判决效力问题的处理并没有遵循这样的逻辑。案外人申请再审被司法解释认可并在司法实践中广泛适用，就是因为我国法院对矛盾判决的容忍度非常之低。“从长期的诉讼实践和理论来看，我国不承认裁判的相对性效力，生效裁判的效力可以及于当事人之外的第三人。而对于实践中出现先后两个冲突的生效裁判的现象是严格禁止的，并且一旦出现，也往往通过启动再审程序，将其中的一个判决撤销，或者对两案合并作出新的再审裁判。”另外，我们注意到，2012年民事诉讼法选择以第三人撤销之诉而非另行起诉的方式解决案外人救济问题，一个重要理由就是“另行起诉不能解决原生效裁判的效力问题”。也就是说，对于判决效力相对性原则的不接受，甚至构成了此次立法的理论依据。所有这些都提醒我们：至少在眼下，在法解释学层面，判决效力相对性原则不适合作为分析第三人撤销之诉的理论工具。

其次，案外人申请再审可以在一定范围内起到规制虚假诉讼的作用，但这一制度的功能预设不是规制虚假诉讼。以上考察表明，如果当事人制造虚假诉讼侵害了案外人的所有权、他物权、共有权，案外人当然可以援引“审监解释”第5条申请再审。但如果案外人直接以虚假诉讼为由申请再审，就可能遇到难题，而且胜诉的机率很小。一方面，涉嫌虚假诉讼本身并不是案外人申请再审的法定事由。另一方面，虚假诉讼作为一种否定性的法律评价，其证明相对困难。如果没有侦查机关的介入，案外人多数时候很难提供有效证据证明虚假诉讼确实存在。导致这种局面的根源在于：作为一种为案外人提供事后救济的程序，案外人申请再审制度的规制对象主要是不以“相对方恶意”为构成要件的单方侵害行为。而以双方当事人勾结、通谋为特点的虚假诉讼、恶意诉讼，很大程度上已经超出了该制度的功能限度。基于案外人申请再审与第三人撤销之诉的高度相似性，这一结论对于我们理解第三人撤销之诉同样具有启示意义。也就是说，尽管立法者表达了运用第三人撤销之诉规制虚假诉讼、恶意诉讼的意图，但从解释学操作的角度，这并非理解该制度的最佳出发点。

最后，对于生效法律文书侵害债权的情形，案外人申请再审不是恰当的救济渠道。一般来说，法院不会受理案外人对原审当事人一方主张债权的再审申请，因为债权不属于“可以对执行标的物主张的权利”。如果案外人另行起诉，很多时候又会遭遇生效法律文书的阻碍。案外人固然得以原审当事人“借虚假诉讼逃避债务”为由向法院或者检察院申诉，但这种申诉的成功率显然不会太高。即便申诉成功，检察院抗诉提起再审或者法院依职权启动再审，



债权人多数时候也不能作为当事人亲自参加诉讼。就诉讼的结构和动力机制而言,这无疑是一个缺憾。从这个角度,对这类案外人的救济可以说是之前法律体系中的一个漏洞。至于这一漏洞是否可以由第三人撤销之诉来填补,则是接下来研究中的一个核心问题。

## 二、第三人撤销之诉的制度定位

分析第三人撤销之诉的原告适格之前,需要首先明确第三人撤销之诉的制度定位。为此需要回答:引入第三人撤销之诉是否必要,第三人撤销之诉的立法目的是什么,如何处理第三人撤销之诉与相关制度的关系。正是因为对这些问题缺乏共识,让这一领域的研究乱象纷呈。

### (一) 制度存在的必要性

比较法上,受生效裁判影响的案外人的救济模式无外乎三种:判决效力相对性原则、案外人申请再审、第三人撤销之诉。有学者认为,“这三种程序机制中,判决效力相对性原则的保护力度最强,案外人申请再审的保护力度次之,第三人撤销之诉的保护力度最弱。”这种观点成立与否暂且不论,可以肯定的是,立法者的选择从来不是抽象的、理想主义的,而必定是具体的、从实际出发的。

经上文的考察可知,我国司法实务并不采纳判决效力相对性原则。承认这一点,大体就可以得出判决效力相对性原则的救济模式在我国当下并不现实的结论。甚至可以认为,在多数法官并没有真正理解并且接受判决效力相对性原则,相关配套制度也难言健全的背景下,强行采纳这种方案,只会带来更多的混乱。这样一来,在我国目前的法律环境中,立法者可以选择的案外人救济模式实际上只有案外人申请再审和第三人撤销之诉。

案外人申请再审的优势在于,再审制度在我国有长期实践,案外人申请再审也有一段时间、一定范围的试点。但立法机关之所以没有选择再审模式,一个重要的理由是,“再审的条件较为严格、门槛较高,且再审事由不以裁判侵害第三人权益为依据,因此第三人进入再审程序较为困难,即使法院收到再审申请,也可以裁定不再审”。笔者认为,这个理由是成立的。首先,在我国司法实践中,再审能否启动的确主要取决于法院和检察院,而不是申请人。这意味着,通过再审方式救济案外人,带有很大的偶然性和不确定性。其次,再审是一种全面否定生效裁判既判力的程序,出于维护法院裁判安定性的考虑,其启动理应慎之又慎。而第三人撤销之诉原则上只撤销前诉判决中对第三人不利的部分,对原判决在当事人之间的效力并无影响。两相比较,再审之诉的作用远较第三人撤销之诉强烈,对前诉判决确定、形成的法律关系也会产生更大的影响。考虑这两方面的因素,笔者认为,立法者选择第三人撤销之诉作为我国的案外人救济机制,是可以接受的。

在我国,第三人撤销之诉的反对者常常就是案外人申请再审的支持者。但这些论者似乎忽略了:同样作为突破生效裁判既判力的制度,第三人撤销之诉存在的问题,案外人申请再审大多也都存在。从这个角度看,一边用判决效力相对性原则批判第三人撤销之诉,一边却又支持同样与该原则冲突的案外人申请再审,其中的逻辑断裂相当明显。

### (二) 立法目的

提到第三人撤销之诉的立法目的,最容易想到的就是规制通过虚假诉讼、恶意诉讼侵害他人权益的行为。的确,立法者对此有明确的宣示,在该制度的适用中,当然不能忽略这种宣示。但民事诉讼法第56条第3款并没有出现“虚假诉讼”或者“恶意诉讼”之类的语词,对于符合该条规定的其他案件,法院没有理由拒之门外。更重要的是,上文的考察表明,通过案外人救济机制规制虚假诉讼,只在有限的范围内有效。这种情况下,对民事诉讼法第56条第3款立法目的的分析,不能局限于立法者公开表达的意图。更恰当的是采取一种“客观目的论”的分析方法,即从规范的文义和结构出发,同时结合我国的司法实践,看究竟哪种目的是我们应当而且能够期待这一制度实现的。

众所周知,我国的第三人撤销之诉主要借鉴了我国台湾法律。我国台湾民事诉讼法2003年引入第三人撤销之诉,学者对其立法目的的不无争论。虽然立法者一再强调引入该制度的目的在于为受判决不利影响的第三人提供事后程序保障,以便与诉讼告知制度提供的事前程序保障相呼应,但持异议的学者认为,这种定位并不恰当,该制度的真正目的应当是“为确保裁判的正确性以维持法律正义而保护受害第三人权利”。

我国民事诉讼法第56条第3款关于第三人撤销之诉适用对象的规定是:前两款规定的第三人,因不能归责于本人的事由未参加诉讼,但有证据证明发生法律效力的判决、裁定、调解书的部分或者全部内容错误,损害其民事权益。如果将重点放在前半句(“前两款规定的第三人,因不能归责于本人的事由未参加诉讼”),有可能得出该制度的立法目的与我国台湾法类似,在于为案外人提供事后程序保障的观点。如果将重点放在后半句(“有证据证明发生法律效力的判决、裁定、调解书的部分或者全部内容错误,损害其民事权益的”),则会得出该制度的目的为确保裁判正确,保护受害第三人实体权利的观点。从字面上,两种解读都可以成立。但一旦作出选择,学者对第56条第3款的解释就将走向完全不同的方向。

支持前一种解读方式的理由是,第三人撤销之诉本来就被规定在诉讼参加制度之后。“前两款规定的第三人,因不能归责于本人的事由未参加诉讼”的表述也暗示着,立法者设计这一制度就是为了给本该作为第三人参加诉讼却没有参加的人提供事后程序保障。但需要注意的是,诉讼参加与第三人撤销之诉的价值取向并不相同。诉讼参加除了让可能受裁判影响的人参加诉讼以保护其程序参加权外,更重要的价值在于一次性纠纷解决,避免多次争讼和矛盾判决;第三人撤销之诉的价值则在于为受生效裁判不利影响的人提供救济。由于这种区别,有可能作为第三人

参加诉讼的人与有可能受到生效裁判不利影响的人很大程度上并不重合。另外还要考虑到，我国司法实践中第三人（特别是无独立请求权第三人）的范围本身有很大不确定性。将第三人撤销之诉的原告范围与诉讼参加第三人的范围划等号，会把这种不确定性带到第三人撤销之诉中来。

鉴于以上理由，笔者建议将第三人撤销之诉的立法目的界定为：为受生效裁判不利影响的第三人提供实体救济。按照这种界定，在审查当事人是否具有第三人撤销之诉的原告资格时，主要审查该当事人是否“有证据证明发生法律效力判决、裁定、调解书的部分或者全部内容错误，损害其民事权益”。至于该当事人是否属于“前两款规定的第三人”，不妨采取相对宽容和有弹性的审查标准。

### （三）与再审及另行起诉的关系

接下来的问题是：在立法确立了第三人撤销之诉之后，应当如何对待案外人申请再审和当事人另行起诉。

笔者认为，在第三人撤销之诉确立后，不宜继续保留案外人申请再审。现行民事诉讼法本来就没有规定案外人申请再审，将再审主体限定在原当事人，可以说是现行法的应有之义。执行过程中的案外人异议之诉，属于对上述原则的例外规定，但立法者并没有将这种例外拓展到执行程序以外。如果说在新民诉法颁行之前，执行程序以外的案外人申请再审尚有存在的必要，那么在立法者选择第三人撤销之诉作为执行外的案外人救济机制后，这种必要性已经不复存在。在新民诉法中，第三人撤销之诉与再审在功能上是一种并列和互补的关系：二者都是为质疑甚至推翻生效裁判正确性而设立的程序，只是前者由案外人提起，后者则由本案当事人提起。

关于另行起诉，不妨认为：既然规定在了总则当中，第三人撤销之诉本来就是另行起诉的一种。在我国司法实践中，有独立请求权的第三人可以选择以第三人身份参加诉讼，或者向其他有管辖权的法院另行起诉。对于原审裁判生效后有独立请求权第三人就原审诉讼标的主张权利的，应当区分情形处理。如果第三人请求的判决内容不以撤销原生效裁判为前提，按普通起诉审查即可。如果请求以撤销原生效裁判为前提，则可告知该第三人提起第三人撤销之诉。相应地，法院根据第56条第3款对诉讼要件进行审查。同样的处理方式原则上也适用于无独立请求权第三人。按照这种思路，第三人撤销之诉与第三人提起的普通诉讼也是一种并列和互补的关系。

上述方案的优点在于避免了多种救济方式互相竞合的局面。表面上，允许第三人撤销之诉与申请再审竞合，或者一个案件既可以提起第三人撤销之诉又可以提起普通诉讼，给当事人提供了更多的程序选择。但事实并非如此。在过去的司法实践中，正因为另行起诉和申请再审的关系比较模糊，法院借此互相推诿的现象相当常见。从这个角度，严格划分三者的界限，让当事人明白自己究竟应该诉诸哪种程序，同时要求法院在起诉符合某种程序的起诉要件时必须受理，才是对当事人程序权利的更周延保护。

按照以上定位，第三人撤销之诉实际上等于一个新诉加上一个局部的再审。因为被规定在总则，第三人撤销之诉形式上就是一个新诉。但这种新诉的目的在于撤销他人之间生效裁判当中对自己不利的部分，所以除了满足一般的起诉条件，还要符合第三人撤销之诉的特殊要件。反过来，如果案外人的诉讼请求与原生效裁判并不矛盾，也就是说，该请求的认可不以原生效裁判的撤销为前提，那么即使原生效判决可能有错误，该案外人也不能提起第三人撤销之诉。第三人撤销之诉启动后，法院面对的问题与再审之诉相当类似，都是对生效裁判当中可能错误的地方进行审查，并在确认错误时予以撤销。但第三人撤销之诉的审查仅限于与案外人利益有关的部分，因此，它顶多是一个局部的再审。

第三人撤销之诉与普通起诉、当事人申请再审的关系，可以通过下面的图表展示（编者注：图略）。

毋庸讳言，上述图示只是在我国现行法背景中对普通新诉、第三人撤销之诉、再审之诉三者关系的一个简单梳理。这个梳理的前提是尊重我国司法实践处理矛盾判决的一般做法。考虑到这类做法实际构成了我国第三人撤销之诉的立法理由，也可以说它充分尊重了立法者的意图。但必须指出，我国法院对于矛盾判决的处理策略并不是清晰的、稳定的。换句话说，在一个法院看来必须撤销原生效裁判方能审理的案件，在另一个法院可能就作为普通新诉审理并且判决了。由于并不存在具体、明确的区分标准，将“请求是否以撤销原生效裁判为基础”作为法院区分第三人撤销之诉与普通新诉的一般要件，同样有可能出现“同案不同判”的局面。解决这一问题的终极方案是提出一个“何为矛盾判决”的精确界定。但遗憾的是，目前并不具备这么做的条件。这不仅需要学术界对既有的判决效力理论进行系统梳理，更重要的是，需要法院在区分各类“判决效力冲突”的基础上作出大量判决。在笔者看来，唯有通过关联判决的积累以及在此基础上的类型化整理，关于这一问题的研究才有可能具体化并进入规范层面。从这个意义上，把“请求是否以撤销原生效裁判为基础”提出来作为第三人撤销之诉的识别标准，尽管没有解决问题，却通过将问题明晰化并且摆在法律人面前的方式，为问题的长远解决提供了契机。

## 马忆南：参与三部法律起草，为女性权益发声

2015年7月21日 中国妇女报

口述人：北京大学法学院教授 马忆南

■ 访谈、整理人：本报记者 蔡双喜

关键记忆

95世妇会让我了解了妇女权利和法律的一些基本概念和理念。妇女与法律议题就像一个强大的磁场吸引了我，从此我与它结下不解之缘。后来我有机会担任妇女权益保障法、婚姻法、人口与计划生育法的起草组专家，开始尝试从女性主义角度观察法律。我深深体会到，妇女与法律研究为法学研究和实践开启了一扇窗户，也感受到理论研

究推动法律制度建设的作用。

1995年我参加了在北京召开的第四次世界妇女大会的非政府组织论坛，世妇会让我了解了妇女权利和法律的一些基本概念和理念，了解了什么叫性别平等，什么叫性别歧视，什么叫女性主义法律。妇女与法律议题就像一个强大的磁场吸引了我，从此，我与它结下不解之缘。

尝试从女性主义角度观察法律

20世纪90年代以后，我有机会担任了妇女权益保障法、婚姻法和人口与计划生育法的起草组专家，开始尝试从女性主义角度观察法律。当时我惊讶地觉察到，妇女进入立法机关的很少，妇女意志通过立法程序上升为国家法律的更少——很多女性人大代表的法律主张缺乏社会性别视角，并没有反映妇女的诉求和呼声。

在发现了这些问题之后，我内心不能平静，感觉到这项研究为法学研究和实践开启了一扇窗户，是一个重要的分析思路。后来，我致力于妇女与法律关系的研究，与同行们一起评估现行法律，探究法律是否存在明显的和隐性的性别歧视，性别因素如何影响立法和司法，着重考察保护妇女的立法在实践中效果如何，法律实施的效果是否达到了立法的预期。通过调查，我们发现在很多领域，表面上保护妇女的立法或对男女两性平等对待的立法并未达到预想的社会效果。法律实施对不同性别的人产生的效果可能是不同的。

感触最深的事情发生在2011年婚姻法司法解释（三）（以下简称解释（三））颁行前后，解释（三）本来是一部着眼于指导法官审判的司法解释，但由于触动了中国两性关系的秩序，引发了全社会的热议。那段时间我夜以继日地查资料搞研究，陆续发表了十几篇论文和访谈稿讨论这些问题，比如生育权冲突的解决、离婚房产的分割、离婚救济、忠诚协议纠纷的解决，等等。

我发现，解释（三）的一些条款没有考虑到妇女更为典型的经历和价值。由于男女两性掌握的社会资源不同，一个平等的、中立的政策推行起来却对男性更加有利。比如第十一条涉及的夫妻共同房产登记，夫妻之间习惯只写一个人的名字，很少有人再去做一个共有权的登记。这种状况导致离异夫妻出卖房屋会损害另一方的利益。房产可能是低价出手，受损害的一方即使能拿到交易金额的一半，也还是受了损失。而法院可能确认第三人是善意取得。在该解释征求意见阶段，我们一些妇女权益保护专家坚持在解释（三）第十一条加进一句话：“即使第三人是善意购买，如果该房屋属于家庭生活居住需要的，另一方也有权追回该房屋。”遗憾的是，解释（三）的制定者最终没有接受这个建议。解释（三）的第七条和第十条同样忽视中国国情之下女性的特殊经验。在当时召开的多个研讨会上，我都公开发表了对这些条文的反对意见，也与很多缺少女性主义视角的学者、法官和律师进行过辩论。

由解释（三）的出台，我还进一步察觉到，向市场经济过渡往往客观上会对妇女产生负面影响，因为公共服务的减少，照顾孩子或老人的任务很多都是妇女来完成的，如果不采取特殊措施，日益老龄化和流动的社会将给中国妇女带来更重的负担。为了推行男女共同承担家务劳动的立法政策，我首先提出“家庭责任”的概念，建议在婚姻法中明确增加“夫妻应共同承担家务劳动”的倡导性条款，希望逐渐地改变关于劳动分工的传统社会性别观念。

将法律研究和妇女工作结合起来

我觉得自己的法律专业背景在参与推动法律政策的制定和实施方面大有用武之地。2013年，我当选为全国妇联第十一届执行委员会委员，并兼任北京市妇联副主席，我的法律专业研究和妇联工作在很多方面开始结合起来。我还在北京市和江苏省政策法规性别平等评估委员会里担任专家。

目前，我们正在为北京市制定《政策法规性别影响评估指南》，这是一套进行性别影响评估的技术标准，能够对政策法规的制定、实施和效果做出判断，通过评估政策法规是否直接或间接对女性与男性产生不同的影响，可以调整这些政策法规，确保能够消除因性别所产生的差异性影响。我觉得性别影响评估是一项特别有意义的工作，为此我要带领我的团队反复修改、论证评估标准，大家都投入了极大的热情。

说到性别影响评估，我认为它最大的贡献是对某些已经被贴上性别中立标签的社会政策和法规进行评估。因为性别中立标签的刻板印象，可能会诱导我们将不同性别的人，视为同质性群体，忽略妇女的弱势地位和经验，而给妇女带来不利的后果。我们采用的评估方法有定量分析和定性分析的方法。主要是通过广泛收集政策法规相关资料，对其进行统计分析和比较，从而获得对政策法规的制定实施的定量分析结论。并通过深入解剖少数个案从而获得对整个政策法规的制定实施的深入了解。评估报告最后还要提交相关政策法规的制定部门或实施部门，以指导其进一步修改或完善。

用理论研究推动法律制度建设

妇女与法律研究使我深深感受到理论研究推动法律制度建设的作用。最近，我承担了国家社科基金课题，做妇女财产权益与婚姻家庭权益保障法制研究，探讨健全妇女财产权益与婚姻家庭权益的法律保障体系，试图为相关立法的完善提供参考和依据，为民法典制定奠定基础，为法律政策的性别影响评估提供参考，为政府和妇联组织完善保障妇女权利的机制提供对策和建议。

妇女与法律研究也使我深深体会到，理论离不开实践，法律的生命在于经验。所以，我也承担了一些实证研究的课题。目前，我还在做婚姻法实施状况评估和对策建议的课题，通过调查来发现婚姻法及其司法解释的实施状况，检验其是否达到了立法时预期的社会效果，是否较好地应对了高离婚率、“少子化”等现象，解决婚姻家庭法的法律适用问题，促进和谐家庭与和谐社会的构建。

基于对我从事的妇女与法律研究工作的热爱，我从央视《今日说法》栏目开播至今，为其担任了20年的嘉宾，

我解说的大量案件涉及妇女权益保护问题。我以为一个法律学者要对社会做出更大的贡献，还要做各种讲座。因为在大学做讲座，我有机会向学生讲述自己的研究成果和学术感悟，得到学生的各种反馈，从而无形之中印证自己较为成熟的思想，修正自己或有偏颇的观点，同时也向年轻人传播女性主义法律思想。在律师协会、法院做讲座，我可以结合案例提出一些问题，揭示问题产生的内在原因，提出一些改进司法的思路，听取法官、律师的意见，加强对“中国问题”的准确把握。为妇女界办讲座，更是一件值得期待的事情。通过学术演讲活动，我一方面向各类听众奉献了自己的学术思想、研究心得和观察问题的角度，另一方面也获得了更为宝贵的观点、批评、肯定、资料以及各种深刻的见解。

95 世妇会以来的这 20 年，我在妇女与法律这个工作领域确实付出了许多的心血，但细细回想起来，在很多情况下，我所得到的要远远超过我所付出的。

## 民事诉讼法二十年

2015 年 07 月 21 日 法学中国 王亚新

### 一、立法、实务与法学研究之间的互动

现行民事诉讼法制订以来的 20 年，大概就是我国民事诉讼立法与民事司法实务、以及与程序法学研究之间的互动最为频繁、相互影响也最为显著的时期了。且不说民事诉讼立法尚未存在的前三十余年，就是从 1982 年有了民事诉讼法（试行）后一直到 1991 年，立法、实务、法学研究三者间的互动仍显得低调微弱。在这样的背景下，即便以现在的眼光来看现行民事诉讼法的制订，也可以说立法者已经尽可能地或在相当程度上吸收反映了当时的实务动向和法学界介绍域外民事程序制度的某些研究成果。例如，面对不断增加的金钱债务案件，为了预防或更简易地处理此类纠纷而引进源自大陆法系国家的督促程序与公示催告程序、为应对开始频繁出现的群体争议而增设带有“Class Action”色彩的代表人诉讼制度、与八十年代末部分法院开始尝试的程序改革相呼应，修改第 64 条有关举证责任的规定，并把调解的原则从“着重”调整为“合法自愿”，等等。不过，实务与法学研究的发展相互促进，共同给立法带来更大影响乃至冲击的契机，却集中体现于九十年代中期在法院系统全面展开的审判方式改革。这项改革以强化当事人举证责任作为程序运作和逻辑上的起点，“举证责任”因而成为激活司法实务与法学研究之间互动的一个关键概念。

其实，诉讼法学界在八十年代就对举证责任的概念及相关制度作过介绍和初步研究，但因缺乏实务方面的回应和重视，其影响也显得非常微小。到了 90 年代中后期，与实务界为审判方式改革寻求正当化根据和理论支撑的努力相对应，“举证责任”成为诉讼法学反复涉及和司法实务中被频繁援引的热门语词之一。与此相关的研究持续增加，结果是不仅大陆法系民事诉讼法上所谓“主观的”与“客观的”、或“行为意义上”与“结果意义上”的举证责任等分类逐渐为法律人所了解熟知，就连英美法系民事诉讼中的“证据提出责任”（the burden of evidence production）或“说服责任”（the burden of persuasion）等概念也都介绍到了我国法学界。现行民事诉讼法第 64 条等就举证责任所规定的比较抽象的内容，通过一系列的相关司法解释已经被发展为一整套初具体系性的规则。这种发展伴随着诉讼理念等根本层次上的视角或观念更新，给我国民事诉讼的日常运作及程序结构也带来了重大改变。因为，通过使用“结果意义上的举证责任”来解决案件事实无法查清时所谓“真伪不明”问题，据此在原被告之间分配举证不能的败诉风险，实际上就承认了“有限的时间空间内能够最大限度地接近的”这种程序上或法律意义上的“真实”概念，并以此来替代“认识与过去实际发生的事实完全吻合”的所谓“绝对真实”。程序本身因而获得了明确的独立价值。在此基础上，当事人的“程序保障”权利和“程序正义”的实现对于社会具有重大意义等观念也逐渐得到了广泛的认知和接受。另一方面，旨在均衡证据收集的责任、权能和负担在法院和当事人之间的分配，强调证据主要由当事人收集、提交的改革，其作用不仅仅限于证据领域，而且带来了实务中民事诉讼程序日常运作的重心逐渐移到开庭审理上，并明确了以庭审作为诉讼的中心环节等程序结构上的重大变化。这意味着在大批的民事案件中，实质上处理解决纠纷的程序阶段已经从法庭外的调查、调解等场境转换到了法庭上的举证、质证和辩论。这些动向既反映在对“公开审判”原则的大力强调，也体现于各地法院投入大量资源建设审判庭等开庭场所及设施的技术层面。

当然，这些年来因实务与法学研究之间共鸣或“共振”般的互动而给我国民事诉讼制度带来的影响及改变远不止以上所述的内容。不过仅就实务界和法学界围绕“举证责任”而展开的相互作用过程就足以看到，虽然现行民事诉讼法体例不变，大体上也还是那些条文（2007 年的立法修订只限于局部），但到了今天，无论是我们关于诉讼理念及基础性原理原则的认知、还是司法实践中大多数法院处理民事案件日常的程序运作，与二十年前相比其实都已经有了很大的改变。对于民事司法实务来说，包含着诉讼法条文及数量庞大的相关司法解释在内的程序规范已不单纯是纠纷解决的“工具”或“手段”，而包含了可能作为正当性根据的独立价值；而诉讼法学界则在推动有关程序的概念、规范、原则和理念发展丰富的过程中，获致了 90 年代以前无法想象的学术繁荣和自律的研究空间。在这些改变的背后，则存在着我国近二十年来经历的市场经济浪潮以及加速参与全球一体化进程等宏观的社会变迁。仍以举证责任的概念及相关的规则制度为例，不难看出其在民事诉讼中逐渐被广泛接受的过程，与市场经济条件下当事人必须成为“自我决定、自我负责”的意思自治主体这一本质性的要求内在地紧密相关。

### 二、社会条件的制约及近年来的动向

不过在另一方面，现行民事诉讼法立法以来的二十年，又决不简单地只是司法实务与法学研究相互促进，朝着

建构或形成自律性程序规范的方向“高歌猛进”的历程。经常被名之为“国情”或“社会转型期特点”等等的许多复杂因素，对于民事诉讼立法、司法实务和法学研究在上文所述方向上的发展构成了明显的制约。在现象上，这种制约首先表现为现行立法规定的一些程序制度实际上很难得到充分的利用。例如，督促程序或支付令制度在德国、法国、日本等大陆法系国家的民事诉讼中都有极高的利用率，但我国现行民事诉讼立法引进此项程序之后到目前为止，每年据此处理的案件数量却始终十分有限。再如代表人诉讼制度、尤其是现行民事诉讼法第55条规定的当事人不确定的代表人诉讼，虽然立法当初在有效地救济多数当事人并保障其权利等方面被寄予了很大期望，由于种种复杂的原因却很少在司法实务中得到运用。与此相类似，通过司法实务中种种的改革尝试和诉讼法学界的热烈讨论而形成、并体现在最高法院发布的司法解释之中的一些程序规范，同样遇到了“水土不服”的问题。仍以和“举证责任”概念紧密相关的程序规范为例，有关“举证时限”的规则及作为其基础的“失权”效果等学理上的概念，因为与社会上很多人目前所秉持的“实体真实”等正义感觉相冲突，在司法实践中的运用就呈现出一波三折跌宕起伏的态势。其作为程序规范将来是被取消、还是在修改调整的前提下被逐渐接受，前景极不明朗。即便就“举证责任”本身而言，虽然这个概念已经在实务界和法学界获得了广泛的认知和接受，对其在司法实务中得到实际运用的程度却不能过高估计。由于我国民法典尚未立法、民事实体法的体系还不完备、诉讼法学界对举证责任分配的规则内容研究得不够深入充分、尚有其他多方面的复杂因素影响，具体到处理一个个案件时在当事人之间分配负担、风险和责任的实际操作层面，还很难说举证责任实际上已经发挥着极大的作用，与此相关的规则体系仍有待于继续形成发展。

上述及类似的种种现象显示了我国现阶段各方面现实条件的制约之下民事诉讼制度及程序规范发展的复杂态势。民事司法实务和诉讼法学研究对这些现实的制约也都有相当程度的敏感并做出了应对的努力。总的来看，在立法二十年来的大部分时间内，实务和法学研究的互动仍保持了方向上的大体一致。不过到了最近一两年，实务界和法学界之间关于民事司法的发展取向看来已开始出现“各说各话”的分离趋势。近年来由最高法院所引领，整个法院系统的司法政策有了若干重大的调整或变化。在意识形态层面，司法的政治性和人民性、“群众路线”、“马锡五审判方式”、乃至在不那么正式的表述中如司法的“大众化”、“民主化”等概念频繁出现。调解在司法中的重要性得到了反复强调，2009年“调解优先”被正式确定为民事司法的工作原则。法院积极倡导“能动司法”，从主导整合诉讼外的人民调解等各种资源，推进多元化的纠纷解决并实施“诉调对接”，到为了应对国际上“金融海啸”带来的冲击，主动服务于称为“大局”的各种中心工作，相应的各种改革尝试又在民事司法实务中层出不穷地纷纷展开。对于这新一轮司法政策推动的各种改革，法学界的一般态度显得颇为矛盾。一方面，对于法院大力提倡“便民”、“亲民”以及在更基本层次上提出的“司法为民”口号，在对待当事人的态度等方面致力于提高、改善司法服务的质量，方便弱势群体更易于接近并获得司法服务，重视多元化的或替代诉讼的纠纷解决方式，以及处理案件时尽量吸纳当时当地的民情习俗或常识情理等等，学者多采取支持或理解的立场。但另一方面，对“调解优先”、“能动司法”、“马锡五审判方式”等提法，对“主动服务”等口号中所体现出的极端的“法律工具主义”倾向和法律职业化实质上被消解的可能，多数学者无论其是否曾有过公开表达，则可以说都持有不以为然或保留的态度。至此，在民事诉讼法现行立法经过了二十年之际，且这项法律的全面修订提上立法日程的今天，我们却面临着司法实务和法学研究在民事诉讼制度发展的若干基本方面出现意见明显不一的局面。

这样的局面可以理解为民事司法在向着自律自为的制度建构发展过程中遇到政治、经济、社会和文化等深层次的各方面条件制约时如何调适这个重大问题的反映，同时也意味着民事诉讼制度通过今后立法修改而可能展现出的走向目前还很不明朗亦极难预测。诉讼法学界怎样才能做到在下一轮与司法实务的互动中既不致完全地被边缘化，又能够在保持自身相对独立和自律的品格这个前提下真正地、实质性地参与到制度建设中去——这或许会构成一种严峻的挑战或考验。

### 三、民事诉讼法学研究与日常的程序运作

需要进一步指出的是，有关民事诉讼的程序法学研究长足发展、尤其在近若干年来达到可称为“繁荣”的程度，一方面固然是因为在与实务的互动中发挥了相应影响，但另一方面且或许在更大程度上，却可以归因于法学教育“井喷”或“暴发”式的增长扩张。与高等教育普及和“大众化”趋势同步或以比其更快的速度，法学院今天已经发展到六百三十多所，在校的法学专业各类学生达十多万人。根据各种资料提供的这些数据不难推测估计，专业从事民事诉讼法学教育和研究的人员在数量上有大幅度的增加，有关民事诉讼程序的教科书、论文等获得更多需求，相应地此类“产品”的供给亦在快速增长。总之，围绕法学的教育与研究已经形成一种发达兴旺的“市场”，有关程序法学的研究亦在其中谋取到了足可赖以自立的基础和资源。与二十年前相比，这样迅速的发展既是得来不易、可喜可贺的成果，又包含着某些深刻的隐忧。就成果或积极方面而言，有了这样的“市场”基础和资源支撑，程序法学的研究就可以摆脱不得不借助于立法事业的启动才得以展开的依附状态，从而在研究方向上获得一定的自主性，甚至有可能反过来引领立法；同时在与司法实务的互动中，尤其在司法政策有较大波动时，学术研究也能够保持自身的相对独立和自律性，而不必“跟风”迎合。但是在另一个方面，与超常规发展的法学教育本身带有浮躁、虚夸等“根基不稳”的弊病相对应，民事程序法学在一片繁荣的景象后面也存在着研究内容重复、难以深入、后继乏力等等明显的问题。如果这些负面因素继续泛滥，法学界目前所获得的相对独立和自律的发展，就不难变成某种“自说自话”或“自娱自乐”的局面而终将不可持续。出现种种消极因素的根本原因之一，恐怕则在于民事诉讼法学作为一种具有高度技术性、实用性的专业，相关的学术研究却一直存在与司法实务的日常程序运作严重脱节的现象。

对于我国的民事诉讼实务，可以将其分为三个层次去加以观察。这三个层次分别为司法政策、程序改革动向和诉讼的日常运作。司法政策是最高法院决定的理念原则、方针路线和提出的落实措施及相应方案等。主要由各地各级法院分别展开推动的种种程序改革，既可能是对司法政策的响应，也可能是由各地法院（尤其是基层法院）自主进行的尝试，其中的一些会带来自下而上推动普及的示范效应，亦可能汇集成某种潮流并反映到司法政策中去。民事诉讼程序的日常运作则不仅意味着一个个法院每日处理民事案件采取的种种具体做法的总和，在这里主要是指法院在长期的民事审判业务中日积月累地形成的相对稳定的程序操作方式。当然，法院日常的程序运作也是对民事诉讼法及司法解释相关规定的实施及具体化，但更多地则体现了特定的时间空间内长期形成的习惯性做法或不断重复的操作方式。这些操作方式既因植根于一个个法院的日常审判业务而带有地域的特色，又由于必然反映民事司法审判的规律性因素而保持着某种程度的共通性。司法政策有时候能够为日常的程序运作带来实质性的变化，但更多的情况下对这种隐而不显却惯性巨大的潜流却很难有所触动。程序改革的对象往往也在于程序的日常运作。不过，改革是否能够改变既有的操作方式或形成新的方式、或者在部分法院成功了改革尝试，是否可能推广开去变成更大范围上的程序操作方式并达到相对稳定状态，则取决于众多错综复杂的因素。总之，日常的程序运作构成了诉讼实务最为基底也较难改变的部分，规定着实务运行和发展的基本方向。而且，诉讼实务的日常运作所体现的程序操作方式虽然能够达到相对稳定必有其合理性，但在一定时间空间内依某种规范或从应然的角度来衡量的话，则总会存在“不足为训”的部分或需要改善的余地。这也是法院的程序改革往往以多年来相沿成习的程序操作方式作为改革对象的原因。基于上述这样的区分去观察二十年来我国民事诉讼法学与司法实务之间互动的关系，可以说虽然程序法学的研究对于司法政策及程序改革的尝试已经产生了或大或小的影响，两者之间存在相互促进也可能相互批评的关系。但是在日常的程序运作这个层面上，民事诉讼法学研究总体上仍处于一种对此既不很了解也无兴趣的漠视状态，更谈不上相互间有所影响和触动。

从比较法上的相关信息来看，与美国或法国相比，德国和日本的民事诉讼法学界可以说属于对司法实务中的日常程序运作最为敏感，兴趣最浓厚，相互间交流最频繁，影响也最大的类型。德、日两国的民事程序法学因而成为与实务关系最近的学科之一，司法实务中日常程序运作的理论化程度及受到学说影响的概率也很高。与此相应，学术界在有关民事程序规范的立法及修订过程中一般都会发挥重大或主导的作用，甚至立法草案就由学者负责起草。当然，这样的状况与德国、日本的法律传统具有“法学家的法”这一特点等历史的“路径依赖”紧密相关，也以高度发达的法律解释学和在此基础上开展的实务培训、旨在统一法令的上诉与判例评析的学术传统相结合等等法律体系内外的种种制度安排作为支撑，很难据此直接引申出我国民事诉讼法学界也有能力主导相关的立法事业等结论。但这里笔者想强调的是，如果我们的学术界指望真正地、实质性地参与到民事诉讼立法及其他创制程序规范的活动中去并发挥应有的影响，对于日常的司法实务中程序究竟如何运作的实际状况，民事诉讼法学的研究者培养起浓厚的好奇心也保持足够的敏感可能将构成最基本的条件之一。今天，仅仅是介绍、引进国外有关民事诉讼的制度、概念及学说等比较法知识已经为明显的“边际效应递减”所困扰；而针对新一轮司法政策及程序改革的评论，无论是呼应还是批评，则多停留于表层，法学界与实务界的互动交流因彼此间的不以为然而很难达到内在的相互理解及触动。在曾有力地推动过民事诉讼法学发展的不少因素都颇有难以为继之感的眼下，关注并努力去了解司法实务中日常程序的运作或许能够成为学术研究上获得突破的一个重要契机。不放弃与实务界的互动交流并尽可能地“下沉”到日常程序运作这个层面去，相信一定有助于我们走出缺乏研究素材的困境，在切实掌握亟待解决的实际问题这个基础上，以贡献确有针对性及想象力的方案等形式参与今后的民事诉讼立法全面修改。

### 人身保护令准入家事程序立法视野的思考

2015年07月22日 选自《2012年“家事诉讼程序及立法完善研讨会”论文集》 作者：李秀华 田岚

**【摘要】**从人身保护令视角切入并深入研究考察，认为在制止家庭暴力方面，家事诉讼程序立法对受害人保障尚存在一定疏漏。研究认为家庭暴力诉讼程序立法方面的保护措施弱化与不利会导致受害人面临选择救助路径方面诸多困惑。研究高度肯定了人身保护令实施的意义与作用，并提出其实施过程障碍与改进对策，认为在家事程序立法中，应充分导入多元研究方法才能有效推进人身保护令实施与运行，从而全面而有效地保障受害人的合法权益。

**【关键词】**人身保护令；家庭暴力；家事程序；立法思考

#### 一、人身保护令进入家事程序立法的背景

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。<sup>①</sup>在家庭暴力中，女性成为权利最容易受到损害之群体。2011年，全国妇联公布的调查数据显示，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身体暴力、精神暴力或性暴力的女性占24.7%，其中，明确表示遭受过配偶殴打的比例为5.5%。<sup>②</sup>对妇女权利保障力度成为衡量一个国家法治发展进步与文明程度的重要标志之一。我国婚姻法、妇女权益保障法明令禁止家庭暴力，全国各省市亦出台了相应的地方性法规。2008年，最高人民检察院、公安部、司法部等七部门联合制定了《关于预防和制止家庭暴力的若干意见》。尤其是2008年最高人民法院应用法学研究所《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》（以下简称《审理指南》），为法院处理案件提供了导向性指引。将人身保护令引入反家庭暴力立法系统不仅可填补中国学界对人身保护令制度研究的理论空白，为中国人身保护令制度引入司法领域奠定理论基础，亦可为中国预防与制止家庭暴力提供了强有力的救济措施，这在我国法治史上具

有划时代意义。所谓人身安全保护裁定是一种民事强制措施，是人民法院为保护家庭暴力受害人及其子女和特定亲属的人身安全、确保民事诉讼程序的正常进行而做出的裁定。<sup>③</sup>法院发出人身安全保护裁定，首先是给当事人和社会传递一种信息：家庭暴力不是私事，公权力要干预。1995年北京第四次世界妇女大会后，中国在促进男女平等，保护妇女儿童及老人利益，打击对弱者的暴力工作方面，采取了多元的举措。许多学者开始尝试从不同视角关注家庭暴力研究，并取得突破性进展。但笔者认为，家事诉讼程序立法上的缺位是难以有效保障受害人权益的瓶颈。如是否应设立家事法院，在条件不成熟的地方，是否设立家事法庭？在立法滞后的情况下，在相应司法举措尚未到位时，引入人身保护令缺少相对有力的机制与立法土壤支持，显然有些仓促与不成熟。研究发现人身保护令制定与具体实施因国情、文化、习俗、立法背景不同有一定差异，但它毕竟带有极强的制约性与威慑力，因此对制止家庭暴力仍起到积极干预作用。2008年至2011年年笔者在承担中国诊所教育委员会关于“和谐社区与婚姻家庭诊所教育模式结合与功能创设”的项目时，始终将为家庭暴力受害者作为重点服务对象。2011年我们在对江苏省扬州市某社区调查时，设计了一些指标让被调查对象作出判断：如自家存在家庭暴力行为，邻里存在家庭暴力行为，如何面对与处理家庭暴力事件等。200多位被调查的男性中49%的男性认为在所在社区家庭暴力偶有发生。女性中47%的女性认为在所在社区家庭暴力偶有发生。家庭暴力事件的存在无疑成为家庭与社区和谐的隐患，如处理不当将会引发更大冲突，甚至会使家庭暴力事件不断升级。但相当一部分居民表示更喜欢用隐形方法处理家庭暴力事件。正是基于实证研究，2010年作者提出扬州法院系统应引入人身保护令的提案。这一提案受到扬州中院的高度关注。扬州中院牵头市公安局联合发文确定落实人身保护令实施中执行的具体措施；在审理过程中，承办人根据掌握的具体的家庭暴力情况，对受害人予以适当释明，指导受害人及时提出人身保护令的申请。目前，扬州法院已发出人身保护令多件，有效遏制了家庭暴力频发的情况。事实证明，人身保护令制度彰显了法律对弱势群体生命的尊重与关注，以其仁慈法律内涵和广泛立法实践及显著保护效果证明其在人身保护领域具有不可忽视的作用。人身保护令制度作为保护家庭暴力受害人而采纳的措施，在法院系统已受到关注。引入人身保护令，有助于完善对家庭暴力的司法干预制度。但如何有效实施保护令，采取何种实施保护令模式，如何有效保护家庭暴力受害人权益，仍是家事诉讼立法不能忽视的问题。

## 二、人身保护令进入家事程序立法视野的可行性分析

十届全国人大二次会议通过的《宪法》修正案第33条增加“国家尊重和保障人权”之规定，这在我国人权保障史上具有里程碑的意义。人身保护令对保障弱势群体的人权具有重要的立法价值。人身保护令制定与实施具有漫长的历史发展过程。人身保护令源自中世纪的英国。1640年英国首次通过人身保护的法例。人身保护令除了可向政府发出外，亦可向私人发出。美国法院制止家庭暴力的最主要途径是通过民事保护令，通过该程序，受到家庭迫害的妇女可得到保护。美国大部分州都明确规定违反保护令行为是犯罪。在香港，申请人身保护令需要提供病历、照片、报警证明等表明曾遭受家庭暴力或正面临家庭暴力威胁，可在离婚诉讼提起之前、诉讼过程中或者诉讼终结后的6个月内提出，不需要缴纳任何费用。人身保护令实施在一定程度上，将事后惩罚施暴者转变为事前保护受害者，开创了国家公权力干预家庭暴力的新维度。2008年《审理指南》中有关人身安全保护裁定的规定在家庭暴力公权力干预方面实现了司法理念与方法突破。《审理指南》第三章专章规定了人身安全保护措施。<sup>④</sup>《审理指南》第27条对人身安全保护裁定的主要内容作出了明确规定：1. 禁止被申请人殴打、威胁申请人或申请人的亲友；2. 禁止被申请人骚扰、跟踪申请人，或者与申请人或者可能受到伤害的未成年子女进行不受欢迎的接触；3. 人身安全保护裁定生效期间，一方不得擅自处理价值较大的夫妻共同财产；4. 有必要的并且具备条件的，可以责令被申请人暂时搬出双方共同的住处；5. 禁止被申请人在距离下列场所200米内活动：申请人的住处、学校、工作单位或其他申请人经常出入的场所；6. 必要时，责令被申请人自费接受心理治疗；7. 为保护申请人及其特定亲属人身安全的其他措施。”第32条规定：人身安全保护申请的条件。1. 申请人是受害人；2. 有明确的被申请人姓名、通讯住址或单位；3. 有具体的请求和事实、理由；4. 有一定证据表明曾遭受家庭暴力或正面临家庭暴力威胁。受害人因客观原因无法自行申请的，由受害人近亲属或其他相关组织代为申请。相关组织和国家机关包括受害人所在单位、居（村）委会、庇护所、妇联组织、公安机关或检察机关等。申请人身安全保护措施的证据，可以是伤照、报警证明、证人证言、社会机构的相关记录或证明、加害人保证书、加害人带有威胁内容的手机短信等。第33条规定人民法院收到人身安全保护措施的申请后，应当迅速对申请的形式要件及是否存在家庭暴力危险的证据进行审查。人民法院在审查是否存在家庭暴力危险的证据时，可以根据家庭暴力案件自身的特点和规律，本着灵活、便捷的原则适当简化。全国共有9家基层法院被选定为试点法院，并且已发出100多份人身保护令。从保护的对象上看，99.9%都是保护女性的，只有1起是保护男性的。从这100多个保护令发出后的结果看，自动履约率超98%，大多数都是男方承认错误并保证决不再动手后女方撤诉，或者经法官调解后和好，少数是女方坚决要求离婚而经法官调离或判离的。2012年3月，广东省珠海市香洲区法院发出了一份反家暴人身保护裁定\_远离令：“禁止被申请人曹武（丈夫）殴打、威胁、骚扰、跟踪申请人陈圆（妻子）及其亲友，禁止被申请人曹武在距离申请人陈圆现住处100米范围内活动。”人身保护令使饱受家暴蹂躏的申请人陈圆及其亲友在申请离婚期间有了一定的安全感。为了保证“远离令”不会成为一纸空文，香洲区法院同时向当地公安机关发出《协助执行通知书》，以监督被申请人对裁定的执行。如果有证据表明被申请人违反“远离令”，出现在禁止的特定区域对受害人造成骚扰，法院可视情节轻重对其采取罚款、拘留等强制措施。笔者认为这是法院积极运用人身保护令这一特殊的司法手段保护受害方的一项尝试，亦是法

院贯彻以人为本理念，有效遏止家庭暴力的举措之一。《审理指南》虽然并不具有司法解释的效力，但是人身保护令制度充分体现了司法权对于行政之监督，对保障公民自由权利则是一个优良制度。这一制度的原理在于：法院在保障人权方面具有特殊作用。尽管保护令制度需要进一步完善与本土化，但高院的保护令规定在具体操作层面相比较其它规定有所细化与完善。尽管《审理指南》具有一定局限性，但对家事程序立法增设有关人身保护令的规定提供了立法与实践的宝贵经验。

### 三、实施人身保护令的难点解析

人身保护令是法院为保护特定受害人，使其免受家庭暴力侵害而发布的强制性禁止加害人为某些特定行为的命令或判决，它不以提出离婚请求为前置要件，可单独向法院申请民事保护令。这种保障受害者人身自由的综合性救济途径，宗旨在于以公权保护方式防止公民私权被他人侵犯，从而有效保障人权。就目前反家庭暴力的法律保护机制建构而言，首先必须了解目前法律保护难点所在，才能有的放矢，进而采取针对性措施来预防和遏制家庭暴力行为，其难点所在表现为：

#### （一）缺乏综合、协调性立法系统

尽管《婚姻法》、《妇女权益保障法》、最高人民法院司法解释，最高人民法院中国应用法学研究所《审理指南》，在预防与制止家庭暴力方面起到一定积极作用，但上述规定及尤其是《审理指南》未上升到法律强制性层面，其不足之处主要表现为过于理论化、纲要化，缺乏可操作性。此外《审理指南》在实践中亦不能成为司法裁判的直接依据，导致司法机关难以有效干预家庭暴力。立法规范是反家庭暴力法律保护机制在各国确立的首要前提。以美国为例，美国法院预防与制止家庭暴力的最主要途径是启动民事保护令制度。美国大部分州均颁布法律，明确规定违反民事保护令的行为是犯罪。因此，要构建反家庭暴力司法保护机制，立法必须先行。为有效防治家庭暴力行为，保护公民人身权益，美国联邦及各州都制订了一系列配套法律规范，包括《家庭暴力逮捕法》、《预防家庭暴力与服务法案》、《民事保护令》等。在美国，这些防治家庭暴力的系统法律，为司法介入家庭暴力提供充分的立法依据，非单一的保护令实施。加拿大许多省规定，警察必须对家庭暴力案件做出及时反应，无论受害人是否愿意合作，警察都必须调查家庭暴力案件，提交报告，必要时提起指控。加拿大许多省颁布的《家庭暴力法》和《紧急状态下保护令》作出有利于受害人的规定，妇女受到暴力威胁时，随时可打电话向警察求救，即使未获得当事人允许，警察也可以破门而入并带走施暴者，限定施暴者一段时间内不得回家，直到警方认为解除暴力威胁为止。我国台湾制定了专门的《家庭暴力防治法》，该法对家庭暴力的定义和适用范围、民事保护令的申请、审理和执行、刑事程序、父母子女关系、家庭暴力的预防及处理等作了详细规定，使得家庭暴力防治工作在台湾得以法制化，法制化也促使公务部门积极回应。不否认我国在处理家庭暴力的问题上有众多举措，亦得到了有关部委、最高人民法院和地方政府、地方法院的重视。如全国妇联、中央宣传部、最高人民检察院、公安部、民政部、司法部、卫生部七部委于2008年7月31日联合下发了《关于预防和制止家庭暴力的若干意见》（以下简称《意见》），重点强化警方在反家庭暴力中的作用。《意见》规定，公安机关在受理家庭暴力案件后，应及时组织伤情鉴定，并根据家庭暴力情节作出及时合法的处理。人民检察院加强了对公安机关家庭暴力案件的立案监督。但无论《意见》还是《审理指南》都存在强制性薄弱、规定体系缺少统一与协调性，因此难以有效制止家庭暴力。

#### （二）未建立有效的干预机制

处理家庭暴力，应形成由各部门齐抓共管的干预机制。如公安派出所、司法所、居民（村民）委员会、人民调解委员会、妇代会等组织要认真做好家庭矛盾纠纷的疏导与调解工作，防范家庭暴力于未然；家庭暴力报警已经纳入110出警范围。公安机关要根据情节，对施暴者予以训诫或治安处罚；对于有证据表明可能构成虐待罪或轻伤害的案件，要告知家庭暴力受害人或其近亲属直接向法院起诉。必要时，司法局要给受害人提供减免服务费的法律援助。近几年，为保护家暴受害人及其特定亲属人身安全，全国各地妇联牵头建立了大约四五百家妇女庇护所，但大部分都门可罗雀，无人问津。究其原因，一方面，收容式的简单庇护容易使受害妇女感到失掉尊严；另一方面，妇女庇护所的保密性与安全性、心理抚慰、法律援助等均远远达不到国际水准。事实上，由于受害妇女受到“家事不可外扬”，“清官难断家务事”等观念影响，加之公权力不应过度干预私人领域的原则及协调机制上的缺位，出现家庭暴力问题时，相关部门之间衔接仍易断裂。囿于司法被动性局限，司法机关一般只能在有诉讼案件时方可立案处理。例如，2012年疯狂英语创始人李阳对美国籍妻子KIM实施家庭暴力多年，是妻子KIM通过微博发出求救信号才使李阳家暴行为被曝光并受到媒体的关注。李阳家庭暴力案使干预家庭暴力的难题再度引起社会各界尤其是司法部门的深度反思。

#### （三）举证责任制度构建的困境

在家庭暴力案件中，如何收集被司法认定的证据是难点之一。在加拿大，施暴者暴力行为特别严重，将被提起刑事控诉。在审判过程中，受害人仅作为证人参加审判，无提供证据义务。在减轻当事人举证责任方面，他们具有合理性的判断。笔者认为如何在处理家庭暴力案件中，进行举证责任的合理分配将是法律探讨与突破的难点，如责任倒置与合理转移均是探讨的重点。据一项统计表明，各地人民法院所审理的婚姻家庭案件中，当事人主张存在家庭暴力的约40%—60%之间，其中只有不到30%的当事人能提供包括伤照、病历、报警记录、子女证言等间接证据。受“宁拆十座庙，不拆一门婚”等传统观念的影响，相关证人鲜有能站出来作证的。就现实案例来说，法院目前能认定家庭暴力的，基本上是根据加害人的自认，认定率不到10%。在司法实践中，家庭暴力一般只有构成家庭成员



之间的轻微伤害案件及虐待案才能通过“告诉”处理，故对家庭暴力采用的是“排除一切合理怀疑”的刑事证明标准，受害人提供的其他证据再多，只要没有加害人自认的关键证据，法官即使内心确信存在家庭暴力，仍难以认定。有学者强调“务实地承认在相对确定的举证责任分配的前提下，法官可基于公平正义要求对具体案件中的举证责任作出部分转移的裁定，即举证责任的部分转移。”<sup>P105</sup>）笔者认为，就反家庭暴力的法律保护而言，针对其难点所在，应向受害者提供各种形式的法律援助与救济。《审判指南》在责任合理分配方面有一定突破，如举证责任转移至加害方。笔者认为，可以将《审判指南》行之有效的规定纳入家事诉讼程序的立法中。

#### （四）建议设立专门的家事法院或家事法庭

引入人身保护令，需要立法相应的完善与配套。我国有必要建立专门的家事法院、设置专职家庭案件法官并且有效介入阻止家庭暴力事态扩大化。在条件尚未成熟时，可以设立专门的家事法庭。审判方式改革和审判领域不断拓宽，给法院工作提出了更高挑战。只有适应这种形势变化，制止家庭暴力才能有效推进。要捍卫法律尊严，提高审判效率，法院涉及审理家庭暴力案件时，就要改变传统的审判意识与方式。近年来，随着法官业务素质和专业化水平之改善，随着法院改革的深化，法院对处理家庭暴力案件积累了理论与实务经验，有能力引入人身保护令。

#### 四、启动人身保护令：家事程序立法应有新维度

##### （一）建立制止家庭暴力合议庭

运用国家公权力主动出击是制止家暴的重要举措之一。设立“反家庭暴力合议庭”是启动人身保护令实施机制的突破口。合议庭主要审议与家庭暴力相关的案件。合议庭应由社会阅历丰富、熟悉婚姻家庭审判和执行业务的审判员以及人民陪审员组成。还应吸取心理专家，社工等专业处理家庭暴力案件的人员诊断案件，从而提出最优方案。人身保护令将事后惩罚施暴者转变为事前保护受害者。受害者可通过提供病历、照片、报警等证明，在离婚诉讼提起之前、诉讼过程中或者诉讼终结后的一年内向法院提出申请，不需要缴纳任何费用。1999年我国台湾地区的《家庭暴力防治法》（2007年修改）正式实施。针对这一法案的实施，台湾警方改革了对家庭暴力的应对机制，如在警察部门内部成立专门的家庭暴力防治单位，落实家庭暴力防治官专职制，推行家庭暴力安全计划，制定警察处理家庭暴力案件的操作规程，建立家庭暴力数据库，简化家庭暴力处置程序，加强警察处置家庭暴力能力的培训等。根据台湾地区“司法院”《司法统计年报》，2005年1月至2009年4月台湾地方法院共核发保护令12345件，其中禁止实施家庭暴力50604件，占41%。<sup>（7）</sup>在人身安全保护裁定生效期间，人身保护令可禁止被告殴打、威胁原告或其亲友，还可禁止被告擅自处理、侵占夫妻共同财产等。

##### （二）家事程序立法中应对人身保护令作出实施规范

人身保护令价值在于将事后惩罚施暴者转变为事前保护受害者，开辟国家公权力介入家庭暴力防治的新维度与新途径。人身保护令制度在全国的普遍激活的前提是有法可依，但目前我国现有关于维护妇女、老人、儿童权益的法律法规散见于《宪法》、《民法通则》、《刑法》、《治安管理处罚条例》、《妇女权益保障法》、《未成年人保护法》、《婚姻法》等法律法规中。虽然上述部分法律明确规定了禁止用暴力虐待、残害妇女，但由于家事程序立法的缺位，从而也就难以有效保护受家庭暴力侵害的受害人。由此，只有将人身保护令纳入家事程序立法中，受害人权益才能得到有效的法律保障。

综上，人身保护令实施裁决缺少法律依据，不利于从整体视角对家庭暴力行为进行司法规制。尽管《审理指南》明确提出了专门针对受害者事前保护的“人身保护令”，得到了各地法院的积极回应，但因缺少统一立法，使人身保护令的推动仍面临各种司法障碍。笔者建议，在立法层面上，明确人身保护令定义、受理条件、保护内容、人身保护令启动程序与执行机构、施暴者应承担的法律责任等内容，从而做到执法部门明确、各部门分工合作，可操作性强，让人身保护令启动做到有法可依。

##### （三）完善人身保护令操作模式

因为缺少全国统一防治家庭暴力法案，并缺少家事程序立法的规范，《审理指南》有关人身安全保护规定亦未上升为全国统一的法律文件或者司法解释，一些法院在操作模式上仍处于探索阶段。法院在将人身安全保护裁定抄送辖区公安机关的同时，会同时函告辖区公安机关保持警觉，履行保护义务。被申请人对人身安全保护裁定不服的，可以在收到之日起5日内向签发裁定的法院申请复议。<sup>⑤</sup>“就目前来看，人身安全保护裁定大体有3种执行模式：长沙市岳麓区法院签发的3个人身保护令，都是由政法委协调公安机关执行的；无锡市崇安区法院签发的2个人身安全保护裁定，是法院与公安机关配合执行的；重庆一中院签发的4个人身保护令，则是法院、妇联、民政3家配合执行的”。笔者认为，在家事程序立法方面，要进行合理的探讨与论证，统一人身保护令的执行模式，有助于在全国复制与合理的本土化。

笔者认为，上述各项建议有助于各机构协调机制，有助于各级政府部门、司法部门与非政府组织之间建立起多元协作关系，共同推动和有效实施人身保护令保护令。

注释：

作者简介：1. 李秀华，扬州大学法学院教授，硕士生导师，扬州大学法学院婚姻家庭法律诊所项目负责人，中国婚姻家庭法学会常务理事。中国诊所教育专业委员会常委。研究方向：婚姻家庭法学、性别与法律、法律诊所教育；2. 田岚，中国政法大学民商经济法学院教授，硕士生导师，中国婚姻家庭法学会常务理事。研究方向：民商法、婚姻家庭法学。

① 2001年最高人民法院婚姻法司法解释（一）第一条首次在立法上对家庭暴力的概念进行了界定。

② 在国务院新闻办于2011年10月21日于北京举行的新闻发布会上，全国妇联副主席、书记处第一书记、第三期中国妇女社会地位调查领导小组组长宋秀岩代表全国妇联和国家统计局发布了该项调查的基本情况和主要数据。调查认为，家庭暴力问题是世界各国普遍存在的一个社会问题，是对人身权利和公民尊严的一种严重的侵犯。参见陈丽平：《全国妇联积极推动出台反家庭暴力法律》，法制网，2011网络热点法治事件回顾（法律法规篇），<http://www.legaldaily.com.cn/zt/content>，2011年12月21日。

③ 2008年最高人民法院应用法学研究所《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》指出，人民法院做出的人身安全保护裁定是以民事诉讼法第140条第1款第11项等规定为法律依据。

④ 《审理指南》第23条规定：在涉及家庭暴力的婚姻案件审理过程中，人民法院有必要对被害人采取保护性措施，包括以裁定形式采取民事强制措施，保护受害人的人身安全，确保诉讼程序的严肃性和公正性。第25条规定受害人保护性缺席。第30条人身安全保护措施的管辖。第31条对涉及人身安全保护措施申请的提出时间作了规定。第34条人身安全保护裁定的做出。“人民法院收到申请后，应当在48小时内做出是否批准的裁定。人民法院经审查或听证确信存在家庭暴力危险，如果不采取人身安全保护措施将使受害人的合法权益受到难以弥补的损害的，应当做出人身安全保护裁定。”

⑤ 参见徐伟：《人身安全保护裁定全国发出11个》，《法制日报》，<http://www.sina.com.cn>，2009年6月15日。

参考文献：

1、高凌，李秀华，高建秀，刘婷婷. 中国内地与香港针对妇女和儿童性暴力的理论及实务研究（J）. 妇女研究论丛，2008，（4）.

2、李娜. 全国已发出逾百个人身保护令（N）. 法制日报，2010\_10\_20.

3、陈治家等. 首份反家暴远离令出炉（N）. 北京青年报，2012\_03\_06.

4、赵喜斌. 家庭暴力庇护所，八年没人来（N）. 北京晚报，2012\_03\_27（17）.

5、孙娜娜. 中国家庭暴力发生率达35.7% 女性受害者占9成（OL）. 中新网-人民日报.<http://www.gscn.com.cn>，2008\_10\_(7).

6、程春华. 举证责任分配、举证责任倒置与举证责任转移—以民事诉讼为考察范围（J）. 现代法学，2008，（2）.

7、史长青. 台湾家庭暴力之处理机制——从公力救济到乡镇市调解（J）. 台湾研究集刊，2010（5）.

### 关于“人身安全保护裁定”的思考

2015年07月22日《人民司法》（应用）2011年第5期 作者：陈敏

如果一个人在家以外的地方遭到他人暴力袭击而又无力抵抗，这个人会迅速逃离现场，到一个安全有保障的地方，比如说，家。对于任何一个人来说，一般情况下，家都是一个最安全的地方。只要能把加害人关在门外，自己的安全就有了保障。可是，如果加害人是来自同一个屋檐下的家庭成员，家就不幸成了受害人最不安全地方。战，力量不够，躲，无外可躲，逃，无处可逃。此时，受害人该怎么办？

这一困扰世界各国的难题，在上世纪70年代末有了破解之道。这就是针对家庭暴力的民事保护令制度。本文以性别平等为视角，尝试论证在我国建立民事保护令制度的必要性和可行性，并提出建议。

一、建立民事保护令制度的必要性

（一）我国家庭暴力问题严重

1. 家庭暴力是基于性别的暴力

2007年-2008年，中国应用法学研究所对不同省市7个基层法院的阅卷调研发现，涉及家庭暴力的离婚案件占接受调研的不同法院当年全部离婚案件的百分比，最低的是36%，最高的是62%，受害人基本上是女性。由于家庭暴力向来被视为家庭纠纷，因此，公权力的干预表现出明显的滞后性——家庭暴力没有造成轻伤以上后果时，加害人很少会被追究法律责任。一些丈夫便在“打别人违法，打自己老婆不违法”的思想支配下，理直气壮打老婆，甚至打得自己成了被告，还不认为自己打人违法。笔者在基层法院阅卷时常常遇到这样的庭审笔录：被告：“我是打她了，但你问问她我为什么打她”或：“我打她是不对，但她要不……，我就不会动手。”这些被告显然认为，如果妻子的言行举止有不合自己意的地方，自己拥有当然的权利教训她。国际社会因此将家庭暴力称为“基于性别的暴力”，[1]意思是说，妻子挨打，是因为她身为女性——社会默许丈夫打妻子。

2. 家庭暴力侵害家庭成员的人身权利

查新华字典，“暴力”指强制力，其目的是为了控制。“控制”的意思是使某事或某人处于自己的占有、管理或影响之下。大凡实施暴力者，其目的都是为了控制对方。这个逻辑在国与国之间如此，如历史上日本侵略中国、现代美国攻打伊拉克，在人与人之间仍然如此，如老子打儿子。暴力永远是强势方采取的迫使弱势方服从的控制手段。发生在婚姻家庭中的暴力，是封建家长制思想在现代婚姻家庭关系中的体现。家庭暴力是强势一方（通常是丈夫）通过伤害弱势一方（通常是妻子）而实现控制弱势方的有效手段。

公民的人身权利不受侵害，是宪法和法律赋予公民的基本权利。任何侵害他人人身权利的行为，不管发生在社会上，还是发生在家庭中，都属于我国法律禁止的违法犯罪行为。

### 3. 家庭暴力受害人同样可能危害社会

人们往往以为，加害人会危害社会，而受害人不会。但是，犯罪被害人学告诉我们：被害人受害后，如果其权利得不到正义的救济，被害人和加害人的角色可能出现转换。受害人在受暴过程中，不知不觉习得暴力倾向，就可能走上犯罪道路。北京市海淀区人民检察院 2005 年的一项关于女性犯罪和家庭暴力的关联性调查发现，女性犯罪嫌疑人捕前遭受家庭暴力比率为 35.7%，且两者之间具有统计学意义上的高度相关性。[2]许多犯罪人，特别是女性犯罪人，就是因为受害后没有得到司法救济而对社会的公平正义失去信心因此走上犯罪道路。[3]据我国监狱部门调查发现，因长期受家庭暴力侵害而被迫以暴制暴，一直是我国女性暴力犯罪的最主要原因。[4]另据陕西省女子监狱统计，截至 2007 年 4 月，因长期遭受家庭暴力最终以暴制暴杀夫而在陕西省女子监狱服刑的女犯，占该监狱全部因婚姻家庭矛盾引发暴力犯罪的女犯人数的 95.32%。[5]

### 4. 家庭暴力是社会问题已成共识

2001-2002 年，中国法学会“反对针对妇女的家庭暴力对策研究与干预”项目在浙江、湖南、甘肃三省进行了我国普通人群中家庭暴力现状的抽样调查。根据对 3543 份有效问卷的统计分析，我国家庭暴力发生率为 34.7%，其发生频率从几个月一次到一周几次不等，绝大多数受害人是妇女、老人和孩子。[6]为此，早在 1995 年，《中国妇女发展纲要》就提出要“依法保护妇女在家庭中的平等地位，坚决制止家庭暴力”。近十年来经过修改增设关于禁止家庭暴力规定的《婚姻法》、《妇女权益保障法》、《未成年人保护法》，以及 2008 年 9 月中宣部、最高人民检察院、公安部、民政部、司法部、卫生部、全国妇联联合出台的《关于预防和制止家庭暴力的若干意见》，均说明家庭暴力是社会问题已成社会共识。

### 5. 国际通行的反家庭暴力理念

国际社会关于预防和制止家庭暴力的通行理念，一是所谓妇女人身权利受法律平等保护，是指妇女的人身权利不能受“外人”侵害，更不能受家人侵害；二是所谓维护妇女权利，不是指等伤害后果发生后对施暴人进行严厉惩罚，而是指国家要采取有效措施将家庭暴力制止在萌芽中。换言之，国家干预的重点，在事前预防家庭暴力行为的发生和事后对受害人的援助。

#### （二）现行法律保护相对滞后

理论上，我国《宪法》、《婚姻法》、《妇女权益保障法》都可以作为国家禁止家庭暴力的立法依据，家庭暴力受害人可以依法寻求治安、民事和刑事救济，但实际上，这些规定过于原则，只能表明国家禁止家庭暴力的态度和价值取向，因而不具有可操作性，常常被实务界称为“纸老虎”。具体表现如下：

#### 1. 治安救济途径不畅。

《治安管理处罚法》要处罚的是所有侵害他人人身权利的违法行为，但是，家庭暴力受害人的人身权利在现实中得不到法律平等保护的现象，却比比皆是。原因通常是执法人员首先视家庭暴力受害人为某个人的配偶，然后才是公民，而不是将受害人当作一位独立的公民。即使是在北京这样的发达地区，因为社会对家庭暴力制止不力导致受害人被故意伤害致死的案例也并不少见。例如，董珊珊被丈夫家庭暴力致死前，曾和家人八次报警，均被警察以“还是夫妻，不好管”为由拒绝，致使她在婚后 10 个月被殴打致死。[7]从全国总体情况来看，本应当是干预家庭暴力第一线的警察，不愿意管、不敢管或者不知道如何管的现象非常普遍，因此，对家庭暴力受害人来说，治安救济渠道并不通畅。

#### 2. 民事救济困难重重

民事救济主要体现在离婚诉讼上。2001 年，修改后的《婚姻法》增设规定，将家庭暴力纳入离婚的法定理由，但其既未界定家庭暴力，又未规定当事人的行为构成家庭暴力后应当如何处置，而《民事诉讼证据规则》又未能根据家庭暴力隐蔽性特点作出相应的举证责任转移的规定，因而受害人若想寻求民事救济，则困难重重。

首先，大多数受害人只希望公权力能够制止家庭暴力，并不想离婚。对这部分受害人来说，离婚不是一条可以选择的救济途径；

其次，绝大多数以家庭暴力为由提起离婚诉讼的原告，都会由于家庭暴力隐蔽性而难以举证证明自己的主张，司法实践中原告方的胜诉率非常低。

再次，由于立法没有关于家庭暴力的界定，而最高法院司法解释关于家庭暴力的界定，未能抓住其本质，致使实务部门常常搞不清楚两者的区别，因此，如何认定家庭暴力，对基层法院来说，成了一件让人头痛的事。很多基层法院反映：除非加害人在法庭上自认，或者加害人的行为构成刑事犯罪并已被追究相关刑事责任，民事法官即使内心确信当事人确实遭受家庭暴力，依照现行民事证据规则，通常无法认定家庭暴力。中国应用法学研究所 2007 年至 2008 年在全国 7 个基层法院的阅卷调研也发现，自 2001 年以来，人民法院对家庭暴力的认定率普遍不到 8%，有的基层法院甚至十年来无一认定。

最后，家庭暴力的研究成果发现，加害人的行为动机是控制受害人，而离婚对于一部分控制欲过强的加害人并不奏效。加害人基于控制受害人的强烈动机而实施的“分手”暴力，其发生率之高，足以让受害人胆战心惊。而这部分受害人，无法通过寻求民事救济获得司法保护。

#### 3. 刑事救济形同虚设

《婚姻法》虽然规定了公安机关对实施家庭暴力或虐待家庭成员的治安处罚权，《治安管理处罚法》和《刑法》

关于虐待（罪）的处罚规定，却均以“被虐待人要求处理的”、“不告不理”加以限制。这样的规定忽视了加害人和受害双方之间控制与被控制的关系，忽视了受害人可能被迫放弃法律救济的现实情况。道理很简单，只有不以受害人意志为转移的惩罚，才会对加害人起到威慑作用。如果规定以受害人要求或受害人告诉作为追究加害人法律责任为前置条件，加害人完全可以通过暴力或暴力威胁，逼迫受害人放弃追究，因为，通过暴力手段逼迫受害人屈服，本来就是加害人驾轻就熟的手法。因此，这样的规定对于制止家庭暴力和虐待行为，形同虚设。

更为重要的是，因社会无力制止家庭暴力导致受害人被打成重伤的，即使加害人受到了法律的惩罚，受害人的身体伤害已不可逆转，心理伤害难以康复。我们也许可以说此时正义得到了实现，但对于受害人说，这种迟来的正义已经没有太大的现实意义了。

我国现行理念和做法反映出社会对防治家庭暴力的认识，还处在轻预防、重惩罚阶段，难以满足现实需要，也与国际通行理念相去甚远。

### （三）港台对家庭暴力受害人的司法保护已远超大陆

香港 1986 年的《家庭暴力条例》就有强制令（即民事保护令）规定。2007 年该法修改后，强制令的强制范围扩大到针对申请人的离异配偶、前异性同居者，及申请人近亲属，不论双方是否同住一个屋檐下。该法还规定，如果法官有合理的理由相信施暴人有相当的可能性会致申请人或其未成年子女身体伤害的，签发强制令时还可以附逮捕授权书。考虑到常见的“分手暴力”现象，强制令有效期为 2 年。此修改内容被认为是港府落实《北京宣言》及《北京行动纲领》，将性别平等纳入《家庭暴力条例》的具体例子。[8]

《台湾家庭暴力防治法》于 1998 年获得台湾立法院通过。台湾因此成为大陆法系国家和地区中，第一个出台反家庭暴力专门立法的地区。该法从内容上看，几乎就是一部极具司法取向的民事保护令法。2003 年，国立台湾大学社会工作系主任王丽容教授的相关调查发现，台湾民事保护令对家庭暴力受害人的有效保护率约为 75%。分别有 74.5%和 69.1%的受害人认为民事保护令使自己受暴次数减少、暴力严重性降低。[9]

据了解，台湾目前家庭暴力发生率，占总人口的 0.3%，而大陆家庭暴力发生率超过总人口的 30%。比较两岸三地对家庭暴力受害人身安全的保护力度，大陆方面尚有较大的完善空间。生活在大陆和港台地区的家庭暴力受害人，同为中国人，享受人身安全保障的质量应当不相上下。

## 二、建立民事保护令制度的可行性

民事保护令制度是 20 世纪 70 年代末英美法系国家专门为预防和制止家庭暴力而设立的民事法律救济途径。它相当于在受害人和加害人之间筑起一道“隔离墙”，将加害人阻拦在够不着受害人的地方。虽然不能 100%地阻止加害人继续加害受害人，却能在很大程度上预防家庭暴力的发生、降低家庭暴力严重性和发生频率。因此，在国际上被公认为是预防和制止家庭暴力最有效的措施，正在被越来越多的国家纳入司法和立法。在这些国家中，不幸遭遇家庭暴力的受害人，可以请求法院发出禁止加害人殴打、威胁、骚扰自己的民事保护令。我们能否借鉴国际社会成熟的经验，在我国建立民事保护令制度呢？笔者认为完全可以。

### 1、符合科学发展观的必然要求

以人为本是科学发展观的本质和核心。尊重和保障公民的合法权利是以人为本的基本内容之一。家庭暴力严重侵害家庭成员的人身权利。它摧毁平等互爱的婚姻关系，破坏家庭的稳定；损害妇女的身心健康，影响她们的生活和工作质量；致使目睹儿童形成了关于婚姻家庭关系的错误概念，并习得暴力的沟通方式；导致恶性案件，破坏社会的稳定；更影响我国社会的经济发展。如果占我国人口 1/3 的公民的身心权利得不到切实的尊重和有效的保障，建立和谐社会、“实现人的全面发展”就成了一句空话。

学习和实践科学发展观，就要将其落实到司法工作上。司法工作落实科学发展观，就要体现在司法行动上：以发展的眼光看待家庭暴力问题，以科学的手段解决家庭暴力问题。这就需要司法实务部门遵循家庭暴力关系中加害人纠缠不休、受害人恐惧无助的特点和规律，现行法律政策严重滞后的现状，采取强有力的司法干预措施，预防和制止家庭暴力，保护公民在家庭中的人身权利不受侵害，使家庭真正成为和谐社会中让每一位成员感到安全、温暖和关爱的港湾，最大限度地彰显人文关怀。

### 2、具备政策依据

2010 年 3 月“两会”期间，温家宝总理在政府工作报告中提出，“要让人民生活得更加幸福，更有尊严”。同年 12 月 26 日，温总理作客中央人民广播电台“中国之声”节目时说，“我觉得要使人民生活得更有尊严，第一，就是要保障每一个人享有宪法和法律所给予的自由和权利；第二，就是无论职业不同，财产不同、民族不同、宗教信仰不同、每一个人都完全平等，特别是在法律面前完全平等；第三，要使社会更加公平，特别是要关注那些弱势群体……，使他们能够有尊严地生活。[10]

家庭暴力受害人是婚姻家庭关系中的弱者，当她和他们的自由和人身权利受到不法侵害，却得不到宪法和法律平等保护，挨打受骂却只能忍气吞声时，要想让这个群体过上有尊严的生活，就成了纸上谈兵。司法强力干预家庭暴力，就是具体落实政府工作报告提出的要求，着力维护社会弱者的人身权利，将社会矛盾化解在萌芽中。

### 3. 具备法律依据

我国《宪法》规定，国家尊重和保障人权。家庭暴力行为给妇女造成了身体伤害和心理恐惧，侵犯了妇女的基

本人权和基本自由。《婚姻法》和《妇女权益保障法》明确规定“禁止家庭暴力”。《中国妇女发展纲要》更是早在1995年便提出要“依法保护妇女在家庭中的平等地位，坚决制止家庭暴力”。虽然上述法律并未明确规定人身安全保护裁定，但是，人身安全保护裁定作为一种行为禁止令，在我国其他民事法律中均已规定。如《海事诉讼特别程序法》中关于“海事强制令”的规定、《专利法》、《著作权法》和《商标法》关于行为和财产保全措施的规定，都是为了禁止被申请人实施或者即将实施侵犯其申请人权利的行为，以避免申请人的合法权益受到难以弥补的损害。

公民和法人的财产权利是一项重要的权利。当他们的财产权利受到或可能受到他人侵害时，依法可以向人民法院申请“行为禁止令”，从而获得有效司法保护。公民的人身权利是一项比财产权利更为重要的权利，更具有不可侵犯性。保护遭受或可能受到家庭暴力侵害的公民的自由和人身权利，具有相当的重要性和紧迫性。人民法院为此发出“民事保护令”，对加害人来讲，是一种“行为禁止令”，对受害人来说，是一种人身安全保护措施。

人民法院对家庭暴力受害人采取人身安全保护措施，是将法律原则性规定具体化，让受害人的人身权利保护从纸上走进现实，是满足人民的新需要和新期待。

#### 4、人民法院的试点工作获得良好的效果

2008年5月，中国应用法学研究所发布《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》（下称《指南》），并选择9个基层法院开展司法干预家庭暴力的试点工作。《指南》专章规定人身安全保护措施，包括申请条件、审查重点、保护内容、生效执行、法律责任等内容，作为人民法院保护受害人的人身权利和排除妨碍诉讼行为的手段。试点工作获得了良好的法律效果和社会效果。2010年，经地方法院主动申请，并经最高法院批准的基层试点法院已达72个。另外，湖南省、江苏省和广东省高级人民法院在本省辖区自行开展试点工作。

良好的法律效果。从已发出的100多份“人身安全保护裁定”的干预效果来看，不管案件是以原告主动撤诉，还是通过法院裁判结案的，家庭暴力行为基本上都没有再发生。从当事人的感受来看，申请人普遍反映“人身安全保护裁定”给自己带来了安全感，而被申请人也因为慑于公权力的介入而不敢违反法院的裁定，因而自动履行率非常高。可以说，不管此前加害人实施的是“分手暴力”，还是长期暴力；不管加害人在家性格随和，还是脾气暴躁；不管加害人在社会上遵纪守法，还是有过犯罪前科；也不管加害人是小学毕业，还是拥有博士学位，收到法院“人身安全保护裁定”的被申请人，均能自觉执行法院的裁定。

良好的社会效果。人民法院此举获得了社会各界的高度评价，被广泛誉为“变事后惩罚为事前保护——折射出我国预防家庭暴力理念上的重大转变”。连续两年，若干“两会”代表和委员在高度评价人民法院此项试点工作的前提下，提出建议或提交议案，要求最高法院尽快出台审理涉及家庭暴力案件适用人身保护裁定若干问题的司法解释。2010年9月，珠海特区人大在本地立法中规定：当事人可以向人民法院申请人身安全保护裁定。

另外，试点两年来，中央电视台、《人民日报》、《法制日报》、《人民法院报》、《中国妇女报》等主流媒体进行的正面报道和评论超过70次。经网上搜索，没有发现任何负面报道。人民法院的反家庭暴力试点工作，实现了人民法院自我评价和社会评价高度一致的效果。

#### 5、人民法院的反家庭暴力试点工作已积累了有益经验

中国应用法学研究所自2008年6月在全国部分基层法院开展《指南》的试点工作以来，《指南》的主要内容不断通过实践转化为地方性立法和司法政策。截至2010年底，《指南》关于人身安全保护裁定的条款，被地方立法吸收的有：《浙江省预防和制止家庭暴力条例》（2010）、《珠海特区妇女权益保障条例》（2010）；被省高级人民法院吸收的有《湖南省高级人民法院关于加强家庭暴力受害妇女的司法保护的指导意见》（试行）（2009）、《陕西省人民法院家庭暴力案件“人身保护令”实施规则》（试行）（2010）、重庆市高级人民法院关于《开展涉及家庭暴力婚姻案件审理试点工作实施方案》（2010）、《江苏省高级人民法院、省公安厅、省妇联关于依法处理涉及家庭暴力婚姻案件的若干意见》（试行）（2010）；被地方政法委文件或市委政法委牵头的政府文件吸收的有《长沙市关于深入推进预防和制止家庭暴力司法执法工作的若干意见》（2010）、《合肥市关于人身安全保护裁定试点工作的暂行规定》（2010）。

上述反家庭暴力试点工作的指导性意见或方案，在《指南》的基础上，吸收《指南》首批试点法院的工作经验，并根据本地现实需要制定，其有益经验可以为最高人民法院规范人身安全保护裁定的程序提供理论和实践基础。

### 三、建议

鉴于家庭暴力严重危害妇女、儿童和老人的人身权利，影响社会和谐，社会各界要求预防和制止家庭暴力的呼声日益强烈，而各地人民法院通过发出“人身安全保护裁定”阻断家庭暴力的探索，有效预防家庭暴力从民事案件转化为刑事案件，不仅表明了人民法院反家庭暴力的明确态度，体现了以人为本、司法为民的宗旨，更是人民法院参与综合治理、抓好当前三项重点工作的重要举措之一。

建议最高人民法院尽快出台相关司法解释，规范人民法院发出“人身安全保护裁定”的程序，以适应现实需要。司法解释的内容可以包括人身安全保护裁定的申请、受理、种类和期限、证据审查标准、主要内容和附带内容、执行、罚则等。

#### 注释：

【1】加拿大司法部编制，《检察官办案手册——检察总长关于检察官办理亲密关系中的暴力案件的政策》（The B. C. Ministry of Attorney General, Crown Counsel Manual: The Attorney General Policy on Violence Against Women in Relationships, Vancouver, August, 1996）

【2】陈敏,《女性犯罪嫌疑人家庭暴力受害状况及其影响因素的研究》(2006年),北京师范大学心理学硕士学位论文论文,第26页。

【3】郭建安主编,《犯罪被害人学》(1997),北京大学出版社,第182-206页。

【4】第一届全国女子监狱联谊会,《工作交流论文资料汇编》(2004)(内部资料)。

【5】陕西高级法院和陕西婚姻家庭学会联合举办,“家庭暴力引发妇女犯罪刑罚适用研讨会”会议资料。2008年9月26日-27日,西安

【6】王金玲主编,《中国妇女发展报告》,社会科学文献出版社2006年版,第192页。

【7】《北京晚报》2010年11月23日。

【8】梁丽清在华人社会的家庭及青少年问题与对策研讨会上的发言(香港城市大学应用社会科学系主办,7.6.2008年7月6日,香港)。

【9】王丽容在华人社会的家庭及青少年问题与对策研讨会上的发言(香港城市大学应用社会科学系主办,2008年7月6日,香港)。

【10】“温家宝首次走进电台直播间直面听众提问—温家宝:房价会回到合理的价位”,载《北京青年报》2010年12月27日,A3版。

## 人大复印报刊资料《民商法学》2015年第2期婚姻家庭法、继承法文献索引摘录

2015年07月23日 人大复印报刊资料《民商法学》2015年第2期

### 婚姻家庭法

结婚登记瑕疵的困惑与破解:兼评《婚姻法解释(三)》第一条的缺陷与完善/常亚楠,何志//法律适用(京),2014.12.98~102

无声无息的变迁:中国法视野下的变性人婚姻权/郭晓飞//中国青年研究(京),2014.11.29~33,39

从一则案例思考关于忠诚协议的五个问题/谭晓慧//忻州师范学院学报,2014.5.73—75,120

关于夫妻共有财产强制执行的程序规范及权利救济:基于夫妻一方为名义债务人的视角/李科//法治研究(杭州),2014.12.125~131

夫妻个人特有财产制:意义、问题及完善/曾晓林//嘉应学院学报(梅州),2014.9.51—54

对夫妻“忠诚协议”性质与效力的再思考/高云鹏//赤峰学院学报:哲学社会科学版,2014.11.89~90

关于建立无过错离婚限制制度的法律思考:以包头市昆都仑区人民法院近5年1033件80后离婚案件为样本/权静//人民司法(京),2014.21.72~74

按揭房产分割时物权规则的适用/陈一薇,张倩//湖北警官学院学报(武汉),2014.10.126~129

儿童权利在权利学说上争议之探讨/张杨//辽宁大学学报:哲学社会科学版(沈阳),2014.6.146~151

父母对子女遗留冷冻胚胎享有监管、处置权/时永才,张圣斌,庄绪龙//人民司法(京),2014.22.32~36

我国未成年人监护制度研究/王晓琦//辽宁警专学报(大连),2014.6.20~22

意定监护制度探析/张锋学//华南理工大学学报:社会科学版(广州),2014.5.86~91

以“代收养”为目的瑕疵不影响收养效力/李欣,阎敏//人民司法(京),2014.22.83~85

### 继承法

网络虚拟财产继承法律制度的构建/车笛//法制与经济(南宁),2014.11上.87~89

论继承契约制度在我国继承法中的构建/谢遵振//宁波广播电视大学学报,2014.3.58~62

遗赠扶养协议的当事人具有任意解除权/陈志伟,闫莉//人民司法(京),2014.22.95~96

遗产债务清偿类案件裁判疑难问题探究/赵凤强,孙成省//山东审判(山东法官培训学院学报)(济南),2014.5.88~92

论继承法中的“错误”:以大陆法系民法典继承编为中心/赵毅//广西大学学报:哲学社会科学版(南宁),2014.5.107~113

数字遗产继承障碍的法学辨析/张杰//山西档案(太原),2014.5.87~90

## 人大复印报刊资料《民商法学》2015年第7期婚姻家庭法、继承法文献索引摘录

2015年07月26日 来源:人大复印报刊资料《民商法学》2015年第7期

### 婚姻家庭法

论中国家事法的变迁/贾焕银/山东科技大学学报:社会科学版(青岛),2015.1.35~39

我国现行法律体系下妇女维权的主体与方法/黄晶//中华女子学院学报(京),2015.1.13~17

从美国Baby-M案看中国代孕合法化/李宗录//社科纵横(兰州),2015.4.65~69

论妇女权益法律保障的理论依据/马忆南//中华女子学院学报(京),2015.1.5~12

同居关系的法律探讨/崔恩荣//法制与经济(南宁),2015.3下.29~31

浅论社会权力在防治家庭暴力中的优势/于晓丽,赵军蒙//齐鲁师范学院学报(济南),2015.1.123~128

论夫妻忠诚协议的效力与法律适用/赵申豪//重庆科技学院学报:社会科学版,2015.3.23~26

婚外同居财产赠与行为之效力/孟令红//赤峰学院学报:哲学社会科学版,2015.1.69~70

- 婚外第三方侵权赔偿研究：以孝感市××县法院为样本/谈玲//鄂州大学学报，2015.2.35~37  
“夫妻忠诚协议”法律效力探讨/张俊杰//法制与经济（南宁），2015.3上.30~32  
试析以调解方式解决离婚纠纷的优点：以案例为视角/胡惠南//法制与经济（南宁），2015.3下.71-72  
离婚率升高问题的婚姻法应对：婚外性与家庭分工视角/赵霞，刘廷华//宜宾学院学报，2015.3.59~65  
父母离婚未成年子女权益保护的法律缺陷/栗占荣//广西青年干部学院学报（南宁），2014.5.82~84  
儿童最大利益原则与我国儿童权益保护制度的完善：从婚姻家庭法的角度/李慧敏//温州大学学报：社会科学版，2015.2.82~87  
论亲权的剥夺/孙跃//北京化工大学学报：社会科学版，2015.1.21~26  
继承法  
论遗嘱继承法的完善/王秀娟//法制与经济（南宁），2015.3上.54~55  
继承受遗赠强制公证的合法性和未来走向：以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为分析基点/杨伟东//法律适用（京），2015.4.95~102  
论基于继承与遗赠发生的不动产物权变动：以《物权法》第29条为中心/刘耀东//现代法学（重庆），2015.1.47-58  
新型城镇化背景下农地使用权继承的法律思考/杨俊，张晓云//岭南学刊（广州），2015.2.81~85  
比较与借鉴：海峡两岸遗嘱执行人制度之立法探究/吴国平//云南大学学报：法学版（昆明），2015.2.89~97  
遗产法律地位反思与制度建构/李遐楨//广西社会科学（南宁），2015.2.77~82  
当代中国继承法的时代困境、价值导向与制度建构/刘勇//淮海工学院学报：人文社会科学版（连云港），2015.1.19~24  
继父母与继子女之间继承关系的立法建议/邵云龙//中国公证（京），2015.1.50~53  
学术动态和书评  
中国法学会婚姻法学研究会2014年年会综述/陈苇，王巍，杨云//西南政法大学学报（重庆），2015.1.128~135  
“民法典体系下婚姻法律制度修改与完善研讨会”综述/杨玉静，蒋永萍//妇女研究论丛（京），2015.2.113~116

## 《法学评论》（双月刊）2015年第4期 目录与摘要

2015年07月27日 来源：法学期刊目录通讯

### 1、我国宪法解释的程序设计

（本文为2015年北京市社会科学基金重大项目《我国宪法实施制度的改进与完善》的阶段性成果。）

马岭（中国青年政治学院法学院教授。）

内容摘要：我国宪法解释的主体主要是全国人大常委会，在特殊情况下也可以是全国人大。其提出者应包括国务院、中央军委、最高法院、最高检察院、60人以上的全国人大代表和代表团、省级和较大市的人大及其常委会以及社会团体、企业事业组织和个人等。法制工作委员会应对宪法解释请求做形式要件审查，同时成立宪法委员会做实质要件审查，但是否受理应由常委会决定。宪法解释的效力应在宪法之下，与基本法律平行，高于普通法律。

关键词：宪法解释 解释程序 提出解释 受理 解释效力

### 2、国家出资企业国家工作人员的范围及其认定

陈兴良（北京大学法学院兴发岩梅讲习教授、博士生导师。）

内容摘要：《企业国有资产法》确立了国家出资企业这一概念，包括国有独资企业、国有控股企业和国有参股企业等形式。对于国有独资企业国家工作人员的认定一般不会产生争议，但国有控股企业和国有参股企业的国家工作人员如何认定，根据此前的司法解释，只有受委派从事公务的人员才能认定为国家工作人员。但在《企业国有资产法》颁布以后，根据最高人民法院、最高人民检察院制定的《关于办理国家出资企业中职务犯罪案件具体应用法律若干问题的解释》，除了委派人员以外，经国家出资企业中负有管理、监督国有资产职责的组织批准或者研究决定，代表其在国有控股、参股公司及其分支机构中从事组织、领导、监督、经营、管理工作的人员，也被规定为国家工作人员。这在一定程度上扩张了国家工作人员的范围。本文在阐述国家出资企业国家工作人员演变的基础上，结合有关案例，对国家出资企业国家工作人员的范围及其认定问题，进行了探讨。

关键词：国家出资企业 国家工作人员

### 【评论·专论·争鸣】

### 3、重大行政决策终身责任追究制度研究——基于行政法学的视角

（本文为夏金莱主持的2015年广州市社会科学“十二五”规划课题《广州法治政府建设与行政决策公众参与研究》的阶段性结果，项目批准号为（15Q15）。）

夏金莱（广东外语外贸大学博士后，法学博士。）

内容摘要：中共十八届四中全会明确提出建立重大行政决策终身责任追究制度。责任追究需要解决的首要问题是明确责任主体。行政决策的最终决定者是决策失误的第一责任人，各环节负责人或经办人应按各自的过错程度承

担相应的责任。决策执行机关工作人员和参与行政决策的公众则不属于行政决策责任主体。行政决策责任包括道德责任、政治责任和法律责任,后者属于决策责任追究类型。行政决策法律责任不应包括民事责任和行政追偿责任。重大行政决策终身责任追究制度的核心在于终身追责。其正确内涵是对造成重大行政决策失误的责任人,除必须通过诉讼程序追究的责任外,可以不受时间限制,终身予以追究。具体而言,即行政决策责任中的刑事责任和外部行政责任应受追诉时效的限制,内部行政责任和政治责任可以终身追究。

关键词:行政决策 决策责任 责任主体 责任追究类型 终身追责

#### 4、论法律修改与法条序号的稳定——兼论《立法法》的完善

本文系上海市高校一流学科(法学)建设计划(经济法学科)的阶段性成果;国家社科基金项目“股东代表诉讼立法研究——基于公司法与民事诉讼法协调的视角”(项目批准号:09BFX082)的研究成果之一。

沈贵明(华东政法大学经济法学院教授、博士生导师。)

内容摘要:修法不保持法条序号的稳定,会造成准用规范的法条序号混乱;导致修改的法律与其他相关法律法规联系脱节,损伤法律的缜密性、严肃性;增加法律适用的失误几率和修法、司法成本;妨碍法学文献查阅,有碍法学文化建设。法条序号是法条的基本构成元素,具有法条名称的属性和功能。法条序号应当像法律规范一样得到充分的尊重。保持法条序号稳定的关键,是对增减法条的序号有合理的设置和处理方法,《立法法》应当对此予以规定。

关键词:法条 法条序号的稳定 法律修改

#### 5、刑事证据法的价值结构

本文为北京师范大学刑事法律科学研究院王超教授主持的2013年司法部国家法治与法学理论研究项目——《中国刑事证据法研究的启蒙与转型》的阶段性成果(项目批准号:13SFB4006)。

喻名峰(法学博士,湖南师范大学法学院副教授。)

内容摘要:借助价值结构这个哲学概念研究刑事证据法的价值问题具有重要意义。刑事证据法的价值结构是由客体价值、主体价值和价值评判标准组成的不可分割的整体。刑事证据法的客体价值强调刑事证据法本身所具有的客观功能。考虑到刑事证据法的法律属性,其客体价值实际上就是其规范作用。刑事证据法的主体价值是国家在制定刑事证据法时所希望达到的目标,如惩罚犯罪、保障人权、司法公正、司法效率等。刑事证据法的价值评判标准是以再现案件事实真相的准确性与正当性来衡量客体价值对于主体价值的满足关系。在上述价值存在冲突的情况下,应该以兼顾原则和权衡原则予以价值整合。

关键词:刑事证据法 价值结构 主体价值 客体价值 价值评判标准

#### 6、网络空间国际治理的困境与出路——基于全球混合场域治理机制之构建

张晓君(西南政法大学国际法学院院长、教授、博士生导师。)

内容摘要:网络空间被视为是人类的第五空间。网络空间的治理模式仍处在早期探索的无秩序状态中。解决互联网治理的前提应回归到界定网络空间的属性上,与海洋、天空等相似,网络空间是国内私域和全球公域共同构成的全球混合场域。基于此,通过回溯海洋、天空等场域的国际治理实践的形成机理及治理元素,对互联网的治理应在明确国家主权的基础性作用下,通过对国内私域和全球公域的界定,对两种不同属性的场域实施有针对性的制度与规则。具体而言,在互联网的国内私域中,国家具有基于属地管辖和属人管辖的排他性主权,但应给予其他国家信息或数据的无害通过和传播权;在全球公域中,各国应回归到主权的合作参与性上,通过联合国机制对网络空间共有物实施共管,并对网络空间犯罪采取集体行动,以确保全人类共同的安全与发展。作为世界上最大的发展中国家和联合国安理会的常任理事国,我国应反对网络大国的霸权主义,为谋求稳定、平等、公正的国际秩序做出应有贡献。

关键词:国际机制 全球混合场域 网络空间 互联网治理 国家主权

#### 7、“规制缓和”与自治型金融刑法的构建

本文系山东大学基本科研业务费社会科学类青年培养项目“刑法谦抑主义在规制金融证券犯罪中的适用——以日本的‘规制缓和理念’为鉴”(项目批准号:2014SQXM001)和山东省法学会2014年自选课题“刑罚论视角下的山东金融监管体制的完善”(SLS2014G29)成果之一。

张小宁 山东大学(威海)法学院讲师,硕士生导师,法学博士;日本立命馆大学法学博士后。

内容摘要:受“半统制半市场化”经济体制的左右,我国金融交易监管体制中政府主导色彩重而市场自由化程度低。因此,我国的金融刑法也带有明显的压制型法的特征,具体表现为:(1)犯罪化与非犯罪化的区分标准模糊;(2)交易规则不明确;(3)制裁手段单一。伴随着经济体制改革的进一步深化,“半统制半市场化”体制将被完全自由的市场经济体制代替。与之相适应,我国刑法关于金融犯罪的规制理念也应实现从压制型金融刑法向自治型金融刑法的转变。关于这种转变途径,日本近年来流行的“规制缓和”理念值得借鉴,该理念在经济学方面与新自由主义经济学遥相呼应,在刑法学领域与刑法谦抑主义息息相关,因而成功地推动了日本金融犯罪规制机制的完善。以该理念为参考,我国金融刑法应当从三个方面进行规制改革,以便早日实现向自治型金融刑法的转变:(1)树立以保护投资者权益为重的新法益观;(2)完善金融交易规则;(3)发挥非刑措施在规制金融犯罪方面的积极功效。

关键词:金融刑法 金融犯罪 规制缓和 自治型金融刑法



## 8、民众心态与死刑存由分析——以鲁迅思想为蓝本进行的考察

孙万怀(华东政法大学法律学院教授, 博士生导师。)

内容摘要: 鲁迅先生从济世的角度对死刑进行了剖析, 透视着众醉独醒般浓郁的悲凉。同时使得我们质疑长久以来的观念——死刑可存的理由是民众认可并拥护死刑, 使得我们发现所谓民众接受只是一种托辞, 一种为死刑披上的新装, 民众只是法律秩序代价的承担者, 废除死刑的根本桎梏在于权力内在的冲动。人道主义观念的弘扬和崇尚是各方都能够接受的也是最终的必然结果。现实表明死刑废除之后, 民众对于死刑的认同开始下降。民众的认同不能成为死刑的存由, 恰恰相反, 民众是法律的学习者和接受者。问题的核心不是改变公众的认同, 而是规范的设置改变逐步使得认同的内容细化。与其寄希望于教育的提升, 不如致力于规范的发达。作为法律知识代表者的知识分子与具有朴素正义情感的民众应该是互助的, 民众的支持是基础, 而知识分子则提供了一个寻求法律正义的路径。

关键词: 鲁迅 死刑 存由 民众心态

## 9、论类型思维在刑事疑案裁判中的运用

本文系国家社科基金资助项目“刑事疑案适用法律方法研究”(项目批准号: 13FFX005)以及河南财经政法大学校级重点项目“刑事疑难案件裁判方法研究”的阶段性成果。

任彦君(河南财经政法大学刑事司法学院副教授, 法学博士。)

内容摘要: 刑法中有概念也有类型。类型也是从事物的共同特征中总结出来的, 它比概念更加具体、直观。类型思维是一种类似性思考, 它以事物本质为主线把握案件事实的类型轮廓, 并与刑法中相关规范类型进行比对, 去探寻与事实相匹配的、具有相同刑法意义的规范类型, 使规范与案件事实恰当对接。在概念思维无法对刑事疑难案件进行归类时, 类型思维是解决这个问题的有效方法。类型化的标准包括案件事实的根本特征与刑法规范中某一罪名典型特征是否一致; 案件事实的价值评价与某一刑法规范价值评价的是否一致。

关键词: 疑难案件 类型思维 概念思维 价值评价

### 【国际法论坛】

## 10、远东国际军事法庭享有管辖权的新论证

作者系国家社会科学基金重大项目《构建中国特色军事法治体系的核心问题研究》(项目批准号: 14ZDC035)的首席专家。此文为该项目的阶段性成果。

管建强(华东政法大学国际法学院教授, 博士生导师, 华东政法大学东方毅军事法研究中心主任。)

内容摘要: 日本右翼势力以及保守派长期以来一直借管辖权问题抹黑远东军事法庭对日本战犯的审判, 鼓吹法庭审判违背了法律不能溯及既往的原则, 违反正义原则。虽然法庭对此类主张进行过驳斥、国内也有学者撰文发表批判过这类观点, 但是反驳的理由大多比较原则、笼统, 有的甚至还从抽象的自然正义的角度进行争辩。本文从历史史实之实证的角度揭露了日本右翼虚构战争惩罚性规范的存在, 以此来否定侵略罪的适用; 论证了无论是战争罪的禁止性规范还是破坏和平罪的禁止性规范, 它们都蕴含着惩罚性; 阐述了国际法的效力是来自当事国的共同意志。同盟国与战败国之间依据既有的禁止性规范、创造性地对破坏世界和平的战犯进行惩治, 恰恰符合了国际法的基本特征。

关键词: 侵略罪 破坏和平罪 东京审判 远东军事法庭 法律不溯及既往

## 11、论国际习惯法在WTO争端解决中的适用——以预防原则为例

本文为国家社科基金青年项目“世界贸易组织与区域贸易协定间争端解决机制管辖权冲突与调和研究”(项目批准号: 13CFX116)的阶段性成果。

曾 炜(贵州民族大学法学院教授, 法学博士。)

内容摘要: 国际习惯法作为国际法最古老的渊源, 在世界贸易组织争端解决中常常被援引。但争端解决机构在援引国际习惯法时往往持保守和谨慎的态度。在环境保护等与贸易相关的议题日益增多的今日, 争端解决机构对于预防原则是否为国际习惯法以及其在争端解决中的适用, 应作出更为积极和明确的认定。

关键词: 世界贸易组织 争端解决机构 国际习惯法 预防原则

## 12、国际法碎片化和国际法体系的效力

莫世健(讲座教授, 澳门大学法学院院长, 法学博士。)

内容摘要: 国际法碎片化与国际法多元化是同一问题的不同表象。当今全球化背景下的国际法碎片化不过就是早已存在的特点扩大化。碎片化固然从一定程度上消耗了国际法体制内的资源分配, 并从一定程度上影响了国际法作为一个大体系的综合效力, 但该影响远还没有到达危害国际法体系综合效力和各分支效力的程度。现有国际法体系内的各种规则, 包括国家条约义务, 国际私法规则和国际条约解释规则等都能从不同角度化解或减轻碎片化引起的困难。只有当碎片化所导致的矛盾开始实质性地危害国家利益时, 国家才会作出合理应对的博弈选择, 以解决碎片化问题。而学界的使命之一是前瞻性地研究国际法碎片化的相关问题, 并为国际社会需要解决碎片化问题提供有效的应对建议。为此目的, 通过联合国相关机构协调不同国际法分支的规则是减少和避免碎片化对国际法体系冲击的有效手段之一。

关键词: 国际法碎片化 多元化 统一性 国际法效力

### 【市场法治】

### 13、论金融稳定与货币稳定的法律关系——兼评《中国人民银行法》相关规定

本文系教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目“我国债券市场建立市场化、法制化风险防范体系研究”(项目批准号:14JZD008)、司法部国家法治与法学理论研究项目(项目批准号:13SFB3036)和华中师范大学中央高校基本科研业务费专项资金(人文社科)项目“金桂计划”(项目批准号:CCNU13A07002)的阶段性研究成果。

常健(华中师范大学法学院教授、副院长;华中师范大学中国商会发展协同创新中心研究员。)

内容摘要:随着金融危机的爆发,越来越多国家中央银行法律规定中央银行具有维护金融稳定的职责。尤其是《中国人民银行法》第2条规定,“中国人民银行……制定和执行货币政策,防范和化解金融风险,维护金融稳定”。传统上,中央银行的货币政策目标往往被定位于货币稳定。对于金融稳定与货币稳定的法律关系,可以认为,维护金融稳定是中央银行的目的性职能应居于主导地位,反映《中国人民银行法》的立法目的与根本追求;而保障货币稳定则是中央银行的工具性职能,是《中国人民银行法》规定的中央银行为实现其目的性职能应具备的基本属性或共性职能。《中国人民银行法》所规定的中央银行职能是一个由多层次职能构成的有机系统,体现着工具型职能与目的性职能的统一:中央银行目的性职能统率、整合中央银行的动态运作,反映出中央银行的本质追求;反之,中央银行要实现其目的性职能,必须依靠工具性职能的支持与具体实施,工具性职能无疑是目的性职能的实现手段与实现方式。

关键词:金融稳定 货币稳定 中央银行法 中国人民银行法

### 14、市场决定前提下我国农产品价格法律制度的完善

许明月(西南政法大学经济法学院教授,博士生导师。)

李瑞雪(西南政法大学经济法学院博士研究生。)

内容摘要:农产品价格法律制度的基本目标是保障农产品社会供给与需求持续稳定的相对平衡。基于农产品的商品性、社会性和农业的弱质性,在市场配置资源发挥决定性作用的背景下,现行农产品价格法律制度应当进行模式转换,并根据经济改革的目标变化,完善相关法律制度。

关键词:市场决定机制 农产品价格 法律规制

#### 【法律实务】

### 15、法官自由心证必须受成文法规则的约束——最高法院(2013)民申字第820号民事裁判文书研读

孟勤国(武汉大学法学院教授、民商法博士生导师。)

内容摘要:本文通过对最高法院(2013)民申字第820号民事裁判文书的解剖,显示了三级裁判在举证责任、证据和证据证明力、情理常理上的严重缺陷。围绕案件争议焦点,本文紧扣三级裁判摆弄证据的轨迹、还原法官滥用自由心证的思维过程、揭示裁判结果的无理和不公,进而提出法官自由心证必须受成文法规则的约束。民事案件证据的复杂性极易屏蔽司法不公,这是民事领域极少公开亮相司法不公个案的主要原因。本案作为一个难得的典型案例,对于深刻认识和切实解决中国的司法不公有重要的启示意义。

关键词:民事裁判 自由心证 司法不公

### 16、论机动车等特殊动产物权的变动——兼析法释(2012)8号第10条的得与失

冉克平(华中科技大学法学院副教授。)

内容摘要:我国《物权法》第24条对特殊动产物权的变动采取交付生效、登记对抗的立法模式,即“物权生效(合意+交付)→登记对抗”的混合主义。交付与登记两种公示方法具有不同的功能:前者为物权变动的生效要件具有形成力,后者为物权变动的对抗要件具有对抗力。对抗力的发生以物权的变动为前提,善意第三人的界定应当借鉴日本民法相关学说与判例。对于特殊动产的多重让与,应该在交付的形成力与登记的对抗力的前提之下,结合当事人的意思表示具体分析。法释(2012)8号第10条虽然以交付的形成力与登记的对抗力为法理基础,但是在逻辑上并不连贯,而且不顾当事人的意思,强制性的贯彻交付优先于登记的规则,这些均有待进一步的完善。

关键词:特殊动产 交付 登记 善意第三人 登记对抗主义

### 17、“越位”的专家与“隐身”的法官——专家参与在司法过程中的合理定位

彭峰(上海社会科学院法学研究所副研究员、法学博士。作者感谢闫立东同学给予的资料收集、整理上的帮助以及相关观点的讨论。)

内容摘要:专家系统介入司法过程是司法程序必不可少的一环。由于专家与法官分属不同的“认知共同体”,“专家意见”的价值有待澄清。在司法过程中,专家参与存在一定的偏差、错位或越位现象,无论是专家还是法官均面临严重的信用危机。专家参与的制度建构需要遵循相应的原则和路径:第一,通过独立性、透明性保障专家的司法参与;第二,通过决策保障制度、反腐败制度的法治化重建法官的权威。

关键词:专家 法官 司法参与 认知共同体

#### 【可持续发展与环境法治】

### 18、环境司法的公共治理面向——基于“环境司法中国模式”的建构

本文系中央高校基本科研业务费(NO.106112015 CDJSK08JD 07)“风险视阈下环境群体性事件的法律控制”、国家社科基金项目(项目批准号:14CFX078)“环境私主体治理的法律问题研究”、重庆市社科规划重点项目(项目批准号:2012ZDFX008)“重庆城乡统筹一体化进程中环境保护法制完善系统研究”阶段性研究成果。

杜 辉（法学博士、博士后，重庆大学西部环境资源法制建设研究中心研究员。）

内容摘要：对环境司法中国模式的理解在某种程度上决定着我国环境司法体系建设的完整性。除了传统上以纠纷解决、维护公共利益为目标的司法类型之外，环境司法还应有一种治理型的司法面向作为补充。治理型环境司法的合法性源于它的功能反思性和结构开放性。基于对其内容表现形态的判断，推进治理型环境司法必须在宏观上建立司法、政治与民意的良性互动机制，在中观上确立治理型环境司法独特的规则与常规，在微观上建立个案基础上的案例指导和司法解释机制。

关键词：环境司法 治理型 公共政策评价 利益衡量

#### 【法史研究】

#### 19、英国陪审制转型的历史考察

李红海（北京大学法学院研究员。）

内容摘要：早期英国的陪审团主要是咨询性、调查性的机构，13世纪后逐渐转变为司法裁断机构；起初陪审员是当事人的邻人，可依自己所知进行裁断，17世纪后则主要由陌生人组成，且只得依呈堂证供进行裁断。陪审制的这些转型实际上是社会发展、司法裁断方式和政治形势之变化的结果，因此追溯陪审制的转型过程，实际上是观察制度生成和演变的一个绝佳标本。

关键词：陪审 裁断 转型 证人

#### 20、民国时期男女平权立法之研究——以夫妻财产制为视角

本文系国家自然科学基金重点项目“华北及陕甘宁革命根据地女性婚姻问题研究”阶段性成果，项目批准号为：12AZS010。

张 婧（山西大学晋商学研究所博士研究生，山西财经大学法学院讲师。）

内容摘要：“男女平权”是民国时期移植西方法律的重要立法原则，在内容上以夫妻财产制为例，其具体落实于1925年北京政府制订的《民国民律草案》和1930年南京国民政府制订的《中华民国民法·亲属编》中。前者中的夫妻财产制致力于体现男女平权的立法态度，而后的联合财产制则融合了中国传统法律文化和西方平权思想，明显地偏向于夫权。就实效性而言，1930年亲属法中的夫妻财产制更彰显了立法者力求使所移植的法律制度适应于中国当时国情的考量。

关键词：夫妻财产制 男女平权 《民国民律草案》 亲属法

### 我国多元化纠纷解决机制的现状与未来

2015年07月29日 来源：多元化纠纷解决机制 作者：范瑜

我国多元化纠纷解决机制从十多年前进入理性建构的阶段，目前仍存在以下问题：一是政策导向及指导思想的问题。尽管中共中央对于社会治安综合治理、和谐社会构建和多元化纠纷解决机制早已有政策性的倡导，十八届四中全会也明确提出完善调解、仲裁、行政裁决、行政复议、诉讼等有机衔接、相互协调的多元化纠纷解决机制。但是，在决策理念、立法和制度建构中仍显示出对司法诉讼的过高期待，对现实的解纷需求以及对诉讼的局限性缺少敏锐的洞察，不断把纠纷处理向法院集中，对非诉讼程序则缺少支持。法律界对调解并未达成认同。二是制度程序设计理性不足、难以进行科学的顶层设计。在各种立法和制度建构中，都存在理性不足的问题，很多机制缺少系统、合理的制度、程序和配套措施，难以实施、效益低下，不得不依靠各地和各实务部门通过实践创新弥补。民事诉讼法中不仅没有任何对于诉讼的限制和调节措施，也没有将任何一类纠纷规定为法定前置调解，对诉前、立案阶段和委托调解等缺少明确规定，只要一方当事人拒绝，调解就无法启动，这种设计远远落后于当代世界的发展趋势。三是部门利益、权力冲突与管理体制问题。多元化纠纷解决机制的发展是依靠党委、政府的统一领导，通过综合治理协调各部门的力量而实现的。然而现实中部门利益和权力冲突也严重影响了其发展和运行。

我国已经进入经济发展的新常态，新常态虽然不意味着社会转型的结束，但在治理方式上会逐步倾向于常规化、制度化，以往运动化、应急式的建构会逐步减少，需要加强顶层设计、立法和制度建构。十八届四中全会决定提出：健全社会矛盾纠纷预防化解机制，完善调解、仲裁、行政裁决、行政复议、诉讼等有机衔接、相互协调的多元化纠纷解决机制。第一次分别使用这两个概念，这表明纠纷解决和社会治理进一步向精细化发展。二是法院在推进多元化纠纷解决机制中仍会继续发挥核心作用，但更重要的是需要通过法律加以实质性的保障和推动，特别是建立法定前置调解制度和法院委托调解的规范化，以保障相关改革措施的正当性和可持续发展。三是对各种专门性纠纷解决机制进行实体法与程序结合的整体建构，建立专门化的非诉讼程序、并与司法程序相衔接。四是整合民间调解。目前，狭义的人民调解已经不足以涵盖各种民间，各种民间社会调解以不同形式存在和运行，缺乏法律的调整。因此，需要通过法律对人民调解以外的民间性调解机制、特别是市场化机制进行法律规范，在推动保障的同时，加强管理和规制。五是根据各行政部门的职能和特点，建构合理、高效、负责的行政性纠纷解决机制。六是在全社会倡导协商性纠纷解决文化，鼓励引导当事人通过非诉讼程序解决纠纷。

### 代孕生育合理控制与使用的法律规制

2015年07月31日 河北法学 许丽琴

近日央视一则关于“卵子黑市”的报道，使代孕产业再次曝光于世，并迅速成为社会热点话题。代孕问题涉及多方主体的法律关系，也涉及到伦理与法律的冲突。对此问题的法律探讨值得大家关注，无论今日为您推荐此文。

## 代孕生育合理控制与使用概述

代孕生育,简称“代孕”,俗称“借腹生子”,是用现代医疗技术(人工授精或体外授精)将委托夫妻中丈夫的精子注入自愿代理妻子怀孕者(代孕母)的体内授精,或将人工培育成功的受精卵或胚胎植入代理妻子怀孕者的体内怀孕,待代孕子女出生后由该委托夫妻抚养并取得亲权的一种生育方式。代孕主要用来解决女性因种种原因不能亲自怀孕生育的问题。

纵观代孕生育的发展趋向,西方发达国家着眼于代孕市场的大量需求,开放代孕逐渐成为立法主流。为了避免子宫的商品化,禁止商业性代孕成为很多国家最终的选择。英国、美国、澳大利亚及俄罗斯等国均已通过立法允许合理控制与使用代孕行为。

亚洲国家在未对代孕衍生的复杂问题找到有效解决方案前,代孕立法持保守性态度,但是呈现出从完全禁止到有限性开放的发展趋势。韩国、泰国及我国香港地区目前已适度放开代孕,但为了有效控制代孕行为,严格禁止商业性代孕和借腹借卵代孕。

我国目前没有代孕生育方面的立法,卫生部颁布的《人类辅助生殖技术管理办法》严格禁止一切形式的代孕。学界一般认为,禁止代孕商业化是无可厚非的,但完全禁止代孕未免过于武断,不符合我国的生育观和计划生育的基本政策,并且剥夺了无妊娠能力妇女的生育权和建立家庭权,间接剥夺了健康男士的生育权,无形中导致了社会对这些妇女的歧视性待遇。

更何况我国允许的代孕是一种利他主义的代孕行为,体现了社会主义人与人之间的互帮互助精神,与一些国家出现的出租器官或变相出租器官有本质上的区别。因此建议我国应实行法律规制下的代孕。

有统计表明,我国有生育障碍的夫妇比例为10%-15%,而在这一人群中,有10%左右需要经过生殖辅助技术的介入。笔者认为,完全禁止代孕不但不能避免代孕的发生,反而可能造成更多的问题,如交易行为的地下化,法律关系的复杂等等。

为了保障不孕夫妻延续后代的权利,防止代孕生育技术的滥用,在当前的社会 and 科技现状下,国家应当充分认识代孕生育的积极和消极作用,扬长避短,建立有效的机制适度开放代孕生育,对代孕生育进行有效控制和合理使用。

对代孕生育应当分情况研究,下列类型的代孕应当严格禁止:

第一、商业化代孕。现实中往往存在代孕双方通过代孕中介机构完成彼此的合作,由该机构收取酬金后安排代孕,为双方提供联络和咨询等服务。现在很多开放代孕的国家禁止此种经过营利性代孕中介机构介绍的商业性代孕,以避免引发子宫商品化、子宫工具化的伦理危机。对于其他非经中介机构介绍而由委托夫妻自行寻找的代孕行为,即使代孕者为代孕收取超过合理补偿的费用,笔者认为法律应当允许。

一是因为对于这种情形,即使法律加以禁止也易为当事人所规避;二是对于代孕母支配自己的身体权利帮助委托夫妻代孕的行为,由委托夫妻给予适当的报酬,本身是无可厚非的,法律不应一概加以禁止。况且从实际情况来看,支付一定的报酬也有利于代孕关系的稳定,也符合代孕母和委托夫妻的利益。为了防止子宫的商品化等伦理危机,法律禁止营利性中介介入的代孕即可,而不应对有偿代孕行为一概抹煞。

第二、捐胚代孕。即代孕母使用捐赠的精子和卵子培育形成的胚胎进行代孕。从血统的角度,通过捐胚代孕出生的子女与被收养人一样,与父母均无直系血亲关系;而从经济成本效益的角度,收养明显比捐胚代孕经济得多,更何况我国目前需要控制人口生育数量。因此,应禁止捐胚代孕。

第三、借卵代孕。即精子来自丈夫,代孕母不仅提供子宫,而且提供卵子而进行的代孕。如果使用代母的卵子,那么“代母”就是名不副实的,因为在这种情况下,所谓的“代母”完全就是代孕子女的“生母”。“代母”因而也往往会对自己所怀的胎儿产生难以割舍的感情联系,甚至至于不肯交付代孕子女,徒添纠纷。更何况强行将亲生母子分开也是不人道的,有反于人伦。

第四、因不愿亲自生育而代孕。现实中,往往存在女性不愿亲自怀孕生育的情况,有的是因为工作压力,害怕因怀孕生子而丧失就业机会或升迁的机会;有的是特殊行业的需要,如模特为了保持身材苗条不走样而不愿亲自怀孕生育。此种情形的代孕因违背代孕本旨,且与代孕有限使用原则不符,应予禁止。

## 代孕生育合理控制与使用的具体制度构建

### (一) 代孕母的主体资格

法律应当允许代孕生育的合理使用,但并不意味着任何妇女均适合做代孕母,法律应当对代孕母的主体条件严格限制,以达到有效控制代孕的目的。笔者认为,代孕母应具备以下主体资格:

第一、代孕母须具备完全民事行为能力,能够理解代孕的性质与法律效力,且代孕出于其自愿而非受胁迫等其他非法原因。

第二、代孕母须有怀孕生育的经验,并且其生理上适合再次怀孕生育,对此标准的确定应依医学专家的观点并由医院出具证明。

第三、代孕母在婚姻维持期间为别人代孕的,应当征得其丈夫的书面承诺同意,双方签字并经公证。为代孕母的亦可是丧偶者、离异者或未婚妇女,在此种情况下,代孕应取得其有完全民事行为能力的家庭成员的一致同意。规定该要件的目的旨在避免家庭冲突,以维护代母和代孕胎儿的权益。

第四、代孕母与委托夫妻不得具有直系亲属关系，以维护纲常伦理和公序良俗。

## (二) 委托夫妻的主体资格

为了有效控制代孕，防止代孕技术的滥用，对委托夫妻的条件亦应当进行严格限制。笔者认为，委托夫妻应当具备以下主体资格：

第一、须委托夫妻中妻子因生理上的原因无法亲自生育或虽然可以受孕但若亲自生育会严重影响该妻子及未来所出生的孩子的健康和生命。这是适用代孕生育的前提。代孕的本旨在于为某些不能孕育孩子的妇女提供更好的一种解决方法，若妻子可受孕而得代孕，则有违代孕本旨，且与代孕有限使用原则不符。

第二、委托夫妻须具备完全的民事行为能力，且能够理解代孕的性质和法律效力，双方完全自愿，一致同意选择代孕生育。

第三、委托夫妻双方均能够提供符合遗传学优生要求的配子(即生殖细胞,精子和卵子)。不得使用代孕母提供的卵子进行代孕生育。

第四、委托夫妻须持有生育证。在代孕中，委托夫妻行使的是生育权，而代母行使的是身体权，因此生育证理所当然的应由委托夫妻而不是代母提供。

第五、委托夫妻须具有抚养教育代孕子女的能力。

## (三) 代孕子女的法律地位的认定

学界关于代孕子女法律地位的认定，主要有四种观点：

(1) 血统说。此说认为供卵者即子女的遗传母亲为子女的法律母亲，法律不能曲解事实做出不同的认定。

(2) 子宫分娩说。持此说者认为既然分娩者为母亲是民法的传统原则，似乎没有必要因代孕而改变。更何况代孕母承担怀孕生产过程中的风险，也在婴儿出生前担负起大部分照顾重任，似乎没有理由否认其母亲的地位。

(3) 人工生殖目的说，也叫契约说，此说认为根据代孕契约，双方在从事这种人工辅助生殖的过程以前，已经同意由提供精卵的夫妇称为子女的父母，法律应当尊重当事人的决定。

(4) 子女最佳利益说。此说将人工生殖子女的父母认定视为类似于离婚或未婚男女对子女监护权归属的争执，而由子女的最佳利益作为最终认定标准。

笔者赞成人工生殖目的说，即契约说。理由如下：第一，我国对确定父母子女关系的精神也体现了首先是抚养关系而非生殖关系，例如，合法的收养关系一旦成立，其生父母子女关系即应消除。第二，代孕协议的双方主体对实施代孕技术的动机是一致的，即生育的子女由委托方抚养教育，与委托方形成父母子女关系。那么，在确定代孕子女的法律地位时，就要尊重和保护双方这一在平等自愿的情况下做出的共同真实意思表示，同时还要注意婚姻家庭秩序的稳定，使原有亲属关系不因代孕子女的诞生而改变。

具体来讲：由丈夫供精，妻子供卵而实施的代孕，所生子女应认定为夫妻双方的婚生子女，所生子女与代孕母亲不发生母子关系。此种情况下，所生子女是夫妻双方精卵结合的结果，且此种情况下的代孕必定是夫妻一致同意才实施的，故应认定为婚生子女。而代孕母同意且实施代为怀孕分娩的行为，其本意并非要与所生子女发生母子关系，法律尊重这一意思表示，应视为其放弃了认定所生子女为己之子女的权利，故代孕母与所生孩子之间不发生母子关系。

## (四) 代孕契约的民事法律规制

### 1. 代孕契约的定义及特征

代孕契约，又称为代孕协议、代孕合同，顾名思义，即为代孕母与委托夫妻约定双方当事人在代孕过程中权利义务的协议。代孕契约的特征，笔者认为主要有以下几点：

第一、代孕契约主体有限定。代孕契约的主体为代孕母与委托夫妻，双方均应符合上文所述的主体资格条件。

第二、代孕契约的标的特殊。学界对此争议较大。有的人认为代孕契约是以婴儿为标的；有的人认为代孕契约是以为胚胎生长提供妊娠功能为标的；笔者认为代孕契约的标的为孕母提供身体利益和移转其对婴儿的亲权，婴儿不可能为物，代母行使其身体权是支配其身体利益，移转亲权也是移转亲权这项身份权的身份利益，因此，在代孕契约中是没有标的物的。

第三、代孕契约为涉他协议。代孕契约中涉及到订立合同时尚未出生的婴儿的权利保护问题。

第四、代孕契约不得违反相关法律的强行性规定。对于代孕的类型、代孕子女的法律地位、代孕母及受术夫妻所应符合的条件均应由有关法律做出明确规定。

### 2. 代孕契约的性质与立法定位

关于代孕契约的性质，学界有不同的观点。第一，承揽合同说。该说认为，在代孕这一承揽合同中，承揽人(代孕母)应依照定作人的要求，亲自孕育胎儿，在胎儿出生后将婴儿交给求孕夫妇，由委托夫妻支付相应的报酬。

第二，委托代理合同说。该说认为，代孕契约是一种特殊的委托代理合同。其特殊性在于：首先，法律关系主体的双方是特定的，委托方是已婚不能生育或已婚不愿生育的夫妻，受委托方是已婚有生育能力的女性。其次，法律关系的客体非现有民法所规定的物、行为、智力成果、特定的人身利益及特定的权利，而是代孕母亲的子宫和婴儿，是人体的器官和人类自身。

第三，雇佣合同说。其意为委托夫妻雇佣代孕母，代孕母按要求从事一定的劳务(即代委托夫妻生孩子)。第四，

租赁合同说。将代孕视为一种出租子宫的行为。

笔者认为,代孕协议实质上是一种身份上的契约,在一定的范围内当事人具有通过意思自治达成协议的权利,但因代孕契约涉及到较强的伦理问题,为防止代孕生育的滥用,国家应加强对代孕契约的监督,对代孕的类型、代孕各方主体的资格、代孕子女的法律地位及相关法律责任均由法律做出严格规定,同时适当允许当事人在不违反法律强制性规定的情况下,对相关问题做出约定。代孕契约的意思自治性被大大弱化。

代孕的意思自治性与国家干预性难以截然分开,代孕的成立应建立在代孕母、受术夫妻等当事人真实自愿的基础之上,是基于对代孕各方当事人利益的维护。由于代孕涉及到未出生婴儿利益的保护,强调代孕契约意思自治性的同时,不可忽视国家的监督。从赞成代孕的国家的发展趋势来看,各国已逐渐抛弃单纯的代孕契约的意思自治性,不断加强国家对代孕的监督管理,强化国家监督主义的理念。我国的代孕立法,应顺应这一发展潮流。对于代孕契约不应由合同法加以调整。

我国《合同法》第2条第2款规定:“婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议,适用其他法律的规定。”从而将代孕契约排除于合同法领域。代孕契约较强的身份法特征,决定了其在身份法中的发展空间,可考虑在未来我国制定民法典时,在亲属法编对相关问题进行规定。

当然,对于代孕协议涉及到财产的内容,比如相关代孕费用的求偿权等,若与一般民事合同无本质差别,仍然可要适用民法的平等自愿等原则及合同法的相关规定。

### 3. 代孕契约的核准与监督

从上文可知,代孕的意思自治性与国家干预性难以截然分开。为了保障公共秩序,代孕不单纯是私法上当事人之间的民事行为,而且也是应由国家行政权力干预的社会性行为。为了对代孕进行有效控制,在对代孕的主体条件进行严格法律规定的同时,国家应以相关行政管理部门为依托,设立一个统一的专门行政机关负责代孕契约的审核、批准和监督。代孕契约未经核准登记的,不生法律效力。

审核的事项主要应包括:第一,审核代孕母与委托夫妻是否符合法律所规定的主体资格;第二,审核代孕契约中约定进行代孕手术的医院是否具有相应的资质。第三,代孕契约所约定的代孕主体的权利义务是否符合法律强制性规定,是否公平合理,等等。

### 4. 代孕契约的内容与效力

代孕契约的内容,即代孕契约双方当事人不违反法律强制性规定的前提下,对相互之间权利与义务关系的约定。为保障代孕契约的顺利履行,维护当事人尤其代孕母的合法权利,笔者认为代孕契约中至少应包括以下的条款:

第一、亲权归属条款。代孕母及其丈夫自始不对代孕子女享有亲权和监护权;委托夫妻自始对代孕子女享有亲权和监护权。

第二、费用及报酬求偿条款。包括代孕母怀孕期间所有与代孕之相关费用及代孕契约所约定的报酬。

第三、契约终止条款。自契约被核准后10个月内,若代孕母仍未受孕,任何一方可终止合约。

第四、隐私权条款。代孕母不得向代孕子女披露其为委托夫妻进行代孕的事实。

第五、探视权条款。代孕母是否享有对代孕子女的探视权得由当事人自行约定。

第六、堕胎权条款。若代孕严重影响到代孕母的自身健康,代孕母可自行决定堕胎,委托夫妻仍须支付相应的代孕护理费和代孕费用。

第七、健康权条款。若代孕导致代孕母产生疾病等影响健康的后果,代孕母享有对委托夫妻的合理范围内的利益补偿请求权。

第八、责任条款。代孕母中途拒绝接受人工受孕或无正当理由堕胎时,须返还健康护理费、代孕医疗费等由委托夫妻已支付的费用,并丧失报酬请求权。

代孕契约经相关部门核准登记后,发生法律效力。原则上双方当事人不得随意变更。对于已经生效的代孕契约,是否具有强制执行力,不同国家和地区做出了不同的回答。美国2000年《统一亲子法》修正案规定:代孕契约未经法院听证许可的,契约无效,不得强制执行;代孕契约经法院听证并裁定许可的,契约有效并可强制执行,委托夫妻凭法院的亲权令成为代孕子女的法律父母,法院在必要时,可命令代孕母向委托夫妻交付子女。然而多数开放代孕的国家和地区均规定代孕契约不可强制执行。

考虑到我国的国情及法律现状,我国立法似不应赞成代孕契约的强制执行,可考虑在代孕母不交付孩子时,通过判处一定数额金钱处罚的方式来迫使代孕母履行交付义务。

综上所述,为了给代孕生育的发展提供一个良好的法律环境,对因代孕而引起的社会关系变化做出法律调整,防止代孕技术的滥用,我国有必要对代孕进行相关立法。我们可以做出以下立法选择:第一,制定专门的《人工生育法》(或称为《辅助生殖法》),在其中对代孕所涉及的问题做出具体规定。第二,修改婚姻法、继承法等现行法,对代孕等人工生育问题做出规定。第三,在未来民法典的婚姻家庭编(或称为亲属编)对上述问题做出规定。

## 郭明瑞:民法典编纂中继承法的修订原则

2015年7月18日 《比较法研究》2015年第3期 郭明瑞

摘要:在启动民法典编纂的前提下,继承法的修订应遵循体系化,重视传统,保护私有财产,维护家庭、家族和社会和谐的原则。继承法的修订应从民法典的体系上考虑继承法的内容,继承法的规定应与其他法律制度相衔接,

继承法中的各项规则不能相互冲突。继承法修订时对于优良的历史传统或民间习俗应予以坚持，对现行法的规则能不改的就应不改，对各民族的习俗应予以充分尊重。继承法应最大化地保护私有财产权，凡合法取得的财产都应规定为遗产的范围，应扩大法定继承人的范围，在遗嘱制度的设计上应最大限度地尊重被继承人的意愿，减少继承权绝对丧失的事由。继承法中应规定特留份，承认继承合同，应规定继承权的放弃不得损害他人的利益，被继承人不得以处分财产来规避债务清偿。

关键词：民法典继承法修订原则

我国现行《继承法》颁布已经 30 年。最近几年法学界一直呼吁修订《继承法》。2010 年全国人大会上梁慧星教授作为全国人大代表曾提出修订继承法的提案，笔者也在《法制日报》上发文，建议立法机关应及时对继承法进行修订完善，并提出修改完善的主要问题包括：关于继承权制度、关于遗产范围、关于法定继承人的范围和顺序、关于代位继承、关于遗嘱形式、关于特留份、关于补充继承、关于遗嘱执行制度、关于遗赠制度、关于继承开始的时间和地点、关于遗产分配制度、关于债务清偿等。(1) 在 2014 年民法学年会上笔者提到继承法修订中有三方面的重大问题：一是关于遗产的范围；二是关于法定继承；三是关于遗嘱继承。(2) 可以说，最近几年学者对于继承法修订极为关注，有许多研究成果。然而，对于修订的内容，具体制度的完善、补充和构建也有不同的观点。笔者认为，各种不同的观点难有对错之分。具体采取何种意见决定于修法的价值目标。笔者认为，在启动民法典编纂的前提下，修订继承法应遵循一定的原则，方能修成一部“良法”。

### 一、体系化原则

继承法为民法的重要组成部分，在制定有民法典的国家，继承法均为民法典的一部分，在潘德克吞式立法模式中，继承法更成为民法典的一编。我国的继承法也不例外地为民法的重要组成部分。我国现行《中华人民共和国继承法》(以下简称《继承法》)是以第三次民法典编纂的民法草案(第四稿)中的继承编为基础制定的，然而，由于《继承法》颁布时仅有《中华人民共和国婚姻法》这一部民事法律，因此，或是为了需要，或是因无其他法为基础，《继承法》在内容和制度设计上并未从整个民法的体系上考虑。自 1985 年《继承法》颁布以后，我国又相继颁布了《民法通则》《合同法》《物权法》《侵权责任法》《专利法》《商标法》《著作权法》等民事法律，中共十八届四中全会时，编纂民法典再次被提到日程上。在这种现实的法律环境、立法条件下，修订《继承法》就应特别注意坚持体系化原则，而不能仅就《继承法》的修订谈修订。体系化原则，要求整合不同的法律渊源，从而实现条文适用上的协调性

和一致性。坚持体系化原则，应特别注意以下问题。

一是应从民法典的体系上考虑继承法的内容，不应由继承法规定的不予规定。例如，现行《继承法》第 8 条是关于继承权回复请求权诉讼时效的规定。该条中规定“继承权纠纷提起诉讼的期限为二年”，这一将诉讼时效期间表达为“提起诉讼的期限”显然不妥，应予修正。而因这里规定的“继承权纠纷”的诉讼时效期间与《民法通则》中规定的一般诉讼时效期间并无不同，因此，从体系上考虑，修法时对于继承回复请求权的诉讼时效则不必规定，也不应再规定，除非立法者认为该诉讼时效属于特别诉讼时效。现行《继承法》之所以规定诉讼时效，与当时并无《民法通则》规定的时效制度有关。再如，被继承人死亡后受孕的胎儿可否继承和受遗赠，对此有肯定与否定两种观点。笔者是持否定观点的。实际上，这个问题不仅涉及胎儿的主体地位(权利能力及利益保护)，还涉及亲子关系的认定。只有从胎儿的法律地位及亲子关系的认定上统一考虑，才能就被继承人死亡后受孕的胎儿可否继承得出较合理的解决方案。按照体系化原则的要求，这部分内容应于总则主体制度和婚姻家庭法的亲子关系中一并规定，而不应在继承法中规定。再如，众所周知，提出《继承法》修订的一个重要原因是，与《继承法》制定的时代(1985 年)相比较，私有财产数量、种类、范围等发生了极大的变化，现行《继承法》已不适应这一变化。最近的胚胎第一案还提出胚胎是否为遗产、可否继承问题。如果仅就继承法的适用而言，修订《继承法》需要对个人财产的变化作出回应。但从民法体系上考虑，有关财产的种类、范围等涉及的是(法律关系)权利客体，这应由民法总则规定。还有如死亡推定等问题。我国现行司法解释规定：“相互有继承关系的几个人在同一事件中死亡的，如不能确定死亡先后时间的，推定没有继承人的先死亡。死亡人各自都有继承人的，如几个死亡人辈份不同，推定长辈先死亡，几个死亡人辈份相同的，推定同时死亡，彼此不发生继承，由他们各自的继承人分别继承。”(3)这一规定采取死亡在先和同时死亡相结合的原则，虽有利于避免出现无人继承的现象，但不完全符合自然人死亡的自然法则，因此，学者也提出应予以修正，如改为：“死亡人辈份不同的，若晚辈未成年，则推定晚辈先死亡；若晚辈已成年，则推定长辈先死亡。”(4)从体系上看，死亡推定与自然人主体资格的终止相关，应与总则中关于自然人死亡宣告的规定相协调。

二是继承法的规定应与其他法律制度相衔接。我国在已有基本民事法律的情况下，之所以提出编纂民法典，其原因之一就是克服现行单行民事法律重复、重叠、不统一、不衔接等体系性缺失问题。(5)因此，现在修订《继承法》，要从民法体系化上着眼，使民法各部分的制度相互衔接，不冲突。例如，遗产是继承权的客体，关于遗产的规定是修订继承法的一个重大问题。继承法中关于遗产的规定不能与总则中客体的规定以及物权法、知识产权法、债权法等的相关规定相冲突。在修订《继承法》的讨论中，关于遗产的争论重点之一就是宅基地使用权、土地承包经营权、农民房产是否可继承。对此有完全不同的两种观点。(6)但如从《物权法》上规定的物权属性来考察这些权利，其作为遗产应不会有疑问。因为，物权法上的物权，除专为特定人设定的物权(7)外，在任何国家都

为权利人的财产，可以继承。我国《物权法》明确规定土地承包经营权、宅基地使用权为用益物权，如继承法上不承认其可为遗产，则与《物权法》的规定相冲突。至于农民的房产，如认为城镇居民可以继承，但不能取得宅基地使用权，且不说没有宅基地使用权的房屋所有权是否能称得上房产，就是合法取得房屋所有权却不能取得宅基地使用权的观点也与《物权法》上“地随房走”或“房随地走”的制度设计不一致。现行《继承法》第4条的规定显然与《物权法》的规定相冲突，应予删除。再如，《物权法》上关于因继承或者受遗赠取得物权的时间的规定（第29条）与继承法上关于继承开始、遗赠效力的规定应相一致，而现行《继承法》并未规定受遗赠何时发生效力。受遗赠是否也是于继承开始时生效，就是修订《继承法》或《物权法》时应从民法体系上考虑的问题。另外，现行法上的遗赠扶养协议，应与《合同法》的规定相衔接。作为法定继承人的亲属应与婚姻法或家庭法中的亲属规定相衔接。并且，《继承法》上规定的继承开始的时间应与夫妻的共同财产制一并考虑。按现行法的规定，在夫妻关系存续期间一方继承的财产构成夫妻共同财产，而继承人从继承开始就当然取得遗产所有权。现实中，有的夫妻在离婚期间甚至在判决离婚而判决尚未生效期间，一方的亲属死亡而可继承取得大笔遗产，这笔遗产就成为夫妻共同财产，另一方可予以分割。这非常不合理，也与被继承人的意思相悖。这类问题，只有从体系上考虑，才能得到较好的解决。当然，这里所说从体系上考虑，是就民法典编纂而言的，并非就是说《继承法》修订时应以其他法的规定为基础，而是说在这些制度的设计上要从整个法典体系上考虑。

三是继承法中的各项规则之间的关系、安排应从体系上考虑，相互间不能冲突。如遗产债务的清偿与有限继承、遗赠等的关系不能冲突等。修法讨论中有人提出孙子女、外孙子女的继承顺序，这就与代位继承相冲突。

## 二、重视传统原则

继承制度不仅与其他民事法律制度相关，而且与一个国家和民族的传统文化、习俗相关。一国的继承制度不能脱离自身历史形成的传统。在《继承法》的修订中，坚持重视传统的原则，主要体现在以下三个方面。

一是对于历史传统或民间习俗，只要不与社会主义道德、法律原则相悖，就应坚持。例如，我国传统上是按支继承的。现行《继承法》第12条规定，丧偶儿媳对公、婆，丧偶女婿对岳父、岳母尽了主要赡养义务的，作为第一顺序继承人，而不论其是否有子女。这一规定，尽管其目的是为了鼓励丧偶儿媳或女婿赡养老人，但不符合按支继承的传统。按照按支继承的传统，这些人可作为第一顺序继承人参与继承的，只能限于没有晚辈直系血亲者。因此，这一规定应予以修正。笔者曾主张，若仍坚持现行继承法作此规定的目的，修法时应改为：丧偶儿媳对公、婆或丧偶女婿对岳父、岳母尽了主要赡养义务，没有代位继承人的，为第一顺序继承人。（8）再如，民间习俗上，对于将继承人已于被继承人生前所受的特种赠与归入遗产，并于其应继承份额中扣除。这一习俗有利于平衡继承人之间的利益，增进相互间的团结。因此，《继承法》修订时应增补赠与的冲抵即遗产分割归扣制度。（9）

二是对于现行法的规则，能不改的就不应改。我国现行《继承法》是以自中华人民共和国成立前解放区根据地就已经实施的继承政策为基础制定的，至今也已经施行近30年。《继承法》规定的一些规则已经形成一种传统，对此，除非有重大的事由，否则就不应更改。例如，关于法定继承人的继承顺序的修订，有的主张，子女为单独第一顺序，配偶、父母为第二顺序；也有的主张配偶不列入固定的顺序。（10）这些观点都有一定道理，但笔者认为，不将配偶列入固定顺序，而将配偶与其他继承人放在一起参与继承，这与现已形成的传统不相符。实际上，关于配偶的继承顺序问题，在第一次编纂民法典时就提起，最终立法机关的意见还是将配偶列入固定的顺序（第一顺序）。笔者认为，就现在的亲属关系间的密切程度而言，一般说来，“兄弟姐妹之间的经济和情感上的联系是无法与配偶间的经济和情感上的联系相比较的，没有理由让配偶与兄弟姐妹于同一顺序继承被继承人的遗产”。（11）因此，对于将配偶列入固定顺序的现行立法规定，不应更改。

三是对于各民族的习俗予以尊重。我国是一个多民族的国家，各民族在遗产继承上有不同的习俗。《继承法》主要是以汉民族的继承习惯为基础制定的，现行《继承法》第35条特别规定“民族自治地方的人民代表大会可以根据本法的原则，结合当地民族财产的具体情况，制定变通的或者补充的规定”。在《继承法》修订时，仍应为各民族自治区域根据民族习俗制定变通的或者补充的规定留有足够的空间。

## 三、保护私有财产权原则

保护私有财产权是宪法原则，也是继承法的立法目的。继承权是私有财产权的合理合法的延伸。因此，修订《继承法》时，在制度设计上应以最大限度保护私有财产为原则。

其一，凡是自然人合法取得的财产，只要不属于人身权利，不论其是物权、债权、知识产权，还是财产义务、财产性法律地位，都应列为遗产的范围。例如，不仅网络财产，甚至连淘宝网上淘宝店也应为遗产，可予以继承。（12）当然，从体系上考虑，笔者认为关于网络虚拟财产的性质应在总则中规定。为保障自然人合法财产都可继承，有关遗产的范围如何规定，也就成为《继承法》修订中的一个重要问题。对此有不同的主张：有的主张列举遗产的范围；有的主张不列举遗产的范围，仅规定不得继承的权利义务；有的主张从两方面规定，既列举遗产的范围，又规定不得继承的权利义务。如王歌雅教授认为，遗产是被继承人死亡时遗留的个人财产，包括：（1）房屋、林木、牲畜、储蓄等不动产或动产所有权；（2）个人享有的土地承包经营权和承包收益；（3）建设用地使用权；（4）可继承的财产权及其担保；（5）有价证券载有的财产权利；（6）股权或合伙中的财产权益；（7）知识产权中的财产权益；（8）被继承人享有的人格权衍生的财产权益；（9）互联网中的虚拟财产；（10）被继承人的其他财产权益。被继承人的专属性权利和法律规定不得继承的权利不属于遗产。涉及个人信息权、隐私权的互联网虚拟财产不属于遗



产。(13) 张玉敏教授则认为, 现行《继承法》对遗产采列举方式在当时或许有其必要性和合理性, 但是, 在今天, 它已经既没有必要性, 也没有合理性, 仅单纯规定“继承人承受被继承人的全部财产权利、义务和责任, 但是专属于被继承人自身, 因继承开始而消灭者除外”即可。(14) 笔者认为, 为避免挂一漏万, 以及应对未来社会的发展, 在《继承法》修订时, 不应再对遗产采具体列举方式, 而应从反面规定不得继承的权利义务。(15)

其二, 扩大法定继承人的范围。保护私有财产权, 应尽量使私有财产有人继承, 而不易出现无人继承又无人受遗赠的财产。现行的《继承法》将法定继承人的范围仅限于三代内的近亲属, 再加之计划生育政策的实施, 更易出现无法定继承人继承遗产的现象。如前段时间某高校一副教授的遗产案就因现行《继承法》规定的继承人范围过于狭窄而使遗产的处置陷入两难之中。(16) 因此, 学者一致主张, 《继承法》修法时要扩大法定继承人的范围。多数学者主张将法定继承人的范围扩大到四亲等的亲属。笔者也赞同这种主张。我国传统上也一直有侄子女继承的传统, 这种扩张与传统习俗相符。当然, 这也需要在婚姻法或家庭法作出相应的回应。

其三, 尊重被继承人的意愿。近 30 年来, 人们的权利意识逐渐增强, 自己生前处分其财产的现象日益普遍。这表现在通过遗嘱处理自己的私有财产及其他事务的, 已成为较普遍而非个别的现象。可以说, 在某种意义上遗嘱继承已成为遗产继承的主要方式。因此, 修订《继承法》时, 特别要重视遗嘱继承制度的完善。现行法关于遗嘱继承的规定, 一方面过于简单, 另一方面没有以尊重被继承人的真实意愿为出发点。笔者曾提出, 遗嘱继承, 涉及遗嘱能力、遗嘱内容、遗嘱形式、遗嘱的执行等等问题。这些制度的设计, 在修法时, 都应最大限度地尊重被继承人的意愿。例如, 关于遗嘱的形式, 既要考虑现代技术条件下遗嘱形式的多样性, 更要考虑遗嘱之所以为要式行为是为了保障遗嘱为立遗嘱人的真实意思, 因此, 不可仅因形式有瑕疵, 就否定遗嘱的效力(17) 再如, 被继承人立有数份遗嘱的, 依现行规定, 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, 以最后的遗嘱为准。这一规定所确立的遗嘱类型的效力及遗嘱变更、撤销规则, 并不是以确定遗嘱为立遗嘱人的真实意愿为基准。现实中有这样一个案例。一位老人由四个子女轮流赡养, 老人每到一个子女家就立一份公证遗嘱, 表示由该子女继承其房产。最后老人去世, 四个子女都以有公证遗嘱要求继承房产。这种情形下, 能以最后一份公证遗嘱为准吗? 显然, 最后一份公证遗嘱也并非该被继承人的真实意思。

其四, 减少继承权绝对丧失的情形, 扩大继承权相对丧失的情形。继承权绝对丧失, 继承人是绝对不能继承被继承人遗产的, 即使被继承人原谅也不可。因此, 从尽量使财产有人继承, 又尊重被继承人意思上考虑, 应将一些绝对丧失继承权的事由改为继承权相对丧失的事由。现行《继承法》第 4 条规定的继承权丧失的四种事由中只有一种属于相对丧失的事由, 应予修正。梁慧星教授主持的《中国民法典草案建议稿》第 1940 条“继承权丧失”中规定了五种丧失继承权的事由, 除去“为争夺遗产而杀害其他继承人的”情形外, 都属于相对丧失。其立法理由是: “我国现行继承法对相对丧失继承权范围的规定过于狭窄, 对被继承人的意思自由尊重不足。如果被继承人在生前饶恕了继承人对自己的不法行为, 愿意其继承遗产, 法律并无必要加以干涉。在实务中, 也确有继承人实施不法行为之后痛改前非而得到被继承人宽恕的情形。此种情形如仍使继承人丧失继承权并无意义。”(18) 此观点颇值赞同。例如, 杀害被继承人的, 依现行规定为继承权绝对丧失的事由。这从道德上考虑是理所当然的。但另一方面考虑, 发生这种情形的原因很多, 如果事后实施行为的行为人确实悔改、被继承人对实施杀害行为的继承人予以宽恕, 又何必剥夺其继承权呢? 如某一独生子与其父发生争执动手杀害其父未遂, 事后该子悔恨不已, 对其父十分孝敬, 而其父也原谅其当年的行为。若否定该子对其父遗产有权继承, 岂不违背了被继承人的意愿?

#### 四、维护家庭、家族和社会和谐原则

继承既涉及婚姻家庭、家族成员内部间的关系, 也涉及与社会其他成员(如债权人、债务人)的关系。好的继承制度不仅应体现私法自治原则, 还应有利于维护家庭、家族和社会的和谐。为此, 在《继承法》的修订中至少还应考虑以下问题。

一是规定特留份。现行《继承法》第 19 条规定: “遗嘱应当对缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额。”这是以必留份制度限制遗嘱自由。这一制度在设定当时有其合理性, 但现在已不适应需要, 显得不合理。笔者曾指出, 必留份的不合理之处在于, 只要法定继承人不属于缺乏劳动能力又无生活来源的人, 被继承人就可以自由处分全部遗产而不给继承人留下任何遗产。这样既有违基本伦理, 不合常情, 也不利于家庭关系的稳定, 不能适应现阶段家庭职能的要求。(19) 为维护亲属关系的稳定、和谐, 有必要规定特留份制度。特留份是法律规定的由特定继承人继承的应继份额, 是对被继承人滥用遗嘱自由权的限制。《继承法》修订中应增设特留份制度, 学者对此基本达成共识, 争议的仅是享有特留份的继承人范围。笔者赞同以近亲属为特留份主体的观点。

二是承认继承合同。现行《继承法》第 31 条规定了遗赠扶养协议。遗赠扶养协议制度主要是为“五保户”的扶养设计的, 扶养人通常为法定继承人以外的人。因此, 尽管有学者认为遗赠扶养协议也属于继承合同的一种, 但它与继承合同是不同的。继承合同也称继承扶养协议, 是由被继承人与继承人订立的以继承人扶养义务的履行及遗产取得为内容的协议。现实中, 有的被继承人与法定继承人之间往往就赡养与继承订有协议, 约定由某继承人赡养被继承人并取得其全部遗产。对于此类继承合同, 只要不违背公序良俗, 应予以认可。(20) 这既有利于继承人更好地尽扶养义务, 也有利于增强法定继承人之间的和睦。

三是规定继承权的放弃不得损害其他人的利益, 包括债权人、被扶养人的利益。继承权的放弃是继承人的权利和自由。但任何权利和自由的行使都不能损害他人的合法权益。现实中, 有的继承人因有债务或需其扶养之人,

若取得遗产则需用于清偿债务或扶养被扶养人，为避免将所得遗产用于偿债或扶养被扶养人，而放弃继承。此种放弃继承权的行为，实际上损害了债权人或被扶养人的利益。法律应予干涉。因此，笔者主张修法时应明确规定：继承人放弃继承权，致使其不能尽其应尽的扶养义务的，其放弃行为无效；〔21〕继承人放弃继承损害其债权人利益的，债权人可以申请人民法院撤销继承人放弃继承的行为。〔22〕对于债权人可否撤销继承人放弃继承的行为，有学者持否定观点，其主要理由是放弃继承属于身份行为，身份行为不能为撤销权的标的。此种观点不能赞同。笔者认为，继承权虽以一定的身份为基础或条件，但它本身不属于身份权，而属于财产权，它是取得财产权益为内容的。

四是规定被继承人不得以处分财产来规避债务清偿。现实中，有的被继承人以遗嘱将其遗产处分，以避免其债务清偿；有的被继承人生前将其财产予以不合理的处分致使遗产减少，损害被继承人的债权人利益。这些行为严重损害债权人利益，法律也须采取相应的对策。对此，一是赋予债权人以撤销权。“被继承人生前通过赠与或明显不合理的价格进行交易，导致遗产不当减少，对债权人造成损害的，债权人可以行使撤销权。”〔23〕二是在遗产的处理程序中规定遗产债权的公告、遗产债务的清偿程序以及继承人和遗产管理人的责任。

注释：

郭明瑞，山东大学法学院教授，烟台大学法学院教授，法学博士。

〔1〕“郭明瑞谈继承法之‘大修’”，载《法制日报》2010年3月17日，第12版。

〔2〕郭明瑞：“《继承法》修订中的重大问题”，载《中国社会科学报》2014年10月22日，A07版。

〔3〕参见《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第2条。

〔4〕相关论述可参见郭明瑞、房绍坤：《继承法》，法律出版社2004年版，第185—187页。

〔5〕参见柳经纬：“民商事法律体系化及其路径选择”，载《河南财经政法大学学报》2014年第6期，第38—40页。

〔6〕相关争议可参见刘保玉、李运杨：“农村土地承包经营权的继承问题探析”，载《北方法学》2014年第2期，第5—14页；刘凯湘：“论农村土地承包经营权的可继承性”，载《北方法学》2014年第2期，第20—28页。

〔7〕如居住权等类型，我国《物权法》上未规定。

〔8〕郭明瑞：“完善法定继承制度三题”，载《法学家》2013年第4期，第112页。

〔9〕如梁慧星教授主持的《中国民法典草案建议稿》第1942条“赠与的冲抵”规定：“继承开始之前，继承人因结婚、分居、营业以及其他事由而被继承人处获得的赠与的财产应当列入遗产范围，但被继承人生前有相反意思表示的除外。”“前款规定的赠与数额应当在遗产分割时从该继承人的应继份中扣除。”“赠与的具体数额应当依赠与当时的价值计算。”参见梁慧星：《中国民法典草案建议稿附理由：继承编》，法律出版社2013年版，第23—24页。

〔10〕如张玉敏教授主张，法定继承人分为四个顺序，配偶不固定在某一顺序，可以和任一顺序的血亲继承人共同继承。具体参见张玉敏：《中国继承法立法建议稿及立法理由》，人民出版社2006年版，第9—10页。

〔11〕同注8引文，第114页。

〔12〕参见郭育艳：“网络虚拟财产继承问题研究”，载《河南财经政法大学学报》2014年第1期，第116—120页。

〔13〕王歌雅：“《继承法》修正：体系建构与制度选择”，载《求是学刊》2013年第2期，第79—80页。

〔14〕同注10引书。

〔15〕梁慧星教授主持的《中国民法典草案建议稿》第1941条“遗产的范围”规定：“遗产是自然人死亡时遗留的个人合法财产。”“前款规定的遗产包括自然人因死亡而获得的未指定受益人的保险金、补偿金、赔偿金以及其他基于该自然人生前行为而应获得的财产利益。”“下列权利义务不得作为继承的标的：（一）与被继承人人身不可分割的人身权利；（二）与被继承人人身有关的专属性债权债务；（三）法律规定不得继承的其他财产。”具体参见梁慧星主编：《中国民法典草案建议稿附理由：继承编》，法律出版社2013年版，第21页。

〔16〕本案的案情为：某高校一副教授死亡时留有一笔遗产。该人无父母、子女、配偶，生前也未立遗嘱。其有侄子女。在其生前，侄子女也经常来探望。其死亡后，侄子女要求继承其遗产，学校也同意将遗产给其侄子女。但根据现行法的规定，侄子女不能继承，该副教授的遗产属于无人继承又无人受遗赠的财产，应归学校。最终，只能根据《继承法》第14条规定，以其侄子女“对被继承人扶养较多，可以分给他们适当遗产”为由，将该副教授遗留的动产给予其侄子女。

〔17〕具体参见郭明瑞：“论遗嘱形式瑕疵对遗嘱效力的影响”，载《求是学刊》2013年第2期。

〔18〕同注9引书，第17页。

〔19〕同注8引文，第117页。

〔20〕张玉敏教授主持的《中国继承法立法建议稿》第54条中规定：“被继承人可以与共同继承人订立继承合同，约定由一个或几个继承人承担赡养（扶养）被继承人的义务，被继承人死后，由承担赡养（扶养）义务的继承人按照继承合同继承遗产。合同对赡养（扶养）人继承遗产的部分未作明确约定的，视为继承全部遗产。”参见注10引书，第16页。

(21)《最高人民法院关于贯彻执行继承法若干问题的意见》第46条规定：继承人因放弃继承权致其不能履行法定义务的，放弃继承权的行为无效。

(22)梁慧星教授主持的《中国民法典草案建议稿》第2012条规定：“继承人放弃继承损害其债权人利益的，债权人可以申请人民法院撤销继承人放弃继承的行为，但继承人提供充分担保的除外。”“债权人在知道或者应当知道继承人放弃继承之日起六个月内未行使前款规定的撤销权的，其撤销权消灭。”同注9引书，第173页。

(23)同注13引文，第82页。

## (二) 法官视点

### 惩治虚假诉讼的法律路径构建

2015年7月1日 人民法院报 张智全

近年来，有关虚假诉讼的消息不时见诸媒体。立案登记制施行后，因立案门槛的降低，滥诉权而导致虚假诉讼的情况也时有发生。如何防范和惩治虚假诉讼，是人民法院必须解决的现实课题。

虚假诉讼，是指当事人出于非法的动机和目的，利用法律赋予的诉讼权利，采取虚假的诉讼主体、事实及证据等方法提起诉讼，诱使法院作出错误的判决、裁定、调解的行为。从表现形式来看，虚假诉讼的当事人通常利用诉讼“游戏规则”或者法律漏洞，采取恶意串通、虚构法律关系、捏造案件事实等方式向法院申请支付令或提起诉讼，或者利用虚假调解文书、仲裁裁决、公证文书向法院申请执行。如果虚假诉讼一旦得逞，相关当事人就会以合法形式规避应当承担的法律义务，取得不应取得的利益，损害相对权利主体的实际利益和社会公共利益。虚假诉讼不但扰乱司法秩序，浪费有限的司法资源，而且也严重损害司法公信，其危害不容小觑。

虚假诉讼多发，究其根源，除了诚信缺失导致无利不起早的贪婪和诉讼“游戏规则”盛行等因素外，相关法律不够健全完善而存在的百密一疏之漏洞，是虚假诉讼屡禁不止甚至日益蔓延的重要根源。良法是善治之前提，完善法律，以严格的法律规制虚假诉讼，也就势在必行。

首先，应完善刑事立法。目前对于虚假诉讼的惩治，主要的法律依据是现行刑法第三百零六条的相关规定。从内容上看，该法条惩治的对象仅限于刑事诉讼领域的伪证行为，而刑法的“罪刑法定”“法无明文不为罪”的基本原则，实际上排除了刑法对虚假诉讼的适用，虚假诉讼行为并不构成犯罪。同时，需要注意的是，司法实践中，虚假诉讼大量存在于民事诉讼领域，刑法仅对刑事诉讼伪证行为定罪量刑，不对民事虚假诉讼行为作出禁止及处罚规定，明显让民事虚假诉讼行为的惩治处于无法可依的尴尬境地。没有刑罚的强有力威慑，某些人在巨大利益的诱惑面前，自然会更加有恃无恐。故此，有必要修改刑法第三百零六条，适当扩大伪证罪的适用范围，让发生在民事诉讼中的某些虚假诉讼严重违法行为能够以伪证罪追究刑事责任；或者在刑法中增设民事虚假诉讼罪，专门规制特定的虚假诉讼行为，从而以刑罚的威慑遏制虚假诉讼的蔓延。

其次，应建立虚假诉讼民事侵权损害赔偿制度。虚假诉讼得逞的直接后果之一是造成第三人重大经济损失，行为人构成了对第三人的侵权，其情形完全符合民事侵权损害赔偿的构成要件，因此有必要在法律上予以明确，从而畅通受害人索赔渠道，让虚假诉讼者在经济上得不到任何便宜。经济上的惩罚，能够有效提高违法成本，虚假诉讼始作俑者不当获利的动机必然大幅减少，有助于从源头上防范虚假诉讼的产生。

再次，应完善民事证据审查制度。虚假诉讼多系双方恶意串通，其证据双方均无异议，现行民事证据规则中“对双方无异议的证据应予认定”的规定明显迎合了虚假诉讼者的恶意诉求。故此，有必要通过司法解释，将该规则作出例外之规定，即对双方串通伪造，可能有损国家、集体、公民合法权益的证据是不予认定的例外，从而通过对证据认定的例外原则，有效地识别和防止恶意串通形成的虚假诉讼。

依法惩治虚假诉讼，确保正本清源，不可能毕其功于一役，需要长期不懈地打好“持久战”。只有坚持法律路径的三维构建，充分发挥法律的震慑作用，才能真正有效惩治虚假诉讼，最大限度地释放公平正义的正能量。

### 农村分家析产类案件呈逐年递增态势，专家提醒——

#### 走出宅基地房动迁认知误区

2015年07月07日 上海法治报 记者 刘士心 通讯员 张晓莉

本期专家：上海市嘉定区人民法院嘉北人民法庭严林林庭长。长期从事民事审判工作，对婚姻家庭、继承、分家析产等案件具有丰富的理论及实践经验。

近年来，伴随城市化进程的不断加快，征地拆迁工作全面铺开，一户家庭往往因为宅基地房屋动迁而获得数套安置房屋。在巨大经济利益的驱动下，一些原本和睦的家庭为了房产分配争执不休，大量纠纷进入司法程序。以嘉定法院为例，近三年来，该院分家析产类案件收案数呈逐年递增态势，其中2012年收案166件、2013年257件、2014年316件。

在司法实践中法官发现，不少当事人因为对法律规定的认识不足而陷入误区，比如有些当事人混淆了宅基地房屋所有权和宅基地使用权的概念，误以为宅基地使用权可以继承；有些当事人不清楚宅基地房屋动迁利益的分配规则，误以为动迁利益应当在建房申请人之间均分等等，然而法院最终的处理结果却往往与当事人的预期相去甚远。

那么农村宅基地房屋中涉及的动迁利益究竟应如何分配？今天，上海市嘉定区人民法院嘉北人民法庭庭长严林林做客“专家坐堂”，为读者解析农村宅基地房屋当中的法律关系。

### 【案例 1】

#### 老房动迁获安置 叔伯兄弟起争议

沈国平与沈国勤是同胞兄弟，他们可能怎么都想不到，在他们死后，两家人会因为争夺房产而闹上法院。

沈家的老宅子位于本市嘉定区，共有三部分房屋组成，一是祖传的南北 2 间房屋，1979 年由沈永辉（沈国平、沈国勤两兄弟的父亲）；二是沈国平、沈国勤夫妇和 4 名子女共 8 人一同申请建造的房屋；以及 1990 年由沈国勤夫妇及子孙等共 10 人一同申请建造的房屋（由于沈国平早年离开家庭前往市区工作，并在市区娶妻生子，因此 1990 年新建房屋时便没有写上他的名字）。

上世纪末本世纪初，弟兄二人相继去世，后辈们各自在市区和嘉定居住生活，原本也相安无事。然而，到了 2011 年，伴随城镇化的推进，老宅子被纳入了动迁范围。根据与拆迁单位签订的拆迁协议，沈国勤的子女们共取得 6 套安置房屋，这成为引发两家人矛盾的导火索。

沈国平的妻子陈慧清认为，公公沈永辉生前曾立有遗嘱，将祖传的南北 2 间房屋中的一间由长子，即自己的丈夫继承，此外在 1979 年申请建房时，丈夫也是申请人之一。现在老宅动迁了，自己及子女有权享有安置房屋的相应比例份额，然而沈国勤的子女却在未通知己方的情况下就与拆迁单位签署了安置协议，导致其未取得任何份额。

所以，要求获得 140 余平方的安置房屋建筑面积或者 180 余万元的安置房屋折价款。这样的请求让沈国勤的子女们无法接受，只同意给付陈慧清及其子女老宅子的房屋评估总价即 4 万余元。

法院经审理后认为，本案涉案被拆迁房屋系农村宅基地房屋，其中与沈永辉、沈国平有关的房屋为南北 2 间房屋及 1979 年申请新建的房屋，其余房屋则与其无关。

由于沈永辉、沈国平的去世早于上述房屋被拆迁，已非被安置对象，其原享有的宅基地使用权亦因去世而自然丧失，属其所有并可被继承的财产仅为南北 2 间房屋及 1979 年申请新建的房屋中所有权中的一部分，且该部分权益因房屋被拆迁而转化为对地上物的补偿，即被拆迁房屋评估总价中的一部分。本案中与被拆迁房屋的评估总价为 4 万元，经计算，其中属于陈慧清一方的份额仅为数千元。

在法官做了思想工作后，沈国勤的子女表示，愿以被拆迁房屋评估总价给付对方，这是对自己的部分民事权利的处分，该处分并无不当，可予照准。故法院判决 6 套安置房屋产权归沈国勤的子女所有，其应于判决生效日起 10 日内给付对方被拆迁房屋评估总价 4 万余元。

### 【专家解析】

#### 申请建房人死亡后 丧失宅基地使用权

农村宅基地房屋权利由宅基地房屋所有权和宅基地使用权组成，其拆迁权益亦由地上物补偿和宅基地使用权补偿组成。宅基地房屋所有权和宅基地使用权在权利性质等方面均存在差异。

宅基地房屋所有权即所有权人对宅基地上所附着房屋所享有的权利，在确定宅基地房屋权属时，应综合考虑土改证、宅基地使用证、建房用地审批等文件上核定的人员，以及房屋新建、翻建、改扩建等情况。农村宅基地房屋动迁后，地上物的补偿应在对被拆迁房屋的面积、装潢等予以综合评估后确定，司法实践中，被拆迁房屋评估总价往往为数万元至二十余万元不等。该地上物的补偿应归属房屋权利人，房屋原权利人已经死亡的，动迁补偿款可依继承关系进行处理。

宅基地使用权系农村集体经济组织成员以户为单位无偿提供给本集体经济组织成员的具有身份属性的一项权利，当一户人口因死亡、户口迁出宅基地所在集体经济组织等原因而出现减少时，宅基地应由一户中剩余的成员共同使用。换言之，申请建房人因死亡等原因而不再为集体经济组织成员时，即丧失宅基地使用权，故该项权利不发生继承。宅基地使用权的补偿款及安置房面积的购买权应由该户剩余的成员共同所有。

### 【案例 2】

#### 出嫁女儿要讨房产 金婚夫妻对簿公堂

刘康德和王月琴是一对结婚近 50 年的老夫妻，育有一子一女。1988 年，刘康德和自己的父母、妻子、子女一家六口共同申请建造了两上两下楼房一幢、灶间二间、猪棚二间。

1991 年刘建华（刘康德之子）娶妻，次年妻子沈娟生育一子刘明，沈娟、刘明均居住在 80 年代建造的老宅内。1996 年刘建英（刘康德之女）出嫁，出嫁后一直随丈夫居住，但户口尚未从老宅迁出。

2010 年，农村宅基地动迁，刘康德一家人分得了 3 套安置房。在此之前，刘康德的父母已先后辞世。因此，对分得的三套安置房，刘康德一家做了这样的安排：一套归刘建华一家三口所有，现由刘建华、沈娟、刘明实际居住；另一套归刘康德、王月琴夫妻与孙子刘明所有，现由刘康德、王月琴夫妻实际居住；还有一套归刘建华、沈娟夫妻所有，现房屋空置。

眼见房屋价格不断攀升，刘建英心想自己“损失”的是百万元的利益。由于王月琴平日里与媳妇关系一般，女儿刘建英就想以此为突破口，设法做通母亲工作，从而分得部分房产。

在女儿的软磨硬泡下，王月琴与刘建英一道，以刘康德、刘建华故意对母女俩隐瞒拆迁分配方案为由，向法院提起诉讼，要求确认上述三套安置房已被登记的处分行为无效，并请求对三套房屋重新分配。

庭审中，刘建英和王月琴提出的分配方案是一套房归刘康德和刘建华，一套房归王月琴和刘建英，一套房归刘康德、王月琴夫妇和刘建华、刘建英兄妹共有。但是这一方案显然不能被固守着农村传统观念的刘康德所接受，刘

康德始终认为，女儿出嫁从夫，家产应全部由儿子继承。

法院经审理后认为，刘家 80 年代的老宅是由刘康德的父母、刘康德、王月琴、刘建华、刘建英 6 人共同申请建造的。因此该宅基地房屋被拆迁后，王月琴和刘建英均应享有安置房屋的部分份额。但在确定各申请建房人在安置房屋中所享有的权利份额及实现权利的表现形式时，应在充分考虑其建房贡献、实际居住等情况后综合确定。

本案中，刘建英在共同申请建房时未满十八周岁，按照常理，未成年的家庭成员对需出资出力的家庭建房贡献有限；且其已出嫁多年，对被拆迁房屋的后续修缮、装潢等事项均由刘建华等实际居住人出资出力完成。根据权利义务对等原则，在宅基地及安置房屋权利上，刘建英所享有的权利应少于刘康德夫妇和刘建华。

此外，刘建华的妻子沈娟与其结婚已 20 余年，将户口迁入被拆迁房屋也已 10 余年，自结婚起即与丈夫、公婆共同居住于被拆迁房屋；刘建华的儿子刘明自出生起即为被拆迁房屋所在地村民，并与父母长辈共同居住于被拆迁房屋。因此尽管两人并非被拆迁房屋的申请建造人，但其在居住房屋被拆迁后亦应对安置房屋享有一定的居住等权利。

至于王月琴要求分割系争安置房屋的诉讼请求，法院认为刘康德夫妇在婚姻关系存续期间，且夫妻关系良好并共同居住于同一安置房屋内，且对共同居住的安置房屋享有共有产权，两人的共有基础并未丧失，亦不存在需要分割的重大理由，故对该诉讼请求不予支持。

最终，法院结合双方当事人彼此确认的安置房屋市场价格、安置协议确定的各项补偿款项及安置房屋差价款的实际支付情况等，判决维持 3 套房屋的原有权属状态，在此基础上刘康德、王月琴和刘建华须向刘建英给付安置房折价款人民币 45 万元，驳回王月琴和刘建英的其他诉讼请求。

### 【专家解析】

宅基地房屋动迁的利益 在应建房申请人间均分

宅基地房屋被拆迁后，被拆迁人往往选择按货币补偿金额同等价值的产权房调换的补偿安置方式，此时，按照安置协议所取得的安置房屋，系新、旧房屋的物权转化形式，因此拆迁时仍为集体经济组织成员的申请建房人一般均享有安置房屋权利。

至于在安置房屋中所享有的权利份额及实现权利的表现形式，应充分考虑各申请建房人的建房贡献、实际居住等情况综合酌定。例如在一些案件中，部分建房申请人因年迈、年幼、重病等原因对建房的贡献较少，根据权利义务对等原则，在确定宅基地房屋及安置房屋权利上，这些申请建房人所享有的权利应适当少于其他申请建房人。

此外，建房申请人之外的其他人也并非当然不能享受宅基地房屋动迁利益。例如申请建房人于申请建房后结婚生子，其配偶、子女等在宅基地房屋动迁后，对安置房屋亦可享有一定的居住等权利。

值得注意的一点是，根据“农村村民一户只能拥有一处宅基地”的有关规定，如果一人已经享受了宅基地使用权，则不能再享受其他宅基地使用权利。例如一些女性婚后在夫家另行申请建房，即便其是娘家房屋的申请建房人之一，也不再享有在娘家的宅基地使用权，娘家宅基地房屋动迁后，其仅可就地上房屋拆迁补偿获得相应份额的补偿款。

（文中当事人皆为化名）

## 担保人的遗产是否作为担保财产执行

2015 年 07 月 14 日 北京市长安公证处 转自《中国法院网》文/ 徐长松

### 【案情】

2013 年 8 月 9 日，江某向某商业银行借款 20 万元。借款到期后，江某未归还。某商业银行催收多次无果，遂起诉，安徽省太湖县人民法院作出（2014）太民二初字第某某号民事判决书，判决生效后，江某未履行，某商业银行向法院申请执行。在执行过程中，张某（公务员）向法院提供担保，法院审查后经某商业银行同意决定暂缓执行。张某向法院出具保证书，保证书注明如果江某在 3 个月内未付清本息，张某将承担保证责任。两个月后，张某突发疾病死亡。某商业银行要求执行江某和张某财产。法院在传唤江某时，发现江某下落不明且无财产可供执行。查明张某的工资账户余额 3000 元，住房公积金 98000 元，未领取抚恤金 80000 元，81 m<sup>2</sup>生活用房一套，无其他财产。法院对张某房屋和工资账户采取查封冻结措施。之后，张某近亲属向法院提出执行异议，认为张某为江某提供的是保证，是人的担保，不是财产担保。担保人死亡，担保责任自然消失。法院不能对张某的财产采取执行措施。

### 【裁决】

合议庭有两种意见，一种意见认为，张某的担保是一种保证，是人的担保，不是物的担保。担保人不是被执行人，担保人死亡，担保责任自然终止。担保人的其他财产不能作为担保财产执行。另一种意见认为，人民法院对张某的房屋和工资账户采取查封冻结措施符合法律规定。张某作为执行担保的保证人，对江某的执行义务承担连带责任。江某下落不明且无财产可供执行，担保期届满，法院对张某的遗产采取必要的执行措施并无不妥。合议庭最终裁定驳回担保人张某近亲属提出的执行异议。

### 【评析】

本案争议的焦点不在于执行措施是否得当？本案争议的焦点：一、执行担保如何适用法律的问题？二、担保人死亡后其遗产能否作为担保财产执行？三、关于担保人死亡后追偿权保护的问题。

一、执行担保如何适用法律的问题？

执行担保是在执行过程中，根据《中华人民共和国民事诉讼法》（简称《民事诉讼法》）第二百三十一条规定设定的，由被执行人或者他人向人民法院提供的担保。执行担保分为被执行人或者他人提供财产担保、他人提供保证等形式。由于执行担保是一种特殊的担保，如何适用法律的问题一直存在争议。一种观点认为，执行担保是一种担保形式，就应当受《中华人民共和国担保法》（简称《担保法》）和《中华人民共和国物权法》（简称《物权法》）的调整和规范。另一种观点认为，执行担保不同于民事担保，只能适用《民事诉讼法》及其相关解释的规定，不应当适用《担保法》和《物权法》的规定。笔者认为，执行担保不同于民事担保，执行担保是担保人向人民法院提供的担保，这种担保行为不是民事行为，而是法律行为，执行担保具有强制执行效力。那么，执行担保应不应当适用《物权法》和《担保法》相关规定呢？对于这个问题的回答不能简单的肯定或否定，要根据具体情况确定：1、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（简称《民诉法解释》）第四百七十条规定：“根据民事诉讼法第二百三十一条规定向人民法院提供执行担保的，可以由被执行人或者他人提供财产担保，也可以由他人提供保证。担保人应当具有代为履行或者代为承担赔偿责任的能力，他人提供执行担保的，应当向执行法院出具保证书，并将保证书副本送交申请执行人。被执行人或者他人提供财产担保的，应当参照物权法、担保法的有关规定办理相应手续。”《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）》（简称《执行规定》）第84条规定：“被执行人或其担保人向人民法院提供执行担保的，应当依据《中华人民共和国担保法》的有关规定，按照担保物的种类、性质，将担保物移交执行法院，或依法到有关机关办理登记手续。”《民诉法解释》和《执行规定》只是明确和进一步明确了担保人提供财产担保时应当依照《物权法》和《担保法》的规定办理相关手续，并没有明确阐释提供财产担保应当遵循《担保法》和《物权法》的其他规定；2、《民诉法解释》第四百七十条规定担保人向执行法院出具的保证书亦不属于保证合同范畴，它不是平等主体之间订立的，也不受保证合同格式的制约，保证书具有强制执行效力，保证合同本身不具有。由此我们可以得出结论，执行担保不同于其他担保，不能生搬硬套《担保法》和《物权法》的相关规定。但是目前有关执行担保适用的法律条文少之又少，具有可操作性的条文更是寥寥无几，个别条文因缺乏相互印证，还容易发生理解上的歧义，继而导致执行工作不规范甚至导致违法执行。如《民诉法解释》第四百七十一条规定：“被执行人在人民法院决定暂缓执行的期限届满后仍不履行义务的，人民法院可以直接执行担保财产，或者裁定执行担保人的财产，但执行担保人的财产以担保人应当履行义务部分的财产为限。”有人就理解为直接执行的担保财产包括他人提供财产担保的财产，其实是不正确的。正确的理解应该是人民法院可以直接执行的担保财产专指被执行人提供财产担保的财产，他人提供财产担保的财产和保证人的其他财产不能直接执行，必须经过裁定，否则将会导致程序错误。

## 二、担保人死亡其遗产能否纳入担保财产执行？

《民事诉讼法》第二百三十二条规定：“作为被执行人的公民死亡的，以其遗产偿还债务。”《解释》第四百七十五条规定：“作为被执行人的公民死亡，其遗产继承人没有放弃继承的，人民法院可以裁定变更被执行人，由该继承人在遗产的范围内偿还债务。继承人放弃继承的，人民法院可以直接执行被执行人的遗产。”但是在执行担保案件中，作为担保人的公民死亡，其遗产是否可以作为担保财产执行？法律及其司法解释对此没有作出明确规定。有一种观点认为，执行担保既然分为财产担保和保证，从法律层面上就赋予了担保人选择物的担保和人的担保的权利。担保人选择设定的是财产担保，担保人死亡并不影响对担保财产的执行；担保人选择设定的是保证，担保人死亡，担保主体消失，担保责任自然消失，人民法院不能对担保人的遗产执行。

笔者不赞同这种观点，《执行规定》第85条规定：“人民法院在审理案件期间，保证人为被执行人提供保证，人民法院据此未对被执行人的财产采取保全措施或解除保全措施的，案件审结后如果被执行人无财产可供执行或其财产不足清偿债务时，即使生效法律文书中未确定保证人承担责任，人民法院有权裁定执行保证人在保证责任范围内的财产。”可见，执行担保人虽然不是被执行人，但在执行程序中的地位等同于被执行人。执行担保与其他担保相比，更具严肃性和强制性。因此，担保人死亡应当比照被执行人死亡的相关规定执行。也就是说，作为执行担保人的公民死亡的，以其遗产作为担保财产承担担保义务。作为执行担保人的公民死亡，其遗产继承人没有放弃继承的，人民法院可以变更担保人，由该继承人向执行法院出具保证书，在担保人遗产范围内承担或者继续承担担保责任。继承人放弃继承的，人民法院可以裁定执行担保人的遗产。

## 三、关于担保人死亡追偿权的保护

当担保人履行担保义务后死亡或者担保期间担保人死亡的，在其遗产继承人履行担保义务或者人民法院直接执行担保人遗产后，关于执行担保追偿权的问题，目前还没有对此作出明确的规定。执行担保追偿权涉及担保人及其利害关系人的合法权利的保护，不能也不应该成为法律遗漏的问题，应当尽快加以修改和完善。笔者认为，在现有法律框架内，执行担保追偿权可以比照《担保法》第三十一条、第五十七条、第七十二条等相关规定，有权向被执行人追偿。1、担保人承担担保责任后死亡的，由其近亲属行使追偿权；2、担保人死亡后遗产继承人承担担保责任的，由该遗产继承人行使追偿权；3、人民法院直接执行担保人遗产的，由担保人近亲属行使追偿权，在行使追偿权的近亲属中应当包括放弃遗产继承人，因为放弃遗产继承并不等于放弃追偿权。

综上所述，执行担保是一种特殊的担保，由于受法律条文规范的限制，目前在执行实务中对执行担保的理解和标准的把握都存在差异，因此必须加强对执行担保法律条文及其司法解释的规范力度，努力做到有法可依，执法必严，尽量避免类似本案执行异议的情况发生。

## 婚姻家庭纠纷审理热点、难点问答（一）第一部分

2015年07月04日 来源：《民事法律文件解读》2011年第11期（总第83期） 作者：吴晓芳

编者按：《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）》自2011年8月13日施行以来，引起社会各界的热烈讨论。伴随着经济的飞速发展，人民生活水平的快速提升，婚姻家庭纠纷案件出现的种种新情况、新问题，再次成为人们瞩目的焦点和热议的话题。本辑《民事法律文件解读》我们特邀最高人民法院民一庭长期从事婚姻家庭纠纷案件审理和研究的资深法官吴晓芳，对近年来婚姻家庭纠纷案件中的热点、难点问题进行梳理并解答，以期对读者有所裨益。也欢迎读者来信提出相关问题，我们将整理后继续约请资深法官予以解答。

一、有配偶者与他人同居约定的财产性补偿应如何处理？

答：有配偶者与他人同居，可以分为一方有配偶而另一方无配偶以及双方均有配偶两种情况。现实生活中，这种同居关系在不断形成的同时也在不断解除。有些同居关系在解除时，一方会向另一方主张一定数额的补偿金。补偿金通常以借款、欠款、协议等形式表现出来。这种补偿金是否应受法律保护？如不应保护，一方已经支付的部分是否可主张返还？

倾向性观点认为，其属于不可强制执行的自然债务，履行与否全凭债务人的意愿，法律不加干涉。但是一旦履行，将不得请求债权人返还，债权人接受的履行将不是不当得利，法律承认其保持受领给付之权利。我国民事法律中只是对超过诉讼时效的债务作了规定，而对于“自然债务”的概念、分类、效力并未规定。根据传统的民法理论，自然债务通常分为履行道德义务之给付、不法原因之给付、超过法定利率之给付、婚姻居间之报酬等类型。解除上述同居关系的补偿金应当属于不法原因之给付的自然债务，因为其违反了《婚姻法》的禁止性规定，同时也侵犯了配偶的财产权益。

有配偶者与他人同居，为解除同居关系，双方以借款或其他形式确定补偿金，一方起诉要求支付该补偿金的，人民法院不予支持；一方履行后反悔，主张返还已支付补偿金的，人民法院亦不予支持。但合法配偶起诉主张返还的除外。

有人认为，如果一方故意隐瞒已婚身份，另一方得知后要求结束双方关系，一方自愿给另一方打欠条表示补偿之意，事后又反悔的，对受欺骗一方主张补偿款的请求应予支持。笔者认为，感情问题不是做生意，并非有投入就一定能有回报，一方故意隐瞒已婚身份，另一方自己也未尽审慎的注意义务。故对于是否补偿全凭当事人的自觉自愿，属于不可强制执行的自然债务。

二、一方婚前给付财物请求返还的纠纷如何处理？

答：对于婚前给付财物的性质问题，有学者称为附条件赠与行为，即以结婚为目的而在婚前一方给予对方财物，一般数额较大。附条件赠与行为，如果条件不成或条件消失，给付方可请求返还。对农村特别是经济相对不发达地区来说，通常是因旧俗所累，并非自愿。当两人因种种原因不能成婚时，一方要求另一方予以返还，法院一般应予支持，这也符合公平的法律理念和民间的风俗习惯。

也有人认为，一方为达到与对方结婚的目的给付另一方财物，其真实意思无非是想用财物打动或收买对方，在这种情形下，给付一方要求返还财物，应不予支持。从经济学角度分析，一方在婚前给付另一方财物可视为一方与另一方结婚发生的成本，两者发生婚变，应为投资风险，投资者应自负这种风险。笔者认为，这种观点也有一定道理，但鉴于目前我国社会经济发展不平衡的现状，广大农村地区多年来存在的给付彩礼的风俗习惯，有的人家为了娶妻送彩礼而债台高筑，在结婚不成的情况下一概不予返还彩礼显然是很不公平的，也会助长借婚姻索取财物或骗取财物的行为。

国外对于婚前一方赠与另一方的财物，一般将其纳入婚约制度进行调整。《法国民法典》规定：“为婚姻之利益进行的任何赠与，如该婚姻并未成就，赠与即失去效果。”《德国民法典》规定：“如果婚姻未成，则每一方订婚人皆可依照关于返还不当得利的规定而要求对方返还所赠礼物或作为订婚标志所给之物。在订婚因一方订婚人死亡而解除的情形，倘有疑义，推定返还请求被排除。”该法典同时规定请求权时效为2年，自解除订婚之时开始。

《瑞士民法典》规定：“不得依据婚约提起履行婚姻的诉讼。不得诉请给付为出现违反婚约的情况而约定的违约金。”“如婚约一方无任何重要事由而违反婚约，或因自己的过失而由其本人或者由对方解除婚约时，应当对对方、对方的父母或代其父母的第三人为准备结婚而做的善意准备，给付相当的赔偿金。”“因他方过错违反婚约致使无过错一方人格上蒙受重大损害时，法官可许其向他方要求得到一定金额的抚慰金。该项要求不得让与，但如该要求于继承开始时被确认或被诉请的，可转移于继承人。”“婚约双方的赠与物，在解除婚约时可请求返还。如赠与物已不存在，可依照返还不当得利的规定办理。因婚约一方死亡而解除婚约的，不得要求返还赠与物。”

在司法实践中，适用该规则审理同类案件时应注意以下问题：

《最高人民法院婚姻法司法解释（二）》中关于彩礼问题的规定：“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。适用前款第（二）、（三）项的规定，应当以双方离婚为条件。”该条规定本意是为了解决广大农村地区普遍存在的彩礼问题，实践中不能任意扩大适用的范围。在经济、文化相对发达的城市中，一方以结婚为目的赠与对方财物的，应从附条件赠与的角度考虑，不能适用上述有关彩礼的司法解释的规定。

三、双方恋爱期间共同出资买房，产权登记在双方名下，分手后都想自己取得房屋的产权，该如何处理？

答：从审判实践来看，恋爱期间购置房屋的纠纷，一般呈现的特点是：(1)双方事先及事后对一旦婚恋不成所购房屋如何处理并无约定。(2)产权证上记载的权利人或预登记的权利人一般为男女双方，而实际房款(含贷款)大多数由一方全额支付。(3)涉讼时房屋市场价格较购房时均有不同程度上升，双方都想自己取得房屋产权。(4)因房价上涨导致的房屋增值部分的归属成为双方争执焦点。

对于恋爱期间为了结婚而共同购房，产权登记为双方共有的情形，如果没有按份共有的特别约定，一般认定为共同共有。双方终止恋爱关系后分割共有财产，符合《物权法》关于“共同有人在共有的基础丧失或者有重大理由需要分割时可以请求分割”的情形。”根据最高人民法院“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”的规定，一方取得房屋当予退还另一方在此期间的出资，又由于两人在购置房屋时以共同组建家庭为目的，双方均未提供所购房屋的产权份额有过约定的证据，故在共同取得房屋产权登记后，因市场因素房屋价值获得增值，该增值部分的财产当依照共同共有的原则予以处理。

四、处理有关彩礼纠纷时应注意什么问题？

答：《上海市高级人民法院关于适用最高人民法院婚姻法司法解释(二)若干问题的解答(一)》对彩礼问题概括得很到位，即：彩礼具有严格的针对性，必须是基于当地的风俗习惯，为了最终缔结婚姻关系，不得已而为给付的，其具有明显的习俗性。

在处理有关彩礼纠纷时应注意以下问题：

1. 在实际生活中，彩礼的给付人和接受人并非仅限于男女双方，还可能包括男女双方的父母和亲属，这些人均可成为返还彩礼诉讼的当事人。在中国的传统习俗中，儿女的婚姻被认为是终身大事，一般由父母一手操办，送彩礼也大都由父母代送，且多为家庭共有财产。而在诉讼中大多数也是由当事人本人或父母起诉，因此应诉方以起诉人不适格作为抗辩时，法院不应予以采信，以最大限度地保护公民的财产权利。对于被告的确定问题也是如此，诉讼方通常把对方当事人的父母列为共同被告，要求他们承担连带责任，一般习俗是父母送彩礼，也是父母代收彩礼，故将当事人父母列为共同被告并无不妥。

2. 应注意把握彩礼返还的范围，要根据已给付彩礼的实际使用情况，考虑到双方在共同生活中是否发生了必要的消耗，是否为筹办婚事支付了必要的费用等，在此基础上予以适当返还。在实际生活中，给付的彩礼可能已经用于购置双方共同生活的物品，事实上已经转化为双方的共同财产，或者已在双方的共同生活中消耗。故在处理方式上应当灵活把握，真正体现公平原则。

五、女方怀孕，法院能否受理男方有关同居期间财产纠纷的起诉？男方申请宣告婚姻无效可以吗？

答：《婚姻法》第三十四条：“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。”《妇女权益保障法》第四十二条规定：“女方按照计划生育中止妊娠的，在手术后六个月内，男方不得提出离婚；女方提出离婚，或者人民法院认为确有必要受理男方离婚诉讼请求的，不在此限。”

《婚姻法》第三十四条的立法目的在于更好地保护妇女、儿童的合法权益，妇女在怀孕期间、分娩和流产后，身体和精神负担重，特别需要安宁和正常的生活条件。为此法律规定在一定时期内男方不得提出离婚。

基于同居关系与合法婚姻关系的不同性质，《婚姻法》第三十四条的规定并不适用同居纠纷的案件。《婚姻法》第三十四条是对妇女的特殊保护条款，但法律保护的是合法婚姻，当双方当事人选择同居而非登记结婚时，就意味着选择了不受法律保护，不享有夫妻间的权利和义务。

同居关系本身不受法律保护，但是基于同居关系而形成的财产关系和子女抚养问题还是受法律保护的。故在女方怀孕期间，男方也可以起诉到法院要求处理同居期间的财产分割和子女抚养问题，即不受《婚姻法》第三十四条的限制。从表面来考虑是与《婚姻法》第三十四条的立法目的相违背，不利于妇女、儿童权益的维护，但从深层次仔细分析会发现，这恰恰是为了更好地保护妇女儿童权益。因为同居关系不如婚姻关系稳定，同居关系本身的松散性，使法律的保护作用显得微不足道。为了引导更多的公民放弃同居而选择婚姻，使自身处于法律的庇护之下。公民主动走向婚姻，构建一种健康、有序、文明的婚姻制度，既有利于自身及子女权益的维护又有利于社会的文明与进步。

而无效婚姻是自始无效，当事人之间不具有夫妻的权利和义务。但是婚姻在被宣告无效之前是有效的，即男方在请求人民法院宣告婚姻无效时，该婚姻还是被法律视为有效的，此时该有效的婚姻还是受《婚姻法》第三十四条的限制的。如果赋予男方在第三十四条的情形下有权提起请求宣告婚姻无效之诉，就有可能被人民法院判决婚姻无效，其产生的法律后果比离婚判决的后果更为严重，此时对保护在怀孕期间、分娩后1年内或中止妊娠后6个月内的妇女更为不利。在这种情形下，男方请求人民法院宣告婚姻无效，不受《婚姻法》第三十四条的限制的规定是与《婚姻法》及相关法律的宗旨相违背的。故我们认为男方请求人民法院宣告婚姻无效仍应受《婚姻法》第三十四条的限制。

六、未婚同居当事人签订的忠诚协议能否受到法律保护？

答：不能，对这类纠纷起诉到法院的，不予受理。已经受理的，裁定驳回起诉。因为《婚姻法》是规范合法夫妻关系的，未婚同居关系不是婚姻法调整的范围，恋爱是自由的，恋爱时不得脚踏两只船只是道德范畴的要求。



七、双方登记结婚共同生活几年后，女方患上精神分裂症，经住院治疗仍无好转。男方将女方带至民政局婚姻登记处，要求办理离婚登记。婚姻登记处工作人员审查了双方提交的户口簿、身份证、结婚证、离婚协议书等离婚登记的资料，认为符合离婚条件，便为双方办理了离婚登记手续并颁发了离婚证。女方认为，民政工作人员未认真、严格审查，违反了《婚姻登记条例》第十二条“婚姻登记机关不得受理无民事行为能力人申请离婚登记”的规定，遂向法院提起行政诉讼，要求依法撤销离婚证。此种情况，该如何处理？

答：《婚姻登记条例》第十二条规定：“办理离婚登记的当事人有下列情形之一的，婚姻登记机关不予受理：（一）未达成离婚协议的；（二）属于无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的；（三）其结婚登记不是在中国内地办理的。”对于本来不应当受理的离婚登记，如果民政部门未尽到审慎的注意义务办理了离婚登记，比如一方患有精神病为无民事行为能力人的情形，该如何处理呢？我们认为，依据《民事诉讼法》第一百八十一条规定，“当事人对已经发生法律效力解除婚姻关系的判决，不得申请再审”。同样的道理，一旦登记离婚生效，已经离婚的当事人就有权与其他的人结婚，如果离婚登记可以被随意撤销，将无法保护第三人的婚姻权利。因为离婚登记被撤销就意味着已经登记解除的婚姻自始有效，离婚当事人与第三人的婚姻就变成了重婚，后果相当严重！如果已经登记解除的婚姻有和好的可能，当事人完全可以通过复婚登记予以补救，故离婚登记中有关解除婚姻关系部分不能予以撤销。

《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209条规定：“当事人就离婚案件中的财产分割问题申请再审的，如涉及判决中已分割的财产，人民法院应依照民事诉讼法第一百七十九条的规定进行审查，符合再审条件的，应立案审理；如涉及判决中未作处理的夫妻共同财产，应告知当事人另行起诉。”按照上述规定的基本原理，凡是符合《婚姻登记条例》第十二条规定情形之一的，婚姻登记机关受理离婚登记就属于违法，离婚当事人向法院提起行政诉讼的，应判决确认离婚登记行为违法同时撤销离婚登记中有关财产分割和子女抚养部分的协议，由原婚姻当事人重新协议或者通过民事诉讼途径处理有关财产分割和子女抚养的问题。

八、双方登记结婚时，因女方未达法定婚龄，女方便拿自己姐姐的身份证与男方办理了结婚登记。后双方发生纠纷，女方到法院申请宣告婚姻无效，此种情形不符合《婚姻法》第十条的规定，应如何处理呢？

答：本案的症结在于无效婚姻、可撤销婚姻与婚姻登记瑕疵是三个不同的概念，不能因婚姻登记上的瑕疵而主张婚姻无效或可撤销。《婚姻法》对无效婚姻和可撤销婚姻的法定事由作了明确规定，不能随意进行扩大解释。因此，对当事人请求宣告婚姻无效或撤销婚姻关系的，只能从符合无效或可撤销婚姻要求的几类法定情形来处理，不能以违反法定程序为由随意确认婚姻无效或撤销婚姻登记。

2003年10月1日起实施的《婚姻登记条例》与1994年2月1日公布施行的《婚姻登记管理条例》相比，新的《婚姻登记条例》删除了原来《婚姻登记管理条例》中有关申请婚姻登记的当事人弄虚作假、骗取婚姻登记的，婚姻登记管理机关有权撤销婚姻登记，宣布婚姻无效并收回结婚证，还可以对当事人处以200元以下的罚款的规定。新的《婚姻登记条例》只在第九条规定，婚姻登记机关对因胁迫结婚的，有撤销该婚姻，宣告结婚证作废的权利。同时，民政部制定的《婚姻登记工作暂行规范》第四十六条规定：“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。”因为婚姻登记机关作为政府的行政部门，体现的仅仅是国家对缔结婚姻行为在登记环节上的监督和管理，而对婚姻效力的确认及相关财产分割、子女抚养等民事权利的问题，应由人民法院行使裁判权，原规定以行政权力代替司法审判，显然不利于民事权利的充分保护。综上，可以看出，新的《婚姻登记条例》没有授权婚姻登记机关行使宣告婚姻无效的权利，仅授权婚姻登记机关对因胁迫结婚的，依当事人的申请行使撤销婚姻的职责。

近些年，审判实践中出现了不少因为婚姻登记时存在瑕疵而主张婚姻无效的情况：有的当事人认为一方结婚时隐瞒了外国人的身份，主张其婚姻无效；有的一方伪造身份证或用别人的身份证办理结婚登记、以非法占有钱物为目的，婚后不久即失踪；有的一方使用亲友的身份证办理结婚登记双方婚后实际共同生活；有的婚姻当事人没有到一方户籍所在地的民政部门申请结婚登记而是异地办理；有的一方或双方当事人未亲自到场办理结婚登记等等。当事人基于上述这些理由到法院申请宣告婚姻无效。而婚姻无效与婚姻登记瑕疵是两个完全不同的概念，婚姻登记是行政行为，受行政法的调整，而婚姻无效是欠缺结婚实质要件的婚姻在民事法律关系上的后果，不能以婚姻登记时的瑕疵来主张婚姻无效。婚姻无效制度，是法律设立的一种对结婚形式上已成立的婚姻关系，由当事人或者利害关系人针对该婚姻关系是否有效成立提出异议的一种救济制度。婚姻无效制度是结婚制度的重要组成部分，能够预防和制裁违法婚姻。依据2001年修改的《婚姻法》第十条的规定，婚姻无效的情形仅限于重婚、有禁止结婚的亲属关系、婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病且婚后尚未治愈以及未达到法定婚龄的四种情形。《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）》对申请宣告婚姻无效的主体范围、人民法院审理无效婚姻案件适用的程序、婚姻无效的阻却事由等问题均作出了具体的规定。申请宣告婚姻无效的，应以起诉时的状态为准，因为无论起诉前或缔结婚姻时的状况怎样，一旦经过一定的期间，当双方已经具备法律规定的结婚条件时，无效婚姻的情形已经消失，就不能再用以前的无效事由申请宣告婚姻无效。

从民事审判的角度来说，对当事人请求宣告婚姻无效的，只能从是否符合无效婚姻的四种情形方面进行审查。如果将符合结婚实质要件但婚姻登记程序上有瑕疵的婚姻宣告为无效婚姻，不仅随意扩大了无效婚姻的适用范围，同时也有悖于无效婚姻制度设立的初衷。法院经审查发现不属于《婚姻法》规定的无效婚姻的四种情形，只能判决

驳回当事人申请宣告婚姻无效的诉讼请求，当事人可以依法申请行政复议或提起行政诉讼。而对于有瑕疵的行政行为，除非“严重且明显”，并不当然无效或可撤销。为防止随意撤销政府行为，人为制造混乱，法院在决定是否以程序违法为由撤销授益行政行为（设定或证明权利或者具有法律利益的行为）时，要综合考虑程序违法的程度和对关系人的信赖保护。授益行政行为有程序瑕疵的，如果可以补正，可由政府自行补正。如果无法补正或者补正徒劳无益，只要程序瑕疵没有明显影响实质决定，程序瑕疵可以忽略不计，不能以程序瑕疵主张撤销行政行为<sup>①</sup>或认定行政行为无效。作为一种既存的社会关系，“婚姻”已形成事实，并以此为基础向社会辐射出各种关系，简单地否认这种身份关系的存在，必然会对家庭及社会产生一系列的负面影响。基于对人类情感的尊重，基于切实保护妇女儿童利益的需要，基于重视婚姻事实的考虑，特别是在该婚姻关系并不损害他人和社会公共利益时，人民法院不应轻易否定当事人婚姻的效力。

综上所述，当事人以法定无效婚姻四种情形（重婚、有禁止结婚的亲属关系、婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病且婚后尚未治愈以及未达到法定婚龄）以外的理由申请宣告婚姻无效的，应当判决驳回当事人申请宣告婚姻无效的诉讼请求，告知其可以依照《行政复议法》及《行政诉讼法》规定的程序办理。

九、借用他人身份证件进行结婚登记，结婚证上载明的主体与实际共同生活者不一致时，应如何处理为妥？

实际生活中，因一方未达法定婚龄而借用他人身份证件登记结婚的情形并不少见。如果结婚证上载明的主体对结婚证效力提出异议的，可以请求民政部门撤销结婚登记或直接提起行政诉讼；如果实际共同生活的当事人请求离婚的，法院应对当事人进行释明，告知因其结婚登记存在瑕疵，请求离婚的双方与结婚证上载明的主体不符，无法判断双方是否存在婚姻关系。若当事人坚持自己的诉讼请求，则应当裁定驳回起诉；若经过法院释明后，当事人变更诉讼请求，主张解决同居期间的财产分割、子女抚养等问题时，法院可以依法继续进行了审理。值得注意的是，如果当事人系在1994年2月1日之前以夫妻名义共同生活，可按照事实婚姻处理。

结婚证的效力是具体行政行为的结果。针对的对象是特定的，只是对结婚证上载明的主体有约束力，而不应及于他人。我国对婚姻关系确立形式只有一种，即采取的是登记主义模式，记载于结婚证上的申请人才是行政机关许可缔结婚姻并承认婚姻关系的当事人。行政机关颁发结婚证，实际确立的是被借用身份证件之人与持有真实身份证件之人夫妻关系的有效法律文件，具有公示公信的效力，是形式合法的婚姻关系，在未经法定机关通过法定程序撤销前，不能直接否认其效力。基于行政行为的相对性，该结婚证的效力不应及于实际共同生活的当事人，当事人之间不存在法律所承认的婚姻关系。

十、一方使用虚假身份证件，以骗取钱财为目的与另一方登记结婚，婚后不久即下落不明。经公安机关查证，一方的身份证件系伪造，另一方起诉离婚被法院裁定驳回，理由是没有明确的被告，此种情况有什么救济途径？

答：如果一方当事人向婚姻登记机关提供虚假身份证等证明材料，骗取了结婚证，其目的是为了骗取钱财，婚姻登记机关是在受欺骗的情况下作出的婚姻登记发证行为，该行政行为形式上虽已经存在，但因具有重大、明显的瑕疵，且显然不符合《婚姻法》和《婚姻登记条例》有关结婚登记的条件。该行政行为属于无效行政行为的情形，应当确认该行政行为无效。根据有关规定，对无效行政行为的认定，主要有行政主体进行认定和法院在行政诉讼中进行认定两种方式，现鉴于婚姻登记机关一般不受理此类问题，根据《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第五十七条规定，即被诉具体行政行为依法不成立或无效的，人民法院应当作出确认被诉具体行政行为违法或者无效的判决。因此，受骗一方的救济途径是提起行政诉讼，请求撤销结婚登记。

十一、巩某的父亲与表姑从小感情很好，由于是亲戚一直不能结婚。后巩某的父亲身患癌症，其与巩某的表姑隐瞒真实情况办理了结婚登记，巩某父亲去世后不久，巩某到法院申请宣告其父亲与表姑的婚姻无效。此种情况，该如何处理？

答：巩某的父亲与表姑是表兄妹关系，系三代以内的旁系血亲，属法律禁止结婚的情形，其婚姻当属无效。他们的婚姻关系虽因巩某父亲的死亡而终止，但双方三代以内旁系血亲的亲属关系永远不会改变。巩某在父亲死亡后1年内请求法院确认其父与表姑的婚姻无效，于法有据，应予支持。

无效婚姻是欠缺婚姻成立要件的违法婚姻，因而不具有婚姻的法律效力。《婚姻法》有关结婚条件和结婚程序的规定，在性质上属于强制性规范而不是任意性规范，当事人是不能自行改变或者通过约定加以改变的。一旦违反，便应导致婚姻无效的后果。

婚姻无效的情形可以分为绝对无效和相对无效两种，未达法定婚龄和患有医学上认为不应当结婚的疾病属于相对无效的情形，而重婚和有禁止结婚亲属关系的则属于绝对无效的情形。对以重婚为由申请宣告婚姻无效的，因重婚是严重违反一夫一妻制的行为，不应存在阻却事由，即无论申请宣告婚姻无效时，重婚者是存在两个婚姻关系还是只有一个婚姻关系，都应宣告其中一个婚姻无效，构成犯罪的，还应追究刑事责任；对以有禁止结婚的亲属关系为由申请宣告婚姻无效的，因亲属关系是当事人之间因出生或血缘关系而产生的特定身份关系，它不会随着时间的推移而消失，也不会人为解除。因此，对有禁止结婚亲属关系的婚姻申请宣告无效，不存在阻却事由，即该婚姻无论经过多长时间和双方当事人是否有子女或不再生育，都应是绝对无效。如果对不生育子女的具有禁止结婚亲属关系的婚姻给予“豁免”，不宣告婚姻无效，将会使禁止近亲结婚的法律规定形同虚设，损害法律的权威性。

禁止一定范围内的血亲结婚是世界各国的立法通例，我国《婚姻法》也明确规定，直系血亲和三代以内的旁系

血亲禁止结婚。有禁止结婚的亲属关系的，婚姻无效。对于无效婚姻的一方或双方当事人死亡的情况，最高人民法院相关司法解释规定：“夫妻一方或者双方死亡后一年内，生存一方或者利害关系人依据婚姻法第十条的规定申请宣告婚姻无效的，人民法院应当受理。”也就是说，虽然夫妻一方已经死亡，但人民法院根据利害关系人的申请就婚姻关系是否有效所作出的判决，对夫妻中生存一方与死者之间曾经拥有的配偶身份关系具有直接的拘束力。一旦该婚姻关系被宣告为无效，婚姻关系当事人中生存一方原来依法享有的死者配偶的身份就会丧失，同时丧失其作为死者第一顺序继承人的身份，与死者亲属之间的姻亲关系也归于消灭。

十二、养父母和养子女结婚属于无效婚姻吗？

答：养父母和养子女是基于收养关系而形成的法律拟制血亲关系，《婚姻法》和《收养法》规定，合法的收养关系受到法律的保护，一旦收养关系成立，养父母与养子女之间的权利义务关系就等同于生父母子女之间的权利义务关系。根据《婚姻法》第十条的规定，禁止结婚的亲属关系是宣告婚姻无效的四种法定情形之一，如果养父母与养子女没有解除收养关系而结婚，他们的婚姻属于无效婚姻。当然，在收养关系依法解除后，如果当事人或利害关系人还有禁止结婚的亲属关系为由申请宣告婚姻无效的，人民法院不予支持。

十三、重婚是构成婚姻无效的情形之一，“有配偶者与他人同居”是离婚损害赔偿的情形之一，事实上的重婚与“有配偶者与他人同居”的主要区别是什么？

答：重婚分为法律上的重婚和事实上的重婚，有配偶者又与他人登记结婚的，是法律上的重婚；虽未登记但确与他人以夫妻名义同居生活的，为事实上的重婚。根据《刑法》和《最高人民法院关于〈婚姻登记管理条例〉施行后发生的以夫妻名义非法同居的重婚案件是否以重婚罪定罪处罚的批复》的规定，已登记结婚的一方与他人又登记结婚或与他人以夫妻名义同居生活的，应认定为重婚行为并予以法律制裁。但在现实生活中，不少人采取了规避法律的方式，在与人婚外同居时，既不去登记结婚，也不以夫妻名义同居生活。针对这种情况，修订后的《婚姻法》特别规定“禁止有配偶者与他人同居”。因此，事实上的重婚和有配偶者与他人同居之间最大的区别就在于是否以夫妻名义同居生活，如果双方以夫妻名义同居生活，则构成事实上的重婚；如果双方没有以夫妻名义同居生活，则不属于刑法予以处罚的范围，而属于婚姻法禁止的行为。当然，重婚的涵义与“有配偶者与他人同居”有交叉重合之处，事实上的重婚也是有配偶者与他人同居，但这种同居是有名分的，即以夫妻名义相称，而不是以所谓的秘书、亲戚、朋友相称。

《婚姻法司法解释（一）》第二条规定得很明确，即“婚姻法第三条、第三十二条、第四十六条规定的‘有配偶者与他人同居’的情形，是指有配偶者与婚外异性，不以夫妻名义，持续、稳定地共同居住”。有配偶者与他人婚外同居，其直接构成离婚的法定理由，同时无过错的配偶一方有权提起离婚损害赔偿请求。

十四、因娶了有精神病的妻子而状告婚检部门，应如何处理？

答：因娶了有精神病的妻子而状告婚检部门，请求法院判令婚检部门赔偿其宣告无效婚姻诉讼费和精神损失费等这类纠纷，关键是审查婚检部门有无过错。如果在进行婚检时，女方并没有任何精神病症状，且否认自己有精神病史，并在婚前医学检查表中亲笔签名，而精神病诊断主要依靠病人的病史和临床表现，在既无病史资料又无临床表现的情况下，婚检部门不可能作出精神病的诊断。任何婚检机构也不可能到每个前来婚检者的家庭去调查其有无既往病史，故婚前检查与该无效婚姻并无必然的因果关系，婚检部门没有过错，婚检者自述是否真实的风险应由婚姻当事人自己承担，故法院应驳回男方的诉讼请求。

十五、在婚姻关系无效的情况下，与他人结婚是否构成重婚？如某男与某女登记结婚后，又与别人登记结婚。后来某男对其前婚向婚姻登记机关提出申请，称婚姻登记违法要求予以撤销。婚姻登记机关审查后，确认某男与某女的婚姻登记违法，决定撤销其结婚登记并收回结婚证书，某男两次登记结婚的行为是否构成重婚？

答：我们认为，无效婚姻并非当然无效，只有经法院依法宣告为无效婚姻后才自始无效。最高人民法院相关司法解释也规定得很明确：“婚姻法第十二条所规定的自始无效，是指无效或者可撤销婚姻在依法被宣告无效或被撤销时，才确定该婚姻自始不受法律保护。”也就是说，婚姻是否无效，必须由当事人或利害关系人申请经法院审查后才能确认，并非由当事人或利害关系人自由心证、自己说了算。因此，凡是领取过结婚证书的人，未经人民法院或婚姻登记机关确认婚姻无效或撤销的，都应受婚姻关系的约束。某男与某女的结婚登记在未被婚姻登记机关确认违法前，双方均应受其约束，而某男又与别人登记结婚的行为当然构成重婚。

十六、双方婚后签订一份“忠诚协议书”约定：双方应互敬互爱，对家庭、配偶、子女要有道德感和责任感。若一方在婚姻期间与他人有婚外性行为，需赔偿对方名誉损失及精神损失费 N 万元。后女方发现男方有出轨行为，遂提出离婚，并以男方违反“忠诚协议书”为由，要求法院判令男方支付赔偿金 N 万元。请问应如何看待“忠诚协议书”的效力？

答：关于夫妻“忠诚协议书”的效力问题一向争议很大。一种观点认为，夫妻“忠诚协议书”并不违法，因为夫妻忠实本来就是法律规定的义务，属于法律明确的要求，协议双方等于把法定的义务变成了约定的义务，法院应当予以认可。<sup>④</sup>

还有一种观点认为，夫妻之间签订的“忠诚协议书”，虽不违法无效，但这种协议应由当事人本着诚信原则自觉履行，法院不能赋予“忠诚协议书”强制执行力。因为“忠诚协议书”要获得法院赋予的强制执行力，必须经过一系列的查证举证程序，法院审理这类“忠诚协议书”案件，必然会面临一个尴尬而危险的举证困境和一系列社

会负面影响，我们应当考虑赋予“忠诚协议书”强制执行效力的巨大社会成本。夫妻是否忠诚属于情感领域的范畴，是任何强制力量所无法克服的。所以，情感问题应当情感解决，对待夫妻忠诚协议，应当像对待婚约一样，“既不提倡也不保护”，这样才是聪明之举。

另一种观点认为，婚姻本身即契约，一方在背叛对方之前，就得考虑违约所要付出的成本。只是在没有具体协议约束的情况下，双方承担的是道德义务，而道德成本对于个人来说是隐性的，是不确定的。一旦签订了协议，就将隐性的道德成本显性化了，当事人很可能就会三思而行。从这个意义上说，忠诚协议对于维系婚姻稳定将起到积极作用。

也有观点认为，《婚姻法》规定“夫妻应当相互忠实”而非“必须忠实”，“应当”意在提倡，只有“必须”才是法定义务。法律允许夫妻对财产关系进行约定，但不允许通过协议来设定人身关系。人身权是法定的，不能通过合同来调整。<sup>⑤</sup>我国法律在侵权法中实行的填补损害的赔偿原则，侵权损害不能通过合同约定，如果允许当事人对此侵权损害事前约定，就违反了填补损害的原则，也会造成有人仗着有钱就去侵害他人权利。故忠诚协议不应被赋予法律效力，当事人不得通过契约向违背忠实义务的配偶要求赔偿。

笔者认为，对这种“忠诚协议书”应当认定为有效。因为其符合《婚姻法》的基本精神，是对《婚姻法》中“夫妻应当互相忠实”规定的具体化。也正是由于夫妻签订了具体的协议，使得《婚姻法》上原则性的夫妻忠实义务具有了可诉性。《婚姻法》第四条明文规定，“夫妻应当互相忠实，互相尊重”，第四十六条又规定，“因重婚、有配偶者与他人同居等而导致离婚的，无过错方有权请求赔偿”。《婚姻法》规定可以请求提起损害赔偿的范围只限定在重婚和有配偶者与他人同居等四种情形，而一般的通奸行为不在此列，即必须达到重婚或同居的严重程度。如果当事人之间的约定比《婚姻法》规定的范围宽泛，既包括重婚、与他人同居的行为，也包括与他人的通奸行为。虽然，违反夫妻“忠实”规定尚未达到“重婚”、“与他人同居”等严重程度的一方应如何承担相应责任，现行法律未做具体规定，但法律也未明文禁止当事人自行进行约定。“忠诚协议书”的约定与《婚姻法》的基本精神相吻合，给付的赔偿金具有违约赔偿性质，这种协议应当受到法律保护。但这种协议也是属于可撤销的，如果当事人在协议签订后反悔，认为该协议显失公平，或者是在对方要死要活、苦苦相逼情形下被迫无奈签订的所谓“忠诚协议书”，则可以在协议签订之日起一年之内提出撤销申请，这一年时间属于除斥期间，超过一年则法院不予支持。

《合同法》第二条规定：“婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用其他法律的规定。”也就是说，婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议并不属于交易关系，当然不应受以调整交易关系为己任的《合同法》调整，例如离婚协议应由《婚姻法》调整，一方违反该协议，另一方亦不得基于《合同法》的规定而请求承担违约责任。目前许多学者认为，《合同法》第二条第二款排除的身份合同仅指没有财产内容的身份合同，夫妻关于财产问题的约定以财产关系为内容，属于《合同法》的调整范围，不过应当优先适用《婚姻法》等有关法律，这些法律没有规定时才适用《合同法》和《民法通则》。<sup>⑥</sup>因此，法律并没有禁止人们对有关身份关系进行协商达成协议，只不过这种有关身份关系的协议应由《婚姻法》、《收养法》等法律进行调整，法院在确认有关身份关系协议的效力时，首先应审查该协议是否违反《婚姻法》、《收养法》等法律的规定。

法院对夫妻之间“忠诚协议书”效力的肯定，并没有扩大现行《婚姻法》规定的适用范围。对于不构成婚外同居的一般通奸行为，法院不会主动根据《婚姻法》第四十六的规定判决夫妻中通奸一方对另一方予以赔偿，也不会根据《婚姻法》第四条“夫妻应当相互忠实”的倡导性条款判令通奸一方承担违反忠实义务的责任。但是，对于夫妻双方自觉自愿基础上签订的“忠诚协议书”，法院应当认定这种“忠诚协议书”有效。既然其与《婚姻法》规定的精神相吻合，又没有欺诈、胁迫的情形，当事人双方愿意通过“忠诚协议书”约束自己的行为，并提前约定了违反忠诚协议行为的违约责任，法院有什么理由否定其法律效力呢？至于违反忠诚协议行为的举证问题，根据“谁主张谁举证”的原则，法院当然不会依职权去调查什么通奸的事实，如果一方当事人主张另一方违背忠诚协议但没有相应的证据予以证明，其只能承担败诉的后果，法院又怎么会陷入到“尴尬而危险”的举证困境中呢？

值得注意的是，如果当事人约定的赔偿数额过高，超过了实际负担能力，法院可以根据当事人的请求予以适当调整。

十七、妻子擅自中止妊娠，是否侵犯了丈夫的生育权？

答：近年来，伴随着20世纪70年代末出生的第一代独生子女陆续进入婚育阶段，审判实践中出现了不少生育权纠纷，引起人们的广泛关注和热评。有些女性为了工作、学习深造、保持身材等原因不愿生育，未经丈夫同意擅自中止妊娠，双方因此发生纠纷，男方往往在提出离婚的同时以生育权受到侵害为由请求损害赔偿。

生育权是指男女公民依法通过自然或人工方法繁衍抚育后代的权利，生育权系人格权的一种，是自然人与生俱来的权利，为维护自身独立人格所必备的，不必依附于特定的配偶身份，具有对世属性。未婚男女同样享有生育权，国家无权强制其堕胎，只能要求其承担不依法定方式生育的责任。

对夫妻双方来说，丈夫和妻子都平等地享有法律赋予的生育权。但在夫妻之间生育利益发生冲突时，谁享有生育决定权的问题上，倾向性观点认为：生育权是法律赋予公民的一项基本权利，夫妻双方各自都享有生育权，只有夫妻双方协商一致，共同行使这一权利，生育权才能得以实现。《妇女权益保障法》赋予已婚妇女不生育的自由，是为了强调妇女在生育问题上享有的独立权利，不受丈夫意志的左右。由于自然生育过程是由妇女承担和完成，妇女应当享有生育的最后支配权。如果妻子不愿意生育，丈夫不得以其享有生育权为由强迫妻子生育。妻子未经丈夫

同意终止妊娠，虽可能对夫妻感情造成伤害，甚至危及婚姻的稳定，但丈夫并不能以本人享有的生育权对抗妻子享有的生育决定权，当夫妻生育权冲突时法律必须保障妇女不受他人干涉自由地行使生育权。在这个问题上，法律对妇女行使生育权的任何负担的设置，如赋予丈夫对妻子人工流产的同意权，或者课以妻子通知丈夫的义务，都是对妻子生育权行使的有效否决，都有可能造成丈夫强迫妻子生育的为现代文明所不容的社会悲剧。故妻子单方终止妊娠不构成对丈夫生育权的侵犯。<sup>⑦</sup>

英国、澳大利亚、加拿大的有关法律和司法判例都明确肯定，丈夫没有阻止妻子堕胎的权利。在澳大利亚，1983年凯诉特案件中，昆士兰州最高法院的威廉斯法官同意丈夫无权阻止妻子堕胎的观点。

美国联邦最高法院在答复州法律是否可以规定妻子进行人工流产须征得丈夫同意问题时，明确持否定立场：“我们不是没有意识到丈夫对于妻子的怀孕和妻子孕育中的胎儿的成长和发展所持有深切的和适当的关注和利益。联邦最高法院迄今也没有忽视婚姻关系在社会生活中的重要性。而且，我们认识到，是否进行人工流产，可能会影响部分婚姻关系的发展，包括物质和精神的影响，而且这种影响可能是不利的。尽管如此，我们不认为各州享有宪法所赋予的权利——可以准许男方单方面行使权利阻止妻子终止妊娠。”<sup>⑧</sup>美国最高法院的法官们通过一系列的判例确认了妇女的堕胎权，否定了丈夫对妻子流产的同意权，明确指出，在父亲的利益与母亲的私权冲突时，法院倾向于保护后者，“是母亲怀着孩子并直接和立刻受着怀孕的影响”。<sup>⑨</sup>

鉴于生育子女目前还是我国多数家庭的重要职能之一，绝大多数夫妻期望能够生育自己的孩子，享受天伦之乐，当夫妻双方的生育权发生冲突时，应当有法律上的救济途径。如果法律上认定妻子擅自中止妊娠不构成对丈夫生育权的侵犯，而又不允许丈夫以此为理由提出离婚，实质上就是强迫丈夫娶一个不愿生育的配偶，其后果即严重侵害了公民的生育权。因此，夫妻因是否生育问题产生纠纷、导致感情确已破裂的，应作为离婚的法定理由之一。在调解无效时，人民法院可以按照《婚姻法》第三十二条“其他导致夫妻感情破裂的情形”的规定判决准予双方离婚。

十八、某案，女方以丈夫与婚外异性交往超出一般朋友关系、造成其家庭不睦为由向法院起诉，要求法院判令第三者立即停止插足自己的家庭、赔礼道歉并赔偿精神损失5万元。女方的请求可以得到法院的支持吗？

答：关于“配偶权”问题的争论一直非常激烈，而最终修订后的《婚姻法》并未规定所谓“配偶权”，更没有规定配偶可以追究第三者的民事赔偿责任。目前，起诉第三者要求其承担侵犯“配偶权”的责任没有明确的法律依据。毕竟婚姻关系不同于其他社会关系，它的建立以感情为基础，它的解除同样依据感情是否破裂，那种以为法律增加“配偶权”规定就可以将貌合神离的夫妻捆绑在一起，是十分幼稚和可笑的，因为法律只能规范人们的行为，不可能规范人们的情感。

2010年7月1日开始施行的《侵权责任法》第二条规定：“侵害民事权益，应当依照本法承担侵权责任。本法所称民事权益，包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益。”本条所列的民事权益也没有包括“配偶权”。

《婚姻法司法解释（一）》第二十九条规定：“承担婚姻法第四十六条规定的损害赔偿责任的主体，为离婚诉讼当事人中无过错方的配偶。”这条司法解释已经明确了承担离婚损害赔偿责任的主体，排除了婚内一方起诉第三者的可能。夫妻关系不是财产所有权关系，不能因为夫妻领了结婚证就相互是对方的财产。在《婚姻法》中没有明确规定“配偶权”是十分明智的选择，离不离婚是夫妻双方的事，第三者充其量是一个诱因。我们不能把夫妻感情破裂的所有责任都强加在第三者身上，并以此要其承担拯救家庭的责任和损害赔偿责任。综上，法院应裁定驳回女方的起诉。

注释：

①何志：《婚姻法判解研究与适用》，人民法院出版社2004年版，第164—165页。

②孙若军：《论欺骗登记婚的法律后果》，载《法律适用》2004年10月，第18页。

③最高人民法院民一庭编著：《婚姻法司法解释的理解与适用》，中国法制出版社2002年版，第37页。

④李明舜：《妇女权益法律保障研究》，国家行政学院出版社2003年版，第399页。

⑤《法律能干预婚外情吗？》，载中国青年报2002年12月31日，综合新闻版。

⑥参见王利明《合同法研究》，中国人民大学出版社2002年版，第58页。

⑦蒋月：《论妻单方终止妊娠是否构成对夫生育权的侵害》，中国法学会婚姻法学研究会2007年年会论文集。

⑧廖雅慈：《人工生育及其法律问题研究》，中国法制出版社1995年版，第103页。

⑨夏吟兰：《美国现代婚姻家庭制度》，中国政法大学出版社1999年版，第87页。

### 吴晓芳：婚姻家庭纠纷审理热点、难点问答（一）第二部分

2015年07月05日 来源：《民事法律文件解读》2011年第11期（总第83期） 吴晓芳

十九、双方结婚后男方因嫖娼被公安机关处罚，女方起诉离婚，男方坚决不同意，并在法庭上当着法官的面写了保证书称：“我今后保证和女方和好如初，不出现任何对不起女方的事情，如果出现，放弃所有家产。”但在女方撤回离婚诉讼不久，男方又因在娱乐按摩场所嫖娼，被公安机关处以行政拘留10天，并罚款3千元。女方再次起诉离婚，并要求按保证书履行，男方翻悔不同意。请问这种保证书有效吗？

答：作为一个完全民事行为能力人，保证书是男方在法庭上当着法官的面写下的，系对夫妻共同财产处分的真

实意思表示，其应当预料到如果再做出对不起女方的事情，离婚时不应分得任何夫妻共同财产；该保证书既体现了夫妻应相互忠实的立法精神，亦符合社会道德的标准，故该保证书对夫妻处分共同财产的行为是有法律约束力的，应当得到法院的支持。

二十、夫妻一方将大额的夫妻共同财产擅自赠与他人，显然侵害了另一方的财产权益。但有种观点认为，该赠与行为应认定部分无效，而非全部无效。理由是夫妻共同财产中既包含丈夫的份额也包含妻子的份额，他人所获赠财产中有一半为夫妻一方的份额，一方处分自身份额的意思表示应为真实，他人可取得一半的财产权利。对此在审判实践中应如何掌握？

答：在婚姻关系存续期间，夫妻双方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做重要处理决定，夫妻双方应当平等协商，取得一致意见。夫妻一方非因日常生活需要而将共同财产无偿赠与他人，严重损害了另一方的财产权益，有违民法上的公平原则，这种赠与行为应属无效。

夫妻共同财产是基于法律的规定，因夫妻关系的存在而产生的。在夫妻双方未选择其他财产制的情形下，夫妻对共同财产形成共同共有，而非按份共有。根据共同共有的一般原理，在婚姻关系存续期间，夫妻共同财产应作为一个不可分割的整体，夫妻对全部共同财产不分份额地共同享有所有权，夫妻双方无法对共同财产划分个人份额，也无权在共有期间请求分割共同财产。夫妻对共同财产享有平等的处理权，并不意味着夫妻各自对共同财产享有半数的份额。只有在共同共有关系终止时，才可对共同财产进行分割，确定各自份额。离婚时分割夫妻共同财产原则上是平分的，但未经司法程序或者行政程序合法有效地分割之前，无法确定一方的份额一定是一半。离婚时财产分割的原则是照顾子女和女方权益，根据实际情况，男方也许只能分到40%的夫妻共同财产，故一方究竟得到多少份额是未定的。因此，夫妻一方擅自将共同财产赠与他人的赠与行为应为全部无效，而非部分无效。

二十一、双方离婚后，男方进行亲子鉴定，发现自己并非孩子的亲生父亲，遂起诉要求女方返还抚养费，并赔偿精神损失N万元。对此类精神损害赔偿之诉是否应当支持，审判实践中存在不同意见。一种意见认为女方确有过错，且对男方构成精神伤害，故应当支持；另一种意见则认为，女方的行为并不符合法定的离婚损害赔偿构成要件，抚养非亲生子女能否视为一种精神伤害有待商榷，故不宜支持。请问哪种意见比较妥当？

答：抚养未成年子女是父母的法定义务，而男方受欺骗抚养了非亲生子女，代替孩子的亲生父亲履行了法定的抚养义务，男方得知事实真相后，当然有权利追索以前所支付的抚养费。从男方的角度来看，女方在婚姻关系存续期间与他人通奸生育子女，对其精神上造成了巨大伤害，故其同时有权要求侵权者赔偿精神损失。杨立新教授认为，这种案件行为人的行为所侵害的，不是人格权，而是身份权，是侵害亲权的侵权行为。配偶一方将本没有亲子关系的子女谎称为有亲子关系，使对方不明真相地当作自己的亲生子女进行抚养，最终的结果却是抚养了非亲生子女。进行欺骗的一方在主观上具有故意，使配偶的身份权受到侵害，构成侵害亲权的侵权责任。有观点认为，这种案件属于无因管理，因为存在没有法律的原因而为他人管理事务，这个事务就是抚养他人的子女。但无因管理必须是无“因”而进行管理，事实上欺诈性抚养关系在进行管理的时候，是有“因”的，即在他人的欺诈下，误将他人的子女当作自己的亲生子女抚养，尽管是“误将”，但也是有“因”；有观点认为这种案件属于不当得利，被抚养人的法定抚养人当然是不当得利，但不当得利不能概括行为的性质，仅仅指出了行为后果的性质。我们认为，杨立新教授分析的颇为到位，只有认定这种行为的性质属于欺诈性抚养关系，是一种侵权行为，才能够正确界定这种行为的性质。<sup>⑩</sup>

需要指出的是，这里的赔偿精神损失与《婚姻法》第四十六条规定的离婚损害赔偿是两码事情，婚姻关系存续期间与他人通奸生育子女并不一定构成“与他人婚外同居”的赔偿要件，即通奸生育子女与“持续、稳定地共同居住”不能等同。而判决女方赔偿精神损失的依据应是《民法通则》及《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》中的有关规定。

二十二、夫妻在婚前或婚姻关系存续期间约定将一方所有的房产赠与另一方，在赠与房产的权利转移之前可以撤销赠与吗？

答：夫妻在婚前或婚姻关系存续期间约定将一方个人所有的房产赠与另一方，但没有办理房产过户手续，离婚时赠与房产的一方主张撤销赠与，另一方主张继续履行赠与合同，请求法院判令赠与房产一方办理过户手续。在此问题的处理上，存在两种完全不同的做法：一是认为夫妻之间有关财产的约定，只要系夫妻双方真实意思表示，不违反法律、行政法规的强制性规定，就应认定为有效且对双方产生法律上的拘束力。相对于《物权法》及《合同法》的规定，《婚姻法》对夫妻财产关系的规定属于特别规定，应当优先适用《婚姻法》的规定。夫妻财产约定因其强烈的身份性不应适用赠与合同有关撤销权的规定，任意行使撤销权将使夫妻财产约定变成一纸空文，故夫妻之间有关房产赠与的约定无需经过物权变动手续，离婚时法院可以判决房产归受赠方所有，对赠与房产一方主张撤销赠与合同的请求不予支持。二是认为《婚姻法》规定了三种夫妻财产约定的模式，即分别所有、共同共有和部分共同共有，并不包括将一方所有财产约定为另一方所有的情形。将一方所有的财产约定为另一方所有，也就是夫妻之间的赠与行为，虽然双方达成了有效的协议，但因未办理房屋变更登记手续，依照《物权法》的规定，房屋所有权尚未转移，而依照《合同法》关于赠与一节的规定，赠与房产的一方可以撤销赠与。

《合同法》对赠与问题进行了比较详尽的规定，如：“赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与”；“赠

与的财产依法需要办理登记等手续的，应当办理有关手续”；“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，赠与人不交付赠与的财产的，受赠人可以要求交付”。婚姻家庭领域的协议常常涉及到财产权属的条款，对于此类协议的订立、生效、撤销、变更等并不排斥《合同法》的适用。在实际生活中，赠与往往发生在具有亲密关系或者血缘关系的人之间，《合同法》对赠与问题的规定并没有指明夫妻关系除外。一方赠与另一方不动产，在没有办理过户手续之前，依照《合同法》的规定，是完全可以撤销的，这与《婚姻法》的规定并不矛盾。因此，尚未办理房产过户手续的赠与，房产赠与人可以随时撤销赠与，对赠与房产一方离婚时主张撤销赠与合同的请求应予支持。

《婚姻法司法解释（三）》采纳了第二种观点，规定：“婚前或婚姻关系存续期间，当事人约定将一方所有的房产赠与另一方，一方在赠与房产变更登记之前撤销赠与，另一方请求判令继续履行的，人民法院可以按照《合同法》第一百八十六条的规定处理。”

需要指出的是，该条重点在于明确夫妻之间赠与房产可以按照《合同法》第一百八十六条的规定处理；如果赠与的房产已经登记过户，但受赠的夫妻一方对另一方有扶养义务而不履行、严重侵害赠与人或者赠与人的近亲属、不履行赠与合同约定的义务情形之一的，赠与人可以按照《合同法》第一百九十二条的规定行使法定撤销权。行使任意撤销权的依据是《合同法》第一百八十六条，条件是赠与房产的产权未发生转移，不适用社会公益和道德义务性质的赠与合同以及经过公证的赠与合同；法定撤销权是基于法定事由，由赠与人行使的撤销赠与的权利，其依据是《合同法》第一百九十二条。

二十三、男女双方在婚前约定并公证：“婚后实行分别财产制，女方离职在家操持家务，男方每月支付女方劳动报酬 5000 元，不论男方经济状况如何。”双方按约履行若干年后，男方不再每月支付妻子劳动报酬 5000 元，妻子遂提起诉讼，要求男方按照协议继续履行，妻子的主张能成立吗？

答：对于这种丈夫支付妻子劳动报酬的协议，并不违反法律的禁止性规定，且符合《婚姻法》第四十条规定的精神：“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。”审判实践中，依据《婚姻法》第四十条主张权利的并不多见，原因在于鲜见我国实际生活中夫妻约定实行分别财产制的情况，而该条适用的前提条件是夫妻婚后实行分别财产制。

双方既然自愿约定实行分别财产制，妻子在家操持家务并由男方每月支付劳动报酬 5000 元，体现了家务劳动的社会价值，这种协议应当是有效的，法院应支持妻子的诉讼请求。

二十四、男方不愿生育而女方坚持生育，能否免除男方作为父亲的义务？

答：司法实践中，经常有男方因各种原因比如经济困难、出现第三者、婚姻即将解体甚至不喜欢孩子而缺乏生育意愿的情况。比如，甲男与乙女协议离婚，离婚时女方已经怀有身孕，男方给女方一大笔补偿，明确表示不要孩子，双方并协议约定女方中止妊娠。女方已拿到补偿款，但事后反悔，又生下孩子，此时男方是否要承担抚养义务。在男女双方相互协作而使女方怀孕后，男方不得基于其不愿生育而强迫女方堕胎，因为既然男方在和女性发生性关系时没有采取任何避孕措施，这一行为本身表明其已以默示的方式行使了自身的生育权，这时其虽然不愿女方生育，但不得强迫，否则仍然是侵犯女方的人身权。根据《婚姻法》的规定，父母对未成年子女具有抚养教育的义务，这一义务不受父母是否离异影响，不能因为父母的过错而免除对其子女的应尽义务，这主要是基于未成年子女利益的保护而设的规定。何况男方在自己不想要子女的情况下，在性关系中不采取任何避孕措施，对子女的出生来说其行为本身也有过错，所以应承担一定的法律责任。因此，女方执意生育仍不能免除男方作为父亲的任何义务。

二十五、男方向法院提起离婚诉讼，并要求分割婚姻关系存续期间的 2.6 万元存款。女方辩称 2.6 万元是以女儿名字存在银行的，属于女儿的压岁钱，男方无权要求分割。男方则认为，如果夫妻离婚时不对压岁钱进行分割，在孩子没有行为能力的情况下，势必造成孩子跟谁过谁就有权支配的状况，对另一方是不公平的。这种情况如何处理？

答：家长给子女压岁钱的行为是一种赠与行为。传统风俗习惯中，压岁钱是春节拜年时长辈给晚辈的一种礼金，有压祟（岁）、辟邪、祝福平安的含义，实际上属于一种赠与行为，而赠与是赠与人将自己的财产或者财产权利无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与的行为。压岁钱不属于夫妻共同财产，其已经赠与子女，子女享有对压岁钱的所有权。即使子女的压岁钱来自于父母，但从赠出之始就从父母的夫妻共同财产中分离出来，从而完全归属于子女所有，况且银行存款实行实名制，女儿名下的银行存款，当然也应认定归女儿所有。在子女未成年时，夫妻一旦离婚，则由直接抚养子女的父母一方保管该压岁钱。

二十六、生父与继母、生母与继父之间的婚姻关系一旦解除，继子女与继父母的权利义务关系也自然终止吗？

答：继子女与继父母之间的关系，虽然是以生父母与继父母之间的婚姻关系为前提，但在继父母与继子女形成抚养关系后，它是一种独立的民事法律关系，它可以在一定的条件下解除，但不能认为生父与继母、生母与继父之间的婚姻关系一旦解除，继子女与继父母的权利义务关系也自然终止。

审判实践中应注意把握的是：第一，生父与继母或生母与继父离婚时，继父或继母对曾受其抚养教育的继子女，不同意继续抚养的，仍应由生父母抚养。因为生父母与子女的权利义务关系是基于血缘关系而产生的一种法律关系，这种基础决定了生父母对子女是第一位的亲权关系，而继父母与继子女是基于姻亲关系而发生的一种事实上的抚养

关系。离婚时继父母不愿继续抚养继子女的，不能勉强，本着血缘关系第一位的原则，仍应由生父母承担抚养义务。第二，在通常情况下，受继父母抚养成人并独立生活的继子女，应当承担赡养继父母的义务，双方关系原则上不能自然终止。但是，如果双方关系恶化，经当事人的请求，人民法院可以解除他们之间的权利义务关系。但成年继子女须承担丧失劳动能力、生活困难的继父母晚年的生活费用。

二十七、收养关系解除后，养父母还可以要求养子女给付生活费吗？

答：《收养法》第二十九条是对收养关系解除效力的一般规定，即“收养关系解除后，养子女与养父母及其他近亲属间的权利义务即行消除”。而《收养法》第三十条第一款则是对收养关系解除效力的特殊规定，即“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”。请注意，这里法条的文字表述是“收养关系解除后”，而非“收养关系解除时”，立法上的一字之差使那些在收养关系解除后出现了缺乏劳动能力又缺乏生活来源情形的养父母获得法律上的保障，这样规定符合权利义务相一致的民法原理，也能够更好地保护老年人的合法权益。

养子女与养父母收养关系解除后，对养父母承担的赡养义务在理论上被称为“后赡养义务”，其法律特征是：第一，后赡养义务产生于养父母与养子女收养关系解除之后，这是后赡养义务的时间特征；第二，后赡养义务的主体是经养父母抚养的成年养子女；第三，后赡养义务的对象是既缺乏劳动能力又缺乏生活来源的养父母，这里包括缺乏劳动能力和缺乏生活来源两个要件，二者必须同时具备；第四，后赡养义务的内容是给付生活费，这是区别于赡养义务的实质特征。一般情况下，子女对父母的赡养义务既包括物质赡养又包括精神赡养，而后赡养义务发生在收养关系解除之后，养父母与养子女的关系不复存在，因此，以解决生存问题为目的的物质赡养，即给付生活费成为后赡养义务的显著特征。<sup>11</sup>

二十八、父母请求子女返还买房的出资时，应如何处理？

答：由于父母与子女不和、子女离婚时父母为保全自己的出资等原因经常会出现父母请求返还出资的情形。从司法实践反馈情况来看，父母请求返还出资所主张的基础法律关系往往为借贷而非赠与。

对父母出资为子女购买房屋行为的法律性质，应着重把握以下几个方面：第一，应尊重双方意思自治。对父母出资行为的认定原则上应以父母的明确表示为标准。如果父母与子女之间约定为赠与或者父母明确表示为赠与，就是赠与关系。这里要注意，父母出资赠与的真实意思表示，一般应发生在出资的当时或在出资后。一旦父母在出资时或出资后作出赠与意思表示，则意味着赠与关系已经成立生效。父母日后主张借贷关系则一般不能得到支持。第二，对借贷关系是否成立应严格遵循“谁主张谁举证”原则。在现实生活中，基于彼此间密切的人身财产关系，父母的借贷往往没有借条，父母的赠与也往往没有明确的表示。此时应严格执行“谁主张、谁举证”原则。如果父母有关借贷的举证不充分，则一般应认定该出资为赠与行为。

二十九、对人工授精所生子女应如何认定？

答：在现代的医疗技术条件下，受孕既包括传统的自然受精，又包括人工授精（母体内受精）与试管婴儿（母体外受精）。人工授精生育子女，法律上称为辅助生殖技术，是指已婚夫妻借用现代生物技术，通过非自然的行为怀孕所生育的子女。根据受精方法的不同，可分为同质授精所生子女和异质授精所生子女两种。所谓“同质授精”，是采用人工授精方式，将丈夫的精子植入妻子的子宫内，这种方法所生子女，其法律地位一般不会产生质疑。而“异质授精”是将非丈夫的精子植入妻子子宫内，其法律地位难免会产生疑问。根据最高人民法院相关复函的精神，可以分为三种情况：

第一，精子与卵子来源于夫妻双方，只是采用辅助生殖技术使之结合怀孕所生的，该子女与父母双方均有血缘关系，是夫妻双方的亲生子女，其法律地位无可质疑。

第二，在婚姻关系存续期间，事先经过丈夫同意或事后丈夫明确表示无异议，妻子采用人工授精技术怀孕，精子不是生育妇女的丈夫提供的，尽管子女与丈夫没有血缘关系，但生育妇女的丈夫应视为该子女法律意义上的父亲。而且一经丈夫同意，经过人工授精技术生育了子女，这种同意和认可是不能反悔的，因为孩子已经出生，对于既定事实不容反悔，否则极不利于孩子的健康成长。

第三，在婚姻关系存续期间，如果妻子未经丈夫同意，擅自采用他人精子人工授精生育子女，所生子女与丈夫没有法律上的父子关系，丈夫不承担抚养义务，精子提供者也不承担抚养义务。

三十、甲某几年前与妻子乙某离婚，离婚时协议儿子丙某由妻子直接抚养，生活费、教育费则由甲某负担。丙某在与同学玩耍时将同学胳膊扭伤，经住院治疗花去医疗费、药费等近万元。但乙某无力赔偿，同学的父母向丙某的父亲甲某要求赔偿，但甲某以丙某未与自己共同生活为由拒绝赔偿，甲某的理由成立吗？

答：《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第158条规定：“夫妻离婚后，未成年子女侵害他人权益的，同该子女共同生活的一方应当承担民事责任；如果独立承担民事责任确有困难的，可以责令未与该子女共同生活的一方共同承担民事责任。”由此可见，丙某虽是同母亲乙某共同生活，但其与甲某的父子关系并未因甲某与乙某夫妻关系的解除而消除。丙某将同学扭伤应予赔偿，在乙某无力赔偿时，甲某应承担相应的赔偿责任，甲某以丙某未与自己共同生活为由拒绝赔偿的理由不能成立。

三十一、甲某在父母离婚后随母亲生活。初中毕业后没有考上重点高中，甲某母亲在未经父亲同意的情况下，



为甲某选择了重点高中，并交纳了3万元的择校费。甲某母亲事后同甲某父亲交涉，要求其承担择校费的一半，遭甲某父亲的拒绝。甲某遂起诉至法院，要求其父亲承担择校费的一半，甲某的主张应否得到支持？

答：《婚姻法》第三十七条规定：“离婚后，一方抚养的子女，另一方应负担必要的生活费和教育费的一部或全部。负担费用的多少和期限的长短，由双方协议；协议不成时，由人民法院判决。关于子女生活费和教育费的协议或判决，不妨碍子女在必要时向父母任何一方提出超过协议或判决原定数额的合理要求。”父母有抚养教育子女的义务，但所支付的教育费应在必要的范围内。未直接抚养子女一方对子女教育费的承担以必要为限，上收费较高的私立学校、重点高中所支付的择校费用，或者是因考分不够而产生的择校费，以及为子女报读昂贵课外辅导班或购买昂贵学习用具等所产生的费用，都不在必要的教育费之列。超出必要限度的教育费只能由支出方自行“买单”，除非未直接抚养子女一方自愿承担。故甲某的母亲在未取得甲某父亲同意的情况下，选择较好的学校让甲某就读，并支付高额择校费，应由甲某的母亲自行承担。

三十二、双方在法院协议离婚时约定，女儿由女方直接抚养，男方每月支付抚养费1000元，直到女儿大学毕业时为止。但在女儿上大学后，男方无故不再支付抚养费，女儿遂起诉要求其父按照约定支付抚养费。因《婚姻法司法解释（一）》已将父母对子女的法定义务限定在“尚在校接受高中及其以下学历教育”，已经就读大学的女儿还能再主张抚养费吗？

答：《婚姻法》规定未成年的或不能独立生活的子女，有要求父母付给抚养费的权利，最高人民法院有关司法解释规定：“婚姻法第二十一条规定的‘不能独立生活的子女’，是指尚在校接受高中及其以下学历教育，或者丧失或未完全丧失劳动能力等非主观原因而无法维持正常生活的成年子女。”制定该条司法解释的初衷是考虑大学教育并非义务教育，进入大学学习的成年子女是为自己以后更好地就业创造条件，负担大学费用不应成为父母的法定义务，这样可以鼓励成年子女勤工俭学，凭自己的劳动收入完成大学教育。但从该司法解释施行后的情况看，有不少学者和法官对此提出了质疑，认为该条规定不符合中国的国情。现在大学学费日益高涨，靠成年子女自己勤工俭学很难完成学业。一般家庭的父母当然会尽自己所能支付孩子上大学的费用，而对于一些离异的家庭，情况就不容乐观了。有的继父或继母不愿支付继子女的大学学费，从而引发纠纷。

在父母对子女抚养期限没有约定的情况下，还应按照最高人民法院目前的司法解释执行，但法院应尽量多做调解工作，尽量保证尚在校就读的成年子女完成学业；如果父母离婚时约定支付抚养费至子女大学毕业时，就应按照约定履行。《婚姻法司法解释（一）》规定的“尚在校接受高中及其以下学历教育”是对父母的最低要求，父母自愿负担女儿上大学的费用，并未违反法律的禁止性规定，子女有权主张父母按约支付抚养费。

从现实情况看，上大学的阶段甚至大学毕业后尚不能完全独立生活阶段，父母资助的情况相当普遍。我们认为，在父母对抚养期限没有约定的情况下，父母抚养期限适用法定的高中教育阶段完毕后；在父母对抚养期限有明确约定的情况下，适用父母的约定。

三十三、婚姻关系存续期间，夫妻一方可以请求分割共同财产需符合哪些条件？

答：婚姻关系存续期间，夫妻一方请求分割夫妻共同财产需符合以下条件：

#### 1. 存在重大理由

《婚姻法》所确定的夫妻共同共有财产制度是《物权法》规定的共同共有的一种形式，必然要遵循《物权法》有关共同共有制度的一般原则。关于共同共有财产的分割请求权，《物权法》规定的原则是，共有人约定不得分割共有财产的，应当按照约定，但共有人有“重大理由”需要分割的，可以请求分割。没有约定或者约定不明确的，共同共有人原则上不得请求分割共有财产，只有在共有的基础丧失或者有重大理由需要分割时才可以请求分割。《婚姻法司法解释（三）》仅规定了两种重大理由的情形：一方有隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或者伪造夫妻共同债务等严重损害夫妻共同财产利益行为的；一方负有法定扶养义务的人患重大疾病需要医治，另一方不同意支付相关医疗费用的。

应当注意的是，应将“重大理由”仅限定为上述两种情形，除本条规定情形外，既不能类推适用，亦不能扩大解释，以避免夫妻双方或者一方在婚姻关系存续期间随意主张分割共同财产，损害家庭稳定及影响夫妻共同财产保障功能的实现。如在判断是否属于第一种情形时，应区别当事人的不同主观意图。从主观上，隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍或者伪造债务等行为应为夫妻一方的故意行为，通过上述行为，实现侵占夫妻共同财产的目的。因过失行为导致的共同财产毁损，不适用该条规定。

#### 2. 分割共同财产的前提是不能牺牲债权人的利益

如果夫妻一方有隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或伪造夫妻共同债务等严重损害夫妻共同财产利益行为的，不必然支持另一方分割夫妻共同财产的主张，只有同时满足不损害债权人利益的条件，方能获得支持。夫妻一方用夫妻共同财产承担法定扶养人或法定赡养人医疗费用，与保护债权人利益冲突时，也不能侵害债权人利益。

因此，只有同时满足存在重大理由和不损害债权人利益条件时，法院才会支持当事人分割夫妻共同财产的请求。婚内财产分割的权利规定，无疑对于充分保障婚内财产权利有着重大意义。给无法离婚、不便离婚、不想离婚的当事人快速寻求夫妻共同财产权利保护提供了重要的法律途径。

适用《婚姻法司法解释（三）》的规定时应注意：第一，此为不解除婚姻关系、不变更原夫妻财产制前提下的

分割，当事人诉请分割的只是已经形成的现有夫妻共同财产。析产后，一方或双方重新获得的财产，仍是夫妻共同财产。国外多数国家和地区法律规定，婚内财产分割需以“非常财产制”为前提。也有少数国家规定，婚内财产分割无需以分别财产判决（非常财产制）为前提，二者不同之处在于前者在共同财产分割后，夫妻双方实行分别财产制，而后者则继续实行共同财产制。由于《婚姻法》没有规定夫妻非常财产制，因而应当理解为分割共同财产后，夫妻对将来的财产仍然实行共同财产制。且继续实行共同财产制，对于保护收入较低弱势一方比较有利；第二，请求分割共同财产的权利人为夫或妻，第三人无此项请求权。

三十四、夫妻一方的个人财产不足以清偿其个人债务的情形，可否主张分割夫妻共同财产？

答：在国外，当夫妻一方的个人财产不足以清偿其个人债务时，通常允许债权人请求法院宣告双方实行分别财产制，对共同财产进行分割。但是《物权法》仅仅规定“共有人”有权提出分割共有财产的请求，相应地，在婚姻关系中，只有夫妻一方才有权提出分割夫妻共同财产的请求，债权人不具有该请求权。

从《婚姻法司法解释（三）》的规定来看，只规定了两种情形，属于封闭性的条款。故夫妻一方的个人财产不足以清偿其个人债务时，不属于能够请求分割夫妻共同财产的范围。

三十五、夫妻一方擅自出卖共同共有的房屋应如何处理？

审判实践中经常出现这样的纠纷，夫妻一方未经另一方同意，擅自将夫妻共同共有的房产出卖，另一方向法院提起诉讼，要求确认房屋买卖合同无效、第三人返还房屋。随着《物权法》的出台、善意取得制度在法律上的真正确立，对于此类纠纷的处理，应该说已基本达成共识，没有太大的争议。问题的焦点在于，当夫妻一方擅自处分的房屋属于家庭唯一居住用房时，应当优先保护谁的利益？有的专家建议规定除外情形，即房屋属于家庭生活唯一居住用房的除外。因生存是第一要素，夫妻一方擅自将家庭仅有的一套房屋出售，如果支持善意第三人的主张，会出现另一方无家可归的情况。从公开征求意见反馈的情况来看，多数意见认为，征求意见稿中的除外条款实际上否定了《物权法》第一百零六条的规定，原则上这种例外条款不应允许。如果善意第三人付出家庭全部积蓄购入的房屋也是其家庭唯一生活住房，如何平衡二者之间的利益？另“居住需要”也未区分普通型居住需要和豪华型居住需要。《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》第六条规定：“对被执行人及其所扶养家属生活所必需的居住用房，人民法院可以查封，但不得拍卖、变卖或者抵债。”同时第七条还规定：“对于超过被执行人及其所扶养家属生活所必需的房屋和生活用品，人民法院根据申请执行人的申请，在保障被执行人及其所扶养家属最低生活标准所必需的居住房屋和普通生活必需品后，可予以执行。”既然民事执行程序中已经有明确的规定，对于唯一住房不予执行，显然考虑到了生存权、居住问题，没必要在婚姻法解释中再专门规定；在房价高涨的现实情况下，担心这个条款可能会被卖房反悔的人利用，不利于保护交易安全和善意第三人的合法权益。

《婚姻法司法解释（三）》第十一条采纳了多数人意见，根据《物权法》第一百零六条精神作出了相应规定，既符合民法善意取得制度的要求，同时又规定人民法院对另一方赔偿损失的请求予以支持，体现了兼顾配偶权利保护和保障交易安全、保护善意第三人利益的现代法制精神。

注释：

⑩杨立新：《欺诈性抚养关系的侵权责任》，载“杨立新民商法网”，2008年3月21日。

11.《婚姻家庭纠纷实用法律手册》，中国法制出版社2007年版，第262页。

### 吴晓芳：婚姻家庭纠纷审理热点、难点问答（一）第三部分

2015年7月6日 来源：《民事法律文件解读》2011年第11期（总第83期）吴晓芳

三十六、夫妻一方擅自出卖共有房屋情况下，如何判断第三人是善意的？由谁举证？

答：1. 如何认定第三人是善意非常重要，对作为不动产的房屋而言，应当以第三人对登记的信赖作为判断是否构成不动产善意取得的标准。在通常情况下，只要第三人信赖了登记，就应推定其为善意，除非有证据证明其事先明知登记错误或者登记簿中有异议登记的记载。这里的善意不以第三人进一步核实登记事项为前提。将善意仅限于登记信赖，则在司法认定时，只需考量登记记载的所有权人是否与夫妻一方一致且无异议登记即可。有一点需注意，如果房产登记在夫妻两人名下，夫或妻一方出售能否认定第三人为善意呢。笔者以为，如果房产登记在夫妻两人名下，应当排除第三人为善意，其应该知道与其交易的夫或妻没有完全产权，仍与其交易，应当承担交易不能的风险。

2. “善意”的证明责任分配。在不动产善意取得中，登记簿是以国家信誉作为保障，具有高度公信力，应首先推定取得人是善意的，取得人不负证明自己是善意的举证责任，如果产权证上未载明的夫妻一方不能证明取得人为恶意，就应推定第三人为善意。

3. 第三人“善意”状态的时间节点。由于房地产变更登记流程需要一段时间，不可能瞬间完成。应当把判断第三人是否为善意的时间点确定为应在记载于登记簿时。这不仅更符合《物权法》的立法本意，也有利于夫妻另一方权益保护。虽然善意取得制度是为交易安全所设，但这并不意味着其对真正权利人所有权的漠视。基于诚信原则的要求，在变更登记尚未完成，第三人对房产还未以登记取得公信力的情形下，应当在知道登记簿不实后撤回登记申请。事实上，相关规章也对撤回申请作了规定。例如，《房屋登记办法》第二十一条明确规定：“房屋登记机构将申请登记事项记载于房屋登记簿之前，申请人可以撤回登记申请。”

三十七、双方登记结婚后，用夫妻共同财产以男方名义购买了一套经济适用房，产权登记男方名下。女方起诉

离婚被法院判决驳回后，又以房屋所有权确认纠纷为由提起诉讼，请求确认该房产为夫妻共同所有，并将该房屋产权登记在双方名下。男方同意将房屋产权登记在双方名下，但是主张应明确各自的份额。这种情况如何处理？

答：本案其实涉及两个问题，即女方要求确认房屋共同所有能否得到支持？男方请求在婚姻关系存续期间分出夫妻各自所占房产份额能否得到支持？涉讼房产虽以男方名义购买并登记在男方名下，但其实为夫妻共同财产，应为双方共同共有。对女方要求确认其为夫妻共有并登记在夫妻双方名下的诉请，应予以支持；男方提出应明确双方各自房产份额的主张，因双方仍系夫妻关系，对涉讼房产共同享有所有权，男方只能在共有基础丧失或者有重大理由需要分割时其主张才能得到法院支持。根据《婚姻法司法解释（三）》的规定，“婚姻关系存续期间，夫妻一方请求分割共同财产的，人民法院不予支持，但有下列重大理由且不损害债权人利益的除外：（一）一方有隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或伪造夫妻共同债务等严重损害夫妻共同财产利益行为的；（二）一方的法定扶养义务人患重大疾病需要医治，另一方不同意支付相关医疗费用的。”男方主张分割房产因不具备上述重大理由，不应予以支持。

三十八、一方个人财产婚后产生的收益如何认定？

答：这个问题法律并无规定，学术界也有不同的观点。著名婚姻法专家杨大文教授主张，依据《婚姻法》之婚后所得共同制的精神，个人财产婚后收益应当归属夫妻双方共同所有。但也有不少学者认为，从国外立法看，夫妻一方财产在婚后所得收益的所有权之归属，在采取婚后所得共同制的一些国家，主要有三种不同的立法例：一是一律属于夫妻共同财产，如《意大利民法典》的规定；二是一律属于夫妻个人财产，如《俄罗斯联邦家庭法典》的规定；三是部分归夫妻共有，部分归个人所有，如《法国民法典》的规定。从我国的实际情况出发，法国的立法例值得借鉴，即对夫妻个人财产在婚后所得收益应当区别对待。

从各地法院实际操作情况来看，对个人财产婚后产生收益的性质认定上差别较大。广东省高级人民法院制定的《广东省高级人民法院关于审理婚姻纠纷案件若干问题的指导意见》第八条规定：“双方对婚前财产的归属没有约定的，该财产不因婚姻关系的存续或因财产存在形态的变化而转化为夫妻共同财产。但在婚姻关系存续期间，一方以个人财产投资取得的收益属于夫妻共同财产。该投资收益包括：（1）一方用婚前财产投资而成为有限责任公司股东或持有股票、债券、证券投资基金份额等有价证券，在婚姻关系存续期间取得的红利或利息；（2）一方将婚前财产存入金融机构或出租给他人，在婚姻关系存续期间产生的利息或租金；（3）一方在婚姻关系存续期间因转让其个人的所有的股份、有价证券等投资性资产而取得的增值部分；（4）一方用婚前财产在婚姻关系存续期间进行其他生产、经营活动而取得的增值部分。”从该规定可以看出，广东省高级人民法院对“投资”作了非常宽泛的理解，并将夫妻一方婚前财产在婚姻存续期间所得的大部分收益类型都纳入了夫妻共同财产的范畴。

上海市高级人民法院对该问题的理解则与广东高院有所不同。《上海市高级人民法院关于适用最高人民法院婚姻法司法解释（二）若干问题的解答（一）》第一条对于“夫妻一方个人财产在婚姻关系存续期间所取得的收益中，哪些属于《婚姻法司法解释（二）》第十一条（一）项规定的应当归夫妻双方共同所有的投资收益”是这样解答的：“由于司法解释（二）对‘投资收益’的概念并无明确界定，在诉讼中，对于当事人主张的所谓‘投资收益’，应根据不同财产形态的性质区别认定：（1）当事人以个人财产投资于公司或企业，若基于该投资所享有的收益是在婚姻关系存续期间取得的，则对该公司或企业生产经营产生的利润分配部分如股权分红等，依照《婚姻法》第十七条第（二）项的规定，应为夫妻双方共同所有；（2）当事人将属于个人所有的房屋出租，因对房屋这类重大生活资料，基本上是由夫妻双方共同进行经营管理，包括维护、修缮，所取得的租金事实上是一种夫妻共同经营后的收入，因此，婚姻关系存续期间所得的租金一般认定为共同所有。但若房屋所有人有证据证明事实上房屋出租的经营管理仅由一方进行，则婚姻存续期间的租金收益应归房产所有人个人所有。（3）当事人以个人财产购买债券所得的利息，或用于储蓄产生的利息，由于利息收益是债券或储蓄本金所必然产生的孳息，与投资收益具有风险性的物质不同，应依本金或原物之所有权归属为个人所有。（4）当事人以个人财产购买了房产、股票、债券、基金、黄金或古董等财产，在婚姻关系存续期间，因市场行情变化抛售后产生的增值部分，由于这些财产本身仅是个人财产的形态变化，性质上仍为个人所有之财产，抛售后增值是基于原物交换价值的上升所致，仍应依原物所有权归属为个人所有。”该文件进一步规定：“具体实践中，判断个人财产在婚姻关系存续期间所取得的收益是否属于夫妻共同所有时，人民法院可根据案件实际情况，对各种形式的个人财产的婚后收益，从是基于原个人财产的自然增值还是基于夫妻共同经营行为所产生来判断，前者原则为个人所有，后者原则为共同所有。此外，若收益是基于个人财产与共同财产混同后进行投资行为所产生，无证据证明具体比例的，推定为共同财产投资收益，归夫妻共同所有。”

根据婚后收益性质以及取得方式的不同，对夫妻一方婚前财产在婚姻存续期间获得的收益大致可以分为以下几类：

- (1) 孳息，包括天然孳息和法定孳息
- (2) 自然增值
- (3) 主动增值
- (4) 投资收益，包括直接投资收益和间接投资收益
- (5) 知识产权收益
- (6) 生产经营收益

按照民法的添附理论和制度，非财产所有人对他人的原财产投入了新的财产和一定的劳务，从而使他人的原财产增值，投入新财产和劳务的人有权要求与原财产的所有权人分享增值后的财产中的合理利益。就夫妻一方婚前个人财产而言，如果婚后夫妻双方对该项财产共同管理、共同修缮、共同投入了新财产，从而使该项财产主动增值的，夫妻另一方有权主张对该项财产增值的部分享有权利和利益。

投资，是指企业或个人以获得未来收益为目的，投放一定量的货币或实物，以经营某项事业的行为。<sup>12</sup> 投资可以划分为直接投资和间接投资两种方式。将货币或实物直接投于企业生产经营活动的，称为直接投资；将货币用于购买股票、债券等金融资产的，称为间接投资。投资收益应当具备以下特点：一是通过让渡一种财产而换取另一种财产，进而从新获得的资产中取得的收益；二是收益的取得具有风险；三是需要投入时间、精力、智力、体力才能取得。根据《婚姻法司法解释（二）》的规定，一方婚前财产婚后投资取得的收益应认定为夫妻共同财产。

《婚姻法司法解释（三）》用“除外”的表述方式规定了一方个人财产婚后产生收益的归属，即：一方个人财产婚后产生的收益，除孳息和自然增值外，应认定为夫妻共同财产。换句话说，一方个人财产婚后产生的生产经营收益、知识产权收益、投资收益、主动增值收益都应认定为夫妻共同财产。

三十九、《婚姻法司法解释（三）》第十一条中的支付“合理对价”的认定标准是什么？

答：可参照《合同法解释（二）》第十九条的规定，对于《合同法》第七十四条规定的“明显不合理的低价”，人民法院应当以交易当地一般经营者的判断，并参考交易当时交易地的物价部门指导价或者市场交易价，结合其他相关因素综合考虑予以确认。转让价格达不到交易时交易地的指导价或者市场交易价百分之七十的，一般可以视为明显不合理的低价；对转让价格高于当地指导价或者市场交易价30%的，一般视为明显不合理的高价。债务人以明显不合理的高价收购他人财产，人民法院可以根据债权人的申请，参照《合同法》第七十四条的规定予以撤销。

四十、认定夫妻一方财产在婚后的收益性质应注意什么？

答：《婚姻法》本身规定了婚姻关系存续期间所得的生产、经营收益及知识产权收益，归夫妻共同所有，《婚姻法解释（二）》已经明确规定一方以个人财产投资所得的收益为夫妻共同财产，但孳息和自然增值这两种情形在法律上和司法解释层面仍然是空白。孳息包括天然孳息和法定孳息，对于孳息所有权的归属，现代物权法一般采原物主义，《物权法》第一百一十六条规定：“天然孳息，由所有权人取得；既有所有权人又有用益物权人的，由用益物权人取得。当事人另有约定的，按照约定。法定孳息，当事人有约定的，按照约定取得；没有约定或者约定不明确的，按照交易习惯取得。”在法律适用层面考虑，《物权法》与《婚姻法》同属于全国人大制定的法律，但《物权法》是新法，《婚姻法》是旧法，新法应优于旧法。因此，按照《物权法》的规定精神，夫妻一方的财产在婚后产生的孳息仍然属于一方的个人财产。

有观点认为，一方婚前就拥有的果园，夫妻婚后共同生产经营，共同出资出力，所得孳息如果认定为一方个人财产的话，对另一方相当不公平。我们认为，天然孳息一般应包含三个因素：一是原物须为有体物；二是孳息的产生主要是自然因素；三是孳息可以与原物分离。需要共同生产经营才能获得的收益，不属天然孳息的范畴，应作为《婚姻法》第十七条“生产、经营的收益”来处理更为合适。如《法国民法典》中除了天然孳息和法定孳息外，还有一种称之为人工孳息，主要是指因耕作获得的果实。由于该孳息是由耕作劳动产生，类似于我国《婚姻法》规定的生产经营收益。法定孳息是指因财产交他人用益而产生的收益，其本质是用益的对价。台湾地区“民法典”第69条规定：“称法定孳息者，谓利息、租金及其他因法律关系所得之收益。”我国学界对法定孳息的定义或解释多参照上述规定，认为法定孳息是因法律关系所得的收益。但这种说法无法解释买卖合同的价金、委托合同的报酬为什么不是法定孳息。如果因法律关系所得的收益都概括为法定孳息，这个概念也就失去了应有的意义。

夫妻一方个人财产在婚姻存续期间的自然增值，是指该增值的发生是因通货膨胀或市场行情的变化而致，与夫妻双方的协作劳动、努力或管理等并无关联，比如夫妻一方婚前所有的房屋、古董、字画、珠宝、黄金等，在婚姻关系存续期间因市场价格上涨而产生的增值，由于抛售后增值是基于原物交换价值的上升所致，是不以人的意志为转移的市场行为作用的结果，仍应依原物所有权归属为个人所有，将该部分增值认定为一方的个人财产基本得到理论界及实务界的共识。

应当注意的是，审判实践中对一方所有的房屋婚后出租获取的租金如何认定，观点分歧比较大。倾向性观点认为，房屋租金与存款利息相比，是由市场的供求规律决定的，并且与房屋本身的管理状况紧密相连，出租方应当履行租赁物的维修义务，应当保障租赁物的居住安全，其获得往往需要投入更多的管理或劳务，产生的租金收益应当属于夫妻共同所有。有人将租金看作法定孳息的一种，我们更倾向于将租金作为经营性收益看待。

本条规定一方个人财产婚后产生的自然增值归个人所有，如果属于主动增值，则应当认定为夫妻共同财产。在对增值的个人财产进行定性时，应区别是主动增值还是被动增值（即自然增值），因通货膨胀或其他不是因当事人的主观努力而是因市场价值的变化产生的增值属于被动增值，没有所有权的配偶对增值部分无权要求分割。当一方的个人财产由于他方或双方所支付的时间、金钱、智力、劳务而增值的，应属于主动增值，离婚时将增值部分作为共同财产予以分割比较公平。

婚前购买的股票、基金，婚后要保值和增值，股票、基金投资的卖出和买进也需要投入大量的时间和精力去经营，因此婚后股票、基金增值部分认定为夫妻共同财产比较适宜。台湾学者黄立先生认为：“因拥有公司股票所获得之红利，系于公司经营有盈余时才会有红利的分配，若有亏损则无法分派红利，此种属于投资风险所得之利益，

并非法定孳息。”笔者倾向于这种观点，在认定属于投资收益的前提下，按照《婚姻法司法解释（二）》的规定，当然属于夫妻共同财产。

四十一、一方婚前价值 100 万元的房子，婚后出售产生自然增值 100 万元，其用该 200 万元又买了一套房子，离婚时应如何处理？

答：一方婚前的房子婚后出售产生的自然增值，根据《婚姻法司法解释（三）》的规定，应当认定为一方的个人财产。一方用卖房的钱又购入一套房子，此行为是否属于投资行为，应当根据具体情况作出认定。如果一方买的房子是用来自住，不宜认定为投资行为，离婚时产生的增值部分不能按照投资收益认定为夫妻共同财产；如果一方买房的目的是投资经营，甚至属于专职的“炒房客”，婚后又购置房产的行为就应认定为投资行为，所得收益自然应认定为夫妻共同财产。

四十二、当事人拒绝做亲子鉴定时应如何处理？

答：亲子关系纠纷主要在于厘清当事人之间是否具有法律上的亲子关系，以及因此而衍生的权利义务，而亲子鉴定的独特功能可以鉴别当事人之间是否具有真实的血缘关系，可以帮助完成对身份的辨认，其应用具有法律上的重要价值和意义。亲子鉴定是近代法医学学术语，是指用医学、人类学等学科的理论和技术来判断有争议的父母与子女间（特别是父子间）是否存在亲生血缘关系，后来发展至可以用来判断其他个体之间如同胞间以及隔代间是否存在血缘关系，因而也称为亲权鉴定。<sup>13</sup>

亲子关系诉讼属于身份关系诉讼，主要包括否认婚生子女和认领非婚生子女的诉讼，即否认法律上的亲子关系或承认事实上的亲子关系。亲子关系诉讼中直接证据的缺乏和亲子关系证明责任的高标准，使得亲子鉴定成为认定或否定亲子关系的关键性证据。但有些当事人在无法律直接约束力的情况下，出于各种原因拒绝作亲子鉴定，无疑给人民法院查明事实真相设置了障碍。

对拒绝做亲子鉴定的当事人能否强制进行鉴定，我们可以借鉴国外的亲子鉴定法律规定，通常有两种形式的强制方法：一种是直接强制鉴定，如德国规定，拒绝受检者不仅要负担因拒绝所生费用，并科处罚金。应受检查者无正当理由，一再拒绝受检时，法院得加以强制，可对其强制抽血；另一种是间接强制鉴定，是在获取亲子关系事实真相和保护当事人隐私权、人格权之间作出的平衡。如英国、美国、法国等规定相对人无正当理由拒绝配合法院命令进行亲子鉴定时，法院得依其拒绝之情事，推认不利于相对人的事实。比较这两种强制规定，我们认为间接强制的规定更为人性化，更能被大众所接受。

借鉴国外相关规定以及总结审判实践的经验，《婚姻法司法解释（三）》规定了当事人拒绝做亲子鉴定的处理方法，即在处理有关亲子关系纠纷时，如果一方提供的证据能够形成合理的证据链条证明当事人之间可能存在或不存在亲子关系，另一方没有相反的证据又坚决不同意做亲子鉴定的，人民法院可以按照《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第七十五条的规定做出处理。从以往的审判实践来看，实际上也是这样操作的，最高人民法院的一些指导性案例也体现了这种裁判规则，但一直缺乏明文规定，《婚姻法司法解释（三）》的规定实际是把司法实践中的做法确定成文。

需要注意的是：第一，提起婚生子女否认之诉的权利人只能是夫或妻。本着法律上的亲子关系原则应以真实血缘关系为基础，同时兼顾亲子关系的安定性，应将否认权人限制在较小的范围内。之所以没有赋予子女的否认权，是因为子女未成年时需要由其父母代理，而当子女成年后，即便父母与其没有血缘关系，但对付出心血将其抚养成人的父母而言，允许子女行使否认权则有失公允。

因此，否认婚生子女之诉的权利人必须适格，该权利人在世界各国与地区的规定是不相同的。日本规定为夫一人，瑞士规定为夫或子女，我国台湾地区规定夫妻之一方。父母对子女的血缘真实情况享有知情权，如果局外人提出否认婚生子女之诉，法院不应受理。因为局外人探究别人的隐私本身就是违法行为，由违法行为来启动的诉讼程序，当然不应支持。

第二，由于兄弟姐妹之间鉴定的准确率在 60%至 80%，还不能达到准确认定的程度，故不能适用本条司法解释的推定原则。比如一方请求确认与父亲的亲子关系，但其父亲死亡，无法进行亲子鉴定采样。一方要求与其同父异母的兄弟姐妹之间进行血缘关系鉴定，对方如果不配合做鉴定，在缺乏必要证据的情况下，法院不能推定一方的主张成立。

四十三、请问亲子鉴定程序上的一个问题，《婚姻法司法解释（三）》第二条第一款中，应该列谁为被告？是列夫妻另一方还是子女？还是两者作为共同被告？

答：这个问题需要看当事人的具体诉讼请求指向谁，比如夫妻一方请求确认亲子关系不存在，并要求对方返还已支付的抚养费并赔偿精神损失，这时应列夫妻另一方为被告，因为涉及到夫妻另一方是否违反忠实义务，是否应承担返还抚养费及赔偿精神损失的责任，而子女对此是毫无责任的；如果原告起诉的目的仅是否认亲子关系，抑或将来不让该子女享有继承权，这时可以将该子女列为被告，如果其尚未成年，应由夫妻另一方作为法定代理人参加诉讼。

四十四、在双方关系被认定为事实婚姻的情形下，一方坚决主张解除婚姻关系，而另一方坚决不同意，如果双方以夫妻名义共同生活多年，经调解无效，人民法院能否判决不准离婚？2001 年《婚姻法》修订后，最高人民法院在此前出台的司法解释有关条款是否还可继续适用？

答：在审理离婚案件时，对双方属于事实婚姻的情况，要特别注意与合法登记婚姻的不同之处。《最高人民法院关于人民法院审理未办结婚登记而以夫妻名义同居生活案件的若干意见》第六条就明确规定“审理事实婚姻关系的离婚案件，应当先进行调解。经调解和好或撤诉的，确认婚姻关系有效，发给调解书或裁定书；经调解不能和好的，应调解或判决准予离婚”而不像合法登记结婚的当事人提出离婚时，法院经调解不能和好的，如果认为夫妻感情没有破裂，也可以判决不准离婚。因为事实婚姻在一定条件下被认可，并不意味着其就是完全合法的婚姻，故在具体处理上要与登记婚姻有所区别。也就是说，如果法院认为夫妻感情没有彻底破裂，可以在调解和好无效的情况下，判决登记婚姻的当事人不准离婚，再给双方当事人一次挽救婚姻关系的机会，而对事实婚姻关系的当事人就只能调解或判决准予离婚。

1989年11月21日，最高人民法院作出了《关于人民法院审理离婚案件如何认定夫妻感情确已破裂的若干意见》的司法解释，要求人民法院在审理离婚案件时，要从双方的婚姻基础、婚后感情、离婚原因、双方有无和好可能等多方面综合判断夫妻感情是否确已破裂，并列出了14种视为夫妻感情确已破裂的情形。2001年4月28日修订后的《婚姻法》实施后，该司法解释中与《婚姻法》规定不一致的，应当适用《婚姻法》的规定；《婚姻法》中没有规定而该司法解释中有明确规定，内容又与《婚姻法》不相冲突的，在审判实践中仍然可以参考使用。

四十五、我国的现实生活中是夫或妻一方搬离居所形成的事实分居，而在此期间内，如双方又有性行为是否构成分居时间计算的中断？

答：如果夫妻双方已经事实上分居，偶尔的性行为并不构成分居时间计算的中断。因为夫妻双方偶尔发生性行为并不意味着感情一定有所好转，一方仍坚决要求离婚，只能表明一方离婚的决心。故夫妻因感情不和分居已满二年，即便双方存在偶发的性行为，也应视为夫妻感情确已破裂而准予离婚。在这个问题的认定上可能存在重大分歧，因为《婚姻法》中本身就对分居的客观标准没有界定。但从分居的一般意义而言，法律的侧重点在于审查夫妻是否持续地分开居住，至于夫妻双方是否发生性行为并非法律所关注的问题。这个问题在《德国民法典》中就规定的很明确：“婚姻双方为和解所为之短暂的共同生活并不导致分居期限的中止或停止。”

四十六、对假离婚应如何处理？

答：假离婚，是指当事人为了满足一方或者双方的某种利益骗取对方的同意或者双方协商后，通过婚姻登记机关或者法院调解离婚，双方当事人离婚后，又继续以夫妻名义同居生活。出现矛盾后，一方甚至双方要求撤销离婚登记或离婚调解书。对于这种假离婚纠纷，笔者认为，作为具有完全民事行为能力的自然人，对于解除夫妻身份关系的离婚，应该十分清楚其法律后果。无论出于何种目的，该行为的意思表示都是当事人自己做出的，不存在一方受对方或者第三人欺诈、胁迫的问题。双方一旦在婚姻登记机关办理离婚登记领取了离婚证书或在人民法院调解离婚签收了调解书，其婚姻关系即正式解除。尽管离婚后双方还以夫妻名义在一起共同生活，但这种同居关系是不受法律保护的。对于事后一方或双方翻悔要求撤销离婚登记或法院调解书的，一般不予支持。最高人民法院早在1979年就对假离婚问题有过复函：“从法律上说，张某某与陈某某的离婚是合法的，张某某与朱某某的结婚也是合法的。现在陈某某以他们的离婚登记，是张某某用先离婚后复婚的欺骗手段造成的假离婚，要求予以撤销，并要求废除张某某与朱某某的婚姻关系，维持她与张某某的夫妻关系。这种要求，在法律上是站不住脚的。陈某某与张某某在离婚当时，都是具有法律行为能力的公民，双方依法办理了离婚手续，并已经发生了法律效力，从那时起，他们之间的婚姻关系，在法律上已经消灭。”

四十七、离婚案件中如何利用视听资料举证？

答：从证据学上讲，视听资料是指利用录音、录像、光盘等反映的图像和声音，以及电脑储存的资料来证明案件真实情况的证据。根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第六十八条，以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法取得的证据，不能作为认定案件事实的依据。因此，证据收集是否合法，关键在于是否侵犯了他人合法权益或者违反了法律禁止性规定。

1. 为了调取证据而侵入第三人住宅，是侵权行为，当然取得的证据不具备合法性；但如果是在自己家取证，就不存在这个问题。
2. 如果取证目的已经达到，却又对第三人的人身进行侮辱，则又构成了侵权。
3. 在自己家安放录音设备不构成侵权，但如果安放在第三人办公室或第三人家中，则不具备合法性。
4. 通过法律禁止出售的窃听设备获得的证据不具备合法性，而在公共场合获取的照片就具有合法性。14

四十八、在婚姻关系存续期间，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的，离婚时应当如何处理？

答：在婚姻关系存续期间，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的，因房屋原来属于一方父母承租的公房，购买房改房的价格一般会参考工龄、职务、级别等因素，具有比较强烈的福利色彩，其购买价格往往与市场价格相差甚远，如果认定为夫妻共同财产，显然会损害一方父母的财产权益，与国家有关房改政策精神也不相符。对于购买房屋时的出资，作为夫妻双方离婚时的债权处理较为适宜。

四十九、婚后父母为子女购买的不动产离婚时应如何处理？

父母为子女结婚购房有两种情况，一是一方父母出资为子女购买不动产，二是双方父母各自出资为子女购买不动产。《婚姻法司法解释（三）》分别情况，在第七条规定了两款。第一款规定的内容是：“婚后由一方父母出资为

子女购买的不动产，产权登记在出资人子女名下的，可按照婚姻法第十八条第（三）项的规定，视为只对自己子女一方的赠与，该不动产应认定为夫妻一方的个人财产。”这是因为，尽管是婚后父母出资买房，但登记在自己子女一方名下就意味着只赠与自己子女，这种财产的属性是个人财产，不因为夫妻双方共同使用而改变财产的性质。第二款规定的内容是：“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。”共有的性质应当是按份共有，而不是共同共有，因为出资份额清楚，认定按份共有更为公平、更为适当。

现在房价问题困扰着许多人，年轻人结婚时仅凭自己的收入，一般没有能力买房，只得依靠父母的资助。父母为了子女结婚买房，可能倾其所有，透支了准备养老的积蓄，如果房屋产权登记在自己子女名下，按照父母的内心本意，应该认定为明确只向自己子女一方的赠与。《物权法》第九条“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生法律效力”确定了“物权公示”原则，也就是说，不动产登记在谁的名下，谁就是权利人，这是最简单的判定物权归属的办法。虽然《婚姻法》规定婚后所得财产是夫妻共同财产，但是涉及到房屋，还是应该以《物权法》为依据确定权利人。否则，把财产共有权与房屋物权平等对待的话，在房屋登记上未显示的配偶一方凭结婚证就能享有物权，那么房屋登记制度也就失去了意义。有人认为，只有父母明确表示不赠与对方，才能认定为只向自己子女赠与。我们认为，这种观点是不符合中国国情的，极少有父母会在子女结婚时签署书面协议，明确房屋与子女的配偶无关，如果离婚时一概将房屋认定为夫妻共同财产，势必违背了父母为子女购房的初衷和意愿，实际上也侵害了出资父母的利益。房屋产权登记在出资父母子女名下的，视为父母明确只对自己子女一方的赠与比较合情合理。

本条规定从我国的实际出发，将“产权登记主体”与“明确表示赠与一方”进行链接，可以使父母出资购房真实意图的判断依据客观化，便于司法认定及统一裁量尺度，也有利于均衡保护结婚的双方及其父母的权益。

值得注意的是，父母婚后给子女买房的规定，是指父母支付全款给子女购买房屋且产权登记在出资方子女名下的情形。如果父母只是在子女婚后支付首付款，夫妻共同还贷，产权登记在出资方子女名下，首付款可以认定为只赠与出资父母的子女，离婚时该房屋应认定为夫妻共同财产，对首付款部分应认定为出资人子女的个人财产。由于个人财产婚后的自然增值仍然归个人所有，故离婚时首付款的增值部分也应判归一方所有。

五十、以子女名义签订不动产合同，而由父母缴纳相关款项时，如何认定出资的性质？

从司法实践来看，所谓“出资为子女购买的不动产”主要有两种情况：（1）父母以自己名义购买不动产，然后将不动产权登记在其子女一方名下；（2）子女以自己名义签订不动产买卖合同，由父母缴纳相关出资款项。前一种情形是典型的父母向子女赠与不动产的行为，如果将产权登记在其子女名下后，即便其无明确意思表示，也可视为是对其子女一方的赠与。因为如果其想将取得的不动产赠与给子女夫妻双方，则完全可以将不动产登记在子女及其配偶两人名下。

至于后一种情况则比较复杂。在子女以自己名义签订不动产买卖合同的情形下，父母显然只能以其子女名义出资缴付购房款。此时，单就出资行为本身而言，不排除父母将出资借贷给子女买房的可能。而一旦有关父母是将出资借贷子女一方的主张成立，则在该子女与其父母之间存在的就是借贷关系而非赠与关系。相应地，该房屋即应为夫妻婚后共同所有。因此，这种情况下，应注意考量主张借贷一方提供的证据是否充分，而不宜简单适用《婚姻法司法解释（三）》第七条的规定一概认定该出资为对自己子女一方的赠与，进而认定该不动产为夫妻一方的个人财产。

五十一、婚前买房登记在一方名下，另一方有证据证明自己也一起出资买房，离婚时应如何认定？

答：在离婚诉讼中，房产证上登记的一方往往主张另一方的出资是借款或者赠与。如果简单地把这种情况定性为借款或者赠与，对实际出资一方很不公平。考虑到双方当事人婚前买房的目的是为了结婚共同生活，并没有明确的借款或者赠与的意思表示，从公平角度考虑，可以认定双方按照各自的出资比例共有该房产。

五十二、离婚时如何处理一方取得的知识产权的收益？

答：知识产权的收益是指作品在出版、上演、播映后而取得的报酬，或允许他人使用而获得的报酬，专利权人转让专利权或许可他人使用其专利所取得的报酬，商标所有人转让商标权或许可他人使用其注册商标所取得的报酬等。审判实践中，可将知识产权的收益已经明确取得的时间是否在婚姻关系存续期间内，作为判断该部分收益归属的标准。如果知识产权财产性收益明确的时间系在婚前，即便收益实际取得是在婚姻关系存续期间，该收益仍为个人财产；如果知识产权财产性收益明确的时间系在婚姻关系存续期间，则无论收益的实际取得是在婚姻关系存续期间还是在离婚后，该收益均为夫妻共同财产；如果知识产权财产性收益明确的时间系离婚以后，则该收益为个人财产。

对于离婚时一方尚未取得经济利益的知识产权，比如写好的书稿还没有联系到出版单位，已完成的绘画作品还没有卖出，享有知识产权的一方可能以后将自己的作品售出，也可能自己收藏品味，还可能赠送给朋友。知识产权是一种智力成果权，具有很强的人身依附性，与人身密不可分，作者的配偶无权在作者自己的著作中署名，也无权决定作品是否发表。如果作者的手稿、字画、设计稿等在离婚时还没有出版或未被采用，那它就仅仅属于夫妻一方的精神财富，离婚时应归一方所有。考虑到夫妻一方从事创作，另一方会承担更多的家务劳动，其知识产权的获得离不开配偶一方的支持和帮助，根据《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》第十五条的规定精神，在分割夫妻共同财产时，可根据具体情况，对另一方予以适当照顾。

### 五十三、夫妻分居期间各方所得的财产离婚时如何处理？

答：不少学者认为，夫妻分居期间各方所得的财产应归各自所有。因为：第一，双方分居期间尽管在形式上还保留夫妻关系，但实质上这种关系可能已经中断，他们以自己的收入购置财产，单独对这些财产行使占有、使用和处分的权利。客观上已形成了两个各自独立的生活经济单位，如将夫妻分居期间所得的财产一律认定为共同财产，则有悖于民法物权取得原理。第二，不符合公平合理的原则。夫妻关系的内容，包含人身关系和财产关系两个方面，权利的享有和义务的承担都是相辅相成、互为前提的。在夫妻分居期间，双方互不履行夫妻义务，此时将一方所得的财产简单地视为夫妻共同财产，与权利义务对等原则相悖。当今世界上不少国家为了处理夫妻分居期间的财产归属问题，在民法典中规定了夫妻“分居制度”。例如法国民法典规定：“分居效力及于夫妻财产，因分居当然成为分别财产，夫丧失妻的财产管理权。”实行分居制度意味着夫妻一旦分居，夫妻财产即采用分别财产制，即在分居期间，夫妻各自所得的财产归各自所有。故建议将夫妻因感情不和分居期间直接从婚姻关系存续期间中独立出来，是“婚姻关系存续期间财产为共同财产”原则的例外。<sup>15</sup>笔者同意上述观点，但在《婚姻法》或最高人民法院司法解释未作出规定前，夫妻分居期间各方所得的财产原则上仍为夫妻双方共同所有。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》第四条规定：“夫妻分居两地分别管理、使用所得财产，应认定为夫妻共同财产。在分割财产时，各自分别管理、使用的财产归各自所有。双方所分财产相差悬殊的，差额部分，由多得财产的一方以与差额相当的财产抵偿另一方。”该条规定还是当事人离婚时处理分居期间各自所得财产的依据。

五十四、夫妻离婚时协议将共同所有的房屋赠给子女，但没有办理产权过户手续，一方反悔要求撤销赠与，另一方起诉要求继续履行协议，将房屋过户到子女名下，应如何处理？

答：夫妻离婚时协议将共同所有的房屋赠给子女，一般有两种情况：一是在民政部门登记离婚，签订协议将夫妻共有的房产赠与子女；二是在法院协议离婚、领取民事调解书，自愿将房产赠与子女。

1. 当事人在民政部门登记离婚时，离婚协议中的房产赠与条款与整个离婚协议是一个整体，不能单独撤销。有些夫妻是在综合考虑各种因素的前提下才同意登记离婚的，也许附加的条件就是把房产赠与子女。男女双方基于离婚事由将夫妻共同财产处分给子女的行为，可视为一种有目的的赠与行为，在双方婚姻关系因登记离婚而解除的情况下，应认为赠与房产的目的已经实现，基于诚信原则，也不能在离婚目的达到后又随便撤销赠与，故赠与房产条款不能随意撤销。如果一方当事人反悔，在登记离婚后1年的除斥期间届满前提起诉讼，法院受理后经审查，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。

这种情况和单纯的赠与行为并不相同，赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与的合同。赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。而不动产的权利转移，应以依法登记为准。而在民政部门登记离婚时达成的财产分割协议所涉及的赠与条款，与解除婚姻关系密不可分，根据《婚姻法司法解释（二）》第八条的规定：“离婚协议中关于财产分割的条款或者当事人因离婚就财产分割达成的协议，对男女双方具有法律约束力。”当事人反悔请求变更或者撤销财产分割协议的，如果不能举证签订协议时有欺诈、胁迫的情形，一般很难得到法院的支持。

2. 如果当事人达成的赠与协议经过人民法院审查制成了民事调解书，该调解书一旦生效，即赋予了和判决书同等的强制效力，其效力等同于或高于经过公证的赠与合同，双方当事人均必须履行。从《物权法》的规定也可以看出：“因人民法院、仲裁委员会的法律文书或者人民政府的征收决定等，导致物权设立、变更、转让或者消灭的，自法律文书或者人民政府的征收决定等生效时发生效力。”故经法院确认的房产赠与，其效力等同于或高于经过公证的房产赠与合同，原则上是不能予以撤销的。

### 五十五、一方婚前贷款买房、夫妻婚后共同还贷离婚时应如何处理？

离婚诉讼中，一方婚前按揭购买房屋，婚后夫妻共同还贷，产权登记在一方名下，离婚时按揭房屋的归属问题成为焦点。通常情况下，买受人与房地产开发商签订房屋买卖合同后，商品房的买卖关系已经成立。贷款购买房屋的，买受人先付清首付款，剩余款项在银行办理按揭贷款手续，银行审查买受人的收入状况及资信后，将所贷款项直接划入开发商的账户。至此，买受人的付款义务已经全部完成，与银行之间形成债权债务关系。

婚后取得房屋所有权证，并不意味着该房屋就属于夫妻共同财产。房屋所有权证虽然系婚后取得，但财产权益在婚前签订房产买卖合同后就已经取得。也就是说，婚后房屋物权的取得并非凭空取得，而是依据婚前的债权转化而来，因此离婚时判归产权登记一方比较公平。

至于婚姻关系存续期间用夫妻共同财产还贷部分以及增值部分，离婚时要根据《婚姻法》第三十九条的规定，在照顾子女和女方权益的原则下进行判决。具体到如何分割的问题，有人提出一个计算公式，即双方应共同分割部分=夫妻婚后共同还贷部分÷实际总房款（总房款本金+已还利息）×离婚时房屋的市场价值，这种计算方法相对比较公平。实际分割时考虑到需要照顾子女和女方的权益，不能完全对半进行分割。

假如离婚时房屋出现贬值的情形，从照顾子女和女方权益的原则出发，起码应补偿女方婚后共同还贷部分的一半。因为婚后共同还贷的义务是因一方婚前购买房屋的行为派生出来的，只要夫妻双方不是实行分别财产制，无论婚后用谁赚的钱归还银行贷款，都属于夫妻共同还贷，因婚前一方决策行为而导致的房屋贬值由其承担但是合情合理的。<sup>16</sup>从总体情况看，离婚时房屋暂时的贬值并不意味着以后不会升值，持有房产的一方只要不在房价低谷时抛售房屋，其实际利益不会蒙受损失。而对于配偶一方，可能意味着失去了最佳购房时机，离婚时拿回婚后还贷数额的



一半是完全应该的，法律没有绝对的公平，只能是尽量达到相对公平而已。

在将按揭房屋认定为一方所有的基础上，未还债务也应由其继续承担，这样处理不仅易于操作，也符合合同相对性原理。婚前一方与银行签订抵押贷款合同，银行是在审查其资信及还款能力的基础上才同意贷款的，其属于法律意义上的合同相对人，故离婚后应由其继续承担还款义务。这样处理不涉及办理所有权的变更登记问题，作为享有抵押权的银行方面也不会因夫妻离婚而权利受损。

对于一方婚前签订买卖合同支付首付款并在银行贷款、房产登记在首付款支付方名下、婚后夫妻共同还贷这类房产，完全认定为夫妻共同财产或者一方的个人财产都不太公平，该房产实际是婚前个人财产（婚前个人支付首付及还贷部分）与婚后共同财产（婚后双方共同还贷部分）的混合体，《婚姻法司法解释（三）》第十条规定离婚时处理此类纠纷的主导原则是，既要保护个人婚前财产的权益，也要公平分割婚后共同共有部分的财产权益，同时还不能损害债权人银行的利益。需要注意的是，如果婚前首付款是一方父母出资（无论出资性质是赠与还是借贷），婚后夫妻共同还贷且产权登记在一方名下，这种情形也可以比照该条规定精神进行处理。

有观点认为，《婚姻法司法解释（三）》第十条仅涉“银行贷款”，其适用范围或条件过于苛刻。虽然利用银行贷款是多数居民购房时解决自有资金不足的主要途径，但非所有居民借款的对象均为银行。事实上，有些居民可能由于年龄、户籍、信用等因素，没有从银行获批贷款的可能性；还有些居民为了节省“利息钱”，买房的部分资金是向亲友筹集的。非银行的借款，只要真实用于购置不动产，司法裁判争议时的规则也应该将其与银行贷款一视同仁。我们认为这种观点是有道理的，购房人从亲友处借款也可以按照《婚姻法司法解释（三）》的规则处理。

注释：

12. 辞海编辑部：《辞海》，上海辞书出版社 1999 年版，915 页。

13. 参见刘雪青：《我国亲子鉴定社会化的法律规制研究》，载《家事法研究》，群众出版社 2011 年版，第 425 页。

14. 参见贾明军：《离婚案件中举证问题的运用分析》，载《婚姻家庭法律师实务》，法律出版社 2007 年版，第 170 页。

15. 黄松有主编：《婚姻家庭司法解释实例释解》，人民法院出版社 2006 年版，第 157 页。

16. 参见姜涛：《婚前按揭房屋性质认定及分割》，载《婚姻与家庭法律事务研究与实务》第 577 页。

#### 吴晓芳：婚姻家庭纠纷审理热点、难点问题（一）第四部分

2015 年 7 月 7 日 来源：《民事法律文件解读》2011 年第 11 期（总第 83 期）

五十六、离婚时一方或双方尚未退休，养老保险金应如何处理？

答：《婚姻法司法解释（二）》规定，男女双方实际取得或者应当取得的养老保险金应当认定为夫妻共同财产，这里的“应当取得”是指当事人已经退休具有享受养老保险金的基本条件，但由于某种原因尚未将养老保险金领取到手的情形。如果离婚时一方或双方尚未退休，按照目前养老保险金管理制度的规定，在未退休之前，将来取得养老保险金的具体数额无法进行预先测算，劳动者不可能实际取得个人账户下的养老保险金。

有鉴于此，我们认为离婚时一方或双方当事人尚未退休，显然不符合《婚姻法司法解释（二）》规定的“实际取得或者应当取得”的条件，离婚时当事人请求按照夫妻共同财产分割养老保险金的，不应予以支持。但是，一些专家学者指出：根据《婚姻法》婚后所得共同制的精神，夫妻一方在婚后积累的养老金利益包括期待利益应当属于夫妻共同财产；从婚后积累养老金利益的财产来源看，在婚姻关系存续期间夫妻各方对积累养老金的缴费一般都源于其个人的部分工资，而工资收入属于夫妻共同财产。因此，夫妻一方以缴纳其部分工资而积累的养老金利益包括期待利益当然应属夫妻的共同财产；根据承认家务劳动与社会生产劳动具有同等价值的立法理念，夫妻一方在婚姻期间积累的养老金期待利益应当由夫妻共享；根据联合国相关文献倡导的精神，夫妻双方应当平等地共享在婚姻期间所得的一切财产权利。<sup>17</sup>

我们认为，上述专家学者的意见不无道理。从国外的规定来看，多数国家认为养老金不仅仅是一种可期待利益，它是对雇员所提供的劳务补偿，因此是婚姻共同体中重要的财产，离婚时应作为共同财产予以分割。对养老金作为婚姻财产予以分割主要有三种方法：（1）也是法院通常愿意采用的，即确定养老金的现时价值，并考虑是否到期等因素，判决受雇的配偶一方一次性全部买进养老金利益，支付给他方或用其他财产作为补偿。在离婚时一次性支付可以避免当事人在离婚后再为养老金利益发生纠纷，因而被大多数法院所采纳；（2）由法院判决未受雇的一方自他方拿到养老金时始与受雇方按一定比例分享养老金；（3）迟延判决，直至受雇方根据养老计划实际拿到养老金时再判决，法院在离婚时不必对养老金进行评估、分割。

借鉴国外的相关规定及总结审判实践经验，《婚姻法司法解释（三）》规定：离婚时夫妻一方尚未退休、不符合领取养老保险金条件，另一方请求按照夫妻共同财产分割养老保险金的，人民法院不予支持；婚后以夫妻共同财产缴付养老保险费，离婚时一方主张将养老金账户中婚姻关系存续期间个人实际缴付部分作为夫妻共同财产分割的，人民法院应予支持。需要注意的是，养老保险金与养老保险费是两个不同的概念，第二款中作为夫妻共同财产分割的不是养老保险金，而是个人实际缴付的养老保险费。

五十七、附协议离婚条件的财产分割协议效力如何认定？

双方当事人婚姻关系存续期间达成离婚协议，并对子女抚养和财产分割等问题作了约定。但由于种种原因，

双方并未到婚姻登记机关办理离婚登记手续，或者是当事人考虑到登记离婚中的财产协议没有强制执行力，故双方约定去法院协议离婚，目的只是依照诉讼程序领取民事调解书，但到法院诉讼时出现一方反悔的情况。在这种情形下，往往是一方主张原来达成的离婚协议合法有效，要求法院完全按照该离婚协议约定的内容判决解除双方的婚姻关系，并处理财产分割和子女抚养问题。另一方则否认离婚协议的效力，要求法院依法进行判决。

附协议离婚条件的财产分割协议，通常是当事人平等协商的结果，因此具有民事合同的性质，但其以解除婚姻关系为先决条件，不能完全由当事人的合意来完成，还必须履行一定的法律程序。我国台湾地区王泽鉴先生说过这样的观点：“法律行为之构成要件，系由成立要件及生效要件共同组成之，须二者兼具，法律效果始焉发生。”<sup>18</sup> 笔者对此深以为然。因此，附协议离婚条件的财产分割协议并不自双方当事人签字时起生效，而是以双方协议离婚为生效条件，即从婚姻登记机关领到离婚证或到法院领取民事调解书，可视为所附条件已经成就，当事人所签署的财产分割协议因此而生效。如果一方当事人反悔，诉诸于法院寻求终局判决，除非双方当事人追认，该协议未生效，对当事人双方均不产生法律拘束力。另外，当事人签订离婚协议的内容一般包括自愿解除婚姻关系、分割财产、子女抚养等，自愿解除婚姻关系是前提，有关财产分割、子女抚养等是附随的内容，其生效应当依附于自愿解除婚姻关系内容的生效。尤其重要的理由是，人民法院在协议未生效情形下依照《婚姻法》的相关规定分割夫妻共同财产，并不会损害当事人的合法权益。从《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第六十七条来看，“在诉讼中，当事人为达成调解协议或者和解的目的作出妥协所涉及的对案件事实的认可，不得在其后的诉讼中作为对其不利的证据。”这个规定的精神也与当事人协议离婚必须履行一定的法律程序才生效的规定不谋而合。

从反证的逻辑方法来分析，假定上述离婚协议已经生效，一方签订协议后拒绝依约去办理离婚登记手续或者到法院协议离婚，另一方按照生效协议的约定，可以要求违约方履行该离婚协议，并可以起诉要求法院判令违约方与其共同去民政部门办理离婚登记手续。显而易见，法院根据婚姻自由的基本原则，是无法判决双方继续履行离婚协议的。

有人将附协议离婚条件的财产分割协议称为诉前离婚协议，是指男女双方在婚姻关系存续期间，以解除婚姻关系为基本目的，并就财产分割及子女抚养达成的协议。诉前离婚协议有如下特征：(1) 协议内容的复合性。诉前离婚协议的内容不是单一的，而是复合的，其内容涉及夫妻身份关系的解除、有关财产的分割、子女由谁直接抚养及抚养费的承担、探望权的约定等等，既包括人身关系，也包括财产关系。(2) 生效条件的特别性。一般情况下，民事合同只要符合法律规定的民事法律行为应当具备的条件，双方达成一致意见即可生效，对双方当事人产生法律拘束力。离婚协议可归属于民事合同，但其生效条件却有特别之处。在夫妻双方同意离婚的情形下，除了男女双方具有离婚的合意之外，还必须到婚姻登记机关进行登记或者由人民法院以民事调解书的形式赋予其效力，否则即使当事人具有离婚的合意，也不发生解除婚姻关系的法律后果。(3) 婚姻关系解除效力的前置性。解除婚姻关系是协议的前提条件，财产分割和子女抚养等内容具有附随性。

有一种观点认为，我国法律规定的夫妻财产制度有约定财产制和法定财产制，离婚协议中有关财产分割的内容可以视为双方对夫妻财产的约定。基于此，法院可以根据当事人的离婚协议作出分割财产的判决。我们认为，夫妻约定财产制中的约定与离婚协议中分割财产的约定是有区别的，约定财产制中的约定针对的是将来取得的财产的权利归属，而分割财产的约定是针对已经取得的现存财产的处置，两者并不能等同。判断一份对于夫妻财产处理的协议是离婚协议还是夫妻财产约定协议，关键在于协议订立目的，如果是以离婚为目的对财产归属作出约定，属于离婚协议；如果不是出于离婚目的，而是双方对婚姻关系存续期间的财产归属作出约定，则属于夫妻财产约定协议。

诉前当事人所达成的离婚协议，其实质为离婚意向，人民法院审理该类案件，除非双方当事人追认，该协议未生效，对双方当事人均不产生法律约束力，无论是离婚本身，还是涉及子女抚养、财产分割的约定，不能作为人民法院处理离婚案件的直接依据。<sup>19</sup>

附协议离婚条件的财产分割协议，不论是附于离婚协议中，还是独立达成的，均含有一个前提，即“如果协议离婚，则按以下方式处理财产。”作为身份关系的变动，协议离婚虽以双方合意为前提，但其核心却是婚姻登记机关或人民法院对离婚协议的确认。婚姻登记机关确认的表现就是发给离婚证，人民法院确认的表现就是给双方当事人送达民事调解书，该调解书与判决书具有同等法律效力。由于法律并没有赋予婚姻登记机关对财产分割协议内容合法性的审查职权，婚姻登记机关只在形式上进行审查。因财产分割协议的履行发生争议时，与其他民事合同一样，必须先经过合法性审查。如果其合法性得到确认，待裁判文书送达当事人后，才可以申请强制执行。

审判实践中遇到经过公证的附协议离婚条件财产分割协议，如何认定效力的问题，我们认为，经过公证的附协议离婚条件的财产分割协议在性质上也属于附生效条件的合同，双方签字后成立，在完成协议离婚手续后生效。公证的效力在于确认协议的内容是双方当事人的真实意思表示，但不能改变协议的生效条件。

如果当事人在协议中明确约定，双方到民政部门登记离婚或到法院协议离婚未成，也应按照协议约定的内容履行。我们认为，当事人已经在协议中明确了协议离婚未成也要按照原约定履行的意思表示，在诉讼离婚时，法院应当充分尊重当事人的意思表示，具体处理时应依照约定的内容进行裁判。

#### 五十八、夫妻之间借款应如何处理？

答：近年来，经常有夫妻因双方借款纠纷起诉至人民法院。但因为对于婚内借款的性质和效力认识不同，所以对于应否受理、如何裁判，尤其是判决后能否切实得到履行，不同的法官存在不同的见解，各地法院的处理不尽相

同。

有的法院裁定不予受理或者受理后不支持当事人的诉讼请求。法院裁定不予受理的理由是：对于夫妻来说，尤其是没有实行财产约定的夫妻，因为双方是夫妻关系，财产是共同财产，无法区分“借”与“贷”。而且在婚姻关系存续期间，即使判决夫妻一方给付另一方财产，也无异于把钱从左兜装入右兜，没有任何实际意义。有的法院虽然受理了当事人的案件，但驳回了当事人的诉讼请求。驳回的理由是夫妻双方在婚姻关系存续期间，一方向另一方出具借条的行为仅是夫妻双方管理共同财产的一种方法，因此不能仅仅依据借条直接确认借条所载的款项为夫妻一方的个人财产。

有的法院则支持了当事人关于婚内借款的请求，但支持的理由也不尽一致。一种理由是认为当事人在婚姻关系存续期间，一方向另一方出具借条的行为应视为双方对个人财产的一种约定，从财产约定的角度支持了当事人的诉讼请求。另外一种理由认为，我国夫妻财产制以法定的夫妻财产制为主，但是，约定夫妻财产制的法律效力高于法定财产制。而在法定财产制中，除了夫妻共有财产以外，还存在着夫妻特有财产。夫妻特有财产不但包括夫妻一方婚前个人财产，还包括在婚姻关系存续期间取得的依法属于夫妻一方所有的财产。夫妻特有财产，属于公民个人所有并应受到法律保护。在离婚诉讼中，当事人面临的不仅仅是婚姻关系的解体、子女的抚养，还面临着财产分割。随着夫妻关系的解体，夫妻财产的共同共有状态也随之结束。夫妻婚内借款就可以在离婚时与财产分割问题一并得到解决。

我们认为，第一，在婚姻关系存续期间内，夫妻之间的借款的本质仍是自然人之间的借款合同。

在婚姻关系存续期间内，夫妻之间的借款其实质仍然是自然人之间的债权债务关系，是自然人之间的借款合同。合同法的基本原则之一就是合同自由原则（或契约自由原则），包括两方面的内容：一是合同在本质上是当事人通过自由协商，决定其相互权利义务关系，并根据其意志调整他们之间相互间的关系；其本质在于合意。二是当事人应依法享有自由是否缔约、缔约伙伴和合同内容，自由决定合同的变更和解除等权力。

由此可见，只要双方当事人是具有完全民事行为能力的主体，根据《合同法》第二百一十条的规定，自然人之间的借款合同，自贷款人提供借款时生效。因此，即使借款合同的双方当事人为夫妻关系，也并不影响借款合同的有效性。

第二，即使在未约定分别财产制的夫妻间产生的借款合同也具备履行的法律基础。

我国目前的夫妻财产制的类型主要是共同财产制和分别财产制。其中共同财产制是夫妻财产的部分或全部依法合并为共有财产，按共同共有原则行使权利、承担义务，婚姻关系终止时加以分割的一种夫妻财产制；分别财产制是夫妻双方婚前财产及婚后所得财产均归各自所有，单独行使管理权、用益权和处分权，但不排斥夫妻双方拥有一部分共同财产的夫妻财产制。

在实行分别财产制的夫妻间的借款合同当然可以履行。而在实行夫妻共同财产制的夫妻间发生的借款合同也是可以履行的。我国的夫妻共同财产制不但包括夫妻共有财产制，还包括夫妻特有财产制。所谓的夫妻特有财产，是指夫妻在婚前或婚姻关系存续期间所得的财产，依法专属于夫或妻个人所有的财产，夫妻特有财产是对共有财产的限制和补充，其与夫妻共有财产共同构成了我国法定的夫妻财产制。在实行夫妻共同财产制的夫妻间，借款来源可以是夫妻特有的财产，不但包括一方婚前财产，还包括在婚姻关系存续期间所得的依法专属于夫妻一方所有。偿还借款的来源同样可以是夫妻特有的财产。

第三，离婚时可以对夫妻婚内借款予以处理。

当事人在婚姻关系存续期间，一方向另一方出具借条的行为应视为双方对夫妻共同财产的一种处分行为。由于夫妻人身关系的限制，在婚姻关系存续期间，除非有重大理由一般不能分割夫妻共同财产。但在离婚时，随着夫妻关系的解体，夫妻财产的共同共有状态也随之结束，夫妻婚内借款可以在离婚时提出，人民法院可与财产分割问题一并予以处理。

对此，《婚姻法司法解释（三）》第十六条作出了明确规定：“夫妻之间订立借款协议，以夫妻共同财产出借给一方从事个人经营活动或用于其他个人事务的，应视为双方约定处分夫妻共同财产的行为，离婚时可按照借款协议的约定处理。”

五十九、债权人依据借条起诉债务人还款的纠纷，在审理时应注意什么？

答：在离婚案件中，夫妻双方对于婚姻关系存续期间发生的债权债务（尤其是债务）的举证存在很大困难。由于中国人传统的习俗及生活习惯，民间的借贷关系往往发生在亲朋好友之间，很多也不存在借据等实物证据。一旦夫妻一方不认可该项债务，另一方所举出的亲朋好友出具的证言在法庭上被认可的可能性就大大降低，必须再佐以其他证据，这就给当事人带来了极大的困扰。而法院对此问题作出的认定是否正确，则直接涉及到案件的处理是否能取得良好的社会效果。

债权人依据借条起诉债务人还款的纠纷，对借条是形式审查还是实质审查，应视具体区别处理。

民间借贷合同具有实践特征，合同的成立，不仅要有当事人的合意，还要有交付钱款的事实。因此，在民间借贷纠纷案件的审理中，首先要看当事人的合意，即借据是否真实有效，在该前提下，还应审查履行情况。对于小额借款，出借人具有支付能力，如果当事人主张是现金交付，除了借条又没有其他证据的，按照交易习惯，出借人提供借条的，一般可视为其已完成了举证责任，可以认定交付借款事实存在的。而对大额借款，涉及几十万甚至几百

万的金额，当事人也主张是现金交付，除了借条没有其他相关证据的，则还需要通过审查债权人自己的经济实力、债权债务之间的关系，交易习惯及相关证人证言等来判断当事人的这种主张是否能够成立，仅凭借条还不足以证明交付钱款的事实。

六十、在离婚诉讼中，经常出现一方当事人持已生效的债务纠纷案件的民事判决书或调解书，主张该债务为夫妻共同债务，而另一方当事人则主张该债务系伪造或者为举债一方的个人债务，究竟应如何处理？

答：如果简单将婚姻关系存续期间一方以个人名义所负债务推定为夫妻共同债务，会导致一些当事人恶意伪造债务，使婚姻充满风险。因此，在审理离婚案件时应注意举证责任的分配问题，即举债一方应证明所负债务基于夫妻合意或用于夫妻共同生活、经营。

《婚姻法司法解释（二）》第二十四条规定，在债权债务纠纷中，债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。除外的情形只有两种，即夫妻实行分别财产制或与债权人明确约定为个人债务。实际生活中这两种除外情形极少，从而导致在债权人起诉的案件中，绝大多数债务被认定为夫妻共同债务，实际上有的却是夫妻一方借的赌债或与债权人串通伪造的债务。不知情的配偶一方，可能会为一段婚姻背上一辈子的债务。实际生活中因夫妻一方赌博、信用卡套现、高利贷等债务，导致无辜的配偶一方含辛茹苦为其还债。

从理论上讲，夫妻之间享有家事代理权，在家事代理范围内一方对外举债应视为夫妻双方共同负债，而判断超出家庭日常需要范围一方所举债务是否属于夫妻共同债务，则应从婚姻法的立法本意来分析，一是夫妻有无共同举债的合意，如果夫妻举债系双方共同意思表示，不论该债务所带来的利益是否为夫妻共享，该债务均应视为夫妻共同债务；二是该债务是否用于夫妻共同生活、经营。

实际生活中，大多数民间借贷是建立在信用基础之上，即债权人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。将夫妻一方在婚姻关系存续期间所负债务简单推定为共同债务，不仅违反了民法上债的相对性原理，更为严重的是，这种推定过于保护债权人的利益，几乎免除了债权人在缔结债务时的一切谨慎注意义务。根据合同相对性原则，合同的效力只及于合同双方，对合同以外的其他人不产生约束力，即便其是合同义务人的配偶。债权人除了对自己的签约行为承担责任外，同时还应承担由交易产生的风险。考察一下我国港、澳、台三地区的相关规定，对夫妻共同债务没有明确规定，只要是以个人名义所负的债务，就应以其个人财产清偿，而不考虑举债之用途目的。

在审判实践中要注意审查借款是否实际发生，是否用于家庭共同生活或配偶是否享受利益，以此判断是否认定为夫妻共同债务。既要防止假离婚坑害债权人，又要防止一方与所谓的债权人勾结伪造债务。

六十一、对于人民法院已经就探望权行使的时间、方式依法作出判决，事后当事人又向人民法院请求变更的，应如何处理？

答：探望权行使的时间、方式问题是个容易发生变动的问题，如果当事人就具体细节问题发生争议便不断提起诉讼的话，势必造成讼累以及司法资源的浪费，故对当事人再起诉请求变更探望权行使的时间、方式时，应当不予受理。为了避免出现这种问题，最好在有关探望权纠纷的判决书中写明：“将来双方当事人的情况发生变化时，双方应对探望权行使的时间、方式协商进行相应的调整。”在协商不成当事人请求强制执行时，就有关探望权行使的时间、方式问题可以在执行程序解决，而不必再立新案进行审理。

六十二、子女拒绝被探望能否作为中止探望的事由？

答：笔者认为，设立探望权的初衷在于保护子女的利益，父或母行使探望权也有赖于子女的配合。当子女不愿见父或母时，如果一味强调父或母的探望权利而对子女的意志不加理会，势必会使子女受到伤害。法院应根据子女的年龄和鉴别能力，正确判断子女拒绝探望的原因，看子女是否独立地作出拒绝父母一方探望的意思表示，究竟是子女自己不愿意接受探望还是迫于直接抚养一方父或母的压力而不愿接受探望。如果子女已满 10 周岁，又有正当理由明确表示拒绝探望，应当尊重其意愿，享有探望权的父母不得强行对其进行探望。如果子女是迫于压力而拒绝接受探望，可根据情节是否严重，对直接抚养子女一方采取批评教育甚至是拘留、罚款等强制措施，令其改正错误行为，说服子女同意探望。

六十三、处理探望权纠纷应注意什么问题？

答：探望权是指基于血缘或拟制血缘关系的父母在婚姻或同居关系解除后，不直接抚养未成年子女的一方所享有的一种可在一定时间、地点探望该未成年子女的权利。一般认为，探望权是基于父母子女关系而形成的一种身份权，在确立亲权的国家则属于亲权的一种，属于亲权中的一项基本权利。《婚姻法》第三十八条第一款规定：“离婚后，不直接抚养子女的父或母，有探望子女的权利，另一方有协助的义务。”应该说，此规定弥补了我国婚姻法中探望权制度的缺失，是婚姻立法上的一大完善。要在探望权司法裁决中真正体现“子女最佳利益原则”，应注意以下问题：

1. 支持性原则。行使探望权的一方，必须就其人品、性格、能力、职业、社会关系、（再婚后）家庭状况以及与被探望子女的关系等方面，能对子女的身心健康发展起积极作用。需要指出的是，与确定抚养关系不同，由于探望侧重的是与未成年子女精神上的交流，因此物质条件并非考虑的重要因素。

2. 稳定性原则。由于未成年人正处于人生中主要的学习和心理趋向成熟的阶段，因此，探望权的行使应考虑

被探望子女的生活、学习及情绪、心理的稳定。

3. 子女的身心愉悦规则。探望权的立法目的在于促进子女的身心健康，如果被探望后，其心情高兴、舒畅，性格变得开朗、外向，就可以说探望符合子女的利益。反之，其心情忧郁、压抑，性格变得封闭、内向，就很难说探望符合子女的利益。而被探望后子女的身心是否愉悦甚至健康，一定程度上就直接影响探望的内容（如探望时间的长短和方式）或探望权的中止与否。对此，可以通过老师、同学、朋友、邻居、保姆等人的证词获得相关信息。

此外，还应兼顾考虑被探望子女的年龄及意愿。一般说来，子女的年龄和意愿虽不能决定探望权的行使，但从其可能会影响探望的具体内容和效果的角度考虑，仍有参考的必要。<sup>20</sup>

六十四、登记离婚时双方约定，一方在办理完毕离婚协议手续后的一段时间内将户口迁出，一方拒不迁出，起诉到法院可以受理吗？

答：离婚后，户口迁移的问题也是离婚案件的难点。比如，离婚后女方的户口仍在男方为产权人的房子里，而根据离婚协议的约定，女方应该在办理完毕离婚协议手续的一段时间后将户口迁出，担女方拒不迁出，给男方造成一定的损失或麻烦。根据现在的户籍管理规定以及法院的审判实践，法院一般不会受理以户口强迁为诉讼请求的侵权案件，而是以归口管理机关为公安机关为由让当事人找公安管理部门解决。

为了避免此类纠纷，当事人最好能在离婚协议中明确约定有义务迁出户口方不履行迁出义务的惩罚措施。户口拒不迁出造成当事人最大的问题就是心理的困扰和房屋转让的不便。不妨在离婚协议中约定：

若女方在离婚手续办理完毕的3个月内不能自行将户口迁出，每逾期一日应向男方支付××元的补偿；若男方在转让该房时，因为女方户口不能迁出原因对房价产生影响，女方应赔偿男方差价部分。

六十五、在审判实践中，离婚与离婚损害赔偿之诉一般有两种结合方式：一是无过错方提出离婚请求，并同时提出离婚损害赔偿请求；二是过错方提出离婚请求，而无过错方提出离婚损害赔偿请求。被告作为无过错方提出离婚损害赔偿请求是否构成反诉？

答：我们认为，从反诉请求的独立性来看，反诉虽然以本诉的存在为前提，但反诉请求具有自身的独立性，原告的起诉日后无论是自愿撤回或是被驳回，对反诉的审理均不影响，法院仍应对反诉继续审理并作出裁判。显而易见，被告作为无过错方提出离婚损害赔偿的请求，必须是在解除双方婚姻关系的基础之上，即离婚损害赔偿请求与离婚请求紧密相连，如果法院判决不准离婚，被告的离婚损害赔偿请求则成了无源之水、无本之木。故被告的离婚损害赔偿请求没有相对的独立性，不能抵销和吞并原告请求解除婚姻关系的诉讼请求，不构成反诉。

从诉的合并的角度来讲，原告在请求离婚的同时，提出要求分割夫妻共同财产、子女抚养问题等，被告同意原告的离婚请求，但向原告提出离婚损害赔偿的请求，法院可以将这些诉讼标的合并审理，一并加以解决。即把几个有内在联系的诉，合并于一个诉讼程序中进行审理，诉讼法上叫做诉的合并。诉的合并包括诉的主体的合并与诉的客体的合并，而离婚案件诉的合并属于诉的客体合并。诉的合并之目的在于简化诉讼程序，方便当事人诉讼。长期以来，我国审判实践中对离婚案件按照惯例一直实行诉的合并，除了考虑诉讼效率方面的因素外，更多的可能与我国婚姻家庭法的立法体例有关。修订后的《婚姻法》仍然是以婚姻、家庭、财产为一体的立法例，在法院处理离婚案件中，一般也是一并审理财产分割、子女抚养的诉讼请求。2001年《婚姻法》修订后，又增加了一项离婚损害赔偿请求，合并审理在一定程度上简化了诉讼程序，同时也可以消除当事人离婚后的后顾之忧。也就是说，当有过错一方的本诉是离婚时，无过错方作为被告提出的离婚损害赔偿请求，既不是对本诉项目的添加，也不是对本诉的反诉，而是一个新的诉。对于无过错方这个诉讼请求，由于其是在离婚的过程中提出的，故应当将其作为共同诉讼来处理。这既是查明案件事实之必须，也是节省诉讼成本之必要。这种诉的合并属于普通共同诉讼的范畴，人民法院可以合并审理。但前提条件必须是判决准予离婚，如果是判决不准离婚，则不应单独判处离婚损害赔偿，这也是主诉与附带之诉的关系。如同判决不准离婚，就不发生分割夫妻共同财产和子女抚养问题一样。离婚请求权是基于夫妻感情的破裂而主张夫妻关系的解除，而离婚损害赔偿请求权是基于侵权行为而主张受损权益的法律保护。也可以说，离婚请求权是主权利，离婚损害赔偿请求权是从权利。主权利不行使，从权利也就无法主张。《婚姻法司法解释（一）》对此规定的很明确：“人民法院判决不准离婚的案件，对于当事人基于《婚姻法》第四十六条提出的损害赔偿请求，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。”因此，在同一个离婚案件中，被告提出的离婚损害赔偿请求，可以和原告的诉讼请求合并审理。被告应当按照有关规定预交诉讼费，被告不预交的，对该请求不予审理。

六十六、有权在离婚时提出离婚损害赔偿请求的主体必须是无过错一方吗？

答：根据《婚姻法》及相关司法解释的规定，离婚损害赔偿的适用必须以解除婚姻关系前提，而且规定“无过错方”才有权请求离婚损害赔偿，这里的“无过错方”是指没有实施《婚姻法》第四十六条规定的重婚、有配偶者与他人同居、实施家庭暴力、虐待遗弃家庭成员而导致离婚的四种法定过错行为的夫妻一方。实践中对夫妻双方均涉及《婚姻法》四十六条规定情形的，即夫妻双方在婚姻问题上都存在一定过错时，应如何理解、适用，容易引起歧义。例如，席某诉石某离婚一案，席某因与石某夫妻感情一般，独自外出打工，期间与他人同居并怀孕。石某得知后将席某接回关在家中，不准席某与家人联系，对席某拳打脚踢，席某被逼无奈跳楼摔伤。石某在离婚诉讼中要求席某就与他人同居并怀孕的事实支付损害赔偿金5万元。但石某本身的行为构成“实施家庭暴力”的情形，其也属于有过错方，对石某提起的离婚损害赔偿请求能否支持？有观点认为，可以适用“过错相抵”原则，根据过错程

度进行赔偿。从上述案例可以看出，如果同一法条的两种情形在同一案件中出现，就有可能出现理解上的分歧及法律适用不统一的现象。有鉴于此，《婚姻法司法解释（三）》明确规定：“夫妻双方均有婚姻法第四十六条规定的过错情形，一方或者双方向对方提出离婚损害赔偿请求的，人民法院不予支持。”

《婚姻法》第四十六条将离婚损害赔偿请求权的主体仅限于无过错配偶，是为了促使公民认真对待婚姻关系，预防侵害配偶合法权益行为的发生，也可避免为证明离婚配偶双方过错大小之举证困难。《婚姻法司法解释（三）》的规定完全是《婚姻法》规定精神的再次强调，旨在廓清认识上的疑惑。

只有无过错方才有权利、有资格提起离婚损害赔偿请求。如果双方都有过错，比如一方与他人婚外同居，而另一方在家里实施家庭暴力；一方在外“包二奶”，另一方在外“包二爷”、这种情形下谁也没有资格请求离婚损害赔偿。

离婚损害赔偿与一般民事损害赔偿的构成要件不同，不存在区分过错大小、相互折抵的问题。如果配偶双方均故意实施了法定违法行为而导致离婚的，其违法行为性质相同，只是在数量上可能有“五十步笑百步”之差。

六十七、对家庭暴力问题应如何认定？

答：对“家庭暴力”可从以下三个方面进行理解：

第一，家庭暴力行为的主体范围：对家庭暴力的认定并不单指夫妻之间的暴力，还包括对子女等其他家庭成员实施的暴力。“家庭成员”一般应理解为具有亲属身份关系并且在一起共同居住生活的人员。

第二，家庭暴力的表现形式为殴打、捆绑、残害、强行限制人身自由或者其他手段，这里的“其他手段”主要是针对家庭暴力行为的复杂多样性而言的。

第三，家庭暴力的构成要件：行为人实施的家庭暴力给其家庭成员的身体、精神等方面造成一定的伤害后果，达到一定程度的，才可认定为家庭暴力。

家庭暴力与虐待是两种不同的行为，从现有的法律规定来看，虐待的性质和危害程度要比一般的家庭暴力更为严重，家庭暴力通常具有偶发性和间断性，而虐待则是一种后果较为严重且具有长期性、持久性的暴力行为，故最高法院相关司法解释规定“持续性、经常性的家庭暴力，构成虐待”，从行为的持续时间、实施频率方面做出了区别规定。

据全国妇联的一项调查表明：中国 2.7 亿个家庭中大约有 30%存在家庭暴力，有 16%的女性承认遭受过配偶的暴力。

家庭暴力的认定问题是目前审判实践中的一个难点，据有关统计，各地人民法院所审理的婚姻家庭案件中，当事人主张存在家庭暴力的，只有不到 30%的当事人能提供包括伤照、病历、报警记录、子女证言、施暴人保证书等相关证据。由于家庭暴力具有一定的隐蔽性，其他人很难知晓，举证比较困难，关键是要证明施暴行为与损害结果之间的因果关系。家庭

暴力问题能否认定与施暴者是否承认没有必然的联系。发生家庭暴力行为后，并非施暴者矢口否认人民法院就无法认定，只要其他相关证据可以形成证据链条，同样可以根据民事诉讼法及民事诉讼证据的有关规定对违法事实予以认定。

对于最高人民法院司法解释中所规定的“造成一定伤害后果”，不能机械地理解为一次性的伤害后果。伤害后果既有受害人身体上显而易见的伤痕等，也包括长期遭受精神折磨造成的心理健康损害。有学者认为，现实生活中，更普遍更广泛的是那些每次都看似没有严重后果，却对受害人伤害一点也不轻的家庭暴力案件。是否构成家庭暴力，应当以加害一方的暴力行为是否已成为一种行为模式为认定标准。受害人稍有不从，就会挨打或者受到恐吓，使其产生恐惧，害怕再次遭到暴力而被迫服从。这样的行为就已经构成家庭暴力。这也是国际社会关于家庭暴力的普遍理念。<sup>21</sup>

六十八、如果当事人提出离婚损害赔偿的请求，必须捉奸拿到证据才能得到法院支持吗？

答：2001 年 4 月 28 日新修订的《婚姻法》颁布实施后，一些当事人对《婚姻法》第四十六条规定的精神在理解上存在误区。有些人为了离婚时能拿到一笔钱，千方百计去捉奸，或者委托私人侦探所去收集配偶通奸的证据，各种侦探公司异常火爆起来，那些怀疑配偶有外遇的人们对侦探公司寄予莫大的期望，不惜出大价钱请侦探公司帮忙，有人形象地称这些侦探公司为“二奶杀手”。然而，公安部早在 1993 年就有“关于禁止开设私人侦探所性质的民间机构”的通知，认为私人侦探是非法的，其营业范围没有法律依据，其行使的侦查权等应当属于司法机关依法行使的权利。

否定了私家侦探的合法性，当事人自己捉奸举证能否被法院采信就显得尤为重要了。关于捉奸举证是否作为有效证据的问题，历来有两种观点：一种观点认为，如果法院采信捉奸举证，很可能导致捉奸成风，结果反而会影响婚姻和社会的稳定，导致夫妻关系进一步恶化。如果法院采信捉奸举证，无异于鼓励人们去捉奸，而捉奸行为过激还可能造成人身伤害或侵犯他人权益。从证据学角度来说，捉奸取的证属于“毒树之果”，不但不能提倡，而且要坚决予以反对。故有人建议在法律上明确规定：“以侵害他人合法权益或违法法律禁止性规定的方式取得的证据不能作为认定案件事实的依据”；还有一种观点认为，只要能够证明一定的客观事实，法院就应该采信捉奸举证，至于在捉奸的同时侵害了他人的合法权益，那是另外一码事，可以另行起诉。否则举证渠道就无法畅通，婚姻法的有关规定就会形同虚设。

其实，捉奸举证和《婚姻法》第四十六条的规定没有必然联系。法律的着眼点是反对破坏一夫一妻制的行为，即有配偶者与婚外异性共同居住、一起生活的行为，至于共同居住期间是否发生性行为，并不是法律所关注的。因此，即便配偶一方有通奸行为，另一方也有充分的证据予以证明，还是不能据此提起离婚损害赔偿的请求，但可以作为要求离婚的理由。

据有关统计，自2001年5月到2002年5月，北京市某法院共审结离婚案件417件，其中提出离婚损害赔偿请求的257件，但实际判决支持赔偿请求的只有3件，赔偿数额为2万元，均为婚外同居引起的离婚案。之所以难以获得赔偿，一是取证难，二是法律本身规定的离婚损害赔偿范围较窄。但婚姻法司法解释不能超越法律进行解释，是否扩大离婚损害赔偿的范围，应属于立法需要解决的问题。

六十九、李某与王某婚后感情一直比较平淡，后来李某发现丈夫王某婚外与同性居住，遂起诉到法院请求离婚。双方均表示无法共同生活，同意离婚。但李某提出，因双方感情破裂系王某单方面过错所致，故要求王某赔偿10万元，妻子主张同性恋丈夫离婚时进行赔偿可以吗？

答：根据现行《婚姻法》的规定，无过错方有权请求离婚损害赔偿的情形为：重婚、有配偶者与他人同居、实施家庭暴力、虐待、遗弃家庭成员，而《婚姻法司法解释（一）》将“有配偶者与他人同居”解释为“有配偶者与婚外异性，不以夫妻名义，持续、稳定地共同居住”。也就是说，与婚外同性持续、稳定地共同居住，并不在法律的调整范围内。世界卫生组织早已不将同性恋者视为病态，而是视为一种不同的性取向，一些国家法律还赋予同性恋合法的婚姻地位。因此，由于王某的行为不在《婚姻法》列举的离婚损害赔偿范围之内，对妻子李某要求离婚损害赔偿的主张不予支持。

七十、公房的承租权能否继承？

答：公房承租是指公房所有人或管理人将国家所有或集体、企业、事业单位所有房屋交给承租人使用，承租人向出租人支付租金的法律行为。房屋的所有权属于国家或集体、企业、事业单位所有，当事人只享有使用权或者说承租权。公房承租是在特定的历史条件下出现的一种产物，是我国传统福利住房分配制度的体现。分为统管公房和自管公房两种，即分别由房地产管理部门统一管理的国有公房和由机关、企业、事业单位自行营建、自行管理的房屋。

随着这些年房改政策的实施，公房租赁从数量上看已经少了许多，但由于种种原因，还存在相当数量的此类房屋，纠纷也就不可避免。审判实践中遇到的突出问题是，公房的承租权能否继承？

1. 关于统管公房：建设部《城市公有房屋管理规定》第二十八条规定：承租住宅用房的，承租人在租赁期限内死亡，其共同居住两年以上的家庭成员愿意继续履行原契约的，可以办理更名手续。《北京市公有住宅租赁合同》中规定：租赁期限内，承租方外迁或死亡，承租方同一户籍共同居住两年以上又无其他住房的家庭成员愿意继续履行原合同，可以办理更名手续。如果有两个或两个以上共同居住人符合该前提条件的，共同居住人之间应当协商确定承租人。协商不成的，由公房产权人根据共同居住人的住房状况书面确定承租人。因此，统管公房不能作为遗产继承，仅仅具有继承人的身份而不符合共同居住人的条件，也是不能取得公房承租权的。

2. 关于自管公房：承租单位公房是国家机关、企事业单位对本单位职工的一种福利待遇，能租用单位公房的，必须是满足本单位内部的一些规定能享受该福利待遇的人，人身属性很强，并不是所有人都可以承租。单位出租的房屋所有权自始至终都属于国家、集体所有，而不属于承租人，承租人只能享有占有、使用的权利。承租单位的公房，本意是供家庭成员共同生活居住，分配住房时一般也会考虑共同居住人口的多少。当承租人死亡时，其他家庭成员仍可继续使用承租的房屋，但并不属于继承遗产。

七十一、潘某失踪8年，经公安机关侦查仍下落不明。潘某的妻子及父亲向法院申请宣告潘某失踪，法院审理后宣告潘某失踪，并指定潘某的妻子为财产代管人。妻子代管着潘某百万元财产，不愿申请宣告潘某死亡，潘某的父亲便单独向法院申请宣告儿子潘某死亡，这种情况可以吗？

答：法院在此案的处理上存在两种观点：一种观点认为，根据1988年4月2日《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）》第二十五条的规定：“申请宣告死亡的利害关系人的顺序是：（一）配偶；（二）父母、子女；（三）兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女；（四）其他有民事权利义务关系的人。申请撤销死亡宣告不受上列顺序限制。”可以看出，配偶是第一顺序的利害关系人，其不愿意申请宣告死亡，其他顺序的人不能越位申请宣告死亡。不同的利害关系人，就其利益的权衡有所不同。配偶最为特殊，与失踪人有最为亲密的人身关系，因为宣告死亡意味着婚姻关系自死亡宣告之日起消灭，配偶与其他利害关系人相比，在宣告死亡问题上具有优先性和排他性。

另一种观点认为：申请宣告死亡是利害关系人按照顺序申请，并没有确定配偶为唯一的申请人。在查明配偶基于财产掌控或恶意转移财产等其他不正当目的，故意不提出申请，致使其他利害关系人合法权益遭受损害的情况下，不能排除第二顺序利害关系人的申请权。

我们同意另一种观点，理由如下：

第一，民法上设置宣告死亡制度的目的，在于结束长期失踪人所涉及之法律关系的不稳定状态，使利害关系人的利益及社会生活秩序得以保障。从我国《民法通则》的原文来看，第二十三条只是规定了：“公民有下列情形之一的，利害关系人可以向人民法院申请宣告他死亡：（一）下落不明满四年的；（二）因意外事故下落不明，从事故

发生之日起满二年的。战争期间下落不明的，下落不明的时间从战争结束之日起计算。”利害关系人向法院申请宣告死亡并无先后顺序之分。如果因为第一顺序的配偶基于各种原因长久不申请宣告死亡，而无法启动宣告死亡的程序，失踪人所涉及的一系列法律关系将长期处于悬而未决的状态，显然与立法的本意相悖。

第二，宣告公民死亡后随之而来的就是遗产的继承问题，《继承法》明确规定配偶、子女和父母是第一顺序的继承人，如果配偶不申请宣告死亡，其他继承人永远也不可能继承遗产，这等于变相剥夺了其他继承人的法定继承权，显然是非常不公平的。比如男方先后有两个妻子，与前妻生育了子女。男方失踪多年，现任妻子基于财产因素拒不申请宣告男方死亡就会导致无法启动继承程序，男方与前妻所生子女的继承权将实际落空。至于说无劳动能力的或生活困难的父母可以要求财产代管人（子女的配偶）支付赡养费，这和财产继承完全是不同的法律关系，在财产数额的取得上也可能相差甚远。

第三，最高人民法院民法通则司法解释是1988年出台的，20年后的今天，经济发展日新月异，公民的财产状况也发生了巨大变化，当时制定司法解释时恐怕没有考虑到配偶一方可能基于控制财产的目的而恶意拒绝宣告死亡的情况。从配偶本身来说，宣告死亡的确意味着夫妻关系的终止，但不宣告死亡，夫妻一方失踪的现实也无法改变。如果说配偶与失踪一方感情深厚，其完全可以选择不再结婚，万一以后被宣告死亡的人重新出现，其夫妻关系就自然恢复了，从这个角度来说，宣告死亡对配偶一方的身份关系并无太大损害。当配偶的身份关系（只有夫妻之名，并无夫妻之实）与其他利害关系人被变相剥夺法定继承权发生冲突时，法律更应该保护谁的利益，应该还是比较清楚的，更何况那种假借感情之名实为控制财产的情形了。

第四，最高人民法院民法通则司法解释确立申请宣告死亡利害关系人的顺序，明确配偶为申请宣告死亡第一顺序利害关系人具有合理性。如果没有先后顺序之分，其他与失踪人有民事权利义务关系的人，基于自身利益考虑而不顾失踪人亲属的感情抢先申请宣告死亡，显然是令人难以接受的。因此，申请宣告死亡的利害关系人应当有先后顺序之分，但在失踪人长期下落不明已经符合宣告死亡的法定条件，第一顺序利害关系人基于掌控财产等目的拒不行使申请权，致使其他利害关系人的合法权益遭受损害时，应当给予第二顺序的利害关系人必要的救济手段，这样才符合法律的公平理念。

针对利害关系人申请宣告死亡的顺序问题，梁慧星教授在给山东省东营市中级人民法院讲授“民法解释学”时指出：根据最高法院民法通则司法解释规定的精神，第一顺序配偶不提出宣告死亡申请，其他人无权提出申请。但如果第一顺序配偶拒不提出申请，目的是为了得到财产，这样就会损害他人的合法权益。现在有两种意见：一种认为申请宣告死亡利害关系人应有顺序，另一种认为不应该有顺序，到底哪一种解释正确？我们用目的解释方法来探讨这一问题。死亡宣告程序与宣告失踪是完全相同的，但宣告死亡的财产需要继承，由继承法具体规定。宣告死亡制度的立法目的决不是保护被宣告死亡人，而是为了保护利害关系人；失踪宣告的立法目的却是为了保护失踪人，对其财产需指定财产代管人，两种情况的立法目的截然不同。宣告死亡是保护利害关系人的利益为目的，其配偶以种种理由拒不提出申请，违背了目的解释的有关规定。

多数学者认为，对配偶恶意拒绝宣告死亡的情形应该有救济手段，否则会严重侵害其他利害关系人的权益，其结果背离了设立宣告死亡制度的立法初衷。

因此，在失踪人长期下落不明已经符合宣告死亡的法定条件下，配偶基于财产掌控等目的恶意不行使申请权，致使其他利害关系人合法权益遭受损害时，第二顺序利害关系人可以向法院申请宣告死亡。

七十二、继承开始后继承人未表示放弃继承且未分割遗产的，应按析产处理吗？

答：根据《继承法》第二十五条的规定：“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。”本条规定充分考虑了国人的传统习惯，一般父母一方死亡时，子女们出于对健在父母一方的敬重，很少会在悲痛时分直接提出分割遗产的要求，否则会被认为太不近人情。而在父母同时死亡时，兄弟姐妹也可能碍于情面、出于各种原因而不便提出遗产继承的事宜，故《继承法》规定“没有表示的，视为接受继承”非常契合实际，用默示的方式表达自己的意愿更容易被老百姓所接受。

针对审判实践中经常出现的被继承人死亡多年仍没有分割遗产的情形，《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见（试行）》第177条规定：“继承的诉讼时效按继承法的规定执行。但继承开始后，继承人未明确表示放弃继承的，视为接受继承，遗产未分割的，即为共同共有。诉讼时效的中止、中断、延长，均适用民法通则的有关规定。”1990年11月15日《最高人民法院关于向某某与叶某枝房屋纠纷案的复函》更进一步明确了这个问题，即：宁某锋夫妇于1929年、1946年先后死亡，所遗房屋由三子宁某祥一家一直居住至今，其他子女宁某英、宁某冰、宁某贤于1986年以前先后死亡，他们生前均未表示放弃继承。根据《继承法》第二十五条和《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见（试行）》第一百七十七条的规定和该案具体情况，宁氏姐弟对其父母所遗房产可视为接受继承，并对未分割的房产享有共有权。据此，我们基本同意你院的第二种意见，即宁某冰之妻向某某提出分割共有房屋；可按分割共同财产的诉讼请求处理。

七十三、继承人放弃遗产继承属于放弃继承权还是放弃所有权？继承人放弃继承是否侵害了其配偶的权利？

答：根据《继承法》第二十五条之规定：“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。”由此可见，放弃继承是继承人的一种权利。而《物权法》第二十九条规定：“因继承或者受遗赠取得物权的，自继承或者受遗赠开始时发生法律效力”的目的，是为了避免遗产处于无主



状态，适用《物权法》第二十九条的意义在于，从被继承人死亡时起，继承人无论是否接受了遗产中的动产还是办理了不动产权属变更登记手续，遗产都属于继承人所有，继承人如果不接受遗产，属于放弃继承权而非放弃所有权。继承是继承人取得被继承人遗产所有权的基础，失去了这个基础，继承人的所有权就无法存在。抛开继承权谈所有权，所有权就是无源之水、无本之木。

继承权的接受和放弃取决于继承人的意志。继承权作为一项民事权利，从继承开始到遗产分割前，继承人可以根据自己的意志决定接受还是放弃继承权，其他人不得干涉，故继承人的配偶无权左右继承人作出是否放弃继承的决定。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》第四十六条的规定：“继承人因放弃继承权，致其不能履行法定义务的，放弃继承权的行为无效”，即禁止继承人以放弃继承权为条件而不履行法定义务，如不清偿个人债务，不承担抚养、扶养、赡养义务等。如果继承人放弃继承权不会影响其履行法定义务的，这种放弃就是有效的。只有当继承人继承遗产后，作为配偶的一方才能依据《婚姻法》第十七条的规定，成为继承人因继承而取得财产的共有人。配偶对遗产的共有权利是建立在继承人继承遗产之基础上，故继承人放弃继承并没有损害配偶的合法权益。<sup>22</sup>

注释：

17. 参见陈苇：《中国婚姻家庭法立法研究》，群众出版社 2010 年 1 版，第 233 页。

18. 参见王泽鉴：《民法学说与判例研究》（第五册），中国政法大学出版社 2005 年版，第 303 页。

19. 杨晓林：《诉前离婚协议的性质及效力的探讨》，载商都法律网，2007 年 4 月访问。

20. 姬广胜：《探望权再探：从法律适用和完善的视角》。

21. 陈敏：《中国女性反家庭暴力报告》，人民出版社 2007 年版，第 5 页。

22. 参见韩玫：《放弃继承引发的物权法思考》，载《民事审判指导与参考》2008 年版，第 22 页。

### 吴晓芳：婚姻家庭纠纷审理热点、难点问题（二）第一部分

2015 年 7 月 11 日 来源：《民事法律文件解读》2012 年第 5 期（总第 89 辑）

一、双方同居一段时间后分手，男方起诉要求女方返还同居期间的借款 5 万元，女方对此矢口否认，称其没有借过款，男方向法庭提交了四份录音证据，证实女方借款的事实。女方表示不能肯定录音是她说的。法庭释明其享有申请鉴定的权利，但女方表示不申请鉴定。如何认定录音证据的效力？

答：同居期间相互借款，出于感情借款时不出具借条的现象相当普遍，一旦关系破裂，很容易酿成借贷纠纷。在处理同居期间借款纠纷时，如果当事人没有借条这样的直接证据，要注意结合其他证据材料或证人证言，确定借款关系的成立。

在这类案件的审理中，有的当事人会提供录音证据来佐证自己的主张。法院对录音证据是否采信的问题也经历了一个过程。1995 年《最高人民法院关于未经对方当事人同意私自录制其谈话取得的资料不能作为证据使用的批复》中指出，未经对方同意私自录制的谈话录音资料，不具有合法性，不能作为证据使用。但在实际生活中，对方当事人根本不太可能同意录音，如果一概否定这类录音证据的效力，将很难查清案件的真实情况。2002 年 4 月 1 日起实施的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》对上述批复进行了修正，其规定在民事诉讼中，对“有其他证据佐证并以合法手段取得的、无疑点的视听资料或者与视听资料核对无误的复制件”，“对方当事人提出异议但没有足以反驳的相反证据的，人民法院应当确认其证明力”。

在审判实践中，录音、录像证据要成为人民法院认定案件事实的有效证据，一般要具备以下三个条件：一是当事人出示的录音、录像证据未被剪接、剪辑或者伪造，前后连接紧密，内容未被篡改，具有客观真实性和连贯性；二是录音、录像证据的取得必须符合法律规定。如果录音、录像证据的持有者采用了侵犯他人的隐私或者违反法律禁止性的规定，比如在其工作处所或者住所以窃听方式取得的录音资料，就属于违反法律禁止性规定取得的证据，不应予以采信；三是对方当事人没有提出反驳或反驳理由不成立。法院在把录音录像证据作为定案依据时，还要对录音、录像证据是否有疑点进行审查。

二、因同居关系而索要“青春损失费”的是否应当支持？

答：“青春损失费”并不是法律术语，在我国现有的法律规范中，没有其确切含义。同居生活是双方当事人自愿选择的一种生活方式，如果没有民法中侵犯人身权、财产权的具体行为，单纯以同居为由请求法院判令对方支付“青春损失费”的，一般无法得到支持，因为这种请求没有任何法律依据。

如果双方在同居期间女方怀孕需要做中止妊娠的手术，基于公平原则，男方应分担一些手术费用；如果一方当事人在同居期间侵犯了另一方的人身权、财产权，如健康权、名誉权、财产所有权等，则应当承担相应的侵权责任，不能因为双方当事人之间是同居关系而予以豁免。

三、男方与女方到民政部门办理结婚登记，男方因与婚姻登记员发生纠纷离去。此后，男方的堂兄拿来男方的身份证、户口本等证件，并在结婚登记申请书中代双方签名，领取了结婚证。后双方在一起生活并生育了子女。因男方突遭车祸死亡，婆媳因为遗产问题发生纠纷，男方母亲遂到法院提起行政诉讼，以双方当事人未到场为由，请求撤销民政部门颁发的结婚证，男方母亲的主张是否成立？

答：当事人以婚姻登记的瑕疵为由（比如未亲自到场办理结婚登记手续）主张撤销婚姻登记的，

根据婚姻法第八条的规定，要求结婚的男女必须亲自到婚姻登记机关办理婚姻登记，对于男女一方甚至是双方未亲自到场却办理了结婚登记应如何处理的问题，婚姻法缺乏相应的规定。从立法目的上看，要求婚姻双方当事人必须亲自到场虽属于程序性规定，却是为保证当事人双方自愿缔结婚姻的实体要件服务的。亲自到场固然很重要，但不符合结婚实质要件的当事人，即便亲自到场也是不能进行结婚登记的。因此，一方或双方当事人未亲自到场进行结婚登记，并不必然导致婚姻登记被撤销，法院应当着重审查婚姻当事人是否系自愿结婚。如果双方当事人有结婚登记的共同意愿，且实际在一起共同生活，又符合结婚登记的实质要件，虽然未亲自到场登记存在程序上的瑕疵，但并非实质性违法认可双方婚姻的效力；如果婚姻登记为一方当事人利用关系取得，另一方根本不愿意结婚的，当事人可以请求撤销结婚登记。

总之，法院撤销婚姻登记的条件是：一方或双方当事人未亲自到婚姻登记机关进行结婚登记，且不能证明婚姻登记系男女双方的真实意思表示。

四、双方办理结婚登记手续时，女方尚未达到法定婚龄，遂采取弄虚作假的方式托人办理了结婚登记，婚后男方出外打工，又与他人结婚。女方遂到法院申请宣告男方与他人因重婚所缔结的婚姻无效，但男方却辩称，自己与女方登记结婚时，女方未达法定婚龄，其与女方的婚姻属于无效婚姻，这种情况该如何处理？

答：根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第八条的规定：“当事人依据婚姻法第十条规定向人民法院申请宣告婚姻无效的，申请时，法定的无效婚姻情形已经消失的，人民法院不予支持。”女方在登记结婚时虽然未达法定婚龄，但随着时间的推移，女方早已达到法定婚龄，由于法定的无效婚姻情形已经消失，双方的婚姻属于有效婚姻，应当受到法律的保护。而男方在已有配偶的情况下又与他人登记结婚，与他人的婚姻当然应属无效以未达法定婚龄为由申请宣告婚姻无效，如果申请时双方当事人未达到法定婚龄，则当然应认定属于无效婚姻；如果申请时双方当事人都已达到法定婚龄，法定的无效婚姻情形已经消失，可以认为在申请宣告婚姻无效时存在阻却事由，从现实状况判断已经属于合法有效的婚姻，不能再主张宣告婚姻无效。也就是说，无效婚姻的判断标准，应以申请宣告婚姻无效时的状况为准。因为缔结婚姻时的实际状况如何，一旦经过一定期间，当双方已经具备法定的结婚实质要件时，就不能再用以前的无效事由来对抗已经合法有效的婚姻。

一方或双方在结婚当时虽未达到法定婚龄，随着时间的推移，在双方均已达到法定婚龄时，即不应再以过去的违法行为作为现在确认婚姻无效的原因，这绝不是对当事人违法行为的肯定和保护，而是出于稳定婚姻关系的现实考虑。虽然该婚姻在成立时存在要件瑕疵，但“婚姻”本身却是一种既存的社会事实，当事人有共同生活的实质，基于该事实已经形成的各种婚姻家庭关系对双方、子女、家庭乃至社会都产生一系列的影响，故在法定的无效婚姻情形已经消失时，不能再宣告婚姻无效。承认婚姻无效制度中的阻却事由也充分体现了对个人私权的尊重。如《日本民法典》就规定了不达适龄者的婚姻在达适龄后不得请求撤销；《德国民法典》对不适龄婚、重婚也作了承认阻却事由的规定。

2001年4月28日修订后的婚姻法颁布实施后，由于对婚姻法关于无效婚姻条文的理解不同，出现了近乎“荒唐”的判决，即已结婚30多年的老夫老妻，仅仅因为办理结婚登记时女方未达法定婚龄，而被法院宣告为无效婚姻。为了避免出现这种理解上的混乱，最高人民法院在2001年12月就出台了相关的司法解释，专门规定：“当事人依据婚姻法第十条规定向人民法院申请宣告婚姻无效的，申请时，法定的无效婚姻情形已经消失的，人民法院不予支持。”该规定合理、合法，有利于婚姻家庭关系的稳定。该规定明确了无效婚姻的法定情形消失后婚姻可以转化为有效婚姻，反映了对无效婚姻的态度从侧重于法律的制裁性和严肃性，转变到侧重于法律的现实性和对当事人利益的保护。

五、双方登记结婚后，女方在怀孕体检时查出自己为乙肝病毒携带者，男方以女方患有传染性乙肝为由，申请宣告婚姻无效。女方在医院做肝功能检查，结果为：乙肝病毒携带者（肝功能正常），男方申请宣告婚姻无效能否成立？

答：男方以女方患有传染性乙肝疾病，婚后尚未治愈为由，请求宣告婚姻无效，但其主张未能提供证据证实，而女方提供了医院出具的诊断证明书证实其为乙肝病毒携带者（肝功能正常），乙肝病毒携带者不在禁止结婚的疾病之列，双方的婚姻并无法律上规定的无效婚姻情形，应对男方的申请予以驳回。

在审理请求宣告婚姻无效的案件中，对是否属于“医学上认为不应当结婚的疾病”，不宜由婚姻登记机关或法院进行任意解释，而应当依照《中华人民共和国母婴保健法》的规定，委托专门的医疗保健机构提出医学意见。

#### 六、婚姻登记机关能否宣告婚姻无效？

答：婚姻法并未赋予婚姻登记机关宣告婚姻无效的权利，《婚姻登记条例》也未规定婚姻登记机关有宣告婚姻无效的权利。《婚姻登记条例》第九条规定：“因胁迫结婚的，受胁迫的当事人依据婚姻法第十一条的规定向婚姻登记机关请求撤销其婚姻的，应当出具下列证明材料：（一）本人的身份证、结婚证；（二）能够证明受胁迫结婚的证明材料。婚姻登记机关经审查认为受胁迫结婚的情况属实且不涉及子女抚养、财产及债务问题的，应当撤销该婚姻，宣告结婚证作废。”由此可见，婚姻登记机关只有撤销婚姻的权利，没有宣告婚姻无效的权利，宣告婚姻无效的机关只有人民法院。

#### 七、不起诉离婚，夫妻一方起诉另一方支付抚养费，法院应否支持？

答：婚姻法第二十条规定：“夫妻有互相扶养的义务。一方不履行扶养义务时，需要扶养的一方，有要求对方给付扶养费的权利。”夫妻扶养作为法定义务，具有法律强制性。无论婚姻的实际情形如何，也无论夫妻双方的感情状况如何，夫妻之间的扶养既是双方的权利，也是双方的义务。当夫妻一方没有收入、缺乏生活来源，或因患病、年老等原因需要扶养，另一方不履行扶养义务，一方可向法院单独提起扶养费的诉讼，该诉讼符合诉的独立构成要件，不以提起离婚诉讼为前置条件。

夫妻有互相扶养的义务。即使因感情不合而分居，一方仍应向经济困难的对方承担扶养义务；有的夫妻约定各自的工资或收入归各自所有，并不影响夫间扶养义务的履行。当一方的个人财产难以维持正常生活时，仍然有权要求对方给付生活费。当一方患有重病时，另一方仍有义务尽力照顾，并提供有医疗费用；夫妻扶养义务从婚姻合法有效成立之时产生，至婚姻合法有效终止时消灭，在婚姻关系有效存续的整个过程中一直存在且具有法律拘束力，因而是一种状态性的、持续性的法律关系；扶养费的给付不应以性别为标准，在同等条件下，妻子应当获得扶养费的，丈夫也应获得扶养费。

在很多夫妻扶养纠纷中，负有扶养义务的一方经常以对方处有一定数量的夫妻共同存款为由，拒绝给付扶养费。从保护生活困难一方的生存利益出发，人民法院只要能够确认生活困难一方对夫妻共同存款去向的解释存在合理性，就应支持其诉讼请求，而将双方有关夫妻共同财产的争议留待以后的离婚诉讼中解决。这样处理，既可以加强对弱者的保护，也不会对负有扶养义务的一方造成实质性利益损失。当然，双方以后若不离婚，就更谈不上什么损失了。

八、妻子擅自中止妊娠，丈夫状告医疗机构，请问医疗机构是否应承担相应责任？

答：司法实践中，妻子擅自中止妊娠，丈夫一般以生育权受到侵害为由，让妻子承担赔偿责任，此时妻子是被告。但也有一些案件是丈夫状告医疗机构未经其同意，损害其生育权，要求医疗机构承担赔偿责任。此种情况下，虽然《婚姻法司法解释（三）》没有明确规定，但是我们认为，医疗机构无疑不应当承担损害赔偿责任。因为法律并没有赋予丈夫以中止妊娠的同意权。医疗机构实施中止妊娠的手术，只要取得女方的同意，就不构成侵权，无须承担赔偿责任。医疗机构是通过医疗行为协助女方堕胎，只有当女方的行为构成侵犯其丈夫的生育权时，医疗机构才会构成共同侵权。医疗机构在对女方进行中止妊娠手术时，如果没有违反医疗卫生管理法律规定和诊疗护理规范、常规，过失或故意造成患者人身损害，就不应当承担侵权责任。

九、婚姻关系存续期间，夫妻一方对另一方构成侵权，可以主张“婚内赔偿”吗？

答：所谓“婚内赔偿”是指法院在不解除婚姻关系的前提下，判决一方对另一方进行损害赔偿。“婚内赔偿”的法律依据是《中华人民共和国民法通则》中关于民事责任的规定，适用这些规定的前提是丈夫和妻子均为具有独立人格的民事主体，在家庭中地位完全平等。处于婚姻关系中的夫妻之间，并不因配偶的身份关系享有侵权赔偿的豁免权，作为具有独立人格的民事主体，夫妻一方的行为侵害了另一方的身体权、健康权、名誉权等民事权利时，另一方完全有权利得到司法上的保护，这应该没有什么太大的争议，不能仅仅因为是夫妻关系，一方就可以任意侵害另一方的合法权益。故夫妻之间的赔偿在我国是没有任何法律障碍的，而且是有法可依的。问题的关键是，在我国绝大多数家庭实行法定共同财产制的情形下，不存在对夫妻之间发生的损害进行赔偿的前提条件和物质基础。受损害方所支出的治疗等费用，一般也是从夫妻共同财产中支出，判决夫妻一方对另一方的婚内赔偿，就相当于用自己的钱赔偿自己的损失，没有什么实际意义。但是，人民法院完全可以根据实际情况判令侵权的夫妻一方承担停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉等民事责任，些承担民事侵权责任的方式，对于受到侵害的一方来说，其民事权利无疑也受到一定程度的保护，至少在是非评判上有个法律上的说法，受害方的心理上也会得到某些慰藉。在现实生活中，有不少夫妻基于各种复杂的因素，在反复权衡利弊后并不想选择解除婚姻关系。那么在婚内也应有一定的救济途径。当然，如果夫妻双方约定实行分别财产制，人民法院完全可以根据受害人一方的请求判令侵权方支付相应的赔偿金。

也有学者认为，“婚内赔偿”的负面效应是显而易见的。对于并不想因对方侵权而放弃婚姻的当事人来说，法律不是其最好的选择，维护婚姻还是维护人格尊严，法律的介入有时会将其推到两难的境地，法律的局限性使其在很多时候是不能满足人们内心的真实需要的，“婚内赔偿”不仅无助于感情的维护，更多时候是对感情的进一步伤害，甚至有可能彻底破坏婚姻关系，“婚内赔偿”只是在必要时为当事人提供的权利保护的最后一道屏障，故不宜提倡“婚内赔偿”。<sup>①</sup>笔者赞同这种观点，用一句经典的话来表述就是：“法律是神圣的，但不是万能的。”

十、一方起诉不要求离婚而请求法院保护其同居权应如何处理？

答：婚姻法中没有关于夫妻同居权的规定，从国外法律来看，比如《法国民法典》第214条第4款就规定，如果夫妻一方不履行其同居义务时，他方得依民事诉讼法规定的方式迫使其履行。就同居义务而言，主要是申请扣押收入或进行精神损害赔偿。又如，英国法律规定，配偶一方违反同居义务，他方享有恢复同居的诉讼请求权。关于恢复同居的判决虽不得强制执行，但不服从这种判决可视为遗弃行为，是构成司法分居的法定理由之一。

由于我国法律上缺乏夫妻同居权的相应规定，故对夫妻一方起诉要求保护其同居权的纠纷，法院不宜受理；已经受理的，裁定驳回起诉。

十一、结婚时间短能否成为拒绝履行夫妻扶养义务的理由？

答：男女双方缔结婚姻关系后，就形成了一系列的人身和财产关系。夫妻双方负有的相互扶助和供养的义务称为扶养，夫妻之间的的扶养权利和义务是配偶身份权的重要内容，也是配偶身份关系和婚姻共同体的物化表现。一

方不履行扶养义务时，需要扶养的一方有权要求对方履行扶养义务，该扶养包括经济上的供养、精神上的慰藉以及生活上的照顾。夫妻扶养属于生活保持义务范畴，既是双方当事人从缔结婚姻开始就共生的义务，也是婚姻或家庭共同体得以维系和存在的基本保障，同时还是人类个体婚制形成以来婚姻一直负载的基本功能。夫妻扶养既是双方的权利，也是双方的义务，在婚姻关系有效持续的整个过程中一直存在且具有法律拘束力。

夫妻扶养纠纷主要表现为一方因某种原因致使其就业或谋生能力暂时或较长时间丧失，而另一方不履行法律规定的夫妻扶养义务。夫妻之间的扶养主要是为了满足生活困难一方的基本生活需要和必要的其他开支，如支付医疗费等。一般情况下，人民法院应根据扶养权利人一方的实际需要、支付抚养费一方的经济能力以及当地居民的平均生活水平确定夫妻扶养费的给付标准。

夫妻扶养义务的履行以婚姻存在为前提，以一方需要扶养为条件。符合上述要求时夫妻之间的扶养义务就产生了，而不以是否共同生活以及结婚时间的长短为条件。凡与法律规定的情形相符合者，则必然地、强制性地产生扶养的权利义务关系，不允许当事人凭自己的意志进行自由选择和变更。因此，结婚时间短不能成为拒绝履行夫妻扶养义务的理由。

十二、夫妻双方婚姻关系存续期间订立一份协议，约定：“双方都要努力维持婚姻，如果一方提出离婚，则要给付另一方100万元。”后来双方发生纠纷。一方不愿意按约定履行，法院应该如何处理？

答：我们倾向于对这种约定认定为无效，因为我们国家法律不认为婚姻是契约，结婚和离婚都要履行法定的程序，当事人不能随意约定。当然，在法律允许的范围内，当事人也可以对一些问题自行约定，但总的原则是不能违法。像上述当事人之间的约定，其违背了婚姻自由（包括结婚自由和离婚自由）的基本原则，有点限制离婚的意味。从协议的内容分析，不管什么原因导致感情破裂，只要一方提出离婚，就要给付另一方100万元，这就在某种程度上限制了离婚自由，当事人之间的这种约定不应得到法院的支持。

十三、夫妻双方签订的生育契约如何认定？

答：该问题在理论界与实务界争议均很大。一种观点认为，如果丈夫可以证明双方存在生育契约，则女方无故不履行约定私自堕胎属于违约行为。激进的观点甚至认为，夫妻婚后一直没有采用任何避孕措施构成双方事实上的生育契约关系，女方无故擅自中止妊娠应当承担违约责任。

另一种观点认为，不论双方是否签订生育契约，女方对生育的决定权都应予以保护。我们认为，当事人双方签订的合同不能违反法律与公序良俗。人身权的限制不能够成为合同内容，双方所作的约定无效。既然合同无效，也就不存在女方承担违约责任的问题。

十四、夫妻财产约定的法律效力如何？

答：夫妻财产约定的法律效力可以分为对内效力和对外效力。

1. 对内而言，夫妻财产约定一旦生效，婚姻当事人双方均受此约定约束，夫妻双方都必须依照约定行使权利、履行义务，不得随意变更和撤销。确实需要变更撤销的，须由夫妻双方协商一致后，同样以书面的形式予以确定。如果原来的约定经过公证机构进行公证也需要经过公证机构公证才能变更和撤销。

2. 对外而言，婚姻法第十九条第三款规定：“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。”因此，在夫妻财产约定中，凡第三人事先知道该约定的，具有对抗第三人的效力。如果第三人不知晓的，婚姻当事人的约定不得对抗第三人。即夫妻任何一方不得以债务非自己所欠、夫妻有约定而不承担该债务。至于第三人是否知道夫妻之间的财产约定，夫妻一方对此负有举证责任。

十五、日常家事代理权的范围有哪些？

答：日常家事代理权是指夫妻一方在因家庭日常事务而与第三人为一定的法律行为时，享有代理配偶他方的权利。具体地说，夫妻一方代表家庭所为的行为。视为夫妻共同的意思表示，夫妻双方对该行为承担共同的连带责任。

日常家事的范围应当包括家庭生活所必要的一切事务，该事务的范围主要以家庭生活开支的形式表现出来。它涵盖了必要的日用品的购买、医疗和医药服务、合理的保健与锻炼、文化消费与娱乐、子女教育以及家庭用工的雇佣等决定家庭共同生活必要的一切事务，其范围主要包括(1)维持共同生活的费用；(2)抚养教育子女的费用；(3)家庭成员所需的医疗费用；(4)其他日常生活所需的费用。

下列事务不属于家事代理的范围：(1)处分不动产；(2)处分具有重大价值的财产；(3)处分与婚姻当事人一方人身有密切联系的事务，如领取劳动报酬、放弃继承等。

十六、继父母已经抚养继子女多年。而继父母与挂子女的亲生父母离婚时主张返还已经支付的抚养费，对这种诉讼请求应支持吗？

答：因为继父母自愿抚养继子女多年，从法律上讲已经形成抚养关系，继父母年老丧失劳动能力或生活困难时可以请求继子女支付赡养费。在继父母与继子女的生父母婚姻关系存续期间，一般实行的是法定夫妻共同财产制，对于生父母一方来讲，抚养自己的亲生子女是法律上必须履行的义务，如果继父母也一起抚养继子女，作为经济上一体的夫妻，其支付的抚养费很难分清彼此，故对已经自愿抚养继子女的，离婚时不得再主张返还抚养费。

十七、婚姻法第二十七条第二款：继父或继母和受其抚养教育的继子女间的权利和义务，适用本法对父母子女关系的有关规定。如何认定双方已经形成抚养关系？

答：随着我国离婚率日趋上升，产生了大量的继父母与继子女关系，在司法实践中，有些婚姻家庭方面的案件，如离婚纠纷案、继承纠纷案、抚养或赡养纠纷案等都涉及到继父或继母与继子女的关系问题。我国现行法律及最高人民法院的司法解释，均未对继父母与继子女设定权利和义务，只是婚姻法在第二十七条中作了授权性规定：“继父或继母和受其抚养教育的继子女间的权利和义务，适用本法对父母子女关系的有关规定。”因此，确认继父母与继子女之间是否形成抚养教育关系，是界定继父母与继子女之间有无权利义务的唯一依据，然而，如何确认抚养教育关系，目前婚姻法及最高人民法院司法解释均未作具体规定。

由于形成抚养教育关系的继父母与继子女之间拟制血亲并不影响继子女与其生父母之间的血亲关系，所以会造成双重血亲关系，应给予适当限制为宜，主要体现四点：(1)根据婚姻法第二十七条载明的“继父或继母和受其抚养教育的继子女”的内容，形成抚养关系的继子女在其生父与继母或生母与继父再婚时应是未成年人；(2)形成抚养关系的继父或继母的配偶（即继子女的生父或生母）应享有直接的抚养权；(3)形成抚养关系的继父母与继子女应共同生活，特殊情况除外；(4)抚养事实达到一定年限。

现实生活中，继父母与继子女的关系十分复杂，具体问题应具体分析，应制定具体的形成抚养教育关系的统一标准。从国外相关的规定来看，《俄罗斯联邦家庭法典》规定：“如果继父母教育和抚养继子女少于5年，或如果他们未以应有的方式履行教育或者抚养继子女的义务，法院有权解除继子女赡养其继父母的义务。”《罗马尼亚家庭法》规定：“继子女的生父母死亡、失踪或贫困无力抚养时，继父母有抚养未成年子女的义务；而继子女对继父母有赡养义务，以继父母尽义务在10年以上为限。”

我国也可以借鉴上述规定，对继父母抚养教育继子女的时间作具体规定最少应不低于5年，这里涉及今后继子女赡养继父母的问题，如果规定时间太短，将不符合权利义务相一致的原则。

十八、在现实生活中，由于种种原因，一些收养人未经办理必要的手续即领养了他人子女，对此应如何处理？

答：对于在收养法施行之前领养的，应按当时的有关法规认定。但是，这种领养行为应同时具备以下三个条件，才可以认定为事实收养，承认其具有收养的效力：第一，双方实际存在抚养、赡养和扶助的客观事实，形成了事实收养关系；第二，对外双方公开以父母子女相称，亲戚朋友也认为他们是养父母子女关系，客观事实表明领养和送养双方有明确的收养合意；第三，被领养人与其生父母的权利义务关系实际上已经消除。

在收养法施行之后，公民未履行法定的收养程序而领养他人子女的，按现行收养法的规定，不再承认事实收养的效力。

十九、子女抚养费请求权是否适用诉讼时效的规定？

答：债权请求权应适用诉讼时效的规定，是学界普遍接受的观点。这些请求权主要包括：因合同所产生的请求权、因无因管理而产生的请求权、因侵权行为而产生的损害赔偿请求权、因不当得利而产生的利益返还请求权、因缔约过失而产生的损害赔偿请求权等。但是，基于对某些特殊关系的保护，下列债权性请求权不适用诉讼时效：(1)基于储蓄关系而产生的请求权；(2)合伙财产及收益的分配请求权；(3)未成年人的抚养费及被赡养人的赡养费请求权这些请求权因涉及未成年人及无劳动能力人的生计问题，而这种费用的请求往往涉及父母子女等特殊的亲属关系，有时并不像对一般债务人那样索要，而一旦经过诉讼时效，就会影响其生计。因此，不应适用诉讼时效的规定。

但是，如果子女已经被父母一方抚养成人，则不能再向另一方追索以前的抚养费。

基于身份关系产生的请求权一般不适用诉讼时效，只有当这种身份关系受到侵害而转化为损害赔偿请求权时，才适用诉讼时效的规定。

二十、继父母离婚后，是否应继续负担继子女的抚养费？

答：婚姻法第二十七条规定：“继父母与继子女间，不得虐待和歧视。继父或继母和受其抚养教育的继子女间的权利和义务，适用本法对父母子女关系的有关规定。”但已经形成抚养教育关系的继父母与继子女之间的权利、义务关系能否随着继父与生母或继母与生父离婚而解除，婚姻法并未作出明确的规定。《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》第十三条规定：“生父与继母或生母与继父离婚时，对曾受其抚养教育的继子女，继父或继母不同意继续抚养的，仍应由生父母抚养。”也就是说，离婚时继父或继母不同意继续抚养的，可不再负担继子女的抚养费，同时意味着继父或继母放弃将来可能需要继子女赡养的权利，因为义务不能放弃，但权利可以自愿放弃。如果离婚后继父母愿意负担继子女一部分或全部抚养费的应当允许，此种给付行为不是法定义务，继父母可以随时终止给付。

注释：

【1】于东辉：《离婚损害赔偿侧度研究》，人民法院出版社2006年版，第105页。

## 吴晓芳：婚姻家庭纠纷审理热点、难点问答（二）第二部分

2015年7月12日 来源：《民事法律文件解读》2012年第5期（总第89辑）吴晓芳

二十一、当父母一方拒绝履行抚养义务时，未成年子女应由其法定代理人（父母另一方）代理诉讼。如果父母双方都不履行法定抚养义务时，应由谁代理其起诉主张抚养费？

答：《婚姻法司法解释（三）》第三条规定：“婚姻关系存续期间，父母双方或者一方拒不履行抚养子女义务，未成年的或者不能独立生活的子女请求支付抚养费的，人民法院应予支持。”也就是说，离婚并非子女主张抚养费的前置条件。

从代理的角度考虑，代理包括委托代理、法定代理和指定代理，由于子女尚未成年，不是完全民事行为能力人，由其自己委托代理人显然不太现实；作为未成年子女法定代理人的父母又不履行抚养的义务，不能自己代理未成年子女与自己打官司；而指定代理是根据人民法院或者行政主管的指定而产生的代理关系，其主要适用于在社会生活或民事诉讼过程中需要代理人代为法律行为，却没有代理人或无法确认代理人的特殊情况。在这种情况下，人民法院或行政主管机关依据法律的授权指定公民或法人充当代理人。在指定代理中，代理人所享有的代理权，是由人民法院或指定机关指定的，与被代理人的意志无关。指定代理人没有充分理由，不得拒绝代理。

因此，如果父母双方都不履行法定抚养义务时，人民法院可以指定实际照顾抚养未成年子女的人代理诉讼，比如孩子的爷爷奶奶、姥姥姥爷及其他近亲属，指定代理人可以代理未成年子女向其父母主张支付抚养费。

## 二十二、婚姻关系存续期间男方受欺骗抚养非亲生子女，离婚后可否向女方追索抚养费？

答：在婚姻关系存续期间，一方与他人通奸生育子女，隐瞒真实情况，另一方受欺骗而抚养了非亲生子女，有人称之为“欺诈性的抚养关系”。受欺骗方离婚后给付的抚养费，可以要求对方予以返还。对于婚姻关系存续期间支出的抚养费，有人认为，因我国婚姻法规定的法定夫妻财产制是婚后所得共同制，夫妻对共同财产不分份额地共同所有，无法计算婚姻关系存续期间到底支出了多少抚养费。虽然受欺骗的一方没有支付抚养费的义务，但另一方对子女有法定抚养义务，其有资格从夫妻共同财产中支出费用来抚养亲生子女。就如同一方在婚姻关系存续期间有父母需要赡养，而另一方的父母已经死亡，不需要再尽赡养义务，恐怕不能得出一方无权用夫妻共同财产赡养其父母吧？鉴于夫妻共同财产的性质，对受欺骗一方婚后支出的抚养费不宜返还。

笔者认为，上述观点有一定道理，但应当是在知情自愿的情况下。如果一方完全被蒙在鼓里，替真正有血缘关系的亲生父母尽了抚养义务，离婚时又不能请求返还婚姻关系存续期间所支出的抚养费，岂不有失公平？双方在离婚时已经可以依法分割夫妻共同财产，对于所支出的抚养费也能大致计算出来，酌情予以返还是比较公道的。

## 二十三、审到实践中对子女所需的生活费、教育费和医疗费应如何把握？

答：《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》曾对婚姻法中“不能独立生活的子女”作出司法解释：指子女丧失劳动能力或虽未完全丧失劳动能力，但其收入不足以维持生活的；子女尚在校就读的；子女确无独立生活能力和条件的。《婚姻法司法解释（一）》原则上采纳了原来的意见，同时由于初中以上学历已经不再是义务教育，上大学的各种费用负担很重，考虑到各种实际情况，将尚在校就读的学历限定在高中及其以下学历教育，以此作为父母的法定义务，而上大学费用不是必须由父母支付的，是否支付完全取决于父母的意愿。即便是子女接受高中及其以下学历教育，父母需要支付的也是一般的教育费用。如果一方擅自让子女上学费昂贵的一些“贵族学校”、“重点学校”等，另一方不同意支付昂贵的学费或所谓的择校费”等，一方请求另一方支付这些费用的诉讼请求将无法得到支持。

《婚姻法司法解释（一）》专门将医疗费列举出来，是非常有必要的。尤其是当父母离婚时，子女患有疾病需要治疗，不直接抚养子女的一方除支付生活费和教育费以外，还要支付相应的医疗费，以保证子女的健康成长。需要指出的是，子女患病所需的医疗费应由父母双方共同分担，但一方未与对方商量而擅自决定采用昂贵的医疗方案的，超出正常的、必要的医疗费用部分擅自决定一方无权要求另一方分担。

## 二十四、父或母请求减少、中止给付抚养费的，什么情况下应予支持？

答：抚养教育子女是父母应尽的法定义务，但抚养费的实际给付，以其具有负担能力为前提。根据审判实践经验，父母具有下列情形之一的，可适当减少：（1）给付方的收入明显减少；（2）给付方长期患病或丧失劳动能力，又无经济来源，确实无力按原定数额给付子女抚养费的；（3）给付方因违法犯罪被监禁或被劳动教养，失去经济能力无力给付的。但恢复人身自由后又有经济来源的，则应按原协议或判决给付。

需要注意的是，父或母减少或中止给付抚养费后，一旦恢复甚至超过原来的抚养能力，子女仍有权要求恢复至原定的抚养费数额，根据实际情况也可要求增加抚养费。

## 二十五、夫妻一方法定扶养义务人的范围是什么？

答：婚姻法规定了长辈对晚辈、夫妻之间、同辈之间的扶养义务、晚辈对长辈的赡养义务，统称为“扶养”义务。该法第二十八条规定：“有负担能力的祖父母、外祖父母，对于父母已经死亡或父母无力抚养的未成年的孙子女、外孙子女，有抚养的义务。”第二十一条规定：“父母对子女有抚养教育的义务；子女对父母有赡养扶助的义务。父母不履行抚养义务时，未成年的或不能独立生活的子女，有要求父母付给抚养费的权利。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。”第二十五条第二款规定：“不直接抚养非婚生子女的生父或生母，应当负担子女的生活费和教育费，直至子女能独立生活为止。”第二十七条第二款规定：“继父或继母和受其抚养教育的继子女间的权利和义务，适用本法对父母子女关系的有关规定。”第二十条规定：“夫妻有互相扶养的义务。一方不履行扶养义务时需要扶养的一方，有要求对方付给抚养费的权利。”第二十九条规定：“有负担能力的兄、姐，对于父母已经死亡或父母无力抚养的未成年的弟、妹，有扶养的义务。由兄、姐扶养长大的有负担能力的弟、妹，对于缺乏劳动能力又缺乏生活来源的兄、姐，有扶养的义务。”人民法院应当依照上述法律规定确定夫妻一方法定扶养义务人的范围。

## 二十六、婚姻关系存续期间，一方擅自将夫妻共同财产赠与他人，这种赠与属于一半无效还是全部无效？

答：在婚姻关系存续期间，夫妻双方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重要处理决定，夫妻双方应当平等协商，取得一致意见。夫妻一方非因日常生活需要而将共同财产无偿赠与他人，严重损害了另一方的财产权益，有违民法上的公平原则，这种赠与行为应属无效。有观点认为，夫妻一方将共同财产擅自赠与他人的赠与行为应认定部分无效，而非全部无效。理由是夫妻共同财产中既包含丈夫的份额也包含妻子的份额，他人所获赠财产中有一半为夫妻一方的份额，一方处分自身份额的意思表示应为真实，他人可取得一半的财产权利。

我们认为，上述观点值得商榷。在夫妻双方未选择其他财产制的情形下，夫妻对共同财产形成共同共有，而非按份共有。根据共同共有的一般法理，在夫妻关系存续期间，上述财产应作为一个不可分割的整体，夫妻双方无法对共有财产划分个人份额，也无权在共有期间请求分割共有财产。只有在共同共有关系终止时，才可对共有财产进行分割，确定各自份额。因此夫妻一方擅自将共同财产赠与他人的赠与行为应为全部无效。从《美国统一婚姻财产法》的规定来看，其在“赠与第三人的婚姻财产”一节中规定：“当一方配偶对婚姻财产行使管理、处分权时，其在一年内以婚姻财产赠与第三人的礼物累计金额不得超过 500 美元，或者根据该配偶的经济能力，其赠与的数额是合理的、恰当的，除非配偶双方共同赠与第三人。超过该数额之其他赠与必须经由配偶双方共同赠与。”“如果配偶一方对第三人所为之赠与不符合本节规定，另一方配偶有权启动返还原物之诉或恢复财产原状，要求损害赔偿之诉。该方配偶可起诉行使赠与的配偶一方，受赠方，或者双方当事人。诉讼时效为该方配偶知道赠与后 1 年内或赠与行为发生后 3 年内。如果于婚姻存续期间财产恢复原状或得到赔偿，则该财产为婚姻财产。如于婚姻解除后或一方配偶死亡之后财产恢复原状或得到赔偿，则赠与物价值一半分属个人财产。”上述对于赠与第三人婚姻财产的规定详细、明确，具有可操作性。非常值得我国立法予以借鉴。

二十七、夫妻之间赠与房产，一方反悔要求撤销赠与可以吗？

答：夫妻在婚前或婚姻关系存续期间约定将一方个人所有的房产赠与另一方，但没有办理房产过户手续，离婚时赠与房产的一方主张撤销赠与，另一方主张继续履行赠与合同，请求法院判令赠与房产一方办理过户手续。在此问题的处理上，各地法院裁判的结果不同，很有必要进行统一规范。

我国婚姻法规定了三种夫妻财产约定的模式，即分别所有、共同共有和部分共同共有，并不包括将一方所有财产约定为另一方所有的情形。将一方所有的财产约定为另一方所有，也就是夫妻之间的赠与行为，虽然双方达成了有效的协议，但因未办理房屋变更登记手续，依照物权法的规定，房屋所有权尚未转移，而依照合同法关于赠与一节的规定，赠与房产的一方可以撤销赠与。

合同法对赠与问题进行了比较详尽的规定，如：“赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与”；“赠与的财产依法需要办理登记等手续的，应当办理有关手续”；“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，赠与人不交付赠与的财产的，受赠人可以要求交付”。婚姻家庭领域的协议常常涉及到财产权属的条款，对于此类协议的订立、生效、撤销、变更等并不排斥合同法的适用。在实际生活中，赠与往往发生在具有亲密关系或者血缘关系的人之间，合同法对赠与问题的规定并没有指明夫妻关系除外。一方赠与另一方不动产，在没有办理过户手续之前，依照合同法的规定，是完全可以撤销的，这与婚姻法的规定并不矛盾。因此，尚未办理房产过户手续的赠与，房产赠与人可以随时撤销赠与，对赠与房产一方离婚时主张撤销赠与合同的请求应予支持。

需要指出的是，《婚姻法司法解释（三）》第六条重点在于明确夫妻之间赠与房产可以按照合同法第一百八十六条的规定处理；如果赠与的房产已经登记过户，但受赠的夫妻一方对另一方有扶养义务而不履行、严重侵害赠与人或者赠与人的近亲属、不履行赠与合同约定的义务情形之一的，赠与人可以按照合同法第一百九十二条的规定行使法定撤销权。行使任意撤销权的依据是合同法第一百八十六条，条件是赠与房产的产权未发生转移，不适用社会公益和道

德义务性质的赠与合同以及经过公证的赠与合同；法定撤销权是基于法定事由，由赠与人行使的撤销赠与的权利，其依据是合同法第一百九十二条。

二十八、夫妻双方签订的生育契约如何认定？

答：该问题在理论界与实务界争议均很大。一种观点认为，如果丈夫可以证明双方存在生育契约，则女方无故不履行约定私自堕胎属于违约行为。比较激进的观点甚至认为夫妻婚后一直没有采用任何避孕措施构成双方事实上的生育契约关系，女方无故擅自中止妊娠应当承担违约责任。另一种观点认为，不论双方是否签订生育契约，女方对生育的决定权都应予以保护。我们认为，当事人双方签订的合同不能违反法律与公序良俗。人身权的限制不能够成为合同内容，双方所作的约定无效。既然合同无效，也就不存在女方承担违约责任的问题。

二十九、双方离婚后，男方因怀疑儿子并非自己亲生，遂私自带着儿子到某司法鉴定中心做亲子鉴定，鉴定结论为：男方不是孩子的亲生父亲。男方起诉到法院要求女方返还已支付的抚养费，并出示了鉴定结论。女方没有相反的证据，又不申请重新进行亲子鉴定。男方提供的亲子鉴定结论可以采信吗？

答：《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二十八条规定：一方当事人自行委托有关部门作出的鉴定结论，另一方当事人有证据足以反驳并申请重新鉴定的，人民法院应予准许。”自行委托鉴定是公民、法人和其他组织对在日常生活、工作中产生争议的专门性问题委托专业性的检测机构或关专家进行检验、评价与判断，从而为争议问题的解决提供科学依据而从事一项活动②。从民事诉讼法的规定来看，并未限定当事人不能自行委托鉴定，

鉴定结论属于法定证据种类之一。当然，对当事人自行委托有关部门作出的鉴定结论，必须在法庭上出示，并由当事人相互质证。在有关否认亲子关系诉讼中，如果一方当事人带着子女到鉴定部门做了亲子鉴定，对方只是不予认可鉴定结论，却又没有提供相反的证据进行反驳，同时又没有申请重新鉴定，人民法院可以对一方提供的亲子鉴定结论予以采信。

三十、在亲子关系诉讼中，法院做出亲子关系的推定须满足什么样的条件？

答：首先，无论婚生子女否认之诉还是确认亲子关系之诉中，提起诉讼的人均负有举证证明其主张的责任，这是主张利己事实者负举证责任的证据原则在具体案件中的体现。对提起亲子关系诉讼的一方当事人来说，其提供的证据可能不够充分，但必须能够形成合理证据链条证明当事人之间可能存在或者不存在亲子关系。其申请亲子鉴定只是对所举证据的一种补充（补强）而不是作为其主张的唯一证据。对其所举证据与待证事实之间的关系可以从两个方面来把握：第一，所举证据是否形成合理的链条，达到使裁判者相信可能确实存在这样的事实；第二，按照民事诉讼证据规则，其举出的证据虽不充分，但足以达到转移举证责任的条件。如果原告的证据尚不足以使裁判者相信可能确有其事的程度，则根本不具备举证责任向被告转移的条件，原告的诉讼请求可能直接被驳回。这时其提出进行亲子鉴定的申请亦不会得到支持。

其次，被告没有相反证据又拒绝做亲子鉴定。这是指被告虽然反驳原告的诉讼请求，但没有证据或者证据不足以支持其观点，并且拒绝做亲子鉴定。其中拒绝做亲子鉴定，既可以是其本人拒绝配合收集亲子鉴定所必需的检材，也包括利用其直接抚养或控制未成年子女的条件，拒绝让未成年子女提供检材进行亲子鉴定。

只有在同时满足上述两个条件的情况下，人民法院才可以推定主张亲子关系不存在一方或请求确认亲子关系一方的主张成立。此种情形下所作出的判决，依据是《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第七十五条的规定，即“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”。

三十一、审理赡养纠纷案件时，应注意把握什么原则？

答：根据婚姻法的规定，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。因此，负有赡养义务的成年子女及其他赡养人，应在力所能及的范围内保障老年人的基本生活需要，并应随着生活水平的不断提高，相应提高对老年人的赡养标准。

1. 老年人有基本生活费但不能完全保障生活需要，要求子女及其他赡养人履行赡养义务的，人民法院应予支持。

2. 老年人有固定的经济收入能满足基本生活需要，而子女等经济收入不高、生活负担较重的，老年人要求子女等再承担给付赡养费义务的，人民法院不予支持。但老年人因医疗费、护理费等支出费用负担较重，要求子女及其他赡养人共同负担的，人民法院应予支持。

3. 赡养义务是一种具有长期性、持续性的义务，不同于一般民事债权债务的一次性义务。如果赡养权利人与义务人协议免除义务人的赡养义务，并不妨碍赡养权利人在需要时重新要求义务人尽赡养义务。

三十二、父母与儿子签订协议约定：女儿负责赡养父母，儿子自愿放弃家庭共有的房产，也不再负责父母的生前赡养和死后安葬等一切费用。过了若干年，父母到法院起诉儿子，称自己年老无生活来源，请求判令儿子按月给付500元生活费。儿子辩称自己已放弃房产，做了很大的牺牲。如果要恢复承担赡养义务，必须重新分割家产。此案应如何处理才公平？

答：婚姻法第二十一条明确规定：“子女不履行赡养义务的，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。”子女赡养父母是法定的义务，不能因为子女自愿放弃家庭共有房产就可以免除其赡养义务。虽然这份赡养协议是双方当事人真实意思的表示，但其中的一些条款与现行法律规定相抵触，应属无效；双方当事人涉及分割财产问题属于另一法律关系，应另案解决。因此，法院应支持父母请求儿子给付赡养费的诉讼请求。

三十三、父母未抚养子女，子女应否赡养、扶助父母？

答：有些子女在幼年时，其父母由于经济能力的限制或其他客观原因（比如因犯罪被监禁），无法对子女尽抚养教育的义务。子女不能将父母是否抚养教育的义务作为自己履行赡养父母义务的基础和前提。只要父母主观上没有恶意遗弃子女的故意，则未被父母抚养过的子女对无劳动能力或生活困难的父母具有不可推卸的赡养义务。

赡养父母是中华民族的传统美德，又是我国法律的强制性规定。婚姻家庭关系不是一种商品交换关系，父母对子女抚养教育所尽的责任大小，不能成为父母年老丧失劳动能力、没有生活来源的时候，子女不尽赡养义务的理由。

三十四、犯有杀害、遗弃、虐待子女罪的父母，能否共求子女赡养？

答：从继承法的规定来看，故意杀害被继承人的、遗弃被继承人的、或者虐待被继承人情节严重的，丧失继承权。同样道理，犯有杀害、遗弃、虐待子女罪的父母原则上不再享有子女赡养的权利。因为让身心受到严重摧残的受害者再去赡养加害人，无论于法、于情、于理均说不过去。如果子女不计前嫌自愿赡养伤害过自己的父母，法律则不予干涉。

赡养义务是由特殊的身份关系所决定的，因此除了合法的变更身份，即通过收养成立新的父母子女关系从而解除原有的父母子女关系外，父母子女间不能通过协议来解除法定的权利义务关系。当父母丧失劳动能力或者生活困



难的有权向成年子女请求给付赡养费，并不以父母已经对子女实际承担义务为前提。子女对父母的赡养义务是无期限的，只要父母需要赡养，子女就不能因为父母再婚或其他理由而拒绝承担赡养义务。

关于子女不支付赡养费的例外情形，法律并没有明文规定。从最高人民法院一些司法解释的规定精神来看，如果赡养权利人过去对子女有严重的虐待、遗弃、故意伤害等行为，由于这些行为严重损害了父母子女关系，伤害了子女的感情，故赡养权利人请求子女支付赡养费时，一般不予支持。在审判实践中，对此应予从严掌握。因为子女赡养父母的义务是法定的和无附加条件的，在目前社会保障机制尚不完善、家庭主要承担养老育幼职责的现状下，不能轻易免除子女对父母的赡养义务。鉴于子女与父母之间特殊的身份关系，也不能简单地用等价有偿、公平合理的一般民法理念加以衡量。

三十五、成年子女未按赡养费给付协议支付赡养费，应否按协议约定承担违约金的问题？

答：笔者认为，父母与子女签订赡养费给付协议，目的只是督促子女履行赡养义务。双方不是合同意义上的平等主体，其在赡养方面的权利义务关系早已由法律进行了明确规定，故所签订的赡养费给付协议属于有关身份关系的协议，合同法规定：“婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用其他法律的规定。”因此父母与子女之间达成的赡养费给付协议，不应适用合同法，而应按婚姻法的有关规定处理。子女未按协议给付赡养费，实际上是没有履行法定的赡养义务，子女有能力赡养而拒绝赡养，情节恶劣的，还会被追究刑事责任。但并不存在违约问题，当然也不应承担违约责任。

三十六、甲某 11 岁时父亲因病去世，母亲又组建了家庭。继父因不能生育，视甲某如亲生儿子，日常生活中的吃穿用大都由母亲和继父来负担。甲某长大成人结婚生子后，继父和母亲的关系开始恶化，最终解除了婚姻关系。继父年老患病后，想起当初自己对甲某的付出，希望他能负担一些自己的生活费和医疗费，但甲某坚决不同意，请问甲某对继父有赡养义务吗？

答：甲某由母亲和继父抚养长大，可以认定已经形成抚养、教育关系。继父母与继子女抚养关系形成后，不以继父与生母或继母与生父的婚姻关系为存在基础，离婚并不意味着抚养关系当然解除。在甲某长大成人而继父需要赡养的情况下，依照法律规定，甲某应当对继父履行赡养义务。

三十七、刘老头有两个儿子，其将自己的房里给了小儿子，并同小儿子一同居住。大儿子认为父亲偏心，所以拒绝对刘老头履行赡养义务。刘老头将大儿子告上了法庭，要求给付生活费，负担医药费和去世后的丧葬费。大儿子则以分家不公，且自己没有赡养能力为由不同意父亲的诉讼请求。这种情况该如何处理？

答：赡养父母是子女应尽的义务，并且不得附加任何条件。大儿子不能以分家不公为由拒绝履行赡养义务。其作为成年人，有劳动能力，完全可以履行赡养父母的义务，应当给付刘老头生活费并负担医药费。虽然负担丧葬费是子女的义务，但要求子女负担丧葬费却不是刘老头的民事权利，刘老头无权在生前为子女确定其去世后丧葬费的负担问题，故应驳回刘老头要求大儿子负担丧葬费的诉讼请求。

三十八、老人有四个子女，病重住院时由大女儿负责照料，并垫付了全部医疗费用。老人去世后，大女儿起诉至法院，认为四个子女对老人均有赡养义务，请求另三人分担其垫付的医疗费。这种主张能成立吗？

答：子女对父母有赡养扶助的义务，如有多个子女的，每个子女都应履行赡养义务。多个子女之间应依据各自经济能力及父母的实际需要负担相应份额，且该份额在多个子女赡养能力相当的情况下一般应是均等的。在履行赡养义务时，履行了全部经济供养义务的子女，有权在满足父母基本生活、医疗、护理需要的限度内，要求其他子女偿付其应当承担的相应份额。

现有法律只是笼统地规定了子女对父母的赡养义务，在有多个赡养人的情形下，各赡养人所承担的赡养义务，究竟是按份责任还是连带责任，缺乏明确的规定。赡养费给付请求权是亲属法上的权利，具有很强的身份性特征与专属性特征，在赡养义务履行期间内，仅为行使者和享有者的专属权利，不得继承、抛弃、让与、设定担保或抵消，也不因时效而消灭。<sup>③</sup>笔者倾向于多个赡养人所承担的赡养义务为按份责任。因为，各赡养人赡养义务的产生，均是因为被赡养人无劳动能力或生活困难而有赡养的必要；连带责任需要法律的明确或当事人的明确约定，现行法律并未规定多个赡养人对被赡养人需承担连带义务；从比较法角度来考察，大陆法系国家或地区立法例普遍规定多个赡养人按份履行赡养义务，且由赡养人的经济能力决定负担份额的多寡。在英美法系国家，对老年人的赡养主要由社会福利制度解决，父母不享有受子女赡养的权利，因此其扶养义务只包括夫妻之间的扶养义务以及父母对未成年子女的扶养义务；

为充分保护被赡养人的利益，维系赡养人之间的利益平衡，意大利对赡养费份额求偿权进行了直接立法，《意大利民法典》第 443 条第 3 款规定：“在紧急情况下，司法机关可以在数名义务人中临时指定一人承担全部给付义务。司法机关的这一指定不阻却履行了全部给付义务的义务人对其他义务人享有的追索权。”<sup>④</sup>这一做法对我国来说具有一定的借鉴意义。

注释：

【2】曹建明主编：《诉讼证据规则研究》，人民法院出版社 2001 年版，第 698 页。

【3】史尚宽：《亲属法论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 773 页。

【4】费安玲译：《意大利民法典》，中国政法大学出版社 1997 年版，第 125-126 页。

吴晓芳：婚姻家庭纠纷审理热点、难点问答（三）

#### 一、审理赡养纠纷案件时,应注意把握什么原则?

答:根据婚姻法的规定,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。因此,负有赡养义务的成年子女及其他赡养人,应在力所能及的范围内保障老年人的基本生活需要,并应随着生活水平的不断提高,相应提高对老年人的赡养标准。

(1)老年人有基本生活费但不能完全保障生活需要,要求子女及其他赡养人履行赡养义务的,人民法院应予支持。

(2)老年人有固定的经济收入能满足基本生活需要,而子女等经济收入不高、生活负担较重的,老年人要求子女等再承担给付赡养费义务的,人民法院不予支持。但老年人因医疗费、护理费等支出费用负担较重,要求子女及其他赡养人共同负担的,人民法院应予支持。

(3)赡养义务是一种具有长期性、持续性的义务,不同于一般民事债权债务的一次性义务。如果赡养权利人与义务人协议免除义务人的赡养义务,并不妨碍赡养权利人在需要时重新要求义务人尽赡养义务。

#### 二、犯有杀害、遗弃、虐待子女罪的父母,能否要求子女赡养?

答:从继承法的规定来看,故意杀害被继承人的、遗弃被继承人的、或者虐待被继承人情节严重的,丧失继承权。同样道理,犯有杀害、遗弃、虐待子女罪的父母原则上不再享有子女赡养的权利。因为让身心受到严重摧残的受害者再去赡养加害人,无论于法、于情、于理均说不过去。如果子女不计前嫌自愿赡养伤害过自己的父母,法律则不予干涉。

赡养义务是由特殊的身份关系所决定的,因此除了合法的变更身份,即通过收养成立新的父母子女关系从而解除原有的父母子女关系外,父母子女间不能通过协议来解除法定的权利义务关系。当父母丧失劳动能力或者生活困难的时候,有权向成年子女请求给付赡养费,并不以父母已经对子女实际承担义务为前提。子女对父母的赡养义务是无期限的,只要父母需要赡养,子女就不能因为父母再婚或其他理由而拒绝承担赡养义务。

关于子女不支付赡养费的例外情形,法律并没有明文规定。从最高人民法院一些司法解释的规定精神来看,如果赡养权利人过去对子女有严重的虐待、遗弃、故意伤害等行为,由于这些行为严重损害了父母子女关系,伤害了子女的感情,故赡养权利人请求子女支付赡养费时,一般不予支持。在审判实践中,对此应予从严掌握。因为子女赡养父母的义务是法定的和无附加条件的,在目前社会保障机制尚不完善、家庭主要承担养老育幼职责的现状下,不能轻易免除子女对父母的赡养义务。鉴于子女与父母之间特殊的身份关系,也不能简单地用等价有偿、公平合理的一般民法理念加以衡量。

三、老人有四个子女,病重住院时由大女儿负责照料,并垫付了全部医疗费用。老人去世后,大女儿起诉至法院,认为四个子女对老人均有赡养义务,请求另三人分担其垫付的医疗费。这种主张能成立吗?

答:子女对父母有赡养扶助的义务,如有多个子女的,每个子女都应履行赡养义务。多个子女之间应依据各自经济能力及父母的实际需要负担相应份额,且该份额在多个子女赡养能力相当的情况下一般应是均等的。在履行赡养义务时,履行了全部经济供养义务的子女,有权在满足父母基本生活、医疗、护理需要的限度内,要求其他子女偿付其应当承担的相应份额。

现有法律只是笼统地规定了子女对父母的赡养义务,在有多个赡养人的情形下,各赡养人所承担的赡养义务,究竟是按份责任还是连带责任,缺乏明确的规定。赡养费给付请求权是亲属法上的权利,具有很强的身份性特征与专属性特征,在赡养义务履行期间内,仅为行使者和享有者的专属权利,不得继承、抛弃、让与、设定担保或抵消,也不因时效而消灭。<sup>1</sup>笔者倾向于多个赡养人所承担的赡养义务为按份责任。因为,各赡养人赡养义务的产生,均是因为被赡养人无劳动能力或生活困难而有赡养的必要;连带责任需要法律的明确或当事人的明确约定,现行法律并未规定多个赡养人对被赡养人需承担连带义务;从比较法角度来考察,大陆法系国家或地区立法例普遍规定多个赡养人按份履行赡养义务,且由赡养人的经济能力决定负担份额的多寡。在英美法系国家,对老年人的赡养主要由社会福利制度解决,父母不享有受子女赡养的权利,因此其扶养义务只包括夫妻之间的扶养义务以及父母对未成年子女的扶养义务。

为充分保护被赡养人的利益,维系赡养人之间的利益平衡,意大利对赡养费份额求偿权进行了直接立法,《意大利民法典》第443条第3款规定:“在紧急情况下,司法机关可以在数名义务人中临时指定一人承担全部给付义务。司法机关的这一指定不阻却履行了全部给付义务的义务人对其他义务人享有的追索权。”<sup>2</sup>这一做法对我国来说具有一定的借鉴意义。

四、双方婚后感情一般,女方在手术分娩过程中胎儿死亡,双方父母因此发生矛盾,并影响到夫妻关系,男方到法院起诉离婚,这种情况男方的离婚诉权受限制吗?

答:婚姻法第三十四条是关于女方在怀孕期间、分娩后或中止妊娠后一定期限内,男方不得提出离婚的限制性规定,旨在保护妇女、胎儿及婴儿的利益。它是一种程序上的规定,并不涉及是否准予离婚的实体性问题,在法律规定的期限届满后,男方仍然可以依法行使其离婚请求权。

女方分娩时胎儿死亡或分娩后婴儿死亡的,从婚姻法的立法精神来看,法律限制男方在女方分娩后1年内的离婚起诉权,不仅是为了婴儿的正常发育成长,也是为了女方的身心健康,故一般也应按“男方不得提出离婚”的原

则办理。同样道理，女方分娩后即将婴儿送养的，为了使此时身心都比较脆弱的女方的健康得到保护，避免因婚姻关系的变故而受到伤害，对男方的离婚起诉应予驳回。

民事诉讼法规定：“依照法律规定，在一定期限内不得起诉的案件，在不得起诉的期限内起诉的，不予受理。”但是，有些案件只有在受理后经过审查才知道是应当不予受理的案件，故法院应当裁定驳回起诉。

在处理此类纠纷时应当注意的问题是：

1. 如何把握“人民法院认为确有必要受理男方离婚请求”的标准的问题，一般来说，女方怀孕系与他人通奸所致或男方的生命受到女方的威胁等情形下，人民法院应当进行变通处理而受理男方的离婚请求。

2. 一审法院在判决离婚时未发现女方已经怀孕，以后女方发现怀孕而上诉的，在查明事实后，二审法院应当撤销原判决，驳回男方的起诉，不必发回原审法院重新审理。

3. 根据最高人民法院相关批复的精神，女方婚前与他人发生性关系导致怀孕，婚后怀孕期间男方也不得提出离婚。因为婚姻关系尚未建立时，男女双方之间并没有产生夫妻间相互忠实的法律义务，这与婚后与他人通奸怀孕性质不同。

4. 男方因女方分娩不到1年而无法通过民事诉讼程序达到急欲离婚的目的，转而以行政机关在办理婚姻登记时程序违法为由，向法院提起行政诉讼，要求撤销行政机关违法颁发的结婚证书。我们认为，婚姻法第三十四条明确规定了对女方在怀孕期间、分娩后1年内及中止妊娠后6个月内男方提出离婚诉权的限制，民事诉讼暂时限制男方行使诉权，行政诉讼同样也应暂时限制男方行使诉权，通过民事诉讼不能达到解除婚姻关系的目的，通过行政诉讼同样也不能达到，以维护法律的统一性和完整性。男方所提诉讼请求实为离婚之目的，虽依最高人民法院有关行政诉讼法司法解释的规定，婚姻登记机关的颁证行为是可诉的具体行政行为，可以作为行政案件来受理，但因其诉权依婚姻法规定受特殊时间限制，故在行政诉讼中同样也暂时限制诉权，对男方提出的行政诉讼应裁定驳回。

五、男方遭遇车祸成了植物人，女方作为丈夫的法定监护人，以男方的名义起诉肇事者和保险公司，共获赔偿款70余万元。女方拿到赔偿款以后便起诉要求与男方离婚，被法院驳回，从此对男方不管不顾，男方一直由其父母照顾。男方的父亲以男方的名义向法院起诉，要求判决双方离婚，并要求女方立即归还交通事故赔偿款。无民事行为能力人能否作为原告提起离婚诉讼？

答：无民事行为能力人一般不得作为原告提起离婚诉讼，因为具有人身属性法律要求必须本人亲自实施的民事法律行为属于不可代理的民事法律行为，是否解除婚姻关系必须由当事人本人作出明确的意思表示，他人代替当事人作出离婚的意思表示，便是对当事人离婚自由的干涉。但是，在配偶方对无民事行为能力人有虐待、遗弃或者加害行为致使婚姻的存续只会侵害无民事行为能力一方的权益时，在无民事行为能力人的近亲属提供了充分证据的情况下，为了保护无民事行为能力人的利益，法院应当受理其离婚的诉请。

一般情况下，无民事行为能力人的配偶是其法定监护人，但根据民法上的“禁止自己代理”的原则，配偶不能代理无民事行为能力人与自己进行离婚诉讼。“禁止自己代理”是民法关于代理权行使的一项原则，“自己代理”是指代理人既代理被代理人，又代理自己实施同一法律行为。法律原则“禁止自己代理”的理由，缘于“自己代理”有可能损害被代理人的利益。在民事诉讼中，双方的利益往往是对立的，每一方都希望获得最大利益，这就需要双方通过协商的过程达到利益平衡。而“自己代理”，法律行为实际操纵于代理人一人之手，代理人极有可能为自己的利益失去公正立场，厚此薄彼，损害被代理人的利益。

在具体操作问题上，一直有两种观点。一种观点认为，司法实践中，法院在处理无民事行为能力人离婚案件时，往往不按照民法特别程序事先变更监护人，而是直接选择或由一方亲友推举一名代理人代表无民事行为能力人参加诉讼，这样处理既方便诉讼，也可以避免诉累。

另一种观点认为。先走特别程序变更监护人，有利于保护无民事行为能力人的权益。实践中，有些地方贪图省事的做法并不可取，应严格按照法律规定的民事程序处理相关案件。由于近亲属的范围较大，如不重新确定监护人代为起诉，则法院对起诉主体的认定缺乏标准而难以操作。特别程序一审终审，不会造成时间的拖延。

《婚姻法司法解释（三）》采纳了另一种观点，明确规定：无民事行为能力人的配偶有虐待、遗弃等严重损害无民事行为能力人的人身权利或者财产权益行为，其他有监护资格的人可以依照特别程序要求变更监护关系；变更后的监护人代理无民事行为能力一方提起离婚诉讼的，人民法院应予受理。

另外，无民事行为能力一方如果婚前就患有法律禁止结婚的疾病，与患病者共同生活的近亲属可以向法院申请宣告该婚姻无效，从这个救济途径保护无民事行为能力一方的人身权益和财产权益。

六、在双方关系被认定为事实婚姻的情形下，一方坚决主张解除婚姻关系，而另一方坚决不同意，如果双方以夫妻名义共同生活多年，经调解无效，人民法院能否判决不准离婚？2001年婚姻法修订后，最高人民法院在此前出台的司法解释有关条款是否还可继续适用？

答：在审理离婚案件时，对双方属于事实婚姻的情况，要特别注意与合法登记婚姻的不同之处。《最高人民法院关于人民法院审理未办结婚登记而以夫妻名义同居生活案件的若干意见》第6条就明确规定：“审理事实婚姻关系的离婚案件，应当先进行调解。经调解和好或撤诉的，确认婚姻关系有效，发给调解书或裁定书；经调解不能和好的，应调解或判决准予离婚。”而不像合法登记结婚的当事人提出离婚时，法院经调解不能和好的，如果认为夫妻感情没有破裂，也可以判决不准离婚。因为事实婚姻在一定条件下被认可，并不意味着其就是完全合法的婚姻，

故在具体处理上要与登记婚姻有所区别。也就是说，如果法院认为夫妻感情没有彻底破裂，可以在调解和好无效的情况下，判决登记婚姻的当事人不准离婚，再给双方当事人一次挽救婚姻关系的机会，而对事实婚姻关系的当事人就只能调解或判决准予离婚。

1989年11月21日，最高人民法院作出了《关于人民法院审理离婚案件如何认定夫妻感情确已破裂的若干具体意见》的司法解释，要求人民法院在审理离婚案件时，要从双方的婚姻基础、婚后感情、离婚原因、双方有无和好可能等多方面综合判断夫妻感情是否确已破裂，并列举了14种视为夫妻感情确已破裂的情形。2001年4月28日修订后的婚姻法实施后，该司法解释中与婚姻法规定不一致的，应当适用婚姻法的规定；婚姻法中没有规定而该司法解释中有明确规定，内容又与婚姻法不相冲突的，在审判实践中仍然可以参考使用。

七、一方起诉不要求离婚而请求法院保护其同居权应如何处理？

答：我国现行婚姻法中没有关于夫妻同居权的规定。从国外法律来看，比如《法国民法典》第214条第4款就规定，如果夫妻一方不履行其同居义务时，他方得依民事诉讼法规定的方式迫使其履行。就同居义务而言，主要是申请扣押收入或进行精神损害赔偿。又如，英国法律规定，配偶一方违反同居义务，他方享有恢复同居的诉讼请求权。关于恢复同居的判决虽不得强制执行，但不服从这种判决可视为遗弃行为，是构成司法分居的法定理由之一。

其同居权的纠纷，法院不宜受理；已经受理的，裁定驳回起诉。

八、登记离婚时提交的财产分割协议与离婚诉讼中达成的调解协议有什么区别？

答：《婚姻法司法解释（二）》第九条中“男女双方协议离婚后”是指在婚姻登记机关办理离婚登记手续而离婚的，并不包括在法院诉讼以调解结案方式离婚的情形。因为，在法院进行离婚诉讼，以调解的方式结案，虽然与在婚姻登记机关办理离婚手续时一样，都需要就财产分割问题达成协议，但这两种协议具有本质的区别。在离婚诉讼中，调解协议是在法官的主持下达成的，有国家司法机关的审查来保证双方当事人意思表示的真实性和协议内容的合法性；而在婚姻登记机关办理离婚手续时提交的协议，只经过婚姻登记机关的形式审查，至于协议签订过程中是否存在欺诈、胁迫的情形则不在婚姻登记机关审查的职责范围内。有鉴于此，才有必要给予一定的司法救济途径。

3

九、对于法律规定限制转让的股票或者股份，人民法院可以进行分割吗？

答：公司法第一百四十七条规定：“发起人持有的本公司股份，自公司成立之日起三年内不得转让。公司董事、监事、经理应当向公司申报所持有的本公司的股份，并在任职期间内不得转让。”因此，如果夫妻财产中的股份，属于法律规定的上述情形及其他依法不能自由转让的股份，必须按照有关法律处理。当然，在离婚分割财产时不予处理，并不意味着不保护其合法权益，待符合转让条件后，当事人仍然可以依照婚姻法的有关规定，对离婚时没有涉及的共同财产请求人民法院予以分割。

十、婚后用个人财产购买婚前承租的公房，离婚时应如何处理？

答：对婚前由一方承租的公有房屋婚后以个人财产购买的，因职工按成本价购买公有房屋，每个家庭只能享受一次，公有住房的出售价格中包含了夫妻双方的工龄折扣等福利待遇，如果认定为个人财产显属不公，但如果认定为夫妻共同财产，也有些不妥。如何分割计算夫妻双方在房屋上所享有的权利，确属不易。在审判实践中比较常见的处理方法是，离婚时判决房屋归承租公房的一方所有，同时应将隐含在房改房价格中的福利政策具体物化，考虑到另一方工龄折算出的费用，给予另一方公平合理的补偿。

十一、婚姻关系存续期间，一方作为继承人依法可以继承遗产，但继承之间尚未进行遗产分割，离婚时另一方要求分割该遗产的，应当如何处理？

答：在婚姻关系存续期间，夫妻一方作为继承人根据继承法的有关规定可以继承遗产，但继承人之间尚未对该遗产进行分割。比如一方的父亲或母亲死亡，按照中国人的习惯，父母一方尚健在的，为尊重老人的感情，兄弟姐妹之间一般不进行遗产分割。夫妻离婚时另一方主张按照夫妻共同财产分割一部分遗产，由于继承人在继承开始后、遗产分割前都可以作出放弃继承的意思表示，而继承人因放弃继承权致其不能履行法定义务的，放弃继承权的行为才归于无效，故夫妻另一方对部分遗产作为夫妻共同财产的分割权只是一种期待权，离婚诉讼中不予处理，但可以保留其诉权，由当事人在其权利条件具备时再主张分割。

十二、军人的配偶提出离婚，双方的夫妻感情实际已经破裂，但军人一方坚决不同意离婚，应如何处理？

答：按照现行婚姻法第三十三条的规定：“现役军人的配偶要求离婚，须得军人同意。但军人一方有重大过错的除外。”《婚姻法司法解释（一）》又将“重大过错”解释为：“可以依据婚姻法第三十二条第三款前三项规定及军人有其他重大过错导致夫妻感情破裂的情形予以判断。”由此可见，除非军人一方具有重婚或有配偶者与他人同居的、实施家庭暴力或虐待遗弃家庭成员的、有赌博吸毒等恶习屡教不改等重大过错的，军人的配偶要求离婚而军人不同意的情况下，法院应判决驳回军人配偶要求离婚的诉讼请求。

有观点认为，军人职业虽然具有特殊性。但其本质上也是一种职业选择，赋予他们离婚的特权没有道理。婚姻法对军婚保护的总体思路，就是通过限制军人配偶一方的权利来对军人的额外义务作出补偿。目前对军婚的特殊保护制度否定了婚姻的感情基础，过分追求一种军婚稳定的结果。“但书”条款是在平衡各种争论各种利益的基础上所采取的一种折衷办法，立法的意图是为了既保留对军婚实行特殊保护的制度，又不能忽略对平等、自由、公正等法律价值的破坏。在军人一方有重大过错情形时，否定其所的特殊权利，阻断其主观意志对配偶一方离婚权行使的

限制，但其仍然对军人配偶的离婚自由权造成了侵害。在一般婚姻离婚时以“感情破裂”为标准，但在军人配偶要求离婚时却以“重大过错”为标准，这两个标准的层次显然不同，感情破裂并不意味着要有重大过错。

笔者也同意上述观点，但在婚姻法没有就此问题修改之前，人民法院仍然应按照现行法律及司法解释的规定执行。

十三、军人离婚与其复员转业不同步时，应如何处理复员费等？

答：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，在军人离婚时并未实现对财产的实际占有。但有一点可以肯定，不管现役军人是否转业或复员，这些财产在理论上都是存在的，只不过需要在转业或复员时进行最后结算而已。故军人在离婚时虽然可能没有实际占有复员费、自主择业费等，但并不能以此为由否定军人配偶一方应享有的权利。在实际操作中，军人配偶一方只有在军人可期待的利益兑现而成为既得利益时才可以得到其应得的部分。如果不顾实际情况要求及时兑现，未免过于苛刻，只会增加军人一方的负担，同时也会损害军人一方的利益。如果离婚时军人转业或复员的事实没有发生，其复员费、自主择业费是无法计算出来的，这点和住房公积金、住房补贴还不一样。住房补贴、住房公积金离婚时虽然不能提现，但婚姻关系存续期间的具体数额是可以计算出来的，而复员费、自主择业费因为军人没有复员或转业，故不可能知晓将来发放的具体数额。有鉴于此，如果夫妻离婚时军人

一方没有复员或转业，军人的配偶只享有对复员费、转业费的期待权。将来一旦军人复员或转业，其原配偶可以请求分割复员费。

十四、现役军人的范围有哪些？

答：现役军人，是指具有军籍的正在中国人民解放军部队或人民武装警察部队服役的人，不包括转业军人、复员退伍军人、人民警察以及在军事部门人民武装警察部队中工作但没有军籍的工作人员。

文职干部不同于现役军官、士兵，他们不适用这两类军人权力义务的有关规定，但由于他们的工作和生活方式、状态、环境与现役军人没有多少区别故其婚姻问题也应按照现役军人的婚姻问题处理。

正在被劳动教养或者服刑的军人，不享受现役军人的待遇。因为如果这两类人员没有被开除军籍，在劳动教养或者服刑期间，将不计算军龄，并停发原津贴、工资。故在此期间，他们将不能以现役军人的身份适用婚姻法的规定。

十五、《婚姻法司法解释（三）》第七条规定是否与《婚姻法司法解释（二）》第二十二条规定的内容相冲突？

答：我们认为，《婚姻法司法解释（二）》第二十二条规定：“当事人结婚前，父母为双方购置房屋出资的，该出资应当认定为对自己子女的个人赠与，但父母明确表示赠与双方的除外；当事人结婚后，父母为双方购置房屋出资的，该出资应当认定为对夫妻双方的赠与，但父母明确表示赠与一方的除外。”该条主要规定父母出资性质不明的情况下应如何处理，即认定父母对子女的出资性质是赠与而不是借贷，明确了父母出资为子女买房的性质；该条还以结婚时间为基准进行划分，婚前父母出资原则上认定为对自己子女的赠与，婚后父母出资原则上认定为对双方的赠与。而《婚姻法司法解释（三）》第七条主要是把“产权登记”与“确定赠与一方”进行链接，直接对父母出资为子女所购置房屋的产权归属作出认定，便于法院实际操作，更多考虑的是中国国情。不动产权属证书是权利人享有该不动产物权的证明，用房屋产权登记在自己子女名下的行为表明态度是最有说服力的。尤其从保护老年人权益的角度出发，该条规定对防止年轻人“啃老”有一定预防作用。因此，该条与《婚姻法司法解释（二）》第二十二条并不冲突，是从不同层面分别规定的。

在条文的理解方面。《婚姻法司法解释（三）》第七条首先将一方父母出资购买的不动产作了目的限定，即“为子女”购买。这一限定，使得“为子女”购买与“为父母自己”或“父母为他人”购买作了区别，即有可能存在父母出资购买的不动产虽登记在子女名下，但仅仅是挂了“自己子女”的名义。对此则不能一概视为对自己子女的赠与，否则有可能引发父母与子女之间的不动产权属争议。

其次，婚后由一方父母出资购买的不动产，如果因客观因素登记在对方名下，在没有特别约定的情况下，应认定为对双方的赠与。

再次，除了父母之外，其他亲属也有可能出资，应理解为包括父母或其他亲属，不仅限于父母。

注释：

1. 史尚宽：《亲属法论》，中国政法大学出版社 2000 版，第 773 页。
2. 费安玲译：《意大利民法典》，中国政法大学出版社 1997 年版，第 125-126 页。
3. 最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院婚姻法司法解释（二）的理解与适用》。人民法院出版社 2004 年版，第 82 页。

### 吴晓芳：婚姻家庭纠纷审理热点、难点问答（四）

2015 年 07 月 18 日 来源：《民事法律文件解读》2012 年第 7 期（总第 91 辑）

一、夫妻一方隐藏、转移、变卖、毁损共同财产的行为必须发生在提起离婚诉讼之后至法院作出到决之前这段时间，才能适用婚姻法四十七条的规定吗？

答：根据婚姻法的规定，夫妻对共同财产有平等的处理权，任何一方隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产的，都是对另一方财产所有权的侵害，是一种民事侵权行为，应当受到相应的制裁。离婚一般有个过程，从当事人一方或双方准备离婚到判决生效要经历一段时间，这期间常常出现夫妻一方隐藏、转移、变卖、毁损共同财产的情况，

有的当事人在离婚诉讼前就转移、变卖夫妻共同财产，对于这种提起离婚诉讼之前的有预谋的违法行为，当然应根据婚姻法四十七条规定的精神进行处理，不能机械地认为夫妻一方隐藏、转移、变卖、毁损共同财产的行为必须发生在提起离婚诉讼之后至法院作出判决之前这段时间，才能适用婚姻法该条规定。对“离婚时”三个字的理解，既包括违法行为发生在离婚诉讼之前，在离婚时被发现，也包括在离婚诉讼过程中发生上述转移夫妻共同财产的违法行为。只有这样才更符合婚姻法的立法本意，才能更有效地维护夫妻一方的合法财产权益。如果将实际生活中并不鲜见的为离婚做准备而实施转移夫妻共同财产的行为排除在外，一方面是非常不公平的，另一方面也很容易导致当事人规避该条规定，在提出离婚诉讼之前有预谋地实施转移夫妻共同财产的违法行为。

婚姻法第四十七条的规定是我国司法实践经验的总结，是司法解释的法律化。最高人民法院早在1993年11月3日发布的《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21条中就规定：“一方将夫妻共同财产非法隐藏、转移拒不交出的，或非法变卖、毁损的，分割财产时，对隐藏、转移、变卖、毁损财产的一方，应予以少分或不分。具体处理时，应把隐藏、转移、变卖、毁损的财产作为隐藏、转移、变卖、毁损财产的一方分得的财产份额，对另一方的应得的份额应以其他夫妻共同财产折抵，不足折抵的，差额部分由隐藏、转移、变卖、毁损财产的一方折价补偿对方。”该司法解释的条款中并没有“离婚时”这三个字，即没有将该条适用的条件限定在离婚诉讼期间。

婚姻法第四十七条第一款同样适用于协议离婚的情形，因为从法律条文的表述来看，并没有区分判决离婚和协议离婚。实际生活中，在离婚当时查清所有的夫妻共同财产并不容易。协议离婚中当事人双方对共同财产分割达成的协议未对全部财产作出处理，是由于一方的隐藏、转移等行为或其他原因导致的，并非是另一方对不知情部分财产行使了处分权，故上述规定适用于所有离婚之情形。

二、原婚姻当事人在解除婚姻关系后对尚未分割的夫妻共同财产可以另行起诉吗？

答：如果离婚时夫妻对全部或部分共同财产没有进行分割，不属于婚姻法第四十七条规定的一方故意隐瞒等情形，相当于离婚后夫妻对这些财产还处于共同共有关系之中，如果一方起诉要求分割这些共同财产，法院应当予以受理。《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》规定：“当事人就离婚案件中的财产分割问题申请再审的，如涉及判决中未作处理的夫妻共同财产，应告知当事人另行起诉。”由此可知，原婚姻当事人在解除婚姻关系后对尚未分割的夫妻共同财产可以另行起诉。

三、离婚时对按揭贷款购房进行分割时，银行能否作为第三人参与诉讼？

答：离婚案件原则上不应列第三人，因为对当事人双方是否解除婚姻关系的问题。任何第三人都无权干涉；另离婚案件涉及当事人的隐私、感情等因素，当事人可以申请不公开审理。根据《民事诉讼法》第一百二十条的规定：“离婚案件，涉及商业秘密的案件，当事人申请不公开审理的，可以不公开审理。”如果银行作为第三人参加诉讼，将会侵犯申请不公开审理离婚案件当事人的隐私权等。

四、夫妻购房登记在子女名下，离婚时应如何处理？

答：夫妻双方婚后出资购房，若产权登记在双方及子女名下，视为夫妻双方与子女共同所有。在产权登记中未约定按份共有的，应认定为共同共有。

如果产权人只登记为子女一人，因不动产物权的登记分为外部效力和内部效力。对外效力是指基于物权公示公信原则，一旦不动产物权经登记，善意第三人基于对登记的信赖与登记权利人发生的不动产交易行为受法律保护；对内效力则应探究当事人的真实意思表示来确定真正的权利人。审判实践中，夫妻双方共同出资购买房屋后，出于各种因素的考虑，有时将房屋产权只登记为未成年子女一人，但这并不意味着该房屋的真实产权人即为未成年子女，而应审查夫妻双方在购买房屋时的真实意思表示。如果真实意思是将购买的房屋赠与未成年子女，离婚时该房屋应作为未成年子女的财产处理，由直接抚养人暂时管理；如果真实意思并不是将房屋赠与未成年子女，仍应视为夫妻双方的共同财产。

五、双方当事人经历了从结婚到离婚再复婚的阶段，两次主体相同的婚姻在财产上具有法律的连续性吗？

答：双方当事人在离婚时分得的财产，虽然确属其第一次婚姻关系存续期间的夫妻共同财产，但如果双方经历了从结婚到离婚再复婚的婚姻变故，尽管婚姻关系的主体没有发生变化，但双方从离婚到复婚期间的期间属于没有夫妻身份关系的非婚姻阶段，在此期间彼此不享有任何夫妻间的权利和义务。

当事人两次婚姻在财产上并不具有法律上的连续性，是两个各自独立的婚姻关系。一方依据离婚时法院的判决取得的财产性质就由原来的夫妻共同财产变成了个人财产，一方享有完全的支配权，双方复婚该财产自然属于一方第二次婚姻的婚前财产。根据婚姻法的相关规定，夫妻一方的婚前财产属于一方的个人财产，而《婚姻法司法解释（一）》更加明确地规定：“婚姻法第十八条规定为夫妻一方的所有的财产，不因婚姻关系的延续而转化为夫妻共同财产。但当事人另有约定的除外。”如果当事人对财产问题没有特别约定，无论第二次婚姻持续多长时间，其个人财产的性质都不会发生变化。

六、一方离婚后没有住处的，属于生活困难吗？

答：我国离婚经济帮助本质上属于离婚后扶养的一种，属于救助性扶养。它不同于婚姻关系存续期间的扶养义务，不是这种法定扶养义务的延伸，而只是派生于原夫妻关系的一种责任，是离婚后的一种善后措施。离婚经济帮助的价值有三：其一，离婚经济帮助制度本身是一种伦理道德的法律化。通过这一制度，占社会支配地位的伦理道

德观念能够实现对社会生活的规范和调整。其二，将解决离婚后一方生活困难的义务和责任交由另一方承担，减轻了国家和社会之负担，间接地以私法之手段解决了公法之需要，此点与扶养制度的价值相近。其三，离婚经济帮助请求权为婚姻生活保持请求权的丧失人填补了请求权。尽管在现代社会婚姻以永久共同生活为目的并未写进法律，但配偶一方对他方是有信赖利益和预期利益的，在离婚时对困难一方予以经济帮助是对另一方保持婚姻生活不被破坏之期望的填补。1 离婚时的经济帮助只是有经济条件的一方给予生活困难方适当的经济帮助，不能要求双方离婚后仍然保持同一生活水平。在现有的法律体制下，婚姻关系终止时，经济上处于强势地位的一方实质上被法律赋予了义务和责任，因此经济上处于弱势的一方可能更倾向于缔结婚姻以获得保障。从目前我国婚姻法及相关司法解释的规定来看，离婚经济帮助的适用范围是离婚时一方生活困难且另一方有帮助能力，而生活困难有两种情况，一是个人财产不足以维持基本生活，二是没有住房。之所以将离婚时没有住房视为生活困难，因为住房是一项最重要的生活资料，在人的生活中占有举足轻重的位置。目前房价高涨，即便租房居住也需要一笔不菲的开支，故为了切实保障弱势群体的利益，解除其离婚的后顾之忧，离婚时应应对没有住房的一方给予适当的经济帮助。

七、一方婚前的房屋，婚后拆迁取得的拆迁补偿款属于夫妻共同财产吗？

答：城市住宅房屋的拆迁需对被拆迁房屋的所有权人给予补偿与安置，关键是对房屋土地使用权、房屋、地上构筑物等损失的补偿。拆迁补偿方式一般有“货币补偿、产权调换”两种方式。货币补偿由房屋的重置成新价、区位补偿价、搬迁补助费、提前搬家奖励费等内容构成。房屋的重置成新价与区位补偿价是根据被拆迁房屋的区位、用途、建筑面积等因素，由房地产市场评估确定的。从这两项补偿款的性质上看，房屋的重置成新价与区位补偿价主要是补偿给被拆迁房屋的所有权人的，其他搬迁补助费、提前搬家奖励费具有补偿给家庭成员的性质。

因此，婚前一方所有的房屋，婚后拆迁所得的补偿款，应当属于房屋所有权人的个人财产。但是拆迁款中如果包含对家庭其他成员配合拆迁而给予的搬迁补助费、提前搬家奖励费等，由此获得的补偿款应属于夫妻共同财产，配偶一方也应享有一定的份额。

八、离婚时经济适用房应如何分割？

答：根据建设部、国家发展和改革委员会、监察部、财政部、国土资源部、中国人民银行、国家税务总局联合发布的《经济适用住房管理办法》的相关规定，所谓经济适用房，是指政府提供政策优惠，限定套型面积和销售价格，按照合理标准建设，面向城市低收入住房困难家庭供应，具有保障性质的政策性住房。国家确定经济适用房的价格应当以保本微利为原则，经济适用房购买人所持有的产权是有限产权，并且经济适用房的流转也有诸多限制。购买经济适用房不足5年的，不得直接在市场上交易。购房人因各种原因确需转让经济适用住房的，由政府按照原价并考虑折旧和物价水平等因素进行回购。购买经济适用房满5年的，购房人可转让经济适用住房，但应按照届时同地段普通商品住房与经济适用住房差价的一定比例向政府交纳土地收益等价款。

因此，在离婚诉讼中，经济适用房的分割与普通商品房的分割不同，从公平角度出发，法院分割经济适用房时，应当以经济适用房的原购价格为基础，而不是以经济适用房的市场价为基础。

九、房屋权属证书上有第三人的名字，离婚时房屋应如何分割？

答：房屋权属证书上有第三人的名字，是指房屋权属证书上除了有夫妻双方的名字外，还有子女的名字、父母或者其他人的名字。在这种情况下，法院一般不会主动追加第三人，通常的做法是：(1)根据当事人的申请，对房屋部分的财产分割不予审理，由当事人另案起诉；(2)根据当事人的申请，将案件中中止审理，告知当事人另行提起析产之诉，根据析产案件的裁判结果，对夫妻共有部分的房屋进行分割。

十、《婚姻法司法解释（三）》第十条规定的适用范围？

该条只适用于夫妻一方婚前签订不动产买卖合同，以个人财产支付首付款并在银行贷款，婚后用夫妻共同财产还贷，登记于首付款支付方名下的不动产的分割办法。其他情况下的不动产，不能适用此条规定。例如，夫妻于婚后购买的不动产，虽然登记在一人名下，但不属于本条司法解释规定的情形，不能适用。还有一方为结婚于婚前支付首付款并贷款购房，但在产权证上登记双方的姓名或者将房屋赠与另一方，亦不属于本条司法解释规定的情形，不能适用。另外，如果双方当事人未登记结婚，只是同居，即使购房的情况类似，亦不能适用本条解释。

十一、如何理解“婚后用夫妻共同财产共同还贷”？

对于“婚后用夫妻共同财产共同还贷”，应当从两个方面掌握。一是从偿还银行贷款的时间看，还贷的时间只要处于婚姻关系存续期间，一般即可认定是双方用夫妻共同财产还贷，而不必区分还贷的金钱来源于夫妻中哪一方的收入。二是看夫妻之间是否约定实行分别财产制或者对案涉房屋的还贷问题有特别的约定。如果双方当事人认可或者一方当事人能够举证证明夫妻已经约定实行分别财产制或者对案涉房屋的还贷问题有特别约定，则分割上述不动产时，当然排除《婚姻法司法解释（三）》第十条的适用。

十二、自然人在婚前以个人财产作为出资设立的个人独资企业。离婚时应如何处理？

答：夫妻离婚时，对独资企业财产发生纠纷，根据《个人独资企业法》的规定，投资人以个人所有的财产出资设立个人独资企业的，企业财产为个人所有，并依法以个人财产对企业债务承担无限责任。由此可以认定，投资人在婚前以个人财产出资设立个人独资企业的，企业财产应为投资人的婚前财产。

由于我国实行的是婚后所得共同制，依照婚姻法的规定，婚姻关系存续期间因生产、经营所得收益均属于夫妻共同财产。既然工资、奖金属于夫妻的劳动所得，归夫妻共同所有，生产、经营收益与工资、奖金等工资性收入一

样，属于个人的劳动所得，二者没有本质的区别，均属于夫妻共同财产。如果从事经营的一方怕对方利用婚姻关系侵吞自己的财产，可以通过约定财产制来保护自己的利益。

由此可见，夫妻离婚时应应对婚姻关系存续期间企业经营所得收益进行分割，但不存在分割企业本身财产的问题，因企业财产属于投资人个人所有，不会因婚姻关系而发生财产性质的转变。

十三、一方在婚姻关系存续期间从事承包经营活动，其收益用于家庭共同生活的，在从事承包经营活动中所欠债务于一方死亡后，是否应由配偶一方承担连带清偿责任？

答：夫或妻对婚姻关系存续期间的共同债务负有连带清偿责任，此责任不因夫妻一方死亡而消灭。连带责任之特点在于，所有连带债务人，有义务就债权人同一给付利益为全部之满足。《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第 43 条规定：“在婚姻关系存续期间，一方从事个体经营或者承包经营的，其收入为夫妻共有财产，债务亦应以夫妻共有财产清偿。”《婚姻法司法解释（二）》第二十六条规定：“夫或妻一方死亡的，生存一方应当对婚姻关系存续期间的共同债务承担连带清偿责任。”因此，夫妻一方死亡后，另一方对婚姻关系存续期间的共同债务有义务继续清偿，这是对婚姻法中关于“夫妻共同债务”应当共同偿还原则的具体化和规范化。

十四、夫妻一方为履行法定扶养义务所负之债属于什么性质？

答：最高人民法院 1993 年的《离婚财产分割意见》第 17 条规定：“为履行抚养、赡养义务等所负债务，应认定为夫妻共同债务。”夫妻双方为履行法定义务所需费用，是夫妻双方的法定负担，不管夫妻一方是否同意，因负担此费用而产生的债务为夫妻共同债务。就夫妻一方因赡养各自父母所负债务而言，应当认定其为夫妻共同债务。

有观点认为，我国法律并没有规定儿媳、女婿有赡养公婆、岳父母的义务，个人义务就应由个人独自履行并独自承担财产责任，除非另一方愿意或双方另有约定。笔者认为，从继承法的角度分析，儿媳、女婿也没有继承公婆、岳父母遗产的权利，但法律并不排斥儿媳与儿子、女婿与女儿对遗产享有共有权。在我国目前的社会条件下，社会保障机制还不够完善，婚姻家庭作为社会的基本组成单位，承担着养老育幼的社会功能，夫妻俩作为“经济合作体”，对双方父母均承担着赡养义务；当事人既然选择结婚，就应当自然地承担婚姻的后果及由此产生的相关义务，其中就包括协助另一方履行赡养义务。<sup>2</sup>就夫妻一方因抚养前婚姻中生育的子女所负债务而言，因系其必须履行的法定抚养义务，作为后婚的配偶一方，尽管没有血缘关系，但对既定的事实应该是知晓的，作为婚姻共同体，不能说对方因抚养前婚子女所负的债务为个人债务。《瑞士民法典》就规定，“继父母必须帮助其配偶履行抚养前婚子女的义务”，这样的规定值得我国借鉴。

至于夫妻一方因抚养非婚生子女所负的债务，认定为一方的个人债务相对比较公平。因为通奸行为本身为法律所否定，且严重伤害另一方配偶的感情，不宜再将抚养非婚生子女的义务强加于受害配偶一方。

十五、因夫妻一方的侵权及违法犯罪行为所导致的债务如何处理？

答：因夫妻一方的侵权行为所生之债为法定之债，有别于日常生活中多见的由民事法律行为引起的合同之债，此类债务能否要求行为人的配偶共同承担清偿责任，实践中应注意审查配偶一方是否分享收益。最常见的例子就是夫妻一方是个体的运输司机，靠长年为他人拉货收取运输费以维持家庭生计，如果丈夫因疲劳驾驶或饮酒导致发生车祸，产生了 10 多万的债务，这种债务认定为夫妻共同债务比较公平，所谓利益共享、责任共担；如并非为了家庭利益且事实上家庭也未获益的，比如打伤别人需进行赔偿、侵犯他人名誉权进行赔偿等，应当认定为一方的个人债务。

因夫妻一方违法犯罪行为所产生的债务，因夫妻具有独立的人格，各自对自己的行为承担责任。在刑事责任上，夫妻不承担连坐责任，在民事上夫妻一方也无须对另一方的侵权行为承担赔偿责任。《德国民法典》规定：“基于该方在财产共同制开始实施的侵权行为或因此种行为而对该方进行的刑事诉讼程序而发生的债务为个人债务。”《菲律宾家庭法》也规定：“个人应缴罚款或应支付的金钱赔偿款，不得以共同财产支付。”该项债务的规定具有普遍意义，应当为我国法律所借鉴

十六、夫妻在分居期间所形成的债务如何处理？

答：当代许多国家在婚姻家庭法中均将别居（即分居）作为一项特别制度加以规定。所谓别居，是指夫妻依法院判决或双方协议而免除同居义务，而婚姻关系并不因此解除。各国一般规定夫妻别居的效力及于夫妻财产，即自夫妻别居时起夫妻开始施行分别财产制，夫妻双方的日常家事代理权终止，夫妻一方所负债务一般为个人债务，但别居期间，夫妻之间仍互有扶养义务。<sup>3</sup>分居现象作为夫妻生活中现实存在的问题，近年来在我国有逐渐扩大的趋势，但婚姻法仅在第三十二条将因感情破裂导致分居满两年作为离婚的法定理由之一，而对于分居期间的夫妻财产归属以及债务清偿等问题未作规定。1993 年《离婚财产分割意见》第 4 条规定：“夫妻分居两地分别管理、使用的婚后所得财产，应认定为夫妻共同财产。在分割财产时，各自分别管理、使用的财产归各自所有。双方所分财产相差悬殊的，差额部分，由多得财产的一方以差额相当的财产抵偿另一方。”一般而言，夫妻分居两地有两种情况：一种是夫妻关系正常，但由于工作等客观原因而不得不分居两地；另一种是由于夫妻关系恶化，感情破裂，双方停止同居义务所导致的分居。

在第一种情况下，夫妻双方主观上仍具有共同生活的意愿，经济财产上也仍然处于混同，认定该分居期间夫妻的各自所得为夫妻共同财产，各自所负的债务为夫妻共同债务合理，也无争议。但对于第二种情形，虽然由于感情



的恶化，夫妻不仅在客观上结束了共同生活的状态，主观上丧失了共同生活的愿望，而且经济上一般也处于分离状态，但是，由于双方婚姻关系的继续，基于婚姻本身具备的特殊身份属性，双方间的相互扶养义务及抚养子女的义务仍不能免除。因此，夫妻一方因正常生活或抚养子女所负债务应属于夫妻共同债务。但要注意的是，由于此时夫妻一方恶意举债用于个人挥霍或与第三人串通伪造共同债务的可能性较大，因此，法院在对其性质进行认定时要格外谨慎。

综上，无论夫妻因何种原因而分居，对于一方所负之债的性质仍应当按照用途标准进行考量。只有当一方举债却没有用于正常生活工作，或是恶意举债、进行高消费，擅自资助他人等，才应认定为个人债务。

十七、债权人能否以有独立请求权的第三人的身份参加债务人的离婚诉讼？

答：有人主张夫妻共同债务的债权人符合第三人的条件，清偿夫妻共同债务应当与离婚诉讼合并审理。但我们认为，离婚之诉虽然是复合之诉，但解除婚姻关系是主诉，财产分割、子女抚养、债务清偿等诉讼请求都是从属之诉，如果在离婚案件中将夫妻共同债务的债权人列为第三人，在债权人多、有关债务事实复杂的情况下，很可能会影响离婚案件的审理，引起矛盾激化，故离婚案件不宜将债权人列为第三人。另外，《婚姻法司法解释（二）》也规定：“当事人的离婚协议或者人民法院的判决书、裁定书、调解书已经对夫妻财产分割问题作出处理的，债权人仍有权就夫妻共同债务向男女双方主张权利。”也就是说，夫妻对婚姻关系存续期间的共同债务对外应当承担连带清偿责任，这种连带清偿责任不因离婚协议或人民法院裁判文书已对夫妻财产作出分割处理而移转，其仅仅是离婚时夫妻内部对共同债务的处理。如果债权人在夫妻双方解除婚姻关系之后，又以夫妻双方在婚姻关系存续期间所欠共同债务为由向债务人及配偶主张权利的，只要其主张没有超过诉讼时效，债务人及配偶不得以离婚协议或人民法院的裁判文书已经对共同财产予以分割作为其拒不承担连带清偿责任的抗辩理由。人民法院对夫妻共同债务的分担所作出的裁决，只是约束夫妻双方的，对债权人没有既判力，债权人以夫妻一方或双方为被告所提起的诉属于独立的诉。因此，债权人不作为第三人参加离婚诉讼，其合法权益不会因婚姻关系的变动而受到侵害。人民法院在离婚调解书或判决书中，最好在确定对共同债务各自应当负担数额的同时，应写明双方对共同债务负连带清偿责任，从而避免不必要的诉讼。

注释：

1. 夏吟兰、郑广盛：载《离婚经济帮助制度之比较研究》，《和谐社会中婚姻家庭关系的法律重构》，中国政法大学出版社 2007 年版，第 297 页。
2. 裴桦：《夫妻共同财产制研究》，法制出版社 2009 年版，第 210 页。
3. 蔡福华：《夫妻财产纠纷解析》，人民法院出版社 2003 年版，第 127 页。

### 吴晓芳：婚姻家庭纠纷审理热点、难点问答（五）

2015 年 07 月 19 日 来源：《民事法律文件解读》2012 年第 8 期（总第 92 辑）

一、在处理夫妻债务时，是否应考虑日常家事代理权问题？

答：许多国家的亲属法在婚姻的效力中对日常家事代理权都有明确规定，如《瑞士民法典》第 166 条规定：“配偶双方中任何一方，于共同生活期间，代表婚姻共同生活处理家庭日常事务。”夫妻因日常家庭事务与第三人所为之法律行为，视为夫妻共同的意思表示，并由夫妻双方共同承担法律责任。夫妻在日常家庭事务范围内互为代理人，互有代理权。超出日常家事代理范围的行为，由行为人自己承担责任。但第三人有理由相信行为人有代理权的，可以适用表见代理。关于日常家庭事务的范围，史尚宽先生在《亲属法论》中指出：“为夫妻共同生活通常必要的一切事项，一家之食物、光热、衣着等之购买，保健（正当）娱乐、医疗、子女之教养，家具及日常用品之购置，女仆、家庭教师之雇佣，亲友之馈赠，报纸杂志之订购等。”<sup>1</sup>在日常家事代理权范围之内即使是夫妻一方所欠之债，也应认定为夫妻共同之债，双方应当共同承担清偿责任。但超越日常家事代理权范围之外，以一方名义所欠债务应当认定为个人债务，如一方未经对方同意贷款购买汽车、房屋等所负之巨额债务应当认定为个人之债。除非第三人有理由相信行为人有代理权的，可以适用表见代理。确定家事代理权及其范围、权限是确定夫妻一方以个人名义在婚姻关系存续期间所欠债务性质的重要前提，是平衡配偶的财产权利保护与债权人权利保护冲突的重要手段。婚姻法应当对家事代理权的概念、范围、权限等根据夫妻身份关系的特点和保护市场经济交易安全的需要作出明确具体的规定。

在日常家事代理权之外所负之债均应经过双方同意，这是由我国法定的夫妻婚后所得共同制的性质所决定的。夫妻双方对共同共有的财产有平等的处理权，夫妻共同债务作为夫妻共同的消极财产在日常家事代理权之外必须经过双方同意，或以双方名义共同举债，或经过对方同意后以一方名义举债。未经对方同意，又非日常家事代理权权限范围之内所欠债务应当作为举债人的个人之债，由其个人承担清偿责任。

《婚姻法司法解释（二）》第二十四条规定的“按夫妻共同债务处理”的债务并不一定是真正的夫妻共同债务，一些不符合夫妻共同债务实质要件的一方举债，虽然要求夫妻双方对外承担连带责任，但该债务实质上属于一方个人债务，承担了清偿责任的另一方，可以向对方全额追偿。

二、夫妻一方个人财产在婚后生产经营所得的收益归夫妻共同所有，所产生的债务是否应认定为夫妻共同债务？

答：夫妻共同债务依法由夫妻双方负无限连带责任，而夫妻一方经营自己个人财产所负的债务属于个人债务范

畴，但由于其收益归夫妻共同所有，或者用于家庭共同生活，非经营一方享受了收益，也应承担相应的义务，但其承担的清偿义务，应以收益中归夫妻共同所有的财产为限，承担的是有限清偿责任，而非无限连带责任。因此，婚后一方个人财产从事生产经营过程中发生的债务，原则上为一方的个人债务，但应由夫妻以收益的共同财产进行清偿。

三、在离婚案件中涉及探望权问题时，判决书主文是否要明确探望的时间和地点？

答：在确定探望时间时，为避免影响子女的学习，一般应选择在节假日。但实践中出现这样的情形：一审法院判决每月的周六进行探望，二审期间，被探望的子女开始每周六上辅导班，最终二审改判每月的周日进行探望。即便探望时间可能会由于子女的时间安排变化而不能得到保障，但从便于判后执行的角度，判决书亦有明确表述之必要。

实践中，如果双方的住址都能确定，能否将一方住址确定为协助探望的地点并表述于判决书中？有观点认为，随着城市建设的加快，不少判时地址明确的地方以后很可能会发生变化，因此主张判决书中最好对探望具体地点不做表述，而是留待执行时灵活掌握，从而避免因地址发生变更导致不能执行。我们认为，一定时空范围内，某一具体地点是相对稳定的，而且子女年满 18 周岁，探望权随之消灭，因此，是否在判决书中表述协助探望的地点应根据案件的具体情况作出决定，如当事人所住房屋即将拆迁的，就不宜确定为探望地点，当然也不应表述在判决中；如当事人刚入住新房并将该房屋地址确定为协助探望地点，则将此地址表述在判决中并无不妥。

四、人民法院在审理离婚案件时，当事人未就探望权提出诉讼请求的，人民法院是否应在离婚判决书中判明探望权？

答：从法理上讲，探望权是基于父母子女关系而享有的一种身份权。当事人在离婚诉讼之外可以单独就探望权问题提起诉讼，离婚诉讼当事人未主张探望权的，根据不告不理的原则，人民法院应当针对当事人的诉讼请求进行裁判，不能超出当事人的请求范围，故不宜直接就探望权问题作出判决。

五、一方当事人请求中止对方行使探望权的，是否还需要提起诉讼？

答：婚姻法规定：“父或母探望子女，不利于子女身心健康的，由人民法院依法中止探望的权利；中止的事由消失后，应当恢复探望的权利。”这里并没有明确人民法院应在何种程序中中止探望权的行使。而最高人民法院相关司法解释规定：“当事人在履行生效判决、裁定或者调解书的过程中，请求中止行使探望权的，人民法院在征询双方当事人意见后，认为需要中止行使探望权的，依法作出裁定。中止探望的情形消失后，人民法院应当根据当事人的申请通知其恢复探望权的行使。”从该规定可以看出，其适用的前提是“履行生效判决过程中”，才在执行程序中由执行法官根据当事人的请求作出中止行使探望权的裁定或用通知形式恢复探望权的行使。如果以前当事人没有就探望权问题进行过诉讼，当然谈不到进入执行程序的问题，一方当事人请求中止对方行使探望权的，人民法院应将其作为一个独立的新的诉讼对待，通过诉讼方式裁判确认。

六、有人建议规定探视权受阻可成为变更子女抚养权关系的法定事由，该建议是否可行？

答：离婚时确定由谁抚养子女，是人民法院在考虑子女利益最大化原则及综合权衡父母双方的各方面条件的情形下作出的裁判。不能仅仅因为直接抚养子女的一方阻挠对方探望子女，就轻率地置子女利益于不顾而变更子女抚养关系。在处理请求变更子女抚养关系的纠纷时，人民法院应把握的原则是由谁直接抚养最有利于子女的健康成长。当然，如果直接抚养子女的一方故意设置探望障碍，使得探望权人无法见到子女遭受精神痛苦的，探望权人可以诉求精神损害赔偿。判令精神损害赔偿既可补偿探望权人不能实现探望权所遭受的伤害，也可约束直接抚养子女一方履行协助的义务。

七、离婚后财产纠纷有哪些类型？

答：近年来，全国法院受理的离婚后财产纠纷案件呈逐年递增趋势，主要存在以下几种类型：

1. 请求对离婚时已分割的房屋权属做再次分割。在物权法实施前，法院在对离婚双方共有的唯一房屋进行分割时，多判决双方共有，仅对使用权进行划分。物权法颁布实施后，越来越多的当事人在离婚后起诉要求对房屋所有权进行分割。

2. 离婚未经诉讼，离婚后一方反悔或拒绝按照协议约定履行。审判实践中，多为一方拒绝给付房屋或者车辆折价款，或对另一方提出的房屋、车辆过户要求不予配合。登记离婚后当事人一方反悔请求重新分割夫妻共同财产的，应在离婚后一年内提起诉讼；一方请求另一方按照离婚协议履行的，适用两年诉讼时效的规定。

3. 离婚时一方隐瞒财产，另一方发现后起诉要求重新分割夫妻共同财产。

4. 离婚后出现重大事由使原财产分割协议丧失基础。如男方在离婚时出于对孩子的关爱，协议约定将大部分财产分给抚养孩子的女方，离婚后发现孩子并非亲生，遂起诉要求重新进行分割。

5. 当初离婚系“假离婚”或其他原因，未对夫妻共同财产进行处理，后产生纠纷又起诉到法院请求分割。离婚后请求分割离婚时未处理的夫妻共同财产，属于共有物分割请求权，夫妻双方对共有物实际上一直处在共同共有的状态，只不过双方在离婚后不再具有法律上的夫妻关系。故一方请求分割离婚时未处理的夫妻共同财产，不应受到诉讼时效的限制，法院不能以离婚已经超过两年为由不予受理。

八、双方离婚后，一方以尚有夫妻共同财产未处理为由向人民法院起诉请求分割的，经审查确属离婚时未涉及的夫妻共同财产，人民法院可以依法予以分割吗？

答：离婚后财产纠纷中的财产范围，既包括离婚时未涉及的共同财产，比如有的当事人为了某个目的“假离婚”，登记或诉讼离婚时未涉及夫妻共同财产的分割问题；也包括婚姻法第四十七条所规定的一方在离婚时隐藏、转移、变卖、毁损的夫妻共同财产及伪造债务侵占的另一方的财产。对于离婚时尚未涉及的夫妻共同财产，实际上一直处于双方共同共有的状态，一方起诉主张分割的，人民法院应当受理并依法予以分割。

根据婚姻法的规定，婚姻关系存续期间取得的财产，除法律有特别规定或夫妻双方有特别约定外，即为夫妻共同财产，夫妻对婚姻关系存续期间取得的同一财产享有所有权，即“一物一权，数个所有权人”，夫妻双方都是物权的所有权人。物权具有追及效力，即物权成立后，不论其标的物辗转至何人之手，权利人都可以追及标的物之所在，并直接行使权利。如果夫妻离婚时尚有部分共同财产没有处理，该部分未分割的财产仍然属于双方共有的物权，也就是说，双方是在没有配偶身份的情况下共有物权，一方可根据物权的追及效力，要求分割共同财产。

#### 九、当事人对登记离婚时达成的财产分割协议可以反悔吗？

答：当事人在离婚时就分割夫妻共同财产达成的协议，从本质上说，是作为平等主体的自然人之间就变更民事权利义务关系达成的协议。根据民政部《婚姻登记条例》的相关规定，婚姻登记机关在为婚姻关系当事人办理离婚手续时，只是审查双方是否自愿离婚以及是否对财产分割和子女抚养问题达成一致意见，并不对财产分割和子女抚养协议的内容进行实质性的审查。换句话说，这类协议与当事人签订的其他民事合同一样，在发生争议起诉至人民法院之前，并未经过权威部门的实质性审查。因此，赋予当事人以司法救济手段维护其合法权益是必要的。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：“男女双方协议离婚后一年内就财产分割问题反悔，请求变更或者撤销财产分割协议的，人民法院应当受理。人民法院受理后，未发现订立财产分割协议时存在欺诈、胁迫等情形的，应当依法驳回当事人的诉讼请求”的规定，人民法院受理这类登记离婚后的财产纠纷，应当着重审查当事人双方在订立财产分割协议时是否有欺诈、胁迫的情形。

夫妻离婚时的财产分割协议与一般的民事合同不同，涉及到双方当事人之间的感情因素、心理平衡或者出于弥补自己行为过失的心理等等。有的当事人可能因为外遇而急于摆脱原来的婚姻关系，只能在财产方面作出让步从而让感情受到伤害的一方在经济上得到一些补偿，获得一些心理平衡；也有的当事人在感情上不爱配偶了，但离婚还是觉得心里对配偶有所亏欠，故在财产分割上愿意尽量多分给配偶一些甚至会放弃全部财产。基于这些因素，对夫妻离婚时的财产分割协议，局外人不宜用是否公平来加以衡量。人民法院在审理时，也不宜轻易认定协议显失公平而支持一方当事人撤销或者变更协议的主张。这也是最高人民法院上述司法解释中只规定了欺诈、胁迫的情形，而未将显失公平情形列入其中的原因。

审判实践中应当注意的问题是：“男女双方协议离婚后”是指在婚姻登记机关办理离婚登记手续而离婚的，并不包括在法院诉讼以调解结案方式离婚的情形。因为，在法院进行离婚诉讼，以调解的方式结案，虽然与在婚姻登记机关办理离婚手续时一样，都需要就财产分割问题达成协议，但这两种协议具有本质的区别。在离婚诉讼中，调解协议是在法官的主持下达成的，有国家司法机关的审查来保证双方当事人意思表示的真实性和协议内容的合法性；而在婚姻登记机关办理离婚手续时提交的协议，只经过婚姻登记机关的形式审查，至于协议签订过程中是否存在欺诈、胁迫的情形则不在婚姻登记机关审查的职责范围内。有鉴于此，才有必要给予一定的司法救济途径。<sup>2</sup>

#### 十、婚姻法有关司法解释对当事人登记离婚后出现纠纷，起诉到法院的诉讼时效、除斥期间是如何规定的？

答：据统计，在我国离婚有60%—70%是登记离婚的，也就是说离婚中的大多数人是通过双方协议登记离婚，而婚姻登记机关对离婚协议并不进行实质性审查，究竟双方有多少夫妻共同财产、登记离婚后发生争执怎么办，显然不在婚姻登记机关的职责范围之内。因此，当事人熟知登记离婚后的司法救助手段就显得尤为必要。

1. 当事人对登记离婚时的财产分割协议反悔的，根据《婚姻法司法解释（二）》第八条规定：“离婚协议中关于财产分割的条款或者当事人因离婚就财产分割达成的协议，对男女双方具有法律约束力。当事人因履行上述财产分割协议发生纠纷提起诉讼的，人民法院应当受理。”第九条还规定：“男女双方协议离婚后一年内就财产分割问题反悔，请求变更或撤销财产分割协议的，人民法院应当受理。”由此可知，协议离婚后，当事人反悔想要重新分割财产的，必须在登记离婚后1年内向有管辖权的人民法院提起诉讼。因为婚姻涉及人身关系，离婚后还可以无休止地被缠讼，显然对当事人不利，对社会的和谐稳定也是不利的。

值得注意的是，这里的“离婚协议”是指双方在办理登记离婚手续时所提交的“协议”，是已经生效的协议，而不是在协商离婚事宜过程中签订的“离婚协议”。在没有离婚之前，就离婚相关事宜达成的“离婚协议”是附条件协议，如果没有离婚，协议就没有生效。

2. 离婚协议没有法律强制执行力，法院只有执行自己生效判决的义务，而没有执行当事人自行协议的义务。如果一方拒不履行协议，另一方当事人请求履行协议要获得法律的支持，也必须在纠纷发生之日起2年内提起诉讼。

3. 协议离婚后，一方新发现被隐匿的夫妻共同财产，应在发现之次日起两年内向法院起诉，请求再次分割夫妻共同财产。

4. 登记离婚后当事人请求离婚损害赔偿的，应在办理离婚登记手续后1年内提出，否则法院不予支持。

#### 十一、“有配偶者与他人同居”与重婚的区别点是什么？

答：《婚姻法司法解释（一）》明确规定了“有配偶者与他人同居”的情形，是指有配偶者与婚外异性，不以夫妻名义，持续、稳定地共同居住。“有配偶者与他人同居”，与“重婚”行为的最大区别在于是否以夫妻名义同居，

“有配偶者与他人同居”是指有配偶者与他人同居时，既不办理结婚登记手续，对外也不以夫妻名义同居的行为。而“重婚”行为是专指有配偶者与他人同居时，办理了结婚登记手续或者对外以夫妻的名义同居。另外，“有配偶者与他人同居”限定在有配偶者与婚外异性的同居，而不包括同性之间的同居关系，同时不包括偶尔的、隐蔽的婚外性行为。从立法本意来看，“有配偶者与他人同居”主要是指“包二奶”、“包二爷”等情况，而“禁止有配偶者与他人同居”的目的是反对破坏一夫一妻制的行为。因为从这些年的审判实践来看，能够认定重婚犯罪的情况不多。有配偶者很少再公开与他人去领结婚，而以夫妻名义同居又很难认定，有的甚至生了孩子也不以夫妻名义相称。但如果对“包二奶”、“包二爷”这种严重冲击一夫一妻制的现象放纵不管，将不利于稳定婚姻家庭关系，也不利于保护无过错方的权益。故对“有配偶者与他人同居”导致离婚的，让过错方付出一定的经济代价，也算是对无过错方一个“说法”、心理上一种慰藉。一般的通奸、偶发的性行为等属于道德领域、有关党纪政纪约束、治安管理处罚范畴。

## 十二、如何正确理解“有配偶者与他人同居”？

答：禁止有配偶者与他人同居，其法律的着眼点是反对破坏一夫一妻制的行为，即有配偶者与婚外异性共同居住、一起生活的行为，至于共同居住期间是否发生性行为，并不是法律所关注的。因此，即便配偶一方有通奸行为，另一方也有充分的证据予以证明，还是不能据此提起损害赔偿的请求，但可以作为要求离婚的理由。要证明配偶与他人婚外同居，需要的是配偶与他人共同饮食起居、形同夫妻方面的证据。

十三、一方的行为不构成重婚及与他人婚外同居，但与他人通奸并生育子女的证据是充分的，能否据此判决通奸一方承担离婚损害赔偿责任？

答：倾向性观点认为，既然一方当事人提供的证据不能证明配偶一方重婚或与他人婚外同居，仅凭通奸并生育子女的事实是不能支持其离婚损害赔偿请求的。因为法律的侧重点在于重婚及与他人婚外同居的行为，即制裁的是挑战一夫一妻制的行为。而界定与他人婚外同居行为的客观标准是“不以夫妻名义持续、稳定地共同居住”，这里既要求共同居住的证据，还要求时间上的持续、稳定。就通奸行为而言，通奸一次也有可能生育子女，不能因为生育了子女就把通奸行为硬性认定为与他人婚外同居的行为，这里还是有个尺度和界限的问题。

## 十四、离婚与离婚损害赔偿之诉可以分离吗？

答：在审判实践中，离婚与离婚损害赔偿之诉一般有两种结合方式：一是无过错方提出离婚请求，并同时提出离婚损害赔偿请求；二是过错方提出离婚请求，而无过错方提出离婚损害赔偿请求。对于无过错方作为被告的，一种可能是无过错方在一审、二审程序中均不同意离婚，也就不会考虑到提出离婚损害赔偿请求的问题。从切实保护无过错方的角度出发，应当允许其事后再提，即在离婚后一年内提出。另一种可能是，无过错方一审时不同意也不提起离婚损害赔偿请求，二审时看到法院可能判决离婚，便提出了离婚损害赔偿请求，这时人民法院可以先进行调解，能够调解成功当然事半功倍。调解不成的，根据《婚姻法司法解释（一）》的规定，告知当事人在离婚后1年内另行起诉，而不是发回重审。在一定条件下，允许无过错方离婚后另行提起离婚损害赔偿的诉请，这种离婚与离婚损害赔偿之诉的分离，是为了让无过错方得到充分的法律救济，而且是在当事人已经解除婚姻关系的前提下才能提出。

## 十五、家庭承包方式的农村土地承包经营权是否可以继承？

以家庭承包方式实行农村土地承包经营，主要目的在于为农村集体经济组织的每一位成员提供基本的生活保障。根据农村土地承包法的规定，农村土地承包采取农村集体经济组织内部的家庭承包方式，不宜采取家庭承包方式的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等农村土地，可以采取招标、拍卖、公开协商等方式承包。因此，我国的农村土地承包经营权分为家庭承包和以其他方式承包两种类型。家庭承包方式的农村土地经营权，其承包方是本集体经济组织的农户，其本质特征是以本集体经济组织内部的农户家庭为单位实行农村土地承包经营。因此，这种形式的农村土地承包经营权只能属于农户家庭，而不属于某一家庭成员。根据继承法的规定，遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产，农村土地承包经营权不属于个人财产，故不发生继承问题。

家庭承包中的林地承包和针对“四荒”地的以其他方式的承包，由于土地性质特殊，投资周期长、见效慢、收益期间长，为维护承包合同的长期稳定性，保护承包方的利益，根据农村土地承包法的规定，林地承包的承包人死亡，其继承人可以在承包期内继续承包。以其他方式承包的承包人死亡，在承包期内，其继承人也可以继续承包。但是，继承人继续承包并不等同于继承法所规定的继承。而对于除林地外的家庭承包，法律未授予继承人可以继续承包的权利。当承包农地的农户家庭中一人或几人死亡，承包经营仍然是以户为单位，承包地仍由该农户的其他家庭成员继续承包经营；当承包经营农户家庭的成员全部死亡，该土地承包经营权归于消灭，农地应收归农村集体经济组织另行分配，不能由该农户家庭成员的继承人继续承包经营。否则，对集体经济组织其他成员的权益会造成损害，对农地的社会保障功能也会产生消极影响。

## 十六、法院一审判决离婚后，上诉期间未届满前，一方当事人突然死亡，是按离婚还是按继承遗产对待？

答：因一审判决作出后15日内，当事人都有权提起上诉。一方突然死亡，双方的离婚诉讼尚处于上诉期间，一审判决没有生效，仍然存在合法的婚姻关系，双方婚姻关系一直持续到一方死亡时，故另一方仍有继承权。

我国民事诉讼实行两审终审制，当事人不服一审人民法院对民事案件所作的判决，可上诉至二审人民法院，二审所作的判决、裁定即为终审判决、裁定。一审人民法院作出的判决，在上诉期间不发生法律效力，当事人可向上

一级人民法院上诉。民事诉讼法第一百四十七条规定：“当事人不服地方人民法院第一审判决的，有权在判决书送达之日起十五日内向上一级人民法院提起上诉。当事人不服地方人民法院第一审裁定的，有权在裁定书送达之日起10日内向上一级人民法院提起上诉。”因此，一方当事人在一审判决离婚后上诉期内突然死亡，如果一方或双方已经提起上诉，一审判决自然没有生效，双方的婚姻关系从法律上讲还没有解除，一方死亡导致婚姻关系的自然终止，另一方作为死者的配偶是有权利继承遗产的。即使一方或双方对一审判决没有提起上诉，一审判决也要经过15日的上诉期才发生法律效力。也就是说，一方是在一审判决尚未生效的情况下死亡的，另一方仍有权继承遗产。

十七、商人甲某家产丰厚，因交通事故死亡后，乙某抱着3岁的女儿提出要求参与继承甲某的遗产，为此与甲某家人产生纠纷。法庭上，乙某仅提供了一些证人证言等书面材料，但由于无其他必要的证据加以印证，所以无法认定乙某所抱之女系甲某与乙某所生这一事实。为此，乙某当庭向法院提出申请，要求通过甲某之子与女儿做亲子鉴定来证明女儿的身份，但遭到拒绝，此案应如何处理？

答：本案主要在于厘清当事人之间是否具有法律上的亲子关系，以及因此而衍生的权利义务，而亲子鉴定的独特功能可以鉴别当事人之间是否具有真实血缘关系，可以帮助完成对身份的辨认，其应用具有法律上的重要价值和意义。亲子鉴定是近代法医学学术语，是指用医学、人类学等学科的理论和技术来判断有争议的父与子女间（特别是父子间）是否存在着亲生血缘关系。后来发展至可以用来判断其他个体之间如同胞间以及隔代间是否存在血缘关系，因而也称为亲权鉴定。<sup>3</sup>但由于目前兄弟姐妹之间鉴定的准确率在60%至80%还不能达到准确认定的程度。

因原告方提出的同父异母兄妹之间的亲子鉴定不具备检验前提，依现有技术无法实现鉴定目的，进而不能确定非婚生子女的身份关系。本案原告未向法院提供足够的证据，由此造成的举证不能的法律后果，应由原告自己承担，故应判决驳回原告要求继承遗产的诉讼请求。

注释：

1. 史尚宽：《亲属法论》，中国政法大学出版社2002年版，第316页。
2. 最高人民法院民一庭编著：《最高人民法院婚姻法司法解释（二）的理解和适用》，人民法院出版社2004年版，第82页。
3. 参见刘雪青：《我国亲子鉴定社会化的法律规制研究》，载《家事法研究》，群众出版社2011年版，第425页。

### 隔代探望权制度研究 以解决司法实践需求为视角

2011年12月30日 北京市西城法院官网 付晓斌

论文提要：

近年来，隔代探望权的问题受到越来越多的关注，其中不乏因此产生争议诉至法院的情形。本文分四个部分对此进行探讨：第一部分结合案例立足于社会生活对该项权益的需求以及司法实践对统一规则的需求提出问题；第二部分从儿童利益最大化原则、权利义务相一致原则、我国隔代抚养的现状以及国情和考虑公序良俗及伦理、探望权协助义务人的利益等方面对确立隔代探望权的合理性进行分析；第三部分在形成及现状方面对国外相应法律规范进行考察；第四部分从普遍地确立隔代探望权和隔代探望权的行使方式两个方面对合理的制度设置进行探讨，其中在普遍地确立隔代探望权的基础上重点探讨不应享有隔代探望权的情形，并对不同情形下行使隔代探望权的合理方式作出分析和阐述。

全文计9500余字。

以下正文：

2001年修订的《婚姻法》第38条规定离婚后不直接抚养子女的父亲或母亲有探望子女的权利，首次以法律形式确认了探望权制度，是我国婚姻法的一大进步，但随着社会生活的多样化、家庭结构的转变以及离婚率的不断攀升，探望权纠纷以及人们对探望权的诉求也变得复杂和迫切，面对人们不断增加的诉求和不断复杂多样的审判实践，例如近年来颇受关注的隔代探望权问题，《婚姻法》的相应规定逐渐显得单薄，对于离婚诉讼中出现的探望权问题未能充分发挥其应有的指导、规范作用。

一、问题的提出

（一）确认隔代探望权益的需求

案例一：2003年，黄某、张某经政府登记离婚，双方商定6岁的女儿张某某由张某抚养。离婚后，张某由于在外打工，而将抚养女儿的事项交给父母（张某某的爷爷奶奶）完成。张某某的爷爷奶奶具备抚养孙女的良好条件，且两老人多年来已习惯于照料孙女的生活学习，祖孙之间建立了一定的感情和默契。2007年，黄某以女儿将入青春期应由母亲进行直接抚养稳妥为由起诉，要求变更抚养关系。与一般同类案件不同的是，张某某的爷爷奶奶在本案中提出了一项特别的反诉请求，要求法院无论对案件如何处理，都要给予二人探望孙女张某某的权利。（1）

案例二：一孩子的父亲去世后，其母亲改嫁，孩子跟随母亲生活。由于孩子的父亲是独生子，晚年的祖父母非常想念这个孙辈的孩子，与孩子的母亲协商，要求每个月见一次孩子，但孩子的母亲不同意。无奈的老人将孩子的母亲告上法庭，要求法院判决允许其探视孙辈孩子。（2）

以上两件案例突出地反映了社会生活中对于隔代探望权进行确认的需求，特别是近年来我国家庭结构的变化所促生的隔代探望权利诉求：自我国实行计划生育制度以来，独生子女家庭逐渐形成三世同堂的“4-2-1”家庭模式，加之父母工作的忙碌，许多子女幼年都在祖父母和外祖父母的照料下成长，这种照料虽然并没有脱离父母对于子女

的抚养而形成独立的抚养关系，但使得祖辈人与孙辈后代之间形成了生活上和感情上的相互依赖。如果这种相互依赖的亲情在夫妻离婚或者一方死亡的情况下显得特别珍贵和脆弱，亟需得到保护。

面对社会生活中不断涌现的隔代探望权的需求，法律上是否应当给予及时的确认和支持？答案显而易见，因为在父母离婚或父母一方去世等情形下，家庭的破碎感给子女的生活和感情方面带来很大的负面影响，（外）祖父母对于（外）孙子女的探望和关爱无疑有利于降低父母离婚或去世给子女带来的负面影响。另一方面，对于孙辈的关爱同样是（外）祖父母感情的寄托和原本生活的延续，如果因为自己的子女离婚或去世而使得自己探望（外）孙子女的机会都被剥夺，法律会显得过于不近人情。

## （二）统一裁判规则的需求

案例三：孙某夫妇之子在1997年8月因车祸死亡，其儿媳带着两岁的孩子改嫁。后来，拒绝两位老人探望孙子，两位老人向法院提起诉讼，请求法院保护其对孙子的探望权。1998年11月商河县人民法院判决两位老人每月可以探望孙子两次。（3）

案例四：彭某与艾某结婚后育有一子彭明，且三人与艾某的父母共同居住生活。1999年彭某与艾某经法院调解离婚，彭明由女方彭某直接抚养。离婚后的几年内，艾某的父母频繁探望彭明，有时直接在上学期时间去学校探望，有时候在未告知彭某的情况下将彭明接走，以至于彭某认为艾某的父母的行侵害了她对孩子的监护权，并于2002年4月23日将艾某的父母起诉至江西省南丰县法院，请求判令二被告以后不准再去探望彭明，并赔礼道歉。南丰县人民法院审理认为：两被告在被探视人之母直接监护人提出异议的情况下，认为探望孙子是正当合法的，不体谅原告已另立新家庭的难处，坚持探望孙子侵犯了原告的监护权，违反了婚姻法有关探视权的规定，因为婚姻法明确规定，只有离婚后不直接抚养子女的父或母，才有探望子女的权利。《婚姻法》第38条规定的父或母对子女的探望权，是父或母这个民事主体基于父母子女关系这种特定的身份而享有的权利，只能由本人实施，不能委托给别人，别人无权代理，爷爷奶奶受儿子委托探视孙子没有法律依据。（4）

以上两例案例不难看出，审判实践中对隔代探望问题的处理意见存在分歧，案例三中法院以该项权益没有明确的法律规范支持为由而驳回，案例四中该项诉求得到法院判决的支持。这两个案件具体案情略有差异，仅是隔代探望权案件中较为典型并引起媒体普遍关注的案例，现实的审判工作中存在着情况各不相同的隔代探望权案件，因为缺乏统一、明确的法律规则，难免引起法官在援引规范、推理分析、案件结论等方面大相径庭，从而使司法行为显示出不应有的随意性，司法的权威和尊严受到极大的冲击，所以审判实践亟需统一法律规则的指导和规范。

## 二、确立隔代探望权的合理性

深入的理论分析和统一的认识是确立规则和权利的基础，作者认为设置隔代探望问题的规范，应当首先遵循儿童利益最大化原则，同时体现权利义务相一致的原则、结合我国隔代抚养的现状及国情、考虑公序良俗及伦理，并恰当地考虑探望权协助义务人的利益。基于这些因素，应当普遍地确认隔代探望的权利，同时对其具体行使方式给予合理的设置和规定。

### （一）遵循儿童利益最大化原则

探望权制度是涉及儿童利益的重要制度，应当将儿童的利益作为最重要的考量因素。澳大利亚著名的家庭法专家Patrick Parkinson教授指出：现代有关儿童法律的中心概念就是“子女最大利益原则”，即在处理有关儿童的父母职责、居住地点及联系交往权，以及子女的姓氏选择、教育的形式和医疗咨询等问题时，儿童的最大利益应当被给予优先考虑。（5）《儿童权利公约》第3条第1款规定：“关于儿童的一切行为，不论是由公私社会福利机构、法院、行政当局或立法机构执行，均应以儿童的最大利益为首要考虑。”

这一原则逐渐成为婚姻家庭法律中处理涉及未成年人行为的基本原则，并被各国立法所接受。美国1989年的《儿童法案》以“儿童幸福原则”作为法院制作探视令的标准，认为在制作“探视令”时应该考虑儿童的意愿和情感，以及儿童因探视令所遭受伤害的程度是否超过其对双亲长期关系的基本的情感需求。《澳大利亚家庭法》第64条也规定：“在有关婚姻中的子女之保护、监护或探视的诉讼中，法院应首先考虑子女的福利。”（6）我国《婚姻法》未明确确立子女最大利益原则，但其中第38条关于离婚一方对子女探视权的规定，以及最高人民法院2001年《关于适用〈婚姻法〉若干问题的解释》第26条有关中止探望权请求人的规定，都体现了该原则的精神，最高人民法院原副院长曹建明在公布《最高人民法院关于适用〈婚姻法〉若干问题的解释（一）》新闻发布会上的讲话中提到：“本着有利于未成年子女身心健康发展的原则，如出现法定的需中止行使和可以恢复行使探望权等情况的，人民法院可以在权利人提出主张后，在执行程序中以裁定或通知的形式予以解决。”（7）

在隔代探望权的具体设置问题中，亦应当遵循儿童利益最大化原则。这要求（外）祖父母对于（外）孙子女的探望应当以有利于未成年人成长为合理的合理性，并以此合理性对抗协助义务人利益的损耗。同时，遵循该原则也要求我们针对没有对（外）孙子女进行过抚养照顾的（外）祖父母的探望权给予更为慎重的考虑，如果离婚双方都在正常行使探望权，而没有进行过抚养照顾的（外）祖父母同时主张探望权的，很难说他们与（外）孙子女之间存在感情基础和精神寄托，而其探望的行为未必有助于（外）孙子女的健康成长和利益最大化。

### （二）体现权利义务相一致原则

《婚姻法》第28条规定，有负担能力的祖父母、外祖父母，对于父母已经死亡或父母无力抚养的未成年的孙子女、外孙子女，有抚养的义务。《继承法》第11条规定，被继承人的子女先于被继承人死亡的，由被继承人的子

女的晚辈直系血亲代位继承。特殊情形下的隔代抚养义务和代位继承的规定，其最根本的基础在于（外）祖父母与（外）孙子女之间的血缘关系，夫妻离婚或一方死亡情形下不影响这一基础关系的存在，因而不应当在苛以（外）祖父母相应义务的同时，一概否定他们在探望（外）孙子女方面的权利。

特别是在《婚姻法》第28条规定的情形中，也包含了父母死亡后一方或父母离婚后双方无力抚养未成年子女的情形，法律规定了在此情形下（外）祖父母的抚养义务，却没有确认其探望的权利，有违权利义务相一致原则。可以设想更加特殊的情形下，（外）祖父母属于帮助抚养而非直接抚养，那么如果不享有探望的权利，则更使其权利和义务严重的不对等。或者即使在（外）祖父母独立抚养（外）孙子女的情形，如果之前连探望的权利都没有，双方之间没有足够的交流和沟通，当出现法定的情形时又怎么能履行好抚养的义务呢。因而，应当参照（外）祖父母在特殊情形下负有抚养义务的规定，确认其在特殊情形下独立进行探望的权利。

### （三）考虑风俗及伦理

“法律必须体现人性和人情，尤其是规定亲属之间的权利义务关系的《婚姻法》，更必须体现人性，体现亲属之间的亲情，体现近亲属之间的血缘关系。”<sup>（8）</sup>婚姻家庭法的深刻伦理性决定了其必须接受公众观念和伦理的支撑，如果相应的法律规范保障了这种公众心理需求，则无疑会被人们奉为良法，如果割裂了这种亲情之间的伦理、风俗的纽带，也必然让人们难以接受。依照我国的风俗和传统，祖孙之间相互探望是亲情关系中的常理，似乎本来都不需要法律的确认。在夫妻离婚后，子女受到家庭破碎感的困扰，（外）祖父母的探望和照顾更是有助于未成年人克服不良心理的影响，应当予以确认。例如学者杨立新在谈论隔代探望权案例时认为：如果“祖父母、外祖父母没有对孙子女、外孙子女的探望权”显然“不符合人性和情理”<sup>（9）</sup>。正是我国缺乏相应的法律规范，使得实践中部分法官在“概念法学”的阴影下，依据法律无明文规定的理由排除了（外）祖父母的探望权，也引起了社会的强烈反响。

### （四）结合我国国情和现状

自实施计划生育国策以来，独生子女的情况越来越普遍，很多的家庭中（外）祖父母四位老人与父母同样视独生子女为重要的精神寄托，现代生活中中年人的工作压力同样使得老年人在子女抚养方面发挥了很大的作用，（外）祖父母照料（外）孙子女日常生活的情况越来越普遍，这种“隔代情”在（外）孙子女的成长中也越来越重要。加之近年来离婚率呈上升趋势，如何更好地保障离婚家庭中未成年子女的利益、使父母离婚对子女的负面影响降到最低，这已经成为婚姻家庭立法和司法的重要课题，如果不能保障（外）祖父母恰当地探望（外）孙子女的权益，必将是对老人精神上的伤害和对未成年人利益的漠视。

### 三、外国法考察与借鉴

隔代探望权同样是国外立法中的一个重要问题，探寻国外关于这一问题的法律规范，不仅可以从中发现确立隔代探望权的合理性，而且为我们对具体法律规范的设置有着重要的借鉴作用。

美国联邦和各州关于隔代探望问题的规定不尽一致，但最初都未确认隔代探望的权利。如1947年的Ode11案，其中原告要求探望其8岁的外孙女，当时孩子的母亲即原告的女儿已经去世，孩子的父亲已经再婚。加利福尼亚州上诉法院认为，除非在虐待、遗弃等特殊情况下，干涉生父母抚养教育子女的自然权利是违反宪法的，故不允许祖父母探视孙子女。南卡罗来纳州上诉法院也有判例认为，不能因为祖父母对孩子的爱而给予探视权。<sup>（10）</sup>1973年美国《统一结婚离婚法》仅规定了父母的探视权，其中第407条规定：“如法庭在审理后认为进行探视不会严重危害子女身体、精神、道德或感情的健康，就可准予无子女监护权的父母乙方享有合理探视子女的权利。”<sup>（11）</sup>但是随着隔代探望的问题被越来越多地提出，（外）祖父母在家庭法中的主体地位不断被明确。美国1989年《儿童法案》规定，无论是否是有父母责任的父母，均有权向法庭申请“探视令”，其他人，如祖父母及家庭其他成员可以申请，子女也可以申请，只要其获得法院的事先同意。<sup>（12）</sup>该法案同时规定了“儿童幸福原则”作为法院制作探视令的标准。1993年，美国众议院通过了一个决议案，号召各州制定慷慨的法律，允许祖父母行使探望权。目前，通过法律或判例，几乎所有的州都承认祖父母的探视权。不过，大多数州通过法令或判例坚持认为，如果孩子的双亲品行良好并反对，他们正在进行的家庭生活不应当遭到祖父母行使探视权的强制侵扰。<sup>（13）</sup>总体来看，美国联邦及各州法院对于隔代探望的态度经历了从不接受到明确确认的转变过程，甚至有的州将探望权的主体扩展到更大的范围，如同胞兄弟姐妹等。

部分国家在儿童利益最大化的要求下，允许法院将探望权给予子女的近亲属：《德国民法典》第1685条第（1）项规定：祖父母和兄弟姐妹有权与子女交往——倘若此种交往有利于子女的幸福。《俄罗斯联邦家庭法典》第67条规定：祖父母、外祖父母、兄弟姐妹和其他亲属有权与未成年孩子来往。如果未成年孩子的父母（父母一方）拒绝向近亲属提供与孩子来往的机会，监护和保护机关可责成父母（父母一方）不得妨碍该来往。<sup>（14）</sup>

更多国家的法律在以儿童利益最大化原则为判断标准的同时，允许法院将探望权给予包括子女近亲属在内的任何人：《加拿大离婚法》第12条规定：配偶任何一方，或配偶双方，或任何得到法院的许可并为此提出申请者，或任何这样的人，对婚姻关系中的子女都有权监护、爱护和教养或探视。《澳大利亚家庭法》第64条规定：凡法院作出将婚姻中的子女置于婚姻当事人一方或婚姻当事人以外的其他人之监护的命令时，法院得在该命令中作出包括任何人都无权探视孩子的规定，如果法庭认为这样做是合适的。而且如有必要得用强制方式将该子女交给被授予探视权的人。<sup>（15）</sup>《瑞士民法典》第274条之一“第三人”规定：在特殊情况下，如果有利于子女的利益，个人交往的权利也可以给予其他任何人，尤其是子女的亲属。<sup>（16）</sup>

由以上各国关于隔代探望问题的法律规定可见，随着社会生活的变迁和人们观念的转变，以及法律制度的完善和细化，对于探望权主体范围的规定有着扩大的趋势，而不再局限于夫妻离婚后未直接抚养子女的一方，其中（外）祖父母的探望权更是受到的普遍的关注和承认。另外，在对离婚夫妻一方探望权给予普遍承认的同时，各国法律对于其他主体探望权的承认采取了较为谨慎的态度，多要求符合儿童利益要求等条件。最高人民法院《关于适用婚姻法若干问题的解释（征求意见稿）》第27条规定：“祖父母、外祖父母对父母已经死亡的未成年的孙子女、外孙子女，或者祖父母、外祖父母对父母无力抚养的孙子女、外孙子女尽了抚养义务的，可以向人民法院请求行使探望权。”

（17）虽然该条所规定的隔代探望权未被采纳，但近亲属在探望方面的权益得到了进一步的加强，《关于适用婚姻法若干问题的解释》第26条确认了“与子女有关系的其他人员”是“请求中止探望权的主体”。

#### 四、隔代探望权的合理设置

对于隔代探望权的法律规范如何设置的问题，本文从对于隔代探望权予以确认的范围和隔代探望权的行使方式两个层面进行阐述：

##### （一）普遍地承认隔代探望权

如上文所述，遵循儿童利益最大化原则，体现权利义务相一致的原则、并考虑到我国风俗伦理及国情，作者认为应当对隔代探望权给予普遍的承认，即在夫妻离婚或其中一方死亡的情况下，（外）祖父母对于未成年子女有探望的权利，但以不违背未成年儿童利益为限。

根据我国的祖孙亲属之间多保持密切联系的传统风俗和祖辈通常给予孙辈较多抚养或照顾的国情，法律在探望权方面应当对这一社会生活现状给予确认，并以此作为考量探望权主体范围时的重要因素，如果漠视这种社会生活现状和祖孙亲情，既不符合婚姻家庭法其本身的深刻伦理性，也会使得法律的规范脱离社会生活，引发社会生活和司法实践中的诸多不合理现象（18）。同时，在通常情况下（外）祖父母的探望也符合儿童利益，有助于缓解家庭破碎感带来的负面影响。

当然，法律在依据普遍情况作出原则性规定后，仍要考虑到其他可能的情形，即在（外）祖父母的探望不符合儿童利益的情况下，应当限制其行使探望权，大致来讲，可以分为以下情形：

第一、离婚夫妻双方一致反对（外）祖父母进行探望的。不论是否直接抚养子女，离婚夫妻双方基于其父母的身份而被苛以对子女不可推脱的抚养教育义务，同时也享有不可剥夺和替代的权利，他们是未成年子女利益的最佳代表，他们在监护和探望方面的权利义务优先于（外）祖父母的探望权利，如果双方都反对（外）祖父母的一人或多人对子女进行探望的话，法律应该限制其探望权的行使，因为即使在没有离婚的家庭中，（外）祖父母在此类情况下的探望也不具有相当的合理性来对抗未成年子女父母基于监护权而做出的反对。当然，未成年父母双方进行反对是以抚养和监护为基础的，如果未成年父母本身在品行等方面存在问题，具有不适宜对子女进行监护的情形，则其反对意见不应予以考虑。

第二、夫妻离婚情形下，（外）祖父母没有与未成年子女共同生活、且没有进行过抚养或照顾的。（外）祖父母享有探望权的最根本合理性来源于对未成年子女利益的促进，如果双方之间不存在共同生活和（外）祖父母对未成年子女进行过抚养或照顾的事实，那么双方之间也不会存在亲情的基础，从而使得他们的探望不仅无助于未成年子女的成长，徒增子女直接抚养人的负担，因而丧失其合理性基础。当然，该情形不包括夫妻一方死亡后，死亡一方的（外）祖父母对未成年子女的探望，因为死亡情形下，（外）祖父母和未成年子女都存在将对方作为死亡一方的感情寄托，法律应当对这种特殊情形下的亲情延续给予考虑和尊重。

第三、一定年龄以上的未成年人及其监护人都反对进行探望的。在一定年龄以上的未成年人对于自身感情和社会的认知已经达到了一定的程度，对于亲人之间的探望，应当更多地考虑其本人的意见和态度，如果其本人坚持反对（外）祖父母中的一人或多人进行探望，很难说法律确认这种探望权利的规定符合未成年人的利益。当然，其不具有完全的民事行为能力，也可能对某些事物存在曲解或变通偏执，所以需要其监护人的进一步确认，如果监护人同样反对，则应当限制（外）祖父母中的一人或多人行使探望权。

第四、其他。社会生活，特别是家庭生活方面的复杂多样，使得法律很难穷尽（外）祖父母不宜行使探望权的情形，例如（外）祖父母中的特定人处于患传染病期间，或者具有某种偏执的性格，可能对未成年人的身体或思想产生不良影响，但此类情形又不符合以上所述三种情形，此种情形下产生争议诉至法院的，应当给予法官对特定（外）祖父母的探望权给予否定性评价的裁量权。

##### （二）隔代探望权的行使方式

对于隔代探望权的行使方式的讨论，应当与（外）祖父母是否享有探望权的问题予以区别，而且设定隔代探望权行使方式时，探望权协助义务人的利益保护是探讨探望权不能回避的问题，其协助义务固定地由直接抚养子女的离婚一方承担，如果隔代探望权的行使方式设定不当，必将增加直接抚养子女一方超过合理范围的责任负担，既不利于其自愿履行协助义务，也容易造成对监护权的侵害。实践中同样因此引发纠纷，如上文提及的江西省南丰县法院审理的案件中，虽然彭明的母亲将彭明的爷爷奶奶起诉至法院显得不尽人情，但二被告没有节制、不分场合地去探望彭明，在上课时间直接去学校进行探望、甚至在不告知彭明母亲的情况下直接将彭明从学校接走的行为，确实过多地损害了彭明及母亲生活的安定，也构成了对监护权的侵犯。直接抚养子女的离婚一方作为未成年子女的监护人，是保护子女利益、抚养其健康成长的最佳人选，如果因为（外）祖父母的探望而侵害了直接抚养子女一方的家



庭生活安定，影响监护人对未成年人的正常管教和控制，不免显得本末倒置。基于尽量保障（外）祖父母行使探望权的同时，不给协助义务人及（外）孙子女带来过多负担的考虑，隔代探望权行使方式应设定为以下几种情形：

### 1. 共同行使探望权

夫妻离婚后由其中一方直接抚养子女的情形下，另一方通常享有探望的权利，在此情形下应当要求享有探望权的（外）祖父母与未直接抚养子女一方一同行使探望权。即此类情形下享有探望权的（外）祖父母行使探望权的方式应当依附于父或者母的探望，这样既符合在未离婚情形下（外）祖父母对未成年子女进行抚养和照顾的方式，同时又可以在探望权主体和协助义务人的利益冲突中取得更好的平衡。

### 2. 独立行使探望权

四类情形下应当确认（外）祖父母有权独立进行探望：（1）夫妻一方死亡后，死者的父母对死者的子女享有探望权，且其探望的方式无所依附，应当允许其独立行使探望权；（2）在上述（外）祖父母与未直接抚养子女父亲或母亲一同行使探望权的情形下，如果该父亲或母亲由于条件限制在某一段时期或者某一次无法直接行使探望权，则原本有探望权的（外）祖父母亦有权独立行使探望权；（3）夫妻离婚后，未直接抚养子女一方如果不享有探望权或者协议离婚时放弃探望权（鉴于人们对探望权的权利义务性质以及是否可以放弃的问题存在不同观点，本文亦未作探讨，故在此情形下为了全面考虑各种情形，假设父母可以放弃对子女的探望权），依法具有探望权的（外）祖父母可以独立行使探望权；（4）依法享有探望权的父亲或者母亲，因法定事由被中止行使探望权的，不应当影响（外）祖父母独立行使探望权。

### 3. 受委托行使探望权

夫妻离婚后，未直接抚养子女一方由于条件限制在某一段时期或者某一次无法直接行使探望权的，因未没有与未成年子女共同生活且没有进行过抚养或照顾而不享有探望权的（外）祖父母，可以受委托行使探望权。对于这一情形下的设置，主要考虑以未直接抚养子女一方正常行使探望权的情形相比照，法律规范的本意应当是让子女接受未抚养一方父或母的交流照顾，子女接受探望的方式通常也可能是将子女接到家中居住或者共同出游，这种探望的方式都不排除相应的（外）祖父母一同进行探望。另一角度来看，此类情形下（外）祖父母因为没有与（外）孙子女共同生活且没有进行过抚养或照顾而不享有探望权，但法律规范不应阻碍双方基于未直接抚养子女的父亲或母亲的意愿进行沟通和照顾，这种探望的方式可以作为父或母行使探望权的转化行使，同时也没有增加协助义务人的负担，因而具有相当的合理性，应当准许。

### 4. 中止行使探望权

享有探望权的（外）祖父母探望（外）孙子女，不利于子女身心健康的，由人民法院依法中止探望的权利；中止的事由消失后，应当恢复探望的权利。这一设置参照对父母中止探望权利的规范，但是否中止（外）祖父母探望（外）孙子女的权利，应当独立进行判断，而不应依附于对父母中止探望权利的判断，即仅对父母中止探望权利的，不影响（外）祖父母进行探望的权利。

## 结 语

法律的重要价值在于以公平、正义的理念去评判社会生活中不断涌现的权益需求，并以赋予权利、课以义务的方式对合理的权益予以确认和保护，在此过程中不断形成适应社会生活发展的行为规范。随着我国社会生活特别是家庭结构的深刻变化，加之离婚率的上升，单亲家庭中隔代探望权的问题受到越来越多的讨论，特别是因隔代探望问题形成争议并诉至法院的情形下，这一问题就更成为司法实践中不可回避的问题。本文在我国现行法律规范的框架下，以对社会生活中对隔代探望权的需求和司法实践中对统一规则的需求为立足点，对隔代探望权的问题进行分析和探讨，并对不同情形下隔代探望的合理形式进行设置，以求对隔代探望权的司法实践有所裨益。本文观点仅为作者基于自身所了解、参与的社会生活及司法实践进行的思考，恐有失偏颇，但求抛砖引玉，以大家共同的关注和讨论为基础促成对隔代探望问题的统一司法评判标准的形成。

## 隔代探望权是否应受法律保护

2013年11月07日 中国法院网 彭晨

### 【案情】

农民王大爷因老伴的早逝一直郁郁寡欢，辛苦务农与仅有的儿子相依为命，儿子结婚后孙子童童的出生，让王大爷欣喜不已，孙子断奶后，儿子儿媳提出想外出打工，王大爷便在乡下老家一人照看儿子，这一照顾便是7年。然而，一场车祸夺去了儿子的生命，悲痛不已的王大爷更是把所有的感情寄托在小孙子身上。后来儿媳再婚，觉得老人经常探望孙子，破坏了其正常的生活，便拒绝王大爷再次探望孙子，后因王大爷两年来未见过孙子，与儿媳又协商未果，便将儿媳起诉至法院，请求法院帮助自己实现对孙子的探望权。

### 【说法】

本案争议焦点在于王大爷是否享有探望权，隔代探望权是否应受到法律保护？对此存在两种不同意见。

第一种意见认为，王大爷不享有探望权，隔代探望权不受法律保护。《婚姻法》第38条第一款规定：“离婚后，不直接抚养子女的父或母，有探望子女的权利，另一方有协助的义务。”因此，享有探望权的主体，只能是不直接抚养孩子的父亲或母亲，孩子的祖父因不具备探望权主体资格而不享有探望权。

第二种意见认为，王大爷享有探望权，隔代探望权应受法律保护。虽然法律上祖父不是探望权的主体，但本着

未成年人的最佳利益原则，为弘扬中华民族传统美德和公序良俗，应适度扩大探望权主体，保护隔代探望权。

### 【评析】

笔者同意第二种意见。《中华人民共和国民法通则》第七条规定：“民事活动应当尊重社会公德。”保护隔代探望权的正确行使，不仅能促进与子女的情感交流，减轻童童的生活孤独感和家庭破碎感，还能延续老人的血缘亲缘，平抚失去家人的心理创伤，体现了中华民族的传统美德和公序良俗。因此，在特殊情况下，允许隔代探望，使祖父母也成为探望权的主体，这样从童童角度考虑，亲情的维护有利于健全良好的人格，增加了社会存在感和自我归属感，有利于童童的身心健康。同时，对老人也是心灵的慰藉，给老人带来生活的希望，体现了法律的人文关怀。因此，依据《中华人民共和国民法通则》第七条之规定，做出判决原告可以行使隔代探望权，充分考虑被告抚养儿子童童的实际情况，可利用节假日或寒暑假放假时间适时适用。探望权期间，如果存在对童童成长不利的行为，可适时中止探望，以保护童童的身心健康。

## 祖父母等近亲属是否享有探视权

2014年02月17日 中国法院网 晏小琴

### 案情

晏某与李某于2005年10月经人介绍认识，2006年3月于民政局领证，婚后育一子小宇。两人长期在外打工，小宇由爷爷奶奶即晏某父母抚养，爷爷奶奶对其疼爱有加。2009年李某要求与晏某离婚，诉至法院，由于小宇年纪尚小，未满3岁，法院判决小宇由母亲李某抚养，晏某支付抚养费并享有探视权。后两人各自再婚，但晏某一直未生育小孩，晏某父母十分想念孙子，时常到小宇学校看望，有时还带其回家或出去玩乐。李某对此非常苦恼，一是已组建新家庭，不想再有纠葛，二是晏某父母的做法已经影响到自己的正常生活，因此多次找到晏某父母，要求其不要再找小宇。而晏某父母认为李某不讲道理，不体恤老人，发生严重口角。李某没有办法，遂诉至法院，要求法院确认晏某父母不享有对孙子的探视权。

### 分歧

本案的分歧在于，晏某父母对小宇是否享有探视权？

第一种意见认为，我国《婚姻法》第三十八条规定：“离婚后，不直接抚养子女的父或母，有探望子女的权利，另一方有协助的义务。行使探望权利的方式、时间由当事人协议，协议不成时，由人民法院判决。父或母探望子女，不利于子女身心健康的，由人民法院依法中止探望的权利；中止的事由消失后，应当恢复探望的权利。”由此可以看出祖父母等近亲属并不是探视权的主体，本案中晏某父母不享有对小宇的探视权。

第二种意见认为，法律并没有明确祖父母等近亲属是否享有探视权，不应直接依据婚姻法第38条否认祖父母的探视权。该案中的晏某父母抚养了小宇近三年，对其感情基础深厚，且小宇确实是其具有血缘关系的亲孙子，如果就此切断双方的联系，禁止晏某父母看望小宇，是探视权设立的背道而驰，同时也不利于保护未成年子女的身心健康，因此，应有限制的保障祖父母对孙子女的探视权。

### 评析

笔者同意第二种观点，理由如下：

第一，我国婚姻法第38条虽然规定了探视权的主体是离婚后不直接抚养子女的父或母，因此大部分人都认为探视权的主体仅限于子女的父或母，但实际上，我国关于婚姻家庭的法律中并没有明确规定祖父母等近亲属对孙子女的探视权问题，因此就祖父母等近亲属是否享有探视权的问题还有待探究，探视权该如何定性及行使该权利的主体应该为哪些人为应该思考的问题。

第二，探视权的性质为亲权的延伸，是基于父母与子女之间特定的身份关系而衍生出来的，是为了保护子女的利益而设定的权利，由此可以看出探望权是依赖于身份关系而形成的权利，这就给祖父母等近亲属享有探视权提供了依据。祖父母与孙子女的血缘关系不因父母双方的离婚而消灭，具有基于这种特殊的血缘情感而产生的特殊身份，且其在父母之外也在一定程度上也履行着对外孙子女和孙子女的照护权。因此，应该在一定程度上保护祖父母的亲权。

第三，从探视权设立的初衷来看，为保护未成年子女的身心健康及情感需要，因此扩大探视权的主体到祖父母不仅能够满足祖父母对孙子女的关注、抚养、教育的情感需要，对子女的价值观的形成起到积极作用。这样既不违背探视权原有的性质及设立的初衷，而且能够更好地达到探视权的法律效果和社会效果，符合探视权的价值取向。另外如果在判决中一律剥夺祖父母的探视权，不仅达不到预期的法律效果，有悖于我国传统的家庭伦理及善良风俗，而且此类判决的执行也存在相当大的难度。

笔者认为，探视权主体的扩大可以考虑例外制度之创设。一般情形下，祖父母等近亲属不能成为探视权之主体，但有特殊情况可予以例外。如离婚前，与未成年子女长期共同生活或尽了主要抚养义务的可拟制为权利主体；或享有探视权一方父或母死亡，给予该方祖父母享有探视权。

## 江苏“隔代探望权”纠纷案一审宣判

### 办案法官详解缘何判决支持探望

2015年07月10日 法制日报 记者 马超 通讯员 苟连静

7月8日下午，备受关注的江苏省首例失独老人“隔代探望权”纠纷案，在无锡市北塘区人民法院一审公开宣判，

法院认为原告、失独六旬老人徐某、李某夫妇享有探望孙子的权利,判决徐某、李某夫妇在孙子聪聪(化名,不满二周岁)十周岁之前每月可探望一次,每次探望时间以6小时为限。

《法制日报》记者获悉,尽管婚姻法未明确规定祖父母、外祖父母对孙子(女)是否享有探望权,但也没有明确排斥或禁止。依据民法通则第五条、第七条和老年人权益保障法第十八条第一款之规定,法院作出支持探望的判决。要求提前探望被拒引冲突

法院经审理查明,原告老人徐某、李某的独生子小徐于2012年初与被告儿媳倪某相识恋爱,同年6月登记结婚,同年9月30日举行婚礼后共同生活。2013年3月4日,小徐身亡,公安部门出具的材料载明小徐(澳大利亚国籍)的死亡原因系高空坠楼。因徐某夫妇与倪某对小徐的身亡起因产生争执,双方为此产生矛盾。

另查明,小徐去世时,倪某被检查确认已怀孕一月余,倪某自小徐身故后即回娘家居住。徐某夫妇、倪某均分了小徐的人身保险理赔款各7万余元。就倪某是否继续妊娠事宜,倪某及其家人与徐某夫妇达成一致意见。此后,徐某夫妇以怀孕营养费为由向倪某汇款4万元。

2013年10月29日,倪某产下儿子聪聪。孩子出生当天及11月底,徐某夫妇先后两次探望孙子。2013年12月31日,徐某夫妇第三次探望孙子时,双方产生口角,事后经当地妇联协调,双方矛盾有所缓解。此后,徐某夫妇以每月一次的频次至倪某住所探望孙子。在探望过程中,徐某夫妇也携带一些孩子的食品及生活用品。

2014年8月下旬,徐某夫妇以近日将外出为由,要求提前探望孙子,被倪某以当月已探望为由而拒绝。同年8月31日,徐某夫妇与两个亲戚至倪某住所要求探望孩子,双方为此产生口角并有肢体冲突。处事理念差异导致矛盾升级

法院审理认为,原告徐某夫妇系失去独生子女的老人,要求探望自己的孙子,且对被探望者也是天伦共享的行为,系符天理、合人伦之举,之所以与被告儿媳倪某出现争执,除了原、被告双方所陈述的因素外,各自内心及背后所存在的处事理念差异,实系导致矛盾升级的症结所在。

原告夫妇为儿子完婚后不久,喜悦之情泛滥之时,却得到儿子不幸坠楼身亡的噩耗,哀伤之心,难以言表。被告在新婚燕尔之际,突遭不堪忍受的丧夫之痛。原、被告双方本同为可怜人,却在对小徐身亡的起因问题上缺乏相互间的沟通与理解,所产生的无端猜疑及非正常言语,则给丧子失夫的痛楚双方又添加了一层怨恨。

被告的怀孕,让双方的心灵得到了抚慰,并就继续妊娠事宜达成一致。此时,双方的愿望为胎儿平安降生。可随着胎儿的降生,愿望已成现实时,双方又在对孩子的探望事宜上产生争执,并再次打开了已关闭的怨恨闸门。究其原因,除了各自陈述的理由外,双方之间以往的隔阂并未消除系真正的内在动因。

原告向被告所汇的营养费,除了表达公婆对儿媳的关爱善意外,也包含着消除其内心对儿媳可能堕胎的担忧因素。被告收取原告所汇之款,并无存有排斥与不当之感。如此说来,双方均确认对方系由婚姻而构成的家庭成员。

原、被告双方虽为长幼关系,但相处时间较短,且无养育之恩,并未建立起较好的情感基础,因而在产生冲突时,各自均采用了有利于自身的规则与逻辑,从而致使矛盾叠加、裂痕加深。

在被告怀孕期及分娩初期,双方关注的侧重点转移至孩子身上,孩子出生后,作为婴儿的孩子又需要母亲全天候的照顾与监护,而原告对孩子又充满着强烈的关爱情结,孩子在原告心中的地位及分量无可替代,探望与关爱孩子,系原告情感的自然外延形式,也符合人伦常理与自然法则,但却对被告的感受及双方关系的现状未予必要的、充分的、妥善的考虑。尤其在产生冲突时,仍未采取有效的沟通与协调方式,让各自并未冰释的怨恨再次释放。

被告也明知原告对孩子的探望与关爱,对孩子的健康成长而言有利无害,但在对原告方的不满进行对抗时,采用了拒绝原告探望孩子的方式,对原告方而言,这无疑系“釜底抽薪”之举,双方矛盾的升级也难以避免。

“双方之间均缺乏扪心自问、设身处地的处事理念,对尊老爱幼的善良风俗、权利义务的法律规则均采用单向性选择,将自己置身于道德制高点及法律权利人,忽略了各自的义务所在,如此,造成了对簿公堂的局面。”该案主审法官高鑫介绍说。

原告诉请系精神慰藉需求行为

徐某夫妇是否享有探望孙子的权利呢?

法院审理认为,我国婚姻法虽仅确定了父母对子女有探视的权利,祖父母、外祖父母对孙子女是否也享有该权利,并未作出明确规定,但法律法规并无排斥或禁止。

原、被告双方系孩子的直系血亲长辈,双方之间存在着特定身份的家庭成员的亲属关系,而该特定身份的家庭成员之间,也产生如相互扶养、继承、照顾、扶助等法定权利与义务。特定身份的家庭成员之间的权利义务,除了物质财富方面,也包含了精神层面的内容,本案的讼争标的即属后者范畴。

高鑫认为,原告方行使对孙子探望的权利时,不可避免地需要被告的协助配合,看似被告在履行单方义务,但分析其内在关系后,可以看到被告既有监护儿子的权利,也负有让儿子健康成长的义务,而儿子的健康成长与否,物质与精神需求同样成为不可或缺的两个方面。被爷爷奶奶所关爱的权利,对孩子来说,既符合相关的法律规定,也合乎天赋此权的自然法则原理。而孩子的该权利能否实现,就本案而言,又受制于被告是否履行配合义务,故被告除了履行对特定家庭成员的协助配合义务外,为了孩子的利益,也应履行前述义务。换言之,虽原、被告双方存在较大的争议,但希望孩子健康成长,确为双方的共同心愿。孩子的天伦之乐因父亲的去世而有所缺失,不能因原、被告双方的矛盾而人为地使孩子再次缺失应享有的天伦之情。

“父母对子孙有着强烈的精神寄托感,而该精神寄托感的具体表现为能否得以与子孙相处、看望、问候、关爱等慰藉形式。原告方的本案诉请,即系典型的精神慰藉需求行为。”高鑫说。

关于探望的频次和时长,高鑫法官介绍说,原被告双方都是无锡本地人,考虑到原、被告双方积怨较深,而原告方在探望孙子时,又需被告或其家人的协助,在双方关系未有实质性改善的情形下,每月三次的探望,确有强人所难之处,故判定以每月一次为宜。

“基于孩子尚幼(不足两周岁)的现状,判决在孩子成长为限制民事行为能力人即10周岁前,每次探望时间以6小时为限。基于本案诉请的特殊性,予以相对宽泛的判决为宜,也有利于当事人对判决的可履行性。”高鑫说。

高鑫期望随着时间的推移、孩子的慢慢长大,原被告双方能尽快从过往的悲愤中予以解脱,消弥以往的隔阂与怨恨,以真诚及善意换取对方的理解与信服,而各自谦让所产生的空间,能让探望一事成为情之所至、自然而然的常态,这将更有利于孩子的健康成长。

## “隔代抚养”情与法

2015年7月10日 中国妇女报 裴小星

“隔代抚养”的传统在我国由来已久,老人帮着带孙辈的情况非常普遍。但因隔代抚养产生的家庭纠纷也呈现逐年递增的趋势,这一社会现象引发的法律问题值得关注。

你不尽责任,我有权追讨

李先生与王女士于2005年生育一子,因二人均在职,李先生的父母义不容辞地承担起了照顾孩子的责任。但是在2011年,李先生与王女士因感情不和离婚,双方自愿达成协议,由李先生抚养儿子,王女士每月支付抚养费800元。而实际上,双方离婚之后,李先生未对孩子尽到抚养义务,爷爷奶奶迫于无奈只得继续照顾孙子的生活。2012年,二老将自己的儿子李先生起诉到法院,要求李先生负担自孩子出生起到现在的全部费用。

法院经过调查取证查明,李先生与王女士婚姻期间,二老并没有与儿子儿媳约定需要给付抚养费,而是出于亲情自愿协助抚养孙子,这期间要求子女给付抚养费无法得到法律的支持。双方离婚之后,孩子经协议由李先生抚养,但其没有实际尽到抚养孩子的责任,应该向自己的父母支付孩子的生活费和相关的一些其他费用。因此,法院最后判决,李先生向自己的父母支付包括孩子的幼儿费、医药费和益智类支出等在内的各种费用。

□ 法官释法

作为孩子的法定监护人,从法律层面讲,父母负有不可推卸的抚养责任。但在“隔代抚养”成为普遍社会现象的当下,祖父母、外祖父母对孙子女、外孙子女在经济上的过多付出直接导致了孩子父母对老人的过度依赖。本应安享清福的老人因经济问题与子女发生矛盾成为“隔代抚养”模式下对亲情的最直接伤害。

在孩子父母婚姻正常存续期间,多数祖父母、外祖父母出于自愿为孙辈在生活开销、教育投资、医疗等方面花费支出,这种情况下,因偶然的家庭矛盾等因素促使老人向子女追索抚养费的请求不能获得法律的支持,但因子女不尽赡养、抚养义务而引起的追讨情形除外。当然,在“隔代抚养”模式下,老人为避免日后与子女因经济问题发生纠纷,愿意通过协议约定一定数额报酬的,则可得到法律的支持。

隔代情伤别离,变更抚养非随意

张先生与高女士于2012年经法院调解离婚,双方约定4岁的女儿由高女士抚养。离婚后,因女儿上的幼儿园离爷爷奶奶家较近,为避免中途转学给女儿造成不良影响,双方签署了一份《抚养问题协议》,约定:女儿暂住在爷爷奶奶家,女方可随时探望孩子,并在周末及节假日将孩子接走;孩子在跟随爷爷居住期间,每月花费的所有费用(包含教育、生活、医疗等)中,女方负担1000元,其余费用由男方负担;出于对未来入学考虑,孩子的户口仍跟随奶奶,孩子的所有证件暂时交由奶奶保管。

2014年年初,张先生将高女士起诉至法院,以高女士未尽抚养义务为由要求变更抚养权。高女士对此并不认可,主张是因为张先生和其母亲找其商量,为了不影响女儿的学习成长,希望女儿不要中途转园,其综合考虑后同意让女儿暂住在爷爷奶奶家。在此期间,其也尽到了对孩子的抚养义务,每月给付1000元生活费,每天都去幼儿园或奶奶家辅导女儿学习。目前女儿已经在高女士家生活、学习及居住。

法院经审理认为,张先生与高女士签署之《抚养问题协议》系双方真实意思表示,调解书及协议中对于女儿的抚养事宜进行了明确的约定,且不违反相关法律规定,双方均应遵守并履行。女儿虽在双方离婚后主要随爷爷奶奶生活,但确事出有因,且张先生未提交高女士在离婚后经济条件严重恶化或者其他不适合继续抚养子女的情况出现的有效证据,孩子现在也实际开始随高女士生活,故张先生主张变更抚养权无相应的事实和法律依据,法院对其诉求不予支持。

□ 法官释法

现实生活中,存在出于对孩子教育或其他因素的考虑,父母离婚之后孩子跟随不负有直接抚养义务一方生活的情况。不直接抚养人的父母承担了对孩子的主要抚养责任,不仅孩子对老人产生了依赖心理,老人也和孩子建立了深厚的感情,希望能够继续抚养孩子,遂要求自己的子女起诉原配偶争取孩子的抚养权。但除非确认抚养人在离婚后经济条件严重恶化或存在其他不适合继续抚养子女的情况,否则法院不会轻易变更抚养权。

需要指出的是,离婚后子女无论由父亲或母亲一方直接抚养,都仍是父母双方的子女,子女的抚养问题应当从有利于子女健康成长的原则出发,根据子女的实际需要及父母双方的抚养能力和抚养条件综合确认。

你要我赔偿，我有何失职

2010年，北京市石景山区法院受理的一起“女婿状告岳父赔偿案”引起了社会的高度关注。由岳父照看的外孙在老人打盹的时候攀爬自家的窗户，不幸坠楼身亡。女婿认为岳父照顾外孙失职，向法院起诉索赔30万元。岳父举证时，证明自己曾采取安装护栏等措施尽到了可能范围内的注意义务。法院最后认定纯属意外，没有支持女婿的诉求。考虑到女婿的感受，判令岳父向女婿赔付1万元。

#### □ 法官释法

现实生活中，虽然老人对孩子照顾有加，但毕竟年岁较高，精力有限，因一时疏忽没有看紧，孩子发生意外死亡或受伤的情况难以杜绝。虽然此类事件通过法律渠道解决的为数不多，但后果之严重应当引起重视。

我国民法通则第十六条规定，未成年人的父母是未成年人的监护人。未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的，有监护能力的祖父母、外祖父母作为第一序列担任监护人。

在“隔代抚养”成为社会普遍现象的当下，即使祖父母、外祖父母主动或不得不承担了抚养孩子的责任，父母作为孩子的法定监护人依然负有直接责任。除非祖父母、外祖父母在照顾孩子的过程中出现故意或重大过失，否则无需承担失职之责。（作者系北京朝阳法院亚运村法庭法官）

### 担保人的遗产是否作为担保财产执行

2015年07月14日 中国法院网 文/徐长松

#### 【案情】

2013年8月9日，江某向某商业银行借款20万元。借款到期后，江某未归还。某商业银行催收多次无果，遂起诉，安徽省太湖县人民法院作出（2014）太民二初字第某某号民事判决书，判决生效后，江某未履行，某商业银行向法院申请执行。在执行过程中，张某（公务员）向法院提供担保，法院审查后经某商业银行同意决定暂缓执行。张某向法院出具保证书，保证书注明如果江某在3个月内未付清本息，张某将承担保证责任。两个月后，张某突发疾病死亡。某商业银行要求执行江某和张某财产。法院在传唤江某时，发现江某下落不明且无财产可供执行。查明张某的工资账户余额3000元，住房公积金98000元，未领取抚恤金80000元，81m<sup>2</sup>生活用房一套，无其他财产。法院对张某房屋和工资账户采取查封冻结措施。之后，张某近亲属向法院提出执行异议，认为张某为江某提供的是保证，是人的担保，不是财产担保。担保人死亡，担保责任自然消失。法院不能对张某的财产采取执行措施。

#### 【裁决】

合议庭有两种意见，一种意见认为，张某的担保是一种保证，是人的担保，不是物的担保。担保人不是被执行人，担保人死亡，担保责任自然终止。担保人的其他财产不能作为担保财产执行。另一种意见认为，人民法院对张某的房屋和工资账户采取查封冻结措施符合法律规定。张某作为执行担保的保证人，对江某的执行义务承担连带责任。江某下落不明且无财产可供执行，担保期届满，法院对张某的遗产采取必要的执行措施并无不妥。合议庭最终裁定驳回担保人张某近亲属提出的执行异议。

#### 【评析】

本案争议的焦点不在于执行措施是否得当？本案争议的焦点：一、执行担保如何适用法律的问题？二、担保人死亡后其遗产能否作为担保财产执行？三、关于担保人死亡后追偿权保护的问题。

#### 一、执行担保如何适用法律的问题？

执行担保是在执行过程中，根据《中华人民共和国民事诉讼法》（简称《民事诉讼法》）第二百三十一条规定设定的，由被执行人或者他人向人民法院提供的担保。执行担保分为被执行人或者他人提供财产担保、他人提供保证等形式。由于执行担保是一种特殊的担保，如何适用法律的问题一直存在争议。一种观点认为，执行担保是一种担保形式，就应当受《中华人民共和国担保法》（简称《担保法》）和《中华人民共和国物权法》（简称《物权法》）的调整和规范。另一种观点认为，执行担保不同于民事担保，只能适用《民事诉讼法》及其相关解释的规定，不应当适用《担保法》和《物权法》的规定。笔者认为，执行担保不同于民事担保，执行担保是担保人向人民法院提供的担保，这种担保行为不是民事行为，而是法律行为，执行担保具有强制执行效力。那么，执行担保应不应当适用《物权法》和《担保法》相关规定呢？对于这个问题的回答不能简单的肯定或否定，要根据具体情况确定：1、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（简称《民诉法解释》）第四百七十条规定：“根据民事诉讼法第二百三十一条规定向人民法院提供执行担保的，可以由被执行人或者他人提供财产担保，也可以由他人提供保证。担保人应当具有代为履行或者代为承担赔偿责任的能力，他人提供执行担保的，应当向执行法院出具保证书，并将保证书副本送交申请执行人。被执行人或者他人提供财产担保的，应当参照物权法、担保法的有关规定办理相应手续。”《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）》（简称《执行规定》）第84条规定：“被执行人或其担保人向人民法院提供执行担保的，应当依据《中华人民共和国担保法》的有关规定，按照担保物的种类、性质，将担保物移交执行法院，或依法到有关机关办理登记手续。”《民诉法解释》和《执行规定》只是明确和进一步明确了担保人提供财产担保时应当依照《物权法》和《担保法》的规定办理相关手续，并没有明确阐释提供财产担保应当遵循《担保法》和《物权法》的其他规定；2、《民诉法解释》第四百七十条规定担保人向执行法院出具的保证书亦不属于保证合同范畴，它不是平等主体之间订立的，也不受保证合同格式的制约，保证书具有强制执行效力，保证合同本身不具有。由此我们可以得出结论，执行担保不同于其他担保，不能生搬硬套《担保法》和《物

权法》的相关规定。但是目前有关执行担保适用的法律条文少之又少，具有可操作性的条文更是寥寥无几，个别条文因缺乏相互印证，还容易发生理解上的歧义，继而导致执行工作不规范甚至导致违法执行。如《民诉法解释》第四百七十一条规定：“被执行人在人民法院决定暂缓执行的期限届满后仍不履行义务的，人民法院可以直接执行担保财产，或者裁定执行担保人的财产，但执行担保人的财产以担保人应当履行义务部分的财产为限。”有人就理解为直接执行的担保财产包括他人提供财产担保的财产，其实是不正确的。正确的理解应该是人民法院可以直接执行的担保财产专指被执行人提供财产担保的财产，他人提供财产担保的财产和保证人的其他财产不能直接执行，必须经过裁定，否则将会导致程序错误。

## 二、担保人死亡其遗产能否纳入担保财产执行？

《民事诉讼法》第二百三十二条规定：“作为被执行人的公民死亡的，以其遗产偿还债务。”《解释》第四百七十五条规定：“作为被执行人的公民死亡，其遗产继承人没有放弃继承的，人民法院可以裁定变更被执行人，由该继承人在遗产的范围内偿还债务。继承人放弃继承的，人民法院可以直接执行被执行人的遗产。”但是在执行担保案件中，作为担保人的公民死亡，其遗产是否可以作为担保财产执行？法律及其司法解释对此没有作出明确规定。有一种观点认为，执行担保既然分为财产担保和保证，从法律层面上就赋予了担保人选择物的担保和人的担保的权利。担保人选择设定的是财产担保，担保人死亡并不影响对担保财产的执行；担保人选择设定的是保证，担保人死亡，担保主体消失，担保责任自然消失，人民法院不能对担保人的遗产执行。

笔者不赞同这种观点，《执行规定》第85条规定：“人民法院在审理案件期间，保证人为被执行人提供保证，人民法院据此未对被执行人的财产采取保全措施或解除保全措施的，案件审结后如果被执行人无财产可供执行或其财产不足清偿债务时，即使生效法律文书中未确定保证人承担责任，人民法院有权裁定执行保证人在保证责任范围内的财产。”可见，执行担保人虽然不是被执行人，但在执行程序中的地位等同于被执行人。执行担保与其他担保相比，更具严肃性和强制性。因此，担保人死亡应当比照被执行人死亡的相关规定执行。也就是说，作为执行担保人的公民死亡的，以其遗产作为担保财产承担担保义务。作为执行担保人的公民死亡，其遗产继承人没有放弃继承的，人民法院可以变更担保人，由该继承人向执行法院出具保证书，在担保人遗产范围内承担或者继续承担担保责任。继承人放弃继承的，人民法院可以裁定执行担保人的遗产。

## 三、关于担保人死亡追偿权的保护

当担保人履行担保义务后死亡或者担保期间担保人死亡的，在其遗产继承人履行担保义务或者人民法院直接执行担保人遗产后，关于执行担保追偿权的问题，目前还没有对此作出明确的规定。执行担保追偿权涉及担保人及其利害关系人的合法权利的保护，不能也不应该成为法律遗漏的问题，应当尽快加以修改和完善。笔者认为，在现有法律框架内，执行担保追偿权可以比照《担保法》第三十一条、第五十七条、第七十二条等相关规定，有权向被执行人追偿。1、担保人承担担保责任后死亡的，由其近亲属行使追偿权；2、担保人死亡后遗产继承人承担担保责任的，由该遗产继承人行使追偿权；3、人民法院直接执行担保人遗产的，由担保人近亲属行使追偿权，在行使追偿权的近亲属中应当包括放弃遗产继承人，因为放弃遗产继承并不等于放弃追偿权。

综上所述，执行担保是一种特殊的担保，由于受法律条文规范的限制，目前在执行实务中对执行担保的理解和标准的把握都存在差异，因此必须加强对执行担保法律条文及其司法解释的规范力度，努力做到有法可依，执法必严，尽量避免类似本案执行异议的情况发生。

（作者单位：安徽省太湖县人民法院）

## 为抚养费离异家庭“战火”不断

### 法官提醒离异父母对未成年子女有抚养教育之责

2015年07月14日 上海法治报 记者 王川 通讯员 朱春叶 冯潇剑

夫妻离婚虽然解除了双方的婚姻关系，但是对于有子女的家庭而言，为父为母的法定义务仍然存在。司法实践中，夫妻双方追求个人独立与自由的同时，对于未成年子女抚养方面往往会产生一定分歧，而且随着子女的成长以及负有抚养费给付义务一方境遇的变化，这类分歧会呈现多样化的趋势。

为减少未成年人在成长过程中遇到的困扰，本期专家坐堂专门邀请了虹口区法院未成年人案件综合审判庭的资深法官对相关案件予以讲评。

本期专家：桑家旺，虹口区法院未成年人案件综合审判庭审判员，具有丰富的涉少案件审判经验。

#### 【案例一】

儿子18岁还在读高中法院判父亲仍付抚养费

王明今年18周岁，是一个非常帅气的小伙子。然而，外表阳光的他却从未感受过父爱的温暖。父母在他刚出生几个月的时候就闹离婚了，后经法院调解，王明父亲表示，愿意每月支付300元抚养费供王明读书和生活。之后王明一直跟随母亲生活。

据王明母亲反映，王明的父亲有赌博的嗜好，平时没有工作，并经常以此为理由不支付抚养费，无奈之下，王明母亲只好通过法律途径寻求帮助。在执行法官的帮助下，王明的母亲发现，王明的父亲虽然没有工作，但是每月有房屋租金收入，所以多年来王明的抚养费多是靠其母亲申请法院强制执行而获得。

当然，有时王明母亲会当着王明的面向其父亲要钱，也难免会情绪失控，向王明指责他父亲种种不负责任的行

为。王明深知母亲的不容易，将这一切看在眼里、记在心底，渐渐滋生了对父亲的怨恨。他实在想不通，父亲既然给了自己生命，为什么又不肯抚养自己。要强的王明慢慢地心里抵制父亲，不愿与父亲见面。

后来，王明读了高中，学习费用和生活开销上升，原来 300 元的抚养费已远远不能满足他的日常生活需要。因此，王明母亲代王明起诉至法院，要求王明的父亲增加抚养费至 1000 元，并一直支付到王明 18 周岁为止。经法院调解，王明的父亲把每月的抚养费变更为 1000 元。但这笔钱拿到手并不容易，每次索要这笔钱时，王明母亲总是要通过法院强制执行才能拿到。

就这样，一年多时间过去了，王明已经年满 18 周岁，父亲认为他已经成年了，便开始不再支付抚养费。可是，王明由于读书晚，现在仍就读高三，加上母亲经济状况也不好，无力单独承担王明的生活费、学费等，无奈的王明只能以目前尚无独立生活能力为由，再次起诉，要求父亲继续按 1000 元的标准支付抚养费至自己高中毕业。

面对法院的传票，王父双手一摊，称自己没有工作，目前每月只靠少量失业金勉强能够维持基本生活，根本没有能力再支付王明的抚养费。况且他认为孩子满 18 周岁后，父母就没有责任再抚养他了。他举例说，如果王明将来要读大学、读研究生、读博士，这样一直读下去，难道自己也要一直付抚养费吗？同时他表示，离婚后，前妻一直不让自己看儿子，长时间下来，儿子和自己早就没有了感情，现在自己也不想再探望儿子。

对于这对形同陌路的父子，承办法官对王明的父亲一直以来不主动履行抚养义务的行为进行了批评，同时也劝诫王明的母亲要淡化因婚姻纠葛对孩子产生的不良影响，不要让父母恩怨影响到孩子的健康成长。最后考虑到王明尚在读书阶段以及王父的实际经济情况，法院判决王明父亲每月给付王明抚养费 350 元至其高中毕业为止。

#### 【法官点评】

父母离婚仍有抚养义务

子女有权利索要抚养费

根据最高人民法院关于婚姻法解释（一），父母抚养孩子的义务截止到孩子 18 周岁。一般情况下，超出 18 周岁，父母没有法定抚养义务。包括孩子上大学期间的抚养费，父母已无法定支付的义务。最高院的司法解释明确指出，孩子超过 18 岁，尚须父母履行抚养费义务的情况，是指：（一）孩子尚接受高中及以下教育；（二）孩子非因主观原因无法维持正常生活。

非因以上的情况，父母对于 18 岁以上的孩子，没有履行抚养的义务。本案中，王明虽然年满 18 周岁，但还在高中读书，尚不能独立生活，王父虽没有工作，但也应承担起做父亲的责任。

法官提醒，父母离婚后，对于未成年子女仍有抚养和教育的权利和义务，父母不履行抚养义务时，未成年的或不能独立生活的子女，有要求父母给付抚养费的权利。

#### 【案例二】

父亲无业拒绝增抚养费

法院判其承担抚养责任

小严是一名小学生，3 岁时，父母因感情不和而离婚，法院判决其随母亲生活，父亲每月支付抚养费 800 元，并和小严母亲各半负担小严的教育费、医疗费。同时，法院还判决，离婚后小严母亲搬离当时居住的小严父亲和小严爷爷共有的房屋，小严父亲向其支付补偿款 8 万元。后来，双方对这笔钱的支付时间产生争议，导致小严和母亲迟迟没有搬离，一直居住在原来的房子里。

小严爷爷很喜爱孙女，不愿孙女出去受苦，自然也对小严母女的行为表示支持。然而几年后，小严爷爷去世，小严父亲继承了房产，变成了该房屋唯一的产权人。在多次要求小严母亲搬离未果后，小严父亲强行将房屋出售。之后，买受方多次上门吵闹，小严母亲考虑到孩子的安全，她决定带着小严在外租房居住，这样一来，每月多增加了 2000 多元的房租开销。

而小严的父亲虽并无正当职业，但还有其他车、房财产，再加上卖房所得，生活条件比较优越。小严母亲认为自己一人收入微薄，小严的生活和学习开销又渐渐大起来，原来给付的抚养费已不足维持基本生活。想到小严父亲有车有房，过着舒适的生活，还非要把自己从房子中赶出来，小严母亲非常生气，遂一纸诉状将小严父亲告上法院，要求小严父亲增加抚养费至 2500 元。

小严父亲辩称，自己和小严母亲离婚之后已与其他人结婚，另外组成了家庭。离婚后，自己和老父亲一直要求小严母女搬离，但她始终没有搬离，所以自己才强行卖房。现在住的房子和使用的汽车都是现任妻子婚前财产。而且自己目前没有工作，处于失业状态，无力承担女儿小严的抚养费。

承办法官从当事人处了解到，小严父亲的社保查询记录确实未缴费，但此前一直有缴费记录，且最后一次缴费基数超过万元。

法庭审理后认为，根据社保缴费情况反映，近几年来，小严父亲大部分时间均在金融企业工作，收入较高。虽然小严父亲辩称自己目前没有工作，但他有义务也有能力去工作，身为孩子的父亲，理应承担做父亲的责任。因此，法院判决小严父亲将抚养费增加至 900 元，并按 50% 负担小严的教育费、医疗费。

#### 【法官点评】

孩子长大可增加抚养费

没工作不能免抚养义务

离婚时，抚养费数额较低，之后随着孩子年龄的增长和学习、生活支出的增加，原抚养费已不足维持当地生活水平的，可以以孩子名义诉至法院，要求另一方增加抚养费。

抚养费具体数额由法院根据不实际抚养一方的父或母的经济状况、子女的实际需要、当地的生活、教育水平等予以确定。法官提醒，即便不直接抚养费孩子的一方处于失业状态，也应根据能力水平尽力抚养孩子，不能因为没有工作而免除抚养义务。

### 【案例三】

父亲拒付课外补习费用

法院判不应超过承受力

父母离异后，亮亮随母亲生活，现在已经快10周岁了。亮亮母亲对孩子很是疼爱，也对她给予了很高的期望。通过和朋友以及亮亮同学的父母交流，亮亮母亲发现，身边的孩子都在参加课外补习班。望女成凤的她心里非常着急，生怕亮亮落后，所以，除了正常的学校学习以外，她还为亮亮安排了跳舞、数学、书法、游泳等补习班。

不幸的是，亮亮母亲患了重病，出院后经鉴定，她丧失了劳动能力，同时原单位也倒闭了，目前没有收入来源。一想到亮亮的生活来源以及费用不菲的补习班，亮亮母亲就焦虑万分。亮亮母亲与孩子父亲沟通后也未获得他的支持，在两人的争执之下，亮亮母亲来到法院，希望亮亮父亲将抚养费调整为1200元。

亮亮父亲在法庭中表示，按照离婚时的约定，自己每月支付350元抚养费，医疗费、教育费双方各承担50%。

但是实际上女儿每次生病自己都会陪着去医院，也会出医疗费，算上医疗费和教育费自己实际每月支付500元。

亮亮父亲说，女儿就读的是公立学校，学费不高，自己支付的费用足够生活。亮亮母亲之所以说抚养费不够，是因为不顾自己经济情况，给孩子报了大量课外辅导，这种做法不仅剥夺了孩子正常的休息时间，不利于女儿健康成长，也超出了父母的实际经济情况。他表示，自己不支持这种做法，也不愿承担课外补习的费用。

而亮亮母亲则认为，现在女儿读书竞争压力非常大，别人都在报班学习，自己女儿如果不学习就会落后，自己也是无奈之举。况且自己选择的课外学习项目费用算不上特别高，别人家的孩子费用更高。她向对方表示，知道他也非常爱护自己的女儿，希望每月适当提高抚养费，现在的补习都是为女儿的将来发展考虑。

法官在庭审中对双方进行了劝解，希望亮亮母亲以后在为孩子报班的时候，多与亮亮的父亲沟通，征得其同意和理解，同时应考虑自身经济实力，不要超出自己的实际能力。同时，亮亮的父亲也应该理解其母亲希望孩子成才的心情，双方应多多沟通。

经过调解，双方自愿达成协议适当提高费用，亮亮父亲每月支付800元抚养费，医疗费以及学杂费、校服费、学校组织的旅游费、保险费等各半承担。

### 【法官点评】

抚养费指日常开销费用

特殊费用双方协商解决

夫妻双方在离婚时，可以对抚养费问题自行约定解决。一般抚养费包括孩子的日常生活开销以及基本学习费用、医疗费用等，如之后孩子生病有大额医疗费用产生，则可以要求对方另外分担。

对于孩子参加大量补习班、读昂贵的私立学校等特殊情况，父母双方需要事先充分沟通协商，不应超出自己的经济承受能力。

（文中人物均系化名）

## 你的代书遗嘱生效吗？

2015年07月16日 中国法院网 海法宣

依据我国《继承法》的规定，公民可以通过订立遗嘱的方式处分个人财产。很多老年人往往因自身文化程度有限、对法律不够了解或疾病等，选择他人代书遗嘱的方式订立遗嘱。而法律对代书遗嘱的内容、形式等均作出比较严格的规定。在司法实践中，涉及代书遗嘱的继承纠纷案件中，大量代书遗嘱因不符合法律规定而被法院认定无效。

立遗嘱人不签字，代书遗嘱无效

苏某的老伴已过世多年，2014年10月，苏某也因病去世，留下位于海淀区的一套房屋。办理完老人的后事，苏某的小女儿苏晓梦想起父亲生前曾留给自己一份遗嘱，要把房屋留给她。由于哥哥苏晓军也已经去世，苏晓梦拿着父亲生前的遗嘱找到嫂子韩莉和侄子苏瑞，想要继承房屋。韩莉和苏瑞称，从没听老人说立过遗嘱，认为苏晓梦已经先去世了，所以房屋应该由苏瑞和苏晓梦共同继承。双方达不成一致意见，诉讼到法院。法院经过审理后发现，苏晓梦提交的代书遗嘱上落款处虽然按有苏某的手印，但是却缺少苏某的签字。苏晓梦称自己的父亲身体不好，所以就没有签字。最后，法院以不符合法律规定的形式而未确认代书遗嘱的效力。

### 【法官释法】：

根据我国《继承法》的规定，代书人、见证人和立遗嘱人均要在代书遗嘱上签字，只有在立遗嘱人确实因病或因其他原因不能书写的情况下才能以按手印代替。而在诉讼中，主张遗嘱继承的一方需要对遗嘱的真实有效承担责任，因此不仅需要提交代书遗嘱，还需要提供证据证明立遗嘱人存在不能书写的客观情况。

### 【法官提示】：

如果老人确实年事已高、因疾病或其他原因无法书写，又想通过代书遗嘱方式订立遗嘱，可以通过录像或录音



的方式加以辅助，同时，留存好正规医院出具的老人无法书写的相应病例材料或诊断证明。

**近亲属做代书人，代书遗嘱无效**

韩某与赵某系夫妻，两位老人在2014年相继去世，留下韩小莲、韩小丽、韩小华三个子女。韩小丽拿出一份遗嘱，称父母曾经委托自己订立过代书遗嘱，想要把房产留给弟弟韩小华的儿子、老人唯一的孙子韩琦。韩小莲却对遗嘱提出质疑。各方就此产生争议，韩琦以自己的父亲韩小华和两个姑姑韩小莲、韩小丽为被告起诉到法院，要求按照遗嘱继承韩某与赵某的遗产。法院审理过程中，韩小丽拿出遗嘱原件，表示愿意尊重父母遗愿，由韩琦继承遗产。然而代书遗嘱中的代书人为韩小丽本人，见证人是韩小丽的配偶胡某。韩小莲认为该代书遗嘱无效。最后，该案经过法院调解，各方协商处理了老人的遗产。

**【法官释法】：**

根据我国《继承法》的规定，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，同时，以下三类人员不能作为遗嘱见证人：1、无行为能力人、限制行为能力人；2、继承人、受遗赠人；3、与继承人、受遗赠人有利害关系的人。因此，该案例中，韩小丽及其配偶胡某分别作为代书人和见证人是不符合法律规定的，韩小丽帮助父母订立的代书遗嘱实际也是无效的。

**【法官提示】：**

订立代书遗嘱时，见证人最好选择与继承人、被继承人无关的人，比如居委会、村委会的工作人员、所在单位的领导、律师、基层法律工作者等，一方面，这些人员具备一定的专业知识和文化素养，另一方面，这些人员相对比较中立，而尽量不要选择朋友、亲属、邻居等。

**见证人未参与立遗嘱全过程，代书遗嘱无效**

2013年底，陈大爷去世了。陈大爷的三个子女找到陈大爷的后老伴于某，要求继承父亲的房产。于某则拿出一份代书遗嘱，称陈大爷已经决定百年之后将房子继续留给她。陈大爷的三个子女则认为父亲不可能将房子留给于某一人，双方就此产生矛盾。后于某将陈大爷的三个子女诉至法院，要求按照遗嘱，由其一人继承陈大爷的遗产。陈大爷的三个子女对代书遗嘱提出质疑，于某则提供代书遗嘱的两位见证人刘某、洪某作为证人，证明代书遗嘱的真实有效。庭审中，证人刘某详细陈述了其作为代书人，帮助陈大爷订立遗嘱的经过。而证人洪某却对代书遗嘱的订立过程吞吞吐吐。在法官再三询问下，洪某说，当时他去外面抽烟了，陈大爷和刘某说什么没有听清，等他抽烟回来，刘某已经起草完代书遗嘱的内容，陈大爷和刘某都已经签字，自己就在旁边也签了名字。法官又问洪某代书遗嘱的具体内容，洪某说，自己也没仔细看，记不太清了。最终，法院认为洪某并没有参与立遗嘱全过程，同时，对代书遗嘱的内容也不清楚，因此，该代书遗嘱的订立过程并不符合法律规定，因此认定代书遗嘱无效。

**【法官释法】：**

采用代书遗嘱的方式订立遗嘱，两位见证人都必须全程参与订立遗嘱的过程，确保遗嘱内容是立遗嘱人的真实意思。法院在审理案件时，如果继承人对代书遗嘱的效力提出质疑，通常会对见证人进行询问，以了解订立代书遗嘱的过程和情况。如果见证人没有参与订立代书遗嘱的全过程，或者无法清楚表述订立代书遗嘱的经过、遗嘱的具体内容等，则很难认定代书遗嘱的效力。

**【法官提示】：**

一方面，选择见证人的时候尽量选择思维清晰、有一定文化素质、有责任心的人员担任。很多老年人选择自己的老同事、老朋友作为见证人，然而这些人员年龄较大，有一些已经无法清晰表达，甚至先于立遗嘱人去世，因此并不适合作为见证人。另一方面，在订立代书遗嘱时，应告知见证人见证遗嘱的后果，如果日后产生争议，可能需要见证人说明代书遗嘱的内容及具体订立经过。（文中人物均系为化名）

作者单位：北京市海淀区人民法院

## 法定继承案件的几类常见问题

2015年07月01日 中国法院网 海法宣

1、与父母同住，是“赡养”还是“啃老”？

多子女家庭的法定继承案件中，经常遇到一方主张其与父母同住，尽到了较多的赡养义务，应当多分遗产；而另一方却认为父母除需以退休工资及积蓄支付自身日常支出外，还需负担同住子女的日常生活费，所以，与父母同住的子女实为“啃老”，不应多分遗产。

**【法律依据】**我国《继承法》第十三条规定，同一顺序继承人继承遗产的份额，一般应当均等。对生活有特殊困难的缺乏劳动能力的继承人，分配遗产时，应当予以照顾。对被继承人尽了主要扶养义务或者与被继承人共同生活的继承人，分配遗产时，可以多分。有扶养能力和有扶养条件的继承人，不尽扶养义务的，分配遗产时，应当不分或者少分。

**【法官提示】**

法定继承案件中，与父母共同生活的子女是否可以多分遗产，应综合被继承人的身体状况（如是否患有慢性病需要长期陪护）、同住子女有无经济收入、其他子女对父母的探望情况等综合予以认定。值得注意的是，对老人的赡养包括经济扶助和精神抚慰，因此，尽管与父母同住的子女在住房等方面受到了“额外的照顾”，但不能就此认定其为“啃老”，除非属于有劳动能力但拒绝劳动、仅以老人的经济资助作为生活来源的情况。

## 2、父母购房时子女的出资行为是否影响房屋的产权归属？

父母在购买房改房时，部分子女曾支付了部分购房款。父母与出资子女并未就房屋产权归属作出明确约定。父母在世时，该房屋一直由父母居住使用。父母去世后，分割遗产时，出资子女认为该房屋属于其与父母的共同财产，应当进行析产继承；未出资的子女则认为房屋为父母的共同财产，出资子女所付购房款应视为对父母的赡养或与父母之间的债权债务。

**【政策背景】**房改房，又可以叫做已购公房，是指城镇职工根据国家和县级以上地方人民政府有关城镇住房制度改革政策规定，按照成本价或者标准价购买的已建公有住房。购买房改出售的公有住房有一定的优惠政策，公有住房的价格在标准价或成本价的基础上还有工龄、职务或职称方面的优惠折扣。

### 【法官提示】

对于父母购房子女出资的情况，父母与出资子女就房屋权属有约定的，从约定；无约定的，原则上子女的出资行为不足以变更房屋产权归属，所购得的房改房应为父母共同财产，父母去世后作为父母的遗产。对于出资子女的出资额，可以作为父母向其所负债务以遗产进行清偿或在分割房屋份额时予以考虑。

## 3、各继承人均主张继承房产又无力支付补偿时，遗产房屋的分割方式？

父母生前购买的房屋，父母去世后作为遗产由多个子女按照法定继承的处理。尽管各子女均希望由自己继承所有遗产房屋，但均无力向其他继承人支付相应的补偿。

**【法律依据】**我国《继承法》第二十九条 遗产分割应当有利于生产和生活需要，不损害遗产的效用。不宜分割的遗产，可以采取折价、适当补偿或者共有等方法处理。

### 【法官提示】

对于遗产房屋，各继承人可协商由一人继承所有，并就其他继承人所应继承的份额向其他继承人支付相应补偿；如各继承人均无力支付补偿，可以通过明确各自继承比例的方式就遗产房屋共有。今后，各继承人可通过出售遗产房屋、分割售房款或出租遗产房屋、分割房租等形式行使权利。

作者单位：北京市海淀区人民法院

## 婚外性行为现场证据的效力认定

2015年07月17日 审判研究

据统计，因婚外情导致离婚诉讼的案件占婚姻诉讼案件的60%以上。[1]在审判实践中，对于因为存在婚外情而发生不正当关系，即婚外性行为现场证据的效力判断，一直是一个难题。笔者认为，认识这一问题，可以性隐私权与性知情权的冲突与衡平为视角，进而判断证据的正当或非法。

### 一、问题的提出

#### （一）偷拍的效力

##### 1. 跟踪偷拍：证据被认不合法

案例1：1996年3月，丁某与马某认识并登记结婚。婚后因丁某不孕，婚姻出现裂痕。2004年5月，马某与朱某认识，并成了“相好”。丁某得知这一情况后便决定离婚。为了证明对方存在过错并能够获得精神损害赔偿，她安排其弟跟踪马某，并偷拍下马某与朱某关系亲密的一些镜头，以此来作为丈夫与她人存在不正当关系的证据。丁某2004年9月将马某告上法院，请求判决他们离婚，并判令马某赔偿其精神损失费两万元。

诉讼过程中，丁某向法庭出示了马某与朱某同居时的亲昵照片及资料。而马某却认为丁某派人对其跟踪，偷拍他和朱某的一些照片，侵犯了他的隐私权，证据不合法。法院审理认为，丁某提供的证据因为是第三人通过跟踪、偷拍的手段所得，侵犯了他人隐私权，该证据不具有合法性，故不予采纳。经法庭主持调解，丁某放弃了精神损害赔偿诉求，法院判决准许丁某与马某离婚。[2]

##### 2. 家中安装摄像头偷拍：证据被认合法

案例2：1998年9月，小萍和小军相识并登记结婚。婚后不久，小萍离家到国外打工，小军则在老家找了一份工作。因长期分居，小萍获知小军有了外遇，便在自家卧室内偷偷安装了监控摄像头，并偷拍到了小军多次和一位异性在家中发生不正当关系的证据。小萍要求法院判令其与小军离婚，并判令小军赔偿其精神损失费5万元，小军只分夫妻财产的20%。庭审过程中，法庭当庭播放了小萍对小军通过监控方式获取的录像证据。

法院审理认为，小萍在自己家中安装摄像头偷拍丈夫与其他女人发生婚外性行为的证据，并没有侵犯他人隐私权等其他权利，该证据合法有效，判决小萍与小军离婚，判令小军赔偿小萍精神抚慰金4万元，夫妻原有共有财产一人一半。[3]

#### （二）现场直拍的证据效力

##### 1. 他人房中现场拍摄：行为被判侵权

案例3：陈某诉妻子成某离婚案在上海南汇法院审理期间，成某获悉丈夫在安某租赁的房屋内后，便邀自家亲戚王某等3男3女到该房屋内，拍摄了安某和陈某同睡一床的照片。同去的3名男性将陈某围住，成某打了安某的耳光，并按住安某不让她起床。王某剥去了安某的内衣，安某用毯子遮盖自己的身体，在与成、王两人的争执过程中，臀部外露。为此，安某诉至法院，要求成、王二人因为对她的侮辱行为赔礼道歉并赔偿精神抚慰金5万元。

法院认为，公民享有名誉权，公民的人格尊严受法律保护，成某调查收集丈夫陈某不忠于妻子的证据未尝不可，

但其行为应合乎法律规定。成某和王某在安某租赁的房屋内捉奸，侵害了安某的人格权，构成了对安某的精神损害，成、王二人对此应承担民事责任。[4]

## 2. 自己家中现场拍摄：行为合法有效

案例 4：章某的丈夫石某与同事黎某之间有了婚外同居关系，导致夫妻感情恶化。某天章某到外地出差，由于航班取消耽误了行程。当晚回家，却发现石某与黎某一起睡在自己家的床上，愤怒的章某当即用随身携带的数码相机拍了照。事后章某向法院起诉，请求判令其与石某离婚，并要求石某赔偿精神损失一万元。石某同意离婚，但认为章某拍照取得的证据不具有合法性，不应作为认定其与黎某有婚外同居关系的事实依据。

法院认为，章某为保护自己的合法权益，在自家卧室内通过拍下丈夫与她人同居照片的方式取证，行为合法，证据应认定有效，章某作为无过错一方向石某索赔精神损失有法律依据，依法应予支持。故判决章某与石某离婚，石某赔偿章某精神损失八千元。石某不服，以捉奸证据不合法，其不应赔偿精神损失为由提起上诉，二审法院判决驳回上诉，维持原判。[5]

## 二、性知情权与性隐私权之冲突与衡平

### （一）性隐私权

什么是隐私权？我们先看什么是隐私。

第一种观点认为，隐私是一种与公共利益、群体利益无关，当事人不愿他人知道或他人不便知道的个人信息，当事人不愿他人干涉或他人不便干涉的个人私事，以及当事人不愿他人侵入或他人不便侵入的个人领域。[6] 依通说观点，隐私本身并无合法与非法之分，只要是满足“不愿他人知晓”或“不便他人知晓”的个人信息、个人私事和个人领域，即构成隐私。

第二种观点认为，隐私即秘密，是指尚未公开的，合法的事实状态和一般情况。[7] 该书将隐私定义为合法的隐私，非法的隐私则不构成隐私。“隐私应当是一种合法的，不危害到公共利益或他人利益的事物或行为的信息。”

[8] 合法的隐私是指符合法律明文规定和社会公德的隐私。非法的隐私是指违反法律明文规定或违背社会公德的隐私，分为违法的隐私、一般违规的隐私与法不调整的隐私（或可称为中性隐私）。[9]

笔者赞成第一种的观点。隐私就是一种客观事实或实际状态，是人的一种自然权利，其本身不应有合法与非法之分。“隐私的自然属性告诉我们，只要主体愿意隐瞒，隐私客体即可成为隐私事实，即使违反法律或公序良俗，隐私照样可以产生并继续存在。”[10] “无论隐私内容如何，是否违反道德或法律，也无论社会舆论或国家法律对隐私内容作出怎样的评价，隐私的内容总是客观存在的，不以他人是否承认或如何评价为转移。”[11] 同时，还应当注意：虽然隐私本身无合法与非法之分，但涉及隐私的行为却存在合法与否的判断。

据此，对于夫妻而言，婚外性行为是一种不道德的行为，甚或因重婚或婚外同居而构成违法犯罪行为，行为主体当然不愿意他人知晓二人之间的如此秘密；其次，婚外性行为是行为主体二人的私事无疑。因此，婚外性行为当然应当属于个人的隐私。

那么，婚外性行为主体对此行为是否享有隐私权呢？隐私权依通说是指自然人享有的对其个人的，与公共利益、群体利益无关的个人信息、私人活动和私有领域进行支配的具体人格权。[12] 这种人格权是一种法律上的权利，不受不法僭用或侵害，不得以可能造成一般人的精神痛苦或感觉羞辱之方式非法侵入。与性隐私权对应的，即权利主体以外的所有不特定人，都负有对他人涉及性行为的隐私不予侵入、窥视、干扰、刺探、调查、擅自公布并严格保守秘密的义务。

### （二）性知情权

广义上的知情权，既有公法权利的属性又有私法权利的属性。公法知情权即涉及公共利益和社会利益的知情权——知政权、社会知情权和法定知情权，公法知情权的相对人没有选择余地。而私法知情权就是不涉及公共利益的知情权，仅是知情权主体个人对他人隐私应当知道的权利，私法知情权的相对人可以拥有选择权，即是否向一定的对象公开隐私。[13]

比如，医生给病人看病，病人需根据病情需要向医生展示其身体秘密。医生为了治病救人对病人的身体进行触摸诊断病情的行为，则不能构成对病人隐私权的侵害，医生对病人是合法的私法知情权主体。但医生对掌握的病人的隐私有不得对第三人传播公布的保密义务。可见，知情权是隐私权的例外，其权利行使的边界也自然成为隐私权行使的边界。

性知情权则是夫妻关系特殊领域中的知情权，笔者认为其具备以下特征：一是以夫妻忠诚义务为基础，因男女双方中的一方对另一方拥有其是唯一性伴侣的权利，或者是一方期望另一方遵守和履行唯一性伴侣忠诚义务，从而产生的夫妻任何一方对另一方在婚姻存续期间性行为有知情的权利。二是以保持家族遗传基因的纯洁性及社会关系稳定性为目的，同时从身心健康权来说，则可保护自己免受因性滥交而带来的感染性病的危险。三是以夫妻双方互为权利行使主体为限定，将夫妻之外的任何他人排除。

这也为我国法律所肯定。《婚姻法》第二条规定，我国实行婚姻自由、一夫一妻、男女平等的婚姻制度；第三条规定，禁止重婚，禁止有配偶者与他人同居；第四条规定，夫妻应当互相忠实，互相尊重。家庭成员间应当敬老爱幼，互相帮助，维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系；第四十六条规定，有下列情形之一，导致离婚的，无过

错方有权请求损害赔偿：重婚的和有配偶者与他人同居的。

最高人民法院《关于审理离婚案件处理财产分割问题的具体若干意见》也明确规定，法院在处理离婚案件时，在财产分割上要坚持“照顾无过错方”原则。《刑法》第二百五十八条规定，有配偶而重婚的，或者明知他人有配偶而与之结婚的，处二年以下有期徒刑或者拘役。这些法律条文虽然并无明确“知情权”字眼，但无疑为夫妻双方性知情权的同等保护提供了支撑。法官在审理过程中对此也形成了共识：婚中性行为，一方必须保持、遵守和维护另一方的性知情权。而基于夫妻之间忠实义务中最基本内容的性知情权，夫妻双方就因此必然拥有了对对方性行为的知情权。

### （三）性隐私权与性知情权的冲突与衡平

如上所述，性隐私权属绝对权力，本身并无合法或非法之分，但涉及性隐私的行为却可以进行合法或违法的判断，其主体所享有的隐私权范围从而有所不同。与性隐私相关的合法行为，隐私主体享有绝对、完全的隐私权；与性隐私相关的违法行为，则随着法不调整的隐私、一般违规的隐私、违法的隐私（轻微违法的隐私、一般违法的隐私、严重违法的隐私）[14]的变化，其主体所享有的性隐私权的范围逐渐变窄，同时性知情权的边界随之扩张。因此，当性隐私权遇到性知情权，二者之间就存在一个冲突与衡平的问题。

在本文语境下，受婚外性行为侵害的合法婚姻一方的当事人当然具备性知情权。然而，上文所举四个案例中，为何夫妻一方的性知情权保护，在法庭上却又出现截然不同的两种效果呢？关键在于性知情权的获取方式不同，证据效力不同。

我国法律明确规定，取证要合法进行。最高人民法院《关于民事诉讼证据若干问题的规定》第六十八条和《关于行政诉讼证据若干问题的规定》第五十八条都规定：“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，不能作为认定案件的依据。”所以，虽然是有权取证主体，但是获取对方与他人发生不正当关系证据的方式侵犯了他人的合法权益或者违反了法律的禁止性规定，其证据也不能作为合法有效的证据予以使用。在这里，存在着一个法益优先的原则——谁的权利优先，法律就保护谁。

### 三、法益优先原则的司法运用

在司法过程中运用法益优先原则，应从以下几个方面综合考虑：

1. 取证主体。根据对隐私取证的一般原理，对隐私进行取证的主体，包括有权主体和无权主体。有权主体是指有法律依据和正当理由对他人隐私进行取证的主体，包括法律赋权主体、合法知情主体、隐私侵权主体三种类型。无权主体则是没有法律依据和正当理由对他人隐私进行取证的主体。

有权主体调查他人隐私不视为侵权，取得的证据可以作为合法有效的证据使用；无权主体调查他人隐私则视为侵权，取得的证据为非法证据应予以排除。但是，从侵犯隐私权的判断标准理解，隐私侵权主体，也就是受害人取证主体的取证行为应受到严格的限制。因为侵犯隐私权的判断标准重点应着眼于侵权行为的结果是否使公民产生精神压力和思想负担，个人的心灵安宁是否受到破坏，而不能以是否公开并造成社会评价的降低为根本要件。

可见，个人对他人性隐私需要取证时，如果能通过国家公权力应尽可能地申请国家公权力取证。除非是情况紧急，不立即采取措施，证据瞬间即失或可能瞬间即失或以后难以取得或取得的价值太大的情况下，有权取证的个体才可以取证。

案例1中，丁某的弟弟跟踪偷拍的证据之所以被排除，是因为丁某的弟弟并不是丁某丈夫与朱某的婚外性行为的有权取证主体，既不是法律赋权主体，也不是合法的性知情权主体，同时也不是性隐私侵权主体。他虽然是基于有权取证主体安某的委托授权，但是，由于该授权侵犯了他人的性隐私权，而且，客观上有造成他人隐私泄露扩散的严重风险隐患，故法院依法优先保护性隐私权，来禁止以第三人跟踪偷拍的方式捉奸。

如果是丁某本人跟踪偷拍，因其是有权取证主体，则其偷拍到的证据是合法证据，法院应当依法采信。这除了其跟踪到自己家中偷拍，而且，即使在公共场所，比如公园、郊外等，甚至是跟踪进入发生不正当关系人的私人隐秘场所，如果不是事先潜入蹲点，其偷拍到的证据，都可作为合法证据予以使用。

2. 被取证主体。根据对隐私取证的一般原理，被取证主体一般包括隐私的权利主体和知情主体。隐私的权利主体可以对自己的隐私进行收集固定并加以公开利用或不公开利用，只要不是违反公德良俗，法律一般都会是允许的。对于隐私的知情主体则不一样。知情主体包括合法知情主体与非法知情主体、有权知情主体和无权知情主体。

但，不论是哪一类知情主体对手中掌握的他人隐私，都具有严格的保密义务。故，有隐私取证权的主体对隐私进行取证时，一般应优先针对隐私的权利主体，而不应该针对隐私的知情主体。因为隐私的权利主体有对自己隐私的自由处分权，而隐私的知情主体则对他人的隐私无自由处分权。不论是合法知情还是非法知情、有权知情还是无权知情，知情主体对是否公布或者告知第三人自己手中掌握的他人性隐私都必须受到严格的限制。

比如，丙女为了取得其丈夫甲男与第三者乙女二人婚外性行为的证据，不是直接向甲乙二人取证，而是找到知情的第三人，比如照相馆，要求其提供甲乙二人有亲昵行为的合影照片，则照相馆有权拒绝。因为照相馆只是知情主体，无论是从商业权保密角度还是隐私权保密角度，都无权向他人提供客户的照片。同时，丙也没有向知情的第三人照相馆取证的权利。但是，如果是法律赋权机关比如法院在办理离婚案件中需要查证案件事实的需要，则有权向知情的第三人照相馆调取甲乙二人的照片作为定案依据。

另外，对发生不正当关系的本人取证，也分两种情况：如果是对婚姻出轨者取证，则有权主体可以直接取证。

如果是对第三者取证，除了现场获取外，事后不能另外再向其取证。不仅个人不能向其取证，即便是法院也无权向其取证。性隐私权具有绝对性，应受到法律的特别保护。法院不能因当事人怀疑，就可以强迫他人自爆隐私。第三者也有权拒绝回答。

3. 取证的手段。对于有权主体在需要获取他人性隐私时，其采取的手段也必须是合法正当的手段，以避免侵害他人的合法权益。无论是采取现场捉奸直拍还是采取秘密窃录，都必须注意保护性隐私权人的合法权益。

案例3中成某的捉奸行为之所以侵权，是因为虽然成某有合法的对其丈夫陈某存在婚外性行为的知情权，但是她却无权侵入第三者安某的住宅获取现场证据，更不应该安排其他无权利的人现场入室获取证据，这种行为严重侵犯了安某的性隐私权。不要说采取暴力破门而入，就是偷偷安装窃听录音录像设备也不允许。因为他人的私人住宅神圣不可侵犯，“风能进，雨能进，国王不能进。”[17] 侵入他人住宅，则严重侵犯了他人性隐私权，也有造成其他家庭成员或其他同居人隐私泄露的严重风险隐患。

除私人住宅之外，到宾馆现场捉奸或者是偷偷安装窃听录音录像设备也不被允许。因为宾馆房间看似一个对外营业的公开场所，但一旦被他人签约定下来，则在合约期限内就成了等同于私人住宅的隐秘场所，权利人享有的权利与私人住宅权是一样的。如果是以第三者的名义开房，他人无权入内。即使是以婚姻出轨者的名义定房，笔者认为，也不应允许他人入室取证。因为，婚姻出轨者以自身名义定房，不一定每次都是为了婚外性行为，可能还有其他的业务或活动。如果允许其入内取证，仍然有造成他人性隐私泄露的严重风险隐患，同时也会影响宾馆商业经营活动的正常运转。

对于案例2和案例4中的捉奸证据之所以被法院认定为合法有效，则正是与案例3相反。因为，受害者是在有完全性知情权和支配权的自己的住宅卧室内获取证据，不存在侵入他人住宅的性隐私侵权行为，不论是现场直拍还是偷偷安装窃听录音录像设备，都是一种完全合法的取证行为。

4. 取证目的和维权方式。就人的天性而言，可以说，人们或多或少都有一定的窥视他人性隐私的窥视欲。但是，各人自有各人的目的，有的是为了维权，有的是为了公务需要（比如新闻报道需要涉及他人隐私），有的是为了猎奇，有的则是为了借机泄私愤，甚至是为了敲诈勒索等进行违法犯罪活动，等等。而对他人性隐私进行取证，其目的不同，对他人性隐私权是否构成侵害也不相同。猎奇和进行泄私愤、敲诈勒索等非法窥私行为，当然是一种对他人性隐私权的侵害行为。而维权和公务活动等基于合法目的合法方式取证收集他人性隐私，则不能视为侵权。

上述四个案例，当事人对另外一方的婚外性行为取证，仅从目的来说，都是为了向法院起诉维护自身合法权益。但如果是为了泄私愤、贬低他人人格尊严，进行张贴传播，以降低他人社会评价，或者是为了敲诈勒索他人财物等，则构成对他人性隐私权的侵害。同时，从维护权益方式上来说，也多种多样，有的依法维权，有的采取过激行为。如果是向妇联投诉，向法院起诉，而提出照片和光盘，则其举证行为不构成侵权。但是，如果为了维权而张贴传播，以达到阻止他人继续婚外性行为的目的，则构成对他人性隐私权的侵害。

注：

[1] 曾竟：“海淀法院调研女方因男方外遇起诉离婚案件的审理难点”，载 <http://court.gmw.cn/html/article/201103/03/1929.shtml>，2014年6月18日访问。文中个人信息等重新作了调整。

[2] 王克础、王安：“跟踪偷拍丈夫外遇捉奸证据得不到法院采纳”，载 <http://news.sina.com.cn/c/2004-03-19/10132089060s.shtml>，2014年6月18日访问。

[3] 唐中明：“妻子卧室安装摄像头拍下丈夫出轨证据”，载 <http://news.sina.com.cn/s/2012-07-02/053924695015.shtml>，2014年6月18日访问。

[4] 徐涛：“私家侦探‘捉奸’证据作用有多大”，载110法律咨询网：<http://www.110.com/ziliao/article-352127.html>，2014年6月18日最后访问。

[5] 徐涛：“离婚时采取偷拍、捉奸等搜集的证据能得到采信吗？”，载 <http://www.66law.cn/goodcase/16728.aspx>，2014年6月18日访问。

[6] 王利明：《人格权法新论》，吉林人民出版社1994年版，第480—482页。

[7] 转引自梁慧星：“隐私的本质与隐私权的概念”，载 <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=35669>，2014年6月18日访问。

[8] 梁志刚：“关于隐私权界定的问题”，载 [http://www.law-lib.com/lw/lw\\_view.asp?no=2439](http://www.law-lib.com/lw/lw_view.asp?no=2439)，2014年6月18日访问。

[9] 前引[7]。

[10] 前引[7]。

[11] 前引[7]。

[12] 前引[7]。

[13] 张新宝：《隐私权的保护》，群众出版社1997年版，第90页。

[14] 违法的隐私，有广义狭义之分。广义上违法的隐私，是指违反基本的实体法的强行性规定及一般和重要公共道德的隐私，包括：严重违法即犯罪的隐私，一般违法包括违反民事法律、行政法律的隐私，轻微违法的隐私

三类：狭义上违法的隐私，仅指严重违法的隐私和一般违法的隐私两类，轻微违法的隐私则排除在外。参见前引[8]。

[15] 吴忠：《将法律进行到底》，中国法制出版社 2011 年版，第 197—207 页。

## 一方名下股权的夫妻共有问题研究

2015 年 07 月 20 日 北京审判 北京三中院黄海涛

编者按：依据我国公司法，有限责任公司的股权只能登记在单个主体的名下。婚姻法规定，双方财产关系的类型为一般共有制。司法审判中如何理解、适用与衔接两大部门法，成为一重要问题。以夫妻共有财产出资，但登记在一方名下的股权的归属与配偶权益的保护问题，是公司法与婚姻法规定之间冲突的集中表现，也是实践中争议最大的一类情况。本文以此为讨论对象，并提出了夫妻一方名下股权归属与保护问题的审判规则，具有一定的借鉴意义，现予以刊发。

学界就此有股权夫妻共有问题上的肯定说与否定说。肯定说认为：“股权乃取得公司分配利润之依据，属于生产经营收益的范围，故属于夫妻共有的范围。未登记在册的配偶自始就是公司的股东，在离婚时当然可以要求分割股权及主张其股东资格”；否定说认为：“非公司成员不能成为股权的共有人，作为夫妻共有财产的，只能是股权所带来的收益和代表的价值利益”。这一争议也表现在司法实践之中。个人认为，这一问题源自婚姻法与公司法的交叉，自然应当分别从两大部门法中寻找答案。

### 一、夫妻共有的对象——基于婚姻法规范的分析

对于夫妻共有的对象是股权本身还是股权所代表的财产价值的问题之分析，应当结合婚姻法、公司法的规定进行整体考量。

我国婚姻法第 17 条规定：“夫妻在婚姻关系存续期间所得的生产、经营的收益，归夫妻共同所有。”“婚姻法解释二”第 11 条第 1 项规定：“婚姻关系存续期间，一方以个人财产投资取得的收益属于婚姻法第十七条规定的其他应当归共同所有的财产”。

个人认为，在我国现行法律体系下，夫妻共有的应当是股权所代表的财产价值，理由有三点：

#### （一）基于婚姻法条文的文字解释

从上述法条原文中可发现，我国婚姻法及相关司法解释只规定收益属于夫妻共同共有，配偶一方可以享受对方所得的收益，但未规定其可分享收益的权利基础或身份。

“婚姻法解释二”第 16 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股东；（二）夫妻双方就出资额转让份额和转让价格等事项协商一致后，过半数股东不同意转让，但愿意以同等价格购买该出资额的，人民法院可以对转让出资所得财产进行分割。过半数股东不同意转让，也不愿意以同等价格购买该出资额的，视为其同意转让，该股东的配偶可以成为该公司股东。”司法解释在这一规定中明确，离婚时夫妻双方分割的并非股权，而是“出资额”。需要特别指出的是，此处的“出资额”并非原始的入资款的数额，因为其转让价格需另行确定，故其实际为该出资额对应股权所代表的财产价值。

综上，婚姻法中的夫妻共有制度仅针对夫妻关系存续期间双方取得的财产性收益，这一收益可能来源于某项具体权利，但绝非权利本身。

#### （二）基于婚姻法与公司法规范的衔接

“婚姻法解释二”第 16 条明确规定配偶转变为股东应当经其他股东的同意，这与公司法对股权外部转让的规定是一致的。如果夫妻为“法定”的“隐名股东”，则依法应可直接确权并“显名”，又何须经过同意这一环节。最高法院在司法解释中再次重申夫妻共有的仅是股权的价值，而非股权本身，其对夫妻共有股权的问题采纳的是“否定说”。

#### （三）基于与知识产权的对比

依据婚姻法，夫妻共有的财产中也包括知识产权，但明确限定共有的是“收益”，而非权利本身。以著作权为例，作品完成，作者已经享有了著作权中的人身权和财产权。而就作者的配偶而言，在夫妻关系存续期间，因共有仅限于财产，故其不能以夫妻共有为由，主张其中的人身权，如要求共同署名；同时，因双方共有的财产范围，仅限于已经实际取得或者已经明确可以取得的财产性收益，故在作品未获得稿酬或签订出版合同之前，作者的配偶不能主张对作品的权利。

### 二、股权的基本特性——基于公司法规范的分析

#### （一）股权的独立性——讨论的前提

股权的独立性，就本文主题而言，最主要的是其独立于出资的所有权与收取的红利的所有权：

1、股东将其资产用于实际出资之后，该财产的所有权转移给公司所有，就股东而言，其原拥有的对出资的所有权已经消灭，故即使以夫妻共有财产出资，该财产的共有性已失去意义，不能用于证明作为“对价”而获得的股权的共有性；

2、股东有权从公司获得相应的分红，但这种分红是股权的收益，区别于股权本身。只有股东实际获取分红后才产生婚姻法上的夫妻共有问题，但仅限于对分红，不及于股权本身。

## （二）股权的性质辨析——理论的实践意义

股权如果是所有权或债权，则其意义在于法律对其财产性收益的保护，其本质即为财产性权利，夫妻共有的范围无疑应当涵盖股权；如果其本质是社员权，则其重点在于保护其个人在集体之中的主体性地位与参与集体事务的权利，而这一问题显然不在夫妻财产关系的法律调整范围之内。故依据通说，股权为股东在公司中的社员权，有参与公司事务的权利，该权利无从依据婚姻法的财产共有制度而共有。

## （三）股权的内容辨析——实证法分析

股东的权利有财产性权利与主体性权利两方面内容，从功能上可分为公司事务参与权和自益权。就自益权部分，因股东可据此获得收益，该收益属于婚后所得，故依据婚姻法，该收益为共同所有；就公司事务参与权而言，其行使不属于财产问题，故不属于婚姻法夫妻财产制所调整的对象。

## （四）公司的人合性——股东的确定性

人合性是公司的基本属性。如果认可夫妻共有的对象是股权本身，则夫妻同为股东，这将导致股东身份的不确定性，从而损害公司的人合性，原因在于：1、我国公司法不承认股权共有，同一股权不能同时登记在两个人名下；2、如强求股东名册与工商登记必须反映实际夫妻共有情况，则其必须能及时、准确的反映和应对婚姻登记的变化，并能解决事实婚、同居等实际问题，其操作性堪忧，并将导致登记股东身份的不确定性、不正确性；3、承认夫妻共有，股东的实际人数将无法判断，且极可能超过五十人的上限；4、如承认夫妻共有，股权的行使时夫妻意见不同如何处理，这些极易引发争议。

## （五）股权归属的判断——外观主义

所谓外观主义是指：“名义权利人的行为所表现出来的或者有关权利公示所表现出来的构成某种法律关系的外观，导致第三人对于该种法律关系产生信赖，而为某种民事法律行为时，即使有关法律关系的真实状况与第三人主观信赖的状况不符，只要该第三人的主观信赖合理，其据以做出的民事法律行为效力受法律的优先保护。”

外观主义是公司法下判断股权归属，平衡各方权利的基本原则，这一原则不仅决定了公司法下实际出资人与名义股东之间的关系，亦决定了股权中的夫妻共有问题的答案。即使在夫妻共有制下，登记股东的配偶依据公司法之外观主义亦不应享有股东之地位，否则外观主义即失去了意义，婚姻法上的财产共有关系不应成为突破公司股权结构中外观主义的原因，因为：

1、从股权的获取角度看，即使是以夫妻共有财产出资，基于股权与出资所用财产的所有权的独立性，出资财产的权利归属并不能决定相应股权的归属；

2、从投资权益保护的方式看，即使以共有财产出资，另一方配偶仅能向登记为股东的配偶一方主张投资权益，而不能向公司主张股权；

3、从股权登记变更的程序看，实际出资人请求记载于股东名册并进行登记的，应当经过其他股东半数以上同意，对比前述“婚姻法解释二”第16条的规定，二者思路基本相同，均不认可配偶的股东身份。

### 三、夫妻一方名下股权归属与保护问题的审判规则

通过以上论述，可知即使以夫妻共同财产出资，登记在夫妻一方名下的股权本身并不是夫妻共有财产，二人并非股权的共有人，股权只能由一人行使，其配偶仅对股权所代表的财产利益享有间接的权益。

#### （一）配偶无权直接向公司提出权利主张

因登记股东的配偶并不享有股权，故其不具有向公司提出主张的权利基础。以收益分配请求权为例，虽然股权收益归属婚后双方共有，但登记股东的配偶无权直接以自己的名义向公司主张分配收益，因为收益分配请求权为股权的权能之一，此纠纷为公司法上纠纷，配偶不能依据婚姻法而逾越公司法。

#### （二）股权的行使不属于家事代理事项，配偶无权参与公司事务

因夫妻共有的并非股权，故登记股东的配偶无权参与公司事务，不能参与公司股东会议，发表意见或参与表决。

另外，股权的行使亦不属于“家事代理”的范畴，配偶不得直接代为行使。“家事代理权亦称日常家务代理，是指配偶一方在与第三人就家庭日常事务为一定法律行为时，享有代理对方的权利，配偶一方的行为视为配偶双方共同的意思表示，双方对代理行为后果承担连带责任。”在传统民法上，家事代理权制度“针对的是日常生活需要，如购买食物、水电气、衣服、家具及日常用品等。”而股权的行使属于经营行为，故不属于家事范围，配偶无权代为行使。

#### （三）登记股东转让股权行为一般有效，但与受让人恶意串通的除外

1、配偶无权主张登记股东转让行为无效。理由在于：首先，配偶并非股权的共有人，故其不能以登记股东擅自转让股权，侵害其共有权利为由，主张无效；其次，即使股东为无权转让，参照“公司法解释三”第二十六条、第二十八条关于“名义股东转让股权，应当参照物权法善意取得制度处理”的规定，配偶亦无权主张无效；最后，即使股东为无权处分，依据债权行为与物权行为分离的法理，亦不影响合同本身的效力，这一判断对于本文讨论之主题同样适合。

2、登记股东转让股权行为不适用家事代理权制度。“婚姻法解释一”第十七条中规定：“非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定，夫妻双方应协商一致，他人有理由相信一方行为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。”需注意的是，此规定的法理基础并不在于家事代理权的效果，而

是基于对善意受让人权益的优先保护。

3、登记股东与他人恶意串通，低价转让的，配偶可主张转让无效，并要求对方承担婚姻法上的责任。登记股东固然有权转让其股权，第三人基于对工商登记的信赖受让股权亦应受到优先保护，但这均需以二者的善意为前提。如有恶意转让受让的行为，法院应判定此类行为无效。

#### （四）配偶可要求分割股权的现金价值

股权可以带来两方面的财产收益，一是股东获取的公司分红，二是股权转让或公司清算时的现金价值。在财产收益方面，配偶的共有权受法律保护，其有权要求共享并分割，其既可在离婚时主张分割，也可依据“婚姻法解释三”第四条的规定，主张婚内分割；既可主张分割分红款，也可主张分割转让款或清算结余款项。

#### （五）离婚时股权价值分割应参照实际出资人制度处理

在以夫妻共有财产投资入股的情况下，离婚时必然涉及夫妻双方对股权财产价值的分割问题，这一问题实践中有三种情形：

1、双方协商一致转让股权的。此时应依据婚姻法司法解释处理，不再赘述。

2、配偶主张股权，登记股东不同意的。“婚姻法解释二”第十六条的规定只针对双方协商一致的情形，未明确双方不能协商一致时的处理办法。

个人认为，解决这一不足应当运用类推解释的方法，适用“实际出资人制度”解决。“公司法解释三”规定，实际出资人未经公司其他股东半数以上同意，不能诉请变为显名股东，这既是对公司人合性的保护，也是股权外观主义的体现。就配偶而言，其问题类似，同样是参与实际出资，同样未能登记为股东，故应适用相同的处理规则。因此，在夫妻双方未能就股权分割达成一致的情况下，配偶不得因离婚分割股权的财产价值而成为股东，但是经公司其他股东半数以上同意的，法院可以支持其登记为股东的要求。

3、配偶不主张股权，而要求分割股权的财产价值的。此时，依据“公司法解释三”，法院应支持作为实际出资人的配偶向登记股东提出的因投资权益的分割的请求，股权的具体价值的确定，可以通过双方协商或委托审计评估的方式解决。

## 隔代探望 无处安放的爱吗？

2015年07月20日 人民法院报 苟连静

目前，“隔代探望权”引发的纠纷不时见诸报端。一方面，法律对“隔代探望”没有明确规定；另一方面，在中国传统伦理中，孙辈承载的甚至是整个家族的未来和希望，这种“隔代探望”的情感需求关乎人伦。这种情与法的冲突，既是社会关注的热点，也是司法实践中的审判难点。

日前，江苏省无锡市北塘区人民法院对江苏首例“隔代探望权”纠纷案作出一审判决，支持老人的探望权，判决老人在孙子十周岁之前可以每月探望一次，每次探望时间以六小时为限。

#### 探望引发多次冲突

陈锋夫妇的独生子小陈于2012年初与王巧相识恋爱，同年6月登记结婚，9月30日举行婚礼。2013年3月4日，小陈身亡，公安部门出具的材料载明小陈的死亡原因系高空坠楼。陈锋夫妇、王巧均分了小陈的人身保险理赔款各7万余元。

因陈锋夫妇与儿媳妇王巧对小陈的身亡起因发生争执，双方产生矛盾。

小陈去世时，王巧已怀孕，后回娘家居住。就王巧继续妊娠事宜，王巧及其家人与陈锋夫妇达成一致意见。此后，陈锋夫妇给王巧汇款4万元，作为怀孕营养费。

2013年10月29日，王巧产下一子，取名聪聪。孩子出生当天及11月底，陈锋夫妇先后两次探望孙子。

同年12月31日，陈锋夫妇第三次探望孙子时，与王巧一方产生口角，后经当地妇联协调，双方矛盾有所缓解。此后，陈锋夫妇以每月一次的频次至王巧住所探望孙子。在探望过程中，陈锋夫妇也携带一些孩子的食品及生活用品。

2014年8月下旬，陈锋夫妇以近日将外出为由，要求提前探望孙子，被王巧以当月已探望为由拒绝。8月31日，陈锋夫妇与两个亲戚至王巧住所要求探望孩子，双方产生口角并有肢体冲突。事后，经当地派出所、妇联协调未果。

同年11月，陈锋夫妇向法院提起诉讼，希望每个月能探望孙子三次，并且希望儿媳妇对老人行使探望权时履行协助义务。

王巧答辩提出，她们一家为老人探望提供了方便，但公婆上门时仍然产生严重争执，甚至一度报警处理。王巧认为，公婆的行为已经严重扰乱了母子俩及家人的正常生活，请求法院驳回老人的诉讼请求。

今年1月23日，北塘区法院开庭审理了此案。6月30日第二次开庭时，原、被告以及双方各自的代理律师都出庭参加了庭审。

诉讼期间，北塘区法院曾多次组织调解，但双方各持己见，调解未果。

7月8日，北塘区法院对此案作出一审判决，依据民法通则第五条、第七条，老年人权益保障法第十八条第一款之规定，支持了陈锋夫妇的探望诉请。

判决后，陈锋夫妇表示接受判决，王巧当天并未到庭，但其律师和家属表示将上诉。



## 判决剖析纷争症结

北塘区法院经审理认为，原告夫妇是失独老人，要求探望的对象是自己的孙子、被告的儿子，本是符天理、合人伦之举，却出现如此争执，除了双方所陈述的因素外，各自内心及背后所存在的处事理念差异，是导致矛盾升级的症结所在。

判决书中，法官梳理了双方的矛盾纷争。“原告夫妇为儿子完婚后不久，喜悦之情泛滥之时，却得到儿子不幸坠楼身亡的噩耗，哀伤之心，难以言表。被告在新婚燕尔之际，突遭不堪忍受的丧夫之痛。原、被告双方本同为可怜人，但却在对小陈身亡的起因问题上缺乏沟通与理解，所产生的无端猜疑及非正常言语，给丧子失夫的痛楚双方又添加了一层怨恨。”

“而被告的怀孕，又让双方的心灵得到了抚慰，并就继续妊娠事宜达成一致。此时，双方的愿望为胎儿平安降生。可随着胎儿的降生，愿望已成现实时，双方又在对孩子的探望事宜上产生争执，并再次打开了已关闭的怨恨闸门。”

承办法官高鑫分析认为，原告向被告所汇的营养费，除了表达公婆对儿媳的关爱善意外，也包含着消除其内心对儿媳可能堕胎的担忧因素。被告收取原告所汇之款，并无存有排斥与不当之感。“如此说来，双方均确认对方系由婚姻而构成的家庭成员。”

此案中，原、被告双方虽为长幼关系，但相处时间较短，且无养育之恩，并未建立起较好的情感基础，因而在产生冲突时，各自均采用了有利于自身的规则与逻辑，致使矛盾叠加、裂痕加深。

在被告怀孕期间及分娩初期，双方关注的侧重点均转移至孩子身上，“探望与关爱孩子，系原告情感的自然外延形式，也符合人伦常理与自然法则，但却对被告的感受及双方关系的现状未给予必要、充分、妥善的考虑。尤其在产生冲突时，仍未采取有效的沟通与协调方式，让各自并未冰释的怨恨再次释放。”高鑫说。

被告也明知原告对孩子的探望与关爱，对孩子的健康成长而言有利无害，但在对原告方的不满进行对抗时，采用了拒绝原告探望孩子的方式，对原告方而言，这无疑系釜底抽薪之举，双方矛盾的升级也难以避免。

高鑫认为，双方均缺乏设身处地换位思考的处事理念，对尊老爱幼的善良风俗、权利义务的法律规则均采用单向性选择，忽略了各自的义务所在，最终造成了对簿公堂的局面。

（文中当事人均为化名）

### 法官说法：

#### 隔代探望权合乎人伦

高鑫指出，我国婚姻法虽仅确定了父母对子女有探视的权利，关于祖父母、外祖父母对孙子女是否也享有该权利并未作出明确规定，但法律法规并无排斥或禁止。

此案原、被告双方系孩子的直系血亲长辈，双方之间产生如相互扶养、继承、照顾、扶助等法定权利与义务。

高鑫认为，特定身份的家庭成员之间的权利义务，除了物质财富方面，也包含了精神层面的内容，此案的讼争标的“探望权”即属后者范畴。父母对子孙有着强烈的精神寄托感，该精神寄托感的具体表现是能否得以与子孙相处、看望、问候、关爱等。

高鑫认为，原告方在行使对孙子探望的权利时，不可避免地需要被告的协助配合，看似被告在履行单方义务，但分析其内在关系后，可以看到被告既有监护儿子的权利，也负有让儿子健康成长的义务，而儿子的健康成长与否，物质与精神需求同样是不可或缺的两个方面。被爷爷奶奶所关爱的权利，对孩子来说，既符合相关的法律规定，也合乎天赋此权的自然法则原理。所以，虽原、被告双方存在较大的争议，但希望孩子健康成长，确为双方的共同心愿。孩子的天伦之乐因父亲的去世而有所缺失，不能因原、被告双方的矛盾而人为地使孩子再次缺失应享有的天伦之情。

关于探望的频次和时长，高鑫解释说，原、被告双方都是无锡本地人，考虑到双方积怨较深，而原告方在探望孙子时，又需被告或其家人的协助，在双方关系未有实质性改善的情形下，每月探望三次，确有强人所难之处，故判定以每月一次为宜。

此外，基于孩子尚幼（不足两周岁）的现状，判决在孩子成长为限制民事行为能力人即十周岁前，每次探望时间以六小时为限。基于此案诉请的特殊性，予以相对宽泛的判决为宜，也有利于当事人对判决的可履行性。

法官期望，随着时间的推移，原、被告双方能尽快消弭以往的隔阂与怨恨，能让探望成为情之所至、自然而然的常态，这将更有利于孩子的健康成长。（苟连静 文/图）

### “诉前调解”亟待理性正名

时间：2015年07月21日 来源：多元化纠纷解决机制 漫步细思

近日，微信公号“法官之家”刊发网民“济之均”的文章《诉前调解是一个什么诉讼程序？》（以下简称“济文”）作者在并未完整、详细描述“诉前调解”为何物的情况下，指责“诉前调解”为“政治作秀、不伦不类、貽笑大方”。这项大帽子着实让我们这些在中国多元化纠纷解决机制改革前沿奋斗十多年的不能理解，只感觉“诉前调解”的积极功能和亲和形象被抹黑了。古人云：“知之为知之，不知为不知，是知也”。但凡一般人，对于自己不明白的事物，表态评价总会比较谨慎。而“济文”作者一方面自称“不明白诉前调解是什么诉讼程序”，一方面却对“诉前调解”冷嘲热讽，横加指责。该文对“诉前调解”的曲解与质疑，虽更多地是一种情绪化表达，缺乏严谨

的调研和论证，但若不对其进行回应，该文会引致许多不明真相的网民误解，加大“诉前调解”改革推进的难度。读完该文，笔者觉得很有必要对文中一些不实不真之处进行客观回应，既商榷指出文中存在的诸多硬伤，也为“诉前调解”正名。

随着立案登记制改革的推进，大量矛盾纠纷涌入法院。既要依法保护当事人的诉权，又要缓解案件急剧增加给法院带来的案多人少矛盾，是当前人民法院面对的突出问题。“济文”作者一方面表示“立案登记制取消了门槛，虽然各地出了不少的奇葩案，但毕竟积极意义显而易见”。另一方面又表示，不明白诉前调解是一个什么诉讼程序？“把矛盾化解在诉讼之前”的诉前调解“抢了人家的饭碗”，是多管闲事，而且在法庭上进行“诉前调解”时，一旦发生不测很难处理。作者说起这些话来言之凿凿，斩钉截铁，但却因不做调研，逻辑零乱，妄下定论，缺乏起码的“诉前调解”常识而存在诸多错误和硬伤。对此必须进行认真回应和理性分析。

现代解纷理念倡导“有纠纷不一定非要打官司”。“国家不能也不可能对纠纷解决进行垄断，在纠纷的初次解决方面，纠纷解决的机制应该是多元的，公民享有选择纠纷解决机制和权利救济途径的权利。”

“诉前调解”是指纠纷诉至法院还未登记立案之前，法院引导或推荐当事人选择特邀调解组织或特邀调解员进行委派调解，也包括当事人自行选择调解组织进行的调解。“诉前调解”机制的原理在于，倡导纠纷的多元化解，对当事人到法院起诉的案件，通过诉讼辅导，引导其通过人民调解、行政调解、行业调解等非诉讼的调解渠道予以解决。诉前调解并非一种诉讼程序，而是一种非诉讼的解纷渠道。诉前调解中从事调解工作的不是法官，而是非诉讼的调解人员，包括人民法院特邀的调解员、人员调解员、行业调解组织等。诉前调解的场所，也不是在人民法院的法庭，而是专设的非诉“调解室”。

据最高人民法院通报显示，立案登记制实施首月，全国各地法院登记立案 113.27 万件，比去年同期增长 29%，行政诉案件数量更是增长了 221%，有 3 个省份立案数量超过 8 万件。与案件数量激增形成强烈反差的是，法官的数量并没有大幅的增长，随着员额制改革的推进，法官的总体数量还将有所减少，案多人少的压力明显增大！

为了应对案件大幅攀升的新形势，最高人民法院将建立多元化纠纷解决机制作为立案登记制的配套改革措施，推进多元解纷显得极其重要和迫切。最高人民法院在《关于人民法院推行立案登记制改革的意见》中明确规定：“人民法院进一步完善调解、仲裁、行政裁决、行政复议、诉讼等有机衔接、相互协调的多元化纠纷解决机制，加强诉前调解与诉讼调解的有效衔接，为人民群众提供更多纠纷解决方式。”“诉前调解”正是法院通过多方协调建立的一种激励机制，通过引入行政调解、行业调解、人民调解等非诉讼的纠纷解决机制，来减轻诉讼压力。

实践证明，“诉前调解”在推进纠纷的多元化解决中发挥了积极作用。据了解，北京西城区法院今年 1 月以来，已经通过“诉前调解”机制分流纠纷 3610 件，占到全院民商事案件总数的 28.8%。上海浦东法院自立案登记制实施以来，通过诉调对接机制分流纠纷 5077 件，占该院同期民商事结案数的 41.69%。杭州西湖法院自立案登记制实施以来，通过“诉前调解”机制分流案件的数量也占到该院民商事案件总数的 22.1%。长沙岳麓区法院自今年以来则已通过“诉前调解”方式化解物业服务类纠纷 1179 件。多元解纷机制有效地缓解和分担了立案登记制对法院受案工作的压力。

“济文”作者将“诉前调解”误解为法官的“上门服务”，认为“抢了人家的饭碗”。这实在是一个重大误区。实际上，诉前调解是法院对上门立案的纠纷采取的分流措施，由人民调解、行业调解等组织和调解员对分流出来的这些纠纷进行非诉讼的调解，法院在这当中起到的是“引领、推动和保障”的作用，绝非自己大包大揽。通过多元化地纠纷解决机制，人民调解、行政调解、行业调解、仲裁复议等多种解纷方式获得了平等的发展机会，非诉讼调解的解纷功能亦得到了极大彰显。

“济文”作者表示自己自己对“诉前调解”不明白，但断言别人对“诉前调解”也不明白，这是很不客观的。且其抨击“诉前调解”违反法律规定也没有实体依据。实际上当前我国没有任何一条法律规定禁止人民法院引导和推进“诉前调解”。

“济文”作者说“案件未进入立案环节，法院当然就不能主动介入”，并将其作为反对“诉前调解”的理由。此话貌似客观和公允，实则大谬不然。首先，“诉前调解”系法院对起诉来院的纠纷的一种分流措施，其目的旨在引导当事人选择更适合的方式解决纠纷，促进和谐解纷，并非法官超越职权，主动揽事。其次，如果按其做法，在立案登记制的背景下，所有的纠纷都应当涌入法院，这样法院才能介入和处理，这是一种机械司法和消极司法的心态。

在北上广的一些基层法院，年收案几万件已成常态，北京的一家基层法院去年的收案数即已超过 10 万件。对来院起诉的纠纷不进行分类，不推进纠纷的多元化解决，原本就超负荷办案的法官将被淹没在海量般增长的案件中，司法系统将遭遇“不能承受之重”！试想，当有限的司法资源难以应对无限增长的案件量而司法在权力构架的功能失效时，哪里还会有真正的公正司法呢？！

从《人民法院第二个五年改革纲要》提出“建立多元化纠纷解决机制”以来，至今已整整十年。然而从现实情况来看，仍有些人对多元解纷改革欠缺了解，对“诉前调解”心存偏见。推进多元改革任重而道远，面向社会对外宣传固然重要，而系统内部的理解与认同则更为关键。笔者真诚呼吁，无论系统内外，请对创新改革多些理解，少些抹黑吧。让砥砺前行的改革者，减少掣肘和羁绊，有更多地精力和时间去点燃灯火，开创新局！

二〇一五年七月二十一日

## 诉前调解是一个什么诉讼程序？

2015年07月20日 法官之家 济之均

为提高司法公信力，可以说，最高院煞费了苦心，各地也搞了很多的理论创新，实在有点让人目不暇接。

立案登记制，一改过去的审查制，有诉必立，取消了门槛，大大方便了群众诉讼，再加上诉讼费的减缓免措施，告状难便成为了历史。虽然各地出了不少的奇葩案，但毕竟积极意义显而易见。

目前，各地又创建了诉讼服务中心，实际上主要是对立案环节的进一步完善，主要目的就是便民诉讼。诉前，一般不会纳入法院的工作范畴，只有一种情况，那就是诉前保全，这是法律赋予当事人的权力，目的就是保障当事人的诉权，防止对方当事人恶意逃避债务。

一般基层法院，往往在立案环节，有一个庭前调解程序，将一部分案件在开庭之前予以化解。当前，有的法院又开展了诉前调解业务，目的是把矛盾消化在诉讼之前，尽可能减少诉讼案件，消化社会矛盾，就出发点来说，当然有其积极的一面。

关于诉前调解，本人很是费解，或者说还是很有看法的。具有一般常识的人都知道，不诉不理，这是法院的基本诉讼原则，从某种意义上说，法院的司法职能向来都是被动的，属于被动司法，但实践中并非如此。比如派驻当地重点工程的巡回法庭，或者派驻重点企业的巡回法庭，这些都违背了不诉不理的基本原则。所谓的为重点工程、重点企业保驾护航，提供法律服务，已经突破了这一基本原则，实际上是为了紧跟当地党委政府的需要。有的朋友肯定会反对我观点，尤其是党政领导干部，最起码认为我这是消极对待工作。不配合中心工作，不为当地党委政府服务，又要你何用？

这里，本人就多说几句。领导干部，尤其党政领导干部，认为我们的工作，与党政机关无别，都是为人民服务，落脚点和出发点就是“服务”，不然，你是党员，就偏离了全心全意为人民服务的宗旨。司法的特殊职能，决定了司法不能为任何一方来服务，否则，那便是对另一方当事人的不公，不偏不倚，居中裁判，这是对法官的基本要求。

有人会说，既然你们专司审判，肯定具有较强的法律专业技能，为什么就不能提供法律服务呢？答案肯定是否定的，你为一方提供法律服务，当然就和他们建立了紧密的工作关系，即便你确实站在相对公平的立场上，一样也会让对方产生合理的怀疑，怀疑你已将位置坐偏，不能保证司法裁决的公正性。实际上，你提供上门服务本身，就已经决定了你的态度，诉讼中，既无法保证程序的公正，更无法确保实体的公正。至于你需要的法律服务，那是法律工作者的工作，各单位都有自己的法律服务部门，或常年法律顾问，法律问题自有他们来解答，大凡有求于法院的法律服务，实际上都是打着服务的幌子，而谋求法院偏袒自己。

回归正题，一起案件自立案以后，便启动了诉讼程序，也便成为法院的本职工作，当然，前面提到的诉前保全，是一种特殊情况，当然也要由一方当事人申请，并规定了期限，到期不立案，法院要解除保全措施的。

那诉前调解是一个什么诉讼程序呢？

不明白吧？我也不明白，当然，即便提出这一创举的领导也肯定不明白，他当然只是从非常朴素的善意出发，既然法院案件这么多，为什么不能把工作程序前置，将矛盾化解在诉前呢？这样做，不是能大大缓解诉讼压力吗？我们必须清楚，无论初衷再好，当然也要符合法律规定，更要尊重司法规律。案件未进入立案环节，法院当然就不能主动介入，诉前矛盾纠纷的化解，那是司法行政部门，或者是单位、街道、村居民调组织的工作，说白了，所谓的诉前调解，如果不是出于美好的一厢情愿的话，那也不过是一种政治上的作秀而已！如果法院非要搞一个诉前调解，岂不是抢了人家的饭碗？人家明里不说，背后肯定会说，法院还嫌自己的事少，那不是多管闲事吗？

有朋友和我交流，如果诉前调解时发生了不测，或者是发生了恶性事件，能按扰乱法庭秩序处理吗？我被打了个措手不及，当然，马上恢复了理性，坚定地说，不行！这是治安案件，要打110报警，因为，虽然事情发生在法庭上，但尚未进入诉讼程序，便不是诉讼案件，不能按法庭规则处理。

提高司法公信力，我们乐见创新举措，当然不能动辄就冷嘲热讽，吹毛求疵，但尊重司法规律，按司法规律办事，那是必然，更不能假借改革，把法院搞得不伦不类，让人贻笑大方！

2015年7月19日

## 夫妻为共同被告案件中的规范化送达问题

2015年07月22日 人民法院报 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隐患。

其次，这种“简便送达”方式有违背相关司法解释精神之嫌。《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》第七条第二款规定：“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？笔者认为严格来说，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。笔者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，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，还是需要引起大家的足够重视，以便在力所能及的范围内尽量避免类似纠纷的发生。（作者单位：上海市黄浦区人民法院）

## 婚姻家庭法律适用之婚前财产公证

2015年07月23日 公证人

### 一、我国婚前财产公证的概况

婚前财产公证在国外是一项成熟的婚姻法律制度，但在我国，因受中国传统伦理道德思想观念的影响仅处于萌芽状态，发展缓慢。同时，婚前财产公证对于大多数中国人来说是相当敏感的话题。

80年代初期，人们的年均工资不足千元，仅够日常消费支出，根本无过剩的财产予以支配和利用，婚前财产公证思想在人们的头脑中几乎一片空白。90年代以后，随着市场经济的建立和社会的全面发展，人们的收入和生活水平大幅度提高，不知不觉间人们拥有了较多的物质财富。同时，随着人们自主意识的普遍增强，开始对婚前财产公证有了认识，并逐渐接受。在1996年公布的一项对京、津、沪三大城市的调查表明：未婚男女青年中有65%的人赞成并愿意在结婚之前对财产分割等事项“有约在先”。（1）从现有数据看，虽然能够真正“签约”的人是极少数的，但是人们已在逐渐冲破传统观念的束缚去考验和见证自己的婚姻。进入21世纪后，随着经济的快速发展，个人婚前财产的增多和法律意识的增强使得人们对自己的财产权利更为重视，婚姻法修正案草案也于2000年10月23日提请全国人大常委会审议。同时，随着我国离婚率的逐年上升，离婚案中涉及的夫妻财产分割成了最终聚焦在法庭上的矛盾最尖锐点。因此，婚前财产公证被越来越多的人理性地接受。

我国的婚前财产公证的现状如下：在办理婚前财产公证的当事人之中以再婚者居多。在经历过感情波折的基础上，他们在选择伴侣时不仅要考虑到感情因素，也要顾虑到自身或其子女的利益，用公证的形式划分双方各自的财产，对今后的婚姻生活无疑是一种保护，这是一种理性思维。其次，再婚者办理婚前财产公证的又以老年人居多。老人再婚一般都涉及到全家利益重组，若是财产归属没弄清楚，家庭内部纷争将使矛盾升级，这样的婚姻不可能顺利。若再婚老人愿意办理婚前财产公证，那么婚前财产归个人所有，不受结婚影响，不少问题可以迎刃而解。再次，在办理婚前财产公证的当事人中，一些欲结婚的双方经济条件相差悬殊者也占多数。经济条件不好的一方，不愿别人说自己是想通过婚姻达到致富的目的，做了婚前财产公证就能维护自己的名誉和尊严；经济条件好的一方，也不想对方与自己在一起是出于金钱的目的，把婚前财产公证作为夫妻感情的一种考验，敢于接受婚前财产公证，正说明夫妻感情不是建立在金钱的基础上，更纯洁、甜蜜。（2）

### 二、婚前财产公证的概念

婚前财产公证是指公证机关依法对将要结婚的男女双方就各自婚前财产和债务的范围和权利归属问题所达成的协议的真实性、合法性给予证明的活动。婚前财产公证包括两种形式：第一种是未婚夫妻在结婚登记前达成协议，办理公证；第二种是夫妻双方在婚姻关系存续期间达成协议，办理公证。广义的婚前财产公证还包括夫妻财产约定，即夫妻对婚后双方所得财产的所有权归属等问题做的约定。（3）

婚前财产公证具有下列特点：

（一）自愿性。虽然《婚姻法》规定，男女双方在结婚前应当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。但法律中规定的是“应当”而不是“必须”。婚前财产公证属于男女双方的协议行为，是否向公证机关申请公证完全出于当事人的真实意愿，且由男女双方自愿选择和决定，任何人不得强行逼迫其进行公证活动。公证机关应当尊重男女双方提出婚前财产公证的权利，并给予其一定的帮助，告之办理该公证的程序及所需的材料，对其意愿不得阻拦。婚前财产公证同遗赠公证、遗嘱公证一样，在特定条件下可以变更或撤销。如果经过公证的个人财产，双方婚后愿意共同使用、分享，任意一方可在自己享有的权利范围内对已确立的婚前财产公证内容进行变更，或经夫妻双方协商予以撤销，这与财产公证制度并不发生矛盾。

(二) 选择性。男女双方在自愿的基础上, 可对法定的婚前财产范围进行选择性的公证。就目前情况看, 婚前个人财产划分为: 1、婚前已购的房屋、家具、家用电器及个人所有的物品等, 均应属婚前个人所有的财产。2、夫妻一方死亡, 另一方再婚的, 对再婚前所继承死亡配偶的遗产, 应视为再婚一方婚前的个人财产。3、婚前双方的个人积蓄, 应归个人所有。4、婚前双方各自接受自己或对方亲友的馈赠, 应归个人所有。婚前财产公证的选择性就在于对上述财产标的物的公证法律并未作统一规定, 而由当事人双方自行商定。男女各方可对上述财产标的的全部予以公证, 也可选择其中的一部分公证, 而放弃对其余财产的公证。

(三) 合法性。婚前财产公证是公证机关对申请公证的夫妻双方就婚前的财产及债务等情况的权利归属问题所达成协议的真实性和合法性进行审查, 并出具公证文书的一种法律行为。从公证所要具备的条件看, 未婚双方应达到法定婚龄, 具有完全民事行为能力, 且双方是以即将成立婚姻关系为前提和目的进行的财产公证; 从办理公证的程序看, 该公证是由当事人本人亲自到公证处办理, 公证书须经公证双方和公证处三方签名盖章, 并以书面形式加以确认。只要是经过公证的个人财产, 其所有权就应依法受到保护, 一方就享有该财产的使用权、收益权和处分权, 并依法保障不受另一方的侵害。

### 三、婚前财产公证的利弊

#### (一) 婚前财产公证的优越性

婚前财产公证确保夫妻二人在金钱上的独立地位, 减少离婚时的财产纠纷, 提高了司法效率, 同时也保证了男女双方在婚姻家庭中的平等地位。

1、通过婚前财产公证, 对未婚男女进行一次法制教育, 使其了解《婚姻法》的有关规定, 明确什么是婚前财产和婚后夫妻财产, 促使他们更好地履行家庭义务。未婚双方在决定申请办理婚前财产公证时, 首先需要解读《婚姻法》及其最高人民法院关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释中的规定, 使其充分意识到现代人应该懂得独立、自尊和自强的道理, 促使其明确夫妻之间的权利义务及其职责, 以本做事, 各尽其责, 保持家庭的和睦。这样, 他们会真正认识到公证和感情深浅没有关系, 这只是对夫妻双方感性行为的一种理性的约束。婚前财产公证是对夫妻感情的一种考验, 敢于接受婚前财产公证, 正说明夫妻感情跨出了坦诚相对的第一步, 表明此份感情绝不是建立在金钱的基础之上。

2、明确分清了财产所有权, 可以避免和其他家庭成员在财产使用上、分配上发生纠纷。虽然说婚姻仅属夫妻双方的事, 父母及其亲属无权干涉。但在现实生活中, 婚姻纠纷的引起以至夫妻关系的最终破裂夹杂了太多人的因素。尤其是在再婚老年人群中, 因为其财产关乎自身及儿女利益的重组, 所以子女们对父母的再婚意向一般持反对态度。若再婚前双方能办理婚前财产公证, 就能使财产关系更加明晰, 避免家庭矛盾的激化。即使双方在短期内婚姻发生裂变, 也可按照公证内容将财产明晰分配, 从而避免一些因财产分配问题引起的其他不必要争端。这是使婚姻从纯粹的感性行为进化为理性行为的理想选择。如社会学家所说: “婚姻是人们感情发展的高级形式, 婚前公证则体现了现代人对自己今后婚姻生活的高度理性。一旦婚姻附上理性分析, 婚后问题在能够预料并提前解决的前提下, 婚姻进程可谓是顺利进行, 甚至将永久进行。”(4)

3、办理婚前财产公证后, 当某种诉讼发生时有利于人民法院分清婚前财产和夫妻共同财产, 更好地处理讼案, 以保护夫妇各方的合法权益。婚前财产公证首先在思想上建立了男女双方对未来生活的理性而谨慎的预期; 其次, 婚前公证行为即承认了未来选择生活的权利和义务。结婚是自由的, 但离婚也是双方具有的权利。因婚前公证对婚姻和财产归属做了肯定, 即婚前财产从一开始公证就是明确的, 当夫妻双方决定离婚或一方坚决要求离婚时, 婚前财产公证便成为最可靠的法律依据, 助于法院明确夫妻婚前财产的数量、范围、价值和产权归属, 财产的分割即显得尤为简单。例如, 在财产处理上涉及到的家庭债权债务问题, 若夫妻婚前办理了财产公证, 法院即可以通过公证协议的内容做出其债务是否以夫妻共同财产或家庭共同财产抵债的准确判断, 保护了夫妻一方的合法财产不被侵占, 这样也就避免了当事人因诉讼承担举证不能的不利后果, 减少了政府和社会为界定各自财产利益而进行的大量调查、取证、判断、执行等麻烦, 降低了社会运行成本和摩擦成本。(5)

#### (二) 婚前财产公证的局限性

婚前财产公证之所以还没有被大家所完全接受, 一方面是因为人们的传统观念根深蒂固, 另一方面是婚前财产公证在法律上还存在缺陷。

#### 1、婚前财产公证与爱情的撞击

每个人有其对婚姻的独特期望, 有的人因相爱而结婚, 有的人因家庭压力而结婚, 也有的人因贪图对方的财产而结婚……不管怎样, 两个人从浪漫的初恋、热恋到即将步入神圣的婚姻殿堂, 这一切的感情历程均是对两人感情的验证。若此时为了财产问题划清界限, 会使对方产生猜疑及误解。即使一方辩解到这仅是运筹帷幄、双方受益平均的合法行为, 但却会使对方认为你从一开始就没有把感情放在第一位, 而是把财产放在第一位, 你没有为如何让感情更深做好更远的打算, 而是一味地为分手后做着详细的计划; 会使对方觉得这样的婚姻实质没有多大的“安全系数”, 这样的婚姻无论维持多久, 双方其实也都是在无感情或者感情极少的情况下为了履行“纸”约, 而彼此相互尽责任、尽义务, 那是对原本美满感情的怀疑及对婚姻的失信及伤害。所以, 婚姻应遵守“婚姻信任原则”, 不需要靠办理婚前财产公证来保障。当然, 随着现代社会的变迁, 现代人的爱情也变得越来越现实起来。也许婚前财产公证是为失败的婚姻寻找一个庇护所, 更是为个人的利益寻求一种保障, 可那并不代表爱情也需要婚前公证予以

保护。因此，婚前财产公证面对着情与利的撞击，这在某种程度上也伤害着两个人的感情。

## 2、婚前财产公证与传统思想观念的撞击

婚姻是一种最高的信任，是基于夫妻双方对彼此信任而产生的一种亲情。深受我国“妇从子孝、夫唱妇随”等传统家庭观念的影响，许多人认为如果男女双方一直保持着恋爱关系，彼此尊重，共同经历风雨的变迁感情得到了积累，固然稳定。若在此情正浓时，便已处心积虑的划清财产归属，必然会使双方原本一如既往的信任感消失，使本来现实的现代爱情和婚姻关系变得更现实，并不益于今后马拉松式的感情长跑，这对双方的感情无疑是一种伤害。因为一纸婚前财产公证书让婚姻更容易发生预期的故障，夫妻双方时时刻刻都要为花钱而动心眼，这样的婚姻更像一桩特殊的“买卖”，这样的夫妻更像商业伙伴，这是对圣洁的感情的亵渎。这充分体现了婚前财产公证与婚姻观念的冲击，同时也表现出其与我国传统美德之间的碰撞。婚前财产公证在某种程度上是对因贪图财产的婚姻提供了一个保护伞，而并不是为婚姻提供保护伞。

## 3、婚前财产公证与法律的撞击

当今社会是一个以知识经济作为先导的时代，即以无形财产作为竞争的重要财富。婚前财产公证仅能界定夫妻婚前的财产和婚后双方共同创造的财产，即有形财产，对个人或夫妻间的无形财产却无法做出明确的界别。所以，婚姻财产的分配仅限于有形财产是远远不够的。如夫或妻一方的知识积累，双方努力创造的产品、品牌等无形财产，凝聚着双方的努力和帮助，如何保护这部分财产，目前的婚前财产公证还无法在技术上做到合情合理。此外，婚前财产公证因无年限限制，在平衡双方利益时可能会造成一定程度的不公平。再次，夫妻双方因躲避债务而申请财产公证，钻取法律的漏洞，这无疑损害了债权人的利益。

## 四、对于婚前财产公证的完善意见

### (一) 完善方式及理由

针对婚前财产公证存在的弊端，建议以立法的方式对婚前财产公证做出强制性规范，主要理由如下：

#### 1、解决未婚夫妇的信任危机，切实保障他们的利益。

夫妻互敬互爱，同甘共苦是中华民族的传统美德，这有利于家庭和睦、社会安定，但处在现代社会，完全凭借浪漫主义和理想主义的信念维系婚姻的愿望受到了严峻的挑战，站在理性的角度，婚前财产公证的确可以避免在夫妻感情破裂之后又在财产分割问题上再起纷争。但为什么大多数人签不下这一纸“公证书”呢？这完全是信任危机在作祟。很多人认为，财产的归属涉及到良心和品德问题，如果双方连这点信任都没有，又何必走进婚姻的殿堂呢？当然，也有不少人认为婚前财产公证的确是今后夫妻共同生活的一把“保护伞”，但如何向另一半开这口，最后会不会因为双方意见不统一而分手呢？种种顾虑，让婚前财产公证最终被大多数人拒之门外。但让我们设想一下，如果法律要求每一对新婚夫妇都做一份公证，如同履行婚姻登记的手续一样，他们是否会欣然接受这份保障各自合法权益的公证书呢？

#### 2、提高司法效率、节省司法资源

婚姻自由不仅包括结婚自由，也包括离婚自由。过去夫妻之间不管感情是否破裂都得凑合着过一辈子，大多是由于经济条件、社会压力等客观因素而表现出的一种无奈。如今人们更加追求高质量的婚姻生活，夫妻感情不合就可能提出分手，离婚率逐年上升，而且大多涉及到财产纠纷。在律师或法官接手这类离婚案件时，最头疼的就是夫妻个人财产以及共同财产的界定，于是花费大量的人力、物力、财力去进行调查，取证，在无形中极大地浪费了有限的司法资源，降低了司法效率。试想一下，如果每对想要离婚的夫妇都能拿出一纸公证，法官只要据此裁量即可，根本不用花费大量的时间和精力，甚至连律师费也能免则免。另外，婚前财产公证确保夫妻二人在金钱上的独立地位，进而保证了男女在婚姻中的平等人格，对我国在社会日常生活中真正实现男女平等提供了制度保障。

#### 3、构建我国完整的夫妻财产制

目前我国《婚姻法》确立的夫妻财产制是以法定财产制为基础，约定财产制为补充。基本规范了约定财产的表意形式，财产制的选择范围，约定的内外法律效力，配设了约定分别财产制时的补偿制度和约定无效制度。但约定财产制是以夫妻二人自愿为基础的，而且缺乏公证的约定协议书是很难判定其真实有效性的。因此，确立婚前财产公证制度就能进一步完善我国的夫妻财产制，有利于更好地规范婚姻中的财产关系。

### (二) 完善建议及内容

关于婚前财产公证的具体法律规范应如何设置，建议从以下几个方面对婚前财产公证进行完善：

1、在立法上适当的介入公权力，应让公证机关对婚前财产协议进行适当的介入。尽管我们承认婚姻法属于民法的范畴，婚姻法是对平等主体之间婚姻关系的调整。但是，婚姻和家庭关系到整个社会的进步与发展，我们在承认婚姻法属于私法的同时，也应当借助公权力予以保护。同时，我们也需要国家运用行政手段加强管理。对此，公证机关应加大对婚前财产协议的审查义务。虽然婚姻财产公证是在当事人自愿的基础之上通过理性的思考而做出的行为，但当当事人所作协议不利于对方时，公证人员有权予以制止，提出合理建议，并对此份协议进行调整，使得婚前财产公证对夫妻双方都受益。若事后经公证人员查证，当事人中的其中一方在申请公证前即存在借此公证逃避债务的表象，公证人员有权撤销该份公证，视其无效。因婚前财产公证不得对抗善意第三人，债权人也可向人民法院请求确认该公证无效。

#### 2、婚姻法中加强有关婚前财产公证的强制性规定。

一些法学专家认为，婚姻法属于民法的范畴，调整的是平等主体之间的人身和财产关系，以意思自治为其基本原则，对婚姻生活中的一些财产关系可用任意性、授权性和倡导性原则加以确认和调整，因此不宜对婚前财产公证作强制性规定。但某些法律规定也体现了民法中的一些强制性规定，如《收养法》第9条规定“无配偶的男性收养女性的，收养人与被收养人的年龄差距应相差40周岁以上”。由此可见，婚姻法对婚前财产的公证也应当有强制性的规定。例如将婚前财产公证作为结婚的必要程序纳入法条，规定“男女双方结婚登记时应当出示婚前财产公证书”；确定婚前财产公证的年限，规定“婚前财产公证的期限为七年，七年后该公证无效，除夫妻二人可亲自共同到公证机关办理新的财产约定公证，但也可不办”。（6）只有这样，才利于平衡双方的利益。

3、扩大婚前财产公证的范围。根据我国《婚姻法》的规定，无形财产也属于夫妻财产的领域，如夫或妻一方的知识积累，双方努力创造的产品、品牌等无形财产，它们凝聚着夫妻双方的努力和心血，带来的利益不可小视。在这个知识经济时代，随着我国加入WTO，特别是知识产权，其作为人们自身的智力成果（著作权、商标权及专利权）和精神财富具有无形性，法律对此更应加以规范和保护。虽然目前的婚前财产公证还无法在技术上做到合理的保护这部分财产，但随着科技的发展，相信技术上的问题能够迎刃而解。所以，婚姻财产的分配仅限于有形财产是不够的，只有通过立法对有形财产和无形财产均做出公证才能真正减少纠纷。

尽管婚前财产公证使我国的传统婚姻观念难为情面，但法律对于财产关系的明确划分确实是一个明智的做法。因为财产关系不像其他的法律关系，它是个复杂而又烦琐的关系，对于财产关系我们需花大量的时间去研究、去讨论，特别是法律对婚前财产的公证更应该有具体明文的规定及相关解释。只有这样，才能进一步完善我国的夫妻财产制，有利于更好地规范婚姻中的财产关系，从而减少现实社会中有关财产纠纷引起的夫妻双方反目成仇的局面，同时减少司法实践中由于找不到有关法律规定作为依据而引起的尴尬现象。

总之，加大婚前财产公证的力度是必然的，对于社会只有好处，它的发展，健全，将会促进社会健康的发展。

### 立案登记制度下的民事案件裁判规则

2015年07月29日 上海法治报 王建平

为了充分保障当事人诉权，实现人民法院依法、及时受理案件，2015年5月1日起，《关于人民法院推行立案登记制改革的意见》（以下简称《意见》）和《关于人民法院登记立案若干问题的规定》（以下简称《规定》）正式实施。这意味着人民法院案件受理制度发生了变革，长期以来执行的立案审查制已变成立案登记制，使当事人对诉讼权利的行使更加方便，使“立案难”在诉讼程序上失去了生存空间，这对于法治中国的建设具有十分重要的意义。为使立案登记制度改革达到预期目标，有必要对登记立案后的民事案件在开庭前进行梳理和甄别并及时作出相应处理，确保案件审理有法可依。

根据《意见》第二条第一项规定，“有下列情形之一的，应当登记立案：（一）与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织提起的民事诉讼，有明确的被告、具体的诉讼请求和事实依据，属于人民法院主管和受诉人民法院管辖的”。按照“有案必立，有诉必理”要求，这里的“事实依据”需满足“符合起诉条件”而非“符合胜诉条件”要求即可，人民法院对当事人起诉符合法律规定条件的案件，必须依法受理。故对是否符合受理条件一般作形式审查，对当事人作为诉讼请求基础的事实理由不作实体上的判断。根据《规定》第八条，人民法院在法定期间内不能判定起诉是否符合法律规定的，应当先行立案，不能为解决疑问和难题将诉状拦在门外。所以，在立案登记之后、实体问题处理之前，势必会遇到程序和实体相互交织在一起，有时难以区分不同情况进而厘清裁定和判决的适用问题，需要我们认真研究，作出正确处理，否则会直接影响裁判的准确性。

#### 错列误列被告等问题

1、被告姓名或名称正确，但住址或住所地错误的裁判规则。即原告提供与被告无任何关系的住址或住所地，应当要求原告补充材料；原告因客观原因不能补充或者依据原告补充的材料仍不能确定被告住址或住所地的，法院应当依法向被告公告送达诉讼文书，不能裁定驳回起诉。简而言之，住址不详，公告送达。

2、被告姓名或名称错误，或者因住址或住所地不明导致无法判明姓名或名称真假的裁判规则。即该住址或住所地确无诉状上被告此人的，应当要求原告提供真实、准确的被告情况。否则，以无“明确的被告”为由，裁定驳回起诉。简而言之，被告不明，驳回起诉。

3、错列或误列被告的裁判规则。审判实践中，当事人错列或误列被告的情况时有发生。对多名被告且以“被告住所地”作为法院受理依据的案件中，为取得法院对案件的管辖权，有的原告随意将一名与案件无关的当事人列为共同被告并诉至法院。遇有此种情况该如何处理，目前没有统一的裁判规则。有的认为，因民事诉讼法已经取消了民事诉讼法（试行）中关于更换当事人制度，故应判决驳回原告对该被告的诉讼请求。由于该名被告不存在，受诉法院管辖的依据也随之消失。此时，受诉法院应依职权将载有其余被告的案件移送有管辖权的人民法院审理，不能裁定驳回起诉。笔者认为，这类案件应当裁定直接移送有管辖权的法院审理。裁定时，可以将错列或误列被告的情况作为依职权移送的理由，而不要单独先作出驳回判决，再作出移送裁定，这样可以节省司法资源，避免当事人讼累。

#### 原被告主体不适格的问题

1、原告主体不适格，应裁定不予受理或驳回起诉。因原告本身没有起诉权，法院即便依据实体法作出判断，也应从程序上作出处理。1997年4月21日最高人民法院《关于人民法院立案工作的暂行规定》第8条将《民

事诉讼法》第108条（即新民事诉讼法第119条）起诉条件中“原告是与本案有直接利害关系的公民、法人或其他组织”细化为“起诉人应当具备法律规定的主体资格”。2001年4月30日最高人民法院在《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）第4条中有相似规定，即“劳动争议仲裁委员会以申请仲裁的主体不适格为由，作出不予受理的书面裁决、决定或者通知，当事人不服，依法向人民法院起诉的，经审查，确属主体不适格的，裁定不予受理或者驳回起诉”。关于主体资格，前者仅规定“起诉人”，后者“确属主体不适格的”系指“申请仲裁的主体不适格”即向法院起诉的原告资格不符合要求，均针对原告。例如，在抚育费案件中，母（父）亲诉父（母）亲或者孙子女（外孙子女）诉祖父母（外祖父母）要求支付或增加抚育费的情况时有发生。这种情况表明双方没有抚育和被抚育民事法律关系，前者属原告主体不适格，后者属被告主体不适格。所以，前者属原告没有抚育费起诉权，应裁定驳回起诉；后者有起诉权但属诉错或错列对象，应判决驳回诉讼请求。

2、被告主体不适格，应判决驳回原告诉讼请求。我国民事诉讼立法及其《意见》对被诉主体是否适格未作立案登记条件规定，即对被告应诉应该具备什么条件等资格审查，没有诉讼法依据，目前只能从原告是否明确表示被告应承担民事责任的角度对原告的请求作出实体判断。事实上，原告告谁是原告的权利，被告是否适格是法院审查的问题。原告所诉对象存在，即可认定有“明确的被告”而非“正确的被告”，其诉讼主体地位当无异议。

至于该被告是否是真正的侵权者或债权人，应与原告所提出的诉讼请求是否成立一起，作为实体审理和实体判决所要解决的问题。只要原告明确“本案”即受害或受损事实与被告有关，在立案时，无需理解为被告必须是民事责任或履行义务的承受者。如果送达的住址内确有被告此人，但现有证据证明此人与原告无民事法律关系，不应该是本案被告；或者双方虽存在民事法律关系，但双方约定的履行义务的条件尚未成就等，这就存在着原告坚持认为此人就是“明确的被告”，也有“具体的事实和依据”等判断和法院认为被告诉讼主体不适格等判断的矛盾冲突。此时法院的判断是建立在原告有起诉权的基础上并依据相关实体法规定作出的，故应作实体处理。只要被告不是实体法律关系中义务承担者，应判决驳回诉讼请求。

#### 没有证据或者证据不足的问题

《意见》对应当登记立案的要求是有“具体的诉讼请求和事实依据”。该事实依据应当认为是待证事实，即原告认为是事实的事实，其依附的证据仅属起诉证据材料性质，没有规定必须是胜诉证据。从比较法角度看，日本等世界主要法制发达国家都不把是否有证据作为诉讼成立的要件，仅将是否有证据作为实体权利能否保护的要件。所以，在没有证据或者证据不足以证明当事人之间存在某种民事法律关系或虽然有证据证明当事人之间存在某种民事法律关系，但证据不足以证明其诉讼请求成立时，法院应判决驳回诉讼请求。今后，如当事人持新证据仍可再次起诉。如原告甲某诉被告乙公司借款纠纷案，原告只提供银行转账凭证，证明双方存在借款合同关系。争议焦点是被告承认收款但矢口否认借款，原告诉称有无借贷事实依据。这些均应通过审查原告提供的证据才能认定，法院审理的是实体问题，应作出实体判断。

#### 涉及程序和实体的问题

在当事人有多项诉讼请求的案件中，如果请求分别涉及程序和实体问题的，应先作出裁定处理程序问题，再按其他方式处理实体问题。这一问题突出表现在劳动争议案件中，当事人将未经仲裁的纠纷与经过仲裁处理的纠纷一并作为诉讼请求要求处理。根据《解释》第六条规定，“法院受理劳动争议案件后，当事人增加诉讼请求的，如果该诉讼请求与诉争的劳动争议有不可分性，应当合并审理；如属独立的劳动争议，应当告知当事人向劳动争议仲裁委员会申请仲裁”。如果当事人不同意另行仲裁，法院应裁定驳回起诉。实践中，对当事人将未经仲裁的请求与经过仲裁的诉讼请求一并诉至法院的，可视为在案件受理后增加诉讼请求的情况，并按照上述规定作出相应处理。

### （三）检察官视点

### （四）律师视点

## 徐静蕾冷冻胚胎3大法律问题分析

2015年7月14日 京师法治观察

编辑|京师文化品牌 来源|学法网

导语：继去年台湾第一名模林志玲被曝出“已悄悄冷冻9颗卵子以备将来不时之需”后，近日，徐静蕾接受采访时也谈论到了冷冻卵子的话题，在她看来，冷冻起自己的卵子，就像找到了“世界上唯一的后悔药”。“冻卵生子”一度成为热议话题。那作为学法的我们该如何从法律角度看待此事件呢？学法网小编就从“老徐冻卵背后的三大法律问题”“国内首例冷冻胚胎继承案”这两方面为和大家一起学习相关的法律知识。

#### 老徐冻卵背后的三大法律问题

问题1：冻卵，是法律意义上的“物”吗？

目前，我国法律法规并未对冷冻卵子的法律地位和性质作出明确规定。卫生部颁布的《人类辅助生殖技术管理办法》、《人类辅助生育技术规范》中诸如“禁止以任何形式买卖配子、合子、胚胎”、“禁止实施胚胎赠送”的表述，对于胚胎性质的界定并无实际意义。理论上对于人体冷冻胚胎法律属性的描述，由于学说立足的视角和倾向各异，主体说、客体说与折中说观点的交锋论战不断，至今尚未沉淀上升为普遍认同的通说观点。王利明教授主编的《中华人民共和国民法典草案》第一百二十八条第二款规定的“自然人的器官、血液、骨髓、组织、精子、卵子等，以不违



背公共秩序与善良风俗为限，可以作为物”，梁慧星教授《中国民法典草案建议稿》第九十四条规定的“自然人的器官、血液、骨髓、组织、精子、卵子等，以不违背公共秩序与善良风俗为限，可以成为民事权利的客体”的表述，应该可以成为胚胎“物”的法律界定“最接近、最统一”依据。

江苏省司法厅官微认为，冷冻胚胎与诸如器官、血液、组织、精子、卵子等物质还存在本质上的区别，前者具备发育为生命的潜能，这也是伦理学家强烈主张胚胎属于人格体的根本原因，而后者在符合人类生殖伦理的条件下无论如何不能单独培育为人的生命，故而将其纳入物的民法调整范畴以满足社会需要，并不违背相关伦理禁忌。

问题 2：有了冻卵，可以选择代孕吗？

对于冷冻的卵子是否可以选代孕这一话题，省司法厅认为，卫生部《人类辅助生殖技术管理办法》第三条规定：人类辅助生殖技术的应用应当在医疗机构中进行，以医疗为目的，并符合国家计划生育政策、伦理原则和有关法律规定。禁止以任何形式买卖配子、合子、胚胎。医疗机构和医务人员不得实施任何形式的代孕技术。学法网微信号(xuefa5)法律人必备！第二十二条规定：开展人类辅助生殖技术的医疗机构违反本办法，有下列行为之一的，由省、自治区、直辖市人民政府卫生行政部门给予警告、3 万元以下罚款，并给予有关责任人行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任，其中包括(一)买卖配子、合子、胚胎的；(二)实施代孕技术的；(三)使用不具有《人类精子库批准证书》机构提供的精子的；(四)擅自进行性别选择的；(五)实施人类辅助生殖技术档案不健全的；(六)经指定技术评估机构检查技术质量不合格的；(七)其他违反本办法规定的行为。因此，在我国，用冷冻卵子代孕属违法行为。

问题 3：国内代孕违法，可以选择海外代孕吗？

国内代孕不行，海外代孕是否可以呢？省司法厅认为，如果双方家族中有生育能力的女性愿意帮忙代孕，或是其他女性愿意代孕，即使在国外生育，也会涉及母体的健康安全状况，伦理问题更是绕不过去的。若是孩子的身体出现问题，归属也可能成问题。例如有对美国夫妇，曾花 1 万美元找代母生孩子。后来婴儿被发现受到细菌严重感染，可能导致失明、失聪及弱智，结果这对夫妇和代母都不想要孩子。

如果代孕母亲在国外进行了试管婴儿手术，回国生下孩子，或是在国外生下孩子，想领回国抚养，双方老人仍面临问题。“孩子出生的医学证明是关键”，对于代母回国生下的孩子，医院未必给开出生证明。如果在国外出生的孩子想回国落户，那么外国的出生证明，经翻译公证，也将成为重要的参照。在国外出生的孩子的医学证明能证实孩子属于哪一方尚无从知晓。不过在我国，亲子关系建立在血亲、法亲的基础上，户籍申报属于法律关系，而我国现行法律禁止代孕，所以代孕所生的孩子目前是不被认可的。

国内首例冷冻胚胎继承案始末

“白发人送黑发人，乃人生至悲之事，更何况暮年遽丧独子、独女！沈杰、刘曦（夫妻）意外死亡，其父母承欢膝下、纵享天伦之乐不再，‘失独’之痛，非常人所能体味。”、“沈杰、刘曦遗留下来的胚胎，则成为双方家族血脉的唯一载体，承载着哀思寄托、精神慰藉、情感抚慰等人格利益”……9 月 17 日，在无锡市中级人民法院院长时永才亲自担任审判长的合议庭，经过审理后宣判的一份终审《民事判决书》上，上述令人“催泪动情”的文字出现在了该判决书的说理部分。

这起从 2013 年 11 月由宜兴市人民法院立案受理，先后多次开庭审理，在一审判决后受到社会各界和媒体广泛关注的国内首例冷冻胚胎继承纠纷案，经过一审、二审长达近 10 个月的审理，终得定讞。

据了解，判决书直接撤销了一审判决，并基于伦理、情感、特殊利益保护等情节，认为沈新南、邵玉妹（沈杰父母）和刘金法、胡杏仙（刘曦父母）要求获得涉案胚胎的监管权和处置权合情、合理，且不违反法律禁止性规定，依照《中华人民共和国民事诉讼法》相关规定，判决沈杰、刘曦存放于南京鼓楼医院的 4 枚冷冻胚胎由上诉人沈新南、邵玉妹和被上诉人刘金法、胡杏仙共同监管和处置。

这是国内第一例通过法院最终判定胚胎归属权的案例。

而这起案件纠纷，源于一个听来让人唏嘘扼腕的故事：沈杰(男)与刘曦(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”，要求在南京市鼓楼医院施行体外受精-胚胎移植助孕手术。鼓楼医院在治疗过程中，获卵 15 枚，受精 13 枚，分裂 13 枚。取卵后 72 小时为预防“卵巢过度刺激综合征”，鼓楼医院未对刘曦进行新鲜胚胎移植，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。期间，刘曦与医院签订《辅助生殖染色体诊断知情同意书》，夫妻俩后又签订《配子、胚胎去向知情同意书》、《胚胎和囊胚冷冻、解冻及移植知情同意书》等，鼓楼医院还明确，胚胎不能无限期保存，并强调冷冻保存期限为一年，首次费用为三个月，如需继续冷冻，需补交费用，逾期不予保存；如果超过保存期，沈杰、刘曦选择同意将胚胎丢弃。

然而，就在即将施行手术前数天，2013 年 3 月 20 日深夜，沈杰驾驶车辆发生侧翻撞到树木，妻子当日死亡，沈杰也经抢救 5 天后死亡。学法网微信号(xuefa5)法律人必备！此后，双方父母因处理冷冻胚胎事宜发生争执，原告沈杰父母认为，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。被告刘曦父母则认为，胚胎系他们的女儿留下的唯一东西，要求处置权归其夫妻所有。双方争执不下遂诉至法院。

一审法院判决驳回了原被告的诉讼请求，其中认为，含有未来生命特征的特殊之物，不能像一般之物一样任意转让或继承，依法不能成为继承的标的，以及施行体外受精-胚胎移植手术的夫妻已经死亡，其留下的胚胎所享有

的受限制的权利不能被继承。

《法制日报》记者注意到，一审判决中之所以驳回了原被告的诉讼请求，最大的法律障碍来自对受精胚胎法律属性的理解，以及卫生部相关规定中“胚胎不能买卖、赠送和禁止实施代孕”等潜在的伦理、法律问题争议。

记者在一审期间曾对判决涉及相关问题咨询宜兴市法院，但得到的答复是，法院对死者及家属所遭受的境遇十分同情，但迫于法律规定的种种限制，尤其是对于判决将胚胎权属归于其父母，可能引发跟更多的伦理道德和法律争议，一审法院只能基于法律规定作出了不利于原被告的判决。

据了解，无论是一审、二审，作为第三人的鼓楼医院也被推到“风口浪尖”。在审理期间，鼓楼医院辩称：医院有不可逾越的障碍，原卫生部也出台了《人类辅助生殖技术管理办法》、《人类辅助生殖技术规范》等一系列规章，目前我国法律法规均没有明确规定受精胚胎的定性。医院据此认为，冷冻胚胎的性质尚存在争议，不具有财产的属性，原被告双方都无法继承。而唯一能使其存活的方式就是代孕，但该行为违法，原被告双方也无权行使死者的生育权，故要求驳回原告的诉讼请求。

上述争议问题，在今天的《判决书》中则给予了较为清晰的释法、说理和表述。《判决书》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，应考虑到受精胚胎具有潜在的生命特质，不仅含有死者夫妇DNA等遗传物质，且含有双方父母两个家族的遗传信息，双方父母与涉案胚胎亦具有生命伦理上的密切关联性，不但是世界上唯一关心胚胎命运的主体，而且亦应当是胚胎之最近最大和最密切倾向性利益的享有者。《判决书》还强调：“卫生行政管理部门对相关医疗机构和人员在从事人工生殖辅助技术时的管理规定，南京鼓楼医院不得基于部门规章的行政管理规定对抗当事人基于私法所享有的正当权利”，最终依据法理原则化解了这一争议问题。

据了解，随着生殖医学的不断发展，国内外均出现了有关受精胚胎的权属争议问题，类似纠纷已经不是难得一见的个例。仅该案中的南京鼓楼医院去年一年，就做过试管婴儿手术达4000余例。虽然医学上讲受精后6周内是胚胎，7周后才是胎儿，但随着生命科学时代的来临，胎儿包括胚胎利益的法律问题，势必成为一个十分重要的新命题。相关法律专家认为，该判决“十分大胆”地厘清了多重法律问题和伦理问题，一旦获得法学界、医学界后续认可，势必引发重要反响，并对今后出现类似争议案件，具有典型的判例价值，还将对相关行政管理规定的适时修改，提供重要的参考价值。

## “网店”财产能否分割继承

2015年07月06日 上海法治报 古晓丹

除了常见的实体财产和存款之外，如今伴随网络时代产生了不少虚拟财产。一旦家庭成员去世或者夫妻离婚，虚拟财产该如何继承和分割就成了新问题。

现有的法律规定，能否解决虚拟财产的继承问题呢？

离婚了

淘宝店能分割吗

郑亮和林红是一对夫妻，因争夺两人共同经营的淘宝网店两度对簿公堂。

郑亮是一家星级酒店的厨师长，帅气多金；林红是一家航空公司的空姐，白皙娇小。2007年登记结婚的两人，过着让旁人羡慕的富裕生活。

婚后，由于周围的朋友经常托林红在国外帮忙购买婴儿奶粉等母婴用品，林红意识到进口婴儿奶粉和母婴用品在国内很受青睐。于是，2008年5月，她在淘宝网上实名注册了一家网店。

因为网店以空姐代购为招牌，很快就吸引了大批买主。网店的好评率和信用度也越来越高，不久便获得了两个皇冠的信用等级，成为淘宝网上的知名商铺。

看着自家的网店越来越红火，2010年，林红和丈夫商量，让他离开原来单位，回家专职经营网店，还招入了专职打包的小工和做饭的临时工，自己则继续空姐的工作。

然而幸福的时光总是那样短暂，两人由于婚前缺乏了解，婚后逐渐在兴趣爱好和生活习惯上显现出巨大的差异，矛盾不断，争吵不休，关系日渐疏离。这段姻缘在不到5年后便走到了尽头。

2011年11月，两人平静地签订离婚协议并办理了离婚手续。根据离婚协议约定，双方婚后共同经营的网店库存商品价值80万元，双方各得一半，林红将该网店转让给郑亮，网店的淘宝密码等归郑亮使用，郑亮则支付林红40万元。

然而，离婚后的林红将网店的密码、支付宝密码都做了修改，郑亮彻底失去了对网店的控制。无奈之下，郑亮以离婚后财产纠纷为案由把前妻告到了法院。

“从离婚后到2012年3月，林红从支付宝账户提现110余万元。按照我们离婚时的协议，林红已经多拿走了90多万元。”郑亮起诉要求林红返还上述款项，修改网店相关信息，并将网店实名变更为自己。

对于郑亮的起诉，林红表示，她是在郑亮多次胁迫的情况下签订的离婚协议书，并同时提出了反诉，请求法院撤销双方离婚协议中关于网店归属的约定，并判决郑亮支付相关钱款。

一审法院审理认为，林红的婚姻生活并不存在家庭暴力问题，也没有证据证明她是在受胁迫的状况下签署的离婚协议书，因此判决双方签订的《离婚协议书》依法有效，网店应归郑亮使用、经营。

然而不服判决的林红又提起上诉，她认为自己是因胁迫陷入极度恐惧，故举证相对具体实施行为有些困难，一

审法院认为自己的婚姻生活不存在家庭暴力，从而判决《离婚协议书》 依法有效，是不公平的。

“这家网店是由我实名注册和认证的，将网店转给郑亮经营违反了淘宝网的服务规则和法律的强制性规定，客观上应该不能履行。而且根据淘宝店主与淘宝公司签订的合同，淘宝网需实名注册，每个淘宝账户必须实名认证，该账户和密码不得以任何方式转让、赠与或继承。虽然网店经营收益属于夫妻共同财产，但网店本身具有人身专属性，不属于夫妻共同财产。”林红在法庭上为自己辩解。

就争议网店，淘宝公司这样答复一审法院：“由于网店信用非常重要，所以实名制店铺不能转让。否则，网店信用的参考价值就不存在了，对消费者不利。如果法院将网店判决给郑亮，需要按照实名制的标准 ‘交接’，淘宝公司安排专人协助操作，郑亮可用实名制支付宝账号进行变更，设置新密码。此后，林红不能再登录。”

评析：网店具备财产属性

网店是依托于网络的特殊财产类型，淘宝网网上的优质店铺就是稳定收入的保障，所以淘宝网店成为诉讼标的网络交易普及后必然出现的现象。

对于网店这样的虚拟财产，目前并无明确的法律规定，就连其是否属于“财产”也存在着争议。但目前越来越多的司法判例都支持这种看法：“虚拟财产”虽然是无形的，且存在网络这样的环境中，但并不影响虚拟物品作为无形财产的一种，获得法律上的适当评价和救济。

本案中的淘宝网店的经济价值大致来自三方面：

第一是卖家用于交易的存货；

第二是买家收货后支付的货款，全部存在网店绑定的支付宝账户中；

第三是淘宝网网上的网店本身所带来的无形资产。淘宝网店的绝大部分存货是典型的实体财产，涉及分割时适用相关的法律即可，不存在太大的争议。

支付宝因是独立第三方支付平台，支付宝账户也是经过实名认证，因此其中的存款也不是虚拟财产，是典型的货币财产。

即便淘宝网有网店不能更名的规定，也只是涉及店铺本身，并不涉及上述货物和价款。

实践中，如涉及到网店需要分割，应当首先就这两部分财产价值进行协商处理。至于网店本身所有权的归属，当事人可以先协商解决，协议不成，可以起诉到法院要求分割。

丈夫去世

电子邮件能继承吗

2011年3月9日对张梅来说是一生中最黑暗的一天，那天，老公王铭在一场车祸中不幸丧生，她和老公的幸福生活也从此戛然而止……

悲痛欲绝之余，张梅整理老公王铭 QQ 邮箱里的信件和照片，以留作纪念。邮箱里保存了大量他们从恋爱到结婚期间的信件、照片。然而，张梅不知道老公的 QQ 密码。

没办法，张梅只好向腾讯公司求助。不过腾讯公司的回复是，根据腾讯公司与用户之间达成的协议，QQ 号码所有权归腾讯所有，用户只拥有号码使用权。如果用户被发现长时间不使用，该账号将被收回。

腾讯客服人员告诉张梅，想要拿回密码，只能按照“找回被盗号码”的方式操作。

除了提供逝者本人的基本资料和联系方式外，还得提供号码的使用资料、密保资料。此外，还得邀请王铭的 QQ 好友为其“作证”。在上述程序全部履行完毕后，才能拿到密码。”

“人都不在了，让我去哪里找这些资料呢？”张梅很疑惑，“为什么 QQ 号码就不能继承呢？”对此，腾讯客服人员向她解释：“根据腾讯公司与用户之间达成的协议，QQ 号码所有权归腾讯所有，用户只是拥有号码使用权，这是互联网行业的惯例。用户不能将 QQ 号码作为个人财产处置。”

尽管如此，腾讯公关部后来还是主动联系了张梅，他们说，他们得通过公安部门核实她的身份后再决定是否告知其密码。“由于号码涉及用户的个人隐私，这也是出于对用户私人信息的严谨保护。”工作人员向张梅解释道。

评析：邮箱内信息属私人物品

一般来说，数字遗产大致包括以下四类：

第一类是用户账号密码类，如常用的 QQ 号、微博微信账号、E-mail 密码等；

第二类主要是文件与视频，如网络硬盘里的资料、个人网络相册、空间日记等；

第三类是网游用户配备的游戏装备；

第四类是 Q 币等网站发行的虚拟货币。

显然，后两类的财产性质更为明显。

目前国内网络运营商提供的数字产品服务协议大多从事实上排除了对数字遗产继承的权利。以腾讯为例，QQ 只需要通过注册，用户就可以享受其免费服务，但若长时间不用，QQ 号就会被收回，当然，QQ 邮箱、QQ 空间、QQ 网络游戏等服务自然也不复存在。这样的规定是否合理尚需法律做出进一步的明确规定，但即便运营商有如此规定，也不能排除用户在账户中留存的个人资料的私人属性。

以张梅的案例而言，即使腾讯依据自己拟定的格式合同对于 QQ 号码拥有所有权，但并不意味着腾讯对 QQ 账号中的信件、照片拥有所有权。

而记载被继承人生前信息的信件、照片都属于用户的私人物品，如被继承人生前无明确反对，理应由其继承人继承、披露。

#### 网游装备

##### 能不能进行继承

病危中的老公陆建告诉妻子李兰，他的游戏里面攒着不少热门游戏的极品装备，尤其是网络游戏中的顶级装备“金刀”，如果卖掉的话，能值不少钱呢。这让李兰感到诧异，“难道玩游戏也能挣钱？”

年仅 33 岁的陆建因突发心脏病去世。病危时，迷恋网络游戏的他告诉妻子李兰说自己的很多网游装备可以卖钱，李兰却以为病危的老公已经神志不清，“玩游戏怎么可能挣钱？”之后，她决定到网络游戏服务网上去查看究竟。

原来，热门游戏的极品装备动辄上万元不是新鲜事。在 5173 网站上，网游《征途》的一个 225 级的刺客账号，挂牌售价达到 18 万元；在已经售出的账号中，一个《征途》的 214 级账号卖出了 109000 元。

不仅如此，李兰还发现，QQ 靓号也能卖很多钱。5 位数的 QQ 号甚至可以卖到几万块。而除了 QQ 号能交易，新浪微博微号、飞信号以及网易邮箱在该网站都在公开售卖。

然而，老公去世几个月后，当李兰准备将“金刀”变卖以补贴家用时，却有人阻止了她。

这个人叫杨元，当初，陆建迷恋网络游戏，与网友杨元在网络里结为“夫妻”。在两人的默契配合下，陆建得到了某网络游戏中的顶级装备“金刀”。

因此，当李兰准备将“金刀”变卖时，遭到了杨元的抗议。但李兰认为这是老公留给自己的遗产，于是她把杨元告上法庭，要求确认“金刀”属于自己的合法财产。

法院审理后认为，陆建作为网络游戏玩家，为这把“金刀”付出了体力及脑力的劳动，还支付了上网费用以及游戏充值卡等费用，有玩家愿出资 5 万元购买这把“金刀”，所以，该装备具有财产的属性，可以被陆建的合法妻子李兰继承。但因该装备是陆建与杨元共同努力获得的，其所有权应归两人共同所有。

最终，李兰作为陆建的惟一合法继承人，继承该游戏装备中陆建的份额，其余的份额归杨元所有。

#### 评析：

##### 账号装备属个人财产

一些高等级的游戏账号、游戏角色所拥有的虚拟武器装备、游戏币都是花费了用户大量时间和金钱所得来的，可以转让，可以出售。从这些方面来看，该网络产品具有财产属性，可以作为公民个人的合法财产，在所有者身故后，亦可以作为被继承人的遗产继承。

用户离世，并不代表着用户生前所使用的网络产品的价值也消亡。部分的 QQ 靓号、点击率较高的博客、粉丝多的微博，在网络上有高的号召力和影响力，能吸引广告客户，具有转让价值。

而这些价值并不会随着用户的去世而突然消失。目前对于网络遗产的处理不是消除资料就是无偿回到供应商口袋，将会导致逝者在网络上创造或使用价值的付诸东流。

（文中人物均为化名）

## 继承人是未成年人的家族企业股权传承路径分析报告

2015 年 07 月 16 日 公证人 作者：上海沪家企业与家事研究中心

近年来，随着《继承法》修订被提上日程，遗产税是否征缴一度成为坊间尤其是拟/上市公司股东热议并担忧的话题。无独有偶，进入改革开放的第二个 30 年，不仅资本市场大佬婚变案件不断增多（2011 年曾一度被认为是“资本市场的离婚年”），“创一代”与“企二代”的交接班高潮也逐渐浮出水面——“股权传承”成为资本市场一段时期以内的焦点问题！

在股权传承的过程中，不仅需要解决公司稳定过渡的问题，对于部分拟/上市公司来说，还要考虑未成年人作为继承人的情形。近期我们经手并处理了几起继承人是未成年人的家族企业继承案件，略有心得体会，同时结合多年来办理该类案件的经验撰写了本篇报告，希望能对该类案件的处理有所裨益。

### 一、未成年人继承公司股权概述

#### （一）未成年人股东资格及继承

##### 1、未成年人股东资格

由于我国《民法通则》规定的未成年人在民事行为能力上的特殊性（无民事行为能力人或限制民事行为能力人），关于未成年人是否具备公司股东的资格一度存在争议。但是，自 2007 年 6 月 25 日开始，关于未成年人是否具备股东资格的争议已经成为历史。

2007 年 6 月 25 日，国家工商总局对广东省工商行政管理局《关于未成年人是否具备公司股东资格问题的请示》（粤工商企字[2006]247 号）作出《国家工商行政管理总局关于未成年人能否成为公司股东的答复》（工商企字(2007)131 号，以下简称“《答复》”），该答复明确界定了“未成年人可以成为公司股东”：“广东省工商行政管理局：你局《关于未成年人是否具备公司股东资格问题的请示》（粤工商企字[2006]247 号）收悉。经请示全国人大常委会法制工作委员会同意，现答复如下：《公司法》对未成年人能否成为公司股东没有作出限制性规定。因此，未成年人可以成为公司股东，其股东权利可以由法定代理人代为行使。”

实际上，早在 2006 年的时候重庆市工商行政管理局作出《关于进一步放宽市场主体准入促进地方经济发展的意见》中就规定了无民事行为能力人可以成为公司股东的事宜。但是由于是地方性规定，不具有全国范围内适用的效力，所以，2007 年国家工商总局下发了如上《答复》，清除了未成年人成为公司股东在法律上的障碍。

## 2、未成年人继承股权

未成年人可以成为公司股东就意味着，公司股东去世后，其未成年人继承人可以根据《中华人民共和国继承法》（以下简称“《继承法》”）的规定以及《中华人民共和国公司法》（以下简称“《公司法》”）的相关规定继承其股东资格。

首先，未成年人作为合法的民事权利主体，其继承股权的基本依据是《继承法》。涉及到的相关条文为：

关于继承顺序，《继承法》第 10 条，遗产按照下列顺序继承：第一顺序：配偶、子女、父母。第二顺序：兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。继承开始后，由第一顺序继承人继承，第二顺序继承人不继承。没有第一顺序继承人继承的，由第二顺序继承人继承。

关于附有义务的遗嘱继承或遗赠，《继承法》第 21 条，遗嘱继承或者遗赠附有义务的，继承人或者受遗赠人应当履行义务。没有正当理由不履行义务的，经有关单位或者个人请求，人民法院可以取消他接受遗产的权利。

其次，关于附义务的遗嘱和未成年人民事行为能力的规定，《最高人民法院关于贯彻执行<<FONT>中华人民共和国继承法>若干问题的意见》（以下简称“《继承法若干意见》”）第 7 条和第 43 条进行了进一步规定：

关于未成年人民事行为能力，《继承法若干意见》第 7 条，不满六周岁的儿童、精神病患者，可以认定其为无行为能力人。已满六周岁，不满十八周岁的未成年人，应当认定其为限制行为能力人。

关于附义务的遗嘱继承或遗赠，《继承法若干意见》第 43 条，附义务的遗嘱继承或遗赠，如义务能够履行，而继承人、受遗赠人无正当理由不履行，经受益人或其他继承人请求，人民法院可以取消他接受附义务那部分遗产的权利，由提出请示的继承人或受益人负责按遗嘱人的意愿履行义务，接受遗产。

再次，未成年人作为民事行为能力受到限制的权利主体，其继承股东资格的法律依据除了上述《答复》外，还有《公司法》。涉及到的法律条文主要为：

关于股东资格的继承，《公司法》第 76 条，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。

### （二）未成年人成为公司股东需要注意的问题

社会对民事行为能力欠缺的未成年人取得股东资格已经取得了普遍的共识。但是对于即将成为股东的未成年人或者即将把股权转让、传承给未成年人的人来说，有必要了解和知晓未成年人作为限制民事行为能力人或无民事行为能力人具有股东资格的法理基础是什么，未成年人成为公司股东后由于行为能力的欠缺需要注意什么问题。因为这不仅关系到传承人的真实意思是否得到贯彻落实，关系到未成年人股东的合法权益，更是关系到相关公司的治理结构和稳定发展。

1、权利能力理论是未成年人取得股东资格的法理基础，行为能力是表明了行为主体行使权利的能力，不是未成年人取得股东资格的前提条件。

2、未成年人受让或继承股权后，作为行为能力受到限制的主体，其所持有的股权表决权如何安排与处理？

3、不同类型公司股权转让或传承给未成年人有何区别（如股份公司与有限公司、上市公司与非上市公司等），分别应该注意什么问题？

4、不同类型股东进行股权传承（如大股东与小股东、实际控制人与控股股东等）有何差异？

5、股东股权发生继承时，如果继承人过多甚至超出了公司法定股东人数的限制该如何处理？

6、股权发生继承时必然导致股权结构的变更，在这样的情况下如何保证公司原有的控制权和治理结构的稳定？

7、股权发生继承时，公证处出具公证文件是否是必经的手续？

8、股权发生传承，是否会涉及税费问题？

以上问题是在股权发生转移、转让、传承时较为普遍的，而对于未成年人受让股权时，需要注意的问题更为突出。以下就结合我们多年来处理该类问题的实践经验以及沪家企业与家事研究中心对该类问题的研究分别予以探讨。

## 二、不同类型的未成年人股权继承

### （一）有限公司股权传承

有限责任公司是人合性与资合性兼具而又偏重人合性的公司形式，世界各国的公司法及商事法律几乎都突出表现了有限责任公司的人合性特点，我国的《公司法》亦是不例外。有限责任公司人合性主要体现在：股东人数的限制、禁止公开募集资本、股东之间有较好的信任关系、限制股权转让等等。其中，对股权转让的限制集中体现了我们司法实践和公司经营过程中有限公司人合性的特点。

尽管有限公司与股份公司有着诸如上述的种种差异，但是，对于未成年人继承股东资格来说并没有产生实质的影响。根据《公司法》第 76 条的规定，有限公司自然人股东死亡后，其合法的继承人可以继承公司的股东资格，除非公司章程另有规定。

与股份有限公司不同的是，未成年人继承有限公司股权需要受到公司章程的限制。另外，由于有限公司不属于公众公司，股权的传承安排无需强制披露信息，一方面可以使得有限公司股东传承具有一定的隐秘性，另一方面由

于缺乏了必要的监督，可能会引起侵害未成年人合法权益的可能性。

## （二）股份公司股权传承

如果说有限公司侧重于发起人之间的人合性的话，那么股份公司的资合性是其典型特点。无论是已经上市的股份公司还是未上市的股份公司，其对外转让股权无需经过公司其他股东的同意。

我国目前的非上市股份公司主要有两部分，一部分是由国有大中型企业和一部分有一定实力的集体企业改制而来，另外一部分是为了上市公开募集资本由有限公司改制而来的股份制公司。

对于股权传承这一课题来说，我们研究和针对的课题主要是已经上市民营企业与上述筹备上市的股份制企业，以下分别予以介绍。

### 1、上市公司

#### （1）被继承人是控股股东或实际控制人的情形

由于控股股东与实际控制人在上市公司中特殊的地位以及对公司特殊的影响，所以，如果上市公司遇到继承问题的股东系控股股东或实际控制人，需要特别予以注意和进行必要的针对性安排。

所谓控股股东，《公司法》第 217 条（二）规定，“控股股东，是指其出资额占有限责任公司资本总额百分之五十以上或者其持有的股份占股份有限公司股本总额百分之五十以上的股东；出资额或者持有股份的比例虽然不足百分之五十，但依其出资额或者持有的股份所享有的表决权已足以对股东会、股东大会的决议产生重大影响的股东。”

对于实际控制人概念的界定，2005 年新修订《公司法》第 217 条首次给予了明确“实际控制人是指，虽不是公司的股东，但通过投资关系、协议或其他安排能够实际支配公司行为的人”。对于实际控制人的上述定义，我们可以理解为：实际控制人不是公司的股东，但是实际控制人可以通过投资关系等对公司产生重大影响。

控股股东与实际控制人在概念上不是等同的而是相互并列的，但是，在我们研究与处理的我国内地上市民营企业在披露信息时较多的把二者予以混淆。当然，控股股东与实际控制人由于均对公司有控制权能够支配公司行为，所以二者有着内在的一致性。

控股股东与实际控制人的一举一动均牵涉到公司的利益，同时鉴于其作为内幕信息的知情者，所以无论是《公司法》还是《证券法》均对上市公司的控股股东和实际控制人作出了较多的限制，比如严格的信息披露义务、关联交易、对外担保等等。

由于上市公司资合性的特点以及未成年人继承公司股东资格有明确的依据，所以，上市公司实际控制人或控股股东发生继承时对公司产生的影响相较筹备上市公司实际控制人或控股股东发生继承影响相对较小。但由于未成年人在民事行为能力上的特殊性以及上市公司牵一发而动全身的公众性特点，上市公司实际控制人或控股股东发生未成年人继承时，需要特别注意：及时的信息披露、未成年人所受让股权表决权的安排以及稳定公司治理结构的安排。

#### （2）被继承人是小股东的情形

对于小股东的概念没有明确的法律概念，一般来说，持股 5% 以下或股东生前是否对公司产生重大影响来综合判断。本文中，小股东均指未在公司产生控股地位并且对公司未形成实际控制的股东。

上市公司的小股东发生继承会影响到公司的股权结构变更，但是通常情况下不会影响公司的控制结构，也不会对公司产生重大影响，与实际控制人或控股股东发生继承相比，操作起来相对较为灵活。

### 2、非上市公司

前文已述，在我国，股份公司主要有两部分，即由国有大中型企业和一部分有一定实力的集体企业改制而来以及为了上市公开募集资本由有限公司改制而来的股份制公司。对于非上市公司股份继承问题，我们只针对为了上市公开募集资本而改制而来的股份制公司。

#### （1）被继承人是控股股东或实际控制人的情形

我国《公司法》、《证券法》以及证券监督管理部门发布的相关规定对筹备上市公司的实际控制人、控股股东都有着严格的要求。其中，关于实际控制人稳定性，《首次公开发行股票并上市管理办法》第 12 条规定“拟 IPO（不含创业板）公司的实际控制人在最近三年内没有发生变更。”对于拟在创业板登陆公司，《首次公开发行股票并在创业板上市管理暂行办法》第十三条要求，实际控制人在最近两年内没有发生变更。

拟上市公司实际控制人发生股权继承将会直接导致发行人的股权结构，甚至会影响监管部门对拟上市公司实际控制人“结构稳定”的要求，所以尤其需要引起注意。

#### 【案例一】盛通股份（SZ：002599）

盛通股份（002599）在改制重组期间实际控制人死亡引起实际控制人变化的案例较为典型。

2007 年 10 月 19 日，盛通股份公司原董事长贾冬临先生不幸逝世。贾冬临先生生前持有的公司 3,000 万股（普通股）面临继承问题。根据我国《婚姻法》与《继承法》的相关规定，贾冬临名下的 3000 万股股权属于与妻子栗延秋的共同财产，该夫妻共同财产的一半即 1500 万股属于栗延秋所有，剩余的 1500 万股根据继承法的相关规定，由贾冬临的合法继承人进行继承。

由于贾冬临生前未立有任何遗嘱，根据《继承法》的相关规定，贾冬临的父母、子女、配偶作为第一顺位的继承人参与继承，由于贾冬临有两个子女，所以参与继承贾冬临 1500 万股股权的人共有 5 人。

鉴于贾冬临及贾氏家族在公司中形成了实际控制人的地位，而贾冬临在上市审核前不幸离世，其股权将被一分

为五，将直接影响到贾冬临原有的实际控制公司的地位，进而影响到上市监管部门对拟上市公司“实际控制人”稳定性的要求。

为了能够顺利闯关，保荐人及发行人律师声称，公司的实际控制人系贾氏家族而非贾冬临个人；贾氏家族为了尽可能的不分散股权，保证对发行人控制权的集中度，贾冬临的父母均放弃了继承权。另外发行人律师认为，尽管贾冬临先生去世后其与其妻栗延秋婚姻关系自动解除，但贾冬临先生与栗延秋女士的婚生子女贾子裕、贾子成仍然为贾氏家族的成员，栗延秋女士作为贾子裕、贾子成的合法监护人，也担负维护被监护人利益的责任，现栗延秋女士仍居住在原址，继续与其子女、贾冬临的父母、弟弟和弟媳及其子女共同生活，依照公序良俗原则和《中华人民共和国婚姻法》的立法原意，栗延秋女士丧偶而未再婚且继续承担原家庭的责任，仍应被认定为贾氏家族成员。

尽管如此，证监会并没有认可上述发行人及发行人律师和保荐机构的观点，公司于2008年7月25日被否，而被否的根本原因是“认定实际控制人变更”，由于实际控制人变更无奈只能等待36个月。

所以，对于筹备上市期间的公司来说，如果实际控制人或控股股东发生继承问题时处理不当，将极有可能影响到公司的上市进程。

## （2）被继承人是小股东的情形

筹备上市期间的小股东发生继承问题进而改变公司的股权结构不会导致公司的实际控制人发生根本变化。所以一般情况下，发审期间的公司小股东发生继承问题时，不会影响到公司的上市进程（该小股东担任公司的高管人员除外）。但是，如果因为小股东的继承问题处理不当而引发纠纷问题，则会触及到证券监管部门对上市公司关于“股权明晰”的红线，不得不引起重视。

上市审核监管部门对于发行人股权结构清晰的要求，除了部分人员因为身份问题不能持有公司股权、公司股权不存在质押、信托持股情况外，发行人股权是否存在潜在的诉讼纠纷也是发审部门重点关注的方面。我们知道，发行人股东在上市前面临婚变将可能导致发行人的上市进程，其原因之一就是离婚股权分割致使发行人股权面临纠纷的可能性。实际上，因继承而引发发行人股东变化同样会存在这样的潜在纠纷，如果小股东的股权继承处理不当，则有可能为发行人上市过会留下隐患。

除此之外，面临继承的小股东必须是对公司股权结构和公司治理没有重大影响，该种变更不会导致控制权的变更以及影响到股权的稳定性；小股东去世后如果继承人比较多，还需注意继承之后股东人数不要超过法律规定，不排除在适当的时候考虑部分继承人放弃继承权的可能性；中介机构是否及时披露信息也将影响到发行人的上市进程。

## 三、未成年人继承企业股权的方式和途径

### （一）传统的方式继承

#### 1、遗嘱继承

##### （1）综述

遗嘱继承是指按照立遗嘱人生前所留下的符合法律规定的遗嘱的内容要求，确定被继承人的继承人及各继承人应继承遗产的份额。在实践中，遗嘱继承又称为“指定继承”，是按照被继承人所立的合法有效的遗嘱而承受其遗产的继承方式。

我国《继承法》第三章用7个法律条文对遗嘱继承进行了较为详细的规定，包括遗嘱的形式、遗嘱生效、无效的条件等。总结起来，遗嘱继承主要有如下特征：被继承人生前立有合法有效的遗嘱；遗嘱是被继承人的真实意思表示；被继承人死亡是遗嘱生效的时间；遗嘱继承人和法定继承人的范围相同，但是遗嘱继承不受法定继承的顺序以及法定继承人数量的限制；遗嘱继承要优于法定继承。

上述《继承法》关于遗嘱继承的规定以及遗嘱继承自身的特点，对于公司股权的继承有着重要意义，可以说，未成年人继承公司股权除了符合《公司法》与《证券法》方面的规定外，主要受上述《继承法》的相关规定。

##### （2）案例

#### 【案例二】宁波建工（SH:601789）

宁波建工招股说明书第1-1-48页显示：本公司股东王宇凌先生因病于2010年4月23日去世，根据王宇凌生前与其配偶郑冬玲、儿子王一丁签署的《关于财产继承人的协议》，其所持本公司6.9288%股份所有权由其儿子王一丁继承。本次股东变更事宜已经本公司2010年第二次临时股东大会通过并相应修改了公司章程，2010年7月完成工商变更备案手续。

王一丁继承王宇凌在发行人的股份后，成为发行人前十大股东，并且是最大的自然人股东。另外，2010年4月，王宇凌因病去世，其所持广天日月22.0873%股份所有权由其儿子王一丁继承。

本案例中，王宇凌在去世前与妻子郑冬玲、儿子王一丁签署有《关于财产继承人的协议》。尽管该协议不是传统意义上的遗嘱形式，而是被继承人与继承人签署的协议，但是，该协议的实质内容是王宇凌对自己在宁波建工的股权作的处理和安排，反应了遗嘱的实质。

由于王宇凌生前名下的股权本应是与其妻子郑冬玲的夫妻共同财产，同时根据我国《继承法》的规定，王宇凌去世后，妻子郑冬玲与儿子王一丁作为同一顺位继承人共同分割王宇凌在公司的股权。所以《关于财产继承人的协议》实际上是排除了郑冬玲的继承权，当然，协议的成功签署从另一角度来说也是郑冬玲女士放弃了自己的继承权。

王宇凌先生生前之所以作出这样的安排，主要是由于宁波建工当时正处于IPO闯关之际，实际控制人的变更将

会影响到公司 IPO 进程。

2010 年 3 月 6 日，徐文卫、王宇凌、潘信强、陈建国、陈贤华、翁海勇、鲍林春、乌家瑜等 8 名自然人作为发行人事实上之一致行动人，为进一步巩固其 8 人对广天日月及发行人的共同控制行为签署了一致行动《协议书》。

2010 年 4 月 23 日，原实际控制人之一王宇凌先生因病过世，其原持有发行人及广天日月股份的所有权由其子王一丁继承。

2010 年 5 月 26 日，徐文卫等 7 人签署了原一致行动协议的《补充协议书》；王一丁认可原协议书及《补充协议书》。根据该《补充协议书》，王一丁所持股份之表决权自动委托徐文卫等 7 人过半数推选的代表（代表应为协议一方）行使；协议各方过半数推选的代表行使原王宇凌先生所持有股份的表决权时，在维护委托人合法权益的前提下，在广天日月、发行人股东大会上，其表决意见应当与原协议书第三条所形成的表决意见保持一致。该等约定并不妨碍发行人董事会、监事会、股东大会按照法律、行政法规、规范性文件及《公司章程》等的规定进行规范运作，也不影响董事、监事和高级管理人员依照职权分工正常履行职责，不会对发行人法人治理结构的有效性产生不利影响。

最终，保荐机构认为，发行人的持续经营对王宇凌个人没有依赖，王宇凌去世未对公司的生产经营产生重大影响，目前公司运营正常，经营业绩保持持续稳定增长态势。对于上述股权结构的变更，发行人律师也出具了类似的补充律师意见，王宇凌原所持广天日月及发行人股份之权利人发生变动系因客观原因造成，但相关股份仍由实际控制人范围内的徐文卫等其余 7 人实际控制，未因持股人变动而发生变动。

### （3）小结

上市公司或拟上市公司实际控制人死亡必然会引起股权结构的变更甚至会引起公司实际控制人的变化，对于拟上市公司来说，如果处理不当，可能会引起上市进程的搁浅。但是，被继承人生前合理、有序的遗嘱安排可以有效的避免不必要的纠纷和麻烦的出现，保证拟上市公司上市进程顺利、上市公司实际控制人和公司原有的治理结构稳定。

宁波建工实际控制人原为 8 人，8 名自然人签订《一致行动协议》。王宇凌作为实际控制人之一去世后，由其子继承股权，并签订相关协议认可《一致行动协议》。共同拥有公司实际控制权的人由 8 人变为 7 人，但表决权没有变化，控制权维持稳定，发行人实际控制人未发生变更。

## 2、法定继承

### （1）综述

法定继承是指在被继承人没有对其遗产的处理立有遗嘱的情况下，由法律规定继承人的范围、继承顺序、遗产分配的原则的一种继承方式。在司法实践中，法定继承又称为“无遗嘱继承”，是相对于遗嘱继承而言的。

法定继承中的继承人是法律基于继承人与被继承人之间的亲属关系规定，而不是由被继承人指定的，法定继承具有法定性和强行性，任何人不得改变；法定继承是对遗嘱继承的补充和限制。

由于受到传统观念的影响，我国民众生前立遗嘱的现象并不多见，对于大型企业及上市公司而言更是如此。所以，上市公司及拟上市公司股东继承案件中法定继承事例较为多见。

### （2）案例

#### 【案例三】恒基达鑫（SZ：002492）

根据恒基达鑫招股说明书披露的信息显示，2010 年 6 月，张培弟先生因病去世，张培弟先生去世时无遗嘱，其遗产有继承权的亲属包括其妻王青运女士、其父张云鹤先生、其母沈丽青女士、其子张辛聿先生、其女张辛继承人是未成年人的家族企业股权传承路径分析报告等五人。上海得鑫、实友化工的股权按法定继承处理。根据珠海市公证处对《婚姻法》、《继承法》的理解，夫妻在同一家公司分别持有的股权，均属于夫妻共同财产，如果分割遗产，应当先将共同所有的财产的一半分出为配偶所有，其余的为被继承人的遗产，五名法定继承人对此未表示异议。

由此可见，张培弟先生生前并未立有任何遗嘱或关于遗产的安排协议，张培弟先生去世后，张培弟先生生前名下的股权，扣除属于妻子王青云女士的夫妻共同财产，其他股权由上述五名法定继承人进行继承。

同样是因为恒基达鑫处于上市发审的关键时期，张培弟的去世为公司顺利 IPO 带来了不可预知的因素，但是，好在张培弟的五名法定继承人在继承遗产方面达成了高度一致并签署了《析产协议书》。恒基达鑫招股说明书显示：根据珠海市公证处出具的（2010）珠证内民字第 5643 号、第 5736 号《公证书》及五名法定继承人签订的《析产协议书》，张培弟、王青运夫妇持有实友化工股权共计 60%，其中 30% 股权作为张培弟先生的遗产，王青运继承 21% 股权，张辛聿、张云鹤、沈丽青各继承 1% 股权，张莘继承人是未成年人的家族企业股权传承路径分析报告继承 6% 的股权。

根据张辛聿、张云鹤、沈丽青与王青运签订的《珠海实友化工有限公司股权赠与协议书》，张辛聿、张云鹤、沈丽青将各自持有的实友化工股权（共计 3%）赠与王青运。

在上述操作中，张云鹤、沈丽青及张辛聿均将自己应继承的实友化工股权无偿转给了王青运，是出于对王青运作为发行人领军人物的坚定支持、信任，张云鹤、沈丽青夫妇的其余子女对此均知情且无异议。

本案中，张培弟先生的继承人之一张莘继承人是未成年人的家族企业股权传承路径分析报告尚未成年，所以，其根据上述《析产协议》获得股权无法独立行使股东表决权。根据我国《继承法》及《民法通则》中关于法定代理人的规定，无行为能力人的继承权、受遗赠权，由他的法定代理人代为行使。限制行为能力人的继承权、受遗赠权，



由他的法定代理人代为行使，或者征得法定代理人同意后行使。由于张莘尚未成年，王青运女士作为她的法定监护人代她处理继承遗产事宜，保证张莘继承人是未成年人的家族企业股权传承路径分析报告的法定权利。因此，张培弟先生名下的 36%实友化工股权最终由王青运继承 30%、张莘继承人是未成年人的家族企业股权传承路径分析报告继承 6%。

因张培弟先生去世而引起实友化工的上述股权变更，均履行了必要的法律程序，均是当事人真实意愿的表达，不存在任何纠纷。

张培弟去世后所遗留的发行人及其相关公司的股权处理完毕后。

### (3) 小结

法定继承仍是我国现阶段主要的继承方式，但是，并不是每一个法定继承案件都会像本案例如此顺利和无纠纷。一旦因为继承人之间发生纠纷或者是完全按照法定继承的方式分割原实际控制人的股权导致股权分散、实际控制人变更，那么将会对拟上市公司发审和上市公司的稳定造成巨大的影响。

该案例是在发行人成功通过发审会审核之后实际控制人张培弟突然去世，然而，张培弟的去世并没有改变发行人在成功过会后再次通过发行上市。上市监管部门没有认定发行人实际控制人变更，最终成功上市。本案例其实跟上述案例一盛通股份情况十分相似，张培弟间接持有发行人 67%占据绝对控制地位，而实际控制人的去世也很可能导致公司实际控制人变更且对公司生产经营产生重大不利影响。而上市审核监管部门并未因此而认定发行人实际控制人变更进而否决发行人的上市，主要是在于两个方面的原因：

其一，项目组没有重点解释阐述实际控制人是否变更，而是从侧面介绍张培弟去世以后股权的传承与安排，一定程度上稀释了监管部门对发行人实际控制人的关注，让发行人坚信，股权传承透明、公开，不存在任何纠纷和隐患；

其二，本案中，张培弟先生的五位法定继承人达成的《析产协议书》至关重要，《析产协议书》及析产之后的《股权赠与协议》使得本次继承可能存在纠纷的风险降到最低限度。

### (二) 信托的方式继承

#### 1、股权信托参与传承概述

股权信托是指以公司股权为信托财产而设定的信托，因股权与其他财产权有着本质的区别，所以股权信托与他财产权信托有着不同的特点。这里所说的公司股权包括有限公司股权和股份公司股权。

股权信托作为信托的一种，其在法理基础上源自于英美法上的信托设计。在信托关系中存在着三方当事人，即委托人、受托人和受益人，随着司法实践的需要和不同法系下的特殊需求，委托人与受益人有可能是同一主体，即所谓的自益信托。

股权信托在参与公司股权传承的过程主要作用除了合理规避高昂的税费外（目前我国还未开征遗产税），对因为继承而引起的分散股权进行集中管理和处分以及继承人是未成年人时委托专业的信托机构可以实现更好的股权管理。

实际上，未成年人在继承股权时，由于其在民事行为能力上的特殊地位，无法行使股权表决权以及无法对股权进行处分和管理，而被继承人的配偶作为该未成年人的法定代理人将会代为行使上述权利。实践中，一方面该被继承人的配偶并非专业人士，代未成年人行使股权表决权参与公司管理不利于公司的稳定发展；另一方面，由未成年人的法定代理人代为行使未成年人继承的股权表决权和处分权并不一定是被继承人的真实意思表示。

所以，股权信托在传承公司股权过程中有着较大的应用空间，当然，对于上市公司而言，由于监管部门对于上市公司有“股权清晰”的硬性要求，股权信托尚没有健全的生长土壤，有待于进一步的实践与法律完善，以下会简单进行分析。

#### 2、目前我国关于股权信托的法律规定

我国目前的法律框架下，没有明确的规定“股权信托”的概念。我国现行有效的《信托法》第 7 条规定，“设立信托必须有确定的信托财产，并且该信托财产必须是委托人合法所有的财产，本法所称财产包括合法的财产权利。”所以，该条实际上将股权等财产性权利纳入了可信托财产的范畴，股权信托有明确的法律依据。

除此之外，《信托法》还对信托的成立、信托的形式、信托的登记与生效进行了专门的规定。尽管《信托法》自 2001 年颁布实施以来尚未进行过修改，但是，对于股权信托的操作方式及框架性的要求有着基本的规定。所以，严格意义上来说，股权信托的设立没有法律上的障碍。但是，对于上市公司来说，设立股权信托除了要满足《信托法》的要求外，还要符合证券监管部门颁布发行的对于上市公司监管规定。

中国证监会监督管理委员会为了规范首次公开发行股票并上市的行为，保护投资者的合法权益和社会公共利益，根据《证券法》和《公司法》制定并于 2006 年颁布施行的《首次公开发行股票并上市管理办法》（第 32 号）第 13 条规定，发行人的股权清晰，控股股东和受控股股东、实际控制人支配的股东持有的发行人股份不存在重大权属纠纷。

“发行人股权清晰”的规定，成了上市公司设立股权信托的最大障碍，因为，股权信托的受托人作为名义上的股东并不享有股权的受益权，而作为受益人，即使不是公司股东，却可以享受相关股权带来的收益。尽管有信托文件的规制和约束，依然带来了不稳定的因素和潜在纠纷的可能性。

中国证监会于 2012 年 9 月 19 日发布的《公开发行证券的公司信息披露内容与格式准则第 2 号——年度报告的

内容与格式》第 40 条规定“……实际控制人应当披露到自然人、国有资产管理部 门，或者股东之间达成某种协议或安排的其他机构或自然人，包括以信托方式形成实际控制的情况。如实际控制人通过信托或其他资产管理方式控制公司，应当披露信托合同或者其他资产管理安排的主要内容，包括信托或其他资产管理的具体方式，信托管理权限（包括公司股份表决权的行使等），涉及的股份数量及占公司已发行股份的比例，信托或资产管理费用，信托资产的处理安排，合同签订的时间、期限及变更、终止的条件以及其他特别条款等”。

从上述中国证监会发布的该条文来看，上市公司实际控制人、控股股东等只要做到及时、准确、详细的信息披露即可通过股权信托的方式控制公司。

### 3、实践中股权信托障碍

从上述分析可以看出，上市公司设立股权信托不存在法律上的障碍。但是，实践中，上市公司或者拟上市公司股权信托的设立并非想象般的顺利。其主要的障碍依然是监管部门关于上市公司“股权清晰”的规定。

从目前已经上市的公司来看，在其披露的招股说明书以及定期报告中往往会在“发行人组织结构说明”中承诺“发行人自成立至今，不存在工会持股、职工持股会持股、信托持股和委托持股等情况”。

在平时的业务探讨中，经过与专业的信托机构沟通交流了解到，目前的信托公司对于上市公司股东的股权信托基本不予受理，主要的担心在于风险过高、不易操作和没有实践案例可查等。

法律规定与实践的脱节主要原因在于两个方面：

一方面是，已经上市的公司招股说明书中披露的关于不存在“信托持股”的承诺均是在 2013 年以前作出的（自 2012 年 10 月份至今，处于我国 IPO 审核的空窗期，至今没有一单企业成功 IPO），而上述证监会发布的《公开发行证券的公司信息披露内容与格式准则第 2 号——年度报告的内容与格式》文件是于 2013 年 1 月 1 日正式生效实施的，实践的操作将要滞后于法律的颁布实施。

另一方面，尽管监管部门放宽了对股权信托的监管力度，但是对于筹备上市的企业来说，依然不敢冒险“试水”。因为一旦“试水”失败，发行人因为股权信托被认定为“股权不清晰”，那么有可能导致发行人三年内不得申请上市的惨剧。无论是中介还是发行人本身，都不愿因此而冒险。

### 4、小结

所以，尽管股权信托在法律上不存在障碍，监管部门对上市公司的股权信托的监管力度正在下降，但是，出于公司稳健发展的考虑，在股权传承过程中，采用股权信托的方式保证股权受让人尤其是未成年人股权受让人的合法权益、践行被继承人的真实意思表示，依然存在实践的障碍。

但是可以肯定的是，无论是信托自身优势的逐渐体现，还是从我国监管部门的信息显示，上市公司股权信托的司法与实践环境将会逐渐宽松，而届时相应的通过股权信托的方式传承家族企业的股权将成为可能。

#### （三）协议安排的方式继承

所谓通过协议安排的方式继承是指被继承人通过与法定继承人签订协议的方式传承自己合法财产的遗产传承方式。该种继承方式与遗嘱继承有相类似的地方，但是与遗嘱继承不同的是，部分继承人附有一定的义务，在义务履行完成的情况下，方能继承被继承人指定的相应遗产。

该种继承方式主要用于被继承人合法的继承人存在未成年人的情况，为了保证未成年人继承人合法继承遗产，约定其他成年继承人（如未成年人的法定代理人）有附有监管未成年人所继承的被继承人股权的约定义务，该义务的履行与否视为该继承人是否可以获得被继承人股权的前提条件。根据被继承人生前的需要，亦可设立法定继承人以外的其他人作为辅助监管人，监管未成年人的法定代理人的行为。

通过协议安排的方式传承上市公司股东的股权其法律依据是我国《继承法》第 21 条：遗嘱继承或遗赠附有义务的，继承人或者受遗赠人应当履行义务。没有正当理由不履行义务的，经有关单位或个人请求，人民法院可以取消他接受遗产的权利。另外，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 43 条的规定，附义务的遗嘱继承或遗赠，如义务能够履行，而继承人、受遗赠人无正当理由不履行，经受益人或其他继承人请求，人民法院可以取消他接受附义务那部分遗产的权利由提出请求的继承人或受益人负责按遗嘱人的意愿履行义务，接受遗产。

对于该种继承方式在上市公司股权继承中可以很好地实现被继承人的意志，但是，目前尚没有实践操作案例。

## 境外共同财产被转移-闹心 中国法院判决系无效-公正

### ——首例境外上市公司因离婚导致股权转让无效案

2015 年 07 月 21 日 来源：家族律评 作者：北京市中伦（上海）律师事务所 贾明军律师团队

#### 题记

首例境外上市公司因离婚导致股权转让无效案

艰苦诉讼过程，辗转反侧，千回百折……

如何查证境外公司的相关材料，获得有力证据

股权转让发生在境外，应该适用中国法还是外国法

法律要点

本案美国法院有管辖权吗？  
案由应该确定为“股权转让纠纷”还是“股权赠与纠纷”？  
转让股权的行为应该适用哪国法律？  
本案应适用《公司法》还是《婚姻法》？  
婚前取得的股权如何在婚后确定夫妻共同财产的价值？  
前车之鉴  
离婚案件中如何对海外买壳上市公司证据进行收集？  
涉外股权信息如何公证及举证适用？  
一方名下公司股权置换后对配偶权益有何影响？  
股权在境外的夫妻财产纠纷案件应如何适用法律？

## 一、故事简介

（人物、公司为化名；案情全部来源于公开媒体资料，如有失事之处，敬请原谅）

青年才俊初创业，年轻妻子不离弃

今天的故事先要从男主角张牧之先生说起：

张牧之一——1970年出生，清华大学EMBA。不到30岁创办自己的东邻汽配有限公司（以下简称“东邻汽配”），并快速发展，2007年12月成功登陆美国纳斯达克证券交易所，正式成为一家境外上市公司，更名为辉腾集团有限公司（以下简称“辉腾”）。2010年3月，因企业发展所需，辉腾又在巴黎欧洲交易所成功上市融资。

故事的另一位主角名叫李梅。与张牧之相识时，李梅还是一名在校大学生，年仅19岁。在与大他11岁的张牧之相恋4年后，李梅不顾家人的反对，毅然与张牧之“裸婚”。当时正处于创业初期的张牧之可谓是无房无车，生活比较清苦，但这并没有影响夫妻两人的感情，相反，两人不离不弃，这也为张牧之的事业发展带来了不小的帮助。

小公司变成大公司，两地相隔闹离婚

张牧之公司的主营业务是汽配加工与制造。在张牧之的带领下，公司迅速发展，市场份额逐步提高。几年的发展过程中，公司的整体结构也发生了几次重要的变革：

1995年，张牧之与若干创业搭档创办东邻汽配有限公司，经过几次工商变更，于2007年成为外商独资企业，公司名称也变更为“辉腾中国”。

1999年，上海东邻信息有限公司成立，于2006年将公司名称变更为上海东邻汽配有限公司（以下简称“上海东邻”），并由原来自然人（张牧之）控股，变更为辉腾上海全资控股。

2006年，即公司筹备上市的关键一年，张牧之在海外找到“壳公司”——“WallaceMountain Resources,inc”，完成“壳公司”收购“上海东邻”的资本运作，然后将“壳公司”变更为“辉腾”公司。

最终通过一系列资本运作，张牧之的“辉腾”成功登陆美国纳斯达克交易所，期间经历了两次“股权置换”以及一次“反向收购”，最终的结果为张牧之担任“辉腾”的首席执行官，持有上市公司约400万股发起人记名股票。

以上资本运作与公司经营着实辛苦，而辛苦的工作换来的不仅仅是公司的发展，还有感情的裂痕。因为李梅的主要住所地在上海，而张牧之则需要长时间在湖南工作，双方其实在婚后没多久就一直处于分居两地的状态。

2009年6月，李梅收到法院的传票，内容是张牧之提出的离婚诉请。两人虽因长期分居，感情也确实不如刚结婚时那么好，但在李梅看来，两人之间绝对没有到离婚这一步，张牧之突然要离婚，对李梅而言绝对是巨大的打击。同年7月，法院驳回了张牧之的离婚诉请。

相隔15个月后，张牧之又一次向法院提请离婚诉讼，但法院的态度与第一次一样，驳回张牧之的离婚诉请。

上亿财产被转移，维权之路不容易

根据相关的报道，2009年第一次起诉离婚时，张牧之持有上市公司辉腾400万股发起人记名股票，按照当时的股价计算，价值过亿。

但在2008年10月，即驳回离婚诉请的2个月后，张牧之将其持有的所有股权无偿转让给了同为公司发起人的亲兄弟张散之，并辞去“辉腾”首席执行官一职。该消息通过美国证券交易监督委员会（以下简称SEC）的报告披露：“2008年10月16日，根据该公司首席执行官张牧之的请求，其因个人原因向其兄张散之转让其持有的400万股普通股股票，但张散之授权张牧之行使公司的投票权，以上股票的锁定期限截止2009年10月6日。”并且，“张散之于2008年12月2日授权张牧之享有400万股普通股的独占表决权直至2011年12月2日。”

2009年7月11日，李梅以自己的名义向美国证券监管委员会（SEC）写了一封异议信，指出，张牧之持有的上市公司400万股普通股系夫妻共同财产，在其不知情的情况下，张牧之的无偿转让行为违反了夫妻共同财产的平等处置权，侵犯了女方的合法财产权益。

2009年8月14日，SEC回函，声明其仅根据当事人的要求变更相关股权转让手续，这并不代表转让是合法或违法行为。同时，建议女方“可以在合乎中国法律框架下，采取任何行动来澄清您在该股票转让中享有的权益。”SEC的回函态度很明确，即“我们只负责程序上有无瑕疵，但具体到转移股权的行为的合法性我们并不负责。”这一态度等于拒绝了李梅通过美国证监会撤销张牧之股权转移行为的请求。

但李梅并没有放弃维权，在被美国证监会拒绝以后，曾多次试图与张牧之协商，但都遭到拒绝。协商的路走不

通，李梅只能使用最后的手段，向法院起诉。

2010年9月，李梅向湖南省高级人民法院递交诉状，要求法院认定张牧之无偿转让股权行为无效。但事情并没有想象中那么顺利，湖南高院在接到立案申请后，就是否应该由其受理始终无法决定，因为被告张牧之的户口在上海，所以湖南高院认为应该由上海法院受理。在漫长的等待后，湖南高院最终裁定该案由上海法院受理。对此，李梅不服，并就该管辖的裁定上诉至最高人民法院。最高院给出最终裁定：该案由湖南省高级人民法院受理！该案的管辖权的问题，所耗时间长达一年之多，真可谓维权路漫漫啊。

但正所谓好事多磨难，湖南高院正式受理后，双方就应该适用中国法还是美国法产生分歧。法院要求李梅一方在一个月內出具一份美国律师的法律意见书。在申请延期获准后，李梅通过各种方法终于完成了这个“强人所难”的任务。

最后，湖南高院根据《中华人民共和国婚姻法》（以下简称《婚姻法》）第17条、《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见（试行）》（以下简称《民法通则意见》）第89条之规定，并经湖南省高级人民法院审判委员会讨论后，判决张牧之将其在辉腾公司持有的400万股股票赠与张散之的转让行为无效。

## 二、法律要点

### （一）本案美国法院是否有管辖权

管辖权问题是评价诉讼程序正当性和判决有效性的标准之一，我国也有“管辖是司法公正的第一条生命线”的说法。从我国的情况看，管辖引发的问题时有发生，社会各界对此也反映强烈。就级别管辖而言，实践中产生的大多是诉讼标的额大的案件和当事人跨地区的案件。

在本案中，管辖权问题不仅体现了诉讼标的额、当事人跨地区这两个普遍性的问题，还涉及到内地企业在美国纳斯达克上市及涉案股权取得及转让地在美国的前沿问题。涉外离婚案件管辖权的确定不仅是对管辖法院的确定，还在一定程度上直接影响法律适用。

关于涉外离婚案件的管辖权问题，英美法系中，采用基本原则是以当事人的住所、居所为依据确定管辖权；而大陆法系中，以当事人的国籍、住所地为依据进行管辖。从本案的实际情况来看，无论是根据英美法系的理论抑或是大陆法系的理论，都应当由中国法院管辖。

确定了本案应由中国法院管辖后，关于管辖法院级别的确定是本案的另一个焦点。李梅在2009年9月向湖南省高级人民法院提起诉讼后，该院于2009年9月22日组成合议庭对本案是否立案受理的问题进行研究讨论，并听取了当事人及律师的意见。该院认为，李梅及两被告，虽属于中国公民，但是本案争议的股票、以及股票转让行为均在美国，根据《民法通则意见》第178条之规定，本案具有涉外因素。鉴于此，湖南省高级人民法院为慎重起见，就本案的立案问题向最高人民法院进行了请示，最高人民法院最终裁定湖南省高级人民法院对本案享有管辖权。

### （二）案由应该确定为“股权转让纠纷”还是“股权赠与纠纷”

在2008年4月1日《民事案件案由规定》正式实施前，对于类似案件，法院一般将案由定为“股权转让侵权纠纷”；2008年4月1日《民事案件案由规定》正式实施后，“股权转让侵权纠纷”这一案由已被删除，而最符合本案案情的应该是《民事案件案由规定》第248条“股权转让纠纷”。

法院审理时认为，由于本案的股票转让实际包括赠与行为以及在美国的股票过户行为两个部分，李梅起诉的理由是认为诉争股票在夫妻存续期间取得，属于夫妻共同财产，而张牧之未经李梅的同意，将股票赠与其哥哥张散之，构成法律意义上的“无权处分”。其依据的法律也是我国的《婚姻法》、《合同法》。因此，虽然女方的诉讼请求是要求确认本案股票赠与合同无效，本案的案由应定为涉外赠与合同纠纷。

《最高人民法院关于印发修改后的〈民事案件案由规定〉的通知》（法[2011]42号）第八部分与公司、证券、保险、票据等有关的民事纠纷——二十一、与公司有关的纠纷——249、股权转让纠纷，根据该通知的规定，股权转让纠纷是一个独立的案由，适用于与公司有关的纠纷。

同时笔者认为，根据合同的相对性，如果本案涉及的是股权转让合同纠纷，即股权赠与合同纠纷，应该只涉及到合同双方当事人。所以，本案适用股权转让纠纷的案由应该更为恰当。

### （三）转让股权的行为应该适用哪国法律

根据本案的判决书可以知晓，案件系争标的是“辉腾”的股权，形成于美国，而且张牧之与张散之兄弟俩就涉案股票的赠与行为也发生在美国。相关股票的变更登记，也是在美国完成的，因此，在法庭辩论中，张牧之一方提出，对本案赠与行为的法律适用，应以美国法为准。本案作为财产争议，同当事人的离婚结局无关。

但李梅则反驳认为，本案应该适用中国法，因为根据《最高人民法院关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件适用法律若干问题的规定》（以下简称《审理涉外民商事合同纠纷适用规定》）第5条的规定：“当事人未选择合同争议应适用的法律的，适用与合同有最密切联系的国家或者地区的法律。”根据“辉腾”招股说明书第1页的内容显示，上市公司是通过两家位于中国的公司，即辉腾中国及上海东邻开展经营活动的。可以看出争议合同的实体财产在国内。并且，张氏兄弟与其均为中国籍，在本案涉诉之前，双方均长期居住在国内。因此，李梅认为本案应适用中国法律。

现行国际私法中，有关离婚原因的准据法主要分为三种，即法院地法主义、属人法主义、选择或重叠适用当事人属人法和法院地法主义。

本案不适用美国法的理由：

首先，由于美国联邦法律并不涉及已婚人士的婚姻财产权，与家庭关系有关之争端一般交由州法律（管辖范围）。所以，美国联邦法律不适用本案；

其次，根据李梅委托美国律师查证的关于《美国 S 州共有财产法适用问题的意见》可知，S 州法律并不适用于本案（注：S 州是系争“壳公司”的注册地，也是本案具有涉外因素的唯一连接点），理由是 S 州并不是李梅和张牧之的“婚姻居住地”，而“婚姻居住地”是判断本案是否能够适用 S 州法律唯一依据；

再者，根据美国 S 州冲突法律规则，该案所涉及纠纷应当适用中华人民共和国法律；

第四，根据美国联邦法律及相关判例，因为在男方获得“辉腾”的股份时，丈夫和妻子居住在中华人民共和国，美国联邦法律将使用中华人民共和国法律决定女方在该公司股份中的财产权利。

本案适用中国法的理由：

根据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》（以下简称《涉外民事关系法律适用法》）（该法已于 2010 年 10 月 28 日经全国人大常委会通过并予以公布）第三章婚姻家庭章第 24 条规定：夫妻财产关系，当事人可以协议选择适用一方当事人经常居所地法律、国籍国法律或者主要财产所在地法律。当事人没有选择的，适用共同经常居所地法律；没有共同经常居所地的，适用共同国籍国法律。

也就是说，根据该法的规定，在夫妻对财产关系没有协议选择法律的情况下，法院只能适用双方共同经常居住地法律或者共同国籍国法律，除此之外，不能适用其他任何法律。本案中，李梅和张牧之在婚姻缔结时、财产取得时、财产转让时，直到本案涉诉时，双方的共同国籍始终都是中国。

最后对于股票转让行为是否有效的法律适用，湖南省高级人民法院认为，因股票转让行为是赠与合同，适用赠与入住所地法。男方的住所地在中国南昌，因此赠与的效力问题也应该适用中华人民共和国的法律。

（四）本案应适用《公司法》还是《婚姻法》

本案的案由系“股权转让纠纷”，即公司股东之间或股东与第三人之间的纠纷应属于《公司法》范畴，但本案因第三人与股东之间是夫妻关系，所以有涉及到《婚姻法》领域，这两部法律如何适用也是本案一大难点。

张牧之一方认为“辉腾”是依法设立在美国上市公司，其股东的权利义务按照美国证券法及美国证监会的相关规定进行调整。其将诉争股权转让给张散之是经过美国证监会的备案和公示，从形式上来说，若符合美国证券法及美国证监会的相关规定，应视为合法有效，这也是公司股权转让自由原则的体现。

但李梅一方则认为类似案件是适用《婚姻法》、《合同法》还是《公司法》、《证券法》，其实并不冲突，当股权所有者只有一人时，不需要经过另一人的同意，这时适用《公司法》、《证券法》；而涉及到离婚时，就是夫妻共同财产问题，不能漠视配偶另一方的所有权，要同时适用《婚姻法》。一般情况，离婚前私自转让财产，其主观上应是恶意的，特别是受让的对象又有特殊性、系其亲属关系，且转让无对价的情况下，这就更有规避财产的嫌疑，应同时纳入到《合同法》等规制的范畴。任何一个法律的立法宗旨都是要保护财产所有人，形式上的合乎规定不能对抗行为实质上的违法性，因此转让无效。

笔者认为，本案不是应适用《婚姻法》、《合同法》还是《公司法》、《证券法》的问题，而应当是如何适用《婚姻法》、《合同法》、《公司法》、《证券法》以达到相互间协调统一的问题。

夫妻一方作为股东的配偶，本就是该股权的共同共有人，其法律地位相当于合法的隐名股东。女方与男方之间的纠纷表面上看来是女方主张男方转让股权的行为无效，但实际是共有财产被擅自处理、配偶一方通过合法形式侵犯另外一方合法权益而产生的争议。在股东为自然人且有配偶的情形，作为股东的投资行为往往是代表夫妻或家庭的投资行为。本案中，所有的上市公司股份属于婚姻关系存续期间投资形成，作为股东，在公司内行使股东的权利时，不受配偶即女方的干涉，但转让股份的行为并不影响公司存续而直接关系到妻子即女方的利益，转让前应当征得妻子的同意，这也是“共有关系”法律的基本原则和要求。

《侵权责任法》2010 年 7 月 1 日正式实施后，对此类因婚内财产侵权而引发的股权纠纷案件也提供了新的法律依据和思路。该法第 8 条规定：“二人以上共同实施侵权行为，造成他人损害的，应当承担连带责任。”第 9 条规定：“教唆、帮助他人实施侵权行为的，应当与行为人承担连带责任。”也就是说，在确定侵权行为的基础上，对因侵权行为而造成权利人损失的，权利人可以要求所有的侵权人一起对该侵权行为承担连带责任。就本案而言，张氏兄弟的行为不仅本身因实质上违反了《婚姻法》的规定而无效，同时，根据《侵权责任法》的规定，属于两人以上共同实施的侵权行为，若该两人的行为给女方造成损失的，女方还可主张张氏兄弟对其承担连带的赔偿责任。

因此，笔者认为，此类纠纷不存在究竟是何部法律优先适用，而是如何将《婚姻法》、《合同法》、《公司法》、《证券法》等法律结合适用，这些法律之间也不存在前后抵触、相互矛盾的地方。而根据《合同法》第 52 条关于“合同无效”的规定，结合《婚姻法》、《民法通则》的相关法律规定，则可以得出“股权转让无效”的结论。

（五）婚前取得的股权如何在婚后确定夫妻共同财产的价值

张牧之一方认为其所转让股权是其个人财产，上市公司的股权系其婚前取得，因为该部分股权是通过国内两公司的股权置换而来，即由辉腾中国及上海东邻的股权置换而来，而这两家公司是其在婚前成立，其所涉及的股权应属于婚前财产，婚后通过置换后依然属于被告一方的个人财产。

但李梅一方认为本案系争的股权为夫妻共同财产，理由如下：

首先，根据工商登记材料显示，张牧之是在婚后将辉腾中国及上海东邻的股权转让给“辉腾”的。虽然被告向法院提交的“股权置换”协议，虽然形式真实、确系 SEC 备案及公开的材料，但根据女方在开庭后补充查实的证据材料来看，其内容并不真实。因为李梅的代理人通过对中国相关国家工商管理部门查询得知辉腾中国及上海东邻的股东从未以股权转换的形式处置本公司股权。张牧之名下所拥有上述两家公司的股权分别于在 2007 年 10 月 10 日、2007 年 4 月 20 日转让给了“辉腾”。因此，女方认为，张牧之所称的股权是通过置换获得的这一事实本身就是错误的，同时，根据《关于外国投资者并购境内企业的规定》（10 号令）的相关规定，被告所称的股权置换方式既不符合中国工商局备案材料的实际情况，也不符合我国法律对股权置换行为的法律规定。

其次，张牧之是在婚后取得“辉腾”的股权。

双方结婚时间为 2004 年 12 月 10 日，根据 2007 年 10 月 26 日公布的“辉腾”的《招股说明书》显示，张牧之通过 2006 年的《股权置换协议》取得该公司 400 万股的股票，所以依照时间的先后顺序，该股票为男方婚后取得。

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：……(二) 生产、经营的收益；……《婚姻法》第 17 条在对夫妻关系存续期间的共同财产作出明确规定后指出“夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权”。在夫妻关系存续期间，只要是属于夫妻共同财产，不论其对财产收益贡献的大小，夫妻双方均有平等的占有、使用、收益、处分的权利。

所以，根据中国《婚姻法》的规定及相关事实，本案所涉及的男方名下的“辉腾”的股权应属于夫妻双方共同财产。

#### (六) 境外股权转让的效力应如何认定

张牧之认为，其无偿转让给张散之的股权系其个人财产，如何处分，将完全取决于其个人意愿。而李梅所称的张散之“无对价”、“非善意”而导致的转让行为无效，仅在被告无权处分股票的情形下有意义。所以，男方认为，其转让争议股票的行为是有效的。

而李梅则认定张牧之转让股权的行为侵害了其对夫妻共有财产的处分权，并且转让人存在明显的恶意，故该转让行为无效。

笔者认为，本案系争股权转让应为无效，理由如下：

(1) 张牧之转让的股票行为是在夫妻关系恶化时进行的，这个在本案中有证人证言的证明。另外，在股票转让 6 个月后，张牧之再一次向湖南省人民法院提起了离婚诉讼，这一点充分说明，其转让该案所涉股权的动机主观上存在恶意。

(2) 张氏兄弟之间在转让本案所涉股权时未征求李梅的意见，更未经其的同意，所以两人是以秘密的方式转让该股票，侵害了李梅的权利。

(3) 张牧之和张散之系亲兄弟，张散之应当知道李梅与张牧之是夫妻关系，而其与弟弟张牧之明知转让股票的行为会损害女方财产权益，依然在用无对价并隐秘的情况下转让该部分股票，这说明在转让双方在主观上存有明显的恶意。

(4) 张氏兄弟转让股权的行为已经严重侵害了李梅的合法权益，使其在财产上遭受了严重的损失。

结合以上 4 点说明张氏兄弟之间的股权转让行为侵害了李梅的夫妻共同财产处分权，根据《合同法》第 52 条的规定，笔者认为，其股权转让无效。

湖南省高级人民法院同样认定，张牧之将其在“辉腾”持有 400 万股发行人普通股赠与其哥张散之的行为侵犯了女方的夫妻共同财产权益，该行为无效。

### 三、前车之鉴

#### (一) 离婚案件中如何对海外买壳上市公司证据进行收集

如本案的情况，双方系争的股权为境外上市公司的股权，在如何能够有效的收集这一类的信息，转而成为强有力的证据，成为类似案件十分关键的部分。以下是有关方面的几点建议。

##### (1) 海外上市公司股权查证

若配偶一方名下公司顺利在海外上市，另一方需要查询该方名下在上市公司的股票持有情况，可通过如下方式进行查询。

#### 第一、招股说明书

首先，任何一家公开发行股票上市公司在其股票上市之前均会向社会公众公告其招股说明书，在离婚案件中，通过查阅上市公司的招股说明书可以了解在公司上市之时该上市公司发起人、高管名下对公司股份的持有情况。

招股说明书是指发行人为发行股票而依法制作的供社会公众了解发行人的基本情况、说明股票发行有关事项、指导社会公众认购股份的规范性文件。公司首次向社会公开发行股票必须制作招股说明书，并应于正式向社会公开发行股票前向公众公示。招股说明书不是中国大陆地区有该项规定，在美国、英国、新加坡、中国的香港地区等也均有规定。

由于信息的不对称性，即公司内部发起人与公司外部投资人对公司经营情况、经营风险等了解程度的天壤之别，几乎所有准许证券公开上市发行的国家和地区均要求上市公司对其公司信息进行披露，并要求公司所披露的信息真实、准确、完整。为了保证此点，我国《证券法》中还规确立了会计师事务所的审计评估制度、律师尽职调查制度、

保荐人制度等，通过外部相关专业人员对证券的发行和上市中披露的信息承担相应职务责任甚至是连带责任的方式来保证所披露信息的真实、准确和完整。也正是基于此要求，一般来说，招股说明书中所披露的信息对公众来说具有很强的公信力。

纵观各国及各地区招股说明书的情况，一般来说，在任何一份招股说明书中都必须具备以下几个方面的内容：第一，发起人认购的股份数；第二，每股的票面金额和发行价格；第三，无记名股票的发行总数；第四，认股人的权利、义务；第五，本次募股的起止期限及逾期未募足时认股人可撤回所认股份的说明。对婚姻家庭案件中的当事人来说，其最需要了解的是第一项，即发起人认购的股份数。

#### 第二、上市公司定时报告及临时报告

上市公司公开披露的信息主要包括发行证券时披露的信息，以及上市后持续披露的信息两种。除公司上市之前的招股说明书外，上市公司还有另外两种信息披露的制度，即定期报告制度和临时报告制度。招股说明书披露的信息是公司最初的最为完整的信息，若公司上市之后，公司的重大事项发生变化，那么该情况公司会通过临时信息报告的方式将公司的情况进行通报，而每一个会计年度内，证券的监管部门会要求证券公司将其年度重大信息编制年报，并对外进行公示。因此，若公司上市时间较长或者公司上市后股东及股东持股情况发生了变化的，在查询上市公司招股说明书之外，也应查阅公司最新的定时报告和年度报告。

#### 第三、上市公司招股说明书及定时报告、年度报告的查询

若某支股票为在美国上市的股票，可通过美国证监会的网站进行查询，具体网址为：[www.sec.gov](http://www.sec.gov)，打开该网页后，通过输入需要查询的上市公司的名称或这该上市的股票的代码，即可以查询到该上市公司的招股说明书，同时还可以查到该上市公司的年报及其他公告信息。

与此同时，因美国共有三大主要的证券交易市场，即纽约证券交易所、美国证券交易所以及纳斯达克交易所，也可以到该三大交易所通过输入公司名称或者股票代码的方式进行查询，该三大交易所的网址分别是：

<http://www.nyse.com>；<http://www.amse.com>；<http://www.nasdaq.com>。

若所调取的材料需用于法院诉讼，则应该对所查询的网页的进行公证或者委托律师到美国证监会（简称 SEC）进行调取，同时就该材料在美国办理相应的公证、认证手续。

若某支股票为在香港上市的股票，那么可以首先通过香港交易所的网站 <http://www.hkex.com.hk/eng/index.htm>，通过“上市公司公告搜寻”查阅到在主板上市的股票的招股说明书。若查询时间刚好为上市公司的招股时间，该上市公司的招股说明书还将被要求放置在指定的地方，如保荐人或包销承销上办公室，则可通过到该制定地点索取查询。若该招股说明书需作为正式文件用于法院诉讼过程，则也可通过网页公证或者通过香港交易所规定的其他方式进行调阅，若是采取调阅的方式，而所调阅的材料需用于中国内地法院，那么还需通过委托香港公证律师进行公证并到司法部制定机构加盖转印章的方式使该证据材料符合中国内地法院的要求。

其他如在新加坡、澳大利亚等国家上市的公司招股说明书、定期报告、临时报告等也均可通过登陆到各证券交易所的网站进行查询。

### （2）离岸公司股权查证

#### 第一、到离岸公司注册地直接调取

离婚案件中，对不了解配偶另一方在离岸公司持股情况的一方，若希望通过与国内工商局调取工商档案的方式，即直接到公司注册地的工商局调取离岸公司依法设立的证明以及股东名册、股东持股情况证明等，即便该方到达离岸公司所在地的公司登记部门，一般也很难取得相关的工商材料。

离岸公司注册资料保密程度高可以说是离岸公司的一大特点，根据英属维尔京群岛和开曼群岛的法律规定，离岸公司的股东身份、董事名册、股权比例、收益情况等资料可以高度保密、不予公开。

因此，实践中，通过直接到离岸公司注册地调取工商材料的方式并不可行。

#### 第二、到国内有权部门调取

根据 10 号令的规定，境内公司为取得商务部对境外上市申请的核准，以及加注的批准证书，国内企业需要报送的文件包括：

- 第一、设立特殊目的公司的境外投资批准文件；
- 第二、外汇管理局关于特殊目的公司成立的等级证明；
- 第三、特殊目的公司最终控制人的身份证明文件或开业证明、章程；
- 第四、特殊目的公司境外上市的商业计划书；
- 第五、国内企业聘请的并购顾问就特殊目的公司未来境外上市的股票发行价格所做的评估报告；
- 第六、国内企业最近一年股权变动和重大资产变动情况的说明；
- 第七、特殊目的公司的股东持股情况说明；
- 第八、特殊目的公司的章程和对外担保的情况说明；
- 第九、特殊目的公司最近年度经审计的财务报告和最近半年的股票交易情况报告。

因此，根据 10 号令的规定，该方配偶可以到我国相关政府部门予以间接调取。譬如上述提到的九项材料，即可到商务部进行调取。同时，涉及到其中需经中国证监会、外汇管理局批准备案的材料，也可以到中国证监会、各

地证监局、外汇管理局及相关部门进行调取。

从所调取材料的真实性来说，虽然不是直接到离岸公司调取，但是，因我国相关部门一般均有要求对在国外形成的材料在国内使用时办理公证认证手续的规定，这能在很大程度上保证材料内容的真实。

当然，该类材料因不属于政府信息公开的范畴，因此，在我国目前的法制环境下，当事人自行调取可能会碰到较大的障碍，一般需要律师凭相关证件及介绍信调取，有的情况下，也可能需要待案件进入法院程序后，由法院出具调查令给律师进行调取或者申请法院直接到相关部门调取。

## （二）涉外股权信息如何公证及举证适用

在本案中，李梅需要向法院提交有关美国证监会公告的“辉腾”的公司及股权转让信息，同时，张牧之也需要向法院提交其主张的《股权转让协议》的相应证据。但这些证据如何才能被中国法院采纳？一般而言，类似这样的域外证据都需要办理公证。我国涉外民事诉讼证据的特殊规定：

（1）在域外形成的证据要经过公证。最高法院《民诉证据若干规定》第11条规定：“当事人向人民法院提供的证据系在我国领域外形成的，该证据应当经所在国公证机关予以证明，并经我国驻该国使领馆予以认证或者履行我国与该所在国订立的有关条约中规定的证明手续。但如果其所在国与我国没有外交关系，则该证据应当经与我国有外交关系的第三国驻该国使领馆认证，再转由我国驻该第三国使领馆认证。”但是对于用于国际流通的商业票据、我国驻外使领馆取得的证据材料以及当事人没有异议的证据材料，则无需办理公证认证或者其他证明手续。

人民法院在审理涉外商事案件中，对于当事人提供的境外证据，即使已经履行了公证认证或者其他证明手续，也应当在庭审中质证，以确定有关证据材料的证明力。

不过，在下列情况下，境外当事人提供的证据材料无需办理公证认证或者其他证明手续：第一，在我国境内有住所的境外当事人提交的授权委托书、法定代表人（代表人）身份证明；第二，外国自然人作为原告亲自到庭起诉而提交的个人身份证明；第三，境外当事人在办案人员面前签署的授权委托书；第四，通过双边司法协助协定或者外交途径取得的证据材料；第五，通过我国驻外使领馆取得的证据材料。

（2）证据必须附中文译本。当事人为诉讼目的而提供的所有外文资料，均需要附中文译本。对于当事人未附中文译本的外文资料，人民法院可以不作为证据使用。

（3）举证责任的分配应当适用法院地法。我国司法实践认为，诉讼中的举证责任属于程序问题。涉外商事纠纷案件的当事人虽然在合同中约定了准据法，但举证责任及其后果均应当适用法院地法，而不应当适用当事人约定的合同准据法。

（4）外国法院判决认定的事实不能直接作为我国法院认定事实的依据。对于外国法院做出的民商事判决，除有关判决已为人民法院承认或者当事人认可外，人民法院不能直接采用外国法院判决所认定的事实。

## （三）一方名下公司股权置换后对配偶权益有何影响

本案之所以会以“股权转让无效”为由起诉，主要是因为张牧之在离婚的当口私下转移了股权，导致李梅的财产损失。类似案件中，一方转移名下股权的情况非常多，那关于转移股权有哪些需要注意，笔者在此略作探讨。

### （1）股权置换时股权的价值如何确定？

股权置换从表面上看似乎是没有价格的，在相关的股权置换合同中可能不会体现出股权的价格，特别是在一份仅仅涉及到股权之间置换的股权置换合同来说。但实际上，股权置换肯定是有价格的，这个价格就是所置换股权的价格。在股权置换的现实操作中，有些股权置换合同是通过一份关于股权和股权之间置换的实体合同来体现的，而大多数的情况下，股权置换往往是通过两份股权转让合同来实现的。也就是说，比如，A公司的股东将其名下股份转让给B公司的股东，双方约定，B公司的股东支付相应的股份对价给A公司的股东；而B公司的股东又将其股份转让给A公司的该股东，同时约定A公司的股东支付同样的对价给B公司的股东。而实际上，两个公司的股东均不向对方支付股份的对价，而双方在两份协议上分别确定的股份对价实为双方一致认可的股份的价格。因此，股权置换时股东之间不实际支付对价并不代表股权没有对价和不需要确定对价，事实上，对价是确实存在的。

而股权置换时股权的价值如何确定呢？一般来说，股权置换时股权价值的确定是根据对公司资产进行评估后确定的股权的实际价值来进行确定的。当然，如果说股权置换的双方均认可对方提供的公司的相关财务报表所体现的公司资产情况及股权价值情况也是可以的，这样就不必刻意进行公司资产评估的程序。不仅如此，若不是涉及到国有股、集体股的股权置换，在不损害第三者利益的情况下，股权置换的主体双方还可以自行协议股权置换的价格而不必拘泥于公司资产评估后确定的股权价值或相关财务数据所体现的股权价值。

### （2）股权置换对配偶另一方的权益有什么影响？

根据我国《婚姻法》第十七条：“夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，归夫妻共同所有：（一）工资、奖金；（二）生产、经营的收益；（三）知识产权的收益；（四）继承或赠与所得的财产，但本法第十八条第三项规定的除外；（五）其他应当归共同所有的财产。”也就是说，如果用于置换的股权属于夫妻关系存续期间取得的财产，那么股权置换之后的股权，仍然应该属于夫妻的共同财产。

如果用于置换的股权是配偶一方婚前的财产，根据我国《婚姻法》第十八条的规定：“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。”以及《最高



最高人民法院关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释（一）》第十九条的规定：“婚姻法第十八条规定为夫妻一方所有的财产，不因婚姻关系的延续而转化为夫妻共同财产。但当事人另有约定的除外。” 股权置换之后公司股权仍应为该方的个人财产。

但是现实生活中，也常常存在的一种情况是，用于置换的公司股权确系一方婚前财产，但是双方结婚之后，该方仍一直从事该公司的经营，并使该方名下股权在进行股权置换时的实际价值远远大于该方婚前所取得的股权的价值。也就是说一方婚前的股权在婚后获得了增值或者收益。当这些增值和收益仍体现在股权置换时的股权价值中时，那么置换后的股权就不应仍仅认定为一方的个人财产，而应是一方个人财产与婚后夫妻共同财产的混合体。

当然，在此需要特别说明的是，根据《婚姻法》的相关精神，该方名下股权的增值应是婚后该一方或双方为该股份的增值付出了特别的人力、物力等投入而取得，如果仅是一方婚前股份在婚后产生的自然增值，不应认定该股份中存在一方个人财产与婚后双方夫妻共同财产的混同。

当一对夫妻之间的婚姻问题成为一个离婚案件的时候，双方之间往往会产生对立的立场，在财产利益方面，双方往往会产生分歧和矛盾，在这种情况下，情形又将发生改变。对相对能够控制股权的一方来说，其往往可能会假借各种优势地位，通过表面合法的方式去变相损害配偶另一方在夫妻共同财产中所享有的利益。比如在本文所述的股权置换中，若恰巧也存在股权是一方婚前取得但婚后产生巨大增值的情况，那么该方在进行股权转让设置股权转让的价格时即可能会尽量将转让的价格设置成婚前股权的价格，这样从表面的法律文件上就不会体现出配偶另一方的利益，反而可能被看成完全是一方的婚前财产在婚后的形式转化。这种方式可能会为配偶一方主张利益设置障碍。但是，实际上，这种貌似合法的方式未必能达到该方的目的。被侵犯利益的配偶其实完全可以通过要求对股权置换时公司资产的价值及股权价值进行审计评估的方式确认股权的实际价格，并采取相应的法律方式对对方损害自己合法利益的行为予以呈清并主张自己在该股权置换中所享有的权利！

#### （四）股权在境外的夫妻财产纠纷案件应如何适用法律

本案中，湖南高院确实遇到应该适用中国法还是美国法的问题，对此，笔者总结如下：

##### 1、中国法律对此问题是如何规定的

中国法律对夫妻财产的处理问题，散见于我国《民法通则》以及最高人民法院关于《贯彻执行<中华人民共和国民法通则>若干问题的意见》等法律规定中，但是因为我国之前对此问题的立法较为简单，且处理涉外财产中普遍存在的各国之间互不承认和执行另一国判决的问题，很多涉外财产问题在司法实践究竟应如何适用法律并无定论。

但是 2010 年 10 月 28 日经全国人大常委会通过并公布，将于 2011 年 4 月 1 日起正式实施的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》对上述情况将有一定的改观。该法第三章婚姻家庭章第二十四条规定：夫妻财产关系，当事人可以协议选择适用一方当事人经常居所地法律、国籍国法律或者主要财产所在地法律。当事人没有选择的，适用共同经常居所地法律；没有共同经常居所地的，适用共同国籍国法律。

也就是说，根据该法，对夫妻财产关系所适用的法律，夫妻双方是可以协议选择的，这种选择包括在纠纷发生之前的选择，也包括在纠纷发生后的选择。同时，针对目前国内夫妻不大习惯于签订夫妻财产协议的情况，该法也明确：在夫妻对财产关系没有协议选择法律的情况下，法院只能适用双方共同经常居住地法律或者共同国籍国法律。因此，如果夫妻财产为国外上市公司股票，但实际上双方的共同经常居住地或者共同的国籍是中国，那么就on应该适用中国的法律。

##### 2、美国法律对此问题是如何规定的

美国法律分为联邦法律和州法律，根据美国联邦法律的规定，美国联邦法律并不涉及已婚人士的婚姻财产权，与家庭关系有关之争端一般交由州法律（管辖范围）。而从美国各州的共有财产法的规定来看，以 S 州为例（S 州为美国商业非常发达的城市，众多中国公司在 S 州注册壳公司在美国上市），该州法律规定，夫妻双方的“婚姻居住地”是判断夫妻财产案件能否适用该州法律的唯一依据。因此，如果夫妻财产虽然是美国上市股票，但是，夫妻双方实际居住地是中国，美国法律将无法适用于该案件，同时根据该州的法律规定，此类案件也应该适用中国法律。

### 赵宁宁：Kim 们和人身保护令

2015 年 07 月 22 日 《法律与生活》半月刊 2013 年 12 月上半月期 作者：赵宁宁

2013 年年初，“疯狂英语”创始人李阳的离婚案一审落槌。与一般离婚案件不同，这起案件在子女抚养和财产分割之外，多了一项针对李阳前妻 Kim 安全的“人身保护令”内容。

虽然针对 Kim 的人身保护令广受关注，但其只是我国已下达的多个保护令中一个新的个案而已。早在 2008 年 8 月，我国第一道人身保护令已由江苏省无锡市崇安区人民法院发出。这份看似简单的裁定，却是反家暴领域专家、学者、非政府组织、法律工作者等群体共同努力了十余年的结果。从 2008 年最高人民法院中国应用法学研究所制定《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》，到全国各地法院发出 200 余份不同类型的“人身安全保护裁定”，人身保护令在实践中一步步得以完善。自 2013 年 1 月 1 日起开始实施的新《民事诉讼法》中增加了“行为保全”制度，这一人身保护令的法律基础给饱受家暴之苦的被害人带来了福音。

尽管如此，相对于其他国家成熟、完备的民事保护令，中国的人身保护令制度仍处于“试水”阶段。专家呼吁出台反家暴的专门性法律，为司法人员保护家庭暴力受害者提供明确、具体和有效的执行依据和规范标准，为家庭暴力受害者撑起一把法律保护伞。

## 关键词解释

### 人身安全保护令

人身安全保护令的全称为人身安全保护令，法律术语为人身安全保护裁定。它是一种民事强制措施，即法院为了保护家庭暴力受害人及其子女和特定亲属的人身安全、确保婚姻案件诉讼程序的正常进行而作出的民事裁定。

#### 1. 李阳前妻 Kim 的人身保护令

李阳和前妻 Kim 长达一年半的离婚诉讼拉锯战虽已结束，但 Kim 依然很忙。她曾在微博中表示，“因为孩子的爸爸仍然不支付(履行)离婚协议，我就担任起了‘父亲’的角色，三个女儿的学费，我自己赚”。也正因为如此，在接到本刊记者采访的邮件后，她的回复是“现在我(有)一点(儿)忙。但是，我特别关注中国的(人身)保护令法律”。

就在本刊即将截稿之时，记者终于收到了 Kim 的回复邮件。她说：“我朋友帮我翻译的，因为这个话题很重要。”

#### 保护令对李阳的约束力

Kim 之所以关注中国的人身保护令，与她得到的第一道人身安全保护令和她正在申请中的第二道人身安全保护令有关。

2013年2月3日，北京市朝阳区人民法院在对李阳和 Kim 离婚案宣判的同时，还依据 Kim 的申请作出人身安全保护裁定：禁止李阳殴打、威胁 Kim。如李阳违反上述禁令，法院将视情节轻重处以罚款、拘留，构成犯罪的，依法追究刑事责任。裁定有效期为3个月。

这道人身安全保护令对 Kim 来说，来之不易。

2011年，Kim 向法院递交了离婚诉状后，她仍然处于李阳的家暴威胁之中。通过在网上搜索，Kim 了解到中国确实有人身保护令的先例。于是，她开始收集证据。Kim 说：“之后，每次李阳威胁我，或者大半夜跑到我家门口猛敲门，我都要逼着自己去派出所报案。申请人身安全保护令需要充分的证据。但是，收集这些证据对于受害者来说是一个痛苦的过程，要花费很长时间。” Kim 对记者表示，她在收集证据和申请人身安全保护令的过程中，就像一个乒乓球一样，在不同机构间来来回回地跑。

终于，伴随着离婚案的宣判，Kim 得到了那份她期盼已久的人身保护令。在这道人身安全保护令中，只禁止了李阳的家暴行为，并没有约束李阳与 Kim 的见面和距离。Kim 说这也是她的本意，“因为之前我反复和法官说过，如果李阳想见孩子随时都可以。我并不希望保护令中规定李阳在任何时候必须和我保持 200 米或者 500 米的距离，他毕竟是孩子的爸爸。我申请保护令最重要的原因，是要制止他再对我施加暴力行为”。

由于 Kim 和李阳离婚涉及比较复杂的财产分割问题，因此，法官和双方的律师建议两人进行面对面的讨论。Kim 说，他们接受了这一建议。在 2013 年春节假期，他们试图坐下来心平气和地讨论。但是，讨论很快就升级为争吵。

“那天，我告诉李阳我还有一个会议，要提前离开。李阳堵在门口不让我出去，并且威胁说要打我。我冷静地告诉他‘我们的孩子就在楼下，我一旦报警，你会被警察带走，因为我有‘人身保护令’。他告诉我‘警察来之前我就能把你打死’。于是，我大声叫我的女儿 Lily，让她把我的电话拿给我。我可以看见他面部表情的变化，因为他慢慢地意识到他不能再肢体暴力来伤害我。最终，他还是从我手中抢走了手机，夺门而出。” Kim 说。

这件事让 Kim 看到了人身安全保护令的作用。她说：“当一个施暴者意识到他会受到法律制裁时，他便会制止自己的暴力行为。人身安全保护令让我有了安全感。”

#### 保护令过期后 Kim 备受骚扰

在人身安全保护令的有效期内，Kim 的生活是平静的。然而，3 个月后，她的平静生活被打破了。

6月21日，Kim 在她的微博上贴出李阳发给她的短信。短信中，李阳直呼 Kim 为“自卑的美国婊子”。而就在收到此短信的前一天，Kim 向朝阳区人民法院申请了强制执行。因为离婚判决生效后，她没有收到李阳支付的一分钱。Kim 说：“第一道人身安全保护令是与离婚协议相关的。李阳有 3 个月的期限支付赔偿金，所以，人身安全保护令的期限也是 3 个月。3 个月之后，他并没有按期支付，保护令也过期了。于是，他开始给我施加压力，让我接受他各种关于财产分割的条件。每次我不同意他的条件，他就会回到之前语言上的威胁。”

9月13日，Kim 再次在她的微博上贴出李阳的短信。

李阳在短信中有这样的表述——

“我们要去你家抗议!你自以为可以欺骗大家，欺骗中国人!”

“你这个贪婪的美国人!你玩弄中国媒体和法院!中国人太善良!让你这种人渣在中国混!”

9月16日，Kim 带着她与通信公司已经核实的所有李阳的恐吓信息，再次来到朝阳区人民法院，她要申请第二道人身安全保护令。然而，对于这次申请，Kim 觉得通过的可能性很小。她说：“法院有时和派出所的态度是一样的，‘(李阳的)那些话就是说说而已，他并没有再打过你’。对这种态度，我的回应是也许对于一对从来没有暴力历史的夫妻来说，吵架时突然说一句‘我想把你杀了’只是说说而已;但是，对于一个曾经十多次把你按倒在地、抓着你的头去撞地板的人来说，他的言语远远不止是‘说说而已’。”

“我认为我或者说任何一个女人在任何情况下受到言语上的威胁和虐待都是极不公平的。” Kim 说，“我一直不理解为什么非要等一个女人多次受到家暴伤害后，公权力才愿意采取行动。这种经历一次就够了。董珊珊案(2009年10月19日，年仅26岁的董珊珊被其丈夫打死)就充分说明了派出所不及时采取行动所带来的悲惨后果。我拒绝同样的案例在我身上重演。”

Kim 积极参与中国法律制度创建

递交了第二道人身保护令的申请材料之后，9月26日，Kim出现在由“反对家庭暴力网络/北京帆蓓”组织的家庭暴力受害者人身安全保护措施实施问题研讨会上。这是她一直关注并将永远关注的话题。

Kim对中国法律保护妇女权益方面略有些失望。她曾对媒体表示：“为了做伤情鉴定，我跑了三家医院，他们都不知道怎么开这个证明。那更多的中国女性该怎么办？”

今年5月，Kim在微博中表示，“我已经从家暴的阴影中走了出来，但我并没有忘记那些还没有走出来的女性，而且永远也不会忘记。许多受害者告诉我她们缺乏用来证明家暴的病历记录，而医疗记录在我的案例中相当重要。今天，我和联合国妇女、反家暴网络将与北京和陆家医院讨论一份给家暴受害者提供免费医疗检查的提案。”

在9月26日的研讨会上，Kim介绍了前段时间她回美国为女儿Lily办新护照的经历：

“因为我需要给Lily办一个新护照，申请紧急监护权的起因是我的家暴案件。我当时带了我受伤的照片和我的中文病历。由于我已经习惯了在中国办事的各种手续，所以，当时我问法官：‘我需要把材料翻译成英文吗？’法官愤慨地看着我受伤额头的照片，马上告诉我：‘当然不用！’之后，法官把我的孩子们带到一间放满书和玩具的很温馨的房间，和她们单独交谈了5分钟。然后，法官立刻给我下发了民事保护令。整个过程不超过半小时。”

Kim介绍说，美国一直视家暴为侵犯女性和妨碍社会的犯罪行为，因为家暴会拆散家庭，家暴产生的医疗费用、劳资成本会阻碍经济发展；同时，家暴还会伤害在家暴家庭中的孩子们。所以，家暴行为被认定为情节严重的犯罪，法院必须加快这类案件的办案速度。为此，法院专门为家暴案件设置了绿色通道。

相比美国法院下发民事保护令的绿色通道，Kim说：“我在中国申请第二道人身保护令时，在法院排了一天的队。法院一直坚持认为他们可以制止李阳的行为。但是，李阳完全不听法院的警告。所以，我必须进行自我保护，我不希望我的女儿们长大后惧怕男人和婚姻。我唯一可以制止他的途径就是把他的威胁言语在微博上曝光。但是，对于其他女性来说，这种方法(如果没有一定的影响力)显然起不到太大作用。”

Kim还说：“很多女性写信给我告诉我她们母亲的遭遇，告诉我她们当地的警察甚至不知道‘家暴’这一概念。这绝对是一个法律意识的问题。”正因为如此，Kim认为健全家暴和人身保护令方面的法律是非常必要的：“我觉得现在家庭暴力法律在维护弱势群体方面确有进步。但是，还没有到位。暴力就是犯法，犯法就要受制裁。毕竟每个人都有权利拥有一个健康、稳定的生活，不管他生在何地、身在何处。”

## 2 人身保护的众多“第一令”

### 全国人身保护第一令

2008年8月6日，江苏省无锡市崇安区人民法院作出裁定：禁止许某殴打、威胁陈某。本裁定有效期3个月，本裁定送达后立即执行。

2008年7月22日，家住江苏省无锡市崇安区的陈某不堪忍受丈夫家暴，向崇安区人民法院递交了离婚诉状。令她没想到的是，法院为她发出了全国第一道人身保护令。这起普通的离婚案件也被媒体冠以“全国首例人身保护令案”。

第一道人身保护令背后，是一个令人唏嘘的家暴故事。

十几年前，陈某不顾家人反对嫁给了许某。但陈某“争”来的婚姻并没有维持多久，由于她婚后一直没能怀孕，不甘心无后的许某常常为此与陈某争吵。最终，双方经法院调解离婚。

离婚后，陈某和许某各自生活。突然缺少了另一半的慰藉，两人都深感不适。于是，在双方亲友的劝解下，两个人谅解了彼此，又走在了一起。复婚后，陈某终于圆了自己做母亲的梦，生下了一个女儿。然而，女儿的出生没有给这个本就有裂痕的家庭带来欢声笑语，两口子的冲突越来越多。

陈某说：“开始，我们就是拌嘴。后来，他动不动就对我拳打脚踢。到后来，他竟然拿着木棍朝我身上抡，三天两头地打我。”他们的女儿还不到半岁，许某对陈某的暴力行为便从“口水”战转为“肢体”暴力了。最初，许某对陈某只是小打小骂。后来，他觉得“不解气”，对陈某越打越重。陈某身上的淤青一片连着一片，旧伤未去，新伤又起。“我在外面做点儿小生意养家糊口，他什么工作都没有，还在外面乱找女人”。而这些，也正是她和许某发生冲突的诱因。

对殴打陈某的事实，许某并不否认。

2008年7月22日，因实在无法忍受许某的打骂，陈某向崇安区人民法院起诉离婚。在立案后的第二天，法官见到了陈某。从陈某两臂上的青紫可以看出，她遭受了很严重的家庭暴力。

在诉讼过程中，陈某向法院提供了她被殴打致伤的照片、就诊病历、妇联组织出具的证明，请求法院禁止许某继续施暴，并且向法院申请了人身安全保护。

考虑到家庭暴力发生的隐蔽性造成当事人举证难以及受害人陈某要求分手可能造成家庭暴力升级的危险，2008年8月6日，崇安区人民法院十分慎重地作出了一审裁定：禁止许某殴打、威胁陈某。本裁定有效期3个月，本裁定送达后立即执行。

经最高人民法院中国应用法学研究所确认，这份裁定是我国第一份反对家庭暴力领域人身安全保护民事裁定，也是国内首次适用民事裁定制止家庭暴力。对于陈某而言，保护令也让她的生活有了新的开始。裁定下达以后，许某没有再打骂她。2008年8月18日，双方再次调解离婚。

### 全国首例婚外暴力人身保护令

2010年5月8日，重庆市酉阳县人民法院作出人身安全保护裁定：禁止被申请人骚扰、跟踪、威胁、殴打申请人或与申请人以及未成年子女进行不欢迎的接触；禁止被申请人在距离申请人的住所、工作场所200米内活动；被申请人探视子女时应征得子女的同意并不得到申请人的家中进行探视。

已到不惑之年的钟雯雯怎么也没想到，自己用离婚来躲避前夫的家庭暴力，却仍逃不开前夫的骚扰。无奈之下，她向重庆市酉阳县人民法院申请了人身保护令。

出生于重庆市酉阳县的钟雯雯，于1991年在新疆务工期间结识了前夫陈国川。之后，两人相恋并同居。1994年，钟雯雯生下孩子后，才与陈国川办理了结婚登记手续。后来，他们一家三口回到重庆市酉阳县生活。然而，这段婚姻仅维持了3年，两人便因性格不合离了婚。在离婚后，经双方亲友劝说，两人于2004年复婚。

复婚后，钟雯雯开了一个门市部维持一家人的生计。陈国川却不务正业，经常出去酗酒、赌博。不仅如此，陈国川在心情不好之时还会对钟雯雯拳脚相加。最初，钟雯雯顾念儿子还小，对陈国川一再忍让。但是，陈国川的拳头并没有因为妻子的隐忍而减少，反而越来越重，频率越来越高。无奈之下，钟雯雯向西阳县妇女联合会寻求帮助。

酉阳县妇联接到报案后，组织相关机构进行调解。然而，陈国川不仅不听劝告，反而变本加厉地对钟雯雯施暴。于是，在酉阳县妇联的建议下，2009年12月，钟雯雯再次向西阳县人民法院提起了离婚诉讼。2010年2月2日，酉阳县人民法院作出判决：准许钟雯雯与陈国川离婚；儿子随钟雯雯生活，陈国川享有探视子女的权利，双方各负担50%的教育费用；钟雯雯原有房屋属个人财产，归钟雯雯所有。

离婚判决生效后，陈国川却拒不搬出钟雯雯的家，要求与其同吃、同睡，还以钟欺骗自己为由威胁和殴打钟雯雯。

2010年3月21日晚上，陈国川发现钟雯雯不在家，便给钟雯雯打电话询问其去向。当晚，钟雯雯回家后，陈国川将钟雯雯的裤子撕坏，并给她写了一张威胁性字条：“请你自尊一点儿，千万不要让我生气。在我控制不住时，你后悔已经晚了。我不想天天与你吵、生气。千万没有下次，切记！”

4月19日，陈国川再次打电话询问钟雯雯的去向。得知钟雯雯在逛街，陈国川立即赶到，将钟雯雯的挎包撕烂，将其手机摔坏。

因为无法忍受离婚后还受到前夫的“监视”，4月26日，钟雯雯向西阳县人民法院申请强制执行，要求陈国川搬离自己的住处。在法院的执行下，陈国川搬离。但他仍借探视儿子为名经常到钟雯雯的住所进行骚扰，并且不允许钟雯雯从事美容美发行业，不允许雯雯另嫁他人。最终，钟雯雯向西阳县人民法院申请了人身保护令。

2010年5月8日，法院反家庭暴力案件合议庭根据钟雯雯的申请作出上述人身安全保护裁定。该裁定同时规定，如被申请人违反上述禁令，法院将视情节轻重依法予以处罚；该保护令保护期限为6个月，自送达之日起生效，送达后立即执行。

收到人身保护裁定后，陈国川再未对钟雯雯进行过骚扰和威胁。

全国首例同居施暴人身保护令

2012年9月29日，广东省广州市黄埔区人民法院作出裁定：禁止王某殴打、威胁彭某，禁止王某以电话或其他通信方式骚扰彭某，禁止王某进入彭某的工作场所、居所。该裁定期限为6个月。在此期间，如王某违反上述禁令，将被处以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

因为不堪忍受“丈夫”王某在14年同居生活中对她实施的家庭暴力，2012年9月，家住广州市的彭某一纸诉状将王某告到广州市黄埔区人民法院，主张非婚生儿子的抚养权。同时，她还向法院递交一份人身安全保护申请书。彭某说，她与王某同居14年，几乎天天生活在王某的暴力阴影下。

彭某出生于湖南，高中毕业后便来到广州打拼。1998年，经亲友介绍，24岁的彭某与大学毕业的王某一见钟情，开始同居生活。同居不久，王某就显现暴力倾向，偶尔还会用椅子、铁棍等打彭某的手掌。也正是缘于此，在王某提出领结婚证时，彭某犹豫了。

1998年年底，彭某发现自己怀孕了。然而，王某并未因彭某有孕在身而停止对她的殴打。1999年，彭某生下一个男婴。孩子尚未满月，王某又打了彭某。

经过几年的打拼，彭某已从最初的打工妹成为两家酒楼的老板。而出身医生世家的王某也自己经营一家药店。王某自小接受的家庭教育比较传统，认为女人就应该听男人的，“老公打老婆不算什么事”。彭某个性泼辣干练、争强好胜，每次与王某起争执，她总是不甘示弱。被惹怒的王某常常对彭某大打出手。彭某说，王某曾拿凳子砸她，还将她踩在地上暴打。2010年，彭某的弟弟见姐姐又被王某殴打，出手相助，结果被王某砍伤住院，经警察认定为轻微伤。

对于王某的暴力行为，彭某也曾多次报警，但验伤后，都未达到刑事立案的标准。当民警提出因破坏财物和伤人要对王某进行行政拘留时，彭某又舍不得了，急忙为王某求情。然而，王某的暴力却从未停止，就连彭某经营的酒楼也曾遭王某多次打砸。

就这样，在暴力的阴影中生活了14年的彭某最终下定决心，结束这段同居生活。

黄埔区人民法院经审理认为，彭某的申请符合发出人身安全保护裁定的条件，遂作出上述裁定。

接到人身保护令后，王某再未对彭某实施过暴力，并一再表示想重归于好，但彭某已不想再回头。经彭某与王某协商，两人达成了并同抚养儿子的意见。之后，彭某向法院撤回了抚养权的起诉。

## 延伸阅读

### ●全国首例男性遭家暴人身保护令

2010年6月1日,一份特殊的人身安全保护裁定从湖南省长沙市岳麓区人民法院发出。该份人身安全保护裁定保护的并非女性,而是男性。据介绍,这是全国第一份以男性为保护对象的人身保护令。

2010年5月11日,何某以夫妻感情不和、妻子李某和亲属对其及其父母殴打为由向岳麓区人民法院提出离婚诉讼,并提出人身安全保护申请。

岳麓区人民法院综合审查全案证据后,认为本案被告李某在家庭中处于强势地位,并确认本案中原告何某陈述遭受被告李某及其亲属实施家庭暴力的事实存在,遂于6月1日对该案当事人发出人身安全保护裁定:禁止被告李某殴打、威胁、骚扰、跟踪原告何某及其亲友。

### ●全国首例禁止虐老人身保护令

2010年11月初,陕西省安康市汉滨区人民法院发出全国首例禁止虐待老人的人身保护令,禁止杨某夫妇对李某实施殴打、威胁、辱骂、限制人身自由等虐待行为。

李某系杨某的母亲,在2000年分家时,李某选择与小儿子杨某一起生活。可是,随着时间的推移,李某和杨某夫妇之间逐渐产生了矛盾,杨某夫妇对李某不仅言语辱骂,甚至还拳脚相加。

杨某虐待老人的事情,当地的村委会和小区都曾进行过调解,派出所也为此多次出警,但都无济于事。无奈之下,2010年9月,李某走进了汉滨区人民法院五里镇法庭的大门。经过调查取证,11月初,法院作出上述人身安全保护裁定。

法院发出人身安全保护令后,李某回家拿衣服时又遭到杨某的打骂。11月12日,汉滨区人民法院以虐待罪判处杨某有期徒刑1年零6个月。

### ●全国首例女孩受虐人身保护令

2011年4月14日,全国首例保护女孩的人身安全保护裁定由湖南省浏阳市人民法院作出。该裁定规定:禁止被告张某威胁、殴打其女张某某;禁止被告张某限制女儿的人身自由;本裁定有效期6个月,送达后立即执行。如违反上述禁令,法院将视情节轻重,依照《民事诉讼法》第102条的规定对其处罚。

从3岁到14岁,父母离异后与父亲同住的张某某一直生活在父亲的暴力之下。得知女儿饱受摧残,张某某的母亲胡某于2011年4月6日向浏阳市人民法院提出变更抚养权之诉。因为担心张某在诉讼期间变本加厉地虐待女儿,4月11日,胡某又向法院提出人身安全保护申请。

法院在经过调查取证后,于4月14日作出上述人身安全保护裁定。张某收到裁定后,对自己虐待女儿后悔不已,表示执行裁定,不再向女儿施暴。4月29日,法院又审结了抚养权变更案,张某同意将女儿交给前妻胡某抚养。

### ●全国首例留守儿童受暴人身保护令

2012年3月,福建省莆田市城厢区人民法院发出全国首例保护留守儿童的人身保护令:禁止被申请人余某和罗某某殴打、威胁罗某。该保护令有效期为6个月。

罗某在父母离婚后,被父亲寄养在祖母余某和伯父罗某某处。年幼的罗某不仅没得到祖母和伯父的疼爱,还经常受到他们的殴打。2012年1月,罗某的母亲向城厢区人民法院递交诉状,请求变更罗某的抚养权。诉讼期间,罗某还请求法院保护其人身安全。

法院经审查后认为,该申请符合法律规定,由此,作出上述人身安全保护裁定。同时规定,如果被申请人违反禁令,将视情节轻重予以罚款、拘留,构成犯罪的,依法追究刑事责任。此后,罗某的父亲与前妻达成了变更抚养权的调解协议。

## 3 我国人身保护令的十年旅程

托尔斯泰说:“幸福的家庭都是相似的,不幸的家庭则各有各的不幸。”时下,在各种不幸的家庭中,家庭暴力是一大元凶。据报道,美国平均每7秒就发生一起家庭暴力事件,英国发生家庭暴力事件的平均时间则降到了6秒。在我国2.67亿个家庭中,约有8000万个家庭存在不同程度的家庭暴力现象。

对于遏制家庭暴力和保护家暴受害者,世界各国普遍采用人身保护令模式。人身保护令作为一项古老的令状,起源于中世纪的英国,距今已有数百年历史。但其并没有随着时间的流逝而成为法律化石,而是在遏制家庭暴力、维护公民人身权益方面发挥了一定的积极作用。

### 人身保护令入《指南》

近年来,我国家庭暴力案件的发生率持续走高,引发了相当大的社会问题。据统计,我国每年约有10万个家庭因家庭暴力而解体;因家庭暴力升级而酿成的恶性伤害事件也愈演愈烈。如何为身处家暴深渊的受害者提供应有的保障,如何有效地对家庭暴力实施者进行遏制,一直是婚姻家庭法律专家不断思考的问题。

早在1995年,《中国妇女发展纲要》就提出要“依法保护妇女在家庭中的平等地位,坚决制止家庭暴力”。此后10年间,我国又修改并增设了关于禁止家庭暴力的规定,如《婚姻法》《妇女权益保障法》《未成年人保护法》等。但是,2007年,最高人民法院中国应用法学研究所在一些基层法院调研时发现,这些法院所受理的离婚案件中涉及家庭暴力的占36%~62%。而与此同时,这些法院从2001年《婚姻法》修改以来,真正在离婚诉讼中认定存在家庭暴力的却不足8%。法律没有可操作性,是导致法院陷入家庭暴力认定困境的原因之一。

随着社会对于反家暴活动的普遍关注和广泛参与，全国各地的反家暴组织也如雨后春笋般成长起来。这些机构积极宣传反家暴活动、提高家暴受害者的保护意识、推动我国人身保护令制度确立并积极呼吁反家暴立法的完善。以中国法学会反家暴网络为例，该反家暴网络是由一批关注妇女权利的专家、学者、法律工作者和曾经的家暴受害者等共同发起成立的非政府组织。该组织自2000年成立以来就开始对中国家庭暴力的状况和防治方法进行研究，一直积极推动人身保护令在中国的实施。

经过反家暴领域专家、学者、非政府组织、法律工作者等群体的广泛努力，并在参考了有关国家指导规范以及广泛征求基层法院和中级法院意见的基础上，2008年3月，最高人民法院中国应用法学研究所制定了《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》(以下简称《指南》)。该《指南》一经颁布，就被誉为“我国目前最具操作性的反家暴司法参考性手册”。它在国内第一次引入了人身保护令制度，并借鉴国外的先进做法从八个方面对该制度作了详尽规定，为各地法院试行保护令提供了参考依据。

#### 保护裁定全国开花

《指南》出台后，最高人民法院在全国确立了9家基层法院进行试点;而到2010年，全国经最高人民法院批准的基层试点法院已达72家。另外，湖南省、江苏省和广东省的高级人民法院还在本省辖区内自行开展试点工作。

2008年8月，我国第一道人身保护令由江苏省无锡市崇安区人民法院根据受害人陈某的申请而签发。第一份人身保护令的签发标志着人身保护令制度正式开始在我国试行，也改变了我国传统“法不入家门”的消极做法，开辟了国家公权力防治家庭暴力的新途径。此后，湖南、陕西等各地法院也相继开展试点，各省市的人身保护令纷纷出台。据不完全统计，截至2012年年底，全国各地的法院共签发了约200份人身保护令。其中，仅有4例被违反，人身保护令对家暴受害者的保护率高达98%以上。可见，人身保护令已经凸显其显著的防治家庭暴力的效果。

除了签发人身保护令，许多省市的高级人民法院还制定了关于人身保护令的暂行规定，用以具体规范人身保护令的申请和签发工作，如《湖南省高级人民法院关于加强家庭暴力受害妇女司法保护的指导意见(试行)》《陕西省高级人民法院开展家庭暴力案件“人身保护令”实施规则》《重庆市高级人民法院关于涉家庭暴力婚姻案件人身安全保护裁定的程序规定(试行)》《广东省珠海市香洲区人民法院关于人身安全保护裁定的暂行规定》等。

#### 法律让行为保全有了靠山

尽管《指南》首次将人身保护令纳入其中，且部分法院也自行制定了指导性意见来规范人身保护令的签发，但这些毕竟不是法律，也不是司法解释，其效力层级低。除此之外，我国再没有法律对此作出明确、具体的规定，这也使得人身保护令在实践中因缺乏明确的法律依据而面临种种尴尬局面。

可以说，自2013年1月1日起开始实施的新《民事诉讼法》给饱受家暴之苦的被害人带来了福音，因为新《民事诉讼法》第100条规定：“人民法院对于可能因当事人一方的行为或者其他原因，使判决难以执行或者造成当事人其他损害的案件，根据对方当事人的申请，可以裁定对其财产进行保全、责令其作出一定行为或者禁止其作出一定行为;当事人没有提出申请的，人民法院在必要时也可以裁定采取保全措施……人民法院接受申请后，对情况紧急的，必须在四十八小时内作出裁定;裁定采取保全措施的，应当立即开始执行。”

这是我国法律对人身安全保护令的首次明确发声，也使得人身保护令从此有了正式的法律身份。也就是说，新《民事诉讼法》中的“行为保全”制度，为法院发出人身安全保护裁定提供了更为直接的法律依据。法院不但可以根据当事人的申请作出保全裁定，同时，如果当事人没有提出申请，人民法院在必要时也可以裁定采取保全措施。不但当事人可以理直气壮地申请人身保护令，人民法院也可以更为有理有据地签发人身保护令了。

2013年1月11日，广东省珠海市香洲区人民法院作出全国首份适用新《民事诉讼法》“行为保全”规定的人身安全保护裁定，禁止被申请人林某殴打、威胁、跟踪、骚扰申请人蒋某。该裁定是在蒋某提出申请当日作出的。

#### 人身保护令艰难前行

人身保护令作为防治家庭暴力的有力武器，在具体实施中，却存在着亟待解决的问题。

第一，传统观念是人身保护令亟需打碎的“精神桎梏”。

随着人们思想观念的转变和女性社会地位的提高，虽然人们对家庭暴力的认识和理解也发生了翻天覆地的变化，但是，由于传统观念“家丑不可外扬”、“清官难断家务事”的影响和束缚，尤其在经济文化相对不够发达和开放的地区，人们对于人身保护令的申请仍然存有后顾之忧。最终，造成人们对人身保护令的关注度在不断提升、申请率却一直低迷的现象。

第二，立法统一是人身保护令亟需倚仗的“尚方宝剑”。

虽然新《民事诉讼法》增加了“行为保全”制度，但是，对于申请人身保护令的具体程序、证据要求、保护令期限、执行机制、监督和惩戒制度等却没有规定，且不能从法律上彻底解决家庭暴力中的人身保护问题。虽然《指南》中关于人身保护令作了一定的规定，我国很多省市针对人身保护令也专门制定了实施细则或条例，但其效力层级低，而且目前也仅仅停留在“试水”阶段，很难对人身保护令的具体操作作出统一性和普遍性规范。由此可见，人身保护令欲在全国范围内真正有效地发挥其功效，亟需立法层面的完善。据悉，反家暴立法已列入国家立法日程。该法将是预防和制止家庭暴力、维护受暴者权利、解决现行法律不足的迫切需要，并为司法人员保护家庭暴力受害者提供明确、具体、有效的执行依据和规范标准，为家庭暴力受害者提供更加有力的保护。

第三，人身保护令亟待解决实施中的配套机制。

人身保护令很大程度上遏制了家庭暴力行为，保护了家暴受害者的人身权益。但是，在具体试行中却面临执行难及各部门配合不足等问题。例如，目前我国人身保护令由法院予以签发。但是，仅仅依靠法院的力量，难以从根本上确保人身保护令功效的实现。家庭暴力的防治是全社会的责任，解决公安机关、妇联组织、行政部门、司法部门、社会群体的反家庭暴力联动机制可以全面、根本且有效地防治家庭暴力，从而纠正家庭暴力施暴者的错误行为、维护家庭暴力受害人的权益，促进家庭和睦与整体社会的和谐。

链接

我国人身安全保护裁定相关法律规定

1.人身安全保护裁定的申请，应当以书面形式提出;紧急情况下，可以口头申请。口头申请应当记录在案，并由申请人以签名、摁手印等方式确认。人身安全保护裁定的申请，可以在离婚诉讼提起之前、诉讼过程中或者诉讼终结后的6个月内提出。诉前提出申请的，当事人应当在人民法院签发人身安全保护裁定之后15日之内提出离婚诉讼。逾期没有提出离婚诉讼的，人身安全保护裁定自动失效。

2.申请人身保护裁定，应当符合下列条件：申请人是受害人;有明确的被申请人姓名、通讯住址或单位;有具体的请求和事实、理由;有一定证据表明曾遭受家庭暴力或正面临家庭暴力威胁。受害人因客观原因无法自行申请的，由受害人近亲属或其他相关组织代为申请。所提供的证据可以是受伤照片、报警证明、证人证言、社会机构的相关记录或证明、加害人保证书、加害人带有威胁内容的手机短信等。

3.人民法院收到人身安全保护措施的申请后，应当迅速对申请的形式要件及是否存在家庭暴力危险的证据进行审查。对于是否存在家庭暴力危险，申请人和被申请人均可以提交证明自己主张的证据，必要时人民法院也可以依职权调取证据予以核实或者举行听证。人民法院收到申请后，应当在48小时内做出是否批准的裁定。

4.人身安全保护裁定分为紧急保护裁定和长期保护裁定。紧急保护裁定有效期为15天，长期保护裁定有效期为3~6个月。确有必要并经分管副院长批准的，可以延长至12个月。

延伸阅读

美国的民事保护令

现如今，人身保护令已经被国际社会公认为是预防和制止家庭暴力最有效的措施。措施包括：禁止被申请人殴打、暴力胁迫、威胁申请人及其他家庭成员;禁止被申请人跟踪申请人，或通过信件、电话和网络等方式骚扰申请人;责令被申请人搬出双方共同住处，或禁止被申请人进入申请人住所及其他活动场所;中止被申请人对其未成年受害子女行使监护权或探视权;为保护申请人及其他家庭成员人身安全的其他措施。人身保护令的出台是反家庭暴力的迫切需求与时代要求。

美国民事保护令是防治家庭暴力诸多法律手段中最直接、最高效、成果最明显的法律救济制度。

美国联邦政府在1994年颁布的《家庭暴力示范法》中明确规定了民事保护令制度。民事保护令分为紧急保护令和长期保护令两种。其中，紧急保护令是指当司法警察亲自或以电话向法院申请，而法院依据合理理由，认为申请人叙述的可信度超过51%，相信请求人有受其家人或家属家庭暴力之即时危险时，应当场书面或口头签发紧急保护令，并由警察当天送达申请人。保护令是指法院依申请人的申请经通知被告到庭审理，经审理程序后所核发的命令。

美国的民事保护令适用主体非常广，当事人的未成年子女、配偶或前配偶、其他家庭成员、无血缘或婚姻关系的同处一室的成员、现有或曾有过约会关系或亲密关系的当事人、拥有共同子女的未婚者、其他的当事人。美国的一些州还将精神暴力和性暴力明确纳入民事保护令范围。

大多数情况下，民事保护令在美国都会得到执行;否则，被申请人就要承担法律后果。比如，申请人可以以藐视法庭为由提起民事诉讼，而法官可以决定对被申请人予以民事拘留至其履行义务。如果被申请人的违反行为是无故接触或殴打申请人，不管其有无造成申请人的人身伤害或财产损失的后果，均构成违反保护令罪。

由于考虑到家庭暴力的自身特点和规律，在民事保护令具体实施过程中，妇女保护组织、专业矫治组织、心理治疗机构等社会团体组织均积极参与其中，根据需要对家庭暴力受害人或加害人提供相应保护或行为矫治服务，以配合法院民事保护令的有效实施。

## 遗嘱与遗产的法律之门

2015年7月27日 来源：小城故事新浪博客 作者：王小成

婚姻也许有人会错过，死亡却无人能躲避。“不失其所者久，死而不亡者寿”，这是老子面对生死的智慧。财富不因代际交替而散尽，家族不因长者逝去而败落，是当下创富一代们需要勇敢直面的重大命题。法律乃国之重器，财富是民之根本。遗产继承的法律之门，不管你愿不愿意，没有人能够跨越。在目前我国的法律框架和实践中，遗嘱是较为成熟和传统的遗产处置工具，但据北京市房山区人民法院2015年6月23日的典型案例通报会，有超过八成的遗嘱纠纷案件涉及遗嘱效力的问题。本文根据媒体公开的事件，结合笔者多年作为一线家事律师承办的典型案例，与大家进行分享。

遗嘱——应当要立

由于生前没有立下遗嘱，“陈逸飞遗产案”在当年不仅是媒体关注的焦点，也成为上海滩街头巷尾热议的话题。

作为著名画家、导演、逸飞集团的掌门人，陈逸飞的遗产在境内境外分布很广，境外部分已经作了信托，基本没有引起大的纷争。境内部分，由于没有提前安排，导致亲人之间陷入争产大战。陈逸飞有两场婚姻，其与遗孀宋

美英于 2000 年在美国结婚，生育幼子陈天。此前，他与前妻张芷生育长子陈凛，1986 年二人因性格不和在美国离婚。陈逸飞需要支付前妻一大笔离婚财产费用，但由于手头流动资金有限，于是在离婚协议中约定：离婚后其经营收益的 25% 归前妻所有。没有遗嘱也罢，这份具有“特色”的离婚协议，更是成为继承人长久争执不下的焦点之一。

下面是双方遗产争夺大战的时间表：

2005 年 4 月 10 日，陈逸飞因胃出血，在上海市华山医院突然离世。

2005 年 5 月至 6 月，宋美英和陈凛双方进行多轮遗产分割协商，但最终都不欢而散，未能达成一致意见。

2005 年 7 月 20 日，宋美英、陈凛及陈逸飞的弟妹共同签署了一份协议书，确定了遗产分配方案：宋美英及陈天分得遗产总额的 72.5%，陈凛分得 22.5%，陈逸飞的弟妹各得 2.5%。但此后，双方约定办理公证的时，陈凛反悔，争执焦点在于“离婚协议”中的债务问题。

2005 年 9 月 28 日，陈凛委托律师向宋美英郑重表明，陈凛无权代表其母做主，即陈逸飞前妻的债权应立即无条件得到满足。陈凛坚持要求分得陈逸飞遗产的 50%（包括其母亲的债权）。如超过最后回复期限，即于 2005 年 10 月 8 日，陈凛将在美国按法律程序行事。

2005 年 11 月 8 日，宋美英和陈天向法院提起诉讼。同时，宋美英召开新闻发布会，向外界公布介绍有关案情，其诉讼要求分割的遗产总金额为 4300 万元人民币，主要包括三大部分：一部分是不动产 9 套，价值 1500 万元；第二部分是陈逸飞在美国签约画廊销售中的有确切标价的画作 85 幅，价值 2500 万元；第三部分是其他画作，价值约 300 万元。另外，还有 11 家公司，据统计结果为负债。

2006 年 1 月 17 日，上海市第一中级人民法院首次开庭审理陈逸飞遗产纠纷案，但被告陈凛未到庭。与此同时，陈凛在美国提起诉讼，请求当地法院将陈逸飞遗产的临时管理权判给陈凛，并要求宋美英停止在中国的遗产诉讼。

2006 年 12 月 8 日，宋美英和陈凛双方达成庭外和解，签署了一份《关于陈逸飞遗产分配的和解协议书》，约定宋美英继承 1 套房屋，小儿子陈天继承 2 套房屋，陈凛继承 4 套房屋。据宋美英透露，她和陈凛一起管理逸飞集团。

2009 年 7 月，宋美英再次起诉至上海市徐汇区法院，要求按照“遗产分配和解协议”的约定，继承陈逸飞的房产。最终，得到法院判决支持。

2010 年 7 月，陈逸飞小儿子陈天向北京市朝阳区人民法院申请执行徐汇法院的生效判决，要求将北京某处房产过户至其名下。

提前立好遗嘱，对身后之事进行交待，对于普通家庭同样很重要。被继承人姚太是一位美籍华人，早年她与先生一起到美国生活工作并加入了美籍，她先生是联合国某机构的官员。她的一双儿女均在美国出生长大，虽然都长着华人的面孔，但汉语几乎荒废。大约 2000 年左右，姚太在先生过世之后，独自一人回到上海生活养老。回国后，她在上海市 M 区出资 50 多万元美金购买了一套别墅 A 房产，当时由于上海购房政策限制外籍人士购房，于是房产权利人登记在她的侄女张女士和刘女士二人名下。入住房屋之后，姚太与张女士、刘女士，另外再加上她的侄子高先生签了一份协议书，协议书核心内容：1、A 房产，由姚太出资 50 余万美元以张女士、刘女士名义购买，另姚太再出资 20 万元人民币进行了装修，供姚太、张女士、刘女士共同使用；2、当姚太、张女士、刘女士能长期共同生活使用该房屋时，姚太拥有 40% 的产权、张女士和刘女士分别拥有 30% 的产权，姚太过世后，40% 的产权归高先生所有；3、无论什么原因，若三人不能一起共同生活，张女士、刘女士应搬出该房屋，此房实际使用权归姚太。姚太过世后，产权分配为高先生 60%，张女士、刘女士各 20%。协议书由姚太、张女士、刘女士三人签字，协议书上没有高先生的签名。并且，协议书由某律师事务所加盖见证公章，出具律师见证书。

三人在 A 房屋一起居住了一年多之后，由于文化差异等原因常有争执。2002 年，张女士、刘女士二人搬出。再后来，到了 2003 年，上海购房政策改变，外籍人士可以持有不动产，张女士、刘女士将房屋以买卖的形式过户到了姚太一人名下。2006 年，姚太过世，在国内未留下遗嘱。房屋由高先生负责管理出租。2009 年，高先生为原告，张女士、刘女士为被告，双方一起到法院要求按上述协议确认房屋归三人按份共有。法院追加姚太在美国的儿子、女儿为第三人参加诉讼，姚太的儿女要求按法定继承，该房屋归其二人所有。该案经过一审二审两个程序，经历了近三年多的诉讼过程。审理中，由于两位见证律师不愿出庭作证，原、被告三人作为签署协议的在场人，法官通过对三人进行隔离发问，发现三人针对协议的起草过程、律师见证的时间、签署的地点等有诸多不一致的陈述，使本已疑点重重的协议书，被法院所否认，最终判决涉案 A 房产归姚太在美国的儿子和女儿所有。

笔者作为姚太美国儿女的代理律师，无意评述该案件的审理过程和法庭之上的刀光剑影，只想谈下至今的困惑和不解。姚太作为在美国生活几十年的高级知识分子，其法律意识不可谓不强。在很早之前，她便通过律师在美国设立了遗嘱信托。在离开美国时，她对遗嘱又进行了最后修订，把剩余财产悉数装入了信托，增加她的儿子作为信托的保护人，从公益慈善和私益继承方面进行了周详的安排。唯独对国内的财产，一套价值不菲的不动产，在 2003 年变更登记到自己名下之后，却未留下遗嘱，以至在她过世之后，将一双身在美国的儿女拖入了大洋彼岸一场旷日持久的诉累之中。

遗嘱——要表述清楚

遗嘱，作为一个法律文件，在有专业人士参与起草的情况下，从文本的格式到文字的表述，相对来讲会比较规范。但现实中的遗嘱文本，各色各样，特别是立遗嘱人自己所撰写的“自书遗嘱”，有时会因为个别条款文意表述模糊，往往给遗嘱的正确执行带来诸多的不便和麻烦。



谈到遗产大战，遗嘱纠纷，香港华懋集团龚如心的案例着实最为经典。本文的重点不是龚如心生前与其公公打官司争遗产，也不谈在其去世之后“风水大师”陈振聪伪造遗嘱案。而是，由于龚如心自己所立遗嘱，文意表述模糊，需要由香港法院最终进行裁决的案例。

根据媒体报道和披露的信息，龚如心 2002 年 7 月所立的遗嘱，主要包括四项条款：

第一条是把龚如心的遗产拨归予华懋慈善基金有限公司；

第二条希望交托华懋基金，但由联合国、中国和香港特区政府首脑组成的管理机构监管，并且设立中国的类似诺贝尔奖的具有世界性意义的奖励基金；

第三条必须维护、扩大她与丈夫开创的华懋集团的所有事业，确保华懋不断壮大，并以其部分盈利将慈善事业不断发展达至永远；

第四条华懋慈善基金必须继续供养王氏家族的老一辈以及王氏后代深造，还有给予华懋集团的同事及其子女提供支援。

华懋慈善基金有限公司认为，其属于龚心如遗嘱的直接受益人。龚如心在 2002 年遗嘱首段的第一句已表明华懋基金是由她与丈夫王德辉共同创立，显示华懋基金对她的重要性，龚如心是有意把遗产馈赠给华懋慈善基金，且遗嘱写明“我所有财产于我离世之后全部拨归华懋慈善基金有限公司”中的“拨归”一词，包含“属于”和“转移拥有权”的含义，换言之华懋基金是龚如心财产的受益人。但因为其性质是慈善公司，有别于一般私人公司，其对捐款给它的龚如心及受惠的社会大众有责任。

而针对龚如心的遗嘱，香港高等法院原合议庭认为，其以具有约束性的条文，指定华懋基金在她死后应如何运作，特别交代基金的内部管理、所进行的慈善活动，以及成为华懋集团股东之后的运作方式，加上其希望交托由联合国秘书长、中国政府总理及香港特首组成的管理机构，监管基金的运作，反映了其不想放手于基金董事局去决定基金如何运作，亦关注基金能否妥善执行她的指示，故法官判定华懋基金只是遗产信托人而非直接受益人。

华懋慈善基金不服香港高等法院的判决，一直上诉到香港终审法院。2015 年 5 月 18 日，香港终审法院驳回华懋慈善基金的上诉，维持香港高等法院早前的裁定，法庭认为华懋集团原主席龚如心设立的遗嘱是希望华懋慈善基金以受托人的方式执行其遗嘱，并非馈赠其遗产至华懋基金。因此，法院认定龚如心近千亿遗产成立遗嘱信托基金，华懋慈善基金是该信托的受托人，而非遗嘱的直接受益人。

香港终审法院的判决，为龚如心遗产世纪争夺案划上了一个圆满的句点，但是华懋慈善基金却为此付出了数年时间进行诉讼，同时支付了数亿港元的诉讼费用和律师费用的代价。

张老是某市一位企业家，从解放前便开始经商办厂，一生创下了无数的财富；他还是一位文物鉴赏、收藏家，收藏了大量的名人真迹字画和古董文物。1995 年去世后，他的子女发现父亲在 1992 年曾经留下一份遗嘱，这份遗嘱对不动产、存款、公司股权等在子女之间进行了分配；同时，针对生前他收藏的大量文物字画，他却表述为：既不分给子女和任何人，也不捐给国家，且不得以任何形式分散，而将这些文物集中到某路某室房产，这些字画连同这套房产由子女们协商来达到集中保管不分散的目的。对于如何落实父亲的遗嘱，张老的子女们进行了多轮协商，讨论集中保管的方案。后来，形成了一致的意见，各继承人同意在自己应继承的遗产份额中拿出一部分，成立一个组织，来实现父亲的遗愿。但是，在执行过程中，部分继承人反悔，撤回之前协商时的承诺和遗产分割会议纪要上的签名。

鉴于继承人之间无法就遗产处理达成一致意见，于是，部分继承人便诉至法院，交由法院依法进行裁决。在法院开庭审理中，原、被告各方作为张老的子女，均确认遗嘱的真实性和有效性。但是，原告提出父亲遗留的文物字画交由国家集中保管，而被告则提出应当从父亲遗产中拿出一部分资产，成立基金会对文物字画进行集中保管。法院认为：遗嘱中对文物字画进行集中保管的原则对国家文物的保护和利用有利，对国家、社会和被继承人生前的愿望实现以及原、被告是有益的，法院予以充分尊重。由于原、被告对于如何进行“集中保管、不分散”存有分歧，故这些文物字画可由原、被告共同保管或共同推荐的代表暂管。法院在作出判决之后，由于张老的子女们对于如何共同保管不能协商一致，而且也无法共同推荐出代表进行管理，目前这些字画和文物一直堆放在房屋里“沉睡”，没有得到妥善的保护和利用。这种境况，应当不是张老所立遗嘱的初衷！

相较于龚如心遗产案件的最终结果，张老的遗产纠纷案件发生在我国《信托法》出台之前，而此后施行的《信托法》第二条规定：“本法所称信托，是指委托人基于对受托人的信任，将其财产权委托给受托人，由受托人按委托人的意愿以自己的名义，为受益人的利益或特定目的，进行管理或者处分的行为。”按此条文对于信托的定义，也许张老遗嘱的“真实意思”可以是这样：张老出于对其收藏文物字画“集中保管，不分散”的特定保护目的，委托他的子女作为共同受托人，按其遗嘱所确立的意愿对信托财产“文物字画”进行管理，以有利于文物的保护。这种信托属于“特定目的信托”的种类，张老的子女若被认定为受托人，他们就负有忠诚履职的信托义务。

遗嘱——并非完全自由

在司法实践涉及遗嘱继承的大量案例中，有两种情形会受到法院的纠正，甚至被法院认定为无效遗嘱或遗嘱的部分条款无效。一种情形是，基于法律上错误的认识，立遗嘱人把自己没有权利处分的财产，列入遗嘱。第二种情形是，需要给特定的人留下一定的财产份额，在我国叫“必留份”——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；在国外叫“特留份”——是遗嘱人不得以遗嘱方式取消特定的法定继承人继承的遗产

份额。

在浙江湖州，一位从香港返乡的老华侨，先后经历了有两段婚姻，与两个妻子都生育有子女。他在境内外拥有大量的财产，通过在香港的公司投资国内的实体，已经形成一个大型的企业集团。2010年，在他病重期间，他把企业的法律顾问叫到病房，代书起草了一份遗嘱，大概内容为：为了避免后人对财产进行争斗，特立遗嘱如下：某公司的土地归大儿子；某公司持有的特殊经营的证照和许可证归二儿子，某某公司的房产全部归小女儿等等。写完这份遗嘱之后不久便去世了。由于遗嘱中给他与前妻所生的两个儿子分的财产极其有限，尤其是大儿子几乎没有分给遗产。遗产诉讼已经不能避免，官司从一审打到二审，双方关系非常对立，一直僵持不下。这份遗嘱最大的问题，是立遗嘱人直接处分了公司财产。家族企业，虽然都是他直接或间接控制，他想当然地认为公司所有的财产都是他的，他有权利写进遗嘱。但根据法律规定，公司与股东之间人格相互独立，股东与公司的财产必须严格分离，他写进遗嘱的土地、证照、房产等都不属于他名下的遗产，而是属于公司的财产，直接导致这些遗嘱条款无效。

涉及跨国财产继承的案件，对于遗嘱条款效力的要求更加复杂。刘女士持有中国护照，2004年与一位澳洲国籍男士 JASON 在上海涉外婚姻登记处登记结婚。一起生活了四年，未生育子女。2008年上半年，JASON 突然患上了癌症。在回澳洲治疗期间，他通过律师完成了遗嘱的确立程序。遗嘱中明确：他名下的所有个人财产，包括在澳洲的酒庄、工厂，还有在上海松江的别墅（产权登记在刘女士和 JASON 二人名下）、他的个人物品等，全部遗留给他的母亲（他父母离异多年，他是随母亲长大，与父亲几乎断绝来往），由他的母亲作为他遗产管理人，负责清理他的债务，以及应付的税款等。一年以后，JASON 在澳洲去世。刘女士在得知有这样一份遗嘱之后，先是非常惊讶。在当地咨询律师并与 JASON 母亲谈判不成之后，她向当地法院以死者遗孀的身份起诉，要求遗产管理人应当向她分配一部分死者的遗产。法院立案后，经过漫长的审理过程，最终法庭组织他们达成了“和解条款”：由刘女士负责清除 JASON 生前在中国大陆相关银行所负的债务之后，上海松江区的别墅可以全部归属于刘女士一人所有，刘女士放弃对其他遗产主张的权利，JASON 的母亲有配合办理上海房产过户登记变更手续的义务。澳洲法院基于双方达成的“和解条款”作出了判令。但是，由于澳洲法院生效的判令不能在中国法院被承认和执行，而且涉及不动产的诉讼需要由不动产所在地法院进行专属管辖，还要适用中国的法律。根据中国的继承法规定，在 JASON 所立遗嘱有效的情况下，刘女士可能拿不到松江别墅另外一半的产权份额，更加让刘女士着急的是他已经还掉了 JASON 生前所欠的债务。无奈之下，经过多方咨询和论证，刘女士还是选择在中国法院重新起诉，在经历半年之久的涉外送达程序之后，法院在对方未到庭的情况下缺席审理，参考澳洲法院的判令与“和解条款”，判决松江别墅中属于 JASON 的遗产份额归属于刘女士所有，依据该份判决在房产交易中心完成了过户登记手续。

遗嘱——应该这样确立

根据我国《继承法》，遗嘱的有效要件属于强制性法律规定，在任一方面任一个细节上出现问题，不符合法律要求，这份遗嘱的有效性就会受到质疑。而且在实践中，经常会有律师因代书见证遗嘱无效而被判决赔偿。那么一份有效的遗嘱应该如何写？至少有四个方面的法律要件：

第一，主体合法。立遗嘱人要具有完全民事行为能力。严格来讲，到医院为病人起草遗嘱，要经历一个必须的程序：要与病人先聊天，甚至要让他简要解答数学问题，或进行问卷调查，了解他的智力和精神状态。如果一个立遗嘱人连身处何处都不知道，这份遗嘱一定是有严重瑕疵的。同时，医院当时开具的立遗嘱人神志清醒的证明是必不可少的。

第二，客体要合法。并非在立遗嘱人名下的财产都可以写进遗嘱，还有配偶的一半财产权益，否则会涉及到侵权的可能。不要把“长江”留给大儿子，也不要“黄河”留给二儿子，因为这些都不是立遗嘱人的财产。

第三，内容要合法，表述要清楚，不能含糊，不能让人去猜测。

第四，形式合法，符合法定的遗嘱，落款日期和签名，见证人、代书人必须符合继承法的规定。

### “监护”是孩子最保险的头盔

2015年07月28日 ShareNews 作者：张雪梅

日前，据媒体报道，贵州毕节四儿童自杀事件中，最大的孩子13岁，最小的才5岁。4个孩子的母亲去年离家出走，父亲出外打工，留下的只有一栋房子、上千斤粮食、几十斤腊肉，并寄回生活费。4个孩子疏于照顾，没有亲属受父母委托或主动承担事实上的抚养责任。从5月8日开始，几个孩子就都不去上学了。乡干部和老师也多次家访，但没有效果。一个月后，4个孩子在家中服农药自杀。孩子们的父亲一直杳无音信。

父母是未成年人的第一责任监护人

这个事件的发生和升级，可以说是多因一果，确实存在当地社区没能及时发现、报告和有效处置的原因，但事件的根源归根结底还是监护缺失的问题。孩子处于无人监护的状态，就等于失去了最基本的安全。儿童享有和父母共同生活的权利，这不仅是联合国儿童权利公约中所规定的，也是我国未成年人保护法和预防未成年犯罪保护法的要求。

未成年人保护法规定：父母或者其他监护人应当创造良好、和睦的家庭环境，依法履行对未成年人的监护职责和抚养义务。同时规定：父母因外出务工或者其他原因不能履行对未成年人监护职责的，应当委托有监护能力的其他成年人代为监护。预防未成年人犯罪保护法还规定：未成年人的父母或者其他监护人不得让不满十六周岁的未成年人脱离监护单独居住；未成年人的父母或者其他监护人对未成年人不得放任不管，不得迫使其离家出走，放弃监

护职责。

从这些规定来看，4个孩子的父母显然是失职的。外出打工，养家糊口是每个成年人的权利，但照顾养育未成年的孩子又是每个家长的法定责任。为了解决家长的这一对难以取舍的矛盾，更为了使儿童在父母外出务工后能够获得有效监护和保护，2006年修订未成年人保护法时，专门规定了一条委托监护条款。大部分省市包括贵州省的《未成年人保护条例》修订时也都规定了这一条款，例如《贵州省未成年人保护条例》规定：父母或者其他监护人因外出务工或者其他原因不能履行对未成年人监护职责的，应当委托有监护能力的人员代为监护，将委托监护情况告知未成年人所在学校、村（居）民委员会，并保持与委托监护人、未成年子女及其所在学校、村（居）民委员会的经常性联系，委托监护前应当听取并尊重有表达意愿能力的未成年子女的意见。但从新闻报道的信息看，并没有看出孩子的父亲委托哪个亲属、朋友或邻居代为监护抚养孩子们，母亲也没有在父亲外出前回到家里照看孩子。

父母有行为能力却监护缺失  
要承担严格的法律责任

我国民法通则、未成年人保护法都规定了对父母或其他监护人不履行监护职责或侵害未成年人合法权益的，可以撤销其监护人资格的法律后果。2014年12月最高人民法院、最高人民检察院、民政部、公安部联合发布的《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》更加细化地规定：父母或其他监护人具有以下情形的可能面临被撤销监护人资格的法律后果：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；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。

因此，作为监护人的父母，应当首先承担起未成年子女的监护职责，不能随便以各种理由放弃监护、不履行监护职责或忽视孩子的基本需求。如果父母外出务工，必须要委托合适的人员代为监护照顾未成年的孩子，使未成年人获得有效的监护和照顾，并将这一情况告知孩子的学校和村（居）委会。

对于父母不能依法履行监护职责，也不委托他人监护抚养，依然把孩子遗留在家，无人监护的，符合条件的可以申请撤销监护人资格，另行指定监护人，如果没有合适人员担任监护人，依法由民政部门承担监护职责，进行判后安置。对于情况严重的，根据最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部2015年3月发布的《关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见》，对被害人长期不予照顾、不提供生活来源；遗弃患严重疾病或者生活不能自理的被害人等情形的，属于情节恶劣，应当依法追究遗弃罪的刑事责任。

父母存在监护困难时  
应当获得支持和帮助

对于父母履行监护职责确实存在困难的，应当及时向社区或政府相关部门提出申请。村（居）委会和政府部门也应当主动发现和筛查是否有儿童存在监护缺失和监护失当的风险，从而对家庭监护给予必要的支持、帮助和服务。村（居）委会应当建立社区儿童分类档案，了解儿童的基本生活环境状况，对儿童的年龄、身体状况、就学状况以及父母监护情况、婚姻状况、身体情况、就业或是否外出务工情况进行登记，为儿童保护工作和主动发现儿童保护问题提供基础信息。

不可否认的是，在地区发展不平衡的大背景下，父母打工、孩子留守的现状还将长期存在。对于父母外出务工的留守儿童，理想的建议是，国家采取有效措施，或者支持父母就业减少流动，或者保障父母在流入地享受平等待遇，以保障孩子能够和父母共同生活，不因务工而分离。但在目前的情况下，建立完善的监护支持帮助体系，完善委托监护制度，发展儿童服务事业，是解决留守儿童监护难题的出路。

笔者以为，对家庭监护的支持措施包括：对经济困难家庭提供物质帮助，对父母不履行监护职责造成事实上无人抚养的儿童提供养育津贴鼓励亲属抚养，允许政府和社会服务机构为履行监护职责有困难的父母提供短期照料或委托代养服务，完善委托监护制度、加强对父母和受委托监护人的监督。

当父母获得监护支持和帮助后，仍不能依法履行监护职责或监护失当的，应当通过强制报告制度和村（居）委会的社区筛查来加强对家庭监护的监督和早期指导。对于有条件拒不履行监护职责或监护失当、严重损害未成年人身心健康的父母，强化司法干预措施，撤销监护人资格，甚至依法追究刑事责任。

总之，监护支持、监督和干预应当成为环环相扣，紧密结合的保护体系。从制度上鼓励父母和孩子一起生活；对于监护有困难的，要通过完善监护支持帮助体系和委托监护制度，提供委托抚养服务解决父母的难题；通过发现与报告的监督机制，及时发现监护缺失、失当的行为；通过社区早期干预和司法干预，最终达到保护孩子的目标。

## （五）文件选读

### 《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》

2008年3月 中国应用法学网

#### 目录

- 第一章 关于家庭暴力
- 第二章 基本原则和要求
- 第三章 人身安全保护措施
- 第四章 证据

第五章 财产分割
第六章 子女抚养和探视
第七章 调解
第八章 其他

## 前言

本指南的编制背景 家庭暴力问题的严重性和特殊性越来越被全社会所了解，人民法院也逐渐认识到涉及家庭暴力的婚姻家庭案件与普通婚姻家庭案件的不同特点和规律，意识到其处理方式应当与普通案件有所不同。因此，传统经验和知识已越来越不适应该类案件的高质量办案需求，许多法院尤其是基层人民法院呼唤有一本为办理涉及家庭暴力的婚姻案件而编制的操作指南。

本指南的编制目的 本指南的编写目的，是为了让办理涉及家庭暴力婚姻家庭案件的法官，能有一本专业的资源手册，帮助其做好法律规则、性别平等理念、家庭暴力理论知识、审判组织保障等方面的准备，以利于提高办案效率和分配正义的质量，更好地保障家庭暴力受害人的人身和财产权利。

本指南的编制依据 本指南的法律依据包括《中华人民共和国民事诉讼法》、《中华人民共和国民事诉讼法》、《中华人民共和国民事诉讼法》、《中华人民共和国民事诉讼法》和《最高人民法院关于进一步发挥诉讼调解在构建社会主义和谐社会中积极作用的若干意见》、《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》。

党和国家领导人关于“要重视维护妇女权利，要使社会性别主流化”、“促进性别平等，实现共同发展”的重要指示，最高人民法院领导对性别平等和司法公正的强调，以及其他有关国家机关、社会团体制定的有关落实宪法规定的平等原则的政策性文件，都为本指南的编制提供了有力的政策性支持。

与此同时，基层人民法院在审判实践中根据实际需要，谨慎地在法律允许的框架内进行的有益尝试所积累的宝贵经验，也为本指南的编写提供了厚实的实践基础。

本指南的基本性质 最高人民法院院领导指示，要为法官提供一些“指南式”的研究成果，直接服务于审判工作。本指南集法律研究、实践经验、域外借鉴、法律精神于一体，是人民法院司法智慧的结晶。但本指南不属于司法解释，而是为法官提供的参考性办案指南。

本指南的形式特点 本着全面、具体、明确、实用的原则，本指南在表现形式和表述方式上没有单纯地采取法律条文式的表述，而是对绝大多数条款作了进一步阐释，既提出了规范性的要求，对法律条文和法律原则做出了解释，又论述了相关的道理，对规范性要求的基础、原因作了阐述。这些阐释对于更好地理解指南的内容将提供一定的帮助。

本指南的使用方法 本指南不能作为法官裁判案件的法律依据，但可以在判决书的说理部分引用，作为论证的依据和素材。法官在运用本指南的过程中，如果发现需要增加的内容，可以继续发展；如果发现有的内容不完全符合本地实际情况，也可以在法律的框架内做出适当调整。

本指南的受益主体 本指南虽然是法官的办案指南，但其受益主体并不限于法官。律师、当事人、研究人员以及所有关注家庭暴力司法救济途径的人士都可以从本指南中获得自己需要的知识、教益和指导。

## 第一章 关于家庭暴力

### 第一条 了解家庭暴力基本知识的必要性

家庭暴力是一个社会问题，对其认识需要多学科的专门知识。人民法院在审理涉及家庭暴力案件的过程中，如果不能正确认识和对待家庭暴力，可能对人民法院高质、高效处理此类案件产生消极影响，不利于人民法院分配公平和正义。因此，本指南借鉴其他国家法官办理涉及家庭暴力案件的指南的做法，首先介绍家庭暴力基本知识，作为正确理解和执行本《指南》所有内容必不可少的重要基础。

### 第二条 家庭暴力的定义

家庭暴力作为国际领域普遍关注的一个社会问题，相关国际公约对其作了界定。尽管家庭暴力受害人并不限于妇女，有些情况下男性和儿童也会成为受害人，但是，由于针对妇女的家庭暴力最为普遍、最为严重，所以相关国际公约和其他国际文件对针对妇女的家庭暴力的界定通常只表述为针对妇女的暴力。

《联合国消除对妇女的暴力行为宣言》（1993）第一条规定，“对妇女的暴力行为”系指对妇女造成或可能造成身心方面或性方面的伤害或痛苦的任何基于性别的暴力行为，包括威胁进行这类行为、强迫或任意剥夺自由，而不论其发生在公共生活还是私人生活中。

联合国秘书长《关于侵害妇女的一切形式的暴力行为的深入研究》（2006）指出，基于性别的针对妇女的暴力行为是指“因为是女性而对她们施加暴力或者特别影响到妇女的暴力，包括施加于身体、心理或性的伤害或痛苦或威胁施加这类行为，强迫和其他剥夺自由的行为。基于暴力的行为损害或阻碍妇女依照一般国际或人权公约享有人权和基本自由，符合联合国《消除对妇女的暴力行为宣言》第一条的规定”。

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）（2001）第一条规定：“家庭暴力是指行为人以殴打、捆绑、残害、强行限制人身自由或者其他手段，给其家庭成员的身体、精神等方面造成一定伤害后果的行为。持续性、经常性的家庭暴力，构成虐待。”

鉴于本指南旨在指导涉及家庭暴力的婚姻家庭案件的审理，所以本指南中的家庭暴力，是指发生在家庭成员之

间，主要是夫妻之间，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。

### 第三条 家庭暴力的类型

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。

### 第四条 家庭暴力的普遍性和严重性

家庭暴力是一个全球性的社会问题，我国也不例外。据有关部门的权威调查，我国家庭暴力的发生率在 29.7% 到 35.7% 之间（不包括调查暗数），其中 90% 以上的受害人是女性。

关于家庭暴力是家务事的错误认识，以及法律救济途径的缺失，使得众多受害人生活在痛苦、愤怒和恐惧之中，严重损害受害人的人身权利。因家庭暴力引发受害人以暴制暴的恶性案件，近年来受到越来越多的关注。

### 第五条 家庭暴力发生和发展的规律

家庭暴力行为的发生和发展，呈周期性模式。模式的形成，一般要经过两个或两个以上暴力周期。每个周期通常包括关系紧张的积聚期（口角、轻微推搡等）、暴力爆发期（暴力发生、受害人受伤）、平静期（亦称蜜月期，加害人通过口头或行为表示道歉求饶获得原谅，双方和好直到下个暴力周期的到来）。加害人往往屡悔屡犯、始终不改。道歉、忏悔只是当家庭暴力暂时失效时，加害人借以达到继续控制受害人的手段而已。暴力周期的不断重复，使受害人感到无助和无望，因而受制于加害人。

### 第六条 分手暴力的特别规律

人们往往以为离婚后暴力自然就停止了，但是，引发家庭暴力的内在动机是加害人内心深处控制受害人的需要。一般情况下，这种欲望不仅不会因为离婚而消失，反而会因为受害人提出离婚请求受到刺激而增强。因此，一旦受害人提出分手，加害人往往先是采取哀求原谅、保证下不为例以及利用子女等手段来挽留受害人。然而，如果哀求不奏效，加害人往往就会转而借助暴力或实施更严重的暴力手段来达到控制目的，因而出现“分手暴力”。这种现象在夫妻分居或者离婚后相当普遍。

国际上，加拿大的实证研究表明，大约有 1/3 的受害妇女在对方探视未成年子女时受到暴力威胁。36% 的女性在分居期间继续遭受男方的暴力侵害。美国司法部 1983 年和 1997 年 3 月公布的数据显示，美国有 75% 的家庭暴力受害人，在分手后继续遭受前夫或前男友的暴力侵害。

我国尚无这方面的统计数据，但是家庭暴力研究者普遍认为，分手期间或分手后，受害人的人身安全受家庭暴力侵害的频率和暴力的严重性确实迅速增加。

一般情况下，有三个变量可以预测发生分手暴力的危险：一是加害人之前有过身体暴力或暴力威胁行为；二是加害人和受害人居住地相距不远；三是加害人猜忌受害人有第三者。

### 第七条 一般夫妻纠纷与家庭暴力的区分

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。对此区别，应当考虑以下因素：暴力引发的原因和加害人的主观目的是否是为了控制受害方、暴力行为是否呈现周期性、暴力给受害人造成的损害程度等。

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，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。而一般夫妻纠纷不具有这些特征。

### 第八条 家庭暴力发生的原因

无论在社会上或家庭中，公民的人身权利均不得因任何原因而遭受人为侵害。家庭暴力的发生，不是受害人的过错，绝大多数情况下是基于性别的针对妇女的歧视。其发生的原因主要包括：

1. 加害人通过儿童期的模仿或亲身经历而习得暴力的沟通方式；
2. 家庭暴力行为通过社会和家庭文化的代际传递实现。传统文化默许男人打女人，父母打子女。在这种文化影响下长大的男人允许自己打女人，父母允许自己打子女。有这种文化的社会，接纳家庭暴力行为。在这样的家庭和社会中长大的子女，不知不觉接受了这种观念。家庭暴力行为就这样一代又一代传了下来；
3. 获利不受罚。虽然《中华人民共和国婚姻法》和《中华人民共和国妇女权益保障法》规定禁止家庭暴力，但是法律缺乏预防和制止家庭暴力的有效手段。社会给家庭暴力受害人提供的有效支持很少，因此家庭暴力发生时一般得不到干预。由于在家里打人能达到目的而不受惩罚，不管加害人事后多么后悔，又多么真诚地道歉，并保证

决不再犯，都必然因缺乏真正改变自己行为的动机而一再使用暴力；

4. 加害人往往有体力上的优势。无论男打女还是女打男，加害人的体力，往往居于优势。90%以上的家庭暴力受害人是体力处于弱勢的妇女、儿童和老人。

#### 第九条 家庭暴力的相关因素

家庭暴力的发生，与加害人的原生家庭、社会和文化环境、以及双方的体力对比有关，但与暴力关系中双方的年龄、学历、职业、社会地位、经济收入、居住区域和民族等，均无必然联系。

#### 第十条 加害人的心理和行为模式

##### 1. 性别歧视

家庭暴力的加害人绝大多数为男性。这些男性信奉男尊女卑、男主女从的古训，他们相信暴力是其迫使受害人就范的合理而又有效的手段。因此，家庭暴力是基于性别的针对女性的暴力。

##### 2. 内外双重面孔

加害人呈现给家人和外人的是两副不同的面孔。他们在家借助暴力手段控制家人，在外行为符合社会标准。

##### 3. 过度的嫉妒

加害人有令人难以理解的嫉妒心。嫉妒表面上似乎是因为爱得过深，实质上嫉妒和爱没有太大关系。过度嫉妒者很少是心中有爱的人。嫉妒是嫉妒者因极度害怕失去某个人的感情、某种地位或利益而产生的焦虑，是嫉妒者不自信和缺乏安全感的表现。嫉妒者为了控制对方，以嫉妒为借口，捕风捉影，侮辱、谩骂、殴打配偶，甚至跟踪、限制对方行动自由。

##### 4. 依赖心理

大多数加害人是自卑、不自爱、没有安全感的人，他需要借助别人对自己的态度，以证明自己的能力和价值。受害人在暴力下的顺从，是加害人获得自信和安全感的手段之一。这种依赖心理，使得加害人坚决不同意离婚，面对受害人的分手要求，加害人或采取分手暴力企图阻止受害人离开，或痛哭流涕保证痛改前非。

##### 5. 人前自我伤害或以死相逼

受害人若想分手或离婚，加害人往往会在受害人、法官或特定人面前进行自我伤害，甚至以死相逼，其目的是为了受害产生内疚和幻想，以便继续控制和操纵受害人。加害人的自我伤害或者以死相逼行为只能说明，他只想达到自己的目的而不在乎对方的感受。自我伤害不是因为爱，而是暴力控制的另一种表现形式。

#### 第十一条 受害人的心理和行为模式

##### 1. 习得无助

家庭暴力作为一种控制手段，随着周期性循环，越来越严重，越来越频繁。无法逃脱的受暴处境，使受害人“学会了无助”。因为这种在心理学上被称为“习得无助”的信念，受害人以为自己无论如何也摆脱不了对方的控制，因而放弃反抗，忍气吞声、忍辱负重、委曲求全。

##### 2. 抑郁状态

受害人习得无助后，悲观随之而来，而悲观是造成抑郁的主要因素。长期处于抑郁状态的人中，不少人会自杀或尝试自杀或产生杀人的念头。他们希望通过自杀或杀死加害人，来终止让他们感到如此不堪的生活。

##### 3. 恐惧和焦虑

整天提心吊胆，神经高度紧张，是家庭暴力受害群体中最普遍的特征之一。暴力控制关系建立后，受害人会无限放大加害人的能力和权力，以为加害人无所不能。其恐惧和焦虑，甚至草木皆兵的心理，非一般人所能想象。

##### 4. 忍辱负重

传统观念认为单亲家庭不利于未成年子女成长；经济上女性的生存能力弱于男性，离婚使得她的生活水平大大下降；社会缺乏针对家庭暴力受害人的有效支持等，迫使相当一部分受害人不到万不得已，不会报警或寻求其他外界帮助，更不会提出离婚。

##### 5. 优柔寡断

如果受害人想要通过分手摆脱暴力控制，在社会和法律救济手段不到位的情况下，加害人的软硬兼施往往奏效。走投无路之时，受害人很可能被迫回到暴力关系中。

同样，家庭暴力受害人反复起诉和撤诉，表面上似乎优柔寡断，变化无常，实际上很可能是受害人想出的保护自己 and 子女暂时免受家庭暴力伤害的最佳和最无奈的办法。

#### 第十二条 家庭暴力对受害人和加害人的危害

家庭暴力不仅使受害人身体受伤，还会导致受害人抑郁、焦虑、沮丧、恐惧、无助、自责、愤怒、绝望和厌世等不良情绪。长期处于这种状态中，受害人会出现兴趣减弱、胆小怕事、缺乏自信和安全感、注意力难以集中、学习和工作能力下降等症状，并且出现心理问题躯体化倾向。

表面看来，施暴人似乎是家庭暴力关系中获益的一方，其实不尽然。大多数施暴人施暴，不是要把妻子打跑，而是希望能控制她。但是，通过施暴得到的结果，只能是越来越多的恐惧和冷漠。这使施暴人越来越不满，越来越受挫。随着施暴人的挫败感越来越强烈，家庭暴力的发生也就越来越频繁，越来越严重。家庭暴力越来越严重，受害人就越来越恐惧。当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，杀死原加害人。

### 第十三条 家庭暴力对未成年人的伤害

根据联合国秘书长 2006 年发布的《关于侵害妇女的一切形式的暴力行为的深入研究》，生活在暴力家庭中的未成年子女，至少会在心理健康、学习和行为三个方面出现障碍。

1. 许多出身于暴力型家庭的子女，学习时注意力难以集中。学校的差生，包括逃学和辍学的学生，有相当一部分来自暴力家庭。他们往往处于担心自己挨打和（或）担心一方家长挨打的焦虑中。其症状经常被误诊为多动症伴注意力集中障碍。然而，这些问题产生的根源往往在于使他们恐惧且缺少关爱的家庭暴力环境。

2. 即使未成年子女并不直接挨打，他们目睹一方家长挨打时所受到的心理伤害一点也不比直接挨打轻。家庭暴力发生时，孩子陷入极不安全和冲突的心理状态中。通常，他们一方面对加害人感到愤怒，另一方面又需要来自加害人的关爱。孩子无法理解，自己生活中最重要、也是最亲近的两个人之间，为什么会出现暴力。

3. 未成年子女挨打，不仅皮肉受苦，自信心和自尊心也受到很大打击。他们可能变得胆小怕事，难以信任他人，也可能变得蛮横无理、欺侮弱小、人际关系不良。心理上受到家庭暴力严重伤害的子女，还有可能在成年后出现反社会暴力倾向。加拿大的研究显示，目睹家庭暴力的孩子，出现严重行为问题的可能性，比起无暴力家庭中的孩子，男孩要高 17 倍，女孩要高 10 倍。

4. 更严重的后果是，家庭暴力行为的习得，主要是通过家庭文化的代际传递而实现的。根据联合国秘书长 2006 年《关于侵害妇女的一切形式的暴力行为的深入研究》，50%-70% 的成年加害人是在暴力家庭中长大的。他们从小目睹父母之间的暴力行为，误以为家庭暴力是正常现象，并在不知不觉中学会用拳头解决问题。

### 第十四条 家庭暴力对社会的危害

当女性因为受暴而频频就医，或者因为家庭暴力造成的不良情绪难以排遣而导致工作效率降低、或被殴打致残或致死、或自杀、或以暴制暴杀死加害人，社会保障和社会秩序为此付出的代价不可低估。

## 第二章 基本原则和要求

### 第十五条 性别平等原则

法律面前人人平等，这个平等是指实质意义上的两性平等。法院在审理涉及家庭暴力的婚姻案件时，应当坚持实质意义上的性别平等原则，避免一切形式的隐性歧视，如：对女性在社会上和家庭中的人身权利保障采取双重标准；或者形式上男女平等对待，实质上区别对待。

### 第十六条 禁止家庭暴力原则

禁止家庭暴力，是我国批准加入的联合国相关文件对各国政府提出的要求，也是我国《中华人民共和国宪法》、《中华人民共和国婚姻法》、《中华人民共和国妇女权益保障法》的重要规定。我国各省市先后颁布的 69 个地方性预防和制止家庭暴力的法规，也对家庭暴力作了禁止性规定。虽然上述规定只是原则性的，可操作性有待提高，但是，众多的法规和政策体现了我国各级政府预防和制止家庭暴力的态度和决心，这也是本指南的核心。

### 第十七条 婚姻自由原则

婚姻自由包括结婚和离婚自由。结婚需要两个人的合意，离婚则只需一人提出且符合离婚条件即可。人民法院在维护当事人结婚自由的同时，对离婚自由的维护不可偏废。当事人一方提出离婚诉讼的，只要有离婚的法定理由，人民法院经调解不能达成和解的，应当调解或判决离婚。

在认定家庭暴力的情况下，如果一方当事人坚决要求离婚的，不管要求离婚的是加害人还是受害人，人民法院均应当尊重当事人意愿，维护婚姻自由原则，尽快调解或判决离婚，避免因久拖不决而出现更严重的暴力伤害行为。

一个不幸的婚姻死亡后，可以产生两个幸福的婚姻。即使其中有少数当事人是因为一时冲动而草率离婚的，作为成年人，他（她）们也应当为自己的行为负责。况且他们可以轻而易举地到民政部门办理复婚手续。即使复婚不可能了，这个经历也将教会他们珍惜自己未来的婚姻。

### 第十八条 适当照顾受害人、未成年子女原则

最大限度保护和实现弱势群体的权利是司法机关永恒的价值取向。在办理涉及家庭暴力的婚姻家庭案件过程中，应当坚持照顾受害人，以及因此直接或间接受害的未成年子女的原则。人民法院不能以任何理由做出与这一原则相悖的裁判。

### 第十九条 审理组织专门化

有条件的基层人民法院应当尽可能成立专门合议庭或安排专人独任审理涉及家庭暴力的婚姻案件，尽可能安排具有婚姻家庭经验和人生阅历较为丰富的中年法官，或者接受过家庭暴力专业培训和具备性别敏感性的法官办理涉及家庭暴力的婚姻案件，提高办案效率和探索审理此类案件的专门经验。

这是因为：处理家庭暴力问题不仅需要法学，还需要社会学、心理学、女性学和性别平等理论等知识，属于跨学科专业范畴。越是具备相关专业知识和社会阅历的人，越能理解婚姻案件中双方的心理互动模式和家庭暴力对婚姻的伤害，也就越能妥善处理涉及家庭暴力的婚姻案件。

### 第二十条 法官接受性别意识和家庭暴力知识培训

各级人民法院应当将性别平等和家庭暴力知识纳入到法官在职培训课程之中，并纳入考核内容。办理相关案件的法官每年应当接受不少于 12 个小时性别意识培训和不少于 18 个小时家庭暴力知识培训等。培训应当包括但不限于以下内容：

1. 家庭暴力的性质、范围及其发生的根本原因；
2. 家庭暴力关系中双方的互动模式；
3. 家庭暴力受害人及其家庭成员人身安全的保障措施；
4. 家庭暴力受害人和加害人可求助的社会机构及其职能；
5. 司法程序中的性别偏见；
6. 家庭暴力对幸福家庭与和谐社会的破坏作用，以及对儿童心理和行为的恶劣影响。

#### 第二十一条 保护法官免受间接伤害

为避免法官在审理涉及家庭暴力案件时可能出现的心理枯竭或其他负面影响，各级人民法院应当尽可能给办案法官提供学习压力管理技巧的时间和机会，使法官了解有关自我保护的知识和措施，包括摄入足够的营养、积极参加体育锻炼、及时休息和放松、建立有效的社会支持系统、平衡生活和工作等。

心理学研究发现，直接或间接接触天灾人祸的人，包括受害人本人、目击者、受害人的亲朋好友和援助者，心理都会受到不同程度的负面影响。

家庭暴力是违反人性的行为。暴力的残忍性，使人经历愤怒、悲恸、哀伤和无助的心理磨难。受害人都是一些正在经历严重心理创伤的人，法官频繁地接触她/他们，很容易受到负面影响，其累积效应，易导致心理枯竭，其症状包括越来越不想和别人交往、冷嘲热讽、身心疲惫、爱发火、焦虑、悲哀、睡眠障碍、紧张性头痛等。

除心理枯竭外，法官还可能因间接接触创伤事件所产生的其他负面影响而出现心理创伤。短期的创伤可能使法官出现易怒、悲哀、焦虑和睡眠障碍。长期创伤可能导致使法官出现冷嘲热讽、酗酒，甚至失去维持良好的夫妻关系的能力。

#### 第二十二条 为其他机构、人员提供相关培训

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。各级人民法院应当积极发挥在预防和制止家庭暴力的多机构合作链条中的作用。有条件的法院应当到当地大中小学、公安、妇联、医院、庇护所、人民调解委员会等机构，提供性别平等、家庭暴力知识和相关法律实务知识培训，以提高整个社会预防和应对家庭暴力的能力。

### 第三章 人身安全保护措施

#### 第二十三条 人身安全保护措施的必要性

在涉及家庭暴力的婚姻案件审理过程中，普遍存在受害人的人身安全受威胁、精神受控制的情况，甚至存在典型的“分手暴力”现象，严重影响诉讼活动的正常进行。因此，人民法院有必要对被害人采取保护性措施，包括以裁定的形式采取民事强制措施，保护受害人的人身安全，确保诉讼程序的严肃性和公正性。

#### 第二十四条 受害人联系方式的保密

人民法院应对受害人的有关信息保密，特别是不能将受害人的行踪及联系方式告诉加害人，以防止加害人继续威胁、恐吓或伤害受害人。

人民法院可以要求受害人留下常用的联系方式。

#### 第二十五条 受害人保护性缺席

有证据证明存在家庭暴力，且受害人处于极度恐惧之中的，正常的开庭审理可能导致受害人重新受制于加害人的，或可能使受害人的人身安全处于危险之中的，人民法院可以应受害人的申请，单独听取其口头陈述意见，并提交书面意见。该案开庭时，其代理人可以代为出庭。

#### 第二十六条 人身安全保护裁定的一般规定

人身安全保护裁定是一种民事强制措施，是人民法院为了保护家庭暴力受害人及其子女和特定亲属的人身安全、确保民事讼程序的正常进行而做出的裁定。

人民法院做出人身安全保护裁定，以民事诉讼法第140条第1款第11项规定等为法律依据。

#### 第二十七条 人身安全保护裁定的主要内容

人民法院做出的人身安全保护裁定，可以包括下列内容中的一项或多项：

1. 禁止被申请人殴打、威胁申请人或申请人的亲友；
2. 禁止被申请人骚扰、跟踪申请人，或者与申请人或者可能受到伤害的未成年子女进行不受欢迎的接触；
3. 人身安全保护裁定生效期间，一方不得擅自处理价值较大的夫妻共同财产；
4. 有必要的并且具备条件的，可以责令被申请人暂时搬出双方共同的住处；
5. 禁止被申请人在距离下列场所200米内活动：申请人的住处、学校、工作单位或其他申请人经常出入的场所；
6. 必要时，责令被申请人自费接受心理治疗。
7. 为保护申请人及其特定亲属人身安全的其他措施。

#### 第二十八条 人身安全保护裁定的附带内容

申请人申请并经审查确有必要的，人身安全保护裁定可以附带解决以下事项：

1. 申请人没有稳定的经济来源，或者生活确有困难的，责令被申请人支付申请人在保护裁定生效期间的生活



费以及未成年子女抚养费、教育费等；

2. 责令被申请人支付申请人因被申请人的暴力行为而接受治疗的支出费用、适当的心理治疗费及其它必要的费用。

被申请人的暴力行为造成的财产损失，留待审理后通过判决解决。

**第二十九条 人身安全保护裁定的种类和有效期**

人身安全保护裁定分为紧急保护裁定和长期保护裁定。

紧急保护裁定有效期为 15 天，长期保护裁定有效期为 3 至 6 个月。确有必要并经分管副院长批准的，可以延长至 12 个月。

**第三十条 人身安全保护措施的管辖**

人身安全保护措施的申请由受害人经常居住地、加害人经常居住地或家庭暴力行为发生地的人民法院受理。

两个以上同级人民法院都有管辖权的，由最初受理的人民法院管辖。

**第三十一条 人身安全保护措施申请的提出时间**

人身安全保护裁定的申请，应当以书面形式提出；紧急情况下，可以口头申请。口头申请应当记录在案，并由申请人以签名、摁指印等方式确认。

人身安全保护裁定的申请，可以在离婚诉讼提起之前、诉讼过程中或者诉讼终结后的 6 个月内提出。

诉前提出申请的，当事人应当在人民法院签发人身安全保护裁定之后 15 日之内提出离婚诉讼。逾期没有提出离婚诉讼的，人身安全保护裁定自动失效。

**第三十二条 人身安全保护申请的条件**

申请人人身安全保护裁定，应当符合下列条件：

1. 申请人是受害人；
2. 有明确的被申请人姓名、通讯住址、或单位；
3. 有具体的请求和事实、理由；
4. 有一定证据表明曾遭受家庭暴力或正面临家庭暴力威胁。

受害人因客观原因无法自行申请的，由受害人近亲属或其他相关组织代为申请。相关组织和国家机关包括受害人所在单位、居（村）委会、庇护所、妇联组织、公安机关或检察机关等。

申请人人身安全保护措施的证据，可以是伤照、报警证明、证人证言、社会机构的相关记录或证明、加害人保证书、加害人带有威胁内容的手机短信等。

**第三十三条 人身安全保护措施申请的审查**

人民法院收到人身安全保护措施的申请后，应当迅速对申请的形式要件及是否存在家庭暴力危险的证据进行审查。

人民法院在审查是否存在家庭暴力危险的证据时，可以根据家庭暴力案件自身的特点和规律，本着灵活、便捷的原则适当简化。

对于是否存在家庭暴力危险，申请人和被申请人均可以提交证明自己主张的证据，必要时人民法院也可以依职权调取证据予以核实或者举行听证。

**第三十四条 人身安全保护裁定的做出**

人民法院收到申请后，应当在 48 小时内做出是否批准的裁定。

人民法院经审查或听证确信存在家庭暴力危险，如果不采取人身安全保护措施将使受害人的合法权益受到难以弥补的损害的，应当做出人身安全保护裁定。

**第三十五条 人身安全保护裁定的送达**

人身安全保护裁定应当向申请人、被申请人或其同住成年家属送达，同时抄送辖区公安机关；送达方式一般以书面形式直接送达、邮寄送达或委托送达，拒绝签收的可以留置送达。

情况紧急的，人民法院可以口头或通过电话等其他方式将裁定内容告知申请人、被申请人、辖区的公安机关，并将告知情况记录在案。

**第三十六条 人身安全保护裁定的生效与执行**

人身安全保护裁定自送达之日起生效。

人民法院将人身安全保护裁定抄送辖区公安机关的同时，函告辖区的公安机关保持警觉，履行保护义务。公安机关拒不履行必要的保护义务，造成申请人伤害后果的，受害人可以以公安机关不作为为由提起行政诉讼，追究相关责任。

人民法院应当监督被申请人履行人身安全保护裁定。被申请人在人身安全裁定生效期间，继续骚扰受害人、殴打或者威胁受害人及其亲属、威逼受害人撤诉或放弃正当权益，或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第 102 条相关规定，视其情节轻重处以罚款、拘留。构成犯罪的，移送公安机关处理，或者告知受害人可以提起刑事自诉。

**第三十七条 驳回申请及不服裁定的复议**

人民法院经审查认为人身安全保护措施申请不符合申请条件的，驳回申请，并告知申请人申请复议的权利。

被申请人对人身安全保护裁定不服的，可以在收到人身安全保护裁定之日起5日内向签发裁定的人民法院申请复议一次。人民法院在收到复议申请之日起5日内做出复议裁定。复议期间不停止人身安全保护裁定的执行。

### 第三十八条 撤销人身安全保护裁定的听证

申请人、被申请人可以在收到人身安全紧急保护措施的裁定后3日内，请求人民法院举行延长或撤销紧急保护裁定的听证。

人民法院认为有必要举行听证的，应当在听证前三日将听证通知送达申请人和被申请人。特殊情况下，人民法院可以根据需要随时安排听证。

听证一律不公开进行。但是，经法院许可，双方当事人均可由一、两位亲朋陪伴出庭。陪伴当事人出庭听证的亲朋有妨碍诉讼秩序的除外。

听证通知合法送达后，申请人无正当理由拒不到庭的，一般情况下可以视为申请人放弃申请，但是，经核实受害人受到加害人胁迫或恐吓的除外。

被申请人无正当理由拒不到庭的，不影响听证的进行。

### 第三十九条 对撤回人身安全保护措施申请的审查

申请人提出申请后很快撤回申请的，或者经合法送达听证通知后不出席听证的，经审查，如存在以下因素，人民法院应当保持警觉，判断其是否因施暴人的威胁、胁迫所致。存在以下因素的，不予批准：

1. 被申请人有犯罪前科的；
2. 被申请人曾有严重家庭暴力行为的；
4. 被申请人自行或与申请人共同来申请撤销的；
5. 申请人的撤销申请无正当理由的或不符合逻辑的；等等。

## 第四章 证据

### 第四十条 一定情况下的举证责任转移

人民法院在审理涉及家庭暴力的婚姻案件时，应当根据此类案件的特点和规律，合理分配举证责任。

对于家庭暴力行为的事实认定，应当适用民事诉讼的优势证据标准，根据逻辑推理、经验法则做出判断，避免采用刑事诉讼的证明标准。

原告提供证据证明侵害事实及伤害后果并指认系被告所为的，举证责任转移至被告。被告虽否认侵害由其所为但无反证的，可以推定被告为加害人，认定家庭暴力的存在。

### 第四十一条 一般情况下，受害人陈述的可信度高于加害人

在案件审理过程中，双方当事人可能对于是否存在家庭暴力有截然不同的说法。加害人往往否认或淡化暴力行为的严重性，受害人则可能淡化自己挨打的事实。但一般情况下，受害人陈述的可信度高于加害人。因为很少有人愿意冒着被人耻笑的风险，捏造自己被配偶殴打、凌辱的事实。

### 第四十二条 加害人的悔过、保证

加害人在诉讼前做出的口头、书面悔过或保证，可以作为加害人实施家庭暴力的证据。

加害人在诉讼期间因其加害行为而对受害人做出的口头、书面道歉或不再施暴的保证，如无其它实质性的、具体的悔过行动，不应当被认为是真心悔改，也不应当被认为是真正放弃暴力沟通方式的表现，而应当被认为是继续控制受害人的另一有效手段，因此不应作为加害人悔改，或双方感情尚未破裂的证据。

家庭暴力加害人同时伴有赌博、酗酒、吸毒等恶习，之前做出的口头、书面悔过或保证可以视为其不思悔改的重要证据。

加害人的口头、书面道歉或保证应记录在案。

### 第四十三条 未成年子女的证言

家庭暴力具有隐蔽性。家庭暴力发生时，除了双方当事人和其子女之外，一般无外人在场。因此，子女通常是父母家庭暴力唯一的证人。其证言可以视为认定家庭暴力的重要证据。

借鉴德国、日本以及我国台湾的立法例，具备相应的观察能力、记忆能力和表达能力的2周岁以上的未成年子女提供与其年龄、智力和精神状况相当的证言，一般应当认定其证据效力。

法院判断子女证言的证明力大小时，应当考虑到其有可能受到一方或双方当事人的不当影响，同时应当采取措施最大限度地减少作证可能给未成年子女带来的伤害。

### 第四十四条 专家辅助人

人民法院可以依据当事人申请或者依职权聘请相关专家出庭，解释包括受虐配偶综合症在内的家庭暴力的特点和规律。专家辅助人必要时接受审判人员、双方当事人的询问和质疑。专家辅助人的意见，可以作为裁判的重要参考。

目前司法界以及社会上普遍对家庭暴力领域中的专门问题了解程度不够。这直接影响了科学技术知识在办理此类案件中所起的积极作用。有条件的人民法院或者法院内部的相关审判庭，可以建立一个相关专业机构或专家的名单、联络办法，并事先作好沟通，鼓励其积极参与司法活动。

#### 第四十五条 专家辅助人资格的审查与认定

专家辅助人可以是社会认可的家庭暴力问题研究专家、临床心理学家、精神病学家、社会学家或社会工作者、一线警察、庇护所一线工作人员。他们一般应当有一年以上的直接接触家庭暴力受害人（不包括本案受害人）的研究或工作经历。

人民法院审查专家辅助人的资格时，应当首先审查其理论联系实践的能力和经历，而后审查其之前的出庭经历和获得的相关评价。

#### 第四十六条 专家辅助人的报酬

专家辅助人出庭所需费用，由申请人承担。

#### 第四十七条 专家评估报告

法院可以依据当事人的申请，聘请有性别平等意识的家庭暴力问题专家、青少年问题专家、临床心理学家、精神科专家、社会学家等依据“家庭暴力对未成年人的负面影响”问题清单中的内容，对家庭暴力对未成年人造成的负面影响进行评估，并形成评估报告，以此作为法院判决子女抚养权归属的参考。

评估报告的内容包括家庭暴力的负面影响是否给未成年人造成心理创伤及严重程度、目前的症状、过去的成长经历，以及父母或者直接抚养者对未成年人的经历和症状所持的态度。

#### 第四十八条 国家机关、社会团体和组织相关的记录与证明

家庭暴力受害人在提起诉讼之前曾向公安机关、人民调解组织、妇联组织、庇护所、村委会等国家机关、社会团体和组织投诉，要求庇护、接受调解的，或者家庭暴力受害人曾寻求过医学治疗、心理咨询或治疗的，上述机构提供的录音或文字记载，及出具的书面证词、诊断或相关书证，内容符合证据材料要求的，经人民法院审查后认为真实可靠的，可以作为认定家庭暴力发生的重要证据。被告人否认但又无法举出反证，且无其他证据佐证的，人民法院可以推定其为加害人。

#### 第四十九条 公安机关的接警或出警记录

人民法院在认定家庭暴力事实时，应当将公安机关的接警和出警记录作为重要的证据。

接警或出警记录载明施暴人、受害人的，人民法院可以据此认定家庭暴力事实存在。

出警记录记载了暴力行为、现场描述、双方当事人情绪、第三方在场（包括未成年子女）等事项的，人民法院应当综合各种因素，查明事实，做出判断。

报警或出警记录仅记载“家务纠纷、已经处理”等含糊内容的，人民法院可以根据需要或当事人的申请，通知处理该事件的警察出庭作证。

#### 第五十条 互殴情况下对施暴人的认定

夫妻互殴情况下，人民法院应当综合以下因素正确判断是否存在家庭暴

1. 双方的体能和身高等身体状况；
2. 双方互殴的原因，如：一方先动手，另一方自卫；或一方先动手，另一方随手抄起身边的物品反击；
3. 双方对事件经过的陈述；
4. 伤害情形和严重程度对比，如：一方掐住相对方的脖子，相对方挣扎中抓伤对方的皮肤；
5. 双方或一方之前曾有过施暴行为等。

#### 第五十一条 人民法院调取、收集相关证据

当事人可以申请人民法院调取、收集以下因客观原因不能自行收集的证据：

1. 当事人之外的第三人持有的证据；
2. 由于加害人对家庭财产的控制，受害人不能收集到的与家庭财产数量以及加害人隐匿、转移家庭财产行为有关的证据；
3. 愿意作证但拒绝出庭的证人的证言。

经审查确需由人民法院取证的，人民法院可以直接取证，也可以应当事人或其代理人申请签发调查令，由其代理人到相关部门取证。

#### 第五十二条 非语言信息对案件事实判断的重要性

人的思想控制其外在行为，人的行为反映其思想。心理学研究发现，在人际沟通中，人的非语言动作所传达的信息超过 65%，而语言所传达的信息低于 35%。很多时候，非语言动作所传达的信息的准确性要远远超过语言所传达的信息的准确性。因此，在审理涉及家庭暴力的离婚案件中，法官应当十分注意观察双方当事人在法庭上的言行举止，特别是双方的语音、语调、眼神、表情、肢体语言等，以便对事实做出正确判断。

### 第五章 财产分割

#### 第五十三条 财产分割的基本理念

离婚妇女贫困化理论认为，传统的“男主外、女主内”的性别角色导致的家庭分工，给男性带来相应的事业发展、能力增长和社会地位的提高。与此同时，女性在相夫教子的家务劳动中投入了大量时间和精力，这在很大程度

上限制了她在社会上的发展。一旦离婚，多年的奉献所带来的，是工作能力和学习能力的丧失，以及家庭暴力受害造成其平等协商能力的下降，使她无法平等主张自己的权利，因而导致其离婚后的贫困化。

人民法院在分割夫妻财产时，应当坚持性别平等的基本理念。这一基本理念的实现应当达到以下目的：一是公平地补偿，以平等体现离婚妇女在婚姻关系存续期间在照顾家庭方面投入的价值。二是有助于妇女离婚后的生存和发展。

#### 第五十四条 一般要求

家庭暴力受害人请求离婚时，与普通的离婚案件当事人相比可能面临特殊的困难，应当引起特别关注。法院应当依法采取有效干预措施，确保公平处理配偶扶养、财产分割问题。

法官在审理婚姻家庭案件中，如果发现存在家庭暴力，应当意识到当事人双方之间存在权力失衡或者协商能力悬殊的现象。法院依法分割夫妻共同财产时，应当充分考虑家庭暴力因素，以利于女性离婚后在尽可能短的时间内恢复工作和学习的能力，找回自信、独立性和自主决策的能力，更好地承担家庭和社会责任。

#### 第五十五条 财产利益受影响时的补偿与照顾

在加害人自认或法院认定的家庭暴力案件中，受害人需要治疗的、因家庭暴力失去工作或者影响正常工作的，以及在财产利益方面受到不利影响的，在财产分割时应得到适当照顾。

#### 第五十六条 受害人所作牺牲的补偿与照顾

受害人向加害人提供接受高等教育的机会和资金支持，或支持加害人开拓事业而牺牲自己利益的，无论当初自愿与否，如果这种牺牲可能导致受害人离婚后生活和工作能力下降、收入减少、生活条件降低的，在财产分割时应获得适当照顾。

#### 第五十七条 家务劳动的平等对待

在家务劳动、抚育子女、照料老人等方面付出较多的当事人，在财产分割时可以适当予以照顾或补偿。

#### 第五十八条 适当照顾的份额

符合上述第五十五条、第五十六条、第五十七条规定情况的受害人分割共有财产的份额一般不低于70%；针对加害人隐藏或转移财产的情况，分割夫妻共同财产时，受害方的份额一般不低于80%。

#### 第五十九条 精神损害赔偿

家庭暴力受害人请求精神损害赔偿的，无论家庭暴力行为人是否已受到行政处罚或被追究刑事责任，人民法院均应当依据《中华人民共和国婚姻法》第46条相关规定予以支持。

#### 第六十条 对共同债务的认定

认定夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义所负债务的性质，不能机械适用《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第二十四条规定，而应综合考虑是否为家庭共同利益所负。主张为夫妻共同债务的一方，应做出合理解释，相对方对此享有抗辩权。人民法院可以根据逻辑推理和日常生活经验进行判断，避免相对方的利益受损或放纵恶意债务人的不法行为。

#### 第六十一条 对伪造债务等行为的制裁

人民法院发现一方有伪造或指使他人伪造债务、转移或隐匿财产行为或嫌疑的，应当依据《中华人民共和国婚姻法》第47条和《中华人民共和国民事诉讼法》第102条相关规定予以处理。

#### 第六十二条 对原判是否考虑家庭暴力因素的审查

被害人以家庭暴力未予认定或者认定错误导致财产分割或子女抚养判决不公而上诉或申请再审的，人民法院应当对原判是否充分考虑了涉及家庭暴力离婚案件自身的特点和规律以及当事人家庭分工模式等因素进行重点审查。一审已经认定家庭暴力，但在财产分割或子女抚养方面未给予考虑的，二审或再审过程中对此要予以重点审查，做出公平、合理的判决。

### 第六章 子女抚养和探视

#### 第六十三条 加害方不宜直接抚养子女

考虑到家庭暴力行为的习得性特点，在人民法院认定家庭暴力存在的案件中，如果双方对由谁直接抚养子女不能达成一致意见，未成年子女原则上应由受害人直接抚养。但受害人自身没有基本的生活来源保障，或者患有不适合直接抚养子女的疾病的除外。

不能直接认定家庭暴力，但根据间接证据，结合双方在法庭上的表现、评估报告或专家意见，法官通过自由心证，断定存在家庭暴力的可能性非常大的，一般情况下，可以判决由受害方直接抚养子女。

有证据证明一方不仅实施家庭暴力，而且还伴有赌博、酗酒、吸毒恶习的，不宜直接抚养子女。

#### 第六十四条 综合判断受害人的工作和生活能力

受害人很可能处于心理创伤后的应激状态，这可能在表面上使受害人直接抚养未成年子女看起来不如加害人理想，但是随着家庭暴力的停止，或者经过心理治疗，这种应激状态会逐渐消失。

人民法院需要综合考虑受害人在工作上的表现和能力，以及直接抚养子女的潜在能力，或者受害人婚前或者受暴前的工作和生活能力，做出最有利于未成年子女的判决。

#### 第六十五条 征求未成年子女的意见

人民法院在判决由哪一方直接抚养未成年子女前，应当依法征求未成年子女的意见。但是，有下列情形之一的，未成年子女的意见只能作为参考因素：

1. 未成年人属于限制行为能力的人，其认知水平的发展还不成熟，不能正确判断什么对自己最有利；

2. 未成年子女害怕、怨恨但同时又依恋加害人。暴力家庭中的未成年子女可能在害怕、怨恨加害人对家庭成员施暴的同时，又需要加害人的关爱，因此存在较强的感情依恋。这种依恋之所以产生，是因为受害人的人身安全取决于施暴人的好恶。不违背施暴人的意愿，符合其最大利益。这种状况被心理学家称为“斯得哥尔摩综合征”，或者“心理创伤导致的感情纽带”。

3. 强者（权威）崇拜。人类对强者或权威的崇拜，使尚不能明辨是非的未成年人可能对家庭中的强者（施暴人）怀有崇拜的心理，误认为自己与受害人一起生活没有安全感，因而选择与加害人一起生活。

法官应当在综合考虑其他因素的基础上，做出真正最有利于未成年子女的判决。

#### 第六十六条 未成年人权利优于家长的探视权

在未成年子女不受家庭暴力影响的权利与加害人探视未成年子女的权利相冲突时，应当优先考虑未成年人的权利。

加害人有下列情形之一的，受害人提出申请的，人民法院可以裁定中止加害人的子女探视权：

1. 在未成年子女面前诋毁、恐吓或殴打承担直接抚养义务的受害人的；

2. 利用探视权继续控制受害人的；

3. 利用探视权对受害人进行跟踪、骚扰、威胁的；

4. 利用探视权继续对受害人和/或未成年子女施暴的；

5. 法院认为有必要的其他情形。

#### 第六十七条 探视权的恢复

加害人有下列情形之一的，法院可以考虑恢复其探视权

1、完成加害人心理矫治，并且有心理机构盖章、治疗师签名的其已经能够控制暴力冲动的证明；

2、法院认为有必要的其他情形。

#### 第六十八条 有关探视的具体规定

离婚并不一定能够阻止家庭暴力。暴力和暴力威胁可能随着离婚诉讼而进一步加剧。为了避免未成年子女成为加害人继续控制受害人的工具，最大限度保护未成年子女的利益，判决或者调解离婚的，人民法院可以在判决或者调解书中明确规定探视的方式、探视的具体时间和具体地点，以及交接办法。例如：

1. 时间：每月两次，探视时间一般为 9:00 --17:00。

2. 地点：双方都信任、也有能力保障受害人和未成年子女人身安全的个人第三方、特定机构等。

特定机构包括庇护所、社会机构，包括营利和非营利机构等。

3. 接方式：直接抚养的一方按约定提前 20 分钟把孩子送到指定地点，探视方 20 分钟后到达指定地点接走孩子。探视时间结束后，探视方按时把孩子送回到指定地点离开。直接抚养方在随后的 20 分钟内接回孩子。如果探视方有急事，要求临时变更探视时间，一般情况下，应当提前 24 小时通知第三方。第三方应当及时通知直接抚养孩子方，确定变更时间。

#### 第六十九条 违反探视规定的处置

1. 探视方在探视日超过规定时间 30 分钟未接孩子，事先又未通知第三方的，视为放弃该次探视。

2. 探视方不得在探视时间之前的 12 小时之内和探视期间饮酒，否则视为放弃该次和（或）下次探视。

3. 迟到没有超过 30 分钟的，第三方或社会机构可以向探视方收取孩子的监管费。收费标准由双方协商。

## 第七章 调解

### 第七十条 受害人无过错原则

任何单位或个人都没有权利，在包括家庭在内的任何场合，侵害他人人身权利。法官办理案件过程中，任何情况下都不得责备受害人，或要求受害人调整行为作为不挨打的交换条件。否则，就有可能无意中强化“做错事就该打”的错误观念。

### 第七十一条 有保留的中立原则

法官应当采取有保留的中立态度，通过对调解过程的掌控，减少加害人对受害人的不当影响，调整双方不平等的权利结构，提高受害人主张并维护自身权利的能力。

这是因为涉及家庭暴力的案件具有与普通民事案件不同的规律和特点，其中最大的差异在于双方不平等的互动模式，加害人在平常就控制了双方之间的话语权，案件调解时也往往会表现出控制欲，而受害人则因加害人的暴力威慑难以主张权利。要打破这种不平等的互动模式，需要法官对弱者的适度倾斜和道义上的支持。

### 第七十二条 背靠背调解

在涉及家庭暴力的案件中，面对面调解可能会增加受害人继续遭受加害人骚扰、威胁、恐吓和人身伤害的危险性。因此，如果当事人提出申请或者人民法院发现存在上述可能性而认为确有必要的，应当采取背靠背的调解方式，以利于保护受害人的人身权利。

### 第七十三条 适时调解和多元解纷机制的运用

法官可以根据双方当事人的具体情况，灵活地决定在庭前、庭中、庭后进行调解。

对于涉及家庭暴力的离婚案件，人民法院还可以运用多元解纷机制，邀请有关人员协助调解或者委托妇联或人民调解等组织或有关人员调解等多种调解形式对案件进行调解。

### 第七十四条 驾驭调解过程的技巧

人民法院可以通过控制调解的具体程序和内容来驾驭调解过程。

1. 决定双方当事人发言的次序；
2. 控制当事人发言的内容。对于破坏性或恐吓性的言语或行为，如一方对另一方进行警告、威胁、恐吓等，予以制止，必要时给予训诫；
3. 根据扶弱抑强的原则，决定双方法庭陈述的时间长短；
4. 支持、鼓励受害人主张自身权利；
5. 审查民事调解协议的具体内容，对显失公平的调解协议，法官可以向处于弱势的一方当事人行使释明权，告知其显失公平的情形。处于弱势的当事人坚持该协议内容的，人民法院在查明该当事人不是因为慑于加害人的威胁、报复的基础上，可以予以确认。

人民法院对于不予确认协议的离婚案件，应当及时做出判决。

### 第七十五条 和好调解

加害人认识到家庭暴力的发生完全是自己的过错，认识到家庭暴力造成的严重后果，且同时具备以下两种以上情形的，可以调解和好：

1. 积极配合，遵守法庭规则；
2. 承认施暴是自己的过错，不淡化暴力严重程度，不找借口，不推卸责任，并书面保证以后不再施暴；
3. 有换位思考的能力，能感受自己的暴力行为给受害人身体和心理造成的伤痛。

### 第七十六条 民事调解书的必要内容

民事调解书应当包含原告诉称和被告辩称的内容，一般情况下应当载明家庭暴力责任主体、子女监护权归属、财产分割等内容。

调解和好或撤诉的，应当注明双方均不得在民事调解协议书生效或撤诉后6个月内单方面处置双方共同财产。人民法院认为必要时可行使释明权，告知当事人提起财产确认之诉，以避免任何一方借机转移共同财产。

### 第七十七条 调解记录

人民法院主持调解时，应当将加害人的当庭悔过或口头保证记录在案。

对于当事人撤诉的案件，人民法院也应将已查明的家庭暴力事实记录在案。

对于加害人不思悔改，受害人再次提起离婚诉讼的，人民法院可以根据记录在案的加害人实施家庭暴力的事实，迅速调解离婚或判决离婚。

### 第七十八条 加害人的行为矫正

调解过程中，加害人真正愿意悔改以换取不离婚的，征得受害人同意后，人民法院可以依据《民事诉讼法》第136条规定，裁定诉讼中止，给加害人六个月的考察期。

考察期内，加害人再次施暴的，视为不思悔改，应当恢复审理。

在有条件的地区，必要时，法官可以责令加害人自费接受心理治疗，接受认知和行为的矫正。拒不接受的，承担不利后果。

## 第八章 其他

### 第七十九条 诉讼费的承担

家庭暴力离婚案件经调解或判决离婚的，一、二审诉讼费用原则上由加害人承担。

### 第八十条 人身安全保护措施的申请费用

申请人身安全保护措施的裁定，无需交纳任何费用。

### 第八十一条 反馈与改进本指南的途径

人民法院在本指南的试点阶段，应当保持敏感性，注意发现问题，探索解决办法，积累有益经验，提出完善的建议，随时反馈给中国应用法学研究所。

## 青岛中院《关于婚姻家庭案件中实施家庭暴力“禁止令”的意见》

2015年7月20日 青岛中院

为预防和制止家庭暴力，依法维护妇女、儿童及其它亲属的合法权益，促进家庭和谐稳定。依据《民事诉讼法》、《婚姻法》、《妇女权益保障法》以及相关法律法规、司法解释的规定，结合我市家庭暴力案件的实际情况和审判实践，现对婚姻家庭案件中实施家庭暴力“禁止令”提出如下意见。

第一条 禁止令是法院为保护家庭成员的人身安全，确保民事诉讼活动的顺利进行，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十四条第十一项等法律规定，通过裁定的形式作出的民事强制措施。

第二条 下列四类案件可以申请禁止令：

- 1、婚姻、赡养、扶养等家庭纠纷案件
- 2、继承案件
- 3、婚姻自主权、人身自由权、人身损害赔偿等人格权纠纷案件
- 4、涉及家庭暴力的刑事自诉案件

第三条 禁止令的申请人是家庭暴力的受害人，且与被申请人存在婚姻、家庭关系。受害人因客观原因无法自行申请的，受害人的近亲属或所在单位、居（村）委会、妇联等可以代为申请。

第四条 受害人向法院申请禁止令，应提供证据证明受害人或其家庭成员置身于家庭暴力现时危险或可能存在家庭暴力危险。

第五条 受害人提交的证据可以是伤情照片、医院病历、报警（出警）记录、证人证言、书面证据、视听资料、社会机构的相关记录或证明等。

受害人因客观原因不能自行收集证据的，经受害人申请，或者法院认为确有必要时，可以依职权调取、收集、保全相关证据。

第六条 受理禁止令申请后，法院应当立即进行审理，在7日内作出书面裁定，并及时送达当事人及当事人所在辖区内的派出所、居（村）委会协助执行。

第七条 禁止令可以包括下列一项或多项内容：

- 1、禁止被申请人殴打、威胁申请人或其家庭成员。
- 2、禁止被申请人跟踪申请人，或通过电话、信件、短信、网络等方式骚扰申请人。
- 3、有必要的并且具备条件的，可以责令被申请人暂时搬出双方共同居住的住所。
- 4、禁止被申请人在距离申请人住处、学校、工作单位或其他申请人经常出入场所的200米范围内活动。
- 5、禁止被申请人对其未成年受子女行使监护权或探视权。
- 6、禁止被申请人对申请人居住的房屋及其他价值较大的财产进行处分。
- 7、责令被申请人给付申请人及其抚养的家庭成员生活费、医疗费或其他必要费用。
- 8、为保护申请人及其家庭成员所必须的其他救济措施。

第八条 禁止令分为紧急禁止令和长期禁止令。紧急禁止令有效期为15天，长期禁止令有效期为3个月至6个月。情况特殊的案件，经批准，最长期限可延至判决生效之日。

第九条 被申请人违反禁止令的，法院视其情节轻重，予以训诫、责令具结悔过、拘留。构成犯罪的，移送公安机关处理或者告知受害人提起刑事自诉。

被申请人经处罚后再次违反禁止令的，法院可加重处罚，包括追究其拒不履行裁定（判决）罪。

第十条 申请禁止令不缴纳费用。

第十一条 本意见由青岛市中级人民法院审判委员会负责解释。

第十二条 本意见自2012年3月8日起施行。

## 广东法院：人身安全保护裁定适用指引

2012年3月8日 广东法院网

为预防和制止家庭暴力，规范人身安全保护裁定案件的审理和执行，保护婚姻家庭案件中家庭暴力受害人的身安全与合法权益，依照《中华人民共和国民事诉讼法》、《中华人民共和国侵权责任法》、《中华人民共和国婚姻法》、《中华人民共和国妇女权益保障法》、《中华人民共和国未成年人保护法》、《中华人民共和国民事诉讼法》的相关规定，制定本指引。

第一条 一般规定

人身安全保护裁定是人民法院为保护家庭暴力受害人及其特定亲属的人身安全，防止家庭暴力继续发生，根据申请人的申请，经审查后核发的具有强制力的裁定。

本规定所称家庭暴力，是指发生在夫妻、父母、子女等家庭成员之间，一方通过暴力或者胁迫、侮辱、经济控制等手段实施侵害另一方的身体、精神、性等方面的人身权利，以达到控制另一方的行为。

第二条 适用的种类和有效期

人身安全保护裁定分为紧急保护裁定和长期保护裁定。

紧急人身安全保护裁定有效期为15天；长期人身安全保护裁定有效期为3至6个月，确有必要并经主管院长批准的，可以延长至12个月。

家庭暴力受害人因正遭受家庭暴力或者面临家庭暴力的可能，情况紧急，不立即采取保护措施将有可能使其人身安全受到严重侵害，可以由其本人或者其近亲属、所在单位、社区（组织）、公安机关、庇护所、妇联组织、人民检察院等向人民法院申请紧急人身安全保护。人民法院接受申请后，应当在48小时内作出裁定。

第三条 管辖

人身安全保护裁定的申请由受害人经常居住地、加害人经常居住地、家庭暴力行为发生地的基层人民法院受理。

两个以上人民法院都有管辖权的，由最初受理的人民法院管辖。

#### 第四条 申请时间

人身安全保护裁定的申请，可以在提起诉讼之前、诉讼过程中或者诉讼终结后的6个月内以及其他需要制止家庭暴力的紧急情况下提出。

诉前提出申请的，当事人应当在人民法院签发人身安全保护裁定之后15日之内提出诉讼。逾期没有提出诉讼的，人身安全保护裁定自动失效。

#### 第五条 申请条件

申请人身安全保护裁定，应当符合下列条件：

- (一) 申请人是受害人；
- (二) 有明确的被申请人姓名、通讯住址或者单位；
- (三) 有具体的请求和事实、理由；
- (四) 有证据表明曾经遭受、正在遭受家庭暴力或者正面临家庭暴力的可能。

受害人因客观原因无法自行申请的，可以由受害人近亲属、其他相关组织、国家机关代为申请。相关组织和国家机关包括受害人所在单位、居（村）委会、庇护所、妇联组织、公安机关或者检察机关等。

#### 第六条 证据

申请人身安全保护裁定的，应当提交以下证据：

- (一) 证明婚姻家庭关系的证据；
- (二) 证明存在家庭暴力危险的证据，包括但不限于：照片、病历、法医鉴定、报警证明、证人证言、社会机构的相关记录或者证明、加害人保证书、加害人带有威胁内容的手机短信等。

未成年子女作为证人提供证言，可不出庭作证，由审判人员单独对该未成年子女进行询问。

受害人因客观原因不能自行收集证据的，经受害人申请，或者人民法院认为确有必要时，人民法院可以依职权调查、收集、保全相关证据。

#### 第七条 对申请的审查

人身安全保护裁定案件可以由审判员一人独任审查，也可以组成合议庭进行审查。组成合议庭进行审查的，可以邀请妇联系统或者从事妇女工作的人民陪审员参加。

人民法院接到人身安全保护申请后，应当在48小时内完成书面审查。

人民法院经书面审查，确认申请人曾遭受家庭暴力或者正面临家庭暴力危险的，可以直接作出人身安全保护裁定。

人民法院经书面审查，认为申请人提供的证据不足以确认存在前款情形的，可以作出举行听证的书面决定。

人民法院经审查认为人身安全保护申请不符合条件的，应当裁定驳回申请。

未经听证，人民法院不得直接作出驳回人身安全保护申请的裁定。

#### 第八条 裁定的事项

人身安全保护裁定，包括下列内容中的一项或多项：

- (一) 禁止被申请人殴打、威胁申请人或者申请人的子女及特定亲属；
- (二) 禁止被申请人利用骚扰、跟踪等手段，妨碍申请人或者其子女、特定亲属的正常生活；
- (三) 禁止被申请人对其未成年受害子女行使监护权或者探视权；
- (四) 禁止被申请人在距离下列场所200米内活动：申请人的住所、教育机构、工作单位或者其他申请人经常出入的场所；
- (五) 人身安全保护裁定有效期间，任何一方不得擅自处理价值较大的夫妻共同财产；
- (六) 有必要且具备条件时，可责令被申请人暂时搬出双方共同的住处；
- (七) 必要时，可责令被申请人自费接受心理治疗；
- (八) 为保护申请人及其特定亲属人身安全的其他措施。

#### 第九条 复议

被申请人对人身安全保护裁定不服的，可以在收到人身安全保护裁定之日起5日内向签发裁定的人民法院申请复议一次。复议期间不停止人身安全保护裁定的执行。

人民法院在作出人身安全保护裁定前已经举行听证的，复议可不再进行听证；人民法院在作出人身安全保护裁定前没有举行过听证的，复议应当举行听证。

#### 第十条 听证

听证分为是否作出人身安全保护裁定的裁定前听证和被申请人不服人身安全保护裁定的复议听证。

裁定前听证，适用以下规定：

- (一) 人民法院举行听证，应当在听证前将听证通知送达申请人和被申请人。
- (二) 对于是否存在家庭暴力危险，申请人和被申请人均可以提交证明自己主张的证据。经人民法院准许，当事人可以在听证时提交证据。
- (三) 听证一律不公开进行。经人民法院许可，双方当事人均可由一至两名亲友陪伴出庭。



(四) 听证通知送达后, 申请人无正当理由拒不到庭的, 一般情况下可视为其放弃申请。经核实, 申请人因受到加害人胁迫或者恐吓无法到庭的除外。

(五) 被申请人无正当理由拒不到庭的, 不影响听证进行。

复议听证, 适用以下规定:

(一) 被申请人申请复议后拒不到庭参加听证的, 可视为其撤回复议申请。

(二) 有证据证明存在家庭暴力, 受害人处于极度恐惧之中, 出席听证可能导致申请人重新受制于被申请人的, 或者可能使申请人的人身安全处于危险之中的, 人民法院可以应受害人的申请, 单独听取其口头陈述意见, 并提交书面意见, 或者由申请人的委托代理人代为出庭。

(三) 申请人无正当理由不出席复议听证的, 不影响听证的进行。

第十一条 对撤回人身安全保护措施申请的审查

人身安全保护裁定申请可以撤回, 经审查, 确属自愿、合法的, 予以准许。

第十二条 受害人居所及联系方式的保密

人民法院应当对受害人的有关信息保密, 不得将受害人的行踪或者联系方式告诉加害人, 以防止加害人继续威胁、恐吓或伤害受害人。

受害人已搬离与加害人共同居所的, 人民法院不得在人身安全保护裁定书或者其他需要送达加害人的文书中列明申请人现居住地址。

第十三条 送达

人身安全保护裁定以及听证通知等相关材料的送达, 一般以书面形式直接送达、邮寄送达或者委托送达, 拒绝签收的可以留置送达。紧急情况下, 也可采取电话、传真、电子邮件、手机短信等方式送达, 并将送达情况记录在案。

人身安全保护裁定应当向申请人、被申请人或者其同住成年家属送达。

人身安全保护裁定应当在作出后 48 小时内送达完毕。对被申请人的送达, 必要时可在法警协助下进行。

第十四条 生效与执行

人身安全保护裁定自送达之日起生效。

被申请人应当履行人身安全保护裁定。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, 申请人可以向人民法院申请强制执行。人民法院可根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百零二条的相关规定, 视被申请人行为的情节轻重, 对其作出罚款、拘留的处罚决定。拒不执行裁定情节严重的, 依照《中华人民共和国刑法》第三百一十三条的规定追究刑事责任。被申请人的行为构成其他犯罪的, 移送公安机关处理, 或者告知受害人可以提起刑事自诉。

对被申请人的处罚决定由原作出人身安全保护裁定的审判部门作出后, 移送法院执行部门执行。

第十五条 收费

申请人人身安全保护裁定, 人民法院可以不收取费用。

附:

(一) 人身安全保护裁定书格式

(二) 人身安全保护撤销裁定书格式

广东省××市××区人民法院

民事裁定书 ( ) ×民一初字第 号

申请人, 性别, 族, 年 月 日出生, 住。身份证号码:

委托代理人

被申请人, 性别, 族, 年 月日出生, 住。身份证号码:

委托代理人

申请人× 于年 月 日向本院提出申请, 请求人民法院保护申请人的人身安全。

申请人× 称(简述申请人所述暴力情况)。申请人× 向本院提交了(证据名称)证据。

(未进行听证的不写) 本院对申请人× 的申请进行了听证, 申请人× 及其委托代理人、被申请人 及其委托代理人到庭参加诉讼。双方的证人亦出庭作证。

本院经审查认为, 申请人× 的申请符合发出人身安全保护裁定的条件, 根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十四条、《中华人民共和国侵权责任法》第十五条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十一条第一款第十一项之规定, 裁定如下:

一、禁止 ;

二、

(诉讼中、诉讼终结 6 个月内提出) 本裁定有效期为三个月(六个月、离婚诉讼期间), 自送达之日起生效, 送达后立即执行。

(诉讼之前提出)申请人应当自本裁定送达之日起十五日内提出诉讼。逾期没有提出诉讼的,本裁定自动失效。  
如被申请人违反上述禁令,本院将根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百零二条之规定,视情节轻重处以罚款、拘留;构成犯罪的,依法追究刑事责任。

如不服本裁定,可以在收到裁定书五日内向本院申请复议一次,复议期间不停止裁定执行。

审判员  
书记员  
年 月 日

广东省××市××区人民法院  
民事裁定书

( )×民一初字第 号

申请人, 性别, 族, 年 月 日出生, 住。身份证号码:

委托代理人

被申请人, 性别, 族, 年 月日出生, 住。身份证号码:

委托代理人

本院于 年 月 日作出 ( )×民一初字第 号民事裁定书, 裁定:(写清原裁定内容)。被申请人×对上述裁定不服, 并申请复议。

经组织双方听证, 本院认为(撤销的理由包括: 1 被申请人×对申请人×实施家庭暴力行为证据不足, 2 申请人×人身安全受到威胁的证据不足 3 其他理由 理由可以单用或并用), 被申请人×申请撤销人身安全保护裁定的理由成立。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十四条第一款第十一项之规定, 裁定如下:

一、撤销本院 ( )×民一初字第 号人身安全保护裁定;

二、驳回申请人×人身安全保护裁定的申请。

本裁定为终审裁定。

审判员  
书记员  
年 月 日

## 陕西省高级人民法院印发《陕西省人民法院家庭暴力案件“人身保护令”实施规则(试行)》的通知

发布时间: 2010年04月13日 来源: 陕西省高级人民法院

陕高法发[2010]16号

全省各中级、基层人民法院:

《陕西省人民法院家庭暴力案件“人身保护令”实施规则(试行)》已经省法院2010年6月21日第7次审判委员会讨论通过, 现予印发。请省法院确定开展家庭暴力案件人身保护令试点工作的法院遵照执行, 非试点法院开展试点工作的, 也应遵照执行。执行中如遇到问题, 应及时层报省法院试点工作指导小组和研究室、民一庭。

二〇一〇年七月二日

陕西省人民法院家庭暴力案件“人身保护令”实施规则(试行)

### 第一章 总 则

第一条 为有效预防和制止家庭暴力, 切实保护家庭成员的人身权利不受侵害, 确保民事诉讼活动顺利进行, 根据我国《民事诉讼法》等法律法规和最高人民法院有关司法解释, 结合我省家庭暴力案件的实际情况和审判实践, 制定本规则。

第二条 本规则所称家庭暴力, 是指行为人以殴打、暴力强制、威胁、侮辱、谩骂、强行限制人身自由或者其他手段, 给其他家庭成员的身体、精神等方面造成或可能造成损害后果的行为。

第三条 本规则所称人身保护令, 是人民法院为了保护家庭成员的人身安全, 确保民事诉讼活动的顺利进行, 依照民事诉讼法第一百四十四条第(十一)项等法律规定, 通过民事裁定的形式作出的一种民事强制措施。

第四条 本规则所称人身保护令分为诉前紧急保护令和诉中保护令。

申请人可以在起诉前申请紧急保护令。诉前紧急保护令的效力及于诉讼中, 但人民法院裁定准许后15日内申请人不起诉的, 紧急保护令自动失效。

诉中保护令应在诉讼期间提出。

第五条 人民法院审查人身保护令申请时可依法进行调解。

第六条 人民法院在审查人身保护令申请时, 可邀请妇联或从事妇女、儿童、老人等工作的人员参与。

第七条 申请人有权请求撤回人身保护令申请。人民法院作出人身保护令后, 申请人有权申请撤销, 是否准许由人民法院审查决定。

第八条 人身保护令保护期限应根据案件具体情况确定, 最长可至案件裁判生效之日。

## 第二章 人身保护令的申请与受理

第九条 人身保护令的申请人应是家庭暴力行为的受害人。当事人因客观原因无法自己提出的，受害人的近亲属或其所在单位、村（居）委会、妇联组织等可以代为申请。

第十条 申请人可就存在家庭暴力或家庭暴力明显倾向的下列民事案件申请人身保护令：

- （一）婚姻和抚养、赡养、扶养等家庭纠纷案件。
- （二）继承纠纷。
- （三）婚姻自主权、人身自由权、人身损害赔偿等人格权纠纷案件。

第十一条 申请人身保护令应以书面形式提出，情况特殊的，可口头申请。

第十二条 申请人身保护令，应当符合下列条件：

- （一）有明确的被申请人；
- （二）申请人与被申请人存在婚姻关系、家庭关系；
- （三）有具体的请求和事实、理由。

第十三条 人身保护令保护的主体可包括申请人之外的其他家庭成员。

第十四条 人身保护令申请，受害人居住地、加害人居住地和家庭暴力行为发生地的人民法院均可管辖。两个以上的人民法院均有管辖权的，由最初受理的人民法院管辖。

第十五条 申请人身保护令不缴纳诉讼费用。

第十六条 对诉前紧急保护令申请的审查，由人民法院立案庭优先办理。

诉中保护令，当事人直接向审理案件的合议庭或独任法官申请。

第十七条 公安机关已就所涉家庭暴力行为立案的，申请人又向人民法院提出人身保护令申请的，人民法院不予受理。

## 第三章 人身保护令申请的审查和裁定

第十八条 人民法院收到人身保护令申请后，应及时对申请以及是否存在家庭暴力或家庭暴力明显倾向的证据进行审查。

第十九条 对人身保护令申请，除对方自认有家庭暴力行为或家庭暴力明显倾向外，申请人应提交以下一项或多项证据：

- （一）伤情照片或病历、医疗机构检查报告
- （二）亲友或村（居）委会成员等作出的证人证言。
- （三）公安机关的接警、出警、询问记录或警察证言。
- （四）国家机关、社会团体或社会组织相关记录和证明。
- （五）信件、录音、手机短信或电子邮件等证据。
- （六）加害人的悔过书、保证书等。
- （七）其他能够证明存在家庭暴力或家庭暴力明显倾向的证据。

第二十条 当事人因客观原因不能自行收集的证据，可申请人民法院调取、收集。

第二十一条 人民法院对人身保护令申请的审查，可根据案件具体情况，采取审查申请材料、询问和听证等方式进行。

第二十二条 根据申请人提交的申请材料足以确定存在家庭暴力或家庭暴力明显倾向的，人民法院可逕行发出人身保护令。

第二十三条 对诉前紧急保护令申请，人民法院应在收到申请后 48 小时内作出裁定。对诉中保护令，人民法院应在收到申请后 3 个工作日内作出裁定。

第二十四条 人民法院经审查认为人身保护令申请符合条件的，应及时作出保护令，并告知被申请人在收到保护令之日起 5 日内，有申请本院予以复议的权利；认为不符合条件的，驳回人身保护令申请，并告知申请人在收到裁定之日起 5 日内，有申请本院予以复议的权利。

第二十五条 人民法院对当事人的复议申请可以听证等方式进行。

听证一般不公开进行，但经法院许可，当事人可由一至两位亲友陪同。

第二十六条 听证通知送达后，申请人无正当理由拒不到庭的视为放弃申请，被申请人无正当理由拒不到庭的不影响听证进行。

第二十七条 人民法院应在收到复议申请之日起 3 日内作出裁定。复议期间不停止人身保护令的执行。

第二十八条 人民法院做出的人身保护令可包括以下一项或多项保护措施：

- （一）禁止被申请人殴打、暴力胁迫、威胁申请人及其他家庭成员；
- （二）禁止被申请人跟踪申请人，或通过信件、电话和网络等方式骚扰申请人；
- （三）责令被申请人搬出双方共同住处，或禁止被申请人进入申请人住所及申请人其他活动场所；
- （四）中止被申请人对其未成年受害子女行使监护权或探视权；
- （五）为保护申请人及其他家庭成员人身安全的其他措施。

人身保护令中应载明违反保护令的法定制裁措施。

第二十九条 申请人申请撤回人身保护令申请或申请撤销人身保护令的，人民法院经审查，认为其意思表示不真实的，应不予准许。

#### 第四章 人身保护令的生效、送达与执行

第三十条 人身保护令自送达被申请人之日起发生法律效力。人民法院在送达时，可对被申请人进行教育、劝诫。

第三十一条 人身保护令的送达适用民事诉讼法有关规定，可同时送达辖区公安派出所、村（居）委会或当事人单位协助执行。

第三十二条 人民法院应在作出裁定后 48 小时内送达当事人。情况紧急的，可通过口头、电话或其他方式将裁定内容先行告知申请人、被申请人及辖区公安派出所、村（居）委会或当事人单位，并将告知情况记录在案。直接送达的，由法警协助进行。

第三十三条 作出人身保护令的人民法院应监督被申请人履行人身保护令。

第三十四条 被申请人违反人身保护令的，人民法院应依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十四条第三款、《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第 163 条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百零二条第一款第（六）项等相关法律规定，并视其情节轻重，予以训诫、责令具结悔过、拘留。构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第三十五条 对被申请人违反人身保护令的同一行为公安机关已经作出处罚的，人民法院可不再处罚。

被申请人经处罚后再次违反人身保护令的，人民法院可根据本规则第三十四条的规定，作出更为严厉的处罚。

第三十六条 对遭受家庭暴力或家庭暴力倾向明显，暂时不能或不宜回家的受害人，人民法院可告知妇联、民政等有关单位对其提供必要的救助。

#### 第五章 附 则

第三十七条 刑事自诉案件涉及家庭暴力的，参照本规则执行。

第三十八条 全省各级人民法院可与同级公安局、民政局和妇联等联合制定本地区协助执行人身保护令的具体办法。

第三十九条 本规则由陕西省高级人民法院解释。

第四十条 本规则从颁布之日起施行。

### （六）媒体视点

#### 冷冻卵子能为生育“保鲜”？

#### 冷冻卵子技术并不成熟，我国从伦理和法律层面并没有放开卵子冷冻技术的使用

2015 年 07 月 14 日 新京报 记者 王卡拉

徐静蕾在美国冷冻卵子了！近日，这则新闻让冷冻卵子这个新兴又敏感的话题进入大众视野，不少目前还不想结婚或者不想生育的女性有些心动。真的像徐静蕾说的那样，“冷冻卵子是世界上唯一的后悔药”吗？北京大学生殖与遗传医疗中心主任徐阳表示，目前冷冻卵子技术并不成熟，取卵过程也会引发一系列问题，而且我国从伦理和法律层面并没有放开卵子冷冻技术的使用，这剂“后悔药”并不是那么好吃的。让我们来听听徐阳主任的专业解答。

##### 冷冻步骤

##### 1 使用药物促排卵

为了一次获得多个卵子，需要先用促排卵药物，对女性的卵巢进行超生理刺激，这些步骤对卵巢都是有伤害的，所以试管婴儿技术是需要有医学指征的人才可以使用。反复多次的药物刺激，是否会引起卵巢功能提前衰竭或引起卵巢肿瘤的发生虽然还没有定论，但也是需要考虑的问题。如果对刺激反应过度，还会发生卵巢过度刺激综合征，这是在刺激过程中比较容易发生的问题，严重时还会危及生命。

##### 2 取卵

将取卵针通过阴道刺入卵巢，将卵子取到体外。穿刺取卵的过程是有创的，可能会出现其他脏器损伤、出血、感染等风险。

##### 3 冷冻

目前主要采用玻璃化冷冻方法，是将高浓度的低温保护剂在超低温环境下由液态直接冻结为无结构、极其黏稠的玻璃状态或无冰晶结构的固态，再把卵子放入保护液中，保护液在细胞内发生玻璃化起到保护作用。处理后的卵细胞再放入零下 196 摄氏度的液氮中冷冻。

##### 热点答疑

##### 冷冻卵细胞适应人群？

出于医学需求，仅作为治疗措施

在多数国家，冷冻卵子技术有严格的适用对象，比如需要进行放疗的肿瘤患者、需要使用大量免疫制剂治疗的免疫性疾病患者。

根据生殖伦理原则，目前国内能够实施卵子冷冻的女性需要有医学指征，并没有开展对于健康女性进行卵子冻存来储备生育力。

国内有何相关规定？

无医学指征国内不允许做卵子冷冻

目前包括中国在内的很多国家，对没有医学指征，不想结婚、但想要孩子的单身女性，是不被批准做冷冻卵子的。卵子冷冻成功率被过分夸大，如果认为冻上卵子就安全了，想什么时候怀孕都可以就大错特错，会使广大女性错过最佳生育时期。

卵细胞最合适的冷冻时间？

国际惯例是冷冻保存 5 年

卵细胞最合适的冷冻时间长度理论上讲应该可以长期保存，前提条件是冷冻解冻技术都成熟。国际临床上的惯例是冷冻卵子保存 5 年。我们国家目前还没有真正的卵子库，也没有公开的相关数据。

解冻后受孕成功几率？

10%-45%不等

由于不同国家对于女性婚姻状态的要求和卵子储存、捐赠技术的使用要求不同，全球范围内技术水平差异较大，文献报道的卵子玻璃化冷冻复苏率在 84%-99%不等。解冻后受孕成功几率也相对较低，文献报道为 10%-45%不等。

一次提取多少枚卵子为宜？

一次 10-15 枚卵子为宜

对于促排卵周期，一次获得 10-15 枚卵子比较适宜。

国内尚无统一收费标准。

冷冻卵细胞会有哪些风险？

冷冻过程可能发生损伤或坏死

由于卵子更为敏感，冷冻或解冻过程可能发生损伤或坏死；解冻复苏后即使成活但不受精或异常受精的比例高；也有可能后期形成的胚胎质量差，发育潜能低。

通过冷冻卵子孕育的孩子缺陷率会更高吗？

无数据表明缺陷率更高

目前还没有文献数据表明以这种方式出生的孩子缺陷率会增高。但冷冻卵子技术并不十分成熟，还没有真正解决技术上的主要难关。

## 取消嫖宿幼女罪 一律作为强奸罪论处

2015 年 07 月 03 日 王春霞 中国妇女报

嫖宿幼女罪再次引起社会各界关注。6 月 26 日下午，十二届全国人大常委会第十五次会议分组审议刑法修正案（九）（草案），全国人大常委会副委员长沈跃跃建议取消刑法第三百六十条第二款“嫖宿幼女罪”，将该类行为一律作为强奸罪论处。

嫖宿幼女罪的存废之争引发多次讨论，越来越多的专家学者呼吁应尽快取消嫖宿幼女罪，而刑法修正案（九）是个难得的机会。

嫖宿幼女罪的设立缺陷

北京大学法学院教授王世洲告诉本报记者，我国刑法学界对于通过与幼女发生性行为的方式来侵害幼女利益的性质、对于应当通过最严格的刑法规定来保护幼女的性法益的重要性，还没有给予充分的认识。

“幼女具有非常特殊的法律属性。”王世洲说，现代刑法学已经发展出了世界公认的“同意年龄”的概念，就是说，在法律上，幼女没有性自决权，不具有自由表达性意志，不具有自由进行性行为的能力。“这种意志表达的有效性与性行为的能力，只有在达到一定年龄之后，才能为法律所认可。”我国刑法学界一般认为，即使幼女在行为人与之发生性行为时表示了同意，该项同意在法律上也是无效的。

“即使是实施了所谓‘性交易’行为的幼女，她们的‘承诺’也应归于无效。”中国社会科学院法学研究所研究员屈学武在接受本报记者采访时说，奸幼罪所保护的法益应为幼女的性生理、性心理健康权益而非性自主权。

多位专家认为，我国刑法关于嫖宿幼女罪的规定有悖于《联合国儿童权利公约》《斯德哥尔摩宣言》等规定的针对儿童的“无差别、无歧视保护原则”和“优先保护原则”。

“这些国际公约及宣言都刻意回避了‘卖淫’‘嫖宿’等有辱人格、有碍儿童身心健康的提法，都使用了相当中性的儿童招致了性剥削、性虐待、性侵犯等字眼。”屈学武说，而我国却在 1997 年修订刑法时，从奸淫幼女罪中分离出一个“嫖宿幼女罪”，致使招致“性剥削”的受害幼女在事实上被贬定成了“卖淫女”。

“刑法对所有的幼女应当一视同仁。”屈学武说，因为嫖宿幼女罪，我国现行刑法将十二三岁的幼女分成两类：一类（良家）幼女即使同意与他人发生性关系，也被纳入强奸罪；另一类（所谓失德）幼女同样是“同意”与他人发生性关系，刑法却不再保护她们的性生理、性心理健康权益。

“1997 年我国刑法将对幼儿的性剥削、性侵犯移至分则第六章妨害社会管理秩序罪之中，说明我们是‘秩序保护优先而非幼儿权利保护优先’。”屈学武说，“这一规定也有悖于公约的优先保护原则。”

## 嫖宿幼女罪的不利法律后果

中华女子学院法学院副教授张荣丽从 2009 年贵州习水多人嫖宿幼女案发生后，就开始关注嫖宿幼女罪。她认为，现实表明，1997 年后针对儿童的性犯罪数量的增加和犯罪分子肆无忌惮的态度不是偶然的，“与刑法修改后增设嫖宿幼女罪，对幼女保护力度的降低有内在的、客观的、必然的联系”。

“在猖獗的侵害幼女犯罪面前，关于嫖宿幼女罪的规定缺乏威慑力。”王世洲说，我国刑法对嫖宿幼女罪的规定，已在实践中证明不利于保护幼女的性法益。“在刑法保护的法益等级中，社会管理秩序是低于生命、健康与性权利的。对较低等级的法益保护居然产生了使较重要法益受到侵害的代价。”

屈学武认为，十多年来的实践已经表明，嫖宿幼女罪的司法过程使无数幼女招致远过于“嫖客”对她们的身心伤害，这种伤害不仅是二度、三度伤害，甚至可能终身。

在张荣丽看来，由于嫖宿幼女罪与刑法中的强奸罪、猥亵儿童罪等罪名在犯罪构成上有重叠之处，因此，在司法实践中极易造成执法混乱。“有些侦查机关在证据不足的情况下，不是依法延长侦查时间，在全面细致地收集、审查、判断证据后确定罪名，而是简单地以被害幼女是否收钱作为区分强奸罪和嫖宿幼女罪的标准，放纵了一些罪大恶极的强奸犯。”

在王世洲看来，刑法规定的一般预防效果应当表现在两个方面：一是让潜在的犯罪人畏惧法律，二是让守法的人忠诚于法律。嫖宿幼女罪的规定与实践，使得一般预防在这两方面的效果都出现了问题：一方面，严重侵害幼女犯罪的案件还是不断出现，即潜在的犯罪人并不畏惧法律；另一方面，社会公众对嫖宿幼女罪合理性的质疑甚至反对之声，正在发展成为社会舆论的主流。

### 建议设立“对儿童的性侵犯罪”

多位专家认为，应尽快取消嫖宿幼女罪。

在张荣丽看来，要求取消嫖宿幼女罪不仅仅是法律问题，其背后有着强大的民意基础，这一点通过全国妇联的多年呼吁及人大代表、政协委员递交的两会建议提案可以看出。“立法机关应充分倾听各界声音，刑法不能孤立地存在，刑事立法不仅要考虑对儿童优先保护和非歧视的立法精神，还应该考虑国家对国际社会做出的一系列保护妇女儿童权益的庄严承诺。”

张荣丽认为，取消嫖宿幼女罪后，对于嫖宿幼女的行为，仍然按照 1997 年以前的刑法及相关司法解释的规定处理，对于与不满 14 周岁幼女发生性行为的，无论幼女是否自愿，无论有无金钱给付，一律按照奸淫幼女罪处罚，以确保刑法对幼女的保护为无歧视（差别）保护。

除了关注保护幼女，平等保护幼男问题也引起屈学武的关注。她认为，应取消现行刑法上的嫖宿幼女罪，另设对儿童的性侵犯罪。

对于具体方案，屈学武认为，应取消刑法第三百五十九条的引诱幼女卖淫罪和第三百六十条第二款的嫖宿幼女罪设置，同时取消现行刑法第二百三十六条第二款中的奸幼罪规定；在刑法第四章中增设专门针对幼儿的性生理、性心理健康权益保护的类犯罪——“对儿童的性侵犯罪”，该类犯罪之下可含多个具体的“个罪”。例如，可根据性侵犯程度的不同，分设猥亵幼童罪、奸淫幼童罪、加重类型的奸幼罪等。但是，在本节所有“个罪”罪名或罪状中，不得再出现诸如卖淫、嫖宿等有辱幼儿人格、有碍他们身心健康的字眼。本类犯罪中的幼童应包括不满 14 周岁的幼女与幼男。

### 夫妻为子女学业“演戏”：高考结束现离婚潮

时间：2015 年 07 月 14 日 来源：中国妇女报

2015 年高考结束后，多地出现离婚潮，工作人员称等待离婚的人比往日多，广州离婚还实行了“限号”措施。有心理专家和婚姻专家至今已经收到了 30 起相关求助。

有数据显示，从 2009 年开始，辽宁、湖南、青海、天津、重庆、山东、浙江和河南等地，和每年高考前 20 天相比，高考结束之后的 20 天内法院受理的离婚案数量都会有较大增幅。从 6 月至 9 月，婚姻登记处登记离婚的案件都会突增。

据媒体报道，在湖南长沙五城区，高考进行的当周和高考后一周的离婚数字分别为 247 对和 493 对，后者比前者多了近一倍。报道称，夫妇离婚的原因大多是感情不和，“可以不用为孩子继续勉强撑下去了。”

《武汉晨报》则以两个例子描述了这种现象。王萍（化名）的丈夫在 6 年前出轨，5 年前“小三”抱着儿子找上门来。王萍于是和丈夫协议离婚，但正在读初二的女儿得知后拒绝读书。为了女儿，两个人于 2010 年私下签署了离婚协议，但在女儿面前依然做好父母亲的角色，一瞒就是 5 年。由于女儿平日住校，周末才回家，于是王萍和前夫就商量平时各过各的，周末才回家“演戏”。等女儿终于完成高考，分数有 600 多分，他们才向女儿通报了离婚一事。

报道称，但也有一些子女是充当劝离一方的。一位考生的母亲经常被丈夫虐待，但担心影响女儿高考所以没有选择离婚。一次，女儿无意中得知父亲对母亲实施家暴的事实后，劝母亲离婚。高考分数出来后，女儿还主动帮母亲收集遭受家暴的证据。

心理咨询专家表示，之所以出现高考后“离婚小高潮”，原因是夫妇二人虽然已经有了离婚的想法，但为了避免影响正在准备高考的子女，于是“忍到”高考之后，才正式向儿女宣布离婚。

冯焯：同性婚，自由对保守的完胜还是人权和民主的龃龉  
时间：2015年07月04日 来源：法律出版社 冯焯 /文  
冯焯按

6月26日，美国联邦最高法院以5:4的投票结果宣布各州不承认同性婚姻为“婚姻”的做法违宪。一时又给西方民主政治涂抹上一层玫瑰色。自由，民主，人权，法治这些已经完全价值化的词汇又一次抢镜而赢得好感。而其实，这些概念之间多少存在的对立正是很多争议问题的棘手之处。而这一次问题，似乎可以理解为人权与民主之间的龃龉。要了解这些，应该首先明白这个判决究竟说了些什么，在什么意义上说。

美国的这个颇为争议的判决是从何谈起呢？是要解决具体问题。联邦法院司法权虽然很宽泛却并不是没有限制。比如法院不得发表没有实际效力的咨询性意见；判决所涉及伤害必须实际发生或将要发生，而不能只是臆造；当事人必须适格（与诉讼有关联）；法院不做政治问题的判决。并不是同运人士在最高法院门口聚集上访，法官们就必须为他们做主的。而这次的判决就是由十四对同性伴侣和两位丧偶的同性恋者所提出，宣称其权利受到损害，请求联邦法院系统给予司法救济。此前，他们的所有诉求都得到了联邦地方法院的支持，却被联邦第六巡回法院并案并推翻原判，随后最高法院下达调卷令重申此案。这意味着，最高院里至少有四名大法官同意受理此案，而这种幸运只会降临到大约百分之一的调卷令申请者身上。

Anthony M. Kennedy, Associate Justice

在这些案子中，拟定了最终支持同婚的多数意见的 Kennedy 法官精心挑选了三个例子写在了判词中，这些就是判决要解决的实际问题。

一对男同性恋厮守二十余年。直到2011年一方诊断出与霍金所患相同的肌萎缩侧索硬化症。两年后，两人决定从居住的俄亥俄州赴马里兰州结婚。由于患者已无法移动，两人只能于降落在马州巴尔的摩市境内的医用飞机上完成婚礼。三个月后，患者离世，而由于俄州不承认同婚，两人致死也是法律上的陌生人，生者无法成为死者死亡证明上的未亡人。

一对密西根女同性恋早在2007年就宣示了双方的“永久关系”，并在之后陆续收养三个孩子。两位女同都是护士，分别工作于新生儿监护室和急诊室，而其收养的孩子中至少有两人需要特殊的专业监护。但由于密西根州只承认异性夫妇或个人收养，所以如果紧急情况发生在这些脆弱的孩子身上，学校和医院也只能按照个人收养来处理，通知固定的一方，如果联系不畅则大不利于患儿健康。而一旦这一位女同发生不测，另一方不能主张对该女同所收养孩子的监护权，即便她已如母亲般呵护孩子许久。

另有一对男同性恋，一方奉命出征阿富汗，临行前两人在纽约州结婚。一年后，该男同从战场回来在田纳西州的预备役中全职服役。而由于田州不承认同性婚姻，每次跨越州界都会使两人的婚姻关系丧失。

这三个案子的选择可谓煞费苦心。即便最保守的反同人士，也很难不为这些催人泪下的临终婚礼，博爱无私的扶孤怜子的情景而动容（Kennedy 还特意强调其中一个孩子是被生母遗弃的）。而铁血反恐保家卫国的爱国主义，更一向被保守阵营所珍视，却正是曾为国家出生入死的战士受到了本国法律的不公待遇。“挺同”的立场瞬间被 Kennedy 的描述推倒了道德制高点。而这也是他的长技，之前由他拟定的一个反堕胎的判例也是如此。一个联邦法律禁止了某种对孕妇伤害很小的堕胎手段（注：其替代方法对孕妇伤害较大），上诉人请求宣判该法违宪。那一次站在了保守派立场的 Kennedy 也是一丝不苟地描述了这种“残忍”方式，如何将钢铁器具插入已成活胎儿的头部将脑浆和其他组织吸出，或直接把头颅碾碎而使得头部缩小，之后再取出胎儿。这无疑使得强调女性健康和决定权的自由派在道德上大为难堪。

美国联邦最高法院的法官们

这位 Kennedy 法官正是当今最高法九人中最重要的一票“游离票”，很多人批评最高法院的九人，甚至五人就决定了如此重要的问题，而在某种程度上是 Kennedy 一人决定了这个判决，其他八人的立场在之前就是很可以预测的。这也无怪异议法官的反对意见中，多少都对前盟友 Kennedy 的前后矛盾有些微词。

抛开法官的叙述技巧，正如三个案例所示，这个判例的争议焦点是同性伴侣能否享有政府赋予“已婚身份”者的“权利，利益和责任”。这些包括了：“税收优惠；继承物和其他物权；法定继承的顺位和份额利益；证据法中夫妻特权（注：包括配偶间的交流不被作为证据，被告人配偶可豁免出庭作证等）；医院探视权；医疗方案决定权；共同收养权；作为遗属的权利和利益；出生和死亡证明；职业道德法（注：例如律师，医生，心理医生，金融从业者等对与配偶关系的特殊限制）；筹措竞选资金的限制；以及儿童监护，抚养和探视的权利与义务”。在美国社会，为维护夫妻关系，这些权利和责任都被相当严格的执行着。在这个意义上，同运人士不光是在“争气”，同时也是在“蒸包子”。

婚姻既然对美国社会如此重要，为何会出现一州认可的婚姻在另一州被否认的情况？为何没有一个“联邦婚姻法”？这是因为美国是个联邦制国家，作为联邦，她的权力是通过美国宪法，由各州的主权让渡出来而产生。在理论上，各州没有让渡的权力，联邦无法染指，而婚姻这样的民事制度管理一直保留于州权。最初的宪法以及权利法案（前十条修正案）都是在小心翼翼的授予联邦政府有限权力并严格限制联邦的擅权。例如第五修正案中的“正当程序条款”：“未经正当法律程序，（联邦政府）不得剥夺任何人的生命、自由或财产。”如果历史止于此，以上问题就根本与联邦法院无关，因为同婚伴侣所经受的悲剧跟联邦政府的行为没有丝毫关系。

但历史并未停止。南北战争后为了解决黑奴问题，又增加了第十四修正案。其中最关键的是将“正当程序条款”适用于各州：“未经正当法律程序，各州不得剥夺任何人的生命、自由或财产。”同时，又增设“平等保护条款”：“各州不得否认任何人在其治下受法律保护之权利。”这两条在内战后保护黑人的法律却在之后的各种宪法争论中成为中心。此案亦然，除了婚姻的性质外，两个核心问题就是：同婚不被认可是不是被各州剥夺了自由？被否定了同婚的同性伴侣是不是没有受到平等保护，或者说受到了歧视？如果答案是是，那么，州法因为违宪而无效；如果答案是否，那么宪法和最高法院深表同情却爱莫能助。换句话说，如果认可婚姻是修正案中的“自由”或“权利”，那么就是神圣的，即便民主的多数甚至全世界都反对，那也无济于事（“虽利天下不可拔此一毛”）；而如果不是，就要诉诸民主多数决程序，同婚唯有渐进的推动各州立法一途。在这里，似乎异议法官是在坚持“民主”，而多数法官是“反民主”的。其实现代民主已经不是希腊城邦的古典民主或者法国大革命的激进民主，而是将个人的基本权利置于简单多数决原则之上。即使通过“民主（最狭义）”权力也绝不能染指基本人权。

就决定了如此重要的问题，而在某种程度上是 Kennedy 一人决定了这个判决，其他八人的立场在之前就是很可以预测的。这也无怪异议法官的反对意见中，多少都对前盟友 Kennedy 的前后矛盾有些微词。

婚姻是什么

判决意见书开头部分，即第 8 页中，一段英文是这样写的：Confucius taught that marriage lies at the foundation of government. 2 Li Chi: Book of Rites 266 引用自孔子的《礼记·昏义》

通婚禁忌被打破，但这并不能改变婚姻是男女结合这一核心框架。男女这一要素可以改变，那又凭什么说婚姻只限于两个人这个要素要被坚守呢？但 Roberts 没有将这个近似嘲讽的归谬认真展开，却通篇散发着对同性伴侣的同情之情。“如果我是立法者，我一定认真考虑这个诉求”，可惜我是个法官。在充分论证的基础上，帅气的首席大法官优雅地表现了自己的“政治正确”。

虽然 Kennedy 从孔夫子引到西塞罗以说明婚姻的重要性，但这里的中心论点是“婚姻的概念并不独立于法律和社会的发展。”“过去婚姻被认为是双方父母基于政治宗教和财产的考虑而为子女做出的安排。”“各州也曾将已婚男女作为同一的由男性掌控的法律实体。”但女权运动改变了这一切，而这些发展“增强了，而不是削弱了婚姻制度。”过去有州法还将黑白通婚入罪，而最高法院宣布该法违宪也证明了社会发展会改变人们对婚姻的认知。社会的发展同样表现在对同性恋的认识上。医学界在“几乎整个 20 世纪都将同性作为疾病”的态度已经改变，人民也更加宽容。从法律上，最高法院判决佐治亚州将同性性行为入罪的法律违宪；将同性性行为界定入隐私权，不受公权侵害；判决国会的禁止各州承认同婚的“保卫婚姻法”违宪，各州有权自行决定同婚法律效力。除此以外很多州最高法院和联邦法院的判词都说明人们对婚姻的理解已经悄然改变。这两方面的发展正表明了认可同婚已经深入人心，是大势所趋。

John G. Roberts, Jr., Chief Justice of the United States,

对此，首席大法官 Roberts 针锋相对。“全世界都界定婚姻是一男一女的结合，这绝不是历史的巧合，”“在 2001 年之前任何社会中都不承认同婚。”婚姻制度为人类繁衍而维系男女关系而存在。从哲学家洛克到美国法学祖师爷布莱克斯通都将婚姻定义为男女结合。即便后来爱情取代了繁衍成为婚姻的目的，黑白通婚禁忌被打破，但这并不能改变婚姻是男女结合这一核心框架。男女这一要素可以改变，那又凭什么说婚姻只限于两个人这个要素要被坚守呢？但 Roberts 没有将这个近似嘲讽的归谬认真展开，却通篇散发着对同性伴侣的同情之情。“如果我是立法者，我一定认真考虑这个诉求”，可惜我是个法官。在充分论证的基础上，帅气的首席大法官优雅地表现了自己的“政治正确”。

婚姻是正当程序条款所认定的自由么？

要想利用“正当程序条款”保卫同婚免遭“民主”破坏，必须将婚姻放入该条款中不能被各州非法剥夺的“自由”概念。而这个“自由”的概念在宪法中又语焉不详，双方都只能从之前的判例中找依据。Kennedy 追引前例：“条款所保护的自由除了包含所有权利法案中明示的权利外，还延伸到攸关个人尊严和个人自治的私人选择，例如对性行为的选择，这决定了个人的人格和信仰。”“这些基本权利不能被简化为某种公式”“历史和传统指引并规定了对这些受保护的基本权利的认定，但并不限定这些权利的边界”。所以即便法无明文，将婚姻列入受正当程序所保护的自由也于法有据。

此外，结婚的权利历来就被“正当程序条款”所保护，例如保护黑白通婚；曾有州法禁止给不付私生子抚养费的父亲发结婚证，最高法院也认定该法违宪；宪法还禁止剥夺在押囚犯结婚的权利。所以同婚作为婚姻也应当受到正当程序条款的保护。

Clarence Thomas, Associate Justice,

对这一点的批驳，法官 Thomas 的辩词非常精彩。虽是历史上第二为非洲裔大法官，他却与 Scalia 一并成为最高法院里二十余年来最保守的势力，极力反对有利于少数族裔与弱势群体的“积极平权”立法。曾有大学制定偏向非洲裔学生的招生政策，也被他坚决反对。在判词中还语重心长的表示，这种行为分明是在说黑人就是不如白人，而让那些已经出头的黑人觉着自己不是凭自己本事而是凭照顾获得了成功。但其实他的所有判词都是同他一贯的“原旨主义”法学方法所契合的。所以他的判词虽大多略显顽固，但逻辑缜密，一以贯之，实在令人敬仰。本案中，他将“正当程序”的渊源回溯到八百年前的英国大宪章，以此认定，从一开始“自由”（从哲学观点）只包含免受政



府侵害的权利，甚至（从法律观点）只包含免受政府对个人人身约束的权利，但从不包括从政府主动获得的权利。或者说只有被动自由，从不包括主动自由。之前判例中的法律禁止黑白通婚，对拖欠抚养费父亲和在押犯的结婚限制都是都属于政府主动“侵害”。而宪法对这些侵害的否定，无法推出宪法从政府“索取”的权利。也就是说“自由”可用作盾牌，来防止政府侵害，而不是宝剑，不能用来主张请求。所以如果同婚者想从政府得到包括婚内税收优惠等利益，甚至结婚证书，“正当程序条款”都无法给予支持。同样，各州现在已不对同性伴侣进行“人身约束”，不剥夺其作为个人抚养孩子的权利，这已经是受到了宪法的保护。他同时指出，婚礼不只是民事制度，同时也是宗教制度。现在同婚者可以在认可同婚的州进行民事婚礼，甚至在全州所有州进行不被法律所认可的民间宗教婚礼，而不被干扰，这更是受到了宪法的保护。他甚至还在脚注中提到，即便在同性恋成风的古希腊，人们也只认同婚姻的传统含义。对于禁止同婚有损同性伴侣“尊严”的问题，他直接表示，宪法上本没有“尊严条款”。在这里老 Thomas 的固执劲儿上来了：“政府从来无法给予尊严，同时也无法剥夺尊严”，“奴隶不因被政府奴役或关押在集中营而失去尊严，他们失去的仅仅是人道待遇。同样，那些被政府拒绝给予利益的人，也并不因此失去尊严”。这些表述就固执的有些走火入魔了，而且这话大概也只有老 Thomas 敢说，有资格说，与 Roberts 参照，两相风格立现。虽然听起来如此让人肃然起敬，可法律不可能强迫众人都去做殉道者。

Roberts 对这一关键论点的批驳更加辛辣。关于“正当程序条款”中“自由”包含的基本权利除了人权法案中明示的以外是否还“暗示”或延伸到了其他，Roberts 的解释较 Thomas 更为宽松，但仍然坚持这些“实质正当程序权利”必须是“根植于我美国人民的传统和道德之中”，不能由法官恣意创设。Kennedy 的摇摆立场被 Roberts 捕捉而加以攻击。他曾在 1986 年斯坦福大学的一次演讲中说：“并不是所有在理想社会里应该存在的权利都被正当程序所保障。”“不是所有的重要权利都可假手法官通过成文宪法加以保护。”在 2000 年一个案子中，最高法院认定父母对孩子的亲权为“实质性正当程序权利”，并以此宣布华盛顿州法允许孩子祖父母在其父母不同意情况下有权探望的法律违宪。在这个案子中 Kennedy 作为异议法官曾表示：“司法权，包括本最高法院在内，在几乎没有宪法明文或文本结构支持的情况下而单纯由法官造法，创设宪法性法律，这种司法权立法行为是最容易违法的。”Kennedy 在本案中的立场和之前这两处论述可谓大相径庭，截然相反。这并不是说每个法官都有一本其他法官的小黑账，记录其言行。其实每个法官都有自己的“写作班子”，法官大多只说思路，具体行文索引自有班子里的陈伯达胡乔木来完成。Roberts 自己就曾是他的前任首席大法官 Rehnquist 的写作班子成员，是典型的“秘书政治”。而更伤的是，Roberts 又把一百一十年前的 Lochner 案翻出来。当时纽约州立法限制面包师每天工作不得超过十小时，每周六十小时。这几乎是美国最早的劳动法立法尝试。而最高法院却以“契约自由”包含于“正当程序”中的自由为由，宣布该法侵犯自由而违宪。而之后的罗斯福新政在很大程度上就是建立在给 Lochner 翻案的基础之上，后世所有社会福利性立法也是建立在该案的废墟之上。虽然 Kennedy 的本意和效果几乎完全和 Lochner 案相反，但无疑这个随意认定“正当程序权利”的不名誉先例给了将同婚纳入“实质正当程序权利”的合理性重重一击。

同婚伴侣没有受到平等保护？

Kennedy 为了把宪法保护婚姻家庭的命题做实，又说“平等保护条款”也保护同婚，并引证了几个案例。曾经有位母亲被剥夺了自己子女的抚养权，而这位贫穷的母亲没钱上诉，最高法院同时以“正当程序”和“平等保护”两个条款宣布对其征收上诉费的法律违宪。另一个案子中，最高法院又同时援引两条款宣布马萨诸塞州禁止发放避孕器具给未婚人群却允许给已婚者的法律违宪。此外，最高法院还以此宣布俄克拉荷马州允许给惯犯做绝育的法律违宪。

平等保护的分析框架与正当程序不同，以此认定某法律违宪，首先要认定该法律有“区别对待”行为，并将区别对象分类。如果是针对种族或出身血统的区别对待，就要进行“严格审查”：除非该区别对待是达成“压倒性重要的政府目标”所“必须”的，且“不存在其他更少区别的替代方案”，则都被认为违宪。如果是针对不同性别或婚生与非婚生子女等对象的区别对待，则进行“中级审查”：这种区别对待必须与某种“重要的政府目标”有“切实联系”。对于针对其他对象的区别对待进行“合理性审查”：只要与“合法的政府目标”有“合理的联系”就符合宪法。如果落入此列，实践中很难被宣布违宪。Kennedy 在对同性恋群体的区别对待应该落入哪个类别这个至关重要的问题语焉不详。如果放入最后类别，则对同婚几乎起不到任何保护作用；而如果要为这个群体升级，则困难太大，要知道前两个类别已经好几十年没有扩容了。正如 Roberts 所说，“连多数派自己也并没有认真的讨论这个问题”，所以于此也并不着力。

权利能不能等？

跨越了些许几乎难以逾越的法律障碍，Kennedy 总算跌跌撞撞勉强自圆其说。除了以上基本问题以外，又间或探讨了同婚对同性伴侣尊严的影响，同婚伴侣子女的自尊心和成长问题，多少有点以道德优越感为自己的抉择辩护。与此同时，他还保证承认同婚不会危及异性婚姻的尊严，异性伴侣也不会当真因为觉着相比之下异性婚姻是纯粹为了繁衍而逃避婚姻。

Ruth Bader Ginsburg, Associate Justice,

话说回来，如果换做更激进的 Ginsburg 老太，那判决还真不知道会写成什么样子，在那样的判决书下 Kennedy 是不是会站在挺同一方就非常难说了。即便是现在的判词，保守的 Scalia 法官已经差不多是在跳脚叫骂多数派法官们窃取了独立宣言和 1776 年革命的胜利果实了。你们过去说反同婚的“保卫婚姻法”是国会侵犯了各州治理婚姻制度的权力所以违宪，现在你们强迫各州承认同婚就不是侵犯州权，不是违宪了？“谁会像你们说的那样认为性

行为和灵性（谁知道这词儿是什么意思）是宪法中的自由？而且就算性行为是，那婚姻也在限制这种自由，而不是扩张啊！”你们牛，第十四修正案颁行以来那么多“愚钝的”大法官都没看出里面有同婚权（注：列举了一百多年来十一位公认的睿智大法官），就你们看出来！他在脚注里还写到，我要是赞同了这样的判决意见那我真找个地缝钻进去了（注：原文是把头装在袋子里），最高院已经沉沦到把大法官马歇尔和斯托里的法律思辨变成夹在幸运饼干里故弄玄虚的格言了（注：美国中餐馆常见的饼干，打开后常有给人鼓励的小格言）！资历较浅的 Alito 法官还比较隐忍。

Samuel Anthony Alito, Jr., Associate Justice,

虽然 Kennedy 表示宪法第一修正案仍然保护反对同婚的宗教团体和个人的言论以及父母对子女灌输自己认为正确的婚姻观的权利，但 Alito 仍然担忧这些反同言行其实立马就会因此判决而被看作像黑人和妇女歧视一样的对同性恋群体的歧视，成为千夫所指。“那些恪守传统信仰的人只能在自己家中耳语，而一旦在公共场合发表对同婚的看法就会被贴上偏执愚顽和心胸狭隘的标签，并被政府，雇主和学校依此打入另册”。

其实从同婚运动真正进入法律视界开始，对于“正当程序”和“平等保护”的分析思路就基本没有发生过变化，正如 Kennedy 自己承认，变化的只是社会对同婚的接受程度。而这正是异议法官们欲将问题留给民主程序解决的理由，“五个碰巧在最高法院当值的法律人”（注：已经不管同僚叫法官了）凭什么就决定自己能“更好的理解”什么是“我们这个时代所急需的自由”，凭什么“篡夺民主制度”。对于这些指摘，Kennedy 在判词最后一再重复，“基本权利的问题从来都不是通过选举决定的”“尽管宪法珍视民主决策机制所具有的总体价值，但当个人权利受到侵害时，宪法依然要求由法庭来进行救济”。在 1986 年的案子中我们认定佐治亚将同性性行为入罪的法律不违宪，然后在 2003 年推翻了这个判决，我们迟到的判决造成了多少伤痛？那些发生在两个判决之间的伤痛在我们改判之后很长一段时间也是迟迟不会消散的。权利真的能等到民主程序的救济么？

在这个判决中，异议法官们给人的感觉是这是一帮反同的家伙在刁难延缓对同婚的认可，所以让才将问题推出最高法院。但谁又知道多数法官们是否就真心挺同呢？法官们的动机并不那么重要，重要的是法官们都是在宪政民主范围内讨论问题，并在此范围内给出法律意见。在这个范围内狭义民主和个人基本权利产生了紧张，5:4 的票数对比就是例子。这样的结果也可以套用流行的概念，美国“改革进入了深水区”。而从技术角度来说，这回最高法院的步子确实不小。如果这种将同婚最为自由而进行宪法保护的做法作为判例确定下来，那其他的“自由”呢？吸食大麻是不是也是？同样已经有五个州和华盛顿特区将娱乐用大麻合法化，这也造成跨越州界就会被剥夺权利的问题，同样也可能发生为了合法吸大麻而临终前飞到别州的“悲剧”。而且明显美国社会对于大麻是不是禁忌的看法也在“悄然改变”。如果是，那海洛因和冰毒呢？再比如卖淫是不是也是“自由”呢？虽然只有内华达一州将其合法化，但人类文明对这个问题的宽容却由来已久，不太需要借助“改变”。那么公众场合裸露呢？如果第一修正案的言论自由不予保护，那裸露是不是可以放入这个“自由”？以上这些大概最激进左翼自由派是不会太过反对。但猎杀野生动物呢？随意排放二氧化碳？这些可是右翼的诉求，而顺着同婚问题所扯开的口子，把这些东西放进“自由”确实不难。这些问题，政治运动人士可以不管，但法官是不能不考虑的，即便他们的出发点是内心深处的“恐同”。无论如何，他们在为宪政法治做出努力。

无论结果，有一点可以肯定的是，即便是在这个判决之后，最中坚的反同分子也基本不会因此而“不食美粟”而饿死于落基山上，或者“乘桴浮於海”移民到别国（美国移出的很多是为了避税的富人，穷人也是“贫贱不能移”或多不想移）。但如果这个判决不利于同运，即便最激进的同运分子大概也不会进入黄石公园打游击，为建立“大同”世界而革命。双方不太会指责反对派不爱国，而不爱国的人就该“滚出美国去”，更不太可能因为这个判决而支持倾向于自己阵营的威权人物上台而重改宪法，废除三权分立。双方都有一个最广泛的底线，尊重民主宪政：要么继续再打官司，要么继续推动代议制下的立法，要么同时，却绝不放弃。

能发生为了合法吸大麻而临终前飞到别州的“悲剧”。而且明显美国社会对于大麻是不是禁忌的看法也在“悄然改变”。如果是，那海洛因和冰毒呢？再比如卖淫是不是也是“自由”呢？虽然只有内华达一州将其合法化，但人类文明对这个问题的宽容却由来已久，不太需要借助“改变”。那么公众场合裸露呢？如果第一修正案的言论自由不予保护，那裸露是不是可以放入这个“自由”？以上这些大概最激进左翼自由派是不会太过反对。但猎杀野生动物呢？随意排放二氧化碳？这些可是右翼的诉求，而顺着同婚问题所扯开的口子，把这些东西放进“自由”确实不难。这些问题，政治运动人士可以不管，但法官是不能不考虑的，即便他们的出发点是内心深处的“恐同”。无论如何，他们在为宪政法治做出努力。

国“九神”宪法大战 | 同性婚姻案背后的最高法院

时间：2015 年 07 月 04 日来源：法租界 作者：滑璇

多数意见 宪法的宗旨之一，是保护那些容易受到公众和政府迫害的对象，并具象成司法原则，适时使用。这就是为什么，基本权利的完整性，绝不可以以投票表决，也不可以以选举决定。

异议意见 根据宪法，法官有权陈述法律是什么，而不是法律应该怎样。多数法官今天忽视了司法角色的局限性。他们，在人民还在激烈讨论这个问题的时候，把这个问题从人民的手中剥夺了。

记者 / 滑璇 编辑 / 苏永通 制图 / 苏永通

美国联邦最高法院大法官小威廉·布伦南曾说，最高法院最重要的规则就是“五票法则”，“有了 5 票，你就可

以在这个地方为所欲为”。

这一次，五票法则又应验了。

当地时间 2015 年 6 月 26 日上午，美国联邦最高法院的九名大法官在奥博格菲尔诉霍奇案中，以 5：4 的票数，裁定同性婚姻在全美合法。

同性婚姻案判决书译文

多数意见 肯尼迪：同性婚姻合法，是宪法对自由的神圣承诺

异议意见 首席大法官：我们到底把自己当成谁了？

（6 月 27 日推送）

斯卡利亚、托马斯、阿利托：这是最高法院的失败和堕落

（昨日二条）

宣判时，大法官肯尼迪富于煽情的多数意见还未读完，在场的一些同性婚姻支持者便已潸然泪下。

紧接着，首席大法官罗伯茨倾身向前，在入主最高法院 10 年后，第一次公开宣读了异议意见。

“庆祝你们达成了一个渴望已久的目标。庆祝你们获得了一种新的表达承诺的方式。庆祝你们获得了新的福利。但请不要为了宪法而庆祝，这一切与宪法无关。”罗伯茨说。

1 中间派，实权派

对于熟悉美国最高法院格局的人来说，5：4 的对垒并不令人意外。

中国政法大学副教授仝宗锦解释，现任九位大法官中，金斯伯格、布雷耶、索托马约尔、卡根属于自由派，罗伯茨、斯卡利亚、托马斯、阿利托属于保守派。对于同性婚姻，自由派支持，保守派反对，观点都比较清晰。

大法官肯尼迪则属于中间派。此次的关键一票，正是由他投出。

1988 年进入最高法院的肯尼迪，由政治理念保守的共和党总统里根提名。他在政治生活中并不活跃，判决意见相对温和，上任后，就表现出罕见的中间派立场。2005 年另一位大法官奥康纳退休后，更成为硕果仅存的“摇摆票”。

中国最高法院法官何帆曾写道，在九名大法官一人一票的美国联邦最高法院，“可以说，法院内部的意识形态越是对立，自由、保守两派力量越是均衡，中间派就越有实权”。

过去十几年中，自由、保守两派趋近平衡，所以许多重大案件都由中间派一票定乾坤。

据何帆统计，在 2006 年至 2007 年开庭期内，肯尼迪在 24 个 5：4 的判决中全部位于多数方，“在最高法院历史上，还没有哪个大法官能在一个开庭期内做到这一点”。

尽管司法理念时有摇摆，但在同性平权上，肯尼迪一直持支持态度。在 1996 年的罗默诉伊文思案、2003 年的劳伦斯诉得克萨斯案、2013 年的美利坚诉温莎案中，肯尼迪连续三次撰写判决多数意见，为同性恋者撑腰。

于是，肯尼迪大法官被捧上神坛，成为同性平权运动的“英雄”。2013 年，旧金山男同性恋合唱团曾专门为他献上一曲《给他们希望》。

长期观察美国最高法院的上海律师赵煦把这三个案子，戏称为“肯尼迪大法官的同志平权三部曲”。

“这三个案子里，肯尼迪先是判定科罗拉多州宪法第二修正案中，禁止将同性恋者作为受保护群体的规定违宪；然后从隐私权的角度，认定鸡奸罪违宪；最后又说 1996 年国会通过的《保护婚姻法案》的第三条违宪，那一条把婚姻解释为‘一男一女的结合’，对配偶的解释是‘异性’。”赵煦对南方周末记者分析道。

这次判决，肯尼迪的态度依然没有悬念。作为多数意见中的最资深大法官，依照规则，判决书由他执笔

旅美法律工作者、美国最高法院研究者陈阳认为，同性婚姻合法化是可以名留青史的案件，“对于肯尼迪来说，这更像一个人荣誉问题”。

2 自由派，浪漫派

在本案中，九位大法官围绕同性婚姻权利是否可归为美国宪法第十四修正案的基本权利展开辩论。

美国国会在南北战争后通过的宪法第十四修正案，初衷是保护黑人权利，其中最核心的是正当程序条款和平等法律条款，这也是美国宪法涉及官司最多的部分之一。

作为联邦最高审判机关，美国最高法院主要审理与联邦宪法相关的案件，九名大法官也因此被称为“护宪九尊神”。通过适用和解释宪法，大法官们可以裁定政府行为和国会立法行为是否违宪，以此保护公民基本权利。

“一项权利一旦被纳入宪法基本权利，法院在对相关争议进行裁判时，就会适用严格审查标准。也就是说，政府如果干涉这项权利，最高法院就有理由出手，而且政府很难把官司打赢。”仝宗锦说。

在美国历史上，许多重要政治决策背后都有最高法院的身影。比如 1954 年的布朗诉托皮卡教育局案结束了种族隔离，1964 年的《纽约时报》诉沙利文案奠定了媒体的舆论监督权，1973 年的罗伊诉韦德案确认了堕胎合法化等。其中，废除种族隔离与确认堕胎合法化的判决，都是以第十四修正案为基础。

这样的判决大多出自自由派大法官笔下，他们希望让二百多年前的宪法“活”起来，适应今天的时代需要。

相反，保守派大法官则倾向于保持宪法原意、不做过多灵活解释的司法克制主义立场。当然，这些都不是绝对的。

此次同性婚姻法案，四名自由派大法官全部加入了多数意见。此前，他们都追随了“肯尼迪大法官的同志平权三部曲”，没有一个人投过反对票。

除布雷耶之外，自由派其他三人均为女性，她们的表现尤为突出。

大法官索托马约尔和卡根均由现任总统奥巴马提名，在包括同性平权的很多问题上二人立场几乎完全相同。在2014年至2015年开庭期中，两人在判决中的投票相同率高达90%。

今年82岁的女性大法官金斯伯格还在法庭外多次帮忙主持同性婚礼。在最近的婚礼中，老太太甚至一反常态地宣称，“同性婚姻属于宪法权利”。

3 保守派，“十年一怒”的首席

当了十年首席大法官，罗伯茨是第一次公开宣读异议意见，显得有些激动。要知道，依照最高法院惯例，异议意见一般不予宣读，除非持异议的大法官认为自己的观点非常重要。

陈阳告诉南方周末记者，罗伯茨之前的首席大法官伦奎斯特进入最高法院33年余，也只在1992年的计划生育联合会诉凯西案中就堕胎问题读过一次异议意见。

全宗锦认为，罗伯茨之所以会在此时出手，主要取决于本案的重要性。“这是一个基石性的案件，是这十年中，甚至是自1972年罗伊诉韦德堕胎合法案后，最重要的判例。”

宣判时，罗伯茨态度鲜明、语气严肃，一度令法庭内空气滞涩。直到大法官斯卡利亚宣布下一案件判决时开玩笑地说道“都别走啊”，才终于打破凝重的氛围，从旁听席上传出几缕笑声。

2005年，50岁的约翰·罗伯茨由共和党总统小布什提名进入最高法院，并成为第17任联邦首席大法官。

罗伯茨大概也是最摇摆的保守派大法官。在他宣读完愤怒的判词后，许多人马上挖出了他的“卧底”历史。

比如，2010年，他加入了多数意见，推翻了限制竞选资金的国会立法，打开了竞选资金无上限的大门；2012年、2015年的两次医保法案诉讼，他均与自由派站在一起，保住了这个奥巴马执政期间最大的政治成果。

“所以保守派中有人怀疑，罗伯茨是不是叛逃到自由派阵营去了。”赵煦说。

就在6月25日，罗伯茨作为第6票加入多数意见，裁定医保法案不违宪。为此，保守势力再次对疑似“叛逃”的首席大法官发起攻击。

“他是一个准备做40年首席的人，所以有人预言他或许会站在‘历史正确’的一边。”陈阳说。还有人想得更远，在1996年的罗默诉伊文思案中，还是律师的罗伯茨曾为原告方提供法律服务，为同性恋者争取过权利。

不过，一天后，首席大法官又慷慨激昂地回到了保守派立场。

罗伯茨指出，判决中最严重的错谬在于，最高法院僭越了法律问题判断者的角色，充当了立法者，这违背了一个民主共和国法官的本色。

他还特意用“法律人”而非“大法官”指称持多数意见者，认为他们将自己对婚姻的定义强加于亿万人之上，两次诘问：“我们以为我们是谁？”

以时间来看，1986年进入最高法院的斯卡利亚是目前最资深的大法官。惯于强硬的斯卡利亚的异议意见依然个性鲜明，遣词辛辣。他不无嘲讽地写道：“这些大法官认为将婚姻限定于一男一女的结合有违常理；他们认为……一项直到15年前还被每一个国家认可的机制，之所以得到支持只是出于无知或盲目。”

“在之前的‘同志平权三部曲’中，斯卡利亚一直都是这种风格，即便是在实体问题上也下笔很重。”赵煦说，但罗伯茨就不会这么做，他更多的是围绕程序问题进行反驳，以免这些判决在十几年或几十年后被人翻出来“打脸”。

4 最高法院，克制与能动

在此次同性婚姻法案中，九位大法官需要裁决两个具体问题：一是宪法要求各州为同性婚姻登记；二为宪法是否要求各州承认外州的同性婚姻。

赵煦和陈阳都曾猜测，罗伯茨可能和肯尼迪达成折中判决，即各州必须认可外州的同性婚姻，但不须为本州的同性伴侣进行婚姻登记。

在二人看来，九位大法官可以通过适用和解释宪法得出这样的中间结论。而这样的中立判决，既能经受住历史考验，又不会过于“司法能动”。

最终的判决显然走得更彻底。

消息一出，白宫官方社交账户的头像立即涂上了彩虹色，奥巴马在上面写道：今天是我们迈向平等的一大步。

另一方面，得克萨斯、路易斯安那、密西西比等几个南方州的州长则对判决公开表现不满甚至抵制。在阿拉巴马州，部分郡县为了阻止同性恋者结婚，直接宣布停发所有结婚证。

不过，反对的声音在舆论上很难占上风。耶鲁大学法学院JD博士生袁幼林说，保守派在美国如“过街老鼠”。

亚利桑那州立大学司法研究专业在读博士生游天龙介绍，一项全美调查显示，不论是大学里的共和党活跃分子，右倾的华盛顿青年政治才俊，或者中西部30岁以下的新教信徒都越来越认同同性婚姻，支持者的比例从2008年的25%剧增到40%。

尽管自由派大法官布雷耶也曾表示，最高法院裁判时“不考虑民意好恶，也不会受民意影响”，但这次，布雷耶也毫不犹豫地站在了顺应民意的多数意见一边。

“很显然，大法官们不可能总与民意对着干。”陈阳说，每个大法官都很清楚，他们也有属于自己的政治资本。

“其实政治的含义并不仅仅是权力更迭这么狭窄，曾经的妇女堕胎问题、现在的同性平权问题，都是美国最大的政治议题。通过判决，最高法院的大法官们可以对这些问题产生最直接的影响。”全宗锦说，也正是因此，有

人将最高法院称为“政治性法院”。

在美国三权分立的体系中，联邦最高法院是“最不危险的部门”，所以被赋予了宪法解释权。

“愤怒”的首席大法官罗伯茨认为，联邦法院的宪法权力仅限于解决具体的纠纷；最高法院在根据宪法和法律给出判决时谦虚而克制，所以才赢得人民尊重。“多数法官今天所预想的最高院的角色，和谦虚而克制正好相反。”

而批评者如游天龙则认为，首席大法官对于司法能动主义的指责是虚伪的，“应该说，司法能动主义的事情几乎每个大法官都在做。他自己就经常司法能动，只不过这一次他站在了少数派一边”。

中国最高法院法官何帆曾撰文提出他的观察：最近几年，除非涉及堕胎、持枪等原则性问题，大法官们许多判决已不再严格按意识形态划界，甚至出现了不少“混搭”组合。

他还援引 2009 年退休的大法官苏特的话：“无论最高法院如何判决，绝大多数人都会接受判决结果。这种信任，建立在过去上百位大法官孜孜努力的基础之上……没有美国人民的信任，最高法院就没有权威。”

美国同性婚姻法案全本 | 多数意见：宪法对自由的神圣承诺

时间：2015 年 07 月 03 日 来源：法租界 自由派&中间派

6 月 27 日，我们刊发了首席大法官罗伯茨对同性婚姻法案的异议意见。

经过几位留美博士生的共同努力，今天，我们奉上这部经典判决书全本：

同性婚姻法案全本译文

安东尼·肯尼迪 1986 年被任命为大法官，常被认为是最高法院中唯一的摇摆票，立场倾向中间偏右。

合众国宪法的宗旨之一，便是帮助那些容易受到喜怒无常的公众迫害的对象，把他们保护在社会多数人和政府官员的淫威之外，并将这种做法具象成司法原则，传于后代法院系统，适时使用。这就是为什么，基本权利的完整性，绝不可以以投票表决，也不可以以选举决定。

法租界（微信号：nfzmfz）首发

翻译 / 朗超（杜克大学法学院 JD 博士生在读）

张天璞（纽约大学法学院 JD 博士生在读）

本庭多数派判决由首席大法官肯尼迪代为表述：

合众国宪法承诺赋予自由予其辖内众生，而这自由无疑囊括了某些允许人们在一定合法限度之内去定义并表明自己身份的具体权利。今次若干案件中诸上诉人之意，在请求本院将异性婚姻的合法性同样赋予同性婚姻，并以此种方式来兑现宪法对于保障该自由所做出的神圣承诺。

I

今次诸案，分别源自密歇根、肯塔基、俄亥俄、田纳西四州。此四州均定义婚姻为一男一女之结合。申诉人为十四对同性伴侣，和两位同性伴侣已往生的男性未亡人。被告为上述各州负责执行上述法律的官员。申诉人称，被告要么拒绝授予申诉人结婚权、要么拒绝认可申诉人于外州合法所成之婚，其行为，是对宪法第十四修正案的无情践踏。

诸申诉人于其所在州联邦地区法院（以下简称“地院”）起告后，每诉必胜。被告旋即上诉至联邦第六巡回上诉法院（以下简称“巡六院”）。巡六院整合多起内容相似的上诉案后，驳回地院判决。巡六院裁定，州并不负有给同性婚姻发照的宪法责任、也不必承认于外州所成之婚。

上诉人提请本庭审核巡六院判决，本庭照准，并将审核范畴定于两个具体问题上。第一个问题源自密歇根和肯塔基州两案，即宪法第十四修正案是否要求各州为同性婚姻发照。第二个问题源自俄亥俄州、田纳西州、和肯塔基州三案，即宪法第十四修正案是否要求各州认可一切其子民与同性在允许同性婚配的某外州所成之婚。

II

探讨管辖诸案的原则和先例前，宜先将本庭审理主题之历史勾勒一二。

A

从古至今，人类的史册都在不间断地昭示着婚姻显而易见的重要意义。男女厮守一生，无论处于人生何阶段，都是高尚和尊严的体现。婚姻，对于那些依其宗教精神生活的人们，或那些在非宗教世界发觉了人生独特魅力、并享受生活的人们，无疑是神圣的。它的奥义，使得两个人能够共同发现一种他们独自绝不可能发现的生活方式，因为婚姻所成就的，绝不是两个单独个体的简单加和。婚姻出于人最基本的需求，也是我们的一切宏图大志和追求的基石。

既然婚姻对于人类如此重要，我们也就不奇怪为什么它作为一种社会制度，能够于诸多文明之中屹立千年而不到。有史以来，婚姻一直在扮演着使路人成亲人，让个体小家庭和社会大家庭紧密联结的角色。子曰：“礼，其政之本欤！”此夫子极言婚姻在政治上的基石地位。几个世纪之后，夫子的智慧被半个世界之外的另一位智者西塞罗再次道出。他写道，“社会的第一道联结是婚姻；下一个，是孩子；再下一个，则是家庭。”各种文化和信仰的宗教和哲学文献中永远充斥着对婚姻魅力亘古不变的褒扬，艺术和文学之中更是美言不断。然而，坦白讲，上述诸般对于婚姻的理解，还都停留在那是一种存在于两个异性人类之间的结合的阶段。

上述的历史是今次诸案的开端，而被告认为，同时也应该是今次诸案的结束。他们认为，把婚姻的理念扩展到包括两个同性人类的地步，那必是对一个源远流长的社会制度的莫大侮辱。婚姻，在他们看来，本质上就是个以性

别为标志的男女交合。美国和全世界的很多理性且真诚的人们长久以来都认同这种观点，而现在依旧认同。

上诉人并非质疑这段历史的存在，而是认为今次诸案并不应该于此终结。若其意在亵渎婚姻神圣的概念和实务，则上诉人之诉求将另当别论。然上诉人意不在此。相反，构成上诉人争点基础的，正是婚姻那亘古不变的重要意义。他们说，这就是他们诉求的根本。上诉人非欲贬低婚姻的价值，而是因为他们自己本身就尊重且需要婚姻，所以才要诉求可以享受婚姻庇护的权利，这样，他们才能享受婚姻所带来的一切权利和责任。而他们娘胎里带出来的天性决定了，同性婚姻是他们做出这种庄严承诺的唯一途径。

历数今次诸案之情，足见其急迫性。上诉人奥贝格菲尔（James Obergefell）是俄亥俄案中原告。二十多年前，他邂逅了亚瑟（John Arthur），两人坠入爱河，并一同开启了一段矢志不渝的感情生活。然而，2011年，亚瑟被诊断患有肌萎缩性脊髓侧索硬化。这种极度摧残人的疾病是渐进性的，无药可救。两年前，奥贝格菲尔和亚瑟决定在亚瑟死前成亲。为此，他们从俄亥俄去了马里兰，因为马里兰州同性婚姻合法。亚瑟行动不便，所以两口子是在巴尔迪莫一个停在停机坪上的医用飞机上结婚礼成的。三个月后，亚瑟往生。俄亥俄州法律不允许奥贝格菲尔把自己列为亚瑟死亡证明书上的往生者现世配偶。也就是说，他们即便是做鬼，也成不了眷属。奥贝格菲尔觉得这样的法条让他整个剩下的人生都会在沉痛中度过。此次上诉，他想本庭允许他被列位亚瑟死亡证明书上的尚存未亡人。

迪波尔（April Deboer）和劳斯（Jayne Rowse）是密歇根案中的共同原告。2007年，她们欢度了二人的永久感情关系的周年纪念日。她们都是护士，迪波尔在新生儿部，劳斯在急诊部。2009年，迪波尔和劳斯收养了一个男婴。这个男婴是个早产儿，被生身母亲遗弃，必须有人24小时全天照顾。一年后，一个需要受到特殊照顾的女孩也加入了她们的大家庭。然而，密歇根州法律只允许异性夫妇或个体单独收养孩子，所以每个孩子最多只能有一个女人作为他们的法定监护人。一旦万中有一，学校和医院只能在认为孩子只有父母亲之中一个的情况下，对其进行救助。如果迪波尔和劳斯之中有人不幸离世，那么另外一个则无权照顾法律不允许她收养的这些孩子们。这对眷侣希望本庭移除这种因为其不具有婚姻状态而带来的不确定性。

军人德蔻伊（Ijpe DeKoe）和他的伴侣考斯图拉（Thomas Kostura）是相爱的两个人，也是田纳西案中的共同原告。2011年，德蔻伊收到命令赴阿富汗服役。临走前，他和考斯图拉在纽约成婚。一周后，德蔻伊开始服役，一服就是将尽一整年。回来时，两个人在田纳西定居。德蔻伊继续全职为军队工作。然而他们合法的婚姻则被田纳西州法律无情剥夺。他们每次穿越州界线时，婚姻的状态都自动消失。可叹德蔻伊一生为国尽忠，用生命去守护宪法所保护的自由，而自己却落了这么个需要承受沉重负担的下场。

今次本庭受理的案件还包括了很多其他上诉人，他们每个人都有自己悲伤的故事。本庭遍览其经历，发觉其意并非在亵渎婚姻。他们只是想通过婚姻所赋予的神圣束缚，来缅怀他们逝去的爱人，来过正常的日子，仅此而已。

## B

婚姻古老的起源证明了它的重要性，但是婚姻并不是一个与社会和法律的发展相隔离的概念。婚姻的历史见证了它的延续跟变革。婚姻这个社会制度，即便是只限于异性之间，也一直随着时间的推移而演化着。

譬如，婚姻曾经被视作是一种成婚双方的父母基于政治、宗教、或经济目的的考量；但是，到美国立国时，婚姻则已经演化成了一种男女双方自愿达成的契约关系。后来，随着女性角色和社会地位的演变，婚姻制度也进一步地演化。在有几个世纪历史的等同原则（doctrine of coverture）之下，国家将结了婚的男女在法律上认定为一个单独的、由男人主导的个体。女人不断获得对于法律、政治、和物权的控制，同时也随着社会开始理解女人也需要她们自己的平等的尊严，这个等同原则就被废止了。在过去的几个世纪中，上述和其他的婚姻制度的发展并非是肤浅的变革，而是将婚姻制度的整体结构彻底转了型，其影响波及到了婚姻制度中很多传统上被认为是理所当然的重要元素。

这些新的观念不但没有弱化婚姻制度，反而强化了它。诚然，对于婚姻制度的理解的转变，是作为我们这样一个能将自由的新维度更明了地展现的国家的特色。而这种展现，很多时候，则是通过那些从请愿和抗议之中开始，然后在政治层面和司法层面被不断审视的视角实现的。

我国处理男同性恋和女同性恋的权利的经验就体现了这种动态。直到二十世纪中叶，同性之间的亲密行为一直被大多数西方国家谴责为缺德行为，而这种观念也被体现在了当时国家的刑法上。因此，很多人都认为同性恋本身就毫无尊严可言。同性恋伴侣们爱彼此在心，而口难开。即便是二次世界大战之后，人们对于同性恋的人性本质和道德正直性的了解更多时，同性恋者对于尊严的诉求依然与法律和根深蒂固的社会传统背道而驰。同性恋之间的亲密行为在很多州依然是犯罪。政府不允许雇佣同性恋，军队不允许征召同性恋，移民法不适用于同性恋，同性恋整天被警察骚扰，甚至没有结社自由。

几乎整个二十世纪，同性恋都是被当做是一种病来对待的。当美国精神病学协会于1952年出版第一本《精神疾病诊断与统计手册》时，同性恋还被归类为一种精神疾病，而且直到1973年才作罢。直到近些年来，精神病研究人员才逐渐意识到，同性恋只是一种人类对性的正当表达方式，而且是娘胎里带出来的，不可改变。

二十世纪晚期，大规模的文化和政治发展，使得同性恋伴侣能够过上一种更加公开的相对正常的生活，并可以组建家庭。这种发展伴随着政府和社会大众对于同性恋非常广泛的讨论，并且促使公众对于同性恋的容忍度进一步提高。结果，关于同性恋权益的问题，很快就被打到了法庭上，并被以更正式的法律方式继续被讨论。

本庭首次考量同性恋权益问题，是在Bowers诉Hardwick一案（1986）中。彼时，本庭支持了一条佐治亚州规

定同性恋行为是犯罪的法律。十年后，在 *Romer 诉 Evans* (1996) 中，本庭判了一条科罗拉多州禁止该州任何政府职能机关保护不同性取向者免受歧视的宪法修正案无效。之后，2003 年，在 *Lawrence 诉 Texas* 案中，本庭推翻 *Bowers* 判例，改判一切认同性亲密行为为犯罪的法律为“对同性恋生活的极大侮辱”。

在此背景之下，同性恋婚姻的问题摆在了我们面前。1993 年，夏威夷州最高法院判定，所有将婚姻限制在异性伴侣之内的夏威夷法案，都属于以性别分类的行为，故当以严格审查之标准，判其合宪性。这个判决并没有直接允许同性婚姻，但是一些州还是对其可能产生的衍生效应感到忧心忡忡，所以又各自在其州法内强化了婚姻只能发生在一男一女两个异性伴侣之间这个概念。1996 年，连合众国会都如法炮制，通过了《婚姻保护法案》(the Defense of Marriage Act)，将所有涉及联邦事务的婚姻限制在异性伴侣之间，说“‘婚姻’一词仅指一男和一女作为夫妻的法律结合”。

新的讨论传播很广，而很多其他州却与上述诸方持不同观点。2003 年，麻省最高法院判定麻省宪法授予同性伴侣结婚的权利。之后，另有一些州也相继授予同性伴侣婚配权，有的通过法院判决，有的通过立法。这些判决和立法我们在附录乙中有详细列出。两个开庭期以前，本庭在 *United States 诉 Windsor* 一案 (2013) 中判《婚姻保护法案》无效，因为该法案即使是在州已经给同性伴侣发了婚姻证照后，仍不允许联邦政府承认该婚姻之有效性。对此，本庭曾说过，《婚姻保护法案》让“那些希望夯实彼此对对方的承诺的同性伴侣，在他们孩子、家人、朋友、和乡党面前丢尽了颜面”。

近些年来，本庭所辖的联邦二审上诉庭受理了无数关于同性婚姻的案件。为了履行它们依法律原则和中立讨论判案的司法职责，诸上诉庭不敢等闲视之、亦不敢轻慢之，所以诸庭于此间判决之中，书写了大量的判例法，这些判例法几乎涉及到了今次审题的全部方面。这一部判例法集，无疑有资于解释和组织本庭今次必须考量之诸种原则。除本庭今日所审诸案及另一案外，诸上诉庭均判剥夺同性恋者婚姻权之行为违宪。甚至众联邦地院，也产出许多发人深思的判决来解决同性婚姻的问题，而大部分这样的判决，也一样认定同性伴侣当然应该被允许结婚。另外，许多州最高法院，也都通过对其本州宪法的解读来对此问题发表见解。上述诸州及联邦法院判决已被列入附录甲中。

### III

宪法第十四修正案中的正当法律程序条款明确规定，任何一州不得在不经正当法律程序时，剥夺任何人的生命、自由或财产。这一条款保护民众最基本的自由，其中包含了《权利法案》中所列举的大部分权利。可参见 *Duncan 诉 Louisiana* 案 (1968)。除此之外，这一基本自由也囊括了某些对于个体尊严和自主来说，最为核心的个体选择权，这一选择权中就有锚定个体身份和信仰的私人选择权。可参见 *Eisenstadt 诉 Baird* 案 (1972)，和 *Griswold 诉 Connecticut* 案 (1965)。

司法机构解释宪法的职责之一，就是孜孜不倦地去鉴定和保护人民的基本权益。然而履行这一责任并没有可遵循的公式可言。确切来说，这一职责要求，法院在鉴明那些极为基本而国家必须给予相应尊重的个体权益时，必须进行合理判断。这一（鉴明）过程受（本庭）在对于宪法其他条款的分析中相同的考量指引，而以上分析也并没有得出明确的必要条件，而只是陈述了广义上的原则。历史和传统引导并且规范这一探寻，但并未规定探寻的边界。上述方法既尊重历史、也从历史中汲取经验，亦不会单单食古不化、让过去束缚现在。

我们往往难以在有生之年认识到不义的存在，这正是其本质所在。撰写并通过权利法案与宪法第十四修正案的古人从未假定他们知道自由的界限，因此，他们为后人留下了一个章节，以便让我们按自身所理解的方式去保护全体人民享受自由的权利。每当新的洞见揭示宪法所保护的核心与已被认可的法律束缚之间的冲突时，对于自由的主张便得以阐释。

本庭在对于以上既成原则的应用中，早已裁定宪法保护婚姻权。*Loving 诉 Virginia* 案 (1967) 终结了对于跨人种婚姻的禁令，本庭一致认为婚姻是“自由人对幸福有序追求中最为基础的重要人权”。本庭在 *Zablocki 诉 Redhail* 案 (1978) 中重申了以上裁决，认定禁止难以抚养子女的父亲结婚的法律侵犯了婚姻权。在 *Turner 诉 Safley* 案 (1987) 中，本庭再次应用了上述原则，裁定限制囚犯结婚的法律剥夺了他们的婚姻权。时光流转、案情有别，本庭重申婚姻权是受到正当法律程序条款保护的基本权利。

诚然，过往裁决先例在描述婚姻权时，假定了异性同伴的前提。同众多机构一样，本庭的假定受时代所限。这很明显地体现在 1972 年的 *Baker 诉 Nelson* 案，本庭对该案的一行裁决陈词认定，将同性同伴排除出婚姻并非一个实质性的联邦问题。

然而，也有一些本庭裁决过的更具指导意义的先例，说明宪法的原则有着更为广阔的应用。这些先例在裁定婚姻权时，基于历史、传统和多种宪法所保护的自由确定了婚姻这种亲密关系最为基本的特征。在评估以上先例的效力和逻辑是否可以应用于对于同性婚姻的裁定时，本庭须得尊重长久以来婚姻权受保护的基本原因。

经过分析，同性同伴应同样享有婚姻权成为一个水到渠成的结论。下文将详述四条原则和传统来证明，宪法确保（异性）婚姻权为基本权益的原因同样适用于同性同伴，并具有同样效力。

首先，本庭裁定的相关先例所确立的第一个前提便是，关乎婚姻的私人选择权内涵于个体自治的概念中。婚姻与自由两者不可磨灭的关系正是本庭在 *Loving 诉 Virginia* 案 (1967) 中宣告禁止异族通婚的法令违背了正当法律程序条款并无效的原因。同宪法所保护的避孕、家庭关系、生殖和子女抚养等选择权一样，个体所能做出的最为私人的决策之一便与婚姻相关。事实上，本庭注意到，“仅认可其他与家庭生活相关的隐私权，却在是否进入婚姻这

一构成我们社会中家庭的基石的关系时，否认隐私权”无异于自相矛盾。

对于婚姻的选择将决定个体的命运。正如麻省最高法院所言，因“它满足了人性中普遍的对于安全感、家的温暖和心灵相通的渴望，婚姻高尚，是否结婚、与谁结婚的决定是个体在生命中完善自我定义的最为重要的一刻”。

婚姻的本质在于，通过这不朽的结合，两个人得以在诸如情感、亲密和灵魂上发现其他的自由。对所有人，无论性取向为何，这一点都颠扑不破。两个试图结婚的男人或女人，他们的结合与他们自愿结合的选择，都是高尚的。正如 Loving 诉 Virginia 案（1967）所裁定的那样，“与异族结婚与否是个体自由，各州不得干涉”。

其次，本庭在法理上确立的原则为婚姻权是基础权利，因其与其余二人同盟不同，婚姻关系对虔诚的两方来说具有特殊意义。这正是 Griswold 诉 Connecticut 案的核心，该案裁决规定，宪法保护婚姻双方使用避孕措施的权利，并建议婚姻权早于比权利法案。Griswold 案这样描述婚姻：

“婚姻是两人的结合，无论风雨，冀望永恒，亲密神圣。婚姻推动人生之道，而非事业；促进生活和谐，无关政见；提高彼此忠贞，不论社会、商业。与本庭之前任何关乎结社的裁决相同，婚姻是怀着高尚目的的结合”。

在 Turner 案中，本庭再次认可婚姻权保护有着亲密关系两人的结合，裁定囚犯不可被剥夺婚姻权，因他们同样虔诚的结合恰说明婚姻权何以为基础人权。因此，婚姻权让“希冀通过对彼此的忠贞来定义人生”的二人更为高尚。大声呼唤，却无人应和，这是人类共同恐惧的孤独，然而婚姻对其作出了有力回应。它提供了相知相伴、灵魂相通希望，它向婚姻中的两人保证，在你们有生之年，总有彼此同甘共苦、风雨同舟。

本庭在 Lawrence 案中已做裁决，对同性的亲昵行为判刑的法律无效，同性伴侣与异性伴侣一样，享有享受亲密交往的权利。同时，Lawrence 案的裁决认可“当个体通过亲昵行为表达与另一个体的亲密，这一行为只是构成二者不朽关系的元素之一”。尽管 Lawrence 案保障了个体进行亲昵行为而不受刑罚困然的自由，这却并不是自由的终点。废除对同性伴侣的排斥只是一小步，远未实现自由的全部内涵。

保护婚姻权的第三准则源于它对于家庭和儿童的保护，因此其意义也与子女抚养、生殖和教育等权利相关。本庭认可这些权利（包括婚姻权）之间的联系，并认定它们为一个整体。在 Zablocki 案的裁定中，本庭认为“结婚、建立家庭和抚育儿童是正当法律程序条款所保护自由的一个核心”。部分州的法律认可，婚姻对于儿童和家庭的一些保护是重大的。然而婚姻给予的益处更为深远。通过认可父母的关系并给予法律架构，婚姻使得孩子“明白他们家庭的完整和亲密，并理解其在社区和他们的日常生活中所扮演的和谐的角色”。婚姻同时为儿童提供了持久和稳定，这对他们来说大有裨益。

本案所有涉案方都同意，相当数量的同性伴侣为他们的孩子，不论是亲生的或领养的，提供了充满爱意和滋养生命的家园。目前，无数儿童正接受这样的同性伴侣的抚育。大多数州已经允许同性伴侣去领养孩子，无论以个人名义或伴侣名义；同时，很多被领养的、正茁壮成长的儿童拥有同性父母。这些法律有力印证了：同性伴侣能够提供慈爱并互助的家庭。

因此，禁止同性婚姻与婚姻权这一权利的一个核心前提相冲突。当缺乏得到承认的、具有稳定性和可预见性的婚姻支持时，这些同性伴侣的孩子意识到他们的家庭并不完整，并饱受这一认知的侵扰。他们同时承担着更为显著的、由未婚父母抚养的重大代价，尽管他们毫无过错，却不得不经历一个更为艰难和充满不确定性的家庭生活。由此，这样的婚姻法伤害并侮辱了同性伴侣的孩子。

以上论述并不说明对于没有孩子的同性伴侣而言，婚姻权的意义便有缺失。在任何一州，生育的能力、渴望或许诺都不是、也从不曾是有效婚姻的前提。鉴于之前判决保护合法夫妻选择不生育的权利，本庭或任何一州都未将生育的能力或承诺作为婚姻权的先决条件。宪法所保护的婚姻权有多面，对于儿童的哺育仅是其中一面。

第四条，也是最后一条，本庭之前所裁定的案子和我国的传统都揭示，婚姻是社会秩序的楔石。近乎两个世纪前，托克维尔在跨美旅行中就意识到了这一点：

“就对于婚姻的尊重而言，世上再无国家与美国可以相提并论……当一位美国人从繁杂的公共生活的漩涡中抽身而出回归家庭的怀抱时，他在其中找寻到了秩序与平和的影像……随后，他将这影像带在身上，重新回到公共生活中”。

本庭在 Maynard 诉 Hill 案（1888）中的裁决与托克维尔的观点相呼应，解释婚姻是“家庭和社会的基石，没有它，就没有文明与进步”。裁决 Maynard 的法庭宣布，婚姻一直以来都是伟大的社会制度，它赋予我们整个公民政体以性格。尽管随着时间推进，婚姻制度不断演化，这一观点被反复重申并取代了与父母之命媒妁之言、性别和种族相关的规定，尽管这些规定曾被很多人认为是婚姻关系中最基础的部分。婚姻，至今为止，都是构建我国的基础。

因上述原因，正如一对伴侣郑重宣誓彼此守候、相互支持，同样的，这个社会也许诺通过给予有着象征意味的认可和切实的益处的方式，并保护这一结合。诚然，一般来说，各州拥有对所有已婚伴侣给予多少益处的决定自由，然而纵观我国历史，各州事实上都将婚姻作为许多并在不断变多的政府权利、权益和责任的基础。这其中包括：征税、遗产和财产权、遗嘱继承的规则、证据法中的配偶特权、医院访问权、医疗决策权、领养权、幸存者的权利和权益、出生死亡证明、职业道德规则、竞选资金限制、工伤补贴、医保和对于儿童的抚养权和探视权。在州法下有效的婚姻，在逾千数的联邦法条中也属于有效状态。事实上，各州通过将婚姻放在法律和社会秩序的众多面的核心位置，已经赋予婚姻权太多基本属性。



以上原则对于同性伴侣与异性伴侣而言并无区别。然而，因为同性伴侣被禁止结婚，他们也被剥夺了享受大量权益的机会，因为他们所在的州将这些权益与婚姻相联。这种伤害不仅仅增添了物质上的负担。同性伴侣被迫容忍许多异性夫妻根本无法容忍的不稳定。正如这些拒绝认可同性伴侣婚姻的州赋予了婚姻如此多重大意义并让其更宝贵，拒绝同性伴侣结婚的权利无异于让同性恋在很多重要的领域并不享有平等。这些州将同性恋驱逐于我国社会最核心的机构之一，也就造成了同性恋地位的卑下。同性伴侣同样也向往婚姻的超然目的和最高意义。

一直以来，将婚姻权限制在异性之间被视作是自然且公正的，但现在，这样的行为与婚姻权作为基本权利的核心含义之间的不相容昭然若揭。意识到这一点，你也就能认识到，禁止同性伴侣结婚的法律，等同于在他们身上烙下我国最基本的宪章所不应允的污名与伤害。

被告引用呼吁对基本权利进行“慎重描述”的 Washington 诉 Glucksberg 案（1997），反对如上对于本案的架构。他们宣称，原告所寻求使用的并非婚姻权，而是一种新的、从未存在的“与同性结婚权”。Glucksberg 案的裁决确实要求对正当法律程序条款下的自由的定义应尽可能在一个有限的范围内，其核心当涉及一个明确的历史常规。尽管在该案中，因为宣称的权利与医生协助自杀有关，这一分析方法是合适的，但与本庭已使用的分析其他基本权利，如婚姻权和隐私权的方法并不一致。Loving 案并非在问“异族通婚权利”的问题；Turner 案不是关于“囚徒结婚权利”；Zablocki 案不是询问关于“未履行子女抚养义务的父亲结婚的权利”。恰恰相反，以上每一个案例都在探寻婚姻权的综合意义，询问（我们）是否有充足的理由剥夺某个种类的人群结婚的权利。

同样的原则在这里仍然适用。如果权利的定义基于史上使用他们的人群，那么已成惯例的行为将持续作为正当理由，拒绝新的人群去使用那些他们曾被拒之门外的权利。本庭在早先的判例中，无论是针对婚姻权，还是针对同性恋的权利，都已拒绝上述的分析方法。

在历史和传统的角度上，婚姻权是基本的，但权利本身并不仅仅来自于上古清源。权利同样来自对宪法如何定义在今日世界仍然颇为紧迫的自由的更完善的理解。很多反对同性婚姻的人是出于正派且值得尊敬的宗教或哲学上的原因，此处无意贬低他们或他们的信仰。但当这类真诚而私人的反对成为法律以及公共政策时，其结果为，一州之许可，建立在了对于一部分被剥夺自由的人的贬低和侮辱之上。根据宪法，同性伴侣通过婚姻所寻求的合法对待与异性伴侣无异，拒绝他们行使此权利等同于轻视他们的选择并贬低他们的人格。

宪法第十四修正案不仅给予同性伴侣结婚的自由，也确保他们应受到法律公平平等的保护。尽管正当法律程序条款和平等保护条款提出的原则相互独立，它们之间的联系却异常紧密。自由隐含的权利和平等保护条款确保的权利可能建立在不同的规则之上，且它们不总是同延的，但有时候这两种权利对彼此有指导作用，并帮助确定另一个权利的边界。在特定情况下，尽管这两条条款可能在对于权利的确定和定义时相同，但某一条款或许可以更精准更全面得抓住某个权利得本质。这两条条款的交互帮助我们更好得理解自由的定义以及我们的责任。

本庭涉及婚姻权的先例判决反映了上述动态的过程。Loving 案中本庭引用平等保护条款和正当法律程序条款判定禁止异族通婚的法律无效。首先，本庭宣判该禁令无效，因其对异族通婚的夫妇给予了不平等的待遇，并宣布“毫无疑问，仅因种族不同便禁止异族通婚的自由，这违背了平等保护条款的核心”。本庭继而裁定，这一禁令也侵犯了自由的要义：“这些法令，依据种族这种毫无说服力、直接破坏宪法第十四修正案保护平等的核心原则的分类方法，拒绝（异族通婚的）基本自由，也相当于在未经正当法律程序的前提下，剥夺了所有州的公民的自由”。通过对于禁止异族通婚的法令所造成的伤痛后果更为全面的认知与理解，婚姻权之所以为一项基本权利的原因也就清晰有力了。

这两条法令的协同作用在 Zablocki 案中得到了进一步阐释。如上所述，该案中本庭采用平等保护条款，宣判禁止未承担子女抚养责任的父亲结婚的法条无效。对于平等保护的分析和主要建立在法庭的一个核心判决上，即该法条侵害了“一项极为基本且重要的”权利。如 Zablocki 案中花大量篇幅所讨论的那样，正是婚姻权的本质使得该法条明显违背了平等这一前提。自由和平等保护这两个概念交错，引导（我们）更深得理解其内涵。

事实上，在阐释平等保护条款时，本庭已意识到，新的洞悉与社会理解可以揭示隐藏在我们最基础的机构中一直未经发现或挑战的不合理的不平等。仅举一例，这一现象在 1970 和 1980 年代时出现在与婚姻相关的领域。尽管男女等同的原则逐渐被侵蚀，20 世纪中叶，婚姻中依据性别的不公正分类屡见不鲜。这些分类否认了男人与女人享有平等的尊严。比如，1971 年某州的法律写到“男人是家庭的主心骨，女人是他的附属；除了目前法律为了保护她或为了她的权益认可她之外，她作为公民合法性存在完全是从属于她的丈夫的”。与（性别）觉醒相应和，本庭引用平等保护的原则，将所有依性别区别对待婚姻的法律尽数废止。同 Loving 和 Zablocki 案一样，这些先例说明平等保护条款可以帮助确定和矫正婚姻中的不平等，维护宪法中的自由和平等。

另有案例证实了自由和平等之间的关系。在 M. L. B. 案中，本庭引用正当法律程序原则和平等保护原则，废止了一个要求贫困母亲交钱才能对终止她们的监护权上诉的法规。在 Eisenstadt 案中，本庭再次引用上诉两条原则，宣判禁止给未婚人群而非结婚人群发避孕套的法律无效。在 Skinner 案中，本庭废止了一条允许对惯犯实施绝育的法律。

本庭通过 Lawrence 案认定，在对同性恋的法律对待中，这些环环相扣的宪法保护措施同样适用。尽管该案主要是在正当法律程序条款下进行阐释的，却也同时认可和纠正因对同性间亲昵行为判刑而造成的持续不公。因此，该案利用自由和平等的原则来确立并保护同性恋的权利，裁定州政府“不得通过将同性间性行为作为犯罪活动的方

式，来贬低同性恋的存在或掌控他们的命运”。

上述动态平衡对同性婚姻同样适用。现在一切非常明朗，原告所挑战的法律确实阻碍了同性伴侣的自由，且限制了平等。本案中，被告所实施的婚姻法本质上是不平等的：同性伴侣被拒绝享受异性伴侣所能够享受的权益，同时也被拒绝行使他们的基本权利。与漫漫历史长河中同性恋人群的关系长期以来得不到认可相应的，否认同性恋婚姻这件事情正对他们施以灰暗的持续加害。这一同性恋迫不得已面临的境遇，既不尊重他们，也使他们降格。同正当法律程序条款一样，平等保护条款禁止对于婚姻权这一基本权利的不公正的侵害。

上述考量指向了一个结论，即婚姻权是内含于个体的自由的，基于宪法第十四修订案中的正当法律程序条款和平等保护条款，同性伴侣不得被剥夺结婚的权利与自由。本庭现在裁定，同性伴侣享有最基本的婚姻权。于他们而言，这一自由永不许再被剥夺。Baker 案的判例被推翻，原告所挑战的法律若在相同条件下准许异性婚姻却拒绝同性婚姻，则该法律被废止。

#### IV

在处理今次受理案件之初，很多人会抱着一种小心谨慎等等看的心理行事——等进一步立法，等进一步诉讼，等进一步的辩论。被告警告我们说，若要重新定义婚姻这种最最根本的制度，大规模的民主讨论进行的还远远不够。巡六院在处置今次受理案件时所发布之多数派观点认为，在强制命令被告州给同性恋婚姻发照之前，让他们再等等看进一步的公共讨论和政治运动，似乎更加妥帖。

然而，此间所涉之诸种微妙，绝非上述论点所讲那么简单。我们已经看到过很多全民公决、立法辩论、草根运动、和无数的研究、论述、著作、和其他面对大众或面对学术界的书面作品。在联邦法院系统和州法院系统之中进行过的诉讼运动，也已经不少。处理本庭今次所审话题的司法意见，通通都是建立在诉讼双方及其状师所提出的论点之上，而这些论点，则是对整个宏观社会在过去的 N 多个年代之中对于同性婚姻意义的讨论的提炼。数以百计的法院之友们，在他们提交给我们的书面材料之中都表明了一点，那就是很多我国根本制度的核心机关，都为能回答今次所审的问题付出了极大的心力。这些机关包括了各级人民政府、军队、大小企业、工会、宗教组织、执法机关、公民团体、职业协会、和各高等学府。它们的奉献，让我们对于同性婚姻的理解更进一步，而这种进了一步的认知方式，就是构成今天摆在我们面前，要我们判定其是否符合合众国宪法精神的诸多论点的根基。

诚然，合众国宪法承认，民主是一种合适的推行变革的方式，但前提是，这种方式绝不可以侵犯任何人的基本权利。上一个开庭期内，本庭的相对多数派重申了我们在 Schuette 诉 BAMN 案（2014）中所说的民主原则，并着重强调了公民参与公共话题辩论的权利，因为只有行使这种权利，公民才能了解情势，并作出理智的抉择，而后再通过政治程序来影响他们自己时代的命运。确实，在大多时候，我们是通过民主来守护我们的自由的。然而，诚如上案之中所说，合众国宪法所庇佑之自由，包括了个体不受到不法政府行为侵害的权利。这样，当人们权利受到侵害时，合众国宪法要求法庭介入予以保护，并无视宏观民主决策所持之价值观。这条铁律万古不变，即便是当保护个体权益会涉及到最最重要和敏感的议题之时，也一样雷打不动。

个体在诉求自身基本权利的保障时，不需要等待立法系统来行动，这是我们宪政系统的动态特色。当个体受到伤害、并需要向法院直接寻求保护其自身最直接、最私人的权益时，我国法院的大门，永远向其敞开。即便是宏观社会大众不同意甚至连立法机关也拒绝行动之时，一个人也可以在受到伤害之时行使其受宪法保护的权力。合众国宪法的宗旨之一，便是帮助那些容易受到喜怒无常的公众迫害的对象，把他们保护在社会多数人和政府官员的淫威之外，并将这种做法具象成司法原则，传于后代法院系统，适时使用。这就是为什么，基本权利的完整性，绝不可以以投票表决，也不可以以选举决定。本庭对支持同性婚姻的人在社会上是否已经攒足民主动量这一点，不做判定。本庭所审之议题，是宪法是否保护同性伴侣结婚的权利。

此次并非是本庭第一次在认可和保护根本权利的问题上被要求小心行事了。在 Bower 案中，勉强取得多数的一派，支持了一条认同性亲密行为为犯罪的法律。那种做法，可能看起来的确是小心地支持刚刚开始考虑同性恋问题的民主程序，然而，实际上，Bower 案是支持了一种让州以法律形式剥夺同性恋者最基本权利，且给他们带来无尽痛苦和耻辱的做法。诚如彼案中反对派所说，能够让法庭做出正确判决的原则和事实，其实就摆在诸位大法官们的眼前，只是他们视而不见罢了。还好本庭在后来的 Lawrence 案中承认 Bower 案判错了。然而，亡羊补牢，未免为时太晚，即便是我们做出了这样的更正，无数男女还是在两个案子之间的这段时间里，受到了无尽的迫害、承受了山大的痛苦，而且我们确信，这些迫害和痛苦，就算是在 Bower 案被推翻之后，也一定还久久地困扰着这些可怜的人们。伤了尊严，不是我们大笔一挥就能治好的。

一条反对同性婚姻的判决，无疑将具有同样的贻害，而其也会像 Bower 案一样违背宪法第十四修正案的精神。上诉人的特殊经历，让他们诉求的紧迫性显得尤其鲜明，奥贝格菲尔现在就问我们，到底俄亥俄州会不会永远抹去他和亚瑟的婚姻。德波尔和劳斯现在问我们，密歇根会不会继续剥夺她们作为母亲所期望得到的用来照顾她们孩子的确定性和稳定性。而对于她们和她们的孩子来说，童年的时光如白驹过隙，一闪而逝。德寇伊和考斯图拉问我们，到底田纳西州可不可以剥夺一个为国尽忠的人取得最基本的、并且已经在纽约州取得了的婚姻的尊严。本庭既然已经受理了这些案件，就有责任处理这些诉求，回答这些问题。

正是因为存在这些二审上诉庭之间的不同意见，存在这些根本无法容忍的因地因素所产生的对联邦法律解读的出入，本庭果断准予审查，判定同性伴侣可否行使结婚的权利。若本庭判定被诉诸法条符合宪法精神，那么此间

所传达给我国子民的信息则是，这些法条完全不违背我国最最根本的社会契约。若本庭姑息坐等，使用更缓慢的，一个案子一个案子地判定同性伴侣是否具备如诉求之中所说的公共权益的方式，那么此间之效果，则依然是剥夺很多同性恋者与婚姻纠缠在一起的各样权利和义务。

被告又称，允许同性伴侣结婚会伤害婚姻制度的另一个原因，是因为异性结婚的人就会因此越来越少。被告称，此种情况很可能发生，因为同性婚姻的合法化将不可避免地切断婚姻和自然繁殖之间的关联。然而，此种论断，完全建立在一个对于异性伴侣在作出婚姻和生育的决定的不符合常识的认知上。实际上，对是否成亲、是否生养孩子所作出的抉择，是基于很多个人、感情、和实际考量之上的综合决策。所以，说异性伴侣看到同性伴侣也可以成婚就决定再也不结婚，那纯属扯淡。因而，被告上述对于允许同性伴侣结婚的指摘，充其量是信口雌黄。然反观今次诸案之情，显见此间所涉，皆你情我愿之二人对其婚配权利之诉求。这种诉求，对于他二人本身，和对其他任何第三方，均无害。

最后，本庭特此强调，一切宗教及诸遵教义生活之人，拥有继续依神创论认定同性婚姻不可容忍的绝对权利。宪法第一修正案保障宗教组织和宗教人士传授那些对于他们信仰极端重要的原则的权利，也保护他们按照自己的追求去继续使用那种他们一贯尊崇的家庭结构的自由；对于那些因为各种其他原因，反对同性婚姻的人士，也一样。反过来，那些无论是因为宗教原因还是非宗教原因，认为允许同性婚姻事关重大的人士，同样可以同反对者进行开诚布公的激烈辩论。但总归，合众国宪法决不允许各州剥夺同性伴侣享有与异性伴侣一样的结婚的权利。

V

今次诸案还提出了另一个问题：宪法是否强制要求各州认可在其他州合法取得的婚姻资格？从奥贝格菲尔和亚瑟、德波尔和考斯图拉的案件中，可见，拒绝认可婚姻资格给同性伴侣带来了无尽和深刻的伤痛。

在一州合法结婚，但是到了另一个州却被剥夺这种资格，这真是史上最令人费解和坑爹的国内法律现象。放任这种诡异的现象继续存在，则无异于支持不稳定性和不确定性。很多伴侣们甚至开车到旁边州去串个亲戚、看个朋友都会冒着天降大祸的风险：一旦伴侣中的一个人在过境时出了什么状况，需要送医，那么另外一个人会很诡异地处于一种爱莫能助的状态之中。现在很多州都允许同性恋婚姻，并发放了数以十万计的结婚照准，所以上述的认可问题造成的困扰，日益加剧。

诚如被告律师在言词辩论时所说，如果宪法要求各州给同性恋伴侣发照，那么各州也就没什么理由去拒绝认可其他州所发的婚姻证照了。本庭在此判定，同性伴侣从此以后，在美利坚合众国境内各州，均可行使结婚这项根本权利。同理，一州拒绝认可其他州所授予同性伴侣的婚姻资格的做法，毫无法律依据，故本庭在此一并判定此做法违宪。

\*\*\*

婚姻的意义，其深远程度之高，使得其他形式的结合方式，无出其右。因为婚姻象征着爱情、忠贞、奉献、牺牲、和家庭的最高理想。以婚姻方式结合了的两个人，能够成就他们单独无法成就的美好生活。如上诉人们的经历所展现，婚姻所承载的爱情，甚至逾越生死、纵横阴阳。这样的人，若说他们想要亵渎婚姻的神圣，无疑是对他们的误解。正因为他们务必尊崇婚姻，所以愤而争之；他们无论如何，也要为自己争取到享受婚姻庇护的权利。他们不想孤独终老，也同样不愿被隔离在我们的文明所创造过的最古老的制度之一的外面。他们诉求法律眼中平等的尊严。而这种尊严，早已在本庭和无数先贤们誓死捍卫的美利坚合众国宪法之中，根深蒂固、蔚然成荫。

本庭驳回巡六院判决。

特此命令。

### 无欺诈无胁迫 离婚协议不能撤销

2015年07月05日 中国妇女报 陈忠强

在离婚协议中，双方约定将一套商品房赠送过户给儿子，尔后，女方反悔，请求法院撤销离婚协议中的财产分割条款，近日，广西宜州市人民法院对这起确认合同无效纠纷案作出判决，驳回原告黄英的诉讼请求。

黄英家住宜州市庆远镇，与韦能于1996年登记结婚，1998年生育儿子韦小弟，2014年因双方性格不合协议离婚。协议约定：离婚后，一套房屋产权归男方所有，另一套归女方所有，待离婚手续办理清楚后，女方自愿将该房屋赠送过户到儿子名下，女方有居住权，男方另需一次性支付两万元现金给女方作为补偿。之后，韦能要求黄英将该房屋产权变更登记到双方儿子名下，遭到黄英的拒绝，韦能遂更换上述房屋门锁。黄英向宜州市人民法院起诉称，原《离婚协议书》有关原告将所分获房屋赠送给儿子的约定既违背原告意愿，更违反公平原则，请求依法撤销《离婚协议书》中的有关内容。

法院审理后认为，离婚协议不同于一般的民事法律关系，其具有严格的身份专属性，离婚协议不同于合同法上合同的概念，两者在内涵和适用范围均存在区别，离婚协议应受婚姻法的调整，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）第九条规定，男女双方协议离婚后一年内就财产分割问题反悔，请求变更或者撤销财产分割协议的，人民法院应当受理；人民法院审理后，未发现订立财产分割协议时存在欺诈、胁迫等情形的，应当依法驳回当事人的诉讼请求。现原告未能证明订立财产分割协议时存在欺诈、胁迫等情形，故驳回原告的诉讼请求。另外，原告还主张财产分割协议显失公平，显失公平是民法中撤销民事行为的事由，主要适用于商法中等价有偿行为，其不属于离婚协议的撤销事由。因此，法院驳回了原告黄英的诉讼请求。

此项判决也提醒离婚当事人，订立离婚协议时应审慎考虑，否则悔之晚矣。  
(文中人名为化名)

## 为什么中国离婚率连续 12 年递增？ 各地都在算

2015 年 07 月 06 日 中国妇女报

近日，民政部发布《2014 年社会服务发展统计公报》，2014 年全国共依法办理离婚登记 363.7 万对，比上年增长 3.9%。2014 年全国各省市离婚率排行榜，排在第一位的是新疆，离婚率高达 4.61%，黑龙江、吉林，分别以 4.08% 和 4.01%，居二三位。而夫妻关系最和谐的，则是陕西，离婚率仅为 0.18%，光荣垫底。数据显示，2003 年以来，我国离婚率已连续 12 年呈递增状态。北京、上海仍然是离婚人数最多的城市。

### 1 北京市：离婚人数“领跑”全国 海淀、朝阳领跑北京

近年来，北京市的离婚人数逐年攀升，2011 年，3.2 万对；2012 年，3.8 万对；2013 年，5.4 万对。2013 年同比增长 42.6%。这意味着在北京每天有近 150 对夫妻协议离婚、家庭解体。

北京市民政局相关负责人介绍，2014 年办理的离婚登记达 55944 对，闪婚闪离的现象近年来有所增多，海淀、朝阳为离婚办理最多的区县。

分析近十几年的数据，记者发现，2013 年全国依法办理离婚手续的共有 350.0 万对，比 2012 年增长 12.8%，为增幅最大的年份。北京市在 2013 年离婚人数从 2012 年的 3 万多对增长至 5 万 4 千对，增幅最大。

### 2 四川省：每分钟两对夫妻离婚

根据四川省民政厅的数据，2014 年全省有 22.96 万对夫妻办理离婚，每分钟就有两对夫妻“闹掰”。去年四川离婚率 29.7%

记者查阅了四川省民政厅 2000 年至 2014 年的统计数据。2000 年，全省结婚登记人数 54.68 万对，同期登记离婚人数 3.72 万对，离结率 6.8%。2013 年，77.68 万对新人结婚的同时，22.27 万对夫妻在办理离婚，离结率达到了 28.7%；这一比重，在 2014 年达到了 29.7%。

根据四川 2014 年社会服务发展统计公报，去年，全省共 77.42 万对办理结婚登记，22.96 万对办理离婚，离婚人数是 14 年前的 6 倍。按照一年有 251 个工作日，每个工作日婚姻登记处工作时间为 8 小时来计算，每分钟就有两对夫妻离婚。

成都市离结率一直都高于全省水平。从 2000 年到 2014 年，成都市的离结率从 11.12% 上升到 38.6%。

### 3 广州市：萝岗区离婚率最高 南沙区最低

2014 年广州共有 2.3 万对夫妻办理了离婚登记。从区域划分上看，离婚数量最多的行政区是越秀区，共有 3710 对夫妻离婚；但离婚率最高的却是萝岗区，高达 3.7% (年内离婚数/年平均总人口×1000%)。

据了解，广州离婚数量最多的行政区前三分别是：越秀区 3710 对，海珠区 2713 对，番禺区 2470 对；南沙区、黄埔区、萝岗区 2014 年离婚对数分别为：632 对、699 对、820 对，为广州市离婚人数少的行政区。

据越秀区婚姻登记处相关负责人介绍，离婚人数越秀全市第一并不奇怪，因为越秀区是老城区，在人口基数上位居全市第一，户籍人口共有 117.55 万人。该负责人介绍说：“因为基数大，就算各区离婚比例相同，越秀区在离婚人数方面也必然为全市最多的行政区。”

### 4 河南洛阳：2015 年上半年每天平均 43 对夫妻离婚

据洛阳市民政局负责人介绍，今年上半年，洛阳市共有 35120 对新人喜结连理，7845 对夫妻劳燕分飞，与去年同期相比，结婚人数减少了 9.9%，离婚人数则增加了 16.7%，上半年结婚离婚人数比约为 4:1。

同时，最近三年同期离婚数据显示，2013 年、2014 年、2015 年分别为 6082 对、6724 对、7845 对，上半年离婚人数也在逐年增加，今年比去年增加 16.7%。今年 1 至 6 月，涧西区有 868 对夫妻离婚，在全市离婚人数最多。

结婚人数越来越少，离婚人数越来越多，这一趋势也与全年统计情况相符。具体而言，2009 年至 2014 年，洛阳市办理离婚登记的分别有 7333 对、8249 对、9455 对、10659 对、12641 对、13757 对。今年上半年共有 181 天，洛阳平均每天有 43 对夫妻离婚。

### 5 江苏省：去年近 18 万夫妻离婚

据统计数据显示，江苏省离婚率已十年连升，特别是 2011 年以来，全省结婚人数仅增长 4.7%，离婚人数却陡增 28%。2014 年全年，江苏全省结婚 83.8 万对，离婚 17.9 万对，约每 3 分钟就有一对夫妻分手。

从这两年南京江宁区民政统计数字看，离婚率也都超过 30% (当年离婚对数与结婚对数之比)。调查显示，“80 后”成为离婚主力军，冲动任性离婚、逃避责任离婚等草率对待婚姻的现象大量存在，而问题婚姻往往给家庭、社会带来不同程度的伤痛和危害，特别是成为未成年孩子心灵上不可承受之重。(综合新京报、华西都市报、大河报、金羊网、扬子晚报)

## 美国同性婚姻案背后的理念冲突

2015 年 07 月 08 日 上海法治报 作者：马汉

轰动全球的 Obergefell v. Hodges 案判决是美国宪政史上又一个里程碑式的判例。但是，尽管它所涉及的同性婚姻合法性问题是社会广泛关注的焦点，它在法律上的争议焦点并不是同性婚姻，而是民主制度。

许多人把这一判例理解为五个自由派大法官支持同性恋，四个保守派大法官反对同性恋，于是开明战胜了守旧，

同性婚姻获得了胜利。其实并不是这样。

保守派的大法官们并不排斥同性婚姻，他们之所以反对多数派的判决，并不是因为他们反对同性恋，而是因为他们认为这一判决违背了美国民主制度的基本精神。Roberts 大法官在其异议意见中说道，他的异议所讨论的并不是“婚姻是否应当包括同性之间的结合”，他讨论的是，“婚姻是否应当包括同性之间的结合”应当由谁来决定？是应当由人民通过民主选举产生的民意代表以立法的方式决定，还是应当由这个法庭里的五个非民选的律师（指五位多数派大法官）通过判决来决定？多数派给出的答案是后者，而少数派的答案则是前者。

要理解这一争议的内涵，就必须理解 Obergefell 中适用的法律条文——《宪法第十四修正案》，以及与这一修正案相关的一系列贯穿美国历史的影响深远的案例。

Obergefell 的事实非常简单，密歇根州、肯塔基州、俄亥俄州和田纳西州的法律均将“婚姻”定义为“一个男人和一个女人”的结合，十四对同性恋认为这些法律违反《宪法》，遂诉到最高法院，请求法院判决该等法律无效。申诉人所援引的法律正是赫赫有名的《宪法第十四修正案》中的“正当程序条款”，它规定，“非经正当法律程序，不得剥夺任何人的生命、自由或财产。”

从文义上看，正当程序条款是一种程序上的要求。例如，如果一州公布法律限制当事人提交证据或传召证人的权利，那么这一法律很可能被认定为违反正当程序。但是，从十九世纪中期开始，最高法院逐渐将该条款的范围从程序规范扩展到实体规范。自由派大法官们将正当程序条款理解为包含“程序权利”和“实体权利”两个方面，并通过扩张解释条文中“自由”一词的内涵，认定正当程序条款保护公民的某些“基本权利”。在宪政史的长河中，被纳入基本权利的公民权利有：以父母认为适当的方式教育子女的权利、使用避孕措施的权利、堕胎权、与同性实施性行为的权利等等。

本案中，申诉人主张同性婚姻正是这种基本权利之一，州法不正当地限制了这种基本权利，因此违宪。多数派法官的判决支持了这一主张，认可同性婚姻确实属于基本权利之一。

然而，这一逻辑正是保守派法官所担心的。事实上，自从自由派法官创设基本权利时起，保守派就始终采取反对态度。因为，上面提到的基本权利，没有一项是正当程序条款（或是《宪法》的其它任何条文）中明文规定的。《宪法第十修正案》明确规定，“宪法未授予合众国、也未禁止各州行使的权力应由各州或其人民保留。”

因此，如果宪法没有明文禁止各州实施某一种行为，这就意味着宪法认为各州有权自行决定是否实施这一种行为；而婚姻家庭关系历来被认为是保留给各州的权力之一。因此，少数派法官认为，自由派法官强行将“自由”理解为包含“同性婚姻的自由”，并进而认定州法禁止同性结婚构成对这种自由的干涉，法院的这一行为实质上侵犯了保留给各州和人民的权力。法院是在创设法律，而非解释法律；而作为一个非民选的机构，法院是没有立法权的。

Roberts 等大法官认为，如果一州的公民对“州法是否应当限制同性婚姻”存在争议，那么，不论哪一方，都应当有权对此充分发表观点，并有权通过民主选举选出代表，修改或保留相关法律。这是民主的基本精神。但是，最高法院的判决，却用五个非民选律师对自由的理解，剥夺了合众国全体人民以其自由意志决定这一事项的权力，这伤害了民主制度的根基。

因此，谁有权决定同性婚姻的合法性，是法院抑或是各州？这一问题才是本案的真正争议所在。它所讨论的并不仅仅是同性婚姻本身，而是司法权与立法权之间的分界、联邦政府与州政府之间的制衡。

多数派认为，法院有充分的解释《宪法》的权力，且《宪法》的解释可以随时代之不同而与时俱进；少数派则认为，解释宪法的权力必须严格加以限制，通过修订法律的方式接受或拒绝对《宪法》的新理解，是人民和各州不容侵犯的权力，司法分支不能加以干涉。多数派认为，自由意味着政府有义务向人们提供某些根本性的利益，而州政府在法律上认可同性婚姻正是其中一种根本利益；少数派则认为，自由从未被赋予这样的含义，它仅是指人民享有免于政府干涉的权利，因而政府未能给予人民特定的利益，不能视为对自由的侵犯。

这两种观点并不存在对错之分。它们代表着宪法原旨主义和宪法实用主义长久以来针锋相对的矛盾，代表着保守主义与自由主义两种政治哲学流派源远流长的历史。

最终，它在今天以 Obergefell 的形式来到了我们的眼前。然而 Obergefell 既不是开始也不会是结束。随着社会变革的不断推进，必将有新的案例寻求法院再度创设新的基本权利，那时，相同的对手们又会以另一种身份走上舞台，再次一较高下。

中国离婚率连续 12 年递增

## 离婚高发能怪罪“陌陌”吗？

2015 年 07 月 06 日 北京晨报

据媒体报道，民政部发布《2014 年社会服务发展统计公报》，2014 年全国共依法办理离婚登记 363.7 万对。数据显示，2003 年以来，我国离婚率已连续 12 年呈递增状态。北京市离婚登记办理数量也连续 12 年递增，去年以 5.5 万余对“领跑”全国各大城市。专家称微信、陌陌成婚姻新杀手。

反对

社交工具是外因

不错，微信、陌陌等广泛运用，让许多中青年夫妻知道“外面的世界很精彩”，将聊得来的网友引为“知音”。

这显然会诱拐一些人发生“网恋”，成了传统婚姻的“新杀手”。但社交工具只是婚姻变异的外因，而让婚姻走向死亡的依然是内因，婚姻基础塌陷，才导致分崩离析。

人们的爱情伦理观正发生着错位和扭曲。一些男女见异思迁，喜新厌旧，视离婚为儿戏，把婚姻当跳板，所缺乏的恰恰是责任和担当。以至于将财富多寡当成婚姻基础，傍大款，嫁土豪成了一种时髦。追逐婚外情的人，则把纵情肉欲当作某种人生佳境，先前的婚誓则成了欲望的紧箍咒。要拯救日益破碎的婚姻，必须重建社会的爱情观、家庭观和道德伦理观。除此之外，则别无拯救。（刘效仁）

提醒

不要“道德捆绑”

在经济市场化、人口流动化的当下，离婚率递增，显然不能简单地归咎于微信、陌陌等社交工具。离婚作为一个社会现象乃至社会问题，是经济因素、文化因素和社会因素共同挤压的结果，最终导致婚姻上演“变形记”。

在婚姻进入的问题上，一旦融入了太多的功利和算计，也就在无形之中给婚姻留下了安全隐患。物质的丰盈和精神上的贫困一旦联手，就很容易滑向欲望的深渊。在“快餐文化”大行其道的当下，婚姻“麦当劳化”在所难免，一些人的婚姻难免会生病甚至走向死亡。对于那些经过理性选择离婚的人们，我们要多一些理解和尊重，如果先入为主的标签化和“污名化”，通常会让离婚者陷入边缘化境地。（杨朝清）

理解

“小确幸”增多

尽管离婚率连续12年递增，363.7万的数字接近发达国家，看上去似乎叫人触目惊心，但这些人的选择并没伤害他人和社会，不用置喙。

一则，《婚姻登记条例》简化离婚手续。二则，女权意识的增加。三则，社会转型引发人口流动，家庭关系受冲击，情感凝聚力降低，人们容易“婚”也容易“离”。人们变得更加自我了，都愿意追求身边小而确定的幸福。其表现就是，喜欢多元化的生活价值，追求物质化的生活欲望。具体到婚姻，若能带来幸福，人们就会选择维系，若是徒惹烦恼，为了重新追求幸福，必然选择离婚。也就是说，离婚是人们经过“计算”的理性选择，是为了更好地保证个人的“小确幸”（微小而确实的幸福）。对最终选择分手的伴侣，我们应送上诚意的祝福，做一个温情的路人甲就够了。（赵查理）

延伸

物质绑架婚姻

“我十多年来义务帮人介绍对象，介绍过的人绝对超过500对，但成功的只有一对。”长安大学雁塔校区62岁的岳勇老师感慨：“现在的人面对婚姻太在意眼前的物质利益了，哪里是谈婚论嫁？怎么会有幸福满意的婚姻呢？”

如果“靠工资买房子是扯淡”；今天买不起房子，明天可能更买不起；青年人亲眼目睹他们的长辈、师兄师姐被“物质”折磨，为钱所累的残酷情形，那么他们若不想“物质”一点，或许自己都不答应。择偶“太物质”，本质是社会分配、社会公平范畴的问题，仅依靠经济发展、社会财富积累不可能从根本上解决这些问题，反而有可能随着财富的积累而加剧。唯有调整社会分配制度，在民主法制的轨道上推进社会公平进程，阶层固化等社会问题逐渐消失，人们才可能摆脱物质绑架，择偶观也会重归“面包+浪漫”。（马涤明）

三言两语

你偷桃子，还怨种桃子的人和桃子。——胡天

夫妻互相包容欠缺是离婚率增高的内在原因。奇形怪状的婚姻格式和歪理谬论是离婚率升高的外在原因。我国的婚姻乱象必须通过修法加以解决。——李尘

没有发自内心的情、义、信仰，人类自己将自己打入现实中的十八层地狱。——仇元一

目前的社会节奏和社会形态，家庭幸福将会日渐变成一种奢侈品。

——孙海

是坏事？不是；是好事？也难说；是不成熟的表现？不是；是成熟过头了？也难说；是社会进步了？有点；是社会退步了，不可能。只是将来单亲家庭会越来越多了。

——葛小勇

我们处在巨大深刻社会变革、融入经济全球化的时期，会有很多意想不到的事情出来。要用新思维认识与适应它，不要什么事情都大惊小怪。不畏变。

——李煜

## 离婚既不要轻率糊涂也不要“道德捆绑”

2015年7月7日 中国妇女报 作者 杨朝清

近日，民政部发布《2014年社会服务发展统计公报》，2014年全国共依法办理离婚登记363.7万对。数据显示，2003年以来，我国离婚率已连续12年呈递增状态。（7月5日《新京报》）

从法律上看，离婚意味着一种契约关系的解除；从社会学上看，离婚意味着一个家庭生活共同体的解体。在经济市场化、人口流动化的当下，离婚率递增，显然不能简单地归咎于微信、陌陌等社交工具。离婚作为一个社会现象乃至社会问题，是经济因素、文化因素和社会因素共同挤压的结果，最终导致婚姻上演“变形记”。

伴随着社会原子化、利益碎片化和人际关系化，一些人越来越注重婚姻的利益变现。在婚姻进入的问题上，一旦融入了太多的功利和算计，也就在无形之中给婚姻留下了安全隐患。物质的丰盈和精神上的贫困一旦联手，就很容易滑向欲望的深渊。由利益博弈引发的家庭悲剧，在日常生活中屡见不鲜，成为现代婚姻的一大杀手。

法国作家司汤达曾说，“只要一轻率，人就会犯糊涂”。“80后”“90后”高离婚率的背后，也有着两代人不同的爱与痛。一方面，在“父母心”的驱使下，家长们千方百计地为孩子们婚姻进入提供种种便利，甚至会“越俎代庖”；另一方面，父母包管得太多，让许多经济上和精神上都难以自主的年轻人，缺乏对婚姻的文化认同和价值追求，将离婚当成儿戏；更有甚者，将离婚当成无聊的武器，用来伤害父母。

在“快餐文化”大行其道的当下，婚姻“麦当劳化”在所难免，闪婚、闪离就是鲜活的例子。不论是价值观念的分歧，还是生活方式的冲突，抑或情感商品化下的消费纠纷，快餐化导致婚姻进入和退出的速度大为提高，婚姻的牢固系数却大为降低——如果缺乏坚实的情感基础，如果缺乏良性互动这一润滑剂和黏合剂，婚姻难免会“生病”甚至走向消亡。

离婚“牵一发而动全身”，需要审慎对待，每一个成年人都需要塑造一个成熟的婚姻观；然而，这并不意味着要给离婚戴上沉重的“道德枷锁”。对于那些经过理性选择离婚的人们，我们要多一些理解和尊重，而不是戴上“有色眼镜”，对他们进行“恶意的揣测”，断定他们在性格、能力、社会交往上存在不足与缺陷。这样先入为主的标签化和“污名化”，通常会让离婚者陷入边缘化境地。

在一个利益主体多元化、价值观念多样化的时代里，我们一方面要提升婚姻的价值追求和文化认同、塑造一个理性的婚姻观；另一方面，也要以“异质思维”来面对离婚者。说到底，离婚不仅是一种法律契约的结束，也是一段新生活的开始。二者相生相伴，不可偏废。

### 包办离婚：你的婚姻谁做主

2015年7月7日 中国妇女报 作者 钱岳/编译

译者说：

现在很多新闻报道称，“80后”的离婚率高。目前，笔者没有确切的数据，所以不敢妄下论断。但是，伴随着对“80后”离婚率一路走高的新闻报道，“包办离婚”也受到越来越多人的关注。

“包办离婚”，是指“80后”父母过多介入子女的生活，从而成为子女离婚的导火索，甚至父母高度参与“80后”子女的离婚过程。有媒体总结，在“80后”小夫妻的离婚纠纷中，父母有“包做主”“包要价”“包养育”的三包政策。

本期介绍的文章是美国加州大学洛杉矶分校人类学教授阎云翔2015年发表在国际社会科学期刊上的论文《包办离婚和中国城市青年的个人主义》，讨论中国“80后”的个人主义思想与父母包办离婚的关系。以下是文章的内容摘要：

首先，父母在“包办离婚”中的重要角色，究竟体现在哪些方面呢？

干涉“80后”夫妻的日常生活，尤其如果“80后”夫妻与父母同住时。《余姚晚报》曾经刊登一个真实案例：张某和戚某均为1985年出生。张某在离婚起诉书中称，自己的婆婆干涉他们夫妻生活过多，经常不敲门进入他们的卧室，有时候还睡在夫妻俩的卧室内，侵犯了夫妻的隐私，严重影响了双方的日常生活。戚某则称因其生病不能受凉，母亲经常进入甚至睡在他们的卧室是因为要给他盖被子。张某认为婆婆干涉过多，戚某则认为母亲是一片好心，最终谁也不能说服谁，只能离婚。

父母高度介入子女的婚姻矛盾中。《天津晚报》曾采访一位主办离婚案的律师，律师说：“以前办离婚的案子，当事人找律师，没有爹妈跟着的，爹妈嫌丢人，躲得远远的，顶多有个朋友跟着来。如今不得了，年轻人打离婚官司，不管男女，爹妈全跟着，甚至还有七姑八姨。在闹离婚的过程中，双方亲属参与的越来越多，或是娘家人把姑爷一方给打了，或是婆家人把儿媳连其父母给揍了，最后变成了两个家族之间的战争，一个离婚案扯出好几个民事纠纷案。”

双方父母在子女离婚过程中，为分割财产、争夺孩子抚养权争吵不休。有新闻报道称：“张溪和张雷二人婚后育有一子，因二人年纪尚小，均无工作，借住朋友家。孩子一直由张溪的父母抚养。后二人感情破裂，均同意离婚。双方原协议，因孩子一直与张溪的父母居住，故由他们继续抚养。张雷的父母得到消息，到张溪家索要孩子，称张雷三代单传，一定得要回孩子。如果不同意孩子由张雷抚养，张雷将不同意离婚。张溪无奈起诉离婚并要求确定孩子的抚养权。庭审调解过程中，张溪和张雷坐在一边埋头睡觉，两方老人为争夺孙子的抚养权吵闹不休。”

那么，这种“包办离婚”的兴起，是对传统的回归吗？

研究者认为，这种包办离婚的兴起，恰恰体现的是一种新的个人主义的发展，而不是对传统习俗比如“包办婚姻”的回归。

“80后”面临很有意思的状况——

一方面，包办婚姻在1950年颁布的婚姻法里就被禁止了。随着改革开放的深入，再加上西方个人主义价值观在中国的传播，“我的婚姻我做主”几乎应该是理所当然的事情。

而另一方面，大部分的“80后”都是独生子女，往往和父母建立了很亲密的关系。从择校、找工作到找对象，再到结婚时买车、买房，“80后”几乎都要依靠父母的支持。尤其婚姻大事，得到父母的认可几乎是先决条件。

那么，为什么说，如今的包办离婚，不同于以往的包办婚姻？

包办婚姻，强调的是，父母替子女决定什么时候结婚、与谁结婚，这背后最大的动机是把婚姻作为繁衍后代的合法化场所，通过包办婚姻达到延续家族血脉的目的。而包办离婚的动机，不是基于整个家族的考虑，而是父母希望通过他们的力量去保护他们唯一的宝贝孩子的利益。

婆媳关系难处从来不是什么新鲜事。但是，女方因为婆媳关系不和而提出离婚，却不是旧社会经常发生的事。2003年到2010年中国法院记录在案的离婚申请中，有75%都是女方主动提出的。女性经济独立、社会地位提高，自然是重要原因。同时，在独生子女一代中，嫁出去的女儿再也不是泼出去的水。所以，当媳妇和婆婆发生矛盾时，当男方碌碌无为、不做家务、沉迷游戏、吸烟赌博时，女方的父母很快就会卷入其中去保护他们的女儿。

从孩子的角度来说，当他们要结婚却无力负担房子、车子时，当他们的婚姻出现矛盾时，或者当他们没法“好聚好散”时，往往是孩子最容易找父母的时候。

所以，孩子依赖父母以及同意父母高度参与到他们的结婚、离婚的决策中，往往不是出于孝顺的考虑，而是体现了一种自我中心主义，换句话说，他们渴望最大化自己的权利和收益，但是又逃避责任和义务。找父母打点一切或者替他们收拾烂摊子，往往是他们操心少、信得过的选择。

所以，“80后”在精神上、物质上依赖父母，寻求父母的保护和资助，可以说是他们为了实现生活目标，而做出的一种个人选择。

“80后”是在改革开放下成长起来的一代人。是第一代的独生子女。是受西方文化影响，标榜创新和自由的一代人。那么，什么是自由？

“80后”小说女作家春树登上了2004年《时代周刊》（亚洲版）的封面，她说：“我们期冀着真正的自由，去我们想去的地方，做我们想做的工作，交我们想交的朋友。”

春树的回答自然不能代表所有的“80后”，但是这种对于自由的理解，完全没有提到民主、独立、平等这些“个人主义”中对自由的核心定义。

因此，“80后”所谓的自由，似乎是一种缺乏精神和经济独立的新个人主义。包办离婚，裹着传统的壳，却是这种“新个人主义”的产物。

## 过半受访者 离婚率高不怪社交软件

2015年07月11日 新京报

近日，民政部发布《2014年社会服务发展统计公报》，数据显示，2003年以来，我国离婚率已连续12年呈递增状态。专家指出，“当夫妻关系出现问题时，微信、陌陌等社交软件，会变为婚姻的‘新杀手’”。这引发了不少人的热议。公众对此怎么看？本期“京报调查”（新京报与清研智库联合推出）就此展开调查。

### ■ 旁边评论

离婚率飙高社交软件难当其责

继“高房价成婚姻杀手”的说法流行一时之后，“婚姻杀手”的“桂冠”又落在了以微信以及陌陌等为首的社交软件头上。这样的论断乍一看不禁让人感叹现在的婚姻似乎脆弱如纸。而在本期“京报调查”中，超过一半的受访者认为，社交软件只是一种沟通工具，离婚还是因为婚姻本身存在问题。

且不说不是所有的离婚都是婚外情造成的，就算是出轨，玩个社交软件就能出轨的婚姻对象，其本质与社交软件并没有直接关系。可想而知，在这种似是而非的逻辑下，前有高房价，现有社交软件，以后还有更多的新生事物“躺枪”，络绎不绝地成为婚姻“新杀手”，而且离婚率飙高也并不值得大惊小怪，婚姻观念的更新让越来越多的人并不乐于困在名存实亡的婚姻里。在一个没有媒妁之言，没有从一而终的时代里，能为自己的人生负责，为自己的选择负责，足矣。新京报评论员 阿曼

## 李银河：儿童性行为多大才可能“自愿”？

2015年7月11日 来源：谈性说爱 李银河

日前，全国人大常委会公布了刑法修正案（草案），此前全国人大常委会副委员长沈跃跃和多名委员取消嫖宿幼女罪的建议冰未被二审稿采纳。关于这个话题，可以重温李银河老师在本网的专栏旧文《儿童性行为多大才可能“自愿”》。

最高法院对涉及幼女的性犯罪作出了一个新的司法解释。过去，无论是什么情节，只要与14岁以下少女发生性行为，就是犯罪。而新的司法解释规定，如果对于当事人对于另一方是14岁以下并不知情，如果双方自愿，如果情节和后果不严重，不认定为犯罪。

这一司法解释的起因据说是在一个案例中，一位12岁的女性当事人身高1米6，体重120斤，对8位与她发生性关系的男性隐瞒了岁数。在警方逮捕了这些男性之后，向上级请示处理意见，最高法院作出了上述司法解释。

在世界各国对涉及儿童的性犯罪的规定中，一个重要的因素是关于“自愿年龄线”（age of consent）的规定，即儿童被法律认为有决定自己行为的能力的年龄，低于这个年龄，即使儿童自己承认是自愿的行为，法律也不认为它是出于儿童的意愿，因为低于这一年龄线的儿童被法律认定为尚无决定自己行为的能力。与低于自愿年龄线的少儿发生的性关系，无论当事人是否自愿，都视为“奸淫”。这个自愿年龄线各国不同，有的16岁，有的21岁，我国的自愿年龄线是比较低的：14岁。这也许只是历史和文化因素造成的，但是它似乎也表明，我国的法律更尊重



儿童作为性主体的权利，而不是把他们仅仅当作随时会陷入危险境地的潜在受害者。这一点很重要，在立法思想上比许多西方国家更先进，是值得我们骄傲的。

目前在西方，出现了关于是否应当废除自愿年龄线规定的讨论。这一提议的理论依据是：承认儿童是有独立意志的性行为主体，而不仅仅是性行为的客体或受害者。如果儿童了解到，他们的身体和性是属于他们自己的，应当由他们自己来控制，性不是受禁止的或肮脏的，那么当他们想要接受他们希望的行为和拒绝他们不希望的行为时就会更加自信。在真正受侵犯和受虐待的情况下，那些没有被告知性是羞耻的儿童会更容易揭发此类行为，以利于此类问题的解决。主张废除自愿年龄线的人们认为，关于自愿年龄线的法律不仅不能保护儿童，而且会起到相反的作用。因为尽管设立了这一法律，虐待儿童的事还是在发生，结果自愿年龄法的基本作用反倒成了惩罚那些真正出于儿童自愿的行为。

16岁是英国法定的自愿年龄线。在1991年，英国家庭计划协会发现，有35%的女孩和46%的男孩说，他们在16岁前有过性交。这一高比例还不包括同性关系和非性交类性活动。根据这一统计资料，的确不可能再认为，不到16岁的青少年对性必定是无知的和不感兴趣的。因此有的学者提出：自愿年龄法不承认儿童可以成为性行为主体，因而是错误的。儿童的性表达方式诚然可能会与成年人不同，但他们有时确实有性的需要，无论有没有社会的批准，他们还是会发现他们自己的表达方式。法律试图限制这一行为究竟想达到什么目的呢？我们可能会使他们感到有罪，会影响他们有效地避孕和预防性病，却不能服务于他们的需要。

福柯也是主张废除自愿年龄法的，他认为，自愿年龄法的前提是：必须保护儿童不受自身欲望的侵害，甚至当他的欲望是指向成人时也如此。他指出：“在任何情况下，由法律规定年龄界线是无用的。当儿童说他是或不是遭到暴力侵害时，应当相信他所说的话。……确实有10岁的儿童主动投入成人怀抱的情况，确实有些儿童是自愿的，他们喜欢这样做，难道没有这种情况？……我想这样说：从儿童不再拒绝的一刻开始，就没有理由去惩罚任何行了。”

在应不应当废除自愿年龄法的问题上，最重要的原则是要尊重儿童作为性主体的权利。与把儿童性行为的自愿年龄线定在16岁、18岁甚至21岁的国家相比，我们国家的法律比较尊重儿童的人身权利和性权利。最高法院的司法解释使我们的法律进一步改善了。但是我们的立法思想还远未达到取消自愿年龄法的高度，这是我们的法律有待继续改良的地方。

## “离婚限号”，好心办了坏事

2015年07月11日 今日话题 闻嘉

导语 今日话题

中国式“限号”，离婚也来凑热闹。近日，有媒体报道，广州、西安等地一些民政局限号办离婚——每日排队领号牌办理离婚，排完不再办理。民政局称，此举是希望挽救盲目离婚家庭。离婚“限号”真的能够挽救婚姻吗？

“宁拆十座庙，不毁一桩婚”，限号离婚初衷可以理解

1、用限号给离婚申请者设置一道门槛，“挽救一些气头上冲动离婚的家庭”

中国近年离婚人数激增，这既是人们的切身感受，也是不断见诸于媒体的新闻。根据民政部发布的《2014年社会服务发展统计公报》，自2004年以来，中国离婚率连续10年递增；2012年全国粗离婚率为2.3%，比2011年增加0.2个百分点，首次超过结婚率增幅；2013年更攀升至2.7%，增幅再次跑赢结婚率。而其中，不少是因一时冲动而离婚。在苏州、沈阳、重庆等地都有鲜明的数据，以苏州为例，根据苏州市民政局发布的数据，2014年苏州“冲动型离婚”数量占总离婚人数的比例已超过了1/3。

民政部公布的离婚率

在此背景下，民政部门实行“限号离婚”政策，按西安长安区民政局婚姻登记处主任蔺文辉所说，“是希望挽救一些气头上冲动离婚的家庭”。通过给离婚申请者设置一道门槛，留下缓冲时间，可以使一时冲动的申请人，有机会重新权衡一下究竟是离还是不离。应该说，婚姻登记处“离婚限号”的初衷并没有恶意。中国素来讲究夫妻恩爱、家庭和睦，“宁拆十座庙，不毁一桩婚”。不到非离不可的时候都是息事宁人、劝和不劝散。再加上离婚人数众多，婚姻登记处确实会出现人手紧张的情况。

但该做法违法，也不能挽救婚姻，还易误伤真正不幸者

1、“离婚限号”的挽救功能并不科学，难以踩住离婚率的刹车

那么，限号离婚真的能遏制冲动离婚、降低离婚率吗？

西安市长安区民政局从2012年3月起实行“限号离婚”制度，每天限定发号办理10至15起离婚申请，申请离婚者当天没能拿到号，则只能改天再来。根据从2012年实行当年，该区年离婚数就比2011年的1900多对，下降了140多对，2013年又比2012年下降40多对。长安区民政局婚姻登记处主任蔺文辉表示，“有的夫妻虽然排了号，最终有时间冷静思考，没来办理离婚。”

事实上，这样短期的数据并没有多少说服力。长安区民政局虽每日限定发10至15个号，但这样的限号不具甄别功能，并不区分申请者的具体情况。换言之，有些盲目冲动的离婚申请者很可能会“幸运”地在较短时间内获得“离婚号”。对于那些非冲动型离婚者，不管是感情确实破裂者还是争取利益的假离婚，“限号”起不了什么作用。它只是将相应工作量推后。从本质上来说，城市高离婚率的形成，是观念变化、现实环境与个人选择等多重因素的

结果，根本不是“限号”所能改变的。

## 2、容易误伤真正的围城不幸者，延长他们的痛苦

其实，除了部分因一时冲动去离婚的头脑发热者，更多申请离婚者，是围城中的不幸者。

促成他们离婚的原因，从民政部门、调研机构等发布的调查报告来看，主要为性格不合、婚外情、双方家庭矛盾、一方不尽家庭义务、家庭暴力等等。不管是上述哪种原因，申请离婚都是趋利避害的行为。比如“性格不合”的夫妻，永远针尖与麦芒相对，见面就是吵、吵、吵，这样的婚姻质量可想而知；而女性逃脱不负责任、有恶习和施加暴力的男性更是一种解脱与新的开始。

这些围城不幸者与对方就离婚达成了一致并非易事，有的离婚拉锯战一拖多年。好不容易等到对方同意离婚，共同到民政部门申请离婚时，却遭遇“限号离婚”。就媒体报道来看，各地“限号离婚”方法和长安区民政局大同小异，不区分申请者的具体情况，申请者是“中号”还是被“限号”具有偶然性。如此一来，这些围城不幸者极可能被误伤，不得不延时离婚，这自然会激发他们的怨气，延长他们的痛苦。再说，如果对方过段时间又不同意离婚，怎么办？毕竟，如果不涉及重大利益分割分歧，相比登记离婚，诉讼离婚要困难麻烦且高成本得多。

## 3、《婚姻法》有婚姻自由的规定，“限号”干涉当事人婚姻自由

《婚姻法》规定，男女双方自愿离婚的，准予离婚。双方必须到婚姻登记机关（民政局）申请离婚，婚姻登记机关查明双方确实是自愿并对子女和财产问题已有适当处理时，发给离婚证。政府也好、他人也罢，本身是无权干涉的。而且，办理有明确的时间限制，2003年《婚姻登记条例》明确规定，如果婚姻当事人的离婚申请符合协议离婚的有关规定，婚姻登记机关应当当场予以离婚登记，颁发离婚证。

“限号离婚”的做法，虽然说并没有拒绝办理离婚手续，却是在设置障碍、以行政的方式进行变相干涉（有地方就直言以限号来干预离婚的动机），这显然与法律关于婚姻自由的规定相悖。

民政局常常越权调解离婚。上图为北京西城区民政局用来调解离婚的“公益海报”

即使这样的限号设置视为一种“离婚调解法”，也是没有法律依据的。对于诉讼到法院的离婚案件，根据《婚姻法》的规定，应当进行调解。但到婚姻登记机关（民政局）申请离婚是基于双方自愿，婚姻登记机关可以进行提醒，如果行使调解职能则是越权。《婚姻登记条例》第4条与第19条对婚姻登记机构的职责、婚姻登记员的权限有详细规定，在这些职能界定中，婚姻登记机关并不具备调解离婚的职能，婚姻登记员也并不能做离婚调解。

减少冲动性离婚，真正的解决之道是进行制度设计

### 1、如何让离婚不再冲动，可学习其他国家和地区的冷静期制度

2003年颁布的《婚姻登记条例》取消了审批期的规定，这样一来，只要当事人双方自愿离婚，就可以结束婚姻关系。中国事实上变成了世界上离婚手续最简便、离婚最快捷的国家之一，离婚夫妇当场就可拿到离婚证。

中国是世界上离婚手续最简单的国家之一，常有“头天结婚隔天离婚”的案例

在国外，一般离婚都必须经过司法系统，而在许多国家的司法制度里，都以不同的形式和称谓在离婚程序中设计了冷静期或等候期制度。离婚法律程序中的等候期指当事人向官方提交离婚申请书起，到下达离婚判决所必须经过的法定期间，其目的在于给予双方当事人充分时间进行考虑，进行调解的活动，确定是否已不存在继续维持婚姻可能。等候期也能让双方当事人有充分时间处理离婚相关事宜。

加拿大法律规定，婚姻破裂而且分居达一年者，才准许办理离婚手续，除非已有既成的通奸或虐待证据。英国法律规定，婚姻当事人一方或双方作出离婚声明后，须经过9个月的反省与考虑期后，如果离婚申请人和当事人都认为婚姻无法维持，则准许离婚。美国的离婚程序中，各州对于等候期的规定有所不同，例如纽约州的等候期为40天、加州为6个月、印第安纳州为60天。

结语 今日话题

中国确实自古就有劝和不劝离的土壤。但行政机关如此“限号离婚”，明显有悖婚姻自由的法旨，甚至会给社会一种意识错觉：只要出于一番善意，就可以用道德来裹挟法律了。

## 若全面放开二胎有多少人愿意生？

2015年07月12日 天涯社区

全面二胎何时放开？卫计委计生基层指导司司长杨文庄今日表示，正按中央要求“抓紧推进”有关工作。这是近半年来卫计委官员第6次回应“全面二胎”问题。此前表态多为“没有时间表”，而这一最新回应则释放出积极信号。（南方都市报）

近年来，“二胎全面放开”的消息频频出现，无论是媒体曝出生育政策将在两年后继续迎来调整——全面放开二胎，还是卫计委的回应——暂无时间表，都引发了公众的强烈关注。前年“单独二胎”正式在全国实施时，国家卫生和计划生育委员会有数据称，“预计新政策推行后，每年将增加超过200万个新生儿”。去年11月12日是“单独二胎”政策公布一周年。截至当年8月，符合条件的1100万对夫妇当中，只有70万对提出申请，辽宁省近百万“单独夫妻”甚至百分之一愿生二胎。

如果说，目前“单独二胎”遇冷，不排除是因为一部分生育意愿还未被释放，可能在更长的时间内才能体现。那么，在这之前的2011年，上海社科院青少年研究所与上海市妇联儿童与家庭工作部曾针对市民的生育意愿所做的一项调查的结果或许能进一步说明问题：在2000名受访者中，近半数人表示会放弃生二胎的机会。那么，这个

结果为何与计生管理部门和专家的预测数据截然不同呢？

一个孩子，需要男女组建家庭，需要家庭有相当的经济实力，需要十月怀胎，才生得出来。而在好多人口学家眼里，生孩子似乎是很简单很容易的事，老怕生多了，却不知道现在生一个是多么难的事情！“奶粉贵、看病贵、入托贵、择校贵、买房贵”是一些人是否生二胎犹豫的原因。对于生二胎，经济问题是父母们最大的顾虑。

现在在城市里养个孩子，上个幼儿园每月学费少则一两千多则上万，更不用说奶粉钱，还有生病吃药等。普通人一个月挣多少？就算真是允许再生一个，两口子还不知道要怎么咬牙跺脚，才下得了决心！看看你们身边的那些年轻人，有的房贷每月要还五六千，有的甚至要还七八千。有的连自己的房子在哪、老婆是谁都还是个问号，你让他生二胎？一胎他还下不了决心呢！

如今高养育成本时代已经到来，年轻夫妇越来越趋向于晚婚晚育、少生优生。有人说，我们这代人已经太累了，再生两个孩子，养而不教，教而不善，结果是害人(孩子)害己，实在划不来。试想，不要说放开什么单独二胎，就是立即全面放开二胎，有多少夫妇会生二胎呢？就算立即全面放开生育，有多少夫妇会生三胎、四胎、五胎？生那么多，养得活吗？

好多人老以为农村生孩子多，去看看现在的农村除了少数老人外，大部分人不都是进城打工了吗？自从农民进城打工，农村人口大量涌入城市，农村生育率下降非常之快！一个农村女孩，15岁进城打工，到了25岁，她也不会生孩子。她连婚都没结，生得了吗？就算结了婚，两口子都在城市打工，居无定所，经济上也紧紧巴巴，会那么轻易地要孩子吗？中国人口流动大潮，大大降低了生育率，这么明显的事实，专家们就是装作看不见。

放眼世界，历史上韩国在1962年开始提倡一对夫妇生育两个孩子，随着经济的发展，生育率不断下降。韩国政府于1996年取消控制人口出生政策，随后出台鼓励生育的政策。然而生育率却不升反降，2005年降低到1.08的极度危险水平。20世纪60年代，新加坡政府曾提倡“两个就够了”，全国生育率急剧下降，80年代时政策取消，并采取政策鼓励国人多生，然而生育率却依然降到了1.1左右。

而且，发展水平落后于中国的越南和泰国，其生育率在没有严厉的限制政策下也降到了1.8甚至更低。更令人触目惊心的是，从2014至2024年，中国23至28岁的生育旺盛期女性数量将从7387万降至4116万。这意味着，即使10年内生育率提升50%，年出生人口的崩塌也难以避免。在如此低的生育率下，真正要担心的不是全面放开生育后新生婴儿的大幅反弹，而是即使放开，年出生人数还是雪崩式坍塌。

最重要的是，不应该把孩子增加当成洪水猛兽。因为一个婴儿生下来，直到20岁前，他是个单纯的消费者，要吃奶，要吃饭，还要拉屎撒尿；要读书，要上学，还要开运动会。天天都在消费，而一天都不会就业。他那么多的消费，会拉动多少就业？在西方国家，婴儿潮都被当成社会福祉，因为大多数国家都明白，孩子是最珍贵的资源。自然资源可从市场上购买，唯有本民族的孩子需要自己生育和培养。

当1980年中国启动“计划生育”时，曾有一封公开信，信中这样写到：“有些同志担心，一对夫妇只生育一个孩子，将来会出现一些新的问题：例如人口的平均年龄老化，劳动力不足，男性数目会多过女性，一对青年夫妇供养的老人会增加”……30年过去了，这些曾经被认为“因为误解”或者“可以解决”的担心，正一一成为现实，而且日渐严重。

中国的生育率低于更替水平已超过20年，真正需要担心的不是放开后出生人数的短暂反弹，而是由于生育旺盛期的女性数量将急剧萎缩。因此，应该趁着现在生育旺盛期女性数量还未大量锐减，立即完全放开生育并尽早鼓励生育。如果错过目前这个缓解中国低生育率危机的最后一次机会，中国的未来人口的严重老龄化和急剧萎缩将更加回天无力。更不用说，每耽搁一天就有数万女性失去生育能力，这将给他们中很多人造成终生遗憾，其中很大比例最终会沦为失独母亲。

## 夫妻为子女学业“演戏”：高考结束现离婚潮

2015年07月14日 中国妇女报

2015年高考结束后，多地出现离婚潮，工作人员称等待离婚的人比往日多，广州离婚还实行了“限号”措施。有心理专家和婚姻专家至今已经收到了30起相关求助。

有数据显示，从2009年开始，辽宁、湖南、青海、天津、重庆、山东、浙江和河南等地，和每年高考前20天相比，高考结束之后的20天内法院受理的离婚案数量都会有较大增幅。从6月至9月，婚姻登记处登记离婚的案件都会突增。

据媒体报道，在湖南长沙五城区，高考进行的当周和高考后一周的离婚数字分别为247对和493对，后者比前者多了近一倍。报道称，夫妇离婚的原因大多是感情不和，“可以不用为孩子继续勉强撑下去了。”

《武汉晨报》则以两个例子描述了这种现象。王萍（化名）的丈夫在6年前出轨，5年前“小三”抱着儿子找上门来。王萍于是和丈夫协议离婚，但正在读初二的女儿得知后拒绝读书。为了女儿，两个人于2010年私下签署了离婚协议，但在女儿面前依然做好父母亲的角色，一瞒就是5年。由于女儿平日住校，周末才回家，于是王萍和前夫就商量平时各过各的，周末才回家“演戏”。等女儿终于完成高考，分数有600多分，他们才向女儿通报了离婚一事。

报道称，但也有一些子女是充当劝离一方的。一位考生的母亲经常被丈夫虐待，但担心影响女儿高考所以没有选择离婚。一次，女儿无意中得知父亲对母亲实施家暴的事实后，劝母亲离婚。高考分数出来后，女儿还主动帮母

亲收集遭受家暴的证据。

心理咨询专家表示，之所以出现高考后“离婚小高潮”，原因是夫妇二人虽然已经有了离婚的想法，但为了避免影响正在准备高考的子女，于是“忍到”高考之后，才正式向儿女宣布离婚。

### 取消“你妈是你妈”类证明并不难

2015年07月15日 新京报

社论

地方取消“你妈是你妈”类证明，没那么难。在明确哪些证明是非必要的该取消，哪些可以合并时，在制定相关清单与改革时间表时，可考虑由省市县区直属单位负责统一协调，避免部门间各自为政造成的行政壁垒。

“奇葩证明”现象前不久屡被聚焦。在此背景下，一则新闻受到了舆论关注：河北衡水市公安局13日透露，该局目前已出台规定，依法不再出具“健在证明”、“亲属关系证明”等10种证明材料，以解决类似“你妈是你妈”的荒唐证明和证明过滥问题。这也是河北省公安机关首次出台此类规定。

衡水市能一次性取消10种被坊间称作“奇葩”的证明，既是种制度化做“减法”，也说明了，那些困扰民众的诸多繁缛证明取消并没那么难：实质上，这些证明基本上都可以经由其他路径核实，而非必须由当事人提供。各地完全可以将这些非必要的证明尽早砍掉。

但就目前来看，像衡水这样以制度化路径，积极推动取消“奇葩证明”的地方并不多。尽管在李克强总理屡次痛斥后，国务院在清理面向公民的非行政许可审批，而公安部也启动身份证“一卡通”数据平台建设计划等，但在自上而下推动改革的过程中，地方呼应的力度跟民众预期仍有距离。此前媒体就报道，一直以来，在市县“土政策”牵掣下，非行政许可事项向下逐级增设是常态，在这些许可的清理上，地市和县区完成清理的比率又较低，导致市县一级“奇葩证明”尾大不掉。

在此情境下，取消“奇葩证明”，不能只是国务院、部委等发力，地方也应积极跟进、主动作为，甚至先行先试，以切实的制度化举措呼应“简政放权”要求，而不一定非要等上边推一推下边才动一动。

还应看到，衡水市取消的10种证明，是由当地公安部门推动的，这些证明也属于公安的职权范畴。可如当地公安部门所言，现实生活中那些名目繁多的证明，相当一部分或者不必要，或者不在公安职权范围内。也就是说，涉事公安部门取消了其要求出具的证明，不等于其他部门的各类证明也能一同取消。很多人就担心：衡水公安部门不再出具这10种证明材料后，民众去其他地方、部门办事时，还需要其中的某些证明。结果，反而制造了更多麻烦。

因而，“奇葩证明”的取缔，靠某个部门单方行动是不够的，而必须加大部门之间的协调联动，在地方政府深化改革的大盘子里统筹协调、一体推进。毕竟，在盘根错节的行政权力架构中，部门间也常常存在利益博弈。基于此，在明确哪些证明是非必要的该取消，哪些可以合并时，在制定相关清单与改革时间表时，可考虑由省市县区直属单位负责统一协调，避免部门间各自为政造成的行政壁垒。而剥离“奇葩证明”，本身也有赖于部门信息的互联互通，相互核实、印证，在这方面，各地也应结合“智慧城市”建设，建立起信息共享的大数据平台。

说到底，衡水相关做法已昭示了，地方层面主动取消“你妈是你妈”类证明不难，这既需要地方在压力传递机制下，积极采取措施去取消“奇葩证明”，也需要相关职能部门之间打通信息壁垒，而非哪个部门单兵突进。

### 全面放开二孩，可行性到底有多大

2015年07月15日 中青舆情监测室 朱昌俊

超低的出生率和年轻人越来越多地离去，使东北地区出现了日趋严重的老龄化现象。工厂周边的饭馆不断关闭，医院产科护士也愈发清闲。东北地区的人口危机或为全中国拉响警报。在此背景下，7月12日国家卫计委针对全面放开二孩的呼吁，首次透露目前正在抓紧制定相关规定。这也是卫计委首次就全面放开二孩政策作出正面回应。（新华网7月14日）

去年10月，针对有媒体报道“中国可能在两年左右向所有夫妇放开二胎政策”，国家卫计委回应，目前暂无全面放开生育二胎的时间表。到了今年3月，全国两会政府工作报告中，并未出现延续多年的“坚持计划生育基本国策不动摇”表述，被外界解读为政府在人口政策上的“谨慎和态度微妙改变”。时隔四个月后，国家卫计委明确表示，正在抓紧制定相关规定。高层和部门态度的频密转换，说明应对人口发展现状的政策调整步伐，正呈现加快趋势。

这与老龄化加剧、低生育率突出的人口现状，和社会各界对生育政策调整的呼吁，形成呼应。近年来，围绕何时全面放开二孩，媒体、公众、学界和相关部门之间，多有互动。媒体特别关注了“计生红旗县”江苏省如东县和东北的人口状况，并描述了由之产生的社会影响，为计生政策调整提供了来自一线的依据。与此同时，学界对全面放开二孩的呼吁，也出现加急之势。这些都为谋求人口政策调整的共识，打下了基础。在全面放开二孩政策的制定上，理应把握好并促成更大层面的互动与讨论。

人口发展形势与经济发展新常态的重叠，进一步凸显了人口红利的重要性和人口的结构性矛盾。而单独二孩政策的实施，在一定程度上起到了试探和过渡的作用。从效果反馈看，民众真实的生育意愿与政策目标已然存在出入，这说明此前的政策制定，对于民众生育意愿的判断有高估之嫌。在全面放开二孩的决策考量中，应尽量吸取这一教训，既要保持审慎，又要准确对接人口发展的现实，方能实现政策红利的最大化。

无论从国外经验，还是从本国人口现状出发，生育政策更开放，已是大势所趋。不同的是，在具体调整时间和尺度上仍存在分歧。如何拿捏好“尺度”，考验的是决策层对于人口发展形势的研判能力。需要注意的是，鉴于人口发展的滞后性，对于人口形势的预判，既要充分回应当下人口问题，也要具备足够的前瞻性，为长远的人口结构优化留足余地，才是对人口发展规律的最大尊重。

直面人口发展规律，才能确保政策制定的科学性。何时全面放开二孩，事关人口发展全局和社会整体运行，必须戮力回到纯粹的科学探讨上来，排除不必要的干扰。事实上，人口政策的及早调整，对于计生部门的转型、更好回归公共服务者角色，同样大有裨益。

目前对于人口政策的考量，无论是激进还是保守，不少都停留在人口因素对于经济的影响之上。事实上，对国民生育权利的尊重，同样应该作为生育政策调整加以权衡的项目。它能起到的正向作用，相较于单纯的经济利好，应有更大的溢出效应。这应成为政策调整的另一源动力。

## 广州离婚登记“限号” 最长等待1个月 离婚“限号”该叫好还是叫停？

2015年07月15日 上海法治报

据《广州日报》报道，近期，广州市民想在天河区办理离婚，至少要等上一个月，想在海珠区办理离婚，也要等上半个月。记者登录广州市婚姻登记网上服务系统的离婚登记预约网页查询发现，天河区离婚登记本月已经约满，最快要到8月9日才能办理离婚；而海珠区除本月23日外，全部约满；其他一些区的情况也差不多。面对如此“排队离婚”景观，有人调侃说：限房、限车，看来不久离婚登记也要“限号”了。

### 排队离婚中的真真假假

有人将离婚率上升的原因归结于生存压力、性情浮躁乃至暴热的天气。据说，周一是离婚高峰中的高峰，天气热，心情烦躁，很多夫妻休息日在家吵一架，一时气不过，星期一早早就跑来离婚了。据笔者亲身经历，综观离婚百态，别的不敢妄言，“房子”问题肯定算得上是重要原因之一。

记得十几二十年前，单位搞房改，大多以“户”为单位，无论双职工还是已婚(离婚)单职工，每户只可分配一套福利房。结果，好多双职工突击“离婚”，一户变两户，一时间开离婚证明的人挤满了人事科，那年公司“离婚”人数破天荒创了纪录。

最近，深圳房子暴涨，聊天中得知一个熟悉的同事突然“离了”。问其原因，他狡黠一笑：离婚是真，但“离婚”又是假。因为，办了“离婚”，现有房产划归前妻，自己名下无房，这样再购房就属于“首房”。如此，既可以享受30%的首付，还可以享受“首贷”的利率优惠。难怪有人叹道：真所谓，上有政策下有对策。

地方政策关乎民生，新政出台一定要接“地气”，具有可操作性，尤其是那些关涉千家万户重大利益的公共政策，一定要兼顾各种群体的利益，审慎决策。否则，新政或无法操作，形同虚设；或“按下葫芦浮起瓢”，衍生一系列新问题。诸如按“户”分房、按“房”行贷，必然诱使一些人“因利离婚”。

### 谨防“限号离婚”好心办“坏事”

一些民政局限号离婚初衷可以理解，毕竟传统文化是“劝和不劝离”的，但用限号的行政手段给离婚设置了门槛，“挽救一些气头上冲动离婚的家庭”貌似合情合理很“人性化”，但该做法不仅违法，而且也未必真能挽救婚姻，甚至还容易对真正急需“脱离苦海”的婚姻不幸者造成更大的二次伤害！所以“离婚限号”的手法不高明也不科学，没有解决导致离婚的本质问题，不可能真正降低离婚率飙升的油门。而一旦阻塞了婚姻不幸者及时摆脱困境的渠道，则极易导致矛盾激化，延长不幸者的痛苦，甚至导致悲剧的发生。

更何况《婚姻法》有婚姻自由的规定：2003年《婚姻登记条例》明确规定，如果婚姻当事人的离婚申请符合协议离婚的有关规定，婚姻登记机关应当当场予以离婚登记，颁发离婚证。据此，很明显，“限号”干涉当事人婚姻自由。

总之，尽管我国传统文化“宁拆十座庙，不破一桩婚”，但“限号离婚”仍明显有违离婚自由的法规，甚至会给民众带来忧虑：只要政府单位是出于好意的，就可以打着道德的“旗号”来“绑架”法律，变相违法行政了。

### 离婚限号虽能治标，制度缓冲才能治本

民政局推出“离婚限号”的奇招，或许是出于好心让当事人有时间静一静，但这种人为限制的做法治标不治本。如何规避“离婚限号”的尴尬，力求在情与法的两难困境中寻出一条合理合法的处置之道，制度性缓冲便成为上上之策，即通过立法的形式为婚姻家庭的解体设置必要与科学的缓冲期和路线图。

首先，在离婚的提出权限上应当修改新婚姻法，限制或者缩小过错方的离婚权，杜绝有过错方当事人钻法律空子。其次，在过错离婚案件中，法院应该根据有过错一方对另一方造成的损害程度以及婚姻当事人的经济状况等决定赔偿的数额。除此之外追加第三人的损害赔偿赔偿责任，坚持源头预防与事后处理相结合，以遏制其不断上升的趋势。最后，在离婚标准上，将夫妻感情破裂改为婚姻关系确已破裂。相对比而言，婚姻关系破裂涵盖了造成婚姻破裂的所有内容，并辅之以列举性事由，更具有立法上的科学性和实践上的可操作性，是更客观、更合理的。

离婚限号虽奇葩，但透视出的保卫婚姻、挽救家庭的警示信息值得关注。如果说规劝已濒临离婚边沿的婚姻尚属最后撮合的治标之举，那么，矫正社会步入误区的婚姻观念，加强对已婚男女的情爱教育、责任引领与纠纷处置，则不无釜底抽薪的治本功效。

离婚要排队 自古忠孝难两全

主动限号也好、被动延期也罢，离婚不易，确实给了当事人“多一段”的冷静期。这难免让人想起近日民政部发布数据，2003年以来，我国离婚率已连续12年呈递增状态。

稳固的婚姻关系，历来被国人看得特别重。事实上，传统的社会结构中，婚姻状况确实也是重要的变量。十年来，中国离婚率上升，但离婚率高了，未必就是出现婚姻危机。“法国结婚率降至战后最低水平”、“韩国结婚率创历史新低、女子初婚年龄29.8岁”等新闻也不少，晚婚晚育、离婚或不结婚的现象，在国际社会也一样是共性的现象。想明白了，就不觉得离婚证是道德污点证明。

无须在离婚程序上设坎纠结。此前，某城市流传着婚姻登记处“最美红娘”的故事：9年间，当事人以“打印机坏了”、“网络故障”等善意谎言，挽救了500余对濒临破裂的婚姻。但，为了不让当事人离婚而虚与委蛇，究竟是怎样的公共服务呢？这份初心，弥足可贵。只不过，自古忠孝难两全。公共服务部门，就是为公民提供服务的，真要劝其不离婚，不妨把工作做在当事人走进婚姻登记处之前。

### 同性婚姻动摇美国宪政之本？

2015年07月17日 中国经营报 李寒秋

2015年6月26日，美国最高法院作出了史无前例的裁决，以五比四的优势判决该国14个州禁止同性婚姻的法律违宪。这一裁决意味着同性公民在美国任何地方都有结婚的权利。

一叶落而知天下秋，美国宪政正在经受一次来自最高法院自杀性的隐蔽打击。虽然这一判决本身体现了最高法院在美国社会生活中的最高司法权威和极端政治重要性，但如果对美国宪政史以及对至少是自希腊罗马以来的西方政治文明史有深刻的了解和洞察，就应该知道美国宪法制定者们的初衷遭到了史无前例的违背，最高法院的判决已经动摇了美国宪政以及最高法院自身存在的根基。自伐根本，其愚何及？

美国最高法院的这个判决，其实质就是以司法仲裁为手段的国家权力直接挑战人类正当传统和有效习俗的权威，并且轻率摧毁了美国宪法条文中明确保留给各州和人民行使的最天经地义的正当权力。这意味着只要得到了民意的授权或者容忍，只要在道德上自居高尚或者正义，公权力可以针对社会本身重新解释一切设计一切，如同在一张白纸上任意作画。

美国宪政之所以成功并成为政治体制模范，其中最为关键因素并不是因为美国宪法文本是什么“人类大脑所能做出的最佳政治设计”，而是因为美国宪政是英国古老封建自由和习惯法传统的直接产物，充分尊重了正当传统和有效习俗并根植在其中。在一切良性的社会和文明中，正当传统与有效习俗是最根本的习惯法（无论其成文不成文），统治者的德行和稳定的社会秩序则是宪政最可靠的保障。明智的统治集团就应该对自身权威与成功的真正来源明察秋毫，对正当传统和有效习俗的权威保持充分的敬意和进行谨慎维护。

婚姻制度在一切古往今来大小的人类团体中都是最典型和最基本的习惯法。婚姻制度是无数人类个体和团体经过了不知多少万年博弈和演化出来的正当传统和有效习俗，是文明之母和社会自发秩序之始。稳定的婚姻制度能最大限度的有利于社会的整体利益和长远利益以及最大多数人民的根本利益，这是最有实用价值的正当传统和有效习俗，也最应该得到重视和保护。

把婚姻制度设计中的关键因素——夫妻合作抚养后代与互相支持的功能，用爱情至上的观念来替换；用纯粹的税收优惠遗产继承等经济上的安排，来替代男女合法结合而产生的复杂社会秩序扩展的综合效益，这是对复杂社会现象进行了不恰当的浪漫主义和功利主义的过度简化。某类头脑简单的知识分子一贯持单线条进化论，下午比上午自由，明天比今天进步，永远从一个解放走向另一个解放，这类一根筋式的清晰逻辑推理链条是建构理性主义者和积极自由主义者对人性和理性的双重深刻误解。

婚姻制度作为最典型的正当传统和有效习俗，是人类社会的组织之母、秩序之母和形式之母，而社会组织、程序和形式的总合就是文明尤其是政治文明本身。宪政的本质就是各社会集团有组织，有程序和有形式的政治博弈，而不是一个个原子化的个人纵情任性，随心所欲。婚姻孕育社会，社会先于国家；传统孕育宪法，各州先于联邦。如果不能理解这个顺序，就不能真正理解宪政尤其是美国特色宪政的精髓。把婚姻的缔结视为原子化个人的藐视传统惯例、违背人类本性和取消扩展社会秩序功能的抽象权利，由国家定义认可，靠国家强制保障，这本身就是社会自组织失效，国家权力极度扩张的产物，更是宪政衰败最明显的标志。

美国最高法院那五位对同性婚姻平等权利投赞成票的大法官认识不到自身的定位就是美国宪政的守护神，不去维护孕育宪政的根基，却舍本逐末，急于关心平等权利的扩张和普惠，把缔结婚姻当作一视同仁的抽象权利恩赐给所谓受歧视的弱势群体，根本就是烧纸引鬼，祸及子孙！最高法院并非民意代表或者正义化身，它在宪法文本中存在的首要功能就是制衡行政和立法两大分支，最为关键而又在宪法文本中不能明说的就是要制衡民意的滥用。如今美国这个最大的保守主义精英的制衡机构也放下身段，与时俱进，迎合民意，标榜正义，这对美国特色宪政来说不是福音而是丧钟。

### “离婚限号”不如制度缓冲

2015年07月18日 人民法院报

“没想到现在离婚不但要预约，还要等足一个月！”日前，广东省广州市民林先生爆料，他在网上办理离婚登记预约，发现他户籍所在地天河区本月已经约满，而其妻户籍所在地海珠区，最快可预约在17日办理。

排队离婚成为近日一些地方的盛夏一景。据业内人士分析，导致离婚爆棚的原因，既有暑热诱发心情烦躁而促成的释放型离婚，也有因家务负担骤增激起拌嘴争吵而引发的冲动型离婚，更有为购得学区房而蓄谋已久的技术型离婚。尽管民政部门推出的“离婚限号”，不无“人手严重不足”的无奈及刻意让当事人“静一静”、“缓一缓”的善意，但还是引发了不小争议。

按照婚姻法规定，男女双方自愿离婚的，准予离婚。由此解读，民政部门希冀以“限号”迟滞或阻止当事人离婚的行为，尽管用心良苦，但却难脱干涉婚姻自由之嫌。

倘若给婚姻登记人员扣顶“违法”帽子，着实有些冤枉，毕竟“离婚限号”的行为本意与前年武汉某婚姻登记中心工作人员编造“打印机坏了”、“网络故障”等善意谎言不无异曲同工之妙；再说，中国自古就有“宁拆十座庙，不毁一桩婚”的传统价值理念。“离婚限号”也自有其一定的人之常情和道德伦理。正如一位婚姻登记处负责人所言，如果是结婚，就算是加班到夜里12点，也会让新人满意。但离婚不行，公然说为买房离婚的会被劝回，“限号”就是为让那些假离婚夫妻多点时间想想假戏真做的后果。不过，这种人为掣肘的确悖逆了法治精神，也给当事人带来了麻烦和不便。

面对离婚率12年连增的社会隐忧和扎堆离婚的现实窘境，如何规避“离婚限号”的尴尬，在情与法的两难境遇中寻出一条合理合法的处置之道？制度性缓冲或不失为可行之策，即通过立法的形式为婚姻家庭的解体设置必要与科学的缓冲期和路线图。比如加大对婚内纠纷的调解力度，对夫妻离婚增加社区调解的规定性程序，抑或是参照国外一些通行做法，为夫妻双方留出一定的等候时间，让其稳定情绪、思前想后，确保离婚双方真正处于理性状态，防止意气用事，草率离婚。——张玉胜

## 谁来保护留守儿童

2015年07月18日 中国妇女报

2013年，全国妇联发布的研究报告显示，留守儿童最核心的问题是与父母长期分离，亲情缺失，家庭教育弱化，留守儿童的生活质量、生理和心理健康状况、成长环境均劣于受父母监护的儿童。留守儿童问题已成为一个严峻的社会问题。新京报为此推出了“留守儿童困境调查”专题报道，多角度呈现留守儿童生存现状。与个案采访同步，新京报记者专访了四位专家学者，分别从法律保障、安全隐患、侵害危机、青少年犯罪等方面对留守儿童问题提供解困之策。

全国有6100万留守儿童，占全国儿童总数的22%。据国家统计局的数据，去年外出打工6个月以上的人数达到2.78亿。

调查发现，76.1%的留守儿童处于祖辈监护、亲戚监护或自我监护的状况，34%的父亲/母亲在儿童3岁之前就开始外出。

据统计，中国每年有近5万名儿童死于意外伤害，其中大部分是留守儿童。2014年的调查数据显示，49.2%的留守儿童在过去一年中遭遇过不同程度的意外伤害。

留守儿童问题已成为严峻的社会问题。新京报推出“留守儿童困境调查”专题，多角度呈现留守儿童现状。与个案同步，就此问题，报道组专访了现全国妇联宣传部部长张小媛，北京市青少年法律援助与研究中心主任佟丽华，以从法律保障、安全隐患、侵害危机、青少年犯罪等方面对留守儿童问题提供解困之策。

张小媛 全国妇联原儿童部部长，现全国妇联宣传部部长，中国家庭教育学会副会长

关于留守儿童法律保障问题，通过法律保障强化家长监护责任

记者：留守儿童问题最突出的是哪些方面的问题？

张小媛：2012年，全国妇联儿童部做了一个统计，全国有6100万留守儿童，占全国儿童总数的22%。据国家统计局的数据，去年外出打工6个月以上的人数达到2.78亿，如果这些人是一个国家，那将是全球人口第四多的国家。农村人口往城市流动打工这个趋势在短期内无法扭转。

留守儿童是一个庞大的群体，但他们并不是问题儿童。除了个别极端的情况，留守儿童最核心的问题是与父母长期分离，亲情缺失，家庭教育弱化，留守儿童的生活质量、生理和心理健康、成长环境受到影响。留守儿童并不是生活上极度贫困，需要关注的是因为父母长期远离，带来的家庭教育缺失导致一些心理问题。

记者：国家针对留守儿童有哪些具体措施？

张小媛：国家一直很重视留守儿童问题，专门在国务院农民工工作领导小组办公室下设了一个留守儿童工作组。去年之前，全国妇联是留守儿童工作的牵头单位，承担协调教育部、民政部、团中央等各部委共同开展留守儿童工作。从去年开始，国家深化体制改革方案将留守儿童牵头工作交由民政部，实现了政府主体牵头地位，在资金和政策上给予留守儿童工作保障，妇联和教育部作为责任单位具体实施各项政策。

记者：妇联在针对留守儿童方面开展了哪些工作？

张小媛：全国妇联是维护妇女儿童权益的群团组织，主要以家庭、社区为切入口来做留守儿童工作。我们的一个工作是推动家庭教育促进法的尽快出台，目前全国妇联正在积极推进家庭教育促进法的立法进程，通过法律保障进一步强化家长的监护责任。

全国妇联已在今年的两会上提交提案，建议将留守流动儿童关爱服务纳入到社区公共服务中，依托社区公共服务平台，为留守流动儿童在内的广大儿童提供服务。

2011年，全国妇联联合教育部等相关部委在全国40个县市启动农村留守儿童关爱服务体系试点工作，在留守儿童集中的地方建立“留守儿童乐园”。留守儿童服务体系试点工作由政府主导、部委联动、社会参与，取得的效果显著，希望国家能在全中国推广试点工作，用机制保障在5-10年内全面建成关爱留守儿童服务体系。

记者：留守儿童关爱服务体系试点工作如何开展？

张小媛：主要是完善经费保障制度。各试点地区普遍设立了留守流动儿童工作专项经费。江西省于都县、重庆市涪陵区、四川省大竹县除了将关爱工作纳入财政预算外，每年还拿出部分经费用于留守儿童关爱工作。据不完全统计，两年来地方财政共同投入约4亿元，为开展试点工作提供了实实在在的支持。

记者：关爱留守儿童试点有哪些创新措施值得推广？

张小媛：有的地方设置了针对留守儿童的专门机构，配备专业人做留守儿童工作，河南省通许县在县一级成立留守儿童关爱中心，专门调配4个事业编制，在乡镇建立留守儿童工作站，每个站点专配2名专职工作人员，在乡村社区建立“爱心家园”，每个家园配备1名管理员，从组织领导、机制机构、人员经费上为开展关爱工作提供了有力保障。

记者：有专家建议，由政府购买专业服务来开展留守儿童工作。

张小媛：这是个很好的建议，在有的地方已经开始实施。广东省中山市建立“社工+志愿者”模式，由政府购买专业社区服务为留守儿童提供关爱支持。

目前政府转移职能，向社会组织购买服务的力度不断加大，中央财政从2013年开始每年投入2个亿支持社会组织开展社会服务。

佟丽华 北京市青少年法律援助与研究中心主任、全国律师协会未成年人保护专业委员会主任

关于留守儿童犯罪问题：“一十百千”工程守护留守儿童

记者：留守儿童暴力犯罪惨剧为何会频发？

佟丽华：我不赞成把留守儿童标签化、问题化，极端暴力犯罪案例并不是留守儿童特有的现象，在其他人群中也会发生极端暴力犯罪。不过一般而言，由于父母不在身边，父母教育、管理跟不上，留守儿童比非留守儿童走上暴力犯罪道路的可能性更大。

留守儿童缺少父母管教，受到坏人唆使更容易出轨走上犯罪道路。这也和大环境有关，暴力文化越来越泛滥，孩子过早接受暴力文化，会淡化对暴力犯罪恐惧的认知。随着互联网的发展，减少暴力文化对孩子的影响将面临越来越严重的挑战。

记者：怎样预防留守儿童暴力犯罪？

佟丽华：我国现有的法律缺少有效的制度来矫正14岁以下的儿童暴力犯罪问题，现有的办法是当儿童有不良行为甚至是犯罪，由父母管教或者政府收容教育，很难起到矫正作用。我多次呼吁修正《预防未成年人犯罪法》，现有的法律条文是原则性条文，缺乏可操控性，针对有严重不良行为的儿童缺少应对措施。13岁的儿童杀人了怎么办？怎么预防他再次犯罪？从现有的《预防未成年人犯罪法》中找不到解决的办法。

记者：在留守儿童问题上，对于不能履行监护职责的家长，如何督促他们履行责任？

佟丽华：家长的监护责任是第一位的，父母长期外出打工要把留守儿童的生活安顿好，委托有监护能力的人代为照管，明显不負責任的家长应该追责。但现实情况是，一些地方父母双双外出打工，把孩子扔给无监管能力的老人，父母长年不回家，连电话都很少打。对于主观上有恶意的父母，明显遗弃儿童、家暴儿童、放任儿童长期无人照顾的，必须追究家长的法律責任。法律应该对这部分父母发挥威慑作用，才能督促父母更好地保障儿童的权益。

去年12月，最高院、最高检、公安部和民政部四部门联合出台监护人侵害孩子权利的意见，意见中提到在必要时要追究父母民事责任，撤销监护资格。这项政策今年1月1日开始实施，将能督促监护人履行监护义务。（综合自新京报）

## 谁在为冲动离婚设置“缓冲带”

2015年07月27日 中国妇女报 吴军华 刘伟玲

“80”后年轻夫妻常常因家庭琐事，一时冲动要离婚。福建省长泰县妇联与民政局开设婚姻辅导室，改变离婚办理时间，并要求离婚前先进辅导室。

在福建省漳州市长泰县民政局婚姻登记处，办理离婚手续的办公室隔壁，有一个婚姻家庭辅导室。

辅导室，墙上挂着“聚散有序，守护幸福”“给婚姻一个保证，送家庭一份和谐”“一个家庭的拆分，三代人永远的伤痛，留给孩子一生的苦果”的标语。

这一天，小林走进辅导室内就哭诉：“我们合不来，要离婚。”跟在她后面的一位男性，是她的丈夫小蔡，默不作声。小蔡和小林是一对“80后”夫妻。

庄延青见状，接过他们的离婚协议书，开始详细了解事情的经过。庄延青曾是长泰县武安镇司法所所长。而他的搭档老张、老戴则为小夫妻俩端上两杯茶水。

原来，小林因丈夫小蔡出去喝酒到凌晨才回家，还弄丢了新买的苹果手机而生气。丈夫小蔡还辩称自己出去喝酒是为了陪亲戚。见两人在辅导室内已停止争吵，庄延青说：“小蔡喝酒晚归是不对，但他是为了陪亲戚，说明他很重感情。”见小林没有说话，庄延青继续劝说，“小蔡以后出去应酬，一定要带着妻子，这样才能确保手机不会再



丢。”眼见双方都有和好的意思，庄延青赶紧催促小蔡向妻子认错。

据统计，在各婚姻登记处，多数夫妻的离婚理由为“性格不合”，更有不少因生活琐事导致“冲动”离婚，尤以“80后”和“90后”夫妻居多。

庄延青在实际工作中也发现了这个现象：在前来申请离婚的案例中，尤其以“80后”年轻家庭居多，彼此感情基础不牢固，又缺乏沟通，一时冲动是重要原因。因此，婚姻家庭辅导工作就显得尤为重要。

据悉，婚姻家庭辅导室由长泰县妇联联合县民政局，于2012年6月，在婚姻登记处开设。婚姻辅导室具有纠纷调解、心理咨询、情绪疏导、法律咨询等多项功能。

婚姻辅导室由4名长期从事司法工作、妇联工作以及群众思想工作的退休干部担任辅导员（其中有两名是妇联离休干部），辅导员通过及时的矛盾调解、情绪疏导等，为前来办理离婚的夫妻免费开展婚姻家庭辅导工作。

而为了让前来登记离婚的夫妻双方留有冷静思考的时间，辅导室还特设两道“缓冲带”。

原每个工作日都能办理离婚登记，改成仅周四、周五才能办理离婚手续，让“斗气”的夫妻双方有时间冷静下来；夫妻前来办理离婚手续，必须先至婚姻家庭辅导室接受调解辅导，从而尽可能地避免草率离婚、冲动离婚行为。

“目前共接待离婚申请当事人1375对，其中有36.2%的离婚当事人经劝导未当场办理离婚登记手续，已有498个濒临破碎的家庭实现了家庭和睦。”长泰县妇联主席王木英表示，长泰县婚姻家庭辅导室成立3年以来，取得了较好的社会效果。为了推广长泰县婚姻家庭辅导室的做法，福建省民政厅专门在长泰县召开了全省现场会。

### 儿童热死车内悲剧：别忙着提“严刑峻法”

2015年07月31日 新京报 袁伊文

#### 第三只眼

发达国家的未成年人保护机制，值得借鉴，但也要避免郢书燕说，避免让公众误以为，外国就是靠“严刑峻法”一招鲜，解决了未成年人保护问题。

近段时间，各地发生了多起儿童因为被遗忘到汽车内而死亡的悲剧。据统计，今年以来，类似事件已至少发生12起，至少有5名孩子死亡。有律师认为，监护人已符合“过失致人死亡”的构成要件，但是没受到刑事追究。更有人举出，美国家长因孩子在车内“热死”而被追究“一级谋杀罪”的案子，希望中国“补课”。

首先，要承认在未成年人保护（包括惩戒机制）方面，发达国家比中国有更成熟的经验。但是不是发生了悲剧，就要“一步到位”地用刑罚来解决问题呢？

一者，汽车进入中国家庭只是这十来年的事，中国的“汽车文化”还很落后。相当多数人并没有意识到孩子被关在车里，是非常危险的，这是集体知识的短板。而汽车儿童安全座椅、未成年人不能坐副驾驶的位置等汽车安全知识，都需要花大量的社会资源来“科普”。

二者，刑法作为直接剥夺公民人身自由的惩罚，具有“谦抑性”，不宜随意祭出。特别是因疏忽而造成的过失犯罪，罪与非罪的认定标准，往往与社会的集体认识水平（比如对“汽车关人”危险性的认知）、社会对行为人的期待紧密联系。

三者，发达国家的未成年人保护机制，值得借鉴，但也要避免郢书燕说，避免让公众误以为，外国就是靠“严刑峻法”一招鲜，解决了未成年人保护问题。

比如，英美法系没有中国式的治安惩罚，很多在中国是治安处罚的案子，在美国就“升级”为刑事犯罪了。再比如，媒体举的美国男子Seth Jackson，因将孩子遗忘在了车内致其被热死，面临一级谋杀罪的指控的案子；其实，此人已与检方达成了诉辩交易，最后仅以“过失杀人”获刑32个月。

而且，更关键的是，对监护人疏忽的“严惩”，必须建立在完善的未成年人保护机制的基础之上。以中国的发展现况，不可能照搬美式的24小时不离身的模式，否则不知道多少家长要锒铛入狱。

儿童频频死于汽车的悲剧，让公众揪心，但要开对药方。首先，全民要补“汽车文明”这一课，让全社会都认识到“汽车关孩子”、倒车不注意反光镜死角等等行为的严重后果，还要普及儿童安全座椅等。其次，对于忽视儿童的违法、犯罪的惩戒，要与整个未成年人保护机制协同发展。去年年底最高法等公布了《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》，使得空转了20多年的“剥夺不称职父母监护权”机制得以落地，目前国家还在制订《反家庭暴力法》。在中国未成年人保护事业刚刚步入正轨的时候，不宜片面地谈“严刑峻法”。

□袁伊文（法律工作者）

### 小孩闷死车内 家长该不该被追责？

#### 多地警方对“儿童被困车内致死”未追责；有检察官表示，此情况符合过失致人死亡罪

2015年07月31日 新京报

7月23日，陕西富平发生一起5岁女童被忘车内事件，送医后，孩子因热射病出现接近脑死亡症状。新京报记者梳理发现，仅今年7月，就有8起类似事件见诸报端。

“公安机关没理由不追究类似事件的法律責任。”北京慕公律师事务所主任助理曹寒冰律师称，即使未接到家属报警，公安机关也应及时立案调查，如不立案侦查已涉嫌渎职。

在近三年来被报道的21起类似事件中，记者发现，至少有10起是家长的监护失职导致，且这一比例有不断增多的趋势。

但在事后的责任追究上,因幼儿园教师、司机等疏忽致儿童被困车内闷死,相关责任人第一时间会被警方带走,并被刑事拘留。但父母将孩子遗忘在车内导致幼儿被闷死的,基本上是以父母自责了事。

同样是过失致儿童死亡,执法机关对责任人的处理为何差别巨大?昨日,新京报记者致电多个事发地的公安机关,得到的答复均是“未立案侦查”。

7月25日9时40分,黑龙江省哈尔滨市阿城区一位母亲将18个月大的孩子独自留在车内,孩子不慎将自己反锁在车里,所幸民警及时赶到,砸窗将孩子救出。昨日,阿城区城北派出所民警告诉记者,孩子获救后,民警对家长进行了批评教育。但假设孩子真的死亡,公安机关事后也很难认定家长的过失行为已构成犯罪,“需要看具体情况及公检法三部门的共同认定”。

类似的情形也发生在湖南省湘潭市。6月27日,湘潭一名4岁男童被发现死在自家车中身亡,死者爷爷称,当时孙子跟着父母外出,回来时在车上睡觉,他们以为孙子还跟着父母,到了下午,家人四处找寻才发现孩子已经在车内身亡。

据湘潭当地媒体报道,事后,辖区警方介入调查。可昨日,当地警方回应新京报记者称,并未对孩子的监护人进行立案调查。

#### 【案例一】 婴儿车内闷死 妈妈被判无罪

案情:王红和李大勇是阿克苏市阿瓦提县的一对年轻夫妻。2014年3月,李大勇去建筑工地干活,王红在家为丈夫做好饭后,抱着9个月大的女儿、提着饭盒、驾驶自家小轿车给丈夫送饭。

因建筑工地上尘土飞扬,王红将女儿留在车内后座,哄孩子睡着,自己锁好车门,提着饭盒去找丈夫。等丈夫吃完午饭、收拾停当后,王红忽然想到孩子独自放在车内有些不妥,等她打开车门抱出孩子后,孩子脸色发青,并被证实死亡。

判决结果:无主观恶意,无罪。

2014年5月5日,阿瓦提县法院对王红过失杀人案进行了庭审。庭审后,对于王红的行为如何定性,法院存在两种意见:

第一种意见认为,王红的行为构成过失致人死亡罪。理由是:她作为孩子的监护人,将孩子独自放在车内而造成一氧化碳中毒身亡的行为,属于疏忽大意的过失。王红作为驾驶员,应该掌握汽车停驶后开空调,会导致车内一氧化碳浓度提高而致人死亡的专业知识。她将孩子独自放在车内,应当预见到会致孩子中毒死亡。

第二种意见认为,王红不应该承担刑事责任。理由是:王红是孩子的亲生母亲,虽对孩子有抚养监护责任,但她将孩子独自放在自家的车内,而发生孩子窒息死亡的情况应属意外事件。王红本身没有主观恶意,她不掌握汽车停驶后继续使用空调会让汽车发动机怠速空转,造成燃油燃烧不充分,导致车内一氧化碳浓度提高而致人死亡的专业知识,对造成孩子死亡的严重后果无法预见,不存在过失。

2014年5月23日,阿瓦提县法院认定王红的行为不构成犯罪行为,王红获无罪判决。

#### 【案例二】 幼儿阳台坠亡 父亲获刑6年

案情:2012年12月31日下午3点左右,家住北京朝阳区的杨某和妻子带着1岁2个月大的女儿从超市购完物回家。家住14楼的杨某一家刚出电梯,妻子上前去开房门,杨某因为抱久了胳膊发麻,便将孩子先放在了14层楼道的窗台上。随后,孩子不慎从14楼坠下,当场身亡。在杨某为小杨料理后事时,警方将杨某抓获,检方随后以过失致人死亡罪对杨某提起了公诉。

判决结果:过失致死,有期徒刑6年。

杨某的辩护人认为,杨某与被害人之间有着父女关系,且杨某具有自首情节,此次犯罪系初犯,建议对杨某减轻处罚并适用缓刑。

一审法院审理后认为,杨某作为父亲没有尽到一个父亲应尽的监护责任,将年幼的女儿放置于很明显的危险环境之中,造成其年仅1岁多的女儿从几十米高空坠落致死,而其父女关系亦不能作为减轻杨某罪责的法定理由。

法院认为,杨某虽然主动到过派出所,但其目的是为了给女儿小杨料理后事而非主动投案自首,故不能认定其自首。综上,朝阳法院一审认定被告人杨某犯过失致人死亡罪,判处其有期徒刑6年。

杨某不服上诉,三中院审理查明后维持原判。

#### ■ 解读

出现重伤死亡后果 警方应及时立案

针对儿童被锁在或忘在车内死亡的事故,北京一位不愿具名的检察官表示,按照刑法分则条款,也就是罪名条款,符合过失致人死亡罪。“公安机关没有不去追究法律责任的理由。”北京慕公律师事务所主任助理曹寒冰律师称,此类事件发生后,如果孩子及时获救并无大碍,则根据《刑法》第十三条的“但书”原则,即“情节显著轻微、危害不大的,不认为是犯罪。”但一旦造成孩子死亡、重伤等严重后果,即使未接到家属报警,公安机关也应及时立案调查。

曹寒冰称,《刑法》对公民一视同仁,即便是父母,一旦涉嫌犯罪,公安机关也应立案调查,这才符合法治精神。他表示,公安机关的前期认定很重要,如不立案侦查已涉嫌渎职。

“即使在警方立案侦查后,法院在法律范围内也还有自由裁量权。”他解释,是否考量亲人这层特殊关系、监

护人的主观恶性程度多大，法官在审理时自然有拿捏尺度，譬如视具体情形选择轻判，但这并不意味着公安机关在前期就能放弃对犯罪行为的立案侦查。

他提醒道，一旦执法部门依法对监护人进行追责，将会产生良好的社会示范效应，从而能在很大程度上提高家长在这方面的安全意识。此外，新闻媒体的公益宣传、舆论的广泛关注也能加大对该类事故的规避。

车里车外那些隐患

隐患 1

孩子单独留在车里

孩子单独留在车内，因高温和窒息而死亡的案例频出！特别是夏天的户外，35℃的气温下太阳直晒半小时就能使车内温度达到65℃。

●应该怎么做：

即使是上厕所或者跟朋友聊两句，也不要把孩子单独留在车里，特别是夏季高温停在户外的车里！除此之外，为了避免儿童在校车等公共车内单独被锁，也要教孩子一些自救措施。不仅如此，不要把孩子单独留在任何地方！因为家长的稍不留意，孩子都有可能在洗澡时溺水、在房间里爬窗户坠楼。

隐患 2

孩子坐副驾驶

12岁以下，或者身高不足1.4m的儿童不宜坐在副驾驶座位上。孩子使用成人的安全带，如果绑得太紧，在发生交通事故时会造成致命的腰部挤伤或脖子脸颊压伤。另一方面，副驾驶一般有气囊。因为孩子的高度原因，对大人来说是保命的东西对孩子而言就变成了杀人工具。

●应该怎么做：

12岁以下儿童，均应该坐在汽车的后排座，而且最好是靠司机一侧的后排座。因为人的本能原因，在碰到危险的时候会往自己的一侧打方向盘。

隐患 3

不坐安全座椅

不少家长都纠结到底要不要给孩子买安全座椅。在美国每个州都规定儿童坐自家汽车必须有专用座椅，系上安全带。

●应该怎么做：

宝宝从出生开始到12岁，开车出行的时候都要坐安全座椅！“不坐好就不开车”。

隐患 4

在汽车旁边玩耍

在车前车后过于靠近车的小朋友因为个子矮小，不在司机的视线范围内，很容易在启动或倒车时候造成碾轧。

●该怎么做：

告诉孩子，不管是否有大人在身边，千万不要在汽车的旁边玩耍逗留。如果是大人自己开车，一定要在车停稳之后再让孩子下车。

本版采写/新京报记者 王大鹏 王巍 实习生 佟欣

## （七）公证专题

### 公证视点：谈遗嘱信托对公证服务产品开发的启示

2015年07月06日 公证人 宿州市拂晓公证处 马成飞

摘要：

随着公民私有财产积累不断增加，法律意识不断增强，越来越多的公民希望通过公证处设立和管理遗嘱的方式，将公证遗嘱与信托（公益信托）相结合，实现其个人财产的依法处置，当然，也存在合理避税的心理愿望。目前的法律服务市场中，只有公证处具备办理公证遗嘱、遗嘱继承的法律职能，并且具有代为保管遗嘱、协助执行遗嘱的权能，同时，公证遗嘱效力较高，可以在房产、土地、银行、证券公司等财产涉及的单位执行落实遗嘱的内容，已经初步形成完善的操作及与其它部门合理衔接的制度。而公证业务目前却很少触及将信托法、继承法、公证法完美结合，将公证遗嘱与信托相结合的新模式，这方面的理论研究也还很少，因此，笔者根据自己对公证理论与实务的理解结合自己对信托制度的粗浅了解，谈谈在公证遗嘱中引入信托条款的可行性，希望能够在充分实现立遗嘱人个人意愿的同时开发公证服务产品，进一步拓展公证服务领域。

关键词：遗嘱信托 公证遗嘱 执行遗嘱信托

一、遗嘱信托的定义、法律依据、功能、种类

（一）信托遗嘱或称之为遗嘱信托，是指立遗嘱人（委托人）为实现对其死亡后遗产的周密安排，以在遗嘱中增设信托条款的方式，指定遗嘱执行人（受托人），将遗嘱内容的全部实现即对遗产的管理、分配、运用及给付等的落实计划步骤，详订于遗嘱中。等到其死亡时（遗嘱生效时），由遗嘱执行人（受托人）依据遗嘱中信托条款的内容，也就是委托人遗嘱所交办的事项，管理处分信托财产，是遗嘱人通过遗嘱的方式设立信托以处分身后遗产的制度。

## （二）遗嘱信托设定的法律依据

《信托法》第八条第一、二款规定：“设立信托，应当采取书面形式。书面形式包括信托合同、遗嘱或者法律、行政法规规定的其他书面文件等。”，该法第十三条第一款规定：“设立遗嘱信托，应当遵守继承法关于遗嘱的规定。”设立遗嘱信托，应当遵守继承法关于遗嘱的规定。（参见继承第16-22条，民则第12、13、16-18条）。即只要在遗嘱中订立的信托条款同时满足信托法及继承法的规定，信托遗嘱在现行法律框架下存在的合法性是毋庸置疑的。

遗嘱信托是横跨信托法、继承法、公证法三个法域的制度。

### 1. 遗嘱信托特别是遗嘱公证信托是遗嘱设立制度与、公证制度与信托制度的完美结合

按照遗嘱在继承中的作用不同，财产继承制度可以分为法定继承、遗嘱处分两大类，其中当事人通过遗嘱的方式处分其死后遗产的制度是遗嘱处分制度，遗嘱处分包括遗嘱继承、遗赠、遗嘱信托等。既然遗嘱信托属于遗嘱处分，其首先应该适用继承法中遗嘱的形式、遗嘱的效力，遗产的范围，特留份等制度的制约，继承法均贯彻“遗嘱自由”原则以允许遗嘱人通过遗嘱将自己的财产任意处分。公证法赋予公证遗嘱具有最高的法律效力，具有最强的可执行性。同时，遗嘱信托也是信托制度的重要内容，因而遗嘱（如公证遗嘱）信托的设立、运行必须按照《信托法》的要求进行。信托制度能起到通过信托文件将委托人对自己财产的自由处分发挥到极致的作用。

### 2. 打破了继承法律制度封闭的格局，使之更加公开透明

遗嘱信托有三方当事人：委托人（遗嘱人），受托人（遗嘱执行人如公证处），受益人（继承人或受遗赠人）。这一格局的设定使作为局外人的受托人参与了继承法律关系，从而打破了继承活动仅局限于家族内部的旧制，使继承向社会公开化。这种公开化的制度保障包括：受托人要么是有一定社会影响的自然人、要么是具备较为严格的资格限制的信托机构如公证处；根据受托人为受益人的最大利益进行信托事务的原则，各国信托法虽然在条文表达上有差别，但都要求受托人负有严格的忠实义务、谨慎义务。按照信托制度的要求在这种公开化的继承活动中，当事人需对信托财产进行公示；由具有一定信誉的第三人的参与本身，可对于继承活动起到较好的见证作用；再加上受托人的威信或专业水准不仅能减少继承的操作成本，还可以大大降低纠纷发生的可能，有利的彰显了公证处预防纠纷、减少诉讼的社会功能。

## （三）遗嘱信托功能。

透过遗嘱信托，由受托人确实依照遗嘱人的意愿分配遗产，并得为照顾特定人而做财产规划，不但有立遗嘱防止纷争的优点，并因结合了信托的规划方式，而使该遗产及继承人更有保障，可以通过遗嘱执行人的法律知识、理财能力弥补继承人法律知识、理财知识的缺陷，可以减少因遗产产生的纷争，可以避免巨额的遗产税（信托财产的独立性）。

## （四）、遗嘱信托的种类

一般把遗嘱信托分为遗嘱执行信托和遗产管理信托。

1、遗嘱执行信托是为了实现遗嘱人的意志而进行的信托业务，其主要内容有清理遗产、收取债权、清偿债务、税款及其他支付、遗赠物的分配、遗产分割等。遗嘱执行信托是短期性的，一般遗嘱执行的成立有死亡者立的遗嘱为依据，继承人均已存在，因而不发生制约。除了巨大和复杂的产业之外，清理工作在两三年即可完成。

2、遗产管理信托是主要以遗产管理为目的而进行的信托业务。遗产管理信托的内容与遗嘱执行信托的内容虽有交叉，但侧重在管理遗产方面。遗产管理人可由法院指派，也可由遗嘱人和其亲属会议指派。通常，设立遗产管理信托的原因有：（1）因无遗嘱，对财产的管理、清理、处理就困难，所花时间也长，故在此前尚需信托机构代为管理；（2）虽有遗嘱，但继承人存在与否尚不清楚，也需在明确继承人之前代理遗产；（3）虽有遗嘱和明确的继承人，但继承人尚不能自理遗产时，也可委托信托机构代管遗产。

## 二、遗嘱信托设立

遗嘱信托除符合信托法的基本要求外，还应当符合继承法的规定。一般说，遗嘱信托应当采取书面形式。遗嘱信托跟其它信托最大的不同，就是遗嘱信托必须以遗嘱本身有效为要件。遗嘱信托文件不同于一般的遗嘱。遗嘱信托文件应包括三个方面的当事人。委托人（被继承人），受托人（遗嘱执行人），受益人（继承人）。遗嘱信托必须指定受托人（遗嘱执行人），遗嘱执行人一般选择公道正派、具有法律专业知识、具有理财能力公证员、律师、会计师、公证处、信托投资机构等专业人员或专业机构。遗嘱信托的受益人可以是法定继承人的一人或者数人继承。公民可以立遗嘱将遗产受益人指定为法定继承人以外的人。遗嘱信托在被继承人订立遗嘱后成立，并应于遗嘱人（被继承人）死亡时生效。公证的遗嘱在效力上高于其它方式的遗嘱。一般来说，遗嘱信托的处理程序有设立个人遗嘱（在遗嘱中必须明确以信托为目的的财产的同时，并明确表示用该财产建立信托的意愿，这是遗嘱信托成立的必备条件。另外，遗嘱最好选择公证遗嘱的方式，这是遗嘱信托实现的最有效方式）、确立遗嘱信托、编制财产目录、安排预算计划、结清税捐款项、确定投资政策、编制会计账目、进行财产的分配。设立遗嘱信托中要考虑民法上有关遗产处置的特别限制。遗嘱要明确信托财产的管理与运用的方式（例如每月给付受益人多少钱），及信托终止后信托资产如何处理的方式。信托中最好指定“信托监督人”，以便监督受托人在管理与运用信托财产时，有无违反信托合同。

成立遗嘱信托时，必需特别注意，与一般生前财产信托不同，可能无法像将全部财产权信托出去，如果有多数的法定继承人，一定要考虑到民法保留特留分给近亲的规定，遗嘱信托是不能违反民法对遗嘱的限定。从另一方面

来说，被继承人如果想要把财产留给法定继承人之外的受益人，只要不侵害继承人之遗产特留分，都是可行，也不需要经过遗嘱信托受益人的同意。遗嘱信托必需事先指定担任遗嘱执行人或是遗产管理人，公证员、律师、信托业等公正可信赖人士皆可。

### 三、公证遗嘱的最高效力对遗嘱信托的影响

《遗嘱公证细则》第二条规定“遗嘱是遗嘱人生前在法律允许的范围内，按照法律规定的方式处分其个人财产或者处理其他事务，并在其死亡时发生效力的单方法律行为。”第三条规定：“遗嘱公证是公证处按照法定程序证明遗嘱人设立遗嘱行为真实、合法的活动。经公证证明的遗嘱为公证遗嘱。”根据继承法及其司法解释的规定，公证遗嘱具有法定最高效力，因此，公证处在办理信托遗嘱业务中具有得天独厚的优势，主要体现如下：

(一) 在遗嘱中信托条款设计上：公证员作为法律专业人士，可以和银行、信托公司等理财顾问合作，参与信托条款的拟定，以满足当事人的个性化需求，同时也能运用法律专业知识进行对信托条款合法性进行审查，提出法律建议，剔除与法律、公序良俗相矛盾的内容，以确保信托条款的真实有效。

(二) 在信托遗嘱的法律效力上：根据《继承法》20条第3款以及高院《意见》第42条的规定，经公证的遗嘱具有最高的法律效力，公证处作为专业的设立遗嘱机构，配有先进的录音录像设施和专业人员，依据司法部《遗嘱公证细则》的指导，公证遗嘱的设立要遵循严格的程序，记录详细的询问笔录，以确保当事人立遗嘱意愿的真实性。经公证的遗嘱同时也产生法定的证据效力。可以最为充分地固定保存当事人的真实意愿，使立遗嘱人的信托遗嘱内容免于在本人去世后由于种种程序上的问题被法院判于无效。公证遗嘱在使用中一般也通行无阻，免于一般手书遗嘱虽有效却不被有关机构直接承认而再要由法院认定其效力的尴尬。

(三) 在信托遗嘱的执行上：立遗嘱人最终的目的还是使该信托遗嘱得以按照自己的规划完美执行，故受托人的选任甚为重要，银行、信托公司等金融机构虽然在信托财产的管理增值方面有优势，但毕竟不是专业的法律机构，无法从法律角度充分维护立遗嘱人的意愿和有效处理可能产生的法律纠纷；律所也存在组织较为松散和可能产生的受托人道德风险等问题。而公证处作为法定不以营利为目的，依法独立行使公证职能、承担民事责任的证明机构，具有较强的中立性和法律专业能力以及严密的组织管理，因过错承担民事赔偿责任的能力也明显较律师个人甚至律所更为强大，具备了担任遗嘱执行人或受托人的充分条件。根据《公证法》第十二条第一款第(三)项的规定，公证处还可以“保管遗嘱、遗产或者其他与公证事项有关的财产、物品、文书”，也从法律上为公证处担任受托人提供了充分的依据。一些简单的信托条款，如遗产的清点、保管、分配，当事人可以通过在遗嘱中指定公证处为遗嘱执行人的方式实现，而较复杂的信托需求，如财产的保值增值，红利分配等金融性业务，当事人也可以根据《信托法》第三十一条之规定，通过指定公证处和金融机构为共同受托人等方式实现，如在遗嘱中明确由公证处负责处理信托财产涉及之法律事务而由金融机构处理财产投资业务。

### 四、公证处担任信托遗嘱受托人在理论和操作中存在的问题与应对措施

虽然信托遗嘱中的公证具有明显优势，但在实际操作中，公证处无论是作为遗嘱执行人或受托人，仍旧会遇到很多理论障碍和具体操作上的困难，笔者简要谈谈可能的遭遇的问题及应对措施：

(一)、公证员作为遗嘱执行人或受托人执行遗嘱方式缺乏明确依据：遗嘱执行人的概念在继承法里提及不多，对执行遗嘱的程序也缺乏明确规定，导致遗嘱执行人执行遗嘱时的地位以及权利义务缺乏明确依据。但是，根据民法领域的法无明文规定即可行原则即按由当事人意思自治处分原则，遗嘱执行人怎样执行遗嘱可以通过和当事人协商由立遗嘱人在遗嘱中列明或在信托条款中作明确具体的约定，以协议方式约束各方；《信托法》第二十五条第一款也规定“受托人应当遵守信托文件的规定，为受益人的最大利益处理信托事务”，由此可见，公证处完全可以就有关执行方式事先和立遗嘱人商定，由立遗嘱人在遗嘱中详细授权。如有未尽事宜，公证员应本着最大程度尊重遗嘱人意愿和受益人利益的方式执行遗嘱、依据遗嘱公证卷宗进行合法合理合情的解释。

(二)、我国未建立遗产清册制度，可能被继承人隐匿，私分等情况，同时，公证处很难掌握立遗嘱人是否死亡和实际控制遗产，这些都可能导致遗嘱执行落空的情况存在。

建议公证处为立遗嘱人即托管人设立遗产清册，立遗嘱人可以通过与公证处另签一份保管协议的方式将款项打入公证处专用遗产帐户，某些适于保存的名贵字画也可存入公证处，对动产可委托银行等机构代为保管，不动产与不动产登记机构建立信息互查制度，设立备注登记信息，使他人无法转卖或去其他公证处办理继承权公证，在当事人去世后，由公证处根据生效的信托遗嘱代为执行；死亡时间确定问题，建议与医院、公安机关建立信息共享、信息查询反馈制度，以便第一时间掌握当事人生死情况。

### (三)、可能产生规避法律情况及纠纷。

由于信托制度本就是富裕阶层为规避繁重赋税而起源，信托财产独立，具有债权阻断效力，容易成为立遗嘱人恶意逃债的工具。公证处作为受托人，可能处于不利地位，陷入诉讼之中。

根据我国《信托法》第十二条第一款规定：“委托人设立信托损害其债权人利益的，债权人有权申请人民法院撤销该信托”，该法第十三条第一款也规定：“设立遗嘱信托，应当遵守继承法关于遗嘱的规定。”由此，债权人及其他相关人的利益在法律上得到明确保护。公证处一方面可以通过在协助拟定遗嘱中信托条款时以及在询问笔录中，明确告知当事人规避债权的行为无效、必须留给无生活来源的被抚养人相应的遗产份额等强制规定，以确保信托条款合法有效。另一方面，在执行遗嘱时，明确告知继承人或受益人其必须在接受继承范围内承担立遗嘱人相应的债

务。通过公证处的遗产清点工作，也可以确定遗产的范围，提供给债权人作为其向继承人或受益人要求清偿债权的依据。如果债权人对该信托遗嘱效力有疑义，也可以选择通过向人民法院起诉的方式，要求撤销该信托遗嘱。总之，只要公证处在一系列过程中尽到合法审慎的义务，就不应该承担不利后果。不应当担心处理不慎可能承担不利法律后果，试想我们目前办理的公证案件就没有法律风险吗？法律服务市场中存在这一需求，需要开发完善这一法律服务产品，一旦形成规模化效应，公证行业的地位将有大幅度的提升。

#### （四）、遗嘱信托本身的法律缺失

民法上认为遗嘱是单方意思表示，其生效不需对方当事人的同意，在合法的前提下遗嘱人死亡是遗嘱的唯一法定生效要件。根据《信托法》第八条的规定，遗嘱信托在受托人承诺时才能够成立。除非遗嘱人在死亡前就已经取得了受托人的同意，否则仅仅根据生效的遗嘱并不当然成立遗嘱信托。

根据《信托法》第十条的规定，设立信托，对于信托财产，有关法律、行政法规规定应当办理登记手续的，应当依法办理信托登记。未依照前款规定办理信托登记的，应当补办登记手续；不补办的，该信托不产生效力。依该条规定，在进行物权变动需要登记的财产上设立遗嘱信托，只有进行登记后，信托才能够生效。

另外，根据继承法的规定，在遗嘱人死亡前遗嘱尚未生效，遗嘱人可以依法改变遗嘱，而依据尚未生效的遗嘱去设立遗嘱信托当然就存在逻辑上的矛盾。这就要求我们抓紧时间就遗嘱信托公证的理论层面进行研究交流、实践，先做再谈，边谈边做，扩大影响，争取取得立法的认可，只是我们公证行业的一件大事。

#### 五、执行遗嘱信托

执行遗嘱信托是遗嘱信托的一种形式，是指由受托人作为遗嘱执行人，按照遗嘱人的遗嘱，处理有关事项并负责分配遗产的业务。

执行遗嘱信托是为了实现遗嘱人的意志而进行的信托。遗嘱的执行，其出发点在于谋求遗嘱上各种事务的便利，以表现遗嘱意志，按遗嘱处分遗产。遗嘱执行上的事务分为债权的收取、债务的清偿、遗赠物的交付、遗产的分割四大类。遗嘱执行人根据遗嘱，参照法律办理清理遗产等事务。执行遗嘱事务大都由公证处、律师事务所、信托机构承担。

##### 执行遗嘱信托的意义

公证处根据遗嘱的要求，并参照有关法律，对遗嘱人身后的财务加以整理、清理，对遗产进行分配，以实现遗嘱人的意愿。公证处在执行遗嘱上具有优势和方便：

- 1、公证处是独立法人，在遗嘱执行中可以排除各种干扰，做到公平客观。
- 2、公证处出具公证遗嘱具有最高法律效力，在社会上已经得到各方面的认可，与遗产涉及的各部门联系较为密切。
- 3、公证处拥有法律专业人员，对遗产的分割处理有丰富的经验。
- 4、公证处较个人受托执行遗嘱更具安全性、可靠性、权威性，社会认可性也较高。
- 5、公证处永久存立，不像个人受托人会因事务繁忙而中断或拖延遗嘱的执行，公证处都有固定的办公时间，便于各方联系。减少遗嘱在执行中的诸多纠纷。公证处经营执行遗嘱信托业务必须依法办事，一切工作以遗嘱为依据，以法律为准绳。执行遗嘱信托的成立与终止，都有明确的规定，便于社会监督和法律监督。一切有利害关系的人或团体都很少产生纠纷。

##### 执行遗嘱信托的成立与终结

###### 1、执行遗嘱信托可因如下情形而成立：

遗嘱人以遗嘱指定公证处为遗嘱执行人；

遗嘱上未指定遗嘱执行人，也未委托他人指定，由继承人会议选定公证处为遗嘱执行人；

遗嘱上未指定遗嘱执行人，也未委托他人指定，由利害关系人申请法院指定公证处为遗嘱执行人。

信托关系因遗嘱人指定而成立的。其遗嘱视同信托合同，有同样的法律效力。

2、执行遗嘱的终止。执行遗嘱信托在执行遗嘱中规定的各项事务已经完成，则信托关系即告终止，信托机构的责任自行解除。

### 遗产处理制度的反思与重构

2015年07月06日 公证人

内容提要：处理被继承人死亡后的遗产相关事务的遗产处理制度与各类企业解散后进行的企业清算制度本质上具有一致性，遗产处理制度应当借鉴企业清算制度，设计为遗产清算制度。如此，我国未来继承立法就应采纳遗产处理的独立型立法例。遗产处理中的遗产债务也就以遗产为限进行清偿，继承人取得的遗产实际上是清偿债务后被继承人的剩余财产，遗产应当为被继承人的财产权利而非财产义务，限定继承也就无从产生。继承开始后的遗产并不归属继承人或遗产债权人所有，只有清偿债务后遗产有剩余的情形下，才能确定继承人取得遗产所有权。清算期间的遗产则由清算组织享有管理权，遗产应具有独立的民事主体资格。遗产在继承开始后能否完全清偿遗产债务无从确定，应借鉴企业清算制度规定的清偿债务顺序，对清偿遗产债务的顺序作出规定。

自我国制定《中华人民共和国继承法》（以下简称《继承法》）以来，在被继承人的遗产不断增加的同时，其对外负有债务的情形已屡见不鲜，未来《继承法》修改就须考量对继承人、遗产债权人利益的双重保护。因继承立法

中的遗产处理制度旨在处理与继承人、遗产债权人利益攸关的遗产事务，此制度设计合理与否对继承人、遗产债权人的利益保护尤为重要。尽管我国继承法学已对完善遗产处理制度提出了诸多立法建议[1]，但仍然无法有效地应对传统继承法基本理论在立法设计层面所形成的诸多问题。实质上，企业属于社团，社团具有的人的组织体的特性，企业也就处处比照自然人而设计[2]。如企业设立视为自然人怀孕、企业成立视为自然人出生、企业决策机关视为自然人的大脑、企业终止视为自然人死亡等等，企业与自然人的内在机理其实是一致的，涉及规范两类民事主体诸多制度的基本原理也是基本相同的。进而言之，企业终止与自然人死亡本质上都致使主体消灭，立法设计的对解散后各类企业均进行的以清查财产、清理业务、清偿债务、分配剩余财产等相关财产事务的企业清算制度就应与处理自然人死亡后的相关财产事务的遗产处理制度的设计理念相同，典型表现就是继承开始后的遗产与解散后的企业财产均为财团，且遗产处理程序与企业清算程序亦相同[3]。如此，对被继承人死亡后的遗产事务的处理与对解散后的企业财产清算具有一致性[4]，继承立法中的遗产处理应当借鉴企业清算进行设计。但目前相关遗产处理的立法建议并没有借鉴企业清算制度的经验，也就无法实现对继承人、遗产债权人的利益保护。本文将在梳理现实中的遗产处理立法设计层面的诸多问题以及借鉴企业清算制度经验的基础上，尝试对遗产处理制度作出重构。

### 一、遗产处理立法例的评析与选择

继承制度一般由法定继承、遗嘱、遗产处理三部分组成，其中的法定继承与遗嘱是解决取得遗产的主体资格问题，主要涉及继承的实体性规范；而遗产处理主要涉及继承的程序性规范，且将遗产处理设计为继承法的结尾部分往往是基于立法结构的逻辑考虑[5]。大陆法系不同国家或地区的遗产处理立法例主要分为分立型和独立型两种类型。前者是指将法定继承、遗嘱继承、无人承认遗产等相关遗产处理的内容分别规定在不同章节，如德国、意大利、法国、魁北克以及我国台湾地区等民法典[6]；后者是指将法定继承、遗嘱继承、无人承认遗产等相关遗产处理的内容专门规定在同一章节，如瑞士、葡萄牙、埃及以及我国澳门地区等民法典[7]。此外，英美法系的遗产处理立法例是采纳遗产管理制度，先依据被继承人的遗嘱而确定遗嘱执行人并承担遗产管理职责，若没有遗嘱或者遗嘱中没有指定执行人或者遗嘱执行人在未完成处理遗产事务之前死亡的，则由相关利益人申请法院指定遗产管理人担当遗产管理职责，遗嘱执行人和遗嘱管理人又称为遗产代理人[8]。此种遗产处理立法例其实与大陆法系遗产处理中的独立型立法例本质上具有一致性，即将分散的遗产处理事务整合为成统一的遗产管理制度。实际上，遗产处理分立型立法例通过将遗产处理内容分别规定在不同继承方式中可以彰显不同继承方式的特殊性，但容易出现相同的遗产处理内容分别规定在不同继承方式中的重复立法弊端；相反，遗产处理独立型立法例则通过将不同继承形式中相同的遗产处理内容集中统一规定而可避免重复立法。如此，遗产处理独立型立法例将不同继承方式的遗产处理集中规定，符合法律条文应当简明与统一的基本要求，容易达到法律便于适用的目的。

受1922年的《苏俄民法典》第427至第436条规定的遗产处理等问题的立法例影响，我国1958年3月的《继承法（草稿）》除在第4章专门规定清偿债务的内容以外，第1章与第5章中又具体规定了遗产保管、接受继承、遗产分割、无人继承遗产等方面的内容。1980年8月全国人大常委会拟定的《民法草案征求意见稿》在第6编“财产继承”第5章规定“债务的清偿”外，又单独设计了第4章“五保户遗产和无人继承遗产的处理”，第1章“通则”则规定了遗产保管与接受或者放弃遗产，1981年4月的《民法草案征求意见稿二稿》、1981年7月的《民法草案征求意见稿三稿》、1982年5月的《民法草案征求意见稿四稿》一直继承此立法例，并最终形成了《继承法》第4章“遗产的处理”中集中规定的遗产处理制度。不过，《继承法》除了在第4章集中规定遗产处理制度以外，又通过第1章“总则”规定了清偿法定继承、遗嘱继承或者遗赠、遗赠扶养协议的先后顺序以及无行为能力人和限制行为能力人的继承权、受遗赠权的行使，第2章“法定继承”第15条规定了遗产分割的时间、办法和份额，第3章“遗嘱继承和遗赠”第16条规定了遗嘱执行人，第4章“遗产的处理”第31条规定了与遗产处理无关的遗赠扶养协议。显然，我国《继承法》已经意识到了采纳遗产处理独立型立法例的优势，却没有将所有遗产处理的相关内容予以集中规定，不仅第4章集中规定了遗产处理制度，又将部分遗产处理的相关内容分别法定继承、遗嘱继承、无人继承中进行规定[9]。此种“集中+分散”的立法例不仅立法技术粗糙，且有重复立法的弊端，无法达到法律便于适用的目的。

目前，我国继承法学者共拟订了五部继承法建议稿[10]。除徐国栋主持的《绿色民法典》第1编“人身关系法”第4分编“继承法”的第11章至第15章没有继受《继承法》的遗产处理立法例外，梁慧星、何丽新、王利明、张玉敏主持的建议稿均继受了《继承法》的遗产处理立法例。尽管这表明继承法学界已经肯定了《继承法》所采纳的遗产处理独立型立法例，但受《继承法》“集中+分散”的立法理念影响，部分遗产处理的内容又分别规定在其他法律制度中，最典型的也就是遗嘱执行的立法模式。不过，我国现行继承立法已经意识到了将处理遗产的相关事务进行集中规定的重要性，且所拟定的部分继承法建议稿已经将此种立法意识付诸实践，相反，部分继承法建议稿的设计并没有完全落实将所有处理遗产事务予以集中的整体性制度设计，势必会重蹈《继承法》重复立法的覆辙。

因企业清算在清理企业债权债务时，能防止私分企业财产或者不公平的分配财产，也就有效地厘清了企业与其设立人各自的责任，尤其对债权人利益进行充分保护。尽管企业形态的多样性致使不同企业清算所涉及的问题并不一致，为了法律便利适用的目的，各类企业立法均对解散后企业财产清算的事务集中予以规定，且形成单独章节或者法律如我国2006年的《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）第10章“解散和清算”第181条至第191条、2006年的《中华人民共和国合伙企业法》（以下简称《合伙企业法》）第4章“合伙企业解散、清算”第85条

至第 92 条、1999 年的《中华人民共和国个人独资企业法》(以下简称《个人独资企业法》)第 4 章“个人独资企业的解散和清算”第 26 条至第 32 条就集中统一地进行了规定。因处理遗产相关事务要同时对继承人、遗产债权人的利益进行保护,集中规定遗产处理制度的立法理念恰与企业清算制度的立法理念相吻合,加之,遗产处理也同样具有便于法律适用的目的,遗产处理就应借鉴企业清算制度的立法理念重新进行设计。如此,我国未来《继承法》应采现行《继承法》的遗产处理立法例,即独立型立法例,而现行《继承法》各章节中分散规定的处理遗产相关事务内容也应集中规定,将法定继承、遗嘱继承和无人继承遗产的遗产处理规定于同一章节[11]。

## 二、限定继承理念的误区与修正

大陆法系不同国家或地区的关于继承开始后被继承人的财产权利义务移转于继承人的立法例主要有当然继承主义与承认主义。当然继承主义是指继承开始后被继承人的财产权利义务必然移转予继承人,继承人也就对被继承人生前债务承担无限责任;承认主义是指被继承人死亡后的财产权利义务并不必然移转予继承人,只有经过继承人承认后,才能对继承人产生效力。当然继承主义立法例中的继承人对被继承人生前债务承担无限责任,这导致继承人财产与被继承人生前财产相混合,被继承人生前债务也就成为了继承人债务,此种情形不仅有损于继承人利益,也不利于遗产债权人的利益保护,当然继承主义立法例也就逐渐被继承立法所摒弃。相反,承认主义立法例中的继承人继承与否的意思表示往往依据自己利益而判断,通常表现为无限继承、限定继承和放弃继承三种继承形态,立法赋予继承人对被继承人的权利义务承担无限继承、限定继承或者放弃继承以选择权。因限定继承是继承人以遗产范围为限对外承担清偿遗产债务的责任,此种继承形式能够达到对继承人与遗产债权人利益予以保护的目,在继承样态中也就处于支配地位,逐渐被大陆法系不同国家或地区所采纳[12]。

受我国传统的将身份继承、祭祀继承与财产继承三者合一的宗祧继承制度以及现实生活中既存的父债子还的习惯影响,继承人也就继承了被继承人生前的权利义务。我国清末至民国初期的民法也采纳了此种当然继承主义的立法例,为了实现继承人、遗产债权人的利益保护,立法又规定了继承人享有对无限继承、限定继承或者放弃继承的选择权[13],但实务中出现的继承人不知被继承人死亡而无法办理限定继承,以及因法定继承人疏忽而没有替其未成年子女办理限定继承或者放弃继承的情形时常发生,台湾地区遂于 2009 年 5 月对其民法第 1148 条增加了第 2 款,即继承人对于继承开始后,始发生代负履行责任之保证契约债务,以继承所得之遗产为限而负清偿责任,即将当然继承主义为主、承认主义为辅的立法例修改为当然法定限定主义[14]。与此同时,1949 年后我国在借鉴苏俄民法的基础上,出现了继承人对被继承人的债务只能在遗产的实际价值限度内负责清偿的限定继承理念[15],自 1958 年的《继承法(草稿)》第 24 条规定限定继承后,1980 至 1982 年的历次民法草案均予以继受[16],《继承法》第 33 条遂对此作了规定。不过,我国继承立法规定的限定继承在对继承人利益进行保护的同时,却忽视了对遗产债权人的利益保护,如此,在借鉴大陆法系不同国家或地区继承立法所设计的财产分离、遗产管理、官方清算以及制作遗产清册等不同制度的基础上,我国继承法学界又提出了若干完善建议[17],且已经拟定的部分继承法建议稿也予以了相应的设计。显然,限定继承已经被广泛地接受为我国继承立法的主要原则[18]。

继承立法采纳限定继承的法理渊源,与罗马法将遗产范围视为被继承人的财产权利义务的规则相关。具体而言,人类社会早期继承法包括身份继承与财产继承,身份继承是财产继承的基础,继承人只有继承被继承人的特定身份后才能继承被继承人的财产,且身份继承的主要内容是指一旦继承被继承人的人格,被继承人的财产权利义务就一并移转予继承人,继承人也就概括继承了被继承人的财产权利义务,罗马法其实将被继承人的财产权利义务均视为遗产。后随着社会中的宗法观念衰落,身份继承逐渐由财产继承替代,以身份继承为理论基础的遗产范围仍然被视为被继承人的财产权利义务。继受罗马法的大陆法系不同国家或地区也就遵循了此种遗产范围理念[19],从而,此种遗产范围理念无疑致使继承人承担了应该由被继承人承担的财产义务。尽管继承立法遂又允许继承人依据自己利益而选择是否承担无限继承、限定继承和放弃继承,没有选择的继承人则限定继承,但继承人的此种选择权其实是以继承人继承了被继承人的财产权利义务为前提,限定继承是将遗产范围视为被继承人的财产权利义务而派生的结果。不过,继承人仅继承了被继承人的财产权利,被继承人的财产义务并没有继承,继承人只有在选择无限继承的情形下,才继承被继承人的财产义务,限定继承其实就是将遗产范围视为被继承人的财产权利而非财产义务,其实际后果无疑与通行的将遗产范围视为被继承人财产权利义务的理念相悖,因此有必要检讨此种理论前提与实际结合的限定继承的合理性。

受大陆法系的继承立法将遗产范围视为被继承人财产权利义务理念的影响,我国清末的《大清民律草案》乃至此后的民事立法也采纳了此种遗产范围理念[20]。但是,继承人继承被继承人的财产义务与社会通行的否定父债子还的理念相悖,我国在司法实务中处理继承纠纷一直也就将遗产范围限定为财产权利而非财产义务。具体言之,从 1979 年 2 月 2 日的最高人民法院《关于贯彻执行民事政策法律的意见》规定的“继承人生前的合法债务应从遗产中偿还”的立法精神可知,被继承人的债务并不包括在遗产范围之内;1980 年 8 月到 1982 年 5 月数次所起草的《民法草案(征求意见稿)》均规定“遗产范围包括死者生前个人所有的财产和法律规定可以继承的其他合法权益”;《继承法》第 3 条明确规定了遗产为“公民死亡时遗留的个人合法财产”及其具体范围。尽管如此,我国仍有继承法学者认为,遗产是被继承人的财产权利义务的统一体,接受继承的继承人必须对被继承人遗产的财产权利义务予以同时承受[21]。但我国主流见解认为,遗产应当为财产权利而非财产义务,完善遗产范围的立法建议均认为遗产应以财产权利为限[22]。既然我国大陆继承立法实践中已将遗产视为被继承人的财产权利,继承人理应继承财产权利而



非财产义务，限定继承制度也就无从谈起。不过，台湾地区于2009年5月通过对民法第1148条增加第2款，规定了继承人以遗产为限对遗产债务承担责任的限定继承，该条第1款却仍然规定“除权利义务专属于被继承人本身者外，自继承开始时的继承人承受被继承人的财产权利义务”，如此，限定继承并非不继承债务，仅是在继承债务后限定其清偿责任而已[23]。

企业设立人通常根据自己的利益而选择不同的企业形式，使企业出资人在不同类型企业中承担不同的债务责任形式，从而，也就形成了个人独资企业出资人承担无限责任、合伙人承担无限连带责任、公司股东以出资为限承担有限责任的立法。据此，企业出资人对企业债务承担无限（连带）责任或有限责任，企业清算的最终目的就在于落实这两种责任。就公司股东人承担的有限责任而言，因股东与企业各自人格独立，股东的出资也就形成了企业财产，企业以所有的企业财产对外承担清偿债务的责任，股东仅享有对清算后企业剩余财产的分配权请求权，只有清算后的企业有剩余财产的情形下，才能将剩余财产分配予股东，股东其实不对企业债务承担责任。此外，履行清算职责的企业清算组织不仅清理企业的财产，也要收取债权、清偿债务，只有偿还债务后的企业剩余财产才可以由企业生资人取得，换言之，对企业清算而言，企业财产包括权利义务，对企业出资人而言，企业财产则仅为权利。未来的继承立法设计的遗产处理制度应当借鉴企业清算的经验，解散后的企业以自己财产对外承担责任、处于清算阶段的企业财产范围、企业出资人享有对清算后企业剩余财产的分配权请求权以及企业生资人不承担责任的理念就应该被借鉴。遗产处理中的被继承人债务也就以被继承人的遗产进行清偿，继承人仅享有清偿遗产债务后剩余遗产的继承权，继承人对于遗产债务并不负清偿责任，即遗产债务由被继承人的遗产进行偿还，偿还后的剩余财产才能由继承人取得，除非继承人自愿清偿遗产债务，否则，继承人不承担清偿遗产债务的责任。

须注意的是，遗产范围其实与继承人具有的不同身份相关，因担当处理遗产职责的继承人不是以继承人身份而是以遗产处理人的身份（如遗产管理人或遗嘱执行人）履职，其时遗产范围为被继承人的财产权利义务；取得清偿遗产债务后的剩余遗产只能以继承人的名义，此时的遗产范围为财产权利而非财产义务。我国的继承立法已经将遗产范围视为被继承人的财产权利，这就是从继承人身份进行观察的结果，此种遗产范围必然与作为限定继承前提的遗产范围应为被继承人财产权利义务的理念相悖。将遗产范围视为被继承人的财产权利义务，实际上是遗产处理人身份观察的结果，但遗产处理人非以继承人身份履行遗产处理职责，限定继承也就无从论及。因罗马继承法欠缺独立的遗产处理制度，除遗嘱中指定遗嘱执行人以外，继承开始后的继承人实际上也就充当了遗产处理人的角色，处理遗产过程中必然要面对被继承人的财产权利义务，受当然继承主义影响而将遗产范围视为被继承人的权利义务以及在此基础上设计限定继承也有其道理，但在大陆法系不同国家或地区已纷纷构建遗产管理制度的背景下，仍以遗产无管理人为基础而设计限定继承的立法理由就值得怀疑。所以，继承立法实无必要在将遗产范围视为财产权利的前提下再作限定继承的规定，继承法理论研讨限定继承也显得多余。

### 三、遗产所有权归属的困境与定位

早在罗马法时期，为了保护继承人以及遗产债权人的利益，避免遗产在继承人未表示接受前处于无主物状态，遂将待继承遗产视为一个独立的团体，使其具有主体地位而承担权利义务[24]；与此同时，又赋予了继承开始后的继承人继受被继承人的人格而接替被继承人的地位，接替被继承人法律地位后的继承人也就成为被继承人遗产的所有人，共同继承人原则上就各自的应继份为被继承人的遗产所有人，即使后来的身份继承演变为财产继承，此种理念也没有发生变化[25]。同样，为保护继承人的权利或者为遗产调查或者向占有遗产的第三人请求返还，日耳曼法规定继承开始时继承人即当然取得遗产占有，并不因继承人之不同而有所差别，且此种遗产占有为事实上所恒有，因当时的经济及政治原因的影响，财产处分设有诸多限制，继承制度以共同继承主义为原则，为了调节不动产之维持与共同继承二种制度的矛盾，继承人并不分割遗产，仍居于原有家宅而共同生活，遗产遂属于继承人等合有[26]。显然，作为近世法两大法源的罗马法与日耳曼法已经意识到对继承人、遗产债权人利益保护的重要性，为了避免继承开始后遗产处于无主的境地，而赋予遗产主体资格以及确定遗产所有权归属。受其影响，大陆法系不同国家或地区的继承法均规定继承开始后遗产归继承人所有[27]，只有日本民法继受了赋予遗产主体资格的做法[28]。

我国《继承法》没有明确规定继承开始后的遗产归属，但从1985年9月最高人民法院《关于贯彻执行〈继承法〉若干问题的意见》第49条规定的“继承人在遗产分割前作出放弃继承的意思表示应当是继承权而不是所有权”的司法解释精神可知：继承开始后的继承人并没有立即取得遗产的所有权，只有在遗产分割后才能取得所有权。相反，共同继承人在被继承人去世后的首要任务是处理安葬事宜，径直分割遗产与我国风俗习惯不符，加之，现实生活中的家庭规模日益缩小，父亲或母亲一方去世后的遗产一般由生存的另一方管理、使用或处分，作为继承人的子女待父母都去世后才能分割遗产，分割前的共同继承遗产理应为共同继承人共同所有[29]。1987年6月最高人民法院《关于父母的房屋遗产由兄弟姐妹中一人领取了房屋产权证并视为己有发生纠纷应如何处理的批复》中表述为“共有”，1987年10月最高人民法院《关于继承开始后继承人未表示放弃继承遗产又未分割的可按析产案件处理的批复》中进一步认为是“共同共有”，1988年最高人民法院《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见（试行）》第177条又明确规定“遗产未分割的，即为共同共有”，此种司法解释的相同性也就使人们认为共同继承遗产理应为共同共有。不过，既然上述司法解释已经认为继承人只有在遗产分割后才能取得遗产所有权，将未分割遗产再解释为共同共有是有问题的。因我国继承法学关于继承开始后的遗产归属，主要有认为继承开始后的遗产所有权由继承人取得的死亡说与认为继承人只有在遗产分割后才能取得遗产所有权的遗产分割说两种不同见解[30]，现行司法解释的

问题其实就是关于遗产归属的此种不同见解的反映。

大陆法系不同国家或地区的继承法其实与我国继承法学所认为的继承开始后遗产所有权由继承人取得的死亡说相一致。将继承开始后的遗产视为继承人所有以及数个继承人共同继承的遗产视为共同共有，遗产债务也就成为了继承人债务。除非被继承人没有继承人或者继承人放弃继承或者继承人破产，否则，被继承人的遗产所有权主体也就不会出现缺位现象。既然遗产归属于接受继承的继承人所有，接受继承后的继承人应当以自己财产对债务承担无限清偿责任，处理遗产相关事务也就实属多余。另外，继承开始后所涉及到的接受继承、放弃继承、丧失继承权、转继承、继承恢复请求权等诸多相关制度均以继承开始后的遗产不归属继承人所有为基础。尽管继承法采纳的继承开始后遗产归继承人所有的理念保持了在被继承人丧失所有权与继承人取得所有权期间遗产所有权归属的连续性，可以避免将遗产视为无主财产而被他人所取得的缺陷，但继承人取得遗产所有权的法律事实却致使接受继承、放弃继承、丧失继承权、转继承、继承恢复请求权等相关制度只能在被继承人死亡之前具有法律价值。

将继承开始后的遗产所有权视为由继承人取得，与继承法中的诸多制度相悖，实有必要予以检讨。不过，继承立法所采纳的继承人在遗产分割后才能取得遗产所有权的理念，其实以遗产分割为标准而对继承人享有的权利进行了分类，即遗产分割前继承人享有继承权，遗产分割后继承人取得遗产所有权。既然继承人对继承开始后的未分割遗产享有继承权，继承所采纳的继承开始后的遗产由继承人取得的立法理念所存在的上述困惑就可以解决，问题在于死亡后的被继承人会失去遗产所有权而继承人又不能立即取得所有权的现实必然致使遗产处于无主境地，不利于继承人、遗产债权人的利益保护。为此，不同国家或地区的继承立法均以遗产为基础而构建遗产管理组织（即遗嘱执行人和遗产管理人）来应对此种现实。遗产管理组织不对遗产享有所有权，仅享有以实现继承人、遗产债权人的利益保护为目的的管理权；遗产管理组织也并非继承人、遗产债权人的代理人，而是依据继承法的规定享有独立的法律地位。由此，遗产管理组织对遗产并不享有所有权却并不妨碍在现实中正常运行，即使继承立法理论层面关于继承开始后遗产归属的争议也并不影响继承法设计的遗产管理组织在实践层面的操作[31]，继承立法应当搁置此类争议而重视立法的周延。

企业终止的直接后果就是企业人格消灭，企业出资人并不享有解散后的企业财产权，仅享有对清偿企业债务后的剩余企业财产的分配请求权，解散后的企业财产所有权主体也就出现了缺位。为了对解散后企业利害关系人利益的保护，各类企业立法明确规定解散后的企业应当成立清算组织而对解散企业的相关事务进行清结。以解散后的企业财产为基础设立清算组织，且赋予其具有独立人格即以自己名义享有权利承担义务[32]，但企业清算组织并非企业出资人或者企业债权人的代理人，企业清算组织对解散后企业的财产并不享有所有权，仅仅享有对解散后企业财产的管理权。企业清算组织在理论上属于民事主体中团体类型之一的财团，即实质上解散后的企业财产视为为了独立的民事主体[33]。为了避免将继承开始后的遗产视为继承人所有或将数个继承人共同继承的遗产视为共同共有而产生的上述弊端，我国未来的继承立法应当借鉴企业清算的做法，不仅要明确规定继承开始后的遗产不归属任何利害关系人，只有经过对已清偿遗产债务的遗产分割后，才能确定继承人取得所有权；且以遗产为基础而构建的负责遗产处理的相关组织，对遗产并不享有所有权而是依据遗嘱或法律规定享有管理权，即继承开始后至分割前的遗产具有独立的法律地位以及民事权利能力，其实就是财团。不过，具有财团资格的遗产不能限于前述部分大陆法系国家规定的“待继承的遗产”或者“继承人不明的遗产”类型，无论遗产的继承人接受或放弃继承，继承立法均应当将遗产视为财团，且遗产是否具有法人资格均不影响其独立的法律地位[34]。

#### 四、遗产债务清偿顺序的不足与设计

我国《继承法》仅通过第33条的“继承遗产应当清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务”和第34条的“执行遗赠优先于缴纳税款、清偿债务”规定了清偿遗产债务顺序。1985年最高人民法院《关于贯彻执行〈继承法〉若干问题的意见》第61条又规定了“对继承人中有缺乏劳动能力又没有生活来源的人保留适当遗产后再进行清偿债务的先后顺序”，但此种清偿债务顺序必须按《继承法》第33条和原《中华人民共和国民事诉讼法（试行）》（以下简称《民事诉讼法（试行）》）第180条规定的“被执行人财产不能满足所有申请人要求而必须按照工资与生活费、国家税收、国家银行和信用合作社贷款、其他债务”的先后顺序进行。但在1991年正式施行的《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）增加了第19章“企业法人破产还债程序”的前提下，原《民事诉讼法（试行）》第180条遂被删除，随着《中华人民共和国企业破产法》（以下简称《企业破产法》）的制定，2007年修改后的《民事诉讼法》又将“企业法人破产还债程序”的内容删除。显然，立法者已经意识到了现行继承立法规定的清偿遗产债务顺序的缺陷而试图通过司法解释进行弥补，但上述司法解释随着原《民事诉讼法（试行）》的失效也无法再适用，实务中更不可能径直适用《企业破产法》，此种立法现实也就致使遗产债务清偿顺序处于缺位状态。相反，现实中的遗产债务已经呈现为由劳动工资、国家税款、社会保险费用、有担保权的债权、必留份债务、遗赠扶养协议债务、遗赠债务等所组成的多样化形态，依据《继承法》简单规定的清偿遗产债务顺序来应对性质各异的债务显得捉襟见肘。

实务中的遗产也会出现不能全部清偿所有遗产债务的情形，仍参照遗产能够清偿遗产债务的情形进行清偿势必会侵害不同遗产债权人的利益，但我国《继承法》以及《企业破产法》均没有规定遗产破产制度。据此，在《继承法》与《企业破产法》的框架内已经无法解决实务中遗产不能清偿遗产债务的问题，只有以遗产为基础构建遗产破产制度，才能达到公平清偿遗产债务的目的。现实中承认遗产破产制度的国家或地区主要是通过破产法予以规定，

且即使在民法典中予以规定的国家也仅作了原则性规定，具体适用规则还得依赖破产法[35]。由于遗产破产本质上属于破产法的内容，将其规定在继承法中就会破坏破产法的整体性。但是，因遗产破产不具有通过免除债务而重整被继承人清偿债务能力的目的，且遗产破产也不具有和解能力以及被继承人的免责与复权等问题，此种特殊性也就导致了遗产破产与其他破产制度的区别。与此同时，继承立法中的遗产债务清偿顺序一般就是将遗产债务按类型排序，规定了清偿遗产债务顺序就意味着规定了遗产债务类型。加之，除在清偿遗产债务的顺序有所区别以外，不同债务的清偿在遗产处理制度方面的诸多内容基本相同，分别在破产法与继承法中予以规定只能导致立法重复，还是将遗产破产制度规定在继承法中较为妥当[36]。既然遗产破产制度与非遗产破产制度主要区别体现在清偿遗产债务顺序，因此继承立法规定了遗产债务清偿顺序其实就相当于规定了遗产破产制度。

为了避免《继承法》简单规定的清偿遗产债务顺序在实务中不敷使用，我国继承法学者有不同的立法建议[37]，立法建议中的差异主要集中在如何拟定劳动者工资债务与必留份债务、有担保权的遗产债务等的清偿顺序方面。具体言之，被继承人生前不乏存在雇佣劳动者的情形，劳动者工资往往是维持劳动者本人及其家庭生活所需的基本物质保障，支付劳动者工资理应为被继承人生前义务，被继承人死亡后则应从其遗产中予以支付；必留份则是对缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额，是否保留必要的数额往往影响到继承人的基本生活[38]，如此，遗产债务中的劳动者工资与必留份能否予以及时清偿往往涉及到劳动者与继承人的基本生存，此类遗产债务性质的相同性也就导致立法应当将其设计为同一清偿顺序，但目前的诸种立法建议却将二者分别设计为不同顺序或者仅规定了其中一种，即使拟定的部分继承法建议稿所设计的相关清偿遗产债务顺序也未能避免此弊端[39]。同时，被继承人生前为了确保自己或者他人债务能够得以履行，往往通过在遗产上设立担保权的方式而作为履行债务的担保，遗产债权人也就享有了在被继承人未履行债务时而依照法定程序就该财产优先受偿的权利，且此种优先受偿权往往具有优先于其他物权以及债权得以清偿的效力。既然被继承人生前在遗产上已经设立担保权，此类担保权的优先效力就应该给予肯定，但目前部分立法建议却将对遗产享有担保权的债权拟为第二顺序进行偿还[40]，此种立法设计必然与担保权所具有的优先受偿效力相悖。显然，建立在遗产债务构成基础上的诸种立法建议忽视了不同遗产债务性质的差异，无法达到不同遗产债务清偿的设计目的，继承人、遗产债权人的利益也就无法得到有效保护。

企业清算分为非破产清算与破产清算，尽管非破产清算与破产清算的立法基础不同，二者却均设计了相同的清偿债务顺序：清算费用或者破产费用；职工工资、医疗、伤残补助、抚恤费用、社会保险费用、法定补偿金；所欠税款；普通破产债权[41]。至于对特定财产享有担保权的债权，应通过对该特定财产行使优先受偿权利而予以实现。不过，个人独资企业的出资人对企业债务承担无限责任，合伙人对合伙债务承担无限连带责任，合伙企业和个人独资企业均不存在破产清算的情形。但清算之初的合伙企业与个人独资企业无法确定出资人的个人财产是否具备清偿全部债务的能力，有鉴于此，《个人独资企业法》第29条、《合伙企业法》第89条均规定了清偿债务的顺序。既然未来的遗产处理制度应当借鉴企业清算的经验，重新构建的遗产债务清偿顺序就应该参照企业清算中清偿债务顺序的理念而进行设计。

当然，继承开始后的遗产是否能够完全清偿遗产债务也无法确定，将遗产破产与不破产同时整合规定在继承法中的前提下，理应借鉴《个人独资企业法》与《合伙企业法》所规定的清偿顺序，而对清偿遗产债务的顺序做出规定。就清偿遗产债务顺序的立法设计而言，遗产债务形态中的必留份债务、酌给遗产债务、遗赠扶养协议债务、遗赠债务等不为企业债务所具有，必留份债务涉及到继承人的基本生存权，应该与劳动者工资债务设计为同一顺序予以清偿；遗赠扶养协议债务是基于扶养人对被继承人的生前扶养行为和被继承人通过遗嘱将其死后财产指定由扶养人取得而产生的债务，被继承人与扶养人之间的债务关系是双务有偿法律关系，遗赠扶养协议债务的性质其实与普通债务的性质相同，应将遗赠扶养协议债务与普通债务设计为同一顺序进行清偿；遗赠债务是继承人无偿取得的债权，即使受赠人没有取得也不会对其造成损失，清偿遗赠债务则应置于清偿完所有债务之后。不过，在遗产上设立的有担保权的遗产债务应具有优先受偿权，不应将其列入遗产债务清偿顺序，遗产债权人直接向负责处理遗产的相关人员请求即可。

##### 五、遗产管理制度的缺陷与替代

前述采纳遗产处理独立型立法例的不同国家或地区对是否通过构建统一的法律制度而将所有处理遗产的事务均予以囊括的做法并不一致：一是将所有遗产事务处理均集中设计于同一章节，瑞士、葡萄牙、澳门等大多数国家或地区采纳了此立法例，如《瑞士民法典》在第3编“继承法”第2部分“继承”第16章“继承效果”中设计了遗产保全处分、遗产取得、公示财产清单、官方清算等遗产事务处理，又在第17章中规定了遗产分割。将所有遗产事务处理均集中设计于同一章节的做法可以达到适用便利的目的，但因欠缺一种将不同处理遗产事务予以囊括的制度，致使不同的遗产事务处理容易出现冲突；二是通过设计独立的法律制度而将所有的遗产事务处理均予以囊括的做法，典型代表就是《埃及民法典》第2编“物权”第3分篇第2章“所有权取得”第2节“继承和遗产清算”，将遗产管理人选任及其职责、遗产债务清偿、遗产分割等与处理遗产相关的事务均予以囊括。《俄罗斯民法典》第5编“继承法”第64章设计了“遗产的取得”，将处理遗产事务集中规定，其第65章“某些种类财产的继承”又规定了部分遗产事务处理，此种将遗产事务处理集中进行规定且设计为遗产取得制度的理念其实与《埃及民法典》的遗产清算制度并无二致，均为试图通过设计独立的法律制度而将遗产处理的相关事务予以囊括。受我国《继承法》第4章“遗产的处理”立法例的影响，除徐国栋主持的《绿色民法典》中的第1编第4分编第15章采用“遗产的

分割”外，其他依次由梁慧星、何丽新、王利明、张玉敏主持的继承法建议稿均继受了《继承法》第4章“遗产的处理”立法例。不过，《继承法》及四部继承法修订建议稿所采纳的“遗产的处理”并不是一个逻辑严谨的法律概念，其实为一个日常术语，所涵盖的具体内容容易出现争议，无法将遗产处理的相关事务均予以纳入[42]。尽管多数继承法修订建议稿继受了《继承法》的“遗产的处理”立法例，但采纳此种立法例却无法避免前述弊端。在检讨修改此立法例的过程中，首要的任务就是要寻找能够准确反映并囊括所有遗产处理制度的法律制度。

同时，鉴于我国《继承法》第24条“存有遗产的人对遗产进行妥善保管”的简单立法不能达到继承开始后至遗产分割前对遗产进行保护与管理的要求，且将遗产保管解释为遗产管理混淆了遗产保管与遗产管理的内涵区别。[43]加之，《继承法》不仅没有规定被继承人死亡后的遗产在无人保管情形下的遗产管理，又欠缺在法定继承及遗产无人继承情形下遗产管理的明确规定，因此虽然立法规定的遗嘱执行人在一定程度上替代着遗产管理人的职责，但仍无法涵盖遗产管理人的内涵。此种现状也就导致继承法学积极主张未来《继承法》有必要设计遗产管理制度而实现对继承人和遗产债权人的利益保护[44]，部分继承法修订建议稿也拟定了遗产管理制度，进而赋予遗产管理人在处理遗产过程中负责处理与遗产相关的所有事务，即不仅负有遗产保管职责，又负有清理被继承人的债权债务、清偿遗产债务、分割遗产等职责[45]。然而，遗产管理的涵义应该重在保管，重心在于对遗产保管而非处理，一定程度上遗产管理与遗产保管的涵义具有一致性，遗产管理内涵的此种诠释也就无法涵盖诸项处理遗产的相关事务，毕竟立法者赋予遗产管理的内涵包含了所有与处理遗产相关的事务。既然遗产管理的内涵无法将诸项处理遗产的相关事务予以纳入，也就无法应对对现行《继承法》存在的弊端，即重新构建遗产管理而弥补现有继承法的缺陷也就欠缺妥当性。须注意的是，继承人继承开始后应为遗产管理人，为了与无人承认继承情形下所设计的遗产管理人相区别，台湾地区2005年2月5日修正的《非讼事件法》第154条将因继承人不能管理遗产事务而选定代理继承人来管理遗产事务的情形称为遗产清理人制度，这就导致处理相同遗产事务却有不同名称，有画蛇添足之嫌，不值得借鉴。

不同国家或地区不同类型的企业清算立法均将企业解散至终止期间的所有事务处理交由清算组织负责，企业清算制度包括了清查财产、清理业务、清偿债务及分配剩余财产等基本事务，且以清偿债务和分配剩余财产为核心，清查财产、清理业务的目的在于清偿债务及分配剩余财产。但企业清算中的诸项事务并使解散后企业财产的管理权独立，履行清算诸项事务的基本前提就是清算组织享有对解散后企业财产的管理权，清算组织享有对解散后企业财产的管理权实际上已经被包括在诸项清算事务中，再规定其独立也属多余。不过，破产法不仅关心破产企业清算，也要强调和解与重整，1986年《企业破产法（试行）》规定的破产清算仅注重清算职能，2006年的《企业破产法》则采纳了全面接管破产企业并负责破产财产的保管、清理、估价、处理和分配等破产清算事务的管理人制度，且规定了破产清算、和解与重整等三大程序[46]。但破产立法规定管理人制度是基于破产企业面临的复杂事务，而非破产清算中不存在和解与重整等程序，故破产管理人制度不值得非破产清算立法所借鉴。

既然处理被继承人死亡后的财产相关事务与对企业解散后的清算本质上具有一致性，继承立法设计的遗产处理制度就应该借鉴企业清算制度，尤其是非破产清算所包括的上述内容。对遗产享有管理权是履行处理遗产诸项事务的必要前提，遗产管理也就不能成为独立的处理遗产事务的类型，遗产处理制度单独规定遗产管理也就没有必要，将遗产管理制度视为替代遗产处理制度的理念也就不尽合理。借鉴各类企业普遍适用的企业清算制度而设计的遗产处理制度的主要内容应当包括：清理遗产事务、清查遗产、清偿遗产债务和遗产分割。继承法中有选择地将清理遗产事务、清查遗产、清偿遗产债务、遗产分割中的部分事务设计为遗产处理制度也就有欠缺妥当性。同样，将这些遗产处理内容分散规定在各继承制度中也达不到法律适用便利的目的，且易出现立法重复的弊端。部分国家或地区继承立法中规定的无人承受遗产制度和遗嘱执行制度就是此种缺陷的典型代表，即无人承受遗产制度中的遗产管理、遗产债务公告、清偿遗产债务的顺序等内容均与其他类型遗产涉及的内容基本相同[47]，而将遗产管理与遗嘱执行并存规定的立法例所设计的遗嘱执行程序也与遗产管理程序相同[48]。避免立法中出现此种弊端的最佳方法就是未来继承立法所设计的遗产处理制度将这些事务予以囊括，前述《埃及民法典》设计的遗产清算制度就值得肯定，此种立法通过设计遗产清算制度而替代既有的遗产处理制度，遗产清算也就由清理遗产事务、清查遗产、清偿遗产债务及遗产分割等主要内容所构成。部分国家或地区民法典中的相关继承立法已经设计了遗产清算制度，但遗产清算的涵义却不一致，有的仅将清偿遗产债务视为遗产清算，有的将遗产管理与清偿遗产债务视为遗产清算[49]。这些观点与各类企业普遍适用的清算立法理念相差甚远，如此，我国已经出现的将清理遗产事务、清查遗产、清偿遗产债务等部分遗产处理事务视为遗产清算的立法建议也就无必要予以采纳[50]。显然，立法建议者在没有厘清遗产清算所包括的具体内容的前提下，所设计的相关遗产清算制度其实不能涵盖所有的遗产处理相关事务，那么想通过设计遗产清算制度而替代既有遗产处理制度的目的也就无法达到。

现实生活中因立法者所处的环境不同而对同一制度内容会采用不同法律概念进行表达，但法律概念对一项法律制度的内容进行表达往往反映出立法的主旨，只有借助法律概念，人们才能适用法律。立法者唯有在诸项表达该项法律制度基本内涵的法律概念中选择表达最为恰当与准确的法律概念，才能达到反映立法主旨与便于司法适用的目的。以清查财产、清理业务、清偿债务及分配剩余财产为主要内容的各国通行的企业清算制度，恰与由清理遗产事务、清查遗产、清偿遗产债务及遗产分割等所构成的遗产处理制度的内容基本相同。我国未来继承立法构建的替代遗产管理制度的制度，应该借鉴企业清算制度，将清算法律概念引入到继承立法中，将现行的遗产处理制度替换为

遗产清算制度。据此，借鉴企业清算立法而构建的遗产清算制度的基本内容就应当与适用于各类企业清算的制度基本上一致，参照企业清算内容的安排相关处理遗产的诸项事务规定。具体言之，遗产管理、遗产分割等处理遗产的相关事务均为遗产清算的应有之义，遗产清算其实涵盖了处理遗产的所有事务，继承立法在设计遗产清算制度的同时，再将遗产管理、遗产分割等制度分别设计即属多余。

#### 余论

为了避免遗产处理制度无法有效对继承人、遗产债权人的利益予以保护的弊端，未来继承立法有必要借鉴企业清算制度的经验而重新构建遗产处理制度。须注意的是，将所有处理遗产相关事务予以集中规定的英美法系的遗嘱执行或者遗产管理，其实就是以继承开始后的遗产为基础而构建了遗产管理组织，即只有将清偿债务后的剩余遗产分割完毕，继承人才能取得遗产所有权。且遗嘱执行人或遗产管理人担负制作遗产清册、清理和保管遗产、收取债权、债务清偿、分配剩余财产给继承人等职责其实包含了大陆法上的遗产分离、遗产清册、遗产管理、遗产债务清偿、遗产分割等一系列制度。换言之，以遗产为基础而构建管理组织其实也就意味着将被继承人的财产与继承人的财产予以分离，遗产清册制度为遗产清算人清查遗产的后果之一，只有在清偿遗产债务之后有剩余遗产时，遗产分割才能实现。此种设计理念正好与企业清算的理念相符，也就不会出现我国现行继承立法所存在的前述诸多问题。未来的继承法借鉴企业清算的立法经验重构遗产处理制度，其实就是以英美法系的遗产处理立法例为标本[51]。所以，借鉴既有已经成熟的企业清算制度而将现遗产处理制度设计为遗产清算制度应为最佳选择。但因继承法是以自然人身份为基础的财产法，自然人与企业的区别也导致遗产清算制度与企业清算制度会有所不同。

### 提存公证若干问题研究

2015年07月10日 公证人

摘要：提存公证作为公证“家庭”的“新面孔”“登场”，是公证的变化，也是社会嬗变的见证。提存制度起源于罗马法，迄今已成为各国民事立法中的一项重要内容。在我国现行的民事立法中也有关于提存制度的规定，但这些规定都较为原则，在适用时难以把握，且仅限于有关单行法的特定范围内，不具有普遍意义。但是，提存公证制度作为一种国家证明力的存在，作为一种非诉讼措施，其消除疑虑、远离欺诈、减少纠纷、提高效率之效能，维护经济与社会正常流转等之独特作用还远没得以发挥。提存是债务人向债权人以外的特定的机关交付合同标的物的行为，它能产生与合同履行一样的使合同关系消灭的效力。提存是各国立法普遍确认的一项制度，我国《合同法》对此作了规定。提存制度的建立和完善有利于债务纠纷的及时解决。本文根据我国现行《合同法》、《担保法》以及司法部于1995年发布的《提存公证规则》、2002年8月1日施行的《公证程序规则》中关于提存的规定，探讨了提存的性质、提存的原因、提存公证的办理程序、提取提存物的期限及提存公证的法律效力。实践中，人们对此在法律适用上仍有分歧。为此，本文拟就提存的有关问题作一初探。

关键词：提存 性质 原因 程序 期限 效力

在我们的工作或生活中，可能会遇到这样一些事：还钱时遭到拒绝；想与别人做一笔买卖却因双方缺乏相互信任而错失良机；网上购物恐落商业陷阱；房屋买卖双方为解决产权证下发前的付款安全问题等等。真可谓“让吾烦心让吾忧”。难道就没解决的方法了？答案当然是否定的，其实不必“踏破铁鞋”，提存公证制度就是一个很好的选择。

当前经济态势日趋开放，经济全球化已成必然。从经济发展角度观察法律规范，可以看出，公证规范对经济发展和社会进步的促进作用最为明显。中国入世后对公证法律规范的要求之必然性体现在：经济全球化的大势所趋，贸易一体化的商务动作，无不依赖公证等诸多行业法律规范的借鉴与创制。

笔者认为，在经济交往日趋频繁、信用体系并不健全的今天，提存理应成为现代生活的“必需品”，可是，提存对当今很多人来说，仍是一个相对陌生的概念。因此，不断加以研探、逐步完善现行的提存公证制度，让其成为名副其实的“必需品”，对于加快经济发展、保持社会稳定有着极其重要的现实意义。但就我国目前的提存公证制度而言，还存在着不少不足之处，需进一步研究、探讨和完善。

#### 一、提存的性质

古文云：“提者，取也；存者，存放、存留，保存也”。从法律上讲，提存是指债务人或担保人为债权人或其本人的利益而将债之标的物或担保物（含担保物的替代物）交于提存机构寄托、保管，在条件成就时，由提存机构将提存物交付债权人或受益人的活动。由此可以看出，提存是一种特殊的法律关系。提存的性质在学理上和司法实践中均有不同的看法，较为复杂，目前主要有以下两种观点：

一种观点认为：提存为公法上的关系。提存机关不是因当事人的合意而产生的，而是国家专设机关，是国家的行政机关或者司法机关，且债权人与提存人之间的法律关系，系以提存机关的行为为中介，始生消灭后果。提存具有公法上的法律关系因素。

另一种观点认为：提存是民事合同关系。提存机关虽然负有保管提存物的法定义务，但这并不影响它与提存人之间关系的性质。提存的目的在于清偿债务或者担保债务履行，其具有私法上的法律关系因素。笔者认为大体同意第二种观点，具体表现提存的性质体现在以下几个方面：

（一）提存是调整私法领域的法律关系的制度。提存是债务人履行债务的行为，提存人交付提存物给提存机关，提存法律关系产生的源动力来源于当事人的意思表示，因此是平等的民事主体而为的民事行为，因此，提存应当是

私法上的关系。

(二) 提存具有委托保管的性质。从我国的现行规定中可以看出,以清偿为目的的提存一般认为债务人可以从提存机关领回提存标的物。债务人取回提存物的,除应履行承担提存费用外,视为未提存。该特征类似于我国合同法规定的保管合同中委托保管人的权利。因此,可以认定提存具有委托保管的性质。

(三) 提存具有向债权人给付或者担保向债权人给付的性质。在清偿提存中,提存人将标的物提存后,无论债权人是否受领,即产生债务人的清偿效力。在担保提存中,提存人将标的物提存后,有利于保证债务人履行债务;在债务人不能履行债务的情况下,债务人可以依法领取提存标的物,从而实现自己的债权。

## 二、提存的原因

提存并不具有随意性,只有在符合法律规定的特定情况下,债务人才可以进行提存。根据《提存公证规则》第五条、第六条之规定以及《合同法》第101条第1款之规定,提存原因主要有以下几个:

(一) 债权人无正当理由拒绝受领或迟延受领合同的履行标的。如果债权人拒绝受领债务人的履行,债务人就难以履行其债务。因此,对有条件和能力受领债务人对其债务的履行,债权人无正当理由却不予受领的,债务人可将标的物提存。关于债权人拒绝受领的正当理由,法律尚无明文规定,笔者认为,无外乎以下三点:

- 1、债务人提前履行将会损害债权人的利益;
- 2、债务人的履行不符合合同规定的要求;
- 3、债权人遭受了不可抗力情况无法及时受领标的物。

如果债权人基于上述原因拒绝或延迟受领的,需考虑对债权人的权益加以保护。

(二) 债权人不在债务履行地,又无法到履行地受领的,债务人可以依法对履行标的的进行提存,使债务得到消灭。

(三) 债权人下落不明。主要指债权人不能确定、地址不详、债权人去向不明、失踪后未确定财产代管人等一系列情形。债权人下落不明应该是归责于债权人而不是债务人,债务人只有在尽了相当的注意而不知债权人依据的前提下,包括对其代理人、财产管理人的寻找没有结果、无法确知,才能申请提存。①若债权人虽下落不明,但其指定了代理人,或根据《民法通则》已被宣告为失踪人并由法院指定了财产管理人,则不能构成提存的原因。

(四) 债务人死亡而尚未确定继承人或者丧失行为能力尚未确定监护人。若在债权人死亡后而无法确定继承人、遗产管理人、监护人、财产管理人等代替债权人受领的,应允许债务人通过提存而消灭债务以维护债务人的合法权益;若债权人丧失行为能力,其判断正常事务的能力受到影响,而其监护人尚无确定的,也应允许债务人通过提存而消灭债务。

(五) 债务双方当事人有约定提存条款或保证人、抵押人或质权人请求提存。但需注意的是,当事人申办此两种情形的提存公证时,必须列明提存物给付的条件,公证处应按提存人所附条件给付提存标的物。

(六) 法律规定的其他情形。此为引致条款,使其他法律规定的提存取得适用上的依据。如《合同法》第70条规定,债权人分立、合并或者变更住所没有通知债务人,致使履行债务发生困难的,债务人可以终止履行或者将标的物提存。另外,《担保法》第49条第3款的规定,抵押人转让抵押物所得的价款,应当向抵押权人提前清偿所担保的债权或者向抵押人约定的第三人提存。《担保法》第69条、70条也有关于提存的规定。②

## 复杂案例诠释继承公证

2015年07月16日 北京市长安公证处

我国继承法对遗产继承的规定非常严谨,死亡是继承发生的根本原因,死亡的先后顺序也决定着继承人的顺序和继承资格,办理公证时只有在弄清这些事实的基础上,才能确定各种继承关系,才能保护各当事人的继承权。近日,记者从大梁公证处获悉一起继承公证案例,真正感受到了公证的严谨与复杂。

张三、李四夫妇有三个子女,分别是张甲、张乙、和张丙。2007年张丙与孙某结婚,2010年两人离婚,儿子张天由张丙抚养,2014年,张丙因车祸死亡,遗有财产若干。张丙死亡后,张天随祖父母张三、李四生活。今年1月张三死亡,当事人就张丙的遗产继承到大梁公证处申办继承公证。

在办理时当事人向公证处提供了以下证明材料:身份证、户口簿、死亡注销证明、社区居委会证明、离婚证明、未再婚证明、派出所证明、房地产权证、银行存款凭证。

本案因张丙死亡而发生第一次继承。因张丙生前未立有遗嘱和遗赠扶养协议,按照《继承法》第10条法定继承规定,由张丙的第一顺序继承人父母张三、李四,儿子张天依法继承。

张丙的遗产分割前,继承人张三又死亡,因张三生前未表示放弃继承张丙的遗产,引发第二层次继承关系。按照最高人民法院《关于贯彻执行继承法若干问题的意见》第52条规定,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,此次继承为转继承。

同时,法定继承制度中包括代位继承原则,而不论法定继承是发生在直接继承还是转继承之中。本案中张天的父亲张丙是张三的儿子,又先于张三死亡,张丙死亡时就发生有代位继承的事实。在确定张三的法定继承人中,除了其父母及张甲、张乙以外,还包括张丙的儿子张天。

## 对我国继承公证实践中存在的问题及对策的分析

2015年07月17日 公证人

继承是指当某个人在死亡或者宣告死亡过后,根据相关的法律法规,将自己在生前所获得的所有财产转赠给继承人的一种民事法律行为,当某个人死以后,他在生前所拥有的全部个人财产的主人称之为被继承人,在法律上接受这份遗留财产的人称之为继承人,而我国现阶段的继承制度是一种能够保证死亡者在将生前地所有财产能够全部交由给继承人的一种民事法律制度,继承公证所包含的内容主要为依照法律规定与继承人特定的申请,通过法律法规来表明继承人的继承行为属于有效的、真实的、合法的一项公证行为,公证机构在工作中完成继承公证都是要参照我国颁布的《继承法》、《婚姻法》与其他法律法规制度为基准的。

### 一、继承公证审查的相关内容

对于这里的申请继承权公证而言,应该对继承人本人进行身份验证,被继承人已经死亡的相关凭证、说明等,还应该出示被继承人生前所留下来的对整个财产的拥有权产权证明,倘若被继承人在活着的时候已经根据自己的意愿留下了遗嘱,那么所有人都应该按照遗嘱原件的内容执行,并继承财产,当继承人继承被继承人的遗产时,还应该提供被继承人与继承人之间的关系证明,另外,还要到继承公证处上交作为继承人需要呈交的其他证明,当所需要上交的资料齐全之后,公证人员就应该对继承人所呈交的资料等进行审查,所需要审查的内容较多,涉及到的主要包括了以下几点:(1)被继承人的具体死亡时间、死亡位置以及造成被继承人死亡的原因,被继承人在生前已经遗留的各类财产的来源、数量等进行清理,另外,还要确定被继承人的死亡是否合法、正常,继承人在继承财产之前是否对被继承人施以暴力、迫害等,倘若继承人为了得到被继承人的财产而蓄意谋杀或者对被继承人进行虐待、迫害,继承公证机构应根据相关法律法规来剥夺继承人的继承权。当然,被继承人生前所拥有的所有财产的渠道、来源是否合法,被继承人的所有遗产一定要是被继承人与他人的全部财产中分离出来的少部分财产,被继承人在活着之时有负债、欠税的,务必要从遗产中扣除部分资产来偿还所有的债务。(2)被继承人活着时有无定遗嘱,倘若被继承人立了遗嘱,那么被继承人则应该依靠按照程序规定政治办理遗嘱继承权公证。此外,办理的过程中还应该参照法定继承办理公证。(3)公证机构还应该确定法定继承人是否是继承人范围内的合法公民,当法定继承程序开始以后,就应该按照继承顺序依法继承,来确定第一顺序继承人与第二顺序继承人,对于遗嘱中第一继承人继承的财产,第二继承人则不应该继承,对于遗嘱中未提到的人群,则不应该继承相应的财产。(4)确定当事人的继承性质,也就是会属于代位继承还是转继承人,这里所说的代位继承主要是指倘若被继承人制定的继承人先死亡,那么本继承人的财产则由继承人的晚辈直系血亲代为继承。转继承人主要是指,倘若被继承人制定的继承人先死亡,但是被继承人是在继承人还未能继承前死亡,那么被继承人的财产则由继承人的法定继承人来继承应得的遗产份额,公证人员则应该根据不同的情况来办理上述公证。(5)对于被继承人的财产,继承人表示接受与放弃的各个情况,都应该是来自继承人的真实意愿,尤其是继承人放弃应该继承的财产的状况,更应该查明放弃的缘由,并查清楚这时候是被继承人甘愿放弃的,有无受到威胁、控制等。最后,还应该认真审核遗嘱,避免因不慎而漏掉部分继承人继承遗产。

### 二、继承公证实践中应注意的问题

继承公证实践中涉及到的内容也较多,主要就包括了遗产分割协议中的合法性问题、遗产的分割与债务问题、公证遗嘱的撤销问题,以下对其两点做出简要介绍:

#### (一)遗产分割协议中的合法性问题

公证处依照继承人提交的遗产继承申请,并注明被继承人的遗产分割协议的真实合法性,也就是所谓的遗产分割协议公证,这份公证到被继承人所遗留的遗产最集中的公证机构办理,并将自身的各种信息准确的提交上去,公证处就应该验证被继承人的遗产是否具有合法性,遗嘱是否真实、合法,遗产分割协议是否真实、合法等,但是在进行遗产公证时,往往由于某些原因,对这些合法性的证件进行鉴定与审核需要时间,严格审核之后才能给公证书。

#### (二)遗产的分割与债务问题

当被继承人死亡以后,继承人到公证机构提交遗产继承申请,公证机构就应该审核该被继承人在生前是否有债务,倘若被继承人在生前有债务,且被继承人指定的遗产继承人较多时,则应该由继承人达成协议,将被继承人的遗产用来偿还清债务以后在开始继承遗产,或者是将债务平均分给继承人,由继承人来分别偿还相应的债务,倘若继承人不愿意偿还被继承人的债务,那么公证机构就可以依法不出具继承公证书。对于被继承人死后无继承人或者继承人拒绝继承遗产的,公证机构就可根据被继承人的身份性质来定妥,农民的遗产则由他生前所在村集体组织来继承,其他部分公民的遗产将归国家所有,对于这类型人群的债务,则应该由遗产继承的单位或者机构来偿还。另外,国家还规定,针对以下几种情况,倘若不属于法定继承人,也能够适当分割遗产:

首先,丧偶儿媳对公公、婆婆进了赡养义务,应该依法作为第一继承人的身份继承遗产。

其次,受到被继承人照顾的,无生存能力的人员可以继承遗产。

最后,不属于遗产直接继承人,但是所尽得赡养义务较多的人员可继承遗产。

### 三、办理继承公证的对策

#### (一)遗嘱的检验和效力的确认

我国《继承法》表明:遗嘱继承与法定继承相比,更具有优先权。所以,(1)公证机构在遗产公证在审核继承公证相关程序时,对于被继承人有无事先立下遗嘱或者是有无确立遗赠扶养协议。(2)对于公证机构已经找到的遗嘱或遗赠扶养协议进行验证,并确认其真实性,被继承人在写遗嘱时精神是否正常,有无受到他人的威胁、强迫等。(3)弄清楚遗嘱或遗赠扶养协议所具备的效力所在,依照《继承法》相关内容,遗赠扶养协议与遗嘱相比,更具有优先权,当确

定了被继承人有立下遗嘱扶养协议时,首先应该确定其真实性,在根据其协议具备的效力来办理公证,倘若遗嘱扶养协议以无效。那么公证机构则应该依照《继承法》相关规定,“当被继承人立了多份遗嘱的,多份遗嘱里的内容相互抵触,那么则应该以被继承人最后所立遗嘱为准,而自书、代书、录音、口头遗嘱是无效的,一律以公证遗嘱为准,公证机构还应该赋予最后一份遗嘱特定的法律效力,我国的公证机构还应该为继承人办理继承在其他国家或者是港澳地区的部分人群的遗产继承公证书的,需要经过我国的外交部领事司一级其他国家的驻华使馆来签订相应的继承手续。另一方面,居住在其他国家的遗产继承人倘若要办理涉外继承公证,应该让国内的亲友帮助办理。但是继承人的相关信息还需要经过继承人所在国公证机构的公证,在经过我国的驻外使领馆确定认证后,才具有法律效力。

### (二) 确认材料合法性与完整性的审核

当事人在办理继承公证时,还应该带起相关的证件到被继承人活着时居住地的遗产公证处提交申请,对于被继承人所拥有的不动产继承,还应该根据实际情况到不动产所在地的公证机构初递交申请,倘若遗产的继承人较多,需要一起递交申请的,应该一起到有管辖权的公证处办理申请,倘若被继承人活着时居住地与遗产所在地距离很远,处在两个或者若干个不同的公证处辖区范围内,则应该与继承人商讨,在遗产所在地的某一个公证处提交申请,遗产继承人递交申请后,将公证申请表填写完整,并连同下列文件一并上交:第一,继承人的身份验证。第二,被继承人死亡原因报告、死亡证明。第三,被继承人所拥有的遗产的产权资格证明。第四,被继承人在活着时立下了遗嘱的,应当尽快将遗嘱原件递交到公证处。第五,继承人与被继承人之间存在关系证明书。第六,代为继承人应该上交继承人或被继承人先死亡的相关证件。第七,递交公证机构要求递交的其他证件。所递交的资料,经过公证机构审核,复合实际情况的,根据我国的法律法规给予其公证书。

在继承方面适用的法律法规较多,也显得较为复杂,依照我国的《继承法》内容可知:中国公民在继承其他国家的遗产以及外国人继承在中华人民共和国境内的遗产或者继承在中华人民共和国境外的中国公民的遗产等,那么遗产的动产则应该按照继承人生前所居住地区、国家的法律为准,不动产也按照不动产地区的法律为准,倘若中华人民共和国在之前就已经与他国签订了相关条例的,则应该按照条例内容办理,在继承公证实践方面,办理涉外继承权公证的程序与内容各个国家基本无多大差异。

### (三) 应加大与有关部门的联系

第一,倘若申请继承公证的继承人属于我国的港澳台同胞,倘若经过公证机构审核无误的,应该及时的为其办理,并依法维护其的合法继承权,对于目前因为各种原因暂时未能够回到大陆地区的台湾同胞,继承人未能够出示证件或者要求他人帮忙办理继承遗产要求的,对于被继承人的遗产,公证机构应对其遗产进行确认,并为其台湾同胞妥善保管其应拥有的遗产份额。

第二,倘若被继承人所拥有的遗产分布在其他国家,且需要继承这份遗产的人员较复杂,居住较为分散,部分遗产继承人的具体情况以不明确,对于居住在我国继承人,公证机构还应该在公证书中标注上该继承人是被继承人的合法继承人之一,以便其他继承人他日能够维护自己的正当权利。

第三,因为各个国家的情况不同,所以,他们在对继承这方面制定的法律法规制度也存在着较大的差异。所以,对我国公证书的要求也存在着较大的差异。那么,在满足我国法律的原则内,公证可以依照实际情况为继承者办理公证书,不要只限于一种形式。

在遗产公证上面所涉及到的法律内容较多,也较为复杂,不仅有国内的遗产公证,也涉及到国外部分公民的遗产公证,所以,在处理遗产继承公证时,还应该在国家法律制定的原则下依法办事,让公民能够维护自己的合法继承权。

## 对我国继承公证实践中存在的问题及对策的分析

2015年07月17日 公证人

继承是指当某个人在死亡或者宣告死亡过后,根据相关的法律法规,将自己在生前所获得的所有财产转赠给继承人的一种民事法律行为,当某个人死以后,他在生前所拥有的全部个人财产的主人称之为被继承人,在法律上接受这份遗留财产的人称之为继承人,而我国现阶段的继承制度是一种能够保证死亡者在将生前地所有财产能够全部交由给继承人的一种民事法律制度,继承公证所包含的内容主要为依照法律规定与继承人特定的申请,通过法律法规来表明继承人的继承行为属于有效的、真实的、合法的一项公证行为,公证机构在工作中完成继承公证都是要参照我国颁布的《继承法》、《婚姻法》与其他法律法规制度为基准的。

### 一、继承公证审查的相关内容

对于这里的申请继承权公证而言,应该对继承人本人进行身份验证,被继承人已经死亡的相关凭证、说明等,还应该出示被继承人生前所留下来的对整个财产的拥有权产权证明,倘若被继承人在活着的时候已经根据自己的意愿留下了遗嘱,那么所有人都应该按照遗嘱原件的内容执行,并继承财产,当继承人继承被继承人的遗产时,还应该提供被继承人与继承人之间的关系证明,另外,还要到继承公证处上交作为继承人需要呈交的其他证明,当所需要上交的资料齐全之后,公证人员就应该对继承人所呈交的资料等进行审查,所需要审查的内容较多,涉及到的主要包括了以下几点:(1)被继承人的具体死亡时间、死亡位置以及造成被继承人死亡的原因,被继承人在生前已经遗留的各类财产的来源、数量等进行清理,另外,还要确定被继承人的死亡是否合法、正常,继承人在继承财产之前是否对被继承人施以暴力、迫害等,倘若继承人为了得到被继承人的财产而蓄意谋杀或者对被继承人进行虐待、迫害,继承公证机构应根据相关法律法规来剥夺继承人的继承权。当然,被继承人生前所拥有的所有财产的渠道、来源是否合法,被



继承人的所有遗产一定要是被继承人与他人的全部财产中分离出来的少部分财产,被继承人在活着之时有负债、欠税的,务必要从遗产中扣除部分资产来偿还所有的债务。(2)被继承人活着时有无定遗嘱,倘若被继承人立了遗嘱,那么被继承人则应该依靠按照程序规定政治办理遗嘱继承权公证。此外,办理的过程中还应该参照法定继承办理公证。(3)公证机构还应该确定法定继承人是否是继承人范围内的合法公民,当法定继承程序开始以后,就应该按照继承顺序依法继承,来确定第一顺序继承人与第二顺序继承人,对于遗嘱中第一继承人继承的财产,第二继承人则不应该继承,对于遗嘱中未提到的人群,则不应该继承相应的财产。(4)确定当事人的继承性质,也就是会属于代位继承还是转继承人,这里所说的代位继承主要是指倘若被继承人制定的继承人先死亡,那么本继承人的财产则由继承人的晚辈直系血亲代为继承。转继承人主要是指,倘若被继承人制定的继承人先死亡,但是被继承人是在继承人还未能够遗产前死亡,那么被继承人的财产则由继承人的法定继承人来继承应得的遗产份额,公证人员则应该根据不同的情况来办理上述公证。(5)对于被继承人的财产,继承人表示接受与放弃的各个情况,都应该是来自继承人的真实意愿,尤其是继承人放弃应该继承的财产的状况,更应该查明放弃的理由,并查清楚这时候是被继承人甘愿放弃的,有无受到威胁、控制等。最后,还应该认真审核遗嘱,避免因不慎而漏掉部分继承人继承遗产。

## 二、继承公证实践中应注意的问题

继承公证实践中涉及到的内容也较多,主要就包括了遗产分割协议中的合法性问题、遗产的分割与债务问题、公证遗嘱的撤销问题,以下对其两点做出简要介绍:

### (一) 遗产分割协议中的合法性问题

公证处依照继承人提交的遗产继承申请,并注明被继承人的遗产分割协议的真实合法性,也就是所谓的遗产分割协议公证,这份公证到被继承人所遗留的遗产最集中的公证机构办理,并将自身的各种信息准确的提交上去,公证处就应该验证被继承人的遗产是否具有合法性,遗嘱是否真实、合法,遗产分割协议是否真实、合法等,但是在进行遗产公证时,往往由于某些原因,对这些合法性的证件进行鉴定与审核需要时间,严格审核之后才能给公证书。

### (二) 遗产的分割与债务问题

当被继承人死亡以后,继承人到公证机构提交遗产继承申请,公证机构就应该审核该被继承人在生前是否有债务,倘若被继承人在生前有债务,且被继承人指定的遗产继承人较多时,则应该由继承人达成协议,将被继承人的遗产用来偿还清债务以后在开始继承遗产,或者是将债务平均分给继承人,由继承人来分别偿还相应的债务,倘若继承人不愿意偿还被继承人的债务,那么公证机构就可以依法不出具继承公证书。对于被继承人死后无继承人或者继承人拒绝继承遗产的,公证机构就可根据被继承人的身份性质来定妥,农民的遗产则由他生前所在村集体组织来继承,其他部分公民的遗产将归国家所有,对于这类型人群的债务,则应该由遗产继承的单位或者机构来偿还。另外,国家还规定,针对以下几种情况,倘若不属于法定继承人,也能够适当分割遗产:

首先,丧偶儿媳对公公、婆婆进了赡养义务,应该依法作为第一继承人的身份继承遗产。

其次,受到被继承人照顾的,无生存能力的人员可以继承遗产。

最后,不属于遗产直接继承人,但是所尽得赡养义务较多的人员可继承遗产。

## 三、办理继承公证的对策

### (一) 遗嘱的检验和效力的确认

我国《继承法》表明:遗嘱继承与法定继承相比,更具有优先权。所以,(1)公证机构在遗产公证在审核继承公证相关程序时,对于被继承人有无事先立下遗嘱或者是有无确立遗赠扶养协议。(2)对于公证机构已经找到的遗嘱或遗赠扶养协议进行验证,并确认其真实性,被继承人在写遗嘱时精神是否正常,有无受到他人的威胁、强迫等。(3)弄清楚遗嘱或遗赠扶养协议所具备的效力所在,依照《继承法》相关内容,遗赠扶养协议与遗嘱相比,更具有优先权,当确定了被继承人有立下遗赠扶养协议时,首先应该确定其真实性,在根据其协议具备的效力来办理公证,倘若遗赠扶养协议以无效。那么公证机构则应该依照《继承法》相关规定,“当被继承人立了多份遗嘱的,多份遗嘱里的内容相互抵触,那么则应该以被继承人最后所立遗嘱为准,而自书、代书、录音、口头遗嘱是无效的,一律以公证遗嘱为准,公证机构还应该赋予最后一份遗嘱特定的法律效力,我国的公证机构还应该为继承人办理继承在其他国家或者是港澳地区的部分人群的遗产继承公证书的,需要经过我国的外交部领事司一级其他国家的驻华使馆来签订相应的继承手续。另一方面,居住在其他国家的遗产继承人倘若要办理涉外继承公证,应该让国内的亲友帮助办理。但是继承人的相关信息还需要经过继承人所在国公证机构的公证,在经过我国的驻外使领馆确定认证后,才具有法律效力。

### (二) 确认材料合法性与完整性的审核

当事人在办理继承公证时,还应该带起相关的证件到被继承人活着时居住地的遗产公证处提交申请,对于被继承人所拥有的不动产继承,还应该根据实际情况到不动产所在地的公证机构初递交申请,倘若遗产的继承人较多,需要一起递交申请的,应该一起到有管辖权的公证处办理申请,倘若被继承人活着时居住地与遗产所在地距离很远,处在两个或者若干个不同的公证处辖区范围内,则应该与继承人商讨,在遗产所在地的某一个公证处提交申请,遗产继承人递交申请后,将公证申请表填写完整,并连同下列文件一并上交:第一,继承人的身份验证。第二,被继承人死亡原因报告、死亡证明。第三,被继承人所拥有的遗产的产权资格证明。第四,被继承人在活着时立下了遗嘱的,应当尽快将遗嘱原件递交到公证处。第五,继承人与被继承人之间存在关系证明书。第六,代为继承人应该上交继承人或被继承人先死亡的相关证件。第七,递交公证机构要求递交的其他证件。所递交的资料,经过公证机构审核,复合实

际情况的,根据我国的法律法规给予其公证书。

在继承方面适用的法律法规较多,也显得较为复杂,依照我国的《继承法》内容可知:中国公民在继承其他国家的遗产以及外国人继承在中华人民共和国境内的遗产或者继承在中华人民共和国境外的中国公民的遗产等,那么遗产的动产则应该按照继承人生前所居住地区、国家的法律为准,不动产也按照不动产地区的法律为准,倘若中华人民共和国在之前就已经与他国签订了相关条例的,则应该按照条例内容办理,在继承公证实践方面,办理涉外继承权公证的程序与内容各个国家基本无多大差异。

### (三)应加大与有关部门的联系

第一,倘若申请继承公证的继承人属于我国的港澳台同胞,倘若经过公证机构审核无误的,应该及时的为其办理,并依法维护其的合法继承权,对于目前因为各种原因暂时未能够回到大陆地区的台湾同胞,继承人未能够出示证件或者要求他人帮忙办理继承遗产要求的,对于被继承人的遗产,公证机构应对其遗产进行确认,并为其台湾同胞妥善保管其应拥有的遗产份额。

第二,倘若被继承人所拥有的遗产分布在其他国家,且需要继承这份遗产的人员较复杂,居住较为分散,部分遗产继承人的具体情况以不明确,对于居住在我国继承人,公证机构还应该在公证书中标注上该继承人是被继承人的合法继承人之一,以便其他继承人他日能够维护自己的正当权利。

第三,因为各个国家的情况不同,所以,他们在对继承这方面制定的法律法规制度也存在着较大的差异。所以,对我国公证书的要求也存在着较大的差异。那么,在满足我国法律的原则内,公证可以依照实际情况为继承者办理公证书,不要只限于一种形式。

在遗产公证上面所涉及到的法律内容较多,也较为复杂,不仅有国内的遗产公证,也涉及到国外部分公民的遗产公证,所以,在处理遗产继承公证时,还应该在国家法律制定的原则下依法办事,让公民能够维护自己的合法继承权。

## 浅析继承权认定中的若干问题

### ——以独生子女继承以及继承权认定职责的承担为中心

2015年07月17日 公证文选

#### 引言

近期无论是法学界、法律实务界还是社会大众媒体中关于独生子女继承问题的热议主要来源于网络(包括微信)中广泛传播的一篇关于评论独生子女继承难的文章[1]。在这篇文体更像宣传稿、文风颇有几分标题党风格的短文中,主要阐释了独生子女因缺乏诉讼相对人而难以通过诉讼继承遗产的问题,进而,也表述了对于独生子女继承应该适用遗产继承简易程序的观点。上述引发争论的帖子笔者在网上也看到了,并由此产生了一个疑惑——为什么会存在独生子女继承这个问题?即,我们作为法律人,应当如何界定上述语境下的独生子女继承?其中,又蕴含着这样一个问题,在遗产处理中,继承权的认定过程到底存在何种层面和程度的法律风险和社会需求,承担继承权认定职责的法律服务提供者为此应当具备何种条件并应在社会治理结构中体现何种价值?需要再次强调的是,限于本文的篇幅和笔者自身水平,加以继承权认定议题的宽泛性,本文拟以独生子女继承为切入点,尝试对继承权的认定、继承权认定中的风险和难点、继承权认定在社会治理架构中的功能以及继承权认定承担机构的基础条件等问题展开初步分析,并尝试得出这样的结论:继承权认定关涉家庭财产的平稳传承,关系着家庭秩序的稳定维系,为此,继承权认定理应受到应有的重视,并由包括公证、法院、不动产登记机构、律师在内的法律共同体成员承担起各自相应的职责,从而为我国社会秩序的平稳运转奠定基础。

#### 一、继承权认定的实质和特点

随着历史的发展,人类社会私有财产逐步产生以来,遗产的继承就已经成为法律治理体系中的必然组成部分。而不论遗产的继承规则如何变化,遗产的性质和种类如何随着时代的发展不断改变,继承权的认定均是遗产继承中的核心议题。毕竟,继承权的认定直接关系着遗产的分配和传承。上文中提及的所谓独生子女继承难,本质上也是围绕继承权认定问题产生的争议。即,在继承人为独生子女的遗产继承案例中可能存在着如下争议:第一,如果继承人仅有一人,则继承权的认定应当十分简单,仅凭对独生子女证等证件的形式审查即可完成继承权认定的工作,为此,出于为继承当事人节约时间成本和交易成本的目的,应当设定简化程序或由不动产登记部门承担相关继承权认定工作,无需如同一般的继承案件一样提交亲属关系证明、人事档案证明材料,更无需由公证、法院等法律工作专职机构进行专业性审查;第二,如果继承人仅有一人,一旦需要进入诉讼程序,由于缺乏相应的诉讼被告,可能导致当事人因无法进行民事诉讼而难以继承遗产。由此可见,在上述所谓独生子女继承难问题中,其实质讨论的就是继承权认定的难度和可行性。窥一斑而知全豹,不论是所谓独生子女继承问题还是日常生活中所言的继承案件处理问题,继承权认定均是其中的重点和难点,继承权认定既是遗产分配的基础前提,也是遗产继承案件处理中法律风险产生的主要阶段,更是决定遗产继承工作承担机构应具备属性和特点的重要影响因素之一。

结合本文的主题,在尝试分析继承权认定的难点和功能等问题前,拟首先对继承权认定的实质和特点进行简要的梳理,以为下文相关问题的展开限定共同的语境基础。继承权,顾名思义,所指向的权利范畴为获得遗产的资格,即,在我国当前的法律框架内,“继承权,就是依据法律的规定或遗嘱的指定承受被继承人遗产的资格。[2]”基于这一界定,可以将继承权认定的实质简要描述为:依据我国当前的法律制度框架和法律实施体系,对被继承人遗产承受者获得遗产的资格依法进行确认。其中,依据不同的分析维度,继承权认定这一问题域中,既包括继承权认定

的程序、继承权认定的结果，又包括继承权认定的主体、客体、继承权认定的原则等不同具体问题。在此，限于本文的主题，对此不再赘述，下文中除非特别说明，仅是在一般通行意义上使用继承权认定这一概念，而不是特指继承权认定问题域中的特定议题。同时，需要再次强调的是，本文结合论证的需要，将所谓独生子女继承问题作为继承权认定相关问题的分析中心，仅是因为单独继承人的继承案件属于继承权认定中较为特殊的情况，有利于相关问题的展开和论证的明晰，并不代表本文认可独生子女继承或称单独继承人应被视为继承权认定中的一种特定类型，更不代表本文认可独生子女继承在继承权认定审核中应予设定特定的程序或条件。

继承权认定，其实质在于对被继承人遗产获取资格的确认。而遗产以及遗产的分配问题，不仅关涉法律制度以及规制要求十分广泛，且因其法律属性使然，必然具有社会影响范围广、涉及人员众多、牵涉利益复杂等特征。为此，可以将继承权认定的特点初步总结如下：第一，继承权认定需要结合具体案件的情况，判断被继承人遗产符合条件的承继者范围，因此需要由具备相应法律专业程度的机构或职业群体承担这一职责；第二，继承权认定需要对法律规制范围内的被继承人遗产的承继者进行实际判定，因此相关制度设计需要具有必要程度的适应性和可行性；第三，考虑到被继承人遗产形式可能存在的复杂性和多样性，例如遗产可能是不动产也可能是债券、信托资金等动产或财产权益，故继承权认定职责的承担者应当具备相应的社会功能和职责定位覆盖面；第四，由于遗产继承具有维系社会生活中私人合法财产传承的目的，为此，继承权认定职责的承担者应当具备相应程度的稳定性和可靠性，以保证遗产传承的有序性以及家庭财产、家庭关系的稳固。

## 二、继承权认定的难点和潜在风险

从上文可知，继承权的认定对于被继承人遗产的处理以及私人财产的传承均具有极为重要影响，也正是由于其中涉及巨大的财产性利益，继承权认定必然存在不容回避的难点和风险。对于继承权认定难点和风险分析，还是可以上文提及的所谓独生子女继承为例，毕竟，对于独生子女继承中蕴含的风险以及处理难易程度的质疑也是这一问题引发争议的主要原因之一。通观社会媒体以及部分法学界、实务界专家关于独生子女继承问题的争论焦点，不论是关于独生子女继承是否应当简化手续，还是独生子女继承是否应当仅进行形式审查，其实质在某种程度上均可归结到一个问题上——独生子女继承的法律风险程度高低。具体而言，很多观点，特别是一些社会民众的观点在于，既然是独生子女继承，则在特定继承案件中（不论继承权认定的职责承担者是法院还是公证机构，甚或是其他可能的相关机构）有且仅有一个继承人，此时，如果还要求继承人提交相应证明材料、缴纳相应费用，不仅不适当地增加了继承人的成本，从社会交易成本等层面看也存在极大的不合理之处。

由此即引发了上文中提及的继承权认定法律风险问题，同时也是本文借助独生子女继承提出的论证核心，独生子女的继承公证是不是就没有法律风险？换言之，独生子女继承案件的处理在法律适用方面是不是必然十分简单？甚至法律风险之低或称法律适用之简单到仅进行形式审查就已经足够？在此笔者想结合这一问题简单介绍三个小案例，这三个案例同时也对应着所谓独生子女继承中可能面临的三种主要法律风险。

第一个案例，关于遗产界定的复杂性。在这个继承案例中，被继承人申请继承其父亲遗留的房产，继承人和其父母均是城镇户口且均在大型企业工作，人事档案和户籍档案都保存有较为完善的记载，因此，在这个案例中，只有一个继承人这个事实可以很简单地认定。但有一个问题是，继承人的父母在他幼年时就离异了，且是调解离婚，被继承人离婚是上世纪80年代，离婚调解办理的手续符合当时的历史背景但从现行司法实践看有些过于简单，导致涉及房产的财产分割从现在的法律框架背景来看很难准确认定遗产范围。最终，这个案例在遗产界定方面只能通过走访相关单位以及为继承人的母亲制作谈话笔录等方式解决。从中不难看出，继承权认定不仅涉及对继承人资格的审核，同样涉及对遗产范围的界定，毕竟在不在少数的继承案件中，遗产的界定反过来也会影响继承人资格的审核。而遗产形式的多样性、复杂性以及我国社会发展历史造成的财产权属形式多样性，必然会引发遗产范围界定的困难性，进而增加继承权认定过程中的法律风险。第二个案例是关于独生子女认定的复杂性。这个案例中，继承人能够提供独生子女证，且经核实这个独生子女证也是真实的，并且继承人还能提供其父母人事档案中存放的为办理投靠手续说明自己仅有一个孩子的自述，这些材料看似均可以有效证明这个继承案件属于所谓的独生子女继承问题，但实际上继承人还有个亲姐妹，如果不能通过核实其他材料进行全面的调查则可能造成遗漏继承人的后果。这个案例充分体现了继承权认定过程中最常见、也是法律风险最高的情况——遗漏继承人，即，依据法律理应获得遗产承继资格的人被排除在遗产继承程序之外。第三个案例则是关于继承人身份认定的复杂性。在这个继承案件中，继承人只有一个，本身看着很简单，但存在一个特殊情况，继承人是上世纪60年代被自己的亲生父母送养给被继承人的。众所周知，上世纪60年代尚且属于“文革”期间，当时大多数送养是没有正式送养手续的，且整体的户籍管理也比较混乱。此外，在这个案件中，继承人还存在一个特殊情况，即，他是从城市被送养到农村的。按一般常理，如果继承人在城市的话，通常具备比较完备的户籍档案或人事档案，相应的，如果继承人在农村的话，由于农村邻里之间往往关系较为密切，可以通过制作谈话笔录的形式加以证明。但他们家的情况最特殊的就是他是从城市被送到农村的，同时继承人居住的农村由于城市发展建设已经整体拆迁，原先的居民因为拆迁也分散居住了。可以说他们家能提供的证明材料是较少的。这个继承案例最终通过众多间接证明材料相互印证等方式加以解决。由此可以看到，面对社会现实生活的复杂性，继承人的身份界定，哪怕只有一个继承人，并非仅仅是对独生子女证或户口本进行形式审查就可以做到的，未必不存在复杂性，其中所必然存在的法律风险更是不言而喻。

以单独继承案件为例，上文的案例也初步揭示了继承权认定可能存在的风险。综上，结合上面的案例，笔者认

为，在继承权认定中主要可能存在遗漏继承人、遗产界定不清、非继承人不当获取遗产等方面的风险。

继承权的认定，涉及巨大的财产利益，同时也可能对家庭关系、私人财产传承等产生重要影响，为此，继承权认定中的法律风险不仅是对继承权认定职责的承担者而言的，上述法律风险的防范对于维系社会生活的正常运转、保障继承法律规范的严格实施、保护相关当事人的合法权益同样具有重要意义。由此，继承权认定中风险的有效防范就显得至关重要。为了最大限度防范继承权认定中存在的难点与风险，需要在以下方面做出改善：第一，继承权认定过程应增强法律服务的专业性以及职责承担机构的专职性，随着社会的发展，继承权认定可能涉及的财产形式必然趋向复杂性、多样性，同时，随着离婚率增高、人员流动增快等社会现象的普遍化，继承人资格的审核也必然愈加困难，这都对继承权认定职责承担者的专业性和专职性提出了更高的要求；第二，继承权认定的承担机构应当具有必要的稳定性，继承权本身即是为了解决私人财产的传承问题，而随着社会经济的发展，可作为遗产分配的财产数量不断增多、私人财产传承对社会经济的正常运转能够产生的影响也不断增强，为此，作为继承权认定职责承担主体的机构或群体，应当具备必要程度的稳定性以及责任承担能力，才能确保遗产的传承满足社会发展的需要。

### 三、继承权认定在社会治理中的功能和定位

所谓继承权认定在社会治理中的功能和定位在本文语境下，并非单纯指从理论上对其法律性质进行描述，而是希望分析，在构建我国继承权认定体系的过程中，例如在分析继承权认定可能的承担者适格条件的过程中，应如何界定该项制度在我国社会治理体系和法律框架内所处的位置，从而如何界定继承权认定在实践中应当适用的适格职责承担者应具备的基本条件。考虑到我国继承法律制度以及国家治理体系发展历史的特殊性，以及由此引发的继承权认定相关问题定位和定性的困难和争议，在分析这一问题的过程中，本文将尝试从正反两方面展开分析。即，继承权认定依据其法律性质应当承担何种社会治理职责，以及该项职责的承担如何履行职责或称满足何种条件才能在最大限度上减少上文中提到的法律风险和负面社会效果，并希望能够通过这种方式为该问题的研究和将来可能达成的共识提供些许帮助。

“继承法，是指调整因自然人死亡而发生的继承关系的法律规范的总称。它规范的是因自然人的死亡而产生的财产转移关系。[3]”“在现代社会中，继承法具有十分重要的意义，具体表现为：一是保护私人财产权。继承制度实际上是所有权绝对原则的延伸，它通过保障财产在不同世代间的传递，来保护私人财产权。继承法则主要处理因一个人死亡而发生的法律效果。[4]”由此可见，继承权认定在国家社会治理结构中主要应体现如下功能：第一，确保作为遗产的私人财产在世代间依法、有序传承；第二，确保具备适格条件的继承人依法获取其应享有的财产继承权；第三，最大限度实现财产传承为社会进步和经济发展服务的目的，同时，保障遗产的继承权认定职责履行能够与社会的发展以及遗产多样化、复杂化的发展趋势相适应。即，继承权认定应当实现确保私人财产稳定传承的功能和作用。

承接上文对继承案件处理中可能存在的法律风险进行的初步分析，继承权认定制度，为了实现其社会治理功能和定位，理应做到最大限度降低继承案件处理可能蕴含的深层风险——时代背景下的财产传承稳定性问题。具体而言，继承案件的处理实质上主要涉及家庭财产传承系统的维系，而这是一个复杂而重要的社会管理系统工程。换言之，每一个财产继承案件，特别是涉及婚姻继承的案件，其联系的是社会生活中的一个个家庭，也许相较于公司等民商事法律业务，继承涉及的财产流转并不是最大的，但这一问题必然涉及到社会运转、家庭结构的稳定性。为此，在涉及婚姻继承的财产传承案件处理中，有两个很重要的因素是制度设计所应该考虑的，一个是社会私人财产传承稳定的维系，再一个是各方利益间的平衡。所谓各方利益间的平衡是指，在选择继承权认定职责的制度设计和职责承担主体时，应全面、适度、合理平衡包括社会整体、自然人个体在内的各方权益，并在此基础上选择公证、法院、不动产登记机构或其他法律职业群体作为继承权认定职责的承担主体。这个选择的自由，一方面指应当在可能范围内赋予当事人选择权，另一方面则是，为了维护社会正常运行以及财产稳定传承的整体利益，对当事人的选择权范围作出必要的限定。

### 四、继承权认定的可能承担机构分析

上文中已经对继承权认定在我国当前所面临的难点、争议以及其中蕴含的法律风险进行了探讨，本部分将在上文分析的基础上，尝试基于我国的社会、法律、传统背景以及继承权认定制度的发展需要和有效实施，对继承权认定制度体系确立的思路、基本原则进行界定，并对制度体系中的核心问题展开研究。

诚如上文中对继承权认定的功能和法律风险所做的分析，从中可以初步得出继承权认定职责承担机构应具备的适格条件，或称继承权认定职责承担者的选择原则：第一，责任承担可行。在继承案件的处理中，由于继承关系自身性质使然，即使尽最大可能进行详细审核，现实中很多案子的法律风险仍是不可避免的。加之，继承案件由于涉及婚姻家庭财产，也许特定案件关涉的财产数额不大，但处理不当极为可能会影响一个家庭结构的稳定性和普通民众对法律权威的信任。而且，家庭婚姻财产继承的案件往往具有一个很重要的特征，即，后续损害的结果或者是问题的发生可能是十几年、甚至几十年之后才爆发。为此，在继承权认定中，需要有一个稳定的责任承担主体作为相应法律风险的承担者。即，这个能够承担继承权认定职责且能够承受继承案件法律责任的主体应该是持续存在的、稳定的，即使是几十年之后，应该是可寻的、可追究的。对于这种责任承担要求，具备机构本位法律属性的主体必然具备一定的优势性。第二，社会风险可控。上文中也提到，继承案件的处理也许涉及的是不动产或仅仅是经济价值不高的存款等财产性权益，这些财产数额虽然相对于经济业务中的公司财产来说确实不大，但其传承的顺畅性对

一个家族、一代人、几代人的感情、关系维系可能产生致命的影响，处理不当，甚至可能致使整个社会关系结构慢慢趋向变异或崩塌。为此，继承权认定制度的设计要从整体层面考虑社会风险的可控性，应当将维系社会的平稳运转以及财产传承的稳定性作为继承案件处理的重要考量因素之一。第三，当事人选择自由。继承权案件的处理，不同于一般的财产性法律问题，属于财产性和人身性兼具的法律问题域。故，在具体案件的处理中，由于继承人家庭情况引发的特殊需求，即使根据案情可能走民事诉讼渠道处理更为方便，当事人仍可能基于自身情感或是其他因素的考量，坚持不进行民事诉讼，转而寻求通过公证等非诉讼渠道解决。和一般社会常识认知不同的是，到目前为止，我国现行法律框架内，实际上并不存在强制公证。当事人愿意选择诉讼也好、选择公证也好，甚或是选择通过律师等法律职业群体解决自身面临的继承案件，都应当视为对当事人选择自由权的一种保障。

综上，为了实现在继承权认定中降低法律风险、保护各方合法权益、满足社会发展的目的，继承权认定职责的承担者应当满足如下条件：第一，具备承担继承权认定法律工作的专业知识和职业技能，毕竟在继承权认定中需要面临大量的法律问题和法律判断。本文开头提及的网贴提出了这样的观点，正是因为独生子女或者是单独继承人处理具有相对简单的特点，所以现行制度下存在诉讼困难或者公证办理过度复杂的问题。但实际情况是，如果不经过充分的调查核实和法律知识运用，如何判定特定案件中只有一个继承人？，这一问题中存在的逻辑悖论来源于法律问题的结论具有不可先验性。也即是说，如果没有经过具备法律专业知识的人员进行法律审核，如何判定某个具体继承案件仅存一个合法继承人？不论在诉讼或是公证中，均同样存在这个问题。据此，笔者认为，不能以法律审核的结果作为质疑法律程序起点的基础。换言之，在具体案例中如果只有通过审核判断才能知道特定被继承人的遗产只有一个继承人，则不能以这个结论作继承权认定的逻辑起点，并以此为整个现行法律程序建设合理性的判断人为创设一个基点。其次需要强调的是，公证作为继承权认定的职责承担者与当事人具有的选择权并不存在冲突。公证作为继承权认定职责的承担者在我国现行法律制度体系内虽然具有一定的普遍性，但是，需要明确的是，在继承案件的处理中，当事人绝非不具有选择权。即，当事人在面临继承案件处理需要时，可以基于自身面临各种因素的综合考量，特别是财产稳定传承以及家庭关系维系方面的需要，自由选择通过公证或法院等渠道。因此，即使将公证视为继承权认定职责的普遍性承担者，也是基于继承权认定的功能实现和风险防范需要，使得由公证作为继承权认定法律服务的承担者符合社会治理和维护各方当事人利益的选择。

#### 五、继承权认定——家庭与财产：社会运行的基石

继承权认定，不仅是特定法律制度的设计问题，也不仅是某个法律职业群体的职业选择和风险防范问题，继承，因其特殊的性质和关涉领域，更关系着社会中每一个家庭的财产传承和家庭关系维护。可以说，从某种程度上讲，家庭和财产正是社会运行的基石，而继承权认定也因此不仅具有法律制度建构价值，同时还具有重要的社会行为导向价值。为此，在继承权认定相关问题研究中，不仅应关注具体的制度设计和规则制定，更应当将“秩序、合作和妥协”作为继承权认定制度建构中的基本原则和指导思路。2015年3月1日实施的《不动产登记暂行条例》第四条所规定的立法原则，第一个就是严格管理。由此可见，虽然在制度设计中应当做到以方便群众为继承案件的办理原则，但严格管理、维系社会秩序才是包括继承权认定在内的法律制度建构和运行的重要原则之一。在任何一个文明法治国家中，之所以有法律存在，大都承担着严格社会管理、维系社会稳定运转的功能。因为只有严格的管理，我们每个人才能得到更大的自由、更大的方便。第二是合作，法院、学者、律师、公证，不同职业的法律人都处在一个法律共同体中，在当代发展不断增快的社会背景下，对于不同行业中的法律人的分工细化和专业合作要求必然不断增强，在继承权认定领域也是同样，其制度设计和实施均有赖于不同法律职业共同体成员的密切合作。最后一个则是妥协，这个妥协并不是指在继承权认定制度设置中应当对现实妥协、放弃推动制度完善的努力，而是指，作为法律人，在法律职责的履行过程中要做到立足于现实，不断完善现行制度。也即是，在继承权认定等相关法律制度的建构和完善中，要做到在法律秩序中妥协，在妥协中合作，在合作中发展，在发展中建立更为完善的秩序。毕竟，立法的发展以及任何法律领域内规则体系的建构均有其发展的现实基础和不断完善的过程。作为法律人，我们应该清醒的认识到这一问题的必然性，不是向现实去妥协，不是放弃推动制度趋向完善的努力，而是要在现实的基础上不断做出最大的努力，推动继承权认定制度在建构过程中不断趋向专业、可行、合理发展。

（责任编辑：李全息）

[1] 由于传播媒介的需要，所谓文章从体例和语言风格而言可能称为网贴更为恰当。

[2] 杨与龄著：《民法概要》，中国政法大学出版社2002年版，第369页。

[3] 王利明著：《民法典体系研究》，中国人民大学出版社2008年版，第501页。

[4] 梅迪库斯（德）著：《德国债法总论》，法律出版社2004年版，第28页。

#### 公证视点：公证参与信托登记制度建设的思考

2015年07月20日 公证人 作者：江苏省南京市南京公证处 张鸣

【中文摘要】信托登记制度是信托制度体现价值，也是信托事业健康稳定可持续发展的守护神。遗憾的是至今我国信托登记制度建设仍处于空白阶段，而信托的本质属性及社会实践均迫切需要建立登记制度。与此同时，公证机构作为公共法律服务提供者可以为社会提供高质量的证明和信用增级服务，公证参与信托登记制度建设大有可为。为此，本文对公证如何参与信托登记提出设想和建议，以期能对我国信托登记制度建设及公证的创新发展起到积极

作用。

【关键字】信托登记；信托财产独立性；遗嘱信托；公证价值

【全文】

虽然我国《信托法》第十条规定了信托登记，但是自该法实施及银监会出台“信托三规”至今，关于信托登记的条款始终处于沉睡状态，信托登记如何开展、由谁负责均未明确，具有实际意义的信托登记制度及操作规则更是一直没有真正建立，这让强调操作性、实务性的信托实践陷入了“有法可依，无规可循”的窘境。而截至目前仅上海设立了国内首家区域性信托登记中心，其作为特定政策产物却并未被纳入银监会的监管范围，迄今也没有明确其法律地位。由于缺乏明确的法律授权和职能定位，上海信托登记中心的登记结果事实上并不被司法机关所采信，显得十分尴尬。信托登记制度的缺失不仅使中国特色信托制度的完备性受到挑战，更造成信托效力的不确定状态，使信托特有的灵活机制和信托财产独立性特点无法正常发挥作用。同时，登记制度和平台建设的滞后也间接阻碍了金融创新，使诸如资产证券化、融资融券等金融工具的作用大打折扣，长此以往将严重撼动信托“得人之信，受人之托，代人理财，履人之嘱”的根本价值。与此同时，我国《公证法》、《担保法》赋予了公证机构可以对特定事务进行登记公示的职能，而且现实中通过公证进行财产权利登记也很普遍，公证机构作为公共法律服务提供者可以为社会提供高质量的证明和信用增级服务，公证参与信托登记制度建设大有可为。为此，本文对公证如何参与信托登记提出设想和建议，以期能对我国信托登记制度建设及公证的创新发展起到积极作用。

### 一、建立信托登记制度的必然性

首先，现代信托制度源于英国的衡平法，大陆法系国家在拥有成熟的代理、行纪制度的情况下，引入信托并本土化的原因，归功于信托机制特有的高度灵活性，而“信托财产的独立性”成为实现信托灵活性的重要基础和保障。信托制度在被大陆法系国家引入的过程中，为使衡平法背景下的信托“二元”所有权理论能被大陆法系“一元”所有权原则所兼容，大陆法系国家通过创设“信托财产独立性”原则使英美法系信托核心理念最终得以在大陆法系“一物一权”社会中展现其魅力。然而，信托财产的独立性又天生是柄“双刃剑”，其“闭锁效应”、“隔离功能”如被恶意利用将严重损害交易安全和他人利益。信托事实和财产信息如不采取一定的方式为外人所知，那么对第三人而言，信托财产和信托当事人的固有财产仍然难以区分，信托财产本身及交易的安全稳定无法得到保障，信托的意义和价值便无法体现。因此，为了维护信托当事人及第三人的利益，确保信托财产交易安全和稳定，必须使财产上负担信托的相关事实和重要信息为外部相关方所知晓，这就迫切需要寻求一种方式使信托财产与信托当事人的自有财产相分离的事实能被公众知道，通过公共机构的登记明确哪些财产是信托财产便成为自然的选择，信托登记制度遂应运而生。

其次，对大陆法系国家而言，信托的价值依托于信托财产的独立性，而登记制度是信托独立性存在和表达的必然要求。大陆法系国家的“信托财产独立性”是英美的信托原理被大陆法系“一物一权”原则兼容的根本体现，是信托制度得以在大陆法系绝对物权环境存在和实现本土化的必然结果。信托财产独立性的实现在客观上需要社会大众对信托财产“不依附、不隶属”的独立状态有广泛和及时的了解，需要信托财产自身属性在最广大的范围内被知晓，需要通过一种社会公认的最高形态和最安全模式维护其地位并与一切其他财产相区别。与此同时，大陆法系根深蒂固的“一元”所有权制度和社会习惯使得人们需要确认信托财产的权属状态确实是脱胎于所有权的四项权能互相分离的事实并且分离效果已对外稳定、长久的体现。为了公开宣布信托设定的事实和表达信托财产权能分离的状态并且毫不动摇的重申本质上的“一元”所有权的真实存在，必然要对信托财产的信托行为建立可靠的公布、确认渠道，至此，信托登记制度便自然成为唯一的必然选择。

最后，信托的社会实践也迫切需要建立登记制度。由于信托登记制度的缺失，使营业信托中有权属登记要求的财产信托难以稳定持续开展，严重制约了信托服务向社会纵深发展的脚步。最为明显的例子如信托公司为了避免因登记缺失导致财产权属风险，纷纷选择资金型信托避开登记规定，不仅客观上造成信托品种单一，没有充分发挥信托弹性设计的优越性，而且造成信托当事人为了维护资金安全设置各种避险手段，增加了信托理财的成本，也妨碍了信托创新。而对于设立有财产权属登记要求的信托计划时，信托公司为实现避免权属纷争不得以只能选择转让登记的方式接受信托财产，不但要带来巨大的税负问题，而且使信托关系愈发复杂，结构处于不稳定状态，委托人、受托人和受益人的权利义务关系混乱不清，由此枯燥乏味的设计无法真真体现信托的魅力。而在民事、公益信托中，由于缺乏登记制度的支持，信托财产的属性晦暗不明，权利义务边界模糊不清，尤其是和人民群众财产密切相关的遗嘱信托，因目前包括房地产在内的信托财产的登记程序并无规则和实际操作流程，涉及权属登记财产的遗嘱信托实践基本属于空白，不仅制约了遗嘱信托功能的发挥，更对人民群众自主处理和分配财产带来了极大地负面影响，长此以往将严重影响社会健康稳定可持续的发展。

### 二、对信托登记制度建设的建议

由此可见，信托登记制度是信托制度体现价值，信托财产实现收益的重要保障，也是信托事业健康稳定可持续发展的守护神。然而，在当前“无法操作”的大背景下，信托全行业正从事着没有信托登记、不受法律保护的“信托”业务，从法律层面建构和细化信托登记制度，出台登记法律法规势在必行。但是，任何一部法律法规的出台往往要经过长期论证、起草、审议等多项环节，此外，鉴于信托制度建设在我国仍处于摸索阶段，不同地区的信托社会认知和发展水平差异极大，所以登记制度不宜现在就在全国实施。我们认为目前以中央特别授权地方立法对信托

登记制度地方试点和先行先试是切实可行的。以江苏为例，自国务院办公厅《关于当前金融促进经济发展的若干意见》下发后，我省加大了对金融产业创新的支持力度，更加完善的金融服务已经深入社会生活的方方面面。信托在江苏尤其是苏南地区的认知度逐年提高，信托已成为人们管理财富的重要选择之一，社会对信托日益强烈的需求和信托业蓬勃发展都迫切的需要有登记制度的强大支持。与此同时，银监会作为信托主管部门，也在不同场合表达过支持有条件的省份针对信托登记进行试点的态度，江苏针对信托登记进行单独地方立法的社会条件已经成熟，我们建议江苏版的地方信托登记办法可以对信托登记规则从以下方面着手。

首先，对信托登记机构做适当安排。虽然建立统一的信托登记机构是最佳的解决办法，但是考虑到技术准备、监管部门以及和其他部门协调是一系统工程，不是一朝一夕所能完备，在过渡时期，充分利用现有的权属登记机构代行信托登记职能以及公证参与登记工作的模式较为可行。本文认为在符合《信托法》第10条立法精神的前提下，江苏版信托登记办法应赋予有权属登记要求的信托财产和无权属登记要求的信托财产明确的不同的效力。对于以有权属登记规定的财产设立信托的，委托人转让信托财产设立信托时必须在信托财产对应的登记机构办理财产的转移登记手续并标注已被信托的事实后，信托才生效并产生对抗第三人的效果。对于无权属登记要求的信托财产，在鼓励自愿登记的同时采取登记对抗主义，即信托财产登记与否不作为信托生效的条件，但是未登记的信托财产不得以独立性原则对抗善意第三人。上述做法可以避免在独立的信托登记机构建立之前出现“一物双重权属”现象，同时节约社会资源，也符合社会现阶段的认知程度和习惯模式。

其次，完善信托登记程序规则。登记程序是保证登记过程合法、真实和准确的保障，制定严格可操作的登记规则极其重要。考虑到有权属登记要求的信托财产和无权属登记要求的信托财产的法律特点的不同和登记的效力区别，本文建议立法机关采取不同的登记规则。其中，重点规则是对于有权属登记要求的信托财产登记程序，在全国的统一的登记机构建立之前，明确以原权属登记机构作为区域内的法定信托登记机构，登记机构应当立足于《信托法》对信托行为的规定，从信托的目的、身份、财产合法性、管理处分方式、受益人范围、是否损害公共和第三人利益等方面建立细致的登记规则。同时，基于信托的私密性，对信托登记和信托设立等事实可以尝试通过特定性公告制度对外发布，力求使信托财产登记状况能在最短的时间内为相关人群获悉。

### 三、引入公证完善登记制度的建议

根据我国《公证法》的规定，公证作为一项预防性的司法证明制度，本身的职能定位就是预防纠纷、减少矛盾和保障利益。公证参与信托登记制度建设既是公证的本质属性使然，又是公证行业实现社会价值的方式，更是服务于人民群众客观需求的必然选择。与此同时，公证行业完成了身份和性质的转变，成为公共法律服务的提供者，而法律上对办理公证的严格程序规定以及公证员遴选的苛刻要求更在客观上保障了公证法律服务的高水准和品质，公证能够为社会主体实现风险控制和利益平衡提供高性价比的有力法律保障已是不争的事实。所以，在信托登记制度建设的过程中，充分引入公证机制促成信托登记制度健康、稳定发展不失为一种双赢的选择。为此，本文试对江苏版的信托登记办法中设计公证机制具体建议如下。

第一、建议将公证后的信托文件作为申请信托登记的前置必须基础文件。我们知道信托文件作为信托当事人设立信托意思表达的载体和权利义务的依据，订立过程中各方的信息是否真实可靠，意思表示是否真实有效，文件内容是否清晰明确，信托财产是否合规无瑕疵，各方的权利义务是否平衡等因素对日后信托的运行和最终的成败有着重要的影响。然而，现实中由于诚信制约机制的缺失和信息不对称的客观存在使得信托设立过程中的道德风险和利益冲突时有发生，订约各方的文化程度以及对信托的理解和熟悉程度存在差异可能造成重大误解，这些负面因素将极大地影响信托参与方信息交换和真实意思的表达、文件内容的公允和各方权益的平衡。尤其是对非专业的投资人而言，在面对专业的信托公司时，受限于自身获取信息的手段和分析能力，对信息的收集和判断很难尽专业和全面，所以，如果有专业第三方能够帮助投资者及时准确的获取信息并给出客观的风险揭示和签约辅导，那么就可以极大缓解信息不对称和道德缺失带来的交易风险，借助专业的法律机构对信托设立全程进行法律辅导服务成为市场的必然和必需。

本文认为社会活动中安全、成本和效率永远都是相互平衡的，尤其是在民商事活动中，牺牲安全的所谓低成本和高效率反过头来只能是浪费更多地社会资源，安全保障下的成本计划和效率提高才是根本。公证机构作为不以营利为目的的证明机构其职能定位正是预防纠纷，公证员作为职业法律人，其职业追求乃是通过公证证明活动来明确各方当事人的权利义务和平衡各方当事人的利益从而实现客观实体公平正义，在这一点上，各方当事人的心境与公证员是完全一致的，公证较之其他的法律提供者更加的公正和易于接受。信托文件订立过程中，公证员在了解各方的意思之后，本着“重实质不重形式”的原则，努力探究和揭露当事人的本愿，以不偏不倚的中立立场，在法律层面上明确法律关系后果和事实，分析和固定各方权利义务，从而让各方当事人能比较客观、全面和准确的认识信托所带来的一系列的结果，强化各方的风险识别意思和能力，避免因信息不对称和认识偏差带来的误解，并防止任何一方利用信息优势损害对方利益。譬如说，随着我国国际化脚步的加快，涉外信托及其纠纷将越来越多，遗憾的是我国《信托法》对涉外内容并未规定，仅《涉外民事关系法律适用法》有原则性的规定。目前国际上涉外信托法律适用的国际条约为《海牙关于信托的法律适用及其承认的公约》，而我国尚未加入该公约。我们知道具有涉外因素的信托纠纷是一个综合性的法律问题，司法机关在审理涉外信托纠纷适用法律时，要针对信托法律关系的特点，选择适用涉外信托法律关系的准据法。其规则为首先适用当事人意思自治原则，在当事人没有作出选择或其选择被认

为无效时，适用最密切联系原则决定所应适用的法律。而最密切联系原则中连接点的不同认定对于裁判的结果将产生极大地变数，对各方的利益可能发生根本性的影响。而公证机构在办理信托公证时对诸如此类可能导致各方权利义务重大影响的条款将充分审查并中立的告知各方当事人，明确处理方式，真正实现预防纠纷的职能。所以说，通过公证设定信托的真实目的得以明了，各方当事人的真实意思得以充分表达和固定，通过公证的信托设立辅导机制，由信息不对称造成的道德风险和利益冲突被有效化解，各方的真实意思得以实现，权利和义务可以最大程度的得到平衡。

在信托活动中，核实各方信息和证据的真实、完整和有效，监督相关信息的合规披露，确认信托财产的权属状况等方面，公证均可充分发挥证明事实、固定证据和揭示风险的独特作用。我国信托法对于无效信托的种类有着明确的规定，对信托当事人来说确保信托活动中的信息、目的、财产等均符合法律规定至关重要，而对非专业的投资人来说，由专业、公允的法律人员实时审查信托材料并提供中肯的建议则是再好不过的。公证人员可以充分凭借自身的法律专业素养，综合利用公证程序规则和民事证据采信相关规定，发挥司法主观能动性，依托公证机构平台与相关机构建立的联系，充分利用公证资源优势，实施多渠道的查证手段，完成对财产状况信息的固定和查验，确保信托财产的合规和无瑕疵。同时，积极探索与公安、检察、金融、工商、税务、质检、人社、环保、招投标、媒体部门和法院执行局建立常态化的沟通协调机制，让相关的证据信息能够在第一时间相互共享，通过对各方信息的汇总分析，形成对信托投资标的更加立体的价值判断和信用风险评估结果。所以，通过公证不仅可以将各方的意思表示真实的体现，而且能够帮助各方平衡利益，有效避免道德或信用风险对信托目的实现造成的负面影响，为信托提供高效的法律保护。除此以外，公证可以对信托计划整体安排是否公平、合理提供意见，提供公允的投资定价基本原则和依据，依托赋予强制执行效力的法定职能优势协助实现风险防范和担保救济手段。通过公证的信息强化机制、风险过滤功能和利益平衡手段，最大程度确保信托合法、公允和高效。

第二、建议由公证机构作为无权属登记要求的信托财产登记的法定登记机构。自我国《担保法》实施以来，公证机构可以作为特定财产抵押登记机构的概念得到了普遍的宣传。公证的登记作用在社会上形成了基础共识，实践中，大量的动产抵押都是由公证机构办理抵押登记手续，公证机构对于如何办理登记事务积累了丰富的经验，从实际效果来看登记结果也满足了社会需求，公证机构的登记职能发挥了应有的作用。与此同时，在广大司法行政和公证人员的共同努力下，公证的作用和价值得到了社会各界的广泛认同，群众对于公证的信赖感与日俱增，愿意通过公证解决问题维护权益的人群正在不断壮大，所以公证作为非权属要求财产信托登记机构有着很好的群众基础和旺盛的社会需求。

公证制度建设为公证开展登记工作提供了坚实的规则平台。司法部很早就针对公证机构办理抵押登记制定了具体的登记规则，公证机构以《公证法》和司法部办证规章为依据，在多年办理抵押物登记的过程中形成了一套严密而完整的工作流程，制度和配套程序的完备为开展工作打下了坚实的基础。同时，在落实司法部规范化建设要求的过程中，各公证机构软硬件方面都全面提升，软硬件能力的共同提升使公证机构完全能够胜任信息化条件下的登记工作。而且公证人员作为法律专业人士，其职业操守和对法律规则严格遵守以及执行准确度和效率是其他登记机构及其从业人员无法比拟的，公证人员的工作素养可以从根本上保障登记的准确和效力。

公证机构作为法定的证明机构，其社会公信力为社会普遍认同。公信力是公证的灵魂，也是公证之所以可以体现社会价值的根本，通过公证的专业法律服务为信托财产登记提供服务不仅可以最大程度的满足当事人对财产和交易安全的需要，而且也易于被信托当事人和第三人所接受。公证抵押登记与信托财产登记有着诸多相似的程序和属性，公证机构作为统一的对抗性信托财产登记机构在实际操作中能够很好地适应。同时，公证机构与本地相关权属登记机构协作互动，开展形式多样的交流和信息对接、共享，使公证机构与相关权属登记可以实时获取对方的登记信息，提高登记信息公示的整体性和信息维度。

#### 四、公证在遗嘱信托中的运用

随着公民私有财产增加，越来越多的公民希望通过遗嘱信托的方式确保其死后的家族财富能够传承。遗憾的是我国《信托法》重点在于投资类资产的信托，主要用于规制信托的商事利用，对以遗嘱信托为代表的民事信托鲜有涉及。但是社会需求是客观存在的，所以人们便自发的将目光投向了擅长处理遗嘱、遗产继承分配的专业法律服务机构公证处。所以，公证机构参与遗嘱信托有着天然的社会需求。我们认为公证机构在遗嘱信托中的作用主要体现在以下几个方面：

首先，公证机构在遗嘱人订立遗嘱时依法对遗嘱信托的合法和适当性提出意见。我国《信托法》中规定了遗嘱信托除符合《信托法》的基本要求外，还应当符合《继承法》的规定。所以，公证机构在办理遗嘱信托公证时，将按照《信托法》和《继承法》的角度去审查如下内容：1、遗嘱信托采取书面形式，遗嘱人具备相应的行为能力，必须明确表示出用遗嘱的方式对特定的财产设立信托的意愿，同时信托目的必须真实合法。2、遗嘱信托文件应明确委托人，受托人，受益人三方当事人内容。同时，对于受托人是否为遗嘱执行人，受益人是否为继承人应当明确。3、遗嘱信托文件应明确信托财产的范围、种类及状况，信托财产必须合法、有效、明确，信托财产须属于遗嘱人个人所有，无产权瑕疵。同时，对于信托终止后的信托财产归属作出规定。4、遗嘱信托文件要明确信托财产的管理与运用的方式（例如每月给付受益人多少钱）及信托终止后信托资产如何处理的方式。信托中最好指定“信托监督人”，以便监督受托人在管理与运用信托财产时，有无违反信托合同。5、遗嘱信托文件中应考虑对继承法中规



定的特留份内容作出妥善处理。

其次，公证在办理遗嘱信托时的优势明显。公证机构作为不以营利为目的的社会事业部门，其社会公信力得到广泛的认可，作为中立、专业的法律服务机构，能够从专业法律的角度去指导和帮助当事人表达意思，最大程度的按照遗嘱人的意愿设计遗嘱信托条款，以满足当事人的个性化需求，运用法律专业知识对信托条款合法性进行审查，提出法律建议，剔除与法律法规、公序良俗相冲突的内容，以确保信托条款的真实有效，平衡各方的利益，达到最佳的社会效果。而且根据《继承法》和最高人民法院相关司法解释的规定，经公证的遗嘱具有最高的法律效力，这从法律层面确定了公证的遗嘱信托的最高效力。同时，遗嘱业务作为公证机构的常规业务，在理论和实践中已经非常成熟，办理过程中，将有两名公证人员全程负责，公证遗嘱的设立要遵循严格的程序规则，详细的记录询问内容，并辅以录音录像，可以全方位的保障当事人订立遗嘱意愿和遗嘱内容的真实性。

再者，公证机构在遗嘱信托执行时的独特作用。信托文件选任的受托人是遗嘱信托目的能否实现的关键所在，如受托人是信托公司或其他理财机构时，虽然这些机构在管理财产和增值方面具备实力，但其作为商事主体本质上是要赚钱营利的，所以无法时刻从法律角度去考虑立遗嘱人的意愿维护受益人的权益，道德风险和利益冲突在所难免，在遇到纠纷时也没有法律专业能力去及时有效处理；如受托人是自然人，不论是立遗嘱人的亲朋还是挚友，也都无法完全排除日后的道德风险而且个人也未必总是有足够的使得财富保全、增值及处理各种突发情况。与此相对应的是公证机构作为不以营利为目的，依法独立行使公证职能、承担民事责任的证明机构，具有中立性和法律专业能力及严密的组织管理，因过错承担民事赔偿责任的能力也明显较强，同时，《公证法》第十二条的规定也从法律上为公证机构担任受托人提供了充分的依据，公证机构具备了担任遗嘱执行人或受托人的充分条件。对于简单的如按月支付金额，购买物资的信托条款，公证机构完全可以胜任，对于较复杂的信托条款，如财产的保值增值，红利分配等金融性业务，当事人也可以根据《信托法》第三十一条之规定，指定公证机构和金融机构为共同受托人等方式实现，如在遗嘱中明确由公证机构负责处理信托财产涉及的法律事务而由金融机构处理财产投资业务，如此，由公证机构全程参与、负责、管理、看护、处分财产和信托执行过程监督的模式将有利于保障信托目的的最大化实现。

虽然公证参与遗嘱信托具有明显优势，但不同法律关于遗嘱信托成立、生效的冲突性规定亟待解决。依据我国《信托法》第十三条的规定：“设立遗嘱信托，应当遵守继承法关于遗嘱的规定”，我国《继承法》规定，订立遗嘱是立遗嘱人的单方意思表示。所以，意思表示作出后遗嘱便成立，其成立不以受益人的同意为条件，而以死亡作为成立条件。但依据我国《信托法》第八条：“设立信托，应当采取书面形式。书面形式包括信托合同、遗嘱或者法律、行政法规规定的其他书面文件等。采取信托合同形式设立信托的，信托合同签订时，信托成立。采取其他书面形式设立信托的，受托人承诺信托时，信托成立”，由此条可知，遗嘱信托属于“采取其他书面形式设立信托”，应当是“受托人承诺信托时，信托成立”。如此一来，除非遗嘱人在死亡前就已经取得了受托人的同意，否则立遗嘱人死亡后，遗嘱即使生效了而信托却尚未成立，由此可能造成的社会影响不言而喻。在这里，两部法律对遗嘱信托何时成立产生了冲突。

同时，由于两部法律对遗嘱信托成立时间的冲突规定，也直接导致《信托法》第十三条本身的冲突，即如受托人未承诺，那么依据信托法此信托尚未成立，信托文件中设立的信托受益人便不具备赋予的身份效力，如此由受益人或其监护人再指定受托人也不可能完成。通观两部法律对于遗嘱信托的成立时间存在的冲突规定，其实正体现了法律对民事主体的权利从不同角度予以平衡的结果。《继承法》的出发点是充分保障立遗嘱人对自己财产处分的自由，而《信托法》则是更加侧重尊重受托人是否接受选任的自由决定权，因保护的侧重点的不同客观上造成了法律规定间的不协调。所以，我们建议在修改信托法时，对信托法第八条增加一款：“设立遗嘱信托的，遗嘱生效时，信托成立”。如此，在两者之间找寻了合理的平衡点，两部法律的冲突得以解决，也符合客观实际需要。

目前，经司法部批准，由中国公证协会搭建的全国公证遗嘱备案查询平台已基本建立，全国公证机构办理的公证遗嘱实现了数字化、信息共享和在线查询，遗嘱公证的信息化建设为公证机构深化遗嘱继承类服务奠定了坚实的信息数据基础。与此同时，遗嘱信托公证在办理过程中的所有信息资料也都将可以适时完整的录入数据库，此举打通了信息数据层面上与其他财产权属登记机构的信息互通和数据共享的技术障碍。可以想见，一旦实现了公证遗嘱信托数据和其他财产权属登记机构的财产信息的互联互通，那么各机构在处理遗嘱信托查询、核实和执行过程中可以步调一致的协同运作，既提高工作效率和安全性，又能为当事人降低成本，共同促进市场繁荣和规范，真正将遗嘱信托的优势发挥。所以，建议立法机构积极研究，对于遗嘱信托制定遗嘱信托财产登记执行办法，打通各登记机构与公证机构之间的信息壁垒，为遗嘱信托的开展奠定制度基础。

## 五、结束语

本文认为信托登记制度的完善势在必行，正视信托在家族传承和财富管理中的价值并积极推进登记制度的建立和完善是监管部门负责的表现。同时，公证机构作为公共法律服务提供者，其在社会生活中的作用愈发凸显，公证只有不断响应社会需求，提供高质量的法律产品，才能真正发挥公证的价值。如何让公证能够在信托登记领域发挥独特的作用，对于我们每一位公证执业者来说责无旁贷。

## 如何改善继承和遗嘱公证工作 ——第四期“百思”公证沙龙发言集锦

2015年07月20日 公证文选

中华遗嘱库对遗嘱公证的冲击，以及网络上关于独生子女继承难的讨论对公证的影响不可谓不强，由此激起组织讨论继承公证改善措施的动力。本期沙龙发言者观点精彩纷呈，因篇幅限制，仅摘录精彩部分。

胡家祚：首先，表面上看是中华遗嘱库给公证造成威胁，但其实其兴起是在公证本身出现问题的背景下，如果公证的问题和陋习得不到解决，总会有新事物来代替我们。遗产继承领域，包括遗嘱公证和继承公证都属公证传统业务范畴，而遗嘱恰恰是公证介入遗产领域的根基和敲门砖，如果这个根基产生动摇，公证就会彻底从遗产领域退出。目前《继承法》正在修改，此前法律上缺少对遗嘱及其侵害程序的规定，我个人认为这是非常好的契机，法律空白给予进步空间，公证可以努力在这些方面率先做好，以弥补法的滞后性，这些努力终将引起立法者关注。另外，我认为公证在遗产继承领域应该有所突破，在把握专业性的同时开展延伸服务，在深度和广度上均有拓展。

苗春林：公证遗嘱在证明效力上受到高度认可，但在收集材料和时间成本上让当事人感觉繁琐。简化和延伸是我们的努力方向。

魏伟：我想谈谈宣传的问题。一方面，与大肆宣传的中华遗嘱库相比，我觉得公证处可能在宣传上有所欠缺，公证处习惯于坐等申请，而中华遗嘱库在微信、电视、报纸等各方面的宣传很广泛，充分表现其主动性。另一方面，遗嘱应该有一定的公益性，我们应该看到遗嘱带来的是继承公证，而不是在遗嘱公证本身，我们的目光要长远一点。

周绍波：关于遗嘱公证收费问题，我认为可以像爱心公交卡一样设置年龄段——七十岁以上免费（注：昆明公交车有爱心卡配置，即六十岁以上人员免费乘车）。

廖丽：有人提倡公益和免费，但我是免费遗嘱的坚决反对者。中华民族几千年的文化背景没有培育出人们对法律服务的消费习惯，我觉得免费遗嘱在释放一种危险的信号——公证机构就应该是公益性的。我们不应把公证推行为费用低廉甚至免费的服务，这是一种诋损行业的消极价值观，应该有如下考虑和转变：第一，公证人不仅仅应该是法律专家，还应该是家事和家庭财产管理人。第二，公证行业应该站在整个社会系统里去设计自己的发展方向，在继承等传统公证业务方面摒弃片面式、碎片式审查模式，通过办证经验和专业知识的积累，对事实作出有效的法律评判并且在这个过程中传递家族事务专业管理者的素养。

王海宁：任何个体或组织，无论伪装成什么，或者用什么方式，最后都是为了生存。免费可以作为某种手段，但不是我们的目标。在这里，我从几个方面来谈谈继承公证：第一方面，当事人感受——程序繁琐，费用昂贵，不解决问题；第二方面，律师、竞争者或者潜在利益者的感受——含金量不高，作用不大；第三方面，我们自己的感受——继承公证复杂、繁琐，在有其他的证类证源代替的情况下，有人宁愿推办，也有在办理过程中不主动帮助取证等现象，这是态度问题。是什么原因造成上述困局呢？我认为有如下原因：第一，对于当事人，首先面临的是《继承法》的复杂性，他们缺乏对专业法律知识的了解，而被继承人档案难寻等局限则给当事人造成事实上的困难，辛苦取证之后付费获取的公证书并未让当事人觉得物有所值；第二，对于利害关系人，继承公证有一种规范作用，可以把各种行政关系、法律关系规范为合理的结论；第三，对于竞争者如律师，他们认为公证工作没有技术含量，无非是把当事人的陈述转到公证书里面；第四，对于我们自己，在行为认知方面，要区别一份行为是认真努力的，还是敷衍塞责的，是经过确实的工作，还是一些表面功夫，这有很大的区别。改善继承公证的方法之一是修法，事实上，最大的竞争是规则的竞争，《公证法》作为行政法，对于公证机构的市场定位有所滞后，如果能让法律环境变成竞争法、促进法、市场法实施的场域，行业就会随之改变，这是规则导向的一个表现。

陈俊杰：我想从遗嘱联网信息查询这个角度来说。现在办理继承公证的最大难点在于对被继承人人事档案的调查。在当代各类性质的用人单位层出不穷的情形下，劳动者人事档案保存率越来越小，调取难度将越来越大，甚至无法调取。所以我想，如果我们能通过互联网达成一些信息资源的共享，今后办理继承公证将获得很大的便利。

刘文兵：一直以来我们带着行政色彩来面对当事人，中华遗嘱库对我们来说是一种警示，即提升主动性和服务性。作为公证行业的从业人员，应该站在当事人的角度来考虑问题，适时启发他们如何办理遗嘱和继承公证并且亲自参与他们取证、举证的过程。

张谦：有同仁提出联网信息共享可以促进继承公证办理效率，我则是这样思考的：第一，资源本身是有对价的，虽然大家都在设想资源共享的各种益处，但资源共享是不可能实现的，我们只能充分借助这些资源，但不能完全依赖于它。第二，我认为每项继承公证都应该是个性化的，其开展的对象是有血有肉的个体，我们开展工作的方式和内容可以更加多样化，不应局限于固定的证明方式和材料收集方式。第三，没有目的的免费是愚蠢的，中华遗嘱库的免费和公证行业的免费本质上并不一样，中华遗嘱库的思维是互联网思维下的免费，是通过收集网络资源和延伸服务来获取利益的，最终目的是为了通过用户体验和资源垄断来把握整个遗嘱信息系统，虽然也有成本上的风险，但思维上已经超前了，而公证行业的免费还停留在传统工业层次，是为了免费的免费，这种思维最终会被淘汰。

李全息：第一，我觉得中华遗嘱库是最大的骗子，所出具的遗嘱既不规范、效力也受到质疑，后患无穷，但其为什么有生存空间呢？是因为公证不作为。第二，如何改善遗嘱和继承公证？我们不是要盲目降低审查标准和简化公证程序，关键是在实体法和法学理论的范围内寻找方案，这才是正确的道路，但又受制于程序、格式等诸多刚性内容，难以突破。第三，公证遗嘱库逐渐扩充，现有100多万条信息，应以此为抓手，继续强化信息收集、储存和运用能力。第四，改变工作方法，促进效率提升，比如我所在的明信公证处开展“绿色继承”服务，不再做“复制一粘贴”的模式工程，而是做文字的创造者。另外，我谈谈对继承调解的看法，公证人和律师相比，在继承调解方面并没有突出优势，如果非要拣一点来说，我认为我们的优势在于可以直接而全面地掌握当事人的调解需求，而律

师因为无法第一时间接触继承公证当事人，在这方面是有所欠缺的。同时，我们出具的调解书是有效力的，而律师出具的调解书效力不及公证。

赵欣：公证和律师是两个行业、两种理念、两种机制，律师是营利性行业，而我们被外部解读为公益行业，两者很难有可比性。律师行为是利益驱动，而公证行为还受制于制度和行政要求，后者在某些时候是弱小而无能的。在办遗嘱和继承公证时，应以强硬的方式去教育消极的人，以温暖的行动去帮助弱势群体，这是我们的出路。

金易：公证产品在社会上的定位可能是一种“生活必需品”，而律师和法院的法治产品则可能是“奢侈品”。出现差异的根本原因在于公证行业没有根本性地解决当事人的需求，相比之下，律师和法院能够解决根本性的问题。在僵化的思维模式下我们只会更加固步自封，由此可见，公证应该更加灵活地看待市场规律和民众需求，为当事人设计解决问题的可行方案，这才是公证价值体系扩展的有效途径。

沈薇：第一，在我本人刚入行业的时候，根本不了解公证究竟是什么以及公证能做什么，这些年公证为大众认知很大程度上源于外界和媒体的负面宣传，我因此想到，也许是公证的宣传体系出了问题。第二，对于今天的主题，我认为公证机构之间应该建立继承公证书协查机制，这样就可以形成行业对特定当事人三代亲属关系的信息共享，可以有效完成数据集成并减轻当事人举证负担。

薛艳：与律师服务和法院工作相比，公证工作显得较为被动，因此当事人常常抱怨程序繁琐。在这样的背景之下，我们一方面应尽力简化程序，另一方面则是要加强开拓和宣传，变被动为主动。

张燕：公证是具有公益性的行业，便民原则应该是我们的执业座右铭，降低当事人举证成本则应是具体表征。当前行业内部审查标准为遗嘱公证设置了种种障碍，这种审查标准是否可以降低？我认为公证人员应当为当事人指明搜集证据的路线，在其无法举证的情况下，公证应当介入搜集。我认为只要提升服务质量、强化服务能力，遗嘱公证是能够被广泛接受的，并不需要以免费为噱头。

## 离婚后财产协议的性质和法律适用

2015年07月24日 公证人 作者：赵文兵

### 引言

法律不断完善并没有为公证人带来法定公证的“美景”，在法治化的进程中公证是一个被遗忘的角落。《物权法》的颁布并没有一个“公证”字眼，《民事诉讼法》的修正并没有照顾公证人的感情，传统的亲属法公证的阵地正在承受着来自法律、政策等方方面面的冲击。就连在传统意识中，夫妻财产约定这一似乎能够与公证“沾边”的领地也几乎被侵蚀殆尽。婚前财产约定公证由于一方婚前个人财产转化为夫妻共同财产司法解释的废除而基本不复存在，婚姻关系存续期间的夫妻财产约定公证既无法律规定又无现实需要而基本形同虚设，甚至就是婚姻关系终止时的离婚协议要么通过法院调解，要么通过婚姻登记部门存档，其获取的相应法律后果及证据效力使得公证毫无介入的必要。公证实践中，尚存的就是夫妻关系终止后对于离婚协议的变更、补充、细化存在办理公证的现实需求，此时公证保护的砝码对于当事人而言显得相对加大，这些需求不断进入公证领域、寻求通过公证途径予以法律保障。公证行业应尽可能深入进行有关法律问题研究，挖掘可能的发挥空间，同时将于法不合的因素排除出去，创造自下而上的“法定公证”。

### 一、“法律必须被信仰”

#### ——权利行使的“追问”

“法律必须被信仰”是法律职业者应具备的价值标杆，对于公证人而言，信仰法律应从尊重法律、尊重权利做起，畏惧法律不是信仰，轻视法律同样不是信仰，不能保护合法权利不是信仰，不能排除非法权利同样不是信仰。坚守客观、公正的公证人，把“纸上的法律”变成“活的法律”、对公证视野下的权利行使多一些“追问”，就是实实在在的法律信仰。

引例：甲男、乙女于2006年登记结婚，于2007年生育一子丙，在婚姻关系期间共同购买两套房产，其中A处房产于2009年办理房屋登记、目前处于抵押状态，B处房产尚未办理房屋登记、仅有与开发商签订的购房合同。2011年，甲、乙因感情不和，在当地民政局协议离婚，约定A处房产归乙一人所有且因处于抵押期间未办理过户转移登记，婚生子丙由乙抚养，B处房产因尚未实际取得而未在协议中提及。甲、乙并于当时办理了离婚登记。2012年，甲、乙双方因实际需要调整原离婚协议，并到公证处申请办理双方协商调整后的离婚协议公证，包括如下内容：将A处房产变更约定为甲所有，丙变更由甲抚养，将B处房产补充约定为乙所有并由乙向银行还贷。

在子女抚养上，由于父母作为子女的监护人资格不因离婚而发生改变，因此只要不违反相关法律规定，可以进行自由变更。在财产分割上，具体包括对原协议的变更或补充，对其性质和法律适用有待澄清。

1、离婚协议的性质和法律适用。（1）离婚协议是什么法律性质？与夫妻财产约定有何关系？是身份行为还是财产行为，还是既包括了身份行为又包括财产行为？（2）在法律适用上，是适用《婚姻法》还是《物权法》、《合同法》，还是因身份行为和财产行为不同而区别适用？（3）离婚协议生效之时能否不经物权登记而实现物权变动？倘已实现物权变动，那么未经登记的物权变动如何对抗第三人？（4）离婚协议约定的财产如何在不违背公示公信原则参加市场交易？

2、变更房产归属约定。以新的财产约定变更离婚协议中的财产约定，是否可以按照意思自治原则，赋予协议双方充分的自由？若可以变更，那么离婚协议中的夫妻关系解除的人身关系是否随之变更？若不可以变更，新的财

产约定为何不能对抗离婚协议中的财产约定？

3、补充房产归属约定。(1) 补充约定在离婚协议中未予处置的财产分割，这样的补充约定性质如何界定？是夫妻财产约定的自然延续还是在夫妻关系解除后普通的共有财产分割约定？(2) 协议双方对于抵押期间的不动产约定物权转移是按照《婚姻法》规则认定有效，还是按照《物权法》规则认定无效？同样，对于尚处于预抵押期间未取得房产证的不动产约定物权转移并自行约定还贷方式是按照《婚姻法》规则认定有效，还是按照《物权法》规则认定无效？这样的约定是否需经过抵押权人的同意？

4、对法院判决或调解书的细化约定。假设甲、乙系通过人民法院判决或调解的形式离婚的，对于其中的法院判决、调解书内容双方需要再细化、以便操作，在公权力对物权变动已然界定的情况下，公证是否有发挥作用的空间？这种细化约定如何认定并适用法律？是否有违公权力之嫌？

二、“上帝的归上帝，凯撒的归凯撒”

——权利不能“过界”

离婚协议中的财产约定运用于不动产物权变动，究竟是选择充满友爱的天堂里的上帝法则，还是充满物欲的世俗里的凯撒法则？究竟是适用《婚姻法》还是《物权法》、《合同法》？这里首先要解决离婚协议的性质问题，厘清种属关系，进而寻求运作规则。

(一) 离婚协议属于夫妻财产约定范畴

1、离婚协议具有夫妻财产约定的共性。从夫妻财产约定的订立时间来看，《婚姻法》第19条对夫妻财产约定的界定是“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”，并未明确夫妻财产约定的订立时间；第31条规定“男女双方自愿离婚的，准予离婚。双方必须到婚姻登记机关申请离婚。婚姻登记机关查明双方确实是自愿并对子女和财产问题已有适当处理时，发给离婚证”，可以反映出离婚协议订立时间先于夫妻关系解除时间，处于夫妻关系存续期间，只不过离婚协议的订立时间与夫妻关系解除时间相距甚近。在夫妻财产约定的订立时期上，夫妻财产制契约既然是夫妻婚姻生活关系的约定，其应于结婚前或结婚同时订立，乃理所当然。然在婚姻关系存续中能否订立夫妻财产制契约，则有限制主义与自由主义两种立法例。我国《婚姻法》对订立夫妻财产制契约的时间未加限制，即采纳了自由主义的立法例。从夫妻财产约定的内容来看，《婚姻法》第19条只是将夫妻财产约定的内容界定为“婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产”，而离婚协议在内容上完全符合夫妻财产约定的特征；中国公证协会《办理夫妻财产约定协议公证的指导意见》第5条规定“夫妻财产约定协议……也可以约定婚姻关系终止时财产的分割”，明确了夫妻财产约定的内容与离婚协议内容的包容关系，离婚协议内容属于夫妻财产约定内容的一种。从夫妻财产约定的效力来看，《婚姻法》司法解释二第8条规定“离婚协议中关于财产分割的条款或者当事人因离婚就财产分割达成的协议，对男女双方具有法律约束力”，这与《婚姻法》第19条第二款“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”并无二致，赋予离婚协议与夫妻财产约定相同的法律效力。由此可见，离婚协议具有夫妻财产约定的共性。

2、离婚协议本身的特殊性并未改变其夫妻财产约定的性质。离婚协议从性质上分析，是一种民事法律行为，应当适用民事法律行为的基本理论。但与一般的财产协议不同，它是亲属法中的行为，对其效力的分析必须立足于身份法律行为的特殊性。离婚协议是一个复合协议，既包括解除婚姻关系的形成行为，也包括对夫妻财产分割及子女抚养的附随行为。附随行为的效力附随于形成行为，形成行为不生效，附随行为亦不生效。形成行为为要式行为，以登记为生效条件，故未履行登记手续的离婚协议不生效，附随于离婚行为的财产分割、子女抚养协议也不生效。学界多从出现争议的诉前离婚协议角度来探究离婚协议的效力，所重点探究的离婚协议效力毋宁说是诉前离婚协议效力。如果没有离婚协议履行中出现的争议而进入诉讼领域，离婚协议就会按照夫妻财产约定的路径发挥效力，就会进入夫妻财产约定的效力范畴。这与公证视野下所探讨的离婚协议效力有很大的不同，进入公证领域的离婚协议是不具争议的离婚协议，是纯粹的而不是置于诉讼的背景下的离婚协议效力探究，是一种具有特殊性的夫妻财产约定。离婚协议之于夫妻财产约定的特殊性，只不过是给离婚协议设置了一定的生效条件，只不过是给离婚协议民事法律行为附加了生效条件。这种生效条件本身又属于关键的夫妻婚姻关系的解除，与夫妻财产约定是婚姻契约的从契约的法律性质“不谋而合”。离婚协议只有在进行离婚登记后才能生效，在未进行离婚登记前不生效力，这就如同婚前财产约定作为一种夫妻财产约定协议在未经结婚登记时并不生效。总体来看，离婚协议本身的特殊性并不影响其本身的夫妻财产约定性质及其适用《婚姻法》的特征，离婚协议下的财产约定属于夫妻财产约定范畴是当然之义。

(二) 夫妻财产约定下物权变动的内外效力及法律适用

将离婚协议归于夫妻财产约定范畴后就须回到夫妻财产约定层面研究其运行规则。

基于夫妻身份而达成的夫妻财产约定协议如何实现不动产物权变动，《物权法》设置了不动产登记变动规则而《婚姻法》并无要求，如何选择法律适用？对该问题不能一概而论，应回到法律对夫妻财产约定的内外效力两个方面分别来看。夫妻财产约定对内最基本的效力是物权效力。由此，夫妻财产约定一旦在夫妻之间成立生效便产生物权的效力，无需通过登记生效实现物权变动。就不动产物权变动而言，《物权法》及《合同法》的规定是一般规定，而《婚姻法》对夫妻财产关系的规定是特殊规定。在解决夫妻财产争议原则上，越来越多的学者倾向于应适用《婚姻法》。这种对内的物权效力在《物权法》上的回应就是第9条的不动产物权登记变动规则之“法律另有规定”

的除外”的所指。在对外效力上，对于夫妻财产约定，应当依据《物权法》规定的公示原则进行登记，可以有效地防止规避法律的行为，更有利于保护与约定财产的夫妻进行民事活动的人的合法权益，同时，也应规定夫妻财产契约经登记者方产生对外效力，未经合法登记者不产生对外效力。同时，对于夫妻财产约定对内效力不能因为其适用“法律另有规定的除外”而放任自流，在参与涉及第三人的市场交易时为保障交易安全应准用《物权法》第31条“处分该物权时，依照法律规定需要办理登记的，未经登记，不发生物权效力”，这可以理解为夫妻财产约定在涉及第三人时，应援用对外效力的物权变动规则。

在夫妻财产约定的夫妻之间适用的是《婚姻法》的“上帝法则”，而在超出了夫妻主体范围则需要适用的是《物权法》的“凯撒法则”。上述对夫妻财产约定效力下的物权变动内外区分处理，既维护了现行《婚姻法》法律制度的有效性，又兼顾了我国《物权法》物权变动不动产登记的法定性。

### 三、“物在呼唤主人”

#### ——权利不能被“过期”

##### （一）离婚后财产补充协议?续写权利之“法”

婚姻法司法解释（三）第18条明确规定，“离婚后，一方以尚有夫妻共同财产未处理为由向人民法院起诉请求分割的，经审查该财产确属离婚时未涉及的夫妻共同财产，人民法院应当依法予以分割”。本条司法解释的核心用意是要解决从来没有真正分割过的夫妻共同财产。婚姻关系存续期间，所得财产除双方有特别约定外，该权利并不因离婚时未处理而丧失或者视为放弃权属，因此可以根据《民法通则》及《物权法》的有关规定要求分割。由此，除法律特别规定的以外，应允许一方对另一方行使物权的追及效力。在婚姻法司法解释（一）第31条中规定，“当事人依据婚姻法第四十七条的规定向人民法院提起诉讼，请求再次分割夫妻共同财产的诉讼时效为两年，从当事人发现之次日起计算”。结合《婚姻法》第47条内容来看，夫或妻一方违反共同共有的平等处理权构成的是对另一方的财产权侵权。婚姻法司法解释（一）第31条中的诉讼时效是针对夫或妻一方对另一方财产权的侵权纠纷而设，并非针对财产所有权的权属纠纷。对夫妻共同财产分割的请求，属于共有物分割请求权，夫妻对其共同财产的共同所有权是绝对权利，只要没有出现共有基础丧失或重大理由的情形而分割过就一直拥有共同的物权，不应受制于诉讼时效。因此，双方离婚后对于未分割的财产进行补充协议（《婚姻法》第47条使用的是“再次”分割，与本文中使用的“补充”属同义概念，都是针对离婚时未予分割的财产），当然可以借助公证途径予以保障，因为物在呼唤主人，这种对物的权利不会过期。公证机构应从合法性和现实性上把握补充协议，为不能被过期的权利“加把锁”。

##### （二）离婚后财产补充协议?寻找背后之“法”

夫妻离婚后便不再具有夫妻身份，那么对于离婚后财产处理的协议如何认定性质？婚姻法司法解释（三）第18条中的“依法予以分割”具体是依据何“法”？杨立新教授所述的“根据《民法通则》及《物权法》的有关规定要求分割”是否提供了现成答案？将离婚时未分割的财产按照共有的性质适用《民法通则》、《物权法》作为处理方式不失为一种权宜之策。这种做法对于解决传统的离婚后财产补充分割在理论上是通畅的，也符合了离婚后协议主体的身份。甚至，在针对人民法院的判决书和调解书中涉及的婚姻财产进行的补充、细化约定借助共有理论及相应的法律适用也足以解释。如果认定为共有经得起推敲，那么法律适用问题自然不能称之为问题了，那么对于离婚后财产协议的问题至此也可以画上句号了。但是，这种共有究竟是什么性质的共有？共有的客体是什么？如果认为是按份共有，从夫妻财产的共同共有到按份共有的质变是从何时因何原因出现的？毕竟离婚本身是行为而不是事件，是需要借助于意思表示才能实现的，没有意思表示何以促使发生如此质变。如果是共同共有，那么这里的共有关系归于哪一类别？就共同共有关系，法律上采取所谓“类型强制原则”，此处的共同共有的共有关系最为接近的只能是家庭关系，既然对离婚后未予分割的财产为夫妻共同共有持排斥态度，那么家庭关系基础的共同共有又是因何而得？如果这里的共有的客体是物，那么这里的物与夫妻共同财产的物有何区别？难道仅仅因为存在于不同时间的物本身就发生了根本的性质之变。如果这里的共有的客体是权利，那么这种权利的共有究竟是哪种权利的共有，《物权法》对权利的共有规定在第105条“两个以上单位、个人共同享有有益物权、担保物权的，参照本章规定”，而这里的共有客体显然不可能是《物权法》规定的两种共有权利。可见，仅以共有来认定并适用《民法通则》、《物权法》解决了权利不能被“过期”问题，但是不能更深层次地说明问题，并有可能导致权利被“降级”。

### 四、“认真对待权利”

#### ——权利不能被“降级”

##### （五）离婚后财产补充协议下权利的宽度不能被“降级”

随着社会发展，传统的财产类型和形式在逐步发生变化。如今，贷款买房、办理抵押成为普遍现象，所购得的房产为抵押房产已经是常态化的财产形式，其中较大一部分还是处于预告抵押期的尚未取得物权的期房。对于此类财产，仅以共有作为处理原则，仅以《民法通则》、《物权法》作为适用法律，则面临着困境。《物权法》第191条的规定对抵押物的处分设置了很大的限制。如此，是否意味着，离婚后对于未分割财产的补充协议进行抵押房产转移的法律行为将履行《物权法》第191条的各项规定。那么，这将意味着同样的财产分割，在离婚后与离婚时处理方式迥然不同，权利已然被降级。在引例中，对于B处房产仅有房屋买卖合同而没有房产证，这甚至造成连进行财产转移的协议都不能订立，权利从根本上被“否定”。而这背后的最大的区别就是是否具有夫妻身份，夫妻身份似乎成为解释不同处理方式及权利“降级”正当性的理由。

笔者认为，不能因为行使的条件发生变化而将本属同性质的权利“降级”，同样的物在夫妻关系存在与否时不应该导致权利“降级”。既然承认物的追及效力，承认权利不能被“过期”，就应该承认权利不能被“降级”，否则这种物的追及效力就没有意义，“降级”的权利已经不是原来的权利，或只能称之为“过期”的权利。《婚姻法》司法解释（三）第15条规定，“婚姻关系存续期间，夫妻一方作为继承人依法可以继承的遗产，在继承人之间尚未实际分割，起诉离婚时另一方请求分割的，人民法院应当告知当事人在继承人之间实际分割遗产后另行起诉”，可以看出对未分割的遗产在离婚后依然可以行使“另行起诉”权利的支持。本条司法解释肯定了夫妻双方作为配偶，一方可能获得的遗产份额将依法转化为夫妻共同财产，另一方同样享有获得该夫妻共同财产的合法权益，不因离婚而丧失。本司法解释的出台，进一步规定了离婚后男方或女方析产分割所得的父辈之遗产，其前配偶对此仍享有共有权，并可请求人民法院给予分割所有。本条规定与《婚姻法》司法解释（三）第18条的内容相呼应，体现了权利保护不因身份关系而“过期”、“降级”。离婚后对未分割的夫妻共同财产进行约定如何认定和处理，可以借鉴《婚姻法》司法解释（三）第15条的精神，可以通过举分割遗产之“重”以明分割夫妻共同财产之“轻”，可以得出权利的“宽度”在夫妻离婚后依然得以延续。

## （二）离婚后财产补充协议下权利的深度不能被“降级”

《婚姻法》第47条中“请求再次分割夫妻共同财产”以及婚姻法司法解释（三）第18条中的“依法予以分割”具体是依据何“法”？从法理上来看，应该适用《婚姻法》分割财产，因为《婚姻法》中蕴含的照顾无过错方等特有原则彰显了特殊法的价值，这是一般的财产法所不具备的；从立法技术上来看，一部法律中引致到其他部门法律应该有较为明显的标识，如同《物权法》第9条中“法律另有规定的除外”的表述，而此处只能理解为在本《婚姻法》内予以分割；从情理上来看，假若条文中所规定的情形不予适用《婚姻法》，则受损害方的利益将大大折扣，这也是对公平、正义法律原则的违背，这种通过廉价易行的手段即可获取昂贵有效的法律后果的内容实为“恶法”所为。另外，最高人民法院《关于离婚后财产纠纷案件收费标准的请示的复函》作出了“…应视为该案属当事人在提出离婚诉讼的同时提出财产分割的案件，按照《人民法院诉讼收费办法》第五条第一项的规定收取诉讼费用，不应按普通财产案件收费标准计收诉讼费”的规定，通过此类诉讼收费性质的界定可以反映出司法部门对于离婚后财产协议的性质和适用法律的态度。而当时的《人民法院诉讼收费办法》第五条第一项正是对离婚案件所设的收费标准，通过此类诉讼收费标准的界定可以看出司法部门是将离婚后财产分割诉讼定性为夫妻共同财产的分割纠纷，当然应适用《婚姻法》的有关规定。

从权利的溯及效力看权利的不“降级”。本文使用溯及效力属概念借用，与法律适用上的溯及效力不是同一概念，是用以说明同一权利的一以贯之。司法实践中赋予权利溯及既往效力的例子可以反映出权利的一以贯之。《婚姻法》司法解释（一）第4条，对于事实婚姻的处理方式即采用了溯及规定，“男女双方根据婚姻法第八条规定补办结婚登记的，婚姻关系的效力从双方均符合婚姻法所规定的结婚的实质要件时起算”，有效稳定了夫妻之人身权及财产权。《最高院商品房买卖合同司法解释》第2条规定，“出卖人未取得商品房预售许可证明，与买受人订立的商品房预售合同，应当认定无效，但是在起诉前取得商品房预售许可证明的，可以认定有效”，有效维护了合同之债权。这些在“人”和“物”的权利上，通过法律事实的后补可以治愈并回溯民事权利，将获得“证”之后的权利追溯到获得“证”之前，甚至可以说是权利的“升级”。那么，本身就是未予处置的权利且未予后补任何法律事实的权利具有溯及力自不待言，否则权利本身将承受着无妄之灾。

在此之中，可能会存在这样的担心：将不具有夫妻身份的双方协议适用《婚姻法》是否会导致“浑水摸鱼”？如将一方的个人财产转移给另一方时滥用《婚姻法》，既规避了法律规定（如抵押物转移），又规避了国家税费（如房产转让需缴纳契税）。事实上，法律逻辑本身是清晰的，法律适用本身是明确的，这个问题从法律角度完全不是问题。利用离婚后补充财产协议将一方的财产转让给另一方为《婚姻法》所排斥，一方的财产从《婚姻法》角度来看本身就不属于夫妻财产的分割对象，况且《婚姻法》司法解释（三）第6条已经将本身不属于夫妻共同财产的转移划出婚姻法的适用范围，在离婚后根本不存在上述滥用《婚姻法》夫妻财产约定制规避法律、规避税费的可能。退一步讲，规避法律、规避税费不是哪一项法律制度、哪一项法律措施可以避免的，“假结婚”、“假离婚”现象屡禁不绝但其从法律角度来看并不存在问题，将社会问题与法律问题混为一谈的担心会导致因噎废食，放弃了对法理及法律的坚持。

笔者认为，上述运用共有理论，适用《民法通则》、《物权法》处理离婚后协议的原则具有不彻底性。与其“别别扭扭”地说是共有，不如“大大方方”地认定为夫妻共同共有财产而适用《婚姻法》规定。说其是夫妻共同共有财产并不是说离婚后双方具有夫妻身份，而是说对于夫妻离婚时未予分割的财产应该回溯认定为夫妻共同共有财产，进而准确定位法律适用。只有彻底地认清离婚后补充财产协议的性质和法律适用，才可以使得权利的“深度”在夫妻离婚后依然得以延续。

## 五、“以看得见的方式实现正义”

### ——为权利实现“正名”

英国大法官丹宁勋爵说过：“正义不仅要实现，而且要以看得见的方式实现”。“看得见”，不仅是对程序的要求，也是对实体正义的考验。对于离婚后协议的性质认定及法律适用应寻求正义的理解和处理，确保实体权利不受侵害，否则程序法上的保障根本形同虚设。

(一) 离婚协议的性质和法律适用准用夫妻财产约定规则。公证介入离婚协议, 首先应把握其作为夫妻财产约定的基本属性这一共性特征, 按照夫妻财产约定内外效力的运行规则及相应的法律适用和法律效力厘清区别、理清思路。其次, 对于学界探究的诉前离婚协议效力, 我们可以从中借鉴离婚协议之于夫妻财产约定的特殊性, 这种形成行为和附随行为之间的特殊关系提醒着公证机构, 在办理离婚协议时应注意协议内容及其生效条件。

(二) 离婚后财产协议不能按照《婚姻法》规则变更房产归属约定。如前所述, 夫妻财产约定适用《婚姻法》, 在配偶双方具有物权效力, 且在夫妻主体之间无需通过物权登记即可实现物权变动; 在对外效力上如需对抗第三人则需适用《物权法》将夫妻财产约定作为原因行为并办理物权登记。由此, 对于已经夫妻财产约定的房产离婚后不能再行变更约定。即使离婚后原夫妻双方自愿协议变更亦不可为, 因为此时夫妻共同财产业经分割、婚姻关系业经解除, 不具有订立夫妻财产约定的人和物的适用条件。若需变更原离婚协议中关于房产归属的约定, 则需双方按照《物权法》等一般财产法的规定实现物权变动, 既要履行买卖合同或赠与合同的原因行为, 又要履行物权登记的物权行为。市场主体(当然包括离婚后的双方主体)对于不动产买卖合同的变更是私法自治的表现, 夫妻关系存续期间夫妻主体对于夫妻财产约定中不动产权属的自由变更是《婚姻法》赋予的正当权利, 唯离婚后适用《婚姻法》对离婚协议中房产权属约定进行变更这一横跨了权利行使两大领域的行为为实体法所不能适用。引例中将A处房产由乙所有变更为甲所有应受到严格的限制, 否则将导致物权变动的随意与不安定。

(三) 离婚后财产协议可以按照《婚姻法》规则补充房产归属约定。如前所述, 对于离婚时未分割的财产应该确保其权利“不过期”、“不降级”, 比照《婚姻法》下的夫妻财产约定制定和处理, 即原夫妻双方可以自由补充财产约定, 即使约定的对象是设立抵押的房产甚至是尚未取得房屋产权的房屋买卖合同。这是前述夫妻财产约定效力的自然延伸, 并继续受夫妻财产约定内外效力的不同法律适用和运行规则的调整。由此, 甲、乙约定将B处房产约定为乙所有并由乙向银行还贷完全符合《婚姻法》规定, 且无需按照《物权法》规定征得抵押权人银行的同意, 也无需向银行履行通知义务。在此之中, 公证机构有义务让当事人获知夫妻财产约定的内外效力及法律效力。

(四) 离婚后财产协议书可以补充、细化法院判决或调解书的财产归属。《物权法》第29条所指的人民法院法律文书包括了判决书和调解书, 经法院判决或调解书确定的不动产权属自法律文书生效时发生法律效力。但公权力不能当然的使私权利“降级”、不能影响私权利的依法自由履行。当事人在人民法院达成离婚调解协议后, 对双方未分割的夫妻共同财产达成新的协议并申请公证的, 可以按离婚补充协议公证处理; 如当事人双方通过人民法院生效裁判解除了婚姻关系后, 双方对未分割的夫妻共同财产达成协议并申请公证的, 可以按离婚协议公证处理。诉讼离婚中通过法院判决、调解书确定了不动产权属后, 财产协议不能对其确定的不动产权属作出变更, 而对于不影响权属变更下的细节约定则应无障碍, 如双方对于还贷的补充约定。这样的细化约定应该视为离婚时法院未成功课的“补课”, 当然适用婚姻法及夫妻财产约定定制的内外效力。另外, 依笔者之见, 对于法院的判决书和调解书予以尊重但无须畏惧, 协议离婚与法院诉讼离婚本身就是两种平行的婚姻关系解除方式, 具有同样的法律效力。在面对司法权时, 对于公证制度应保持应有的自信。

## 结 语

夫妻财产约定具有法律、理论和逻辑上的体系性, 对其理解和运用应该把握这样的体系性, 将其性质认定和法律适用置于其所有的权利运行规律中, 用公证的眼睛发现权利的维度, 用立体思维把握权利的维度, 用法律的刻度测量权利的维度。公证制度作为整个法律体系的一部分, 如何让自身的价值被发现、被运用, 如何融入体系之中并在法律体系中拥有一席之地, 是公证行业所面临的一大课题。

## 遗嘱公证的风险与防范

2015年07月28日 北京市长安公证处 作者: 赵承启

内容摘要:《中华人民共和国继承法》自一九八五年十月一日起正式施行, 规定公民可以立遗嘱处分个人财产, 并确立了自书、代书、录音、口头、公证五类遗嘱形式, 《继承法》及《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》均赋予了公证遗嘱最高的法律效力。本文从公证实务出发, 研究在遗嘱公证的办理过程中可能出现的一些风险及防范措施, 并结合社会生活实际, 提出自己的法律修改意见。

关键词:遗嘱 风险 防范措施 立法完善

改革开放三十多年以来, 我国的社会经济情况发生了翻天覆地的变化, 人民群众的生活水平日益提高, 个人私有财产不断积累, 为了保护公民私有财产的继承权, 《中华人民共和国继承法》于一九八五年十月一日起正式施行。

《继承法》第十六条规定:“公民可以依照本法规定立遗嘱处分个人财产, 并可以指定遗嘱执行人。”遗嘱, 是指遗嘱人生前做出的财产处分, 于其死亡后发生法律效力, 遗嘱是死者生前对其死后事务的安排和嘱托, 或者说是自然人生前预先做出的对其财产的处分以及与此相关的事务安排而于死后发生法律效力的民事行为。遗嘱人必须按照法律规定的遗嘱形式设定遗嘱, 故其为要式法律行为。①《继承法》确立了自书、代书、录音、口头、公证五类遗嘱形式, 《继承法》及《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》均赋予了公证遗嘱最高的法律效力, 实践中公证遗嘱已经成为遗嘱人设立遗嘱的首选。遗嘱公证是公证机构按照法定程序证明遗嘱人设立遗嘱行为真实、合法的活动, 经公证证明的遗嘱为公证遗嘱。公证遗嘱的效力高于其他形式的遗嘱, 对保证遗嘱的真实、合法、有效, 保护遗嘱人和继承人的合法权益、维护正常的民事流转具有重要的意义。

公证遗嘱生效后, 未获得继承权的继承人为了取得遗产的继承权, 往往会以遗嘱人的行为能力、遗嘱内容违法

及遗嘱公证的程序不合法等种种理由申请撤销公证遗嘱，从而达到继承遗产的目的，公证机构的风险随之增加。《中华人民共和国公证法》第六条规定：“公证机构是依法独立承担民事责任的证明机构，”《遗嘱公证细则》第二十四条规定：“因公证人员过错造成错证的，公证处应当承担赔偿责任。”如果公证遗嘱被依法撤销，则公证机构可能面临着巨额的赔偿，对公证机构的公信力也将产生负面的影响。这就要求公证人员在办理遗嘱公证时对遗嘱人的行为能力、财产状况、家庭信息等情况要充分的了解，严格遗嘱公证的办理程序，从而使得公证遗嘱无懈可击，确保实现遗嘱人的真实意愿，保护继承人的合法权益，防范公证机构自身的执业风险。

#### 一、对于遗嘱人的审查

公证机构在办理遗嘱公证时，对遗嘱人应对以下几个方面重点进行审查：

##### 1、遗嘱人的身份，防止他人冒充遗嘱人身份冒立遗嘱处分财产

公证人员应严格审核遗嘱人所提供的身份证件，对于第二代居民身份证，可以通过二代证识别仪核实证件的真伪。对于第一代居民身份证及其他证件，可以通过相关的途径来核实真伪。如一代身份证可以通过公安部门的网络系统来核实身份证的真伪，对于有疑义的证件，必要时公证人员应当前往发证机关核实身份证件。

##### 2、遗嘱人的行为能力

遗嘱人是否有行为能力是关系到遗嘱是否有效的最为关键的问题，公证人员在接待当事人时应当通过与遗嘱人的交流，了解其基本的精神状况，认真观察遗嘱人行为、举止，判断其行为能力有无异常。对于某些特殊的遗嘱人，应当向其单位或居住地的群众了解其精神状况或要求其到有资质的医院进行精神健康检查并出具检查报告存入公证卷宗。

##### 3、设立遗嘱是否是遗嘱人的真实意愿

公证人员应通过与遗嘱人的谈话，确认遗嘱人设立遗嘱的行为是否受到他人的胁迫、欺骗等情况，如有则应当终止公证。

##### 4、遗嘱的内容是否详尽，是否能充分表达遗嘱人的真实意愿

公证机构现在办理遗嘱公证的遗嘱人绝大部分为年龄较大的当事人，且文化程度不高，自书遗嘱有一定的困难，一般均要求公证人员根据他们所述的情况代书一份遗嘱。对于有书写能力的当事人，公证人员应尽量要求其自书一份遗嘱，由遗嘱人签名后存入卷宗。因为自书遗嘱为遗嘱人本人书写，能够充分反映遗嘱人的真实意愿，即使公证遗嘱因公证程序方面的过错被撤销，自书遗嘱不会因为公证程序的过错而影响到其实体效力。在确认其自书遗嘱的效力后，遗产处理仍将按照自书遗嘱来执行，这样有利于充分体现遗嘱人的意志，保护遗产继承人的合法权益，大大降低了公证机构的执业风险、减轻了赔偿责任。必须代书的，遗嘱人及公证人员均应在代书稿上签名，公证人员所代书的遗嘱应以遗嘱人的语言来代书，切不可第三人称代书遗嘱，否则公证遗嘱生效后，遗嘱内容是否是遗嘱人真实意思的表示就可能产生疑义。遗嘱中应写明是何原因指定继承人继承遗产，为什么不指定其他继承人继承的原因，以防范遗嘱生效后，其他继承人对遗嘱的内容提出疑义。遗嘱中还应尽量写明遗嘱人的家庭情况，如其父母、配偶、子女的生存状况，有过几次婚姻等。这些内容虽不会直接影响到遗嘱的效力，但这些信息为将来遗嘱生效后办理遗嘱继承公证打下了一个良好的基础，因为被继承人所述信息的可信度通常要大于继承人所述的信息，这样就为办理遗嘱继承公证的公证人员提供了一份反映被继承人家庭信息的真实度和可信度非常大的证据，可以大大降低公证机构和公证人员的执业风险。

##### 5、共同遗嘱问题

共同遗嘱通常为夫妻关系的遗嘱人所采用，公证实务中也经常可以遇见。如夫妻共同指定第三人为双方都死亡后的遗产继承人内容的遗嘱，虽具有设立效力，但遗嘱的生效、变更及撤销等问题比较复杂，可能出现很多新的情况使遗嘱很难予以执行，这种遗嘱一般应不予办理公证。如夫妻双方各指定对方为自己的遗产继承人的遗嘱，该遗嘱的主体是遗嘱人双方，客体是各自处分共同共有财产中的属于自己的那部分财产。这种遗嘱实际上是夫妻单立遗嘱的合并，不论双方哪一方先死亡，后死亡方的就是先死亡方的遗嘱继承人，只要一方死亡，遗嘱就可以全部予以执行，可予以办理公证。② 本人认为该类遗嘱也应不予办理公证为妥，该类遗嘱经公证后，如果遗嘱人双方的夫妻关系解除或单方想要变更、撤销公证遗嘱，同样涉及到共同遗嘱的变更、撤销问题。共同遗嘱人之一死亡后，如果另一方变更、撤销遗嘱，公证机构对变更遗嘱再次予以公证，势必造成与前一份已经部分生效的公证遗嘱内容相违背，不但容易造成混乱，而且不易执行，这无疑是有背于公证的本质与目的，并严重损害公证形象，损害公证文书的严肃性。如共同遗嘱中未明确遗嘱变更、撤销的条件及公证人员未充分告知遗嘱人双方共同遗嘱的风险及变更、撤销问题，则可能面临着公证被撤销的风险。所以两个以上的遗嘱人申请办理共同遗嘱公证的，公证处应当引导他们分别设立遗嘱。遗嘱人坚持申请办理共同遗嘱公证的，共同遗嘱中应当明确遗嘱变更、撤销及生效的条件。公证人员还应对遗嘱人所立共同遗嘱应进行充分的告知，防范自身的风险。

#### 二、遗嘱人或遗产具有涉外因素的法律适用

《继承法》第三十六条规定：“中国公民继承在中华人民共和国境外的遗产或者继承在中华人民共和国境内的外国人的遗产，动产适用被继承人住所地法律，不动产适用不动产所在地法律。外国人继承在中华人民共和国境内的遗产或者继承在中华人民共和国境外的中国公民的遗产，动产适用被继承人住所地法律，不动产适用不动产所在地法律。中华人民共和国与外国订有条约、协定的，按照条约、协定办理。”随着我国与国际交往的日益增加，我



国公民拥有境外财产及外国人拥有我国境内财产的情况已非常普遍，如遗嘱人具有上述情况而在我国公证机构办理遗嘱公证，公证人员应根据国际私法的冲突规范，确定遗嘱所应适用的准据法，使公证遗嘱不仅在国内具有最高的效力，在国外也得到普遍的认可。否则公证遗嘱有可能因为适用法律的错误而被撤销，效力得不到确认。

### 1、遗嘱形式的法律适用

设立遗嘱必须符合一定的法定方式，遗嘱的形式是否合法将直接关系到遗嘱的效力。各个国家对遗嘱的形式都有明确的规定，如我国《继承法》规定了五种遗嘱形式，日本将遗嘱分为普通遗嘱和特殊遗嘱，法国、瑞士等国有代书遗嘱的规定，除我国和韩国外，几乎所有国家都无录音遗嘱的规定。<sup>③</sup> 所以公证人员在办理具有涉外因素的遗嘱公证时，要根据遗嘱人及遗嘱所处分的财产情况，确定遗嘱形式所应适用的准据法，确保遗嘱的形式符合准据法的规定。

### 2、遗嘱人行为能力及遗嘱内容的法律适用

大多数国家规定了具有完全行为能力的人具有设立遗嘱的能力，但各个国家对具有完全行为能力年龄的规定却不尽相同。例如法国，成年年龄是18岁，但是有能力立遗嘱的年龄却是16岁。而在美国、英国等国家，遗嘱能力与民事行为能力一致，如英国，21岁的成年人，具有遗嘱能力。<sup>④</sup> 在遗嘱内容方面，大陆法系国家对遗嘱的内容一般有一定的限制，如特留份制度、遗产处置比例的规定等，而英美法系国家则赋予遗嘱人较大的处分遗产的权利。公证人员应慎重办理涉外的遗嘱公证，充分查明相关的冲突规范及适用的准据法，切实维护公证书在国际上的效力。

### 三、遗嘱公证办理的技巧

公证人员办理遗嘱公证应严格遵照相关程序方面的规定办理，如遗嘱人亲自办理，两名公证人员共同办理，公证人员充分履行告知义务，遗嘱采用打印形式等等基本要求。本人认为在严格遵守基本程序办理遗嘱公证的基础上，应充分利用谈话笔录和录音录像来固定相关证据，以防遗嘱生效发生纠纷时，证明公证人员履行了审慎的审查义务。

#### 1、谈话笔录的制作

谈话笔录是公证人员证明自己履行了告知、审查义务，防范执业风险最为有效的证明。但是一份内容不完善或有瑕疵的谈话笔录也很有可能是公证书被撤销的依据。这就要求公证人员对遗嘱人的谈话内容、谈话技巧要有一个总体上的思路。谈话笔录的制作要尽量详细。

公证机构指派公证员外出上门办公证遗嘱时，承办公证员应当在询问笔录中首先记录是如何与立遗嘱人进行联系的。例如：承办公证员外出上门办证前，是当事人通过电话与公证机构进行联系的？还是通过其他利害关系人以外的人来公证机构传达立遗嘱人的意愿等形式进行联系的？应当记录存档。<sup>⑤</sup> 对于年龄较大遗嘱人，问明其来意后，可以不必立即询问其设立遗嘱的相关内容，可以与其拉拉家常，询问其日常生活的情况，如平时有何爱好、出门坐何公共汽车、国内外最近有哪些重大事件，通过这些询问基本可以判定在你面前的这位遗嘱人是否具有设立遗嘱的行为能力。接下来应当重点询问以下信息：（1）是否需要公证人员回避；（2）遗嘱人家庭状况，了解其家庭成员情况、婚姻情况，共同生活人员的情况，何人照料其日常起居；（3）设立遗嘱处分财产的来源情况，有无设定担保，所有权是否收到限制；（4）有无需要其抚养又无生活来源的人，并告知其叙述不实的法律后果；（5）指定何人继承遗产，并询问原因，为何不指定其他继承人继承遗产的原因，以防止日后其他继承人质疑；（6）所设立遗嘱是否是自愿的行为，有无到胁迫、蒙蔽的情况。是否指定执行人，以前是否立有公证遗嘱；（7）公证遗嘱的特殊效力及撤销（明示撤销、默示撤销）、变更方式。笔录中还应告知遗嘱人对所设立的遗嘱应当保密，否则其他继承人知晓后，容易造成家庭内部矛盾，影响其家庭和睦。在实践中，有的物权登记部门仅凭遗嘱人的死亡证明和公证遗嘱就给予办理了物权转移手续，公证人员可以在公证证词后附注告知：“遗嘱人有权随时撤销遗嘱，本公证书不作为过户凭证。”<sup>⑥</sup> 从而将公证机构的风险降到最低。

#### 2、录音录像的运用

根据《遗嘱公证细则》的规定，对四类人办理遗嘱公证应当录音或录像。在实务中，如有条件可以对所有遗嘱公证都进行录音录像，能录像的尽量不用录音，因为录像更能直观的反映遗嘱人设立遗嘱时的客观状况，而录音则需要辅助证据证明录音的真实性。在遗嘱公证中，办理过程不宜全部录像，因为在办理公证的过程中可能由于疏忽造成程序上的过错，也可能由于录像中的一句口误造成公证遗嘱的效力被否定。录像的内容应当做到少而精，只要能够充分反映遗嘱人的行为能力、设立遗嘱的原因和内容、遗嘱人签署遗嘱的状况，这份录像就是一份防范公证执业风险有力的证据。录像应在封闭的房间中进行，开始后公证人员可以将办理公证的房间进行360°全景拍摄，以反映在办理遗嘱公证时在场人员状况，没有其他第三人在场。

### 四、相关立法的完善

我国的立法确立了公证遗嘱具有最高的效力，撤销、变更公证遗嘱，须以公证的方式进行，并未确立在紧急情况下的例外情况。如遗嘱人在生命垂危的情况下撤销、变更公证遗嘱，由于公证程序的严格要求，实际上很难实现遗嘱人的心愿，由于这些规定，有时使公证机构和公证人员成为了相关矛盾的焦点。《德国民法典》第2249条规定：“被继承人未等到有可能在公证人面前立遗嘱之时即死亡之虞的，被继承人可以由其居所地所在市镇的市镇长做成记录而立遗嘱。市镇长必须为做成证书而延请两个见证人。”第2250条规定：“因特别事情而与外界如此隔绝，以致在公证人面前立遗嘱为不可能或显著困难的地方居留的人，可以第2249条所规定的形式或以口头表示在三个见证人面前立遗嘱。”<sup>⑦</sup> 为了完善法律，可以借鉴外国在立法上的成功经验结合我国的实际情况，在法律上做出例

外规定，这样不仅可以维护公证遗嘱的最高效力，而且也不会使公证遗嘱成为遗嘱人实现最终意愿的障碍，切实发挥公证的职能作用。

#### 参考文献

- ①张平华、刘耀东著，《继承法原理》，中国法制出版社，2009年，第229页。
  - ②江晓亮等著，《公证实务指南》，中国社会科学出版社，1994年，第321页。
  - ③赵相林主编，《国际私法》，中央广播电视大学出版社，2002年，第310页。
  - ④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，第99页。
  - ⑤李东明，《如何更好地防范遗嘱继承公证的风险》，河北省石家庄市燕赵公证处。
  - ⑥刘疆，《询问笔录制作》，公证员任职前培训班授课提纲，2011年。
  - ⑦陈卫佐译注，《德国民法典（第3版）》，法律出版社，2010年，第609、610页。
- <http://www.hfgzc.com/Article.asp?Tid=4&Ntype=105&Id=1965>

### 继承法的法律文化阐释

2015年07月29日 人民法院网

我国传统法律中并无关于继承的独立规定，直到清末民初修律制定《大清民律草案》才出现专门的继承篇。古代采取嫡长子继承制，在此基础上父子同居共财，只有家族财产鲜有个人财产，父母在而别籍异财属于不孝之罪，要受到刑法的惩处。因此，传统法律中的继承主要是指公法意义上对家长身份的继承，其次才是私法意义上对财产的继承。当代继承法虽吸收了大陆法系国家继承法之精义，但仍在很大程度上吸收了我国传统法律文化中伦理亲疏原则，强调家庭的赡养功能，并力图在私法自治和国家干预之间寻求平衡。

#### 伦理亲疏关系法律化

我国现行继承法对遗产的继承采法定继承和遗嘱继承两种形式。有效的遗嘱继承优于法定继承，并排除了法定继承的适用可能。而对于没有遗嘱或遗嘱无效部分所涉及的财产，则按照法律规定的顺序进行继承。其中，第一顺序继承人是配偶、子女、父母，第二顺序继承人是兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。丧偶儿媳对公婆、丧偶女婿对岳父母尽了主要赡养义务的，作为第一顺序继承人。立法上此种继承顺序的安排充分体现了中国传统法律文化和民众道德观念。

传统中国家族聚居，矜老恤幼，尊重长辈，在家族之中，关系依血缘亲疏远近而划分，导致权利义务的巨大差异。晋制《晋律》时，第一次将礼中的“服制”列入律典中，将“准五服以制罪”作为定罪量刑的原则。“五服”，即以丧服为标志表示亲属间血缘亲疏及尊卑，共分五等。“准五服以制罪”的原则是：服制愈近，即血缘关系越亲，以尊犯卑者，处刑愈轻；相反，处刑愈重。服制愈远，即血缘关系疏远者，以尊犯卑，处刑相对加重；以卑犯尊，相对减轻。不仅法律的处罚取决于一个人在伦常关系中所处的位置，由血缘关系、配偶关系以及两种关系之间的结合而组成的近亲，被广泛并无差别地称之为亲族，日常生活中的权利和地位也很大程度上受制于在家族中所处的地位。故将配偶、子女、父母列为第一顺序继承人，实乃传统法律文化中伦理观念的现实体现。

有意思的是，第一顺序继承人中，配偶列第一，但何以将子女列于父母之前？笔者认为除考虑被继承人大多数年龄较大、子女健在的几率高于父母外，另有法律文化上的原因。日本学者滋贺秀三在《中国家族法原理》中指出：“继承二字浮现出三个关系。第一是继人的关系（继嗣），第二是承担祭祀（承祀），第三是继承财产（承业）。这三者决不是各自分开的事态。”显然，承担继嗣、承祀意义上继承关系的只能是子女，而非父母。在清末民初《大清民律草案》（1911年）制定过程中，曾参照日本、德国民法典，并派员赴全国各省进行民事习惯调查。其继承篇即分为“继承”和“承受”两个概念。直系卑属或者嗣子为遗产继承人。没有这样的继承人时，应按照夫或妻；直系尊亲；亲兄弟；家长；亲女的顺序，依次成为遗产承受人。如有养子、赘婿等共同生活之人的，得酌情给财产使其承受。其理由为：“夫继承云者，不惟承接其产业，实则继承其宗祧，故惟所继人之直系卑属为有继承权。”其他人处置其遗产，与嗣续问题无涉，故不曰继承而曰承受。

现行继承法将配偶、子女、父母作为第一顺序继承人，是因为亲族中此三类人是被继承人家族关系最亲密的人。在现代社会城市化进程中聚族而居的家族不断减少，配偶、子女、父母三代人即可组成一个基本独立之家庭单位。而第二顺序继承人兄弟姐妹、祖父母、外祖父母，在亲等上与被继承人的家族关系则更为疏远，在一些情况下也并非组成家庭之必要成员。至于丧偶儿媳和丧偶女婿，传统中国历来鼓励丧偶儿媳、丧偶女婿代行孝道，此类故事在历史上也往往因为实践了孝文化而被传为佳话，成为感动民间人物，受到社会舆论大力表彰，当事人因之得以享受口耳相传之道德精神上的嘉奖。

#### 家庭赡养功能制度化

传统社会中，家族是社会保障的避风港，也是防范社会风险的有力后盾。传统观念中“养儿防老”在很大程度上是由于国家缺乏近现代意义上的社会保障制度。女儿出嫁后加入男方家族集团，无法实现父母的赡养保障，故出嫁彩礼实质上是出嫁女换回的一笔社会保障、养老保险基金，为父母养老所用。儿子因随父母一同居住生活，故在家族赡养方面往往承担更大的家庭责任。故直到今天，虽然全社会已经基本确立了男女平等的现代观念，但“养儿防老”、“父死子继”的观念，在一些聚族而居的农村地区仍然存在。

现行继承法规定：法定继承中的子女包括婚生子女、非婚生子女、养子女和有扶养关系的继子女；父母包括生

父母、养父母和有扶养关系的继父母。对继子女、继父母采取的是“有扶养关系”这一实质性要求，体现出在家族中继承需有实际扶养关系存在为前提。同时，继承法还规定：“对生活有特殊困难的缺乏劳动能力的继承人，分配遗产时应当予以照顾。有扶养能力和有扶养条件的继承人，不尽扶养义务的，分配遗产时应当不分或少分。”该两条规定在立法上都采用了“应当”二字，体现出立法者的价值取向和道德判断。对于“生活有特殊困难的缺乏劳动能力的继承人”，在生活上难以自理和自足，如果遗产分配中未对此类人给予适当的照顾，无疑将风险推向了社会，而由家庭中的遗产来承担这样的风险并进行救济，效果更为直接和明显。这也显示了立法者体恤弱者，追求实质公平的良苦用心。对于有扶养能力而不尽扶养义务的继承人，因其没有履行家庭赡养的责任，丧失了家庭成员基本的责任意识，形成了不良的社会导向，立法者则从立法层面剥夺和限制了他们接受遗产的权利。

由此可见，无论是传统法律还是现代继承法，均承认家庭的赡养功能并试图将其制度化。在继承发生时，遗产是直接的家庭赡养基金，是否对被继承人尽到了赡养义务，也是决定其继承资格的重要标尺。当然，现代社会普遍建立了社会保障制度和养老保险制度，家庭赡养发挥的多是补充性功能。

#### 私法自治与国家干预的平衡

在传统同居共财制下，父子之间一开始就只存在一个混合起来的财产，选择放弃继承的余地甚至也是不存在的。因为既然没有固有财产和继承财产的区别，放弃继承无异于抛弃了全部财产。因之，这一过程几乎没有国家介入的必要。古代有关继承的申报、申请等制度一概不存在，即便国库亏空，政府也没有创设出诸如遗产税之类的办法。

家族事务在传统法律中一般作为内部事务由家长予以处置，涉及到多个家族的矛盾纠纷也多由当地德高望重的族长予以调解。除非涉及严重刑事犯罪，国家权力触角很少延伸到家族内部。家长对子女具有处置权，甚至可以将不孝子女直接向官府“送惩”，官府对此往往不需详加审问，即可直接按照家长意见予以处罚。这一做法在一定程度上维护了家族权威和家族内部相对自治的权力结构。而根据现代民法精神，私有财产所有权人具有当然、完整的处分权，国家并无必要进行干预。但继承法第七条对于继承权的丧失却作出了如下规定：“继承人有下列行为之一的，丧失继承权：（一）故意杀害被继承人的；（二）为争夺遗产而杀害其他继承人的；（三）遗弃被继承人的，或者虐待被继承人情节严重的；（四）伪造、篡改或者销毁遗嘱，情节严重的。”

继承人故意杀害被继承人的，不论是既遂还是未遂，均应确认其丧失继承权。杀害被继承人不仅在刑法上是极为严重的犯罪行为，在伦理道德上也是为任何社会所不容许的。传统法律中历代法典均将杀害尊亲属列为不孝行为置于十恶之罪中。杀害的如是尊亲属，属于严重亏损孝道之行为，甚伤亲心，无论是既遂与否，都已经对亲属关系造成了不可原谅、不可弥补的伤害。杀害的如是卑幼，则有悖父慈之基本伦常道德。故国家从立法层面剥夺此种情况下的继承权能有效发挥继承法对核心价值观的预测、指引、评价功能。

继承人虐待被继承人情节严重的，或者遗弃被继承人的，如以后确有悔改表现，而且被虐待人、被遗弃人生前又表示宽恕，可不确认其丧失继承权。虐待遗弃被继承人也是严重损害家族伦理道德的行为，但其严重性程度相较于故意杀害被继承人略轻。故对此情况国家原则上剥夺其继承权，但又做出了相对变通的规定。不难看出，立法者试图在私法自治和国家干预之间找到一个平衡点，既能尊重被继承人意见，维护家庭内部和谐，又捍卫社会公共秩序和核心价值观。因此，在立法中规定了“确有悔改表现”、“而且被虐待人、被遗弃人生前又表示宽恕”两方面的条件。即不仅要继承人自身确有悔改表现，还需要被继承人生前表示宽恕。至于何种情况可视为确有悔改表现，并无统一衡量标准，很大程度上仍取决于被继承人的心理感受和情感判断，最终实质上在于其生前是否表示宽恕。此立法旨在敦促有虐待遗弃行为的继承人能够痛改前非、及时行孝，同时赋予了被继承人自主决定是否愿意重新修复被损害的亲属关系之权利，可谓一举两得。

### 有限责任公司股东继承权公证研究

2015年07月30日 公证人 作者：张志明 顾海龙

#### 一、对几个基本概念的分析

“不断更新你的法律知识，不断地思考我们为什么要做我们所做的事情，不断地探究为什么我们的法律之所以是法律。

阅读——研究——再研究，这是美国律师协会律师道德准则的戒条。这也将成为你从事本职业工作时所奉行的准则。”<sup>1</sup>

我们以哈佛法学院院长罗伯特在一次新生入学典礼上的致辞作为本文的开始，也是对我们自己作为一个公证人的鼓励与鞭策。随着新《公司法》的颁布，

对于我们公证人来说又提供了许多新的研究课题，其中，有限责任公司股东继承权研究对于将来继承权公证业务发展的方向有着极为重要的意义，特别在法定强制型公证渐趋消亡，公证业务受行政指导的影响越来越小的背景下，向包括有限责任公司股东继承在内的新型的公证业务领域拓展更有必要。

#### 一、对几个基本概念的分析

在研究本课题时，首先我们必须清晰地了解以下几个基本概念：何谓有限责任公司，何谓股权，何谓股东资格以及股权与股东资格的关系。

##### （一）有限责任公司

有限责任公司的概念在新《公司法》中有了新的阐述，该法第3条第1款、第2款规定，“有限责任公司是企

业法人。有限责任公司股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任，公司以其全部财产对公司的债务承担责任。”从这一定义来看，有限责任公司兼有人合性与资合性于一身的特点，它区别于人合性组织，例如合伙企业；又有别于资合性组织，例如上市公司。正因为有限责任公司兼有人合性与资合性于一身的特点，使股东资格继承也趋于复杂化，既有财产权的继承，又有人身权利的继承。

## （二）股权

学理上目前我国对股权较为普遍接受的定义为，股权是股东基于其出资行为而享有的从公司获取经济利益和参与公司经营管理的各项权利的总称<sup>2</sup>。究其实质，股权是一种与物权、债权并列的新型财产权，是一种独立的权利类型。它具有财产性、可分割性及可转让性等特性。公司股东何时死亡是不以人的意志为转移的，它是一种法律事件。但是，股东遗留在公司中的股权不因股东的死亡而必然消灭，股权的财产性、分割性及可转让性等特性都决定了股权可以作为遗产由死亡股东的合法继承人来继承。

## （三）股东资格

股东资格是指投资人取得了行使股东权利、承担股东义务的合法身份。

### （三）股权与股东资格的关系

究其两者的关系，股权应包含股东资格。有限责任公司兼有人合性与资合性于一身的特点，因而，有限责任公司的股权同样兼有人合性与资合性于一身的特点，即股权应该包括只有人身性质的股东资格，以及含有财产性质的股份利益。

## 二、我国有关股东继承问题的现有规定

在此，先对我国有关股东继承的现有规定大致作一梳理。

### （一）法律规定

我国《公司法》第76条规定，“限责任公司自然人股东死亡后，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。”

### （二）行政规章的规定

我国1997年5月28日外经贸部发布的《外商投资企业投资者股权变更的若干规定》第2条第（5）项规定，企业投资者破产、解散、被撤销、被吊销或死亡，其继承人、债权人或其他受益人依法取得该投资者股权；第（6）项规定，企业投资者合并或者分立，其合并或分立后的承继者依法承继原投资者的股权；第14条第2款规定，由于本规定第2条第（5）、（6）项的规定导致企业投资者变更的，如果企业其他投资者不同意继续经营，可向原审批机关申请终止原企业合同、章程。原企业合同、章程终止后，股权获得人有权参加清算委员会并分配清算后的企业剩余财产；如果股权获得人不同意继续经营，经企业其他投资者一致同意，可依照本规定将其股权转让给企业其他投资者或第三人。

## 三、有限责任公司股东继承制度的学理分析

本课题研究的过程中，我们查阅了本处以往办理公司股东继承权公证的案卷，也回顾了我们自己曾经办理的股东继承的个案。我们在公证书表述时都非常谨慎地将继承人继承的标的物表述为股份份额，从来没有将股份份额与股东资格加以区分。这种表述的弊端可能在于，当股东合法的继承人拿着这份继承权公证书去行使股东权利时会发现，继承人根本不享有股东资格，这就促使我们对于公证人在这一方面的惯性思维提出质疑和探讨。

### （一）继承人继承财产份额时可否一并继承股东资格

《公司法》第72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。”该规定揭示了有限责任公司人合性的特点，也就是说股东有权决定新股东的人选。基于有限责任公司形成的本身就是人合性和资合性的结合，如果股东连自己的合作伙伴都无法选择的话，有限责任公司也就名存实亡了。《公司法》第76条规定，有限责任公司“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。”这里提到的“可以”以及公司章程的规定，已经暗喻了股东资格并不是必然能够与股东财产份额一并继承。为此，我们可以设想在办理此类公证时，将股权中的财产份额先由法定继承人当然继承，股东资格继承则另行办理。对此，将在后文加以阐述。

### （二）股权具有人身属性时，继承人能否取得股东资格

《公司法》第27条规定：“股东可以用货币出资，也可以用实物、知识产权、土地使用权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资；……。”根据这一规定，如果在公司设立时，股东是以专属于其个人的知识产权作价出资的，该股东资格继承可能是值得商榷的。

### （三）无民事行为能力人或限制民事行为能力人能否继承股东资格；

已经有专家指出，股东如果死亡后，其继承人中出现了无民事行为能力人、未成年人、限制民事行为能力人，股东资格是否会受到影响？<sup>3</sup> 股东因出资享有股权，而股权在行使中可以单独主张权利为自益权，如分配资产受益权、剩余资产受益权；又有为公司利益兼为自身利益而享有的权利即共益权，如股东会出席权，表决权。继承人无民事行为能力或限制民事行为能力会影响到这些权利的行使，但是不能因为无法行使这些权利、义务而剥夺继承人对股东资格的继承。只有当公司设立时在公司章程中对股东资格继承人的行为能力作出限制，写明只有完全民事行为能力人才适于继承，才可适用《公司法》第76条，使无民事行为能力人或限制民事行为能力人只继承该财产份额，

而不能继承取得股东资格。

#### （四）一人公司股东死亡后，继承人能否取得股东资格

一人公司制度的设立是新《公司法》的一大突破，它丰富了有限责任公司的种类，降低了设立公司的门槛，但同样也引出了很多新型的问题。当一人公司唯一的股东死亡后，如果有多名法定继承人出现势必打破一人公司的格局，这种情况下，股东资格继承公证能否办理？我们认为，应该是可以办理的。一人公司的设立是为了满足社会发展的需要，股东的死亡并不导致公司必然消亡，当股东死亡后，如果继承人继承了股东的财产份额后，可以去工商登记部门办理企业变更登记，将一人公司变更为多人有限责任公司，使公司得以延续，从而有利于市场正常有序地发展。

#### （五）继承人为公务员的，能否取得股东资格

公司股东死亡后，继承人中如果出现了公务员，当然不能取得公司股东资格。这是因为，在办理股东继承权公证，不能违反法律的禁止性规定，当出现这类法律或政策禁止经商的继承人时，我们只能为其办理财产份额的继承而不能办理股东资格的继承。

在讨论了上述问题后，我们可以发现，作为公证人，只要掌握了有限责任公司最深层次的本质，特别是公司股东人合性与资合性的合二为一的特点，那么，《公司法》第76条给予我们的是一个施展自己专业才能的广阔空间。

#### 四、如何办理有限责任公司股东继承公证

如前所述，我们将有限责任公司股东继承权拆分为股东财产份额继承与股东资格继承，意在提示公证人不要再将这类公证简单地理解为只有财产份额继承。虽然新《公司法》第76条已经向我们揭示了这一点，但却没有告诉我们如何具体进行操作，特别是该法条所规定的“公司章程另有规定”在现实生活中基本上也属于空白，因为大部分有限责任公司均成立于新《公司法》生效之前，公司章程对于股东资格继承不可能作出明确规定，因而也给这类公证的办理增加了难度

但是法律规定没有细化的事项，不见得都是难以操作的。有限责任公司具有人合性与资合性的统一，股东基于相互信赖关系，共同出资成立有限责任公司，股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任，公司以其全部财产对公司的债务承担责任。可见成为股东、拥有股权是因为出资在先，享有股东资格，且为股东之间的契约所明确。当股东死亡后，基于《继承法》的规定，其股权中的财产份额当然由继承人享有，不能排除与剥夺；其股权中的股东身份，虽也可以继承，但因为有限责任公司本身属性使然，以及股东之间人身信赖利益的关系，可能被排除、被剥夺。

在办理股东继承权公证时，如果我们办理了财产份额继承，主要应理清被继承人与继承人的关系，确认股权份额。在办理股东资格继承的公证时，我们应特别注意公司章程上对股东资格继承有无限制。如章程规定继承人一律不得取得股东资格的，则继承人只能获取财产份额；如规定须具备一定的条件、符合一定的程序才能继承股东资格的，则应按照章程的约定来办理继承权公证。但是，如果公司章程没有就此作出规定的，我们可以当然地理解为继承人可以继承公司股东资格，直接办理股东资格继承权公证。

实际上，在新《公司法》颁行后，此前成立的有限责任公司公司章程中大都没有限制继承股东资格方面的规定，是不是一概可以适用《公司法》第76条并没有得到明确。<sup>4</sup>有的学者指出，如果一概适用，势必抹杀有限责任公司人合性诉求，未必能够很好地处理此类纠纷。笔者认为，对此以分类处理为妥。一类为新《公司法》颁布生效后成立的公司，如公司章程未对股东资格继承作出规定，可视为公司成立时全体股东对继承人继承股东资格无限制，应办理股东资格继承公证；另一类为新《公司法》颁布生效前成立的公司，如公司章程未对股东资格继承作出规定，应由公司其他股东对已死亡股东的继承人是否有权继承股东资格作出表态，视情况决定办理财产份额或股东资格继承公证。上述观点可能会引起争议，特别是第二种情况下，将继承人是否有权继承股东资格的权利交予其他股东表态可能引出重大争议。但是，我们可以看一下《公司法》第72条的规定：“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。”这一规定明确揭示了有限责任公司人合性的特点，也就是说股东有权决定新股东的人选，因为有限责任公司形成的本身就是人合性和资合性的结合，也可以行使。有限责任公司的设立、存续、消亡的过程无一不是股东之间契约的约定以及信赖利益的体现，如果将一个其他股东不信任的人生硬地冠以“股东”之称呼，公司可能也就名存实亡了。

本文对有限责任公司股东继承权公证作了初步研究，目的是为了更好地开拓公司商事领域公证业务。

在本课题的基础上，我们还草拟设计了若干拟定的法律文书给同行参考。

#### 五、相关法律文书（草案）

##### （一） 股东出资份额继承权公证书（草案） 公证书

(200×)×证字第××号

申请人：××

被继承人：××

公证事项：股东出资份额继承权

申请人××于×年×月×日向本处申请办理继承被继承人××股东出资份额继承权的公证，提交了有关的身份证件、亲属关系证明及被继承人死亡证明等证据材料。

根据《中华人民共和国公证法》的规定，本处受理了上述公证申请，对申请人提供的证据材料进行了审查，对申请人及其他有关人员进行了询问，并对本公证涉及的有关事实进行了核查，向申请人告知了申请办理股东出资份额继承权公证的法律意义及法律风险。

经查，被继承人××于×年×月×日在××市死亡。被继承人死亡后遗有登记在其名下的××公司出资份额（具体写明股权价值）。未发现被继承人××生前立有遗嘱、与他人订立过遗赠扶养协议；被继承人 未婚/的配偶是××；未发现该夫妻二人订立过夫妻财产约定协议；……（阐述被继承人的子女及父母情况）。

根据上述事实，依据《中华人民共和国继承法》第五条、第十条的规定，兹证明被继承人××死亡时拥有××公司的股东出资份额，（阐述配偶/父母/子女的继承情况及放弃继承权情况）。据此，被继承人××所拥有的××公司的股东出资份额，由其配偶/父母/子女××继承。

××市公证处

公 证 员

二〇〇×年×月×日

（二）股东资格继承权公证书（草案）  
公证书

(200×)×证字第××号

申请人：××

被继承人：××

公证事项：股东资格继承权

申请人××于×年×月×日向我处申请办理继承被继承人××股东资格继承权的公证，提交了有关的身份证件、亲属关系证明及被继承人死亡证明等证据材料。

根据《中华人民共和国公证法》的规定，本处受理了上述公证申请，对申请人提供的证据材料进行了审查，对申请人及其他有关人员进行了询问，向申请人告知了办理股东资格继承权公证的法律意义及法律风险。

经查，被继承人××于×年×月×日在××市死亡，被继承人生前为××公司股东。

未发现被继承人××生前立有遗嘱、与他人订立过遗赠扶养协议；被继承人 未婚/××的配偶是××；未发现该夫妻二人订立过夫妻财产约定协议；……（阐述被继承人的子女及父母情况）

根据上述事实，依据《中华人民共和国公司法》第七十六条的规定，兹证明被继承人生前为××公司股东。……（阐述被继承人配偶/父母/子女的继承情况及放弃继承权情况），该公司章程中无限制股东资格继承的规定。因此，被继承人××所享有的××公司的股东资格，由其（配偶/父母/子女）××继承。

××公证处

公 证 员

二〇〇×年×月×日

（三）股东继承公证谈话笔录

谈话笔录

时间：×年×月×日

地点：××

被谈话人：继承人××

谈话人：××

问：何事？

答：我申请办理继承××在××有限责任公司股权股东资格的公证。

告知：本处办理有限责任公司股东继承权公证需办理股权财产份额继承权及股东资格继承权公证，你们是否都需要办理？

答：都需要。

问：××死亡情况？

答：（略）

问：配偶/父母/子女情况？

答：（略）

问：××拥有的公司股权的情况？

答：（略）

告知：根据《中华人民共和国公司法》第七十六条的规定，如公司章程中无限制且不违背法律规定的，继承人可继承被继承人的股东资格；如章程对继承人继承股东资格有限制的，继承人不能继承该继承人的股东资格，只能继承股权中的财产份额，对此是否清楚？

答：明白。

告知：核对上述笔录，如无异议，请签字确认。

#### （四）办理有限责任公司股东继承权公证告知书 告 知 书

##### 1. 办理有限责任公司股东继承权公证需提供以下材料

- （1）被继承人的死亡证明
- （2）被继承人户口本或户籍证明
- （3）被继承人所拥有的公司股权凭证或出资证明书
- （4）公司营业执照及公司章程
- （5）继承人身份证及户口本
- （6）被继承人与继承人的亲属关系证明

##### 2. 办理有限责任公司股东继承权公证可视具体情况办理股东财产份额继承权公证，或股东资格继承权公证。

##### 3. 股东资格继承权公证，分为以下三种情况：

（1）公司章程中有限制继承人继承股东资格的规定，本处将不予办理股东资格继承权公证，仅办理股东财产份额继承权公证；

（2）公司章程中规定了继承人继承股东资格条件及程序的，该章程中的条件及程序将作为本处办理公证的依据之一；

（3）公司章程中无限制继承人继承股东资格规定的，又分为以下两种情况：

1. 公司成立在新《公司法》生效之后的，本处将根据继承人的申请直接办理股东资格继承权公证；

2. 公司成立在新《公司法》生效之前的，本处在征求其他股东对于继承人继承股东资格的意见后决定如何办理，即公司其他股东需在本处公证书出具前发表对继承人继承股东资格的意见，并承诺所表述的意见系其真实意思表示。如公司其他股东对继承人继承股东资格有异议的，本处将不予办理股东资格继承权公证，而应由继承人与其他股东协商一致或向法院提起诉讼。

## 十、新书资讯

### 《外国法的适用：一个宏观到微观的考察》

2015年07月20日 华政国际私法评论

《外国法的适用：一个宏观到微观的考察》

作 者：苏晓凌 著

出 版 社：中国法制出版社

出版时间：2015-6-1

内容简介：本书在讨论外国法适用基本理论之后，研究了法院诉讼中出现的程序法上的问题，并就近期世界上关心的外国法适用上的国际性相互协助方案进行了讨论，在这些宏观问题基础上，就韩中两国适用对方国家法律的具体案例进行了介绍和比较性研究。相信，对国际私法领域中，特别是实务上需要适用外国法的实务家们、关心外国法适用问题的学术研究者、关心韩中之间适用彼此法律这一问题的所有人士，本书都是非常具有实用价值的著述。

作者简介：

苏晓凌，女，1974年9月生于河北省邯郸市。西北政法大学法学学士，中国政法大学法律硕士，韩国国立首尔大学法学博士。曾任河北省邯郸市中级人民法院法官、北京观韬律师事务所律师、韩国仁荷大学法学专门大学院专任外国人教授。主要关注国际私法、国际交易法、国际民事程序法及亚洲法律融合等问题，曾在韩国法学核心期刊发表多篇论文，也曾受韩国政府相关部门邀请，以外国专家身份参与加入某国际条约专项研究课题。

第一章绪论

第二章外国法适用的基本理论

第一节外国法适用的相关用语与概念

第二节外国法的性质

第三节冲突法的强制适用与否和外国法的适用

第三章诉讼程序中外国法适用的实现——比较法的考察

第一节外国法适用的主张责任和查明责任的分配

第二节外国法的调查方法

第三节外国法无法查明的处理

第四节外国法的解释

第五节外国法适用错误的救济

第四章外国法适用上跨国性的努力  
第五章韩国和中国对外国法的适用  
第一节韩国在外国法适用上的立法及实践  
第二节中国法院对外国法的适用  
第三节中国和韩国之间相互法的查明和适用  
第六章结论  
参考文献  
序言  
石光现

众所周知，狭义的国际私法的功能是确定具有外国要素的法律关系的准据法。为此，各国都规定了诉讼中通过国际私法来确定准据法的原则，也对仲裁中通过仲裁法等确定纠纷实体所适用准据法的原则进行了提示。

按照准据法的确定原则，如果内国法被指定为准据法，通常在法的适用上不会有太大的困难。但是，如果外国法被指定为准据法，则适用内国法情况下不存在的棘手的问题就出现了。事实上，即使通过海牙国际私法会议等的努力，在世界范围内统一了准据法的确定原则，如果各国法院以不同的方法对待准据外国法的认识、解释和适用问题的话，则经过艰苦努力达成的统一的准据法确定原则也会在很大程度上丧失意义。因此，狭义的国际私法上，外国法的适用以及与之相关的各种问题具有很重要的实践性意义。

基于上述理由，研究外国法的适用以及相关诸问题的苏晓凌博士的著述无论是在实务上还是在学术上都有重要价值。特别是，著者在讨论外国法适用相关的基本理论之后，研究了法院诉讼中出现的程序法上的各个问题，并就最近世界上关心的外国法适用上的国际性相互协助方案进行了讨论，在这些宏观问题基础上，著者就韩中两国适用对方国家法律的具体案例进行了介绍、比较了两国法院在处理方法上的异同、分析了两国之间司法协助方案以及之后的改善方案。从这一点上，可以说本书在韩中之间司法协助的发展方面也是很有价值的资料。因此，我相信，对国际私法领域中，特别是实务上需要适用外国法的实务家们、关心外国法适用问题的学术研究者、关心韩中之间适用彼此法律这一问题的所有人士，本书都是非常具有实用价值的著述。

苏晓凌博士是我在首尔大学指导的第一位专攻国际私法学并获得博士学位的学生。苏晓凌博士应当在将来日益紧密联系的韩中国际私法交流上担负起重要的任务，从这个意义上说，她是韩中国际私法学界应当共同培养的珍贵的人才。将来，为了韩中日构成的东北亚国际私法学的发展，这些领域中的国际私法专家们必须相互协助，因此，我坚信，现在正在进行中的韩中以及韩日之间的专家交流和协助应当进一步扩大和强化。

### 《遗嘱信托制度构建研究》

(徐卫著，法律出版社，2014年10月1日第1版)

#### 《遗嘱信托制度构建研究》

##### 基本信息

出版社：法律出版社；第1版（2014年10月1日）

丛书名：上海财经大学法学文丛

平装：315页

语种：简体中文

开本：32

ISBN: 751186483X, 9787511864833

条形码：9787511864833

商品尺寸：21 x 14.6 x 1.8 cm

商品重量：399 g

品牌：中国法律出版社

ASIN: B00MMYLMVS

遗嘱信托研究在国内处于初步阶段，且当前的研究更多是从继承法角度思考遗嘱信托问题，通过继承法和信托法的对话研究遗嘱信托制度较为薄弱。本书在信托法与继承法对话的基础上，系统地研究了我国遗嘱信托制度的构建问题，以为立法者制定完善的遗嘱信托制度提供指引，进而引领民众通过遗嘱信托传承财富，实现社会、家庭、个人的持续性发展。

##### 编辑推荐

《遗嘱信托制度构建研究》由法律出版社出版。

##### 作者简介

徐卫，法学博士，硕士生导师，美国爱荷华大学访问学者，现任职于上海交通大学法学院，曾荣获上海交通大学“校优秀教师”等称号。已出版个人专著《信托受益人利益保障机制研究》（2011年版）《慈善宣言信托制度构建研究》（2012年版）两部。参编《商法》《破产法》等教材四部。参著《美国司法制度》《破产法研究》《多元化纠纷解决机制》等著作七部。主持国家社会科学基金项目、教育部人文社会科学基金项目、上海市哲学社会科学基金项目



目、上海市教育科学研究项目、中国法学会部级法学研究课题（两次）、上海交大文科创新基金项目等七项。

## 目 录

### 第一章遗嘱信托之内涵与适用

#### 第一节遗嘱信托的概念

##### 一、概念界定

##### 二、制度比较

#### 第二节遗嘱信托的结构

##### 一、意思表示

##### 二、信托财产

##### 三、受托人

##### 四、受益人

#### 第三节罗马法上的遗产信托

##### 一、罗马遗产信托概述

##### 二、罗马遗产信托之特点与启示

#### 第四节遗嘱信托的现代适用

##### 一、英国、美国的适用情况

##### 二、法国、日本的适用情况

### 第二章遗嘱信托制度构建之需求与基础

#### 第一节遗嘱信托制度构建之需求

##### 一、需求之外在动力：财富积累与传承

##### 二、需求之内在动力：遗嘱信托之优势

##### 三、需求之现实实证：遗嘱信托的适用

#### 第二节遗嘱信托制度构建之基础

##### 一、信托与遗嘱之观念基础

##### 二、相关法律修改之可能性

##### 三、民事信托的发展可行性

### 第三章遗嘱信托制度构建之宏观思路

#### 第一节遗嘱信托制度的立法体例

##### 一、几种模式

##### 二、本书立场

#### 第二节遗嘱信托制度的构建理念

##### 一、意思自由与适当限制

##### 二、委托人意愿之优先性

#### 第三节遗嘱信托制度的构建路径

##### 一、制度对话及价值

##### 二、制度对话之例证

### 第四章遗嘱信托制度构建之微观思路（上）

#### 第一节微观构建之一：遗嘱信托类型的开放认可

##### 一、自由裁量信托的认可

##### 二、挥霍信托的确立

#### 第二节微观构建之二：遗嘱信托形式的特殊规制

##### 一、继承法与信托法的立场

##### 二、遗嘱信托制度构建之取舍

#### 第三节微观构建之三：遗嘱信托设立的法律构造

##### 一、遗嘱信托的成立及其生效

##### 二、遗嘱信托属于要物行为吗

##### 三、设立遗嘱信托的遗产转移

#### 第四节微观构建之四：遗嘱信托无效的特殊规制

##### 一、违反公序良俗的规制

##### 二、信托存续期间的规制

#### 第五节微观构建之五：受益人类型化及角色弱化

##### 一、遗嘱信托受益人的类型化

##### 二、遗嘱信托受益人角色弱化

## 第五章遗嘱信托制度构建之微观思路（下）

### 第一节微观构建之六：委托人债权人保护的途径转向

#### 一、保护债权人的两种模式

#### 二、遗嘱信托中的模式选择

### 第二节微观构建之七：遗嘱信托内容的法律干预界限

#### 一、侵害特留份的效果

#### 二、规避遗产税的规制

#### 三、信托受益权的变更

### 第三节微观构建之八：信托受益权法定丧失制之设置

#### 一、信托法模式之评价

#### 二、继承法模式之改良

### 第四节微观构建之九：遗嘱信托监督机制的有效增设

#### 一、遗嘱信托监督机制的弱化

#### 二、遗嘱信托监督机制的强化

## 结论

## 文摘

在现代遗嘱信托制度的构建中，如何协调遗嘱信托设定自由与继承人权利保护同样应该是一个值得关注的问题。第三，遗产信托受益人的地位虽然与现代信托受益人地位相差甚远，但其法律地位在整个罗马遗产信托制度的发展中是不断得到提升的：由最初的“遗产买受人”，到后来的“取得大法官继承人的资格”，再到后来的“一律享有准继承人的资格”。这种不断提升受益人地位的立法思路值得现代遗嘱信托制度构建时借鉴。毕竟，信托受益人是遗嘱信托中的弱者，如何在现有法律逻辑和框架下提升其权利和地位，加大对其利益的保护是制度构建中的一个核心问题。

### 第四节遗嘱信托的现代适用

#### 一、英国、美国的适用情况

信托在英美国家适用最为普遍，涉及社会生活的各个领域。法国著名律师皮埃尔·莱勃勒（Pierre Lepaulle）这样描述信托在英美国家的适用空间：“这样，从最庞大的战争赔款到最简单的遗产继承，从华尔街上最具创新的金融计划到对子子孙孙的关爱，都可以看到信托的身影。信托在整个人类为了自我生存所付出的各种努力中，无处不在：梦想和平、开创事业帝国、扼杀竞争或升入天堂、埋下仇恨的种子或乐善好施、热爱家庭户争夺遗产。人类在进行所有这些时，有的衣着华丽、有的衣衫褴褛、有的头戴神圣的皇冠、有的高兴得边走边咧开嘴笑。信托是盎格鲁撒克逊人的守护天使，冷漠地、无所不在地陪伴着他们，从摇篮到坟墓。”

### 《信托法原理与判例》

（何宝玉著：中国法制出版社，2013年4月1日第一版）

#### 《信托法原理与判例》

#### 基本信息

出版社：中国法制出版社；第1版（2013年4月1日）

外文书名：Jurisprudence and Cases on Trust Law

丛书名：英国法研究三部曲

平装：584页

语种：简体中文

开本：32

ISBN：7509343518

条形码：9787509343517

商品尺寸：20.8 x 14.6 x 2.6 cm

商品重量：621 g

品牌：中国法制出版社

ASIN：B00CIIRFBY

《信托法原理与判例》由何宝玉所著，作为普通法系的代表性国家，英国是一个历史久远、曾经兴盛并称霸全球的大帝国，近千年来虽几经革命，但文化传统和法统得以传承并长期维持不变，特别是法律的变革与法治的推进均采取渐进方式，和缓而平稳，其民事法律规则顺应社会现实的变化而逐渐发展，或许值得我们这样一个具有悠久历史文化传统、正在复兴的国家深入研究甚或借鉴。

#### 编辑推荐

《信托法原理与判例》由中国法制出版社出版出版。

#### 作者简介

何宝玉，男，湖北襄阳人，1988年自中国社会科学院研究生院毕业后，一直在全国人大从事立法及相关工作。著有《信托法原理研究》（2005年）等，译有《知识分子与市场》（2001年）、《中间道路经济学》（1999年）、《通向繁荣的政策》（1996年）、《效率、公平与产权》（1992年）等。

## 目 录

### 序言

### 初版前言

## 第一章信托概述

### 第一节信托的起源

#### 一、衡平法的产生

#### 二、土地用益制度及信托的产生

### 第二节信托的定义和特征

#### 一、信托的定义

#### 二、信托与其他概念的区别与联系

### 第三节信托的分类与性质

#### 一、信托的分类

#### 二、信托的性质

#### 三、信托的法律冲突与《国际信托公约》

## 第二章信托的设立

### 第一节委托人的资格与受益人原则

#### 一、委托人的资格

#### 二、受益人原则

#### 三、设立信托的形式要求

### 第二节三个确定性

#### 一、意图的确定性

#### 二、标的物的确定性

#### 三、受益对象的确定性

### 第三节无效信托和可撤销信托

#### 一、非法信托或无效信托

#### 二、可撤销信托

### 第三节信托的变更

#### 一、法院依固有管辖权变更信托

#### 二、依制定法变更信托

#### 三、《1958年信托变更法》

## 第三章特殊类型的信托

### 第一节归复信托

#### 一、假定的归复信托

#### 二、自动的归复信托

### 第二节秘密信托

#### 一、秘密信托的原则

#### 二、秘密信托成立的条件

### 第三节私人目的信托

#### 一、私人目的信托概述

#### 二、私人目的信托的类型

### 第四节保护信托

#### 一、保护信托的基础和结构

#### 二、设立保护信托的方式

## 第四章受托人

### 第一节受托人的指定、辞任和解职

#### 一、受托人的资格和数量限制

#### 二、受托人的指定

#### 三、将信托财产授予受托人

#### 四、受托人关系的终止

### 第二节受托人的受信人责任

- 一、受信人责任概述
- 二、受托人的报酬
- 三、受托人取得的秘密利润
- 四、购买信托财产
- 五、受托人的其他责任
- 第三节受托人的权力
  - 一、委托他人代理的权利
  - 二、抚养未成年人的权力
  - 三、预付的权力
  - 四、补偿费用的权利
  - 五、受托人的其他权力
  - 六、对受托人权力的控制
- 第五章信托基金的投资
  - 第一节信托基金投资概述
    - 一、投资的基本类型
    - 二、投资的一般原则
    - 三、非经济考虑因素
  - 第二节明示的投资权
    - 一、信托文件规定的投资权
    - 二、依据明示的权力进行投资
  - 第三节《1961年受托人投资法》
    - 一、简述
    - 二、允许的投资项目
  - 第四节受托人的其他投资活动
    - 一、土地投资
    - 二、投资于抵押贷款
    - 三、保留不再被授权的投资
    - 四、变更投资权
- 第六章慈善信托
  - 第一节慈善信托的定义和特点
    - 一、慈善信托的定义
    - 二、慈善信托与非慈善信托的区别
  - 第二节慈善信托成立的条件
    - 一、信托目的必须是慈善性的
    - 二、公共利益的要求
    - 三、信托必须完全彻底地是慈善性的
  - 第三节慈善信托的形式
    - 一、救济贫困的慈善信托
    - 二、促进教育的慈善信托
    - 三、倡导宗教的慈善信托
    - 四、有益社会的其他目的的信托
    - 五、政治目的与慈善信托
  - 第四节近似原则
    - 一、慈善目的仍然存在
    - 二、慈善目的失败
    - 三、制定法规定与近似原则
- 第七章养老金信托
  - 第一节养老金信托概述
    - 一、职业养老金计划的两种类型
    - 二、信托法的适用性
    - 三、基本特征：受益人不是无偿受让人
  - 第二节适用养老金信托的特殊规则
    - 一、主管机构

- 二、受托人
- 三、养老基金的投资
- 四、养老金权益的转移
- 五、养老金计划受益人的权利
- 六、最低资金要求与养老金保护基金
- 七、其他重要规定
- 第三节养老基金盈余的归属
- 一、养老金计划存续时的盈余
- 二、养老金计划终止时的盈余
- 第八章推定信托
- 第一节推定信托概述
- 一、推定信托的特点
- 二、推定信托的性质
- 第二节产生推定信托的情形
- 一、受信人取得未获授权的利益
- 二、信托的陌生人或第三人
- 三、产生推定信托的其他情形
- 第三节新型推定信托：正义和良心？
- 一、新型推定信托简述
- 二、新型推定信托的具体分析
- 第九章违反信托的救济
- 第一节受托人违反信托的责任
- 一、受托人的个人责任
- 二、损害赔偿的计算
- 三、受托人的辩护理由
- 第二节衡平法追踪：受益人的财产性救济
- 一、衡平法追踪简述
- 二、衡平法追踪的条件
- 三、衡平法追踪的具体办法
- 第三节其他衡平法救济
- 一、禁令
- 二、针对接收者的个人救济
- 第十章信托的运用
- 第一节信托的民事运用
- 一、生前信托
- 二、遗嘱信托
- 第二节信托的商业运用和其他运用
- 一、信托的商业运用
- 二、信托的其他运用
- 主要参考文献
- 文摘

需要注意，一项交易可能同时涉及信托与合同。一方面，可能有一份合同创设一项信托，这份合同必须有对价才能强制实施。另一方面，如果为了甲的利益而与乙签订合同，那么，表面看来甲不能强制实施该合同，但如果能够证明乙是作为甲的受托人签订合同的，甲就可以强迫乙为了他的利益强制实施合同。

信托一经设立就不能撤销甚至变更，委托人不能与受托人协商变更受益人的受益权。但合同可以撤销或变更，假设甲和乙为了丙的利益签订一份合同，那么，甲可以与乙协商变更合同条款，从而改变丙的合同利益。

第三人虽然可以获得合同利益，但是根据合同相对性原则，第三人通常不能强制执行合同。假定甲和乙签订合同，由甲交付乙一批货物，对价是乙付给丙 3000 英镑。甲交付货物后不幸去世，乙却未如期向丙付款，丙就不能要求强制履行合同，而甲的个人代表有权强制履行。下面的判例很好地反映了这种区别。

案例：**Beswick v Beswick (1968)**

案情：**Beswick** 先生拥有一处码头，1963 年他已经年逾 70 岁，感到精力不足，乃与侄子协商签订合同将码头转让给侄子，其中一个条款规定，他去世后，他妻子如果仍然健在，则由侄子每周支付给婶婶 5 英镑。1963 年底 **Beswick** 先生去世，他妻子成为遗产管理人，侄子拒绝履行合同向婶婶支付约定的款项。于是，她同时以个人身份和 **Beswick**

先生的遗产管理人身份向法院起诉，请求发布特定履行令强制实施合同。官司一直打到上议院。

判决：发布特定履行令强制被告履行合同约定。

上议院判决指出，原告不能以她个人的身份起诉，因为她不是合同当事人。但她作为 Beswick 先生的遗产管理人，穿着她去世的丈夫的鞋，有权起诉被告，强制他履行合同。

显然，合同权利可以成为信托的标的物。假定甲的某项合同权利是取得 1000 英镑，他可以把这项权利转移给乙纳入一项信托，合同权利成为信托财产。如果是为第三人的利益，第三人尽管不是合同当事人，也获得了合同的利益。只要第三人能够证明，委托人将合同权利转移给受托人是为了设立信托，他作为信托的受益人就可以强制实施合同。关键取决于委托人的意图是打算设立一项信托，还是只打算订立一份第三人利益合同。法院越来越不愿意发现或者认定甲有设立信托的意图，因为这样做将使甲未取得第三人同意就不能变更合同，而甲通常不希望如此。因而，第三人声称存在信托关系，从而回避合同相对性原则，并要求获得合同权益的，除非能够提供充分的证据表明甲意图设立信托，否则，法院将不予支持。

## 《信托制度:法理与实务》

(周小明著，中国法制出版社，2012年8月1日第1版)

《信托制度:法理与实务》

基本信息

出版社: 中国法制出版社; 第1版 (2012年8月1日)

平装: 535 页

语种: 简体中文

开本: 32

ISBN: 9787509338483

条形码: 9787509338483

商品尺寸: 20.8 x 14.6 x 2.4 cm

商品重量: 540 g

品牌: 中国法制出版社

ASIN: B00965UZ9G

《信托制度:法理与实务》是《信托制度》丛书之一。法学理论来源于法律实践，并指导法律实践，而法律实践的发展推动法学研究向前进步。因此，法律的真谛在于实践，这就是《信托制度:法理与实务》出版的基点。书的作者均为学术界的中坚力量，不仅具有扎实的学术功底，而且具有丰富的实务经验。他们写作的内容既涉及法学原理与前沿理论的探讨，又包括大量对法律实务操作难题的细致论述。

编辑推荐

《信托制度:法理与实务》不仅可以作为学者研究的参考素材，而且可以作为研究生的教材教参，更适合作为商业领域法律实务工作者的从业指导读物。

作者简介

周小明，法学博士，师从著名法学家江平教授，现任中国人民大学信托与基金研究所所长，北京市君泽君律师事务所高级合伙人，中国信托业协会专家理事，《中国信托业发展报告》主编。周小明博士系全国人大常委会财经委员会信托法（草案）和证券投资基金法（草案）起草小组成员，曾任教于浙江大学经济系、任职于中国人民银行非银行金融机构监管司、并担任安信信托股份有限公司总裁，长期从事信托研究、信托监管和信托实务工作，公开发表金融、法律方面学术论文 60 多篇，著有《法与市场秩序》、《财产权的革新——信托法论》、《信托制度比较法研究》等多部专著，对信托业的经营管理，具有深厚的理论功底和丰富的实务运作经验。

目 录

第一章信托法的起源与发展

一、信托法的起源：英国衡平法

（一）“用益设计”的兴起

（二）普通法的观点与衡平法院的介入

（三）从“用益”到“信托”

二、信托法的现代发展动向

（一）地域发展：世界化

（二）形式发展：成文化

（三）内容发展：现代化

（四）信托法的国际化：《海牙信托公约》

三、信托法的中国实践

（一）《信托法》的制定动因

（二）《信托法》与民法：创新与互动

(三) 信托法与信托实践

第二章信托的定义、分类与性质

一、信托的法律定义

(一) 信托定义的基本内涵

(二) 信托定义中“委托给”的含义

设立信托，委托人需要将财产权转移给受托人吗？

二、信托的法律构造要素

(一) 信托当事人

(二) 信托财产

(三) 信托行为

(四) 信托目的

三、信托的分类与《信托法》的适用

(一) 私益信托与公益信托

我国《信托法》承认“目的信托”吗？

(二) 意定信托与非意定信托

(三) 积极信托与消极信托

我国《信托法》承认“消极信托”吗？

(四) 民事信托与营业信托

如何区分“民事信托”与“营业信托”？

四、信托的法律性质

(一) 英美法系：“双重所有权”说

(二) 大陆法系的理论解释

(三) 独立形态的法律关系：一种新思路

如何理解信托的法律性质？

第三章信托的功能与价值

如何把握信托的功能？

一、信托的制度功能

(一) 概述

(二) 信托的制度创新

(三) 信托制度功能的优越性

二、信托的应用功能

(一) 目的型应用功能

(二) 工具型应用功能

三、信托的价值取向：自由与效率

(一) 转移信托与自由

(二) 管理信托与效率

四、信托与类似法律概念的比较

(一) 信托与委托代理

(二) 信托与行纪

(三) 信托与第三人利益合同

(四) 信托与有限合伙

第四章信托的设立(一)：生效要件

一、信托当事人生效要件

(一) 委托人的主体资格

外国人可以作为信托的委托人吗？

(二) 受托人的主体资格

(三) 受益人要件

如何理解受益人“确定性”？

二、信托财产生效要件

(一) 信托财产的合法性

如何理解“设立信托的财产是委托人合法所有的财产”？

委托人的代理人能以自己的名义设立信托吗？

(二) 信托财产的权利性

委托人能够以不具有法律上独立权利形态的“财产权”设立信托吗？

(三) 信托财产的转让性

(四) 信托财产的确定性

“将来的权利”或“期待权”能够作为信托财产设立信托吗？

三、信托行为的生效要件

(一) 意思表示行为

(二) 财产转移行为

(三) 信托行为的特别生效要件

四、信托目的的合法性

(一) 信托目的的内容

信托财产的管理方式可以成为信托目的的内容吗？

(二) 信托目的的合法性

第五章信托的设立(二)：法律后果

一、信托的成立与生效

信托成立必然会导致信托生效吗？

(一) 信托的成立

(二) 信托的生效

遗嘱信托何时生效？

二、无效信托的情形

(一) 因信托当事人生效要件欠缺而无效

(二) 因信托财产生效要件欠缺而无效

(三) 因信托行为生效要件欠缺而无效

(四) 因信托目的生效要件欠缺而无效

三、可撤销信托的情形

(一) 《信托法》规定的可撤销信托

(二) 其他法律规定的可撤销信托

四、无效信托与可撤销信托的法律后果

(一) 基本原则：“自始无效”

(二) 无效的对内法律后果

信托被撤销或无效后，支付了对价的受益人是否应当返还已经取得的信托利益？

.....

第五章信托的设立(二)：法律后果

第六章信托财产的法律属性

第七章委托人的法律地位

第八章受益人与收益权

第九章受托人的法律地位

第十章信托的变更与终止

第十一章公益信托

第十二章信托业的法律调整

第十三章营业信托的法律规制

文摘

现代信托追求和实现自由的价值取向，是以现代信托的规则体系为支撑的。信托财产的“独立性”、信托目的的“自由性”、信托存在的“连续性”等独特法律设计，无一不是为了确认和保护信托追求自由的价值取向。当然，信托对自由的追求也不是没有边界的，为防止委托人利用信托而滥用自由，现代信托也确立了另一条基本原则——“信托目的的合法性”原则，禁止委托人设立违法或违背社会公共政策、社会公德的信托。但这本身不是对信托扩展自由价值取向的否定，恰恰是对自由的理性保护。理解这一点，对于认识信托制度存在的价值至关重要，就不会因信托在实践中可能发生的消极功能而简单否定信托制度本身的存在价值，而这恰恰是像我国这样引进信托制度的国家，常常会发生的认识误区。

(二) 管理信托与效率

如前文所述，现代信托的一个重要发展动向就是信托的积极化，即信托除继续发挥传统的财产转移功能外，已日益成为一提供积极的、专业化财产管理的管道。与此相适应，受托人开始承担更多、更重的财产管理职责，并日益营业化和金融化。如今，以金融化的信托业为主导的、为单纯财产管理而设立的信托即管理信托，已在琳琅满目的信托品种中占据越来越重要的地位。就是为了转移财产而设立的信托，也与受托人的积极管理分不开，以使受益



人获得更大的信托利益。管理信托本质上适应并体现了人类社会对于效率的价值追求。

现代经济学证明：效率隐含于自由之中。现代市场经济富有效率运行正是筑基于财富自由支配上，从这个意义上说，转移信托扩张自由的倾向，同时也在实现着效率的价值。而管理信托满足效率追求的倾向，也正是因其从另一层面更大扩张了财富的支配自由。现今社会对支配财产自由的最大障碍不再是法令限制，而是缺乏专业管理能力与理财所需的个人时间，信托借提供专业管理而促使支配财产能力无限延伸。由此，也促使效率得以极大提升。

效率，就其最简单的意义而言，是以最小成本实现最大价值。信托设计从两方面满足了这一效率追求。一是受托人的专业管理。委托人将财产交付信托，通常是因为自己或受益人缺乏理财能力，而受托人则是受其信赖并富有经验的理财能手。尤其是现代信托业（信托公司、信托银行）的兴起，受托人发展成一专业的营业机构，其下云集各种专职的投资理财好手，理财能力得以空前扩张。又信托法制强加受托人忠诚义务和善良管理人的注意义务，须就信托财产管理谋取最大化利益。由此通过受托人的管理经营，委托人就可避免财富因自己或后代的轻率莽撞或错误决定而受损失，从而避免巨大社会资源的无谓浪费。信托设计尤其适合哪些必须得到有效管理的资产，比如退休基金和公益基金。退休基金必须持续不断的增值，方能确保退休人员的生活不因其后收入减少或社会经济情势恶化（比如通货膨胀）而受影响；公益基金通常也以其增值部分用于公益事业，增值越大，社会从中才会获益越大。

### 《信托原理在民商事法律实务中的应用》

（刘韶华著，法律出版社，2012年6月1日第1版）

《信托原理在民商事法律实务中的应用》

基本信息

出版社：法律出版社；第1版（2012年6月1日）

平装：250页

语种：简体中文

开本：16

ISBN：9787511834379

条形码：9787511834379

商品尺寸：22.8 x 16.8 x 1.4 cm

商品重量：581 g

品牌：中国法律出版社

ASIN：B008GRP676

《信托原理在民商事法律实务中的应用》主要介绍了信托原理在民商事法律实务中的应用。全书共分三编，内容包括：有限责任公司隐名出资问题的信托法解析、证券投资基金受益人的信托法保护、信托法的中国化发展进路。

《信托原理在民商事法律实务中的应用》内容丰富，讲解通俗易懂，具有很强的可读性和实用性。《信托原理在民商事法律实务中的应用》适用于法学专业人员。

编辑推荐

《信托原理在民商事法律实务中的应用》是由刘韶华著，法律出版社出版的关于信托法，民事诉讼的研究。

《信托原理在民商事法律实务中的应用》内容丰富，讲解通俗易懂，具有很强的可读性和实用性。适用于法学专业人员。

作者简介

刘韶华，女，河南郑州人，郑州大学法学学士、北京大学民商法专业硕士、加拿大蒙特利尔大学司法制度专业硕士、中国人民大学民商法专业博士。曾在河南省郑州市中级人民法院从事审判工作，现为最高人民法院国家法官学院民商事审判业务教研部副教授，研究方向为信托法、合同法、公司法。

目录

绪论/001

第一节 信托法律制度概述/002

一、信托制度的历史渊源/002

二、信托关系的法律构造/003

三、信托与大陆法相关概念的比较/004

四、大陆法系对信托法的继受/005

第二节 信托关系中对受益人保护的基本原则/006

一、受托人的忠诚义务和审慎注意义务/007

二、衡平法上的救济措施/008

第一编 有限责任公司隐名出资问题的信托法解析

第1章 隐名出资法律问题概述/013

1.1 问题的提出及分析方法/013

- 1.2 隐名出资的概念和特征/018
  - 1.2.1 概念的界定/018
  - 1.2.2 隐名出资形态的基本特征/020
  - 1.2.3 隐名出资的种类/021
- 1.3 隐名出资状态的形成原因——以中国的实践为分析样本/023
  - 1.3.1 法律规避/024
  - 1.3.2 企业改制/028
  - 1.3.3 股权信托设计/030
- 1.4 有限责任公司隐名出资的合理性分析和正当性评价/032
  - 1.4.1 法学上的评价指标——私法自治/033
  - 1.4.2 经济学上的评价标准——经济理性/034
- 第2章 隐名出资法律关系分析/037
  - 2.1 分析进路/037
    - 2.1.1 理论预设/037
    - 2.1.2 价值分析和利益衡量/039
  - 2.2 隐名出资人的法律地位/040
    - 2.2.1 英美法的进路：普通法和衡平法在公司法上的交集和分野/040
    - 2.2.2 大陆法系的选择：外观主义的坚持/043
    - 2.2.3 我国公司法及司法解释的应对之策/047
  - 2.3 隐名出资人与显名股东的内部关系/049
    - 2.3.1 由显名股东独立行使股东权的信托安排/050
    - 2.3.2 隐名出资人间接控股之非信托设计/056
    - 2.3.3 属性模糊的隐名出资协议/062
- 第3章 隐名出资人的权利及限制——隐名出资协议在公司法制中的效力边界/070
  - 3.1 隐名出资人对于显名股东的监督权/071
    - 3.1.1 隐名出资人的知情权/071
    - 3.1.2 隐名出资人对显名股东表决权的监控/078
  - 3.2 隐名出资人的撤销权/082
    - 3.2.1 撤销权的性质/082
    - 3.2.2 对股份不当处分的撤销权——衡平法上追踪权的改造/085
    - 3.2.3 对显名股东违反管理职责处理信托事务行为的撤销权/088
  - 3.3 隐名出资人的受益权的享有、救济和限制/089
    - 3.3.1 隐名出资人的股份收益请求权/090
    - 3.3.2 违反信托的损害赔偿请求权及抗辩/092
    - 3.3.3 隐名出资人对受益权的处分/096
    - 3.3.4 隐名出资人对显名股东的解任权/098
- 第4章 隐名出资人的法律责任/100
  - 4.1 瑕疵出资情况下的法律责任/100
    - 4.1.1 隐名出资人承担资本充实责任的合理性/101
    - 4.1.2 责任类型/104
  - 4.2 隐名出资当事人债务责任免除之否认——信托财产破产隔离原则之例外/105
  - 4.3 公司人格否认情形下隐名出资人的责任/108
- 第5章 隐名出资的强制披露/115
  - 5.1 关联交易中的强制披露/116
    - 5.1.1 隐名出资形态下关联交易的认定/116
    - 5.1.2 关联交易中的强制披露及其他规制/119
  - 5.2 股权转让中的强制披露/121
- 第6章 隐名出资法律关系的终结——兼评中国公司法背景下有限责任公司隐名出资纠纷解决机制/126
  - 6.1 隐名出资人向显名股东身份的转化/127
    - 6.1.1 隐名出资人转化为显名股东的利益诉求的驱动因素/127
    - 6.1.2 隐名出资人向显名股东身份转化的路径/131
  - 6.2 隐名出资关系的营业信托化设计/142
    - 6.2.1 股权信托的构造和公示/142

## 6.2.2 营业性信托机构的引入/144

### 本编小结/147

## 第二编 证券投资基金受益人的信托法保护

### 第1章 证券投资基金概述/153

#### 1.1 证券投资基金定义/153

#### 1.2 投资基金形态/154

#### 1.3 投资基金的法律构造/155

#### 1.4 信托投资基金制度在我国存在的法律意义和社会意义/159

### 第2章 信托投资基金管理监控构架对受益人的基础性保障/161

#### 2.1 信托投资基金的内部保障机制/161

##### 2.1.1 基金管理人、基金托管人以及投资顾问之间的制衡/162

##### 2.1.2 投资基金治理结构中的董事及独立董事制度/164

#### 2.2 外部制约监控机制/167

##### 2.2.1 基金管理的市场准入/167

##### 2.2.2 基金受托人的行业自律/169

##### 2.2.3 行政监管/171

#### 2.3 信托基金的独立性/173

### 第3章 契约法对信托投资基金受益人的保障/175

#### 3.1 受托人义务的合同法基础/175

#### 3.2 基金受益人的受益权性质/178

### 第4章 证券投资基金管理人的善良管理人义务/182

#### 4.1 基金管理人的忠诚义务/183

##### 4.1.1 利益冲突交易的主体/184

##### 4.1.2 利益冲突交易的种类/185

##### 4.1.3 利益冲突交易的内部防范和管制/186

##### 4.1.4 基金对倒与忠诚义务/187

#### 4.2 基金管理人的注意义务/190

##### 4.2.1 注意义务标准/190

##### 4.2.2 基金管理人对外投资风险的防范/191

### 本编小结/193

## 第三编 信托法的中国化发展，进路

### 第1章 概念比较、辨析和制度融合/199

#### 1.1 作为民法帝王条款的诚实信用原则和作为信托法灵魂的衡平法则/199

#### 1.2 善良管理人义务与受托人的信赖义务/201

#### 1.3 信托关系中受益人的追踪权与物权法上物权追及效力/203

#### 1.4 信托财产的标记与物权变动的公示/204

### 第2章 民商事审判实践中的典型信托案例/207

#### 2.1 中国拟制信托第一案——广东省轻工业品进出口集团公司与香港 TMT 贸易有限公司商标权属纠纷上诉案/207

##### 2.1.1 案情/207

##### 2.1.2 评析/212

#### 2.2 信托原理在知识产权领域的应用——中国音乐著作权协会诉河南音像出版社、正普公司著作权侵权纠纷案/217

##### 2.2.1 案情/217

##### 2.2.2 评析/220

#### 2.3 信托协议效力之辨——高春惠与叶正杰信托合同纠纷案/228

##### 2.3.1 案情/228

##### 2.3.2 评析/234

### 结语/240

### 参考文献/241

### 文摘

#### (二) 基于商业判断原则的抗辩

除此之外，确定显名股东处理公司事务的行为是否因违反受托义务而造成隐名出资人的经济损失，而赋予其损害赔偿请求权，还要遵循商业判断原则（Business Judgment Rule）。商业判断原则用于对董事经理处理公司事务行为

的正当性的辨别，当然也可类推适用于同为受托人的显名股东。商业判断规则通常被这样表述：“如果一个没有盈利或者对公司有害的交易是在董事的职权范围内，由董事本着善意和适当的注意作出的，也即符合商业标准，那么对董事而言，他们将获得商业判断规则提供的以下保护：一是法院运用商业判断规则而拒绝对董事的经营行为进行事后审查；二是如果法院对公司董事的经营行为已经在审查，那么董事可以运用商业判断规则，避免对该经营行为的后果承担个人责任。”商业判断规则的核心是对董事是否违反受托义务的评判。美国法院通过一系列判例确定了商业判断的标准。美国法学会《公司治理原则》规定，作出经营判断的董事或者经与作出判断的内容没有利害关系；有正当理由相信其在当时情形下掌握的有关经营判断信息充分、妥当、可靠；有理由认为其作出的经营判断符合公司的最佳利益的，就应当认为其诚实地履行了义务，对由此发生的合理经营判断失误造成的损失，可以减轻或者免除责任。借助商业判断原则，不仅法院不会介入公司的经营，而且董事也可以避免对公司或者股东承担损害赔偿责任。司法实践中，在很多诉称董事违反注意义务而要求其承担损害赔偿责任的诉讼中，商业判断规则都为公司董事的决策提供了广泛的抗辩而被法院采纳。显名股东作为隐名出资人的受托人，其受托责任要求其在对公司事务管理时同样也要遵循商业判断规则。鉴于有限公司中股东会和董事会的分析，对于显名股东在商业判断方面的要求应当更为宏观一些。

## 《信托受益人利益保障机制研究》

(徐卫著，上海交通大学出版社，2011年1月1日第1版)

《信托受益人利益保障机制研究》

基本信息

出版社：上海交通大学出版社；第1版(2011年1月1日)

丛书名：文治堂学术专著

平装：227页

语种：简体中文

开本：16

ISBN：7313066384, 9787313066381

条形码：9787313066381

商品尺寸：22.6 x 16.8 x 1.4 cm

商品重量：322 g

品牌：上海交通大学出版社

ASIN：B004A15T9W

《信托受益人利益保障机制研究》内容简介：信托是由委托人、受托人和受益人三方当事人组成的特殊法律关系。信托受益人是信托财产的真正“所有人”，又是信托关系中的弱者，保护其利益是信托法的主要目标。《信托受益人利益保障机制研究》将视角放在受益人身上，审视并检讨信托法对其究竟提供并应当提供什么样的保障机制。书由导论、信托受益人保障的基本理论、信托财产对信托受益人的法律保障、信托受益人利益保障的义务约束机制、信托受益人利益保障的信托监督机制、信托受益人利益保障的法律救济机制等组成。《信托受益人利益保障机制研究》可作为法律专业学生的教材。

编辑推荐

《信托受益人利益保障机制研究》：文治堂学术专著。

目 录

导论

第一章 信托受益人利益保障的基础理论

第一节 信托受益人基本问题

第二节 信托受益人的法律地位与信托法利益保护之目标

第二章 信托财产与信托受益人利益保障

第一节 财产维护机制的分析前提

第二节 信托财产Ⅰ对信托受益人利益的保障

第三节 信托财产Ⅱ对信托受益人利益的保障

第三章 义务约束与信托受益人利益保障

第一节 义务约束设置的逻辑内因

第二节 有效义务约束的法律目标定位与解释

第三节 有效义务约束的规范品格

第四节 有效义务约束的现代技术品质

第四章 信托监督与信托受益人利益保障

第一节 信托监督机制设置的逻辑

第二节	信托监督多元化构造的法律透视
第三节	有效信托监督的结构要素
第四节	监督机制的局限性与配合性制度设计
第五章	法律救济与信托受益人利益保障
第一节	法律救济的制度价值与权利基础
第二节	常态救济机制的分析与构建
第三节	非常态救济机制的分析与构建
第四节	拟制信托救济机制的分析与构建
	结语
	参考文献
	序言

作为国家的一个重要职能机构，现代的大学承担着专业教学与培养人才、学术研究与实验、文化传承与创新等内在功能。大学教育的实施者大学教师，除了必须履行教学职责，还需要相应承担科学研究的任务，而科学研究体现于人文社科领域的教师，则是著书立说，将政治、经济、文化、社会等作为研究对象进行思考、解析并阐释。

一所大学的学术精神和灵魂与它所处的民族文化氛围息息相关。在现代意义的大学在中国兴起之前，处于社会阶层“四民”之首的“士”的价值选择一般都遵循着自孔子以来所树立的传统，要求谨守入则孝、出则悌等基本准则，在不断的践行中到达内圣外王的圆满境界，至于为学，则是所谓“行有余力，则以学文”，并不作为首要与最高要求。因道不行于诸侯，孔子述而不作，删订六经，为后世学人开创了绵延不绝的道统与学术传统。以今天的学术分类来看，自汉代起的中国经典的接受、解读与各种诠释，无论是“我注六经”还是“六经注我”的方式，都可以算是人文社科领域意义上的学术研究与探索。这种接受与研究经典的过程与行为，不同于后来纯粹的不掺杂价值判断的为学问而为学，它也不是为晋升官僚阶层而必须掌握的敲门砖，因为这些原典所包含的观念、规制、原理、政事、风俗、仪式、情感，等等，关乎整个国家之建构、天下之治乱，进入了这些原典的世界，就意味着为学是以天下治乱为己任，因而，无论是两汉经学还是宋明理学中的名臣、大儒或学者，都一方面是“博学于文”，另一方面是“行己有耻”，重风议、严取与，不在事功中安身立命，则在讲学中存亡继绝。在他们身上，为学与讲学、道统与学统、教育与学问修养合而为一，所以，过去对师者的定位是“传道、授业、解惑也”，并不对个人的学术精深程度作明确要求，为学或研究过程和所为之学术是追寻的手段或工具，“道”才是终极目的。

中国现代大学在近代的兴起一方面西方的刺激影响，另一方面则可以看作中国传统学术与教育自身的发展道路前进的可能结果，此时对传统学术的研究总结与重新阐释，带来的不仅是社会的变革，也是思想、教育的转型与创新。由经学转为内政、外交、工商，由人文思想转为工学、科技，上海交通大学最初的诞生、成长、转型便是这种发展与转型的结果，当时，唐文治校长以经学大儒的身份，推动工学，倡导国学，提出“立国之要，以教育为命根，必学术日新，而国家乃有振新之望。

文摘

## （二）浪费信托的受益人债权人追索之限制

浪费信托是旨在为富有家庭中不负责任且懒惰的继承人设立的可从信托中获得足够收益以禁止赤贫的信托。浪费信托的工具性价值目前正在扩大。在美国，浪费信托不再只是维护家庭财富免受家庭信托受益人浪费的工具，也被用作确保私人财富免受侵权体制的准公共掠夺的工具。

浪费信托的核心是浪费条款，该条款一般包括两个方面的内容：一是禁止受益人销售、让出、或转让信托利益。在美国统一信托法中，浪费信托的受益人债权人的追索仅仅限制在受益人也被限制转让利益的情况下有效。起草委员会认为，作为法律问题，允许受益人转让利益而同时又拒绝受益人债权人追索信托利益的做法并不是令人满意的<sup>①</sup>。值得注意的是，这种禁止转让信托利益的内容也是浪费信托与保护信托的区别所在：在保护信托中，并不存在信托利益的限制转让问题，但在浪费信托中却允许这种限制<sup>②</sup>。二是禁止受益人债权人主张受益人在信托中的信托利益。显然，该条款一旦生效，就相应能阻止受益人债权人在信托利益分配前追索信托利益<sup>③</sup>。可见，不同于裁量信托，在这里，信托财产独立于受益人的特性产生于浪费条款而非信托利益的性质。

不过，浪费信托避免受益人债权人追索并非针对所有债权人，还存在一些可以追索信托利益的例外债权。只是对于哪些债权人应是例外，存在差异性规定。例如，信托法重述第二版规定的例外债权人包括：①抚养费及赡养费请求权人；②向受益人提供必要服务或生活必需品者；③为维护或增进受益人的信托利益而提供服务或物质者；④国家或州政府。第三版重述规定的例外债权人包括抚养费及赡养费请求权人、为受益人利益提供必要服务或生活必需品者。统一信托法规定的例外债权人包括：抚养费及赡养费请求权人（包括小孩、配偶和前配偶）；为保护受益人的信托利益而提供服务的人；国家或州政府。由于信托法两版重述的例外规定都不是排他性的，统一信托法的例外规定是排他性的。所以，相对于信托法重述，统一信托法缩小了可以追索信托利益的债权范围，尤其是，统一信托法的例外债权人不包括为受益人利益提供必要服务或生活必需品者。显然，统一信托法对浪费信托的例外债权人规定是倾向于受益人的。由此也可以看出，法律的趋势是明显缩小例外债权的范围，加大对浪费信托受益人的保护。

## 《信托监察人制度研究》

(雷宏著, 知识产权出版社, 2011年1月1日 第1版)

《信托监察人制度研究》

基本信息

出版社: 知识产权出版社; 第1版 (2011年1月1日)

丛书名: 博士文库

平装: 255页

语种: 简体中文

开本: 32

ISBN: 7513001480, 9787513001489

条形码: 9787513001489

商品尺寸: 20.8 x 14.4 x 1.4 cm

商品重量: 299 g

品牌: 知识产权出版社

ASIN: B004F2FJKA

《信托监察人制度研究》内容简介: 信托监察人制度的研究在我国非常薄弱。《信托监察人制度研究》系统考察了信托监察人制度的起源、演进和信托监察人的重要性以及在特殊情形下在整个信托关系中的重要地位。《信托监察人制度研究》系统阐述了信托监察人的设立条件、设立方式和资格, 信托监察人的设立和变更, 以及信托监察人的权利、义务和责任。《信托监察人制度研究》剖析了我国信托监察人制度的不足, 并指出在私益信托中引入信托监察人的可行性和必要性。同时, 对我国证券投资基金进行分析, 以期说明私益信托中引入信托监察人制度的迫切性。为证券投资基金中投资人利益的保护提出了新的思路。最后, 《信托监察人制度研究》还对我国信托监察人制度的条文起草提出了设想, 对完善我国信托监察人制度以及《信托法》进行了有益的探讨。

编辑推荐

《信托监察人制度研究》: 博士文库

作者简介

雷宏, 女, 1971年出生, 河南省平顶山市人。美国芝加哥肯特法学院法学硕士, 中国政法大学法律硕士、法学博士。主要研究方向是信托法、金融法。近年来在美国律师协会杂志《The Globe》《金融与经济》《全国商情》(经济理论研究)等国内外学术刊物上公开发表法学专业论文十余篇。现为北京市炜衡律师事务所律师, 主要业务领域为外商投资、企业并购和融资、信托、建设工程、房地产、知识产权。

目 录

第一章 引言

第一节 研究目的和意义

一、研究的源起和目的

二、研究的意义

第二节 文献综述

一、我国研究状况和文献综述

二、国外研究状况和文献综述

第三节 研究方法和主要研究内容

一、研究方法

二、研究范围、概念界定和主要内容

第四节 本书的主要创新点

第二章 信托监察人制度基础理论

第一节 信托监察人的概念

一、信托监察人的概念

二、信托监察人的特征

三、信托监察人的分类

第二节 信托监察人的历史发展

一、信托监察人的产生和早期发展

二、信托监察人制度在美国的发展

三、大陆法系对信托监察人制度的创设

四、信托监察人制度的发展历程及趋势

第三节 信托监察人制度在各国的立法模式和位置

一、信托监察人制度的立法模式

二、信托监察人在信托法中的位置

第三章 信托监察人制度与信托制度的联结考察

- 第一节 信托法律关系与信托监察人的角色特征
  - 一、信托当事人的权利配置
  - 二、信托监察人与信托当事人
- 第二节 信托监察人制度与其他制度的区别
  - 一、信托监察人与信托受益人的代理人
  - 二、信托监察人与信托财产管理人
  - 三、信托监察人与信托共同受托人
  - 四、信托监察人与股份有限公司监事
- 第三节 信托监察人监督与其他信托监督的关系
  - 一、内部监督机制
  - 二、外部监督机制
- 第四节 信托监察人制度的价值和弊端
  - 一、信托监察人制度的价值
  - 二、信托监察人制度的弊端
- 第四章 信托监察人的设立与变更
  - 第一节 信托监察人的设立条件
    - 一、受益人不特定
    - 二、受益人尚未存在
    - 三、为保护受益人的利益有必要时
    - 四、目的信托
  - 第二节 信托监察人的设立方式
    - 一、私益信托：自愿设立
    - 二、公益信托：强制设立
  - 第三节 信托监察人的资格
    - 一、信托监察人资格的概念
    - 二、信托监察人的消极资格
    - 三、信托监察人的积极资格
  - 第四节 信托监察人的产生与变更
    - 一、信托监察人的产生
    - 二、信托监察人的变更
- 第五章 信托监察人的权利义务与责任
  - 第一节 信托监察人的权利
    - 一、信托监察人权利的概述
    - 二、监督受托人的权利
    - 三、监督信托管理情况的信托监察人权利
    - 四、报酬请求权、支出费用及损害赔偿请求权
    - 五、多数信托监察人的议事规则
    - 六、小结
  - 第二节 信托监察人的义务
    - 一、依照信托文件监督受托人的义务
    - 二、注意义务
    - 三、忠实义务
    - 四、公平义务
    - 五、小结
  - 第三节 信托监察人的责任
    - 一、责任设置的争议
    - 二、信托监察人的责任设置
- 第六章 我国信托监察人制度的构建过程及现状分析
  - 第一节 我国《信托法》出台前信托监察人制度的立法状况
    - 一、信托监察人制度缺失
    - 二、纵向行政管理问题突出
  - 第二节 我国信托监察人制度的立法过程及存在问题
    - 一、我国信托监察人制度的出台：仅限于公益信托

## 二、我国引入私益信托监察人制度的必要性

### 第三节 我国信托监察人制度之实践探讨

#### ——以证券投资基金为例

##### 一、选择证券投资信托为实证研究对象的原因

##### 二、我国证券投资信托基金监督机制的分析与思考

## 第七章 完善我国信托监察人制度的立法建议

### 第一节 外国法的立法动向对完善我国信托监察人制度的启示

#### 一、外国信托监察人制度的法典化值得借鉴

#### 二、两大法系信托监察人制度的差异

#### 三、完善我国信托监察人制度的必要性

### 第二节 我国信托监察人制度的完善建议

#### 一、完善信托监察人制度，以全面保护受益人的利益

#### 二、将信托监察人放在信托关系人一章

#### 三、明确信托监察人的资格

#### 四、明确规定信托监察人的辞任、解任以及新信托监察人的选任

#### 五、制定多数信托监察人职务的执行规则——以证券投资信托为例

#### 六、明确规定信托监察人的权利、义务和责任

### 参考文献

#### 附录对我国《信托法》的立法建议

#### ——在第四章 新增第四节 “信托监察人”

### 序言

信托起源于英国。自 19 世纪初叶，信托在欧美等国相继兴起，日益成为一种世界性的制度设计。信托作为经济领域中唯一可以同时横跨货币市场、资本市场和实业市场，开展投融资业务的金融领域，与银行、保险、证券并列成为金融领域的四大支柱，拥有资产管理、融资、中介、代理等诸多的独特功能，已成为世界各国金融制度中的主要支柱之一。

由于信托是英美法系的产物，法系思维、历史背景以及文化传统等方面存在诸多不同，因此，信托制度在移植过程中存在一定的问题。我国引入信托制度的时间，与英、美、日、韩相比相对较晚。现代信托于 20 世纪初叶被引入中国，在我国经历了曲折的发展。我国信托业是在整顿—发展—再整顿—再发展的过程中坎坷走过来的。我国于 2001 年 10 月正式实施的《信托法》，对规范我国信托业的发展发挥了极其重要的作用。此后，我国相继出台了《信托公司管理办法》和《信托公司集合资金信托计划管理办法》等，进一步重构了这一基本法律法规体系，把信托公司从“融资平台”向“受人之托，代人理财”的专业化机构的转型推上了制度轨道。

综观各国的信托法律制度，对受益人权益的保护是信托制度的核心内容。为了最大限度地保障受益人的利益，防范和制约受托人的不当管理行为，均需建立一套信托监督机制。以往学者对受益人保护的研究多从受托人权利义务的配置、受益人自身权利行使方面出发，多集中在信托三方当事人方面。

### 文摘

在一般信托关系中，即使在离岸信托（offshore trust）中，由于信托监察人不是信托关系的当事人，因而不是信托必不可少的，除非法律另有强制性规定。设立信托时，信托监察人不特定的，不影响信托的有效成立。大陆法系一些国家的公益信托中强制设置信托监察人，因此，可以认为强制设置信托监察人的情况下，信托监察人是信托关系的当事人，如果没有信托监察人，则信托不能有效成立。

信托在英、美、日等发达国家，已成为一种广为投资大众所接受的财产管理制度。其信托业务及信托商品的发达与创新，更是有目共睹。近 10 多年来，美国律师在信托文件中使用信托监察人变得不同寻常的普遍，信托监察人的出现成为美国信托法的重要发展之一。令人不解的是，信托监察人制度首先是在大陆法系国家中的日本以成文法的形式写入信托法律中并不断被完善，而非在信托法发展成熟的英国和美国。后来，《韩国信托法》和我国台湾地区“信托法”仿照日本均规定了信托监察人制度。这些国家和地区的信托监察人制度均适用于公益信托和私益信托。信托监察人是怎样产生的，如何从离岸信托发展到国内信托？

### 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 TM 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 TM 是杨晓林律师 2011 年 6 月 1 日在中华人民共和国工信部备案注册、使用的 <http://www.famlaw.cn> 的网站专用名称（京 ICP 备 10218255 号-1），并实际在先拥有、使用且具有唯一性的法律服务商标。

未经特别许可，任何人不得擅自使用、仿冒，违者必究。

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



平台！



“家事法苑”微信公众号订阅号：“家事法苑”，微信号“famlaw”

编辑：“家事法苑”律师团队

顾问：郝惠珍 主编：杨晓林 执行主编：段凤丽 编委会成员：邓雯芬、侯晓婷

家事法苑 TM 家事律师网 <http://www.famlaw.cn>

家事法苑 TM 新浪微博：<http://weibo.com/jiashifayuan>

家事法苑 TM 婚姻律师团队官方博客 <http://blog.sina.com.cn/jiashifayuan>

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